شرح

فتح القدير

للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الأول

المحتوى
كتاب الطهارات ـ كتاب الصلاة

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

مقدمة

الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أرسله بالهدى ودين الحق، ليظهره على الدين كله، ولو كره الكافرون، ولو كره المشركون.

أما بعد: فإن كتاب الهداية شرح بداية المبتدي للإمام العلامة الجليل أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني من أحسن الكتب المصنفة في فروع السادة الحنفية لذا ولكبير أهميته بادر العلماء إلى الاهتمام بهذا الكتاب ما بين شارح له ومختصر وموضح لما جاء فيه.

أول من شرحه: العلامة الإمام حميد الدين علي بن محمد الضرير البخاري المتوفى سنة ٦٦٧ في جزأين ويسمى بالفوائد.

والشيخ الإمام قوام الدين محمد بن محمد البخاري المتوفى سنة ٧٤٩ سماه معراج الدراية شرح الهداية.

ومنها شرح الإمام تاج الشريعة عمر ابن صدر الشريعة الأول عبيد الله المحبوبي المتوفى سنة ٦٧٢ وسماه نهاية الكفاية في دراية الهداية.

ومنها شرح الإمام أحمد بن إبراهيم السروجي المتوفى سنة ٧١٠ سماه الغاية ولم يكمله. وأتمه الإمام سعد الدين محمد الديري المتوفى سنة ٨٦٧ وللإمام عمر ابن محمد الخبازي حاشية مشهورة أخذها محمد بن أحمد القونوي وكملها إلى آخر الهداية وسماها تكملة الفوائد. غاية البيان للإمام قوام الدين الأتقاني.

ومن الشروح «الكفاية» قيل هي لمحمود بن عبيد الله ابن تاج الشريعة مؤلف الوقاية.

وخرج أحاديثه الإمام محيي الدين عبد القادر بن محمد القرشي المتوفى بسنة ٧٧٥ وسماه «العناية بمعرفة أحاديث الهداية».

وكذا خرج أحاديثه الإمام العالم الناقد الحافظ شيخ الإسلام جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢.

وللهداية شروح كثيرة أخرى، ومن أحسن هذه الشروح وأعظمها نفعاً وأوسعها علماً كتاب «فتح القدير» للإمام العلامة المحقق المدقق كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٧٦١ إلا أنه وافته المنية قبل أن يتمه حيث وصل إلى باب الوكالة. وقد أتمه العلامة الشيخ شمس الدين أحمد بن قوزد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٩٨، وسماه «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» وللشيخ علي القاري نزيل مكة حاشية على «فتح القدير» في مجلدين. وللإمام إبراهيم بن محمد الحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ مختصر في مجلد واحد. والله ولي التوفيق.

المنهج العلمي

أولاً: تخريج الأحاديث الواردة فيه من غير تطويل ممل ولا اختصار مخل.

ثانياً: حكمت على الأحاديث وذلك تسهيلاً على الطالب واختصاراً لوقته من البحث والنظر. هذا إن كان عنده أهلية لذلك. فصدرته بقولي: حسن ـ صحيح ـ ضعيف. الخ.

وقد تجردت في تخريجي للأحاديث من كوني حنفي المذهب وصرفت همتي لخدمة حديث رسول الله ﷺ فحسب.

ثالثاً: اعتمدت في تخريج الأحاديث والحكم عليها في الدرجة الأولى على كتاب «نصب الراية بتخريج أحاديث الهداية» للإمام الحافظ الحجة الثقة جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي نسبة إلى ـ زيلع ـ بلدة على ساحل الحبشة.

فقد كان ثبتاً منصفاً صادقاً مع الله عز وجل في تخريج أحاديث الهداية وقد رأيته قد تجرد عن كونه حنفي المذهب وصرف همته إلى بيان أحاديث رسول الله ﷺ.

وكذلك كتاب الدراية في اختصار نصب الراية للحافظ ابن حجر أيضاً.

وكذلك اعتمدت على كتاب «تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير» للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر المتوفى سنة ٨٥٢.

وكذلك كتاب الجوهر النقي في التعليق على سنن البيهقي للإمام المحدث علاء الدين بن علي المارديني الشهير بابن التركماني. المتوفي سنة ٧٤٥. وهناك كتب ومراجع ومصادر أخرى يأتي ذكرها في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى.

رابعاً: تخريج الآيات بذكر السورة ورقم الآية وذلك ضمن الشرح.

خامساً: شرح بعض المفردات الغريبة أحياناً.

ترجمة المرغيناني صاحب الهداية

هو الإمام علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني كان إماماً محدثاً مفسراً متقناً زاهداً له اليد الطولى في الفقه والخلاف.

شيوخه: منهم الإمام أبو حفص عمر النسفي والصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازه وضياء الدين محمد بن الحسين البنديجي وعمرو بن عثمان البيكندي وقوام الدين أحمد بن عبد الرشيد البخاري.

أقرانه: الإمام فخر الدين قاضيخان والصدر محمود بن أحمد بن العزيز والشيخ زين الدين محمد بن عمر العتابي وظهير الدين محمد بن أحد البخاري صاحب الفتاوى الظهيرية.

تلامذته: تفقه عليه أولاده محمد وعمر وكذا شمس الأئمة الكردري وجلال الدين الأسروشني.

تصانيفه: بداية المبتدىء وشرحه في الهداية. والمنتقى والتجنيس والمزيد ومناسك الحج ومختارات النوازل وكتاب في الفرائض وغير ذلك. اهـ باختصار من الفوائد البهية للعلامة اللكنوي. ص ١٤١ ـ ١٤٢. توفي المرغيناني سنة ٥٩٣.

ترجمة الكمال ابن الهمام

هو الإمام العالم المحدث اللغوي اللغوي الفقيه محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي كان والده قاضياً بسيواس من بلاد الروم ثم قدم القاهرة وتولى فيها القضاء. ولد سنة

٧٨٨ فاشتغل بعدما ترعرع على أبيه وعلماء بلده ثم قرأ الهداية على الإمام سراج الدين الشهير بقاري الهداية، وكان إماماً نظّاراً فارساً في البحث أصولياً محدثاً مفسراً نحوياً له تصانيف معتبرة من أهمها شرح الهداية المسمى بفتح القدير وكذا التحرير في الأصول وغير ذلك.

تلامذته: أخذ عنه شمس الدين محمد الشهير بابن أمير حاج الحلبي، ومحمد بن محمد بن الشحنة وسيف الدين بن عمر بن قطلوبغا وغيرهم.

(قال الجامع): قد طالعت من تصانيفه «فتح القدير» من ابتدائه إلى كتاب الوكالة وهو مبلغ تأليفه وتحرير الأصول والمسايرة في العقائد وزاد الفقير مختصر في مسائل الصلاة ورسالة في إعراب - سبحان الله وبحمده - وكلها مشتملة على فوائد قلما توجد في غيرها وقد سلك في أكثر تصانيفه لا سيما فتح القدير مسلك الإنصاف متجنباً التعصب المذهبي والاعتساف إلا ما شاء الله.

وقال السيوطي في ترجمته في «البغية» ولد سنة تسعين وسبعمائة وتفقه بالسراج قاري الهداية، وانتفع به وبالمحب ابن الشحنة. وأخذ العربية عن الجمال الحميدي والأصول على البساطي والحديث على أبي زرعة العراقي وتقدم على أقرانه وبرع في العلوم فكان علامة في الفقه والأصول والنحو والصرف والمعاني والبيان محققاً جدلياً وكان له نصيب من الأحوال والكرامات وكان تجرد أولاً بالكلية فقال له أهل الطريق ارجع فإن الناس بحاجة إلى علمك. وكان أفتى بُرهةً من عمره. مات يوم الجمعة سابع رمضان سنة إحدى وستين وثمانمائة اهـ ملخصاً من كتاب الفوائد البهية للعلامة اللكنوي.

فائدة: جاء في الفوائد البهية: واعلم أنهم قسموا أصحابنا إلى ست طبقات:

الأولى: طبقة المجتهدين في المذهب كأبي يوسف ومحمد وغيرهما من أصحاب أبي حنيفة القادرين على استخراج الأحكام من القواعد التي قررها الإمام.

الثانية: طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب كالخصاف والطحاوي والسرخسي والحلواني والبزدوي وغيرهم وهم لا يقدرون على مخالفة إمامهم في الفروع والأصول لكنهم يستنبطون الأحكام التي لا رواية فيها على حسب الأصول.

الثالثة: طبقة أصحاب التخريج القادرون على تفصيل قول مجمل وتكميل قول محتمل من دون القدرة على الاجتهاد.

الرابعة: طبقة أصحاب الترجيح كالقدوري وصاحب الهداية القادرون على تفضيل بعض الروايات على بعض بحسن الدراية.

الخامسة: طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين القوي والضعيف والمرجح والسخيف.

السادسة: من دونهم الذين لا يفرقون بين الغث والسمين والشمال واليمين اهـ اللكنوي.

هذا وأسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يتقبل هذا العمل وأن يجعله ذخراً لي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم وأن يغفر لي ولوالدي وللمسلمين أجمعين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وكتبه: عبد الرزاق المهدي

دمشق الشام ١٤١٤هـ ١٩٩٣م

المراجع والمصادر

١ - صحيح البخاري: بترقيم فؤاد عبد الباقي طبع دار المعرفة.
٢ - صحيح مسلم: بترقيم فؤاد عبد الباقي طبع دار إحياء التراث العربي.
٣ - سنن أبي داود. بترقيم محيي الدين عبد الحميد طبع دار إحياء السنة النبوية.
٤ - سنن الترمذي بترقيم أحمد شاكر ثم فؤاد عبد الباقي ثم إبراهيم عطوة عوض. طبع. إحياء التراث العربي
٥ - سنن النسائي جزء وصفحة. طبع. دار القلم.
٦ - سنن ابن ماجه بترقيم فؤاد عبد الباقي طبع دار الفكر.
٧ - سنن الدارمي جزء وصفحة طبع دار الفكر.
٨ - مسند أحمد جزء وصفحة. طبع دار صادر.
٩ - مسند الطيالسي بترقيم دار الباز طبع دار المعرفة.
١٠ - صحيح ابن حبان بترقيم شعيب الأرناؤوط طبع مؤسسة الرسالة.
١١ - مستدرك الحاكم جزء وصفحة طبع دار المعرفة.
١٢ - سنن الدارقطني طبع مكتبة المتنبي.
١٣ - سنن البيهقي طبع دار الفكر.
١٤ - موطأ الإمام مالك بترقيم فؤاد بعد الباقي طبع دار الكتب العلمية.
١٥ - مسند الشافعي طبع دار الكتب العلمية.
١٦ - مجمع الزوائد طبع دار الكتاب العربي.
١٧ - مسند الفردوس للديلمي طبع دار الكتب العلمية.
١٨ - الكامل لابن عدي طبع دار الفكر.
١٩ - العلل المتناهية لابن الجوزي طبع دار الكتب العلمية.
٢٠ - سيرة ابن هشام طبع دار المكتبة التوقيفية.
٢١ - المنتقى لابن الجارود بترقيم عبد الله عمر البارودي طبع دار الجنان.
٢٢ - المطالب العالية لابن حجر بترقيم حبيب الرحمٰن الأعظمي طبع دار المعرفة.
وهناك مراجع ومصادر حديثية أخرى.

والمراجع اللغوية المعتمدة في هذا العمل.

١ - القاموس المحيط طبع دار الفكر.
٢ - مختار الصحاح للرازي طبع دار الكتاب العربي.
٣ - المغرب للمطرّزي طبع مكتبة أسامة بن زيد.
٤ - المصباح المنير للفيومي طبع دار الفكر.

كتب الرجال المعتمدة

١ - الجرح والتعديل للرازي.
٢ - الكامل في الضعفاء لابن عدي.
٣ - الضعفاء للعقيلي.
٤ - المجروحون لابن حبان.

٥ - ميزان الاعتدال للذهبي.
٦ - لسان الميزان لابن حجر.
٧ - تقريب التهذيب لابن حجر.
٨ - الضعفاء والمتروكون لابن الجوزي.

الكتب المعتمدة في الحكم على الحديث

١ - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للإمام الحافظ جمال الدين الزيلعي رحمه الله.
٢ - الدراية في تلخيص نصب الراية لابن حجر.
٣ - تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير لابن حجر.
٤ - العلل المتناهية في الأحاديث الواهية لابن الجوزي.
٥ - العلل لابن أبي حاتم الرازي.

وغير ذلك من المراجع والمصادر. هذا والله أسأل أن يتقبل عملي هذا إنه خير سميع وخير مجيب. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. وكتبه: عبد الرزاق المهدي.

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الأول

المحتوى
كتاب الطهارات - كتاب الصلاة

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م ـ ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه، وأظهر شعائر الشرع وأحكامه، وبعث رسلاً وأنبياء صلوات الله

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين على ما ألهم وعلم من العلم ما لم نعلم، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد النبيّ الأكرم، المبعوث إلى سائر الأمم بالشرع الأقوم والمنهج الأحكم، ﷺ.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا في البداية لمعرفة الهداية، ورعانا بعين العناية في النهاية عن الجهل والغواية، وجعلنا ممن آمن بما أنزل واتبع الرسل ووفق للدراية، وخصنا بأهلية الشهادة على الأمم بفضل منه وكمال الرعاية. أحمده على إفاضة حكمه، وأشكره على سوابغ نعمه، وأصلي على من اصطفاه الله للرسالة، فكان خازنا على وحيه حامياً أميناً، وحباه بمعرفة أم الكتاب معدن الأنوار والأسرار فكان إماماً حاوياً مبيناً، محمد المبعوث إلى الأسود والأحمر بالكتاب العربي المعجز المنوّر، وعلى آله وأصحابه القائمين بنصرة الدين القويم الأزهر، والصفوة المجتهدين من أمته الوارثين لعلمه العزيز الأنور.

يقول العبد الفقير إلى رحمة ربه الحفي، محمد بن محمود بن أحمد الحنفي، غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي:

[أما بعد] فإن كتاب الهداية لمئنة الهداية، لاحتوائه على أصول الدراية وانطوائه على متون الرواية، خلصت معادن ألفاظه من خبث الإسهاب، وخلت نقود معانيه عن زيف الإيجاز وبهرج الإطناب، فبرز بروز الإبريز مركباً من معنى وجيز، تمشت في المفاصل عذوبته، وفي الأفكار رقته، وفي العقول حدّته، ومع ذلك فربما خفيت جواهره في معادنها، واستترت لطائفة في مكامنها، فلذلك تصدّى الشيخ الإمام والقرم الهمام، جامع الأصل والفرع مقرر مباني أحكام الشرع، حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه وجعل الجنة مثواه، لإبراز ذلك والتنقير عما هنالك، فشرحه شرحاً وافياً وبين ما أشكل منه بياناً شافياً، وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق، واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق، لكن وقع فيه بعض إطناب، لا بحيث

بسم الله الرحمٰن الرحيم

الحمد لمن لا غاية لعنايته الأزلية، ولا نهاية لهدايته العلية، والشكر لمن أرسل النبي الصفي الأمين، فأظهر الشرع البهي المبين، وأكمل الدين الحنيفي المتين، محمد المبعوث بالمعجز الجلي، عليه صلاة الله الملك العلي، صلاة يتكثر عددها ويتوفر مددها، ما صاح في الغمام رعد ولاح في الظلام سعد، وعلى آله وأحبابه وذرياته وأصحابه الذين هم كالنجوم في الدجا، فمن اقتدى بهم فقد سعد ونجا.

وبعد: فإن العبد الفقير إلى عناية الله الملك المستعان المدعو بعبد الرحمٰن يقول: أيها الأخوان هذا نبذ من فوائد الأستاذ النافع والسعد البارع والسيد المتواضع: أعني المغفور السعيد والمبرور الشهيد سعد بن عيسى بن أمير خان، أفاض الله عليهم ينابيع الرحمة والغفران، وهو الإمام الموثوق به في روايته، والهمام المعول عليه في درايته، له فضل شامخ في عرفان كل الصناعة، وقدم راسخ في ميدان البلاغة والبراعة، وقد انعقد الإجماع على تبحره وتعمقه، واتفق الآراء على تمهره وتفوقه، يقدمه بالطوع من هو عاقل، ويقدمه بالطبع من هو فاضل، وكيف لا فإن ذلك الأستاذ من حداثة سنه إلى زمان شيبه بل إلى قضاء نحبه، صرف عمره الشريف إلى مدراسة العلم النافع وممارسة كتبه وكتبه، فدانت له رقاب المعضلات ولانت صعاب المشكلات، حتى شاهدنا مراراً أنه عرض له المرض المؤدي

عليهم أجمعين، إلى سبل الحق هادين، وأخلفهم علماء إلى سنن سننهم داعين، يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك

[وبعد] فهذا تعليق على كتاب الهداية للإمام العلامة برهان الدين أبي الحسن عليّ بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني: شيخ الإسلام، أسكنه الله برحمته دار السلام، شرعت في كتابته في شهور سنة تسع وعشرين

أن يهجر لإجله الكتاب، ولكن يعسر استحضاره وقت إلقاء الدرس على الطلاب، وكانوا يقترحون عند المذاكرة أن أختصره على ما يحتاج إليه حلّ ألفاظ الهداية وبيان مبانيه، ويحصل به تطبيق الأدلة على تقرير أحكامه ومعانيه، وكنت أمتنع عن ذلك غاية الامتناع وأسوّفهم من الأعوام مثنى وثلاث ورباع، وكان امتناعي يزيدهم غراماً وتسويفي يفيدهم هياماً، فلم نزل على هذا المنهاج حتى أصبحوا ظاهرين بالحجاج، فاستخرت الله تعالى وأقدمت على هذا الخطب الخطير، وتضرعت بضراعة الطلب إلى العالم الخبير في استنزال كلاءته عن الزلل في التحرير والتقرير، وجمعت منه ومن غيره من الشروح ما ظننت أنه مما يحتاج إليه ويكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه، وأشرت إلى ما يتم به مقدمات الدليل وترتيبه، ولم آل جهداً في تنقيحه وتهذيبه، وأوردت مباحث لم أظفر عليها في كتاب، ولم تصل إليّ عن أحد لا برسالة ولا خطاب، بل كان خاطري أبا عذره ومقتضب حلوه ومره. وسميته(العناية) لحصوله بعون الله والعناية، وسألت الله أن ينفع به كما نفع بأصله، إنه أكرم مسؤول وأعزّ مأمول.

ثم إني أروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة إمام الهدى معدن التقى، فريد عصره ووحيد دهره، قدوة العلماء عمدة الفضلاء، قوام الحق والملة والدين الكاكي قدّس الله روحه ونوّر ضريحه، وهو يرويه عن شيخيه العلامتين الإمامين الهمامين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف ومولانا حسام الدين حسين السغناقي صاحب النهاية، برّد الله مضجعهما ونوّر بفضله وكرمه مهجعهما، وهما يرويانه عن الشيخ الكبير السالك الناسك البارع الورع التقي النقي أستاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير، وعن قطب المجتهدين وقدوة المحققين وأسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة، وهما يرويانه عن أستاذ أئمة الدنيا مظهر كلمة الله العليا شمس الأئمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه، وهو يرويه عن شيخه شيخ شيوخ الإسلام حجة الله على الأنام، مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والأيام، المخصوص بالعناية صاحب الهداية، غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا وأثابنا الجنة رحمته وختم لنا بخير في عافية أجمعين، إنه أرحم الراحمين.

قال المصنف رحمه الله (**الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه**) اللام في الحمد للجنس، ويجوز أن يكون لاستغراق الجنس، وجعله للاستغراق عند أهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على أن العباد خالقون لأفعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحاً ليس بواضح، لأن من أهل السنة من جعله للعهد: أعني الذهني، وصاحب الكشاف جعله للجنس. والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل، فقولنا هو الوصف كالجنس، وقولنا بالجميل أخرج ما ليس كذلك، وقولنا على جهة التفضيل أخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم، والكلام في اسم الجلالة من كونه منقولاً أو مرتجلاً مشتقاً أو غيره علماً أو غيره ليس مما يهمنا الآن، ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل أحد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ أو جميع أفراد ذلك ثابت لله تعالى بالاختصاص، وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى محموداً صدر الحمد من حامد أو لا. والمعالم جمع معلم وأراد به أصول الشرع لكونها مدارك العلم الشرعي، والأعلام علماؤه، والشعائر جمع شعيرة، قيل والمراد بها ما يؤدي من العبادات على سبيل الاشتهار كالأذان والجمعة وصلاة العيد والأضحية. والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع، ويكون من قبيل إقامة المظهر مقام المضمر أو بمعنى الشريعة، يقال شرع محمد ﷺ كما يقال

إلى الضعف والحرض، لم يترك شيئاً من درسه واشتغاله، ولم يلتفت إلى مرضه وضعف حاله، بل اعتاد ذلك التحرير أن يدفع بالتحرير مرضه، ويرفع بملاحظة غوامض التفسير عرضه، ولا يخفى على أحد أن هذه المرتبة نهاية مراتب السعي والاهتمام، بل هي ملكة مخصوصة بذلك الأستاذ الهمام، فوضح دليل تفرده وعلو شانه، واتضح برهان تفوقه وسمو مكانه:

وقد صار سعداً بارعاً متفرداً ... ولم ألق في الدنيا له من مضارع
تواضع بالإخلاص للناس نافعاً ... فعز وأمسى سيداً بالتواضع

الاجتهاد، مسترشدين منه في ذلك وهو وليّ الإرشاد، وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل

وثمانمائة عند الشروع في إقرائه لبعض الإخوان، أرجو من كرم الله سبحانه أن يهديني فيه صوب الصواب، وأن

شريعة محمد. وأحكام الشرع هي الحلّ والحرمة والصحة والفساد وغيرها، وحمل الشعائر على الأسباب والعلل والشروط والعلامات أنسب للأحكام، ويكون إشارة إلى براعة الاستهلال، فإن كتابه هذا مشتمل على الأحكام مبينة بذلك. قال (ويعث رسلاً وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين) قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما الصلاة والسلام. والنبي هو الذي ينبىء عن الله تعالى وإن لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر. وقوله(هادين) أي مبينين طرق الحق والصواب. واعترض على المصنف رحمه الله بأنه ترك ذكر محمد ﷺ مع كونه الأصل المحتاج إلى ذكره. وأجيب بأن

إلا أن ذلك الأستاذ لم يرتب ما زبره من التصرفات الشريفة والاعتراضات اللطيفة في تطبيق الدلائل وتوفيق المسائل، ولم يبوب ما استنبطه من القواعد المفيدة المتعلقة بالعلوم العربية، وما التقطه من الفوائد العديدة اللازمة في الفنون الأدبية، بل اكتفى بالكتب على هوامش كتبه المتفرقة بخطه الجميل وتحريره الجزيل، لكن سلك في تحرير أكثر المباحث مسلك صنعة الإيجاز فأعجز الناظرين، وفي بعضها مشى على طريقة الإطناب فأورث التعجب للماهرين، وفي كلتا الصنعتين فائق لا يمس عذاره وسابق لا يحس عثاره، ثم ابتلى المرحوم بخدمة الفتوى فصرف عنان عزمه الأعلى إلى جمع ما حرره على هوامش كتبه، وشرع في جمع ما كتبه على تفسير الإمام العلامة والتحرير الفهامة: أعني القاضي البيضاوي، فيسر الله تعالى إتمامه في حياته بالخير سالماً من المانع السماوي، فصار تأليفاً شريفاً دقيقاً، وتصنيفاً لطيفاً أنيقاً، بحيث تواتر حديث مسلسل لطافته وعموم نفعه، فاشتهر وانتشر حتى حل عند الفضلاء محل سويداء البصيرة وسواد البصر، وبعد ذلك لم يساعد عمره الشريف إلا قليلاً، فانتقل إلى جوار الملك الغفار، على مقتضى أن الكرام قليلة الأعمار، ودفن في الحرم الشريف لأبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه وعليه رحمة الباري، وبعد ذلك لم يمكث خلفه النجيب، وانتقل أيضاً إلى جوار الملك المجيب في دار السلطنة العلية قسطنطينية المحمية، ولم يبق للأستاذ المغفور خلف آخر من الذكور، فذهب أكثر نفائس كتبه أيدي سبا، بحيث أمسى كل أحد متأسفاً ومتعجباً. ومن أعجب اتفاق الدهر أن الفقير في ذلك العصر وجد مقيداً بقضاء دار النصر: أعني بلدة أدرنه، حميت عن البلية والفتنة، ولذلك لم أقدر على تملك ورق من الأوراق البالية، فضلاً عن تملك كتاب من كتبه المصححة الغالية، ثم يسر الله لنا الوصول إلى دار السلطنة المذكورة بالركاب الأعلى، فتفحصت عن كتب المرحوم في مظانها مرة بعد أخرى، فوجدت من كتبه كتاب العناية للهداية في يد بعض الورثة، فأخذت ذلك الكتاب بطريق الابتياع حذراً عن تملك الغبي المناع من الانتفاع، ثم وجدت من كتبه كتاب الهداية في سلك ملك بعض الأعيان، فسألت منه ذلك الكتاب بطريق العارية فأرسله إلي بلا امتنان، فلما يسر الله الفوز بهذين الكتابين اللذين صرف الأستاذ أكثر عمره إلى تحشيتهما بحيث صار كل منهما نتيجة عمره وثمرة سنه وقرة عينه وجلاء حزنه، قوي عزمي على عطف أعنة الكلام، وصفا حزمي لصرف أسنة الأقلام إلى جمع ما نثره ونشر ما زبره، أداء لحقه الذي تضاعف عليّ وترادف إلي من ألطاف أعطافه وأصناف ألطافه، فإنه عرفني في محافل الصدور بالتفوق والاستحقاق، وشرفني في منازل الوزراء بالشهادة على لياقتي بالمراتب العلية على الإطلاق، حتى لم يبق من المنصب الجليل بعون رب التوفيق إلا وصلت إليه بلا مقارنة الطلب، ولم يبق من الشرف الجزيل في تكميل الطريق إلا حصل لي من غير معاينة التعب، وما هذا إلا بميامن حسن تربيته ودعائه، وبمحاسن إطرائه في مدحه وثنائه:

وما كنت أقضي بعض واجب حقه ... ولا كنت أحصي من محاسنه عشرا

فلما تأكد علي بمقتضى هذه الحقوق المذكورة وجوب إشاعة غرر فوائد فضله المكنون المهجور، وإذاعة درر فرائد نبله المستور في هوا ش الأوراق وخلال السطور، شرعت في جمع ما كتبه على هوامش الهداية وشرح أكمل الدين، وأسرعت إلى تكميله وتتميمه بالتدوين، لئلا يتطرق على أصل النسخة أيدي السراق بتبديل الأجزاء أو بقطع الأوراق، فيسر الله الملك القدير إتمام تحريره في الزمان اليسير، فصار كتاباً فائقاً ممتازاً من سائر الحواشي بجزالة كلامه وتجرد تراكيبه عن التعقيد والغواشي، حاوياً على ثلاثة آلاف من النقض والإبرام، سوى التصرفات المتعلقة برفع الإبهام، ودفع الأوهام الناشئة من مخالفة الكلام ومدافعة المرام.

ثم اعلم أنه إذا ذكر قال «المصنف بالأحمر» فالمراد منه صاحب الهداية، وإذا ذكر «قوله بالأحمر» فالمراد منه الشارح أكمل الدين، وإذا ذكر «أقول» فالمراد منه الأستاذ المرحوم سعد الملة والدين، وأما سائر الشراح والمؤلفين رحمة الله عليهم أجمعين، يذكر إن شاء الله تعالى بقيد يزيل الاشتباه ويفيد الانتباه، ثم إن العبد الفقير الأواه، الآنس بمولاه، الآيس عمن سواه يقول: هذا أوان شروعي فيه متوكلاً

جلي ودقيق غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع، والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع، واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد، والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال، وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ، وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدى أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحاً أرسمه بكفاية المنتهى، فشرعت فيه والوعد يسوّغ بعض

يجمع فيه أشتات ما تفرق من لب اللباب، ليكون عدّة لطالبي الرواية، ومرجعاً لصارفي العناية في طلب الهداية، وإياه سبحانه أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وموجباً لرضاه الموصل إلى جنات النعيم. هذا: وإني كنت قرأت تمام الكتاب سنة ثمان عشرة أو تسع عشرة على وجه الاتقان والتحقيق على سيدي الشيخ الإمام بقية المجتهدين وخلف الحفاظ المتقنين سراج الدين عمر بن على الكناني الشهير بقارىء الهداية، تغمده الله برحمته وأسكنه بحبوحة جنتة، وهو قرأه على مشايخ عظام من جملتهم الشيخ الإمام شيخ الإسلام علاء الدين السيرامي،

المراد بالرسل والأنبياء محمد عليه الصلاة والسلام لكن جمعه تعظيماً له وإجلالاً لقدره وهو محتمل. وقوله (داعين) كقوله هادين في كونه صفة مادحة. وقوله (يسلكون) يجوز أن يكون صفة لعلماء وأن يكون حالاً لاتصافه أوّلاً بداعين، والنكرة الموصوفة جاز أن يقع عنها الحال متأخراً، وأن يكون استئنافاً كأن قائلاً قال: كيف دعوتهم إلى سنن سننهم؟ فقال: يسلكون فيما لم يؤثر عنهم: أي لم يوجد عنهم مأثور: أي مروياً مسلك الاجتهاد، وفيه بيان أنهم لا يخرجون عن المأثور منهم إذا وجدوه، وأنهم متبعوهم على الدوام لأنهم إن وجدوا مأثوراً عنهم عملوا به واتبعوهم فيه، وإن لم يجدوا تبعوهم في طريقهم إذا لم يوح إليهم وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي، وقد قررنا شروطه وحكمه في التقرير. وقوله (مسترشدين) حال من ضمير يسلكون، وأراد بأوائل المستنبطين أبا حنيفة وأصحابه رحمهم الله بدليل قوله حتى وضعوا مسائل من كل جليّ ودقيق. فإنهم الذين تولوا تمهيد قواعد المسائل الفقهية الشرعية وتبيينها، والمراد بالجلي المسائل القياسية لظهور إدراكها غالباً، وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء إدراكها. قيل ما وضعه أصحابنا من المسائل الفقهية هو ألف ألف ومائة ألف وسبعون ألفاً ونيف مسألة. وقوله (غير أن الحوادث) منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا، وهو جواب عما يقال إذا كان أوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جليّ ودقيق فأيّ حاجة تدعو إلى الاستنباط والتصنيف، ووجهه أنهم وإن وضعوا ذلك إلا أن الحوادث (متعاقبة الوقوع، والنوازل) أي الواقعات (يضيق عنها نطاق الموضوع) والنطاق هو المنطقة استعير هنا للأجوبة المنقولة عن السلف في الفتاوى. والاقتناص الاصطياد، والشوارد جمع شاردة وهي الآبدة، والقبس شعلة من نار، يقال اقتبست منه ناراً واقتبست منه علماً: أي استفدته، والموارد جمع المورد، استعار الشوارد للأحكام المستخرجة من الأصول بالاستنباط بجامع عسر الوصول إلى المقصود، واستعار الموارد للأصول باعتبار أنها محل الوصول: يعني كما أن اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية من الأصول: أي الكتاب والسنة والإجماع بالاعتبار، وبين أن الاعتبار ليس صنعة كل أحد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية. وقوله (وبالوقوف على المآخذ) خبر ثان لقوله والاعتبار بالأمثال، وقوله (يعض عليها) حال من الضمير في الخبر ومعناه: وقياس الأحكام على نظائرها إنما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو بالوقوف على المآخذ حال كونها يعض عليها بالنواجذ: يعني إذا كان الوقوف بإحكام وإتقان. ثم قوله غير أن الحوادث الخ اعتذار عن الشروع في التصنيف وقوله (والاعتبار بالأمثال) إن كان ذكره هضماً لنفسه عن مرتبة التصنيف كان معناه والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على المآخذ ولست منهم ولا حصل لي ذلك ولكن كان قد جرى عليّ الوعد في مبدإ بداية المبتدى أن أشرحها شرحاً أرسمه

على الله، ومستعيناً بعناية الملك الإله.

قوله: (والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع، ويكون من قبيل إقامة المظهر موضع المضمر) أقول: هذه الإقامة على تقدير أن يكون بمعنى الشارع قوله: (وأجيب بأن المراد بالرسل والأنبياء محمد عليه الصلاة والسلام لكن جمعه تعظيماً له وإجلالاً لقدره وهو محتمل اهـ كلامه) أقول: بعيد غاية البعد بعد التأكيد بأجمعين قوله: (وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكون) أقول: إن كان يسلكون حالاً يكون مسترشدين من الأحوال المتداخلة قال المصنف: (نطاق الموضوع) أقول: من قبيل لجين الماء.

المساغ، وحين أكاد أتكي عنه اتكاء الفراغ، تبينت فيه نبذاً من الإطناب وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب، فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية. أجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية، تاركاً للزوائد في كل باب، معرضاً عن هذا النوع من الإسهاب، مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها فصول،

وهو عن شيخة السيد الإمام جلال الدين شارح الكتاب، وهو عن شيخه قدوة الأنام، بقية المجتهدين علاء الدين عبد العزيز النجاري صاحب الكشف والتحقيق، وهو عن الشيخ الكبير أستاذ العلماء حافظ الدين النسفي، وهو عن

بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوّغ بعض المساغ لئلا أكون ممن إذا وعد أخلف، وإنما قال بعض المساغ لأن الوعد بالتبرع غير موجب، وإنما هو مجوّز حيناً، وإلى هذا المعنى: أعني كونه هضماً لنفسه ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله، وإن كان ذكره لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وأنا منهم هم رجال ونحن رجال، وحصل الوقوف لنا على المآخذ بالاتقان كما حصل لهم فجاز لنا الاعتبار، والحال أنه قد جرى على الوعد وهو مما يسوّغ بعض المساغ: يعني منفرداً عن صلاحية الواعد للإتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة. وقوله (وحين أكاد أتكيء عنه اتكاء الفراغ) قيل عدّى الاتكاء بعن وإن كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ، وردّ بأن معناه حينئذ يكون وحين أكاد أفرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد، والصحيح أن عنه صلة الفراغ قدم عليه رعاية للسجع. وقوله (تبينت) أي علمت، والنبذ الشيء القليل. وقوله (فصرفت العنان والعناية) يعني عنان الخاطر وعناية القلب، وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن. وقوله (أجمع) يجوز أن يكون حالاً من ضمير صرفت ويجوز أن يكون صفة شرح، وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء رحمهم الله، فإن عين الشيء خياره ومتون الدراية المعاني المؤثرة والنكات المتينة. وقوله في كل باب: يعني من الرواية والدراية. وقوله (عن هذا النوع) إشارة إلى الذي وقع في كفاية المنتهى وخاف أن يهجر لأجله الكتاب. والإسهاب هو الإطناب، وهو التكلم بأزيد من متعارف الأوساط. وقوله (مع ما أنه) دفع لما يتوهم أنه لما وقع موجزاً خلا عن الأصول والفصول فكان أولى بالهجر من الأول فقال ليس هو كذلك بل هو مع كونه خالياً عن الإطناب مشتمل على أصول ينسحب عليها فصول، وهو كما قال جزاه الله عن الطلبة خيراً يطلع على ذلك من خدم كتابه حق خدمته، فما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط بكل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسد البيع، فإن في كل قيد منه احترازاً عما يضاده وجمعاً لما يوافقه. وقوله (لإتمامها واختتامها) الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين. وقوله (حتى إن من سمت) متصل بتاركاً للزوائد أو بصرفت، وسمت بمعنى علت، والمزيد مصدر كالزيادة (ومن أعجله الوقت) بمعنى عجله: أي استحثه، وإسناده إلى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لأبي فراس، وقبله:

عليّ لربع العامرية وقفة ... ليملي عليّ الشوق والدمع كاتب
ومن عادتي حب الديار لأهلها ... وللناس فيما يعشقون مذاهب

قوله: (وقوله وحين أكاد أتكيء عنه اتكاء الفراغ. قيل عدى الاتكاء بعن وإن كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ، ورد بأن معناه حينئذ يكون وحين أكاد أفرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح أن عنه صلة الفراغ قدم رعاية للسجع) أقول: معمول المصدر لا يتقدم عليه على ما نص عليه في كتب النحو، ثم أقول: قد كتب في هامش كتابي ما هو صورته: ويمكن أن يقال على تقدير تضمين معنى الفراغ ليس معنى التركيب ما ذكره هذا الراد بل معناه أكاد أتكيء فارغاً عنه اتكاء الفراغ. ألا يرى إلى قول صاحب الكشاف عند قوله تعالى ﴿ولتكبروا الله على ما هداكم﴾ وإنما عدى فعل التكبير بحرف الاستعلاء لكونه متضمناً معنى الحمد كأنه قيل: ولتكبروا الله حامدين على ما هداكم، حيث أبقى الفعل المتضمن على حاله وأبرز المضمن حالاً وجعل الجار متعلقاً به، فكذا يقدر ما نحن فيه ولا يلزم فساد التركيب اهـ. فأقول: أو معناه أكاد أفرغ عنه متكئاً اتكاء الفراغ على أن يكون المضمن فيه حالاً وهو أكثر وأقيس صرح به السيد في حواشي شرح المفتاح (قال المصنف ينسحب) أقول: أي ينجر قوله: (وقوله حتى إن من سمت متصل بتاركاً للزوائد أو بصرفت) أقول: ويجوز أن يكون غاية للتوفيق أو لسؤاله على تقدير تثنية الضمير قوله: (ومن أعجله الوقت بمعنى عجله) أقول: أي حمله على العجلة قوله: (وإسناده إلى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار) أقول: الأولى كأنبت الربيع البقل قوله: (والشعر لأبي فراس، وقبله:

علي لربع العامرية وقفة ... ليملي علي الشوق والدمع كاتب)

وأسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها، ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها، حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر، ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر. * وللناس فيما يعشقون مذاهب * والفن خير كله. ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني، فافتتحته مستعيناً بالله تعالى في تحرير ما أقاوله متضرعاً إليه في التيسير لما أحاوله، إنه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

شيخه الإمام شمس الدين محمد بن علي بن عبد الستار بن محمد الكردري، وهو عن شيخه شيخ مشايخ الإسلام حجة الله تعالى على الأنام المخصوص بالعناية صاحب الهداية، فهذا طريق العبد الضعيف في هذا الكتاب، وقرأته قبله من أوّله إلى فصل الوكالة بالنكاح أو نحوه على قاضي القضاة جمال الدين الحميدي بالإسكندرية، وبها قرأت بعضه أيضاً على الشيخ زين الدين المعروف بالإسكندري الحنفي بقية المجتهدين والمحققين تغمدهم الله برحمته أجمعين.

ولما جاء بفضل الله ورحمته أكبر من قدري بما لا ينتسب بنسبة، علمت أنه من فتح جود القادر على كل شيء، فسميته ولله المنة[فتح القدير للعاجز الفقير ولا حول ولا قوّة إلا بالله العلي العظيم].

(والفن خير كله)أي هذا الفن وهو علم الفقه كله خير، فإن شئت فارغب في الأقصر والأخصر حفظاً وتحصيلاً وإن شئت في الأطول والأكبر كشفاً وتأصيلاً. وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في أي نوع شئت، وهو كلام صحيح لكن لا تقريب له هنا، والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية، وكأنه بعد صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى سأله أخوانه الإملاء عليهم فافتتح مستعيناً بالله في تحرير: أي تقويم ما يقاوله وتلخيصه. وفي لفظ المفاعلة مزيد مزاولة ومقاساة ليس في القول. وحاولت الشيء أردته، ويقال فلان جدير بكذا: أي خليق به. روي أن صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلاث عشرة سنة وكان صائماً في تلك المدة لا يفطر أصلاً، وكان يجتهد أن لايطلع على صومه أحد، فإذا أتى خادم بطعام يقول خله ورح، فإذا راح كان يطعمه أحد الطلبة أو غيرهم، فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركاً مقبولاً بين العلماء.

أقول: أي يجب عليّ، فإن كان هذا إخباراً عن الوجوب كان من عادتي عطفاً عليه أو اعتراضاً أو حالاً عن المجرور في علي، وإن كان إنشاء وإيجاباً على نفسه فالظاهر أنه اعتراض أو حال (قوله

ومن عادتي حب الديار لأهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب)

أقول: وللناس يحتمل العطف على من عادتي والاعتراض والحالية، وما في قوله فيما يعشقون مصدرية أو موصولة قال المصنف: (والفن) أقول: أي الفقه أو العلم الذي هو فن من فنون الكمالات قال المصنف: (خير كله) أقول: مطنبه أو موجزه قال المصنف: (فافتتحته) أقول: أي المجموع الثاني أو إملاءه قال المصنف: (ما أقاوله) أقول: أي أقول: قال المصنف لما أحاوله. أقول: المحاولة طلب الشيء بحيلة.

كتاب الطهارات

قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ الآية.

كتاب الطهارات

جمعها على إرادة الأنواع باعتبار متعلقها من الحدث والخبث، وآلتها من الماء والتراب، وسبب وجوبها قيل الحدث والخبث. ورد بأنهما ينقضانها فكيف يوجبانها، وقد يقال: لا منافاة بين نقضهما شرعاً الصفة الحاصلة عن تطهير سابق وإيجاب تطهير آخر مستأنف. والأولى أن يقال: السببية إنما تثبت بدليل الجعل لا بمجرد التجويز وهو

كتاب الطهارات

الكتاب والكتابة في اللغة: جمع الحروف، والكتاب قد يعرّف بأنه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعاً أو لم تشمل، فقوله طائفة كالجنس، وقوله من المسائل الفقهية احترازاً عن غيرها، وقوله اعتبرت مستقلة: أي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير أو تبعية غيرها لها ليدخل فيه هذا الكتاب فإنه تابع للصلاة، ويدخل كتاب الصلاة فإنه مستتبع للطهارة، وقد اعتبرا مستقلين؛ أما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح، وأما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الأصلي، فظهر من هذا أن اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتاً ككتاب اللقطة عن كتاب الآبق وكتاب المفقود وانقطاعهما عن الصلاة والزكاة، وقد يكون لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا. وقوله شملت أنواعاً أو لم تشمل لدفع قول من يقول الكتاب اسم لجنس يدخل تحته أنواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب، والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص تسمى فصولاً، فإن الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون، فإن من الكتب ما لا يذكر فيه باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما يأتي، فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ذلك فذكره دفعاً لذلك. والطهارة في اللغة ظاهرة، وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث أو الخبث عما تتعلق به الصلاة، والمراد أعم من أن يكون طبعاً أو شرعاً، وكلمة أو ليست بمانعة الجمع فلا يفسد بها الحد، وقوله عما تتعلق به الصلاة ليتناول المكان فإن طهارته شرط على ما يأتي، وركنها استعمال المزيل، وشرط وجوبها الحدث أو الخبث، وسببها وجوب الصلاة: لا وجودها، لأن وجودها مشروط بها فكان متأخراً عنها، والمتأخر لا يكون سبباً للمتقدم. وحكمها إباحة الصلاة أو ما يضاهيها لمن قامت به. وإنما جمع الطهارات نظراً إلى أنواعها، ولا يشكل بالصلاة والزكاة لأن الإتيان بالجمع في مثله أحد الجائزين فلا يرد تركه نقضاً.ووجه تخصيص الطهارة بذلك أن أنواعها أحسن بالتنبيه عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ، بخلاف أنواع الصلاة والزكاة، ولا يشكل بصلاة الجنازة لأنها دعاء، وإنما ابتدأ بكتاب الطهارة لأنها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الإيمان على كل عبادة.

كتاب الطهارات

(قوله والكتاب قد يعرف) أقول: يعني الكتاب الذي يذكر في الكتب الفقهية حتى لا ينتقض بما في غيرها قوله: **(بأنه طائفة من المسائل الفقهية)** أقول: أي الألفاظ المخصوصة الدالة على طائفة الخ، وإنما ابتدأ بكتاب الطهارة لأنها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الإيمان على كل عبادة، وقدم الطهارة على الصلاة لأن الطهارة شرط لازم مقدم على الصلاة لا تجوز الصلاة إلا بالطهارة قوله: **(والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص)** أقول: الظاهر أصناف قوله: **(والطهارة في اللغة ظاهرة، وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث أو الخبث)** أقول: فيه بحث قوله: **(أو شرعاً)** أقول: كالتراب قوله: **(وسببها وجوب الصلاة لا وجودها)** أقول أي سبب وجوبها أقول فيه بحث قوله: **(لتفاوتها من حيث الحقيقة الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(بخلاف أنواع الصلاة)** قال عصام الدين: فإن حقيقة الصلاة متحدة وهي الأركان المخصوصة واختلافها إلى الفرض والواجب والنفل وغيرها بالعوارض، وإنما يكتفي بالإيماء عند الضرورة إقامة لبعض الركوع والسجود مقام الكل وصلاة الجنازة مجاز لأنها بعض الصلاة المطلقة قوله: **(بخلاف أنواع الصلاة والزكاة)** أقول: فإن حقيقة الزكاة إيتاء جزء من المال قوله: **(ولا يشكل بصلاة الجنازة لأنها دعاء)** أقول: وإطلاق الصلاة عليها مجاز، وذكرها في الصلاة كذكر سجدة التلاوة فيه قوله: **(وإنما ابتدأ بكتاب الطهارة لأنها مفتاح الصلاة الخ)** أقول: وتخصيص الطهارة من بين سائر الشرائط بالتقديم لكثرة مباحثها وزيادة تأكدها حيث لا تسقط أصلاً، والنية وإن كانت كذلك إلا أن الطهارة أقدم منها وجوداً

(ففرض الطهارة: غسل الأعضاء الثلاثة، ومسح الرأس) بهذا النص، والغسل هو الإسالة والمسح هو

مفقود، واختاروا أنه إرادة ما لا يحلّ إلا بها، ولا يخفى أن مجرد الإرادة لا يظهر وجه إيجابها شيئاً لأنها لا تستلزم لحوق الشروع المستلزم عدم الطهارة في الصلاة لو لم تقدمه فحقيقة سببها وجوب ما لا يحلّ إلا بها لما عرف أن إيجاب الشيء يتضمن إيجاب شرطه لا لفظاً لغة، وكون الإرادة مضمرة في قوله تعالى ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة: ٦] يفيد تعليق وجوب الطهارة بالإرادة المستلحقة للشروع، وليس ذلك إلا لأن الشروع مشروط بها، فآل الأمر إلى أن وجوبها بسبب فعل مشروطها، إلا أن وجوبها بوجوبه ظاهر، وأما بنقله فليس فيه إلا الإرادة، إذ لا وجوب إلا بعد الشروع عند بعض الأئمة، ولا نعلم قائلاً بوجوب الطهارة بمجرد إرادة النافلة حتى يأثم بتركها وإن لم يصلها، وجعلها سبباً بشرط الشروع بوجب تأخر وجوب الوضوء وفيه المحذور، فإن إيجابه شرطاً بإيجاب تقديمه عليه. ويمكن كون إرادة النافلة سبب وجوب أحد الأمرين: إما الوضوء، وإما ترك النافلة على معنى عدم الخلوّ فيجوز اجتماعهما، فهي حينئذ سبب وجوب واجب مخير فيصدق أنها سبب وجوبه في الجملة، وهذا كله على تقدير كونها سبب وجوب الأداء، أما إذا جعلت سبب أصل الوجوب فالإشكال أخف. وأركانها في الحدث الأصغر أربعة مذكورة في الكتاب، وفي الأكبر غسل ظاهر البدن والفم والأنف، وفي الخبث إزالة العين بالمائع الطاهر واستعمالة ثلاثاً فيما لا يرى قوله: **(بهذا النص)** لنفي أن وجوب غسل الرجل بالحديث فقط، ووجهه أن

قال رحمه الله **(قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة)** تبرك المصنف رحمه الله بتقديم الآية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وإن كانت القاعدة في الدعاوى تقديم المدعي، ومعنى قوله إذا قمتم إذا أردتم القيام من باب ذكر المسبب وإرادة السبب الخاص، فإن الفعل الاختياري لا يوجد بدون الإرادة، وذلك مجاز شائع كما عرف في موضعه، وليس في هذا الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين، وظاهر الآية يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم إلى الصلاة وهو مذهب أهل الظاهر محدثاً كان أو غيره والجمهور على خلافه قالوا: معناه إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الأصلي بالاشتغال بمقدماته، فإنه لو كان الأمر كما ذكروا كان كل من جلس متوضئاً لزمه إذا قام إلى الصلاة وضوء آخر، وفي ذلك تفويت الصلاة بالاشتغال بالوضوء، ولأن الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فإنه ذكر التيمم في قوله ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر﴾. إلى قوله. ﴿فتيمموا صعيداً طيباً﴾. مقروناً بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء، والنص في البدل نص في الأصل، وإنما أضمر قوله وأنتم محدثون كراهة أن يفتتح آية الطهارة بذكر الحدث كما قال. ﴿هدى للمتقين﴾. ولم يقل هدى للضالين الصائرين إلى التقوى بعد الضلال كراهة أن يفتتح أولى الزهراوين بذكر الضلالة. واعترض على الأول بأن الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم، وعلى الثاني بأن الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قائم، وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين، والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف. والجواب عن الأول: سلمنا أن الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي إلى وجوب القيام للوضوء دائماً لأن أداء الصلاة لا يتحقق إذ ذاك إلا إذا توضأ قائماً، وذلك باطل بالإجماع، وما يفضي إلى الباطل باطل. وإذا ثبت هذا ظهر أن ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضي عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال الثاني. واعترض بأن الاستدلال بالدلالة فاسد ههنا لأنها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجوب الحدث والتيمم بدل، ويجوز أن يخالف البدل الأصل في الشرط فإنه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة. والجواب أن كلامنا في مخالفة البدل الأصل في شرط

وأخص بالصلاة لاستواء نسبة النية إلى جميع العبادات قوله: **(ومعنى قوله تعالى ﴿إذا قمتم﴾ إذا أردتم القيام)** أقول: أو إذا أردتم الصلاة قوله: **(والجمهور على خلافه قالوا معناه: إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون، لئلا يلزم تفويت المقصود الأصلي بالاشتغال بمقدماته الخ)** أقول: فيه أن الجمهور قالوا القيام مجاز، إما عن إرادته أو إرادة الصلاة، وحينئذ إذا لم تقيد الآية بقوله وأنتم محدثون لا يلزم المحذور الذي ذكره، فإن إرادة القيام لا يتجدد كالقيام إذ يجوز أن يريده قبله بمدة فلا يفيد الوجه الأول وجوب تقييدها على تفسير الجمهور كما لا يخفى، نعم هو دليل على أن القيام ليس على حقيقته بل أريد به الإرادة، وجوابه أنه مماشاة مع أهل الظاهر في أنه ليس مجازاً عن الإرادة فتأمل قوله: **(وإنما النية شرط صحة التيمم)** أقول: يجوز مخالفة البدل الأصل فيه، ألا يرى أن امتناع الأصل شرط صحة البدل

الإصابة. وحدّ الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها **(والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل)** عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، هو يقول: الغاية لا تدخل تحت

قراءة نصب الرجل عطف على المغسول وقراءة جرها كذلك والجر للمجاورة. وعليه أن يقال بل هو عطف على المجرور، وقراءة النصب عطف على محل الرؤوس وهو محل يظهر في الفصيح، وهذا أولى لتخريج القراءتين به على المطرد، بخلاف تخريج الجر على الجوار. وقول ابن الحاجب إن العرب إذا اجتمع فعلان متقاربان في المعنى ولكل متعلق جوزّت حذف أحدهما وعطف متعلق المحذوف على متعلق المذكور كأنه متعلقه كقولهم: متقلداً سيفاً ورمحاً، وتقلدت بالسيف والرمح، وعلقّها تبناً وماء بارداً، والحمل على الجوار ليس بجيد إذ لم يأت في القرآن ولا كلام فصيح انتهى، إنما يتم إذا كان إعراب المتعلقين من نوع واحد كما في علفتها وسقيتها، وهنا الإعراب مختلف لأنه على ما قال يكون الأرجل منصوباً لأنه معمول اغسلوا المحذوف فحين ترك إلى الجر لم يكن إلا لمجاورة إعراب الرؤوس، فما هرب منه وقع فيه. فإن قلت: حاصل هذا تجويز أن يراد بالنص هذا الوجه من الاستعمال وتجويزه لا يوجب وقوعه بل حتى توجبه قرينة كتعيين بعض مفاهيم المشترك وذلك منتف هنا. فالجواب: بل ثابت، وهو إطباق رواة وضوئه ﷺ على حكاية الغسل ليس غير، فكانت السنة قرينة منفصلة توجب إرادة استعمال الموافق لها بالنص، هذا. وقد ورد الحمل على الجواز في بعض الأحاديث. فإن صحت وقلنا بجواز الاستدلال بالحديث في العربية لم يصح قوله ولا كلام فصيح؛ وفي المسألة ثلاثة مذاهب: الإطلاق، والمنع، والتفصيل بين كون الراوي عربياً فنعم أو عجمياً فلا. وحل النصب على حالة ظهور الرجل والجر على المسح حالة استتارها بالخلف حملاً للقراءتين على الحالتين. قال في شرح المجمع: فيه نظر لأن الماسح على الخف ليس ماسحاً على الرجل حقيقة ولا حكماً، لأن الخف اعتبر مانعاً سراية الحدث إلى القدم فهي طاهرة، وما حل بالخف أزيل بالمسح فهو على الخف حقيقة وحكماً قوله: **(والغسل الإسالة)** يفيد أن الدلك ليس من حقيقته خلافاً لمالك فلا يتوقف تحققه عليه، ومرجعهم فيه قول العرب غسلت المطر الأرض وليس في ذلك إلا الإسالة وهو ممنوع بأن وقعها من علوّ خصوصاً مع الشدة والتكرار: أي ذلك وهم لا يقولونه إلا إذا نظفت الأرض، وهو إنما يكون بذلك، وبأنه غير مناسب للمعنى المعقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة للقيام بين يدي الرب سبحانه وتعالى تخفيفاً، وإلا فالقياس الكل، والناس بين حضري وقروي خشن الأطراف لا يزيل ما استحكم في خشونتها إلى الدلك، فالإسالة لا تحصل مقصود شرعيتها، ثم حدّ الإسالة التي هي الغسل أن يتقاطر الماء ولو قطرة عندهما، وعند أبي يوسف يجزىء إذا سال على العضو وإن لم يقطر قوله: **(من قصاص الشعر)** خرج مخرج العادة، وإنما

السبب، فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم، والبدل لا يخالف الأصل في سببه، وما ذكرتم ليس بشرط السبب، فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرط نية التيمم ليست بسبب له، وإنما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه. قال **(ففرض الطهارة)** الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل، والفرض بمعنى المفروض، والمراد بالطهارة الوضوء، والإضافة للبيان، وإنما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناهما إشارة إلى دفع ما ذهب إليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على

ولا يتصور اشتراطه لصحة الأصل قوله: **(ففرض الطهارة)** قال عصام الدين: الفاء للتفريع والسببية فرض الشيء ما لا بد لذلك الشيء منه في وجوده، وجاز ثبوته بدليل ظني، والشيء الفرض ما ثبت لزومه بدليل قطعي ويكفر جاحده، وقد يطلق على ما يلزم عملاً، وإن جاز أن يخالف اجتهاداً كالوتر عند أبي حنيفة رحمه الله، وإضافة الفرض إلى الطهارة بمعنى اللازم: أي ما لا بد لها منه وتوقف وجودها عليه. وقيل الإضافة بيانية: أي الطهارة المفروضة مجموع هذا الغسل والمسح فيفيد أنهما ركنان لها قوله: **(والمراد بالطهارة الوضوء والإضافة للبيان)** أقول: ويجوز أن تكون بمعنى اللام قال المصنف: **(لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها)** أقول: القول باشتقاق الثلاثي من المزيد إذا كان المزيد أشهر في المعنى الذي يشتركان فيه شائع كما جعل صاحب الكشاف الرعد مشتقاً من الارتعاد

المغيا كالليل في باب الصوم. ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل، وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة، والكعب هو العظم الناتىء هو الصحيح ومنه الكاعب.

طوله من مبدإ سطح الجبهة إلى أسفل اللحيين حتى لو كان أصلع لا يجب من قصاصه، ويجزىء المسح على الصلعة في الأصح والقصاص مثلث القاف قوله: (وإلى شحمتي الأذن) يعطي ظاهره وجوب إدخال البياض المعترض بين العذار والأذن بعد نباته وهو قولهما خلافاً لأبي يوسف، لأن المسقط هو النابت ولم يقم به. ويعطي أيضاً وجوب الإسالة على شعر اللحية لأنه أوجب غسل الوجه وحده بذلك. واختلفت فهي الروايات عند أبي حنيفة، فعنه يجب مسح زبعها، وعنه مسح ما يلاقي البشرة، وعنه لا يتعلق به شيء وهو رواية عن أبي يوسف، وعن أبي يوسف استيعابها. وأشار محمد رحمه الله في الأصل إلى أنه يجب غسل كله، قيل وهو الأصح. وفي الفتاوى الظهيرية وعليه الفتوى لأنه قام مقام البشرة فتحوّل الفرض إليه كالحاجب. وقال في البدائع عن ابن شجاع إنهم رجعوا عما سوى هذا، كل هذا في الكثة، أما الخفيفة التي ترى بشرتها فيجب إيصال الماء إلى ما تحتها، ولو أمر الماء على شعر الذقن ثم حلقه لا يجب غسل الذقن. وفي البقالي: لو قص الشارب لا يجب تخليله، وإن طال يجب تخليله وإيصال الماء إلى الشفتين، وكأن وجهه أن قطعه مسنون فلا يعتبر قيامه في سقوط غسل ما تحته، بخلاف اللحية فإن اعفاءها هو المسنون، بخلاف ما لو نبتت جلدة لا يجب قشرها وإيصال الماء إلى ما تحتها، بل لو أسال عليها أجزأ لأنه مخير في قشرها إذ لم ينقل فيه سنة، والأصل العدم فلم يعتبر قيامها مانعاً من الغسل، والمصنف في التجنيس عدّ إيصال الماء إلى منابت شعر الحاجبين والشارب من الآداب من غير تفصيل، وأما الشفة فقيل تبع للفم. وقال أبو جعفر: ما انكتم عند انضمامه تبع له وما ظهر فللوجه. وفي الجامع الأصغر إن كان وافر الأظفار وفيها درن أو طين أو عجين أو المرأة تضع الحناء جاز في القروي والمدني. قال الدبوسي: هذا صحيح وعليه الفتوى. وقال الإسكاف: يجب إيصال الماء إلى ما تحته إلا الدرن لتولده منه. وقال الصفار فيه: يجب الإيصال إلى ما تحته إن طال الظفر، وهذا حسن لأن الغسل وإن كان مقصوراً على الظواهر لكن إذا طال الظفر يصير بمنزلة عروض الحائل كقطرة شمعة ونحوه لأنه عارض. وفي النوازل يجب في المصري لا القروي لأن دسومة أظفار المصري مانعة وصول الماء بخلاف القروي، ولو لزق بأصل ظفره طين يابس ونحوه أو بقي قدر رأس الإبرة من موضع الغسل لم يجز، ولا يجب نزع الخاتم وتحريكه إذا كان واسعاً، والمختار في الضيق الوجوب، ولو قطعت يده أو رجله فلم يبق من المرفق والكعب شيء يسقط الغسل، ولو بقي وجب، ولو طال أظفاره حتى خرجت عن رؤوس الأصابع وجب غسلها قولا واحداً، ولو خلق له يدان على المنكب فالتامة هي الأصلية يجب غسلها والأخرى زائدة فما حاذى منها محل الفرض وجب غسله وما لا فلا قوله: (هو يقول الغاية لا تدخل) أي هذه الغاية المذكورة هنا لا تدخل تحت المغيا، فاللام للعهد الذكرى غايته أنه لم يبين وجهه.

ما سيجيء، وإلى أن البلل بالماء في المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن أبي يوسف رحمه الله. وقصاص الشعر منتهاه وغايته في الرأس. وفي القاف ثلاث لغات والضم أعلاها. وقوله (وهو مشتق منها) اعترض عليه بأن الثلاثي لا يكون مشتقاً من المنشعبة، وليس بشيء لأن ذلك في الاشتقاق الصغير، وأما في الاشتقاق الكبير وهو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى فهو جائز، والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا، وقال زفر: لا يدخلان لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف لزفر يخالف ما ذكر له في نسخ الأصول، فإن المذكور له فيها تعارض الأشباه وهو أن من الغايات ما يدخل كقوله قرأت القرآن من أوله إلى آخره، ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى. ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾. وقوله. ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾. وهذه الغاية: أعني المرافق تشبه كلاً منهما فلا تدخل

لأنه أشهر في معنى الاضطراب قوله: (وما نحن فيه من الثاني لأن ذكر اليد يتناول الآباط الخ) أقول: منقوض بقرأت الهداية إلى البيوع

قال(**والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس**) لما روى المغيرة بن شعبة أن النبيّ ﷺ «أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه» والكتاب مجمل فالتحق بياناً به، وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات، وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب. وفي بعض الروايات: قدّره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من

وقوله كالليل في الصوم تنظير لا قياس لعدم الجامع، فاندفع ما قيل المقرر في الأصول لزفر الاستدلال بتعارض الأشباه وهو أن من الغايات ما يدخل ومنها ما لا فاحتملت هذه كلاً منهما فلا تدخل بالشك، وأيضاً ما بعد المرفق والكعب في دخوله في مسمى اليد والرجل اشتباه، فبتقدير دخوله تدخل وبعدمه لا للأصل المقرر، وهو أن ما بعد الغاية إن دخل في المسمى لولا ذكرها دخل وإلا فلا تدخل بالشك، وما أورد على هذا الأصل من أنه لو حلف لا يكلم فلاناً إلى غد لا يدخل مع أنه يدخل لو تركت الغاية غير قادح فيه لأن الكلام هنا في مقتضى اللغة والأيمان تبنى على العرف، وجاز أن يخالف العرف اللغة، وكونه ﷺ أدار الماء على مرافقه[1] لا يستلزم الافتراض لجواز كونه على وجه السنة كالزيادة في مسح الرأس إلى أن استوعبه، ولا مخلص إلا بنقل دخولها في المسمى لغة، وهو أوجه القولين بشهادة غلبة الاستعمال به، وكونه إذا كان كذلك فتكون الغاية داخلة لغة، وأيضاً على تقدير ما قال يثبت الإجمال في دخولها فيلتحق به قوله عليه الصلاة والسلام «ويل للعراقيب من النار»[2] بياناً للتوعد على

بالشك، وتأويل كلام المصنف أن هذه الغاية: أعني المرافق لا تدخل بتعارض الأشباه كما لم تدخل في قوله. ﴿إلى الليل﴾. ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها: يعني أن الغاية على نوعين: نوع يكون المدّ الحكم إليها، ونوع يكون لإسقاط ما وراءها. والفاصل بينهما حال صدر الكلام، فإن كان متناولاً لما وراءها كانت للثاني وإلا فللأوّل، وما نحن فيه من الثاني لأن ذكر اليد يتناول الآباط بدليل أن الصحابة رضي الله عنهم وهم أهل اللسان فهموا ذلك من آية التيمم فتبقى المرفق داخلة، بخلاف ذكر الصوم فإنه يتناول الإمساك ساعة فكانت لمدّ الحكم إليها فيبقى الليل خارجاً (**والكعب هوالعظم الناتىء**) النتء والنتوء الارتفاع. وقوله (**هو الصحيح**) احتراز عما رواه هشام عن محمد أنه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك، قال: لأن الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح، والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به، وهذا صحيح في المحرم إذا لم يجد نعلين فإنه يقطع خفيه أسفل من الكعبين، فأما في الطهارة فلا شك أنه العظم الناتىء المتصل بعظم الساق، ومنه الكاعب وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهود قوله: (**والمفروض في مسح الرأس**) أي المقدر على جهة الفرضية (**مقدار الناصية وهو ربع الرأس**) وهو كما ترى يشير إلى أنه يجوز من أي جانب كان، واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة «أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه» ولم يقتصر على إيراد الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به، لأن نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته ووكادته. قيل هو حديث واحد، وقيل حديثان جمع القدوري بينهما، فإن الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذي ذكر فيه المسح

قوله: (**والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وإرادة المحل**) أقول: إذ المراد ملقى كناستهم.

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه الدارقطني ١/ ٨٣ والبيهقي ١/ ٦٥ كلاهما من حديث جابر: كان رسول الله ﷺ إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه.
قال الدارقطني: في إسناده ابن عقيل ليس بقوي.
وأخرجه البيهقي من حديث جابر بنحوه وسكت عليه.
وتعقبه ابن التركماني في الجوهر النقي فقال: في إسناده سويد بن سعيد قال عن يحيى: هو حلال الدم. وقال المديني: ليس بشيء اهـ. وله شاهد من حديث وائل بن حجر فيه: وغسل يده اليمنى حتى جاوز المرفق وغسل اليسرى كذلك... الحديث.
أخرجه الطبراني في الكبير، والبزار كما في مجمع الزوائد ١/ ٢٣٢ وقال الهيثمي: في إسناده سعيد بن عبد الجبار لينه النسائي ووثقه ابن حبان اهـ.
فالحديث ضعيف لكن يتقوى بهذا الشاهد وله شواهد أخرى.

(٢) صحيح. أخرجه أحمد ٦/ ٤٠ والبيهقي ١/ ٦٩ كلاهما من حديث عائشة وإسناده جيد. وابن ماجه ٤٥٤ وكذا أخرجه أحمد ٣/ ٣٦٩، ٣٩٣ من حديث جابر بمثل سياق المصنف. وأخرجه أحمد ٢/ ٤٧١ من حديث أبي هريرة وكلها صحاح والمشهور في هذا المتن: ويل للأعقاب بدل العراقيب وسيأتي في الوضوء إن شاء الله تعالى.

. . . .

تركه فيكون اقتصاره ﷺ على المرافق وقع بياناً للمراد من اليد فيتعين دخول ما أدخله. وقوله: اغسل يدك للأكل من إطلاق اسم الكل على البعض اعتماداً على القرينة قوله: (هو الصحيح) احترازاً عما روى هشام عن محمد رحمه الله أنه الذي في وسط الرجل عند معقد الشراك، فإن مراد محمد بذلك الكعب الذي يقطع المحرم أسفله من الخلف إذا لم يجد نعلين قوله: (والكتاب مجمل) أي في حق الكمية، لكن الشافعي رحمه الله يمنعه ويقول: هذا مطلق لا مجمل، وإنه لم يقصد إلى كمية مخصوصة أجمل فيها، بل إلى الإطلاق ليسقط بأدنى ما يطلق عليه مسح الرأس على أن الذي في حديث المغيرة مسح على ناصيته[١] لا يقتضي استيعاب الناصية لجواز كون ذكرها لدفع توهم أنه مسح على الفود أو القذال فلا يدل على مطلوبكم، ولو نظرنا إليه على ما رواه مسلم عن المغيرة أن النبي ﷺ توضأ فمسح بناصيته كان محل النزاع في الباء كالآية أنها للتبعيض أولاً؛ ولو قلنا إنها للإلصاق لزم التبعيض بصريح تقريركم في قوله تعالى: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ لدخولها على المحل كما سنذكر، فالأولى أن يستدل برواية أبي داود عن أنس رضي الله عنه «رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية، فأدخل يديه من تحت العمامة فمسح مقدم رأسه»[٢] وسكت عليه أبو داود فهو حجة، وظاهره استيعاب تمام المقدم وتمام مقدم الرأس هو الربع المسمى بالناصية. وقطرية بكسر القاف وسكون الطاء المهملة: ثياب حمر لما أعلام منسوبة إلى قطر موضع بين عمان وسيف البحر عن الأزهري، وقال غيره: ضرب من البرود فيه حمرة ولها أعلام فيها بعض الخشونة، ومثله ما رواه البيهقي عن عطاء «أنه ﷺ توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه، أو قال ناصيته»[٣] فإنه حجة وإن كان مرسلاً عندنا كيف وقد اعتضد بالمتصل. بقي شي وهو أن ثبوت الفعل كذلك لا يستلزم نفي جواز الأقل فلا بد فيه من ضم الملازمة القائلة

عليها لم يذكر فيه السباطة، والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وإرادة المحل. وقوله(والكتاب مجمل فالتحق بياناً به) جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب، ووجهه أنه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بياناً به، ويجوز أن يقع خبر الواحد بياناً لمجمل الكتاب، وفيه بحث وهو أنا لا نسلم أن الكتاب مجمل لأن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان من المجمل، والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الأقل لتيقنه سلمنا أنه مجمل والخبر بيان له، ولكن الدليل أخص من المدلول، فإن المدلول مقدار الناصية وهو ربع الرأس، والدليل يدل على تعين الناصية، ومثله لا يفيد المطلوب. سلمناه ولكن لا نسلم أن مقدار الناصية فرض لأن الفرض ما ثبت بدليل قطعي، وخبر الواحد لا يفيد القطع. سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفي الملزوم. والجواب أنا لا نسلم أن العمل به قبل البيان ممكن قوله بحمله على الأقل، قلنا: لا أقل من شعرة والمسح عليها لا يمكن إلا بزيادة عليها، وما لا يمكن الفرض إلا به فهو فرض، والزيادة غير معلومة فتحقق الإجمال في المقدار، والبيان إنما يكون لما فيه الإجمال، فكأنّ الناصية بياناً للمقدار لا للمحل المسمى ناصية، إذ لا إجمال في المحل فكان من باب ذكر الخاص وإرادة العام، وهو مجاز شائع فكانا

قوله: (والجواب أنا لا نسلم أن العمل به قبل البيان ممكن) أقول: ظاهر ما ذكره مقابلة المنع بالمنع، والظاهر أن في كلامه مسامحة فتأمل قوله: (فكان من باب ذكر الخاص وإرادة العام وهو مجاز شائع وكانا متساويين في العموم) أقول: فيه بحث

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧٤ و٨٣ باب المسح على الخفين ومقدم الرأس. وسيأتي في باب الوضوء عند: سنن الطهارة. لأن هذا الخبر ملفق من حديثين للمغيرة بن شعبة.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٧ بهذا اللفظ وكذا البيهقي ١/ ٦١ كلاهما من حديث أنس وابن ماجه وسكت عليه أبو داود والمنذري في مختصره والبوصيري في الزوائد وفي إسناده أبو معقل. مداره عليه.
قال ابن حجر في التقريب ٢/ ٤٧٥: أبو معقل عن أنس في المسح على العمامة. مجهول اهـ.
فالحديث غير قوي إلا أنه لهُ شواهدَ فهو حسن.

(٣) مرسل حسن. أخرجه البيهقي ١/ ٦١ عن عطاء وقال: هذا مرسل وقد روينا معناه موصولاً في حديث المغيرة.

أصابع اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح.

لو جاز الأقل لفعله مرة تعليماً للجواز وتسلم، وقد تمنع بأن الجواز إذا كان مستفاداً من غير الفعل لم يحتج إليه فيه، وهنا كذلك نظراً إلى الآية فإن الباء فيها للتبعيض، وذلك لا يفيد نفي جواز الأقل فيرجع البحث إلى دلالة الآية، ونقول فيه إن الباء للإلصاق، وهو المعنى المجمع عليه لها، بخلاف التبعيض فإن المحققين من أئمة العربية ينفون كونه معنى مستقلاً للباء، بخلاف ما إذا جاء في ضمن الإلصاق كما فيما نحن فيه، فإن إلصاق الآلة بالرأس الذي هو المطلوب لا يستوعب الرأس، فإن ألصق فلم يستوعب خرج عن العهدة بذلك البعض لا لأنه هو المفاد بالباء وتمام تحقيقه فيما كتبناه على البديع في الأصول، وحينئذ يتعين الربع لأن اليد إنما تستوعب قدره غالباً فلزم. وأما رواية جواز قدر الثلاث الأصابع وإن صححها بعض المشايخ نظراً إلى أن الواجب إلصاق اليد والأصابع أصلها ولهذا يلزم كمال دية اليد بقطعها والثلاث أكثرها، وللأكثر حكم الكل، وهو المذكور في الأصل فيحمل على أنه قول محمد رحمه الله لما ذكر الكرخي والطحاوي عن أصحابنا أنه مقدار الناصية، ورواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، ويفيد أنها غير المنصور رواية قول المصنف، وفي بعض الروايات قدّره ودراية أن المقدمة الأخيرة في حيز المنع لأن هذا من قبيل المقدر الشرعي بواسطة تعدّي الفعل إلى تمام اليد فإن به يتقدّر قدرها من الرأس وفيه يعتبر عين قدره، وقولنا عين قدره لأنه لو أصاب المطر قدر الفرض سقط، ولا تشترط إصابته باليد لأن الآلة لم تقصد إلا للإيصال إلى المحل فحيث وصل استغنى عن استعمالها، ولو مسح ببلل في يده لم يأخذه من عضو آخر جاز لا إن أخذه ولو بأصبع واحد مدّها قدر الفرض جاز عند زفر وعندنا لا يجوز، وعللوا بأن البلة صارت مستعملة، وهو مشكل بأن الماء لا يصير مستعملاً قبل الانفصال، وما قيل الأصل ثبوت الاستعمال بنفس الملاقاة لكنه سقط في المغسول للحرج اللازم بإلزام إصابة كل جزء بإسالة غير المسال على الجزء الآخر، ولا حرج في المسح لأنه يحصل بمجرد الإصابة فبقي فيه على الأصل، دفع بأنه مناقض لما علل به لأبي يوسف رحمه الله في مسألة إدخال الرأس الإناء فإن الماء طهور عنده، فقالوا: المسح حصل بالإصابة والماء إنما يأخذ حكم الاستعمال بعد الانفصال والمصاب به لم يزايل العضو حتى عدل بعض المتأخرين إلى التعليل بلزوم انفصال بلة الأصبع بواسطة المد فيصير مستعملاً لذلك، بخلاف المصاب في إدخال الرأس الإناء، وهذا كله يستلزم أن مد أصبعين لا يجوز وقد صرحوا به، وكذا يستلزم عدم جواز مدّ الثلاث على القول بأنه لا يجزىء أقل من الربع، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأنه إن أخذ الاستعمال بالملاقاة أو انتقلت البلة لزم ذلك، لكني لم أر في مد الثلاث إلا الجواز، واختيار شمس الأئمة أن المنع في مد الأصبع والاثنتين غير معلل باستعمال البلة بدليل أنه لو مسح بأصبعين في التيمم لا يجوز مع عدم شيء يصير مستعملاً خصوصاً إذا تيمم على الحجر الصلد، بل الوجه عنده أنا

متساويين في العموم، والأصل أن خبر الواحد إذا لحق بياناً للمجمل كان الحكم بعده مضافاً إلى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب، والكتاب دليل قطعي، ولا نسلم انتفاء اللازم لأن الجاحد من لا يكون مؤوّلاً، وموجب الأقل أو الاستيعاب مؤوّل يعتمد شبهة قوية، وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين، ألا ترى أن أهل البدع لم يكفروا بما منعوا مما دل عليه الدليل القطعي في نظر أهل السنة لتأويلهم. وإذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات، وعلى مالك في اشتراطه الاستيعاب قوله: (**وفي بعض الروايات قدّره بعض أصحابنا بثلاث أصابع لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح**) وهي الأصابع، قيل هي ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الأصل فكان ينبغي أن يقول على ظاهر الرواية، وعلى هذه الرواية لو وضع الأصابع ولم يمدّها جاز، بخلاف الأولى.

قوله: (**وعلى هذه الرواية لو وضع الأصابع ولم يمدها جاز بخلاف الأولى**) أقول: وفي الكفاية فإنه لا يجوز حتى يمدها فتصيب البلة ربع رأسه اهـ.

قال (وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا أستيقظ المتوضىء من نومه) لقوله عليه الصلاة

مأمورون بالمسح باليد والأصبعان منها لا تسمى يداً، بخلاف الثلاث لأنها أكثر ما هو الأصل فيها، وهو حسن لكنه يقتضي تعيين الإصابة باليد، وهو منتف بمسألة المطر. وقد يدفع بأن المراد تعيينها أو ما يقوم مقامها من الآلات عند قصد الإسقاط بالفعل اختياراً، غير أن لازمه كون تلك الآلة التي هي غير اليد مثلاً قدر ثلاث أصابع من اليد، حتى لو كان عوداً مثلاً لا يبلغ ذلك القدر قلنا بعدم جواز مده. وقد يقال عدم الجواز بالأصبع بناء على أن البلة تتلاشى وتفرغ قبل بلوغ قدر الفرض، بخلاف الأصبعين فإن الماء ينحمل فيه بين الأصبعين المضمومتين فضل زيادة تحتمل الامتداد إلى قدر الفرض، وهذا مشاهد أو مظنون فوجب إثبات الحكم باعتباره، فعلى اعتبار صحة الاكتفاء بقدر ثلاث أصابع يجوز مد الأصبعين لأن ما بينهما من الماء يمتد قدر أصبع ثالث، وعلى اعتبار توقف الإجزاء على الربع لا يجوز لأن ما بينهما مما لا يغلب على الظن إيعابه الربع إلا أن هذا يعكر عليه عدم جواز التيمم بأصبعين، وأما الجواز بجوانب الأصبع فإنه بناء على رواية الاكتفاء بثلاث أصابع، ولو أدخل رأسه إناء ماء ناوياً للمسح فعند أبي يوسف يجوز عن الفرض والماء طهور، وعند محمد لا يجوز والماء مستعمل، وقول أبي يوسف أحسن لأن الماء لا يعطي له حكم الاستعمال إلا بعد الانفصال، والذي لاقى الرأس من أجزائه لصق به فطهره وغيره لم يلاقه فلم يستعمل وفيه نظر، ثم محل المسح ما فوق الأذنين، فلو مسح على شعره أجزأه، بخلاف ما لو كانت ذؤابتاه مشدودتين على رأسه فمسح على أعلاهما فإنه لا يجوز، والمسنون في كيفية المسح أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه آخذاً إلى قفاه على وجه يستوعب، ثم يمسح أذنيه على ما يذكره، وأما مجافاة السباحتين مطلقاً ليمسح بهما الأذنين والكفين في الإدبار ليرجع بهما على الفودين[1] فلا أصل له في السنة، لأن الاستعمال لا يثبت قبل الانفصال والأذنان من الرأس حتى جاز اتحاد بلتهما، ولأن أحدا ممن حكى وضوء رسول الله ﷺ لم يؤثر عند ذلك[2]، فلو كان ذلك من الكيفيات المسنونة وهم شارعون في حكايتها لترتكب وهي غير متبادرة لنصوا عليها. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا دهن رجليه ثم توضأ وأمرّ الماء على رجليه ولم يقبل الماء للدسومة جاز الوضوء لأنه وجد غسل الرجلين.

واعلم أن حديث المغيرة المذكور في الكتاب تمام متنين رواهما المغيرة أحدهما ما قدمناه من رواية مسلم عنه «أنه عليه الصلاة والسلام توضأ ومسح بناصيته على الخفين»[3] والآخر رواه ابن ماجه عنه «أن عليه الصلاة والسلام

قال (وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء) لما فرغ من فرائض الوضوء بين سننه، والسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين، وحكمها أن يثاب على الفعل ويستحق الملامة بالترك لا غير. وسنن الطهارة: أي الوضوء والإضافة للبيان، وإنما جمع دون الفرض لأن الفرض في الأصل مصدر فروعي ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة، وذكر الإناء وقع على عادتهم، فإنهم كانوا يتوضأون من الأتوار. وطريق غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء أن يأخذ الإناء بشماله إن كان صغيراً ويصبّ على يمينه فيغسلها ثلاثاً، وإن كان كبيراً لا يمكنه رفعه يأخذ عنه الماء بإناء آخر صغير إن كان معه فيصبه بشماله على يمينه، وإلا يدخل أصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف، ويصبّ على يمينه فيغسلها ثلاثاً ثم يدخل اليمين.

قوله: (وسنن الطهارة: أي الوضوء والإضافة للبيان) أقول: بل بمعنى اللام قوله: (وإنما جمع دون الفرض الخ) آثر الجمع هنا والإفراد في الفرض لأن الفروض وإن كثرت في حكم الواحد حيث لا يعتد ببعضها عند فوت البعض الآخر، بخلاف السنة إذ كل واحد

---

(١) الفود: معظم شعر الرأس مما يلي الأذن وناحية الرأس.

(٢) سيأتي بعد قليل صفة وضوءه ﷺ.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧٤ و٨٣ بلفظ: توضأ النبي ﷺ فمسح بناصيته، وعلى العمامة، وعلى الخفين. وساقه بروايات عدة، وألفاظ متقاربة.

والسلام «إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً فإنه لا يدري أين باتت يده» ولأن اليد آلة التطهير فتسن البداءة بتنظيفها، وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف. قال (وتسمية الله تعالى

أتى سباطة قوم فبال قائماً»[(١)] فجمع القدوري بين مرويي المغيرة ووهم الشيخ علاء الدين إذ جعله مركباً من حديث المغيرة أنه ﷺ مسح بناصيته وخفيه، ومن حديث حذيفة في السباطة والبول قائماً[(٢)] وهو يقتضي تخطئة القدوري في نسبة حديث السباطة إلى المغيرة وليس كذلك، بل قد رواه أيضاً المغيرة كما أخرجه ابن ماجه قوله: (وسنن الطهارة) إضافة الشيء إلى ما هو أعم منه من وجه لصدق السنة مع الطهارة في طهارة مسنونة، وسنة بلا طهارة في سنة مثلاً صلوية، وطهارة بلا سنة في طهارة واجبة فعلت على غير وجه السنة. واللام فيه للعهد: يعني الطهارة المذكورة وهي الوضوء، فاندفع لزوم كون السنن المذكورة سنناً لغير الوضوء من أنواع الطهارة. والسنة: ما واظب عليه ﷺ مع تركه أحياناً قوله: (غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ الخ) الحديث المذكور[(٣)] في الصحيحين بغير نون التوكيد، وأما بها ففي مسند البزار من حديث هشام بن حسان ولفظه «فلا يغمسن يده في طهوره حتى يفرغ عليها ثلاثاً» ثم غسلهما هذا يقع عن الفرض فهو فرض تقديمه سنة، ولذا قال محمد رحمه الله في الأصل بعد غسل الوجه: ثم يغسل ذراعيه. وأما تعليقه بالاستيقاظ، فمنهم من أطلق فيه، ومنهم من قيده بما إذا نام مستنجياً بالأحجار أو متنجس البدن، أما لو نام متيقناً طهارتهما مستنجياً بالماء فلا يسن له. وقيل بأنه سنة مطلقاً للمستيقظ وغيره في ابتداء الوضوء، وهو الأولى لأن من حكى وضوءه عليه الصلاة والسلام قدمه، وإنما يحكي ما كان دأبه وعادته لا خصوص وضوئه الذي هو عن نوم، بل الظاهر أن اطلاعهم على وضوئه عن غير النوم، نعم مع الاستيقاظ وتوهم النجاسة السنة آكد، أما الوجوب فإنما يناط بتحقيق النجاسة (قوله وتسمية الله تعالى) لفظها المنقول

وقوله (إذا استيقظ المتوضىء) نقل عن شمس الأئمة الكردري أنه شرط حتى إذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي، خص المصنف غسلهما بالمستيقظ تبركاً بلفظ الحديث، والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الأكثرون، ووجه التمسك بالحديث أن الوضوء واجب وقد لا يتوصل إليه إلا بالغمس، والغمس حرام حتى يغسل اليد ثلاثاً فيكون الغمس والغسل واجبين، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لكن تركنا الوجوب إلى السنة في الغسل لأنه ﷺ علل بتوهم

منها يعد فضيلة وإن لم توجد الأخرى قوله: (خص المصنف غسلهما) أقول: أي غسل المستيقظ يديه قوله: (والغمس حرام) أقول: بمقتضى ظاهر النهي قوله: (فكان دليلا على التورع والاحتياط) أقول: فلا يلزم السنية بل يكفي الاستحباب قوله: (أجيب بأن خبر الفاتحة مشهور دونه، والحكم يثبت بقدر دليله) أقول: الوجوب يثبت بخبر الواحد على ما تقرر في موضعه فلا يلزم الشهرة

---

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٣٠٦ باب ما جاء في البول قائماً. والبيهقي ١/ ١٠١ كلاهما من حديث المغيرة وإسناده جيد إلا أن البيهقي قال: كذا يقول عاصم، وحماد بن أبي سليمان من حديث المغيرة. والصحيح يقول منصور، والأعمش عن أبي وائل عن حذيفة بدل المغيرة. كذا قاله: الترمذي، وجماعة من الحفاظ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤و٢٢٥ و٢٢٦ ومسلم ٢٧٣ و٧٣ وأبو داود ٢٣ والترمذي ١٣ والنسائي ١/ ٢٥ وابن ماجه ٣٠٦ و٣٠٥ والبيهقي ١/ ١٠٠، ١٠١ كلهم من حديث حذيفة قال: أتى النبي ﷺ سُباطة قوم، فبال قائماً. ثم دعا بماء، فجئته بماء، فتوضأ.
وهذا الحديث الذي أشار إليه البيهقي قبل حديث أن الصواب فيه حديث حذيفة لا المغيرة.

(٣) صحيح. يشير المصنف لما أورده صاحب الهداية «إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده..» الحديث.
أخرجه البخاري ١٦٢ ومسلم ٢٧٨ وأبو داود ١٠٣ والترمذي ٢٤ وابن ماجه ٣٩٣ والدارقطني ١/ ٤٩ وأحمد ٢/ ٢٦٥، ٢٨٤، ٤٥٥، ٤٧١، ٥٠٧ كلهم من حديث أبي هريرة. وهو عجز حديث عند البخاري.
وأخرجه ابن ماجه ٣٩٤ من حديث ابن عمر وكذا الدارقطني ١/ ٥٠ ومن حديث جابر لابن ماجه ٣٩٥.
ورد في رواية: إذا استيقظ. ورواية: إذا قام ورواية: فلا يدخل بدل يغمس. والرواية الآتية هي في مسند البزار كما ذكر المصنف وذكر نون التوكيد وقع في سنن البيهقي ١/ ٤٦ من حديث أبي هريرة وباقي لفظه بمثل سياق الجماعة.
وكذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣ تشديد النون لم أجدها إلا في رواية البزار.

في ابتداء الوضوء) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا وضوء لمن لم يسم الله» والمراد به نفي الفضيلة، **والأصح أنها**

عن السلف، وقيل عن النبي ﷺ: باسم الله العظيم والحمد لله على دين الإسلام(١)، وقيل الأفضل: بسم الله الرحمن الرحيم بعد التعوّذ. وفي المجتبى يجمع بينهما، وفي المحيط: لو قال لا إله إلا الله أو الحمد لله أو أشهد أن لا إله إلا الله يصير مقيماً للسنة، وهو بناء على أن لفظ بسم أعم مما ذكرنا ولفظ أبي داود «لا صلاة لمن لا وضوء له، ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه»(٢) وضعف بالانقطاع وهو عندنا كالإرسال بعد عدالة الرواة وثقتهم لا يضر، ورواه ابن ماجه من حديث كثير بن زيد عن ربيح بن عبد الرحمٰن بن أبي سعيد عن أبيه عن أبي سعيد أنه ﷺ قال «لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه»(٣) وأعلّ بأن ربيحا ليس بمعروف. ونوزع في ذلك عن أبي زرعة: ربيح شيخ، وقال ابن عمار: ثقة، وقال البزار: روى عنه فليح بن سليمن وعبد العزيز الدراوردي وكثير بن زيد وغيرهم، قال: الأثرم: سألت أحمد بن حنبل عن التسمية في الوضوء فقال: أحسن ما فيها حديث كثير بن زيد، ولا أعلم فيها حديثاً ثابتاً، وأرجو أن يجزئه الوضوء لأنه ليس فيه حديث أحكم به اهـ. قوله: **(والأصح أنها مستحبة الخ)** يجوز كون مستنده فيه ضعف الأحاديث، ويجوز كونه بحديث المهاجر بن قنفذ قال: «أتيت النبي ﷺ وهو يتوضأ فسلمت عليه فلم يرد عليّ، فلما فرغ قال: إنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كنت على غير وضوء» رواه

النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلاً على التورّع والاحتياط. وقوله **(ولأن اليد آلة التطهير)** مبناه أيضاً على أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لكنه ترك لأن طهارة العضو حقيقة وحكماً تدل على عدم الوجوب، والرسغ منتهى الكف عند المفصل. وقوله **(وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء)** قال الطحاوي: هو أن يقول بسم الله العظيم والحمد لله على دين الإسلام هو المنقول عن السلف، وقيل إنه مرفوع إلى النبي ﷺ، واستدل بقوله ﷺ «لا وضوء لمن لم يسم الله» ووجه ذلك أن لا لنفي الجنس فبحقيقته يقتضي أن يكون لا وضوء إلا بتسمية، وإليه ذهب أصحاب الظواهر وأحمد وجعلوا التسمية من شروط الوضوء، لكنا قلنا المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به. فإن قيل فحينئذ كان كقوله ﷺ «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب» وهو أفاد الوجوب. أجيب بأن خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشيء، لأنه لو كان كذلك لجاز به الزيادة على الكتاب وليس كذلك، وبأن النبي ﷺ واظب على الفاتحة في الصلاة من غير ترك دون التسمية لأنه روي «أن مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله ﷺ فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه، فقال عليه الصلاة

قوله: **(وبأن النبي ﷺ)** أقول: هذا جواب ثان ومعطوف على قوله بأن خبر الفاتحة الخ في قوله وأجيب بأن خبر الفاتحة الخ.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في الصغير ١٩٦ من حديث أبي هريرة: يا أبا هريرة إذا توضأت فقل: بسم الله والحمد لله، فإن حفظتك لم تبرح تكتب لك الحسنات. حتى تحدث من ذلك الوضوء. وقال: تفرد به عمرو بن أبي سلمة. قال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٢٠ رواه الطبراني بإسناد حسن اهـ. مع أن في إسناده إبراهيم بن محمد قال الذهبي في الميزان ١/ ٥٤ ضعفه الدارقطني.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٠١ والدارقطني ١/ ٧٩ والبيهقي ١/ ٤٣ وابن ماجه ٣٩٩ والحاكم ١/ ١٤٦ كلهم من حديث أبي هريرة. وصححه الحاكم على أن في إسناده يعقوب بن سلمة الماجشون. وتعقبه الذهبي بقوله: يعقوب هو الليثي هنا وليس الماجشون وفيه لين اهـ. وشاهده الحديث الآتي فالحديث حسن.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٣٩٧ والحاكم ١/ ١٤٧ والبيهقي ١/ ٤٣ كلهم من حديث أبي سعيد بهذا اللفظ. وفيه كثير بن زيد. وقد حسنه البوصيري في زوائد ابن ماجه.
وقال الحاكم: قال الأثرم سئل أحمد عمّن يتوضأ ولا يسمي فقال: أحسن ما يروى حديث كثير بن زيد اهـ.
وورد من حديث سعيد بن زيد أخرجه الترمذي ٢٥ و٢٦ وابن ماجه ٣٩٨ والحاكم ١/ ١٤٧ والبيهقي ١/ ٤٣ قال الترمذي: قال البخاري: أحسن شيء في هذا الباب حديث رباح بن عبد الرحمٰن اهـ يعني حديث سعيد بن زيد.
وذكر الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣ كلاماً طويلاً حول هذا المتن والاختلاف فيه ما بين مضعف له ومحسن له.
وأورد ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ٧٢ ـ ٧٤ فذكر كلاماً طويلاً ختمه بقوله: والظاهر أن مجموع هذه الأحاديث يحدث منها قوة وقال ابن أبي شيبة: ثبت لنا أن رسول الله ﷺ قال اهـ.
الخلاصة: فالحديث بهذه الطرق أقل مراتبه أنه حسن.

. . . .

أبو داود وابن ماجه وابن حبان في صحيحه[١]، ورواه أبو داود من حديث محمد بن ثابت العبدي حدثنا نافع قال: انطلقت مع عبد الله بن عمر في حاجة إلى ابن عباس، فلما قضى حاجته كان من حديثه قال «مرّ النبي ﷺ في سكة من سكك المدينة وقد خرج من غائط أو بول إذ سلم عليه رجل فلم يردّ عليه السلام، ثم إنه ضرب بيده الحائط فمسح وجهه مسحاً ثم ضرب ضربة فمسح ذراعيه إلى المرفقين ثم كفه وقال: إنه لم يمنعني أن أردّ عليك إلا أني لم أكن على طهارة»[٢] وما في الصحيحين «أنه ﷺ أقبل من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يردّ عليه حتى أقبل على الجدار فمسح وجهه ويديه ثم ردّ النبي ﷺ»[٣] وروى البزار هذه القصة من حديث أبي بكر رجل من آل عمر بن الخطاب وزاد «وقال: إنما رددت عليك خشية أن تقول سلمت عليه فلم يرد عليّ، فإذا رأيتني هكذا فلا تسلم عليّ فإني لا أردّ عليك» وأبو بكر هذا هو ابن عمر بن عبد الرحمٰن بن عمر بن الخطاب، قاله عبد الحق ولا بأس به، ووقع مصرحاً باسمه ونسبه هذا في مسند السراج. وروى ابن ماجه عن جابر «أن رجلاً مرّ على النبي ﷺ وهو يبول فسلم عليه فقال: إذا رأيتني على هذه الحالة الخ»[٤] ولينظر في التوفيق بين هذه وبين كان فهي متظافرة على عدم ذكره ﷺ اسم الله تعالى على غير طهارة، ومقتضاه انتفاؤه في أوّل الوضوء الكائن عن حدث، وما أعل به غير قادح للمتأمل فهي معارضة لخبر التسمية بعد القول بحسنه بناء على أن كثرة طرق الضعيف ترقيه إلى ذلك وهو أوجه القولين على ما سنبينه في غير موضع إن شاء الله تعالى، بل بعضها بخصوصه حسن لمن تأمل كلام أهل الشأن عليها فيخرجه من السنة كما أخرجه عن الإيجاب الذي هو ظاهره، وكذا عدم نقلها في حكاية عليّ وعثمان يدل على ما قلنا. والجواب أن الضعف منتف لما قلنا، والمعارضة غير متحققة لأن كراهة ذكر لا يكون من متممات الوضوء لا يستلزم كراهة ما جعل شرعاً من ذكر الله تعالى تكميلاً له بعد ثبوت جعله كذلك بالحديث الحسن، فذلك الذكر ضروري للوضوء الكامل شرعاً فلا تعارض للاختلاف، وعدم نقلها في حكايتيهما إما لأنهما إنما حكيا الأفعال التي هي الوضوء والتسمية ليست من نفسه بل ذكر يفتتح هو بها، وصدق هذا التركيب يفيد خروجها عن مسماه، وإما لعدم نقل الرواة عنهما وإن قالاها، إذ قد ينقل الراوي بعض الحديث اشتغالاً بالمهم بناء على اشتهار الافتتاح بالتسمية بين السلف في كل أمر ذي بال، كما روى أبو داود والنسائي وابن ماجه «كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه بالحمد

والسلام «إنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كرهت أن أذكر الله إلا على طهارة» وربما تمسك به مالك رحمه الله وأنكر

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ١٧ والنسائي ١/ ٣٧ والدارمي ٢٥٤٣ وابن ماجه ٣٥٠ واللفظ له وأحمد ٥/ ٨٠ والحاكم ١/ ١٦٧ كلهم من حديث المهاجر بن قنفذ. وصححه الحاكم وأقره الذهبي. وإسناده على شرط مسلم.

(٢) ٥/ ٢٢. ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٣٠ وضعفه حيث قال عقبه: سمعت أحمد يقول: روى محمد بن ثابت حديثاً منكراً في التيمم قال ابن داسة: قال أبو داود: لم يتابع محمد بن ثابت في هذه القصة على ضربتين للتيمم عن النبي ﷺ ورووه فعل ابن عمر.

وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ١٥١ وقال: مداره على محمد بن ثابت ضعفه يحيى، وأبو حاتم، وأحمد، والبخاري وقال أحمد، والبخاري: ينكر عليه حديث التيمم.

وقال الخطابي: ثابت ضعيف جداً اهـ وحديث أبي داود رأيته في البيهقي ١/ ٢١٥ قلت: فالحديث من هذا الطريق واهٍ أنكر العلماء لا لأجل خبر السلام ورده بل لأجل كون التيمم ضربتين.

فهذا الحديث يترك وما ذكره المصنف قبله وكذا الآتي ثابتان.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٧ بهذا اللفظ وكذا مسلم ٣٦٩ وأبو داود ٣٢٩ وأحمد ٤/ ١٦٩ كلهم من حديث أبي الجهم وكذا رواه النسائي ١/ ١٦٥ قال النووي: وقع في مسلم أبو الجهم وهو غلط والصواب: أبو الجُهَيْم. اهـ. والرواية الآتية هي عند البزار في مسنده وكذا في مسند السراج وفي إسناده أبو بكر العمري لا بأس به نقله المصنف عن عبد الحق صاحب الأحكام.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٥٢ عن جابر وتتمته: فلا تسلم عليّ، فإنك إن فعلت ذلك لم أردّ عليك السلام. وفي إسناده سُويد بن سعيد قال البوصيري في الزوائد: واهٍ. اهـ.

فالخبر واهٍ وقد تقدم ما يغني عنه.

....

لله فهو أقطع»[1] وفي رواية «أجذم» وفي رواية «لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمٰن الرحيم» رواها ابن حبان من طريقين وحسنه ابن الصلاح وإن كان فيه قرّة وبالجملة عدم النقل لا ينفي الوجود فكيف بعد الثبوت بوجه آخر، ألا يرى أنهم لم ينقلوا من حكايتهما التخليل، ولا شبهة في اعتقادي أنه من فعله ﷺ وكذا لم ينقلوا السواك وهو عند أصحابنا من سنن الوضوء، وبعض من حكى لم يحك غسل اليدين أولاً ولم يقدح ذلك في ثبوتها إذا ثبت بطرق. بقي أن يقال فإذا سلم خبر التسمية عن المعارض مع حجيته فما موجب العدول به إلى نفي الكمال وترك ظاهره من الوجوب؟ فإن قلنا إنه حديث إذا تطهر أحدكم فذكر اسم الله تعالى عليه فإنه يطهر جسده كله فإن لم يذكر اسم الله تعالى على طهوره لم يطهر إلا ما مر عليه الماء فهو حديث ضعيف[2]، وإنما يرويه عن الأعمش يحيى بن هاشم وهو متروك. وإن قلنا إنه حديث: المسيء صلاته فإن في بعض طرقه أنه ﷺ قال له «إذا قمت إلى الصلاة فتوضأ كما أمرك الله» وفي لفظ «إنها لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى، فيغسل وجهه ويديه إلى المرفقين، ويمسح رأسه ورجليه إلى الكعبين، ثم يكبر الله تعالى ويحمده»[3] الحديث حسنه الترمذي، ولم يذكر فيه

التسمية في أوّل الوضوء فقال: أتريد أن تذبح، إشارة إلى أن التسمية في الذبح دون الوضوء، وذلك كما ترى يدل على أنه ﷺ توضأ قبل أن يذكر الله، وكونها سنة مختار الطحاوي والقدوري، والأصح أن التسمية مستحبة وإن سماها في الكتاب يعني القدوري سنة لما ذكرنا أن النبي ﷺ لم يواظب عليها. روي أن عثمان وعلياً رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله ﷺ ولم

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٨٤٠ وابن ماجه ١٨٩٤ والدارقطني ١/ ٢٢٩ وأحمد ٢/ ٣٥٩ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٥١: واختلف في وصله، وإرساله فرجح النسائي، والدارقطني الإرسال اهـ.
وكذا أبو داود حيث قال عقبه: روا يونس، وعقيل، وشعيب، وسعيد بن عبد العزيز عن الزهري مرسلاً.
وقال السندي في تعليقه على ابن ماجه: الحديث قد حسنه ابن الصلاح والنووي. اهـ.
وألفاظه مختلفة ففي: أبي داود: كل كلام وعند ابن ماجه: كل أمر، وعند أحمد جمعهما على الشك: كل كلام أو أمر وعجزه في رواية أبي داود: أجذم ولابن ماجه: أقطع ولأحمد: أبتر.
أما لفظ: لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمٰن الرحيم.
فهو غريب جداً وقد صنف الشيخ الغماري عالم المغرب جزءاً سماه الاستعاذة والبسملة من صَحَّح حديث البسملة وحكم بوصفه وأن الوارد فقط حديث الحمدلة وذكر البسملة تخليط من بعض الرواة.

(٢) ضعيف جداً. أخرجه البيهقي ١/ ٤٤ والدارقطني ١/ ٧٣ كلاهما من حديث ابن مسعود. وفي إسناده يحيى بن هاشم السّمار وهو متروك كما ذكر الكمال وغيره والبيهقي، وورد من حديث ابن عمر. أخرجه الدارقطني ١/ ٧٤، ٧٥ والبيهقي ١/ ٤٤ وقال: في إسناده أبو بكر الداهري غير ثقة. وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ١/ ٧٤ والبيهقي ١/ ٤٤، ٤٥ وقال: إسناده ضعيف. بل قال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ٧٦ بعد أن ضعف رجال إسناده: وورد عن أبي بكر الصديق ذكره أبو عبيد وهو مع إعضاله موقوف اهـ.
وقال العلامة المقدسي في كتابه العدة: رواه سعيد بن منصور في سننه عن مكحول موقوفاً عليه وورد عن الحسن بن عمار نحوه.

(٣) حسن. أما حديث المسيء صلاته فهو حديث مشهور من حديث أبي هريرة رواه الجماعة وسيأتي. وأما لفظ: إذا قمت إلى الصلاة، فتوضأ كما أمرك الله. فهو عند الترمذي ٣٠٢ في أثناء حديث المسيء صلاته. وهو من طريق يحيى بن علي بن خلاد عن أبيه عن جده عن رفاعة بن رافع مرفوعاً.
وقال الترمذي: حديث حسن. وقد روي عن رفاعة من وجه آخر وفيه يحيى بن علي بن خلاد أعله المصنف به نقلاً عن ابن القطان اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب: مقبول.
وأما قوله: وفي لفظ: (إنها لا تتم صلاة أحدكم. . .) فهذا أخرجه أبو داود ٨٥٨ والدارمي ١٣٠٣ والحاكم ١/ ٢٤٢ كلهم من حديث علي بن يحيى بن خلاد عن أبيه عن عمه رفاعة بن رافع. مرفوعاً.
ويحيى بن خلاد الذي في هذا الإسناد هو جد يحيى بن علي الذي في إسناد الترمذي. ويحيى بن خلاد هذا قال ابن حجر في التقريب ٢/ ٣٤٦ مدني له رؤية ذكره ابن حبان في ثقات التابعين مات في حدود السبعين اهـ.
تنبيه: وهذا السياق الثاني لم يروه الترمذي. مع أن صنيع المصنف ابن الهمام يوهم أنه رواه.
تنبيه آخر: علمت أن في الإسناد الثاني الذي عند أبي داود وغيره يحيى بن خلاد وهو جد يحيى بن علي بن خلاد.
وعلى هذا فإعلال ابن القطان إنما يتوجه لسياق الترمذي الأول دون هذا أما هذا فإسناده جيد رواه الحاكم من طرق عنه.

مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة، ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح. قال **(والسواك)** لأنه عليه الصلاة

تسمية في مقام التعليم، فقد أعله ابن القطان بأن يحيى بن علي بن خلاد لا يعرف له حال وهو من رواته، فأدى النظر إلى وجوب التسمية في الوضوء، غير أن صحته لا تتوقف عليها لأن الركن إنما يثبت بالقاطع، وبهذا يندفع ما قيل المراد به نفي الفضيلة وإلا يلزم نسخ آية الوضوء به: يعني الزيادة عليها فإنه إنما يلزم بتقدير الافتراض لا الوجوب. وما قيل إنه لا مدخل للوجوب في الوضوء لأنه شرط تابع، فلو قلنا بالوجوب فيه المساوي التبع الأصل غير لازم إذ اشتراكهما بثبوت الواجب فيهما لا يقتضيه لثبوت عدم المساواة بوجه آخر نحو إنه لا يلزم بالنذر، بخلاف الصلاة مع أنه لا مانع من الحكم بأن واجبه أحط رتبة من واجب الصلاة كفرضه بالنسبة إلى فرضها. فإن قيل: يرد عليه ما قالوه من أن الأدلة السمعية على أربعة أقسام. الرابع منها ما هو ظني الثبوت والدلالة وأعطوا حكمه إفادة السنية والاستحباب وجعلوا منه خير التسمية، وصرح بعضهم بأن وجوب الفاتحة ليس من قوله ﷺ «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»[1] بل بالمواظبة من غير ترك لذلك، فالجواب إن أرادوا بظني الدلالة مشتركها سلمنا الأصل المذكور ومنعنا كون الخبرين من ذلك، بل نفي الكمال فيهما احتمال يقابله الظهور فإن النفي متسلط على الوضوء والصلاة فيهما. فإن قلنا: النفي لا يتسلط على نفس الجنس بل ينصرف إلى حكمه وجب اعتباره في الحكم الذي هو الصحة فإنه المجاز الأقرب إلى الحقيقة وإن قلنا يتسلط هنا لأنها حقائق شرعية فينتفي شرعاً لعدم الاعتبار شرعاً وإن وجدت حساً فأظهر في المراد، فنفي الكمال على كلا الوجهين احتمال هو خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا بدليل، وإن أرادوا به ما فيه احتمال ولو مرجوحاً منعنا صحة الأصل المذكور وأسندناه بأن الظن واجب الاتباع في الأدلة الشرعية الاجتهادية، وهو متعلق بالاحتمال الراجح فيجب اعتبار متعلقه، وعلى هذا مشى المصنف رحمه الله في خبر الفاتحة حيث قال بعد ذكره من طرف الشافعي رحمه الله. ولنا قوله تعالى ﴿فاقرأوا ما تيسر من القرآن﴾ والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل فعملنا بوجوبها وهذا هو الصواب، والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال.

[فرع] نسي التسمية فذكرها في خلال الوضوء فسمى لا يحصل السنة، بخلاف نحوه في الأكل، كذا في الغاية معللاً بأن الوضوء عمل واحد بخلاف الأكل، وهو إنما يستلزم في الأكل تحصيل السنة في الباقي لا استدراك ما فات قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل قبله فقط وما قيل بعده فقط، لأن ما قبله حال الانكشاف والأصح قبله أيضاً لا حال الانكشاف ولا في محل النجاسة، ومن الثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يقول عند دخول الخلاء «اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث»[2] والمراد الاستعاذة من ذكران الشياطين وإناثهم قوله: **(والسواك)**

ينقل عنهما التسمية. وما روى أنه ﷺ سمى فهو من باب قوله عليه الصلاة والسلام «كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه ببسم الله فهو أبتر» **(ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح)** دون ما قيل يسمي قبل الاستنجاء لما أنه من سنن الوضوء فيسمي قبله ليقع جميع أفعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية، وما قيل يسمي بعد الاستنجاء لأن قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب، وإنما كان ذلك هو الصحيح لأن قوله ﷺ «كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه بذكر الله» يستدعي التسمية في ابتداء الوضوء، والاستنجاء لما كان ملحقاً به من حيث هو طهارة استحب أن يبدأ بها. وقوله **(والسواك)** أي استعماله حذف

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٥٦ ومسلم ٣٩٤ وأبو داود ٨٢٢ والترمذي أبو داود ٨٢٢ والترمذي ٢٤٧ والنسائي ٢/١٣٧ وابن ماجه ٨٣٧ والدارمي ١٢٢٢ كلهم من حديث عبادة بن الصامت: لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب. وسيأتي في بحث الصلاة والقراءة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٢ وطرفة في ٦٣٢٢ ومسلم ٣٧٥ وأبو داود ٤،٥ والترمذي ٦،٥ والنسائي ١/ ٢٠ وابن ماجه ٢٩٨ والدارمي ٦٧٤ والبيهقي ١/ ٩٥ وأحمد ٣/ ٩٩، ١٠١، ٢٨٢ كلهم من حديث أنس.

والسلام كان يواظب عليه وعنده فقده يعالج بالأصبع لأنه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك، والأصح أنه مستحب.

أي الاستياك عند المضمضة (**لأنه عليه الصلاة والسلام كان يواظب عليه**) المطلوب مواظبته عند الوضوء، ولم أعلم حديثاً صريحاً فيه، ففي الصحيحين «أنه ﷺ كان إذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك» وفي لفظ «إذا قام ليتهجد»[(١)] وفي مسلم «كان ﷺ إذا دخل بيته بدأ بالسواك»[(٢)]. وفي أبي داود «كان ﷺ لا يستيقظ من ليل أو نهار إلا تسوّك قبل أن يتوضأ»[(٣)] وفي الطبراني «ما كان النبي ﷺ يخرج من بيته لشيء من الصلوات حتى يستاك»[(٤)] ومما يدل على محافظته على السواك استياكه بسواك عبد الرحمٰن بن أبي بكر عند وفاته[(٥)] في الصحيحين، وفيهما قال ﷺ «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة أو عند كل صلاة»[(٦)] وعند النسائي في رواية «عند كل وضوء»[(٧)] ورواها ابن خزيمة في صحيحه وصححها الحاكم وذكرها البخاري تعليقاً، ولا دلالة في شيء على كونه في الوضوء إلا هذه، وغاية ما يفيد الندب وهو لا يستلزم سوى الاستحباب، إذ يكفيه إذا ندب لشيء أن يتعبد به أحياناً، ولا سنة دون المواظبة وهي ليست بلازمة من ذلك، واستدلاله في الغاية بما رواه الإمام أحمد عنه ﷺ «صلاة بسواك

المضاف لأمن الإلباس. والسواك اسم لخشبة معينة للاستياك، وينبغي أن يكون من الأشجار المرّة لأنه يطيب النكهة ويشد الأسنان ويقوي المعدة، ويكون في غلظ الخنصر وطول الشبر، ويستاك عرضاً لا طولاً عند المضمضة (**لأن النبي ﷺ كان يواظب عليه، وعند فقده**) كان (**يعالج بالأصبع**) والمواظبة مع الترك دليل السنية وبدونه دليل الوجوب، وقد دلّ على تركه حديث الأعرابي فإنه لم ينقل فيه تعليم السواك، فلو كان واجباً لعلمه، ويستدل بترك التعليم على تركه دفعاً للتعارض، فإن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٥ وطرفة في ٨٨٩ ومسلم ٢٥٥ وأبو داود ٥٥ والنسائي ١/٨ والدارمي ٦٨٩ وابن ماجه ٢٨٦ والطيالسي ٤٠٩ وأحمد ٥/٤٠٧ كلهم من حديث حذيفة قوله: وفي لفظ: إذا قام ليتهجد. هذا اللفظ لمسلم في الرواية الأولى ٢٥٥ و ٤٦ وكذا الدارمي وابن ماجه. والنسائي ١/١٣ ثم رأيته كذلك في البخاري ١١٣٦.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٢٥٣ ح ٤٤ بهذا اللفظ. وابن ماجه ٢٩٠ وأحمد ٦/١٨٨ كلهم من حديث عائشة.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥٧ بهذا السياق وفي إسناده علي بن زيد غير قوي لكن الحديث حسن لشواهده.

(٤) حسن. رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/٩٩ من حديث عائشة. وقال الهيثمي: رجاله موثقون.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٣٨ كتاب المغازي من حديث عائشة بلفظ: دخل عبد الرحمن بن أبي بكر على النبي ﷺ وأنا مسندته إلى صدري ومع عبد الرحمٰن سواك رطبٌ يستنُّ به فَأَبَدَّهُ رسول الله ﷺ بصره، فأخذت السواك، فقضمته، ونفضْتُهُ وطيبته ثم دفعته إلى النبي ﷺ فاسْتَنَّ به. الحديث.

تنبيه: عزاه المصنف لمسلم والصواب أن مسلماً لم يروه مع ذكر السواك وإنما روى أصل الحديث برقم ٢٤٤٤ وهو أن النبي ﷺ توفي عند عائشة وهو مسْنَدٌ إلى صدرها. وقد أورده الزيلعي ١/٨ فنسبه للبخاري فقط وكذا البيهقي ١/٣٩ نسبة للبخاري دون مسلم.

(٦) ٨/٢٤. صحيح. أخرجه البخاري ٨٨٧ و ٧٢٤٠ ومسلم ٢٥٢ وأبو داود ٤٦ والترمذي ٢٢ والنسائي ١/٢١ وابن ماجه ٢٨٧ والدارمي ٦٨٧ وأحمد ٢/٥٣١ كلهم من حديث أبي هريرة.

رواية مسلم: عند كل صلاة. ورواية البخاري: مع كل صلاة.

(٧) جيد. أخرجه النسائي ١/١٢ بمثل سياق الجماعة. ولعل هذا اللفظ في السنن الكبرى. ويؤكد ذلك أن الألباني أورد في الإرواء ٧٠ حديث الجماعة ثم قال: وبلفظ: مع كل وضوء. أخرجه الطحاوي ١/٢٦، ٢٧ في مشكل الآثار والبيهقي ١/٣٥ وأحمد ٢/٤٦٠، ٥١٧ وعلقه البخاري بلفظ: عند كلّ وضوء. وذكر ابن حجر في الفتح أن النسائي، وابن خزيمة. وصلاة من طريق مالك اهـ.

قلت: علقه البخاري في كتاب الصوم باب السواك للصائم ٤/١٥٨ الفتح. ونسبه ابن حجر للنسائي، وابن خزيمة في صحيحه وأخرجه الحاكم ١/١٤٦ من حديث أبي هريرة بلفظ: لولا أن أشق على أمتي لفَرضتُ عليهم السواك مع الوضوء الحديث. وقال: صحيح على شرطهما، وليس له علة.

ووقع في التلخيص بلفظ: لفرضت عليهم السواك عند كل صلاة كما فرضت عليهم الوضوء..

قال (**والمضمضة والاستنشاق**) لأنه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة. وكيفيته أن يمضمض ثلاثاً يأخذ لكل

أفضل من سبعين صلاة بغير سواك»[1] يفيد أن المراد بكل ما ذكرنا مما ظاهره الندب عند نفس الصلاة كونه عند الوضوء فالحق أنه من مستحبات الوضوء، ويوافقه ما في الهداية الغزنوية حيث قال: ويستحب في خمسة مواضع: اصفرار السن، وتغير الرائحة، والقيام من النوم، والقيام إلى الصلاة، وعند الوضوء والاستقراء يفيد غيرها، وفيما ذكرنا أول ما يدخل البيت. ويستحب فيه ثلاث بثلاث مياه وأن يكون السواك لينا في غلظ الأصبع وطول شبر من الأشجار المرّة، ويستاك عرضاً لا طولاً قوله: (**يعالج بالأصبع**) قال في المحيط: قال علي رضي الله عنه: التشويص بالمسبحة والإبهام سواك. وروى البيهقي وغيره من حديث أنس يرفعه «يجزي من السواك الأصابع»[2] وتكلم فيه. وعن عائشة رضي الله عنها «قلت: يا رسول الله الرجل يذهب فوه يستاك؟ قال نعم، قلت: كيف يصنع؟ قال: يدخل أصبعه في فيه»[3] رواه الطبراني قوله: (**والمضمضة والاستنشاق**) والسنة فيهما المبالغة لغير الصائم وهو في المضمضة إلى الغرغرة، وفي الاستنشاق إلى ما اشتدّ من الأنف، ولو شرب الماء عباً أجزأ عن المضمضة، وهو

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد ٦/ ٢٧٢ والحاكم ١/ ١٤٦ وابن خزيمة ٤/ ١٧ والبزار وأبو يعلى كما في المجمع ٢/ ٩٨ كلهم من حديث عائشة.
بلفظ: فضل الصلاة بسواك على الصلاة بغير سواك سبعين صلاة. وصححه الحاكم وسكت الذهبي.
وقال الهيثمي: وقد صححه الحاكم. ورواه البزار من حديث عائشة.
بلفظ: ركعتان بسواك أفضل من سبعين ركعة بغير سواك.
ورجاله موثقون اهـ لكن في كلامه نظر كما يأتي.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ٦٧ مداره من كل طرقه على ابن اسحاق، ومعاوية بن يحيى الصدفي، كلاهما عن الزهري. وأطال ابن حجر الكلام على هذا الحديث فذكر له طرقاً أخرى وقال: أسانيده معلولة بل نقل عن ابن معين قوله: هذا الحديث لا يصح له إسناد وهو باطل اهـ.
وأورده ابن الجوزي في الواهيات ٥٥٠ من طريق معاوية الصدفي وقال: هذا حديث لا يصح والصدفي ضعيف قاله الدارقطني.
فتبين أن طريق معاوية الصدفي واهٍ بقي طريق ابن إسحاق فمن طريقه رواه أحمد والحاكم والجماعة وهو ثقة إلا أنه مدلس وقد قال أحمد عنه: إذا قال. وذكر لم يسمعه. كما في كشف الخفاء للعجلوني ١٦٠٤ اهـ.
وهو من هذا القبيل حيث وقع عند أحمد في مسنده وفي المستدرك وغيرهما: حدثنا يعقوب حدثني أبي عن ابي اسحاق قال: وذكر الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعاً: فضل الصلاة بسواك... الحديث. فهذا من تدليسات ابن إسحاق.
وجاء في كشف الخفاء ما ملخصه نقلاً عن الدرر ١٦٠٤ وتوقف ابن خزيمة، والبيهقي في صحته خوفاً من أن يكون من تدليسات ابن اسحاق. وأنه ربما لم يسمعه من الزهري ثم ذكر عبارة أحمد فيه. وقال: وانتقد الحاكم بذلك في تصحيحه. والدرر. لابن حجر. وقال العجلوني: وأما لفظ: صلاة بسواك خير من سبعين صلاة بغير سواك رواه البيهقي عن عائشة مرفوعاً وقال: إنه غير قوي الإسناد ثم ذكر العجلوني بقية كلام صاحب الدرر المنتثرة. السيوطي. وآخره: وأما قول ابن عبد البر في التمهيد عن يحيى بن معين إنه حديث باطل فهو بالنسبة لما وقع له من طرقه اهـ.
وقال ابن الفرس الذي فهمته من كلامهم أنه ضعيف أو حسن لغيره.
اهـ الكشف. وقول السيوطي: عن يحيى أنه حكم عليه بالنسبة لما وقع له. غير سديد فإن يحيى وأمثاله أحاطوا بالحديث وطرقه. ومخارجه.
وورد من طريق مسلمة بن علي الخشني من حديث أبي هريرة أورده الذهبي في الميزان ٤/ ١٠٩ . ١١١ وقال عن صاحب الترجمة الخشن: متروك. وقال البخاري منكر الحديث.
الخلاصة: هذا الحديث لا يرقى عن درجة الضعف لا سيما وقد أبطله ابن معين وابن عبد البر وانظر المنار المنيف لابن قيم حيث أطال الكلام عليه وكذا تلخيص الحبير ١/ ٦٧ . ٢/ ٢٥ . ضعيف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٠ من طريق عيسى بن شعيب عن عبد الحكم القسملي عن أنس مرفوعاً. ونقل البيهقي عن البخاري قوله: القسملي منكر الحديث.
ثم كرره البيهقي وفيه عيسى بن شعيب عن ابن المثنى به.
ولم يذكر القسملي في هذا الإسناد. إلا أن عيسى هذا هو البصري وهاه ابن حبان. لكن تابعه عبد الله بن عمر الحمال فقد أخرجه البيهقي عن الحمّال عن ابن المثنى عن ثمامة عن أنس به. وتابع هذا خالد بن فلاش لكن هذه الأسانيد كلها واهية لا يقوم بها حجة.
(٢) ضعيف. رواه الطبراني في الأواسط كما في المجمع.
٢/ ١٠٠ عن عائشة قال الهيثمي: في إسناده عيسى بن عبد الله الأنصاري ضعيف. باب السواك لمن ليست له أسنان. ومن الحديث: تسأل السيدة عائشة من ذهب فمه أي أصابه مرض أو نحوه هل يستعمل السواك. فأجاب ﷺ بأنه يدلك بأصبعه. ومثله من ذهبت أسنانه.

. . . .

يفيد أن مجه ليس من حقيقتها وقيل لا يجزئه، ومصاً لا يجزئه قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة)** جميع من حكى وضوءه عليه الصلاة والسلام فعلاً وقولاً اثنان وعشرون نفراً، ولا بأس بإفادة حصرهم تكميلاً وإسعافاً: الأول عبد الله بن زيد فعلاً، وفيه مضمض واستنشق واستنثر ثلاثاً بثلاث غرفات، وفيه فمسح رأسه فأقبل بهما وأدبر مرة واحدة[١]، رواه الستة عنه، والمراد عبد الله بن زيد بن عاصم، ووهم ابن عيينة في جعله إياه ابن زيد بن عبد ربه راوي الأذان. وفي قوله مسح مرتين إلا أن يكون رواه بمعنى أقبل وأدبر. الثاني عثمان فعلاً في الصحيحين[٢]، ولم يذكر في المضمضة والاستنشاق عدد غرفات ولا في المسح إقبالاً ولا غيره. الثالث ابن عباس فعلاً في البخاري «وفيه أخذ غرفة من ماء فتمضمض بها واستنشق»[٣] وفيه «ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليمنى ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليسرى ثم مسح برأسه» الرابع المغيرة رواه البخاري في كتاب اللباس[٤]. الخامس علي بن أبي طالب فعلاً[٥] رواه أصحاب السنن الأربعة، وفيه فمسح برأسه مرة واحدة، وفي رواية أبي داود في المضمضة والاستنشاق قال بماء واحد. السادس المقدام بن معد يكرب [٦] قولاً دون تنصيص على عدد في شيء رواه أبو داود. السابع أبو مالك الأشعري فعلاً كالذي قبله[٧]، رواه عبد الرزاق والطبراني وأحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه. الثامن أبو بكرة قولاً كالذي قبله[٨] رواه البزار. التاسع أبو هريرة قولاً كالذي قبله[٩] رواه أحمد وأبو يعلى، وزاد «أنه ﷺ نضح تحت ثوبه ثم قال: هذا إسباغ الوضوء» العاشر وائل بن حجر[١٠]، رواه

عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان تدافع. وقوله **(والمضمضة والاستنشاق لأن النبي ﷺ فعلهما على المواظبة)** يعني مع الترك، والدليل على الترك حديث الأعرابي على الوجه الذي ذكرناه. وما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها حكت وضوء رسول الله ﷺ ولم تذكر المضمضة والاستنشاق، وإنما تعرّض لكيفيتهما نفياً لقول الشافعي فإن عنده

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩١ و١٩٢ و١٨٦ ومسلم ٢٣٥ وأبو داود ١١٨ و١١٩ والترمذي ٢٨ و٣٢ والنسائي ١/ ٧١، ٧٢ وابن ماجه ٤٠٥ والدارمي ٦٩٨ كلهم من حديث عبد الله بن زيد في صفة وضوء النبي ﷺ.

(٢) ٥/ ٢٥ صحيح ـ حديث عثمان أخرجه البخاري ١٥٩ و١٦٤ و١٦٤ في ١٩٣٤ ومسلم ٢٢٦ وأبو داود ١٠٦ و١٠٧ والنسائي ١/ ٦٤، ٦٥ والدارمي كلهم من حديث عثمان وكذا ابن ماجه ٢٨٥ وأحمد ١/ ٦٤، ٦٧.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٠ باب غسل الوجه باليدين من غرفة واحدة. رواه من حديث ابن عباس.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٧٩٨ و٥٧٩٩ في كتاب اللباس من حديث المغيرة به.

(٥) صحيح. أخرجه أبو داود ١١١ و١١٣ و١١٥ والترمذي ٤٩ و٤٨ قابله والنسائي ١/ ٦٨، ٦٩ وابن ماجه ٤٠٤ والدارمي ٧٠٣ كلهم عن علي في صفة وضوء النبي ﷺ وله طرق أخرى عنه

(٦) أخرجه أبو داود ١٢٢ من حديث المقدام بن معد يكرب والراوي عنه عبد الرحمٰن بن ميسرة جاء في نصب الراية ١/ ١٢ مجهول اهـ. وقال ابن حجر في التقريب ١/ ٥٠٠ ابن ميسرة الحمصي مقبول اهـ.

(٧) حسن. حديث أبي مالك. أخرجه أحمد ٥/ ٣٤١ وعبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفيهما، وإسحاق في مسنده كما في نصب الراية ١/ ١٢ وفي إسناد شهر بن حوشب غير قوي.

(٨) حديث أبي بكرة أخرجه البزار كما في المجمع ١/ ٢٣٢، ٢٣٣ وقال الهيثمي: شيخ البزار لم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ.

(٩) جيد. حديث أبي هريرة. أخرجه أحمد ٢/ ٣٤٨ وأبو يعلى كما في نصب الراية ١/ ١٣ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٢٣٠ وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح.

(١٠) ضعيف. حديث وائل ما أخرجه الترمذي وإنما رواه البزار، والطبراني كما في المجمع ١/ ٢٣٢ وقال الهيثمي: وفيه سعد بن عبد الجبار قال النسائي: ليس بالقوي وذكره ابن حبان في الثقات. وفيه أيضاً محمد بن حجر: ضعيف اهـ. وكذا في نصب الراية ١/ ١٣ قال الزيلعي: رواه البزار قال في الإمام. ابن دقيق العيد. يرويه محمد بن حجر بن عبد الجبار قال البخاري فيه نظر اهـ وقال في الدراية ١/ ١٩ فيه ضعف.

. . . .

الترمذي عنه قولاً، وفيه «ثم مسح على رأسه ثلاثاً وظاهر أذنيه ثلاثاً وظاهر رقبته، وأظنه قال وظاهر لحيته ثلاثاً ثم غسل قدمه اليمنى وفصل بين أصابعه، أو قال خلل بين أصابعه ورفع الماء حتى جاوز الكعب ثم رفعه إلى الساق، ثم فعل باليسرى مثل ذلك، ثم أخذ حفنة من ماء فملأ بها يده ثم وضعها على رأسه حتى انحدر الماء من جوانبه وقال: هذا إتمام الوضوء، ولم أره ينشف بثوب» قال الإمام: يرويه محمد بن حجر بن عبد الجبار، قال البخاري فيه نظر. الحادي عشر جبير بن نفير[1]، رواه ابن حبان دون تنصيص على عدد في الرأس وغرفات المضمضة والاستنشاق. الثاني عشر أبو أمامة[2] فرواه أحمد في مسنده. الثالث عشر أنس[3] أخرج الدارقطني عن الحسن البصري أنه توضأ ثم قال: حدثني أنس بن مالك أن هذا وضوء رسول الله ﷺ دون ذلك التنصيص. الرابع عشر أبو أيوب الأنصاري[4]، رواه الطبراني وإسحاق بن راهويه قال: كان ﷺ إذا توضأ تمضمض واستنشق وأدخل أصابعه من تحت لحيته فخللها الخامس عشر كعب بن عمرو اليماني[5]، رواه أبو داود عنه قال: دخلت على النبي ﷺ وهو يتوضأ والماء يسيل من وجهه ولحيته على صدره، فرأيته يفصل بين المضمضة والاستنشاق اهـ. ورواه الطبراني، وفصل معنى التفصيل وسنذكره عن قريب إن شاء الله تعالى. السادس عشر عبد الله بن أبي أوفى قولاً[6]، رواه أبو يعلى دون ذلك التنصيص. السابع عشر البراء بن عازب فعلاً[7]، رواه الإمام أحمد كذلك. الثامن عشر أبو كاهل قيس بن عائذ قولاً[8]، وفيه فغسل يعني النبي ﷺ يده ثلاثاً وتمضمض واستنشق ثلاثاً ثلاثاً وغسل ذراعيه ثلاثاً ومسح برأسه ولم يوقت وغسل رجليه ولم يوقت، ولعل قوله ذلك هو الوجه للقائلين بعدم سنية التثليث في غسل الرجل، وقد ضعف بالهيثم بن جماز، وحديث الربيع بعده صريح في تثليث الرجلين. التاسعة عشرة الربيع بنت معوّذ فرواه[9] أبو داود عنها قولاً قالت فيه: فغسل كفيه ثلاثاً ووضأ وجهه ثلاثاً ومضمض

الأفضل أن يتمضمض ويستنشق بكفّ بماء واحد لما روي أن النبي ﷺ فعل كذلك، ولنا أن الفم والأنف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الأعضاء، وتأويل ما روي أنه ﷺ لم يستعن باليدين كما في غسل الوجه بل استعمل الكف

قوله: (ولنا أن الفم والأنف عضوان منفردان) أقول: سيجيء أنهما من الوجه فلا يكونان عضوين منفردين.

---

(١) حديث جبير بن نفير أخرجه البيهقي في سننه ١/٤٦، ٤٧ وابن حبان في صحيحه كما في نصب الراية ١/١٣ وإسناده حسن.

(٢) حسن. حديث أبي أمامة. أخرجه أحمد في مسنده ٥/٢٥٧ قال ابن حجر في الدراية ١/١٩: فيه ضعف اهـ وفي مجمع الزوائد ١/٢٣٠ رواه الطبراني من طريق سميع عن أبي أمامة. وإسناده حسن وسميع ذكره ابن حبان في الثقات وقال: لا أدري من أين هو والظاهر أنه اعتمد في توثيقه على غيره اهـ.

قلت: وهو في طريق أحمد أيضاً لذا أشار ابن حجر إلى أن فيه ضعفاً لكنه يتقوى بشواهده.

(٣) جيد. حديث أنس. أخرجه الدارقطني ١/١٠٦ عن الحسن عن أنس وإسناده جيد.

(٤) ضعيف حديث أبي أيوب. أخرجه الطبراني وإسحاق كما في نصب الراية ١/١٤ وأحمد في مسنده ٥/٤١٧ وسكت عليه الزيلعي وابن حجر مع أن مداره على واصل بن السائب قال الهيثمي في المجمع ١/٢٣٠: في إسناده واصل بن السائب وأجمعوا على ضعفه.

(٥) حديث كعب بن عمرو اليماني أخرجه أبو داود ١٣٩ وفي إسناده ليث بن أبي سليم غير قوي.

وسكت عليه أبو داود والمنذري في مختصره وكذا الزيلعي ولعل سبب سكوتهم عليه كثرة شواهده فهو حسن لشواهده.

(٦) ضعيف. حديث ابن أبي أوفى. أخرجه أبو يعلى في مسنده كما في نصب الراية ١/١٤ وفي إسناده فائد بن عبد الرحمٰن. الكوفي متروك.

(٧) أخرجه أحمد ٤/٢٨٨ عن لبراء قال الهيثمي في المجمع ١/٢٣٠ رجاله موثقون.

(٨) ضعيف. حديث أبي كاهل. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/٢٣٣ وقال الهيثمي: في إسناده الهيثم بن جماز: متروك اهـ.

وأعله الزيلعي في نصيب الراية ١/١٥ بالهيثم وقال: ضعفه يحيى وقال أحمد: منكر الحديث.

(٩) حسن. حديث الربيع بنت معوّذ. أخرجه أبو داود ١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ وأحمد في مسنده ٦/٣٥٩، ٣٦٠، ورواه الترمذي ٣٣ مختصراً وابن ماجه ٤١٨ وحسنه الترمذي ومداره على عبد الله بن عقيل غير قوي لكن شواهده كثيرة.

. . . .

واستنشق مرة ووضأ يده ثلاثاً ومسح برأسه مرتين يبدأ بمؤخر رأسه ثم بمقدمه، وفيه: وضأ رجليه ثلاثاً ثلاثاً. العشرون عائشة رضي الله عنها فعلاً [(١)]، رواه النسائي في سننه الكبرى، وفيه: مسحت رأسها مسحة واحدة إلى مؤخره ثم مرت بيديها بأذنيها، وليس في شيء منها ذكر التسمية إلا حديث ضعيف أخرجه الدارقطني عن حارثة بن أبي الرجال عن عمرة عن [(٢)] عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا مسّ طهوراً سمى الله تعالى». الحادي والعشرون عبد الله بن أنيس فعلاً [(٣)]، رواه الطبراني، وفيه: مسح برأسه مقبلاً ومدبراً ومس أذنيه. الثاني والعشرون عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [(٤)] وسنذكرها قريباً، وقد أشرنا فيها إلى الأطراف المذكورة في كيفية المسح وغرفات المضمضة والاستنشاق لأنهما موضعا خلاف فتتيسر الإحالة عند الكلام عليهما، وكلها نص على المضمضة والاستنشاق فلا شك في ثبوت المواظبة عليهما قوله: **(هو المحكى)** تقدم من حكاية عبد الله بن زيد فمضمض واستنشق واستنثر ثلاثاً بثلاث غرفات[(٥)]، ومعلوم أن الاستنثار ليس أخذ ماء ليكون له غرفة، والمراد بثلاث غرفات مثل المراد بقوله ثلاثاً، فكما أن المراد كل من المضمضة والاستنشاق ثلاثاً فكذا كل من المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات. وقد جاء مصرحاً في حديث الطبراني. حدثنا الحسين بن إسحاق التستري، حدثنا شيبان بن فرّوخ، حدثنا أبو سلمة الكندي، حدثنا ليث بن أبي سليم، حدثني طلحة بن مطرف عن أبيه عن جده كعب بن عمرو اليامي «أن رسول الله ﷺ توضأ فمضمض ثلاثاً واستنشق ثلاثاً، يأخذ لكل واحدة ماءً جديداً، وغسل وجهه ثلاثاً، فلما مسح رأسه قال هكذا، وأومأ بيديه من مقدم رأسه حتى بلغ بهما إلى أسفل عنقه من قبل قفاه»[(٦)] وقدمنا رواية أبي دواد له مختصراً وسكت عليه هو والمنذري بعده. وما نقل عن ابن معين أنه سئل: ألكعب صحبة؟ فقال: المحدثون يقولون إنه رآه ﷺ، وأهل بيت طلحة يقولون ليست له صحبة غير قادح، فإذا اعترف أهل الشأن بأن له صحبة تم الوجه، ويدل عليه ما رواه ابن سعد في الطبقات: أخبرنا يزيد بن هارون عن عثمان بن مقسم البري عن ليث عن طلحة بن مصرف اليامي عن جده قال «رأيت رسول الله ﷺ يمسح هكذا، ووصف فمسح مقدم رأسه جرّ يديه إلى قفاه»[(٧)] وما في حديث علي بماء واحد لا يعارض الصحيح من حديث ابن زيد وكعب، وما في حديث ابن عباس فأخذ غرفة من ماء إلى آخر ما تقدم يجب صرفه إلى أن المراد تجديد الماء بقرينة قوله بعد ذلك: ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليمنى، ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليسرى، ومعلوم أن لكل من اليدين ثلاث غرفات لا غرفة واحدة، فكان المراد أخذ ماء لليمنى ثم ماء لليسرى، إذ ليس يحكي الفرائض فقد حكى السنن من المضمضة وغيرها، ولو كان لكان المراد أن ذلك أدنى ما يمكن إقامة المضمضة به، كما أن ذلك أدنى ما يقام فرض اليد به لأن المحكي إنما هو وضوءه الذي كان عليه ليتبعه المحكى لهم، وما روي بكف واحدة فلنفي كونه بكفين معاً أو

---

(١) حسن. حديث عائشة. أخرجه النسائي في الكبرى كما في نصب الراية ١/ ١٢ ورأيته في السنن الصغرى في ١/ ٧٢ و٧٣ من طريق عبد الملك بن مروان بن الحارث.
قال في التقريب: مقبول. اهـ وبقية رجاله موثقون.

(٢) ضعيف حديث عائشة. أخرجه الدارقطني ١/ ٧٢ ورواه البزار وأبو يعلى كما في المجمع ١/ ٢٢٠ وقال الهيثمي: مداره على حارثة بن محمد وقد أجمعوا على تركه. وضعفه الزيلعي ١/ ١٥.

(٣) ضعيف: أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٢٣٣ من حديث عبد الله بن أنس.
قال الهيثمي: فيه عبد الرحمٰن بن خلاد الزرقي لم أجد من ترجمه.

(٤) سيأتي تخريجه بعد قليل.

(٥) حديث عبد الله بن زيد تقدم في ٢٥/٤ رواه الجماعة. وفيه هذا السياق.

(٦) حديث كعب اليامي في ٢٦/١٢ وإسناده حسن.

(٧) تقدم في ٢٦/١٢ وهو حسن بشواهده.

مرة ماءً جديداً ثم يستنشق كذلك هو المحكى من وضوئه ﷺ (ومسح الأذنين) وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافاً

على التعاقب، كما ذهب إليه بعضهم من أن المضمضة باليمنى والاستنشاق باليسرى قوله: (ومسح الأذنين) عن الحلواني وشيخ الإسلام: يدخل الخنصر في أذنيه ويحركهما كذا فعل ﷺ انتهى. والذي في ابن ماجه بإسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه ﷺ مسح أذنيه فأدخلهما السبابتين، وخالف إبهاميه إلى ظاهر أذنيه فمسح ظاهرهما وباطنهما»(١) وقول من قال يعزل السبابتين في مسح الرأس من مشايخنا يدل على أن السنة عنده إدخالهما وهو الأولى قوله: (خلافاً للشافعي) قيل يتعلق بالمجموع من سنة بماء الرأس، ولا خلاف في المعنى لأن تعليقه بماء الرأس ليس إلا من حيث اتصاله بسنة قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام: الأذنان من الرأس(٢)) يعني فلا حاجة إلى أخذ ماء منفرد لهما، كما لا يؤخذ في السنة ماءان لعضو واحد في غير التكرار. قال البيهقي: أشهر إسناد للحديث هذا يعني رواية أبي داود والترمذي وابن ماجه من حديث حماد بن زيد عن سنان بن ربيعة عن شهر بن حوشب عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال «توضأ رسول الله ﷺ فغسل وجهه ثلاثاً ويديه ثلاثاً، ومسح برأسه وقال: الأذنان من الرأس»(٣) ثم قال البيهقي: وكان حماد يشك في رفعه في رواية قتيبة عنه فيقول: لا أدري أمن قول النبي ﷺ أو من قول أبي أمامة، وكان سليمان بن حرب يرويه عن حماد ويقول: هو من قول أبي أمامة انتهى. وقد ضعف شهر أيضاً. وأجيب بأنه اختلف فيه على حماد فأبو الربيع رفعه عنه ومن سمعت على ما علمت. واختلف على مسدد عن حماد في ذلك أيضاً، وإذا رفع ثقة حديثاً ووقفه آخر أو فعل ذلك شخص واحد قدم الرفع

الواحد وقوله (ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس) أي لا بماء جديد خلافاً للشافعي فإنه يقول: هو سنة بماء جديد. قال في النهاية: انتصاب خلافاً جاز أن يكون على المفعول المطلق بإضمار فعله أي قولنا هذا يخالف خلافاً للشافعي، أو هذا

قال المصنف: (ومسح الأذنين) أقول: ظاهرهما وباطنهما قوله: (أو هذا المذكور في معنى يخالف ألخ)

(١) حسن أخرجه ابن ماجه ٤٣٩ بهذا اللفظ عن ابن عباس مرفوعاً وإسناده حسن فيه ابن عجلان وهو محمد فيه كلام لا يضر.

(٢) سيأتي بعد أسطر فقط.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٣٤ والترمذي ٣٧ وابن ماجه ٤٤٤ والدارقطني ١/٩٧ والبيهقي ١/٦٦ كلهم من حديث أبي أمامة: كان رسول الله ﷺ الماقين قال: وقال: الأذنان من الرأس.

قال أبو داود: قال قتيبة: قال حماد: لا أدري هو من كلام النبي ﷺ أو من كلام أبي أمامة.

وذكر الترمذي كلام حماد وقال: حديث حسن ليس إسناده بالقائم. وأخرجه ابن ماجه ٤٤٣ من حديث عبد الله بن زيد قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن إن كان سويد بن سعيد حفظه. وأخرجه ابن ماجه ٤٤٥ من حديث أبي هريرة.

وقال البوصيري: حديث أبي هريرة ضعيف اهـ.

وأخرجه الدارقطني عن جماعة من الصحابة من نحو عشرين طريقاً بعضها مرفوع وآخر: موقوف وثالث: مرسل وفي تلخيص الحبير ١/٩١ قال الحافظ بما ملخصه: قول المنذري وابن دقيق العيد وأعله الدارقطني بالاضطراب اهـ.

وفي نصب الراية ١/١٨ بعد أن ساق طرقه وتكلم عليه ختمه بقوله: حديث عبد الله بن زيد. يعني الذي رواه ابن ماجه. أمثل إسناد في الباب لاتصاله وثقة رواته.

وحديث ابن عباس عند الدارقطني ١/٩٩ نقل الزيلعي عند ابن القطان قوله: إسناده صحيح. وإن كان أعله الدارقطني بالاضطراب اهـ وانظر كلام البيهقي ١/٦٦ ملخصه: أسانيده ضعاف وأورده الألباني في الإرواء ١/١٢٤ وقال: صحيح لطرقه ولشواهده. وقد صححه ابن دقيق العيد والمنذري والزيلعي وقواه الترمذي فهو صحيح اهـ.

قلت: ومع ذلك فالحديث مختلف فيه ما بين مصحح ومضعف.

فالأقرب أنه حسن ولا يتعداه. وقد أطال الكمال رحمه الله في الكلام عليه ومنه قول ابن القطان: بعد إعلال الدارقطني له بالارسال، والإضطراب قال: ليس بقدح فيه وما يمنع أن يكون فيه حديثان مسند ومرسل اهـ.

وقد ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ١/٩١ وعلل طرقه وقال: هو مدرج.

للشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام «الأذنان من الرأس» والمراد بيان الحكم دون الخلقة. قال (وتخليل اللحية) لأن

لأنه زيادة، والصحيح في شهر التوثيق وثقه أبو زرعة وأحمد ويحيى والعجلي ويعقوب بن شيبة وسنان بن ربيعة، وقد توهم في البيهقي التحامل بسبب اقتصاره على حديث أبي أمامة والاشتغال بالتكلم فيه، وفي الباب حديث عبد الله بن زيد أخرجه ابن ماجه عن سويد بن سعيد، حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن شعبة عن حبيب بن زيد عن عباد بن تميم عن عبد الله بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ «الأذنان من الرأس» وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطني عن أبي كامل الجحدري، حدثنا غندر محمد بن جعفر عن أبي جريج عن عطاء عن ابن عباس أنه ﷺ قال «الأذنان من الرأس» وهما ثابتان للاتصال وثقة الرجال، وقول الدارقطني في الثاني إسناده وهم إنما هو مرسل محتجاً بما أخرجه عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن النبي ﷺ مرسلاً. قال ابن القطان بعد حكمه بصحته: ثم نقل كلام الدارقطني ليس بقدح فيه، وما يمنع أن يكون فيه حديثان مسند ومرسل. ولنا أحاديث أخر من فعله ﷺ: منها ما أخرجه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم عن ابن عباس: ألا أخبركم بوضوء رسول الله ﷺ فذكره. وفيه: ثم غرف غرفة فمسح بها رأسه وأذنيه[١]. وبوب عليه النسائي باب مسح الأذنين مع الرأس. وأما ما روي أنه ﷺ أخذ لأذنيه ماء جديداً[٢] فيجب حمله على أنه لفناء البلة قبل الاستيعاب توفيقاً بينه وبين ما ذكرنا، وإذا انعدمت البلة لم يكن بد من الأخذ كما لو انعدمت في بعض عضو واحد، ولو رجحنا كان ما رويناه أكثر وأشهر، فقد روي من حديث أبي أمامة وابن عباس وعبد الله بن زيدكما ذكرنا، وأبي موسى الأشعري وأبي هريرة وأنس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم بطرق كثيرة[٣]، والله سبحانه أعلم قوله: (جائز عند أبي حنيفة) في غير نسخة من كتب

المذكور في معنى يخالف فكان مصدراً مؤكداً لمضمون الجملة كقوله لفلان عليّ ألف درهم اعترافاً، استدل الشافعي بما روى أبو أمامة الباهلي أن النبي ﷺ أخذ لأذنيه ماء جديداً. ولنا ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه بماء واحد وقال «الأذنان من الرأس» ووجه التمسك أن المراد بقوله الأذنان من الرأس: إما أن يكون لبيان الحقيقة وهو عليه الصلاة والسلام غير مبعوث لذلك على أنه مشاهد لا يحتاج إلى بيان، أو بيان أنهما ممسوحان كالرأس لا بماء الرأس ولا سبيل إليه لأن الاشتراك بين الشيئين في أمر لا يوجب كون أحدهما من الآخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الرأس لاشتراكهما في المسح. وإما لبيان أنهما ممسوحان بماء الرأس، وذلك يناسب الذكر عند مسح الأذنين بماء واحد، فإنه إذا كان من أبعاض الرأس حقيقة وحكماً جاز أن يمسح بماء واحد فكذا إذا حكم الشرع بذلك. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن

أقول: هذا غير ظاهر إلا أن يلاحظ كون الكتاب من الخلافيات قوله: (أو بيان أنهما ممسوحان كالرأس لا بماء الرأس الخ) أقول: وأيضاً إذا كان المراد بيان الحكم يكون تخصيصه بالمسح فقط تخصيصاً بلا مخصص قوله: (والحق أن الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك، ولم يثبت ذلك فإنه روى عن أبي حنيفة أنه قال: ما روي أنه ﷺ أخذ كفاً من ماء فخلل به لحيته وقال ﷺ بهذا أمرني ربي، لم يثبت إلا

(١) جيد. أخرجه الحاكم ١/١٤٧ وابن حبان وابن خزيمة وابن مندة كما في نصب الراية ١/٢١ كلهم عن ابن عباس به.
وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم. وأقره الذهبي. وأخرجه النسائي ١/٧٣ عن ابن عباس بلفظ: رأيت رسول الله ﷺ توضأ فغسل يديه، ثم تمضمض، واستنشق من غرفة واحدة، وغسل وجهه، وغسل يديه مرة مرة، ومسح برأسه، وأذنيه مرة. قال ابن عجلان: وغسل رجليه.

(٢) حسن. يشير المصنف لما أخرجه الحاكم ١/١٥١ والبيهقي ١/٦٥ كلاهما من حديث عبد الله بن زيد قال: رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ، فأخذ ماء لأذنيه خلاف الماء الذي مسح به رأسه.
قال الحاكم: هذا إسناد صحيح إن سلم من محمد بن أحمد بن عبيد الله وقد توبع فرويناه من طريق الحسن بن سفيان به.
وفيه: مسح أذنيه غير الماء الذي مسح به رأسه وهذا يصرح بمعنى الأول وهو صحيح مثله.
وأقره الذهبي. وكذا صححه البيهقي إلا أنه قال: وحديث عبد الله بن زيد رواه مسلم. وليس فيه ذكر الأذنين وهو أصح اهـ وانظر نصب الراية ١/٢٢.

(٣) تقدم الكلام على هذه الروايات قبل حديثين ومراد المصنف في هذه الروايات: أنها لا تذكر ثم أخذ لأذنيه ماء جديداً بل بماء الرأس.

النبي عليه الصلاة والسلام أمره جبريل عليه السلام بذلك، وقيل هو سنة عند أبي يوسف رحمه الله جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن السنة إكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل الفرض.

الرواية سنة عند أبي يوسف رحمه الله مستحب عندهما، وأمثل حديث فيه ما رواه الترمذي وابن ماجه من حديث عامر بن شقيق الأسدي عن أبي وائل عن عثمان أنه ﷺ كان يخلل لحيته. وقال الترمذي: توضأ وخلل لحيته، وقال حسن صحيح[١]، وصححه ابن حبان والحاكم وقال: احتجا بجميع رواته إلا عامر بن شقيق، ولا أعلم فيه طعناً بوجه من الوجوه، وله شاهد صحيح من حديث عمار بن ياسر[٢] وأنس[٣] وعائشة[٤] رضي الله عنهم، ثم أخرج أحاديثهم أنه ﷺ توضأ وخلل لحيته، وزاد في حديث أنس: بهذا أمرني ربي. وتعقب بأن عامراً ضعفه ابن معين وقال أبو حاتم ليس بالقوي، وحاصل الأول طعن مبهم وهو غير مقبول على ما عليه العمل لم يقبله الترمذي. والثاني لا يخرجه إلى الضعف ولو سلم، فغاية الأمر اختلاف فيه لا ينزل به عن الحسن. قال الترمذي في علله الكبير: قال محمد بن إسماعيل: يعني البخاري أصح شيء عندي حديث عثمان وهو حديث حسن انتهى. وكيف وله شواهد كثيرة جداً من حديث عمار وأنس كما رواهما الحاكم والترمذي وابن ماجه رأيته عليه الصلاة والسلام يخلل لحيته، وإن ضعف بالانقطاع وحديث أنس قال: كان النبي ﷺ إذا توضأ خلل لحيته. رواه البزار وابن ماجه وحديث أبي أيوب [٥] نحوه رواه ابن ماجه وهو ضعيف. وحديث ابن عباس: دخلت على رسول الله ﷺ وهو

يجزىء مسحهما عن مسح الرأس. أجيب بأن كون الأذن من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت بالكتاب، كما أن التوجه إلى الحطيم لا يجزىء لأن كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه إلى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزىء عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به. وقوله (**وتخليل اللحية لأن النبي ﷺ أمره جبريل عليه السلام بذلك**) قال عليه الصلاة والسلام «نزل عليّ جبريل عليه السلام وأمرني أن أخلل لحيتي إذا توضأت» وجه التمسك أن الأمر للوجوب، إلا أنا تركناه لئلا يعارض الكتاب، وفيه نظر لأنه إنما لزم ذلك أن لو أفاد الفرضية ولم يقل به أحد، وأما إذا أفاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة. والحق أن الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك، فإنه روى عن أبي حنيفة أنه قال: ما روي أن

مرة واحدة) أقول: قوله ما روي مبتدأ، وقوله لم يثبت خبره، ثم أقول فيه إنه لم لا يكفي هذا القدر في إفادة الوجوب، وعدم الثبوت ليس بثبوت العدم ولا مستلزماً له قوله: (**واعترض بأن المضمضة، إلى قوله: وأجيب بأن الفم والأنف من الوجه**) أقول: وكذا الكلام في مسح الأذن.

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ٣١ وابن ماجه ٤٣٠ والحاكم ١/ ١٤٩ والبيهقي ١/ ٥٤ وابن حبان في صحيحه كما في نصب الراية ١/ ٢٤ كلهم من حديث أبي وائل عن عثمان: أن رسول الله ﷺ توضأ فخلل لحيته. هذا لفظ ابن ماجه ولفظ الترمذي: أنه ﷺ كان يخلل لحيته. وله شواهد.
وقال الترمذي: قال البخاري: أصح شيء في هذا الباب حديث عثمان اهـ وزاد الزيلعي ١/ ٢٤ عن البخاري قول: وهو حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولا أعلم في عامر بن شقيق طعناً بوجه من الوجوه وتعقبه الذهبي بقوله: ضعفه يحيى اهـ. لكن للحديث شواهد ستأتي.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٣٠ و٢٩ وابن ماجه ٤٢٩ والحاكم ١/ ١٤٩ كلهم من حديث عمار بن ياسر.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٤٣١ والحاكم ١/ ١٤٩ والبيهقي ١/ ٥٤ كلهم من حديث أنس.
وأعلن البوصيري في زوائد ابن ماجه بأن فيه يزيد الرقاش واهٍ. لكن في مستدرك الحاكم توبع فرواه الحاكم عن الزهري عن أنس وعن موسى بن أبي عائشة عن أنس وصححه على أنه شاهد لحديث عثمان وسكت الذهبي. وإسناده لا بأس به فالحديث بطريقيه حسن.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ١/ ١٥٠ من حديث عائشة. وأحمد ٦/ ٢٣٤ كلاهما بلفظ: كان رسول الله ﷺ إذا توضأ خلل لحيته.
وهذه الطرق والشواهد تقوي حديث عثمان وتكلم الكمال بن الهمام على ذلك بما فيه كفاية.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٤٣٣.
قال البوصيري في زوائده: ضعيف لضعف واصل الرقاشي وشيخه أبي سورة اهـ وكذا ذكر المصنف.

قال (وتخليل الأصابع) لقوله عليه الصلاة والسلام «خللوا أصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم» ولأنه إكمال

يتوضأ، وقال فيه: فخلل لحيته. وفيه: فقلت يا رسول الله هكذا الطهور؟ قال: هكذا أمرني ربي رواه الطبراني في الأوسط[(١)] وروى أيضاً حديث أبي أمامة[(٢)] وحديث عبد الله بن أبي أوفى[(٣)] وحديث أبي الدرداء[(٤)] وحديث أم سلمة[(٥)]: كان إذا توضأ خلل لحيته. وضعف بخالد بن إلياس العدوي. وروى البزار عن أبي بكرة أنه ﷺ توضأ وخلل[(٦)] وروى ابن عدي عن جابر أنه وضأ رسول الله ﷺ غير مرة ولا مرتين ولا ثلاث، فرأيته يخلل لحيته بأصابعه كأنها أسنان المشط[(٧)] وفيه أضرم بن غياث النيسابوري متروك، وما في الهداية مما أخرجه ابن أبي شيبة عن أنس عنه ﷺ قال «أتاني جبريل فقال: يا محمد خلل لحيتك» وهو معلول بالهيثم بن جماز[(٨)] ويقرب منه ما في أبي داود عن أنس: «كان ﷺ إذا توضأ أخذ كفاً من ماء تحت حنكه فخلل به لحيته وقال: بهذا أمرني ربي» وسكت عنه، وكذا المنذري بعده[(٩)] وأعله ابن القطان بأن الوليد بن زروان مجهول. قال الشيخ في الإمام: وهو على طريقته من طلب زيادة التعديل مع رواية جماعة عن الراوي. وقد روى عن الوليد هذا جماعة من أهل العلم. فهذه طرق متكثرة عن أكثر من عشرة من الصحابة رضي الله عنهم لو كان كل منها ضعيفاً ثبتت حجية المجموع على ما

النبي ﷺ أخذ كفاً من ماء خلل به لحيته وقال بهذا أمرني ربي، لم يثبت إلا مرة واحدة. وعن هذا نقل عنه أنه قال: مسح اللحية جائز ليس بسنة. ومعنى قوله جائز أن صاحبه لا ينسب إلى البدعة، وهو المنقول عن محمد رحمه الله كما ذكر في الكتاب، وقوله (لأن السنة) يعني في الوضوء (إكمال الفرض في محله والداخل) أي داخل اللحية (ليس بمحل الفرض) لعدم وجوب إيصال الماء إليه بالاتفاق. واعترض بأن المضمضة والاستنشاق سنتان، وداخل الفم والأنف ليس محل الفرض في

---

(١) ضعيف جداً. رواه الطبراني في الأواسط كما في المجمع ١/ ٢٣٢ عن ابن عباس وقال الهيثمي: في إسناده نافع أبو هرمز ضعيف جداً.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع وقال الهيثمي: فيه الصلت بن دينار متروك اهـ لكن رواه ابن أبي شيبة وليس فيه الصلت.

(٣) ضعيف، حديث ابن أبي أوفى أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ١/ ٢٥ وسكت عليه وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ٢٣ وفيه أبو الورقاء: ضعيف.

(٤) ضعيف. حديث أبي الدرداء. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٣٥ وقال الهيثمي: فيه تمام بن نجيح ضعفه البخاري وجماعته ووثقه يحيى.

(٥) ضعيف. حديث أم سلمة. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٣٥ وفيه خالد بن إياس قال الهيثمي: لم أجد من ترجمه.

(٦) حسن. حديث أبي بكرة. أخرجه الطبراني والبزار كما في نصب الراية ١/ ٢٥ والمجمع ١/ ٢٣٣ وقال البزار: فيه بكار ليس به بأس.

(٧) ضعيف جداً حديث جابر. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٤٠٣ وفي إسناده أصرم بن غياث أعله ابن عدي به وقال: قال البخاري منكر الحديث.

(٨) ضعيف. حديث أنس. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما ذكر الكمال بن الهمام رحمه الله. وأعله بالهيثم بن جماز وهو واه بل قال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٣٣: متروك.

(٩) أخرجه أبو داود ١٤٥ عن أنس مرفوعاً وقال: الوليد بن زوران روى عنه حجاج بن حجاج وأبو المليح الرقي اهـ وقال ابن حجر في التقريب: الوليد بن زوران لين الحديث اهـ وفي الميزان: قال أبو داود: لا يدرى أسمع من أنس أم لا. وقال الذهبي: روى عنه حجاج وأبو المليح وما ذا بحجة وقد وثقه ابن حبان اهـ.

لذا قال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٣٥ رواه الطبراني ورجاله وثقوا.

يعني اعتمد على توثيق ابن حبان له. لكن هذا المتن غريب لأنه يفيد الوجوب وباقي الروايات تفيد السنية فقط فهو غير قوي: والحديث أعله ابن القطان بجهالة الوليد كما ذكر المصنف ابن الهمام.

الخلاصة: أحاديث تخليل اللحية تتقوى بمجموعها ويعلم أن لها أصلاً مع ابن ابي حجر نقل في الدراية ١/ ٢٤ عن أبي حاتم الرازي قوله: لا يثبت في تخليل اللحية حديث اه.

وذكره الزيلعي أيضاً عنه ١/ ٢٦ لكن قد تقدم أن البخاري قد حسن حديث عثمان وكذا الترمذي وقد صحّح الحاكم أحاديث تخليل اللحية. وأخره الذهبي في بعضها وكذا صحح بعضها ابن القطان. فهذه الأحاديث من نوع الحسن.

وقد نقل ابن الهمام عن ابن دقيق العيد قوله: كثرة الطرق ولو كانت ضعيفة تثبت حجية المجموع بها كيف وبعضها حسن.

الفرض في محله. قال (وتكرار الغسل إلى الثلاث) «لأن النبي عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة وقال: هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلاة إلا به، وتوضأ مرتين مرتين وقال: هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين، وتوضأ

تقدم، فكيف وبعضها لا ينزل عن الحسن فوجب اعتبارها، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: لم يثبت منها المواظبة بل مجرد الفعل، إلا في شذوذ من الطرق فكان مستحباً لا سنة، لكن ما في أبي داود من قوله: بهذا أمرني ربي، لم يثبت ضعفه، وهو مغن عن نقل صريح المواظبة لأن أمره تعالى حامل عليها، فيترجح قول أبي يوسف كما رجحه في المبسوط، ويتضاءل المعنى المذكور من أن السنة في الوضوء ما كان إكمالاً للفرض في محله، وداخل اللحية ليس به بعد سلامته في نفسه مما نقض به من أن المضمضة والاستنشاق سنة وليسا في محله إذ ليس في الوجه بالمنع، وادعاء أن محليهما منه حكماً إذ لهما حكم الخارج من وجه حتى لا يفسد الصوم بإدخالهما شيئاً قوله: **(وتخليل الأصابع)** صفته في الرجلين أن يخلل بخنصر يده اليسرى خنصر رجله اليمنى، ويختم بخنصر رجله اليسرى في القنية، كذا ورد والله أعلم، ومثله فيما يظهر أمر اتفاقي لا سنة مقصودة قوله: **(كي لا تتخللها نار جهنم)** مؤدي التركيب أن التخليل يراد لعدم التظلل، وهو لا يستلزم أن عدم التخليل مستلزم تخلل النار إلا لو كانت علة مساوية، وهو منتف وإلا كان التخليل واجباً بعد اعتقادهم حجية الحديث، لكن المعدود في السنن التخليل بعد العلم بوصول الماء إلى ما بينها وهو ليس واجباً، وحينئذ فليس هو مقروناً بالوعيد بتقدير الترك فلا حاجة إلى ضمه في السؤال القائل خللوا يفيد الوجوب فكيف وهو مقرون بالوعيد ثم تكلف الجواب بأنه مصروف عنه بحديث الأعرابي، وأحاديث حكاية وضوئه ﷺ، إذ ليس فيها التخليل، والوعيد مصروف إلى ما إذا لم يصل الماء بين الأصابع، هذا ومتن الأحاديث على ما في الدارقطني: خللوا أصابعكم لا يخللها الله بالنار يوم القيامة [1] وهو ضعيف بيحيى بن ميمون التمار، نعم المصرح فيه بالوعيد ما في الطبراني: من لم يخلل أصابعه بالماء خللها الله بالنار يوم القيامة [2] وأمثل أحاديث التخليل ما في سنن الأربعة من حديث لقيط بن صبرة. قال: قال ﷺ «إذا توضأت فأسبغ الوضوء وخلل بين الأصابع» قال الترمذي: حديث حسن صحيح [3] وروى هو وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما. قال ﷺ «إذا توضأت فخلل أصابع يديك ورجليك» [4] وقال: حسن غريب، وعندي أنها كلها للوجوب، والمراد الأمر بإيصال الماء إلى ما بينها إفادة أنه لا يجوز ترك ما خفي مما هو بينها كما هو في داخل اللحية، والتخليل بعد هذا مستحب لعدم ثبوت المواظبة مع كونه إكمالاً في المحل قوله: **(وتكرار الغسل إلى الثلاث)** قيد به لإفادة أنه لا يسن التكرار في المسح، ثم قيل الأول فريضة والثاني سنة والثالث إكمال، وقيل الثاني والثالث سنة، وقيل الثاني سنة والثالث نفل، والظاهر أنه معنى الأول، وقيل: على عكسه. وعن أبي بكر الإسكاف الثلاث تقع فرضاً كإطالة القيام

الوضوء. وأجيب بأن الفم والأنف من الوجه من وجه، إذ لهما حكم الخارج من وجه، والوجه محل الفرض. وقوله (خللوا) لم يفد الوجوب وإن كان مقروناً بالوعيد لأن حديث الأعرابي والأخبار التي حكى فيها وضوء رسول الله ﷺ من غير ذكر

---

(١) ضعيف، أخرجه الدارقطني ١/ ٩٥ من حديث أبي هريرة وفيه يحيى بن ميمون التمار.
قال في نصب الراية ١/ ٢٦: التمار كذبه عمرو بن علي الفلاس. وأخرجه الدارقطني من حديث عائشة وفيه سندل: متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٣٦ من حديث واثلة وقال الهيثمي: فيه العلاء بن كثير: مجموع على ضعفه.

(٣) صحيح، أخرجه أبو داود ١٤٢ مطولاً والترمذي ٣٨ والنسائي ١/ ٧٩ وابن ماجه ٤٤٨ والدارمي ٧٠٦ والحاكم ١/ ١٤٧ وأحمد ٤/ ٣٣ كلهم من حديث لقيط بن صبرة قال الترمذي: حسن صحيح وكذا صححه الحاكم، وأقره الذهبي، وكذا صححه ابن القطان كما في نصب الراية ١/ ١٦.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ٣٩ بهذا السياق وابن ماجه ٤٤٧ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.
ومداره على صالح مولى التوأمة اختلط بآخره قال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ٩٤: لكن حسنه البخاري لأن الراوي عنه موسى بن عقبة سمع منه قبل الاختلاط.

ثلاثاً ثلاثاً وقال: هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي، فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم». والوعيد لعدم رؤيته سنة.

والركوع ونحوه. وعندي أنه إن كان معنى الثاني أن الثاني مضاف إلى الثالث سنة: أي المجموع فهو الحق فلا يوصف الثاني بالسنية في حد ذاته، فلو اقتصر عليه لا يقال فعل السنة لأن بعض الشيء ليس بالشيء ولا الثالث إذا لم يلاحظ مع ما قبله قوله: (والوعيد لعدم رؤيته سنة) أي هذا العدد وهذا أحد ما قيل، فلو رآه وزاد لقصد الوضوء على الوضوء أو لطمأنينة القلب عند الشك أو نقص لحاجته لا بأس به. وقيل أريد به مجرد العدد. وقيل الزيادة على أعضاء الوضوء والنقص منها وتعدى يرجع إلى زاد وظلم يرجع إلى نقص، وأصل الظلم النقص، قال الله تعالى. ولم تظلم منه شيئاً ـ أي لم تنقص هذا ـ والحديث[1] بمجموع هذا اللفظ غير معروف، بل صدره، روى عن عدّة من الصحابة يرفعونه، رواه الدارقطني عن ابن عمر يرفعه، وضعف بالمسيب بن واضح، وابن ماجه عن أبيّ بن كعب يرفعه[2] وضعف بزيد بن أبي الحواري وغيره؛ ورواه الدارقطني في كتاب غرائب مالك من حديث زيد بن ثابت[3] وضعف بعلي بن حسن الشامي. وأما عجزه فإنما هو في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً أتاه ﷺ فقال: يا رسول الله كيف الطهور؟ فدعا بماء في إناء فغسل كفيه ثلاثاً ثم غسل وجهه ثلاثاً ثم غسل ذراعيه ثلاثاً ثم مسح برأسه، أدخل أصبعيه السباحتين في أذنيه ومسح بإبهاميه على ظاهر أذنيه، وبالسباحتين باطن أذنيه، ثم غسل رجليه ثلاثاً ثلاثاً ثم قال: هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم»[4] وفي لفظ لابن ماجه «تعدى وظلم» وللنسائي: أساء وتعدّى وظلم. قال في الإمام: الحديث صحيح عند من يصحح حديث عمرو بن

التخليل فيها يصرفه عن إفادة الوجوب، والوعيد مصروف بما إذا لم يصل الماء بين الأصابع. وقوله (لأن النبي ﷺ توضأ مرة مرة) أي غسل كل عضو مرة، والمراد بالقبول الجواز، ورتب على الزيادة والنقصان وعيداً وليس على ظاهره، فلا بد من تأويل وهو من زاد على أعضاء الوضوء أو نقص عنها أو زاد على الحد المحدود أو نقص عنه أو زاد على الثلاث معتقد أن كمال السنة لا يحصل بالثلاث فهو ثلاثة أوجه. وقوله (فقد تعدى) يرجع إلى الزيادة لأنه مجاوزة عن الحد. وقوله (وظلم) يرجع إلى النقصان، قال الله تعالى ﴿ولم تظلم منه شيئاً﴾ أي لم تنقص. وقوله (والوعيد لعدم رؤيته سنة) إشارة إلى اختياره التأويل الثالث: يعني أنه إذا أراد لطمأنينة القلب عند الشك أو بنية وضوء آخر فلا بأس به، فإن الوضوء على الوضوء نور على

قوله: (إشارة إلى اختياره التأويل الثالث) أقول: وإنما اختاره لظهور أن الإشارة راجع إلى المرة والزيادة والنقصان باعتبار العدد.

---

(١) ضعيف. مراد المصنف الحديث الذي أورده صاحب الهداية في الأعلى. وهو ملفق من حديثين.
أما الأول فأخرجه الدارقطني ١/ ٨٠ والبيهقي ١/ ٨٠ كلاهما عن ابن عمر إلى قوله: ووضوء المرسلين من قبلي.
قال الدارقطني: فيه المسيب بن واضح ضعيف وكذا لينه البيهقي. ورواه هو والدارقطني من حديث ابن عمر أيضاً وفيه زيد العمي واهٍ ومن هذا الطريق رواه ابن ماجه ٤١٩ وفي نصب الراية ١/ ٢٨ قال عبد الحق في أحكامه: حديث ابن عمر الذي رواه المسيب بن واضح من أحسن طرق هذا الحديث ونقل عن ابن أبي حاتم أنه قال: المسيب صدوق لكنه يخطىء كثيراً اهـ الزيلعي.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٤٢٠ والدارقطني ١/ ٨١ كلاهما من حديث أبي بن كعب.
قال البوصيري في الزوائد: فيه زيد العمي ضعيف. وكذا الراوي عنه وقال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٩: فيه زيد العمي قال يحيى: ليس بشيء وفيه أيضاً عبد الله بن عرادة قال البخاري: منكر الحديث.

(٣) ضعيف. رواه الدارقطني في غرائب مالك كما ذكر ابن الهمام وكذا في نصب الراية ١/ ٢٩ وقال الدارقطني: فيه علي بن الحسن وكان ضعيفاً.

(٤) أخرجه أبو داود ١٣٥ والنسائي ١/ ٨٨ وابن ماجه ٤٢٢ وأحمد ٢/ ١٨٠ لكن عنده باختصار كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وآخره عند ابن ماجه: فقد أساء أو تعدى أو ظلم.
خلافاً لما ذكر المصنف. وقد ذكر المصنف كلام ابن دقيق العيد أنه صحيح عند من يصحح حديث عمرو بن شعيب وكذا في نصب الراية ١/ ٢٩.

قال (ويستحب للمتوضىء أن ينوي الطهارة) فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لأنه عبادة فلا تصح بدون النية كالتيمم. ولنا أنه لا يقع قربة إلا بالنية، ولكنه يقع مفتاحاً للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر،

شعيب عن أبيه عن جده لصحة الإسناد إلى عمرو اهـ. وقد اختلف المحدثون فيه والمحققون على صحته، فجمع المصنف رحمه الله بين الألفاظ المروية عنه عليه الصلاة والسلام ونسبها إليه، ولا عتب عليه في ذلك لأنه لم ينسبه إلى صحابي واحد معين قوله: (ويستحب الخ) لا سند للقدوري في الرواية ولا في الدراية في جعل النية والاستيعاب والترتيب مستحباً غير سنة، أما الرواية فنصوص المشايخ متظافرة على السنية، ولذا خالفه المصنف في الثلاثة وحكم بسنيتها بقوله فالنية في الوضوء سنة ونحوه في الآخرين، وأما الدراية فسنذكره قريباً إن شاء الله تعالى. وقيل أراد يستحب فعل هذه السنة للخروج عن الخلاف فإن الخروج عنه مستحب، لكن قوله بالميامن عطفاً على تفسير يرتب الوضوء قد يعكره، فإن الحاصل حينئذ يستحب الترتيب، وهو أن يبدأ بما بدأ الله به وبالميامن، والتيامن مستحب عندهم بالمعنى المشهور، وقد أوقعه في تفسير الترتيب فيكون الترتيب بذلك الوصف. وأما الوجه فمنه أن الوضوء لا يقع بلا نية إلا بالفعل مع الغفلة والذهول، إذ الفعل الاختياري لا بد في تحقيقه من القصد إليه، وهو إذا قصد الوضوء أو رفع الحدث أو استباحة ما لا يحل إلا به كان منوياً حتى ان صورة الخلاف إنما تتحقق بيننا وبين الشافعي في نحو من دخل الماء مدفوعاً أو مختاراً لقصد التبرد أو مجرد قصد إزالة الوسخ، ووقوع مثل هذه الحالات له ﷺ قد لا يتحقق، ولو تحقق في بعضها لا ينفي السنية لأنها لو لم تقترن بالترك أصلاً كان واجباً، وسنذكر الوجه العام للثلاثة قوله: (لأنه عبادة فلا تصح بدون النية) لقوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات» متفق عليه[1]: أي صحتها واعتبارها شرعاً بالنيات، والمراد العبادات لأن كثيراً من المباحات تعتبر شرعاً بلا نية كالطلاق والنكاح قوله: (ولنا) قول بالموجب: أي سلمنا أن كل عبادة بنية، والوضوء لا يقع عبادة بدونها وبذلك قضينا عهدة الحديث، وليس الكلام في هذا بل في أنه إذا لم ينو حتى لم تقع عبادة سبباً للثواب فهل يقع الشرط المعتبر للصلاة

نور، وقد أمر بترك ما يريبه إلى ما لا يريبه. قال (ويستحب للمتوضىء أن ينوي الطهارة) قيل المستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه. وقوله (فالنية في الوضوء سنة عندنا) ينافي ذلك لأن السنة ما يثاب على فعله ويلام على تركه، والظاهر أن الأول اختيار القدوري والثاني اختيار المصنف، وتفسير النية في الوضوء هو أن ينوي إزالة الحدث أو إباحة الصلاة، وهي فرض عند الشافعي قال: لأنها عبادة، إذ العبادة فعل يأتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيماً لأمر ربه، والوضوء بهذه المثابة، وكل ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ والإخلاص لا يحصل إلا بالنية وقد جعله حالاً للعابدين، والأحوال شروط، فتكون كل عبادة مشروطة بالنية، وقاسه على التيمم في كونهما طهارتين للصلاة. ولنا القول بموجب العلة: يعني سلمنا أن الوضوء لا يقع عبادة إلا بالنية، لكن ليس كلامنا في ذلك وإنما هو في أن استعمال الماء المطهر في أعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحاً للصلاة أو لا، ولا مدخل لكونه عبادة في ذلك، ويفيد ذلك بدونها لأن أعضاء الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الأمر بتطهيرها، والماء طهور بطبعه فإذا لاقى النجس طهره قصد المستعمل ذلك أو لا كالثوب النجس وكما في حق الإرواء، بخلاف التيمم فإن التراب لم يعقل مطهراً طبعاً فلم يبق فيه إلا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية. فإن قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري برقم: (١) و٥٤ و٢٥٢٩ وأطرافه في ٥٠٧٠ و٦٦٨٩ و٦٩٥٣ ومسلم ١٩٠٧ وأبو داود ٢٢٠١ والترمذي ١٦٤٧ والنسائي ١/ ٥٨ وابن ماجه ٤٢٢٧ والطيالسي ٣٧ وأحمد ١/ ٢٥، ٤٣ كلهم من حديث عمر بن الخطاب: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله، ورسوله، فهجرته إلى الله، ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو امرأة يتزوجها، فهجرته إلى ما هاجر إليه. وللحديث قصة.
وقع في روايات: النية ـ بدل النيات. وفي روايات: ينكحها بدل يتزوجها. وهذا حديث مشهور.

بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر إلا في حال إرادة الصلاة، أو هو ينبيء عن القصد **(ويستوعب رأسه بالمسح)** وهو سنة. قال الشافعي: السنة التثليث بمياه مختلفة اعتباراً بالمغسول. ولنا أن أنساً رضي الله عنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً ومسح برأسه مرة واحدة وقال: هذا وضوء رسول الله ﷺ.

حتى تصح به أو لا ليس في الحديث دلالة على نفيه ولا إثباته، فقلنا نعم لأن الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته فكيف حصل المقصود وصار كستر العورة وباقي شروط الصلاة لا يفتقر اعتبارها إلى أن تنوى، فمن ادعى أن الشرط وضوء هو عبادة فعليه البيان قوله: **(بخلاف التيمم)** لأن التراب لم يعتبر شرعاً مطهراً إلا للصلاة لا في نفسه فكان التطهير به تعبداً محضاً، وفيه يحتاج إلى النية، أو هو: أي التيمم ينبيء لغة عن القصد فلا يتحقق دونه بخلاف الوضوء ففسد قياسه على التيمم، وفي كل من الوجهين نظر نذكره في التيمم إن شاء الله تعالى. والصواب إفساده بما هو متفق عليه من أن شرط القياس أن لا تكون شرعية حكم الأصل متأخرة عن حكم الفرع وإلا لثبت حكم الفرع بلا دليل، وشرعية التيمم متأخرة عن الوضوء فلا يقاس الوضوء على التيمم في حكمه لكن هذا إذا قصد القياس، أما إذا قصد الإستدلال بمعنى لما شرع التيمم بشرط النية ظهر وجوبها في الوضوء فهو بمعنى لا فارق فليس جواب إلا به كما في الكتاب قوله: **(ولنا أن أنساً الخ)** غريب، وعزاه بعضهم إلى معجم الطبراني عن راشد أبي محمد الحماني قال: رأيت أنساً بالزاوية فقلت: أخبرني عن وضوء رسول الله ﷺ فإنه بلغني أنك كنت توضئه، وساق الحديث إلى أن قال: ثم مسح برأسه مرة واحدة، غير أنه أمرّهما على أذنيه فمسح عليهما. قال الزيلعي: وهذا لم أجده في معجم الطبراني[1] ويضعفه ما رواه ابن أبي شيبة، حدثنا إسحاق الأزرق عن أيوب بن العلاء عن قتادة عن أنس أنه كان يمسح على الرأس ثلاثاً يأخذ لكل مسحة ماء جديداً. وقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه رآه ﷺ يتوضأ ثلاثاً ثلاثاً ومسح رأسه وأذنيه مسحة واحدة. وفيه عبادة بن منصور فيه مقال[2] وتقدمت رواية أصحاب السنن الأربعة عن عليّ أنه مسح مرة واحدة وفيه ضعف[3]. وروى الدارقطني عن عثمان في حكايته مسح

مطهراً طبعاً فيحتاج إلى النية. أجيب بأن مسح الرأس ملحق بالغسل لقيامه مقامه وانتقاله إليه بضرب من الحرج. وقوله **(أو هو ينبيء عن القصد)** فلا يتحقق بدونه قيل يعني أن التيمم ينبيء عن القصد والنية هي القصد فلا يتحقق التيمم بدون القصد أي النية وفيه نظر لأنه ينبيء عن القصد لغة، والقصد الذي هو النية إنما هو قصد خاص، وهو قصد إباحة الصلاة، والأعم لا دلالة له على الأخص، ولأن الأول مدلول اللفظ، والثاني فعل القلب ولا دلالة لأحدهما على الآخر قوله: **(ويستوعب رأسه بالمسح)** أي يستحب أن يستوعب رأسه بالمسح على ما اختاره القدوري، وقوله **(وهو سنة)** يعني على اختياره، وصفة

قوله: **(وفيه نظر لأنه ينبيء عن القصد الخ)** قال يعقوب باشا: يمكن أن يقال: إن المراد قصد الصعيد لأجل الصلاة بقرينة قوله ﴿فلم تجدوا ماء﴾ ففيه الإنباء عن المشروط قوله: **(ولأن الأول مدلول اللفظ، والثاني فعل القلب ولا دلالة لأحدهما على الآخر)** أقول: فيه بحث قوله: **(الفودين)** في القاموس: الفود معظم شعر الرأس مما يلي الأذن وناصية الرأس قوله: **(لم يصر مستعملاً)** أقول: حقيقة

---

(١) كذا وقع للزيلعي ١/ ٣٠ ونقله ابن الهمام عن نصب الراية. والصواب أنه في معجم الطبراني الأوسط من حديث أنس في باب من اسمه ابراهيم وقد أورده الهيثمي في المجمع ١/ ٢٣١ بهذا السياق وأتم منه ومن هذا الطريق وقال: رواه الطبراني في الأوسط وإسناده حسن اهـ وسيأتي. وفي

(٢) الميزان قال الذهبي: راشد أبو محمد الحماني يقال ابن نجيح قال أبو حاتم: صالح الحديث اهـ. وأما ما في مصنف ابن أبي شيبة ففي إسناده أيوب بن مسكين قال الذهبي في الميزان قال أبو حاتم: لا بأس به ولا يحتج به اهـ.

ويجوز أن كلا الروايتين عن أنس وارد وليس يمنع من ذلك تنبيه: وقد ذكر ابن الهمام بعد أسطر أن حديث أنس في الطبراني ولعله سقط من بعض النسخ لذا لم يجده الزيلعي.

(٤) أخرجه أبو داود ١٣٣ عن ابن عباس وفي إسناده عباد بن منصور غير قوي.

(٥) تقدم في ٢/ ٢٦ وإسناده جيد وله طرق عن علي.

والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد، وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة، ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلاً، ولا يكون مسنوناً فصار كمسح الخف، بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار. قال **(ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن)** فالترتيب في الوضوء سنة عندنا. وقال

برأسه مرة واحدة[١] وقول الزيلعي في المعزوّ إلى معجم الطبراني لم أجده فيه سهو عنه، أو كان ساقطاً في نسخته، وإلا فقد وجد في الأوسط من مسند إبراهيم البغوي قوله: **(والذي يروى)** بالتمريض يشعر بضعفه، وقد روي عن عثمان من حديث عامر بن شقيق،[٢] وفيه ذلك المقال المتقدم، قال أبو داود: ورواه وكيع عن إسرائيل فقال: توضأ ثلاثاً ثلاثاً فقط. قال: وأحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن المسح مرة واحدة فإنهم ذكروا الوضوء ثلاثاً ثلاثاً، وقالوا ومسح برأسه لم يذكروا عدداً انتهى. وروى أبو داود والطبراني عن علي في حكايته المسح ثلاثاً[٣]، قال البيهقي[٤] وقد روي من أوجه غريبة عن عثمان رضي الله عنه تكرار المسح، إلا أنه مع خلاف الحفاظ ليس بحجة عند أهل العلم قوله: **(وهو مشروع)** روى الحسن عن أبي حنيفة في المجرد إذا مسح ثلاثاً بماء واحد كان مسنوناً، وما سوى ذلك من تقرير الكتاب غني عن البيان قوله: **(والفاء للتعقيب)** فيفيد وجوب تعقيب القيام إلى الصلاة بغسل الوجه فيلزم الترتيب بين الوجه وغيره فيلزم في الكل لعدم القائل بالفصل. قلنا: لا نسلم إفادتها تعقيب القيام به بل جملة الأعضاء. وتحقيقه أن المعقب طلب الغسل وله متعلقات وصل إلى أولها ذكراً بنفسه، والباقي بواسطة الحرف المشرك فاشتركت كلها فيه من غير إفادة طلب تقديم تعليقه ببعضها على بعض في الوجود، فصار

الاستيعاب أن يبل يديه ويضع بطون ثلاث أصابع من كل كفّ على مقدم الرأس، ويعزل السبابتين والإبهامين ويجافي الكفين ويجرّهما إلى مؤخر الرأس، ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرّهما إلى مقدم الرأس، ويمسح ظاهر الأذنين بباطن الإبهامين وباطن الأذنين بباطن السبابتين، ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحاً ببلل لم يصر مستعملاً. هكذا روت عائشة مسح رسول الله ﷺ **(وقال الشافعي رحمه الله: السنة التثليث بمياه مختلفة)** لأنه ركن في الوضوء، فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين **(ولنا أن أنساً رضي الله عنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً ومسح رأسه مرة واحدة وقال: هذا وضوء رسول الله ﷺ)** وقد روي عن عثمان وعليّ ومعاذ وابن عباس والبراء وأبي أمامة الباهلي مثل ذلك. قال الترمذي: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم. وقد روي عن عثمان وعليّ أنهما حكيا وضوء رسول الله ﷺ فغسلا ثلاثاً ثلاثاً

وإن لم يصر مستعملاً حكماً في عضو واحد فلا يخالف ما سيأتي بعد أسطر **(قول المصنف: ولأن المفروض هو المسح)** أقول: عطف ما تقدم من حيث المعنى كأنه قال: التثليث ليس بسنة لما ذكرنا، ولأن المفروض الخ قال المصنف: **(ويرتب الوضوء فيبدأ)** أقول: الفاء للتعقيب الرتبي كما في قوله تعالى ﴿ونادى نوح ربه﴾ فقال **(قال المصنف أو بالميامن)** أقول: أي في الأيدي والأرجل.

---

(١) أخرجه الدارقطني ١/٩٣ عن عثمان وإسناده لا بأس به.

(٢) ضعيف. مراد المصنف ما أخرجه أبو داود ١١٠ عن عامر بن شقيق عن شقيق بن سلمة قال: رأيت عثمان غسل ذراعيه ثلاثاً ثلاثاً ومسح رأسه ثلاثاً ثم قال: رأيت رسول الله ﷺ فعل هذا.
وفي إسناده عامر بن شقيق قال ابن حجر في التقريب: لين الحديث.
وأما كلام أبي داود الذي ذكره ابن الهمام فهو عقب حديث عثمان برقم ١٠٨ يعني أن أبا داود ينكر حديث عامر هذا.

(٣) ضعيف. لم يروه أبو داود مسنداً بل أخرج روايات كثيرة عن علي وفي بعضها يصرح بأنه مسح رأسه واحدة.
إلا عند الرواية برقم ١١٧ قال أبو داود عقبه: وحديث ابن جريج يشبه حديث علي لأنه قال فيه: حجاج بن محمد عن ابن جريج ومسح برأسه مرة واحدة. وقال ابن وهب فيه عن ابن جريج: ومسح برأسه ثلاثاً اهـ وقد وصله البيهقي ١/٦٣ ولم يسنده أبو داود فهو معلق عنده. وروى الطبراني في مسند الشاميين كما في نصب الراية ١/٣٣ عن علي وفيه: ومسح رأسه ثلاثاً بماء واحد. وفي إسناده عبد العزيز بن عبيد الله ضعيف.
وقد أخرج الدارقطني بسنده من طريق أبي حنيفة عن علي وفيه: فمسح رأسه ثلاثاً. قال الدارقطني وخالف أبا حنيفة جماعةُ الحفاظ منهم الثوري وشعبة وشريك وأبو عوانة وزائدة بن قدامة وغيرهم فرووا عن علي مسح الرأس مرة.

(٤) كلام البيهقي هذا في سننه ١/٦٢.

الشافعي: فرض لقوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ الآية، والفاء للتعقيب. ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فتقتضي إعقاب غسل جملة الأعضاء والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه الصلاة

مؤدى التركيب طلب إعقاب غسل جملة الأعضاء، وهذا عين ما في الكتاب، وهو عين نظير قولك ادخل السوق فاشتر لنا خبزاً ولحماً حيث كان المفاد إعقاب الدخول بشراء ما ذكر فكيف وقع، ودعوى المصنف إجماع أهل اللغة على أن الواو لمطلق الجمع تبع للفارسي، وهو بناء على عدم اعتباز قول القائلين بأنها للترتيب أو للقران قوله: **(والبداءة بالميامن فضيلة)** أي مستحب، ثم استدل عليه بقوله ﷺ «إن الله يجب التيامن في كل شيء» وهو معنى ما روى الستة عن عائشة «كان النبي ﷺ يحب التيامن في كل شيء حتى في طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله»[(١)] وهو بناء على عدم استلزام المحبوبية المواظبة، لأن جميع المستحبات محبوبة له ﷺ، ومعلوم أنه لم يواظب على كلها وإلا لم تكن مستحبة بل مسنونة، لكن أخرج أبو داود وابن ماجه عنه ﷺ «إذا توضأتم فابدأوا بميامنكم»[(٢)] وأخرجه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما قال في الإمام: وهو جدير بأن يصحح، وغير واحد ممن حكى وضوءه ﷺ صرحوا بتقديم اليمنى على اليسرى من اليدين والرجلين وذلك يفيد المواظبة، لأنهم إنما يحكون وضوءه الذي هو دأبه وعادته فيكون سنة، وبمثله ثبتت سنية الاستيعاب لأنهم كذلك حكوا المسح. وفي القنية عن بعضهم: إذا داوم على ترك استيعاب الرأس بغير عذر يأثم كأنه والله أعلم لظهور رغبته عن السنة، فالحق أن الكل سنة. ومسح الرقبة مستحب بظهر اليدين لعدم استعمال بلتهما، والحلقوم بدعة. وقيل مسح الرقبة أيضاً بدعة، وفيما قدمنا من رواية اليامي أنه ﷺ مسح الرقبة مع مسح الرأس[(٣)]. وفي حديث وائل المقدم: وظاهر رقبته[(٤)]. وقيل إن مسح الأذنين أدب. ومن السنن الترتيب بين المضمضة والاستنشاق، والبداءة من مقدم الرأس ومن رؤوس الأصابع في اليدين والرجلين، ووجهه على ما عن بعض المشايخ أنه تعالى جعل المرافق والكعبين غاية الغسل فتكون منتهى الفعل.

ومسحا ثلاثاً، قلنا: المشهور عنهما ما رويناه أوّلاً **(قال المصنف: والذي يروى فيه من التثليث)** يريد به ذلك: يعني على تقدير ثبوته **(محمول عليه)** أي على التثليث **(بماء واحد، وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة)** ذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة أنه إذا مسح ثلاثاً بماء واحد كان مسنوناً. فإن قيل: قد صار البلل مستعملاً بالمرة الأولى فكيف يسنّ إمراره ثانياً وثالثاً؟ أجيب بأنه يأخذ حكم الاستعمال لإقامة فرض آخر لا لإقامة السنة لأنها تبع للفرض، ألا يرى أن الاستيعاب يسن بماء واحد قوله: **(ولأن المفروض هو المسح)** دليل آخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلاً، فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والإجماع، فلا يكون التكرار مسنوناً لأن السنة في الوضوء إكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحاً إلى كونه غسلاً وقوله **(فصار كمسح الخف)** تقريره مسح الرأس مسح في الوضوء، وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسنّ تثليثه كمسح الخف. وقوله **(بخلاف الغسل)** متصل بقوله وبالتكرار يصير غسلاً، ومعناه

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ١٦٨ وأطرافه في ٤٢٦ و٥٣٨٠ و٥٨٥٤ و٥٩٢٦ ومسلم ٢٦٨ من طريقين أبو داود ٤١٤٠ والترمذي ٦٠٨ والنسائي ١/ ٧٨، ٢٠٥ وابن ماجه ٤٠١ وأحمد ٦/ ٢٠٢، ٢١٠، ٩٤، ١٣٠، ١٤٧، كلهم عن عائشة مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه.
وأما بسياق صاحب الهداية فهو غريب كما في نصب الراية ١/ ٣٤ أي غير موجود ولذا قال ابن الهمام هو معنى حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤١٤١ وابن ماجه ٤٠٢ والبيهقي ١/ ٨٦ وأحمد ٢/ ٣٥٤ وابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما كما في نصب الراية ١/ ٣٤ ونقل عن أبي دقيق العيد في الإمام: هو جدير بأن يصحح.
كلهم من حديث أبي هريرة زاد أبو داود وأحمد في أوله: (إذا لبستم وإذا توضأتم. . .) الحديث.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٣٢ من طريق طلحة بن مصرّف عن أبيه عن جده قال: رأيت رسول الله ﷺ يمسح رأسه مرة واحدة حتى بلغ القذال. وهو أول القفا. وقال مسدد: ومسح رأسه من مقدمه إلى مؤخره حتى أخرج يديه من تحت أذنيه. قال مسدد: فحدثت به يحيى فأنكره قال أبو داود: سمعت أحمد يقول: إن ابن عيينة زعموا كان ينكره ويقول: إيش طلحة عن أبيه عن جده اهـ.
فهذا الخبر فيه ضعف ورواية ليث بن أبي سليم ضعيف أيضاً.

(٤) حديث وائل بن حجر تقدم في ٢٦/٧ وإسناده ضعيف.

والسلام «إنّ الله تعالى يحبّ التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل».

[الآداب] ترك الإسراف والتقتير وكلام الناس والاستعانة. وعن الوبري لا بأس بصبّ الخادم، كان عليه الصلاة والسلام يصبّ الماء عليه[1] والتمسح بخرقة يمسح بها موضع الاستنجاء. ومنها استقاء مائه بنفسه، والمبادرة إلى ستر العورة بعد الاستنجاء، ونزع خاتم عليه اسمه تعالى أو اسم نبيه ﷺ حال الاستنجاء، وكون آنيته من خزف، وأن يغسل عروة الإبريق ثلاثاً ووضعه على يساره، وإن كان إناء يغترف منه فعن يمينه، ووضع يده حالة الغسل على عروته لا رأسه، والتأهب بالوضوء قبل الوقت، وذكر الشهادتين عند كل عضو، واستقبال القبلة في الوضوء، واستصحاب النية في جميع أفعاله، وتعاهد الموقين وما تحت الخاتم، والذكر الملفوظ عند كل عضو، وأن لا يلطم وجهه بالماء، وإمرار اليد على الأعضاء المغسولة، والتأني، والدلك خصوصاً في الشتاء، وتجاوز حدود الوجه واليدين والرجلين ليستيقن غسلهما، ويطيل الغرة، وقول: سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، اللهم اجعلني من التوّابين الخ، وأن يشرب فضل وضوئه قائماً مستقبلاً، قيل وإن شاء قاعداً، وصلاة ركعتين عقيبه، وملء آنيته استعداداً، وحفظ ثيابه من المتقاطر، والامتخاط بالشمال عند الاستنشاق ويكره باليمين، وكذا إلقاء البزاق في الماء، والزيادة على ثلاث في غسل الأعضاء وبالماء المشمس.

[تتمة] شك في بعض وضوئه قبل الفراغ فعل ما شك فيه إن كان أول شك وإلا فلا عليه وإن شك بعده فلا مطلقاً.

أن المسح يفسده التكرار، بخلاف الغسل فإنه لا يفسده، فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول فاسداً. قال (ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره) ويرتب معطوف على قوله ويستوعب، والكلام في كونه مستحباً أو سنة كما تقدم. قوله (فيبدأ بيان الترتيب) وقال الشافعي: الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ الآية، ووجه الاستدلال أن الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام إلى الصلاة، وإذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لأنه معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب أو لعدم القائل بالفصل. ولنا أن المذكور في الآية حرف الواو يعني بعد الفاء، والواو لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة، والفاء دخلت على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فتقتضي إعقاب غسل جملة الأعضاء من غير ترتيب وتحقيقه. سلمنا أن الفاء للتعقيب تفيد تعقيب ما بعدها لما قبلها وما بعدها غسل جملة غير مرتبة فيفيد تعقيبها للقيام إلى الصلاة ونحن نقول به، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في ترتيب الأعضاء والداخل فيها الواو وهي لا تفيد الترتيب، فإن قيل: كيف ادعى المصنف إجماع أهل اللغة ومنهم من يقول إنه يفيد الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران. أجيب بأن أبا علي الفارسي ذكر أن النحاة أجمعوا أن الواو للجمع المطلق، ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعاً في كتابه فاعتمد المصنف على ذلك وبأن خلاف القليل لا يمنع الإجماع اللغوي وقوله (والبداءة بالميامن فضيلة) أي مستحبة، والميامن جمع ميمنة خلاف الميسرة، وذكر في المغرب أن البداية بالياء عامية والصواب بداءة. وقوله ﷺ «إن الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل» التنعل: لبس النعلين، والترجل: تسريح شعر الرأس.

---

(١) هذا ثابت في الصحاح في أحاديث كثيرة عن أنس حيث كان خادم النبي ﷺ وكذا حديث المغيرة وابن عباس وفي الباب أحاديثه.

فصل في نواقض الوضوء

(المعاني الناقضة كل ما يخرج من السبيلين) لقوله تعالى: ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ وقيل لرسول الله

فصل في نواقض الوضوء

النقض في الأجسام: إبطال تركيبها، وفي المعاني: إخراجها عن إفادة ما هو المطلوب منها قوله: (كل ما يخرج) قيل يعني خروج ما يخرج ليصح الإخبار عن المعاني، لكن الظاهر أن الناقض هو النجس الخارج لا خروجه المخرج للنجس عن كونه مؤثراً للنقض، مع أن الضد هو المؤثر في رفع ضده. وصفة النجاسة الرافعة للطهارة إنما هي قائمة بالخارج، وغاية الخروج أن يكون علة تحققها صفة شرعية: أعني صفة النجاسة فإنها شرعية وذلك لا يضر إذ بعد تحققها عن علتها هي المؤثرة للنقض. ثم ظاهر الحديث الذي يرويه ما الحدث؟ قال: ما يخرج من السبيلين[1]، ولم يوجد ما يوجب صرفه عن ظاهره لا إصلاح عبارة بعض المصنفين، وهذا لا يجوز على أنه غير لازم إذ المعنى قد لا يقابل الجوهر، فإنه يقال على المراد باللفظ جوهراً كان أو عرضاً وإنما يقابله العرض. فالناقض الخارج النجس، والخروج شرط عمل العلة وعلة لها نفسها لأنه علة تحقق الوصف الذي هو النجاسة وإلا لم يحصل لأحد طهارة، فإضافة النقض إلى الخروج إضافة إلى علة العلة قوله: (لقوله تعالى) وجه التمسك به في عموم ما يخرج دودة كانت أو حصاة أو ريحاً إلا ما استثني منه وهو الريح الخارج من القبل والدودة منه. وأما الريح من الذكر فهو اختلاج لا ريح فلا ينقض كالريح الخارجة من جراحة في البطن أن الغائط المطمئن من الأرض يقصد للحاجة، والإجماع على أنه ليس نفس المجيء منه ناقضاً بل هو كناية عما يلزمه من الخارج، وإذا لزم فيه كونه في لازمه فحمله على أعم اللوازم وهو الخارج النجس أولى خصوصاً مع مناسبة النجس مطلقاً لهذا الحكم، كذا في شرح المجمع. وقد يقال: إنما يصح على إرادة أعم اللوازم للمجيء. والخارج النجس مطلقاً ليس منه للعلم بأن الغائط لا يقصد قط لمجرد الريح فضلاً عن جرح إبرة ونحوه، فالأولى كونه فيما يحله، ويستدل على الريح بالإجماع وغيره بالخبر وهو ما ذكر. روى معناه الدارقطني عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام قال «الوضوء مما

فصل في نواقض الوضوء

ويعرف الفصل بأنه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب. لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبة بدأ بما ينافيه من العوارض، إذ العارض إنما يكون متأخراً عن المعروض: والنواقض جمع ناقضة، والنقض متى أضيف إلى الأجسام يراد به إبطال تأليفها، ومتى أضيف إلى المعاني يراد به إخراجه عما هو المطلوب به، والمطلوب هنا من الوضوء استباحة الصلاة (والمعاني الناقضة) أي العلل المؤثرة في إخراج الوضوء عما هو المطلوب به (كل ما يخرج من السبيلين) أي خروج كل ما يخرج من السبيلين: يعني القبل والدبر والذكر، وإنما قدرنا المضاف تصحيحاً للحمل، فإن حمل الذات على المعنى غير صحيح، وإنما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي ﷺ في قوله «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» واحترازاً عن عبارة الفلاسفة فإن المتقدمين استنكفوا عن ذلك إلى أن نشأ الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده. فإن قيل: الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فإن الوضوء لا ينتقض به في أصح الروايتين: أجيب بأنه مخصوص من العموم لأن الريح لا تنبعث من الذكر، وإنما هو اختلاج، والقبل محل الوطء ليس

فصل في نواقض الوضوء

قوله: (ويعرف الفصل بأنه طائفة من المسائل الفقهية) أقول: المشهور في أمثاله أنها الألفاظ الدالة على المسائل المخصوصة قوله: (إذ العارض إنما يكون متأخراً عن المعروض) أقول: والأظهر أن يقال: إذ رافع الشيء يكون بعده قوله: (أجيب بأنه مخصوص من

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٧ غريب وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٣٠: لم أجده.

ﷺ «ما الحدث؟ قال: ما يخرج من السبيلين» وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره **(والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير، والقيء ملء الفم)** وقال الشافعي رحمه الله: الخارج من غير السبيلين لا

خرج وليس مما دخل» وضعف بشعبة مولى ابن عباس[1]، وقال في الكامل: بل بالفضل بن المختار، قال سعيد بن منصور: إنما يحفظ هذا من قول ابن عباس، وقال البيهقي: روي عن عليّ من قوله، وبهذا وقوله ﷺ للمستحاضة: «توضئي لوقت كل صلاة»[2] عيناً حينئذ أصل قياس الخارج النجس من السبيلين على غير وجه الاعتياد وفرعه الخارج النجس من غيرهما فيحتج على مالك في نفي ناقضية غير المعتاد والخارج على غير وجه الاعتياد به على هذا المعنى، ثم الخروج من السبيلين يتحقق بالظهور، فلو خشي الذكر فالانتقاض بمحاذاة بلة الحشوة رأس الذكر لا بنزوله إلى القصبة وإلى القلفة فيه خلاف، والصحيح النقض فيه: قال المصنف في التجنيس لأن هذا بمنزلة المرأة إذا خرج من فرجها بول ولم يظهر. واستشكل بأنهم قالوا: لا يجب على الجنب إيصال الماء إليه لأنه خلقة كقصبة الذكر اهـ. لكن في الفتاوى الظهيرية إنما علله بالحرج لا بالخلقة، وهو المعتمد فلا يرد الإشكال، ولو احتشت في الفرج الداخل فالنقض بمحاذاة حرفه خلافاً لأبي يوسف في قوله إذا علمت أنها لو لم تحشيه لخرج نقض، ولو أدخلت أصبعها فيه نقض لأنها لا تخلو عن بلة، وكذا العود في الدبر كالمحقنة وغيرها تعتبر فيه البلة إذا كان طرف منه خارجاً ولو غيبه نقض إذا أخرج بلا تفصيل في الفتاوى والتجنيس، وكذا القطنة إذا غيبها في الإحليل ثم خرجت ولو ابتلت بالبول ولم تجاوز رأسه، غير أنه لولاها خرج لم ينقض والمجبوب إذا ظهر بوله بموضع الجبّ إن كان

فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها وهو في نفسه طاهر عند المصنف على ما سيجيء. ووجه الاستدلال بقوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ والغائط: هو المكان المطمئن من الأرض ينتهي إليه الإنسان عند إرادة قضاء الحاجة تستراً أن الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء، وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وأراد الملزوم، والترتيب يدل على العلية، وإذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا أن البدل لا يخالف الأصل في السبب. لا يقال: قد تقدم أن الحدث شرط للوضوء فكيف يكون علة لنقضه لأنه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون، ولا تنافي بينهما. وقوله **(وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره)** نفي لقول مالك فإنه يقول: لا وضوء لما يخرج نادراً كالحصاة والدودة ودم الاستحاضة، مستدلاً بأن الله تعالى كنى بالغائط على الوجه المتقدم عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضاً. قلنا: تقييد بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما. قال **(والدم والقيح إذا**

العموم لأن الريح لا تنبعث من الذكر وإنما هو اختلاج) أقول: فكيف يكون مخصوصاً من العموم قوله: **(ووجه الاستدلال إلى قوله: إن الله رتب وجوب التيمم)** أقول: قوله وجه الاستدلال مبتدأ وخبره قوله إن الله رتب وجوب التيمم قوله: **(وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره نفي لقول مالك الخ)** أقول: والريح الخارجة من القبل ليس ريحاً حقيقة بل هي اختلاج، ولو سلم فالعام بعد التخصيص يبقى حجة في الباقي لعمومه

---

(١) موقوف. أخرجه الدارقطني ١/ ١٥١ والبيهقي ١/ ١١٦ وابن عدي في الكامل ٤/ ٢٥ كلهم من طريق شعبة مولى ابن عباس عن ابن عباس مرفوعاً. وشعبة هذا ضعيف.
وقال ابن عدي في الكامل: الأصل في هذا الحديث أنه موقوف.
والفضل بن المختار له غير حديث منكر فلعل البلاء فيه منه لا من شعبة اهـ وقال البيهقي: وروي هذا عن علي من قوله.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ١١٧ ورواه سعيد بن منصور في سننه موقوفاً اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٩٨ و٢٩٧ والترمذي ١٢٥ وابن ماجه ٦٢٤ والبيهقي في سننه ١/ ٣٤٤ وأحمد ٦/ ٤٢، ٢٠٤، ٢٦٢ كلهم عن عائشة قالت: جاءت فاطمة بنت أبي حُبيش إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ قال: لا إنما ذلك عرق، وليس بحيضة. اجتنبي الصلاة أيام محيضتك، ثم اغتسلي. وتوضئي لكل صلاة.
وقال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال: رجال ثقات وإسناده متصل.

ينقض الوضوء لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام قاء فلم يتوضأ» ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر

يقدر على إمساكه متى شاء نقض، وإلا فحتى يسيل لأنه كالجرح، ولو كان به حصاة فبط ذلك الموضع وأخرجها فاستمال البول إليه فكالجرح، وإن كان بذكره بط، أي شق له رأسان أحدهما يخرج منه ماء يسيل في مجرى الذكر والآخر في غيره، ففي الأول ينقض بالظهور وفي الثاني بالسيلان، وإذا تبين الخنثى أنه امرأة فذكره كالجرح أو رجل ففرجه كالجرح وينتقض في الآخر بالظهور، ولو أقطر في إحليله دهناً فسال منه لا ينقض خلافاً لأبي يوسف، بخلاف ما إذا احتقن بالدهن ثم سال حيث يعيد الوضوء لاختلاطه بالنجاسة، بخلاف الإحليل للحائل عند أبي حنيفة، ولو احتشت في فرجها الخارج فما لم تبتل أو تصل البلة إلى حرف الداخل لا ينقض، أو في الداخل فسد الصوم ولا ينقض قوله: **(فتجاوزا)** عطف تفسيري، فإن الخروج في غير السبيلين هو تجاوز النجاسة إلى موضع التطهير، فالمعنى إذا خرجا بأن تجاوزا إلا أن يحمل الخروج على الظهور فليس به، والمعنى إذا ظهر فتجاوزا، فلو خرج من جرح في العين دم فسال إلى الجانب الآخر منها لا ينتقض لأنه يلحقه حكم هو وجوب التطهير أو ندبه، بخلاف ما لو نزل من الرأس إلى مالان من الأنف لأنه يجب غسله في الجنابة ومن النجاسة فينقض، ولو ربط الجرح فنفذت البلة إلى طاق لا إلى الخارج نقض، ويجب أن يكون معناه إذا كان بحيث لولا الربط سالَ لأن القميص لو تردد على الجرح فابتل لا ينجس ما لم يكن كذلك لأنه ليس بحدث، ولو بزق فخرج فيه دم قدر الريق نقض لا إن كان الريق غالباً، ولو أخذه من رأس الجرح قبل أن يسيل مرة فمرة إن كان بحال لو تركه سالَ نقض وإلا لا. وفي المحيط: حد السيلان أن يعلو وينحدر عن أبي يوسف، وعن محمد إذا انتفخ على رأس الجرح وصار أكبر من رأسه نقض، والصحيح لا ينقض. وفي الدراية جعل قول محمد أصح، ومختار السرخسي الأول وهو أولى. وفي مبسوط شيخ الإسلام: تورّم رأس الجرح فظهر به قيح ونحوه لا ينقض ما لم يجاوز الورم لأنه لا يجب غسل موضع الورم فلم يتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير، ثم الجرح والنقطة وماء الثدي والسرة والأذن إذا كان لعلة سواء على الأصح، وعلى هذا قالوا: من رمدت عينه وسال الماء منها وجب عليه الوضوء، فإذا استمرّ فلوقت كل صلاة. وفي التجنيس الغرب في العين إذا سال منه ماء نقض لأنه كالجرح وليس بدمع، ولو خرج من سرته ماء أصفر وسال نقض لأنه دم قد نضج فاصفر وصار رقيقاً. والغرب بالتحريك: ورم في المآقي، وفي المحيط: مص القراد فامتلأ إن كان صغيراً لا ينقض كما لو مص الذباب، وإن كان كبيراً نقض كمص العلقة قوله: **(وقال الشافعي الخ)** حاصل الأقوال المذكورة في الكتاب لا ينقض مطلقاً، وينقض عند زفر مطلقاً سال أو لا، امتلأ الفم من القيء أو لا، وعندنا ينقض بالشرط المذكور وكل روى لمذهبه ما يؤيده ولنتكلم عليها. أما حديث أنه ﷺ قاء فلم يتوضأ فلم يعرف[1]. وأما حديث الوضوء من كل دم سائل فرواه الدارقطني[2] من طريق ضعيفة، ورواه ابن

خرجا من البدن) خروج النجس من بدن الإنسان الحيّ، ينقض الطهارة كيفما كان عندنا، وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم، وقيد بالخروج لأن نفس النجاسة غير ناقضة ما لم توصف بالخروج وإلا لما حصلت الطهارة لشخص مّا، والمراد بالبدن بدن الحيّ كما ذكرنا، فإنها إن

(١) لا أصل له. قال في نصب الراية ١/ ٣٧: غريب جداً. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٣٠: لم أجده.
وكذا قال ابن الهمام: لا يعرف.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ١٥٧ من حديث تميم الداري وقال: عمر بن عبد العزيز لم يسمع من تميم ولا رآه، ويزيد بن خالد، ويزيد بن محمد مجهولان.
ورواه ابن عدي ١/ ١٩٠ الكامل من حديث زيد بن ثابت.
وقال ابن عدي: أحمد بن سليمان ليس ممن يحتج بحديثه أو يتدين به ومع ذلك يكتب حديثه اهـ. وذكر الزيلعي ١/ ٣٧ كلام ابن أبي حاتم.
لكن الحديث من طريق بقية بن الوليد وهو وإن صرح بالحديث لكن يخشى التدليس لأن الراوي عنه غير قوي.

على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الوضوء من كل دم سائل» وقوله عليه الصلاة

عدي في الكامل من أخرى وقال: لا نعرفه إلا من حديث أحمد بن فرّوخ، وهو ممن لا يحتج بحديثه ولكنه يكتب، فإن الناس مع ضعفه قد احتملوا حديثه اهـ لكن قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: قد كتبنا عنه ومحله عندنا الصدق، وقد تظافر معه حديث البخاري عن عائشة: «جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إليه ﷺ فقالت: يا رسول الله إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ قال لا: إنما ذلك عرق وليست بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم» قال هشام بن عروة: قال أبي: «ثم توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت»[١] واعترض بأنه من كلام عروة، ودفع بأنه خلاف الظاهر، وأيضاً لو كان لقال تتوضأ لكل صلاة، فلما قال توضئي على مشاكلة الأول المنقول لزم كونه من قائل الأول، وهذا لأن لفظ اغسلي خطاب النبي ﷺ لفاطمة وليس عروة مخاطباً لها ليكون قوله ثم توضئي خطاباً منه لها فلزم كونه من المخاطب بالأوّل وهو النبي ﷺ. وقد رواه الترمذي كذلك ولم يحمله على ذلك، ولفظه «توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت» وصححه[٢]. وما رواه الدارقطني من أنه ﷺ احتجم وصلى ولم يتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه فضعيف[٣]. وأما حديث من قاء أو رعف إلى آخره فرواه ابن ماجه عن إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة قال ﷺ «من أصابه قيء أو رعاف أو قلس أو مذي فلينصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم»[٤] ولفظ ثم

خرجت من بدن الميت بعد غسله لا توجب إعادة غسله بل توجب غسل ذلك الموضع على ما سيأتي، وشرط التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير احترازاً عما يبدو ولم يخرج ولم يتجاوز فإنه لا يسمى خارجاً، فكان تفسيراً للخروج ورداً لما ظن زفر أن البادي خارج حتى أورد ما لم يسل نقضاً على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض، للوضوء. وقوله **(يلحقه حكم التطهير)** أي يلحقه حكم هو التطهير، والمراد أن يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الرأس إلى

قوله: **(ووجه الاستدلال أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله ﷺ في خمس من الإبل شاة)** أقول: الوجوب فيه يستفاد من كلمة في فإنها قد تكون للسببية. مع أن قوله في خمس من الإبل لا يشبه الوضوء من كل دم، فإن من في الأول للتبيين وفي

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٢٢٨ من حديث عائشة. بهذا اللفظ وقال ابن حجر عقبه: وادعى بعضهم أن لفظ: ثم توضئي.. من كلام عروة وفيه نظر لأنه لو كان من كلامه لقال: تتوضأ بصيغة الإخبار لكن جاء بصيغة الأمر فشاكل الأمر الذي في المرفوع: فاغسلي اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ١٢٥ بزيادة: وقال أبو معاوية. أحد الرواة. في حديثه: وقال: توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت.
وتكلم الأستاذ أحمد شاكر على هذه الزيادة في تعليقه على الترمذي ومما قاله: وتابع أبا معاوية على هذه الزيادة حماد بن سلمة في رواية الدارمي ١/ ١٩٩ وتابعهما أبو حمزة السكري في رواية ابن حبان وفيه: فإذا أدبرت فاغتسلي وتوضئي لكل صلاة اهـ.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وبه يقول الثوري ومالك وابن المبارك والشافعي. تتوضأ لكل صلاة.
قلت: وأما الحنفية فعندهم تتوضأ لكل وقت يعني تصلي ما شاءت من النوافل والفرائض حتى يدخل الوقت الآخر.
وانظر فتح الباري ١/ ٤١.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ١٥٧ من حديث أنس ونقل الزيلعي عن الدارقطني قوله: صالح بن مقاتل ليس بالقوي وأبوه غير معروف وسليم ابن داود مجهول اهـ نصب الراية ١/ ٤٣.
وكلام الدارقطني هذا ليس في سننه فإما أن يكون سقط من بعض النسخ أو نقله الزيلعي من كتاب آخر عنه وحديث أنس كرره الدارقطني في ١/ ١٥١ بنفس الإسناد والمتن. وضعفه ابن الهمام وفي الدراية لابن حجر ١/ ٣٢ إسناده ضعيف.

(٤) مرسل صحيح. أخرجه ابن ماجه ١٢٢١ بهذا اللفظ والدارقطني ١/ ١٥٤ كلاهما من حديث عائشة.
قال البوصيري في الزوائد: في إسناده إسماعيل بن عياش روايته عن الحجازيين ضعيفة وهو من هذا القبيل هنا اهـ.
وقد ساقه الدارقطني من عدة طرق لكن مدارها على ابن عياش. وعلله أيضاً بالرواة عنه ثم قال: والحفاظ من أصحاب ابن جريج يرونه عن ابن جريج عن أبيه مرسلاً وانظر نصب الراية للزيلعي ١/ ٣٨ أطال الكلام عليه وصححه.
وانظر سنن البيهقي ١/ ١٤٢، ١٤٣ نقل عن الشافعي: ليس بثابت وصحح المرسل يعني البيهقي.

والسلام «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم» ولأن خروج النجاسة مؤثر

ليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه الدارقطني. وقال الحفاظ من أصحاب ابن جريج: يروونه عن ابن جريج عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً انتهى. وقد تكلم في ابن عياش. وجملة الحاصل فيه أنه يحتج من حيث الشاميين لا الحجازيين، وأخرجه البيهقي من جهة الدارقطني عن ابن جريج عن أبيه عنه ﷺ مرسلاً وقال هذا هو الصحيح، ثم نقل عن الشافعي أنه بتقدير الصحة يحمل على غسل الدم لا وضوء الصلاة، ودفع بأنه غير صحيح وإلا لبطلت الصلاة فلم يجز البناء. وابن عياش قد وثقه ابن معين، وزاد في الإسناد عن عائشة والزيادة من الثقة مقبولة، والمرسل عندنا وعند جمهور العلماء حجة، وسيأتي زيادة فيه من الآثار في باب الحدث في الصلاة فإن المصنف أعاده فيه، والأفصح في رعف الفتح، والقلس: الخارج من الغثيان، والقيء مع سكون النفس يكون. وقد أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن حسين المعلم بسنده إلى معدان بن أبي طلحة عن أبي الدرداء أنه ﷺ قاء فتوضأ، قال: فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت ذلك له فقال: صدق أنا صببت له وضوءه[1] قال الترمذي: وهو أصح شيء في هذا الباب وأعله الخصم بالاضطراب فإن معمراً رواه عن يحيى بن أبي كثير عن يعيش عن خالد بن معدان عن أبي الدرداء ولم يذكر فيه الأوزاعي. وأجيب أن اضطراب بعض الرواة لا يؤثر في ضبط غيره. قال ابن الجوزى: قال الأثرم: قلت لأحمد قد اضطربوا في هذا الحديث، فقال: قد جوّده حسين المعلم، وقد قال الحاكم هو على شرطهما، وروي مثل هذا عن ابن عمر. وفي مصنف عبد الرزاق: أخبرنا الثوري عن أبي إسحاق عن الحرث عن عليّ رضي الله عنه قال: إذا وجد أحدكم رزءاً أو رعافاً أو قيئاً فلينصرف وليتوضأ، فإن تكلم استقبل ولا اعتدّ بما

قصبة الأنف انتقض الوضوء، بخلاف البول إذا نزل إلى قصبة الذكر ولم يظهر، لأن النجاسة هناك لم تصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير، وفي الأنف وصلت إلى ذلك إذ الاستنشاق في الجنابة فرض وقال الشافعي: **(الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي ﷺ أنه قاء فلم يتوضأ، ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي)** أي أمر تعبدنا به: أي كلفنا الله به من غير معنى يعقل، إذ العقل إنما يقتضي وجوب غسل موضع أصابته النجاسة **(فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد)** والباء في تعبدي يجوز أن تكون للنسبة ويجوز أن تكون للمبالغة كأحمري في أحمر، ويجوز أن يكون معناه أمر تعبدي لأن القياس يقتضي وجوب غسل كل الأعضاء كما في المني، بل بطريق الأولى لأن الغائط أنجس من المني

الثاني للمنشئية، ولو كان لفظ الحديث من خمس لكان شبيهاً به كل الشبه قوله: **(والثاني الأمر بالوضوء الخ)** أقول: معطوف على قوله أحدها الأمر بالانصراف الخ قوله: **(ويجاب إلى قوله بأن ذلك الشرط ليس بمتفق عليه الخ)** أقول: ويجوز أن يكون ذلك على التنزل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٨١ والترمذي ٨٧ واللفظ له والحاكم ١/ ٤٢٦ والدارقطني ١/ ١٨٨، ١٨٩ والبيهقي ١/ ١٤٤ وكذا الدارمي ١٦٧٩ كلهم من حديث أبي الدرداء وكذا رواه أحمد ٦/ ٤٤٣ و٥/ ١٩٥، ٢٧٧ وليس في شيء من هذه الطرق عند أحد لفظ: قاء فتوضأ.
إلا عند الترمذي ورواية لأحمد في ٦/ ٤٤٩ ولفظه: عن أبي الدرداء قال: استقاء رسول الله ﷺ فأفطر، فأتى بماء فتوضأ.
قال الترمذي: وقد جود حسين المعلم هذا الحديث.
وقال البيهقي عقبه: هذا الحديث مضطرب واختلفوا فيه اختلافاً شديداً اهـ وقد ذكر الزيلعي ١/ ٤١ نقل ابن الجوزي عن الأثرم عن أحمد فقال: قد جوده حسن المعلم.
وقد صححه الحاكم. وأقره الذهبي على شرط مسلم.
قلت: ومع ذلك فإن كلام الحاكم وغيره ممن صححه ليس فيه لفظ قاء فتوضأ. وإنما بلفظ: قاء فأفطر ولكنه ذكر ثوبان للوضوء يعطي هذه العبارة قوة وإلا فقد انفرد الترمذي بهذه العبارة.
وقد أطال الأستاذ أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي حيث قال الترمذي: وهو مذهب الثوري وابن المبارك وأحمد وإسحاق.
وقال مالك والشافعي ليس في القيء والرعاف وضوء قال شاكر: وهو الصحيح. والقائلون بالوضوء احتجوا بأحاديث ضعيفة وآثار عن الصحابة وليس في شيء من ذلك حجة وأما حديث الباب فإنه لا يدل على وجوب الوضوء من القيء لأن النبي ﷺ كان يتوضأ لكل صلاة طاهر وغير طاهر ووجوب الوضوء أو نقضه لا يثبت بالفعل فقط لأن الفعل لا يدل على الوجوب إلا أن يقترن بأمر أو نص بذلك.
تنبيه: وعزو ابن الهمام الحديث للنسائي هو في الكبرى حيث لم يذكر شاكر ولا غيره كونه في النسائي وبحثت عنه فلم أجده.

في زوال الطهارة، وهذا القدر في الأصل معقول، والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي

مضى، والحارث ضعف[(١)]، ومثله عن سليمان بن عمر[(٢)] وإذا ثبت هذا عنه ﷺ وجب تقديمه على المضيّ في الصلاة لذلك الصحابي الذي جرح في الصلاة بلا مرية. وقول من قال: لم يصح في نقض الوضوء وعدمه بالدم والقيء والضحك حديث إن سلم لم يقدح لأن الحجية لا تتوقف على الصحة بل الحسن كاف على أنه رأى هذا القائل، فإما مجتهد علم بالاختلاف في صحة الحديث وغلب على رأيه صحته فهو صحيح بالنسبة إليه، إذ مجرد الخلاف في ذلك لا يمنع من الترجيح وثبوت الصحة. وأما حديث القلس حدث فرواه الدارقطني[(٣)] وهو ضعيف. وفي الإطلاق الكائن في حديث ابن عياش[(٤)] غنية عنه. وأما حديث ليس في القطرة إلى آخره فرواه الدارقطني من طريقين[(٥)] في أحدهما محمد بن الفضل بن عطية وفي الآخر حجاج بن نصير وقد ضعفا، ولفظة القطرة والقطرتين كناية على القلة، ولفظ سائلاً كناية عن الكثرة، فإن لفظة القطرة في العرف يراد به القلة وضده ماء سائل، وإلا فحقيقة القطرة إذا وجدت نقض اتفاقاً فلا بد من صرفه عن ظاهره بطريق صناعي كما ذكرنا. وأما قول علي: أو دسعة تملأ الفم فلم يعرف. وروى البيهقي في الخلافيات عنه ﷺ: يعاد الوضوء من سبع: من إقطار البول والدم السائل والقيء، ومن دسعة تملأ الفم[(٦)]، ونوم المضطجع، وقهقهة الرجل في الصلاة، وخروج الدم[(٧)]. وفيه سهل ابن عفان والجارود بن يزيد وهما ضعيفان، فحصل لنا من ذلك كله حجية حديث فاطمة بنت أبي حبيش وحديث ابن عياش وحديث أبي الدرداء[(٨)] فلا يعارضها غيرها مما رواه الشافعي، ولو أرخينا العنان وجعلناها تتعارض فإن جمعنا

لاختلاف في نجاسته دون الغائط، فالاقتصار على الأعضاء الأربعة أمر تعبدي (ولنا قوله ﷺ: الوضوء من كل دم سائل) أخرجه الدارقطني، ووجه الاستدلال أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله ﷺ «في خمس من الإبل شاة» ولا خلاف في فرضيته، وقوله عليه الصلاة والسلام «إنما الماء من الماء» ولا خلاف في وجوب الغسل بسبب خروج المنيّ، فكان معناه توضأوا من كل دم سال من البدن، وإنما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كأنه أمر فامتثل أمره فأخبر عن ذلك وهو آية كونه واجباً، فإن الآمر إذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر

حيث أنكر الخصم النص في الفرع قوله: (فاقتصر على الأعضاء الأربعة الظاهرة تيسيراً علينا) أقول: فيكون الاقتصار على الأربعة معقول المعنى وقد نفاه المصنف قوله: (فقلنا إذا كثر ينقض لأنه يخرج غالباً بحيث لا يقدر الإنسان على ضبطه إلا بكلفة فاعتبر خارجاً، وإذا قل

---

(١) موقوف حسن. أثر علي رواه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ١/ ٤٢ وأعله ابن الهمام بالحارث الأعور لكن رأيته في سنن الدارقطني ١/ ١٥٦ تابعه عاصم بن ضمرة وهو أيضاً غير قوي لكن يقويه.
قوله الرزء: هو الصوت الخفي.
قوله: ولا اعتد بما مضى. صوابه: وإلا اعتدّ كما في نصب الراية.

(٢) كذا وقع: ومثله عن سليمان بن عمر.
والصواب كما في نصب الراية ١/ ٤٢ عن سلمان وكلنا عن ابن عمر. رواهما عبد الرزاق في مصنفه وساق الزيلعي كلا الخبرين. عنهما.

(٣) واه بمرة. مراد المصنف ما أخرجه الدارقطني ١/ ١٥٥ عن علي مرفوعاً: القلس حدث قال الدارقطني: في إسناده سوار بن مصعب متروك ولم يروه غيره القَلْس: مصدر قَلَسَ: إذا قاء ملء الفم.

(٤) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٥) ضعيف. مراد المصنف حديث أبي هريرة ولفظه: ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون دماً سائلاً رواه الدارقطني من طريق محمد بن الفضل بن عطية وضعفه وكرره من طريق سفيان بن زياد عن حجاج بن نصير وقال: هما ضعيفان اهـ.
وقد ضعفه ابن الهمام أيضاً.

(٦) قوله: من دسعة: الدَّسعة القيئة.

(٧) ضعيف. رواه البيهقي في الخلافيات كما في نصب الراية ١/ ٤٤ وضعفه بابن عفان والجارود.

(٨) الأحاديث الثلاثة تقدمت مرتبة قبل قليل.

الأوّل، غير أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير، وبملء الفم في القيء لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة، بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة

وهو أولى عند الإمكان كان محمل ما رواه الشافعي(١) على القليل في القيء وما لم يسل وما رواه زفر على الكثير توفيقاً بين الأدلة، وإن أسقطناها صرنا إلى القياس وهو ما ذكره بقوله إن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة شرعاً، وهذا القدر في الأصل معقول: أي عقل في الأصل وهو الخارج من السبيلين أن زوال الطهارة عنده وهو الحكم إنما هو بسبب أنه نجس خارج من البدن إذ لم يظهر لكونه من خصوص السبيلين تأثير، وقد وجد في الخارج من غيرهما فيتعدى الحكم إليه، فالأصل الخارج من السبيلين، وحكمه زوال طهارة يوجبها الوضوء، وعلته خروج النجاسة من البدن وخصوص المحل ملغى والفرع الخارج النجس من غيرهما وفيه المناط فيتعدى إليه زوال الطهارة التي يوجبها الوضوء فثبت أن موجب هذا القياس ثبوت زوال طهارة الوضوء، وإذا صار زائل طهارته فعند إرادة الصلاة يتوجه عليه خطاب الوضوء وهو تطهير الأعضاء الأربعة فلا حاجة إلى إثبات تعدية الاقتصار ضمناً أصلاً كما ذكره في الكتاب والاشتغال بتقريره كما في الشروح، وإذا صار خروج النجاسة من غير السبيلين كخروجها من السبيلين يرد أن يقال فلم اشترطتم للنقض في غيرهما السيلان مع أنه ليس بشرط فيهما؟ فأجاب بقوله غير أن الخروج إلى آخره: أي النقض بالخروج وحقيقته من الباطن إلى الظاهر وذلك بالظهور في السبيلين يتحقق لا

تأكيداً للطلب لأن في تركه تكذيباً له وهو ممن لا يكذب على ما عرف في موضعه. فإن قيل سلمناه لكن يجوز أن يكون المراد به الوضوء اللغوي. قلنا: ذاك مجاز شرعي، ولا تترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل **(وقوله عليه الصلاة والسلام «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم»)** رواه ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ، ذكره الرازي في شرح الطحاوي. يقال رعف: إذا سال رعافه. قال المطرزي: وفتح العين هو الفصيح، ووجه التمسك به من أوجه: أحدهما الأمر بالانصراف وهو إبطال العمل المنهي عنه المفضي إلى التناقض المستحيل على الشرع. فإن قيل جاز أن يكون الأمر بالانصراف لإزالة نجاسة أصابت ثوبه أو بدنه من الرعاف. أجيب بأن الأمر بالبناء يأباه، فإن البناء إذ ذاك غير جائز بالاتفاق. والثاني الأمر بالوضوء والأمر للوجوب وإرادة الوضوء اللغوي مدفوعة بما تقدم في الحديث الأول. لا يقال: وقع في الشرع ذلك إذا غسل فمه بعد القيء فقيل له لا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال عليه الصلاة والسلام «هكذا الوضوء من القيء» لأن ذلك بقرينة قائمة فإنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول السائل ألا تتوضأ وضوءك للصلاة. والثالث أنه أمر بالبناء وأدناه الإباحة، ولا إباحة للبناء بعد العمل الكثير إلا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق. لا يقال: البناء المعطوف على الانصراف غير واجب بالاتفاق فكذا ما عطف عليه لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم، ألا يرى إلى قوله تعالى ﴿كلوا من رزق ربكم واشكروا له﴾ فإن الأمر الأوّل للإباحة والثاني للوجوب، وإذا جاز ذلك

لا ينقض فيصير تبعاً للريق) أقول: قيل فيه بحث لأنه إنما يتم إذا لم يخرج القليل من الفم، إذ لو خرج يتحقق انتقاله إلى الظاهر من كل وجه، وإن لم يكن للفم جهة ظهور أصلاً فضلاً عن كونها مرجوحة فلا يثبت به المذهب، وهو إطلاق نفي الانتقاض بالقليل، اللهم إلا أن يقال: المراد نفي إطلاق الانتقاض رداً على زفر اهـ. ولك أن تقول: إنما خرج بعد ما أخذ حكم البزاق بجعل الفم باطناً فلا يلزم الانتقاض قوله: **(فالجواب أن هذا المنع لا يضرنا لأن الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعاً وهو ظاهر)** أقول: بل يخرج كما لا يخفى

---

(١) والذي رواه الشافعي هو متن: أنه ﷺ قاء فلم يتوضأ. كذا نسبه صاحب الهداية للشافعي.
وفيه نظر حيث تقدم في ٣٩/١ قول الزيلعي: غريب جداً.
وقال ابن حجر: لم أجده. وقال ابن الهمام: لا يعرف.
قلت: فما أظن الشافعي تمسك بهذا الخبر وإلا لكان رواه في كتبه كعادته.
وأما قوله: وما رواه زفر... فليس المراد أنه أسنده، وإنما المراد أنه تمسك به وحديثه عند الدارقطني بلفظ: الوضوء من كل دم سائل. وتقدم أنه ضعيف. راجع ٣٩/٢.

فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج، وملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً. وقال زفر رحمه الله: قليل القيء وكثيره سواء، وكذا لا يشترط السيلان عنده اعتباراً بالمخرج

بالظهور في غيرهما وبيانه في الكتاب ظاهر، واشتراط ملء الفم بأن لا يمكنه ضبطه إلا بتكلف لأنه حينئذ يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً ملاحظة لبطون الفم فإن له بطوناً معتبراً شرعاً، حتى لو ابتلع الصائم ريقه لا يفسده صومه، كما لو انتقلت النجاسة من محل إلى آخر في الجوف وظهوراً حتى لا يفسد الصوم بإدخال الماء فيه فراعينا الشبهين، فلا ينقض القليل ملاحظة للبطون وينقض الكثير للآخر لأنه يخرج ظاهراً إذا لم يضبطه إلا بتكلف، وقيل أن يزيد على

فعكسه أولى لأنه اتباع الضعيف للقوي قوله: **(ولأن خروج النجاسة)** إثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس، والمصنف رحمه الله ظهر عن حذق عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج إلى ذكر الأصل والفرع وشروط القياس، فلا علينا أن نذكر ذلك إجمالاً فنقول: القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الأول هو الأصل والثاني هو الفرع. وشروطه أن لا يكون الأصل مخصوصاً بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة، وأن لا يكون معدولاً به عن القياس كبقاء الصوم مع الأكل ناسياً، وأن يتعدّى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه. وأمامعرفة تفاصيل ذلك وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه أصول الفقه إذا عرف هذا فنقول: فأما الأصل فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين. أعني الغائط، وهو يشتمل على معنى معقول، وهو أن لخروج النجاسة أثر في زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بضد الطهارة وهو التلوّث بالنجاسة، وعن سائر البدن باعتبار أن الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزي، وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة، وأما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين وذلك لأن علماءنا اعتبروا فاستنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثاً لكونه نجساً خارجاً من بدن الإنسان من قوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ الآية، وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور أثره في جنس الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس، ووجدوا مثل ذلك في الخارج من غير السبيلين فعدّوا الحكم الأول إليه، وتعدى الحكم الثاني وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة أيضاً ضرورة تعدي الأول، لأنه لو لم يتعدّ إليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس. فإن قيل التغير واقع لأن مجرد الخروج مؤثر في الأصل واعتبرتم في الفرع السيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير فأجاب المصنف بقوله غير أن الخروج يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم الخ. فإن قيل قد ذكرتم أن من شروط القياس أن لا يكون الأصل مخصوصاً بحكمه بنص آخر، ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روي أنه ﷺ قاء فلم يتوضأ، فإنه يدل على أن قوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ مخصوص بحكمه وهو نقض الطهارة. فالجواب أن ذلك محمول على القليل كما ذكره في الكتاب. ويجاب عما لو قيل ومن شرطه أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه وقد رويتم فيه حديثين بأن ذلك الشرط ليس بمتفق عليه، فجاز أن يكون اختيار المصنف خلافه. ولسائل أن يقول: قد ذكرتم أن الأصل يشتمل على معنى معقول ومعنى غير معقول، وعديتم غير المعقول تبعاً للمعقول لئلا يلزم التغير المفسد لتعدية المعقول، فهلا تركتم تعدية غير المعقول وجعلتم المعقول تبعاً له في ذلك؟ والجواب من وجهين: أحدهما أن الأوّل معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتباره في الشرع حدثاً، والثاني مشروع فقط فجعله تابعاً للأوّل أولى من عكسه لا محالة. والثاني أن الشرع لما اعتبر الأول حدثاً استلزم الطهارة عند تكرره، وفي غسل جميع البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر على الأعضاء الأربعة الظاهرة تيسيراً علينا، فكان الثاني من ضرورات الأوّل فكان تابعاً له، وعرّف ملء الفم بما ذكر في الكتاب وهو رواية الحسن ابن زياد. وقيل إن منع من الكلام فهو ملؤه وإلا فلا. وفرق بين الملء وغيره لأن الفم تجاذب فيه دليلان: أحدهما يقتضي كونه ظاهراً، والآخر يقتضي كونه باطناً حقيقة وحكماً. أما الحقيقة فلأنه إذا فتح فاه يظهر، وإذا ضمه يبطن. وأما الحكم فلأن الصائم إذا أخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه كما إذا سال الماء على ظاهر جلده فكان ظاهراً. وإذا ابتلع ريقه لا يفسد

قوله: **(ثم ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً)** أقول: عند محمد بعض ما ليس بحدث نجس كالقيء القليل والدم والقيح ونحوهما إذا لم يتجاوز موضع وجوب التطهير فافهم. وقوله ما لا يكون حدثاً أي لقلته، ولفظ النجس بكسر الجيم هو ما لا يكون طاهراً قوله: **(وفائدته تظهر، إلى قوله لا ينجس الماء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد)** أقول: فإنه ينجس الماء وإن قل، وإن تلطخ به الثوب ينجس أيضاً إن

المعتاد، ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «القلس حدث». ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً» وقول عليّ رضي الله عنه حين عد الأحداث جملة: أو دسعة تملأ الفم. وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل، وما رواه زفر رحمه الله على الكثير، والفرق بين المسلكين قد بيناه. ولو قاء متفرقاً بحيث لو جمع يملأ الفم، فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد

نصف الفم، وقيل أن يعجز عن إمساكه، وقيل أن يمنعه الكلام، وقيل أن يجاوز الفم، والأصح ما في الكتاب قوله: (بين المسلكين) يعني السبيلين وغيرهما قوله: (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد إنه نجس، وكان الإسكاف والهندواني يفتيان بقوله وجماعة اعتبروا قول أبي يوسف رفقاً بأصحاب القروح حتى لو أصاب ثوب أحدهم أكثر من قدر الدرهم لا تمتنع الصلاة فيه، مع أن الوجه يساعد لأنه ثبت أن الخارج بوصف النجاسة حدث،

صومه أيضاً كما إذا انتقل من زاوية من بطنه إلى أخرى فكان باطناً، فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا إذا كثر ينقض لأنه يخرج غالباً بحيث لا يقدر الإنسان على ضبطه إلا بكلفة فاعتبر خارجاً، وإذا قل لا ينقض فيصير تبعاً للريق، وإليه أشار بقوله: لأنه يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً. فإن قيل: عرّف المصنف ملء الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها. فالجواب أن قوله لأنه يخرج ظاهراً ليس دليلاً لقوله وملء الفم أن يكون بحال الخ، بل هو دليل لقوله ويملء الفم في القيء. قال (وقال زفر: قليل القيء وكثيره سواء) قال زفر رحمه الله: لما كان الخارج من غير السبيلين حدثاً بما دل عليه من الدليل وجب أن يستوي فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين، وهو قياس ظاهر، ولقوله ﷺ «القلس حدث» رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض آبائه عن رسول الله ﷺ، ذكره أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي. ووجه الاستدلال ما ذكر عن الخليل أنه قال: القلس ما خرج من الفم ملء الفم أو دونه، وإنما قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لأن الخصم مقرّ بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان أقطع في الإلزام. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً» أي ليس في القطرة والقطرتين بالقوّة من الدم وضوء، لكن إذا سال الدم ففيه الوضوء. وحاصل معناه: لا وضوء في الدم القليل، لكن في الكثير وضوء وهو السائل، والاستثناء منقطع لأن الحقيقة ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان، والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلاً. فإن قيل لا نسلم أن الحقيقة ليست بمرادة لجواز أن يكون المراد منه قطر الدم من رأس الجرح من غير أن يسيل إلى موضع يلحقه حكم التطهير. فالجواب أن هذا المنع لا يضرنا لأن الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعاً وهو ظاهره قوله: (وقول عليّ رضي الله عنه حين عدّ الأحداث جملة: أو دسعة) أي دفعة من القيء استدلال بالأثر، والظاهر أنه قال سماعاً من النبي ﷺ فصار قوله كقوله عليه الصلاة والسلام. وقوله (وإذا تعارضت الأخبار) يعني أن الأصل في الدليلين المتعارضين أن يعمل بهما إن أمكن، وإلا فيرجح أحدهما إن أمكن، وإن لم يمكن يتهاتران فيصار إلى القياس، فإن تعارض القياسان يعمل المجتهد بأيهما شاء، وفي مسألتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي من قوله قاء عليه الصلاة والسلام فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله عليه الصلاة والسلام «القلس حدث» والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه الشافعي على القليل، وما رواه زفر عن الكثير، وذلك لأن القيء ملء الفم من كثرة الأكل، ورسول الله ﷺ كان عن ذلك بمعزل قوله: (والفرق بين المسلكين) أي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتبار غير المعتاد بالمعتاد، وقد بينا عند قوله غير أن الخروج الخ فلا نعيده (ولو قاء متفرقاً بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف يعتبر اتحاد المجلس) لأن له أثر في جمع المتفرقات ولهذا تتحد الأقوال المتفرقة في النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد

جاوز قدر الدرهم قوله: (وهو مصادرة على المطلوب مرتين) أقول: أولاهما قوله لأنه ليس بنجس فإنه عين المدعي، وثانيتهما قوله حيث لم تنتقض به الطهارة قوله: (والثاني أنه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لأن عدم النقض يجوز أن يكون لكونه غير خارج الخ) أقول: فإن قيل المستدل فرض خروجه في تقرير الدليل فكيف يتوجه هذا السؤال. قلنا: حاصل الدليل أن ما ليس بحدث إن كان خارجاً كالقيء القليل فليس بنجس لانتفاء اللازم، وإن كان غير خارج فهو لا يعطى له حكم النجاسة وإلا لم تجز صلاة الإنسان أصلاً فتدبر قوله: (وعن الثاني بأن غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله، فإن من صلى وهو حامل سخلة أو بيضة حال محها

المجلس، وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان، ثم ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله، وهو الصحيح لأنه ليس بنجس حكماً حيث لم تنتقض به الطهارة (وهذا إذا قاء مرة أو

وأن هذا الوصف قبل الخروج لا يثبت شرعاً وإلا لم يحصل لإنسان طهارة، فلزم أن ما ليس حدثاً لم يعتبر خارجاً شرعاً، وما لم يعتبر خارجاً لم يعتبر نجساً، فلو أخذ من الدم البادي في محله بقطنة وألقي في الماء لم يتنجس

المجلس، وكذا التلاوات المتعددة لآية السجدة تتحد باتحاد المجلس (وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان) لأن الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده؛ ألا ترى أنه إذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وإن تخلل البرء اختلف، وتفسير الاتحاد في الغثيان أن يقيء ثانياً قبل سكون النفس عن الغثيان الأول، فإن سكنت ثم قاء فهو حدث جديد (ثم ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً يروى ذلك عن أبي يوسف) وهو مروي عن ابن عمر ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح، وهو اختيار بعض مشايخنا واختاره المصنف، واحترز بقوله وهو الصحيح عن قول محمد فإنه نجس عنده، واختاره بعض المشايخ احتياطاً. وفائدته تظهر فيما إذا أخذه بقطنة فألقاه في الماء لا ينجس الماء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقول أبي يوسف أرفق خصوصاً في حق أصحاب القروح، ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله أنه ليس بنجس حكماً حيث لم تنتقض به الطهارة، ومعناه أن الخارج النجس من بدن الإنسان الحي يستلزم كونه حدثاً، فإذا لم يكن حدثاً فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين: أحدهما أن الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما لا يكون حدثاً، ومعنى قوله لم تنتقض به الطهارة ليس بحدث، فكان معنى كلامه لأن ما لا يكون حدثاً ليس بنجس حكماً لأنه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب مرتين. والثاني أنه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لأن عدم النقض يجوز أن يكون لكونه غير خارج لا لكونه غير نجس، فإن علة الناقض ذات وصفين: وصف الخروج، ووصف النجاسة فيجوز أن يكون انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر. والجواب عن الأول أن تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً، لأن ما لا يكون حدثاً ليس بنجس حكماً. وقوله حكماً إشارة إلى أن النجس هو ما يحكم الشرع بنجاسته، والشرع لم يحكم بنجاسته لأن حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثاً وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجساً. وعن الثاني بأن غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله، فإن من صلى وهو حامل سخلة أو بيضة حال محها دماً جازت صلاته، فكان انتفاء الخروج مستلزماً لانتفاء النجاسة، ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فإنه ليس بحدث وهو نجس. وأجيب بأنا لا نسلم أنه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر أثره حتى يخرج الوقت قوله: (وهذا) أي الذي ذكرنا من انتقاض الطهارة بملء الفم (إذا قاء مرة أو طعاماً أو ماء، فإن قاء بلغماً) يعني صرفاً لا يشوبه طعام، فإما أن ينزل من الرأس أو يرتقي من الجوف، والأول غير ناقض بالاتفاق لأن الرأس ليس بموضع النجاسة، وكذا الثاني عندهما خلافاً لأبي يوسف. له أنه نجس بمجاورة ما في المعدة من النجاسة، وقد خرج إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضاً كالطعام والصفراء، ولهما أن البلغم لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض. فإن قيل ينتقض ببلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فإنه يحكم بنجاسته. أجيب بأنه لا رواية في هذه المسألة، ولئن سلم فالفرق بينهما أن البلغم ما دام في الباطن تزداد ثخانته فتزداد لزوجته، فإذا انفصل عن الباطن تقل ثخانته فتقل لزوجته، وإذا قلت لزوجته ازدادت رقته فجاز أن يقبل النجاسة، ولم يذكر ما إذا اختلط البلغم بالطعام، قالوا: يعتبر فيه الغلبة، فإن كان الطعام غالباً نقض كالدم وإلا فلا قوله: (ولو قاء دماً) فإما أن يكون متجمداً وهو العلق أو مائعاً، فإن كان الأول يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة وهي تخرج من المعدة والخارج منها حدث إذا كان ملء الفم، وإن كان الثاني فكذلك عند محمد اعتباراً بسائر أنواعه. قيل وهي خمسة: الطعام، والماء والمرّة، والسوداء، والصفراء. وعندهما إن سال بقوّة نفسه نقض، وإن قل لأن المعدة ليست محلاً للدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهراً فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك السيلان،

دماً جازت صلاته) أقول: لو كان المراد ما ذكره لم تترتب الفائدة التي قدمها للخلاف، فإن من كسر البيض ولطخ بذلك الدم ثوبه أو أخذه وألقاه في الماء يتنجس الماء فافهم. وقوله محها بالحاء المهملة (قال المصنف: ولو قاء دماً وهو علق) أقول: أراد بالدم المصورة بصورة الدم سواء كان دماً حقيقة أو لم يكن حيث جعل العلق: أي الغليظ المتجمد قسماً منه. قال عصام الدين: أما العلق النازل من الرأس فلا ينقض الوضوء، ذكره في المحيط اهـ.

طعاماً أو ماء، فإن قاء بلغماً فغير ناقض) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: ناقض إذا كان ملء الفم، والخلاف في المرتقي من الجوف. أما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن الرأس ليس بموضع النجاسة. لأبي يوسف رحمه الله أنه نجس بالمجاورة، ولهما أنه لزج لاتتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض **(ولو قاء دماً وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة)** وإن كان مائعاً فكذلك عند محمد رحمه الله اعتباراً بسائر أنواعه، وعندهما إن سال بقوة نفسه ينتقض الوضوء وإن كان قليلاً لأن المعدة

قوله: **(وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض)** وعلى هذا يظهر ما في المجتبى عن الحسن لو تناول طعاماً أو ماء ثم قاء من ساعته لا ينتقض لأنه طاهر حيث لم يستحل، وإنما اتصل به قليل القيء فلا يكون حدثاً فلا يكون نجساً، وكذا الصبي إذا ارتضع وقاء من ساعته، قيل هو المختار، وما في القنية لو قاء دوداً كثيراً أو حية ملأت فاه لا ينقض، ولو قاء بلغماً وطعاماً إن كانت الغلبة للطعام وكان بحالٍ لو انفرد يبلغ ملء الفم تنتقض طهارته، وإن كان بحال لو انفرد البلغم ملأه فعلى الخلاف، وإن كانا سواء لا ينقض، كذا في الخلاصة. وفي صلاة المحسن قال: العبرة للغالب، ولو استويا يعتبر كل على حدة، وعجز هذا أولى من عجز ما في الخلاصة. هذا وكان الطحاوي يميل إلى قول أبي يوسف بناء على أنه نجس لأنه أحد الأركان كالدم والصفراء، ويكره أن يأخذه بطرف كمه. والحق بالقيء ماء فم النائم إذا صعد من الجوف بأن كان أصفر أو منتناً عن أبي نصر، وعن أبي الليث هو كالبلغمي، وقيل نجس عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وهذا معنى قول أبي الليث: ولو نزل من الرأس فطاهر اتفاقاً.

[فرع] عن أبي حنيفة قاء طعاماً أو ماء فأصاب إنساناً شبراً في شبر لا يمنع، قال المحسن: ما لم يفحش ا هـ. وهذا يقتضي أن نجاسة القيء مخففة، ولا يعرى عن إشكال إذ لا خلاف ولا تعارض فيه، ويمكن حمله على ما إذا قاء من ساعته، بناء على أنه إذا فحش غلب على الظن كون المتصل به القدر المانع، وبما دونه ما دونه قوله: (ويبلغ

فكذلك ههنا ذكر في مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده أن قول أبي يوسف في هذه المسألة مضطرب، منهم من جعله مع محمد، ومنهم ما جعله مع أبي حنيفة، واختاره المصنف قوله: **(ولو نزل إلى مالان)** أي الذي لان من الأنف: يعني المارن. فإن قيل حكم هذه المسألة قد علم من قوله في أول الفصل والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكراراً. أجيب بأن ذكره ههنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوماً من ذلك إذا وصل الدم إلى قصبة الأنف، وإنما ذكره ههنا بياناً لاتفاق أصحابنا، لأن عند زفر لا ينقض بوصوله إلى قصبة الأنف، وإنما ينقض إذا وصل إلى ما لان وإليه أشار بقوله بالاتفاق. وقوله لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير: يعني بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عبد زفر قوله: **(والنوم مضطجعاً)** لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكماً قوله: **(والنوم مضطجعاً)** وهو أن يضع النائم جنبه على الأرض ينقض الوضوء لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يخلو عن خروج ريح عادة، والثابت عادة كالمتيقن به؛ ألا ترى أن من دخل المستراح ثم شك في وضوئه فإنه يحكم بنقض وضوئه لأن العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالتبرّز، بخلاف ما إذا شك بدون الدخول، كذلك النوم متكئاً على أحد وركيه، والاتكاء افتعال من وكأ معتل الفاء مهموز اللام مقدر لا مستعمل، فأبدل التاء في اتكاء من الواو إذ الأصل أو اتكأ، فإن التاء تبدل من الواو في افتعل وغيره **(ولأن الاتكاء يزيل مسكة اليقظة)** أي التماسك الذي يكون لليقظان، وكذلك الاستناد إلى شيء كجدار أو

قال المصنف: **(لأنه سوداء محترقة)** أقول: هذا الاستدلال إنما يحتاج إليه على قولهما، وإلا فمحمد رحمه الله يشترط ملء الفم وإن كان دماً حقيقة قال المصنف: **(فيكون من قرحة في الجوف)** أقول: يتناول انفجار العرق قوله: **(لأن عند زفر لا ينقض بوصوله إلى قصبة الأنف)** أقول: وعندهم ينقض قوله: **(وقوله لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير: يعني بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(أو متكئاً)** أقول: المراد به الميلان إلى جانب بحيث يتجافى مقعده.

ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف **(ولو نزل)** من الرأس **(إلى ما لان من الأنف نقض بالاتفاق)** لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج **(والنوم مضطجعاً أو متكئاً أو مستنداً إلى شيء لو أزيل عنه لسقط)** لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعري عن خروج شيء عادة، والثابت عادة كالمتيقن به، والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض، ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد، غير أن السند بمنعه من

الاسترخاء الخ) ظاهر المذهب عن أبي حنيفة عدم النقض بهذا الاستناد ما دامت المقعدة مستمسكة للأمن من الخروج، والانتقاض مختار الطحاوي اختاره المصنف والقدوري لأن مناط النقض الحدث لا عين النوم، فلما خفي بالنوم أدير الحكم على ما ينتهض مظنة له، ولذا لم ينقض نوم القائم والراكع والساجد، ونقض في المضطجع لأن المظنة منه ما يتحقق معه الاسترخاء على الكمال وهو في المضطجع لا فيها، وقد وجد في هذا النوع من الاستناد إذ لا يمسكُه إلا السند، وتمكن المقعدة مع غاية الاسترخاء لا يمنع الخروج، إذ قد يكون الدافع قوياً خصوصاً في زماننا لكثرة الأكل فلا يمنعه إلا مسكة اليقظة، ولو كان محتبياً ورأسه على ركبتيه لا ينقض قوله: **(في الصلاة وغيرها)** هذا إذا نام على هيئة السجود المسنون خارج الصلاة بأن جافى، أما إذا لصق بطنه بفخذيه فينقض، ذكره عليّ بن موسى القمي. وفي الأسرار قال علماؤنا: لا يكون النوم حدثاً في حال من أحوال الصلاة، وكذا قاعداً خارج الصلاة إلا أن يكون متورّكاً لأنها جلسة تكشف عن المخرج انتهى. ولا يخالفه ما في الخلاصة من عدم نقض المتورك لأنه فسره بأن يبسط قدميه من جانب ويلصق أليتيه بالأرض. وفي الأسرار علله بأن يكشف عن المقعدة فهذا اشتراك في استعمال لفظ التورك. وفي الذخيرة: من نام واضعاً أليتيه على عقبيه وصار شبه المنكب على وجهه واضعاً بطنه على فخذيه لا ينتقض وضوءه، وفي غيرها لو نام متربعاً ورأسه على فخذيه نقض، وهذا خلاف ما في الذخيرة: ثم أطلق في الكتاب قوله في الصلاة فشمل ما كان عن تعمد وما عن غلبة. وعن أبي يوسف: إذا تعمد النوم في الصلاة نقض، والمختار الأوّل. وفي فصل ما يفسد الصلاة من فتاوى قاضيخان: لو نام في ركوعه أو سجوده إن لم يتعمد لا تفسد، وإن تعمد فسدت في السجود دون الركوع ا هـ كأنه مبني على قيام المسكة حينئذ في الركوع دون السجود. ومقتضى النظر أن يفصل في ذلك السجود إن كان متجافياً لا يفسد للمسكة وإلا يفسد قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول ابن شجاع إنه إنما لا يكون حدثا في هذه الأحوال في الصلاة، وفي ظاهر الرواية لا فرق. ولو نام قاعداً فسقط، عن أبي حنيفة إن انتبه قبل أن يصل جنبه الأرض أو عند الإصابة بلا فصل لم ينتقض. وعن أبي يوسف ينتقض. وعن محمد إن انتبه قبل أن يزايل مقعده الأرض لم ينتقض، وإن زال قبله نقض. والفتوى على رواية أبي حنيفة. وقال الحلواني: ظاهر مذهب أبي حنيفة كما روي عن محمد قيل هو المعتمد، وسواء سقط

حائط بحيث إذا أزيل سقط، وهو ليس من أصل رواية المبسوط وإنما هو مما اختاره الطحاوي لأن الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد، غير أن السند يمنعه من السقوط، والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا ينقض وضوءه على كل حال لأن مقعده مستقرّ على الأرض فيأمن من خروج شيء منه قوله: **(بخلاف النوم حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة)** يعني إذا كان على هيئه سجود الصلاة من تجافي البطن عن الفخذين وعدم افتراش الذراعين، أما إذا كان بخلافه فينقض. وقوله وغيرها هو الصحيح احتراز عما ذكر ابن شجاع أنه لا يكون حدثاً في هذه الأحوال إذا كان في الصلاة، أما إذا كان خارج الصلاة فهو حدث والذي صححه هو ظاهر الرواية **(لأن بعض الاستمساك باق، إذ لو زال لسقط فلا يتم الاسترخاء)** وإذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الأحوال سبباً لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه، لأن السبب إنما يقام مقام المسبب إذا كان

قال المصنف: **(والقعود)** أقول: أي المستوي قوله: **(يعني إذا كان على هيئة سجود الصلاة الخ)** قال عصام الدين: نوم الساجد غير ناقض وإن لم يكن على الهيئة المسنونة خلافاً لعلي بن عيسى القمي. قال المصنف: **(إذ لو زال لسقط)** أقول: لكنه لم يسقط فلم يزل الاستمساك.

السقوط، بخلاف النوم حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح، لأن بعض الاستمساك باق، إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً أو راكعاً أو ساجداً، إنما الوضوء على من نام مضطجعاً، فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله»

أو لم يسقط، وإن نام جالساً يتمايل ربما يزول مقعده وربما لا. قال الحلواني: ظاهر المذهب أنه ليس بحدث ا هـ. ويشهد له ما في أبي داود «كان أصحاب رسول الله ﷺ ينتظرون العشاء حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضأون»[١] وأما ما في سنن البزار بإسناد صحيح: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتنظرون الصلاة فيضعون جنوبهم، فمنهم من ينام ثم يقوم إلى الصلاة»[٢] فيجب حمله على النعاس وقد قال الحلواني: لا ذكر للنعاس مضطجعاً، والظاهر أنه ليس بحدث لأنه نوم قليل. وقال الدقاق: إن كان لا يفهم عامة ماقيل حوله كان حدثاً، وإن كان يسهو حرفاً أو حرفين فلا. وأما ما في الصحيحين عن ابن عباس «نمت عند خالتي ميمونة، فقام النبي ﷺ من الليل إلى أن قال: فتأملت صلاة رسول الله ﷺ ثلاث عشرة ركعة ثم اضطجع فنام حتى نفخ، فأتاه بلال فأذنه بالصلاة، فقام فصلى ولم يتوضأ»[٣] فهو من خصوصياته ﷺ. في القنية: نومه ﷺ ليس بحدث، وهو من خصائصه قوله: **(والأصل فيه قوله ﷺ الخ)** أقرب الألفاظ إلى اللفظ المذكور ما روى البيهقي عنه ﷺ «لا يجب الوضوء على من نام جالساً أو قائماً أو ساجداً حتى يضع جنبه، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله»[٤] وقال: تفرد به يزيد بن عبد الرحمٰن الدالاني. وروى أبو داود والترمذي من حديث أبي خالد يزيد الدالاني هذا عن قتادة عن أبي العالية عن ابن عباس «أنه رأى النبي ﷺ نام وهو ساجد حتى غط أو نفخ ثم قام وصلى، فقلت: يا رسول الله إنك قد نمت، قال: إن الوضوء لا يجب إلا على من نام مضطجعاً، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله»[٥] وقال أبو داود: قوله إنما

غالب الوجود بذلك السبب، أما إذا لم يغلب فلا لأنه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتاً بيقين فلا يزال بالشك **(والأصل فيه)** أي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الأحوال **(قوله ﷺ «لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً أو راكعاً أو ساجداً، إنما الوضوء على من نام مضطجعاً فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله»)** رواه الترمذي مسنداً إلى ابن عباس عن رسول الله ﷺ. فإن قيل هذا الحديث غير صحيح لأن مداره على أبي العالية وهو ضعيف عند النقلة، روي عن ابن سيرين أنه قال: حدث عمن شئت إلا عن أبي العالية فإنه لا يبالي عمن أخذ: أي لا يبالي أن يروي عن كل أحد.

قوله: **(والأصل فيه: أي في كونه النوم غير ناقض للوضوء في هذه الأحوال)** أقول: وفيه بحث، والأولى أن يقال: أي في النوم مطلقاً ألا يرى إلى التعرض بنقض نوم المضطجع صريحاً ونوم المتكىء والمستند في ضمن التعليل قال المصنف: **(والأصل فيه قوله**

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٠٠ والدارقطني ١/ ١٣١ كلاهما عن أنس بهذا السياق وقال الدارقطني: حديث صحيح. وكذا صححه النووي كما في نصب الراية ١/ ٤٦ وهو في صحيح مسلم ٣٧٦ مع تغير يسير وكذا الترمذي ٧٨.

(٢) صحيح. ذكره الهيثمي في المجمع ١/ ٢٤٨.
وقال: رجاله رجال الصحيح ورواه أبو يعلى من وجه آخر ورجاله رجال الصحيح اهـ وكذا صححه الزيلعي ١/ ٤٧.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٣١٦ في كتاب الدعوات بأتم منه ومسلم ٧٦٣ ح ١٨١ كلاهما عن ابن عباس.

(٤) ضعيف جداً. أخرجه البيهقي ١٢١ بهذا اللفظ.
وقال: قال الترمذي: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: هذا لا شيء.

(٥) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٠٢ والترمذي ٧٧ وأحمد ١/ ٢٥٦ والدارقطني ١/ ١٥٩، ١٦٠ والبيهقي ١/ ١٢١ كلهم من حديث ابن عباس.
مداره على يزيد الدالاني. وقد أنكر أبو داود عجزه كما ذكر ابن الهمام وأما الترمذي فقال: وقد رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن ابن عباس موقوفاً عليه.
وكذا قال الدارقطني عقبه: لا يصح.
ومما قاله أبو داود ذكرت حديث الدالاني لأحمد فانتهرني وقال: ما ليزيد الدالاني يدخل على أصحاب قتادة. ولم يعبأ بالحديث اهـ. راجع نصب الراية ١/ ٤٤، ٤٥ فهذا الحديث الصواب وقفه كما ذكر الترمذي وإسناده صحيح كونه موقوفاً. وسعيد ثقة ثبت من أصحاب قتادة وقد وقفه.

(والغلبة على العقل بالإغماء والجنون) لأنه فوق النوم مضطجعاً في الاسترخاء والإغماء حدث في الأحوال كلها، وهو القياس في النوم إلا أنا عرفناه بالأثر، والإغماء فوقه فلا يقاس عليه **(والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع**

الوضوء على من نام مضطجعاً منكر لم يروه إلا يزيد الدالاني. وروى أوّله جماعة عن ابن عباس ولم يذكروا شيئاً، من هذا اهـ. وقال ابن حبان في الدالاني: كثير الخطأ لا يجوز الاحتجاج به إذا وافق الثقات، فكيف إذا انفرد عنهم؟ وقال غيره: صدوق لكنه يهم في الشيء. وقال ابن عدي: فيه لين الحديث، ومع لينه يكتب حديثه، وقد تابعه على روايته مهدي بن هلال، ثم أسند عن مهدي حدثنا يعقوب بن عطاء بن أبي رباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «ليس على من نام قائماً أو قاعداً وضوء حتى يضطجع جنبه إلى الأرض»[1] وأخرج أيضاً عن بحر بن كثير السقاء عن ميمون الخياط عن ابن عباس عن حذيفة بن اليمان قال «كنت جالساً في مسجد المدينة أخفق، فاحتضنني رجل من خلفي، فالتفت فإذا أنا بالنبي ﷺ، فقلت: يا رسول الله وجب عليّ وضوء؟ قال: لا حتى تضع جنبك على الأرض»[2] قال البيهقي: تفرد به بحر بن كثير السقاء وهو ضعيف. وأنت إذا تأملت فيما أوردناه لم ينزل عندك الحديث عن درجة الحسن، ولو لم يكن فالحديث الذي عيناه سابقاً من أن عين النوم ليس حدثاً فاعتبرت مظنته الخ يستقل بالمطلوب، هذا وسجدة التلاوة في هذا كالصلبية، وكذا سجدة الشكر عند محمد خلافاً لأبي حنيفة كذا قيل، وقياس ما قدمناه من عدم الفرق بين كونه في الصلاة أو خارجها يقتضي عدم الخلاف في عدم الانتقاض بالنوم فيها. نعم ينتقض على مقابل الصحيح وخلاف المشايخ المنقول في الانتقاض به في سجود السهو ينبغي أن يحكم على الخلاف بالخطأ لأن سجود السهو يقع في الصلاة فلا ينقض، ولو صلى المريض مضطجعاً فنام اختلف المشايخ فيه، وصحح النقض وقوله: **(والجنون)** بالرفع لأنه ليس عطفاً على الإغماء لأنه ليس غلبة على العقل بل زواله. وفي مبسوط شيخ الإسلام: لم ينقض لغلبة الاسترخاء لأن المجنون أقوى من

أجيب بأن أبا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وإبراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله، وكونه لا يبالي عمن أخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده، وقد أسند هذا الحديث إلى ابن عباس. ووجه التمسك بهذا الحديث من أوجه: الأول نفي الوضوء عمن نام قائماً أو راكعاً أو ساجداً. والثاني: إثباته على من نائم مضطجعاً مؤكداً بإنما. فإن قيل: إنما للحصر ولا حصر ههنا لأن الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعاً بل هو واجب على المستند والمتكيء كما مر. وأجيب بأنا لا نسلم أنه للحصر بل هو لتأكيد الإثبات ولئن سلمنا فصيغته أفادت الحصر في المضطجع والمتكيء والمستند يلحق به بطريق الدلالة. والثالث التعليل وهو قوله فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله فإنه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائماً أو راكعاً أو ساجداً لعدم الاسترخاء، وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه. قيل ومعنى قوله استرخت مفاصله: بلغ الاسترخاء غايته لأن أصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائماً، فحينئذ يتناقض أوّل الحديث وآخره. وربما يشير إلى هذا قوله من

ﷺ: **لا وضوء على من نام قائماً أو راكعاً الخ)** أقول: ونوم القاعد ثبت فيه الحكم بطريق الدلالة ومن التعليل أيضاً قال المصنف: **(إنما الوضوء على من نام مضطجعاً)** أقول: الحصر إضافي في مقابلة القائم ومن ذكر معه بدلالة التعليل.

قوله: **(فحينئذ يتناقض أول الحديث وآخره)** أقول: أي فحين إرادة أصل الاسترخاء قال المصنف: **(إلا أنا عرفناه)** أقول: أي عرفنا عدم كون النوم حدثاً في الأحوال كلها **(قال المصنف بالنص)** أقول: وهو حديث «لا وضوء على من نام قائماً» قوله: **(ومن المشايخ من علله**

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه ابن عدي ٦/ ٤٦٨ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
وفي إسناده مهدي بن هلال قال ابن عدي: قال يحيى عنه: كذاب عدو الله صاحب بدعة من المعروفين بالكذب.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ١/ ١٢٠ من طريق ابن عدي بهذا اللفظ وكذا ابن عدي ٢/ ٥٥ كلاهما عن حذيفة وقال البيهقي: بحر السقاء ضعيف لا يحتج بروايته اهـ.
ونقل ابن عدي عن يحيى قوله: ليس بشيء وقال النسائي: متروك.

وسجود) والقياس أنها لا تنقض. وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه ليس بخارج نجس، ولهذا لم يكن حدثاً في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعاً» وبمثله يترك القياس.

الصحيح، بل لعدم تمييزه الحدث من غيره. وفي الخلاصة: السكر حدث إذا لم يعرف به الرجل من المرأة. وفي المجتبى: إذا دخل في مشيته تمايل وهو الأصح قوله: (وهو القياس في النوم) قد يمنع بأن القياس لا يقتضي أن غير الخارج ناقض، وثبوت الناقض بالنوم ليس إلا إقامة للسبب مقام السبب لخفائه، ومقتضى القياس فيه ليس إلا إقامة المفضي الذي يتحقق معه الخروج غالباً، وذلك ما يتم به الاسترخاء وهو لا يتم بكل نوم، فليس القياس في كل نوم النقض قوله: (ألا من ضحك الخ) حديث القهقهة[1] روي مرسلاً ومسنداً، واعترف أهل الحديث بصحته مرسلاً، ومدار المرسل على أبي العالية وإن رواه غيره كالحسن البصري وإبراهيم النخعي وغيرهما، قاله عبد الرحمٰن بن مهدي وأخرج عن حماد بن زيد عن حفص بن سليمان قال: أنا حدثت به الحسن عن أبي العالية وعن شريك عن أبي هاشم قال: أنا حدثت به إبراهيم عن أبي العالية أنه قرأ في كتاب ابن أخي الزهري عن الزهري عن سليمان بن أرقم عن الحسن اهـ يعني والحسن يرويه عن أبي العالية، وقد رواه أبو حنيفة عن منصور بن زاذان الواسطي عن الحسن عن معبد بن أبي معبد الخزاعي عنه ﷺ قال «بينما هو في الصلاة إذ أقبل أعمى يريد الصلاة، فوقع في زبية فاستضحك القوم فقهقهوا، فلما انصرف ﷺ قال: من كان منكم قهقه فليعد الوضوء والصلاة» قيل ومعبد هذا لا صحبة له فهو مرسل أيضاً، وفيه نظر فإنه معبداً الذي لا صحبة له هو معبد البصري الجهني كان الحسن يقول فيه: إياكم ومعبداً فإنه ضالّ مضلّ، ومعبد هذا هو الخزاعي كما هو مصرح به في مسند أبي حنيفة ولا شك في صحبته[2] ذكره ابن منده وأبو نعيم في الصحابة، ورويا له أيضاً حديث جابر أنه قال «لما هاجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رضي الله عنه مرّا بخباء أم معبد، فبعث النبي ﷺ معبداً وكان صغيراً فقال له: ادع هذه الشاة» الحديث، ولو سلم فإذا صح المرسل وهو حجة عندنا لم يكن بد من القول بنقض الوضوء به، وأبو العالية اسمه رفيع من ثقات التابعين. وأما

قيل لأن بعض الاستمساك باق، وقوله فلا يتم الاسترخاء. قال (والغلبة على العقل بالإغماء والجنون) والجنون مرفوع عطفاً على قوله والغلبة، والجرّ خطأ لأن العقل في الإغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب، ولهذا جاز الإغماء على الأنبياء دون الجنون، والإغماء ضرب مرض يضعف القوي ولا يزيل الحجا، وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ بارد. وقوله (لأنه

بغلبة الاسترخاء) أقول: كما فعله الشارح حيث أرجع ضمير لأنه إلى كل من الإغماء والجنون قال المصنف: (والقهقهة) أقول عمداً كان أو سهواً نائماً كان أو يقظان

---

(١) مرسل. حديث القهقهة روي مرسلاً ومسنداً.
أما المرسل فرواه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية. ١/ ٥٠ ومن طريقه الدارقطني ١/ ١٦٣ عن أبي العالية الرياحي: أن أعمى تردى في بئر والنبي ﷺ يصلي بأصحابه فضحك بعض من كان يصلي مع النبي ﷺ فأمر النبي ﷺ من كان ضحك منهم أن يعيد الوضوء ويعيد الصلاة.
قال الزيلعي: عبد الرزاق عن معمر عن قتادة هؤلاء من رجال الصحيحين. وقتادة رواه عن أبي العالية هكذا مرسلاً اهـ.
وأخرج الدارقطني في سننه ١/ ١٦٣ روايات عدة عن أبي العالية، مرسلاً.

(٢) لكن قال قال الدارقطني ١/ ١٦٧: وهم أبو حنيفة على منصور بذكر معبد الجهني وإنما رواه منصور عن ابن زاذان عن ابن سيرين عن معبد ومعبد هذا لا صحبة له اهـ.
وكذا قال ابن عدي: لم يقل فيه عن معبد إلا أبو حنيفة ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٥١.
فقول ابن الهمام: معبد هذا هو الخزاعي. غير صواب بل قال ابن حجر في الدراية ١/ ٣٧: وخبر أبي حنيفة رواه محمد في كتابه الآثار عن أبي حنيفة عن منصور عن الحسن فقط ليس فيه معبد اهـ فما ذكره ابن الهمام من تأكيد صحبة الخزاعي بحديث جابر الذي رواه ابن مندة وأبو نعيم لا طائل تحته هنا.

والأثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها، والقهقهة ما يكون مسموعاً له ولجيرانه، والضحك ما يكون مسموعاً له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة دون الوضوء (والدابة تخرج من الدبر ناقضة، فإن خرجت من

روايته مسنداً فعن عدة من الصحابة أبي موسى الأشعري[١] وأبي هريرة[٢] وابن عمر[٣] وأنس[٤] وجابر[٥] وعمران ابن الحصين[٦] وأغربها طريق عن أنس رواها أبو القاسم حمزة بن يوسف في تاريخ جرجان قال: حدثنا الإمام أبو بكر أحمد بن إبراهيم الإسماعيلي، حدثني أبو عمرو محمد بن عمرو بن شهاب بن طارق الأصبهاني، حدثنا أيوب، حدثنا جعفر، حدثنا أحمد بن فورك، حدثنا عبيد الله بن أحمد الأشعري، حدثنا عمار بن يزيد البصري، حدثنا موسى بن هلال حدثنا أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ «من قهقه في الصلاة قهقهة شديدة فعليه الوضوء والصلاة»[٧] وأسلمها حديث ابن عمر رواه ابن عدي في الكامل من حديث عطية بن بقية: حدثنا أبيّ حدثنا عمرو ابن قيس السكوني عن عطاء عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ «من ضحك في الصلاة قهقهة فليعد الوضوء والصلاة»[٨] وما طعن به من أن بقية مدلس فكأنه سمعه من بعض الضعفاء فحذف اسمه دفع بأن بقية صرح فيه بالتحديث، والمدلس إذا صرح بالتحديث وكان صدوقاً زالت تهمة التدليس وبقية من هذا القبيل قوله: (والأثر ورد في صلاة مطلقة) أما الوارد على واقعة الحال فظاهر، وأما نحو حديث بقية هذا فلانصراف الصلاة مطلقاً إلى ذات الركوع والسجود، وهو بخلاف القياس فيقتصر [النقض عليها] والمراد ما أصلها الركوع والسجود، فإنه لو قهقه فيما

أي لأن كل واحد من الإغماء والجنون (فوق النوم مضطجعاً في الاسترخاء) لأن النائم يتنبه بالتنبه دونهما (والإغماء حدث في الأحوال كلها) يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء، وهو القياس في النوم لزوال المقعدة عن الأرض ووجود أصل الاسترخاء، لكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله عليه الصلاة والسلام «لا وضوء على من نام قائماً» الحديث، والإغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة، إذ لا يلزم من أن لا يكون أدنى الغفلة ناقضاً أن لا يكون أعلاها ناقضاً. والسكر إذا حصل به تمايل في المشية كالإغماء قيل لم يعلل المصنف للجنون، ومن المشايخ من علله بغلبة الاسترخاء، وردّ بأن المجنون قد يكون أقوى من الصحيح، والأولى أن يقال إنه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتمييز الحدث عن غيره، قوله(والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود) احتراز عن صلاة الجنازة وكلامه واضح (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ألا من ضحك منكم قهقهة») الحديث، رواه أبو حنيفة عن منصور بن زاذان عن الحسن عن معبد الجهني «أن النبي ﷺ كان يصلي وأصحابه خلفه فجاء أعرابيّ وفي بصره سوء: أي ضعف، فوقع في ركية فضحك بعض أصحابه، فلما فرغ من صلاته قال: ألا من ضحك منكم» الحديث، ورواه أسامة بن زيد عن أبيه ورواه أبو العالية مرسلاً ومسنداً إلى أبي موسى الأشعرى

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/٢٤٦ وقال الهيثمي: في إسناده محمد بن عبد الملك الدقيقي لم أر من ترجمه وبقية رجاله موثقون. قال محقق مجمع الزوائد: الدقيقي ترجمه المزي في التهذيب وهو ثقة وعلة الحديث الانقطاع فإن راويه لم يسمع من أبي موسى اهـ.
وأخرجه الدارقطني من وجه آخر عن أبي موسى أنه كان يصلي في أصحابه... فذكر الخبر فقال أبو موسى: من كان منكم ضحك فليعد الصلاة. فهذا موقوف على أبي موسى ورجاله ثقات راوية عن أبي موسى حميد بن هلال قال عنه الذهبي في ميزانه: حجة.
والراوي عنه سليمان بن مغيرة. قال ابن حجر في التقريب: ثقة اهـ وعنه جماعة فالخبر موقوف رفعه بعض الهلكى.
(٢) واه بمرة. حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ١/١٦٤ وقال: وفيه عبد الكريم أبو أمية: متروك.
(٣) ضعيف. حديث ابن عمر أخرجه ابن عدي في الضعفاء كما في نصب الراية ١/٤٨ وإسناده واهٍ.
(٤) حديث أنس سيأتي وهو واه بمرة.
(٥) منكر. حديث جابر أخرجه الدارقطني ١/١٧٢ وقال: هذا حديث منكر. والمشهور عن جابر خلافه: ليس في الضحك وضوء.
(٦) واه. حديث عمران أخرجه الدارقطني ١/١٦٥ وقال: حدث بهذا الحديث سفيان الفزاري وكان ضعيفاً وفيه متروك.
(٧) واه بمرة. رواه أبو القاسم في تاريخ جرجان كما في نصب الراية ١/٤٨، ٤٩ وسكت عليه الزيلعي وابن الهمام وليس بجيد فإنه الراوي عن أنس هو موسى بن هلال الطويل بن عبد الله قال الذهبي في المغني ٦٥٠٤: قال ابن حبان: له عن أنس أشياء موضوعة.
(٨) ومع ذلك فالخبر لا يصح ولا يعرف هذا الخبر عن بقية وإنما هو حديث أبي العالية الرياحي مرسل.

رأس الجرح أو سقط اللحم لا تنقض) والمراد بالدابة الدودة وهذا لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما، فأشبه الجشاء والفساء، بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر **(فإن قشرت نفطة فسال منها ماء**

يصليه بالإيماء لعذر أو راكباً يومىء بالنفل أو الفرض لعذر انتقض، وكذا أيضاً لا تنقض قهقهة النائم في الصلاة ولا تبطل الصلاة. وقيل تنقض وتبطل. وعن شداد: تنقض ولا تبطل الصلاة وقيل عكسه. والأول أصح لأنها إنما جعلت حدثاً بشرط كونها جناية، ولا جناية من النائم، بخلاف السهو لأنه جناية فيؤاخذ به، ولا يغلب وجود القهقهة ساهياً لأن حالة الصلاة مذكرة فلا يعذر، وأما قهقهة الصبي فقيل تبطلهما، وقيل لا تنقض. وفي قهقهة الباني في الطريق بعد الوضوء روايتان ولو نسي. وتنقض بعد القعود قدر التشهد خلافاً لزفر. ولو قهقهه الإمام في هذه الحالة ثم قهقه القوم بطل وضوءه دونهم لخروجهم بقهقهته، بخلاف سلامه فلو قهقهوا بعد سلامه، بطل

(وبمثله) أي بمثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون، وكان راويه معروفاً بالفقه والتقدم في الاجتهاد كأبي موسى رضي الله عنه **(يترك القياس)** قيل التعلق به لا يصح لأنه لم يكن في مسجد رسول الله ﷺ ركية فكان موضوعاً. وأجيب بأنه ليس في خبر الجهني أنه كان يصلي في المسجد، فيجوز أن يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية، وراوي المسجد كأبي موسى وأسامة ثقة وهو مثبت فهو أولى. وقيل لا يصح من وجه آخر وهو أنه لا يتوهم على أصحاب رسول الله ﷺ الضحك في الصلاة قهقهة، والذين كانوا خلفه أصحابه، وأجيب بأنه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين والأعراب الجهال، وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله عنهم وإلا فليس الضحك كبيرة، وهم ليسوا من الصغائر

= الخلاصة: قال الدارقطني في سننه ١/١٦٩ روى الثوري وزائدة والقطان وحفص بن غياث وروح بن عبادة فاتفقوا عن هشام عن حفصة عن أبي العالية مرسلاً. ومن هؤلاء خمسة أثبات ثقات حفاظ قولهم أولى ثم ذكر الدارقطني في ١/١٧١ عن ابن سيرين قال: لا تأخذوا بمراسيل الحسن ولا أبي العالية.

فإنهما لا يباليان عمن أخذا. ثم أسند الدارقطني عن جابر روايات عدة بأسانيد صحيحة يقول فيها: سئل جابر عن الرجل يضحك في الصلاة فقال يعيد الصلاة ولا يعيد الوضوء.

وأسند الدارقطني في ١/١٦٦ عن علي بن المديني قال: قال لي عبد الرحمٰن بن مهدي هذا الحديث يدور على أبي العالية.

فقلت: رواه الحسن مرسلاً. فقال: حدثني حماد بن زيد عن المنقري.

قال: أنا حدثت به الحسن عن أبي العالية. فقلت: رواه النخعي مرسلاً. فقال: حدثني شريك عن أبي هاشم قال: أنا حدثت به النخعي عن أبي العالية اهـ.

وفي نصب الراية ١/٢٥ أسند ابن عدي عن ابن معين قال: مراسيل النخعي صحيحه إلا حديث القهقهة وحديث تاجر البحرين وفي نصب الراية ١/٥٣. قال ابن عدي في الكامل: مدار هذه الأحاديث يرجع إلى أبي العالية والحديث له وبه يعرف.

ومن أجله تكلم الناس فيه وسائر أحاديثه مستقيمة اهـ.

وقال الحاكم في مناقب الشافعي: قال الشافعي: أخبار أبي العالية الرياحي رياح. وأراد بذلك حديث القهقهة فقط وقال البيهقي: أخبار الرياح رياح فيما يرسل فأما ما يوصله فهو حجة اهـ وانظر الدراية ١/٣٥.

وقال ابن حجر ما ملخصه في تلخيص الحبير ١/١١٥ قال ابن الجوزي:

قال أحمد: ليس في الضحك حديث صحيح وكذا قال الذهلي.

لم يثبت عن النبي ﷺ في الضحك في الصلاة خبر.

وروى ابن عدي عن أحمد: ليس في الضحك حديث صحيح.

وحديث الأعمى مداره على أبي العالية وقد اضطرب عليه فيه. واستوفى البيهقي الكلام عليه في الخلافيات اهـ.

خاتمة: فالأخبار المرفوعة كلها واهية لا حجة فيها. والصواب أنه مرسل وقد أنكره بعضهم على أبي العالية. والله تعالى أعلم.

ولو ثبت هذا المرسل لأخذ به مالك وأحمد لأنهما يقبلان المراسيل إن كانت صحيحة. وكذا الشافعي يقبل المرسل إن اعتضد بمرسل آخر أو بمسند ولو لم يكن قوياً.

فكيف هنا لم يقبلوا هذا كله مع كثرة الطرق فهذا يدل على أن بعض الضعفاء والهلكى سرقه وركبه على أسانيد.

أو صديد أو غيره إن سال من رأس الجرح نقض، وإن لم يسل لا ينقض) وقال زفر رحمه الله: ينقض في الوجهين.

وضوءهم، وجعل الأصح في الخلاصة أنه لا تبطل والخلاف مبني على أنه بعد سلام الإمام هل هو في الصلاة إلى أن يسلم بنفسه أو لا محدث غسل بعض أعضاء الوضوء ففنى الماء فتيمم وشرع في الصلاة فقهقه ثم وجد الماء عند أبي يوسف يغسل باقي الأعضاء ويصلي، وعندهما يغسل جميعها بناء على أن القهقهة هل تبطل ما غسل من أعضاء الوضوء؟ عنده لا وعندهما نعم. ولو اغتسل جنب وصلى فقهقه هل تبطل ويعيد الوضوء؟ اختلف فيه، فقيل لا يعيد لأنه ثابت في ضمن الغسل فإذا لم يبطل المتضمن، لا يبطل المتضمن والصحيح أنه يعيد الوضوء لأن إعادته واجبة عقوبة كذا في المحيط، ولو قهقه بعد كلام الإمام متعمداً فسدت كسلامه على الأصح على خلاف ما في الخلاصة بخلافه بعد حدثه عمداً قوله: **(لأن النجس ما عليها)** المعنى لأن ما بحيث يكون نجساً هو ما عليها فلا يحتاج إلى اعتباره على قول محمد قوله: **(حتى لو كانت مفضاة الخ)** المفضاة التي اختلط سبيلاها، وقيل مسلك البول والحيض. وفي التعليل وهو قوله لاحتمال خروجه من الدبر إشارة إلى الأول، والوضوء مستحب في حقها لذلك الاحتمال، وظهور أثره أيضاً فيما لو طلقت ثلاثاً وتزوّجت بآخر لا تحل للأول ما لم تحبل لاحتمال أن الوطء كان في دبرها. وفي حرمة جماعها على الزوج. قال في فتاوى قاضيخان: إلا أن يعلم أنه يمكنه إتيانها في قبلها من غير تعد. وعن محمد وجوب الوضوء، وبه أخذ أبو حفص للاحتياط، ومنع أنها متوضئة بيقين وكون الريح من الدبر مشكوك فيه فلا يزول اليقين بالشك. وقد يدفع بأن الغالب في الريح كونها من الدبر، بل لا نسبة لكونها من القبل به فيفيد غلبة ظن تقرب من اليقين وهو خصوصاً في موضع الاحتياط له حكم اليقين فيرّجح الوجوب.

بمعصومين ولا من الكبائر بتقدير كونه كبيرة قوله: **(والأثر ورد في صلاة مطلقة)** أي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى إلى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة الباني بعد الوضوء على إحدى الروايتين وصلاة النائم فإن الوضوء لا يفسد في جميع ذلك، وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح، ولم يذكر التبسم في الصلاة لأنه ليس بمفسد للصلاة ولا للوضوء فليس له ههنا مدخل. قال جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما رآني رسول الله ﷺ إلا تبسم ولو في الصلاة: قال **(والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء)** الدابة: أي الدودة التي تنشأ في البطن إذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء، والتي تنشأ في الجرح إذا خرجت منه أو لحم سقط منه لم ينقض، لأن نفس الدودة ليست بنجسة، ولهذا لو غسلت جازت الصلاة معها فلم يبق من النجس إلا ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما، فأشبه الخارج من الجرح الجشاء في عدم النقض، والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء. قيل إنما فسر الدابة بالدودة لأن الدابة ما يدبّ على الأرض، فربما يتوهم أن المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فإنه لا ينقض ففسره بياناً لذلك. وقيل قد تقدم في كلام المصنف أن ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً هو الصحيح، وقال ههنا: لأن النجس ما عليها وذلك تناقض. وأجيب بأن ما تقدم كان على قول أبي يوسف، ويجوز أن يكون هذا على قول محمد، أو أطلق النجس بطريق الفرض: يعني لو كان ثمة نجس فهو ما عليها، وهذا ليس بصحيح لأن تقدير الشرطية إن كان على هذا الوجه لكن ثمة نجس فيكون ما عليها لم يستقم في الجرح لأن ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجساً، وإن كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجساً لم يستقم في الدبر لأنه نجس وحدث والأول صواب، ويجوز أن يقال: أطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة، فإنه لما كان بالنسبة إلى الدبر نجساً ذكر في الجرح بلفظ النجس. قوله **(بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة)** متصل بالفساء: يعني أنه ناقض، بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة **(وذكر الرجل لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كان مفضاة)** وهي التي صار سبيلاها واحداً **(يستحب لها الوضوء)** لاحتمال أن يكون فساء. واختلف في أن

قوله: **(فربما يتوهم، إلى قوله ففسره بياناً لذلك)** أقول: يعني دفعاً لتوهم اختصاص الدابة به قوله: **(وهذا ليس بصحيح، إلى قوله: والأول صواب)** أقول: لا يلزم لكل فرض أن يكون قياساً استثنائياً حتى يتوجه ما ذكره، وحاصل المعنى أن المفروض كونه نجساً ما عليها، والفرض بجامع الواقع وغيره فيتناول ما في الخرج والدبر **(قال المصنف: فإن قشرت نقطة)** أقول: أي أزيل قشرها(قال

وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض في الوجهين، وهي مسألة الخارج من غير السبيلين، وهذه الجملة نجسة لأن الدم

[فرع] شك في الوضوء أو الحدث وتيقن سبق أحدهما بنى على السابق إلا إن تأيد اللاحق، فعن محمد علم المتوضىء دخوله الخلاء للحاجة وشك في قضائها قبل خروجه عليه الوضوء، أو علم جلوسه للوضوء بإناء وشك في إقامته قبل قيامه لا وضوء، وهذا يؤيد ما ذكرناه من الوجه في وجوب وضوء المفضاة، ولو شك في السائل من ذكره أماء هو أم بول، إن قرب عهده بالماء أو تكرر مضى وإلا أعاده، بخلاف ما لو غلب على ظنه أنه أحدهما ولو تيقن ترك عضو وشك فيه ففي النوازل يغسل رجله اليسرى، ولا يخفى أن المراد إذا كان الشك بعد الفراغ، وقياسه أنه لو كان في أثناء الوضوء يغسل الأخير مثلاً علم أنه لم يغسل رجليه عيناً وعلم أنه ترك فرضاً مما قبلهما وشك في أنه ما هو يمسح رأسه، ولا يظن أن هذا خلاف ما قدمناه في التتمة لأنه لا تيقن بترك شيء هناك أصلاً قوله: **(وهذه الجملة نجسة)** يعني الماء والقيح والصديد قوله: **(لأنه مخرج وليس بخارج)** لا تأثير يظهر للإخراج وعدمه في هذا الحكم، بل النقض لكونه خارجاً نجساً، وذلك يتحقق مع الإخراج كما يتحقق مع عدمه فصار كالفصد وقشر النفطة فلذا اختار السرخسي في جامعه النقض. وفي الكافي: والأصح أن المخرج ناقض انتهى. وكيف وجميع الأدلة الموردة من السنة والقياس تفيد تعليق النقض بالخارج النجس وهو ثابت في المخرج.

[فروع] يجب الوضوء من المباشرة الفاحشة، وهي أن يتجردا معاً متعانقين متماسي الفرجين، وعن محمد لا إلا أن يتيقن خروج شيء. قلنا يندر عدم مذى في هذه الحالة، والغالب كالمتحقق في مقام وجوب الاحتياط وفي القنية: وكذا المباشرة بين الرجل والغلام، وكذا بين الرجلين يوجب الوضوء عليهما، ولا يجب من مجرد مسها ولو بشهوة ولو فرجها، ولا من مس الذكر. خلافاً للشافعي في الأولى مطلقاً، وفي الثانية إذا مس بباطن الأصابع، ولمالك في الثانية مطلقاً، وفي الأولى إذا مس بشهوة. لنا في الأولى عدم دليل النقض بشهوة وبغير شهوة فيبقى الانتقاض على العدم، وقوله تعالى **(أو لامستم النساء)** [المائدة٦] مراد به الجماع وهو مذهب جماعة من الصحابة، وكونه مراداً به اليد قول جماعة آخرين، ورجحنا قول الطائفة الأولى بالمعنى، وذلك أنه سبحانه أفاض في بيان حكم الحدثين الأصغر والأكبر عند القدرة على الماء بقوله تعالى **(إذا قمتم إلى الصلاة)** إلى قوله تعالى **(وإن كنتم جنباً فاطهروا)** فبين أنه الغسل، ثم شرع في بيان الحال عند عدم القدرة عليه بقوله تعالى **(وإن كنتم مرضى أو على سفر. إلى فتيمموا صعيداً)** إلى آخره، ولفظ لامستم مستعمل في الجماع فيجب حمله عليه ليكون بياناً لحكم الحدثين عند عدم الماء كما بين حكمهما عند وجوده فيتم الغرض، بخلاف ما ذهبوا إليه من كونه باليد. ويدل عليه من السنة ما في مسلم من مسّ عائشة قدميه ﷺ حين طلبته ﷺ لما فقدته ليلاً، وهما منصوبتا في السجود ولم يقطع صلاته

عين الريح نجس أو متنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما لو خرج منه الريح وعليه سراويل مبتلة، فمن قال بنجاسة عينها قال بتنجس السراويل، ومن قال بطهارة عينها لم يقل به، كما لو مرت الريح بنجاسة ثم مرت بثبوت مبتل فإنه لا يتنجس بها. قيل إذا كان الخروج من الدبر محتملاً ينبغي أن يكون الوضوء واجباً. وأجيب بأن كونها متوضئة ثابت بيقين، واليقين لا يزول بالمحتمل كالشاك في الحدث. وقال أبو حفص الكبير: يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد. وقيل إذا كانت منتنة يجب وإلا فلا، وقوله **(قشرت نفطة)** في نونها الحركات الثلاث وهو بثر يخرج باليد ملآن ماء. من قولهم انتفط فلان: أي امتلأ غضباً، فإذا قشرت فإما أن يسيل الماء عن رأس الجرح أو لا، وسماه جرحاً لأن قشرها جرح لها، فإن كان الأول نقض وإن كان الثاني لم ينقض، وإنما أعاد هذه المسألة وإن كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج، أو ليعلم أن حكم الماء حكم غيره لأن الماء لم يذكره من قبل، فربما كان يتوهم أن الماء ليس كغيره، وهذه

المصنف: فسال منها ماء) أقول: أي ظهر فلا يكون قوله إن سال لغواً ولا إن لم يسل تناقضاً قوله: **(قال بعض الشارحين: وهذا هو المختار عندي)** أقول: يعني الاتقاني.

ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجاً فيصير صديداً ثم يصير ماء، هذا إذا قشرها فخرج بنفسه، أما إذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لأنه مخرج وليس بخارج، والله أعلم.

لذلك[١]، وعنها أنه ﷺ كان يقبل بعض نسائه فلا يتوضأ[٢]، رواه البزار في مسنده بإسناد حسن. ولنا في الثانية ما روى أصحاب السنن إلا ابن ماجه، عن ملازم بن عمرو عن عبد الله بن بدر عن قيس بن طلق بن علي عن أبيه عن

الجملة: أعني قوله ماء أو صديد أو غيرهما، وقوله هذا: أي الذي ذكر أنه إذا سال نقض إنما هو إذا قشرها فخرج بنفسه، أما إذا عصرها فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لم ينقض لأنه مخرج وليس بخارج، وهو مختار بعض المشايخ، اختاره المصنف، وقال غيرهم: ينقض. قال بعض الشارحين: وهذا هو المختار عندي لأن الخروج لازم الإخراج، ولا بد من

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٤٨٦ والنسائي ١/ ١٠٢ كلاهما من حديث أبي هريرة عن عائشة قالت: فقدت رسول الله ﷺ ليلة من الفراش فالتمسته فوقعت يدي على بطن قدميه وهو في المسجد وهما منصوبتان وهو يقول: الله أعوذ برضاك من سخطك وبما فاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك.
قوله: في المسجد. كذا وقع عند مسلم ومعناه في مكان سجوده.
ويفسره لفظ النسائي: وهو ساجد.
وقد بوب النسائي بذلك: باب ترك الوضوء من مسّ الرجل امرأته من غير شهوة.
وأخرج البخاري ٥١٣ و٣٨٢ ومسلم ٥١٢ و٢٧٢ والنسائي ١/ ١٠٢ كلهم من حديث عائشة قالت: كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته فإذا سجد غمزني فقبضت رجليّ وإذا قام بسطتها. قالت: والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح. ورواه أحمد ٦/ ١٨٢ و٦/ ١٤٨ و٦/ ٢٢٥ فهذا يقوي الحديث الذي رواه مسلم وحده. وكلاهما صحيح.

(٢) حسن. أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الراية. ١/ ٧٤ وقال: قال عبد الحق: حديث البزار هذا لا أعلم له علة توجب تركه ولا أعلم فيه إلا قول ابن معين: حديث عبد الكريم الجزري عن عطاء حديث رديء لأنه غير محفوظ.
قال: وانفراد الثقة بالحديث لا يضره اهـ.
وكذا قال الحافظ في الدراية ١/ ٤٥ رجاله ثقات.
وله شواهد وطرق أخرى مختلف فيها راجع نصب الراية ١/ ٧١، ٧٢ ومنها ما أخرجه أبو داود ١٧٨ والترمذي معلقاً ١/ ١٣٨ والنسائي ١/ ١٠٤ كلهم من طريق إبراهيم التيمي عن عائشة: أن النبي ﷺ قبلها ولم يتوضأ ورواه أحمد ٦ ٢١٠ قال أبو داود: هو مرسل التيمي لم يسمع من عائشة.
وقال النسائي: ليس في هذا الباب أحسن منه وإن كان مرسلاً.
وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح وليس يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء.
وأخرجه أبو داود ١٧٩ والترمذي ٨٦ وابن ماجه ٥٠٢ كلهم عن حبيب عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قبل بعض نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ.
قال: قلت: من هي إلا أنت فضحكت.
لم ينسب أبو داود عروة هنا ولا الترمذي ونسبه ابن ماجه بقوله: ابن الزبير.
ثم أسند أبو داود ١٨٠ عن الأعمش عن عروة المزني به ونقل أبو داود عن يحيى القطان: حديث الأعمش عن عروة شبه لا شيء. وروينا عن الثوري أن حبيب لم يحدثنا عن عروة بن الزبير وإنما يحدثنا عن عروة المزني اهـ.
وقال الترمذي: سمعت البخاري يضعف هذا الحديث وللحديث طرق أخرى ذكرها الزيلعي وغيره.
وقد تكلم أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي فأطال الكلام عليه وذكر شواهد ومتابعات لرواته وقال: هذه المتابعات والشواهد بعضها صحيح وبعضها يقارب الصحيح اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٧٢: وقد مال ابن عبد البر إلى تصحيح هذا الحديث فقال: صححه الكوفيون وثبتوه لرواية الثقات من أئمة الحديث له وحبيب لا ينكر له سماع من عروة بن الزبير لروايته عمن هو أكبر من عروة وأقدم موتاً اهـ.
وقد أخرج أحمد في مسنده ٦/ ٢١ عن حبيب عن عروة بن الزبير عن عائشة فذكر هذا الحديث اهـ وانظر نصب الراية والدراية ١/ ٤٤.
فائدة: قال الترمذي: وقال الثوري وأهل الكوفة ليس في القبلة وضوء وقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق في القبلة وضوء وإنما ترك أصحابنا حديث عائشة لأنه لا يصح عندهم لحال الإسناد وقد ضعف يحيى القطان هذا الحديث: وقال: هو شبه لا شيء اهـ. قلت: ورواية عن أحمد: لا ينقض. العدة ص ٤٦.
قلت: فهذا أمر مختلف فيه بين أخذ ورد ولكل أدلة فالأولى أن يحتاط الرجل لدينه وهناك مناقشات لا نذكرها خشية التطويل

النبي ﷺ «أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة فقال: هل هو إلا بضعة منك»[1] ورواه ابن حبان في صحيحه. قال الترمذي: هذا الحديث أحسن شيء يروى في هذا الباب. وفي الباب عن أبي أمامة. وقد روى هذا الحديث أيوب بن عتبة ومحمد بن جابر عن قيس بن طلق عن أبيه. وأيوب ومحمد تكلم فيهما بعض أهل الحديث، وحديث ملازم بن عمرو أصح وأحسن، وبه رواه الطحاوي وقال: هذا حديث مستقيم الإسناد غير مضطرب في إسناده ومتنه انتهى. فهذا حديث صحيح معارض لحديث بسرة بنت صفوان أنه ﷺ قال «من مس ذكره فليتوضأ»[2] وكلا

(١) ٢/ ٥٥. جيد. أخرجه أبو داود ١٨٢ و١٨٣ والترمذي ٨٥ والنسائي ١/ ١٠١ وابن ماجه ٤٨٣ والبيهقي ١/ ١٣٤ والدارقطني ١/ ١٤٩ وابن حبان في صحيحه كما في نصب الراية ١/ ٦١ وأحمد ٤/ ٢٣ كلهم من طريق قيس بن طلق عن أبيه مرفوعاً. واللفظ للنسائي. وليس في أبي داود والترمذي لفظ: في الصلاة.

قال الترمذي: وفي الباب من حديث أبي أمامة.

وحديث طلق أحسن شيء في هذا الباب.

وأخرجه ابن ماجه من حديث أبي أمامة برقم ٤٨٤ لكن قال البوصيري في الزوائد: في إسناده جعفر بن الزبير اتفقوا على تركه واتهموه.

وجاء في نصب الراية ١/ ٦١ ما ملخصه: ورواه الطحاوي في شرح الآثار وقال: هذا حديث مستقيم الإسناد غير مضطرب في إسناده ومتنه وأسند عن علي المديني قوله: حديث حديث ملازم بن عمر عن قيس عن طلق أحسن من حديث بسرة اهـ وقال ابن حبان في صحيحه: حديث طلق منسوخ لأن طلق قدم المدينة أول سنة من الهجرة ثم أسند عنه أنه اشترك في بناء مسجد المدينة وأما أبو هريرة فإسلامه سنة سبع للهجرة.

قال الزيلعي: وحكى الدارقطني في سننه عن ابن أبي حاتم أنه سأل أباه وأبا زرعة عن حديث قيس بن طلق فوهناه وقالا: ليس ممن يقوم به حجة.

ثم نقل الزيلعي عن البيهقي قوله: وإن صحح نقول: كان في ابتداء الهجرة اهـ.

وقال الحازمي في الناسخ والمنسوخ: روي عدم النقض عن جماعة من الصحابة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن معين وذهب جماعة من الصحابة إلى حديث بسرة. وهو قول الأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق والمشهور عن مالك وأجابوا عن حديث طلق بالضعف أو بالنسخ وقد قال الفلاس: حديث طلق أثبت من حديث بسرة. ثم أجاب أن بسرة مشهورة لا ينكر حديثها اهـ باختصار.

وجاء في تلخيص الحبير ١/ ١٢٥ ما ملخصه: حديث قيس بن طلق صححه علي المديني والفلاس وقالا: هو أثبت عندنا من حديث بسرة. وكذا الطحاوي حيث قال: إسناده مستقيم غير مضطرب بخلاف حديث بسرة وصححه ابن حبان والطبراني وابن حزم. وضعفه الشافعي وأبو حاتم وأبو زرعة والدارقطني وابن الجوزي.

وادعى فيه النسخ: ابن حبان والطبراني وابن العربي والحازمي وآخرون اهـ. ابن حجر.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ١٨١ والترمذي ٨٢ والنسائي ١/ ١٠٠، ١٠١ وابن ماجه ٤٧٩ والطيالسي ١٦٥٧ وأحمد ٦/ ٤٠٦، ٤٠٧ والدارمي ٧٢٥ و٧٢٦ والدارقطني ١/ ١٤٦ والبيهقي ١/ ١٣٢ ومالك ٤٢/ ٥٨ والشافعي ١/ ٨٧٢ والحاكم ١/ ١٣٦، ١٣٧ من طرق عدة عن عروة عن بسرة وبعضهم رواه عن عروة عن مروان عن بسرة.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح وورد من حديث عائشة وأبي هريرة وأم حبيبة وأبي أيوب وغيرهم.

قال البخاري: حديث بسرة أصح شيء في هذا الباب اهـ.

وله شواهد فقد ورد من حديث أم حبيبة رواه ابن ماجه ٤٨١ وقال البوصيري: مكحول مدلس وقد عنعنه فهو منقطع اهـ.

وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الحاكم ١/ ١٣٧، ١٣٨ قابله وابن حبان كما في نصب الراية ١/ ٥٦ وأحمد ٨/ ٣٣٣ وصححه الحاكم وأطال الحاكم في تصحيح حديث بسرة.

وورد من حديث ثوبان أخرجه ابن ماجه ٤٨٠.

وقال البوصيري: في إسناده مقال عقبة بن عبد الرحمن قال عنه علي المديني: مجهول اهـ.

وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: صححه الترمذي ونقل عن البخاري أنه أصح شيء في هذا الباب و قال أبو داود في سؤالة لأحمد: حديث بسرة ليس بصحيح؟.

قال بل هو صحيح. وقال الدارقطني: صحيح ثابت مصححه ابن معين والبيهقي اهـ باختصار راجع تلخيص الحبير ١/ ١٢٣، ١٢٤، ١٢٢ وحديث بسرة ساقه الدارقطني في عدة صفحات انظره ١/ ١٤٦.

الخلاصة: هناك اختلاف شديد حول حديث بسرة وطلق.

وهما بين أخذ ورد وقد صحح حديث بسرة جماعة من أئمة هذا الشأن وصحح في المقابل حديث طلق جماعة من أئمة هذا الشأن وما أحسن قول ابن الهمام: كلاهما لا ينزل عن درجه الحسن اهـ.

فعلى هذا ينبغي أن يحتاط المرء لدينه والله تعالى أعلم.

. . . .

الحديثين مع ذلك لم يسلم من الطعن مرة في بسرة بالجهالة، ومرة بأن عروة لم يسمع من بسرة بل من مروان بن الحكم أو الشرطي على ما عرف في موضعه، ومرة بالتكلم في ملازم وغير ذلك، والحق أنهما لا ينزلان عن درجة الحسن، لكن يترجح حديث طلق بأن حديث الرجال أقوى لأنهم أحفظ للعلم وأضبط، ولهذا جعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل. وقد أسند الطحاوي إلى ابن المديني أنه قال: حديث ملازم بن عمر وأحسن من حديث بسرة. وعن عمرو بن علي الفلاس أنه قال: حديث طلق عندنا أثبت من حديث بسرة بنت صفوان. وما رجح به حديث بسرة من أنه ناسخ لأن طلقاً قدم على النبي ﷺ في أول سني الهجرة وهو يبني المسجد وكان ﷺ يقول «قرّبوا اليماني من الطين فإنه من أحسنكم له مساً»[1] ومتن حديث بسرة رواه ابو هريرة وهو متأخر الإسلام فغير لازم لأن ورود طلق إذ ذاك ثم رجوعه لا ينفي عوده بعد ذلك، وهم قد رووا عنه حديثاً ضعيفاً «من مسّ ذكره فليتوضأ» وقال سمع منه ﷺ الناسخ والمنسوخ. وحديث أبي هريرة مضعف أيضاً لأن في سنده يزيد بن عبد الملك، ومما يدل على انقطاع حديث بسرة باطناً أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام إليه، وقد ثبت عن عليّ وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وابن عباس وحذيفة بن اليمان وعمران بن حصين وأبي الدرداء وسعد بن أبي وقاص أنهم لا يرون النقض منه وإن روي عن غيرهم كعمر وابنه وأبي أيوب الأنصاري وزيد بن خالد وأبي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وجابر وعائشة، على أن في الرواية عن عمر نظراً لما سنذكره عنه في كتاب الصلاة، وإن سلكنا طريق الجمع جعل مسّ الذكر كناية عما يخرج منه، وهو من أسرار البلاغة يسكتون عن ذكر الشيء ويرمزون عليه بذكر ما هو من روادفه، فلما كان مس الذكر غالباً يرادف خروج الحدث منه ويلازمه عبر به عنه كما عبر تعالى بالمجيء من الغائط عما يقصد الغائط لأجله ويحل فيه، فيتطابق طريقا الكتاب والسنة في التعبير فيصار إلى هذا لدفع التعارض.

وجود اللازم عند وجود الملزوم، وفيه نظر لأن الإخراج ليس بمنصوص عليه وإن كان يستلزمه، فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به.

---

(١) هذا الخبر أخرجه ابن حبان في صحيحه انظر حديث ١١١٩ و١١١٤ و١١١٥ مستدلاً فيه على أن حديث منسوخ لأنه قدم في أول الإسلام. انظر نصب الراية ١/ ٦١ وتلخيص الحبير ١/ ١٢٢ ـ ١٢٥.

فصل في الغسل

(وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن) وعند الشافعي رحمه الله هما سنتان فيه لقوله عليه

فصل في الغسل

قوله: (المضمضة الخ) ولو شرب الماء عباً أجزأ عنها لا مصاً. وعن أبي يوسف لا إلا أن يمجه، ولو كان سنه مجوّفاً أو بين أسنانه طعام أو درن رطب يجزئه لأن الماء لطيف يصل إلى كل موضع غالباً، كذا في التجنيس ثم قال: ذكر الصدر الشهيد حسام الدين في موضع آخر: إذا كان في أسنانه كوات يبقى فيها الطعام لا يجزئه ما لم يخرجه ويجري الماء عليها. وفي فتاوى الفضلي والفقيه أبي الليث خلاف هذا، فالاحتياط أن يفعل انتهى. والدرن اليابس في الأنف كالخبز الممضوغ والعجين يمنع، ولا يضر ما انتضح من غسله في إنائه، بخلاف مالو قطر كله في الإناء. ويجوز نقل البلة في الغسل من عضو إلى عضو إذا كان يتقاطر بخلاف الوضوء، ويجوز للجنب أن يذكر الله تعالى ويأكل ويشرب إذا تمضمض ويعاود أهله قبل أن يغتسل، قال في المبتغى: إلا إذا احتلم فإنه لا يأت أهله ما لم يغتسل قوله: (وغسل سائر البدن) فيجب تحريك القرط والخاتم الضيقين، ولو لم يكن قرط فدخل الماء الثقب عند مروره أجزأ كالسرة وإلا أدخله، ويدخله القلفة استحباباً، وفي النوازل لا يجزئه تركه، والأصح الأول للحرج لا لكونه خلقة، وتغسل فرجها الخارج لأنه كالفم، ولا يجب إدخالها الأصبع في قبلها وبه يفتي. ودرن الأظفار على الخلاف السابق في الوضوء، ولا يجب الدلك إلا في رواية عن أبي يوسف، وكان وجهه خصوص صيغة اطهروا، فإن فعل للمبالغة وهو أصله وذلك بالدلك قوله: (عشر من الفطرة)روى مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ «عشر من الفطرة» قص الشارب، وإعفاء اللحية، والسواك، واستنشاق الماء، وقص الأظفار، وغسل

فصل في الغسل

معنى الفصل في اللغة ظاهر، وقد تقدم بأنه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب، فإن وصل بما بعده نوّن وإلا فلا، وإنما ذكر فصل الغسل بعد الوضوء لأن الحاجة إلى الوضوء أكثر، ولأن محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل، أو اقتداء بكتاب الله فإنه وقع على هذا الترتيب، والفرض بمعنى المفروض، والواو في قوله (وفرض الغسل) إما للاستئناف وإما واو المختص للعطف على قوله ففرض الوضوء، والغسل اسم منَ الاغتسال وهو غسل تمام الجسد قوله (وغسل سائر البدن) أي الباقي. وقوله عليه الصلاة والسلام «عشر من الفطرة» أي السنة، قيل خمس منها في الرأس وخمس في الجسد، فالتي في الرأس: الفرق، والسواك، والمضمضة، والاستنشاق، وقص الشارب. والتي في الجسد: الختان، وحلق العانة، ونتف الإبط، وتقليم الأظفار، والاستنجاء بالماء. ولنا قوله تعالى ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾ والجنب يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لأنه اسم جرى مجرى المصدر الذي هو الإجناب وقوله. فاطهروا. أي اغسلوا أبدانكم على وجه المبالغة، وهو أمر بتطهير جميع البدن إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه خارج عن الإرادة كداخل العينين لما في غسلهما من الضرر والأذى، ولهذا سقط غسلهما من حقيقة النجاسة بأن كحل عينيه بكحل نجس، والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما، ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقة فيفترض أيضاً في الجنابة. قوله (بخلاف الوضوء) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله الغسل بالوضوء (لأن الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما) أي في محلي المضمضة والاستنشاق معدومة. وقوله (والمراد بما روي) جواب عن حديث الشافعي بحمله على الوضوء بدليل ما روى ابن عباس وجابر أنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء. قال (وسنته

فصل الغسل

قوله: (فإن وصل بما بعده نون) أقول: يجوز أن يضاف إلى ما بعده قوله: (وإلا فلا) أقول فيه: إنه يجوز تنوينه على أن يكون خبر.

الصلاة والسلام عشر من الفطرة أي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى: ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾ وهو أمر بتطهير جميع البدن، إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه خارج عن النص بخلاف الوضوء لأن الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة، والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء». قال: (وسنته أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه

البراجم[1]، ونتف الإبط، وحلق العانة، وانتفاض الماء» قال مصعب بن شيبة: ونسيت العاشرة، إلا أن تكون المضمضة[2]. وانتفاض الماء: الاستنجاء ورواه أبو داود من رواية عمار، وذكر الختان بدل إعفاء اللحية[3]، وذكر

أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة إن كانت على بدنه) قال في النهاية: وهو منقول عن الإمام حميد الدين

---

(١) البراجم: رؤوس الأصابع ومفردها: برجمة.

(٢) حسن غريب: أخرجه مسلم ٢٦١ في باب خصال الفطرة بهذا اللفظ وكذا أبو داود ٥٣ والترمذي ٢٧٥٧ والنسائي ٨/ ١٢٦ وابن ماجه ٢٩٣ والدارقطني ١/ ٩٥ وأحمد ٦/ ١٣٧ كلهم من حديث عائشة بهذا اللفظ ومداره على مصعب بن شيبة عن طلق بن حبيب عن عبد الله بن الزبير عن عائشة.

قال النسائي: مصعب بن شيبة منكر الحديث. ثم أسنده النسائي من وجه آخر عن طلق بن حبيب قال: عشرة من السنة فذكره موقوفاً عليه. وساق النسائي إسناداً آخر عن المعتمر عن أبيه قال: سمعت طلقاً يذكره عشرة من الفطرة... الخبر.

قال النسائي: وهاتان الروايتان وهما حديث التيْمي وجعفر بن إياس أشبه بالصواب من حديث مصعب.

ثم أسند النسائي عن أبي هريرة مرفوعاً: خمس من الفطرة الختان وحلق العانة ونتف الضَّبْع وتقليم الظفر وتقصير الشارب وقال النِّسائي: وقفه مالك.

ثم أسند عن مالك عن المقبري عن أبي هريرة قال: خمس من الفطرة فذكره موقوفاً اهـ كلام النسائي. ومن عادة مسلم المتابعة لكن الظاهر لم يجد متابعاً وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

وقال الدارقطني عقب روايته: تفرد به مصعب بن شيبة وقد خالفه أبو بشر وسليمان التيمي فروياه عن طلق بن حبيب من قوله. غير مرفوع اهـ وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ١/ ٥٢ هذ حديث معلول.

وقد ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٧٦ وقال: وإن كان في مسلم ففيه علتان. ذكرهما ابن دقيق العيد في الإمام وعزاهما لابن منده ثم ذكر كلام النسائي ثم قال الزيلعي: ولذا لم يخرجه البخاري ولم يلتفت مسلم إلى هاتين العلتين وهما ضعف مصعب وإرسال التيمي له. لأن مصعباً عنده ثقة والثقة إذا وصل حديثاً يقدم وصله على الإرسال اهـ.

قلت: وكلام الزيلعي فيه نظر لأن الرواية التي أشار إليها أن النسائي رواه مرسلاً. غير سديد بل إن النسائي رواه عن طلق بن حبيب قال: عشرة من السنة... فذكره.

وهذا ليس بمرسل بل هو مقطوع لأنه قول التابعي والمرسل هو أن يقول التابعي قال رسول الله ﷺ كذا.

وأما مصعب بن شيبة. فقال عنه ابن حجر في التقريب: ليس الحديث. وقال الذهبي في الميزان: قال أبو حاتم: لا يحمدونه. وقال غيره: ثقة. وقال الدارقطني: ليس بالقوي. وقال أحمد: روى مناكير.

قال الذهبي منها ما رواه أبو داود عنه عن طلق عن ابن الزبير عن عائشة أنه ﷺ كان يأمر بالغسل من الجنابة والحجامة وغسل الميت ويوم الجمعة. أخرجه أبو داود وقال: مصعب ضعيف.

الخلاصة: مصعب غير قوي لا سيما قال أحمد أحاديثه مناكير. الشيء الثاني خالفه من هو أثبت منه وهو سليمان التيمي وجعفر بن إياس فروياه عن طلق بن حبيب من قوله. لم ينفرد النسائي بهذه العلة بل وافقه الدارقطني. ومن عادة مسلم ذكر متابعة لبعض من تكلم فيهم وهنا لم يذكر متابعاً فالظاهر أنه لم يجد له متابعاً. وحديث أبي هريرة رواه مسلم ٢٥٧ بأسانيد صحيحة يذكر فيه خمس من الفطرة. وليست عشرة فهذه علة ثالثة للحديث. فهذا أول حديث مرَّ معي في التخريج رواه مسلم وهو غير قوي فيه ضعف فالكمال لله وحده.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٥٤ وابن ماجه ٢٩٤ وأحمد ٤/ ٢٦٤ والبيهقي ١/ ٥٣ كلهم حديث سلمة بن محمد بن عمار بن ياسر عن جده.

قال ابن التركماني في الجوهر النقي: في إسناده علي بن زيد ضعفه البيهقي في موضع آخر. اهـ.

وقال في نصب الراية ١/ ٧٧: قال البخاري: لا يعرف لسلمة بن محمد سماع من جده عمار وقال ابن القطان: علي بن زيد وثقه قوم وضعفه آخرون اهـ.

وقال ابن حجر في التقريب: سلمة بن محمد بن عمار بن ياسر. مجهول اهـ.

فللحديث علل ثلاث. جهالة سلمة والانقطاع وضعف علي بن زيد. فهذه العلل توهن هذا الخبر.

وفرجه ويزيل نجاسة إن كانت على بدنه، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة إلا رجليه، ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثاً، ثم يتنحي عن ذلك المكان فيغسل رجليه) هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله ﷺ، وإنما يؤخر غسل رجليه لأنهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر، وإنما

الانتضاح بدل انتفاض الماء قوله: **(ولنا قوله تعالى ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾ وهو أمر بتطهير جميع البدن)** لأنه أضاف التطهير إلى مسمى الواو وهو جملة بدن كل مكلف فيدخل كل ما يمكن الإيصال إليه إلا ما فيه حرج وهو المراد بقوله يتعذر، وذلك كداخل العينين والقلفة بالنافي للحرج ولا حرج في داخل الفم والأنف فشملهما نص الكتاب من غير معارض كما شملهما قوله ﷺ «تحت كل شعرة جنابة، فبلوا الشعر وأنقوا البشرة»(١) رواه أبو داود والترمذي من غير معارض، إذ كونهما من الفطرة لا ينفي الوجوب لأنها الدين وهو أعم منه فلا يعارضه قال ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة»(٢) والمراد على الواجبات على ما هو أعلى الأقوال وعلى هذا لا حاجة إلى حمل المروي على حالة الحدث بدليل قوله ﷺ «إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء»(٣) كأنه يعني ما عن أبي هريرة أنه ﷺ جعل المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثاً فريضة(٤)، لكن انعقد الإجماع على خروج اثنتين منهما وهو

الضرير، وأنه أصح. وفي بعض النسخ: النجاسة، وليس بصحيح لأن لام التعريف إما أن تكون للعهد أو للجنس، لا وجه للأول لأن كلمة الشك تأباه، فإن العهد يقتضي التقرّر إما ذكراً وإما ذهناً، ولا وجه للثاني لأن كون النجاسات كلها في بدنه محال، وأقلها وهو الجزء الذي لا يتجزأ غير مراد أيضاً لأنه علل ذلك في الكتاب بقوله كي لا تزداد إصابة الماء، وهذا القليل

مبتدأ محذوف قوله: **(لا وجه للأول لأن كلمة الشك تأباه، فإن العهد يقتضي التقرر إما ذكراً أو علماً، ولا وجه للثاني لأن كون النجاسة كلها في بدنه محال، وأقلها وهو الجزء الذي لا يتجزأ غير مراد أيضاً الخ)** أقول: الشك في الوجود العيني وهو لا ينافي التقرر في الذكر والعلم، بل ينبغي أن يعلل امتناع العهد بأنه لا معهود ههنا، ويجوز أن يقال: كون الكلام في الغسل يكفي في تعيين النجاسة، وأيضاً يجوز أن يقال: يحمل النجاسة بقرينة وقوعه مفعول يزيل على ما يقصد بالإزالة عرفاً مقدار الجزء ليس كذلك، ألا يرى أنه إذا قال القائل لعبده اشتر اللحم يتقيد اللحم بما يتعارف شراؤه في الأسواق، حتى لو اشترى العبد مقدار الجزء لا يعد ممتثلاً، على أنه لو صح ما ذكره لم يصح تنكير النجاسة أيضاً حيث يتناول النكرة فرداً ما أي فرد كان قال المصنف: **(وليس عليها بلّ ذوائبها)** أقول: الذؤابة تتناول الشعور الظاهرة وما في خلالها فبلها إيصال الماء إليها جميعاً لا إمرار الماء على الظواهر فقط.

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه أبو داود ٢٤٨ والترمذي ١٠٦ وابن ماجه ٥٩٧ والبيهقي ١/ ١٧٥ كلهم من حديث أبي هريرة ومداره على الحارث بن وجيه.
قال أبو داود: حديث ابن وجيه منكر وهو ضعيف.
وقال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديثه وليس بذاك.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ١٤٢ مداره على الحارث وهو ضعيف جداً. وقال الدارقطني في العلل: روي عن الحسن مرسلاً.
وقال البيهقي: أنكره أهل العلم بالحديث.

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ١٣٥٨ و١٣٥٩ و١٣٨٥ و٤٧٧٥ و٦٥٩٩ ومسلم ٢٦٥٨ ح٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، وأبو داود ٤٧١٤ والترمذي ٢١٣٨ والطيالسي ٢٣٥٩ و٢٤٣٣ وأحمد ٢/ ٣٩٣، ٤١٠، ٢٣٣، ٢٧٥، ٢٨٢، ٤١٠، ٤٨١، من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة: كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يُهودانه وأبواه ينصرانه أو يُمجسانه كما تنتج البهيمةُ بهيمةً جمعاء. هل تحسون فيها جدعاء؟
وفي رواية: ما من مولود بدل كل مولود.

(٣) لا أصل به. قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٧٨: غريب وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٤٧: لم أجده اهـ ولذا قال ابن الهمام: لعل صاحب الهداية يعني حديث أبي هريرة الآتي.

(٤) واه بمرة. أخرجه الدارقطني ١/ ١١٥ في سننه.
وقال: هذا باطل. لم يحدث به إلا بركة بن محمد وهو يصنع الحديث والصواب حديث وكيع عن ابن سيرين قال: سنّ رسول الله ﷺ الاستنشاق في الجنابة ثلاثاً. مرسل ونقل الزيلعي في نصب الراية ١/ ٧٨ عن البيهقي في المعرفة بمثل كلام الدارقطني ونقل الزيلعي عن الحاكم في المدخل قوله: بركة الحلبي يروي أحاديث موضوعة اهـ.
ولذا قال ابن الهمام: الحديث ضعيف وانعقد الاجماع على فروج اثنتين. يعني الاكتفاء بواحدة من المضمضة والاستنشاق.

يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كي لا تزداد بإصابة الماء (**وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر**) لقوله عليه الصلاة والسلام لأم سلمة رضي الله عنها «أما يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك» وليس عليها بلّ ذوائبها هو الصحيح، بخلاف اللحية لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها.

ضعيف قوله: (**وسنته الخ**) ظاهر، وهل يمسح رأسه في هذا الوضوء؟ نعم في الصحيح، وفي رواية الحسن لا، ولم يذكر كيفية الصب، واختلف فيه فقال الحلواني: يفيض على منكبه الأيمن ثلاثاً ثم الأيسر ثلاثاً ثم على سائر جسده. وقيل يبدأ بالأيمن ثم بالرأس ثم بالأيسر. وقيل يبدأ بالرأس، وهو ظاهر لفظ الكتاب وظاهر حديث ميمونة الذي سيذكر ولو انغمس الجنب في ماء جار إن مكث فيه قدر الوضوء والغسل فقد أكمل السنة وإلا فلا قوله: (**هكذا حكت ميمونة**) روى الجماعة عنها قالت «وضعت للنبي ﷺ ماء يغتسل به، فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثاً، ثم أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره، ثم دلك يده بالأرض، ثم تمضمض واستنشق، ثم غسل وجهه ويديه، ثم غسل رأسه ثلاثاً، ثم أفرغ على جسده، ثم تنحى عن مقامه فغسل قدميه»[(١)] قوله: (**وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها**) هذا فرع قيام الضفيرة، فلو كانت ضفائرها منقوضة فعن الفقيه أبي جعفر يجب إيصال الماء إليه، وفي وجوب نقض ضفائر الرجل اختلاف الرواية والمشايخ والاحتياط الوجوب، وثمن ماء غسل المرأة ووضوئها على الرجل وإن كانت غنية قوله: (**لقوله ﷺ لأم سلمة**) في مسلم وغيره عنها «قلت يا رسول الله إني امرأة أشد ضَفْرَ رأسي أفأنقضه في غسل الجنابة، فقال لا إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين»[(٢)] ومقتضى هذا عدم وجوب إيصال الماء إلى الأصول، وكذا ما فيه من أنه بلغ عائشة أن عبد الله بن عمرو بن العاص كان يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن فقالت: يا عجباً لابن عمرو يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤوسهن لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد، وما أزيد أن أفرغ على رأسي ثلاث إفراغات[(٣)]. وكذا ما في أبي داود أنهم استفتوا رسول الله ﷺ عن ذلك فقال «أما الرجل فلينشر رأسه فليغسله حتى يبلغ أصول الشعر، وأما المرأة فلا عليها أن لا تنقضه لتغرف على رأسها ثلاث غرفات بكفيها»[(٤)] وإن كان فيه محمد بن إسماعيل بن عياش عن أبيه. قال في الإمام: ورد ما يدل على أن المرأة تنقض

الذي ذكرناه لا يزداد بإصابة الماء، ثم قال: إلا أن الرواية بالألف واللام قد ثبتت في بعض النسخ، فوجهه أن يحمل على تحسين النظم وقال بعض الشارحين: إنما يتعين التنكير إذا انحصر اللام في التعريفين، وليس كذلك لجواز أن تكون اللام لتعريف الماهية، وليس بشيء لأن الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج فإما أن توجد في الأقل أو غيره وذلك فاسد لما مر. قوله (**ثم يتوضأ وضوءه للصلاة إلا رجليه**) احتراز عما روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه لأنه لا فائدة فيه لوجود إسالة الماء من بعده وذلك يعدم معنى المسح بخلاف سائر الأعضاء لأن التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدماً له. وقيل إنما قال ذلك دفعاً لما يتوهم أن المراد بالوضوء غسل اليدين إلى الرسغين فإنه قد يسمى وضوءاً. وقوله (**ويبدأ بإزالة النجاسة**) تكرار، وأعاده لبيان التعليل، والظاهر أنه أراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو المني الرطب، فإن ميمونة رضي الله عنها قالت: توضأ رسول الله ﷺ وضوءه للصلاة غير رجليه، وغسل فرجه وما أصابه من الأذى، قوله (**وليس على المرأة**) ههنا أمران نقض الضفائر، وبلّها. أما نقضها فليس بواجب إذا بلغ الماء الشعر

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٧ بهذا اللفظ ومسلم ٣١٧ وأبو داود ٢٤٥ والترمذي ١٠٣ والنسائي ١/ ١٣٧ وابن ماجه ٥٧٣ والدارمي ٧٤٧ من طرق كلهم عن ابن عباس عن خالته ميمونة وكذا البيهقي ١/ ١٧٧.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٣٣٠ بهذا اللفظ وأبو داود ٢٥١ والترمذي ١٠٥ والنسائي ١/ ١٣١ وابن ماجه ٦٠٣ والبيهقي ١/ ١٨١ وأحمد ٦/ ٣١٥ كلهم عن عبد الله بن رافع مولى أم سلمة عن أم سلمة.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مسلم ٣٣١ بهذا اللفظ باب: حكم ضفائر المغتسلة. والبيهقي ١/ ١٨١.

(٤) أخرجه أبو داود ٢٥٥ عن جبير بن نُفير عن ثوبان مرفوعاً.
قال في نصب الراية ١/ ٨٠ اسماعيل بن عياش وابنه فيهما مقال. ثم ذكر كلام ابن دقيق العيد.

قال (والمعاني الموجبة للغسل إنزال المنيّ على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة) وعند الشافعي رحمه الله خروج المنيّ كيفما كان يوجب الغسل لقوله عليه الصلاة والسلام «الماء من الماء» أي الغسل من المنيّ، ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب، والجنابة في اللغة خروج المنيّ على وجه الشهوة، يقال

رأسها في الحيض، وذكر ما في البخاري من حديث عائشة في الحج «أهللت مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع فكنت ممن تمتع ولم يسق الهدى، فزعمت أنها حاضت ولم تطهر حتى دخلت ليلة عرفة فقالت: يا رسول الله هذه ليلة عرفة وإنما كنت تمتعت بعمرة، فقال لها ﷺ: انقضي رأسك وامتشطي وأمسكي عن عمرتك» الحديث[1] وروى الدارقطني في الإفراد من حديث مسلم بن صبيح، حدثنا حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ «إذا اغتسلت المرأة من حيضها نقضت شعرها نقضاً وغسلته بخطمي[2] وأشنان[3]، فإذا اغتسلت من الجنابة صبت على رأسها الماء وعصرته ا هـ»[4] ولا أعلم هذا التفصيل في المذهب وأجاب [5] متأخر بما في مسلم من حديث أم سلمة السابق، فإنه فيه في رواية «أفأنقضه للحيضة والجنابة؟ قال لا» الحديث. وهو أولى بالتقديم من حديث الدارقطني، وأما حديث عائشة فإن ذلك الغسل كان للتنظيف لأجل الوقوف لا للتطهير من حدث الحيض لأنها كانت حائضاً، هذا وأورد أن حديث أم سلمة معارض للكتاب. وأجيب تارة بالمنع، فإن مؤدى الكتاب غسل البدن والشعر ليس منه بل متصل به نظراً إلى أصوله، فعملنا بمقتضى الاتصال في حق الرجال وبمقتضى الانفصال في النساء دفعاً للحرج إذ لا يمكنهن حلقه، وتارة بأنه خص من الآية مواضع الضرورة كداخل العينين فيخص بالحديث بعده قوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم يجب بلّها ثلاثاً مع كل بلة عصرة. وفي صلاة البقالي الصحيح أنه يجب غسل الذوائب وإن جاوزت القدمين، وفي مبسوط بكر في وجوب إيصال الماء إلى شعب عقاصها اختلاف المشايخ ا هـ. والأصح نفيه للحصر المذكور في الحديث قوله: (والمعاني الموجبة للغسل) قيل هي

بالاتفاق. لأنه عليه الصلاة والسلام قال لأم سلمة حين قالت: «يا رسول الله إني امرأة أشدّ ضفر رأسي أفأنقضها إذا اغتسلت؟ فقال لها: أما يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك» لا يقال خبر واحد فلا تجوز به الزيادة على قوله تعالى ﴿فاطهروا﴾ لأن الشعر ليس ببدن من كل وجه، والأمر بالتطهر، أو لأن مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين، وأما بلّها فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج، وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها تبل ذوائبها ثلاثاً مع كل بلة عصرة ليبلغ الماء شعب قرونها، بخلاف اللحية فإنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها. وفي تخصيص المرأة إشارة إلى أن حكم الرجل بخلافها. قال في المبسوط: الرجل إذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والأتراك هل يجب إيصال الماء إلى أثناء الشعر؟ ظاهر الحديث يدل على أنه لا يجب، وذكر الصدر الشهيد أنه يجب قال (والمعاني الموجبة للغسل) أي العلل الموجبة، واختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء. قال في النهاية: هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل، فإنها تنقضه فكيف

قال المصنف: (والمعاني الموجبة) أقول: الجمهور على أن هذه المعاني شروط لا أسباب لمنافاته الطهارة فجعلها موجبات تسامح قوله: (ورد بأن الغسل، إلى قوله: وأورد عليه الحيض) أقول: أراد الاتقاني قال المصنف: (والجنابة في اللغة خروج المني) أقول في تفسير الجنابة به تسامح والمراد الحالة الحاصلة به

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٦ بهذا اللفظ وكرره ٣١٧ و٣١٩ ومسلم ١٢١١ ح ١١٣، ١١٥ رواه البخاري في كتاب الحيض ورواه مسلم في كتاب الحج. كلاهما من طريق عروة عن عائشة.

(٢) الخطمي: نبت معروف كان يستعمل قديماً بدل الصابون اليوم.

(٣) الأشنان: شيء يلتف على شجر البلوط والصنوبر له رائحة عطرية ويساعد على التنظيف.

(٤) غريب. أخرجه الدارقطني في الإفراد والخطيب في تلخيص المتشابه كما في نصب الراية ١/ ٨٠ كلاهما من حديث أنس بهذا اللفظ.
قلت: ورجاله ثقات على شرط مسلم إن كان الإسناد إلى مسلم بن صبيح قوي وكتاب الإفراد للدارقطني والمتشابه للخطيب لم يطبعا بعد.
قلت: ثم رأيت ابن حجر في الدراية ١/ ٤٨ يقول: في إسناده من لا يُعرف.

(٥) قوله: (الفتح وأجاب متأخر) هو التونوي صاحب درر البحار كذا بهامش اهـ مصححه.

أجنب الرجل إذا قضى شهوته من المرأة. والحديث محمول على خروج المنيّ عن شهوة، ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند أبي يوسف رحمه الله ظهوره أيضاً اعتباراً

تنقضه فكيف توجبه. وفي مبسوط شيخ الإسلام: سبب وجوب الغسل إرادة ما لا يحل فعله بالجنابة عند عامة المشايخ. وقيل هي موجبة للغسل بواسطة الجنابة كقولنا شراء القريب إعتاق، والأولى أن يقال سببه وجوب ما لا يحل مع الجنابة على ما قررنا في المعاني الموجبة للوضوء. وحاصل ما يوجب الجنابة خروج المنيّ عن شهوة والإيلاج في الآدمي الحي لا الميت والبهيمة ما لم ينزل. لكن في الفتاوى الظهيرية: بال فخرج منه مني إن كان ذكره منكسراً لا غسل عليه، وإن كان منتشراً فعليه الغسل. وهذا بعد ما عرف من اشتراط وجود الشهوة في الإنزال فيه نظر. بخلاف ما روي عن محمد في مستيقظ وجد ماء ولم يتذكر احتلاماً، إن كان ذكره منتشراً قبل النوم لا يجب وإلا فيجب لأنه بناه على أنه مني عن شهوة لكن ذهب عن خاطره، ومحمل الأول أنه وجد الشهوة يدل عليه تعليله في التجنيس بقوله لأن في الوجه الأوّل: يعني حالة الانتشار وجد الخروج والانفصال على وجه الدفق والشهوة. واعلم أن مطلق الإيلاج في الآدمي يتناول إيلاج الذكر في القبل والدبر وإيلاج الأصبع. وفي إدخال الأصبع الدبر خلاف في إيجاب الغسل فليعلم ذلكِ قوله: **(ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب)** والجنابة في اللغة إنما تقال مع الشهوة فلا يتناول من خرج منه بلا شهوة فلا يوجب فيه حكماً بنفي ولا إثبات. والحديث وهو قوله ﷺ «إنما الماء من الماء»[1] من رواية مسلم محمول على الخروج عن شهوة لأن اللام للعهد الذهني: أي الماء المعهود والذي به العهد لهم هو الخارج عن شهوة كيف وربما يأتي على أكثر الناس جميع عمره ولا يرى هذا الماء مجرداً عنها، على أن كون المني عن غير شهوة ممنوع، فإن عائشة أخذت في تفسيرها إياه الشهوة على ما قال ابن المنذر، حدثنا محمد بن يحيى، حدثنا أبو حنيفة، حدثنا عكرمة عن عبد ربه بن موسى عن أمه أنها سألت عائشة عن المذي فقالت: إن كل فحل يمذي، وإنه المذي والودي والمنيّ، فأما المذي فالرجل يلاعب امرأته فيظهر على ذكره الشيء فيغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ ولا يغتسل، وأما الودي فإنه يكون بعد البول يغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ ولا يغتسل، وأما المنيّ فإنه الماء الأعظم الذي منه الشهوة وفيه الغسل[2]. وروى عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة

توجبه. وذكر في مبسوط شيخ الإسلام سبب وجوب الاغتسال إرادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ، وردّ بأن الغسل يجب إذا وجد أحد المعاني المذكورة سواء وجدت الإرادة أم لم توجد، وفيه نظر، وعند بعضهم: السبب الجنابة، وأورد عليه الحيض والنفاس، ولو زيد أو ما في معناها لاندفع، وعلى هذا تكون المعاني الموجبة علة العلة. وقوله **(إنزال المنيّ على وجه الدفق والشهوة)** قيل هذا اللفظ بإطلاقه يستقيم على قول أبي يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة حال الخروج، ولا يستقيم على قولهُما لأنهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل إذا زايل المني عن مكانه بشهوة وإن خرج بغير دفق، ورد بأنه مستقيم على قولهم فإن خروج المنيّ على هذا الوجه موجب للغسل بالاتفاق، وإما أن يجب الغسل إذا زايل المنيّ عن مكانه عن شهوة، وإن خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه ولا يحصره على الأوّل وهذا جيد، لكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها، وربما يبين قوله ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمداً الخ بعض بيان. وقال الشافعي: خروج المنيّ كيفما كان يعني سواء كان بشهوة أو بحمل ثقيل أو سقطة من مكان مرتفع أو غير ذلك يوجب الغسل لقوله ﷺ «الماء من الماء» أي الغسل من المني، ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالى. وإن كنتم جنباً فاطهروا. والجنب في اللغة من خرج منه المنيّ على وجه الشهوة، يقال أجنب الرجل: إذا قضى شهوته من المرأة، فالأمر بالتطهير يتناول من خرج منه المنيّ على وجه الشهوة، وغيره ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به. وقوله من

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٤٣ ح ٨١ و٣٤٦ ح ٨٥ وأبو داود ٢١٧ وأحمد ٣/٤٧ كلهم من حديث أبي سعيد زاد مسلم في أوله: إنما.

(٢) أثر عائشة في إسناده عبد ربه لم يرو عن أحد من أصحاب الأصول الستة. وهو مجهول وكذا أمه والصواب مارواه عبد الرزاق عن قتاده وعكرمة موقوفاً عليهما وهو عن عائشة منكر.

للخروج بالمزايلة إذ الغسل يتعلق بهما ولهما أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب **(والتقاء الختانين من**

وعكرمة نحوه فلا يتصور منيّ إلا من خروجه بشهوة، وإلا يفسد الضابط الذي وضعته لتمييز المياه لتعطي أحكامها قوله: **(ثم المعتبر الخ)** لا يجب الغسل إذا انفصل عن مقره من الصلب بشهوة إلا إذا خرج على رأس الذكر بالاتفاق، وإنما الخلاف في أنه هل تشترط مقارنة الشهوة للخروج؟ فعند أبي يوسف نعم، وعندهما لا فافهم مقصود الكتاب فإنه مزلقة. وقد أخطأ بعض الطلبة لعدم علمه بذلك من خارج، ولو تأمل قوله في دليل أبي يوسف إذ الغسل يتعلق بهما لزال الريب عنه، ومن فروع تعلقه بهما لو احتلم فوجد اللذة ولم ينزل حتى توضأ وصلى ثم أنزل اغتسل ولا يعيد الصلاة، وكذا لو احتلم في الصلاة فلم ينزل حتى أتمها فأنزل لا يعيدها ويغتسل. وقولهما أحوط لأن الجنابة قضاء الشهوة بالإنزال، فإذا وجدت مع الانفصال صدق اسمها، وكان مقتضى هذا ثبوت حكمها وإن لم يخرج، لكن لا خلاف في عدم ثبوت الحكم إلا بالخروج، فيثبت بذلك الانفصال من وجه وهو أقوى مما بقي، والاحتياط واجب وهو العمل بالأقوى من الوجهين فوجب، وتظهر ثمرة الخلاف في صور استمنى بكفه أو جامع امرأته في غير الفرج أو احتلم، فلما انفصل أخذ احليله حتى سكنت فأرسل فخرج بلا شهوة يجب عندهما لا عنده. ومنها اغتسل بعد الجماع قبل النوم أو البول أو المشي ثم خرج منه المني بلا شهوة يعيد عندهما لا عنده، وبعد أحدها يعيد بالاتفاق، وكذا لا يعيد الصلاة التي صلاها بعد الغسل الأول قبل خروج ما تأخر من المني اتفاقاً. قيل ومنها مستيقظ وجد بثوبه أو فخذه بللاً ولم يتذكر احتلاماً وشك في أنه مذي أو مني يجب عندهما لاحتمال انفصاله عن شهوة ثم نسي ورق هو بالهواء خلافاً له، وفيه نظر، فإن هذا الاحتمال ثابت في الخروج كذلك كما هو ثابت في الانفصال كذلك فالحق أنها ليست بناء عليه بل هو يقول لا يثبت وجوب الغسل بالشك في وجود الموجب وهما احتاط لقيام ذلك الاحتمال، وقياساً على ما لو تذكر الاحتلام ورأى ماء رقيقاً حيث يجب اتفاقاً حملا للرقة على ما ذكرنا. وقوله أقيس وأخذ به خلف بن أيوب وأبو الليث، ولو تيقن أنه مذي لا يجب اتفاقاً لكن التيقن متعذر مع النوم. وقولهما أحوط قال في التجنيس: لأن النوم مظنة الاحتلام فيحال به عليه، ثم يحتمل أنه كان منياً فرق بواسطة الهواء. وفي التجنيس: أغشي عليه فأفاق فوجد مذياً أو كان سكران فأفاق فوجد مذياً لا غسل عليه، ذكره أبو علي الدقاق، ولا يشبه النائم إذا استيقظ فوجد على فراشه مذياً حيث كان عليه الغسل إن تذكر الاحتلام بالإجماع، وإن لم يتذكر فعند أبي حنيفة ومحمد يجب. والفرق أن المني والمذي لا بد له من سبب، وقد ظهر في النوم تذكر أولاً لأن النوم مظنة الاحتلام فيحال عليه، ثم يحتمل أنه منيّ رق بالهواء، وللغذاء فاعتبرناه منياً احتياطاً، ولا كذلك السكران والمغشي عليه لأنه لم يظهر فيهما هذا السبب، ولو تذكر الاحتلام والشهوة ولم ير بللاً لا يجب

المرأة قيل إنما ذكره ليخرج قضاء شهوة البطن فإن قاضيها لا يسمى جنباً. وقيل ذكره اتفاقاً لوجوبه على المحتلم. وقيل الجنابة في اللغة موضوعة لذلك، والمحتلم وجب عليه الغسل لحديث أم سلمة في بعض ألفاظها «أنها لما سألت النبي ﷺ عن المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه الصلاة والسلام: أتجد لذلك لذة؟ قالت: نعم، قال عليه الصلاة والسلام: فلتغتسل» والحديث يعني قوله «الماء من الماء» محمول على خروج المني عن شهوة توفيقاً بين الأدلة، ولأن قوله من الماء يتناول المذي والودي وليس ثمة غسل بالإجماع فيراد به الخصوص، ويحمل على حالة الشهوة بدليل حديث أم سلمة. وقوله **(ثم المعتبر)** ظاهر، وثمرته تظهر فيمن أمسك ذكره بعد الانفصال بشهوة عن مكانه حتى سكنت الشهوة ثم ترك حتى خرج المنى من إحليله بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافاً لهما، هو قاس الخروج بالمزايلة بجامع تعلق الغسل بهما **(ولهما أنه متى وجب من وجه)** معناه أنا ذكرنا أن للشهوة مدخلاً في وجوب الغسل، وقد وجدت في حالة وهو الانفصال دون

قال المصنف: **(وعند أبي يوسف ظهوره)** أقول: يعني ظهوره مع الانفصال بشهوة قال المصنف: **(فالاحتياط في الإيجاب)** أقول: أي القول بالوجوب.

غير إنزال) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل» ولأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه، وكذا الإيلاج في الدبر لكمال السببية، ويجب على المفعول به احتياطاً، بخلاف البهيمة وما دون الفرج لأن السببية ناقصة. قال **(والحيض)** لقوله تعالى

اتفاقاً، ولو وجد الزوجان بينهما ماء دون تذكر ولا مميز بأن لم يظهر غلظه ورقته ولا بياضه وصفرته يجب عليهما الغسل، صححه في الظهيرية ولم يذكروا القيد فقالوا يجب عليهما. وقيل إذا كان غليظاً أبيض فعليه، أو رقيقاً أصفر فعليه فيفيدونه بصورة نقل الخلاف. والذي يظهر تقييد الوجوب عليهما بما ذكرنا فلا خلاف إذاً. ولو احتملت ووجدت لذة الإنزال لكن لم يخرج ماؤها إلى فرجها الظاهر لا غسل عليها في ظاهر الرواية. قال الحلواني: وبه يؤخذ. وقيل يجب بخلاف الرجل. وجه الظاهر حديث أم سليم قالت «يا رسول الله إن الله لا يستحي من الحق، هل على المرأة من غسل إذا هي احتملت؟ قال: نعم إذا رأت الماء»[(١)] وجه الثاني ما روي عنها أنها سألته ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقال ﷺ «إذا رأت ذلك فلتغتسل»[(٢)] والأول أصرح في تعلق الوجوب بالخروج، ويحتمل كون المراد بما يرى الرجل الاحتلام والماء فيوافق الأول فيجب حمله عليه لأنه الغالب إذ الغالب رؤية الماء مع الاحتلام، والحق أن الاتفاق على تعلق وجوب الغسل بوجود المني في احتلامها، والقائل بوجوبه في هذه الخلافية إنما يوجبه بناء على وجوده وإن لم تره يدل على ذلك تعليله في التجنيس احتلمت ولم يخرج منها الماء إن وجدت شهوة الإنزال كان عليها الغسل، وإلا لا لأن ماءها لا يكون دافقاً كماء الرجل، وإنما ينزل من صدرها، فهذا التعليل يفهمك أن المراد بعدم الخروج في قوله ولم يخرج منها لم تره خرج، فعلى هذا الأوجه وجوب الغسل في الخلافية، والاحتلام يصدق برؤيتها صورة الجماع في نومها وهو يصدق بصورتي وجود

الأخرى وهو الخروج، فبالنظر إلى الأول يجب، وبالنظر إلى الثاني لا يجب، والباب باب العبادات فنوجبه احتياطاً. وقد وقع في النهاية في بيان ذلك أن الخروج على وجه الشهوة قد وجد، والظاهر أنه سهو لأنه لو كان كذلك لارتفع النزاع. فإن قيل دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما إذا خرج الريح من المفضاة. أجيب بأن جهة الوجوب هنا راجحة لأن الموجب أصل، إذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة من العوارض النادرة فلا معتبر به، قيل وقوله قياس وقولهما استحسان والخائف من الريبة يأخذ بقول أبي يوسف وقوله **(والتقاء الختانين)** الختان موضع القطع من الذكر والأنثى، ومن عادتهم إختان الأنثى. وقوله **(من غير إنزال)** ليس بشرط لوجوب الغسل، فإنه لو أنزل وجب بالإجماع، وإنما ذكره نفياً لقول الأنصار رضي الله عنهم فإنهم قالوا لا يجب الغسل بالإكسال، واستدلوا بظاهر قوله ﷺ «الماء من الماء» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل» وهذا مفسر في هذا المعنى لا يقبل التأويل، ولا منافاة بين الحديثين فنعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابة تثبت بانفصال المنيّ عن شهوة بقوله «الماء من الماء» لما ذكرنا من تأويله، وبالإيلاج في الأدمي بقوله «إذا التقى الختانان» الحديث، وقد قررنا هذا الحديث في التقرير بتأييد الله، وفي قوله **(وتوارث الحشفة إشارة)** إلى أن مجرد التلاقي لا يوجبه، ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافاً لمحمد. والحشفة ما فوق الختان من رأس الذكر. وقوله **(ولأنه سبب الإنزال)** بيانه أن الشيء الذي يترتب عليه حكم إذا كان خفياً وله سبب ظاهر، يقام ذلك السبب الظاهر مقام ذلك الأمر الخفي، ويترتب عليه الحكم، وههنا التقاء الختانين سبب الإنزال، ونفس الإنزال الذي ترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل، وقد يخفى الإنزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام الإنزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر، والالتقاء مجاز للإيلاج لأنه سببه، وكذا الإيلاج في الدبر لكمال السببية حتى أن بعض الفسقة يرجحون قضاء الشهوة في الدبر على قضاء الشهوة في القبل لما يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٠ وأطرافه في ٢٨٢ و٣٣٢٨ و٦٠٩١ و٦١٢١ ومسلم ٣١٣ وأبو داود ٢٣٧ والترمذي ١٢٢ والنسائي ١/ ١١٤ وابن ماجه ٦٠٠ وأحمد ٦/ ٣٠٢، ٢٩٢ كلهم من حديث أم سلمة واللفظ للشيخان زاد مسلم: قالت أم سلمة: وتحتلم المرأة؟ فقال: تربت يداكِ فيم يشبهها ولدها وهذه الزيادة عند البخاري أيضاً.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٣١٢ بهذا السياق من حديث أنس قال: سألت امرأة... فائدة: لم يسمها لأن أم سليم هي والدة أنس بن مالك.

﴿حتى يطهرن﴾ بالتشديد) وكذا (النفاس) للإجماع. قال (وسن رسول الله ﷺ الغسل للجمعة والعيدين وعرفة

لذة الإنزال وعدمه، فلذا لما أطلقت أم سُلَيم السؤال عن احتلام المرأة قيد ﷺ جوابها بإحدى الصورتين فقال «إذا رأت الماء» ومعلوم أن المراد بالرؤية العلم مطلقاً فإنها لو تيقنت الإنزال بأن استيقظت في فور الاحتلام فأحست بيدها البلل ثم نامت فما استيقظت حتى جفّ فلم تر بعينها شيئاً لا يسع القول بأن لا غسل عليها مع أنه لا رؤية بصر بل رؤية علم ورأي يستعمل حقيقة في معنى علم باتفاق اللغة قال:

رأيت الله أكبر كل شيء ولو جومعت فيما دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها، أو جومعت البكر لا غسل عليها إلا إذا ظهر الحبل لأنها لا تحبل إلا إذا أنزلت، ولو جومعت فاغتسلت ثم خرج منها منيّ الرجل لا غسل عليها. امرأة قالت معي جني يأتيني في النوم مراراً وأجد ما أجد إذا جامعني زوجي لا غسل عليها، ولا يخفى أنه مقيد بما إذا لم تر الماء، فإن رأته صريحاً وجب كأنه احتلام قوله: **(والتقاء الختانين)** الختانان موضع القطع من الذكر والفرج وهو سنة للرجل مكرمة لها، إذا جماع المختونة ألذ، وفي نظم الفقه سنة فيهما، غير أنه لو تركه يجبر عليه إلا من خشية الهلاك، ولو تركته هي لا، والتعبير بغيبوبة الحشفة أولى لتناوله الإيلاج في الدبر، ولأن الثابت في الفرج محاذاتهما لا التقاؤهما قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** معنى الحديث ثابت في الصحيح والسنن كثيراً، وبهذا اللفظ في مسند عبد الله بن وهب[(١)]، وفي مصنف ابن أبي شيبة «إذا التقى الختانان وتوارت الحشفة فقد وجب الغسل» ولا يعارضه حديث «إنما الماء من الماء» فقد روى أبو داود والترمذي وصححه أن الفتيا التي كانوا يفتون إنما الماء من الماء كانت رخصة رخصها رسول الله ﷺ في بدء الإسلام ثم أمر بالاغتسال[(٢)] فصرح بالنسخ، ثم

وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن محاذاة الأمر في الصلاة تفسد صلاة غيره كالمرأة، ويجب على المفعول به احتياطاً أما عند أبي يوسف ومحمد فلأنهما يوجبان الحد الذي فيه للاحتياط في تركه فلأن يوجبا الغسل الذي الاحتياط في وجوبه أولى، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه يحتاط في الحد فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه، والاحتياط في كل باب بما يناسبه. وقوله **(بخلاف البهيمة وما دون الفرج)** متصل بقوله فيقام مقامه: أي يقام سبب الإنزال مقامه في السبيلين في الآدمي، بخلاف البهيمة فإنه لا يجب فيها الغسل بمجرد الإيلاج من غير إنزال، وبخلاف ما دون الفرج وهو التفخيذ والتبطين فإنه لا يجب فيه الغسل أيضاً لنقصان السببية إذا لم ينزل. قال والحيض لقوله تعالى ﴿حتى يطهرن﴾ اختلف الشارحون في تفسير كلامه، فمنهم من حمله على ظاهره وقال: نفس الحيض يوجب الغسل لأنه في معنى الجنابة من حيث المنع عن الصلاة والقراءة ودخول المسجد، ومنهم من حمله على أن معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لأنه لا يجب إلا عند انقطاعه وقال: لأنه يلازمه، ومنهم من حمله على أن معناه أن الخروج عن الحيض يوجب الغسل لأن الحيض ما دام باقياً لا يجب الغسل، والخروج عن

قوله: **(فمنهم من حمله الخ)** أقول: المراد من الأول الاتقاني، ومن الثاني حافظ الدين النسفي، ومن الثالث حميد الدين الضرير

---

(١) غريب بهذا اللفظ. مراد ابن الهمام الحديث الذي ساقه صاحب الهداية رواه فقط ابن وهب وكذا قال الزيلعي ١/ ٨٤ ونقل عن عبد الحق قوله: إسناده ضعيف جداً اهـ.

وأما قوله وفي مصنف ابن أبي شيبة: . . . فهذا رواه ابن ماجه ٦١١ من طريق ابن أبي شيبة بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة.

قال البوصيري في زوائده: إسناده ضعيف لضعف الحجاج بن أرطاة اهـ.

أما قول ابن الهمام ففي الصحيحين ثابت بمعناه. فهذا صواب.

أخرج مسلم ٤٣٩ وأبو داود ٢١٦ كلاهما من حديث أبي هريرة ولفظ مسلم: إذا جلس بين شعبها الأربع ومسّ الختانُ الختان فقد وجب الغسل وهو عند البخاري ٢٩١ ومسلم ٣٤٨ وابن ماجه ٦١٠ والدارمي ٧٦٣ وأحمد ٢/ ٥٢٠، ٣٩٣، ٢٣٤، ٤٧١، ٣٤٧ كلهم من حديث أبي هريرة: إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جَهَدَها فقد وجب الغسل.

ورواية لأحمد: اجتهد ورواية له: وأجهد نفسه.

(٢) صحيح أخرجه أبو داود ٢١٥ والترمذي ١١٠ و١١١ وابن ماجه ٦٠٩ كلهم عن أبي بن كعب قال: فذكره واللفظ لأبي داود. ورواه أحمد ٥/ ١١٥ و١١٦ والدارمي ٧٦٢ قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وكذا رواه البيهقي ١/ ١٦٥ و١٦٦ وقال: هذا إسناد موصول صحيح اهـ ونقل الزيلعي ١/ ٨٣ عن ابن أبي حاتم قال: سألت أبي عن حديث الماء من الماء فقال: كلها منسوخة بحديث أبي بن كعب.

والإحرام) نص على السنية، وقيل هذه الأربعة مستحبة، وسمى محمد الغسل يوم الجمعة حسناً في الأصل. وقال مالك رحمه الله: هو واجب لقوله عليه الصلاة والسلام «من أتى الجمعة فليغتسل». ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

ظاهر المذكور في الكتاب الوجوب بالإيلاج في الصغيرة التي لم تبلغ حد الشهوة والميتة الآدمية، وأصحابنا منعوه إلا أن ينزل، لأن وصف الجنابة متوقف على خروج المني ظاهراً أو حكماً عند كمال سببه مع خفاء خروجه لقلته وتكسله في المجرى لضعف الدفق لعدم بلوغ الشهوة منتهاها كما يجده المجامع في أثناء الجماع من اللذة بمقارية المزايلة فيجب حينئذ إقامة السبب مقامه، وهذا علة كون الإيلاج فيه الغسل فيتعدى الحكم إلى الإيلاج في الدبر، وعلى الملاط به إذ ربما يلتذ فينزل ويخفي لما قلنا، وأخرجوا ما ذكرنا لكنه يستلزم تخصيص النص بالمعنى ابتداء. وحكي في الوجوب على من غابت الحشفة في فرجه خلافاً في المبتغى قوله: (والحيض) أي انقطاعه، وكذا في النفاس قيل فيه نظر، إذ انقطاعه طهارة وإناطة الغسل بالحدث: أعني النجس الخارج أنسب، فالكلام على ظاهره، فالحيض نفسه سبب غير أنه لا يفيد حال قيامه كحال جريان البول، فإذا انقطع أفاد وحاصله أن الحيض موجب بشرط انقطاعه، والأولى منهما وزان ما قدمنا في المعاني الموجبة للغسل وبهما تمت الاغتسالات المفروضة، وشرع في المسنونة وهي الأربعة المذكورة. بقي غسل مستحب وهو غسل الكافر إذا أسلم غير جنب، فإن أسلم جنباً اختلف فيه فقيل لا يجب لأنهم غير مخاطبين بالفروع ولم يوجد بعد الإسلام جنابة، والأصح وجوبه لبقاء صفة الجنابة السابقة بعد الإسلام، فلا يمكنه أداء المشروط بزوالها إلا به فيفترض، ولو حاضت الكافرة فطهرت ثم أسلمت، قال شمس الأئمة: لا غسل عليها بخلاف الجنب. والفرق أن صفة الجنابة باقية بعد الإسلام فكأنه أجنب بعده، والانقطاع في الحيض هو السبب ولم يتحقق بعده، فلذا لو أسلمت حائضاً ثم طهرت وجب عليها الغسل. ولو بلغ الصبي بالاحتلام أو هي بالحيض قيل يجب عليها لا عليه فهذه أربعة فصول. قال قاضيخان: والأحوط وجوب الغسل في الفصول كلها اهـ ولا نعلم خلافاً في وجوب الوضوء للصلاة إذا أسلم محدثاً. وقد يقال: لا معنى للفرق بين هاتين، فإنه إن اعتبر حال البلوغ أوان انعقاد أهلية التكليف فهو كحال انعقاد العلة لا يجب عليهما، وإن اعتبر أوان توجه الخطاب حتى اتحد زمانهما وجب عليهما. والحيض إما حدث أو يوجب حدثاً في رتبة حدث الجنابة لما سنحققه في بابه، فوجب أن يتحد حكمه بالذي أسلم جنباً. وجوابه أن السبب في الحيض الانقطاع وثبوته بعد البلوغ لتحقق البلوغ بابتداء الحيض كي لا يثبت الانقطاع إلا وهي بالغة، بخلاف الجنابة قوله: (وقيل هذه الأربعة مستحبة) وهو النظر، فإن غسل الجمعة لا مرد لشرعيته، وكان واجباً على ما يفيده دليل مالك، وهو من

الحيض مستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة، وعزى هذا إلى الإمام حميد الدين، وفي الكل نظر. أما في الأوّل فلأن الحيض أسم للدم مخصوص، وقد تقدم أن الجوهر لا يصح أن يكون سبباً للمعنى، وأما في الثاني فلأن الانقطاع طهر الطهر لا يوجب الإطهار، ولا ملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع ووجود الانقطاع بعده فكان أحدهما منفكاً عن الآخر فلا ملازمة بينهما، على أن قوله لا يجب إلا عند انقطاعه يفيد الشرطية لا العلية، وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك، ويجوز أن يقال: معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم أن خروج النجس من بدن الإنسان يوجب تطهير جميع البدن، واكتفى بالأعضاء الأربعة فيما كثر وقوعه دفعاً للحرج، ووقوع الحيض ليس بكثير فبقي على الأصل كخروج المنيّ فكان مجازاً بالحذف من باب. واسأل القرية. إذ لا يلتبس أن نفس الدم لا يوجب شيئاً، ووجه التمسك بقوله تعالى ﴿حتى يطهرن﴾ بالتشديد على وجوب الاغتسال، أما بالنسبة إلى القربان فلأنه تعالى غيا حرمة القربان الذي كان حلالاً إلى الاغتسال، فينبغي أن تنتهي الحرمة به ويكون مأموراً به، وإلا لكانت حرمة مؤبدة،

قوله: (وإلا كانت حرمة مؤبدة) أقول: وفيه أن الحرمة تنتهي بمضي وقت صلاة عليها وإن لم تغتسل فلا يلزم من عدم اغتسالها صيرورة الحرمة مؤبدة قوله: (والتعريف الجامع لمني الرجل والمرأة أن يقال: ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة) أقول: وفيه أنه يصدق على واحد منهما.

«من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت، ومن اغتسل فهو أفضل» وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ، ثم هذا الغسل للصلاة عند أبي يوسف رحمه الله هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها،

رواية عمر بن الخطاب في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل»[(١)] وفي الصحيحين من حديث الخدري أنه ﷺ قال «غسل الجمعة واجب على كل محتلم»[(٢)] فإن عوّل في الجواب على النسخ مع ما دفع به من أن الناسخ[(٣)] وإن صححه الترمذي لا يقوي، قوة حديثِ الوجوبِ وليس فيه تاريخ أيضاً، فعند التعارض يقدم الموجب، فإذا نسخ الوجب لا يبقى حكم آخر بخصوصه إلا بدليل، والدليل المذكور يفيد الاستحباب، وكذا إن عوّل على أنه من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته، كما يفيده ما أخرج أبو داود عن عكرمة أن ناساً من أهل العراق جاؤوا فقالوا: يا بن عباس أترى الغسل يوم الجمعة واجباً؟ فقال لا، ولكنه طهور، وخير لمن اغتسل، ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب، وسأخبركم كيف بدء الغسل: كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم، وكان مسجدهم ضيقاً مقارب السقف إنما هو عريش، فخرج رسول الله ﷺ في يوم حارّ وعرق الناس في ذلك الصوف حتى صارت منهم رياح حتى آذى بعضهم بعضاً، فلما وجد ﷺ تلك الرياح قال: يا أيها الناس إذا كان هذا اليوم فاغتسلوا، وليمسّ أحدكم أمثل ما يجده من دهنه وطيبه. قال ابن عباس: ثم جاء الله بالخير ولبسوا غير الصوف وكفوا العمل ووسع مسجدهم وذهب بعض الذي كان يؤذي بعضهم بعضاً من العرق[(٤)]. وإن عوّل على أن المراد بالأمر الندب وبالوجوب الثبوت شرعاً على وجه الندب بالقرينة المنفصلة: أعني قوله ﷺ «ومن اغتسل فهو أفضل» فدليل الندب يثبت الاستحباب، إذ لا سنة دون المواظبة منه ﷺ وليس ذلك لازم الندب، ثم يقاس عليه باقي الاغتسال، وإنما يتعدى إلى الفرع حكم الأصل وهو الاستحباب. وأما ما روى ابن ماجه «كان ﷺ يغتسل يوم العيدين»[(٥)] وعن الفاكه بن سعد الصحابي أنه ﷺ كان يغتسل يوم عرفة ويوم النحر ويوم الفطر

وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله تعالى ﴿فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ وبقوله تعالى ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ وأما بالنسبة إلى الصلاة فلأن الاغتسال لما صار شرط الحل القربان بهذه الآية مع أن الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور فلأن يشترط الاغتسال لحل الصلاة والحال أنها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائماً أولى. وأما النفاس فإنما وجب الاغتسال فيه بالإجماع. قوله (وسنن رسول الله ﷺ) بيان للغسل المسنون (نص) يعني القدوري (على السنية) يعني في هذه الأربعة وقد قيل هذه الأربعة مستحبة يدل على ذلك تسمية محمد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٨٧٧ و٨٩٤ و٩١٩ ومسلم ٨٤٤ كلاهما من رواية عبد الله بن عمر مرفوعاً.
وأما من رواية عمر فأخرجه البخاري ٨٧٨، و٨٨٢ ومسلم ٨٤٥ وعمر على المنبر فقال: ألم تسمعوا رسول الله ﷺ يقول: إذا جاء أحدكم إلى الجمعة فليغتسل.
ورواية البخاري: إذا راح. ورواه أبو داود ٣٤٠.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ٨٧٩ ومسلم ٨٤٦ ح ٥، ٧، وأبو داود ٣٤١ ومالك ١٠٢ ح ٤ كلهم من حديث أبي سعيد. وكذا الدارمي ١٥٠٢.

(٣) حسن. مراد المصنف ما أخرجه أبو داود ٣٥٤ والترمذي ٤٩٧ والنسائي ٣/ ٩٤ والدارمي ١٥٠٤ وأحمد ٥/٨، ١١ والطيالسي ١٣٥٠ كلهم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً: من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل فالغُسل أفضل.
قال الترمذي: حديث سمرة حديث حسن.
قال الزيلعي ١/ ٨٨، ٨٩ وفي سماع الحسن من سمرة اختلاف اهـ.
وورد من حديث أنس أخرجه الطيالسي ٢١١٠ وابن ماجه من طريقه برقم ١٠٩١ وفي إسناده يزيد الرقاشي قال البوصيري في الزوائد: ضعيف اهـ.
وله طرق أخرى واهية أوردها الزيلعي في نصب الراية ١/ ٩٢.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٣ والحاكم ١/ ٢٨٠ والبيهقي ١/ ١٩٥ كلهم عن عكرمة عن ابن عباس وصححه الحاكم على شرط البخاري وأقره الذهبي.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٣١٥ عن ابن عباس قال: كان رسول الله ﷺ يغْتسل يوم الفطر ويوم الأضحى. قال البوصيري في زوائده: فيه جباره بن المغلّس. ضعيف وحجاج بن تميم ضعيف أيضاً.

وفيه خلاف الحسن، والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعاً للتأذي بالرائحة. وأما في عرفة والإحرام فسنبينه في المناسك إن شاء الله تعالى. قال (وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء) لقوله عليه الصلاة والسلام «كل فحل يمذي وفيه الوضوء» والودي: الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجاً فيكون

فضعيفان[1]، قاله النووي وغيره. وأما ما روى الترمذي وحسنه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه «أنه ﷺ تجرّد لإهلاله واغتسل»[2] فواقعة حال لا تستلزم المواظبة، فاللازم الاستحباب، إلا أن يقال إهلاله اسم جنس مضاف فيعم لفظ كل إهلال صدر منه فيثبت سنية هذا الغسل، هذا ومن الأغسال المندوبة: الاغتسال لدخول مكة، والوقوف بمزدلفة، ودخول مدينة النبي ﷺ، ومن غسل الميت، وللحجامة لشبهة الخلاف، ولليلة القدر إذا رآها، وللمجنون إذا أفاق، والصبي إذا بلغ بالسن نص عليه في الغاية، وكاذ يستحب للكافر إذا أسلم. قال في التجنيس: بذلك أمر ﷺ من جاءه يريد الإسلام، وظاهره وكذا واقعة ابن أثال تفيد أن الغسل قبل الإسلام للإسلام، ويكفي غسل واحد لسنتي العيد والجمعة إذا اجتمعا كما لفرضي جنابة وحيض. وبعد الاتفاق على الاكتفاء بغسل واحد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد أنه منهما أو أنه يقع من السابق منهما، وجه الأول أن كلا من الجنابة والحيض يوجب الغسل، فإذا اجتمعا لم يكن أحدهما بأولى من الآخر فيوجبانه فيكون منهما، وجه الثاني أن وجوبه للنجاسة الحكمية الكائنة بالحدث، وإذا جاءت بالسبب الأول لا يؤثر السبب الثاني إياها، وهذا لأنها واحدة تثبت بأسباب لا متعددة بتعدد الأسباب، فإذا ثبتت بأحدهما استحال أن تثبت بالثاني حال قيامها، وتظهر ثمرة الخلاف في امرأة

الغسل يوم الجمعة في الأصل حسناً وهو أقواهم حيث ذهب إلى وجوبه مالك لقوله عليه الصلاة والسلام «من أتى منكم الجمعة فليغتسل» رواه ابن عمر. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل» رواه سمرة بن جندب، وقوله فبها ونعمت أي بالسنة أخذ ونعمت الخصلة هذه أي الأخذ بالسنة (وبهذا) أي بهذا الحديث (يحمل ما رواه) مالك (على الاستحباب) توفيقاً بينهما (أو على النسخ) بدليل ما روي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم أنهما قالا: كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان يتأذى بعضهم برائحة بعض فأمروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأنفسهم، وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الحسن فإنه يقول غسل يوم الجمعة لليوم إظهاراً لفضيلته. قال عليه الصلاة والسلام: «سيد الأيام يوم الجمعة» ومعنى قوله (لزيادة فضيلتها) لأنها تؤدي بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها، وسيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلاة فيه. وفائدة الخلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم أحدث فتوضأ وصلى الجمعة فإنه ليس بمقيم للسنة عند أبي يوسف خلافاً للحسن،

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه ابن ماجه ١٣١٦ من حديث الفاكه بن سعد. قال البوصيري في زوائده: فيه يوسف بن خالد السمتي قال يحيى: كذاب خبيث. اهـ وقال السندي: كذبه غير واحد.
ومن هذا الطريق أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند ٤/٧٨ وكذا البزار والطبراني كما في نصب الراية ١/٨٥.
وقال الزيلعي: علة الحديث يوسف السمتي قال في الإمام. ابن دقيق العيد. تكلموا فأقطعوا فيه اهـ.
وكذا ضعف النووي كلا الحديثين كما ذكر ابن الهمام.
وفي مجمع الزوائد ٢/١٩٨ أخرج البزار من طريق محمد بن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ اغتسل للعيدين.
قال الهيثمي: فيه مندل فيه كلام ومحمد لا أعرفه ومن فوقه اهـ.
لكن ذكر الزيلعي ١/٨٦ أن محمداً هذا هو حفيد أبي رافع وهو علة الحديث قال البخاري: منكر الحديث اهـ.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٨٣٠ عن خارجة وقال: حسن غريب.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/١٧: قال ابن القطان: لم يصححه الترمذي لأن فيه عبد الله بن يعقوب المدني أجهدت نفسي في معرفة حاله فلم أجد أحداً ذكره اهـ.
لكن روى البزار والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/٢١٧ عن ابن عمر قال: من السنة أن يغتسل الرجل إذا أراد الإحرام قال الهيثمي: رجال البزار ثقات كلهم.
فهذا يشهد لحديث الترمذي. ويزيل غرابته.

معتبراً به. والمنيّ: خاثر أبيض ينكسر منه الذكر. والمذي: رقيق يضرب إلى البياض يخرج منه عند ملاعبة الرجل أهله. والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله تعالى عنها.

حلفت لا تغتسل من زوجها من جنابة فحاضت ثم جامعها ثم اغتسلت تحنث على الأول لا الثاني قوله: **(للصلاة الخ)** تظهر ثمرته فيمن لا جمعة عليه هل يسن له الغسل أولاً، وفيمن اغتسل ثم أحدث وتوضأ وصلى به الجمعة لا يكون له فضل غسل الجمعة عند أبي يوسف، وفيمن اغتسل قبل الغروب، وفي الكافي لو اغتسل قبل الصبح وصلى به الجمعة نال فضل الغسل عند أبي يوسف. وعند الحسن لا. واستشكله شارح الكنز لأنه لا يشترط وجود الاغتسال فيما سن الاغتسال لأجله، بل أن يكون فيه متطهراً بطهارة الغسل فلا يحسن نفي الحسن قوله: **(وفيهما الوضوء)** أورد: لا يتصور الوضوء من الودي لأنه يتعقب البول فيكون الوضوء من الناقض السابق. أجيب بأن المراد لو فرض خروجه ابتداء كان فيه الوضوء، وبأنه يتصور فيما لو توضأ على إثر بوله بلا مهلة ثم مشى فتحلل ودي وخرج حتى لو كان به سلس البول فوجد ذلك منه في الوقت كان عليه الوضوء، وبأن وجوب الوضوء بالبول لا ينافي وجوبه بالودي بل يجب بهما، حتى لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ حنث ذكره محمد. فعلم أن كلا منهما موجب إلا أنه اكتفى بوضوء واحد، وأنت إذا حققت أن الناقض يثبت الحدث ثم تجب إزالته عند وجوب المشروط وأن الحدث ما نعية اعتبرت قائمة بالأعضاء شرعاً إلى غاية استعمال المزيل، أو وصف اعتباري شرعاً يمنع إلى الغاية المذكورة، وكل منهما أمر واحد لا تعدد إلا في أسبابه. فالثابت بكل سبب هو الثابت بالآخر، إذ لا دليل يوجب خلاف ذلك لم يتأخر عن الحكم يكون الوضوء في مثله عن الحدث السابق على السبب الثاني، وأنه لم يوجب شيئاً لاستحالة تحصيل الحاصل. نعم لو وقعت الأسباب دفعة كأن رعف وبال وفسا معاً أضيف ثبوته إلى كلها فلا ينفي ذلك كون كل علة مستقلة لأن معنى الاستقلال كون الوصف بحيث لو انفرد أثر وهذه الحيثية ثابتة لكل في حال الاجتماع، كذا قرر في فصول الآمدي، وهو معقول يجب قبوله، وهذا قول الجرجاني من مشايخنا وإن كان قول محمد أن الوضوء منهما يقتضي أن الثاني أثر الحدث أيضاً كالأول، وعن أبي حنيفة نحوه. والحق أن لا تنافي بين كون الحدث بالسبب الأول فقط وبين الحنث لأنه لا يلزم بناؤه على تعدد الحدث بل على العرف، والعرف أن يقال لمن توضأ بعد بول ورعاف وتوضأ منهما. وعن الحلواني تفصيل بين كون الثاني من جنس الأول فيكون الوضوء عن الأول أو من غيره فمنهما قوله: **(لقوله ﷺ «كل فحل يمذي وفيه الوضوء»)**[1] أخرجه أبو داود وأحمد من حديث عبد الله بن سعد الأنصاري، وأخرج إسحاق والطحاوي من حديث عليّ نحوه[2]، وأصله

ووقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد **(والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعاً للتأذي بالرائحة، وأما في عرفة والإحرام فسنبينه في المناسك إن شاء الله تعالى، وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله ﷺ «كل فحل يمذي وفيه الوضوء»)** رواه أبو داود بإسناد صحيح. فإن قيل إذا كان الواجب الوضوء كان الواجب أن يذكرهما في فصل الوضوء أجيب بأنهما يشابهان المني فذكرهما في فصل الغسل، والأوجه أن يقال: إنما ذكرهما هنا لأن أحمد رحمه الله يقول بوجوب الغسل في رواية، فذكرهما هنا نفياً لما يقوله. فإن قيل إذا كان حكمه الوضوء كان

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١١ وأحمد ٤/ ٣٤٢ كلاهما من حديث عبد الله بن سعد الأنصاري قال: سألت رسول الله ﷺ عما يوجب الغسل وعن الماء يكون بعد الماء فقال: ذاك المذيُ. وكل فحل يمذي. فتغسل من ذلك فرجك وأنثيك وتوضأ وضوءك للصلاة. هذا لفظ أبي داود. وسكت عليه هو والمنذري قال في نصب الراية ١/ ٩٣: قال عبد الحق في أحكامه: إسناده لا يحتج به اهـ وله شواهد ورد من حديث معقل بن يسار أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٨٤ وضعفه.
وله شاهد سيأتي. فالحديث ضعيف لكن يحسن لشواهد.

(٢) حسن. أخرجه الطحاوي في شرح الآثار ١/ ٢٨ كما في ذيل نصب الراية وإسحاق في مسنده كما في نصب الراية ١/ ٩٤ كلاهما عن علي قال: كنت أجد مذياً فأمرت المقداد أن يسأل النبي ﷺ فقال: إن كل فحل يمذي فإن كان المني ففيه الغسل وإن كان المذي ففيه الوضوء. وإسناده حسن بمجموع طريقيه ويشهد له ما مرّ.

. . . .

عن عليّ في الصحيحين[١] شهير. وأما قوله والتفسير مأثور عن عائشة فقد تقدم ذكرنا له[٢].

[فرع] الجنب أولى بالماء المباح إذا وجده هو وحائض أو ومعه ميت وييمم الميت والحائض وكذا من المحدث.

ذكره مستغنى عنه بالكلية لأنه قد علم من قوله كل ما خرج من السبيلين. أجيب بأن ذكره للتأكيد، وقيل ذكره تصريحاً بالنفي لقول مالك فإنه لا يقول بوجوب الوضوء بهما. فإن قيل نقض الوضوء بالودي غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لأنه إنما يخرج على أثر البول وقد وجب الوضوء بالبول قبله فلا يجب بالودي بعده. أجيب بأجوبة منها أنه إذا بال فتوضأ ثم أودى فإنه يجب عليه الوضوء، ومنها أن من به سلس البول إذا توضأ للبول ثم أودى حالة بقاء الوقت تنتقض طهارته، ومنها أن الوضوء يجب في الودي لو تصور الانتقاض به، وفيه ضعف، والتفسير مأثور عن عائشة، وإنما مرادها منيّ الرجل خاصة لأن منيّ المرأة ليس خاثراً ولا أبيض وإنما هو رقيق أصفر كما جاء في الحديث، وليس ينكسر منه الذكر، والتعريف الجامع لمني الرجل والمرأة أن يقال: ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة.

---

(١) صحيح. مراده حديث علي قال: كنت رجلاً مذّاءً فأمرت المقداد أن يسأل النبي ﷺ فسأله فقال فيه الوضوء. أخرجه البخاري ١٣٢ و١٧٨ و٢٦٩ ومسلم ٣٠٣ من عدة طرق وأبو داود ٢٠٦ و٢٠٧ وأحمد ١/ ١٤٥، ١٢٩، ١١١، ١٢١، ١٢٤ كلهم من حديث علي واللفظ للبخاري ولفظ مسلم وأحمد: وكنت أستحيي أن أسأل النبي ﷺ لمكان ابنته فأمرت المقداد بن الأسود فسأله فقال: يغسل ذكره ويتوضأ. ورواية لابن ماجه عن علي سئل النبي ﷺ ٥٠٤ ووقع في رواية لأحمد ١/ ١١١ والترمذي ١١٤ عن علي: سألت. لم يذكر المقداد.

(٢) قوله: أثر عائشة. تقدم في ١/ ٦١ وهو منكر عن عائشة والصواب عن عكرمة وقتادة.

باب الماء الذي يجوز به الوضوءُ وما لا يجوز

(الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار والبحار) لقوله تعالى. وأنزلنا من السماء ماء طهورا. وقوله عليه الصلاة والسلام «الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه» وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر «هو الطهر ماؤه والحل مَيتته» ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه. قال **(ولا يجوز بما**

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

قوله لقوله تعالى. ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهوراً﴾[الفرقان: ٤٨] يستدل به على عموم الدعوى إن كانت كل المياه أصلها من السماء، وإنما سلكت ينابيع في الأرض كما قال تعالى ﴿ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الأرض﴾ وعلى بعضها إن لم يكن كذلك. واعلم أن الدعوى هي أنه يجوز التوضي بهذه المياه، وليس في النص المذكور ولا الأحاديث ما يوجب ذلك، بل إنما أفادت وصف الماء بالطهورية، والأصحاب مصرحون بأن ليس معنى الطهور لغة ما يطهر غيره، بل إنما هو المبالغ في طهارته، أي طهارته قوية ولا يستلزم ذلك كونه يطهر غيره، وسيأتي تمامه مع مالك رضي الله عنه، وكون الإجماع على أن الموصوف بلفظ طهور في لسان الشرع ما يطهر غيره دليل آخر كان يمكن أن يستدل به. وأما النص المذكور باستقلاله لا يوجبه، فكان الوجه أن يستدل بقوله تعالى ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾ [الأنفال ١١] وحديث «الماء طهور»[1] حاصل كلامهم فيه أنه مع

باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز

معنى الباب في اللغة النوع، وقد يعرف بأنه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقبت بباب كذا. ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما تحصل به الطهارة وهو الماء المطلق **(الطهارة من الأحداث)** غليظاً كان الحدث أو خفيفاً **(جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهوراً وقوله عليه الصلاة والسلام «الماء طهور لا ينجسه شيء»)** الحديث. ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر الماء في الآية مطلقاً، والمطلق ما يتعرّض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه. لا يقال: الآية تدل على أن الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلاً من السماء لأن الله تعالى قال ﴿ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الأرض﴾ وقال ﴿أنزل من السماء ماء فسالت أودية بقدرها﴾ وسيأتي الكلام على الحديث، وذكر الأحداث ليس للتخصيص لأن الطهارة من الخبث أيضاً تحصل بهذه المياه، لكن لما كان التبويب لماء يحصل به الوضوء ذكر ذلك. قوله **(ولا يجوز بما اعتصر)** بالقصر على أنها موصولة هكذا

باب الماء

أقول: فيقدر المضاف في قوله باب الماء: أي مسائل الماء قال المصنف: (لقوله تعالى ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهوراً﴾) أقول: في

---

(١) ضعيف. مراد المصنف ما أورده صاحب الهداية بلفظ: الماء طهور لا ينجسه شيء. إلا ما غيّر لونه أو طعمه أو ريحه. فبهذا اللفظ لا يوجد لذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٩٤ غريب بهذا اللفظ وقد أخرج ابن ماجه عن أبي أمامة مرفوعاً بلفظ: إن الماء طهور لا ينجسه إلا ما غلب على ريحه وطعمه ولونه اهـ.
وهذا أخرجه ابن ماجه ٥٢١ كتاب الطهارة باب الحياض وليس فيه لفظ: طهور. ولعله سقط من بعض النسخ.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف رشدين بن سعد.
وقال الزيلعي ١/ ٩٤: هذا حديث ضعيف رشدين جرحه النسائي وابن حبان وأبو حاتم. وشيخه معاوية بن صالح قال عنه أبو حاتم: لا يحتج به اهـ.
وله طرق وألفاظ أخرى وكلها واهية انظر نصب الراية ١/ ٩٤ ولذا اختصر ابن الهمام ذلك كله فقال: الحديث مع الاستثناء ضعيف. يعني لفظ: إلا ما غير... هذا هو الاستثناء وأما صدره وسيأتي بعده.

اعتصر من الشجر والثمر) لأنه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول إلى التيمم والوظيفة في هذه الأعضاء تعبدية

الاستثناء ضعيف برشدين بن سعد وبدونه من رواية أبي داود والترمذي من حديث الخدري «قيل يا رسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة وهي بئر تلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن؟ فقال ﷺ: الماء طهور لا ينجسه شيء»[1] وحسنه الترمذي وابن القطان وإن ضعفه بسبب الخلاف في تسمية بعض أهل السند، وقد قال: وله إسناد صحيح فذكره، وكذا قال الإمام أحمد: هو حديث صحيح، فحينئذ يستدل بالقدر الصحيح على طهورية الماء، وبالإجماع على تنجسه بتغير وصفه بالنجاسة. وأما إنه لا يتنجس إلا إذا تغير كما قال مالك إذ لا يمكن الاستدلال عليه بذلك القدر والإجماع على تنجسه بالتغير يفيد أن ظاهره غير مراد. نعم له طريق نذكرها عند الكلام مع الإمام مالك إن شاء الله تعالى، وحديث «هو الطهور ماؤه» عن أبي هريرة رواه أصحاب السنن الأربعة «أن رجلاً سأل النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا أفنتوضأ من البحر؟ فقال ﷺ: هو الطهور ماؤه الحلّ ميتته»[2] صححه الترمذي. وقال: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: حديث صحيح هذا. وأما ما أعل به من جهالة سعيد بن سلمة والمغيرة بن أبي بردة والاختلاف في سعيد بن سلمة هل هو

المسموع وقوله (**لأنه ليس بماء مطلق**) لأنه عند إطلاق الماء لا ينطلق عليه، وتحقيق ذلك أنا لو فرضنا في بيت إنسان ماء بئر أو بحر أو عين أو ماء اعتصر من شجر أو ثمر فقيل له هات ماء لا يسبق إلى ذهن المخاطب إلا الأوّل، ولا نعني بالمطلق والمقيد إلا هذا (**والحكم**) وهو الطهارة (**عند فقده**) أي فقد الماء المطلق (**منقول إلى التيمم**) قال تعالى ﴿**فلم تجدوا ماء فتيمموا**﴾ وقوله (**والوظيفة الخ**) جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر أو الثمر وإن لم يكن ماء مطلقاً لكنه في معناه في الإزالة فيلحق بالمطلق. ووجهه أن الوظيفة في هذه الأعضاء تعبدية فلا تتعدى إلى غير المنصوص عليه، ومعناه أن شرط

الاستدلال بالآية نوع خفاء، إذ المفهوم منها أن ماء طهوراً أنزل من السماء، والمدعي أن كل ماء أنزل من السماء طهور، والفرق بين المعنيين بين قوله: (**لا يقال: الآية تدل على أن الماء المنزل من السماء طهور الخ**) أقول ولك أن تقول يكفي ذلك لغرض المصنف، فإن الاستدلال على بعض المدعي ثم الكل طريقة يسلكها المصنف كثيراً قوله: (**لكن لما كان التبويب لماء يحصل به الوضوء ذكر فلك**) أقول: وإنما كان التبويب له لأنه ذكر نواقضه قبله وما يوجب الغسل، فلما ذكر الحدث ناسب أن يذكر ما يزيله قال المصنف: (**ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه**) أقول: بيان وجه التمسك بالحديث: أي مطلق اسم الماء المذكور في الحديث وهو قوله ﷺ «خلق الماء طهوراً» قوله: (**قلت قياساً لا دلالة لأنه معقول المعنى**) أقول: فإنه معلول بإزالة العين عن المحل اهـ.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٦٦ و٦٧ والترمذي ٦٦ والنسائي ١/ ١٧٤ والبيهقي ١/ ٤، ٥ والدارقطني ١/ ٣٠، ٣١ والطيالسي ٢١٩٩ وأحمد ٣/ ١٥، ٣١، ٨٦ والشافعي ٣٥ من طرق عدة من حديث أبي سعيد.
قال الترمذي: حديث حسن وقد جوّد أبو أسامة هذا الحديث.
وفي تلخيص الحبير ما ملخصه حسنه الترمذي وصححه أحمد ويحيى بن معين وابن حزم اهـ ابن حجر ١/ ١٢، ١٣.
فائدة: قال الخطابي في معالم السنن ٦١: قد يتوهم بعض الناس أنهم كانوا يفعلون ذلك قصداً والصواب أن بئر بضاعة كانت في منحدر وكانت السيول تكسح الأقذار ونحوها إليه. إلا أنه بئر بضاعة هذا كان كثير المياه فلا يتأثر بذلك ولا يتغير ماؤه اهـ باختصار مع التصرف.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٨٣ والترمذي ٦٩ والنسائي ١/ ١٧٦ وابن ماجه ٣٨٦ والدارمي ٧٣٠ والدارقطني ١/ ٣٦، ٣٧ والبيهقي ١/ ٣ والحاكم ١/ ١٤٠، ١٤١ ومالك ٢٢ ح ١٢ والشافعي ٤٢ وأحمد ٢/ ٢٣٧، ٣٦١، ٣٩٣ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة قال الترمذي: حسن صحيح وكذا صححه الحاكم وأقره الذهبي.
وفي نصب الراية ١/ ٩٦ قال الترمذي: سألت البخاري عنه فقال: صحيح.
وله شواهد ورد من حديث جابر أخرجه ابن ماجه ٣٨٨ والدارقطني ١/ ٣٤ والحاكم ١/ ١٤٣ وأحمد ٣/ ٣٧٣ ومن حديث علي أخرجه الدارقطني ١/ ٣٥ والحاكم ١/ ١٤٣ ومن حديث أبي بكر أخرجه الدارقطني ١/ ٣٥.
فهذا بمجموع طرقه صحيح وقد صححه البخاري والترمذي والحاكم والذهبي وغيرهم فلا عبرة بمن أعله وقد أطال ابن الهمام في تقويته والرد على من ضعفه وسبقه الزيلعي في نصب الراية ١/ ٩٥ ٩٩.

فلا تتعدى إلى غير المنصوص عليه. وأما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لأنه ماء يخرج من غير علاج، ذكره في جوامع أبي يوسف رحمه الله.

هذا أو عبد الله بن سعيد فمدفوعان بإظهار معرفتهما، وإقامة مالك في الموطإ السند عن صفوان بن سليم وتابعه الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن الجلاح بن كثير وابن وهب عن عمرو بن الحرث عن الجلاح عن سعيد ابن سلمة أخرجهما البيهقي فلا يضر الخلاف بعد هذا. وأما الإعلال بالإرسال لأن يحيى بن سعيد رواه عن المغيرة ابن أبي بردة أن ناساً من بني مدلج أتوا رسول الله ﷺ وهو أحفظ من صفوان بن سليم وأثبت من سعيد بن سلمة اللذين روياه عن ابن أبي بردة عن أبي هريرة فمبني على أن إرسال الأحفظ مقدم على الوصل من الثقة دونه، وهو غير المذهب المختار عند المحققين على ما عرف في موضعه، وكذا الإعلال باضطراب هشيم مدفوع بأنه إنما يلزم لو اتفق عليه فيه، فإما وقد رواه أبو عبيد عن هشيم على الصواب فلا. وأما قوله: السنة وردت بغسل الميت بالماء الذي أغلي فيه السدر فالله أعلم به، والذي في الصحيحين قوله ﷺ في الذي وقصته ناقته «اغسلوه بماء وسدر»[1] الحديث ليس فيه غلي قوله: (والوظيفة في هذه) جواب سؤال هو: سلمنا أن المعتصر من الشجر ليس بمطلق لكن لم لم يلحق بالمطلق في إزالة الحكمية كما ألحقه أبو حنيفة به في إزالة الحقيقة؟ فأجاب بامتناع الإلحاق لفوات شرطه. فإن حكم الأصل: أعني إزالة الحكمية غير معقول، إذا لا نجاسة على الأعضاء محسوسة يزيلها الماء ليلحق به المانع في ذلك، بل الكائن اعتبار شرعي محض له حكم النجاسة إذ منعت الصلاة معه، وقد عين لإزالته شرعا آلة فلا يمكن إلحاق غيرها بها في ذلك، بخلاف إناطة ذلك الاعتبار نفسه بخروج النجاسة لما عقل اعتبار خروجها مؤثراً في ذلك دار معه سواء كانت من السبيلين أو غيرهما، فلا ينافي كلامه هذا قوله فيما تقدم أن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وأن الاقتصار على الأربعة غير معقول قوله: (وقال الشافعي) اعلم أن الاتفاق على أن الماء المطلق تزال به الأحداث أعني ما يطلق عليه ماء، والمقيد لا يزيل لأن الحكم منقول إلى التيمم عند فقد المطلق في النص، والخلاف في الماء الذي خالطه الزعفران ونحوه مبني على أنه تقيد بذلك أولاً فقال الشافعي وغيره: تقيد لأنه يقال ماء الزعفران ونحن لا ننكر أنه يقال ذلك ولكن لا يمتنع مع ذلك ما دام المخالط مغلوباً أن يقول القائل فيه هذا ماء من غير زيادة، وقد رأيناه يقال في ماء المدّ والنيل حال غلبة لون الطين عليه، وتقع الأوراق في الحياض زمن الخريف فيمرّ الرفيقان ويقول أحدهما للآخر هنا ماء تعال نشرب نتوضأ، فيطلقه مع تغير أوصافه بانتفاعها، فظهر لنا من اللسان أن المخالط المغلوب لا يسلب الإطلاق فوجب ترتيب حكم المطلق على الماء الذي هو

القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً به عن القياس، وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس، بخلاف إزالة النجاسة الحقيقية فإنها معقولة المعنى لوجودها حساً فجاز فيها الإلحاق على قول أبي حنيفة وأبي يوسف. ولقائل أن يقول: هب أنه لا يمكن التعدية بطريق القياس فليلحق بطريق الدلالة فإن كونه معقولاً ليس بشرط فيها. والجواب أن سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لأن الماء مبذول عادة لا يبالي بحبسه وسائر المائعات ليس كذلك. فإن قلت: فكيف ألحقته به في النجاسة الحقيقية؟ قلت: قياساً لا دلالة لأنه معقول المعنى. فإن قلت: من شرط الدلالة أن يكون الملحق في معنى الأصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير، والوصف فيما نحن فيه هو إزالة النجاسة، والماء والمائع سيان في ذلك، وكون الماء مبذولاً لا مدخل له في ذلك. قلت: إنهما سيان في إزالة النجاسة الحقيقية أو مطلقاً، والأول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع. وقوله (وفي الكتاب) يعني مختصر القدوري. وقوله (فأخرجه عن طبع الماء) كالتفسير لقوله غلب

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٩ و١٨٥٠ و١٨٥١ ومسلم ١٢٠٦ من عدة طرق وأبو داود ٣٢٣٨ و٣٢٤١ والترمذي ٩٥١ والنسائي ٥/ ١٩٥ والدارمي ١٧٩٤ كلهم من حديث ابن عباس وسيأتي في كتاب الحج.

وليس فيه كون الماء مغلياً فلعل المرغيناني ذكره بالمعنى وذكر المرغيناني له سيأتي بعد أسطر.

وفي الكتاب إشارة إليه حيث شرط الاعتصار. قال **(ولا)** يجوز **(بماء غلب عليه غيره فأخرجه عن طبع الماء كالأشربة والخل وماء الباقلا والمرق وماء الورد وماء الزردج)** لأنه لا يسمى ماء مطلقا، والمراد بماء الباقلا وغيره ما تغير بالطبخ، فإن تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به. قال **(وتجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه، كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن أو الزعفران أو الصابون أو الأشنان)** قال الشيخ الإمام: أجري في المختصر ماء الزردج مجرى المرق، والمروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح، كذا اختاره الناطفي والإمام السرخسي رحمه الله.

كذلك. وقد اغتسل ﷺ يوم الفتح من قصعة فيها أثر العجين رواه النسائي[١]، والماء بذلك يتغير ولم يعتبر للمغلوبية قوله: **(والإضافة إليه كالإضافة إلى البئر والعين)** معناه أن الإضافة إلى الزعفران ونحوه لا تمنع الإطلاق كما لا تمنعه الإضافة إلى البئر والعين، فالتشبيه ليس إلا في عدم امتناع الإطلاق وحيث قبل المطلق كان مطلقاً ولزمه حكمه من إزالة الحكمية شرعاً، إذ زواله بارتفاعه وهو بأن يحدث له اسم على حدة ولزوم التقييد يندرج فيه، وإنما يكون ذلك إذا كان الماء مغلوباً إذ في إطلاقه على المجموع حينئذ اعتبار الغالب عدماً وهو عكس الثابت لغة وعرفاً وشرعاً بقي تحقيق الغلبة بماذا يكون فصرح المصنف بأنها بالأجزاء. ونقل بعضهم فيه خلافاً بين الصاحبين، وهو أن محمداً يعتبره باللون وأبا يوسف بالأجزاء، وفي المحيط عكسه، والأول أثبت فإن صاحب الأجناس نقل قول محمد نصاً بمعناه. قال محمد في الماء الذي يطبخ فيه الريحان والأشنان[٢]: إذا لم يتغير لونه حتى يحمرّ بالأشنان أو يسودّ

عليه غيره. وقوله **(كالأشربة الخ)** إن أراد بها الأشربة المتخذة من الشجر كشراب الرمان والحماض، وبالخل الخل الخالص كانا من نظير المعتصر من الشجر والثمر، وكان ماء الباقلا والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره فكان فيه صنعة اللف والنشر، وإن أراد بالأشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوط به ومن الخل الخل المخلوط بالماء كنت الأربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره. والباقلا إذا شدّدت اللام فهو مقصور وإذا خففت فممدود. وماء الزردج هو مايخرج من العصفر المنقوع. وقوله **(ما تغير بالطبخ)** قيل المراد بالتغير الثخونة فإنه يصير مرقاً. قوله **(فغير أحد أوصافه)** التي هي الطعم واللون، والريح إشارة إلى أنه إذا غير الوصفين لا يجوز التوضي به. قال في النهاية: لكن المنقول عن الأساتذة أنه يجوز حتى إن أوراق الأشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم والرائحة ثم إنهم يتوضأون منها من غير نكير، وكذا أشار في شرح الطحاوي إليه ولكن شرطه أن يكون باقياً على رقته، أما إذا غلب عليه غيره فصار به ثخيناً فلا يجوز. فإن قيل: قد تقدم من قول النبي ﷺ «إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه» وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير أحد الأوصاف. أجيب بأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام «لا ينجسه شيء» أي لا ينجسه شيء نجس وكلامنا في المختلط الطاهر. وقوله **(أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق)** أي في عدم جواز التوضي بهما **(والمروي عن أبي يوسف أنه بمنزلة ماء الزعفران)** وسنذكر حكمه وقوله **(وهو الصحيح)** لأنه خالطه طاهر فغير أحد أوصافه كماء الزعفران.

قال المصنف: **(وفي الكتاب إشارة إليه)** أقول: أي إلى جواز التوضي بما يقطر من الكرم قال المصنف: **(كماء المد)** أقول: المد هو السيل قال المصنف: **(ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة)** أقول: قال عصام الدين: منقوض بماء الباقلاء حيث لم يتجدد له اسم ولم يبق ما مطلقاً والجواب أن المراد هو الاستلزام الأكثري، فإن الغالب في المقيد تجدد الاسم كالخبز والمرقة والصبغ ونحو ذلك بخلاف المطلق، وهذا القدر كاف في غرضنا، إذ الأولى في الفرد الذي يشتبه حاله أن يلحق بالأكثر الأغلب اهـ. وأقول: لك أن تمنع الأكثرية، ألا ترى إلى ماء الورد وماء الهندبا وماء الخلاف وأشباهها

---

(١) أخرجه النسائي ١/١٣١ من طريق مجاهد عن أم هانىء: أن رسول الله ﷺ اغتسل هو وميمونة من إناء واحد من قصعة فيها أثر العجين وكذا رواه ابن ماجه ٣٧٨ والبيهقي ١/٧ ومجاهد لم يسمع أم هانىء لكن رواه البيهقي فذكر واسطة.

(٢) الأشنان: شيء يلتف على شجر البلوط والصنوبر يستعمل قديماً كمطهر ومنظف وقد تقدم.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز التوضي بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الأرض لأنه ماء مقيد، ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن الماء لا يخلو عنها عادة ولنا أن اسم الماء باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة وإضافته إلى الزعفران كإضافته إلى البئر والعين، ولأن الخلط القليل لامعتبر به لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض فيعتبر الغالب، والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح. فإن تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار

بالريحان وكان الغالب عليه الماء فلا بأس بالوضوء به. فمحمد يراعي لون الماء وأبو يوسف اعتبر غلبة الأجزاء، ولا بأس بالوضوء بماء السيل مختلطاً بالعين إن كانت رقة الماء غالبة، فإن كان الطين غالباً فلا. وصرح في التجنيس بأن من التفريع على اعتبار الغلبة بالأجزاء قول الجرجاني إذا طرح الزاج أو العفص في الماء جاز الوضوء به إن كان لا ينقش إذا كتب به، فإن نقش لا يجوز والماء هو المغلوب. وفي الينابيع لو نقع الحمص والباقلاء وتغير لونه وطعمه وريحه يجوز التوضي به فإن طبخ، فإن كان إذا برد ثخن لا يجوز الوضوء به، أو لم يثخن ورقة الماء باقية جاز. وعبارة القدوري تعطي أن تغير وصفين يمنع لا وصف. واقتحم شارح الكنز رحمه الله التوفيق بين كلام الأصحاب بإعطاء ضابط في ذلك وهو أن التقييد المخرج عن الإطلاق بأمرين: الأوّل كمال الامتزاج وهو بالطبخ مع طاهر لا يقصد به المبالغة في التنظيف أو بتشرب النبات على وجه لا يخرج منه إلا بعلاج، فخرج الماء الذي يقطر من الكرم بنفسه. الثاني غلبة المخالط، فإن كان جامداً فبانتفاء رقة الماء وجريانه على الأعضاء، وإن كان مائعاً موافقاً للماء في أوصافه الثلاثة كالماء المستعمل على الرواية المختارة من طهارته فبالأجزاء وإن كان يخالفه فيها فبتغييره أكثرها أو في بعضها فبغلبة ما به الخلاف، كاللبن يخالف في الطعم واللون، فإن غلب لونه وطعمه منع وإلا جاز، وكذا ماء البطيخ يخالفه في الطعم فتعتبر الغلبة فيه بالطعم. والوجه أنه يخرج من الأقسام ما خالط جامداً فسلب رقته وجريانه لأن هذا ليس بماء مقيد والكلام فيه، بل ليس بماء أصلاً كما يسير إليه قول المصنف فيما يأتي قريباً في المختلط بالأشنان إلا أن يغلب فيصير كالسويق لزوال اسم الماء عنه قوله: **(وقال مالك، إلى قوله: لما روينا)** يعني الماء طهور الخ، وتقدم عدم صحة الاستدلال به على الحصر المذكور. ولنذكر تلك الطريقة الموعودة. قال الشيخ تقي الدين: من غريب ما يستدل به عليه حديث أبي ثعلبة أخرجاه عنه قال «قلت يا رسول الله إنا بأرض

واعلم أن ما ذكر في المختصر إن كان على إطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظة كان بين رواية المختصر والمروي عن أبي يوسف خلاف، وإن كان المراد به ما إذا كان الماء مغلوباً بأجزاء الزردج فلا خلاف بينهما، والإمام الناطفي والسرخسي اختار المروي عن أبي يوسف. وقوله **(وقال الشافعي)** ظاهر، وقوله **(وإضافته إلى الزعفران كإضافته إلى البئر)** يعني أنها للتعريف لا للتقييد، والفرق بينهما أن المضاف إذا لم يكن خارجاً من المضاف إليه بالعلاج فالإضافة للتعريف. وماء الزعفران وماء البئر وماء العين من هذا القبيل، وإن كان خارجاً منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم، فبقي الاعتبار للخلط، ويعتبر فيه الغلبة بالأجزاء، فإن كانت أجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به، وإن كانت أجزاء المخلوط غالبة بأن صار ثخيناً زال عنه رقته الأصلية لم يجز. وقوله **(وهو الصحيح)** نفي لقول محمد فإنه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم، وبيان ذلك ما قيل الطاهر المخلوط بالماء إما أن يكون لونه كلون الماء أو لا فإن كان الثاني والزعفران والعصفر فالعبرة للون، فإن غلب لون الماء جاز الوضوء به، وإن لم يغلب لم يجز، فإن كان الأول كماء البطيخ والأشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا، وإن لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الأجزاء وإنما كان الأول صحيحاً لأن الغلبة بالأجزاء غلبة حقيقية، إذ وجود الشيء المركب بأجزائه فكان اعتبارها أولى. وقوله **(بعد ما خلط به غيره)** إنما قيد به لأن الماء إذا طبخ وحده وتغير جاز الوضوء به. وقوله **(إلا إذا طبخ فيه)** استثناء من قوله لا يجوز التوضي به، وإنما جاز بذلك لأن السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي أغلي بالسدر إلا إذا صار غليظاً بحيث لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه. قال **(وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به)** أراد بالماء ما لا يكون جارياً ولا في حكمه وهو الغدير العظيم لذكره هذا بعد هذا، وقد وقع في بعض

غيرته إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه، لأن الميت قد يغسل بالماء الذي أغلي بالسدر، بذلك وردت السنة، إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه **(وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلاً كانت النجاسة أو كثيراً)** وقال مالك رحمه الله: يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه لما روينا. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان الماء قلتين لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً» ولنا حديث المستيقظ من منامه، وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم ولا

أهل كتاب أفنأكل في آنيتهم؟ قال: إن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها»[1] وفي رواية أبي داود «إنا نجاور قوماً أهل كتاب وهم يطبخون في قدورهم الخنزير ويشربون في آنيتهم الخمر»[2] فذكره. وحديث عمران بن حصين في وضوء النبي ﷺ من مزادة المشركة[3]، فإن الأول يدل على نجاسة الإناء والثاني على طهارة الماء، فجمعهما بأن النجاسة ما لم تؤثر في الماء لم تغيره، لكن جمهور العلماء على أن النهي في الحديث السابق للكراهة. والأمر بالغسل للندب لا للنجاسة ما لم تتحقق لما ثبت من أكله ﷺ في بيت اليهودية التي سمته ﷺ[4]. وروى أحمد في مسنده أنه ﷺ أضافه اليهودي بخبز وإهالة سنخة[5] فإنهما يقتضيان مع عدم تنجس المأكول عدم تنجس الإناء، إذا لا يقال في الطعام إنه لا يتنجس ما لم يتغير، على أن الحديث روي مع الاستثناء من طريقين من غير طريق رشدين للبيهقي: أحدهما عن عطية بن بقية بن الوليد عن أبيه عن ثور بن يزيد عن راشد بن سعد عن

نسخ الهداية: قليلاً كانت النجاسة أو كثيراً، وفي بعضها قليلاً كان أو كثيراً، وهو لفظ المختصر. وتوجيه الأولى أن يقال شبه فعيلاً بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول في حذف علامة التأنيث كما في قوله تعالى ﴿إن رحمة الله قريب من المحسنين﴾ وفي قوله (قليلاً) احتراز عن قول مالك فإنه لا يتنجس الماء عنده إذا لم ير لها أثر. وقوله (كثيراً) مستدرك لأن قليل النجاسة إذا كان مانعاً فالكثير أولى. وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلاً كان أو كثيراً إذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به، والقليل ما يكفي الوضوء والغسل كذا قيل: وقوله قليلاً احتراز عن قول مالك، وقوله كثيراً احتراز عن قول الشافعي، فإن مالكاً يجوّز الوضوء بالقليل وإن وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير أحد أوصافه، ويستدل بما روينا من قوله ﷺ «الماء طهور لا ينجسه شيء، إلا ما غير لونه أو طعمه» الحديث. والشافعي يجوّزه إذا كان الماء قلتين لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً» واضطربت أقوالهم في مقدار القلتين، فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون مناً، وقيل ثلثمائة منّ تقريباً لا تحديداً، وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع قربتين وشيئاً. ولنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله ﷺ «إذا استيقظ

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٩٦ كتاب الصيد ومسلم ١٩٣٠ وأبو داود ٣٨٣٩ والترمذي ١٧٩٧ وابن ماجه ٣٢٠٧ والدارمي ٢٤٠٤ وأحمد ٤/ ١٩٥ والطيالسي ١٠١٤ كلهم من حديث أبي ثعلبة.

(٢) هذا اللفظ لأبي داود ٣٨٣٩ وتقدم في الذي قبله.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٣٤٤ كتاب التيمم. وأحمد ٤/ ٤٣٤، ٤٣٥ والبيهقي ١/ ٣٢، ٢١٨، ٢١٩، كلهم من حديث عمران ابن حصين في خبر طويل وفيه: ثم سار النبي ﷺ فاشتكى الناس من العطش فنزل فدعا فلاناً. كان يسميه أبو رجاء نسبه عوف. ودعا علياً فقال: اذهبا فابتغيا الماء فانطلقا فتلقيا امرأة بين مزادتين من ماء على بعير لها فقالا: أين الماء؟ قالت: عهدي بالماء أمس هذه الساعة. ونفرنا خلوفاً. قالا لها: انطلقي إذا قالت: إلى أين قالا: إلى رسول الله ﷺ. قالت: الذي يقال له: الصابيء قالا: هو الذي تعنين فانطلقي فجاءا بها إلى النبي ﷺ وحدثاه الحديث فقال: استنزلوها عن بعيرها ودعا النبي ﷺ بإناء فَفَرَّغَ فيه من أفواه المزادتين... الحديث. وكذا رواه مسلم ٦٨٢ باب قضاء الفائتة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٤٩ مختصراً و٥٧٧٧ ومسلم. ٢١٩٠ وأبو داود ٤٥٠٨ ورواية مسلم وأبي داود من حديث أنس ولفظهما: أن امرأة يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها فجيء بها إلى النبي ﷺ فسألها عن ذلك فقالت: أردت لأقتلك قال: ما كان الله ليسلطك على ذاك أو قال: عليّ. قال: فقالوا: ألا نقتلها؟ قال: لا. قال: فما زلت أعرفها في لَهَوات رسول الله ﷺ.
ورواية البخاري هي من حديث أبي هريرة وسياقه مختلف ورواه البخاري ٢٦١٧ من حديث أنس بمثل سياق مسلم إلا أنه مختصر.

(٥) حسن. أخرجه أحمد ٣/ ٢١٠، ٢٧٠ من حديث أنس وإسناده حسن.
قوله إهالة سنخة: يعني طعام له رائحة بسبب فساد وسَنِخَ الدُهْنُ. زنخ وهذا تسميه العامة بطعام: مزنخ.

يغتسلن فيه من الجنابة» من غير فصل. والذي رواه مالك رحمه الله ورد بئر بضاعة وماؤها كان جارياً في البساتين،

أبي أمامة رضي الله عنه، عنه ﷺ «إن الماء طاهر إلا أن يتغير ريحه أو طعمه أو لونه بنجاسة تحدث فيه». الثاني عن حفص بن عمر حدثنا ثور به «الماء لا ينجس إلا ما غير طعمه أو ريحه»[(١)] قال البيهقي: والحديث غير قوي قوله: (لقوله ﷺ) روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر: سمعت رسول الله ﷺ وهو يسأل عن الماء يكون في الفلاة وما ينوبه من السباع والدواب فقال «إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث»[(٢)] وأخرجه ابن خزيمة والحاكم في صحيحهما. قال المصنف: ضعفه أبو داود، قيل: لعله في غير سننه. ووجهه أن الاضطراب الذي وقع في سنده حيث اختلف على أبي أسامة، فمرة يقول عن الوليد بن كثير عن محمد بن عباد بن جعفر، ومرة عنه عن محمد بن جعفر بن الزبير وإن دفع بأن الوليد رواه عن كل من المحمدين فحدّث مرة عن أحدهما ومرة عن الآخر، وكذا دفع تغليظ أبي أسامة في آخر السند إذ جعله من حديث عبد الله بن عبد الله بن عمر، وإنما هو عبيد الله بن عبد الله بأنهما ابنا عبد الله بن عمر رويا عنه، بقي فيه اضطراب كثير في متنه، ففي رواية الوليد عن محمد بن جعفر بن الزبير «لم ينجسه شيء»[(٣)] ورواية محمد بن إسحاق بسنده: سئل عن الماء يكون بالفلاة وترده السباع والكلاب فذكر الأول.

أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً» ووجه التمسك به أنه لما ورد النهي عن الغمس لأجل احتمال النجاسة، فحقيقة النجاسة أولى أن يكون نجساً. وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة» رواه أبو هريرة، وهو حجة على الفريقين، أما على مالك فإنه نهى عن الاغتسال فيه وأنه لا يغير أحد أوصاف الماء بيقين، وأما على الشافعي فلأنه نهى عن البول في الماء الدائم، ومطلق النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن منجساً كان كسكب الماء فيه وهو ليس بمحرم، ولم يفصل بين دائم ودائم فكان القلتان وغيرهما سواء. لا يقال: يجوز أن يكون النهي للتنزيه لأن تأكيده وتقييده بالدائم ينافيه، فإن الماء الجاري يشاركه في ذلك المعنى، فإن البول كما أنه ليس بأدب في الماء الدائم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة، وكلام الشارع مصون عن ذلك. فإن قيل الاستدلال بإطلاق

قوله: (ووجه التمسك به، إلى قوله: فحقيقة النجاسة أولى أن يكون نجساً) أقول: فيه بحث قوله: (لأن تأكيده وتقييده بالدائم الخ) أقول: يعني تأكيده بالنون، ثم إن هذا القول جواب لقوله لا يقال يجوز

---

(١) ضعيف. تقدم في ١/٦٩.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٦٣، ٦٤، ٦٥، والترمذي ٦٧ والنسائي ١/١٧٥ وابن ماجه ٥١٧ و٥١٨ والدارمي ٧٣٢ و٧٣٣ والطيالسي ١٩٥٤ وابن حبان ١٢٤٩ والحاكم ١/١٣٢، ١٣٣ والدارقطني ١/٢١ والبيهقي ١/٢٦٠ والشافعي ٣٦ و٣٧ في ترتيب المسند. من طرق عدة كلهم من حديث ابن عمر بألفاظ متقاربة.

أورده الزيلعي في نصب الراية ١/١٠٥ ونقل عن ابن دقيق إعلاله له بأنه مضطرب من جهة الإسناد والمتن ومن جهة المعنى أيضاً ثم ذكر كلاماً طويلاً حوله.

وأورده ابن حجر في تلخيص الحبير ١/١٦ . ١٩ فذكر كلاماً طويلاً حول متنه وإسناده وطرقه وملخصه: صححه الحاكم على شرطهما وقال: قد احتجا بجميع رواته.

وقال ابن مندة في إحدى طرقه: إسناده صحيح على شرط مسلم وفيه اضطراب إلا أنه غير قادح قال ابن حجر: وله طريق ثالث عند الحاكم سئل ابن معين عن هذه الطريقة فقال: إسنادها جيد. فقيل له: رواه ابن عُلَيَّة ولم يرفعه فقال: وإن لم يحفظه ابن علية فالحديث جيد الإسناد.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: هذا حديث معلول اهـ وذكره ابن قيح في تعليقه على أبي داود ١/٦٢ وعلله وختم كلامه بقوله: وأما تصحيح من صححه من الحفاظ فمعارض بمن ضعفه أيضاً وقد ضعفه حافظ المغرب ابن عبد البر وغيره.

ولهذا أعرض عنه أصحاب الصحيح جملة اهـ.

وكذا صححه الأستاذ أحمد شاكر بعد كلام طويل حوله في تعليقه على الترمذي.

وأورده الألباني في الإرواء ٢٣ وملخصه: صححه الطحاوي والحاكم وابن خزيمة وابن حبان والنووي والذهبي والعسقلاني وإعلال بعضهم له بالاضطراب مردود كما بينته في أبي داود: ٥٦ اهـ.

(٣) قال الزيلعي ١/١١٤ هذا غير صحيح بل سكت عليه فهو صحيح عنده.

وما رواه الشافعي رحمه الله ضعفه أبو داود، وهو يضعف عن احتمال النجاسة (والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة

قال البيهقي: وهو غريب. وقال إسماعيل بن عياش عن محمد بن إسحاق الكلاب والدوب. ورواه يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة فقال الحسن بن الصباح عنه عن حماد عن عاصم هو ابن المنذر قال: دخلت مع عبيد الله بن عبد الله بن عمر بستاناً فيه مقرى ماء فيه جلد بعير ميت فتوضأ منه، فقلت له: أتتوضأ منه وفيه جلد بعير ميت؟ فحدثني عن أبيه عن النبي ﷺ قال «إذا بلغ الماء قلتين أو ثلاثاً لم ينجسه شيء» ورواه أبو مسعود الرازي عن يزيد فلم يقل أو ثلاثاً. وروى الدارقطني وابن عدي والعقيلي في كتابه عن القاسم بن عبيد الله العمري عن محمد بن المنكدر عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا بلغ الماء أربعين قلة فإنه لا يحمل الخبث»[1] وضعفه الدارقطني

الحديث حجة عليكم لأن الغدير العظيم ماء دائم فيدخل تحت إطلاقه. أجيب بأنه في حكم الجاري بالإجماع في عدم اختلاط بعضه ببعض قوله: (والذي رواه مالك جواب عن حديث مالك بأنه ورد في بئر بضاعة) وهي بكسر الباء وضمها: بئر قديمة بالمدينة تلقى فيها الجيف ومحايض النساء، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ حين توضأ منها فقال «الماء طهور» الحديث، وقد كان ماؤها جارياً في البساتين يسقى منه خمس بساتين، والماء الجاري لا ينجس بوقوع النجاسة فيه عندنا. فإن قيل العبرة بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص بئر بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو الألف واللام؟ أجيب بأنه ليس من باب الخصوص في شيء، وإنما هو من باب الحمل للتوفيق، فإن الحديثين إذا تعارضا وجهل تاريخهما جعلا كأنهما وردا معاً ثم بعد ذلك إن أمكن العمل بهما يحمل كل واحد منهما على محمل إن أمكن وإن لم يمكن يطلب الترجيح وإن لم يمكن يتهاتران، وههنا أمكن العمل بأن يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة وحديث المستيقظ، وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يبولنّ أحدكم» الحديث على غيرها فعملنا كذلك دفعاً للتناقض. فإن قيل استدل المصنف أول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله ههنا على بئر بضاعة، فإن كانت اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل، وإن كانت للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال. أجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه أنه للجنس والاستدلال صحيح، والحمل ليس بباطل لأن الحديث مشتمل على قضيتين: إحداهما الماء طهور، والثانية لا ينجسه شيء، والاستدلال بالأولى لأنها تفيد المقصود من غير افتقار إلى الثانية والحمل للثانية. ورد بأن الضمير في لا ينجسه شيء راجع إلى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس، فكيف يصح حمله على معين. وأجاب بأن اللفظ إذا احتمل معنيين وأريد به أحدهما ثم أريد بضميره الآخر جاز، ويسمى ذلك استخداماً كما في قول الشاعر:

إذا نزل السماء بأرض قوم ... رعيناه وإن كانوا غضابا

وهو كلام حسن من باب قوله عليه الصلاة والسلام «هو الطهور ماؤه والحل ميتته» في كونه جواباً زائداً على مقدار الحاجة، فإن الحاجة كانت في دفع النجاسة عن بئر بضاعة، وكان ذلك يحصل بقوله «لا ينجسه شيء» إلا أنه زاد قوله «الماء طهور» وقد يكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شأنها التطهير، وماء بئر بضاعة لا ينجسه شيء إلا ما غير إلى آخره لكونه جارياً، ولا يلزم أن يكون الماء البالغ قلتين طاهراً إذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ، وقوله «لا يبولن أحدكم» الحديث. وقوله (وما رواه الشافعي) يريد به حديث القلتين ضعفه أبو داود معناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لأن في إسناده ضعفاً ضعفه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني أستاذ محمد بن إسماعيل البخاري. وقال الشافعي في كتابه بلغني بإسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا دون المرسل

---

(١) واهٍ بمرة. حديث جابر أخرجه الدارقطني ١/ ٢٦ وابن عدي ٦/ ٣٤ والعقيلي ٣/ ٤٧٣ من حديث جابر ومداره على القاسم العمري وقد نقل العقيلي عن أحمد قوله: كان يكذب وقال مرة: ليس بشيء.
وقد ذكر ابن الهمام عن الدارقطني أنه صوب في هذا الحديث أنه قول ابن عمر. وبنى ابن الهمام على ذلك وهن حديث الباب عن ابن عمر.
والجواب: أن رواية الضعفاء لا تعلل رواية الثقات.
لذا قال البيهقي ١/ ٢٦٢ مجيباً عن ذلك: حديث الأربعين قلة تفرد به العمري وقد غلط فيه وكان ضعيفاً جرحه أحمد والبخاري والصحيح في الأربعين قاله ابن المنكدر عن عبد الله بن عمرو بن العاص من قوله وكذا قال الدارقطني وهم فيه القاسم وكان كثير الخطأ.

جاز الوضوء منه إذا لم ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء) والأثر هو الرائحة أو الطعم أو اللون، والجاري ما

بالقاسم. وذكر أن الثوري ومعمر بن راشد وروح بن القاسم رووه عن ابن المنكدر عن عبد الله بن عمرو وموقوفاً، ثم روي بإسناد صحيح من جهة روح بن القاسم عن أبي المنكدر عن ابن عمر قال «إذا بلغ الماء أربعين قلة لم ينجس» وأخرج رواية سفيان من جهة وكيع وأبي نعيم عنه «إذا بلغ أربعين قلة لم ينجسه شيء» وأخرج رواية معمر من جهة عبد الرزاق عن غير واحد عنه، وأخرج عن أبي هريرة من جهة بشر بن السري عن ابن لهيعة قال «إذا كان الماء قدر أربعين قلة لم يحمل خبثاً» قال الدارقطني: كذا قال، وخالفه غير واحد رووه عن أبي هريرة فقالوا أربعين غرباً. ومنهم من قال أربعين دلواً. وهذا الاضطراب يوجب الضعف وإن وثقت الرجال مع ما فيه من الاضطراب في معناه أيضاً، وهو الذي ذكره المصنف بقوله أو هو يضعف إلى آخره: يعني لم يحمل خبثاً أنه يضعف عن النجاسة فينجس، كما يقال: هو لا يحمل الكل: أي لا يطيقه، لكن المعنى حينئذ أنه أجاب السؤال عن طهارة الماء الذي تنوبه السباع ونجاسته بأنه إذا بلغ قلتين في القلة ينجس، وهو يستلزم أحد أمرين: إما عدم تمام الجواب إن لم يعتبر مفهوم شرطه فإنه حينئذ لا يفيد حكمه إذا زاد على القلتين والسؤال عن ذلك الماء كيف كان، وإما اعتبار المفهوم ليتم الجواب. والمعنى حينئذ: إذا كان قلتين ينجس لا إن زاد، فإن وجب اعتباره هنا لقيام الدليل عليه وهو كي لا يلزم إخلاء السؤال عن الجواب المطابق كان الثابت به خلاف المذهب، إذا لم نقل بأنه إذا زاد على قلتين شيئاً ما لا ينجس ما لم يتغير، فالمعوّل عليه في كلام المصنف الاضطراب في معنى القلة فإنه مشترك يقال على الجرة والقربة ورأس الجبل، وقول الشافعي في مسنده: أخبرني مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج بإسناد لا يحضرني أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً» وقال في الحديث: بقلال هجر. قال ابن جريج: رأيت قلال هجر فالقلة تسع قربتين أو قربتين وشيئاً»[1] قال الشافعي: فالاحتياط أن يجعل قربتين ونصفاً، فإذا كان خمس قرب كبار كقرب الحجاز لم ينجس إلا أن يتغير منقطع للجهالة. ثم سبر الحديث لاستخراج ذلك السند أفاد وجود رفع هذه الكلمة في سند ذكره ابن عدي من حديث مغيرة بن سقلاب عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عنه ﷺ «إذا كان الماء قلتين من قلال هجر لم ينجسه شيء» ويذكر أنهما فرقان. قال ابن عدي: قوله في متنه «من قلال هجر» غير محفوظ لا يذكر إلا في هذا الحديث من رواية مغيرة بن سقلاب، يكنى أبا بشر منكر الحديث، ثم أسند من كلام غيره فيه ما هو أقطع من هذا، وقد رواه الدارقطني بسند فيه ابن جريج ولم يذكر فيه هذه الكلمة، وفيه قال محمد: قلت ليحيى بن عقيل: أي قلال؟ قلال حجر، قال محمد: فرأيت قلال هجر فأظن كل قلة تسع فرقين. فهذا لو كان رفعا للكلمة كان مرسلاً فكيف وليس به. وفيه أن مجموع القلتين أربعة وستون رطلاً، وفي الأوّل أنهما اثنان وثلاثون رطلاً وهو لا يقول به وروى ابن عدي من حديث المغيرة بن سقلاب عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عنه ﷺ «إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء» والقلة أربعة آصع. هذا تلخيص ما ذكره

وفي متنه اضطراب فإنه قال في بعض الروايات إذا بلغ الماء قلتين أو ثلاثاً، وفي بعضها أربعين قلة هكذا رواه جابر وأخذ به إبراهيم النخعي، والقلة في نفسها مجهولة لأنها تذكر ويراد بها قامة الرجل، وتذكر ويراد بها رأس الجبل، وتذكر ويراد بها الجرة، والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جريج لأن جريجاً ممن لا يقلد فيبقى محتملاً، وكذلك قوله لا يحتمل خبثاً يحتمل ما قاله الشافعي: أي لا يقبل النجاسة ويدفعها، ويحتمل إذا قل الماء حتى انتهى إلى القلتين فإنه يضعف عن احتمال الخبث

(وقال الشافعي في كتابه بلغني بإسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا دون المرسل) أقول: قوله ومثل هذا دون المرسل مردود بأن في عدم حضور الإسناد نسيان الراوي وهو مسبوق بالعلم فجاز أن يسبق العلم بذاته وصفته ثم يذهب عن الخاطر تعيين ذاته ويبقى العلم

---

(١) أجاب ابن حجر في تلخيص الحبير ١/١٨، ١٩ عن رواية ابن جريج هذه بأنها معللة وخلاصة كلامه: لا تصح عن ابن جريج.

. . . .

الشيخ تقي الدين في الإمام، وبه ترجح ضعف الحديث عنده، ولذا لم يذكره في الإلمام مع شدة حاجته إليه، وممن ضعفه الحافظ ابن عبد البرّ والقاضي إسماعيل بن إسحاق وأبو بكر بن العربي المالكيون؛ وفي البدائع عن ابن المديني: لا يثبت حديث القلتين[١] فوجب العدول عنه، وإذا ثبت هذا فما استدل به المصنف للمذهب من قوله ﷺ «لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة» كما هو رواية أبي داود[٢] أو ثم يغتسل منه أو فيه »[٣] كما هو روايتا الصحيحين لايمس محل النزاع، وهذا لأن حقيقة الخلاف إنما هو في تقدير الكثير الذي يتوقف تنجسه على تغيره للإجماع على أن الكثير لا ينجس إلا به، فقال مالك: ما لم يتغير للحديث السابق، فحينئذ يختلف بحسب اختلاف النجاسة في الكم وقال الشافعي: قلتان للحديث المذكور آنفاً. وقال أبو حنيفة في ظاهر الرواية: يعتبر فيه أكبر رأي المبتلي إن غلب على ظنه أنه بحيث تصل النجاسة إلى الجانب الآخر لا يجوز الوضوء وإلا جاز، وعنه اعتباره بالتحريك على ما هو مذكور في الكتاب بالاغتسال أو بالوضوء أو باليد روايات، والأوّل أصح عند جماعة منهم الكرخي وصاحب الغاية والينابيع وغيرهم، وهو الأليق بأصل أبي حنيفة: أعني عدم التحكم بتقدير فيما لم يرد فيه تقدير شرعي والتفويض فيه إلى رأي المبتلي بناء على عدم صحة ثبوت تقديره شرعاً. والتقدير بعشر في عشر وثمان في ثمان واثني عشر في اثني عشر، وترجيح الأول أخذ من حريم البئر غير منقول عن الأئمة الثلاثة. قال شمس الأئمة: المذهب الظاهر التحرّي والتفويض إلى رأي المبتلي من غير حكم بالتقدير، فإن غلب على الظن وصولها تنجس، وإن غلب عدم وصولها لم ينجس، وهذا هو الأصح اهـ. وما نقل عن محمد حين سئل عنه إن كان مثل مسجدي هذا فكثير، فقيس حين قام فكان اثنى عشر في مثلها، في رواية وثمانياً في ثمان في أخرى لا يستلزم تقديره به إلا في نظره، وهو لا يلزم غيره، وهذا لأنه لما وجب كونه ما استكثره المبتلي فاستكثار واحد لا يلزم غيره بل يختلف باختلاف ما يقع في قلب كل، وليس هذا من قبيل الأمور التي يجب فيها على العامي تقليد المجتهد. ثم رأيت التصريح بأن محمداً رجع عن هذا قال الحاكم: قال أبو عصمة: كان محمد بن الحسن يوقت في ذلك عشرة في عشرة، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة وقال: لا أوقت فيه شيئاً، فإذا عرفت هذا فقوله ﷺ «لا

فينجس، وإذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحاً قوله: **(والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة)** اختلف الناس في تعريف الماء الجاري، فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله، وذلك بأنه إذا غسل يده وسال الماء منها إلى النهر فإذا أخذه ثانياً لا يكون فيه شيء من الماء الأوّل وقيل ما يذهب بتبنة. وقيل هو ما إذا كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضاً لم ينقطع جريانه. قيل والأصح ما يعده الناس جارياً، وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر. وقوله **(إذا لم ير لها أثر)** أي لم يبصر لها

بصفته وهي أنه من الثقات بخلاف الإرسال إذ لا علم فيه بالراوي أصلا قوله: **(ويحتمل إذا قل الماء حتى انتهى إلى القلتين فإنه يضعف عن احتمال الخبث فينجس)** أقول: فلا يكون في التقييد ببلوغ القلتين فائدة، إذ في الأكثر من ذلك القدر الحكم كذلك، وكلام الشارع مصون عن مثله كما سبق قوله: **(وقوله إذا لم ير لها أثر أي لم يبصر لها أثر)** أقول: فيه بحث، فإن قوله والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون يمنع حمل قوله إذا لم ير لها أثر على ما ذكره الشارح، بل معناه إذا لم يعلم لها أثر بالطريق الموضوع لعلمه الذوق والشم والإبصار

---

(١) ختم ابن الهمام كلامه بقوله: قال ابن المديني نقلاً عن البدائع: لا يثبت حديث القلتين. وقد ضعفهُ ابن عبد البر وأبو بكر بن العربي اهـ.
خاتمة: ومع ذلك فهناك من الأئمة الكثير من قد صححه فهذا حديث مختلف فيه بين أهل العلم ما بين مصحح له ومضعف فالأقرب أنه حسن وقول ابن المديني لا يثبت: لا يعني أنه باطل. ومثل ذلك قولهم لا يصح ومن أراد المزيد فليراجع المصادر التي ذكرتها آنفاً خصوصاً نصب الراية وتلخيص الحبير وسنن البيهقي والدارقطني والكلام عليه اهـ والله أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٧٠ بهذا اللفظ وكذا البيهقي ١/٢٣٨ كلاهما من حديث أبي هريرة بإسناد صحيح.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٩ ومسلم ٢٨٢ وأبو داود ٦٩ والترمذي ٦٨ والنسائي ١/٤٩ والدارمي ٧٣١ وأحمد ٢/٣٤٦، ٣٦٢ والبيهقي ١/ ٢٣٨ كلهم من حديث أبي هريرة: لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم. الذي لا يجري. ثم يغتسل فيه. هذا لفظ البخاري وأحمد وغيرهما ورواية مسلم: ثم يغتسل منه.

لا يتكرر استعماله، وقيل ما يذهب بتبنة. قال **(والغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر إذا**

يبولنّ أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه»(١) إنما يفيد تنجس الماء في الجملة لا كل ماء، فليست اللام فيه للاستغراق للإجماع على أن الكثير لا ينجس إلا بتغيره بالنجاسة فيقول الخصم إذاً بموجبه نقول المراد أن بعض الماء ينجس، وأنا أقول إنه إذا تغير أو لم يبلغ قلتين ينجس، وبذلك تحصل المطابقة لقولنا الماء ينجس في الجملة. فالتحقيق في سَوْقِ الخلافية أن يقال: يفوّض إلى رأي المبتلي غير مقدر بشيء لعدم المدرك الشرعي قول الخصم بل فيه المدرك وهو حديث القلتين قلنا فيه ما تقدم(٢). وقول مالك: بل فيه وهو حديث «الماء طهور»(٣) حيث أناط الكثرة بعدم التغير. قلنا ورد في بئر بضاعة على ما تقدم وماؤها كان جارياً في البساتين كما رواه الطحاوي عن ابن أبي عمران عن أبي عبد الله محمد بن شجاع الثلجي بالمثلثة عن الواقدي قال: كانت بئر بضاعة طريقاً للماء إلى البساتين(٤)، وهذا تقوم به الحجة عندنا إذا وثقنا الواقدي، أما عند المخالف فلا لتضعيفه إياه مع أنه أرسل هذا خصوصاً مع ادعائهم أن المشهور من حال بئر بضاعة في الحجاز غير هذا، ثم لو تنزلوا عن هذه الأمور المختلفة كان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوصَ السبب. والجواب بأن هذا من باب الحمل لدفع التعارض لا ينتهض، إذ لاتعارض لأن حاصل النهي عنْ البول في الماء الدائم تنجس الماء الدائم في الجملة، وحاصل: الماء طهور لا ينجسه شيء عدم تنجس الماء إلا بالتغير بحسب ما هو المراد المجمع عليه، ولا تعارض بين مفهومي هاتين القضيتين. فإن قيل هنا معارض آخر يوجب الحمل المذكور وهو حديث المستيقظ من منامه وقد خرجناه. قلنا ليس فيه تصريح بتنجس الماء بتقدير كون اليد نجسة، بل ذلك تعليل منا للنهي المذكور وهو غير لازم: أعني تعليله بتنجس الماء عيناً بتقدير نجاستها لجواز كونه الأعم من النجاسة والكراهة فنقول: نهى لتنجس الماء بتقدير كونها متنجسة بما يغير أو الكراهة بتقدير كونها بما لا يغير، وأين هو من ذلك الصريح الصحيح لكن يمكن إثبات المعارض بقوله ﷺ «طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب فيه»(٥) الحديث، فإنه يقتضي نجاسة الماء ولا تغير بالولوغ فتعين ذلك الحمل، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(إذا لم ير لها أثر)** وهو الطعم وأخواه، فلو بال إنسان فيه فتوضأ آخر من أسفله جاز ما لم يظهر في الجرية أثره. وعن محمد: لو كسرت خابية خمر في الفرات ورجل يتوضأ أسفل منه فما لم يجد في الماء طعم الخمر أو لونه أو ريحه جاز، هذا فلو استقرت المرئية فيه بأن كانت جيفة مثلاً إن أخذت الجرية أو نصفها لا يجوز من أسفلها وإن لم ير أثر، وإن كان أكثر الجرية في مكان طاهر جاز، وهذا

أثر، إشارة إلى أن النجاسة إذا كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع. قال في المحيط: إذا وقعت النجاسة في الماء الجاري، فإن كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه، وإن كانت مرئية كالجيفة والعذرة، فإن كان النهر كبيراً لا يتوضأ من أسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضأ من الجانب الآخر، وإن كان صغيراً فإن لاقاها أكثر الماء فهو نجس، وإن كان أقله فهو طاهر، وإن كان النصف جاز الوضوء به في الحكم، والأحوط أن لا يتوضأ قوله: **(والغدير العظيم)** الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر: أي ترك، وهو الذي تركه ماء السيل، وقيل بمعنى مفاعل أي مغادر وقيل بمعنى فاعل لأنه يغدر بأهله لانقطاعه عند شدة الحاجة إليه. واعلم أن أصحابنا اتفقوا على أن الماء إذا خلص بعضه: أي وصل إلى بعض

---

(١) متفق عليه تقدم في الذي قبله.

(٢) يعني: فيه اضطراب.

(٣) هو حديث بئر بضاعة تقدم مستوفياً في ٢/ ٦٩ وهو صحيح.
تنبيه: عبادة المصنف عن مالك فيها عدم وضوح راجع كلام صاحب الهداية في نقله عن مالك قبل قليل وقد ذكر دليل مالك هناك.

(٤) مرسل ضعيف. قال في نصب الراية ١/ ١١٤ هذا سند مرسل ضعيف ذكره البيهقي في المعرفة وانتقد الطحاوي وقال: الواقدي لا يحتج بما يسنده فضلاً عما يرسله اهـ الزيلعي.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧٩ ح ٩١ ٩٢ وأبو داود ٧١ كلاهما من حديث أبي هريرة وتمامه: أن يُغسل سبع مرار أولاهن بتراب. والحديث رواه الجماعة بسياق آخر وسيأتي.

وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه) إذ أثر التحريك في

يحتاج إلى مخصص لحديث «الماء طهور»[1] بعد حمله على الجاري، فمقتضاه أن يجوز التوضي من أسفله وإن أخذت الجيفة أكثر الماء ولم يتغير، ويوافقه ما عن أبي يوسف في ساقية صغيرة فيها كلب ميت سدّ عرضها فيجري الماء فوقه وتحته أنه لا بأس به، نقله في الينابيع عنه. والعذرات في السطح كالميتة في الماء إن كان يجري عليها نصفه أو كانت على رأس الميزاب[2] فهو نجس،، وإن كانت متفرقة وأكثره يجري على الطاهر فهو طاهر، وكذا ماء المطر إذا جرى على عذرات واستنقع في موضع فالجواب كذلك. وأما التوضي في عين والماء يخرج منها فإن كان موضع خروجه جاز وإن كان في غيره فكذلك إن كان قدره أربعاً في أربع فأقل، فإن كان خمساً في خمس اختلف فيه، واختار السعدي جوازه، والخلاف مبني على أنه هل يخرج المستعمل قبل تكرير الاستعمال إذا كان بهذه المساحة أولاً، وهذه مبنية على نجاسة المستعمل قوله: **(والجاري الخ)** وقيل فيه ما يعده الناس جارياً قيل هو الأصح، وألحقوا بالجاري حوض الحمام إذا كان الماء ينزل من أعلاه حتى لو أدخلت القصعة النجسة واليد النجسة فيه لا ينجس، وهل يشترط مع ذلك تدارك اغتراف الناس منه؟ فيه خلاف ذكره في المنية، ثم لا بد من كون جريانه لمدد له كما في العين والنهر وهو المختار، وما قيل لو استنجى بقمقمة فلما صبّ منها لاقى المصبوب البول قبل يده فهو طاهر لأنه ماء جار قال المصنف في التجنيس فيه نظر لأنه يقتضي أنه إذا استنجى لا يصير نجساً وليس بشيء. قال: ونظيره ما أورده المشايخ في الكتب أن المسافر إذا كان معه ميزاب واسع وإداوة ماء يحتاج إليه ولا يتيقن وجود الماء لكنه على طمعه قيل ينبغي أن يأمر أحداً من رفقائه حتى يصّب الماء في طرف الميزاب وهو يتوضأ وعند الطرف الآخر إناء طاهر يجتمع فيه الماء فإنه يكون الماء طاهراً وطهوراً لأنه جار: قال بعضهم: هذا ليس بشيء لأن الجاري إنما لا يصير مستعملاً إذا كان له مدد كالعين والنهر وما أشبهه، ومما أشبهه حوضان صغيران يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ في خلال ذلك جاز لأنه جار، وكذا إذا قطع الجاري من فوق وقد بقي جري الماء كان جائزاً أن يتوضأ بما يجري في النهر. وذكر في فتاوى قاضيخان في المسألة الأولى وقال: والماء الذي اجتمع في الحفيرة الثانية فاسد، وهذا مطلقاً إنما هو بناء على كون المستعمل نجساً، وكذا كثير من أشباه هذا، فأما على المختار من رواية أنه طاهر غير طهور فلا فلتحفظ ليفرع عليها ولا يفتي بمثل هذه الفروع. وقولهم في الحفيرة الثانية إن المجتمع فيها نجس بعد إلحاق محل الوضوء الجاري فيه نظر، بل الوجه أنه طاهر يتوضأ به كما يتوضأ الأسفل من جرية المتوضي الأعلى، ومثله يجب فيما قطع أعلاه وتوضأ إنسان بالجاري في النهر قبل استقراره قوله: **(والغدير العظيم)** تقدم في الخلافية ما يغني في الكلام هنا. وذراع الكرباس ست قبضات ليس فوق كل قبضة أصبع قائمة وجعله الولوالجي سبعاً، وذراع المساحة سبع فوق كل قبضة أصبع قائمة، وعلى المعتبر ذراع المساحة أو الكرباس أو في كل زمان ومكان ذرعانهم أقوال كل منها صححه من ذهب إليه، والكل في المربع، فإن كان الحوض مدوّر فقدر بأربعة وأربعين وثمانية وأربعين والمختار ستة وأربعون، وفي الحساب يكتفي بأقل منها بكسر للنسبة لكن يفتي بستة وأربعين كي لا يتعسر رعاية الكسر، والكل تحكمات غير لازمة إنما الصحيح ما قدمناه من عدم التحكم بتقدير معين. وفي الفتاوى: غدير كبير لا يكون فيه الماء في الصيف وتروث فيه الدواب والناس ثم

كان قليلاً، وإذا لم يخلص كان كثيراً لا ينجس بوقوع النجاسة فيه، إلا أن يتغير لونه أو طعمه أو ريحه كالماء الجاري. ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص، فذهب المتقدمون إلى أنه يعرف بالتحريك: فإذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الآخر فهو مما لا يخلص بعضه إلى بعض، والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث ولا

(١) هو حديث بئر بضاعة تقدم في ٢/٦٩ وهو صحيح.

(٢) يوضع على السطح لينقل الماء إلى الأرض وتسميه العامة: مزراب.

السراية فوق أثر النجاسة. ثم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر التحريك بالاغتسال، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وعنه التحريك باليد، وعن محمد رحمه الله بالتوضي. ووجه الأول أن الحاجة إلى الاغتسال في الحياض أشد منها إلى التوضي، وبعضهم قدروا بالمساحة عشراً في عشر بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس، وعليه الفتوى،

يمتليء في الشتاء ويرفع منه الجمد إن كان الماء الذي يدخله يدخل على مكان نجس فالماء والجمد نجس وإن كثر بعد ذلك وإن كان دخل في مكان طاهر واستقر فيه حتى صار عشراً في عشر ثم انتهى إلى النجاسة فالماء والجمد طاهران ا هـ. وهذا بناء على ما ذكروا من أن الماء النجس إذا دخل على ماء الحوض الكبير لا ينجسه، وإن كان الماء النجس غالباً على الحوض لأن كل ما يتصل بالحوض الكبير يصير منه فيحكم بطهارته، وعلى هذا فماء بركة الفيل بالقاهرة طاهر إذا كان ممره طاهراً أو أكثر ممره على ما عرف في ماء الطسح وقد ذكرناه آنفاً لأنها لا تجف كلها بل لا يزال بها غدير عظيم، فلو أن الداخل اجتمع قبل أن يصل إلى ذلك الماء الكثير بها في مكان نجس حتى صار عشراً في عشر ثم اتصل بذلك الماء الكثير كان الكل طاهراً، هذا إذا كان الغدير الباقي محكوماً بطهارته، ولو سقطت نجاسة في ماء دون عشر ثم انبسط فصار عشراً فهو نجس، وكذا إذا دخله ماء شيئاً فشيئاً حتى صار عشراً، ولو سقطت في عشر ثم صار أقل فهو طاهر، وإذا تنجس حوض صغير فدخله ماء حتى امتلأ ولم يخرج منه شيء فهو نجس، أو خرج من جانب آخر ذكرناه، ولو جمد حوض كبير فنقب فيه إنسان نقباً فتوضأ فيه، فإن كان الماء متصلاً بباطن النقب لا يجوز وإلا جاز، وكذا الحوض الكبير إذا كان له مشارع فتوضأ في مشرعة، أو اغتسل والماء متصل بألواح المشرعة ولا يضطرب لا يجوز، وإن كان أسفل منها جاز لأنه الأول كالحوض الصغير فيغترف ويتوضأ منه لا فيه، وفي الثاني حوض كبير مسقف. واعلم أن أكثر التفاريع المذكورة في الكتب مبنية على اعتبار العشر في العشر، فأما على المختار من اعتبار غلبة الظن فيوضع مكان لفظ عشر في كل مسألة لفظ كثير أو كبير ثم تجري التفاريع قوله: **(والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر إلى آخره)** وقيل ذراع، وقيل شبر بزيادة على عرض الدرهم الكبير المثقال. قيل والصحيح أنه إذا أخذ وجه الأرض يكفي، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية، واتصال القصب بالقصب لا يمنع اتصال المال ولا يخرجه عن كونه غديراً عظيماً فيجوز لهذا التوضي في الأجمة ونحوها.

[فروع] لو تنجس الحوض الصغير ثم دخل فيه ماء آخر وخرج حال دخوله طهر وإن قل، وقيل لا حتى يخرج قدر ما فيه، وقيل حتى يخرج ثلاثة أمثاله. وسائر المائعات كالماء في القلة والكثرة: يعني كل مقدار لو كان ماء

معتبر بالحباب، فإن الماء وإن كثر يعلوه ويتحرك. ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك، فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يعتبر التحريك بالاغتسال، وهو أن يغتسل إنسان في جانب منه اغتسالاً وسطاً ولم يتحرك الجانب الآخر، وبه أخذ أبو يوسف. وروى أبو يوسف أيضاً عن أبي حنيفة أنه يعتبر التحريك باليد لا غير. وروي عن محمد أنه يعتبر التحريك بالتوضي. وجه القول الأول ما ذكره في الكتاب أن الحاجة إلى الاغتسال في الحياض أشد من الحاجة إلى التوضي، لأن الوضوء يكون في البيوت عادة. ووجه الثاني أن التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي وبغسل اليد، إلا أن التحريك بغسل اليد يكون أخف فكان الاعتبار به أولى توسعة على الناس. ووجه الثالث أن مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة، فإن القياس أن ينجس وإن كثر الماء، إلا أنه أسقط حكم النجاسة عن بعض المياة تخفيفاً فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء. وذهب المتأخرون إلى أنه يعرف بشيء آخر غير التحريك، فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال إذا اغتسل فيه وتكدر الماء فإن وصلت الكدارة إلى الجانب الآخر فهو مما يخلص وإلا فلا. وروي عن أبي حفص الكبير أنه اعتبر بالصبغ فقال: يلقي زعفران في جانب منه، فإن أثر الزعفران في الجانب الآخر كان مما يخلص وإلا فلا. وروي عن أبي سليمان الجوزجاني أنه

قوله: (فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء) أقول: فيه بحث (قال المصنف: إذا أثر التحريك في السراية فوق أثر النجاسة) أقول: فيكون عدم وصول النجاسة إلى الجانب الآخر قطعياً لا ظاهراً، وجوابه أن ذلك بناء على اشتراط الفور في التحريك فتأمل.

والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح.

تنجس، فإذا كان غيره تنجس ولو كان للماء طول دون عرض. قال في الاختيار وغيره: الأصح أنه إن كان بحال لو ضم بعضه إلى بعض يصير عشراً في عشر فهو كثير، وهذا تفريع على التقدير بعشر، ولو فرّعنا على الأصح ينبغي أن يعتبر أكبر الرأي لو ضم، ومثله لو كان عمق بلا سعة ولو بسط بلغ عشراً في عشر اختلف فيه. ومنهم من صحح جعله كثيراً، والأوجه خلافه لأن مدار الكثرة عند أبي حنيفة على تحكيم الرأي في عدم خلوص النجاسة إلى الجانب الآخر، وعند تقارب الجوانب لا شك في غلبة الخلوص إليه والاستعمال يقع من السطح لا من العمق، وبهذا يظهر ضعف ما اختاره في الاختيار لأنه إذا لم يكن له عرض فأقرب الأمور الحكم بوصول النجاسة إلى الجانب الآخر من عرضه، وبه خالف حكم الكثير إذ ليس حكم الكثير تنجس الجانب الآخر بسقوطها في مقابله بدون تغير، وأنت إذا حققت الأصل الذي بيناه قبلت ما وافقه وتركت ما خالفه قوله: **(إشارة إلى أنه يتنجس مكان الوقوع)** وعلى هذا صاحب المبسوط والبدائع وجعله شارح الكنز الأصح ومشايخ بخارى وبلخ قالوا في غير المرئية يتوضأ من جانب الوقوع. وفي المرئية لا. وعن أبي يوسف أنه كالجاري لا يتنجس إلا بالتغير وهو الذي ينبغي تصحيحه، فينبغي عدم الفرق بين المرئية وغيرها لأن الدليل إنما يقتضي عند الكثرة عدم التنجس إلا بالتغير من غير فصل، وهو أيضاً الحكم المجمع عليه على ما قدمناه من نقل شيخ الإسلام، ويوافقه ما في المبتغي: قوم يتوضأون صفاً على شط النهر جاز، فكذا في الحوض لأن ماء الحوض في حكم ماء جار اهـ. وإنما أراد الحوض الكبير بالضرورة.

[فروع] يتوضأ من الحوض الذي يخاف فيه قذر ولا يتيقن، ولا يجب أن يسأل إذ الحاجة إليه عند عدم الدليل، والأصل دليل يطلق الاستعمال. وقال عمر حين سأل عمرو بن العاص صاحب الحوض: أترده السباع يا صاحب الحوض لا تخبرنا ذكره في الموطأ[1] وكذا إذا وجد متغير اللون والريح ما لم يعلم أنه من نجاسة لأن التغير قد يكون بطاهر وقد ينتن الماء للمكث. وكذا البئر التي يدلى فيها الدلاء والجرار الدنسة يحملها الصغار والعبيد لا يعملون الأحكام ويمسها الرستاقيون[2] بالأيدي الدنسة ما لم يعلم يقيناً النجاسة، ولو ظن الماء نجساً فتوضأ ثم ظهر

اعتبر بالمساحة إن كان عشراً في عشر فهو مما لا يخلص. وعن محمد في النوادر في أنه سئل عن هذه المسألة فقال: إن كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه إلى بعض، فلما قام مسح مسجده فكان ثمانياً في ثمان، وفي رواية وعشراً في عشر في رواية، وبقول أبي سليمان الجوزجاني أخذ عامة المشايخ، ثم ألفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة وهي سبع مشتات فوق كل مشتة أصبع قائمة، والمصنف اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع مشتات ليس فوق كل مشتة أصبع قائمة توسعة للأمور على الناس، والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف. وقوله **(هو الصحيح)** احترازاً عن قول بعضهم إن المعتبر فيه أن يكون ذراعاً، وقال آخرون أن يكون قدر شبر. وقوله **(في الكتاب)** يعني مختصر القدوري. وقوله **(إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع)** لم يفرق بين كونها مرئية وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى وبلخ، فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئية يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن أبي يوسف أنه لا ينجس إلا إذا ظهر أثرها فيه: أي في موضع الوقوع كالماء الجاري، وعلى هذا إذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط غسالة وجهه في الماء فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين، وجوّزه مشايخ بخارى وبلخ توسعة على الناس لعموم البلوى فيه. قال **(وموت ما ليس له نفس سائلة)** إذا مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها **(في الماء لا ينجسه)** وإنما جمع الزنابير دون غيرها لأنها أنواع شتى. وقال الشافعي: يفسده لأنه حرام بقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ والتحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة. وقوله **(لا بطريق الكرامة)** احتراز عن الآدمي. فإن قيل دون الخل وسوس الثمار إذا ماتت فيها مع أنها ميتة لا ينجس الخل والثمار.

---

(١) جيد. أخرجه مالك ٢٣ ح ١٤ بسند جيد أن عمر خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضاً... الأثر.

(٢) أي الفلاحون وأصحاب المزارع.

قوله في الكتاب وجاز الوضوء من الجانب الآخر، إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع وعن أبي يوسف رحمه الله أن لا ينجس إلا بظهور أثر النجاسة فيه كالماء الجاري قال **(وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها)** وقال الشافعي رحمه الله: يفسده لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة، بخلاف دود الخل وسوس الثمار لأن فيه ضرورة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فيه «هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه» ولأن المنجس هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت، حتى حلّ المذكي لانعدام الدم فيه ولا دم فيها، والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين. قال **(وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان)** وقال الشافعي رحمه الله: يفسده إلا السمك لما مر. ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى

له أنه طاهر جاز. وفي فوائد الرستغفني: التوضي بماء الحوض أفضل من النهر لأن المعتزلة لا يجيزونه من الحياض فيرغمهم بالوضوء منها اهـ. وهذا إنما يفيد الأفضلية لهذا العارض، ففي مكان لا يتحقق النهر أفضل. قالوا: ولا بأس بالتوضي من حب يوضع كوزه في نواحي الدار ويشرب منه ما لم يعلم به قذر، ويكره للرجل أن يستخلص لنفسه إناء يتوضأ منه ولا يتوضأ منه غيره قوله: **(ولنا قوله ﷺ «هذا هو الحلال أكله وشربه» إلى آخره)** عن سلمان رضي الله عنه، عنه ﷺ قال «يا سلمان كل طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشربه ووضوءه»[1] رواه الدارقطني، وقال: لم يرفعه إلا بقية عن سعيد بن أبي سعيد الزبيدي وهو ضعيف اهـ. وأعله ابن عدي بجهالة سعيد ودفعا بأن بقية هذا هو ابن الوليد روى عنه الأئمة مثل الحمادين وابن المبارك ويزيد بن هارون وابن عيينة ووكيع والأوزاعي وإسحاق بن راهويه وشعبة، وناهيك بشعبة واحتياطه. قال يحيى: كان شعبة مبجلا لبقية حين قدم بغداد، وقد روى له الجماعة إلا البخاري، وأما سعيد بن أبي سعيد هذا فذكره الخطيب، وقال: واسم أبيه عبد الجبار، وكان ثقة فانتفت الجهالة، والحديث مع هذا لا ينزل عن الحسن[2] قوله: **(حتى حل**

أجاب بقوله: لأن فيه ضرورة. ولنا ما روى أبو بكر الرازي بإسناده إلى سعيد بن المسيب عن سلمان أنه ﷺ قال فيه: أي في مثل هذه الحادثة فإنه عليه الصلاة والسلام سئل عن إناء فيه طعام أو شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال: «هو الحلال أكله وشرابه والوضوء منه» ولأن المنجس هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكي لانعدام الدم فيه، ولا دم في هذه الأشياء إذ الفرض كذلك فلا ينجس ههنا. فإن قيل: لا نسلم أن المنجس هو اختلاط الدم المسفوح، فإن ذبيحة المجوسي والوثني وتارك التسمية عمداً ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة، وذبيحة المسلم إذا لم يسل منها دم يعارض بأن أكلت ورق العناب حلال مع أن الدم لم يسل. فالجواب أن القياس في ذبيحة المجوسي والوثني الطهارة كذبيحة المسلم، إلا أن صاحب الشرع أخرجه عن أهلية الذبح بقوله ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» فجعل الشرع ذبحه كلا ذبح، وكما جعل ذلك كذلك جعل ذبيحة المسلم إذا لم يسل منها الدم كذبيحته إذا سال إقامة لأهلية

قال المصنف: **(ولأن المنجس هو اختلاط الدم)** أقول: لا الموت قال المصنف **(هو اختلاط الدم بأجزائه)** أقول: المراد بالأجزاء غير معادن الدم قال المصنف: **(حتى حل المذكي)** أقول: لو قال حتى طهر لكان أشمل قال المصنف: **(والحرمة)** أقول: اللام للعهد: أي الحرمة لا للكرامة قال المصنف: **(كالطين)** أقول: أي كحرمة الطين قوله: **(وكما جعل ذلك كذلك جعل ذبيحة المسلم إذا لم يسل منها الدم الخ)** أقول: وأيضاً ذلك العارض إذا كان مانعاً عن سيلان الدم، فالظاهر أنه يمنع عن اختلاط الأجزاء به أيضاً إذ الاختلاط

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٧ بهذا اللفظ من حديث سلمان وكذا ابن عدي ٣/ ٤٠٦.
قال الدارقطني: لم يروه غير بقية عن الزبيدي وهو ضعيف. اهـ وكذا بقية فيه كلام.
وفي نصب الراية ١/ ١١٥ أعله ابن عدي بالزبيدي وقال: هو شيخ مجهول وحديثه غير محفوظ اهـ وله علة ثالثة وهي ضعف ابن جدعان.

(٢) هذا غير صواب. قال الذهبي في الميزان ٢/ ١٢٠ الزبيدي سعيد بن أبي سعيد روى عنه بقية. لا يعرف وأحاديثه ساقطة قال ابن عدي: أحاديثه غير محفوظة.
ثم ذكر الذهبي له هذا الحديث. وهو ساقط على قاعدة الذهبي.
وقال ابن حجر في التقريب ١/ ٢٩٩ هو سعيد بن عبد الجبار ضعيف كان جرير يكذبه اهـ.

له حكم النجاسة كبيضة حال محها دماً، ولأنه لا دم فيها، إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس، وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن. وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الأصح.

المذكي لانعدام الدم فيه) يعني أن سبب شرعية الذكاة في الأصل سبباً للحل زوال الدم بها. ثم إن الشارع أقام نفس الفعل من الأهل مقام زواله، حتى لو امتنع الخروج بمانع كأن أكلت ورق العناب حل اعتباراً له خارجاً قوله: **(وموت ما يعيش في الماء الخ)** هذه داخلة في المسألة قبلها لأن ما يعيش في الماء لا دم فيه، ثم لا فرق بين أن يموت في الماء أو خارجه ثم ينقل إليه في الصحيح، وغير الماء من المائعات كالماء لأن المنجس هو الدم ولا دم للمائي، ولذا لو شمس دم السمك يبيض ولو كان دماً لاسود. نعم روي عن محمد رحمه الله إذا تفتت الضفدع في الماء كرهتُ شربه لا للنجاسة بل لحرمة لحمه وقد صارت أجزاؤه فيه. وهذا تصريح بأن كراهة شربه تحريمية، وبه صرح في التجنيس فقال يحرم شربه قوله: **(ولأنه لا دم فيها)** هذا التعليل هو الأصح، بخلاف ما قبله فإنه يستلزم أنه لو مات سبع في البر لا ينجس لأنه مات في معدنه كذا قيل، وكون البرية معدناً للسبع محل تأمل في معنى معدن الشيء، والذي يفهم منه ما يتولد منه الشيء، وعلى التعليل الأول فرع ما لو وقعت البيضة من الدجاجة في الماء رطبة أو يبست ثم وقعت، وكذا السخلة إذا سقطت من أمها رطبة أو يبست لا ينجس الماء لأنها كانت في معدنها. وقولنا النجاسة في محلها لا يعطى لها حكم النجاسة حتى لو صلى حامل فأرة حية جازت لا ميتة لانصباب الدم عن

الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الإسالة لإتيانه بما هو المأمور به الداخل تحت قدرته، ولا معتبر بالعوارض لأنها لا تدخل تحت القواعد الأصلية، وإنما قيد بقوله عند الموت لأنه إذا كان حياً لا ينجس، ولهذا قلنا: المصلي إذا استصحب فأرة أو عصفورة حية لم تفسد صلاته ولو كانت نجسة لفسدت، ولو ماتت حتف أنفها واستصحبها فسدت، وهذا لأن الدم الذي في الحي في معدنه وبالموت ينصب عن مجاريه فيتنجس اللحم بتشربه إياه، ولهذا لو قطعت العروق بعده لم يسل منها دم قوله: **(والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة)** جواب عن استدلال الشافعي، فإن الطين حرام لا لكرامته وليس بنجس. قال **(وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده)** ما يعيش في الماء: يعني ما يكون مولده ومثواه فيه إذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان. قيل إنما قال في المسألة الأولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لأن الموت في المسألة الأولى في غير معدنه فيتوهم التنجيس فيناسب نفيه، وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة، لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده وقال الشافعي: **(يفسده إلا السمك لما مر)** يعني من قوله لأن التحريم لا بطريق الكرمة آية النجاسة. قيل في هذا التعليل إشكال، وهو أن الضفدع والسرطان يجوز أكلهما عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي. والجواب أنه المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي أنه أطلق ذلك كله فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى عنه فيكون الإلزام عليها **(ولنا أنه مات في معدنه)** وهو ظاهر، وكل ما مات في معدنه كان نجساً في معدنه، وكل ما كان نجساً في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دماً: أي تغيرت صفرتها دماً، حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز الصلاة معها لأن النجاسة في معدنها بخلاف ما إذا صلى وفي كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته لأن النجاسة ليست في معدنها. قيل هذا التعليل يقتضي أن لا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة إذا ماتت في البر لأنه معدنها، والذي يظهر من كلامهم أنهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطاً فإنهم يمثلون بالدم في العروق والمح في البيضة وأشباههما وليس البر كذلك. وقوله **(ولأنه لا دم فيها)** أي في هذه الحيوانات إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس كما تقدم **(و)** إذا مات **(في غير الماء)** كالخل والعصير والحليب ونحوها **(قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن)** وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن أبي يوسف **(وقيل لا يفسده)** وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهشام عن محمد **(لعدم الدم وهو الأصح)** لإطراده، قيل في كل واحد من التعليلين نظر، أما في الأول فلأن التعليل بالعدم على وجود الشيء لا يجوز، وأما في الثاني فلأن انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز أن يثبت بعلة أخرى، والجواب عن الأول أنه ليس بتعليل بل هو

بانتقال الدم من معدنه فلم يوجد المنجس قوله: **(لكن احتمل تغير صفة الماء)** أقول: بأن يخرجه من الطهورية قوله: **(قيل في هذا التعليل إشكال)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(قيل في كل واحد من التعليلين نظر)** أقول: القائل هو الإتقاني أيضاً

والضفدع البحري والبري فيه سواء. وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن، وما يعيش في الماء ما يكون تولده ومثواه في الماء، ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد. قال (**والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الأحداث**) خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله.

مجراه بالموت، ولذا لو قطع عرق لا يخرج منه الدم ليس المراد به مثل هذا قوله: (**والضفدع البحري**) هو ما يكون بين أصابعه سترة بخلاف البري قوله: (**لوجود الدم**) إن ثبت هذا فينبغي أن لا يتردد في أنه مفسد، وفي التجنيس لو كان للضفدع دم سائل يفسد أيضاً، ومثله لو ماتت حية برية لا دم فيها في إناء لا ينجس وإن كان فيها دم ينجس قوله: (**والماء المستعمل**) تتعلق به مباحث في حكمه وصفته وسبب ثبوتها له ووقت ذلك، قدم الأول لأنه أهم، وأما الثاني فقد أثبت فيه مشايخ ما وراء النهر الخلاف بين أصحابنا واختلاف الرواية، فالحسن عن أبي حنيفة مغلظ النجاسة، وأبو يوسف عنه مخففها، ومحمد عنه طاهر غير طهور، وكل أخذ بما رواه. وقال مشايخ العراق: إنه طاهر عند أصحابنا. واختار المحققون من مشايخ ما وراء النهر طهارته، وعليه الفتوى، وهذا لأن المعلوم من جهة الشارع أن الآلة التي تسقط الفرض وتقام بها القربة تتدنس، وأما الحكم بنجاسة العين شرعاً فلا، وذلك لأن أصله مال الزكاة تدنس بإسقاط الفرض حتى جعل من الأوساخ في لفظه ﷺ فحرم على من شرف بقرابته الناصرة له ولم تصل مع هذا إلى النجاسة حتى لو صلى حامل دراهم الزكاة صحت، فكذا يجب في الماء أن يتغير على وجه لا يصل إلى التنجيس، وهو يسلب الطهورية إلا أن يقوم فيه دليل يخصه غير هذا القياس. فإن قيل قد وجدناه فإن الخطايا تخرج مع الماء، وهي قاذورات ينتج من الشكل الثالث بعض القاذورات يخرج من الماء وبذلك ينجس. أما الصغرى فلقوله ﷺ «إذا توضأ المؤمن خرجت خطاياه من جميع بدنه حتى تخرج من تحت أظفاره»[1] وأما الكبرى فلقوله ﷺ «من ابتلى منكم بشيء من هذه القاذورات فليستتر بستر الله»[2] فالجواب منع أن إطلاق القاذورات على الخطايا حقيقي، أما لغة فظاهر، وأما شرعاً فلجواز صلاة من ابتلى بها عقيب وضوئه إذا لم تكن من النواقض دون غسل بدنه. وأما قوله ﷺ «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة»[3] فغاية ما يفيد نهى

بيان انتفاء المانع، فإنا قد ذكرنا أن النجاسة لا تعطي حكم النجاسة في معدنها فكان المعدن مانعاً عن ترتب الحكم عليها. وعن الثاني أن العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم، وههنا كذلك لأن كونه دماً مسفوحاً هو المنجس لا غير (**والضفدع البري والبحري فيه سواء**) وإنما يعرف البري من البحري بأن البحري ما يكون بين أصابعه سترة، وقيل البري مفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفاء المانع وهو المعدن. وقوله (**وما يعيش في الماء**) بيان أن المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده ومثواه فيه كما ذكرناه في أول البحث (**ومائي المعاش دون مائي المولد**) كالبط والإوز ونحوهما (**مفسد**) قوله (**والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الأحداث**) قدم الكلام في حكم الماء المستعمل لأنه هو المقصود، وقيد بقوله في

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٤٤ وأحمد ٢/٣٠٣ كلاهما من حديث أبي هريرة: إذا توضأ العبد المسلم أو المؤمن فغسل وجهه خرج من وجهه كل خطيئة نظر إليها بعينيه مع الماء أو مع آخر قطر الماء فإذا غسل يديه خرج من يديه كل خطيئة كان بطشتها يداه مع الماء أو مع آخر قطر الماء فإذا غسل رجليه خرجت كل خطيئة مشتها رجلاه مع الماء أو مع آخر قطر الماء حتى يخرج نقياً من الذنوب. هذا لفظ مسلم من طريق مالك وهو في الموطأ ٣٢/٣١ وأخرجه مسلم ٢٤٥ وأحمد ١/١٦٦ كلاهما من حديث عثمان: من توضأ فأحسن الوضوء خرجت خطاياه من جسده حتى تخرج من تحت أظفاره هذا اللفظ لمسلم.

وورد هذا الحديث من طريق عطاء بن يسار عن عبد الله الصنابحي بأتم منه أخرجه مالك ٣١/ ٣٠ والترمذي برقم (٢) والنسائي ١/ ٧٤، ٧٥ وابن ماجه ٢٨٢ والحاكم ١/ ١٣٠ وأحمد ٤/ ٣٤٩. وأخرجه ابن ماجه ٢٨٣ وأحمد ٤/ ١١٣ عن عمرو بن عبسة مرفوعاً.

(٢) صحيح. أخرجه الحاكم ٤/ ٢٤٤ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ: أن رسول الله ﷺ قام بعد أن رجم الأسلمي. يعني ماعز. فقال: اجتنبوا هذه القاذورة التي نهى الله عنها فمن ألمّ فليستتر بستر الله وليتب إلى الله فإنه مَن يُبد لنا من صفحته نُقيمْ عليه كتاب الله.

قال الحاكم: صحيح على شرطهما وأقره الذهبي. وهو كما قالا.

(٣) صحيح. تقدم في ٢/ ٧٧ واللفظ لأبي داود وأصله في الصحيحين.

هما يقولان إن الطهور ما يطهر غيره مرّة بعد أخرى كالقطوع. وقال زفر، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله:

الاغتسال كراهة التحريم، ويجوز كونها لكيلا تسلب الطهورية فيستعمله من لا علم له بذلك في رفع الحدث ويصلي. ولا فرق بين هذا وبين كونه يتنجس فيستعمله من لا علم له بحاله في لزوم المحذور وهو الصلاة مع المنافي فيصلح كون كل منهما مشيراً للنهي المذكور. وجه رواية النجاسة قياس أصله الماء المستعمل في النجاسة الحقيقية، والفرع المستعمل في الحكمية بجامع الاستعمال في النجاسة بناء على إلغاء وصف الحقيقي في ثبوت النجاسة، ذلك لأن معنى الحقيقية ليس إلا كون النجاسة موصوفاً بها جسم محسوس مستقل بنفسه عن المكلف، لا أن وصف النجاسة حقيقة لا تقوم إلا بجسم كذلك، وفي غيره مجاز بل معناه الحقيقي واحد في ذلك الجسم وفي الحدث، وهذا لأنه ليس المتحقق لنا من معناها سوى أنها اعتبار شرعي منع الشارع من قربان الصلاة والسجود حال قيامه لمن قام به إلى غاية استعمال الماء فيه، فإذا استعمله قطع ذلك الاعتبار كل ذلك ابتلاء للطاعة؛ فأما أن هناك وصفاً حقيقياً عقلياً أو محسوساً فلا، ومن ادعاه لا يقدر في إثباته على غير الدعوى فلا يقبل، ويدل على أنه اعتبار اختلافه باختلاف الشرائع؛ ألا ترى أن الخمر محكوم بنجاسته في شريعتنا وبطهارته في غيرها فعلم أنها ليست سوى اعتبار شرعي ألزم معه كذا إلى غاية كذا ابتلاء، وفي هذا لا تفاوت بين الدم والحدث فإنه أيضاً ليس إلا نفس ذلك الاعتبار، فظهر أن المؤثر نفس وصف النجاسة وهو مشترك في الأصل والفرع فثبت مثل حكم الأصل وهو نجاسة الماء المستعمل فيه في الفرع وهو المستعمل في الحدث فيكون نجساً إلا أن هذا إنما ينتهض على من يسلم كون حكم الأصل ذلك كمالك وأكثر العلماء، وأما من يشترط في نجاسته خروجه من الثوب متغيراً بلون النجاسة كالشافعي فلا فعنده الماء الذي يستعمل في الحقيقة التي لا لون لها يغير لون الماء كالبول طاهر يجوز شربه وغسل الثوب به دون إزالة الحدث لأنه عنده مستعمل، وهو لا يقصر وصف الاستعمال على رافع الحدث، فإنما ينتهض عليه بعد الكلام معه في نفس هذا التفصيل وهو سهل، غير أنا لسنا إلا بصدد توجيه رواية نجاسة المستعمل عن أبي حنيفة على أصولنا فإن قيل: لو تم ما ذكرت كان للبلوى تأثير في سقوط حكمه. فالجواب الضرورة لا يعد وحكمها محلها، والبلوى فيه إنما هي في الثياب فيسقط اعتبار نجاسة ثوب المتوضىء وتبقى حرمة شربه والطبخ منه وغسل الثوب منه ونجاسة من يصيبه. وأما الثالث فقد أشار إليه بقوله والماء المستعمل هو ما أزيل به حدث الخ. وحاصله

طهارة الأحداث إشارة إلى أنه يجوز استعماله في طهارة الأنجاس فيما روى محمد عن أبي حنيفة وهو الموافق لمذهبه، فإن إزالة النجاسة العينية بسائر المائعات تجوز عنده قوله: **(خلافاً لمالك والشافعي)** للشافعي في الماء المستعمل ثلاثة أقوال: أظهرها كقول محمد، وفي قول طاهر وطهور وهو قول مالك، وفي آخر إن كان المستعمل محدثاً فهو طاهر غير طهور، وإن كان متوضئاً فهو طاهر وطهور وهو قول زفر **(هما)** أي مالك والشافعي **(يقولان إن الطهور ماء يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع)** ولا يكون كذلك إلا إذا لم يتنجس بالاستعمال، والجواب أنه المحكي عن ثعلب، ورد عليه بأن هذا إن كان لزيادة بيان لنهايته في الطهارة كان سديداً، ويعضده قوله تعالى ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾ وإلا فليس فعول من التفعيل في شيء، وإذا كان بياناً لنهايته فيها لا يستدل به على تطهير الغير فضلاً عن التكرار فيه. وقول زفر لأن الأعضاء طاهرة حقيقة معناه أن أعضاء الوضوء طاهرة حقيقة نجسة حكماً، فالماء المستعمل فيها بالنظر إلى الأول طاهر، وبالنظر إلى الثاني نجس، والحكم عليه بأحدهما إبطال للآخر، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملاً بالشبهين. وقول محمد وهو أنه طاهر غير طهور رواية عن أبي حنيفة وهو المختار للفتوى لعموم البلوى. وقوله

قوله: **(والجواب أنه المحكي عن ثعلب، ورد عليه بأنه هذا الخ)** أقول: الرد لصاحب الكشاف والعبارة عبارته قوله: **(وإلا فليس فعول عن التفعيل في شيء)** أقول: انتهى عبارة الكشاف في هذا المقام قوله: **(وإذا كان بياناً لنهايته فيها لا يستدل به الخ)** أقول: فيه بحث وكيف وقد استدل به المصنف في أول الباب عليه.

إذا كان المستعمل متوضئاً فهو طهور، وإن كان محدثاً فهو طاهر غير طهور لأن العضو طاهر حقيقة، وباعتباره يكون الماء طاهراً لكنه نجس حكماً، وباعتباره يكون الماء نجساً فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملاً بالشبهين وقال محمد رحمه الله: وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور، لأن ملاقاة الطاهر للطاهر لا توجب التنجس، إلا أنه أقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: هو نجس

أنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كل من رفع الحدث والتقرب، وعند محمد التقرب كان معه رفع أولاً، وعند زفر الرفع كان معه تقرب أو لا، والتقرب هو أن ينوي الوضوء حتى تصير عبادة. لا يقال: ما ذكر لا ينتهض على زفر، إذ يقول: مجرد القربة لا يدنس بل الإسقاط، فإن المال لم يتدنس بمجرد التقرب به، ولذا جاز للهاشمي صدقة التطوّع، بل مقتضاه أن لا يصير مستعملاً إلا بالإسقاط مع التقرب، فإن التصرف: أعني مال الزكاة لا يتفرد فيه الإسقاط عنه، إذ لا تجوز الزكاة إلا بنية، وليس هو قول واحد من الثلاثة لأنا نقول: غاية الأمر ثبوت الحكم في الأصل مع المجموع، وهو لا يستلزم أن المؤثر المجموع بل ذلك دائر مع عقلية المناسب للحكم، فإن عقل استقلال كل حكم به أو المجموع حكم به، والذي نعقله أن كلاً من التقرب الماحي للسيئات والإسقاط مؤثر في التغير، ألا ترى أنه انفرد وصف التقرب في صدقة التطوّع وأثر التغير حتى حرم على النبي ﷺ[(١)]، ثم رأينا الأثر عند سقوط وصف الإسقاط ومعه غيره ذلك وهو أشد فحرم على قرابته الناصرة له[(٢)] فعرفنا أن كُلاً أثَّرَ تغيراً شرعياً، وبهذا يبعد قول محمد إنه التقرب فقط إلا أن يمنع كون هذا مذهبه كما قال شمس الأئمة، قال: لأنه ليس بمروي عنه، والصحيح عنده أن إزالة الحدث بالماء مفسد له ومثله عن الجرجاني. وما استدلوا به عليه من مسألة المنغمس لطلب الدلو حيث قال محمد الرجل طاهر والماء طاهر، جوابه أن الإزالة عنده مفسدة إلا عند الضرورة والحاجة كقولنا جميعاً لو أدخل المحدث أو الجنب أو الحائض التي طهرت اليد في الماء للاغتراف لا يصير مستعملاً للحاجة. وقد ورد حديث عائشة رضي الله عنها في اغتسالها معه ﷺ من إناء واحد وكلاهما جنب[(٣)]، على أن الضرورة كافية في ذلك، بخلاف ما لو أدخل المحدث رجله أو رأسه حيث يفسد الماء لعدم الضرورة، وكذا ما في كتاب الحسن عن أبي حنيفة أن غمس جنب أو غير متوضىء يديه إلى المرفقين أو إحدى رجليه في إجانة لم يجز الوضوء منه لأنه سقط فرضه عنه، وذلك لأن الضرورة لم تتحقق في الإدخال إلى المرفقين حتى لو تحققت بأن وقع الكوز في الحبّ فأدخل يده إلى المرفق لإخراجه لا يصير مستعملاً نص عليه في الخلاصة، قال بخلاف ما لو أدخل

(لأن ملاقاة الطاهر) وهو الماء **(للطاهر)** وهو العضو المغسول لأنه طاهر حقيقة لا يوجب التنجس كما لو غسل به ثوب طاهر **(إلا أنه أقيمت به قربة)** ولإقامتها تأثير في تغيير ما أقيمت به **(فتغيرت به)** أي بالاستعمال **(صفة الماء كمال الصدقة)** الذي أقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طيباً، وقد صح أن أصحاب رسول الله ﷺ بادروا إلى وضوئه فمسحوا به وجوههم، فلو كان نجساً لمنعهم كما منع أبا طيبة الحجام الحجام عن شرب دمه.

قال المصنف: **(لأن الأعضاء طاهرة حقيقية)** أقول: دليل للثاني ويعلم منه دليل الأول قوله: **(فتغيرت به: أي وبالاستعمال صفة الماء)** أقول:

---

(١) يشير المصنف لقوله ﷺ: إنا لا تحل لنا الصدقة. وهو بعض حديث أخرجه أبو داود ١٦٥٠ والترمذي ٦٥٧ والنسائي ١٠٧/٥ والحاكم ٤٠٤/١ وأحمد ١٠٥٨/٦ كلهم من حديث أبي رافع بأتم منه.

(٢) صحيح. فقد أمر مسلم ١٠٧٢ في كتاب الزكاة عن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث قال: قال رسول الله ﷺ إنما الصدقات أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد وآل محمد ويأتي في مصارف الزكاة.

(٣) صحيح. هو معنى حديث أخرجه البخاري ٢٩٩ و٢٥٠ و٢٦١ و٢٦٣ و٢٧٣ و٥٩٥٦ ومسلم ٣١٦ ح٣٦ وأحمد ٢٣١/٦، ١٧١ كلهم من حديث عائشة ولفظ الرواية الأولى للبخاري: كنت أغتسل أنا والنبي ﷺ من إناء واحد كلانا جنب ورواية أحمد: من الجنابة وكذا مسلم وباقي روايات البخاري بدون قيد الجنابة. وروايات أخرى لأحمد ٣٧/٦، ١٧٢، ١٧١، ١٩٣، ١٩١، ١٩٩، ٢٣٠.

لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم» الحديث، ولأنه ماء أزيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء أزيلت به النجاسة الحقيقية، ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس نجاسة غليظة اعتباراً بالماء

يده للتبرد أنه يصير مستعملاً لعدم الضرورة، فهذا يوجب حمل المروى عن أبي حنيفة على نحوه ثم إدخال مجرد الكف إنما لا يصير مستعملاً إذا لم يرد الغسل فيه بل أراد رفع الماء، فإن أراد الغسل إن كان أصبعاً أو أكثر دون الكف لا يضر[1] مع الكف بخلافه ذكره في الخلاصة، ولا يخلو من حاجته، إلى تأمل وجهه. واعلم أن ما ذكر في الخلاصة من كونه يصير مستعملاً بالإدخال للتبرد محمله ما إذا كان محدثاً، أما إن كان متطهراً فلا، إذ لا بد عند عدم ارتفاع الحدث من نية القربة لثبوت الاستعمال، وكذا إطلاق ثبوت الاستعمال بغسل اليدين قبل الطعام وبعده وهو أقرب في هذا، وكذا ما ذكر من أن بعد الإنقاء في الاستنجاء يصير الماء مستعملاً لا نجساً، فأما لو لم يقصد في هذا وما قبله سوى الزيادة والغسل تبرداً لا تقرباً واستناناً يجب أن لا يصير مستعملاً وقد صرح بذلك. قال في المبتغي وغيره: بتبرده يصير مستعملاً إن كان محدثاً وإلا فلا، ويغسل ثوب طاهر أو دابة تؤكل لا يصير مستعملاً، وكذا يغسل بدنه أو رأسه للطين أو الدرن إذا لم يكن محدثاً لظهور قصد إزالة ذلك. ووضوء الصبي كالبالغ، وبتعليم الوضوء إذا لم يرد سوى مجرد التعليم لا يستعمل، وبوضوء الحائض يصير مستعملاً لأن وضوءه مستحب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى في باب الحيض، ولا يخفي انتهاض الوجه على مالك في قوله إن الطهور يطهر مرة بعد أخرى، وقوله هو كالقطوع لا يجديه شيئاً وكشفه أنه ليس من مفهوم الطهور أن يطهر مرة واحدة فضلاً عن التكرر، فإن مفهومه ليس إلا المبالغة في الطاهر، كذا كل ما كان على صيغة فعول فإنه لا يقيد سوى المبالغة في ذلك الوصف، والمبالغة فيه لا تستلزم تطهير غيره، بل رفع مانع الغير ليس إلا أمراً شرعياً لولا استفادته من قوله تعالى ﴿ماء ليطهركم به﴾ [الأنفال ١١] لما أفاده الماء أخذاً من صيغة فعول، وتكرر القطع لما يطلق عليه قطوع ليس إلا

ووجه الاستدلال لأبي حنيفة وأبي يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يبولنّ أحدكم في الماء الدائم» الحديث أنه ﷺ كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن النجاسة الحكمية وهوالاغتسال فيه فدل على أن الاغتسال فيه كالبول فيه. وقوله (ولأنه ماء) أي ولأن الماء المستعمل ما أزيل به أحد المانعين من جواز الصلاة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياساً على ما أزيل به المانع الآخر منه وهو النجس الحقيقي، ولقائل أن يقول: المتوضيء قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثاً، فإذا استعمله فلا يخلو إما أن تتحول هذه الصفة منه إلى الماء أو لا، ولا سبيل إلى الأول لأن الأعراض لا تقبل الانتقال من محل إلى محل باتفاق العقلاء فتعين الثاني، وحينئذ لا وجه للحكم بنجاسة الماء. والجواب أن كلامنا ليس في المتوضيء وصفته، وإنما هو في أن أعضاء الوضوء متصفة بالنجاسة حكماً وقد زالت شرعاً بالوضوء الذي أقيمت، به قربة وقد أقمنا الدليل آنفاً على أن لإقامتها تأثيراً في تغير ما أقيمت به فصار الماء به خبيثاً شرعاً كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء نجساً إلا اتصافه بالخبث شرعاً، والانتقال على الأعراض الحقيقية لا يجوز، وأما الأمور الاعتبارية الحكمية فيجوز أن تعتبر قائمة بمحل بعد قطع الاعتبار عن قيامها بمحل آخر، ألا ترى أن الملك للبائع أمر اعتباري حكمي، وبعد أن قال بعت وقبل المشتري انتقل الملك من البائع إليه، وبعد ما ثبتت نجاسته اختلفت الروايات في غلظها وخفتها، فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه نجس نجاسة غليظة اعتباراً بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فتقدر بالدرهم، وروى أبو يوسف عنه وهو قوله (إنه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف) فإن اختلاف العلماء يورث التخفيف كما سيجيء إن شاء الله تعالى. وقوله (والماء المستعمل) بيان لحقيقته وكان حقه التقديم، ولكن قدم الحكم لما ذكر آنفاً، ولأنه يتضمن بيان السبب فصار من الوسائل فلم يجب تقديمه، ثم سبب كون الماء مستعملاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف هو إزالة الحدث أو قصد القربة، وعند

الأظهر: أي بالإقامة، وذكر الضمير لكون الإقامة في تأويل أن مع الفعل قوله: (ووجه الاستدلال لأبي حنيفة وأبي يوسف بقوله ﷺ «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم» الحديث) أقول: مآله إلى الاستدلال بالقرآن في النظم على القرآن في الحكم، والأظهر أن يستدل بتأكيد لا يغتسلن على كون النهي للتحريم قال المصنف: (ولأنه أزيلت به النجاسة) أقول: الدليل أخص من المدعي حيث لا يدل على نجاسة ما أقيمت به القربة دون رفع الحدث، ولكن لا غرو بعد عموم الدليل الأول قال المصنف: (وإنها تزال بالقرب) أقول: لقوله تعالى

(١) (قوله مع الكف بخلافه) كذا بالأصول، ولعله بخلافه مع الكف اهـ مصححه

المستعمل في النجاسة الحقيقية، وفي رواية أبي يوسف عنه رحمه الله وهو قوله إنه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف. قال (**والماء المستعمل هو ما أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة**) قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي يوسف رحمه الله، وقيل هو قول أبي حنيفة أيضاً. وقال محمد رحمه الله: لا يصير مستعملاً إلا بإقامة القربة لأن الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام إليه وإنها تزال بالقرب، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إسقاط الفرض مؤثر أيضاً فيثبت الفساد بالأمرين، ومتى يصير الماء مستعملاً الصحيح أنه كما زايل العضو صار مستعملاً، لأن سقوط

لخصوص المادة التي وقعت فيها المبالغة، وذلك لأن القطع تأثير في الغير بالإبانة، وهذا يستفاد من صيغة فاعل فإن صحته إطلاق قاطع ما دام قائماً كان ثبوت القطع قائماً ويلزمه تكرر القطع فقد ثبت التكرر بدون صيغة فعول فالمبالغة المستفادة منه حينئذ ليس إلا باعتبار كثرته وجودته. والحاصل أن فعولاً للمبالغة في ذلك الوصف، فإن كان ذلك الوصف متعدياً كان المبالغة فيه باعتبار تعلقه بالغير، وإن كان قاصراً في نفسه كان باعتباره في نفسه لا أنه يصيره متعدياً وصفة طاهر قاصرة فالمبالغة فيه باعتبار جودته في نفسه، أما إفادة المبالغة تعلقه بالغير فلا لغة ولا عرفاً، وانظر إلى قول جرير:

عذاب الثنايا ريقهنّ طهور

في صفة أهل الجنة وليس هو برافع قوله: (**وقيل هو قول أبي حنيفة**) قال شيخ الإسلام: يجب أن يكون قول أبي حنيفة لمسائل نقلت، وذكر ما نقلناه آنفاً من كتاب الحسن وذكرنا أنه مقيد بما إذا لم يرد رفع شيء، وفي موضع آخر تصريح بأن الإناء قيد، حتى لو أدخل رجله في البئر أو يده لا يفسده، ولو أدخل الجنب في البئر غير اليد والرجل من الجسد أفسده لأن الحاجة فيهما، وقولنا من الجسد يفيد الاستعمال بإدخال بعض عضو، وهو يوافق المروي عن أبي يوسف في الطاهر إذا أدخل رأسه في الإناء وابتل بعض رأسه أنه يصير مستعملاً، أما الرواية المعروفة عن أبي يوسف أنه يصير مستعملاً ببعض العضو، قال في الخلاصة: هذا بناء على أن الماء بماذا يصير مستعملاً؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أزيل به حدث أو تقرب به. وقال محمد: إذا قصد به التقرب لا غير ثم استمر في التفريع. ومعنى هذا أن الحدث لا يرتفع عن بعض عضو حتى لو كان فيه لمعة فهو بحدثه ورفعه هو المفيد للاستعمال أو القربة، ثم هذا كله يشكل على قول المشايخ إن الحدث لا يتجزأ رفعاً كما لا يتجزأ ثبوتاً، والمخلص بتحقيق الحق في ذلك وهو أن تتبع الروايات في الملاقاة يفيد أن صيرورة الماء مستعملاً بأحد أمور

محمد هو قصد القربة فقط، وعند زفر الشافعي إزالة الحدث لا غير، فلو توضأ محدث بنية القربة صار الماء مستعملاً بالإجماع ولو توضأ رجل موضىء بنية التبرد لا يصير الماء مستعملاً بالإجماع، ولو توضأ المحدث للتبرد صار مستعملاً عندهما وعند زفر خلافاً لمحمد لعدم قصد القربة، وكذا عند الشافعي لعدم إزالة الحدث عنده بلا نية، ولو توضأ المتوضىء بقصد القربة صار مستعملاً عند الثلاثة خلافاً لزفر، والشافعي استدل لمحمد بقوله (**لأن الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام إليه**) أي إلى الماء المستعمل كما قررناه، وانتقالها بإزالتها عن محلها وإزالتها بالقرب كما في مال الصدقة. وأبو يوسف يقول إسقاط الفرض مؤثر أيضاً لأن التغير عندهما إنما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها إلى الماء، وقد انتقلت إلى الماء في الحالين جميعاً كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة الحقيقية فيثبت فساد الماء بالأمرين جميعاً. وقوله (**ومتى يصير مستعملاً**) بيان لوقت أخذه حكم الاستعمال. وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله على أن الماء ما دام متردداً في العضو ليس له حكم الاستعمال، فإذا زايل العضو ولم يستقر في مكان أو إناء اختلفوا فيه، فقال سفيان الثوري وإبراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي إنه لا يصير مستعملاً. وذهب أصحابنا إلى أنه كما زايل العضو صار مستعملاً حتى لو

﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾ وللحديث الدال على خروج خطايا أعضاء الوضوء عند غسل الأعضاء مع الماء أو مع آخر قطر الماء قال المصنف: (**وأبو يوسف يقول: إسقاط الفرض مؤثر أيضاً**) أقول: لأنه تطهير مقتض لإزالة النجاسة منتقلة إلى الماء قوله: (**وهو إسناد الفعل إلى الزمان فيكون مجازاً عقلياً**) أقول: فيه بحث قوله: (**وهو مناقض لأصل المذهب**) أقول: فيه بحث، فإن مواقع الضرورة مستثناة

حكم الاستعمال قبل الانفصال للضروة ولا ضرورة بعده، والجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند أبي يوسف رحمه الله الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لإسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الأمرين، وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران: الرجل لعدم اشتراط الصب، والماء لعدم نية القربة. وعند أبي حنيفة رحمه الله: كلاهما نجسان: الماء لإسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء.

ثلاثة: رفع الحدث تقرباً أو غير تقرب، والتقرب سواء كان معه رفع حدث أولاً. وسقوط الفرض عن العضو وعليه تجري فروع إدخال اليد والرجل الماء القليل لا لحاجة، ولا تلازم بين سقوط الفرض وارتفاع الحدث، فسقوط الفرض عن اليد مثلاً يقتضي أن لا تجب إعادة غسلها مع بقية الأعضاء ويكون ارتفاع الحدث موقوفاً على غسل الباقي، وسقوط الفرض هو الأصل في الاستعمال لما عرف أن أصله مال الزكاة والثابت فيه ليس إلا سقوط الفرض حيث جعل به دنساً شرعاً على ما ذكرناه. هذا والمفيد لاعتبار الإسقاط مؤثراً فيه صريح التعليل المنقول من لفظ أبي حنيفة في كتاب الحسن وهو ما قدمناه من قوله لأنه سقط فرضه عنه. وأما الرابع فأشار إليه بقوله ومتى يصير مستعملاً الصحيح أنه كما زايل العضو احترز به عن قول كثير من المشايخ، وهو قول سفيان الثوري رحمه الله أنه لا يصير مستعملاً حتى يستقر في مكان مستدلين بجواز أخذ البلة من مكان من العضو إلى آخر، وعدم جوازه من عضو إلى عضو آخر إلا في الجنابة لأن البدن فيها كالعضو الواحد، ويمسح رأسه ببلل في يده لا بلل من عضو آخر، والمحققون على ما ذكر في الكتاب لأن سقوط الاستعمال حال تردده على العضو للضرورة، ولا ضرورة بعد الانفصال، وغاية ما ذكروا أن المأخوذ من مكان آخر مستعمل، ولا كلام في هذا فإنه اتفاق، بل فيما بعد الانفصال قبل الاستقرار، وما ذكروه لا يمسه ولا يتعرض له قوله: (والجنب) هذه المسألة التي خرّج أبو بكر الرازي اختلاف

أصاب ثوبه تنجس وقالوا: إن من نسي مسح رأسه فأخذ من لحيته ماء ومسح به رأسه لا يجوز واختاره المصنف وقال (الصحيح أنه كما زايل العضو) والكاف هذه تسمى كاف المفاجأة كما تقول كما خرجت من البيت رأيت زيداً: أي فاجأت رؤية زيد، ومعناه يصير الماء مفاجئاً وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير توقف إلى وقت الاستقرار في مكان وهو إسناد الفعل إلى الزمان فيكون مجازاً عقلياً. وقوله (لأن سقوط حكم الاستعمال) ظاهر. وأورد بأن فيه حرجاً فكان ضرورة، وقيل في جوابه حكم الاستعمال سقط في المنديل والثياب للحرج وهو مناقض لأصل المذهب ولعل المخلص أن يقال بثبوت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو في الجمع، ولا حرج فيه إذ المختار من الأقوال للفتوى أنه طاهر غير طهور. قال (والجنب إذا انغمس في البئر) جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر ولم ينجس الماء عند أبي يوسف، وطهر الرجل ولم ينجس الماء عند محمد، ولم يطهر ونجس الماء عند أبي حنيفة، وقيد بقوله (لطلب الدلو) لأنه لو انغمس في البئر للاغتسال للصلاة فسد الماء عند الكل. لأبي يوسف في بقاء الرجل نجساً أن الصب عنده شرط لأن القياس يقتضي التطهير بالغسل لتنجس الماء بأول الملاقاة، وإنما حصل ضرورة خروج المكلف عن الأمر بالتطهير، والماء الجاري أقرب إلى ذلك لعدم استقراره والصب بمنزلته فيشترط تحصيلاً للمأمور به بحسب الإمكان، وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه، وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط، وفي بقاء الماء طاهراً أن سبب استعماله أحد الأمرين إسقاط الفرض، ونية القربة كما تقدم لا سبب له غيرهما، وقد انتفيا جميعاً فينتفي الحكم. فإن قيل انتفاء إسقاط الفرض ممنوع فإنه يسقط عنده وإن لم ينو فقد سقط فيصير الماء مستعملاً لكونه أحد الأمرين أجيب بأنه ترك أصله في هذه المسألة ضرورة الحاجة إلى طلب الدلو، فلو سقط

من قواعد الشرع قال المصنف: (والجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو) أقول: فيه إشارة إلى قلة الماء قال المصنف: (والماء لعدم نية القربة) أقول: الماء المستعمل طاهر عند محمد، فلا وجه لهذا الكلام لما فيه من إيهام تنجسه، إلا أن يكون مبناه على تسليمه تنجيس الاستعمال بطريق التنزل قوله: (فسد الماء عند الكل) أقول: لا نسلم ذلك عند أبي يوسف، فإنه يشترط الصب قوله: (فإن قيل انتفاء إسقاط الفرض ممنوع إلى قوله أجيب بأنه ترك أصله) أقول: لا توجيه لهذا المنع بعد ما بين كون إسقاط الفرض مشروطاً عنده بالصب فافهم. وكتب في هامش هذا البحث نقلاً عن خط المصنف ما هو صورته: هذا السؤال بناء على أن الأصل عند أبي يوسف أن يسقط الفرض باستعمال الماء في البدن من غير نية ولا اشتراط صب كما في الوضوء والجواب بناء على أنه ترك هذا الأصل المذكور في مسألة

وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل. وعنه أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال، وهو أوفق الروايات عنه. قال **(وكل إهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والآدمي)** لقوله عليه الصلاة والسلام **«أيما إهاب دبغ فقد طهر»** وهو بعمومه حجة على مالك رحمه

أبي يوسف ومحمد في علة استعمال الماء منها فقال: عند أبي يوسف يثبت الاستعمال برفع الحدث وبالاستعمال تقرباً، وعند محمد ما لم ينو القربة لا يصير مستعملاً وجهه في قول محمد ظاهر. قال وصار كما إذا أدخل يده للاغتراف زال حكم الحدث عن اليد ولم يصر الماء مستعملاً. وأما أبو يوسف فيحكم بنجاسة المستعمل وهو بكل من الأمرين فإذا انغمس وحكمنا بطهارته استلزم ذلك الحكم بكون الماء مستعملاً، ولو حكمنا باستعماله لكان نجساً بأول الملاقاة فلا تحصل له الطهارة، فكان الحكم بطهارته مستلزماً للحكم بنجاسته، فقلنا الرجل بحاله والماء بحاله. وعن أبي حنيفة أنهما نجسان. واختلفوا في نجاسة الرجل عنده، فقيل نجاسة الجنابة فلا يقرأ، وقيل نجاسة المستعمل فيقرأ. وعنه أن الرجل طاهر، وهذه الرواية هي الصحيحة لعدم أخذ ماء الاستعمال قبل الانفصال، والكل ظاهر من الكتاب، وأنت علمت أن إخذ اشتراط محمد القربة من هذه المسألة غير لازم وكذا قول أبي يوسف لجواز أن يكون كون الرجل بحاله لاشتراطه الصب فإنه شرط عنده في التطهير في غير الماء الجاري والملحق به في العضو لا الثوب لا لما ذكر لما ذكرنا أن الاستعمال لا يثبت إلا بعد الانفصال فلا يكون الماء حال الانغماس والحكم بطهارة الرجل مستعملاً نجساً ولا بأول الملاقاة قوله: **(وكل إهاب دبغ فقد طهر)** يتناول كل جلد يحتمل الدباغة لا

الفرض تنجس الماء وفسد البئر وفيه ضرر لا يخفى. ولمحمد في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب، فإنه إذا لم يكن شرطاً لا يستلزم انتفاؤه انتفاء الحكم، وفي طهارة الماء عدم نية التقرب، فإن السبب عنده ليس إلا إقامة القربة بالنية ولم توجد، وكان هذا السبب متعيناً كالسبب في ولد الغصب فينتفي الحكم بانتفائه. ولأبي حنيفة في نجاسة الماء إسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة، فإن الماء يصير به مستعملاً وإن لم توجد النية لأنها ليست بشرط لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل نجساً لبقاء لحدث في بقية الأعضاء **(وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل)** لأن النية لما لم تشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس وصار الماء مستعملاً والرجل متلبس به فيتنجس بنجاسته **(وعنه أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو أوفق الروايات عنه)** لكونه أكثر مناسبة لأصله، فعلى أول أقواله لا تجوز الصلاة ولا قراءة القرآن، وعلى الثاني تجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر، وعلى الثالث يجوز كلاهما، وإنما قدم قول أبي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه إلى البيان بسبب تركه أصله كما بينا. قال **(وكل إهاب دبغ فقد طهر)** يتعلق بدباغ الإهاب ثلاث مسائل: طهارته، وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلاة فيه وهي متعلقة بكتاب الصلاة: والوضوء منه بأن يجعل قربة وبه يتعلق بهذا الباب، وإنما قال والصلاة فيه بأن يجعل ثوباً ولم يقل عليه بأن يجعل مصلى وإن كان الحكم فيهما واحداً لأن البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال، ولأنه منصوص عليه بقوله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾ وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة، وإنما ذكر الحكمين الأخيرين وإن كان يفهم ذلك من الأول احترازاً عن قول مالك فإن يقول: يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه لا فيه، وإنما قدم الخنزير على الآدمي لأن الموضع موضع إهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أولى، واستدل على الطهارة دون الآخرين لأن ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله ﷺ **«أيما إهاب دبغ فقد طهر»** **(وهو بعمومه)** لكونه نكرة اتصفت بصفة عامة **(حجة على مالك في جلد الميتة)** فإنه يقول: لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الأشياء دون المائع فيعمل جراباً للحبوب دون السمن والخل وغيرهما. فإن قيل: جلد الخنزير والآدمي خارج عن عمومه فيجوز أن يخص

الاغتسال، وشرط الصب ضرورة الحاجة إلى طلب الدلو اهـ فيه بحث، فإنه بين قبيله إن اشتراط الصب لكون الصب بمنزلة الماء فسواء تحقق تلك الضرورة أو لم يتحقق شرط الصب على حاله قوله: **(وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر)** أقول: وكتب في هامش هذا المقام نقلاً عن خط المصنف ما هو صورته: وجه النظر أن الماء إن لم يدخل الفم لا يجوز له القراءة، وكذا إن دخل لأنه تنجس بملاقاة الرجل اهـ. كيف يتنجس به وقد شرط الانفصال في الاستعمال؟ قوله: **(طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد)** أقول: فيه بحث

الله في جلد الميتة، ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة بإهاب لأنه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين؛ ألا يرى أنه ينتفع به حراسة واصطياداً، بخلاف

ما لا يحتمله، فلا يطهر جلد الحية والفأرة به كاللحم وعند محمد لو أصلح مصارين شاة ميتة أو دبغ المثانة وأصلحها طهرت. وقال أبو يوسف: هي كاللحم، ثم استثنى جلد الخنزير والآدمي فيدخل جلد الفيل خلافاً لمحمد في قوله إن الفيل نجس العين. وعندهما هو كسائر السباع، واستدل بحديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه ﷺ «أيما إهاب دبغ فقد طهر» رواه الترمذي وصححه[1]، ورواه مسلم بلفظ آخر، وهو كما تراه عام، فإخراج الخنزير منه لمعارضة الكتاب إياه فيه وهو قوله تعالى. أو لحم خنزير فإنه رجس. بناء على عود الضمير إلى المضاف إليه لأنه صالح لعوده، وعند صلاحية كل من المتضايفين لذلك يجوز كل من الأمرين، وقد جوّز عود ضمير ميثاقه في قوله تعالى. ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه. إلى كل من العهد ولفظ الجلالة، وتعين عوده إلى المضاف إليه في قوله تعالى. واشكروا نعمة الله عليكم إن كنتم إياه تعبدون. ضرورة صحة الكلام وإلى المضاف في قولك رأيت ابن زيد فكلمته لأن المحدث عنه بالرؤية، رتب على الحديث الأول عنه الحديث الثاني فتعين هو مراداً به وإلا اختل النظم، وإذا جاز كل منهما لغة، والموضع موضع احتياط وجب إعادته على ما فيه الاحتياط، وهو بما قلنا. وأما

منه جلد الميتة بالقياس عليه أو بقوله ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» أجيب بأنه قياس فيه إبطال النص وهو قول عليه الصلاة والسلام «أيما إهاب دبغ» الحديث، وتحقيقه أن الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق وجلد الآدمي والخنزير خارجان على ما سنذكره، ولو خرج جلد الميتة أيضاً لزم إبطال النص بالقياس وذلك باطل والنهي عن الانتفاع بالإهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قال الخليل والأصمعي، وليس ذلك داخلاً في عموم قوله«أيما إهاب دبغ» ليجوز تخصيصه فلا تعارض بينهما لاختلاف المحل. قوله (**وحجة على الشافعي**) عطف على قوله حجة على مالك، فإن الشافعي يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ، وتخصيص الكلب موافق لما ذكر في الأسرار، وذكر في المبسوط أن كل ما يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياساً على جلد الخنزير والآدمي، وعلى هذا لا فائدة في تخصيصه. وقوله (**وليس الكلب بنجس العين**) جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وإن لم يذكر في الكتاب. واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين، فمنهم من ذهب إلى ذلك. قال شمس الأئمة في مبسوطه: والصحيح من المذهب عندنا أن عين الكلب نجس، إليه يشير محمد في الكتاب في قوله: وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير. قيل والأصح أنه ليس بنجس العين لأنه ينتفع به حراسة واصطياداً وليس نجس العين كذلك، ولا يشكل بالسرقين فإنه نجس لا محالة وينتفع به إيقاداً وغيره لأنه انتفاع بالإهلاك، وهو جائز كالدنو من الخمر للإراقة وهو مختار المصنف.

قوله: (**ولأنه منصوص عليه**) أقول: أي تطهير الثوب قوله: (**وإنما ذكر الحكمين الأخيرين وإن كان يفهم ذلك من الأول احترازاً عن قول مالك فإنه يقول: يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه لا فيه**) أقول: فهذا وجه آخر لقوله والصلاة فيه دون عليه، إذ لا يحصل به الرد على مالك كما لا يخفى ثم اعلم أن مالكاً إنما ذهب إلى طهارة ظاهره دون باطنه دفعاً للتعارض بين الحديثين قال المصنف: (**وهو بعمومه حجة على مالك**) أقول: وإطلاق طهر لطهوره في الطهارة ظاهراً وباطناً قال المصنف: (**لأنه اسم لغير المدبوغ**) أقول: وبعد الدباغ يسمى شناً وأديماً قوله: (**لأن الموضع موضع إهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أولى**) أقول: فيه أن الآدمي ليس بنجس قوله: (**وهو بعمومه، إلى قوله: حجة على مالك رحمه الله**) أقول: كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط المصنف ما هو صورته: تحقيقه أن الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق، وجلد الآدمي والخنزير خارجان على ما سنذكره فلو خرج جلد الميتة أيضاً لزم إبطال النص بالقياس وذلك باطل اهـ. قال عصام الدين: جلد المذكى وإن لم يكن مأكولاً طاهر عند علمائنا، وكذا عند مالك صرح به في شرح فلا يتناوله الحديث اهـ قوله: (**وهو مختار المصنف**) أقول: يعني قوله فإنه نجس لا محالة وينتفع به إيقاداً أو غيره

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٦٦ ح١٠٥ وأبو داود ٤١٢٣ والترمذي ١٧٢٨ والنسائي ١/ ١٧٣ وابن ماجه ٣٦٠٩ والدارمي ١٩١٨ والشافعي ٥٨ وأحمد ١/ ٢١٩، ٢٧٠ والدارقطني ١/ ٤٦ كلهم من حديث ابن عباس بهذا اللفظ إلا أن مسلماً وحده قال: إذا. والباقون: أي أصحاب السنن بلفظ: أيما.
وفي الباب أحاديث وروايات.

الخنزير لأنه نجس العين، إذ الهاء في قوله تعالى. فإنه رجس. منصرف إليه لقربه وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وإن كان تشميساً أو تترييباً لأن المقصود يحصل به فلا معنى

جلد الآدمي فليس فيه إلا كرامته وهو ما ذكره بقوله وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته ولا يخفي أن هذا مقام آخر غير طهارته بالدباغ وعدمها فلذا صرح في العناية بأنه إذا دبغ جلد الآدمي طهر لكن لا يجوز الانتفاع به كسائر أجزائه، وبقي جلد الكلب داخلاً في العموم إذ نجاسة سؤره لا تستلزم نجاسة عينه بل نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب فيطهر بالدباغ، على أن فيه روايتين في رواية لا يطهر بناء على نجاسة عينه. قال شيخ الإسلام: وهو ظاهر المذهب. وفي فتاوى قاضيخان: فروع عليه: منها وقع الكلب في بئر تنجس أصاب فمه الماء أو لم يصب ولو ابتل فانتفض فأصاب ثوباً أكثر من الدرهم أفسده. واختلف المشايخ في التصحيح، والذي يقتضيه هذا العموم طهارة عينه ولم يعارضه ما يوجب نجاستها فوجب أحقية تصحيح عدم نجاستها فيطهر بالدباغ ويصلى عليه ويتخذ دلواً للماء. فإن قيل يجب أن يخرج منه إهاب الميتة أيضاً بطريق النسخ بما رواه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم عنه ﷺ «أنه كتب إلى جهينة قبل موته بشهر: أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»[(١)] حسنه الترمذي. وعند أحمد قبل موته بشهر أو بشهرين. قلنا الاضطراب في متنه وسنده يمنع تقديمه على

وقوله (بخلاف الخنزير) متصل بقوله إلا جلد الخنزير (لأنه نجس العين، إذ الهاء في قوله تعالى ﴿فإنه رجس﴾ عائد إليه لقربه) فإن قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب أن يرجع إليه الضمير. أجيب بأن المضاف إليه قد يكون مقصوداً مثل أن يقول مثلاً رأيت ابن زيد فإنه يجوز أن يقال وحرضته على الاشتغال فيكون الضمير راجعاً إلى المضاف لأنه المقصود ويجوز أن يقال فأخبرته بأن ابنك هذا فاضل فيكون راجعاً إلى المضاف إليه كقوله تعالى ﴿والذين ينقضون عهد الله

قوله: (وقوله بخلاف الخنزير متصل بقوله إلا جلد الخنزير) أقول: بل متصل بقوله وليس الكلب بنجس العين، إلا أن يراد الاتصال المعنوي فإنه بيان لوجه الاستثناء قوله: (كقوله تعالى ﴿والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه﴾ فإن الضمير يجوز إلى كل من المضاف والمضاف إليه) أقول: هذا ليس نظيراً لما تقدم، إذ لا معنى هنا لجواز كلا الأمرين بخلاف الأولين فقوله كقوله غير مناسب

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٤١٢٧ و٤١٢٨ والترمذي ١٧٢٩ والنسائي ٧/ ١٧٥ وابن ماجه ٣٦١٣ وأحمد ٤/ ٣١١ والطيالسي ١٢٩٣ والبيهقي ١/ ١٤ كلهم من حديث عبد الله بن محكَيْم. بالتصغير. بهذا اللفظ قال الترمذي: حديث حسن وكان أحمد يقول به ثم تركه لما اضطربوا في إسناده.

وفي تلخيص الحبير ١/ ٤٧ ما ملخصه: وقال الخلال: كان أحمد يقول به ثم تركه لما رأى تزلزل الرواة فيه.

وقال ابن حبان: هو متصل. وقال البيهقي والخطابي: هو مرسل وقال ابن دقيق العيد: تضعيف من ضعفه ليس من قبل الإسناد بل بسبب الاضطراب اهـ وقال النووي: فيه اضطراب في سنده ومتنه واختلاف في صحبة ابن عكيم اهـ نصب الراية ١/ ١٢١ وقال الحازمي في الناسخ والمنسوخ: هو كثير الاضطراب وحديث ابن عباس يعارضه وهو سماع وهذا كتاب والكتاب والمناولة مرجوحات. ومن شرط الناسخ أن يكون أصح سنداً وغير خافٍ أن حديث ابن عُكيم لا يوازي حديث ابن عباس في جهة واحدة من جهات الترجيح. ثم نقل الحازمي أن الانتفاع بجلود الميتة بعد الدباغ هو قول ابن مسعود وابن مسعود وابن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وسالم والنخعي والضحاك وابن جبير ومالك والليث والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة وابن المبارك والشافعي وإسحاق اهـ الاعتبار للحازمي صفحة ٥٧.

قلت: وهو قول أحمد أخيراً رواه الخلال والترمذي.

تنبيه: وقد وهم الألباني في الإرواء ٣٨ حيث ذكر حديث ابن عُكيم وصححه وانتقد ابن حجر لإعلاله إياه بالارسال فلم يصب الألباني في تصحيحه ولا في انتقاده ابن حجر. لأن البيهقي والخطابي وغيرهما أعلوه بالارسال أيضاً. وهو كذلك والإمام أحمد عمل به زمناً ثم تركه لما اضطربوا فيه ذكر ذلك بهاء الدين المقدسي والترمذي والخلال وعلى هذا وافق الإمام أحمد باقي الأئمة فكان إجماعاً ولا عبرة بمن شذ وخالف بعد هؤلاء الأئمة الأثبات.

ويعارضه حديث ابن عباس الذي تقدم. وحديث آخر عن ابن عباس: امر النبي ﷺ بشاة ميتة فقال: هلاً انتفعتم بجلدها قالوا: إنها ميتة قال: إنما حرُمَ أكلها وهذا أخرجه البخاري ٥٥٣١ ومسلم ٣٦٣ وأبو داود ٤١٢٠ والنسائي ٧/ ١٧٢ وابن ماجه ٣٦١٠ والدارمي ١٩٢١ وأحمد ١/ ٣٦٥ والشافعي ٥٩ و٦٠ كلهم من حديث ابن عباس في قصة الشاة وهي لميمونة خالة ابن عباس.

ورواه أحمد ٦/ ٣٢٩ من حديث ميمونة.

لاشتراط غيره، ثم ما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لأنها تعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة، وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح، وإن لم يكن مأكولاً.

حديث ابن عباس، فإن الناسخ أيّ معارض فلا بد من مشاكلته في القوة. ولذا قال به أحمد. وقال: هو آخر الأمرين من رسول الله ﷺ، ثم تركه للاضطراب فيه. أما في السند فروي عن عبد الرحمٰن عن ابن عكيم كما قدمنا، وروى أبو داود من جهة خالد الحذاء، عن الحكم بن عتيبة بالتاء من فوق، عن عبد الرحمٰن أنه انطلق هو وناس إلى عبد الله بن عكيم قال: فدخلوا ووقفت على الباب فخرجوا إلي فأخبروني أن عبد الله بن عكيم أخبرهم أنه ﷺ كتب إلى جهينة الحديث. ففي هذا أنه سمع من الداخلين وهم مجهولون. وأما في المتن ففي رواية بشهر، وفي أخرى بأربعين يوماً، وفي أخرى بثلاثة أيام مع الاختلاف في صحبة ابن عكيم، ثم كيف كان لا يوازي حديث ابن عباس الصحيح في جهة من جهات الترجيح، ثم لو كان لم يكن قطعياً في معارضته لأن الإهاب اسم لغير المدبوغ وبعده يسمى شناً وأديماً. وما رواه الطبراني في الوسط من لفظ هذا الحديث «هكذا كنت رخصت لكم في جلود الميتة فلا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب»[(١)] في سنده فضلة بن مفضل مضعف: والحق أن حديث ابن عكيم ظاهر في النسخ لولا الاضطراب، فإن من المعلوم أن أحداً لا ينتفع بجلد الميتة قبل الدباغة لأنه حينئذ مستقذر فلا يتعلق النهي به ظاهراً قوله: **(لأن المقصود يحصل به)** فخرج ما جفّ ولم يستحل فلا يطهر، والإلقاء في الريح كالتشميس، وفيه حديث أخرجه الدارقطني عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «استمتعوا بجلود الميتة إذا هي دبغت تراباً كان أو رماداً أو ملحاً أو ما كان بعد أن يزيد صلاحه»[(٢)] وفيه معروف بن حسان مجهول، والمعنى

من بعد ميثاقه﴾ فإن الضمير يجوز أن يرجع إلى كل من المضاف والمضاف إليه ورجوعه إلى المضاف إليه فيما نحن فيه أولى لكونه أشمل للإجزاء وأحوط في العمل، لأن الضمير إن رجع إلى اللحم لم يحرم غيره، وإن رجع إلى المضاف إليه حرم، فغير اللحم دائر بين أن يحرم وأن لا يحرم فيحرم احتياطاً وذلك برجوع الضمير إلى المضاف إليه. وقوله **(وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي)** متعلق بقوله والآدمي، ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فإنه لا يطهر بالدبغ لنجاسة عينه وجلد الآدمي **(لكرامته)** لئلا يتجاسر الناس على من كرمه الله بابتذال أجزائه **(فخرجا عما روينا)** يعني من قوله ﷺ «أيما إهاب دبغ» الحديث، فإن قلت: ما وجه خروجهما عن المروى، هل هو تخصيص فيحتاج إلى مخصص مقارن على ما هو المذهب، أم نسخ فيحتاج إلى ناسخ متأخر؟ قلت: عدم طهارتهما ثابت بالكتاب، فإن كان متأخراً عن الحديث فهو ناسخ لا محالة، وإن كان متقدماً عليه منع التناول لتقرره في الشرع، وخبر الواحد لا يعارضه فضلاً أن ينسخه، وإن كان مقارناً صار مخصصاً، والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فعبر بقوله فخرجا. وقوله **(ثم ما يمنع النتن والفساد)** بيان لما يدبغ به ذكره استطراداً بعد ذكر الدباغة. قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: كل شيء يمنع الجلد من الفساد **(فهو دباغ)** فيتناول التشميس والتتريب **(لأن المقصود)** وهو منع الفساد بإزالة الرطوبات النجسة **(يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره)** من قرظ أو عفص أو شث أو نحوها كما شرطه الشافعي **(ثم ما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة)** يعني الذكاة

قوله: **(فيحرم احتياطاً وذلك برجوع الضمير إلى المضاف إليه)** أقول: قوله وذلك إشارة إلى الاحتياط قوله: **(قلت عدم طهارتهما)** أقول: أي بالدباغ قال المصنف: **(ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ)** أقول: المضاف مقدر: أي فعل ما يمنع قوله: **(فإن كانت متصلة باللحم فليس يتصور أن تكون طاهرة)** أقول: لم لا يجوز أن تكون جلدة عصبانية لا تقبل التنجس كالعصب قوله: **(والجواب عن قوله إن الحرمة فيما يصلح للأكل لا لكرامته دليل النجاسة أنه مسلم، إلى آخر قوله فتنتفي النجاسة كما قلنا في ولد المغصوب)** أقول: فيه بحث،

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ١/ ١٢١ وقال الزيلعي: في سنده فضالة بن مفضل المصري قال أبو حاتم: فلم يكن بأهل أن نكتب العلم عنه اهـ.
وقال الذهبي في الميزان: وقال العقيلي: في حديثه نظر وقيل: كان يشرب المسكر ويلعب الشطرنج في المسجد.

(٢) منكر. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٩ من حديث عائشة بهذا اللفظ. وكذا البيهقي ١/ ٢٠ وفي كلا الإسنادين معروف بن حسان الخراساني.
قال البيهقي: قال ابن عدي: هذا منكر بهذا الإسناد ومعروف منكر.

قال (وشعر الميتة وعظمها طاهر) وقال الشافعي رحمه الله: نجس لأنه من أجزاء الميتة، ولنا أنه لا حياة فيهما

المذكور في الكتاب كافٍ قوله: (يطهر بالذكاة) إنما يطهر الجلد بالذكاة إذا كانت في المحل من الأهل، فذكاة المجوسي لا يطهر بها الجلد بل بالدبغ لأنها إماتة قوله: (هو الصحيح) احتراز عما قال كثير من المشايخ إنه يطهر جلده لا لحمه وهو الأصح، واختاره الشارحون كصاحب الغاية وصاحب النهاية وغيرهما لأن سؤره نجس ونجاسة السؤر لنجاسة عين اللحم، وكان مقتضى هذا أن لا يطهر الجلد بالذكاة لأنه وعاء اللحم النجس، لكن قالوا بين الجلد واللحم جليدة رقيقة تمنع المماسة بينهما فلا تتنجس برطوباته، لكن على هذا قد يقال فلا يظهر عمل الذكاة في إزالة الرطوبات عن الجلد لتتوقف طهارته عليه. وفي الخلاصة بعد ما ذكر أن المختار عدم طهارة لحوم السباع بالذكاة، قال: ولو كان بازياً مذبوحاً أوالفأرة أو الحية تجوز الصلاة مع لحمها، وكذا كل ما يكون سؤره نجساً انتهى. وهو مشكل، فإن عدم طهارة لحوم السباع بالذكاة ليس لذات نجاسة السؤر بل لنجاسة اللحم، غير أنه استوضح نجاسته بنجاسة السؤر، وعدم نجاسة سؤر ما ذكر ليس لطهارة لحمها بل لعدم اختلاط اللعاب بالماء في سباع الطير لأنه يشرب بمنقاره وهو عظم جاف فلا يصل إلى الماء منه شيء لينجسه، بخلاف سباع البهائم وسقوط نجاسة سؤر الهرّة والفأرة والحية للضرورة اللازمة من المخالطة على ما يأتي في موضعه وشيء من هذا لا يقتضي طهارة اللحم لعدم تحقق المسقط للنجاسة فيه نفسه قوله: (وشعر الميتة) كل ما لا تحله الحياة من أجزاء الهوية محكوم بطهارته بعد موت ما هي جزؤه كالشعر والريش والمنقار والعظم والعصب والحافر والظلف واللبن والبيض الضعيف القشر والأنفحة، لا خلاف بين أصحابنا في ذلك، وإنما الخلاف بينهم في الأنفحة[1] واللبن هما متنجسان؟ فقالا نعم لمجاورتهما الغشاء النجس، فإن كانت الأنفحة جامدة تطهر بالغسل وإلا تعذر طهرهما[2] وقال

الحاصلة من الأهل بالتسمية، فإن ذكاة المجوسي ليست مطهرة، وذكر الضمير في (لأنه) لأن الذكاة بمعنى الذبح، وإنما (تعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة) لأنه يمنع من اتصالها به، والدباغ مزيل بعد الاتصال، ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلاً ومطهراً كان الذكاة المانعة من الاتصال أولى أن تكون مطهرة. وقوله (وكذلك يطهر لحمه) أي لحم ما ذبح حتى إذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح أو نحوه أكثر من قدر الدرهم جازت صلاته. وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال في الأسرار وغيره إنه نجس، لأن الحرمة فيما يصلح للأكل لا لكرامته دليل النجاسة ولزمهم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به. وأجابوا بأن بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس، والذي اختاره المصنف وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة، وذلك لأن الجلد يطهر باتفاق أصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجساً، وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول إلا بالسكين، وما قيل من الجلدة الرقيقة متوهم، وعلى تقدير تحققه فإما أن تكون طاهرة أو نجسة، ولا يحس عند السلخ بين الجلد واللحم أمر ثالث لا محالة، فهي إما متصلة باللحم أو الجلد، فإن كانت متصلة باللحم فليس يتصور أن تكون طاهرة واللحم نجس فتكون نجسة والجلد الغليظ متصل به أيضاً فلا يكون طاهراً لكن الفرض أنه طاهر، وإن كانت متصلة بالجلد فليس يتصور أن تكون نجسة والجلد طاهر فتكون طاهرة واللحم متصل به أيضاً فكيف يكون نجساً، وذلك واضح لا يخفى على المتأمل، فهذا هو الذي حمل المصنف على تصحيح رواية طهارة اللحم. والجواب عن قولهم إن الحرمة فيما يصلح للأكل لا للكرامة دليل النجاسة أنه مسلم، ولكن

فإنه سلم أن الحرمة لا للكرامة دليل النجاسة فيما يصلح للأكل، وقد وجد الدليل فكيف ينتفي المدلول قال المصنف: (إذ الموت زوال الحياة) أقول: فإن قلت: ما تقول في قوله تعالى ﴿من يحيي العظام﴾ قلت: المراد من يحيي صاحب العظام كما قال الشارح أو نقول: المراد بإحيائها ردها إلى حالتها الأولى.

---

(١) أنفحةُ الجدي ويقال: منفحة. شيء يستخرج من بطن الجدي أصفر يعصر في صوفة مبتلة في اللبس فيغلظ كالجبن اهـ مغرب. وتسمية العامة: مِلفحة.

(٢) (قوله وإلا تعذر طهرهما) كذا بالأصول بتثنية الضمير، ولعل المُراد الأنفحة واللبن فتأمل اهـ مصححه.

ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت، إذ الموت زوال الحياة (**وشعر الإنسان وعظمه طاهر**) وقال الشافعي: نجس لأنه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه، ولنا أن عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته، والله أعلم.

أبو حنيفة: ليسا بمتنجسين، وعلى قياسهما قالوا في السخلة إذا سقطت من أمها وهي رطبة فيبست ثم وقعت في الماء لا ينجس لأنها كانت في معدنها، فهاتان خلافيتان مذهبية وخارجة. لنا فيها أن المعهود فيها حالة الحياة الطهارة، وإنما يؤثر الموت النجاسة فيما تحله ولا تحلها الحياة فلا يحلها الموت، وإذا لم يحلها وجب الحكم ببقاء الوصف الشرعي المعهود لعدم المزيل، وفي السنة أيضاً ما يدل عليه وهو قوله ﷺ في شاة مولاة ميمونة حين مرّ بها ميتة «إنما حرم أكلها»[1] في الصحيحين، وفي لفظ «وإنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في مسكها»[2] وأخرج الدارقطني عن عبيد الله بن عبد الله بن عباس «إنما حرم رسول الله ﷺ من الميتة لحمها، فأما الجلد والشعر والصوف فلا بأس به»[3] وأعله بتضعيف عبد الجبار بن مسلم وهو ممنوع، فقد ذكره ابن حبان في الثقات فلا ينزل الحديث عن الحسن. ثم أخرجه من حديث أبي بكر الهذلي عن عبيد الله بن عبد الله بن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ قال «قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه، ألا كل شيء من الميتة حلال إلا ما أكل منها» فأما الجلد والقرون والشعر والصوف والسن والعظم فكله حلال لأنه لا يذكى[4]، وأعله بأن أبا بكر هذا متروك. وأخرج أيضاً عن أم سلمة زوج النبي ﷺ عنه ﷺ «لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ، ولا بأس بصوفها ولا شعرها وقرونها إذا غسل بالماء»[5] وضعفه بأن يوسف بن أبي السفر بالسين المهملة المفتوحة وسكون الفاء متروك. وأخرج البيهقي عن بقية عن عمرو بن خالد عن قتادة عن أنس «أن النبي ﷺ كان يمتشط بمشط من عاج»[6] قال: ورواية بقية عن شيوخه المجهولين ضعيفة. وقال الخطابي: قال الأصمعي: العاج الذبل وهو ظهر السلحفاة. وأما العاج الذي تعرفه العامة عظم أنياب الفيل فهو ميتة لا يجوز استعماله انتهى. وفيه أمران: أحدهما أنه أوهم أن الواسطي

علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت كما تقدم، وهي علة متعينة قد انتفت ههنا بالذبح فتنتفي النجاسة كما قلنا في ولد المغصوب. وقوله (**وشعر الميتة وعظمها**) وعصبها (**طاهر**) ذكره باعتبار. أنه إذا وقع في الماء هل يجوز الوضوء به أو لا؟ عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة. وقال الشافعي نجس (**لأنه**) أي كل واحد منهما (**من أجزاء الميت**) والميت نجس بجميع أجزائه. قلنا: لا نسلم أن كل جزء من أجزاء الميت نجس، بل النجس منه ما كان فيه حياة زالت

---

(١) متفق عليه. تقدم تخريجه قبل حديثين.

(٢) صحيح. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٤ بهذا اللفظ من حديث ابن عباس وقال: هذه أسانيد صحاح اهـ والمسك هنا هو الجلد لكن بفتح الميم.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٧، ٤٨ والبيهقي ١/ ٢٣ كلاهما عن ابن عباس به.
وقال الدارقطني: عبد الجبار: ضعيف. ونقله البيهقي عن الدارقطني وورد من طريق أبي بكر الهذلي. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٨ والبيهقي ١/ ٢٣ وقال الدارقطني: الهذلي متروك.
وكذا نقل البيهقي عن ابن معين قوله: ليس بشيء والحديث ليس يرويه عن الزهري إلا الهذلي. لكن أورد البيهقي عن ابن مسعود قوله: «إنما حرم من الميتة لحمها ودمها» اهـ فهذه الطرق ترقى بالحديث إلى الحسن.

(٤) تقدم في الذي قبله.

(٥) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٧ والبيهقي ١/ ٢٤ كلاهما من حديث أم سلمة وفيه يوسف بن السفر.
قال الدارقطني: متروك ولم يأت به غيره ونقله البيهقي أيضاً.

(٦) واه بمرة. أخرجه البيهقي ١/ ٢٦ بأتم منه. وذكر فيه كلام الخطابي. وفي إسناده عمرو بن خالد الواسطي. ورواية بقية عن شيوخه المجهولين ضعيفة. وقال الدارمي: هذا حديث منكر.
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: المفهوم من كلامه أن الواسطي مجهول وليس كذلك. وذكره ابن الهمام أيضاً.
قلت: لو كان الأمر فقط هو جهالة الواسطي لكان هيناً. لكنه متهم بالكذب فهذه أشد. قال الذهبي في الميزان: قال وكيع: كان بجوارنا يضع الحديث وكذبه أحمد والدارقطني ويحيى.

. . . .

مجهول وليس كذلك، والآخر إيهامه بقوله الذي تعرفه العامة أنه ليس من اللغة وليس كذلك. قال في المحكم: العاج أنياب الفيلة، ولا يسمى غير الناب عاجاً. وقال الجوهري: العاج عظم الفيل الواحدة عاجة، فبهذا يكون إن صح ما عن الأصمعي تأويلاً للمراد لما اعتقد نجاسة عظم الفيل. فهذه عدة أحاديث لو كان ضعيفة حسن المتن فكيف ومنها مالا ينزل عن الحسن وله الشاهد الأول من الصحيحين[١]، ثم في هذا الحديث ما يبطل قول محمد من نجاسة عين الفيل[٢]، وجه قولهما في المذهبية التنجيس بالمجاورة. وله أنه لا أثر للتنجس شرعاً ما دامت في الباطن النجاسة فضلاً عن غيرها، والحكم الثابت شرعاً حالة الحياة لا يزول بالموت إلا إذا ثبت شرعاً أن الموت يزيله، لكن الثابت للموت ليس إلا عمله في تنجس ما يحله فيستلزم تنجس غشائهما وبقاؤهما على طهارتهما بحكم عدم إعطاء حكم النجاسة ما دام في الباطن، ولا يزول هذا البقاء إلا بمزيل ولم يوجد.

[فرع] الأصح في قميص الحية الطهارة، وكذا في نافجة المسك[٣] مطلقاً. وقيل إذا كانت بحيث لو ابتلت لا تفسد.

بالموت وهذه الأشياء لا حياة فيها حتى لا يتألم بقطعها الحيوان، فإن قطع قرن البقرة لا يؤلمها وجزّ صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت إذ الموت زوال الحياة، وهذا يشير إلى أن بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة. وقال بعض المتكلمين: هما صفتان وجوديتان لقوله تعالى ﴿خلق الموت والحياة﴾ والمخلوق لا يكون عدماً. وأجيب بأن المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر. لا يقال: ما ذكرتم من الدليل استدلال في مقابلة النص لأن الله تعالى قال ﴿من يحيي العظام وهي رميم﴾ ولا خفاء في دلالته على أن في العظم حياة لأن المراد به من يحيي صاحب العظام **(وشعر الإنسان وعظمه طاهر. وقال الشافعي رحمه الله: نجس لأنه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه)** مع إمكان الانتفاع به فكان نجساً **(ولنا أن حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته)** وقد صح «**أن** رسول الله ﷺ حلق شعره وقسمه بين أصحابه» وذلك دليل طهارته.

---

(١) يعني في حديث الصحيحين المتقدم لفظ: إنما حرم أكلها.
فمفهومه غير ذلك كله حلال ينتفع به فهذا شاهد لهذه الروايات الضعيفة.
(٢) لا لأن الحديث شديد الضعف. لكن ربما هناك أدلة أخرى منها أن الفيل لم يذكر في القرآن والسنة بالتنفير منه كما ذكر في الخنزير.
(٣) أي وعاء المسك.

فصل في البئر

(وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها) بإجماع السلف، ومسائل الآبار مبنية

فصل في البئر

قوله: (نزحت) إسناد مجازي: أي نزح ماؤها، والأولى أن يسند إلى النجاسة بناء على أن المراد بها نحو القطرة من البول والخمر والدم، لكن نزح تلك القطرة لا يتحقق إلا بنزح جميع الماء فكان حكم المسألة ذلك وبهذا يكون المصنف مستوفياً حكم الواقع من كونه نجاسة أو حيواناً موجباً نزح البعض أو الكل قوله: (دون القياس) فإن القياس إما أن لا تطهر أصلاً كما قال بشر لعدم الإمكان لاختلاط النجاسة بالأوحال والجدران والماء ينبع شيئاً فشيئاً، وإما أن لا يتنجس إسقاطاً لحكم النجاسة حيث تعذر الاحتراز أو التطهير. كما نقل عن محمد أنه قال اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف أن ماء البئر في حكم الجاري لأنه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا ينجس كحوض الحمام. قلنا وما علينا أن ننزح منها دلاء أخذاً بالآثار، ومن الطريق[1] أن يكون الإنسان في يد النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم كالأعمى في يد القائد قوله: (وجه الاستحسان) هذا يقتضي الفرق بين آبار الفلوات والأمصار، فلذا اختلف فيها، فبعض المشايخ على أنها تتنجس بالبعر وأخواته لأنها لا تخلو عن حاجز، وبعضهم لا ينجسها اعتباراً لوجه آخر من الاستحسان وهو أن البعر صلب وما عليه من الرطوبة رطوبة الأمعاء فلا ينتشر من سقوطه في الماء نجاسة، وعلى هذا ينبغي أن ينجس بالمنكسر. قال شيخ الإسلام: الصحيح أن الكل والبعض سواء للضرورة والبلوى قوله: (وعليه الاعتماد) احتراز مما قيل الكثير ثلاث، وقيل أن يأخذ ربع وجه الماء، وقيل أكثر، وقيل كله،

فصل في البئر

لما ذكر حكم الماء القليل بأنه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضاً في أنه لا ينزح كله في بعض الصور فذكر ماء البئر في فصل على حدة بياناً لوجه المخالفة. قوله (وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت) قيل نزحت البئر: أي ماؤها بحذف المضاف لعدم الإلباس لما أن نزح عين البئر غير ممكن، وبنزح النجاسة لا يتم جواب المسألة فتعين ما قلناه، والتأنيث باعتبار الإسناد الظاهري، ولأن قوله (وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها) دليل على ما قلنا، فكان هذا من قبيل إطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية، وفيه نظر لأنه حينئذ لم يكن لإخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر إلا بإخراجها، وعن هذا ذهب بعض الشارحين إلى أن ضمير نزحت للنجاسة، وجواب إذا هو المجموع من قوله نزحت إلى قوله طهارة لها، ويكون تقديره نزحت النجاسة، وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها. وأقول: التركيب الجزل على هذا التقدير أن يقال نزحت النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الخ، ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسند إلى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر ليتناول النجاسة والماء جميعاً، وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله. وقوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها إشارة إلى أنه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الأحجار ونقل الأوحال، والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس لأن القياس أحد الأمرين: إما أن تطم البئر كلها طماً لتنجس الأوحال والجدران، وإما أن لا تنجس أبداً إذ الماء ينبع من أسفله فكان كالماء الجاري. قال محمد رحمه الله: اتفق رأيي ورأي أبي يوسف أن ماء البئر في حكم الماء الجاري، إلا أنا تركنا القياس واتبعنا الآثار. قوله (فإن وقعت) إشارة إلى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة. وقوله (وجه الاستحسان) هو أحد وجهي الاستحسان وهو الضرورة

فصل في البئر

قوله: (فكان هذا من قبيل إطلاق اسم المحل على الحال) أقول إذا كان الكلام على حذف المضاف لم يكن من قبيل إطلاق اسم المحل على الحال قوله: (وعن هذا ذهب بعض الشارحين) أقول: يعني الإتقاني قوله: (ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسنداً إلى ما) أقول: لفظة «ما» ليست بمذكورة إلا أنه مفهوم من المقام قوله: (حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر) أقول: وفيه أن الحال فيها لا

(١) أي من السنة. لأن السنة هي: الطريقة.

على اتباع الآثار دون القياس (**فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم تفسد الماء**) استحساناً، والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل. وجه الاستحسان **أن آبار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفواً للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكثره الناظر إليه في المروي عن أبي حنيفة رحمه الله، وعليه الاعتماد، ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر**

وقيل أن لا يخلو دلو عن بعرة قوله: (**ولا فرق الخ**) ذكر السرخسي أن الروث والمفتت من البعر مفسد في ظاهر الرواية، إلا أن عن أبي يوسف أن القليل عفو، وهو الأوجه، فقوله لا فرق الخ في كل منها خلاف، وإنما كان الأوجه لأن الضرورة تشمل الكل قوله: (**وفي الشاة تبعر في المحلب قالوا ترمي البعرة**) أي من ساعته، فلو أخر أو أخذ اللبن لونها لا يجوز لأن الضرورة تتحقق في نفس الوقوع لأنها تبعر عند الحلب عادة لا فيما وراءه، وذلك بمرأى منه، وبعر يبعر من حد منع. والروث للفرس والحمار من راث، يقال من حد نصر، والخثي بكسر الخاء واحد الأخثاء للبقر من باب ضرب قوله: (**ولا يعفى القليل في الإناء على ما قيل لعدم الضرورة**) فإنه المتساهل في تركه مكشوفاً. وقال ﷺ في فأرة ماتت في السمن «إن كان جامداً فألقوها وما حولها، وإن كان مائعاً فلا تقربوه»[(١)] قوله: (**إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد**) والعلم بما يكون منها مع ورود الأمر بتطهيرها، أما الأوّل فيراد الإجماع العملي فإنها في المسجد الحرام مقيمة من غير نكير من أحد من العلماء مع العلم بما يكون منها. وأما الثاني فقالت عائشة «أمر رسول الله ﷺ ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب»[(٢)] رواه ابن حبان في

على ما ذكره، ولا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار والفلوات، فإن آبار الأمصار وخثى البقر والجاموس وبعر الإبل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب، لكن يفرق بين آبار الأمصار الفلوات فإن آبار الأمصار لها رؤوس حاجزة والوجه الآخر أن البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة الأمعاء لا يتداخل الماء في أجزائها، وعلى هذا لا يفرق بين آبار الأمصار والفلوات ويفرق بين الصحيح والمنكسر، فإن المنكسر تتداخله أجزاء النجاسة فتفسده، وكذا البعر والروث والخثى لأن الروث والخثى لا صلابة لهما فيتداخل الماء في أجزائهما فينجس الماء. وإذا عرفت هذا فاعلم أن اختلاف أقوال المشايخ في جعل الكل غير مفسد وجعل بعضه مفسداً دون بعض مرجعه إلى وجهي الاستحسان. وقوله (**ولا ضرورة في الكثير**) هو أيضاً على الوجه الأول، وأما على الوجه الثاني فيقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير لأن الصلابة والإمساك في الجميع موجود. وقوله (**وهو ما يستكثره الناظر**) إشارة إلى ما هو المختار عنده في حد الكثرة، فإن منهم من قال: الكثير هو أن يغطي وجه ربع الماء، وقيل وجه أكثره، وقيل أن لا يخلو دلو من بعرة. وقال الإمام التمرتاشي: ذكر البعرتين إشارة إلى أن الثلاث كثيرة، وإنما قال (**وعليه الاعتماد**) لأن أبا حنيفة رحمه الله لا يقدر شيئاً بالرأي في مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى التقدير فكان هذا موافقاً لمذهبه فلهذا قال وعليه الاعتماد. وقوله (**ترمى البعرة ويشرب**

ينحصر في الماء والنجاسة فتخصيصهما بالإرادة بلا قرينة ظاهرة بعيد، وأيضاً يأبى الحمل على هذا المعنى في عبارة الكتاب قوله وكان نزح ما فيها طهارة لها إذ ينبغي حينئذ أن يقال من الماء والنجاسة قوله: (**فإن وقعت إشارة إلى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة**) أقول فيه: أنه لا يجب في البعرة والبعرتين نزح شيء من الماء، فكيف يكون هذا القول إشارة إلى ماذكر قال المصنف: (**ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثى والبعر**) أقول: البعر ويحرك رجيع الخف والظلف واحدتها بهاء خثى البقر والفيل يخثى خثياً رمى بذي بطنه والاسم الخثى بالكسر (**قال المصنف له إنه استحال**) أقول: أي تغير عن حاله (**قال المصنف إلى نتن**

(١) صحيح. أخرجه النسائي ٧/ ١٧٨ والدارقطني ٤/ ٢٩١.
كلاهما من حديث ميمونة واللفظ للنسائي وكذا أخرجه أبو داود ٣٨٤٢ بمثل سياق المصنف.
وورد بلفظ: سئلَ رسول الله ﷺ عن الفأرة تقع في السمن فقال: انزعوها وما حولها فاطرحوه أخرجه البخاري ٥٥٣٨ و٥٥٤٠ وأبو داود ٣٨٤١ والترمذي ١٧٩٨ والنسائي ٧/ ١٧٨ والدارمي ٧٣٨ وأحمد ٦/ ٣٣٥، ٣٣٠ كلهم من رواية ابن عباس عن ميمونة به ومالك ٩٧١ ح ٢٠ واللفظ لمالك والباقون بلفظ: ألقوه وما حولها وكلوه. وكلها صحاح.
(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٥٥ والترمذي ٥٩٤ ٥٩٥ وابن ماجه ٧٥٨ وأحمد ٦/ ٢٧٩ من طرق عدة كلهم من حديث عائشة بهذا اللفظ.
وإسناده صحيح متصل. وكرره ابن ماجه ٧٥٩.
زاد الترمذي عن ابن عيينة قال: في الدور: أي في القبائل.

والروث والخثي والبعر لأن الضرورة تشمل الكل، وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة، ولا يعفى القليل في الإناء على ما قيل لعدم الضرورة. وعن أبي حنيفة رحمه الله

صحيحه وأحمد وأبو داود وغيرهم. وعن سمرة أنه كتب إلى بنيه: أما بعد: فإن النبي ﷺ كان يأمرنا أن نصنع المساجد في دورنا ونصلح صنعتها ونطهرها[١]. رواه أبو داود وسكت عليه ثم المنذري بعده قوله: **(إلا إذا غلب الماء فيخرج من أن يكون طهوراً)** هذا يقوّي ما ذكرناه في حديث «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم»[٢] في بحث الماء المستعمل حيث أفاد أن سلب الطهورية يحقق نزح الماء. قوله: **(له أنه عليه الصلاة والسلام أمر العرنيين)** عن أنس قال: قدم ناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة، فأمرهم النبي ﷺ أن يخرجوا إلى الإبل ويشربوا من أبوالها وألبانها [٣] وفي رواية متفق عليها أنهم ثمانية، وللحديث طول غير هذا **(قوله لقوله ﷺ «استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه»[٤])** أخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة وقال على شرطهما، ولا أعرف له علة. وقد روي من

اللبن) معناه لا ينجس إذا رميت قبل أن يتغير لونه. قال شيخ الإسلام في مبسوطه: لا ينجس إذا رميت من ساعتها ولم يبق لها لون لمكان الضرورة، لأن من عادتها أنها تبعر عند الحلب، وللضرورة أثر في إسقاط حكم النجاسة. وقوله **(وعن أبي حنيفة أنه)** أي الإناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الإناء بالبعرة والبعرتين. قال **(فإن وقع فيها خرء الحمام أو العصفور)** خرء الحمام أو العصفور طاهر عندنا. وقال الشافعي: إنه نجس، وهو القياس لأنه غذاء استحال إلى نتن وفساد، فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين: نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق، ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل. وهذا من نوع الأول فأشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق. واستحسن علماؤنا طهارته بدلالة الإجماع، فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام مع ورود الأمر بتطهيرها بقوله تعالى **﴿أن طهرا بيتي﴾** الآية، وقوله ﷺ «جنبوا مساجدكم صبيانكم» وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته، وأصله حديث أبي أمامة الباهلي «أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال إنها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها» وقوله **(واستحالته لا إلى نتن)** جواب الشافعي. ووجهه أن موجب التنجس النتن والفساد والنتن هنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل. فإن قال الفساد وجده مما يوجبه. قلنا منقوض بالمني فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفسد بطول المكث ولا تنجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط للضرورة. وقوله **(فأشبه الحمأة)** يعني في النتن دون الفساد. وقوله **(فإن بالت فيها)** أي في البئر **(شاة)** أصل هذه المسألة أن بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد، وإن وقع الماء

وفساد) أقول: صلة للانتقال المضمن في استحال، ولا بد من اعتباره إذ الاستحالة إلى الصلاح كاللبن والبيضة لا يوجب التنجس، ثم

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٥٦ بهذا اللفظ من حديث سمرة بن جندب وإسناده ليس بالقوي لكن أخرجه أحمد ٥/ ١٧ من وجه آخر عن مكحول عن سمرة به وفيه بقية مدلس وقد عنعنه ورواه أحمد ٥/ ٣٧١ عن عمرو بن عبد الله بن عروة عن جده عمن حدثه من أصحاب النبي ﷺ فذكره. فهذه الطرق تتقوى ببعضها لا سيما وشاهده حديث عائشة المتقدم.

(٢) متفق عليه تقدم في ٣/ ٧٧.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٣ و١٥٠١ و٣٠١٨ و٤١٩٢ و٤١٩٣ و٤٦١٠ و٥٦٨٥ و٥٦٨٦ و٥٧٢٧ و٦٨٠٢ و٦٨٠٣ و٦٨٠٤ و٦٨٠٥ ومسلم ١٦٧١ والترمذي ١٨٤٥ وابن ماجه ٣٥٠٣ وأحمد ٣/ ١٧٧، ١٧٠، ١٦٣، ١٦١ كلهم من عدة طرق عن أنس مطولاً وهو عند ابن ماجه والترمذي مختصر.

(٤) حسن. ما ذكره ابن الهمام فيه نظر. لأن الحاكم أخرجه في ١/ ١٨٣ والدارقطني ١/ ١٢٨ كلاهما من حديث أبي هريرة بلفظ: أكثر عذاب القبر من البول.

وبهذا اللفظ أخرجه ابن ماجه ٣٤٨ وأحمد ٢/ ٣٢٦، ٣٨٨، ٣٨٩ وقال الدارقطني: صحيح، وكذا صححه الحاكم وقال: لا أعرف له علة. وأقره الذهبي. وهو كما قالوا.

وأما سياق المصنف فقد أخرجه الدارقطني ١/ ١٢٨ وقال: هو مرسل. وأخرجه الحاكم ١/ ١٨٤ والدارقطني ١/ ١٢٨ وورد من حديث ابن عباس بلفظ: عامة عذاب القبر من البول «فاستنزهوا من البول». ورواه البزار والطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٠٧ كلهم من حديث ابن عباس ومداره على القَتّات.

قال الدارقطني: لا بأس به.

وقال الهيثمي: فيه أبو يحيى القتات وثقه يحيى وضعفه الباقون.

الخلاصة: الحديث بسياق ابن الهمام حسن لشواهده وأما بدون لفظ: استنزهوا من البول. فهو صحيح.

تعالى إنه كالبئر في حق البعرة والبعرتين (**فإن وقع فيها خرء الحمام أو العصفور لا يفسده**) خلافاً للشافعي رحمه الله. له أنه استحال إلى نتن وفساد فأشبه خرء الدجاج. ولنا إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع

حديث ابن عباس[١] وأبي هريرة وأنس[٢]، وأجودها طريقاً حديث أبي هريرة ورواه البزار عن عبادة بن الصامت بلفظ آخر[٣] قوله: (**فإن ماتت**) يتعلق بهذا الفصل بيان الآثار والفروع وعبارة الكتاب ظاهرة في ذلك فلنشتغل بسرد الآثار وفروع الباب. أما الأول فما ذكر عن أنس والخدري[٤] ذكره مشايخنا غير أن قصور نظرنا أخفاه عنا. وقال الشيخ علاء الدين: إن الطحاوي رواهما فيمكن كونه في غير شرح الآثار، وإنما أخرج في شرح الآثار بسنده عن عليّ قال في بئر وقعت فيها فأرة فماتت ينزح ماؤها، وبسنده إليه أيضاً: إذا سقطت الفأرة أو الدابة في البئر فانزحها حتى يغلبك الماء، وبسنده إلى إبراهيم النخعي في البئر يقع فيها الجرذ أو السنور فتموت. قال: يدلو أربعين دلواً، وبسنده عنه في فأرة وقعت في بئر قال: ينزح منها قدر أربعين دلواً، وبسنده عن الشعبي في الطير والسنور ونحوهما يقع في البئر قال: ينزح منها أربعون دلواً، وإسناده صحيح قاله في الإمام، وبسنده عنده قال: يدلى منها

القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء به إلا أن يغلب على الماء فيخرج عن طهوريته نجس. عندهما إن وقع منه قطرة في الماء أفسدته، والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلاة. لمحمد حديث العرنيين، وقصته ما روي أن قوماً من عرينة تصغير عرنة واد بحذاء عرفات سميت بها قبيلة ينسب إليها العرنيون بحذف ياء فعيلة كقولهم الجهنيون أتو المدينة فاجتووها: أي لو توافقهم فاصفرت ألوانهم وانتفخت بطونهم فأمرهم رسول الله ﷺ بأن يخرجوا إلى إبل الصدقة ويشربوا من أبوالها وألبانها فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الإبل، فبعث رسول الله ﷺ في أثرهم قوماً فأخذوا، فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا. ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام أمرهم بشرب أبوال الإبل ولو كان نجساً لما أمر بذلك لكونه حراماً، وقد قال عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم» ولهما قوله ﷺ «استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه» ووجه الاستدلال أنه ﷺ أمر باستنزاه البول من غير فصل والأمر للوجوب، ومما يؤيده ما روى «أن رسول الله ﷺ شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤوس أصابعه من زحام الملائكة التي حضرت الصلاة عليه، فلما وضع في القبر ضغطته الأرض ضغطة كادت تختلف أضلاعه، فسئل رسول الله ﷺ عن سببه فقال: إنه كان لا يستنزه من البول» ولم يرد به بول نفسه، فإن من لا يستنزهه لا تجوز صلاته، وإنما أراد بول الإبل عند معالجتها. وقوله (**ولأنه يستحيل إلى نتن**) دليل معقول وقد تقدم بيانه، وما رواه محمد من حديث أنس فقد ذكر قتادة عن أنس أنه رخصَ لهم في شرب ألبان الإبل ولم يذكر الأبوال، وإنما ذكر في حديث حميد عن أنس فقد دار بين أن يكون حجة وأن لا يكون فسقط الاستدلال به. وقيل إنه منسوخ، وقد ذكرنا الحديثين في التقرير وشرح أصول فخر الإسلام فليطلب ثمة. قال

أقول: لا يخفى أن المستحيل المنتقل إلى الفساد هو الغذاء قبل أن يصير خرءاً، ففي الكلام توسع قوله: (**لا يخلو من أوجه سبعة**) أقول: الظاهر أن يقال تسعة قوله: (**يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير**) أقول: فيلزم أن لا ينزح عشرون أصلاً، إذ لا يخلو من أن يكون الدلو مقدار الصاع أو دونه، ففي الأول وما فوقه ينقص عن العشرين وفيما دونه يزاد عليه فأين العشرون فليتأمل قال المصنف: (**لحديث أنس رضي الله عنه**) أقول: دليل على بعض المدعي قوله: (**فأخذ علماؤنا بالعشرين لأنه الوسط بين القليل والكثير**

---

(١) حديث ابن عباس تقدم في الذي قبله وإسناده حسن.
وكذا حديث أبي هريرة.

(٢) حسن. أخرجه الدارقطني ١/١٢٧ من حديث أنس وقال: المحفوظ مرسل اهـ.
لكن أخرجه ابن أبي حاتم في علله ٤٢ فقال: سألت أبي وأبا زرعة عن حديث حماد عن ثمامة عن أنس، مرفوعاً. فقال أبي عن ثمامة مرسلاً. وقال أبو زرعة: المحفوظ حماد عن ثمامة عن أنس. يعني مرفوعاً.

(٣) ضعيف جداً. أخرجه البزار كما في المجمع ١/٢٠٨ من حديث عبادة بلفظ: سألنا رسول الله ﷺ عن البول فقال: «إذا مسكم شيء فاغسلوه فإني أظنُّ أن منه عذاب القبر».
قال الهيثمي: فيه يوسف السمتي نسب إلى الكذب اهـ.

(٤) أثر أبي سعيد وأنس موقوفان أوردهما صاحب الهداية في الأعلى. وجاء في نصب الراية ١/١٢٩ لم أجدهما في شرح الآثار للطحاوي اهـ.

ورود الأمر بتطهيرها واستحالته لا إلى نتن رائحة فاشبه الحمأة (**فإن بالت فيها شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله لا ينزح إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهوراً**) وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما. له «أن النبي ﷺ أمر العرنيين بشرب أبوال الإبل وألبانها» ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه» من غير فصل ولأنه يستحيل إلى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه. وتأويل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام عرف شفاءهم فيه وحياً، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل شربه للتداوي ولا لغيره لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحل للتداوي للقصة، وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده. قال(**وإن ماتت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة أو سودانية أو سام أبرص نزح منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها**)

سبعون دلواً، وبسنده عن عبد الله بن سبرة عن الشعبي قال سألناه عن الدجاجة تقع في البئر فتموت فيها قال: ينزح منها سبعون دلواً، وبسنده عن حماد بن أبي سليمان قال في دجاجة وقعت في البئر: ينزح منها قدر أربعين أو خمسين ثم يتوضأ منها. وأما فتوى ابن عباس فرواها الدارقطني عن ابن سيرين أن زنجياً وقع في زمزم يعني مات فأمر به ابن عباس فأخرج وأمر بها أن تنزح، قال: فغلبتهم عين جاءت من الركن، قال: فأمر بها فدست بالقباطي[1] والمطارف[2] حتى نزحوها، فلما نزحوها انفجرت عليهم. وهو مرسل، فإن ابن سيرين لم ير ابن عباس[3] ورواها ابن أبي شيبة عن هشيم عن منصور عن عطاء وهو سند صحيح. ورواها الطحاوي عن صالح بن عبد الرحمٰن،

المصنف (**وتأويل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام عرف شفاءهم فيه وحياً**) لا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لأنه لا يتيقن الشفاء فيه (**فلا يعرض عن الحرمة**) وأبو يوسف نظر إلى القصة فقال: يحلّ للتداوي لا لغيره. ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي وغيره. قال (**وإن ماتت فيها فأرة أو عصفورة**) حاصل هذه المسائل أن الحيوان الواقع في البئر لا يخلو من أوجه سبعة: إما أن يكون فأرة أو نحوها، أو دجاجة أو نحوها أو شاة ونحوها، وكل منها إما أن يخرج حياً أو ميتاً، والميت إما أن يكون منتفخاً أو لا، فما أخرج حياً لا ينجس في الفصول كلها إلا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه، والصحيح عند المصنف أنه ليس بنجس العين كما تقدم، وما أخرج ميتاً ففي الوجه الأول، وهو ما إذا كان الميت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة قال المطرزي: الصعو: صغار العصافير الواحدة صعوة والسوادنية: طويرة طويلة الذنب تأكل العنب والجراد. وسام أبرص: الكبير من الوزغ ولم ينتفخ (**نزح منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها**) قيل الصاع كبير وما دونه صغير: يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير. وقوله (**يعني بعد إخراج الفأرة**) يعني أن النزح إنما يكون معتبراً إذا كان بعد إخراج الفأرة لأن سبب نجاسة البئر حصول الفأرة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث أنس أنه قال في الفأرة ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها «ينزح منها عشرون دلواً» والعصفورة حكمها حكم الفأرة، وكذا حكم الفأرتين حكم الواحدة إلى الأربع، وفي الخمس أربعون إلى التسع، وفي العشر ينزح ماء البئر كله فيما روي عن أبي يوسف. وقوله (**والعشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب**) إنما ذكر ذلك لأن الرواية اختلفت فيه اختلافاً كثيراً، فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء، وفي رواية عشرون، وفي رواية ثلاثون، وفي رواية أربعون، فإن بعضهم أوجب عشرين وبعضهم أقل من عشرين وبعضهم أكثر من عشرين، فأخذ علماؤنا بالعشرين لأنه الوسط بين القليل والكثير، وكان واجباً لتعينه، وما زاد استحباباً، وفيه

وكان واجباً لتعينه) أقول: يعني بعد الأخذ وفيه نظر قوله: (**وفيه نظر لأن هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب**) أقول: وفيه أن العشرين أول الأوساط، وأمر الماء مبناه على المسامحة والتخفيف دون التضييق.

---

(١) القبطي بالضم ثوب من كتاب رقيق يعمل بمصر نسبة للقبط والجمع قباطي.

(٢) جمع مُطرف. بسكون الطاء وضم الميم. رداء من خز مربع ذو أعلام.

(٣) أخرجه الدارقطني ١/٣٣ وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ١/١٢٩. وقد تكلم ابن الهمام على هذا الأثر بما فيه كفاية وتتمته في نصب الراية ١/١٢٩، ١٣٠.

يعني بعد إخراج الفأرة لحديث أنس رضي الله عنه أنه قال في الفأرة إذا ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها نزح منها عشرون دلواً والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذت حكمها، والعشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب. قال (**فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين، وفي الجامع الصغير أربعون أو خمسون**) وهو الأظهر لما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال في

حدثنا سعيد بن منصور حدثنا هشيم حدثنا منصور عن عطاء أن حبشياً وقع في زمزم فمات، فأمر عبد الله بن الزبير فنزح ماؤها فجعل الماء لا ينقطع، فنظر فإذا عين تجري من قبل الحجر الأسود، فقال ابن الزبير: حسبكم وهذا أيضاً صحيح باعتراف الشيخ به في الإمام. وما نقل عن ابن عيينة: أنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر صغيراً ولا كبيراً يعرف حديث الزنجي الذي قالوا إنه وقع في زمزم وقول الشافعي: لا يعرف هذا عن ابن عباس، وكيف يروي ابن عباس عن النبي ﷺ «الماء لا ينجسه شيء» ويتركه، وإن كان قد فعلَ فلنجَاسَة ظهرت على وجه الماء أو للتنظيف[1] فدفع بأن عدم علمهما[2] لا يصلح دليلاً في دين الله تعالى. ورواية ابن عباس[3] ذلك كعلمك أنت به. فكما قلت يتنجس ما دون القلتين لدليل آخر وقع عندك لا يستبعد مثله عن ابن عباس. والظاهر من السوق واللفظ القائل مات فأمر بنزحها أنه للموت لا لنجاسة أخرى، على أن عندك لا تنزح أيضاً للنجاسة، ثم إنهما بينهما وبين ذلك الحديث

نظر لأن هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب، والأولى ما قيل إن السنة جاءت في رواية أنس بن مالك عن النبي ﷺ «أنه قال في الفأرة إذا وقعت في البئر فماتت فيها أنه ينزح منها عشرون دلواً أو ثلاثون» هكذا رواه أبو علي الحافظ السمرقندي بإسناده وأو لأحد الشيئين فكان الأقل ثابتاً بيقين وهو معنى الوجوب والأكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي وإن كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب، وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين أربعين إلى ستين وكلامه ظاهر، وقوله (**وهو الأظهر**) قيل لأن الجامع الصغير آخر المصنفات فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع إليه. وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيها شاة أو آدمياً أو كلباً ينزح جميع ما فيها وكلامه ظاهر. وقوله (**ثم المعتبر**) تفسير للدلو فإنه ذكرها مبهمة فاحتاج إلى تفسيرها (**وقيل دلو يسع فيها صاع**) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. قوله (**ولونزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلو جاز لحصول المقصود**) وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع. قال في الأصل إذا وقع في البئر فأرة فجاءوا بدلو عظيم يسع عشرين دلواً فاستقوا به مرة واحدة أجزأهم، وهو أحب إليّ لأن القطر الذي يعود منه إلى البئر أقل. وعن الحسن أنه لا يطهر بمرة واحدة لأنه بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري. وقلنا لما قدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا أن المعتبر القدر المنزوح وأن معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم، وهذا كله إذا لم ينتفخ الحيوان ولم يتفسخ، فإن انتفخ أو تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في أجزاء الماء، وذلك لأن عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل منه بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم أو الخمر ينتشر في الماء، ولهذا قال محمد في ذنب الفأرة وقعت في البئر: ينزح جميع الماء لأن موضوع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفأرة الصحيحة الجسد. وقوله (**وإن كانت البئر معيناً**) يجوز أن تكون الميم زائدة من عنت: أي بلغت العيون، ويجوز أن تكون أصلية من معنت الأرض: أي رويت، وماء معين: أي جار وأن يكون فعيلاً فكان ينبغي أن يقال معينة لأن البئر مؤنثة، وإنما ذكرها حملاً على اللفظ أو توهم أنه فعيل بمعنى مفعول، وقوله (**لا يمكن نزحها**) صفة. وقول

قوله: (**وإنما ذكرها حملاً على اللفظ أو توهم أنه فعيل بمعنى مفعول**) أقول: قوله أو توهم معطوف على قوله على اللفظ (قال

---

(١) إلى هنا كلام الشافعي وهو في نصب الراية ١/ ١٣٠.

(٢) يعود الضمير على الشافعي وابن عيينة.

(٣) مراد الشافعي ما أخرجه الحاكم ١/ ١٥٩ عن ابن عباس مرفوعاً: إن الماء لا ينجسه شيء. وصححه الحاكم وقال: لا يحفظ له علة ووافقه الذهبي.

يعني ينكر الشافعي خبر نزح البئر عن ابن عباس ويقول: كيف ينزح البئر وهو الذي روى الماء لا ينجسه شيء؟!

الدجاجة: إذا ماتت في البئر نزح منها أربعون دلواً وهذا لبيان الإيجاب، والخمسون بطريق الاستحباب، ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقي به منها، وقيل دلو يسع فيها صاع، ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلواً جاز لحصول المقصود. قال (**وإن ماتت فيها شاة أو كلب أو آدمي نزح جميع ما فيها من الماء**) لأن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم(**فإن انتفخ الحيوان فيها أو تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر**) لانتشار البلة في أجزاء الماء. قال (**وإن كانت البئر معيناً لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار**

قريب من مائة وخمسين سنة، فكان إخبار من أدرك الواقعة وأثبتها أولى من عدم علم غيره. وقول النووي: كيف يصل هذا الخبر إلى أهل الكوفة ويجهله أهل مكة، استبعاد بعد وضوح الطريق، ومعارض بقول الشافعي لأحمد. أنتم أعلم بالأخبار الصحيحة منا، فإذا كان خبر صحيح فأعلموني حتى أذهب إليه كوفياً كان أو بصرياً أو شامياً فهلا قال: كيف يصل هذا إلى أولئك ويجهله أهل الحرمين، وهذا لأن الصحابة انتشرت في البلاد خصوصاً العراق. قال العجلي في تاريخه: نزل الكوفة ألف وخمسمائة من الصحابة، ونزل قرقيساً ستمائة. وأما الثاني فظاهر من الكتاب، وإذا لم يوجد في البئر القدر الواجب نزح ما فيها، فإذا جاء الماء بعده لا ينزح منه شيء آخر. وعن أبي يوسف أن الأربع كفأرة واحدة، والخمس كالدجاجة إلى تسع، والعشر كالشاة. وعن محمد: الفأرتان إذا كانتا كهيئة الدجاجة ينزح أربعون، وفي الهرتين ينزح ماؤها كله، والهرة مع الفأرة كالهرة كذا في التجنيس ولو كانت الفأرة مجروحة نزح الكل للدم، ولا يفيد النزح قبل الإخراج، ولو صبّ منها دلو في بئر طاهرة نزح المصبوب وقدر ما بقي بعد ذلك الدلو من الثانية في رواية أبي حفص، وفي رواية أبي سليمان قدر الباقي فقط والأصح الأول. فعلى هذا لو صبّ الدلو الأخير في أخرى طاهرة ينزح منها دلو فقط على القولين، ولو صب ماء بئر نجسة في بئر أخرى وهي نجسة أيضاً ينظر بين المصبوب وبين الواجب فيهما، فأيهما كان أكثر أغنى عن الأقل. فإن استويا فنزح أحدهما يكفي. مثاله: بئران ماتت في كل منهما فأرة فنزح من إحداهما عشرة مثلاً وصب في الأخرى ينزح عشرون، ولو صبّ دلو واحد فكذلك، ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة فصب فيها من إحدى البئرين عشرون ومن الأخرى عشرة ينزح ثلاثون، ولو صب فيها من كل عشرون نزح أربعون، وينبغي أن ينزح المصبوب، ثم الواجب فيها على رواية أبي حفص هذا كله في الفتاوى، وفي التجنيس ما يخالف هذا عن أبي يوسف أنه قال في بئرين مات في كل منهما سنور فنزح من إحداهما دلو وصبّ في الأخرى ينزح ماؤها كله لأنه أخذ حكم النجاسة، وكذا لو أصاب ثوباً يجب غسله فصار كما إذا وقعت فيه نجاسة أخرى اهـ. وهذا إنما يظهر وجهه في المسألة السابقة، وهي ما إذا كان المصبوب فيها طاهرة، أما إذا كانت نجسة فلا لأن أثر نجاسة هذا الدلو إنما يظهر فيما إذا ورد على طاهر وقد ورد هنا على نجس فلا يظهر أثر نجاسته فتبقى المورودة على ما كانت فتطهر بإخراج القدر الواجب. وجه دفعة عن السابقة ما في المبسوط من أنا نتيقن أنه ليس في هذا البئر إلا نجاسة فأرة ونجاسة الفأرة يطهرها عشرون دلواً، ولو نزح بعض الواجب ثم ذهب وجاء في اليوم الثاني ينزح ما بقي ليس غير على المختار، ولو غار الماء قبل النزح ثم عاد لا يعود نجساً. وفي النوازل يعود نجساً لأنه لم يوجد المطهر، وفي التجريد جعل الأول قول محمد، وقول أبي يوسف لا تطهر ما لم تنزح، وإذا انفصل الدلو الأخير عن الماء حكم بطهارتها عند محمد وإن كان يتقاطر في البئر، وعندهما لا تطهر ما لم ينفصل من رأس البئر، فلو استقى منه قبله فغسل به ثوب نجسه عندهما خلافاً له، ثم بطهارة البئر يطهر الدلو

(**أخرجوا**) جواب المسألة. وقوله (**مقدار ما كان فيها من الماء**) إشارة إلى أن الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة. وقوله (**فينزح لكل قدر منها عشر دلاء**) حتى إذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص لعشر دلاء قبضة واحدة يعلم أن كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلواً أخرى. وقوله (**بنى جوابه على ما شاهد في بلده**) لأن بلده بغداد وغالب مياه آبار بغداد لا تزيد على ثلثمائة دلو. وقوله (**ولم يقدر الغلبة بشيء**) لأنها متفاوتة والنزح إلى أن يظهر العجز أمر صحيح في الشرع لأن

ما كان فيها من الماء) وطريق معرفته أن تحفر حفرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها إلى أن تمتلىء أو ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء مثلاً، ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء، وهذا عن أبي يوسف رحمه الله، وعن محمد رحمه الله نزح مائتا دلو إلى ثلثمائة فكأنه بنى قوله على ما شاهد في بلده، وعن أبي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ما ينزح حتى يغلبهم

والرشاء والبكرة ونواحي البئر واليد لأن نجاسة هذه الأشياء بنجاسة البئر فتطهر بطهارتها. روى ذلك عن أبي يوسف. ومثله عروة الإبريق إذا كان في يده نجاسة رطبة فجعل يده عليها كلما صب على اليد، فإذا غسل اليد ثلاثاً طهرت العروة بطهارة اليد ويد المستنجي تطهر بطهارة المحل، ودنّ الخمر إذا تخللت. وقيل الدلو طاهرة في حق هذه البئر لا غيرها كرم الشهيد طاهر في حق نفسه فقط، ولا يجب نزح الطين في شيء من الصور لأن الآثار إنما وردت بنزح الماء قوله: (نزح جميع ما فيها) هذا إذا مات. والحاصل أن المخرج حياً إن كان نجس العين أو في بدنه نجاسة معلومة نزحت كلها، وإنما قلنا معلومة لأنهم قالوا في البقر ونحوه يخرج حياً لا يجب نزح شيء وإن كان الظاهر اشتمال بولها على أفخاذها، لكن يحتمل طهارتها بأن سقطت عقيب دخولها ماء كثيراً، هذا مع الأصل وهو الطهارة تظافراً على عدم النزح والله سبحانه وتعالى أعلم. وقيل ينزح من الشاة كله، والقواعد تنبو عنه ما لم يعلم يقيناً تنجسها كما قلنا، وإن كان نجس السؤر فقط أو مكروهة أو مشكوكه، فإن لم يدخل فاه الماء فلا بأس، وإن أدخله نزح الكل في النجس، وكذا تظافر كلامهم في المشكوك وهو يناسب ما تقدم أول الفصل من قوله إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهوراً، والمشكوك غير محكوم بطهوريته فينزح كله، بخلاف المكروه فإنه غير مسلوب الطهورية، فلذا إنما استحبوا فيه أن ينزح عشر دلاء، وقيل عشرون احتياطاً، هذا ولكن المصنف في التجنيس قال في المشكوك: وجب نزح الكل لأنه حكم بنجاسته احتياطاً، ثم ذكر بعد قريب ورقتين أن لعابهما يفسد الماء، قال: ومعنى الفساد أنه لا يبقى طهوراً لأن الإشكال في الطهورية. قال: وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أن الماء يتنجس بوقوع عرق الحمار. قال: وقد ذكرنا في مسائل ما يشير إلى هذه الرواية لكنه خلاف ظاهر الرواية اهـ. وقال قاضيخان في فتاواه: في الكلب يقع في البئر تنزح كلها وإن لم يصب فمه الماء، وعلله بعلتين: نجاسة عينه، ولأن مأواه في النجاسات. ثم قال: وسائر السباع بمنزلة الكلب، وقد يشكل على مثل البقرة ولو وقع عظم عليه دسومة أو لحم نزح الكل، وقالوا لو تلطخ عظم بنجاسة فوقع وتعذر إخراجه تطهر البئر بالنزح ويجعل ذلك غسلاً للعظم، ولو سال النجس على الآجر ثم وصل إلى الماء فنزحها طهارة للكل.

الطاعة بحسب الطاقة. وقوله (كما هو دأبه) أي عادته، فإن عادته أن يفوّض مثل هذا إلى رأي المبتلي به كما تقدم من قوله هو ما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم. وقوله (وهذا أشبه بالفقه) أي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لأن الأخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير، قال الله تعالى ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ كما في جزاء الصيد حيث قال ﴿يحكم به ذوو عدل منكم والشهادة﴾ حيث قال ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾ وشرط البصارة لهما في أمر الماء لأن الأحكام إنما تستفاد ممن له علم بها ليدخلا تحت أهل الذكر، وهذا القول: أي الأخذ بقول رجلين مروى عن أبي نصر محمد بن سلام. قال (وإن وجدوا في البئر فأرة أو غيرها) كلامه ظاهر. وقوله (لأن اليقين لا يزول بالشك) بيانه أن الماء كان طاهراً بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى، واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة إلا زمان التيقن بوقوع النجس لأن اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس، كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته فإنه لا

المصنف وهذا أشبه بالفقه) أقول: ولذلك قدم السؤال على التحري عند اشتباه القبلة قال المصنف: (وإن وجدوا في البئر فأرة) أقول: أي ميتة (قال المصنف أو غيرها) أقول: من الحيوانات التي يتنجس الماء بموتها فيه قال المصنف: (حتى يتحققوا متى وقعت) أقول: يعني من الأزمنة السابقة التي توضأوا بعدها من البئر وصلوا.

الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه، وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في أمر الماء، وهذا أشبه بالفقه. قال (وإن وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضأوا منها وغسلوا كل شيء أصابه ماؤها، وإن كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: ليس عليهم إعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت) لأن اليقين لا يزول بالشك، وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة ولا يدري متى أصابته. ولأبي حنيفة رحمه الله أن للموت سبباً ظاهراً وهو الوقوع في الماء فيحال عليه، إلا أن الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها، وأما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى: هي على الخلاف، فيقدر بالثلاث في البالي بيوم وليلة في الطريّ ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان.

[فرع] البعد[1] بين البالوعة والبئر المانع من وصول النجاسة إلى البئر خمسة أذرع في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص سبعة. وقال الحلواني: المعتبر الطعم أو اللون أو الريح، فإن لم يتغير جاز وإلا لا ولو كان عشرة أذرع قوله: (لأن للموت سبباً ظاهراً) يعني أن الإحالة على السبب الظاهر واجب عند خفاء السبب، والكون في الماء قد تحقق وهو سبب ظاهر للموت، والموت فيه في نفس الأمر قد خفي فيجب اعتبار أنه مات فيه إحالة على السبب الظاهر عند خفاء المسبب غير أن الانتفاخ الخ، وباقي الفصل ظاهر حكماً ودليلاً.

[فرع] نزح ماء بئر رجل فيبست لا شيء عليه لأن صاحب البئر لا يملك ماءها، ولو كان هذا في حب رجل لزمه ماؤه له لملكه له، ولو تنجست بئر فأجرى ماؤها بأن حفر لها منفذ فصار الماء يخرج منه حتى خرج بعضه طهرت لوجود سبب الطهارة وهو جريان الماء وصار كالحوض إذا تنجس فأجرى فيه الماء حتى خرج بعضه وقد ذكرناه.

يلزمه إعادة شيء من الصلوات. ولأبي حنيفة أن لموت الحيوان في البئر سبباً ظاهراً وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر، وكل ماله سبب ظاهر يحال عليه كمن جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال بموته على الجراحة لأنه هو السبب الظاهر، وكميت التوت في عنقه حية فإنه يحال بموته على نهشها، وإن احتمل أن يكون الموت بغير الجرح والنهش لأن الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر، إلا أن الانتفاخ دليل تقادم العهد، وأدنى حد التقادم في ذلك ثلاثة أيام، ألا يرى أن من دفن بلا صلاة يصلى على قبره إلى ثلاثة أيام ولا يصلى عليه بعد ذلك لأنه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلاث، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم لأن أقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة، فإن ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها (وأما مسألة النجاسة فقد فقال المعلى الخ) ظاهر.

---

(١) أي إذا كانت البئر تبعد عن البالوعة - وهي مصرف النجاسات - خمسة أذرع فهذا مانع من وصول نجاستها إلى البئر. ثم أردف عن الحلواني أن هذا غير معتبر والمعتبر هو التغير وعدمه.

فصل في الأسآر وغيرها

(**وعرق كل شيء معتبر بسؤره**) لأنهما يتولدان من لحمه فأخذ أحدهما حكم صاحبه. قال (**وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر**) لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهراً، ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر (**وسؤر الكلب نجس**) ويغسل الإناء من ولوغه ثلاثاً لقوله عليه الصلاة والسلام «يغسل الإناء من

فصل في الأسآر وغيرها

قوله: (**وعرق كل شيء الخ**) الأنسب عكسه لأن الفصل معقود للسؤر، لكن لما كان المقصود بيان حكم المخالط له من المائعات وذلك في اللعاب إذ هو الذي تكثر مخالطته لها بخلاف العرق، قال ذلك ليقع السؤر أخيراً فيتصل به تفصيل ما خالطه قوله: (**لأنهما يتولدان**) المتولد اللعاب لا السؤر، فأطلق السؤر على اللعاب للمجاورة، إذ السؤر ما يفضله الشارب وهو يجاور اللعاب قوله: (**والكافر ما لم يشرب خمراً**) ثم يشرب من ساعته، أما لو مكث قدر ما يغسل فمه بلعابه ثم شرب لا ينجس، ويسقط اعتبار الصبّ عند أبي يوسف ونظيره لو أصاب عضوه نجاسة فلحسها حتى لم يبق أثرها، أو قاء الصغير على ثدي أمه ثم مصه حتى زال الأثر طهر. لا يقال: ينبغي أن ينجس سؤر الجنب والحائض على القول بنجاسة المستعمل لأن ما يلاقي الماء من فمه مشروب. سلمناه لكنه لحاجة فلا يستعمل به كإدخاله يده في الحب لإخراج كوزه على ما قدمناه في المياه قوله: (**ويغسل الإناء من ولوغه ثلاثاً لقوله ﷺ**) روى الدارقطني عن الأعرج عن أبي هريرة عنه ﷺ في الكلب يلغ في الإناء يغسل ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً قال: تفرّد به عبد الوهاب عن إسماعيل وهو متروك[1] وغيره يرويه عن إسماعيل بهذا الإسناد فاغسلوه سبعاً، ثم رواه بسند صحيح عن عطاء موقوفاً[2] على أبي هريرة أنه كان إذا ولغ الكلب في الإناء أهراقه ثم غسله ثلاث

فصل في الأسآر وغيرها

لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الإناء ثم عم استعماله فيه وفي الطعام والجمع الأسآر، وهي أربعة عندنا: طاهر كسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه، ومكروه كسؤر الهرة، ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار. قال (**وعرق كل شيء معتبر بسؤره**) قيل كان الواجب أن يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لأن الكلام في السؤر لا في العرق، وليس بصحيح

فصل في الأسآر وغيرها

قال المصنف: (**وعرق كل شيء معتبر بسؤره**) أقول: أي في الطهارة لا في الطهورية قوله: (**وليس بشيء لأن مأكول اللحم طاهر السؤرة فلا مانع من الدخول فيه**) أقول: إيرادها ثانياً مع بيان كراهة سؤرها دليل على عدم دخولها هنا قوله: (**وبهذا يسقط ما قيل ينبغي أن يكون سؤر الجنب نجساً على قول أبي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه**) أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن ما يلاقي الماء من فمه ويسقط به الفرض مشروب فلا يلزم نجاسته قوله: (**لأنه تعليل في مقابلة النص**) أقول: في هذا الجواب نظر لأن هذا التعليل لا يمانع النص، فإن ما يفيده النص انتفاء النجاسة الحقيقية، وما يفيده التعليل نجاسة ما أزال عنه النجاسة الحكمية على ما هو مذهبه، فتأمل فإن التعويل على الجواب الذي ذكرنا قوله: (**قيل يجوز أن يكون المراد بولوغ الكلب الإناء لحسه الخ**) أقول: منع لا يضر في ثبوت المدعي

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ١/ ٦٥ من حديث أبي هريرة. وقال: فيه عبد الوهاب بن الضحاك: متروك.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ١/ ٦٦ موقوفاً من طريق عبد الملك عن عطاء به وقال: لم يروه غير عبد الملك عن عطاء اهـ.

وقوله ابن الهمام: الموقوف صحيح. فيه نظر لأن عبد الملك بن أبي سليمان قال عنه البيهقي كما في نصب الراية ١/ ١٣١: تفرد به عن عطاء من بين أصحاب عطاء وتفرد عطاء به من بين أصحاب أبي هريرة. والحفاظ الثقات من أصحاب عطاء وأصحاب أبي هريرة يروونه سبع مرات. وعبد الملك لا يقبل منه ما يخالف الثقات فيه وقد اختلف عليه فيه. فمنهم من رواه عنه مرفوعاً ومنهم من يرويه عنه عن أبي هريرة موقوفاً ومنهم من يرويه عنه عن أبي هريرة من فعله اهـ باختصار وقال ابن حجر في التقريب عنه: صدوق له أوهام اهـ.

فخبره هذا لا يبلغ درجة الصحة والغالب أنه وهم فيه.

بل أخرج الدارقطني بسند جيد ١/ ٦٤ عن أبي هريرة موقوفاً: وفيه: يغسل سبع مرات.

ولوغ الكلب ثلاثاً» ولسانه يلاقي الماء دون الإناء، فلما تنجس الإناء فالماء أولى، وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع، ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث، فما يصيبه سؤره وهو دونه أولى.

مرات. ورواه مرفوعاً ابن عدي في الكامل بسند فيه الحسين بن علي الكرابيسي ولفظه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات» وقال: لم يرفعه غيرالكرابيسي، والكرابيسي لم أجد له حديثاً منكراً غير هذا[1]، وقال: لم أر به بأساً في الحديث انتهى. فلقائل أن يقول: الحكم بالضعف والصحة إنما هو في الظاهر، أما في نفس الأمر فيجوز صحة ما حكم بضعفه ظاهراً، وثبوت كون مذهب أبي هريرة ذلك قرينة تفيد أن هذا مما أجاده الراوي المضعف، وحينئذ فيعارض حديث السبع ويقدم عليه[2] لأن مع حديث السبع دلالة التقدم للعلم بما كان من التشديد في أمر الكلاب أوّل الأمر حتى أمر بقتلها، والتشديد في سؤرها يناسب كونه إذ ذاك وقد ثبت نسخ ذلك، فإذا عارض قرينه معارض كان التقدمة له وهذا قول المصنف، والأمر الوارد بالسبع محمول على الابتداء، ولو طرحنا الحديث بالكلية كان في عمل أبي هريرة على خلاف حديث السبع، وهو رواية كفاية لاستحالة أن يترك القطعي للرأي منه، وهذا لأن ظنية خير الواحد إنما هو بالنسبة إلى غير راويه، فأما بالنسبة إلى راويه الذي سمعه من في النبي ﷺ فقطعي حتى ينسخ به الكتاب إذا كان قطعي الدلالة في معناه فلزم أنه لا يتركه إلا لقطعه بالناسخ، إذ القطعي لا يترك إلا لقطعي فبطل تجويزهم تركه بناء على ثبوت ناسخ في اجتهاده المحتمل

لأن المصنف أراد أن يبين في ضمن الأسآر العرق، فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب أن يقول بعده عرق الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا، وكان الفصل إذ ذاك للعرق لا للسؤر، ولا ينتقض بسؤر الحمار فإنه مشكوك وعرقه طاهر لأن الشك في طهوريته لا في طهارته. وقوله **(لأنهما)** أي اللعاب والعرق أضمر على اللعاب وإن لم يذكره لأن السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان ذكر السؤر ذكراً له. وقوله **(وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه)** كالإبل والبقر والغنم ونحوها **(طاهر)** قيل يعني بغير كراهة لئلا يدخل فيه سؤر الدجاجة المخلاة فإنه مأكول اللحم وسؤره مكروه كما سيأتي، وليس بشيء لأن مأكول اللحم طاهر السؤر فلا مانع من الدخول فيه. وقوله **(لأن المختلط به اللعاب)** واضح. وقوله **(ويدخل في هذا الجواب الجنب)** لكونه آدمياً والجنابة لا أثر لها في ذلك لما روي أن النبي ﷺ لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال إني جنب، فقال عليه الصلاة والسلام «المؤمن لا ينجس» وبهذا يسقط ما قيل ينبغي أن يكون سؤر الجنب نجساً على قول أبي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه لأنه تعليل في مقابلة النص على أنه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوط عند إدخال اليد الإناء والحائض، لما روي أن عائشة رضي الله عنها شربت من إناء في حال حيضها فوضع رسول الله ﷺ فمه على موضع فمها وشرب، والكافر لما روي أن رسول الله ﷺ أنزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين، ولو كان عين المشرك نجساً لما فعل ذلك، ولا يعارض بقوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس﴾ لأن المراد به النجس في الاعتقاد. وقوله **(وسؤر الكلب نجس)** ظاهر. وقوله **(فإذا تنجس الإناء فالماء أولى)** يشير إلى أنه ثابت بالدلالة، فإن الإجماع لما انعقد على وجوب غسل الإناء بولوغه ولسانه لم يلاقه وإنما لاقى الماء كان دليلاً على تنجس ما يلاقيه بطريق الأولى قيل يجوز أن يكون

لأنه إذا نجس الإناء نجس الماء. قال المصنف: **(وهو حجة على الشافعي)** أقول: الأحسن أن يقال فهو بالفاء قال المصنف: **(ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث)** أقول: عطف على قوله وهو حجة على الشافعي من حيث المعنى قال المصنف: **(وهو دونه أولى)** أقول: وله أن يقول السبع تعبدي فلا يتعدى قوله: **(أجيب بأنه لو كان كذلك، إلى قوله: لإزالة النجاسة لا للتعبد)** أقول: هو يقول التعبدي هو عدد

---

(١) منكر. أخرجه ابن عدي في الضعفاء ٢/ ٣٦٦ وقد نقل ابن الهمام توهينه عن ابن عدي. ولكن في الإسناد أيضاً عبد الملك فهذا الحديث لا يعرف إلا به ومداره عليه.

(٢) بل ممنوع لأن من شرط المعارض أن يكون في قوة المعارض ويمتاز عنه بشيء آخر. أما هنا فلا لأن حديث السبع مرفوع صحيح رواه أصحاب أبي هريرة وعنهم حفاظ أثبات وورد أيضاً حديث السبع مرار من حديث عبد الله بن مغفل وغيره.

والأمر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الإسلام (**وسؤر الخنزير نجس**) لأنه نجس العين على ما مر (**وسؤر سباع البهائم نجس**) خلافاً للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو

للخطإ. وإذا علمت ذلك كان تركه بمنزلة روايته للناسخ بلا شبهة فيكون الآخر منسوخاً[١] بالضرورة قوله: (**لأن لحمها نجس**) هذه في حيز المنع عند الشافعي لأن حرمة لحمها عنده ليس لنجاستها بل كي لا يتعدى خبث طباعها إلى الإنسان. قلنا الظاهر من الحرمة مع كونه صالحاً للغذاء غير مستقذر طبعاً كونه للنجاسة، وخبث طباعها لا ينافيه بل ذلك يصلح مثيراً لحكم النجاسة فليكن المثير لها فيجامعها ترتيباً على الوصف الصالح للعلية مقتضاه. ومن الوجوه الإلزامية حديث القلتين، فإنه ﷺ قال «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»[٢] جواباً لسؤاله عن الماء يكون بالفلاة وما تنوبه من السباع إعطاء لحكم هذا الماء الذي ترده السباع وغيره، فإن الجواب لا بد أن يطابق أو يزيد فيندرج فيه المسؤول عنه وغيره وقد قال بمفهوم شرطه فينجس ما دون القلتين وإن لم يتغير وحقيقة مفهوم شرطه أنه إذا لم يبلغهما يتنجس من ورود السباع، وبهذا يحمل حديث جابر «أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال: نعم، وبما أفضلت السباع كلها»[٣] حديث «سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة فقيل: إن الكلاب والسباع ترد عليها فقال لها ما أخذت في بطونها وما بقي شراب وطهور»[٤] على الماء الكثير أو على ما قبل تحريم لحوم السباع، على أن الثاني معلول بعبد الرحمٰن بن زيد بن أسلم أخرجه ابن ماجه، والأول أخرجه الدارقطني وفيه داود بن الحصين

المراد بولوغ الكلب في الإناء لحسه فيكون لسانه ملاقياً للإناء فلا يتم الاستدلال بالأولوية. وأجيب بأن الولوغ حقيقة في شرب الكلب وأشباهه من المائعات بطرف لسانه والكلام للحقيقة إذا لم يصرفه عنها قرينة قوله: (**وهذا**) أي هذا الحديث (**يفيد النجاسة**) نفي لقول مالك، والعدد نفي لقول الشافعي في اشتراط السبع. وقوله (**ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث**) أي بالاتفاق. وقوله (**فما يصيبه سؤره وهو دونه**) لأن مالكاً يقول بطهارة سؤره ولم يقل أحد بطهارة بوله فإذا طهر بوله بالثلاث فلأن يطهر سؤره (**أولى**) قيل فيه نظر لأن عند الشافعي بوله ودمه وسائر ما هو منه نجس لا يطهر إلا بالغسل سبعاً ذكره في التهذيب، ويجوز أن يكون ثم عنه رواية اطلع عليها أصحابنا فيكون الإلزام عليها. وقوله (**والأمر الوارد بالسبع**) جواب عما يستدل به الشافعي مما روى عبد الله بن مغفل أنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا ولغ الكلب في إنائكم فاغسلوه سبعاً وعفروه الثامنة بالتراب» بأنه محمول على الابتداء منعاً لهم من الاقتناء على ما روي عنه ﷺ أنه قال «من اقتنى كلباً لا لماشية أو صيد نقص من أجره كل يوم قيراط» والدليل عليه أنه قال «وعفروه الثامنة بالتراب» والتعفير ليس بواجب بالاتفاق. فإن قيل يجوز أن يكون المراد بغسل الإناء التعبد لا إزالة النجاسة أجيب بأنه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما في الحديث، والواجب ههنا غسل موضع الإصابة بالإجماع، فكان الغسل لإزالة النجاسة لا للتعبد (**وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس العين**) فكان لحمه نجساً واللعاب يتولد منه (**وسؤر سباع البهائم نجس خلافاً للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير**) لما مر في سؤر الخنزير، واستدل الشافعي بما روي عن ابن عمر «أن النبي ﷺ سئل فقيل: أنتوضأ بما أفضلت الحمر؟ فقال نعم، وبما أفضلت السباع كلها» والجواب أنه مرسل لا يصح له الاحتجاج به، لأن رواية داود بن حصين عن جابر وداود بن حصين لم

السبع كما في الاقتصار على الأربعة في الوضوء

---

(١) أما النسخ فلا. لما هو معلوم من أن الناسخ يجب أن يكون أقوى إسناداً وأصح من المنسوخ وهذا لم يوجد. ولكن لو قال: إن الأمر في السبع مرات يمكن حمله على الندب والاستحباب لكان حسناً وهو محتمل والله أعلم.

(٢) حديث القلتين تقدم تخريجه مستوفياً في ٧/ ٧٤.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٦٢ عن جابر به وقال: فيه إبراهيم بن أبي يحيى وتابعه إبراهيم بن أبي حبيبة وليس بالقوي. اهـ. وله علة ثانية وهي: داود بن حصين. فيه مقال. قال أبو حاتم لولا مالك روى عنه لترك حديثه. انظر الميزان ٢/ ٥.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٥١٩ من حديث أبي سعيد قال البوصيري في الزوائد: فيه عبد الرحمٰن قال الحاكم: روى عن أبيه أحاديث موضوعة وقال ابن الجوزي: أجمعوا على ضعفه.

المعتبر في الباب (وسؤر الهرّة طاهر مكروه) وعن أبي يوسف أنه غير مكروه لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يصغي لها الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «الهرّة سبع» والمراد بيان الحكم دون الخلقة والصورة، إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة. وما رواه محمول على ما قبل التحريم، ثم

ضعفه ابن حبان لكن روى عنه مالك قوله: (**لأن النبي ﷺ كان يصغي لها الإناء**) روى الدارقطني وابن ماجه من حديث حارثة عن عمرة عن عائشة قالت «كنت أتوضأ أنا ورسول الله ﷺ في إناء واحد قد أصابت منه الهرة قبل ذلك»[1] قال الدارقطني: وحارثة لا بأس به. ورواه الدارقطني بلفظ الكتاب[2] من طريقين في إحداهما أبو يوسف القاضي، وضعفها بعبد ربه بن سعيد المقبري، وضعف الثانية بالواقدي، وقال في الإمام: جمع شيخنا أبو الفتح الحافظ في أول كتابه المغازي والسير من ضعفه ومن وثقه ورجح توثيقه وذكر الأجوبة عما قيل فيه، وعن كبشة بنت كعب بن مالك وكانت تحت ابن أبي قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً فجاءت هرة تشرب منه فأصغى لها الإناء حتى شربت، قالت كبشة، فرآني أنظر إليه، فقال أتعجبين يا ابنة أخي، فقلت نعم، فقال: إن رسول الله ﷺ قال «إنها ليست بنجسة إنها من الطوّافين عليكم والطوّافات»[3] رواه الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح قوله: (**قوله عليه الصلاة والسلام «الهرّة سبع»**) رواه الحاكم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «السنور سبع» وصححه[4]، ورواه الدارقطني عن أبي هريرة بقصبة قال «كان رسول الله ﷺ يأتي دار قوم من الأنصار دونهم دار، فشق ذلك عليهم فقالوا: يا رسول الله تأتي دار فلان ولا تأتي دارنا؟ فقال: لأن في داركم كلباً، قالوا: فإن في

يلق جابراً كذا قاله الجصاص، ولئن صح فتأويله أن المراد به الحمر الوحشية وسباع الطير أو المراد به الماء الكثير أو هو محمول على ما قيل تحريمها توفيقاً بين الأدلة، ولم يذكر محمد أنه نجاسة غليظة أو خفيفة. وروي عن أبي حنيفة أنه نجاسة غليظة، وعن أبي يوسف أنه كبول ما يؤكل لحمه لأن الناس اختلفوا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع كما اختلفوا في بول ما يؤكل لحمه، فأوجب اختلافهم تخفيفاً ههنا كما أوجب هناك (**وسؤر الهرة طاهر مكروه، وقال أبو يوسف غير مكروه، وروى أن النبي ﷺ كان يصغي للهرة الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به**) وقال: كيف أكره مع هذا الحديث (**ولهما قوله ﷺ «الهرة سبع» والمراد به بيان الفقه دون الخلقة والصورة**) لأنه ﷺ بعث لبيان الشرائع. فإن قيل فكان الواجب القول بنجاسته. أجاب (**بقوله إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة**) وقوله لعلة الطوف يجوز أن يكون إشارة إلى الضرورة، فإن حكم النجاسة يسقط بها كما مر غير مرة، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تصلي وفي بيتها

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٦٩ عن عائشة بهاذ اللفظ ومثله ابن ماجه ٣٦٨ باب الوضوء بسؤر الهرة.
تنبيه: نقل ابن الهمام وكذا الزيلعي ١/ ١٣٤ عن الدارقطني قوله عقب حديثه: حارثة لا بأس به اهـ وهذه لا توجد في النسخ المطبوعة.
قلت: وحارثة هو ابن أبي الرجال أبوه محمد قال ابن حجر في التقريب: ضعيف.

(٢) أخرجه الدارقطني ١/ ٧٠ من طريق الواقدي وهو ضعيف وكرره ١/ ٦٧ من طريق عبد ربه وقال: هو ضعيف.
ولكن له شواهد فقد أخرجه البيهقي ١/ ٢٤٦ عن أبي قتادة أنه كان يصغي الإناء للهر فيشرب منه لم يتوضأ فقيل له في ذلك فقال: ما صنعت إلا ما رأيت رسول الله ﷺ يصنع.
وله طريق آخر عن أبي قتادة فهذا بمجموع طرقه يصير حسناً.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٧٥ والترمذي ٩٢ والنسائي ١/ ٥٥ وابن ماجه ٣٦٧ والدارمي ٧٣٦ والحاكم ١/ ١٥٩ والبيهقي ١/ ٢٤٥ وأحمد ٥/ ٣٠٣، ٣٠٩ كلهم من طريق مالك بسنده عن كبشة به. وكذا الدارقطني ١/ ٧٠ قال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم وأقره الذهبي.
وفي تلخيص الحبير ١/ ٤١ وصححه البخاري والترمذي والعقيلي والدارقطني وساقه في الإفراد من طريق آخر غير طريق مالك ونقل عن أبي دقيق العيد قوله: لعل من صححه اعتمد على تخريج مالك له لأن كل من خرج له مالك فهو ثقة عند ابن معين.
وانظر نصب الراية ١/ ١٣٧.

(٤) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ١/ ١٨٣ وأحمد ٢/ ٣٢٧ والدارقطني ١/ ٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة وقال الحاكم: صحيح وعيسى بن المسيب تفرد به عن أبي زرعة عن أبي هريرة إلا أنه صدوق ولم يجرح قط.
وتعقبه الذهبي فقال: ضعفه أبو داود وقال أبو حاتم: ليس بالقوي.

قيل كراهته لحرمة اللحم، وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير إلى التنزه والأول إلى القرب من التحريم. ولو أكلت فأرة ثم شربت على فوره الماء تنجس إلا إذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويسقط اعتبار الصب للضرورة (و) سؤر (الدجاجة المخلاة) مكروه لأنها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة (و) كذا سؤر (سباع الطير) لأنها تأكل الميتات فأشبه المخلاة.

دارهم سنوراً، فقال ﷺ: السنور سبع»[1] وفي السندين عيسى بن المسيب صححه الحاكم بناء على توثيقه، قال: لم يجرح قط، وليس كذلك فالحاصل أنه مختلف فيه، وعلى كل حال فليس للمطلوب النزاعي حاجة إلى هذا الحديث، لأن النزاع ليس في النجاسات للاتفاق على سقوطها بعلة الطواف المنصوصة في قوله «إنها من الطوافين عليكم والطوافات» يعني أنها تدخل المضايق ولازمه شدة المخالطة بحيث يتعذر معه صون الأواني منها بل النفس والضرورة اللازمة من ذلك أسقطت النجاسة، كما أنه سبحانه وتعالى أوجب الاستئذان وأسقطه عن المملوكين. والذين لم يبلغوا الحلم. أي عن أهلهم في تمكينهم من الدخول في غير الأوقات الثلاثة بغير إذن للطواف المفاد بقوله تعالى عقيبه. طوافون عليكم بعضكم على بعض. إنما الكلام بعد هذا في ثبوت الكراهة، فإن كانت كراهة تحريم كما قاله البعض لم ينهض به وجه، فإذا قال سقطت النجاسة فبقيت كراهة التحريم منعت الملازمة، إذ سقوط وصف أو حكم شرعي لا يقتضي ثبوت آخر إلا بدليل كما قلنا في نسخ الوجوب لا ينفي عنه صفة الإباحة الشرعية حتى يخصها دليل. والحاصل أن إثبات كل حكم شرعي يستدعي دليلاً، فإثبات كراهة التحريم والحالة هذه بغير دليل بل سياق حديث أبي هريرة المذكور يقتضي طهارتها وطهارة السباع فإنه ﷺ ذكره عذراً في زيارة أصحاب الهرة دون أصحاب الكلب، إلا أن يقال: إن تعليله عدم الدخول بوجود الكلب لأنه لا تدخل الملائكة بيتاً هو فيه بخلاف

قصعة من هريسة فجاءت هرّة وأكلت منها، فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها فكن يتحامين من موضع فمها فمدت يدها وأخذت موضع فمها وأكلت وقالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الهرّة ليست بنجسة إنما هي من الطوّافين والطوّافات عليكم فمالكن لا تأكلن» فإن قيل: حديث أبي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا ترجح؟ فالجواب أن حديث أبي هريرة مؤوّل دون حديث عائشة فيقوي حديث عائشة بقوة حالها وقوّة دلالته تعارض المحرم، وحمل ما رواه أبو يوسف من إصغاء الإناء لها على ما قبل التحريم. وقوله (ثم قيل كراهته لحرمة اللحم) هو قول الطحاوي وهو يدل على أنه إلى التحريم أقرب (وقيل لعدم تحاميها النجاسة) لأنها تتناول الجيف وهو قول الكرخي، وهو يدل على أن كراهته كراهة تنزيه قيل وهو الأصح والأقرب إلى موافقه الأثر. وقوله (ولو أكلت) يعني الهرة ظاهر وقوله (والاستثناء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف) يعني قوله إلا إذا مكثت ساعة لغسل فمها بلعابها لأنهما يجوزان إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة، ولكن الصبّ شرط عند أبي يوسف للتطهير في العضو وسقط ههنا للضرورة. قال (وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه) المخلاة هي الجائلة في عذرات الناس والمحبوسة على خلافها، والمحبوسة على وجهين: أحدهما أن تكون محبوسة في بيت نفسها، والثاني أن تكون محبوسة للتسمين ويكون رأسها وأكلها وشربها خارج البيت، والأولى تجول في عذرات نفسها دون الثانية وإنما قيد بقوله (بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها) إشارة إلى الوجه الثاني، فإنها إذا كانت كذلك وقع الأمن عن مخالطة النجاسة بخلاف غيرها. وقوله (وكذا سؤر سباع الطير) معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة ليكون داخلاً في حكم الكراهة، وفي

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه الدارقطني ١/ ٦٣ من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ وقال: تفرد به عيسى بن المسيب عن أبي زرعة عن أبي هريرة وهو صالح الحديث اهـ.
وورد بلفظ: الهر سبع، أخرجه الدارقطني ١/ ٦٣ وأحمد ٢/ ٤٤٢ وابن أبي شيبة وإسحاق كما في نصب الراية ١/ ١٣٥ والعقيلي في الضعفاء ١٤٢٦ ونقل عن يحيى قوله: عيسى ليس بشيء. ثم ذكر حديثه وقال العقيلي عقبه: ولا يتابعه عليه إلا من هو دونه أو مثله.
وفي الميزان: قال النسائي والدارقطني ويحيى: ضعيف وضعفه أبو داود ولينه أبو حاتم وأبو زرعة اهـ.
فالحديث غير قوي وأشار ابن الهمام إلى ذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنها إذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره، واستحسن المشايخ هذه الرواية (و) سؤر (ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه) لأن حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرّة. قال (وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه) قيل الشك في طهارته لأنه لو كان طاهراً لكان طهوراً ما لم يغلب اللعاب على الماء، وقيل الشك في طهوريته لأنه

السباع، وإن كانت كراهة تنزيه، هو الأصح كفى فيه أنها لا تتحامى النجاسة فيكره كماء غمس الصغير يده فيه وأصله كراهة غمس اليد في الإناء للمستيقظ قبل غسلها نهى عنه في حديث المستيقظ لتوهم النجاسة فهذا أصل صحيح متنهض يتم به المطلوب من غير حاجة إلى الحديث المذكور، ويحمل إصغاؤه ﷺ الإناء على زوال ذلك التوهم بأن كانت بمرأى منه في زمان يمكن فيه غسلها فمها بلعابها، وأما على قول محمد فيمكن كونه بمشاهدة شربها من ماء كثير أو مشاهدة قدومها عن غيبة يجوز معها ذلك فيعارض هذا التجويز تجويز أكلها نجساً قبيل شربها فيسقط فتبقى الطهارة دون كراهة لأنها ما جاءت إلا من ذلك التجويز وقد سقط، وعلى هذا لا ينبغي إطلاق كراهة أكل فضلها والصلاة إذا لحست عضواً قبل غسله كما أطلقه شمس الأئمة وغيره، بل بقيد ثبوت ذلك التوهم، أما لو كان زائلاً بما قلنا فلا قوله: (والاستثناء) يعني قوله إلا إذا مكثت ساعة حينئذ، فأما على قول محمد فلا لأن النجاسة لا تزال عنده إلا بالماء ويسقط اعتبار الصب على قول أبي يوسف قوله: (ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها الخ) بأن نجس[1] للتسمن في قفص ويجعل علفها وماؤها ورأسها خارجه وهذا مختار الحاكم عبد الرحمن، وأما شيخ الإسلام فلم يشرطه، بل أن لا تجد عذرات غيرها بناء على أنها لا تجول في عذرات نفسها، والأول بناء على أنها تجول فيها، والحق أنها لا تأكله بل تلاحظ الحب بينه فتلقطه قوله: (وكذا سؤر سباع الطير) يعني مكروه، وتعليله بأنها تخالط النجاسة يفيد أنها تنزيهية إن لم يشاهدها شربت على فورها، والقياس نجاسته

القياس نجس اعتباراً بسباع الوحش، وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف، بخلاف سباع البهائم فإنها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها، واستدل المصنف على كراهته بما تشبه به المخلاة وهو أكل الميتات إلحاقاً لها بها (وعن أبي يوسف أنها) أي سباع الطير (إذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره، واستحسن المشايخ هذه الرواية) قال الفقيه أبو الليث: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: إن كان هذا الطير لا يتناول الميتة كالبازي الأهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء منه قوله: (وسؤر ما يسكن البيوت) طاهر. وقوله (والتنبيه على العلة في الهرة) قيل معناه: وبقي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة، وقيل هو جواب سؤال مقدر تقديره ما ذا الذي دلكم على كون الطوف علة لسقوط النجاسة، ووجه ذلك أن النبي ﷺ علل لسقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف بقوله عليه الصلاة والسلام «إنها من الطوّافين عليكم والطوّافات» دفعاً للحرج، وقد وجد الطوف في سواكن البيوت أزيد منه في الهرة، فإن ثلمة البيت إذا سدت لا يمكن أن تدخل الهرّة فيه، وأما سواكن البيوت كالحية والفأرة فإنه لا يمكن منعها عن الطوف، فكان تنبيهاً على سقوط النجاسة فيها بطريق الأولى، وكان العلامة الكردري يقول: الله تعالى علل لسقوط وجوب الاستئذان بعلة الطوف بقوله تعالى ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ واستدل النبي ﷺ في سؤر الهرة بتعليل الله تعالى فيه على سقوط النجاسة، ثم استدل أبو حنيفة رحمه الله بتعليله عليه الصلاة والسلام في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن البيوت لعلة الطوف. قوله (وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه) هذه عبارة أكثر المشايخ، وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شيء من أحكام الله مشكوكاً فيه. وقال: سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه ثوب جازت الصلاة معه، إلا أنه يحتاط فيه فأمر بالجمع بينه وبين التيمم، والمشايخ قالوا: المراد بالشك التوقف لتعارض الأدلة، والشافعي رحمه الله

قال المصنف: (إلا إذا مكثت) أقول: استثناء منقطع قال المصنف: (والتنبيه على العلة في الهرة) أقول: قوله والتنبيه مبتدأ، وقوله في الهرة خبره قال المصنف: (قيل الشك في طهارته) أقول: وبطهوريته قال المصنف: (وقيل الشك في طهوريته) أقول: يعني في

---

(١) الصواب: تحبس.

لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه، وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وإن فحش، فكذا سؤره وهو الأصح، ويروي نص محمد رحمه الله على طهارته، وسبب الشك تعارض الأدلة في إباحته وحرمته، أو

لنجاسة اللحم، والاستحسان أنه طاهر لأن الملاقي للماء منقارها وهو عظم جاف لا لسانها، بخلاف سباع البهائم قوله: (**مشكوك فيه**) كان الشيخ أبو طاهر الدباس ينكر هذه العبارة ويقول: لا يجوز كون شيء من أحكام الشرع مشكوكاً فيه بل هو محتاط فيه. وفي النوازل: يحلّ شرب ماء شرب منه الحمار. وقال ابن مقاتل لا بأس به. قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا، ولو أخذ إنسان بهذا القول أرجو أن لا يكون به بأس والاحتياط أن لا يشرب قوله: (**وقيل الشك في طهوريته لأنه لو وجد الماء المطلق الخ**) فيه نظر ظاهر، وهو أن وجوب غسله إنما يثبت بتيقن النجاسة، والثابت الشك فيها فلا يتنجس الرأس بالشك فلا يجب قوله: (**وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع الخ**) قال في النهاية، هذا في العرق بحكم الروايات الظاهرة صحيح، وأما في اللبن فغير صحيح لأن الرواية في الكتب المعتبرة بنجاسة لبنه فقط أو تسوية نجاسته وطهارته بذكر الروايتين فيه. قال شمس الأئمة في تعليل سؤر الحمار: اعتبار سؤره بعرقه يدل على طهارته، واعتباره بلبنه يدل على نجاسته فجعل لبنه نجساً. وفي المحيط: ولبن الأتان نجس في ظاهر الرواية. وعن محمد أنه طاهر ولا يؤكل. وقال التمرتاشي وعن البزدوي: أنه يعتبر فيه الكثير الفاحش وهو الصحيح. وعن عين الأئمة: الصحيح أنه نجس نجاسة غليظة لأنه حرام بالإجماع. وفي فتاوى قاضيخان: وفي طهارة لبن الأتان روايتان. وأما عرقه فعن أبي حنيفة أنه نجس غليظ وعنه خفيف. وقال القدوري: ظاهر في الروايات المشهورة اهـ. وفي المنتقى: لبن الأتان كلعابه وعرقه يفسد الماء ولا يفسد الثوب وإن كان مغموساً فيه لأنه متولد منه كاللعاب. قال المصنف في التجنيس: ومعنى فساد الماء ما ذكرنا: يعني به ما قدمه في تفسير قول عصام في عرق الحمار والبغل يصيب الماء يفسد وإن قل من أن المراد سلب طهوريته فقط، لكن هذا في كلام المنتقي ظاهر لأنه لو كان مراده بالفساد التنجيس كان لنجاستها فلم يفترق الحال حينئذ بين الثوب والماء، أما مراد عصام فلو كان ذلك لم يصح قوله: (**وإن قل**) لأن المخالط الطاهر لا يسلب الطهورية إذا قل مطلقاً قوله: (**وهو الأصح**) يعني أنه في طهوريته قوله: (**وسبب الشك تعارض الأدلة في إباحته وحرمته**) فحديث خيبر في إكفاء القدور وفي بعض رواياته «أنه عليه الصلاة والسلام أمر منادياً ينادي بإكفائها فإنها رجس»[1] رواه الطحاوي وغيره يفيد

يجعله طاهراً وطهوراً لأن كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده. واختلف في أن الشك في طهارته أو في طهوريته، فقيل في طهارته لأنه لو كان طاهراً لكان طهوراً ما لم يغلب اللعاب على الماء، لأن اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلب كما إذا اختلط ماء الورد بالماء (**وقيل الشك في طهوريته لأنه لو وجد الماء المطلق**) لا يجب عليه غسل رأسه: يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر الحمار، ولو كان الشك في طهارته لوجب، وإنما عين الرأس لأن غيره من الأعضاء يطهر بصبّ الماء عليه. وقوله (**وكذا لبنه طاهر**) ولا يؤكل قيل هذا ليس بظاهر الرواية وإنما هو فيه نجس، والمذكور في الكتاب

طهوريته فقط قوله: (**وقيل في طهوريته لأنه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل رأسه: يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر الحمار، ولو كان الشك في طهارته لوجب**) أقول: فإن قيل احتمال تنجس الرأس مع التيقن بطهارته في الأصل لا يوجب غسله. أجيب بأن الكلام فيما إذا وجد ماء آخر بعد ما أحدث فالمسح عليه بالماء الآخر لا يرفع الحدث المتيقن به لاحتمال تنجس البلة بإصابة الرأس المحتمل تنجسه بإصابة هذا الماء فلا بد من غسله قوله: (**قيل هذا ليس بظاهر الرواية وإنما هو فيه نجس**) أقول: لفظ هو في قوله إنما هو راجع إلى ظاهر الرواية، والضمير في قوله فيه راجع إلى لبن الحمار قوله: (**ثم قال والأصح أن دليل الشك، إلى قوله: لدخولهما المضايق دون الحمار**)

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤١٩٨ ومسلم ١٩٤٠ ح ٣٤، ٣٥ والدارمي ١٩٢٣ وابن ماجه ٣١٩٦ والبيهقي ٩/ ٣٣١ وأحمد ٣/ ١١١، ١١٥، ١٢١، ١٦٤ كلهم من حديث أنس أن رسول الله ﷺ جاءه رجل فقال: أكلت الحمر ثم جاءه آخر فقال: أفنيت الحمر! فأمر منادياً فنادى في الناس إن الله ورسوله ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس ورواية: نجس فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم.

اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته.

الحرمة وحديث غالب بن أبجر «حيث قال له صلى الله عليه وسلم: هل لك من مال؟ فقال: ليس لي مال إلا حميرات لي، فقال ﷺ كل من سمين مالك»[1] يفيد الحلّ واختلاف الصحابة رضي الله عنهم في طهارته ونجاسته، فعن ابن عمر نجاسته وعن ابن عباس طهارته، وقد زيف شيخ الإسلام الأوّل بأن تعارض المحرم والمبيح لا يوجب شكاً بل الثابت عنده الحرمة، والثاني بأن الاختلاف أيضاً لا يوجبه، كما لو أخبر عدلان أحدهما بطهارة الماء

إنما هو رواية عن محمد وقوله **(وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وإن فحش)** هو إحدى الروايات عن أبي حنيفة، وفي رواية: هو نجس نجاسة خفيفة، وفي رواية: نجس نجاسة غليظة، والمشهور هو المذكور في الكتاب. قال القدوري رحمه الله: عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة. وقوله **(فكذا سؤره)** يعني أن اللبن والعرق والسؤر تتولد كلها منه، فإذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك. وقوله **(وهو الأصح)** أي القول بأن الشك في طهوريته أصح. وقوله **(نص محمد على طهارته)** هو ما روي عن محمد رحمه الله أنه قال: أربع لو غمس فيها الثوب لم ينجس، وهي سؤر الحمار، والماء المستعمل، ولبن الأتان وبول ما يؤكل لحمه. وقوله **(وسبب الشك تعارض الأدلة)** اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره، فمنهم من قال هو تعارض الأدلة **(في إباحته وحرمته)** فإنه روى «أن غالب بن أبجر سأل رسول الله ﷺ وقال: لم يبق لي مال إلا حميرات، فقال عليه الصلاة والسلام: كل من سمين مالك» وروى «أن رسول الله ﷺ حرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر» قال شيخ الإسلام: هذا لا يقوي لأن لحمه حرام بلا إشكال، لأنه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح. كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي وآخر أنه ذبيحة مسلم: فإنه لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراماً بلا إشكال ولعابه متولد منه فيكون نجساً بلا إشكال، وفيه نظر لأنه يستلزم نجاسة لبنه، وقد تقدم من قول المصنف أنه طاهر والجواب بالالتزام فإنه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم. ومنهم من قال اختلاف الصحابة في طهارته، فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل، وروي عن ابن عباس أنه قال: لا بأس بالتوضي به ولم يترجح أحد القولين على الآخر فأوجب شكاً. قال شيخ الإسلام: ولكن هذا لا يقوي لأن الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الإشكال كما في إناء أخبر عدل أنه طاهر وأخبر آخر أنه نجس فإن الماء لا يصير مشكلاً، وإن اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا هذا، ثم قال والأصح أن دليل الشك هو التردد في الضرورة، فإن الحمار يربط في الدور والأفنية فكان فيه الضرورة إلا أنها دون ضرورة الهرّة والفأرة لدخولهما المضايق دون الد ار، فلو لم تكن ضرورة أصلاً كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا إشكال، ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة، وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب الطهارة والنجاسة تساقطاً للتعارض ووجب المصير إلى الأصل، والأصل شيئان: الطهارة في جانب الماء، والنجاسة في جانب اللعاب، لأن لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر، فبقي الأمر مشكلاً نجساً من وجه طاهراً من وجه آخر، وكان إشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لإشكال لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره، هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الإسلام. وههنا نكتة لا بأس بالتنبيه عليها، وهي أن طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته، وقد قال المصنف في أول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب، فلا يخلو إما أن يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح أو بعده، فإن كان الأول كانت الشاة مساوية للكلب في أن لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة، وإن كان الثاني فكذلك في أن لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول الطهارة أو النجاسة، وحلها أن المراد

أقول: لو صح هذا لكان سؤر الكلب أيضاً مشكوكاً لا أقل لتحقق تلك الضرورة فيه، إلا أن يقال: هذا تعليل في مقابلة النص قوله: **(فبقي الأمر مشكلاً نجساً من وجه طاهراً من وجه، إلى قوله: لا لإشكال لحمه)** أقول: فيكون الشك في طهارته لا في طهوريته قوله: **(إضافة للحكم إلى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهراً)** أقول: لا بد له من بيان تأثير الفارق وبين صدر الشريعة حل تلك

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٨٠٩ عن غالب بن أبجر به. وإسناده ليس بالقوي.
وقال في نصب الراية ١/ ١٣٧ في إسناده اختلاف كثير واضطراب اهـ وسيأتي في الذبائح.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس ترجيحاً للحرمة والنجاسة، والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته، **(فإن**

والآخر بنجاسته يتهاتران ويعمل بالأصل وهو طهارة الماء، والصواب عنده أن سببه التردد في تحقق الضرورة المسقطة للنجاسة، فإنها تربط في الأفنية وتشرب من الإجانات المستعملة، فبالنظر إلى هذا القدر من المخالطة تسقط نجاسة سؤره التي هي مقتضى حرمة لحمه الثابتة، وبالنظر إلى أنه لا يدخل المضايق كالهرة والفأرة يكون مجانياً لا مخالطاً فلا تسقط، فلما وقع التردد في الضرورة وجب تقرير الأصول، فالماء كان طاهراً فلا يتنجس بما لم تتحقق نجاسته، والسؤر بمقتضى حرمة اللحم نجس فلا يحكم بطهارته ولا يتنجس الماء بوقوعه فيه، وعلى هذا سقطت أسئلة الوجهان المذكوران لشيخ الإسلام. والثالث أن يقال: لما وقع التعارض في السؤر وللماء خلف وجب أن يصار إليه كمن له إناءان طاهر ونجس ولا مميز، فإنه يسقط استعمال الماء ويجب التيمم لأنها إنما تلزم لو لم يعتبر تقديم المحرم. والرابع أن في استعمال الماء ترك الاحتياط لتنجس العضو بتقدير نجاسته. ولا يلزم لعدم تنجس متيقن الطهارة بالشك. والخامس أن مقتضى عدم النجاسة أن الماء إن كان مغلوباً باللعاب كان مقيداً فيجب التيمم عيناً وإن كان غالباً وجب الوضوء عيناً فمن أين وجب الضم، وإنما يلزم لو لم يجب تقرير الأصول للتردد في ثبوت الضرورة، وإذ قررت وكان الحدث ثابتاً بيقين لم يزل به وإن كان مغلوباً، وعند هذا ظهر أن تقرير الأصول بسبب التردد في الضرورة مع الاحتياط يبين قول أبي طاهر أنه محتاط فيه وأن اللعاب نجس لا يتنجس به مخالطه وأنه لا شبهة في طهارة العرق بالنسبة إلى الثوب لأنه لا تردد في ثبوت الضرورة في ذلك، وقد ركب ﷺ الحمار

باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب في غير الآدمي ما يحل أكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله، وطهارة سؤر البغل والحمار في رواية والهرة للضرورة وهذا لأنهما اشتركا في النجاسة المجاورة للدم المسفوح قبل الذبح، فإن الشاة لا تؤكل إذا ماتت حتف أنفها، واشتركا في الطهارة بعده لزوال المنجس وهو الدم فلا فرق بينهما إلا أن الشاة تؤكل بعد الذبح بخلاف الكلب وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة دون الكلب، ولا فرق بينهما أيضاً في الظاهر إلا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم، فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من اللحم المأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره إضافة للحكم إلى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهراً، هذا ما سنح لي والله أعلم بالصواب. قوله **(وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه)** أي سؤر الحمار والبغل **(نجس)** وقوله **(ترجيحاً للحرمة والنجاسة)** يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بتعارض الأدلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة، ويجوز أن يكون معناه ترجيحاً للحرمة لأن المحرّم مرجح النجاسة، لأنه إذا ترجح المحرم تترجح النجاسة أيضاً لامتناع الطهارة مع الحرمة. واستشكل بما إذا أخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فإنه يرجح خبر الحلّ، وبما إذا أخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته ترجح الطهارة. وأجيب بأن تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالأصل وهو الحل، ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامة تكذيب المخبر بالحل من غير دليل، فأما أدلة الشرع في حل الطعام وحرمته فتوجب الترجيح بدليل، وهو تقليل النسخ الذي هو خلاف الأصل على ما عرف في الأصول، والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع، وكذا تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالأصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة به والأصل عدمه فبقي الماء على أصله وهو الطهارة فأما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن أصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل. وقوله **(والبغل من نسل** في رواية: أحبّ إليّ أن يتوضأ بغيره، وهو رواية البلخي عنه، وفي رواية الحسن عنه: أنه مكروه كلحمه، وفي رواية: هو

النكتة بأبسط من هذا في شرح الوقاية فراجعه **(قال المصنف: والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته)** أقول: قال عصام الدين: يشكل بما يأتي في كتاب الأضحية من أن المولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية، حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحي الولد فمقتضى هذه الرواية أن يكون البغل المتولد من الرمكة تابعاً لها ولا يشك في سؤرها. ويمكن تعليل الشك في سؤره بتعارض الأدلة في حرمته وإباحته لأنه ورد الحديث بحرمته صريحاً، والحديث الوارد بإباحة الفرس والحمار يقتضي إباحته اهـ فيه بحث **(قال المصنف: فإن لم يجد غيرهما)** أقول: أي غير السؤرين **(قال المصنف: فأشبه الماء المطلق)** أقول: في عدم جواز التيمم عند وجوده (قال

لم يجد غيرهما يتوضأ ويتيمم ويجوز أيهما قدم) وقال زفر رحمه الله: لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء لأنه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق. ولنا أن المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب **(وسؤر الفرس طاهر عندهما)** لأن لحمه مأكول **(وكذا عنده في الصحيح)** لأن الكراهة لإظهار شرفه **(فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال أبو حنيفة رحمه الله**

معرورياً[١]، وبه يتبين فساد قول عصام المذكور آنفاً وصحة ما في المنتقى لو حملنا الفساد على النجاسة، لأن الضرورة لم تتحقق بالنسبة إلى الماء إلا إذا تعدى إليه بغسل الثوب، وحينئذ ينبغي أن لا يتنجس لأنه غسل فيه ما هو محكوم بطهارته شرعاً، بخلاف ما لو قطر من عرقه في الماء ونحوه، وهذا محمل ما في المنتقى في اعتقادي. فإن قلت: تقرير الأصول أفاد النجاسة غير أنه لا يتنجس به المخالط ونص محمد على طهارته ينافيه. قلنا إنما نص على طهارة السؤر وهو الماء الذي خالطه اللعاب فلا ينافي تقرير الأصول، هذا وقد تحقق الضرورة في عرقه فيجب سقوط نجاسته، بخلاف لعابه فإنه متردد في ثبوت الضرورة فقررت الأصول قوله: **(ويجوز أيهما قدم)** والأفضل تقديم الوضوء. فرعان: الأول اختلفوا في النية في الوضوء بسؤر الحمار والأحوط أن ينوي. الثاني لو توضأ بسؤر الحمار وصلى الظهر ثم تيمم وصلاها صحت الظهر لما ذكر في دفع قول زفر وهو أن المطهر أحدهما لا المجموع. فإن كان السؤر صحت به ولغت صلاة التيمم أو التيمم فبالقلب قوله: **(وكذا عنده في الصحيح)** احتراز عن سائر الروايات في المحيط عن أبي حنيفة في سؤر الفرس أربع روايات: قال في رواية: أحبّ إليّ أن يتوضأ بغيره، وفي رواية: مكروه كلحمه، وفي رواية: مشكوك كسؤر الحمار، وفي رواية كتاب الصلاة طاهر، وهو الصحيح من مذهبه قوله: **(لحديث ليلة الجن)** عن أبي فزارة عن أبي زيد عن عبد الله بن مسعود «أنه ﷺ قال له ليلة الجن: ما

الحمار) ظاهر. وقوله **(فإن لم يجد غيرهما)** ظاهر. وقوله **(ولنا أن المطهر أحدهما)** يعني أن المطهر في الواقع إما السؤر أو التراب، فإن كان الأول فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم أو تأخر، وإن كان الثاني فلا يضر التقديم والتأخير فوجب الضم دون الترتيب، والضمير في يفيد راجع إلى قوله يتوضأ بهما ويتيمم في قول محمد. وقوله **(وسؤر الفرس طاهر عندهما)** معناه ظاهر. وقوله **(في الصحيح)** احتراز عن الروايات الباقية فإنه ذكر في المحيط في سؤر الفرس عن أبي حنيفة أربع روايات: قال مشكوك كسؤر الحمار، وفي رواية كتاب الصلاة: هو طاهر وهو الصحيح. قال **(فإن لم يجد إلا نبيذ التمر)** إنما ذكر نبيذ التمر في فصل الأسآر لأن له شبهاً خاصاً بسؤر البغل والحمار على قول محمد فإنه يقول بضم التيمم إلى الوضوء به احتياطاً كما سنذكره، والكلام فيه في ثلاثة مواضع: في وقت الجواز، وفي جواز الوضوء به، وفي نفسه. فأما الأول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم وإليه أشار بقوله فإن لم يجد إلا نبيذ التمر: يعني إذا عدم الماء المطلق. وأما الثاني فقد اختلف فيه، وقد روي عن أبي حنيفة ثلاث روايات: ذكر في الجامع الصغير والزيادات أنه يتوضأ به ولا يتيمم، وذكر في كتاب الصلاة أنه إن توضأ به وتيمم أحب إلي، قال شيخ الإسلام: فيه إشارة إلى أنه لو توضأ به ولم يتيمم جاز، ولو عكس لم يجز، والجمع بينهما مستحب. والثالثة ما روى نوح بن أبي مريم والحسن بن زياد أنه يتيمم ولا يتوضأ به، وبه أخذ أبو يوسف. أما وجه الرواية الأولى فما ذكره في الكتاب من قوله لحديث ليلة الجن وهو ما روى أبو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس «أن النبي ﷺ خطب ذات ليلة ثم قال: ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر، فقام ابن مسعود رضي الله عنه، فحمله: أي

المصنف: وسؤر الفرس طاهر) أقول: وطهور قوله: **(فقال النبي ﷺ «تمرة طيبة وماء طهور»)** أقول: التمرة بالتاء المثناة **(قال المصنف: أو هو منسوخ بها)** أقول هذا عند أبي يوسف، إذ الشافعي لا يرى التناسخ بين الكتاب والسنة **(قال المصنف: قلنا ليلة الجن)** أقول: رد على أبي يوسف **(قال المصنف: والحديث)** أقول: رد على الكل.

---

(١) أما كونه ﷺ ركب حماراً فهذا ثابت.

والمعرور مأخوذ من العرّ وهو الجرب أو مِنْ عرّه إذا لطخه بالعَرّة وهي السرقين. اهـ المغرب والسرقين: الزبل أو الروث.

وفي القاموس: وبضم العين هو القروح أو داء يتمعط منها وبر الإبل وقد عرّت وعُرّت فهي معرورة.

تعالى: **يتوضأ به ولا يتيمم)** لحديث ليلة الجن، فإن النبي عليه الصلاة والسلام توضأ به حين لم يجد الماء. وقال أبو يوسف رحمه الله: يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وبه قال الشافعي رحمه الله عملاً بآية

في إداوتك؟ قال: نبيذ تمر، قال: تمرة طيبة وماء طهور» أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه[1]، وفي رواية الترمذي «فتوضأ منه» ورواه ابن أبي شيبة مطوّلاً، وفيه «هل معك من وضوء؟ قلت لا، قال: فما في إداوتك؟ قلت: نبيذ تمر، قال: تمرة حلوة وماء طيب، ثم توضأ وأقام الصلاة» قالوا ضعيف لأن الترمذي قال وأبو زيد مجهول، وأبو فزارة قيل هو راشد بن كيسان، وقيل رجل آخر مجهول. أجيب أما أبو زيد فذكر القاضي أبو بكر بن العربي في شرح الترمذي أنه مولى عمرو بن حريث روى عنه راشد بن كيسان العبسي الكوفي وأبو روق وهذا يخرجه عن الجهالة، وأما أبو فزارة فقال الشيخ تقي الدين في الإمام في تجهيله نظر، فإنه روى هذا الحديث عن أبي فزارة جماعة من أهل العلم مثل سفيان وشريك والجراح بن مليح وإسرائيل وقيس بن الربيع، وقال ابن عدي: أبو

أخذه رسول الله ﷺ مع نفسه، فقال عبد الله بن مسعود: خرجنا من مكة وخط رسول الله ﷺ حولي خطاً وقال: لا تخرج عن هذا الخط فإنك إن خرجت عنه لم تلقني إلى يوم القيامة، ثم ذهب يدعو الجن إلى الإيمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر، ثم رجع بعد طلوع الفجر وقال لي: هل بقي معك ماء أتوضأ به؟ فقلت لا إلا نبيذ التمر في إداوة، فقال رسول الله ﷺ: تمرة طيبة وماء طهور، وأخذه وتوضأ به وصلى الفجر» ووجه قول أبي يوسف وهو قول الشافعي العمل بآية التيمم فإنها تنقل التطهير عند عدم الماء المطلق إلى التراب ونبيذ التمر ماء من وجه فيكون الحديث مردوداً بها لكونها أقوى من الحديث أو هو منسوخ بها، أي بآية التيمم لأنها مدنية وليلة الجن كانت بمكة. فإن قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم قوله أو هو منسوخ بآية التيمم؟ أجيب بأن ذلك جواب أبي يوسف خاصة، والمشترك بينهما هو قوله عملاً بآية التيمم وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطراباً لأن مداره على أبي زيد مولى عمرو بن الحريث روى عنه أبو فزارة وكان نباذاً روى هذا الحديث ليهوّن على الناس أمر النبيذ، وأبو زيد كان مجهولاً عند النقلة، ولأنه روي عن أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود أنه قيل له: هل كان أبوك مع النبي ﷺ ليلة الجن؟ فقال: ولوددت أن لو كان أبي صاحب رسول الله ﷺ، ولو كان مع النبي ﷺ لكان فخراً عظيماً ومنقبة له ولعقبه بعده، فأنكر كون أبيه مع النبي ﷺ، ولو كان لما خفي على ابنه، وفي التاريخ جهالة، فإنهم اختلفوا في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ، فقال بعضهم: نسخ ذلك بآية التيمم، وقال

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٨٤ والترمذي ٨٨ وابن ماجه ٣٨٤ وأحمد ٤٤٩/١، ٤٥٠، ٤٥٨ كلهم من طريق أبي فزارة عن أبي زيد عن ابن مسعود به.

وقال الترمذي: أبو زيد مجهول ولا يعرف له رواية غير هذا الحديث وجاء في نصب الراية ١٣٨/١ وقد ضعف العلماء هذا الحديث بعلل ثلاث.

أحدها: جهالة أبي زيد قال الترمذي: مجهول وقال ابن حبان في الضعفاء: ليس يدري من هو ولا يعرف أبوه ولا بلده ومن روى خبراً وكان بهذا النعت ثم خالف فيه الكتاب والسنة والاجماع والقياس استحق مجانبة ما رواه وقال ابن أبي حاتم في علله: سمعت أبا زرعة يقول: حديث يقول: حديث أبي فزارة في الوضوء بالنبيذ: ليس بصحيح.

وأبو زيد مجهول. وقال ابن عبد البر: حديث منكر لا أصل له وذكر ابن عدي عن البخاري قول: أبو زيد الذي روى عن ابن مسعود في الوضوء بالنبيذ مجهول لا يعرف بصحبته عبد الله.

ولا يصح هذا الحديث وهو خلاف القرآن.

والعلة الثانية: التردد في أبي فزارة هل هو راشد بن كيسان أو غيره. ثم رجح الزيلعي أنه هو وعلى هذا فهو حسن الحديث.

العلة الثالثة: إنكار كون ابن مسعود حضر ليلة الجن.

قال البيهقي في دلائل النبوة: دلت الأحاديث الصحيحة على أن ابن مسعود لم يكن مع النبي ﷺ ليلة الجن وإنما كان معه حين انطلق به وبغيره يريهم آثارهم وآثار نيرانهم. اهـ الزيلعي باختصار وأعله محمد بالاضطراب كما في الهداية

الخلاصة: هذا حديث يعرف بأبي زيد وهو مجهول كما في التقريب والميزان. وضعف حديثه العلماء البخاري وأمثاله وأبو زرعة وغيرهما. وقد ضعف الطحاوي في شرح الآثار حديث ابن مسعود واختار أنه لا يجوز الوضوء بماء النبيذ في حال من الأحوال. بل ذكر البابرتي في الحاشية بالأسف أن أبا فزارة رواه عن أبي زيد وكان نباذاً رواه ليهون على الناس أمر النبيذ.

التيمم لأنها أقوى، أو هو منسوخ بها لأنها مدنية، وليلة الجن كانت مكية. وقال محمد رحمه الله: يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطراباً وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطاً. قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ، والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم، وبمثله يزاد على الكتاب.

فزارة راوي هذا الحديث مشهور واسمه راشد بن كيسان[١]، وكذا قال الدارقطني. وأما ما عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن ليلة الجن فقال: ما شهدها منا أحد فهو معارض بما في ابن أبي شيبة من أنه كان معه[٢]. وروى أيضاً أبو حفص بن شاهين عنه أنه قال «كنت مع النبي ﷺ ليلة الجن»[٣] وعنه أنه رأى قوماً من الزط فقال: هؤلاء أشبه من رأيت بالجن ليلة الجن[٤]. والإثبات مقدم على النفي وإن جمعنا فالمراد ما شهدها منا أحد غيري نفياً لمشاركته وإبانة اختصاصه بذلك كما ذكره الإمام أبو محمد البطليوسي في كتاب التنبيه على الأسباب الموجبة للخلاف قوله: **(قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة)** نظر فيه بأن وفد نصيبين كان قبل الهجرة بثلاث سنين، وكلامه يوهم أن ليلة الجن كانت بالمدينة، ولم ينقل ذلك في كتب الحديث فيما علم، لكن ذكر صاحب آكام المرجان في أحكام الجان أن ظاهر الأحاديث الواردة في وفادة الجن أنها كانت ست مرات، وذكر منها مرة في بقيع الغرقد حضرها ابن مسعود ومرتين بمكة ومرة رابعة خارجة المدينة حضرها الزبير بن العوام، وعلى هذا لا يقطع بالنسخ قوله: **(والحديث مشهور)** نظر فيه إذ المشهور ما كان أحاداً في الأصل ثم تواتر عند المتأخرين، وليس هذا كذلك بل تكلم فيه كثير من المتأخرين وإن لم يصح كلامه فوجب تصحيح الرواية الموافقة لقول أبي يوسف، لأن آية التيمم ناسخة له لتأخرها إذ هي مدنية وعلى هذ مشى جماعة من المتأخرين. واعلم أن قول محمد بوجوب الجمع بين الوضوء به والتيمم رواية أيضاً عن أبي حنيفة صرح بذلك في خزانة الأكمل قال: التوضؤ بنبيذ التمر جائز من بين سائر الأشربة عند عدم الماء، ويتيمم معه عند أبي حنيفة وبه أخذ محمد. وفي رواية: يتوضأ ولا يتيمم. وفي

بعضهم: لم ينسخ لأن آية التيمم نزلت في شأن الأسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الأمصار فيجب الجمع احتياطاً، قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة: يعني أنها تكررت. قال في التيسير: إن الجن أتوا رسول الله ﷺ دفعتين، فيجوز أن تكون الدفعة الثانية في المدينة بعد آية التيمم فلا يصح دعوى النسخ، والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة كعلي روى عنه الحارث أنه قال: الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء. وروي عنه من طرق مختلفة أنه كان لا يرى بأساً بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء. روى عكرمة عن ابن عباس أنه قال: توضأوا بنبيذ التمر ولا تتوضأوا باللبن. وروي عنه من طرق مختلفة أنه كان يجوّز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروي عن عبد الله بن مسعود أنه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء، وهم كبار الصحابة أئمة الفتوى فيكون قولهم معمولاً به **(وبمثله)** أي بمثل هذا الحديث المشهور **(يزاد على الكتاب)** قال أبو حنيفة إن اشتبه كون عبد الله مع رسول الله ﷺ ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي الاعتماد عليه وهو رواية هؤلاء الكبار من الصحابة قوله: **(وأما الاغتسال به)** أي بنبيذ التمر على قول أبي حنيفة فقد اختلف فيه، فمنهم من جوّزه اعتباراً بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء، ومنهم من لم يجوّزه لأن الأثر جاء في الوضوء

---

(١) وجوابه أن علته أبو زيد وليس راشد بن كيسان.

(٢) خبر ابن أبي شيبة مداره على أبي زيد وهو مجهول.
تقدم إنكار العلماء لخبره هذا فلا معارضة لأن خبر ابن مسعود الذي نفى فيه شهوده ليلة الجن أخرجه مسلم في صحيحه ٤٥٠ من طريق الشعبي عن علقمة قال: سألت ابن مسعود فقلت: هل شهد أحد منكم مع رسول الله ﷺ ليلة الجن فقال: لا ورواه من طريق النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لم أكن ليلة الجن مع رسول الله ﷺ ووددت أني كنت معه.
وهذه أسانيد كالشمس فمن أبو زيد حتى يعارض علقمة وعلقمة هو من هو ا؟!

(٣) هو مرفوع بما رواه الأثبات في الخبر المتقدم عند مسلم. وابن شاهين أكثر روايته عن الضعفاء والمجاهيل والهلكي.

(٤) ذكره في نصب الراية ١/ ١٤٠ ونسبه للبيهقي في دلائل النبوة. وفي حاشية الزيلعي: فيه غير واحد من الضعفاء. فهي غير قوي.

وأما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتباراً بالوضوء، وقيل لا يجوز لأنه فوقه، والنبيذ المختلف فيه أن يكون حلواً رقيقاً يسيل على الأعضاء كالماء، وما اشتد منها صار حراماً لا يجوز التوضي به، وإن غيرته النار فما دام حلواً رقيقاً فهو على الخلاف، وإن اشتد فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي به لأنه يحل شربه عنده، وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده، ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة جرياً على قضية القياس.

رواية يعيمم ولا يتوضأ به، وبه أخذ أبو يوسف. وروى نوح الجامع أن أبا حنيفة رجع إلى هذا القول ثم قال في الخزانة. قال: مشايخنا إنما اختلفت أجوبته لاختلاف المسائل. سئل مرة إن كان الماء غالباً، قال يتوضأ، وسئل مرة إن كانت الحلاوة غالبة قال يتيمم ولا يتوضأ، وسئل مرة إذا لم يدر أيهما الغالب قال يجمع بينهما، وعلى هذا يجب التفصيل في الغسل إن كان النبيذ غالب الحلاوة قريباً من سلب الاسم لا يغتسل به أو ضده فيغتسل إلحاقاً بطريق الدلالة أو متردداً فيه يجمع بين الغسل والتيمم. وأما من لم يلاحظوا هذا المبنى فقد اختلفوا في الجواز وعدمه كما ذكره المصنف، وقد صحح في المبسوط الجواز، وصحح في المفيد عدم الجواز لأن الجنابة أغلظ الحدثين.

[فرع] إذا قلنا بجواز التوضي به فلا يجوز إلا بالنية كالتيمم، لأنه بدل عن الماء حتى لا يجوز به حال وجود الماء وينتقض به إذا وجد، ذكره القدوري في شرحه من أصحابنا.

خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به. وقوله (والنبيذ المختلف فيه) بيان الموضع الثالث، ذكر محمد في النوادر هو أن يلقي تميرات في ماء حتى صار الماء حلواً رقيقاً ولا يكون مشتداً ومسكراً، وما اشتد منها وصار مراً لا يجوز الوضوء به بالإجماع لأنه صار مسكراً حراماً وإن غيرته النار، فما دام حلواً رقيقاً يسيل على الأعضاء فهو على الاختلاف، وإن اشتد جاز الوضوء به عند أبي حنيفة لحل شربه عنده، ولم يجز عند محمد لحرمته عنده، ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لأن نبيذ التمر خص بالأثر على خلاف القياس فيبقى الباقي على موجب القياس، ولأنه علل بعلة قاصرة وهي كونها تمرة طيبة علل باسم وصفة وهو لا يوجد في غيره. اعلم أن القدوري رحمه الله ذكر في شرحه عن أصحابنا أنه لا يجوز التوضي بنبيذ التمر إلا بالنية كالتيمم لأنه بدل عن الماء كالتيمم، حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء، ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقاً ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم بوجود الماء.

باب التيمم

(ومن لم يجد ماء وهو مسافر أو خارج المصر بينه وبين المصر نحو ميل أو أكثر يتيمم بالصعيد) لقوله تعالى

باب التيمم

شرع في غزوة المريسيع لما أضلت عائشة عقدها، فبعث ﷺ في طلبه وحانت الصلاة وليس معهم ماء، فأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة قال: حبست رسول الله ﷺ والمسلمين على غير ماء فنزلت فجاء أسيد بن حضير فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر[(١)]. وفي رواية: يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله للمسلمين فيه فرجاً[(٢)]. ومفهومه اللغوي القصد مطلقاً والشرعي قالوا القصد إلى الصعيد الطاهر للتطهير. والحق أنه اسم لمسح الوجه واليدين عن الصعيد الطاهر، والقصد شرط لأنه النية قوله: (أو خارج المصر) يجوز كونه حالاً مفرداً عطفاً على جملة حالية كقوله تعالى. لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنباً وأن يكون ظرف مكان لأن خارج البلد اسم لما بظاهره من المكان ويكون عطفاً حينئذ على وهو مسافر فنصبه على

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء ذكر التيمم لما أن حق الخلف أن يعقب الأصل، أو نقول ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله العزيز. فإن قيل: كيف ترك التأسي بكتاب الله في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع أن الله تعالى قدم المريض على المسافر في قوله ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر﴾ أجيب بأن التيمم مرتب على عدم الماء وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي، والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد إلى الصعيد الطاهر للتطهر، فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي، وثبوته بالكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾ وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله ﷺ ليلة فسقطت من عائشة قلادة لأسماء، فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما فأصبحوا وليس معهم ماء، فأغلظ أبو بكر على عائشة رضي الله عنهما وقال: حبست رسول الله ﷺ والمسلمين على غير ماء، فنزلت، فلما صلوا بالتيمم جاء أسيد بن حضير إلى مضرب عائشة فجعل يقول: ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر. وفي رواية: يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله تعالى فيه للمسلمين فرجاً. وأما السنة فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً» أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت» وقوله عليه الصلاة والسلام «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء» والمراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به تحل الصلاة لأن ما دونه يستوي وجوده وعدمه، إذا لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم. لا يقال: ماء في قوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماء﴾ نكرة في سياق النفي فيتناول ما يسمي به قليلاً كان أو كثيراً، وذلك يقتضي أن لا يجوز إلا بعد استعمال ما معه من الماء وإن كان لا يكفي للوضوء كما في إزالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي. لأنا نقول: المراد به ما تحل به الصلاة، ألا ترى أن وجود الماء النجس لا يمنعه وإن تناولته النكرة المذكورة والحل موقوف

باب التيمم

قال المصنف: (ومن لم يجد الماء) أقول: المراد بعدم الوجدان ههنا حقيقته لا عدم القدرة على الاستعمال كما سيأتي لقوله: ولو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٤ ومسلم ٣٦٧ كلاهما من حديث عائشة بأتم منه وفيه: فقال أسيد بن حُضير: ما هي بأول بركتكم يا آل أبي بكر. وكرره البخاري ٤٦٠٧ و٤٦٠٨ و٤٥٨٣ وكذا ٦٨٤٤ مختصراً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٦ ومسلم ٣٦٧ ح ١٠٩ وأبو داود ٣١٧ والدارمي ٧٤٦ كلهم من حديث عائشة أنها استعارت من أسماء قلادة فهلكت فبعث رسول الله ﷺ رجلاً فوجدها فأدركتهم الصلاة وليس معهم ماء فصلوا فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله آية التيمم فقال أُسَيْد بن حُضير لعائشة: جزاك الله تعالى خيراً فوالله ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله ذلك لك وللمسلمين فيه خيراً هذا لفظ البخاري. ورواية مسلم: إلا جعل الله لك منه مخرجاً وجعل للمسلمين فيه بركة.

﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء» والميل هو المختار في المقدار لأنه يلحقه الحرج بدخول المصر، والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة

الظرف وهو مع المبتدإ جملة في موضع الحال أيضاً إذ تقديره: ولا وهو خارج المصر مثل. والركب أسفل منكم. ورجح الأوّل في النهاية، والظاهر أن الثاني أرجح لأن خارجاً الصفة لا يصل إلى البلد إلا بواسطة الحرف كفعله. لا يقال: زيد خارج البلد كما لا يقال خرجت البلد وكما لا يقال قاعد الدار بل خارج عن البلد أو منها فلا يضاف حينئذ لفصل الحرف، وإسقاط الخافض سماعي، ويجوز كون خارج عطفاً على مسافر عطف مفرد خبر ظرف على خبر قوله: (لقوله ﷺ: التراب الخ) عن أبي ذر أنه كان يعزب في إبل له وتصيبه الجنابة فأخبر النبي ﷺ فقال له «الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجده فليمسه بشرته»[1] رواه أبو داود والترمذي وقال حسن صحيح. وفي رواية الترمذي «الصعيد الطيب طهور المسلم» والباقي بحاله[2]، ويعزب يبعد[3] قوله: (والميل هو المختار) احتراز عما قيل ميلان[4] أو ميلان إن كان الماء أمامه وإلا فميل، أو لو صاح بأعلى صوته لم يسمعه أهل الماء لأنه لا تحرير لهذا العدم انضباطه. وبالميل يتحقق الحرج لو ألزم الذهاب إلى الماء بالنظر إلى جنس المكلفين، وما شرع التيمم إلا لدفع الحرج، ولذا قدم في الآية المرضى على المسافرين لأنهم أحوج إلى

على ما يكفي بالاتفاق قوله: (أو خارج المصر) منصوب لكونه حالاً معطوفاً على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنباً﴾ ويجوز أن يكون مفعولاً فيه، وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم إلا للمسافر، ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر، وإن لم يكن مسافراً إذا كان بينه وبين المصر، وفي بعض النسخ بين الماء وهو أولى (نحو الميل أو أكثر) وفيه إشارة إلى نفي جواز التيمم في الأمصار إلا في المواضع المستثناة على ما سيأتي. وذكر في الأسرار: لو عدم الماء في الأمصار جاز فيها أيضاً لأن الشرط عدمه، فأينما تحقق بعد وجود المقتضي جاز، وعلى هذا يكون قوله أو خارج المصر اتفاقياً بحسب العادة لما أن عدم الماء في الأمصار نادر عادة. قيل قوله أو أكثر

كان يجد الماء الخ قال المصنف: (أو خارج المصر) أقول: للاحتشاش أو الاحتطاب أو غيرهما قوله: (قوله أو خارج المصر منصوب لكونه حالاً، إلى قوله: ويجوز أن يكون مفعولاً فيه) أقول: قال العلامة الرضي: يستثنى من المكان المبهم جانب وما بمعناه، إلى أن قال: فإنه لا يقال زيد جانب عمرو وكنفه، بل في جانبه وإلى جانبه، وكذا خارج الدار كما قال سيبويه في خارجها قال المصنف: (أو أكثر) أقول: قوله أكثر للإشارة إلى أن هذا التقدير بالميل لا يمنع الزيادة قال المصنف: (لأن التفريط) أقول: أي التقصير بتأخير الصلاة

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٣ و٣٣٤ والترمذي ١٢٤ والنسائي ١/ ١٧١ والدارقطني ١/ ١٨٦، ١٨٧ والحاكم ١٧٦ والبيهقي ١/ ٢١٢، ٢١٧، ٢٣٠ وابن حبان في صحيحه كما في نصب الراية ١/ ١٤٨ كلهم من حديث أبي ذر. وله قصة عند أبي داود في رواية.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه لأن عمرو بن بجدان لم نجد به راوياً غير أبي قلابة. وأقره الذهبي.
ومداره على عمرو بن بجدان فيه كلام راجع نصب الراية ١/ ١٤٩ حيث اختلف عليه فيه. وأخرجه البزار من حديث أبي هريرة وكذا الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية وقال الزيلعي: ومن طريق البزار صححه ابن القطان لكن قال: هو غريب من حديث أبي هريرة والمشهور من حديث أبي ذر اهـ.
وقال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٦١: حديث أبي هريرة رواه البزار. ورجاله رجال الصحيح.
وذكره أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي ومما قاله: ورواه أحمد ٥/ ١٥٥ و١٤٦.
وخلاصته كلام شاكر أنه ثابت اهـ.
وفي تلخيص الحبير ١/ ١٥٤: وكذا صححه أبو حاتم ومداره على عمرو بن بجدان وقد وثقه العجلي وغفل ابن القطان فقال: إنه مجهول. ثم عاد ابن حجر في التقريب فقال عنه: مجهول اهـ!؟
ولكن حديث أبي هريرة يشهد له وأقل درجاته أن يكون حسناً والله أعلم. وانظر المصادر التي ذكرتها.
(٢) هذا لفظ الترمذي وباقي لفظه مثل أبي داود وغيره.
(٣) تفسير لكلمة يعزب التي مرت في سياق أبي داود.
(٤) والأكثر على تقديره بـ: غلوة. وتساوي أربعمائة خطوة.

دون خوف الفوت التفريط يأتي من قبله **(ولو كان يجد الماء إلا أنه مريض يخاف إن استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم)** لما تلونا، ولأن الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء، وذلك يبيح التيمم فهذا أولى. ولا

الرخصة من غيرهم، ثم الميل في تقدير ابن شجاع ثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة إلى أربعة آلاف، وفي تفسير غيره أربعة آلاف وهو ثلث الفرسخ، وضبط في قول القائل:

إن البريد من الفراسخ أربع ... ولفرسخ فثلاث أميال ضعوا
والميل ألف أي من الباعات قل ... والباع أربع أذرع فتتبعوا
ثم الذراع من الأصابع أربع ... من بعدها عشرون ثم الأصبع
ست شعيرات فظهر شعيرة ... منها إلى بطن لأخرى توضع
ثم الشعيرة ست شعرات فقل ... من شعر بغل ليس فيها مدفع

وعن أبي يوسف: إن الماء إذا كان بحيث لو ذهب إليه وتوضأ تذهب القافلة وتغيب عن بصره فهو بعيد ويجوز له التيمم، وهذا حسن جداً كذا في الذخيرة قوله: **(والمعتبر المسافة الخ)** احتراز عن قول زفر فإنه يجوز التيمم لخوف الفوت وإن كان الماء أقل من ميل قوله: **(ولو كان يجد الماء إلا أنه مريض يخاف إن استعمل الماء اشتدّ مرضه)** أو أبطأ برؤه يتيمم، ولا فرق بين أن يشتد بالتحرك كالمشتكي من العرق المدني[1] والمبطون[2] أو بالاستعمال كالجدري ونحوه، أو كان لا يجد من يوضئه ولا يقدر بنفسه، فإن وجد خادماً له أو ما يستأجر به أجيراً أو عنده من لو استعان به أعانه فعلى ظاهر المذهب لا يتيمم لأنه قادر. قال المصنف في التجنيس بعد أن ذكر

مستغنى عنه وهو ظاهر. وأجيب بأنه تأكيد لأن معنى التأكيد هو أن يستفاد من الثاني ما استفيد من الأول وهذا كذلك، وردّ بأن تخلل العاطف يأباه. وقيل ذكره نفياً لرواية الحسن عن أبي حنيفة أن الماء إن كان قدامه فالمسافة ميلان، وإن لم يكن فميل، وغيرها من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن. وقيل مقدار البعد إنما يعلم حزراً وظناً، فإن كان ظنه أن الماء من حيث هو فيه ميل أو أكثر تيمم، وإن كان ظنه أنه ميل أو أقل لم يتيمم حتى إذا تحقق أنه ميل جاز، وفيه نظر لأنه بنى كلامه على أنه يعلم حزراً وظناً، فمن أين يتحقق ذلك، والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء. وقوله «إلى عشر حجج» للكثرة لا للغاية لجواز التيمم في أكثر من ذلك أيضاً إذا لم يجد الماء. وقوله **(والميل هو المختار في المقدار)** احتراز عن غيره من الأقوال، فإنه روي عن محمد أنه يجوز التيمم إذا كان الماء على قدر ميلين، وعن الكرخي إن كان في موضع يسمع صوت أهل الماء فهو قريب وإلا فهو بعيد، وبه أخذ أكثر المشايخ. وقد ذكرنا آنفاً رواية الحسن عن أبي حنيفة، وروي عن زفر: إن كان بحيث يصل إلى الماء قبل خروج الوقت لا يجزئه التيمم وإلا فيجزئه وإن قرب الماء منه، والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر ألف خطوة، وفسر ابن شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة ذراع إلى أربعة آلاف ذراع، وجه المختار أن يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول إلى الماء في هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع. وقوله **(والماء معدوم حقيقة)** يجوز أن يكون تلويحاً إلى ما يقال النص مطلق عن ذكر المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق الكتاب بالرأي وهو لا يجوز، وتقريره أن المنصوص عليه كون الماء معدوماً، وههنا معدوم حقيقة لكن نعلم بيقين أن عدمه مع القدرة عليه بلا

المؤدي إلى خوف فوتها في الوقت قال المصنف: **(ولأن الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء)** أقول: فإن النفس أعز من المال إذ المال تابع للنفس قال المصنف: **(واعتبر الشافعي خوف التلف)** أقول: أي تلف النفس أو منفعته قوله: **(وهو أي اعتبار الشافعي مردود، إلى قوله: إلا أنه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الآية الخ)** أقول: إشارة إلى مسلك آخر في الآية سلكه القاضي أبو زيد وشيخ الإسلام

---

(١) العرق المدني: بثرة تظهر في سطح الجلد تنفجر عن عرق يخرج كالدودة شيئاً فشيئاً وسببه: فضول غليظة. قاله السيد ونقله الطحاوي في حاشيته على مراقي الفلاح.

(٢) المبطون: الذي يشتكي بطنه.

فرق بين أن يشتد مرضه بالتحرك أو بالاستعمال. واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص **(ولو خاف الجنب إن اغتسل أن يقتله البرد أو يمرضه يتيمم بالصعيد)** وهذا إذا كان خارج المصر لما بينا، ولو كان في المصر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما هما يقولان إن تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر.

وجوب الوضوء: فيما قلنا بين هذا وبين المريض إذا لم يقدر على الصلاة ومعه قوم لو استعان بهم في الإقامة والثبات على القيام جاز له الصلاة قاعداً. والفرق أنه يخاف على المريض زيادة الوجع في قيامه ولا يلحقه زيادة الحرج في الوضوء. قال: وذكر شيخنا الإمام منهاج الأئمة فيما قرأنا عليه في الفصل الأول خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه على قوله يجزئه التيمم. وعلى قولهما لا. وقال: وعلى هذا الخلاف إذا كان مريضاً لا يقدر على الاستقبال أو كان في فراشه نجاسة ولا يقدر على التحول عنه ووجد من يحوّله ويوجهه لا يفترض عليه ذلك عنده، وعلى هذا الأعمى إذا وجد قائداً لا يلزمه الجمعة والحج والخلاف فيهما معروف. فالحاصل أن عنده لا يعتبر المكلف قادراً بقدرة غيره لأن الإنسان إنما يعد قادراً إذا اختص بحالة تهيىء له الفعل متى أراد وهذا لا يتحقق بقدرة غيره، ولهذا قلنا إذا بذل الابن المال والطاعة لأبيه لا يلزمه الحج، وكذا من وجبت عليه كفارة وهو معدوم فبذل إنسان له المال لما قلنا، وعندهما تثبت القدرة بآلة الغير لأن آلته صارت كآلته بالإعانة، وكان حسام الدين يختار قولهما اهـ. وعن محمد: لا يتيمم في المصر إلا أن يكون مقطوع اليدين لأن الظاهر أنه يجد من يعينه، وكذا العجز على شرف الزوال بخلاف مقطوعهما قوله: **(واعتبر الشافعي خوف التلف)** أو شين على عضو ظاهر كسواد اليد ونحوه **(وهو مردود بظاهر النص)** إذ قوله تعالى. وإن كنتم مرضى. الآية لا تقييد فيه بين مريض يخشى التلف بالاستعمال أو الزيادة، ولولا ما علم قطعاً من أن شرعية التيمم للمريض إنما هو رخصة لدفع الحرج عنه والحرج إنما يتحقق عند خوف الاشتداد أو الامتداد لكان جائزاً للمريض مطلقاً خاف عاقبته أو لم يخف قوله: **(هما يقولان الخ)** منهم من جعل الخلاف بينهم في هذه نشأ عن اختلاف زمان لا برهان بناء على أن أجر الحمام في زمانهما يؤخذ بعد الدخول، فإذا عجز عن الثمن دخل ثم تعلل بالعسرة وفي زمانه قبله فيعذر، ومنهم من جعله برهانياً بناه على الخلاف في جواز التيمم لغير الواحد قبل الطلب من رفيقه إذا كان له رفيق، فعلى هذا يقيد منعهما بأن يترك طلب الماء الحار من جميع أهل المصر، أما إن طلب فمنع فإنه يجوز عندهما **(وقوله هما يقولان إن تحقق هذه الحالة في المصر نادر)** يحتمل الوجهين: يعني تحقق خوف الهلاك برداً مع العجز عن الماء الحار إذ يتناول العجز عنه للطلب من الكل والمنع ولعدم القدرة على إعمال الحيلة في دخول الحمام قبل الإعطاء. وقوله في وجه قوله

حرج ليس بمجوّز للتيمم، وإلا لجاز لمن سكن بشاطىء البحر وقد عدم الماء من بيته فجعلنا الحدّ الفاصل بين البعد والقرب لحوق الحرج لأن الطاعة بحسب الطاقة، قال الله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ وقوله **(والمعتبر المسافة دون خوف الفوت)** احتراز عما ذكرنا من قول زفر آنفاً قال: التيمم شرع لضرورة الحاجة إلى أداء الصلاة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه. وقلنا التفريط جاء من قبله بتأخير الصلاة فليس له أن يتيمم إذا كان الماء قريباً منه. وقوله **(يتيمم لما تلونا)** يعني قوله تعالى ﴿وإن كنتم مرضى﴾ وقوله **(ولأن الضرر في زيادة المرض الخ)** لأن ثمن الماء مال والمال خلق وقاية للنفس وكان تبعاً، ولما كان الحرج مدفوعاً عن الوقاية التي هي تبع فلأن يكون مدفوعاً عن الموقي الذي هو الأصل أولى. وقوله **(ولا فرق بين أن يشتد مرضه بالتحرك)** كالمبطون **(أو بالاستعمال)** كالجدري والحصبة. وقوله **(واعتبر الشافعي خوف التلف)** أي تلف نفسه أو عضوه **(وهو)** أي اعتبار الشافعي **(مردود بظاهر النص)** لأن قوله تعالى ﴿وإن كنتم مرضى﴾ بإطلاقه يبيح التيمم لكل مريض، إلا أنه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الآية وهو قوله تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج﴾ فإن الحرج إنما يلحق من يشتد مرضه به فيبقى الباقي على ظاهرها. فإن قيل: لا نسلم إطلاق النص لتقيده بالعدم. أجيب بأن العدم شرط في حق المسافر دون المريض. وقوله **(ولو خاف الجنب الخ)** ظاهر، ولم يذكر المحدث إذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر. وقال في الأسرار: هما سواء، وذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه فجوزه شيخ الإسلام خواهر زاده ولم يجوزه

وله أن العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره (والتيمم ضربتان يمسح بإحداهما وجهه وبالأخرى يديه إلى المرفقين) لقوله عليه الصلاة والسلام «التيمم ضربتان، ضربة للوجه وضربة لليدين» وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كي لا

العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره يحتمل اعتباره بناء على عجز عن إعمال الحيلة في الدخول، واعتباره بناء على القدرة على ذلك وعلى الطلب من أهل المصر لكنه لم يكلف بالماء إلا إذا قدر عليه بالملك والشراء، وعند انتفاء هذه القدرة يتحقق العجز، ولذا لم يفصل العلماء فيما إذا لم يكن معه ثمن الماء بين إمكان أخذه بثمن مؤجل بالحيلة على ذلك أو لا، بل أطلقوا جواز التيمم إذ ذلك مع أنه أيسر على صاحب الماء من أخذه حالة العسرة إلى الميسرة، فإن تم هذا البحث فإطلاق بعض المشايخ عدم الجواز في هذا الزمان بناء على أن أجر الحمام يؤخذ بعد الدخول فيتعلل بالعسرة بعده فيه نظر، هذا وأما خوف المرض من الوضوء بالماء البارد في المصر على قوله هل يبيح التيمم كالغسل فاختلفوا فيه، جعله في الأسرار مبيحاً، وفي فتاوى قاضيخان الصحيح أنه لا يجوز كأنه والله أعلم لعدم اعتبار ذلك الخوف بناء على أنه مجرد وهم إذ لم يتحقق ذلك في الوضوء عادة قوله: (**لقوله ﷺ التيمم ضربتان الخ**[1]) رواه الحاكم والدارقطني بهذا اللفظ عن ابن عمر عنه ﷺ، سكت عنه الحاكم وقال: لا أعلم أحد أسنده عن عبيد الله غير علي بن ظبيان، وهو صدوق، وقد وقفه يحيى بن سعيد القطان وهشيم وغيرهما وصوب وقفه الدارقطني اهـ. ونقل ابن عدي تضعيف ابن ظبيان عن النسائي وابن معين، وأما بغير هذا اللفظ فرواه الحاكم والدارقطني من حديث عثمان بن محمد الأنماطي إلى جابر بن عبد الله عنه ﷺ قال «التيمم ضربة للوجه وضربة للذراعين إلى المرفقين»[2] قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقال الدارقطني: رجاله كلهم ثقات. وقول

الإمام الحلواني. قال (**والتيمم ضربتان**) قيل في قوله ضربتان إشارة إلى نفس الضرب داخل في التيمم، فمن ضرب يديه على الأرض للتيمم وأحدث قبل أن يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم مسحهما بهما لم يجز لأنه أحدث بعد ما أتى ببعض التيمم فكان كمن أحدث في خلال الوضوء. وذكر الإمام الاسبيجابي جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم أحدث ثم استعمله واختار لفظ الضرب، وإن جاز الوضع أيضاً للمبالغة في إيصال التراب إلى أثناء الأصابع (**وقوله وبالأخرى يديه إلى المرفقين**) نفي لقول الزهري فإنه يمسح إلى الآباط، وهو رواية عن مالك رحمه الله، ولرواية الحسن عن أبي حنيفة أنه إلى الرسغ، وهو رواية عن ابن عباس وقوله (**وينفض**) النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار أو غيره. وقوله (**بقدر ما يتناثر التراب**) إشارة إلى أنه لا يقدّر بمرة كما روي عن محمد بل إن احتاج إلى الثاني فعل ولا بمرتين كما روي عن أبي يوسف، بل إذا تناثر بمرّة لا

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ١٧٩ والدارقطني ١/ ١٨٠ كلاهما من حديث ابن عمر. ومداره على علي بن ظبيان.
وقد ذكر ابن الهمام كلام العلماء حول هذا المتن. وكذا صوب البيهقي وقفه

(٢) حسن بطرقه. أخرجه الحاكم ١/ ١٨٠ والدارقطني ١/ ١٨١ والبيهقي ١/ ٢٠٧ كلهم من حديث جابر وفي نصب الراية ١/ ١٥١ وقال الحاكم: صحيح الإسناد وقال الدارقطني: رجاله كلهم ثقات اهـ باختصار.
تنبيه: لم أجد تصحيح الحاكم له ولعله سقط من بعض النسخ.
أيضاً: زاد الدارقطني عقب قوله: رجاله ثقات. والصواب موقوف. ثم أسنده الدارقطني موقوفاً.
وأخرجه الدارقطني ١/ ١٨١ والحاكم ١/ ١٧٩ والبيهقي في سننه ١/ ٢٠٧ كلهم من حديث ابن عمر وفيه سليمان بن أرقم واه. وأخرجه الدارقطني أيضاً والحاكم والبيهقي من حديث ابن عمر وفيه سليمان بن أبي داود ضعفه الدارقطني وغيره.
وقال الحاكم عقب طريق سليمان بن أرقم: هو ليس من شرط هذا الكتاب ولكن اشترطنا إخراج مثله في الشواهد.
وورد هذا الحديث من حديث عائشة رواه البزار كما في المجمع ١/ ٢٦٣ وقال الهيثمي: فيه الحريش بن الخرّيت ضعفه أبو حاتم وأبو زرعة والبخاري.
وورد من حديث الأسلع رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٦٢ وقال الهيثمي فيه الربيع بن بدر أجمعوا على ضعفه اهـ فهذا بمجموع طرقه يعلم أن له أصلاً ويصير حسناً.

يصير مثله ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامة مقام الوضوء، ولهذا قالوا: يخلل الأصابع وينزع الخاتم ليتم المسح **(والحدث والجنابة فيه سواء)** وكذا الحيض والنفاس، لما روي «أن قوماً جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا: إنا

ابن الجوزي: عثمان متكلم فيه مردود، وبه يحمل حديث عمار بعثني النبي ﷺ في حاجة إلى أن قال: فقال ﷺ «إنما يكفيك أن تقول بيديك هكذا، ثم ضرب بيديه الأرض ضربه، ثم مسح الشمال على اليمنى وظاهر كفيه ووجهه»[1] وهو حقيقة مذهب مالك، فإنه قال بعيد في الوقت على أن المراد بالكفين الذراعين إطلاقاً لاسم الجزء على الكل، أو المراد ظاهرهما مع الباقي أو كون أكثر عمل الأمة على هذا يرجح هذا الحديث على حديث عمار، فإن تلقي الأمة الحديث بالقبول يرجحه على ما أعرضت عنه، ثم قولهم ضربتان يفيد أن الضرب ركن، ومقتضاه أنه لو ضرب يديه فقبل أن يمسح أحدث لا يجوز المسح بتلك الضربة لأنها ركن فصار كما لو أحدث في الوضوء بعد غسل بعض الأعضاء، وبه قال السيد أبو شجاع. وقال القاضي الإسبيجابي: يجوز كمن ملأ كفيه ماء فأحدث ثم استعمله. وفي الخلاصة الأصح أنه لا يستعمل ذلك التراب، كذا اختاره شمس الأئمة، وعلى هذا فما صرحوا به من أنه لو ألقت الريح الغبار على وجهه ويديه فمسح بنية التيمم أجزأه، وإن لم يمسح لا يجوز يلزم فيه، إما كونه قول من أخرج الضربة لا قول الكل، وإما اعتبار الضربة أعم من كونها على الأرض أو على العضو مسحاً، والذي يقتضيه النظر عدم اعتبار ضربة الأرض من مسمى التيمم شرعاً، فإن المأمور به المسح ليس غير في الكتاب، قال تعالى. فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم. ويحمل قوله ﷺ «التيمم ضربتان»[2] إما على إرادة الأعم من المسحتين كما قلنا، أو أنه أخرج مخرج الغالب والله أعلم قوله: **(حتى قالوا يخلل)** عن محمد: يحتاج إلى ثلاث ضربات ضربة للوجه وضربة للذراعين وضربة لتخليل الأصابع لكنه خلاف النص والمقصود وهو التخليل لا يتوقف عليه وينزع الخاتم، وفي المحيط: يمسح تحت الحاجبين، وفي الحلية يمسح من وجهه ظاهر البشرة والشعر على الصحيح، ويقابل ظاهر الرواية رواية الحسن أن الأكثر كالكل لوجه غير لازم قوله: **(لما روي أن قوماً)** عن أبي هريرة «أن ناساً من أهل البادية أتوا رسول الله ﷺ فقالوا: إنا نكون بالرمال الأشهر الثلاثة والأربعة ويكون فينا الجنب والنفساء والحائض ولسنا نجد الماء، فقال: عليكم بالأرض، ثم ضرب بيده الأرض لوجهه ضربة واحدة، ثم ضرب

يحتاج إلى الثاني لأن المقصود هو أن لا يصير مثلة، وهو يحصل بالنفض سواء كان مرّة أو مرتين، والمثلة ما يمثل به من تبديل خلقته وتغيير هيئته سواء كان بقطع عضو أو تسويد وجه أو تغييره. وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهم تيمم رسول الله ﷺ، وكيفيته: أن يضرب بيديه على الأرض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بهما وجهه، ثم يضرب بهما أخرى فينفضهما ويمسح بباطن أربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الأصابع إلى المرفق، ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى إلى الرسغ، ويمرّ باطن إبهام يده اليسرى على ظاهر إبهام يده اليمنى، ثم يفعل بيده اليسرى كذلك. وقوله **(ولا بد من الاستيعاب)** يعني أن الاستيعاب شرط في التيمم حتى إذا ترك شيئاً لم يجز كما في الوضوء. وقوله **(في ظاهر الرواية)** احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: الأكثر يقوم مقام الكل لأن في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والرأس. وجه الظاهر أن التيمم قائم مقام الوضوم ولهذا قالوا: يخلل الأصابع وينزع الخاتم ليتم المسح، والاستيعاب في الوضوء شرط فكذا فيما قام مقامه، ولولا الخلفية لكان المسح إلى المناكب واجباً عملا بالمقتضى وهو ذكر الأيدي في الكتاب والسنة، ولا يلزم آية السرقة لأن النبي ﷺ بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٤٧ مطولاً وفيه سياق المصنف ومسلم ٣٦٨ وأصله في البخاري ٣٣٩ و٣٤٠ و٣٤١ و٣٤٢ و٣٤٣ و٣٤٥ و٣٤٦. ومسلم ٣٦٨ ح ١١١، ١١٢ وأبو داود ٣٢٢ والنسائي ١/١٦٩ وابن ماجه ٥٦٩ وأحمد ٤/٢٦٣، و٢٦٤ و٢٦٥، ٣١٩، ٣٢١ والطيالسي ٦٣٧ و٦٣٨ و٦٣٩ و٦٤٠ والبيهقي ١/٢١١، ٢٢٦ كلهم من حديث عمار بن ياسر رووه مطولاً ومختصراً بألفاظ متقاربة.

وقال البيهقي: لا يشك حديثي في صحة إسناده.

(٢) تقدم قبل حديث واحد وقبل حديثين أيضاً قابله.

قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهراً أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه الصلاة والسلام: عليكم بأرضكم» **(ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الأرض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالتراب والرمل)** وقال الشافعي رحمه

ضربة أخرى فمسح بها على يديه إلى المرفقين»[1] أخرجه الإمام أحمد، وهو حديث يعزف بالمثنى بن الصباح، وقد ضعفه أحمد وابن معين في آخرين، ورواه أبو يعلى[2] من حديث أبي لهيعة وهو أيضاً مضعف، وله طريق أخرى في معجم الطبراني الأوسط: حدثنا أحمد بن محمد البزار الأصبهاني حدثنا الحسن بن حماد الحضرمي حدثنا وكيع بن الجراح عن ابراهيم بن يزيد عن سليمان الأحول عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة فذكره وقال: لا نعلم لسليمان الأحول عن سعيد بن المسيب غير هذا الحديث قوله: **(ويجوز التيمم الخ)** قيل ما كان بحيث إذا حرق لا ينطبع ولا يترمد: أي لا يصير رماداً فهو من أجزاء الأرض فخرجت الأشجار والزجاج المتخذ من الرمل وغيره والماء المنجمد

بخلاف ما نحن فيه. فإن قيل: قد دل الدليل على أن حقيقة اليد ليست بمرادة فإن الباء إذا دخل على المحل تعدى الفعل إلى الآلة فلا يقتضي استيعاب المحل. أجيب بأن الباء صلة كما في قوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ فلا يقتضي تبعيض المحل، وفيه بحث ذكرناه في التقرير والأنوار. وقوله **(والحدث والجنابة فيه)** أي في التيمم من حيث الجواز والكيفية والآلة سواء، وهو قول أصحابنا وعليه العلماء، وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة. وقال بعض الناس: لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء، وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر، ومنشأ الاختلاف فيما بينهم أن قوله تعالى ﴿أو لامستم النساء﴾ محمول على المس باليد أو على الجماع، فذهب الأولون إلى الثاني والآخرون إلى الأول وقالوا: القياس أن لا يكون التيمم طهوراً، وإنما أباحه الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لأنه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس، وليست في معناه لتلحق به بل هي فوقه. وقال الأولون الملامسة أريد بها الجماع مجاز لسياق الآية، فإن الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء ثم نقل الحكم إلى التراب حال عدم الماء، وذكر الحدث الأصغر بقوله ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ فيحمل لامستم على الحدث الأكبر لتصير الطهارتان والحدثان مذكورين في آية التيمم كما في ذكر آية الوضوء، ولئلا يلزم التكرار لأن الأصغر مذكور في قوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ في حق التيمم، فحمل لامستم عليه تكرار، ولئن سلمنا أنه تعالى شرع التيمم للمحدث فرسوله ﷺ شرعه للجنب أيضاً لما روى أن قوماً جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا «إنا قوم نسكن هذه الرمال ولم نجد الماء شهراً أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء، فقال عليه الصلاة والسلام:

قوله: **(فحمل لامستم عليه تكرار)** أقول: فيه بحث.

---

(١) حسن لطرقه. أخرجه أحمد ٢/ ٢٧٨، ٣٥٢ والبيهقي ١/ ٢١٦ وأبو يعلى والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٢٦١ كلهم من طريق المثنى ابن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابن المسيب عن أبي هريرة به وصدره: أن اعرابياً وقال الهيثمي: الأكثر على تضعيف المثنى ورواية عباس عن يحيى توثيقه.
ورواية ثانية عن يحيى: ضعيف يكتب حديثه ولا يترك.
وقال البيهقي: ورواه الحجاج بن أرطاة عن عمر وعن أبيه عن جده واختصر المتن. ثم أسنده البيهقي من طريق أشعث بن سعيد عن عمرو بن دينار عن ابن المسيب عن أبي هريرة أن أعرابياً. . .
الحديث. وقال البيهقي: في إسناده أبو الربيع السمان ضعيف وأخرجه البيهقي من وجه آخر عن أبي هريرة.
وقال: في إسناده الأفطس. ضعيف.
وفي نصب الراية ١/ ١٥٦ ورواه أبو يعلى من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب به وقال الزيلعي: وابن لهيعة ضعيف.
ورواه الطبراني عن سليمان الأحول عن ابن المسيب به وقال الطبراني: لا يعلم للأحول عن ابن المسيب غير هذا الحديث اهـ.
قلت: سليمان الأحول هو ابن مسلم ثقة روى له الستة.
ولكن الراوي عنه إبراهيم بن يزيد وأظنه الخوزي وهو واهٍ. ولكن بمجموع هذه الطرق يرقى الحديث إلى درجة الحسن.
(٢) حديث أبي يعلى، والطبراني تقدم الكلام عليه في الذي قبله.

الله: لا يجوز إلا بالتراب المنبت وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لقوله تعالى ﴿فتيمموا صعيداً طيباً﴾ أي تراباً منبتاً، قاله ابن عباس رضي الله عنه، غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه. ولهما أن الصعيد اسم لوجه الأرض سمي به لصعوده، والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لأنه أليق بموضع الطهارة أو هو مراد الإجماع

والمعادن إلا أن تكون في محالها فيجوز للتراب الذي عليها لا بها نفسها، ودخل الحجر والجص[١] والنورة[٢] والكحل والزرنيخ[٣] والمغرة[٤] والكبريت والملح الجبلي لا المائي والسبخة[٥] والأرض المحرقة في الأصح والفيروزج[٦] والعقيق والبلخش والياقوت والزمرد والزبرجد لا المرجان واللؤلؤ لأن أصله ماء، وكذا المصنوع منها[٧] كالكيزان والجفان والزبادي إلا أن تكون مطلية بالدهان، والآجر المشوي على الصحيح إلا إن خلط به ما ليس من الأرض، كذا أطلق فيما رأيت مع أن المسطور في فتاوى قاضيخان التراب إذا خالطه ما ليس من أجزاء الأرض تعتبر فيه الغلبة، وهذا يقتضي أن يفصل في المخالط للبن بخلاف المشوي لاحتراق ما فيه مما ليس من أجزاء الأرض قوله: (غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل) جعل هذا في المبسوط قولاً لأبي يوسف مرجوعاً عنه وأن قرار مذهبه تعين التراب قوله: (ولهما أن الصعيد اسم لوجه الأرض) لصعوده فهو فعيل بمعنى فاعل، وإذا كان هذا مفهومه وجب تعميمه وأن تفسير ابن عباس إياه بالتراب تفسير بالأغلب ويدل عليه قوله ﷺ في الصحيحين «وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»[٨] وأما رواية «وتربتها طهوراً»[٩] فتوهم أنه مخصص خطأ لأنه إفراد فرد من العام لأنه

عليكم بأرضكم» وفي الأحاديث الدالة على ذلك كثرة حدّث البخاري في صحيحه بإسناده إلى عمران بن حصين رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً معتزلاً لم يصلّ في القوم فقال: يا فلان ما منعك أن تصلي في القوم؟ فقال: يا رسول الله أصابتني جنابة ولا ماء، فقال ﷺ: عليك بالصعيد فإنه يكفيك» وقوله (ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد) بيان لما يجوز به التيمم. وقوله (بكل ما كان من جنس الأرض) قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رماداً كالشجر، أو ينطبع أو يلين كالحديد فليس من جنس الأرض. وههنا لطيفة وهي أن الله تعالى خلق درة ونظر إليها فصارت ماء، ثم تكاثف منه فصار تراباً، وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار ناراً فكان الماء أصلاً. ذكره المفسرون وهو منقول عن التوراة، فإذا تعذر الطهارة بالأصل انتقل إلى التبع وأقيم مقامه، والنبات كالشجر ونحوه، والمعدني كالحديد وشبهه ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب

قال المصنف: (لأنه أليق بموضع الطهارة) أقول: أي الذي نحن فيه بدليل قوله تعالى. ﴿ولكن يريد ليطهركم﴾ قوله: (وأبو يوسف

---

(١) الجص: بفتح الميم وكسرها ما يبنى به وجصصّ البناء طلاه به. ويدعى عند العامة: جبصين وبعضهم: جبس.
(٢) مادة تستخرج من الأرض وهي مزيلة للشعر.
(٣) الزرنيخ معروف لدى العامة بهذه التسمية.
وهو بكسر الزاي مع التشديد حجر منه أبيض وأحمر وأصفر.
(٤) المغرة. بفتح الميم وسكون الغين. الطين الأحمر.
(٥) السبخة مكان منخفض تجتمع فيه المياه وتبقى فيه مدة طويلة وأرضه تنزُّ بالماء أيضاً. وأرضها مالحة لا تنبت.
(٦) والفيروزج وما بعده تسمى بالأحجار الكريمة. أي الثمينة.
(٧) الضمير يعود على الحجارة بأنواعها والجفن: القصعة الكبيرة.
(٨) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٣٣٥ و٤٣٨ و٣١٢٢ ومسلم ٥٢١ والنسائي ١/ ٢١٠، ٢١١ والدارمي ١٣٦١ والبيهقي ١/ ٢١٢ كلهم من حديث جابر أعطيت خمساً لم يعطهنّ أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر. وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصلّ، وأحلت لي الغنائم ولم يحلّ لأحد قبلي. وأعطيت الشفاعة وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة.
هذا لفظ البخاري وبعضهم رواه على التقديم والتأخير.
(٩) صحيح هذا اللفظ عند مسلم ٥٢٢ من حديث حذيفة وفيه: وجعلت ترتبها لنا طهوراً. ورواه أحمد ٥/ ٣٨٣ والبيهقي ١/ ٢١٣ ولفظ مسلم: فُضّلنا على الناس بثلاث جعلت صفوفنا كصفوف الملائكة وجُعلت لنا الأرض كلها مسجداً وجعلت تربتها لنا طهوراً إذا لم نجد الماء.
وأخرجه مسلم ٥٢٣ من حديث أبي هريرة لكن بنحو سياق حديث جابر الذي رواه البخاري وغيره. فهذا حديث مشهور.

(ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة رحمه الله) لإطلاق ما تلونا **(وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)** لأنه تراب رقيق **(والنية فرض في التيمم)** وقال زفر رحمه الله تعالى: ليست بفرض لأنه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه. ولنا أنه ينبىء عن القصد فلا يتحقق دونه، أو جعل

ربط حكم العام نفسه ببعض أفراده، والتخصيص إفراد الفرد من حكم العام فليس بمخصص على المختار. وأما قوله والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه ففيه أن مجرد كون اللفظ يحتمل معنى لا يوجب حمله عليه، فالمعوّل عليه كون الطيب مراداً به الطاهر بالإجماع فكان الإجماع دليل إرادة هذا المحتمل، وعلى هذا فالأوجه أن يقول: وهو مراد بالواو لا بأو قوله: **(ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة)** وعند محمد يشترط لظاهر قوله تعالى. فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه. قلنا: هي للابتداء في المكان، إذ لا يصح فيها ضابط التبعيضية والبيانية وهو وضع بعض موضعها في الأولى ولفظ الذي في الثاني والباقي في الأول بحاله ويزاد في الثاني جزء ليتم صلة للموصول كما في. اجتنبوا الرجس من الأوثان. أي الذي هو الأوثان، ولو قيل فامسحوا بوجوهكم وأيديكم بعضه أفاد أن المطلوب جعل الصعيد ممسوحاً والعضوين آلته وهو منتف اتفاقاً قوله: **(وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد)** وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا عند العجز عنه كأن يكون في وحل وردغة بسفر أو بحر ولا يستطيع الماء؛ وهذه إحدى الروايتين عنه، وفي أخرى لا يجوز، وفي رواية: يتيمم به ويعيد، والخلاف مبني على أنه تراب خالص أو غالب أولاً، فعنده لا، وعندهما نعم إذ لم يفارقه إلا بممازجة الهواء قوله: **(ولنا أنه ينبىء عن القصد الخ)** هو ينبىء عن القصد لغة، وليس المقصود في النص الخطاب بقصد الصعيد فيمسح به العضوين وإلا لكانت النية المعتبرة تلك، وليس كذلك فإنه لو قصده للمسح لم تكن المعتبرة فضلاً عما هو مدلول النص من أن يقصده فيرتب على قصده ذلك المسح، وإنما المقصود أن لفظ التيمم وهو الاسم الشرعي ينبىء عن القصد، والأصل أن يعتبر في الأسماء الشرعية ما ينبىء عنه من المعاني على ما عرف. قال المصنف في التجنيس: النية

كذلك، وإنما هو مركب من العناصر الأربعة فليس له اختصاص بشيء منها حتى تقوم مقامه. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالتراب والرمل خاصة ثم رجع عنه إلى أنه لا يجوز إلا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى ﴿فتيمموا صعيداً طيباً﴾ أي تراباً منبتاً، هكذا فسره ابن عباس، وهذا يقتضي القصر عليه، غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الأول بما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام «عليكم بأرضكم» ولهما أن الصعيد اسم لوجه الأرض كذا روى عن الخليل، وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج أن الصعيد اسم لوجه الأرض. وقال الزجاج في معاني القرآن لا أعلم بين أهل اللغة خلافاً في أن الصعيد وجه الأرض. وفي الصحاح عن ثعلب أن الصعيد وجه الأرض. قال المصنف **(سمي به لصعوده)** وهو إشارة إلى أنه فعيل بمعنى فاعل، وإذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل **(والطيب يحتمل الطاهر)** كما في قوله تعالى ﴿حلالاً طيباً﴾ **(فحمل عليه لأنه أليق بموضع الطهارة)** ألا ترى أنه لو كان التراب المنبت نجساً لم يجز التيمم به إجماعاً، فعلم أن الإنبات ليس له أثر في هذا الباب، ومما يدل على ذلك قوله تعالى ﴿ولكن يريد ليطهركم﴾ وقوله **(أو هو مراد بالإجماع)** دليل آخر، وتقريره أن الطيب مشترك بين الطاهر والمنبت، والطاهر مراد بالإجماع كما مر آنفاً فلا يكون المنبت مراداً لأن المشترك لا عموم له **(ثم لا يشترط أن يكون عليه)** أي على الصعيد **(غبار)** يلتزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والآجرّ والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد وإن كانت ملساً لا غبار عليها **(عند أبي حنيفة)** ومحمد عنه في إحدى الروايتين **(لإطلاق ما تلونا)** من قوله تعالى فتيمموا صعيداً طيباً. وفي رواية أخرى عنه وهو قول الشافعي وأبي يوسف وأحمد: لا يجوز بدونه لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه. أي من التراب، وهو كما ترى يوجب المسح

لم يجوزه مع القدرة على الصعيد لأن الغبار ليس بتراب خالص، إلى قوله: وأما عند العجز عنه فيجوز) أقول: إذا لم يتناول الصعيد الغبار عنده فكيف يجوز استعماله عند العجز بالرأي والتيمم معدول به عن سنن القياس قال المصنف: **(أو جعل طهوراً في حالة مخصوصة)** أقول: وهي إرادة الصلاة قال المصنف: **(والإسلام قربة تصح بدونها)** أقول: يقتضي أنه لو تيمم للصلاة صح عندهما وليس كذلك،

طهوراً في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر **(ثم إذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه ولا يشترط**

المشروطة هي نية التطهير هو الصحيح انتهى. وما زاده غيره من نية استباحة الصلاة لا ينافيه إذ يتضمن نية التطهير، وصرحوا بأنه لو تيمم لدخول المَسجد أو للقراءة ولو من المصحف أو مسه أو زيارة القبور أو دفن الميت أو الأذان أو الإقامة أو السلام أو رده أو الإسلام لاتجوز الصلاة بذلك التيمم عند عامة المشايخ إلا من شذ وهو أبو بكر بن سعيد البلخي مع وجود نية التيمم في ضمن ذلك لأنه في الحاصل نوى التيمم لكذا، فعلمنا أن نية نفس الفعل ليست بمعتبرة بل أن ينوي به المقصود من الطهارة والصلاة ولو صلاة الجنازة وسجدة التلاوة. نعم روى في النوادر: لو مسح وجهه وذراعيه ينوي التيمم جاز به الصلاة. وعن أبي حنيفة فيمن تيمم لرد السلام يجوز، فعلى هاتين تعتبر مجرد نية التيمم لكنه غير الظاهر من المذهب، ولو تيمم يريد به تعليم الغير دون الصلاة لا يجوز عند الثلاثة، وإذا كان كذلك فإنما أنبأ عن قصد هو غير المعتبر نية فلا يكون النص بذلك موجباً للنية المعتبرة، ألا يرى أن قوله تعالى . إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا . ينبىء عن الإرادة حتى استدل به من شرط النية للوضوء، ووجهه أن التقدير إذا أردتم القيامة للصلاة وأنتم محدثون اتفاقاً والغسل وقع جزاء لذلك والجزاء مسبب عن الشرط فيفيد وجوب الغسل لأجل إرادة الصلاة، ومع ذلك كان التحقيق عدم إفادته وجوبها، والكلام المذكور تمويه إذ المفاد بالتركيب مع المقدر إنما هو أن وجوب الغسل لأجل إرادة الصلاة مع الحدث لا إيجاب أن يغسل لأجل الصلاة، إذ عقد الجزاء الواقع طلباً بالشرط يفيد طلب مضمون الجزاء إذا تحقق مضمون الشرط، وأن وجوبه اعتبر مسبباً عن ذلك فأين طلبه على وجه مخصوص هو فعله على قصد كونه لمضمون الشرط فتأمل، ولقد خفي هذا على صاحب النهاية حتى لم يكافئه بالجواب. فإن قلت: ذكرت أن نية التيمم لرد السلام لا تصححه على ظاهر المذهب مع أنه ﷺ تيمم لرد السلام[١]

بشيء من الأرض لكون كلمة من للتبعيض. والجواب أن الضمير يحتمل أن يعود للمحدث أو يحمل من على ابتداء الغاية **(وكذلك يجوز بالغبار)** بأن ينقض ثوبه أو لبده **(مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)** وأبو يوسف رحمه الله لم يجوّزه مع القدرة على الصعيد لأن الغبار ليس بتراب خالص، ولكنه من التراب من وجه والمأمور به التيمم بالصعيد، فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه، وأما عند العجز عنه فيجوز كالإيماء عند العجز عن الركوع والسجود، ودليلهما قوله **(لأنه تراب رقيق)** فإن من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب، وكذا يجوز التيمم بالخشن منه فكذا بالرقيق، والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد إصابة الغبار مع النية، فلو أصاب وجهه وذراعيه غبار ونوى التيمم ولم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمماً **(والنية فرض في التيمم)** خلافاً لزفر. هو يقول التيمم خلف عن الوضوء، وهو ظاهر لأن الخلف هو ما لا يجوز الإتيان به إلا عند عذر وجد في الأصل وما نحن فيه كذلك لا محالة، والخلف لا يخالف الأصل في وصفه: أي في وصفه الذي هو الصحة، فإن الوضوء بدون النية صحيح، فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفاً للأصل في وصفه وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية إذ ذاك **(ولنا أنه ينبىء عن القصد فلا يتحقق دونه)** وقد تقدم البحث فيه، وقد قيل أيضاً في تقريره التيمم يدل على القصد والقصد هو النية، وأمرنا بالتيمم والأمر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فإن الأمر ثمة ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية، وفيه نظر لأن القصد المأمور به هو قصد استعمال التراب، وتفسير النية في التيمم أن ينوي الطهارة أو رفع الحدث أو الجنابة أو استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة، فلا يلزم من كون أحدهما مأموراً به أن يكون الآخر شرطاً. وقوله **(أو جعل طهوراً)** دليل آخر. وتقريره جعل التراب طهوراً بشرطين: بشرط عدم الماء، وبشرط أن يكون التيمم للصلاة، لأن قوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ بناء على قوله تعالى ﴿إذا قمتم إلى الصلاة

والحاصل أنهما لا يصححان منه تيمماً أصلاً بناء على عدم صحة النية منه قوله: **(لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الخالصة)** أقول: الظاهر أن يقال الحاصلة قوله: **(أجيب بأن الطهارة الحاصلة)** أقول: المجيب صاحب المستصفي قوله: **(وكل ما هو كذلك**

---

(١) تقدم في ٦/ ٢٢ متفق عليه.

نية التيمم للحدث أو للجنابة) هو الصحيح من المذهب **(فإن تيمم نصراني يريد به الإسلام ثم أسلم لم يكن متيمماً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هو متيمم)** لأنه نوى قربة مقصودة، بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لأنه ليس بقربة مقصودة. ولهما أن التراب ما جعل طهوراً إلا في حال إرادة قربة مقصودة لا تصح بدون

على ما أسلفته في الأول. فالجواب أن قصد رد السلام بالتيمم لا يستلزم أن يكون نوى عند فعل التيمم التيمم له، بل يجوز كونه نوى ما يصح معه التيمم ثم يرد السلام إذا صار طاهراً قوله: **(أو جعل طهوراً في حالة مخصوصة)** إن أراد حالة الصلاة على ما صرح به في بيان سنن الوضوء أول الكتاب فهو بناء على أن الإرادة مرادة في الجملة المعطوفة عليها جملة التيمم: أعني آية الوضوء إذا قمتم إلى الصلاة، فإن قوله ﴿وإن كنتم مرضى﴾ [المائدة ٦] إلى آخر آية التيمم عطف عليها، وأنت قد علمت أن لا دلالة فيها على اشتراط النية، وإن أراد حالة عدم القدرة على استعمال الماء فظاهر أن ذلك لا يقتضي إيجاب النية ولا نفيها، وأما جعل الماء طهوراً بنفسه مستفاداً من قوله تعالى. ماء طهوراً. ومن قوله. ليطهركم به. فلا يخفى ما فيه، إذ كون المقصود من إنزاله التطهير به وتسميته طهوراً لا يفيد اعتباره مطهراً بنفسه: أي رافعاً للأمر الشرعي بلا نية، بخلاف إزالته الخبث لأن ذلك محسوس أنه مقتضي طبعه، ولا تلازم بين إزالته حساً صفة محسوسة وبين كونه يرتفع عند استعماله اعتبار شرعي: أعني الحدث، وقد حققنا في بحث الماء المستعمل أن التطهير ليس من مفهوم طهور فارجع إليه، والمفاد من ليطهركم كون المقصود من إنزاله التطهير به، وهذا يصدق مع اشتراط النية كما قال الشافعي وعدمه كما قلنا، ولا دلالة للأعم على أخص بخصوصه. والحاصل الفرق بين الدلالة لفظاً على عدم وجوب النية وعدم الدلالة على وجوبها وهو الثابت في الآية، فرجع إسناد عدم وجوب النية في الوضوء إلى عدم الدليل عليه، وهذا ما وعدناه في سنن الطهارة **(قوله هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم إنه يشترط، قال في التجنيس: لأنه روي عن محمد إذا تيمم يريد الوضوء أجزأ عن الجنابة وإن لم ينو عن الجنابة قوله: **(لأنه نوى قربة مقصودة)** ينبغي أن يزاد تصح منه في الحال لأن الكافر لو تيمم للصلاة ونحوها لم يكن متيمماً حتى لا يصلي به بعد الإسلام عند أبي يوسف. فالحاصل أنه لا يصحح منه تيمماً إلا للإسلام قوله: **(والإسلام قربة تصح بدونها)** يقتضي أنه لو تيمم للصلاة صح عندهما، وليس كذلك. فالحاصل أنهما لا يصححان منه تيمماً أصلاً بناء على عدم صحة النية منه فما يفتقر إليها لا يصح منه، وهذا لأن النية تصير الفعل منتهضاً سبباً للثواب، ولا فعل يقع من الكافر كذلك حال الكفر ولذا صححوا وضوءه لعدم افتقاره إلى النية ولم يصححه الشافعي لما افتقر إليها عنده، وقد رجع المصنف إلى التحقيق في التعليل في جواب زفر حيث قال: وإنما لا يصح من الكافر لانعدام النية قوله: **(بخلاف سجدة التلاوة الخ)** المراد بكونها قربة مقصودة هنا كونها مشروعة

فاغسلوا وجوهكم﴾ والمراد به فاغسلوا للصلاة، فكذا قوله تعالى فتيمموا للصلاة، فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية. وقوله **(والماء طهور بنفسه)** جواب سؤال مقدر تقديره إن الماء أيضاً في الآية جعل طهوراً في حالة مخصوصة كما ذكرتم، فكان الواجب أن تكون النية شرطاً فيه، وتقريره أن الماء طهور بنفسه: أي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج إلى النية كما في إزالة النجاسة العينية. وقوله **(ثم إذا نوى الطهارة)** ظاهر. وقوله **(هو الصحيح من المذهب)** احتراز عما قال به أبو بكر الرازي فإنه كان يقول: يحتاج إلى نية التيمم للحدث أو للجنابة لأن التيمم لهما بصفة واحدة، فلا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية كصلاة الفرض عن النافلة، ووجه ما قال في الكتاب أن التيمم طهارة فلا يلزم نية أسبابها كما في الوضوء. قال **(فإن تيمم نصراني يريد به الإسلام)** نصراني تيمم يريد به الإسلام ثم أسلم لم يكن متيمماً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هو متيمم لأنه نوى قربة مقصودة أما القربة فلأن الإسلام أعظم القرب، وأما أنها مقصودة فلأن المراد به ههنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالمشروط، وإذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم تيمم للصلاة **(بخلاف ما إذا**

فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول: الكلية ممنوعة وإلا لزم أن تكون الردة مبطلة للتيمم

الطهارة، والإسلام قربة مقصودة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لأنها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة **(وإن توضأ لا يريد به الإسلام ثم أسلم فهو متوضىء)** خلافاً للشافعي رحمه الله بناء على اشتراط النية **(فإن تيمم مسلم ثم أرتد ثم أسلم فهو على تيممه)** وقال زفر رحمه الله: بطل تيممه لأن الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء

ابتداء يعقل فيها معنى العبادة، وأما قولهم في الأصول إنها ليست بقربة مقصودة فالمراد أنها ليست مقصودة لعينها بل لإظهار مخالفة المستنكفين من الكفار بإظهار التواضع والانقياد لله سبحانه وتعالى، ولذا أديث في ضمن الركوع، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قوله: **(فيستوي فيه الابتداء والبقاء)** فكما لا يصح ابتداء التيمم وهو كافر لا يصح بقاؤه مع الكفر كالمحرمية في باب النكاح، كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاءه حتى لو كان الزوجان صغيرين فأرضعتهما امرأة ارتفع النكاح، أو كبيرين فمكنت الزوجة ابن زوجها ارتفع بعد الثبوت، والأصل أن كل صفة منافية الحكم يستوي فيها الابتداء والبقاء إلا أن يخرج شيء بالنص كبقاء الصلاة عند سبق الحدث حتى جاز البناء، وكلام المصنف في الاستدلال المذكور لزفر لا يستلزم بناءه على حبط العمل بالكفر ليحتاج إلى جوابه على ما لا يخفي بعد قليل تأمل قوله: **(ولنا أن الباقي)** حاصله تسليم الأصل المذكور ومنع صدقه في المتنازع فيه، أفاد هذا إدخال اللام في الباقي: أي ليس التيمم نفسه باقياً ليرتفع بورود الكفر، بل الباقي صفة الطهارة التي أوجبها، وهذه لا يرفعها شرعاً إلا الحدث، ولذا لو اعترض على الصفة الكائنة عن الوضوء لم يرفعها وهي مثلها. ولما كان هذا مظنة أن يقال البقاء في هذا ونحوه من النكاح وسائر العقود ليس إلا بقاء آثارها فإن الباقي في النكاح والبيع بعد صدور العقد

تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف) فإنه لا يكون متيمماً لأن كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شيء آخر **(ولهما أن التراب ما جعل طهوراً إلا في حال إرادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة)** والإسلام ليس كذلك لأنه يصح بدونها **(بخلاف سجدة التلاوة لأنها قربة مقصودة)** على التفسير الذي ذكرنا **(ولا تصح بدون الطهارة)** قال في النهاية: في هذا اللفظ إشارة إلى أن الكافر لو نوى قربة التيمم لا تصح تلك القربة بدون الطهارة وكان متيمماً، وليس الأمر كذلك فإن الكافر إذا تيمم للصلاة ثم أسلم لا تجوز الصلاة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الإسلام في مبسوطه، بل الصواب في التعليل أن يقال: الكافر ليس بأهل للنية لأنها عبادة، والتيمم لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق أبو يوسف رحمه الله بين نيته الإسلام ونيته الصلاة فقال يكون متيمماً في الأول دون الثاني، وقال: لأن الإسلام يصح منه فتصح نية التيمم منه للإسلام، بخلاف ما لو تيمم بنية الصلاة لأن الصلاة قربة لا تصح من الكافر ولا تصح نية الصلاة فيجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة واحدة فيبقى التيمم من غير نية فلا يصح **(وإن توضأ النصراني لا يريد به الإسلام ثم أسلم فهو متوضىء)** عندنا لأن النية فيه ليست بشرط عندنا، فعدم أهليته لا يضر. وقال الشافعي: ليس بمتوضىء لأن النية شرط وهو ليس من أهلها، فقوله **(بناء على اشتراط النية)** دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا **(فإن تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو على تيممه. وقال زفر: يبطل تيممه لأن الكفر ينافي التيمم)** ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية في النكاح بأن كانا رضيعين وقد زوّج كل واحد منهما بالآخر أبواهما ثم أرضعتهما امرأة فإنه يرتفع النكاح، واعترض بأن الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة، وكونه عبادة إنما هو بالنية وليست بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء. وأجيب بأنه روي عن زفر رواية أخرى اشتراط فيها النية للتيمم، وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الأهلية لأن شرع للصلاة والكافر ليس بأهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلاً نوى أو لم ينو، ويستوي فيه الابتداء والبقاء لما مر **(ولنا أن الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهراً)** ومعناه أن التيمم عدم كما وجد لكونه فعلاً فعند الكفر لا يكون التيمم موجوداً حتى يبطل لوجود منافيه بل الباقي صفة كونه طاهراً والكفر لا ينافيه، فاعتراضه عليه كالاعتراض على الوضوء، وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه، وليس البقاء كذلك لوجودها. فإن قيل: الردة تحبط العمل لقوله تعالى ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ وقوله تعالى ﴿ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله﴾ ووضوءه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة؟ أجيب بأن الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء فإن الحدث يزول به وإن كان لا يثاب على وضوئه. قال **(وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء)** قد تقدم أن التيمم خلف عن الوضوء، ولا شك أن الأصل أقوى من الخلف، فما كان ناقضاً للأقوى كان ناقضاً للأضعف بطريق الأولى، فكل ما ينقض الوضوء ينقض التيمم **(وينقضه أيضاً رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال)**

كالمحرمية في النكاح. ولنا أن الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهراً فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء، وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه(**وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء**) لأنه خلف عنه فأخذ حكمه (**وينقضه أيضاً رؤية الماء إذا قدر على استعماله**) لأن القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية

ليس إلا الأثر من الحل والملك، ومع ذلك اعتبر ذلك بقاء لها حتى انتفت بورود ما ينفي ابتداءها على ما بينا فبقاء الصفة حينئذ بقاء التيمم ويلزم ما قلته، زاد قوله وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وهذا يحول التقرير عن وجهته الأولى، هكذا التيمم نفسه لا ينافيه الكفر وإنما ينافي شرطه وهو النية المشروطة في الابتداء وقد تحققت وتحقق التيمم لذلك، فالصفة الباقية بعده لو اعتبرت كنفسه لا يرفعها الكفر لأن الباقي حينئذ حكماً ليس هو النية قوله: (**وينقضه أيضاً رؤية الماء إذا قدر على استعماله**) لأن القدرة هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب في قوله ﷺ «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء»[1] ومقتضاه خروج ذلك التراب الذي تيمم به عن الطهورية، ويستلزم انتفاء أثرها من طهارة الرجل. ويرد عليه أن قطع الاعتبار الشرعي طهورية التراب إنما هو عند الرؤية مقتصراً فإنما يظهر في المستقبل، إذ لو استند ظهر عدم صحة الصلوات السابقة، وما قيل إنه وصف يرجع إلى المحل فيستوي فيه الابتداء والبقاء لا يفيد دفعاً ولا يمسه، والأوجه الاستدلال بقوله ﷺ في بقية الحديث «فإذا وجده فليمسه بشرته»[2] وفي إطلاقه دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة كما هو قول الأئمة الثلاثة رضي الله عنهم قوله: (**وخائف السبع والعدو والعطش**) على نفسه أو دابته أو رفيقه عاجز حكماً فيباح له التيمم مع وجود ذلك الماء، وكذا إذا خاف الجوع بأن كان محتاجاً إلى الماء للعجين، أما إن احتاج إليه للمرقة فلا يتيمم، لكن هل يعيد إذا أمن بالوضوء؟ قال في النهاية: قلت جاز أن تجب الإعادة على الخائف من العدو بالوضوء لأن العذر من قبل العباد اهـ. يعني وهم يفرقون بين العذر من قبل من له الحق ومن قبل العباد فيوجبون في الثاني، ولذا وجبت الإعادة على المحبوس إذا صلى بالتيمم ثم خلص، وقيل فيمن منعه إنسان عن الوضوء بوعيد ينبغي أن يتيمم ويصلي ويعيد بعد ذلك، لكن قال في الدراية: الأسير منعه الكفار من الوضوء والصلاة يتيمم ويومىء ويعيد وكذا المقيد، ثم قال: قلت بخلاف الخائف منهم فإن الخوف من الله سبحانه فنص على خلاف ما في النهاية

وإسناد النقض إلى رؤية الماء إسناد مجازي لأن رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندنا، والناقض حقيقة هو الحدث السابق بخروج النجس. قوله (**لأن القدرة هي المراد**) قد ذكرنا من قبل. وقوله(**هو غاية لطهورية التراب**) سماه غاية من حيث المعنى إذا ليس في لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك، والمذكور في الحديث قوله ﷺ «**ما لم يجد الماء**» وكلمة ما للمدّة: أي ما دام أنه غير واجد للماء، ولكن معناهما يلتقيان في أن الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية. قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء فإنه يصير نجساً بالاستعمال وتنتهي طهوريته وتبقى الطهارة الحاصلة به أجيب بأن الطهارة الحاصلة به صفة راجعة إلى المحل، وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء (**وخائف العدوّ**) سواء كان خائفاً على نفسه أو على ماله كذا في شرح الطحاوي (**والسبع والعطش عاجز حكماً**) لأن صيانة النفس أوجب من صيانة الطهارة بالماء فإن لها بدلاً ولا بدل للنفس (**والنائم**) يعني من لم يكن مضطجعاً ولا مستنداً في المحل، فإنه إذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا تتأت هذه المسألة (**قادر تقديراً**) أي حكماً (**عند أبي حنيفة**) فينتقض به تيممه لأنه عاجز عن الاستعمال بعذر جاء من قبل نفسه فلا يكون معذوراً. وقيل ينبغي أن لا يتناقض عند الكل لأنه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل. وقال التمرتاشي: وفي زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النائم المار بالماء روايتان من غير ذكر خلاف. وقوله (**والمراد ماء يكفي للوضوء**) يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقد مر لنا من قبل.

---

(١) تقدم تخريجه في ١/ ١٢٢ أول باب التيمم وإسناده حسن.

(٢) هو بعض الحديث المتقدم وتتمة له.

التراب، وخائف السبع والعدوّ والعطش عاجز حكماً والنائم عند أبي حنيفة قادر تقديراً، حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل تيممه عنده، والمراد ماء يكفي للوضوء لأنه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء **(ولا يتيمم إلا بصعيد**

قوله: **(والنائم)** أي على غير صفة توجب النقض كالنائم ماشياً أو راكباً إذا مر على ماء مقدور الاستعمال انتقض تيممه عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعن ذلك عبر في المجمع بالناعس. قال في فتاوى قاضيخان قيل يجب أن لا ينتقض عند الكل، لأنه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به صح تيممه فكذا هذا. وفي زيادات الحلواني قال: في انتقاض تيممه روايتان من غير ذكر خلاف. قال في شرح المجمع في وجه الانتقاض عنده الشرع إن اعتبر هذا القدر من النوم يقظة كان كاليقظان، وإن لم يعتبره يقظة كان لهذا نوماً لم يلحق باليقظة، وكل نوم لم يلحق بها شرعاً فهو حدث بالإجماع اهـ. ولنا أن نختار الأول ولا يفيده، فإن اليقظان إذا لم يعلم بالماء لا يبطل تيممه على ما ذكرناه من فتاوى قاضيخان وفي التجنيس: صلى بالتيمم وفي جنبه بئر لم يعلم به جاز على قولهم، ولو كان على شاطىء النهر ولم يعلم به، عن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز اعتباراً بالإداوة المعلقة في عنقه. وفي رواية يجوز لأنه غير قادر إذ لا قدرة بدون العلم. وقيل هذا قول أبي حنيفة وهو الأصح اهـ. فإذا كان أبو حنيفة يقول في المستيقظ حقيقة على شاطىء نهر لا يعلم به يجوز تيممه، فكيف يقول في النائم حقيقة بانتقاض تيممه قوله: **(والمراد)** من الماء: يعني الماء في قوله وينقضه رؤية الماء ما يكفي، فلو وجد المتيمم ماء فتوضأ به فنقص عن إحدى رجليه إن كان غسل كل عضو ثلاثاً أو مرتين انتقض تيممه، أو مرة لا ينتقض لأنه في الأول وجد ما يكفيه، إذ لو اقتصر على أدنى ما يتأدى به الفرض كفاه بخلاف الثاني. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يجوز مع وجود الماء وإن قل حتى يستعمله فيفنيه فحينئذ يتيمم، لأن قوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماء﴾ [المائدة ٦] يفيده لأنه نكرة في سياق النفي، وصار كما إذا وجد ماء يكفي لإزالة بعض النجاسة الحقيقية أو ثوباً يستر بعض عورته. ولنا أن المراد في النص ماء يكفي لإزالة المانع لأنه سبحانه أمر بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح، ومعلوم أنه بالماء ثم نقل إلى التيمم عند عدمه بقوله. فلم تجدوا ماء. فبالضرورة يكون التقدير: فاغسلوا وامسحوا بالماء، فإن لم تجدوا ماء تغسلون به وتمسحون ما عينته عليكم فتيمموا. والقياس على الحقيقة والعورة فاسد لأنهما يتجزءان فيفيد إلزامه باستعمال القليل للتقليل، ولا يفيد هنا إذ لا يتجزأ هنا بل الحدث قائم ما بقي أدنى لمعة فيبقى مجرد إضاعة مال خصوصاً في موضع عزته مع بقاء الحدث كما هو، والمراد من القدرة أعم من الشرعية والحسية، حتى لو رأى ماء في حبّ لا ينتقض تيممه وإن تحققت قدرة حسية لأنه إنما أبيح للشرب، ولو وهب له ماء وجب القبول وانتقض التيمم، ولو وجد جماعة من المتيممين ماء مباحاً يكفي أحدهم انتقض تيمم الكل لقدرة كل منهم لتحقق الإباحة في حق كل منهم، بخلاف ما لو وهب لهم بأن قال صاحب الماء هذا لكم أو بينكم فقبضوه حيث لا ينتقض تيمم أحد منهم لأنه لا يصيب كلاً منهم ما يكفيه على قولهما. وعلى قول أبي حنيفة لا تصح هذه الهبة للشيوع، فلو أذنوا لواحد منهم بالوضوء عنده لا يجوز إذنهم لفساد الهبة، وعندهما يصح، فينتقض تيممه، كما لو عين الواهب واحد منهم فإنه يبطل تيممه دونهم حتى لو كان إماماً بطلت صلاة الكل، وكذا لو كان غير إمام إلا أنه لما فرغ القوم سأله الإمام فأعطاه تفسد على قول الكل لتبين أنه صلى قادراً على الماء. واعلم أنهم فرعوا لو صلى بتيمم فطلع عليه رجل معه ماء، فإن غلب على ظنه أنه يعطيه بطلت قبل السؤال، وإن غلب أن لا يعطيه يمضي على صلاته، وإن أشكل عليه يمضي ثم يسأله، فإن

ووقله **(لأن الطيب)** يعني قوله تعالى ﴿صعيداً طيباً﴾ **(أريد به الطاهر)** بالإجماع كما تقدم وقوله **(ويستحب لعادم الماء)** ظاهر قيل هذه المسألة تدل على أن الصلاة في أول الوقت أفضل عندنا أيضاً إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلاة بأكمل الطهارتين ورد بأن هذا ليس مذهباً لأصحابنا ألا ترى إلى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الإسفار بالفجر والإبراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقديم

طاهر) لأن الطيب أريد به الطاهر في النص ولأنه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء **(ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت، فإن وجد الماء توضأ وإلا تيمم وصلى ليقع الأداء بأكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة)**. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في غير رواية الأصول أن التأخير حتم لأن غالب الرأي كالمتحقق. وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله، **(ويصلي بتيممه ما شاء**

أعطاه ولو بيعاً بثمن المثل ونحوه أعاد وإلا فهي تامة. وكذا لو أعطاه بعد المنع إلا أنه يتوضأ هنا لصلاة أخرى، وعلى هذا فإطلاق فساد الصلاة في صورة سؤال الإمام إما أن يكون محمولاً على حالة الإشكال أو أن عدم الفساد عند غلبة ظن عدم الإعطاء مقيد بما إذا لم يظهر له بعد إعطاؤه.

[فرع] يبتلي الحاج بحمل ماء زمزم للهدية ويرصص رأس القمقمة[1] فما لم يخف العطش ونحوه لا يجوز له التيمم. قال المصنف في التجنيس: والحيلة فيه أن يهبه من غيره ثم يستودعه منه. وقال قاضيخان في فتاواه: هذا ليس بصحيح، فإنه لو رأى مع غيره ماء يبيعه بمثل الثمن أو بغبن يسير لا يجوز له التيمم، فإن تمكن من الرجوع في الهبة كيف يجوز له التيمم اهـ. ويمكن أن يفرق بأن الرجوع تملك بسبب مكروه وهو مطلوب العدم شرعاً، فيجوز أن يعتبر الماء معدوماً في حقه لذلك وإن قدر عليه حقيقة كماء الحب بخلاف البيع قوله: **(ولا يجوز التيمم إلا بصعيد طاهر)** ظاهر حكماً ودليلاً وانبنى عليه أنه لو تيمم بغبار ثوب نجس لا يجوز إلا إذا وقع ذلك الغبار عليه بعد ما جف، وهل يأخذ التراب حكم الاستعمال؟ في الخلاصة وغيرها لو تيمم جنب أو حائض من مكان فوضع آخر يده على ذلك المكان فتيمم أجزأه، والمستعمل هو التراب الذي استعمل في الوجه والذراعين اهـ. وهو يفيد تصور استعماله وكونه بأن يمسح الذراعين بالضربة التي مسح بها وجهه ليس غير قوله: **(لأن غالب الرأي كالمتحقق)** مع قوله في وجه ظاهر الرواية أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله مع أنه منظور فيه بأن التيمم في العمرانات وفي الفلاة إذا أخبر بقرب الماء أو غلب على ظنه بغير ذلك لا يجوز قبل الطلب اعتباراً لغالب الظن

المغرب وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل على ما سيأتي وقوله لعادم الماء ليس احترازاً عن غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي فإن عنده أن عادم الماء وإن رجا أن يجده في آخر الوقت يقدم الصلاة، وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع بل هو إلزام على الشافعي لأن مذهبه أن التأخير مستحب إذا كان طامعاً في الجماعة، ونظيره قول الأصحاب في موجبات الغسل وانتقاء الختانين من غير إنزال فإنه ليس احترازاً عن الإنزال لعدم الفرق بين الإنزال وعدمه في الموجبية لا محالة، وإنما هو احتراز عن قول الأنصاري، وقوله **(في غير رواية الأصول)** رواية الأصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الأصول رواية النوادر والأمالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات. وقوله **(لأن غالب الرأي كالمتحقق)** ألا ترى أن الله تعالى سمى غالب الرأي علماً، قال تعالى ﴿فإن علمتموهن مؤمنات﴾ الآية، وجب العمل بخبر الواحد والقياس كذلك قال الشيخ عبد العزيز: هذا التعليل مشكل لأنه يقتضي أن يجب التأخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد المسافة في الروايات الظاهرة ليصح مقيساً عليه، وليس كذلك فإنه ذكر في أول الباب أن من كان خارج المصر يجوز له التيمم إذا كان بينه وبين الماء ميل أو أكثر. وفي الخلاصة وعامة النسخ: المسافر إذا كان على تيقن من وجود الماء في آخر الوقت أو غالب ظنه ذلك جاز له التيمم إذا كان بينه وبين الماء ميل أو أكثر، وإن كان أقل لا يجوز، وإن خاف فوت الصلاة فلو حمل هذا: يعني التعليل على أن المراد أن التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الأصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم أيضاً لأنه علل وجه ظاهر الرواية بأن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله، وذلك يقتضي

قوله: **(والرقيات)** أقول: الرقيات مسائل جمعها محمد حين كان قاضياً بالرقة، وهي واسطة ديار ربيعة قوله: **(والكيسانيات)** أقول: أبو عمرو سليمان بن شعيب الكيساني من أصحاب محمد، ومنه قولهم ذكر محمد في الكيسانيات أو في إملاء الكيساني.

---

(١) القُمْقُم: بضم القاف الأولى والثانية هو الآنية أو الجرة. والمعنى أغلقها وسدها بإحكام.

من الفرائض والنوافل) وعند الشافعي رحمه الله: يتيمم لكل فرض لأنه طهارة ضرورية. ولنا أنه طهور حال عدم

كاليقين يقتضي أنه لو تيقن وجود الماء في آخر الوقت لزمه التأخير على ظاهر الرواية لكن المصرح به خلافه على ما تقدم أول الباب أنه إذا كان بينه وبين الماء ميل جاز التيمم من غير تفصيل. وفي الخلاصة: المسافر إذا كان على تيقن من وجود الماء أو غالب ظنه في آخر الوقت فتيمم في أول الوقت وصلى، إن كان بينه وبين الماء مقدار ميل جاز، وإن كان أقل ولكن يخاف الفوت لا يتيمم قوله: **(وعند الشافعي يتيمم لكل صلاة فرض)** قيد به لأنه يجيز النوافل المتعددة بالتيمم الواحد تبعيه للفرض، والخلاف يبني تارة على أنه رافع للحدث عندنا مبيح عنده لا رافع، وتارة على أنه طهارة ضرورية عنده مطلقة عندنا كما اقتصر عليه المصنف. ويدفع مبناه الأول بأن اعتبار الحدث ما نعية عن الصلاة شرعية لا يشكل معه أن التيمم رافع لارتفاع ذلك المنع به وهو الحق إذ لم يقم على أكثر من ذلك دليل، وتغير الماء برفع الحدث إنما يستلزم اعتباره نازلاً عن وصفه الأول بواسطة إسقاط الفرض لا بواسطة إزالة وصف حقيقي مدنس، ويدفع الثاني بأنه طهور حال عدم الماء بقوله ﷺ «التراب طهور المسلم»[1] قال ﷺ في حديث الخصائص في الصحيحين «وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»[2] يريد مطهراً وإلا لما تحققت الخصوصية لأن طهارة الأرض بالنسبة إلى سائر الأنبياء ثابتة، وإذا كان مطهراً فتبقى طهارته إلى وجود غايتها من وجود الماء أو ناقض آخر. وقد يقال عليه القول بموجب طهوريته ما لم يجد الماء وذلك أفادته الطهارة، والكلام ليس فيه بل في بقاء تلك الطهارة المفادة بالنسبة إلى فرض آخر، وليس فيه دليل عليه، فلنا أن نثبت نفيه بالمعنى وهو أن اعتبار طهارته ضرورة أداء المكتوبة مع عدم الماء، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها ولا مخلص إلا بمنع مردد إن سلم، وهو إن أردت أنها اعتبرت ضرورة المكتوبة الواحدة فقط منعناه بل ضرورة تحصيل الخيرات المشروطة بالطهارة مطلقاً، ولهذا أجاز هو النوافل الكثيرة بالتيمم الواحد، فعلم أن اعتباره عند عدم الماء تكثير لأبواب الخيرات إرادة لإفاضة كرمه، ألا يرى أنه أباح النفل على الدابة بالإيماء لغير القبلة مع فوات الشروط والأركان فيها ولا ضرورة إلا

أن حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر الرواية، وليس كذلك على ما بينا، ولو حمل على أن هذا فيما إذا كان بينه وبين ذلك الموضع أقل من ميل لم يستقم أيضاً لأنه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما إذا كانت المسافة أقل من ميل في عدم جواز التيمم، كما أنه لا فرق بينهما فيما إذا كانت المسافة أكثر من ميل في جواز التيمم. وقد صرح في آخر هذا الباب أنه إذا غلب على ظنه أن بقربه ماء لا يجوز التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم أنه مشكل. بقي وجه آخر وهو أن يحمل هذا على ما إذا لم يعلم أن المسافة قريبة أو بعيدة، فلو ثبت أنه تيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد أمن من الفوات، ولما لم يثبت بعد المسافة للتشكيك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التأخير أما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الأصول لأن الغالب كالمتحقق. وفي ظاهر الرواية لا يجب التأخير لأن العجز ثابت لعدم الماء حقيقة. وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول إلا بيقين مثله وهو التيقن بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير، ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل، ويلزم عليه أنه فرق ههنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية، ولم يفرق بينهما فيما إذا غلب على ظنه أن بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما إذا كان المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا، قال: فالأظهر بقاء الإشكال **(ويصلي بتيممه)** أي بالتيمم الواحد **(ما شاء من الفرائض والنوافل)** في وقت واحد وأوقات متعددة ما لم يجد الماء أو يحدث **(وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لأنه طهارة ضرورية)** إذ التراب ملوث في نفسه، ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يرتفع الحدث، إذ لو ارتفع الحدث لم يعد إلا بحدث جديد، ولكن أبيحت الصلاة للضرورة فإذا صلى الفرض فقد انتفت الضرورة ولا تعود إلا بمجيء وقت آخر وهي في حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فتبقى بالنسبة إليها **(ولنا أنه)** أي التراب **(طهور بشرط عدم الماء)** بالنص، وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه،

---

(١) هو بعض حديث تقدم في هذا الجزء مستوفياً وهو حسن.
(٢) متفق عليه وقد تقدم.

الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه **(ويتيمم الصحيح في المصر إذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة)** لأنها لا تقضى فيتحقق العجز **(وكذا من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته العيد يتيمم)** لأنها لا تعاد. وقوله والولي غيره إشارة إلى أنه لا يجوز للولي، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح، لأن للولي حق الإعادة فلا فوات في حقه **(وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يتيمم)** لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام فلا يخاف الفوت. وله أن الخوف باق

الحاجة القائمة بالعبد لزيادة الاستكثار من فضله، وعلى هذا الخلاف ابتنى جواز التيمم قبل الوقت فمنعه وأجزناه فإن وجد الماء قبل صلاته بطل أو بعد السلام تمت ولو كان عليه سجود سهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد تفسد بناء على أن من عليه السهو هل يخرجه سلامه عن الصلاة فعنده لا، وعندهما نعم، وإن أردت غير ذلك فلا بد من إبدائه لنتكلم عليه قوله: **(ويتيمم الصحيح الخ)** منعه الشافعي لأنه تيمم مع عدم شرطه. قلنا مخاطب بالصلاة عاجز عن الوضوء لها فيجوز، أما الأولى فلأن تعلق فرض الكفاية على العموم غير أنه يسقط بفعل البعض، وأما الثانية فبفرض المسألة، وحديث الدارقطني بسنده عن ابن عمر أنه أتى بجنازة وهو على غير وضوء فتيمم ثم صلى عليها[1]، وذكره مشايخنا عن ابن عباس[2] قوله: **(وهو رواية الحسن الخ)** احتراز عن ظاهر الرواية أنه يجوز للولي أيضاً لأن الانتظار فيها مكروه، ثم لو صلى به فحضرت أخرى خاف فوتها كذلك كان له أن يصلي بذلك التيمم عندهما خلافاً لمحمد قال: انتهت تلك بانتهاء الضرورة وهذه ضرورة أخرى. وقالا: وقع معتداً به لتلك وهذه مثلها من كل وجه فجازت به، وقيده في شرح الكنز عن أبي يوسف بما إذا لم يوجد بين الجنازتين وقت

كالماء فإنه طهور بشرط كونه طاهر ويعمل عمره ما دام شرطه موجوداً. فإن قلت: هذه العبارة تقتضي أن يكون وجود الشرط مستلزماً لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب أن الشرط إذا كان مساوياً للمشروط استلزمه، وههنا كذلك فإن كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز أن يستلزمه. قال **(ويجوز التيمم للصحيح في المصر)** الأصل ههنا أن كل ما يفوت لا إلى بدل جاز أداؤه بالتيمم مع وجود الماء، وصلاة الجنازة عندنا كذلك لأنها لا تعاد عندنا، وكذلك صلاة العيد تفوت لا إلى بدل. وقوله للصحيح احتراز عن المريض فإنه يجوز له التيمم في المصر وغيره ولياً كان أو غيره خاف الفوت أو لم يخف. وقوله في المصر احتراز عن المفازة لأن التيمم فيها جائز ولياً كان أو غيره لعدم الماء فيها غالباً. وقوله **(إذا حضرت جنازة)** لأن الوجوب إنما هو بحضورها. وقوله **(والولي غيره)** لأن المتيمم إذا كان ولياً لا يجوز له التيمم لأنه لا يخاف الفوت لأن له حق الإعادة. وقوله **(فخاف أن تفوته الصلاة)** لأنه إذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم. وقوله **(وهو)** أي عدم جواز التيمم للولي **(رواية الحسن عن أبي حنيفة)** وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن ظاهر الرواية، فإن الجواب فيه جواز التيمم للولي لما روى أن ابن عباس قال: إذا فجأتك جنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره. وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما في صلاة العيد مثله **(وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد)** وكان

قال المصنف: **(وله أن الخوف باق)** أقول: الظاهر أن يقال: الخوف موجود

---

(١) موقوف. أخرجه الدارقطني ١/٢٠٢ في سننه.
وقال الزيلعي في نصب الراية ١/١٥٨ رواه البيهقي من طريق الدارقطني عن ابن عمر موقوفاً.
وقال: لا أعلمه إلا من هذا الوجه ويشبه أن يكون خطأ فإن كان محفوظاً فيشبه أنه كان على سفر اهـ رواه في المعرفة والله أعلم.

(٢) الوارد عن ابن عباس. هو ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه والطحاوي في شرح الآثار باب ذكر الجنب والحائض. عن ابن عباس قال: إذا خفت أن تفوتك الجنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وصلِّ.
وقال البيهقي ١/٢٣١ الأثر الوارد عن ابن عمر: ضعيف وكذا الوارد عن ابن عباس لا يصح والصواب هو قول عطاء اهـ.

لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته، والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء، ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق، لأنا لو أوجبنا الوضوء يكون واجداً للماء في صلاته فيفسد **(ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ، فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر أربعاً)** لأنها تفوت إلى خلف وهو الظهر بخلاف العيد **(وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته)** لأن الفوات إلى خلف وهو القضاء **(والمسافر إذا نسي الماء**

يمكنه فيه الوضوء قوله: **(لأنا لو أوجبنا الوضوء الخ)** يعني لو كان شرع بالتيمم في صلاة العيد فسبقه الحدث لو أوجبنا عليه الوضوء نظراً إلى أنه لا حق فلا فوت عليه كان هذا الإيجاب فرع الحكم شرعاً بوجود الماء، إذ لا يجب الوضوء مع حكم الشرع بعدم الماء، والحكم بأنه واجد للماء يوجب فساد الصلاة بالتيمم، وهذا بناء على أن الحكم بأنه واجد بعد سبق الحدث يستلزم الحكم بأنه واجد في الصلاة، إذ لا فصل بين زمانه وما قبله بشيء أصلاً. وقد يقال: لا يلزم لأن الحكم شرعاً بالعدم السابق بناء على خوف الفوت وقد زال بسبق الحدث فيجب أن يتغير الاعتبار الشرعي فيعد قبل السبق عادماً وبعده واجداً. وقيل في التعليل: لو أوجبنا الوضوء فسدت صلاته برؤية الماء فيقع الفوات، وفيه نظر ظاهر إذ الانتفاض برؤية الماء لا يتحقق لأن انتفاض التيمم قد وجد قبله بسبق الحدث فلم يبق إلا ما قدمناه وعليه ما ذكرناه. واعلم أن محل الخلاف ما إذا خاف: أي شك في الإدراك وعدمه، أما لو كان يرجو الإدراك ويغلب على ظنه عدم عروض المفسد لا يتيمم إجماعاً قوله: **(وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم)** بل يتوضأ ويقضيها خلافاً لزفر. له أن التيمم لم يشرع إلا لتحصيل الصلاة في وقتها فلم يلزمه قولهم إن الفوات إلى خلف كلا فوات، ولم يتجه لهم سوى أن التقصير جاء من قبله فلا يوجب الترخيص عليه وهو إنما يتم إذا أخر لا لعذر قوله: **(والمسافر الخ)** اللام في الماء للعهد بالنسبة إلى المسافر، إذ الخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو غيره بعلمه بأمره أو بغيره أمره إذ بذلك يتحقق عهده به، وقيد بالنسيان ليفيد أنه لو ذكره فوقع عنده أنه فني فلا خلاف، بل الاتفاق على الإعادة. لأبي يوسف مدركان الأول نسيان ماء الرحل نسيان ما لا ينسى عادة لقوّة ثبات صورته في النفس بشدة تشبثها به في الأسفار لعزة الماء فيها فصار كنسيان إداوة معلقة في عنقه أو على ظهره أو

شروعه بالوضوء **(تيمم وبنى عند أبي حنيفة)**. وقالا: **(لا يتيمم للبناء لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام)** وذلك في حكم الصلاة بالجماعة **(فلا يخاف الفوت. ولأبي حنيفة أن الخوف باق لأنه يوم ازدحام)** فلا يؤمن اعتراض عارض يعتريه مثل أن يسلم عليه أحد فيرد السلام أو يهنته بالعيد فيجيبه أو ما أشبه ذلك فيفسد عليه صلاته وهي لا تقضى لأنها لم تشرع إلا بجماعة فكان خوف الفوت باقياً، وإن كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق، لأنا لو أوجبنا عليه الوضوء كان واجداً للماء في صلاته فتفسد صلاته كمتيمم وجد الماء في خلال صلاته فإنه يستأنفها. قيل هذا اختيار بعض المتأخرين، ومنهم من قال يتوضأ ويبني لقدرته على الماء والأداء لما مر من اللاحق يصلي الخ، وفرق بين هذا وبين متيمم يجد الماء في خلال الصلاة بأن التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد إلى ابتداء وجود الحدث عند إصابة الماء لأنه يصير محدثاً بالحدث السابق إذ الإصابة ليست بحدث، وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند إصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارىء على التيمم **(ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر)** وفي بعض النسخ صلى الظهر أربعاً، قيل هو تأكيد وقطع لإرادة الجمعة بالظهر مجازاً لكونها خلفه. وقوله **(لأنها)** أي الجمعة **(تفوت إلى خلف وهو الظهر)** جعل الظهر خلفاً عن الجمعة وإن كان فرض الوقت هو الظهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف والجمعة خلف عنه. قيل إشارة إلى أن قول محمد هو المختار، وقيل لأنه متصوّر بصورة الخلف لأن الجمعة إذا فاتت يصلي الظهر. وقوله **(بخلاف العيد)** يعني بخلاف صلاة العيد فإنه يتيمم لها إذا خاف الفوت لأنها تفوت لا إلى خلف حيث لا تقضى. وقوله **(وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ)** يعني لا يتيمم لسائر الصلوات المكتوبة إذا خاف فوت الوقت لأنها تقضى. لا يقال: هذا قد وقع تكراراً لما إن هذا الحكم

قوله: **(وقيل لأنه علل)** أقول: القائل هو الإتقاني

في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله يعيدها) والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره، وذكره في الوقت وبعده سواء. له أنه واجد للماء فصار كما إذا كان في رحلة ثوب فنسيه، ولأن رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب عليه. ولهما أنه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود، وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال، ومسألة الثوب على الاختلاف، ولو

مقدم إكاف مركوبه أو مؤخره وهو سائق أو بين يديه، بخلاف ما لو كانت مقدمه وهو سائق أو مؤخره وهو راكب أو في أحدهما وهو قائد. الثاني إلحاق الرجل بالعمران وإخبار المخبر ووجود طير ووحش بجامع وجود دليل الماء لأنه معدنه فيجب الطلب قبل التيمم، ولذا وجبت الإعادة إذا صلى بثوب نجس أو عرياناً أو بنجاسة حقيقية ناسياً الماء والثوب الطاهر في رحله لوجود علة اشتراط الطلب، فقولهما لا قدرة بدون العلم لا يفيد بعد هذا التقرير لثبوت العلم نظراً إلى الدليل اتفاقاً كما قال الكل في المسائل الملحق بها، والمفيد ليس إلا منع وجود العلة: أي لا نسلم أن الرجل دليل الماء الذي ثبوته يمنع التيمم: أعني ماء الاستعمال بل الشرب وهو مفقود في حق غير الشرب، وعلى هذا يتمكن من الفرق بين مسألة الثوب والماء، فرحل المسافر دليل الثوب لأنه معدّ لوضعه مع سائر أمتعته فيه لا دليل ماء الاستعمال، فلا حاجة إلى ادعاء أن مسألة الثوب على الخلاف في الصحيح كما في الاختيار وشرح الكنز، لكنه يشكل بمسألة الصلاة مع النجاسة فإنه قد اعتبر الرحل فيها دليل ماء الاستعمال، والفرق بأن فرض الستر وإزالة النجاسة فات لا إلى خلف، بخلاف الوضوء لا يثلج الخاطر عند التأمل لأن فوات الأصل إلى خلف لا يجوز

عرف في أول الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لأن ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري. وقيل لأنه علل بتعليل غير التعليل السابق، وفيه نظر قال (والمسافر إذا نسي الماء في رحله) إذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله، فإما أن يكون عالماً به بأن وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره، أو لم يكن بأن وضعه غيره بغير أمره، فإن كان الثاني فلا إعادة عليه بالاتفاق لأن المرء لا يخاطب بفعل غيره، وإن كان الأول وصلى بالتيمم ظناً منه أن الماء قد فقد فعليه الإعادة بلا خلاف، لأن التفريط جاء من قبله، وإن كان نسياناً منه ثم تذكر فلا إعادة عليه عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عليه الإعادة سواء تذكر في الوقت أو بعده وهو قول الشافعي لأن التيمم لعادم الماء وهذا ليس بعادم له بل هو واجد له عادة، لأن الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي به الوجدان فصار كما إذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عارياً ولأن رحل المسافر معدن الماء عادة وهذا ظاهر، وكل ما هو معدن للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كمن كان في العمران فإنه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه، حتى لو جاء قوماً ولم ير عندهم ماء فتيمم وصلى قبل طلبه منهم ثم علم أنه كان عندهم ماء لم تجز صلاته. ولهما أنا لا نسلم أنه واجد لأن المراد بالوجود القدرة كما تقدم، ولا قدرة إلا بالعلم. وقوله (وماء الرحل) جواب عن النكتة الثانية، وتقريره أن رجل المسافر معدن الماء عادة معدّ للشرب أو الاستعمال، والأول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع. وقوله (ومسألة الثوب على الاختلاف) جواب عن المقيس عليه، وتقريره أن الحكم فيه عندنا كالماء فلا ينتهض حجة، ولئن سلمنا أنه على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف،

قوله: (والمسافر إذا نسي الماء في رحله، إلى قوله: أو لم يكن بأن وضعه غيره بغير أمره) أقول: فيه بحث لأنه يجوز أن يضعه بعلمه لا بأمره قوله: (فإن كان الثاني فلا إعادة عليه بالاتفاق) أقول: في الاتفاق نظر ذكره الإتقاني قوله: (بل هو واجد له عادة) أقول: الأولى أن يقال: واجد له حقيقة قوله: (وكل ما هو معدن للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه الخ) أقول: وأنت خبير بجريان هذه النكتة فيما إذا لم يعلم وضع الماء في رحله أصلاً، إذ لا فرق في كون رحل المسافر معدناً للماء بين النسيان وهذه الصورة. لا يقال: رحل الرجل لا يكون معدناً لماء وضعه فيه غيره بغير علمه. لأنا نقول: هذا لا يجدي، فإن الطلب يفترض عليه لكونه معدناً لماء وضعه فيه بنفسه أو وضعه غيره بعلمه، فإذا طلب وجد الماء، وإن وضعه غيره بغير علمه فلا يجوز تيممه وصلاته به لأنه ترك الطلب المفترض عليه الموصل إلى الماء قوله: (ولهما أنا لا نسلم أنه واجد لأن المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة إلا بالعلم) أقول: لو كان المراد بالوجود حقيقة فالنسيان ينافيه أيضاً لأنه ههنا مصدر وجدت الشيء: أي صادفته، ولا يطلق الواجد على الجاهل بالشيء مع قربه منه، سواء علمه سابقاً أو لا قال المصنف: (وهو المراد بالوجود) أقول: أي الوجدان المشروط انتفاؤه في جواز التيمم.

كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف، والطهارة بالماء تفوت إلى خلف، وهو التيمم **(وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء)** لأن الغالب عدم الماء في الفلوات، ولا دليل على الوجود فلم يكن واجداً للماء **(وإن غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه)** لأنه واجد للماء نظراً إلى الدليل، ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلاً كي لا ينقطع عن رفقته **(وإن كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل أن يتيمم)** لعدم

الخلف مع فقد شرطه، بل إذا فقد شرطه مع فوات الأصل يصير فاقداً للطهورين فيلزمه حكمه وهو التأخير عنده والتشبه عندهما بالمصلين، ووافق محمد أبا حنيفة في التأخير في رواية عنه قوله: **(لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير)** لأن القدرة على الماء بملكه أو بملك بدله إذا كان يباع أو بالإباحة، أما مع ملك الرفيق فلا لأن الملك حاجز فثبت العجز. وعن الجصاص: لا خلاف بينهم، فمراد أبي حنيفة إذا غلب على ظنه منعه، ومرادهما إذا ظن عدم المنع لثبوت القدرة بالإباحة في الماء لا في غيره عنده، فلو قال انتظر حتى أفرغ وأعطيك الماء وجب الانتظار وإن خاف الفوت، وأما في غيره فكذلك عندهما، وعنده لا، فلو كان مع رفيقه دلو وليس معه له أن يتيمم قبل أن يسأله عنده ولو سأله فقال انتظر حتى أستقي استحب انتظاره عنده ما لم يخف الفوات، وعندهما ينتظره وإن خرج الوقت، وعلى هذا لو كان مع رفيقه ثوب وهو عريان فقال انتظر حتى أصلي وأدفعه إليك. وأجمعوا أنه لو قال أبحت لك مالي لتحج به لا يجب عليه الحج لأن المعتبر فيه الملك وهنا القدرة قوله: **(ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش)** قال أبو حنيفة: إن كان لا يبيع إلا بضعف القيمة فهو غال، وقيل أن يساوي درهماً فيأبى إلا بدرهم ونصف في الوضوء وبدرهمين في الجنابة، وقيل ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين.

[فرع] لا تلفيق عندنا في إقامة طهارة بين الآلتين الماء والتراب خلافاً للشافعي، لأن شرط عمل التراب شرعاً عدم الأصل، مثلاً جنب أكثر بدنه مجروح تيمم فقط ولا يستعمل الماء أصلاً، ولو كان الأكثر صحيحاً يغسل الصحيح ويمسح على الجراحة إن لم يضره، وإلا فعلى الخرقة، فلو استويا لا رواية فيه. واختلف المشايخ، منهم

بخلاف صورة النزاع وهذا بطريق المفارقة: يعني أن الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز أن يكون الحكم مضافاً إلى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس، والأولى أن يجعل ممانعة: أي شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه، ولا نسلم وجودها في صورة النزاع لأن فرض الستر يفوت لا إلى خلف إلى آخره **(وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء)** وقال الشافعي: الطلب شرط يمنة ويسرة لقوله تعالى ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ وعدم الوجدان لا يتحقق إلا بعد الطلب. ولنا أن قوله تعالى ﴿فلم تجدوا﴾ يقتضي عدم الوجدان مطلقاً عن قيد الطلب فيعمل بإطلاقه، وهذا عادم لأن الغالب عدم الماء في الفلوات، ولا دليل على الوجود ليجعل واجداً حكماً فإن الفرض أنه ليس ذلك على غالب ظنه، حتى لو غلب على ظنه أن بقربه ماء لم يجز له التيمم حتى يطلبه لأنه يعد واجداً نظراً إلى الدليل وهو غلبة الظن لأنها قائمة مقام العلم في العبادات. ولو علم أن بقربه ماء لم يجز له التيمم فكذا إذا غلب على ظنه. والغلوة مقدار رمية سهم، وقيل ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع. وقوله **(وإن كان مع رفيقه ماء)** ظاهر. وقوله **(ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة)** ذكر الاختلاف في الإيضاح والتقريب وشرح الأقطع بين أبي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب. وقال في المبسوط: وإن كان مع رفيقه ماء فعليه أن يسأله إلا على قول الحسن بن زياد فإنه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج، وما شرع التيمم إلا لدفع الحرج. وقوله **(ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل)** هذه على ثلاثة أوجه. إما أن أعطاه بمثل قيمته في أقرب موضع من المواضع التي يعز فيها الماء، أو بالغبن اليسير، أو بالغبن الفاحش. ففي الوجه الأول والثاني لا يجزئه التيمم لتحقق القدرة على الماء: فإن القدرة على البذل قدرة على الماء فيمتنع جواز التيمم، كما أن القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم. وفي الوجه الثالث

قال المصنف: **(وليس على المتيمم)** أقول: أرد بالمتيمم من أراد التيمم قال المصنف: **(فلم يكن واجداً)**. أقول: حكماً قال المصنف: **(لأن الضرر مسقط)** أقول: أي للوجوب.

المنع غالباً، فإن منعه منه تيمم لتحقق العجز **(ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله)** لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير، وقالا لا يجزيه لأن الماء مبذول عادة **(ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزئه التيمم)** لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لأن الضرر مسقط، والله أعلم.

من قال يتيمم ولا يستعمل الماء أصلاً، وقيل يغسل الصحيح ويمسح على الباقي، والأوّل أشبه بالفقه والمذكور في النوادر. وقد اختلف في حد الكثرة، منهم من اعتبر من حيث عدد الأعضاء، ومنهم من اعتبر الكثرة في نفس كل عضو، فإن كان برأسه ووجهه ويديه جراحة والرجل لا جراحة بها يتيمم سواء كان الأكثر من الأعضاء الجريحة جريحاً أو صحيحاً، والآخرون قالوا: إن كان الأكثر من كل عضو من أعضاء الوضوء المذكورة جريحاً فهو الكثير الذي يجوز معه التيمم وإلا فلا.

جاز له التيمم لوجود الضرر، فإن حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال. واختلف في تفسير الغبن الفاحش، ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن. وقال بعضهم: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين. وقول الحسن البصري: يلزمه الشراء بجميع ما له إفراط، كما أن قول الشافعي الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة كانت أو كثيرة تفريط نظراً إلى اعتباره خوف التلف في النفس، والفرق بين الغبن اليسير والفاحش مقرر في الشرع فالمصير إليه أولى.

باب المسح على الخفين

(المسح على الخفين جائز بالسنة) والأخبار فيه مستفيضة حتى قيل إن من لم يره كان مبتدعاً لكن من رآه ثم

باب المسح على الخفين

قوله: (جائز بالسنة) ليفيد أن ليس مشروعيته ثابتة بالكتاب خلافاً لمن حمل قراءة الجر في أرجلكم عليه لما قدمنا في أوّل كتاب الطهارة ولأن المسح على الخف لا يجب إلى الكعبين اتفاقاً. وقوله جائز يعني للرجال والنساء للإطلاق قوله: (والأخبار فيه مستفيضة) قال أبو حنيفة: ما قلت بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار. وعنه أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لأن الآثار التي جاءت فيه في حيز التواتر. وقال أبو يوسف: خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته. وقال أحمد: ليس في قلبي من المسح شيء فيه أربعون حديثاً عن أصحاب رسول الله ﷺ ما رفعوا وما وقفوا. وروى ابن المنذر في آخرين عن الحسن البصري قال: حدثني سبعون رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ «أنه عليه الصلاة والسلام مسح على الخفين»[1] وممن روى المسح عنه ﷺ أبو بكر وعمر وعليّ وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وسعد والمغيرة وأبو موسى الأشعري وعمرو بن العاص وأبو أيوب وأبو أمامة وسهل بن سعد وجابر بن عبد الله وأبو سعيد وبلال وصفوان بن عسال وعبد الله بن الحرث بن جزء وسلمان وثوبان وعبادة بن الصامت ويعلى بن مرة وأسامة بن زيد وعمرو بن أمية الضمري وبريدة وأبو هريرة وعائشة رضوان

باب المسح على الخفين

إنما أعقب المسح على الخفين التيمم لأن كل واحد منهما طهارة مسح، أو لأنهما بدلان عن الغسل، أو من حيث أنهما رخصة مؤقتة إلى غاية، وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل البعض (والمسح على الخفين جائز بالسنة) أي بقول النبي ﷺ وفعله (والأخبار فيه مستفيضة) أي كثيرة شائعة جداً قولاً وفعلاً. أما الفعل فقد رواه أبو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ ومسح على خفيه. وأما القول فقد روى عمر وعليّ وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنه عليه الصلاة والسلام قال «يمسح المقيم يوماً وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليها» وقال المغيرة ابن شعبة رضي الله عنه «توضأ رسول الله ﷺ في سفر وكنت أصبّ الماء عليه جبة شامية ضيقة الكمين، فأخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه، فقلت: أنسيت غسل القدمين؟ فقال «بهذا أمرني ربي» وعن صفوان بن عسال رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفراً: أي مسافرين أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن، لا عن جنابة ولكن من غائط وبول ونوم. وقال الحسن البصري: أدركت سبعين نفراً من أصحاب النبي ﷺ كلهم يرون المسح على الخفين. ولكثرة الأخبار فيه قال أبو حنيفة: ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار. وقال أبو يوسف: خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته، وعن هذا قيل: من لم ير المسح على الخفين: أي لم يعتقد جوازه كان مبتدعاً وقال الكرخي: أخاف عليه الكفر لأن الآثار فيه جاءت في حيز التواتر، ومما يدل على أنه مبتدع ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه سئل عن مذهب أهل السنة والجماعة فقال: هو أن يفضل الشيخين: يعني أبا بكر وعمر على سائر الصحابة رضي الله عنهم، وأن يحب الختنين: يعني

باب المسح على الخفين

قوله: (وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين: أي لم يعتقد جوازه كان مبتدعاً) أقول: أي مرتكباً للكبيرة قال المصنف: (لكن من رآه ثم لم يمسح آخذاً بالعزيمة كان مأجوراً) أقول: في غير موضع التهمة قوله: (وأما عائشة رضي الله عنها، إلى قوله: وروى رجوعها أيضاً شريح بن هانىء) أقول: هذا ليس برجوع

---

(١) أثر الحسن أورده الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٦٢ وقال: ذكره ابن دقيق العيد في الإمام عن ابن المنذر قال: قال الحسن. فذكره.

لم يمسح آخذاً بالعزيمة كان مأجوراً، ويجوز **(من كل حدث موجب للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث)** خصه بحدث موجب للوضوء لأنه لا مسح من الجنابة على ما نبين إن شاء الله تعالى، وبحدث متأخر لأن

الله عليهم أجمعين[1]. قال الشيخ أبو عمر بن عبد البر: لم يرو عن أحد من الصحابة إنكار المسح إلا ابن عباس وعائشة وأبي هريرة، فأما ابن عباس وأبو هريرة فقد جاء عنهما بالأسانيد الحسان خلاف ذلك وموافقة سائر الصحابة، وأما عائشة رضي الله عنها ففي صحيح مسلم أنها أحالت ذلك على علم عليّ[2] وفي رواية قالت: وسئلت عنه أعني المسح مالي بهذا علم. وما رواه محمد بن مهاجر البغدادي عنها: لأن أقطع رجلي بالموسى أحب إليّ من أن أمسح على الخفين[3] حديث باطل نص على ذلك الحفاظ قوله: **(لكن من رآه ثم لم يمسح آخذاً بالعزيمة كان مأجوراً)** لفظ كان مأجوراً في مبسوط شيخ الإسلام. وأورد عليه أن المسح من النوع الرابع من الرخصة وهو ما لم تبق العزيمة معه مشروعة كالركعتين الأخريين من الظهر للمسافر، ولا يؤجر على فعل غير المشروع. أجيب بأنه من الرابع ما دام المكلف لا بس الخف، ولا شك أن له نزعه، فإذا نزعه سقطت الرخصة في حقه فيغسل، وإنما يثاب بتكلف النزع والغسل فيصير كترك السفر لقصد الأحمر. وقول الرستغفني: أحبّ إليّ أن يمسح، إما لنفي التهمة عن نفسه فإن الروافض لا يرونه، وإما للعمل بقراءة الجر مدفوع بعدم صحة الثاني على ما

عثمان وعلياً رضي الله عنهما، وأن يرى المسح على الخفين. فإن قلت: فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة أنهم أنكروا المسح على الخفين «فقال ابن عباس: لأن أمسح على ظهر عير في الفلاة أحبّ إليّ من أن أمسح على الخفين. وقالت عائشة رضي الله عنها: لأن تقطع قدماي أحبّ إليّ من أن أمسح على الخفين. قلت: قد صح رجوعهم إلى جوازه. أما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن أبي رباح أنه رجع إلى قول العامة، وأما عائشة فقد صح أنها قالت «ما زال يمسح رسول الله ﷺ على الخفين بعد نزول المائدة» وروى رجوعها أيضاً شريح بن هانيء قوله: **(لكن من رآه)** استدراك من قوله إن من لم يره كان مبتدعاً. وقوله **(كان مأجوراً)** قيل هذه رواية خالفت رواية أصول الفقه، فإن فيها أن المسح على الخفين رخصة إسقاط كالصلاة في السفر والعزيمة لم تبق مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع. وأجيب بأنه إنما يكون كذلك ما دام المكلف متخففاً، فأما إذا نزع خفيه أو أحدهما وله ذلك لا محالة لحقه فلا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع فصار ذلك كمن أبطل سفره فإنه سقط عنه بسبب رخصته سقوط شطر الصلاة، وهذا اللفظ: أعني قوله كان مأجور أتى به شيخ الإسلام

---

(١) تخريج هذه الأحاديث يطول ولكن أذكر لك بعض هذه الأخبار بالاقتصار على القوي منها مرتبة حسب قوتها كما صنع الزيلعي فقد ورد من حديث جرير البجلي أخرجه البخاري ٣٨٧ ومسلم ٢٧٢ وأبو داود ١٥٤ والترمذي ٩٣ والنسائي ١/ ٨١ وابن ماجه ٥٤٣ كلهم من طريق النخعي عن همام: أنّ جرير البجلي بال ثم توضأ ومسح على خفيه فقيل له أتفعل هذا؟ فقال: نعم رأيت رسول الله ﷺ بال ثم توضأ ومسح على خفيه قال الأعمش قال النخعي: كان يعجبهم هذا الحديث لأن إسلام جرير كان بعد نزول المائدة اهـ وهو حديث متواتر.

فقد ورد من حديث المغيرة. أخرجه البخاري ٢٠٣ ومسلم ٢٧٤ والنسائي ١/ ٨٢ وابن ماجه ٥٤٥ كلهم عن المغيرة: أن رسول الله ﷺ خرج لحاجته فأتبعه المغيرة بإداوة فيها ماء فصبّ عليه حين فرغ من حاجته فتوضأ ومسح على الخفين. وقد جاء مطولاً أخرجه مالك ٣٥ ح ٤١ وأبو داود ١٤٩ والنسائي ١/ ٨٣ والدارمي ٧١٤ كلهم عن المغيرة.

وورد من حديث حذيفة أخرجه مسلم ٢٧٣.

وورد من حديث بلال أخرجه مسلم ٢٧٥.

ومن حديث بريدة أخرجه مسلم ٢٧٧.

ومن حديث علي أخرجه مسلم ٢٧٦.

ومن حديث سعد بن أبي وقاص أخرجه البخاري ٢٠٢ وفي الباب أحاديث سيأتي بعضها في مدة المسح ونحو ذلك.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧٦ عن شريح بن هانيء.

قال: أتيت عائشة أسألها عن المسح على الخفين فقال: عليك بابن أبي طالب فسله فإنه كان يسافر مع النبي ﷺ.

ورواية: فإنه أعلم بذلك مني. وهذه لمسلم أيضاً وهي منقبة لعائشة.

(٣) خبر ابن مهاجر باطل كما ذكر المصنف وهو مرفوع برواية مسلم المتقدمة بل لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب المعتمدة. وإنما أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية كما في نصب الراية ١/ ١٧٤ وحكم ابن الجوزي بوضعه اهـ.

الخف عهد مانعاً، ولو جوّزناه بحدث سابق كالمستحاضة إذا لبست على السيلان ثم خرج الوقت والمتيمم إذا لبس

علمت وعدم تأتي الأوّل في موضع يعلم أن الحاضرين لا يتهمونه لعلمهم بحقيقة حاله أو جهلهم وجود مذهب الروافض، فلا ينبغي إطلاق الجواب بل إن كان محل تهمة، هذا ومبنى السؤال على أنه رخصة إسقاط، ومنعه شارح الكنز وخطأهم في تمثيلهم به في الأصول لها لأنه منصوص على أنه لو خاض ماء بخفة فانغسل أكثر قدميه بطل المسح، وكذا لو تكلف غسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضي المدة، فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اهـ. ومبنى هذه التخطئة على صحة هذا الفرع وهو منقول في الفتاوى الظهيرية لكن في صحته نظر، فإن كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعاً مانعاً سراية الحدث إلى القدم فتبقى القدم على طهارتها، ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح، وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذورين بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات. وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء إذا لم يبتل معه ظاهر الخف في أنه لم يزل به الحدث لأنه في غير محله، فلا تجوز الصلاة به لأنه صلى مع حدث واجب الرفع، إذ لو لم يجب والحال أنه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح فصار كما لو ترك ذراعيه وغسل محلاً غير واجب الغسل كالفخذ، ووزانه في الظهيرية بلا فرق، ولو أدخل يده تحت الجرموقين[1] فمسح على الخفين وذكر فيها أنه لم يجز وليس إلا لأنه في غير محل الحدث. والأوجه في ذلك الفرع كون الإجزاء إذا خاض النهر لابتلال الخف، ثم إذا نقضت المدة إنما لا يتقيد بها لحصول الغسل بالخوض، والنزع إنما وجب للغسل وقد حصل قوله: (موجب للوضوء) إسناد الموجبية للحدث إما تجوز أو لاعتقاد أن سبب الوضوء الحدث كما هو رأي البعض قوله: (ثم خرج الوقت) يفيد أن منعها من المسح بعد الوقت فقط فتمسح في الوقت كلما توضأت لحدث غير الذي ابتليت به، وهذا أعني منعها بعده إذا كان السيلان مقارناً للوضوء واللبس. وأما إذا كان على الانقطاع فهي كغيرها فتمسح بعد الوقت إلى تمام المدة، وإنما امتنع هناك لأن بخروج الوقت تصير محدثة بالسابق، وكذا المتيمم عند رؤية الماء وإضافة الحدث إلى خروجه والرؤية للماء مجاز، فلو جاز المسح بعد اللبس على طهارة التيمم أو الوضوء المقارن هو أو اللبس للحدث بعد الوقت كان رافعاً للحدث الذي حل بالقدم لأن الحدث الذي يظهر هو الذي كان قد حل به قبل التيمم أو حال ذلك الوضوء، لكن المسح إنما يزيل ما حل بالممسوح بناء على اعتبار الخف مانعاً شرعاً سراية الحدث الذي يطرأ بعده

خواهر زاده في مبسوطه فتابعه المصنف ونعم المتبوع. فإن قلت: ذكر في الذخيرة أن أبا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين إلا أنه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما، فقال: أحبّ إليّ أن يمسح على خفيه، إما لنفي التهمة عن نفسه أن يكون من الروافض، وإما لأن قوله تعالى ﴿وأرجلكم﴾ قرىء بالخفض والنصب فينبغي أن يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملاً بالقراءتين، فمن المحق منهما؟ قلت: إن حملت قول أبي الحسن على أن يمسح أحياناً ولا يتركه بالكلية توافقاً فإنه ليس في كلام المصنف ما يدل على أن مراده أن لا يمسح آخذاً بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح أحياناً فيحمل على ذلك دفعاً للتدافع. قال: ويجوز المسح (من كل حدث موجب للوضوء) خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازاً عن الجنابة على ما سيجيء وجعل الحدث موجباً مجازاً فإنه ناقض للوضوء فلا يكون موجباً لكنه شرط لوجوبه فجاز أن يضاف الإيجاب إليه كما في صدقة الفطر قوله: (وبحدث متأخر) أي وخصه بحدث متأخر عن الوضوء لأن الخف عهد مانعاً للسراية الحدث إلى القدم لا رافعاً للحدث، لأن الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك قوله: (ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة إذا لبست والدم يسيل ثم خرج الوقت)

قوله: (خص القدوري المسح بحدث موجب احترازاً للجنابة) أقول: الظاهر أن

---

(١) الجرموق ما يلبس فوق الخف والجمع جراميق اهـ مصباح.

ثم رأى الماء كان رافعاً. وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا، حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزئه المسح، وهذا لأن الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعي كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعاً **(ويجوز للمقيم يوماً وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «يمسح المقيم يوماً وليلة» والمسافر ثلاثة

إلى القدمين، بدليل أنه لو لبس على حدث بالقدمين لا يمسح، فلو اعتبر المسح عليه رافعاً لما بالقدم لجاز، وهذا أولى من تعليله في شرح الكنز المنع على المتيمم بكون التيمم ليس طهارة كاملة لما علمت من أنها كالتي بالماء ما بقي الشرط قوله: **(لا يفيد)** ليس المراد لا يفيد اللفظ لأنه مفيد له بل القدوري لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى بل قصد به إلى إفادة ما ذكره المصنف، وعلى هذا يكون الجار والمجرور متصلاً بحدث موجب للوضوء، والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب للوضوء على طهارة كاملة إذا لبسهما ثم أحدث، والمجرور في موضع الحال: أي من كل حدث كائناً أو حادثاً على طهارة كاملة قوله: **(وهو المذهب عندنا)** احتراز عن قول الشافعي باشتراط الكمال وقت اللبس، وقوله حتى لو غسل الخ تفريع، وهذه الصورة تمتنع عند الشافعي لوجهين: لعدم الترتيب في الوضوء، ولعدم كمال الطهارة قبل اللبس. والذي يمتنع عنده للثاني فقط ما لو توضأ وغسل إحدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الأخرى ولبس خفها. عندناإذا أحدث يجوز له المسح. وعنده لا لعدم الكمال وقت اللبس قوله: **(فيراعي كمال الطهارة من وقت المنع)** لأنه وقت عمله، والأنسب أن يراعي مدته من وقت أثره قوله: **(يمسح المقيم)** في صحيح مسلم عن علي: جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوماً وليلة للمقيم[1] قوله: **(فتعتبر المدة من وقت المنع)** لأن ما قبل ذلك طهارة الوضوء ولا تقدير فيها إنما التقدير في التحقيق تقدير مدة منعه

وتوضأت فإنها لا تمسح لأن بخروج الوقت ظهر الحدث السابق، وكذلك المتيمم إذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لأن برؤية الماء ظهر حكم الحدث السابق، فلو جوزنا المسح كان الخف رافعاً وليس كذلك. وقوله ثم خرج الوقت إشارة إلى أن لها أن تمسح ما دام الوقت باقياً، وليس هذا الحكم منحصراً فيما ذكره وهو اللبس على السيلان، بل لو كان الدم سائلاً عند الوضوء دون اللبس أو عندهما جميعاً فالحكم كذلك. وأما إذا كان منقطعاً وقت الوضوء واللبس جميعاً فإنها والصحيحة سواء. وقول القدوري: إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لأن الثابت من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث. واعلم أن مراد المصنف من قوله لا يفيد اشتراط الكمال إن كان هذا التقدير ففي كلام القدوري تسامح، وإن كان غير ذلك فيحتاج إلى بيان لأن الظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتأمل. وقوله **(حتى لو غسل رجليه)** قيل لا يصح أن يكون من نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة، فإن عدم جواز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس، وإنما تظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل إحدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الأخرى ولبس الخف ثم أحدث جاز له المسح

يقال احترازاً عن الجنابة قال المصنف: **(وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس الخ)** أقول: قال ابن الهمام: ليس المراد لا يفيد اللفظ لأنه مفيد له، بل القدوري لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى، بل قصد به إلى إفادة ما ذكره المصنف، وعلى هذا يكون الجار والمجرور متصلاً بحدث موجب للوضوء، والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب للوضوء على طهارة كاملة إذا لبسهما ثم أحدث، والمجرور في موضع الحال: أي من كل حدث كائناً أو حادثاً على طهارة كاملة الخ، فيكون في كلام القدوري تعقيد قوله: **(ففي كلام القدوري تسامح)** أقول: يندفع بأن يقال لدوام الأمور المستمرة حكم الابتداء كما في مسألة اليمين على أن لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، وسيجيء في الأيمان قوله: **(فإن عدم جواز المسح الخ)** أقول: عند الخصم.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧٦ عن شريح بن هانيء.
قال: سألت عائشة عن المسح على الخفين فقالت ائت علياً.
ورواية: عليك بابن أبي طالب فسله فإنه كان يسافر مع النبي ﷺ فسألناه فقال: جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهنّ للمسافر ويوماً وليلة للمقيم.
وكذا رواه ابن ماجه ٥٥٢ وأحمد ٦/ ١١٠ كلهم بهذا السياق.

أيام ولياليها» قال **(وابتداؤها عقيب الحدث)** لأن الخف مانع سراية الحدث فتعتبر المدة من وقت المنع **(والمسح على ظاهرهما خطوطاً بالأصابع، يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق)** لحديث المغيرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة واحدة، وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله ﷺ خطوطاً بالأصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به عن القياس

شرعاً وإنما منع من وقت الحدث قوله: **(يبدأ من قبل الأصابع الخ)** صورته أن يضع أصابع اليمنى على مقدم خفه الأيمن وأصابع اليسرى على مقدم الأيسر ويمدهما إلى الساق فوق الكعبين ويفرج أصابعه، هذا هو الوجه المسنون. ولو مسح بأصبع واحد ثلاث مرات كل مرة بماء جديد على موضع جديد جاز وإلا لا يجوز. وفي الخلاصة: لو وضع الكف ومدها مع الأصابع كلها حسن، والأحسن أن يمسح بجميع اليد: يعني بأصابعها. ولو مسح بظاهر كفيه جاز، وكذا برؤوس الأصابع إذا بلغ قدر ثلاث أصابع. ويجوز ببلل بقي في يده من غسل عضو وإن لم يكن متقاطراً لا بما بقي من مسح، وعلله قاضيخان بأنها بلة مستعملة بخلاف الأول قوله: **(لحديث المغيرة)** وفيه مسحة واحدة فأخذوا منه أن تكرار المسح على الخفين غير مشروع، وأيضاً بالتكرر لا يبقى خطوطاً لكن قيل إن حديث المغيرة

عندنا. وقال الشافعي: إن لم ينزع الخف الأوّل لا يجوز له المسح، فإن نزعه ثم لبسه جاز له المسح لأن الشرط أن يكون لبسه بعد كمال الطهارة. ويجوز أن يقال لما أثبت المصنف بالدليل فيما تقدم أن الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح أن يبنى هذا الفرع على هذا الاختلاف، واستدل على ما هو المذهب بقوله لأن الخفّ مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر مما مر، وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى كمال الطهارة فيه وقت المنع عن حلول الحدث لأنها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعاً حدثاً كان بالرجلين من حيث الحكم وهو شرع مانعاً لا رافعاً. ولقائل أن يقول لا نسلم أن يكون رافعاً بل يكون مانعاً حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل، فإذا انضم إليه غسل بقية الأعضاء ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الأول والثاني عن أعضاء الوضوء فكان مانعاً لا رافعاً. والجواب أنا قد اتفقنا أن المسح لا يجوز إلا بعد طهارة كاملة وإن اختلفنا في وقتها، فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لزم أن يكون الخف رافعاً للحدث الحكمي الحالّ بالقدم لأنه وإن زال بالماء حقيقة لكنه باق حكماً لعدم التجزيء وعن بقية الأعضاء أيضاً ليرد المسح على طهارة كاملة وكان رافعاً لا مانعاً ولزم الخلف، فإن قلت: هذا يقتضي وجود الطهارة الكاملة وقت الحدث ونحن لا نمنع ذلك وإنما نقول إنها لا تكفي بل يحتاج إلى وجودها وقت اللبس أيضاً وما ذكرتم لا يمنع ذلك. قلت: هذا ناهض ولا دافع له في كلام المصنف، ودافعه أن وجودها يحتاج إليه عند طريان مزيلها وهو الحدث تحقيقاً للإزالة. وأما قبل ذلك فهي مستغنى عنها فلا فائدة في اشتراطها. قال **(ويجوز للمقيم يوماً وليلة)** يجوز المسح للمقيم يوماً وليلة **(وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها)** وقال مالك في رواية عنه: المقيم لا يمسح أصلاً والمسافر مسحه مؤبد، وفي رواية عنه، إن المقيم كالمسافر. واحتج للأولى في المقيم بأن المسح للضرورة ولا ضرورة في المقيم، وفي المسافر بحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه قال: قلت «يا رسول الله أأمسح على الخفين يوماً؟ قال: نعم، فقلت يومين؟ فقال نعم حتى انتهيت إلى سبعة أيام، فقال عليه الصلاة والسلام: «إذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك» وللثانية بما روي سعد بن أبي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليماني في جماعة من الصحابة فإنهم رووا المسح على الخفين غير مؤقت. ذكره أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي. ولنا الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها» رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وأبو بكر وغيرهم من الصحابة، والمشهور لا يترك بالشاذ. قال أحمد بن حنبل رحمه الله: رجاله لا يعرفون. وقال أبو داود: قد اختلف في إسناده وليس بقوي. وقال الدارقطني: إسناده لا يثبت. وقال يحيى بن معين: إسناده مضطرب. وقال البخاري: حديث مجهول، على أن تأويله أن مراده ﷺ بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ لا أن لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فإنه يلبس الخف حين يصبح ويخرج لحاجته ويشق عليه النزع قبل أن يعود إلى بيته ليلاً **(وابتداؤها)** أي ابتداء مدة المسح **(عقيب الحدث)** لا من وقت اللبس كما ذهب إليه الحسن البصري مستدلاً بأن جوازه بسببه فتعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب إليه الأوزاعي وأبو ثور وأحمد في رواية محتجين بأن التقدير لأجله فيعتبر من وقته، وبيان

فيراعي فيه جميع ما ورد به الشرع. والبداءة من الأصابع استحباب اعتباراً بالأصل وهو الغسل **(وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد)** وقال الكرخي رحمه الله تعالى: من أصابع الرجل، والأول أصح اعتباراً لآلة المسح

بهذا اللفظ لا يعرف[١]، والذي رواه الترمذي عنه قال «رأيت النبي ﷺ يمسح على الخفين على ظاهرهما»[٢] وحسنه لكن في أوسط الطبراني من طريق جرير بن يزيد عن محمد بن المنكدر عن جابر قال «مرّ رسول الله ﷺ برجل يتوضأ فغسل خفيه فنخسه برجله وقال: ليس هكذا السنة أمرنا المسح هكذا، وأمر بيديه على خفيه» وفي لفظ «ثم أراه بيده من مقدم الخفين إلى أجل الساق مرة وفرج بين أصابعه»[٣] قال الطبراني: لا يروى عن جابر إلا بهذا الإسناد. وفي الإمام[٤] روى ابن المنذر عن عمر بن الخطاب «أنه مسح على خفيه حتى رئي آثار أصابعه على خفيه خطوطاً ورئي آثار أصابع قيس بن سعد على الخف» قوله: **(ثم المسح على الظاهر)** أي ظاهر محل الفرض وهو مقدم الرجل إذا وجد منه قدر ثلاث أصابع، ولو قطعت إحدى رجليه وبقي منها أقل منه أو بقي ثلاث أصابع لكن من العقب لا من موضع المسح فلبس على الصحيحة والمقطوعة لا يمسح لوجوب غسل ذلك الباقي كما لو قطعت من الكعب حيث يجب غسل الرجلين ولا يمسح قوله: **(فيراعي جميع ما ورد به الشرع)** يعني في المحل، ولذا قال

ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم إلى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني، وعلى القول الثاني إلى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس، وعلى القول الثالث إلى ما بعد الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح، والصحيح قول العامة لأن الخف مانع سراية الحدث: أي وصوله إلى الرجل والمانع عن الشيء إنما يكون مانعاً حقيقة عند طريان الممنوع والحقيقة أولى بالاعتبار فتعتبر المدة من عنده **(والمسح على ظاهرهما خطوطاً بالأصابع)** وقال الشافعي وهو قول مالك: السنة مسح أعلى الخف وأسفله لما روى: أن رسول الله ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله. وقوله خطوطاً بالأصابع وهو منصوب على الحال بمعنى مخطط احتراز عن قول عطاء فإنه يقول بتثليث المسح اعتباراً بالغسل، وذلك لأن الخطوط إنما تبقى إذا مسح مرة واحدة، وكيفية ذلك أن يبدأ فيضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الأيمن، وأصابع يده اليسرى على مقدم خفه الأيسر، ويمدهما إلى الساق فوق الكعبين، ويفرج بين أصابعه، ولو وضع الكف مع الأصابع قيل كان أحسن لأن الدليل الدال على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة أن النبي ﷺ وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما، الحديث يشير إلى ذلك حيث قال وضع يده ولم يقل وضع أصابعه وما روي من أنه عليه الصلاة والسلام مسح على أعلى الخف وأسفله فقد طعن فيه أئمة الحديث مثل أبي داود والترمذي وغيرهما، وإن صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الأصابع توفيقاً بين الأدلة **(ثم المسح على الظاهر حتم)** أي واجب **(حتى لا يجوز له على باطن الخف وعقبه)** خلافاً للشافعي في قول. وقوله **(لأنه معدول به عن القياس)** إذ القياس أن لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما أشار إليه علي بن أبي طالب بقوله: لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره، ولكني رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما. وإنما كان الرأي ذلك لأن الخف يلاقي الأرض بما عليها من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهر، وإذا كان معدولاً به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع **(والبداءة من الأصابع استحباب)** حتى لو بدأ

---

(١) غريب بهذا اللفظ وكذا قال الزيلعي ١/ ١٨٠: غريب. ويقرب منه ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحسن عن المغيرة. قال: رأيت النبي ﷺ بال ثم جاء حتى توضأ ومسح على خفيه ووضع يده اليمنى على خفه الأيمن ويده اليسرى على خفه الأيسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة حتى كأني أنظر إلى أصابع رسول الله ﷺ على الخفين.
وكذا رواه البيهقي ١/ ٢٩٢ وأعله ابن حجر في الدراية ١/ ٧٩ بالانقطاع. والظاهر أن الحسن لم يسمع من المغيرة.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٩٨ بهذا اللفظ عن المغيرة به وقال: حديث حسن. وكذا أبو داود ١٦٢ والطيالسي ٦٩٢ والبيهقي ١/ ٢٩١ كلهم عن المغيرة به وقواه أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي.

(٣) ضعيف. رواه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ١/ ١٨١ والمجمع ١/ ٢٥٦ من حديث جابر وقال الطبراني: تفرد به بقية اهـ.
وبقية مدلس وقد عنعنه. وهو في سنن ابن ماجه ٥٥١ من طريق بقية أيضاً وقد عنعنه.

(٤) وصاحبه ابن دقيق العيد. ونسب هذا الأثر لابن المنذر.

ثلاث أصابع إلا بنص قوله: (مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد) في كل رجل، فلو مسح على رجل أصبعين وعلى الأخرى قدر خمسة لم يجز، ولا فرق بين حصول ذلك بيده أو بإصابة مطر أو من حشيش مشى فيه مبتل ولو بالطلّ على الأصح. وقيل لا يجوز بالطلّ لأنه نفس دابة لا ماء، وليس بصحيح، وهذا الإطلاق تفريع على عدم اشتراط

عليّ رضي الله عنه: لو كان الدين بالرأي لكان مسح باطن الخف أولى من ظاهره[1] قال في النهاية: نقلاً عن المبسوط: ولأن باطنه لا يخلو عن لوث عادة فيصيب يده، وهذا يفيد أن المراد بالباطن عندهم محل الوطء لا ما يلاقي البشرة، لكن بتقدير لا تظهر أولوية مسح باطنه لو كان بالرأي، بل المتبادر من قول عليّ رضي الله عنه ذلك ما يلاقي البشرة، وهذا لأن الواجب من غسل الرجل في الوضوء ليس لإزالة الخبث بل للحدث، ومحل الوطء من باطن الرجل فيه كظاهره، وكذا ما روي عن عليّ فيه بلفظ لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه[2] يجب أن يراد بالأسفل الوجه الذي يلاقي البشرة لأنه أسفل من الوجه الأعلى المحاذي للسماء لما ذكرنا. ثم قد يقال: إنه لم يجب مراعاة جميع ما ورد به في محل الابتداء والانتهاء للعلم بأن المقصود إيقاع البلة على ذلك المحل حتى جاز البداءة من أصل الساق إلى رؤوس الأصابع، لكن لكن يجب في حق الكمية نظراً إلى ذلك فينبغي أن لا يجوز قدر كان الخرق في موضع العقب إن كان يخرج منه أقل من نصف العقب جاز المسح عليه، وإن كان أكثر لا يجوز. وعن أبي حنيفة في رواية: يمسح حتى يبدو أكثر من نصف العقب. ثم قيد في شرح الكنز كونها أصغر الأصابع بما إذا كان الخرق في غير موضع الأصابع، فإن كان فيه اعتبر ثلاث منها، فلو انكشف الأكبر وما يليه لا يمنع وإن كان قدر الثلاث الأخر، ولو كان الخرق تحت القدم فإن كان أكثر القدم منع كذا في الاختيار. وذكره في الغاية بلفظ قيل، وعلله بأن موضع الأصابع يعتبر بأكثرها فكذا القدم، ولو صح هذا التعليل لزم أن لا يعتبر قدر ثلاث أصابع أصغرها إلا إذا كان عند أصغرها لأن كل موضع حينئذ إنما يعتبر بأكثره، ولو لم يكن له أصابع اعتبر بأصابع غيره، وقيل بأصابعه لو كانت قائمة قوله: (ولنا أن الخفاف الخ) لازمه إذا تأملت منع وجوب غسل البادي فإنه يعتبر عدماً لقلته ولزوم الحرج في اعتباره إذ غالب الخفاف لا تخلو عنه عادة، والشرع علق المسح بمسمى الخف وهو الساتر المخصوص الذي تقطع به المسافة والاسم مطلقاً يطلق عليه، بخلاف المشتمل على الكبير فإنه إن ترك في التعبير عنه باسم الخف تقييده بمخروق فهو مراد فليس بخف مطلق ولأنه لا تقطع المسافة به إذ لا يمكن تتابع المشي فيه

من الساق جاز أيضاً، ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لأن الله تعالى جعل الكعب غاية. ولقائل أن يقول: الشرع ورد بمدّ اليدين من الأصابع إلى أعلاهما فكان الواجب أن تكون البداءة بالأصابع حتماً لا مستحباً كالمسح على ظاهرهما، فالاعتبار بالأصل ترك لما ورد به الشرع، وكذلك التقدير بثلاث أصابع على ما نذكره ترك له فإنه عليه الصلاة والسلام مد من الأصابع إلى الساق. والجواب ما روى أنه عليه الصلاة والسلام مسح على خفيه من غير ذكر مد إلى الساق فجعل المفروض في أصل المسح مقدار ثلاث أصابع والبداءة سنة جمعاً بين الأدلة، وأما التقدير بثلاثة أصابع فبإشارة قوله عليه الصلاة والسلام خطوطاً بالأصابع، فإن أقل الجمع ثلاثة. واختلف في الأصابع فذهب عامة علمائنا إلى أنها أصابع اليد، وقال الكرخي: أصابع الرجل لأن المسح يقع عليه وهو أكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق. والأول أصح اعتباراً لآلة المسح فإن المسح فعل يضاف إلى الفاعل لا إلى المحل فتعتبر الآلة كما في الرأس. وذكر ابن رستم عن محمد أنه إذا وضع ثلاثة أصابع وضعاً أجزأه. وقال القدوري: هذا يدل على أنه مقدر بأصابع اليد، وعن هذا قال في التحفة: سواء كان المسح طولاً أو عرضاً لأن قوله لو وضع ثلاثة أصابع وضعاً لا يقيد بشيء من الطول والعرض. قال (ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير) روى كثير بالثاء المثلثة من فوق وكبير بالباء المنقوطة من تحت، والأول يقابله القليل والثاني يقابله الصغير. وقوله من بعد وإن كان

---

(١) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ١٦٤ بإسناد حسن.
(٢) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ١٦٢ والدارقطني ١/١٩٩ والبيهقي ١/٢٩٢ كلهم عن عبد خير عن علي.

النية للمسح على الخف وهو الصحيح لأنه طهارة بالماء، خلافاً لما في جوامع الفقه للعتابي حيث شرطها. وفي الخلاصة: لو توضأ ومسح الخف ونوى به التعليم دون الطهارة يصح قوله: **(فيه خرق كبير يبين منه الخ)** يعني إذا كان في محل الفرض منفرجاً أو ينفرج عند المشي، فإن كان شقاً لا يظهر ما تحته، إن كان أكثر من ثلاث أصابع أو يظهر منه دونها وهو أكبر منها لا يمنع، ولو كان في الكعب لم يمنع وإن كثر كذا في الاختيار. وفي الفتاوى: فإن

والخف مطلقاً ما يقطع به فليس به قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن ثلاث أصابع اليد، وعما مال إليه السرخسي من أن ظهور قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل يمنع قوله: **(وتجمع الخروق)** لقائل أن يقول لا داعي إلى جمعها وهو اعتبارها كأنها في مكان واحد لمنع المسح لأن امتناعه فيما إذا اتحد المكان حقيقة لانتفاء معنى الخف بامتناع قطع المسافة المعتادة به لا لذاته ولا لذات الانكشاف من حيث هو انكشاف، وإلا لوجب الغسل في الخرق الصغير، وهذا المعنى منتف عند تفرقها صغيرة كقدر الحمصة والفولة لإمكان قطعها مع ذلك وعدم وجوب غسل البادي قوله: **(ولا يجوز المسح على الخفين لمن وجب عليه الغسل)** قيل الموضع موضع النفي فلا حاجة إلى التصوير. وحاصله أنه إذا أجنب وقد لبس على وضوء وجب نزع خفيه وغسل رجليه. وقيل صورته مسافر أجنب ولا ماء عنده فتيمم ولبس ثم أحدث ووجد ماء يكفي وضوءه لا يجوز له المسح لأن الجنابة سرت إلى القدمين، والتيمم ليس بطهارة كاملة فلا يجوز له المسح إذا لبسهما على طهارته فينزعهما ويغسلهما، فإذا فعل ولبس ثم

أقل من ذلك يرجح الأول، وفي هذه المسألة أربعة أقوال: الأول شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعي. والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك. والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو الاستحسان. والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول الأوزاعي. وجه الأول القياس لأن الكثير لما كان مانعاً كان اليسير كذلك كالحدث. ووجه الثاني أن الخف يمنع سراية الحدث إلى القدم، فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه. ووجه قولنا وهو الاستحسان أن الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة، فإن الخف وإن كان جديداً فآثار الدروز والأشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفواً وتخلوا عن الكثير فلا حرج، وما ذكره عن اعتبار أصابع الرجل هو رواية الزيادات لأن الخرق إذا كان مقدار ثلاث أصابع منع قطع السفر، وقطع السفر إنما يتحقق بالرجل فيعتبر أصابعها. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن المعتبر ثلاث أصابع من أصابع اليد لأنه آلة المسح، وعما قال شمس الأئمة الحلواني: المعتبر في الخرق أكبر الأصابع إن كان الخرق عند أكبرها، وأصغرها إن كان عند أصغرها. وقوله **(لأن الأصل)** دليل على المقدار والصغر. وقوله **(ولا معتبر بدخول الأنامل)** ظاهر ولم يذكر إذا كان يبدو قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل. قال بعضهم: يمنع المسح وإليه أشار شمس الأئمة السرخسي. وقال بعضهم: لا يمنع. والشرط أن يبدو قدر ثلاث أصابع بكمالها، وإليه مال شمس الأئمة الحلوافي، وقال في النهاية: وهو الأصح. وقوله **(ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد)** لأنه يمنع قطع السفر به **(ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر)** واضح. قيل ينبغي أن يجمع في الخفين أيضاً لأن الرجلين صارتا كعضو واحد لدخولهما تحت خطاب واحد. وأجيب بأنهما صارتا كعضو واحد في حق حكم شرعي، والخرق أمر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المسافة، ولهذا لو مدّ الماء من الأصابع إلى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لأنه عضو واحد، ولو مدّ الماء من إحدى الرجلين إلى الأخرى لم يجز. والحاصل أن للرجلين شبهاً بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد، وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظراً إلى الشبه الثاني، وبعدم غسل ما فيه الخرق دون الآخر نظراً إلى الشبه الأول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد. وقوله **(بخلاف النجاسة)** يعني إذا كان في أحد الخفين نجاسة قليلة وفي الآخر كذلك يجمع بينهما لما ذكر في

قوله: **(والأشافي)** أقول: الأشفى المثقب، والسراد يخرز به ويؤنث قوله: **(لأن الخرق إذا كان مقدار ثلاث أصابع منع قطع السفر)** أقول: فيه بحث

(ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه قدر ثلاث أصابع الرجل، فإن كان أقل من ذلك جاز) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وإن قل لأنه لما وجب غسل البادي وجب غسل الباقي. ولنا أن الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج، والكبير أن ينكشف قدر ثلاثة أصابع من أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لأن الأصل في القدم هو الأصابع والثلاثة أكثرها فيقام مقام الكل، واعتبار الأصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي، ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر، بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة **(ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل)** لحديث صفوان ابن عسال رضي الله عنه أنه قال «كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن

أحدث وعنده ماء يكفي الوضوء توضأ ومسح لأن هذا الحديث يمنعه الخف السراية لوجوده بعد اللبس على طهارة كاملة، فلو مرّ بعد ذلك بماء كثير عاد جنباً، فإذا لم يغتسل حتى فقده تيمم له، فلو أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء توضأ وغسل رجليه لأنه عاد جنباً، فإن أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء فقط توضأ ومسح، وعلى هذا تجري المسائل، وهذه الصورة إنما تزيد على ما ذكرناه آنفاً بإفادة أنه يشترط لجواز المسح كون اللبس على طهارة الماء لا طهارة التيمم معللاً بأن طهارة التيمم ليست كاملة، فإن أريد بعدم كمالها عدم الرفع عن الرجلين فهو ممنوع، وإن أريد عدم إصابة الرجلين في الوظيفة حساً فيمنع تأثيره في نفي الكمال المعتبر في الطهارة التي يعقبها اللبس. ويمكن أن يوجه الحكم المذكور بأن المسح على خلاف القياس، وإنما ورد من فعله عليه الصلاة والسلام على طهارة الماء، ولم يرد من قوله عليه الصلاة والسلام ما يوسع مورده فيلزم فيه الماء قصراً على مورد الشرع وسيأتي في حديث صفوان صريح منعه للجنابة قوله: **(لحديث صفوان بن عسال)** روى النسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح عن صفوان بن عسال قال «كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذ كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة ولكن من غائط وبول ونوم»[1] قوله: **(وإذا تمت المدة نزع خفيه)** لسريان الحدث إلى الرجلين

الكتاب، وانكشاف العورة نظير النجاسة في أن المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما أن المانع حمل النجاسة وقد وجد، ووجه الرابع واضح. وقوله **(ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل)** قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم أجنب ثم وجد ماء يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال فإنه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة. وقال شمس الأئمة السرخسي: الجنابة ألزمته غسل جميع البدن، ومع الخف لا يتأتى، بخلاف الحدث الأصغر فإنه أوجب غسل أعضاء يمكن أن يجمع بينه وبين مسح الخف. وعسال بالعين المهملة: بياع العسل، والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصوير، فإن السلب يقتضي تصوّر الإيجاب. وقال مولانا حميد الدين: الموضع موضع النفي فلا يحتاج إلى التصوّر. وقوله **(ولأن الجنابة)** يشير إلى أن شرعية المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث دون الجنابة. قال **(وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء)** كل ما ينقض الوضوء ينقض المسح لأنه بعض الوضوء، فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضاً للوضوء لم يكن

قوله: **(بخلاف الحدث الأصغر فإنه أوجب غسل أعضاء يمكن أن يجمع بينه وبين مسح الخف)** أقول فيه: إن من جملة تلك الأعضاء التي يجب غسلها الرجل فكيف يمكن الجمع قوله: **(وقال مولانا حميد الدين: الموضع موضع النفي فلا يحتاج إلى التصوير)**

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٩٦ والنسائي ١/ ٤١ وابن ماجه ٤٧٨ والبيهقي ١/ ١١٤، و١١٨، ٢٧٦، ٢٨٢، ٢٨٩ وأحمد ٤/ ٢٣٩، ٢٤٠ ورواه ابن حبان وابن خزيمة كما في نصب الراية ١/ ١٨٣ كلهم من حديث صفوان بن عسّال بالتشديد.
قال الترمذي: حديث صفوان أحسن شيء في هذا الباب قاله البخاري وهو حسن صحيح.
ونقل الزيلعي عن ابن دقيق العيد قوله. رواه عن عاصم أكثر من ثلاثين من الأئمة وعاصم فيه كلام لكن روى له الشيخان مقروناً بغيره ووثقه أحمد وأبو زرعة والعجلي.
انظر نصب الراية ١/ ١٨٣.

جنابة، ولكن من بول أو غائط أو نوم؛ ولأن الجنابة لا تكرر عادة فلا حرج في النزع، بخلاف الحدث لأنه يتكرر **(وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء)** لأنه بعض الوضوء **(وينقضه أيضاً نزع الخف)** لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع، وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة **(وكذا مضي المدة)** لما روينا **(وإذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه إعادة بقية الوضوء)** وكذا إذا نزع قبل المدة لأن عند

(وغسل رجليه وليس عليه إعادة بقية الوضوء) لأن الولاء ليس بشرط في الوضوء فينضم غسلهما إلى الغسل السابق للأعضاء فيكمل الوضوء. فإن قيل: لا حدث ليسري لأنه كان قد حل بالخف ثم زال بالمسح فلا يعود إلا بسببه من الخارج النجس ونحوه، قلنا: جاز أن يعتبر الشرع ارتفاع الحدث بمسح الخف مقيداً بمدة منعه، ثم علمنا وقوع مثله في التيمم حيث اعتبر في ارتفاعه باستعمال الصعيد تقييده بمدة اعتباره عاملاً: أعني مدة عدم القدرة على الماء، ويناسب أن ذلك لوصف البدلية وهو في المسح ثابت بل هو فيه من وجهين، فإن المسح وإن كان بالماء لكنه بدل عن وظيفة الغسل والخف عن الرجل فوجب تقيد الارتفاع فيه بمدة اعتباره بدلاً يفيد ما يفيده الأصل كما تقيد في التيمم بمدة كونه بدلاً يفيد ما يفيده الأصل، هذا مع أن المقام مقام الاحتياط. وفي فتاوى قاضيخان: لو تمت المدة وهو في الصلاة ولا ماء يمضي على الأصح في صلاته إذ لا فائدة في النزع لأنه للغسل ولا ماء خلافاً لمن قال من المشايخ تفسد انتهى. لكن الذي يظهر صحة هذا القول لأن الشرع قدّر منع الخف بمدة فيسري الحدث بعدها إذ لا بقاء لها مع الحدث، فكما يقطع عند وجود الماء ليغسل رجليه يقطع عند عدمه ليتيمم لا للرجلين فقط ليلزم رفو

ناقضاً له بل ناقضاً لبعضه هذا خلف، وكذا ينقضه نزع الخف لأن الحدث السابق بخروج النجاسة من بدن الإنسان كان ممتنع العمل بوجود المانع وهو الخف، وإذا زال المانع سرى الحدث إلى القدم وعمل عمله، وهذا كما ترى على طريقة تخصيص العلل والمخلص معلوم، وكذا نزع أحدهما ينقض المسح يوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين، وقيد بالواحدة لأنهما في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين **(وكذا مضي المدة لما روينا)** من رواية صفوان: أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام. وقال ابن أبي ليلى: المسح على الخفين قائم مقام غسل القدمين، ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لا يجب عليه غسل الرجلين فكذا هذا. والجواب أنه قائم مقام الغسل شرعاً في وقت مقدر، فإذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة المتيمم. وقوله **(وإذا تمت المدة)** قيل هو تكرار لأنه علم حكمه من قوله وكذا مضي المدة. وأجيب بأنه ذكره تمهيداً لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه إلى آخره. وقوله **(وليس عليه إعادة بقية الوضوء)** احتراز عن قول الشافعي فإنه يقول عليه أن يعيد الوضوء لأن طهارة الرجلين قد انتقضت بمضيّ مدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزأ فصار كالمنتقض بالحدث. والجواب أن الحدث اسم لخارج نجس والمضي ليس كذلك، وإنما سرى حدث كان قبل ذلك للرجلين خاصة لأن غسل سائر الأعضاء قد وجد عن ذلك سواهما فلا يجب غسلهما ثانياً ما لم يوجد الحدث في حقهما، فكان هذا كمن توضأ ولم يغسل رجليه يجب غسلهما. وقد روي عن ابن عمر أنه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء. وهكذا روي عن أصحاب رسول الله ﷺ. وقوله **(وكذا إذا نزع قبل المدة)** معناه ليس عليه إعادة بقية الوضوء. وقوله **(لأن عند النزع)** دليل مضيّ المدة والنزع قبل المدة وقد قررناه آنفاً في نزع الخف، وجواب الشافعي، وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا مسح الرأس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه إعادة المسح. وأجيب بأن الشعر من الرأس خلقة فمسحه مسح الرأس، بخلاف الخف فإنه مانع سراية الحدث إلى ما تحته شرعاً، فإذا زال سرى الحدث إليه **(وحكم النزع)** وهو النقض **(يثبت بخروج القدم إلى الساق لأنه)** أي الشأن أو الساق على تأويل المذكور **(لا**

أقول: لا النهي حتى يقتضي المشروعية فيحتاج إلى التصوير قوله: **(لما روينا من رواية صفوان أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام)** أقول: ذلك مخصوص بالمسافر، والظاهر أن المراد قوله ﷺ «يمسح المقيم يوماً وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليها» قوله: **(وقوله لأن عند النزع دليل مضي المدة)** أقول: السراية تتحقق بمضي المدة ولا تتعلق بالنزع في الصورة الأولى فلا يلائمه قوله لأن عند النزع الخ، بل الظاهر أنه دليل الثانية.

النزع يسري الحديث السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما، وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى الساق لأنه لا معتبر به في حق المسح، وكذا بأكثر القدم هو الصحيح **(ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة**

الأصل بالخلف بل للكل لأن الحدث لا يتجزأ فيصير محدثاً بحدث القدمين، وإن كان بحيث لو اقتصر على غسلهما ارتفع كمن غسل ابتداء الأعضاء إلا رجليه وفنى الماء فإنه يتيمم لا للرجلين فقط وإلا لكان جمع الخلف والأصل ثابتاً في كثير من الصور بل للحدث القائم به فإنه على حاله ما لم يتم الكل، وهذا لأن التيمم إن لم يصب الرجل حساً لكنه يصيبها حكم الطهارة عنده وهو المقصود فلا يصلح عدم الماء مانعاً السراية بعد تمام المدة المعتبرة شرعاً غاية لمنعه. وعلى هذا فما ذكر في جوامع الفقه والمحيط من أنه إنما ينزع إذا تمت إذا لم يخف ذهابهما من شدة البرد فإن خافه فله أن يمسح مطلقاً فيه نظر، فإن خوف البرد لا أثر له في منع السراية، كما أن عدم الماء لا يمنعها، فغاية الأمر أنه لا ينزع لكن لا يمسح بل يتيمم لخوف البرد، والله سبحانه أعلم. وعن هذا نقل بعض المشايخ تأويل المسح المذكور بأنه مسح جبيرة لا كمسح الخف، فعلى هذا يستوعب الخف على ما هو الأولى أو أكثره، وهو غير المفهوم من اللفظ المؤول مع أنه إنما يتم إذا كان مسمى الجبيرة يصدق على ساتر ليس تحته محل وجع بل عضو صحيح غير أنه يخاف من كشفه حدوث المرض للبرد، ويستلزم بطلان كلية مسألة التيمم بخوف البرد على عضو واسوداده، ويقتضي أيضاً على ظاهر مذهب أبي حنيفة جواز تركه رأساً وهو خلاف ما يفيده إعطاؤهم حكم المسألة، هذا وينقض المسح أيضاً غسل أكثر الرجل، وفيه من البحث ما سمعت مما قدمناه قوله: **(وكذا بأكثر القدم هو الصحيح)** هذا قول أبي يوسف، وعنه في الإملاء بخروج نصفه. وعن محمد إن كان الباقي قدر محل الفرض: أعني ثلاثة أصابع اليد لا ينتقض. وقال أبو حنيفة: إن خرج أكثر العقب: يعني إذا أخرجه قاصداً إخراج الرجل بطل المسح حتى لو بدا له إعادتها فأعادها لا يجوز المسح، وكذا لو كان أعرج يمشي على صدور قدميه وقد ارتفع عقبه عن موضع عقب الخف إلى الساق لا يمسح، وإلى ما دونه يمسح. أما لو كان الخفّ واسعاً يرتفع العقب برفع الرجل إلى الساق ويعود بوضعها فلا يمنع. وقال بعضهم: إن كان الباقي بحيث يمكنه المشي فيه فكذلك لا ينتقض، وهذا في التحقيق هو مرمى نظر الكل، فمن نقض بخروج العقب ليس إلا لأنه وقع عنده أنه مع حلول العقب بالساق لا يمكنه متابعة المشي فيه وقطع المسافة، بخلاف ما إذا كانت تعود إلى محلها عند الوضع، ومن قال بالأكثر فلظنه أن الامتناع منوط به وكذا من قال بكون الباقي قدر الفرض، وهذه الأمور إنما تبنى على

معتبر به في حق المسح) لأنها ليست بمحل له، وما لا معتبر به في حقه فالخروج إليه ناقض كخروجها من الخف. وقوله **(وكذا بأكثر القدم)** أي يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم إلى ساق الخف **(هو الصحيح)** هذا هو المروى **عن أبي يوسف**، وهو قول الحسن بن زياد. ووجهه أن الاحتراز عن خروج القليل متعذر لأنه ربما يحصل بدون القصد **كما إذا كان الخف** واسعاً إذا رفع القدم يخرج العقب، وإذا وضعها عادت العقب إلى مكانها، فلو قلنا بنقض المسح **في مثله وقع الناس في** الحرج، بخلاف الكثير فإن الاحتراز عنه ليس بمتعذر. وروي عن أبي حنيفة أنه إذا خرج أكثر العقب من موضعه إلى الساق بطل مسحه: يعني به أنه إذا بدا له نزع الخف فحركه للنزع حتى زال عقبه. وأما إذا زال باعتبار سعة الخف لم يبطل إجماعاً دفعاً للحرج كما ذكرناه. ووجه قوله أن المسح إنما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق بزوال العقب أو أكثرها إلى الساق فلا يبقى المسح. وعن محمد أنه إن بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز وإلا فلا: يعني إذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار ما يجوز عليه المسح لأن خروج ما سواه كلا خروج. قال **(ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر)** هذه على أوجه ثلاثة: في وجه تتحول مدته إلى مدة السفر بالاتفاق وهو ما إذا سافر قبل أن تنتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فإنه تتحول مدته إلى مدة السفر بالاتفاق. وفي وجه لا تتحول مدته بالاتفاق وهو ما إذا سافر بعد ما أحدث وبعد ما استكمل مدة المقيم. وفي وجه وهو ما إذا سافر بعدما أحدث قبل استكمال مدة المقيم تتحول عندنا خلافاً للشافعي قال: المسح عبادة شرع فيها على حكم الإقامة، وكل عبادة شرع فيها على حكم الإقامة

أيام ولياليها) عملاً بإطلاق الحديث، ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره، بخلاف ما إذا استكمل المدة للإقامة ثم سافر لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف ليس برافع **(ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع)** لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه **(وإن لم يستكمل أتمها)** لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم. قال **(ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه)** خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه يقول: البدل لا يكون له بدل.

المشاهدة، ويظهر أن ما قاله أبو حنيفة أولى لأن بقاء العقب في الساق يقلق عن مداومة المشي دوساً على الساق نفسه قوله: **(مسح ثلاثة أيام ولياليها)** سواء سافر قبل انتقاض الطهارة أو بعده قبل كمال مدة المقيم، وفي الثاني خلاف الشافعي. لنا العمل بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «يمسح المسافر»[١] الحديث وهذا مسافر فيمسحها، بخلاف مابعده كمال مدة المقيم لأن الحدث قد سرى إلى القدم، وإنما يمسح على خف رجل لا حدث فيها إجماعاً، وما استدل به من أن هذه عبادة ابتدئت حالة الإقامة فيعتبر فيها حالة الابتداء كصلاة ابتدأها مقيماً في سفينة فسافرت وصوم شرع فيه مقيماً فسافر حيث يعتبر فيه حكم الإقامة فغني عن تكلف الفرق لعدم ظهور وجه الجمع بالمشترك المؤثر في الحكم قوله: **(ومن لبس الجرموق[٢] فوق الخف مسح عليه)** إذا لبسهما قبل أن يحدث، فإن أحدث قبله وهو لابس الخف لا يجوز لأن وظيفة المسح استقرت للخف لحلول الحدث به فلا يزال بمسح غيره، وكذا لو لبس الموقين [٣] قبل الحدث ثم أحدث فأدخل يده فمسح خفيه لا يجوز لأنه مسح في غير محل الحدث، ولو نزع أحد موقيه بعد المسح عليهما وجب مسح الخف البادي وإعادة المسح على الموق لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين. وفي بعض روايات الأصل: ينزع الآخر ويمسح على الخفين. وجه الظاهر أنه في الابتداء لو لبس على أحدهما كان له أن يمسح عليه وعلى الخف الآخر، فكذا هذا بخلاف خف ذى طاقين فمسح على العليا ثم نزعها ليس عليه مسح السفلى للوحدة الحقيقية فهو كقشر جلدة خف مسح عليها أو حلق شعره فإنه لا يعيد قوله: **(ولنا أن النبي ﷺ)** في مسند الإمام أحمد عن بلال قال «رأيت رسول الله ﷺ مسح على الموقين والخمار»[٤] ولأبي

لا تتغير بالسفر كما إذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم سافر، وكما إذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر ثم تسير السفينة فلا يصير مسافراً في صلاته فإنها لا تتغير لأن حال الإقامة حال العزيمة وحال السفر حال رخصة، فإذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة. ولنا إطلاق الحديث فإنه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين، ولأنه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض إذا طهرت فيه تجب عليها الصلاة، والطاهرة إذا حاضت فيه سقطت عنها، والمسافر إذا أقام في آخر الوقت أتم، والمقيم إذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلاة لأنهما لا يتجزءان، فباعتبار الإقامة في أوّل الصوم لا يباح له الفطر، وباعتبار السفر في آخره يباح فيترجح جانب الحرمة، وكذلك في الصلاة يترجح

قوله: **(بعد ما أحدث)** أقول: ومسح قوله: **(والطاهرة إذا حاضت فيه سقطت عنها)** أقول: وفيه خلاف الشافعي

---

(١) صحيح. تقدم في حديث علي ١/ ١٤٧ رواه مسلم. وأخرج الترمذي ٩٥ وأحمد ٥/ ٢١٤ وابن ماجه ٣٥٣ و٥٥٤ من طرق عدة عن خزيمة بن ثابت أن رسول الله ﷺ سئل عن المسح على الخفين فقال: للمسافر ثلاثة وللمقيم يوم. وأخرجه ابن ماجه ٥٥٥ من حديث أبي هريرة.

(٢) الجرموق: هو ما يلبس فوق الخف وساقه أقصر من الخف.

(٣) الموق والجرموق واحد. وقد عرفه المصنف بأنه: خف قصير يلبس فوق الخف.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ٦/ ١٤ عن كعب بن عجرة عن بلال قال: رأيت رسول الله ﷺ يمسح على الخفين والخمار. وساقه من طرق عدة بلفظ كان.

وكلها تذكر: الخفين. لا الموقين. وحديث أحمد فيه ابن أبي ليلى غير قوي لكن له شواهد وقد توبع فهو صحيح وأقل مراتبه أنه حسن.
ثم رأيت الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٨٣ يقول: وروى ابن خزيمة في صحيحه من حديث أبي إدريس الخولاني عن بلال أن النبي ﷺ مسح على الموقين والخمار.

ولنا أن النبي ﷺ مسح على الجرموقين ولأنه تبع للخف استعمالاً وغرضاً فصارا كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف، بخلاف ما إذا لبس الجرموق بعد ما أحدث لأن الحدث حل بالخف فلا يتحول إلى غيره، ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لأنه لا يصلح بدلاً عن الرجل إلا أن تنفذ البلة إلى الخف **(ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين، وقالا: يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان)** لما روى أن النبي ﷺ مسح على جوربيه، ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخيناً، وهو أن

داود «كان يخرج فيقضي حاجته فآتيه بالماء فيمسح عن عمامته وموقيه»[(١)] قال الجوهري والمطرزي: الموق خفّ قصير يلبس فوق الخف، وهو فارسي معرب، ثم ألحقه بخف ذى طاقين. وأجاب عن اعتباره بدل الخف المستلزم نصب الإبدال بالرأي، ووجه الإلحاق بالخف والجواب ظاهر في الكتاب قوله: **(ولا يجوز المسح)** ولا يعارض بالحديث[(٢)] فإنه حكاية حال لا تعم فيحمل على الموق الصالح بدلاً عن الرجل لكونه كالخف في المقصود منه قوله: **(وله أنه ليس في معنى الخف)** لا شك أن المسح على الخف على خلاف القياس فلا يصلح إلحاق غيره به إلا إذا كان بطريق الدلالة وهو أن يكون في معناه، ومعناه الساتر لمحل الفرض الذي هو بصدد متابعة المشي فيه في

جانب الإقامة للاحتياط. وأما الوقت فما يتجزأ فلم يجتمع الإقامة والسفر في وقت واحد فكان الاعتبار للموجود وهو السفر. وقوله **(بخلاف ما إذا استكمل الخ)** ظاهر. قال **(ومن لبس الجرموق)** يعني قبل أن يحدث **(مسح عليه)** والجرموق: ما يلبس فوق الخف وساقه أقصر من الخف. وقال الشافعي رحمه الله لا يمسح عليه لأن الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل: يعني بالرأي، فإن الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلاً عن الرجلين لا غير، فتجويز المسح على الجرموق إقامة بدل عنه بالرأي وهو لا يجوز. ولنا ما روي عن عمر قال «رأيت رسول الله ﷺ مسح على الجرموقين» وقال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح على الجرموقين، ولأنه تبع للخف استعمالاً وغرضاً، أما الاستعمال فإنه يدور مع الخف مشياً وقياماً وقعوداً وارتفاعاً وانخفاضاً، وأما الغرض فإنه وقاية للخف كما أن الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين. قيل لو كان كذلك لما وجب المسح على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع أحد طاقيه أو كان الخف مشعراً فمسح عليه ثم حلق الشعر فإنه لا يجب عليه إعادة المسح. وأجيب بأن المسح على الجرموق ليس بتبع من حيث الأصل، ألا ترى أنه لو لبسه منفرداً جاز المسح عليه بالإجماع وتبع من حيث الاستعمال والغرض كما ذكرنا فإذا لبسه على الخف صار تابعاً وكان المسح عليه كالمسح على الخف، وإذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث ما تحته فيجب إعادة المسح. وأما طاقات الخف فلشدة اتصال أحدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة، وقد تقدم أنه إذا مسح على الرأس ثم حلقه لا يجب عليه الإعادة. وقوله **(وهو بدل عن الرجل لا عن الخف)** جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل، وتقريره أنا لا نسلم أنه بدل الخف وإنما هو بدل عن الرجل كالخف لأن الخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد، قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك فكان بدل الخف ولزم بدل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٣ وابن خزيمة في صحيحه كما في نصب الراية ١/ ١٨٣ والحاكم ١/ ١٧٠ والبيهقي ١/ ١٨٨ وأحمد ٦/ ١٢ وقال الحاكم: حديث صحيح. وراويه أبو عبد الله مولى بني تيم معروف بالصحة والقبول وأما الشيخان فلم يخرجا ذكر المسح على الموقين.
وله شواهد قال في نصب الراية ١/ ١٨٣ روى الطبراني عن علي.
قال: زعم بلال أن رسول الله ﷺ كان يمسح على الموقين والخمار ورواه ابن خزيمة من حديث أبي إدريس الخولاني عن بلال. وليس فيه زعم وبدون واسطة علي.
ورواه البيهقي من حديث أنس والطبراني في الأوسط من حديث أبي ذر: رأيت رسول الله ﷺ يمسح على الموقين والخمار. وحديث أنس في سنن البيهقي ١/ ٣٨٩.
وقال الزيلعي: اختلفوا في الموق. قال الجوهري هو ما يلبس فوق الخف وقال الفراء: الموق هو الخف اهـ.
فالحديث بمجموع طرقه وإن كانت غير قوية فإنه يصير حسناً.
(٢) ضعيف. وهو حديث أبي موسى: أن رسول الله ﷺ توضأ ومسح على الجوربين والنعلين. وأخرجه ابن ماجه ٥٦٠ وفيه عيسى بن سنان ضعيف. وسيأتي كلام أبي داود في الذي بعده.

يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف. وله أنه ليس في معنى الخف لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلاً وهو محمل الحديث، وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى **(ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين)** لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج **(ويجوز المسح على الجبائر**

السفر وغيره للقطع بأن تعليق المسح بالخف ليس لصورته الخاصة بل لمعناه للزوم الحرج في النزع المتكرر في أوقات الصلاة خصوصاً مع آداب السير، فإذا جاز بالاتفاق المسح على المكعب الساتر للكعب، وفي الاختيار: وكذا إذا كانت مقدمته مشقوقة إذا كانت مشدودة أو مزرورة لأنها كالمخروزة، فوقع عنده أن هذا المعنى لا يتحقق إلا في المنعل من الجورب فليكن محمل الحديث لأنها واقعة حال لا عموم لها، هذا إن صح كما قال الترمذي في حديث المغيرة «أنه عليه الصلاق والسلام توضأ ومسح على الجوربين والنعلين»[1] وإلا فقد نقل تضعيفه عن الإمام

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٥٩ والترمذي ٩٩ وابن ماجه ٥٥٩ وأحمد ٤/ ٢٥٢ والبيهقي ١/ ٢٨٣ كلهم عن هذيل بن شرحبيل عن المغيرة.
قال أبو داود: كان ابن مهدي لا يحدث به لأن المعروف عن المغيرة حديث المسح على الخفين. وقد روي عن أبي موسى أنه ﷺ مسح على الجوربين وليس بمتصل ولا بالقوي لكن مسح على الجوربين. علي وابن مسعود والبراء وأنس وأبو أمامة وسهل بن سعد وعمرو بن حُرَيْث. وروي ذلك عن عمر وابن عباس اهـ.
وقال الترمذي: حسن صحيح. وبه يقول الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق قالوا: يمسح على الجوربين وإن لم تكن نعلين إذا كانا ثخينتين ثم قال: سمعت صالح بن محمد الترمذي سمعت أبا مقاتل السمرقندي يقول: دخلت على أبي حنيفة في مرضه الذي مات فيه فدعا بماء وتوضأ وعليه جوربان فمسح عليهما ثم قال: فعلت اليوم شيئاً لم أكن أفعله: مسحت على الجوربين وهما غير منعّلين اهـ.
وفي نصب الراية ١/ ١٨٤ نقلاً عن البيهقي في سننه ١/ ٢٨٤.
قال الزيلعي: وذكر البيهقي أن حديث المغيرة: منكر. ضعفه الثوري وابن مهدي وأحمد ويحيى وعلي المديني ومسلم والمعروف عن المغيرة حديث المسح على الخفين.
ونقل الزيلعي عن النووي قوله: كل واحد من هؤلاء لو انفرد قُدّم على الترمذي. واتفق الحفاظ على تضعيفه ولا يقبل قول الترمذي إنه: حسن صحيح. اهـ.
وقال الأستاذ أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي ١/ ١٦٧، ١٦٨ هذا صححه الترمذي وصححه غيره وهو الحق. وملخص كلام شاكر: أن راويه ثقة ولا نكارة بسبب مخالفة غيره ممن روى حديث المغيرة ولم يذكروا الجوربين على أن الحادثة ربما تكون مختلفة.
وكذا صححه الألباني في الإرواء ١٠١ وذكر مثل كلام شاكر.
ولهما وجه محتمل في ذلك غير أنه مرجوح، وهو ما قاله ابن دقيق العيد كما في نصب الراية ١/ ١٨٥ بعد أن ذكر كلام البيهقي وتوهينه له قال ابن دقيق العيد: ومن صححه يعتمد على أن أبي قيس الأودي ليس مخالفاً لرواية الجمهور مخالفة معارضة بل هو أمر زائد لا يعارضه لا سيما وهو طريق مستقل عن هزيل عن المغيرة اهـ. باختصار.
قلت: ومع ذلك فالحديث لم يروه سوى عبد الرحمٰن بن ثروان عن هُزَيل عن المغيرة.
وهزيل ثقة كما في التقريب وأما عبد الرحمٰن بن ثروان الأودي فقال الذهبي في الميزان ٢/ ٥٥٣ قال عبد الله بن أحمد: سألت أبي عنه فقال: هو كذا وكذا. وحرّك يده وهو يخالف في أحاديث وعن أحمد لا يحتج به ووثقه يحيى وغيره ولينه أبو حاتم اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب: صدوق ربما خالف اهـ.
قلت: فأنى له الصحة ولم يتابع عليه ولم يذكر شاكر ولا الألباني طريقاً آخر ولو كان ضعيفاً؟!!
فمن كانت صفته كما في التقريب والميزان فلا ينبغي تصحيح حديثه.
كيف وقد لينه أبو حاتم وقال أحمد ليس بحجة. وهذا كله إن لم يخالف غيره أو لم يأت بشيء يستنكره أهل الحديث عليه أما هنا فقد نقل البيهقي في سننه ١/ ٢٨٤ عن أبي محمد يحيى بن منصور قال: رأيت مسلم بن الحجاج ضعف هذا الحديث وقال: لا نترك ظاهر القرآن بمثل أبي قيس وهُزيل ونقل البيهقي عن ابن مهدي: قلت لسفيان لو حدثني بحديث الأودي عن هزيل ما قَبلته منك فقال سفيان الحديث ضعيف. أو واهٍ أو كلمة نحوها.
ثم أسند البيهقي عن عبد الله بن أحمد قال: حدثت أبي بهذا الحديث.
فقال: لا يعرف إلا من جهة أبي قيس وقد أبى ابن مهدي أن يحدث به يقول هو منكر. ثم أسند البيهقي عن يحيى قال: الناس كلهم يرونه على الخفين غير أبي قيس وكذا قال علي المديني اهـ.
قلت: فالحديث بحسب الصنعة لا يرقى عن درجة الحسن هذا بدون مخالفة أو استنكار له من قبل المحدثين أما والأمر كذلك فأقول: هو حسن غريب. وتصحيح الألباني وشاكر له غير سديد ولا برهان لهما ولا حجة. ولا يعني بطلان العمل به فقد ورد فعله عن جماعة من الصحابة ولكن الذي أعنيه درجة الحديث حسب القواعد.

. . . .

أحمد وابن مهدي ومسلم. قال النووي: كل منهم لو انفرد قدم على الترمذي مع أن الجرح مقدم على التعديل ووقع عندهما أنه يمكن تحقيق ذلك المعنى فيه بلا نعل مع أن فرض المسألة أن يتحقق كذلك، فتخصيص الجواز بوجود النعل حينئذ قصر للدليل، أعني الحديث، والدلالة على مقتضاه بغير سبب فلذا رجع الإمام إلى قولهما وعليه الفتوى قوله: (لأن النبي ﷺ فعله وأمر علياً به) أما فعله فرواية الدارقطني عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ كان يمسح على الجبائر»[(١)] وضعفه بأبي عمارة محمد بن أحمد بن مهدي قال: ولا يصح هذا، قال المنذري: وصح عن ابن عمر المسح على العصابة موقوفاً عليه، وساق بسنده أن ابن عمر توضأ وكفه معصوبة فمسح عليها وعلى العصابة وغسل سوى ذلك. وقال الحافظ أبو بكر[(٢)] أحمد بن الحسين الحافظ: هو عن ابن عمر صحيح، والموقوف في هذا كالمرفوع لأن الأبدال لا تنصب بالرأي، وأما أمره علياً به فرواه ابن ماجه عن زيد بن علي عن أبيه عن جده الحسين ابن عليّ بن أبي طالب عن عليّ بن أبي طالب قال «انكسرت إحدى زندي، فسألت النبي ﷺ، فأمرني أن أمسح على الجبائر»[(٣)] في إسناده عمرو بن خالد الواسطي متروك. قال النووي: هذا الحديث اتفقوا على ضعفه. قال في المغرب: انكسرت إحدى زندي علي صوابه كسر إحد زنديه لأن الزند مذكر والزندان عظما الساعد. ثم قد اختلف في صفة المسح، فقيل واجب عندهما مستحب عنده لأن العذر أسقط وظيفة المحل، وقيل واجب عنده فرض عندهما لانتقال الوظيفة إلى الحائل. وله أن النص أوجبها في محل فلا تجوز في آخر إلا بنص تجوز الزيادة بمثله

البدل. وأجيب بأنه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف، فإذا نزع زالت البدلية عنه وحل الحدث بالخف فكان الخف بدلاً عن الرجل إذ ذاك ولزمه المسح عليه. وقوله (ولو كان الجرموق من كرباس) ظاهر قال (ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة) المسح على الجوربين على ثلاثة أوجه: في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما إذا كانا ثخينين منعلين، وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو أن لا يكونا ثخينين ولا منعلين، وفي وجه لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه وهو أن يكونا ثخينين غير منعلين. يقال جورب منعل ومنعل إذا وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد هو الذي وضع الجلد أعلاه وأسفله وقوله (لا يشفان) تأكيد للثخانة، من شف الثوب: إذا رق حتى رأيت ما وراءه من باب ضرب. لهما حديث أبي موسى الأشعري أن النبي ﷺ مسح على الجوربين، ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخيناً بحيث يستمسك على الساق من غير الربط فأشبه الخف فيلحق به. ولأبي حنيفة أن الإلحاق إنما يصح إذا كان في معناه من كل وجه، وليس كذلك لأن الخف يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب إلا إذا كان منعلاً وهو محمل حديث أبي موسى، على أن أبا داود طعن فيه وقال: ليس بالمتصل ولا بالقوي. وعن أبي حنيفة أنه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعوّاده: فعلت ما كنت أمنع الناس عنه.

قال المصنف: (وقالا يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان) أقول: صفة للثخينين أو خبر ثان، ويروى لا ينشفان: أي الماء: أي لا يشربان قوله: (وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها) أقول: فيه بحث.

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٠٥ وقال عقبه: لا يصح مرفوعاً. وأبو عمارة ضعيف جداً اهـ.
وأخرجه البيهقي ١/ ٢٢٨ من عدة طرق عن ابن عمر موقوفاً. أنه توضأ وكفهُ معصوبة فمسح على العصائب وغسل سوى ذلك. وقال البيهقي: هو عن ابن عمر صحيح.
وكذا صححه المنذري موقوفاً كما نقل ابن الهمام.

(٢) المراد به البيهقي. وتقدم في الذي قبله أنه موقوف.

(٣) ضعيف جداً. أخرجه ابن ماجه ٦٥٧ والبيهقي في سننه ١/ ٢٢٨ كلاهما من حديث علي.
وقال البيهقي: فيه عمرو بن خالد الواسطي معروف بوضع الحديث كذبه أحمد ويحيى وغيرهما، وتابعه عمرو بن موسى بن وجيه وهو متروك منسوب إلى الوضع، وقال البيهقي: والمعتمد كلام الفقهاء وأثر ابن عمر.
وكذا أعله البوصيري في الزوائد بالواسطي وقال: يضع الحديث ونقل الزيلعي ١/ ١٨٧ عن ابن أبي حاتم سألت أبي عن هذا الحديث فقال: باطل لا أصل له اهـ.

وإن شدها على غير وضوء) لأنه عليه الصلاة والسلام فعله وأمر علياً به، ولأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح، ويكتفي بالمسح على أكثرها ذكره الحسن رضي الله عنه، ولا يتوقت لعدم التوقيف

كخبر مسح الخف وليس ذلك في مسح الجبيرة فاعتبرناه في وجوب العمل دون فساد الصلاة بتركه. وقيل الخلاف في المجروح، أما المكسور فيجب فيه اتفاقاً وكأنه بناء على أن خبر المسح عن علي في المكسور. وقيل لا خلاف بينهم، فقولهما بعدم جواز تركه فيمن لا يضره المسح، وقوله بجوازه فيمن يضره، وظاهر قول المصنف ولأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرعية المسح أنه مما يثبت بالدلالة فيلزم كونه فرضاً لأن المسح على الخف فرض إن لم ينزع، وليس بلازم لجواز السقوط رأساً بالعذر كما يجوز الانتقال به لولا الوارد في هذا من الآحاد الموجبة لانتقال الوظيفة إلى الحائل مسحاً وغايته الوجوب، فعدم الفساد بتركه أقعد بالأصول، فلذا قال القدوري في التجريد الصحيح من مذهب أبي حنيفة أنه ليس بفرض، وقوله في الخلاصة إن أبا حنيفة رجع إلى قولهما لم يشتهر شهرة نقيضه عنه، ولعل ذلك معنى ما قيل إن عنه روايتين. وقال المصنف في التجنيس: الاعتماد على ما ذكر في شرح الطحاوي وشرح الزيادات أنه ليس بفرض عنده، ثم المسح عليها إنما يجوز إذا لم يضره الغسل أو المسح على نفس القرحة والجراحة حتى لو لم يضره بالماء الحار وهو يقدر عليه وجب استعماله، وإذا زادت الجبيرة على نفس الجراحة فإن ضرّه الحل والمسح مسح على الكل تبعاً مع القرحة وإن لم يضراه غسل ما حولها ومسحها نفسها، وإن ضره المسح لا الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل ما حولها تحت الخرقة الزائدة إذ الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولم أر لهم ما إذا ضره الحل لا المسح لظهور أنه حينئذ يمسح على الكل، وهكذا الكلام في العصابة إن ضره مسح عليها كلها، ومن ضرر الحل أن يكون في مكان لا يقدر على ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها، ولا فرق بين الجرح والقرحة والكيّ والكسر، ولو انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو علكاً أو أدخله جلدة مرارة أو مَرْهَماً، فإن كان يضره نزعه مسح عليه وإن ضره المسح تركه، وإن كان بأعضائه شقوق أمر

فاستدلوا به على رجوعه إلى قولهما، قال المصنف: وعليه الفتوى. قوله **(ولا يجوز المسح على العمامة الخ)** فيه نفي قول من يجوّز المسح على العمامة كالأوزاعي وأحمد بن حنبل، وأهل الظاهر قالوا صح أن رسول الله ﷺ مسح على عمامته وخفيه. وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الأشياء، والتمسك بالحديث ضعيف لأن قوله تعالى ﴿وامسحوا برؤوسكم﴾ يقتضي عدم جواز مسح غير الرأس، والعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز أو هو منسوخ قال محمد: أخبرنا مالك، قال حدثنا نافع، قال رأيت صفية بنت أبي عبيد تتوضأ وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها، قال نافع: وأنا يومئذ صغير، قال محمد: بهذا نأخذ لا نمسح على خمار ولا على عمامة، بلغنا أن المسح على العمامة كان فترك. والقفاز بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له أزرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها، كذا في الصحاح. وقوله **(ويجوز المسح على الجبائر)** قال قاضيخان: هذا إذا كان يضره المسح على الجراحة، وأما إذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر، والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام، وإنما قال **(وإن شدها على غير وضوء)** لأنها إنما تربط حالة الضرورة، واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي إلى الحرج فلا يعتبر، والأصل في ذلك ما قال في الكتاب أن النبي ﷺ فعله وأمر علياً به حين كسر زنده يوم أحد وقيل يوم خيبر، فإنه كان حامل راية رسول الله ﷺ فكسر زنده وسقط اللواء من يده، فقال عليه الصلاة والسلام «اجعلوها في يساره فإنه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة، فقال ما أصنع بالجبائر» فقال عليه الصلاة والسلام: امسح عليها من غير فصل» بين الغاسل وغيره. و قوله: **(ولأن الحرج فيه ظاهر)** وأرى أن في قوله ويجوز المسح إشارة إلى أن مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب، وذلك لأن الروايات قد اختلفت. فقال في شرح الطحاوي والتجريد: المسح على الجبائر ليس بفرض عند أبي حنيفة وإن لم يضره بل هو مستحب، وفي المحيط أنه واجب عنده وتجوز الصلاة بدونه خلافاً لهما، قالا أمر علياً به والأمر للوجوب، وقال: المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجباً، فكذا المسح، وهذا يرشد إلى أن الأمر للاستحباب. وقوله **(ويكتفي بالمسح على أكثرها)** لم يذكر في ظاهر الرواية أنه إذا مسح على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه أو لا. وذكر في أمالي

بالتوقيت **(وإن سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح)** لأن العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقياً **(وإن سقطت عن برء بطل)** لزوال العذر، وإن كان في الصلاة استقبل لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، والله أعلم.

عليها الماء إن قدر، وإلا مسح عليها إن قدر، وإلا تركها وغسل ما حولها قوله: **(كالغسل لما تحتها ما دام العذر قائماً)** ولهذا لو مسح على عصابة فسقطت فأخذ أخرى لا تجب الإعادة عليه لكنه الأحسن نقله في الخلاصة ولهذا أيضاً لو مسح على خرق رجله المجروحة وغسل الصحيحة ولبس الخف عليها ثم أحدث فإنه يتوضأ وينزع الخف لأن المجروحة مغسولة حكماً، ولا تجتمع الوظيفتان في الرجلين. قال في شرح الزيادات: وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة أن ترك المسح على الجبائر وهو لا يضره يجوز ينبغي أن يجوز لأنه لما سقط غسل المجروحة صارت كالذاهبة، هذا إذا لبس الخف على الصحيحة لا غير، فإن لبس على الجريحة أيضاً بعد ما مسح على جبيرتها فإنه يمسح عليها لأن المسح عليها كغسل ما تحتها.

الحسن بن زياد أنه إذا مسح على الأكثر أجزأه، وإن مسح على النصف لا يجزيه، والفرق بينه وبين مسح الرأس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما الأكثر أن مسح الرأس شرع بالكتاب والباء دخلت المحل فأوجبت تبعيضه على الخفين والمسح على الخفين إن كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه، وإن كان بالسنة فهي أوجبت مسح البعض، فأما المسح على الجبائر فإنما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبيء عن البعض، إلا أن القليل سقط اعتباره دفعاً للحرج وأقيم الأكثر مقامه. وقوله (ولا يتوقت) بيان الفرق بين مسح الخف ومسح الجبيرة وذلك بأمور: منها ما تقدم من قوله وإن شدها على غير وضوء فإن المسح على الخف من غير طهارة لا يجوز كما تقدم، ومنها أنه لا يتوقت بوقت مقدر لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه أثر ولا خبر، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً فيمسح إلى وقع البرء، ومنها أن الجبيرة إن سقطت عن غير برء لم يبطل المسح، بخلاف الخف فإنه إذا نزع بطل المسح لأن العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقياً حتى لو مسح على جبيرة إحدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الأخرى لئلا يكون جامعاً بين الغسل حكماً وبين المسح، وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر، وإن كان سقوطها في الصلاة استقبل لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال صلاته فإنه يستقبلها كذلك. قيل يشكل على هذا ما إذا صلى ركعة أو ركعتين بالتحري ثم تبينت جهة الكعبة فإنه يبني ولا يستقبل مع أن جهة المتحري بدل عن جهة الكعبة. وأجيب بأن ذلك بطريق النسخ لما قبله لما أن أصله كان بطريق النسخ فيبقى في حق المتحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الفائت فلذلك يبني ولا يستقبل.

باب الحيض والاستحاضة

(أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها، وما نقص من ذلك فهو استحاضة) لقوله عليه الصلاة والسلام «أقل الحيض

باب الحيض

قيل هو دم ينفضه رحم امرأة سليمة من الداء والصغر، فقيد الرحم يخرج دم الاستحاضة والجراح والسليمة من الداء يخرج النفاس لأن النفساء في حكم المريضة ولذا اعتبر تبرعاتها من الثلث، وحينئذ لفظ الصغر مستدرك لأن الخارج في الصغر استحاضة، وقد خرج بالرحم لأنه دم عرق لا رحم، وأيضاً يتكرر إخراج الاستحاضة لأن السليمة من الداء يخرجه كما يخرجه الأوّل، وتعريفه بلا استدراك ولا تكرر دم من الرحم لا لولادة، ثم هذا التعريف بناء على أن مسمى الحيض خبث، أما إن كان مسماه الحدث الكائن عن الدم المحرم للتلاوة والمس كاسم الجنابة للحدث الخاص لا للماء الخاص، فتعريفه ما نعية شرعية بسبب الدم المذكور عما اشترط فيه الطهارة وعن الصوم والمسجد والقربان والمعرف لخروجه من الرحم بعد خروجه حسا من الفرج مع عدم الصغر والحبل تقدم نصاب الطهر وعدم نقصانه عن الأقل، وأما زيادته على الأكثر بعد بقية الشروط فالزائد فيه استحاضة، فالامتداد الخاص في غير هذه العوارض معرف له بالضرورة، وعدم الصغر يعرف بتقدير أدنى مدة يحكم ببلوغها فيها إذا رأت الدم، واختلف فيها فقيل ست وقيل سبع وقيل تسع وقيل اثنتا عشرة، والمختار تسع، وألوانه ما ذكر في الكتاب من التربية. والخضرة نوع من الكدرة. وأما الصفرة فلا شك أنها من ألوانه في سن الحيض. وأما في سن الإياس. ففي الفتاوى بنت سبع وخمسين ترى صفرة غير خالصة على الاستمرار، فإن كان ما ترى مثل لون التبن فحيض، فإن لم تكن تعرف من أيامها شيئاً تغتسل لكل صلاة: وإن كان دون التبن فليس بحيض، إلا إذا رأته على الاستمرار وليس بصفرة خالصة، فالظاهر أنه لفساد الرحم وحكمه حرمة الصوم والقربان وما شرط فيه الطهارة، ويثبت هذا الحكم بالبروز. وعن محمد بالإحساس به وثمرته تظهر فيما لو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم إليه قبل الغروب ثم رفعته بعده تقضي الصوم عنده خلافاً لهما: يعني إذا لم يحاذ حرف الفرج الداخل، فإن حاذته البلة من الكرسف كان حيضاً ونفاساً اتفاقاً، وكذا الحدث بالبول والاحتشاء حالة الحيض يسن للثيب ويستحب للبكر، وحالة

باب الحيض والاستحاضة

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بأنهما من الأحداث أوالأنجاس، فمنهم من ذهب إلى الثاني، ومنهم من ذهب إلى الأوّل وهو الأنسب، لأن المصنف يقول بعد هذا باب الأنجاس وتطهيرها. ولما فرغ من الأحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو أقل وقوعاً منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته أو لكونه حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس والحيض لغة، هو الدم الخارج، ومنه حاضت الأرنب، وعند الفقهاء: هو دم ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر. قوله السليمة عن الداء احتراز عن النفاس، وقوله والصغر احتراز عما تراه الصغيرة، وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة أو حكماً وفراغ الرحم عن الحبل (أقل الحيض) أي أقل مدته (ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة) عندنا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف يومان وأكثر اليوم الثالث، وقال مالك: ما يوجد ولو بساعة، وقال الشافعي: يوم وليلة. ولنا ما روى أبو أمامة الباهلي وعائشة وواثلة وأنس وابن عمر أنه ﷺ قال «أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام» وهو مروي عن عمر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن أبي العاص وأنس بن مالك، والمروي عنهم كالمروي عن النبي ﷺ لأن المقادير لا تعرف قياساً. ولأبي يوسف أن الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع أخرى فيقام الأكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكره في النوادر مقام الكمال. ولمالك أن هذا نوع حدث فلا يقدّر أقله شيء كسائر الأحداث. وللشافعي أن السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا أن الدم من الرحم فلا حاجة إلى

للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام» وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بيوم وليلة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يومان والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل. قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع **(وأكثره عشرة أيام والزائد استحاضة)** لما روينا، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بخمسة عشر يوماً ثم

الطهر ويستحب للثيب فقط، ولو وضعته ليلاً فلما أصبحت رأت الطهر تقضي العشاء، فلو كانت طاهرة فرأت البلة حين أصبحت تقضيها أيضاً إن لم تكن صلتها قبل الوضع إنزالاً لها طاهرة في الصورة الأولى من حين وضعته وحائضاً في الثانية حين رفعته أخذاً بالاحتياط فيهما. وأدنى مدة يحكم بإياسها إذا انقطع دمها خمس وخمسون سنة، وإذا حكم به ثم رأت الدم انتقض ذلك. قال الصدر حسام الدين: هذا إذا كان دماً خالصاً، ثم إنما ينتقض به الإياس فيما يستقبل حتى لا تفسد الأنكحة المباشرة قبل المعاودة إن كان على لون الدم، وإن لم يكن على لون الدم بل صفرة أو خضرة أو كدرة لا ينتقض الحكم بالإياس، وإذا رأت المبتدأة دماً في سن يحكم ببلوغها فيه تركت الصلاة والصوم عند أكثر مشايخ بخارا. وعن أبي حنيفة لا تترك حتى يستمر ثلاثة أيام، ويستحب للحائض أن تتوضأ وقت الصلاة وتجلس في مسجد بيتها تسبح وتهلل كي لا تنسى العادة قوله: (لقوله ﷺ) روى الدارقطني عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ «أقل الحيض للجارية البكر والثيب الثلاث وأكثر ما يكون عشرة أيام، فإذا زاد فهي مستحاضة»[(١)] قال الدارقطني: عبد الملك مجهول، والعلاء بن كثير ضعيف الحديث، وأخرج عن عبد الله: يعني ابن مسعود «الحيض ثلاث وأربع وخمس وست وسبع وثمان وتسع وعشر، فإذا زاد فهي مستحاضة»[(٢)] وقال: لم يروه عن الأعمش بهذا الإسناد غير هارون بن زياد وهو ضعيف الحديث. وروى ابن عدي في الكامل عن أنس عنه ﷺ «الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة وعشرة، فإذا جاوزت العشرة فهي مستحاضة»[(٣)] وأعله بالحسن بن دينار والحديث معروف بالجلد بن أيوب. وروي موقوفاً على أنس. وقال ابن عدي في الحسن: لم أر له حديثاً جاوز الحدّ في النكارة وهو إلى الضعف أقرب. وروى الدارقطني عن عبد العزيز الدراوردي عن عبيد الله بن عمر عن ثابت عن أنس قال: هي حائض فيما بينها وبين عشرة، فإذا زادت فهي مستحاضة[(٤)] وروى أيضاً: حدثنا الحسين بن أسماعيل، قال: حدثنا خلاد بن أسلم، حدثنا محمد بن فضيل عن أشعث عن الحسن عن عثمان ابن أبي العاص قال: لا تكون المرأة مستحاضة في يوم ولا يومين ولا ثلاثة حتى تبلغ عشرة، فإذا بلغت عشرة أيام

الاستظهار بشيء آخر. والجواب أنه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز **(وأكثره عشرة أيام ولياليها والزائد عليها استحاضة)** وقال الشافعي: خمسة عشر يوماً، وهو قول أبي حنيفة الأول لقوله عليه الصلاة والسلام في نقصان دين المرأة «تقعد إحداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي» والمراد به زمن الحيض، والشطر هو النصف. ولنا ما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام «وأكثره عشرة أيام» ولأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به، وليس المراد بالشطر حقيقته لأن في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الإياس وهي لا تحيض في شيء من ذلك الزمان، فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر حيضاً، وإذا قدرنا

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢١٨ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ١/ ٢٨٠ كلاهما من حديث أبي أمامة ورواية الطبراني فيها اختصار.
وقال الهيثمي: فيه عبد الملك الكوفي عن العلاء بن كثير لا ندري من هو.
قال الدارقطني: عبد الملك مجهول، والعلاء ضعيف ومكحول لم يسمع من أبي أمامة.

(٢) موقوف ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٠٩ عن ابن مسعود موقوفاً، وفيه القشيري هارون بن زياد ضعفه الدارقطني به.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٢/ ٣٠١ عن أنس مرفوعاً بهذا اللفظ، وأعله بالحسن بن دينار، ونقل عن أحمد قوله: لا يكتب حديثه، ورواه ابن عدي ٢/ ١٧٦ عن أنس موقوفاً وفيه الجلد بن أيوب قال أحمد: لا يساوي حديثه شيئاً ضعيف الحديث وبقية كلام ابن عدي ذكره ابن الهمام كما ترى.
ورواه الداقطني ١/ ٢٠٩ من طريق الجلد أيضاً.

(٤) موقوف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢١٠ عن أنس موقوفاً.

الزائد والناقص استحاضة، لأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به **(وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض)** حتى ترى البياض خالصاً **(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تكون الكدرة حيضاً إلا بعد الدم)** لأنه لو

كانت مستحاضة[١] وقال أيضاً: حدثنا عثمان بن أحمد الدقاق قال: حدثنا يحيى بن أبي طالب قال: أخبرنا عبد الوهاب قال: حدثنا هشام بن حسان عن الحسن أن عثمان بن أبي العاص الثقفي قال: الحائض إذا جاوزت عشرة أيام فهي بمنزلة المستحاضة تغتسل وتصلي. وعثمان هذا صحابي. وقال أيضاً: حدثنا إبراهيم بن حماد قال حدثنا المخرمي قال: حدثنا يحيى بن آدم قال: حدثنا حماد بن سلمة: وحدثنا مخلد قال: حدثنا الحامي قال: حدثنا وكيع قال: حدثنا حماد بن سلمة عن عليّ بن ثابت عن محمد بن زيد عن سعيد بن جبير قال: الحيض ثلاث عشر وأسند مثله عن سفيان. وروى الدارقطني عن النبي ﷺ أيضاً من حديث واثلة بن الأسقع عنه ﷺ «أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام»[٢] وضعفه بجهالة محمد بن منهال، وضعف محمد بن أحمد بن أنس. وروى ابن عدي في الكامل من حديث معاذ بن جبل عنه عليه الصلاة والسلام «لا حيض دون ثلاثة أيام ولا حيض فوق عشرة أيام» الحديث، وضعفه بمحمد بن سعيد الشامي رموه بالوضع[٣]، وأخرجه العقيلي عن معاذ عنه ﷺ من غير طول وأعله بجهالة محمد بن الحسن الصدفي بالنقل وروى ابن الجوزي في العلل المتناهية عن الخدري عنه ﷺ «أقل الحيض ثلاث وأكثره عشر، وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوماً»[٤] وضعفه بسليمان المكني أبا داود النخعي فهذه عدة أحاديث عن النبي ﷺ متعددة الطرق، وذلك يرفع الضعيف إلى الحسن والمقدرات الشرعية مما لا تدرك بالرأي، فالموقوف فيها حكمه الرفع، بل تسكن النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين إلى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف. وبالجملة فله أصل في الشرع، بخلاف قولهم أكثره خمسة عشر يوماً لم نعلم فيه حديثاً حسناً ولا ضعيفاً، وإنما تمسكوا فيه بما رووه عنه ﷺ قال في صفة النساء «تمكث إحداكن شطر عمرها لا تصلي»[٥] وهو لو صح لم يكن فيه حجة لما نذكر، لكن قال البيهقي إنه لم يجده، وقال ابن الجوزى في التحقيق: هذا حديث لا يعرف، وأقره عليه صاحب التنقيح قوله: **(لما روى أن عائشة)** روى مالك في الموطإ عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه مولاة عائشة قالت: كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن

بالعشرة بهذه الآثار كان مقارباً بالشطر وحصل التوفيق. ومن المتأخرين من التزم أن المراد بالشطر حقيقته وهو النصف وقال هو حاصل فيما قلنا، فإن المرأة إذا بلغت لخمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة أيام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلاة والصوم شطر عمرها قوله: **(وما تراه المرأة)** بيان ألوانه وهي ستة السواد: والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية، ولم يذكر السواد لأنه لا إشكال في كونه حيضاً لقوله ﷺ «دم الحيض أسود عبيط محتدم» أي طري شديد الحمرة يضرب إلى السواد، وأما الحمرة فهي اللون الأصلي للدم، إلا أنه عند غلبة السوداء يضرب إلى السواد، وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب للصفرة، ويتبين ذلك لمن افتصد، فالصفرة أيضاً من ألوان الدم إذا رق، وقيل هي كصفرة التبن أو كصفرة القز. وأما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول أبي حنيفة ومحمد حتى ترى البياض خالصاً سواء رأت في أول أيام

---

(١) موقوف، أخرجه الدارقطني ١/ ٢١٠ من طريقين عن عثمان بن أبي العاص من قوله، وأثر ابن جبير الآتي في سنن الدارقطني أيضاً.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢١٩ عن واثلة بن الأسقع.
قال الدارقطني: حماد بن منهال مجهول ومحمد الشامي ضعيف.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل. ٦٠/ ١٤١ والعقيلي في الضعفاء ١٦٠٤ وكلامهما ذكره ابن الهمام.

(٤) باطل. أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية ٦٤٠ عن أبي سعيد مرفوعاً وقال: فيه أبو داود النخعي كان يضع الحديث هو وأبو البختري.

(٥) لا أصل له. جاء في تلخيص الحبير ١/ ١٦٢ ملخصه: لا أصل له بهذا اللفظ: قال البيهقي في المعرفة: يذكره فقهاؤنا وقد طلبته كثيراً فلم أجده. ولم أجد له إسناداً.
وقال ابن الجوزي في التحقيق: يذكره أصحابنا ولا أعرفه.
وقال النووي في شرح المهذب وفي الخلاصة: باطل لا أصل له.

كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي. ولهما ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً وهذا لا يعرف إلا سماعاً وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر أوّلاً كالجرّة إذا ثقب أسفلها، وأما

الصلاة فتقول لهن: لا تعجلن حتى ترين القَصّةَ البيضاء، تريد بذلك الطهر من الحيض[١]. وأخرجه البخاري تعليقاً. والقصة البيضاء: بياض يمتد كالخيط. واستدلال المصنف بهذا أولى مما قيل إن من خاصية الطبيعة دفع الكدر أوّلاً فإنه يقتضي أنها لو خرجت عقيب الصافي لا يكون حيضاً وليس كذلك، وإن كان يجاب بأنها إذا خرجت بعد الصافي يكون حيضاً بناء على الحكم بأنها حدثت الآن لا أنها كنت متحصلة في الرحم من ابتداء رؤية الحيض وإلا لخرجت قبل هذا. ومقتضى هذا المروى أن مجرد الانقطاع دون رؤية القصة لا تجب معه أحكام الطاهرات، وكلام الأصحاب فيما يأتي كله بلفظ الانقطاع حيث يقولون وإذا انقطع دمها فكذا وإذا انقطع فكذا مع أنه قد يكون انقطاع بجفاف من وقت إلى وقت ثم ترى القصة، فإن كانت الغاية القصة لم تجب تلك الصلاة، وإن كان الانقطاع عن سائر الألوان وجبت، وأنا متردد فيما هو الحكم عندهم بالنظر إلى دليلهم وعبارتهم في إعطاء الأحكام، والله أعلم. ورأيت في المروي عبد الوهاب عن يحيى بن سعيد عن ريطة مولاة عمرة عن عمرة أنها كانت تقول للنساء: إذا أدخلت إحداكن الكرسفة فخرجت متغيرة فلا تصلي حتى لا ترى شيئاً[٢] وهذا يقتضي أن الغاية الانقطاع، ثم المعتبر في البياض وقت الرؤية، فلو رأته أبيض خالصاً إلا أنه إذا يبس اصفرّ فحكمه حكم البياض، أو أصفر ولو يبس ابيض فحكمه حكم الصفرة قوله: **(فالصحيح الخ)** احتراز عن قول من قال: أكلت فصيلاً على وجه الإنكار لكونه حيضاً قوله: **(وإن كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة)** يعني الآيسة، وكونها لا ترى غيرها ليس بقيد على ما ذكره الصدر الشهيد حسام الدين مما قدمناه عنه أول الباب من أن الشرط في نفي كون ما تراه حيضاً أن لا ترى الدم الخالص قوله: **(والحيض يسقط)** يفيد ظاهراً عدم تعلق أصل الوجوب بها، وهذا لأن تعلقه يستتبع فائدته، وهي إما

الحيض أو في آخرها **(وقال أبو يوسف: لا تكون الكدرة حيضاً إلا بعد الدم، لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي)** لأن الكدرة من كل شيء تتبع صافيه فلو جعلناها حيضاً ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعاً **(ولهما ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً)** حدث مالك في الموطإ عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه مولاة عائشة أم المؤمنين أنها قالت: كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لهن: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء. والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد: شيء يخرج من أقبال النساء بعد انقطاع الدم شبه الخيط الأبيض، وقيل هي الجصّ شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص: يعني تخرج الخرقة التي تحشى بها كالجص الأبيض، قيل ويعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لأن اللون يتغير بالأسباب، وهذا يعني ما فعلت عائشة لا يعرف إلا سماعاً، فيحمل على أنها سمعت ذلك من رسول الله ﷺ: فإن قيل قوله عليه الصلاة والسلام «دم الحيض أسود عبيط» يدل على أن هذه الأشياء ليست بحيض وهو أقوى من فعل عائشة فلا يجوز تركه به. أجيب

قوله: **(فإن قيل قوله عليه الصلاة والسلام «دم الحيض أسود عبيط» يدل على أن هذه الأشياء ليست بحيض)** أقول: لأن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان، ففي الجواب بحث وهو قوله أجيب بأنه من باب تخصيص الشيء بالذكر، ولا دلالة على نفي ما عداه، وقوله عبيط بالعين المهملة

---

(١) موقوف حسن. أخرجه مالك ٥٩ ح٩٧ عن علقمة عن أمه مولاة عائشة. بهذا اللفظ. ورواه البخاري في كتاب الحيض باب إقبال الحيض وإدباره معلقاً. وقال ابن حجر في الفتح.
الدرجة: بكسر الدال وفتح الراء جمع دُرْج بسكون الراء هو ما تحتشي به المرأة من قطنة ونحوها لتعرف هل بقي من أثر الحيض شيء أم لا.
الكرسف: بفتح الكاف القطن. قاله ابن حجر في الفتح ١/ ٤٢٠.

(٢) أثر عمرة. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ١/ ١٩٣ وإسناده جيد.

الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقراء تكونت حيضاً ويحمل على فساد الغذاء، وإن كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضاً **(والحيض يسقط عن الحائض الصلاة ويحرّم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة)** لقول عائشة رضي الله عنها: كانت إحدانا على عهد رسول الله ﷺ إذا

الأداء أو القضاء، والأول منتف لقيام الحدث مع العجز عن رفعه، والثاني كذلك فضلاً منه تعالى دفعاً للحرج اللازم بإلزام القضاء لتضاعف الصلاة خصوصاً فيمن عادتها أكثر، فانتفى الوجوب لانتفاء فائدته لا لعدم أهليتها للخطاب ولذا تعلق بها خطاب الصوم لعدم الحرج، إذ غاية ما تقضي في السنة خمسة عشر يوماً قوله: **(لقول عائشة)** لفظ الحديث عن معاذة قالت «سألت عائشة فقلت: ما بال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة؟ فقالت أحرورية أنت؟ قلت: لست بحرورية ولكنني أسأل، قالت: كان يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة» متفق عليه[١] قوله: **(لقوله ﷺ)** عن أفلت عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت «جاء رسول الله ﷺ ووجوه بيوت أصحابه شارعة في المسجد فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد ثم دخل ولم يصنع القوم شيئاً رجاء أن تنزل فيهم رخصة، فخرج إليهم فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب»[٢] رواه أبو داود وابن ماجه والبخاري في تاريخه الكبير بزيادة. قال البخاري: ضعفوا هذا الحديث، وقالوا:

بأنه من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا دلالة له على نفي ما عداه. وقوله **(وفم الرحم منكوس)** جواب عن قول أبي يوسف لتأخر خروج الكدر عن الصافي وكأنه قول بالموجب: أي نعم هو كذلك إذا لم يكن المخرج من أسفل. أما إذا كان كالجرة ثقب أسفلها فإن الكدرة تخرج أو لا، وأما الخضرة فقد أنكر بعض مشايخنا وجودها. وقال مستبعداً كأنها أكلت فصيلاً. وذكر أبو علي الدقاق أن الخضرة نوع من الكدرة. وقال المصنف **(إذ كانت المرأة من ذوات الأقراء كانت حيضاً، ويحمل على فساد الغذاء كأنها أكلت غذاء فاسداً)** أفسد صورة دمها **(وإن كانت كبيرة)** أي آيسة وهي أن تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار، وقيل في خمسين، وقيل في سبعين لا يكون حيضاً ويحمل على فساد المنبت فإن الدم في الأصل لا يكون أخضر، ولم يذكر المصنف التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة إلى التراب لأنها نوع من الكدرة فهي

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٢١ ومسلم ٣٣٥ واللفظ له وأبو داود ٢٦٣ والترمذي ١٣٠ وابن ماجه ٦٣١ والنسائي ١/ ١٩١ كلهم عن معاذة العدوية به.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٢ والبيهقي في سننه ٢/ ٤٤٢، ٤٤٣ والبخاري في تاريخه ٢/ ٧٦ كلهم من طريق أفلت بن خليفة حدثتني جسرة عن عائشة به وورد من حديث أم سلمة أخرجه ابن ماجه ٦٤٥ وابن أبي حاتم في علله ٢٦٩ كلاهما عن محروج الذهلي عن جسرة عن أم سلمة. وطريق أم سلمة واه فيه أبو الخطاب مجهول ومجروج لم يوثق كما في زوائد البوصيري.
ومداره على جسرة أيضاً وعن جسرة أفلت بن خليفة في رواية أبي داود. وقد ذكر ابن الهمام ما فيه الكفاية.
والخلاصة: قال ابن حجر في التقريب: جسرة بنت دجاجة مقبولة ويقال إن لها إدراكاً. أي صحبة.
وقال في التقريب عن أفلت بن خليفة: هو العامري ويُقال: فُلَيت صدوق.
وقال ابن حجر في بلوغ المرام ص١٥ رواه أبو داود وصححه ابن خزيمة. وقال في تلخيص الحبير ١/ ١٤٠ ما ملخصه: رواه أبو داود عن جسرة عن عائشة وابن ماجه عن جسرة عن أم سلمة وقال أبو زرعة الصحيح عن جسرة عن عائشة قال ابن حجر: وقد ضعف بعضهم هذا الحديث بأن راويه أفلت مجهول الحال. وأما قول ابن رفعة متروك. فهذا مردود فقد قال أحمد أفلت ما أرى به بأساً والحديث صححه ابن خزيمة وحسنه ابن القطان اهـ.
قلت: وكذا حسنه الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٩٤ وحسنه ابن القطان وذكر الزيلعي كلاماً طويلاً لابن القطان وحاصله أن أفلت قال أبو حاتم عنه: شيخ وقال أحمد: ما أرى به بأساً اهـ.
وجسرة قد وثقها العجلي وابن حبان وقال ابن حجر في التقريب مقبوله وقال عن أفلت: صدوق اهـ وقال الدارقطني: صالح فتلخص من ذلك: صححه ابن خزيمة وحسنه ابن القطان والزيلعي ومال إليه ابن حجر وصوب أبو زرعة أنه عن جسرة عن عائشة وهذا إثبات منه لك دون أن ينكره كعادته.
فهذا حديث حسن والله أعلم.

طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة، ولأن في قضاء الصلاة حرجاً لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم (ولا تدخل المسجد) وكذا الجنب لقوله عليه الصلاة والسلام «فإني لا أحلّ المسجد لحائض ولا جنب» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في إباحة الدخول على وجه العبور والمرور (ولا تطوف بالبيت) لأن الطواف

أفلت مجهول. قال المنذري: فيما حكاه نظر، فإنه أفلت بن خليفة العامري ويقال الذهلي كنيته أبو حسان حديثه في الكوفيين، روى عنه سفيان الثوري وعبد الواحد بن زياد. وقال أحمد بن حنبل: ما أرى به بأساً، وقال أبو حاتم: شيخ، وحكى البخاري أنه سمع من جسرة، وقال الدارقطني: صالح، وقال العجلي في جسرة: تابعية ثقة، وقال البخاري عندها عجائب، وقال الشيخ تقي الدين في الإمام: رأيت في كتاب الوهم والإيهام لابن القطان المقروء عليه دجاجة بكسر الدال وعليه صح، وكتب الناس في الحاشية بكسرالدال بخلاف واحدة الدجاج اهـ قوله: (وهو بإطلاقه حجة على الشافعي) في إباحته الدخول على وجه العبور، واستدل بقوله تعالى ﴿ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا﴾ [النساء ٤٣] بناء على إرادة مكان الصلاة بلفظ الصلاة في قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء ٤٣] أو على استعماله في حقيقته ومجازه، ولا موجب للعدول عن الظاهر إلا توهم لزوم جواز الصلاة جنباً حال كونه عابر سبيل لأنه مستثنى من المنع المغيا بالاغتسال، وليس بلازم لوجوب الحكم بأن المراد جوازها حال

على الاختلاف المذكور. وروي التريئة بوزن التربعة والتربية بوزن الترعية، وهي لون خفي يسير أقل من صفرق وكدرة، وقيل هي من التربة لأنها على لونها، ولم يذكر أوان الحيض. واختلفوا في أدنى مدة يحكم ببلوغها إذا رأت الدم فيها. قال أبو نصر بن سلام: بنت ست سنين إذا رأت الدم وتمادى بها ثلاثة أيام، وبعضهم قدره بسبع سنين، ومحمد بن مقاتل قدره بتسع سنين، وأبو علي الدقاق قدره بثنتي عشرة سنة، وأكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل. قال (والحيض يسقط عن الحائض الصلاة) هذا بيان أحكام الحيض. قال في النهاية وغيرها: إنها ثنا عشر: ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس وأربعة مختصة بالحيض دون النفاس، فأما الثمانية: فترك الصلاة لا إلى قضاء، وترك الصوم إلى قضاء، وحرمة الدخول في المسجد، وحرمة الطواف بالبيت، وحرمة قراءة القرآن، وحرمة مس المصحف بدون الغلاف، وحرمة جماعها، والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس. وأما الأربعة: المخصوصة بالحيض، فانقضاء العدة، والاستبراء، والحكم ببلوغها، والفصل بين طلاقي السنة والبدعة. فالسبعة الأولى تتعلق ببروز الدم عندهما بمجاوزته موضع البكارة. وعن محمد أنها تتعلق بالإحساس بالبروز، فلو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم من الرحم إلى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام. وعن محمد في غير ظاهر الرواية أنها تقضيه. والثامن يتعلق بنصاب الحيض ويستند إلى ابتدائه، والأربعة الباقية تتعلق بانقضائه قوله (يسقط) على مذهب القاضي أبي زيد على حقيقته لأن عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للإيجاب لكن يسقط بالعذر، وأما على قول غيره فيكون يسقط مجازاً للمنع، وإنما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط إشارة إلى أنه يقضى، قيل المبتدأة إذا رأت دماً تركت الصلاة والصوم عند أكثر مشايخ بخارا، وعن أبي حنيفة رحمه الله لا تترك حتى يستمرّ الدم ثلاثة أيام، وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لقول عائشة فيما روى أن امرأة سألت قالت: ما بال إحدانا تقضي صيام أيام الحيض ولا تقضي الصلاة؟ فقالت: أحرورية أنت؟ كانت إحدانا على عهد رسول الله ﷺ إذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة. فإن قيل وجوب القضاء يبتنى على وجوب الأداء في الأحكام فكيف تخلف هذا الحكم ههنا؟ أجيب بأن الأصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس. قوله (ولأن في قضاء الصلاة حرجاً) ظاهر، وعدم وجوب قضاء الصلاة ليس بمحتاج إلى دليل لأنه على الأصل، وإنما المحتاج إلى ذلك قضاء الصيام، وقد انضاف إلى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب. قوله (ولا تدخل المسجد وكذا الجنب) لما ذكر في السنن مسنداً إلى عائشة أن النبي ﷺ قال «وجهوا هذه البيوت إلى المسجد فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب» (وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في إباحته الدخول على وجه العبور والمرور) فإنه لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام فيه ولا تمسك بقوله تعالى ﴿ولا جنباً إلا عابري سبيل﴾ لأن أهل التفسير قالوا إلا ههنا إلا بمعنى ولا، أو لأن المراد بالصلاة حقيقتها إذ الكلام للحقيقة. وقوله ﴿إلا عابري سبيل﴾ أي إلا مسافرين، والمسافر يسمى عابراً

في المسجد (ولا يأتيها زوجها) لقوله تعالى ﴿ولا تقربوهنّ حتى يطهرن﴾ (وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة

كونه عابر سبيل: أي مسافراً بالتيمم لأن مؤدى التركيب لا تقربوها جنباً حتى تغتسلوا إلا حال عبور السبيل فلكم أن تقربوها بغير اغتسال، وبالتيمم يصدق أنه بغير اغتسال. نعم يقتضي ظاهر الاستثناء إطلاق القربان حال العبور، لكن يثبت اشتراطه التيمم فيه بدليل آخر وليس هذا ببدع، وعلى هذا فالآية دليلهما على منع التيمم للجنب المقيم في المصر ظاهراً. وجوابه أنه خص حالة عدم القدرة على الماء في المصر من منعها كما أنها مطلقة في المريض والإجماع على تخصيص حالة القدرة حتى لا يتيمم المريض القادر على استعمال الماء، وهذا للعلم بأن شرعيته للحاجة إلى الطهارة عند العجز عن الماء، فإذا تحقق في المصر جاز، وإذا لم يتحقق في المريض لا يجوز. فإن قيل: في الآية دليل حينئذ على أن التيمم لا يرفع الحدث وأنتم تأبونه. قلنا قد ذكرنا أن محصلها لا تقربوها جنباً حتى تغتسلوا إلا عابري سبيل فاقربوها بلا اغتسال بالتيمم، لا أن المعنى فاقربوها جنباً بلا اغتسال بالتيمم بل بلا اغتسال بالتيمم، فالرفع وعدمه مسكوت عنه، ثم استفيد كونه رافعاً من خارج على ما قدمناه في باب التيمم قوله: **(ولا تطوف بالبيت)** لأنه في المسجد فيحرم، ولو فعلته الحائض كانت عاصية معاقبة وتتحلل به من إحرامها لطواف الزيارة وعليها بدنه كطواف الجنب، هذا والأولى عدم الاقتصار على التعليل المذكور، فإن حرمة الطواف جنباً ليس منظوراً فيه إلى دخول المسجد بالذات، بل لأن الطهارة واجبة في الطواف، فلو لم يكن ثمة مسجد حرم عليها الطواف قوله: **(ولا يأتيها زوجها)** ولو أتاها مستحلاً كفر أو عالماً بالحرمة أتى كبيرة ووجبت التوبة ويتصدق بدينار أو بنصفه استحباباً، وقيل بدينار إن كان أول الحيض وبنصفه إن وطىء في آخره كأن قائله رأى أنه لا معنى للتخيير بين القليل والكثير في النوع الواحد، وكذا هذا الحكم لو قالت حضت فكذبها لأن تكذيبه لا يعمل بل تثبت الحرمة بإخبارها، وأما الاستمتاع بها بغير الجماع فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ومالك يحرم عليه ما بين السرّة والركبة وهو المراد بما تحت الإزار، ومذهب محمد بن الحسن وأحمد لا يحرم ما سوى الفرج لما أخرج الجمعة إلا البخاري أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوها في البيوت، فسألت الصحابة رسول الله ﷺ عن ذلك، فأنزل الله تعالى ﴿ويسئلونك عن المحيض﴾ فقال النبي ﷺ: «اصنعوا كل شيء إلا النكاح. وفي رواية إلا الجماع»[1] وللجماعة[2] ما عن عبد الله بن سعد «سألت رسول الله ﷺ عما يحل لي من امرأتي وهي

فيكون معناه والله أعلم إلا مسافرين فإنه يباح لهم الصلاة قبل الاغتسال بالتيمم، وصورة هذه المسألة ما قال في المبسوط: مسافر مرّ بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فإنه يتيمم لدخول المسجد عندنا، وقال الشافعي: جاز له أن يدخل مجتازاً. قوله **(ولا تطوف بالبيت)** لأن الطواف في المسجد قيل فإذا كان الطواف في المسجد كان الحكم معلوماً من قوله: ولا تدخل المسجد. وأجيب بأنه صرح بذلك لأن الدخول قد يكون عند الطهارة فيوهم جواز الطواف، وليس كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهرة، ولو علل بقوله لأن الطواف بالبيت صلاة كان أشمل لتناوله حينئذ الطواف في المسجد وخارجه وأدفع للسؤال. وقوله **(ولا يأتيها زوجها)** أي لا يطؤها ظاهر. قال **(وليس للحائض والنفساء الجنب قراءة القرآن لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن»)** وهو حجة على مالك فإنه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة إلى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة، بخلاف الجنب فإنه قادر عليه بالغسل أو التيمم **(وهو)** أي

قوله: **(وأما على قول غيره فيكون يسقط مجازاً للتمنع)** أقول: الظاهر أن يقال للمنع بدل قوله للتمنع.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٠٢ وأبو داود ٢٥٨ والترمذي ٢٩٧٧ والنسائي ١/ ١٥٢ وابن ماجه ٦٤٤ والطيالسي ٢٠٥٢ وأحمد ٣/ ٢٤٦، ١٣٢ كلهم من حديث أنس بأتم منه وإسناده في غاية الصحة.

(٢) أي أبو حنيفة ومالك والشافعي وأبو يوسف.

القرآن) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن» وهو حجة على مالك رحمه الله في الحائض، وهو بإطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في إباحته **(وليس لهم مس المصحف إلا**

حائض؟ فقال: لك ما فوق الإزار» رواه أبو داود[1]، وسكت عليه فهو حجة، ويحتمل أن يكون حسناً أو صحيحاً، فمنهم من حسنه لكن شارحه أبو زرعة العراقي صرح بأنه ينبغي أن يكون صحيحاً، وهو فرع معرفة رجال سنده فثبت كونه صحيحاً، وحينئذ يعارض ما رواه مسلم وغيره خصوصاً وأنت تعلم أن مسلماً يخرج عمن لم يسلم من غوائل الجرح، وإذن فالترجيح له لأنه مانع وذاك مبيح، وأما ترجيح السروجي قول محمد بأن أحاديثنا مفهوم لا يعارض منطوقهم فغلط، لأن كونها منطوقاً في المدعي أو مفهوماً بناء على اعتبار المدعي كيف هو، فإن جعلت الدعوى قولنا جميع ما يحل للرجل من أمرأته الحائض ما فوق الإزار كانت أحاديثنا منطوقاً: أعني قوله ﷺ «لك ما فوق الإزار» جواباً عن قول السائل: ما يحلّ لي من امرأتي الحائض، فإن معناه: جميع ما يحلّ لك ما فوق الإزار، لأن معنى السؤال جميع ما يحل لي ما هو فيطابق الجواب السؤال، وإن جعلت الدعوى لا يحل ما تحت الإزار وقالوا يحل إلا محل الدم كانت مفهوماً، ولا شك أن كلاً من الاعتبارين في الدعوى صحيح، فعلم أن المفهومية غير لازمة في أحاديثنا ولا المنطوقية، ثم لو سلم كان هذا المفهوم أقوى من المنطوق لأن زيادة قوة المنطوق على المفهوم ليس إلا لزيادة دلالته على المعنى للزومه له وهذا المفهوم وهو انتفاء حل ما تحت الإزار مطلقاً، لما كان ثابتاً لوجوب مطابقة الجواب السؤال لدلالة خلافها على نقصان في الغريزة أو العجز أو الخبط كان ثبوته واجباً من اللفظ على وجه لا يقبل تخصيصاً ولا تبديلاً لهذا العارض، والمنطوق من حيث هو منطوق يقبل ذلك فلم يصح الترجيح في خصوص المادة بالمنطوقية ولا المرجوحية بالمفهومية، وقد كان فعله ﷺ على ذلك فكان لا يباشر إحداهن وهي حائض حتى يأمرها أن تأتزر متفق عليه[2]. وأما قوله تعالى ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة ٢٢٢] فإن كان نهياً عن الجماع عيناً فلا يمتنع أن تثبت حرمة أخرى في محل آخر بالسنة، وإياك أن تظن أن هذه من الزيادة على النص بخبر الواحد لأن ذاك تقييد مطلقه فيقع موقع المعارض في بعض متناولاته لا شرع ما لم يتعرض له، ولو حمل على أعم من ذلك كان الجماع من أفراد المنهي عنه لتناوله حرمة الاستمتاع بها أعني الجماع وغيره من الاستمتاعات، ثم يظهر تخصيص بعضها بالحديث المفيد لحل ما سوى ما بين السرّة والركبة فيبقى ما بينهما داخلاً

الحديث **(بإطلاقه)** أي بعمومه لأن شيئاً نكرة في سياق النفي **(يتناول ما دون الآية)** فتمنع عن قراءته كالآية فيكون حجة على الطحاوي في إباحة قراءة ما دون الآية للحائض والنفساء والجنب مستدلاً بأن المتعلق بالقرآن حكمان: جواز الصلاة، ومنع الحائض عن القراءة، ثم في أحد الحكمين يفصل بين الآية وما دونها فكذلك في الحكم الآخر. وقال الكرخي: يمنع عن قراءة ما دون الآية أيضاً على قصد قراءة القرآن، كما يمنع عن قراءة الآية التامة لأن الكل قرآن، فإن لم يقصد القراءة نحو أن

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٢ من حديث حرام بن حكيم عن عمه بهذا السياق وسكت عنه. وأخرجه من حديث معاذ برقم ٢١٣ وقال: ليس إسناده بالقوي. اهـ لأنه فيه بقية بن الوليد مدلس وقد عنعنه لكن حديث حرام بن حكيم رجاله ثقات.
تنبيه: قوله: عن عبد الله بن سعد. لعلة سبق قلم. مع أن في الإسناد سعيد بن عبد الله. لكنه أحد الرواة وليس بصحابي. وانظر تلخيص الحبير ١/ ١٦٧.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠ و٣٠٢ ومسلم ٢٩٣ وأبو داود ٢٦٨ و٢٧٣ والترمذي ١٣٢ والنسائي ١/ ١٥١ وابن ماجه ٦٣٥ و٦٣٦ وأحمد ٦/ ١٧٤، ٢٠٦، ٢٠٩، ١٧٤، ١٣٤ والطيالسي ٤٩ و١٣٧٥ والبيهقي ١/ ٣١٠ كلهم من حديث عائشة: كانت إحدانا إذا كانت حائضاً أمرها رسول الله ﷺ أن تتزر في فور حيضتها ثم يباشرها قالت: وأيكم يملك إربَهُ كما كان رسول الله ﷺ رواه البخاري بهذا السياق واللفظ بحرفيته لمسلم.
وأخرجه البخاري ٣٠٣ ومسلم ٢٩٤ وأبو داود ٢٦٧ كلهم من حديث أم سلمة بلفظ: كان رسول الله ﷺ يباشر نساءه فوق الإزار وهنّ حيَّض. لفظ مسلم.

بغلافه، ولا أخذ درهم فيه سورة من القرآن إلا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يمس القرآن إلا طاهر» ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافياً عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو

في عموم النهي عن قربانه وإن لم يحتج إلى هذا الاعتبار في ثبوت المطلوب لما بينا قوله: **(لقوله ﷺ «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن**[1]**)** رواه الترمذي وابن ماجه، وفي إسناده إسماعيل بن عياش، وتقدم الكلام فيه. وفي سنن الأربعة عن عليّ «كان رسول الله ﷺ لا يحجبه، أو قال لا يحجزه عن القراءة شيء ليس الجنابة»[2] وقال الشافعي: أهل الحديث لا يثبتونه، قال البيهقي: لأن مداره على عبد الله بن سلمة بكسر اللام، وكان قد كبر وأنكر عقله وحديثه، وإنما روى هذا بعد كبره قاله شعبة، لكن قد قال الترمذي: حديث حسن صحيح وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: ولم يحتجا بعبد الله بن سلمة ومدار الحديث عليه، وروى البيهقي عن عمر أنه كره القراءة للجنب، [3] وقال صحيح قوله: **(فيكون حجة على الطحاوي في إباحته ما دون آية)** ذكر نجم الدين الزاهد أنه رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة وأن عليه الأكثر. ووجهه أن ما دون الآية لا يعدّ بها قارئاً، قال تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ [المزمل ٢٠] كما قال ﷺ «لا يقرأ الجنب القرآن»[4] فكما لا يعد قارئاً بما دون الآية حتى لا تصح بها الصلاة كذا لا يعدّ بها قارئاً فلا يحرم على الجنب والحائض، وقالوا: إذا حاضت المعلمة تعلم كلمة كلمة وتقطع بين الكلمتين وعلى قول الطحاوي نصف آية. وفي الخلاصة في عدّ حرمات الحيض وحرمة القرآن إلا إذا كانت آية

يقرأ الحمد لله شكراً للنعمة فلا بأس به. وذكر الحلواني عن أبي حنيفة: لا بأس للجنب أن يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء. قال الهندواني: لا أفتي بهذا وإن روى عنه. وقيل المختار الجواز **(وليس لهم)** أي للحائض والنفساء والجنب **(مس المصحف الخ)** ظاهر. وقوله **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** رواه مالك في الموطأ والدارقطني وأبو بكر الأثرم. فإن قلت: ما بال المصنف

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٣١ وابن ماجه ٥٩٦ و٥٩٥ والبيهقي ١/ ٨٩ والدارقطني ١/ ١١٧ كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. ومداره على إسماعيل بن عياش وروايتهُ عن الشاميين مقبولة لكن موسى بن عقبة حجازي وقد نقل الترمذي عقب الحديث عن البخاري قوله: روايته عن أهل الحجاز وأهل العراق فيها مناكير.

وقال البيهقي: بلغني عن البخاري قوله: لا أعرف هذا الحديث إلا من حديث ابن عياش عن موسى بن عقبة وإسماعيل منكر الحديث عن أهل الحجاز ورواه غيره عن موسى بن عقبة وليس بصحيح وذكر هذا الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٩٥.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٢٢٩ والترمذي ١٤٦ والنسائي ١/ ١٤٤ وابن ماجه ٥٩٤ والحاكم ٤/ ١٠٧ والطيالسي ١٠١ وأحمد ١/ ٨٣، ٨٤، ١٠٧، ١٢٤، ١٣٤ كلهم من حديث علي بألفاظ متقاربة. مداره على عبد الله بن سلمة بكسر اللام.

قال الترمذي: حسن صحيح. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان لكن ذكر المصنف عن البيهقي عن شعبة أنه رواه بعد كبره.

لكن قال أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي ١/ ٢٧٥: وقد توبع عبد الله بن سَلمة فارتفعت شبهة الخطأ عن روايته فقد أخرجه أحمد ١/ ١١٠ عن عامر بن السمط عن أبي الغريف عن علي أنه أتى بوضوء وفيه: فتوضأ وقال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ توضأ ثم قرأ شيئاً من القرآن ثم قال: هذا لمن لم يجنب فأما الجنب فلا ولا آية.

قال أحمد شاكر: هذا إسناد جيد عائذ بن حبيب شيخ أحمد ثقة وعامر بن السمط وثقه القطان والنسائي، وأبو الغريف ذكره ابن حبان في الثقات اهـ باختصار.

وذكر الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٩٦ خبر على هذا وفيه: فقال علي: إقرأوا القرآن ما لم يصب أحدكم جنابة فإن أصابه فلا ولا حرفاً واحداً. رواه الدارقطني هكذا في سننه موقوفاً على عليّ وقال: هو الصحيح عن علي اهـ.

قلت: وهو في سنن البيهقي ١/ ٩٠ عن علي بمثل سياق الدارقطني وقد توبع شيخ أحمد وعامر بن السمط ثقة كما في التقريب. وشيخه أبو الغريف اسمه عبيد الله بن خليفة قال في التقريب: صدوق رمي بالتشيّع اهـ.

قلت: التشيّع لا يضره في مثل هذا الخبر. فهذا إسناده حسن وهو وإن كان موقوفاً لكن له حكم الرفع ما كان لعلي أن يُحلّ أو يُحرم برأيه. وله شواهد لا سيما وقد قال الشوكاني: صححه ابن حبان وابن السكن وعبد الحق والبغوي وقال ابن خزيمة: هذا الحديث ثلث رأس مالي.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ١/ ٨٩ عن النخعي أن عمر... وهذا مرسل ثم رواه في ١/ ٨٩ أيضاً موصولاً وقال: هو الصحيح.

(٤) مراده حديث إسماعيل بن عياش عن ابن عمر تقدم قبل حديثين.

الصحيح، ويكره مسه بالكم هو الصحيح لأنه تابع له بخلاف كتب الشريعة لأهلها حيث يرخص في مسها بالكم لأن فيه ضرورة، ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان لأنّ في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الأمر بالتطهير حرجاً بهم،

قصيرة تجري على اللسان عند الكلام كقوله ﴿ثم نظر﴾ [المدثر ٢١] ﴿ولم يولد﴾ [الإخلاص ٣] أما قراءة ما دون الآية نحو ـ بسم الله ـ و ـ الحمد لله ـ إن كانت قاصدة قراءة القرآن يكره، وإن كانت قاصدة شكر النعمة والثناء لا يكره، ولا يكره التهجي وقراءة القنوت انتهى وغيره لم يقيد عند قصد الثناء والدعاء بما دون الآية، فصرح بجواز قراءة الفاتحة على وجه الثناء والدعاء. وفي الفتاوى الظهيرية: لا ينبغي للحائض والجنب قراءة التوراة والإنجيل والزبور لأن الكل كلام الله، ويكره لهما قراءة دعاء الوتر لأن أبياً رضي الله عنه يجعله من القرآن سورتين: من أوله إلى اللهم إياك نعبد سورة، ومن هنا إلى آخره أخرى، وظاهر المذهب لا يكره وعليه الفتوى. وأما قراءة الذكر فأفاد المصنف في باب الأذان في مسألة الأذان على غير وضوء أن الوضوء فيه مستحب قوله: **(لا يمس القرآن إلا طاهر)** هو في كتاب عمرو بن حزم حين بعثه النبي ﷺ إلى اليمن(١)، وسيأتي بكماله في كتاب الزكاة إن شاء الله قوله: **(ثم الجنابة حلت اليد الخ)** يفيد جواز نظر الجنب للقرآن لأنها لم تحل العين ولذا لا يجب غسلها، وأما مس ما فيه ذكر فأطلقه عامة المشايخ وكرهه بعضهم قوله: **(وغلافه ما يكون متجافياً عنه)** أي منفصلاً وهو الخريطة خلافاً لمن قال هو الجلد أو الكم لأن الجلد الملصق تابع له حتى يدخل في بيعه بغير شرط فلمسه حكم مسه والكم تابع للماس فالمسّ به كالمس بيده، والمراد بقوله يكره مسه بالكم كراهة التحريم، ولذا قال في الفتاوى لا يجوز للجنب والحائض أن يمسا المصحف بكمهما أو ببعض ثيابهما لأن الثياب بمنزلة يديهما، ألا ترى لو قام في صلاته على نجاسة وفي رجليه نعلان لا تجوز صلاته، ولو فرش نعليه أو جوربيه وقام عليهما جازت، وخلافاً لمن قال المكروه من الكتابة لا موضع البياض؛ وأما الكتابة ففي فتاوى أهل سمرقند يكره كتابة فيه آية من القرآن لأنه يكتب بالقلم وهو في يده. وذكر أبو الليث لا يكتب وإن كانت الصحيفة على الأرض ولو كان ما دون الآية، وذكر القدوري أنه لا بأس إذا كانت الصحيفة على الأرض، فقيل هو قول أبي يوسف وهو أقيس، لأنها إذا كانت على الأرض كان مسها بالقلم وهو واسطة منفصلة فكان كثوب منفصل إلا أن يكون يمسه بيده. وقال لي بعض الإخوان: هل يجوز مس المصحف بمنديل هو لابسه على عنقه؟ قلت: لا أعلم فيه منقولاً، والذي يظهر أنه إذا كان بطرفه وهو يتحرك

لم يستدل بقوله تعالى ﴿إنه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه إلا المطهرون﴾ فإنه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر. قلت: لأن بعض العلماء حمله على الكرام البررة فكان محتملاً فترك الاستدلال به. وقوله **(ثم الحدث والجنابة حلا اليد الخ)** لبيان مشاركتهما في حرمة المس وافتراقهما في حكم القراءة. وتقريره لما ثبت حكم الحدثين في اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعاً، ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب

---

(١) كتاب عمرو بن حزم فيه كلام طويل وأخذ ورد وأقل مراتبه أنه مرسل صحيح. وقد روي موصولاً من طرق وإن كانت ضعيفة فهي تقوي المرسل ويصير حسناً وفيه: ولا يمسّ القرآن إلا طاهر.

قلت: أسند الدارقطني ١/١٢٣ والبيهقي ١/٨٨ من طريق الأعمش عن إبراهيم عن علقمة: كنا مع سلمان الفارسي في سفر فقضى حاجته فقلنا له: توضأ حتى نسألك عن آية من القرآن فقال: سلوني فإني لست أمسه قال الدارقطني: كلهم ثقات. ثم رواه من طريق النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد قال: كنا مع سلمان. فذكره. وفيه: فقال: إني لست أمسه إنما لا يمسُّه إلا المطهرون. وقال الدارقطني: كلهم ثقات. يعني رواته.

قلت: ويعلم من هذا أن علقمة وأمثاله وهم أفقه التابعين إطلاقاً يعتقدون حرمة مس القرآن لغير المتوضىء. وكان سلمان كذلك فأجابهم وأقرهم على ذلك ولو كان عنده غير ذلك لخالفهم. وفي الباب روايات وموقوفات. لا سيما وقد قال الترمذي عقب حديثه ١٣١: وهو قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم مثل: الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق قالوا: لا تقرأ الحائض ولا الجنب من القرآن شيئاً إلا طرف آية والحرف ونحو ذلك. ورخصوا للجنب والحائض في التسبيح والتهليل.

قلت: وهو قول أبو حنيفة وأصحابه وبهذا يعلم شذوذ بعض الناس من مخالفة ذلك خصوصاً هذه الأيام.

والذي ترتاح إليه النفس وتطمئن هو متابعة الصحابة والتابعين والأئمة الجهابذة الفقهاء وهو مذهب أهل الحديث كافة. دون استثناء.

وهذا هو الصحيح. قال **(وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام لم يحلّ وطؤها حتى تغتسل)** لأن الدم يدرّ تارة

بحركته ينبغي أن لا يجوز، وإن كان لا يتحرك بحركته ينبغي أن يجوز لاعتبارهم إياه في الأول تابعاً له كبدنه دون الثاني، قالوا فيمن صلى وعليه عمامة بطرفها نجاسة مانعة: إن كان ألقاه وهو يتحرك لا يجوز، وإلا يجوز اعتباراً له على ما ذكرنا.

[فروع] تكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على الدراهم والمحاريب والجدران وما يفرش، وتكره القراءة في المخرج والمغتسل والحمام. وعند محمد لا بأس في الحمام لأن الماء المستعمل طاهر عنده، ولو كانت رقية في غلاف متجاف عنه لم يكره دخول الخلاء به والاحتراز عن مثله أفضل قوله: **(حيث يرخص في مسها بالكم)** يقتضي أنه يرخص بلا كم، قالوا يكره مس كتب التفسير والفقه والسنن لأنها لا تخلو عن آيات القرآن، وهذا التعليل يمنع من شروح النحو أيضاً قوله: **(ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان)** واللوح وإن كانوا محدثين لا يأثم المكلف الدافع كما يأثم بإلباس الصغير الحرير وسقيه الخمر وتوجيهه إلى القبلة في قضاء حاجته للضرورة في هذا الدفع فإن في أمرهم بالتطهير حرجاً بيناً لطول مسهم بطول الدرس، خلافاً لمن كره تعليمهم بالدفع إليهم، وعنه احتراز بقوله هو الصحيح قوله: **(وإذا انقطع دم الحيض)** حاصله إما أن يقطع لتمام العشرة، أو دونها لتمام العادة، أو دونها. ففي الأول يحل وطؤها بمجرد الانقطاع، وفي الثالث لا يقربها وإن اغتسلت ما لم تمض عادتها، وفي الثاني إن اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة يعني خرج وقت الصلاة حتى صارت ديناً في ذمتها حلّ وإلا لا، وعلى هذا التفصيل انقطاع النفاس إن كان لها عادة فيها فانقطع دونها لا يقربها حتى تمضي عادتها بالشرط، أو لتمامها حل إذا خرج الوقت الذي طهرت فيه، أو لتمام الأربعين حل مطلقاً. وجه الأول أن في الآية قراءتين يطهرن بالتخفيف والتشديد، ومؤدى الأولى انتهاء الحرمة العارضة على الحل بالانقطاع مطلقاً، وإذا انتهت الحرمة العارضة على الحل حلت بالضرورة. ومؤدى الثانية عدم انتهائها عنده بل بعد الاغتسال فوجب الجمع ما أمكن، فحملنا الأولى على الانقطاع لأكثر المدة، والثانية عليه لتمام العادة التي ليست أكثر مدة الحيض، وهو المناسب لأن في توقيف قربانها في الانقطاع للأكثر على الغسل إنزالها حائضاً حكماً وهو مناف لحكم الشرع عليها بوجوب الصلاة المستلزم إنزاله إياها طاهرة قطعاً، بخلاف تمام العادة فإن الشرع لم يقطع عليها بالطهر بل يجوز الحيض بعده، ولذا لو زادت ولم يجاوز العشرة كان الكل حيضاً بالاتفاق على ما نحققه. بقي أن مقتضى الثانية ثبوت الحرمة قبل الغسل فرفع الحرمة قبله بخروج الوقت معارضة للنص بالمعنى. والجواب أن القراءة الثانية خص منها صورة الانقطاع للعشرة بقراءة التخفيف فجاز أن تخص ثانياً بالمعنى، وعلم مما ذكرنا أن المراد بأدنى وقت الصلاة أدناه الواقع آخراً: أعني أن تطهر في وقت منه إلى خروجه قدر الاغتسال والتحريم لا أعم من هذا ومن أن تطهر في أوله ويمضي منه هذا المقدار لأن هذا لا ينزلها طاهرة شرعاً كما رأيت بعضهم يغلظ فيه: أي يرى أن تعليلهم بأن تلك الصلاة صارت ديناً

غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب. قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: فإن غسل الجنب فمه ليقرأ أو يده ليمس أو غسل المحدث يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث، هذا هو الصحيح لأن لا يتجزأ وجوداً ولا زوالاً **(وغلافه ما كان متجافياً عنه)** أي متباعداً بأن يكون شيئاً ثالثاً بين الماس والممسوس، ولا يكون متصلاً به. كالجلد المشرّز فينبغي أن لا يكون تابعاً للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشرزّ. قال صاحب التحفة: اختلف المشايخ في الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه، وقال بعضهم هو الكم، وقال بعضهم هوالخريطة، وهو الصحيح لأن الجلد تبع للمصحف والكم تبع للحامل والخريطة ليست بتبع لأحدهما، فقوله هو الصحيح الأول رد للأول، وقوله هو الصحيح الثاني رد للثاني. وقوله **(بخلاف كتب الشريعة)** يعني كتب الحديث والفقه **(حيث يرخص لأهلها في مسها بالكم لأن فيه ضرورة)** وفيه إشارة أن مسها بلا طهارة مكروه. وقوله **(ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان)** معناه: لا بأس بأن يدفع

وينقطع أخرى، فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع **(ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حلّ وطؤها)** لأن الصلاة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكماً **(ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وإن اغتسلت)** لأن العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب **(وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل)** لأن الحيض لا مزيد له على العشرة إلا أنه لا يستحب

في ذمتها وذلك بخروج الوقت ولذا لم يذكر غير واحد لفظة أدنى. وعبارة الكافي أو تصير الصلاة ديناً في ذمتها بمضي أدنى وقت صلاة بقدر الغسل والتحريمة بأن انقطعت في آخر الوقت. وجه الثالث ظاهر من الكتاب غير أنه خلاف إنهاء الحرمة بالغسل الثابت بقراءة التشديد فهو مخرج منه بالإجماع. وفي التجنيس: مسافرة طهرت من الحيض فتيممت ثم وجدت ماء جاز للزوج أن يقربها لكن لا تقرأ القرآن لأنها لما تيممت خرجت من الحيض، فلما وجدت الماء فإنما وجب عليها الغسل فصارت كالجنب هذا في حق القربان أما في حق الصلاة: ففي الخلاصة: إذا انقطع دم المرأة دون عادتها المعروفة في حيض أو نفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلاة وصلت واجتنب زوجها قربانها احتياطاً حتى تأتي على عادتها لكن تصوم احتياطاً، ولو كانت هذه الحيضة هي الثالثة انقطعت الرجعة احتياطاً ولا تتزوج بزوج آخر احتياطاً فإن تزوجها رجل، إن لم يعاودها الدم جاز، وإن عاودها إن كان في العشرة ولم يزد على العشرة فسد نكاح الثاني، وكذا صاحب الاستبراء يجتنبها احتياطاً انتهى. ومفهوم التقييد بقوله ولم يزد على العشرة أنه إذا زاد لا يفسد، ومراده إذا كان العود بعد انقضاء العادة أما قبلها فيفسد وإن زاد لأن الزيادة توجب الرد على العادة. والفرض أنه عاودها فيها فيظهر أن النكاح قبل انقضاء الحيضة هذا. وقد قدمت ما عندي من التردد في الانقطاع بدون القصة ثم التأخير إلى آخر الوقت بعد الانقطاع لما دون العادة واجب، فلو انقطع لتمامها تغتسل أيضاً في آخر الوقت لكن هذا التأخير استحباب ويأتيها زوجها ولا تنتظر تمام العشرة. وفي الخلاصة: وكذا إذا كان هذا

الطاهرون المصحف إلى الصبيان المحدثين، لأنه لو لم يكن كذلك فإما أن يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن، ويؤمر بالتطهير وفيه حرج عليهم لأنهم لم يكلفوا بذلك، ويجوز أن يكون معنى قوله وفي الأمر بالتطهير وفي أمر الأولياء بتطهير الصبيان كنهيهم عن إلباس الذكور منهم الحرير حرج بالأولياء أو المعلمين الدافعين. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عما روي عن بعض مشايخنا أن دفع المصحف أو اللوح الذي كتب فيه القرآن إليهم مكروه بناء على أن الدافع مكلف بعدم الدفع. قال **(وإذا انقطع دم الحيض)** إذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام وكان عند تمام عادتها لم يحل وطؤها حتى تغتسل لأن الدم يدرّ، بكسر الدال وضمها: أي يسيل تارة وينقطع أخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمن عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطؤها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة **(ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة يقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لأن الصلاة صارت ديناً)** عليها فصارت من الطاهرات حكماً لأن الشرع إذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا تصح حال كونها حائضاً دل أنه حكم بطهارتها. وفي بعض النسخ أو يمضي عليها وقت صلاة كامل، وقيل عليه إن كان كامل صفة للوقت كان مرفوعاً وليس بمروي، وإن كان صفة للصلاة كان الواجب كاملة. وأجيب بأنه صفة للوقت، والجر للجوار كما في جحر ضبّ خرب.، ومعناه الكمال في السببية، فإنه إذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث يمكن أن تغتسل وتتحرم للصلاة كان ذلك المقدار كاملاً في إيجاب الصلاة عليها، كما أن مضي كمال الوقت عليها وهي منقطعة الحيض كامل في ذلك، وليس معناه أن مضي كمال الوقت على معنى أنه انقطع دمها في أوّل الوقت ودام الانقطاع حتى مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلاة، وعلى هذا لا فرق بين العبارتين من حيث المعنى إلا أن الأولى أوضح في تأديته. قوله **(ولو كان انقطع الدم دون عادتها)** ظاهر. وقوله **(فوق الثلاث)** مستغنى عنه خارج مخرج الغالب **(وإن انقطع الدم لعشرة أيام حلّ وطؤها قبل الغسل)** وحل الوطء ليس بمتوقف على انقطاع الدم لكن ذكره بمقابلة قوله أو لا وإذا انقطع الدم، وذلك لما ذكر أنه لا مزيد للحيض على العشرة، وتجب عليها الصلاة لأنا تيقنا

قوله: **(فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال الخ)** أقول: فيه بحث بل بوجود الاغتسال نفسه فإنه لكونه مطهراً يرجح جانب الانقطاع.

قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد. قال (**والطهر إذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي**) قال رضي الله تعالى عنه: وهذه إحدى الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله. ووجهه أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالإجماع فيعتبر أوّله وآخره كالنصاب في باب الزكاة، وعن أبي يوسف رحمه الله وهو روايته عن أبي حنيفة، وقيل هو آخر أقواله أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر يوماً لا يفصل، وهو كله كالدم المتوالي لأنه طهر فاسد

أوّل ما رأت وانقطع الحيض على خمسة والنفاس على عشرين واغتسلت تثبت جميع هذه الأحكام. واعلم أن مدة الاغتسال معتبرة من الحيض في الانقطاع لأقل من العشرة وإن كان تمام عادتها، بخلاف الانقطاع للعشرة حتى لو طهرت في الأول الباقي قدر الغسل والتحريمة فعليها قضاء تلك الصلاة. وفي النوادر: إن كان أيامها عشرة فطهرت وبقي قدر ما تتحرّم لزمها الفرض ولا يشترط إمكان الاغتسال، وأجمعوا أنها لو طهرت وقد بقي ما لا يسع التحريمة لا يلزمها، ومتى طرأ الحيض في أثناء الوقت سقطت تلك الصلاة ولو بعد ما افتتحت الفرض، بخلاف ما لو طرأ وهي في التطوّع حيث يلزمها قضاء تلك الصلاة، هذا مذهب علمائنا. وعند زفر إذا طرأ والباقي قدر الصلاة لم يجب قضاؤها وإن كان الباقي أقل وجب بناء على أن السببية تنتقل عندنا إلى آخر جزء من الوقت، وعنده تستقر على الجزء الذي منه إلى آخر الوقت مقدار الأداء فيعتبر عندنا حال المكلف عند آخر الوقت، وعنده عند ذلك الجزء لأنه موضع توجه الخطاب بالأداء، فإذا وجد وهي طاهرة وجبت، وبعد الوجوب لا تسقط بعروض الحيض فتقضيها، وإذا وجد وهي حائض لم تجب، وبناء على أن الوجوب بآخر الوقت لو بلغ صبي باحتلام ولم يستيقظ حتى طلع الفجر المختار أن عليه قضاء العشاء وإن كان صلاها قبل النوم وهي واقعة محمد سألها أبا حنيفة فأجابه بهذا وقيل ليس عليه، والاتفاق أنه إذا استيقظ قبل الفجر أو معه تلزمه العشاء قوله: (**وهذه إحدى الروايات عن أبي حنيفة**) هي رواية محمد عنه، ومقتضاها أن لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به، فلو رأت مبتدأة يوماً دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً فالعشرة حيض يحكم ببلوغها به ولو كانت معتادة فرأت قبل عادتها يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً لا يكون شيء منه حيضاً. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يعتبر أن يكون الدم في العشر ثلاثة أيام وهو قول زفر. وروى أبو يوسف عنه وبه أخذ أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر لا يفصل. وقيل هو آخر أقوال أبي حنيفة وعليه الفتوى. ومقتضاه جواز افتتاح الحيض واختتامه بالطهر ولا بد من احتواش الدم بالطرفين، فلو رأت مبتدأة يوماً دماً وأربعة عشر طهراً ويوماً دماً كانت العشرة الأولى حيضاً يحكم ببلوغها به، ولو رأت المعتادة قبل عادتها يوماً دماً وعشرة طهراً ويوماً دماً فالعشرة التي لم تر فيها الدم حيض إن كان عادتها العشرة، فإن كانت أقل ردت إلى

بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض، فإذا أدركت جزءاً من الوقت قليلاً كان أو كثيراً كان عليها قضاء تلك الصلاة، بخلاف ما إذا كانت أيامها دون العشرة فإن فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا بد أن يبقى من الوقت مقدار ما يمكنها أن تغتسل فيه وتتحرم للصلاة لتصير مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة ليجب عليها قضاء تلك الصلاة. وقوله (**إلا أنه لا يستحب**) استثناء من قوله حل وطؤها: يعني أنه لا يستحب وطؤها (**قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد**) فإن ظاهر النهي فيها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين بإطلاقه كما قال زفر والشافعي. قال (**والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض**) إذا أحاط الدم بطرفي مدة الحيض كان (**كالدم المتوالي**) في رواية محمد عن أبي حنيفة ووجهه (**ما ذكره في الكتاب**) أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط (**فيعتبر أوله وآخره**) والطهر المتخلل بينهما تبع لهما (**كالنصاب في باب الزكاة**) فإن شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله لا يضر، مثاله: مبتدأة رأت يوماً دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً فالعشرة كلها كالدم المتوالي لإحاطة الدم بطرفي العشرة، ولو رأت يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً ما لم يكن شيء منه حيضاً (**وعن أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة، وقيل هو آخر أقوال أبي حنيفة أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر يوماً لا يفصل**) بين الدمين (**وهو كله كالدم المتوالي لأنه طهر فاسد**) لا يصلح للفصل بين الحيضتين لأن أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوماً فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لأن الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعاً فكان كالدم المتوالي، مثاله مبتدأة رأت يوماً دماً وأربعة عشر طهراً ويوماً دماً، فالعشرة من أوّل ما رأت عنده حيض يحكم ببلوغها به، وكذلك إذا

فيكون بمنزلة الدم، والأخذ بهذا القول أيسر، وتمامة يعرف في كتاب الحيض **(وأقل الطهر خمسة عشر يوماً)** هكذا

أيامها. وقال محمد: الطهر المتخلل إن نقص عن ثلاثة أيام ولو بساعة لا يفصل فإن كان ثلاثة فصاعداً، فإن كان مثل الدمين أو أقل فكذلك تغليباً للحرمات، وإن كان أكثر فصل ثم ينظر إن كان في أحد الجانبين ما يمكن أن يجعل حيضاً فهو حيض والآخر استحاضة، وإن لم يمكن فالكل استحاضة، ولا يمكن كون كل من المحتوشين حيضاً لكون الطهر حينئذ أقل من الدمين إلا إذا زاد على العشرة، فحينئذ يمكن فيجعل الأول حيضاً لسبقه لا الثاني، ومن أصله أن لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به. وفي بعض النسخ أن الفتوى على قول محمد والأول أولى. واختلف المشايخ على قوله فيما إذا اجتمع طهران معتبران وصار أحدهما حيضاً لاستواء الدم بطرفيه حتى صار كالدم المتوالي، فقيل يتعدى حكمه إلى الطرف الأخير حتى يصير الكل حيضاً، وقيل لا يتعدى. قال في المحيط: هو الأصح. مثاله: رأت يومين دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً فعلى الأول الكل حيض لأن الطهر الأول دم لاستوائه بدميه فكأنها رأت ستة دماً وأربعة طهراً، وعلى الثاني الستة الأولى حيض فقط.

[فرع] على هذه الأصول رأت يومين دماً وخمسة طهراً ويوماً دماً ويومين طهراً ويوماً دماً، فعند أبي يوسف العشرة الأول حيض إن كانت عادتها، أو مبتدأة لأن الحيض يختم بالطهر، وإن كانت معتادة فعادتها فقط لمجاوزة الدم العشرة، وعلى قول محمد الأربعة الأخيرة فقط لأنه تعذر جعل العشرة حيضاً لاختتامها بالطهر وتعذر جعل ما قبل الطهر الثاني حيضاً لأن الغلبة فيه للطهر فطرحنا الدم الأول، والطهر الأول يبقى بعده يوم دم ويومان طهر ويوم دم والطهر أقل من ثلاثة فجعلنا الأربعة حيضاً. وعند زفر: الثمانية حيض لاشتراطه كون الدم ثلاثة في العشرة ولا يختم عنده بالطهر وقد وجد أربعة دماً، وكذلك هو أيضاً على رواية محمد عن أبي حنيفة لخروج الدم الثاني عن العشرة.

رأت يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً قوله: **(والأخذ بهذا القول)** أي قول أبي يوسف **(أيسر)** يعني للمفتي والمستفتي لأن في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها. واعلم أن إحاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق، لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم، وعلى هذا لا يجوز بداءة الحيض ولا ختمه بالطهر لأن الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به. وعند أبي يوسف لطرفي الطهر المتخلل، وعلى هذا يجوز بداءة الحيض بالطهر وختمه به أيضاً، ويجوز بداءته به إذا كان قبله فقط ولا يختم به حينئذ، ويجوز ختمه به إذا كان بعده دم لا قبله، مثال قوله أبي يوسف من المسائل امرأة عادتها في أول كل شهر خمسة أيام، فرأت قبل أيامها بيوم يوماً دماً ثم طهرت خمستها ثم رأت يوماً دماً فعنده خمستها حيض إذا جاوز المرئي عشرة لإحاطة الدمين بزمان عادتها وإن لم تر فيه شيئاً، وأما إذا لم يجاوز فيكون جميع ذلك حيضاً، وكذلك لو رأت قبل خمستها يوماً دماً ثم طهرت أول يوم من خمستها ثم رأت ثلاثة أيام دماً ثم طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر بها الدم فحيضتها خمستها عنده وإن كان ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده، وإن الطهر المتخلل بين الدمين إذا كان الدم دون الثلاثة لا يكون فاصلاً بالاتفاق، وما دون خمسة عشر كذلك عند أبي يوسف كما مر آنفاً. وعند محمد إذا بلغ ثلاثة فصاعداً، فإن استوى الدم والطهر في أيام الحيض أو غلب الدم فكذلك، وإن غلب الطهر صار فاصلاً وحينئذ إن لم يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضاً لا يكون شيء منه حيضاً، وإن أمكن ذلك جعل حيضاً سواء كان المتقدم أو المتأخر، وإن أمكن جعل كل واحد منهما جعل أسرعهما إمكاناً حيضاً فقط إذا لم يتخلل بينهما طهر تام، مثاله: مبتدأة رأت يوماً دماً ويومين طهراً ويوماً دماً فالأربعة حيض، ولو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً لم يكن شيء منها حيضاً لغلبة الطهر، وإن رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويومين دماً فالستة كلها حيض لاستوائهما فغلب الدم لما أن اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة فاعتبار الطهر يوجب حل ذلك، وإذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما في التحري في الأواني، فإن الغلبة إذا كانت النجاسة أو كانا سواء لا يجوز التحري، فهذا مثله، وإن رأت ثلاثة دماً وخمسة طهراً ويوماً دماً فحيضها الثلاثة الأولى لأن الطهر غالب فصار فاصلاً، والمتقدم بانفراده يمكن أن يجعل حيضاً فجعلناه حيضاً، وإن رأت يوماً دماً وخمسة طهراً وثلاثة دماً فحيضها الثلاثة الأخيرة لما بينا، ولو رأت ثلاثة دماً وستة طهراً وثلاثة دماً فحيضها الثلاثة الأولى لأنه أسرعهما إمكاناً: فإن قيل: قد استوى الدم بالطهر فلم لم يجعل كالدم المتوالي. أجيب بأن استواءهما إنما يعتبر في مدة الحيض وأكثر مدة الحيض عشرة، والمرئي في العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم دم، فكان الطهر غالباً فلهذا صار فاصلاً. قال **(وأقل الطهر خمسة عشر**

نقل عن إبراهيم النخعي وأنه لا يعرف إلا توقيفاً (ولا غاية لأكثره) لأنه يمتد إلى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير إلا إذا استمر

[فرع آخر] عادتها عشرة فرأت ثلاثة وطهرت ستة عند أبي يوسف لا يجوز قربانها، وعند محمد يجوز لأن المتوهم بعده من الحيض يوم والستة أغلب من الأربعة فيجعل الدم الأول فقط حيضاً، بخلاف قول أبي يوسف، ولو كانت طهرت خمسة وعادتها تسعة، اختلفوا على قول محمد، قيل لا يباح قربانها لاحتمال الدم في يومين آخرين وقيل يباح وهو الأولى لأن اليوم الزائد موهوم لأنه خارج العادة، وفي نظم ابن وهبان إفادة أن المجيز للقربان يكرهه قوله: (وأقل الطهر خمسة عشر يوماً) لقوله ﷺ «أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة أيام وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوماً»[1] ذكره في الغاية وعزاه قاضي القضاة أبو العباس إلى الإمام، وتقدم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في العلل المتناهية، قيل وأجمعت الصحابة عليه ولأنه مدة اللزوم فكان كمدة الإقامة قوله: (لأنه قد يمتد سنة وسنتين) وقد لا تحيض أصلاً فلا يمكن تقديره إلا إذا استمرّ بها الدم واحتيج إلى نصب العادة إما بأن بلغت مستحاضة، وإما بأن بلغت برؤية عشرة مثلاً دماً وستة طهراً ثم استمر بها الدم أو كانت صاحبة عادة فاستمر بها الدم ونسيت عدد أيامها وأولها وآخرها ودورها، أما الأولى فيقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر فشهر عشرون وشهر تسعة عشر وهي التي ستأتي، وأما الثانية فقال أبو عصمة والقاضي أبو حازم: حيضها ما رأت وطهرها ما رأت، فتنقضي عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوماً، وهذا بناء على اعتباره للطلاق أول الطهر. والحق أنه إن كان من أول الاستمرار إلى إيقاع الطلاق مضبوطاً فليس هذا التقدير بلازم لجواز كون حسابه يوجب كونه أول

يوماً) أقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر يوماً (هكذا روي عن إبراهيم النخعي) والظاهر أنه منقول عن النبي ﷺ لأنه مقدار، والمقادير في الشرع لا تعرف إلا سماعاً. وذكر في المحيط أن الله تعالى أقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض، وما أضيف إلى شيئين ينقسم عليهما نصفين، فينبغي أن يكون نصف الشهر حيضاً ونصفه طهراً، إلا أنه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فيبقى الطهر على ظاهر القسمة، وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ أبي منصور الماتريدي، وفيه نظر لأن المقادير لا تعرف إلا توقيفاً، وكذا ما ذكره في المبسوط أن مدة الطهر نظير مدة الإقامة من حيث أنها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلاة، وقد ثبت بالأخبار أن أقل مدة الإقامة خمسة عشر يوماً، فكذلك أقل مدة الطهر، ولهذا قدرنا أقل مدة الحيض بثلاثة أيام اعتباراً بأقل مدة السفر فإن كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلاة، لكن ما ذكر في المبسوط يمكن أن يستند إلى السماع بجعل الأخبار الواردة في مدة الإقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة، وفيه بعد. قوله (ولا غاية لأكثره) أي لأكثر الطهر، ومعناه أنها تصلي وتصوم ما دامت ترى الطهر وإن استغرق عمرها. وقوله (لأنه) أي الطهر (يمتد إلى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير إلا إذا استمرّ بها الدم فاحتيج إلى نصب العادة) فإنه يكون حينئذ لأكثره غاية عند عامة العلماء، خلافاً لأبي عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي أبي حازم فإنه لا غاية لأكثره عندهما على الإطلاق لأن نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا، وعلى هذا إذا بلغت امرأة فرأت عشرة دماً وسنة أو سنتين طهراً ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة أيام تدع الصلاة والصوم من أوّل زمان الاستمرار عشرة أيام وتصلي سنة أو سنتين، فإن طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلاث سنين أو ست سنين وثلاثين يوماً. وأما العامة فقد اختلفوا في التقدير، فقال محمد بن شجاع: طهرها تسعة عشر يوماً لأن أكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر بيقين[2]. وقال محمد بن سلمة: طهرها سبعة وعشرون يوماً فما دونها حيض لأن أقل الحيض ثلاثة أيام فيرفع عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوماً. وقال محمد بن إبراهيم الميداني: طهرها ستة أشهر إلا ساعة، وعليه الأكثر لأن أقل المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل، إلا أن ما عليه الأصل أن مدة الطهر أقل من مدة الحبل فنقصنا منه شيئاً يسيراً وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر يوماً إلا ثلاث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فتحتاج إلى ثلاثة أطهار كل طهر ستة شهراً إلا ساعة وكل حيض عشرة أيام. وقال الحاكم الشهيد: طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة

(١) تقدم في ٦/١٦٢ أول كتاب الحيض وإسناده واه جداً لكن ورد من طرق أخرى واهية.

(٢) إنما قال بيقين لأن بالشهر يحتمل أن يكون ثلاثين يوماً فيكون حينئذ عشرين يوماً كذا ثبت في بعض النسخ ولعله هامش أدرجه الناسخ اهـ مصححه.

بها الدم فاحتيج إلى نصب العادة، ويعرف ذلك في كتاب الحيض **(ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام «توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصير»)** وإذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الإجماع **(ولو زاد الدم على عشرة أيام)** ولها عادة معروفة دونها ردت إلى أيام

الحيض فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام، أو آخر الطهر فيه يقدر بسنتين وأحد وثلاثين أو اثنين أو ثلاثة وثلاثين ونحو ذلك، وإن لم يكن مضبوطاً فينبغي بأن تزاد العشرة إنزالاً له مطلقاً أول الحيض احتياطاً. وأما الثالثة فيجب أن تتحرى وتمضي على أكبر رأيها، فإن لم يكن لها رأي وهي المحيرة لا يحكم لها بشيء من الحيض والطهر على التعيين، بل تأخذ بالأحوط في حق الأحكام فتجتنب ما يجتنبه الحائض من القراءة والمس ودخول المسجد وقربان الزوج، وتغتسل لكل صلاة فتصلي به الفرض والوتر، وتقرأ ما تجوز به الصلاة فقط، وقيل الفاتحة والسورة لأنهما واجبتان، وإن حجت تطوف طواف الزيارة لأنه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام وتطوف للصدر لأنه واجب وتصوم شهر رمضان، ثم تقضي خمسة وعشرين يوماً لاحتمال كونها حاضت من أوله عشرة ومن آخره خمسة أو بالعكس، ثم يحتمل أنها حاضت في القضاء عشرة فتسلم خمسة عشر بيقين. وهل يقدر لها طهر في حق العدة؟ اختلفوا فيه، فمنهم من لم يقدر لها طهراً ولا تنقضي عدتها أبداً منهم أبو عصمة والقاضي أبو حازم لأن التقدير لا يجوز إلا توقيفاً، ومنهم من قدّر فالميداني بستة أشهر إلا ساعة لأن الطهر بين الدمين أقل من أدنى مدة الحبل عادة فنقصنا عنه ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهراً إلا ثلاث ساعات لاحتمال أنه طلقها أول الطهر. قيل وينبغي أن تزاد عشرة لمثل ما قلنا. وعن محمد بن الحسن شهران وهو اختيار أبي سهل، وقال محمد بن مقاتل: سبعة وخمسون يوماً لأنه إذا زاد عليه لم يبق ما يمكن كونه حيضاً، وقال الزعفراني: سبعة وعشرون يوماً لأن الشهر في الغالب مشتمل على الحيض والطهر، وذكر برهان الدين عمر بن عليّ بن أبي بكر أن الفتوى على قول الحاكم الشهيد وهو المروي عن محمد وهو التقدير بشهرين قوله: **(توضئي وصلي الخ)** روى ابن ماجه بسنده إلى عائشة قالت «جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي ﷺ فقالت: إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال: لا اجتني الصلاة أيام محيضك، ثم اغتسلي .وتوضئي لكل صلاة ثم صلي وإن قطر الدم على الحصير»[1] وأخرجه أبو داود وفي سنديهما حبيب بن

عن محمد لأن العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة، إذ الغالب أن النساء يحضن في كل شهر مرة فإذا طهرت شهرين فقد طهرت في أيام عادتها، والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها، فوجب التقدير به. قيل والفتوى على قول الحاكم لأنه أيسر على المفتي والنساء، وهو قول أبي علي الدقاق، وفيه أقوال أخرى تركتها مخافة الإطناب. ولما كان في الأقوال فيه كثرة أعرض المصنف عنها، وقال **(ويعرف ذلك في كتاب الحيض)** قال **(ودم الاستحاضة كالرعاف)** كلامه واضح. وقوله **(بنتيجة الإجماع)** قيل: أي بدلالته، وتقريره أجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطء بطريق الأولى لأنه لما جعل الدم عدماً في حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافياً لشرطها فلأن يجعل عدماً في حق الصوم والوطء اللذين لا منافاة بينهما أولى. قال في الكافي: تفسير نتيجة الإجماع بدلالته غيرصحيح لفظاً ولا معنى، والتفسير بالحكم أشد طباقاً. قال الشيخ عبد العزيز: قد يجوز أن تسمى نتيجته من حيث أن دلالة النص أو الإجماع لا تكون إلا به ويستحيل أن تثبت قبله فكأنها نتيجته، والنص والإجماع أصل، ولو فسر بالحكم لأوهم أن الإجماع منعقد عليه قصداً وليس كذلك فلذلك فسرت بالدلالة. وقوله **(ولو زاد الدم على عشرة أيام)** تعرض منه لما هو المتفق عليه، فإن الدم إذا زاد على عشرة أيام ولها عادة معروفة دون العشرة **(ردت إلى أيام عادتها)** باتفاق أصحابنا. أما إذا

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٩٨ دون لفظ وإن قطر الدم على الحصير. وأخرجه ابن ماجه ٦٢٤ واللفظ له والدارقطني ١/ ٢١٣، ٢١٤، ٢١١، ٢١٢ والبيهقي ١/ ٣٤٤ وأحمد ٦/ ٤٢، ٢٠٤، ٢٦٢ كلهم من حديث عائشة. ومداره على حبيب بن أبي ثابت.

وذكر الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٠٠، ٢٠١ كلاماً طويلاً حوله ومنه: قال النسائي في سننه قال يحيى القطان: روى حبيب بن أبي ثابت حديثين كلاهما لا شيء. حديث: كان يقبل بعض أزواجه ولا يتوضأ وحديث تصلي وإن قطر الدم على الحصير.

وقال البيهقي في المعرفة: حبيب هذا ضعيف اهـ ملخصاً.

وذكر ابن الهمام ما فيه الكفاية.

عادتها، والذي زاد استحاضة لقوله عليه الصلاة والسلام «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها» ولأن الزائد على

أبي ثابت عن عروة عن عائشة، وفسره ابن ماجه بأنه عروة بن الزبير. وقال أبو داود: ضعف يحيى هذا الحديث وقال ابن المديني: حبيب بن أبي ثابت لم ير عروة بن الزبير، وذكر أبو القاسم بن عساكر هذا الحديث في ترجمة عروة المزني عن عائشة ولم يذكره في ترجمة عروة بن الزبير عنها، وهو في البخاري من حديث أبي معاوية عن هشام بن عروة عن أبيه[1] وليس فيه زيادة «وإن قطر الدم على الحصير» قوله: **(ولو زاد الدم على عشرة أيام ولها عادة معروفة دونها ردت إلى أيام عادتها)** فيكون الزائد على العادة استحاضة وإن كان داخل العشرة، وهل تترك بمجرد رؤيتها الزيادة؟ اختلف فيه، قيل لا إذا لم يتيقن بكونه حيضاً لاحتمال الزيادة على العشرة، وقيل نعم استصحاباً للحال ولأن الأصل الصحة وكونه استحاضة بكونه عن داء وهو الأصح، وإن لم يتجاوز الزائد العشرة فالكل حيض بالاتفاق، وإنما الخلاف في أنه يصير عادة لها أولاً إلا إن رأت في الثاني كذلك، وهذا بناء على نقل العادة بمرة أو لا فعندهما لا وعند أبي يوسف نعم. وفي الخلاصة، والكافي أن الفتوى على قول أبي يوسف، والخلاف في العادة الأصلية، وهي أن ترى دمين متفقين وطهرين متفقين على الولاء أو أكثر لا الجعلية، وإنما تظهر ثمرة الخلاف فيما لو استمر بها الدم في الشهر الثاني، فعند أبي يوسف يقدر حيضها من كل شهر ما رأته آخراً، وعندهما على ما كان قبله، وصورة العادة الجعلية أن ترى أطهاراً مختلفة ودماء مختلفة بأن رأت في الابتداء خمسة دماً وسبعة عشر طهراً ثم أربعة وستة عشر ثم ثلاثة وخمسة عشر ثم استمرّ بها الدم فعلى قول محمد بن إبراهيم تبني على أوسط الأعداد، وعلى قول أبي عثمان سعيد بن مزاحم تبني على أقل المرتين الأخيرتين، فعلى الأول تدع من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر وذلك دأبها، وعلى الثاني تدع ثلاثة وتصلي خمسة عشر فهذه عادة جعلية لها في زمان الاستمرار، ولذلك سميت جعلية لأنها جعلت عادة للضرورة هكذا في المصفى، وفي غيره معزوّاً إلى المبسوط: إن كان حيضها مختلفاً مرة تحيض خمسة ومرة سبعة فاستحيضت فإنها تدع الصلاة خمسة أيام ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض، وتصلي يومين بالوضوء لوقت كل صلاة لأنها مستحاضة، ولا يقربها زوجها في هذين اليومين ولو كان آخر عدّتها ليس للزوج مراجعتها فيهما، وليس لها أن تتزوج بأخر فيهما ثم تغتسل بعدهما لتوهم خروجها الآن فتأخذ بالاحتياط في كل جانب: وهذا التفصيل خلاف ما في المصفى وهو الأليق بما قدمنا من الخلاصة، وحاصله أنها تأخذ بالأقل في حق الصلاة والصوم وانقطاع الرجعة وبالأكثر في التزوج وتعيد الاغتسال. ثم اختلفوا في العادة الجعلية إذا طرأت على العادة الأصلية هل تنتقض الأصلية؟ قال أئمة بلخ: لا لأنها دونها، وقال أئمة بخارا. نعم لأنه لا بد أن تتكرر في الجعلية خلاف ما كان في الأصلية كما أريتك في صورتها، والجعلية تنتقض برؤية المخالف مرة بالاتفاق، هذا في الانتقال من حيث العدد، وأما الانتقال من حيث المكان وهو في المتقدم والمتأخر، فالأوّل خمسة أوجه: رأت المعتادة قبل أيامها ما يكون حيضاً، وفي أيامها ما لا يكون حيضاً، أو رأت قبلها ما لا يكون وكذا فيها وإذا جمعا كانا حيضاً، أو رأت قبلها ما يكون ولم تر فيها شيئاً لا يكون شيء من ذلك حيضاً عند أبي حنيفة، والأمر موقوف إلى الشهر الثاني فإن رأت فيه كذلك يكون الكل حيضاً، غير أن عند أبي

زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب أئمة بلخ إلى أنها تؤمر بالاغتسال والصلاة لأن حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لأن إن انقطع الدم قبل العشرة كان حيضاً، وإن جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد. وقال مشايخ بخارا: لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لأنا عرفناها حائضاً بيقين، ودليل بقاء الحيض هو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى تستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك، فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين أمرها، فإن جاوز العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد أيام عادتها. قال في المجتبى: وهو الأصح. وقوله **(والذي زاد)** يعني

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٦ و٣٢٥ ومسلم ٣٣٣ وأبو داود ٢٨٢ والترمذي ١٢٥ والنسائي ١/ ٨١ وابن ماجه ٦٢١ وأحمد ٦/ ٩٤ كلهم عن عروة عن عائشة أن فاطمة بنت أبي حبيش قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله إني لا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال رسول الله ﷺ: إنما ذلك عرق وليس بالحيضة فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي هذا لفظ البخاري وغيره.

العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به، وإن ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر والباقي استحاضة لأنا عرفناه حيضاً فلا يخرج عنه بالشك، والله أعلم.

يوسف بطريق العادة وعند محمد بطريق البدل، ولو رأت قبل أيامها مالاً يكون حيضاً وفيها ما يكون فالكل حيض بالاتفاق، وما قبل أيامها تبع لأيامها الاستباع الكثير القليل، وقيد في الخلاصة كون الكل حيضاً بأن لا يجاوز المجموع العشرة وهو حسن وإلا ترد إلى عادتها، ولو رأت قبلها ما يكون وفيها كذلك فعن أبي حنيفة روايتان، وكذا الحكم في المتأخر غير أنها إذا رأت بعد أيامها ما لا يكون حيضاً، وفي أيامها ما يكون حيضاً يكون حيضاً رواية واحدة كذا في الظهيرية. وقول أبي يوسف في الكل يكون حيضاً عادة وعليه الفتوى، ولا يظهر وجه للتقييد يكون المرئي بعد أيامها لا يكون حيضاً لأنه لا شك في أنه إذا زاد الدم على العادة ولم يجاوز العشرة يكون الكل حيضاً بحكم ما تقدم، ومقتضاه أن لو كان عادتها ثلاثة فرأت سبعة يكون الكل حيضاً وكان الأولى التقييد، بأن لا يحصل من المرئي بعدها معها أكثر من عشرة، وكذا لو رأت عادتها وقبلها وبعدها ما يزيد الكل على عشرة فعادتها فقط حيض، ومن الرد إلى العادة امرأة قالت عادتي في الحيض عشرة وفي الطهر عشرون، والآن أرى الطهر خمسة عشر ثم أرى الدم تؤمر بالصلاة والصوم إلى تمام العشرين ثم تترك في العشرة، وما ذكر في الخلاصة في آخر الفصل الثالث إذا رأت قبل أيامها والباقي من أيام طهرها ما لو ضم إلى أيام حيضها لا يجاوز العشرة تؤمر بترك الصلاة، يصح مطلقاً على قول أبي يوسف ومحمد القائل بالإبدال، وعلى قول أبي حنيفة فإنما يلزم إذا كان ما قبل أيامها لا يكون حيضاً، فإن كان فعلى إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما آنفاً قوله: (**المستحاضة تدع الصلاة الخ**) روى الدارقطني والطحاوي في حديث عائشة المذكور آنفاً قال «دعي الصلاة أيام أقرائك ثم اغتسلي وصلي وإن قطر الدم على الحصير»[1] قوله: (**ولأن الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة**) من جهة أنه زيادة على المقدر، إذا المقدر العادي كالمقدر الشرعي فالزائد عليه كالزائد عليه، ومن جهة أنه مخالف للمعهود قوله: (**فحيضها عشرة أيام من كل شهر**) تقدمت هذه، وعن أبي يوسف فيها أن حيضها ثلاثة أيام في حق الصلاة والصوم وعشرة في حق الوطء أخذاً بالاحتياط، كذا في الظهيرية، وفيها الخنثى إذا خرج له دم ومنيّ فالعبرة للمنيّ.

على العادة المعروفة (**استحاضة لقوله ﷺ «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»**) ووجه الاستدلال أن من زاد دمها على عشرة فهي مستحاضة، والمستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها، وأيام أقرائها أيام عادتها المعروفة، فما زاد عليها لا تدعها فيه وإلا لم يبق للإضافة فائدة. وقوله (**ولأن الزائد**) دليل آخر، وتقريره: الزائد (**على العادة يجانس الزائد على العشرة**) وكل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به، فالزائد على العادة يلحق بالزائد على العشرة، أما أن الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فمن حيث الندرة وكونهما زائدين على العادة المعروفة. وعورض بأن الزائد على العادة يمكن أن يكون حيضاً بخلاف الزائد على العشرة فأنى يتجانسان؟ وبعبارة أخرى وهي أن ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فتعارض التجانس. والجواب أنهما لو اتحدا في إمكان الحيض أو عدمه كانا متماثلين ولم ندع ذلك، وإن التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا، وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم، فكان ما ذكرنا راجحاً: وأما أن كل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق له فلأن الجنسية علة الضم. وقوله (**وإن ابتدأت مع البلوغ مستحاضة**) روي مبنياً للفاعل ومبنياً للمفعول، واختاره صاحب النهاية وجعل المستحاضة من باب جن وأغمي لأنه لا اختيار لها، وجعل مستحاضة نصباً على الحال المقدرة كقوله تعالى. فادخلوها خالدين. لأن المستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم يثبت، وإنما يثبت بالزيادة على العشرة أنها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم. وقوله (**لأنا عرفناه حيضاً**) أي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضاً (**فلا يخرج عن كونه حيضاً بالشك**) وتقريره أن المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضاً ولهذا لو انقطع الدم على العشرة حكمنا بكونه كله حيضاً، فإذا زاد على العشرة وقع الشك في كون الزائد على الثلاثة حيضاً أو لا فلا يزول ذلك اليقين بهذا الشك الذي حدث الآن.

---

(١) هو طرف خبر عائشة تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف.

فصل

(والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضأون لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاءوا من الفرائض والنوافل) وقال الشافعي رحمه الله: تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه الصلاة والسلام «المستحاضة تتوضأ لكل صلاة» ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة فلا تبقى بعد

فصـــل

(قوله لقوله ﷺ «توضئي لكل صلاة»[1] هو المروي في حديث فاطمة بنت أبي حبيش، وأما حديث المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة فذكر سبط بن الجوزى أن الإمام أبا حنيفة رضي الله عنه رواه اهـ. وفي شرح مختصر الطحاوي: روى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش «وتوضئي لوقت كل صلاة»[2] ذكره محمد في الأصل معضلاً. وقال ابن قدامة في المغني: وروى في بعض ألفاظ

فصل الاستحاضة

لما كان الحيض أكثر وقوعاً قدمه ثم أعقبه الاستحاضة لأنها أكثر وقوعاً من النفاس باعتبار كثرة أسبابها فإنها تكون مستحاضة بما إذا رأت الدم حالة الحبل، أو زاد الدم على العشرة، أو زاد على معروفها وجاوز العشرة أو رأت ما دون الثلاث، أو رأت قبل تمام الطهر، أو رأت قبل أن تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة، بخلاف النفاس فإن سببه شيء واحد، وقدم حكم المستحاضة ومن بمعناها على تعريفها لأن المقصود بيان الحكم (ومن به سلس البول) وهو من لا يقدر على إمساكه (والرعاف) الدم الخارج من الأنف (والجرح الذي لا يرقأ) أي الذي لا يسكن دمه من رقأ الدم سكن. وقوله (يتوضأون لوقت كل صلاة) هو حكم المسألة (فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاءوا من الفرائض والنوافل) والواجبات والنذور

فصل في الاستحاضة

قوله: (ثم أعقبه الاستحاضة لأنه أكثر وقوعاً من النفاس باعتبار كثرة أسبابها الخ) أقول: ما ذكره ليس أسباباً لها بل أزمنة وظروف لوقوعها قوله: (ورد بأنا لا نسلم أن الصلاة ههنا مطلق بل عام الخ) أقول: فيه تأمل.

---

(١) تقدم في حديث حبيب بن أبي شيبة عن عائشة عن بنت أبي جيش وفيه: وتوضئي لكل صلاة. تقدم في ١/١٧٦ وإسناده ضعيف لضعف حبيب. ولكن له شواهد. فقد أخرج ابن ماجه ٦٢٥ عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده مرفوعاً وفيه: وتتوضأ لكل صلاة وهكذا أخرجه أبو داود ٢٩٧ والترمذي ١٢٦ و١٢٧ وعند أبي داود: والوضوء عند كل صلاة وعند الترمذي: وتتوضأ عند كل صلاة.
كلهم عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده.
قال الترمذي: سألت البخاري عن جدّ عدي بن ثابت فلم يعرف اسمه وذكرت للبخاري قول يحيى: اسمه دينار فلم يعبأ به. اهـ. وقد ضعف أبو داود هذا الحديث. وفي إسناده أبو اليقظان عثمان بن عمير واهٍ.
لكن ورد في صحيح ابن حبان كما في نصب الراية ١/٢٠٣ من حديث عائشة. وفيه وتوضئي لكل صلاة.
قول الفتح: (قوله توضئي لكل صلاة) لعل نسخة التي كتب عليها كذلك وإلا فجميع نسخ الهداية التي بأيدينا كما ترى اهـ. مصححه.
ثم ذكر الزيلعي أخباراً أخرى فيها هذه العبارة. ويعلم بهذا أن لهذه اللفظة أصلاً.

(٢) غريب جداً. هذا اللفظ ذكر المصنف ابن الهمام أنه موجود في شرح مختصر الطحاوي روى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به ثم قال ابن الهمام: ذكره محمد في الأصل معضلاً. ثم نقل عن ابن قدامة أنه وقع في بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت حبيش هذا اللفظ.
أما الزيلعي فذكره في نصب الراية ١/٢٠٤ وقال: غريب جداً.
ثم نقل عن الطحاوي في شرح الآثار قوله: مذهبنا قوي من جهة ثم ذكر كلامه.
وأورده ابن حجر في الدراية ١/٨٩ وقال: لم أجده هكذا.
قلت: ولو رواه أبو حنيفة حقاً لكان محمد بن الحسن رواه في الآثار مسنداً.
من طريق أبي حنيفة ولكن لما لم يجد ذكره معضلاً كما ذكر ابن الهمام أي بلا سند. وما أورده صاحب شرح مختصر الطحاوي لا دليل له في هذه الرواية. فلو وجد حقاً عن أبي حنيفة لأسنده الطحاوي بل لم يجد الطحاوي له طريقاً ولو عن الضعفاء ولو وجد لساق له إسناداً. وأما قول ابن قدامة فهو يحتاج إلى برهان وإلى إسناد أو عزو لمصدر حديثي ولم يوجد.
فالصواب قول الزيلعي وابن حجر. أنه غريب ولا يوجد.

الفراغ منها. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة» وهو المراد بالأول لأن اللام تستعار للوقت، يقال آتيك لصلاة الظهر: أي وقتها، ولأن الوقت أقيم مقام الأداء تيسيراً فيدار الحكم عليه **(وإذا خرج الوقت بطل وضؤهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى)** وهذا عند علمائنا الثلاثة.

حديث فاطمة بنت أبي حبيش «وتوضئي لوقت كل صلاة» ولا شك أن هذا محكم بالنسبة إلى كل صلاة لأنه لا يحتمل غيره، بخلاف الأول فإن لفظ الصلاة شاع استعمالها في لسان الشرع والعرف في وقتها، فمن الأول قوله ﷺ «إن للصلاة أوّلاً وآخراً»[1] الحديث: أي وقتها، وقوله ﷺ «أيما رجل أدركته الصلاة فليصل»[2] ومن الثاني آتيك لصلاة الظهر: أي لوقتها، وهو مما لا يحصى كثرة فوجب حمله على المحكم. وقد رجح أيضاً بأنه متروك الظاهر بالإجماع للإجماع على أنه لم يرد حقيقة كل صلاة لجواز النفل مع الفرض بوضوء واحد قوله: **(وإذا خرج الوقت بطل وضوءهم)** هذا إذا توضأوا على السيلان أو وجد السيلان بعد الوضوء، أما إن كان على الانقطاع ودام إلى

عندنا، وقال الشافعي: يتوضأون لكل صلاة مكتوبة، واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام «المستحاضة تتوضأ لكل صلاة» وبأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة ولا ضرورة بعد أدائها فلا اعتبار بها بعد الفراغ منها. فإن قيل: كل صلاة أعم من كونها مكتوبة أو غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم، وكما أنه لا ضرورة بعد أداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل إذ لا حرج في تركها فاعتبار عدمها بالنسبة إلى المكتوبة دونها أيضاً تحكم. أجيب بأن قوله لكل صلاة مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف إليها، وبأن الحاجة إليها في حق النوافل لم ترتفع لأنها خير موضوع في كل وقت وفي إلزام الطهارة حرج بين. ورد بأنا لا نسلم أن الصلاة ههنا مطلق بل عام بدليل دخول كلمة كل فلا يتمشى ما ذكرتم، وبأن طهارتها بعد أداء المكتوبة إن كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل في جواز الأداء بها، وإن لم تبق تساوياً في عدم جوازه بها، وفيه نظر **(ولنا قوله ﷺ «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة» وهو)** أي الوقت **(المراد بالأول)** أي بما رواه الشافعي **(لأن اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلاة الظهر)** أي وقتها، فكان ما رواه نصاً محتملاً للتأويل، وما رويناه مفسر لا يحتمله فيترجح عليه كما عرف في موضعه على أن الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووي في شرح المهذب. قوله **(ولأن الوقت أقيم مقام الأداء)** دليل معقول، والشارحون قالوا معناه ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير، وهو قوله ثم في تقدير طهارتها بالصلاة بعض الجهالة والحرج، لأن الناس متفاوتون في أداء الصلاة، فمنهم مطول لها ومنهم غير مطوّل، فلم يمكن ضبطه فقدرنا طهارتها بالوقت دفعاً للحرج، وفيه نظر لأنا إذا قدرنا طهارة كل شخص بأدائه ارتفعت الجهالة والحرج والجواب أن

قوله: **(وفي نظر)** أقول: لجواز أن يبقى في حق النوافل للحاجة ولا يبقى في حق المكتوبة لارتفاعها بالنسبة إليها كما في المتيمم لصلاة الجنازة على ما يجيء بعد سطور قال المصنف: **(لأن اللام تستعار للوقت)** أقول: فيئول المعنى إلى قولنا يتوضأ وقت كل صلاة، وليس ذلك مذهبنا ولا يتحد معناه بالأول فتأمل قوله: **(وهو: أي الوقت مراد بالأول)** أقول: الظاهر أن يقال وهو: أي هذا المعنى فتأمل قوله: **(وما رويناه مفسر لا يحتمله)** أقول: لم لا يجوز أن يكون من إضافة الصفة إلى الموصوف: أي لكل صلاة مؤقتة مثل حصول الصورة قوله: **(والجواب أن ارتفاع الحرج ممنوع الخ)** أقول: هذا على تقدير صحته وجه آخر لإقامة الوقت مقام الأداء غير ما ذكره شمس الأئمة فلا يندفع به النظر عنه كما لا يخفى قوله: **(أو مكتوبة أخرى)** أقول: فيه بحث قوله: **(في وقت آخر)** أقول: يعني إذا جمع صلاة مع أخرى في وقت الأخرى على ما هو مذهبهم ونحن نقول به أيضاً في الحج قوله: **(وأجيب بأنه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة في المصر، إلى قوله: وفيه تمحل كما ترى)** أقول: قيل بطلان التيمم بالنسبة إلى غير صلاة الجنازة ليس مسبباً عن الصلاة عليها

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٦٢ من حديث أبي هريرة بأتم منه.
وقال الدارقطني: وهم ابن فضيل فيه وغيره يرويه عن مجاهد مرسلاً. ولا يصح مسنداً. ثم أسنده الدارقطني عن مجاهد قال: كان يقال إن للصلاة أولاً وآخراً. وقال: هو أصح من قول ابن فضيل ثم رواه الدارقطني عن مجاهد مرسلاً بنحوه وسيأتي في ٣/ ٢٢١ المواقيت.

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٣٣٥ و٤٣٨ و٣١٢٢ ومسلم ٥٢١ والنسائي ١/ ٢١٠، ٢١١ والدارمي ١٣٦١ والبيهقي ١/ ٢١٢ وأحمد ٣/ ٣٠٤ كلهم من حديث جابر: أعطيت خمساً لم يعطهنّ أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي وأعطيت الشفاعة وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة.

وقال زفر: استأنفوا إذا دخل الوقت (**فإن توضأوا حين تطلع الشمس أجزأهم عن فرض الوقت حتى يذهب وقت الظهر**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف وزفر أجزأهم حتى يدخل وقت الظهر، وحاصله أن طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت: أي عنده بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد، وبدخوله فقط عند زفر، وبأيهما كان عند أبي يوسف، وفائدة الأختلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس.

خروج الوقت فلا يبطل بالخروج ما لم يحدث حدثاً آخر أو يسيل دمها قوله: (**أي عنده بالحدث السابق**) فقولنا خروج الوقت ناقض أو الدخول مجاز عقل في الإسناد، وأورد لو استند النقض إلى السابق لوجب إذا شرعت في التطوّع ثم خرج الوقت عدم لزوم قضائها لأنها حينئذ تعلم أنها شرعت بغير طهارة. أجيب بأنه ليس ظهوراً من كل وجه بل من وجه واقتصار من وجه، فأظهرنا الاقتصار في القضاء والظهور في حق المسح، كذا في الذخيرة: يعني المسح على الخفين، وإنما لم يعكس للاحتياط والذي يظهر أنه اقتصار من كل وجه، وكونه بالحدث السابق لا يستلزم الاستناد ليظهر عدم صحة الصلاة إذ المراد أن ذلك الحدث محكوم بارتفاعه إلى غاية معلومة فيظهر عندها مقتصراً، لا أن يظهر قيامه شرعاً من ذلك الوقت، ومن حقق أن هذه اعتبارات شرعية لا يشكل عليه مثله قوله: (**وبدخوله فقط عند زفر وبأيهما كان عند أبي يوسف**) رأى فخر الإسلام أن زفر لم ير ذلك ولا أبا يوسف، فالكل متفقون على انتقاضه عند الخروج، وإنما لم ينتقض عند زفر بطلوع الشمس لأن قيام الوقت جعل عذراً وقد بقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقاً، وإنما تحتاج للطهارة للظهر عند أبي يوسف فيما إذا توضأت قبل الزوال

ارتفاع الحرج ممنوع، فإنا إذا قدرنا طهارة كل شخص بأدائه وفرضنا الفراغ عنه وأوجبنا عليه وضوءاً آخر لكل ما يصلى من قضاء أو واجب أو نذر في وقته أو مكتوبة أخرى في وقت آخر تحقق الحرج في موضع التخفيف، فإن اعتبار طهارتها ليس إلا رخصة وتخفيفاً وذلك خلف باطل، وإذا قام الوقت مقام الأداء يدار الحكم عليه لأن الشيء إذا قام مقام شيء آخر كان المنظور إليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه (**وإذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة**) قيل قوله واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى مستدرك لأن بطلان الوضوء يستلزمه. وأجيب بأنه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة في المصر فإنه إذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة إلى غير صلاة الجنازة وبقيت في حق جنازة أخرى حضرت وتفوته الصلاة عليها إذا اشتغل بالوضوء وفيه تمحل كما ترى، ويجوز أن يكون تأكيداً، ويجوز أن يكون الأوّل لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فإنه يقول (**استأنفوا إذا دخل الوقت**) ويجوز أن يكون كالتفسير للأوّل فإنه لما قال بطل وضوءهم ربما يقول متعنت إن الوضوء كان باطلاً بالحدث السابق فتبين أن المراد ببطلان الوضوء وجوب استئناف وضوء آخر لا البطلان المعهود. قوله (**فإن توضأوا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر**) بيان موضع الخلاف، فعند أبي حنيفة ومحمد ما ذكر وعند أبي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر، ولما كان ذكر أبي يوسف مع زفر في هذه المسألة كالمناقض لما ذكر من قوله فإذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة احتاج إلى بيان الأصل المبني عليه فقال (**وحاصله**) أي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسألة (**أن طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت: أي عند الخروج بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد، وبدخوله فقط عند زفر، وبأيهما كان عند أبي يوسف**) وإنما قال: أي عنده لأن خروج الوقت ليس من صفات الإنسان فضلاً عن أن يكون حدثاً فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع، فإذا زال ظهر أثر الحدث فكانت النسبة إلى الخروج مجازاً، واعترض بأن الانتقاض لو استند إلى الحدث السابق لم وجب القضاء على من شرع في التطوّع، ثم خرج الوقت لأنه ظهر أنه شرع فيها بلا طهارة. والجواب ما ذكرنا أن الوقت أقيم مقام الأداء تيسيراً فيدار الحكم عليه، وإذا كان الحكم دائراً عليه كان الانتقاض مقتصراً من ذلك الوجه فكان طهوراً من

بخلاف وضوء المعذور فإن بطلانه مسبب عن خروج الوقت ولعل ذلك وجه التمحل، وفيه بحث لظهور أن مراد المجيب جواز أن يبطل الوضوء في حق بعض الصلوات بخروج الوقت دون بعض فلا يلزم الاستئناف بالنسبة إليها، وبقول المصنف استأنفوا الوضوء لصلاة أخرى يندفع ذلك لإطلاق الصلاة فليتأمل قوله: (**ربما يقول متعنت أن الوضوء كان باطلاً بالحدث السابق الخ**) أقول: لا بالخروج على ما

لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة إلى الأداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر.

ودخل وقت الظهر لأن طهارتها ضرورية، ولا ضرورة في تقديمها على الوقت لا لأن طهارتها انتقضت عند الدخول، وهذا يفيد أن طهارتها لم تصح حتى لا تجوز الصلاة بها قبل دخول الوقت لا أنها صحت وانتقضت. وقوله في الهداية (**لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة إلى الأداء ولا حاجة قبل الوقت، ولأبي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده**) صريح في موافقة كلام فخر الاسلام، وفي أن الطهارة تقبله لم تصح لا أنها انتقضت بعد الصحة، وحينئذ فالخلاف فيمن توضأ قبل الزوال أو قبل الشمس ابتدائي في نفس صحة الوضوء وعدمه بالنسبة إلى الوقت لا مبني على مناط النقض فليس وضع الخلاف صحيحاً: فما ذكر في النهاية من أنها طهارة معتبرة في حق النفل وقضاء الفوائت وعدم اعتبارها باعتبار أن الحاجة المتعلقة بأداء الوقتية منعدمة في حق

وجه واقتصاراً من وجه فعملنا بالوجهين جميعاً، فجعلناه اقتصاراً في القضاء وظهوراً في حق المسح حتى أن المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت إذا كان الدم سائلاً وقت الوضوء واللبس، أو عند أحدهما لأن طهارتها إذا انتقضت استند إلى الحدث السابق، ولم يعكس الاقتصار والظهور عملاً بالاحتياط فإن الاحتياط فيه دون عكسه. وقوله (**وفائدة الاختلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس**) إنما انحصرت فيهما لأن في الأولى دخولاً بلا خروج فلا تنتقض عند أبي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر، وتنتقض عندهما، وفي الثانية خروجاً بلا دخول فينتقض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ولا ينتقض عند زفر هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف كما ترى وقال الإمام فخر الإسلام طهارتها لا تنتقض عند أبي يوسف بدخول بلا خروج وتنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما. وقال فيما إذا توضأت قبل الزوال ودخل وقت الظهر: إنما تحتاج للطهارة لأجل الظهر عنده، لا لأن طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لأن طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت. وقال في طرف زفر: الصحيح من مذهبه أن شيئاً من ذلك: يعني الخروج والدخول ليس بحدث، وإنما لم تنتقض الطهارة بطلوع الشمس لأن قيام الوقت جعل عذراً، وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلاة الفجر قضاها مع سنتها، فكان كمال الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد، فبقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقاً: قال صاحب النهاية: وبهذا التقرير يعلم أن العلماء الأربعة كلهم متفقون على أن الحدث السابق إنما يعمل عند خروج الوقت لا غير، إلا أن عند أبي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدمها الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانياً بعد دخول الوقت، وعند زفر لم يوجد الخروج من كل وجه ما لم يدخل وقت مكتوبة أخرى، فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده أيضاً. وأقول: لم يظهر لذلك فائدة في المسائل لأنها لا تظهر إلا في الصورتين المذكورتين فإن اعتبرت ما ذكره المصنف صح، إن اعتبرت ما ذكره فخر الإسلام صح فلم يكن اختلاف بينهما إلا في التخريج والتعويل على تصحيح النقل (**لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافى للطهارة للحاجة إلى الأداء ولا جاجة قبل الوقت فلا تعتبر**) فإن قيل فغير المعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت؟ أجيب بأن عدم الاعتبار إنما هو بالنسبة إلى الوقتية لا مطلقاً فإنها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها (**ولأبي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت**) لقيامه مقام الأداء كما تقدم (**فلا تعتبر قبله ولا بعده، ولأبي حنيفة ومحمد أنه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء كما دخل الوقت**) وليس الكاف للتشبيه بل للمفاجأة: أي ليفاجىء تمكن الأداء دخول الوقت، وهذا لأن الوقت قائم مقام الأداء كما مر، وتقديمها على الأداء واجب، فكان تقديمها على خلفه جائزاً حطا لرتبته عن رتبة الأصل. فإن قلت: ففي عبارة المصنف

يدل عليه الشرطية الدالة على السببية، وفيه بحث قوله: (**بيان موضع الخلاف**) أقول: بل بيان ثمرة الخلاف قوله: (**الصحيح من مذهبه أن شيئاً من ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث**) أقول: أي الخروج المطلق ولو ناقصاً بل ينتقض بالخروج الكامل ومن كل وجه قوله: (**لقيامه مقام الأداء الخ**) أقول: الأظهر أن يقال لأن الأداء لا يكون إلا فيه قوله: (**أي ليفاجىء تمكن الأداء دخول الوقت**) أقول: الأظهر أن يقال: أي ليتمكن من الأداء مفاجئاً دخول الوقت قوله: (**هذا، لأن الوقت قائم مقام الأداء**) أقول: لا يطابق المشروح قوله: (**فإن قلت ففي عبارة المصنف تسامح، إلى قوله: فالجواب أن المضاف محذوف**) أقول: ولك أن تقول لا تسامح ولا حذف في كلام المصنف، إذ وجوب تقديم الطهارة على الوقت، للتمكن من الأداء كما دخل مما لا يقبل التشكيك، وإنما لم يجب التقديم لعدم وجوب الأداء كما دخل الوقت، فالمراد من التمكن من الاداء هو القدرة المقارنة للفعل فتأمل.

ولأبي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده. ولهما أنه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء كما دخل الوقت، وخروج الوقت دليل زوال الحاجة، فظهر اعتبار الحدث عنده، والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لأنها بمنزلة صلاة الضحى، ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه للعصر فعندهما ليس له أن يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة، والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد

تلك الطهارة لا أنها غير معتبرة أصلاً حسن قوله: (**فعندهما ليس له أن يصلي العصر بهذه الطهارة**) فإنما خصهما مع أن الكل على هذا لأن الشبهة تأتي على قولهما، إذ له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول، ومع هذا لا يصلي العصر بهذه لأنه دخول مشتمل على خروج، ولا يخفى أن عدم جواز العصر بهذه الطهارة فيما إذا كانت على السيلان أو وجد بعدها وإلا فله ذلك قوله: (**والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه**) لما أعطى حكم المستحاضة أفاد تصويرها، وكان الأولى تقديمه على الحكم لتقدم التصوّر على الحكم المتصور لكنه بادر إلى الحكم لأنه المقصود الأهم مع عدم الفوات، إذ قد أفاد التصوير لكنه أخره فإنما فيه وجه التقديم وقد انتظمه كلامنا. قيل الصحيح أن يقال هي التي لا يخلو وقت الوضوء أو بعده في الوقت عن الحدث الذي ابتليت بدوامه لأنه يرد على الأول إذا رأت الدم أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت لا تنتقض طهارتها، فلو كان ذلك تفسير المستحاضة لا تنقض لأن المستحاضة حكمها ذلك. وحاصل هذا الكلام للمتأمل إناطة ثبوت وصف الاستحاضة واسم المستحاضة بوجود الوضوء وليس بشيء، فإنها لو لم تتوضأ ولم تصل لمرض يعجزها عن الإيماء أو فسقاً وهي بالوصف المذكور بعد دوامه وقتاً كاملاً كانت مستحاضة قطعاً غاية الأمر أن المستحاضة إنما ينتقض وضوءها بالخروج إذا كان السيلان معه أو بعده في الوقت وترك التقييد به في إعطائها هذا الحكم لظهوره وعليه قلنا لو توضأت وصلت بعض الصلاة فخرج الوقت ثم سال تتوضأ وتبني لأن الانتقاض بالحدث لا بالخروج ليكون بظهور الحدث السابق فتستقبل ثم تحقق كونها مبتلاة به، وكذا سائر المعذورين ابتداء باستيعابه وقت صلاة كامل. وفي الكافي: إنما يصير صاحب عذر إذا لم يجد في وقت الصلاة زمناً يتوضأ ويصلي فيه خالياً عن الحدث. والأولى عبارة عامة الكتب وهذا يصلح تفسيراً لها، إذ قلما يستمر كمال وقت بحيث لا ينقطع لحظة فيؤدي إلى نفي تحققه إلا في الإمكان، بخلاف جانب الصحة منه فإنه بدوام انقطاعه وقتاً كاملاً وهو مما يتحقق، وبناء على اشتراط الاستيعاب في الابتداء قالوا؛ لو سال جرحه انتظرا آخر الوقت، فإن لم ينقطع توضأ وصلى قبل خروجه، فإن فعل فدخل وقت أخرى فانقطع فيه أعاد الأولى لعدم الاستيعاب، وإن لم ينقطع في وقت الثانية حتى خرج لا يعيدها لوجود الاستيعاب، كما لو قالوا في جانب الانقطاع لو توضأ على

تسامح لأنه قال لا بد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم واجباً. والجواب أن المضاف محذوف: أي لا بد من جواز تقديم الطهارة، وإذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحاً لظهور الحدث عنده لكونه محققاً للحاجة، وأما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده وقوله (**والمراد بالوقت وقت المفروضة**) أي المراد بالوقت الذي اعتبر دخوله وخروجه وقت المفروضة. وقوله (**عندهما**) أي عند أبي حنيفة ومحمد. وقوله (**وهو الصحيح**) احتراز عما قال بعضهم: ليس له أن يصلي الظهر به لأنه خرج وقت صلاته واجبة لأن صلاة العيد واجبة. وقوله (**لأنها**) يعني صلاة العيد (**بمنزلة الضحى**) من حيث أنها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ أنها صلاة الضحى أديت بجماعة. وقوله (**فعندهما**) أي عند أبي حنيفة ومحمد، وإنما خصهما بالذكر وإن كان الحكم عند الجميع كذلك لما أن الشبهة تأتي على قولهما لأن عندهما له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول، ومع ذلك ليس له أن يصلي العصر بهذه الطهارة لما أن هذا دخول مشتمل على خروج، فهي إن لم تنتقض بالدخول تنتقض بالخروج. قيل وإنما وضع المسألة في الظهر ليبين أنه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل، وما روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة أن ظل كل شيء إذا صار مثله خرج وقت

فيه، وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح لأن الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل.

السيلان وصلى على الانقطاع أو انقطع في أثناء الصلاة إن عاد في الوقت الثاني فلا إعادة لعدم الانقطاع وقتاً تاماً وإن لم يعد فعليه الإعادة للانقطاع التام فتبين أنها صلت صلاة المعذورين ولا عذر، هذا. ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو أو كان لو جلس لا يسيل ولو قام سال وجب رده فإنه يخرج برده عن أن يكون صاحب عذر، بخلاف الحائض إذا منعت الدرور فإنها حائض، ويجب أن يصلي جالساً بإيماء إن سال بالميلان لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، فإن الصلاة بإيماء لها وجود حالة الاختيار في الجملة وهو في التنفل على الدابة، ولا يجوز مع الحدث بحال حالة الاختيار، وعن هذا قلنا لو كان بحيث لو صلى قائماً أو قاعداً سال جرحه وإن استلقى لا يسيل وجب القيام والركوع والسجود، لأن الصلاة كما لا تجوز مع الحدث إلا ضرورة لا تجوز مستلقياً إلا لها فاستويا، وترجح الأداء مع الحدث لما فيه من إحراز الأركان، وهل يجب غسل الثوب مَن النجاسة التي ابتلي بها؟ قيل لا لأن الوضوء عرفناه بالنص والنجاسة ليست في معناه لأن قليلها معفو عنه فألحق بالقليل للضرورة. وقيل إذا أصابه خارج الصلاة يغسله لأنه قادر على أن يشرع بثوب طاهر، وفي الصلاة لا يمكن التحرّز عنه فسقط اعتباره فيها، وفي المجتبى: قال القاضي: لو غسلت ثوبها وهو بحال يبقى طاهراً إلى أن تفرغ لا إلى أن يخرج الوقت، فعندنا تصلي بدون غسل، وعند الشافعي لا لأن الطهارة عندنا مقدرة بخروج الوقت وعنده بالفراغ. وفي النوازل: وإذا كان به جرح سائل وشد عليه خرقة فأصابه الدم أكثر من قدر الدرهم أو أصاب ثوبه فصلى ولم يغسله، إن كان لو غسله تنجس ثانياً قبل الفراغ من الصلاة جاز أن لا يغسله وإلا فلا هو المختار، ولو كان به دماميل وجدري فتوضأ وبعضها سائل ثم سال الذي لم يكن سائلاً انتقض لأن هذا حدث جديد فصار كالمنخرين، ومسألة المنخرين مذكورة في الأصل، وهي ما إذا سال أحد منخريه فتوضأ مع سيلانه وصلى ثم سال المنخر الآخر في الوقت انتقض وضوءه لأن هذا حدث جديد.

الظهر ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح. قال: **(والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة)** لما فرغ من بيان أحكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة **(إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه)** قال الإمام التمرتاشي والمرغيناني والإمام حميد الدين الضرير وغيرهم إن هذا تعريف المستحاضة في حالة البقاء، وأما في حالة الثبوت فيشترط دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره اعتباراً بالسقوط فإنه لا يتم حتى ينقطع في الوقت كله، وهو مشكل على كل حال لأنه إن كان تعريفاً لها في الابتداء والانتهاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف فإنه ينتقض بالحائض لأنها قد تكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه، وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت فإن التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة تنتقض طهارتها بذلك، والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في الجامع الكبير فإنه قال: إذا توضأت المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ثم دخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها أن تتوضأ وتبني على صلاتها، لأن انتقاض الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت، ولم يوجد منها أداء شيء من الصلاة بعد الحدث فجاز لها أن تبني وإن كان تعريفاً في الانتهاء فقط كما قالوا فكذلك، ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة إلى الحالتين والحقائق لا تختلف، ولعل الصواب أن يقال في تعريفها: المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملاً ليس من أوقات الحيض والنفاس ثم لا تخلو عنه منذ توضأت فيه إن دام، فقوله من ثبت عذرها بمنزلة الجنس وقوله باستمرار الدم احتراز عمن هو بمعناها ممن به انفلات ريح وإنطلاق بطن وغيرهما، وقوله من فرجها احتراز كما إذا ثبت عذرها باستمرار الدم من أنفها أو جرح بها فإنها بمعناها، وقوله وقت صلاة كاملة لبيان ثبوت عذرها ابتداء، وقوله ليس: أي ذلك الوقت من أوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على التعريف الأوّل من النقض بصورة الحائض والنفساء

. . . .

[فرع] في عينه رمد يسيل دمعها يؤمر بالوضوء لكل وقت لاحتمال كونه صديداً. وأقول: هذا التعليل يقتضي أنه أمر استحباب، فإن الشك والاحتمال في كونه ناقضاً لا يوجب الحكم بالنقض إذ اليقين لا يزول بالشك والله أعلم. نعم إذا علم من طريق غلبة الظن بإخبار الأطباء أو علامات تغلب ظن المبتلي يجب.

كالحائض في الورود، وقوله ثم لا تخلو: أي المستحاضة عنه: أي عن الدم منذ توضأت فيه: أي في الوقت لبيان أن الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولإخراج ما ورد من النقض بقوله وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع وإن الدم كان فيه قبل الوضوء والمعتبر أن يكون بعده أو عنده، وقوله إن دام: يعني الحدث لبيان أن ثبوت كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله ثم لا تخلو عنه الخ، وإنما ذلك للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وإن انقطع في الوقت الثاني بالكلية.

وقوله (**وكذا كل من هو في معناها**) أي في معنى المستحاضة: أي يكون حكمه حكمها. وقوله (**وهو من ذكرناه**) يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ. وقوله (**ومن به استطلاق بطن أو انفلات ريح**) عطف على قوله من ذكرناه، واستطلاق البطن مشيه، والانفلات خروج الشيء فلتة: أي بغتة (**لأن الضرورة بهذا**) أي بما ذكرنا من الأحداث (**تتحقق وهي**) أي الضرورة (**تعم الكل**) فيكون حكم الكل حكم المستحاضة، ولو أريد تعريف المعذور، قيل هو من حصل به العذر بدوام الحدث وقت صلاة كاملاً ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه إن دام والقيود تعرف مما تقدم.

فصل في النفاس

(**النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة**) لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم (**والدم الذي تراه الحامل ابتداء أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة**) وإن كان ممتداً. وقال الشافعي رحمه الله: حيض اعتباراً بالنفاس إذ هما جميعاً من الرحم.

فصل في النفاس

(**قوله هو الدم**) يفيد أنها لو ولدت ولم تر دماً لا تكون نفساء، ثم يجب الغسل عند أبي حنيفة احتياطاً لأن الولادة لا تخلو ظاهراً عن قليل دم، وعند أبي يوسف لا يجب لأنه تعلق بالنفاس ولم يوجد، ثم ينبغي أن يزاد في التعريف فيقال عقيب الولادة من الفرج، فإنها لو ولدت من قبل سرتها بأن كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها تكون صاحبة جرح سائل لا نفساء وتنقضي به العدة وتصير الأمة أم ولد به، ولو علق طلاقها بولادتها وقع كذا في الظهيرية قوله: (**أو بمعنى الدم**) قال الشاعر:

تسيل على حد السيوف نفوسنا وليس على غير السيوف تسيل

(**قوله ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة**) أي العادة المستمرة عدم خروج الدم وهو للانسداد ثم يخرج بخروج الولد للانفتاح به، وخروج الدم من الحامل أندر نادر فقد لا يراه الإنسان في عمره فيجب أن يحكم في كل حامل بانسداد رحمها اعتباراً للمعهود من أبناء نوعها، وذلك يستلزم إذا رأت الدم الحكم بكونه غير خارج من الرحم وهو مستلزم للحكم بكونه غير حيض وهو المطلوب، لذا حكم الشارع بكون وجود الدم دليلاً على فراغ الرحم في قوله ﷺ «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة»[1] مع أن كون المرئي حيضاً غير

فصل في النفاس

الدماء المختصة بالمرأة حيض واستحاضة ونفاس والنفاس آخرها ترتيباً لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة، والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها إذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس، وفي الاصطلاح (**النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة**) وقوله عقيب الولادة صفة للدم لأنه لم يرد به معين فهو في معنى النكرة وقوله (**لأنه مأخوذ**) فيه تسامح لأنه تعليل في موضع التعريف ويتدارك بأنه جعله من باب التسمية كأنه قال: سمى الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لأنه مأخوذ (**من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس**) بسكون الفاء (**بمعنى الولد أو بمعنى الدم**) من قولهم له نفس سائلة. قال صاحب المغرب: وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك، وذكر في المجتبى أنه مشتق من تنفس الرحم أو النفس أو الولادة على ما قال شاعرهم:

إذا نفس المولود من آل خالد بدا كرم للناظرين قريب

وقد وجد ذلك كله. قال (**والدم الذي تراه الحامل ابتداء**) أي حال الحبل (**أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتداً**) أي بالغاً نصاب الحيض (**وقال الشافعي: هو حيض اعتباراً بالنفاس**) يعني إذا ولدت ولدين في بطن واحد

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٥٧ والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩٥ كلاهما من حديث أبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس: لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل على أن تحيض حيضة وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وحسنه ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ١٧٢ وهو في مسند أحمد ٣/ ٦٢، ٨٧ من هذا الوجه. وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٧ من حديث ابن عباس وقال الدارقطني: قال ابن صاعد تفرد بوصله العائذي اهـ.

يعني أن غيره أرسله وروى ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٣٤ عن علي: نهى رسول الله ﷺ أن توطأ الحامل حتى تضع أو الحائل حتى تستبرأ بحيضة. وسكت عليه الزيلعي مع أن في إسناده ضعف بسبب حجاج بن أرطاة وانقطاع. أفاده ابن حجر في التلخيص ١/ ١٧٢ وفي الباب أحاديث فهذا بمجموع طرقه يصير حسناً في أقل مراتبه وقد صحح الحاكم حديث أبي سعيد وحسنه ابن حجر.

تنبيه: وأما سياق ابن الهمام ولفظه فهو غريب ولعله رواه بالمعنى والله أعلم.

ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة، والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد، ولهذا كان نفاساً بعد خروج بعض الولد فيما روي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ينفتح فيتنفس به **(والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد)** حتى تصير المرأة به نفساء وتصير الأمة أم ولد به وكذا العدة تنقضي به **(وأقل النفاس لاحد له)** لأن تقدم الولد

معلوم لجواز كونه استحاضة وهي حامل ومع ذلك أهدر هذا التجويز نظراً إلى الغالب في أنه لا يظهر عن فرج الحامل دم وإن جاز أن يكون استحاضة لندرة الاستحاضة قوله: **(بخروج بعض الولد)** أي أكثره قوله: **(والسقط الذي استبان بعض خلقه)** كأصبع أو ظفر **(ولد)** فلو لم يستبن منه شيء لم يكن ولداً فإن أمكن جعله حيضاً بأن امتدّ جعل إياه وإلا فاستحاضة. وفي الفتاوى: طهرت شهرين فظنت أن بها حبلاً ثم أسقط بعد شهرين سقطاً لم يستبن خلقه وقد رأت قبل الإسقاط عشرة دماً يكون حيضاً لأنه بعد طهر صحيح، وهي لما أسقطت سقطاً لم يستبن شيء من خلقه لم تعط حكم الولادة في شيء من الأحكام فحكم بأن هذا كان دماً انعقد ثم تحلل فخرج فلم يكن دم حامل فكان حيضاً قوله: **(فأغنى عن امتداد جعل علماً عليه[1] في الحيض)** مرجع ضمير عليه خروجه من الرحم، والامتداد الذي جعل علماً على خروج الدم من الرحم في الحيض ثلاثة أيام ولياليها بعد وجود شرطه من تقدم نصاب الطهر وغيره: أي أغنى عن التعرّف به خروج الولد، فإن الذي يعقبه من الدم ظاهر كونه من الرحم. وفي بعض من النسخ عن امتداد ما جعل علماً عليه والأولى فيه تنوين امتداد فتكون ما هي المنبهة على وصف لائق بالمحل كقولهم: لأمر مًا جدع قصير أنفه، والمراد هنا العموم في الامتدادات المعرّفة لكون الدم حيضاً وهي ثلاثة أيام إلى عشرة: أي امتداد مًا من هذه الامتدادات التي هي ثلاثة وأربعة إلى عشرة، أما إن قرىء بإضافة امتداد إلى ما فالمعنى عن امتداد دم جعل بوصف الامتداد علامة فإنه نفسه ليس علامة بل امتداده أو هو بوصف الامتداد ولا يخفى ما فيه من التكلف قوله: **(لحديث أم سلمة)** روى أبو داود والترمذي وغيرهما عن أم سلمة قالت: كانت النفساء تقعد على عهد رسول الله ﷺ أربعين يوما[2]. وأثنى البخاري على هذا الحديث، وقال النووي: حديث

فرأت الدم قبل خروج الولد الثاني فإنها حامل في حق الولد الثاني، وذلك نفاس عند أبي حنيفة وأبي يوسف والجامع كونهما جميعاً من الرحم. ولنا أن الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لأن بالحبل ينسد فم الرحم لأن الله تعالى أجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون الثقب من أسفل، واعتباره بالنفاس فاسد لأنه إنما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد، ولهذا كان نفاساً بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن أبي حنيفة ومحمد لأن فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم، هذا إذا خرج أكثر الولد، فأما إذا خرج أقله فلا تصير نفساء وإن خرج الدم لأن النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة وهو ظاهر ولا

---

(١) الذي في نسخ الهداية والعناية: بخلاف الحيض اهـ مصححه.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣١١ والترمذي ١٣٩ وابن ماجه ٦٤٨ والدارمي ٩٤٩ والحاكم ١/ ١٧٥ والدارقطني ١/ ٢٢٢ والبيهقي ١/ ٣٤١ كلهم من حديث أم سلمة بزيادة: وكنا نطلي وجوهنا بالورس يعني من الكلف قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث علي بن عبد الأعلى عن أبي سهل البرساني عن مسّة الأزدية به قال البخاري: ابن عبد الأعلى ثقة وأبو سهل ثقة اهـ.
وقد رواه الحاكم من طريق آخر ليس فيه كثير بن زياد البرساني.
وصححه وأقره الذهبي. وعلى هذا فقد توبع كثير بن زياد.
ورواه الدارقطني من وجه آخر وفيه متابعة الحكم بن عُتيبة لكثير هذا.
لكن في إسناده العزرمي ضعيف فهذا الحديث وإن كان فيه مقال فأقل أحواله أن يكون حسناً. وقد أثبته البخاري بتوثيق راويه.
وصححه الحاكم وحسنه النووي كما ذكر ابن الهمام.
فائدة: قال الترمذي: أجمع أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوماً إلا أن ترى الطهر قبل ذلك فإنها تغتسل وتصلي اهـ.
قال أحمد شاكر عقبه: هذا هو الصحيح الموافق للحديث وقد زعم ابن حزم في المحلى ٢/ ٢٠٣ أن أكثر النفاس سبعة أيام فقط وقاس ذلك على أيام الحيض وإن لم يعترف بأنه قياس بل أغرب فزعم أن دم النفاس دم الحيض!! وهذا الذي قاله لم نجد مثله عن أحد من العلماء اهـ.
قلت: ولن نجد إن شاء الله تعالى.

علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداد جعل علماً عليه بخلاف الحيض **(وأكثره أربعون يوماً والزائد عليه استحاضة)** لحديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام وقت للنفساء أربعين يوماً، وهو حجة على

حسن. وأما قول جماعة من مصنفي الفقهاء إنه ضعيف فمردود عليهم كأنه يشير إلى إعلال ابن حبان إياه بكثير بن زياد أبي سهل الخراساني. قال عنه: كان يروي الأشياء المقلوبات فيجتنب ما انفرد به وقد صححه الحاكم. قيل ومعنى الحديث: كانت تؤمر أن تجلس إلى الأربعين ليصح، إذ لا يتفق عادة جميع أهل عصر في حيض أو نفاس. وروى الدارقطني وابن ماجه عن أنس أنه ﷺ وقت للنفساء أربعين يوماً إلا أن ترى الطهر قبل ذلك[1]. وضعفه بسلام بن سليم الطويل. وروي هذا من عدة طرق لم تخل عن الطعن، لكنه يرتفع بكثرتها إلى الحسن. قوله والطهر[2] إذا تخلل في مدة النفاس فهو كالدم المتوالي عند أبي حنيفة، وقالا: إذا بلغ خمسة عشر يوماً فصل فيحكم بكون المرئي بعده حيضاً إن صلح وإلا فهو استحاضة.

حكماً لأنه ليس للأقل حكم الكل. وإنما أبهم البعض لاختلاف وقع في الرواية. روى خلف بن أيوب عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الدم الذي تراه المرأة بعد خروج أكثر الولد نفاس. وروى المعلى عن أبي يوسف بعد خروج بعض الولد. وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن أو الرجلين وأكثر من نصف البدن. وعنه أنها لا تصير نفساء حتى يخرج جميع ولدها. وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في خروج الأكثر وهو مصحح على ما روى خلف بن أيوب، وأما محمد فلم يذكر أنه مع أبي حنيفة، وليس على قياس مذهب محمد فإن مذهبه أن النفاس إنما يثبت بوضع الحمل كله فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها. وقوله **(والسقط الذي استبان بعض خلقه)** كأصبع مثلاً **(ولد تصير به المرأة نفساء وتصير الأمة أم ولد به)** إن ادعاه المولى **(والعدة تنقضي به)** والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها، ولكن إن أمكن جعل المرئي من الدم حيضاً بأن يدوم إلى أقل مدة الحيض وتقدمه طهر تام يجعل حيضاً وإن لم يمكن كان استحاضة. قال **(وأقل النفاس لا حدّ له)** لا حدّ لأقل النفاس. قال شيخ الإسلام في مبسوطه: اتفق أصحابنا على أن أقل النفاس ما يوجد فإنها كما ولدت إذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فإنها تصوم وتصلي وكان ما رأت نفاساً لا خلاف في هذا بين أصحابنا إنما الخلاف فيما إذا وجب اعتبار أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فقالت انقضت عدتي أي مقدار يعتبر لأقل النفاس مع ثلاث حيض؟ عند أبي حنيفة يعتبر أقله بخمسة وعشرين يوماً، وعند أبي يوسف بأحد عشر يوماً، وعند محمد بساعة، وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم، فإن ولدت ولم تر دماً فهي نفساء في رواية الحسن عن أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة، ثم رجع أبو يوسف وقال: هي طاهرة، وثمرة

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٦٤٩ والدارقطني ١/ ٢٢٠ كلاهما من حديث أنس.
قال الدارقطني: لم يروه عن حميد الطويل غير سلام الطويل وهو ضعيف الحديث اهـ. والعجب من البوصيري حيث ذكره في الزوائد وصححه وقال: رجاله ثقات.
قلت: والذي أوقع البوصيري بهذا الخطأ هو ما في ابن ماجه من الشك في السند ففيه: عن سلاّم بن سليم أو سلم. شك أبو الحسن. وأظنه هو أبو الأحوص اهـ.
قلت: أبو الأحوص اسمه أيضاً سلام بن سليم الحنفي قال في التقريب ثقة متقن اهـ.
وقال في التقريب: سلام بن سليم أو سلم الطويل: متروك اهـ. فالحديث واهٍ به.
وورد من حديث عثمان بن أبي العاص. أخرجه الحاكم ١/ ١٧٦ والدارقطني ١/ ٢٢٠ وفيه أبو بلال الأشعري ضعفه الدارقطني به وقال الحاكم إن سلم من أبي بلال فهو مرسل أيضاً لأن الحسن لم يسمع من ابن أبي العاص اهـ. ثم رواه الدارقطني من وجه آخر مرفوعاً. وكرره موقوفاً على ابن أبي العاص وقال: وكذلك روي عن عمر وابن عباس وأنس وغيرهم من قولهم.
ثم رواه الدارقطني ١/ ٢٢١ والحاكم ١/ ١٧٦ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وأعله الدارقطني بضعف ابن علاقة وابن حصين. وفي الباب طرق أخرى واهية لكن مجموع هذه الطرق يقوي بعضها بعضاً وكذا الموقوفات لأنها لا تقال بالرأي ويعلم أن لهذا التوقيت أصلاً، وعليه الإجماع ولا عبرة بمن شذ وخالف.

(٢) قوله الفتح **(قوله والطهر الخ)** لفظة قوله زائدة من الناسخ، إذ ليس لها محل في الهداية فالمسألة تبرع من الكمال اهـ مصححه.

الشافعي رحمه الله في اعتبار الستين **(وإن جاوز الدم الأربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت إلى أيام عادتها)** لما بينا في الحيض **(وإن لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها أربعون يوماً)** لأنه أمكن جعله نفاساً **(فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وإن كان بين الولدين أربعون يوماً. وقال محمد رحمه الله: من الولد الأخير)** وهو قول زفر رحمه الله لأنها حامل بعد وضع الأول فلا تصير نفساء، كما أنها لا تحيض، ولهذا تنقضي العدة بالولد الأخير بالإجماع. ولهما أن الحامل إنما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الأول وتنفس بالدم فكان نفاساً، والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف إليها فيتناول الجميع.

[فرع] أسقطت في المخرج ما يشك في أنه مستبين الخلق أو لا واستمر بها الدم إن أسقطت أول أيامها تركت الصلاة قدر عادتها بيقين لأنها إما حائض أو نفساء، ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بالشك لاحتمال كونها نفساء أو طاهرة، ثم تترك الصلاة قدر عادتها بيقين لأنها إما نفساء أو حائض، ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بيقين إن كانت استوفت أربعين من وقت الإسقاط وإلا فبالشك في القدر الداخل فيها وبيقين في الباقي، ثم تستمر على ذلك، وإن أسقطت بعد أيامها فإنها تصلي من ذلك الوقت قدر عادتها في الطهر بالشك، ثم تترك قدر عادتها في الحيض بيقين. وحاصل هذا كله أن لا حكم للشك ويجب الاحتياط. وفي كثير من نسخ الخلاصة غلط في التصوير هنا من النساخ فاحترس منه قوله: **(فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها)** ما خرج (من) الدم عقيب **(الولد الأول)** ما لم يكن بين الولدين ستة أشهر لأنهما حينئذ توأمان، ودم النفاس هو الفاضل عن غذاء الولد من دم الحيض الممنوع خروجه بانسداد فم الرحم بالحبل، وبالولد الأول ظهر انفتاحه فظهر أن الخارج هو ذاك الذي كان ممنوعاً، وقد حكم الشرع بأن ما كان منه ينتهي بأربعين حتى لو زاد استمر الدم عليها في الولد الواحد حكم بأنه من غير ذلك فيلزم أن الخارج بعد الثاني بعد الأربعين غير ذلك وأنه استحاضة، فظهر أن ما علل به محمد من أنها حامل وصف لا أثر له: إذ المؤثر في نفي النفاس ثبوت الانسداد لا ثبوت الحمل، بل عدمه في حالة الحمل ليس إلا للانسداد وقد زال فهو المدار، أما الحمل فعلته قيام العدة.

الخلاف تظهر في وجوب الغسل، فأما الوضوء فواجب بالإجماع كذا في المحيط، وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة، وبعضهم أخذ بقول أبي يوسف، وهو القياس لأن النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة، فإذا لم يكن لها نفاس كيف تكون نفساء. وقول أبي حنيفة أحوط **(وإنما لم يقدروا أقله بحدّ لأن تقدم الولد علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداد جعل علماً عليه بخلاف الحيض)** فإنه أشترط فيه امتداد الدم ثلاثة بخروج الولد. وقوله **(وأكثره أربعون يوماً)** ظاهر، ومذهبنا مروى عن ابن عمر وعائشة وأم سلمة وأم حبيبة وأبي هريرة رضي الله عنهم، ومثله لا يعرف إلا سماعاً، وهو الموافق للمعقول لأنهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض، وقد ثبت في باب الحيض أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام بلياليها فكان أكثر مدة النفاس أربعين يوماً، وإنما كان أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض لأن الروح لا تدخل في الولد قبل أربعة أشهر فتجمع الدماء أربعة أشهر، وإذا دخلت الروح صار الدم غذاء للولد، فإذا خرج الولد خرج ما كان محتبساً من الدم أربعة أشهر في كل شهر عشرة أيام. وقوله **(وإن جاوز الدم الأربعين)** ظاهر. وقوله **(فإن ولدت ولدين في بطن واحد)** يعني أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر. وقوله **(وإن كان بين الولدين أربعون يوماً)** احتراز عما قال بعض المشايخ فيما إذا كان بين الولدين أربعون يوماً أن النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وليس بصحيح وإنما الصحيح ما اختاره المصنف لأن أكثر مدة النفاس أربعون يوماً وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها، ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح. وقوله **(والعدّة تعلقت بوضع حمل)** جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة، ووجهه أن العدة تنقضي بوضع حمل مضاف إليها لقوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ﴾ والحمل اسم لكل ما في البطن، وما بقي الولد في بطنها موجوداً كانت حاملاً فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع.

باب الأنجاس وتطهيرها

(تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه) لقوله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾ وقال

باب الأنجاس وتطهيرها

قوله: **(تطهير النجاسة)** أي نفس محلها أما هي فلا تطهر **(واجب)** مقيد بالإمكان وبما إذا لم يستلزم ارتكاب ما هو أشدّ حتى لو لم يتمكن من إزالتها إلا بإبداء عورته للناس يصلي معها لأن كشف العورة أشد، فلو أبداها للإزالة فسق، إذ من ابتلى بين أمرين محظورين عليه أن يرتكب أهونهما، أما من به نجاسة وهو محدث إذا وجد ماء يكفي أحدهما فقط إنما وجب صرفه إلى النجاسة لا الحدث ليتيمم بعده فيكون محصلاً للطهارتين، لا لأنها أغلظ من الحدث ولا أنه صرف إلى الأخفّ حتى يرد إشكالاً كما قاله حماد حتى أوجب صرفه إلى الحدث، وقولنا ليتيمم بعده هو ليقع تيممه صحيحاً اتفاقاً، أما لو تيمم قبل صرفه إلى النجاسة فإنه يجوز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد بناء على ما مر في التيمم من أنه مستحق الصرف إليها فكان معدوماً في حق الحدث؛ وأما إذا لم يتمكن من الإزالة لخفاء خصوص المحل المصاب مع العلم بتنجس الثوب قيل: الواجب غسل طرف منه، فإن غسله بتحرّ أو بلا تحرّ طهر، وذكر الوجه بين أن لا أثر للتحري وهو أن يغسل بعضه مع أن الأصل طهارة الثوب وقع الشك في قيام النجاسة لاحتمال كون المغسول محلها فلا يقضي بالنجاسة بالشك، كذا أورده الاسبيجابي في شرح الجامع الكبير. قال: وسمعت الشيخ الإمام تاج الدين أحمد بن عبد العزيز يقوله ويقيسه على مسألة في السير الكبير هي إذا فتحنا حصناً وفيهم ذمي لا يعرف لا يجوز قتلهم لقيام المانع بيقين، فلو قتل البعض أو أخرج حل قتل الباقي للشك في قيام المحرم كذا هنا. وفي الخلاصة بعد ما ذكره مجرداً عن التعليل، فلو صلى معه صلوات ثم ظهرت النجاسة في طرف آخر يجب إعادة ما صلى اهـ. وفي الظهيرية الثوب فيه نجاسة لا يدري مكانها يغسل الثوب كله انتهى. وهو الاحتياط. وذلك التعليل مشكل عندي، فإن غسل طرف يوجب الشك في طهر الثوب بعد اليقين بنجاسته قبل. وحاصله أنه شك في الإزالة بعد تيقن قيام النجاسة، والشك لا يرفع المتيقن قبله، والحق أن ثبوت الشك في كون الطرف المغسول والرجل المخرج هو مكان النجاسة والمعصوم الدم يوجب البتة الشك في طهر الباقي وإباحة دم الباقين، ومن ضرورة صيرورته مشكوكاً فيه ارتفاع اليقين عن تنجسه ومعصوميته، وإذا صالا مشكوكاً في نجاسته

باب الأنجاس وتطهيرها

لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها، لأن الأولى أقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق فكان بالتقديم أولى، وتقدير كلامه باب بيان الأنجاس. والأنجاس جمع نجس بفتحتين: وهو كل مستقذر، وهو في الأصل مصدر ثم استعمل اسماً. قال الله تعالى ﴿إنما المشركون نجس﴾ وكما أنه يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي إلا أنه لما تقدم بيان الحكمي أمن اللبس فأطلقه. وقوله وتطهيرها: أي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان، إلا أنه لما أضافه إلى ضمير الأنجاس أنثه، والكلام على هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير، وفي آلة التطهير، وفي بيان أنواع النجاسة، وفي كيفية التطهير، وفي القدر الذي يصير به المحل نجساً، وفيما يتعذر التطهير به. قوله **(تطهير النجاسة)** أي تطهير محل النجاسة بإثبات الطهارة فيه كما ذكرناه. وقيل تطهير النجاسة: أي إزالتها **(واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾)** أمر بتطهير الثياب مطلقاً وهو للوجوب. فإن قيل: قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلاً على إزالة النجاسة. أجيب بأن ذلك مجاز، والأصل هوالحقيقة، على أن تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون أمراً بتطهير الثياب اقتضاء، وإذا كان تطهير الثوب واجباً لتحسين حال المناجي ربه كان

باب الأنجاس وتطهيرها

قوله: **(لما أضافه إلى ضمير الأنجاس)** أقول: يعني مريداً بها محلها قوله: **(أجيب بأن ذلك مجاز، إلى قوله: فيكون أمراً بتطهير الثوب اقتضاء الخ)** أقول: في كونه أمراً به اقتضاء بحث لا يخفى على من يعرف الاقتضاء في اصطلاحهم.

عليه الصلاة والسلام «حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء ولا يضرك أثره» وإذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب

جازت الصلاة معه إلا أن هذا إن صح لم يبق لكلمتهم المجمع عليها أعني قولهم اليقين لا يرفع بالشك معنى، فإنه حينئذ لا يتصور أن يثبت شك في محل ثبوت اليقين ليتصور ثبوت شك فيه لا يرتفع به ذلك اليقين، فعن هذا حقق بعض المحققين أن المراد لا يرفع حكم اليقين، وعلى هذا التقدير يخلص الاشكال في الحكم لا الدليل فنقول: وإن ثبت الشك في طهارة الباقي ونجاسته لكن لا يرتفع حكم ذلك التيقن السابق لنجاسته وهو عدم جواز الصلاة فلا يصح بعد غسل الطرف لأن الشك الطارئ لا يرفع حكم اليقين السابق على ما حقق من أنه هو المراد من قولهم اليقين لا يرتفع بالشك فقتل الباقي والحكم بطهارة الباقي مشكل والله أعلم. ثم المعتبر في طهارة المكان موضع القدم رواية واحدة، وموضع السجود في أصح الروايتين عن أبي حنيفة وهو قولهما: ولا يجب طهارة موضع الركبتين واليدين لأن وضعها ليس فرضاً عندهم، لكن في فتاوى قاضيخان: وكذا لو كانت النجاسة في موضع السجود أو موضع الركبتين أو اليدين: يعني تجمع وتمنع فإنه قدم هذين اللفظين حكماً لما إذا كانت النجاسة تحت كل قدم أقل من درهم، ولو جمعت صارت أكثر من درهم، قال: ولا يجعل كأنه لم يضع العضو على النجاسة، وهذا كما لو صلى رافعاً إحدى قدميه جازت صلاته، ولو وضع القدم على النجاسة لا يجوز ولا يجعل كأنه لم يضع انتهى لفظه. وهو يفيد أن عدم اشتراط طهارة مكان اليدين والركبتين هو إذا لم يضعهما أما إن وضعهما اشترطت فليحفظ هذا، وليعلم أن عدم اشتراط طهارة مكان الركبتين واليدين لم يثبته الفقيه أبو الليث، وعليه بنى وجوب وضع الركبتين في السجود. في التجنيس إذا لم يضع ركبتيه عند السجود لا يجزئه لأنا أمرنا بالسجود على سبعة أعظم هذا اختيار الفقيه أبي الليث، وفتوى مشايخنا على أنه يجوز لأنه لو كان موضع الركبتين نجساً جاز. قال: والفقيه أبو الليث ينكر هذه الرواية أنه إذا كان موضع الركبتين نجساً يجوز انتهى. ثم لو كان المكان نجساً فبسط عليه ثوب طاهر إن شفه لا تجوز فوقه وإلا جازت ولو كانت النجاسة على جانبه وصلى على طرف طاهر آخر منه جاز سواء تحرك النجس أو لا هو الصحيح، بخلاف ما إذا كانت في طرف عمامته أو منديله المقصود ثوب هو لابسه فألقى ذلك الطرف على الأرض وصلى فإنه إن تحرك بحركته لا يجوز، وإلا يجوز لأنه بتلك الحركة ينسب لحمل النجاسة بخلافها في المفروش، ولو صلى على ماله بطانة متنجسة وهو قائم على ما يلي موضع النجاسة من الطهارة، عن محمد يجوز، وعن أبي يوسف لا يجوز، وقيل جواب محمد في غير المضرب فيكون حكم حكمه ثوبين، وجواب أبي يوسف في المضرب فحكمه حكم ثوب واحد فلا خلاف بينهما. قال المصنف رحمه الله في التجنيس: والأصح أن المضرب على الخلاف ذكره الحلواني انتهى. ولو كان لبدا أصابته نجاسة فقلبه وصلى على الوجه الآخر، عن محمد يجوز، وعن أبي يوسف لا، ولو صلى على الدابة وفي سرجها أو ركابها نجاسة مانعة فجماعة على أنه لا يجوز. قال في المبسوط: وأكثر مشايخنا جوزوا لما قال في الكتاب والدابة أشد من ذلك: يعني أن باطنها محل النجاسة وتترك عليها الأركان وهي أقوى من الشرائط، ويمكن أن يريد بقوله أشد من ذلك ما على ظاهرها إذ لا يخلو مخرجها وحوافرها وقوائمها عن النجاسة وفيه نظر قوله: (وقال ﷺ «حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء») عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيض كيف تصنع به؟ قال: تحته ثم تقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه» متفق عليه[1]. وأخرجه

تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الأول للمنصوص وأولوية الثاني، وقوله ﷺ («حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء») الحتّ: القشر باليد أو العود، والقرص بأطراف الأصابع. لا يقال: الحديث ورد في أسماء بنت أبي بكر حين سألته عن دم

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٧ ومسلم ٢٩١ وأبو داود ٣٦٠ و٣٦١ والترمذي ١٣٨ والنسائي ١/ ١٥٥ وابن ماجه ٦٢٩ والدارمي ١٠٠٦ والبيهقي ١/ ١٣ وأحمد ٦/ ٣٤٥، ٣٤٦ و٣٥٣ كلهم من حديث أسماء.

وجب في البدن والمكان فإن الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل **(ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن إزالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما إذا عصر انعصر)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر

الترمذي كذلك، ولفظ اغسليه غير محفوظ[1] فيه بل في حديث أم قيس بنت محصن سألته عن دم الحيض فقال ﷺ «حكيه بطلع واغسليه بماء وسدر»[2] أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه. والحتّ: القشر بالعود والظفر ونحوه، والقرص بأطراف الأصابع قوله: **(وإذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان)** بطريق أولى لأنهما ألزم للمصلي منه لتصور انفصاله بخلافهما قوله: **(مما إذا عصر انعصر)** يخرج الدهن والزيت واللبن والسمن، بخلاف الخل وماء الباقلاء الذي لم يثخن، ففي جعل الأول على الخلاف كما هي قويلة نظر قوله: **(يتنجس بأول الملاقاة)** مقيد بما إذا كان بحيث يخرج بعض أجزائها في الماء ألا ترى إلى ما ذكروا من أنه لو مشى ورجله مبتلة على أرض أو لبد نجس جاف لا يتنجس، ولو كان على القلب وظهرت الرطوبة في رجله تتنجس كذا في الخلاصة. قلت: يجب حمل الرطوبة على البلل لا الندوة، فقد ذكر فيها إذا لفّ الثوب النجس الرطب في الثوب الطاهر الجاف فظهرت فيه ندوته ولم يصر بحيث يقطر منه شيء إذا عصر اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يتنجس، وكذا لو بسط على النجس الرطب فتندّى وليس بحيث يقطر إذا عصر الأصح فيه أنه لا يتنجس ذكره الحلواني. ولا يخفى أنه قد يحصل بليّ الثوب وعصره نبع رؤوس صغار ليس لها قوّة السيلان ليتصل بعضها ببعض فتقطر بل تقرّ في مواضع نبعها ثم ترجع إذا حل الثوب، ويبعد في مثله الحكم بطهارة الثوب مع وجود حقيقة المخالط، فالأولى إناطة عدم النجاسة بعدم نبع شيء عند العصر ليكون مجرّد ندوة لا بعدم التقاطر قوله: **(إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة)** مطلقاً عند محمد سواء أورد على النجاسة أو أوردت هي عليه وإلا لم يحصل طهارة شيء بالماء لأنه ينجس الماء فيحل المحل ماء نجس، وكذا كل ما بعده يتنجس بملاقاة بلل السابق، وفي الوارد فقط عند الشافعي رضي الله عنه لأن المورود لا يطهر عنده. ولما سقط هذا القياس عنده في الوارد وبقي طاهراً حال كونه في الثوب بقي كذلك بعد انفصاله بالعصر أيضاً ما لم يظهر في المنفصل أثر النجاسة لون أو ريح لأنه كان محكوماً بطهارته حال المخالطة في المحل ولم يوجد بعده إلا الانفصال وليس ذلك بمنجس، بخلاف ما إذا تأثر لأن بقاء الأثر مخالطة بعد الانفصال فيتنجس، وعند محمد وصاحبيه هو طاهر في المحل نجس إذا انفصل لأن الحكم بالطهارة مع مخالطة النجس إنما هو للضرورة، فإذا زالت بالانفصال ظهر أثر المخالطة لأن ما ثبت

الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه. لأنا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجساً ولا خصوصية له بذلك فيلحق به كل ما كان نجساً، ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فإن كان فيه أكثر من قدر الدرهم فالصلاة فاسدة، وإن كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن أبي حنيفة، وفي رواية أبي يوسف عنه جائزة. وقوله **(ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع)** ظاهر. وقوله **(طاهر)** احتراز عن بول ما يؤكل لحمه فإن الأصح أن التطهير لا يحصل به، وقيل يحصل حتى لو غسل دم بذلك رخصنا فيه ما لم يفحش. قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أن التطهير بالنجس لا يكون لتضادّ بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل. وقوله **(يمكن إزالتها به)** احتراز عن الدهن والسمن وما أشبه ذلك، لأن الإزالة إنما

قوله: **(وكذا الحكم في الماء المستعمل)** أقول: على القول بأنه نجس

---

(١) أشار ابن الهمام لما أورده صاحب الهداية بأنه غيره محفوظ.
وكذا قال الزيلعي ١/ ٢٠٧ لفظ: حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء. غريب. وأقرب سياق له ما رواه ابن الجارود في المنتقى عن أسماء وفيه: حتيه واقرصيه ورشيه بالماء.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٣ والنسائي ١/ ١٥٤، ١٥٥ وابن ماجه ٦٢٨ وأحمد ٦/ ٣٥٥، ٣٥٦ كلهم من حديث أم قيس بنت محصن واللفظ لأبي داود وأحمد والنسائي ورواية ابن ماجه: اغسليه بالماء والسدر وحكيه ولو بضلع. ورواية لأحمد بنحوه وكذا رواه الدارمي ١٠٠٩ وإسناده جيد أبو المقدام صدوق وبقية رجاله ثقات.

والشافعي رحمهم الله: لا يجوز إلا بالماء لأنه يتنجس بأوّل الملاقاة، والنجس لا يفيد الطهارة إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة.

بالضرورة يتقدّر بقدرها ولا أثر للورود لأنه ليس جارياً حقيقة، ألا يرى أنه لو وضع الثوب النجس في الإجانة ثم أورد عليه تحصل فيها مخالطاً للنجاسة، وهذا هو الموجب لثبوت قياس النجاسة وهو بعينه في المورود فاتحد القياس فيهما ثم سقط للضرورة هذا في الماءين، أما الثالث فطاهر عندهما لأنه كان طاهراً وانفصل عن محل طاهر، وعند أبي حنيفة نجس لأن طهارته في المحل ضرورة تطهيره وقد زالت، وإنما حكم شرعاً بطهارة المحل عند انفصاله بدلالة الحديث حتى يغسلها ثلاثاً وإلا لم تحصل طهارة، ولا ضرورة في اعتبار الماء المنفصل طاهراً مع مخالطة النجس فيكون نجساً بخلاف الماء الرابع فإنه لم يخالط ما هو محكوم شرعاً بنجاسته في المحل فيكون طاهراً.

[فرع] في التجنيس غسل ثوباً ثم قطر منه على شيء إن عصره في الثالثة حتى صار بحال لو عصره لا يسيل منه شيء فاليد طاهرة والبلل طاهر، وإن كان بحال يسيل فنجسة ففي هذا أن بلة اليد طاهرة مع أنها بعض الثالث. واعلم أنه لما سقط ذلك القياس لم يفرق محمد بين تطهير الثوب النجس في الإجانة والعضو النجس بأن يغسل كلاً منهما في ثلاث إجانات طاهرات أو ثلاثاً في إجانة بمياه طاهرة فيخرج من الثالث طاهر، وقال أبو يوسف بذلك في الثوب خاصة، أما العضو المتنجس إذا غمس في إجانات طاهرات نجس الجميع ولا يطهر بحال، بل بأن يغسل في ماء جار أو يصب عليه لأن القياس يأبى حصول الطهارة لهما بالغسل في الأواني فسقط في الثياب للضرورة وبقي في العضو لعدمها، وهذا يقتضي أنه لو كان المتنجس من الثوب قدر درهم فقرص لا يجيزه أبو يوسف في الإجانة وعلى هذا جنب اغتسل في آبار ولم يكن استنجى تنجس كلها وإن كثرت، وإن كان استنجى صارت فاسدة ولم يطهر عند أبي يوسف، وقال محمد: إن لم يكن استنجى يخرج من الثالثة طاهراً وكلها نجسة، وإن كان استنجى يخرج من الأولى طاهراً وسائرها مستعملة كذا في المصفي، وينبغي تقييد الاستعمال بما إذا قصد القربة عنده قوله: (ولهما) والحاصل القياس على الماء بناء على أن الطهارة بالماء معلول بعلة كونه قالعاً لتلك النجاسة، وسقوط ذلك القياس بناء على أن القلع والحكم بالتطهير لا يتصور إلا بإسقاطه، والمائع قالع فهو محصل ذلك المقصود فيسقط فيه ذلك القياس وتحصل به الطهارة.

تكون بإخراج أجزاء النجاسة مع المزيل شيئاً فشيئاً، وذلك إنما يتحقق فيما ينعصر بالعصر، وإنما ذكر الماء وإن كان جواز التطهير به ثابتاً بالإجماع ليعلم أن الإزالة غير واجبة به بل تجوز به وبغيره. وقوله (**لأنه ينجس بأوّل الملاقاة**) يعني لاختلاطه بالنجاسة (**والنجس لا يفيد الطهارة**) ظاهر، وبه يتقوّى ما ذكرنا من رواية شمس الأئمة في بول ما يؤكل لحمه، وقوله (**إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة**) جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء أيضاً فيلزمه شمول الجواز أو عدمه. وقوله (**ولهما أن المائع قالع**) ظاهر. وحاصله أن الاشتراك في العلة يوجبه في المعلول والماء مطهر بعلة القلع والإزالة، وهذه العلة موجودة في الخل وأشباهه فتكون مطهرة كالماء. وقوله (**والنجاسة للمجاورة**) جواب عن استدلالهم، وهو في الحقيقة قول الموجب: أي سلمنا أنه تنجس بأول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجساً لعينه بل كانت النجاسة للمجاورة، فإذا انتهت أجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهراً. لا يقال: التعليل بالقلع لا يجوز لأن النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه الصلاة والسلام «اغسليه بالماء» لأنا نقول: الغسل بالماء إما أن يكون واجباً لعينه أو لغيره، والأول ممنوع لأن المصلي إذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلاة فيه بخلاف، والثاني مسلم فإنه واجب للتطهير وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بيناه قوله (**وجواب الكتاب**) أي القدوري، وهو قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر

قوله: (**وحاصله أن الاشتراك في العلة يوجبه في المعلول**) أقول: يعني يوجب الاشتراك في المعلول (**قال المصنف يبقى طاهراً**) أقول: وعليك بمراجعة شرح تاج الشريعة متأملاً

ولهما أن المائع قالع والطهورية بعلة القلع والإزالة والنجاسة للمجاورة، فإذا انتهت أجزاء النجاسة يبقى طاهراً، وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وعنه أنه فرق بينهما فلم يجوّز في البدن بغير الماء **(وإذا أصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنيّ فجفت فدلكه بالأرض جاز)** وهذا استحسان **(وقال محمد رحمه الله لا يجوز)** وهو القياس **(إلا في المنيّ خاصة)** لأن المتداخل في الخفّ لا يزيله الجفاف والدلك، بخلاف المنيّ على ما نذكره. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور» ولأن الجلد لصلابته لا تتداخله

[فرع] غسل الثوب المتنجس بالدم بالبول حتى زال عين الدم، هل يحكم بزوال تلك النجاسة اختلف فيه. وممن ذهب إليه التمرتاشي حتى لو كان ما غسل به بول ما يؤكل لحمه لا يمنع ما لم يفحش. وقال السرخسي: الأصح أن التطهير بالبول لا يكون انتهى. وهو أحسن، ووجهه ما علمت أن سقوط التنجس حال كون المستعمل في المحل ضرورة التطهير، وليس البول مطهراً للتضاد بين الوصفين فيتنجس بنجاسة الدم، فما ازداد الثوب بهذا إلا شراً إذ يصير جميع المكان المصاب بالبول متنجساً بنجاسة الدم وإن لم يبق عين الدم، وفي الكتاب إشارة إلى ما اخترناه حيث قال بالماء وبكل مائع طاهر حيث أخرج المائع النجس قوله: **(فلم يجوز في البدن بغير الماء)** لأن حرارة البدن جاذبة والماء أدخل فيه من غيره فيتعين. وعن طهارة البدن بغير الماء تفرع طهارة الثدي إذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى أزال أثر القيء، وكذا إذا لحس أصبعه من نجاسة بها حتى ذهب الأثر أو شرب خمراً ثم تردد ريقه في فيه مراراً طهر حتى لو صلى صحت. وعلى قول محمد لا تصح، ولا يحكم بالطهارة بذلك لعدم الماء، وكذا على إحدى الروايتين عن أبي يوسف وهي اشتراط الماء في العضو، وأما المروي عن محمد في المسافر إذا أصاب يده نجاسة يمسحها بالتراب فمشكل على قول الكل، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف إنما جوّزا مثله في الخف والنعل بشرطه، ومحمد خالفهما فكيف يتجه ذلك، اللهم إلا أن يراد بمسحه تقليلاً للنجاسة حالة الاشتغال بالسير فلا يمنع لتخفيف الجرم بذلك ثم يغسلها بعد ذلك قوله: **(ولهما قوله ﷺ)** روى أبو داود عن أبي سعيد الخدري أنه ﷺ قال «إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر فإن رأى في نعله أذى أو قذراً فليمسحه وليصل فيهما»[1] وخرّج ابن خزيمة عن أبي هريرة أنه ﷺ قال «إذا وطىء أحدكم الأذى بنعله أو خفيه فطهورهما التراب»[2] ولا تفصيل فيهما بين الرطب

الخ مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما. وقوله **(وعنه)** أي عن أبي يوسف في رواية الحسن بن أبي مالك عنه **(أنه فرق بينهما)** وقال **(لا يجوز في البدن إلا بالماء)** لأن غسل البدن طريقة العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقة إزالة النجاسة فلم يختص بالماء كالحت، وهو ضعيف لأن الكلام فيما إذا كانت عين النجاسة قائمة بالبدن، ولا فرق بين إزالتها منه وإزالتها من الثوب. قال **(وإذا أصاب الخفّ نجاسة)** النجاسة إذا أصابت الخف فإما أن يكون **(لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنيّ)** أو لا يكون كالبول والخمر ونحوهما، والأول إما أن حصل له جفاف أو لا، فإن حصل له جفاف **(فدلكه بالأرض جاز)** أي طهر في حق جواز الصلاة استحساناً، وأما إذا أصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجساً كما كان؟ فعنه روايتان **(وقال محمد: لا يجوز)** الصلاة به **(وهو القياس)** أي على الثوب والبساط بجامع أن النجاسة تداخلت في الخف تداخلها فيهما، وإليه أشار بقوله لأن المتداخل في الخف الخ **(إلا في المنيّ)** فإنه يطهر على ما سنذكره، وقيد بالدلك بالأرض رواية الأصل، وذكر في الجامع الصغير أنه إن حكه أو حته بعد ما يبس طهر وهما استحسنا بالأثر، وهو ما روى أبو سعيد الخدري في

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٦٥٠ في باب الصلاة في النعل بهذا السياق وهو طرف حديث. وابن حيان في صحيحه كما في نصب الراية ١/ ٢٠٨ والدارمي ١٣٥١ والبيهقي ٢/ ٤٣١ والحاكم ١/ ٢٦٠ وأحمد ٣/ ٢٠، ٩٢ كلهم من حديث أبي سعيد وصححه النووي في المجموع، والحاكم وأقره الذهبي وله شواهد.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٨٥ و٣٨٦ والبيهقي ٢/ ٤٠٣ والحاكم ١/ ١٦٦ كلهم من حديث أبي هريرة وفي إسناده مقال إلا أن شاهده المتقدم يقويه. وقد صححه الحاكم، وأقره الذهبي ورواه ابن خزيمة في صحيحه كما ذكر المصنف وابن حيان كما في نصب الراية ١/ ٢٠٧. وأخرجه أبو داود ٣٨٧ من حديث عائشة بمعناه وإسناده لا بأس به.

أجزاء النجاسة إلا قليلاً ثم يجتذبه الجرم إذا جف، فإذا زال زال ما قام به **(وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله)** لأن المسح بالأرض يكره ولا يطهره. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مسحه بالأرض حتى لم يبق أثر النجاسة يطهر لعموم البلوى، وإطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله **(فإن أصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله)** وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لأن الأجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها. وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه إلا الغسل وإن يبس لأن الثوب لتخلخله يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل. والمنيّ نجس يجب غسله إن كان رطباً **(فإذا جفّ على الثوب أجزأ فيه الفرك)** لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة

والجاف والكثيف والرقيق، فأعمل أبو يوسف إطلاقه إلا في الرقيق وقيداه بالجرم والجفاف، غير أنه لا فرق على ما فرعوا بين كون الجرم من نفس النجاسة أو من غيرها بأن ابتل الخف بخمر فمشى به على رمل أو رماد فاستجسد فمسحه بالأرض حتى تناثر طهر. روي ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أن أبا يوسف لم يقيده بالجفاف، وعلى قول أبي يوسف أكثر المشايخ وهو المختار لعموم البلوى، ونعلم أن الحديث يفيد طهارتها بالدلك مع الرطوبة، إذ ما بين المسجد والمنزل ليس مسافة تجف في مدة قطعها ما أصاب الخف رطباً، فإطلاق ما يروى مساعد بالمعنى. وأما مخالفته في الرقيق فقيل هو مفاد بقوله طهور: أي مزيل، ونحن نعلم أن الخف إذا تشرب البول لا يزيله المسح فإطلاقه مصروف إلى ما يقبل الإزالة بالمسح، ولا يخفى ما فيه إذ معنى طهور مطهر، واعتبر ذلك شرعاً بالمسح المصرح به في الحديث الآخر الذي ذكرناه مقتصراً عليه، وكما لا يزيل ما تشربه من الرقيق كذلك لا يزيل ما تشربه من الكثيف حال الرطوبة على ما هو المختار للفتوى باعتراف هذا المجيب. والحاصل فيه بعد إزالة الجرم كالحاصل قبل الدلك في الرقيق فإنه لا يشرب إلا ما في استعداده قبوله، وقد يصيبه من الكثيفة الرطبة مقدار كثير يشرب من رطوبته مقدار ما يشربه من بعض الرقيق قوله: **(لقوله ﷺ لعائشة)** الذي في صحيح أبي عوانة عن عائشة قالت «كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ إذا كان يابساً، وأمسحه أو أغسله، شك الحميدي، إذا كان رطباً»(١) ورواه الدارقطني وأغسله من غير شك، فهذا فعلها. وأما أنه ﷺ قال لها ذلك(٢)، فالله أعلم، لكن

حديث خلع النعال «أنه ﷺ صلى يوماً فخلع نعليه في الصلاة فخلع القوم نعالهم، فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت نعليك، فقال عليه الصلاة والسلام: أتاني جبريل عليه السلام وأخبرني أن بهما أذى فخلعتهما، ثم قال: إذا أتى أحدكم المسجد فليلقب نعليه فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور» والأذى هو ما يستقذر كأنه يؤذي من يقربه نفرة وكراهة جعل المسح بالأرض طهوراً وهو مفسر لا يقبل التأويل. لا يقال: الحديث ساقط العبرة لأنه عليه الصلاة والسلام لم يستقبل الصلاة لجواز أن الحظر مع النجاسة نزل في ذلك الوقت ولاحتمال أن يكون أقل من قدر الدرهم. قوله **(ولأن الجلد لصلابته)** استدلال بالمعقول وهو ظاهر، وإن لم يحصل لها جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية **(وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الأرض حتى لم يبق فيه أثر النجاسة ولا رائحتها يطهر لعموم البلوى وإطلاق ما يروى)** يعني قوله فليمسحهما بالأرض الحديث، فإنه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه أكثر مشايخنا. قال شمس الأئمة السرخسي: وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة. فإن قيل: الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وما ليس له جرم فكان الواجب أن يستويا في الحكم، أجيب بأنه فرق بينهما

قال المصنف: **(ثم يجتذبه الجرم)** أقول: أي جرم النجاسة.

---

(١) حسن. أخرجه أبو عوانة في صحيحه ١/٢٠٤، ٢٠٦ كما في الإرواء والدارقطني ١/١٢٥ والبيهقي ٢/٤١٧ والبزار كما في نصب الراية ١/ ٢٠٩ كلهم من حديث عائشة وإسناده حسن حيث رواه البيهقي من طريق آخر عن الأوزاعي وتابع فيه عمرو بن أبي سلمة بشر بن بكر.
تنبيه: أما لفظ صاحب الهداية: اغسليه رطباً وافركيه إن كان يابساً. فلا أصل له. لذا أعرض عنه ابن الهمام وذكر أقرب سياق له وكذا قال الزيلعي وابن حجر وابن الجوزي عن حديث اغسليه... لا يوجد ولا يعرف.
راجع نصب الراية ١/٢٠٩ والدراية ١/٩١.

(٢) تقدم في التنبيه: أنه لا يوجد. والله تعالى أجل وأعلم.

«فاغسليه إن كان رطباً وافركيه إن كان يابساً» وقال الشافعي رحمه الله: المنيّ طاهر، والحجة عليه ما رويناه. وقال عليه الصلاة والسلام «إنما يغسل الثوب من خمس، وذكر منها المنيّ» ولو أصاب البدن. قال مشايخنا رحمهم الله:

الظاهر أن ذلك بعلم النبي ﷺ خصوصاً إذا تكرر منها مع التفاته ﷺ إلى طهارة ثوبه وفحصه عن حاله، وأظهر منه قولها «كنت أغسله من ثوب رسول الله ﷺ فيخرج إلى الصلاة وإنّ بقع الماء في ثوبه»[(١)] فإن الظاهر أنه يحس ببلل ثوبه وهو موجب الالتفات إلى حال الثوب والفحص عن خبره وعند ذلك يبدو له السبب في ذلك وقد أقرّها عليه، فلو كان طاهراً لمنعها من إتلاف الماء لغير حاجة فإنه حينئذ سرف في الماء إذ ليس السرف في الماء إلا صرفه لغير حاجة ومن إتعاب نفسها فيه لغير ضرورة، على أن في مسلم عن عائشة «أنه ﷺ كان يغسل المنيّ ثم يخرج إلى الصلاة في ذلك الثوب وأنا أنظر إلى أثر الغسل فيه»[(٢)] فإن حمل على حقيقته من أنه فعله بنفسه فظاهر أو على مجازه وهو أمره بذلك فهو فرع علمه. وأما حديث «إنما يغسل الثوب من خمس» فرواه الدارقطني عن عمار بن ياسر قال «أتى عليّ رسول الله ﷺ وأنا على بئر أدلو ماء في ركوة قال: يا عمار ما تصنع؟ قلت: يا رسول الله بأبي وأمي أغسل ثوبي من نخامة أصابته، فقال: يا عمار إنما يغسل الثوب من خمس: من الغائط والبول، والقيء، والدم، والمنيّ، يا عمار ما نخامتك ودموع عينك والماء الذي في ركوتك إلا سواء»[(٣)] قال: لم يروه عن علي بن زيد غير ثابت بن حماد، وهو ضعيف وله أحاديث في أسانيدها الثقات وهي مناكير ومقلوبات. ودفع[(٤)] بأنه وجد له متابع عند الطبراني رواه في الكبير من حديث حماد بن سلمة عن عليّ بن زيد سنداً ومتناً، وبقية الإسناد: حدثنا

وأخرج التي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام «فإن الأرض لهما طهور» أي مزيل نجاستهما، ونحن نعلم أن الخف إذا تشرب البول أو الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن أجزاء الجلد فكان إطلاقه مصروفاً إلى القدر الذي يقبل الإزالة بالمسح وهو ماله جرم. والثاني: أعني الذي لا جرم له لا يطهر إلا بالغسل لأن الأجزاء تتشرب ما فيه ولا جاذب يجذبها. وقد روي عن أبي يوسف أن ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له، فإذا جف فدلكه بالأرض طهر كالتي لها جرم، وإذا أصابت الثوب لا يطهر إلا بالغسل لأن الثوب لتخلخله: أي لكونه غير مكتنز يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل. وأما المنيّ إذا أصاب الثوب، فإن كان رطباً فهو نجس ويجب غسله، وإن جف على الثوب أجزأ فيه الفرك استحساناً، والقياس أن لا يطهر بالفرك لأنه دم إلا أنه نضج ثخين فهو كسائر أنواع الدم لا يطهر إلا بالغسل. وجه الاستحسان قوله ﷺ لعائشة «فاغسليه إن كان رطباً وافركيه إن كان يابساً» وهو حجة على الشافعي في جعله طاهراً مستدلاً بحديث ابن عباس أنه قال «المنيّ كالمخاط فأمطه عنك ولو بإذخرة» فإن قيل إذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه، فالجواب أن وجه ذلك أن حديثه لا يدل عليه لأن قوله كالمخاط لا يقتضي أن يكون طاهراً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣١ و٢٣٢ ومسلم ٢٨٩ وأبو داود ٣٧٣ والترمذي ١١٧ والنسائي ١/ ١٥٦ وابن ماجه ٥٣٦ كلهم من حديث عائشة.

(٢) صحيح. هذا اللفظ عند مسلم ٢٨٩ أيضاً ولا مانع من تعدد الحادثة. وأخرجه الدارقطني ١/ ١٢٥ وقال: صحيح.

(٣) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ١/ ١٢٧ وابن عدي في الضعفاء ٢/ ٩٨ كلاهما من حديث عمار بطوله.
وقال الدارقطني: لم يروه غير ثابت بن حماد وهو ضعيف جداً.
وإبراهيم بن زكريا وثابت ضعيفان.
وقال ابن عدي: لا أعلم رواة عن علي بن زيد غير ثابت بن حماد وهو يخالف فيها وفي أسانيدها الثقات وأحاديثه مناكير ومقلوبات.
وقال البيهقي ١/ ١٤ حديث عمار باطل لا أصل له وثابت متهم بالوضع وعلي بن زيد لا يحتج به.

(٤) قلت: لا ففي إسناد الطبراني هذا أيضاً إبراهيم بن زكريا العجلي ضعفه الدارقطني وهو في رواية الدارقطني ومن شدة ضعفه قلب إسناده فجعله: حماد بن سلمة بدل ثابت بن حماد وقد بين ابن حجر في الدراية ١/ ٩٢ ذلك فقال: وقع للطبراني حماد بن سلمة بدل حماد بن ثابت وهو خطأ اهـ.
وقال الذهبي في الميزان: حماد بن ثابت روى عن عمار بن ياسر حديثاً ثم ذكره وقال: تركه الأزدي وغيره. وقال الدارقطني: ضعيف جداً.
تنبيه: أيضاً خلط ابن الهمام كلام ابن عدي فجعله للدارقطني فلعله سبق قلم. والخبر أمارة الوضع لائحة عليه وعلي بن زيد وإن كان وثقه بعضهم إلا أنه يروي مناكير كثيرة.

يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يطهر إلا بالغسل لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود إلى الجرم والبدن لا يمكن فركه **(والنجاسة إذا أصابت المرآة أو السيف اكتفي بمسحهما)** لأنه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح **(وإن أصابت الأرض نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على مكانها)** وقال

الحسين بن إسحاق التستري، حدثنا علي بن بحر، حدثنا إبراهيم بن زكريا العجلي، حدثنا حماد بن سلمة به، فبطل جزم البيهقي ببطلان الحديث بسبب أنه لم يروه عن علي بن زيد سوى ثابت. وقوله في علي هذا إنه غير محتج به دفع بأن مسلماً روى له مقروناً بغيره، وقال العجلي: لا بأس به، وروى له الحاكم في المستدرك، وقال الترمذي صدوق، وإبراهيم بن زكريا ضعفه غير واحد ووثقه البزار قوله: **(وقال الشافعي: المنيّ طاهر)** تمسك هو أيضاً بالحديث الأول، فلو كان بخساً لم يكتف بفركه، وبما عن ابن عباس عنه ﷺ «أنه سئل عن المنيّ يصيب الثوب فقال: إنما هو بمنزلة المخاط أو البزاق، وقال: إنما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو إذخرة»[١] قال الدارقطني: لم يرفعه غير إسحاق الأزرق عن شريك القاضي، ورواه البيهقي من طريق الشافعي موقوفاً على ابن عباس قال هذ هو الصحيح، وقد روي عن شريك عن ابن أبي ليلى عن عطاء مرفوعاً ولا يثبت اهـ. لكن قال ابن الجوزي في التحقيق: إسحاق الأزرق إمام مخرج له في الصحيحين ورفعه زيادة وهي من الثقة مقبولة ولأنه مبدأ خلق الإنسان وهو مكرم فلا يكون أصله نجساً، وهذا ممنوع فإن تكريمه يحصل بعد تطويره الأطوار المعلومة من المائية والمضغية والعلقية، ألا يرى أن العلقة نجسة، وأن نفس المنيّ أصله دم فيصدق أن أصل الإنسان دم وهو نجس، والحديث بعد تسليم حجيته رفعه معارض بما قدمنا، ويترجح ذلك بأن المحرم مقدم على المبيح، ثم قيل: إنما يطهر بالفرك

لجواز أن يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك، والأمر بالإماطة مع كونه للوجوب ويستدعي أن يكون نجساً لأن إزالة ما ليس بنجس ليست بواجبة على أنه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج. وقوله **(وقال عليه الصلاة والسلام)** دليل آخر على نجاسته، روى «أنه ﷺ مرّ بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال: عليه الصلاة والسلام: ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك إلا سواء، وإنما يغسل الثوب من خمس: من البول، والغائط، والدم، والمنيّ، والقيء» وفي رواية الأسرار: الخمر مكان القيء. لا يقال: الاستدلال به يقتضي غسله رطباً ويابساً ولستم قائلين به فكان متروكاً لأن حديث عائشة مفسر في جواز فرك اليابس، وهذا يحتمل أن يكون المراد به الرطب فحمل عليه توفيقاً بينهما **(ولو أصاب)** المنيّ **(البدن، قال مشايخنا)** قيل يريد مشايخ ما وراء النهر **(يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد)** لانفصال الثوب عن المنيّ دون البدن (و) روي **(عن أبي حنيفة أنه لا يطهر إلا بالغسل لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود)** ما تشرب منه البدن **(إلى الجرم)** ولئن عاد فإنما يطهر بالفرك أيضاً والبدن لا يمكن فركه. قال **(والنجاسة إذا أصابت المرآة)** إذا أصابت النجاسة جسماً مكتنز الأجزاء صقيلاً كالمرآة والسيف والسكين ونحوها **(اكتفى بمسحه لأنه لا تتداخله النجاسة)** فلا يحتاج إلى الإخراج من الداخل **(وما على ظاهره يزول بالمسح)** ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول. وذكر في الأصل أن البول والدم لا يطهر إلا بالغسل، والعذرة الرطبة كذلك، واليابسة تطهر بالحت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا تطهر إلا بالغسل، والمصنف كأنه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لأن الصحابة كانوا يقتلون

---

(١) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ١/١٢٤ والبيهقي ٢/٤١٨ كلاهما عن ابن عباس مرفوعاً وقال الدارقطني: لم يرفعه غير إسحاق الأزرق ومحمد بن أبي ليلى ثقة في حفظه شيء.
وقال البيهقي عقبه: ورواه وكيع عن ابن أبي ليلى موقوفاً وهو الصحيح.
وقد ذكر ابن الهمام كلام ابن الجوزي وحوله وعاد فرجح كلام من أوقفه وهو الصواب. لأن وكيع أثبت وأحفظ من إسحاق الأزرق.
ثم قد يكون الوهم من شريك فيه صدوق يهم وكذا ابن أبي ليلى في حفظه شيء كما قال الدارقطني بل قال في موضع آخر: كثيرا الوهم رديء الحفظ لكن رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/٢٧٦ عن ابن عباس.
مرفوعاً وقال الهيثمي: فيه العزرمي: هو مجمع على ضعفه. الإذخر: حشيش أخضر طيب الريح كذا في القاموس وفي المغرب ذَخِرُ الرائحة والواحدة إذخِرَةٌ.

زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لأنه لم يوجد المزيل (و) لهذا (لا يجوز التيمم به) ولنا قوله عليه الصلاة

إذا لم يسبقه مذي، فإن سبقه لا يطهر إلا بالغسل. وعن هذا قال شمس الأئمة: مسألة المني مشكلة لأن كل فحل يمذي ثم يمني، إلا أن يقال: إنه مغلوب بالمني مستهلك فيه فيجعل تبعاً اهـ. وهذا ظاهر فإنه إذا كان الواقع أنه لا يمني حتى يمذي وقد طهره الشرع بالفرك يابساً يلزم أنه اعتبر ذلك الاعتبار للضرورة، بخلاف ما إذا بال ولم يستنج بالماء حتى أمنى فإنه لا يطهر حينئذ إلا بالغسل لعدم الملجىء كما قيل. وقيل لو بال ولم ينتشر البول على رأس الذكر بأن لم يجاوز الثقب فأمنى لا يحكم بتنجس المني، وكذا إن جاوز لكن خرج المني دفقاً من غير أن ينتشر على رأس الذكر لأنه لم يوجد سوى مروره على البول في مجراه ولا أثر لذلك في الباطن، ولو كان للمصاب بطانة نفذ إليها اختلف فيه، قال التمرتاشي: والصحيح أنه يطهر بالفرك لأنه من أجزاء المني، وقال الفضلي: مني المرأة لا يطهر بالفرك لأنه رقيق قوله: **(لأنه لا تتداخله النجاسة)** يفيد أن قيد صقالتها مراد حتى لو كان به صدأ لا يطهر إلا بالماء بخلاف الصقيل. قال المصنف في التجنيس: صح أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يقتلون الكفار بالسيوف ويمسحونها ويصلون بها وعليه يتفرّع ما ذكر: لو كان على ظفره نجاسة فمسحها طهرت، وكذلك الزجاجة والزبدية الخضراء: أعني المدهونة، والخشب الخراطي والبوريا القصب قوله: **(فجفت بالشمس)** اتفاقي لا فرق بين الجفاف بالشمس والنار أو الريح، والمراد من الأثر الذاهب اللون أو الريح وحديث ذكاة الأرض يبسها[(١)] ذكره بعض المشايخ أثراً عن عائشة، وبعضهم عن محمد بن الحنفية، وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه، ورواه أيضاً عن أبي قلابة. وروى عبد الرزاق عنه: جفوف الأرض طهورها، ورفعه المصنف، وذكره في المبسوط: أيما أرض جفت فقد ذكت. حديثاً مرفوعاً[(٢)]، والله أعلم به. وفي سنن أبي داود: باب طهور الأرض إذا يبست وساق بسنده عن ابن عمر قال: كنت أبيت في المسجد في عهد رسول الله ﷺ وكنت فتى شاباً عزباً، وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد ولم يكونوا يرشون شيئاً من ذلك[(٣)] فلولا اعتبارها تطهر بالجفاف كان ذلك تبقية لها بوصف النجاسة مع

الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها **(وإذا أصابت الأرض نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها)** وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلاة على مكانها. وقوله بالشمس ليس بشرط في طهارتها وإنما وقع اتفاقاً، فإن الأرض في العادة تجف بالشمس **(وقال زفر والشافعي: لا تجوز)** لأن النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد **(ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله ﷺ «ذكاة الأرض يبسها»)** أي طهارتها جفافها إطلاقاً لاسم السبب على المسبب، لأن الذكاة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة، وجعل صاحب الأسرار هذا الحديث موقوفاً على عائشة، وقال: وأما الذي روي عن النبي ﷺ في هذا فقوله «أيما أرض جفت فقد ذكت» وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية. ولقائل أن يقول معناهما واحد فيجوز أن يكون نقلاً بالمعنى فيكون مرفوعاً قوله **(وإنما لا يجوز التيمم)** جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به **(لأن طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب)**.

قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ذكاة الأرض يبسها» أي طهارتها جفافها إطلاقاً لاسم السبب على المسبب، لأن الذكاة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة)** أقول: فيكون حجة على من شرط في التجوز بعلاقة السببية كون المسبب مسبباً عن خصوص هذا

---

(١) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢١١: غريب. يعني كونه مرفوعاً وقال الحافظ في الدراية ١/٩٢ لم أره مرفوعاً.
وفي نصب الراية أيضاً قال الزيلعي: وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن محمد الباقر من قوله. وأخرجه عن ابن الحنفية وأبي قلابة من قولهما. وهو عند عبد الرزاق عن أبي قلابة قال: جفوف الأرض طهرها اهـ فهو مقطوع لأنه قول التابعي.

(٢) نعم علم الله على الرأس والعين لكن لم يجده الزيلعي ولا ابن حجر مرفوعاً مع سعة اطلاعهما. فلا أصل له.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٨٢ بهذا اللفظ عن ابن عمر وبوب به. وإسناده جيد وأصله في البخاري ٤٤١ وابن ماجه ٧٥١ وغيرهما وليس فيه ذكر بول الكلاب. وإسناد أبي داود قوي.

والسلام «ذكاة الأرض يبسها» وإنما لا يجوز التيمم به لأن طهارة الصعيد ثبتت شرطاً بنص الكتاب فلا تتأدى بما

العلم بأنهم يقومون عليها في الصلاة البتة إذ لا بد منه مع صغر المسجد وعدم من يتخلف للصلاة في بيته؛ وكون ذلك يكون في بقاع كثيرة من المسجد لا في بقعة واحدة حيث كانت تقبل وتدبر وتبول، فإن هذا التركيب في الاستعمال يفيد تكرر الكائن منها أو لأن تبقيتها نجسة ينافي الأمر بتطهيرها فوجب كونها تطهر بالجفاف، بخلاف أمره ﷺ بإهراق ذنوب من ماء على بول الأعرابي في المسجد[1] لأنه كان نهاراً والصلاة فيه تتابع نهاراً، وقد لا يجوز قبل وقت الصلاة فأمر بتطهيرها بالماء، بخلاف مدة الليل، أو لأن الوقت كان إذ ذاك قد آن أو أريد أن ذاك أكمل الطهارتين للتيسر في ذلك الوقت، هذا. وإذا قصد تطهير الأرض صبّ عليها الماء ثلاث مرات وجففت في كل مرّة بخرقة طاهرة، وكذا لو صبّ عليها ماء بكثرة ولم يظهر لون النجاسة ولا ريحها فإنها تطهر، ولو كبسها بتراب ألقاه عليها إن لم توجد رائحة النجاسة جازت الصلاة على ذلك التراب وإلا فلا. واختلفوا في النابت كالشجر والكلإ، قيل يطهر بالجفاف ما دام قائماً عليها، وبعد القطع يجب الغسل، وكذا الحصى حكمه حكم الأرض، أما الآجرة المفروشة فتطهر بالجفاف وإن كانت موضوعة تنقل فلا، فإن كانت النجاسة فيما يلي الأرض جازت الصلاة عليها. وفي الظهيرية: إذا صلى على وجهها الطاهر إن كان مركباً جاز، وإلا قيل لا يجوز انتهى. ويمكن أن يجري فيه الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في اللبد وقد قدمناه أول الباب قوله: **(لأن طهارة الصعيد ثبتت شرطاً بنص الكتاب)** فلا تتأدى هذه الطهارة بخبر الواحد[2] الظني بخصوص هذا الموضع، فإن ما كلف به قطعاً لا يلزم في إثبات مقتضاه القطع به، فإن طهارة الماء والصعيد المكلف بتحصيلهما يخرج عن عهدة التكليف البناء على الأصل فيهما، وذلك لا يفيد القطع بل يجوّز المستعمِل نجاستهما في نفس الأمر، وقد تكون ثابتة والعلوم لا تحتمل النقيض في نفس الأمر ولا عند من قامت به لو قدره، لكن امتنع هنا لاستلزامه نوع معارضة للكتاب، وذلك لأن المعروف شرعاً أن التطهير باستعمال المطهر ولم يفعل فلا يكون طاهراً فكان النص طالباً للتيمم بهذا التراب على هذا الوجه، والخبر يجيز استعماله على غير هذا الوجه فلا يعتبر، بخلاف طهارة المكان في الصلاة فإن دلالة النص بعد دخولها التخصيص بالقليل الذي لا يحترز عنه إجماعاً، وما دون الدرهم عندنا تطلبه على غير هذا الوجه فجاز أن يعارض بخبر الواحد ويثبت حكمه. لكن قد يقال: إن النص إنما يطلبه طاهراً فقط، وكون المعروف من الشرع أن التطهير باستعمال المطهر على إرادة الحصر ممنوع، إذ قد عرف منه أيضاً أنها بالجفاف في الأرض فيثبت به نوع

قال تعالى ﴿فتيمموا صعيداً طيباً﴾ فلا تأدى بما ثبت بخبر الواحد لأنه لا يفيد القطع فلا تكون الطهارة قطعية بجفاف الأرض والكتاب يقتضي ذلك. فإن قلت: أليس قد تقدم أن طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾ والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعياً حتى ثبتت الحدود والكفارات بدلالة النصوص فوجب أن لا تجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها؟ أجيب بأن الآية هنا ظنية لأن المفسرين اختلفوا في تفسيرها، فقيل المراد به تطهير الثوب، وقيل تقصيره

السبب قوله: **(فلا تكون الطهارة قطعية بجفاف الأرض والكتاب يقتضي ذلك)** أقول: وفيه بحث، ألا يرى أن التيمم بالحجر والرمل والنورة وأمثالها فيه خلاف الشافعي وأدنى مرتبة الاختلاف إيراث الشبهة قوله: **(أجيب بأن الآية هنا ظنية لأن المفسرين اختلفوا في تفسيرها الخ)** أقول: وكذلك اختلفوا في الصعيد على ما مر ولم يؤثر

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٢٢١ ومسلم ٢٨٤ والترمذي ١٤٨ والنسائي ١/ ١٧٥ وابن ماجه ٥٢٨ كلهم من حديث أنس قال: جاء أعرابي فبال في طائفة المسجد فزجره الناس فنهاهم النبي ﷺ فلما قضى بوله أمر النبي ﷺ بِذَنُوب من ماء فأهريق عليه.
هذا لفظ البخاري وغيره. ورواية: دعوه لا تزرموه فلما فرغ دعا بدلو من ماء فصبه عليه. وكرره البخاري ٢١٩ و٦٠٢٥ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه البخاري ٢٢٠ وأبو داود ٣٨٠ والترمذي ١٤٧ والنسائي ١/ ١٧٥ وابن ماجه ٥٢٩ بنحوه.
وقوله: وكان نهاراً... فهو من كلام ابن الهمام حيث يُفهم من الحديث.

(٢) مراد المصنف حديث: ذكاة الأرض يبسها. وتقدم أنه ليس بحديث أصلاً. وإنما هو قول بعض التابعين.

. . . .

آخر من أسباب الطهارة ظناً فيتأدى به الواجب قطعاً. والحاصل أن محل القطع هو نفس التكليف بالطاهر ومحل الظن كونه طاهراً فلم يتلاقيا في محل فلا تعارض. والأولى ما قيل إن الصعيد علم قبل التنجس طاهراً وطهوراً وبالتنجس علم زوال الوصفين، ثم ثبت بالجفاف شرعاً: أحدهما أعني الطهارة فيبقى الآخر على ما علم من زواله وإذا لم يكن طهوراً لا يتيمم به هذا وقد ظهر إلى هنا أن التطهير يكون بأربعة أمور: بالغسل، والدلك، والجفاف، والمسح في الصقيل دون ماء. والفرك يدخل في الدلك، بقي المسح بالماء في محاجمه ثلاثاً بثلاث خرق طاهرة، وقياسه ما حول محل القصد إذا تلطخ ويخاف من الإسالة السريان إلى الثقب، وآخر مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد وهو بانقلاب العين في غير الخمر كالخنزير والميتة تقع في المملحة فتصير ملحاً تؤكل، والسرقين[1] والعذرة تحترق فتصير رماداً تطهر عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وكلام المصنف في التجنيس ظاهر في اختيار قول أبي يوسف قال: خشبة أصابها بول فاحترقت ووقع رمادها في بئر يفسد الماء، وكذلك رماد العذرة، وكذا الحمار إذا مات في مملحة لا يؤكل الملح، وهذا كله قول أبي يوسف خلافاً لمحمد لأن الرماد أجزاء تلك النجاسة فتبقى النجاسة من وجه فالتحقت بالنجس من كل وجه احتياطاً انتهى. وكثير من المشايخ اختاروا قول محمد، وهو المختار لأن الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة، وتنتفي بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل، فإن الملح غير العظم واللحم فإذا صار ملحاً ترتب حكم الملح ونظيره في الشرع النطفة نجسة وتصير علقة وهي نجسة وتصير مضغة فتطهر، والعصير طاهر فيصير خمراً فينجس ويصير خلاً فيطهر، فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها. وعلى قول محمد فرعوا الحكم بطهارة صابون صنع من زيت نجس، وفرع بعضهم عليه أن الماء والتراب النجسين إذا اختلط وحصل الطين كان الطين طاهراً لأنه صار شيئاً آخر، وهذا بعيد فقد اختلف فيما لو كان أحدهما طاهراً فقيل العبرة للماء إن كان نجساً فالطين نجس وإلا فطاهر، وقيل للتراب وقيل للغالب، والأكثر على أن أيهما كان طاهراً فالطين طاهر، فأهل هذه الأقوال كلها على نجاسته إذا كان نجسين، بخلاف قولهم في الطين المعجون بتبن نجس بالطهارة فيصلي في المكان المطين به ولا ينجس الثوب المبلول إذا نشر عليه لأن ذلك إذا لم ير عين التبن لا إذا رؤيت، وعلله في التجنيس بأن التبن مستهلك إذا لم تر عينه، بخلاف ما إذا رؤيت، ثم قال: وإن تر طباعاً نجساً انتهى. وكأنه بناء على إحدى الروايتين في أمثاله. وقال قبله في علامة النوازل: إذا نزح الماء النجس من بئر كره أن يبل به الطين ليطين به المسجد أو أرضه لأن الطين يصير نجساً، وإن كان البئر طاهراً ترجيحاً للنجاسة احتياطاً بعد إذ لا ضرورة إلى إسقاط اعتبارها، بخلاف السرقين إذا جعل في الطين للتطيين لأن فيه ضرورة إلى إسقاط اعتباره إذ ذلك النوع لا يتهيأ إلا بذلك، فعرفنا رأي المصنف في هذا إذ لم يتعقبه كما هو شأنه فيما يخالف مختاره. وفي الخلاصة العبرة للنجس منهما أيهما كان نجساً فالطين نجس، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكذا روي عن أبي يوسف، وقال محمد بن سلام أيهما كان طاهراً فالطين طاهر، هذا قول محمد حيث صار شيئاً آخر. واعلم أن الأرض إذا طهرت بالجفاف والخف بالدلك والثوب بفرك المني والسكين بالمسح والبئر إذا غار ماؤها بعد تنجسها قبل النزح وجلد الميتة إذا دبغ تشميساً أو تتريباً ثم أصابها الماء هل تنجس إذا ابتلت بعد ذلك؟

للمنع عن التكبر والخيلاء. فإن العرب كانوا يجرون أذيالهم تكبراً، وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والأخلاق الرديئة، وإذا كان كذلك كان ظني الدلالة ولهذا لم يكفر من أنكر اشتراط طهارة الثوب وهو عطاء فتكون الدلالة كذلك. فإن قيل: فالطيب أيضاً يحتمل الطاهر والمنبت، وعلى الثاني حمله أبو يوسف والشافعي ولا يجوز أن يكونا مرادين لعدم عموم

---

(١) السِّرقين والسِّرجين بالكسر الزبل. معرباً سَرْكين بالفتح. اهـ قاموس والعذرة النجاسة.

ثبت بالحديث **(وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه وإن زاد لم تجز)** وقال زفر والشافعي: قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير لم يفصل. ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفواً، وقدرناه بقدر الدرهم أخذاً عن موضع الاستنجاء. ثم

فيه روايتان عن أبي حنيفة، والآجرة المفروشة إذا تنجست فجفت ثم قلعت هل تعود نجسة؟ فيها الروايتان، ومن المشايخ من يقتصر في بعضها على حكاية الخلاف، والأولى طرد الروايتين في الكل لأنها نظائر، وقد قال تصير في البئر بالطهارة، ومحمد بن سلمة بالنجاسة وفي الينابيع. وروي عن محمد مثل ما قال ابن سلمة، واختار المصنف في التجنيس في السكين الطهارة، فلو قطع البطيخ واللحم أكل، وقيل لا يؤكل واختار قبله في مسألة الفرك الطهارة، وفي مسألة الجفاف النجاسة، قال: لأن النجس لا يطهر إلا بالتطهير والفرك تطهير كالغسل ولم يوجد في الأرض تطهير. وفصل بعضهم في السكين والسيف بين كون المنجس بولاً فلا بد من الغسل أو دماً فيطهر بالمسح. وفي شرح الكنز: إذا فر يحكم بطهارته عندهما، وفي أظهر الروايتين عن أبي حنيفة تقل النجاسة ولا تطهر حتى لو أصابه ماء عاد نجساً عنده لا عندهما، ولها أخوات فذكر ذلك الخف وجفاف الأرض والدباغة ومسألة البئر، قال: فكلها على الروايتين، وظاهره كون الظاهر النجاسة في الكل، والأولى اعتبار الطهارة في الكل كما اختاره شارح المجمع في الأرض، وهي أبعد الكل إذ لا صنع فيها أصلاً ليكون تطهيراً لأنه محكوم بطهارتها شرعاً بالجفاف على ما فسر به معنى الذكاة في الآثار وملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس بخلاف المستنجي بالحجر ونحوه لو دخل في الماء القليل نجس على ما قالوا لأن غير المائع لم يعتبر مطهراً في البدن إلا في المني على رواية، والجواز بغيره لسقوط ذلك المقدار عفواً لا طهارته فعنه آخذوا كون قدر الدرهم في النجاسات عفواً قوله: **(و)** لو أصاب الثوب **(قدر الدرهم الخ)** حاصل المذكور في هذا البحث إفادة كون قدر الدرهم لا يمنع في الغليظة وما لم يفحش في الخفيفة وتقدير الدرهم والفاحش وإعطاء ضابط الغليظة والخفيفة، أما الأول ففيه الخلاف المنقول. ووجه قولنا إن ما لا يأخذه الطرف كوقع الذباب مخصص من نص التطهير اتفاقاً فيخص أيضاً قدر الدرهم بنص الاستنجاء بالحجر لأن محله قدره ولم يدخل حتى لو دخل في قليل ماء نجسه أو بدلالة الإجماع عليه، ثم المعتبر وقت الإصابة فلو كان دهناً نجساً قدر درهم فانفرش فصار أكثر منه لا يمنع في اختيار المرغيناني وجماعة، ومختار غيرهم المنع، فلو صلى قبل اتساعه جازت وبعده لا، ولا يعتبر نفوذ المقدار إلى الوجه الآخر إذا كان الثوب واحد لأن النجاسة حينئذ واحد في الجانبين فلا يعتبر متعدداً، بخلاف ما إذا كان ذا طاقين لتعددها فيمنع، وعن هذا فرع المنع لو صلى مع درهم متنجس الوجهين لوجود الفاصل بين وجهيه وهو جوهر سمكة، ولأنه مما لا ينفذ نفس ما في أحد الوجهين

المشترك فيكون مؤولاً وهو من الحجج الظنية كالعام فيجب أن يجوز التيمم أجيب. بأن الاحتمال في الطيب مسلم. لكن الطاهر مراد بالإجماع كما تقدم، وإنما الخلاف في اشتراط الإنبات فيكون اشتراط الطهارة قطعياً فلا يتأدى بطهارة تثبت بخبر الواحد. قال **(وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة)** النجاسة إما أن تكون غليظة أو خفيفة، فإن كانت غليظة وهي ما ثبتت بدليل مقطوع به **(كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار)** إذا كانت قدر الدرهم **(جازت الصلاة معه)** وقوله وما دونه مستغنى عنه **(وإن زاد لم تجز. وقال زفر والشافعي: قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير)** وهو قوله تعالى **﴿وثيابك فطهر﴾** **(لم يفصل)** بين القليل والكثير **(ولنا القليل منها لا يمكن التحرز عنه)** فإن الذبان يقعن على النجس ثم على الإنسان، وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز عنه فكان في القليل ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة في دلائل الشرع **(فيجعل عفواً، وقدرناه)** أي القليل **(بقدر الدرهم)** يعني ذلك لا يمنع، فإذا زاد عليه منع وهو قول الشعبي أخذنا به لأنه أوسع، وكان النخعي يقول: إذا بلغت مقدار الدرهم منعت. وقوله **(أخذاً)** مفعول مطلق من قدرناه لأن فيه معنى الأخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث قال النخعي استقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم. ووجه الأخذ ما قال

يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح. ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالاً. وقيل في التوفيق بينهما أن الأولى في الرقيق والثانية في الكثيف، وإنما

فيه فلم تكن النجاسة فيهما متحدة ثم إنما يعتبر المانع مضافاً إليه، فلو جلس الصبي المتنجس الثوب والبدن في حجر المصلي وهو يستمسك أو الحمام المتنجس على رأسه جازت صلاته لأنه الذي يستعمله فلم يكن حامل النجاسة، بخلاف ما لو حمل من لا يستمسك حيث يصير مضافاً إليه فلا يجوز، هذا والصلاة مكروهة مع مالاً يمنع حتى قيل لو علم قليل النجاسة عليه في الصلاة يرفضها ما لم يخف فوات الوقت أو الجماعة وأما الثاني فظاهر من الكتاب. وقوله في الصحيح اختيار للتقدير بعرض الكف على الإطلاق، واختار شارح الكنز تبعاً لكثير من المشايخ ما قيل من التوفيق بين الروايتين، وقاله أبو جعفر لأن إعمال الروايتين إذا أمكن أولى خصوصاً مع مناسبة هذا التوزيع. وقوله لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش يفيد أن أصل المروى عن أبي حنيفة ذلك على ما هو دأبه في مثله من عدم التقدير، فما عدّ فاحشاً منع وما لا فلا حتى روي عنه أنه كره تقديره، وقال: الفاحش يختلف باختلاف طباع الناس، فوقفه على عد طباع المبتلي إياه فاحشاً، وقد روي عنه تقديره بربع الثوب وربع أدنى ثوب يجوز فيه الصلاة، وعن أبي يوسف شبر في شبر، وعنه ذراع في ذراع ومثله عن محمد، وعن محمد أن يستوعب القدمين ويظهر أن الأول أحسن لاعتبار الربع كثيراً كالكل في مسألة الثوب ينجس الأربعة وانكشاف ربع العضو من العورة بخلاف ما دونه فيهما، غير أن ذلك الثوب الذي هو عليه إن كان شاملاً اعتبر ربعه، وإن كان أدنى ما تجوز فيه الصلاة اعتبر ربعه لأنه الكثير بالنسبة إلى الثوب المصاب، وأما الثالث فعندهما اختلاف العلماء في ذلك لأنه يورث شبهة، وعنده تعارض النصين في الطهارة والنجاسة، وإذاً فالدم والخمر وخرء الدجاج والبط والإوز والغائط وبول الآدمي وما لا يؤكل لحمه إلا الفرس والقيء غليظ اتفاقاً لعدم التعارض والخلاف، والمراد بالدم غير الباقي في العروق وفي حكمه اللحم المهزول إذا قطع، فالدم الذي فيه ليس نجساً وكذا الدم الذي في الكبد لا من غيره كذا قيل. قال المصنف في التجنيس: وفيه نظر لأنه إن لم يكن دماً فقد جاور الدم والشيء ينجس بمجاورة النجس. وعن أبي يوسف في الباقي أنه معفو في الأكل لا الثوب، وغير دم الشهيد ما دام عليه حتى لو حمله ملطخاً به في الصلاة صحت، بخلاف قتيل غير شهيد لم يغسل أو غسل وكان كافراً لأنه لا يحكم بطهارته بالغسل بخلاف المسلم. وعين المسك قالوا يجوز أكله والانتفاع به مع ما اشتهر من كونه دماً ولم أر له تعليلاً، وذاكرت بعض الإخوان من المغاربة في الزباد[1] فقلت يقال إنه عرق حيوان محرم الأكل، فقال ما يحيله الطبع إلى صلاح كالطيبية

صاحب الأسرار أن النبي ﷺ قال «من استجمر فليوتر، ومن لا فلا حرج عليه» والاستجمار هو الاستنجاء فيثبت أن الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم أنه سقط حكمه لقلة النجاسة وأن ذلك القدر عفو، وما ثبت أن الصحابة كانوا يكتفون بالأحجار في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي به في الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على أن القليل من النجاسة عفو (ثم يروى) عن محمد (اعتبار الدرهم من حيث المساحة) حيث قال في النوادر: الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف (ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالاً) وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة. قال الفقيه أبو جعفر: نوفق بين ألفاظ محمد فنقول أن الأولى: يعني رواية المساحة في الرقيق منها، والثانية: يعني رواية الوزن في الكثيف قوله (وإنما كانت نجاسة هذه الأشياء) يعني المذكورة في أول البحث مغلظة (لأنها

قوله: (وقوله أخذاً مفعول مطلق من قدرناه لأن فيه معنى الأخذ) أقول: ويحتمل الحالية قوله: (فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحديث) أقول: فيه بحث. . .

---

(١) جاء في القاموس: غلط الفقهاء واللغويون في قولهم الزَّباد دابة يُجلب منها الطيب وإنما الدابة: السنَّور. والزَّباد الطيب وهو رشحٌ يجتمع تحت ذنبها على المخرج فَتُمْسَكُ الدابة وتُمنع الاضطراب ويُسلَتُ ذلك الوسخ المجتمع هناك بخرقة. اهـ يعني يستخرج من السنور.

كانت نجاسة هذه الأشياء مغلظة لأنها ثبتت بدليل مقطوع به **(وإن كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ الثوب)** يروى ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش، والربع ملحق بالكل في حق بعض الأحكام، وعنه ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر، وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والدخريص، وعن أبي يوسف رحمه الله شبر في شبر، وإنما كانت مخففة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

يخرج عن النجاسة [1] كالمسك. وليس دم البق والبراغيث والسمك بشيء، وأما القيء فإذاكان ملء الفم فنجس فأما ما دونه فطاهر على ما هو المختار من قول أبي يوسف، وفي فتاوى نجم الدين النسفي: صبي ارتضع ثم قاء فأصاب ثياب الأم، إن كان ملء الفم فنجس، فإذا زاد على قدر الدرهم منع. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يمنع ما لم يفحش لأنه لم يتغير من كل وجه، كذا في غريب الرواية لأبي جعفر عن أبي حنيفة وهو الصحيح، وما قدمناه في النواقض عن المجتبى وغيره يقتضي طهارة هذا القيء فارجع إليه. وقوله لأنها ثبتت بدليل مقطوع به معناه مقطوع بوجوب العمل به، فالعمل بالظني واجب قطعاً في الفروع وإن كان نفس وجوب مقتضاه ظنياً، والأولى أنه يريد دليل الإجماع، وثمرة الخلاف تظهر في الروث وهو للحمار والفرس، والخثى وهو للبقر، والبعر وهو الإبل والغنم، فعنده غليظة لقوله عليه الصلاة والسلام في الروثة «إنها ركس» [2] ولم يعارض وعندهما خفيفة فإن مالكاً يرى طهارتها، ولعموم البلوى لامتلاء الطرق بخلاف بول الحمار وغيره مما لا يؤكل لأن الأرض تنشفه حتى رجعُ محمد آخراً إلى أنه لا يمنع الروث وإن فحش لما دخل الري [3] مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها، وقاس المشايخ على قوله هذا طين بخاري لأن مشي الناس والدواب فيها وعند ذلك يروى رجوعه في الخف حتى إذا أصابته عذرة يطهر بالدلك. وفي الروث لا يحتاج إلى الدلك عنده، وله أن الموجب للعمل النص لا الخلاف، والبلوى في النعال وقد ظهر أثرها حتى طهرت بالدلك فإثبات أمر زائد على ذلك يكون بغير موجب، وما قيل إن البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الإنسان ممنوع، بل تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للحرج وهو ليس معارضة للنص بالرأي والبلوى في بول الإنسان في الانتضاح كرؤوس الإبر لا فيما سواه لأنها إنما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك وذلك أن تحقق في بول الإنسان فكما قلنا، وقد رتبنا مقتضاه إذ قد أسقطنا اعتباره، ثم حديث رمي الروثة هو ما في البخاري من حديث ابن مسعود «أتى النبي ﷺ الغائط فأمرني أن آتيه بثلاثة أحجار، فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجد، فأخذت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال هذا ركس» [4]

ثبتت بدليل مقطوع به) قيل بالإجماع، وقيل التغليظ عند أبي حنيفة يثبت بنص لا معارض له، وعندهما يثبت بالإجماع وفي الكتاب إشارة إلى ذلك، وقيل المراد بالدليل القطعي أن يكون سالماً من الأسباب الموجبة للتخفيف من تعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة **(وإن كانت مخففة)** وهي ما تثبت بخبر غير مقطوع به **(كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب، يروي ذلك عن أبي حنيفة)** وهو مروي عن محمد أيضاً **(لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش)** والكثير الفاحش ما يستكثره الناس ويستفحشونه **(والربع ملحق بالكل في حق بعض الأحكام)** كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه، ثم اختلف في تفسير الثوب فقيل أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر، وهو مروي عن أبي حنيفة ويقربه ما قال أبو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطاً لأنه أكثر الثياب **(وقيل ربع**

---

(١) المسك: هو بعض دم الغزال. أفاده الشرنبلالي في مراقي الفلاح باب طهارة جلدة الميتة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦ والترمذي ١٧ والنسائي ١/ ٤٠ وابن ماجه ٣٤٤ من حديث ابن مسعود: أتى النبي ﷺ الغائط فأمرني أن آتيه بثلاثة أحجار فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجده فأخذت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال: هذه ركس هذا لفظ البخاري. وكذا رواه أحمد في مسنده ١/ ٤١٨.

(٣) الرّيّ: مدينة مشهورة بينها وبين نيسابور مائة وستون فرسخاً وإلى قزوين سبعة عشر فرسخاً أفاده ياقوت الحموي في معجم البلدان.

(٤) هو الحديث المتقدم بحرفيته للبخاري.

لمكان الاختلاف في نجاسته أو لتعارض النصين على اختلاف الأصلين **(وإذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله)** لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام رمى بالروثة وقال: هذا رجس أو ركس» لم يعارضه غيره، وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض **(وقالا يجزئه حتى يفحش)** لأن للاجتهاد فيه مساغاً، ولهذا يثبت التخفيف عندهما، ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف، بخلاف بول الحمار لأن الأرض تنشفه. قلنا: الضرورة في النعال قد

وأما المراد بالنصين في قوله أو لتعارض النصين فحديث استنزهوا البول[1] وحديث العرنيين[2] وقد تقدما، وفرق زفر إلحاق الروث كل شيء ببوله، وفي مختصر الكرخي قال زفر: روث ما يؤكل لحمه طاهر كقول مالك.

[فرع] مرارة كل شيء كبوله واجتراره[3] كسر قينه. قال في التجنيس لأنه واراه جوفه، ألا ترى أن ما يواري جوف الإنسان بأن كان ماء ثم قاءه فحكمه حكم بوله اهـ. وهو يقتضي أنه كذلك وإن قاء من ساعته، وقدمنا في النواقض عن الحسن ما هو الأحسن فارجع إليه، وقد صححه بعد قريب ورقة فقال في الصبي ارتضع ثم قاء

الموضع الذي أصابه) النجاسة **(كالذيل)** وهو ما يفهم من قول الرجل فلان شمر الذيل والكم **(والدخريص، وعن أبي يوسف شبر في شبر)** أي شبر طولاً وشبر عرضاً أخذا من باطن الخفين: يعني ما يلي الأرض من الخف، فإن باطنها يبلغ شبراً في شبر فيجوز تقدير الكثير الفاحش به، وهذا لأن حكم النجاسة التي لها جرم ساقط العبرة في الخفاف لطهارته بالمسح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي رواية عن محمد: وبالمسح أن زالت العين فلا يشك في بقاء الأثر، وحيث لم يعتبر ذلك قدّر به الكثير الفاحش كما قدر الدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة **(وإنما كان)** يعني بول ما يؤكل لحمه **(مخففاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته)** على أصل أبي يوسف رحمه، فإن تخفيفها عنده إنما ثبت من سوغ الاجتهاد **(أو لتعارض النصين)** على أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن تخفيفها عنده إنما ينشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله **(على اختلاف الأصلين)** قال في النهاية إنما أخر أصل أبي حنيفة رعاية لفواصل الألفاظ فإنها مما يراعى، وأرى أن تقديمه ما كان ينافي ذلك ونعله من باب الترقي، وثمرة ذلك تظهر في الأرواث على ما سنذكره، وإنما خص الأصل الأول بأبي يوسف وإن كان أصل محمد أيضاً، لأن الكلام في بول ما يؤكل لحمه وليس هو بنجس عند محمد فهو في هذه المسألة خاصة أصل أبي يوسف وحده فخصصه وبهذا سقط ما أورد صاحب النهاية **(وإن أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة)** لما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله **(لأن للاجتهاد فيه مساغاً)** لأن مالكاً يقول: إن البعر والروث وخثى البقر طاهر. وقال ابن أبي ليلى: السرقين ليس بشيء قليله وكثيره لا يمنع لأن ذلك وقود أهل الحرمين لو كان نجساً ما استعملوه كالعذرة. وقوله **(ولأن فيه ضرورة)** بيان أن التخفيف عندهما يثبت بشيء آخر وهو البلوى والضرورة. والجواب أن اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة عن كونها مغلظة لأنها لما يرد نص بخلافه كان اختلافهم بناء على الرأي وهو لا يعارض النص، وكذلك البلوى لا تعتبر في موضع النص، ألا ترى أن البلوى في بول الحمار أكثر لأنه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى أكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الآدمي، ورد بأن الضرورة لو لم

قوله: **(وهذا لأن حكم النجاسة التي لها جرم، إلى قوله حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة)** أقول: تأمل في هذا المقام **(قال المصنف أو لتعارض النصين)** أقول: يعني حديث استنزهوا البول وحديث العرنيين وقد تقدما قوله: **(قال في النهاية: إنما أخر أصل أبي حنيفة رعاية لفواصل الألفاظ فإنها مما يراعي، وأرى أن تقديمه ما كان ينافي ذلك ولعله من باب الترقي)** أقول: نعم ولكن يكون الثاني أطول، ومراد صاحب النهاية رعاية الفواصل مع تساوي القرينتين كما لا يخفى قوله: **(وإنما خص الأصل الأول بأبي يوسف، وإن كان أصل محمد أيضاً، لأن الكلام فيما يؤكل لحمه الخ)** أقول: ممنوع ألا يرى إلى كاف التشبيه في قوله كبول ما يؤكل لحمه كيف يدل على عموم الكلام.

---

(١) رواه الحاكم وغيره وإسناده حسن وقد تقدم.

(٢) متفق عليه وقد تقدم.

(٣) هو ما يخرجه الحيوان من معدته إلى فمه ثم يعيده.

أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها، ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم، وزفر رحمه الله فرّق بينهما فوافق أبا حنيفة رحمه الله في غير مأكول اللحم ووافقهما في المأكول. وعن محمد رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضاً وقاسوا عليه طين بخاراً، وعند ذلك رجوعه في الخف يروي **(وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند**

فأصاب ثياب الأم إن زاد على الدرهم منع. قال: وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يمنع ما لم يفحش لأنه لم يتغير من كل وجه فكان نجاسته دون نجاسة البول، بخلاف المرارة لأنها متغيرة من كل وجه، كذا في غريب الرواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح وفيه ما ذكرنا قوله: **(وإن أصابه بول الفرس)** مرّ محمد على أصله وكذا أبو يوسف وأما عند أبي حنيفة فالتخفيف للتعارض وهو بين قوله استنزهوا البول وحديث العرنيين[1] في بعض متناولاته بناء على أن لحم الفرس طاهر وحرمته لكرامته لا لنجاسته، وحديث العرنيين يعارض استنزهوا البول في بعض متناولاته وهو الحيوان المأكول، والمفهوم من طهارته بوله كونه طاهر اللحم إذ لا أثر للأكل في ذلك إلا بواسطته فصار هو المعتبر دون كونه مأكولاً إلا ما أخرجه الدليل كالآدمي فإنه طاهر اللحم، ونجس البول والفرس كذلك قوله: **(فقد قيل الخ)** يعني اختلف المشايخ في أن قولهما بجواز الصلاة بناء على طهارة خرء الطيور المحرّمة أو على التقدير فيه بالفاحش فقال الكرخي لطهارته عندهما، وقال الهندواني لخفته، واتفقوا على أنه نجس مغلظ عند محمد، ثم الواقع أن أبا يوسف مع أبي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني، والمفهوم من الهداية أنه مع أبي حنيفة: في الروايتين وليس كذلك، فتحصل عن أبي حنيفة روايتان: رواية الهندواني خفيف، ورواية الكرخي طاهر. وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان: رواية الهندواني غليظ، ورواية الكرخي طاهر. وعن محمد رحمه الله غليظ رواية واحدة، وجعل المصنف الأصح التخفيف بناء على أن الضرورة فيه لا تؤثر أكثر من ذلك، فإنه قلما يصل إلى أن يفحش فيكفي تخفيفه قوله: **(هو يقول)** أي محمد قوله: **(قيل يفسده وقيل لا يفسده)** الأول بناء على أنه نجس خفيف أو غليظ وإمكان الاحتراز بتخميرها إذ هو معتاد فلا يتحقق فيه ضرورة بل تفريط، بخلاف الثوب والبدن: وأما الثاني فيمكن كونه بناء على الطهارة أو على سقوط حكم النجاسة مع قيامها للضرورة كما قال أبو يوسف رحمه الله في شعر الخنزير حتى لو وقع في الماء أفسده مع إطلاق الانتفاع به للخرازين للضرورة، وقد تظهر أولوية الأول

تعتبر في مقابلة النص بالنجاسة لما قال أبو حنيفة بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لأنه منصوص بقوله ﷺ «استنزهوا البول» الحديث. وأجيب بأنه لم يقل بذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين. وقوله **(بخلاف بول الحمار)** جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة في روثه وقد قلتم بتغليظه، ووجهه أنا لا نسلم ذلك **(لأن الأرض تنشفه)** فلا يبقى على وجه الأرض منه شيء يبتلي به المار بخلاف الروث. والجواب لأبي حنيفة أن الضرورة إنما هي في النعال، وقد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها بذلك التخفيف فلا يخفف في نجاستها ثانياً إلحاق للروث بالعذرة فإن الحكم فيها كذلك بالاتفاق **(ولا فرق بين مأكول اللحم وغيره)** عند العلماء الثلاثة **(وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول)** فإنه قاس الخارج من أحد السبيلين بالخارج من السبيل الآخر والخارج من السبيل الآخر وهو البول يختلف باختلاف كونه مأكول اللحم وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل. وقوله **(وعن محمد)** ظاهر. وقوله **(قاسوا عليه طين بخارى)** يعني قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعاً وإن كان مختلطاً بالعذرات **(وعند ذلك)** أي عند دخوله في الري **(رجوعه)** عن الرواية المشهورة عنه **(في الخف)** أنه لا يطهر بالدلك بالأرض **(يروي)** قال **(وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش)** كل واحد من أبي يوسف ومحمد مرّ في هذه المسألة على أصله في بول ما يؤكل لحمه فإن الفرس مأكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند أبي يوسف لا يمنع حتى يفحش **(و)** طاهر **(عند محمد لا**

---

(١) تقدما.

محمد رحمه الله لا يمنع وإن فحش) لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند أبي يوسف رحمه الله ولحمه مأكول عندهما، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله التخفيف لتعارض الآثار **(وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم جازت الصلاة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله تجوز)** فقد قيل إن الاختلاف في النجاسة، وقد قيل في المقدار وهو الأصح.

لما قلنا. فإن قلت: ما الفرق لمحمد بين خرء الطيور المحرّمة وبول الهرة التي تعتاد البول على الناس حيث روي عنه فيه أنه طاهر؟ فالجواب كأنه بنى نجاسة الخرء على عدم الضرورة إذ قد يصيب الناس وقد لا يصيب، بل قلما يشاهد مصاب، بخلاف ذلك السنور فإن الضرورة فيه متحققة، وهما بنيا قيام الضرورة على عدم قدرة الاحتراز عنه، هذا إن صحت هذه الرواية، وإلا مسألة: ففي التجنيس: بال السنور في البئر نزح كله لأن بوله نجس باتفاق الروايات، ولذا لو أصاب الثوب أفسده لكن الحق صحتها، وحمل الروايات على الروايات الطاهرة أو مطلقاً، والمراد السنور الذي لا يعتاد البول على الناس، وإلا فقد حكى هو في موضع آخر من التجنيس اختلاف المشايخ فيما إذا بال على الثوب. وفي الخلاصة إذا بالت الهرة في الإناء أو على ثوب تنجس وكذا بول الفأرة وقال الفقيه أبو جعفر: ينجس الإناء دون الثوب اهـ. وهو حسن لعادة تخمير الأواني: هذا وبول الفأرة في رواية لا بأس به، والمشايخ على أنه نجس لخفة الضرورة، بخلاف خرئها فإن فيه ضرورة في الحنطة فقالوا: إذا وقع فيها فطحنت جاز أكل الدقيق ما لم يظهر أثر الخرء فيه طعماً ونحوه. وفي الإيضاح: بول الخفافيش خرؤها ليس بشيء اهـ. وفي فتاوي قاضيخان: بول الهرة والفأرة وخرؤهما نجس في أظهر الروايات يفسد الماء والثوب، وبول الخفاش[1] وخرؤه لا يفسد لتعذر الاحتراز عنه، ودم البق والبراغيث ليس بشيء، ودم الحلمة[2] والأوزاغ[3] نجس قوله: **(مثل**

يمنع وإن فحش) وأما أبو حنيفة فإنه حرم أكله وجعل بوله نجساً مخففاً لتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقد مرّ وقوله عليه الصلاة والسلام «استنزهوا البول» الحديث، واعترض بأن التعارض إنما يتحقق إذا جهل التاريخ، وفي حديث العرنيين دلالة التقدم لأن فيه المثلة فيكون منسوخاً ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ. سلمنا أن فيهما تعارضاً ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس غير مأكول عنده والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجساً مغلظاً. وأجيب عن الأول بأن الدلالة دون العبارة، وفي عبارته تعارض فترجح جانب العبارة وتحقق التعارض، وهو فاسد لأن اشتمال القصة على المثلة يدل على أن العبارة منسوخة فلا تعارض، وبأن انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لأنهما حكمان مختلفان، فلا يلزم من انتساخ أحدهما انتساخ الآخر، وهو أيضاً فاسد لأن حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه إما أن يكون منسوخاً أو لا، فإن كان الأول انتفى التعارض، وإن كان الثاني لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عليه الصلاة والسلام «استنزهوا البول» عنده والأمر بخلافه. وعن الثاني بأن حرمة لحم الفرس عنده لم تكن لنجاسته بل تحرزاً عن تقليل مادة الاجتهاد فكان لحمه طاهراً عنده، ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لأن أول الكلام كان مبنياً على أن بول غير مأكول اللحم عنده نجس غليظ، فإذا ورد عليه ما ذكر قيده بكون الحرمة النجاسة، وقد عرف بطلان ذلك في أصول الفقه.

قوله: **(وإن كان الثاني لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله ﷺ «استنزهوا عنه» والأمر بخلافه)** أقول: بل يثبت الشك بالتعارض على ما مر قوله: **(لأن أول الكلام كان مبنياً على أن بول غير مأكول اللحم عنده نجس غليظ)** أقول: ممنوع قوله: **(والكلام فيه كالكلام فيما قبله لأن المبيح منسوخ كما في الحمار)** أقول: إن أراد أن المحرم معلوم التأخر فلم نسلم ذلك، وإن أراد أنه كذلك بالرأي فلا يفيده إذ لا يمنع التعارض الظاهري فتأمل.

---

(١) طائر صغير يطير ليلاً. والخفش بفتح الخاء والفاء صغر العين وضعف في البصر خلقة.
(٢) الحَلَمُ: هو القراد الضخم. كما في المغرب. وفي القاموس دابة صغيرة. واحدة حَلَمَة.
(٣) الوزغة: سامُ أبرص قال الكسائي هو يخالف العقرب لأن له دماً سائلاً اهـ مغرب وفي القاموس: سميت بذلك لسرعتها.

هو يقول إن التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف. ولهما أنها تدرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة، ولو وقع في الإناء قيل يفسده، وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه **(وإن أصابه من دم السمك أو لعاب البغل أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه)** أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجساً، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجساً. وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر **(فإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء)** لأنه لا يستطاع الامتناع عنه.

رؤوس الإبر ليس بشيء) يشير إلى أنه لو كان مثل رؤوس المسلة[1] منع. وقال الهندواني يدل على أنه لو كان مثل الجانب الآخر اعتبر، وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبين دفعاً للحرج، وما لم يعتبر إذا أصابه ماء فكثر لا يجب غسله. وفي المجتبى في نوادر المعلى: لو انتضح ويرى أثره لا بد من غسله اهـ. وقالوا: لو ألقى عذرة أو بولاً في ماء فانتضخ عليه ماء من وقعها لا ينجس ما لم يظهر لون النجاسة أو يعلم أنه البول، وما ترشش على الغاسل من غسالة الميت مما لا يمكنه الامتناع عنه ما دام في علاجه لا ينجسه لعموم البلوى، بخلاف الغسالات الثلاث إذا استنقعت في موضع فأصابت شيئاً نجسته، أما الماء الثالث وحده فعلى الخلاف السابق أول الباب قوله: **(إلا أن يبقى من أثرها ما يشق)** أي لونها أو ريحها ما يحتاج فيه إلى استعمال غير الماء كالصابون والأشنان، وعلى هذا قالوا لو صبغ ثوبه أو يده بصبغ أو حناء نجسين فغسل إلى أن صفا الماء يطهر مع قيام اللون، وقيل يغسل بعد ذلك ثلاثاً. وأما الطهارة لو غسل يده من دهن نجس مع بقاء أثره فإنما علله في التجنيس بأن الدهن يطهر، قال: فبقي على يده طاهراً، كما روي عن أبي يوسف في الدهن ينجس يجعل في إناء ثم يصب عليه الماء فيعلو الدهن فيرفع بشيء هكذا يفعل ثلاثاً فيطهر انتهى. وتطهير العسل النجس على قوله أن يصب عليه ماء فيغلي حتى يعود إلى القدر الأول ثلاثاً فيطهر، وقد يشكل على الحكم المذكور ما في التجنيس: حبّ فيه خمر غسل ثلاثاً يطهر إذا لم تبق فيه رائحة الخمر، لأنه لم يبق فيه أثرها، فإن بقيت رائحتها لا يجوز أن يجعل فيه من المائعات سوى الخل لأنه بجعله فيه يطهر وإن لم يغسل لأن ما فيه من الخمر يتخلل بالخل، إلا أن آخر كلامه أفاد أن بقاء رائحتها فيه بقيام بعض

ولصعوبة التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين إلى أن المراد بتعارض الآثار التعرض في لحمه، فإنه روي أنه ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال. وروي أنه ﷺ أذن في لحوم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله لأنه مأكول في وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار، الكلام فيه كالكلام فيما قبله لأن المبيح منسوخ كما في الحمار **(وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور)** كالصقر والبازي والحدأة **(جازت الصلاة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تجوز فقد قيل إن الاختلاف في النجاسة)** يعني أنه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالنجو **(وقد قيل في المقدار)** يعني أنه نجس بالاتفاق، لكنه خفيف عند أبي حنيفة غليظ عندهما، وهو المنقول عن أبي جعفر الهندواني، ويفهم من لفظ المصنف أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في الروايتين جميعاً، وهكذا ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير، وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف فإن فيهما أن أبا يوسف مع أبي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني. وقوله **(هو يقول التخفيف للضرورة)** على طريقة الهداية وفخر الإسلام وهو ظاهر **(ولو وقع في الإناء قيل يفسده)** لإمكان صون الأواني عنه، وبه أخذ أبو بكر الأعمش **(وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه)** وبه أخذ الكرخي. قوله **(وإن أصابه من دم السمك)** ظاهر. وقوله **(ليس بدم على التحقيق)** لأن الدم على التحقيق يسوّد إذا شمس ودم السمك يبيض، ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة. وروى المعلى عن أبي يوسف أنه اعتبر الكثير الفاحش **(فإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء)** أي بشيء يوجب الغسل على المصلي لأنه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح. وقد سئل ابن عباس عن ذلك فقال: أنا أرجو من عفو الله أوسع من هذا. وعن أبي جعفر الهندواني، أن قول محمد مثل رؤوس الإبر دليل على أن الجانب الآخر

---

(١) المسلّة: إبرة ضخمة تستعمل في مخيط الأكياس.

قال (والنجاسة ضربان: مرئية، وغير مرئية. فما كان منها مرئياً فطهارته زوال عينها) لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها (إلا أن يبقى من أثرها ما تشق إزالته) لأن الحرج مدفوع، وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وإن زال بالغسل مرة واحدة، وفيه كلام (وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب على

أجزائها، وعلى هذا قد يقال في كل ما بقي فيه رائحة كذلك وفي الخلاصة: الكوز إذا كان فيه خمر تطهيره أن يجعل فيه الماء ثلاث مرات كل مرة ساعة، وإن كان جديداً عند أبي يوسف يطهر، وعند محمد لا يطهر أبداً انتهى من غير تفصيل بين بقاء الرائحة أولاً، والتفصيل أحوط قوله: (وفيه كلام) أي للمشايخ، فمنهم من قال يغسل بعد زوال العين ثلاثاً إلحاقاً له بعدها بنجاسة غير مرئية وعن الفقيه أبي جعفر مرتين كغير مرئية غسلت مرة، وقيل إذا ذهب العين والأثر بمرة لا يغسل، وهو أقيس لأن نجاسة المحل بمجاورة العين وقد زالت، وحديث المستيقظ من منامه في غير المرئية ضرورة أنه مأمور لتوهم النجاسة ولذا كان مندوباً، ولو كانت مرئية كانت محققة وكان حكمه الوجوب قوله: (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن محمد من الاكتفاء بالعصر في المرة الأخيرة، وتعتبر قوة كل عاصر حتى إذا انقطع تقاطره بعصره ثم قطر بعصر رجل آخر أو دونه يحكم بطهارته، ثم هذا مقتصر على ما يعصر ومخصوص منه أيضاً: أما الثاني فقال أبو يوسف في إزار الحمام إذا صبّ عليه ماء كثير وهو عليه يطهر بلا عصر، حتى ذكر عن الحلواني: لو كانت النجاسة دماً أو بولاً وصبّ عليه الماء كفاه على قياس قول أبي يوسف في إزار الحمام، لكن لا يخفى أن ذلك لضرورة ستر العورة فلا يلحق به غيره وتترك الروايات الظاهرة فيه، وقالوا في البساط النجس إذا جعل في نهر ليلة طهر، وفي خفّ بطانته كرباس دخل في خروقه ماء نجس فغسل الخف ودلكه باليد ثم ملأه ماء ثلاثاً وأراقه إلا أنه لم يتهيأ له عصر الكرباس طهر كالبساط، وأما الأول فلا يخلو كون المتنجس مما تتداخله النجاسة أولاً، ففي الثاني يغسل ويجفف في كل مرة وهو بذهاب الندوة. قالوا في الجلد والخف والمكعب[1] والجرموق إذا أمر الماء عليه ثلاثاً وجفف كل مرة طهر، وقيل لا يحتاج إلى تجفيف، وقيل الأحوط. وقال المصنف في الآجر المستعمل القديم: يكفيه الغسل ثلاثاً بدفعة واحدة، وكذا الخزفة القديمة المستعملة، وينبغي تقييدها بما إذا تنجست وهي رطبة، أما لو تركت بعد الاستعمال حتى جفت فإنها كالجديدة لأنه يشاهد اجتذابها حتى يظهر من ظاهرها، وكذا حصير تنجس برطبة يجري عليها الماء إلى أن يتوهم زوالها لأنه لا طريق سواه، وإجراء الماء قد يقوم مقام العصر، فإن كانت يابسة فلا بد من الدلك، وهذا محمول على الحصير الصقيلة كأكثر حصر مصر كما في بعض نسخ الواقعات في البوريا من القصب يغسل ثلاثاً فيطهر بلا خلاف، أما الجديدة المتخذة مما يتشرب فسيأتي، وفي الأول فلا تطهر عند محمد أبداً وتطهر عند أبي يوسف كالخزفة الجديدة، والخشبة الجديدة والبردى والجلد دبغ بنجس والحنطة انتفخت من النجاسة، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة على ما ذكرنا، وقيل في الأخيرة فقط، والسكين المموّة بماء نجس يموّه ثلاثاً بطاهر، واللحم وقع في مرقه نجاسة حال الغليان يغلي ثلاثاً فيطهر وقيل لا يطهر، وفي غير حالة الغليان يغسل ثلاثاً كذا في الظهيرية والمرقة لا خير فيها، إلا أن تكون تلك النجاسة خمراً فإنه إذا صب فيها خل حتى صارت كالخل حامضة طهرت، وفي التجنيس طبخت الحنطة في الخمر، قال أبو يوسف: تطبخ ثلاثاً بالماء وتجفف كل مرة وكذا اللحم،

من الإبر معتبر، وغيره من المشايخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان جميعاً لدفع الحرج. قال (والنجاسة ضربان: مرئية، وغير مرئية) الحصر ضروري لدورانه بين النفي والإثبات، وذلك لأن النجاسة بعد الجفاف إما أن تكون متجسدة كالغائط والدم أو غيرهما كالبول ونحوه، فطهارة الأولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها (وقوله إلا أن يبقى من أثره) كلونه ورائحته (ما تشق إزالته) بالاحتياج في الإزالة إلى غير الماء كالصابون والأشنان، فإن ذلك

---

(١) المكعَّبُ: المَوْشيُّ من البرود والأثواب. والكعب هو العظم الناشز فوق القدم.

ظن الغاسل أنه قد طهر) لأن التكرار لا بد منه للاستخراج، ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة

وقال أبو حنيفة: إذا طبخت في الخمر لا تطهر أبداً، وبه يفتي انتهى. والكل عند محمد لا تطهر أبداً. ولو ألقيت دجاجة حالة الغليان في الماء قبل أن يشق بطنها لتنتف أو كرش قبل الغسل لا يطهر أبداً، لكن على قول أبي يوسف يجب أن تطهر على قانون ما تقدم في اللحم. قلت: وهو سبحانه أعلم هو معلل بتشربهما النجاسة المتحللة في اللحم بواسطة الغليان، وعلى هذا اشتهر أن اللحم السميط[1] بمصر نجس لا يطهر لكن العلة المذكورة لا تثبت حتى يصل الماء إلى حد الغليان ويمكث فيه اللحم بعد ذلك زماناً يقع في مثله التشرب والدخول في باطن اللحم، وكل من الأمرين غير متحقق في السميط الواقع حيث لا يصل الماء إلى حد الغليان ولا يترك فيه إلا مقدار ما تصل الحرارة إلى سطح الجلد فتنحل مسام السطح عن الصوف، بل ذلك الترك يمنع من جودة انقلاع الشعر، فالأولى في السميط أن يطهر بالغسل ثلاثاً لتنجس سطح الجلد بذلك الماء فإنهم لا يحترسون فيه عن المنجس. وقد قال شرف الأئمة بهذا في الدجاجة والكرش والسميط مثلهما.

[مسائل شتى] بئر بالوعة جعلت بئر ماء إن حفرت قدر ما وصل إليه النجاسة طهر ماؤها لا جوانبها، فإن وسعت مع ذلك طهر الكل. حوض فيه عصير وقع فيه نجاسة إن كان بحيث لو كان ماء تنجس ينجس وإلا فلا. جلد الإنسان وقشره يسقط في الماء، إن كان قليلاً مثل ما يتناثر من شقوق الرجل لا يفسد الماء، وإن كان كثيراً قدر الظفر أفسده، ولو وقع الظفر نفسه لا ينجس لأنه عصب إذا لم تكن عليه رطوبة. ماء فم النائم طاهر سواء كان متحللاً من الفم أو مر تقياً من الجوف لأن الغالب كونه من البلغم وهو طاهر وقد أسلفنا أنه إذا كان منتناً أو أصفر نقض إذا كان قدر ملء الفم. وفي الظهيرية ماء فم الميت قيل نجس، وقد قدمنا في نافجة المسك إن كان بحال لو أصابها الماء لم تفسده فهي طاهرة وإلا فنجسة، هذا إذا كانت من الميتة، أما من الذكية فطاهرة على كل حال. ولو سقط بيضة من الدجاجة أو سخلة[2] من أمها في ماء أو مرقة لا ينجس. توضأ ومشى على ألواح مشرّعة بعد مشي من برجله قذر لا يحكم بنجاسة رجله ما لم يعلم أنه وضع رجله على موضعه للضرورة، ومثله المشي في ماء الحمام لا ينجس ما لم يعلم أنه غسالة متنجس أو جنب على رواية نجاسة الماء المستعمل. وما ذكر في الفتاوى من التنجس من وضع رجله موضع رجل كلب في الثلج أو الطين ونظائر هذه فمبني على رواية نجاسة عين الكلب وليست بالمختارة. جلد الحية وإن ذكيت يمنع الصلاة، لأنه لا يحتمل الدباغة لتقام الذكاة مقام الدباغة. وعن الحلواني قميص الحية طاهر، وتقدم أنه الأصح. والشعير الذي يوجد في بعر الإبل والشاة يغسل ويؤكل، لا الذي في خثي البقر لأنه لا صلابة فيه. وفي التجنيس مشى في طين أو أصابه ولم يغسله وصلى تجزيه ما لم يكن فيه أثر النجاسة لأنها المائع ولم توجد إلا أن يحتاط، أما في الحكم فلا يجب. وما ذكر من التفصيل في إعادة السن الساقطة بين سنه وسن غيره الأصح عدمه وأنه لا يمنع مطلقاً لأن السن ليست بنجسة لأنها عظم أو عصب. وقال بعض المشايخ: تكره الصلاة في ثياب الفسقة لأنهم لا يتقون الخمور. قال المصنف: الأصح أنه لا يكره لأنه لم

لا يمنع الجواز، وهو استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعاً، والأصل في ذلك أن إزالة مثل ذلك حرج وهو موضوع، وفيه إشارة إلى أن عينها إذا زالت بمرة واحدة لا يحتاج إلى غسل بعده. وقوله **(فيه كلام)** أي اختلاف المشايخ كان أبو جعفر يقول بعد زوال عين النجاسة: تغسل مرتين لأنه التحق بغير مرئية غسل مرة فيغسل مرتين، وطهارة الثانية أن يغسل

---

(١) سَمَطَ الجَدْيَ نتف صوفه بالماء الحار. وفي أيامنا هو ما يفعله بائع الدجاج. الفراريج. حيث يذبح الدجاجة ويلقيها في الماء الحار لتنتف ريشها. وذلك قبل أن يخرج الكرشة ونحوها.

فإن كان الماء بدرجة الغليان فهي نجسة ولا تطهر لكن قيده ابن الهمام بأن تمكث فيه زمناً يحصل فيه التشرب وإلا فلا.

(٢) السخلة. ولد الشاة.

وإنما قدروا بالثلاث لأن غالب الظن يحصل عنده، فأقيم السبب الظاهر مقامة تيسيراً، ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه، ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج.

يكره من ثياب أهل الذمة إلا السراويل مع استحلالهم الخمر فهذا أولى انتهى. بخلاف ما إذا ثبت بخبر موجب في التنجيس، ولا تجوز الصلاة في الديباج الذي ينجسه أهل فارس لأنه بلغنا أنهم يستعملون فيه البول ويزعمون أنه يزيد في بريقه. في يده نجاسة رطبة فجعل يضع يده على عروة الإبريق كلما صب على اليد فإذا غسل ثلاثاً طهرت العروة مع طهارة اليد لأن نجاستها بنجاستها فطهارتها بطهارتها وقد تقدم سرقين يابس وقع في ثوب مبلول لا ينجس ما لم ير أثره فأرة ماتت في سمن إن كان جامداً وهو أن لا ينضم بعضه إلى بعض قوّر ما حولها فألقى واستصبح به وأكل ما سواه، وإن كان ذائباً نجسه ما لم يبلغ القدر الكثير على ما مر، وقد بينا طريق تطهيره. مرت الريح بالعذرات وأصاب الثوب إن وجدت رائحتها تنجس ومايصيب الثوب من بخارات النجاسة قيل ينجسه، وقيل لا وهو الصحيح. وكذا ما سال من الكنيف الأولى غسله، ولا يجب ما لم يكن أكبر رأيه نجاسة، وفي الخلاصة مرت الريح على النجاسات وثمة ثوب تصيبه قال الحلواني: تنجس. ولو استنجى بالماء ولم يمسحه اختلفوا فيه، وعامتهم أنه لا ينجس ما حوله، وكذا لو لم يستنج ولكن ابتل سراويله بالماء وبالعرق ثم فسا، غير أن جواب شمس الأئمة أنه يتنجس. ولو صب ماء في خمر أو بالقلب ثم صار خلاً كان طاهراً في الصحيح، بخلاف ما لو وقعت فيها فأرة ثم أخرجت بعد ما تخللت فإنه يكون نجساً في الصحيح لأنها تنجست بعد التخلل، بخلاف ما لو أخرجت قبل التخلل. ولو عصر عنباً فأدمى رجله فسال مع العصير لا ينجس عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالماء الجاري حبّ[1] فيه ماء أو رب[2] استخرج وجعل في إناء ثم أخذ من آخر وجعل في هذا الإناء أيضاً ثم وجد فيه فأرة إن غاب هو ساعة فالنجاسة للإناء خاصة، وإن لم يغب ولم يعلم من أي الحبين هي صرفت النجاسة إلى الحب الأخير، هذا إذا تحرى فلم يقع على شيء، فإن وقع عمل به، وهذا إذا كانا لواحد فإن كانا لاثنين كل منهما يقول ما كانت في حبي فكلاهما طاهر. وإذا تلطخ ضرع شاة بسرقينها فحلبها راع بيد رطبة ففي نجاسته روايتان.

حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر وكلامه ظاهر. وقوله (ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه) فإنه ذكر فيه حتى يغسلها ثلاثاً وقد تقدم. وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الأصول إذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر، وفي غير رواية الأصول أيضاً أنه يكتفي بالغسل مرة، وهذا فيما ينعصر بالعصر، أما في غيره كالحصير مثلاً فإن أبا يوسف يقول: يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة فيطهر لأن للتجفيف أثراً في استخراج فيقوم مقام العصر إذ لا طريق سواه والحرج موضوع، ومحمد يقول: لا يطهر أبداً لأن الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر.

---

(١) الحُبُّ: الجرة أو الضخمة منها.
(٢) الرُّبُّ: بضم الراء سُلافَةُ خُثارة كل ثمرة بعد اعتصارها اهـ قاموس.

فصل في الاستنجاء

(الاستنجاء سنة) لأن النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه **(ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى**

فصل في الاستنجاء

هو إزالة ما على السبيل من النجاسة، فإن كان للمزال به حرمة أو قيمة كره كقرطاس وخرقة وقطنة وخل قيل يورث ذلك الفقر قوله: **(واظب عليه)** ولذا كان كما ذكر في الأصل سنة مؤكدة ولو تركه صحت صلاته. قال في الخلاصة: بناء على أن النجاسة القليلة عفو عندنا. وعلماؤنا فصلوا بين النجاسة التي على موضع الحدث والتي على غيره في غير موضع الحدث، إذا تركها يكره، وفي موضعه إذا تركها لا يكره. وما عن أنس رضي الله عنه «كان رسول الله ﷺ يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوي إداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء»[1] متفق عليه ظاهر في المواظبة بالماء، ومقتضاه كراهة تركه، وكذا ما روى ابن ماجه عن عائشة قالت «ما رأيت رسول الله ﷺ خرج من غائط قط إلا مس ماء»[2] ولكن لا يخفى أن هذا مشترك الدلالة بين كون المس قبل الخروج أو بعده، والمراد أنه ﷺ ما فرغ من قضاء الحاجة إلا توضأ بياناً لملازمته الوضوء والمطلوب يتم بالحديث الأول **(وقله وما قام مقامه)** يعني من الأعيان الطاهرة المزيلة فخرج الزجاج والثلج والآجر والخزف والفحم قوله: **(لأن المقصود الخ)** يفيد أنه لا حاجة إلى التقييد بكيفية من المذكورة في الكتب نحو إقباله بالحجر في الشتاء وإدباره به في الصيف لاسترخاء الخصيتين فيه لا في الشتاء. وفي المجتبى: المقصود الإنقاء فيختار ما هو الأبلغ والأسلم عن زيادة التلويث اهـ. فالأولى أن يقعد مسترخياً كل الاسترخاء إلا إن كان صائماً والاستنجاء بالماء، ولا يتنفس إذا كان صائماً ويحترز من دخول الأصبع المبتلة كل ذلك يفسد الصوم. وفي كتاب الصوم من الخلاصة: إنما يفسد إذا وصل إلى موضع الحقنة وقلما يكون ذلك اهـ. وللمخافة ينبغي أن ينشف المحل قبل أن يقوم، ويستحب لغير الصائم أيضاً حفظاً للثوب من الماء المستعمل ويغسل يديه قبل الاستنجاء وبعده، وينبغي أن يخطو قبله خطوات والمقصود أن يستبرىء، وفي المبتغى: والاستبراء واجب، ولو عرض له الشيطان كثيراً لا يلتفت إليه بل ينضح فرجه بماء أو سراويله حتى إذا شك حل البلل على ذلك النضح ما لم يتيقن خلافه، ولا يمتخط ولا يبزق ولا يذكر الله تعالى حال جلوسه ولا في ذلك المحل، وبالماء البارد في الشتاء أفضل بعد تحقق الإزالة به، ولا يدخل الإصبع، قيل يورث الباسور[3]، والمرأة كالرجل تغسل ما ظهر منها ولو غسلت براحتها كفاها قوله: **(وليستنج الخ)** روى البيهقي في

فصل في الاستنجاء

قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وإن كان من أقوى سننه، لأنه أراد بهذا الوضوء الوضوء عن النوم لا عن البول والغائط، والاستنجاء لهذا الوضوء ليس بسنة، وإنما قلنا ذلك لأن الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم، هكذا جاء عن بعض الصحابة فإنه كان يقرأ ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم من مضاجعكم إلى الصلاة﴾ وأقول إنما ذكره ههنا لأن الاستنجاء لإزالة النجاسة العينية فذكره ههنا أنسب، وفي المغرب نجا وأنجى إذا أحدث، وأصله من النجو وهو المكان المرتفع لأنه يستتر بها لوقت قضاء الحاجة، ثم قالوا استنجى: إذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن أو غسله، وهو **(سنة لأن النبي ﷺ واظب عليه)** والمواظبة مع الترك دليل السنية **(ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه)** من المدر واللبد والقطن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٢ ومسلم ٢٧٢ وأبو داود ٤٣ والنسائي ١/ ٤٢ والدارمي ٦٨٠ كلهم من حديث أنس واللفظ للبخاري ومسلم والنسائي.

(٢) صحيح. أخرجه ابن ماجه ٣٥٤ بهذا اللفظ عن عائشة وإسناده صحيح. مع أنه من أفراده.

(٣) الباسور: بالسين وبالصاد واحد البواسير هي كالدمامل في المقعدة اهـ مغرب.

ينقيه) لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر ما هو المقصود **(وليس فيه عدد مسنون)** وقال الشافعي رحمه الله: لا بد من الثلاث لقوله عليه الصلاة والسلام «وليستنج بثلاثة أحجار» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من استجمر فليوتر، فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج» والإيتار يقع على الواحد، وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة

سننه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «إنما أنا لكم مثل الوالد، إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول، ويستنجي بثلاث أحجار، ونهى عن الروث والرمة، وأن يستنجي الرجل بيمينه»[1] ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه، كلهم بلفظ «وكان يأمر بثلاثة أحجار»[2] وإنما عزوناه للبيهقي لأنه بلفظ الكتاب وعن عائشة رضي الله عنها عنه ﷺ قال: إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار فإنها تجزىء عنه»[3] رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي، وفي رواية«فليستطب بثلاثة أحجار» رواها الدارقطني وقال إسناده صحيح قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الخ)** عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من اكتحل فليوتر، من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج، ومن استجمر فليوتر، ومن فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج، ومن أكل فما تخلل فليلفظ وما لاك بلسانه فليبتلع، ومن فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج، ومن أتى الغائط فليستتر، فإن لم يجد إلا أن يجمع كثيباً من رمل فليستدبره فإن الشيطان يلعب بمقاعد بني آدم، من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج»[4] حديث حسن، رواه أبو داود وابن حبان في صحيحه. والإيتار يقع على الواحدة، فإذا لم يكن حرج في ترك الإيتار لم يكن حرج في ترك الاستنجاء، وفيه نظر فإن المنفي على هذا التقدير إنما هو الإيتار ممن استنجى، وذلك لا يتحقق إلا بنفي إيتار هو فوق الواحدة، فإن بنفي الواحدة ينتفي الاستنجاء فلا يصدق نفي الإيتار مع وجود الاستنجاء فلا يتم الدليل إلا بصرف النفي إلى كل ما ذكر فيدخل فيه أصل الاستنجاء إن أحب، ومجرد الإيتار فيه، والمعنى: من فعل ما قلته كله فقد أحسن ومن لا فلا حرج. وما رواه

وغيرها في التنقية، وكيفيته (أن **(يمسح الموضع حتى ينقيه)** لأن الإنقاء هو المقصود فيعتبر ما هو المقصود **(وليس فيه عدد مسنون)**. وقال الشافعي: **لا بد من التثليث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي أيوب الأنصاري «وليستنج بثلاثة أحجار»** أمر والأمر للوجوب، فالحديث يدل على وجوبه بكمية معلومة **(ولنا ما روى أبو هريرة من قوله ﷺ «من استجمر فليوتر، فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج»)** وهذا يدل على نفي الوجوب والعدد لأنه قال فليوتر **(والإيتار يقع على الواحد)** وقال ومن لا

---

(١) حسن. أخرجه البيهقي ١/ ١٠٢ من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ وفيه: وليستنج. بدل يستنجي. وهو الصواب وكذا في نصب الراية بحذف الياء. وفيه محمد بن عجلان فيه كلام.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٨ والنسائي ١/ ٣٨ وابن ماجه ٣١٣ وأحمد ٢/ ٢٤٧، و٢٥٠ كلهم من حديث أبي هريرة بمثل سياق المصنف إلا أن فيه: وكان يأمرنا بثلاثة أحجار هذا لفظ الدارمي ٦٧٩ والباقون: وكان يأمر بثلاثة أحجار وفي ابن ماجه: وأمر بثلاثة أحجار.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٠ والنسائي في ١/ ٤١، ٤٢ والدارمي ٦٧٥ والبيهقي ١/ ١٠٣ وأحمد ٦/ ١٣٣، ١٠٨ والدارقطني ١/ ٥٣، ٥٤ كلهم من حديث عائشة ورواية: فليستطب بثلاثة أحجار هي لأحمد في الرواية الثانية والدارقطني وقال: صحيح.

(٤) ضعيف، أخرجه أبو داود ٣٥ بهذا السياق وابن ماجه ٣٣٧ والدارمي ٦٦٧ وأحمد ٢/ ٣٧١ كلهم من طريق الحصين الحبراني ورواية: الحميري عن أبي سعيد الخير عن أبي هريرة بهذا السياق.
جاء في تلخيص الحبير ١/ ١٠٢، ١٠٣ حصين الحبراني مجهول وقال أبو زرعة: شيخ. ووثقه ابن حبان وقال الدارقطني في علله بعد أن ذكر الاختلاف فيه. وشيخه أبو سعيد الحبراني قيل صحابي ولا يصح اهـ.
قلت: جاء في مسند أحمد عن أبي سعد الخير وكان من أصحاب عمر.
ووقع في المسند أبو سعد الخير. بخلاف غيره.
وقال المنذري في مختصره: أبو سعد الخير الحمصي: قال أبو زرعة: لا أعرفه اهـ وفي التقريب: مجهول وأما أبو سعيد الخير فهو صحابي ووهم من خلطه بالذي قبله أو من صحفه به اهـ.
وهذا التخليط هو من الحصين. فهو مجهول ولا يعرف هذا الحديث إلا به. فالخبر ضعيف وليس كما قال ابن الهمام.
تنبيه: ولفظ: من استجمر فليوتر. صحيح أخرجه البخاري برقم ١٦١ و١٦٢ وغيره من حديث أبي هريرة بأتم منه ومسلم ٢٣٧.

أحرف جاز بالإجماع **(وغسله بالماء أفضل)** لقوله تعالى ـ فيه رجال يحبون أن يتطهروا ـ نزلت في أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء، ثم هو أدب. وقيل هو سنة في زماننا، ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر، ولا

متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز، فعلم أن المراد عدد المسحات، غير أنه قدّر بالثلاث لأن غالب الظن يحصل عنده كما قدره في حديث المستيقظ لا لتحقق المانع في المستيقظ، لكن هذا إذا كان الاستجمار خاصاً في الاستنجاء لكنه مشترك بينه وبين استعمال الجمر في البخور كما في قولهم تجمر الأكفان في الجنائز واستجمر فلان: أي تبخر واستجمر ابن صبيح الكاتب عند المأمون فأدخل رأسه يشم البخور فأمر من يحبسه فاغتم وكان سبب موته في مثل كثيرة يطول نقلها، فيكون لفظ الحديث لبيان سنية الإيتار في البخور والتطيب وإن استدل بأن الحجر لا يزيل ولذا ينجس الماء القليل إذا دخله المستنجي به فلقائل أن يمنعه ويقول جاز اعتبار الشرع طهارته بالمسح كالنعل، وقد أجروا الروايتين في الأرض تصيبها النجاسة فتجف ثم تبتل والثوب يفرك من المنيّ ثم يبتل في عدة نظائر قدمناها، وقياسه أن يجريا أيضاً في السبيل، اللهم إلا أن يكون إجماع في التنجس بدخول المستنجى به، ثم المختار عند كثير في تلك النظائر أن لا يعود نجساً، وقياساً قولهم أن لا يعود السبيل نجساً ويلزمه أن لا ينجس الماء. وقد صرح باختلاف في تنجس السبيل بإصابة الماء، فعلى أحد القولين لا ينجسَ الماء صريحاً، هذا وأجمع المتأخرون أنه لا ينجس بالعرق حتى لو سال العرق منه وأصاب الثوب والبدن أكثر من قدر الدرهم لا يمنع، والذي يدل على اعتبار الشارع طهارته بالحجر ونحوه ما روى الدارقطني عن أبي هريرة «أنه ﷺ نهى أن يستنجى بروث أو عظم، وقال: إنهما لا يطهران»[1] وقال إسناده صحيح، فعلم أن ما أطلق الاستنجاء به يطهر إذ لو لم يطهر لم يطلق الاستنجاء به بحكم هذه العلة قوله: **(لقوله تعالى الخ)** لا يطابق المدلول وهو أن الماء أفضل ما ذكر، بل مقتضاه أن الجمع أفضل وهو لا يستلزم أفضلية الماء منفرداً، ثم هو حديث[2] رواه البزار وقال: لا نعلم أحداً رواه عن الزهري إلا محمد بن عبد العزيز، ولا نعلم أحد روى عنه إلا ابنه اهـ. وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: هم ثلاثة أخوة محمد بن عبد العزيز وعبد الله بن عبد العزيز وعمران بن عبد العزيز، وهم ضعفاء في الحديث ليس لهم حديث مستقيم، والذي يطابق المدلول حديث ابن ماجه عن طلحة بن نافع قال: أخبرني أبو أيوب وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك «لما نزلت ـ فيه رجال يحبون أن يتطهروا ـ قال ﷺ: يا معشر الأنصار إن الله قد أثنى عليكم في الطهور، فما طهوركم؟ قالوا: نتوضأ للصلاة ونغتسل من الجنابة ونستنجي بالماء، قال: هو ذاكم فعليكموه»[3]

فلا حرج، نفى الحرج عمن ترك الاستنجاء أصلاً فدل على أنه يفترض **(وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالإجماع)** فلا يصح الاستدلال به أو يحمل الأمر على الاستحباب توفيقاً بين الحديثين **(وغسله بالماء أفضل لقوله تعالى ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ نزلت في أقوام كانو يتبعون الحجارة الماء)** يعني أهل قباء. قوله **(ثم هو)** أي غسله بالماء **(أدب)** لأن رسول الله ﷺ كان يستنجي بالماء مرة ويتركه أخرى، وهذا حد الأدب **(وقيل هو سنة في زماننا)** لأن أهل

(١) جيد أخرجه الدارقطني ١/ ٥٦ من حديث أبي هريرة وقال الدارقطني: إسناده صحيح.

(٢) ضعيف. يشير المصنف لحديث صاحب الهداية حيث قال: وقوله تعالى ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ نزلت في أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء.
روه البزار كما في المجمع ١/ ٢١٢ من حديث ابن عباس.
قال الهيثمي: وفيه محمد بن عبد العزيز الزهري. ضعفه البخاري والنسائي وغيرهما اهـ وكذا ضعفه المصنف ابن الهمام والزيلعي أيضاً في نصب الراية ١/ ٢١٨.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٣٥٥ والحاكم ٢/ ٣٣٤ والبيهقي ١/ ١٠٥ كلهم من حديث أنس وجابر وأبي أيوب جميعاً: لما نزلت.. الحديث وحسنه الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢١٩ وكذا ابن الهمام وصححه الحاكم وأقره الذهبي. أما البوصيري فقال في الزوائد: عتبة بن أبي حكيم ضعيف وطلحة لم يدرك أبا أيوب اهـ.
وفي التقريب: عتبة: صدوق يخطىء كثيراً اهـ قلت مشاه غير واحد ولعله وهم فذكر أبا أيوب والخبر غير مستنكر على كل حال.

يقدر بالمرّات إلا إذا كان موسوساً فيقدّر بالثلاث في حقه، وقيل بالسبع **(ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه إلا الماء)** وفي بعض النسخ: إلا المائع، وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو لغير الماء على ما بينا، وهذا لأن المسح غير مزيل إلا أنه اكتفى به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه، ثم يعتبر المقدار المائع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع، وعند محمد رحمه الله مع موضع

وسنده حسن، وإن كان عتبة بن حكيم فيه مقال ضعفه النسائي، وعن ابن معين فيه روايتان، وقال أبو حاتم صالح الحديث، وقال ابن عديّ أرجو أنه لا بأس به، وأخرج الحاكم الحديث وصححه. والحاصل أن الجمع أفضل ثم الماء ثم غيره قوله: **(وقيل هو)** أي استعمال الماء سنة في زماننا، قاله الحسن البصري فقيل له إن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يتركونه، فقال: إنهم كانوا يبعرون بعراً وأنتم تثلطون ثلطاً. ورواه البيهقي في سننه عن عليّ رضي الله عنه قال: إن من كان قبلكم كانو يبعرون بعراً وأنتم تثلطون ثلطاً فأتبعوا الحجارة الماء[1]، وهذا والنظر إلى ما تقدم أول الفصل من حديث أنس[2] وعائشة رضي الله عنهما يفيد أن الاستنجاء بالماء سنة مؤكدة في كل زمان لإفادته المواظبة، وإنما يستنجي بالماء إذا وجد مكاناً يستر فيه نفسه ولو كان على شط نهر ليس فيه سترة لو استنجى بالماء قالوا يفسق، وكثيراً ما يفعله عوام المصلين في الميضأة فضلاً عن شاطىء النيل قوله: **(موسوساً)** بكسر الواو لأنها حديث النفس فهو نفسه يتحدث وإذا فتح وجب وصله فيقال موسوساً إليه أي تلقي إليه الوسوسة وفيما نقل أيضاً تقديره بعشر مرات أي صبات للماء وفي الخلاصة منهم من شرط الثلاث ومنهم من شرط السبع ومنهم من شرط العشرة ومنهم من وقت في الإحليل ثلاثا وفي المقعدة خمساً. والصحيح أنه مفوّض إلى رأيه فيغسل حتى يقع في قلبه أنه طهر اهـ. وكان المراد بالاشتراط الاشتراط في حصول السنة وإلا فترك الكل لا يضره عندهم قوله: **(لسقوط اعتبار ذلك الموضع)** تقدم أن كون قدر الدرهم ليس مانعاً مأخوذ من سقوط غسل أحد السبيلين ومعنى هذا ليس إلا أنه سقط شرعاً بدليله فعرفنا ذلك الدليل أن قدره وهو الدرهم معفو عنه شرعاً وإذا كان هو المعرف فسقوطه أيضاً هو لأنه قدره فيلزم الغسل إذا زاد بالأصل غاية ما فيه أنه أول محل عرفنا ذلك وهو لا يقتضي أن يعتبر فيه درهم آخر معه وإلا لقيل في غيره أيضاً مقدار الدرهم ساقط فيعتبر القدر المانع وراءه وهو باطل وإذا لم يسقط الزائد لا يجزىء فيه الحجر. وفي الخلاصة وإن خرج القيح أو الدم من ذلك الموضع لا يكفيه الحجر هذا إذا كانت النجاسة التي على موضع الاستنجاء قدر الدرهم أو أقل فإن كانت أكثر عن أبي حنيفة يكفيه الحجر وعن محمد لا يكفيه وعن أبي يوسف روايتان قوله: **(نهى عن ذلك)** فيكره ويصح روى البخاري من حديث أبي هريرة قال له النبي ﷺ «ابغني

الزمان الأول كانوا يبعرون بعراً وأهل زماننا يثلطون ثلطاً، هكذا يروى عن الحسن البصري. وقوله **(إلا إذا كان موسوساً)** بالكسر، والوسوسة حديث النفس، وإنما قيل موسوس لأنه يحدث بما في ضميره **(فيقدر بالثلاث في حقه)** كما في غير المرئية لأن البول غير مرئي، والغائط وإن كان مرئياً لكن المستنجي لا يراه فكان بمنزلة البول **(وقيل بالسبع)** اعتباراً بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب. وقوله **(ولو جاوزت النجاسة مخرجها)** قيل بأن يتطلخ نفسه وما حوله من موضع الشرج **(لم يجز إلا الماء)** وفي بعض نسخ المختصر: إلا المائع. وقوله **(وهذا)** يعني قوله إلا الماء وإلا المائع **(يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء)** يعني أن قوله إلا الماء يدل على أن إزالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز إلا بالماء. وقوله إلا المائع يدل على أن إزالته تجوز بالمائع الذي يمكن إزالة النجاسة به. وقوله **(على ما بينا)** أي في أول باب الأنجاس، وقوله **(هذا)** أي الذي قلنا من اشتراط المائع **(إذا جاوزت النجاسة مخرجها)** لما أن المسح غير مزيل إلا أنه اكتفى به في موضع الاستنجاء بالضرورة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى إلى غيرها فلا يجوز إلا الماء أو المائع. وقوله **(ثم يعتبر المقدار المانع)** ظاهر.

---

(١) موقوف جيد. أخرجه البيهقي ١/١٠٦ وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في نصب الراية ١/٢١٩ وقال الزيلعي: موقوف جيد اهـ وأما أثر الحسن فلم أره مسنداً.

(٢) تقدما في أول فصل الاستنجاء.

الاستنجاء اعتباراً بسائر المواضع **(ولا يستنجي بعظم ولا بروث)** لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك، ولو فعل يجزيه لحصول المقصود، ومعنى النهي في الروث النجاسة، وفي العظم كونه زاد الجن **(ولا)** يستنجي **(بطعام)** لأنه إضاعة وإسراف **(ولا بيمينه)** لأن النبي ﷺ نهى عن الاستنجاء باليمين.

أحجاراً أستنفض بها ولا تأتني بعظم ولا بروثة. قلت ما بال العظام والروثة قال هما من طعام الجن»[١] وروى الترمذي لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فإنه زاد أخوانكم من الجن[٢] وعلى هذا القائل أن يستدل على طهارة الأرواث كقول مالك بهذا فإنه لو كان نجساً لم يحل طعاماً للجن إذ الشريعة العامة لم تختلف في حق النوعين من المكلفين إلا بدليل والجواب قد وجد الدليل وهو قوله فيها ركس أو رجس ولا يجزيه الاستنجاء بحجر استنجى به مرة إلا أن يكون له حرف آخر لم يستنج به قوله: **(لأنه إسراف وإهانة)** وإذا كرهوا وضع المملحة على الخبز للإهانة فهذا أولى فلو فعل فأنقى أتم وطهر المحل على إحدى الروايتين في جواز المائع في البدن وكذا بالعظم قوله: **(نهى عن الاستنجاء باليمين)** عن أبي قتادة قال إذا بال أحدكم فلا يأخذن ذكره بيمينه ولا يستنجي بيمينه ولا يتنفس في الإناء متفق عليه[٣].

وقوله **(اعتباراً بسائر المواضع)** يعني أن في سائر المواضع قدر الدرهم عفو، فإذا زاد عليه يكون مانعاً فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر الخ.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٨٦٠ من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ وأتم منه وفيه: فدعوت الله لهم أن لا يمروا على عظم وروثة إلا وجدوا عليهما طُعماً.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي: ١٨ بهذا اللفظ من حديث ابن مسعود وإسناده صحيح.
وأصله في مسلم ٤٥٠ في خبر قراءة النبي ﷺ على الجنّ. وفيه: وسألوه الزاد فقال: لكم كل عظم ذكر اسم الله عليه يقع في أيديكم أوفر ما يكون لحماً وكل بعرة علف لدوابكم فقال رسول الله ﷺ فلا تستنجوا بهما فإنهما طعام أخوانكم.
قلت: والأولى أن تحمل رواية البخاري والترمذي في كون الروث طعام الجن على رواية مسلم. كون الروث طعام دوابهم فتكون رواية مسلم مفسرة لغيرها. وهذا حسن والله أعلم.

(٣) صحيح أخرجه البخاري ١٥٤ ومسلم ٢٦٧ وأبو داود ٣١ والترمذي ١٨٨٩ والنسائي وابن ماجه ٣١٠ وأحمد ٤/ ٣٨٣ و٥/ ٣٠٠، ٣٠٩ كلهم من حديث أبي قتادة. وهو عند النسائي على التقديم والتأخير وأما عند ابن ماجه فهو مختصر.

كتاب الصلاة

باب المواقيت

(أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الأفق، وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس) لحديث إمامة جبريل عليه السلام، فإنه أمّ رسول الله ﷺ فيها في اليوم الأوّل حين طلع الفجر، وفي اليوم الثاني

كتاب الصلاة

قوله: (لحديث إمامة جبريل) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «أمنّي جبريل عليه السلام عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر في الأولى منهما حين كان الفيء مثل الشراك، ثم صلى العصر حين كان كل شيء مثل ظله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق: ثم صلى الفجر حين بزق الفجر وحرم الطعام على الصائم. وصلى المرّة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه، ثم صلى المغرب لوقته الأول، ثم صلى العشاء الأخيرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت جبريل فقال: يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين»[1] رواه أبو داود والترمذي وقال حسن صحيح، وابن حبان في صحيحه، والحاكم وقال صحيح الإسناد اهـ. لكن فيه عبد الرحمٰن بن الحارث ضعفه أحمد ولينه النسائي وابن معين وأبو حاتم، ووثقه ابن سعد وابن حبان، وقد أخرجه عبد الرزاق عن عبد الرحمٰن هذا بإسناده، وأخرجه أيضاً عن العمري عن عمر بن نافع عن جبير بن مطعم عن أبيه عن ابن عباس، فكأنه أكد تلك الرواية بمتابعة ابن أبي بسرة عن عبد الرحمٰن ومتابعة العمري عن ابن نافع الخ وهي متابعة حسنة، كذا في الإمام[2]. وبزق بالزاي: أي بزغ

كتاب الصلاة

قد تقدم في أوّل الكتاب وجه تقديم الصلاة على سائر المشروعات بعد الإيمان، وهي في اللغة عبارة عن الدعاء، وفي الشرع عبارة عن الأركان المعهودة والأفعال المخصوصة، وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية، وسبب وجوبها أوقاتها، والأمر طلب أداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير. وشرائطها الطهارة، وستر العورة واستقبال القبلة، والوقت، والنية، وتكبيرة الافتتاح. فإن قلت: جعلت الوقت سبباً فكيف

كتاب الصلاة

قوله: (وأقل جمع يتصور معه وسطي هو الأربع) أقول: هذا الاستدلال إنما ينتهض لو لم يكن عطف قوله تعالى ﴿والصلاة الوسطى﴾ من قبيل عطف الروح على الملائكة.

باب المواقيت

قال المصنف: (أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني) أقول: أي أول وقت صلاة الفجر، وقوله إذا في قوله له إذا طلع الفجر

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٩٣ والترمذي ١٤٩ والحاكم ١/ ١٩٣ والبيهقي ١/ ٣٦٤ والدارقطني ١/ ٢٥٨ وأحمد ١/ ٣٣٣، و٣٥٤ كلهم من حديث ابن عباس.
وقال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم كما في نصب الراية ١/ ٢٢١ ونقل الزيلعي عن ابن عبد البر قوله: رجال هذا الحديث كلهم مشهورون بالعلم وقد تكلم بعض الناس في حديث ابن عباس هذا بكلام لا وجه له اهـ ولعل تصحيح الحاكم سقط من بعض النسخ. حيث لم أجده. وخلاصة الكلام فيه ابن الحارث متكلم فيه لكن توبع وله شواهد.

(٢) أي لابن دقيق العيد ونقله في تلخيص الحبير ١/ ١٧٣ بأن عبد الرزاق رواه من طريق العمري أيضاً قال ابن دقيق العيد: فهذه متابعة حسنة قال ابن حجر: وصححه ابن العربي وابن عبد البر.
تنبيه: لفظ: هذا وقتك ووقت الأنبياء من قبلك. قال ابن عبد البر: لا توجد هذه اللفظة إلا في هذا الحديث. نقله ابن حجر في التلخيص ١/ ١٧٣ وأشار إلى أنها منكرة.

حين أسفر جداً وكادت الشمس تطلع، ثم قال في آخر الحديث: ما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك. ولا معتبر

وهو أوّل طلوعه. وقد روى حديث الإمامة من حديث عدة من الصحابة: منها حديث جابر بمعناه وفيه: ثم جاءه للصبح حين أسفر جداً: يعني في اليوم الثاني فقال قم يا محمد فصل، فقام فصلى الصبح ثم قال: ما بين هذين وقت كلها[1] قال الترمذي: قال محمد: يعني البخاري: حديث جابر أصح شيء في المواقيت. والحديث الثاني رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي كلهم في الصوم، واللفظ للترمذي عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ «لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال ولا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير في الأفق»[2] قوله: **(وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس)** معرفة الزوال أن تنصب عصا مثلاً بين أوقات الضحى، فما دام الظل ينقص فهي في الارتفاع، فإذا أخذ يزيد فأول أخذه الزوال فليحفظ مقدار الظل إذ ذاك، فإذا بلغ ظل كل شيء طوله أو طوليه على الخلاف مع ذلك المقدار خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر. وعن أبي حنيفة من رواية أسد بن عمرو إذ بلغ

يكون شرطاً؟ قلت: هو سبب للوجوب وشرط للأداء. وأركانها: القيام، والقراءة، والركوع، والسجود، والقعدة الأخيرة مقدار التشهد. وحكمها سقوط الواجب عنه بالأداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الآخرة، وهي فريضة قائمة. وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿وأقيموا الصلاة﴾ وقوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ فإنه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمساً لأنه أمر بحفظ جميع الصلوات وعطف عليها الصلاة الوسطى، وأقل جمع يتصور معه وسطي هو الأربع، وبالسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: إن الله تعالى فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم ليلة خمس صلوات» وهو من المشاهير، وبالإجماع فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا ردّ رادّ، فمن أنكر شرعيتها كفر بلا خلاف.

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات، والميقات ما وقت به: أي حدد من زمان كمواقيت الصلوات أو مكان كمواقيت الإحرام، وإنما ابتدأ ببيان الوقت لأنه سبب للوجوب وشرط للأداء فكان له جهتان في التقديم، وقدم من بينها وقت الفجر لأنه متفق عليه في أوله وآخره، ولأن صلاة الفجر أوّل من صلاها آدم عليه السلام حين أهبط من الجنة وأظلمت عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفاً شديداً، فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكراً لله تعالى: الركعة الأولى للنجاة من ظلمة الليل، والثانية شكراً لرجوع ضوء النهار، فكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا، فلما كانت أول صلاة صلاها الإنسي قدمها في الذكر، وأوّل وقتها إذا طلع الفجر الثاني: أي الفجر الصادق وهو البياض المعترض في الأفق، واحترز به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء، ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان **(وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس)** قيل هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على الجزء لأن قوله «ما لم تطلع الشمس» يتناول من وقت طلوع الفجر إلى طلوع الشمس

الثاني استعمل اسماً لا ظرفاً قوله: **(لأنه سبب الوجوب وشرط للأداء)** أقول: ولأنه لا مدخل فيه لاختيار العبد وكسبه، بل هو بمجرد خلق الله تعالى بخلاف سائر الشرائط قوله: **(قيل هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على الجزء الخ)** أقول: بل الأظهر أنه من إطلاق العام على الخاص، ثم أقول: والأولى أن يحمل على حذف المضاف وهو كثير، فالمعنى: وآخره آخر الأوقات التي لم تطلع الشمس فيها فتأمل قوله: **(وصار الفيء مثل الشراك)** أقول أي صار ظل الشخص في ذلك الوقت في جانب المشرق بقدر شراك النعل قوله: **(واعترض**

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٥٠ والنسائي ١/ ٢٥٥ و٢٦٣ والبيهقي ١/ ٣٦٨ والحاكم ١/ ١٩٦ والدارقطني ١/ ٢٥٧ كلهم من حديث جابر.
قال الترمذي: حسن غريب وقال البخاري: حديث جابر أصح شيء في المواقيت اهـ وصححه الحاكم وقال: هو حديث مشهور من حديث ابن المبارك. ثم ساقه من طريق آخر. وأقره الذهبي في ذلك كله. وشاهده تقدم وله شواهد انظر نصب الراية ١/ ٢٢٣-٢٢٦ ومجمع الزوائد ١/ ٣٠٣-٣٠٥ فقد ورد عن جماعة من الصحابة.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٩٤ و أبو داود ٢٣٤٦ والترمذي ٧٠٦ واللفظ له والنسائي ٤/ ١٤٨ وأحمد ٥/ ١٣ والدارقطني ٢/ ١٦٦ كلهم من حديث سمرة بن جندب واللفظ للترمذي وأحمد ولفظ مسلم: لا يغرنّ أحدكم أذان بلال ولا هذا البياض حتى يستطير. وكرره بنحوه.

بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولاً ثم يعقبه الظلام لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل، وإنما الفجر المستطير في الأفق» أي المنتشر فيه **(وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس)** لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأوّل حين زالت الشمس **(وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء**

طوله مع فيء الزوال خرج وقت الظهر، ولا يدخل وقت العصر إلى الطولين. وقال المشايخ: ينبغي أن لا يصلي العصر حتى يبلغ طولى الشيء ولا يؤخر الظهر إلى أن يصير طوله ليخرج من الخلاف فيهما قوله: **(وله قوله الخ)** عن أبي هريرة عنه ﷺ، إذا اشتد الحر فأبردوا الصلاة فإن شدة الحر من فيح جهنم» رواه الستة[1] وانفرد البخاري بحديث أبي سعيد الخدري «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر»[2] الخ قوله: **(وإذا تعارضت الآثار)** يعني حديث الإمامة[3] وهذا الحديث وثبوت التعارض متعلق بصدق المقدمة القائلة أشد الحر في ديارهم إذا كان ظل كل شيء مثله فلا ينقضي الوقت بالشك، بل الظاهر اعتبار كل حديث روي مخالفاً لحديث جبريل ناسخاً لما خالفه فيه لتحقق تقدم إمامة جبريل على كل حديث روي في الأوقات لأنه أول ما عمله إياها، بقي أن يقال: هذا البحث إنما يفيد عدم خروج وقت الظهر ودخول وقت العصر بصيرورة الظل مثلاً غير فيء الزوال، ونفى خروج الظهر بصيرورته مثلاً لا يقتضي أن أول وقت العصر إذا صار مثلين حتى أن ما قبله وقت الظهر وهو المدعي فلا بد له من دليل. وغاية ما ظهر أن يقال: ثبت بقاء وقت الظهر عند صيرورته مثلاً نسخا لإمامة جبريل فيه في العصر بحديث الإبراد وإمامته في اليوم الثاني عند صيرورته مثلين يفيد أنه وقته ولم ينسخ هذا فيستمر ما علم ثبوته من بقاء وقت الظهر إلى أن يدخل هذا الوقت المعلوم كونه وقتاً للعصر قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر» متفق عليه[4]، وهو مخالف لحديث جبريل، والحمل على أن قول جبريل عليه السلام «الوقت فيما بين هذين»[5] يراد به الوقت غير المكروه أولى من الحمل على النسخ وكذا في المغرب

وليس بمراد بل المراد جزء قبيل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه السلام هو ما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال «أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين وصلى بي الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك، وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب حين غابت الشمس وصل بي العشاء حين غاب الشفق، وصلى بي الفجر حين طلع الفجر، وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت الشمس وصار ظل كل شيء مثله، وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالأمس، وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل أو قال نصف الليل، وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وأسفر وكادت الشمس أن تطلع، ثم قال: «يا محمد هذا وقتك ووقت الأنبياء من قبلك، والوقت ما بين هذين الوقتين» واعترض بأن قوله ما بين هذين الوقتين

بأن قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي أن لا يكون الأول والآخر وقتاً وذلك خلاف المطلوب) أقول وقوله يقتضي أن لا يكون الأول الخ ممنوع وسيجيء التفصيل في الطلاق قوله: **(وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك كان الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت)** أقول والأظهر أن يقال الفعل دل على أن الغاية داخلة في المغيا **(قال المصنف إنما الفجر المستطير)** أقول قوله إنما الفجر مبتدأ وقوله المستطير خبره قوله: **(فهو**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣ و٥٣٤ و٥٣٦ ومسلم ٦١٥ ح ١٨٠، ١٨١، ١٨٣ وأبو داود ٤٠٢ والترمذي ١٥٧ والنسائي ١/٣٤٨، ٣٤٩ وابن ماجه ٦٧٧ و٦٧٨ وأحمد ٢/٢٣٨، ٢٥٦، و٢٨٥، ٣٩٤، ٢٦٦، ٣٩٤، ٤٦٢ كلهم من حديث أبي هريرة ورواية البخاري الأولى جمع فيها ابن عمر وأبا هريرة في رواية واحدة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٨ وابن ماجه ٦٧٩ وأحمد ٣/٥٣ كلهم من حديث أبي سعيد.

(٣) يعني حديث إمامة جبريل وقد تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٧٩ بهذا اللفظ ومسلم ٦٠٨ وأبو داود ٤١٢ والترمذي ١٨٦ والنسائي ١/٢٥٧ وابن ماجه ٦٩٩ وأحمد ٢/٤٦٢، ٢٦٠ كلهم من حديث أبي هريرة واللفظ للبخاري ومسلم وأحمد. ورواية أبي داود على التقديم والتأخير وكذا عند أحمد في ٢/٤٦٢.

(٥) هو بعض حديث جبريل تقدم في أول مواقيت الصلاة. وإسناده جيد.

مثليه سوى فيء الزوال وقالا: إذا صار الظل مثله) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للأشياء وقت الزوال. لهما إمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأوّل في هذا الوقت. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «أبردوا بالظهر فإن شدّة الحر من فيح جهنم» وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت، وإذا

والعشاء، ولذا قلنا إن تأخير المغرب مطلقاً مكروه تأخير العشاء إلى ما بعد نصف الليل مكروه، ولظهور عدم صلاة جبريل في الوقت المكروه بخلافه في أول وقت العصر حيث لا يتأتى هذا فتعين النسخ فيه قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** روى الترمذي من حديث محمد بن فضيل عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «إن للصلاة أولاً وآخراً، وإن أول وقت الظهر حين تزول الشمس وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر، وأول

يقتضي أن لا يكون الأوّل والآخر وقتاً وذلك خلاف المطلوب. وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك كانت الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليماً للوقت وإنما معناه ليس الوقت منحصراً فيهما بل ما فعلناه بيان للحاضرين وما بينهما وقت أيضاً فكان الفعل بياناً للطرفين والقول لما بينهما. وقوله **(ولا معتبر بالفجر الكاذب)** ظاهر. وقوله **(إذا زالت الشمس)** قيل أصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع أنه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال، فإذا وقف لا يزيد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء الزوال، فإذا أخذ الظل في الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت: كذا في المبسوط وفي المحيط، وإذا أخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط إلى العود فيء الزوال فإذا صار ظل العود مثليه من رأس الخط لا من العود خرج وقت الظهر عند أبي حنيفة، ثم هو يختلف باختلاف الأمكنة والأوقات حتى قيل إنه في أطول أيام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الأرض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الأربعة، وذلك الفيء غير معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه. وقوله **(وآخر وقتها عند أبي حنيفة إذا صار ظل كل شيء مثليه)** اعلم أن الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله اختلفت في آخر وقت الظهر، روى محمد عنه إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو الذي عليه أبو حنيفة. وروى الحسن بن زياد عنه: إذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله. وروى أسد بن عمرو وعلي بن جعد عنه إذا صار ظل كل شيء مثله سواء خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه، وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر. قال الكرخي: وهذه أعجب الروايات إليّ لموافقتها لظاهر الأخبار. وقوله آخر الوقت إذا صار ظل كل شيء مثليه فيه تسامح لأن آخر الشيء منه، وإذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر عنده، وكذا إذا صار مثله عندهما، ألا ترى إلى ما في المنظومة:

والعصر حين المرء يلقي ظله قد صار مثليه وقالا مثله

وتأويله آخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد بخطوط: وآخر وقت المغرب حين يغيب الشفق، ولا شك أن بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج. وقوله **(لهما إمامة جبريل عليه السلام)** اختلف نسخ الهداية فيه، ففي بعضها في اليوم الأول: أي إمامته للعصر في اليوم الأول في هذا الوقت، وفي بعضها في اليوم الثاني: أي إمامته للظهر، وفي بعضها إمامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت: أي الوقت الذي جعله أبو حنيفة وقت الظهر وهو ما إذا صار ظل كل شيء مثليه، وقوله **(وله قوله عليه الصلاة والسلام)** أي ما روى أبو سعيد «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم» أي

ساعة الزوال) أقول فيه تسامح لظهور أن ساعة الزوال ليست فيء الزوال فيحمل على حذف المضاف أي فهو ظل ساعة الزوال قوله: **(قال الكرخي: وهذه أعجب الروايات إلي لموافقتها لظاهر الأخبار)** أقول: في الموافقة بحث قوله: **(وتأويله آخر الوقت الذي يتحقق عند خروج الظهر)** أقول: وفيه بحث، ثم أقول: قوله الذي الخ صفة لقوله آخر، ففيه مجاز حيث أريد بالآخر ما يقرب منه ويليه فإضافة آخر إلى الوقت بيانية، وإضافة الوقت إلى الضمير فيها مجاز أيضاً فتأمل قوله: **(بدليل قوله فيما بعد بخطوط وآخر وقت المغرب حتى يغيب الشفق)** أقول: في دلالته على ما ذكر تأمل، إذا لا يلزم أن تدخل الغاية تحت المغيا لكن الواقع في نسخ الهداية حين يغيب الشفق، ولعل حتى في هذه النسخة تحريف من الكاتب قوله: **(وفي بعضها في اليوم الثاني: أي إمامته للظهر)** أقول: فيكون في كلامه نوع إلباس إذ المراد من هذا الوقت حينئذ قبيل الوقت المذكور في الكتاب قوله: **(وهو ما إذا صار ظل كل شيء مثليه)** أقول: وفيه بحث، ولعل المراد

تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك **(وأوّل وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين، وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها» **(وأوّل وقت المغرب إذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق)** وقال الشافعي رحمه الله: مقدار ما يصلي فيه ثلاث

وقت صلاة العصر حين يدخل وقتها وإن آخر وقتها حين تصفرّ الشمس، وإن أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وإن آخر وقتها حين يغيب الأفق، وإن أول وقت العشاء حين تغيب الأفق وإن آخر وقتها حين ينتصف الليل، وإن أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وإن آخر وقتها حين تطلع الشمس»[1] وخطأ البخاري والدارقطني محمد بن فضيل

ادخلوا الصلاة في البرد: يعني صلوها إذا سكنت شدة الحر. وقوله **(من فيح جهنم)** أي شدة حرها **(وأشد الحر في ديارهم)** كان **(في هذا الوقت)** يعني إذا صار ظل كل شيء مثله، وهذا معارض بحديث إمامة جبريل لأن إمامته عليه السلام في صلاة العصر في اليوم الأول فيما إذا صار ظل كل شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر، والأمر بالإبراد بالظهر دل على عدم خروجه لأن شدة الحر في ديارهم كان في هذا الوقت **(وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت)** الثابت بيقين **(بالشك)** قيل أول من صلى بعد الزوال إبراهيم عليه السلام حين أمر بذبح الولد صلى أربعاً الأولى شكراً لذهاب غم الولد، والثانية شكراً لنزول الفداء، والثالثة لرضا الله تعالى حين نودي. قد صدّقت الرؤيا. والرابعة لصبر ولده على مضرة الذبح، وكان ذلك منه تطوّعاً وقد فرض علينا. وقوله **(وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين)** أي قول أبي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه، فعنده إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر، وعندهما إذا صار ظل كل شيء مثله **(وآخر وقتها وقت غروب الشمس لقوله عليه الصلاة والسلام «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها»)** ذكره في الصحيحين، قيل وأول من صلى العصر يونس عليه السلام حين أنجاه الله تعالى من أربع ظلمات وقت العصر: ظلمة الزلة، وظلمة الليل، وظلمة الماء، وظلمة بطن الحوت، فصلاها شكراً تطوّعاً وأمرنا بها **(وأول وقت المغرب إذا غربت**

قبيل ما إذا صار الخ، إلا أن دلالة الحديث على خلافه قوله: **(قال في الحلية قدر ثلاث ركعات)** أقول: يعني قال فيه مكان خمس ركعات قوله: **(وما رواه من إمامة جبريل عليه السلام الخ)** أقول: وفي الغاية وعن حديثهم جوابان: أحدهما أنه معلوم بالفعل وهذا بالقول ففيه زيادة فائدة. الثاني معناه بدأها في الثاني حين غربت الشمس، ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق، ويكون بين هذين إشارة إلى ابتداء الفعل في اليومين وإلى آخر الفعل في اليوم الثاني انتهى، وفيه بحث قوله: **(قيل معنى كلامه أن التمسك بالحديث الخ)** أقول: وعندي أنه جواب سؤال، وهو أن للموقوف في مثله حكم المرفوع، فأجاب بأنه لو سلم أنه من تلك

---

(١) مرسل. أخرجه الترمذي ١٥١ وأحمد ٢/ ٢٣٢ والبيهقي ١/ ٣٧٥، ٣٧٦ والدارقطني ١/ ٢٦٢ كلهم من حديث أبي هريرة ومراره على محمد بن فضيل.

وقال الترمذي ورواه أبو إسحاق الفزاري عن الأعمش عن مجاهد قال: كان يقال: إن للصلاة... فذكره بمعناه.

ونقل الترمذي عن البخاري قوله: حديث ابن فضيل خطأ أخطأ فيه ابن فضيل وكونه عن مجاهد كان يقال... أصح.

وكذا ذكر البيهقي مثل كلام الترمذي وكذا الدارقطني في سننه بل نقل البيهقي عن عباس الدوري سمعت يحيى يضعف حديث ابن فضيل.

وكذا أورده ابن أبي حاتم في علله ٢٧٣ وقال: قال أبي هذا خطأ وهم فيه ابن فضيل يرويه أصحاب الأعمش عن الأعمش عن مجاهد من قوله.

وأما الأستاذ أحمد شاكر فذكر في تعليقه على الترمذي كلام ابن القطان وابن الجوزي ورجح كونه مرفوعاً بل خالف الأئمة الكبار البخاري وأبو حاتم وغيرهما فقال: وهذا التعليل منهم خطأ لأن محمد بن فضيل ثقة حافظ قال علي المديني: كان ثقة ثبتاً في الحديث وتمسك شاكر بكلام ابن حزم في ذلك.

قلت: ومع ذلك فهناك اتفاق من الأئمة الذين رووا الحديث على وهم ابن فضيل فيه وهم أئمة هذا الشأن وهو وإن كان ثقة فإنه يهم أحياناً. وقد خالفه زائدة وعبثر بن القاسم وأبو إسحاق الفزاري من أصحاب الأعمش فرووه عن مجاهد وهؤلاء أثبت وأحفظ من ابن فضيل.

بل زائدة وحده أثبت وأحفظ وأقوى من ابن فضيل.

قال في التقريب: زائدة بن قدامة روى له الجماعة: ثقة ثبت.

في حين قال الذهبي في ميزانه في محمد بن فضيل: كوفي صدوق مشهور وثقه ابن معين وقال أحمد: حديثه حسن وقال أبو داود: كان شيعياً محترفاً وقال ابن سعد: بعضهم لا يحتج به ا هـ فروايته شاذة ولو كان ثقة ثبت لمخالفة بجماعة الثقات. فحديثه شاذ.

بل جزم الدارقطني في ذلك فقال: ولا يصح مسنداً. أي كونه موصولاً.

ركعات لأن جبريل عليه السلام أمّ في اليومين في وقت واحد. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق» وما رواه كان للتحرز عن الكراهة (ثم) الشفق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: (هو الحمرة) وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفق الحمرة» ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «وآخر وقت المغرب إذا اسودّ الأفق» وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك رحمه الله في الموطأ، وفيه اختلاف الصحابة (وأوّل وقت العشاء إذا غاب الشفق، وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر الثاني) لقوله عليه الصلاة

في رفعه فإن غيره من أصحاب الأعمش يروونه عن مجاهد عنه من قوله، ودفعه ابن الجوزي وابن القطان بتجويز[1] أن يكون الأعمش سمعه من مجاهد مرسلاً وسمعه من أبي صالح مسنداً، فيكون عنده طريقان مسند ومرسل، والذي رفعه: يعني ابن فضيل صدوق من أهل العلم وثقه ابن معين، وقد روى مسلم عن بريدة قال «أتى النبي ﷺ رجل فسأله عن مواقيت الصلاة فقال: أقم معنا، ثم أمر بلالاً، فساق الحديث إلى أن قال: ثم أمره فأخر المغرب إلى قبيل أن يغيب الشفق: يعني في اليوم الثاني»[2] وأخرج أيضاً عن أبي موسى الأشعري «أن سائلاً أتى النبي ﷺ فسأله عن مواقيت الصلاة، فساق الحديث إلى أن قال: ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق»[3] يعني في اليوم

الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق. وقال الشافعي: وقت المغرب مقدار ما يصلى فيه ثلاث ركعات) وهو أحد قوليه: قال الغزالي في وقت المغرب قولان: أحدهما أنه يمتد إلى غروب الشفق وإليه ذهب أحمد بن حنبل رحمه الله، والثاني إذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان وإقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال في الحلية: قدر ثلاث ركعات. وعلى هذا فما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف، واستدل بإمامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد، وذلك لأن الوقت لو كان ممتداً لم يؤم جبريل في اليومين في وقت واحد لأنه كان يعلم أول الوقت وآخره (ولنا) حديث أبي هريرة (أول المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق، وما رواه) من إمامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد (كان للتحرز عن الكراهة) لأن تأخير المغرب إلى آخر الوقت مكروه (ثم) اختلف العلماء في (الشفق) فقال أبو حنيفة (هو البياض في الأفق بعد الحمرة) وهو قول أبي بكر ومعاذ وأنس وابن الزبير (وقالا: هو الحمرة، وهو رواية عن أبي حنيفة) رواه عنه أسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم، وبه أخذ الشافعي واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام «الشفق هو الحمرة» (ولأبي حنيفة) ما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال («وآخر وقت المغرب إذا اسودّ الأفق») وهو لا يكون إلا بعد زوال البياض (وما رواه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «الشفق هو الحمرة» (موقوف) على ابن

المواضع إلا أن له معارضاً هو ما روي من غيره من الصحابة أنه البياض قوله: (قيل وأول من صلى المغرب شكراً تطوعا عيسى عليه السلام، إلى قوله: وفيه نظر) أقول: بل ذلك في يوم القيامة على ما ذكره المفسرون، ولعل ذلك وجه النظر قوله: (بل لإثبات ما كان فيه، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أم في اليوم الثاني الخ) أقول: فأين قوله بل فعلنا بيان للحاضرين كما مر في أول البحث بعد قوله وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك الخ.

---

(١) لا. لا يرفع كلام البخاري وابن معين وأبو حاتم الرازي والبيهقي والدارقطني والترمذي بمجرد احتمال يتوقعه ابن القطان وابن الجوزي وأحمد شاكر وابن حزم.
بل إن الدارقطني وحده أعرف من هؤلاء جميعاً بعلل الحديث والاختلاف فيه فكيف بغيره من الجهابذة النقاد أئمة هذا الفن.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٦١٣ ح ١٧٦ من حديث بريدة: أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن وقت الصلاة فقال: صل معنا هذين يعني اليومين فلما زالت الشمس أمر بلالاً فأذن ثم أمره فأقام الظهر ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية ثم أمره فأقام المغرب حين غابت الشمس ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر فلما أن كان اليوم الثاني أمره فأبرد بالظهر فأنعَمَ أن يُبْرَدَ بها وصلى العصر والشمس مرتفعة أخرّها فوق الذي كان وصلى المغرب قبل أن يغيب الشفق وصلى العشاء بعدما ذهب ثلث الليل وصلى الفجر فأسفر بها ثم قال: أين السائل عن وقت الصلاة؟ فقال الرجل: أنا يا رسول الله قال: وقت صلاتكم ما بين ما رأيتم.
هكذا رواه مسلم وكذا الترمذي ١٥٢ وابن ماجه ٦٦٧ وأحمد ٥/ ٣٤٩ والنسائي ١/ ٢٥٨، ٢٥٩.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٦١٤ وأبو داود ٣٩٥ كلاهما من حديث أبي موسى بنحو سياق حديث بريدة المتقدم وكذا النسائي ١/ ٢٦٠، ٢٦١.

والسلام «وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر» وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل(**وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر**) لقوله عليه الصلاة والسلام في الوتر «فصلوها ما بين العشاء إلى

الثاني. وأخرج أيضاً عن ابن عمرو أن النبي ﷺ قال «وقت صلاة الظهر، فذكر الحديث إلى أن قال: ووقت صلاة المغرب ما لم يغب الشفق»[1] قوله: (**وهو قول الشافعي الخ**) روى الدارقطني عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال «الشفق الحمرة، فإذا غاب وجبت الصلاة»[2] قال البيهقي والنووي: الصحيح أنه موقوف على ابن عمر، ومن المشايخ من اختار الفتوى على رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله كقولهما ولا تساعده رواية ولا دراية، أما الأول فلأنه خلاف الرواية الظاهرة عنه، وأما الثاني فلما قدمنا في حديث ابن فضيل[3] وأن آخر وقتها حين يغيب الأفق، وغيبوبته بسقوط البياض الذي يعقب الحمرة وإلا كان بادياً، ويجيء ما تقدم: أعني إذا تعارضت الأخبار لم ينقض الوقت بالشك. وقد نقل[4] عن أبي بكر الصديق ومعاذ بن جبل وعائشة وابن عباس رضي الله عنهم في رواية وأبي هريرة، وبه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعي والمزني وابن المنذر والخطابي، واختاره المبرد وثعلب، ولا ينكر أنه يقال على الحمرة يقولون عليه ثوب كأنه الشفق كما يقال على البياض الرقيق، ومنه شفقة القلب لرقته، غير أن النظر عند الترجيح أفاد ترجيح أنه البياض هنا، وأقرب الأمر أنه إذا تردّد في أنه الحمرة أو البياض لا ينقضي بالشك، ولأن الاحتياط في إبقاء الوقت إلى البياض لأنه لا وقت مهمل بينهما فبخروج وقت المغرب يدخل وقت العشاء اتفاقاً، ولا صحة لصلاة قبل الوقت، فالاحتياط في التأخير، وأما الحديث الذي ذكره[5] في آخر وقت العشاء أنه ما لم يطلع الفجر فقيل لم يوجد في شيء من أحاديث المواقيت ذلك، وملخص كلام الطحاوي أنه يظهر من مجموع الأحاديث أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر، وذلك أن ابن عباس[6] وأبا موسى[7] والخدري[8] رضي الله عنهم

عمر ذكره في الموطأ والموقوف لا يصلح حجة (**وفيه**) أي في الشفق (**اختلاف الصحابة**) كما ذكرناه، قيل معنى كلامه أن التمسك بالحديث فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لأن عدم التمسك به أو عدم القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف: وفيه نظر لأنه حينئذ مشترك الإلزام. قيل وأول من صلى المغرب شكراً تطوعاً عيسى عليه السلام حين خاطبه الله تعالى بقوله ﴿أأنت قلت للناس اتخذوني﴾ الآية، وكان ذلك بعد غروب الشمس، فالأولى لنفي الألوهية عن نفسه، والثانية لنفيها عن والدته، والثالثة لإثباتها لله، وفيه نظر (**وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر**) لما

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٦١٢ وأبو داود ٣٩٦ والنسائي ١/ ٢٦٠ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ورواية لمسلم: وقت الظهر ما لم يحضر العصر ووقت العصر ما لم تصفرّ الشمس ووقت المغرب ما لم يسقط نور الشفق ووقت العشاء إلى نصف الليل ووقت الفجر ما لم تطلع الشمس ورواية ثانية وفيه: ما لم يغب الشفق ورواية: ما لم يسقط الشفق.
تنبيه: وقع في الأصل: ابن عمر بدون واو والصواب إثباتها كما في كتب الحديث.

(٢) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٦٩ والبيهقي ١/ ٣٧٣ كلاهما عن ابن عمر مرفوعاً وصوب البيهقي وقفه عليه وكذا الدارقطني عاد فرواه موقوفاً.

(٣) تقدم تخريجه في ٣/ ٢٢١ أي قبل خمسة أحاديث.

(٤) هؤلاء الصحابة والأئمة وأبو حنيفة كلهم قالوا: الشفق هو البياض. وقد ذهب ابن عمر وابن عباس ومكحول وطاوس ومالك والثوري وأبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد وإسحاق إلى أن الشفق هو الحمرة.

(٥) أي ذكره صاحب الهداية. وكذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٣٤: غريب. يعني لا يوجد.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ١/ ١٠٣: لم أجده. ثم ذكر كلٌ من الزيلعي وابن حجر كلام الطحاوي.

(٦) حديث ابن عباس. أخرجه البخاري ٥٧١ ومسلم ٦٤٢ وفيه معنى سياق المصنف.

(٧) حديث أبي موسى: أخرجه البخاري ٥٦٧ ومسلم ٦٤١ وفيه: حتى ابهارّ الليل اهـ. يعني ذهب.

(٨) حديث أبي سعيد. أخرجه أبو داود ٤٢٢ وابن ماجه ٦٩٣ وإسناده صحيح.

طلوع الفجر» قال رضي الله عنه: هذا عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء، إلا أنه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب.

رووا أنه ﷺ أخرها إلى ثلث الليل، وروى أبو هريرة[1] وأنس[2] أنه أخرها حتى انتصف الليل، وروى ابن عمر[3] أنه أخرها حتى ذهب ثلثا الليل، وروت عائشة رضي الله عنها أنه أعتم بها حتى ذهب عامة الليل[4]، وكلها في الصحيح. قال: فثبت أن الليل كله وقت لها، ولكنه على أوقات ثلاثة، إلى الثلث أفضل، وإلى النصف دونه، وما بعده دونه، ثم ساق[5] بسنده إلى نافع بن جبير قال: كتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: وصلّ العشاء أي الليل شئت ولا تغفلها. ولمسلم في قصة التعريس عن أبي قتادة أن النبي ﷺ قال «ليس في النوم تفريط، إنما التفريط أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت الأخرى»[6] فدل على بقاء وقت كل صلاة إلى أن يدخل وقت الأخرى، ودخول الصبح بطلوع الفجر. فأما الحديث الذي ذكره في الوتر فهو ما أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث خارجة بن حذافة قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال «إن الله أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر، فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر»[7] وسيأتي تمام ما تيسر فيه في باب الوتر ولا حول ولا قوّة إلا بالله. وفي بعض طرق الحديث فيما بين صلاة العشاء إلى طلوع الفجر[8]، وهو دليلهما على أن أول وقته بعد صلاة العشاء قوله: (ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب) فلو قدم ناسياً لا يعيد، وكذا لو صلى العشاء بغير طهارة ثم نام فقام توضأ فصلى الوتر ثم تذكر أنه صلى العشاء بغير طهارة يعيدها دون الوتر فيهما وعندهما يعيدهما، ومن لا يوجد عندهم وقت العشاء كما قيل يطلع الفجر قبل غيبوبة الشفق عندهم، أفتى البقالي بعدم الوجوب عليهم لعدم السبب، وهو مختار صاحب الكنز كما يسقط غسل اليدين من الوضوء عن مقطوعهما من المرفقين، وأنكره

روى أبو هريرة أنه ﷺ قال: وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر» قال المصنف (وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل) ووجه ذلك أنه يدل على قيام الوقت إلى الفجر، وحديث إمامة جبريل يدل على أن آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا، وإذا تعارضت الأثار لا ينقضي الوقت الثابت يقيناً بالشك كما تقدم، أو نقول إمامة جبريل لم تكن لنفي ما وراء وقت الإمامة عن وقت الصلاة، بل لإثبات ما كان فيه، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمّ في اليوم الثاني حين أسفر والوقت يبقى بعده إلى طلوع الشمس، وإذا لم تكن للنفي بقي ما روينا سالماً عن المعارض فيكون حجة. قيل وأول من صلى العشاء موسى عليه السلام حين خروج من مدين وضل الطريق، وكان في غم المرأة وغم أخيه هارون وغم عدوّه فرعون وغم أولاده، فلما نجاه الله تعالى من ذلك كلمه ونودي من شاطىء الوادي صلى أربعاً تطوّعاً وأمرنا بذلك. وهذه الأقوال التي

---

(١) حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٦٧ وابن ماجه ٦٩١ وأحمد ٢/ ٢٥٠ والحاكم ١/١٤٦ بلفظ: لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه اهـ فهذا خبر قولي وهو لأبي هريرة. وإسناده صحيح.

(٢) حديث أنس أخرجه البخاري ٥٧٢ ومسلم ٦٤٠ كلاهما عن أنس.

(٣) حديث ابن عمر. أخرجه البخاري ٥٧٠ ومسلم ٦٣٩والسياق له كلاهما عن ابن عمر.

(٤) حديث عائشة أخرجه البخاري ٥٦٦ و٥٦٩ ومسلم ٦٣٨ و ٢١٩ والسياق لمسلم.

(٥) أي الطحاوي في كتاب شرح الآثار باب مواقيت الصلاة. وهو في الموطأ ٧ ح ٨ لكن فيه: فإن أخرت فإلى شطر الليل.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٦٨١ في خبر طويل في باب قضاء الفائتة واستحباب تعجيله.

وفيه: أما إنه ليس في النوم كفريط إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى فمن فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها الحديث.

ورواه البيهقي ١/٣٨٦ من طريق مسلم مختصراً.

(٧) حسن أخرجه أبو داود ١٤١٨ والترمذي ٤٥٢ وابن ماجه ١١٦٨ والحاكم ١/٣٠٦ كلهم من حديث خارجة بن حذافة. وفي إسناده مقال.

وقال الترمذي: حسن غريب. وصححه الحاكم وأقره الذهبي وسيأتي في الوتر إن شاء الله تعالى.

(٨) هذا السياق لابن ماجه وقد تقدم في الذي قبله.

. . . .

الحلواني ثم وافقه، وأفتى الإمام البرهاني الكبير بوجوبها، ولا يرتاب متأمل في ثبوت الفرق بين عدم محل الفرض وبين سببه الجعلي الذي جعل علامة على الوجوب الخفي الثابت في نفس الأمر وجواز تعدد المعرفات للشيء، فانتفاء الوقت انتفاء المعرف، وانتفاء الدليل على شيء لا يستلزم انتفاء لجواز دليل آخر وقد وجد، وهو ما تواطأت أخبار الإسراء[1] من فرض الله تعالى الصلاة خمساً بعد ما أمروا أولاً بخمسين ثم استقرّ الأمر على الخمسين شرعاً عاماً لأهل الآفاق، لا تفصيل فيه بين أهل قطر وقطر «وما روي ذكر الدجال رسول الله ﷺ: قلنا ما لبثه في الأرض؟ قال: أربعون يوماً يوم كسنة ويوم كشهر ويوم كجمعة وسائر أيامه كأيامكم» فقيل: يا رسول الله فذلك اليوم الذي كسنة أيكفينا صلاة يوم؟ قال: لااقدوروا له» رواه مسلم[2]، فقد أوجب أكثر من ثلاثمائة عصر قبل صيرورة الظل مثلاً أو مثلين، وقس عليه، فاستفدنا أن الواجب في نفس الأمر خمس على العموم، غير أن توزيعها على تلك الأوقات عند وجودها، ولا يسقط بعدمها الوجوب، وكذا قال ﷺ «خمس صلوات كتبهن الله على العباد»[3] ثم هل ينوي القضاء الصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء ومن أفتى بوجوب العشاء يجب على قوله الوتر أيضاً.

ذكرتها عقيب كل صلاة وجدتها في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي رحمه الله منقولة عن أبي الفضل مع زيادات فنقلتها مختصرة **(وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله ﷺ «فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر» وعند أبي حنيفة وقته وقت العشاء)** لأن الوتر عنده فرض عملاً، والوقت إذا جمع بين صلاتين واجبتين كان وقتاً لهما جميعاً كالفائتة والوقتية. فإن قيل: لو كان وقت الوتر وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء. أجاب بقوله **(إلا أنه لا يقدم عليه عند التذكر)** يعني إذا لم يكن ناسياً (للترتيب) وعلى هذا إذا أوتر قبل العشاء متعمداً أعاد الوتر بلا خلاف، وإن أوتر ناسياً للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لأن النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لأنه سنة العشاء كركعتي العشاء، فلو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامداً كان أو ناسياً فكذلك الوتر.

---

(٣) أحاديث الإسراء صحيحة مشتهرة وردت عن جماعة من الصحابة. فقد أخرجه البخاري ٣٤٩ ومسلم ١٦٣ كلاهما من حديث أنس عن أبي ذر وكرره البخاري ١٦٣٦ ورواية لمسلم ١٦٢ عن أنس بدون واسطة أبي ذر ورواه مسلم عن مالك بن صعصة برقم ١٦٤.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٢٩٣٧ باب ذكر الرجال.
من حديث النواس بن سمعان مطولاً وفيه سياق المصنف.

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ١٤٢٠ ومالك في الموطأ ١٢٣ ح ١٤ والنسائي ١/ ٢٣٠ وابن ماجه ١٤٠١ وأحمد ٥/ ٣١٧، ٣٢٢ وابن حبان في صحيحه ١٧٣٢ كلهم من حديث عبادة بن الصامت قال الصنابحي: زعم أبو محمد ـ رجل من أهل الشام ـ أن الوتر واجب فقال عبادة: كذب أبو محمد. سمعت رسول الله ﷺ يقول: خمس صلوات كتبهنّ الله على العباد فمن جاء بهنّ لم يضيعهنّ استخفافاً بهنّ كان له عهد عند الله أن يدخله الجنة ومن لم يأت بهنّ فليس له عهد عند الله إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة اهـ إسناده جيد رووه من طريقين.

فصل

(ويستحب الإسفار بالفجر) لقوله عليه الصلاة والسلام «أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر» وقال الشافعي رحمه

فصل في استحباب التعجيل

قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: يستحب التعجيل بكل صلاة) لقوله ﷺ «أول الوقت رضوان الله وآخره عفو الله[١]، والعفو يستدعي تقصيراً» وقال في جواب أيّ العمل أحب إلى الله؟ قال: الصلاة لأوّل وقتها»[٢] (قوله والحجة عليه) في تعميمه وإن الواقع التفصيل (ما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام في الفجر «أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر»[٣] رواه الترمذي وقال حسن صحيح، وتأويله بأن المراد تبين الفجر حتى لا يكون شك في طلوعه ليس بشيء، إذ ما لم يتبين لا يحكم بجواز الصلاة فضلاً عن إصابة الأجر المفاد بقوله فإنه أعظم للأجر، ولو صرف

فصــل

لما فرغ من ذكر مطلق الأوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص، وجعل لكل منهما فصلاً على حدة، وقدم الأوقات المستحبة على المكروهة، ووجه ذلك ظاهر. قوله (ويستحب الإسفار بالفجر) أسفر الصبح إذا أضاء ومنه أسفر بالصلاة إذا صلاها بالإسفار، والباء للتعدية. وقوله ويستحب الإسفار بإطلاقه يدل على أن البداءة والختم بالإسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية. وقال الطحاوي: يبدأ بالتغليس ويختم بالإسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة. ووجه الظاهر قوله ﷺ «أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر» وحد الإسفار أن يبدأ بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة، فإن ظهر له حاجة إلى الوضوء بعد الصلاة أمكنه أن يتوضأ أو يصلي الفجر قبل طلوع الشمس (وقال الشافعي يستحب التعجيل) وهو أن يكون الأداء في النصف الأول (في كل صلاة) واستدل بما قالت عائشة: كانت النساء ينصرفن من الصلاة مع رسول الله ﷺ وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس. قال المصنف (والحجة عليه ما رويناه) يعني ما روينا من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه

فصل ويستحب الإسفار

قوله: (فإن ظهر له حاجة إلى الوضوء بعد الصلاة الخ) أقول: الأولى أن يقول: فإن ظهر أنه صلاها على غير وضوء قوله: (واستدل بما قالت عائشة رضي الله عنها: كانت النساء ينصرفن، إلى آخر الحديث) أقول: هذا لا يدل على الدعوى الكلية إلا بأنه لا قائل بالفصل.

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٣٥ بهذا اللفظ والدارقطني ١/ ٢٥١ كلاهما من حديث أبي محذورة.
وقال البيهقي: فيه إبراهيم بن زكريا العجلي حدث عن الثقات بالبواطيل اهـ.
وورد من حديث ابن عمر. أخرجه الترمذي ١٧٢ والدارقطني ١/ ٢٤٩ والبيهقي ١/ ٤٣٥ كلهم بلفظ: الوقت الأول من الصلاة رضوان والوقت الآخر عفو الله عز وجل. وفيه: يعقوب المدني قال الترمذي: حديث غريب.
وقال البيهقي: وقد روي من طرق أخرى واهية وهو حديث يعرف بيعقوب بن الوليد المدني وهو منكر الحديث ضعفه يحيى وكذبه أحمد وسائر الحفاظ ونسبوه للوضع اهـ.
ورواه الدارقطني ١/ ٢٤٩ من حديث جرير بن عبد الله وفي إسناده الحسين بن حميد بن الربيع متهم بالكذب.
وفي نصب الراية ما ملخصه: قال البيهقي في المعرفة: روي بأسانيد كلها ضعيفة اهـ وقال ابن عدي بعد أن رواه من حديث أنس: فيه مجاهيل.
ونقل الزيلعي عن أحمد قوله: هذا حديث ليس بثابت.
وقال النووي في الخلاصة: هذا الحديث طرقه كلها ضعيفة اهـ نصب الراية ١/ ٢٤٣.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٧، ٢٧٨٢، ٥٩٧٠ و٧٥٣٤ ومسلم ٨٥ والترمذي ١٧٣ وابن حبان ١٤٧٥، ١٤٧٩ والحاكم ١/ ١٨٩ كلهم من حديث ابن مسعود واللفظ للحاكم وابن حبان. لكن قالا في أول وقتها وهو بحرفيته عند الحاكم لكن من حديث ابن عمر ورواية البخاري عن ابن مسعود: سألت النبي ﷺ أي العمل أحب إلى الله؟ قال: الصلاة على وقتها... الحديث والسياق للبخاري.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٤٢٤ والترمذي ١٥٤ والنسائي ١/ ٢٧٢ وابن ماجه ٦٧٢ والدارمي ١١٩٩، و١٢٠٠ وأحمد ٤/ ١٤٢ و١٤٣ كلهم من حديث رافع بن خديج. ورواية أبي داود: أصبحوا بالصبح.... ورواية النسائي مختصرة.
قال الترمذي: حسن صحيح اهـ وله طرق أخرى لكن واهية.

الله: يستحب التعجيل في كل صلاة، والحجة عليه ما رويناه وما نرويه. قال (**والإبراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء**) لما روينا ولرواية أنس رضي الله عنه قال «كان النبيّ ﷺ إذا كان في الشتاء بكر بالظهر، وإذا كان في الصيف أبرد بها» (**وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف**) لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده، والمعتبر

عن ظاهره إلى عظيم كان المناسب في التعليل بتقدير ذلك التأويل أن يقال فإنه لا تصح الصلاة بدونه لأنه هو الأظهر في إفادة قصد عدم إيقاعها مع شك الطلوع، فكيف وصرفه عنه بلا دليل لا يجوز، بل في بعض رواياته ما ينفيه وهو رواية الطحاوي «اسفروا بالفجر فكلما أسفرتم فهو أعظم للأجر» أو قال «لأجوركم»[1] وروى الطحاوي حدثنا محمد ابن خزيمة حدثنا القعنبي حدثنا عيسى بن يونس عن الأعمش عن إبراهيم قال: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء ما اجتمعوا على التنوير[2]. وهذا إسناد صحيح، ولا يجوز اجتماعهم على خلاف ما فارقهم عليه رسول الله ﷺ، فيلزم كونه لعلمهم بنسخ التغليس المروي من حديث عائشة رضي الله عنها «كان ﷺ يصلي الصبح بغلس فتشهد معه نساء متلفعات بمروطهن ثم يرجعن إلى بيوتهنّ ما يعرفهن أحد من الغلس»[3] وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في الصحيحين ظاهر فيم ذهبنا إليه وهو قوله «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة إلا لميقاتها إلا صلاتين: صلاة المغرب والعشاء بجمع» وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها[4] الذي اعتاد الأداء فيه لأنه غلس يومئذ ليمتد وقت الوقوف، وفي لفظ لمسلم «قبل ميقاتها بغلس» فأفاد أن المعتاد كان غيز التغليس، إلا أنه يبعد النسخ لأنه يقتضي سابقة وجود المنسوخ. وقوله ما رأيت يفيد أن لا سابقة له فالأولى حمل التغليس على غلس داخل المسجد لأن حجرتها رضي الله عنها كانت فيه وكان سقفه عريشاً مقارباً ونحن نشاهد الآن أنه يظن قيام الغلس داخل المسجد وأن صحنه قد انتشر فيه ضوء الفجر وهو الإسفار، وإنما وجب هذا الاعتبار لما وجب من ترجيح رواية الرجال خصوصاً مثل ابن مسعود، فإن الحال أكشف لهم في صلاة الجماعة. ثم قال الطحاوي: والذي ينبغي الدخول في الفجر في وقت التغليس والخروج منها في وقت الإسفار قال: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، لكن الذي ذكر الأصحاب عن الثلاثة أن الأفضل أن يبدأ بالأسفار ويختم به وهو الذي يفيد اللفظ، فإن الإسفار بالفجر إيقاعها فيه،

الصلاة والسلام «في أسفروا بالفجر» الحديث، وذلك لأنه أمر بذلك وأقله الندب وما رواه حكاية فعل لا تعادل قوله عليه الصلاة والسلام. وقوله (**وما نرويه**) إشارة إلي قوله «وإذا كان في الصيف أبرد بها» وذلك لأنه يدعي التعجيل في كل صلاة، فإذا ثبت التأخير في البعض كان حجة عليه. وقوله (**والإبراد بالظهر**) عطف على قوله الإسفار بالفجر. وقوله (**لما روينا**) يعني ما روي قبل هذا الفصل من قوله عليه الصلاة والسلام «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر» الحديث. وقوله لما رَوينا متعلق بقوله والإبراد بالظهر. وقوله (**ولرواية أنس قال «كان النبي ﷺ إذا كان في الشتاء بكر بالظهر، وإذا كان في الصيف أبرد بها»**) متعلق بالمسألتين جميعاً (**وتأخير العصر في الصيف والشتاء ما لم تتغير الشمس لما في التأخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر**) ولهذا كان تعجيل المغرب أفضل لأن أداء النافلة قبلها مكروه، وتكثير النوافل أفضل من المبادرة إلى الأداء في أول الوقت (**والمعتبر تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين**) أي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر إليه حيرة. وقوله

---

(١) وكذا رواه ابن حبان بلفظ: «فكلما أصبحتم بالصبح فإنه أعظم لأجوركم» كما في نصب الراية ١/ ٢٣٥.
وهو عند الطحاوي في شرح الآثار ١/ ١٠٥.

(٢) هذا الأثر أخرجه الطحاوي أيضاً في مشكل الآثار وصححه ابن الهمام.
وهو صحيح كما قال وكذا صححه الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٣٩.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٧٨ ومسلم ٦٤٥ واللفظ له وأبو داود ٤٢٣ والترمذي ١٥٣ والنسائي ١/ ٢٧١ والدارمي ١١٩٨ وابن ماجه ٦٦٩ وأحمد ٦/ ٣٣ كلهم من حديث عائشة مع تغير يسير في بعض ألفاظه. واللفظ لمسلم كما تقدم وقد ساقه بروايات عدة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٨٢ كتاب الحج ومسلم ١٢٨٩ كتاب الحج أيضاً وآخر الحديث: ميقاتها.
تنبيه: لفظ: الذي اعتاد الأداء.... إلخ هذا من كلام المصنف.
ورواية ثانية لمسلم فيها: قبل وقتها بغلس.

تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين هو الصحيح، والتأخير إليه مكروه (و) يستحب (تعجيل المغرب) لأن تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود.

وهي اسم لمجموعها فيلزم إدخال مجموعها فيه، قالوا: وحده أن يبدأ في وقت يبقى منه بعد أدائها إلى آخر الوقت ما لو ظهر له فساد صلاته أعادها بقراءة مسنونة مرتلة ما بين الخمسين والستين آية قبل طلوع الشمس، ولا يظن أن هذا يستلزم التغليس إلا من لم يضبط ذلك الوقت. وروى الحسن عن أبي حنيفة في الفصل بين أذان الفجر والصلاة قال: يؤذن ثم يصلي ركعتين ثم يمكث قدر قراءة عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث قدر عشرين آية ثم يقيم، وهذا يقتضي أن يشرع وأطراف الغلس قائمة، ولا شك أن فيه إسفاراً ما، وعن الطحاوي من كان من عزمه التطويل بدأ بغلس ومن لا أسفر، ولا خلاف لأحد في سنية التغليس بفجر مزدلفة قوله: (لما روينا) أي «أبردوا بالظهر»[(١)] (ولرواية أنس الخ) في البخاري من حديث خالد بن دينار صلى بنا أميرنا الجمعة ثم قال لأنس: كيف كان رسول الله ﷺ يصلي الظهر؟ قال: كان رسول الله ﷺ إذا اشتد البرد بكر بالصلاة وإذا اشتد الحر أبرد بالصلاة[(٢)]. والمراد الظهر لأنه جواب السؤال عنها قوله: (وتأخير العصر) حاصله أن تأخيرها إلى تغير القرص مكروه، ويستحب ما لم يصل إلى ذلك، وإنما يستحب أن يؤخرها ليتوسع في النوافل لا إلى التغير بل يصليها والشمس بيضاء كما ورد عنه ﷺ، وما روي عنه ﷺ في حديث «والعصر والشمس حية»[(٣)] متفق عليه، وأول وقت العصر عند أبي حنيفة من صيرورة الظل مثلين مع فيء الزوال ومنه إلى التغير ليس كثيراً جداً، فلا بعد في كون الأداء قبل ذلك الوقت داخلاً في مسمى التعجيل غير أنه ليس تعجيلاً شديداً. وروى الحسن في الفصل بين أذان الظهر والصلاة أن يصلي بعده ركعتين كل ركعة بعشر آيات أو أربعاً كلاً بخمس آيات. وروى الدارقطني عن عبد الواحد بن نافع قال: دخلت مسجد المدينة فأذن مؤذن بالعصر وشيخ جالس فلامه، وقال: إن أبي أخبرني أن رسول الله ﷺ كان يأمر بتأخير هذه الصلاة، فسألت عنه فقالوا: هذا عبد الله بن رافع بن خديج[(٤)]. وضعف بعبد الواحد. ورواه البخاري في تاريخه

(هو الصحيح) احتراز عن قول سفيان وإبراهيم النخعي أن المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران. قال شمس الأئمة: أخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لأن تغير الضوء يحصل بعد الزوال، وعما فسر تغير القرص به وهو ما قيل إذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم تتغير، وإذا كانت أقل من ذلك تغيرت، وما قيل يوضع طشت ماء في الصحراء وينظر فيه فإن كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت، وكان قوله هو الصحيح لبيان أن تغير القرص بهذا التفسير هو الصحيح، وتغير الضوء وتغير القرص بالتفسيرين الأخريين ليس بصحيح (والتأخير إليه) أي إلى هذا الوقت (مكروه) قالوا: وأما الفعل فغير مكروه لأنه

قوله: (والتأخير إليه: أي إلى هذا الوقت مكروه، قالوا: وأما الفعل فغير مكروه لأنه مأمور بالفعل، ولا يستقيم إثبات الكراهة للشيء مع الأمر به) أقول فيه بحث، فإن الكراهة وأخواتها من صفات أفعال المكلفين على ما بين في موضعه، ثم لا منافاة بين الأمر والحظر على ما يدل عليه قوله ﷺ «فليكفر وليحنث» وتفصيله في الكافي وكتب الأصول قوله: (وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا

---

(١) تقدم في ٣/ ٢٢٠ رواه البخاري.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ٩٠٦ باب إذا اشتد الحرّ يوم الجمعة. رواه من حديث أنس بن مالك.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٠ ومسلم ٦٢١ وأبو داود ٤٠٤ والنسائي ١/ ٢٥٣ والدارمي ١١٩٠ وابن ماجه ٦٨٢ كلهم من حديث أنس: كان رسول الله ﷺ يصلي العصر والشمس مرتفعةٌ حيّة فيذهب الذاهب إلى العوالي فيأتيهم والشمس مرتفعة.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٥١ ح ٥ وقال: هذا حديث ضعيف الإسناد من جهة عبد الواحد ولا يصح هذا الحديث عن رافع ولا عن غيره والصحيح عن رافع وغيره من الصحابة ضد هذا وهو تعجيل النبي ﷺ صلاة العصر.
ثم أسند حديث رافع بن خديج الذي أورده ابن الهمام وهو: كنا نصلي مع النبي ﷺ صلاة العصر ثم ينحر الجزور... وقال الدارقطني: رواية عطاء بن صهيب ثقة مشهور صحب رافع بن خديج ست سنين اهـ.
وهذا الحديث الذي رواه الدارقطني وقصد بذلك إبطال الحديث الأول. هو صحيح في غاية الصحة أخرجه البخاري ٢٤٨٥ كتاب الشركة. ومسلم ٦٢٥ كلاهما من حديث رافع بن خديج.

وقال عليه الصلاة والسلام «لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء» قال (وتأخير العشاء إلى ما

الكبير وقال: لا يتابع عليه: يعني عبد الواحد، والصحيح عن رافع غيره، ثم أخرج عن رافع «كنا نصلي مع النبي ﷺ صلاة العصر ثم ينحر الجزور فيقسم عشر قسم ثم يطبخ فنأكل لحماً نضيجاً قبل أن تغيب الشمس»(١) وعندي أنه لا تعارض بين هذين(٢)، فإنه إذا صلى العصر قبل تغير الشمس أمكن في الباقي إلى الغروب مثل هذا العمل، ومن يشاهد المهرة من الطباخين في الأسفار مع الرؤساء لم يستبعد ذلك قوله: (ويستحب تعجيل المغرب) هو بأن لا يفصل بين الأذان والإقامة إلا بجلسة خفيفة أو سكتة على الخلاف الذي سيأتي: وتأخيرها لصلاة ركعتين مكروه، وهي خلافية وستذكر في باب النوافل إن شاء الله تعالى. قال في القنية إلا أن يكون قليلاً، وما روى الأصحاب عن عمر رضي الله عنه أنه أخرها حتى بدا نجم فأعتق رقبة يقتضي أن ذلك القليل الذي لا يتعلق به كراهة هو ما قبل ظهور النجم، وفي المنية لا يكره في السفر وللمائدة أو كان يوم غيم، وفي القنية لو أخرها بتطويل القراءة فيه خلاف. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يكره ما لم يغب الشفق ولا يبعد، ودليل الكراهة التشبه باليهود. وأما قوله ﷺ «لا تزال أمتي بخير»(٣) الخ، وهو ماروى أبو داود عن مرثد بن عبد الله وفي سنده محمد بن إسحاق قال: قدم علينا أبو أيوب غازياً وعقبة بن عامر يومئذ على مصر، فأخر المغرب، فقام إليه أبو أيوب فقال: ما هذه الصلاة يا عقبة؟ قال شغلنا، قال: أما سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تزال أمتي بخير» أو قال «على الفطرة مالم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم»(٤) فيه نظر إذ مقتضاه ندب، وبتقديره تفويت ما ندب إليه لا تثبت الكراهة لجواز الإباحة كما في العشاء يندب تأخيرها إلى ما قبل الثلث ويصليها إذ ذاك، فإن لم يفعل إلى النصف انتفى الندب وكان مباحاً، وما بعده مكروه، وحاصل الحديث ضمان الخير والفطرة، أي السنة بالتعجيل، ولا يلزم ثبوت ضدهما في

مأمور بالفعل ولا يستقيم إثبات الكراهة للشيء مع الأمر به (ويستحب تعجيل المغرب لأن تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود) وفيه نظر لأن كل ما يكون تأخيرها مكروهاً لا يستلزم أن يكون تعجيلها مستحباً لجواز أن يكون مباحاً، ألا ترى أن تأخير العشاء إلى النصف الأخير مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لأن التأخير إلى نصف الليل مباح على ما سيجيء. والجواب أن التأخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه باليهود فتركه مستحب لأن الإباحة فيه قد تفضي إلى المسامحة، وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبنياً على أمر الضدين أو النقيضين لا يتمشى فليتأمل. قوله (وقال

السؤال إلى قوله: لا يتمشى فليتأمل) أقول: وفيه بحث، ثم قوله مبنياً على أمر الضدين: يعني به الرد على صاحب النهاية، وقوله أو النقيضين: يعني به الرد على الإتقاني قال المصنف: (وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل) أقول: ينبغي أن تكون الغاية داخلة تحت المغيا في كلام المصنف لينطبق الدليل على المدعي فهي خارجة عنه في الحديث قوله: (وذلك أثبت السنة) أقول: لا نسلم أنه أثبت

---

(١) هو الحديث المتقدم. رواه الشيخان.

(٢) قلت: وكيف يكون التعارض فالحديث الأول واه بمرة.

نقل الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٤٥ عن ابن حبان قوله: فيه عبد الواحد بن نافع يروي عن أهل الحجاز المقلوبات وعن أهل الشام الموضوعات لا يحل ذكره في الكتب إلا على سبيل القدم فيه اهـ.

فالتوفيق بين الخبرين غير صواب لأن أحدهما ضعيف جداً وعلى هذا فهو منكر. والتوفيق يكون إذا تساويا في القوة.

(٣) لا يوجد بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢٤٦: غريب. وكذا قال ابن حجر ١/ ١٠٦ في الدراية: لم أجده هكذا.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٤١٨ وأحمد ١/ ١٩٠، ١٩١ كلاهما من حديث أبي أيوب.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

وهو حديث حسن فيه ابن إسحاق مدلس إلا أنه صرح بالتحديث. وتوبع ابن إسحاق فقد أخرجه ابن ماجه ٦٨٩ من طريق آخر عن الحسن عن الأحنف بن قيس عن العباس مرفوعاً.

بلفظ: لا تزال أمتي على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب حتى تشتبك النجوم اهـ قلت: جوده ابن ماجه.

قال البوصيري: إسناده حسن اهـ ورواه الحاكم ١/ ١٩١ وقال: هذا شاهد صحيح.

قبل ثلث الليل) لقوله عليه الصلاة والسلام «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل» ولأن فيه قطع السمر المنهي عنه بعده، وقيل في الصيف تعجل كي لا تتقلل الجماعة، والتأخير إلى نصف الليل مباح لأن دليل

التأخير لجواز حصولهما معه بسبب آخر، وهذا إنما يلزم من استدل بالحديث على كراهة تأخيرها، وليس بلازم في كلام المصنف لجواز كونه فيه دليلاً على قوله ويستحب تعجيل المغرب، هذا إن صح الحديث بتوثيق ابن إسحاق وهو الحق الأبلج[1]، وما نقل عن مالك فيه لا يثبت[2]، ولو صح لم يقبله أهل العلم، كيف وقد قال شعبة فيه هو أمير المؤمنين في الحديث. وروى عنه مثل الثوري وابن ادريس وحماد بن زيد ويزيد بن زريع وابن علية وعبد الوارث وابن المبارك، واحتمله أحمد وابن معين وعامة أهل الحديث غفر الله لهم، وقد أطال البخاري في توثيقه في كتاب القراءة خلف الإمام له، وذكره ابن حبان في الثقات وأن مالكاً رجع عن الكلام في ابن إسحاق واصطلح معه وبعث إليه هدية ذكرها قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لولا أن أشق على أمتي»)** روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه»[3] وقال حسن صحيح قوله: **(وهو قطع السمر)** المنهي عنه على ما روى الستة في كتبهم أنه ﷺ كان يكره

ﷺ **«لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء»)** دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب، ومعناه لا تزال أمتي بخير مدة تعجيلهم المغرب. ووجه التمسك أن الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب، والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي. واعترض على المصنف في تأخير الحديث عن الدليل العقلي. وأجيب بأنه فعل ذلك لأن الحديث فيه دلالة على تأخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل. فإن قلت: روي أن رسول الله ﷺ قرأ سورة الأعراف في صلاة المغرب، وذلك يدل على أن التأخير ليس بمكروه. أجيب بأن ذلك ليس مما نحن فيه، فإن كلامنا فيما إذا أخر إلى وقت الكراهة ثم شرع، والذي فعله رسول الله ﷺ كان من باب المد، والمد من أول الوقت إلى آخر معفوّ، وبه بطل استدلال عيسى بن أبان على جواز التأخير **(ويستحب تأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل» وطولب بالفرق بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك» فإنهما على نهج واحد، وذلك أثبت السنة وهذا أثبت الاستحباب. وأجيب بأنا لا نسلم أنهما على نهج واحد، بل في حديث السواك ينتفي الأمر بمانع المشقة، فإذا انتفى الأمر به وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة، وفيما نحن فيه المنتفي للمانع هو التأخير، ونفس التأخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب **(ولأن فيه)** أي في التأخير **(قطع السمر المنهي عنه بعده)** والسمر حديث لأجل المؤانسة، وقال عليه الصلاة والسلام «لا سمر بعد العشاء»

السنة، بل ثبتت هي بمواظبته ﷺ كما سلف قوله: **(ثبت ما دون الوجوب وهو السنة)** أقول: السنة ما واظب عليه رسول الله ﷺ، ولا دلالة في الحديث على ذلك فكيف تثبت السنة قوله: **(ونفس التأخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب)** أقول: إن قيل إذا كان التأخير للندب والاستحباب كيف تلزم المشقة على الأمة ولا حرج في ترك المستحب؟ قلنا المراد بالأمة هم الذين يصلون خلفه ﷺ قوله: **(وأجيب بأن المعارض هناك موجود أيضاً، وهو قوله تعالى﴿وسارعوا إلى مغفرة﴾)** أقول: المعقول كيف يعارض النص ثم ينبغي

---

(١) صدق ابن الهمام فابن إسحاق ثقة ولكن ينظر في حديثه إن كان قد صرح بالتحديث ومن فوقه ثقات فحديثه صحيح وإلا بأن عنعنه فليس حديثه بحجة وههنا قد صرح بالتحديث في رواية أبي داود وأحمد وبقية رواته ثقات.

(٢) يعني ما جاء في ميزان الاعتدال ٣/ ٤٦٩ عن مالك حيث قال في ابن إسحاق: دجال من الدجاجلة. وقد ذكر الذهبي من وثقه وقوى أمره فكانوا أكثر من جرحه.

وقال الذهبي: هو صالح الحديث ما له ذنب عندي إلا ما قد حشا في السيرة من الأشياء المنكرة والمنقطعة والأشعار المكذوبة.

(٣) صحيح. أخرجه الترمذي ١٦٧ بهذا اللفظ وكذا ابن ماجه ٦٩١ وأحمد ٢/ ٢٥٠، ٤٣٣، ٥٠٩، ٢٥٨ والحاكم ١/ ١٤٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

وإسناده صحيح وكذا صححه أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي.

وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ وله شواهد أوردها الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٤٧، ٢٤٨.

الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضة دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الإباحة وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله **(ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل أن يؤخره إلى آخر الليل، فإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوّل الليل، ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل» **(فإذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها، وفي العصر والعشاء تعجيلهما)** لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر، وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه، ولا توهم في الفجر لأن تلك المدة مديدة. وعن أبي حنيفة التأخير في الكل للاحتياط ألا ترى أنه يجوز الأداء بعد الوقت لا قبله.

النوم قبلها، والحديث بعدها[(١)] رووه مطولاً ومختصراً، وأجاز العلماء السمر بعدها في الخير، واستدلوا بما في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما «صلى بنا رسول الله ﷺ ذات ليلة صلاة العشاء في آخر حياته، فلما سلم قال: أرأيتكم ليلتكم هذه فإن على رأس مائة سنة لا يبقى ممن هو على ظهر الأرض أحد»[(٢)] وروى الترمذي في الصلاة والنسائي في المناقب عن عمر رضي الله عنه «كان رسول الله ﷺ يسمر عند أبي بكر رضي الله عنه الليلة في الأمر من أمر المسلمين وأنا معه»[(٣)] قال الترمذي: حديث حسن، ورواه الإمام أحمد عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ «لا سمر بعد الصلاة» يعني العشاء الأخيرة إلا لأحد رجلين: مصل، أو مسافر[(٤)]. وفي رواية «أو عروس»

والمعنى فيه أن يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحي ما حصل بينهما من الزلات، قال الله تعالى ﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾ قوله **(وقيل في الصيف تعجل)** يعني يستحب تأخير العشاء إلى ثلث الليل شتاء وصيفاً. وقيل في الصيف تعجل **(كي لا تتقلل الجماعة والتأخير إلى نصف الليل مباح)** يعني في الشتاء والصيف. قال في النهاية: في الشتاء، وفيه نظر لأنه لو كان ذلك لكان في الصيف مكروهاً وليس كذلك، لأن دليل الإباحة وهو ما ذكره بقوله لأن دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة: أي بالكلية هو مشترك بينهما فتثبت الإباحة فيهما،

حينئذ أن يكون التأخير إلى النصف مكروهاً لسلامة الأمر بالمسارعة عن المعارض قوله: **(فثبت الإباحة كذلك، بخلاف تأخير العشاء إلى النصف)** أقول: فيلزم أن يكون التأخير أيضاً مباحاً وليس كذلك، وجوابه أنه وقع التعارض بين سارعوا وأسفروا، فبقي دليل الندب وهو تكثير الجماعة سالماً عن المعارض، وفيه بحث

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٧ مطولاً و٥٦٨ مختصراً. ومسلم ٤٤٧ وأبو داود ٤٨٤٩ والترمذي ١٦٨ والنسائي ١/٢٦٥ وابن ماجه ٧٠١ والدارمي ١٢٧٥ والطيالسي ٩٢٠ وأحمد ٤/٤٢٠، ٤٢٤، ٤٢١، ٤٢٣ كلهم من حديث أبي برزة والرواية المختصرة بلفظ: كان النبي ﷺ يكره النوم قبل العشاء والحديث بعدها. هذا للبخاري وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٦٤ و١١٦ و٦٠١ بهذا السياق ومسلم ٢٥٣٧ في كتاب الفضائل. وأحمد ٢/٨٨، ١٣١ كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) جيد. أخرجه الترمذي ١٦٩ والنسائي في كتاب المناقب كما في نصب الراية ١/٢٤٩ وأحمد ١/١٥ والبيهقي ١/٤٥٢، ٤٥٣ من طرق كلهم عن علقمة عن عمر بن الخطاب وقال الترمذي: حديث حسن.
وتكلم عليه أحمد شاكر وقال: الإسنادان صحيحان.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ١/٣٧٩ من طريق منصور عن خيثمة بن عبد الرحمٰن عن رجل من قومه عن ابن مسعود مرفوعاً بهذا السياق وقوله: يعني... هو ضمن الحديث لا أنه من كلام ابن الهمام. ورواية: عروس. لم أرها بعد وربما كانت في المسند في مكان ثالث. أما المكان الثاني فهو في ١/٤٦٣ عن منصور عن خيثمة عن ابن مسعود مرفوعاً.
ولم يذكر هنا واسطة بين خيثمة وابن مسعود. فهو من هذه الطريق مرسل. قال في التقريب: خيثمة ثقة روى له الجماعة وكان يرسل اهـ. قلت: لكن لكونه ثقة فمرسله قوي.

.......﴿.......................

وحديث «من خاف أن لا يقوم»[1] رواه مسلم، وتمامه «فإن صلاة آخر الليل مشهودة» وذلك أفضل قوله: **(فتثبت الإباحة)** فيه نظر لأن المعنى أن التأخير إلى نصف الليل ملزوم لأمرين مكروه وهو تقليل الجماعة، ومندوب وهو قطع السمر. وإذا لزم من تحصيل المندوب كقطع السمر ارتكاب مكروه ترك على ما عرف في مسائل، فينبغي كون التأخير إلى النصف مطلوب الترك فلا يكون مباحاً، لأنه لا ترجيح في أحد طرفي المباح، والله الموفق.

وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله: أي قبل النصف الأخير: يعني أن الإباحة في آخر النصف الأول إنما تثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة، وفي النصف الأخير لم يوجد دليل الندب أصلاً لانقطاع السمر من قبل، لأن الغالب أن لا يكون في النصف الأخير سمر فتثبت الكراهة لبقاء دليلها سالماً عن المعارض. واعترض بتعجيل الفجر في أول الوقت فإنه مباح، ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب. وأجيب بأن المعارض ههنا موجود أيضاً وهو قوله تعالى ﴿وسارعوا إلى مغفرة من ربكم﴾ فإن المسارعة إلى العبادة بعد وجود السبب مندوب إليها لو لم يكن في التأخير معنى تكثير الجماعة فكان فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة إلى العبادة مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فتثبت الإباحة كذلك، بخلاف تأخير العشاء إلى النصف الأخير فإن دليل كراهته سالم عن معارضة دليل الندب أصلاً لأنه ليس فيه المسارعة إلى العبادة ولا تكثير الجماعة، ولا قطع السمر لانقطاعه قبله. ويستحب في الوتر لمن يألف الصلاة آخر الليل. روي آخر الليل بالنصب، وتقديره أن يوتر آخر الليل فيكون ظرفاً. وروي مرفوعاً وهو مفعول أقيم مقام فاعل يستحب. وفي بعض النسخ **(ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل تأخيرها إلى آخر الليل، فإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم)** وهو ظاهر. وقوله **(فإذا كان يوم غيم)** يعني هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما إذا كانت السماء مصحية، فإما إذا كانت متغيمة فالضابط العين مع العين: يعني كل ما فيه عين يعجل كالعصر والعشاء، وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يؤخر. أما وجه تعجيل العصر والعشاء فما ذكره في الكتاب وكذلك وجه تأخير الفجر. وقوله **(لأن تلك المدة مديدة)** يعني أن ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة فيؤمن أن يقع الأداء وقت طلوع الشمس، وأما تأخير الظهر فلأنه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن أن يقع الأداء قبل الوقت وكذلك تأخير المغرب. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله التأخير عنه في الكل لما ذكر في الكتاب.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٧٥٥ وأحمد ٣/ ٣٣٧، ٣٤٨ كلاهما من حديث جابر: من خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل فإن صلاة آخر الليل مشهودة وذلك أفضل.
هذا لفظ مسلم ورواية لأحمد. ورواية لمسلم: محضورة بدل مشهودة. ورواه ابن ماجه ١١٨٧.

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

(لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها) لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: «ثلاثة أوقات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا: عند طلوع الشمس حتى ترتفع،

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

استعمل الكراهة هنا بالمعنى اللغوي، فيشمل عدم الجواز وغيره مما هو مطلوب العدم، أو هو بالمعنى العرفي والمراد كراهة التحريم لما عرف من أن النهي الظني الثبوت غير المصروف عن مقتضاه يفيد كراهة التحريم وإن كان قطعيه أفاد التحريم فالتحريم في مقابلة الفرض في الرتبة وكراهة التحريم في رتبة الواجب والتنزيه برتبة المندوب والنهي الوارد من الأوّل، فكان الثابت به كراهة التحريم، وهي في الصلاة إن كانت لنقصان في الوقت منعت أن يصح فيه ما تسبب عن وقت لا نقص فيه لا لأنها كراهة تحريم بل لعدم تأدي ما وجب كاملاً ناقصاً، فلذا قال عقيب ترجمته بالكراهة لا تجوز الصلاة الخ، لكن إن أريد بعدم الجواز عدم الصحة والصلاة عام لم يصدق في كل صلاة لأنه لو شرع في نفل في الأوقات الثلاثة صح شروعه حتى وجب قضاؤه إذا قطعه خلافاً لزفر، ويجب قطعه وقضاؤه في غير مكروه في ظاهر الرواية، ولو أتمه خرج عن عهدة ما لزمه بذلك الشروع، وفي المبسوط القطع أفضل، والأول هو مقتضى الدليل، وإن أريد عدم الحل: كان أعم من عدم الصحة، فلا يستفاد منه خصوص ما هو حكم القضاء من عدم الصحة وهو مقصود الإفادة، والظاهر أن مقصوده الثاني، ولذا استدل بحديث عقبة بن عامر الثابت في مسلم وغيره «ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ نهانا أن نصلي فيهن أو نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس، وحين تضيف للغروب حتى تغرب»[1] وهو إنما يفيد عدم الحل في جنس الصلاة دون عدم الصحة في بعضها بخصوصه، والمفيد لها إنما هو قوله ﷺ «إن الشمس تطلع بين قرني شيطان، فإذا ارتفعت فارقها، ثم إذا استوت قارنها، فإذا زالت فارقها، فإذا دنت للغروب قارنها، وإذا غربت فارقها، ونهى عن الصلاة في تلك الساعات»[2] رواه مالك في الموطأ والنسائي، فإنه أفاد كون المنع لما اتصل بالوقت مما يستلزم فعل الأركان فيه التشبه بعبادة الكفار، وهذا المعنيّ بنقصان الوقت وإلا فالوقت

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

لما فرغ من بيان أحد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الآخر، ولقب الفصل بما يكره مع أن فيه ذكر ما لا تجوز فيه الصلاة اعتباراً للغالب. قوله **(لا تجوز الصلاة)** اعلم أن الفرائض لا تجوز عندنا في هذه الأوقات، وكذا النوافل في بعض الروايات، وعند الشافعي يجوز الفرض في هذه الأوقات في جميع البلدان، وتجوز النوافل عنده فيها بمكة، فقوله لا تجوز الصلاة إن أراد بها الفرض والنفل جميعاً يجعل الألف واللام للجنس لزمه أن لا يجوز النفل، وإذا لم يجز فإن شرع فيه

(قال المصنف ولا عند قيامها في الظهيرة) أقول في القاموس: الظهيرة حد انتصاف النهار، وإنما ذلك في القيظ انتهى، لكنها هنا لا تتقيد به قوله: **(لكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الأئمة في أصوله)** أقول: وذكره صاحب الهداية أيضاً في كتاب الصوم في آخر فصل فيما يوجبه على نفسه قوله: **(وفي النوافل بمعنى آخر فإنه يجعله فيها)** أقول: الضمير في قوله فيها راجع إلى النوافل قوله: **(وغيره جعل**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٨٣١ وأبو داود ٣١٩٢ والترمذي ١٠٣٠ والنسائي ٣/ ٨٢ وابن ماجه ١٥١٩ وأحمد ٤/ ١٥٢ كلهم من حديث عقبة بن عامر وكرره النسائي ١/ ٢٧٥.

(٢) مرسل جيد. أخرجه مالك ٢١٩ ح ٤٤ والنسائي ١/ ٢٧٥ وابن ماجه ١٢٥٣ والشافعي في الرسالة فقرة ٨٧٤ بتحقيق أحمد شاكر. كلهم من طريق عطاء بن يسار عن عبد الله الصُّنابحي أن رسول الله ﷺ قال: . . . فذكره.
قال البوصيري في الزوائد: مرسل ورجاله ثقات اهـ.
لأن الصُّنابحي تابعي قال ابن حجر في التقريب: هو عبد الرحمن بن عُسيلة بالتصغير أبو عبد الله الصُّنابحي ثقة من كبار التابعين قدم المدينة بعد موت النبي ﷺ بخمسة أيام.
روى عنه الجماعة اهـ هكذا ضبطه وهو في الموطأ والنسائي: عبد الله الصنابحي.

وعند زوالها حتى تزول، وحين تضيف للغروب حتى تغرب» والمراد بقوله وأن نقبر صلاة الجنازة لأن الدفن غير مكروه، والحديث بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تخصيص الفرائض، وبمكة في حق النوافل، وحجة

لا نقص فيه نفسه بل هو وقت كسائر الأوقات إنما النقص في الأركان فلا يتأدى بها ما وجب كاملاً فخرج الجواب عما قيل لو ترك بعض الواجبات صحت الصلاة مع أنها ناقصة تأدى بها الكامل لأن ترك الواجب لا يدخل النقص في الأركان التي هي المقوّمة للحقيقة. بخلاف فعل الأركان في ذلك الوقت، وعن الكافر والصبي والمجنون إذا أسلم وبلغ وأفاق في الجزء المكروه فلم يؤد حتى خرج الوقت فإن السبب في حقهم لا يمكن جعله كل الوقت حين خرج إذ لم يدركوا مع الأهلية إلا ذلك الجزء فليس السبب في حقهم إلا إياه، ومع هذا لو قضوا في وقت مكروه لا يجوز لأن الثابت في ذمته كامل، إذ لا نقص في الوقت نفسه بل المفعول فيه يقع ناقصاً، غير أن تحمل ذلك النقص لو أدى فيه العصر ضروري لأنه مأمور بالأداء فيه، فإذا لم يؤد لم يوجد النقص الضروري وهو في نفسه كامل فيثبت في ذمته كذلك فلا يخرج عن عهدته إلا بكامل، بخلاف ما لو قضى في وقت مكروه ما قطعه من النفل المشروع فيه في وقت مكروه حيث يخرجه عن العهدة وإن كان آثماً، لأن وجوبه ضرورة صيانة المؤدي عن البطلان ليس غير، والصون عن البطلان يحصل مع النقصان، وكذا سجدة التلاوة في الوقت المكروه وصلاة الجناز لأنهما لإظهار مخالفة الكفار بالانقياد وقضاء حق الميت بالدعاء له، وكل منهما يتحقق مع النقصان، أو نقول عند التلاوة يخاطب بالأداء موسعاً ومن ضرورته تحمل ما يلزمه من النقص لو أدى عندها، بخلاف ما إذا تليت في غير مكروه فإن الخطاب لم يتحقق بأدائها في وقت مكروه موسعاً فلا يجوز قضاؤها في مكروه، وهذا الوجه أسلم إذ يستلزم الأول جواز أدائها في مكروه وإن تليت في غيره، ومثله بعينه في صلاة الجنازة وهو معنى قول المصنف حتى لو صلاها فيه أو تلا سجدة فيه وسجدها إلى قوله: إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة يقتضي كلامه أن الأولى تأخيرهما إذا تحقق سببهما في الوقت المكروه. وفي التحفة إذا حضرت جنازة في الأوقات الثلاثة فالأفضل أن يصلي ولا يؤخرها، بخلاف الفرائض فإنها وجبت لعينها: أي ابتداء إقامة الخدمة الملك سبحانه المستحقة على وجه الكمال فاقتصر على هذا التقرير فإنه يدفع أوهاماً بعد إتقانه إن شاء الله سبحانه قوله: **(حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض)** أي المقضيات، وبمكة أي وتخصيص الصلاة مطلقاً بمكة فرضها، ونفلها وعلى أبي يوسف رحمه الله في إباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال، أما إخراج الفرائض فبقوله ﷺ **«من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»**[1] متفق عليه، وأما بمكة فحديث جبير بن مطعم مرفوعاً **«يا بني عبد مناف لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت**

وأفسده ينبغي أن لا يجب عليه قضاؤه، لكن يجب عليه قضاؤه، ذكره شمس الأئمة في أصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن أراد بها الفرض وحده وأن النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعي في تجويزه النوافل، وصاحب النهاية جعل أن للجنس متناولاً للفرض والنفل. وأجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بأن معنى قوله لا يجوز فعله شرعاً لزمه وأما لو شرع لزمه كما تقول لا تجوز مباشرة البيع الفاسد أما لو باشر قبض المبيع ثبت الملك ويلزم عليه أن يكون عدم الجواز في الفرائض بمعنى وفي النوافل بمعنى آخر، فإنه يجعله فيها من قبيل نهي يقتضي القبح لمعنى في غيره يجاوره جمعاً وذلك يقتضي الكراهة كما عرف في أصول الفقه، وغيره جعل اللام لنوع

اللام الخ) أقول: يعني غير صاحب النهاية.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٧ ومسلم ٦٨٤ وأبو داود ٤٤٢ والترمذي ١٧٨ والنسائي ١/ ٢٩٣ وابن ماجه ٦٩٦ والدارمي ١٢٠٩ والبيهقي ٢/ ٢١٨ وأحمد ٣/ ١٠٠، ٢٦٧، ٢٨٢، ٢٤٣ كلهم من حديث أنس: من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك. هكذا رواه الجماعة ورواية لأحمد والدارمي بزيادة من نسي صلاة أو نام عنها... الحديث ورواية ثانية لمسلم كذلك.
وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الإمام مسلم ٦٨٠ والنسائي ١/ ٢٩٦، ٢٩٧ وابن ماجه ٦٩٧ كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه.

على أبي يوسف رحمه الله في إباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال.

وصلى آية ساعة شاء من ليل أو نهار»[1] وبحديث أبي ذرّ في معناه[2]، رواه الدارقطني والبيهقي، وهو معلول بأربعة أمور: انقطاع ما بين مجاهد وأبي ذرّ فإنه الذي يرويه عنه، وضعف ابن المؤمل، وضعف حميد مولى عفراء، واضطراب سنده، ورواه البيهقي وأدخل قيس بن سعد بين حميد هذا وبين مجاهد، ورواه سعيد بن سالم فأسقطه من البين. وأما إخراج أبي يوسف رحمه الله في مسند الشافعي رحمه الله، أخبرنا إبراهيم بن محمد عن إسحاق بن عبد الله عن سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة»[3] أما حديث «من نام عن صلاة»[4] فهو وإن كان خاصاً في الصلاة لكن كونه مخصصاً

مخصوص وهو الفرض، وقال حتى لو صلى النفل في الأوقات المكروهة جاز ويكره، ونقل ذلك عن الكرخي والإسبيجابي، ويلزمه أن لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعي مستقيماً كما ذكرنا آنفاً لا يقال: المراد بقول المصنف لا تجوز الصلاة الفرض، والحجة على الشافعي الحديث فإنه قال: «نهانا أن نصلي» والمراد بالصلاة الفرض والنفل جميعاً، والدليل يجوز أن يكون أعم من المدلول لأنا نقول: إن كان المراد بالنهي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعاً لزم عليه ما نقله عن الكرخي والإسبيجابي، وإن كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي إلا إذا ثبت أن أصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز بلا كراهة، ولم أطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ، وإن كان عدم الجواز في الفرض والجواز مع الكراهة في النفل لزم اختلاف معنى اللفظ الواحد مرادين لا على سبيل الكناية وهو غير جائز، وأرى أن المراد عدم الجواز في الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا، ولا يلزمه ما نقل عن الكرخي والإسبيجابي لأنه اختار خلافه، والله أعلم. وإذا ظهر لك ما قررنا تبين أن النسخة الصحيحة هو أن يقال (حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة) لأنه هو الذي يفيد ما ذكرنا من مذهبه وإن كان فيه إغلاق دون ما عداها وهو ما وقع في بعضها من قوله في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وفي بعضها في التخصيص بمكة وفي بعضها لم يذكر النوافل، وحجة الشافعي قوله ﷺ «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها» وهو مطلق، وفي تخصيص مكة ما روى أبو ذر النهي عن الصلاة في هذه الأوقات مقروناً بقوله إلا بمكة. والجواب عن الأول أن المبيح والحاظر إذا تعارضا جعل الحاظر متأخراً وقد عرف في الأصول، وعن الثاني أن هذه الزيادة لم تثبت لأنها شاذة أو أن معناه ولا بمكة كما في قوله تعالى ﴿إلا خطأ﴾ أي ولا خطأ ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي تحل الصلاة عنده، قال في الأصل: إذا ارتفعت الشمس قدر رمح أو رمحين. وقال الفضيلي: ما دام الإنسان يقدر على النظر إلى قرص الشمس فالشمس في الطلوع فلا تصح الصلاة فإذا عجز عن النظر حلت. وقوله حين تضيف للغروب بمعنى تميل، قيل التخصيص بالثلاثة يفيد الانحصار، وقد ذكر الأصحاب غيرها من الأوقات ما

وورد من حديث أبي قتادة مطولاً أخرجه مسلم ٦٨١ وأبو داود ٤٤١ والترمذي ١٧٧ والنسائي ١/ ٢٩٤ وابن ماجه ٦٩٨ كلهم عن أبي قتادة مرفوعاً وفيه: إنه ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة فإذا نسي أحدكم صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها].

رواه أبو داود وغيره مختصر وهو عند مسلم له قصة وكذا رواه أحمد ٥/ ٢٩٨، ٣٠٢، ٣٠٧.

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨٩٤ والترمذي ٨٦٨ والنسائي ١/ ٢٨٤ وابن ماجه ١٢٥٤ والحاكم ١/ ٤٤٨ والبيهقي ٢/ ٤٦١ وأحمد ٤/ ٨٠ كلهم من حديث جبير بن مطعم وكذا الدارقطني ٢/ ٢٦٦.

وقال الترمذي: حسن صحيح. وصححه الحاكم على شرط مسلم وأقره الذهبي وهو كما قالوا إسناده متصل ورجاله ثقات.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٥ والبيهقي ٢/ ٤٦١ كلاهما عن مجاهد عن أبي ذر أنه أخذ بعضادة باب الكعبة.

ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يصلينّ أحد بعد الصبح إلى طلوع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس إلا بمكة يقول ذلك ثلاثاً.

وفيه ابن المؤمل ضعيف وهو منقطع أيضاً وله علل ذكرها ابن الهمام وقد قال البيهقي عقبه: هذا حديث يعد في أفراد ابن مؤمل وهو ضعيف وهو منقطع. وقد ذكر الزيلعي في ١/ ٢٥٤ علله الأربع نقله عن ابن دقيق العيد. وضعفه الزيلعي.

(٣) ضعيف. أخرجه الشافعي في مسنده ١ ح ٤٠٨ من حديث أبي هريرة وفي أسناده إسحاق بن عبد الله بن أبي فروَة.

قال الذهبي في الميزان: قال البخاري: تركوه وقال أحمد: لا يكتب حديثه.

قال الذهبي: ولم أر أحداً مشاه اهـ وأخرجه البيهقي ١/ ٤٦٤ من هذا الطريق.

(٤) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

قال (**ولا صلاة جنازة**) لما روينا (**ولا سجدة تلاوة**) لأنها في معنى الصلاة (**إلا عصر يومه عند الغروب**) لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت، لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده، ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدّي في آخر الوقت قاض، وإذا كان كذلك فقد أدّاها كما وجبت، بخلاف غيرها من الصلوات لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص. قال رضي الله عنه: والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة، حتى لو صلاها فيه

لعمومها في حديث عقبة بن عامر[1] يتوقف على المقارنة، فلما لم يثبت فهو معارض في بعض الأفراد فيقدم حديث عقبة لأنه محرم، ولو تنزلنا إلى طريقهم في كون الخاص مخصصاً كيفما كان فهو خاص في الصلاة عام في الأوقات، فإن وجب تخصيصه عموم الصلاة في حديث عقبة بن عامر وجب تخصيص حديث عقبة عموم الوقت، لأنه خاص في الوقت، وتخصيص عموم الوقت هو إخراجه الأوقات الثلاثة من عموم وقت التذكر في حق الصلاة الفائتة، كما أن تخصيص الآخر هو إخراج الفوائت عن عموم منع الصلاة في الأوقات الثلاثة، وحينئذ فيتعارضان في الفائتة في الأوقات المكروهة، إذ تخصيص حديث عقبة يقتضي إخراجها عن الحل في الثلاثة، وتخصيص حديث التذكر للفائتة من عموم الصلاة يقتضي حلها فيها، ويكون إخراج حديث عقبة أولى لأنه محرم. وأما حديث مكة[2] فبعد التنزل فيه عام في الصلاة والوقت فيتعارض عمومهما في الصلاة، ويقدم حديث عقبة لما قلنا، وكذا يتعارضان في الوقت إذ الخاص يعارض العام عندنا، وعلى أصولهم يجب أن يخص منه حديث عقبة الأوقات الثلاثة لأنه خاص فيها. وأما حديث[3] أبي يوسف رحمه الله فالواقع بعد التنزل فيه أيضاً استثناء يوم

يكره فيها الصلاة وذلك يستلزم إبطال العدد المنصوص عليه شرعاً. وأجيب بأن غيرها ليس بمعناها لأنه يجوز فيها قضاء الفوائت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فيها، بخلاف الثلاثة المذكورة فإن ذلك لا يجوز فيها، وإذا كان المعنى مختلفاً لا يلزم الإبطال بل يكون كل واحد منهما ثابتاً بدليل على حدة، فأما الثلاثة المذكورة فبدليل حديث عقبة رضي الله عنه، وأما غيرها فلما جاء في الأحاديث من قوله ﷺ «لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس» وكذلك غيرهما. وقوله (**وحجة على أبي يوسف في إباحة النفل يوم الجمعة**) روي عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس بالصلاة وقت الزوال يوم الجمعة لحديث أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في نصف النهار إلا يوم الجمعة» وأجيب بأنه منقطع أو معناه: ولا يوم الجمعة كما تقدم في جواب الشافعي. وقوله (**ولا صلاة جنازة**) معطوف على أول الكلام. وقوله (**لما روينا**) يعني قوله «وأن نقبر موتانا» وقوله (**ولا سجدة تلاوة لأنها في معنى الصلاة**) في أنها يشترط لها ما يشترط للصلاة، يعني لما كانت في معنى الصلاة كانت داخلة تحت النهي عن الصلاة في قوله: ثلاثة أوقات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها. فإن قيل: ما بالها لم تلحق بها في قوله عليه الصلاة والسلام «ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعاً» فينتقض وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلاة. أجيب بأن اللام في قوله فليعد الوضوء والصلاة للعهد التي

قوله: (**فينتقض وضوء الضاحك**) أقول: جواب النفي قوله: (**أجيب بأن اللام في قوله فليعد الوضوء والصلاة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس الخ**) أقول: ليس الموصوف ظاهراً في الكلام قوله: (**فكان في معناه الخ**) أقول فيه: أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يفهم العلة من يفهم اللغة وليس هنا كذلك قوله: (**كالعصر يستأنف**) أقول: قوله يستأنف صفة للعصر من قبيل: ولقد أمر على اللئيم يسبني قوله: (**وأقول في الجواب، إلى قوله: ولا يمكن أن يكون كل الوقت شرطاً الخ**) أقول: فيه بحث قوله: (**ووجهه ما ذكرناه**) أقول: وهو أن السبب كل الوقت إذا لم يقع الأداء فيه قوله: (**قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة، إلى قوله: ولا محذور فيه**) أقول:

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) هو حديث جبير بن مطعم تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٣) هو ما رواه الشافعي وقد تقدم قبل حديثين وإسناده ساقط. فلا حاجة للمناقشة لكونه لم يثبت. لكن ربما تمسك أبو يوسف بأدلة أخرى فالله أعلم ولو تمسك بحديث جبير بن مطعم يكفيه فهو حديث قوي وله شواهد.

أو تلا سجدة فيه فسجدها جاز لأنها أديت ناقصة كما وجبت إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة **(ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب)** لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك **(ولا بأس**

الجمعة، والاستثناء عندنا تكلم بالباقي فيكون حاصله نهياً مقيداً بكونه بغير يوم الجمعة فيقدم عليه حديث عقبة المعارض له فيه لأنه محرم، وقد يقال: يحمل المطلق على المقيد لاتحادهما حكماً وحادثة قوله: **(والمراد الخ)** اختلف في ذلك، فحمله الترمذي على الصلاة كالمصنف، وكذا ابن المبارك، وحمله أبو داود على الدفن الحقيقي، ويترجح الأوّل بما رواه الإمام أبو حفص عمر بن شاهين في كتاب الجنائز من حديث خارجة بن مصعب عن ليث ابن سعد عن موسى بن علي عن أبيه عن عقبة بن عامر قال «نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي على موتانا عند ثلاث: عند طلوع الشمس» الحديث[1]. وقال البيهقي في كتاب المعرفة: ورواه روح بن القاسم عن موسى بن علي عن أبيه

وجدت فيها القهقهة لا للجنس، والمعهود صلاة ذات تحريمة وركوع وسجود، والسجود المجرد ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به. وأما النهي عن الصلاة في هذه الأوقات فلئلا يلزم التشبه بالصلاة بعبدة الشمس، والسجود المجرّد يحصل به ذلك فكان في معناه فألحق به كذا في الشروح، ولو قيل لأنها في معنى الصلاة من حيث وقوع التشبه به بعبدة الشمس وقوعه بالصلاة فدخلت تحت نهي ورد عن الصلاة كذلك كان أخصر وأحكم. وقوله **(إلا عصر يومه عند الغروب)** مستثنى من قوله ولا عند غروبها. وقوله **(لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت)** وقد تقدم أن سبب الصلاة أوقاتها لكن لا يمكن أن يكون كل الوقت سبباً لأنه لو كان كله سبباً لوقع الأداء بعده لوجوب تقدم السبب بجميع أجزائه على المسبب فلا يكون أداء، وليس دليل يدل على قدر معين منه كالربع والخمس أو غيرهما فوجب أن يجعل بعض منه سبباً، وأقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزأ والجزء السابق لعدم ما يزاحمه أولى، فإن اتصل به الأداء تعين الحصول المقصود وهو الأداء، وإن لم يتصل ينتقل إلى الجزء الذي يليه ثم وثم إلى أن يضيق الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضي، لأنه لو تقرر كانت الصلاة في آخر الوقت قضاء وليس كذلك لما سنذكر، فكان الجزء الذي يلي الأداء هو السبب أو الجزء المضيق أو كل الوقت إن لم يقع الأداء فيه، لأن الانتقال من الكل إلى الجزء كان لضرورة وقوع الأداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل وقد زالت فيعود كل الوقت سبباً، ثم الجزء الذي يتعين سبباً تعتبر صفته من الصحة والفساد، فإن كان صحيحاً بأن لا يكون موصوفاً بالكراهة ولا منسوباً إلى الشيطان كالظهر وجب المسبب كاملاً فلا يتأدى ناقصاً وإن كان فاسداً: أي ناقصاً بأن يكون منسوباً إلى الشيطان كالعصر يستأنف وقت الاحمرار وجب الفرض فيه ناقصاً فيجوز أن يتأدى ناقصاً لأنه أداه كما وجب، بخلاف غيرها من الصلوات الواجبة بأسباب كاملة فإنها لا تقضي في هذه الأوقات لأن ما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً وقد ذكرنا ذلك في الأنوار والتقرير مستوفى بعون الله وتأييده، وإذا عرفت ذلك فقوله لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لأن السبب إما أوّل جزء أو الذي يلي الأداء، أو الجزء المضيق، أو كل الوقت عند خروجه كما عرف في الأصول. وأما قوله **(فالمؤدي في آخر الوقت قاض)** فقال صاحب الكافي إنه مشكل لأنه غير قاض بل مؤد باعتبار بقاء الوقت، وأيضاً يلزمه على تقريره جواز قضاء العصر في هذا الوقت لأن الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصاً فينبغي أن يجوز كعصر يومه. والجواب عن الأول أن كلامه فيمن أخر العصر إلى الغروب، ولا شك أن السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق. وعن الثاني بأن الجزء إذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل إلى غيره كان التأخير عنه تفويتاً للواجب بالاستقراء في قوانين الشرع كالجزء الأخير من الوقت في الصلاة والجزء الأول من اليوم في الصوم، هكذا أجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز رحمه الله. وردّ عليه بأن الفوات بالتفويت عن الجزء الأخير من الوقت إنما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببية،

وفيه بحث، فإن شرط الدليل اللفظي أن يكون طبق المحذوف فلا يجوز زيد ضارب، وعمرو أي ضارب وتريد بضارب المحذوف معنى يخالف المذكور بأن يقدر أحدهما بمعنى السفر والآخر بمعنى الإيلام، وممن صرح بذلك ابن هشام في مغني اللبيب قوله: **(قلت حكاية فعل الخ)** أقول: لا يندفع به الإشكال الوارد على قول الراوي نهانا فإنه بمعنى النفي بالنسبة إلى الفرائض، وعلى حقيقته بالنسبة إلى صلاة الجنازة وسجود التلاوة فليتأمل قوله: **(ولأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وأنه لا يجوز)** أقول: فيه شيء إلا أن يكون

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل رواه مسلم وغيره.

. . . . :

وزاد فيه: قلت لعقبة أيدفن بالليل؟ قال: نعم، قد دفن أبو بكر قوله: (نهى عن ذلك) فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما: شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس، وبعد العصر حتى تغرب»[1] متفق عليه، وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين «ركعتان لم يكن رسول الله ﷺ يدعهما سرّاً ولا علانية: ركعتان قبل صلاة الصبح، وركعتان بعد العصر»[2] وفي لفظ لهما «ما كان النبي ﷺ يأتيني في يوم بعد العصر إلا صلى ركعتين»[3] وفي لفظ لمسلم عن طاوس عنها قالت: وهم عمر رضي الله عنه «إنما نهى رسول الله ﷺ أن يتحرّى طلوع الشمس وغروبها، قال رسول الله ﷺ «لا تحروّا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها فتصلوا عند ذلك»[4] وفي لفظ للبخاري عن أم أيمن عن عائشة رضي الله عنها قالت: والذي ذهب به ما تركهما حتى لقي الله تعالى، وما لقي الله حتى ثقل عن الصلاة، وكان يصليهما ولا يصليهما في المسجد مخافة أن تثقل على أمته، وكان يحب ما خفف عنهم[5]، فالعذر عنه أن هاتين الركعتين من خصوصياته،

وكذلك عن الجزء الأول من اليوم لأن وقت الصوم كل النهار فإذا فات البعض فات الكل. وأقول في الجواب عن السؤال: إن كل ما كان سبباً للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن أن يكون كل الوقت شرطاً وإلا لكان في الأداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد وأن يكون الجزء القائم إذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في آخر الوقت قاضياً لفوات شرط الأداء. وعن الثاني بأن قوله بخلاف غيرها من الصلوات يتناول العصر الفائتة لأن العصر الفائتة غير عصر يومه لا محالة، وقد قال لأنها وجبت كاملة وكل ما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً، غير أنه لم يذكر وجه وجوبها كاملة ووجه ما ذكرناه. قال (والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة) يعني أن المراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة هو الكراهية، يعني به نفي عدم الجواز، بخلاف الفرائض في هذه الأوقات الثلاثة سوى عصر يومه، فإن قوله لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس إلى آخره مجري على حقيقة عدم الجواز. فإن قلت: فعلى هذا يكون قوله لا يجوز مستعملاً في عدم الجواز بالنسبة إلى الفرائض وفي الكراهية بالنسبة إلى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز. قلت: يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكونا مرادين بلفظين ولا محذور فيه. فإن قلت: فماذا تفعل في الدليل وهو قول عقبة: نهانا فإنه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة حينئذ؟ قلت:

الواو بمعنى أو: يعني أن تناول قوله لا تجوز الصلاة للفرض والنفل غير مستقيم لأحد أمرين، فإنه إن أريد بنفي الجواز عدم الصحة يلزم خلاف ما نص الأصحاب عليه في النفل، وإن أريد به عدم الصحة في الفرض والكراهة مع الجواز في النفل يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز قوله: (والحق أن يقال: معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تتغير للغروب، فإنه لو كان على حقيقته) أقول: لا يقال: الاحتياج إلى التأويل مسلم في الغروب، فإن ما قبل الغروب وقت مكروه، وأما ما قبل الطلوع فإنه وقت كامل لا كراهة فيه، فلو أبق على ظاهره لا يلزم شيء. لأنا نقول: بل يلزم، فإن الراجح دخول ما بعد حتى في حكم ما قبلها، نعم يلزم الإشكال في حديث عقبة بن عامر إلا أن يؤول بالقرب منه فيه أيضاً فليتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨١ ومسلم ٨٢٦ وأبو داود ١٢٧٦ والترمذي ١٨٣ والنسائي ١/٢٧٦ وابن ماجه ١٢٥٠ كلهم عن ابن عباس واللفظ للبخاري وأبي داود وابن ماجه أما مسلم وغيره فصدره: سمعت غير واحد من أصحاب النبي ﷺ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٢ ومسلم ٨٣٥ ح ٣٠٠ كلاهما من حديث عائشة.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٣ ومسلم ٨٣٥ ح ٣٠١ واللفظ للبخاري. كلاهما عن عائشة. ورواه الترمذي في باب الصلاة بعد العصر معلقاً بلا سند.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٨٣٣ من حديث عائشة رواه مسلم في روايتين جمعها المصنف ابن الهمام.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٠ من حديث عائشة. بهذا السياق. والبيهقي ٢/٤٥٨ أيضاً من حديث عائشة.

بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة) لأن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض، وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة، وظهرت في حق المنذور لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته، وفي حق ركعتي الطواف، وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لأن

وذلك لأن أصلهما أنه عليه الصلاة والسلام فعلهما جبراً لما فاته من الركعتين بعد الظهر أو قبل العصر حين شغل عنهما، وكان ﷺ إذا عمل عملاً أثبته فداوم عليهما وكان ينهي غيره عنهما، أما الأول فلما في مسلم والبخاري والمغازي عن كريب مولى ابن عباس رضي الله عنهما أن ابن عبد الله بن عباس وعبد الرحمٰن بن أزهر ومسور بن مخرمة أرسلوه إلى عائشة زوج النبي ﷺ فقالوا: أقرأ عليهما السلام منا جميعاً وسلها عن الركعتين بعد العصر وقل بلغنا أنك تصلينها وأن رسول الله ﷺ نهى عنهما، قال كريب: فدخلت على عائشة رضي الله عنها فأخبرتها، فقالت: سل أم سلمة، فرجعت إليهم فأخبرتهم، فردوني إلى أم سلمة، فقالت أم سلمة رضي الله عنها: سمعت رسول الله ﷺ نهى عنهما ثم رأيته يصليهما، فقيل له في ذلك فقال: إنه أتاني ناس من عبد القيس بالإسلام من قومهم فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان[١]. وأخرج مسلم عن أبي سلمة أنه سأل عائشة رضي الله عنها عن السجدتين اللتين كان رسول الله ﷺ يصليهما بعد العصر فقالت: كان يصليهما قبل العصر، ثم إنه شغل عنهما أو نسيهما فصلاهما بعد العصر ثم أثبتهما، وكان إذا صلى صلاة أثبتها يعني داوم عليها[٢]. وأما الثاني فأخرج أبو داود من جهة ابن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها أنها حدثته بأن رسول الله ﷺ كان يصلي بعد العصر ركعتين وينهى عنهما ويواصل وينهى عن الوصال[٣]. واستفدنا من الحديث

حكاية فعل فجاز أن يكون النهي مكرراً في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة أخرى، وأما قوله لا تجوز الصلاة متناولاً للفرض والنفل جميعاً فإنما يستقيم على غير ظاهر الرواية، وهو أن النفل أيضاً لا يجوز في هذه الأوقات كما تقدم، وأما على ظاهر الرواية فإنه غير مستقيم لأنه إذا شرع في التطوع في هذه الأوقات وجب عليه القضاء، ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط، وكذا لو قطعها وأداها في وقت آخر مكروه مثله جاز ولأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وأنه لا يجوز. قوله **(ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي أنه ﷺ نهى عن ذلك)** والحديث في الصحيحين. واستشكل بأنه غيا الكراهة إلى الطلوع والغروب، وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، وههنا ليس كذلك لأنها ثابتة بعد الطلوع إلى ارتفاعها، وبعد الغروب إلى أداء المغرب. والجواب أنه تشبث بمفهوم الغاية وهو غير لازم، على أن المخالفة ثابتة إذ الكراهة بعد الطلوع والغروب بمعنى آخر. والحق أن يقال: معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تتغير للغروب، فإنه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده. وقوله **(ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين)** يعني بعد الفجر والعصر **(الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لأن الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به)** وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض، فإن شغل الوقت بحقيقة الفرض أولى من الشغل بحقه فلا يظهر في حق الفرائض، وما هو بمعناها في الوجوب لعينه كسجدة التلاوة فإنها تجب لعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع فصارت كالفرائض، وكذلك صلاة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه، ثم أفسده لتعلق وجوب المنذور بسبب من جهته: أي جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع فكان كالصلاة التي شرع فيها تطوّعاً، ولأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل ولصيانة المؤدى لئلا يلزم إبطال العمل، وإذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٣٧٠ ومسلم ٨٣٤ كلاهما من حديث عائشة وأبو داود ١٢٧٣ كذلك.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٣٥ بهذا السياق وآخره: تعني: داوم عليها. هكذا رواه مسلم ووقع عند المصنف: يعني وكذا في نصب الراية ١/ ٢٥٢ وكلاهما يصح. والبيهقي ٢/ ٤٥٧.

(٣) حسن أخرجه أبو داود ٢٨٠ والبيهقي. ٢/ ٤٥٨ وقال المنذري في مختصره: فيه ابن إسحاق مختلف فيه. قلت: حديثه حسن وله شواهد.

الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدي عن البطلان **(ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر)** لأنه عليه الصلاة والسلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة **(ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض)** لما فيه

الأول تردد عائشة رضي الله عنها فيما جزمت به في ذلك الحديث من قولها وهم عمر الخ، فإن إحالتها على أم سلمة رضي الله عنها عند استعلام السائل الحكم يفيد ترددها أو التقوّي بموافقتها، ويؤيد ما ذكرنا أن عمر رضي الله عنه كان يضرب عليهما. في موطأ مالك عن السائب بن يزيد أنه رأى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضرب المناكب في الصلاة بعد العصر[١]، وكان هذا بمحضر من الصحابة من غير نكير، فكان إجماعاً على أن المتقرر بعده عليه الصلاة والسلام عدم جوازهما، ثم كان ذلك دأبه لا أنه وقع منه مرة فلم يطلع عليه بعضهم أو يجوز رجوعه كما يفيد قول أنس بن مالك حين سئل عن التطوع بعد العصر: كان عمر رضي الله عنه يضرب الأيدي عن صلاة بعد العصر الحديث[٢] رواه مسلم قوله: **(لأن الكراهة الخ)** الله أعلم بما دل على هذا الاعتبار، ثم النظر إليه يستلزم نقيض قولهم العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص، لأنه يستلزم معارضة النص بالمعنى، والنظر إلى النصوص يفيد منع القضاء تقديماً للنهي العام على حديث التذكر[٣]. نعم يمكن إخراج صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بأنهما ليسا بصلاة مطلقة. ويكفي في إخراج القضاء من الفساد العلم بأن النهي ليس لمعنى في الوقت وذلك هو الموجب للفساد، وأما من الكراهة ففيه ما سبق قوله: **(وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة)** المراد بما وجب لعينه ما لم يتعلق وجوبه بعارض بعد أن كان نفلاً كالمنذور، وسواء كان مقصوداً بنفسه أو لغيره كمخالفة الكفار وموافقة الأبرار في سجدة التلاوة وقضاء حق الميت في صلاة الجنازة. وعن أبي يوسف: لا يكره المنذور، ولا أثر لإيجاب العبد كما لا أثر لتلاوته في إثبات الكراهة في السجدة. وقد يقال وجوب السجدة في التحقيق متعلق بالسماع لا بالاستماع ولا التلاوة، وذلك ليس فعلاً من المكلف بل وصف خلقي فيه، بخلاف النذر والطواف والمشروع فيه ولولاه لكانت الصلاة نفلاً قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام الخ)** روى مسلم عن حفصة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر لا يصلي إلا ركعتين خفيفتين»[٤] وفي أبي داود والترمذي عن ابن عمر رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام «لا صلاة بعد الفجر إلا سجدتين»[٥] لفظ الترمذي. وفي التجنيس: تطوّع آخر الليل فلما صلى

ظهرت في حق المنذور الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع الواجبين فلأن تظهر في حق النوافل أولى. وقوله **(لا لمعنى في الوقت)** تأكيد لقوله لحق الفرض، وفيه إشارة إلى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الأوقات

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢٢١ ح ٥٠ عن الزهري عن السائب بن يزيد أنه رأى عمر يضرب المنكدر في الصلاة بعد العصر. هذا لفظ مالك. وقد وقع عند المصنف: المناكب بدل المنكدر. فليحرر فهو تحريف ظاهر يحتاج إلى ترجيح.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٣١ عن أنس وتمامه: وكنا نصلي على عهد رسول الله ﷺ ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب فقلت لأنس: أكان رسول الله ﷺ صلاهما؟ قال: كان يرانا نصليهما فلم يأمرنا ولم ينهنا. ورواه أبو داود ١٢٨٢ من هذا الوجه دون خبر عمر.

(٣) وهو: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها.
تقدم تخريجه وهو صحيح. انظر/ ١/ ٢٣٣.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٧٢٣ و٨٨ من حديث ابن عمر عن حفصة. وهو عند البخاري ١١٨١ بدون لفظ: خفيفتين.
ورواه ابن ماجه ١١٤٥ مع تغير يسير فيه. كلهم عن ابن عمر حفصة.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ١٢٧٨ والترمذي برقم ٤١٩ واللفظ له. كلاهما من حديث ابن عمر. وكذا رواه أحمد ٢/ ١٠٤ بنحو سياق أبي داود والبيهقي ٢/ ٤٦٥.
وقال الترمذي: حسن صحيح غريب من هذا الوجه اهـ.
وفي بعض رواته كلام لا يضر وله شواهد فقد أخرجه الدارقطني.
والبيهقي ٢/ ٤٦٥ كلاهما عن عبد الله بن عمر وبن العاص مرفوعاً بمثل سياق المصنف وهذا صححه أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي.
حيث قال: هذه أسانيد صحاح اهـ.
قلت: وفيه نظر ففي إسناد كلا الحديثين ضعف فلا يرقى عن درجة الحسن.

من تأخير المغرب **(ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ)** من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة.

ركعة طلع الفجر الإتمام أفضل لأنه وقع التنفل بعد الفجر لا عن قصده. وفي المجتبى: تخفف القراءة في ركعتي الفجر. هذا ومما تكره الصلاة النافلة فيه بعد الغروب قبل الفرض وعند الإقامة يوم الجمعة وعند خطبة الجمعة والكسوف والعيد والاستسقاء وقبل صلاة العيد، وذكر بعضهم: لا يتنفل بعد صلاتي الجمع بعرفات والمزدلفة، ويتصل بهذا كراهة الكلام، يكره الكلام بعد انشقاق الفجر إلى أن يصلي إلا بخير وبعد الصلاة لا بأس به وبالمشي في حاجته، وقيل يكره إلى الشمس، وقيل إلى ارتفاعها، وبعد العشاء أباحه قوم وحظره قوم، وكان عليه الصلاة والسلام يكره النوم قبلها والحديث بعدها[1]، والمراد بما ليس فيه خير، وإنما يتحقق الخير في كلام هو عبادة فإن المباح لا خير فيه كما لا إثم فيه، وسنعقد للركعتين قبل صلاة المغرب كلاماً في باب النوافل إن شاء الله تعالى.

الثلاثة المذكورة بأن ذلك لمعني في الوقت وهو كونه منسوباً إلى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل وغيرهما، وهذا لمعنى شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري أولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النوافل دون الفرض الحقيقي. فإن قيل: ركعتا الطواف واجب عندنا على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي أن يؤتى بهما كسجدة التلاوة في هذين الوقتين، وعذره بأن الوجوب لختم الطواف بالصلاة ينتقض بسجدة التلاوة، فإن وجوبها للتلاوة وهي فعله أيضاً. والجواب ما أشرنا إليه أن السجدة قد تجب بتلاوة غيره إذا سمعه من غير قصد، ولا كذلك ركعتا الطواف. وقوله **(ويكره أن يتنفل)** ظاهر. وقوله **(مع حرصه)** صلى الله عليه وسلم **(على الصلاة)** يعني أن الترك مع الحرص على إحراز فضيلة النفل دليل الكراهة، وكذلك قوله **(ولا يتنفل بعد الغروب)** ظاهر، والمعنى في النهي في هذه الأوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لأنه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وللمبادرة إلى أداء المغرب فإنها فيه مستحبة ولنفي التشاغل عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرائض فكان الحاصل أن ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت أثر في الفرائض والنوافل جميعاً، وما كان لمعنى في غيره أثر في النوافل دون الفرائض وما هو بمعناها.

---

(١) رواه الجماعة بأتم منه وقد تقدم في ٢/ ٢٢٩.

باب الأذان

(الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها) للنقل المتواتر **(وصفة الأذان معروفة)** وهو كما أذن الملك النازل من السماء **(ولا ترجيع فيه)** وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما. وقال الشافعي

باب الأذان

قوله: **(الأذان سنة)** هو قول عامة الفقهاء وكذا الإقامة. وقال بعض مشايخنا واجب لقول محمد: لو اجتمع أهل بلد على تركه قاتلناهم عليه. وأجيب بكون القتال لما يلزم الاجتماع على تركه من استخفافهم بالدين بخفض أعلامه لأن الأذان من أعلام الدين لذلك لا على نفسه. وعند أبي يوسف يحبسون ويضربون ولا يقاتلون بالسلاح كذا ينقله بعضهم بصورة نقل الخلاف، ولا يخفى أن لا تنافي بين الكلامين بوجه فإن المقاتلة إنما تكون عند الامتناع وعدم القهر لهم والضرب والحبس إنما يكون عند قهرهم، فجاز أن يقاتلوا إذا امتنعوا عن قبول الأمر بالأذان ولم يسلموا أنفسهم، فإذا قوتلوا فظهر عليهم ضربوا وحبسوا. وقد يقال: عدم الترك مرة دليل الوجوب فينبغي وجوب الأذان لذلك ولا يظهر كونه على الكفاية وإلا لم يأثم أهل بلدة بالاجتماع على تركه إذا قام به غيرهم ولم يضربوا ولم يحبسوا. وفي الدراية عن علي بن الجعد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله صلوا في الحضر الظهر والعصر بلا أذان ولا إقامة أخطأوا السنة وأثموا. وهذا وإن كان لا يستلزم وجوبه لجواز كون الإثم لتركهما معاً فيكون الواجب أن لا يتركهما معاً، لكن يجب حمله على أنه لا يجاب الأذان لظهور ما ذكرنا من دليله قوله: **(دون ما سواها)** فلا يؤذن للعيد والكسوف. وفي مسلم عن جابر بن سمرة: صليت مع رسول الله ﷺ العيد غير مرة ولا مرتين بغير أذان ولا إقامة[1]، وعن عائشة رضي الله عنها: خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فبعث منادياً ينادي بالصلاة جامعة[2]. والوتر وإن كان واجباً لكن أذان العشاء إعلام بدخول وقته لأن وقته وقتها، ولولا ما روينا في العيد لأذنا له على رواية الوجوب. أما على رواية السنة فلا لأن النوافل تبع للفرائض باعتبار التكميل فلا يخص بأذان، وفي أذان الجمعة حديث السائب بن يزيد في الصحيح[3] قوله: **(وهو كما أذن الملك النازل من السماء)** روى الدارقطني بسند فيه عبد الرحمٰن بن أبي ليلى عن معاذ بن جبل قال «قام رجل من الأنصار عبد الله بن زيد: يعني إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني رأيت في النوم كأن رجلاً نزل من السماء عليه بردان أخضران نزل على جذم حائط من المدينة فأذن مثنى مثنى ثم جلس، قال أبو بكر بن عياش: على نحو من أذاننا اليوم، قال: علمها بلالاً،

باب الأذان

لما كان الأذان إعلاماً بدخول سبب الصلاة ناسب أن يذكر عقيبه، والأذان في اللغة الإعلام، قال الله تعالى ﴿وأذان من الله ورسوله﴾ أي إعلام. وفي الشريعة عبارة عن إعلام مخصوص في أوقات مخصوصة، وسبب مشروعيته ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه ونزول الملك من السماء وتعليم الألفاظ المخصوصة وبقاء دخول الوقت الصلاة المكتوبة وصفته ما ذكره في الكتاب، وهو قول عامة المشايخ أنه **(سنة للصلوات الخمس والجمعة)** وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم أن لا أذان لها كصلاة العيدين بجامع أنهما يتعلقان بالإمام والمصر الجامع وإلا فهي داخلة تحت الخمس. وقوله

باب الأذان

قوله: **(وسبب مشروعيته ابتداء، إلى قوله: وبقاء)** أقول: قوله وبقاء معطوف على قوله ابتداء

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٨٨٧ من حديث جابر بن سمرة بهذا اللفظ وسيأتي في العيدين إن شاء الله تعالى.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٩٠١ كتاب الكسوف ح ٤ وسيأتي في الكسوف.

(٣) صحيح سيأتي في الجمعة.

رحمه الله: فيه ذلك لحديث أبي محذورة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر بالترجيع. ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير

فقال عمر: ورأيت مثل الذي رأى ولكنه سبقني»[1] وعبد الرحمٰن لم يسمع من معاذ فإنه ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه فيكون سنة سبع عشر من الهجرة ومعاذ توفي سنة تسع عشرة من الهجرة أو ثماني عشرة وهذا عندنا حجة[2] بعد ثقة الرواة. وعبد الله هذا هو ابن زيد بن عبد ربه بن ثعلب بن زيد بن الحارث بن الخزرج، وقيل ليس في نسبه ثعلبة بل ابن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث. ولأبي داود وابن خزيمة بسند فيه محمد بن إسحاق عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال «لما أمر النبي ﷺ بالناقوس يعمل ليضرب به للناس لجمع الصلاة، طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوساً في يده، فقلت: يا عبد الله أتبيع الناقوس؟ قال: وما تصنع به؟ فقلت: ندعو به إلى الصلاة، قال: أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك؟ فقلت: بلى، قال: تقول الله أكبر الله أكبر، الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله، فساقه بلا ترجيع، قال: ثم استأخر عني غير بعيد ثم قال: ثم تقول إذا أقمت الصلاة: الله أكبر الله أكبر، فساق الإقامة وأفردها وثنى لفظة الإقامة، قال فلما أصبحت أتيت النبي ﷺ» فذكر باقي الحديث، وفيه «فسمع ذلك عمر وهو في بيته فجعل يجرّ رداءه ويقول: والذي بعثك بالحق نبياً لقد رأيت مثل ما رأى، فقال ﷺ: «فلله الحمد»[3] قال ابن خزيمة سمعت محمد بن يحيى الذهلي يقول: ليس في أخبار عبد الله بن زيد في قصة الأذان أصح من هذا إلى أن قال: وخبر ابن إسحاق هذا ثابت صحيح لأن محمد بن عبد الله بن زيد سمعه من أبيه ومحمد بن إسحاق سمعه من محمد بن إبراهيم التيمي وليس هو مما دلسه ابن إسحاق. وقال الترمذي في علله الكبير: سألت محمد بن إسماعيل

(للنقل المتواتر) يعني ثبت متواتراً أن رسول الله ﷺ أذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر والعيدين والكسوف والخسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل. وقال بعض مشايخنا: إنه واجب لما روي عن محمد أن أهل بلدة في الإسلام إذا تركوا الأذان والإقامة قوتلوا، والقتال إنما يكون على ترك الواجب دون السنة. والجواب أنه قال ذلك لأنه وإن كان سنة إلا أن تركه بالإصرار استخفاف بالدين فلزم القتال (وصفة الأذان) أي كيفيته (معروفة وهو كما أذن الملك النازل من السماء) واختلف في ذلك الملك، فقيل نزل به جبريل عليه السلام، وقيل كان غيره. وقوله (ولا ترجيع فيه وهو) أي الترجيع (أن يرجع) وهو ظاهر. وقوله (وقال الشافعي فيه ذلك) أي في الأذان الترجيع. (وقوله لحديث أبي محذورة) ظاهر إلى قوله فظنه ترجيعاً. ذكر في الأسرار أن النبي ﷺ أمره بذلك لحكمة رويت في قصته، وهي أن أبا محذورة كان

(قال المصنف: وقال الشافعي فيه ذلك لحديث أبي محذورة) أقول: اسمه سمرة بن معير كذا في القاموس، وقال في المعير: وأبو محذورة أوس أو سمرة بن معير صحابي فشك في اسمه (قال المصنف: وكان ما رواه تعليماً فظنه ترجيعاً) أقول: يعني أمره رسول الله ﷺ بالتكرار حالة التعليم ليحسن تعلمه وذلك من عادته فيما يعلم أصحابه، فظن الراوي أنه أمره بالترجيع (قول فلما بلغ كلمات الشهادة

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٤٢ عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى عن معاذ بهذا اللفظ.
قال الدارقطني: ابن أبي ليلى لا يثبت سماعه من معاذ والصواب ما رواه الثوري وشعبة عن ابن أبي ليلى مرسلاً.
وحديث ابن اسحاق أصح وهو متصل اهـ. وحديث ابن إسحاق هو الآتي.

(٢) مراده وإن كان مرسل فهو حجة عند الحنفية إن ثبت ثقة رجال الإسناد والجواب أن ابن أبي ليلى غير قوي.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٩٩ والترمذي ١٨٩ وابن ماجه ٧٠٦ والدارمي ١١٧١ والبيهقي ١/ ٣٩١ والدارقطني ١/ ٢٤١ وأحمد ٤/ ٤٢، ٤٣ والحاكم ٣/ ٣٣٥ كلهم عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه. وفيه ابن إسحاق مدلس لكن صرح بالتحديث.
قال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم والذهبي وغيرهما.
وإسناده جيد ورجاله ثقات ورواه أحمد ٤/ ٤٢ من طريق ابن المسيب.
وفي نصب الراية ١/ ٢٥٩ ورواه ابن خزيمة في صحيحه وقال: سمعت محمد بن يحيى الذهلي يقول: ليس في أخبار عبد الله بن زيد في فضل الأذان أصح من هذا. وكذا نقل البيهقي في المعرفة وزاد عن الذهلي قوله: خبر ابن إسحاق هذا ثابت صحيح.
وقال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: هو عندي صحيح.

وكان ما رواه تعليماً فظنه ترجيعاً (**ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح: الصلاة خير من النوم مرتين**) «لأن بلالاً رضي الله عنه قال: الصلاة خير من النوم مرتين حين وجد النبي عليه الصلاة والسلام راقداً، فقال عليه الصلاة والسلام: ما

عن هذا الحديث فقال: هو عندي صحيح، وما أسنده البزار عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه مما أفاد أن الله تعالى لما أراد أن يعلم رسوله الأذان أتاه جبريل بدابة يقال لها البراق، فذهب يركبها فاستصعبت، فقال لها: اسكني فوالله ما ركبك عبد أكرم على الله من محمد[1] فساقه، فأفاد أنه كان في الإسراء أذن ملك فهو خبر غريب ومعارض للخبر الصحيح أن بدء الأذان كان بالمدينة على ما في مسلم: كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون ويتحينون الصلاة وليس ينادي لها أحد، فتكلموا في ذلك فقال بعضهم ننصب راية[2] الحديث قوله: (**لحديث أبي محذورة**) عن أبي محذورة أن النبي ﷺ علمه الأذان: الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله، ثم يعود فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله مرتين، أشهد أن محمداً رسول الله مرتين، حي على الصلاة الحديث[3]. رواه مسلم هكذا، والتكبير في أوله مرتان، وبه يستدل مالك رحمه الله. ورواه أبو داود والنسائي والتكبير في أوله أربعاً وإسناده صحيح[4] قوله: (**أنه لا ترجيع في المشاهير**) فيه

يبغض النبي ﷺ قبل الإسلام بغضاً شديداً، فلما أسلم أمره رسول الله ﷺ بالأذان، فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه، فدعاه رسول الله ﷺ وعرك أذنه وقال له: «ارجع وامدد بها صوتك» إما ليعلمه أنه لا حياء في الحق أو ليزيده محبة

---

(١) باطل. أخرجه البزار في مسنده كما في المجمع ١/٣٢٨، ٣٢٩ من طريق زياد بن المنذر عن علي مرفوعاً بأتم منه.
وفيه: ثم أخذ الملك بيد محمد ﷺ فقدمه فأمّ أهل السماء آدم ونوح الحديث.
قال الهيثمي: زياد بن المنذر مجمع على ضعفه اهـ.
وقال ابن كثير في البداية والنهاية ٣/ ٢٣٣ ليس كما زعم السهيلي أنه صحيح بل منكر تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر الذي تنسب إليه الطائفة الجارودية وهو من المتهمين. اهـ.
قلت: والعجب من الهيثمي يذكره بالضعف فقط وهو وضاع وإليك الذهبي في ميزانه: قال يحيى عنه: كذاب وقال النسائي وغيره: متروك وقال ابن حيان: كان رافضياً يضع الحديث وقال الدارقطني: متروك ورواية عن يحيى: كذاب عدو الله اهـ الميزان.
فهذا حديث باطل لا أصل له. وذكره ابن حجر في الفتح ٢/ ٧٨ وقال: أبو الجارود: متروك.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٠٤ ومسلم ٣٧٧ والنسائي ٢/ ٢ والترمذي ١٩٠ وأحمد ٢/ ١٤٨ كلهم عن ابن عمر قال: كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون فيتحينون الصلاة ليس ينادى لها فتكلموا يوماً في ذلك فقال بعضهم: اتخذوا ناقوساً مثل ناقوس النصارى! وقال بعضهم: بل بوقاً مثل قرن اليهود فقال عمر: أو لا تبعثون رجلاً ينادي بالصلاة فقال رسول الله ﷺ: يا بلال قم فنادِ بالصلاة. هذا لفظ البخاري ومسلم والترمذي وإسناده صحيح كالشمس.
تنبيه: وقع للمصنف: فقال بعضهم ننصب راية. هكذا وقع لابن الهمام وقد نسبه لمسلم كما ترى وهذه الفقرة ليست في مسلم ولا البخاري ولا الترمذي ولا النسائي.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٣٧٩ من حديث أبي محذورة قال النووي: وقع في مسلم الله أكبر بالتثنية وفي غير مسلم أربع مرات وقال عياض: وقع في بعض طرق الفارسي في صحيح مسلم أربع مرات.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ٥٠٢ و٥٠٤ والنسائي ٢/ ٧ والبيهقي ١/ ٣٩٣ وابن ماجه ٧٠٩ وأحمد ٣/ ٤٠٩ وكذا الترمذي ١٩٢ كلهم عن أبي محذورة.
وقال الترمذي: حديث أبي محذورة في الأذان حسن صحيح.
لكن الترمذي لم يسق الحديث بل ساق بعضه: وأما رواية أبي داود والجماعة: عن أبي محذورة قال: علمني رسول الله ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة والإقامة سبع عشرة كلمة. الأذان: الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله حيّ على الصلاة حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح حيّ على الفلاح الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله. والإقامة كذلك إلا أنه بعد حيّ على الفلاح يقول: قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله.
تنبيه: في حديث أبي محذورة هذا الترجيع وهو زيادة أشهد أن لا إله إلا الله مكررة وكذا أشهد أن محمداً رسول الله ﷺ مكررة هو ثابتة في مسلم وأبن داود وغيرهما حذفتها خوف الالتباس.
لأن المؤذن يقولها بصوت خفي يسمع نفسه فقط بالترجيع.

. . . .

أحاديث منها حديث عبد الله بن زيد[١] بجميع طرقه. ومنها ما في أبي داود عن ابن عمر قال «إنما كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والإقامة مرة مرة»[٢]، الحديث. ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما بسند قال ابن الجوزى بإسناده صحيح، وسعيد بن المغيرة وثقه ابن حبان. وقال في الإمام: قال ابن أبي حاتم: قال أبي سعيد بن المغيرة ثقة. فاحتمل أن يكون ذلك في حديث أبي محذورة لأنه لم يمد بها صوته على الوجه الذي أراده النبي ﷺ فقال: «ارجع فمدّ بها صوتك»[٣] قاله الطحاوي، وهو المراد بقول المصنف: وكان ما رواه تعليماً أي تعليماً لكيفية أذانه فظنه ترجيعاً، واستشكل بما في أبي داود بإسناد صحيح عن أبي محذورة قال «قلت يا رسول الله علمني سنة الأذان، قال: تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله تخفض بها صوتك، ثم ترفع بها صوتك»[٤] فالأولى إثبات المعارضة بين روايتي أبي محذورة في الترجيع فهذه تفيده. وروى الطبراني في الوسط حدثنا أحمد بن عبد الرحمٰن ابن عبد الله البغدادي، حدثنا أبو جعفر النفيلي، حدثنا إبراهيم بن إسماعيل بن عبد الملك بن أبي محذورة قال: سمعت جدي عبد الملك بن أبي محذورة يقول: إنه سمع أباه أبا محذورة يقول «ألقى عليّ رسول الله ﷺ الأذان حرفاً حرفاً: الله أكبر الله أكبر إلى آخره»[٥] ولم يذكر ترجيعاً، فيعارضها فيتساقطان، ويبقى ما قدمنا من حديث ابن عمر وعبد الله بن زيد سالماً من المعارض، ويعارضها مع رواية ابن عمر رضي الله عنه فيترجح عدم الترجيع لأن حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه هو الأصل في الأذان وليس فيه ترجيع فيبقى معه إلى أن يتحقق خلافه، لكن خلافه متعارض فلا يرفع حكماً تحقق ثبوته بلا معارض قوله: **(لأن بلالاً قال الخ)** روى ابن ماجه عن سعيد بن المسيب عن بلال أنه أتى النبي ﷺ يؤذنه بصلاة الفجر فقيل هو نائم، فقال: الصلاة خير من النوم مرتين، فأقرّت في تأذين الفجر[٦]. وابن المسيب لم يدرك بلالاً فهو منقطع، وهو حجة عندنا بعد عدالة الرواة وثقتهم، على أنه روي في حديث أبي محذورة أنه ﷺ قال «فإذا كان في صلاة الصبح قلت: الصلاة خير من النوم الصلاة خير من النوم،

للرسول بتكرير كلمات الشهادة. وقوله **(لأن بلالاً)** روي أن بلالاً أذن لصلاة الفجر ثم جاء إلى باب حجرة عائشة رضي الله عنها فقال: الصلاة يا رسول الله، فقالت عائشة رضي الله عنها: الرسول نائم، فقال بلال الصلاة خير من النوم، فلما انتبه

خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله ﷺ **(إلى آخر الحديث)** أقول: الحياء مما ذكر إنما يكون سبباً لخفض الصوت في الشهادة الثانية قوله: **(قلنا المعتمد)** أقول: هو مصدر قوله: **(وهي نوعان ما يرجع إلى نفس الأذان الخ)** أقول: اكتفى بذكر الأذان عن الإقامة وإلا

---

(١) تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٥١٠ وابن حبان وابن خزيمة كما ذكر ابن الهمام ونقل عن ابن الجوزي في التحقيق قوله: إسناده صحيح.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥٠٣ وفيه: ثم ارجع فمد من صوتك... الحديث. وإسناده حسن.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٥٠٠ من طريق الحارث بن عبيد عن محمد بن عبد الملك بن أبي محذورة عن أبيه عن جده.
جاء في نصب الراية ١/٢٥٨ أعله ابن القطان بجهالة محمد بن عبد الملك وضعف الحارث قال عنه يحيى: ضعيف وقال أحمد: مضطرب الحديث.

(٥) ضعيف. رواه الطبراني في الأوسط كما ذكر المصنف وإسناده غير قوي فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي محذورة قال ابن حجر في التقريب: مجهول. وضعفه الأزدي اهـ.
وذكر الزيلعي ١/٢٦٢ أنه مخالف لحديث مسلم.

(٦) مرسل جيد. أخرجه ابن ماجه ٧١٦ عن ابن المسيب عن بلال. قال البوصيري في الزوائد: رجاله ثقات إلا أنه منقطع.
قلت: مرسلات ابن المسيب قوية وقد ورد ذلك في حديث أبي محذورة الآتي فهذا حديث حسن.

أحسن هذا يا بلال اجعله في أذانك» وخص الفجر به لأنه وقت نوم وغفلة **(والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين)** هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي رحمه

الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله»[1] رواه أبو داود والنسائي. وعن أنس قال: من السنة إذا قال المؤذن في صلاة الفجر حيّ على الفلاح قال «الصلاة خير من النوم مرتين»[2] رواه الدارقطني، وقول الصحابي من السنة حكمه الرفع على الصحيح لكن خصوص ما في الهداية في معجم الطبراني الكبير، حدثنا محمد بن علي الصائغ المكي، حدثنا يعقوب بن حميد، حدثنا عبد الله بن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهري عن حفص بن عمر عن بلال أنه أتى النبي ﷺ يؤذنه بالصبح فوجده راقداً فقال: الصلاة خير من النوم مرتين، فقال النبي ﷺ: ما أحسن هذا يا بلال اجعله في أذانك»[3] قوله: **(هكذا فعل الملك الخ)** روى أبو داود عن ابن أبي ليلى عن معاذ قال: أحيلت الصلاة ثلاثة أحوال، وساق نصر: يعني ابن المهاجر الحديث بطوله، وسمى صاحب الرؤيا، قال: فجاء عبد الله بن زيد رجل من الأنصار، إلى أن قال: فاستقبل القبلة: يعني الملك قال: الله أكبر الله أكبر إلى آخر الأذان، قال: ثم أمهل هنية ثم قام فقال مثلها، إلا أنه قال: زاد بعد ما قال حيّ على الفلاح قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة[4]، وتقدم أن ابن أبي ليلى لم يدرك معاذ وهو مع ذلك حجة عندنا. وروى ابن أبي شيبة عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى بسند قال في الإمام رجاله رجال الصحيحين قال: حدثنا أصحاب محمد ﷺ «أن عبد الله بن زيد الأنصاري جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله رأيت في المنام كأن رجلاً قام وعليه بردان أخضران، فقام على حائط فأذن مثنى مثنى وأقام مثنى مثنى»[5] ولابن ماجه قال: يعني أبا محذورة «علمني الأذان تسع عشرة كلمة، الله أكبر الله أكبر» الحديث وفيه الترجيع «والإقامة سبع عشرة كلمة، الله أكبر الله أكبر الخ» وفيه تثنية التشهدين والحيعلتين «وقد قامت الصلاة»[6] وللترمذي «علمه الأذان تسع عشرة كلمة، والإقامة سبع عشرة كلمة»[7] قوله: **(ثم هو حجة على الشافعي الخ)**

أخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله ﷺ (وقال: «اجعله في أذانك») وقوله (وخص الفجر) ظاهر. وقوله **(ثم هو حجة على الشافعي في قوله إنها فرادى)** فإنه يقول يشفع الأذان ويوتر الإقامة لحديث أنس أن النبي ﷺ أمر بلالاً بذلك: قلنا: المعتمد على ما فعل الملك النازل، والمشهور فيه التكرار، ومعنى حديث أنس أن يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل أن في

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٥٠٠ والنسائي ٢/٧ كلاهما من حديث أبي محذورة وهو عجز حديث.
وإسناد أبي داود ضعيف بسبب ضعف الحارث بن عبيد وجهالة محمد بن عبد الملك. لكن النسائي ساقه من طريق آخر وفيه ضعف أيضاً لكن يقوي أحدهما الآخر وله شواهد.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٤٣ والبيهقي في سننه ٢/ ٤٢٣ كلاهما من طريق ابن سرين عن أنس.
قال البيهقي: إسناده صحيح.

(٣) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في نصب الراية ١/ ٢٦٤ وفيه انقطاع لأن حفص بن عمر لم يدرك بلالاً وكذا رواه البيهقي.
وله شواهد من حديث عائشة وأبي هريرة وكلاهما ضعيف ذكرهما الهيثمي في المجمع ١/ ٣٣٠ ووها هما.
ولكن له طرق صالحة ذكرها الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٦٥ فهذا بمجموع طرقه يرقى إلى الحسن.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٥٠٧ من طريق نصر بن مهاجر عن ابن أبي ليلى عن معاذ قال: أحيلت الصلاة ثلاثة أحوال وأحيل الصيام ثلاثة أحوال وساق نصر الحديث بطوله وسمى صاحب الرؤيا عبد الله بن زيد... الحديث.
وفيه إرسال كما ذكر ابن الهمام وفيه المسعودي أيضاً فيه مقال.
لكن للحديث شواهد وطرق فهو حسن بكل حال. وقد وصله ابن أبي شيبة في مصنفه كما ذكر ابن الهمام. وقال ابن دقيق العيد في الإمام: رجاله رجال الصحيح وهو متصل لأن الصحابة عدول وأخره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٦٧.

(٥) تقدم في الذي قبله.

(٦) جيد. أخرجه ابن ماجه ٧٠٩ وإسناده جيد وتقدم الكلام عليه.

(٧) جيد. أخرجه الترمذي ١٩٢ بهذا اللفظ من حديث أبي محذورة. وقال: حسن صحيح والطيالسي ١٣٥٤ وأحمد ٣/ ٤٠٩ وهو حديث جيد وقد تقدم الكلام عليه.

الله في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة (**ويترسل في الأذان ويحدر في الإقامة**) لقوله عليه الصلاة والسلام لبلال «إذا أذنت فترسل، وإذا أقمت فاحدر» وهذا بيان الاستحباب (**ويستقبل بهما القبلة**) لأن الملك النازل من السماء أذن مستقبل القبلة، ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود، ويكره لمخالفته السنة (**ويحوّل وجهه بالصلاة والفلاح يمنة ويسرة**) لأنه خطاب للقوم فيواجههم به (**وإن استدار في صومعته فحسن**) مراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يميناً وشمالاً (**مع ثبات قدميه**) مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة، فأما من غير حاجة

استدل هو بما في البخاري أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا الإقامة[1] وفي رواية متفق عليها لم يذكر الاستثناء[2] فأخذ بها مالك ولا يخفى أن ما رويناه نص على العدد وعلى حكاية كلمات الأذان فانقطع الاحتمال بالكلية، بخلاف أمر أن يوتر الإقامة فإن بعد كون الآمر هو الشارع فالإقامة اسم لمجموع الذكر وتعليق الإيتار بها نفسها لا يراد على ظاهره، وهو أن يقول: الإقامة التي هي مجموع الذكر مرة لا مرتين فلزم كونه إما إيتار ألفاظها كما ذهب إليه، أو إيتار صوتها بأن يحدر فيها كما هو المتوارث فيجب الحمل على الثاني ليوافق ما رويناه من النص الغير المحتمل كيف. وقد قال الطحاوي: تواترت الآثار عن بلال أنه كان يثني الإقامة حتى مات وعن إبراهيم النخعي كانت الإقامة مثل الأذان حتى كان هؤلاء الملوك فجعلوها واحدة واحدة للسرعة إذا خرجوا: يعني بني أمية كما قال أبو الفرج بن الجوزي: كان الأذان والإقامة مثنى مثنى فلما قام بنو أمية أفردوا الإقامة، وما ذكرنا من توارث الحدر في الإقامة كان لثبوت السنية، لكن المصنف ذكر فيه حديث الترمذي عن جابر «أنه ﷺ قال: لبلال: إذا أذنت فترسل في أذانك، وإذا أقمت فاحدر، واجعل من بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله والشارب من شربه والمعتصر إذا دخل لقضاء حاجته، ولا تقوموا حتى تروني»[3] وقد ضعف. وروى البيهقي عن ابن عمر أنه كان يرتل الأذان ويحدر الإقامة[4]. وذكر الدارقطني[5] عن عمر من قوله قوله: (**ويترسل في الأذان**) هو أن يفصل بين كل كلمتين

الإقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع كلمة موتر صوتاً. وروي أن علياً رضي الله عنه مرّ بمؤذن يوتر الإقامة فقال اشفعها لا أم لك. وقوله (**ويترسل في الأذان**) بيان السنن التي فيه وهي نوعان: ما يرجع إلى نفس الأذان، وما يرجع إلى صفات المؤذن، فالأول هو أن يأتي به رافعاً صوته ويفصل بين كلمتي الأذان بسكتة مطولاً غير مطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته إذا تمهل فيها وتوقف، ولا يفصل بين كلمتي الإقامة بل يجعلهما كلاماً واحداً وهو الحدر، ويكون صوته أخفض من صوت الأذان، ويرتب بين كلمات الأذان والإقامة كما شرع، فإن قدم بعضاً وأخر بعضاً فالأفضل الإعادة مراعاة للترتيب، وأن يوالي بين كلمات الأذان والإقامة حتى لو ترك الموالاة فالسنة أن يعيد الأذان ويستقبل بها القبلة إلا في الصلاة والفلاح. والثاني وهو أن يكون ذكراً عاقلاً صالحاً عالماً بالسنة وبأوقات الصلاة، فأذان الصبي العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية، وأذان البالغ أفضل، وأذان غير العاقل والسكران يعاد، وكذلك أذان المرأة. وقوله (**ويستقبل بهما**) أي بالأذان والإقامة (**القبلة**) لما

نفيه بيان ما يرجع إلى نفس الإقامة أيضاً قوله: (**لأنه وإن لم يكن من السنن الأصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد**) أقول: فلا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٠٥ بهذا اللفظ ومسلم ٣٧٨ ح ٢ وأبو داود ٥٠٨ والدارمي ١١٧٧ كلهم من حديث أنس وفيه الاستثناء: إلا الإقامة وهكذا كرره البخاري ٦٠٧.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٠٣ و٦٠٦ ومسلم ٣٧٨ ح٤، ٥ والترمذي ١٩٣ والنسائي ٢/ ٣ والدارمي ١١٧٦ وابن ماجه ٧٣٠ وأحمد ٣/ ١٠٣، ١٨٩ كلهم من حديث أنس بدون الاستثناء وهو: إلا الإقامة سوى الرواية الثانية عند أحمد فيها الاستثناء.

(٣) واه بمرة. أخرجه الترمذي ١٩٥ بهذا اللفظ وكرر إسناده ١٩٦ والحاكم ١/ ٢٠٤ كلاهما من حديث جابر.
قال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث عبد المنعم صاحب السِّقاية وهو إسناد مجهول. ومن هذا الطريق أخرجه البيهقي ١/ ٤٢٨ وأما طريق الحاكم ففيه: عمرو بن فائد. لذا قال الحاكم: ليس في إسناده مطعون فيه غير ابن فائد. وتعقبه الذهبي فقال: قال عنه الدارقطني: متروك.
وفي نصب الراية ١/ ٢٧٥ في رواية الترمذي: عبد المنعم قال عنه أبو حاتم: منكر الحديث جداً لا يجوز الاحتجاج بخبره.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٢٨ عن ابن عمر بلا سند.

(٥) موقوف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٣٨ والبيهقي ١/ ٤٢٨ كلاهما عن عمر.

فلا (**والأفضل للمؤذن أن يجعل أصبعيه في أذنيه**) بذلك أمر النبي عليه الصلاة والسلام بلالاً رضي الله عنه ولأنه أبلغ في الإعلام (**فإن لم يفعل فحسن**) لأنها ليست بسنة أصلية (**والتثويب في الفجر حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن**) لأنه وقت نوم وغفلة (**وكره في سائر الصلوات**) ومعناه العود إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما تعارفوه، وهذا التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير أحوال الناس، وخصوا الفجر به لما ذكرنا، والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور الدينية.

من كلماته بسكتة، والحدر أن لا يفصل، ولو ترسل فيها قيل يكره لمخالفة السنة. وقيل ما ذكره في المتن يشير إلى عدم الكراهة حيث قال: وهذا بيان الاستحباب، والحق هو الأول لأن المتوارث الترسل فيكره تركه. وفي فتاوى قاضيخان: أذن ومكث ساعة ثم أخذ في الإقامة فظنها أذاناً فصنع كالأذان فعرف يستقبل الإقامة لأن السنة في الإقامة الحدر، فإذا ترسل ترك سنة الإقامة وصار كأنه أذن مرتين قوله: (**لأنه خطاب للقوم فيواجههم به**) ويقع لمن خلفه إعلام بذلك الالتفات مع ثبات القدمين فلا حاجة إلى ارتكاب المكروه باستدبار القبلة اللازم من مواجهتهم، ثم قيل يلتفت يمنة للصلاة ويسرة للفلاح، وقيل يمنة ويسره لكل منهما، واختار بعضهم الأول والثاني أوجه قوله: (**بأن كانت الصومعة**) اتساعها لا ينفي استطاعة تحويل الوجه الذي يعطيه ظاهر اللفظ، لكن المراد عدم استطاعة التبليغ مع التحويل لأنه يصير في جوفها فيضعف بلوغ الصوت خصوصاً لمن خلفه فيستدبر ويخرج رأسه ليتم الإعلام قوله: (**بذلك أمر النبي ﷺ بلالاً**) روى أبو محمد بن حيان بالمثناة من تحت وهو المعروف بأبي الشيخ في كتاب الأذان له «أنه ﷺ أمر بلالا أن يدخل أصبعيه في أذنيه وقال: إنه أرفع لصوتك»[١] وروى الترمذي في حديث أبي جحفية: رأيت بلالاً يؤذن وأتتبع فاه ههنا وأصبعاه في أذنيه[٢]، وقال حسن صحيح قوله: (**فإن لم يفعل فحسن**) أي الأذان

ذكره في الكتاب وهو ظاهر. وقوله (**ويحوّل وجهه للصلاة والفلاح**) يعني عند قوله حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح (**يمنة ويسرة**) لأنه خطاب للقوم فيواجههم به. قيل لو كان كذلك لحوّل وراءه أيضاً لأن القوم كما يكونون فيها كذلك يكونون في الخلف. وأجيب بأنه إنما لم يحوّل وراءه أيضاً لأن فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء إلى التوجه إليها فاكتفى فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة (**وإن استدار في صومعته فحسن**) ظاهر.

وقوله (**وإن لم يفعل فحسن**) أي فالأذان حسن لا ترك الفعل لأنه وإن لم يكن من السنن الأصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الأصل في باب الأذان لكنه فعل أمر به النبي ﷺ بلالاً فلا يليق أن يوصف تركه بالحسن ولم يؤثر في زوال الحسن المتمكن في نفس الأذان الذي هو من سنن الهدى فكان معناه أن الأذان بذلك الفعل أحسن وبتركه حسن. وقوله (**والتثويب في الفجر**) مبتدأ. وقوله (**حسن**) خبره. وقوله (**وكره في سائر الصلوات**) لما روى أن علياً رضي الله عنه رأى

تكون الصلاة خير من النوم من السنن الأصلية أيضاً قوله: (**والمتأخرون استحسنوه: أي التثويب المحدث الخ**) أقول: فيه بحث قوله: (**لأن التثويب الأصلي كان الصلاة خير من النوم لا غير الخ**) أقول: التثويب هو العود إلى الإعلام بعد الإعلام، والإعلام يكون بالأذان،

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٧١٠ والحاكم ٣/ ٦٠٧ وأبو الشيخ كما في نصب الراية ١/ ٢٧٨ كلهم من حديث عبد الرحمٰن بن سعد بن عمار بن سعد القرظ عن أبيه عن جده به قال البوصيري في الزوائد: إسناد ابن ماجه ضعيف لضعف أولاد سعد القرظ. ورواه الترمذي بسياق آخر اهـ. حديث الترمذي سيأتي. وورد هذا الخبر من حديث بلال رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع في ١/ ٣٣٤ وفيه أيضاً عبد الرحمٰن بن عمار القرظ أعله الهيثمي به وقال: هو ضعيف.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ١٩٧ وابن ماجه ٧١١ والحاكم ١/ ٢٠٢ والبيهقي ١/ ٣٩٥ من عدة طرق كلهم من حديث أبي جحيفة.
قال الترمذي: حسن صحيح. والعمل عليه عند أهل العلم يستحبون أن يدخل المؤذن أصبعيه في أذنيه في الأذان.
وقال الحاكم: صحيح على شرطهما.
وأما طريق ابن ماجه ففيه حجاج بن أرطاة وهو ضعيف كما قال البوصيري في الزوائد. لكن بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح. أو الحسن في أول مراتبه.

وقال أبو يوسف رحمه الله، لا أرى بأساً أن يقول المؤذن للأمير في الصلوات كلها السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته، حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح، الصلاة يرحمك الله، واستبعد محمد رحمه الله لأن الناس سواسية في أمر الجماعة، وأبو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة، وعلى هذا القاضي والمفتي **(ويجلس بين الأذان والإقامة إلا في المغرب، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يجلس في المغرب أيضاً جلسة خفيفة)** لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه، ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودهما بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التأخير مكروه فيكتفي بأدنى الفصل احترازاً عنه والمكان في مسئلتنا مختلف، وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة، وقال

حسن قوله: **(لأنها ليست بسنة أصلية)** قال في العناية لعبد القادر فيه نظر لما تقدم من الأحاديث الصحيحة مع لفظة الأمر انتهى. وفيه نظر إذا ما تقدم مع لفظ الأمر مصروف عن الوجوب لأنه شرع كيفية لما هو سنة فيكون المراد به السنية والأصلية أمر زائد عليه صرف عنه التعليل في النص بكونه أرفع للصوت قوله: **(على حسب ما تعارفوه)** يفيد عدم تعين الحيعلة نحو الصلاة أو قامت قامت قوله: **(وخصوا الفجر به)** فكرهوه في غيره. وعن ابن عمر أنه سمع مؤذناً يثوّب في غير الفجر وهو في المسجد فقال لصاحبه: قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع[1]. وعن علي رضي الله عنه إنكاره قوله: **(لما ذكرنا)** يعني أنه وقت نوم وغفلة، وفسره في رواية الحسن بأن يمكث بعد الأذان قدر قراءة عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث كذلك ثم يقيم وقد قدمناه قوله: **(وأبو يوسف خصهم)** أخر ذكر وجه أبي يوسف رحمه الله لإفادة اختياره، وكذا يظهر من كلام قاضيخان وغيره اختيار قول أبي يوسف قوله: **(والمكان في مسألتنا مختلف)** يفيد كون المعهود اختلاف مكانهما وهو كذلك شرعاً والإقامة في المسجد ولا بد، وأما الأذان فعلى المئذنة فإن لم يكن ففي فناء المسجد وقالوا لا يؤذن في المسجد قوله: **(فيقع الفصل بالسكتة)** في جامعي قاضيخان والتمرتاشي السكتة الفاصلة عنده قدر ثلاث آيات قصار أو آية طويلة، وعنه قدر ثلاث خطوات أو أربع قوله: **(والفرق قد ذكرناه)** وهو كراهة التأخير، فإذا كانت تلك الركعتان مندوباً يستلزم كراهة كان سبيلها الترك، وهذا يشير

مؤذناً يثوّب في العشاء فقال: أخرجوا هذا المبتدع من المسجد. وروى مجاهد قال: دخلت مع ابن عمر مسجداً يصلي فيه الظهر فسمع مؤذناً يثوّب فغضب وقال: قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع، فما كان التثويب على عهد رسول الله ﷺ إلا في صلاة الفجر. وقوله **(ومعناه)** أي معنى التثويب في الاصطلاح **(العود إلى الإعلام بعد الإعلام)** وهو في اللغة عبارة عن الرجوع، ومنه سمي الثواب لأن منفعة عمله تعود إليه **(وهو)** أي التثويب **(على حسب ما تعارفه أهل كل بلدة)** من التنحنح أو قوله الصلاة الصلاة أو قوله قامت قامت لأنه للمبالغة في الإعلام إنما يحصل ذلك بما تعارفوه. وقوله **(وهذا)** إشارة إلى قوله حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة **(التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا)** أنه وقت غفلة ولم يذكر التثويب القديم ههنا، وذكر في الأصل أن التثويب الأول كان في صلاة الفجر بعد الأذان الصلاة خير من النوم فأحدث الناس هذا التثويب: يعني به قوله حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح

فالذي في أثنائه ليس عود إلى الإعلام بالإعلام قوله: **(فأحدث علماء الكوفة حي على الصلاة حي على الفلاح بين الأذان والإقامة في الفجر خاصة مع إبقاء الأولى)** أقول: في قوله مع إبقاء الأولى بحث.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٢٤. عن مجاهد كنت مع ابن عمر.. ثم رأيته في أبي داود ٥٣٨ من طريق مجاهد أيضاً.
تنبيه: قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٧٩: اختلفوا في التثويب.
فقال أصحابنا: هو أن يقول بين الأذان والإقامة: حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح مرتين. وقال الباقون: هو قوله في الأذان: الصلاة خير من النوم اهـ والأول هو الذي ذكره صاحب الهداية واختاره.

الشافعي رحمه الله: يفصل بركعتين اعتباراً بسائر الصلوات، والفرق قد ذكرناه **(قال يعقوب: رأيت أبا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بين الأذان والإقامة)** وهذا يفيد ما قلنا، وأن المستحب كون المؤذن عالماً

إلى أن تأخير المغرب قدر أداء ركعتين مكروه، وقدمنا من القنية استثناء التأخير القليل فيجب حمله على ما هو أقل من قدرهما إذا توسط فيهما ليتفق كلام الأصحاب قوله: **(قال يعقوب)** هو اسم أبي يوسف رحمه الله وهذا لفظ محمد في الجامع الصغير قوله: **(وإن المستحب كون المؤذن عالماً بالسنة)** يفيد بالالتزام العادي طلب أن لا يكون صبياً وإن كان عاقلاً بل بالغاً، ثم استدل بقوله ﷺ «وليؤذن لكم خياركم»[1] فعلم أن المراد أن المستحب كونه عالماً عاملاً لأن العالم الفاسق ليس من الخيار لأنه أشد عذاباً من الجاهل الفاسق على أحق القولين كما تشهد الأحاديث الصحيحة، وصرحوا بكراهة أذان الفاسق من غير تقييد بكونه عالماً أو غيره. وروى مثله في الصبي العاقل أيضاً، لكن ظاهر الرواية في الصبي العاقل عدم الكراهة بخلاف غير العاقل ثم في النسخ، ويؤذن بالواو، والذي في أبي داود عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «ليؤذن لكم خياركم وليؤمكم قراؤكم»[2] وفي إسناده الحسين بن عيسى نسب إليه أبو زرعة وأبو حاتم النكارة في حديثه، ثم يدخل في كونه خياراً أن لا يأخذ أجراً فإنه لا يحل للمؤذن ولا للإمام. ولأبي داود عن عثمان بن أبي العاص قال «قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي، قال أنت إمامهم، واقتد بضعيفهم. واتخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً»[3] قالوا: فإن لم يشارطهم على شيء لكن عرفوا حاجته فجمعوا

مرتين **(والمتأخرون استحسنوه)** أي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور الدينية، ولكن لم يشترطوا عين ذلك اللفظ الذي هو حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرناه آنفاً، ويكون هذا إحداثاً بعد الحدث لأن التثويب الأصلي كان الصلاة خير من النوم لا غير في أذان الفجر أو بعد أذان الفجر، فأحدث علماء الكوفة حيّ على الصلاة حيّ على الفلاح بين الأذان والإقامة في الفجر خاصة مع إبقاء الأول، وأحدث المتأخرون التثويب بين الأذان والإقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع إبقاء الأول، وما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن. وقوله **(وقال أبو يوسف)** كلام يتعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص بمن يكون مشتغلاً بأمور المسلمين وهو ظاهر. قال **(ويجلس بين الأذان والإقامة إلا في المغرب)** لا خلاف أن وصل الأذان بالإقامة مكروه لأن المقصود بالأذان إعلام الناس بدخول الوقت ليتأهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لإقامة الصلاة، وبالوصل ينتفي هذا المقصود، فإن كانت الصلاة مما يتطوع قبلها مسنوناً كان أو كانت مستحباً يفصل بينهما بالصلاة لقوله ﷺ «بين كل أذانين صلاة» قاله ثلاثاً، وقال في الثالثة «لمن شاء» فإن لم يصل يفصل بينهما بجلسة خفيفة لحصول المقصود به، وأما إذا كان في المغرب فقد اتفقوا على أن الفصل لا بد منه فيه أيضاً لكنهم اختلفوا في مقداره، فعند أبي حنيفة يستحب أن يفصل بينهما بسكتة قائماً مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة. وفي رواية عنه: مقدار ما يخطوا ثلاث خطوات ثم يقيم عندهما يفصل بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله **(والفرق قد ذكرناه)** إشارة إلى قوله إن التأخير مكروه، بخلاف سائر الصلوات فإن التأخير فيها ليس بمكروه. والاشتغال بالركعتين يؤدي

---

(١) ضعيف أخرجه أبو داود ٥٩٠ وابن ماجه ٧٢٦ والبيهقي ١/ ٤٢٦ كلهم من حديث ابن عباس ومراره على حسين بن عيسى الحنفي.
قال الزيلعي: حسين منكر الحديث قاله أبو حاتم وأبو زرعة.
وقال ابن دقيق العيد وروى إبراهيم بن أبي يحيى عن داود بن حصين عن ابن عباس مرفوعاً: لا يؤذن لكم غلام حتى يحتلم وليؤذن لكم خياركم. ونقل عن عبد الحق قوله: إبراهيم وثقه الشافعي فقط وضعفه الناس اهـ.
بل هو واه وبعضهم اتهمه وداود بن حصين فيه ضعف أيضاً.

(٢) هو المتقدم وقد ضعفه ابن الهمام وهو كذلك.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٥٣١ والنسائي ٢/ ٢٣ وأحمد ٤/ ٢١ والبيهقي ١/ ٤٢٩ كلهم من حديث عثمان بن أبي العاص والحاكم ١/ ١٩٩ بهذا اللفظ. وورد من طريق آخر عن ابن أبي العاص قال: إن من آخر ما عهد إليّ رسول الله ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً أخرجه الترمذي ٢٠٩ بهذا اللفظ وقال: حسن صحيح. وصححه الحاكم وأقره الذهبي وكذا صححه أحمد شاكر في سنن الترمذي من كلا الطريقين.
تنبيه: معنى قوله: واقتد بأضعفهم. أي خفف الصلاة بحسب طاقة أضعف القوم في الجماعة يعني من باب: سيروا على سير أضعفكم.

بالسنة لقوله عليه الصلاة والسلام «ويؤذن لكم خياركم» (ويؤذن للفائتة ويقيم) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى الفجر

له في كل وقت شيئاً كان حسناً ويطيب له، وعلى هذا المفتي لا يحل له أخذ شيء على ذلك، لكن ينبغي للقوم أن يهدوا إليه. وفي فتاوى قاضيخان المؤذن إذا لم يكن عالماً بأوقات الصلاة لا يستحق ثواب المؤذنين انتهى. ففي أخذ الأجر أولى، ولنسق بعض ما روي في المؤذنين روى الإمام أحمد عنه ﷺ «لو يعلم الناس ما في النداء لتضاربوا عليه بالسيوف»(١) وله بإسناد صحيح «يغفر للمؤذن منتهى أذانه، ويستغفر له كل رطب ويابس سمعه»(٢) ورواه البزار إلا أنه قال «ويجيبه كل رطب ويابس» وأبو داود وابن خزيمة في صحيحه وعندهما يشهد له، والنسائي وزاد «وله مثل أجر من صلى معه»(٣) وللطبراني مثل هذه، وله في الأوسط «يد عبد الرحمٰن فوق رأس المؤذن، وإنه ليغفر له مدى صوته أين بلغ»(٤) وله «فيه إن المؤذنين والملبين يخرجون من قبورهم يؤذن المؤذن ويلبي الملبي»(٥) ولمسلم «المؤذنون أطول أعناقاً يوم القيامة»(٦) وللإمام أحمد والترمذي عن ابن عمر يرفعه «ثلاثة على كثبان المسك أراه قال يوم القيامة» زاد في رواية «يغبطهم الأولون والآخرون عبد أدّى حق الله وحق مواليه ورجل أمّ قوماً وهم به راضون، ورجل ينادي بالصلوات الخمس في كل يوم وليلة»(٧) ورواه الطبراني في الأوسط والصغير بإسناد لا بأس به، ولفظه: قال صلى الله عليه وسلم «ثلاثة لا يهولهم الفزع الأكبر ولا ينالهم الحساب هم على كثيب من مسك حتى يفرغ حساب الخلائق: رجل قرأ القرآن ابتغاء وجه الله، وأم قوماً وهم به راضون، وداع يدعو إلى الصلاة ابتغاء

إلى التأخير فلذلك لا يفصل بينهما، والمذكور هنا من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو أن يصلي فيه ثلاث ركعات (قال يعقوب: رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس، وهذا يفيد ما قلنا) أن لا

---

(١) ضعيف. قال الهيثمي في المجمع ١/ ٣٢٥: رواه أحمد من حديث أبي سعيد وفيه ابن لهيعة فيه ضعف.

(٢) صحيح. أخرجه أحمد ٢/ ١٣٦ والطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٣٢٦ والبزار إلا أنه قال: ويجيبه كل رطب ويابس ورجاله رجال الصحيح اهـ.
قلت: هو عند أحمد بإسنادين أحدهما فيه رجل مجهول لم يسمّ وأما الآخر فرجاله على شرط مسلم.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥١٥ والنسائي في سننه ٢/ ١٣ وابن ماجه ٧٢٤ وابن خزيمة كما ذكر المصنف كلهم من حديث أبي هريرة: المؤذن يُغفر له مدىً صوته ويشهد له كل رطب ويابس زاد أبو داود وشاهد الصلاة يكتب له خمس وعشرون صلاة ويكفّر عنه ما بينهما اهـ وفي إسناده أبو يحيى: لم ينسبه أحد. لكن له شاهد فقد أخرجه النسائي ٢/ ١٣ من حديث البراء بن عازب.
وفيه: ويصدقه بدل. ويشهد له. فهذا الحديث بمجموع طرقه يصير حسناً. ولا يتعداه لأن فيه اضطراباً. فقد وقع عند أبي داود: يشهد له. وعند ابن ماجه: يستغفر له وعند النسائي: يصدقه.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٣٢٦ من حديث أنس بهذا اللفظ.
قال الهيثمي: في إسناده عمر بن حفص العبدي أجمعوا على ضعفه.

(٥) باطل. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٣٢٧ من حديث جابر وفيه مجاهيل كما قال الهيثمي.
والحديث أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٣٨٧ وابن ماجه ٧٢٥ كلاهما من حديث معاوية بلفظ: المؤذنون أطول الناس أعناقاً يوم القيامة.
تنبيه: وبهذا تعلم أنه سقط لفظ: الناس. عند المصنف أو أملاه من حفظه ورواه أحمد ٣/ ١٦٩ وكرره في ٢٦٤ من حديث أنس وفي إسناده مقال. إلا أنه شاهد والعمدة حديث مسلم.

(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٩٨٦ و٢٥٦٦ وأحمد ٢/ ٢٦ كلاهما من حديث ابن عمر زاد الترمذي في الرواية الثانية لفظ: يغبطهم الأولون والآخرون أضف إلى ذلك أنه قدم وأخر في روايته الثانية.
وقال الترمذي حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث الثوري عن أبي اليقظان واسمه عثمان بن قيس ويقال: ابن عُمير.
قال ابن حجر في التقريب: ضعيف واختلط وكان يدلس ويغلو في التشيع.
قلت: فهذا إسناد ساقط حيث رواه عنعنة أيضاً.
تنبيه: وقع للمصنف: زاد في رواية... فهذا يوهم أن الزيادة كلها في روايته الثانية وليس كذلك وإنما زاد فقط لفظ: يغبطهم الأولون والآخرون.

. . . .

وجه الله، وعبد أحسن فيما بينه وبين ربه وفيما بينه وبين مواليه»[1] ورواه في الكبير، ولفظه عن ابن عمر قال: لو لم أسمع من رسول الله ﷺ إلا مرة ومرة ومرة حتى عدّ سبع مرات لما حدثت به، سمعت رسول الله ﷺ يقول «ثلاثة على كثبان المسك يوم القيامة لا يهولهم الفزع الأكبر ولا يفزعون حين يفزع الناس: رجل تعلم القرآن فقام به يطلب وجه الله وما عنده، ورجل ينادي في كل يوم وليلة خمس صلوات يطلب وجه الله وما عنده، ومملوك لم يمنعه رق الدنيا عن طاعة ربه»[2] ويدخل في الخيار أيضاً من لا يلحن الأذان لأنه لا يحل، وتحسين الصوت مطلوب ولا تلازم بينهما، وقيده الحلواني بما هو ذكره فلا بأس بإدخال المد في الحيعلتين، فظهر من هذا أن التلحين هو إخراج الحرف عما يجوز له في الأداء، وهو صريح في كلام الإمام أحمد فإنه سئل عنه في القراءة فمنعه، فقيل له لم؟ قال ما اسمك؟ قال محمد، قال له: أيعجبك أن يقال لك يامو حامد، قالوا: وإذا كان لم يحل في الأذان ففي القراءة أولى وحينئذ لا يحل سماعها أيضاً. ويكره التنحنح عند الأذان والإقامة لأنه بدعة، وينبغي للمؤذن أن ينتظر الناس، فإن علم بضعيف مستعجل أقام له، ولا ينتظر رئيس المحلة ويقيم في مكانه، فإن مشى إلى مكان الصلاة عند قد قامت الصلاة جاز إذا كان إماماً، وقيل مطلقاً. ويكره أن يؤذن قاعداً إلا إذا أذن لنفسه لأن المقصود مراعاة السنة لا الإعلام ويكره أيضاً راكباً في ظاهر الرواية إلا للمسافر وينزل للإقامة، وأن لا يلزم الفصل بينها وبين الشروع وهو مكروه، ولا يتكلم في أثناء الأذان فإن تكلم استأنفه، وفي غير موضع: إذا سلم على المؤذن أوعطس فحمد أو سلم على مصل أو قارىء أو خطيب ففرغوا عن أبي حنيفة لا يلزمهم الرد بل يرد في نفسه، وعن محمد يرد بعد الفراغ، وعن أبي يوسف لا قبله ولا بعده في نفسه وصححوه. وأجمعوا أن المتغوّط لا يلزمه الرد في الحال ولا بعده لأن السلام عليه حرام. بخلاف من في الحمام إذا كان بمئزر. وعن أبي حنيفة يرد المصلي بعد الفراغ. قال أبو جعفر: تأويله إذا لم يعلم أنه في الصلاة وعلى هذا إذا سلم على المتغوّط. وفي فتاوى قاضيخان:

جلوس عنده في أذان المغرب، وإنما أورده ليؤكد قول أبي حنيفة بفعله: قيل وإنما ذكر محمد في الجامع الصغير أبا يوسف باسمه دون كنيته دفعاً لتوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين، وكان محمد مأموراً من جهة أبي يوسف أن يذكره باسمه حيث ذكر أبا حنيفة. قوله **(وإن المستحب)** معطوف على ما قلنا يعني يفيد ما قلنا، ويفيد استحباب **(كون المؤذن عالماً بالسنة)** أي بأحكام الشرع.

(لقوله عليه الصلاة والسلام «ويؤذن لكم خياركم») وخيارهم من كان عالماً بأحكام الشرع، وهذا يرد على من قال: الأحسن للإمام أن يفوض الأذان والإقامة إلى غيره، فإن النبي ﷺ ما كان يباشر الأذان والإقامة بنفسه وكان إماماً لهم في

---

(١) ضعيف. رواه الطبراني في الصغير ١١١٦ والأوسط كما في المجمع ١/٣٢٧، ٣٢٨ من طريق عثمان بن اليقظان عن زاذان عن ابن عمر مرفوعاً.
وقال الهيثمي: إسناده لا بأس به فيه عبد الصمد بن عبد العزيز المقري ذكره ابن حبان في الثقات اهـ.
وكذا قال المنذري في الترغيب ٢/٣٥١ إسناده لا بأس به وهو من حديث ابن عمر رواه الطبراني في الصغير الأوسط.
قلت: وإسناده ضعيف أيضاً. وكأن عبد الصمد المقري قلب إسناده فقال: عثمان بن اليقظان. وقد أشار ابن حجر إلى أنه هو أبو اليقظان نفسه قال في التقريب.
قلت: ويؤكد ذلك كونه عن زاذان عن ابن عمر. فهذا طريق متحد.
وقد رواه الثوري على وجهه الصحيح فقال: عن أبي اليقظان عن زاذان. كما في رواية الترمذي وأحمد وكما ذكرت أن المقري أو غيره من رجال الطبراني قلب اسمه فالحديث ضعيف لشدة ضعف أبي اليقظان. بل صرح الترمذي بقوله: لا نعرفه إلا من حديث الثوري عن أبي اليقظان.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/٣٢٧ من طريق بحر بن كنيز السقّاء وأعله الهيثمي به فقال: ضعيف. وضبطه ابن حجر في التقريب: بحر بن كنيز بفتح الكاف السقّاء بتشديد القاف وقال عنه: ضعيف.

. . . .

إذا سلم على القاضي والمدرس قالوا لا يجب عليه الرد اهـ. ومثله ذكر في سلام المكدي[١]. هذا والسامع للأذان يجيب فيقول مثل ما يقول المؤذن إلا في الحيعلتين فيحوقل، وعند الصلاة خير من النوم صدقت وبررت، أما الإجابة فظاهر الخلاصة والفتاوى والتحفة وجوبها. وقول الحلواني الإجابة بالقدم فلو أجاب بلسانه ولم يمش لا يكون مجيباً ولو كان في المسجد فليس عليه أن يجيب باللسان. حاصله نفي وجوب الإجابة باللسان، وبه صرح جماعة وأنه مستحب، قالوا إن قال نال الثواب الموعود وإلا لم ينل، أما أنه يأثم أو يكره فلا. وفي التجنيس لا يكره الكلام عند الأذان بالإجماع استدلالاً باختلاف أصحابنا في كراهيته عند أذان الخطبة يوم الجمعة، فإن أبا حنيفة إنما كرهه لأنه يلحق في هذه الحالة بحالة الخطبة، وكان هذا اتفاقاً على أنه لا يكره في غير هذه الحالة، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي فيما قرأوا عليه اهـ. لكن ظاهر الأمر في قوله ﷺ «إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول»[٢] الوجوب، إذ لا تظهر قرينة تصرفه عنه، بل ربما يظهر استنكار تركه لأنه يشبه عدم الالتفات إليه والتشاغل عنه. وفي التحفة. ينبغي أن لا يتكلم ولا يشتغل بشيء حال الأذان أو الإقامة. وفي النهاية: تجب عليهم الإجابة لقوله ﷺ «أربع من الجفاء، ومن جملتها: ومن سمع الأذان والإقامة ولم يجب»[٣] اهـ. وهو غير صريح في إجابة اللسان، إذ يجوز كون المراد الإجابة بالإتيان إلى الصلاة، وإلا لكان جواب الإقامة واجباً، ولم نعلم فيه عنهم إلا أنه مستحب والله أعلم. ولا يردّ السلام أيضاً. وفي التفاريق إذا كان في المسجد أكثر من مؤذن أذنوا واحد بعد واحد فالحرمة للأول. وسئل ظهير الدين عمن سمع في وقت من جهات ماذا عليه؟ قال: إجابة أذان مسجده بالفعل، وهذا ليس مما نحن فيه إذ مقصود السائل أيّ مؤذن يجيب باللسان استحباباً أو وجوباً، والذي ينبغي إجابة الأول سواء كان مؤذن مسجده أو غيره لأنه حيث يسمع الأذان ندب له الإجابة أو وجبت، فإذا فرض أن مسموعه من غير مسجده تحقق في حقه السبب فيصير كتعددهم في المسجد الواحد، فإن سمعهم معاً أجاب معتبراً كون جوابه لمؤذن مسجده حتى لو سبق مؤذنه بعد ذلك أو سبق تقيد به دون غيره من المؤذنين، ولو لم يعتبر هذا الاعتبار جاز، وإنما فيه مخالفة الأولى. وفي العيون: قارىء سمع النداء فالأفضل أن يمسك ويسمع. الرستغفني يمضي في قراءته إن كان في المسجد وإن كان في بيته فكذلك إن لم يكن أذان مسجده. وأما الحوقلة عند الحيعلة فهو وإن خالف ظاهر قوله ﷺ «فقولوا مثل ما يقول» لكنه ورد فيه حديث مفسر كذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر، ثم قال أشهد أن لا

الصلوات. قلنا: أذن وأقام ﷺ أحياناً. روى عقبة بن عامر قال «كنت مع رسول الله ﷺ في سفر فلما زالت الشمس أذن وأقام وصلى الظهر».

---

(١) الكداء. ككساء. وهي المنع والقطع. فالظاهر من قوله: سلام المكدي. أي من ذكر بعض السلام مثل: سلام. أو السلام فلا يجب رده.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦١١ ومسلم ٣٨٣ وأبو داود ٥٢٢ والترمذي ٢٠٨ والنسائي ٢/ ٢٣ وابن ماجه ٧٢٠ والدارمي ١١٨٣ وأحمد ٣/ ٩٠، ٥، ٦ كلهم من حديث أبي سعيد. وقد وقع في بعض الروايات: النداء بدل: المؤذن. وهو الأشهر لأنه عند البخاري ومسلم كذلك.
وفي الباب من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٣) موقوف. أخرجه ابن عدي في الضعفاء ٧/ ١٢٥ من حديث أبي هريرة بلفظ: أربع من الجفاء يبول الرجل قائماً أو يكثر مسح جبهته قبل أن يفرغ من صلاته أو يسمع المؤذن يؤذن فلا يقول مثل ما يقول أو يصلي بسبيل من يقطع صلاته.
وأعله ابن عدي بهارون بن هارون وقال أحاديثه عن الأعرج ومجاهد وغيرهما لا يتابعه عليها الثقات.
وقال الذهبي في الميزان عنه: قال البخاري: لا يتابع في حديثه.
وضعفه النسائي. وقال ابن حيان: يروي الموضوعات عن الأثبات اهـ.
وهذا الخبر يظهر أنه ليس من كلام النبوة وإنما هو عن بعض السلف. ثم رأيته في المجمع ١/ ٣٣٢ عن ابن مسعود موقوفاً. وهذا هو الصواب.

غداة ليلة التعريس بأذان وإقامة، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اكتفائه بالإقامة (فإن فاتته صلوات أذن للأولى

إله إلا الله قال: أشهد أن لا إله إلا الله، ثم قال: أشهد أن محمداً رسول الله قال أشهد أن محمداً رسول الله، ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوّة إلا بالله، ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوّة إلا بالله، ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر الله أكبر، ثم قال: لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله من قلبه دخل الجنة»[1] رواه مسلم، فحملوا ذلك العام على ما سوى هاتين الكلمتين، وهو غير جار على قاعدة لأن عندنا المخصص الأول ما لم يكن متصلاً لا يخصص، بل يعارض فيجري فيه حكم المعارضة أو يقدم العام، والحق الأول، وإنما قدم العام في مواضع لاقتضاء حكم المعارضة ذاك في خصوص تلك المواضع، وعلى قول من لم يشترط ذلك فإنما يلزم التخصيص إذا لم يمكن بأن تحقق معارضاً للعام في بعض الأفراد بأن يوجب نفي الحكم المعلق بالعام عنها فيخرجها عنه، وهنا لم يلزم من وعده عليه الصلاة والسلام لمن أجاب كذلك، وقال عند الحيعلة الحوقلة ثم هلل في الآخر من قلبه بدخول الجنة نفى أن يحيل المجيب مطلقاً ليكون مجيباً على الوجه المسنون، وتعليل الحديث المذكور بأن إعادة المدعوّ دعاء الداعي يشبه الاستهزاء كما يفهم في الشاهد، بخلاف ما سوى الحيعلتين فإنه ذكر يثاب عليه من قاله لا يتم إذ لا مانع من صحة اعتبار المجيب بهما داعياً لنفسه محركاً منها السواكن مخاطباً لها، فكيف وقد ورد في بعض الصور طلبها صريحاً في مسند أبي يعلى: حدثنا الحكم بن موسى، حدثنا الوليد بن مسلم عن أبي عائذ عن ابن سليم عن عامر عن أبي أمامة عنه ﷺ «إذا نادى المنادي للصلاة فتحت أبواب السماء واستجيب الدعاء، فمن نزل به شدة أو كرب فليتحين المنادي إذا كبر كبر، وإذا تشهد تشهد، وإذا قال حي على الصلاة قال حي على الصلاة، وإذا قال حي على الفلاح قال حي على الفلاح ثم يقول: اللهم ربّ هذه الدعوة الحق المستجابة، المستجاب، لها دعوة الحق وكلمة التقوى، أحينا عليها وأمتنا عليها وابعثنا عليها واجعلنا من خيار أهلها محيانا ومماتنا، ثم يسأل الله عز وجل حاجته» ورواه الطبراني في كتاب الدعاء قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثنا الحكم بن موسى فساقه[2] ورواه الحاكم من طريق الهيثم بن خارجة فذكر مثل حديث أبي يعلى وقال صحيح الإسناد، لكن نظر فيه بضعف أبي عائذ عفير، فقد يقال هو حسن، ولو ضعف فالمقام يكفي فيه مثله فهذا يفيد أن عموم الأول معتبر، وقد رأينا من مشايخ السلوك من كان يجمع بينهما فيدعو نفسه ثم يتبرأ من الحول والقوّة ليعمل بالحديثين. وفي حديث عمر[3] وأبي أمامة رضي الله عنهما التنصيص على أن لا يسبق المؤذن بل يعقب كل جملة منه بجملة منه وليتم هذا بالدعاء عقيب الإجابة. عن ابن عمر عنه ﷺ «إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول

وقوله (غداة ليلة التعريس) التعريس النزول في آخر الليل روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه قال «سرنا مع رسول الله ﷺ ليلة فقال بعض القوم: لو عرست بنا يا رسول الله، قال: أخاف أن تناموا عن الصلاة، قال بلال: أنا أوقظكم، فاضطجعوا وأسند بلال ظهره إلى راحلته فغلبته عيناه فنام، فاستيقظ النبي ﷺ وقد طلع حاجب الشمس فقال: يا بلال أين ما قلت؟ قال: ما ألقيت على نومة مثلها قط، قال عليه الصلاة والسلام: إن الله تعالى قبض

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٨٥ وأبو داود ٥٢٧ والبيهقي ١/٤٠٩ كلهم من حديث عمر بهذا اللفظ ونقل بهاء الدين المقدسي عن الأثرم قوله: هذا من الأحاديث الجياد.

(٢) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/٥٤٦، ٥٤٧ وأبو يعلى كما في المطالب العالية ١/٦٧، ٦٨ والطبراني كما ذكر المصنف لكن أهمله الهيثمي حيث لم يذكره. كلهم من حديث أبي أمامة.
ومداره على الوليد بن مسلم عن عفير بن معدان.
قال الحاكم: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي فقال: عفير واه جداً. اهـ. وقد قلب الوليد اسم عفير فقال تارة عن أبي عائذ. وتارة عن عفير. وهما واحد عفير بن معدان يكنى أبو عائذ. وهذا من تدليس الوليد فإنه رواه عنعنة وما رواه عنعنة غير حجة وشيخه ضعيف أيضاً.

(٣) هما المتقدمان. حديث عمر صحيح رواه مسلم وحديث أبي أمامة ضعيف.

وأقام) لما روينا **(وكان مخيراً في الباقي، إن شاء أذن وأقام)** ليكون القضاء على حسب الأداء **(وإن شاء اقتصر على الإقامة)** لأن الأذان للاستحضار وهم حضور. قال رضي الله عنه: وعن محمد رحمه الله أنه يقيم لما بعدها ولا

ثم صلوا عليّ فإنه من صلى عليّ صلاة ﷺ بها عشراً، ثم سلوا الله لي الوسيلة فإنها منزلة في الجنة لا تنبغي إلا لعبد مؤمن من عباد الله وأرجو أن أكون أنا هو، فمن سأل لي الوسيلة حلت له الشفاعة»[١] رواه مسلم غيره. وعن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ «من قال حين يسمع النداء: اللهم ربّ هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمداً الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاماً محموداً الذي وعدته، حلت له شفاعتي يوم القيامة»[٢] رواه البخاري وغيره، والبيهقي وزاد في آخره «إنك لا تخلف الميعاد» وعنه ﷺ «من قال حين يسمع المؤذن وأنا أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، رضيت بالله رباً وبالإسلام ديناً وبمحمد ﷺ رسولاً غفر الله له ذنوبه»[٣] رواه مسلم والترمذي. وعن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رجلاً قال: يا رسول الله إن المؤذنين يفضلوننا، فقال رسول الله ﷺ: قل كما يقولون، فإن انتهيت فسل تعطه»[٤] رواه أبو داود والنسائي وابن حبان في صحيحه. وروى الطبراني في الأوسط والإمام أحمد عنه ﷺ «من قال حين ينادي المنادي: اللهم ربّ هذه الدعوة القائمة والصلاة النافعة صلّ على محمد وارض عني رضاً لا سخط بعده، استجاب الله له دعوته»[٥] وله في الكبير «ومن سمع النداء فقال أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، اللهم صل على محمد وبلغه درجة الوسيلة عندك واجعلنا في شفاعته يوم القيامة وجبت له الشفاعة»[٦]. والحديث في هذا الباب كثير والقصد الحث على الخير، رزقنا الله تقواه في جميع الأحوال قوله: **(لأن النبي ﷺ الخ)** في مسلم في حديث طويل عن أبي قتادة في قصة التعريس «ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله ﷺ ركعتين، ثم صلى الغداة فصنع كما يصنع كل يوم»[٧] وفي أبي داود وغيره «أنه ﷺ أمر بلالاً بالأذان والإقامة حين ناموا عن الصبح وصلوها بعد ارتفاع

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٨٤ بهذا اللفظ وأبو داود ٥٢٣ والنسائي ٢/٢٥ وأحمد ٢/١٦٨ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
تنبيه: وقع في الأصل: ابن عمر بدون واو. والصواب ما أثبته.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤١٦ بهذا اللفظ وكرره ٤٧١٩ والترمذي ٢١١ والنسائي ٢/٢٧ وابن ماجه ٧٢٢ والبيهقي ١/ ٤١٠ وأحمد ٣/ ٣٥٤، ٣٣٧ كلهم من حديث جابر.

(٣) صحيح أخرجه مسلم ٣٨٦ وأبو داود ٥٢٥ والترمذي ٢١٠ والنسائي ٢/ ٢٦ وابن ماجه ٧٢١ والبيهقي ١/ ٤١٠ وأحمد ١/ ١٨١ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٥٢٤ والبيهقي ١/ ٤١٠ وأحمد ٢/ ١٧٢ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
ورواه النسائي في اليوم والليلة قاله المنذري في مختصره على سنن أبي داود وبهذا تعلم أن النسائي لم يروه في الصغرى فهو إما في الكبرى أو كما قال المنذري فقط.
تنبيه: أيضاً وقع للمصنف: عن ابن عمر وبدون واو والصواب إثباتها.
أما الإسناد فرجاله ثقات إلا حُيَيّ بضم الحاء قال عنه في التقريب صدوق يهم اهـ فهذا إسناد حسن لذا سكت عليه أبو داود والمنذري والبيهقي.

(٥) أخرجه أحمد ٣/ ٣٣٧ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ٣٣٢ كلاهما من حديث جابر بهذا اللفظ.
قال الهيثمي: فيه ابن لهيعة فيه ضعف اهـ.
وفيه أبو الزبير مدلس وقد عنعنه.

(٦) أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٣٣٣ من حديث ابن عباس.
وقال الهيثمي: فيه إسحاق بن عبد الله بن كيسان لينه الحاكم وضعفه ابن حبان.

(٧) صحيح. أخرجه مسلم ٦٨١ باب قضاء الفائتة.
من حديث أبي قتادة في خبر ليلة التعريس وفيه: قال أبو قتادة: فمال رسول الله ﷺ عن الطريق فوضع رأسه ثم قال: احفظوا علينا صلاتنا. فكان أول من استيقظ رسول الله ﷺ والشمس في ظهره قال: فقمنا فزعين ثم قال اركبوا فركبنا فسرنا حتى إذا ارتفعت الشمس نزل ثم دعا بميضأة كانت معي فيها شيء من ماء. قال: فتوضأ منها وضوءاً دون وضوء قال: وبقي فيها شيء من ماء ثم لأبي قتادة احفظ علينا ميضأتك فسيكون لها نبأ. ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله ﷺ ركعتين ثم صلى الغداة فصنع كما يصنع كل يوم... الحديث.
ورواه مسلم ٦٨٠ من حديث أبي هريرة وفيه: وأمر بلالاً فأقام الصلاة فصلى بهم الصبح... الحديث.

يؤذن، قالوا: يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً **(وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر، فإن أذن على غير وضوء جاز)** لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحباباً كما في القراءة **(ويكره أن يقيم على غير وضوء)** لما فيه من الفصل

الشمس[1] من رواية أبي هريرة وعمرو بن أمية الضمري وعمران بن حصين وذي مخمر الحبشي[2] الصحابي رضي الله عنهم وغيرهم. ورواه مالك في الموطإ عن ابن المسيب مرسلاً، وذكر فيه الأذان[3]، ومراسيل ابن المسيب مرفوعة عند الشافعي رحمه الله، وما في مسلم في القصة «وأمر بلالاً فأقام الصلاة فصلى بهم الصبح»[4] لا ينافي أنه أذن فكيف وقد صح. وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف بإسناده إلى رسول الله ﷺ حين شغلهم الكفار: قضاهن بأذان وإقامة: يعني الأربع صلوات[5] قوله: **(وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة)** في أحد قوليه وفي الآخر لا، ولا. ثم الأصل عندنا أن يؤذن لكل فرض أُدي أو قُضي إلا الظهر يوم الجمعة في المصر فإن أداءه بهما مكروه، روي ذلك عن علي، وإلا ما تؤديه النساء أو تقضيه بجماعتهن لأن عائشة رضي الله عنها أمتهن بغير أذان ولا إقامة[6] حين كانت جماعتهن مشروعة وهذا يقتضي أن المنفردة أيضاً كذلك، لأن تركهما لما كان هو السنة حال

أرواحكم حين شاء وردها عليكم حين شاء، يا بلال قم فأذن الناس بالصلاة فتوضأ، فلما ارتفعت الشمس وابيضت قام فصلى بالناس جماعة **(وهو)** أي قضاء النبي ﷺ بأذان وإقامة **(حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة)** لا يقال: قد روي أن النبي ﷺ أمر بلالاً فأقام بدون ذكر الأذان لأن القصة واحدة، فالعمل بالزيادة أولى، وفيه نظر لأن ذلك إنما يكون إذا كان راويهما واحداً ولم يثبت ههنا ذلك. والجواب أن الراوي إذا كان متعدداً إنما يعمل بالخبرين إذا أمكن العمل بهما، وههنا لا يمكن ذلك لأن القصة واحدة **(فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام لما روينا)** من حديث ليلة التعريس **(وكان مخيراً في الباقي إن شاء أذن وأقام)** ليكون القضاء على حسب الأداء **(وإن شاء اقتصر على الإقامة)** لأن الأذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة إليه. فإن قيل: إذا كان الرفق متعيناً في أحد الأمرين فلا تخيير بينهما كما في قصر صلاة المسافر وههنا الرفق متعين في الإقامة فما وجه التخيير؟ أجيب بأن ذلك بين الشيئين الواجبين لا في السنن والتطوعات. قال **(وعن محمد)** روي في غير رواية الأصول

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٣٥ و٤٣٦ من حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح. لكن قال أبو داود: رواه مالك وابن عيينة وعبد الرزاق عن معمر ولم يذكر أحد منهم الأذان في حديث الزهري هذا سوى الأوزاعي وأبان العطار عن معمر. ورواه البيهقي ١/ ٤٠٣ بمثل سياق أبي داود.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٣ والبيهقي ١/ ٤٠٤ كلاهما من حديث عمران وفيه ذكر الأذان لكن أعله المنذري بأن الحسن لم يسمع من عمران وفي الصحيح ليس فيه ذكر الأذان.
وأما حديث عمرو بن أمية الضمري فأخرجه أبو داود ٤٤٤ والبيهقي ١/ ٤٠٤ وحسنه المنذري في مختصره.
وأما حديث ذي مخبر الحبشي فرواه أبو داود ٤٤٥ وأشار إليه البيهقي بقوله روينا. ولم يسق إسناداً له. وفيه: فأذن قال المنذري في مختصره: وذي مخبر جاء في رواية: ابن أخي النجاشي وكان يخدم النبي ﷺ اهـ فهذا الأخبار وإن كان في بعضها مقال إلا أنها تتقوى ويعلم أن له أصلاً.

(٣) كلام ابن الهمام فيه نظر فقد روى مالك في الموطأ ١/ ١٣ ح ٢٥ عن الزهري عن ابن المسيب وفيه: ثم أمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام الصلاة اهـ. وليس فيه ذكر الأذان.
ورواه مالك ح ٢٦ عن زيد بن أسلم مرسلاً وفيه: وأمر بلالاً أن ينادي بالصلاة أو يقيم اهـ.
وبهذا تعلم أنه ليس في رواية ابن المسيب ذكر الأذان أصلاً. وأما مرسل زيد بن أسلم ففيه لكن على الشك ليس جزماً.

(٤) تقدم في ٩/ ٢٥٠.
فائدة: قولهم ليلة التعريس. التعريس هو نزول المسافر آخر الليل للنوم والاستراحة وأما إن كان أول الليل فلا يسمى تعريساً.

(٥) مرسل. روى البيهقي ١/ ٤٠٣ عن أبي عبيدة عن ابن مسعود.
قال: إن المشركين شغلوا النبي ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق فأمر بلالاً فأذن وأقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر. ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء قال البيهقي: مرسل جيد ثم قال البيهقي: هكذا رواه جماعة عن هشيم عن أبي الزبير.
ورواه هشام الدستوائي عن أبي الزبير واختلف عليه في الأذان منهم من حفظه عنه ومنهم من لم يحفظه ورواه الأوزاعي عن أبي الزبير فقال: يتابع بعضها بعضاً بإقامة إقامة.
ورواه البيهقي من حديث أبي سعيد وفيه ذكر الإقامة في الأربع دون الأذان.

(٦) موقوف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٠٨ عن عائشة قالت: كنا نصلي بغير إقامة. وأسند أيضاً عنها أنها كانت تؤذن وتقيم وتؤم النساء وقال: يجوز الأمران.

بين الإقامة والصلاة، ويروى أنه لا تكره الإقامة أيضاً لأنها أحد الأذانين، ويروى أنه يكره الأذان أيضاً لأنه يصير داعياً إلى ما لا يجيب بنفسه **(ويكره أن يؤذن وهو جنب)** رواية واحدة. ووجه الفرق على إحدى الروايتين أن للأذان شبها بالصلاة فتشترط الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملاً بالشبهين. وفي الجامع الصغير: إذا أذن وأقام على غير وضوء لا يعيد والجنب أحب إليّ أن يعيد **(ولو لم يعد أجزأه)** أما الأول فلخفة الحدث، وأما الثاني ففي الإعادة بسبب الجنابة روايتان، والأشبه أن يعاد الأذان دون الإقامة لأن تكرار الأذان مشروع دون الإقامة. وقوله ولو لم يعد أجزأه: يعني الصلاة لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة. قال **(وكذلك المرأة تؤذن)** معناه يستحب أن يعاد ليقع

شرعية الجماعة كان حال الإفراد أولى، والله سبحانه أعلم قوله: **(وعن محمد)** هو في غير رواية الأصول. وجهه أنهما صلاتان اجتمعتا في وقت واحد فيؤذن ويقام للأولى ويقام للباقية كالظهر والعصر بعرفة. ولهما ما روى أبو يوسف بسنده، وكذا من قدمنا معه أنه ﷺ حين شغلهم الكفار يوم الأحزاب عن أربع صلوات عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء قضاهن على الولاء، وأمر بلالاً أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن[1]، ولأنها صلاة مفروضة يقيمها المخاطب بالإقامة بالجمعة فيقيمها كالجماعة، بخلاف النساء، وصلاة عرفة لو كان على القياس لم يعارض النص فكيف وهما على خلاف القياس؟ قال الرازي: يجوز كون ما قال محمد قولهم جميعاً، والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فلا خلاف. واستشكل بأن الصلاة الواحدة لا خلاف فيها قوله: **(ووجه الفرق)** أي ما بين الأذان جنباً ومحدثاً على إحدى الروايتين في المحدث وهي رواية عدم الكراهة قوله: **(أن للأذان شبها بالصلاة)** وجهه تعلق أجزائهما بالوقت واشتراكهما في استقبال القبلة يشترط فيهما كذا قيل. وهو يقتضي أن يعاد الأذان إذا لم يستقبل به كما يعاد إذا كان قبل الوقت وليس كذلك، فالأولى أن يقال إنه مطلوب فيهما وإن اختلفت كيفية الطلب قوله: **(وفي الجامع الصغير)** ذكره لاشتماله على ما ليس في القدوري من الإعادة لأن الكراهة وهي المذكورة فيه لا تستلزم الإعادة كأذان القاعد والراكب في المصر يكره ولا إعادة، وليبني عليه المختار من التفصيل في الإعادة والله أعلم قوله: **(وكذلك المرأة الخ)** فحاصله أنه يكره أذان جماعة ويعاد أذان الصبي الذي لا يعقل والمرأة والجنب والسكران

عن محمد: إذا فاتت صلوات يقضي الأولى بأذان وإقامة، والبواقي بالإقامة دون الأذان. قال أبو بكر الرازي **(يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً)** والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين أصحابنا قال **(وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر)** لأن لهما شبهاً بالصلاة على ما سيأتي، فإن أذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لأنه ذكر فكان الوضوء فيه مستحباً كالقراءة **(ويكره أن يقيم على غير وضوء)** لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلاة بالاشتغال بأعمال الوضوء، والإقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلاة **(ويروى أنه)** أي الشأن **(لا تكره الإقامة أيضاً)** لأنها أحد الأذانين، والآخر وهو الأذن لا يكره بلا وضوء فكذا الإقامة **(ويروى يكره الأذان أيضاً)** وهو رواية الكرخي لأنه يصير داعياً إلى ما لا يجيب بنفسه **(ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة. ووجه الفرق على إحدى الروايتين)** أي بين أذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره أذانه **(أن للأذان شبهاً بالصلاة)** في أنهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال ويرتب كلمات الأذان كأركان الصلاة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما إلا أنه ليس بصلاة على الحقيقة، ولو كان صلاة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فإذا كان مشبهاً بها كره مع الجنابة اعتباراً للشبه ولم يكره مع الحدث اعتباراً للحقيقة ولم يعكس، لأنا لو اعتبرنا في الحدث

قال المصنف: **(لأنه يصير داعياً إلى ما لا يجيب بنفسه)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولو كان صلاة على الحقيقة، إلى قوله: ولم يكره مع الحدث اعتباراً للحقيقة)** أقول: فعل هذا يكون قوله عملاً بالشبهين من باب التغليب قوله: **(وفي رواية الكرخي يجب)** أقول: هذا ينبغي أن يكون على قول من يوجب الأذان.

---

(١) تقدم في الذي قبله ولعل أبا يوسف انفرد بلفظ: أذن وأقام لكل واحدة منهنّ. وقد تقدم في البيهقي رواه جماعة من الحفاظ ذكروا الأذان عند الأولى فقط بل رواه بعضهم بدون أذان حتى في الأولى.

على وجه السنة **(ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت)** لأن الأذان للإعلام وقبل الوقت تجهيل **(وقال أبو يوسف)** وهو قول الشافعي رحمه الله **(يجوز للفجر في النصف الأخير من الليل)** لتوارث أهل الحرمين. والحجة على الكل قوله عليه الصلاة والسلام لبلال رضي الله عنه «لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا، ومديده عرضاً»

والمجنون والمعتوه لعدم الاعتماد على أذان هؤلاء فلا يلتفت إليهم، فربما ينتظر الناس الأذان المعتبر، والحال أنه معتبر فيؤدي إلى تفويت الصلاة أو الشك في صحة المؤدي أو إيقاعها في وقت مكروه، وهذا لا ينتهض في الجنب، وغاية ما يمكن أنه يلزم فسقه، وصرح بكراهة أذان الفاسق ولا يعاد فالإعادة فيه ليقع على وجه السنة. وفي الخلاصة: خمس خصال إذا وجدت في الأذان والإقامة وجب الاستقبال: إذا غشي على المؤذن في أحدهما، أو مات، أو سبقه الحدث فذهب وتوضأ، أو حصر فيه ولا ملقن، أو خرس يجب الاستقبال. وفي فتاوى قاضيخان: معناه فإن حمل الوجوب على ظاهره احتيج إلى الفرق بين نفس الأذان فإنه سنة واستقباله بعد الشروع فيه وتحقق العجز عن إتمامه. وقد يقال فيه: شرع فيه ثم قطع تبادر إلى ظن السامعين أن قطعه للخطإ فينتظرون الأذان الحق، وقد تفوت بذلك الصلاة فوجب إزالة ما يفضي إلى ذلك، بخلاف ما إذا لم يكن أذان أصلاً حيث لا ينتظرون بل يراقب كل منهم وقت الصلاة بنفسه أو ينصبون لهم مراقباً إلا أن هذا يقتضي وجوب الإعادة فيمن ذكرناهم آنفاً إلا الجنب. ولو قال قائل فيهم: إن علم الناس حالهم وجبت وإلا استحبت ليقع فعل الأذان معتبراً وعلى وجه السنة لم يبعد، وعكسه في الخمس المذكورة في الخلاصة، وأذان العبد والأعمى والأعرابي وولد الزنا لا كراهة فيه، وغيرهم أولى منهم، وإذا قدم بعض كلمات الأذان على بعض كشهادة أن محمداً رسول الله ثم شهادة أن لا إله إلا الله فعليه أن يقول أشهد أن محمداً رسول الله بعدها قوله: **(ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها)** ويكره ذلك ويعاد، وبه قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله إلا في الفجر على ما في الكتاب، وفي رواية عندهم جميع الليل وقت لأذان الصبح. لهم قوله عليه الصلاة والسلام «إن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى تسمعوا أذان ابن أم مكتوم»[1] قوله: **(والحجة على الكل الخ)** رواه أبو داود عن شداد مولى عياض بن عامر عن بلال أن رسول الله ﷺ قال له «لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا، ومد يده عرضاً»[2] ولم يضعفه أبو داود، وأعله البيهقي أن شداداً لم يدرك بلالاً

جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الأولى لأن الجنابة أغلظ الحدثين فكان يتعطل جانب الحقيقة. وذكر رواية الجامع الصغير لا شتمالها على الإعادة وعدمها. وقوله **(أما الأول)** يعني عدم إعادة أذان المحدث وإقامته. وقله **(وأما الثاني)** يعني استحباب الإعادة بسبب الجنابة. وقوله **(روايتان في ظاهر الرواية يستحب، وفي رواية الكرخي يجب والأشبه إعادة الأذان فقط)** لأن تكرار الأذان مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف الإقامة. وقوله **(يعني الصلاة)** إنما فسره بهذا لأنه قال في الإيضاح: ويحتمل أن يكون المراد من الجواز أصل الأذان لأن رفع الصوت زائد في الباب. وقوله **(وكذلك المرأة تؤذن)** عطف على قوله والجنب أحب أن يعيد. وقوله **(ليقع)** أي الأذان **(على وجه السنة)** فإن أذان المرأة لا يكون على وجه السنة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٢٣ و٦٢٢ من حديث ابن عمر وعائشة في إسناد واحد وكرره ٦١٧ و٦٢٠ من حديث ابن عمر وحده وكذا مسلم ١٠٩٢ كتاب الصوم ح ٣٦، ٣٧ والترمذي ٢٠٣ وأحمد ٢/ ٩، ٥٧، ١٢٣، ١٠٧، ٧٣ وكذا النسائي ٢/ ١٠ والبيهقي ١/ ٤٢٦، ٤٢٧ والطيالسي ١٨١٩ كلهم من حديث ابن عمر.

وورد من حديث عائشة أخرجه البخاري كما تقدم في ٦٢٢ و٦٢٣ مع حديث ابن عمر. ومسلم ١٠٩٢ ح ٣٨ والنسائي ٢/ ١٠ وفي الباب من حديث ابن مسعود وكلها صحاح.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٥٣٤ والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ١/ ٢٨٤ من طريق شداد عن بلال.

وقال أبو داود عقبه: شداد مولى عياض لم يدرك بلالاً.

وكذا نقل الزيلعي في نصب الراية عن البيهقي ونقل عن ابن القطان.

قوله: وشداد أيضاً مجهول لا يعرف بغير رواية جعفر بن برقان عنه. اهـ فله علتان جهالة شداد والانقطاع وعلة ثالثة هو معارضته للحديث الصحيح. الذي قبله: إن بلالاً يؤذن بليل فهذا إقرار من النبي ﷺ لبلال على ذلك.

(والمسافر يؤذن ويقيم) لقوله عليه الصلاة والسلام لابني أبي مليكة رضي الله عنهما «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» **(فإن تركهما جميعاً يكره)** ولو اكتفى بالإقامة جاز لأن الأذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والإقامة لإعلام

فهو منقطع، وابن القطان بأن شداداً مجهول أيضاً لا يعرف بغير رواية جعفر بن برقان عنه. وروى البيهقي أنه ﷺ قال «يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر»[1] قال في الإمام: رجال إسناده ثقات[2] وروى عبد العزيز بن أبي رواد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه «أن بلالاً أذن قبل الفجر فغضب رسول الله ﷺ»[2] وروى البيهقي عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قال له: ما حملك على ذلك؟ قال: استيقظت وأنا وسنان فظننت أن الفجر قد طلع، فأمره النبي ﷺ أن ينادي على نفسه: ألا إن العبد قد نام»[3] وروى ابن عبد البر عن إبراهيم قال: كانوا إذا أذن المؤذن بليل قالوا له اتق الله وأعد أذانك وهذا يقتضي أن العادة الفاشية عندهم إنكار الأذان قبل الوقت، فثبت أن أذانه قبل الفجر قد وقع[4]، وأنه ﷺ غضب عليه وأمره بالنداء على نفسه ونهاه عن مثله، فيجب حمل ما رووه على أحد أمرين: إما أنه من جملة النداء عليه: يعني لا تعتمدوا على أذانه فإنه يخطىء فيؤذن بليل تحريضاً له على الاحتراس عن مثله، وإما أن المراد بالأذان التسحير بناء على أن هذا إنما كان في رمضان كما قاله في الإمام فلذا قال «فكلوا واشربوا» أو التذكير الذي يسمى في هذا الزمان بالتسبيح ليوقظ النائم ويرجع القائم، كما قيل: إن الصحابة كانوا حزبين: حزباً يجتهدون في النصف الأول، وحزباً في الأخير، وكان الفاصل عندهم أذان بلال رضي الله عنه، يدل عليه ما روي عنه ﷺ «لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال فإنه يؤذن ليوقظ نائمكم ويرقد قائمكم»[5] وقد روى

بل على وجه البدعة لأنها إن رفعت صوتها في أعلى موضع ارتكبت بدعة وإلا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة، وليس على النساء أذان ولا إقامة لأنهما سنتا الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وإن صلين بجماعة صلين بغير أذان ولا إقامة لحديث رائطة قالت: كنا جماعة من النساء أمتنا عائشة بلا أذان ولا إقامة. وقوله **(ولا يؤذن لصلاة)** ظاهر. وقوله

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٤٤ والبيهقي ١/ ٣٨٣، ٣٨٤ كلاهما من حديث ابن عمر زاد الدارقطني: وأمره أن ينادي إن العبد نام فوجد بلال وجداً شديداً.

(٢) لم أره في البيهقي والدارقطني ونصب الراية بهذا اللفظ مع كثرة الروايات. وهو غير صحيح على كل حال وأظنه هوالحديث المتقدم.
قال الدارقطني: وهم فيه عامر بن مدرك والصواب ما رواه شعيب بن حرب عن ابن أبي رواد عن نافع عن مؤذن عمر أن عمر قال ذلك لمؤذنه.

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ١/ ٣٨٣ من طريق إبراهيم بن أبي محذورة عن ابن أبي رواد عن نافع عن ابن عمر بهذا السياق. وعلته إبراهيم هذا فإنه واهٍ.
وقد صوب البيهقي أيضاً أن عمر قاله لمؤذنه. وقال عن المرفوع هو ضعيف ولا يصح.

(٤) أما قوله. فثبت أن أذانه وقع قبل الفجر.
فجوابه أنه ثبت في الصحيحين وقد تقدم قبل قليل وهو حديث: أن بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم.
وأما قوله: وثبت أنه ﷺ غضب عليه وأمره بالنداء على نفسه. أي بأن العبد نام.
فجوابه: هذا غير ثابت نعم ورد عدة روايات واهية في هذا المعنى.
أوردها الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٨٥ وقد نقل عن الترمذي عن علي المديني قوله: هذا حديث غير محفوظ وقال أبو داود هو عن عمر وعن الذهلي قوله: حديث حماد شاذ غير واقع على القلب وهو خلاف ما رواه الناس عن ابن عمر. يعني: إن بلالاً يؤذن بليل. وقال الأثرم حديث حماد خطأ وأصل الحديث عن نافع عن ابن عمر أن مؤذناً يقال له: مسروح. أو مسعود. أذن بليل فأمره عمر أن يرجع فينادي إن العبد نام. اهـ الزيلعي باختصار.

(٥) غريب عن عائشة. وقريب منه حديث ابن مسعود: لا يمنعنَّ أحدكم أذان بلال من سحوره فإنه ينادي بليل ليرجع قائمكم ولينبه نائمكم. وهذا صحيح أخرجه البخاري ٦٢١ وطرفه في ٥٢٩٨ ومسلم ١٠٩٣ وأبو داود ٢٣٤٧ وأحمد ١/ ٣٨٦، ٣٩٢ كلهم عن ابن مسعود بهذا السياق.
وهذا الذي استدل به الزيلعي.
وأما حديث عائشة فهو في الصحيح أخرجه البخاري ٦٢٢ و١٩١٩ ومسلم ١٠٩٢ ح ٣٨ وغيرهما بلفظ: إن بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم.
وفي الباب أحاديث

الافتتاح وهم إليه محتاجون (**فإن صلى في بيته في المصر يصلي بأذان وإقامة**) ليكون الأداء على هيئة الجماعة (**وإن تركهما جاز**) لقول ابن مسعود رضي الله عنه: أذان الحي يكفينا.

أبو الشيخ عن وكيع عن سفيان عن أبي إسحاق عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما كان المؤذن يؤذن حتى يطلع الفجر[1] قوله: (**لابني أبي مليكة**) الصواب مالك بن الحويرث وابن عم له، وقد ذكره المصنف في الصرف على الصواب كما ذكره صاحب المبسوط وفخر الإسلام في الجامع والمحبوبي في الصحيح عن مالك بن الحويرث «أتيت رسول الله ﷺ أنا وصاحب لي، فلما أردنا الانتقال من عنده قال لنا: إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما» وفي رواية للترمذي «أنا وابن عم لي»[2] فهي مفسرة للمراد بالصاحب. وإذا كان هذا الخطاب لهما ولا حاجة لهما مترافقين إلى استحضار أحد علم أن المنفرد أيضاً يسن له ذلك. وقد ورد في خصوص المنفرد أحاديث في أبي داود والنسائي «يعجب ربك من راعي غنم في رأس شظية يؤذن بالصلاة ويصلي فيقول الله عز وجل: انظروا إلى عبدي هذا يؤذن ويقيم للصلاة يخاف مني قد غفرت لعبدي وأدخلته الجنة»[3] وعن سلمان الفارسي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا كان الرجل بأرض فلاة فحانت الصلاة فليتوضأ، فإن لم يجد ماء فليتيمم، فإن أقام صلى معه ملكان، وإن أذن وأقام صلى خلفه من جنود الله ما لا يرى طرفاه»[4] رواه عبد الرزاق. وبهذا ونحوه عرف أن المقصود من الأذان لم ينحصر في الإعلام بل كل منه ومن الإعلان بهذا الذكر نشراً لذكر الله ودينه في أرضه وتذكيراً لعباده من الجن والإنس الذين لا يرى شخصهم في الفلوات من العباد قوله: (**فإن تركهما يكره**) لأنه مخالف للأمر المذكور في حديث مالك بن الحويرث، ولأن السفر لا يسقط الجماعة فلا يسقط لوازمها الشرعية: أعني دعاءهم، فالترك للكل حينئذ ترك للجماعة صورة وتشبهاً إن كان منفرداً، أو ترك لمجموع لوازمها إن كانت بجماعة من غير ضرورة وذلك مكروه، بخلاف تاركهما في بيته في المصر حيث لا يكره لأن أذان المحلة وإقامتها كأذانه وإقامته، لأن المؤذن نائب أهل المصر كلهم كما يشير إليه ابن مسعود حين صلى بعلقمة والأسود بغير

(**والحجة على الكل**) أي على أبي يوسف والشافعي وأهل الحرمين: يعني أن الحديث حجة على الآخذ والمأخوذ منه، فإن قيل جاء في الحديث «لا يغرنكم أذان بلال» ويعلم به أنه كان يؤذن قبل الوقت أجيب بأنه حجة لنا حيث لم يعتبر النبي ﷺ أذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره، وقد ذكر في المبسوط أن أذان بلال أنكره عليه رسول الله ﷺ وأمره أن ينادي على نفسه ألا إن العبد قد نام: يعني نفسه، أي أنه أذن في حال النوم والغفلة وكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول:

ليت بلالاً لم تلده أمه … وابتل من نضح دم جنينه

وإنما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله ﷺ إياه. وقوله (**لقوله عليه الصلاة والسلام لابني أبي مليكة**) قال في النهاية: ذكر هذا الحديث في المبسوط بخطاب غيرهما. وقال: روي عن النبي ﷺ أنه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له «إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكثركما قرآناً» وروى فخر الإسلام «وليؤمكما أكبركما سناً» وقوله (**فإن تركهما جميعاً يكره**) ظاهر.

---

(١) عزاه المصنف لأبي الشيخ وظاهره الصحة إن سلم إلى وكيع لأن من دونه لا يعرفون.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٢٨ وأطرافة في ٦٣٠ و٦٣١ و٦٥٨ و٦٨٥ و٨١٩ و٨٤٨ و٦٠٠٨ ومسلم ٦٧٤ ح ٢٩٢، ٣٩٣ وأبو داود ٥٨٩ والنسائي ٢/ ٧٧ وابن ماجه ٩٨٩ وأحمد ٣/ ٤٣٦ كلهم من حديث مالك بن الحويرث مع تغير يسير في بعض ألفاظه.
والخبر متحد. وأما رواية الترمذي فهي برقم ٢٠٥ وهو صحيح أيضاً. والأكثر عندهم فليؤذن لكم أحدكم وليأمكم أكبركم. هكذا بالجمع.

(٣) أخرجه النسائي ٢/ ٢٠ من حديث عقبة بن عامر بهذا اللفظ. ورجاله ثقات أثبات.
وكذا رواه البيهقي ١/ ٤٠٥ وأحمد ٤/ ١٤٥، ١٥٧.

(٤) ضعيف. أخرجه البيهقي ١/ ٤٠٥، ٤٠٦ من طريقين عن سليمان التيمي عن النهدي عن سلمان موقوفاً.
وقال: هذا هو الصحيح موقوف وقد روي مرفوعاً ولا يصح رفعه. ثم أسنده مرفوعاً. وفي إسناده القاسم بن غصن قال الذهبي في المغني ضعفه أبو حاتم وغيره وفيه الإسناد من لا يعرف.

. . . .

أذان ولا إقامة حيث قال أذان الحي يكفينا[1]، وممن رواه سبط بن الجوزي قوله: **(ولو اكتفى بالإقامة جاز)** لما ثبت في غير موضع سقوط الأذان دون الإقامة كما بعد أولى الفوائت وما نحن فيه وثانية الصلاتين بعرفة، صرح ظهير الدين في الحواشي بأن الإقامة آكد من الأذان نقلاً من المبسوط قوله: **(وإن تركهما جاز)** من غير كراهة، وذكرنا الفرق بينه وبين ترك المسافر لهما. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوا في المصر في منزل واكتفوا بأذان الناس أجزأهم وقد اساءوا ففرق بين الفذ والجماعة في هذه الرواية.

[فرع] الإمامة أفضل من الأذان لمواظبته عليه الصلاة والسلام عليها، وكذا الخلفاء الراشدون بعده، وقول عمر رضي الله عنه: لولا الخلافة لأذنت[2] لا يستلزم تفضيله عليها، بل مراده لأذنت مع الإمامة مع تركها فيفيد أن الأفضل كون الإمام هو المؤذن، وهذا مذهبنا وعليه كان أبو حنيفة كما يعلم من أخباره، والله سبحانه المسؤول في إتمام السول.

وقوله **(لقول ابن مسعود)** روي أن ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والأسود بلا أذان وإقامة، فقيل له ألا تؤذن وتقيم؟ فقال **(أذان الحي يكفينا)** وذلك أن المؤذن نائب عن أهل المحلة في الأذان والإقامة إياه لذلك، فكان المصلي في الحي بغير أذان وإقامة حقيقة مصلياً بهما حكماً فلا يكره بخلاف المسافر إذا صلى وحده بغير أذان وإقامة فإنه يكره لكونه تاركاً لهما حقيقة وحكماً فهو تارك للجماعة حقيقة وتشبهاً، وترك الصلاة بجماعة مكروه، فكذا ترك التشبه كما إذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فإنه يكره له تركه.

قوله: (بخلاف المسافر الخ) أقول: فيه بحث.

---

(١) أثر ابن مسعود. أخرجه البيهقي ١/٤٠٦ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/٤ وهو عند الطبراني عن إبراهيم النخعي مرسلاً ومرسلاته صحيحة لكن عند البيهقي من طريق الشعبي عن علقمة بلفظ: صلى ابن مسعود بي وبالأسود بغير أذان ولا إقامة. وربما قال: يجزئنا أذان الحي وإقامتهم.

وإسناده متصل ورجاله ثقات.

ورواية للطبراني قال: إقامة المصر تكفينا.

ورواية قال سفيان: كفتهم إقامة المصر. وهذا مشهور عن ابن مسعود راجع نصب الراية ١/٢٩١.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ١/٤٣٣ عن عمر قال: لو كنت أطيق الأذان مع الخلافة لأذنت.

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

(**يجب على المصلي أن يقدم الطهارة من الأحداث والأنجاس على ما قدمناه**) قال الله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾ وقال تعالى ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾ (**ويستر عورته**) لقوله تعالى. خذوا زينتكم عند كل مسجد. أي ما يواري

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

هذا لبيان الواقع، وقيل لإخراج الشرط العقلي كالحياة للألم والجعليّ كدخول الدار للطلاق، وقيل لإخراج ما لا يتقدمها كالقعدة شرط الخروج، وترتيب ما لم يشرع مكرراً شرط البقاء على الصحة. ويرد على الثاني أن الشرط عقلياً أو غيره متقدم فلا يخرج قيد التقدم العقلي والجعلي للقطع بتقدم الحياة ودخول الدار على الألم مثلاً ووقوع الطلاق. لا يقال: بل الجعلي سبب لوقوع المعلق إذ الشرط لا يؤثر إلا في العكس، فالشرط ما يتوقف عليه غيره من غير أثر له فيه، غير أنه أطلق عليه شرط لغة لأنا نمنعه، بل السبب وهو قوله أنت طالق تأخر عمله إلى وجود الشرط الجعلي فصدق أنه توقف عليه ولا يؤثر فيه فتعين الأول، ولأن قوله التي تتقدمها تقييد في شروط الصلاة لا مطلق الشروط، وليس للصلاة شرط جعلي، ويبعد الاحتراز عن شرطها العقليّ من الحياة ونحوه إذ الكتاب موضوع لبيان العمليات فلا يخطر غيرها، وشرط الخروج والبقاء على الصحة ليسا شرطين للصلاة بل لأمر آخر وهو الخروج والبقاء، وإنما يسوغ أن يقال: شرط الصلاة نوعاً من التجوز إطلاقاً لاسم الكل على الجزء وعلى الوصف المجاور قوله: (**على ما قدمناه**) في صدر الكتاب وباب الأنجاس قوله: (**لقوله تعالى. خذوا زينتكم**) نزلت في الطواف تحريماً لطواف العريان، والعبرة وإن كانت لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لكن لا بد أن يثبت الحكم في السبب أولاً وبالذات لأنه المقصود به قطعاً، ثم في غيره على ذلك الوجه، والثابت عندنا في الستر في الطواف الوجوب، حتى لو طاف عرياناً أثم وحكم بسقوطه، وفي الصلاة الافتراض حتى لا تصح دونه، وما قيل لقيام الدليل بسقوط الافتراض في الطواف وهو الإجماع وهو في الصلاة منتف فيبقّي عل أصل الافتراض فيها فممنوع ثبوت الإجماع على ذلك، ولو سلم لا يدفع السؤال وهو أنه كيف تناول السبب على وجه دونه في غيره، ثم يستلزم أن يراد به الحقيقي والمجازي معاً لأنه إن كان قطعي الدلالة فموجبه الافتراض ليس غير، وإن كان ظنيها فالوجوب ليس غير، وهما حقيقتان متباينتان لأن عدم الإكفار بالجحد مأخوذ في مفهوم الوجوب ونقيضه في مفهوم الفرض، أو هما فرداً

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب وهو الوقت وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط، والشروط جمع شرط وهو العلامة. وفي الاصطلاح: ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلاً فيه. وقوله (**التي تتقدمها**) صفة مؤكدة لا مميزة إذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدماً حتى يكون احترازاً عنه وهو قريب من أسلوب قوله تعالى ﴿يحكم بها النبيون الذين أسلموا﴾ وقوله (**يجب على المصلي أن يقدم الطهارة**) إنما أعاده وإن كان قد علم مما تقدم كونها شرطاً للصلاة ليكون الباب مشتملاً على جملة الشروط. وقوله: أي ما يواري عورتكم عند كل صلاة: يعني لأجل الصلاة لا لأجل الناس، لأن الناس في الأسواق أكثر منهم في المساجد، فلو كان لأجلهم لقال عند دخول الأسواق، فكان معناه: خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي تحصل به الزينة وهي ستر العورة عند كل صلاة لأن أخذ الزينة نفسها وهي مصدر لا يمكن إلا بهذا الطريق فكان من باب إطلاق اسم

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

قوله: (**والشروط جمع شرط وهو العلامة**) أقول: الذي هو بمعنى العلامة الشرط بالتحريك دون الشرط بسكون الراء قوله: (**ليكون الباب مشتملاً على جملة الشروط الخ**) أقول: التي في قدرة المصلي وليس الوقت منها فلا يرد نقضاً قوله: (**تحصل به الزينة وهي ستر العورة**) أقول: قوله هي راجع إلى الزينة قوله: (**لأن أخذ الزينة نفسها الخ**) أقول: دليل لقوله السابق وهو قوله فكان معناه الخ قوله:

عورتكم عند كل صلاة. وقال عليه الصلاة والسلام «لا صلاة لحائض إلا بخمار» أي لبالغة **(وعورة الرجل ما تحت السرة إلى الركبة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «عورة الرجل ما بين سرته إلى رَكبته» ويروى «ما دون سرته حتى تجاوز ركبته» وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة خلافاً لما يقوله الشافعي رحمه الله **(والركبة من العورة)** خلافاً له

مفهوم واحد هو مفهومه وهو الطلب الجازم أعم من كونه على هذا الوجه من القوّة أولاً، والمشكك الأعم لا يعرف استعماله في فردين من مفهومه في إطلاق واحد، وقد يدفع باختيار الثاني وكونه بحيث يكفر جاحده مقتضاه إنما هو أثر قوة ثبوته قطعاً عن الله وقطعية دلالته على مفهومه لا من نفس مفهومه، فتأمل هذا يظهر لك عنده أن نفس حقيقة الوجوب والفرض ليس تمامهما مفهوم لفظ الأمر بل جزؤهما وهو الطلب الجازم والجزء الآخر: أعني كونه بحيث يكفر جاحده أو لا أثر كيفية ثبوت ذلك الأمر ودلالته، وصح إضافة تمامها إلى الأمر بأن يقال: يفيد الوجوب الافتراض إذ لا شك في استفادة ثبوت تمام الحقيقة معه وبسببه، لا أن معناه أنها بتمامها مدلول لفظه فتأمل، وحينئذ فالإلزام الذي يتم هو الأول والله سبحانه وتعالى أعلم. وحاصله لزوم افتراض الستر في الطواف بالآية وأنتم تنفونه أو الوجوب في الصلاة وأنتم تفرضونه، والحق بعد ذلك أن الآية ظنية الدلالة في ستر العورة فمقتضاها الوجوب في الصلاة ومنهم من أخذ منها قطعية الثبوت ومن حديث «لا صلاة لحائض إلا بخمار»[١] قطعية الدلالة في ستر العورة فيثبت الفرض بالمجموع، وفيه ما لا يخفى بعد تسليم قطعية الدلالة في الحديث وإلا فهو قد اعترف في نظيره من نحو «لا وضوء لمن لم يسم»[٢] و «لا صلاة لجار المسجد»[٣] أنه ظني الدلالة، ولا شك في ذلك لأن احتمال نفي

الحال على المحل. وفي قوله ﴿عند كل مسجد﴾ إطلاق اسم المحل على الحال. فإن قيل روي عن ابن عباس أنها نزلت في شأن الطواف لا في حق الصلاة فلا تكون حجة في وجوب الستر في حق الصلاة. أجيب بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. وقوله **(عند كل مسجد)** عام فلا يختص بالمسجد الحرام. وقوله **(وقال عليه الصلاة والسلام «لا صلاة لحائض إلا بخمار»)** أي لبالغة لأن الحائض لا صلاة لها إلا بخمار ولا بغيره، فكان مجازاً عن البالغة لأن الحيض يستلزم البلوغ. وفي

(وأجيب بأن الآية قطعي الثبوت الخ) أقول: ينظر فيه قال المصنف: **(وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة الخ)** أقول: الأول أن تجعل الإشارة إلى الرواية الثانية، إذ لا يتبين من الأولى كون الركبة عورة كما إذا قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، وقوله وكلمة إلى الخ تحقق ما قلنا فتأمل قوله: **(وفيه نظر لأن حتى، إلى قوله: فلا فرق بينهما)** أقول المراد عملاً بالحديث الذي فيه كلمة

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٦٤١ والترمذي ٣٧٧ وابن ماجه ٦٥٥ والبيهقي ٢/ ٢٣٣ والحاكم ١/ ٢٥١ وأحمد ٦/ ١٥٠، ٢١٨، ٢٥٩ كلهم من حديث عائشة: لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار.
قال الترمذي: حديث حسن والحائض: هي المرأة البالغة.
وقال الحاكم: صحيح. ووافقه الذهبي.

(٢) تقدم في ٢/ ٢٢ـ ٣/ ٢٢ وإسناده حسن ولفظه: لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وُضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٢٠ والبيهقي ٣/ ٥٧ والحاكم ١/ ٢٤٦ كلهم من حديث أبي هريرة.
وقال البيهقي: ضعيف اهـ لأن فيه سليمان اليمامي واه جداً.
ورواه الدارقطني ١/ ٤٢٠ من حديث جابر وفيه محمد بن سكين قال الذهبي: لا يعرف وخبره منكر اهـ وضعفه العراقي في الأحياء ١/ ١٥١ من طريقيه. وأخرجه الدارقطني ١/ ٤٢٠ والبيهقي ٢/ ٥٧ كلاهما عن علي قال: لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد. موقوف، وروياه من وجه آخر بنحوه.
قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٣١: هذا الحديث مشهور بين الناس وهو ضعيف ليس له إسناد يثبت وروي عن علي موقوفاً وهو ضعيف أيضاً اهـ.
ورواه الحاكم ١/ ٢٤٦ من حديث أبي موسى مرفوعاً بلفظ: من سمع النداء فارغاً صحيحاً فلم يجب فلا صلاة له. وصححه الحاكم وسكت الذهبي وهذا اللفظ أخرجه البيهقي ٣/ ٥٧ لكن عن علي من قوله فينبغي النظر في رجال الحاكم. ففي إسناده أبو بكر بن عياش قال ابن حجر عنه في التقريب: ثقة عابد إلا أنه لما كبر ساء حفظه وكتابه صحيح اهـ. فالظاهر أنه أملاه من حفظه بعد ما كبر فجعله مرفوعاً لأن الحافظ الصفاني وابن الجوزي وغيرهما على أنه لا يصح وأنه لا يثبت لا أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات وكذا الصفاني. ونوزع بقول ابن حجر: ضعيف وليس له إسناد ثابت.

أيضاً، وكلمة إلى تحملها على كلمة مع عملاً بكلمه حتى أو عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام «الركبة من العورة»

الكمال قائم والأوجه الاستدلال بالإجماع على الافتراض في الصلاة كما نقله غير واحد من أئمة النقل إلى أن حدث بعض المالكية فخالف فيه كالقاضي إسماعيل وهو لا يجوز بعد تقرر الإجماع. والحديث عن عائشة رضي الله عنها ترفعه «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[1] رواه أبو داود والترمذي وحسنه والحاكم وصححه وابن خزيمة في صحيحه قوله: (لقوله ﷺ «عورة الرجل») روى الدارقطني عن عطاء بن يسار عن أبي أيوب قال: سمعت النبي ﷺ يقول «ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل من السرة من العورة»[2] وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال «فإن ما تحت السرة إلى ركبته من العورة»[3] رواه الدارقطني من حديث طويل، وفيه سوار بن داود لينه العقيلي لكن وثقه ابن معين. وعن عقبة بن علقمة عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الركبة من العورة»[4] وعقبة هذا هو اليشكري ضعفه أبو حاتم والدارقطني، وحديث «حتى يجاوز ركبته»[5] لم يعرف، وعلى هذا يسقط ترتيب البحث المذكور: أعني قوله وكلمة الخ لأن تمامه متوقف على كون حديث الركبة مما يحتج به. وله طريقان معنويان: وهما أن الغاية قد تدخل وقد تخرج والموضع موضع الاحتياط فحكمنا بدخولها احتياطاً وإن الركبة ملتقى عظم العورة وغيرها فاجتمع الحلال والحرام ولا مميز، وهذا في التحقيق وجه كون الموضع موضع الاحتياط قوله: (كلها) وفي بعض النسخ كله وهما تأكيدان للبدن، ولما أضيف إلى المؤنث جاز اكتسابه التأنيث وهو على الوجه القياسي في ذلك أعني صحة حذف المضاف ونسبة الحكم إلى المضاف إليه، فإنه يصح أن

دلالة الآية والحديث على فرضية ستر العورة نظر أما الآية فإنها تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان طواف العاري معتداً به، فلو أفادت الفرضية في حق الصلاة لكان لفظ خذوا مستعملاً في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز، وأما الحديث فلأنه خبر واحد فلا يفيد الفرضية. وأجيب بأن الآية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير، والحديث قطعي الدلالة لأداة الحصر ظني الثبوت لكونه خبر الواحد، فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتأمل. وقوله (وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة) لأنه قال ما بين سرته إلى ركبته، وقال ما دون سرته، والمفهوم من ذلك أن لا تكون السرة عورة. وقوله (والركبة) معطوف على السرة وفيهما خلاف الشافعي. فإن قيل كلمة إلى للغاية وهي في هذا الموضع لمد الحكم إليها فلا تدخل. أجاب بقوله وكلمة إلى نحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾ عملاً بكلمة حتى في قوله حتى يجاوز ركبته أو عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام «الركبة من العورة» وبه نظر لأن حتى إذا دخل الفعل كان بمعنى إلى في

حتى، ففي كلامه أدنى مسامحة قوله: (وكان ينبغي أن يقول وعملاً بقوله ﷺ بالواو الخ) أقول: كلمة أو فيها من الدلالة على الاستقلال ما ليس في الواو، فلو أتى بالواو لأوهم خلاف المقصود قوله: (ولكن الأول أصح لأنه ليس بعضو على حدة) أقول: الظاهر من تقرير كلام المصنف في كتاب الكراهية كونها عورة مستقلة ويمكن تأويله فراجعه قوله: (فكانت القدم مكشوفة لا محالة) أقول: فيه بحث قوله:

---

(١) تقدم تخريجه قبل حديثين.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٣١ عن أبي أيوب مرفوعاً. وفي إسناده عباد بن كثير وأظنه الثقفي البصري. قال عنه ابن حجر في التقريب: متروك اهـ وإن كان الفلسطيني فهو ضعيف أيضاً يروي مناكير. بل فيه سعيد بن أبي راشد أعله البيهقي به في ٢/ ٢٢٩.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٣٠ والبيهقي ٢/ ٢٢٩ كلاهما من طريق سوار عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال البيهقي: وقيل سوار عن محمد بن جحادة عن عمرو به. وليس بشيء. قال ابن حجر في التقريب: سوار بن داود: صدوق له أوهام اهـ.
وقال الذهبي في الميزان: قال الدارقطني: لا يتابع على أحاديثه يعتبر به.
وقد ذكر الزيلعي في ١/ ٢٩٦ أن هذا الحديث رواه أبو داود من هذا الطريق وبهذا السياق لكن لم يقل فيه: فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة.

(٤) ضعيف، أخرجه الدارقطني ١/ ٢٣١ من حديث علي وأعلن بأبي الجنوب وقال: ضعيف ونقل الزيلعي في نقب السراية ١/ ٢٩٧ عن الذهبي قوله: في إسناده النضر بن منصور واهٍ. والراوي عن علي وهو عقبة ضعفه الدارقطني وأبو حاتم الرازي اهـ فهذه علل ثلاث في إسناده. ٤/

(٥) لا أصل له ذكره صاحب الهداية وقد قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٩٧ غريب. وكذا قال ابن حجر في الدراية ١/ ١٢٢: لم أجده ووافقهما ابن الهمام بقوله: لا يعرف..

(وبدن الحرّة كلها عورة إلا وجهها وكفيها) لقوله عليه الصلاة والسلام «المرأة عورة مستورة» واستثناء العضوين للابتلاء بإبدائهما. قال رضي الله عنه: وهذا تنصيص على أن القدم عورة. ويروى أنها ليست بعورة وهو الأصح

يقال: المرأة عورة إلا كذا كما يصح بدن المرأة عورة إلا كذا. وفي الظهيرية الصغيرة جداً ليست عورة حتى يباح النظر والمس قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «المرأة عورة مستورة»)** أخرج الترمذي في الرضاع عن ابن مسعود عنه ﷺ «المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان»[1] وقال حسن صحيح غريب، ولم يعرف فيه لفظ مستورة قوله: **(تنصيص، إلى قوله: وهو الأصح)** لا شك أن ثبوت العورة إن كان بقوله ﷺ **«المرأة عورة»** مع ثبوت مخرج بعضها وهو الامتلاء بالإبداء فمقتضاه إخراج القدمين لتحقق الابتلاء، وإن كان قوله تعالى. ولا يبدين زينتهن. الآية، فالقدم ليس موضع الزينة الظاهرة عادة، ولذا قال الله تعالى. ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن. يعني قرع الخلخال، فأفاد أنه من الزينة الباطنة. وقد روى أبو داود فيه مرسلاً عنه ﷺ «إن الجارية إذا حاضت لم يصلح أن يرى منها إلا وجهها ويدها إلى المفصل»[2] ثم كما هو تنصيص على ما ذكرنا، كذلك هو تنصيص على أن ظهر الكف عورة بناء على دفع ما قيل إن الكف يتناول ظاهره، لكن الحق أن المتبادر عدم دخول الظهر، ومن تأمل قول القائل الكف يتناول ظاهره أغناه عن توجيه الدفع إذ إضافة الظاهر إلى مسمى الكف يقتضي أنه ليس داخلاً فيه. وفي

مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما، وكان ينبغي أن يقول وعملاً بقوله عليه الصلاة والسلام بالواو لأن المعارضة قائمة بكل منهما. والجواب عن الأول أنه بمعنى إلى لكن مع دخول الغاية وقد قررناه في التقرير. وعن الثاني بأن كلمة أو لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافياً. ثم إن المشايخ اختلفوا في أن الركبة مع الفخذ عضو واحد أو كل منهما عضو على حدة. قال المصنف في التجنيس: ثم الركبة إلى آخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لأن نفس الركبة من الفخذ أقل من الربع. قال وقد قيل بأنها بانفرادها عضو واحد، ولكن الأول أصح لأنها ليست بعضو على حدة في الحقيقة بل هي ملتقى عظم الفخذ والساق وإنما حرم النظر إليها من الرجال لتعذر التمييز، فعلى الأول من تبعيضية وعلى الثاني بيانية. قال **(وبدن الحرّة كلها عورة)** كلها تأكيد للبدن وتأنيثه لتأنيث المضاف إليه كما في قولهم ذهبت بعض أصابعه. وقوله **(وكفيها)** يشير إلى أن ظهر الكف عورة، وهو ظاهر الرواية لأن الكف عرفاً لا يتناول ظهره، وفي مختلفات قاضيخان ظاهر الكف وباطنه ليسا بعورتين، وقوله ﷺ **(«المرأة عورة مستورة»)** خبر بمعنى الأمر، ومثله يفيد التأكيد، وقيل معناه: من حقها أن تستر. وقوله **(واستثناء العضوين)** يعني الوجه والكفين **(للابتلاء بإبدائهما)** لأن المرأة لا تجد بداً من مزاولة الأشياء بيديها ومن كشف وجهها لا سيما في الشهادة والمحاكمة قوله: **(وهذا)** أي قول القدوري: وبدن الحرة كله عورة إلا وجهها وكفيها **(تنصيص)** منه **(على أن القدم عورة)** لأنه لم يستثنها. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة، وبه قال الكرخي. قال المصنف **(وهو الأصح)** لأنها تبتلي بإبداء القدم إذا مشت حافية أو متنعلة فربما لا تجد الخف، على أن الاشتهاء لا يحصل بالنظر إلى القدم كما يحصل بالنظر إلى الوجه، فإذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم أولى،

---

(١) أخرجه الترمذي ١١٧٣ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٣٥ وزاد الطبراني: وإنها أقرب ما تكون إلى الله وهي في قعر بيتها. كلاهما من حديث ابن مسعود قال الترمذي: حسن غريب اهـ ورجاله ثقات وقال الهيثمي: رجال الطبراني موثقون.
تنبيه: وقد زاد صاحب الهداية في الحديث لفظ: مستورة. فقال ابن الهمام: لا يعرف. وكذا في الدراية ١/ ١٢٣ لفظ: مستورة: لم أجده. وكذا في وفي نصب الراية ١/ ٢٩٩.
تنبيه: في نصب الراية عن الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ وكذا ذكر ابن الهمام فلعل لفظ صحيح. سقط من بعض النسخ.

(٢) مرسل حسن. أخرجه أبو داود في المراسيل كما في نصب الراية ١/ ٢٩٩ عن قتادة مرسلاً.
ورواه أبو داود ٤١٠٤ من سننه عن سعيد بن بشير عن قتادة عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبي بكر. دخلت على رسول الله ﷺ. وعليها ثياب رقاق. فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: يا أسماء... الحديث قال أبو داود عقبه: ابن دريك لم يدرك عائشة. وكذا رواه البيهقي ٢/ ٢٢٦ وقال: هو مرسل. ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: ومع ذلك فابن دريك مجهول. وأما المنذري فأعله أيضاً بسعيد بن بشير وقال: تكلم فيه غير واحد.

(فإن صلت وربع ساقها أو ثلثه مكشوف تعيد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كان أقل من الربع لا تعيد. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تعيد إن كان أقل من النصف) لأن الشيء إنما يوصف بالكثرة إذا كان ما يقابله أقل منه إذ هما من أسماء المقابلة **(وفي النصف عنه روايتان)** فاعتبر الخروج عن حد القبلة أو عدم الدخول في ضده. ولهما أن الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الإحرام، ومن رأى وجه غيره يخبر عن

مختلفات قاضيخان: ظاهر الكف وباطنه ليسا عورتين إلى الرسغ، وفي ظاهر الرواية ظاهره عورة، وتنصيص أيضاً على أن الذراع عورة وعن أبي يوسف ليس بعورة. وفي المبسوط في الذراع روايتان، والأصح أنه عورة. وفي الاختيار لو انكشف ذراعها جازت صلاتها لأنها من الزينة الظاهرة وهو السوار وتحتاج إلى كشفه للخدمة وستره أفضل. وصحح بعضهم أنه عورة في الصلاة لا خارجها. واعلم أنه لا ملازمة بين كونه ليس عورة وجواز النظر إليه، فحل النظر منوط بعدم خشية الشهوة مع انتفاء العورة ولذا حرم النظر إلى وجهها. ووجه الأمرد إذا شك في الشهوة ولا عورة. وفي كون المسترسل من شعرها عورة روايتان. وفي المحيط الأصح أنه عورة وإلا جاز النظر إلى صدغ الأجنبية وطرف ناصيتها وهو يؤدي إلى الفتنة وأنت علمت أنه لا تلازم بينهما كما أريتك في المثال.

[فرع] صرح في النوازل بأن نغمة المرأة عورة، وبنى عليه أن تعلمها القرآن من المرأة أحبّ إلي من الأعمى. قال: لأن نغمتها عورة، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «التسبيح للرجال والتصفيق للنساء»[1] فلا يحسن أن يسمعها الرجل انتهى كلامه. وعلى هذا لو قيل إذا جهرت بالقراءة في الصلاة فسدت كان متجهاً، ولذا منعها عليه الصلاة والسلام من التسبيح بالصوت لإعلام الإمام لسهوه إلى التصفيق قوله: **(تعيد الصلاة)** يعني إذا استمر زماناً كثيراً إلا إذا كان قليلاً وقدر الكثير ما يؤدي فيه ركن، والقليل دونه فلو انكشفت فغطاها في الحال لا تفسد. فالحاصل أن الانكشاف الكثير في الزمن القليل لا يفسد، والانكشاف القليل في الزمن الكثير أيضاً لا يفسد ووجهه أن القليل عفو

ولما كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على أن القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال **(فإن صلت)** وذلك لأنه جوّز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة. فإن قيل قوله ﷺ «المرأة عورة مستورة» عام في جميع بدنها وليس في لفظه استثناء فاستثناء العضوين أو الثلاثة بالابتلاء تخصيص بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه. فالجواب أن قوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ الآية إما أن يكون ورد قبل الحديث أو بعده، فإن كان بعده نسخ عموم الحديث، وإن كان قبله فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئاً مما تناوله. وقوله **(وثلث ساقها أو ربع ساقها مكشوف)** قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث. وأجيب بأوجه بأنه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الإسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة، وبأنه شك وقع من الراوي عن محمد، وبأنه إذا ذكر الربع علم مانعيته الثلث بالدلالة والتنصيص على ما يثبت دلالة بالتصريح غير قبيح، قال الله تعالى ﴿فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير﴾ وبأن الربع مانع قياساً والثلث استحساناً، فأورده على القياس والاستحسان وبأن الربع مانع مع القدم والثلث مانع بدونها، وبأن أبا حنيفة سئل عن هذه المسألة على هذا الوجه فأورده محمد كذلك. اعلم أن أصحابنا اتفقوا على أن قليل الانكشاف معفوّ وكثيره ليس بمعفوّ. واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال أبو حنيفة ومحمد: الربع كثير. وما دونه قليل. وقال أبو يوسف: ما دون النصف قليل لأن الشيء لا يوصف بالكثرة إلا إذا كان ما يقابله أقل منه لأن القليل والكثير من أسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف، والإضافة هيئة تكون ماهيتها معقولة بالقياس إلى هيئة أخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس إلى الهيئة الأولى كالأبوّة والبنوّة، والذي في الشروح أن التقابل بينهما تقابل الضدين ليس بشيء لاجتماعهما في محل واحد، فإن الشيء الواحد يجوز أن يكون قليلاً بالنسبة إلى شيء وكثيراً بالنسبة إلى شيء آخر، وعلى هذا ورد في النصف عن أبي يوسف روايتان. وقوله **(فاعتبر الخروج عن حد القلة أو عدم الدخول في ضده)** دليل الروايتين، يعني أن النصف لما خرج

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٠٣ ومسلم ٤٢٢ وأبو داود ٩٣٩ والترمذي ٣٦٩ والنسائي ٣/١١، وابن ماجه ١٠٣٤ وأحمد ٢/ ٢٤١، ٣١٧، ٣٧٦، ٤٣٢ والطيالسي ٢٣٩٩ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ.

رؤيته وإن لم ير إلا أحد جوانبه الأربعة **(والشعر والبطن والفخذ كذلك)** يعني على هذا الاختلاف لأن كل واحد عضو على حدة، والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح، وإنما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة

لاعتباره عدماً باستقراء قواعد الشرع بخلاف الكثير، وقدّر بالربع لأنه يحكي حكاية الكمال بالدليل المذكور، وهو أن من رأى أحد جوانب وجه إنسان صح أن يخبر بأنه رأى وجهه، وهذا يدفع قول أبي يوسف رحمه الله: إن الكثرة يقابلها القلة حتى أجاز صلاته مع انكشاف أقل من النصف لأن ذلك إذا اعتبر بالنسبة والإضافة إلى مقابله، وليس هذا الاعتبار لازماً بل كما يجوز ذلك يجوز اعتباره في نفسه كما في قوله تعالى. يضلّ به كثيراً ويهدي به كثيراً. وإذا صح الاعتبار إن كان الاحتياط في الثاني هنا، وعلى اعتباره تثبت الكثرة بالربع لما ذكرنا فتمنع، إلا أن قوله كما في مسح الرأس والحلق في الإحرام يفيد أنه مما حكى فيه الربع حكاية الكل، وهو موقوف على أن النص فيهما يفيد تعميمها بالفعل، واكتفى بالربع لحكايته إياه، وإلا فلو كان المفاد بالنص هو الربع ابتداء فمن أين كون ذلك الربع طلب لحكايته حكاه الكمال. لا يقال: لأن المطلوب في باقي الأعضاء استيعابها فالظاهر في الرأس مثله لأن الملازمة ممنوعة أولاً، وكونه في باقي الأعضاء كذلك ممنوع ثانياً فإن اليد اسم إلى الإبط باعترافهم ولم يجب استيعابها. ثم سوى في الكتاب بين الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع. وقال الكرخي: يعتبر في الغليظ ما زاد على قدر الدرهم. وفي الخفيفة الربع اعتباراً بالنجاسة الغليظة والخفيفة، وغلط بأنه تغليظ يؤدي إلى التخفيف أو الإسقاط، لأن من الغليظة ما ليس أكثر من قدر الدرهم فيؤدي إلى أن كشف جميعها أو أكثرها لا يمنع. وقد يقال: إنه قيل إن الغليظ القبل والدبر مع ما حولهما فيجوز كونه اعتبر ذلك فلا يلزم ما ذكر قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل أنه ما فوق الرأس قوله: **(لمكان الحرج)** أي لا لأنه ليس من البدن أو ليس مما تناوله حكم البدن قوله:

عن حد القلة لأن مقابله ليس بأكثر منه كان داخلاً تحت حد الكثرة، وأنه لما لم يدخل في ضده أي ضد القليل وهو الكثير فإن مقابله وهو النصف الآخر ليس بأقل منه لم يكن داخلاً تحت حد الكثرة وكان قليلاً لا تجب به الإعادة. وقوله في ضده: أي في مقابله وكأنه هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد. وقوله **(إن الربع يحكي حكاية الكمال)** يعني أن ربع الشيء أقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الأحكام، واستعمال الكلام كمسح الرأس والحلق في الإحرام. ويقال رأيت فلاناً وإن لم ير منه إلا وجهه أحد الجوانب الأربعة، فكذا ههنا احتياطاً في باب العبادة، واعترض بأن اعتبار هذا بمسح الرأس غير مستقيم لأن مسح كل الرأس لم يكن واجباً حتى يقوم الربع مقامه، بل الواجب منه بعض الرأس. وأجيب بأن الأصل في الرأس غسل كله كما في غسل الوجه لأن التطهير المقصود بالوضوء يحصل به إلا أن الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل، ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعاً للضرورة فكان الربع قائماً مقام الكل من هذا الوجه. وقيل هذا تشبيه القدر بالقدر لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله ﷺ «إنكم سترون ربكم» الحديث، فإن فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي **(والشعر والبطن والفخذ كذلك: يعني على هذا الاختلاف)** أي الذي تقدم ذكره أن الربع مانع أو النصف لأن كل واحد عضو على حدة، قيل وجعل الشعر من الأعضاء للتغليب أو لأنه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه **(والمراد به النازل من الرأس)** أي المسترسل. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن اختيار الصدر الشهيد، وغيره أن المراد من الشعر ما على الرأس، وأما المسترسل وهو ما نزل إلى أسفل من الأذنين ففي كونه عورة روايتان، واختار الفقيه أبو الليث كونه عورة احتياطاً لأن تلك الرواية تقتضي أن يجوز النظر إلى صدغ الأجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب إليه عبد الله البلخي، وهو أمر يؤدي إلى الفتنة فكان الاحتياط في الأخذ بهذه الرواية. وقوله **(وإنما وضع غسله)** جواب عما يقال: لو كان الشعر النازل من الرأس عورة لكان باعتبار أنه من بدنها، وليس كذلك لأن غسله في الجنابة موضوع وليس شيء من بدنها كذلك، ووجهه أن سقوط غسله

(والثلث استحساناً) أقول: أي بحديث الوصية وهو «والثلث كثير» قوله: **(وبأن الربع مانع مع القدم والثلث بدونها)** أقول: فيه بحث قوله: **(وبأن أبا حنيفة رحمه الله)** أقول: فيه بحث، فإنه ينقل الكلام إلى لفظ أبي حنيفة رحمه الله قوله: **(وأجيب بأن الأصل في الرأس غسل كله الخ)** أقول: مبني على كون آية الوضوء معقول المعنى.

الغليظة على هذا الاختلاف، والذكر يعتبر بانفراد وكذا الأنثيان، وهذا هو الضحيح دون الضم **(وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة)** لقول عمر رضي الله عنه: **ألقي** عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر، ولأنها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات

(وهذا هو الصحيح) لا ما قيل المجموع لأن نفعهما واحد وهو الإيلاد. واختلف في الدبر هل هو مع الإليتين أو كل إلية عورة والدبر ثالثهما، والصحيح الثاني، والأصح أن الركبة تبع للفخذ لأنها ملتقى العظمين لا عضو مستقل، وكعب المرأة ينبغي أن يكون كذلك كذا في الفتاوى، وثديها إن كان ناهداً تبع لصدرها، وإن كان منكسراً فأصل بنفسه، وأذنها عورة بانفرادها، ويجمع المتفرق من العورة. وفي شرح الكنز: ينبغي أن يعتبر بالأجزاء، ولا يمنع القليل، فلو انكشف نصف ثمن الفخذ ونصف ثمن الأذن وذلك يبلغ ربع الأذن أو أكثر لا ربع جميع العورة المنكشفة لا تبطل، وما بين السرة والعانة عضو، وفي بطن قدم المرأة التقدير بالربع في رواية الأصل، وفي رواية الكرخي ليس بعورة، ولو صلى في قميص محلول الجيب وهو بحال يقع بصره على عورته في الركوع أو يقع عليها بلا تكلف لا يصح فيما روى هشام عن محمد رحمه الله، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله عورته في حقه ليست بعورة فتصح، وإذا شفّ القميص فهو انكشاف، ولا تجوز الصلاة في ثوب الحرير للرجال وتصح ولو لم يجد غيره يصلي فيه لا عرياناً خلافاً لأحمد رحمه الله قوله: **(لقول عمر رضي الله عنه)** روى البيهقي عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد حدثته قالت: خرجت امرأة مختمرة متجلببة فقال عمر من هذه؟ فقيل له جارية لفلان رجل من بنيه، فأرسل إلى حفصة فقال: ما حملك على أن تخمري هذه الأمة وتجلبيها وتشبهيها بالمحصنات حتى هممت أن أقع بها إلا أحسبها إلا من المحصنات، لا تشبهوا الإماء بالمحصنات[1] قال البيهقي: الآثار عن عمر رضي الله عنه بذلك صحيحة، وأما نص ما في الكتاب فالله سبحانه أعلم به قوله: **(ولأنها تخرج الخ)** يعني أن المسقط لحكم العورة حتى تبعته هي في السقوط الحرج اللازم من إعطاء بدنها كله حكم العورة مع الحاجة إلى خروجها ومباشرتها

ليس باعتبار أنه ليس من بدنها بل هو من بدنها خلقة لاتصاله به، ولكن سقط غسله **(لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف)** يعني الذي تقدم من انكشاف الربع أو النصف، والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا التقسيم إنما يستقيم على اختيار الكرخي حيث ذكر في كتابه أنه يعتبر في السوأتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع، وإنما قال ذلك لأن العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة، ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم، وفي الخفيفة الربع، فكذا في العورة، وأما على اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها إذ في كل منهما يعتبر انكشاف الربع مانعاً عندهما، خلافاً لأبي يوسف سواء كان ذلك عضواً صغيراً أو كبيراً، وما ذهب إليه الكرخي وهم لأنه قصد به التغليظ في العورة الغليظة خفف لأنه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون أكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وإن كان جميع الدبر مكشوفاً وهو تناقض، والذكر يعتبر بانفراده عضواً يمنع انكشاف ربعه جواز الصلاة، وكذا الأنثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما في الدية احتياطاً، وهو احتراز عما قيل إن الخصيتين مع الذكر عضواً واحداً لأنهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عندهما. قال شيخ الإسلام: هذا كله عند علمائنا، وأما عند الشافعي فإن القليل والكثير سواء في المنع عن جواز الصلاة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل النجاسة. قال **(وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة)** قال في شرح الطحاوي: ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهي في معنى الأمة وهذا لأن حكم العورة في الإناث أغلظ، فإذا كان الشيء من الرجل عورة فمن الأنثى أولى **(وظهرها وبطنها عورة)** لأنهما محلا الشهوة **(وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه: ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر)** حين رأى جارية متقنعة فعلاها: أي ضربها بالدرّة. وقوله **(يا دفار)** بالدال المهملة: أي يا منتنة. وروي أن جواريه

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البيهقي ٢/ ٢٢٦٠ عن عمر موقوفاً. وقال: الآثار عن عمر في ذلك صحيحة اهـ.
تنبيه: وأما ما أورده صاحب الهداية فلا أصل له عن عمر. لذا قال في نصب الراية ١/ ٣٠٠ غريب. أي لا يوجد.
قلت: لأن لفظ: يا دفار معناه يا نتنة. وهذا اتهام لعمر بأنه كان يزدري ويحتقر إماء الله فهذا باطل، والصواب ما ذكره ابن الهمام

المحارم في حق جميع الرجال دفعاً للحرج. قال **(ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد)** وهذا على وجهين إن كان ربع الثوب أو أكثر منه طاهراً يصلي فيه ولو صلى عرياناً لا يجزئه لأن ربع الشيء يقوم مقام كله، وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لأن في الصلاة فيه ترك فرض واحد. وفي الصلاة عرياناً ترك الفروض وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتخير بين أن يصلي عرياً وبين أن يصلي فيه، وهو الأفضل لأن كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار، ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة، وترك الشيء إلى خلف لا يكون تركاً والأفضلية لعدم اختصاص الستر بالصلاة

الأعمال الموجبة للمخالطة فسقط الحاجي وهو ما سوى البطن والظهر إلى الركبة، لأن تلك المباشرة لا تستلزم كشف غيره عادة ليسقط منه، بخلافه هو والمدبرة وأم الولد، والمكاتبة كالأمة ولو أعتقت وهي في الصلاة مكشوفة الرأس ونحوه فسترته بعمل قليل قبل أداء ركن جازت لا بكثير أو بعد ركن قوله: **(في حق جميع الرجال)** يعني غير السيد قوله: **(ما يزيل به)** وكذا ما يقللها يجب استعماله بخلاف ما إذا وجد ما يكفي بعض أعضاء الوضوء دون الكل حيث يباح التيمم دونه استعماله على ما تقدم قوله: **(ترك الفروض)** أي بتقدير أن يصلي قاعداً، أما لو صلى قائماً لا يستقيم. قال في الأسرار من طرف محمد رحمه الله: خطاب التطهير ساقط لعدم الماء فصار هذا كثوب طاهر، ولأن ربعه لو كان طاهراً لا تجوز إلا فيه فكذا هنا لأن نجاسة ثلاثة أرباعه في فساد الصلاة كنجاسة كله حالة الاختيار. قلت: خطاب الستر للصلاة ساقط للنجاسة فصار العراء كالستر، وإذا كان الربع طاهراً توجه الخطاب بقدر وسقط بقدر النجس فرجحنا الوجوب احتياطاً. قال: ولكن قول محمد أحسن، وفيه نظر إذ عورض بسقوط خطاب الستر، وتقريره أن المعلوم إنما هو توجه خطاب الستر للصلاة بالطاهر حالة القدرة على المطهر، فإذا لم تكن فالمعلوم حينئذ انتفاء خطاب الستر للصلاة بالطاهر ولا نقدر على إثبات تعلقه بالنجس حينئذ إلا بنقل خطاب مخصوص فيه ولا نقل فيبقى على النفي الأصلي لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي، وأما إذا كان الربع طاهراً فلأنه كالكل في كثير من الأحكام فأمكن الحكم بتعلق الخطاب بالستر به قوله: **(ويستويان في حق المقدار)** هذا إنما يتم في النجاسة الخفيفة على ما تقدم قوله: **(هكذا فعله أصحاب رسول الله ﷺ)** روي عن ابن عباس وابن عمر قالا: العاري يصلي قاعداً بالإيماء[1]. وعن عطاء وعكرمة وقتادة مثله. وعن أنس أن أصحاب رسول الله ﷺ ركبوا

كانت تخدم الضيفان مكشوفان الرؤوس مضطربات الثديين. والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال من مهن القوم خدمهم، وأنكر الأصمعي الكسر. وقوله **(في حق جميع الرجال)** أي سوى مولاها. وقوله **(ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة)** بالقصر ليتناول المائعات ومعناه على الوجه الذي ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله **(لأن في الصلاة فيه)** أي في الثوب الذي يكون الطاهر منه أقل من الربع **(ترك فرض واحد)** وهو الطهارة **(وفي الصلاة عارياً ترك الفروض)** كستر العورة والقيام والركوع والسجود. وقله **(لأن كل واحد منهما)** أي من الانكشاف والنجاسة **(مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان)** أي وهما يستويان خبر مبتدأ محذوف ليكون عطف جملة اسمية على اسمية وقوله **(في حق المقدار)** يجوز أن يكون معناه أن القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع، ولما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لأحدهما على الآخر فيختار أيهما شاء، ويجوز أن يكون معناه في مقدار الربع فإن المانع في النجاسة الخفيفة مقدار الربع، وكذا المانع في العورة الربع، فلما استويا في المانعية وفي المقدار استوى اختيار المصلي أيضاً في أن يصلي فيه أو يصلي عرياناً، وحاصله أنهما يستويان في الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب أن يستويا في حق الصلاة في ذلك الثوب: أي في حق إثبات الاختيار

قال المصنف: **(وفي الصلاة عارياً ترك الفروض)** أقول: أي على تقدير أن يصلي قاعداً مومياً الذي هو أفضل الصور.

---

(١) أثر ابن عباس، ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٠١ وقال: رواه عبد الرزاق في مصنفه. وكذا روى عن قتادة وورد عن علي. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٢٤ أثر ابن عباس وعلي إسنادهما ضعيف. فعزله

واختصاص الطهارة بها **(ومن لم يجد ثوباً صلى عرياناً قاعداً يومىء بالركوع والسجود)** هكذا فعله أصحاب رسول الله ﷺ **(فإن صلى قائماً أجزأه)** لأن في القعود ستر العورة الغليظة، وفي القيام أداء هذه الأركان فيميل إلى أيهما شاء **(إلا أن الأول أفضل)** لأن الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس، ولأنه لا خلف له والإيماء خلف عن الأركان.

في السفينة فانكسرت بهم فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعود الإيماء[1]. قال سبط بن الجوزي: رواه الخلال. وفي المجتبى: تصلي العراة وحدانا متباعدين، فإن صلوا بجماعة يتوسطهم الإمام ولو تقدمهم جاز، ويرسل كل واحد رجليه نحو القبلة ويضع يديه بين فخذيه يومي إيماء، ولو أومأ القائم أو ركع وسجد القائم جاز هذا كله إذا لم يجد ما يستتر به من الحشيش والنبات والكلأ. وعن الحسن المروزي: لو وجد طيناً يلطخ به عورته ويبقى عليه حتى يصلي يفعل، ولو وجد ما يستر بعض العورة وجب استعماله ويستر القبل والدبر قوله: **(لقوله ﷺ «الأعمال بالنيات»)** حديث مشهور متفق على صحته، وأما ألفاظه فإنما الأعمال بالنيات[2]. وبالنية، والأعمال بالنية، والعمل

أيضاً. وقوله **(وترك الشيء إلى خلف لا يكون تركاً)** جواب عن قوله وفي الصلاة عرياناً ترك الفروض، لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور إنما يستقيمان على تقدير أن يصلي العاري قاعداً، وأما إذا صلى قائماً فإنما يكون تاركاً لفرض واحد وهو الستر وإذا ترك فرضاً واحداً فقد أقام فرضاً بإزائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان تارك فرض بإزاء الإتيان بفرض آخر فيتخير، وكأن محمداً رحمه الله بنى كلامه على ما هو الأفضل وهو الصلاة قاعداً حملاً لحال المسلم على ما هو الأصلح. فإن قيل: سلمنا أنه أتى بفرض وترك فرضاً ولكن لا نسلم المساواة بينهما فإن فرضية الستر أقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها. فالجواب أن لا نسلم أن فرضية الستر أقوى: فإن خطاب الستر في حق الصلاة إنما هو في الستر بالطاهر لا بالنجس، وإذا كان كذلك تساويا، ولأن سلمنا ذلك لكنه إذا صلى قاعداً فقد أتى ببعض الستر وما قام مقام الأركان وترك استعمال النجاسة وإذا صلى بالثوب قائماً فقد استعمل النجاسة وأتى بالأركان فيستويان فيتخير **(ومن لم يجد ثوباً صلى عريانا قاعداً يومىء بالركوع والسجود، هكذا فعله أصحاب رسول الله ﷺ)** روي عن أنس بن مالك أنه قال: إن أصحاب رسول الله ﷺ ركبوا في سفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعوداً. وهذا قول روي عنهم ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع. وقوله **(وإن صلى قائماً أجزأه)** ظاهر. وقوله **(إلا أن الأول)** يعني الصلاة قاعداً **(أفضل لأن الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس)** وما كان كذلك كان آكد، ولأن الإيماء خلف عن الأركان فتركه كلا ترك، بخلاف الستر فإنه لا خلف له: قيل: هذان المعنيان يقتضيان انحصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قائماً. والجواب أنه ممنوع فإن وجه الجواز قائماً موجود وهو الإتيان بالأركان نفسها، والإتيان بها خير من الإتيان بخلفها، والستر وإن كان أعم وجوباً ونفعاً لكنه لم يحصل بجميعه، وإذا لم يحصل بجميعه لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو الركن الأصلي. في الصلاة، وهذا يقتضي أن لا يجوز قاعداً فتساويا فيميل إلى أيهما شاء، ولكن القعود أفضل لأن أصحاب رسول الله ﷺ فعلوا ذلك على ما ذكرنا، وذلك القدر

قال المصنف: **(وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل)** أقول: وهو عطف على قوله ويستر عورته، وقوله لا يفصل صفة لقوله نية قال المصنف: **(ولا معتبر بالمتأخر منها عنه لأن ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية)** أقول: ويعلم من هذا التقرير أن الأصل للقرآن

---

(١) خبر أنس هذا. قال الزيلعي ١/ ٣٠١: غريب وقال في الدراية ١/ ١٢٤: لم أجده اهـ.
أما ابن الهمام فعزاه للخلال. والخبر واه على كل حال ولو صح مثل هذا لاشتهر ولذكر في كتب الحديث وقوله خرجوا عراة. منكر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري برقم ١. وأطرافه في: ٥٤ و٢٥٢٩ و٣٨٩٨ و٥٠٧٠ و٦٦٨٩ و٦٩٥٣ ومسلم ١٩٠٧ وأبو داود ٢٢٠١ والترمذي ١٦٤٧ والنسائي ١/ ٥٨ وابن ماجه ٤٢٢٧ وأحمد ١/ ٢٥، ٤٣ والطيالسي ٣٧ والدارقطني ١/ ٥١ والبيهقي ٢/ ١٤ كلهم من حديث علقمة بن وقاص عن عمر مرفوعاً: إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه. هذا لفظ البخاري وغيره. وزاد في رواية ثانية: فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله... والرواية الثانية له برقم ٥٤ بلفظ: الأعمال بالنية هكذا وقع في البخاري دون لفظ إنما. أضف لذلك إفراد: النية. وهو حديث مشهور قال البيهقي بسنده عن البويطي سمعت الشافعي يقول: حديث الأعمال بالنيات ثلث العلم اهـ.
والألفاظ التي ذكرها ابن الهمام جاءت متفرقة في الكتب الستة.

قال **(وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل)** والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الأعمال بالنيات» ولأن ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز إلا بالنية، والمتقدم على التكبير كالقائم عنده إذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لأن ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية، وفي الصوم جوزت للضرورة، والنية هي الإرادة، والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي. أما الذكر باللسان فلا معتبر به، ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته. ثم إن كانت الصلاة نفلاً يكفيه مطلق النية،

بالنية كلها في الصحيح. وأما الأعمال بالنيات[1] كما في الكتاب فقال النووي في كتابه بستان العارفين ولم يكمله نقلاً عن الحافظ أبي موسى الأصفهاني: إنه لا يصح إسناده، وأقره ونظر بعضهم فيه إذ قد رواه كذلك ابن حبان في صحيحه والحاكم في أربعينه، ثم حكم بصحته. قلت: وهي رواية إمام المذهب في مسند أبي حنيفة، رواه عن يحيى بن سعيد عن محمد بن إبراهيم التيمي عن علقمة بن وقاص الليثي عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ «الأعمال بالنيات» الحديث، ورواه ابن الجارود في المنتقى «إن الأعمال بالنية» وإن لكل امرىء ما نوى[2] قوله:

من الستر يصلح لترجيح جانب القعود، ولأن الستر وإن كان قليلاً فهو أولى من الأركان لقيام الخلف مقامها، قال **(وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل)** الكلام ههنا في مواضع في نفس النية، وفي الأصل الذي وجبت به وفي وقتها وكيفيتها، والمصنف بدأ ببيان الأصل الثابتة هي به فقال **(والأصل فيه)** أي في اشتراط النية **(قوله ﷺ «الأعمال بالنيات»)** أي حكم الأعمال أو ثوابها ملصق بها، وقيل تقريره الصلاة عمل والأعمال بالنيات فالصلاة بالنية، فما لا يكون بالنية لا يكون صلاة، وفيه نظر **(ولأن ابتداء الصلاة بالقيام)** وهذا ظاهر **(وهو)** أي القيام **(متردد بين العادة والعبادة)** فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما**(ولا يقع التمييز إلا بالنية)** لما ذكرتم ذكر وقته بقوله **(والمتقدم على التكبير كالقائم عنده)** إذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة وهذا على سبيل الجواز، فإنه روي عن محمد أنه لو نوى عند الوضوء أنه يصلي الظهر أو العصر مع الإمام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة إلا أنه لما انتهى إلى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية، وأما الأفضل فأن تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعاً بنية متأخرة. وقوله **(ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه)** أي من النية عن التكبير رد لقول الكرخي فإنه يجوزها بنية متأخرة عن التحريمة. واختلفوا على قوله فقيل إلى انتهاء الثناء، وقيل إلى التعوذ، وقيل إلى الركوع، وقيل إلى أن يرفع رأسه من الركوع. وقوله **(لأن ما مضى)** يعني من الأجزاء **(لا يقع عبادة لعدم النية)** والأجزاء الباقية مبنية عليه فلم يجز، بخلاف الصوم فإن النية فيه جوزت متأخرة عن أول جزئه للضرورة لأن ذلك وقت نوم وغفلة، فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الأمر على الناس، وأما الصلاة فإنها يبدأ بها في وقت انتباه ويقظة فلا ضيق اشتراط النية عنده ثم ذكر نفس النية بأنها هي الإرادة: أي الإرادة الجازمة القاطعة وذلك لأن النية في اللغة العزم والعزم هو الإرادة الجازمة القاطعة، والإرادة صفة توجب تخصيص المفعول

فافهم قوله: **(ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الخ)** أقول: والمشي إلى الصلاة عد من جنسها لكونه توجهاً إليها، وقيل المراد بما ليس من جنس الصلاة ما يدل على الإعراض منها كالأكل والكلام قوله: **(لأن ذلك وقت نوم)** أقول: المضاف مقدر: أي لأن وقت ذلك قوله: **(وأقول أرى أنه أراد بذلك ما ذكرت آنفاً وهو أن يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها)** أقول: فيكون الشيء مشروط بنفسه قال المصنف: **(ثم إن كانت الصلاة نفلاً يكفيه مطلق النية)** أقول: الأظهر أن يقال يكفيه نية مطلق الصلاة.

---

(١) حسن. لفظ صاحب الهداية: الأعمال بالنيات. جاء في فتح الباري ١/ ١٢ قال ابن حجر: وقع في معظم الروايات إفراد النية عن البخاري. ووقع في صحيح ابن حبان بلفظ: الأعمال بالنيات. بحذف إنما وجمع الأعمال والنيات. وهكذا وقع في الشهاب القضاعي وأنكره أبو موسى المديني كما نقله النووي وأقره. وهو متعقب برواية ابن حبان بل وقع في البخاري في رواية الأعمال بالنية. ووقع عنده في النكاح: العمل بالنية ١هـ. ونقل ابن الهمام عن الحاكم وتصحيحه إياه في الأربعين ورواه أبو حنيفة في مسنده أيضاً هكذا: الأعمال بالنيات. ١هـ.
يعني بدونه إنما، وهو في مسند أبي حنيفة الحديث الأول ص١

(٢) هذه رواية ابن الجارود في المنتقى برقم ٦٤ وإسناده صحيح.

وكذا إن كانت سنة في الصحيح، وإن كانت فرضاً فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلاً لاختلاف الفروض **(وإن كان**

(والمتقدم الخ) في الخلاصة: ونوى قبل الشروع، عن محمد رحمه: لو نوى عند الوضوء أنه يصلي الظهر أو العصر مع الإمام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة إلا أنه لما انتهى إلى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية. وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وعبارة المصنف في التجنيس: إذا توضأ في منزله ليصلي الظهر ثم حضر المسجد وافتتح الصلاة بتلك النية، فإن لم يشغل بعمل آخر يكفيه ذلك، هكذا قال محمد رحمه الله في الرقيات لأن النية المتقدمة تبعتها إلى وقت الشروع حكماً كما في الصوم إذا لم يبدلها بغيرها اهـ. وعن محمد بن سلمة: إن كان عند الشروع بحيث لو سئل أية صلاة يصلي يجيب على البديهة من غير تفكر فهي نية تامة، ولو احتاج إلى التأمل لا يجوز. قلت: فقد شرطوا عدم ما ليس من جنس الصلاة لصحة تلك النية مع تصريحهم بأنها صحيحة مع العلم بأنه يتخلل بينها وبين الشروع المشي إلى مقام الصلاة وهو ليس من جنسها. فلا بد من كون المراد بما ليس من جنسها ما يدل على الإعراض، بخلاف ما لو اشتغل بكلام أو أكل، أو نقول عد المشي إليها من أفعالها غير قاطع للنية، وفيها: أجمع أصحابنا رحمهم الله أن الأفضل أن تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعاً بمتأخرة، وعن الكرخي يجوز. واختلفوا فيه على قوله، قيل إلى التعوذ وقيل إلى الركوع، وقيل إلى الرفع قوله: **(والشرط أن يعلم)** قيل ليس العلم نية ولذا لو نوى الكفر غداً كفر في الحال، ولو علم الكفر لا يكفر بل هي قصد الفعل وأنت علمت أن المصنف فسرها بالإرادة، وإنما أراد الشرط في اعتبارها علمه أي الصلاة هي أي التمييز، فحاصل كلامه النية الإرادة للفعل وشرطها التعيين في الفرائض قوله: **(ويحسن ذلك الخ)** قال بعض الحفاظ: لم يثبت عن رسول الله ﷺ بطريق صحيح ولا ضعيف أنه كان يقول عند الافتتاح أصلي كذا، ولا عن أحد من الصحابة والتابعين. بل المنقول أنه كان ﷺ إذا قام إلى الصلاة كبر وهذه بدعة ا هـ. وقد يفهم من قول المصنف لاجتماع عزيمته أنه لا يحسن لغير هذا القصد، وهذا لأن الإنسان قد يغلب عليه تفرق خاطره. فإذا ذكره بلسانه كان عوناً على جمعه. ثم رأيته في التجنيس قال: والنية بالقلب لأنه عمله، والتكلم لا معتبر به. ومن اختاره اختاره لتجتمع عزيمته قوله: **(في الصحيح)** احتراز عن قول جماعة إنه لا يكفيه لأداء السنة لأن السنة وصف زائد على أصل الصلاة كوصف الفرضية فلا يحصل بمطلق نية الصلاة، المحققون على عدم اشتراطها. وتحقيق الوجه فيه أن معنى السنية كون النافلة مواظباً عليها من النبي ﷺ بعد الفريضة المعينة وقبلها. فإذا أوقع المصلي النافلة في ذلك المحل صدق عليه أنه فعل الفعل المسمى سنة. فالحاصل أن وصف السنة يحصل بنفس الفعل على الوجه الذي فعله ﷺ وهو إنما كان يفعل على ما سمعت. فإنه ﷺ لم يكن ينوي السنة بل الصلاة لله تعالى. فعلم أن وصف السنة ثبت بعد فعله

بوقت وحال دون غيرهما، فالنية هو أن يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها عن فعل العادة إن كانت نفلاً، وعما يشاركها في أخص أوصافها وهو الفرضية إن كانت فرضاً. وقوله **(والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي)** قيل: وأمارة علمه بذلك أنه لو سئل عن ذلك أمكنه أن يجيب على البديهة، فإن توقف في الجواب لم يكن عالماً به. واعترض بأن هذا ينزع إلى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لأنه لا يلزم من العلم بالشيء نيته، ألا ترى أن من علم الكفر لا يلزمه شيء ومن نوى الكفر كفر، وأجيب بأن معنى كلامه والشرط قصد الفعل بعد أن يعلم وهو بعيد إذ ليس في كلامه ما يشير إليه ولا يلوح، وأقول: أرى أنه أراد بذلك ما ذكرت آنفاً وهو أن يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها الخ، لأن التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور. وقوله **(وأما الذكر باللسان فلا معتبر به)** أي في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته. وقوله **(ثم إن كانت الصلاة نفلاً)** بيان كيفية النية، وذلك لأن الصلاة التي يدخل فيها إما أن تكون فرضاً أو غيره، والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلاً كانت أو سنة في الصحيح لأن النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية. وقوله **(في الصحيح)** احتراز عما قيل إنه لا بد من أن ينوي سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لأن فيها صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض، والأول إما أن يكون المصلي فيه منفرداً أو مقتدياً بالإمام، والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كالظهر مثلاً، ولا

مقتدياً بغيره ينوي الصلاة ومتابعته) لأنه يلزمه فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه. قال **(ويستقبل القبلة)** لقوله

على ذلك الوجه تسمية منا لفعله المخصوص لأنه وصف يتوقف حصوله على نيته. وقد حصلت مقاولة في كتابة بعض أشياخ حلب أن الأربع التي تصلي بعد الجمعة ينوي بها آخر ظهر أدركت وقته ولم أؤده بعد في موضع يشك في صحة الجمعة إذا ظهر صحة الجمعة تنوب عن سنة الجمعة. وأنكره الآخر. واستفتى بعض أشياخ مصر رحمهم الله فأفتى بعدم الإجزاء، فقلت: هذه الفتوى تتفرّع على اشتراط تعيين السنة في النية، وما قاله الحلبي بناه على التحقيق فإنه إذا نوى آخر ظهر فقد نوى أصل الصلاة بوصف، فإذا انتفى الوصف في الواقع وقلنا على المختار من المذهب إن بطلان الوصف لا يوجب بطلان أصل الصلاة بقي نية أصل الصلاة وبها تتأدى السنة ثم راجعت المفتي المصري وذكرت له هذا فرجع دون توقف هذا الأمر الجائز، فأما الاحتياط فأن ينوي في السنة الصلاة متابعة للنبي ﷺ، ولا يخفى تقيد وقوعها عن السنة إذا صحت الجمعة بما إذا لم يكن عليه ظهر فائت قوله: **(كالظهر مثلاً)** أي إذا قرن باليوم وإن خرج الوقت لأن غايته أنه قضاء بنية الأداء أو بالوقت ولم يكن خرج الوقت، فإن خرج ونسيه لا يجزئه في الصحيح، وفرض الوقت كظهر الوقت إلا في الجمعة فإنها بدل فرض الوقت لا نفسه، إلا أن يكون اعتقاده أنها فرض الوقت، فإن نوى الظهر لا غير اختلف فيه، قيل لا يجزئه لاحتمال فائتة عليه، وفي فتاوى العتابي الأصح أنه يجزئه. وعلم مما ذكر أن من فاتته الظهر فنوى الظهر والعصر في وقت العصر مثلاً لا يصير شارعاً في واحدة منهما. وفي المنتقى: إن كان في الوقت سعة يصير شارعاً في الظهر. وفي الخلاصة: فإن نوى مكتوبتين فائتتين كانت للأولى منهما انتهى. ولو جمع بين فرض ونفل يصير شارعاً في الفرض عند أبي يوسف رحمه الله. وأبطلها محمد رحمه الله. وهذا لا يقتضي عدم اشتراط قطع النية لصحة المنوي بأدنى تأمل لقطعها على الصلاتين جميعاً. بخلاف ما لو أدرك الإمام قاعداً ولا يعلم أي القعدتين فنوى في اقتدائه أنها إن كانت الأولى اقتديت به أو الأخيرة فلا فإنه لا يصح الاقتداء أصلاً لأن النية متردد فيها، وكذا لو نوى إن كانت الأولى اقتديت به في الفريضة وإن كانت الثانية ففي التطوع لا يصح اقتداؤه به في الفريضة، ولو نوى إن كان في الفريضة اقتديت به أو في التراويح أو سنة كذا اقتديت به صح اقتداؤه به في التراويح لأنه لا تردد في نية أصل الصلاة وهو كاف للسنة كما سنذكر، بخلاف ما لو نوى إن كان في العشاء اقتديت به أو في التراويح فلا لا يصح اقتداؤه في واحدة منهما. وعلم أيضاً أنه لو لم يعرف افتراض الخمس إلا أنه يصليها في أوقاتها لا تجوز، وكذا لو اعتقد منها فرضاً ونفلاً ولا يميز ولم ينو الفرض فيها، فإن نوى الفرض في الكل جاز. ولو ظن الكل فرضاً جاز، وإن لم يظن ذلك فكل صلاة صلاها مع الإمام جاز إن نوى صلاة الإمام. وكما يحتاج إلى التعيين في الأداء كذلك في القضاء. حتى إذا كثرت الفوائت يحتاج إلى ظهر يوم كذا أو أول ظهر أو آخر ظهر عليه، وكذا في الباقي لأن ما يلي ذلك المقضي ويصير أولاً في نية الأول وآخراً في نية الآخر. ولو لم يعين جاز، بخلاف ما لو كان عليه قضاء يومين من رمضان فقضى يوماً ولم يعين

يكفيه أن يقول: نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز. ومنهم من يقول: إذا نوى الظهر أو الفجر مثلاً ولم ينو ظهر اليوم أو الوقت، إن كان يصلي في الوقت لا يجزئه لجواز أن يكون عليه ظهر صلاة فائتة فلا يتعين المقصود، والأول أظهر الوقت مشروع في الوقت والفائتة ليست كذلك، بل إنما يوجد بعارض فمطلقه ينصرف إلى ظهر الوقت. وأقول: الشرط المتقدم وهو أن يعلم بغلبة أي صلاة يصلي يحسم مادة هذه المقالات وغيرها، فإن العمدة عليه لحصول التمييز به وهو المقصود، والمقتدي بغيره ينوي الصلاة على الوجه المذكور ومتابعته، لأنه يلزمه فساد صلاة المقتدى من جهة ذلك الغير وهو الإمام فلا بد من التزام الاقتداء، حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضرراً ملتزماً، وإنما لم يذكر الإمام وإن اشترط له إمامة النساء لأن حضورهن الجماعة مكروه نادر الوقوع في عامة الأمصار. قال **(ويستقبل القبلة)** استقبال القبلة أيضاً من شروط الصلاة **(لقوله تعالى ﴿فولوا وجوهكم شطره﴾)** أي شطر المسجد الحرام، ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال ﴿فلنولينك قبلة ترضاها﴾ ثم أمر بالتوجه شطر المسجد الحرام، ثم المصلي إما أن يكون بمكة أو غائباً عنها، فالأول فرضه إصابة عينها لأن

تعالى ﴿فولوا وجوهكم شطره﴾ ثم من كان بمكة ففرضه إصابة عينها، ومن كان غائباً ففرضه إصابة جهتها هو

جاز، والأولى أن يعين أول يوم وثاني يوم لأن سبب الصلاة متعدد وبه يتعدد المسبب فلا بد من التعيين، بخلاف الصوم لأن سببه الشهر، ولذا لو كان من رمضانين وجب التعيين، كذا في فتاوى قاضيخان. ثم ذكر في كتاب الصوم وحكى فيه اختلاف المشايخ وصحح أنه يجزئه مع عدم التعيين إذا كانا من رمضانين. وقد يقال: صرحوا بأن كل يوم سبب لوجوب صومه ولذا لم يكتف للكل بنية واحدة فصار اليومان كالظهرين لكنا سنبين ما يرفع هذا الإشكال، وللتعيين لو فاتته عصر فصلى أربعاً عما عليه وهو يرى أن عليه الظهر لم يجز كما لو صلاها قضاء عما عليه وقد جهله ولذا قال أبو حنيفة رحمه الله: فيمن فاتته صلاة واشتبهت عليه أنه يصلي الخمس ليتيقن، ولو نوى فرضاً وشرع فيه ثم نسي فظنه تطوعاً فأتمه على أنه تطوع فهو فرض مسقط لأن النية المعتبرة إنما يشترط قرانها بالجزء الأول، ومثله إذا شرع بنية التطوّع فأتمها على ظن المكتوبة فهي تطوع، بخلاف ما لو كبر حين شك ينوي التطوع في الأول أو المكتوبة في الثاني حيث يصير خارجاً إلى ما نوى ثانياً لقران النية بالتكبير، وستأتي بقية هذه. ولا يشترط نية استقبال القبلة وإن نوى مقام إبراهيم ﷺ فالصحيح أنه لا يجزئه إلا أن ينوي به جهة الكعبة. فإن نوى المحراب لا تجوز ثم من يشترط نية الكعبة ينوي العرصة ولا بد قوله: **(ومتابعته)** الإمام، فإن نوى صلاة الإمام لا يجزئه، وقيل إذا انتظر تكبير الإمام ثم كبر بعده كان مقتدياً. وقال شيخ الإسلام: إذا أراد التسهيل على نفسه يقول شرعت في صلاة الإمام. قال ظهير الدين: ينبغي أن يزيد على هذا قوله واقتديت به، والأفضل أن ينوي الاقتداء عند افتتاح الإمام، فإن نوى حين وقف عالماً به بأنه لم يشرع جاز، وإن نوى ذلك على ظن أنه شرع ولم يشرع اختلف فيه. قيل لا يجوز وإذا صحت النية لا يصح الخروج عما شرع فيه بالتكبير بنية الاستقبال إلا في المسبوق قام إلى القضاء، وسيأتي باقي فروعها من بعد إن شاء الله تعالى. وفي الظهيرية ينبغي أن لا يعين الإمام عند كثرة الجماعة: يعني كي لا يظهر كونه غير المعين فلا يجوز فينبغي أن ينوي القائم في المحراب كائناً من كان، ولو لم يخطر بباله أنه زيد أو عمرو جاز اقتداؤه، ولو نوى بالإمام القائم وهو يرى أنه زيد وهو عمرو صح اقتداؤه لأن العبرة لما نوى لا لما يرى وهو نوى الاقتداء بالإمام، بخلاف ما لو نوى الاقتداء بزيد فإذا هو عمرو لا يجوز لأن العبرة لما نوى، ومثله في الصوم ولو نوى قضاء يوم الخميس فإذا عليه غيره لا يجوز، ولو نوى قضاء ما عليه من الصوم وهو يظنه يوم الخميس وهو غيره جاز، ولو كان يرى شخصه فنوى الاقتداء بهذا الإمام الذي هو زيد فإذا هو خلافه جاز لأنه عرفه بالإشارة فلغت التسمية. وكذا لو كان آخر الصفوف لا يرى شخصه فنوى الاقتداء بالإمام القائم في المحراب الذي هو زيد فإذا هو غيره جاز أيضاً أو مثل ما ذكرنا في الخطأ في تعيين الميت. فعند الكثرة ينوي الميت الذي يصلي عليه الإمام قوله: **(لأنه يلزمه فساد الصلاة من جهته الخ)** لهذا احتيج إلى نية إمامة النساء لصحة اقتدائهن على ما سيأتيك قوله: **(لقوله تعالى فولوا الخ)** أي يثبت الافتراض، أما لزوم الإكفار بترك التوجه عمداً على قول أبي حنيفة فللزوم الاستهزاء به والاستخفاف، إذ ليس حكم الفرض لزوم الكفر بتركه بل بجحده، وكذا الصلاة بغير طهارة، وكذا في الثوب النجس، واختاره القاضي أبو علي السغدي في ترك الطهارة لا في الآخرين للجواز فيهما حالة العذر، وبغير طهارة لا يجوز بحال، وبه أخذ الصدر الشهيد، وإذا حوّل وجهه لا تفسد صلاته وتفسد

النبي ﷺ صلى في المسجد الحرام متوجهاً إلى الكعبة، ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان إجماعاً على ذلك. والثاني فرضه إصابة جهتها لأن الله تعالى أمر النبي عليه الصلاة والسلام والمؤمنين بالتوجه إلى المسجد الحرام وهو بالمدينة دون الكعبة، وفيه إشارة إلى أن إصابة عينها للغائب غير لازمة لأن التكليف بحسب الوسع. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول الشيخ أبي عبد الله الجرجاني إن فرضه أيضاً إصابة عينها يريد بذلك اشتراط نية عين الكعبة لأن إصابة عينها وهو غائب عنها غيب لا يطلع، فكان التكليف بها تكليفاً بما ليس بمقدور فلا يجوز اشتراطها، وأما من كان عنده اشتراط الجهة فليس له حاجة إلا النية، وأما نية الكعبة بعد التوجه إليها فكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ أبو بكر محمد بن حامد

الصحيح لأن التكليف بحسب الوسع **(ومن كان خائفاً يصلي إلى أي جهة قدر)** لتحقق العذر فأشبه حالة الاشتباه **(فإن**

بصدره. قيل هذا أليق بقولهما، أما عنده فلا في الوجهين بناء على أن الاستدبار إذا لم يكن على قصد الرفض لا تفسد ما دام في المسجد عنده خلافاً لهما، حتى لو انصرف عن القبلة على ظن الإتمام فتبين عدمه بنى ما دام في المسجد عنده خلافاً لهما. ولقائل أن يفرق بينهما بعذره هناك وتمرده هنا، ولا يفرق في المسائل السابقة إذ لا أثر لعدم الجواز في شيء من الأحوال، بل الموجب للإكفار هو الاستهانة وهو ثابت في الكل قوله: **(ففرضه إصابة عينها)** حتى لو صلى في أماكن في بيته ينبغي أن يصلي بحيث لو أزيلت الجدران يقع استقباله على شطر الكعبة بخلاف الآفاقي كذا في الكافي. وفي الدراية: من كان بينه وبين الكعبة حائل الأصح أنه كالغائب، ولو كان الحائل أصلياً كالجبل كان له أن يجتهد، والأولى أن يصعده ليصل إلى اليقين، وفي النظم: الكعبة قبلة من بالمسجد، والمسجد قبلة من بمكة، ومكة قبلة الحرم، والحرم قبلة العالم. قال المصنف في التجنيس: هذا يشير إلى أن من كان بمعاينة الكعبة فالشرط إصابة عينها، ومن لم يكن بمعاينتها فالشرط إصابة جهتها وهو المختار انتهى. قال الشيخ عبد العزيز البخاري: هذا على التقريب، وإلا فالتحقيق أن الكعبة قبلة العالم انتهى. وعندي في جواز التحري مع إمكان صعوده إشكال لأن المصير إلى الدليل الظني، وترك القاطع مع إمكانه لا يجوز، وما أقرب قوله في الكتاب والاستخبار فوق التحري فإذا امتنع المصير إلى ظني لإمكان ظني أقوى منه فكيف يترك اليقين مع إمكانه بالظن قوله: **(إصابة جهتها)** في الدراية عن شيخه ما حاصله أن استقبال الجهة أن يتقى شيء من سطح الوجه مسامتاً[1] للكعبة أو لهوائها لأن المقابلة إذا وقعت في مسافة بعيدة لا تزول بما يزول به من الانحراف لو كانت في مسافة قريبة، ويتفاوت ذلك بحسب تفاوت البعد وتبقى المسامتة مع انتقال مناسب لذلك البعد، فلو فرض خط من تلقاء وجه المستقبل للكعبة على التحقيق في بعض البلاد وخط آخر يقطعه على زاويتين قائمتين من جانب يمين المستقبل أو شماله لا تزول تلك المقابلة والتوجه بالانتقال إلى اليمين والشمال على ذلك الخط بفراسخ كثيرة، ولذا وضع العلماء قبلة بلد وبلدين وثلاث على سمت واحد. فجعلوا قبلة بخارى وسمرقند ونسف وترمذ وبلخ ومرو وسرخس[2] موضع الغروب إذا كانت الشمس في آخر الميزان وأول العقرب كما اقتضته الدلائل الموضوعة لمعرفة القبلة. ولم يخرجوا لكل بلدة سمتاً لبقاء المقابلة والتوجه في ذلك القدر ونحوه من المسافة. وفي الفتاوى: الانحراف المفسد أن يجاوز المشارق إلى المغارب قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول الجرجاني إن العين فرض الغائب أيضاً لأنه المأمور به ولا فصل في النص، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط نية عينها. فعنده يشترط وعند غيره لا قوله: **(ومن كان خائفاً)** من سبع أو عدو أو كان في البحر على خشبة يخاف الغرق إن توجه، أو مريضاً لا يقدر على التوجه وليس بحضرته من يوجهه يصلي إلى أيّ جهة قدر، ولو كان على الدابة يخاف النزول للطين والردغة يستقبل. قال في الظهيرية. وعندي هذا إذا كانت واقفة، فإن كانت سائرة يصلي حيث شاء، ولقائل أن يفصل بين كونه لو وقفها

لا يشترطه. وقال المصنف في التجنيس: ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لأن استقبال البيت شرط من الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء. وقوله **(ومن كان خائفاً يصلي إلى أي جهة قدر)** بيان أن التوجه إلى القبلة يسقط بعذر الخوف لأسباب مثل من اختفى من عدو أو غيره ويخاف أنه لو تحرك واستقبل القبلة يشعر به العدو فإنه يجوز له أن يصلي قاعداً بالإيماء، أو مضطجعاً حيثما كان وجهه، وكذا لو كان مريضاً لا يقدر على التحول إلى القبلة وليس له من يحوله، وكذا

قوله: **(يريد بذلك، إلى قوله لأن إصابة عينها الخ)** أقول: قوله لأن إصابة الخ دليل لقوله يريد بذلك الخ

---

(١) السمت: الطريق وقصد الشيء يسمى سمتاً.

(٢) هذه وما قبلها أسماء بلاد ومدن في فارس وما حولها.

اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى) لأن الصحابة رضوان الله عليهم تحرّوا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله ﷺ، ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه.

للصلاة خاف الانقطاع عن الرفقة أو لا يخاف، فلا يجوز في الثاني إلا أن يوقفها ويستقبل كما عن أبي يوسف في التيمم إن كان بحيث لو مضى إلى الماء تذهب القافلة وينقطع جاز وإلا ذهب إلى الماء واستحسنوها قوله: **(وليس بحضرته الخ)** لأنه لو كان بحضرته من أهل المكان من يسأله لا يجوز التحري، وكذا لا يجوز مع المحاريب، فلو لم يكن من أهل المكان ولا عالماً بالقبلة أو كان المسجد لا محراب له أو سألهم فلم يخبروه تحرّى. وفي قوله ليس بحضرته إشارة إلى أنه ليس عليه طلب من يسأله عند الاشتباه كذا، والأوجه أنه إذا علم أن في المسجد قوماً من أهله مقيمين غير أنهم ليسوا حاضرين فيه وقت دخوله وهم حوله في القرية وجب طلبهم ليسألهم قبل التحري، لأن التحري معلق بالعجز عن تعرف القبلة بغيره، علل محمد رحمه الله بما قلنا، قال: رجل دخل المسجد الذي لا محراب له وقبلته مشكلة وفيه قوم من أهله فتحرى القبلة وصلى ثم علم أنه أخطأ فعليه أن يعيد لأنه كان يقدر أن يسأل عن القبلة فيعلمها ويصلي بغير تحرّ، وإنما يجوز التحري إذا عجز عن تعلمه بذلك قوله: **(اجتهد)** حكم المسألة فلو صلى من اشتبهت عليه القبلة بلا تحرٍ فعليه الإعادة إلا إن علم بعد الفراغ أنه أصاب، لأن ما افترض لغيره يشترط حصوله لا غير كالسعي، وإن علم في الصلاة أنه أصاب يستقبل، وعند أبي يوسف يبني لما ذكرنا، ولأنه لو استقبل استقبل بهذه الجهة فلا فائدة. قلنا: حالته قويت بالعلم، وبناء القوي على الضعيف لا يجوز فصار كالأمي إذا تعلم سورة والمومي إذا قدر على الأركان فيها تفسد وبعدها تصح، أما لو تحرى وصلى إلى غير جهة التحري لا يجزئه وإن أصاب مطلقاً، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله وهي مشكلة على قولهما لأن تعليلهما في هذه وهو أن القبلة في حقه جهة التحري وقد تركها يقتضي الفساد مطلقاً في صورة ترك التحري، لأن ترك جهة التحري يصدق مع ترك التحري وتعليلهما في تلك بأن ما فرض لغيره يشترط مجرد حصوله كالسعي يقتضي الصحة في هذه، وعلى هذا لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس ثم ظهر أنه طاهر، لو صلى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضىء، أو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لا يجزئه لأنه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه فلا ينقلب جائزاً إذا ظهر خلافه، وهذا التعليل يجري في مسألة العدول عن جهة التحري إذا ظهر صوابه. وبه يندفع الإشكال الذي أورده لأن الدليل الشرعي على الفساد هو التحري أو اعتقاد الفساد عن التحري، فإذا حكم بالفساد دليل شرعي لزم وذلك منتف في صورة ترك التحري فكان ثبوت الفساد فيها قبل ظهور الصواب إنما هو لمجرد اعتقاده الفساد مؤاخذة باعتقاده الذي هو ليس بدليل إذ لم يكن عن تحرّ، والله أعلم، وفي فتاوى العتابي: تحرى فلم يقع تحريه على شيء قيل يؤخر، وقيل يصلي إلى أربع جهات، وقيل يخير، هذا كله إذا اشتبه،

إذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف أنه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز له أن يصلي حيث كان وجهه **(لتحقق العذر)** فأشبه حال الاشتباه **(فإن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من أهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى)** قيد بقوله وليس بحضرته من أهل ذلك الموضع، لأنه لو كان بها منهم أحد لم يصح له الاجتهاد في أمر القبلة وإنما عليه السؤال وقال اجتهد لأنه ليس له أن يصلي بلا اجتهاد **(لأن الصحابة)** اشتبهت عليهم القبلة **(فتحروا وصلوا)** ثم ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ **(ولم ينكره عليهم)** وقوله **(ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب)** ظاهر. وقوله **(ليس في وسعه إلى التوجه إلى جهة التحري الخ)** قيل هذا لا يصح جواباً للشافعي لأن له أن يقول: سلمنا أن التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل بأن يأتي بما في وسعه مما أمر به ولا يأثم به عند ظهور الخطإ، وليس كلامنا فيه وإنما كلامنا فيما إذا ظهر خطؤه بيقين أيكون فعله كلافعل في حق

(وكذا لو كان مريضاً لا يقدر على التحول إلى القبلة الخ) أقول: ليس فيه عذر الخوف قوله: **(ثم ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ ولم ينكر عليهم)** أقول: لا يلزم من عدم الإنكار الوجوب **(قال المصنف: وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم إلى جهة وكلهم خلفه الخ)**

والاستخبار فوق التحري **(فإن علم أنه أخطأ بعد ما صلى لا يعيدها)** وقال الشافعي رحمه الله: يعيدها إذا استدبر لتيقنه بالخطأ، ونحن نقول: ليس في وسعه التوجه إلى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع **(وإن علم ذلك**

فإن صلى في الصحراء إلى جهة من غير شك ولا تحرّ. إن تبين أنه أصاب أو كان أكبر رأيه أو لم يظهر من حاله شيء ذهب عن الموضع فصلاته جائزة، وإن تبين أنه أخطأ أو كان أكبر رأيه فعليه الإعادة قوله: **(والاستخبار فوق التحري)** فيترك به التحري، فإن لم يخبره المستخبر حين سأله فصلى بالتحرّي ثم أخبره لا يعيد لو كان مخطأ، وبناء على هذا ذكر في التجنيس: تحّرى فأخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحوّل وجهه إلى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حالته الأولى لا تجوز صلاة الداخل لعلمه أن الإمام كان على الخطإ في أوّل الصلاة انتهى. ولو كان شروع الكل بالتحرّي وفيهم مسبوق ولاحق فلما فرغ الإمام قاما إلى القضاء فظهر لهما خلاف ما كانوا رأوا أمكن المسبوق إصلاح صلاته هنا بأن يتحوّل إلى القبلة دون اللاحق، كذا في مجموع النوازل. والحديث الذي أشار إليه أولاً هو ما عن عامر بن ربيعة «كنا في سفر مع النبي ﷺ في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة، فصلى كل رجل منا على حياله» فلما أصبحنا ذكرناه للنبي ﷺ فنزلت. فأينما تّولوا فثم وجه الله[(١)] ضعفه الترمذي وآخرون. وعن جابر «كنا في مسير فأصابنا غيم فتحيرنا في القبلة، فصلى كل رجل منا على حدة، وجعل أحدنا يخط بين يديه فلما أصبحنا فإذا نحن قد صلينا لغير القبلة، فقال النبي ﷺ: قد أجيزت صلاتكم »[(٢)] ضعفه الدارقطني وغيره. والحديث الآخر هو عن ابن عمر «بينما الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال: إن رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآن وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة[(٣)] متفق عليه، ورواه مسلم وقال فيه «فمر رجل من بني سلمة وهم ركوع في صلاة الفجر وقد صلوا ركعة فنادى: ألا إن القبلة قد حّلت، فمالوا كما هم نحو الكعبة»[(٤)] قوله: **(وقال الشافعي الخ)** لا يخفى أن تيقن الخطأ ثابت في توجهه

وجوب الإعادة أم لا. وليس فيما ذكر ثم ما يدل على نفيه. ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما إذا صلى في ثوب باجتهاده على أنه طاهر فإذا هو نجس، وكما إذا توضأ بالتحري بماء في الأواني على أنه طاهر فكان بخلافه، وكما إذا حكم الحاكم باجتهاده في حكم ثم وجد نصاً بخلافه فإن عليه الإعادة فيها كلها لظهور الخطأ بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه. وأجيب بالفرق بأن النجاسة وأمثالها مما لا يحتمل الانتقال من محل إلى محل فلم يجز له العمل إلا بظاهر ما أدى إليه تحريه، فإذا ظهر ما هو أقوى منه أبطله لأنه غير قابل للانتقال حتى يقال إنه كان في ذلك الوقت طاهراً ثم تنجس بعده بيقين، بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفاً بالنجاسة، وكذا في حكم القاضي بالاجتهاد فيما فيه نص بخلافه، وأما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال، ألا ترى أنها انتقلت من بيت المقدس إلى

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٩٥٧ في كتاب التفسير وابن ماجه ١٠٢٠ والدارقطني ١/ ٢٧٢ والطيالسي ١١٤٥ كلهم من حديث عامر بن ربيعة. وكذا البيهقي ٢/ ١١ قال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أشعث السمان وأشعث يُضعف. وكذا أعله ابن القطان بأشعث وقال يروي المنكرات وأعله أيضاً بعاصم بن عبيد الله أو نقله الزيلعي ١/ ٣٠٤ وقال الحافظ في الدراية ١/ ١٢٥ أشعث وعاصم ضعيفان.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٧١ والحاكم ١/ ٢٠٦ كلاهما من حديث جابر.
قال الحاكم: رجاله كلهم ثقات غير محمد بن سالم فإني لا أعرفه بعدالة ولا جرح. وتعقبه الذهبي بقوله: هو أبو سهل ـ واهٍ.
ورواه الدارقطني ١/ ٢٧١ والبيهقي ٢/ ١١ من طريق العزرمي عن عطاء عن جابر به وأعله الدارقطني بضعف العزرمي. وقال البيهقي: لا نعلم لهذا الحديث إسناداً صحيحاً وذلك لأن عاصم العمري والعزرمي ومحمد بن سالم كلهم ضعفاء. والصحيح عن ابن عمر أن الآية نزلت في التطوع خاصة حيث توجه بك البعير وذكر الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٠٤، ٣٠٥ ونقل عن ابن القطان تضعيف هذا الحديث بطرقه. ونقل عن العقيلي أيضاً قوله: هذا حديث لا يروى من وجه يثبت. وأشار ابن الهمام لضعف هذين الحديثين.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٠٣ وأطرافه في ٤٤٨٨ و٤٤٩٠ ز٤٤٩١ و٤٤٩٣ و٤٤٩٤ و٧٢٥١ ومسلم ٥٢٦ ومالك ١٩٥ح٦ والشافعي في الرسالة فقرة ٣٦٥ بتحقيق شاكر. والدارمي ١٢١٤ والبيهقي ٢/ ٢ وأحمد ٢/ ١٦، ٢٦، ١٠٥، ١١٣ كلهم عن ابن عمر بهذا السياق.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٥٢٧ والبيهقي ٢/ ١١ كلاهما من حديث أنس وكذا أبو داود ١٠٤٥ وفي الباب من حديث البراء بن عازب عن البخاري ٣٩٩ ومسلم ٥٢٥.

في الصلاة استدار إلى القبلة وبنى عليه) لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم في الصلاة، واستحسنه النبي عليه الصلاة والسلام، وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه إليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدي قبله. قال **(ومن أمّ قوماً في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى إلى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم إلى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم)** لوجود التوجه إلى جهة التحري، وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة **(ومن علم منهم بحال إمامه تفسد صلاته)** لأنه اعتقد أن إمامه على الخطإ **(وكذا لو كان متقدماً عليه)** لتركه فرض المقام.

إلى جهة اليمنة واليسرة، فجعله المدار يوجب الإعادة في الصور كلها نعم في الاستدبار تمام البعد عن الاستقبال. والوجه الذي يظهر مؤثراً الجهة استدباراً أو غيره، فمقتضى النظر أن يقول بشمول العدم، هذا وقد قاس على ظهور نجاسة ثوب صلى فيه أو ماء توضأ به حيث تجب الإعادة اتفاقاً. والجواب بالفرق بإمكان الوقوف على الصواب بالاستقضاء ثمة نظر إلى قيام الدليل وهو قيام إحساسه بهما وإمكان الاستقضاء في صوتهما، أما هنا فالدليل هو رؤية النجم منعدم فلا يتصور الإصابة عن الدليل فلم يتجه بوجه من الوجوه نسبته إلى تقصير، بخلاف صورة قيام الدليل. وأيضاً القبلة قبلت التحوّل شرعاً من الشام إلى الكعبة عينها ثم جهتها ثم إلى جهة التحرّي عند الاشتباه ولا إعادة بخلاف النجاسة والطهارة فإنه لم يثبت قبولهما التحوّل شرعاً، والله الموفق للصواب.

الكعبة، ومن عين الكعبة إلى الجهة إذا بعد من مكة، ومن جهة الكعبة إلى سائر الجهات إذا كان راكباً فإنه يصلي حيثما توجهت إليه راحلته. فبعد ما صلى إلى جهة بالتحري إذا تحول رأيه ينتقل فرض التوجه إلى تلك الجهة فكان تبدل الرأي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل، ولا يظهر به بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لأن الشرط أن يكون مبتلى بالتوجه عند القيام إلى الصلاة، وهو المقصود في الأمر بالتوجه إلى الكعبة لأن الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه إليه. وإنما يتحقق هذا إذا صلى إلى الجهة التي وقع عليها تحرّيه. وقوله **(وإن علم ذلك في الصلاة)** ظاهر، وقباء بالضم والمد من قرى المدينة ينون ولا ينون. وقوله **(من غير نقض المؤدي قبله)** لما ذكرنا أن دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ، وأثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي. وقوله **(ومن أم قوماً في ليلة مظلمة)** ظاهر. وقوله **(ومن علم منهم)** أي من القوم المقتدين **(بحال الإمام)** قال في النهاية: وهذا القيد وهو علم المقتدين حال كونهم مأمومين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم، فإنه لو علم حال الإمام قبل الاقتداء فالحكم كذلك وإن كان الإمام في وقت الاقتداء على الصحة، وفيه نظر لأن قوله ومن علم منهم: أي من القوم المقتدين حال إمامه أعم من أن يكون علم قبل الاقتداء أو بعده، وأما أن العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر المصنف في التجنيس: رجل تحرّى القبلة فأخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه إلى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حاله الأول لا تجوز صلاة الداخل لأنه دخل في صلاته وعلم أن الإمام كان على الخطأ في أول صلاته، ولو علم من أول صلاته أن الإمام على الخطأ ودخل في صلاته لم يجز، فكذا هذا. وقد استشكلت صورة هذه المسألة لأنه وضعها في الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلمون حال الإمام بصوته. وأجيب بكون الصلاة قضاء ويكون الإمام ترك الجهر نسياناً، وبأنهم عرفوا إمامهم بصوته أنه قدامهم لكن لم يميزوا من صوته أنه إلى أي جهة توجه، وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير والله أعلم.

أقول: قوله وتحرى من خلفه: أي الذين حقهم أن يكونوا خلفه. وقوله وكلهم خلفه: أي ليسوا بمتقدمين عليه قوله: **(وفيه نظر لأن قوله ومن علم منهم)** أقول: من شرطية تقلب الماضي إلى الاستقبال.

باب صفة الصلاة

(فرائض الصلاة ستة: التحريمة) لقوله تعالى ﴿وربك فكبر﴾ والمراد تكبيرة الافتتاح، (والقيام) لقوله تعالى

باب صفة الصلاة

شرع في المقصود بعد الفراغ من مقدماته قبل الصفة. والوصف في اللغة واحد، وفي عرف المتكلمين بخلافه، والتحرير أن الوصف لغة ذكر ما في الموصوف من الصفة، والصفة هي ما فيه، ولا ينكر أنه يطلق الوصف ويراد الصفة، وبهذا لا يلزم الاتحاد لغة إذ لا شك في أن الوصف مصدر وصفه إذا ذكر ما فيه، ثم المراد هنا بصفة الصلاة الأوصاف النفسية لها وهي الأجزاء العقلية الصادقة على الخارجية التي هي أجزاء الهوية من القيام الجزئي والركوع والسجود. قوله: (فرائض الصلاة ستة) لا يخلو عن شيء لأنه وإن اعتبر آحاد الفرائض فريضة لم تجز التاء في عدده، وإن اعتبر فرضاً لم يكن ذلك جمعه لأن فعائل إنما تطرد في كل رباعي ثالثه مدة مؤنث بالتاء كسحابة وصحيفة وحلوبة، أو بالمعنى كشمال وعجوز وسعيد علم امرأة. وأما جعله فريضة على تأويله بالفرض أدخلت التاء كما في قول الشاعر.

ولا أرض أبقل إبقالها

بتأويل المكان فهو تصرف ليس لنا أن نفعله، بل إنما لنا أن نؤوّل الوارد عنهم مخالفاً لجادتهم ولذا لم يورد أهل الشأن هذا البيت إلا مثالاً للشذوذ، غير أنهم عللوا الواقع بما ذكروا لا أنه أعطاه ضابط صحة استعمال مثله لمن شاء قوله ﴿وربك فكبر﴾ [المدثر: ٣] وكذا (وقوموا لله) [البقرة ٢٣٨] ﴿واقرءوا﴾ [المزمل ٢٠] ﴿واركعوا واسجدوا﴾ [الحج ٧٧] أوامر ومقتضاها الافتراض، ولم نفرض خارج الصلاة فوجب أن يراد بها الافتراض الواقع في الصلاة إعمالاً للنصوص في حقيقتها حيث أمكن، والحديث المذكور «مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم»[1] رواه أبو داود وحسنه النووي في أحكامه، والإسناد فيه مجازي لأن التحريم ليس نفس التكبير، بل به يثبت، أو يجعل مجازاً لغوياً باستعمال لفظ التحريم فيما به أي ما يثبت به تحريم الصلاة التكبير، ومثله في تحليلها

باب صفة الصلاة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في ذكر المقصود، والوصف والصفة مترادفان عند أهل اللغة، والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة، وعند المتكلمين من أصحابنا أن الوصف هو كلام الواصف، والصفة هي المعنى القائم بذات الموصوف. والظاهر أن المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلاة بأركانها وعوارضها. قوله (فرائض الصلاة ستة) القياس أن يقال ست لأن الفرائض جمع فريضة، لكن قوله على تأويل الفروض الذي هو جمع فرض، وفي بعض النسخ ست، وإنما قال فرائض الصلاة ولم يقل أركانها لأن الفرائض أعم تتناول الأركان وغيرها، ومن المذكور في الكتاب (التحريمة) وهي فرض وليست بركن والتحريم جعل الشيء محرماً والهاء لتحقيق الاسمية، وإنما اختصت التكبيرة الأولى بهذه التسمية لأنها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات، وهي فرض (لقوله تعالى ﴿وربك فكبر﴾) أي وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء، وأن يقال الله أكبر «روي أنه لما نزل قال رسول الله ﷺ الله أكبر، فكبرت خديجة وفرحت وأيقنت أنه الوحي» فإن سورة المدثر أوّل سورة نزلت، ودخلت الفاء لمعنى الشرط كأنه قيل: أي شيء كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال أن المراد

باب صفة الصلاة

قوله: (والتحريمة جعل الشيء محرماً والهاء لتحقيق الأسمية) أقول: فيه بحث بل هي للدلالة على المرة قوله: (كأنه قيل وما كان

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٦١ و٩١٨ والترمذي برقم ٣ وابن ماجه ٢٧٥ والدارمي ٦٩١ وأحمد ١/١٢٣، ١٢٩ والبيهقي ٢/١٧٣ والحاكم ١/١٣٢ كلهم من حديث علي. ورواية ثانية للحاكم من حديث أبي سعيد وكذا ورواية لابن ماجه ٢٧٦ وصححه الحاكم وأقره الذهبي.
وقال الترمذي: حديث علي أصح شيء في هذا الباب وكذا حسنه النووي في الخلاصة ذكر ذلك الزيلعي في ١/٣٠٧ وله شواهد وطرق يرقى بها إلى درجة الصحيح.

﴿وقوموا لله قانتين﴾. **(والقراءة)** لقوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ **(والركوع والسجود)** لقوله تعالى ﴿واركعوا واسجدوا﴾ **(والقعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد)** لقوله عليه الصلاة والسلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد «إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك» علق التمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ. قال **(وما سوى**

التسليم. والمستفاد من هذه وجوب المذكورات في الصلاة، وهو لا ينفي إجمال الصلاة، إذ الحاصل حينئذ أن الصلاة فعل يشتمل على هذه. بقي كيفية ترتيبها في الأداء وهل الصلاة هذه فقط أو مع أمور أخر، وقع البيان في ذلك كله بفعله ﷺ وقوله، وهو لم يفعلها قط بدون القعدة الأخيرة، والمواظبة من غير ترك مرة دليل الوجوب، فاذا وقعت بياناً للفرض: أعني الصلاة المجمل كان متعلقها فرضاً بالضرورة، ولو لم يقم الدليل في غيرها من الأفعال على سنيته لكان فرضاً، ولو لم يلزم تقييد مطلق الكتاب بخبر الفاتحة والطمأنينة وهو نسخ للقاطع بالظني لكانا فرضين. ولولا أنه عليه الصلاة والسلام لم يعد إلى القعدة الأولى لما تركها ساهياً. ثم علم لكانت فرضاً[1]. فقد علمت أن بعض الصلاة عرف بتلك النصوص ولا إجمال فيها، وأنه لا ينفي الإجمال في الصلاة من وجه آخر فما تعلق بالأفعال نفسها لا يكون بياناً، فإن كان ناسخاً للإطلاق وهو قطعي نسخ للعلم بأنه ﷺ قاله وهو أدرى بالمراد، وإن لم يكن قطعياً لم يصلح لذلك وإلا لزم تقديم الظني عند معارضته القطعي عليه وهو لا يجوز في قضية العقل، وعما ذكرنا كان تقديم القيام على الركوع والركوع على السجود فرضاً لأنه بينها كذلك وسيرد عليك تفاصيل هذا الأصل قوله: **(علق التمام بالفعل الخ)** بيان للمراد لا أنه معنى اللفظ: يعني لما قام الدليل على أن لا بد من القعدة كان المراد إذا قلت هذا وأنت قاعد أو فعلت هذا قائلاً أو غير قائل تمت. فلو تم هذا سنداً ومتناً كان الاستدلال به على فرضية القعدة عيناً متوقفاً على ثبوت فرضيتها بما يستقل بذلك بحيث لا يكون حديث ابن مسعود جزء المثبت فلم يتعلق به إثبات أصلاً كما أشرنا إليه من إثباته ببيان المجمل فكيف ولم يتم. فإن الذي في أبي داود «إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد»[2] وهو تعليق بهما فإذا اتصل الخبر بالمبين كانا فرضين، نعم هو بلفظ «أو فعلت هذا» في رواية للدارقطني. فلو لم يتبين أنها مدرجة من كلام ابن مسعود لوجب حمل أو على معنى الواو ليوافق المرفوع، وهو أكثر من العكس فيما أظن فكيف وقد بين الإدراج شبابة بن سوار في روايته عن زهير بن معاوية، وفصل كلام ابن مسعود من من كلام النبي ﷺ. ورواه عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان عن الحسن بن الحر مفصلاً مبيناً[3]. قال النووي: اتفق الحافظ على أنها مدرجة. والحق

به تكبيرة الإحرام بإجماع أهل التفسير، ولأن الأمر للوجوب وغيرها ليس بواجب بالإجماع فتعينت له ضرورة **(و)** كذلك **(القيام لقوله تعالى ﴿وقوموا لله قانتين﴾)** أي مطيعين، وقيل خاشعين، وقيل ساكتين. وعن ابن عمر أن القنوت طول القيام في الصلاة، ووجه الاستدلال ما مر أنه أمر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجباً خارج الصلاة فكان واجباً فيها ضرورة **(والقراءة لقوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾)** ووجه الاستدلال ما مر، وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقول مخالفنا في الوجوب **(والركوع والسجود لقوله تعالى ﴿اركعوا واسجدوا﴾)** على ما مر من وجه الاستدلال، قيل كان الناس من أول ما أسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فأمروا أن يصلوا بالركوع والسجود **(والقعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد**

الخ) أقول: لفظة ما شرطية في قوله ما كان قوله: **(وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه الخ)** أقول: ممنوع، فإن الشرطية لا تدل على العدم

---

(١) مراد المصنف خبر ذي اليدين وسيأتي في باب السهو.

(٢) موقوف. أخرجه أبو داود ٩٧٠ في خبر تشهد ابن مسعود وآخره إذا قلت هذا أو قضيت... الحديث. ورواية الدارقطني في سننه ١/ ٣٥٣ وفيه: إذا قلت هذا أو فعلت هذا... الحديث.
وقال الدارقطني عقبه: أدرجه بعضهم في الحديث ووصله بكلام النبي ﷺ. وفصله شبابة عن زهير وجعله من كلام ابن مسعود وهو أشبه بالصواب وقد نقل ابن الهمام عن النووي اتفاقهم على أن هذا اللفظ مدرج أي موقوف.

(٣) حيث قال في حديثه عقب تشهد ابن مسعود: وقال ابن مسعود: إذا قلت هذا... صرّح بأنه قول ابن مسعود، وهو عند الدارقطني في ١/ ٣٥٣.

ذلك **فهو سنة)** أطلق اسم السنة، وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة إليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً من الأفعال، والقعدة الأولى وقراءة التشهد في القعدة الأخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه، ولهذا تجب عليه سجدتا السهو بتركها، هذا هو الصحيح، وتسميتها سنة في

أن غاية الإدراج هنا أن تصير موقوفة والموقوف في مثله له حكم الرفع. ثم اختلف مشايخنا في قدر الفرض من القعدة، قيل قدر ما يأتي بالشهادتين. والأصح أنه قدر قراءة التشهد إلى عبده ورسوله للعلم بأن شرعيتها لقراءته، وأقل ما ينصرف إليه اسم التشهد عند الإطلاق ذلك. وعلى هذا ينشأ إشكال وهو أن كون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره يكون آكد من ذلك الغير مما لم يعهد بل وخلاف المعقول، فإذا كان شرعية القعدة للذكر أو السلام كانت دونهما فالأولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج، هذا. وقد عدّ من الفرائض إتمامها والانتقال من ركن إلى ركن قيل لأن النص الموجب للصلاة يوجب ذلك إذ لا وجود للصلاة بدون إتمامها وذلك يستدعي الأمرين. واعلم أن القعدة فرض غير ركن لعدم توقف الماهية عليها شرعاً لأن من حلف لا يصلي يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة فيعلم أنها شرعت للخروج، وهذا لأن الصلاة أفعال وضعت للتعظيم وليس القعود كذلك بخلاف ما سواه. ثم الركن ينقسم إلى أصلي وزائد وهو ما يسقط في بعض الصور من غير تحقق ضرورة وهو القراءة تسقط حالة الاقتداء وعن المدرك في الركوع مثلاً بخلاف غيره لا يسقط إلا لضرورة قوله: **(فيما شرع مكرراً من الأفعال)** أراد به ما تكرر في كل الصلاة كالركعات إلا لضرورة الاقتداء حيث يسقط به الترتيب، فإن المسبوق يصلي آخر الركعات قبل أولها وفي كل ركعة، والأصل عندنا أن المشروع فرضاً في الصلاة أربعة أنواع: ما يتحد في كل الصلاة كالقعدة، أو في كل ركعة كالقيام والركوع، وما يتعدد في كلها كالركعات أو في كل ركعة كالسجود. والترتيب شرط بين ما يتحد في كل الصلاة وجميع ما سواه مما يتعدد في كلها أو في كل ركعة وما يتحد في كل ركعة، حتى لو تذكر بعد القعدة قبل السلام أو بعده قبل أن يأتي بمفسد ركعة أو سجدة صلبية أو للتلاوة فعلها وأعاد القعدة وسجد للسهو، وكذا إذا تذكر ركوعاً قضاه وقضى ما بعده من السجود أو قياماً أو قراءة صلى

«**لقوله ﷺ لابن مسعود حين علمه التشهد: إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك**» ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام **(علق التمام)** أي تمام الصلاة **(بالفعل قرأ أو لم يقرأ)** لأنه علقه بأحد الأمرين من قراءة التشهد والقعود وأحدهما وهو القراءة لم تشرع بدون آخر حيث لم يفعله رسول الله ﷺ إلا فيه، وانعقد على ذلك الإجماع فكان الفعل موجوداً على تقدير القراءة البتة فكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الآخر، وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فالقعدة واجب: أي فرض. فإن قيل هذا خبر واحد وهو بصراحته لا يفيد الفرضية فكيف مع هذا التكلف العظيم؟ أجيب بأن قوله تعالى ﴿أقيموا الصلاة﴾ مجمل، وخبر الواحد لحق بياناً به، والمجمل من الكتاب إذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافاً إلى الكتاب لا إلى البيان في الصحيح، وقد قررنا ذلك في التقرير، لا يقال: فليكن الأمر في قراءة الفاتحة كذلك فتكون واجبة لأن نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص، فتكون الزيادة عليه نسخاً بخبر الواحد وهو لا يجوز. وفيه وجه آخر وهو أن خبر الواحد إن كان متلقى بالقبول جاز إثبات الركنية به فأولى أن يجوز إثبات الفرضية. لأن درجة الركنية أعلى. وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقوله عليه الصلاة والسلام «الحج عرفة» والوقوف معظم أركان الحج لا محالة، والمصنف جعل القعدة الأخيرة من فرائض الصلاة حيث ذكرها فيها فجاز أن يثبت بخبر تلقى بالقبول. قال **(وما سوى ذلك فهو سنة)** أي ما سوى ما ذكرنا من الفرائض فهو سنة **(أطلق)** يعني القدوري **(اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الخ)** فلا يكون إطلاقاً صحيحاً، والعذر ما ذكره بقوله وتسميتها سنة في

عندنا ولذا يعتبر مفهوم الشرط قوله: **(ولم يتركها إلا لعذر)** أقول: الترك في السنة يكون لإعلام الجواز قوله: **(لأنها سنة)** أقول: جواب قياس قوله: **(فإنها تجب بترك سنة تضاف إلى جملة الصلاة)** أقول: فتلخص من كلامه أنها سنة في جواب للقياس والاستحسان، وقد جعلها المصنف من واجبات الصلاة، وسيستدل المصنف على وجوب القنوت والتشهد وتكبيرات العيد في باب سجود السهو بمواظبة

الكتاب لما أنه ثبت وجوبها بالسنة. قال **(وإذا شرع في الصلاة كبر)** لما تلونا، وقال عليه الصلاة والسلام «تحريمها

ركعة تامة، وكذا يشترط الترتيب بين ما يتحد في كل ركعة كالقيام والركوع، ولذا قلنا آنفاً في ترك القيام وحده إنه يصلي ركعة تامة. وإذا عرف هذا فقوله في النهاية: الترتيب ليس بشرط بين ما يتعدد في كل الصلاة: يعني الركعات أو يتحد في كل ركعة، وبين ما يتعدد في ركعة ليس على إطلاقه بل بين السجود والمتحد في كل ركعة تفصيل إن كان سجود ذلك الركوع بأن يكونا ركوعاً وسجوداً من ركعة واحدة فالترتيب شرط، وإن كان ركوعاً من ركعة وسجود من أخرى بأن تذكر في سجدة ركوع ركعة قبل هذه السجدة قضى الركوع مع سجدتيه، وعلى قلبه بأن تذكر في ركوع أنه لم يسجد في الركعة التي قبلها سجدها وهل يعيد الركوع والسجود المتذكر فيه، ففي الهداية أنه لا يجب إعادته بل يستحب معللاً بأن الترتيب ليس بفرض بين ما يتكرر من الأفعال. والذي في فتاوى قاضيخان وغيره أنه يعيده معللاً بأنه ارتفض بالعود إلى ما قبله من الأركان لأنه قبل الرفع منه يقبل الرفض ولهذا ذكره فيما لو تذكر سجدة بعد ما رفع من الركوع أنه يقضيها ولا يعيد الركوع لأنه بعد ما تم بالرفع لا يقبل الرفض، فعلم أن الاختلاف في إعادتها ليس بناء على إشتراط الترتيب وعدمه، بل على أن الركن المتذكر فيه هل يرتفض بالعود إلى ما قبله من الأركان أو لا. وفي كافي الحاكم الشهيد أبي الفضل الذي هو جمع كلام محمد رحمه الله: رجل افتتح الصلاة وقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع فهذا قد صلى ركعة، وكذلك إن ركع أولاً ثم قرأ وركع وسجد فإنما صلى ركعة واحدة، وكذلك إن سجد أولاً سجدتين ثم قام فقرأ في الثانية وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد في الثالثة ولم يركع فإنما صلى ركعة واحدة، وكذلك إن ركع في الأولى ولم يسجد وركع في الثانية ولم يسجد ثم سجد في الثالثة ولم يركع فإنما صلى ركعة واحدة، ثم لم يذكر المصنف قراءة التشهد في الأولى وتعديل الأركان، قيل للاختلاف فيهما كما سيذكر، لكن قد نقل عن الطحاوي والكرخي سنية القعدة الأولى ومع ذلك ذكرها فليس الصارف حينئذ ذلك، ويجوز كونه اختار هنا سنتيهما ثم تبدل رأيه في سجود السهو فاختار وجوب القعدة. وبقي من الواجبات بعد هذا إصابة لفظة السلام وتعيين القراءة أولى الفرض، وحينئذ فالأولى أن لا يحمل كلام المصنف على أنه حصر المتفق عليه وترك المختلف فيه ولا تبدل رأيه بل إنه قصد إعطاء نظائر لا على الحصر ولذا أتى مكلف التشبيه المشعرة بعدم الحصر قوله: **(هذا هو الصحيح)** احتراز عن جواب القياس في التشهد والقنوت وتكبيرات العيد، وكذا في السلام لأنها أذكار، ومبنى الصلاة على الأفعال لا عليها، ولم ينقل أنه ﷺ سجد إلا في الأفعال والاستحسان هو الصحيح، وهو أنها تضاف إلى كل الصلاة نحو قنوت الوتر وتشهد الصلاة فكانت من خصائصها، بخلاف نحو تسبيحات الركوع. وقد يقال الاختصاص المستفاد من الإضافة إنما يعطي أنها لا وجوب لها في غير الصلاة شرعاً، وكون ذلك يستلزم الوجوب محل نظر. فالأولى أن يستدل في وجوبها بالمواظبة المقرونة بالترك في التشهد للنسيان فلا يلتحق بالمبين: أعني الصلاة لتكون فرضاً، أما في قنوت الوتر وتكبيرات العيد فلأن أصلهما بظني فلا تكون المواظبة فيها محتاجة إلى الاقتران بالترك ليثبت به الوجوب، والموظبة في السلام معارضة بقوله ﷺ «إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك»[1] فلم يتحقق بياناً لما تقرر جزءاً للصلاة قوله: **(وتسميتها سنة الخ)**

الكتاب: أي القدوري لما أنه ثبت وجوبها بالسنة. واعلم أن المراد بالواجب ههنا ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهياً سجدتا السهو، وبالسنة ما فعله رسول الله ﷺ بطريق المواظبة ولم يتركها إلا لعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود،

النبي ﷺ عليها من غير ترك وبإضافتها إلى جميع الصلاة قوله: **(والواجبات والسنن المذكورة في هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة)** أقول: فيكون من باب عموم المجاز قوله: **(والتحريم مصدر حرم وهو مضاف إلى فاعله وهو الصلاة)** أقول: ويجوز أن يكون

---

(١) تقدم أن الراجح في هذه اللفظة كونها قول ابن مسعود.

التكبير﴾ وهو شرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، حتى أن من تحرم للفرض كان له أن يؤدي بها التطوع عندنا.

يعني أريد بلفظ السنة ما ثبت بالسنة فيدخل فيه الواجبات بطريق عموم المجاز، ولا حاجة إلى اعتباره جمعاً بين الحقيقي والمجازي في محلين على رأي العراقيين قوله: (وإذا شرع كبر) أي إذا أراد الشروع كبر، فإن التكبير سابق على الشروع، فلفظ الشروع في إرادته مجاز من إطلاق اللازم على الملزوم لا المسبب في السبب لما أسلفناه من أن الإرادة قد يتخلف عنها المراد، واللزوم المجوز للتجوز أعم من العقلي، وفي الجملة قوله: (وهو شرط عندنا) على القادر. في المحيط: الأمي والأخرس لو افتتحا بالنية جاز لأنهما أتيا بأقصى ما في وسعهما انتهى. ولا يجب عليه تحريك لسانه عندنا لأن الواجب حركة بلفظ مخصوص، فإذا تعذر نفس الواجب لا يحكم بوجوب غيره إلا بدليل، ولا يصح إلا قائماً، ولو حبا إلى الإمام فكبر منحنياً، إن كان إلى القيام أقرب صح وإلا فلا، ولا يجوز قبل الإمام ولو مده ففرغ الإمام قبله أو كبر قبله غير عالم بذلك جاز على قياس قولهما لا على قول أبي يوسف قوله: (حتى أن من تحرم للفرض كان له أن يؤدي به النفل) وكذا بناء النفل على النفل، ومقتضى كون هذا ثمرة كونه شرطاً أن يجوز أيضاً بناء الفرض على الفرض وعلى النفل. وقد روي إجازة ذلك عن أبي اليسر. والجمهور على منعه ومنع الملازمة بين كونه شرطاً، وجواز ما ذكر أصله النية شرط. ولا تجوز صلاتان بنية والوضوء شرط وكان في صدر الإسلام واجباً لكل صلاة: نعم بقي أن يقال: إن شرط لكل صلاة تلزم أن لا يصح بناء النفل على الفرض،

وللصلاة آداب والأدب فيها ما فعله رسول الله ﷺ مرة أو مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على القراءة المسنونة. قوله (ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً) يعني في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الأولى، فإن من تركها ساهياً وقام وأتم صلاته ثم تذكر فإن عليه أن يسجد السجدة المتروكة، ويسجد للسهو لترك الترتيب). وقوله: فيما شرع مكرراً احتراز عما شرع غير مكرر فيها كالركوع فإنه بعد السجود لا يقع معتداً به بالإجماع، وقوله (هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر، فإنه لا تجب السجدة على من تركها ساهياً لأنها سنة، فبتركها لا يتمكن تكثير نقصان في الصلاة، كما إذا ترك الثناء والتعوذ لأن مبنى الصلاة على الأفعال دون الأذكار. وجه الاستحسان وهو الصحيح أن هذه السنة تضاف إلى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر، فأما تكبيرات الركوع وثناء الافتتاح فغير مضاف إلى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها، كذا في الشروح، وفيه نظر لأنهم قالوا: المراد بالواجب ههنا ما تجوز الصلاة بدونه، وتجب سجدة السهو بتركه ساهياً، وهذه الأذكار مما تجب السجدة بتركها ساهياً، وللصلاة بدونها جواز فتكون واجبة وليس كذلك. والجواب أن ذلك على وجه القياس، ويعرف من هذا أن كل ما هو واجب تجب سجدة السهو بتركه ساهياً، وبالعكس على وجه القياس. وأما على وجه الاستحسان فلا ينعكس، فإنه ليس كل ما تجب السجدة بتركه واجباً فإنها تجب بترك سنة تضاف إلى جملة الصلاة كما ذكرنا. فإن قيل: قراءة التشهد في القعدة الأولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكرها هنا، وكذلك تعديل الأركان عند أبي حنيفة ومحمد، أجيب بأن المقصود هنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان أن ما سوى المذكور ليس بمنحصر في السنة وذلك يحصل بإرادة صورة واحدة، وقيل قوله (وتسميتها سنة في الكتاب لما أنه ثبت وجوبها بالسنة) ليس بجيد لأنه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنه حينئذ يكون المراد به السنة والواجب أيضاً لأنه ثبت بالسنة. وأجيب بأن الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز إذا كانا في محلين مختلفين على مذهب بعض العراقيين، والشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله عراقي فلا يرد عليه. وأما صاحب الهداية فقد تبعه في ذلك وخلله ظاهر. والحق أنه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة والواجبات، والسنن المذكورة في هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة. وقوله (وإذا شرع في الصلاة كبر) أي إذا

التحريم بمعنى المحرم والإضافة بمعنى في كما لا يخفى قوله: (لأن تحريم الصلاة غير أفعال الصلاة) أقول: قوله غير مفعول تحريم قال المصنف: (ولهذا لا يتكرر كتكرر الأركان) أقول: قال ابن الهمام: زيادة فلا يضر عدم صحتها، إذ لا يلزم من الركنية التكرر كالقعدة اهـ. وفيه بحث لأنه صرح فيما قبل أن القعدة فرض غير ركن.

هو يقول وأنه يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان وهذا آية الركنية. ولنا أنه عطف الصلاة عليه في قوله تعالى ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ ومقتضاه المغايرة، ولهذا لا يتكرر كتكرر الأركان. ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام **(ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه، وهذا اللفظ يشير إلى اشتراط المقارنة، وهو المروي عن أبي يوسف والمحكي عن الطحاوي، والأصح أنه يرفع يديه أولاً ثم يكبر لأن فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم على الإثبات **(ويرفع يديه حتى يحاذي بإبهاميه شحمَتي أذنيه)** وعند الشافعي رحمه الله: يرفع إلى

والأصح بناء الفرض على الفرض وعلى النفل، ولا جواب إلا باختبار الأول وصحة النفل تبعاً قوله: **(ما يشترط لسائر الأركان)** من الستر والاستقبال وغيرهما قوله: **(عطف الصلاة)** يعني في قوله تعالى. وذكر اسم ربه فصلى ومقتضاه المغايرة، فلو كانت ركناً لعطف على نفسه. فإن الحاصل حينئذ فذكر اسم ربه وقام وقرأ الخ. لأن ذلك كله معنى صلى، ولو صح هذا امتنع عطف العام على الخاص، فإن اللازم واحد، والأول أن يقال: إن عطف الكل على الجزء وإن كان نظير العام على الخاص لكن جوازه لنكتة بَلاغية وهي منعدمة هنا، فلزم أن لا تكون منه فلا يكون التحريم من الصلاة فهي شرط وبهذا يتم الوجه. وقوله ولهذا لا يتكرر الخ زيادة فلا يضر عدم صحتها إذ لا يلزم من الركنية التكرر كالقعدة قوله: **(ومراعاة الشرائط الخ)** يتضمن منع قوله يشترط لها فقال لا نسلم أنه يشترط لها بل هو لما يتصل بها من الأركان لا لنفسها. ولذا قلنا: لو تحرم حامل نجاسة أو مكشوف العورة أو قبل ظهور الزوال أو منحرفاً فألقاها واستتر بعمل يسير وظهر الزوال واستقبل مع آخر جزء من التحريمة جاز، وذكر في الكافي أنها عند بعض أصحابنا ركن انتهى. وهو ظاهر كلام الطحاوي، فيجب على قول هؤلاء أن لا تصح هذه الفروع قوله: **(وهو سنة)** أثبته بالمواظبة، وهي وإن كانت من غير ترك تفيد الوجوب، لكن إذا لم يكن ما يفيد أنها ليست لحامل الوجوب وقد وجد وهو تعليمه الأعرابي من غير ذكره وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز. على أنه حكى في الخلاصة خلافاً في تركه، قيل يأثم وقيل لا. قال: والمختار إن اعتاده أثم لا إن كان أحياناً انتهى. وينبغي أن تجعل شقي هذا القول محمل القولين فلا اختلاف حينئذ ولا إثم لنفس الترك بل لأن اعتياده للاستخفاف وإلا فمشكل أو يكون واجباً قوله: **(وهو المروي عن أبي يوسف)** قولا **(والمحكي عن الطحاوي)** فعلاً، واختاره شيخ الإسلام وصاحب التحفة وقاضيخان قوله: **(والأصح)** عليه عامة المشايخ قوله: **(والنفي مقدم على الإيجاب)** أورد عليه أن ذاك في اللفظ فلا يلزم في غيره وليس بشيء إذا لم يدع لزومه في غيره فإن تقديره هكذا حكمة شرعية هذا الرفع نفي الكبرياء عن غير الله ليحصل من النفي الفعلي والإثبات القولي حصر الكبرياء عليه سبحانه، والمعهود في الدلالة على هذا الحاصل باللفظ تقديم مفيد النفي، فإذا دل عليه بغيره كان المناسب أن يسلك به سبيل المعهود

أراد الشروع لأن التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها. قال محمد في المبسوط: إذا أراد الرجل الدخول في الصلاة كبر. وقوله **(لما تلونا)** أراد به قوله تعالى ﴿وربك فكبر﴾ وقوله **(وقال عليه الصلاة والسلام)** معطوف على قوله لما تلونا معنى، والتحريم مصدر حرم وهو مضاف إلى فاعله وهو الصلاة، ولا يقدر مفعول لأن المقصود إثبات التحريم لها إلا إيقاعه على شيء آخر. وقوله **(التكبير)** لا يصلح أن يكون محمولاً على تحريمها ولا يصلح للعكس أيضاً على ظاهر الكلام لأن تحريم الصلاة غير أفعال الصلاة على المصلي ليس عين التكبير ولا عكسه، فيكون معناه تحريم الصلاة بالتكبير، ولكن جعل التكبير عين التحريم مبالغة **(وهو)** أي التكبير **(شرط عندنا خلافاً للشافعي)** وقوله **(حتى أن من تحرم)** بيان فائدة الاختلاف. فعندنا لما كانت التحريمة شرطاً جاز أداء النفل بتحريمة الفرض. وعنده لما كانت ركناً لم يجز ذلك، فإن أداء الصلوات بشرط واحدة يجوز وبركن واحد لا يجوز. فإن قيل: الأقسام العقلية ههنا أربعة: بناء الفرض على الفرض، وبناء النفل على النفل، وبناء الفرض على النفل، وبناء النفل على الفرض، وهو المذكور في الكتاب، فهل يجوز غيره من الأقسام الباقية أو لا؟ فالجواب بناء الفرض على الفرض جوزه أبو اليسر. قال في مبسوطه: لو شرع في الظهر وأتمها ولم يسلم وبنى عليها عصراً فات عنه أجزأه، ونفاه القاضي أبو زيد في الأسرار وفخر الإسلام في أول الجامع الصغير، وبناء النفل على النفل

منكبيه، وعلى هذا تكبيرة القنوت والأعياد والجنازة. له حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال «كان النبي عليه الصلاة والسلام إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه» ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وأنس رضي الله عنهم «أن النبي

استحساناً لا لزوماً: وليس الكلام إلا في وجه أولوية هذا. والسنة أن ينشر أصابعه في الرفع غير متكلف في ضمها وتفريجها واختار غير المصنف قول أبي يوسف: فإن لم يكن في مختار المصنف سمع وإلا انتظم المروى عنه ﷺ أنه كان يكبر عند كل خفض ورفع قول أبي يوسف فكون أولى، لكن قد وجد في النسائي عن ابن عمر «أنه ﷺ كان يرفع يديه حذو منكبيه ثم يكبر»[1] وهنا قو ثالث قيل به وهو أنه يكبر أولاً ثم يرفع، وفيه أيضاً خصوص النقل، فإن رواية أنس صريحة فيه كما ستسمع، ورواية أبي وائل[2] والبراء[3] ظاهرة فيه، وحينئذ ففي الأقوال الثلاثة رواية عنه ﷺ فيؤنس بأنه ﷺ فعل كل ذلك، ويترجح من بين أفعاله هذه تقديم الرفع بالمعنى الذي أبداه المصنف قوله: (**حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه**) وبرؤوس أصابعه فروع أذنيه قوله: (**وعلى هذا**) أي هذا الخلاف قوله: (**له حديث أبي**

يجوز، وأما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية، والظاهر عدم الجواز لأن بناء المثل على المثل والأضعف على الأقوى معقول وموافق للأصول، لأن الشيء يجوز أن يستتبع مثله أو ما هو دونه، وأما أن يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لأن فيه جعل الأقوى تابعاً للأدنى. فإن قلت: قولهم الشرط يعتبر وجوده مطلقاً لا وجوده قصداً يقتضي جواز هذه الصورة كالصور الباقية. فالجواب أن وجود الشرط لا يوجب المشروط والمانع وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعاً (**وهو**) أي الشافعي (**يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان**) من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر، وكل ما يشترط له ما يشترط لسائر الأركان ركن قياساً على كل واحد من الأركان (**ولنا قوله تعالى ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾**) عطف الصلاة على الذكر، ولو كان ركناً لما جاز ذلك لأنه يلزم عطف الكل على الجزء، وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه (**ولهذا**) أي ولأنه ليس بركن (**لا تتكرر كتكرر الأركان**) في كل صلاة كالركوع والسجود. وقوله (**ومراعاة الشرائط**) جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان. ووجهه أن اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها، وإنما هو لما يتصل به من القيام الذي هو ركن، ألا ترى أن الأداء لما انفصل عن الإحرام في باب الحج لم يشترط للإحرام سائر شرائط الأركان، فإن الوقت شرط لأداء سائر الأركان، ولا يشترط للإحرام عندنا، والاختلاف فيهما على نسق واحد، قال (**ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة**) رفع اليدين في أول الصلاة سنة بلا خلاف (**لأن النبي ﷺ واظب عليه مع الترك**) وهو علامة السنية، بخلاف ما إذا كان بلا ترك فإن ذلك دليل الوجوب على ما سيأتي. واختلفوا في أفضلية وقت الرفع فقال شيخ الإسلام وقاضيخان مقارناً للتكبير: ولفظ الكتاب يشير إليه وهو المروي عن أبي يوسف والمحكي عن الطحاوي، والمروي عبارة عن القول والمحكي عبارة عن الفعل. وقال شمس الأئمة السرخسي: والذي عليه أكثر مشايخنا أنه يرفع يديه أولاً، فإذا استقر في موضع المحاذاة كبر، وجعله المصنف أصح لأن في فعله وقوله معنى النفي والإثبات لأنه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله ويثبت بقوله لله تعالى، فيكون النفي مقدماً على الإثبات كما في كلمة الشهادة، ولا يتكلف للتفريق بين الأصبع عند رفع اليدين بل يتركها على ما هي عليه من الضم والتفريق، وما روي «أنه ﷺ كبر ناشراً أصابعه» معناه ناشراً عن طيها. وقوله (**ويرفع يديه حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه**) ظاهر، ومذهبنا قول أبي موسى الأشعري، ومذهب الشافعي قول ابن عمر، ذكره شمس الأئمة السرخسي. وقوله (**ولأن رفع اليد لإعلام الأصم**) قال في النهاية: كان يجب أن يقول: ورفع اليد لإعلام الأصم أيضاً، بزيادة قوله أيضاً لدفع التناقض صورة لأنه ذكر أولاً أن معنى رفع اليدين نفي الكبرياء عن غير الله فلا تكون لغيره، وكأنه يحوم حول أن المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان، ويجوز أن يكون له علة مركبة، فإذا قال أيضاً كان

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٩٠ ح٢٢ . ٢٣ وأبو داود ٧٢٢ والنسائي ٢/ ١٢٢ كلهم من حديث ابن عمر ولفظ مسلم في رواية: كان رسول الله ﷺ إذا قام للصلاة رفع يديه حتى تكونا حذو منكبيه ثم كبر.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٤٠١ وأبو داود ٧٢٤ والنسائي ٢/ ١٢٣ كلهم عن وائل بن حجر قال: كان رسول الله ﷺ إذا افتتح صلاة رفع يديه حتى تكاد إبهاماه تحاذي شحمة أذنيه. هذا لفظ النسائي وفي مسلم: رأى بدل كان. .

(٣) حسن، أخرجه أحمد ٤/ ٣٠٣ والدارقطني ١/ ٢٩٤ كلاهما عن البراء قال: كان رسول الله ﷺ. إذا صلى رفع يديه حتى تكون إبهاماه حذا أذنيه. وإسناده حسن.

عليه الصلاة والسلام كان إذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه» ولأن رفع اليد لإعلام الأصم وهو بها قلناه، وما رواه يحمل على حالة العذر **(والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها)** هو الصحيح لأنه أستر لها **(فإن قال بدل التكبير الله أجلّ أو**

حميد) وهو ما رواه البخاري عن محمد بن عمرو بن عطاء أنه كان جالساً مع نفر من أصحاب النبي ﷺ قال «فذكرنا صلاة رسول الله ﷺ» فقال أبو حميد الساعدي: أنا كنت أحفظكم لصلاة رسول الله ﷺ، رأيته إذا كبر جعل يديه حذاء منكبيه، وإذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره، فإذا رفع رأسه استوى حتى يعود كل فقار مكانه، فإذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما، واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة: فإذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى، فإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الأخرى وقعد على مقعدته[1] وقد أعله الطحاوي بأنه من طريق آخر عن محمد هذا قال: حدثني رجل أنه وجد عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ الحديث، ففسد للجهالة، وهذا هو الأرجح فإن سن محمد لا يحتمل مثل هذا، وليس أحد يجعل هذا الحديث سماعاً لمحمد من أبي وائل إلا عبد الحميد وهو عندك ضعيف. وفي رواية أخرى أن محمد بن عمرو حضر أبا حميد وأبا قتادة، ووفاة أبي قتادة قبل هذا قتل مع عليّ وصلى عليه عليّ فهذا غير معروف ولا متصل عندنا انتهى. عبد الحميد هو جعفر بن الحكم الأنصاري ضعفه يحيى القطان والثوري ووثقه ابن معين وغيره. ومحمد بن عمرو بن عطاء صرح غير واحد من الحفاظ بسماعه من أبي قتادة وأبي حميد، منهم الحافظ عبد الغني قال: توفي في خلافة الوليد بن يزيد بن عبد الملك وخلافته أول سنة ثمان وستين ومدتها تسع سنين وأشهر وأبو قتادة قيل قتل بالكوفة سنة ثمان ثلاثين. قال الحافظ عبد الغني: الأصح أنه مات بالمدينة سنة أربع وخمسين، وأبو حميد عبد الرحمن الساعدي توفي في آخر خلافة معاوية، ووفاة معاوية سنة ستين وقيل تسع وخمسين. فالحاصل تحقق الخلاف في جميع ما ذكر والشأن في الترجيع ولا حاجة إلى الاشتغال به، فإنا لو سلمنا صحته كانت رواية وائل والبراء[2] وأنس[3] محصلات للمقصود ورواية وائل في صحيح مسلم «أنه رآه ﷺ رفع يديه حين دخل في الصلاة كبر وصفهما حيال أذنيه» ورواية أنس ذكرها الطحاوي بسند فيه مؤمل بن إسماعيل ويزيد بن أبي زياد، ويقال ابن زياد، وقد ضعف مؤمل بأنه دفن كتبه وكان يحدث من حفظه فكثر خطؤه، ويزيد ضعفه علي ويحيى وابن المبارك وأبو حاتم الرازي والبخاري والنسائي. وقال ابن حبان: كان صدوقاً إلا أنه لما كبر ساء حفظه فكان يتلقن ما لقن فوقعت المناكير في حديثه، فسماع من سمع منه قبل التغير صحيح. والرواية عن أنس في السنن الكبير للبيهقي «كان ﷺ إذا افتتح الصلاة كبر ثم رفع يديه حتى يحاذي بإبهاميه أذنيه» قال أبو الفرج إسناده كلهم ثقات، ولا معارضة،

نفي الكبرياء وإعلام الأصم علة واحدة مركبة لرفع اليدين، ثم اعتذر بأن المصنف تابع شمس الأئمة وقد ذكره كذلك فمن دأبهم ترك التكلف وتفهيم المعنى. وقيل: لو كان لإعلام الأصم لما أتى به المنفرد، وأجيب بأن الأصل هو الأداء بالجماعة، قال الله تعالى ﴿واركعوا مع الركعين﴾ فيكون الانفراد نادراً، على أن حكمة الحكم لا تراعى في كل فرد: فإن قيل: فعلى هذا

---

(١) جيد. أخرجه البخاري ٨٢٨ وأبو داود ٧٣٠ و٧٣١ و٧٣٢ و٧٣٣ و٧٣٤ و٧٣٥ والترمذي ٣٠٤ و٣٠٥ والدارمي ١٣٠٣ وابن ماجه ٨٦٢ كلهم من طريق محمد بن عمرو بن عطاء عن أبي حميد الساعدي. رووه مختصراً مطولاً.
وقد نقل ابن الهمام بعض الكلام عن العلماء حول هذا الحديث وقد تكلم ابن حجر في الفتح على هذا الحديث وقال: زعم الطحاوي وابن القطان أنه غير متصل لأمرين الأول أن عيسى بن مالك رواه عن محمد بن عمرو عن عباس بن سهل. فذكر واسطة والثاني تقدم وفاة أبي قتادة.
والجواب: أما الأول فلا يضر الثقة المصرح بسماعه رواية ثانية تذكر واسطة. فتكون رواية عيسى هذا من المزيد في متصل الأسانيد.
وأما الثاني فهناك اختلاف في وفاة أبي قتادة اهـ ملخصاً.

(٢) حديث وائل والبراء تقدما قبل حديث أبي حميد.

(٣) حسن. أخرجه الحاكم ١/٣٢٦ والدارقطني في سننه ١/٣٤٥ والبيهقي ٣/٩٩ كلهم عن أنس وقال الحاكم: صحيح على شرطهما ولا أعرف له علة. وأقره الذهبي. وقد نقل ابن الهمام عن أبي الفرج وهو ابن الجوزي قوله: رجاله ثقات، أما رواية الطحاوي ففيها مؤمل وهو ضعيف.

أعظم، أو الرحمن أكبر أو لا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان يحسن التكبير لم يجزئه إلا قوله الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير) وقال الشافعي

فإن محاذاة الشحمتين بالإبهامين تسوّغ حكاية محاذاة اليدين بالمنكبين والأذنين، لأن طرف الكف مع الرسغ يحاذي المنكب أو يقاربه، والكف نفسه يحاذي الأذن واليد تقال على الكف إلى أعلاها، فالذي نص على محاذاة الإبهامين بالشحمتين وفق في التحقيق بين الروايتين فوجب اعتباره. ثم رأينا رواية أبي داود عن وائل صريحة فيه قال «إنه أبصر النبي ﷺ حين قام إلى الصلاة فرفع يديه حتى كانتا بحيال منكبيه وحاذى بإبهاميه أذنيه»[١] ومما وفق به حمل مرويه على حالة الاشتمال بالأكسية في الشتاء، فإن الإبط مشغول بحفظها، وهو ما ذكره المصنف بقوله على حالة العذر، لكن الحق أن لا معارضة كما أسمعتك فلا حاجة إلى هذا الحمل ليدفع التعارض، إلا أن رواية البيهقي تقتضي تأخير الرفع عن التكبير وهو ما قدمناه عن بعض المشايخ قوله: **(ولأن الرفع لإعلام الأصم)** لا ينفي ما ذكره من أنه لنفي الكبرياء عن غير الله لجواز أن يعتبر في شرعيته كل من الأمرين، أو أن أصلي الرفع للنفي، وكونه إلى الأذن ليحصل به إعلام الأصم لتوفية الرفع حينئذ وظهوره قوله: **(هو الصحيح)** هو رواية محمد بن مقاتل عن أصحابنا، واحترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنها ترفع حذاء أذنيها قوله: **(أوغيره من أسماء الله تعالى)** أعم من أن يكون مفرداً أو خبراً، فيقتضي أنه لو قال الله أو الرب بلا زيادة يصير شارعاً على قول أبي حنيفة خلافاً لهما. وفي التجريد جعل هذا رواية الحسن عنه. أما على ظاهر رواية الأصل اعتبر الصفة معه، قيل لأن التعظيم الذي هو معنى التكبير حكم على المعظم فلا بد من الخبر، وفائدة الخلاف على تلك الرواية تظهر في حائض طهرت وفي الوقت ما يسع الاسم فقط تجب الصلاة عنده خلافاً لهما. أما لو قال الكبير أو الأكبر فقط لا يصير شارعاً عنده كان الفرق الاختصاص في الإطلاق وعدمه. وعن هذا قال الفضيلي بالرحمن يصير شارعاً وبالرحيم لا لأنه مشترك[٢]، ثم هل يكره الافتتاح بغير الله أكبر عنده، قال السرخسي لا يكره في الأصح. وفي التحفة الأصح أنه يكره، وهذا أولى، وقد ذكره في التجريد مروياً عن أبي حنيفة قوله: **(لم يجزئه الخ)** فيه أنه لا بد من تقديم الجلالة وأنه لا بد من هذه الألفاظ وقد روى الأول عن أبي يوسف، فلو قال الله أكبر لايجوز، والثاني ليس بلازم، بل لو قال الله كبير

يجب أن لا يأتي به المقتدي. أجيب بأن الأصم يجوز أن يكون في آخر الصفوف. وقوله **(وهو بما قلناه)** أي إعلام الأصم بما قلناه من رفعها حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه. وقوله **(وما رواه)** يعني من حديث أبي حميد **(يحمل على حالة العذر)** روي عن وائل بن حجر أنه قال: قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون أيديهم إلى الأذنين ثم قدمت عليهم من قابل وعليهم الأكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون أيديهم إلى المناكب، وقوله **(وهو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنها ترفع يديها حذاء أذنيها كالرجل، لأن رفع اليدين إنما يكون بكفيها وكفاها ليست بعورة فتكون هي والرجل سواء في رفع اليدين، بخلاف سائر الأعضاء. ووجه الصحيح ما ذكره أنه أستر لها. وقوله **(فإن قال بدل التكبير)** يدل على أن الأصل هو التكبير. اعلم أن الشارع في الصلاة إذا قال الله أكبر كان شارعاً في الصلاة بلا خلاف، وكذلك إذا قال الله الأكبر خلافاً لمالك، وكذلك إذا قال الله الكبير خلافاً له وللشافعي، أما إذا قال الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر أو لا إله إلا الله أو قال الحمد لله أو سبحان الله أو لا إله غيره، فقد قال أبو حنيفة ومحمد أجزأه **(وقال أبو يوسف إن كان يحسن التكبير)** أي يمكنه أن يقول الله أكبر أو الله أكبر أو الله الكبير **(لا يجوز)** وإن لم يحسن جاز، ومالك يقول الأصل في ذلك التوقيف

قال المصنف: **(وما رواه يحمل الخ)** أقول: يعني حالة الاشتمال بالأكسية في الشتاء، فإن الإبط مشغول بحفظها.

(١) صحيح. رواه مسلم وأبو داود وتقدم قبل أربعة أحاديث.
(٢) قوله مشترك يعني أن لفظ الرحمن ملحق بلفظ الجلالة: الله فلا يقال لإنسان هو رحمان. في حين يقال: فلان رحيم. ولذا لما تسمى مسيلمة الكذاب بـ رحمان اليمامة قصمه الله وبدد ملكه.

رحمه الله: لا يجوز إلا بالأولين. وقال مالك رحمه الله: لا يجوز إلا بالأول لأنه هو المنقول والأصل فيه التوقيف. والشافعي رحمه الله يقول: إدخال الألف واللام فيه أبلغ في الثناء فقام مقامه. وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن أفعل وفعيلاً في صفاته تعالى سواء، بخلاف ما إذا كان لا يحسن لأنه لا يقدر إلا على المعنى. ولهما أن التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل (فإن افتتح الصلاة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن

أو الكبار جاز عنده أيضاً قوله: (لأنه هو المنقول) من فعله ﷺ وهو المتوارث من قوله، وفي بعض طرق حديث المسيء صلاته قال ﷺ «إنه لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ فيسبغ الوضوء ثم يكبر ويحمد الله عز وجل ويثني عليه ويقرأ بما شاء من القرآن ثمْ يقول الله أكبر»[1] وذكر الحديث قوله: (لأن أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء) لأنه لا يراد بأكبر إثبات الزيادة في صفته بالنسبة إلى غيره بعد المشاركة لأنه لا يساويه أحد في أصل الكبرياء فكان أفعل بمعنى فعيل، لكن في المغرب الله أكبر: أي أكبر من كل شيء، وتفسيرهم إياه بالكبير ضعيف. ويمكن أن المراد من كون كبير وأكبر واحداً في صفاته، المراد من الكبير المسند إليه الكبير بالنسبة إلى كل ما سواه، وذلك بأن يكون كل ما سواه بالنسبة إليه ليس بكبير، وهذا المعنى هو المراد بأكبر قوله: (أن التكبير) أي المذكور في قوله تعالى. وربك فكبر. وقوله عليه الصلاة والسلام، وتحريمها التكبير[2] معناه التعظيم، وهو أيضاً المذكور فيما روى مالك أول الحديث وهو المراد بتكبير الافتتاح، فكان المطلوب بلفظ النص التعظيم وهو أعم من خصوص الله أكبر وغيره ولا إجمال فيه، والثابت بالخبر اللفظ المخصوص فيجب العمل به حتى يكره لمن يحسنه تركه كما قلنا في القراءة مع الفاتحة وفي الركوع والسجود مع التعديل، كذا في الكافي، وهذا يفيد وجوبه ظاهراً وهو مقتضى المواظبة التي لم تقترن بترك فينبغي أن يعوّل على هذا قوله: (فمحمد مع أبي حنيفة في العربية) فيجوز عنده بكل ما أفاد التعظيم بعد كونه عربياً، ومع أبي يوسف في الفارسية فلا يجوز بها الافتتاح. وجه الفرق له ما ذكر بأن لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها فلا يلزم من الجواز بها الجواز بغيرها وهو يقول الذكر المفيد للتعظيم يحصل بخداي بزركست[3] كما يحصل بقوله الله أكبر الواجب قوله: (كما نطق به النص) يعني قوله تعالى. قرآناً عربياً غير ذي عوج. وغيره، فالفرض قراءة القرآن وهو عربي فالفرض العربي قوله: (ولم يكن فيها بهذه اللغة) يتضمن منع أخذ العربية في مفهوم القرآن ولذا قال تعالى ﴿ولو جعلناه قرآناً أعجمياً﴾ [فصلت ٤٤] فإنه يستلزم تسميته قرآناً أيضاً لو كان أعجمياً. والحق أن قرآناً المنكر لم يعهد فيه نفل عن المفهوم اللغوي فيتناول كل مقروء. أما القرآن باللام

والمنقول فيه هو الأول فلا يجوز غيره (والشافعي يقول إدخال الألف واللام فيه) أي في الخبر وهو أكبر (أبلغ في الثناء) لأن تعريف الخبر يقتضي حصره في المبتدإ كما في قولك زيد العالم، وقد عرف ذلك في موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه منقولاً فانجبر الفائت بما زاد (فقام مقامه، وأبو يوسف يقول إن أفعل وفعيلاً في صفاته تعالى سواء) لأن إثبات الزيادة ليس بمراد في صفات الله تعالى لعدم مساواة أحد إياه في أصل الكبرياء حتى يكون أفعل الزيادة كما يكون في أوصاف العباد فكان أفعل وفعيل سواء (ولهما أن التكبير هو التعظيم لغة) قال الله تعالى ﴿فلما رأينه أكبرنه﴾ أي عظمنه (وهو حاصل) بما ذكرنا من الألفاظ، وهذا بناء على أن الفرض عمل اللسان والتكبير آلته فيجوز أن يلحق به غيره إذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير، وعلى هذا إذا قال الله يصير شارعاً لأن فيه معنى التعظيم لكونه مشتقاً من التأله وهو التحير. وقال محمد: لا يصير شارعاً لأن تمام التعظيم إنما يكون بذكر الاسم والصفة جميعاً. والجواب أن مناط الحكم

---

(١) حديث المسيء صلاته مشهور رواه الجماعة سيأتي.

(٢) تقدم تخريجه في أول هذا الباب ١/ ٢٧٥ وإسناده جيد

(٣) التكبير بلغة فارس.

العربية أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: لا يجزئه إلا في الذبيحة وإن لم يحسن العربية أجزأه) أما الكلام في الافتتاح فمحمد مع أبي حنيفة في العربية ومع أبي يوسف في الفارسية، لأن لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها. وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما إن القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص، إلا أن عند العجز يكتفي بالمعنى كالإيماء، بخلاف التسمية لأن الذكر يحصل بكل لسان. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى. وإنه لفي زبر الأولين. ولم يكن فيها بهذه اللغة، ولهذا يجوز عند العجز إلا أنه يصير مسيئاً لمخالفته السنة المتوارثة، ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا، والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد، ولا

فالمفهوم منه العربي في عرف الشرع وإن أطلق على المعنى المجرد القائم بالذات أيضاً المنافي للسكوت والآفة، والمطلوب بقوله. فاقرؤوا ما تيسر من القرآن الثاني. فإن قيل النظم مقصود للإعجاز وحالة الصلاة المقصود من القرآن فيها المناجاة لا الإعجاز فلا يكون النظم لازماً فيها تسلط عليه أنه معارضة للنص بالمعنى فإن النص طلب بالعربي وهذا التعليل يجيزه بغيرها، ولا بعد في أن يتعلق جواز الصلاة في شريعة النبي ﷺ الآتي بالنظم المعجز

حصول التعظيم لإتمامه، ولم يذكر أنه إذا شرع بتلك الألفاظ هل يكره أو لا، قال بعضهم: لا يكره، وقال بعضهم يكره. قال في النهاية: وهو الأصح كذا في المحيط. قال **(فإن افتتح الصلاة بالفارسية)** اعلم أن الافتتاح بالفارسية والقراءة بها في الصلاة والتسمية بها على الذبيحة جائز عند أبي حنيفة سواء كان قادراً على العربية أو لم يكن. وقال أبو يوسف ومحمد: إن أحسن العربية لا يجزئه إلا في الذبيحة، وإن لم يحسنها أجزأ في الجميع، ومحمد مع أبي حنيفة في الافتتاح بالعربية، فإنه جوزه بأي لفظ كان من أسماء الله على ما تقدم، ومع أبي يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية. قال **(لأن لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها)** قال ﷺ في معرض تفضيل لسان العرب على غيره «أنا عربي والقرآن عربي ولسان أهل الجنة عربي» **(وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما إن القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص)** وهو قوله تعالى ﴿إنا أنزلناه قرآناً عربياً﴾ والقرآن هو المأمور بقراءته في الصلاة، قال الله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ على ما سيجيء. وهذا يقتضي أن لا تترك حالة العجز أيضاً إلا أنه يكتفي عند العجز بالمعنى لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع فصار كمن عجز عن الركوع والسجود، فإنه جاز له الإيماء **(بخلاف التسمية)** فإن المقصود بها الذكر. قال الله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية أو لم يحسن في قولهم جميعاً، وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان والعقود تصح بإجماع، وروي عن الشافعي في القراءة كقولهما، وروي أنه لا يجوز لكنه إن كان لا يحسن العربية فهو أمي يصلي بغير قراءة، ولو قرأ بالفارسية فسدت صلاته لأنها من كلام الناس **(ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿وإنه لفي زبر الأولين﴾)** وصفه بكونه في زبر الأولين ولم يكن القرآن بنظمه فيها لا محالة فتعين أن يكون بمعناه فيها، والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جائزاً إلحاقاً به. فإن قيل: قوله تعالى ﴿إنا أنزلناه قرآناً عربياً﴾ محكم لا يقبل التأويل، وقوله تعالى ﴿في زبر الأولين﴾ محتمل لأن بعض المفسرين ذهب إلى أن الضمير للنبي ﷺ فكيف يترك المحكم به. أجيب بأنه تأويل بعيد يقضي إلى التعقيد اللفظي بتفكيك الضمائر في قوله تعالى ﴿وإنه لتنزيل رب العالمين﴾ إلى آخره، والكلام المعجز مصون عن ذلك. فان قيل: سلمنا تساويهما في الأحكام لكن يكونان متعارضين فمن أين تقوم الحجة؟ فالجواب أن إعمال الدليلين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فيحمل قوله. وإنه لفي زبر الأولين. على حالة الصلاة لأنها حال المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة، ويحمل قوله ﴿إنا أنزلناه قرآنا عربياً﴾ على غير حالة الصلاة، وقد قررناه في التقرير بأبسط من هذا الموضع، وقوله **(ولهذا)** أي ولكون القراءة لم تكن في الزبر بهذا النظم **(جازت القراءة بالفارسية عند العجز)** ولا شك أن العجز لا يجعل غير القرآن قرآناً. وقوله **(إلا أنه يصير مسيئاً)** استثناء من قوله أجزأه عند أبي حنيفة **(لمخالفته السنة المتوارثة)** وهي القراءة بالعربية. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول أبي سعيد البردعي فإنه قال: إنما جوّز أبو حنيفة القراءة بالفارسية دون غيرها من الألسنة لقرب الفارسية من العربية. قال الكرخي: والصحيح النقل إلى أي لغة كانت. وقوله **(لما تلونا)** يعني من قوله ﴿وإنه لفي زبر الأولين﴾ فإنه كما لم يكن فيها بلغة العرب كذلك لم يكن فيها بالفارسية، ولأن الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات. وقوله **(والخلاف في الاعتداد)** أي في أنه إذا قرأ

خلاف في أنه لا فساد، ويروي رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الاعتماد، والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف، وفي الأذان يعتبر التعارف **(ولو افتتح الصلاة باللهم اغفر لي لا يجوز)** لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيماً خالصاً، ولو افتتح بقوله اللهم فقد قيل يجزئه لأن معناه يا الله. قيل لايجزئه لأن معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالاً. قال **(ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرّة» وهو حجة على مالك رحمه الله في الإرسال، وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع على الصدر. ولأن الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وهو المقصود، ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء. والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه ومالا فلا هو

بقراءة ذلك المعجز بعينه بين يدي الرب تعالى فلذا كان الحق رجوعه إلى قولهما في المسألة قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن تخصيص البردعي قول أبي حنيفة بالفارسية قوله: **(ولا خلاف أنه لا فساد)** مخالف لما ذكر الإمام نجم الدين النسفي والقاضي فخر الدين أنها تفسد عندهما، والوجه إذا كان المقروء من مكان القصص والأمر والنهي أن يفسد بمجرد قراءته لأنه حينئذ متكلم بكلام غير قرآن، بخلاف ما إذا كان ذكراً أو تنزيهاً فإنما تفسد إذا اقتصر على ذلك بسبب إخلاء الصلاة عن القراءة، ولو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد صلاته ذكره في الكافي. وفيه إن اعتاد القراءة بالفارسية أو أراد أن يكتب مصحفاً بها يمنع، وإن فعل في آية أو آيتين لا، فإن كتب القرآن وتفسير كل حرف وترجمته جاز قوله: **(على هذا الخلاف)** فعنده يجوز بالفارسية وعندهما لا إلا بالعربية قوله: **(يعتبر التعارف)** فإن بالمتعارف يحصل الإعلام قوله: **(وإن افتتح الصلاة باللهم اغفر لي)** أو أعوذ بالله أو إنا لله. أو ما شاء الله أو لا حول ولا قوّة إلا بالله أو بالتسمية لا يكون شارعاً لتضمينها السؤال في المعنى أو صريحاً قوله: **(لأن معناه بالله)** يفيد الصحة بيا الله نفسه اتفاقاً، وأن الخلاف في اللهم بناء على أنه بمعناه فقط فيجوز أو مع زيادة سؤال فلا يجوز قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** لا يعرف مرفوعاً، بل عن علي: من السنة في الصلاة وضع الأكف على الأكف تحت السرة[1] رواه أبو داود وأحمد وهذا لفظه. قال النووي: اتفقوا على تضعيفه لأنه من رواية عبد الرحمن بن إسحاق

بالفارسية هل يكون محسوباً عن فرض القراءة أو لا، ولا خلاف في عدم الفساد. وقوله **(ويروي رجوعه)** روى أبو بكر الرازي أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما **(وعليه الاعتماد)** لتنزله منزلة الإجماع **(والخطبة والتشهد على هذا الخلاف)** أي تجوز قراءتهما بالفارسية عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وقوله **(وفي الأذان يعتبر التعارف)** قيل جواب عما يقال قراءة القرآن في الصلاة لكونها ركناً أعظم خطراً من الأذان لكونه سنة، والأذان لا يجوز بغير العربي فكيف جازت قراءة القرآن؟ ووجهه أنا لا تسلم عدم جواز الأذان مطلقاً بل يعتبر فيه التعارف، فإن الحسن روى عن أبي حنيفة أنه لو أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز، وإن كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الإعلام، كذا ذكره في الأسرار. وقوله **(وإن افتتح الصلاة**

(قال المصنف: والخلاف في الاعتداد ولا خلاف أنه لا فساد) أقول: مخالف لما ذكره نجم الدين النسفي والقاضي فخر الدين أنها تفسد عندهما، والوجه إذا كان المفروض مكان القصص والأمر والنهي أن يفسد بمجرد قراءته لأنه حينئذ متكلم بكلام غير قرآن، بخلاف ما إذا كان ذكراً أو تنزيهاً فإنما يفسد إذا اقتصر على ذلك بسبب إخلاء الصلاة عن القراءة، ولو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد صلاته، ذكره في الكافي.

---

(١) موقوف ضعيف. أخرجه أبو داود ٧٥٦ وأحمد ١/ ١١٠ والبيهقي ٢/ ٣١ كلهم من طريقه عبد الرحمن بن إسحاق الكوفي. عن علي قوله.
قال في نصب الراية ١/ ٣١٣: هذا الخبر لا يوجد في غالب نسخ أبي داود. قال ابن القطان: فيه إسحاق الواسطي. قال أحمد وأبو حاتم هو منكر الحديث. وقال البيهقي في المعرفة: لا يثبت إسناده والواسطي. متروك. وكذا قال النووي الواسطي ضعيف باتفاق العلماء اهـ.
ورواه أبو داود ٧٥٨ عن أبي هريرة قوله وفيه الواسطي أيضاً.
تنبيه: وقد وقع لصاحب الهداية خبر علي حيث نسبه للنبي ﷺ من قوله: وهم في ذلك لذا أعرض عنه بن الهمام وكذا الزيلعي. فجعلاه عن علي.

الصحيح، فيعتمد في حالة القنوت وصلاة الجنازة. ويرسل في القومة وبين تكبيرات الأعياد **(ثم يقول: سبحانك**

الواسطي مجمع على ضعفه، وفي وضع اليمنى على اليسرى فقط أحاديث في الصحيحين وغيرها تقوم بها الحجة على مالك. وأما قوله تعالى. فصلّ لربك وانحر. فمدلول اللفظ طلب النحر نفسه وهو غير طلب وضع اليدين عند النحر، فالمراد نحر الأضحية على أن وضع اليدين على الصدر ليس هو حقيقة وضعهما على النحر فصار الثابت هو وضع اليمنى على اليسرى، وكونه تحت السرة أو الصدر كما قال الشافعي لم يثبت فيه حديث يوجب العمل فيحال على المعهود من وضعها حال قصد التعظيم في القيام والمعهود في الشاهد منه تحت السرة، ثم قيل كيفيته أن يضع الكف على الكف، وقيل على المفصل. وعن أبي يوسف يقبض باليمنى رسغ اليسرى. وقال محمد: يضعها كذلك ويكون الرسغ وسط الكف، وقيل يأخذ الرسغ بالإبهام والخنصر: يعني ويضع الباقي فيكون جمعاً بين الأخذ والوضع وهو المختار قوله: **(هو الصحيح)** فلا يرسلها بعد الافتتاح حتى يضع، واحترز به عن قول أبي حفص الفضلي؛ يسن الإرسال في الجنازة وتكبيرات العيد والقومة فيكون سنة القيام مطلقاً. وعن قول أصحاب الفضلي أبي علي النسفي والحاكم عبد الرحمن: السنة في هذه المواضع الاعتماد مخالفة للروافض، فإنهم يرسلون والصحيح التفصيل المذكور وعليه الأكثر، ثم الإرسال في القومة بناء على الضابط المذكور يقتضي أن ليس فيها ذكر مسنون، وإنما يتم إذا قيل بأن التحميد والتسميع ليس سنة فيها بل في نفس الانتقال إليها لكنه خلاف ظاهر النصوص، والواقع أنه قلما يقع التسميع إلا في القيام حالة الجمع بينهما قوله: **(أنه يضم إليه وجهت وجهي)** وهو مخير في البداءة بأيهما شاء قوله: **(لرواية عليّ أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول ذلك)** إن كان المراد أنه كان يجمع بينهما تم الاستدلال وإن كان المراد أنه كان يقول التوجيه لم يتم لأنه أعم من إفراده وضمه فيجوز كونه كان يفتتح أحياناً بهذه وأحياناً بذلك فلا يفيد سنية الجمع. والثابت في حديث طويل في مسلم ما ظاهره الإفراد نسوقه تشريفاً لهذا التأليف، وإعانة على حفظ ألفاظ السنة ليتبرك بها في النوافل من القيام وغيره «أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا قام إلى الصلاة قال: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين، اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت، أنت ربي وأنا عبدك، ظلمت نفسي واعترفت بذنبي فاغفر لي ذنوبي جميعاً لا يغفر الذنوب إلا أنت، واهدني لأحسن الأخلاق لا يهدي لأحسنها إلا أنت، واصرف عني سيئها لا يصرف عني سيئها إلا أنت، لبيك وسعديك والخير كله في يديك والشرّ ليس إليك، أنا بك وإليك، تباركت وتعاليت، استغفرك وأتوب إليك. وإذا ركع قال:

باللهم اغفر لي) بيان أن الشروع بغير اللفظ المنقول إنما يصح إذا كان ثناء خالصاً، وأما إذا كان مشوباً بحاجته فلا يجوز بالاتفاق. ففي قوله اللهم اغفر لي لا يكون شارعاً لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيماً خالصاً، وإن قال اللهم فقد اختلف فيه. قيل يجزئه لأن معناه: يا الله فتمحض ذكراً هو قول أهل البصرة، وقيل لا يجزئه لأن معناه: يا الله آمناً بخير: أي اقصدنا بخير وهو قول أهل الكوفة فلم يكن تعظيماً خالصاً. قيل والأول أصح بدليل قوله تعالى ﴿وإذ قالوا اللهم إن كان هذا هو الحق من عندك﴾ ولو كان معناه قصدنا بخير فسد المعنى. قال **(ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى)** الاعتماد الاتكاء، وتفسير الاعتماد أن يضع وسط كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى. وقوله ويعتمد الخ يشير إلى أن الاعتماد هو الوضع كما ذكرنا، وفيه خلاف مالك فإنه يقول بالإرسال، روي عنه أنه جعل الإرسال عزيمة والاعتماد رخصة وإلى موضع الوضع وهو تحت السرة. وعند الشافعي الأفضل أن يضع يديه على الصدر لقوله تعالى ﴿فصل لربك وانحر﴾ فإن أهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر. ولنا ما روي عن أنس «إن من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة» وهو كما ترى حجة على مالك في الإرسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر، والمراد بقوله تعالى ﴿وانحر﴾ نحر الأضحية بعد صلاة العيد، ولأن الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وأبعد من التشبه بأهل الكتاب، وهو أي التعظيم هو المقصود، ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعن محمد أنه سنة القراءة، وثمرته تظهر في المصلي بعد

اللهم وبحمدك إلى آخره) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يضم إليه قوله: إني وجهت وجهي إلى آخره، لرواية عليّ رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقول ذلك. ولهما رواية أنس رضي الله عنه «أن النبي عليه الصلاة

اللهم لك ركعت وبك آمنت ولك أسلمت، خشع لك سمعي وبصري ومخي وعظمي وعصبي. وإذا رفع قال: اللهم ربنا لك الحمد ملء السموات والأرض وما بينهما، وملء ما شئت من شيء بعد. وإذا سجد قال: اللهم لك سجدت وبك آمنت ولك أسلمت، سجد وجهي للذي خلقه وصوّره وشق سمعه وبصره تبارك الله أحسن الخالقين. ثم يكون آخر ما يقول بين التشهد والتسليم: اللهم اغفر لي ما قدمت وما أخرت، وما أسررت وما أعلنت وما أسرفت، وما أنت أعلم به مني[١] فكان الأولى أن يقول لرواية جابر عنه ﷺ «أنه كان إذا استفتح الصلاة قال: سبحانك اللهم وبحمدك، وتبارك اسمك وتعالى جدّك ولا إله غيرك. وجهت وجهي إلى الله رب العالمين»[٢] أخرجه البيهقي كذلك قوله: (ولهما رواية أنس) روى البيهقي عن أنس[٣] وعائشة[٤] وأبي سعيد الخدري[٥] وجابر[٦]

التكبير، فعندهما لا يرسل حالة الثناء. وعند محمد يرسل، فإذا أخذ في القراءة اعتمد. والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الفضلي وأصحابه، قال الفضلي: إن السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الإرسال، وقال أصحابه: السنة في هذه المواضع الاعتماد، والصحيح ما قاله شمس الأئمة الحلواني وهو الذي أشار إليه في الكتاب أن كل قيام فيه ذكر مسنون، فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء والقنوت وصلاة الجنازة، وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الإرسال فيرسل في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الأعياد، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي وبرهان الأئمة الصدر والشهيد. وذكر في فتاوى قاضيخان: وكما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة. وقوله (ثم يقول) أي المصلي (سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك) ومعناه: سبحتك يا الله بجميع آلائك وبحمدك سبحت، وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك. ولم يزد على ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أولا، وعنه أنه يضم إليه قوله تعالى ﴿وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين﴾. إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين. لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين. قال شيخ الإسلام: ولو قال وأنا أول المسلمين اختلف المشايخ فيه: فمنهم منن يقول تفسد صلاته لأنه كذب في صلاته، ومنهم من يقول لا تفسد لأنه يحمل على أنه أراد به قراءة القرآن لا الإنباء عن نفسه. وقوله (يضم) إشارة إلى أنه إن شاء قدم على الثناء

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٧٧١ عن علي بهذا السياق في كتاب صلاة المسافرين وكذا البيهقي ٢/ ٣٢.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٥/ ٣٣ عن جابر مرفوعاً. وقال في نصب الراية ١/ ٣١٩: قال البيهقي في المعرفة: روي هذا الخبر عن ابن عمر تارة وعن جابر تارة وليس بالقوي.

قوله ابن الهمام: كان الأولى أن يقول صاحب الهداية لرواية جابر . . . يعني: استدل صاحب الهداية لأبي يوسف بحديث علي في استحباب الاستفتاح بدعاء الثناء مع دعاء التوجه. فاعترضه ابن الهمام بأن الأحسن أن يقول بحديث جابر بدل حديث علي.

(٣) حسن لشواهده أخرجه الدارقطني في سننه ١/ ٣٠٠ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ١٠٧ كلاهما عن أنس وإسناد الدارقطني واهٍ فيه محمد بن الصلت ضعيف كما في نصب الراية لكن قال الهيثمي عن إسناد الطبراني: رجاله موثقون اهـ. وليس في إسناد الطبراني محمد بن الصلت فهذا يقويه وله شواهد.

(٤) سيأتي بعد قليل.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ٧٧٥ والترمذي ٢٤٢ والنسائي ٢/ ١٣٢ وابن ماجه ٨٠٤ والبيهقي ٢/ ٣٤ وأحمد ٣/ ٥٠ والدارقطني ١/ ٢٩٨ كلهم من حديث أبي سعيد.

قال الترمذي: حديث أبي سعيد أشهر حديث في الباب وقال عنه أحمد: هذا حديث لا يصح. قال الترمذي: علي بن علي الرفاعي تكلم فيه يحيى بن سعيد.

ونقل الزيلعي عن المنذري قوله: الرفاعي هذا تكلم فيه غير واحد ووثقه غير واحد اهـ نصب الراية ١/ ٣٢١ وكذا أعله أبو داود بالارسال حيث روي من وجه آخر مرسلاً. ومع ذلك فله شواهد يصير حسناً وقد صححه أحمد شاكر في الترمذي فلم يصب. والله أعلم.

(٦) خبر جابر ثقة تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

والسلام كان إذا افتتح الصلاة كبر وقرأ: سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره» ولم يزد على هذا، وما رواه محمول.

وعمر[١] وابن مسعود[٢] رضي الله عنهم الاستفتاح: سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره، مرفوعاً إلا عمر وابن مسعود فإنه وقفه على عمر، ورفعه الدارقطني عن عمر ثم قال: المحفوظ عن عمر من قوله، وفي صحيح مسلم عن عبدة وهو ابن أبي لبابة أن عمر بن الخطاب كان يجهر بهؤلاء الكلمات، ورواه أبو داود والترمذي عن عائشة رضي الله عنها وضعفاه[٣] ورواه الدارقطني عن عثمان رضي الله عنه من قوله[٤] ورواه سعيد بن منصور عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه من قوله[٥] وفي أبي داود عن أبي سعيد «كان ﷺ إذا قام من الليل كبر ثم يقول: سبحانك اللهم وبحمدك ثلاثاً، تبارك اسمك وتعالى جدّك ولا إله غيرك، ثم يقول لا إله إلا الله ثلاثاً، ثم يقول الله أكبر كبيرا ثلاثاً، أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه، ثم يقرأ»[٦] وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه. قال الترمذي: وحديث أبي سعيد أشهر حديث في هذا الباب، وقال أيضاً: وقد تكلم في إسناده حديث أبي سعيد: كان يحيى بن سعيد يتكلم في علي بن علي. وقال أحمد: لا يصح هذا الحديث اهـ. وعلي بن علي بن نجاد بن رفاعة وثقه وكيع وابن معين وأبو زرعة وكفى بهم، ولما ثبت من فعل الصحابة كعمر رضي الله عنه وغيره الافتتاح بعده عليه الصلاة والسلام بسبحانك اللهم مع الجهر به لقصد تعليم الناس ليقتدوا ويأنسوا كان دليلاً على أنه الذي كان عليه ﷺ آخر الأمر أو أنه كان الأكثر من فعله وإن كان رفع غيره أقوى على طريق المحدثين، ألا يرى أنه روي في الصحيحين من حديث أبي هريرة «أنه ﷺ كان يسكت هنيهة قبل القراءة بعد التكبير فقلت: بأبي أنت وأمي يا رسول الله، رأيت سكوتك بين التكبير والقراءة ما تقول؟ قال أقول: اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب. اللهم نقني من خطاياي كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، اللهم اغسلني من خطاياي بالثلج والماء والبرد»[٧] وهو أصح من الكل لأنه متفق عليه، ومع هذا لم يقل بسنيته عيناً أحد من الأربعة. والحاصل أن غير المرفوع أو المرفوع المرجوع في الثبوت عن مرفوع آخر قد يقدم على عديله إذا اقترن بقرائن تفيد أنه صحيح

وإن شاء أخر عنه لأن الضم صادق عليهما، وهو رواية عن أبي يوسف، وعنه أن البداءة بالتسبيح أولى لقوله تعالى ﴿وسبح بحمد ربك حين تقوم﴾ ووجه قوله ما روي عن علي أنه ﷺ كان يقول ذلك، فإذا ورد الأخبار بهما يجمع بينهما عملاً بالإخبار. ويوجه قولهما ما روى أنس «أنه ﷺ كان إذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم» الخ. ولا يزيد على هذا فيحتاج

(١) موقوف صحيح. أخرجه مسلم ٣٩٩ والدارقطني ١/ ٢٩٩ والبيهقي ٢/ ٣٤، ٣٥ كلهم عن عمر من قوله. ورواية مسلم فيها إرسال.
لكن قال الدارقطني: هذا هو الصحيح يعني عن عمر موقوفاً حيث رواه موصولاً.

(٢) حسن أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ١٠٦ عن ابن مسعود مرفوعاً.
قال الهيثمي: أبو عبيدة لم يسمع من ابن مسعود. ورواه في الكبير وفيه مسعود بن سليمان قال أبو حاتم: مجهول لكنه يشهد له.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٧٧٦ والترمذي ٢٤٣ وابن ماجه ٨٠٦ والدارمي ١٦١٦ والدارقطني ١/ ٢٩٩ والبيهقي ٢/ ٣٤ كلهم من حديث عائشة وكذا الحاكم ١/ ٢٣٥.
قال أبو داود: هذا الحديث ليس بالمشهور عن عبد السلام بن حرب لم يروه إلا طلق بن غنام وقد روى قصة الصلاة عن بديل جماعة لم يذكروا شيئاً من هذا.
وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه عن عائشة. وحارثة تكلم فيه من قبل حفظه اهـ وأما الحاكم فصححه كعادته.
وقد ذكر البيهقي في كلام أبي داود وزاد: وروي عن عائشة من وجه آخر وهو ضعيف. والذي أشار إليه البيهقي رواه الدارقطني ١/ ٣٠١. فهذا حديث فيه ضعف لكن لشواهده يصير حسناً.

(٤) موقوف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٠٢ عن عثمان من قوله.

(٥) موقوف. رواه سعيد بن منصور في سننه كما ذكر المصنف ولم أر إسناده.

(٦) حديث أبي سعيد قد تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث.

(٧) صحيح. أخرجه البخاري ٧٤٤ وأبو داود ٧٨١ والنسائي ١/ ٧٦ والدرمي ٢٢٢٤ وابن ماجه ٨٠٥ وأحمد ٢/ ٢٣١، ٤٩٤ كلهم عن أبي هريرة به. ورواه مسلم بسياق آخر من حديث عائشة ٢٧٠٥ وليس فيه أنه عند افتتاح الصلاة.

على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض. والأولى أن لا يأتي بالتوجه قبل التكبير لتتصل به النية هو الصحيح **(ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم)** لقوله تعالى ﴿فإن قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ معناه: إذا أردت قراءة القرآن، والأولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن. ويقرب منه أعوذ بالله،

عنه عليه الصلاة والسلام مستمر عليه قوله: **(وما رواه محمول)** يؤيد الحمل المذكور ما ثبت في صحيح أبي عوانة والنسائي أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا قام يصلي تطوعاً قال: الله أكبر، وجهت وجهي إلى آخره [1] فيكون مفسراً لما في غيره، بخلاف سبحانك اللهم فإن ما ذكرناه يبين أنه المستقر عليه في الفرائض قوله: **(على التهجد)** المراد النوافل تهجداً وغيره بدليل ما ذكرنا آنفاً، ثم إذا قاله يقول وأنا من المسلمين، ولو قال أول المسلمين قيل تفسد للكذب، وقيل لا وهو الأولى لأنه تال لا مخبر قوله: **(لم يذكر في المشاهير)** وإن كان روي[2] في الجملة عن ابن عباس في حديث طويل من قوله ذكره ابن أبي شيبة وابن مردويه في كتاب الدعاء له، ورواه الحافظ أبو شجاع في كتاب الفردوس عن ابن مسعود رضي الله عنه «إن من أحبّ الكلام إلى الله عز وجل أن يقول العبد: سبحانك اللهم وبحمدك، وتبارك اسمك وتعالى جدّك، وجل ثناؤك ولا إله غيرك، وأبغض الكلام إلى الله أن يقول الرجل للرجل: اتق الله فيقول عليك نفسك»[3] قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل يأتي به لأنه أبلغ في النية وعمل بالإخبار، وقيل لا كما قال المصنف ليتصل به: أي بالتكبير النية، إذ الأولى في النية قرانها بالتكبير وقراءته توجب فصلها، إلا أن هذا ينتفي في حق من استصحبها في قراءة ذلك قوله: **(ويستعيذ بالله الخ)** وهو سنة عند عامة السلف، وعن الثوري وعطاء وجوبه نظراً إلى الحقيقة الأمر وعدم صلاحية كونه لدفع الوسوسة في القراءة صارفاً عنه بل يصح شرع الوجوب معه. وأجيب بأنه خلاف الإجماع، ويبعد منهما أن يبتدعا قولا خارقاً للإجماع بعد علمهما بأن ذلك لا يجوز، فالله أعلم بالصارف على قول الجمهور، وقد يقال: وهو تعليمه الأعرابي ولم يذكرها. وقد يجاب بأن تعليمه الصلاة بتعليمه ما هو من خصائصها وهي ليست من واجبات الصلاة بل واجبات القراءة، أو أن

إلى تأويل ما رواه وهو أنه محمول على التهجد فإن الأمر فيه واسع. وأما في الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الأثر، ولهذا لا يأتي بقوله وجلّ ثناؤك في الفرائض لأنه لم يذكر في المشاهير. وقوله **(والأولى أن لا يأتي بالتوجه)** أي بقوله وجهت وجهي بعد النية **(قبل التكبير لتتصل النية به)** أي بالتكبير. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المتأخرين إنه يقولها قبل التكبير منهم الفقيه أبو الليث لأنه أبلغ في العزيمة وليكون عملاً بما روي في الأخبار. ووجه الصحيح أنه يؤدي إلى تطويل مكثه في المحراب قائماً مستقبل القبلة ولا يصلي، وهو مذموم شرعاً فإنه روى عن النبي ﷺ أنه قال «مالي أراكم سامدين» وقوله **(ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم)** خلافاً لمالك فإنه لا يرى بذلك لما روي عن أنس قال «صليت خلف رسول الله ﷺ وخلف أبي بكر وعمر وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين». ولنا قوله تعالى ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله﴾

---

(١) حسن. أخرجه النسائي ٢/ ١٢١ وأبو عوانة كما ذكر المصنف كلاهما عن محمد بن مسلمة قال: إن رسول الله ﷺ كان إذا قام يصلي تطوعاً قال: الله أكبر. وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين. اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت سبحانك وبحمدك ثم يقرأ. هذا لفظ النسائي.
وفي إسناده محمد بن حمير الحمصي قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق اهـ. فهذا الحديث لا يبلغ درجة الصحة بل هو حسن فقول ابن الهمام: ثبت في النسائي ـ فيه نظر.

(٢) يعني ما ذكره صاحب الهدايا وهو لفظ: وجل ثناؤك. قد ورد من حديث ابن عباس مطولاً رواه ابن أبي شيبة لكنه غير مشهور فأكثر الروايات التي تقدمت لا تذكر لفظ: وجل ثناؤك. فاختار صاحب الهداية عدم ذكره في الفرائض بخلاف النافلة.

(٣) ضعيف. أخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٨١٦ عن ابن مسعود مرفوعاً وسكت عليه ابن حجر ومخرج الفردوس ولم أقف على إسناده. وتتمته: وأبغض الكلام إلى الله أن يقول الرجل: أتق الله فيقول: عليك بنفسك ١هـ. وظاهره الضعف حيث لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب المعتبرة.
فيه نظر. أخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٨١٦ من حديث ابن مسعود دون لفظ: وجل ثناؤك. فهو إما سبق قلم من المصنف أو سقط من بعض النسخ. الله أعلم. وأما إسناده فلم يتكلم عليه ابن حجر في تسديد القوس ولا مخرجه وظاهره الضعف لخلوه من الكتب المعتبرة.

الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي خلافاً لأبي يوسف (ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم) هكذا نقل في المشاهير (ويسر بهما) الله عنه: أربع يخفيهن الإمام، وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين. وقال الشافعي رحمه الله: جهر بالقراءة لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام جهر في صلاته بالتسمية».

كونها تقال عند القراءة كان ظاهراً فأغنى عن ذكره له: وهذا لا يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله، مع أن من المشايخ كصاحب الخلاصة من جعل قوله هو الأصح بناء على أن شرعتها لدفع الوسوسة، ثم على قول أبي يوسف رحمه الله: يستعيذ المسبوق مرتين إذا افتتح وإذا قرأ فيما يقضي ذكره في الخلاصة قوله: (ليوافق القرآن) وغير المصنف: اختار أعوذ بالله لأن لفظ أستعيذ طلبُ العوذة، وقوله أعوذ امتثال مطابق لمقتضاه. أما قربه من لفظه فمهدر وإذا كان المنقول من استعاذته عليه الصلاة والسلام أعوذ على ما في حديث أبي سعيد المتقدم آنفاً قوله: (لقول ابن مسعود رضي الله عنه أربع الخ) الرابع التحميد، والأربعة رواها ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي[(١)] وروي عن أبي وائل عن عبد الله أنه كان يخفي بسم الله الرحمن الرحيم الاستعاذة وربنا لك الحمد[(٢)] قوله: (لما روي أنه عليه الصلاة والسلام جهر) في صحيح ابن خزيمة وابن حبان والنسائي عن نعيم المجمر «صليت وراء أبي هريرة رضي الله عنه فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم، ثم قرأ بأم القرآن حتى بلغ ولا الضالين فقال آمين، ثم يقول إذا سلم: والذي نفسي بيده إني لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ»[(٣)] قال ابن خزيمة لا ارتياب في صحته عند أهل المعرفة،

الآية، وظاهره يقتضي أن يكون فرضاً كما قال به عطاء، إلا أن السلف أجمعوا على أنه سنة، وإنما قال معناه إذا أردت قراءة القرآن نفياً لقول بعض أصحاب الظاهر أنه يتعوذ بعد القراءة عملاً بعرف الفاء فإنه ليس بصحيح، لما روى أبو سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام كان يتعوذ قبل القراءة، وقيل الفاء ههنا للحال كما يقال: إذا دخلت على الأمير فتأدب: أي إذا أردت الدخول وليس بواضح. وقوله (والأولى) بيان لفظ يتعوذ به فإن فيه للقراءة اختلافاً، واختار الفقيه أبو جعفر الهندواي (أن يقول: استعيذ بالله ليوافق القرآن) أي الدليل الدال على التعوذ من القرآن وهو قوله تعالى ﴿فاستعذ بالله﴾ فإنه أمر بالاستعاذة (ويقرب منه أعوذ) لاشتراكهما في الحروف الأصول، وكأنه احتراز عن قول من يقول أعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم، وهو رواية حفص من طريق هبيرة لأن قوله إن الله هو السميع العليم. ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء (ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد لما تلونا) من قوله ﴿فإذا قرأت القرآن﴾ الآية، فيأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد. وعند أبي يوسف هو تبع للثناء لأنه شرع بعد الثناء وأنه من جنسه لأنه دعاء كالأول وتبع الشيء ما كان بعده فينبغي أن يأتي به المقتدي. وقوله (ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم) معطوف على قوله ويستعيذ.

---

(١) مقطوع. رواه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ١/ ٣٢٥ عن إبراهيم النخعي من قوله. ونسبه صاحب الهداية لابن مسعود فقال الزيلعي: غريب يعني لا يوجد عن ابن مسعود ورواه محمد في كتاب الآثار أيضاً عن إبراهيم.

(٢) موقوف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه قاله الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٢٥.

(٣) حسن صحيح. أخرجه النسائي ٢/ ١٣٤ والحاكم ١/ ٢٣٢ والدارقطني ١/ ٣٠٦ والبيهقي ٢/ ٥٨ كلهم من حديث نعيم بن المجمر عن أبي هريرة. وصححه الحاكم وأقره الذهبي وكذا صححه الدارقطني وقال: رواته كلهم ثقات. وقال البيهقي إسناده صحيح وقال في الخلافيات: رواته كلهم ثقات مجمع على عدالتهم محتج بهم في الصحيح. اهـ نصب الراية ١/ ٣٣٥ ونقل ابن الهمام عن ابن خزيمة قوله: لا ارتياب في صحته عند أهل المعرفة.

وقال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٣٦: هذا حديث معلول فإنه ذكر البسملة تفرد به نعيم من بين أصحاب أبي هريره وهم ثمانمائة ولا يثبت عن ثقة من أصحاب أبي هريرة أنه حدث عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان يجهر بالبسملة. لذا أعرض البخاري ومسلم عن ذكر البسملة في حديث أبي هريرة. وصفة صلاته. أيضاً وعلى تقدير صحة زيادة لفظ البسملة فإنه لا حجة فيه. لأنه قال: قرأ. ولم يقل جهر ونحن نقول بقراءتها. والغالب على الظن ضعف زيادة البسملة في خبر نعيم اهـ الزيلعي اختصار.

قلت: فأقل مراتبه أن يكون حسناً لكن ليس فيه حجة بالجهر فقد يسمع القراءة من بجانبه وإن كان يسمع نفسه فقط.

قلنا: هو محمول على التعليم لأن أنساً رضي الله عنه أخبر أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يجهر بها. ثم أبي

وهذا غير مستلزم للجهر لجواز سماع نعيم مع إخفاء أبي هريرة رضي الله عنه فإنه مما يتحقق إذا لم يبالغ في الإخفاء مع قرب المقتدي، والصريح ما عن ابن عباس رضي الله عنه «كان رسول الله ﷺ يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم»[1] وفي رواية جهر قال: قال الحاكم صحيح بلا علة وصححه الدارقطني، وهذان أمثل حديث في الجهر. قال بعض الحفاظ: ليس حديث صريح في الجهر إلا في إسناده مقال عند أهل الحديث، ولذا أعرض أرباب المسانيد المشهورة الأربعة وأحمد فلم يخرجوا منها شيئاً مع اشتمال كتبهم على أحاديث ضعيفة. قال ابن تيمية[2]: وروينا عن الدارقطني أنه قال: لم يصح عن النبي ﷺ في الجهر حديث. وعن الدارقطني: إنه صنف بمصر كتاباً في الجهر بالبسملة فأقسم بعض المالكية ليعرفه الصحيح منها، فقال لم يصح في الجهر حديث، وقال الحازمي[3]: أحاديث الجهر وإن كانت مأثورة عن نفر من الصحابة غير أن أكثرها لم يسلم من شوائب. وقد روى الطحاوي وأبو عمر بن عبد البر عن ابن عباس رضي الله عنهما: الجهر قراءة الأعراب[4]، وعن ابن عباس «لم يجهر النبي ﷺ بالبسملة حتى مات»[5] فقد تعارض ما روي عن ابن عباس ثم. إن تم فهو محمول على وقوعه أحياناً: يعني ليعلمهم أنها تقرأ فيها، أوجب هذا الحمل صريح رواية مسلم عن أنس «صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحداً منهم يقرأ ببسم الله الرحمن الرحيم»[6] لم يرد نفي القراءة بل السماع للإخفاء بدليل ما صرح به عنه «فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم»[7] رواه أحمد والنسائي بإسناد على شرط الصحيح، وعنه «صليت

وقوله (هكذا نقل في المشاهير) احتراز عن قول مالك وما احتج به فإنه يقول لا يأتي المصلي بالتسمية لا سراً ولا جهراً لما روينا من حديث أنس. قوله (ويسر بهما) أي بالتعوذ والتسمية لقول ابن مسعود: (أربع يخفيهن الإمام، وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين. وقال الشافعي: يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة، لما روي «أن النبي ﷺ جهر في صلاته بالتسمية») رواه

---

(١) ضعيف أخرجه الحاكم ١/ ٢٠٨ من طريق عبد الله بن عمرو بن حسان عن ابن عباس بهذا اللفظ. وقال الحاكم: صحيح وليس له علة.
وتعقبه الذهبي بقوله: كذا قال المصنف وابن حسان كذبه غير واحد ومثل هذا لا يخفى على المصنف وكذا ذكر الزيلعي في نصب الراية توهين ابن حسان وأنه ليس بشيء. . . راجع نصب الراية ١/ ٣٤٥ تنبيه: وقد نقل ابن الهمام عن الدارقطني تصحيح حديث ابن عباس.
والجواب أنه لم يروه من هذا الطريق وإنما رواه من طرق أخرى.
وسكت عليها وإنما روى حديث أم سلمة لكن ليس فيه لفظ يجهر وصححه وقال رواته ثقات.
وأما حديث ابن عباس وفيه لفظ. يجهر. فرواه الدارقطني من طرق وهي واهية في الطريق الأول أبو الصلت الهروي ساقط. ومن طريق آخر وفيه من لا يعرف. ورواه من طرق أخرى عن ابن عمر. وأسانيده واهية. ولذا نقل الزيلعي عن ابن عند الهادي قوله: حديث ابن عباس روي بأسانيد لا تقوم بها حجة اهـ نصب الراية ١/ ٣٤٧.

(٢) أظنه المجد بن تيمية الحنفي وهو متقدم على ابن تيمية الحنبلي المشهور.

(٣) في كتاب الاعتبار في الناسخ والمنسوخ.

(٤) موقوف حسن: ورواه البزار كما في المجمع ٢/ ١٠٨ وقال الهيثمي: فيه أبو سعد البقال ثقة مدلس وقد عنعنه وبقية رجاله ثقات وله طريق آخر أورده الزيلعي في ١/ ٢٤٧ ونسبه لأحمد، وساق إسناده ورجاله ثقات مشهورون ولم يذكره الهيثمي. مع أنه ذكر خبر البزار. ولم أره في المسند فربما في كتب أخرى والإسناد جيد على كل حال.

(٥) مرسل ضعيف. رواه الحازمي في الناسخ والمنسوخ. ص ٨١ ـ ٨٢ عن سعيد بن جبير مرسلاً. ثم قال: هو منقطع ويعارض ما رويناه عن ابن عباس أن النبي ﷺ لم يزل يجهر في السورتين ببسم الله حتى قبض اهـ.
وهذا الوارد عن ابن عباس رواه الدارقطني ١/ ٣٠٤ وفيه: عمر بن حفص واهٍ. وكذا إسناد الحازمي واهٍ فيه: جعفر بن عنبسة عن عمر بن جعفر وهكذا وقع في إسناد الحازمي وهو تدليس من بعد الرواة وقلب والصواب عمر بن حفص.
الخلاصة: قال الحازمي: وأكثر أهل العلم على عدم الجهر بالبسملة.

(٦) صحيح. أخرجه الإمام مسلم ٣٩٩ ح٥٠ بهذا اللفظ وكذا النسائي والبيهقي ٢/ ٥١. كلهم من حديث أنس.

(٧) صحيح. أخرجه أحمد ٣/ ١٧٩ بهذا اللفظ وهو صحيح من حديث أنس وأخرجه النسائي ٢/ ١٣٥ بسنده عن أنس. . . قال: صلى بنا رسول الله ﷺ، فلم يسمعنا قراءه بسم الله، وصلى بنا أبو بكر وعمر، فلم نسمعها منهما. هذا لفظ النسائي وهو يوفي ما أراده المصنف وإسناده صحيح.

حنيفة رحمه الله أنه لا يأتي بها في أول كل ركعة كالتعوذ. وعنه أنه يأتي بها احتياطاً وهو قولهما، ولا يأتي بها بين

خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر فكلهم يخفون بسم الله الرحمن الرحيم»[١] ورواه ابن ماجه. وفي لفظ: «أن رسول الله ﷺ كان يسر ببسم الله الرحمن الرحيم، وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما» وروى الطبراني: حدثنا عبد الله بن وهيب، حدثنا محمد بن أبي السري، حدثنا معتمر بن سليمان عن أبيه عن الحسن عن أنس «أن رسول الله ﷺ كان يسر ببسم الله الرحمن الرحيم وأبا بكر وعمر وعثمان وعلياً» رضي الله عنهم ومن تقدم من التابعين وهو مذهب الثوري وابن المبارك. وقال ابن عبد البر وابن المنذر: وهو قول ابن مسعود وابن الزبير وعمار بن ياسر وعبد الله بن المغفل والحكم والحسن بن أبي الحسن والشعبي والنخعي والأوزاعي وعبد الله بن المبارك وقتادة وعمر بن عبد العزيز والأعمش والزهري ومجاهد وحماد وأبي عبيد وأحمد وإسحق، وروى أبو حنيفة عن طريف بن شهاب أبي سفيان السعدي عن زيد بن عبد الله بن مغفل عن أبيه «أنه صلى خلف إمام فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم، فناداه: يا عبد الله إني صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلم أسمع أحداً منهم يجهر بها»[٢] قوله: **(ثم عن أبي حنيفة الخ)** هي رواية الحسن عنه**(وعنه)** وهي رواية أبي يوسف **(أنه يأتي بها وهو قولهما)** وجهها اختلاف العلماء واختلاف الآثار في كونها من الفاتحة، وعليه إعادة الفاتحة فعليه إعادتها. ومقتضى هذا سنيتها مع السورة لثبوت الخلاف في كونها من كل سورة كما في الفاتحة الخ ووجوب السورة كالفاتحة قوله: **(ولمالك فيهما)** منع بأنه لم يقل به أحد، والحديث المذكور رواه الترمذي عن أبي سعيد «مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم، ولا صلاة لمن لم يقرأ بالحمد لله وسورة في فريضة أو غيرها»[٣]. ورواه ابن ماجه واقتصر على لا صلاة لمن لم يقرأ الخ، وسكت عنه الترمذي وهو معلول بأبي سفيان طريف بن شهاب السعدي. وعنه رواه أبو حنيفة رحمه الله في مسنده نقل عن أبي معين والنسائي تضعيفه ولينه ابن عدي، وقال: روى عنه الثقات، وإنما أنكر عليه أنه يأتي في المتون بأشباه لا يأتي بها غيره وأسانيده مستقيمة، ورواه ابن أبي شيبة، ورواه

أبو هريرة رضي الله عنه **(قلنا هو محمول على التعليم)** كما شرع الجهر بالتكبير للإعلام، كما روي عن عمر أنه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم لأن أنساً رضي الله عنه قال «صليت خلف رسول الله ﷺ وخلف أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلم أسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم» وإذا تعارضت الآثار وجب التأويل، وهو كما قلنا من الحمل على التعليم. وقيل كان الجهر في الابتداء قبل نزول قوله تعالى ﴿ادعوا ربكم تضرعاً وخفية﴾ فإنهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة أيضاً حتى نزل قوله تعالى ﴿ولا تجهر بصلاتك﴾ فإن قيل خبر الإخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى كحديث مس الذكر فإن الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة ثلاث في كل يوم وليلة. فلو كان هذا الخبر ثابتاً في الصدر الأول لاشتهر، ولو اشتهر لما بقي الاختلاف في الصدر الأول ولما بقي الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما في حديث الزكاة في مال الصبي. أجيب بأن الأحاديث التي تدل على ثبوت الجهر وتوجب الاختلاف قد ذكرنا تأويلها، والتأويل يرفع الاختلاف، فلم يكن حينئذ في الصدر الأول اختلاف، وفيه نظر لأن رفع التأويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع. والصواب أن يقال: هذا

قوله: **(خبر الجهر بالتسمية مما تعم به البلوى الخ)** أقول: للخصم أن يدعي الاشتهار ويتمسك بحديث معاوية رضي الله عنه المشهور قوله: **(ويسر بهما الباء زائدة وقع سهواً)** زيادة الباء في المفعول كثيراً فلا وجه للحمل على السهو قوله: **(ولا يأتي بها فيما يجهر**

---

(١) فيه نظره حيث لم يروه ابن ماجه وبنحوه ما رواه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ١٠٨/٢ عن أنس قال: «كان رسول الله ﷺ يُسرُّ ببسم الله الرحمن الرحيم وأبو بكر وعمر». قال الهيثمي: رجاله موثقون. وهذا اللفظ وذكره المصنف دون عزوه لأحد مع أنه للطبراني ورواية الطبراني الآتية ليست في مجمع الزوائد فلعل الهيثمي تركها.

(٢) حسن. أخرجه ابن ماجه ٨١٥ وأحمد ٥/٥٥ وأبو حنيفة في مسنده ٢٢ كلهم عن يزيد بن عبد الله بن مغفل عن أبيه وإسناده حسن.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٣٨ بهذا اللفظ وابن ماجه ٨٣٩ وأبو حنيفة في مسنده ح ١٩ كلهم من حديث أبي سعيد واقتصر ابن ماجه على رواية عجزه فقط. وضعفه عبد الحق وقد أعله بأبي سفيان السعدي وقال. لا يصح. ونقل الزلعي عن النسائي قوله: السعدي متروك اهـ نصب الراية عند ١/٣٦٣ وأشار الترمذي لضعفه.

السورة والفاتحة إلا عند محمد رحمه الله فإنه يأتي بها في صلاة المخافتة **(ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة أو ثلاث آيات من أي سورة شاء)** فقراءة الفاتحة لا تتعين ركناً عندنا، وكذا ضم السورة إليها خلافاً للشافعي رحمه الله في الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما. له قوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها» وللشافعي

الطبراني عن إسماعيل بن عياش عن عبد العزيز بن عبيد الله عن أبي نضرة «لا صلاة إلا بأمّ القرآن ومعها غيرها»[١] ومما يدل على المطلوب ما في أوسط الطبراني عن أبي هريرة رضي الله عنه «أمرني رسول الله ﷺ أن أنادي في أهل المدينة أن لا صلاة إلا بقراءة ولو بفاتحة الكتاب»[٢] فتأمله. ورواه أبو حنيفة رحمه الله. رواه الحارثي في مسنده وابن عدي عنه بسندهما لكن في الطريق إلى أبي حنيفة رحمه الله من ضعف، وفي طريق الطبراني الحجاج بن أرطأة[٣] وسنذكر الخلاف فيه في الحج إن شاء الله تعالى قوله: **(لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)** في الصحيحين «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»[٤] وفيه أنه مشترك الدلالة لأن النفي لا يرد إلا على النسب لا نفس المفرد، والخبر الذي هو متعلق الجار محذوف فيمكن تقديره صحيحة فيوافق رأيه، أو كاملة فيخالفه، وفيه نظر لأن متعلق المجرور الواقع خبراً استقرار عام. فالحاصل لا صلاة كائنة وعدم الوجود شرعاً هو عدم الصحة، هذا هو الأصل. بخلاف لا صلاة لجار المسجد الخ. ولا صلاة للعبد الآبق فإن قيام الدليل على الصحة أوجب كون المراد كوناً خاصاً: أي كاملة، وعلى هذا فيكون من حذف الخبر لا من وقوع الجار والمجرور خبراً، فلذا عدل المصنف عنه إلى الظنية في الثبوت، وبه لا يثبت الركن لأن لازمه نسخ الإطلاق بخبر الواحد، وهو يستلزم تقديم الظني على القاطع وهو لا يحل فيثبت به الوجوب فيأثم بترك الفاتحة ولا تفسد. واعلم أن الشافعية يثبتون

الاعتراض ساقط بالمعارضة، فإن لنا أن نقول خبر الجهر بالنسبة أيضاً مما تعم به البلوى. وقوله ويسر بهما الياء زائدة وقع سهواً لأنه يقال أسر الحديث بلا ياء، قال الله تعالى ﴿سواء منكم من أسر القول﴾ **(ثم عن أبي حنيفة أنه لا يأتي بها في أول كل ركعة كالتعوذ)** وهو رواية الحسن عنه لأنها ليست بآية من أول الفاتحة وإنما يقرأ الافتتاح الصلاة، والصلاة الواحدة كالفعل الواحد، ولهذا يؤثر الفساد الواقع في أولها في آخرها فيكتفي بها مرة واحدة **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة وهو رواية أبي يوسف **(إنه يأتي بها احتياطاً)** لأن العلماء اختلفوا في التسمية أنها من الفاتحة أم لا، وعليه قراءة الفاتحة في كل ركعة فكان عليه قراءتها في كل ركعة ليكون أبعد عن الاختلاف. قال المصنف **(وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة إلا عند محمد فإنه يأتي بها في صلاة المخافتة)** لأنه أقرب إلى متابعة المصحف، ولا يأتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة. قال **(ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة)** اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة، فذهب علماؤنا إلى ركنية قراءة آية، والشافعي إلى

لئلا يختلف نظم القراءة) أقول: أي بإسرارها مع جهر القراءة قوله: **(أو لنفي الفضيلة)** أقول: فيه بحث. قوله: **(وهذا يقتضي أن يكون**

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة وإسحق والطبراني في مسند الشاميين عن أبي سعيد من طريق أبي نضرة وعنه عبد العزيز الحمصي ومداره على عبد العزيز بن عبيد الله الحمصي وهو ضعيف كما في التقريب.

(٢) ضعيف. رواه الحارثي في مسنده وابن عدي كما في نصب الراية ١/٣٦٧ كلاهما من طريق أحمد بن عبد الله اللجلاج عن أبي هريرة قال الزيلعي: إسناده ضعيف لضعف اللجلاج قال ابن عدي: حدث عن أبي حنيفة بأباطيل. وذكره النووي في الخلاصة وقال: هذا حديث ضعيف اهـ نصب الراية ١/٣٦٧ وهو في الكامل لابن عدي ٤/١١٧ لكن مختصر قلت: والعجب في مسند أبي حنيفة ح٢١ عن عطاء عن أبي هريرة به وهذا الإسناد جيد إن صح نسبه هذا المسند لأبي حنيفة وهو برواية الحصكفي.

(٣) قوله وفي طريق الطبراني... الخ. الحجاج من أرطأة غير قوي اختلط بآخره. لكن ورد هذا الحديث عند أبي داود ٨١٩، ٨٢٠ من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً وفيه جعفر بن ميمون التميمي وهو غير قوي فالحديث حسن.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٧٥٦ ومسلم ٣٩٤ وأبو داود ٨٢٢ والترمذي ٢٤٧ و٣١١ والنسائي ٢/١٣٧ وابن ماجه ٨٣٧ والدارمي ١٢٢٢ والدارقطني ١/٣٢١ وأحمد ٥/٣٢١، ٣٢٢، ٣١٤، ٣١٦ كلهم من حديث عبادة بن الصامت. وورد من حديث أبي هريرة بلفظ: «من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج» أخرجه مسلم ٣٩٥ والنسائي ٢/١٣٥ وابن ماجه ٨٣٨. ورواه ابن ماجه أيضاً ٨٤٠ من حديث عائشة ورواه ٨٤١ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. فهذا حديث صحيح بل مشهور.

رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب». ولنا قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما (وإذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين ويقولها

ركنية الفاتحة على معنى الوجوب عندنا، فإنهم لا يقولون بوجوبها قطعاً بل ظناً، غير أنهم لا يخصون الفرضية والركنية بالقطعي، فلهم أن يقولوا: نقول بموجب الوجه المذكور وإن جوّزنا الزيادة بخبر الواحد لكنها ليست بلازمة هنا، فإنا إنما قلنا بركنيتها وافتراضها بالمعنى الذي سميتموه وجوباً فلا زيادة، وإنما محل الخلاف في التحقيق أن ما تركه مفسد وهو الركن لا يكون إلا بقاطع أولاً، فقالوا لا لأن الصلاة مجمل مشكل، فكل خبر بين فيها أمراً ولم يقم دليل على أن مقتضاه ليس من نفس الحقيقة يوجب الركنية، وقلنا بل يلزم في كل ما أصله قطعي وذلك لأن العبادة ليست سوى جملة الأركان، فإذا كانت قطعية يلزم في الكل الأركان قطعيتها لأنها ليست إلا إياها مع الآخر، بخلاف ما أصله ظني فإن ثبوت أركانه التي هي هو يكون بظني بلا إشكال، ولأن الوجوب لما لم يقطع به فالفساد بتركه مظنون والصحة القائمة بالشروع الصحيح قطعية فلا يزول اليقين إلا بمثله وإلا أبطل الظني القطعي قوله: **(فقلنا بوجوبهما)** على إرادة الأعم من السورة بالسورة فإن الواجب بعد الفاتحة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة، سواء كان ذلك سورة أو لا نظراً إلى ما تقدم من الرواية القائلة ومعها غيرها. بقي أن يقال: ثبوت الوجوب بهذا الظني إنما هو إذا لم يعارضه معارض لكنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام للأعرابي الذي أخف صلاته لما علمه «فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن»[1] ومقام التعليم لا يجوز فيه تأخير البيان، فلو كانتا واجبتين لنص عليهما له. والجواب أن وجوبهما كان ظاهراً ولم يظهر من حال الأعرابي حفظه لهما فقال له عليه الصلاة والسلام «فاقرأ ما تيسر معك» أي سواء كان ما معك الفاتحة أو غيرها، غير أنه إن كان معه الفاتحة فالمقصود ما تيسر بعدها لظهور لزومها. وفي أبي داود من حديث المسيء صلاته «إذا قمت فتوجهت إلى القبلة فكبر ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله أن تقرأ»[2] وفي رواية رواها قال فيها «فتوضأ كما أمرك الله، ثم اقرأ وكبر، فإن كان معك قرآن فاقرأ به، وإلا فاحمد الله وكبره وهلله»[3] فالأولى في الجمع الحكم بأنه قال له ذلك كله: أي فإن كان معك شيء من القرآن وإلا فكبره الخ، وإن كان معك فاقرأ بأم القرآن وبما شاء الله، ثم إن الرواة رووا بالمعنى مع اقتصار بعضهم على بعض الجمل المنقولة فتأمله، وبه يندفع التعارض قوله: **(ويقولها المؤتم)** هذا أعم من كونه في السرية إذا سمعه أو في الجهرية، وفي السرية منهم من قال يقوله، ومنهم من قال لا لأن ذلك الجهر لا عبرة به. وعن الهندواني يؤمن لظاهر الحديث «إذا

ركنية الفاتحة، ومالك إلى ركنية الفاتحة وضم سورة معها (**له قوله ﷺ «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها»**) ووجه الاستدلال به ظاهر، والجواب أن الركن لا يثبت إلا بدليل قطعي، وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به (**وللشافعي قوله ﷺ «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»**) وهو كالأول (**ولنا قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾**) ووجه الاستدلال أن قوله من القرآن مطلق ينطلق على ما يسمى قرآناً فيكون أدنى ما ينطلق عليه القرآن فرضاً لكونه مأموراً به، فإن

(١) صحيح أخرجه البخاري ٧٩٣ ومسلم ٣٩٧ وأبو داود ٨٥٦ والترمذي ٣٠٣ وابن ماجه ١٠٦٠ والبيهقي ٢/ ١٥ و٣٧، ٣٧٢ وأحمد ٢/ ٤٣٧ كلهم من حديث أبي هريرة قال: «دخل النبي ﷺ المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فرد رسول الله ﷺ السلام وقال: ارجع فصل فإنك لم تصل فرجع الرجل فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال له: وعليك بالسلام. ارجع فصل فإنك لم تصل حتى فعل ذلك ثلاث مرات فقال الرجل: والذي بعثك بالحق ما أحسن غير هذا علمني. قال: إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارجع حتى تطمئن جالساً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها» هذا سياق مسلم وغيره وكذا النسائي ٢/ ١٢٤ وأخرجه مسلم من وجه آخر فزاد في أوله: إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء. ثم استقبل القبلة فكبر وزاد أبو داود في آخره: فإذا فعلت: هذا فقد تمت صلاتك وما انتقصت من هذا شيئاً فإنما انتقصته من صلاتك.
ورواه الترمذي ٣٠٢ والنسائي ٢/ ١٩٣ والدارمي ١٣٠٣ كلهم من حديث رفاعة بن رافع. بنحوه والقصة واحدة.

(٢) حسن أخرجه أبو داود ٨٥٩ عن رفاعة بن رافع مختصراً. والأعرابي هو نفسه المسيء صلاته.

(٣) حسن هذا اللفظ لأبي داود ٨٦١ من حديث رفاعة أيضاً وإسناده حسن فيه يحيى بن علي الزرقي. مقبول كما في التقريب.

المؤتم) لقوله عليه الصلاة والصلام «إذا أمن الإمام فأمنوا» ولا متمسك لمالك رحمه الله في قوله عليه الصلاة والسلام «إذا قال الإمام ولا الضالين فقولو آمين» من حيث القسمة لأنه قال في آخره فإن الإمام يقولها قال **(ويخفونها)** لما رويناه من حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء، والمد

أمن الإمام فأمنوا، فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»(١) متفق عليه، وبه يثبت تأمين الإمام بطريق الإشارة. وإنما كان تأمينه بطريق الإشارة لأن تأمينه لم يسق له النص فلا يحتاج إلى الزيادة التي ذكرها المصنف: أعني قوله فإن الإمام يقولها، وهي(٢) في سنن النسائي وصحيح ابن حبان. وحديث القسمة في الصحيح «إنما جعل الإمام ليؤتم به» فلا تختلفوا عليه، فإذا كبر فكبروا، وإذا قرأ فأنصتوا، وإذا قال ولا الضالين فقولوا آمين»(٣) قوله: **(لما روينا من حديث ابن مسعود)** المتقدم(٤)، وقد روى أحمد وأبو يعلى والطبراني والدارقطني والحاكم في المستدرك من حديث شعبة عن سلمة بن كهيل عن حجر أبي العنبس عن علقمة بن وائل عن أبيه «أنه صلى مع رسول الله ﷺ فلما بلغ ﴿غير المغضوب عليهم ولا الضالين﴾ [الفاتحة ٧] قال آمين وأخفى بها صوته»(٥) ورواه أبو داود والترمذي وغيرهما عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن حجر بن العنبس عن أبي وائل بن حجر، وذكر الحديث وفيه «ورفع بها صوته» فقد خالف سفيان شعبة في الرفع، وفي أن حجراً أبو العنبس أو ابن العنبس وفي عدم ذكر علقمة، وفيه علة أخرى ذكرها الترمذي في علله الكبير قال: إنه سأل البخاري سمع علقمة من أبيه فقال: إنه ولد بعد موت أبيه بستة أشهر اهـ. غير أن هذا انقطاع إن تم، وقد رجح الدارقطني وغيره رواية سفيان أنه أحفظ، وقد روى البيهقي عن شعبة في الحديث رافعاً صوته(٦). ولما اختلف في هذا الحديث عدل المصنف إلى ما عن ابن

قراءته خارج الصلاة ليست بفرض فتعين أن تكون في الصلاة، وفي الآية كلام سؤالاً وجواباً ذكرناه في التقرير. وقوله **(والزيادة بخبر الواحد)** جواب لمالك والشافعي كما ذكرنا، فإن قيل لا نسلم أنه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الأمة بالقبول

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٧٨٠ و٦٤٠٢ ومسلم ٤١٠ وأبو داود ٩٣٥ والترمذي ٢٥٠ والنسائي ٢/ ١٤٤ وابن ماجه ٨٥١ و٨٥٢ والدارمي ١٢٢٥ وأحمد ٢/ ٤٥٩ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ لكن رواية الدارمي فيها تغير يسير. وزاد البخاري ومسلم وغيرهما عن الزهري قوله: وكان رسول الله ﷺ يقول: آمين.

(٢) صحيح مراده ما أخرجه النسائي ٢/ ١٤٤ من حديث أبي هريرة وفيه: وإن الإمام يقول آمين فمن وافقه وكذا رواه الدارمي ١٢٢٦ من هذا الوجه وكذا ابن حبان في صحيحه ١٨٠٤ وفي نصب الراية ١/ ٣٦٨ إسناده صحيح.

(٣) صحيح أخرجه مسلم ٤١٤ بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة.

تنبيه: وقع في الهداية: من حيث القسمة. ووقع في الفتح: حديث القسمة وبعد ورقات ذكره صاحب الهداية فقال: حديث القسمة. وكلاهما يصح والقسمة يعني: إذا قال الإمام: ولا الضالين فقولوا: آمين.

(٤) مراده قول ابن مسعود، أربع يخفيهن الإمام. وقد تقدم في ٢/ ٢٩١ أنه قول النخعي.

(٥) حسن أخرجه أحمد ٤/ ٣١٦ والطيالسي ١٠٢٤ والحاكم ٢/ ٢٣٢ والبيهقي ٢/ ٢٨ والدارقطني ١/ ٣٣٤ كلهم من طريق شعبة عن سلمة بن كهيل عن أبي العنبس عن وائل بن حجر. وهذا إسناد جيد لكن أكثر الحفاظ على أنه شعبة وهم فيه فقال: أخفى صوته ورجحوا رواية سفيان وأنه مد بها صوته وتتمته في الذي بعده وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٦) جيد. أخرجه أبو داود ٩٣٢ والترمذي ٢٤٨ والدارقطني ١/ ٣٣٤ والبيهقي ٢/ ٥٧ كلهم من طريق الثوري عن سلمة عن أبي العنبس عن وائل بن حجر وكذا الدارمي ١٢٢٧ وهذا إسناد جيد. وأما إعلال المصنف وكذا الزيلعي للحديث بأنه اختلف فيه شعبة والثوري فالمصير إلى قول ابن مسعود كما ذكر ابن الهمام ففيه نظر. ويجاب عن ذلك: أنه يصار إلى الترجيح قبل الانتقال إلى أقوال الصحابة. وقد نقل الترمذي عن البخاري قوله: حديث سفيان أصح. قال الترمذي: وسألت أبا زرعة فقال: حديث سفيان وأنه مد بها صوته. أصح اهـ.

وقد توبع سفيان فرواه الدارقطني من طريق آخر في سننه ١/ ٣٣٤، ٣٣٥ عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه. لكنه منقطع وان صححه الدارقطني وقال هذا إسناد صحيح. ورواية ثالثة للدارقطني من حديث أبي هريرة وفيه: ورفع فيها صوته وقال: إسناده حسن. ورواه من حديث ابن عمر وضعفه انظر سنن الدارقطني ١/ ٣٣٤ ورواه ابن ماجه ٨٥٥ من طريق عبد الجبار عن أبيه وائل وفيه إرسال. وليس فيه سلمة بن كهيل أصلاً وللحديث طرق وشواهد يرقى عن درجة الحسن. وقال البيهقي ويمثل رواية سفيان رواه العلاء بن صالح ومحمد بن سلمة بن كهيل عن سلمة به. فهذه طرق ومتابعات ترجح رواية سفيان وتحسم الاضطراب في هذا الأمر وفي الباب أحاديث.

هذه الرواية واهية ذكرها البيهقي تقوية لمذهب الثوري ولا يعني أنه توهن رواية الثوري. فرواية الضعفاء لا تعلل رواية الثقات.

والقصر فيه وجهان، والتشديد فيه خطأ فاحش. قال (ثم يكبر ويركع) وفي الجامع الصغير: ويكبر مع الانحطاط لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع (ويحذف التكبير حذفاً) لأن المد في أوّله خطأ من حيث

مسعود[1] رضي الله عنه فإنه يؤيد أن المعلوم منه ﷺ الإخفاء، لكن تقدم أن الذي فيه ذكر آمين عن النخعي فالله أعلم، ولو كان إليّ في هذا شيء لوفقت بأن رواية الخفض يراد بها عدم القرع العنيف، ورواية الجهر بمعنى قولها في زير الصوت وذيله يدل على هذا ما في ابن ماجه «كان ﷺ إذا تلا غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال آمين حتى يسمع من في الصف الأوّل فيرتج بها المسجد»[2] وارتجاجه إذا قيل في اليم فإنه الذي يحصل عنه دوي كما يشاهد في المساجد، بخلاف ما إذا كان بقرع، وعلى هذا فينبغي أن يقال على هذا الوجه لا بقرع كما فعله بعضهم قوله: (والتشديد خطأ) وفي التجنيس: تفسد به لأنه ليس بشيء، وقيل عندهما لا تفسد وعليه الفتوى. قال الحلواني: له وجه لأن معناه ندعوك قاصدين إجابتك لأن معنى آمين قاصدين قوله: (وفي الجامع) ذكر لفظه لأنه نص على المقارنة، ولفظ القدوري أعم منه ومن غيره لاحتمال الواو إياها وضدها، وليس بصريح في الخلاف لكن الخلاف نقل صريحاً، فمنهم من قال يكبر قائماً ثم يركع لا عند الخفض، ومنهم من قال يكبر معاً لكنه يجهر عند الرفع ويخفي عند الخفض، والأصح أنه يجهر فيهما، وينبغي أن يكون بين رجليه حالة القيام قدر أصابع، وقال الطحاوي في المقارنة الصحيح.

فتجوز الزيادة به. أجيب بالمنع لأن المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول، وقد اختلفوا في هذه المسألة وبأنه مؤوّل لاحتمال كونه مذكوراً لنفي الجنس أو لنفي الفضيلة كما في قوله «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» فكان ظني الدلالة فلا تجوز به الزيادة (وإذا قال الإمام ولا الضالين قال) أي الإمام (آمين) وإنما قال ذلك نفياً لشبهة القسمة التي يقتضيها ظاهر الحديث، وهو قوله ﷺ «إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين» كما هو مذهب مالك لأنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره «فإن الإمام يقولها» أي كلمة آمين (ويخفونها) أي الإمام والمقتدون (لما روينا من حديث ابن مسعود) يريد به ما تقدم من قوله لقول ابن مسعود: أربع يخفيهن الإمام، وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين (ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء) كما في خارج الصلاة، قال الله تعالى ﴿ادعوا ربكم تضرعاً وخفيه﴾ قيل من مذهب أبي حنيفة أن الإمام لا يقولها أصلاً لأنه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول بإخفائها. وأجيب بأن أبا حنيفة عرف أن بعض الأئمة لا يأخذون بقوله لحرمة قول علي وابن مسعود ففرع الجواب على قولهما كما في باب المزارعة على ما سيجيء والحق أن ذلك غير ظاهر الرواية، وأما على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب فإنه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود. قال ابن مسعود: ترك الناس الجهر بالتأمين وما تركها إلا لعلمهم بالنسخ. والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن أنه ممنوع فإن التأمين دعاء بإجابة الدعاء الأول، ولا فرق في ذلك بين أن يكون من الداعي أو غيره، وما استدل به الشافعي على سنية الجهر بالتأمين في الجهرية من قوله ﷺ «إذا أمن الإمام فأمنوا» فإنه علق تأمين القوم بتأمينه، وهو يدل على كون تأمينه مسموعاً ليس بقوي لأن تأمينه يعرف إذا فرغ من قوله ﴿ولا الضالين﴾ فلا يلزم أن يكون تأمينه مسموعاً (والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش) قال في التجنيس: تفسد به صلاته، وقيل عندهما لا تفسد لأنه يوجد في القرآن في قوله تعالى ﴿ولا آمين البيت الحرام﴾ قال (ثم يكبر) المصلي (ويركع) بعد ما فرغ من قراءته يكبر ويركع، وهذه رواية القدوري، وهذا يقتضي أن يكون التكبير في محض القيام وبه قال بعض مشايخنا. ومن دأب المصنف في هذا الكتاب أن يصرح بلفظ الجامع الصغير إذا وقع نوع مخالفة بين روايته ورواية القدوري، فذكر قوله (وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط) فإنه يقتضي مقارنة التكبير بالركوع لأن مع محكم في المقارنة

---

(١) يعني قوله: أربع يخفيهن الإمام وتقدم أنه قول النخعي.

(٢) ضعيف أخرجه ابن ماجه ٨٥٣ من حديث أبي هريرة قال البوصيري في الزوائد: في إسناده أبو عبد الله لا يعرف. وفيه بشر ضعفه أحمد واتهمه ابن حبان بالوضع والحديث رواه ابن حبان في صحيحه بإسناد آخر اهـ.
وأخرج البيهقي بسند جيد عن عطاء: أدركت مائتين من أصحاب النبي ﷺ في هذا المسجد إذا قال الإمام: ولا الضالين سمعت لهم رجة بآمين. وقال: رواه إسحاق وقال فيه: رفعوا أصواتهم

الدين لكونه استفهاماً، وفي آخره لحن من حيث اللغة **(ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه)** لقوله عليه الصلاة والسلام لأنس رضي الله عنه «إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرّج بين أصابعك» ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة ليكون أمكن من الأخذ، ولا إلى الضم إلا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة **(ويبسط ظهره)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا ركع بسط ظهره، **(ولا يرفع رأسه ولا ينكسه)** لأن النبي عليه

قوله: **(لكونه استفهاماً)** في المبسوط: لو مدّ ألف الله لا يصير شارعاً وخيف عليه الكفر إن كان قاصداً، وكذا لو مد ألف أكبر أو باءه لا يصير شارعاً لأن إكبار جمع كبر وهو الطبل، وقيل اسم للشيطان، ولو مد هاء الله فهو خطأ لغة وكذا لو مد راءه ومد لام الله صواب وجزم الهاء خطأ لأنه لم يجيء إلا في ضرورة الشعر قوله: **(ويعتمد بيديه على ركبتيه)** ناصباً ساقيه وإحناؤهما شبه القوس كما تفعل عامة الناس مكروه ذكره في روضة العلماء قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام لأنس رضي الله عنه)** روى الطبراني في الأوسط والصغير بسنده عن أنس قال «قدم رسول الله ﷺ المدينة وأنا يومئذ ابن ثمان سنين، فذهبت بي أمي إليه فقالت: يا رسول الله إن رجال الأنصار ونساءهم قد أتحفوك ولم أجد ما أتحفك إلا ابني هذا فاقبله مني يخدمك ما شئت، قال: فخدمت رسول الله ﷺ عشر سنين فلم يضربني قط ولم يسبني ولم يعبس في وجهي «فذكره بطوله إلى أن قال فيه: يعني النبي ﷺ «يا نبيّ إذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك، وفرّج بين أصابعك وارفع يديك عن جنبيك»[(١)] وفي حديث أبي حميد عن صفة صلاته عليه الصلاة والسلام «أنه ركع فوضع راحتيه على ركبتيه»[(٢)] والآثار في ذلك كثيرة. وأما أثر التطبيق[(٣)] فمنسوخ بما في الصحيحين عن مصعب بن سعد بن أبي وقاص قال: «صليت إلى جنب أبي وطبقت بين كفيّ ثم وضعتهما بين فخذيّ، فنهاني أبي وقال: كنا نفعل فنهينا عنه، وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب إلا في السجود[(٤)]. قيل لأن الرحمة تنزل عليه فيه، فبالضم ينال أكثر والله سبحانه أعلم قوله: **(إذا ركع بسط ظهره)** روى ابن ماجه عن وابصة بن معبد قال «رأيت رسول الله ﷺ يصلي، فكان إذا ركع سوّى ظهره حتى لو صبّ عليه الماء لاستقرّ»[(٥)] وروى أبو

وبه قال بعض آخر. وقوله **(لأن النبي ﷺ كان يكبر عند كل خفض ورفع)** دليل قوله ثم يكبر، والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه، ومعناه: الله أعظم من أن يؤدى حقه بهذا القدر من العبادة. لا يقال: هذا الحديث يدل على أن ما يفعل عند رفع الرأس من تسميع الإمام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي ﷺ، لأن هذا حكاية فعله عليه الصلاة والسلام من الراوي، فلا يعارض قوله ﷺ «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل قولهم على أن المراد بقولهم ورفع بعضه لاحتماله ولأن كلمة كل لم تباشره فإن قيل: فماذا تفعل بما روى بنو أمية وعملوا به أن رسول الله

التكبير في محض القيام) أقول: لا نسلم ذلك إذ لا دلالة للواو على الترتيب. نعم لا يقتضي المقارنة فالأولى أن يقال يقتضي أن يجوز التكبير في القيام قوله: **(لا يقال هذا الحديث يدل، إلى قوله: ليس بمشروع)** أقول: دلالة الحديث إنما هي على مسنونية التكبير عند كل خفض ورفع ولو مع التسميع والتحميد لا على نفي مشروعيتهما قوله: **(إلا أن عبد الرحمن لم يسمع الخ)** أقول: فما يفعل بقوله وإنما كبر إذا رفع رأسه منه.

---

(١) ضعيف أخرجه الطبراني في الصغير ٨٥٦ عن أنس مطولاً. في وصايا النبي ﷺ لأنس. وفيه علي بن زيد بن جدعان ضعيف روى مناكير. والضعف على حديثه هذا بيّن.

(٢) تقدم تخريجه مستوفياً في ١/ ٢٨٢ رواه البخاري وغيره.

(٣) التطبيق هو أن يجعل أصابع يديه بين ركبتيه في الركوع.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٧٩٠ ومسلم ٥٣٥ وأبو داود ٨٦٧ والترمذي ٢٥٩ وابن ماجه ٨٧٣ كلهم عن مصعب عن أبيه سعد وكذا البيهقي ٢/ ٨٣.

(٥) واه بمرة. أخرجه ابن ماجه ٨٧٢ من حديث وابصة بن معبد، قال البوصيري في الزوائد: في إسناده طلحة بن زيد قال البخاري وغيره: منكر الحديث وقال أحمد والمديني: يضع الحديث.

الصلاة والسلام كان «إذا ركع لا يصوّب رأسه ولا يقنعه **(ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه» أي أدنى كمال الجمع **(ثم يرفع رأسه ويقول: سمع الله لمن حمده، ويقول المؤتم: ربنا لك الحمد، ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا يقولها في نفسه)** لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجمع بين الذكرين»

العباس محمد بن إسحاق السراج في مسنده عن البراء» كان النبي ﷺ إذا ركع بسط ظهره، وإذا سجد وجه أصابعه قبل القبلة»[1] وروى الطبراني عن ابن عباس[2] وأبي برزة الأسلمي[3] رضي الله تعالى عنهم مثل حديث وابصة سواء قوله: **(لا يصوّب رأسه ولا يقنعه)** رواه الترمذي في حديث أبي حميد وصححه[4]، وكذا ابن حبان، وأخرج مسلم عن عائشة رضي الله عنها في حديث طويل «فكان إذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوّبه ولكن بين ذلك»[5] قوله: **(إذا ركع أحدكم)** أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عنه عليه الصلاة والسلام «إذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات: سبحان ربي العظيم وذلك أدناه، وإذا سجد فليقل: سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات وذلك أدناه»[6] لفظ أبي

ﷺ ما كبر حال الركوع وإنما كبر إذا رفع رأسه منه. أجيب بأنه على تقدير ثبوته رجحنا ما روينا لأنه أثبت متناً واتقن رواة، لأن رواته علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة. وما رواه فرواية عبد الرحمن بن أبزى، ويحتمل أنه ﷺ كبر إلا أن عبد الرحمن لم يسمع وسمع غيره وهو مما تعم به البلوى فلا يكون قوله وحده فيه حجة. وقوله **(ويحذف التكبير حذفاً)** أي لا يمد في غير موضع المد **(لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاماً)** فيكون شاكاً في كبرياء الله وهو كفر إذا تعمد **(وفي آخره لحن من حيث اللغة)** أي عدول عن سنن الصواب في اللغة، لأن أفعل التفضيل لا يحتمل المد لغة. فإن فعل لا يكون شارعاً في الصلاة عند بعض مشايخنا، وهو قول الفقيه أبي جعفر: وتفصيل الكلام في ذلك أن الله أكبر مركب من لفظين. ولكل منهما أول وآخر ومد الأول من الأول عمداً كفر لشكه في كبريائه وغير عمد مفسد للصلاة وفيه نظر لأن الهمزة يجوز أن تكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد، ومد الآخر منه لا يضر لأنه إشباع والحذف أولى، ومد الأول من الآخر عمداً كمد الأول من الأول. ومد الآخر منه اختلف فيه، قال بعضهم: تفسد الصلاة، وقال بعضهم لا تفسد ويجزم الراء من التكبير لما روي عن إبراهيم النخعي موقوفاً عليه ومرفوعاً إلي النبي ﷺ أنه قال «الأذان جزم الإقامة جزم والتكبير جزم» وقوله **(ويعتمد بيديه على ركبتيه)** ظاهر. وقوله **(إلا في حالة السجود)** يعني أنه يضم فيها لتقع رؤوس الأصابع مواجهة للقبلة. وقوله **(وفيما وراء ذلك)** أي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد **(يترك على العادة)** أي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج. وقوله **(لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا ركع بسط ظهره)** روت عائشة رضي الله عنها أنه كان يعتدل بحيث لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر وقوله **(ولا يرفع رأسه ولا ينكسه)** معناه يسوي رأسه بعجزه لأنه مأمور بالاعتدال وذلك بتساويهما. وقوله **(لا يصوب رأسه)** أي لا يخفضه **(ولا يقنعه)** أي لا يرفعه، وإنما فسر قول محمد وذلك أدناه بقوله **(أدنى كمال الجمع)** جمعاً بين لفظ المبسوطين، فإن شمس الأئمة قال في مبسوطه: لم يرد بهذا اللفظ أدنى الجواز إنما المراد به أدنى الكمال، فإن الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر إلا على قول أبي مطيع. يعني تلميذ أبي حنيفة، وشيخ الإسلام قال في مبسوطه: يريد به أدنى من حيث جمع العدد فإن أقل جمع العدد ثلاثة، والمصنف جمع بينهما

---

(١) رواه ابن السراج في مسنده ولم أقف على إسناده.

(٢) حسن أخرج الطبراني في الكبير وأبو يعلى كما في المجمع ٢/١٢٣ كلاهما عن ابن عباس قال: كان رسول الله ﷺ إذا ركع استوى فلو صب على ظهره الماء لاستقر قال الهيثمي: رجاله موثقون.

(٣) رواه الطبراني في الكبير والأوسط عن أبي برزة بمثل حديث ابن عباس كما في المجمع ٢/١٢٣ وقال الهيثمي: رجاله ثقات. وقال الهيثمي وورد عن أنس وعلي وإسنادهما ضعيف.

(٤) حديث أبي حميد تقدم تخريجه في ١/٢٨٢ مستوفياً وإسناده جيد وفيه: فلم يصوب رأسه ولم يقنع.

(٥) صحيح أخرجه مسلم ٤٩٨ من حديث أبي الجوزاء عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين وكان إذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك الحديث.

(٦) مرسل أخرجه أبو داود ٨٨٦ والترمذي ٢٦١ وابن ماجه ٨٩٠ والبيهقي ٢/٨٦ كلهم عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود واللفظ لأبي داود وابن ماجه وأعله أبو داود والترمذي والبيهقي بالارسال لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود وكذا ذكر ابن الهمام.

ولأنه حرض غيره فلا ينسى نفسه. وله قوله عليه الصلاة والسلام «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد» هذه قسمة وأنها تنافي الشركة. ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ولأنه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي، وهو خلاف موضوع الإمامة، وما رواه محمول على حالة الانفراد **(والمنفرد يجمع بينهما في الأصح)** وإن كان يروي الاكتفاء بالتسميع ويروي بالتحميد، والإمام بالدلالة عليه آت به معنى. قال **(ثم إذا**

داود وابن ماجة وهو منقطع فإن عوناً لم يلق عبد الله بن مسعود قوله: **(أدنى كمال الجمع)** وأدنى ما يتحقق به ما يكمل به لغة ويصير جمعاً على خلاف فيه معلوم، ومراده أدنى ما يتحقق به كماله المعنوي وهو الجمع المحصل للسنة لا اللغوي، لأن الفائدة الشرعية حيث أمكنت في لفظه عليه الصلاة والسلام قدم اعتبارها، غاية الأمر أنه اتفق أن أدنى كمال الجمع لغة هو أدنى ما تحصل به السنة شرعاً ولا بدع فيه، ولو ترك التسبيح أصلاً أو أتى به مرة واحدة كره كذا عن محمد، ولو زاد على الثلاث فهو أفضل بعد أن يختم بوتر خمس أو سبع أو تسع إلا إذا كان إماماً والقوم يملون من ذلك قوله: **(سمع الله لمن حمده)** أي قبل، يقال سمع الأمير كلام زيد أي قبله فهو دعاء بقبول الحمد قوله: **(وقالا يقولها في نفسه)** واتفقوا أن المؤتم لا يذكر التسميع. وفي شرح الأقطع عن أبي حنيفة رضي الله عنه: يجمع بينهما الإمام والمأموم قوله: **(كان يجمع بين الذكرين)** عن أبي هريرة رضي الله عنه «كان النبي ﷺ إذا قام إلى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع، ثم يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع، ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد، ثم يكبر حين يهوي ساجداً»[1] الحديث. وفيه ترجيح مقارنة الانتقال بالتكبير كما هو في الجامع الصغير، وأن التسميع يذكر حالة الانتقال والتحميد حالة القيام، وعلى وقفه ذكر في جامع التمرتاشي وقال فيه: فإن لم يأت بالتسميع حالة الرفع لا يأتي به حالة الاستواء، وقيل يأتي بهما، ثم هذا يؤيد ذلك الإشكال السابق في القاعدة: كل قيام فيه ذكر مسنون يسن فيه الاعتماد وإلا فلا، ففي تفريعهم عليها عدم

فقال: أدنى كمال الجمع. فإن قيل: المشهور في مثله أدنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع؟ فالجواب إن أدنى الجمع لغة يتصور في الاثنين لأن فيه جمع واحد مع واحد. وأما كماله فهو الذي يكون ثلاثة لأن فيه معنى الجمع لغة واصطلاحاً وشرعاً. فإن قيل: كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير إلى غير مذكور. أجيب بأنه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث، فإن زاد على الثلاث فهو أفضل، لكن على وجه لا يمل القوم إن كان إماماً لئلا يصير سبباً للتغير المكروه، وإن نقص جاز ويكره فيما روي عن محمد وقال أبو مطيع: فسدت صلاته لأنه ركن مشروع فوجب أن يحله ذكر مفروض كما في القيام. والجواب أنه يلزم الزيادة على قوله تعالى ﴿اركعوا واسجدوا﴾ بالقياس وهو لا يجوز **(ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده)** أي قبل الله حمد من حمده، فإن السماع يستعمل في القبول، يقال سمع الأمير كلام فلان إذا قبله. والهاء في حمده، قيل للسكتة والاستراحة وهو المنقول عن الثقات، وقيل كناية **(ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو أظهر الروايات)** وروى: ربنا ولك الحمد، وروي: اللهم ربنا لك الحمد **(ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة. وقالا يقولها في نفسه، لما روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ كان يجمع بين الذكرين)** وكان أغلب أحواله الإمامة. وقوله **(لأنه)** أي الإمام **(حرض غيره فلا ينسى نفسه. وله قوله ﷺ «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد»)** ووجه الاستدلال ما قال **(هذه قسمة وإنها تنافي الشركة)** فإن قيل: هذا الحديث يعارض ما روي عن ابن مسعود أربع يخفيهن الإمام، وعد منها التحميد، أجيب بأنه قال في الأسرار: إنه غريب، أو بأن الرجحان لحديث القسمة، لأنه مرفوع إلى النبي ﷺ برواية أبي موسى الأشعري، وفيه نظر

قوله: **(أو بأن الرجحان لحديث القسمة لأنه مرفوع الخ)** أقول: لك أن تقول الموقوف في مثله له حكم المرفوع قوله: **(وفيه نظر لأنه إن كان غريباً أو مرجوحاً لم يكن حجة الخ)** أقول: مطلقاً أو فيما إذا وجد دليل أقوى منه الأول ممنوع، والثاني لا يضر، ثم الظاهر أن المحكوم عليه بالغرابة في الأسرار إنما هو عد التحميد من تلك الأربع لا جميع الحديث، ويشهد لذلك ترك المصنف ذكر الرابع فتأمل قوله: **(ولم يشرع لانتقال الأعتدال ذكر مسنون كما في القعدة بين السجدتين)** أقول: وإلا كان حالة الاعتدال موضع الاعتماد **(قال**

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٧٨٩ ومسلم ٣٩٢ كلاهما من حديث أبي هريرة وتتمته: ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يكبر حين يسجد ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يفعل ذلك في الصلاة كلها حتى يقضيها ويكبر حين يقوم من الثنية بعد الجلوس.

استوى قائماً كبر وسجد) أما التكبير والسجود فلما بينا، وأما الاستواء قائماً فليس بفرض، وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله: يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام «قم فصلِّ فإنك لم تصل» قاله لأعرابي

الاعتماد في القومة نظر قوله: **(وله قوله عليه الصلاة والسلام)** هذا بقية الحديث الذي قدمنا روايته لمالك في عدم قول الإمام[(١)] آمين عنده، ولفظه فيه «وإذا قال سمع الله لمن حمده» بدون ذكر لفظ الإمام[(٢)] لتقدم ذكره ثم الربط بالضمائر، وجه منافاتها الشركة أنه شارع في بيان ما على المقتدي من المتابعة وقد جعله جملة جزاء شرط تسميع الإمام، فلو شرع له التسميع لم يكن الجزاء لأن جزاء الشيء ليس عينه، ولبينه لأنه في مقام التعليم، وحينئذ إن أقمنا ركن المعارضة كان هذا أرجح لأن قوله مقدم على فعله عند التعارض لأنه تشريع لا يحتمل الخصوصية بخلاف فعله. وإن جمعنا دفعاً للمعارضة كان يحمل الجمع على حالة الانفراد وإن كان الظاهر من الحديث أن ذلك في عموم صلاته قوله: **(والإمام بالدلالة عليه آت به معنى)** قال ﷺ «الدال علي الخير كفاعله» قوله: **(لقوله ﷺ قم فصل الخ)** في الصحيحين «أن أعرابياً دخل المسجد فصلى ركعتين، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: ارجع فصلِّ فإنك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ، فقال له: ارجع فصلِّ فإنك لم تصل، فقاله له في الثالثة: والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فعلمني، فقال له النبي ﷺ: إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راكعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، ثم افعل ذلك في صلاتك كلها حتى تقضيها»[(٣)] واسم الأعرابي خلاد

لأنه إن كان غريباً أو مرجوحاً لم يكن حجة، وقد تمسكنا به في إخفاء التأمين فيما تقدم، وقوله**(ولهذا)** أي ولأن القسمة تنافي الشركة **(لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافاً للشافعي، ولأنه يقع تحميده)** أي تحميد الإمام **(بعد تحميد المقتدي)** لأن المقتدي يأتي بالتحميد حين يقول الإمام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدي **(وهو خلاف موضوع الإمامة)** وقوله **(والذي رواه)** يعني أبا هريرة «أنه ﷺ كان يجمع بين الذكرين» فهو **(محمول على حالة الانفراد، والمنفرد يجمع بين الذكرين في الأصح)** وقوله في الأصح احتراز عن القولين الآخرين المذكورين بعده: أحدهما الاكتفاء بالتسميع، والآخر الاكتفاء بالتحميد، وجه الاكتفاء بالتسميع، وهو رواية النوادر أن الإمام يأتي بالتسميع والمنفرد إمام نفسه لأن عليه القراءة كما على الإمام، ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور في الجامع الصغير أن الجمع بين الذكرين يقضي إلى وقوع الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لاعتدال الانتقال ذكر مسنون كما في العقدة بين السجدتين. قال يعقوب: سألت أبا حنيفة عن الرجل يرفع رأسه من الركوع في الفريضة أيقول اللهم اغفر لي؟ قال: يقول ربنا لك الحمد ويسكت، وكذلك بين السجدتين يسكت. ووجه الأصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ما قال فخر الإسلام إن الحديث صح أنه ﷺ كان يجمع بينهما، وحملناه على حالة الانفراد لأن المنفرد يأتي بالتسميع لم ذكرنا أنه إمام في حق نفسه، وهو حث على الحمد، وحيث لا مجيب يجب عليه أن يجيب. وقوله **(والإمام بالدلالة عليه آت به معنى)** جواب عن قولهما لأنه حرض غيره الخ. ومعناه أن الدال على الخير كفاعله، قال **(ثم إذا استوى قائماً كبر وسجد)** إذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد **(أما التكبير والسجود فلما بينا)** يعني ما ذكر قبل هذا من

المصنف: وقال أبو يوسف: يفترض ذلك) أقول: أي يفترض المذكور أو المجموع. **(قال المصنف: فتتعلق الركنية بالأدنى فيهما)** أقول: لأن الأمر بالفعل لا يقتضي الدوام، ثم أقول: فيه بحث لأنه لم لا يصرف المطلق إلى الكامل فإن بها يكمل الركن على ما ذكر في وجه

---

(١) حديث: إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فإنه ممن وافق قوله: قول الملائكة: غفر له ما تقدم من ذنبه. صحيح أخرجه البخاري ٧٩٦ بهذا اللفظ ومسلم ٤٠٩ح٧١ وأبو داود ٨٤٨ والترمذي ٨٦٧ والنسائي ٢/ ١٩٥ وابن ماجه ٨٧٥ والدارمي ١٢٨٤ كلهم من حديث أبي هريرة. وهو من طريق مالك عن سُمي، عن أبي صالح ورواه مالك ٨٨ح٤٧ بهذا اللفظ وكذا رواه أحمد ٢/ ٣٨٧، ٣٧٦، ٣١٤، ٣٤١ من حديث أبي هريرة أيضاً.

(٢) بل لفظ: الإمام. موجود في رواية مالك والبخاري وغيرهما.

(٣) صحيح تقدم مستوفياً في ١/ ٢٩٤ وهو حديث المسيء صلاته رواه الجماعة.

حين أخفّ الصلاة. ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة. فتتعلق الركنية بالأدنى فيهما، وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود. وفي آخر ما روى تسميته إياه صلاة حيث قال: وما نقصت من هذا شيئاً فقد نقصت من صلاتك، ثم القومة والجلسة سنة عندهما، وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني. وفي تخريج الكرخي واجبة

ابن رافع رضي الله عنه قوله: (ولهما أن الركوع) يعني الركوع هو المطلوب بالنص جزءاً للصلاة، وكذا السجود بقوله تعالى. اركعوا واسجدوا. ولا إجمال فيهما ليفتقر إلى البيان، ومسماهما يتحقق بمجرد الانحناء ووضع بعض الوجه مما لا يعد سخرية مع الاستقبال فخرج الذقن والخد، والطمأنينة دوام على الفعل لا نفسه فهو غير المطلوب به، فوجب أن لا تتوقف الصحة عليه بخبر الواحد وإلا كان نسخاً لإطلاق القاطع به، وهو ممنوع عندنا مع أن الخبر يفيد عدم توقف الصحة عليه، وهو قوله ﷺ «وما انتقصت من هذا شيئاً فقد انتقصت من صلاتك» أخرج هذه الزيادة أبو داود والترمذي والنسائي في حديث المسيء صلاته[1]، فأبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والترمذي عن رفاعة بن رافع قال فيه «فإذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك، وإن انتقصت منه شيئاً انتقصت من صلاتك» وقال حديث حسن. وجه الاستدلال على رأي المصنف تسميتها صلاة والباطلة ليست صلاة، وعلى رأي غيره وصفها بالنقص، والباطلة إنما توصف بالانعدام، فعلم أنه عليه الصلاة والسلام إنما أمره بإعادتها ليوقعها على غير كراهة لا للفساد، ومما يدل عيه لو لم تكن هذه الزيادة تركه ﷺ إياه بعد أوّل ركعة حتى اتم، ولو كان عدمها مفسداً لفسدت بأول ركعة، وبعد الفساد لا يحل المضي في الصلاة، وتقريره عليه الصلاة والسلام من الأدلة الشرعية، وحينئذ وجب حمل قوله عليه الصلاة والسلام «فإنك لم تصل»[2] على الصلاة الخالية عن الإثم على قول الكوخي، أو المسنونة على قول الجرجاني، والأول أول لأن المجاز حينئذ في قوله لم تصلّ يكون أقرب إلى الحقيقة، ولأن المواظبة دليل الوجوب. وقد سئل محمد عن تركها فقال: إني أخاف أن لا تجوز الصلاة، وعن السرخسي: من ترك

أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع، وما ذكره في أول الباب من قوله ﴿اركعوا واسجدوا﴾ اعلم أن تعديل الأركان وهو الاستواء قائماً بعد الركوع ويسمى قومة (والجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود) أي القرار فيهما ليس بفرض (عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يفترض ذلك كله) ومقدار الطمأنينة بمقدار تسبيحة (وهو قول الشافعي رحمه الله) وفائدة الاختلاف تظهر في حق جواز الصلاة بدونه. فعندهما يجوز وعند أبي يوسف لا يجوز، ولم يذكر هذا الاختلاف في ظاهر الرواية، وإنما ذكره المعلي في نوادره واستدل أبو يوسف بحديث الأعرابي وهو قوله ﷺ «حين رآه نقر نقر الديك: قم فصل فإنك لم تصل» نفي كونه صلاة بترك التعديل فكان ركناً لأن انتفاء غيره لا ينفيها. ولهما قوله تعالى ﴿اركعوا واسجدوا﴾ والركوع هو الانحناء، يقال ركعت النخلة إذا مالت، والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمأنينة فتعلق الركنية بالأدنى فيهما، ولا تجوز الزيادة بخير الواحد بطريق الفرضية لأنه نسخ وموضعه أصول الفسقة. هذا ما يتعلق بالركوع والسجود، وأما القومة والجلسة بين السجدتين فقد أشار إليهما بقوله وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود بل المقصود هو أداء الركن. وقوله (وفي آخر ما روي) جواب عن حديث الأعرابي. وتقريره أن النبي ﷺ سمى ما صنعه الأعرابي صلاة حيث قال «وما نقصت من هذا شيئاً فقد نقصت من صلاتك» فلو كان ترك التعديل مفسداً لما سماه صلاة كما لو ترك الركوع أو السجدة، ولأنه لو كان فاسداً كان الاشتغال به عبثاً فكان تركه عليه الصلاة والسلام إلى الفراغ منه حراماً فكان

التخريجين (قال المصنف: وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود) أقول: بل المقصود هو أداء الركن ثم قوله وكذا في الانتقال عطف على ما قبله على المعنى (قال المصنف: وما نقصت من هذا شيئاً) أقول: أي مما رأيته (قال المصنف: ويعتمد بيديه على الأرض) أقول: يعني في حال السجود (قال المصنف: ورفع عجيزته) أقول: العجيزة العجز، وهي للمرأة خاصة فاستعارها للرجل، كذا في نهاية ابن الأثير،

---

(١) تقدم في ١/ ٢٩٤ و٢/ ٢٩٤ مع ذكر طرقه وألفاظه.
(٢) هذا بعض حديث المسيء صلاته تقدم.

حتى تجب سجدتا السهو بتركها ساهياً عنده **(ويعتمد بيديه على الأرض)** لأن وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلاة رسول الله ﷺ «فسجد وادّعم على راحتيه ورفع عجيزته»، قال **(ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه)** لما روي أنه ﷺ فعل كذلك، قال **(وسجد على أنفه وجبهته)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه **(فإن اقتصر على**

الاعتدال تلزمه الإعادة، ومن المشايخ من قال: تلزمه ويكون الفرض هو الثاني، ولا إشكال في وجوب الإعادة إذ هو الحكم في كل صلاة أديت مع كراهة التحريم ويكون جابراً للأول لأن الفرض لا يتكرر، وجعله الثاني يقتضي عدم سقوطه بالأوّل وهو لازم ترك الركن لا الواجب، إلا أن يقال: المراد أن ذلك امتنان من الله تعالى إذ يحتسب الكامل وإن تأخر عن الفرض لما علم سبحانه أنه سيوقعه قوله: **(ثم القومة والجلسة)** أي بين السجدتين سنة عندهما: أي باتفاق المشايخ، بخلاف الطمأنينة على ما سمعت من الخلاف، وعند أبي يوسف هذه الفرائض للمواظبة الواقعة بياناً وأنت علمت حال الطمأنينة، وينبغي أن تكون القومة والجلسة واجبتين للمواظبة. ولما روى أصحاب السنن الأربعة والدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود عن النبي ﷺ «لا تجزىء صلاة لا يقيم الرجل فيها ظهره في الركوع والسجود»[1] قال الترمذي حديث حسن صحيح، ولعله كذلك عندهما، ويدل عليه إيجاب سجود السهو فيه فيما ذكر في فتاوى قاضيخان في فصل ما يوجب السهو، قال: المصلي إذا ركع ولم يرفع رأسه من الركوع حتى خرّ ساجداً ساهياً تجوز صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعليه سجود السهو، ويحمل قول أبي يوسف رحمه الله أنها فرائض على الفرائض العملية وهي الواجبة فيرتفع الخلاف. ثم وجه تخريج الجرجاني كون الزائد على مسمى الركن لا يتناوله الأمر فيكتفي فيه بالاستنان. ووجه تفصيل الكرخي إظهار التفاوت بين مكمل الركن المقصود لنفسه ومكمل ما هو مقصود لغيره: أعني الانتقال وذلك بوجوب الأول واستنان الثاني، وأنت علمت أن مقتضى الدليل في كل من الطمأنينة والقومة والجلسة لوجوب قوله: **(لأن وائل بن حجر وصف الخ)** كونه من حديث وائل غريب[2]، وإنما رواه أبو يعلى عن أبي إسحاق قال «وصف لنا البراء بن عازب لسجود فسجد فادّعم على كفيه ورفع عجيزته وقال: هكذا كان يفعل رسول الله ﷺ»[3] قوله: **(ووضع وجهه بين كفيه الخ)** في مسلم من حديث وائل بن حجر «أنه عليه الصلاة والسلام سجد ووضع وجهه بين كفيه»[4] انتهى، ومن يضع كذلك تكون يداه حذاء أذنيه فيعارض ما في البخاري من حديث أبي حميد «أنه ﷺ لما سجد وضع كفيه حذو منكبيه»[5] ونحوه في أبي داود والترمذي، وقدم عليه بأن فليح بن سليمان الواقع في مسند البخاري وإن كان

الحديث مشترك الإلزام من الوجهين، ثم إذا لم يكن التعديل عندهما فرضاً فهل هو واجب أو سنة؟ فأما الطمأنينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة عندهما **(وأما الطمأنينة)** في الركوع والسجود **(ففي تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده)** وجه الجرجاني أن هذه طمأنينة مشروعة لإكمال ركن وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمأنينة في الانتقال. ووجه الكرخي أن هذه الطمأنينة مشروعة لإكمال ركن مقصود بنفسه، وكل ما هو كذلك فهو واجب

وأما في القاموس: العجز مثلثة، وكندس وكتف مؤخر الشيء ويؤنث الخ **(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أسجد علي سبعة أعظم»)** أقول: أراد بها سبعة أعضاء **(قال المصنف: وعد منها الجبهة)** أقول: لا الأنف قوله: **(وأجيب بأن الاستدلال بهذا الحديث**

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٨٥٥ والترمذي ٢٦٥ والنسائي ٢/ ١٨٣، ٢١٤ والدارمي ١٣٠١ وابن ماجه ٨٧٠ والدارقطني ١/ ٣٤٨ والبيهقي ٢/ ٨٨ وأحمد ٤/ ١١٩، ١٢٢ كلهم من حديث أبي مسعود الأنصاري البدري، قال الترمذي: حسن صحيح وقال البيهقي: إسناده صحيح وهو صحيح كما قالا رجاله ثقات وإسناده متصل. وقع للمصنف من حديث ابن مسعود والصواب أبي مسعود.

(٢) حديث وائل ذكره صاحب الهداية في الأعلى واعترضه المصنف بأنه غريب وكذا الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٨٠ أي لا يوجد من حديث وائل. وإنما هو حديث البراء الآتي.

(٣) أخرجه أبو يعلى كما في نصب الراية ١/ ٣٨١ من حديث شريك عن أبي إسحاق عن البراء وإسناده حسن.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٤٠١ باب وضع اليدين على الصدر في الصلاة من حديث وائل بن حجر.

(٥) تقدم تخريجه في ١/ ٢٨٢.

أحدهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر) وهو رواية عنه لقوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم، وعدّ منها الجبهة» ولأبي حنيفة رحمه الله أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه، وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن خارج بالإجماع، والمذكور فيما روي الوجه في المشهور،

الراجح تثبيته لكن قد تكلم فيه فضعفه النسائي وابن معين وأبو حاتم وأبو داود ويحيى القطان والساجي، وقد روى إسحاق بن راهويه في مسنده قال: أخبرنا الثوري عن عاصم بن كليب عن أبيه عن وائل بن حجر قال «رمقت النبي ﷺ فلما سجد وضع يديه حذاء أذنيه»[1] وروى عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا الثوري به، ولفظه «كانت يداه حذاء أذنيه» وأخرج الطحاوي عن حفص بن غياث عن الحجاج عن أبي إسحاق قال: سألت البراء بن عازب «أين كان النبي ﷺ يضع جبهته إذا صلى؟ قال: بين كفيه»[2] ولو قال قائل إن السنة أن يفعل أيهما تيسر جمعاً للمرويات بناء على أنه كان ﷺ يفعل هذا أحياناً وهذا أحياناً إلا أن بين الكفين أفضل لأن فيه من تخليص المجافاة المسنونة ما ليس في الآخر كان حسناً قوله: **(لأن النبي ﷺ واظب عليه)** يفيده ما رواه أبو داود والنسائي واللفظ لهما والترمذي «أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد مكن أنفه وجبهته من الأرض ونحى يديه عن جنبيه ووضع كفه حذو منكبيه»[3] وما رواه أبو يعلى والطبراني «كان عليه الصلاة والسلام يضع أنفه على الأرض مع جبهته»[4] وما في البخاري من حديث أبي حميد السابق فإن فيه «ثم سجد فأمكن أنفه وجبهته من الأرض»[5]. قوله: **(فإن اقتصر على أحدهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)** فإن كان الأنف كره، وإن كان الجبهة ففي التحفة والبدائع لا يكره عنده، وفي المفيد والمزيد: وضع الجبهة وحدها أو الأنف وحده يكره ويجزىء عنده، وعند صاحبيه لا يتأدى إلا بوضعهما إلا لعذر. قيل فيه نظر، فإنه لم يجز الاقتصار على الجبهة عندهما وهو خلاف المشهور، ففي النهاية أن وضع الجبهة يتأدى به الفرض بإجماع الثلاثة، وهو ظاهر من الهداية حيث قال بعد قوله فإن اقتصر على أحدهما جاز عنده. وقالا: لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر، ولم يقل على أحدهما أو عليه والحديث المذكور في الكتب الستة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم على الجبهة واليدين والركبتين وأطراف القدمين» ورواية «وأشار بيده إلى أنفه»[6] غير ضائرة، فإن العبرة للفظ الصريح، والإشارة إلى الجبهة لا تقع

كالقراءة، بخلاف الانتقال فإنه ليس بمقصود كما تقدم، ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه أن يضع أولاً ما كان أقرب إلى الأرض عند السجود، وأن يرفع أولاً ما كان إلى السماء أقرب فيضع أولاً ركبتيه ثم يديه ثم ووجهه. وقال بعضهم: يضع أنفه ثم جبينه ويرفع أولاً وجهه ثم يديه ثم ركبتيه، وقوله **(ويعتمد بيديه على الأرض)** ظاهر. ومعنى ادعم على راحتيه اتكأ، وهو

إنما هو على أن محل السجدة هذه الأعضاء لا على أن وضعها لازم لا محالة) أقول: لكن لفظ أمرت يدل على وجوبه.

---

(١) أخرجه اسحاق في مسنده كما في نصب الراية ١/ ٣٨١ والطحاوي في شرح الآثار١/ ١٥١وعبد الرزاق في مصنفه وإسناده حسن كلهم من حديث وائل.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٢٧١ وكذا الطحاوي ١/ ١٥١ كلاهما من حديث أبي اسحاق وقال الترمذي: حسن غريب وصححه أحمد شاكر مع أن في إسناده مقال إلا أنه ربما صححه لشواهده.

(٣) تقدم في ١/ ٢٨٢

(٤) حسن ـ أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ١٢٦ من حديث أبي جحيفة قال: «رأيت رسول الله ﷺ يمكن أنفه من الأرض كما يمكن جبهته» وقال الهيثمي: وفيه الحجاج بن أرطاة فيه كلام اهـ وأما سياق المصنف فرواه أبو يعلى والطبراني كما في نصب الراية ١/ ٣٨٢ وفيه الحجاج أيضاً وهو غير قوي.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٨١٢ وأطرافه في ٨١٠، ٨١٥ و٨١٦ ومسلم ٤٩٠ح٢٣٨، ٢٣١ وأبو داود ٨٩٠ والنسائي ٢/ ٢٠٩ وابن ماجه ٨٨٤ والدارمي ١/ ٣٠٢ والبيهقي ٢/ ١٠٣ وأحمد ١/ ٢٩٢، ٣٠٥ كلهم من حديث ابن عباس واللفظ للبخاري ومسلم.

(٦) هذه الزيادة عند البخاري ٨١٢ ومسلم ٤٩٠ح٢٣٠.

ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما، وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله أنه

بتقريب اليدين إلى جهة الأنف للتقارب، ثم المعتبر وضع ما صلب من الأنف لا مالان قوله: **(وهو المأمور به)** أي المأمور به في كتاب الله تعالى السجود وهو وضع بعض الوجه مما لا سخرية فيه وهو يتحقق بالأنف، فتوقيف أجزائه على وضع آخر معه زيادة بخبر الواحد مع اشتهار الوجه فيما روي في سنن الأربعة عن العباس بن عبد المطلب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول «إذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب. وجهه وكفاه وركبتاه وقدماه»[1]، ورواه البزار بلفظ «أمر العبد أن يسجد على سبعة آراب»[2] وقول البزار روى هذا الحديث سعد وابن عباس وأبو هريرة وغيرهم ولا نعلم أحداً قال آراب إلا العباس ممنوع، فإن ابن عباس وسعداً قالاه كالعباس في أبي داود عن ابن عباس يرفعه «أمرت أن أسجد» وربما قال «أمر نبيكم أن يسجد على سبعة آراب»[3] وروى أبو يعلى والطحاوي عن سعد بن أبي وقاص عنه ﷺ قال «أمر العبد أن يسجد على سبعة آراب» وزاد «أيها لم يضعه فقد انتقص»[4] وفيه زيادة الدلالة على الصحة بتقدير ترك أحدهما فهو شاهد لأبي حنيفة. والآراب: الأعضاء واحدها إرب. والحق أن ثبوت رواية الوجه أو الآراب لا تقدح في صحة رواية الجبهة لأنها أوّلاً لا تعارض الوجه بل حاصلها بيان ما هو المراد بالوجه للقطع بأن مجموعه غير مراد لعدم إرادة الحد والذقن فكانت مبينة للمراد، وقد روى أبو حنيفة نفسه هذا الحديث بطرق وألفاظ، منها بسنده إلى أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ «الإنسان يسجد على سبعة أعظم: جبهته ويديه وركبتيه وصدور قدميه»[5]. فالحق أن مقتضاه ومقتضى المواظبة المذكورة الوجوب، ولا يبعد أن يقول به أبو حنيفة، وتحمل الكراهة المروية عنه على كراهة التحريم، وعلى هذا فجعل بعض المتأخرين الفتوى على الرواية الأخرى الموافقة لقولهما لم يوافقه دراية ولا القوي من الرواية، هذا. ولو حمل قولهما لا يجوز الاقتصار إلا من عذر على وجوب الجمع كان أحسن إذ يرتفع الخلاف بناء على حملنا الكراهة عنه عليه من كراهة التحريم، ولم يخرجا عن الأصول إذ يلزمهما الزيادة بخبر الواحد وهما يمنعان.

افتعال من دعمت الشيء: أي جعلته دعامة. وقوله **(وسجد على أنفه وجبهته)** تقديم الأنف على الجبهة باعتبار أن الأنف أقرب إلى الأرض فيضعه أولاً لما مر، وقوله **(فإن اقتصر على أحدهما)** يعني أن الذي اقتصر عليه إن كان الجبهة جاز باتفاق علمائنا خلافاً للشافعي، وإن كان الأنف **(جاز عند أبي حنيفة)** ويكره، ولم يجز عندهما إلا من عذر، وهو رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم، وعد منها الجبهة» أي على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة. قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا الحديث، فإنه لو ترك وضع الركبتين واليدين جازت سجدته بالإجماع وهذه الأربعة من تلك السبعة. وأجيب بأن الاستدلال بهذا الحديث إنما هو على أن محل السجدة هذه الأعضاء لا على أن وضعها لازم لا محالة، والأنف غير هذه الأعضاء المذكورة فلا يكون محلاً للسجدة. ولأبي حنيفة أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لأن وضع جميعه غير ممكن لأن الأنف والجبهة عظمان ناتئان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر، وإذا تعذر وضع الكل كان المأمور به وضع البعض، إلا أن الخد والذقن خرجا بالإجماع إذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الأنف والجبهة، والجبهة تصلح محلاً للسجود فكذلك الأنف، وهذا لأن الأنف لا يخلوا إما أن يكون محلاً للفرض أو لا، لا سبيل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٨٩١ والترمذي ٢٧٢ والنسائي ٢/ ٢١٠ وابن ماجه ٨٨٥ وأحمد ١/ ٢٠٦ و٢٠٨ كلهم من حديث العباس وقال الترمذي: حسن صحيح

(٢) رواه البزار في مسنده وذكر ما أورده ابن الهمام عنه وانظر نصب الراية ١/ ٣٨٣ حيث تعقبه فقال ورد في حديث سعد وابن عباس.

(٣) أخرجه أبو داود ٨٩٠ وإسناده حسن.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو يعلي كما في المجمع ٢/ ١٢٤ من حديث سعد وقال الهيثمي: فيه موسى بن محمد بن حبان ضعفه أبو زرعة وضبطه الذهبي بالجيم. أي جبّان.

(٥) أخرجه أبو حنيفة في مسنده ح ٣١ من حديث أبي سعيد وفيه أبو سفيان وهو طريف بن شهاب ضعفه ابن حجر في التقريب والذهبي في الميزان.

فريضة في السجود. قال (**فإن سجد على كور عمامته أو فاضل ثوبه جاز**) لأن النبي ﷺ كان يسجد على كور

[فروع] يجوز السجود على الحشيش والتبن والقطن والطنفسة إن وجد حجم الأرض وكذا الثلج الملبد، فإن كان بحال يغيب فيه وجهه ولا يجد الحجم لا، وعلى العجلة على الأرض تجوز كالسرير لا إن كانت على البقر كالبساط المشدود بين الأشجار، وعلى العرزال والحنطة والشعير يجوز لا على الدخن والأرز لعدم الاستقرار وعلى ظهر مصلّ صلاته لضرورة لا من هو في غيرها أو ليس في الصلاة لعدم الضرورة، فلو ارتفع موضع السجود عن موضع القدمين قدر لبنة أو لبنتين منصوبتين جاز لا إن زاد قوله: (**سنة عندنا**) بناء على أن لفظ أمرت مستعمل فيما هو أعم من الندب والوجوب، وهو معنى طلب مني ذلك ثم هو في الجبهة وجوب وفي غيرها معها ندب، أو في الندب بخصوصه، بناء على أن السنة السجود على الجبهة، وهذا على قول الشافعية القائلين بأن قول الراوي أمرنا ونهينا يحمل على الندب والكراهة بناء على أن الأول حقيقة في كل منه ومن الوجوب، والثاني فيه وفي التحريم فيحمل على المتيقن، بخلاف صيغتي الأمر والنهي بعينهما فإنهما للوجوب والتحريم فقط. وأما على قولنا فلا، إذ قد استدل أصحابنا على التحريم بلفظ نهى نحو «نهى عن السلم في الحيوان»[1] بناء على أنه إخبار عن تحقق صيغة النهي وحقيقتها التحريم اتفاقاً فيثبت التحريم بالمخبر عنه: أعني الصيغة لا بنفس لفظ نهى وأمر فيحتاج إلى صارف عن الوجوب، وليس يظهر إلا ظهور أن المراد السجود وهو يحصل بدون ذلك وبهذه الكيفية غير أنه بهذه الكيفية أزين فيكون سنة، ولقائل أن يقول: هذا محتمل في الصرف إذ يجوز أن يطلب ما هو زينة السجود حتماً فلا يعدل عن الوجوب. نعم لا يكون فرضاً كيف والظاهر المواظبة منه عليه الصلاة والسلام عليه. هذا ومختار الفقيه أبي الليث على ما أسلفناه عنه في أوائل باب الأنجاس من أن المصلي إذا لم يضع ركبتيه على الأرض لا يجزئه، وأنه ردّ رواية عدم وجوب طهارة مكان الركبتين في الصلاة فهو يشير إلى الافتراض، وما اخترته من الوجوب ولزوم الاسم بالترك مع الإجزاء كترك الفاتحة أعدل إن شاء الله تعالى، وأما افتراض وضع القدم فلأن السجود مع رفعهما بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والإجلال، ويكفيه وضع أصبع واحدة وفي الوجيز وضع القدمين فرض، فإن وضع إحدهما دون الأخرى جاز ويكره قوله: (**فإن سجد على كور عمامته**) روى أبو نعيم من حديث ابن عباس في الحلية في ترجمة إبراهيم بن أدهم: حدثنا أبو يعلى الحسين بن محمد الزبيري، حدثنا أبو الحسن عبد الله بن موسى الحافظ الصوفي البغدادي، حدثنا لاحق حدثنا الحسن بن علي الدمشقي، حدثنا محمد بن فيروز المصري، حدثنا

إلى الثاني لأن الفرض ينتقل إليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلاً لم ينتقل كالذقن بل ينتقل الفرض إلى الإيماء كما لو كان بهما عذر فتعين الأول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة، والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في المشهور فيكون الأنف والجبهة داخلين على السواء، ولو اكتفى بالجبهة جاز فكذا لو اكتفى بالأنف (**ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما**) لأن الساجد اسم لمن وضع الوجه على الأرض، وقد روي أنه ﷺ قال «مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف» فالتمثيل يدل على نفي الكمال دون الجواز. وقوله عندنا احتراز عن قول زفر وهو قول الشافعي ومختار الفقيه أبي الليث أنه واجب لقوله ﷺ «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء» والجواب ما تقدم أن هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على أن وضع الجميع لازم (**وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فرض في السجود**) فإذا سجد ورفع أصابع رجليه عن الأرض لا يجوز، كذا ذكره الكرخي والجصاص، ولو وضع إحداهما جاز. قال قاضيخان: ويكره. وذكر الإمام التمرتاشي أن اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية، وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الإسلام في مبسوطه وهو الحق. وقوله (**وإن سجد على كور عمامته**) ظاهر، وكور العمامة دورها وكل دور كور، والضبع بالسكون لا غير: العضد

(١) يأتي في البيوع. وفي هذا الباب اختلاف راجع فتح الباري ٢٢٢٨.

عمامته، ويروى «أنه ﷺ صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حرّ الأرض وبردها (ويبدي ضبعيه) لقوله عليه الصلاة والسلام «وأبد ضبعيك» ويروى «وأبدّ» من الإبداد: وهو المد، والأول من الإبداء وهو الإظهار (ويجافي بطنه عن فخذيه) «لأنه عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد جافى حتى أن بهمة لو أرادت أن تمر بين يديه لمرت». وقيل إذا

بقية بن الوليد، حدثنا إبراهيم بن أدهم عن أبيه أدهم بن منصور العجلي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ كان يسجد على كور عمامته»[(١)] ورواه الطبراني في الأوسط بسنده عن عبد الله بن أبي أوفى قال «رأيت رسول الله ﷺ يسجد على كور عمامته»[(٢)] ورواه ابن عدي في الكامل من حديث عمرو بن شمر عن جابر الجعفي عن عبد الرحمن بن سابط عن جابر قال «رأيت رسول الله ﷺ يسجد على كور العمامة[(٣)] وقد ضعف عمرو ابن شمر وجابر الجعفي كذاب. ورواه الحافظ أبو القاسم تمام بن محمد الرازي في فوائده، حدثنا محمد بن إبراهيم ابن عبد الرحمن، أخبرنا أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن بن أبي حصين الأنطرسوسي، حدثنا كيد بن عبيد، حدثنا سويد بن عبد العزيز بن عمر عن نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ كان يسجد على كور العمامة»[(٤)] وأخرجه البيهقي في سننه عن هشام عن الحسن قال «كان أصحاب رسول الله ﷺ يسجدون وأيديهم في ثيابهم ويسجد الرجل منهم على عمامته»[(٥)] وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً فقال: وقال الحسن: كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة ويداه في كميه[(٦)]. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حرّ الأرض وبردها[(٧)]، ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى والطبراني وابن عدي في الكامل، وأعله حسين بن عبد الله وضعفه عن ابن معين والنسائي والمديني، قال: وهو عندي ممن يكتب حديثه، فإني لم أجد له حديثاً منكراً وهو حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب، وبمعناه ما أخرجه الستة عن أنس «كنا نصلي مع النبي ﷺ في شدة الحر، فإذا لم يستطع أحدنا أن يمكن

(ويجافي بطنه) أي يباعد. والبهمة: ولد الشاة بعد السخلة، فإن أوّل ما تضعه سخلة ثم يصير بهمة. وقوله (وإذا سجد أحدكم بالواو) معطوف على إذا ركع أحدكم لأنهما في حديث واحد وقوله (ثم يرفع رأسه ويكبر) الرفع فريضة كما أن السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الرأس ليتحقق الانتقال إليها والتكبير سنة. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله «لأن النبي ﷺ كان يكبر عند كل خفض ورفع» وقوله (وتكلموا) أي المشايخ (في مقدار الرفع) فقال بعضهم: إذا زايل جبهته عن الأرض ثم أعادها جاز ذلك عن السجدتين. وقال الحسن بن زياد: إذا رفع رأسه من الأرض بقدر ما تجري فيه الريح جاز وهو قريب من الأول وقول محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظر أنه رفع رأسه ليسجد أخرى، فإن فعل ذلك جاز عن السجدتين وإلا يكون عن سجدة واحدة. وفي القدوري أنه يكتفي بأدنى ما ينطلق عليه اسم الرفع. وجعل شيخ الإسلام هذا

---

(١) ضعيف. رواه أبو نعيم في الحلية كما في نصب الراية ١/ ٣٨٤ وإسناده ضعيف من حديث ابن عباس فيه بقية وغير واحد من الضعفاء رواه أبو نعيم في الحلية ١/ ٨١ في ترجمة إبراهيم بن أدهم.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٢/ ١٢٥ وقال الهيثمي: فيه سعيد بن عنبسة فإن كان الرازي فهو ضعيف وإن كان غيره فلا أعرفه اهـ. وقال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٨٥: رواه الطبراني في الأوسط وقال الطبراني: لا يروى هذا الحديث عن ابن أبي أوفى إلا بهذا الإسناد تفرد به معمر.

(٣) ضعيف. رواه ابن عدي في الكامل كما في نصب الراية ١/ ٣٨٥ وإسناده ضعيف لضعف عمرو بن مشمر وجابر الجعفي كذاب قاله ابن الهمام فينبغي أن يكون موضوعاً لكن له شواهد وهو في الكامل ٥/ ١٣٠

(٤) ضعيف. رواه تمام بن محمد الرازي في فوائده وفي إسناده سويد بن عبد العزيز وهو واهٍ قاله ابن حجر في الدراية ١/ ١٤٥

(٥) أثر الحسن. أخرجه البيهقي ٢/ ١٠٦ عنه به

(٦) أثر الحسن. ذكره البخاري معلقاً ١/ ٤٩٢ باب السجود على الثوب وقال ابن حجر في الفتح ١/ ٤٩٢. وصله عبد الرزاق عن هشام بن حسان عن الحسن وكذا ابن أبي شيبة من طريق هشام فذكره بلفظ الأثر الذي قبله.

(٧) ضعيف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه وأبو يعلي الموصلي وأحمد واسحاق والطبراني في معجمه وابن عدى في الكامل وأعله بحسين بن عبد الله كما في نصب الراية ١/ ٣٨٦ وهو في الكامل ٢/ ٣٥٠ وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية ١/ ١٤٦.

كان في الصف لا يجافي كي لا يؤذي جاره **(ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه، فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع» **(ويقول في سجوده: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «وإذا سجد أحدكم فليقل في سجوده: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه» أي أدنى كمال الجمع ويستحب أن يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد أن يختم بالوتر لأنه عليه الصلاة والسلام كان يختم بالوتر، وإن كان إماماً لا يزيد على وجه يملّ القوم حتى لا يؤدي إلى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لأن النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص **(والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها)** لأن ذلك أستر لها. قال **(ثم يرفع رأسه ويكبر)** لما روينا **(فإذا اطمأن جالساً كبر وسجد)** لقوله عليه

وجهه من الأرض بسط ثوبه فسجد عليه»[(١)] والاتفاق على أن الحائل ليس بمانع من السجود ولم يزد ما نحن فيه إلا بكونه متصلاً به، ويمنع تأثير ذلك في الفساد لو تجرّد عن المنقولات فكيف وفيه ما سمعت، وإن تكلم في بعضها كفى البعض الآخر، ولو تم تضعيف كلها كانت حسنة لتعدد الطرق وكثرتهما. وقد روي من غير الوجوه التي ذكرناها أيضاً، ويكفي ما نقله الحسن البصري عن أصحاب رسول الله ﷺ وبه يقوى ظن صحة المرفوعات إذ ليس معنى الضعيف الباطل في نفس الأمر، بل ما لم يثبت بالشروط المعتبرة عند أهل الحديث مع تجويز كونه صحيحاً في نفس الأمر فيجوز أن تقترن قرينة تحقق ذلك وإن الراوي الضعيف أجاد في هذا المتن المعين فيحكم به، مع أن اعتبار التبعية في الحائل يقتضي عدم اعتباره حائلاً فيصير كأنه سجد بلا حائل: ولا يجوز مس المصحف بكمه كما لا يجوز بكفه. ولو بسط كمه على نجاسه فسجد عليه لا يجوز في الأصح، وإن كان المرغيناني صحح الجواز فليس بشيء. هذا وما ذكر في التجنيس من علامة الميم أنه يكره السجود على كور العمامة لما فيه من ترك التعظيم لا يراد به أصل التعظيم وإلا لم يصح بل نهايته، وهذا لأن الركن فعل وضع للتعظيم ولأن المشاهد من وضع الرجل الجبهة في العمامة على الأرض ناكساً لغيره عدّه تعظيماً: أي تعظيم هذا في الحائل التابع. أما الحائل الذي هو بعضه فقد اختلقوا فيه، فلو سجد على كفه وهي على الأرض قيل لا يجوز وصحح الجواز أو على فخذه. قيل لا يجوز ولو بعذر، وقيل يجوز بلا عذر، وليس بشيء يلتفت إليه بل لا يحل عندي نقله كي لا يشتهر، وصحح الجواز بعذر لا بدونه. وعلى ركبتيه لا يجوز في الوجهين ولم نعلم فيه خلافاً ولكن إن كان بعذر كفاه باعتبار ما في ضمنه من الإيماء وكان عدم الخلاف فيه لكون السجود يقع على حرف الركبة وهو لا يأخذ قدر الواجب من الجبهة. في التجنيس: لو سجد على حجر صغير إن كان أكثر الجبهة على الأرض يجوز وإلا فلا، والذي ينبغي ترجيح الفساد على الكف والفخذ قوله: **(وأبد ضبعيك)** غريب، وإنما رواه عبد الرزاق عن ابن عمر قال: أخبرنا سفيان الثوري عن آدم بن علي البكري قال: رآني ابن عمر وأنا أصلي لا أتجافى عن الأرض بذراعي. فقال: يا بن أخي لا تبسط بسط السبع وادّعم على راحتيك وأبد ضبعيك، فإنك إذا فعلت ذلك سجد كل عضو منك[(٢)]. ورفعه ابن حبان بلفظ: وجاف عن ضبعيك قوله: **(إذا سجد جافى)** أخرجه مسلم: «كان إذا سجد جافى حتى لو شاءت بهمة أن تمر

أصح وقال لأن الواجب هو الرفع، فإذا وجد أدنى ما يتناوله اسم الرفع بأن رفع جبهته كان مؤدياً لهذا الركن. قال المصنف **(والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه يعد ساجداً، وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالساً فتتحقق السجدة الثانية)** يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي عن أبي حنيفة، ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشايخنا في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٨٥ وأخرجه في ٥٤٢، ١٢٠٨ ومسلم ٦٢٠ وأبو داود ٦٦٠ والترمذي ٥٨٤ والنسائي ٢/٢١٦ وابن ماجه ١٠٣٣ كلهم من حديث أنس بن مالك وقال الترمذي. حسن صحيح.

(٢) أثر ابن عمر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ١/٣٨٦ موقوفاً. ورفعه ابن حبان في صحيحه والحاكم ١/٢٢٧ وقال: قد احتج البخاري بآدم بن علي البكري واحتج مسلم بمحمد بن اسحاق وهذا صحيح ولم يخرجاه ووافقه الذهبي اهـ. وإسناده حسن فيه محمد بن اسحاق وقد صرّح بالتحديث وحديثه لا يبلغ درجة الصحيح.

الصلاة والسلام في حديث الأعرابي، «ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالساً» ولو لم يستو جالساً وسجد أخرى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه، وتكلموا في مقدار الرفع. والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه يعدّ ساجداً، وإن كان إلى الجلوس أقرب. جاز لأنه يعدّ جالساً فتتحقق الثانية. قال **(فإذا اطمأن ساجداً كبر)** وقد ذكرناه **(ويستوي قائماً على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض)** وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمداً على الأرض لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام فعل ذلك. ولنا حديث

بين يديه لمرّت»[1] ورواه الحاكم والطبراني وقالا فيه بهيمة[2]، وعلى الباء ضمة بخط بعض الحافظ على تصغير بهمة، قيل وهو الصواب، وفتحها خطأ قوله: **(لقوله ﷺ «إذا سجد»** الخ) المحفوظ رواية ذلك من فعله، وقد تقدم في بعض ما أسلفناه وفي البخاري في حديث أبي حميد «كنت أحفظكم لصلاة رسول الله ﷺ» إلى أن قال» فإذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة»[3] قوله: **(لأنه ﷺ كان يختم بالوتر)** غريب[4]، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(فلا يزاد على النص)** عدم الزيادة لا يستلزم القول بالسنية لجواز الوجوب والمواظبة، والأمر من قوله فليقل اجعلوها يقتضيه إلا لصارف، بخلاف قول أبي مطيع بافتراضها فإنه مشكل جداً. وقيل في الصارف إنه عدم ذكرها للإعرابي عند تعليمه فيكون أمر استحباب، قالوا: ويكره تركها ونقصها من الثلاث والتصريح بأنه أمر استحباب يفيد أن هذه الكراهة كراهة تنزيه قوله: **(لما روينا)** أي من أنه كان يكبر عند كل خفض ورفع[5] قوله: **(الأصح)** روي عن أبي حنيفة إن كان إلى القعود أقرب جاز وإلا فلا، وعنه: إذا رفع قدر ما تمر الريح بينه وبين الأرض جاز، وروى أبو يوسف عنه: إن رفع قدر ما يسمى رافعاً جاز. قال في المحيط هو الأصح وتعليل المصنف مختاره بأنه يعد يقتضي اعتباره أن تلك الرواية هي رواية أبي يوسف في المعنى. واختيارها اختيارها. وقال ابن مقاتل: إذا رفع بحيث لا يشكل على الناظر أنه رفع جاز، فإن أراد الناظر عن بعد فهو معنى مختار المصنف، وإلا فهو معنى الرواية الثانية ثم اعتقادي أنه إذا لم يستوصلبه في الجلسة والقومة فهو آثم لما تقدم قوله: **(ولا يعتمد بيديه على الأرض)** ولكن على ركبتيه قوله: **(فعل ذلك)** في البخاري عن مالك بن الحويرث «أنه رأى النبي ﷺ إذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً»[6] قوله: **(ولنا حديث أبي هريرة)** أخرجه الترمذي عن خالد بن إياس عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة قال «كان النبي ﷺ ينهض في الصلاة على صدور قدميه»[7] قال الترمذي: حديث أبي هريرة عليه العمل عند أهل العلم وخالد بن إياس ويقال ابن إياس ضعيف عند أهل الحديث، وكذا أعله ابن عدي به. قال: وهو مع ضعفه يكتب حديثه، قال ابن القطان: والذي أعل به خالد

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٤٩٦ وأبو داود ٨٩٨ وابن ماجه ٨٨٠ وأحمد ٦/ ٣٣١ كلهم من حديث ميمونة واللفظ لمسلم زاد أبو داود وغيره: جافى بين يديه فلو أن بهمة. الحدث.

(٢) صحيح. هذا اللفظ للحاكم ١/ ٢٢٨ من حديث ميمونة أيضاً ولم يذكره الهيثمي لأنه في بعض الكتب الستة كما تقدم والبهمة للأنثى والذكر.

(٣) تقدم مراراً رواه البخاري وأصحاب السنن.

(٤) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٨٨ غريب جداً. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٤٧: لم أجده وأقرهما ابن الهمام ومراد صاحب الهداية من قول: كان يختم بالوتر. يعني في تسبيحات الركوع والسجود كما نبه عليه الزيلعي.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٣٩٢ عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة أراه كان يكبر كلما خفض ورفع الحدث أن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك. وأخرجه النسائي ٢/ ٢٣٠ عن ابن مسعود: رأيت رسول الله ﷺ يكبر في كل خفض ورفع.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٨٢٣ بهذا اللفظ وأبو داود ٨٤٤ والترمذي ٢٨٧ كلهم من حديث مالك بن الحويرث. وصحح الترمذي إسناده وقال: به يقول إسحاق وبعض أصحابنا. قال ابن حجر في الفتح: فيه دليل على مشروعية جلسة الاستراحة وأخذ بها الشافعي وبعض أهل الحديث وروايته عن أحمد.

(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٨٨ والبيهقي ٢/ ١٧٤ كلاهما عن أبي هريرة بهذا اللفظ. وقال الترمذي: حديث أبي هريرة عليه العمل عند أهل العلم. وخالد بين إلياس ضعيف. اهـ. وشيخه صالح مولى التوأمة اختلط. وقال عنه ابن حجر في التقريب: خالد بن إلياس أو إياس متروك وأطال الزيلعي في توهين هذا الإسناد راجع نصب الراية ١/ ٣٨٩

أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه، وما رواه محمول على حالة الكبر، ولأن هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها **(ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى)** لأنه تكرار الأركان **(إلا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ)** لأنهما لم يشرعا إلا مرة واحدة **(ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة**

موجود في صالح وهو الاختلاط فلا معنى للتخصيص انتهى بالمعنى. وقول الترمذي العمل عليه عند أهل العلم يقتضي قوّة أصله وإن ضعف خصوص هذا الطريق وهو كذلك. أخرج ابن أبي شيبة عن ابن مسعود «أنه كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه ولم يجلس»[1] وأخرج نحوه عن علي وكذا عن ابن عمر وابن الزبير وكذا عن عمر وأخرج عن الشعبي قال «كان عمر وعلي وأصحاب النبي ﷺ ينهضون في الصلاة على صدور أقدامهم» وأخرج عن النعمان بن أبي عياش «أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ فكان إذا رفع أحدهم رأسه من السجدة الثانية في الركعة الأولى والثالثة نهض كما هو ولم يجلس» وأخرجه عبد الرزاق عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، وأخرجه البيهقي عن عبد الرحمن بن يزيد «أنه رأى ابن مسعود فذكر معناه»[2] فقد اتفق أكابر الصحابة الذين كانوا أقرب إلى رسول الله ﷺ وأشدّ اقتفاء لأثره وألزم لصحبته من مالك بن الحويرث رضي الله عنه على خلاف ما قال فوجب تقديمه، ولذا كان العمل عليه عند أهل العلم كما سمعته من قول الترمذي. وعن ابن عمر «أنه نهى ﷺ أن يعتمد الرجل على يديه إذا نهض في الصلاة»[3] رواه أبو داود، وفي حديث وائل «أنه ﷺ إذا نهض اعتمد على فخذيه»[4] والتوفيق أولى فيحمل ما رواه على حالة الكبر، ولذا روي أنه ﷺ قال «لا تبادروني في ركوع ولا سجود فإن مهما أسبقكم به إذا ركعت تدركوني إذا سجدت إني قد بدنت»[5] أخرجه أبو داود. هذا ويكره

الركوع في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب أكثرهم إلى أنه توقيفي واتباع للشرع من غير أن يعقل له معنى وقد تعبدنا الشرع بما لا نعقل له معنى تحقيقاً للابتلاء، ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال: إنما كان السجود مثنى ترغيماً للشيطان، فإنه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيماً له، وإليه أشار ﷺ في سجود السهو فقال «هما ترغيما

---

(١) هذه الآثار رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في الصلاة وأخرج البيهقي في سننه ٢/ ١٢٥ بعضها وأسند أثر ابن مسعود وقال: هو صحيح عن ابن مسعود لكن متابعة السنة أولى.

(٢) أثر ابن مسعود، أخرجه البيهقي ٢/ ١٢٥ وقال: إسناده صحيح عن ابن مسعود.
فائدة: ذكر ابن التركماني في تعليقه على البيهقي ٢/ ١٢٥ عن ابن عبد البر في التمهيد قوله: اختلف الفقهاء في النهوض من السجود فقال: مالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ينهض على صدور قدميه ولا يجلس وروي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس. وبه قال أحمد وإسحاق وفي حديث أبي حميد المشهور لم يذكر القعدة ولا علمه النبي ﷺ للأعرابي ولم يجلس إلا الشافعي.

(٣) أخرجه أبو داود ٩٩٢ والبيهقي ٢/ ١٣٥ كلاهما عن أحمد وابن شبويه ومحمد بن رافع ومحمد بن عبد الملك الغزال قالوا حدثنا عبد الرزاق بسنده عن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ قال أحمد في حديثه: أن يجلس الرجل في الصلاة وهو معتمد على يده. وقال ابن شبويه: نهى أن يعتمد الرجل على يده في الصلاة وقال ابن رافع: نهى أن يصلي الرجل وهو معتمد على يده. وقال ابن عبد الملك: نهى أن يعتمد الرجل على يديه إذا نهض في الصلاة اهـ هذا لفظ أبي داود والمصنف ابن الهمام أخذ الرواية الأخيرة فقط وهي رواية ابن عبد الملك وروايته شاذة لمخالفته من هو أوثق منه لذا قال البيهقي: روايته وهم ورواية أحمد هي المراد به بالحديث ثم أسند أبو داود والبيهقي عن نافع عن ابن عمر أنه رأى رجلاً يتكىء على يده اليسرى وهو قاعد في الصلاة فقال له: لا تجلس هكذا فإن هكذا يجلس الذين يعذبون. أخرجه أبو داود ٩٩٤ فليس لهذا الخبر دليل لأنهم اختلفوا فيه.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٨٣٨ والترمذي ٢٦٨ والنسائي ٢/ ٢٣٤ كلهم عن عاصم بن كُليب عن أبيه عن وائل بن حجر قال: رأيت النبي ﷺ إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه. وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه. قال الترمذي: حسن غريب. والعمل عليه عند أكثر أهل العلم. ويقويه ما أخرجه البيهقي ٢/ ١٣٦ بسنده عن علي قال: من السنة أن لا تعتمد على يديك حين تريد أن تقوم ورواية: إلا أن يكون شيخاً كبيراً. لكن مدار الطريقين على في أثر علي على عبد الرحمن بن اسحق الواسطي وقد حققه ابن حجر في التقريب فهذا مع ضعفه يشهد لحديث وائل

(٥) صحيح. أخرجه أبو داود ٦١٩ وابن ماجه ٩٦٣ وابن الجارود ٣٢٤ والدارمي ١٢٨٩ والبيهقي ٢/ ٩٢ وأحمد ٤/ ٩٨،٩٢ كلهم من حديث معاوية بن أبي سفيان وإسناده صحيح رجاله ثقات. وهو عند الدارمي بتقديم لفظ: إني قد بدنت ورواه البيهقي ٢/ ٩٣ من حديث أبي هريرة بإسناد حسن.

الأولى) خلافاً للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن: تكبيرة الافتتاح، وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين، وذكر الأربع في الحج» والذي يروى من الرفع محمول

تقديم إحدى الرجلين عند النهوض، ويستحب الهبوط باليمين، والنهوض بالشمال قوله: **(لقوله ﷺ)** غريب بهذا اللفظ، وقد روى الطبراني بسنده عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عنه ﷺ «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن: حين يفتح الصلاة، وحين يدخل المسجد الحرام فينظم إلى البيت، وحين يقوم على المروة، وحين يقف مع الناس عشية عرفة، وبجمع، والمقامين حين يرمي الجمرة»[(١)] وذكره البخاري معلقاً في كتابه المفرد[(٢)] في رفع اليدين فقال: وقال وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه ﷺ «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن: في افتتاح الصلاة، وفي استقبال الكعبة، وعلى الصفا والمروة، وبعرفات، وبجمع، وفي المقامين، وعند الجمرتين» وقال: قال شعبة: لم يسمع الحكم عن مقسم إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها، فهو مرسل وغير محفوظ. قال: وأيضاً فهم: يعني أصحابنا خالفوا هذا الحديث في تكبيرات العيدين وتكبير القنوت انتهى. وقال في الإمام[(٣)]: اعترض عليه بوجوه تفرد ابن أبي ليلى وترك الاحتجاج به. ورواه وكيع عنه بالوقف على ابن عباس وابن عمر، قال الحاكم: ووكيع أثبت من كل من روى هذا عن ابن أبي ليلى، وبرواية جماعة من التابعين بأسانيد صحيحة عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنهما كانا يرفعان أيديهما عند الركوع، وبعد رفع الرأس منه. وقد أسنداه إلى النبي ﷺ، وبأنه روي عن الحكم قال في جميع الروايات: ترفع الأيدي وليس في شيء منها لا ترفع إلا فيها: ويستحيل أن يكون لا ترفع إلا فيها صحيحاً. وقد تواترت الأخبار بالرفع في غيرها كثيراً، فمنها الاستسقاء ودعاء رسول الله ﷺ هذا حاصله، وأحسنها أن الحصر غير مراد لما ذكر من ثبوت الرفع في غير المذكورة، فإذا ثبت عند الركوع والرفع منه وجب القول به، وقد ثبت وهو ما أخرجه الستة عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عبد الله بن عمر قال «كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه ثم كبر، فإذا أراد أن يركع فعل مثل ذلك، وإذا رفع من الركوع فعل مثل ذلك، ولا يفعله

للشيطان» وقيل في السجدة الأولى يشير إلى أنه خلق من الأرض، وفي الثانية يشير إلى أنه يعاد إليها، قال الله تعالى ﴿منها خلقناكم وفيها نعيدكم﴾ وقوله **(وقد ذكرناه)** قيل أراد به قوله «كان يكبر عند كل خفض ورفع» والمناسب لذلك أن يقول ما روينا، ولعله إشارة إلى قوله لما روينا. وقوله **(ولا يقعد)** أي لا يجلس جلسة خفيفة **(ولا يعتمد بيديه على الأرض)** بل على ركبتيه **(وقال الشافعي: يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمداً على الأرض)** له ما روي في حديث مالك بن الحويرث «أن النبي ﷺ كان إذا رفع رأسه من السجود قعد ثم نهض» **(ولنا حديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ: كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه» وما رواه محمول على فعله عليه الصلاة والسلام في حال الكبر)** يعني فعل ذلك حين ما كبر وأسن على ما روي عنه أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول «لا تبادروني بالركوع والسجود فإني قد بدنت» وما رويناه محمول على حال القدرة فيوفق بين الأخبار من هذا الوجه أو تترك الأخبار كلها للتعارض ويعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب، ولأن هذه القعدة استراحة لأنه لا يأتي بها للفصل، فإن الفصل بالقعدة إنما شرع إما بين السجدتين أو بين الشفعين ولا حاجة إلى واحد منهما والصلاة ما وضعت لها. قال **(ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الأولى)** يفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى

---

(١) ضعيف أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في مجمع الزوائد ٣/ ٢٣٨ وقال البيهقي: هو عنده من طريقين ففي الأول محمد بن أبي ليلى سيء الحفظ وحديثه حسن إن شاء الله وفي الثاني: عطاء بن السائب قد اختلفوا اهـ وله علة أيضاً وهي أن الحكم لم يسمعه من مقسم مولى ابن عباس. كما ذكر ابن الهمام نقلاً عن شعبة وانظر نصب الراية ١/ ٣٨٩/ ٣٩٢.

(٢) هو جزء جمع فيه البخاري أحاديث مشروعية بل تأكيد رفع اليدين في الصلاة وهو غير كتاب الأدب المفرد.

(٣) أي ابن دقيق العيد. وهذا كله ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٣٩٠ وملخصه: أنه ضعيف بدون الحصر. أما بالحصر وهو لا ترفع... إلا. فهذا باطل. والصواب ترفع الأيدي.. وهذا الذي جنح إليه ابن الهمام كما ترى.

على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير **(وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس**

حين يرفع رأسه من السجود»[1] وجوابه المعارضة بما في أبي داود والترمذي عن وكيع عن سفيان الثوري عن عاصم ابن كليب عن عبد الرحمن بن الأسود عن علقمة قال: قال عبد الله بن مسعود: ألا أصلي بكم صلاة رسول الله ﷺ فصلى ولم يرفع يديه إلا في أوّل مرة[2]. وفي لفظ: فكان يرفع يديه في أول مرة ثم لا يعود[3]. قال الترمذي حديث حسن، وأخرجه النسائي عن ابن المبارك عن سفيان الخ، وما نقل عن ابن المبارك أنه قال: لم يثبت عندي حديث ابن مسعود فغيُر ضائر بعد ما ثبت بالطريق التي ذكرنا. والقدح في عاصم بن كليب غير مقبول، فقد وثقه ابن معين وأخرج له مسلم حديثه في الهدى وغيره عن عليّ، وفي عبد الرحمن بأنه لم يسمع من علقمة باطل لأنه عن رجل مجهول، وقد ذكره ابن حبان في كتاب الثقات وقال: مات سنة تسع وتسعين وسنه سن إبراهيم النخعي، وما المانع حينئذ من سماعه من علقمة والاتفاق على سماع النخعي منه، وصرح الخطيب في كتاب المتفق والمفترق في

(لأنه) أي الركعة الثانية، وذكر الضمير باعتبار الخبر **(تكرار الأركان)** والتكرار يقتضي إعادة الأول **(إلا أنه لا يستفتح)** قيل: أي لا يقول سبحانك اللهم الخ، ويسمى هذا دعاء الاستفتاح **(ولا يتعوذ لأنهما لم يشرعا إلا مرة)** لأن رواة صلاة النبي ﷺ ما رووه إلا مرة واحدة **(ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى)** وقال الشافعي: يرفعهما عند الركوع وعند رفع الرأس منه لما روي في حديث ابن عمر وغيره أن النبي ﷺ فعل كذلك. ولنا ما روى الطحاوي بإسناده إلى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال **(«لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»)** في افتتاح الصلاة، وفي التكبير للقنوت في الوتر،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٣٥ و٧٣٦ و٧٣٨ و٧٣٩ ومسلم ٣٩٠ح ٢١، ٢٢ والترمذي ٢٥٥. والنسائي ٢/ ١٢١، ١٢٢ وابن ماجه ٨٥٨ والدارمي ١٢٨٣ وأحمد ٢/ ٨، ١٨، ٤٤، ٤٥، ٤٧ كلهم من حديث ابن عمر. من طرق عدة عن الزهري عن سالم عن أبيه. وهو إسناد كالشمس. ورواه أبو داود من طريق آخر ٧٤١ ورجح في روايته الوقف ولكن ما تقدم أرجح وورد من حديث مالك بن الحويرث أخرجه البخاري ٧٣٧ أخرجه مسلم ٣٩١ من عدة طرق عن أبي قلابة عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا كبر رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه وإذا ركع رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه وإذا رفع رأسه من الركوع فقال سمع الله لمن حمده فعل مثل ذلك. هذا لفظ مسلم وأخرجه أبو داود ٧٤٥ والنسائي ٢/ ١٢٣ وابن ماجه ٨٥٩ والطيالسي ١٢٥٣ كلهم عن مالك بن الحويرث فهذه متابعة جيدة لابن عمر. وكذا رواه أحمد ٥/ ٥٣ وورد في حديث وائل بن حجر أخرجه مسلم ٣٩٨ والدارمي ١٣٣١ وورد من حديث أبي حميد في صفة صلاة النبي ﷺ أخرجه أبو داود ٧٣٠ والدارمي ١٣٣٠ وغيرهما. وورد من حديث علي أخرجه ابن ماجه ٨٦٤ ومن حديث ابن عباس ٨٦٥ لكن إسناده واهٍ. ومن حديث أنس ٨٦٦ ومن حديث جابر ٨٦٨ ومن حديث عمير بن حبيب ٨٦١ فهذه كلها شوهد لحديث ابن عمر وحديث مالك بن الحويرث ووائل بن حجر، قال الترمذي عقب حديث ابن عمر: وبه يقول مالك والأوزاعي ومعمر وابن عيينة وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق وقال أيضاً: قال ابن المبارك قد ثبت حديث ابن عمر، ولم يثبت حديث ابن مسعود في ترك رفع اليدين وهو قول: أبو هريرة وابن عمر وجابر وأنس وابن عباس وابن الزبير والحسن وعطاء وطاوس ومجاهد ونافع وسالم وسعيد بن جبير وغيرهم اهـ. وقال ابن حجر في الفتح ١/ ٢٢٠: صنف البخاري جزءاً في ذلك. ونقل البخاري عن الحسن البصري وحميد بن هلال أن الصحابة كانوا يفعلون ذلك. قال البخاري: ولم يستثن الحسن أحداً وقال محمد بن نصر المروزي: أجمع علماء الأمصار على مشروعيته إلا أهل الكوفة. فعولوا على رواية مجاهد أنه صلى خلف ابن عمر فلم يره يفعل ذلك. قال ابن حجر والجواب: في إسناده ابن عياش ساء حفظه بآخره وقال البخاري في جزء رفع اليدين: من زعم أنه بدعة فقد طعن في الصحابة فإنه لم يثبت عن أحد منهم تركه. ولا أسانيد أصح من أسانيده اهـ الفتح.

قلت: ويجاب أيضاً عن رواية ابن عياش على فرض صحتها أنه ربما تركه ابن عمر أحياناً. فهو بالاتفاق ليس بفرض ولا واجب بل هو مستحب فحديث رفع اليدين وكما ذكرت زاد طرقه عن عشرة فهو مشهور.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٧٤٨ والترمذي ٢٥٧ والنسائي ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٢/ ٧٨ كلهم من طريق عاصم بن كليب عن عبد الرحمن بن الأسود عن علقمة عن ابن مسعود قال الترمذي: حديث حسن. وقال أبو داود: ليس بصحيح على هذا اللفظ قلت: ولهذا الخبر علل ذكرها ابن الهمام وأجاب عنها وكذا الزيلعي في نصب الراية. ١/ ٣٩٤. ٣٩٥ ومع ذلك فالحديث لا يرقى عن درجه الحسن. تفرد به عاصم بن كليب وقد قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق رمي بالارجاء. فغاية هذا الحديث أن يكون حسناً وقد طعن به ابن المبارك وغيره وأنه حديث لا يثبت.

(٣) ضعيف. صنيع المصنف أن هذا اللفظ في السنن أيضاً. وليس كذلك لم يروه أحد من أصحاب السنن سوى أبي داود ٧٤٩ فقط ورواه الدارقطني ١/ ٢٩٣ والبيهقي ٢/ ٧٦ كلهم من حديث البراء بن عازب وإسناده ضعيف وأسند البيهقي عن الدارمي عن أحمد قوله: هذا حديث لا يصح وضعفه الدارمي والحميدي أيضاً ورواه أبو داود وقال: ليس بصحيح.

عليها ونصب اليمنى نصباً ووجه أصابعه نحو القبلة) هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله ﷺ في الصلاة (ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه وتشهد) يروى ذلك في حديث وائل بن حجر رضي الله عنه، ولأن فيه توجيه أصابع

ترجمة عبد الرحمن هذا أنه سمع أباه وعلقمة، وما قيل إن الحديث صحيح وإنما المنكر فيه على وكيع زياد ثم لا يعود نقل عن الدارقطني ومحمد بن نصر المروزي وابن القطان فإنما هو ظن ظنوه ولذا نسب غير هؤلاء الوهم إلى سفيان الثوري كالبخاري في كتابه في رفع اليدين. وقال ابن أبي حاتم: إنه سأل أباه عنه فقال: هذا خطأ يقال وهم فيه الثوري، فعرفنا أنه لما روى من طرق بدون هذه الزيادة ظنوها خطأ، واختلفوا في الغالط، وغاية الأمر أن الأصل رواه مرة بتمامه ومرة بعضه بحسب تعلق الغرض، وبالجملة فزيادة العدل الضابط مقبولة خصوصاً وقد توبع عليها، فرواه ابن المبارك فيما قدمناه من رواية النسائي. وأخرج الدارقطني وابن عدي عن محمد بن جابر عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال «صليت مع رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما فلم يرفعوا أيديهم إلا عند استفتاح الصلاة»[1] واعترف الدارقطني بتصويب إرسال إبراهيم إياه عن ابن مسعود، وتضعيف ابن جابر، وقول الحاكم فيه أحسن ما قيل فيه إنه يسرق الحديث من كل من يذاكره فممنوع. قال الشيخ في الإمام: العلم بهذه الكلية متعذر، وأحسن من ذلك قول ابن عدي: كان إسحاق بن أبي إسرائيل يفضل محمد بن جابر على جماعة هم أفضل منه وأوثق، وقد روى عنه من الكبار أيوب وابن عوف وهشام بن حسان والثوري وشعبة وابن عيينة وغيرهم، ولولا أنه في المحل الرفيع لم يروكنه هؤلاء[2]. ومما يؤيد صحة هذه الزيادة رواية أبي حنيفة من غير طريق المذكور، وذلك أنه اجتمع مع الأوزاعي بمكة في دار الحناطين كما حكى ابن عيينة فقال الأوزاعي: ما بالكم لا ترفعون عند الركوع والرفع منه، فقال: لأجل أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ فيه شيء، فقال الأوزاعي: كيف لم يصح وقد حدثني الزهري عن سالم عن أبيه «أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة وعند الركوع وعند الرفع منه» فقال أبو حنيفة: حدثنا حماد عن إبراهيم عن علقمة والأسود عن عبد الله بن مسعود «أن النبي ﷺ كان لا يرفع يديه إلا عند افتتاح الصلاة ثم لا يعود لشيء من ذلك» فقال الأوزاعي: أحدثك عن الزهري عن سالم عن أبيه وتقول حدثني حماد عن إبراهيم؟ فقال أبو حنيفة: كان حماد أفقه من الزهري، وكان إبراهيم أفقه من سالم، وعلقمة ليس بدون من ابن عمر في الفقه، وإن كانت لابن عمر صحبة وله فضل صحبة فالأسود له فضل كثير، وعبد الله

وفي العيدين وعند استلام الحجر، وعلى الصفا والمروة، وبجمع وعرفات، وعند المقامين عند الجمرتين: أراد بهما الأولى والوسطى دون العقبة، والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء: أي أنه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه. روي عنه أنه رأى رجلاً يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الرأس منه، فلما فرغ من صلاته قال له: لا تفعل فإن هذا شيء فعله رسول الله ﷺ ثم تركه، وفي المسألة حكاية. روي أن الأوزاعي لقي أبا حنيفة رحمهما الله في المسجد الحرام فقال: ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام كان يرفع يديه عندهما، فقال أبو حنيفة: حدثني حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم «أن النبي ﷺ كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود» فقال الأوزاعي: عجباً من أبي حنيفة أحدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن إبراهيم، فرجح حديثه بعلو إسناده، فقال أبو حنيفة: أما حماد فكان أفقه من الزهري، وإبراهيم كان أفقه من سالم، ولولا سبق ابن عمر لقلت بأن علقمة أفقه منه، وأما عبد الله فعبد الله، فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب فإن الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الإسناد، والكلام في

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٢٩٥ وابن عدي ٦/ ١٥٢ كلاهما من حديث ابن مسعود وقالا فيه محمد بن جابر ضعيف وغير حماد يرويه عن النخعي عن ابن مسعود مرسلاً.

(٢) إلى هنا كلام ابن عدي. والقول الفصل في اليمامي هو قول ابن حجر في التقريب: صدوق ذهبت كتبه فساء حفظه وخلط كثيراً وعمي فصار يلقن اهـ فالرجل لا يتعمد الكذب ولكنه خلط فوقع له مناكير.

يديه إلى القبلة (فإن كانت امرأة جلست على أليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الأيمن) لأنه أستر لها (والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات، والسلام عليك أيها النبي الخ) وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله

عبد الله»[1] فرجح بفقه الرواة كما رجح الأوزاعي بعلو الإسناد وهو المذهب المنصور عندنا، وروى الطحاوي ثم البيهقي من حديث الحسن بن عياش بسند صحيح عن الأسود قال «رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع يديه في أوّل تكبيرة ثم لا يعود» قال: ورأيت إبراهيم والشعبي يفعلان ذلك، وعارضه الحاكم برواية طاوس بن كيسان عن ابن عمر رضي الله عنهما كان يرفع يديه في الركوع وعند الرفع منه». وروى الطحاوي عن أبي بكر النهشلي عن عاصم بن كليب عن أبيه «أن علياً رضي الله عنه رفع يديه في أول التكبير ثم لم يعد»[2] وما في الترمذي عن علي رضي الله عنه، عنه ﷺ «كان إذا قام إلى الصلاة المكتوبة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ويصنع مثل ذلك إذا قضى قراءته وأراد أن يركع، ويصنعه إذا رفع من الركوع ولا يرفع يديه في شيء من الصلاة وهو قاعد، وإذا قام من السجدتين رفع كذلك»[3] صححه الترمذي، فمحمول على النسخ[4] للاتفاق على نسخ الرفع عند السجود: واعلم

هذا الموضع كثير وهذا المختصر لا يحتمله، خلا أن المحتمل على الرواة ورواة أخبارنا البدريون من أصحاب رسول الله ﷺ الذين كانوا يلون النبي ﷺ في الصلاة، ورواته ابن عمر ووائل بن حجر كانو يقومون ببعد منه عليه الصلاة والسلام، والأخذ بقول الأقرب أولى، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إن العشرة الذين شهد لهم النبي ﷺ بالجنة لم يكونوا

---

(١) فيه نظر. هذه المناظرة بحرفيتها هي في المسند المنسوب لأبي حنيفة ح١٨ ولا أظن هذا الخبر يصح عن أبي حنيفة. لأن في قوله للأوزاعي، لم يصح فيه شيء. إجحاف بحق أبي حنيفة وجعله غير محيط بطرق الحديث فقد صح الحديث ليس من حديث ابن عمر فقط بل عن عدد من الصحابة ثم إن المقارنة بين الإسنادين فيها نظر. لأن حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة لا يساوي الزهري من حيث الرواية لأن الزهري إمام الحديث وأمله بلا منازعة بل هو أول من دون الحديث. فهو ثقة ثبت في حين قال ابن حجر في التقريب عن حماد: صدوق له أوهام. بل لم يتابع عليه وسالم ليس بأقل من إبراهيم بل هو أشهر منه في الرواية وهو أعرف الناس بحديث أبيه. ولا مقارنة بين الأسود وابن عمر فهذا سمع ورأى النبي ﷺ فهو يقارن بابن مسعود ولكن هناك مرجح يرجح رواية ابن عمر. وهو حديث مالك بن الحويرث رواه مسلم وغيره من أصحاب الكتب المعتمدة. وكذا حديث وائل رواه مسلم وغيره وكذا حديث أبي حميد وحديث علي وأنس وجابر وغير ذلك كما تقدم قلت: ثم رأيت البيهقي أسند هذه المناظرة في ١/ ٨٢ عن ابن عيينة عن الأوزاعي والثوري تناظرا في ذلك فقال الثوري حدثنا يزيد بن أبي زياد فقال الأوزاعي: أحدثك عن الزهري عن سالم عن أبيه وتعارضني بيزيد وهو رجل ضعيف وحديثه مخالف للسنة قال ابن عيينة: فاحمرّ وجه الثوري فقال الأوزاعي كأنك كرهت ما قلت قال نعم قال الأوزاعي قم بنا إلى المقام نلتمس أينا على الحق. قال فتبسم الثوري لما رأى الأوزاعي احتدَّ رواه البيهقي من طريقين عن سليمان بن داود الشاذكوني. وهو إمام في هذا الفنّ ـ قال سمعت ابن عيينة فذكره قلت: فهذه المناظرة التي وقعت فسرقها بعض الضعفاء وجعلها لأبي حنيفة ثم إنه وقع في مسند ابن حنيفة أن ابن عيينة رواها فكيف يسكت ابن عيينة مع أن مذهبه رفع اليدين وهو قد روى الحديث وهو إمام أهل مكة بلا منازع كيف يسكت على شيء يراه باطلاً وعنده الأحاديث في ذلك من غير حديث ابن عمر اهـ فتدبر!! والله أعلم.

(٢) ذكر الزيلعي في نصب الراية هذا الأثار والكلام عليها في ١/ ٤٠٥ رواه الطحاوي في شرح الآثار ١/ ١٣٣ البيهقي في كتابه آثار.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٧٤٤ والترمذي ٣٤٢٣ وابن ماجه ٨٦٤ وأحمد ١/ ٩٣ والطحاوي ١/ ١٣١ والدارقطني ١/ ٢٨٧ والبيهقي ٢/ ٨٠ كلهم من حديث علي. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
قال الزيلعي نقلاً عن ابن دقيق العيد قوله: رأيت في علل الخلال سئل أحمد عن هذا الحديث فقال: صحيح. قال ابن دقيق العيد: وقوله: إذا قام من السجدتين ـ يعني الركعتين.
قال الزيلعي: وقال النووي في الخلاصة: وقع في أبي داود لفظ: السجدتين وفي لفظ الترمذي لفظ: الركعتين. والمراد بالسجدتين الركعتان: يدل عليه الرواية الأخرى اهـ نصب الراية ١/ ٤١٢ ـ ٤١٣.

(٤) فيه نظر حيث بين ابن دقيق العيد والنووي المراد من الحديث. وهنا يفهم من كلام الترمذي حيث قال عقبه: والعمل على هذا عند الشافعي وأصحابنا. قال الترمذي: وأحمد لا يراه اهـ. والذي لا يراه أحمد هو رفع اليدين عند القيام للثالثة. ويؤكد ذلك رواية أبي داود والترمذي حيث فيها: ولا يرفع يديه في شيء من صلاته وهو قاعد ثم قال: وإذا قام من سجدتين رفع يديه كذلك وكبر. ويقول حين يفتتح الصلاة بعد التكبير: وجهت وجهي... الحديث.
فهذا السياق يدل دلالة قاطعة على أن المراد بالسجدتين الركعتان.

عنه فإنه قال «أخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال: قل التحيات لله الخ»، والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوله «التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله»،

أن الآثار عن الصحابة والطرق عنه ﷺ كثيرة جداً، والكلام فيها واسع من جهة الطحاوي وغيره، والقدر المتحقق بعد ذلك كله ثبوت رواية كل من الأمرين عنه ﷺ الرفع عند الركوع وعدمه فيحتاج إلى الترجيح لقيام التعارض، ويترجح ما صرنا إليه بأنه قد علم بأنه كانت أقوال مباحة في الصلاة وأفعال من جنس هذا الرفع وقد علم نسخها، فلا يبعد أن يكون هو أيضاً مشمولاً بالنسخ خصوصاً وقد ثبت ما يعارضه ثبوتاً لا مرّد له، بخلاف عدمه فإنه لا يتطرق إليه احتمال عدم الشرعية لأنه ليس من جنس ما عهد فيه ذلك بل من جنس السكون الذي هو طريق ما أجمع على طلبه في الصلاة: أعني الخشوع، وكذا بأفضلية الرواة عن رسول الله ﷺ كما قاله أبو حنيفة للأوزاعي[١] وروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: ذكر عنده وائل بن حجر: أنه رأى رسول الله ﷺ يرفع يديه عند الركوع وعند السجود، فقال أعرابي: لم يصل مع النبي ﷺ صلاة أرى قبلها قط: أفهو أعلم من عبد الله وأصحابه حفظ ولم يحفظوا. وفي رواية وقد حدثني من لا أحصي عن عبد الله أنه رفع يديه في بدء الصلاة فقط، وحكاه عن النبي ﷺ، وعبد الله عالم بشرائع الإسلام وحدوده متفقد لأحوال النبي ﷺ ملازم له في إقامته وأسفاره، وقد صلى مع النبي ﷺ ما لا يحصى[٢]، فيكون الأخذ به عند التعارض أولى من إفراد مقاله ومن القول[٣] بسنية كل من الأمرين والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(هكذا روت عائشة رضي الله عنها)** الذي في مسلم عن عائشة رضي الله عنها «كان رسول الله ﷺ يفتتح الصلاة بالتكبير، إلى أن قالت: وكان يفترش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى[٤]» وفي النسائي عن ابن عمر عن أبيه رضي الله عنهما قال: من سنة الصلاة أن ينصب قدمه اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة والجلوس على اليسرى[٥] قوله: **(روي ذلك في حديث وائل)** غريب[٦]، والذي في الترمذي من حديث وائل «قلت: لأنظرن

يرفعون أيديهم إلا عند افتتاح الصلاة. وقوله **(وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية)** ظاهر. وقوله **(وبسط أصابعه وتشهد)** وهل يشير بالمسبحة إذا انتهى إلى الشهادة أو لا؟ لم يذكره، فمن المشايخ من يقول بأنه لا يشير لأن في الإشارة زيادة رفع لا يحتاج إليها فالترك أولى لأن مبنى الصلاة على السكينة والوقار، ومنهم من يقول يشير بها، وقد نص محمد بن الحسن عن هذا في كتاب المسبحة، حدثنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يفعل ذلك: أي يشير، ثم قال: نصنع بصنيع رسول الله ﷺ ونأخذ بفعله، وهذا قول أبي حنيفة. وقولنا ثم كيف يشير؟ قال: يقبض أصبعه الخنصر والتي تليها ويحلق الوسطى مع الإبهام ويشير بسبابته، وكلام المصنف وهو قوله **(ولأن فيه توجيه أصابع يديه إلى القبلة)** يشير إلى أنه لا يحلق شيئاً من الأصابع. قال **(والتشهد: التحيات لله الخ)** اعلم أن لعمر رضي الله عنه تشهداً ولعلي رضي الله عنه تشهداً ولعبد الله ابن عباس رضي الله

---

(١) تقدم قبل قليل أن هذه المناظرة لم تثبت وإنما ورد عكس ذلك. مناظرة الثوري والأوزاعي.

(٢) فيه نظر. هذا الخبر في مسند أبي حنيفة ٤٢ح ١٧ بطوله. وروى البيهقي ٢/ ٨١ والدارقطني ١/ ٢٩١ بعضه وهو الجزء الأول منه. وهذا الخبر موجود لا ينكر. لكنه مجرد رأي لإبراهيم وإذا سلمنا بأن وائل بن حجر أعرابي. يعني لا يفقه. فما نفعل في حديث ابن عمر الذي جاء عنه بأسانيد كالشمس وكيف إذا انضم لذلك حديث مالك بن الحويرث وهو في الصحيحين والسنن كما تقدم أضف لذلك عن عشرة من الصحابة لأسانيد حسان وصحيحة ألا تترجح على حديث غير قوي وهو حديث فرد غريب ورد عن ابن مسعود وحده.

(٣) بل هذا حسن. أن نقول فعله النبي ﷺ أحياناً وتركه أحياناً فكلاهما سنة والإلزام الطعن فيما يرويه الأئمة الستة في كتبهم ليس من طريق واحد بل من طرق كثيرة وعن جماعة من الصحابة والطعن في الكتب الستة لا يرضاه أي مسلم غيور على دينه.

(٤) صحيح: أخرجه مسلم ٤٩٨ وابن ماجه ٨٩٣ كلاهما من حديث عائشة. اختصره ابن ماجه.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه النسائي ٢/ ٢٣٦ بهذا اللفظ عن عبد الله بن عبد الله بن عمر عن أبيه. وقد وقع للمصنف عن ابن عمر عن أبيه وهو سبق قلم اهـ وروى أبو داود ٨٥٨ و٨٥٩ والنسائي ٢/ ٢٣٥ من طريقين عن ابن عمر بلفظ: إن من سنة الصلاة أن تضجع رجلك اليسرى وتنصب اليمنى اهـ وليس فيه توجيه الأصابع للقبلة.

(٦) غريب. حديث وائل الذي أشار إليه صاحب الهداية قال ابن الهمام عنه غريب وكذا الزيلعي ١/ ٤١٩ وكذا ابن حجر في الدراية. ١/ ١٥٦ لم أجده في حديث وائل.

سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، سلام علينا» الخ، لأن فيه الأمر، وأقله الاستحباب، والألف واللام وهما

إلى صلاة رسول الله ﷺ، فلما جلس: يعني للتشهد افترش رجله اليسرى ووضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ونصب رجله اليمنى[1] من غير زيادة على ذلك وفي مسلم «كان ﷺ إذا جلس في الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذه اليمنى وقبض أصابعه كلها وأشار بأصبعه التي تلي الإبهام ووضع كفه اليسرى على فخذه اليسرى»[2] ولا شك أن وضع الكف مع قبض الأصابع لا يتحقق، فالمراد والله أعلم وضع الكف ثم قبض الأصابع بعد ذلك عند الإشارة، وهو المروي عن محمد في كيفية الإشارة، قال: يقبض خنصره والتي تليها ويحلق الوسطى والإبهام ويقيم المسبحة، وكذا عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي، وهذا فرع تصحيح الإشارة، وعن كثير من المشايخ لا يشير أصلاً وهو خلاف الدراية والرواية، فعن محمد أن ما ذكرناه في كيفية الإشارة مما نقلناه قول أبي حنيفة رضي الله عنه، يكره أن يشير بمسبحتيه. وعن الحلواني يقيم الأصبع عند لا إله ويضعها عند إلا الله ليكون الرفع للنفي والوضع للإثبات، وينبغي أن يكون أطراف الأصابع على حرف الركبة لا مباعدة عنها **(قوله لأن فيه الأمر الخ)** روى الستة، واللفظ لمسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه «علمني رسول الله ﷺ التشهد كفي بين كفيه كما يعلمني السورة

عنهما تشهداً ولعبد الله بن مسعود رضي الله عنه تشهداً ولعائشة رضي الله عنها تشهداً ولجابر رضي الله عنه تشهداً ولغيرهم أيضاً تشهداً، وعلماؤنا أخذوا بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس، وهو ما ذكره في الكتاب: التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله. قال: والأخذ بما رواه ابن عباس رضي الله عنه أولى لوجوه أربعة: أحدها أن فيه زيادة كلمة وهي المباركات. والثاني أنه موافق للقرآن على ما قال تعالى ﴿تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ والثالث أنه ذكر السلام بغير الألف واللام، وأكثر تسليمات القرآن مذكور بغير الألف واللام، قال الله سبحانه وتعالى ﴿سلام عليكم طبتم﴾. قالوا سلاماً. قال سلام. وسلام عليه يوم ولد. وأشرف الكلام ما وافق القرآن. والرابع أنه متأخر عن خبر ابن مسعود لأن ابن عباس كان صغير السن فكان ينقل ما تأخر من الشرع، وأصحابنا رضي الله عنهم قالوا: الأخذ بتشهد ابن مسعود وهو: التحيات لله والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أولى بوجوه، ذكر بعضها في الكتاب فإنه قال «أخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل: التحيات لله إلخ» فقوله قل أمر وأقل مرتبته الاستحباب. وقوله السلام عليك بالألف واللام يفيد الاستغراق. وقوله والصلوات بالواو يفيد تجديد الكلام كما في القسم، وقوله أخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تأكيد وقوة فذلك أربعة أوجه، وقد ذكر وجوه أخرى: منها أن قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلاة وغيرها، فإذا قال الصلوات بغير الواو صار تخصيصاً وبياناً أنه أراد به الصلوات لا غير ومتى قال بالواو يبقى الأول عاماً فيكون أبلغ في الثناء فكان أولى، ومنها تقديم اسم الله تعالى، فإنه إذا قدم علم الممدوح في ابتداء الكلام ومتى أخر كان محتملاً، وإزالة الاحتمال بأول الكلام أولى. ومنها أنه علق به تمام الصلاة فدل على أن التمام لا يوجد بدونه. ومنها أن تشهد ابن مسعود أحسنها إسناداً هكذا قاله أئمة الحديث. ومنها أن عامة الصحابة رضي الله عنهم أخذوا بتشهده رضي الله عنه، فإنه روي أن أبا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله ﷺ التشهد مثل ما قاله ابن مسعود رضي الله عنه، هكذا روى سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية رضي الله عنهم. ومنها اشتمال تشهده على لفظ العبد الذي يدل على ما يدل من كمال الحال، قال الله تعالى ﴿سبحان الذي أسرى بعبده﴾ ذكره بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان أعلى مراتبه عليه الصلاة والسلام. ومنها حسن ضبطه، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: أخذ حماد بيدي، وقال حماد أخذ إبراهيم بيدي، وقال إبراهيم: أخذ

---

(١) جيد ـ أخرجه الترمذي ٢٩٢ بهذا اللفظ وأبو داود ٩٥٧ والنسائي ٢/٢٣٦ وابن ماجه ٩١٢ كلهم من حديث وائل بن حجر مع تغير يسير فيه بعض ألفاظه. وقال الترمذي: حسن صحيح. وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات.
تنبيه: لفظ من غير زيادة... ليس من الحديث.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٥٨٠ح١١٦ بهذا السياق من حديث ابن عمر. وكرره بنحوه من طرق عدة.

. . . .

من القرآن فقال: إذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل التحيات لله والصلوات الخ»[١] وفي لفظ للنسائي «إذا قعدتم في كل ركعتين فقولوا»[٢] فهذا هو الأمر المعروف رواية قوله: (والألف واللام) هي في رواية مسلم وأبي داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما[٣]، ورواية الترمذي والنسائي عنه بالتنكير، وأصحاب الشافعي في العمل على هذه الرواية فصح الترجيح على ما ذهبوا إليه. وأما زيادة الواو فليست في تشهد ابن عباس في جميع الروايات قوله: (وتأكيد التعليم) يعني به أخذه بيده لزيادة التوكيد ليس في تشهد ابن عباس أما نفس التعليم ففي تشهد ابن عباس رضي الله عنه، فإن لفظه «كان ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن، فكان يقول التحيات لله» فقول الزيلعي في التخريج: وأما التعليم أيضاً فهو في تشهد ابن عباس دفعاً لهذا الوجه من الترجيح ليس بوارد[٤]. ومن وجوه الترجيح أيضاً أن الأئمة الستة اتفقوا عليه لفظاً ومعنى وهو نادر، وتشهد ابن عباس رضي الله عنه معدود في أفراد مسلم وإن رواه غير البخاري من الستة، وأعلى درجات الصحيح عندهم ما اتفق عليه الشيخان ولو في أصله، فكيف إذا اتفقا على لفظه، ولذا أجمع العلماء على أنه أصح حديث في الباب[٥]. قال الترمذي: أصح حديث عن النبي ﷺ في التشهد حديث ابن مسعود، والعمل عليه عند أكثر الصحابة والتابعين. ثم أخرج عن خصيف قال

علقمة بيدي، وقال علقمة أخذ ابن مسعود بيدي، وقال ابن مسعود أخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد، والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة أن الزيادة لو كانت مرجحة كان تشهد جابر أولى لأن فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم، وفي خبرنا زيادة الواو أو الألف واللام، وقوله عبده فكان أولى. وعن قوله يوافق القرآن أنه ليس بمرجح لأن قراءة القرآن في القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه. وعن قوله أكثر التسليمات بغير الألف واللام أنه يستلزم الموافقة وقد قلنا إنها مكروهة على أن السلام في القرآن جاء بالألف واللام أيضاً، قال الله تعالى ﴿والسلام علي يوم ولدت. والسلام على من اتبع الهدى﴾ وعن قوله إن خبر ابن عباس متأخر أنه ليس كذلك. روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال: كنا نقول في أول الإسلام: التحيات الطاهرات المباركات كذلك. روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال: كنا نقول في أول الإسلام: التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات. فدل على أن خبره متأخر عما رواه ابن عباس. وقوله لأن ابن عباس يروي آخر السنن ليس بشيء لأن أحداً لم يرجح رواية أصاغر الصحابة على أكابرهم رضي الله عنهم، ولأن ابن مسعود وإن تقدمت هجرته فقد دامت صحبته إلى أن قبض رسول الله ﷺ. وقيل في تفسير التحيات: التحيات أي العبادات القولية لله، والصلوات: أي العبادات البدنية لله، والطيبات: أي العبادات المالية لله، وقوله السلام عليك: حكاية السلام الذي رده الله تعالى على نبيه عليه السلام ليلة المعراج

قوله: (لأن قراءة القرآن في القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه) أقول: مخالف لما سيجيء من قوله ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٨٣١ و٨٣٥ و١٢٠٢ و٦٢٣٠ و٦٢٦٥ و٦٣٢٨ و٧٣٨١ ومسلم ٤٠٢ وأبو داود ٩٦٨ والترمذي ٢٨٩ والنسائي ٣/ ٤٠ وابن ماجه ٨٩٩ والدارمي ١٣١٤ و١٣١٥ والطيالسي ٢٧٥ وأحمد ١/ ٤١٣، ٤١٤، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٧ والبيهقي ٢/ ١٣٨ والدارقطني ١/ ٣٥٢، ٣٥٣ كلهم من حديث ابن مسعود وتمامه: والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين فإذا قالها أصابت كل عبد صالح في السماء والأرض. أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمد عبده ورسوله. ثم يتخير من المسألة ما شاء. هذا لفظ مسلم وكذا البخاري إلا أنه لم يذكر لفظ: علمني التشهد أما الصيغة فهي عندهما سواء بل وعند غيرهما كذلك.

(٢) ورد في رواية للنسائي ٢/ ٢٣٨ وفيه: إذا قعدتم في كل ركعتين. فقولوا التحيات. . . الحديث. ليس فيه لفظ: فهذا هو الأمر المعروف وإنما هو كلام المصنف.

(٣) صحيح. أخرجه ٤٠٣ ح٦٠، ٦١ وأبو داود ٩٧٤ وابن ماجه ٩٠٠ كلهم من حديث ابن عباس. وفيه ذكر الألف واللام في لفظ: السلام. وقد رواه الترمذي في سننه ٢٩٠ والنسائي ٢/ ٢٤٢ كلاهما من حديث ابن عباس أيضاً لكن فيه لفظ: سلام عليك. منكراً بدون ـ أل.

(٤) يعني يعترض ابن الهمام على الزيلعي بأنه ليس في حديث ابن عباس: أخذ بيدي. فترجح حديث ابن مسعود من هذا الوجه وهو تأكيد التعليم اهـ أما الزيلعي فاعتبرهما سواء بالنسبة لتأكيد التعليم. حيث قول ابن عباس: كان يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة.
قلت: ولا حاجة لهذه الدقة الزائدة.

(٥) قال ابن حجر في الفتح ٢/ ٣١٥: قال البزار: أصح حديث في التشهد هو عندي حديث ابن مسعود روي من نيف وعشرين طريقاً ثم سرد أكثرها وقال: لا أعلم في التشهد أثبت منه ولا أصح أسانيد ولا أشهر رجالاً.

للاستغراق، وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم. **(ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى)** لقول ابن مسعود «علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وآخرها، فإذا كان وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد وإذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء» **(ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها)** لحديث أبي قتادة «أن النبي ﷺ قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب» وهذا بيان الأفضل هو الصحيح، لأن القراءة فرض في الركعتين

«رأيت النبي ﷺ في المنام، فقلت له: إن الناس قد اختلفوا في التشهد، فقال: عليك بتشهد ابن مسعود[(١)]. وكقول الترمذي قال الخطابي وابن المنذر، وممن وافق ابن مسعود على رفعه معاوية، أخرج الطبراني عنه: كان يعلم الناس التشهد وهو على المنبر عنه ﷺ: التحيات لله والصلوات الخ سواء[(٢)]. وعائشة في سنن البيهقي عنها قالت: هذا تشهد النبي ﷺ التحيات لله والصلوات الخ[(٣)]. قال النووي إسناده جيد، واستفدنا منه أن تشهده ﷺ بلفظ تشهدنا. وسلمان روى الطبراني والبزار عن أبي راشد قال: سألت سلمان عن التشهد فقال: أعلمكم كما علمنيهن رسول الله ﷺ: التحيات لله والصلوات الخ سواء[(٤)]. قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أخذ حماد بن سليمان بيدي وعلمني التشهد، وقال حماد: أخذ إبراهيم بيدي وعلمني التشهد، وقال إبراهيم: أخذ علقمة بيدي وعلمني التشهد، وقال علقمة أخذ عبد الله بن مسعود بيدي وعلمني التشهد، وقال عبد الله: أخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد كما يعلمني السورة من القرآن، وكان يأخذ علينا بالواو والألف واللام[(٥)] قوله: **(لقول ابن مسعود علمني)** روى الإمام أحمد عنه أن رسول الله ﷺ علمه التشهد فكان يقول إذا جلس في وسط الصلاة وفي آخرها على وركه اليسرى: التحيات لله: إلى قوله: عبده ورسوله. قال: ثم إن كان في وسط الصلاة نهض حين يفرغ من تشهده، وإن كان في آخرها دعا بعد تشهده بما شاء الله أن يدعو ثم يسلم[(٦)] وأحاديث الدعاء بعد التشهد في آخر الصلاة كثيرة شهيرة في الصحيحين وغيرهما قوله: **(لحديث أبي قتادة)** في الصحيحين عنه أنه ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر

لما أثنى على الله بثلاثة أشياء رد الله عليه في مقابلها ثلاثة أشياء: السلام بمقابلة التحيات، والرحمة بمقابله الصلوات، والبركة بمقابلة الطيبات. والبركة: هي النماء والزيادة، وقوله **(ولا يزيد على هذا)** أي على مقدار التشهد، وقال الشافعي في الجديد: تسن الصلاة على النبي **(في القعدة الأولى)** لحديث أم سلمة «في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين» ولنا قول ابن مسعود: علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وآخرها، فإذا كان في وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد، وإذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء، وما رواه محمول على التطوع، فإن كل شفع من التطوع صلاة على حدة أو مراده سلام التشهد. قال **(ويقرأ في الركعتين الأخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة)** وهو ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى أبي قتادة أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين، وفي الأخريين بأم الكتاب وهذا بيان للأفضل. قوله **(هو الصحيح)** احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة أن القراءة في الأخريين واجبة حتى لو تركها

---

(١) ذكر ذلك الترمذي في ٢/ ٨٢ مع رؤيا خصيف هذه وخصيف تابعي واسمه خصيف بن عبد الرحمن الجزري قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق سيء الحفظ خلط بآخره اهـ.

(٢) ضعيف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٤٢٠ عن معاوية بمثل سياق ابن مسعود وقال: رواه الطبراني في معجمه اهـ. ولم يذكره الهيثمي في المجمع مع كثرة ما أورده وإسناده غير قوي فيه إسماعيل بن عياش فيه كلام وشيخه جرير بن عثمان لم أر من ترجمه.

(٣) جيد. أخرجه البيهقي ٢/ ١٤٤ بإسناد جيد عن عائشة مرفوعاً بمثل من ابن مسعود وفي نصب الراية ١/ ٤٢٠ قال النووي جيد.

(٤) ضعيف رواه الطبراني في الكبير والبزار كما في المجمع ٢/ ١٤٣ من حديث سلمان.
وقال الهيثمي: فيه بشر بن عبيد الله الدراسي كذبه الأزدي وقال ابن عدي: منكر الحديث. وذكره ابن حبان في الثقات اهـ. القول الأقرب هو لابن عدي.

(٥) لم أره في مسند أبي حنيفة بهذا السياق. وهذا يسمى عن العلماء الحديث المسلسل. وإسناده حسن على كل حال. وقوله: كان يأخذ علينا بالواو والألف واللام يعني تكرر الواو في كلمات التشهد. وكلماته كلها بالألف واللام.

(٦) حسن أخرجه أحمد ١/ ٤٥٩ بهذا السياق من حديث ابن مسعود وقال الهيثمي في المجمع ٢/ ١٤٢: رجاله موثقون.

على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى (**وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى**) لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما، ولأنها أشق على البدن، فكان أولى من التورك الذي يميل إليه مالك رحمه الله والذي يرويه أنه ﷺ قعد متوركاً ضعفه الطحاوي رحمه الله، أو يحمل على حالة الكبر (**وتشهد وهو اجب عندنا وصلى على النبي ﷺ**)

والعصر بفاتحة الكتاب وسورتين، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب ويسمعنا الآية أحياناً ويطيل في الركعة الأولى مالا يطيل في الثانية، وهكذا في الصبح[١]، وهذا لا يعم الصلوات والذي يعمها ما في مسند إسحاق بن راهويه عن رفاعة بن رافع الأنصاري كان عليه الصلاة والسلام يقرأ في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورة، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب[٢]. قوله: (**هو الصحيح**) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنها واجبة يلزم بتركها السهو قوله: (**ضعفه الطحاوي**) تقدم في حديث رفع اليدين وتكلم البيهقي معه، واختصر[٣] الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد للطحاوي قوله: (**أو يحمل على حالة الكبر**) فيكون متعلقاً بالعارض لا مشروعاً أصلياً، وهو أولى للجمع بين الحديثين قوله: (**وهو واجب عندنا**) أي في القعدتين قوله: (**للأمر المتقدم**) أي في حديث ابن مسعود (**قوله فيهما**) أي في التشهد والصلاة على النبي ﷺ فإنهما من الفرائض عنده قوله: (**إذا قلت هذا[٤]**) تقدم أنها مدرجة من ابن مسعود، وأن هذا المدرج الموقوف له حكم المرفوع، ومع هذا نقول في الجواب قد أوجبنا التشهد فخرجنا عن عهدة الأمر الثابت بخبر الواحد، وأما الصلاة في الصلاة فلا دليل يصلح للإيجاب لنقول به. قال القاضي عياض: وقد شذ الشافعي رحمه الله فقال: من لم يصل عليه فصلاته فاسدة ولا سلف له في هذا القول ولا سنة يتبعها. وشنع عليه فيه جماعة منهم الطبري والقشيري، وخالفه من أهل مذهبه الخطابي وقال: لا أعلم له قدوة. والتشهدات المرويات عن ابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وجابر وأبي سعيد وأبي موسى وابن الزبير رضي الله عنهم لم يذكر

ساهياً لزمه سجود السهو لأن القيام في الأخريين مقصود فيكره إخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعاً كما في الركوع والسجود. ووجه الصحيح ما ذكره أن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك إن شاء الله تعالى بعد. وقوله (**وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى**) قيل إنما قال في الأخيرة ليتناول قعدة العجز وقعدة المسافر، وليس بواضح لأن قوله كما جلس في الأولى ينبو عن ذلك. وقوله (**لما روينا من حديث وائل**) بن حجر يريد به قوله يروى ذلك في حديث وائل بن حجر، وقوله (**وعائشة**) أي حديث عائشة. وقوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله ﷺ. وقوله (**ولأنها**) أي الجلسة على تلك الصفة (**أشق على البدن**) من التورك الذي يميل إليه مالك، قال مالك: المسنون في القعدة أن يقعد متوركاً بأن يخرج رجليه من جانب ويفضي بإليتيه إلى الأرض في القعدتين جميعاً ما كان أشق فهو أفضل، والذي يرويه مالك «**أن النبي ﷺ قعد متوركاً**» ضعفه الطحاوي، قال: هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث، ولئن صح كان محمولاً على الكبر. قوله (**وتشهد**) معطوف على قوله جلس (**وهو واجب عندنا، وصلى على النبي ﷺ وهو ليس بفرض عندنا خلافاً للشافعي فيهما**) أي في قراءة التشهد والصلاة على النبي فإنهما فرضان عنده. أما التشهد فلما رواه ابن مسعود رضي الله عنه

قوله: (**فإن موجب التخيير بين الشيئين الإتيان بأحدهما الخ**) أقول: فيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٥٩ و٧٦٢ و٧٧٦ و٧٧٨ و٧٧٩ ومسلم ٤٥١ وأبو داود ٧٩٨ و٧٩٩ والنسائي ٢/١٦٥-١٦٦ وابن ماجه ٨٢٩ كلهم من حديث أبي قتادة بألفاظ متقاربة واللفظ لبعض روايات البخاري ومسلم.

(٢) ضعيف. رواه إسحاق في مسنده كما في المطالب العالية لابن حجر ٤٢٩ وقال ابن حجر: فيه ضعف. وهو من حديث رفاعة بن رافع اهـ. لأن فيه ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه وفيه مندل بن علي ضعيف.

(٣) كذا وقع: واختصر. والصواب: وانتصر. يعني ابن دقيق العيد للطحاوي وهذا هو الصواب كما في نصب الراية ١/٤٢٤ والمراد بما ضعفه الطحاوي هو حديث أبي حميد في صفة صلاة النبي ﷺ وفيه ذكر التورك وقد تقدم في ١/٢٨٢ وأجاب ابن حجر عن تضعيف الطحاوي له وصححه حيث رواه البخاري وغيره.

(٤) تقدم في ١/٢٧٦ أول هذا الباب وأن الراجح في هذه الفقرة الإدراج وهي: إذا قلت هذا أو فعلت هذا تمت صلاتك... كما في الهداية.

وهو ليس بفريضة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فيهما لقوله ﷺ «إذا قلت هذا أو فعلت فقد تمت صلاتك، إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد» والصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام خارج الصلاة واجبة، إما مرة واحدة كما قاله الكرخي، أو كلما ذكر ﷺ كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الأمر، والفرض المروي في التشهد

فيها ذلك. وما روي عنه عليه الصلاة والسلام «لا صلاة لمن لم يصل عليّ»[١] ضعفه أهل الحديث كلهم، ولو صح فمعناه كاملة أو لمن لم يصل عليّ مرة في عمره. وكذا ما جاء في حديث ابن مسعود عنه ﷺ «من صلى صلاة لم يصل عليّ فيها وعلى أهل بيتي لم تقبل منه»[٢] اهـ. وهذا ضعف بجابر الجعفي مع أنه قد اختلف عليه في رفعه ووقفه، قاله الدارقطني. وأما الأول فرواه ابن ماجه «لا صلاة لمن لا وضوء له. ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه، ولا صلاة لمن لم يصلّ على النبي ﷺ. ولا صلاة لمن لم يحب الأنصار»[٣] وفيه عبد المهيمن ضعيف. قال ابن حبان: لا يحتج به. وأخرجه الطبراني عن أبي بنّ عباس بن سهل بن سعد عن أبيه عن جده مرفوعاً بنحوه[٤] قالوا: حديث عبد المهيمن أشبه بالصواب، مع أن جماعة قد تكلموا في أبيّ بن عباس. وروى البيهقي عن يحيى ابن السباق عن رجل من بني الحارث عن ابن مسعود عنه ﷺ «إذا تشهد أحدكم في الصلاة فليقل اللهم صلّ على محمد وعلى آل محمد، وبارك على محمد وعلى آل محمد، وارحم محمداً وآل محمد، كما صليت وباركت وترحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد»[٥] وفيه المجهول. وكره بعضهم أن يقال وارحم محمداً ولم يكرهه بعضهم، وكره الصلاة على غير الأنبياء، وقيل لا تكره وفي الحديث عنه ﷺ «اللهم صلى على آل أبي أوفى»[٦] وموجب الأمر القاطع الافتراض مرة في العمر في الصلاة أو خارجها لأنه لا يقتضي التكرار وقلنا به قوله:

«كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: قولوا التحيات لله، إلى أن قال في آخره: إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك» أطلق اسم الفرض على التشهد وقال له قل، والأمر للوجوب،، وعلق التمام به فلا يتم بدونه، وأما الصلاة على النبي ﷺ فلقوله تعالى ﴿صلوا عليه﴾ والأمر للوجوب، ولا وجوب خارج الصلاة فكان فيها. ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود، فإنه علق على التمام بأحد الأمرين، وأجمعنا على أن التمام معلق بالقعدة فإنه لو تركها لم تجزه فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير، فإن موجب التخيير بين الشيئين الإتيان بأحدهما، وكذلك على عدم فرضية الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام لأنه علق بأحدهما، فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام فقد خالف النص، والجواب عن استدلاله بالحديث أن معنى

---

(١) ضعيف أخرجه ابن ماجه ٤٠٠ والحكم ١/ ٢٦٩ والدارقطني ١/ ٣٥٥ والبيهقي ٢/ ٣٧٩ كلهم من حديث سهل بن سعد اختصره الدارقطني بمثل سياق المصنف وأما لفظ ابن ماجه وغيره فسيذكره المصنف بعد أسطر. ومداره على عبد المهيمن بن عباس.
قال البوصيري في الزوائد: ضعيف لاتفاقهم على ضعف عبد المهيمن. وقال الحاكم: إنه ليس على شرطهما حيث لم يرويا لعبد المهيمن وقال الذهبي: هو واهٍ. وقال الدارقطني عقب حديثه: ليس بالقوي ونقل هذا كله الزيلعي في نصب الراية ١/ ٤٢٦

(٢) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٥٥ من حديث أبي مسعود الأنصاري وقال: فيه جابر الجعفي ضعيف واختلف عليه فيه. وكذا ذكره البيهقي ٢/ ٣٧٩ وأعله بضعف الجعفي.
قلت: بل اتهمه أبو حنيفة بالكذب وكذا قال النسائي هو متروك. راجع الميزان ١/ ٣٨٠
تنبيه وقع للمصنف: ابن مسعود. وصوابه كما ذكرت أبو مسعود.

(٣) ضعيف. هذا اللفظ لابن ماجه بحرفيته تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

(٤) ضعيف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/ ٤٢٦ وقال: حديث عبد المؤمن أشبه بالصواب وقد ضعفه ابن حجر في التقريب: ١/ ٤٨٠

(٥) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٢٦٩ والبيهقي ٢/ ٢٧٩ كلاهما عن يحيى السباق عن رجل من بني الحارث عن ابن مسعود بهذا السياق. وإسناده ضعيف فيه رجل مجهول لم يسم.
قول المصنف: وفيه المجهول. صوابه حذف. أل..

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٦٣٥٩ وابن حبان ٩١٧ وأحمد ٤/ ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٨١، ٣٨٣ كلهم من حديث ابن أبي أوفى قال: كان عليه السلام إذا أتاه رجل بصدقة قال: اللهم صل عليه فأتاه أبي بصدقة فقال اللهم صل على آل أبي أوفى.

هو التقدير. قال (**ودعا بما شاء مما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة**) لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال له النبي عليه الصلاة والسلام «ثم اختر من الدعاء أطيبه وأعجبه إليك» ويبدأ بالصلاة على النبي ﷺ ليكون

(**إما مرة الخ**) ظاهر السوق التقابل بين قول الطحاوي والقول بالمرّة، ولا ينبغي ذلك لأن الوجوب مرة مراد قائله الافتراض، ولا ينبغي أن يحمل قول الطحاوي عليه كلما ذكره لأن مستنده خبر واحد وهو غير مخالف في أنه إكفار بمحمد مقتضاه، بل التفسيق بل التقابل بين القول باستحبابه إذا ذكر وقول الطحاوي، والأولى قول الطحاوي وجعل في التحفة قول الطحاوي أصح، واختيار صاحب المبسوط قول الكرخي بعد النقل عنهما ظاهر في اعتبار التقابل ثم الترجيح وهو بعيد لما قلنا، ولو تكرر في مجلس قيل يكفي مرّة وصحح، وفي المجتبى تكرّر الوجوب وفرق بينه وبين تكرر ذكر الله تعالى في مجلس حيث يكفي ثناء واحد، قال: ولو تركه لا يبقى عليه ديناً، بخلاف الصلاة فإنها تصير ديناً بما ليس بظاهر، وصحح في باب سجود التلاوة من الكافي وجوب الصلاة مرة عند التكرر في المجلس الواحد وفي الزائد ندب، وكذا التشميت، وقيل يجب أن يشمته في كل مرة إلى الثلاث قوله: (**والفرض المروي**) يعني في رواية النسائي كنا نقول في الصلاة قبل أن يفرض التشهد «السلام على الله السلام على جبرائيل وميكائيل»، فقال ﷺ «لا تقولوا هذا فإن الله هو السلام، لكن قولوا التحيات لله» وساق تشهد ابن مسعود رضي الله عنه، وهذا الحديث في الكتب الستة[1]. وليس لفظ الفرض إلا في رواية النسائي، بل ألفاظه فيها «كنا إذا كنا مع النبي ﷺ في الصلاة قلنا السلام الخ» وكنا نقول في الصلاة خلف رسول الله ﷺ، وكنا إذا جلسنا مع رسول الله ﷺ، وكنا إذا صلينا مع رسول الله ﷺ[2]: وهذه رواية أخرى للنسائي ثم بتقدير أن لا يؤوّل لفظ الفرض. فثبوت كونه فرضاً اصطلاحياً متعذر لثبوته بما لا يثبت به الفرض: أعني خبر الواحد فيكون واجباً قوله: (**لما روينا من حديث ابن مسعود قال له النبي ﷺ**) في رواية الستة إلا الترمذي وابن ماجه «ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه إليه فيدعو به»[3] ولا يخفى عدم مطابقة الاستدلال بهذا الدعاء بما يشبه ألفاظ القرآن والمأثور دون ما يشبه كلام الناس، ولو استدل بحديث «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»[4] لكن أصوب، فيكون معارضاً لعموم أعجبه ودعا

الفرض التقدير: أي قبل أن يقدر التشهد، والأمر صدر على سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية، فإنه لم يعدها في بعض الكلمات، فإن الفرض عندهم خمس كلمات، وقد أجبنا عن قوله علق التمام به آنفاً، وعن الآية أنا لا نسلم أنه لا وجوب لها خارج الصلاة فإنها واجبة فيه، إما مرة واحدة كما ذكره الكرخي، أو كلما ذكر النبي ﷺ كما اختاره الطحاوي، فكفينا مؤنة الأمر لأن الوجوب الذي يقتضيه الأمر قد حصل، فإنه لا تدل الآية على كونها في الصلاة البتة وهو مختار صاحب التحفة وقول الكرخي مختار شمس الأئمة وكيفية الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام أن يقول: اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد. كذا نقل عيسى بن أبان عن محمد بن الحسن عن النبي ﷺ. وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر «أنهم قالوا لرسول الله ﷺ: عرفنا السلام عليك، فكيف الصلاة عليك؟ فقال عليه الصلاة والسلام: قولوا اللهم صل على

---

(١) هذا اللفظ عند النسائي ٣/ ٢٤٠ من حديث ابن مسعود وأما رواية الأئمة الستة فقد تقدمت في ١/ ٣١٤.

(٢) هذه الألفاظ عند النسائي ٢/ ١٣٨ ـ ٢٤١ و٣/ ٤٢ قابله.

(٣) هذه اللفظة عند الستة سوى الترمذي وابن ماجه وتقدم في ١/ ٣١٤ تخريجه.

(٤) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ٥٣٧ وأبو داود ٩٣٠ والنسائي ٣/ ١٤ . ١٨ كلهم من حديث معاوية بن الحكم السلمي قال: بينا أنا أصلي مع رسول الله ﷺ إذ عطس رجل من القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت: واثُكْلَ أمياه ما شأنكم تنظرون إليّ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكتُّ فلما صلى رسول الله ﷺ فبأبي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني قال: إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن الحديث هذا اللفظ لمسلم وأتم منه وقوله: يصمتونني أي يسكتونني.

وقوله: واثكل أمياه. يدعو على نفسه أن تفقده أمه.

قوله: ما كهرني: أي ما انتهرني.

أقرب إلى الإجابة **(ولا يدعو مما يشبه كلام الناس)** تحرزاً عن الفساد، ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ، وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوّجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم، وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد. يقال رزق الأمير الجيش **(ثم يسلم عن يمينه فيقول: السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك)** لما روى ابن مسعود «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خدّه الأيسر»، **(وينوي بالتسليمة**

لنفسه بما شاء في بعض أفراده فيقدم عليه لأنه مانع وذلك مبيح قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن مقابله، وقد رجح عدم الفساد لأن الرازق في الحقيقة الله سبحانه، ونسبته إلى الأمير مجاز. وفي الخلاصة: لو قال ارزقني فلانة الأصح أنه يفسد، أو ارزقني الحج الأصح أنه لا يفسد، وفيها اكسني ثوباً، العن فلاناً، اقض ديوني، اغفر لعمي وخالي تفسد، ولو قال اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين والمؤمنات لا تفسد، واغفر لي ولأخي قال الحلواني لا تفسد، وابن الفضل تفسد والأول أوجه وارزقني رؤيتك لا تفسد قوله: **(لما روى ابن مسعود رضي الله عنه)** الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة، وأقرب الألفاظ إلى اللفظ[1] المصنف النسائي «كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيمن، وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيسر»[2] وصححه الترمذي وهو أرجح مما أخذ به مالك من رواية عائشة «أنه ﷺ في الصلاة تسليمة واحدة تلقاء وجهه يميل إلى الشق

محمد وعلى آل محمد، وبارك على محمد وعلى آل محمد، وارحم محمداً وآل محمد، كما صليت وباركت وترحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد» وحكي عن محمد بن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: نحن أمرنا بتعظيم الأنبياء وتوقيرهم. وفي قوله وارحم محمداً نوع ظن بالتقصير، وإليه ذهب شيخ الإسلام فترك ذلك. وقال شمس الأئمة السرخسي إنه لا بأس به لأن الأثر ورد به من طريق أبي هريرة، ولا عتب على من اتبع الأثر، ولأن أحداً لا يستغني عن رحمة الله. وقوله **(والفرض المروي)** إشارة إلى ما ذكرنا من الجواب عن استدلاله. قال **(ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة)** هذا معطوف على قوله وصلى على النبي عليه الصلاة والسلام وما يشبه ألفاظ القرآن مثل أن يقول اللهم اغفر لي ولوالدي، ومثل قوله واغفر لأبي، والأدعية المأثورة تجوز بالنصب عطفاً على ألفاظ وبالجر عطفاً على القرآن، والمأثورة هي المروية عن رسول الله ﷺ، منها ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه «أنه قال لرسول الله ﷺ: علمني يا رسول الله دعاء أدعو به في صلاتي، فقال: قل اللهم إني ظلمت نفسي ظلماً كثيراً، وإنه لا يغفر الذنوب إلا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك إنك أنت الغفور الرحيم» وكان ابن مسعود يدعو بكلمات منهن: اللهم إني أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم، وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم أعلم، وقوله **(لما روينا من حديث ابن مسعود)** يريد به قوله وإذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وقوله **(وقال له النبي عليه الصلاة والسلام)** يعني حين قال له إذا قلت هذا الخ قال له **(ثم اختر من الدعاء أعجبه وأطيبه إليك)** بتذكير الضمير وهو الموافق لما ورد في السنن. وفي بعض نسخ الهداية أعجبها وأطيبها قالوا وليس بشيء. ولئن صح بالتأنيث فعلى تأويل الدعوات بحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام، وقيل على تأويل الكلمات، وقوله **(ليكون أقرب إلى الإجابة)** وذلك لأنه يستحب الدعاء للنبي ﷺ، ولا يحسن من الكريم أن يستجيب بعض الدعاء دون بعض آخر فيستجيب الجميع **(ولا يدعو بما يشبه كلام الناس)** تحرزاً عن إفساد الجزء الملاقي لكلام الناس لا جميع الصلاة بالاتفاق، لأن حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلاة فكيف ما يشبهه، وهذا عندهما ظاهر، وكذا عند أبي حنيفة لأن كلام الناس صنع من المصلي فتتم به صلاته فكان بالدعاء الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجاً عن الصلاة

---

(١) قوله: اللفظ. الصواب حذف. أل. فيصير: لفظ المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٩٩٦ والترمذي ٢٩٥ والنسائي ٣/ ٦٤ وابن ماجه ٩١٤ والبيهقي ٢/ ١٧٧ وأحمد ١/ ٣٩٠، ٤٠٦، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤٤١، ٤٤٨ كلهم من حديث ابن مسعود واللفظ للنسائي.

قال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال بل هو صحيح رجاله ثقات كلهم.

الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية) لأن الأعمال بالنيات: ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلاته، هو الصحيح لأن الخطاب حظ الحاضرين **(ولا بد للمقتدي من نية إمامه، فإن كان الإمام من الجانب الأيمن أو الأيسر نواه فيهم)** وإن كان بحذائه نواه في الأولى عند أبي يوسف رحمه الله ترجيحاً للجانب الأيمن، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة نواه فيهما لأنه ذو حظ من الجانبين **(والمفرد ينوي الحفظة لا غير)** لأنه ليس معه سواهم **(والإمام ينوي بالتسليمتين)** هو الصحيح، ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً لأن

الأيمن»[1] لتقدم الرجال خلف الإمام دون النساء[2]، فالحال أكشف مع أن الثانية أخفض من الأولى فلعلها خفيت عمن كان بعيداً، ولو سلم عن يساره أوّلاً يسلم عن يمينه ما لم يتكلم ولا يعيد عن يساره، ولو سلم تلقاء وجهه يسلم عن يساره أخرى قوله: **(ولا ينوي النساء في زماننا)** لأنهن ممنوعات من حضور الجماعات قوله: **(نواه فيهما)** يعني إن كان في الأيمن نواه فيه، أو في الأيسر نواه فيه قوله: **(ينوي بالتسليمتين)** يعني من عن يمينه ومن عن يساره من المتقدمين كالمأموم قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل لا ينويهم لأنه يشير إليهم السلام، وما قيل ينوي بالأولى لا غير وجه الصحيح أن الأولى للتحية والخروج من الصلاة والثانية التسوية بين القوم في التحية، ثم قيل الثانية سنة والأصح أنها واجبة كالأولى وبمجرد لفظ السلام يخرج ولا يتوقف على عليكم قوله: **(لأن الإخبار في عددهم الخ)** في مسند ابن راهويه[3] وشعب الإيمان للبيهقي[4] من حديثين طويلين ما أفاد أنهما اثنان، وأخرج

لا مفسداً لها، ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال **(وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم)** ولقائل أن يقول: بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله بما يشبه ألفاظ القرآن منافاة، لأنه لو قال اللهم اغفر لأخي ينبغي أن لا يجوز نظراً للأول، وقد نقل عن أبي بكر محمد بن الفضل، وأن يجوز به نظراً إلى الثاني، ويمكن أن يجاب عنه بأن ذلك ليس اختيار المصنف إذ ليس المراد أن يكون ألفاظ الدعاء غير ألفاظ القرآن فلا يمتنع اللهم اغفر لأخي لأنه مما يستحيل سؤاله من الناس، واختلف في قوله اللهم ارزقني، فمنهم من يقول لا بأس به لأن الرازق هو الله ليس إلا، ومنهم من يقول تفسد به الصلاة واختاره المصنف. وفي بعض النسخ **(هو الصحيح)** لاستعمالها فيما بين الناس يقال رزق الأمير الجيش، وقوله **(ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله، وعن يساره مثل ذلك)** التسليم، وعلى هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود. وروى ابن مسعود «أن

---

(١) منكر. أخرجه الترمذي ٢٩٦ وابن ماجه ٩١٩ والحاكم ١/ ٢٣٠ . ٢٣١ كلهم من حديث عائشة. وصححه الحاكم.
وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وقال: قال البخاري: زهير بن محمد أهل الشام يروون عنه مناكير اهـ.
وقال الزيلعي: زهير وإن كان من رجال الصحيحين لكن له مناكير وهذا الحديث منها. قال أبو حاتم: هو منكر وقال الطحاوي: الحفاظ يقفونه على عائشة. أي كانت تسلم تسليمة. وقال ابن عبد البر: لم يرفعه إلا زهير وهو ضعيف عن الجميع وقال النووي في الخلاصة: هو حديث ضعيف ولا يقبل تصحيح الحاكم له. وليس في الاقتصار على تسليمة واحدة شيء ثابت اهـ نصب الراية ١/ ٤٣٣.

(٢) هذا التعليل غير سديد لأن عائشة كانت تشاهد النبي ﷺ وهو يصلي في بيتها وهي أقرب الناس إليه. وتعليل المصنف يتجه لو كانت امرأة ليست من خاصّة النبي ﷺ.
فالجواب الحق: أن الحديث لم يثبت عنها أنكره الحفاظ كما تقدم.

(٣) منكر. أخرجه إسحاق في مسنده كما في نصب الراية ١/ ٢٣٤ أخبرنا يحيى بن يحيى ثنا عثمان بن منظر عن ثابت عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ إن الله وكل بعبده المؤمن ملكين يكتبان عمله. فإذا مات قال الملكان اللذان وُكّلا به قد مات أفتأذن أن نصعد إلى السماء فيقول الله: سمائي مملوءة بها ملائكتي يسبحوني فيقولان: أفنقيم في الأرض؟ فيقول: أرضي مملوءة من خلقي يسبحوني فيقولان: فأين فيقول: قوماً على قبر عبدي فاحمداني وسبحاني وكبراني وهللاني واكتبا ذلك لعبدي حتى أبعثه. ورواه من هذا الوجه أحمد بن منيع كما في المطالب العالية ٢٨٦٦
قلت: والمدار في هذا الحديث على عثمان بن مطر الشيباني. قال الذهبي في الميزان: ضعفه أبو داود وقال يحيى: لا يكتب حديثه وقال البخاري منكر الحديث. ثم ساق الذهبي له مناكير من روايته عن ثابت وقال قال ابن حبان: كان عثمان يروي الموضوعات عن الأثبات اهـ.
تنبيه: وقع في نصب الراية: منظر والصواب مطر.

(٤) ضعيف. أخرجه البيهقي في شعبه في باب الحياء وهو الباب الرابع والخمسون من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ يستحي أحدكم من ملكيه للذين معه كما يستحي من رجلين من صالحي جيرانه وهما معه بالليل والنهار. قال الزيلعي ١/ ٤٣٤ وإسناده ضعيف قاله البيهقي.

الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام، ثم إصابة لفظ السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام «تحريمها التكبير وتحليلها التسليم». لنا ما

الطبراني مرفوعاً «وكل بالمؤمن مائة وستون ملكاً يذبون عنه ما لم يقدّر له، من ذلك البصر عليه سبعة أملاك يذبون عنه كما يذب عن قصعة العسل الذباب في اليوم الصائف، ولو وكل العبد إلى نفسه طرفة عين لاختطفته الشياطين»[1] وحديث آخر أخرجه الطبري في تفسيره عند قوله تعالى ﴿له معقبات من بين يديه﴾ [الرعد ١١] بسنده «دخل عثمان بن عفان رضي الله عنه على رسول الله ﷺ فقال له: يا رسول الله أخبرني عن العبد كم معه ملك؟ فقال ﷺ: على يمينك ملك على حسناتك وهو أمين على الملك الذي على الشمال، فإذا عملت حسنة كتبت عشراً، وإذا عملت سيئة قال الذي على الشمال للذي على اليمين اكتب؟ فيقول له: لا، لعله يستغفر الله ويتوب، فإذا قال ثلاثاً

النبي ﷺ كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خذه الأيمن، وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر» والأخذ بقول كبار الصحابة أولى قال به مالك إنه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي رضي الله عنهما أن النبي ﷺ فعل كذلك لأن كبار الصحابة كانوا يرونه عليه الصلاة والسلام، وعائشة كانت في صف النساء، وسهل كان من جملة الصبيان، فيحتمل أنهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم الثانية أخفض من الأولى **(وينوي بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والفساد والحفظة)** وهذا وضع الجامع الصغير، وفي وضع الأصل قدمت الحفظة، وليس في ذلك دلالة على أن بني آدم أفضل من الملائكة ولا عكسه، لأن الواو لمطلق الجمع، وإنما ينوي عند التسليمة لأنه إقامة سنة فليكن بالنية كما في سائر السنن، وهكذا قالوا في التسليم خارج الصلاة ينوي السنة **(وكذا في الثانية)** أي ينوي فيها ما نوى في الأولى، وقال لأن الأعمال بالنيات. فإن قيل: قد أبيتم اشتراط النية في الوضوء بهذا الحديث فكيف استدل به ههنا؟ فالجواب إنا أبينا اشتراطها فيه لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وههنا ما جعلناها شرطاً، وإنما استدللنا بظاهر لفظه على سنية ما لا يخالفه كتاب ولا سنة حتى يستلزم الزيادة. قال صدر الإسلام: هذا شيء تركه الناس لأنه قلما ينوي أحد شيئاً **(ولا ينوي النساء في زماننا)** يعني أن ما قاله محمد من نية النساء كان في زمنهم، وأما في زماننا فلا ينوي النساء لأن حضورهن الجماعات متروك بإجماع المتأخرين **(ولا من لا شركة له في صلاته)** من المؤمنين الغيب. قوله **(هو الصحيح)** احتراز عما قال الحاكم الشهيد أنه ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد: يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح أن سلام التحليل خطاب والخطاب حظ الحاضرين. بخلاف سلام التشهد لأنه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده على ما قال ﷺ «إذا قال المصلي السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصاب كل عبد صالح من أهل السماء والأرض» قال **(ولا بد للمقتدي من نية إمامه)** قيل تخصيص الإمام بالذكر يؤيد قول من يقول ينوي من يشاركه في الصلاة دون غيره. وقوله **(فإن كان الإمام في الجانب الأيمن)** ظاهر. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عما قال بعضهم إن الإمام ينوي بالتسليمة الأولى لا غير. كذا ذكره قاضيخان ترجيحاً للجانب الأيمن، والأصح الجمع لأن الجمع عند التعارض ممكن فلا يصار إلى الترجيح، وعما قيل الإمام يجب أن لا ينوي لأنه يجهر بالسلام ويشير إليهم وهو فوق النية فلا حاجة إلى النية. وقوله **(ولا ينوي في الملائكة)** يشير إلى أن المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم أنه ينوي به ذلك، وهم اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيئات، بل المراد بها من معه من الملائكة، ولا يحصر في ذلك عدداً معلوماً لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت.

قوله: **(وجه التمسك أن الألف واللام ليست للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس، فقد جعل جنس التحليل في الصلاة بالسلام)** أقول: لا معنى للاستدلال بكون اللام للاستغراق هنا كما لا يخفى، بل ينبغي أن يقال المصدر المضاف من صيغ العموم على ما تبين في مقامه فيفيد أن كل تحليل به فافهم. وبمثله

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١/ ٤٣٤ من حديث أبي أمامة.
وقال الزيلعي: فيه عفير بن معدان ضعيف. يراجع المجمع.

روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، والتخيير ينافي الفرضية والوجوب، إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطاً، وبمثله لا تثبت الفرضية والله أعلم.

قال: نعم اكتب أراحنا الله منه فبئس القرين، ما أقل مراقبته لله وأقل استحياءه منا، يقول الله تعالى ﴿ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد﴾ [ق ١٨] وملكان من بين يديك ومن خلفك يقول الله تعالى ﴿له معقبات من بين يديه ومن خلفه يحفظونه من أمر الله﴾ [الرعد ١١] وملك قابض على ناصيتك، فإذا تواضعت لله رفعك، وإذا تجبرت على الله قصمك، وملكان على شفتيك ليس يحفظان عليك إلا الصلاة على محمد ﷺ، وملك قائم على فيك لا يدع أن تدخل الحية فيك، وملكان على عينيك فهو عينيك فهؤلاء عشرة أملاك على كل ابن آدم يتداولون، ملائكة الليل على ملائكة النهار لأن ملائكة الليل سوى ملائكة النهار، فهؤلاء عشرون ملكاً على كل آدمي وإبليس مع ابن آدم بالنهار وولده بالليل»[١] قوله: (إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه) فلو كانت تلك الزيادة في حديث ابن مسعود[٢] لم تثبت لم يلزمنا الإخلال بما رواه[٣] بل علمنا بمقتضاه إذ لا يقتضي غير مجرد التأثيم بالترك وهو الوجوب، ومعنى لافتراض الذي قالوا فلا خلاف إذاً في العمل بمقتضاه بل في لزوم الفساد بترك الواجب الذي لم يقطع بلزومه وقد تقدم مثله في بحث الفاتحة فارجع إليه.

روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «مع كل مؤمن خمسة من الحفظة: واحد عن يمينه يكتب الحسنات، وآخر عن يساره يكتب السيئات، واخر أمامه يلقنه الخيرات، وآخر وراءه يدفع عنه المكاره، وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي ﷺ يبلغه إلى الرسول عليه الصلاة والسلام». وفي بعض الأخبار: مع كل مؤمن ستون ملكاً، وفي بعضها مائة وستون، وإذا كان كذلك فينويهم بدون حصر في عدد فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام نؤمن بكلهم ولا نحصرهم في عدد لئلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم. وقوله (هو يتمسك بقوله ﷺ «تحريمها التكبير وتحليلها التسليم») وجه التمسك به أن الألف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحلل في الصلاة بالسلام، فمن أثبت بغيره فقد خالف النص لأنه لا مدخل للقياس في ذلك كالتحريمة (ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود) أن النبي ﷺ لما علمه التشهد قال له: إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك، فإن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد، ووجه التمسك به أنه عليه الصلاة والسلام حكم بتمام الصلاة قبل السلام وخيره بين القعود والقيام، وهذا ينافي فرضية أمر آخر ووجوبه، إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطاً دون الفرضية لأنه خبر واحد، وبمثله لا تثبت الفرضية.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبري في تفسيره عن قوله تعالى: ﴿له معقبات من بين يديه﴾ الآية من سورة الرعد. ذكره السيوطي في الدر المنثور ٤/٤٨ ونسبه للطبري. وفيه عبد الحميد بن جعفر الأنصاري فيه ضعف وفيه علي بن جرير لم أر من ترجمة.

(٢) مراده ما جاء في حديث ابن مسعود: إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك. وقد اختلف في هذه الزيارة هل هي موقوفة على ابن مسعود وتقدم مراراً.

(٣) يعني الشافعي. وحديثه الذي تمسك به ذكره صاحب الهداية ولفظه: تحريمها التكبير وتحليلها التسليم: تقدم في الوضوء وهو حديث جيد.

فصل في القراءة

قال (ويجهر بالقراءة في الفجر وفي الركعتين الأوليين من المغرب والعشاء إن كان إماماً ويخفي في الأخريين «هذا هو

فصل في القراءة

خص هذا الركن بفصل دون سائر الأركان لكثرة ما يتعلق به من الأحكام. وفي النوازل: رجل افتتح الصلاة فنام فقرأ وهو نائم يجوز عن القراء لأن الشرع جعل النائم كالمتنبه تعظيماً لأمر المصلي بالحديث وبه فارق الطلاق، ألا يرى أن المجنون والصبي لو صليا كانت صلاتهما جائزة ولو طلقا لم يجز. قال المصنف في التجنيس: والمختار أنه لا يجوز لأن الاختيار شرط أداء العبادة ولم يوجد انتهى. والأوجه اختيار الفقيه، والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة وهو كاف، ألا يرى لو ركع وسجد ذاهلاً عن فعله كل الذهول أنه يجزئه، ومما يتعلق به المسألة الكثيرة الشعب مسألة زلة القارىء ولم يذكرها المصنف مع أنها مهمة جداً فلنوردها. وخطأ القارىء إما في الإعراب أو في الحروف أو في الكلمات أو الآيات، وفي الحروف إما بوضع حرف مكان آخر أو تقديمه أو تأخيره أو زيادته أو نقصه، أما الإعراب فإن لم يغير المعنى لا تفسد لأن تغييره خطأ لا يستطاع الاحتراز عنه فيعذر، وإن غير فاحشاً مما اعتقاده كفر مثل الباريء المصوّر بفتح الواو و. إنما يخشى الله من عباده العلماء. برفع الجلالة ونصب العلماء فسدت في قول المتقدمين. واختلف المتأخرون فقال ابن مقابل ومحمد بن سلام وأبو بكر بن سعيد البلخي والهندواني وابن الفضل والحلواني لا تفسد، وما قاله المتقدمون أحوط لأنه لو تعمد يكون كفراً، وما يكون كفراً لا يكون من القرآن فيكون متكلماً بكلام الناس الكفار غلطاً وهو مفسد كما لو تكلم بكلام الناس ساهياً مما ليس بكفر فكيف وهو كفر، وقول المتأخرين أوسع لأن الناس لا يميزون بين وجوه الإعراب، وهو على قول أبي يوسف ظاهر لأنه لا يعتبر الإعراب عرف ذلك في مسائل، ويتصل، بهذا تخفيف المشدد، عامة المشايخ على أن ترك المد والتشديد كالخطإ في الإعراب، فلذا قال كثير بالفساد في تخفيف. ربّ العالمين. و. إياك نعبد. لأن معنى إيا مخففاً الشمس، والأصح لا نفسد وهو لغة قليلة في إيا المشددة نقله بعض متأخري النحاة، وعلى قول المتأخرين لا يحتاج إلى هذا، وبناء على هذا أفسدوها بمدّ همزة أكبر على ما تقدم. وأما الحروف فإذا وضع حرفاً مكان غيره فإما خطأ وإما عجزاً، فالأول إن لم يغير المعنى ومثله في القرآن نحو إن المسلمون لا تفسد، وإن لم يغير وليس مثله في القرآن نحو قيامين بالقسط والتيابين والحي القيام عندهما لا تفسد، وعند أبي يوسف تفسد، وإن غير فسدت عندهما وعند أبي

فصل في القراءة

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وبيان أركانها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر أحكام القراءة التي هي من أركان الصلاة في فصل على حدة لزيادة أحكام تعلقت بها دون سائر الأركان، وابتدأ بذكر الجهر والإخفاء دون ذكر القدر، وإن كان العكس متعيناً لأن القدر معنى راجع إلى الذات، والجهر والإخفاء راجع إلى الصفة، والذات قبل الصفة لأن الجهر من صفات الأداء الكامل والقدر يعمه والقاصر أيضاً، فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالأداء الكامل الذي هو الأصل في شرعية الصلاة أولى (ثم المصلي إن كان إماماً يجهر في الفجر وفي الركعتين الأوليين من المغرب والعشاء) ويخفي في الأخريين (هذا هو المأثور المتوارث) أي المنقول عن النبي عليه الصلاة والسلام والصحابة والتابعين، ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب بالسنة، وهو ما روي عن أبي هريرة أنه قال: في كل صلاة يقرأ فما أسمعنا رسول الله ﷺ أسمعناكم، وما أخفي علينا أخفينا عليكم. وإجماع الأمة فإن الأمة اجتمعت من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت، وبالمعنى الفقهي فإنها ركن من أركان الصلاة فيجب إظهارها في الصلوات كلها كسائر الأركان ولهذا كان رسول الله ﷺ يجهر بالقراءة في الصلوات كلها في الابتداء إلا أن الكفار لما لغوا عند القراءة وغلطوه في الظهر والعصر ترك الجهر فيهما بهذا العذر والعذر وإن زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف وأما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار

فصل في القراءة

قوله: (لأن الجهر من صفات الأداء الكامل) أقول: وهو ما يكون بالجماعة.

المأثور المتوارث (وإن كان منفرداً فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه) لأنه إمام في حق نفسه **(وإن شاء خافت)** لأنه ليس خلفه من يسمعه، والأفضل هو الجهر ليكون الأداء على هيئة الجماعة

يوسف إن لم يكن مثله في القرآن، فلو قرأ أصحاب الشعير بشين معجمة فسدت اتفاقاً، فالعبرة في عدم الفساد عدم تغير المعنى، وعند أبي يوسف وجود المثل في القرآن فلا يعتبر على هذا ما ذكر أبو منصور العراقي من عسر الفصل بين الحرفين وعدمه في عدم الفساد وثبوته ولا قرب الخارج وعدمه كما قال ابن مقاتل. وحاصل هذا إن كان الفصل بلا مشقة كالطاء مع الصاد فقرأ الطالحات مكان الصالحات تفسد، وإن كان بمشقة كالظاء مع الضاد والصاد مع السين والطاء مع التاء قيل تفسد، وأكثرهم لا تفسد، هذا على رأي هؤلاء المشايخ ثم لم تنضبط فروعهم فأورد في الخلاصة ما ظاهره التنافيّ للمتأمل، فالأولى قول المتقدمين، والثاني وهو الإقامة عجزاً كالحمد لله الرحمن الرحيم بالهاء فيها أعوذ بالمهملة الصمد بالسين إن كان يجهد الليل والنهار في تصحيحه ولا يقدر فصلاته جائزة، ولو ترك جهده ففاسدة ولا يسعه أن يترك في باقي عمره، وأما الألثغ الذي يقرأ بسم الله بالمثلثة أو مكان اللام الياء ونحوه لا يطاوعه لسانه لغيره فقيل إن بدل الكلام فسدت، أو قرأ خارج الصلاة لا يؤجر، فإن أمكنه أن يتخذ آيات ليس فيها تلك الحروف يفعل وإلا يسكت. وعلى قياس الأول إن بذل جهده لا تفسد، وبه أخذ كذا في الخلاصة، وإن لم يبذل إن أمكنه آيات ليس فيها تلك الحروف يتخذها إلا الفاتحة، ولا ينبغي لغيره الاقتداء به، وكذا الفأفاء الذي لا يقدر على إخراج الكلمة إلا بتكرير الفاء، والتمتام الذي لا يقدر على إخراجها إلا بعد أن يديرها في صدره كثيراً، وكذا من لا يقدر على إخراج حرف من الحروف، ثم الألثغ إذا وجد آيات ليس فيها تلك الحروف فقرأ ما هي فيه فيها فالأكثر على أنه لا تجوز صلاته، فإن لم يجب جازت، وهل يجوز بلا قراءة؟ اختلف المشايخ فيه، وينبغي أن يكون الخلاف فيما إذا قرأ بما فيها مع وجود ما ليس فيها فيما إذا لم يبدل، أما إذا بدل فينبغي عدمه في الفساد لأنه تبديل للمعنى من غير ضرورة، وكذا في الجواز بغير قراءة ينبغي أن يكون محله عدم الوجود مع العجز أما معه فينبغي عدمه في الفساد لأنه تبديل للمعنى من غير ضرورة. وأما التقديم والتأخير فإن غير نحو قوسرة في قسورة فسدت، وإن لم يغير لا تفسد عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وأما الزيادة ومنه فك المدغم وإن لم يغير نحو وإنها عن المنكر بالألف وارددوه إليك لا تفسد عند عامة المشايخ، وعن أبي يوسف روايتان، وإن غير نحو زرابيب مكان زرابي والقرآن الحكيم ـ وإنك لمن المرسلين وإن سعيكم لشتى ـ بالواو تفسد، وكذا النقصان إن لم يغير لا تفسد نحو جاءهم مكان جاءتهم وإن غير فسد نحو والنهار إذا تجلى ما خلق الذكر والأنثى بلا واو، وأما لو كان حذف الحرف من كلمة ففي فتاوى قاضيخان إن كان حذف حرفاً أصلياً من كلمة وتغير المعنى تفسد في قول أبي حنيفة ومحمد نحو رزقناهم بلا راء أو زاي أو خلقنا بغير خاء أو جعلنا بلا جيم، ثم ذكر من المثل نحو ما خلق الذكر والأنثى وقال: قالوا على قياس قول أبي يوسف لا تفسد لأن المقروء في القرآن قال، ولو كانت الكلمة ثلاثية فحذف حرفاً من أولها أو أوسطها نحو ربياً أو عرياً في عربياً تفسد، إما لتغير المعنى أو لأنه يصير لغواً، ولذا حذف باء ضرب الله فإن كان ترخيماً لا تفسد وشرطه النداء والعلمية وأن يكون رباعياً أو خماسياً نحو وقالوا يا مال في مالك. وأما الكلمة مكان الكلمة فإن تقاربا معنى ومثله في القرآن كالحكيم مكان العليم لم تفسد اتفاقاً، وإن لم يوجد المثل كالفاجر مكان الأثيم وأياه مكان أوّاه فكذلك عندهما، وعن أبي يوسف روايتان، فلو لم يتقاربا ولا مثل له فسد اتفاقاً إذا لم يكن ذكراً وإن كان في القرآن وهو مما اعتقاده كفر كغافلين في ـ إنا كنا فاعلين ـ فعامة المشايخ على أنه تفسد اتفاقاً. وقال بعضهم: على قياس أبي يوسف لا تفسد، وبه كان يفتي ابن مقاتل، والصحيح من مذهب

كانوا متفرقين ونياماً فجهر رسول الله ﷺ بالقراءة في هذه الصلوات على ما هو الأصل **(وإن كان منفرداً فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه)** لأنه إمام في حق نفسه **(وإن شاء خافت)** لأنه ليس معه من يسمعه فلما تجاذب موجب الجهر والإخفاء ثبت

(ويخفيها الإمام في الظهر والعصر وإن كان بعرفة) لقوله عليه الصلاة والسلام «صلاة النهار عجماء» أي ليست

أبي يوسف أنها تفسد، ولو قرأ الغبار مكان الغراب فاخشوهم ولا تحشون، آلست بربكم قالوا نعم تفسد، ما تخلقون مكان تمنون الأظهر الفساد، وذق إنك أنت العزيز الحكيم مكان الكريم المختار الفساد، وقيل لا لأن المعنى في زعمك. ولو قرأ أحل لكم صيد البر مع أنه قرأ ما بعدها وحرم عليكم صيد البر لا تفسد عند طلوع الشمس، وعند الغروب مكان قبل طلوع الشمس وقبل الغروب تفسد، وكل صغير وكبير في سقر والنازعات نزعاً إنا مرسلو الجمل والكلب والبغال لا تفسد، وشركاه مكان شفعاء تفسد، وفي مجموع النوازل ومن وضع كلمة مكان أخرى كأن ينسب بالبنوّة إلى غير من نسب إليه، فإن كان في القرآن نحو موسى بن لقمان لا تفسد عند محمد ورواية أبي يوسف وعليه العامة، وإن لم يكن كمريم ابنة غيلان تفسد اتفاقاً، وكذا لو لم تجز نسبته فنسبته تفسد كعيسى بن لقمان لأن نسبته كفر إذا تعمد. وفي فتاوى قاضيخان: إذا أراد أن يقرأ كلمة فجرى على لسانه شطر كلمة فرجع وقرأ الأولى أو ركع ولم يتمها إن كان شطر كلمة لو أتمها لا تفسد صلاته لا تفسد وإن كان لو أتمها تفسد تفسد، وللشطر حكم الكل وهو الصحيح انتهى. وأما التقديم والتأخير، فإن لم يغير لم يفسد نحو فأنبتنا فيها عنباً وحباً، وإن غير فسد نحو اليسر مكان العسر وعكسه، ويمكن إدراجه في الكلمة مكان الكلمة وفي الخلاصة: لو قرأ لتفرّن عما كنتم تسألون لا تفسد، وإذ الأعناق في أغلالهم لا تفسد. وأما الزيادة فإن لم تغير وهي في القرآن نحو: وبالوالدين إحساناً وبرأ إن الله كان غفوراً رحيماً عليماً لا تفسد في قولهم، وإن غيرت وهي موجودة نحو وعمل صالحاً أو كفر فلهم أجرهم، أو غير موجودة نحو وأما ثمود فهديناهم وعصيناهم فاستحبوا فسدت لأنه لو تعمده كفر، فإذا أخطأ فيه أفسد، فإن لم تغير وليست في القرآن نحو فيها فاكهة ونخل وتفاح ورمان لا تفسد وعند أبي يوسف تفسد، ولو وضع الظاهر موضع المضمر عن بعض المشايخ تفسد، واستشكل بأنه زيادة لا تغير. وفي الخلاصة: رأيت في بعض المواضع لا تفسد* ومن الزيادة القراءة بالألحان لأن حاصلها إشباع الحركات لمراعاة النغم على ما قدمناه من تفسير الإمام أحمد لها في باب الأذان أو زيادة الهمزات كآ فإذا فحش أفسد الصلاة كذا في الخلاصة، وإن كان غيره فتعرف في زيادة الحرف، ولو بنى بعض آية على أخرى إن لم يغير نحو إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جزاء الحسنى مكان كانت لهم جنات الفردوس نزلاً لا تفسد، وإن غير فإن وقف وقفاً تاماً بينهما فكذلك لو كان اقرأ إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات ووقف ثم قال أولئك هم شرّ البرية، وإن وصل تفسد عند عامة المشايخ وهو الصحيح، وحينئذ هذا مقيد لما ذكر في بعض المواضع من أنه إذا شهد بالجنة لمن شهد الله له بالنار أو بالقلب تفسد، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(هذا هو المتوارث)** يعني إنا أخذنا عمن يلينا الصلاة هكذا فعلاً وهم عمن يليهم كذلك، وهكذا إلى الصحابة رضي الله عنهم وهم بالضرورة أخذوه عن صاحب الوحي فلا يحتاج إلى أن ينقل فيه نص معين، هذا ولا يجهد نفسه في الجهر قوله: **(لأنه إمام في حق نفسه)** لما كان قوله وأسمع نفسه يتضمن من البديع النوع المسمى بحسن التعليل كما قيل:

فدتك نفوس الحاسدين فإنها ... معذبة في حضرة ومغيب

وفي تعب من يحسد الشمس ضوءها ... ويجهد أن يأتي لها بضريب

فإن قوله جهر لتوجه النفس إلى طلب علته من أنه أيّ حاجة إلى ذلك وليس معه أحد يسمعه فقال وأسمع نفسه لإفادته، وذلك قد يخفي صرح بالتعليل بأداته بلازم المستفاد من حسن التعليل، ويشكل عليه ما سيذكره في تعريف الجهر حيث قال: والجهر أن يسمع غيره فإنه يقتضي أن ما ليس فيه إسماع الغير ليس بجهر، أو أن كون هذا جهر ليس بصحيح فإن المراد أن يسمع نفسه لا غيره بمفهوم اللقب، وهو حجة في الروايات، ولا مخلص إلا أن يمنع

التخيير، وإنما ذكر قوله وأسمع نفسه دفعا لما يقال فائدة الجهر الإسماع ولا إسماع ههنا إذ ليس معه أحد يسمعه. ووجهه أن الفائدة لم تنحصر في إسماع الغير بل من فائدته إسماع نفسه فيجهر لذلك، أو بيان للحكم وهو أن لا يجهر ههنا كل الجهر إذ

فيها قراءة مسموعة، وفي عرفة خلاف مالك رحمه الله، والحجة عليه ما رويناه (ويجهر في الجمعة والعيدين) لورود

إرادة هذا المفهوم على خلاف ما في النهاية، أو أن إرادته على قول الكرخي لا على المختار والتعريف على المختار من قول الهندواني، وصاحب الهداية أيضاً اعتبر هذا المفهوم حيث قال فيما بعده: وفي لفظ الكتاب إشارة إليه حيث قال: إن شاء جهر وأسمع نفسه فانظر كلامه بعد فتعين على رأيه الثاني قوله: (صلاة النهار عجماء[١]) غريب. قال النووي: لا أصل له انتهى، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من قول مجاهد وأبي عبيدة، وفي البخاري عن سخبرة «قلنا لخباب بن الأرتّ: هل كان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر؟ قال نعم، قلنا بم كنتم تعرفون ذلك؟ قال باضطراب لحيته[٢]» وفي مسلم عن الخدري: «حزرنا قيام رسول الله ﷺ في الظهر والعصر، فحزرنا قيامه في الركعتين الأوليين من الظهر قدر قراءة ألم السجدة، وحزرنا قيامه في الأخريين قدر النصف من ذلك»[٣] الحديث. وعنه في مسلم أيضاً «أنه ﷺ كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية»[٤] الحديث قوله: (أي ليست فيها قراءة مسموعة) قيل فسر به ليخالف ما عن ابن عباس أنه لا قراءة في الظهر والعصر، وتقدم في الحديث «وكان يسمعنا الآية أحياناً»[٥] فيكون دافعاً لذلك قوله: (لورود النقل المستفيض) طريق تقريره ما ذكرناه آنفاً ومن استدل عليه بما رواه الجماعة إلا البخاري «أنه ﷺ كان يقرأ في العيدين ويوم الجمعة ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى ١] ﴿وهل أتالك حديث الغاشية﴾ [الغاشية ١]»[٦] وما في مسلم عن أبي واقد الليثي «سألني عمر ما كان يقرأ به رسول الله ﷺ في الأضحى والفطر؟ فقال: كان يقرأ ﴿قِ﴾ [ق ١] والقرآن المجيد ﴿واقتربت الساعة﴾ [القمر: ١]»[٧] أورد عليه ما في حديث الصحيحين عن أبي قتادة «كان ﷺ يقرأ في الركعتين الأوليين من صلاة الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين يطوّل في الأولى ويقصر في الثانية يسمع الآية أحياناً»[٨] وفي النسائي «كنا نصلى خلفه ﷺ فنسمع منه الآية بعد الآيات من سورة لقمان والذاريات»[٩] وفيه عن أبي بكر بن النضر قال «كنا بالطف عند أنس بن مالك فصلى بهم الظهر، فلما فرغ قال: إني صليت مع رسول الله ﷺ الظهر فقرأ لنا بهاتين السورتين في الركعتين ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى ١] ﴿وهل أتاك حديث الغاشية﴾»[١٠] [الغاشية ١] فالإخبار بقراءة

ليس معه أحد يسمعه بل يأتي بأدنى الجهر، فكان معناه إن شاء جهر وأسمع نفسه ولا يسمع غيره، والجهر أفضل ليكون الأداء على هيئة الجماعة (ويخفي الإمام القراءة في الظهر والعصر وإن كان بعرفة لقوله عليه الصلاة والسلام «صلاة النهار عجماء» أي ليست فيها قراءة مسموعة) إنما فسره بهذا احترازاً عن قول ابن عباس وتفسيره، فإنه يقول: لا قراءة في هاتين الصلاتين لقوله ﷺ «صلاة النهار عجماء» أي ليس فيها قراءة، والدليل على عدم صحة تفسير ما روى أنه قيل لخباب بن

(١) لا أصل له. قال الزيلعي. قال النووي في الخلاصة: باطل لا أصل له. قال الزيلعي: ورواه عبد الرزاق عن مجاهد من قوله وكذا رواه عن أبي عبيدة أو ١هـ نصب الراية ٢/ ٢٠١.
وقال العجلوني: قال الدارقطني: لم يرو عن النبي ﷺ وإنما هو قول بعض الفقهاء اهـ كشف الخفاء ٢/ ٢٨.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ٧٦٠ و٧٦١ من طريق عبد الله بن سخبرة عن خباب وأبو دادو ٨٠١ وابن ماجه ٨٢٦.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٤٥٢ من حديث أبي سعيد الخدري وتمامه: وحزرنا قيامه في الركعتين الأوليين من العصر على قدر قيامه في الأخريين من الظهر وفي الأخريين من العصر على النصف من ذلك. وكذا رواه أبو داود ٨٠٤

(٤) صحيح. هو رواية ثانية لمسلم برقم ٤٥٢ من حديث أبي سعيد وابن ماجه ٨٢٨ بنحوه.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٧٥٩ و٧٦٢ و٧٧٦ و٧٧٨ ومسلم ٤٥١ وأبو داود ٧٩٨ و٧٩٩ والنسائي ٢/ ١٦٥ والدارمي ١٢٦٨ و١٢٦٩ وابن ماجه ٨٢٩ وأحمد ٤/ ٣٨٣ كلهم من حديث أبي قتادة: كان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب ويسمعنا الآية أحياناً وكان يطول الأولى ويقصر الثانية.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٨٧٨ وأبو داود ١١٢٢ والترمذي ٥٣٣ والنسائي ٣/ ١١٢ وابن ماجه ١١١٩ والدارمي ١٥٦٨ وأحمد ٤/ ٢٧٠، ٢٧٧ كلهم من حديث النعمان بن بشير. وكذا البيهقي ٣/ ٢٠١

(٧) صحيح. أخرجه مسلم ٨٩١ وأبو داود ١١٥٤ والترمذي ٥٣٤ وابن ماجه ١٢٨٢ كلهم من حديث أبي واقد الليثي.

(٨) صحيح. تقدم قبل حديثين.

(٩) هذا اللفظ عن النسائي ٢/ ١٦٣ من حديث البراء. وإسناده جيد.

(١٠) رواه النسائي ٢/ ١٦٣، ١٦٤ عن أبي بكر بن النضر به وإسناده حسن.

النقل المستفيض بالجهر، وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتباراً بالفرض في حق المنفرد، وهذا لأنه

خصوص سورة لا يستلزم كونه كان جهراً قوله: (اعتبار بالفرض في حق المنفرد) هو المفيد لتعين المخافتة على المنفرد في الظهر والعصر، وإلا فقد كان قوله ويخفيها الإمام في الظهر والعصر يعطي أنه لا يتحتم على المنفرد كما قال عصام، واستدل عليه بأنه لا يجب السهو بالجهر فيهما على المنفرد، والصحيح تعين المخافتة، وبعد هذا ففيما دفع به في شرح الكنز من أن الإمام إنما وجب عليه السهو لأن جنايته أعظم لأنه ارتكب الجهر والإسماع بخلاف المنفرد نظر ظاهر، إذ لا ننكر أن واجبنا قد يكون آكد من واجب، لكن لم ينط وجوب السجود إلا بترك الواجب لا باكد الواجبات أو برتبة مخصوصة منه، فحيث كانت المخافتة واجبة على المنفرد ينبغي أن يجب بتركها السجود قوله: (غداة ليلة التعريس) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال «عرس رسول الله ﷺ فقال: من يحرسنا الليلة؟ فقال رجل من الأنصار شاب: أنا يا رسول الله أحرسكم، فحرسهم حتى إذا كان من الصبح غلبته عينه فما استيقظوا إلا بحرّ الشمس، فقام رسول الله ﷺ فتوضأ وتوضأ أصحابه وأمر المؤذن فأذن وصلى ركعتين ثم أقيمت الصلاة فصل الفجر بأصحابه وجهر فيها بالقراءة كما كان يصليها في وقتها»[1] وهذا مرسل، وهو حجة عندنا وعند الجمهور، ولو لم يكن لكن يعتضد به حمل ما في مسلم «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: إنكم تسيرون عشيتكم، إلى أن قال: فكان أوّل من استيقظ رسول الله ﷺ والشمس في ظهره، قال: فقمنا فزعين ثم قال: اركبوا فركبنا وسرنا حتى إذا ارتفعت الشمس نزل ثم دعا بميضأة كانت معي فيها شيء من الماء، إلى أن قال: ثم صلى الغداة فصنع كما كان يصنع كل يوم»[2] على ما يعم الجهر وغيره من الأركان كما هو ظاهر اللفظ لا على مجرد استيفاء الأركان كأحد قولي الشافعي لأنه خلاف الظاهر بلا موجب قوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول شمس الأئمة وفخر الإمام وقاضيخان: يتخير والجهر أفضل هو الصحيح وفي الذخيرة هو الأصح لأن القضاء يحكي الأداء، (وقوله لأن الجهر الخ) حاصله أن الحكم الشرعي ينتفي بنفي المدرك الشرعي، والمعلوم من الشرع كون الجهر المنفرد تخييراً في الوقت وحتماً على الإمام مطلقاً، ولولا الأثر المذكور لقلنا بتقيده بالوقت في الإمام أيضاً، ومثله في المنفرد معدوم فبقي الجهر في حقه على الانتفاء الأصلي، وهذا يتوقف على أن الأصل فيه شرعية الإخفاء والجهر يعارض دليل آخر فعند فقده يرجع إليه، وفيه نظر، بل ظاهر نقلهم أنه ﷺ كان يجهر في الصلوات كلها فشرع الكفار يغلطونه كما يشير إليه قوله تعالى. وقال الذي كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه . فأخفى ﷺ إلا في الأوقات الثلاثة فإنهم كانوا غيباً نائمين وبالطعام مشغولين فاستقر كذلك يقتضي أن الأصل الجهر والإخفاء يعارض، وأيضاً نفي المدرك ممنوع بل هو القياس على أدائها بعد الوقت بأذان وإقامة، بل أولى لأن

الأرث رضي الله عنه: «بم عرفتم قراءة رسول الله ﷺ في صلاة الظهر والعصر؟ قال: باضطراب لحيته». وبما روي عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يسمعنا الآية والآيتين في الظهر أحياناً» وقال مالك: الإمام فيهما في عرفة لأن الصلاة هناك تقام بجمع عظيم فيجهر فيها كما في الجمعة (والحجة عليه ما رويناه) وأورد عليه بأنه ليس بحديث، وإنما هو من كلام الحسن البصري ذكره في الغريبين والفائق للزمخشري. ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيدين فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة. وأجيب بأن أصحابنا ملأوا كتبهم به، ونقلوا أن ابن عباس كان يفسره بعدم القراءة كما تقدم وليسوا من أهل الأهواء والبدع، ولولا أنه ثبت عندهم إسناده لما فعلوا ذلك. وعن الثاني بأن الجمعة والعيدين ليست بمخصوصة لأن الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين، فجهر رسول الله ﷺ بالقراءة فيها فكان نسخاً لا تخصيصاً،

قوله: (وإجماع الأمة فإن الأمة اجتمعت من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت)
أقول: في دلالة ما ذكره على الوجوب تأمل.

---

(١) مرسل. رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣ ومرسلات النخعي جيدة.
(٢) صحيح. تقدم تخريجه وهو حديث ليلة التعريس.

مكمل له فيكون تبعاً **(ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس إن أمّ فيها جهر)** كما فعل رسول الله ﷺ حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة **(وإن كان وحده خافت حتماً ولا يتخير هو الصحيح)** لأن الجهر يختص إما بالجماعة حتماً أو بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما **(ومن قرأ في العشاء في الأوليين**

فيهما الإعلام بدخول الوقت والشروع في الصلاة، وقد سن بعد ذلك في القضاء إن لم يكن ثمة من يعلمه بهما، فعلم أن المقصود مراعاة هيئة الجماعة وقد روى «من صلى على هيئة الجماعة صلت بصلاته صفوف من الملائكة» ذكره في شرح الكنز قوله: **(لم يعد في الأخريين)** المناسب لم يقض أو لم يقرأها إذ لا يتصور إعادة ما لم يسبق قوله: **(ولهما الخ)** مثل هذا الوضع يقتضي أن يقال لهما: يعني من الدلائل في مقابلة قول المخالف بعد ذكر دليلة وهو ما ذكر من أن قراءة السورة غير مشروعة في الأخريين فلا يجوز الإتيان بها لعدم المحل، ودليل القضاء لا ما ذكره المصنف. والجواب أن قراءتها تلحقها بالشفع الأول ويخلو عنها الثاني حكماً لأنه محل لها، بخلاف الفاتحة فإن الثاني محلها فتقع قراءتها أداء لأنه أقوى للمحلية، ولو كررها خالف المشروع. وقد يقال كذلك قراءة السورة فإن كان إيقاعها فيه يخليه عنها حكماً لذلك يجب أن تكون قراءة الفاتحة ثانياً للقضاء يجب أن تلتحق بالأولين فيخلو الثاني عن تكرارها حكماً، ثم بعد هذا كله المتحقق عدم المحلية فلزم كونها قضاء، ولم يقع الجواب عن قوله إذا فات عن محله لا يقضي إلا بدليل. واعلم أن المسألة مربعة، فظاهر الرواية ما ذكر، وعكسه قول عيسى بن أبان وعن أبي يوسف: لا يقضي واحدة منهما، وعن أبي حنيفة: يقضيهما، ثم كيف يرتبهما؟ فقيل يقدم السورة، وقيل يقدم الفاتحة وهو الأشبه، إذا تقديم السورة على الفاتحة غير مشروع فلا يكون مخالفاً للمعهود قوله: **(ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب)** وهو لفظ الخبر وفي الأصل بلفظ الاستحباب، ولا يخفى أنه أصرح فيجب التعويل عليه في الرواية لأنها إن كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاتها من كل وجه قوله: **(هو الصحيح)** هو ظاهر الرواية احترازاً عما عن أبي حنيفة أنه لا يجهر أصلاً لأن الجمع شنيع، وتغيير السورة أولى لأن الفاتحة في محلها وليست تبعاً للسورة، وعنه يجهر بالسورة دون الفاتحة مراعاة لصفة كل منهما، ولا يكون جمعاً تقديراً للالتحاق

والنسخ بالقياس لا يجوز، وكذا في الأعياد ومنه عرف حكم الجمعة والعيدين **(والنقل المستفيض)** أي الشائع المنتشر ما روى أبو حنيفة في مسنده بإسناده إلى النعمان بن بشير «أن النبي ﷺ كان يقرأ في الجمعة ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ ﴿وهل أتاك حديث الغاشية﴾» وهو يدل على أنه كان يجهر حتى تسمع قراءته **(وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتباراً بالفرض في حق المنفرد)** وهذا يدل على أن الجهر أفضل لأن الفرض في حق المنفرد كذلك. وروت عائشة أن النبي ﷺ كان في تهجده يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان. ولا يظن أنه عليه الصلاة والسلام كان يفعل إلا الأفضل، وليس في بعض النسخ قوله **(ومن فاتته العشاء، إلى قوله: من قرأ في العشاء)** والصواب ذكرها لأنها من أصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الإسلام في الجامع الصغير: هذه المسألة مسألة هذا الكتاب، والمصنف التزم ذكر مسائل الجامع الصغير. وقوله **(وإن كان وحده خافت حتماً هو الصحيح)** مخالف لما ذكره شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي في شروحهم للجامع الصغير فإنهم قالوا الجهر أفضل لأن القضاء يكون على وفق الأداء، وفي الداء المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة والجهر أفضل كذلك في القضاء. وأما تعليل المصنف فتقريره أن الجهر إما أن يكون واجباً أو جائزاً، وسبب الأول الجماعة والفرض ههنا عدمه، وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه فتعين الإخفاء، ومنع بأن السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن تكون موافقة القضاء الأداء سبباً للجواز أيضاً في حق المنفرد، ويمكن أن يجاب عنه بأن ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالإجماع وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم، وأما موافقة القضاء الأداء فليس على سببيتها إجماع ولا نص يدل عليها فجعلها سبباً يكون إثبات سبب بالرأي ابتداء، وهو ينزع إلى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل، ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتماً هو الصحيح، فيكون معنى قوله هو الصحيح هو الصحيح دراية لا رواية، فإن أكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا آنفاً **(ومن قرأ في العشاء في الأولين السورة ولم يقرأ الفاتحة لم يعد في الأخريين وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر)** يعني بهما على الصحيح كما نذكره **(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو**

السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الأخريين، وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لأن الواجب إذا فات عن وقته لا يقضى إلا بدليل. ولهما وهو الفرق بين الوجهين أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة، فلو قضاها في الأخريين تترتب الفاتحة على السورة، وهذا خلاف الموضوع، بخلاف ما إذا ترك السورة لأنه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع، ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب، وفي الأصل بلفظة الاستحباب لأنها إن كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه

بمحلها من الأوليين، وصححه التمرتاشي وجعله شيخ الإسلام الظاهر من الجواب قوله: **(وفي لفظ الكتاب إشارة إليه)** حيث قال: إن شاء جهر وأسمع نفسه، وإن شاء خافت فجعل إسماعه نفسه جهراً يقابله المخافتة فتكون هي دون ذلك، وليس حينئذ إلا تصحيح الحروف، وهذا بناء على أن المراد وأسمع نفسه لا غيره اعتباراً لمفهوم اللقب، وإلا لو كان المراد مجرد إبداء حسن التعليل والمراد وأسمع نفسه بذلك لم يلزم فيه إشارة إليه. وفي المحيط قول الهندواني أصح. واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان لكن فعله الذي هو كلام والكلام بالحروف والحرف كيفية تعرض للصوت وهو أخص من النفس فإنه النفس المعروض بالقرع، فالحرف عارض للصوت لا للنفس، فمجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بعضلات المخارج لا حروف فلا كلام. بقي أن هذا لا يقتضي أن يلزم في

يوسف: **لا يقضي واحدة منهما)** لأن كل واحد منهما واجب، ولهذا لو ترك إحداهما ساهياً وجب عليه سجدة السهو وقضاها في الشفع الثاني أو لم يقض، والواجب إذا فات عن وقته لا يقضي إلا بدليل، وهو ليس بموجود لأن الدليل هو أن يكون ما له مشروعاً ليصرف إلى ما عليه، والسورة في الأخريين غير مشروعة **(ولهما)** وهو الفرق بين الوجهين **(أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة، فلو قضاها في الأخريين تترتب الفاتحة على السورة)** إذ التقدير أنه قرأ السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني، والذي وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الأول فتكون الفاتحة بعد السورة **(وهو خلاف الموضوع)** ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الأول فإنه يرتب الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة. وأجيب بأن ذلك على وجه الدعاء، وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في قراءة الفاتحة على وجه قراءة القرآن، ولقائل أن يقول: الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني تجعلها كالواقعة في الشفع الأول فلنقدر أنها وقعت قبل السورة حكماً لأن ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس. والجواب أن تقديرها كالواقعة في الشفع الأول لضرورة تدارك الفارط إن أمكن، وليس بممكن لاستلزامه تغير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت به تغير المحسوس **(بخلاف ما إذا ترك السورة لأنه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع)** وهو ترتب السورة على الفاتحة. والجواب عن قول أبي يوسف أنا لا نسلم أن السورة في الأخريين غير مشروعة قال الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: إن السورة في الأخريين مشروعة نفلاً، ولهذا لو قرأ فيهما لا يلزمه سجود السهو، وقوله **(ثم ذكر ههنا)** أي في الجامع الصغير **(ما يدل على الوجوب)** لأنه قال: قرأ فيكون بمنزلة الأمر بل آكد، وفي الأصل بلفظ الاستحباب لأنه قال: إذا ترك السورة في الأوليين أحب إلى أن يقضيها. أما وجه ما ذكره في الجامع الصغير فقد بيناه، وأما وجه ما ذكره في الأصل فما قال في الكتاب **(لأنها)** أي السورة **(إن كانت مؤخرة عن الفاتحة فغير موصولة بالفاتحة الأولى)** لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية **(فلم يمكن مراعاة**

قال المصنف: **(ولهما وهو الفرق بين الوجهين)** أقول: لم يخرج الجواب عن دليل أبي يوسف فتأمل، ويجوز أن يقال مبنى دليلهما أن القضاء بمثل معقول يجب بالسبب الأول إذا لم يمنع مانع لا بسبب جديد فيكون إشارة إلى الخلاف المشهور في الأصول قوله: وقوله: **(ثم ذكر ههنا أي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لأنه قال قرأ فيكون بمنزلة الأمر بل آكد)** أقول: إنما يكون دليلاً إذا كان مستعملاً في الأمر الإيجابي وهو ممنوع، لم لا يجوز أن يكون المراد الأمر الاستحبابي وتكون القرينة عليه ما في الأصل كما أريد بما مر من قوله افترش رجله اليسرى ووضع يديه على فخذيه وأمثال ذلك المعنى قوله: **(وأما وجه ما ذكره في الجامع الصغير وقد بيناه)** أقول: لم يظهر لنا دلالة ما بينه على الوجوب قوله: **(لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية الخ)** أقول: والأظهر أن لا يختص تعليل نفي الموصولية بما ذكر، فإن الفصل يقع بالركوع والسجود والقعدة والتشهد كما لا يخفى فيكفي مؤنة قوله ولم يذكر الشق الآخر الخ قوله:

. . . .

مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع، بل كونه بحيث يسمع وهو قول بشر المريسي، ولعله المراد بقول الهندواني بناء على أن ظاهر سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع قوله: **(وغير ذلك)** كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بتلاوته وجواز الصلاة، قال شيخ الإسلام: وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف، وقيل الصحيح في البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري قوله: **(وأدنى ما يجزىء الخ)** القراءة فرض وواجب وسنة ومكروه، فالفرض عنده في رواية ما يطلق عليه اسم القرآن ولم يشبه قصد خطاب أحد ونحوه، وفي رواية آية وفي رواية كقولهما. والواجب قراءة الفاتحة وثلاث آيات قصار أو آية طويلة: يعني في غير الأخرين والأخيرة من المغرب. والمسنونة إما في السفر أو الحضر، ويعلم من الكتاب والمكروه ترك شيء من القراءة الواجبة. وفي شرح الطحاوي: قراءة الفاتحة وآية أو آيتين مكروه. وفي المجتبى: ما ذكره الطحاوي يدل على أنه لو قرأ مع الفاتحة آية طويلة لا يكون إتياناً بالواجب. واختلف المشايخ على قولهما فيما لو قرأ آية طويلة كآية الكرسي قيل لا يجوز، وعامتهم أنه يجوز، وإذا كانت هذه الأقسام ثابتة في نفس الأمر فما قيل لو قرأ البقرة ونحوها وقع الكل فرضاً، وكذا إذا أطال في الركوع والسجود مشكل، إذ

موضوعها من كل وجه) ولم يذكر الشق الاخر وهو أن تكون السورة متقدمة على الفاتحة لبعده لأنه يفضي إلى غير مشروع آخر وهو تقديم السورة على الفاتحة وإن ذهب إليه بعضهم. وقوله **(ويجهر بهما هو الصحيح)** احتراز عما روي ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يجهر بالسورة خاصة لأنه في الفاتحة مؤد فيراعي صفة أدائها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان يجهر في الأداء، ولا يكون جمعاً بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديراً لأن القضاء يلتحق بمحل الأداء، وعما روى هشام عن محمد أنه لا يجهر أصلاً لأنه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا، فلو جهر بالسورة كان جمعاً بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة، وذلك غير مشروع. ووجه الصحيح ما ذكر أن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع، فإما أن يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب وهو السورة لأجل مراعاة صفة سنة وهو الفاتحة وهو اتباع الأقوى للأدنى، وإما أن يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لأجل صفة الواجب فهو أولى، قال **(ثم المخافتة أن يسمع نفسه)** اعلم أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين: كلام، وقراءة، لأن الغرض منه إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب أو لا: فإن كان الأول فهو الكلام، وإلا فهو القراءة، وكل منهما على نوعين: جهر، ومخافتة. وقد اختلف علماؤنا في الحد الفاصل بينهما، فذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني إلى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه، وما دون ذلك مجمجة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة **(والجهر هو أن يسمع غيره)** فهو كما ترى جعل كل واحد منهما بنوعيه من الكيفيات المسموعة وقال **(لأن مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا تسمى قراءة)** يعني لا لغة ولا عرفاً وفيه نظر، فإن من رأى المصلي الأطروش من بعيد يحرك شفتيه يخبر عنه أنه يقرأ وإن لم يسمع منه شيء **(وقال الكرخي: أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف)** وقال **(لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ)** فإن الأطروش يتكلم ولا يسمع، وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة. واعترض عليه بأن الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لأنه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان قوله **(وفي لفظ الكتاب)** قيل يعني في مختصر القدوري وهو ما ذكره في أول الفصل بقوله فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه وإن شاء خافت، وقيل في المبسوط حيث قال وإن كان وحده وكانت صلاته يجهر فيها بالقراءة قرأ في نفسه إن شاء وإن شاء جهر وأسمع نفسه، وشيخ الإسلام أول هذا الكلام نصرة لأبي جعفر بأنه أراد بقوله وقرأ في نفسه أن

(احتراز عما روى ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف) أقول: الظاهر أن عنه رواية أخرى يجوز القضاء أو يكون قوله هذا مثل قول أبي حنيفة في المزارعة قوله: **(إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب أو لا)** أقول: قد يقصد من الكلام لازم الفائدة، فينبغي أن يعم النسبة لامثاله، إلا أنه قد يقصد منه التحسر والتحزن ونحوهما قوله: **(وإلا فهو القراءة)** أقول: قد يكون الغرض من القراءة أيضاً إفادة النسبة، ألا ترى إلى ما يقرؤه القصاصون من كتب الحكايات فإن قصدهم الإفادة إلى السامعين قوله: **(وفيه نظر، فإن من رأى المصلي الأطروش الخ)** أقول: والظاهر أن إخباره ذلك بطريق الاستدلال وقرائن الأحوال ثم المراد بإسماع نفسه أن يكون هناك صوت بحيث لو لم يكن في أذنه آفة سمعه قوله: **(لأن القراءة فعل اللسان)** أقول: نعم إلا أنه الكيفية العارضة للصوت فلا بد أن يسمع قوله: **(دون الصماخ)** أقول:

(ويجهر بهما) هو الصحيح لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع، وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى، ثم المخافتة أن يسمع نفسه والجهر أن يسمع غيره، وهذا عند الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت. وقال الكرخي: أدنى الجهر أن يسمع نفسه، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ.

وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذا. وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك **(وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة آية عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ثلاث آيات قصار أو آية طويلة)** لأنه لا يسمى قارئاً بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية. وله قوله تعالى - فاقرءوا ما تيسر من القرآن - من غير فصل إلا أن ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه **(وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب)** وأي سورة شاء لما روى «**أن النبي**

لو كان كذلك لم يتحقق قدر للقراءة إلا فرضاً فأين باقي الأقسام. وجه القبل المذكور وهو قول الأكثر. والأصح أن قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر﴾ [المزمل ٢٠] يوجب أحد الأمرين من الآية فما فوقها مطلقاً لصدق ما تيسر على كل ما قرىء فمهما قرىء يكون الفرض، ومعنى قسم السنة من الأقسام المذكورة أن يجعل الفرض على الوجه المذكور، وهو ما كان عليه الصلاة والسلام يجعله عليه وهو جعله بعدد أربعين مثلاً إلى مائة[1]. ومما يكره القراءة خلف الإمام وفي غير حالة القيام وتعيين شيء من القرآن بشيء من الصلاة. ثم عنده لو قرأ آية هي كلمات أو كلمتان نحو. فقتل كيف قدر. أو. ثم نظر. جازت بلا خلاف بين المشايخ، أما لو كانت كلمة اسماً أو حرفاً نحو.

يسمع نفسه لا غيره، وبقوله وإن شاء جهر وأسمع نفسه أن يسمع نفسه وغيره فصار كأنه قال المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غير وإن شاء أسمع نفسه وغيره، وهذا كما ترى تأويل غير محتمل إذ ليس في كلام محمد ما يحتمله. وقوله **(وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق)** يعني إذا قال أنت طالق أو أنت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافاً للهندواني، وكذا إذا جهر بهما وخافت بالاستثناء أو الشرط بحيث أنه لم يسمع نفسه لم يقعا في الاستثناء أصلاً وتأخراً إلى وجود الشرط عند الكرخي، وعند الهندواني يقعان في الحال، وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة. قال **(وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة)** القراءة في الصلاة إما أن تكون في الحضر أو في السفر، فإن كانت في الحضر فهي على ثلاثة أقسام: قسم يتعلق به الجواز، وقسم يخرج به عن حد الكراهة، وقسم يدخل به في حد الاستحباب، وإن كانت في السفر فإما أن يكون المصلي في عجلة من السير أو أمنة وقرار، والحكم ما ذكرنا خلا أن للعجلة تأثيراً في التخفيف **(وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة)** سواء كانت في الحضر أو في السفر **(عند أبي حنيفة آية)** واحدة إن كانت كلمتين فصاعداً فبلا خلاف بين المشايخ، وإن كانت كلمة واحدة كمدهامتان أو حرفاً واحداً كص ون وق ففيه اختلاف المشايخ **(وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة)** كآية الكرسي وآية المداينة **(لأن الرجل لا يسمى قارئاً بدونه)** أي

مغالطة قوله: **(وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة)** أقول: فيه بحث قوله: **(واعترض عليه بأن الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت)** أقول: الموجود في الكتابة تصحيح نقش الحروف لا تصحيح الحروف إلا بالمجاز، إذ ظاهر أن الحروف هي الكيفية العارضة للصوت أو مجموع العارض والمعروض قال المصنف: **(وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة آية عند أبي حنيفة)** أقول: قال ابن الهمام: ثم عنده لو قرأ آية هي كلمات أو كلمتان نحو. فقيل كيف قدر. أو نظر. جازت الصلاة بلا خلاف بين المشايخ. أما لو كانت كلمة اسماً أو حرفاً نحو. مدهامتان، ص، ق، ن. فإن هذه آيات عند بعض القراء، اختلف فيه على قوله. والأصح أنه لا يجوز لأنه يسمى عاداً لا قارئاً، وكون نحو ص حرفاً غلط، بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء، والمقروء هو الاسم صاد كلمة انتهى. ونحن نقول: لعل إطلاق الحرف باعتبار الكتابة فإن المكتوب هو صورة الحرف قوله: **(إن كانت كلمة واحدة كمدهامتان أو حرفاً واحدة كص)** أقول: ص كلمة، إذ المقروء اسمها لا المسمى حتى يكون حرفاً،

---

(١) يشير مصنف لما أخرجه البخاري ٧٧١ ومسلم ٤٦١ كلاهما عن أبي برزة: كان رسول الله ﷺ يقرأ في صلاة الغداة من الستين إلى المائة. وحديث جابر بن سمرة: كان النبي ﷺ يقرأ في الفجر بـ ق والقرآن المجيد. ونحوها. أخرجه مسلم ٤٥٨ وغيره.
قلت: وسورة ق عدد آياتها خمس وأربعون.

عليه الصلاة والسلام قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين» ولأن السفر أثر في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى. وهذا إذا كان على عجلة من السير، وإن كان في أمنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج

مدهامتان. ص ق ن. فإن هذه آيات عند بعض القراء اختلف فيه على قوله، والأصح أنه لا يجوز لأنه يسمى عاداً لا قارئاً وكون نحو ص حرفاً غلط، بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء والمقروء هو الاسم صاد كلمة، فالصواب في التقسيم أن يقال هي كلمتان أو كلمة، ولو قرأ نصف آية طويلة مثل آية الكرسي والمداينة قيل لا يجوز لعدم الآية، وعامتهم على الجواز لأنه يزيد على ثلاث قصار، وتعيين الآية ليصير قارئاً عرفاً وهو بذلك كذلك، أما الكراهة فثابتة ما لم يقرأ الواجب إلا فيما بعد الأوليين من الفرض، ولو قرأ نصف آية مرتين أو كرر كلمة مراراً حتى بلغ قدر آية لا يجوز قوله: **(لأنه لا يسمى قارئاً بدونه)** أي بدون المذكور عرفاً قوله: **(وله قوله تعالى)** ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ [المزمل ٢٠] **(من غير فصل)** فكان مقتضاه الجواز بدون الآية، وبه جزم القدوري فقال: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن ما يتناوله اسم القرآن يجوز وهو قول ابن عباس فإنه قال: اقرأ ما تيسر معك من القرآن، وليس شيء من القرآن بقليل[1]. ولأن ما يتناول اسم الواجب يخرج عن العهدة فدفعه المصنف بقوله إلا أن ما دون الآية خارج منه: أي من النص إذ المطلق ينصرف إلى الكامل في الماهية: ولا يجزم بكونه قارئاً عرفاً به فلم يخرج عن عهدة ما لزمه بيقين إذ لم يجزم بكونه من أفراده فلم تبرأ به الذمة خصوصاً والموضع موضع الاحتياط، بخلاف الآية إذ ليست في معناه: أي معنى ما دون الآية بل يطلق عليه قارئاً بها، فمبني الوجه من الجانبين قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر﴾ [المزمل ٢٠] وأما مبنى الخلاف فقيل على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف. وعندهما بالقلب معناه أن كونه غير قارىء مجاز متعارف وكونه قارئاً بذلك حقيقة تستعمل، فإنه لو قيل هذا قارىء لم يخطأ المتكلم نظراً إلى الحقيقة اللغوية، وفيه نظر، فإنه منع ما دون الآية بناء على عدم كونه قارئاً عرفاً، وأجاز الآية القصيرة لأنها ليست في معناه: أي في أنه لا يعد به قارئاً بل يعد به قارئاً عرفاً، فالحق أنه مبني على الخلاف في قيام العرف في عده قارئاً بالقصيرة. قالا: لا يعد وهو يمنع. نعم ذاك مبناه على رواية ما يتناوله اسم القرآن. وفي الأسرار ما قالاه احتياط. فإن قوله ﴿لم يلد﴾ [الإخلاص ٣] ثم نظر. لا يتعارف قرآناً وهو قرآن حقيقة، فمن حيث الحقيقة حرم على الحائض والجنب، ومن حيث العرف لم تجز الصلاة به احتياطاً فيهما قوله: **(لما روى أنه ﷺ قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين)** رواه أبو داود والنسائي عن عقبة بن عامر قال «كنت أقود برسول الله ﷺ ناقته في السفر فقال لي: يا عقبة ألا أعلمك خير سورتين قرئتا؟ فعلمني قل أعوذ برب الفلق وقل

بدون المذكور من ثلاث آيات قصار أو آية طويلة **(فأشبه)** قراءته **(قراءة ما دون الآية)** وقراءة ما دون الآية غير مجزئة فكذلك قراءة الآية، وحقيقة كلامهما أن الآية الواحدة وإن كانت قرآنا حقيقة إلا أنه في العرف ينطلق على ثلاث آيات أو آية طويلة فيصار إليه **(ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿فاقرءوا ماتيسر من القرآن﴾ من غير فصل)** بين آية فما فوقها، وهذا لأن الآية الواحدة قرآن حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنها تحرم قراءتها على الحائض والجنب فتدخل في إطلاق قوله تعالى ﴿من القرآن﴾ وقوله **(إلا أن ما دون الآية خارج)** جواب عما يقال: لو كان المراد من قوله ـ فاقرءوا ﴿ما تيسر من القرآن﴾ ـ مطلقه من غير فصل لجاز بما دون الآية كما جاز بالآية لأن الإطلاق يتناولهما تناولاً واحداً، ولكن لم يجز بما دون الآية فكذلك بالآية. ووجه أن ما دون الآية لم يدخل في الإطلاق بالإجماع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل من القرآن ما هو قرآن حقيقة وحكماً، وما دون الآية وإن كان قرآناً حقيقة لكنه ليس بقرآن حكماً حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق إليه، وعلى هذا التقرير يكون قوله خارج، بمعنى لم يدخل لأنه أبرز الكلام مبرز الإطلاق والتقييد لا العموم والخصوص، ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولأن التخصيص عندنا ليس بطريق الإخراج بل بطريق

---

(١) أثر ابن عباس لم أره.

وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف **(ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب)** ويروى من أربعين إلى ستين ومن ستين إلى مائة، وبكل ذلك ورد الأثر. ووجه التوفيق أنه يقرأ

أعوذ برب الناس، قال: فلم يرني سررت بهما جداً. فلما نزل لصلاة الصبح صلى بهما صلاة الصبح للناس»[1] وفيه القاسم مولى معوية أبو عبد الرحمن القرشي الأموي مولاهم وثقه ابن معين وغيره وتكلم فيه غير واحده. ورواه الحاكم في مستدركه عنه ولفظه «سألت رسول الله ﷺ عن المعوذتين أمن القرآن هما؟ فأمنا بهما في صلاة الفجر»[2] وصححه، والحق أنه حسن قوله: **(ولأن للسفر الخ)** قال في النهاية: هذا التعليل مخالف لما ذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الأرواث حيث قال: قلنا الضرورة في النعال وهي قد أثرت في التخفيف مرة حتى تظهر بالمسح فتكفي مؤنتها انتهى: يعني الضرورة أثرت هذا التخفيف فلا تؤثر تخفيف نجاستها ثانياً. وأجاب بأن كلاً في محزه لأن سقوط شطر الصلاة من قبيل رخصة الإسقاط فكان التخفيف في القراءة حينئذ ابتداء لا ثانياً. والحق أن لا ورود للسؤال ليتكلف الجواب على أنه لا يصح إذ لا شك في أن سقوط الشطر من أصل الشرعية للضرورة: يعني لما كان بحيث لو لزم الشطر في السفر لزم الحرج سقط، وأما الأول فلان المصنف قال في دليلهما، ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق به فقال في الجواب: قلنا الضرورة في النعال الخ. وحاصله القول بالموجب: أي نعم فيه ضرورة ولكن محلها النعال، وإنما تؤثر في محلها و قد أثرت حتى طهرت بالدلك فاندفعت به فلا حاجة إلى إثبات تخفيف نفس النجاسة لأخذ الضرورة تمام مقتضاها دون ذلك التخفيف. أما هنا فالضرورة داعية إلى تخفيف القراءة كما دعت إلى السقوط. فمجموع السقوط والتخفيف مقتضاها فلا بد من إعطائها إياه قوله: **(ويقرأ في الحضر، إلى قوله: وبكل ذلك ورد الأثر)** المراد أن الأربعين والخمسين والستين والمائة منقسمة على الركعتين. وأما ورود الأثر فروى مسلم «أنه ﷺ كان يقرأ الفجر بق ونحوها»[3]. وأخرج عن أبي بردة «كان ﷺ يقرأ في الفجر ما بين الستين إلى مائة آية» ولفظ ابن حبان بالستين إلى مائة[4]. وأخرج عن ابن عمر «أن كان ﷺ ليؤمنا في الفجر بالصافات»[5]

أن المخصوص لم يدخل تحت الجملة على ما عرف في أصول الفقه، وله زيادة تقرير قررناها في التقرير، وقوله **(والآية ليست في معناه)** أي في معنى ما دون الآية مستغنى عنه، إلا أنه ذكره لدفع من عسى أن يتوهم أن ما دون الآية إذا لم يدخل تحت الإطلاق فتلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست في معناه حتى تلحق به. قوله **(وفي السفر)** إنما قدم الكلام في السفر مع أنه من العوارض، وهو أليق بالتأخير، إما لأنه مظنة قلة القراءة فكان أنسب لذكر قراءة الآية الواحدة، وإما لأن شعب بحث الحضر كثيرة فأراد أن يفرغ من بحث السفر ليدخل في بحث الحضر على فراغ، وكلامه في السفر ظاهر، والأمنة بفتح الميم: هو الأمن. ولما كان السفر مظنة التخفيف أدير الحكم عليه وخفف في القراءة وإن كان المسافر في حال الأمن، ألا

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ١٤٦٢ والنسائي ٢/ ١٥٨ وكرر ٨/ ٢٥٢، ٢٥٣ كلاهما من حديث عقبة به. وفي إسناده القاسم بن عبد الرحمن غير قوي. ورواية النسائي الأولى وكذا رواية من الثانية من طريق جبير بن نفير عن أبيه عن عقبة به وإسناده حسن ورواه أحمد ٤/ ٤٤ والحاكم ١/ ٥٦٧ وصححه وأخرجه النسائي في ٨/ ٢٥٢ من حديث عقبة أيضاً ورجاله ثقات وفيه بقية إلا أنه صرح بالتحديث وشيخه ثقة ثبت كما في التقريب. والحديث صحيح بمجموع طرقه.

(٢) أخرجه الحاكم ١/ ٢٤٠ بهذا اللفظ من حديث عقبة وصححه وقال: أبو أسامة ثقة معتمد تفرد به وسكت عنه الذهبي.

(٣) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) تقدم أيضاً قبل ثلاثة أحاديث وهو من حديث أبي برزة.
تنبيه: وقع للمصنف: أبي بردة. ولعله تصحيف من الناسخ.

(٥) رواه ابن حبان في صحيحه برقم ١٨١٧ وكذا ذكر الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤ ولم يروه مسلم.
تنبيه: وقع للمصنف عطف رواية ابن عمر على رواية مسلم بسبب أن الزيلعي ذكر روايات لمسلم لكن ذكر أثناءها رواية لابن حبان وعطف حديث ابن عمر على رواية ابن حبان والله تعالى أعلم.

بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين، وقيل ينظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الأشغال وقلتها. قال **(وفي الظهر مثل ذلك)** لاستوائهما في سعة الوقت، وقال في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزاً عن الملال **(والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل، وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل)** والأصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أن أقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولأن مبني المغرب على العجلة

قوله: **(ينظر الخ)** هذا وما بعده أولى أن يجعل محمل اختلاف فعله ﷺ، بخلاف ما قبله لا يجوز فيه ذلك فيجعل قاعدة لفعل الأئمة في زماننا، ويعلم منه أنه لا ينقص في الحضر عن الأربعين وإن كانوا كسالى لأن الكسالى تحملها. ثم اختلف في أول المفصل. فقيل سورة القتال، وقال الحلواني وغيره من أصحابنا: الحجرات فهو السبع الأخير، وقيل من ق، وحكى القاضي عياض أنه الجاثية وهو غريب. فالطوال من أوله على الخلاف إلى البروج، والأوساط منها إلى - لم يكن - والقصار الباقي، وقيل الطوال من أوله إلى عبس، والأوساط منها إلى - والضحى - والباقي القصار، ثم إذا راعى الليالي يقرأ في الشتاء مائة، وفي الصيف أربعين، وفي الخريف والربيع خمسين إلى ستين قوله: **(والأصل فيه كتاب عمر)** روى عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا سفيان الثوري عن علي بن زيد بن جدعان عن الحسن وغيره قال: كتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل، وفي العشاء بوسط المفصل، وفي الصبح بطوال المفصل[١] انتهى. وأما في الظهر بطوال المفصل فلم أره، بل قال الترمذي في الباب الذي يلي باب القراءة في الصبح. وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى أن اقرأ في الظهر بأوساط المفصل[٢]. غير أن في الرواية ما يفيد المطلوب، وهو ما قدمناه في صحيح مسلم من حديث الخدري عنه ﷺ «كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية»[٣] الحديث فارجع إليه قوله: **(وقد يقعان)** أي بعد تأخيرهما إلى الوقت الذي يستحب تأخيرهما إليه لو أطال القراءة قد يقع في وقت غير مستحب وهو أعم من المكروه، وقد تقدم أن التأخير إلى النصف في العشاء مباح وبعده مكروه، فهذا قريب في

ترى أنه أثر في إسقاط شطر الصلاة وإن كان على أمنة وقراراً فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى. فإن قيل: هذا التعليل مخالف لما ذكر في طرف أبي حنيفة في مسألة الأرواث في باب الأنجاس حيث استدل ههنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانياً وأبى ذلك هناك. أجيب بالفرق بين الموضعين بأن العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لأن كل شيء ظهر تأثيره في الأصل كان ظهور تأثيره في الوصف أولى لكونه تابعاً للأصل، بخلاف الأرواث فإن الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة فكفت مؤنتها بها فلا تعمل ثانية **(ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين سوى الفاتحة)** ويروى من أربعين إلى ستين، ويروى من ستين إلى مائة، وبكل ذلك وردت الآثار. قال مؤرق العجلي: «تلقنت سورة ق واقتربت من في رسول الله ﷺ لكثرة قراءته لهما في صلاة الفجر» وق خمس وأربعون آية، واقتربت خمس وخمسون أو ست وخمسون آية. وروى ابن عباس «أن النبي ﷺ قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة و﴿هل أتى على الإنسان﴾، والأولى ثلاثون والثانية إحدى وثلاثون» فلما اختلفت مقادير قراءة رسول الله ﷺ اختلفت رواية محمد فيها، وفي لفظ الكتاب إشارة إلى أن هذه المقادير أيها كانت إنما تكون في ركعتين لا في ركعة واحدة حتى تكون على رواية الأربعين في كل ركعة

قوله: **(وقيل طواله من الحجرات إلى عبس)** أقول: أدخل الغاية هنا في المغيا بخلاف أخواته

---

(١) هذا الأثر. قال ابن حجر: رواه عبد الرزاق بإسناد ضعيف ومنقطع. اهـ الدراية ١/ ١٦٢.
(٢) موقوف. رواه الترمذي ٢/ ١٦١ معلقاً. أي بلا سند.
(٣) صحيح تقدم في ٣/ ٣٢٦

والتخفيف أليق بها. والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير، وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالأوساط (**ويطيل الركعة الأولى من الفجر على الثانية**) إعانة للناس على إدراك الجماعة. قال (**وركعتا الظهر سواء**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها لما روي «**أن النبي ﷺ كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها**» ولهما أن الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار، بخلاف الفجر لأنه وقت نوم وغفلة، والحديث محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية، ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم إمكان الاحتراز

العصر بعيد في العشاء قوله: (**لما روى الخ**) روى البخاري «أنه ﷺ كان يقرأ في الظهر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وبسورتين، وفي الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب، ويطوّل في الركعة الأولى ما لا يطوّل في الثانية، وهكذا في العصر، وهكذا في الصبح»[1] فأجاب عنه بأنه محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ بما دون ثلاث آيات، وعلى هذا فيحمل قول الراوي، وهكذا في الصبح على التشبيه في أصل الإطالة لا قدرها، فإن تلك الإطالة معتبرة شرعاً عند أبي حنيفة، والمعتبرة أكثر من ذلك القدر، وقد قدرت بأن يقرأ في الأولى بخمس وعشرين، وفي الثانية بتمام الأربعين، ولأن الإطالة في الصبح لما كانت لأن وقته وقت نوم وغفلة فلا بد من كونها بحيث يعد إطالة، لكن كون التشبيه في ذلك غير المتبادر ولذا قال في الخلاصة في قول محمد إنه أحبّ قوله: (**ويكره أن يوقت**) كالسجدة

عشرون. قوله (**ووجه التوفيق**) يعني بين الروايات وهو ظاهر. وقوله (**وفي الظهر مثل ذلك**) أي مثل ما قرأ في الفجر (**لاستوائهما في سعة الوقت**) وروي «أن النبي ﷺ كان يقرأ في الظهر الم للسجدة». قال أبو سعيد الخدري: «سجد رسول الله ﷺ في الظهر فظننا أنه قرأ ﴿الم تنزيل السجدة﴾»، وقد رويناه أنا كان يقرأ في الفجر ﴿الم تنزيل السجدة﴾ وفي الثانية ﴿هل أتى على الإنسان﴾ فدل على أنه قرأ في الظهر ما قرأ في ركعتي الفجر (**وقال في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزاً عن الملال**) وروى أبو سعيد الخدري «أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الظهر قدر ثلاثين آية وهو نحو سورة الملك». وقوله (**والعصر والعشاء سواء**) يعني في سعة الوقت على جهة الاستحباب (**يقرأ فيهما بأوساط المفصل**) لما روى جابر بن سمرة «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الركعتين الأوليين من العصر ﴿والسماء ذات البروج﴾ ﴿والسماء والطارق﴾» ولحديث معاذ بن جبل «أن قومه شكوا إلى رسول الله ﷺ تطويل قراءته في العشاء، فقال له النبي ﷺ: أفتان أنت يا معاذ؟ أين أنت ﴿من سبح اسم ربك الأعلى﴾ ﴿والشمس وضحاها﴾» (**وفي المغرب بقصار المفصل**) لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قرأ في صلاة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل في سورة الحجرات إلى سورة والسماء ذات البروج، والأوساط منها إلى لم يكن، والقصار منها إلى الآخر» وقيل طواله من الحجرات إلى ﴿عبس﴾، وأوساطه من كورت إلى والضحى، والقصار منه إلى الآخر. وقوله (**ويطيل الركعة الأولى من الفجر**) به جرى التوارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، وفيه إعانة للناس على إدراك الجماعة ولا يطيل في غيرها عندهما (**وقال محمد: أحب إلي أن يطيل الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها، لما روى**) أبو قتادة رضي الله عنه («**أن النبي ﷺ كان يطيل القراءة في الركعة الأولى في الصلوات كلها**». **ولهما أن ركعتي الصلاة استويا في استحقاق القراءة**) لكونها ركناً في الجميع، وكل ما كانا كذلك يستويان في المقدار إلا بعارض غير اختياري لأن سبب الحدوث متحد وسبب التفاوت غير موجود. وقلنا بعارض غير اختياري ليخرج صلاة الفجر لأن تطويل الركعة الأولى متفق عليه فيها، ولئلا يرد ما يقال في جانب محمد: إن معنى تطويل الركعة الأولى على

(**قال المصنف: وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب**) أقول: أي بعد تأخيرهما إلى الوقت الذي يستحب تأخيرهما إليه لو أطال القراءة قد يقع في وقت غير مستحب وهو أعم من المكروه قوله: (**وقلنا بعارض غير اختياري ليخرج صلاة الفجر، لأن تطويل الركعة الأولى متفق عليه فيها ولئلا يرد الخ**) أقول: قوله لأن تطويل الركعة الخ علة للإخراج بلا نظر إلى خصوصية المخرج، وقوله لئلا يرد الخ علة للتقييد بهذا القيد قوله: (**لأن غفلتهم تلك باختيارهم الخ**) أقول: هذا ناظر لقوله فيما تقدم قبل أسطر وهو قوله لئلا يرد الخ. والإسبيجابي:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٧٦ من حديث أبي قتادة وتقدم مستوفياً في ١/ ٣٢٧

عنه من غير حرج **(وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها)** بحيث لا تجوز بغيرها لإطلاق ما تلونا **(ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات)** لما فيه من هجر الباقي وإيهام التفضيل **(ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام)**

والإنسان لفجر الجمعة[(١)] والجمعة والمنافقين للجمعة[(٢)]. قال الطحاوي والإسبيجابي: هذا إذا رآه حتماً يكره غيره. أما لو قرأ للتيسير عليه أو تبركاً بقراءته ﷺ فلا كراهة، لكن بشرط أن يقرأ غيرهما أحياناً لئلا يظن الجاهل أن غيرهما لا يجوز، ولا تحرير في هذه العبارة بعد العلم بأن الكلام في المداومة. والحق أن المداومة مطلقاً مكروهة سواء رآه حتماً يكره غيره أولاً، لأن دليل الكراهة لا يفصل وهو إيهام التفضيل وهجر الباقي، لكن الهجران إنما يلزم لو لم يقرأ الباقي في صلاة أخرى، فالحق أنه إيهام التعيين، ثم مقتضى الدليل عدم المداومة لا المداومة على العدم كما يفعله حنفية العصر، بل يستحب أن يقرأ بذلك أحياناً تبركاً بالمأثور، فإن لزوم الإيهام ينتفي بالترك أحياناً، ولذا قالوا: السنة أن يقرأ في ركعتي الفجر بقل يا أيها الكافرون و قل هو الله أحد. وظاهر هذا إفادة المواظبة على ذلك، وذلك لأن الإيهام المذكور منتف بالنسبة إلى المصلي نفسه قوله: **(له أن القراءة ركن فيشتركان فيه)** أما الأولى فظاهرة، وأما الثانية فلقوله تعالى. فاقرءوا ما تيسر منه. وهو عام في المصلين، وكذا قوله ﷺ «لا صلاة إلا بقراءة»[(٣)] قوله: **(ولنا قوله ﷺ «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة»[(٤)])** فإذا صح وجب أن يخص عموم الآية والحديث على طريقة الخصم مطلقاً فيخرج المقتدي، وعلى طريقتنا يخص أيضاً لأنهما عام خص منه البعض، وهو المدرك في الركوع إجماعاً فجاز تخصيصهما بعده بالمقتدي بالحديث المذكور، وكذا يحمل قوله ﷺ «فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من

الثانية موجود في سائر الصلوات، إلا أن الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال الناس بالكسب لأن غفلتهم تلك باختيارهم، بخلاف النوم، ثم المعتبر في التطويل بالآيات إن كانت متساوية أو متقاربة من حيث الكلمات والحروف، وأما إذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار زيادة إحداهما على الأخرى، فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بأن يكون الثلثان في الأولى والثلث في الثانية، وقال في شرح الطحاوي: ينبغي أن يقرأ في الأولى بثلاثين آية وفي الثانية بعشر آيات أو عشرين، وهذا بيان الأولوية، وأما بيان الحكم فالجواز وإن كان التفاوت فاحشاً بأن قرأ في الأولى بأربعين وفي الثانية بثلاث آيات، وأما إطالة الركعة الثانية على الأولى فمكروه بالاتفاق، ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لأن النبي ﷺ قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية أطول بآية، ولما قال في الكتاب من قوله لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرائض، وأما في غيرها فعن أبي يوسف أن زيادة أحدى الركعتين على الأخرى مكروهة، وقيل ليست بمكروهة لأن أمر النوافل أسهل، ألا ترى أنها جازت قاعداً مع القدرة على القيام. وقوله **(وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها)** هذه المسألة والتي بعدها يتراءى أنهما في إفادة الحكم واحد، وليس كذلك بل هما متغايران وضعاً وبياناً. أما الوضع فلأن الأولى من مسائل القدوري، والثانية من مسائل الجامع الصغير، وقد التزم الإثبات بهما إذا اختلفت الروايتان. وأما البيان فلأن معنى الأولى ليس في شيء من الصلوات مطلقاً تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلاة بغيرها، وهو احتراز عن مذهب الشافعي، فإنه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلاة كلها وقال: لا تجوز الصلاة بغيرها من السور، قلنا إنه باطل **(لإطلاق ما تلونا)** من قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ لا يقال: فعلى هذا يلزم التكرار من وجه آخر لما تقدم أن قراءة الفاتحة لا تتعين ركناً عندنا خلافاً للشافعي لأن ما تقدم كان من لفظ الهداية، وههنا ذكر أنه من لفظ القدوري، ومعنى الثانية يكره أن يعين المصلي شيئاً من القرآن مثل ﴿الم السجدة﴾ ﴿وهل أتى على الإنسان﴾ لشيء من

---

(١) يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٨٩١. ١٠٦٨ وكذا مسلم ٨٨٠ح٦٥ كلاهما من حديث أبي هريرة كان النبي ﷺ يقرأ في الجمعة في صلاة الفجر الم تنزيل السجدة. وهل أتى على الإنسان. وأخرجه أحمد ١/ ٣٤٠، ٣٢٨ من حديث ابن عباس.

(٢) يشير المصنف لحديث ابن عباس: كان النبي ﷺ يقرأ في الجمعة سورة الجمعة والمنافقين. رواه مسلم ٨٧٩ وغيره. ويأتي في الجمعة.

(٣) رواه الستة بلفظ: لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب تقدم تخريجه مستوفياً. وأخرجه مسلم ٣٩٦ من حديث أبي هريرة مرفوعاً. لا صلاة إلا بقراءة.

(٤) يأتي بعض حديث واحد.

خلافاً للشافعي رحمه الله في الفاتحة. له أن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

القرآن»[1] على غير حالة الاقتداء جمعاً بين الأدلة، بل يقال القراءة ثابتة من المقتدي شرعاً فإن قراءة الإمام قراءة له، فلو قرأ لكان له قراءتان في صلاة واحدة وهو غير مشروع، بقي الشأن في تصحيحه، وقد روي من طرق عديدة مرفوعاً عن جابر بن عبد الله عنه ﷺ[2] وقد ضعف، واعترف المضعفون لرفعه مثل الدارقطني والبيهقي وابن عدي بأن الصحيح أنه مرسل لأن الحفاظ كالسفيانين وأبي الأحوص وشعبة وإسرائيل وشريك وأبي خالد الدالاني وجرير وعبد الحميد وزائدة وزهير رووه عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي ﷺ فأرسلوه، وقد أرسله مرة أبو حنيفة رضي الله عنه كذلك، فنقول: المرسل حجة عند أكثر أهل العلم فيكفينا فيما يرجع إلى العمل على رأينا، وعلى طريق الإلزام أيضاً بإقامة الدليل على حجية المرسل، وعلى تقدير التنزل عن حجته فقد رفعه أبو حنيفة بسند صحيح. روى محمد بن الحسن في موطئه: أخبرنا أبو حنيفة، حدثنا أبو الحسن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من صلى خلف إمام فإن قراءة الإمام له قراءة»[3] وقولهم إن

الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على أنه لا يجوز بغيرها، وهو أيضاً احتراز عن مذهب الشافعي فإنه قال: يستحب ذلك لحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ كان يقرأهما في صلاة الفجر فكيف يكون مكروهاً، وقلنا إن في ذلك هجر الباقي وإيهام التفضيل بلا دليل، وذلك مكروه لقوله تعالى ﴿وقال الرسول يا رب إن قومي اتخذوا هذا القرآن مهجوراً﴾ شكى الرسول ﷺ قومه قريشاً إلى ربه باتخاذهم القرآن مهجوراً وهو يوجب الحرمة لولا رواية الجواز بغيرها فمعها يكون مكروهاً. لا يقال: ليس في ذلك هجر، وإنما هو تفضيل بدليل وهو ما روينا من حديث ابن مسعود لأنه معارض بما روى جابر بن سمرة «أن النبي ﷺ كان «يقرأ في الفجر ق» وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام أقام بتبوك أربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة، وإذا زلزلت» فعلم أنه عليه الصلاة والسلام ما واظب على ذلك، ففي استحباب المواظبة مخالفة له عليه الصلاة والسلام وحمل لصلاته على غير المستحب، ولا كراهة أعظم من ذلك. نعم لو فعل ذلك أحياناً كما فعله عليه الصلاة والسلام قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي ﷺ **(ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام)** سواء كان في الصلاة الجهرية أو غيرها خلافاً للشافعي في الفاتحة فإنه يقول: يجب عليه قراءتها في الصلاة السرية وفي الركعات التي لا يجهر فيها، وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه.

قوله: **(وبما روي أنه أقام عليه الصلاة والسلام بتبوك أربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة وإذا زلزلت)** أقول: ذاك في السفر والكلام في الحضر قوله: **(فعلم أنه عليه الصلاة والسلام ما واظب على ذلك الخ)** أقول: لو كانت المواظبة بلا ترك أفادت الوجوب، ولو صح ما ذكره لم يوجد ترك السنة منه ﷺ قوله: **(نعم لو فعل ذلك. إلى قوله: قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي عليه الصلاة والسلام)** أقول: جواب بتغيير الدليل.

---

(١) هو بعض حديث المسيء صلاته. صحيح.

(٢) ضعيف أخرجه ابن ماجه ٨٥٠ والدارقطني ١/ ٣٣١ والبيهقي ٢/ ١٦٠ وابن عدي ٢/ ٢٩٢ كلهم من حديث جابر: من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة.

قال البوصيري في زوائد ابن ماجه: فيه جابر الجعفي كذاب وهو مخالف لما روى الستة اهـ.

ورواية البيهقي ٢/ ١٦٠ والدارقطني ١/ ٣٣١. فيه أيضاً ليث بن أبي سليم مع جابر الجعفي. فهذه متابعة. لكن قال البيهقي والدارقطني: كلاهما ضعيفان.

(٣) ضعيف. أخرجه محمد بن الحسن في الموطأ ١١٧ والدارقطني ١/ ٣٢٣ كلاهما من حديث جابر وأعله الدارقطني بضعف أبي حنيفة.

قلت: وفيه نظر فأبو حنيفة ثقة وإن كان بعضهم ضعفه من جهة حفظه وعلته عندي رواية بعض الثقات له مرسلاً. وإلا فرواته ثقات كلهم. مع أبي حنيفة. أضف إلى ذلك ما أخرجه البيهقي ٢/ ١٦٠ عن سفيان وشعبة وابن المبارك وأبي حنيفة كلهم عن ابن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد مرسلاً.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٩ عن البيهقي في المعرفة قال: رواه السفيانان وشعبة وجماعة من الحفاظ مرسلاً ورواه ابن المبارك عن أبي حنيفة مرسلاً أيضاً.

«من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة» وعليه إجماع الصحابة وهو ركن مشترك بينهما، لكن حظ المقتدي الإنصات

الحفاظ الذين عدوهم لم يرفعوه غير صحيح. قال أحمد بن منيع في مسنده: أخبرنا إسحاق الأزرق، حدثنا سفيان وشريك عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة» قال: وحدثنا جرير عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي ﷺ فذكره[(1)] ولم يذكر عن جابر، ورواه عبد بن حميد: حدثنا أبو نعيم، حدثنا الحسن بن صالح عن أبي الزهير عن جابر عن النبي ﷺ فذكره، وإسناد حديث جابر الأول صحيح على شرط مسلم فهؤلاء سفيان وشريك وجرير وأبو الزهير رفعوه بالطرق الصحيحة فبطل عدّهم فيمن لم يرفعه. ولو تفرد الثقة وجب قبوله لأن الرفع زيادة الثقة مقبولة فكيف ولم ينفرد، والثقة قد يسند الحديث تارة ويرسله أخرى، وأخرجه ابن عدي عن أبي حنيفة في ترجمته، وذكر فيه قصة وبها أخرجه أبو عبد الله الحاكم قال: حدثنا أبو محمد بن بكر بن محمد بن حمدان الصيرفي، حدثنا عبد الصمد بن الفضل البلخي حدثنا مكي بن إبراهيم عن أبي حنيفة عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد بن الهاد عن جابر بن عبد الله «أن النبي ﷺ صلى ورجل خلفه يقرأ، فجعل رجل من أصحاب النبي ﷺ ينهاه عن القراءة في الصلاة، فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال: أتنهاني عن القراءة خلف رسول الله ﷺ؟ فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال ﷺ من صلى خلف إمام فإن قراءة الإمام له قراءة»[(2)] وفي رواية لأبي حنيفة أن ذلك كان في الظهر أو العصر هكذا «إن رجلاً قرأ خلف رسول الله ﷺ في الظهر أو العصر فأومأ إليه رجل فنهاه، فلما انصرف قال: أتنهاني» الحديث، وهذا يفيد أن أصل الحديث هذا غير أن جابراً روى عنه محل الحكم فقط تارة والمجموع تارة. ويتضمن رد القراءة خلف الإمام لأنه خرج تأييداً لِنهي ذلك الصحابي عنها مطلقاً في السرية والجهرية خصوصاً في رواية أبي حنيفة رضي الله عنه أن القصة كانت في الظهر أو العصر لا إباحة فعلها وتركها فيعارض ما روي في بعض روايات حديث «مالي أنازع القرآن» أنه قال «إن كان لا بد فالفاتحة»[(3)] وكذا ما رواه أبو داود والترمذي عن

قال أصحابه: ويستحب للإمام على هذا القول أن يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة، واستدل على ذلك بأن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه كما في سائر الأركان، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة» حدث به أبو حنيفة في مسنده عن موسى ابن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه. لا يقال: هذا الحديث معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة إلا بقراءة» فيسلم استدلاله بالقياس سالماً. لأنا نقول. بالموجب: أي سلمنا أن لا صلاة إلا بقراءة، ولكن ليس الكلام فيه. وإنما الكلام في أن قراءة الإمام قراءة له أو لا، وحديثهم لا يدل على نفي ولا إثبات، وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به حذراً عن الإلغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره. وقوله (وعليه إجماع الصحابة) قيل فيه نظر لأن منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على ما روى عن عبادة ابن الصامت. وأجيب بأن المراد به إجماع أكثر الصحابة، فإنه روي عن ثمانين نفراً من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة

---

(١) ضعيف. رواه أحمد ابن منيع كما ذكر المصنف وكتابه لم يطبع. وإسناده الأول حسن وهو مرفوع. وأما الثاني فهو مرسل وهو أصح لموافقته لرواية غيره من الثقات.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي ٧/ ١٠ من حديث جابر وقال ابن عدي: زاد أبو حنيفة فيه جابر وقد رواه جرير وشعبة والسفيانان وغيرهم مرسلاً وتابعه الحسن بن عمارة وهو أضعف منه. وكذا رواه البيهقي ٢/ ١٥٩ وقال: المحفوظ مرسل.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٨٢٦ وأحمد ٢/ ٢٤٠، ٢٨٥، ٣٠١، ٤٨٧ من طرق كلاهما من حديث أبي هريرة وكذا الترمذي ٣١٢ وأخرجه أبو داود ٨٢٤ والبيهقي ٢/ ١٦٥ والدارقطني ١/ ٣٢٠ من طرق عن محمود بن الربيع عن عبادة بن الصامت.
قال الدارقطني: هذا إسناد حسن ورجاله كلهم ثقات وكذا قال البيهقي. وورد من حديث عبد الله ابن بحينة. أخرجه أحمد ٥/ ٣٤٥ وقال الهيثمي: وكذا رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجال أحمد رجال الصحيح. اهـ. فهذا بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الصحة وله شواهد صحيحة.

والاستماع قال عليه الصلاة والسلام «وإذا قرأ الإمام فأنصتوا» ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد

عبادة بن الصامت قال «كنا خلف رسول الله ﷺ في صلاة الفجر، فقرأ رسول الله ﷺ فثقلت عليه القراءة، فلما فرغ قال: لعلكم تقرأون خلف إمامكم؟ قلنا نعم هذا يا رسول الله، قال: لا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب، فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها»[(١)] ويقدم لتقدم المنع على الإطلاق عند التعارض ولقوّة السند، فإن حديث المنع «من كان له إمام» أصح[(٢)] فبطل ردّ المتعصبين وتضعيف بعضهم لمثل أبي حنيفة مع تضييقه في الرواية إلى الغاية حتى إنه شرط التذكر لجواز الرواية بعد علمه أنه خطه، ولم يشترط الحفاظ هذا ولم يوافقه صاحباه، ثم قد عضد بطرق كثيرة عن جابر غير هذه وإن ضعفت، وبمذاهب الصحابة رضي الله عنهم حتى قال المصنف: إن عليه إجماع الصحابة في موطإ مالك عن نافع عن ابن عمر قال: إذا صلى أحدكم خلف الإمام فحسبه قراءة الإمام، وإذا صلى وحده فليقرأ». قال. وكان ابن عمر رضي الله عنه لا يقرأ خلف الإمام[(٣)]، ورواه عنه الدارقطني مرفوعاً وقال: رفعه وهم، لكن إذا صح عنه ذلك فالظاهر أنه لسماعه منه ﷺ فيكون رفعه صحيحاً وإن كان روايه ضعيفاً. وروى ابن عدي في الكامل عن إسماعيل بن عمر وابن نجيح بن إسحاق البجلي عن الحسن بن صالح عن أبي هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة»[(٤)] وقال: هذا لا يتابع عليه إسماعيل وهو ضعيف وليس كما قال، بل تابعه عليه النضر بن عبد الله، روى الطبراني في الأوسط: حدثنا محمد بن إبراهيم بن عامر بن إبراهيم الأصبهاني، حدثني أبي عن جدّي عن النضر بن عبد الله، حدثنا الحسن انخ سنداً ومتناً. وروي من حديث ابن عباس رضي الله عنه يرفعه وفيه كلام[(٥)]. وروى الطحاوي في شرح الآثار: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، حدثنا عبد الله بن وهب، أخبرني حيوة بن شريح عن بكر بن عمرو عن عبد الله بن مقاسم أنه سأل عبد الله بن عمر وزيد ابن ثابت وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم فقالوا: لا تقرأ خلف الإمام في شيء من الصلاة[(٦)]. وروى محمد بن الحسن في موطئه عن سفيان بن عيينة عن منصور عن أبي وائل قال: سئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن

خلف الإمام. وقال الشعبي: أدركت سبعين بدرياً كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الإمام، وليس بشيء لأن هذا المقدار ليس أكثر الصحابة، وأيضاً المذهب وعندنا أن خلاف الواحد كخلاف الأكثر، وقيل المراد به إجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم، وقد روي عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه قال: كان عشرة من أصحاب النبي ﷺ ينهون عن القراءة خلف الإمام أشد النهي: أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم. ويجوز أن

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٨٢٣ بهذا اللفظ والحاكم ١/ ٢٣٨ والترمذي ٣١١ والدارقطني ١/ ٣١٨ والبيهقي ٢/ ١٦٤ كلهم من حديث عبادة بن الصامت وقال الدارقطني: حديث حسن. وقال الترمذي: حديث حسن اهـ وفيه ابن اسحق عنعنه وهو مدلس.
قال البيهقي: ورواه بعضهم فذكر فيه سماع بن إسحاق اهـ. وله طرق أخرى وبعضها صحيح.

(٢) هذا ممنوع. ففي نصب الراية ٢/ ٩ نقل البيهقي في المعرفة عن أبي موسى الحافظ قال: حديث من كان له إمام.. لم يصح عن النبي ﷺ فيه شيء. وإنما اعتمد مشايخنا على روايات موقوفة عن علي وابن مسعود وغيرهما من الصحابة.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٨٦ح٤٣ ومن طريقه محمد بن الحسن في الموطأ ١١٢ ورواه من طرق أخرى ١١٥ و١١٦ و١١٨ وكذا الدارقطني ١/ ٤٠٢ والبيهقي ٢/ ١٦١ كلهم عن ابن عمر من قوله. وإسناده صحيح في غاية الصحة. ورواه الدارقطني أيضاً مرفوعاً. وقال هذا وهم والصواب وقفه وكذا قال البيهقي.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن عدي ١/ ٣٢٢ في الضعفاء من حديث أبي سعيد وقال: إسماعيل بن عمرو بن نجيح عامة هذه الأحاديث التي ذكرتها لا يتابع عليها. روى غير حديث منكر. ورواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ١١١ وفيه أبو هارون العبدي قال الهيثمي: متروك.
تنبيه: قول المصنف بل تابعه عليه النصر وانتقاده لابن عدي في ذلك ذكره قبله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١١ وقد تبين لك عدم ذكر ابن عدي لهذه العبارة وإنما قال: عامة ما ذكرت من أحاديث لا يتابع عليها. ثم ما فائدة هذه المتابعة برجل أوهى منه.

(٥) منكر. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٣٣ من حديث ابن عباس وقال: قال أحمد: هذا حديث منكر. وكذا نقله الزيلعي ٢/ ١١.

(٦) موقوف صحيح أخرجه الطحاوي في شرح الآثار ١/ ١٢٩ وأشار ابن حجر في الدراية ١/ ١٦٤ إلى كونه ثابتاً عنهم.

رحمه الله، ويكره عندهما لما فيه من الوعيد **(ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام آية الترغيب والترهيب)** لأن الاستماع والإنصات فرض بالنص، والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة، وكذلك إن

القراءة خلف الإمام، قال: أنصت فإنه في الصلاة شغلاً ويكفيك الإمام[1] وروى فيه عن داود بن قيس الفراء المدني قال: أخبرني بعض ولد سعد بن أبي وقاص أن سعداً رضي الله عنه قال: وددت الذي يقرأ خلف الإمام في فيه جمرة[2]، ورواه عبد الرزاق إلا أنه قال في فيه حجر، وروى محمد أيضاً في موطئه عن داود بن قيس عن ابن عجلان أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ليت في فم الذي يقرأ خلف الإمام حجراً[3]. وأخرجه أيضاً عبد الرزاق. وأخرج الطحاوي عن حماد بن سلمة عن أبي جمرة قال: قلت لابن عباس: أقرأ والإمام بين يديّ؟ قال لا[4]. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن جابر قال: لا تقرأ خلف الإمام إن جهر ولا إن خافت[5]. وأخرج هو وعبد الرزاق من قول علي رضي الله عنه قال: من قرأ خلف الإمام فقد أخطأ الفطرة[6] وأخرجه الدارقطني من طريق [7] وقال: لا يصح إسناده. وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء: هذا يرويه عبد الله بن أبي ليلى الأنصاري عن علي وهو باطل، ويكفي في بطلانه إجماع المسلمين على خلافه، وأهل الكوفة إنما اختاروا ترك القراءة خلف الإمام فقط لا أنهم لم يجيزوا ذلك، وابن أبي ليلى هذا رجل مجهول انتهى. وليس ما نسبه إلى أهل الكوفة بصحيح بل هم يمنعونه وهي عندهم تكره، والمراد كراهة التحريم كما يفيده قول المصنف، وعندهما يكره لما فيه من الوعيد. وصرح بعض المشايخ بأنها لا تحل خلف الإمام، وقد عرف من طريق أصحابنا أنهم لا يطلقون الحرام إلا على ما حرمته بقطعي. وفي سنن النسائي أخبرنا هارون بن عبد الله، حدثنا زيد بن الحباب، حدثنا معاوية بن صالح، حدثنا أبو الزاهرية، حدثني كثير بن مرة الحضرمي، عن أبي الدرداء سمعته يقول «سئل رسول الله ﷺ: أفي كل صلاة قراءة؟ قال نعم، قال رجل من الأنصار: وجبت هذه فالتفت إليّ وكنت أقرب القوم منه فقال: ما أرى الإمام إذا أمّ القوم إلا قد كفاهم»[8] فإن لم يكن هذا من كلام النبي ﷺ بل من كلام أبي الدرداء فلم يكن ليروي عن النبي ﷺ «أفي كل صلاة قراءة» ثم يعتد بقراءة الإمام عن المقتدي إلا لعلم عنده فيه من النبي ﷺ قوله: (قال ﷺ و«إذا قرأ فأنصتوا») رواها مسلم زيادة في حديث «إذا كبر الإمام فكبروا»[9] وقد ضعفها أبو داود وغيره، ولم يلتفت إلى

يكون رجوع المخالف ثابتاً فيتم الإجماع. ويجوز أن يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد أحد عليهم عند توفر الصحابة كان إجماعاً سكوتياً. وقوله **(وهو ركن مشترك)** جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره: سلمنا أنه ركن مشترك **(بينهما)** لكن حظ المقتدي **(منهما الاستماع والإنصات)** لقوله تعالى ﴿وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وانصتوا﴾ لما روى عن ابن عباس

(١) موقوف: أخرجه محمد بن الحسن في الموطأ ١١٩ عن ابن مسعود بإسناد جيد وكذا ابن أبي شيبة وعبد الرزاق.
(٢) موقوف أخرجه محمد في الموطأ ١٢٥ وفي إسناده جهالة.
(٣) موقوف ضعيف أخرجه محمد في الموطأ: ١٢٦ وهو معضل لأن ابن عجلان مات سنة ١٤٨ وهكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه.
(٤) موقوف. رواه الطحاوي في شرح الآثار ١/ ١٢٩
(٥) موقوف. قال في نصب الراية ٢/ ١٣ رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.
(٦) موقوف واهٍ. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٣١، ٣٣٢ وقال: لا يصح. ونقل الزيلعي ٢/ ١٣ عن ابن حبان قوله: هو باطل.
(٧) صواب: من طرقه. كما في نصب الراية وهو الصواب.
(٨) موقوف. أخرجه النسائي ٢/ ١٤٢ من حديث أبي الدرداء مرفوعاً ثم قال: هذا خطأ. إنما هو قول أبي الدرداء وكذا قال المزي في الأطراف.
(٩) حسن شاذ. أخرجه مسلم ٤٠٤ مطولاً ثم ساق إسناداً آخر له وقال: في حديث جرير عن سليمان التيمي عن قتادة زيادة. وإذا قرأ فأنصتوا وفيه سئل مسلم عن حديث أبي هريرة. وهو الآتي. فقال: هو عندي صحيح اهـ. وحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود ٦٠٤ والنسائي ٢/ ١٤١، ١٤٢ وابن ماجه ٨٤٦ كلهم من حديث أبي هريرة: إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا وكذا الدارقطني ١/ ٣٢٧ والبيهقي ٢/ ١٥٦
وقال أبو داود عقبه: هذه الزيادة: وإذا قرأ فأنصتوا ليست بمحفوظة والوهم عندنا من أبي خالد الأحمر. ورواه أبو داود من طرق أخرى ليس فيه أبو خالد فلم يذكر هذه الزيادة.

صلى على النبي عليه الصلاة والسلام) لفرضية الاستماع إلا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا

ذلك[1] بعد صحة طريقها وثقة راويها، وهذا هو الشاذ المقبول، ومثل هذا هو الواقع في حديث «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة»[2] قوله: (**على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد**) تقتضي هذه العبارة أنها ليست ظاهر الرواية عنه كما قال في الزكاة خلافاً لأبي يوسف فيما يروى عنه في دين الزكاة، وهو الذي يظهر من قوله في الذخيرة: وبعض مشايخنا ذكروا أن على قول محمد لا يكره وعلى قولهما يكره، ثم قال في الفصل الرابع الأصح أنه يكره. والحق أن قول محمد كقولهما، فإن عباراته في كتبه مصرحة بالتجافي عن خلافه، فإنه في كتاب الآثار في باب القراءة خلف الإمام بعد ما أسند إلى علقمة بن قيس أنه ما قرأ قط فيما يجهر فيه ولا فيما لا يجهر فيه، قال: وبه نأخذ لا نرى القراءة خلف الإمام في شيء من الصلاة يجهر فيه أو لا يجهر، ثم استمر في إسناده آثار أخر ثم

«أن أصحاب رسول الله ﷺ قرأوا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت»: ولما روى أبي هريرة: أنه ﷺ قال «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وإذا قرأ فأنصتوا» الحديث. وقوله (**ويستحسن قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروي عن محمد**) لما روى من حديث عبادة بن الصامت (**ويكره عندهما لما فيه من الوعيد**) وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من قرأ خلف الإمام ففي فيه جمرة» وقال: وقد أخطأ السنة. وقيل المراد به ما روى عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: من قرأ خلف الإمام فسدت صلاته. وما روي أن عمر بن الخطاب قال: ليت في فم الذي يقرأ خلف الإمام حجراً وغير ذلك، ولا منافاة في ذلك فجاز أن يكون الكل مراداً. وقوله (**ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام آية الترغيب**) أي إلى الجنة (**والترهيب**) أي

قوله: (**ولما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبّر فكبروا، وإذا قرأ فانصتوا»**) أقول: المقصود هنا إلزام الشافعي ويحصل ذلك بما روينا قوله: (**من قرأ خلف الإمام فسدت صلاته**) أقول: فيلزم أن لا يكره بل يفسد الصلاة عندهما رحمهما الله.

---

(١) بل ينبغي أن يلتفت. فهذه الزيادة ذكرها مسلم في حديث أبي موسى وحدها دون المتن ثم إنه ذكرها. بعد أن روى حديث أبي موسى من عدة طرق عن قتادة دون هذه الزيادة فقد ذكرها في رواية جرير ولذا أعرض البخاري عن هذا الخبر وكذا الترمذي وكذا أبو داود بل ذكره ليبين وهنه وضعفه فلم يبق من الكتب الستة من رواها سالمة إلا مسلم والنسائي وابن ماجه وهذه الثلاثة لا تساوي الثلاثة التي أعرضت عنها من باقي الستة.
وحديث أبي هريرة وإن صححه مسلم لكن طعن به غير واحد وهو الصواب لأن مداره من كل طرقه على محمد بن عجلان وهو ثقة لكن إليك ما قال الحافظ ابن حجر في التقريب: صدوق. إلا أنه اختلطت عليه أحاديث أبي هريرة اهـ.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٠، ٢١ عن البخاري في جزء القراءة خلف الإمام ما ملخصه: حديث من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة. لا يصح وله علتان الإرسال والانقطاع. وأما حديث أبي موسى. يعني الذي رواه مسلم في رواية بزيادة: أنصتوا. فقال البخاري: لم يذكر سليمان التيمي فيها سماعاً من قتادة ولا قتادة من يونس بن جبير. ورواه هشام وسعيد وأبو عوانة وهمام وأبان بن يزيد وغيرهم عن قتادة فلم يقولوا فيه: وإذا قرأ فأنصتوا. وأما حديث أبي هريرة فلا يعرف هذا من صحيح حديث أبي خالد الأحمر. وقد رواه الليث وبكير عن ابن عجلان وليس فيه الزيادة. ولم يتابع أبو خالد الأحمر على هذه الزيادة اهـ ملخصاً.
وقال الزيلعي ٢/١٧ في نصب الراية نقلاً عن البيهقي في المعرفة: أجمع الحفاظ. أبو داود وأبو حاتم ويحيى بن معين والحاكم والدارقطني على خطأ هذه الزيادة وقالوا: إنها ليست بمحفوظه اهـ.
قلت: فقول المصنف: ولم يلتفت إلى ذلك. يعني إلى تضعيف أبي داود وغيره. غير سديد. ولو كان راويها ثقة في رواية مسلم لكن مسلم نفسه رواه من طرق أصح دون تلك الزيادة. فقد خالف جرير وهو ثقة جماعة الثقات. وأما حديث أبي هريرة فمداره على ابن حجر عجلان مع أنهم اختلفوا عليه فيه فبعضهم رواه عنه بدون تلك الزيادة. أيضاً تقدم عن ابن حجر قوله: صدوق اختلط عليه حديث أبي هريرة قلت: وهذا الحديث منها لأن الأئمة حكموا بذلك.
وأما تصحيح مسلم لحديث أبي هريرة. فهو معارض بتوهين البخاري له والبخاري أثبت منه وكذا حكم بأن هذه الزيادة خطأ. إمام هذا الفتن أعلم هذه الأمة بالرجال يحيى بن معين. فهو ليس يميز على مسلم بل يميز على مسلم والبخاري معاً. وأيضاً هناك أبو حاتم قد حكم للزيادة بالخطأ وهو أيضاً مقدم على مسلم في هذا الفتن وأما أبو داود فهو يقارب مسلم أضف لذلك باقي الأئمة فهذا الحديث بهذه الزيادة شاذ والشاذ قال علماء المصطلح يترك. ويعمل بالمحفوظ.
(٢) تقدم مراراً وأنه ضعيف.

عليه﴾ الآية، فيصلي السامع في نفسه. واختلفوا في الثاني عن المنبر، والأحوط هو السكوت إقامة للفرض الإنصات، والله أعلم.

قال: قال محمد: لا ينبغي أن يقرأ خلف الإمام في شيء من الصلوات. وفي موطئه بعد أن روى في منع القراءة في الصلاة ما روي. قال: قال محمد: لا قراءة خلف الإمام فيما جهر وفيما لم يجهر فيه بذلك جاءت عامة الأخبار(١)، وهو قول أبي حنيفة وقال السرخسي: تفسد صلاته في قول عدة من الصحابة، ثم لا يخفى أن الأحتياط في عدم القراءة خلف الإمام لأن الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين، وليس مقتضى أقوالهما القراءة بل المنع قوله: (لما فيه من الوعيد) تقدم بعضه فيما أسندناه من أقوال الصحابة(٢) قوله: (وإن قرأ الإمام) إن للوصل، وذلك لأن الله تعالى وعده بالرحمة إذا استمع، قال تعالى. فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون. ووعده حتم وإجابة دعاء المتشاغل عنه به غير مجزوم به، وكذا الإمام يشتغل بغير القراءة سواء أم في الفرض أو النفل، أما المنفرد ففي الفرض كذلك، وفي النفل يسأل الجنة ويتعوّذ من النار عند ذكرهما ويتفكر في آية المثل، وقد ذكروا فيه حديث حذيفة «صليت مع رسول الله ﷺ صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة إلا وقف وسأل الله تعالى الجنة، وما مر بآية فيها ذكر النار إلا وقف وتعوّذ من النار»(٣) وهذا يقتضي أن الإمام يفعله في النافلة وهم صرحوا بالمنع إلا أنهم عللوه بالتطويل على المقتدي، فعلى هذا لو أمّ من يعلم منه طلب ذلك يفعله (قوله بالنص) يعني قوله تعالى. وإذا قرىء القران فاستمعوا له وأنصتوا. والإنصات لا يخص الجهرية لأنه عدم الكلام، لكن قيل إنه السكوت للاستماع لا مطلقاً. وحاصل الاستدلال بالآية أن المطلوب أمران: الاستماع، والسكوت فيعمل بكل منهما، والأوّل يخص الجهرية، والثاني لا فيجري على إطلاقه فيجب السكوت عند القراءة مطلقاً. وهذا بناء على أن ورود الآية في القراءة في الصلاة. وأخرج البيهقي عن الإمام أحمد قال: أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة. وأخرج عن مجاهد «كان ﷺ يقرأ في الصلاة فسمع قراءة فتى من الأنصار فنزل. وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا» وأخرج ابن مردويه في تفسيره قال: حدثنا أبو أسامة عن سفيان عن أبي المقدام هشام بن زياد عن معاوية بن قرّة قال: سألت بعض أشياخنا من أصحاب رسول الله ﷺ، أحسبه قال عبد الله بن مغفل: كل من سمع القرآن وجب عليه الاستماع

من النار، ودليله المذكور في الكتاب ظاهر، وهل يسأل ويتعوذ الإمام أو المنفرد أو لا؟ لم يذكره ههنا، فأما الإمام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لأنه لم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن الأئمة بعده، ولأنه يؤدي إلى تطويل الصلاة على القوم وهو مكروه، وكذلك المنفرد إذا كان في الفرض لأنه غير المنقول عن النبي ﷺ ولا عن الأئمة بعده، وأما إذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رضي الله عنه قال «صليت مع رسول الله ﷺ صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة إلا وقف وسأل الله الجنة، وما مر بآية فيها ذكر النار إلا وقف وتعوذ بالله من النار» (**وكذلك إذا كان الخطيب في الخطبة**) يستمع القوم وينصتوا، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «من قال لصاحبه والإمام يخطب أنصت فقد لغا، ومن لغا فلا صلاة له» وكذلك إن صلى على النبي ﷺ يستمعون وينصتون. سأل أبو يوسف أبا حنيفة رحمهما الله: إذا ذكر الإمام هل يذكرون ويصلون على النبي ﷺ؟ قال: أحب إلي أن يستمعوا وينصتوا، ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد أحسن في العبارة واحتشم

---

(١) ذكره محمد في الموطأ عقب حديث برقم١١٤ إلى قوله: وهو قول أبي حنيفة.

(٢) مراده ما ورد عن سعد وعمر: وددت الذي يقرأ خلف الإمام في فيه جمرة اهـ.
وجوابه: خبر عمر ورد بإسناد معضل وخبر سعد فيه إسناد جهالة. فهذان من الأثران لا يصحان كيف وقد صحح مرفوعاً: لا تفعل إلا بأم الكتاب. قاله رسول الله ﷺ للذي كان يقرأ خلفه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٧٧٣ من حديث حذيفة ومطلعه: صليت مع النبي ﷺ ذات ليلة فافتتح البقرة فقلت: يركع عند المائة ثم مضى فقلت: يصلي بها في ركعة. فمضى فقلت: يركع بها ثم افتتح النساء فقرأها ثم افتتح آل عمرن فقرأها يقرأ مسترسلاً إذا مر بآية فيها تسبيح سبح... الحديث.

. . . .

والإنصات، قال: إنما نزلت هذه الآية. وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا. في القراءة خلف الإمام[1]، هذا وفي كلام أصحابنا ما يدل على وجوب الاستماع في الجهر بالقرآن مطلقاً. قال في الخلاصة: رجل يكتب الفقه ويجنبه رجل يقرأ القرآن فلا يمكنه استماع القرآن فالإثم على القارئ، وعلى هذا لو قرأ على السطح في الليل جهراً والناس نيام يأثم، وهذا صريح في إطلاق الوجوب، ولأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

[فروع في القراءة خارج الصلاة] يستحب لمريدها أن يلبس أحسن ثيابه ويتعمم ويستقبل، وكذا العالم للعلم تعظيماً له، ولو قرأ مضطجعاً فلا بأس ويضم رجليه عند القراءة لأنه تعظيم النائم، بخلاف مدّهما فإنه سوء أدب، ولو قرأ ماشياً أو عند النسج ونحوه من الأعمال أو هي عند الغزل ونحوه، إن كان القلب حاضراً غير مشتغل لا يكره، ويختم القرآن في الصيف أول النهار وفي الشتاء أول الليل، وقراءة القرآن كله في يوم أفضل من قراءة سورة الإخلاص خمسة آلاف مرة، هذا في حق قارئ القرآن، وقراءتها ثلاثاً عند الختم خارج الصلاة. اختلف المشايخ في استحبابه، واستحسنه مشايخ العراق، وفي المكتوبة لا يزيد على مرة، ولا يقرأ في المغتسل والمخرج والحمام ومكشوف العورة أو وامرأته هناك تغتسل مكشوفة وكذا الذكر. والمختار في الحمام أن الكراهة إن جهر وفيه أحد مكشوف العورة، وتعلم باقي القرآن لمن تعلم بعض الفرائض أفضل من صلاة التطوّع، وتعلم الفقه أفضل من تعلم باقي القرآن وجميع الفقه لا بد منه، وتعلم المرأة من المرأة أحب من تعلمها من الأعمى قوله: **(وكذلك في الخطبة)** هذا إذا كان بحيث يستمع، فأما النائي فلا رواية فيه عن المتقدمين. واختلف المتأخرون، والأحوط السكوت: يعني عدم القراءة والكتابة ونحوها، كالكلام المباح فإنه مكروه في المسجد في غير حال الخطبة فكيف في حالها، ولأنه إن لم يسمع فقد يشوّش بهمهمته على من يقرب منه وهو بحيث يسمع، وكذا الإمام لا يتكلم في خلاله لأن التكلم في خلال الذكر المنظوم يذهب بهاءه، والتشميت ورد السلام على هذا لأن السلام ممنوع في هذه الحالة فلا ينتهض سبباً لا يجاب الرد. وعن الفضلي أن على هذا السلام على المدرس في درسه والقارئ وصاحب الورد في ورده وسلام المكدي[2] لقصده به المال لا إفشاء السلام. واعلم أن حديث المدرس يحتاج إلى نية خالصة في عدم الرد فليحذر من تلبيس النفس قصد العظمة بقصد العبادة وإنه يشغل عنها بالرد، والله مطلع على ما في الضمير.

من أن يقول لا يذكرون ولا يصلون على النبي ﷺ، وإنما كان الاستماع والإنصات أحب لأن ذكر الله والصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام ليس بفرض، واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لإقامة ما ليس بفرض. وقوله **(إلا أن يقرأ الخطيب)** استثناء من قوله وكذلك إن صلى: يعني إذا قرأ الخطيب قوله: **(تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً﴾ يصلي السامع في نفسه)** لأن الخطيب حكى عن الله تعالى أنه يصلي وعن الملائكة أنهم يصلون، وحكى أمر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم أن يشتغلوا بالصلاة تحقيقاً لما طلب منهم. وقد روي هذا عن أبي يوسف رحمه الله، وهذا إذا كان قريباً من المنبر، وأما إذا كان نائياً عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في أن قراءة القرآن أولى أم

---

(١) هذا الأثر. ذكره الزيلعي ٢/١٤ ونسب لابن مردويه في تفسيره. وسكت عليه مع أن الراوي عن معاوية بن مرة أبو المقدام واسمه هشام بن زياد في التقريب: متروك.

قلت: فأخرجه البيهقي ٢/١٥٥ عن عون بن موسى عن معاوية بن مرة قال: كان الناس يتكلمون في الصلاة حتى نزلت هذه الآية. هذا هو الوجه الصحيح لرواية معاوية بن مرة.

فائدة: ذهب الشافعي إلى وجوب القراءة بأم الكتاب مطلقاً سواء أجهر الإمام أم أسرّ. وقال مالك وأحمد يسكت فيما يجهر به الإمام. وأما الحنفية فقالوا بالمنع مطلقاً ولكل إمام أدلة كثيرة. تكاد تجعل الباحث على مفترق الطريق.

(٢) أكدى: قطع عطيته وأمسك. ومعناه إذا وجدت إنساناً اشتهر بإعطاء المال أو كان يعطيك فإذا رأيته سارعت إلى إلقاء السلام عليه بقصد أن يعطيك.

. . . .

[فروع مهمة في الفتاوى] القراءة في الركعتين من آخر السورة أفضل أو سورة بتمامها، قال: إن كان آخر السورة أكثر من السورة التي أراد قراءتها كان آخر السورة أفضل، وينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة لا آخر سورة في كل ركعة فإنه مكروه عند الأكثر. وفي الخلاصة: إذا قرأ سورة واحدة في ركعتين اختلف فيه، والأصح أنه لا يكره، لكن لا ينبغي أن يفعل ولو فعل لا بأس به، لو قرأ وسط السورة أو آخر السورة في الأولى، وفي الثانية وسط سورة أو آخر سورة أخرى: أي لا ينبغي أن يفعل، ولو فعل لا بأس به. وفي نسخة الحلواني: قال بعضهم يكره ولو جمع بين سورتين في ركعة لا ينبغي أن يفعل ولو فعل لا بأس به. والانتقال من آية من سورة إلى آية من سورة أخرى أو من هذه السورة بينهما آيات مكروه. وكذا الجمع بين سورتين بينهما سور أو سورة في ركعة، أما في الركعتين فإن كان بينهما سور أو سورتان لا يكره، وإن كان سورة قيل يكره، وقيل إن كانت طويلة لا يكره كما إذا كانت سورتان قصيرتان، وإن قرأ في ركعة سورة وفي الثانية ما فوقها أو فعل ذلك في ركعة فهو مكروه، وإن وقع هذا من غير قصد بأن قرأ في الأولى بقل أعوذ برب الناس يقرأ في الثانية هذه السورة أيضاً. قال في الخلاصة: هذا كله في الفرائض. أما في النوافل فلا يكره، وعندي في الكلية نظر «فإنه ﷺ نهى بلالاً عن الانتقال من سورة إلى سورة وقال له: إذا ابتدأت بسورة فأتمها على نحوها حين سمعه ينتقل من سورة إلى سورة في التهجد»[1] لو قصد سورة وافتتح غيرها فأراد تركها إلى المقصود كره ذلك ولو كان حرفاً واحداً، ولو كبر الركوع ثم بدأ له أن يزيد في القراءة لا بأس به ما لم يركع قوله: (إلا أن يقرأ الخطيب) أفاد وجوب السكوت في الثانية كلها أيضاً ما خلا المستثنى، وروى الاستثناء عن أبي يوسف رحمه الله. واستحسنه بعض المشايخ لأن الإمام حكى أمر الله بالصلاة واشتغل هو بالامتثال فيجب عليهم موافقته وإلا أشبه عدم الالتفات. والله أعلم.

الإنصات. روي عن محمد بن سلمة أنه قال: الإنصات أولى وهو اختيار الكرخي، وقد اختاره المصنف لأن المأمور به عند قراءة القرآن شيئان: الاستماع، والإنصات. فإذا تهيأ له العمل بأحدهما عمل امتثالاً للأمر بحسب الإمكان وقال بعضهم: قراءة القرآن أولى، وهو اختيار الفضلي لأن الأمر بالإنصات إنما كان لأجل الاستماع للتدبر، وحيث فات ذلك يقرأ للقرآن إحرازاً لثوابه.

---

(١) غريب. لم أجده.

باب الإمامة

(الجماعة سنة مؤكدة) لقوله عليه الصلاة والسلام «الجماعة سنة من سنن الهدى لا يتخلف عنها إلا منافق»

باب الإمامة

الجماعة سنة، وما زاد على الواحد جماعة في غير الجمعة عن محمد رحمه الله (قوله الجماعة سنة) لا يطابق دليله الذي ذكره الدعوى، إذ مقتضاه الوجوب إلا لعذر، إلا أن يريد ثبوتها بالسنة، وحاصل الخلاف في المسألة أنها فرض عين إلا من عذر، وهو قول أحمد وداود وعطاء وأبي ثور، وعن ابن مسعود[1] وأبي موسى الأشعري وغيرهما: من سمع النداء ثم لم يجب فلا صلاة له، وقيل على الكفاية، وفي الغاية قال عامة مشايخنا: إنها واجبة، وفي المفيد أنها واجبة وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة. وفي البدائع: يجب على العقلاء البالغين الأحرار القادرين على الجماعة من غير حرج، وإذا فاتته لا يجب عليه الطلب في المساجد بلا خلاف بين أصحابنا، بل إن أتى مسجداً آخر للجماعة فحسن، وإن صلى في مسجد حيه منفرداً فحسن. وذكر القدوري يجمع بأهله ويصلي بهم، يعني وينال ثواب الجماعة. وقال شمس الأئمة: الأولى في زماننا تتبعها. وسئل الحلواني عمن يجمع بأهله أحياناً هل ينال ثواب الجماعة؟ فقال: لا، ويكون بدعة ومكروهاً بلا عذر. واختلف في الأفضل من جماعة مسجد حيه وجماعة المسجد الجامع، وإذا كان مسجدان يختار أقدمهما فإن استويا فالأقرب. وإن صلى في الأقرب وسمع إقامة غيره فإن كان دخل فيه لا يخرج وإلا فيذهب إليه، وهذا على الإطلاق تفريع على أفضلية الأقرب مطلقاً لا على من فضل الجامع، فلو كان الرجل متفقهاً فمجلس أستاذه لدرسه أو مجلس العامة أفضل بالاتفاق، وقد سمعت أن الجماعة تسقط بالعذر، فمن الأعذار المرض، وكونه مقطوع اليد والرجل من خلاف أو مفلوجاً أو مستخفياً من السلطان أو لا يستطيع المشي كالشيخ العاجز وغيره وإن لم يكن بهم ألم. وفي شرح الكنز: والأعمى عند أبي حنيفة، والظاهر أنه اتفاق، والخلاف في الجمعة لا الجماعة. ففي الدراية قال محمد: لا يجب على الأعمى، وبالمطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة في الصحيح، وعن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن الجماعة في طين وردغة فقال: لا أحب تركها. وقال محمد في الموطإ: الحديث رخصة: يعني قوله ﷺ «إذا ابتلت النعال فالصلاة في الرحال»[2] وما عن ابن أم مكتوم أنه قال «يا رسول الله إني ضرير شاسع الدار ولي قائد لا يلائمني فهل

باب الإمامة

لما فرغ من ذكر أفعال الإمام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة بما هو سنة قراءة الإمام وذكر أفعال المقتدي من وجوب الاستماع والإنصات أتبعه ذكر صفة شرعية الإمامة بأنها على أي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يتلوها من خواص الإمامة فقال **(الجماعة سنة مؤكدة)** أي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بمعاهدتها على وجود الإيمان، بخلاف سائر المشروعات وهي التي يسميها الفقهاء سنة الهدى: أي أخذها هدى وتركها ضلالة، وأشار إلى ذلك قوله ﷺ **(«الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها إلا منافق»)** وليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي

باب الإمامة قياس قياس

قوله: **(وذلك لا يفيد الفرضية)** أقول: نعم لكن يفيد الوجوب كما ذهب إليه عامة مشايخنا

---

(١) أثر ابن مسعود لم أره. وأما أثر أبي موسى فذكره البيهقي ٢/ ٥٧ وقال: روي مرفوعاً وموقوفاً والموقوف أصح.
(٢) ذكر ذلك محمد في الموطأ ١٨٦ عقب حديث ألا صلوا في الرحال. أي في يوم المطر.

(وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة) وعن أبي يوسف رحمه الله أقرؤهم لأن القراءة لا بد منها، والحاجة إلى العلم إذا نابت نائبة، ونحن نقول القراءة مفتقر إليها لركن واحد والعلم لسائر الأركان **(فإن تساووا فأقرؤهم)** لقوله عليه

تجد لي رخصة أن أصلي في بيتي؟ قال أتسمع النداء؟ قال نعم، قال ما أجد لك رخصة»[1] رواه أبو داود وأحمد والحاكم وغيرهم. معناه: لا أجد لك رخصة تحصل لك فضيلة الجماعة من غير حضورها، لا الإيجاب على الأعمى فإنه ﷺ رخص لعتبان بن مالك في تركها[2]. وقيل الجماعة سنة مؤكدة في قوّة الواجب، فهذه أربعة أقوال: وجه الأول قوله ﷺ «لقد هممت أن آمر بالمؤذن فيؤذن، ثم آمر رجلاً فيصلي بالناس، ثم أنطلق معي برجال معهم حزم الحطب إلى قوم يتخلفون عن الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار»[3] وليس المراد ترك الصلاة أصلاً بدليل ما عن أبي هريرة رضي الله عنه ﷺ «لقد هممت أن آمر فتية فيجمعوا لي حزماً من حطب ثم آتي قوماً يصلون في بيوتهم ليست بهم علة فأحرقها عليهم» فقيل ليزيد هو ابن الأصم: الجمعة عني أو غيرها، قال: صمت أذناي إن لم أكن سمعت أبا هريرة يأثره عن رسول الله ﷺ ولم يذكر جمعة ولا غيرها[4]. رواه مسلم وغيره، وإنما قالوا ليزيد ذلك، لأنه روى عن ابن مسعود نحوه، إلا أنه قال: يتخلفون عن الجمعة[5]. رواه مسلم أيضاً. قيل هما روايتان: رواية في الجمعة، ورواية في الجماعة وكلاهما صحيح[6]. وروى ابن ماجه عنه ﷺ «من سمع النداء فلم يأته صلاة

يبطن الكفر ويظهر الإسلام وإلا لكانت الجماعة فريضة لأن المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة، وكان آخر الكلام مناقضاً لأوله فيكون المراد به العاصي، والجماعة من خصائص الدين فإنها لم تكن مشروعة في دين من الأديان، ولا صحة لقول من يجعلها فرض عين كأحمد وبعض أصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز، ولا لقول من يقول إنها فرض كفاية كأكثر أصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لأنهم يستدلون بآية مؤولة كقوله تعالى ﴿واركعوا مع الراكعين﴾ أو بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية. قوله: **(وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة)** أي بالفقه والشريعة إذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة **(وعن أبي يوسف)** أن أولاهم بها **(أقرؤهم)** لكتاب الله: أي أعلمهم بالقراءة وكيفية أداء حروفها ووقوفها **(لأن القراءة)** ركن في الصلاة **(لا بد منها والحاجة إلى العلم)** إنما تكون **(إذا نابت نائبة)** أي عرض عارض مفسد ليمكنه إصلاح

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٥٥٢ وابن ماجه ٧٩٢ وأحمد.
والحاكم ١/ ٢٤٧ والبيهقي ٢/ ٥٨ كلهم من حديث أبي رزين عن ابن أم مكتوم بهذا اللفظ.
وأخرجه أبو داود ٥٥٣ والنسائي ٢/ ١١٠ والبيهقي ٢/ ٥٨ كلهم من حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى عن ابن أم مكتوم.
وأخرجه أحمد ٣/ ٤٢٣ والحاكم ١/ ٢٤٧ من طريق عبد الله بن شداد عن ابن أم مكتوم به وكذا الدارقطني.
وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه مسلم ٦٥٣ والنسائي ٢/ ١٠٩ والبيهقي ٢/ ٥٧ كلهم من حديث أبي هريرة. أن رجلاً عمى... فذكره بنحوه فهذه الطرق تتقوى ببعضها ويشهد لها حديث مسلم فتصير صحيحة.
قال النووي في شرح مسلم: الأعمى هذا ابن أم مكتوم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٧ ومسلم ٦٥٧ ح٢٦٣ من حديث محمود بن الربيع أن عتبان بن مالك الأنصاري أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله قد أنكرت بصري وأنا أصلي لقومي وإذا كانت الأمطار سال الوادي الذي بيني وبينهم ولم أستطع أن آتي مسجدهم فأصلي لهم ووددت أنك يا رسول الله تأتي فتصلي في مصلى فأتخذه مصلي قال: سأفعل إن شاء الله: وفيه ففعل وذكر باقي القصة.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٤٤ و٦٥١ و٢٤٢٠ و٢٢٢٤ ومسلم ٦٥١ وأبو داود ٥٤٨ والنسائي ٢/ ١٠٧ وابن ماجه ٧٩١ والبيهقي ٢/ ٥٥ وابن الجارود ٣٠٤ وأحمد ٢/ ٤٢٤، ٥٣١، ٥٣٩، ٥٢٦، ٤١٦، ٣٧٧، ٤٧٩ كلهم من حديث أبي هريرة بألفاظ متقاربة.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٦٥١ ح٢٥٣ وأبو داود ٥٤٩ واللفظ له. والترمذي ٢١٧ والدارمي ١٢٥١ والبيهقي ٣/ ٥٥، ٥٦ وأحمد ٢/ ٣٧٦، ٤٧٢ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٦٥٢ والبيهقي ٣/ ٥٦ والطحاوي في شرح الآثار ١/ ١٠٠ وأحمد ١/ ٤٠٢، ٤٤٩، ٤٦١، ٤٢٢ كلهم من حديث ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال القوم يتخلفون عن الجمعة لقد هممت أن آمر رجلاً يصلي بالناس ثم أحرق على رجال يتخلفون عن الجمعة بيوتهم. هذا لفظ مسلم وغيره.

(٦) القائل هو النووي كما في نصب الراية ٢/ ٢٢.

الصلاة والسلام «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى. فإن كانوا سواء فأعلمهم بالسنة» وأقرؤهم كان أعلمهم لأنهم

له إلا من عذر»[١] رواه الحاكم وقال على شرطهما. والجواب أن ما ذكر يصلح وجهاً للوجوب لأن الفرض لا يثبت بخبر الواحد، فهو دليل عامة مشايخنا على ما في الغاية، وتسميتها سنة على ما في حديث ابن مسعود لا حجة فيه للقائلين بالسنية إذ لا ينافي الوجوب في خصوص ذلك الإطلاق، وهو قول ابن مسعود: من سرّه أن يلقى الله غداً مسلماً فليحافظ على هؤلاء الصلوات حيث ينادي بهن فإن الله شرع لنبيكم سنن الهدى وإنهن من سنن الهدى، ولو أنكم صليتم في بيوتكم كما يصلي هذا المتخلف في بيته لتركتم سنة نبيكم، ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم، وما من رجل يتطهر فيحسن الطهور ثم يعمد إلى مسجد من هذه المساجد إلا كتب الله له بكل خطوة يخطوها حسنة ويرفعه بها درجة ويحط عنه بها سيئة، ولقد رأيتنا وما يتخلف عنها إلا منافق معلوم النفاق، ولقد كان الرجل يؤتى به يهادي بين الرجلين حتى يقام في الصف[٢]. وهذا لأن سنن الهدى أعم من الواجب لغة كصلاة العيد. وقوله لضللتم يعطي الوجوب ظاهراً. وفي رواية لأبي داود عنه: لكفرتم ولعل حديث ابن مسعود هذا هو الذي ذكره المصنف بناء على أنه ذكر بعضه بالمعنى، إلا أنه رفع قوله لا يتخلف عنها إلا منافق، فأفاد أنه وعيد منه ﷺ: يعني أن وصف النفاق يتسبب عن التخلف، لا إخبار أن الواقع أن التخلف لا يقع إلا من منافق، فإن الإنسان قد يتخلف كسلاً مع صحة الإسلام ويقين التوحيد وعدم النفاق، وحديث ابن مسعود إنما يفيد أن الواقع إذ ذاك عدم التخلف إلا من منافق، على أن معنى هذه الزيادة روي مرفوعاً عنه ﷺ قال «الجفاء كل الجفاء والكفر والنفاق من سمع منادي الله ينادي إلى الصلاة فلا يجيبه»[٣] رواه أحمد للطبراني، وفي رواية للطبراني عنه ﷺ «بحسب المؤمن من الشقاء والخيبة أن يسمع المؤذن يثوّب بالصلاة فلا يجيبه»[٤] والتثويب هنا الإقامة، سماها به لأن الإقامة عود إلى الإعلام بعد الإعلام

صلاته وقد يعرض وقد لا يعرض (ونحن نقول القراءة مفتقر إليها لركن واحد والعلم) محتاج إليه (لسائر الأركان) والخطأ المفسد للصلاة لا يعرف إلا بالعلم والمصلح لها كذلك (فإن تساووا) يعني في العلم بالسنة (فأقرؤهم لقوله ﷺ «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا سواء فأعلمهم بالسنة») ووجه الاستدلال ظاهر. واعترض بوجهين: أحدهما أن قوله عليه الصلاة والسلام «يؤم القوم» بمعنى الأمر والأمر للوجوب، فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع

---

(١) الراجح وقفه. خرجه ابن ماجه ٧٩٣ والحاكم ١/ ٢٤٥ والدارقطني ١/ ٤٢٠ والبيهقي ٣/ ٥٧ كلهم من حديث ابن عباس. وإسناده حسن. إلا أن الحاكم قال: هذا حديث وقفه غندر وأكثر أصحاب شعبة ولكن وصله هشيم وأبو نوح واسمه قرار وهما ثقتان فالقول فيه قولهما وأقره الذهبي.
وكذا ذكر البيهقي عن أكثر أصحاب شعبة رووه موقوفاً وأخرجه الحاكم ١/ ٢٤٦ وأشار إليه البيهقي ٣/ ٥٧ كلاهما من حديث أبي موسى وصححه الحاكم وأقره الذهبي.
وأخرجه أبو داود ٥٥١ والحاكم ١/ ٢٤٦ والدارقطني ١/ ٢٤٠ كلهم من حديث ابن عباس وفي إسناده أبو جناب الكلبي. قال في التقريب: ضعفوه لشدة تدليسه اهـ.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٣٠ ما ملخصه: ورواه قاسم بن أصبغ في مسنده موقوفاً ومرفوعاً من حديث شعبة عن عدي بن ثابت عن ابن جبير عن ابن عباس مرفوعاً. ولم يقل في المرفوع إلا من عذر. ورواه الحاكم بإسناده صحيح إلا أنه قال: وقفه غندر وأكثر أصحاب شعبة. ورواه البزار من حديث أبي موسى مرفوعاً وموقوفاً.
وقال البيهقي: الموقوف اصح اهـ ومما يوهن المرفوع قول الترمذي ١/ ٤٢٣ ورد هذا القول عن جماعة من الصحابة موقوفاً.
وقال ابن حجر فائدة: حديث لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد. مشهور بين الناس وهو ضعيف ليس له إسناد يثبت.
(٢) موقوف. أخرجه مسلم ٦٥٤ وأبو داود ٥٥٠ كلاهما عن ابن مسعود موقوفاً.
(٣) ضعيف. أخرجه أحمد ٣/ ٤٣٩ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٤١، ٤٢ كلاهما من حديث معاذ بن أنس الجهني.
وقال الهيثمي: فيه زبان بن فائد ضعفه يحيى ووثقه أبو حاتم اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب: ضعيف الحديث مع عبادته وصلاحه.
(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٤٢ من حديث معاذ الجهني أيضاً وقال الهيثمي: وفيه زبان.

. . . .

بالأذان. أما التثويب بين الأذان والإقامة فلم يكن على عهده ﷺ، غير أن هذا يفيد تعليق الوجوب بسماع الإقامة بعد ثبوت حسنه، ويتوقف الوعيد في حديث التحريق على كونه لترك الحضور دائماً كما هو ظاهر قوله «لا يشهدون الصلاة» وقوله في الحديث الآخر «يصلون في بيوتهم»[1] ليست بهم علة كما يعطيه ظاهر إسناد المضارع في مثله نحو بنو فلان يأكلون البر: أي عادتهم، فيكون الوجوب للحضور أحياناً، والسنة المؤكدة التي تقرب منه المواظبة عليها وما تمسك به مثبتو السنة من قوله ﷺ «صلاة الرجل في الجماعة تفضل على صلاته في بيته أو سوقه سبعاً وعشرين ضعفاً»[2] فإنه يقتضي ثبوت الصحة والفضيلة بلا جماعة، فجوابه أنه لا يستلزم أكثر من ثبوت صحة ما في البيت والسوق في الجملة بلا جماعة، ولا شك فيه إذا فاتته الجماعة. فالمعنى صلاة الجماعة أفضل من الصلاة في بيته فيما تصح فيه، ولو كان مقتضاه الصحة مطلقاً بلا جماعة لم يدل على سنيتها لجواز أن الجماعة ليست من أفعال الصلاة فيكون تركها مؤثماً لا مفسداً. وحاصله أنه إيجاب فعل الصلاة في جمع كإيجاب فعلها في أرض غير مغصوبة وزمان غير مكروه. فإن قلت: لم لم تقل في الجواب إنه يقتضي الصحة وعدم الواجب لا ينافيها؟ فالجواب أن اللزوم ملاحظ باعتبارين باعتبار صدوره من الشارع، وباعتبار ثبوته في حقنا، فملاحظته بالاعتبار الثاني إن كان طريق ثبوته عن الشارع قطعياً كان «تعلقه الفرض ونافي ترك مقتضاه الصحة، وإن كان ظنياً كان الوجوب ولم ينافها لا لاسم الوجوب بل لأن ثبوته عنه ﷺ ليس قطعياً، فإنا لو قطعنا به عنه نافي، ولذا لا يثبت هذا القسم: أعني الواجب في حق من سمع من النبي ﷺ مشافهة مع قطعية دلالة المسموع فليس في حقه إلا الفرض الذي عدمه مناف للصحة أو غير اللازم من السنة فما بعدها، فظهر بهذا أن ملاحظته بالاعتبار الأول ليس فيه وجوب بل الفرضية أو عدم اللزوم أصلاً، والكلام فيما نحن فيه إنما هو باعتبار صدوره منه ﷺ أنه قاله مريداً معنى ظاهره أولاً، فلا يكون بهذا الاعتبار متعلق الخطاب إلا الافتراض أو عدم اللزوم، فلا يتأتى الجواب بأن الوجوب لا ينافي عدمه الصحة فتأمل، وقد كمل إلى هنا أدلة المذاهب سوى مذهب الكفاية، وكأنه يقول: المقصود من الافتراض إظهار الشعار وهو يحصل بفعل البعض وهو ضعيف. إذ لا شك في أنها كانت تقام على عهده عليه الصلاة والسلام في مسجده، ومع ذلك قال في المتخلفين ما قال وهمّ بتحريقهم، ولم يصدر مثله عنه فيمن تخلف عن الجنائز مع إقامتها بغيرهم قوله: (يؤم القوم) الحديث. أخرجه الجماعة إلا البخاري، واللفظ لمسلم «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله» فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم إسلاماً، ولا يؤم الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته إلا بإذنه» قال الأشج في روايته مكان إسلاماً

في ظاهره من تقديم الأقرإ، أو ما وقع في الكتاب من تقديم الأعلم بالسنة، وليس كذلك فإن الترتيب المذكور للأفضلية دون الجواز. والثاني أن الاستدلال به على خلاف المدعي، فإن المدعي تقديم الأعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الأقرإ

قوله: (فإن المدعي تقديم الأعلم بالسنة) أقول: فيه تسامح فإن المدعي تقديم الأقرإ بعد التساوي في العلم بالسنة لا تقديم الأعلم بالسنة (قال المصنف: فقدمنا الأعلم) أقول: يعني أن مدلول الحديث تقديم الأقرإ لا الأعلم بكتاب الله، وليس فيه ما يدل على تقديم

---

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٤٧ بهذا اللفظ وأتم منه ومسلم ٦٤٩ بنحوه كلاهما من حديث أبي هريرة وكذا أبو داود ٥٥٩ وأخرجه البخاري ٦٤٥ ومسلم ٦٥٠ والترمذي ٢١٥ وابن ماجه ٧٨٩ كلهم من حديث ابن عمر: صلاة الرجل في جماعة تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة.
وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٦٤٨ ومسلم ٦٤٩ والترمذي ٢١٦ وابن ماجه ٧٨٧ وفيه: خمس وعشرون جزءاً.
وورد من حديث سعيد. أخرجه البخاري ٦٤٦ وأبو داود ٥٦٠ وابن ماجه ٧٨٨ وفيه: بخمس وعشرين درجة. وفي الباب أحاديث كثيرة فهذا الخبر مشهور مستفيض.

كانوا يتلقونه بأحكامه فقدم في الحديث، ولا كذلك في زماننا فقدمنا الأعلم **(فإن تساووا فأورعهم)** لقوله عليه

سناً[1]، ورواه ابن حبان والحاكم إلا أن الحاكم قال عوض فأعلمهم بالسنة «فأفقههم فقهاً، فإن كانوا في الفقه سواء فأكبرهم سناً» وهي لفظة غريبة وإسنادها صحيح[2]. واختلف المشايخ في الاختيار: منهم من اختار قول أبي يوسف، ومنهم كالمصنف من اختار قول أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله، وهو أن الأعلم أولى بعد كونه يحسن القراءة المسنونة، وجعل المصنف هذا الحديث دليلاً للمختار عنده بناء على أن الأقرأ كان أعلم لتلقيهم القرآن بأحكامه ونظر فيه برواية الحاكم، ولو صح فإنما مفاده أن الأقرأ أعلم بأحكام الكتاب فصار الحاصل يؤم القوم أقرؤهم: أي أعلمهم بالقراءة وأحكام الكتاب فإنهما متلازمان على ما ادعى، وإن كانوا في القراءة والعلم بأحكام الكتاب سواء فأعلمهم بالسنة وهذا أولاً يقتضي في رجلين أحدهما متبحر في مسائل الصلاة والآخر متبحر في القراءة وسائر العلوم ومنها أحكام الكتاب أن التقدمة للثاني لكن المصرح به في الفروع عكسه بعد إحسان القدر المسنون، والتعليل الذي ذكره المصنف يفيده حيث قال: لأن العلم يحتاج إليه في سائر الأركان والقراءة لركن واحد. وثانياً يكون النص ساكتاً عن الحال بين من انفرد بالعلم عن الأقرئية بعد إحسان المسنون، ومن انفرد بالأقرئية عن العلم لا كما ظن المصنف، فإنه لم يقدم الأعلم مطلقاً في الحديث على ذلك التقدير، بل من اجتمع فيه الأقرئية والأعلمية، اللهم إلا أن يدعي أنه أراد بلفظ الأقرأ الأعلم فقط: أي ليس بأقرأ فيكون مجازاً بخلاف الظاهر. بل الظاهر أنه أراد الأقرأ غير أن الأقرأ يكون أعلم باتفاق الحال إذ ذاك. فأما المنفرد بالأقرئية والمنفرد بالأعلمية فلم يتناولهما النص فلا يجوز الاستدلال به على الحال بينهما كما فعل المصنف. فإن قيل: فليكن أراد الأقرأ لكنه معلل بكونه أعلم فيفيد في محل النزاع. فالجواب أنه لو سلم فإنما يكون معللاً بأعلمية أحكام الكتاب دون السنة والاتفاق على أنه ليس كذلك، إذ المقصود الأعلمية بأحكام الصلاة على ما نقلناه، ويشير إليه تعليل المصنف وهي لا تستفاد من الكتاب بل من السنة أرأيت ما يفسد الصلاة وما يكره فيها على كثرة شعبه ومسائل الاستخلاف يعرف ذلك من الكتاب أم من السنة[3]، وليس تتضمن الأقرئية التعليل بالأعلمية بالسنة، ألا يرى أنه قال بعده «فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة» ولذا استدل به جماعة لأبي يوسف، واستدلوا لمختار المصنف بما أخرجه الحاكم «يؤم القوم أقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأفقههم في الدين، فإن كانوا في الفقه سواء فأقرؤهم للقرآن، ولا يؤم الرجل في سلطانه ولا يقعد على تكرمته إلا بإذنه»[4] وسكت عنه وهو معلول بالحجاج بن أرطاة. والحق أن عبارتهم فيه لا تفحش،

لكتاب الله. وأجيب عن الأول بأنه ليس بمعنى الأمر بل هو صيغة إخبار لبيان المشروعية وهو حقيقة فلا يصار إلى المجاز مع إمكان العمل بها، سلمناه ولكنه للاستحباب بالإجماع (و) عن الثاني بأن **(أقرأهم كان أعلمهم لأنهم كانوا يتلقونه بأحكامه)**

الأقرأ الغير العالم لا نفياً ولا إثباتاً، فقدمنا الأعلم عليه بالقياس قوله: **(ليس في لفظ الحديث الخ)** أقول: يعني ليس هذا اللفظ، وهو قوله فإن تساووا فأورعهم في لفظ الحديث الوارد في ترتيب الإمامة قوله: **(وجملة القول أن المستحب في التقديم أن يكون أفضل القوم**

---

(1) صحيح. أخرجه مسلم ٦٧٣ وأبو داود ٥٨٢ والترمذي ٢٣٥ والنسائي ٢/٧٦ وابن ماجه ٩٨٠ والحاكم ١/٢٤٣ والبيهقي ٣/١١٩، ١٢٥ والطيالسي ٦١٨ والدارقطني ١/ ٢٨٠ وأحمد ٤/١١٨، ١٢١ و٥/ ٢٧٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي مسعود البدري الأنصاري واللفظ لمسلم وغيره. زاد الحاكم فيه: وأفقههم فقهاً. ثم قال: هذه لفظة غريبة عزيزة بهذا الإسناد الصحيح.
قلت: يعني لأجلها استدركه.

(2) هذا كلام الحاكم كما ذكرت آنفاً.

(3) هو بعض الحديث المتقدم.

(4) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/٢٤٣ والدارقطني ١/ ٢٨٠ كلاهما من حديث أبي مسعود البدري. ومداره على حجاج بن أرطاة وهو ضعيف. قلت عليه الحاكم لكونه ذكره شاهداً لما رواه الجماعة. والصواب أنه ليس بشاهد بل هو مخالف لرواية الجماعة.

الصلاة والسلام «من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي» فإن تساووا فأسنهم» لقوله عليه الصلاة والسلام

ولكن لا تقوي قوة حديث أبي يوسف[(١)]. وأحسن ما يستدل به لمختار المصنف حديث «مروا أبا بكر فليصل بالناس»[(٢)] وكان ثمة من هو أقرأ منه لا أعلم. دليل الأول قوله ﷺ «أقرؤكم أبي»[(٣)] ودليل الثاني قول أبي سعيد: كان أبو بكر أعلمنا، وهذا آخر الأمرين من رسول الله ﷺ فيكون المعوّل عليه. وفي المجتبى: فإن استويا في العلم وأحدهما أقرأ فقدموا غيره أساءوا ولا يأثمون قوله: **(فأورعهم)** الورع اجتناب الشبهات. والتقوى اجتناب المحرّمات، والله سبحانه وتعالى أعلم بالحديث[(٤)]. وروى الحاكم عنه ﷺ «إن سركم أن تقبل صلاتكم فليؤمكم خياركم»[(٥)] فإن صح وإلا فالضعيف غير الموضوع يعمل به في فضائل الأعمال، ثم محله ما بعد التساوي في العلم والقراءة، والذي في حديث الصحيح بعدهما التقديم بأقدمية الهجرة، وقد انتسخ وجوب الهجرة فوضعوا مكانها الهجرة عن الخطايا، وفي حديث «والمهاجر من هجر الخطايا والذنوب»[(٦)] إلا أن يكون أسلم في دار الحرب فإنه تلزمه الهجرة إلى دار الإسلام، فإذا هاجر فالذي نشأ في دار الإسلام أولى منه إذا استويا فيما قبلها، وكذا إذا استويا في سائر الفضائل، إلا أن أحدهما أقدم ورعاً قدم، وحديث «وليؤمكما أكبركما»[(٧)] تقدم في باب الأذان. فإن كانوا

على ما روي عن عمر أنه حفظ سورة البقرة في ثنتي عشرة سنة **(فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا)** لا يقال: هذا يقضي إلى التكرار إذ يؤول معنى الحديث إلى يؤم القوم أعلمهم، فإن تساووا فأعلمهم بالسنة، لأن المراد أقرؤهم: أي أعلمهم

قراءة وعملاً الخ) أقول: الأنسب تقديم العلم على القراءة والخلق على النسب وذكر الأسنية قوله: **(وقال الشافعي: لا يترجح الحر عليه**

---

(١) حديث أبي يوسف هو رواية الجماعة بتقديم: يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله. فهذا مذهب أبي يوسف يقدم الأقرأ أولاً ثم الأعلم.

(٢) صحيح. هو بعض حديث طويل أخرجه البخاري ٦٨٠ و٦٨٣ و٧١٨ ومسلم ٤١٨ والترمذي ٣٦٧٢ والنسائي ٢/ ٩٩ والدارمي ٨٢ وابن ماجه ١٢٣٢
وأحمد ٦/ ٣٤. ٩٦. ٢١٠. ١٥٩. ٢٠٢ من حديث عائشة وله قصة.

(٣) حسن. أخرجه الترمذي ٣٧٩١ و٣٧٩٠ والحاكم ٣/ ٤٢٢ وأحمد ٣/ ١٨٤ كلهم من حديث أنس: أرحم أمتي بأمتي أبو بكر وأشدهم في أمر الله عمر وأصدقهم حياء عثمان ـ وأقرؤهم لكتاب الله أبي بن كعب ـ وأفرضهم زيد وأعلمهم بالحلال والحرام معاذ. ألا وإن لكل أمة أمين وإن أمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح.
أخرجه الترمذي من طريقين عن أنس قال عن الأول حسن غريب وقال عن الثاني: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح على شرطهما واتفقا على ذكر أبي عبيدة فقط. ذكرت علته في كتاب التلخيص اهـ.
ووافقه الذهبي، وله طرق أخرى لكنها واهية انظر كشف الخفاء ٣١٣

(٤) لا أصل له. مراد المصنف ما أورده صاحب الهداية بلفظ: من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي. فتركه ابن الهمام وقال: الله أعلم به ثم ذكر حديثاً غيره.
أما الزيلعي فقال عنه: غريب قاله في نصب الراية ٢/ ٢٦ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٦٨: لم أجده.

(٥) ضعيف أخرجه الحاكم ٣/ ٢٢٢ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٦٤ والدارقطني ٢/ ٨٨ كلهم من حديث أبي مرثد الغنوي. زاد الطبراني والدارقطني: فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم. ومداره على يحيى بن يعلى عن القاسم الشيباني به. وسكت عليه الحاكم وسقط الحديث في التلخيص فلم يذكره.
قال الهيثمي: يحيى بن يعلى الأسلمي ضعيف اهـ.
أما الدارقطني فقال: إسناده ليس بثابت. وعبد الله بن موسى: ضعيف.
قلت: ففي الإسناد ضعيفان. وورد من حديث ابن عمر. أخرجه الدارقطني ٢/ ٨٧، ٨٨ والبيهقي ٣/ ٩٠ وقال البيهقي عقبه: إسناده ضعيف.
وذكره الزيلعي وقال: وفيه حسين بن نصر المؤدب قال ابن القطان: لا يعرف اهـ نصب الراية ٢/ ٢٦

(٦) أخرجه أحمد ٦/ ٢٢ من حديث فضالة بن عبيد الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع ألا أخبركم من المسلم. من سلم المسلمون من لسانه ويده والمؤمن من أمنه الناس على أموالهم وأنفسهم ـ والمهاجر من هجر الذنوب والخطايا والمجاهد من جاهد نفسه في طاعة الله عز وجل. وفي إسناده رشدين بن سعد قال عنه في التقريب: ضعيف خلط في الحديث.

(٧) صحيح. هو بعض حديث مالك بن الحويرث رواه الستة. وقد تقدم في باب الأذان.

لابني أبي مليكة «وليؤمكما أكبركما سناً» ولأن في تقديمه تكثير الجماعة (ويكره تقديم العبد) لأنه لا يتفرغ للتعلم

سواء في السن فأحسنهم خلقاً، فإن كانوا سواء فأشرفهم نسباً، فإن كانوا سواء فأصبحهم وجهاً. وفسر في الكافي حسن الوجه بأن يصلي بالليل كأنه ذهب إلى ما روي عنه ﷺ «من صلى بالليل حسن وجهه بالنهار» والمحدثون لا يثبتونه، والحديث في ابن ماجه عن إسماعيل بن محمد الطلحي عن ثابت بن موسى الزاهد عن شريك عن الأعمش عن أبي سفيان عن جابر مرفوعاً «من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار»[(١)] قال أبو حاتم: كتبته عن ثابت فذكرته لابن نمير فقال الشيخ: يعني ثابتاً لا بأس به، والحديث منكر. قال أبو حاتم: والحديث موضوع، وقال الحاكم[(٢)]: دخل ثابت بن موسى على شريك بن عبد الله القاضي والمستملي بين يديه وشريك يقول: حدثنا الأعمش عن أبي سفيان عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ ولم يذكر المتن، فلما نظر إلى ثابت بن موسى قال «من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار» وإنما أراد ثابتاً لزهده وورعه فظن ثابت أنه متن ذلك السند فكان يحدث به بذلك السند، وإنما هو قول شريك، ومنهم من جعله من قول شريك عقب ذكر متن ذلك السند وهو «يعقد الشيطان عل قافية رأس أحدكم» الحديث الثابت فأدرجه ثابت وجميع المحدثين على بطلانه، ثم إن استووا في الحسن فأشرفهم نسباً، فإن كانوا سواء في هذه كلها أقرع بينهم أو الخيار إلى القوم. واختلف في المسافر والمقيم قيل هما سواء، وقيل المقيم أولى. وفي الخلاصة: رجل يصلح للإمامة يؤم أهل محلة غير محلته في رمضان ينبغي أن يخرج إلى تلك المحلة قبل وقت العشاء، فلو ذهب بعده كره كما يكره السفر بعد دخول وقت الجمعة، وفيها في موضع آخر: إن كان الإمام يتنحنح عند القراءة، إن لم يكن كثيراً لا بأس به، وإن كثر فغيره أولى منه إلا من يكون يتبرك بالصلاة خلفه فهو أفضل قوله: (ويكره تقديم العبد الخ) فلو اجتمع المعتق والحر الأصلي واستويا في العلم والقراءة فالحرّ الأصلي أولى. وحاصل كلامه أن الكراهة فيمن سوّى الفاسق للتنفير والجهل ظاهر، وفي الفاسق للأول لظهور تساهله في الطهارة ونحوها وفي الدراية قال أصحابنا: لا ينبغي أن يقتدي بالفاسق إلا في الجمعة لأن في غيرها يجد إماماً غيره اهـ. يعني أنه في غير الجمعة بسبيل من أن يتحول إلى مسجد آخر ولا يأثم في ذلك، ذكره في الخلاصة، وعلى هذا فيكره في الجمعة إذا تعددت إقامتها في المصر على قول محمد، وهو المفتي به لأنه بسبيل من التحول حينئذ. وفي المحيط: لو صلى خلف فاسق أو مبتدع أحرز ثواب الجماعة، لكن لا يجوز ثواب المصلي

بأحكام كتاب الله تعالى دون السنة. وقوله أعلمهم بالسنة: أي أعلمهم بأحكام كتاب الله والسنة، لأنه قال: فإن تساووا في العلم بأحكام كتاب الله فأعلمهم بالسنة، فعلم أن قوله أعلمهم بالسنة هو أعلمهم بكتاب الله والسنة، فكان الأعلم الثاني غير الأعلم الأول. وقوله (فإن تساووا: فأورعهم) ليس في لفظ الحديث في ترتيب الإمامة إنما في الحديث بعد ذكر الأعلم ذكر أقدمهم هجرة لكن أصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورَع والصلاح لأن الهجرة كانت منقطعة في زمانهم، فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة، والورع: الاجتناب عن الشبهات، والتقوى: الاجتناب عن المحرمات (فإن تساووا فأسنهم) ظاهر، ولم يذكر وإن تساووا في السن وذكر غيره أحسنهم خلقاً ثم أصبحهم وجهاً، وجملة القول أن المستحب في التقديم أن يكون أفضل القوم قراءة وعلماً وصلاحاً ونسباً وخلقاً وخلقاً اقتداء برسول الله ﷺ فإنه كان هو الإمام في حياته لسبقه سائر

إذا استويا في القراءة) أقول: يجوز أن يقال ذلك نادر ولا حكم له قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد

---

(١) موضوع. أخرجه ابن ماجه ١٣٣٣ من حديث جابر ومداره على ثابت بن موسى وهم فيه لذا أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/١١١ من عدة طرق عنه وقال: قال العقيلي: لا أصل لهذا الحديث وهو باطل. وقال ابن عدي: لا يعرف هذا الحديث إلا بثابت وقد سرقه جماعة منه فركبوه على أسانيد عنه اهـ. والحديث ذكره ابن الصلاح في مقدمة علوم الحديث وجعله مثالاً للحديث الموضوع خطأ. أي ليس بعمد اهـ. المقدم ٥٩

(٢) في كتابه علوم الحديث. ومعول ابن الصلاح في مقدمته على هذا الكتاب وحديث: يقعد الشيطان. في الصحيحين.

(والأعرابي) لأن الغالب فيهم الجهل **(والفاسق)** لأنه لا يهتم لأمر دينه **(والأعمى)** لأنه لا يتوقى النجاسة **(وولد الزنا)**

خلف تقي اهـ. يريد بالمبتدع من من لم يكفر ولا بأس بتفصيله: الاقتداء بأهل الأهواء جائز إلا الجهمية والقدرية والروافض الغالية والقائل بخلق القرآن والخطابية والمشبهة. وجملته أن من كان من أهل قبلتنا ولم يغل حتى لم يحكم بكفره تجوز الصلاة خلفه، وتكره، ولا تجوز الصلاة خلف منكر الشفاعة والرؤية وعذاب القبر والكرام الكاتبين لأنه كافر لتوارث هذه الأمور عن الشارع ﷺ، ومن قال لا يرى لعظمته وجلاله فهو مبتدع كذا قيل، وهو مشكل على الدليل إذا تأملت، ولا يصلي خلف منكر المسح على الخفين. والمشبه إذا قال: له تعالى يد ورجل كما للعباد فهو كافر ملعون. وإن قال جسم لا كالأجسام فهو مبتدع، لأنه ليس فيه إلا إطلاق لفظ الجسم عليه وهو موهم للنقص فرفعه بقوله لا كالأجسام فلم يبق إلا مجرد الإطلاق، وذلك معصية تنتهض سبباً للعقاب لما قلنا من الإيهام، بخلاف ما لو قاله على التشبيه فإنه كافر. وقيل يكفر بمجرد الإطلاق أيضاً وهو حسن بل هو أولى بالتكفير. وفي الروافض أن من فضل علياً على الثلاثة فمبتدع، وإن أنكر خلافة الصديق أو عمر رضي الله عنهما فهو كافر، ومنكر المعراج إن أنكر الإسراء إلى بيت المقدس فكافر، وإن أنكر المعراج منه فمبتدع انتهى من الخلاصة إلا تعليل إطلاق الجسم مع نفي التشبيه. وروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الصلاة خلف أهل الأهواء لا تجوز، ويخط الحلواني تمنع الصلاة خلف من يخوض في علم الكلام ويناظر أصحاب الأهواء كأنه بناه على ما عن أبي يوسف أنه قال: لا يجوز الاقتداء بالمتكلم وإن تكلم بحق. قال الهندواني: يجوز أن يكون مراد أبي يوسف رحمه الله من يناظر في دقائق علم الكلام. وقال صاحب المجتبى: وأما قول أبي يوسف لا تجوز الصلاة خلف المتكلم فيجوز أن يريد الذي قرره أبو حنيفة حين رأى ابنه حماداً يناظر في الكلام فنهاه، فقال: رأيتك تناظر في الكلام وتنهاني؟ فقال: كنا نناظر وكأن على رؤوسنا الطير مخافة أن يزل صاحبنا وأنتم تناظرون وتريدون زلة صاحبكم، ومن أراد زلة صاحبه فقد أراد كفره فهو قد كفر قبل صاحبه، فهذا هو الخوض المنهي عنه، وهذا المتكلم لا يجوز الاقتداء به، واعلم أن الحكم بكفر من ذكرنا من أهل الأهواء مع ما ثبت عن أبي حنيفة والشافعي رحمهم الله من عدم تكفير أهل القبلة من المبتدعة كلهم محمله أن ذلك المعتقد نفسه كفر، فالقائل به قائل بما هو كفر، وإن لم يكفر بناء على كون قوله ذلك عن استفراغ وسعه مجتهداً في طلب الحق لكن جزمهم ببطلان الصلاة خلفه لا يصحح هذا الجمع، اللهم إلا أن يراد بعدم الجواز خلفهم عدم الحل: أي عدم حل أن يفعل، وهو لا ينافي الصحة وإلا فهو مشكل، والله سبحانه أعلم. بخلاف مطلق اسم الجسم مع نفي التشبيه فإنه يكفر لاختياره إطلاق ما هو موهم للنقص بعد علمه بذلك، ولو نفى التشبيه فلم يبق منه إلا التساهل والاستخفاف بذلك، وفي مسألة تكفير أهل الأهواء قول آخر ذكرته في الرسالة المسماة بالمسايرة. ويكره الاقتداء بالمشهور بأكل الربا، ويجوز بالشافعي بشروط تذكرها في باب الوتر إن شاء الله تعالى، وهل يجوز اقتداء الحنفي في الوتر بمن يرى قول أبي

البشر بهذه الأوصاف ثم أبهم الأفضل فالأفضل. قال **(ويكره تقديم العبد)** العبد لا يتفرغ لتعلم أحكام الصلاة فتكره الصلاة خلفه. وقال الشافعي: لا يترجح الحر عليه إذا تساويا في القراءة والعلم والورع لقوله عليه الصلاة والسلام «اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدع» والجواب أن تقديمه يؤدي إلى تقليل الجماعة لأن الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي إليه مكروه، والمراد بالحديث الإمارة (و) يكره تقديم **(الأعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لأنه لا يهتم بأمر دينه)** وقال مالك لا تجوز الصلاة خلفه لأنه لما ظهر منه الخيانة في الأمور الدينية لا يؤتمن في أهم الأمور. وقلنا عبد الله بن عمر وأنس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وكان أفسق أهل زمانه **(والأعمى)** لما ذكر في الكتاب **(وولد الزنا**

حبشي أجدع») أقول: فيه بحث، فإن فيه الدلالة على المرجوحية قوله: **(والمراد بالحديث الإمارة)** أقول: الأمير يكون إماماً أيضاً.

لأنه ليس له أب يثقفه فيغلب عليه الجهل، ولأن في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره **(وإن تقدموا جاز)** لقوله عليه الصلاة والسلام «صلوا خلف كل برّ وفاجر» **(ولا يطول الإمام بهم الصلاة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أمّ قوماً

يوسف ومحمد فيه نذكره فيه أيضاً إن شاء الله تعالى قوله: **(لقوله ﷺ «صلوا خلف كل برّ وفاجر»)** تمامه في رواية الدارقطني «وصلوا على كل بر وفاجر، وجاهدوا مع كل برّ وفاجر»[1] وأعله بأن مكحولاً لم يسمع من أبي هريرة ومن دونه ثقات وحاصله. أنه من مسمى الإرسال عند الفقهاء وهو مقبول عندنا ورواه بطريق آخر بلفظ آخر وأعله، وقد روي هذا المعنى من عدّة طرق للدارقطني وأبي نعيم والعقيلي كلها مضعفة من قبل بعض الرواة وبذلك يرتقي إلى درجة الحسن عند المحققين[2] وهو الصواب قوله: **(ولا يطوّل بهم الإمام)** يستثنى صلاة الكسوف فإن السنة فيها التطويل حتى تنجلي الشمس قوله: **(لقوله ﷺ)** في الصحيحين «إذا صلى أحدكم بالناس فليخفف فإن فيهم الضعيف والسقيم والكبير، وإذا صلى لنفسه فليطوّل ما شاء»[3] وفي لفظ لمسلم «الصغير والكبير والضعيف والمريض وذا الحاجة»[4] وفيها عن أنس: ما صليت وراء إمام قط أخفّ صلاة ولا أتم من رسول الله ﷺ[5]، وقد بحثنا أن التطويل هو الزيادة على القراءة المسنونة، فإنه ﷺ نهى عنه، وكانت قراءته هي المسنونة فلا بد من كون ما نهى عنه غير ما كان دأبه إلا لضرورة، وقراءة معاذ لما قال له ﷺ ما قال كانت بالبقرة على ما في مسلم «أن معاذاً أفتتح سورة البقرة فانحرف رجل فسلم ثم صلى وحده وانصرف». وقوله ﷺ له «إذا أممت بالناس فاقرأ بالشمس وضحاها وسبح اسم ربك الأعلى واقرأ باسم ربك والليل إذا يغشى»[6] لأنها كانت العشاء لأنها المورد في الصحيحين «صلى معاذ رضي الله عنه العشاء فطوّل عليهم، فانصرف رجل منا فصلى وحده، فأخبر معاذ عنه فقال:

لأنه ليس له أب يثقفه) أي يؤدبه ويعلمه **(وإن تقدموا)** وصلوا **(جازت)** الصلاة **(لقوله ﷺ «صلوا خلف كل بر وفاجر»)** ووجه الاستدلال أن كل واحد من هؤلاء المذكورين إما أن يكون براً أو فاجراً، فتجوز الصلاة خلفه على كل حال **(ولا يطول الإمام بهم)** أي بالقوم **(الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام «من أم قوماً»)** الحديث، وحديث معاذ بن جبل حين شكى قومه تطويل قراءته معروف، وصح «أنه عليه الصلاة والسلام قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوماً، فلما فرغ قالوا أوجزت، قال عليه الصلاة والسلام: سمعت بكاء صبي فخشيت على أمه أن تفتتن» وذلك أوضح دليل على أن الإمام ينبغي له أن يراعي حال

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٥٧ من طريق مكحول عن أبي هريرة مرفوعاً بهذا اللفظ وقال عقبه: مكحول لم يسمع عن أبي هريرة ورواته دون مكحول ثقات. ثم ساق الدارقطني من عدة طرق عن جماعة من الصحابة مرفوعاً. وقال: ليس فيها شيء يثبت. وذكره الزيلعي في نصب الداية ٢/ ٢٦ ـ ٢٨ طرق هذا الحديث وأعله من طرقه كلها إما بالانقطاع أو ضعف راويه أو اتهام بعض رواته بالكذب فهو ضعيف لشدة ضعف طرقه.

(٢) قد استوفى العلامة الناقد ابن الجوزي هذا الحديث في كتابه العلل ١/ ٤١٨ ـ ٤٢٥ فقال: روي من حديث علي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأبي الدرداء وواثلة بن الأسقع. ثم ساق الحديث من وجوه عدة عنهم وأعل أسانيدها وانتقد رجالها. وختم كلامه بقوله: قال الدارقطني: ليس في هذه الأحاديث ما يثبت. وقال العقيلي: ليس في هذا المتن إسناد يثبت. ونقل عن أحمد وقد سئل عن هذا الحديث فقال: ما سمعنا بهذا اهـ.

ولكن معناه صحيح فلقد صلى الصحابة خلف الحجاج وغيره من أئمة الجور والبطش لكن أثناءها لم يكن تعدد مساجد أما اليوم فيختار مكاناً أو مسجداً فيه إمام صالح صادق والله أعلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٧٠٣ ومسلم ٤٦٧ح١٨٣ واللفظ للبخاري وأبو داود ٧٩٤ و٧٩٥ والترمذي ٢٣٦ والنسائي ٢/ ٩٤ وأحمد ٢/ ٢٧١ كلهم من حديث أبي هريرة. وورد من حديث أبي مسعود البدري بنحوه أخرجه البخاري ٧٠٢ ومسلم ٤٦٦ وغيرهما.

(٤) هذا السياق لمسلم ٤٦٧ ح١٨٣ من حديث أبي هريرة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٧٠٦ باختصار مسلم ٤٦٩ ح١٩٠ واللفظ له. وأحمد ٣/ ١٦٢، ٢٤٠، ٢٨٢ كلهم عن أنس. وكرره البخاري ٧٠٨ بمثل سياق المصنف وأتم فذكر قصة الصبي.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٧٠٥ ومسلم ٤٦٥ وأبو داود ٧٩٠ والنسائي ٢/ ١٧٢، ١٧٣، ١٦٨، ٩٨ وأحمد ٣/ ٢٩٩، ٣٠٨، ٣٠٠ وابن ماجه ٩٨٦ كلهم من حديث جابر وأخرجه أحمد ٥/ ٧٤ من حديث رجل من بني سلمة واسمه سليم.

فليصل بهم صلاة أضعفهم، فإن فيهم المريض والكبير وذا الحاجة» **(ويكره للنساء وحدهن الجماعة)** لأنها لا تخلو

إنه منافق، فأتى الرجل النبي ﷺ فأخبره، فقال له»[١] الحديث. ووقع عند أبي داود أنها كانت المغرب[٢]، ووقع في مسند أحمد أن السورة كانت اقتربت الساعة[٣]. قال النووي: فيجمع بأنهما قصتان لشخصين، فإن الرجل قيل فيه حزم، وقيل حازم، وقيل حزام، وقيل سليم. وقد يقال: إن معاذاً لم يكن ليفعله بعد نهيه ﷺ إياه مرة لتصير له قصتان. ورد البيهقي رواية المغرب قال: روايات العشاء أصح[٤]، ثم معلوم أنه ﷺ لم يرد العموم، إذ نعلم أنه لم يرد التسوية بين سائر الصلوات في القراءة حتى تكون المغرب كالفجر فتحمل على العشاء، وإن قوم معاذ كان العذر متحققاً فيهم لا كسل منهم فأمر فيهم بذلك لذلك، كما ذكر «أنه ﷺ قرأ بالمعوذتين في الفجر، فلما فرغ قالوا له أوجزت، قال: سمعت بكاء صبيّ فخشيت أن تفتن أمه»[٥] وعلى هذا لا حاجة إلى التخصيص بالمورد بل هو على العموم فيما التطويل فيه سنة قوله: **(لأنها لا تخلو الخ)** صريح في أن ترك التقدم لإمام الرجال محرم، وكذا صرح الشارح وسماه في الكافي مكروهاً وهو الحق: أي كراهة تحريم، لأن مقتضى المواظبة على التقدم منه ﷺ بلا ترك الوجوب فلعدمه كراهة التحريم فاسم المحرم مجاز، واستلزم ما ذكر أن جماعة النساء تكره كراهة تحريم لأن ملزوم متعلق الحكم: أعني الفعل المعين ملزوم لذلك الحكم، ثم شبهها بجماعة العراة فاقتضى أنها أيضاً تكره كذلك لاتحاد اللازم. وهو أحد الأمور: إما ترك واجب التقدم، وإما زيادة الكشف الذي هو أفحش من كشف المرأة إذا تقدمت وهي لابسة ثوباً محشواً من قرنها إلى قدمها فإن الكراهة ثابتة في حقها أيضاً، ولا كشف عورة فكيف بالعاري المتعرض للنظر أو زيادة كشف عورة يقدر على ستر بعضها، ثم ثبوت كراهة تقدمها وهي بهذا الستر المذكور إنما يتم الاستدلال عليه بفعل عائشة[٦] فقط لِمَا أتت، فإنها ما تركت واجب التقدم إلا لأمر هو أوجب

قوله **(ويكره للنساء أن يصلين جماعة لأنهن في ذلك لا يخلون عن ارتكاب محرم)** أي مكروه لأن إمامتهن إما أن تتقدم على القوم أو تقف وسطهن، وفي الأول زيادة الكشف وهي مكروهة، وفي الثاني ترك الإمام مقامه وهو مكروه، والجماعة سنة وترك ما هو سنة أولى من ارتكاب مكروه، وصار حالهن كحال العراة في أنهم إذا أرادوا الصلاة بجماعة وقف الإمام وسطهم لئلا يقع بصره على عورته فإنه مكروه يترك السنة لأجله، وفي أن الأفضل لكل من النساء والعراة أن يصلي وحده، خلا أن العراة يصلي كل منهم منفرداً قاعداً بإيماء دون النساء. وقوله **(فإن فعلن)** أي صلين بجماعة **(قامت الإمام وسطهن)** لما ذكر في

قوله: **(لأنهن في ذلك لا يخلون من ارتكاب محرم، أي مكروه)** أقول: سيجيء في الهداية أنه مباح بعد أسطر قوله: **(وترك ما هو سنة أولى من ارتكاب مكروه)** أقول: ترك السنة مكروه أيضاً كما سبق فما المرجح.

---

(١) هو تتمة الحديث المتقدم.

(٢) شاذ أخرجه أبو داود ٧٩١ من حديث حزم بن أبيّ بن كعب عن معاذ به قال ابن حجر في التقريب: حزم بسكون الزاي صحابي قليل الحديث اهـ. ورجال الإسناد ثقات سوى طالب بن حبيب الأنصاري قال في التقريب عنه: صدوق يهم اهـ.
قلت: فلعله وهم في ذلك لأن في رواية لمسلم: كان يصلي بنا العشاء الآخرة. ورواية للبخاري ومسلم قال الرجل لرسول الله ﷺ إني لأتأخر عن الفجر مما يطيل بنا فلان. روياه من حديث أبي مسعود البدري البخاري ٧٠٤و٧٠٢ ومسلم ٤٦٦ وغيرهما.

(٣) هذه رواية لأحمد. والصواب رواية الجماعة ومعهم أحمد.

(٤) إلى هنا كلام النووي في الخلاصة ذكره في نصب الراية ٢/ ٣٠.

(٥) ضعيف بهذا اللفظ. ذكره البيهقي في ٢/ ٣٩٠ معلقاً بقوله: روينا أن النبي ﷺ صلى الفجر للناس فقرأ المعوذتين. وقال البيهقي عقبه: وهذا يَرِدُ أي محتمل وأصله أخرجه البخاري ٧٠٨ و٧٠٩ و٧١٠ ومسلم ٤٧٠ والترمذي ٣٧٦ وابن ماجه ٩٨٩ من حديث أنس: إني لأسمع بكاء الصبي وأنا في الصلاة فأخفق مخافة أن تفتن أمه هذا لفظ الترمذي.
وأخرجه البخاري ٧٠٧ وأبو داود ٧٨٩ والنسائي ٢/ ٩٥ وابن ماجه ٩٩١ كلهم من حديث أبي قتادة. بنحو سياق الترمذي.

(٦) أثر عائشة هو الآتي بعد حديث واحد.

عن ارتكاب محرم، وهو قيام الإمام وسط الصف فيكره كالعراة (**فإن فعلن قامت الإمام وسطهن**) لأن عائشة رضي

منه، والله أعلم ما هو، ألذلك القدر من الانكشاف الملازم لشخوصها عنهن، أو هو لنفس شخوصها عنهن شبيهة بالرجال أو لغير ذلك. واعلم أن جماعتهن لا تكره في صلاة الجنازة لأنها فريضة، وترك التقدم مكروه فدار الأمر بين فعل المكروه بفعل الفرض أو ترك الفرض لتركه فوجب الأول، بخلاف جماعتهن في غيرها ولو صلين فرادى فقد تسبق إحداهن فتكون صلاة الباقيات نفلاً والتنفل بها مكروه فيكون فراغ تلك موجباً لفساد الفرضية للصلاة الباقيات كتقييد الخامسة بالسجدة لمن ترك القعدة الأخيرة (**قوله فإن فعلن قامت الإمام وسطهن**) لأن ترك التقدم أسهل من زيادة الكشف ولا بد من أحدهما، ولو تقدمت صح، ومقتضى ما علم من التقرير أن تأثم به قوله: (**وحمل فعلها على ابتداء الإسلام**) وهكذا في المبسوط، قال السروجسي فيه بعد: فإنه ﷺ أقام بمكة بعد النبوّة ثلاث عشرة سنة كما رواه البخاري ومسلم، ثم تزوّج عائشة رضي الله عنها، وبنى بها بالمدينة وهي بنت تسع سنين، وبقيت عنده تسع سنين[1] وما تؤمّ إلا بعد بلوغها، فأين ذلك من ابتداء الإسلام، لكن يمكن أن يقال إنه منسوخ، فعلته حين كان النساء يحضرن الجماعة انتهى. وفي نقل التزوّج بها بعض خلل: يعني يحمل قوله ابتداء الإسلام على أنه منسوخ، لكن ما في المستدرك أنها كانت تؤذن وتقيم وتؤم النساء فتقوم وسطهن[2]. وما في كتاب الآثار لمحمد: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أن عائشة رضي الله عنها كانت تؤم النساء في شهر رمضان فتقوم وسط[3]، ومعلوم أن جماعة التراويح إنما استقرت بعد وفاة النبي ﷺ، وما في أبي داود عن أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث بن عمير الأنصارية أن النبي ﷺ لما غزا بدراً قالت له: يا رسول الله ائذن لي في الغزاة معك أمرّض مرضاكم، ثم لعل الله يرزقني شهادة قال: قرّي في بيتك فإن الله يرزقك الشهادة، قال:

الكتاب من الأثر والمعقول. فإن قيل: تعارضت ههنا حرمتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الإمام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب الكشف على جانبه ترك المقام؟ أجيب بأن الاحتراز عن الكشف فرض، والاحتراز عن ترك مقام الإمام سنة، والفرض مرجح لا محالة. وقوله (**وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الإسلام**) جواب عما يقال إذا كانت إمامتهن مكروهة فكيف فعلت عائشة، ووجهه أنها فعلت ذلك في ابتداء الإسلام وكانت جائزة سنة تقف الإمام وسطهن فنسخت سنيتها دون الجواز، فإنهن لو صلين جماعة جازت بالإجماع تقدمت الإمام أو توسطت لاستجماع شرائط الجواز، ولكن الأفضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا، وههنا بحث من أوجه: الأول أن النبي ﷺ أقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج عائشة بالمدينة فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة على ابتداء الإسلام، الثاني أن المذهب عندنا أن انتفاء صفة الوجوب تستلزم انتفاء صفة الجواز كما عرف، ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب فيها كوجوده فيه وهو واضح للمزاولين في علم آخر، وقد قررنا طريق ذلك في التقرير، فإذاً نسخت السنية نسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح، والثالث أن إمامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة، وارتكاب أحد المحرمين فيها موجود. والرابع أن التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بدونها، فإن المرأة لو لبست ثوباً حشوا من قرنها إلى قدمها وأمت النساء خاصة ولا رجل ثمة فإنه لا كشف هناك: أصلاً فضلاً عن الزيادة، وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح. والجواب عن الأول أنه يجوز أن يكون المراد بابتداء الإسلام ما قبل النسخ، فإنه ابتداء بالنسبة إلى ما بعده. وعن الثاني بأن الجواز الباقي جواز في ضمن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٣ و٥١٣٤ ومسلم ١٤٢٢ كلاهما من حديث عائشة: أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعاً.
ورواية: وبنى بها وهي بنت تسع. ورواه أحمد ٦/ ١١٨ وابن حبان ٧٠٩٧ وقول المصنف: أقام بمكة.. فهذا ثابت عند أهل العلم كافة.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه الحاكم ١/ ٢٠٣ ٢٠٤ والبيهقي ٣/ ١٣١ كلاهما من طريق عطاء عن عائشة به. وأخرجه الدارقطني ١/ ٤٠٤ والبيهقي ٣/ ١٣١ كلاهما من حديث ريطة الحنيفة أن عائشة أمتهن فقامت بينهن في الصلاة المكتوبة.
ونقل الزيلعي عن النووي في الخلاصة قوله: هذا حديث صحيح. اهـ نصب الراية ٢/ ٣١ وفي الباب روايات.

(٣) أثر عائشة مرسل. إبراهيم النخعي لم يدرك عائشة لكن مرسلات إبراهيم صحيحة كما هو مقرر في كتب المصطلح.

الله عنها فعلت كذلك، وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الإسلام ولأن في التقدم زيادة الكشف (ومن صلى مع واحد

فكانت تسمى الشهيدة، وكانت قد قرأت القرآن فاستأذنت النبي ﷺ أن تتخذ في دارها مؤذناً يؤذن لها، قال: وكانت دبرت غلاماً لها وجارية فقاما إليها بالليل فغماها بقطيفة لها حتى ماتت وذهبا، فأصبح عمر فقام في الناس فقال: من عنده من هذين علم أو من رآهما فليجيء بهما، فأمر بهما فصلبا فكانا أول مصلوب بالمدينة. ثم أخرجه عن الوليد ابن جميع عن عبد الرحمن بن خلاد عنها ـ وفيه: وكان ﷺ يزورها وجعل لها مؤذناً وأمرها أن تؤمّ أهل دارها ـ قال عبد الرحمن: فأنا رأيت مؤذنها شيخاً كبيراً[(١)] كلها ينفي ثبوت النسخ، وفي الحديث الأخير الوليد بن جميع وعبد الرحمن بن خالد الأنصاري، قال فيهما ابن القطان: لا يعرف حالهما انتهى. وقد ذكرهما ابن حبان في الثقات، وقد يجاب بجواز كونه إخبارا عن مواظبة كانت قبل النسخ. وقوله كانت تؤم في شهر رمضان لا يستلزم التراويح. وقوله جعل له مؤذناً وأمرها أن تؤم لا يستلزم استمرار إمامتها إلى وفاته ﷺ. وما رواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: تؤم المرأة النساء تقوم وسطهن[(٢)]. لا يقتضي علم ابن عباس ببقاء شرعيتها لجواز كون المراد إفادة مقامها بتقدير ارتكابها ذلك أو خفي على ابن عباس الناسخ، ولكن يبقى الكلام بعد هذا في تعيين الناسخ، إذ لا بد في ادعاء النسخ منه. ولم يتحقق في النسخ إلا ما ذكر بعضهم من إمكان كونه ما في أبي داود وصحيح ابن خزيمة «صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها، وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها»[(٣)] يعني الخزانة التي تكون في البيت. وروى ابن خزيمة عنه ﷺ «إن أحبّ صلاة المرأة إلى الله في أشد مكان في بيتها ظلمة»[(٤)] وفي حديث له ولابن حبان «وأقرب ما تكون من وجه ربها وهي في قعر بيتها»[(٥)] ومعلوم أن المخدع لا يسع الجماعة، وكذا قعر بيتها وأشده ظلمة. ولا يخفى ما

الكراهة، والذي كان في ضمن السنة نسخ معها، والاستدلال بفعلها لبيان أنها كانت سنة ونسخت، وإنما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه وانتفاء موانعه مع ما يوجب كراهته من ارتكابه المحرم، وعن الثالث بأن تركهن الجماعة إنما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فتركت السنة لأجل الكراهة، وفي صلاة الجنازة اجتماع الفرض مع الكراهة فقد ابتلين بترك الفرض تحرزاً عن ارتكاب المكروه أو إقامته مع ارتكابه، وإقامته مع ارتكابه أولى وإنما قلنا ذلك لأنهن إن صلين جماعة وقامت الإمامة وسطهن أقمن فرضاً لكون الصلاة فرضاً على الكل وارتكبن مكروهاً: وإن صلين فرادى تركن المكروه

قوله: (والذي كان في ضمن السنة الخ) أقول: أي الجواز الذي كان الخ قوله: (والاستدلال بفعلها لبيان أنها كانت سنة) أقول: فيه بحث قوله: (من ارتكاب المحرم) أقول: أي المكروه.

---

(١) حسن: خرجه أبو داود ٥٩١ والحاكم ١/ ٢٠٣ والبيهقي ٣/ ١٣٠ من حديث أم ورقة الأنصارية وكذا أحمد ٦/ ٤٠٥ وقال الحاكم: قد احتج مسلم بالوليد بن جميع وهذا سنة عزيزة لا أعرف في الباب حديثاً مسنداً غير هذا.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٢: قال المنذري في مختصره: الوليد بن جميع فيه مقالج وقد أخرج له مسلم. وقال ابن القطان: الوليد هذا وعبد الرحمن بن خلاد. لا يعرف حالهما. قال الزيلعي: ذكرهما ابن حبان في الثقات اهـ.
وقال في التقريب: الوليد. صدوق يهم اهـ وأما ابن خلاد فقد توبع.

(٢) أثر ابن عباس. أخرجه البيهقي ٣/ ١٣١ وليس إسناده بالقوي رواه داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس.
قال في التقريب: داود. ثقة إلا في عكرمة.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥٧٠ والبيهقي ٣/ ١٣١ وابن خزيمة في صحيحه كما ذكر المصنف كلهم من حديث ابن مسعود ورجاله ثقات رجال الصحيحين سوى عمرو بن عاصم الكلابي قال عنه في التقريب: صدوق في حفظه سيىء. وهو من رجال الصحيحين أيضاً.

(٤) ضعيف أخرجه البيهقي ٣/ ١٣١ من حديث ابن مسعود مرفوعاً. ثم كرره موقوفاً على ابن مسعود، فالحديث معلل بالوقوف فهو ضعيف.

(٥) حسن. أخرجه ابن حبان ٥٥٩٨ و٥٥٩٩ وابن خزيمة ١٦٨٥ و١٦٨٧ وابن عدي ٣/ ٤٢٣ في الكامل كلهم من حديث ابن مسعود وإسناده غير قوي لكن له شاهد وهو حديث أم حميد. أخرجه ابن حبان ٢٢١٧

أقامه عن يمينه) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما، فإنه عليه الصلاة والسلام صلى به وأقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الإمام. وعن محمد رحمه الله أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام، والأول هو الظاهر، فإن صلى خلفه أو في

فيه، وبتقدير التسليم فإنما يفيد نسخ السنية، وهو لا يستلزم ثبوت كراهة التحريم في الفعل بل التنزيه ومرجعها إلى خلاف الأولى، ولا علينا أن نذهب إلى ذلك فإن المقصود اتباع الحق حيث كان قوله: (لحديث ابن عباس) قال «بت عند خالتي ميمونة، فقام النبي ﷺ يصلي من الليل، فقمت عن يساره فأخذ برأسي فأقامني عن يمينه»[1] متفق عليه. وروى مطولاً، وأورد كيف جاز النفل بجماعة وهو بدعة. أجيب بأن أداءه بلا أذان ولا إقامة بواحد أو اثنين يجوز، على أنا نقول: كان التهجد عليه ﷺ فرضاً فهو اقتداء المتنفل بالمفترض ولا كراهة فيه. هذا ولو أورد قصة أنس واليتيم تعين الأول، ولما كان قوله «فأقامني عن يمينه» ظاهراً في محاذاة اليمين دون أن يتأخر عنه كما قال محمد والعهد به قريب لم يذكره ثانياً لدفع قوله والمتأخر عن اليمين لا يقال هو عن يمينه إلا بنوع إرسال كما لا يقال هو خلفه أيضاً بل هو متأخر قوله: (وإن صلى خلفه أو عن يساره جاز وهو مسيء) هذا هو المذهب، وما ذكر بعضهم من عدم الإساءة إذا كان خلفه مستدلاً بأن ابن عباس فعله، وسأله ﷺ عن ذلك فقال: ما لأحد أن يساويك في الموقف، فدعا له[2]، فدل على أنه ليس بمكروه غلط لأن الاستدلال بفعله وأمره ﷺ وكان ذلك بمحاذاة اليمين ودعاؤه له لحسن تأدبه لا لأنه فعل ذلك، ثم هذه الرواية إن صحت فهي صريحة في أن الإقامة عن يمينه ﷺ كانت بمحاذاة اليمين، والله أعلم قوله: (ونقل ذلك عن ابن مسعود) في صحيح مسلم عن علقمة والأسود أنهما دخلا على عبد الله فقال: أصلى من خلفكما؟ قالا نعم، فقام بينهما فجعل أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله، ثم ركعنا فوضعنا أيدينا على ركبنا، ثم طبق بين يديه ثم جعلهما بين فخذيه، فلما صلى قال: هكذا فعل رسول الله ﷺ[3]. قال ابن عبد البر: لا يصح رفعه، والصحيح عندهم الوقف على ابن مسعود رضي الله عنه وقال النووي في الخلاصة

لكن على وجه يؤدي إلى فوات الصلاة عن بعضهن لأن الفرض يسقط بأداء الواحدة، وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات فتكون الصلاة من الباقيات نفلاً والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع. وعن الرابع بأن ذلك نادر ولا حكم له على أن ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لإيضاحها. قال (ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه لحديث ابن عباس) وهو ما قال «بت عند خالتي ميمونة لأراقب صلاة النبي ﷺ بالليل، فانتبه فقال: نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم، ثم قرأ آخر سورة آل عمران ﴿إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار﴾ إلى آخرها، ثم قام إلى شن معلق فتوضأ وافتتح، فقمت وتوضأت ووقفت على يساره، فأخذ بأذني وأدارني خلفه حتى أقامني عن يمينه» وفي مبسوط شيخ الإسلام «فقمت خلفه فأخذ ذؤابتي وأقامني عن يمينه، فعدت إلى مكاني فأعادني ثانياً وثالثاً، فلما فرغ قال: ما منعك يا غلام أن تثبت في الموضع الذي أوقفتك؟ فقلت: أنت رسول الله ولا ينبغي لأحد أن يساويك في الموقف، فقال عليه الصلاة والسلام: اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل» فإعادة رسول الله ﷺ إلى الجانب الأيمن دليل على أنه هو المختار إذا كان مع الإمام رجل واحد واعترض بأن الجماعة في صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة. وأجيب بأن التهجد كان فرضاً على النبي ﷺ فكان اقتداء متنفل بمفترض، ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الإمام في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام ولا معتبر

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٢٦ مختصراً وكرره ١٣٨ مطولاً و٦٩٧ ومسلم ٧٦٣ من طرق كثيرة وأبو داود ٦١٠ و٦١١ والترمذي ٢٣٢ والنسائي ٢/٨٧ وأحمد ١/٢٢٠، ٢٨٤، ٣٤٠، ٣٦٧، ٣٥٨، ٣٥٤ كلهم من حديث ابن عباس رووه مطولاً ومختصراً. ورواه البيهقي ٣/٩٥ أيضاً باختصار.

(٢) غريب جداً. لم يروه أحد وهو مخالف للحديث الذي رواه الجماعة آنفاً «فقمت عن يساره» فهذا الخبر غير صحيح.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٥٣٤ وأبو داود ٦١٣ والبيهقي ٣/٩٨ وأحمد ١/٤٥٩ كلهم من حديث ابن مسعود قال مسلم في الرواية الثالثة: هكذا فعل رسول الله ﷺ.

قال النووي في شرح مسلم: هذا مذهب ابن مسعود وصاحبيه علقمة والأسود وخالفهم جميع العلماء من الصحابة فمن بعدهم إلى الآن فقالوا: إذا كان مع الإمام رجلان وقفا وراءه صفاً.

يساره جاز وهو مسيء لأنه خالف السنة (وإن أمّ اثنين تقدم عليهما) وعن أبي يوسف رحمه الله يتوسطهما، ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا أنه عليه الصلاة والسلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما فهذا

الثابت في صحيح مسلم، إن ابن مسعود فعل ذلك فلم يقل هكذا كان رسول الله ﷺ يفعله. قيل[١] كأنهما ذهلا، فإن مسلماً أخرجه من ثلاث طرق لم يرفعه في الأوليين ورفعه في الثالثة وقال: هكذا فعل إلى آخره، وإذا صح الرفع فالجواب إما بأنه فعله لضيق المكان كقول المصنف، أو ما قال الحازمي[٢] أنه منسوخ لأنه إنما نعلم هذه الصلاة بمكة إذ فيها التطبيق، وأحكام أخرى هي الآن متروكة وهذا من جملتها. ولما قدم ﷺ المدينة تركه بدليل ما أخرجه مسلم عن عبادة بن الوليد عن جابر قال «سرت مع النبي ﷺ في غزوة فقام يصلي،، فجئت حتى قمت عن يساره، فأخذ بيدي فأدارني عن يمينه، فجاء ابن صخر حتى قام عن يساره، فأخذنا بيديه جميعاً فدفعنا حتى أقامنا خلفه»[٣] فهذا دال، على أن هذا هو الآخر لأن جابر إنما شهد المشاهد التي بعد بدر انتهى. وغاية ما فيه خفاء الناسخ على عبد الله، وليس ببعيد إذا لم يكن دأبه ﷺ إلا إمامة الجمع الكثير دون الاثنين إلا في الندرة كهذه القصة، وحديث اليتيم وهو في داخل بيت امرأة فلم يطلع عبد الله على خلاف، ما علمه. وحديث اليتيم عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله ﷺ الطعام صنعته فأكل منه ثم قال: قوموا فلأصلي لكم، فقمت إلى حصير لنا قد اسودّ من طول ما لبس فنضحته بماء، فقام عليه رسول الله ﷺ وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى لنا ركعتين ثم انصرف[٤]. ومرجع ضمير جدته إسحاق[٥]، وهي أم أنس بن مالك على الصحيح، واليتيم هو ضميرة بن سعد الحميري، قاله النووي: لكن على كلا الجوابين لا يتجه ثبوت الإباحة أما على ما ذكرناه من فسخ سنية ما فعله ابن مسعود رضي الله عنه[٦] عن رسول الله ﷺ فلأن علة قولنا إذا نسخ صفة الوجوب لا تبقى صفة الجواز: أعني الإباحة هي أن الإباحة بمعنى رفع الحرج عن الفعل والترك بخطاب ذلك ليست ثابتة في ضمن الوجوب ليصدق انتفاء الحقيقة برفع جزءها ويبقى الجزء الآخر لأنها قسيمته لمنافاتها له بالفعل، وهي ثابتة هنا لعدم الاستواء في السنية لترجح جانب الفعل، فيستحيل أن يكون في ضمنها

بطول المقتدي الذي بحيث يقع سجوده قبل الإمام بل العبرة للموقف. قوله (لأنه خالف السنة) يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس، ولم يفصل بين ما إذا وقف خلف الإمام أو عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ، ومنهم من فرق وقال: لا يكون مسيئاً إذا كان خلف الإمام لأن ابن عباس فعل ذلك، وقد دعا له النبي ﷺ كما ذكرنا آنفاً، بخلاف ما إذا قام عن يساره فإن حذيفة رضي الله عنه فعل ذلك ورد عليه النبي ﷺ. وقوله (ونقل ذلك عن ابن مسعود) روي أن ابن مسعود صلى بعلقمة والأسود فقام وسطهما (ولنا أنه ﷺ تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما) عن أنس بن مالك «أن جدته مليكة دعت رسول

---

(١) القائل هو الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٤ بعد أن ذكر كلام ابن عبد البر والنووي.

قلت: ولم يذهل ابن عبد البر عن رواية مسلم وإنما قال: لا يصح رفعه. فهو يرجح رواية مسلم الأولى والثانية من طريق الأعمش به على رواية منصور. والحديث قال عنه النووي منسخ لأن التطبيق في الصلاة. منسوخ عن كافة الصحابة والعلماء سوى ابن مسعود وصاحبيه لأنه لم يبلغهم الناسخ اهـ.

والتطبيق: هو وضع الأصابع على جهة الفخذين في الركوع بدل أخذ الركبة.

(٢) قاله الحازمي في كتاب الاعتبار ص٨٠

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٣٠١٠ في أواخر صحيحه من حديث جابر الطويل وفيه: حتى قمت عن يساره فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ.. الحديث. وكذا أخرجه أبو داود ٦٣٤ والبيهقي ٣/ ٩٥ من حديث جابر.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٨٠ و٧٢٧ و٨٦٠ و٨٧١ و٨٧٤ و١١٦٤ ومسلم ٦٥٨ وأبو داود ٦١٢ والترمذي ٢٣٤ والنسائي ٢/ ٨٥، ٨٦ والدارمي ١٢٦٤ والبيهقي ٣/ ٩٦ وأحمد ٣/ ١٦٤ كلهم من حديث أنس بألفاظ متقاربة.

(٥) أي يعود الضمير في جدته على إسحاق وهو أحد الرواة وهي أم أنس بن مالك نقله الزيلعي ٢/ ٣٥ عن عبد البر قوله وقال: قال غيره: الضمير يعود على أنس فهي جدته ورده النووي.

(٦) هو المتقدم قبل حديثين.

للأفضلية والأثر دليل الإباحة (ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة وصبي) أما المرأة فلقوله عليه الصلاة والسلام «أخروهن من حيث أخرهن الله» فلا يجوز تقديمها وأما الصبي فلأنه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به. وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ، ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله، ومنهم من حقق الخلاف في النفل

الإباحة المذكورة، وجزء حقيقتها عدم ترجح الفعل بعين ذلك المذكور فبقي ثبوتها موقوفاً على خصوص دليل فيها ولم يوجد، وأما على جواب المصنف فلأن الثابت من دفعه ﷺ الرجلين أبلغ من المنع القولي وهو ينفي الإباحة، اللهم إلا أن يحمل التوسط الذي رواه ابن مسعود عليه، وما رواه أنس على السنية حملاً لرفع التعارض بناء على أن لا قائل بالقلب ودفع الرجلين لإقامة السنة لا للكراهة. وفي الكافي: وإن كثر القوم كره قيام الإمام وسطهم لأن تقدم الإمام سنة لمواظبته ﷺ والإعراض عن سنته مكروه انتهى. والحق أن يعلل بترك الواجب لأن مقتضى فعله التقدم على الكثير من غير ترك الوجوب، فيكون التوسط مكروهاً كراهة تحريم، وهو صريح الهداية فيما قدمنا في صدر إمامة المرأة النساء حيث قال: لأنها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الإمام وسط الصف، ولو قام في يمنة الصف أو يسرته أساءوا، ولو قام واحد بجنب الإمام وخلفه صف يكره بالإجماع، كذا في الدراية، وفيها الأصح ما روي عن أبي حنيفة أكره للإمام أن يقوم بين الساريتين أو زاوية أو ناحية المسجد أو إلى سارية لأنه خلاف عمل الإمامة، والأفضل أن يقوم في الصف الآخر إذا خاف إيذاء أحد، وفي كراهة ترك الصف الأولى مع إمكان الوقوف فيه اختلاف، ولو اقتدى واحد بآخر فجاء ثالث يجذب المقتدي بعد التكبير ولو جذبه قبل التكبير لا يضره. وقيل يتقدم الإمام ويكره أن يصلي منفرداً خلف الصف، وعن أحمد رحمه الله لا تصح لما في أبي داود والترمذي وصحيح ابن حبان عنه ﷺ «أنه رأى رجلاً صلى خلف الصف فأمره أن يعيد الصلاة»[1] واستدل للجواز بما في البخاري عن أبي بكرة أنه دخل المسجد والنبي ﷺ راكع فركع دون الصف ثم وثب حتى انتهى إلى الصف: فلما سلم ﷺ قال «إني سمعت نفساً حالياً فأيكم الذي ركع دون الصف. ثم مشى إلى الصف فقال أبو بكر: أنا يا رسول

الله ﷺ لطعام صنعته، فأكل منه ثم قال: قوموا فأصلي لكم، قال أنس: فقمت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء، فقام عليه رسول الله ﷺ وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا، فصلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين ثم انصرف» (فهذا) أي تقدم النبي ﷺ (دليل الأفضلية والأثر دليل الإباحة) ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والإباحة كما هو زعم أبي يوسف حملاً لفعل النبي عليه الصلاة والسلام على الأفضلية. وقال إبراهيم النخعي: وما روى عن ابن مسعود كان لضيق المكان، فإذا لا يكون ثبتاً. وقيل اليتيم أخو أنس لأبيه اسمه عمير، وفي كتب الحديث أن اسمه ضميرة بن سعد الحميري المدني، واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا. ووجه الاستدلال بقوله من حيث أخرهن الله ما قال أبو زيد في الأسرار

قال المصنف: (والأثر دليل الإباحة) أقول: مخالف لقوله ارتكاب محرم.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٦٨٢ والترمذي ٢٣٠ وابن ماجه ١٠٠٤ والدارمي ١٢٦٣ والبيهقي ٣/ ١٠٤، ١٠٥ وأحمد ٤/ ٢٢٨ والطيالسي ١٢٠١ كلهم من حديث وابصة بن معبد من عدة طرق.
قال الترمذي: حديث وابصة حديث حسن وبه يقول أحمد وإسحاق أنه يعيد إذا صلى خلف الصف اهـ ورواه ابن ماجة ١٠٠٣ من وجه آخر.
وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه: إسناده صحيح رجاله ثقات.
وأطال أحمد شاكر في تخريجه أثناء تعليقه على الترمذي ونقل عن أحمد في مسائل أبي داود له ص ٣٥ سمعت أحمد يقول: وقد سئل عن الرجل ركع دون الصف ثم مشى حتى دخل في الصف. قال: تجزئه وإن صلى خلف الصف وحده أعاد.
قال شاكر: وبهذا القول يكون أحمد قد جمع بين حديث وابصة وأبي بكرة. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٨ وقال: رواه ابن حبان من طريقين وقال ابن حبان: والخبران محفوظان. ثم نقل الزيلعي عن البزار إعلاله لحديث وابصة بطرقه جميعاً.
وعاد الزيلعي فقال: حديث أبي بكرة يحمل على الإرشاد وهو قوله: . ولا تعد. وحدث وابصة على الاستحباب. اهـ.
ونقل بهاء الدين المقدسي في شرح على العمدة: هذا حديث حسنه أحمد.

المطلق بين أبي يوسف ومحمد والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها لأن نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع، ولا يبني القوي على الضعيف، بخلاف المظنون لأنه مجتهد فيه فاعتبر العارض

الله خشيت أن تفوتني الركعة فركعت دون الصف ثم لحقت الصف، فقال ﷺ: زادك الله حرصاً ولا تعد»[1] فعلم أن ذلك الأمر بالإعادة كان استحباباً. والكراهة قالوا إذا جاء والصف ملآن يجذب واحد منه ليكون هو معه صفاً آخر. وينبغي لذلك أن لا يجيبه فتنتفي الكراهة عن هذا لأنه فعل وسعه قوله: (فلقوله ﷺ «أخروهن الخ»)[2] سنتكلم عليه في مسألة المحاذاة إن شاء الله تعالى قوله: (والسنن المطلقة) أي الرواتب وصلاة العيد على إحدى الروايتين والوتر عندهما والكسوفين والاستسقاء عندهما قوله: (جوزه مشايخ بلخ) قياساً على المظنون، ولم يجوّزه مشايخنا البخاريون وقالوا: لا يجوز عندهم، ومنهم من حقق الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في النفل المطلق فقالوا أنه لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا في السنن، وكذا في النفل المطلق عند أبي يوسف، ويجوز فيه عند محمد، والمختار قول أبي يوسف قوله: (ولا يبني القوي على الضعيف) قد يقال ذلك في الحسي، أما البناء الحكمي فلا، بل المانع فيه عدم المبني عليه كما في الفرض على النفل لانتفاء وصف الفرضية في المبني عليه، وقد يجاب بأن ذلك أيضاً ثابت هنا، فان نفل البالغ يصير واجب الإتمام، وهذا الوجوب منعدم في نفل الصبي. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي جواز المظنون خلف ظهر الصبي. فالجواب هو غير محفوظ الرواية. ولنا أن تمنعه بناء على الفساد في زعم المقتدي فإنه حال الشروع بظن الوجوب ويعلم انتفاء من ظهر الصبي (قوله بخلاف المظنون) وهو المؤدي على ظن قيام وجوبه إذا ظهر بعد إفساده عدم وجوبه بظهور أنه كان أداه فإنه لا يجب قضاؤه، ومع هذا صح بناء نفل البالغ عليه فقد بنى المظنون على غير المظنون. أجاب بأنه مجتهد فيه، إذ عند زفر يجب القضاء على الظان إذا أفسد المظنون قاسه على المتفق عليه من الإحرام بنسك مظنون فإنه مضمون حتى إذا ظهر له أن لا نسك عليه كان إحرامه لازماً للنفل، والصدقة المظنون وجوبها إذا تبين أن لا شيء عليه ليس له أن يستردها من الفقير. والجواب الفرق بالعلم بفرق الشرع فإنه ظهر منه أن لا يخرج من إحرامه ولو عرضت ضرورة توجب رفضه إلا بأفعال أو دم ثم قضاء أصله من أحصر واضطر إلى ذلك أو فاته الحج لم يتمكن شرعاً من الخروج بلا لزوم شيء ثم القضاء؛ وأما الصدقة فإن الدفع على ذلك الظن يوجب أمرين: سقوط الواجب، وثبوت الثواب، فإذا كان الواجب منتفياً في نفس الأمر ثبت الآخر لأنه دفعه تقرباً إلى الله تعالى يطلب به ثوابه وقد حصل، وثبت الملك بواسطة ذلك للفقير فلا يتمكن من

حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن فيه إلا مكان الصلاة، وقيل يجوز أن يكون للتعليل: يعني كما أخرهن الله في الشهادات والإرث والسلطنة وسائر الولايا. وقوله (وأما الصبي فلأنه متنفل) واضح لأنه غير مكلف. وقوله (فلا يجوز اقتداء المفترض به) سيجيء بيانه. وقوله (والسنن المطلقة) يعني به السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد على إحدى الروايتين والوتر عندهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما، وقوله (جوزه مشايخ بلخ) لأنهم قاسوا هذه المسألة بمسألة المظنون بعلة أن النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل البالغ إذا كان غير مضمون وهي في مسألة المظنون لأنهما سواء في هذا الوصف (ولم يجوزه مشايخنا) يعني مشايخ ما وراء النهر بخارى وسمرقند (ومنهم) أي من المشايخ (من حقق الخلاف في النفل المطلق بين أبي يوسف ومحمد) فقال أبو يوسف: لا يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل المطلق أيضاً ومحمد جوزه (والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها) وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر (لأن نفل الصبي دون نفل البالغ) حيث لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع، وقوله (بخلاف المظنون) جواب عن قياس مشايخ بلخ على

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري وأبو داود ٦٨٣ والنسائي ٢/١١٨ وأحمد ٥/٣٩، ٤٢، ٤٥، ٤٦، ٥٠ وكرره أبو داود ٦٨٤ كلهم من حديث أبي بكرة.

(٢) خبر: أخروهن من حيث أخرهن الله. سيأتي في المحاذاة. قال الزيلعي ٢/٣٧ فيه ضعيف وبُعدٌ وإنما هو قول ابن مسعود.

عدماً. وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لأن الصلاة متحدة (ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليلني منكم أولو الأحلام والنهي» ولأن المحاذاة مفسدة فيؤخرن (وإن حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة

رفعه، بخلاف من دفع لقضاء دين بظنه ولا دين فإنه لم يثبت فيه ملك المدفوع إليه فكان بسبيل من أن يسترده، وأما الصلاة فقد ثبت شرعاً قبول ما هو منها للرفض إجماعاً كما في زيادة ما دون الركعة وتمام الركعة أيضاً على الخلاف فلم يلزم لزومهما إذا ظهر عدم وجوبها، والحال أنه لم يفعلها إلا مسقطا والله سبحانه وتعالى أعلم. وسقوط الضمان عندنا بعارض الظن والأصل في نفل البالغ الضمان، والعارض لا يعارض الأصل فاعتبر عارض الظن عدما في حق المقتدي فاتحد حالهما فكان اقتداء المظنون بالمظنون نظراً إلى الأصل، وسقوط الوصف هنا بأمر أصلي وهو الصبا فلم يصح جعله معدوماً في حق المقتدي فلم يتحد حالهما كذا في الكافي. وما نقل من المحسن من أن اختلافهم راجع إلى أن صلاة الصبي صلاة أم لا. فقيل لا. وإنما يؤمر بها تخلقاً دلّ عليه لو صلت المراهقة[1] بغير قناع جازت، وقيل نعم دلّ عليه لو قهقهت فيها أمرت بالوضوء فيه نظر، بل لو اتفق على أنها صلاة صح الخلاف، فإن دليل المانع يتناولها بتقدير كونها صلاة، نعم لو اتفق على أنها ليست صلاة لم يتأت، الخلاف في عدم الجواز (قوله ليلني الخ) في مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ «ليلني منكم أولو الأحلام والنهي. ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ولا تختلفوا فتختلف قلوبكم. وإياكم وهيشات الأسواق»[2] قيل استدلاله به على سنية صف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لا يتم إنما فيه تقديم البالغين أو نوع منهم، والأولى الاستدلال بما أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي مالك الأشعري أنه قال: يا معشر الأشعريين اجتمعوا واجمعوا نساءكم حتى أريكم صلاة رسول الله ﷺ، فاجتمعوا وجمعوا أبناءهم ونساءهم ثم توضأ وأراهم كيف يتوضأ، ثم تقدم فصف الرجال في أدنى الصف، وصف الولدان خلفهم، وصف النساء خلف الصبيان الحديث[3]. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه. والأحلام جمع حلم بالضم، وهو ما يراه النائم تقول منه حلم بالفتح واحتلم غلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ فدلالته على البلوغ التزامية فلا يلزم كون المراد هنا ليلني

المظنون، وتقريره قياس اقتدار البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد (لأن المظنون مجتهد فيه) لأن عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل صحة طرفيه على البدل، فالمظنون يحتمل وجوب القضاء بالنظر إلى اجتهاد زفر، والمانع عن القول وجوبه مطلقاً إنما هو العارض وهو ظن الإمام، وهو عارض غير ممتد عرض بعد أن لم يكن فجاز اعتبار عدمه وحينئذ يكون المظنون واجب القضاء مطلقاً وكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي فإن عدم القضاء عليه بالإجماع لا يحتمل كونه مضموناً، والصبا أيضاً عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن وهو بناء القوي على الضعيف (**وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لأن الصلاة متحدة**) لعدم الضمان على واحد منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف.

---

(١) أي: من كانت دون سن البلوغ وصلت بدون خمار الرأس جازت صلاتها

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٤٣٢ بهذا اللفظ وأبو داود ٦٧٥ والترمذي ٢٢٨ وأحمد ١/ ٤٥٧ كلهم من حديث ابن مسعود بمثل سياق المصنف وكذا الدارمي ١٢٤٧ ولم أره في النسائي عن ابن مسعود وإنما أخرجه مسلم ٤٣٢ وأبو داود ٦٧٤ وكذا النسائي ٢/ ٨٧ وابن ماجه ٩٧٦ وأحمد ٤/ ١٢٢ كلهم من حديث أبي مسعود البدري بنحو سياق حديث ابن مسعود.

الهيشاتُ: قال النووي في شرح مسلم: بفتح الهاء وإسكان الياء أي: المنازعة والخصومة وارتفاع الأصوات واللغط والفتن التي تكون في الأسواق.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٦٧٧ وأحمد ٥/ ٣٤١، ٣٤٣ كلاهما من حديث أبي مالك. ومداره على شهر بن حوشب قال في التقريب: صدوق. كثير الإرسال والأوهام.

قلت: رواه هنا عن عبد الرحمن بن غنم عن أبي مالك فهذا إسناد متصل. وقد صرح شهر بن حوشب بالتحديث في رواية لأحمد فهذا الحديث مما حفظه. فهو حسن.

واحدة فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها) والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله اعتباراً بصلاتها حيث

البالغون ليكون مجازاً لاستعماله في لازم معناه لجواز إرادة حقيقته ويعلم منه المقصود، لأنه إذا أمر أن يليه من الصف ملزوم البلوغ علم أن المراد أن يليه البالغون، ولو قيل أن البلوغ نفس الاحتلام أو بلوغ سن مخصوصة كان إرادتهم باللفظين حقيقياً لا مجازياً. والنهي جمع نهية وهو العقل، وفي تفسير الأحلام بالعقول لزوم لتكرار في الحديث فليجتنب إذ لا ضرورة. واعلم أن صف الخناثى بين الصبيان والنساء وبعد النساء المراهقات. ولنسق نبذة من سنن الصف تكميلاً من سننه التراص فيه والمقاربة بين الصف والصف والاستواء فيه، ففي صحيح ابن خزيمة عن البراء. كان ﷺ يأتي ناحية الصف فيسوي بين صدور القوم ومناكبهم ويقول «لا تختلفوا فتختلف قلوبكم، إن الله وملائكته يصلون على الصف الأول»[١] وروى الطبراني من حديث علي رضي الله عنه قال: قال ﷺ «استووا تستوي قلوبكم وتماسوا تراحموا»[٢] وروى مسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي عنه ﷺ قال «ألا تصفون كما تصف الملائكة عند ربها؟ قالوا وكيف تصف الملائكة عند ربها، قال: يتمون الصفوف الأول فالأول ويتراصون في الصف»[٣] وفي رواية للبخاري «فكان أحدنا يلزق منكبه بمنكب صاحبه وقدمه بقدمه»[٤] وروى أبو داود والإمام أحمد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه ﷺ قال «أقيموا الصفوف وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل ولينوا بأيدي أخوانكم لا تذروا فرجات للشيطان، ومن وصل صفاً وصله الله ومن قطع صفاً قطعه الله»[٥] وروى البزار بإسناد حسن عنه ﷺ «من سد فرجة في الصف غفر له»[٦] وفي أبي داود عنه ﷺ قال «خياركم ألينكم مناكب في الصلاة»[٧] وبهذا يعلم

قال**(ويصف الرجال ثم الصبيان)** هذا بيان ترتيب القيام خلف الإمام، وليلني أمر من الولي وهو القرب. والأحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم، وغلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ، والمراد ليلني البالغون منكم. والنهي جمع نهية وهي العقل، فإن قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان، وأما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه أجيب بأن الصبيان تابعة للرجال لاحتمال رجوليتهم، ويجوز أن يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي ﷺ فإنه أقام العجوز وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب. قوله **(ولأن المحاذاة)** دليل معقول وتمهيد لذكر مسألة المحاذاة، وقوله **(وإن حاذته امرأة)**

قوله: **(قوله ولأن المحاذاة دليل معقول الخ)** أقول: لا يدل المعقول على تأخيرهن عن الصبيان، إذا لا تفسد صلاة الصبي بمحاذاتها، ويظهر ذلك بالتأمل في دليل الفساد بالمحاذاة، فإن الصبي ليس بمخاطب، فعلى هذا لا يمكن أن يقال الدليل هو المجموع الحديث لتأخير الصبيان والمعقول لتأخير النساء عن الصبيان، نعم هو دليل على تأخيرهن عن الرجال، ولو استدل لتأخيرهن بحديث

---

(١) صحيح. أخرجه ابن خزيمة في صحيحه والدارمي ١٢٤٤ وأبو داود ٦٦٤ بهذا السياق وأحمد ٤/ ٢٨٥ كلهم من حديث البراء بن عازب وإسناده متصل ورجاله ثقات.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ٩٠ من طريق الحارث الأعور عن علي مرفوعاً.
قال الهيثمي: والحارث ضعيف.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٤٣٠ وأبو داود ٦٦١ والنسائي ٢/ ٩٢ وابن ماجه ٩٩٢ وأحمد ٥/ ٩٣، ١٠١، ١٠٧ كلهم من حديث جابر بن سمرة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٧٢٥ عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ أقيموا الصفوف فإني أراكم من وراء ظهري. وكان أحدنا يلزق منكبه بمنكب صاحبه وقدمه بقدمه. هذا لفظ البخاري وهو عند أبي داود ٦٦٢ من حديث النعمان بن بشير.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ٦٦٦ والسياق له وأحمد ٢/ ٩٨ وكذا النسائي ٢/ ٩٣ لكن اقتصر على شطره الأخير. كلهم من طريق كثير بن مرة الحمصي عن ابن عمر مرفوعاً وإسناده حسن ورجاله ثقات. فيه أبو الزاهرية واسمه حدير قال في التقريب: صدوق.

(٦) حسن. أخرجه البزار كما في المجمع ٢/ ٩١ من حديث أبي جحيفة وقال الهيثمي: إسناده حسن.
وله شاهد من حديث عائشة أخرجه أحمد ٦/ ٨٩ بلفظ: من سدّ فرجة رفعه الله بها درجة. وفيه إسماعيل بن عياش غير قوي في روايته عن أهل الحجاز وهذا منها لكنه شاهد.

(٧) حسن. أخرجه أبو داود ٦٧٢ بهذا اللفظ من حديث ابن عباس. سكت عليه المنذري في مختصره. وفي إسناده جعفر بن يحيى بن ثوبان قال في التقريب: مقبول. وفيه أيضاً: عمارة بن ثوبان قال في التقريب: مستور.
أي عدل الظاهر خفي الباطن. وبقية رجاله ثقات وللحديث شواهد فهو حسن.

لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وأنه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد

جهل من يستمسك عند دخول داخل بجنبه في الصف ويظن أن فسحه له رياء بسبب أنه يتحرك لأجله. بل ذاك إعانة له على إدراك الفضيلة وإقامة لسد الفرجات المأمور بها في الصف، والأحاديث في هذا شهيرة كثيرة **(قوله وجه الاستحسان ما رويناه وأنه من المشاهير)** يعني أخروهن من حيث أخرهن الله، ولم يثبت رفعه فضلاً عن كونه من المشاهير[1]، وإنما هو في مسند عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود قال: أخبرنا سفيان الثوري عن الأعمش عن إبراهيم عن أبي معمر عن ابن مسعود قال: كان الرجال والنساء في بني إسرائيل يصلون جميعاً، فكانت المرأة تلبس القالبين فتقوم عليهما فتواعد حليلها فألقى عليهم الحيض، فكان ابن مسعود يقول: أخروهن من حيث أخرهن الله، قيل فما القالبان؟ قال أرجل من خشب تتخذها النساء يتشرفن الرجال في المساجد[2]. وفي الغاية عن شيخه يرويه: الخمر أم الخبائث، والنساء حبائل الشيطان، وأخروهن من حيث أخرهن الله. ويعزوه إلى مسند رزين. قيل وذكر أنه في دلائل النبوة للبيهقي وقد تتبع فلم يوجد فيه[3]، وقد يستدل بحديث أمامة أنس واليتيم المتقدم حيث قامت العجزة من وراء أنس واليتيم فقد قامت منفردة خلف صف[4] وهو مفسد[5] كما هو مذهب أحمد رحمه الله لما ذكرنا من الأمر بالإعادة. أولاً يحل وهو معنى الكراهة السابق ذكرها لما قدمناه من قوله ﷺ «ولا تعد»[6] ولو حل مقامها معهما لمنعها وبدلالة الإجماع على عدم جواز إمامتها للرجل، فإنه إما لنقصان حالها أو لعدم صلاحيتها للإمامة مطلقاً، أو لفقد شرط أو لترك فرض المقام والحصر بالاستقراء وعدم وجود غير ذلك، وهذا كاف ما لم يرد صريح النقض لما عرف أنه يكفي في حصر الأوصاف قول السابر العدل بحثت فلم أجد لا يجوز الأول لجواز الاقتداء بالفاسق والعبد، ولا الثاني لصلاحيتها لإمامة النساء، ولا الثالث لأن المفروض حصول الشروط فتعين الرابع، والحق أن هذا قياس حكم أصله مجمع عليه خرج مناطه بالسبر، وهو مسلك مختلف في صحته وأكثر مشايخنا على نفيه، ثم بتقدير صحة طريقه فهو وما قبله إنما يفيد أن حرمة تحاذيهما وترك فرض المقام، ثم كونه مفسداً باعتبار أن فروض الجماعة يصح إثباتها بالآحاد لأن أصلها به، وارجع إلى ما مهدناه في أول باب صفة الصلاة يزول عنك الريب، ، إلا أن قصر الفساد عليه يبني على أن الحرمة وإن كانت مشتركة إلا أن تعلقها بها كي لا تفسدها عليه لا باعتبار معني فيها، بخلاف تعلقها به فهو كتأخر الإمام عن المأمومين حتى صاروا مقدمين عليه فإنه

اعلم أن المحاذاة المفسدة هي أن يحاذي قدم المرأة عضواً من الرجل في الصلاة شرائطها أن تكون المرأة مشتهاة حالاً أو ماضياً منوية إمامتها. وأن تكون الصلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء، وأن لا يكون بينهما حائل، وذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والأجنبية، وذكر الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة. واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بسبع سنين

أخروهن لعلة كان أولى **(قال المصنف: وإن حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة فسدت صلاته)** أقول: الجامع لشرائط المحاذاة المفسدة أن يقال محاذاة مشتهاة منوية الإمام في ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء مع اتحاد مكان وجهة دون حائل وفرجة، فحينئذ لو كان أحدهما على دكان قدر القامة والأخر أسفله فلا محاذاة قوله: **(وهو ما روى أنس، إلى قوله: فيراعي جميع ما ورد به)** أقول: ليس في

(١) مراد المصنف ما أورده صاحب الهداية آنفاً بلفظ: أخروهن من حيث أخرهن الله. وجعله صاحب الهداية من المشاهير. وتعقبه ابن الهمام بقوله: لم يثبت. في حين قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦ غريب مرفوعاً. وفي الدراية ١/ ١٧١ قال ابن حجر: لم أجده مرفوعاً.

(٢) موقوف. وإسناده صحيح. انظر نصب الراية ٢/ ٣٦ وأما كونه مرفوعاً فقال الزيلعي: غريب. أي لا يوجد.

(٣) ذكر هذا كله الزيلعي في ٢/ ٣٦ وقد شنع على صاحب الغاية وشيخه في ذلك وقال: تتبعته فلم أجده.

(٤) هو حديث اليتيم رواه الجماعة وقد تقدم في ٤/ ٣٥٦

(٥) مفسد في حق الرجال أما النساء فالسنة أن تقف المرأة خلف الصف ولو لوحدها كما هو مقرر في كتب الحنابلة ومنها ما ذكره البهاء المقدسي في شرحه على العمدة في باب الإمامة.

(٦) هو حديث أبي بكرة تقدم في ٢/ ٣٥٧

صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام (وإن لم ينو إمامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها) لأن الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، ألا ترى أنه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء. إنما

لا يحل له كما لا يحل لهم أن يتقدموا، إلا أن عدم الحل لهم لفساد صلاتهم وعدمه له لمعنى فيهم لا فيه وهو كي لا تفسد عليهم فأفسد تأخيره صلاتهم لا صلاته كذلك هنا تفسد بمحاذاتها صلاته لا صلاتها، إلا أن هذا المعنى يتوقف على إثبات كون الحرمة المشتركة للإفساد عليه فقط، ولا ملجأ فيه إلا حديث «أخروهن» فيتوقف على ثبوته[1] لكن ينهض محل النزاع على الخصم لأن محل النزاع فساد صلاته، أما عدمه في صلاتها فبالاتفاق فإنما هذا إشكال مذهبي لا يضر في انتهاض المدعي على المخالف، هذا وأما محاذاة الأمرد فصرح الكل بعدم إفساده إلا من شذ، ولا متمسك له في الرواية كما صرحوا به ولا في الدراية لتصريحهم بأن الفساد في المرأة غير معلول بعروض الشهوة بل هو لترك فرض المقام وليس هذا في الصبي، ومن تساهل فعلل به صرح بنفيه في الصبي مدعياً عدم اشتهائه فحصل أن مظنة الشهوة الأنوثة، وباعتبار المظنة يثبت الحكم لا باعتبار ما قد يتفق من اشتهاء الذكر الذكر فقد يتفق ذلك في المرأة الميتة والبهيمة ولا عبرة في ذلك فهذا كذلك، وقالوا: إن اشتهاء الذكر يكون عن انحراف في

وبعضهم بتسع سنين، والأصح أن لا معتبر بالسن، فإن كانت عبلة صخمة كانت مشتهاة وإلا فلا. وذكر الماضي ليتناول العجوز التي تنفر منها الرجال لما أنها كانت مشتهاة، وشرط نية إمامتها لأن اقتداءها لا يصح بدونها فلا تفسد صلاة الرجال، ووصف الصلاة بكونها مطلقة احترازاً عن صلاة الجنازة فإن المحاذاة لا تفسدها لأنها ليست بصلاة على الحقيقة، وإنما هي دعاء للميت، وإنما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحريم والتحليل وشرط الاشتراك وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض، وأن يكون الاشتراك تحريمة وأداء حتى لا تكون المحاذاة في أداء ما سبقا به مفسدة لأن المسبوق في أداء ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين أداء بخلاف اللاحق لأنه يؤدي مع الإمام تقديراً. فإن قيل: إذا اقتدت ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضاً، وإنما يصح نفلاً فقد وجدت الشروط ولم تفسد الصلاة. أجيب بالمنع وشرط عدم الحائل لأنه إذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرحل لا تفسد، وقد ظهر من هذا أنه إذا فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال إنها عرفت مفسدة بالنص، وهو ما روى أنس رضي الله عنه أن جدته مليكة صنعت طعاماً إلى آخر ما روينا، بخلاف القياس فيراعي جميع ما ورد به النص، وأما إذا وجدت هذه الشروط كلها فإنها تفسد عندنا خلافاً للشافعي وهو القياس اعتباراً بصلاتها فإنها لا تفسد، ووجهه ظاهر لأن المحاذاة لما لم توجب فساد صلاة المرأة لم توجب فساد صلاة الرجل، لأن المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين، ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب إليه علماؤنا أن هذا ترك فرض مقام الإمام، ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «أخروهن من حيث أخرهن الله» أمر الرجال بالتأخير في المكان ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها. فإن قيل: هذا خبر واحد ولا يثبت به الفرضية. أجيب بأنه من المشاهير. وإليه أشار المصنف بقوله وإنه من المشاهير، ولأن تأخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع لأنا أجمعنا على عدم جواز اقتداء الرجل بالمرأة مع اتحاد فرضهما، وهو إما أن يكون لنقصان حالها في ذلك الصبي، أو لعدم صلاحيتها كالأمي، أو لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري. أو لفوات ترتيب المقام كما في إمامة المتأخر وبالاستقراء لعدم مجاوزة انتفاء جواز الاقتداء عنها شرعاً. وليس للنقصان لأنه غير مانع للصحة الاقتداء مطلقاً لجواز إمامة الفاسق والعبد والأعمى مع نقصان أحوالهم، بل

حديث أنس ما يدل على كون المحاذاة مفسدة حيث لا يدل على فرضية التأخير قوله: (فإن قيل هذا خبر واحد لا يثبت به الفرضية) أقول: يجوز أن يقال المراد الفرض على زعم المجتهد قوله: (وأجيب بأنه من المشاهير) أقول: الفرض لا يثبت إلا بدليل قطعي، وليس المشهور كذلك فإنه أريد الفرض العملي فلا حاجة إلى الشهرة قوله: (ولأن تأخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع) أقول: لم

---

(١) لم يثبت مرفوعاً البتة بل هو قول ابن مسعود كما تقدم قبل أربعة أو خمسة أحاديث.

يشترط نية الإمامة إذا انتمت محاذية. وإن لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان، والفرق على إحداهما أن الفساد في الأول لازم، وفي الثاني محتمل (**ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة، وأن تكون المرأة**

المزاج، وقد سماهم كثير من السلف النتن تنفيراً، بخلاف اشتهاء الأنثى فإنه الطبع السليم. وفي الذخيرة والمحيط: إذا حاذته بعد ما شرع ونوى إمامتها فلم يمكنه التأخير بالتقدم خطوة أو خطوتين للكراهة في ذلك فتأخيرها بالإشارة وما أشبهه، فإذا فعل فقد أخر فيلزمها التأخر، فإن لم تفعل تركت حينئذ فرض المقام فتفسد صلاتها دونه (**قوله وهو المخاطب به الخ**) إشارة إلى اشتراط العقل والبلوغ في الذكر، فإن الخطاب إنما يتعلق بأفعال المكلفين، كذا في بعض شروح الجامع فلا تفسد صلاة الصبي بالمحاذاة على هذا (**قوله على إحداهما**) وهي رواية عدم الفساد. واعلم أن اقتداءهن في الجمعة والعيدين عند كثير لا يجوز إلا بالنية، وعند الأكثر يجوز بدونها نظراً إلى إطلاق الجواب حملاً على وجود النية منه وإن لم تستفسر حاله (**قوله ومن شرائط الخ**) جواب المسألة له شروط لا بد من بيانها: الأول أن تكون الصلاة مشتركة تحريمة وأداء، ومعنى الأوّل أن يكونا بانيين تحريمتهما على تحريمة إمام أو إحداهما

إنما يمنع إذا لزم من ذلك محظور كإمامة الصبي فإنها تستلزم بناء القوي على الضعيف، ولا لعدم الصلاحية لجواز إمامتها للنساء متقدمة ومتوسطة، ولا لانتفاء شرط من الشروط لأن الفرض عدمه فلم يكن ذلك إلا باعتبار ترك فرض مقام الثابت بقوله ﷺ «أخروهن» الحديث، فلما أجمعنا ههنا لانعدام التأخير يثبت الفساد في المتنازع فيه أيضاً لانعدام التأخير، وأما أن من ترك فرض المقام فسدت صلاته فكالمقتدي إذا تقدم على إمامه، وقوله (**وهو المخاطب به**) جواب عن وجه القياس وتقديره لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب به أي بقوله عليه الصلاة والسلام «أخروهن» دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام، واعترض بأنه إذا كان مأموراً بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة. وأجيب بالمنع فإنه يمكن تأخير الرجل إياها بأن يتقدم عليها خطوة أو خطوتين ولا تأخر منها سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا يساوي القصدي، وقوله (**وإن لم ينو إمامتها**) بيان لتأثير النية. وقوله (**لم تضره**) أي لم تضر المحاذاة المصلي، وقوله (**لأن الاشتراك لا يثبت دونها**) أي دون النية (**عندنا خلافاً لزفر**) فإن عنده نية إمامتها ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعد ما دخلت في صلاته لأن الرجل صالح لإمامة الرجل والنساء، ثم اقتداء الرجل به صحيح بلا نية إمامته فكذلك اقتداء المرأة وقوله (**ألا ترى**) توضيح لقوله لأن الاشتراك لا يثبت دونهما، وتقريره الإمام يلزمه الترتيب في المقام بالنص، وكل من يلزمه شيء يتوقف على التزامه كالاقتداء، فإن لزوم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانب الإمام محتملا لم يصح الاقتداء إلا بالالتزام، ولا التزام إنما يكون بالنية، فكما أن الاقتداء لا يصح بدون النية ليكون الضرر اللازم من جانب الإمام ضرراً مرضياً، كذلك لا تصح إمامة النساء بدون النية للنساء ليكون الضرر اللازم للإمام من جانبهن ضرراً مرضياً، وهذا واضح جداً، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن كل هذا موقوف على اشتراط ثبوت الاشتراك، وثبوته ممنوع لأن النص لم يفصل بين أن تكون المحاذاة في صلاة مشتركة أو غيرها والثاني أنه منقوص على قول أبي حنيفة باقتداء القارىء بالأمي، فإن صلاة الأمي تفسد بسبب اقتداء القارىء به، ومع ذلك لا يشترط للأمي نية إمامة القارىء. والجواب عن الأول أنه تشكيك في المسلمات. فإن كل من يقول بمسألة المحاذاة يشترط الاشتراك، وإنما الخلاف بيننا وبين زفر أنه يقول: الاشتراك يثبت به خوفاً في صلاته نوى إمامتها أو لم ينو، ونحن نقول لا يثبت الاشتراك بدونها كما ذكرنا آنفاً، والتشكيك في المسلمات غير مسموح على أن النص يدل على ترتيب المقام، والمقام وترتيبه إنما يتصور في صلاة أديت بجماعة لأن للإمام تقدماً على المأموم بالرتبة، والصلاة بالجماعة تستلزم الاشتراك، وعن الثاني بأنه على قول الكرخي ممنوع، فإنه لا يصح عنده بدون النية، ولئن سلمنا فنقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتداء كالذي في اقتداء المحاذية فإن صلاة الإمام إنما تفسد بسببه وصورة النقض ليست كذلك لأن القارىء لو صلى وحده والأميّ وحده وأمكن الأمي الاقتداء به فسدت أيضاً فلم يكن

يلزم ذكره كون تأخيرهن فرضاً بدلالة الإجماع بل بالقياس نعم المقيس عليه مجمع عليه وبمثله لا يثبت الفرضية قوله: (**واعترض بأنه إذا كان مأموراً بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة**) أقول: فإنه لا يمكن للرجل تأخيرها إلا بتأخرها قوله: (**وأجيب بالمنع الخ**) أقول: أي بمنع الضرورة.

من أهل الشهوة. وأن لا يكون بينهما حائل) لأنها عرفت مفسدة بالنص، بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به

على الأخرى بأن كان أحدهما يؤم الآخر فيما يصح اتفاقاً، فلو اقتدت ناوية العصر بمصلي الظهر فلم يصح من حيث الفرض وصح نفلاً فحاذته، ففي رواية باب الأذان تفسد، وفي رواية باب الحدث من المبسوط لا تفسد، وقيل رواية باب الأذان قولهما ورواية باب الحدث قول محمد بناء على مسألة صلاة الفجر إذا طلعت الشمس في خلالها عندهما تنقلب نفلاً وعند محمد تفسد، بخلاف ما لو نوت ابتداء النفل حيث تفسد بلا تردد، ومعنى الثاني أن يكون لهما إمام فيما يقضيان حقيقة أو حكماً، فصلاة المسبوقين فيما يقضيان مشتركة تحريمة لا أداء، فلا تفسد المحاذاة فيما يقضيان مسبوقين وتفسد فيما يقضيان لاحقين، ولا تفسد إذا حاذته في الطريق للطهارة فيما إذا سبقهما الحدث في الأصح لأنهما غير مشتغلين بالقضاء بل بإصلاح الصلاة لا بحقيقتها وإن كان في حرمتها إذ حقيقتها قيام وقراءة الخ، وليس شيء من ذلك ثابتاً، وقيامه في حال مشيه أو وضوئه لم يعتبر جزءاً وإلا فسدت، لأن المحكوم بجزئيته للصلاة تفسد مع الحدث، وإذا انعدم قضاؤهما في هذه الحالة انعدمت الشركة أداء، واللاحق من يقضي بعد فراغ الإمام ما فاته مع الإمام بعد ما أدركه معه، وإنما لم نقل من أدرك أوّل صلاة الإمام ثم فاته بعضها الخ كما يقع في بعض الألفاظ لأنه غير جامع لخروج اللاحق المسبوق، وفي المحاذاة لهذا اللاحق تفصيل في الفساد فإنهما لو اقتديا في الثالثة فأحدثا فذهبا ليتوضأ أتم حاذته في القضاء إن كان في الأولى أو الثانية وهي الثالثة والرابعة للإمام تفسد لوجود الشركة فيهما لأنهما فيهما لاحقان. وإن حاذته في الثالثة والرابعة لا تفسد لعدمها لأنهما مسبوقان. وهذا بناء على أن اللاحق المسبوق يقضي أوّلاً ما لحق فيه ثم ما سبق به، وهذا عند زفر ظاهر. وعندنا وإن صح عكسه لكن يجب هذا فباعتباره يفسد هذا، وأما محاذاتها في الصلاة دون اشتراك فمورث للكراهة. ثم لو قيل بدل مشتركة تحريمة وأداء مشتركة أداء ويفسر بأن يكون لهما إمام فيما يؤديانه حالة المحاذاة أو أحدهما إمام للآخر لعم الاشتراكين. الثاني أن تكون الصلاة مطلقة أي ذات ركوع وسجود وإن كانا يومئان فيها للعذر. الثالث أن تكون المرأة من أهل الشهوة، أي دخلت في حدّها وإن كانت في الحال عجوزاً شوهاء فيحترز به عمن لم تبلغ حدّها وحدها سبع سنين، وقيل: تسع، والأصح أن تصلح للجماع، ولا فرق بين الأجنبية والمحرم. الرابع أن لا يكون بينهما حائل، فلو كان منع المحاذاة. وأدناه قدر مؤخرة الرحل لأن أدنى الأحوال القعود. ومؤخرة الرحل جعلت للارتفاق بها فيه فقدرناه بها، وغلظه مثل الأصبع، والفرجة تقوم مقام الحائل، وأدناها قدر مقام الرجل. وفي الدراية: ولو كان بينهما فرجة تسع الرجل أو اسطوانة قيل لا تفسد، وكذا إذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة اهـ. ويبعد النظر في صحة هذا القيل إذ مقتضاه أن لا يفسد صف النساء على الصف الذي خلفه من الرجال، ولو كان أحدهما على دكان قدر القامة والآخر أسفله فلا محاذاة، وكذا لو كانت متأخرة عنه بالقدم إلا أنها أطول منه يقع سجودها في مكان متقدم عليه. الخامس أن تكون المحاذاة في ركن كامل حتى لو تحرّمت في صف وركعت في آخر وسجدت في ثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف، قيل هذا عند محمد، وعند أبي يوسف لو وقفت قدره فسدت وإن لم تؤد، وقيل لو حاذته أقل من قدره فسدت عند أبي يوسف، وعند محمد لا إلا في قدره. السادس أن تتحد الجهة، فإن اختلفت كما في جوف الكعبة وبالتحري في الليلة المظلمة فلا، والجامع أن يقال محاذاة مشتهاة منوية الإمامة في ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء مع اتحاد مكان وجهة دون حائل ولا فرجة، ثم الواحدة تفسد صلاة ثلاثة واحد عن يمينها وآخر عن شمالها وآخر خلفها ليس غير، فإن من فسدت

الفساد بسبب اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية. وقوله **(وإنما يشترط نية الإمام إذا ائتمت محاذية)** أي إذا اقتدت بالإمام محاذية له يشترط نية الإمام لفساد الصلاة، وأما إذا وقفت خلفه فإما أن يكون بجنبها رجل أو لا، فإن كان فالصواب أن اقتداءها لا يصح إلا بالنية من جهة الإمام لأنه يلزم الفساد على من بجنبها، وذلك يستدعي لنية من بجنبها على أصل المار إلا

النص (**ويكره لهن حضور الجماعات**) يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة (**ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء**) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (**وقالا يخرجن في الصلوات كلها**) لأنه لا فتنة لقلة الرغبة

صلاته يصير حائلاً بينها وبين الذي يليه والمرأتان صلاة أربعة اثنان خلفهما والآخرين لأن المثنى ليس جمعاً تاماً فكانا كواحدة فلا يتعدى الفساد إلى آخر الصفوف. وعن أبي يوسف الثنتان كالثلاث، وعنه: الثلاث كالثنتين فلا تفسد إلا صلاة خمسة. والصحيح أن بالثلاث تفسد صلاة واحد عن يمينهن وآخر عن شمالهن وثلاثة ثلاثة إلى آخر الصفوف. وفي رواية الثلاث كالصف التام فتفسد صلاة جميع الصفوف التي خلفهن، والقياس في الصف التام أن يفسد به صلاة صف واحد لأنه حائل بينه وبين الصف الذي يليه، لكنهم استحسنوا فساد الكل بنقلهم عن عمر رضي الله عنه من كان بينه وبين إمامه طريق أو نهر أو صف من صفوف النساء فليس هو مع الإمام[1] قوله: (**فيراعي جميع ما ورد به النص**) والنص ورد في صلاته مطلقة بناء على أن الفساد بها على خلاف القياس، وهذا إنما ينتهض في اشتراط كون الصلاة مطلقة لا في الكل وعلل في تلخيص الجامع بأن المورد الجماعة المطلقة وهي بالشركة والكمال قوله: (**يعني الشواب منهن**) تقييد في حق عدم الخلاف في إطلاق الحكم لا في أصل الحكم، فإن العجوز ممنوعة عنده في البعض، واعلم أنه صح عنه ﷺ أنه قال «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»[2] وقوله «إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها»[3] والعلماء خصوه بأمور منصوص عليها ومقيسة، فمن الأول ما صح أنه ﷺ قال «أيما امرأة أصابت بخوراً فلا تشهد معنا العشاء»[4] وكونه ليلاً في بعض الطرق في مسلم «لا تمنعوا النساء من الخروج إلى المساجد إلا بالليل»[5] والثاني حسن الملابس ومزاحمة الرجال لأن إخراج الطيب لتحريكه الداعة فلما

أنه مولى عليه من جهة إمامه فيتوقف ما يلزمه على التزام إمامه والتزام الإمام إلزامه (**وإن لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان**) في رواية لا يصح اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاة فتحتاج إلى الالتزام، وفي رواية يصح (**و**) على هذه الرواية يحتاج إلى (**الفرق**) وهو (**أن الفساد الأول**) وهو ما إذا كانت محاذية (**لازم**) أي واقع في الحال (**والثاني**) وهو ما إذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل (**محتمل**) لاحتمال أن تمشي فتحاذي، ولكن الظاهر عدم ذلك، فلم تشترط نية الإمام هذا في صلاة يشتركان فيها، وأما في صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه ومحاذاتها إياه يورث الكراهة. وقوله (**ويكره لهن حضور**

قال المصنف: (**فيراعي جميع ما ورد به النص**) أقول: وفيه بحث، إذ لا تعرض فيه للصلاة فضلاً عن هذه القيود

---

(١) أثر عمر لم أره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٩٠٠ ومسلم ٤٤٢ح ١٣٦ وأبو داود ٥٥٦ وأحمد ٢/١٦، ٣٦، ٤٣، ٤٥، ٧٦ كلهم من حديث ابن عمر بهذا اللفظ وعند البخاري بأتم منه وكذا ابن ماجه ١٦ وورد هذا اللفظ من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو داود ٥٦٥ والدارمي ١٢٥٦ وأحمد ٢/٤٣٨، ٤٧٥

وورد من حديث عائشة عند أحمد ٦/٦٩ فهو حديث مشهور.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٨٧٣ و٥٢٣٨ ومسلم ٤٤٢ ح١٣٤ واللفظ له. والدارمي ١٢٥٥ والنسائي ٢/٤٢ وأحمد ٢/٩، ٥٧، ٧، ١٣، ١٥٦ كلهم من حديث ابن عمر.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٤٤٤ وأحمد ٢/٣٠٤ كلاهما من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٤٤٢ ح١٣٨ من حديث ابن عمر قال رسول الله ﷺ: لا تمنعوا النساء من الخروج إلى المساجد بالليل. هذا لفظ مسلم.
تنبيه: وقع المصنف في هذا الحديث بذكر. إلا. ولعله سبق قلم والصواب عدمها. ويؤكد ذلك ما أخرجه البخاري ٨٦٥ ومسلم ٤٤٢ ح١٣٩ وأبو داود ٥٦٨ وأحمد ٢/١٢٧، ٤٩، ٩٨، ١٤٣، ١٤٥ كلهم من حديث ابن عمر: ائذنوا للنساء بالليل إلى المساجد. هذا اللفظ عند الجميع وزاد مسلم وغيره: فقال ابن له يقال له واقد. ورواية: بلال. ورواية: ابن لعبد الله بن عمر: لاندعهنّ يخرجن فقال عبد الله: أقول: قال رسول الله ﷺ: وتقول: لنمنعهن وفي رواية: فسبَّه سباً سيئاً ما سمعته سبَّه مثله قط وقال: أخبرك عن رسول الله ﷺ وتقول: والله لنمنعهن.
قلت: والمراد بالليل هنا. صلاة الفجر والعشاء الآخرة.
وقوله: دَغَلاً: الدغل هو الفساد والخداع والريبة.
وخبر ابن عمر هذا أصل عظيم في تحكيم كتاب الله وحديث رسول الله ﷺ في أمورنا كلها.

إليها فلا يكره كما في العيد. وله أن فرط الشبق حامل فتقع الفتنة، غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة، أما في الفجر والعشاء فهم نائمون، وفي المغرب بالطعام مشغولون، والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره. قال (**ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة، ولا الطاهرة خلف المستحاضة**) لأن الصحيح أقوى حالاً من المعذور، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، والإمام ضامن بمعنى أنه تضمن صلاته صلاة

فقد الآن منهن هذا لأنهن يتكلفن للخروج ما لم يكن عليه في المنزل منعن مطلقاً لا يقال: هذا حينئذ نسخ بالتعليل. لأنا نقول: المنع يثبت حينئذ بالعمومات المانعة من التفتين، أو هو من باب الإطلاق بشرط فيزول بزواله كانتهاء الحكم بانتهاء علته، وقد قالت عائشة رضي الله عنها في الصحيح: لو أن رسول الله ﷺ رأى ما أحدث النساء بعده لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل[1]، على أن فيه ما رواه ابن عبد البر بسنده في التمهيد عن عائشة رضي الله عنها ترفعه «أيها الناس انهوا نساءكم عن لبس الزينة والتبختر في المساجد، فإن بني إسرائيل لم يُلعنوا حتى لبس نساؤهم الزينة وتبختروا في المساجد» وبالنظر إلى التعليل المذكور منعت غير المزينة أيضاً لغلبة الفساق، وليلاً وإن كان النص يبيحه لأن الفساق في زماننا أكثر انتشارهم وتعرضهم بالليل، وعلى هذا ينبغي على قول أبي حنيفة تفريع منع العجائز ليلاً أيضاً، بخلاف الصبح فإن الغالب نومهم في وقته، بل عمم المتأخرون المنع للعجائز والشواب[2] في الصلوات كلها لغلبة الفساد في سائر الأوقات قوله: (**والجمعة**) جعل الجمعة كالظهر والمغرب والعشاء، وقد اختلف في الرواية في ذلك، والمذكور رواية المبسوط وغيره، ورواية مبسوط شيخ الإسلام: الجمعة كالعيد والمغرب كالظهر فتخرج في الجمعة لا المغرب. وفي فتاوى قاضيخان جعل الجمعة كالظهر والمغرب كالظهر، ولا نعلم قائلاً بالاحتمال الرابع، والمعتمد منع الكل في الكل إلا العجائز المتفانية فيما يظهر لي دون العجائز المتبرجات وذات الرمق[3] والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (**والجبانة**[4] **متسعة**) بناء على صلاة العيد في فناء المصر، وفي مصرنا هذا ليس كذلك بل هي في المساجد قوله: (**خلف من هو في معنى المستحاضة**) كمن به سلس بول واستطلاق البطن

الجماعات) كانت النساء يباح لهن الخروج إلى الصلوات، ثم لما صار سبباً للوقوع في الفتنة منهن عن ذلك، جاء في التفسير أن قوله تعالى ﴿ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستأخرين﴾ نزلت في شأن النسوة حيث كان المنافقون يتأخرون للاطلاع على عوراتهن. ولقد نهى عمر النساء عن الخروج إلى المساجد فشكون إلى عائشة رضي الله عنها فقالت: لو علم النبي ﷺ ما علم عمر رضي الله عنه ما أذن لكن في الخروج، فاحتج به علماؤنا ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقاً. وأما

قوله: (**لأن نعلم بيقين أن معناه ليس الضمان في اللغة الخ**) أقول: فيه بحث إذ لا نسلم أنه ليس معناه ذلك بل الكلام على التشبيه: أي الإمام كالضامن في كونه مطالباً بصلاتهم بالتزامه الإمامة فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٨٦٩ ومسلم ٤٤٥ وأبو داود ٥٦٩ وأحمد ٦/ ٢٣٥ كلهم من طريق عَمرة بنت عبد الرحمن سمعت عائشة وزادوا: قال يحيى بن سعيد: قلت لِعَمْرة: أوَ مُنِعْنَ؟ قالت: نعم. وهكذا رواه البيهقي ٣/ ١٣٣ ورواية ابن عبد البر في كتاب التمهيد.
قال ابن حجر الفتح في تعليقة على أثر عائشة ما ملخصه: تمسك بعض الناس بقول عائشة في منع النساء مطلقاً وفيه نظر. إذ لا يترتب على ذلك تغير الحكم لأنها علقته بشرط لم يوجد بناء على ظن ظنته فقالت: لو رأى لمنع. فيقال: لم ير ولم يمنع فاستمر الحكم حتى إن عائشة لم تصرح بالمنع ولو كان ما أحدثن يستلزم منعهنّ من المساجد لكان منعهنّ من غيرها كالأسواق أولى. وأيضاً فالإحداث وقع من بعض النساء لا من جميعهنّ فإن تعيَّن المنع فليكن لمن أحدثت. الطيب والتزين ونحوه اهـ.
قلت: رحم الله ابن حجر فهذا هو الكلام الحق الذي يجب أن يقال في مثل هذا المقام. فهذا استنباط دقيق ونفيس عليك به والله أعلم.

(٢) جمع شابة. وما ذكره المصنف كان في أيامهم أما في أيامنا بعد أن خرجت النساء كاسيات عاريات مائلات مميلات فقد تغير الحال وأصبحت المرأة المتحجبة غير ملفتة للنظر غالباً من شدة الفساد والتعري فالمسجد في أيامنا خير من جلوس النساء على أجهزة التلفاز وغيره.

(٣) قوله ذات الرمق: من باب طلب ورمقه أطال النظر إليه.

(٤) الجبّانة: المصلى العام في الصحراء. أفاده في المغرب.

المقتدي (ولا) يصلي (القارىء خلف الأمي ولا المكتسي خلف العاري) لقوة حالهما (ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأنه طهارة ضرورية والطهارة بالماء أصلية. ولهما أنه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة(ويؤم الماسح الغاسلين) لأن الخف مانع

وانفلات الريح والجرح السائل والرعاف ويجوز اقتداء معذور بمثله إذ تحد عذرهما لا إن اختلف قوله: (بمعنى تضمنت صلاته الخ) لا بمعنى الكفالة، وإذا كان التضمن مراعى فإذا قدر المؤتم على ما لم يقدر الإمام عليه من الأركان كان كالمنفرد فيه قبل فراغ الإمام، وذلك مفسد فلذا لا يجوز اقتداء القارىء بالأمي والأخرس، ولا الأمي بالأخرس لأنه يقدر على التحريمة دون الأخرس، ويجوز اقتداء الأخرس بالأمي لا الراكع الساجد بالمومي، والأمي عندنا من لا يحسن القراءة، وعند الشافعي من لا يحسن الفاتحة والمبني ظاهر، وإذا فقد الإمام شرطاً حقيقة اعتبر موجوداً للحاجة إلى الأداء صار معدوماً في حق من وراءه. فلذا لا يجوز اقتداء اللابس بالعاري والطاهر بمن هو بمعنى المستحاضة والمصنف على الكل بعدم التضمن لزيادة قوة صلاة المأموم وهو غير بعيد، وكل ما لم يصح الاقتداء لا يصير شارعاً به في صلاة نفسه في رواية باب الحدث وزيادات الزيادات، فلو قهقهه لا ينتقض. وفي رواية باب الأذان يصير شارعاً. يعني ثم يفسد، قيل الثاني قولهما بناء على أن فساد الجهة لا يفسد التحريمة، والأول قول محمد بناء على عدمه قوله: (ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين) قيده شيخ الإسلام بأن لا يكون مع المتوضئين ماء خلافاً لزفر، وأصله فرع إذا رأى المتوضىء المقتدي بمتيمم ماء في الصلاة لم يره الإمام فسدت صلاته، خلافاً لزفر لاعتقاده فساد صلاة إمامه لوجود الماء، ومنعه زفر رحمه الله بأن وجوده غير مستلزم لعلمه به وهو ظاهر، وينبغي أن يحكم بأن محمل الفساد عندهم إذا ظن علم إمامه به، لأن اعتقاده فساد صلاة إمامه بذلك قوله: (طهارة ضرورية) لا شك أن فيها جهة الإطلاق باعتبار عدم توقتها، بخلاف طهارة المستحاضة، وجهة

العجائز وهي جمع عجوز والعامة تقول عجوزة فمنعهن أبو حنيفة رضي الله عنه عن الخروج في الظهر والعصر دون الفجر والمغرب والعشاء، وأجاز في الصلوات كلها لانتقاء الفتنة بقلة الرغبة في العجائز، كما أجيز لهن ذلك في العيد بالاتفاق. وإما للصلاة كما روى الحسن عن أبي حنيفة أنهن يخرجن للصلاة ويقمن في آخر الصفوف فيصلين مع الرجال لأنهن من أهل الجماعة تبعاً للرجال، أو لتكثير السواد كما روى المعلي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن خروجهن لتكثير السواد ويقمن في ناحية ولا يصلين لأنه صح أنه ﷺ أمر بذلك الحيض وليست من أهل الصلاة (وله أن فرط الشبق حامل) على الوقاع فتقع الفتنة، والفرط بسكون الراء: مجاوزة الحد، والشبق بفتحتين: شدة شهوة الضراب (غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة، أما في الفجر والعشاء فهم نائمون، وفي المغرب بالطعام مشغولون) جعل المصنف الجمعة من قبيل صلاة الظهر وهو المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن الخروج إليها، وشيخ الإسلام جعلها من قبيل صلاة العيدين حتى يباح لهن الخروج، والمغرب جعلها المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور أيضاً فيهما وجعله شيخ الإسلام من قبيل الظهر. قوله (والجبانة متسعة) جواب عن قياسهما على صلاة العيد، والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد، قال (ولا يصلي الطاهر) الأصل في جنس هذه المسائل قوله عليه الصلاة والسلام «الإمام ضامن» بمعنى تضمن صلاة المقتدي، لأنا نعلم بيقين أن معناه ليس الضمان في الذمة، فإن صلاة المقتدي ليست في ذمة الإمام فيكون معناه صلاة الإمام تتضمن صلاة المقتدي، وصلاة المقتدي إذا كانت أقوى حالاً من الإمام فوق صلاته والشيء إنما يتضمن ما هو دونه أو مثله لا ما هو فوقه، وعلى هذا لا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو في معنى المستحاضة ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ (ولا الطاهرة خلف المستحاضة) لنقصان حال هؤلاء عن حال المقتدي (ولا المكتسي بالعاري) ولا الأمي بالأخرس لقوة حالهما إذ المراد بقوة الحال على ما لم تشتمل عليه صلاة الإمام مما يتوقف عليه الصلاة والأمي يقدر على الافتتاح دون الأخرس، واختلفوا في جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم، فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف ومنعه محمد قال: لأنه طهارة ضرورية والطهارة بالماء طهارة أصلية، ولا شك أن حال من اشتمل على الطهارة الأصلية أقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية. ولهما أنه طهارة مطلقة: أي غير مؤقتة بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا لا يتقدر

سراية الحدث إلى القدم، وما حل بالخف يزيله المسح، بخلاف المستحاضة لأن الحدث لم يعتبر شرعاً مع قيامه حقيقة (**ويصلي القائم خلف القاعد**) وقال محمد رحمه الله: لا يجوز، وهو القياس لقوق حال القائم ونحن تركناه

الضرورة باعتبار أن المصير إليها ضرورة عدم القدرة على الماء، وتعليله في النهاية بأنها طهارة تلويث لا ترفع الحدث حتى كان محدثاً عند وجود الماء بالحدث السابق غير مقيم على ما صرحوا به غير مرة من أنها رفعة. وصرح هو في باب التيمم في البحث مع الشافعي في مسألة جواز الفرائض المتعددة يتيمم واحد خلافاً له فقال: الخلاف مبني على أن حكم التيمم ماذا قال علماؤنا حكمه زوال الحدث مطلقاً من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كما بالماء. إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث، وهنا إلى شيئين: إلى الحدث. وإلى رؤية الماء انتهى. وكون الانتقاض عند الوجود بظهور الحدث لا يستلزم عدم الرفع على ما قدمنا من تحقيقه في باب التيمم. وإذا ثبتت الجهتان فعلل محمد رحمه الله هنا بجهة الضرورة لنفي جواز اقتداء المتوضىء احتياطاً. وعلل في باب الرجعة فيما إذا انقطع دم الحيضة الثالثة في المعتدة وأيامها دون العشرة بجهة الإطلاق لانقطاع حق الرجعة احتياطاً، وهما اختارا جانب الإطلاق في الصلاة لأن اعتبارها طهارة كالماء ليس إلا من أجلها. ودل على صحة هذا الاعتبار حديث عمرو ابن العاص «أنه بعثه النبي ﷺ أميراً على سرية فأجنب وصلى بأصحابه بالتيمم لخوف البرد. وعلم النبي ﷺ فلم يأمرهم بالإعادة»[1] وجانب الضرورة في الرجعة، فلم تكن طهارة في حق الرجعة لأن الضرورة في الصلاة لا غير فبقيت على العدم ما لم يتصل بها المقصود: أعني أن يصلي بها لأنها حينئذ يمتنع اعتبارها عدماً بعد ما قويت باتصال المقصود بها، وسنزيد كشف القناع في باب الرجعة إن شاء الله تعالى، وفي الخلاصة اقتداء المتوضىء بالمتيمم في صلاة الجنازة جائز بلا خلاف قوله: (**ويصلي القائم خلف القاعد**) خلافاً لمحمد وعكسه والقاعد خلف مثله جائزاً اتفاقاً، والمستوي بالأحدب قيل يجوز مطلقاً. وذكر التمرتاشي إن بلغت حدبته الركوع فعلى الخلاف. قال في شرح الكنز: هو الأقيس لأن القيام استواء النصفين وقد وجدوا استواء الأسفل فيجوز عندهما كما يجوز اقتداء القائم

بقدر الحاجة فكان المتيمم كالمتوضىء. واعلم أن التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا لأنه في الحقيقة تلويث، ولا يصار إليه إلا عند العجز عن استعمال الماء، ومطلقة باتفاقهم لأنه ليس مؤقتاً بوقت، ويثبت به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف، وإنما الشأن في التعليل بكل منهما فيما يصلح أن يكون علة فيه، واختار أبو حنيفة وأبو سيف جهة الإطلاق في حق الصلاة لأن الشارع أعطاه حكم الطهارة المطلقة، وافتتح بنفي الحرج بقوله تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم﴾ من غير فصل وتوقيت. وفي نفي جواز الاقتداء مخالفة لإطلاقه وقود إلى نوع من الحرج واختار جهة الضرورة في حق انقطاع الرجعة إذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا: لم تنقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير أن تصلي لأن الشرع لم يذكر كونه طهارة في باب الرجعة فكان المقصود من طهارته أداء الصلاة، فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة إلى غيره. وأما محمد فقد عمل في كل واحد من البابين بالاحتياط، والاحتياط في باب الصلاة القول بعدم جواز اقتداء المتوضىء بالمتيمم لأنه لما لم يجز له ذلك لا بد له أن يقتدي بالمتوضىء، أو يصلي منفرداً حتى تكون صلاته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلاة على الوجه الأكمل، وفي باب الرجعة القول بالانقطاع. لأنه لما انقطعت الرجعة لم يكن له أن يراجعها ولا يحل له وطؤها، وانقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط إجماعاً: ألا ترى أنها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطاً، وإذا تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما يتراءى أن كل واحد من العلماء ترك أصله وناقض كلامه. قال (**ويؤم الماسح الغاسلين**) لأنه غسل قدمه فلبس الخف، والخف مانع سراية الحدث إلى القدم فهو باق على كونه غاسلاً، فإن قيل: لا نسلم أنه باق على كونه غاسلاً لأن الخف قام مقام بشرة القدم والحدث قد حله. أجاب بقوله (**وما حل بالخف يزيله المسح**) فكان المسح على الخف كغسل

---

(١) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٣٣٤ وأحمد ٤/٢٠٣، ٢٠٤ والحاكم ١/١٧٧ والبيهقي ١/٢٢٥ كلهم من حديث عمرو بن العاص. رواه الحاكم من طريقين صحح أحدهما على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وهو كما قالا.

بالنص، وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى آخر صلاته قاعداً والقوم خلفه قيام **(ويصلي المومىء خلف**

بالقاعد لاستواء الأعلى، وأما عند محمد ففي الظهيرية لا تصح إمامة الاحدب للقائم ذكره محمد. وفي مجموع النوازل: يصح، والأول أصح قوله: **(وهو ما روي الخ)** في الصحيحين عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود قال «دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت: ألا تحدثيني عن مرض رسول الله ﷺ؟ قالت بلى، لما ثقل رسول الله ﷺ فقال: أصلى الناس؟ قلنا لا هم ينتظرونك للصلاة، قال: ضعوا لي ماء في المخضب، ففعلنا فاغتسل، ثم ذهب لينوء فأغمي عليه، ثم أفاق فقال: أصلى الناس؟ فقلنا لا هم ينتظرونك يا رسول الله، قالت والناس عكوف في المسجد ينتظرون رسول الله ﷺ لصلاة العشاء الآخرة، قالت: فأرسل رسول الله ﷺ إلى أبي بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس، فأتاه الرسول فقال: إن رسول الله ﷺ يأمرك أن تصلي بالناس، فقال أبو بكر وكان أبو بكر رضي الله عنه رجلاً رقيقاً فقال: يا عمر صلّ أنت، فقال عمر رضي الله عنه أنت أحق بذلك، فصلى بهم أبو بكر، ثم إن رسول الله ﷺ وجد من نفسه خفة فخرج يهادي بين رجلين أحدهما العباس لصلاة الظهر وأبو بكر يصلي بالناس، فلما رآه أبو بكر ذهب ليتأخر فأومأ إليه أن لا تتأخر وقال لهما أجلساني إلى جنبه، فأجلساه إلى جنب أبي بكر، فكان أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي ﷺ والناس يصلون بصلاة أبي بكر والنبي ﷺ قاعد» قال عبيد الله: فعرضت على ابن عباس حديث عائشة رضي الله عنها فما أنكر منه شيئاً غير أنه قال: أسمت لك الرجل الذي كان مع العباس؟ قلت لا، قال: هو عليّ رضي الله عنه[(١)] انتهى. وما روى الترمذي عن عائشة قالت «صلى النبي ﷺ في مرضه الذي توفي فيه خلف أبي بكر قاعداً»[(٢)] وقال حسن صحيح. وأخرج النسائي عن أنس «آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ مع القوم في ثوب واحد متوشحاً خلف أبي بكر رضي الله عنه[(٣)]. فأوّلا لا يعارض ما في الصحيح، وثانياً: قال البيهقي[(٤)]: لا تعارض فالصلاة التي كان فيها إماماً صلاة الظهر يوم السبت أو الأحد، والتي كان فيها مأموماً الصبح من يوم الاثنين، وهي آخر صلاة صلاها حتى خرج من الدنيا. ولا يخالف هذا ما ثبت[(٥)] عن الزهري عن أنس في صلاتهم يوم الاثنين وكشف الستر ثم إرخائه[(٦)] فإنه كان في الركعة الأولى، ثم إنه ﷺ وجد من نفسه

الرجل. وقوله **(ويصلي القائم خلف القاعد)** ظاهر وقوله **(إنه عليه الصلاة والسلام صلى آخر صلاته قاعداً والقوم خلفه قيام)** وهو ما روي «أنه ﷺ لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال: مروا أبا بكر يصلي بالناس، فقالت عائشة لحفصة: قولي له إن أبا بكر رجل أسيف إذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو أمرت غيره، فقالت ذلك مرتين، فقال عليه الصلاة والسلام: أنتن صواحبات يوسف، مروا أبا بكر يصلي بالناس، فلما افتتح أبو بكر الصلاة وجد رسول الله ﷺ في نفسه خفة فخرج

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٧ ومسلم ٤١٨ كلاهما من حديث عائشة بهذا اللفظ.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٣٦٢ والنسائي ٢/٧٩ والبيهقي ٣/٨٢ كلهم من حديث عائشة. بهذا اللفظ. إلا النسائي حيث لم يذكر لفظ: قاعداً.
ومداره على نعيم بن أبي هند.
قال الترمذي: حسن صحيح غريب.
قلت: وإسناده صحيح على شرط مسلم. لكن أعله البيهقي بأنهم اختلفوا فيه.

(٣) حسن. أخرجه النسائي ٢/٧٩ وكذا الترمذي ٣٦٣ كلاهما من حديث أنس زاد الترمذي لفظ: قاعداً. وأخرجه البيهقي ٣/٨٣ معلقاً باختصار.
وقال الترمذي: حسن صحيح.
وإسناده جيد لكن ظاهره يعارض ما في الصحيحين من كون أبي بكر هو المقتدي برسول الله ﷺ وأجيب عن ذلك كما في قول البيهقي الآتي من تعدد الصلاة وفيه نظر حيث لم يروه الشيخان.

(٤) قال البيهقي في المعرفة ونقله الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٤، ٤٥ وذكر البيهقي بعض كلامه في سننه ٣/٨٣.

(٥) صحيح. حديث الزهري عن أنس هذا أخرجه البخاري ٦٨٠ ومسلم ٤١٩ إلى قوله: وأرخى الستر. في اثناء خبر مطول وسيأتي.

(٦) قوله: فإنه كان في الركعة. . الخ فهذا ليس في الصحيحين وإنما هو رواية موسى بن عقبة في مغازيه وكتابه لم يطبع إلى الآن.

....

خفة فأدرك معه الثانية، يدل عليه ما ذكر موسى بن عقبة في المغازي عن الزهري وذكر أبو الأسود عن عروة «أنه ﷺ أقلع عنه الوعك ليلة الاثنين فغدا إلى الصبح يتوكأ على الفضل بن العباس وغلام له، وقد سجد الناس مع أبي بكر رضي الله عنه حتى قام إلى جنب أبي بكر، فاستأخر أبو بكر فأخذ ﷺ بثوبه فقدمه في مصلاه، فصفا جميعاً ورسول الله ﷺ جالس وأبو بكر يقرأ فركع معه الركعة الأخيرة ثم جلس أبو بكر حتى قضى سجوده فتشهد وسلم، وأتى رسول الله ﷺ بالركعة الأخرى ثم انصرف إلى جذع من جذوع المسجد، فذكر القصة في عهده إلى أسامة بن زيد فيما بعثه إليه ثم في وفاته ﷺ يومئذ» أخبرنا به أبو عبد الله الحافظ بسنده إلى ابن لهيعة، حدثنا الأسود عن عروة فذكره. فالصلاة التي صلاها أبو بكر مأموماً صلاة الظهر وهي التي خرج فيها بين العباس وعليّ رضي الله عنهما، والتي كان فيها إماماً الصبح وهي التي خرج فيها بين الفضل بن العباس وغلام له، فقد حصل بذلك الجمع[1]، وعلى هذا فقول المصنف آخر صلاة صلاها: يعني إماماً. والمراد بحديث كشف الستارة ما في الصحيحين من أنه كشفها يوم الاثنين وهم صفوف في الصلاة، ثم تبسم ضاحكاً ونكص أبو بكر على عقبه ظناً أنه ﷺ خارج للصلاة، فأشار إليهم أن أتموا، ثم دخل وأرخى الستر وتوفي ﷺ من يومه ذلك[2]. وفي البخاري أن ذلك كان في صلاة الفجر. قال الشافعي بعد ما أسند عن جابر وأسيد بن حضير اقتداء الجالسين بهما وهما جالسان للمرض: وإنما فعلا ذلك لأنهما لم يعلما بالناسخ، وكذا ما حكي عن غيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أموا جالسين والناس جلوس محمول عليه، وعلم الخاصة يوجد عند بعض ويعزب عن بعض[3]. واعلم أن مذهب الإمام أحمد أن القاعد إن شرع قائماً ثم جلس صح اقتداء القائمين به، وإن شرع جالساً فلا وهو أنهض من جهة الدليل لأنا صرحنا بأن ذلك خلاف القياس صير إليه بالنص. وقد علم أنه ﷺ خرج إلى محل الصلاة قائماً يهادي ثم جلس[4]، فالظاهر أنه كبر قبل الجلوس، وصرحوا في صلاة المريض أنه إذا قدر على بعضها قائماً ولو التحريمة وجب القيام به، وكان ذلك متحققاً في حقه ﷺ، إذ مبدأ حلوله في ذلك المكان كان قائماً فالتكبير قائماً مقدوره حينئذ، وإذا كان كذلك فمورد النص حينئذ اقتداء القائمين بجالس شرع قائماً. قال الأعمش في قولها والناس يصلون بصلاة أبي بكر رضي الله عنه: يعني أنه كان يسمع الناس تكبيره ﷺ[5]. وفي الدراية: وبه يعرف جواز رفع المؤذنين أصواتهم في الجمعة والعيدين وغيرهما انتهى. أقول: ليس مقصوده خصوص الرفع الكائن في زماننا، بل أصل الرفع لإبلاغ الانتقالات، أما خصوص هذا الذي تعارفوه في هذه البلاد فلا يبعد أنه مفسد فإنه غالباً يشتمل على مد همزة الله أو أكبر أو بائه وذلك مفسد وإن لم يشتمل، فلأنهم يبالغون في الصياح زيادة على حالة الإبلاغ والاشتغال بتحريرات النغم إظهاراً

يهادي بين العباس وعلي ورجلاه تخطان الأرض حتى دخل المسجد، فسمع أبو بكر حس مجيء النبي ﷺ فتأخر وتقدم النبي ﷺ وجلس يصلي وأبو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة أبي بكر: يعني أن أبا بكر كان يسمع تكبير النبي ﷺ فيكبر والناس يكبرون بتكبير أبي بكر» وهذا آخر صلاته عليه الصلاة والسلام فكان ناسخاً لما قبله. فإن قيل: هذا الحديث مضطرب فإن بعض الروايات يدل على أن الإمام كان أبا بكر وبعضها على أنه كان النبي ﷺ فكيف يصح الاستدلال به؟ أجيب بأن الإمام الخطابي في شرح الصحيح رجح هذه الرواية التي أخذ بها أبو حنيفة وأبو يوسف، وهي رواية عبيد الله بن عبد الله بن

---

(١) إلى هنا كلام البيهقي في المعرفة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٠ و٦٨١ و٧٥٤ و١٢٠٥ ومسلم ٤١٩ من عدة وجوه. كلاهما من حديث أنس بهذا اللفظ.
قوله: وفي البخاري: كان ذلك في صلاة الفجر. قلت: وقع ذلك عن البخاري برقم ٧٥٤ و١٢٠٥ من رواية أنس أيضاً.

(٣) إلى هنا كلام الشافعي ذكره البيهقي في المعرفة ونقله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٥٠

(٤) هو بعض حديث عائشة تقدم في ١/ ٣٦٩

(٥) هذا السياق عند مسلم ٤١٨ ح٩٦ دون لفظ يعني وقد تقدم.

مثله) لاستوائهما في الحال إلا أن يومىء المؤتم قاعداً والإمام مضطجعاً، لأن القعود معتبر فتثبت به القوة (ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومىء) لأن حال المقتدي أقوى، وفيه خلاف زفر رحمه الله (ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) لأن الاقتداء بناء، ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام فلا يتحقق البناء على المعدوم. قال (ولا من يصلي فرضاً خلف من يصلي فرضاً آخر) لأن الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد. وعند الشافعي رحمه الله

للصناعة النغمية لا إقامة للعبادة، والصياح ملحق بالكلام الذي بساطه ذلك الصياح، وسيأتي في باب ما يفسد الصلاة أنه إذا ارتفع بكاؤه من ذكر الجنة والنار لا تفسد ولمصيبة بلغته تفسد، لأنه في الأول تعرّض لسؤال الجنة والتعوّذ من النار، وإن كان يقال إن المراد إذا حصل به الحروف ولو صرح به لا تفسد، وفي الثاني لإظهارها، ولو صرح بها فقال وامصيبتاه أو أدركوني أفسد فهو بمنزلته. وهنا معلوم أن قصده إعجاب الناس به، ولو قال اعجبوا من حسن صوتي وتحريري فيه أفسد، وحصول الحروف لازم من التلحين، ولا أرى ذلك يصدر ممن فهم معنى الصلاة والعبادة، كما لا أرى تحرير النغم في الدعاء كما يفعله القراء في هذا الزمان يصدر ممن فهم معنى الدعاء والسؤال وما ذلك إلا نوع لعب، فإنه لو قدّر في الشاهد سائل حاجة من ملك أدّى سؤاله وطلبه تحرير النغم فيه من الرفع والخفض والتغريب والرجوع كالتغني نسب البتة إلى قصد السخرية واللعب، إذ مقام طلب الحاجة التضرّع لا التغني قوله: (ويصلي المومىء خلف مثله) وإن كان الإمام يومي قاعداً والمأموم يومي قائماً لأن هذا القياس ليس بركن، بل الأولى تركه قوله: (إلا أن يومىء) قال التمرتاشي في هذه بعد نقل الخلاف فيها: الأصح أنه يجوز على قول محمد، وكذا الأظهر على قولهما الجواز، وحكم في شرح الكنز باختيار ما في الهداية لأن القعود معتبر حتى يجب عند القدرة عليه. بخلاف الاستلقاء فإنه لم يقصد إليه بالحكم بل تجب معه لأنه الوسع الحاصل قوله: (ولا من يصلي فرضاً خلف من يصلي فرضاً آخر) وقولنا قول مالك وأحمد ولا يجوز الناذر بالناذر، إلا أن ينذر نفس ما نذره الآخر من الصلاة. ويجوز الحالف بالحالف لأن الواجب هناك البر فبقيت الصلاتان نفلاً في نفسهما، ولذا صح الحالف بالناذر بخلاف المنذور لأنه واجب. وقد اختلف السبب فصار كظهر الأمس بمن يصلي ظهر اليوم، ومصلياً ركعتي الطواف كالناذرين لأن طواف هذا غير طواف الآخر وهو السبب، فلا يجوز اقتداء أحدهما بالآخر. ولو اشتركا في نافلة فأفسدها صح أحدهما بالآخر في القضاء، وإن أفسدا منفردين نفلاً فلا ولا خلف الناذر، ولو صليا الظهر ونوى كل إمامة الآخر صحت صلاتهما لأن الإمام منفرد في حق نفسه فهي نية الانفراد حينئذ فلو نوى كل الاقتداء بالآخر فسدت، وتجوز السنة بعد الظهر بالسنة التي قبلها وسنة العشاء بالتراويح، وأما الاقتداء في الوتر بمن يرى أنه سنة فسنذكره في باب الوتر إن شاء الله تعالى قوله: (وعند الشافعي رحمه الله) إذا ثبت جواز الفرض بالنفل ثبت في الكل فلنتكلم عليه. تمسك فيه بما في الصحيحين عن جابر أن معاذاً كان يصلي مع رسول الله ﷺ عشاء الآخرة ثم يرجع إلى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة»[1] لفظ مسلم. وفي لفظ البخاري: «فيصلي بهم الصلاة

عتبة لفقهه وإتقانه وموافقة ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قال: دخلت على عبد الله بن عباس فقلت: أعرض عليك ما حدثتني به عائشة عن مرض رسول الله ﷺ؟ فقال هات، فعرضت عليه حديثها فما أنكر منه شيئاً. وقوله (ويصلي المومىء خلف مثله) ظاهر. وقوله (لأن القعود معتبر فتثبت به القوة) دليله أن صلاة التطوع مستلقياً بالإيماء مع القدرة على القعود لا تجوز. قال (ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومىء) قال زفر: نصح إمامة المومىء بمن يركع ويسجد لأن الركوع

قوله: (ولا نسلم أن الإيماء بدل عن الركوع الخ) أقول: مر في شرائط الصلاة أن الإيماء خلف عن الأركان

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٤٦٥ وتقدم في ٥/ ٣٥٢ مستوفياً عن جابر.

يصح في جميع ذلك لأن الاقتداء عندما أداه على سبيل الموافقة، وعندنا معنى التضمن مراعى (ويصلي المتنفل

المكتوبة»[١] ذكره في كتاب الأدب. وروى الشافعي رحمه الله عن جابر: كان معاذ بن جبل يصلي مع رسول الله ﷺ العشاء ثم ينطلق إلى قومه فيصليها بهم هي له تطّوع ولهم فريضة[٢]. وأجيب بأن الاحتجاج به من باب ترك الإنكار من النبي ﷺ وشرط ذلك علمه وجاز عدمه، يدل عليه ما رواه الإمام أحمد عن سليم رجل من بني سلمة أنه أتى النبي ﷺ فقال «يا رسول الله إن معاذ بن جبل يأتينا بعد ما نتام ونكون في أعمالنا بالنهار فينادي بالصلاة فنخرج إليه فيطوّل علينا فقال له ﷺ: يا معاذ لا تكن فتانا، إما أن تصلي معي، وإما أن تخفف عن قومك»[٣] فشرع له أحد الأمرين الصلاة معه ولا يصلي بقومه، أو الصلاة بقومه على وجه التخفيف ولا يصلي معه، هذا حقيقة اللفظ أفاد منعه من الإمامة إذا صلى معه ﷺ ولا تمنع إمامته بالاتفاق، فعلم أنه منعه من الفرض. وقيل[٤] إن تلك الزيادة: أعني هي له تطوّع إلى آخره من كلام الشافعي رحمه الله بناء على اجتهاده، ولهذا لا تعرف إلا من جهته[٥]، وبعد هذا يرد حديث جابر «أقبلنا إلى أن قال: حتى إذا كنا بذات الرقاع إلى أن قال: ثم نودي بالصلاة فصلى بطائفة ركعتين ثم تأخروا وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين، فكانت لرسول الله ﷺ أربع ركعات وللقوم ركعتين»[٦]. وروى الشافعي رحمه الله عن جابر «أنه ﷺ صلى ببطن نخلة، فصلى بطائفة ركعتين ثم سلم. ثم جاءت طائفة أخرى فصلى بهم ركعتين ثم سلم»[٧] وشيخ الشافعي فيه مجهول، فإنه قال: أخبرنا الثقة ابن علية أو غيره عن يونس عن الحسن

والسجود سقط إلى بدل، والمتأدي بالبدل كالمتأدي بالأصل، ولهذا قلنا إن المتيمم يؤم المتوضئين. ولنا أن حال المقتدي أقوى بناء على ذكرنا من الأصل فيمتنع الاقتداء، ولا نسلم أن الإيماء بدل عن الركوع والسجود لأن بعضه أو بعض الشيء لا يكون بدلاً عنه، فلما كان بعض الأصل لو جاز الاقتداء لكان مقتدياً في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز. قوله (ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) هذه ثلاثة أقسام: اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه، واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين: فأما الأول فلا يجوز لأن الاقتداء بناء أمر وجودي لأنه عبارة عن متابعة شخص لآخر في أفعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه، وبناء الأمر الوجودي على المعدوم بصفاته غير متحقق، ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام فيما نحن فيه.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦١٠٦ من حديث جابر وفيه: فيصلي بهم الصلاة. وليس فيه لفظ: المكتوبة وقد تقدم في ٥/ ٣٥٢.

(٢) جيد. أخرجه الشافعي في الأم ١/ ١٥٣ والبيهقي ٣/ ٨٦ والطحاوي ١/ ٢٣ والشافعي في مسنده ١ ح ٣٠٥ و٣٠٦ والدارقطني ١/ ٢٧٤، ٢٧٥ من طرق عن جابر بن عبد الله به. ومداره على ابن جريج عن عمرو بن دينار عن جابر. وهذا إسناد على شرط الشيخين.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٥٣ عن الشافعي قوله: لا أعلم يروى من طريق أثبت من هذا ولا أوثق رجالاً وقال البيهقي: وكذا رواه عبد الرزاق وغيره عن ابن جريج به والزيادة من الثقة مقبولة!.

(٣) ضعيف أخرجه أحمد ٥/ ٧٤ عن طريق معاذ بن رفاعة عن رجل من بني سلمة يقال له سليم. سكت عليه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٥٣ وقد أعله الهيثمي في المجمع ٢/ ٧٢ وكذا ابن حجر في الفتح ٢/ ١٩٤ بأنه مرسل ومعاذ بن رفاعة تابعي لم يدرك سليماً لأنه استشهد بأحد.
وقال الهيثمي وابن حجر: ورواه الطبراني في الكبير عن معاذ أن رجلاً من بني سلمة.
قال ابن حجر: وهذا مرسل.
قلت: وهذه اللفظة ليست في الصحيح مع كثرة الروايات فهي واهية.

(٤) القائل هو المجد بن تيمية في كتابه المنتقى كما في الزيلعي ٢/ ٥٣ وقول المجد لفظ: هي له تطوع ولهم فريضة. هي من كلام الشافعي لأن الخبر يدور عليه.
فالجواب أن فيه نظراً لأن رواية البيهقي والدارقطني والطحاوي ليست من طريق الشافعي أصلاً.

(٥) بل تقدم أنها جاءت من جهة غير الشافعي.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٨٤٣ من حديث جابر بأتم منه وذكره البخاري في كتاب المغازي. غزوة ذات الرّقاع معلقاً.

(٧) حسن. أخرجه الشافعي في مسنده ١ ح٥٠٦ والأم ١/ ١٥٣ والبيهقي ٣/ ٨٦ كلهم من حديث جابر.
وأعله الزيلعي في نصب الراية، ٢/ ٥٦، ٥٧ بأن شيخ الشافعي مجهول.
قلت: لكن رواية البيهقي ليس فيها مجهول ثم أشار البيهقي لرواية الشافعي.وقال: ثبت معناه في حديث أبي سلمة عن جابر. فهذا الحديث فيه ضعف لكن بمجموع طرقه يصير حسناً.

خلف المفترض) لأن الحاجة في حقه إلى أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام فيتحقق البناء **(ومن اقتدى بإمام**

عن جابر، والأول إنما يتم له به حجة إلزامية لأن كون فرض المسافر ركعتين والأخريان نافلة إنما هو عندنا، إذا عند الشافعي يقع الكل فرضاً فلا يتم له به حجة على مذهب. وأجاب الطحاوي عنه وعن حديث معاذ بأنه منسوخ، أو يحتمل أنه كان حين كانت الفريضة تصلى مرتين ثم نسخ. وروى حديث ابن عمر: نهى أن تصلى فريضة في يوم مرتين[١]، قال: والنهي لا يكون إلا بعد الإباحة. ونوزع في ذلك بأنه نسخ بالاحتمال. والجواب أن مراده الحمل على النسخ ترجيحاً بضرب من الاجتهاد، وهذا صحيح بل واجب إذ يجب الترجيح ما أمكن، ومرجعه الحمل على النسخ في كل متعارضين ثبتت صحتهما، وإن عبرنا في وجه الترجيح بلفظ آخر نحو أن نقول هذا محرم فيقدم على ذلك المبيح فإنه يستلزم حمل ذلك المبيح على النسخ وإن لم يصرح به، وهذا لأن الفرض أن المبيح قد ثبت أنه ﷺ قاله، وكونه قال أيضاً: المحرم لا يستلزم كون العمل به إذ يجوز أن يكون المبيح[٢] والمتأخر في نفس الأمر منه ﷺ فيكون المقصود منه الآن تقرير الإباحة، فتقديم المحرم[٣] عند الجهل بالمقدم معناه أنه أشد الحكمين فتحمله على التأخر وذلك على التقدم احتياطاً: أي عملاً بأشق الأمرين عند عدم العلم بخصوص المتقرر، وإلا فليس معنى الاحتياط أن العمل به يتيقن معه بالعمل بالمتأخر المتقرر في نفس الأمر، إذا عرفت هذا فمعنى حمله على النسخ أنه ثبت صلاة الخوف على ما ذكر، وثبت بعد سنين من الهجرة أنه صلى بالطائفتين صلاة واحدة[٤] مع المنافي بكل طائفة[٥]. فلو جاز اقتداء المفترض بالمتنفل لأتم بكل طائفة لأن تحمل المنافي لا يجوز عند عدم الضرورة، فهذا يدل على عدم جواز الفرض بالنفل، وكذا قوله ﷺ «الإمام ضامن»[٦] وسنذكره بسند صحيح، والأول عكسه، فيقدم هذا ويحمل ذلك على ما عهد ثم نسخ من تكرر الفرض تقديماً للمانع على المجوز. هذا ثم قيل إنما لا يجوز اقتداء

وأما الثالث فكذلك لأن الاقتداء شركة: يعني في التحريمة وموافقة يعني في الأفعال ولا شركة ولا موافقة إلا عند اتحاد ما تحرما له وفعلاه. ويجوز أن يكون معناه شركة في التحريمة على قول أبي حنيفة وموافقة فيها على قولهما، وفيه نظر لأن الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الأول والثاني تناف، والجواب أن الاشتراك إنما

قوله: **(والجواب أن الاشتراك إنما هو بالنسبة إلى التحريمة الخ)** أقول: بل المقتدي بأن تحريمته على تحريمة الإمام كما صرحوا في مسألة المحاذاة، فالأولى أن يمنع اقتضاء الشركة المعينة مطلقاً، فإن أحد الشريكين قد يملك المشترك فيه بعد الآخر

---

(١) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٥٧٩ والدارقطني ١/ ٤١٥ والطحاوي ١/ ١٨٧ وابن حزم في المحلى ٤/ ٢٥٩ وأحمد ٢/ ٤١ كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن سليمان مولى ميمونة سمعت ابن عمر فذكره ونقل الزيلعي ٢/ ٥٥ عن البيهقي في المعرفة قوله: حديث ابن عمر هذا لا يقاوم حديث معاذ في صلاته خلف النبي ﷺ ثم صلاته بقومه لأن حديث ابن عمر فيه عمرو بن شعيب وهو مختلف فيه وانتقد البيهقي الطحاوي دون أن يسميه حيث ادعى في حديث معاذ النسخ فقال البيهقي: ومن ادعى في حديث معاذ النسخ فقد ادعى ما لا يعرفه إذ لم يدل على النسخ سبب ولا تاريخ اهـ.

قلت: وحديث عمرو بن شعيب حسن إن كان يروي عن آبائه أما روايته عن غير آبائه فحديثه جيد وهو ثقة قال ابن حبان لذا صحح هذا الحديث النووي في الخلاصة وقال: معناه أي: لا تجب الصلاة في اليوم مرتين وكذا صححه ابن حزم.

(٢) مراده حديث صلاة معاذ خلف النبي ﷺ وفي قومه. فهذا إباحة منه ﷺ.

(٣) أي حديث: لا تصلوا في يوم مرتين وقد تقدم. قال المصنف فالأحوط حمل التحريم أي النهي عن تكرار الصلاة على أنه هو المتأخر.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٩٤٢ و٩٤٣ ومسلم ٨٣٩ كلاهما من حديث ابن عمر صلى رسول الله ﷺ صلاة الخوف في بعض أيامه فقامت طائفة معه وطائفة بإزاء العدو فصلى بالذي معه ركعة ثم ذهبوا وجاء الأخرون فصلى بهم ركعة ثم قضت الطائفتان ركعة ركعة. وورد من حديث جابر وكذا من حديث ابن عباس ويأتي في صلاة الخوف إن شاء الله تعالى.

(٥) قوله مع المنافي بكل طائفة الخ. معناه: كما قال الزيلعي: هو ما يقع من الأعمال المنافية للصلاة من جلوسهم يحرسون العدو ورجوعهم وحركاتهم ونحو ذلك فلو جاز اقتداء مفترض بمتنفل لصلى بهم الصلاة مرتين بكل طائفة صلاة كاملة اهـ نصب الراية ٢/ ٥٤

(٦) يأتي بعد قليل.

ثم علم أن إمامه محدث أعاد) لقوله عليه الصلاة والسلام «من أم قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعاد صلاته

المفترض بالمتنفل في جميع الصلاة لا في البعض، فإن محمداً ذكر إذا رفع الإمام رأسه من الركوع فاقتدى به إنسان فسبق الإمام الحديث قبل السجود فاستخلفه صح ويأتي بالسجدتين ويكونان نفلاً للخليفة حتى يعيدهما بعد ذلك، وفرضاً في حق من أدرك أول الصلاة، وكذا المتنفل إذا اقتدى بالمفترض في الشفع الثاني يجوز، وهو اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة والعامة على المنع مطلقاً، ومنعوا نفلية السجدتين بل هما فرض على الخليفة، ولذا لو تركهما فسدت لأنه قام مقام الأول فلزمه ما لزمه. وقالوا: صلاة المتنفل المقتدي أخذت حكم الفرض بسبب الاقتداء، ولهذا لزمه قضاء ما لم يدركه مع الإمام من الشفع الأوّل، وكذا لو أفسد عن نفسه يلزمه قضاء الأربع قوله: (قال ﷺ «من أمّ قوماً»[1] الخ) غريب والله أعلم. وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا إبراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار أن عليّ بن أبي طالب قال في الرجل يصلي بالقوم جنباً: قال يعيد ويعيدون[2]. ورواه عبد الرزاق: حدثنا إبراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار عن جعفر أن علياً رضي الله عنه

هو بالنسبة إلى التحريمة والبناء بالنسبة إلى الأفعال فلا منافاة بينهما، والشافعي رحمه الله جوز الاقتداء في الصورتين جميعاً. قال المصنف (لأن الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة) يعني أن كل واحد يصلي بذاته إلا أنه يوافق الإمام في الأركان والانتقال من حيث الوقت، وفيه نظر لأنه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء، واستدل بها أيضاً الشافعي على جوازه وذلك ظاهر الفساد. والجواب أن المراد بالموافقة في دليلنا موافقة تبعية، وفي دليله موافقة في تطبيق أفعاله الصادرة منه على الزمان الذي طابقه أفعال الإمام ليس إلا وهذا غير ذلك لا محالة. وقوله (وعندنا معنى التضمن مراعى) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الإمام ضامن» على ما تقدم من معناه وكون الشيء لا يتضمن ما فوقه. فإن قيل: قد صح أن معاذاً كان يصلي العشاء مع النبي ﷺ ثم يرجع فيصليها بقومه في بني سلمة فكان صلاة قومه فرضاً وصلاته نفلاً. أجيب بأن ذلك لا يلزم لأن معاذاً جاز أن ينوي مع النبي عليه الصلاة والسلام نفلاً ويصلي مع قومه الفرض (ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض) وهوالقسم الثاني (لأن الحاجة في حقه) أي في حق المتنفل إلى أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام (فيتحقق البناء) وهذا بناء على أن مطلق النية كاف في صحة النفل والفرض يشتمل عليه فيصح الاقتداء، بخلاف العكس. والحاصل أن الشركة لا بد منها في صحة الاقتداء، وأمارتها جواز بناء أحدهما على الآخر للمنفرد في المختلفين، والمنفرد لا يصح له أن يبني فرضاً على فرض آخر فلا يقتدي بغيره كذلك، وكذا لا يصح له أن يبني الفرض على النفل، وأما بنا النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وإن كان مكروهاً فيصح الاقتداء بغيره (ومن اقتدى بإمام ثم علم أن إمامه محدث أعاد) وإنما قيد بالعلم بعد الاقتداء لأنه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتداء به إجماعاً، وقال الشافعي: لا يجب عليه الإعادة بناء على ما تقدم من أن الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمن. ولنا ما روى «أن النبي ﷺ صلى بأصحابه، ثم تذكر جنابة فأعادها وقال: من أم قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعاد صلاته وأعادوا» وعورض بما روى أنس بن مالك رضي الله عنه «أن النبي ﷺ دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه، ثم أشار إلى القوم أن أمكثوا كما أنتم، فلما نزل قياماً حتى أتى رسول الله ﷺ قد اغتسل ورأسه يقطر ماء فصلى بهم» ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يكلفهم استدامة القيام، فدل على أن عدم طهارة الإمام لاتمنع انعقاد صلاة المقتدي إذا لم يعلم بحال الإمام. واجيب بأن الأمر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز أن يكون ذلك منعاً لهم عن التفرق؛ ألا ترى أن محمد بن سيرين ذكر هذه القصة. وذكر أن النبي ﷺ أومأ إليهم أن اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم يأمرهم بذلك،

---

(١) قوله غريب: مراده ما أورده صاحب الهداية مرفوعاً: «من أمّ قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً..» الحديث.
قلت: لا أصل له في المرفوع. وكذا قال ابن حجر في الدراية ١/ ١٧٣: لم أجده مرفوعاً.

(٢) موقوف واه بمرة. أخرجه محمد في الآثار ص٢٧ باب ما يقطع الصلاة. وذكره ابن التركماني في الجوهر النقي ٢/ ٣٩٨ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن دينار عن علي قوله.
قلت: ومداره على إبراهيم بن يزيد الخوزي المكي. وهو متروك كما في التقريب. أضف إلى ذلك الانقطاع فابن دينار لم يدرك علياً.

وأعادوا» وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بنا على ما تقدم، ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد وإذا

صلى بالناس وهو جنب أو على غير وضوء، فأعاد وأمرهم أن يعيدوا[(١)]. ومما يستدل به على المطلوب ما أخرجه الإمام أحمد بسند صحيح عنه ﷺ قال «الإمام ضامن»[(٢)] وهو ما أشار إليه المصنف بقوله ونحن نعتبر معنى التضمن فإنه المراد بالضمان للاتفاق على نفي إرادة حقيقة الضمان، وأقل ما يقتضيه التضمن التساوي فيتضمن كل فعل مما على الإمام مثله، وغايته أن يفضل كالمتنفل خلف المفترض. وإذا كان كذلك فبطلان صلاة الإمام يقتضي بطلان صلاة المقتدي إذ لا يتضمن المعدوم الموجود، وهذا معنى قوله وذلك في الجواز والفساد. وما أسند أبو داود «أنه ﷺ دخل في صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانكم، ثم جاء ورأسه يقطر ماء فصلى بهم، فلما قضى الصلاة قال: إنما أنا بشر وإني كنت جنباً»[(٣)] وسنده صحيح لا يقتضي أن ذلك كان بعد شروعهم لجواز كون التذكر كان عقيب تكبيره بلا مهلة قبل تكبيرهم، على أن الذي في مسلم قال «فأتى النبي ﷺ حتى قام في مصلاه قبل أن يكبر ذكر فانصرف»[(٤)] فإن كان هذا المراد بقوله في حديث أبي داود دخل في صلاة الفجر على إرادة دخل في مكانها فلا إشكال. وإن كانا قضيتين فالجواب ما علمت. وأخرج عبد الرزاق عن حسين بن مهران عن مطيع عن أبي المهلب عن عبيد الله بن زحر عن علي بن زيد عن القاسم عن أبي أمامة قال «صلى عمر رضي الله عنه بالناس جنباً فأعاد ولم يعد الناس، فقال له علي رضي الله عنه: قد كان ينبغي لمن صلى معك أن يعيد، قال: فرجعوا إلى قول علي.

على أنه يجوز أن يكون ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الإمام، على أن ذلك حكاية فعل لا تعارض القول. وقوله (ونحن نعتبر معنى التضمن) معناه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «الإمام ضامن» ولا يخلو إما أن يكون المراد به أنه ضامن لصلاة نفسه ولا فائدة في ذلك لأن كل واحد كذلك. أو ضامن لصلاة القوم وهو صحيح، ثم إنه إما أن يكون ضامناً لصلاتهم وجوباً

---

(١) أثر علي. في إسناده إبراهيم بن يزيد الخوزي. وقد تقدم أنه متروك فهذا الخبر واه بمرة.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٥١٧ و٥١٨ والترمذي ٢٠٧ والشافعي في الأم ١/ ١٤١ والطحاوي في مشكل الآثار ٣/ ٥٢ وأحمد.
والطيالسي ٢٤٠٤ والبيهقي ١/ ٤٣٠ كلهم من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً: الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين ومن هذا الوجه الشافعي في ترتيبه١ح١٧٥ وأعل الزيلعي هذا الاسناد بالاضطراب ثم قال: لكن رواه أحمد من طريق سهيل من أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً. وقال الزيلعي: هذا إسناد صحيح. قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. روى مسلم في صحيحه بهذا الاسناد نحواً من أربعة عشر حديثاً اهـ نصب الراية ٢/ ٥٩
وما أشار إليه الزيلعي من رواية أحمد فهو في مسنده ٢/ ٥١٤، ٤١٩ والشافعي في ترتيبه ١ح ١٧٤ وهذا إسناد جيد صححه ابن عبد الهادي كما تقدم والزيلعي وكذا ابن حجر في التلخيص ١/ ٢٠٦، ٢٠٧ وذكر حول الحديث كلاماً منهم من صححه ومنهم من أعلن بعدم سماع الأعمش له من أبي صالح. وقد نقل الترمذي عقب أخراجه لحديث أبي هريرة عن البخاري قوله: حديث أبي صالح عن عائشة أصح وذكر عن علي المديني أن الحديث لم يثبت من حديث عائشة ولا من حديث أبي هريرة. وقد ذكر أحمد شاكر كلاماً حوله وصححه. وهكذا اختلف العلماء فيه وبمجموع طرقه يكون حسناً في أقل الأحوال راجع كلام ابن حجر في التلخيص ١/ ٢٠٧ ففيه كلام ومناقشات لا يبلغ درجة الصحة خلافاً لأحمد شاكر.
تنبيه: وقد وهم الألباني أيضاً في الإرواء ٢١٧ حيث صححه وهو شاهد منه فالحديث وإن كان ظاهره الصحة في رواية أحمد الأخيرة إلا أن علي المديني طعن في هذا الحديث. وأورده الدارقطني في العلل وأعله البيهقي وأحمد.

(٣) جيد: أخرجه أبو داود ٢٣٣ و٢٣٤ من طريق الحسن عن أبي بكرة. ورجاله ثقات لكن أشار أبو داود إلى أنه روي مرسلاً من طريق مالك عن عطاء بن يسار ثم أخرج أبو داود حديث أبي هريرة وصدره: فلما قام في مصلاه وانتظرنا أن يكبر انصرف ثم قال: كما أنتم.
وهكذا أخرج مسلم ٦٠٥ وفيه: حتى إذا قام في مصلاه قبل أن يكبر ذكر فانصرف. وهكذا فقد انفرد مسلم في حديث أبي هريرة حيث ذكر قبل أن يكبر أما حديث أبي داود فقد اعتضد بمرسل عطاء بن يسار وبمرسل آخر أخرجه أبو داود ثم أخرج أبو داود عن أبي هريرة حديثاً برقم ٢٣٥ من طرق كثيرة من الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة وفيه: حتى إذا قام في مقامه ذكر أنه لم يغتسل. . .الحديث والزهري أحفظ من غيره فلم يذكر فيه التكبير سلباً ولا إيجاباً وكذا أخرجه مسلم من وجوه أخرى هكذا لم يذكر التكبير أصلاً. فهناك اختلاف واضطراب في ذكر التكبير وكله صحيح من جهة الإسناد

(٤) تقدم في الذي قبله.

صلى أمي بقوم يقرأون وبقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا: صلاة الإمام ومن لا يقرأ تامة لأنه معذور أم قوماً معذورين وغير معذورين فصار كما إذا أمّ العاري عراة ولابسين. وله أن الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته. وهذا لأنه لو اقتدى بالقارىء تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة وأمثالها لأن الموجود في حق الإمام لا يكون موجوداً في حق المقتدي (ولو كان يصلي الأمي وحده والقارىء وحده جاز) هو

قال القاسم: وقال ابن مسعود: مثل قول علي(١)، وما أخرجه الدارقطني عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم عن البراء بن عازب عنه ﷺ «أيما إمام سها فصلى بالقوم وهو جنب فقد مضت صلاتهم وليغتسل هو ثم ليعد صلاته، وإن صلى بغير وضوء فمثل ذلك»(٢) ضعيف، جويبر متروك والضحاك لم يلق البراء، ويثبت المطلوب أيضاً بالقياس على ما لو بان أنه صلى بغير إحرام لا تجوز صلاتهم إجماعاً، والمصلي بلا طهارة لا إحرام له. والفرق بين ترك الركن والشرط لا أثر له، إذ لازمهما متحد وهو ظهور عدم صحة الشروع إذا ذكر.

[فرع] أمهم زماناً ثم قال إنه كان كافراً أو صليت مع العلم بالنجاسة المانعة أو بلا طهارة ليس عليهم إعادة لأن خبره غير مقبول في الديانات لفسقه باعترافه قوله: (فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة الخ) وعلى هذا الخلاف إذ أمّ الأخرس قارئين وخرسا. والأمي: نسبة إلى أمة العرب وهي الأم الخالية من العلم والكتابة فاستعير لمن لا يعرف الكتابة والقراءة قوله: (وأمثالها) مما إذا أم المعذور والمومىء مثلهما وأعلى منهما حيث تصح صلاة الإمام ومن بحاله اتفاقاً لأنه لم يترك مع القدرة إذ بالائتمام بالصحيح والراكع الساجد لم يصر محصلاً للطهارة والأركان ومقتضى هذا صحة افتتاح الكل لأن الأمي قادر على التكبير ثم تفسد أو أن القراءة لتركها مع القدرة وصلاتهم لعدمها في حقهم حقيقة وحكما لعجزه، يروي هذا عن الكرخي، وإنما لا يلزم المقتضي به متنفلاً القضاء مع أنه فساد بعد الشروع لأنه إنما صار شارعاً في صلاة لا قراءة فيها، والشروع كالنذر، ولو نذر الصلاة بلا قراءة لا يلزمه شيء إلا في رواية

وأداء أو صحة وفساداً، والأولان غير مرادين بالإجماع فتعين الآخران على معنى أنه يتحمل السهو القراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الإمام، وقوله (وإذا صلى أمي) الأمي منسوب إلى الأم: أي هو كما ولدته أمه. والمراد به حيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب: من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيئاً، ومن أحسن قراءة آية من التنزيل خرج عن كونه أمياً عند أبي حنيفة، وثلاث آيات أو آية طويلة عندهما، فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لأن فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار، وما ذكره في الكتاب ظاهر، وقوله (وهذا) إشارة إلى ترك فرض القراءة. وقوله (تكون قراءته قراءة له) يعني لما روينا من قوله ﷺ «من كان له إمام فقراءة الإمام قراءة له» وقوله (بخلاف تلك المسألة) يريد ما استشهدا به من العاري إذا أم عراة ولابسين (وأمثالها) يريد به الأخرس أم قوما قارئين وخرساً، وصاحب الجرح المومىء إذا أما لمن هو بمثل حالهما ولمن هو أعلى حالاً منهما، والمذكور في الكتاب أحد طريقي أبي حنيفة، والطريق الآخر ما ذكره الكرخي أن افتتاح الكل قد صح لأنه أوان التكبير، والأمي قادر عليه كالقارىء. فبصحة الاقتداء صار الأمي متحملاً فرض القراءة عن القارىء ثم

---

(١) خبر باطل. فيه سلسلة من الضعفاء عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة به وعبيد الله بن زحر متكلم فيه وأما علي بن يزيد فقد قال عنه أحمد روى عن القاسم أعاجيب. قلت: وهو صاحب قصة ثعلبة والزكاة والحمل عليه فيها.

(٢) باطل. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٦٤ من حديث البراء وسكت عليه مع أنه إسناد مركب.

له علل كثيرة. راويه جحدر بن الحارث قال الذهبي في المغني نقلاً عن ابن عدي يروي عن بقية كان يسرق الحديث.

والعلة الثانية عنعنة بقية وهو مدلس.

والعلة الثالثة: فيه جويبر متروك متهم.

والعلة الرابعة: الضحاك لم يلق البراء فلا أصل لهذا الحديث. وقد اكتفى ابن الهمام ببيان علتين لهذا الحديث كما ترى.

تنبيه: هذا وقد صحح عن عمر وابن عمر نحوه فقد أخرج الدارقطني في سننه ١/ ٣٦٤ والبيهقي ٢/ ٣٩٩ كلاهما بإسناد صحيح عن الشريد الثقفي أن عمر صلى بالناس وهو جنب فأعاد ولم يأمرهم أن يعيدوا ورويا عن عثمان مثل ذلك وقال عبد الرحمن بن مهدي أحد الرواة: وهذا المجمع عليه أنه يعيد ولا يعيدون. ورويا عن ابن عمر قوله: يعيد ولا يعيدون. ونقل البيهقي عن ابن المبارك قوله: لا يعيد القوم الصلاة هذا لمن أراد الانصاف اهـ.

الصحيح لأنه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة **(فإن قرأ الإمام في الأوليين ثم قدّم في الأخريين أميا فسدت صلاتهم)** وقال زفر رحمه الله: لا تفسد لتأدي فرض القراءة. ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلى عن القراءة إما تحقيقاً أو تقديراً

عن أبي يوسف كذلك، هذا وصحح في الذخيرة عدم صحة الشروع. وجهه أنه لا فائدة في الحكم بصحته لأن الفائدة إما في لزوم الإتمام أو وجوب القضاء وكلاهما منتف، ثم عن القاضي أبي حازم: إنما تفسد صلاة الأمي والأخرس إذا علم أن خلفهما قارىء، وفي ظاهر الرواية: لا فرق لأن الفرائض لا يختلف الحال فيها بين الجهل والعلم، وشرط الكرخي للفساد في إمامة القارىء نية الإمام لأنه يأتيه الفساد من قبله فيتوقف على التزامه، وقيل لا يشترط وهو الأولى لأن الوجه المذكور وهو ترك الفرض مع القدرة عليه بعض ظهور الرغبة في صلاة الجماعة يوجب الفساد وإن لم ينو قوله: **(هو الصحيح)** في شرح الطحاوي لا رواية عن أبي حنيفة فيه، واختلف فيه، فقيل تفسد في قياس قوله لأن الوجه السابق يقتضيه. ونقل عن أبي حازم وصحح الشيخ عدمه. وفي النهاية: لو افتتح الأمي ثم حضر القارىء قيل تفسد، وقال الكرخي لا لأنه إنما يقدر على جعلها بقراءة قبل الإفتتاح، ولو حضر الأمي بعد افتتاح القارىء فلم يقتد به وصلى منفرداً الأصح أن صلاته فاسد. ونقل في المحيط: رأيت في بعض النسخ لو كان القارىء على باب المسجد أو بجواره والأمي يصلي فيه وحده فهي جائزة بلا خلاف، وكذا إذا كان القارىء في صلاة غير صلاة الأمي جاز للأمي الصلاة دون انتظار له بالاتفاق انتهى. وفي الكافي: إذا كان بجواره من يقرأ ليس عليه طلبه وانتظاره لأنه لا ولاية عليه ليلزمه، وإنما ثبتت القدرة إذا صادفه حاضراً مطاوعاً انتهى. وأصحية الفساد في الثانية لا شك أنه مع ظهور عدم الرغبة في الجماعة، وعلى هذا فالخلافية التي يحمل تصحيح المصنف فيها عدم الفساد إما أن تكون إذا شرعا معاً منفردين والأمي يعلم أن القارىء يريد الشروع في المكتوبة، وهو محمل ما في الكافي من ثبوت القدرة إذا كان حاضراً مطاوعاً مع نفيه وجوب الطلب منه، وإلا فالمطاوعة وعدمها إنما تعرف بعد الطلب، وإما أن تكون صورة خلافية الكرخي، ولا يخفى أن الأوجه فيها تعليل الكرخي لا المصنف. فإن قيل: القدرة بقدرة الغير لا تعتبر عند أبي حنيفة ولهذا لم تجب الجمعة والحج على الأعمى وإن وجد قائداً. قلنا: إنما لا تعتبر قدرة الغير إذا تعلق باختيار ذلك الغير، وهنا الأمي قادر على الاقتداء بالقارىء بلا

جاء أوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاته، وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم، بخلاف سائر الأعذار فإنها قائمة عند الافتتاح، ولا يصَح اقتداء من لا عذر به بصاحب العذر. وقوله **(ولو كان يصلي الأمي)** فيه شائبة الجواب عما يقال لو كان النظر إلى القدرة على جعل الصلاة بقراءة بالاقتداء بالقارىء معتبراً لما جاز صلاة الأمي وحده والقارىء وحده لاقتداره أن يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارىء. ووجهه أنه لم يعتبر ذلك لأنه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة، والشرع إنما جعل قراءة الإمام قراءة المقتدي إذا اقتدى، بخلاف ما نحن فيه فإن كلامنا في الاقتداء. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عما ذكر أبو حاتم أن قياس قول أبي حنيفة أن لا تجوز صلاته وهو قول مالك، وقوله **(وقدم في الأخريين أمياً)** أي أحدث **(فاستخلف أمياً فسدت صلاتهم)** وقال زفر وهو رواية عن أبي يوسف في غير الأصول لا تفسد صلاته لأن فرض القراءة قد تأدى فكان استخلاف القارىء والأمي سواء. ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة بالدلائل الدالة على وجوبها، إما تحقيقاً كما في الركعتين الأوليين، وإما تقديراً كما في الأخريين، فإن القراءة في الأوليين قراءة في الأخريين بالحديث وليس شيء منهما بموجود في حق الأمي. أما تحقيقاً فظاهر، وأما تقديراً فلعدم الأهلية، والشيء إنما يقدر إذا أمكن تحقيقه. وقوله **(وكذا على هذا لو قدمه)** أي الأمي **(في التشهد)** يعني قبل أن يقعد مقدار التشهد **(لم تفسد صلاته عند زفر وفسدت عندنا)** وأما إذا قدمه

(وقوله وهذا إشارة إلى ترك فرض القراءة) أقول: والظاهر أنه إشارة إلى القدرة عليها قوله: **(لما جاز صلاة الأمي وحده والقارىء وحده لاقتداره أن يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارىء)** أقول: مخالف لما أسلفه في مسألة المحاذاة قبل ورقتين حيث قال: لأن القارىء لو صلى وحده والأمي وحده وأمكن للأمي الاقتداء به فسدت أيضاً صلاته.

ولا تقدير في حق الأمي لانعدام الأهلية، وكذا على هذا لو قدمه في التشهد.

اختياره فينزل قادراً على القراءة، ومن الفروع المنقولة لو تحرم ناوياً أن لا يؤم أحداً فائتم به رجل صح اقتداؤه قوله: (وقال زفر: لا تفسد) وهو رواية عن أبي يوسف قوله: (وكذا على هذا) أي على هذا الخلاف لو قدمه في التشهد: أي قبل أن يقعد قدره بناء على عدم صلاحية الأمي لإمامة القارىء فصار كاستخلاف صبي وامرأه، أما لو قدمه بعد قدره صح عندهما خلافاً لأبي حنيفة، وهي إحدى المسائل الاثني عشر. وقيل لا تفسد عند الكل وجعله التمرتاشي أولى. أما عندهما فظاهر، وأماعنده فلوجود الصنع منه، هذا والأمي يجب عليه كل الاجتهاد في تعلم ما تصح به الصلاة ثم في القدر الواجب وإلا فهو آثم وقدمنا نحوه في إخراج الحرف الذي لا يقدر على إخراجه. وسئل ظهير الدين عن القيام هل يتقدر بالقراءة؟ فقال لا وكذلك ذكر في اللاحق في الشافي.

بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند أبي حنيفة خلافاً لهما وهي من الإثني عشرية، وقيل لا تفسد عند الكل، أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه أو تكلم، لأن هذا من فعله وهو مناف فانقطعت صلاته، وإنما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس، قيل وهذا هو الصحيح والله أعلم.

باب الحدث في الصلاة

(ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف فإن كان إماماً استخلف وتوضأ وبنى) والقياس أن يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لأن الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فأشبه الحدث العمد. ولنا قوله عليه الصلاة

باب الحدث في الصلاة

سبق الحدث ووجود ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من العوارض وهي تتلو الأصل فأخرها، وقدم هذا لثبوت الوجود معه دون كراهة بخلاف ما يفسد ويكره قوله: **(انصرف)** أي من غير توقف يفيده إيقاعه جزاء الشرط خبراً فيلزم عنده وإلا لزم الكذب، فإن مكث مكانه قدر ركن فسدت إلا إذا أحدث بالنوم فمكث ساعة ثم انتبه فإنه يبني. وفي المنتقى: إن لم ينو بمقامه الصلاة لا تفسد لأنه لم يوجد جزء من الصلاة مع الحدث قلنا هو في حرمة الصلاة، فما وجد منه صالحاً لكونه جزءاً منها انصرف إلى ذلك غير مقيد بالقصد إذا كان غير محتاج إليه فلذا كان الصحيح أنه لو قرأ ذاهباً أو آيباً تفسد لأدائه ركناً مع الحدث أو المشي وإن قيل تفسد في الذهاب لا الإياب، وقيل بل في عكسه بخلاف الذكر لا يمنع البناء في الأصح لأنه ليس من الأجزاء، ولو أحدث راكعاً فرفع مسمعاً لا يبني لأن الرفع محتاج إليه للانصراف فمجرده لا يمنع، فلما اقترن به التسميع ظهر قصد الأداء. وعن أبي يوسف، لو أحدث في سجوده فرفع مكبراً ناوياً اتمامه أو لم ينو شيئاً فسدت لا إن أراد الانصراف، وشرط البناء كونه حدثاً سماوياً من البدن غير موجب للغسل لا اختيار له فيه ولا في سببه ولم يوجد بعده مناف له منه بد، فلا يبني بشجه وعضة ولو منه لنفسه ولا لإصابة نجاسة مانعة من غير سبق حدثه خلافاً لأبي يوسف، فإن كانت منه بنى اتفاقاً. والفرق لهما أن ذاك غسل ثوبه وبدنه ابتداء وهذا تبعاً للوضوء، ولو أصابته من حدثه وغيره لا يبني ولو اتحد محلهما، ولا لقهقهة وكلام واحتلام ولا لسيلان دمل غمزها، فإن زال الساقط من غير مسقط فقيل يبني لعدم صنع العباد، وقيل على الخلاف. واختلف فيما لو سبقه لعطاسه أو تنحنحه لو سقط الكرسف منها بغير صنعها مبلولاً بنت بالاتفاق وبتحركها على الخلاف، وهذا بناء على تصور بنائها كالرجل خلافاً لابن رستم، وهو قول المشايخ إذا أمكنها الوضوء من غير كشف كأن تمسح على رأسها بلا كشف، وكذا غسل ذراعيها في الصحيح وإن روي جواز كشفهما. وأما الاستنجاء ففي الخلاصة: إذا استنجى الرجل والمرأة فسدت ثم نقل من التجريد يستنجي من تحت ثيابه إن أمكن وإلا استقبل. وفي النهاية عن القاضي أبي علي النسفي: إن لم يجد منه بداً لم تفسد، وإن وجد بأن تمكن من الاستنجاء وغسل النجاسة تحت القميص وأبدى عورته فسدت، وجعل الفساد مطلقاً ظاهر المذهب من شرح الكنز، ويتوضأ ثلاثاً ثلاثاً في الأصح، ويأتي بسائر سنن الوضوء، ولو جاوز ماء يقدر على الوضوء منه إلى أبعد منه لضيق المكان أو لعدم الوصول إلى الماء أو كان بئراً يحتاج إلى الاستقاء منه وذلك مفسد أو كان في بيته فجاوزه ناسياً

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر أحكام السلامة عن العوارض في الصلاة انفراداً وجماعة لأنها هي الأصل ذكر في هذا الباب ما يعرض له من العوارض ويمنعه من المضي والأصل أولى بالتقديم **(ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف على الفور)** لأنه لو مكث ساعة صار جزء من الصلاة مؤدى مع الحدث، وأداؤها معه لا يجوز ففسد ما أدى ففسد الباقي ضرورة أي الصلاة الواحدة لا تتجزأ صحة وفساداً **(فإن كان إماماً استخلف)** وتفسير الاستخلاف أن يأخذ بثوبه ويجره إلى المحراب **(وتوضأ وبنى)** والقياس أن يستقبل **(وهو قول الشافعي لأن الحدث ينافي الصلاة)** لأنها تستلزم الطهارة والحدث ينافي الطهارة، ومنافي اللازم مناف للملزوم والشيء لا ينفى مع المنافي **(ولأن المشي والانحراف)** عن القبلة **(يفسدان الصلاة)** وكل ما يفسدها لا تبقى معه

قال المصنف: **(فإن كان إماماً استخلف)** أقول: يأخذ ثوبه ويجره إلى المحراب سواء كان المقتدي مدركاً أو مسبوقاً أو لاحقاً

والسلام «من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم» وقال عليه الصلاة والسلام «إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء» والبلوى فيما يسبق دون ما

لاعتياده الوضوء من الحوض لا تفسد، وأما بلا عذر فتفسد، هذا كله إذ سبقه في الصلاة، فلو خافه فانصرف ثم سبقه الحدث لا يبني في ظاهر الرواية، وهل يستخلف للانصراف خوفاً عنده؟ يجوز كما في مسألة الحصر، وفي قول أبي يوسف لا يجوز، ولا قول لمحمد قوله: (استخلف) بأن يأخذ بثوب رجل إلى المحراب أو يشير إليه، والسنة فيه أن يفعله محدودب الظهر آخذاً بأنفه يوهم أنه رعف، وله أن يستخلف ما لم يخرج من المسجد أو يجاوز الصفوف في الصحراء، فإن لم يستخلف حتى جاوز وخرج بطلت صلاة القوم، وفي بطلان صلاته روايتان، ولا فرق بين قوم الصفوف متصلة خارج المسجد ولم يجاوزها أو منفصلة خلافاً لمحمد في المتصلة، لأن لمواضع الصفوف حكم المسجد كما في الصحراء ولهما أن القياس بطلانها بمجرد الانحراف، ولكن ورد الشرع به على خلافه فيقتصر الجواز على محل الضرورة، ويشترط كون الخليفة صالحاً للإمامة، فإن لم يصلح كمحدث أو صبي أو امرأة فسدت صلاته وصلاة القوم إن استخلفه قصداً، فإن لم يكن قصداً بأن لم يكن خلفه صبي أو امرأة فخرج وتركه فستأتي آخر الباب. ولو استخلف رجلاً والقوم رجلاً ونوى كل الإمامة فالإمام خليفة الإمام لأنه ما دام في المسجد فحق الاستخلاف له. وفي الفتاوى: إن نويا معاً الإمامة جازت صلاة المقتدي بخليفة الإمام وفسدت على المقتدين بخليفة القوم؛ ولا اختلاف لأن حقيقة المعية غير مرادة، وإن تقدم أحدهما إن كان خليفة الإمام فكذلك، وإن كان خليفة القوم اقتدوا به ثم نوى الآخر فاقتدى به البعض جاز صلاة الأولين دون الآخرين، ولو استخلف من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد إن نوى الخليفة الإمامة من ساعته صار إماماً فتفسد صلاة من كان متقدمه دون صلاته وصلاة الإمام الأول ومن عن يمنيه وشماله في صفه ومن خلفه، وإن نوى أن يكون إماماً إذا قام مقام الأول وخرج الأول قبل أن يصل الخليفة إلى مكانه وقبل أن ينوي الإمامة فسدت صلاتهم. وشرط جواز صلاة الخليفة والقوم أن يصل الخليفة إلى المحراب قبل أن يخرج الإمام عن المسجد. والذي في النهاية لو استخلف الإمام رجلين أو هو رجلاً والقوم رجلاً أو القوم رجلين أو بعضهم رجلاً وبعضهم رجلاً فسدت صلاة الكل انتهى من غير تفصيل. وفيها: لو تأخر ليستخلف فلبث ينظر من يصلح فقبل أن يستخلف كبر رجل من وسط الصف للخلافة وتقدم فصلاة من كان أمامه فاسدة ومن خلفه جائزة، وكذا لو استخلف الإمام رجلاً من وسط الصف فخرج الإمام قبل أن يقوم الخليفة مكانه تفسد صلاة من قدامه. والذي في فتاوى قاضيخان إن تقدم رجل من غير تقديم أحد وقام مقام الأول قبل أن يخرج الإمام عن المسجد جاز، ولو خرج الإمام قبل أن يصل هذا الرجل إلى المحراب ويقوم مقامه فسدت صلاة الرجل والقوم ولا تفسد صلاة الإمام الأول انتهى ولا غبار عليه، ولو استخلف فاستخلف الخليفة غيره قال الفضلي: إن لم يخرج الأول ولم يأخذ الخليفة مكانه حتى استخلف جاز، ويصير كأن الثاني تقدم بنفسه أو قدمه الأول وإلا لم يجز، ولو استخلف ثم أفسد قبل أن يخرج في المسجد يضره لا غيره، ولو جاء رجل من هذه الحالة فإنه يقتدي بالخليفة، وكذا لو قعد الأول فلم يخرج من المسجد، ولو توضأ في المسجد وخليفته قائم لم يؤدّ ركناً يتأخر ويتقدم الأول، ولو خرج فتوضأ ثم رجع والخليفة لم يؤدّ ركناً فالإمام هو الثاني، هذا ويصح الاقتداء بالأول ما لم يخرج. قالوا لو أحدث وليس معه أحد فلم يخرج حتى جاء من ائتم به ثم خرج كان الثاني

كالحدث العمد فالصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله (فأشبه الحدث العمد) يخدم في الدليلين (ولنا قوله ﷺ «من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم» وقوله ﷺ «إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق شيء») ووجه الاستدلال أنه قال «وليبن على صلاته» وأدنى مرتبة الأمر الإباحة فيكون

يتعمد فلا يلحق به (**والاستئناف أفضل**) تحرزاً عن شبهة الخلاف، وقيل إن المنفرد يستقبل والإمام والمقتدي يبني

خليفة الأول حتى يقتدي به، وكذا لو توضأ من ناحية المسجد ورجع ينبغي أن يقتدي بالثاني. ولو استخلف ثم خرج فأحدث الثاني فجاء الأول بعد ما توضأ قبل أن يقوم مقام الأول لا يجوز للثاني تقديمه، ولو جاء بعد ما قام مقام الأول جاز له تقديمه قوله: (**ولنا قوله ﷺ «من قاء»**) الحديث تقدم[١] في فصل النواقص. وأخرج ابن أبي شيبة نحوه موقوفاً على عمر وأبي بكر الصديق وابن عمر وابن مسعود وسلمان الفارسي[٢]، ومن التابعين عن علقمة وطاوس وسالم بن عبد الله وسعيد بن جبير والشعبي وابراهيم النخعي وعطاء ومكحول وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم، وكفى بهم قدوة، على أن صحة رفع الحديث مرسلاً لا نزاع فيه وذلك حجة عندنا[٣] وعند الجمهور قوله: (**وقال ﷺ «إذا صلى أحدكم الخ»**) غريب[٤]، وإنما أخرج أبو داود وابن ماجه من حديث عائشة قال ﷺ «إذا صلى أحدكم فأحدث فليأخذ بأنفه ثم لينصرف»[٥] ولو صح[٦] ما رواه لم يجز استخلاف المسبوق إذ لا صارف له عن الوجوب. فإن قلت: فأما الدليل على ثبوت الاستخلاف شرعاً صلاة؟ قيل فيه إجماع الصحابة، وحكاه أحمد وابن المنذر عن عمرو[٧] وعلي. وروى الأثرم بسنده عن ابن عباس قال: خرج علينا عمر لصلاة الظهر، فلما دخل في الصلاة أخذ بيد رجل كان عن يمينه ثم رجع يخرق الصفوف، فلما صلينا إذا نحن بعمر يصلي خلف سارية، فلما قضى الصلاة قال: لما دخلت في الصلاة وكبرت رابني شيء فلمست بيدي فوجدت بلة. وللبخاري في صحيحه عن عمر بن ميمون قال: إني لقائم ما بيني وبين عمر رضي الله عنه غداة أصيب إلا ابن عباس، فما هو إلا أن كبر فسمعته يقول: قتلني أو أكلني الكلب حين طعنه، وتناول عمر عبد الرحمن بن عوف فصلى بهم[٨]. وروى سعيد بإسناده قال: صلى بنا علي ذات يوم فرعف فأخذ بيد رجل فقدمه وانصرف[٩] قوله: (**والبلوى**) جواب عن إلحاقه

البناء مباحاً وهو المطلوب، فإن قيل: الأمر في قوله فليتوضأ للوجوب فيكون في قوله وليبن كذلك ولم يقولوا به. فالجواب أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم. وقد أجمع الخلفاء الراشدون رحمهم الله وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود

قوله: (**فإن قيل الأمر في قوله فليتوضأ للوجوب الخ**) أقول: المأمور هو الوضوء عقيب سبق الحدث بلا توقف، وظاهر أن ذلك ليس بواجب قوله: (**لأنه أقدر على إتمام الصلاة من المسبوق فتقليده يكون خيانة**) أقول: إشارة إلى قوله ﷺ «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين» قوله: (**والظاهر أن مراده ترك إلحاق العمد بالسابق الخ**) أقول، ولفظ

---

(١) تقدم في ٤/ ٤٠ فصل نواقض الوضوء وهو مرسل جيد
(٢) تقدم الكلام على هذه الآثار في نواقض الوضوء أيضاً
(٣) تقدم أن الخبر المرفوع في هذا الشأن مرسل. ولكن المرسل حجة عند مالك وأبي حنيفة ورواية لأحمد وقد اعتضد بالموقوفات.
(٤) حديث إذا صلى أحدكم... الخ كما في الهداية. استغربه ابن الهمام وكذا الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٦٢ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٧٤: لم أجده هكذا.
(٥) جيد. أخرجه أبو داود ١١١٤ وابن ماجه ١٢٢٢ والدارمي ١١٢٩ والدارقطني ١/ ١٥٧، ١٥٨ والحاكم ١/ ١٨٤ كلهم من حديث عائشة بهذا اللفظ صححه لبوصيري في زوائد ابن ماجه ورواه الدارقطني من عدة طرق عن هشام عن أبيه عن عائشة مرفوعاً قال الحاكم: صحيح على شرطهما ووافقه الذهبي.
وأشار البيهقي إلى أن الثوري وشعبة وغيرهما رووه مرسلاً عن عروة.
قلت: لكن وصله عمر بن علي المقدمي وتابعه غير واحد على وصله وزيادة الثقة مقبولة.
(٦) أي ما أورده المرغيناني قبل حديث واحد ولكن لم يصح بل لا أصل له.
(٧) قوله عن عمرو. الصواب عن عمر. كذا رواه البيهقي في ٣/ ١١٤ لما طُعن عمر بن الخطاب قدم ابن عوف يصلي بالناس. وأخرج البيهقي عن علي أنه رعف في صلاته فقدم رجلاً فصلى بالناس.
(٨) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٣٧٠٠ في كتاب الفضائل باب قصة البيعة ومقتل عمر. من رواية عمرو بن ميمون.
(٩) أثر علي تقدم قبل حديث واحد.

صيانة لفضيلة الجماعة (والمنفرد إن شاء أتم في منزله، وإن شاء عاد إلى مكانه، والمقتدي يعود إلى مكانه إلا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل (ومن ظن أنه أحدث فخرج من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل

بالحدث العمد: يعني أن المعقول أن تجويز البناء له تخفيفاً عليه لعدم الجناية وذلك فيما فيه بلوى وهو ما يسبق، أما العمد فيستحق به العقاب فضلاً عن التخفيف قوله: **(تحرزاً عن شبهة الخلاف)** بناء على صرف قوله في الحديث وليبين عن الوجوب إلى الإباحة للعلم بأن شرعيته للرفق لا أن شرعيته عليه قوله: **(والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة)** علله بصيانة الفضيلة فأفاد أنه أولى وذكر مقابله في مقابله: أعني الاستقبال في المنفرد فيظهر أنه أولى وإن كان اللفظ خبراً إذ لو كان واجباً لم يجز تركه لفضيلة الجماعة قوله: **(وإن شاء عاد إلى مكانه)** وقيل إن عاد تفسد لزيادة مشي غير ضروري والصحيح عدمه ليكون مؤدياً الصلاة في مكان واحد قوله: **(والمقتدي يعود)** أي حتماً إلا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل أي مانع من صحة الاقتداء، ولا بأس بإيراده، ومرجعه إلى ثلاثة أشياء البناء والطريق والنهر؟ فالأول منه حائط قدر قامة الرجل ليس فيه نقب، فإن كان فيه ولا يمكن الوصول منه لكن لا يشتبه عليه حال الإمام اختلفوا فيه واختيار الحلواني الصحة، وعلى هذا الاقتداء من سطح المسجد أو المئذنة. ولهما باب في السجد ولا يشتبه يجوز في قولهم وإن كان من خارج المسجد ولا يشتبه فعلى الخلاف. وفي الخلاصة اختار الصحة وقال: لو قام على سطح داره وداره متصلة بالمسجد لا يصح وإن لم يشتبه أو على جدار بين داره وبين المسجد ولا يشتبه صح، وعلى دكان متصل بالمسجد يصح بشرط اتصال الصفوف. والثاني

وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وأنس بن مالك وسلمان الفارسي رضي الله عنهم على ما قلنا. وبمثله من الإجماع يترك القياس إذا لم يكن هناك نص فكيف إذا كان، وإنما ذكر الحديث الثاني لأن فيه بيان الاستخلاف وقال: من لم يسبق بشيء بياناً للأفضل لأنه أقدر على إتمام الصلاة من المسبوق فتقليده يكون خيانة. وقوله **(والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به)** قيل هو جواب عن قياس الشافعي الحدث السابق بالحدث العمد، وتقرير أن قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق لأن السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز أن يجعل معذوراً خلاف العمد فلا يجوز إلحاق السابق به، كذا في الشروح، وفيه نظر لأنه قال: والقياس أن يستقبل، وذلك اعتراف بصحة القياس، إلا أنه ترك بالنص. وفي الاشتغال بيان فساده تناقض، والظاهر أن مراده ترك الحاق العمد بالسابق، فإن لقائل أن يقول السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة سواء، فإذا بنى في السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن في العمد إلحاقاً به، فقال في السابق: بلوى دون العمد، والشيء إنما يلحق بغيره إذا كان في معناه **(والاستئناف أفضل تحرزاً عن شبهة الخلاف)** وهو ظاهر، واعلم أن البناء المذكور إنما يصح في الأحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا للغسل من غير قصد منه للحدث أو لسببه، ولا من غيره إذا لم يأت بعده بما ينافي الصلاة من توقف من موضع الصلاة وكلام أو حدث أو كشف عورة من غير ضرورة، فلا يبني إذا انصرف لغسل نجاسة في ثوبه، أو للوضوء من الإغماء ونحوه، أو للغسل من الاحتلام، أو تعمد الحدث أو عصر جراحة فسأل منها دم نجس، أو رماه إنسان بحجر أو سقط من السقف فأدماه، أو مكث ساعة في موضع الصلاة بعد سبق الحدث كما مر، أو تكلم أو بال أو تغوط أو كشف العورة عند الاستنجاء، أو الوضوء من غير ضرورة **(وقيل إن المنفرد يستقبل)** أي الأفضل له ذلك **(والإمام والمقتدي يبني)** كذلك **(والمنفرد إن شاء أتم في منزله)** الذي توضأ فيه بعد الانصراف، وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي، وإن شاء عاد إلى مكانه وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده ليكون جميع الصلاة مؤدى في مكان واحد، واعترض بأن في العود إلى مكانه مشياً في الصلاة من غير

الإلحاق يدل على ما ذكره قوله: **(فليبن في العمد إلحاقاً به)** أقول: أي إلحاقاً بالدلالة قوله: **(والشيء بما يلحق بغيره إذا كان في معناه)** أقول: أي من كل وجه قوله: **(واعلم أن البناء المذكور إنما يصح في الأحداث الخارجية من بدنه الموجبة للوضوء لا للغسل من غير قصد منه للحدث أو لسببه ولا من غيره الخ)** أقول: من غير قصد متعلق بقوله الخارجة من بدنه، وقوله ولا من غيره معطوف على منه: يعني عن غير قصد منه ومن غيره اهـ.

الصلاة، وإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي) والقياس فيهما الاستقبال، وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر. وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح، ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فألحق قصد الإصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج، وإن كان استخلف فسدت لأنه عمل

الطريق التي تمر فيه العجلة لم يصح، وهذا إذا لم تكن الصفوف متصلة عليه، فإن اتصلت أو كان أضيق من قدر العجلة صح، ولو كان خلفه واحد على الطريق لا يجوز القيام خلف هذا الواحد، وكذا الاثنان عند محمد خلافاً لأبي يوسف والثلاثة يجوز خلفهم اتفاقاً، وإذا قاموا مع الإمام على الطريق صفوفاً وصف بينه وبين الذي قدامه قدر العجلة فسدت عليه وعلى جميع من خلفه، وكذا لو فسدت صلاة صف لقيامهم على نجاسة تفسد على من خلفهم أجمع، ولو كان بين الإمام ومن خلفه ذلك فسدت على الكل أيضاً، والمانع من الاقتداء في الفلاة خلاء يسع صفين ولا يمنع في مصلي العيد وإن وسع أكثر. واختلف في مصلي الجنازة وجعله في النوازل كالمسجد، ولو كانت فرجة وسط الصفوف في الصحراء قدر حوض كبير وهو مالا ينجس إلا بالتغير وهي متصلة حولها جاز وإلا فلا، فإن كان صغيراً جاز مطلقاً. والثالث نهر يجري فيه زورق، فإن كان عليه جسر عليه ثلاثة جاز الاقتداء من ورائه، أو واحد فلا، أو اثنان فعلى الخلاف في الطريق، ولو كان أصغر من ذلك لم يمنع في المختار قوله: **(وهو رواية عن محمد)** في النهاية هي فيما إذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة، فإن كان عليها وهو يمشي متوجهاً لا تفسد بالاتفاق قوله: **(من غير عذر)** ثابت في نفس الأمر فصار كما لو ظن ماسح انقضاء المدة في الصلاة أو متيمم سراباً ماء أو ظن حمرة دماً أو أن عليه فائتة ولم تكن والله أعلم قوله: **(فالحق قصد الإصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان)** وجه صحة هذا الاعتبار جواز الرمي على الكفار المتترسين بأسارى المسلمين بشرط قصد الكفار، وإن غلب ظن إصابة المسلمين علم أن قصد رميهم ألحق بحقيقته وإلا لم يجز، لكن أظهر التفاوت بتقييده بعدم الاستخلاف واتحاد المكان كالمسجد إذ له حكم البقعة الواحد، ولذا لو كرّر سجدة في زواياه لزمه سجدة واحدة، والدار والجبانة ومصلى الجنازة كالمسجد عن أبي يوسف إلا في المرأة فلو خرجت عن مصلاها تفسد لأنه كالمسجد في حق الرجال ولذا تعتكف فيه، ولو كان في الصحراء فقد ذكر المصنف أن مقدار الصفوف خلفه له حكم المسجد، ولو

حاجة إذ الأداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلاة، وأجيب بأن المشي غير موجود حكماً لأن حرمة الصلاة تجعل الأماكن المختلفة كالمكان الواحد، ولهذا صح التنفل على الدابة، وقوله **(والمقتدي يعود إلى مكانه)** يعني حتماً، حتى لو أتم بقية صلاته في موضع وضوئه لم يجز لأن بينه وبين إمامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق أو نهر أو حائط، ولهذا إذا فرغ الإمام أو لم يكن بينهما حائل جاز أن يبني في منزله، فإن أدرك إمامه في الصلاة فهو مخير بين أن يقضي ما سبقه الإمام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي آخر صلاته، وبين أن يتابع الإمام ثم يقضي ما سبقه الإمام بعد تسليمه لأن ترتيب أفعال الصلاة ليس بشرط خلافاً لزفر، كذا في شرح الطحاوي. قال **(ومن ظن أنه أحدث)** المصلي إذا انصرف عن مكان صلاته على ظن انتفاء شرط جواز صلاته ثم علم وجوده: فإما أن يكون انصرافه على قصد إصلاح الصلاة أو على قصد رفضها، فإن كان الأول. فإما أن يكون خرج من المسجد أو لا، فإن خرج استقبل الصلاة، وإن لم يخرج أتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما إذا كان على قصد الإعراض على ما يأتي **(وهو)** أي الاستقبال فيهما **(رواية عن محمد)** قال في النهاية: وخلاف محمد فيما إذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة ليتحقق الانصراف، وأما إذا كان يمشي في المسجد ووجهه إلى القبلة بأن كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلاته بالاتفاق **(وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح؛ ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته)** وقصد الإصلاح ملحق بحقيقة الإصلاح شرعاً كما إذا تترس الكفار بأسارى المسلمين فإنه يباح الرمي إليهم بشرط أن يكون قصدهم الرمي إلى الكفار فيجعل كأنهم رموا إلى الكفار، ثم لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالانصراف لإصلاحها، فكذا إذا انصرف على قصده، واعترض بأن قصد الإصلاح لو ألحق بحقيقته لما شرط عدم الخروج عن المسجد، فإن حقيقته لم تشترط بذلك. وأجيب بأن الحكم

كثير من غير عذر، وهذا بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح الصلاة على غير وضوء فانصرف ثم علم أنه على وضوء حيث تفسد وإن لم يخرج لأن الانصراف على سبيل الرفض، ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا هو الحرف، ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد، ولو تقدم قدامه فالحد هو السترة، وإن لم تكن فمقدار الصفوف خلفه، وإن كان منفرداً فموضع سجوده من كل جانب **(وإن جنّ أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل)** لأنه يندر وجود

تقدم قدامه فالحد السترة، فإن لم تكن فمقدار الصفوف خلفه اهـ. والأوجه إذا لم تكن سترة أن يعتبر موضع سجوده لأن الإمام منفرد في حق نفسه وحكم المنفرد ذلك قوله: **(وإن كان استخلف فسدت)** وإن لم يجاوز الحد المذكور، وقيل الفساد بالاستخلاف قولهما لا قوله. وفي متفرقات أبي جعفر: إذا أتى الخليفة بالركوع فسدت وقبله لا. وعن محمد: إن قام مقام الأوّل فسدت وإن لم يأت بركن وإلا لا، ولو استخلف القوم فسدت صلاتهم لا صلاة الإمام قوله: **(بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء)** وما قدمناه أيضاً لأن الانصراف على سبيل الرفض، ألا ترى أنه لو تحقق ما تخايله لا يبنى فلا يبني. وفي النهاية: وما يجانس هذه المسألة ما ذكر في العيون: صلى العشاء فسلم على ركعتين يظنها ترويحة أو في الظهر يظنها جمعة وأنه مسافر يستقبل، فإن سلم على ظن الفراغ يبني ويسجد للسهو لأنه في الأول عامد في السلام على ركعتين وسلام العمد قاطع، وفي الأخيرة ظن الفراغ فلم يتعمد السلام على ركعتين، ولا يخفى أنه ليس هنا قصد رفض أو إصلاح أصلاً، بل ظن تمام ما توهمه وليس الظن قصداً لأنه من الكيف والقصد من الفعل قوله: **(فهذا هو الحرف)** أي الأصل لأنه إذا انصرف بظن، فإن كان متعلقه لو كان ثابتاً جاز البناء فظهر خلافه جاز البناء، وإن كان لو كان لم يجز فظهر خلافه لم يجز قوله: **(استقبل)** أي إنْ وجدت قبل أن يقعد قدر التشهد، أما بعده فلا لأنه إما أن يمكث بعد صيرورته محدثاً بهذه العوارض في مكان فيصير مؤدياً جزءاً من الصلاة مع الحدث أو يضطرب عندها وذلك فعل منه وبه تم الصلاة عند أبي حنيفة وإن لم يكن يقصد لأن الفعل المفسد لا يختلف بين كونه مقصوداً أو لا، وكذا في القهقهة لأنها أفحش من الكلام، والله الموفق قوله: **(وإن حصر)** بوزن تعب فعلاً ومصدراً العيّ وضيق الصدر قوله: **(وقالا لا يجزئه)** بل يتمها بلا قراءة كالأمي لأن جواز الاستخلاف في الحدث بالنص بخلاف القياس، وليس الحصر في معناه بل دونه لندرة نسيان جميع ما يحفظ بخلاف

يثبت بقدر دليله، وفي الحقيقة وجد القصد وقام العذر وليس في قصده قيام العذر فانحط عن درجتها **(وإن كان)** قد **(استخلف)** فتبين أنه لم يحدث **(فسدت)** صلاته، وإن لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر، بخلاف ما إذا تحقق ما توهمه فإن العمل غير مفسد لقيام العذر فكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته إلى قصد الإصلاح وقيام العذر، وإن كان الثاني فسدت حيث انصرف خرج من المسجد أو لم يخرج، لأن الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته، ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله **(فهذا)** أي هذا الذي ذكرنا أن الانصراف إذا كان على قصد الإصلاح لم تفسد صلاته ما لم يخرج أو يستخلف، وإذا كان على قصد الإعراض والرفض فسدت **(وهو الحرف)** أي الأصل في جنس هذه المسائل، فمن انصرف على ظن أنه لم يمسح أو على ظن أنه لم يصل التي قبلها أو على ظن أن مدة المسح قد انقضت ثم علم أنه لم يكن ذلك استقبل لأنه انصرف على قصد الرفض، وقوله **(ومكان الصفوف)** لبيان أنه إذا لم يكن في المسجد ماذا يكون حكمه وهو واضح **(وإن جن أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل الصلاة لأنه يندر وجود هذه العوارض)** في الصلاة **(فلم يكن في معنى ما ورد به النص)** وهو قوله ﷺ «من قاء أو رعف في صلاته» الحديث **(وكذلك إذا قهقه لأنه)** أي فعل القهقهة

قوله: (فهذا: أي هذا الذي ذكرنا أن الانصراف إذا كان على قصد الإصلاح لم تفسد صلاته ما لم يخرج أو يستخلف. وإذا كان على قصد الإعراض والرفض فسدت هو الحرف: أي الأصل الخ) أقول: قال ابن الهمام في شرحه: أي الأصل أنه إذا انصرف لظن، فإن كان متعلقه لو كان ثابتاً جاز البناء فظهر خلافه جاز البناء، وإن كان لو كان لم يجز فظهر خلافه لم يجز اهـ. ولا شك أن هذا هو الظاهر لقربه

هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص، وكذلك إذا قهقه لأنه بمنزلة الكلام وهو قاطع (**وإن حصر الإمام عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزئهم**) لأنه يندر وجوده فأشبه الجنابة في الصلاة. وله أن الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا ألزم، والعجز عن القراءة غير نادر فلا يلحق بالجنابة. ولو قرأ مقدار ما

الحدث، ولتوقف كل الصلاة على الطهارة وعدم جريان النيابة فيها بخلاف القراءة فيهما قوله: (**وله أن الاستخلاف بعلة العجز وهو هنا ألزم**) لأن المحدث لو جاء ماء في المسجد يتوضأ به ويبني ولا يحتاج إلى الاستخلاف بعلة العجز، وهذا لو تعلم من مصحف أو علمه الإنسان فسدت صلاته. لا يقال: هذا قياس حيث عين العلة وألحق. لأنا نقول: تعيين المناط لا بد منه في الإلحاق بطريق الدلالة أيضاً على ما قرّر، غير أنه يشترط كونه بحيث لا يتوقف الوقوف عليه على أهلية الاجتهاد بل على مجرد فهم اللغة، ألا ترى إلى تسمية الشافعية له قياساً جلياً، وكل من علم من الشرع تجويز استخلاف الإمام لسبق حدثه بعد علمه شروط الصلاة بادر إليه أن ذلك لصون صلاة القوم عن الفساد عند عجزه عن الإتمام بهم عجزاً لا تسبب له فيه هو في المتنازع فيه فيلحق به دلالة قوله: (**لا يجوز بالإجماع**) أي الاستخلاف، ولو فعل مع إمكان آية فسدت. وفي النهاية: إنما يجوز الاستخلاف إذا لحقه خجل أو خوف فامتنعت عليه القراءة، أما إذا نسي فصار أمياً لم يجز، وتقدم في دليلهما ما يقتضي أن عنده يجوز في النسيان وهو في النهاية أيضاً فلا يخلو من شيء إلا أن يؤوّل النسيان هنا بما يشبهه من امتناع القراءة قوله: (**فإن رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت**) للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف، بخلاف ما إذا أحدث المتيمم في الصلاة فانصرف فوجد ماء فإنه يتوضأ ويبني دون فساد لأن انتقاض التيمم برؤية الماء باعتبار ظهور الحدث السابق ورؤية الماء هنا بعد انتقاضه بالحدث فلم توجد القدرة حال قيامه فلا يتحقق انتقاضه مستنداً كذا في النهاية. وفي شرح الكنز: لو قال: فإن رأى المتيمم أو المقتدي به الخ لكان اشمل، فإن المتوضأ المقتدى به تبطل صلاته برؤية الماء لاعتقاد قدرة إمامه بإخباره وصلاة الإمام تامة ما لم يعلم. وفيه في شرح قوله أو تمت مدة مسحه هذا إذا كان واجداً

(**بمنزلة الكلام**) في أن كلاً منهما ينقل المعنى من ضميره إلى فهم السامع (**وهو**) أي الكلام (**قاطع**) لأنه ﷺ قال «ما لم يتكلم» وهذا إذا وجدت هذه العوارض قبل أن يقعد قدر التشهد، فأما إذا وجدت بعده فلا استقبال لأنه لم يبق عليه شيء من الأركان. فإن قيل: سلمناه ولكن لا بد للخروج من فعل المصلي على قول أبي حنيفة ولم يوجد. أجيب بأنه لا يخلو الموصوف بها عن اضطراب أو مكث، وكيفما كان فالصنع منه موجود، أما في الاضطراب فظاهر، وأما في المكث فلأنه يصير به مؤدياً جزءاً من الصلاة مع الحدث والأداء صنع منه، وقد تقدم ما هو من شروط البناء قبيل هذا بأكثر مما ذكره فليكن على ذكر منك. قيل وإنما قال أو نام فاحتلم لأن النوم بانفراده ليس بمفسد، كذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسن، فجمع بينهما بياناً للمراد. قال (**وإن حصر الإمام عن القراءة**) كل من امتنع عن شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه، فإن عجز الإمام عن القراءة بنسيانه جميع ما كان يحفظ (**فاستخلف غيره جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجزئهم**) قال في النهاية: بل يتمها بدون القراءة كالأمي إذا أم قوماً أميين، ونسبه بعض الشارحين إلى السهو لأنه مذهبهما أنه يستقبل، وبه صرح الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير. وقوله (**لأنه**) أي الحصر عن القراءة (**نادر الوجود كالجنابة في الصلاة**) فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي تعم به البلوى (**ولأبي حنيفة أن الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز ههنا ألزم**) لأن المحدث قد يجد في المسجد ماء فيمكنه إتمام صلاته من غير استخلاف، أما الذي نسي جميع ما يحفظ لا يقدر على الإتمام إلا بالتذكير والتعليم، كذا ذكره قاضيخان. وذكر أبو اليسر: إنما يجوز الاستخلاف إذا كان يحفظ القرآن إلا أنه لحقه خوف أو خجل فامتنعت عليه القراءة، وأما إذا نسي فصار أمياً لم يجز الاستخلاف. وقوله (**والعجز عن القراءة غير نادر**) جواب عن قولهما أنه يندر وجوده وقوله (**ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة**) ظاهر. وكذا قوله (**وإن سبقه الحدث**) وقوله (**في هذه الحالة**) يعني بعد التشهد، وقوله (**وقد مر من قبل**) يعني في باب التيمم حيث قال: وينقضه أيضاً رؤية

قوله: (**يعني بعد التشهد**) أقول: الأولى أن يقال: يعني بعد ما قعد قدر التشهد

تجوز به الصلاة لا يجوز الاستخلاف بالإجماع لعدم الحاجة إليه **(وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم)** لأن التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به **(وإن تعمد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو عمل عملاً ينافي الصلاة تمت صلاته)** لأنه يتعذر البناء لوجود القاطع، لكن لا إعادة عليه لأنه لم يبق عليه شيء من الأركان **(فإن رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت)** وقد مر من قبل **(وإن رآه بعد ما قعد قدر التشهد أو كان ماسحاً فانقضت مدة مسحه**

للماء، فإن لم يجده لا تبطل وقيل: تبطل وهي الخلافية التي قدمنا ما في باب المسح على الخفين. قال: ولو أحدث فذهب ليتوضأ فتمت المدة لا تبطل بل يتوضأ ويغسل رجليه ويبني لأنه إنما لزمه غسل رجليه لحدث حل بهما للحال فصار كحدث سبقه للحال، والصحيح أنه يستقبل لأن انقضاء المدة ليس بحدث بل يظهر عنده السابق على الشروع فكأنه شرع بلا طهارة فصار كالمتيمم إذا أحدث فذهب للوضوء فوجده فإنه لا يبني لما ذكرنا، وكذا المستحاضة إذا أحدثت في الصلاة ثم ذهب الوقت قبل أن تتوضأ انتهى. وهذا الصريح في ثبوت الخلاف في مسألة التيمم. والذي يظهر أن الأسباب المتعاقبة كالبول ثم الرعاف ثم القيء إن أوجبت أحداثاً متعددة يجزئه عنها وضوء واحد، فالأوجه ما في شرح الكنز وهو الموافق لما قدمناه من قول محمد فيمن حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ أنه يحنث. وإن قلنا لا توجب كما قدمنا النظر فيه في باب الغسل فالأوجه ما في النهاية وهوالحق في اعتقادي، لكن كلام النهاية ليس عليه بل على ما نقل عن محمد في باب الغسل فلا تتفرع مسألة التيمم على الوجه الذي ذكره على ما هو ظاهر اختياره قوله: **(بعمل يسير)** بأن كان واسعاً، فلو كان ضيقاً يحتاج إلى علاج تمت للمنافي قوله: **(أو تذكر فائتة)** أي عليه أو على إمامه وفي الوقت سعة قوله: **(أو طلعت الشمس في الفجر)** يعني طلوعها مفسد، فإذا طلعت بعد ما قدر التشهد قبل أن يسلم فسدت عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولنستطرد ذكر الخلاف حيث لم يذكر في الكتاب. فمذهب الشافعي وغيره عدم فساد الصلاة بطلوع الشمس فيها تمسكاً بقوله ﷺ «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها»[1] وتقدم تخريجه ولنا حديث عقبة بن عامر المتقدم[2]

الماء إذا قدر على استعماله. وقوله **(وإن رآه بعد ما قعد)** بيان مسائل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة، وقوله **(بعمل يسير)** يعني بأن كان الخلف واسع الساق لا يحتاج في نزعه إلى المعالجة. وإنما قيد به لأنه إذا كان ضيقاً فعالج بالنزع تمت صلاته بالاتفاق، وقوله **(فتعلم سورة)** قيل تذكر بعد النسيان لأن التعلم لا بد له من التعليم، وذلك فعل ينافي الصلاة فتتم صلاته بالاتفاق، وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع، وقوله **(أو تذكر فائتة قبل هذه)** يعني إذا كان في الوقت سعة، وقوله **(أو أحدث فاستخلف أمياً)** قيل هو اختيار المصنف رحمه الله، وأما على اختيار فخر الإسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف. وقوله **(أو دخل وقت العصر في الجمعة)** قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده إذا صار ظل كل شيء مثليه. وعندهما إذا صار مثله. وأجيب بأن هذا على قول الحسن بن زياد أن بين الظهر والعصر وقتاً مهملاً، فإن صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا يخالف قول المصنف أو دخل وقت العصر في الجمعة. وقيل يمكن أن يقعد في الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد إلى أن يصير الظل مثليه، فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى. ولكن يمكن توجيهه على المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الخروج والدخول يكون ظل الشيء مثله كما هو مذهبهما فإنه حينئذ يتحقق الخلاف، واعلم أن نسبة الوقت المهمل إلى الحسن بن زياد إنما هي على ما نقل في مبسوط

قوله: **(قيل كيف يتحقق هذا الخلاف الخ)** أقول: ولك أن تقول: لم لا يجوز أن يكون من قبيل تفريع أبي حنيفة في المزارعة قوله: **(فالصلاة الأولى جائزة)** أقول: إذا خرج عنها بصنعه قوله: **(ولأن الترتيب فرض ولم تبق بهذا الخروج صحيحة)** أقول: مطالب بدليل

---

(١) متفق عليه تقدم في ١/ ٢٢١

(٢) تقدم حديث عقبة بن عامر في ١/ ٢٣١ أول الأوقات التي تكره فيها الصلاة. رواه مسلم وغيره ثلاثة أوقات نهانا رسول الله ﷺ أن نقبر فيهن موتانا.. الحديث.

أو خلع خفيه بعمل يسير أو كان أمياً فتعلم سورة أو عرياناً فوجد ثوباً، أو مومياً فقدر على الركوع والسجود، أو تذكر فائتة عليه قبل هذه أو أحدث الإمام القارىء فاستخلف أمياً أو طلعت الشمس في الفجر أو دخل وقت العصر في الجمعة، أو كان ماسحاً على الجبيرة فسقطت عن برء، أو كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت صلاته في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا تمت صلاته) وقيل الأصل فيه أن الخروج عن الصلاة بصنع المصلي فرض عند أبي حنيفة رحمه الله وليس بفرض عندهما. فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة

فإنه يفيد بطريق الاستدلال المتقدم الفساد بطلوع الشمس، وإذا تعارضا قدم النهي فيجب حمل ما رووا على ما قبل النهي عن الصلاة في الأوقات المكروهة دفعاً لإهمال أحد الدليلين. وعلى هذا فيتعذر ما روي عن أبي يوسف أنه يمسك عن الأفعال في أي ركن وقع الطلوع إلى أن ترتفع، لأنه إذا كان طلوعها يوجب الفساد لا يفيد الإمساك منعه. وهذه المسائل تعرف بالاثني عشرة وزيد عليها ما إذا وجد ماء يغسل به النجاسة في هذه الحالة: أعني بعد قدر التشهد وما إذا دخل وقت مكروه في قضاء فائتة في هذه الحالة وما إذا اعتقت وهي تصلي بغير قناع فلم تستتر من وقتها وكون الانقطاع المفسد إنما يتحقق إذا دام وقتاً كاملاً بعد الوقت الذي صلى فيه ووقع الانقطاع فيه فحينئذ يظهر أنه انقطاع مؤثر فيظهر الفساد عند أبي حنيفة فيقضيها وإلا فبمجرد الانقطاع لا يدل عليه قوله: **(وقيل الأصل فيه)** أي في ثبوت الخلاف في هذه المسائل، قيل قائله أبو سعيد البردعي قوله: **(من حديث ابن مسعود)** أي إذا قال قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاته[1] قوله: **(وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً)** ومعلوم أن الطلب إنما يتعلق بفعل المكلف بناء على اختياره لا بلا اختيار. وقد يقال: اقتضاء الحكم بناء على الاختيار لينتفي الجبر إنما هو في المقاصد لا الوسائل، وإذا لو حمل مغمى عليه إلى المسجد فأفاق فتوضأ فيه أجزأه عن السعي، ولو لم يحمل وجب عليه السعي ليتوصل، فكذا إذا تحقق القاطع في هذه الحالة بلا اختيار حصل المقصود من القدرة على صلاة أخرى، ولو لم يتحقق وجب عليه فعل هو قربة قاطع، فلو فعل مختاراً محرماً أثم لمخالفة الواجب.

شمس الأئمة، وأما في مبسوط شيخ الإسلام وغيره فهي منسوبة إلى رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة، والمنسوب إلى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم. وقوله **(كالمستحاضة ومن بمعناها)** يعني إذا استوعب الانقطاع وقتاً كاملاً، فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت صلاة أخرى فالصلاة الأولى جائزة عند أبي حنيفة وإن لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلاة، وعندهما جائزة لأنه كالانقطاع بعد تمام الصلاة قيل قوله **(وقيل الأصل فيه)** هو قول أبي سعيد البردعي وعليه العامة، وفيه إشارة إلى أن المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخي، فإن فسادها بالأمور المذكورة عند أبي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي لأن الفعل قد يوجد معصية بأن قهقه أو كذب، ولا يجوز أن تكون المعصية فرضاً بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض بالاتفاق، وإنما عنده أن هذه الأشياء مغيرة للصلاة، ووجود المغير بعد التشهد كوجود قبله لما أنه في حرمة الصلاة، ولهذا إذا نوى المسافر في هذه الحالة الإقامة أتم، والمعني بالمغير ما تجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله، فإن الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد أن كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة، وقيل المعنى به كون الصلاة جائزة للاجتماع به ويضده فإنها تصح بالتيمم والمسح والإيماء، وأضدادها. وقوله **(لهما ما روينا من حديث ابن مسعود)** يريد به قوله ﷺ «إذا قلت هذا أو فعلت هذا» الحديث، علق ﷺ التمام بأحدهما، فمن علق بثالث فقد خالف النص **(وله أن أداء صلاة أخرى في وقتها واجب لا محالة، وهو لا يمكن إلا بالخروج من هذه)** فكان الخروج منها وسيلة إلى الفرض باقتضاء قوله تعالى ﴿أقيموا الصلاة﴾ **(وما لا يتوصل إلى أداء الفرض إلا به كان فرضاً)** وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الإمام أبي مسعود الماتريدي. واعترض بوجهين أحدهما أن المرأة لو حاذت رجلاً في هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا صنع منه. والثاني أنه على ما قررتم يكون فرضاً لغيره كالسعي إلى الجمعة فيجب أن تتم صلاته في الصور

---

(١) هذا بعض حديث ابن مسعود في التشهد وقد تقدم هناك وان الراجح في هذه الزيادة الوقف.

كاعتراضها في خلال الصلاة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم. لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه. وله أنه لا يمكنه أداء صلاة أخرى إلا بالخروج من هذه. وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً. ومعنى قوله تمت قاربت التمام، والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القارىء، وإنما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو

والوجوب بأن الفساد عنده ليس لعدم الفعل بل للأداء مع الحدث، إذ بالرؤية وانقضاء المدة وانقطاع العذر يظهر السابق فيستند النقض فيظهر في هذه لقيام حرمتها حالة الظهور، بخلاف المنقضية ليس بمطرد ولو سلم أيضاً. وقال الكرخي: لا خلاف بينهم في أن الخروج بفعله ليس بفرض ولم يرو عن أبي حنيفة، بل هو حمل من أبي سعيد بما رأى خلافه في المسائل المذكورة، وهو غلط لأنه لو كان فرضاً لاختص بفعل هو قربة، وإنما تبطل عنده فيها لأنه في أثنائها كيف وقد بقي عليه واجب وهو السلام وهو آخرها داخلاً فيها واعتراض المغير في ذلك كهو قبله، ولذا يتغير الفرض بنية الإقامة فيه واقتداء المسافر بالمقيم فيه قوله: **(والاستخلاف ليس بمفسد)** أي في حالة الحدث، وإلا فهو في نفسه عمل كثير مفسد فلذا أفسد في مسألة توهم الحدث دون الانصراف، وإذا كان كذلك فقد فعل المفسد بغير حاجة إذ لا حاجة له إلى استخلاف إمام لا تصح صلاته فتتم صلاته وهو المختار قوله: **(لأنه أقدر على إتمام صلاته)** أفاد التعليل أن الأولى أن لا يقدم مقيماً إذا كان مسافراً ولا لاحقاً لأنهما لا يقدران على الإتمام، وحينئذ فكما لا ينبغي للمسبوق أن يتقدم كذا هذان، وكما يقدم مدركاً للسلام لو تقدم كذا الآخران، أما المقيم فلأن المسافرين خلفه لا يلزمهم الإتمام بالاقتداء به كما لا يلزمهم بنية الأول بعد الاستخلاف أو بنية الخليفة لو كان مسافراً في الأصل. وعند زفر ينقلب فرضهم أربعاً للاقتداء بالمقيم. قلنا ليس هو إماماً إلا ضرورة عجز الأول عن الإتمام لما شرع فيه فيصير قائماً مقامه فيما هو قدر صلاته، إذ الخلف يعمل عمل الأصل كأنه هو فكانوا مقتدين

المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج من الأولى، كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت. وأجيب عن الأول بأن المحاذاة مفاعلة لا تتحقق إلا من فاعلين فكان منه صنع أدناه اللبث في مكانه. وعن الثاني بأن الخروج عن الأولى يجب أن يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ ولأن الترتيب فرض ولم تبق بهذا الخروج صحيحة. لا يقال: إنما لم تبق صحيحة لأن الخروج لم يكن بصنع المصلي فكان بقاؤها صحيحة موقوفاً على الخروج بصنع المصلي، فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار. لأنا نقول: الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشارع رافعاً التحريمة على ما سيأتي، ويلزم منه بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالضمنيات. وقوله **(ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام)** جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود وهو مثل قوله عليه الصلاة والسلام «من وقف بعرفة فقد تم حجه» أي قارب التمام. سماه تماماً بما يؤول إليه. وقوله **(والاستخلاف غير مفسد)** جواب عما يقال استخلاف الأمي صنع المصلي فكان الواجب أن لا تفسد به عنده أيضاً، وتقريره على وجهين: أحدهما ما ذهب إليه الشارحون قالوا: سلمنا أنه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل أنه لو استخلف قارئاً في خلال الصلاة لم يضره، والمعتبر من الصنع ما كان مفسداً ليكون عملاً منافياً للصلاة رافعاً للتحريمة، ورد بأنا لا نسلم أن الاستخلاف ليس بمفسد فإن المصنف قال فيمن ظن أنه أحدث فاستخلف أنه تفسد صلاته لأنه عمل كثير. والحق ما قاله فخر الإسلام أن صلاته تامة في هذه الحالة لكونه عملاً منافياً للصلاة. والثاني أن معناه أن الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لأنه ليس بمفسد، إنما الفساد ضرورة حكم شرعي هو عدم صلاحية الأمي للإمامة، والرد مردود لأنه قال: هناك عمل كثير من غير عذر وههنا فرض المسألة فيما إذا كان بعذر، ولا يلزم من كونه مفسداً إذا لم يكن عذر كونه مفسداً عند العذر، وكذلك ما أشرنا إليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين إن قول المصنف. وقيل الأصل فيه إشارة إلى أن مختاره غيره مردود لأن ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوقع من مثله. قوله (ومن اقتدى

مطرد على هذه المقدمة قوله: **(فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار)** أقول: فيه بحث قوله: **(ورد بأنا لا نسلم)** أقول: الرد للإتقاني قوله: **(وههنا فرض المسألة فيما إذا كان بعذر)** أقول: لا عذر في تقديم من لا يصلح للإمامة.

عدم صلاحية الإمامة **(ومن اقتدى بإمام بعد ما صلى ركعة فأحدث الإمام فقدمه أجزأه)** لوجود المشاركة في التحريمة، والأولى للإمام أن يقدم مدركاً لأنه أقدر على إتمام صلاته، وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم **(فلو تقدم يبتدىء من حيث انتهى إليه الإمام)** لقيامه مقامه **(وإذا انتهى إلى السلام يقدم مدركاً يسلم بهم، فلو أنه حين أتم صلاة الإمام قهقه أو أحدث متعمداً أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته وصلاة القوم تامة)** لأن المفسد في حقه وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام أركانها والإمام الأول إن كان فرغ لا تفسد صلاته، وإن لم يفرغ تفسد وهو الأصح **(فإن لم يحدث الإمام الأول وقعد قدر التشهد ثم قهقه أو أحدث متعمداً فسدت صلاة الذي لم يدرك أول صلاة الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا تفسد، وإن تكلم أو خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعاً)** لهما أن صلاة المقتدي بناء على صلاة الإمام جوازاً وفساداً ولم تفسد صلاة الإمام فكذا صلاته وصار كالسلام والكلام. وله أن القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الإمام فيفسد مثله من صلاة المقتدي،

بالمسافر معنى، وصارت القعدة الأولى فرضاً على الخليفة لقيامه مقامه. أما لو نوى الإمام الأول الإقامة قبل الاستخلاف ثم استخلف فإنه يتم الخليفة صلاة المقيمين، وهذا إذا علم نية الإمام بأن أشار الإمام إليه عند الاستخلاف فأفهمه قصد الإقامة، ويقدم بعد الركعتين مسافر يسلم بهم ثم يقضي المقيمون ركعتين منفردين، ولو اقتدوا به بعد قيامه بطلت صلاتهم دون المسافرين لأن اقتداءهم إنما توجب المتابعة إلى هنا. وأما اللاحق فإنما يتحقق في حقه تقديم غيره إذا خالف الواجب بأن بدأ بإتمام صلاة الإمام فإنه حينئذ يقدم غيره للسلام ثم يشتغل بما فاته معه، أما إذا فعل الواجب بأن قدم ما فاته مع الإمام ليقع الأداء مرتباً فيشير إليهم إذا تقدم أن لا يتابعوه فينتظرونه حتى يفرغ مما فاته مع الإمام ثم يتابعونه ويسلم بهم قوله: **(يبتدىء من حيث انتهى إليه الإمام)** بانياً على ذلك، فلذا قالوا لو استخلف في الرباعية مسبوقاً بركعتين فصلى الخليفة ركعتين ولم يقعد فسدت صلاته، كما لو استخلف مسافر مقيماً وصلى ركعتين ولم يقعد فسدت صلاته، وصلاة القوم كذا هذا، ثم هذا فرع علم المسبوق بكمية صلاة الأول، فلو لم يعلم يتم ركعة ويقعد قدر التشهد ثم يقوم ويتم صلاة نفسه ولا يتابعه القوم بل يصيرون إلى أن يفرغ فيصلون ما عليهم وحداناً ويقعد هذا الخليفة على كل ركعة احتياطاً قوله: **(وهو الأصح)** احتراز من رواية أبي حفص أنها تامة، قالوا: وكأنها غلط لأنه اشتغلوا بتقسيم يستدعي المخالفة في الجواب. ثم أجاب في الفصلين بأن صلاته تامة وإلا فهو محتاج إلى البناء وضحكه في هذه الحالة يفسد وكذا ضحك الخليفة وهذا لأنه صار مأموماً به بعد الخروج من المسجد، ولذا قالوا: لو تذكر الخليفة فائتة فسدت صلاة الإمام الأول والثاني والقوم، ولو تذكرها الأول بعد ما خرج من المسجد فسدت صلاته خاصة. أو قبل خروجه فسدت صلاته وصلاة الخليفة والقوم قوله: **(فإن لم يحدث الإمام الأول الخ)** لفظ الأول هنا تساهل، إذ ليس في صورة هذه المسألة إمام ثان، إذ ليس فيها استخلاف، بل حاصلها رجل أمّ قوماً مسبوقين ومدركين فلما انتهى إلى محل السلام قهقهه أو أحدث متعمد فسدت صلاة المسبوقين عند الكل، ثم فساد صلاة المسبوقين عنده مقيد بما إذا لم يكونوا قضوا ركعة بسجدتيها قبل أن يحدث الإمام بأن قام المسبوق للقضاء قبل سلام الإمام تاركاً للواجب وهو أن لا يقوم إلا بعد سلامه، أما لو قام فقضى ركعة فسجد لها ثم فعل الإمام ذلك لا تفسد صلاته لأنه استحكم انفراده حتى لا يسجد لو سجد الإمام لسهو

بإمام) إذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فأحدث الإمام فقدمه صح الاستخلاف لأن صحته بالمشاركة في التحريمة وقد وجدت **(والأولى أن يستخلف مدركاً لأنه أقدر على إتمامها)** لعدم احتياجه إلى استخلاف غيره للتسليم والأقدر أولى لا محالة، قوله **(وهو الأصح)** احتراز عن رواية أبي حفص أن صلاته أيضاً تامة لأنه مدرك أول صلاته فيكون كالفارغ بقعدة الإمام قدر التشهد. ووجه الأصح أنه قد بقي عليه البناء وضحك الإمام في حقه في المنع من البناء كضحكه، ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلاته، فكذا إذا ضحك الإمام المستخلف. وقوله **(فإن لم يحدث الإمام الأول وقعد قدر التشهد)** إنما قيد

غير أن الإمام لا يحتاج إلى البناء والمسبوق يحتاج إليه، والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لأنه منه والكلام في معناه،

عليه، ولا تفسد صلاته لو فسدت صلاة الإمام بعد سجوده، وكذا لو كان في القوم لاحق، إن فعل الإمام ذلك بعد أن قام يقضي ما فاته مع الإمام لا تفسد وإلا تفسد عنده قوله: (لأنه منه) أي متمم للصلاة، والكلام في معناه لأن السلام كلام يشتمل على كاف الخطاب فهو من الكلام في ذاته وفي حكمه الذي هو الإفساد إذ لم يفوت شرط الصلاة وهي الطهارة بل هو قاطع فكأنه قطع الصلاة به فلم يفسد شيء من صلاة السبوق، بخلاف القهقهة لتفويتها الطهارة فتفسد جزءاً تلاقيه فيفسد مثله من صلاة المسبوق، ولهذا لو تكلم الإمام بعد قدر التشهد فعلى القوم أن يسلموا، ولو تعمد الحدث أو قهقه ذهبوا ولم يسلموا.

[وهذا فصل في المسبوق كنا وعدناه] وهو من لم يدرك أول صلاة الإمام هو كالمنفرد إلا في أربع مسائل: إحداها لا يجوز اقتداؤه ولا الاقتداء به لأنه بان تحريمه، أما لو نسي أحد المسبوقين المتساويين كمية ما عليه فقضى ملاحظاً للآخر بلا اقتداء به صح. ثانيها لو كبرنا وبالاستئناف يصير مستأنفاً قاطعاً للأولى بخلاف المنفرد على ما يأتي، ثالثها لو قام إلى قضاء ما سبق به وعلى الإمام سجدتا سهو قبل أن يدخل معه كان عليه أن يعود فيسجد معه ما لم يقيد الركعة بسجدة، فإن لم يعد حتى سجد يمضي وعليه أن يسجد في آخر صلاته، بخلاف المنفرد لا يلزمه السجود لسهو غيره. رابعها يأتي بتكبير التشريق اتفاقاً بخلاف المنفرد، ولا يجب عليه عند أبي حنيفة، وفيما سوى ذلك هو منفرد لعدم المشاركة فيما يقضيه حقيقة وحكماً، ولا يقوم إلى القضاء بعد التسليمتين بل ينتظر فراغ الإمام بعدهما لاحتمال سهو على الإمام فيصير حتى يفهم أن لا سهو عليه، إذ لو كان لسجد. قلت: هذا إذا اقتدى بمن يرى سجود السهو بعد السلام، أما إذا اقتدى بمن يراه قبله فلا، ولا يقوم المسبوق قبل السلام بعد قدر التشهد إلا في مواضع: إذا خاف وهو ماسح تمام المدة لو انتظر سلام الإمام، أو خاف المسبوق في الجمعة والعيدين والفجر أو المعذور خروج الوقت، أو خاف أن يتدره الحدث أو أن تمر الناس بين يديه، ولو قام في غيرها بعد قدر التشهد صح، ويكره تحريماً لأن المتابعة واجبة بالنص، قال ﷺ «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه»[1] وهذه مخالفة له، إلى غير ذلك من الأحاديث المفيدة للوجوب. لو قام قبله، قال في النوازل: إن قرأ بعد فراغ الإمام من التشهد ما تجوز به الصلاة جاز وإلا فلا، هذا في المسبوق بركعة أو ركعتين، فإن كان بثلاث، فإن وجد منه قيام بعد تشهد الإمام جاز وإن لم يقرأ لأنه سيقرأ في الباقيتين والقراءة فرض في ركعتين، ولو قام حيث يصح وفرغ قبل سلام الإمام وتابعه في السلام قيل تفسد، والفتوى على أن لا تفسد وإن كان اقتداؤه بعد المفارقة مفسداً لأن هذا مفسد بعد الفراغ فهو كتعمد الحدث في هذه الحالة، ولو سلم المسبوق مع الإمام ساهياً لا سهو عليه، وإن سلم بعده فعليه لتحقق سهوه بعد انفراده. ولو سلم على ظن أن عليه أن يسلم معه فهو سلام عمد يمنع البناء، ولو ظن

بذلك لأن القهقهة والحدث بالعمد إذا وجدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق، وقيد بفساد صلاة المسبوق لأن صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق. وفي صلاة اللاحق روايتان. قوله (**وله أن القهقهة مفسدة**) لأنها كالحدث في إزالة شرط الصلاة وهو الطهارة فتكون مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الإمام فيفسد مثله من صلاة المقتدي لابتنائها عليها. قوله (**لأنه منه**) المنهي ما اعتبره الشرع رافعاً للتحريمة عند الفراغ من الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلي، فإن الشرع اعتبرهما كذلك. قال ﷺ «وتحليلها التسليم» وقال الله تعالى ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض﴾ وقوله (**والكلام في معناه**) يعني من

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٢٢ ومسلم ٤١٤ كلاهما من حديث أبي هريرة بأتم منه وزيادة مسلم: فإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعين. وصدره ورد في حديث عائشة. أخرجه البخاري ٦٨٨ ومسلم ٤١٢ وأبو داود ٦٠٥ وابن ماجه ١٢٣٧ والبيهقي ٣/ ٧٩ وأحمد ٦/ ٥١، ٥٧، ١٤٨، ١٩٤ كلهم عن عائشة مرفوعاً وفيه: إنما جعل الإمام ليؤتم به.

ويقتضي وضوء الإمام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة **(ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى)** ولا

الإمام أن عليه سهواً فسجد وتابعه المسبوق ثم علم أن لا سهو عليه فيه روايتان، وبناء عليهما اختلف المشايخ وأشبههما فساد صلاة المسبوق. وقال أبو حفص الكبير لا، وبه أخذ الصدر الشهيد، والأول بناء على أن زيادة سجدتين كزيادة الركعة مفسد على ما يعرف في مسائل السجدات، وبناء على ذلك قالوا: لو تابع المسبوق الإمام في السجدتين بعد ما قيد بالسجدة فسدت صلاته كزيادة ركعة. والحق أن الفساد ليس لذلك لأن من الفقهاء من قال: لا تفسد بزيادة سجدتين، بل الموجب للفساد الاقتداء في موضع عليه الانفراد فيه، ألا ترى أن اللاحق إذا سجد لسهو الإمام مع الإمام تكون زيادة سجدتين فإنه لا يعتد بهما حتى يجب عليه أن يسجد في آخر صلاته مع أنه لا تفسد صلاته بذلك. ولو تذكر الإمام سجدة تلاوة وعاد إلى قضائها إن لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة فإنه يرفض ذلك ويتابع فيها ويسجد معه للسهو ثم يقوم إلى القضاء ولو لم يعد فسدت صلاته لأن عود الإمام إلى سجود التلاوة يرفض القعدة، وهو بعد لم يصر منفرداً لأن ما أتى به دون ركعة فيرتفض في حقه أيضاً، وإذا ارتفضت لا يجوز له الانفراد لأن هذا أوان افتراض المتابعة والانفراد في هذه الحالة مفسد للصلاة. ولو تابعه بعد تقييدها بالسجدة فيها فسدت رواية واحدة، وإن لم يتابعه. ففي رواية كتاب الصلاة تفسد أيضاً. وفي رواية النوادر لا. وجه رواية الأصل أن العود إلى سجدة التلاوة رفض القعدة فتبين أنه انفرد قبل أن يقعد الإمام. وجه نوادر رواية أبي سليمان أن ارتفاض القعدة في حق الإمام لا يظهر في حق المسبوق لأنه بعد ما تم انفراده وخرج عن متابعته من كل وجه فلا يتعدى حكمه إليه، كما لو ارتفضت كلها في حقه بعد استحكام انفراده بأن ارتد والعياذ بالله الإمام بعد إتمامها، أو صلى الظهر يوم الجمعة بقوم ثم راح إلى الجمعة ارتفض ظهره في حقه لا حقهم، ألا ترى أن مقيماً لو اقتدى بمسافر وقام قبل سلامه للإتمام فنوى الإمام الإقامة حتى تحوّل فرضه أربعاً، فإن لم يكن سجد عاد إلى متابعة الإمام وإن لم يعد فسدت، وإن سجد فإن عاد فسدت، وإن لم يعد ومضى عليها وأتم لا تفسد، ولو تذكر الإمام سجدة صلبية وعاد إليها يتابعه، وإن لم يتابعه فسدت، وإن كان قيد ركعته بالسجدة تفسد في الروايات كلها عاد أو لم يعد لأنه انفرد، وعليه ركنان السجدة والقعدة وهو عاجز عن متابعته بعد إكمال الركعة، ولو انفرد وعليه ركن فسدت فهنا أولى، والأصل أنه إذا اقتدى في موضع الانفراد أو انفرد في موضع الاقتداء تفسد، والتخريج غير خاف فيما يرد عليك، وعلى الأول ينبني فساد صلاة المسبوق واللاحق إذا اقتديا بمثلهما، ثم المسبوق يقضي أول صلاته في حق القراءة وآخرها في حق التشهد، حتى لو أدرك مع الإمام ركعة من المغرب فإنه يقرأ في الركعتين بالفاتحة والسورة، ولو ترك في إحداهما فسدت صلاته وعليه أن يقضي ركعة بتشهد لأنها ثانيته، ولو ترك جازت استحساناً لا قياساً، ولو أدرك ركعة من الرباعية فعليه أن يقضي ركعة ويقرأ فيها الفاتحة والسورة ويتشهد، لأنه يقضي الآخر في حق التشهد ويقضي ركعة يقرأ فيها كذلك ولا يتشهد، وفي الثالثة يتخير والقراءة أفضل، ولو أدرك ركعتين يقضي ركعتين يقرأ فيهما ويتشهد، ولو ترك في إحداهما فسدت لأن ما يقضي أوّل صلاته، ولو كان إمامه تركها من الأوليين وقضاها في الأخريين وأدرك المسبوق الأخريين فالقراءة فيما يقضي فرض عليه لأن تلك القراءة تلتحق بمحلها من الشفع الأول فقد أدرك الثاني خالياً عن القراءة حكماً. ولو أدرك في التشهد الصحيح أنه يترسل ليفرغ من التشهد عند سلام الإمام أو في جهر القراءة لا يثني حتى يقوم إلى القضاء، ولو سها في قضاء ما سبق به وقد سجد مع الإمام لسهو عليه فإنه يسجد ثانياً في آخر صلاته لسهوه. وإن لم يكن سجد تجزئه سجدتان عن الكل كما لو تكرر السهو،

حيث أن السلام كلام مع القوم يمنة ويسرة لوجود كاف الخطاب وقوله **(وينتقض وضوء الإمام)** يعني عند العلماء الثلاثة خلافاً لزفر، فإن عنده أن كل قهقهة توجب إعادة الصلاة توجب الوضوء وما لا فلا لأنه في معنى المنصوص عليه من كل وجه. ولهم أنها وجدت في حرمة الصلاة لأنه لو سها في هذه الحالة وجب عليه سجوده فتكون مفسدة للوضوء. وقوله **(ولا يعتد)**

يعتد بالتي أحدث فيها، لأن إتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الإعادة، ولو كان إماماً فقدم غيره دام المقدم على الركوع لأنه يمكنه الإتمام بالاستدامة (ولو تذكر وهو راكع أو ساجد أن عليه سجدة فانحط من

والله سبحانه وتعالى أعلم. هذا وأما المسبوق اللاحق وهو الذي اقتدى بعد ما صلى الإمام بعد الصلاة ركعة مثلاً ثم تأخر عنه لنوم أو زحمة ولم يجد مكاناً فإنه يبدأ في القضاء بما أدرك الإمام فيه ثم بما سبق به، وهذا عند زفر فرض. وعندنا واجب على ما نذكر من قريب، فلو عكس هذا الترتيب لم تصح صلاته عنده وتصح عندنا، ثم إما أن يستيقظ في الرابعة أو بعد ما فرغ الإمام، فإن كان بعد الرابعة والفراغ يأتي بما فاته أوّلاً حال نومه فيأتي بركعة لا يقرأ فيها ويقعد متابعة لإمامه ثم يقوم فيأتي بركعة لا يقرأ فيها ويقعد لأنها ثانيته، ثم بأخرى لا يقرأ فيها ويقعد متابعة لإمامه. ثم بأخرى لا يقرأ فيها ويقعد للختم، وإن كان في الرابعة قبل ركوع ففي شرح المجمع يصلي فيما أدرك ما فاته مع إمام أوّلاً ثم يقضي ما فاته رعاية للترتيب، فلو نقص هذا الترتيب فتابع فيما أدرك ثم قضى ما سبقه به ثم ما نام فيه جاز عندنا وعند زفر لا يجوز اهـ. ثم يقعد على رأس كل ركعة، أما فيما أدرك فلمتابعة الإمام وفيما بعدها لأنها ثانيته وفي ثالثته للمتابعة فإنها قعدة ختم الإمام وفيما بعدها ختمه. ولا يسجد اللاحق مع الإمام بسهو والإمام بل يقوم للقضاء ثم يسجد عن ذلك بعد الختم. وأما من أدرك أول صلاة الإمام فهو اللاحق لا غير، وله حكم المقتدي فلا يسجد للسهو وإذا سها فيما يقضي ولا يقرأ فيه، ولو تبدل اجتهاده فيه في القبلة إلى غير مجتهد الإمام بعد فراغ الإمام تفسد، ولو كان مسافراً فنوى الإقامة فيه أو دخل مصره للوضوء فيه بعد فراغ الإمام لا ينقلب أربعاً، بخلاف المسبوق في كل ذلك، وعرف من هذا أن تعريف اللاحق بمن أدرك أول صلاة الإمام تساهل. بل هو من فاته بعد ما دخل مع الإمام بعض صلاة الإمام قوله: **(لأن إتمام الركن بالانتقال)** هذا خرج على قول محمد، أما على قول أبي يوسف فلا على ما يعرف في سجود السهو إن شاء الله تعالى، لكن على كلا المذهبين لو لم يعد ذلك الركن فسدت الصلاة، أما على قول محمد فلما ذكر، وأما على قول أبي يوسف فلافتراض القومة والجلسة عنده، ولا يتحققان مع الطهارة إلا بالإعادة، وحاول تخريجه في الكافي على الرأيين بأن التمام على نوعين تمام ماهية وتمام مخرج عن العهدة، فالسجدة وإن تمت بالوضع ماهية لكن لم تتم تماماً مخرجاً عن العهدة اهـ. يعني والثاني هو المراد في الهداية قوله: **(أن عليه سجدة)** أي صلبية أو للتلاوة قوله: **(وهذا بيان الأولى)** لأن الترتيب ليس بفرض فيما شرع مكرراً في كل الصلاة أو كل ركعة، بخلاف المتحد على ما قدمنا تفصيله في أوّل صفة الصلاة فارجع إليه وفيه خلاف زفر على ما ذكرناه آنفاً. بقي أن انتفاء الافتراض لا يستلزم ثبوت الأولوية لجواز الوجوب، ثم الوجوب هو الثابت على ما قدمه المصنف في أول صفة الصلاة عند عد الواجبات حيث قال: ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً من الأفعال، فأشار في الكافي إلى الجواب حيث قال: ولئن كان الترتيب واجباً فقد سقط بالنسيان، لكنه لا يدفع الوارد على العبارة: أعني تعليل الأولوية بانتفاء الافتراض في المتكرر، بل تعليله إنما هو بسقوط الوجوب بالنسيان. ثم وجه قول زفر في الخلافية أن الصلاة مجمل ولم يقع البيان إلا كذلك. قلنا: ممنوع، فإن المسبوق

وفي بعض النسخ يعيد، وهما متقاربان لأن عدم الاعتداد يستلزم الإعادة **(لأن إتمام الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق)** لأن المنتقل إليه جزء من الصلاة، وأداء جزء منها بعد سبق الحدث مفسد **(فلا بد من الإعادة)** والقياس أن يقتضي بالحدث جميع ما أدى لكن تركناه بالأثر الوارد في البناء فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس ولزم إعادة ما كان الحدث فيه بالقياس. وقوله **(دام المقدم على ركوعه)** أي مكث راكعاً قدر ركوعه **(لأنه يمكنه الإتمام بالاستدامة)** لأن الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء فلا يحتاج إلى إنشاء الركوع، وأصله قوله تعالى **﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾** ومن ذكر في ركوعه أو سجوده أن عليه سجدة فانحط من ركوعه أو رفع رأسه من سجوده فسجد التي ذكرها صلبية كانت أو تلاوة أعاد الركوع والسجود لتقع الأفعال مرتبة بقدر الإمكان، وهذا بيان الأولى لأن مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة ليست بركن، ألا ترى أن المسبوق يبدأ بما أدرك مع الإمام، ولو كان الترتيب ركناً لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين

ركوعه أو رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود) وهذا بيان الأولى لتقع أفعال الصلاة مرتبة بالقدر الممكن، وإن لم يعد أجزأه لأن الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تلزمه إعادة

مصل أول صلاته أولاً ثم يقضي ما فاته، فعلم أن الترتيب بين الركعات لم يعتبر فرضاً لأن الركن لا يسقط بعذر المسبوقية، بخلاف الواجب قد يقوم العذر في إسقاطه شرعاً، وعلى هذا لو عكس المسبوق اللاحق الترتيب الذي ذكرناه في حقه آنفاً كان آثماً عندنا وإن صحت صلاته، ثم على قوله إذا قضى السجدة وجب عليه قضاء جميع ما أدى بعدها لعدم الاعتداد به حيث كان قبله من يفترض تقديمه. وعندنا قضاء الركن الذي حدث فيه الذكر استحباباً لا غير إن قضاها عقيبه. وله أن يؤخرها إلى آخر الصلاة فيقضيها هناك كما هو المذكور في الهداية. وفي فتاوى قاضيخان قي آخر فصل ما يوجب السهو ما هو ظاهر في خلافه، قال في إمام صلى ركعة وترك منها سجدة وصلى أخرى وسجد لها فتذكر المتروكة في السجود أنه يرفع رأسه من السجود ويسجد المتروكة ثم يعيد ما كان فيها لأنها ارتفضت فيعيدها استحساناً اهـ. قال: فأما ما قبل ذلك إلى المتروكة هل يرتفض إن ما تخلل بين المتروكة وبين الذي تذكر فيها ركعة تامة لا ترتفض باتفاق الروايات فلا تلزمه إعادته، وإن لم تكن ركعة تامة فكذلك في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يرتفض وقال قبله فيه: وإن تذكر وهو راكع في الثالثة أنه ترك من الركعة الثانية سجدة سجد المتروكة ويتشهد ثم يقوم فيصلي الثالثة والرابعة بركوعهما وسجودهما لأنه لما تذكر في الركوع والركوع قبل رفع الرأس يقبل الارتفاض، فبسجوده المتروكة رفض الركوع بخلاف ما بعد التمام اهـ. والأصح ما في الكتاب لا لقاعدة التي قدمناها في أوّل باب صفة الصلاة من أول الترتيب بين ما يتحد في كل الصلاة من الأركان وهو القعدة وبين غيرها مطلقاً شرط لا بين المتحد في كل ركعة وهو المتعدّد في كل الصلاة وبين المتعدد في كل ركعة لأن الشرع علق التمام بالقعدة، فلو جاز تأخر شيء عنها لكان ذلك الغير متعلقه وهو منتف شرعاً، بخلاف تقديم سجود الركعة على ركوعها والركوع على القيام لأن الركوع شرع وسيلة إلى السجود بعده والقيام إلى الركوع فلا يتحقق ذلك إلا بالتقدم المعهود، وكذا يتقدم القراءة على الركوع لأنها زينته فلا تتحقق إلا فيه فلا يتصور تقديمه عليها، ويتذكرة السجدة في الركوع الثانية مثلاً من الأول لم يتحقق تقديم له على ركوع الأولى بل هو في محله من التعدية، غاية الأمر أنه صار بعد ركوع الثانية أيضاً إذا لم يعد على ما هو الأمر الجائز خلافاً لزفر وهو في التقدير قبله لالتحاقه بمحله من الركعة الأولى ووجوب كونه قبله يسقط بالنسيان بدليل حال المسبوق لاشتراكهما في العذر، بخلاف السجدة في القعدة لأنه قصد في الختم كونه في القعدة معنى وصورة فلا يكفي اعتبارها متأخرة عن السجدة

الصلوات، فلو ترك الإعادة جاز لأن ذكر السجدة لا ينقص الركوع فيصح الاعتداد به، بخلاف سبق الحدث فإنه ينقضه كما تقدم، وهو معنى قوله لأن الانتقال مع الطهارة، وعن أبي يوسف أنه يلزمه إعادة الركوع لأن القومة عنده فرض، فحيث انحط من الركوع ولم يرفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الإعادة، وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا عاد إلى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد فإنه ترتفض القعدة، وكذا لو تذكر في الركوع أنه لم يقرأ القرآن فعاد لقراءة القرآن ارتفض الركوع، وأجيب بأن القعدة إنما ترتفض بالإتيان بالسجدة لأن النبي ﷺ علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله عليه الصلاة والسلام «إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك» فلو قلنا بجواز تأخير غيرها عنها كان تمام الصلاة بذلك الغير وهو خلاف النص، وكذلك لا يجوز تأخير القيام أو الركوع عن السجدة لأن القيام وسيلة إلى الركوع. والركوع وسيلة إلى السجود، حتى أن من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام، والوسائل متقدمة على المقاصد، والقراءة زينة القيام فكانت تابعة له **(ومن أم رجلاً واحداً فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم إمام نوى)** الإمام ذلك **(أو لم ينو)** **(لما فيه)** أي في تعيينه إماماً **(صيانة صلاة المقتدي)** لأنه لو لم يعين إماماً خلا مكان الإمامة عن الإمام وهو يوجب فساده صلاة المقتدي. فإن قيل التعين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين أجاب بقوله **(وتعيين الأول لقطع المزاحمة)** ولا مزاحم فكان التعيين موجوداً حكماً، وإذا تعين لذلك كان كالمستخلف

الركوع لأن القومة فرض عنده. قال **(ومن أمّ رجلاً واحداً فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم إما نوى أو لم ينو)** لما فيه من صيانة الصلاة، وتعيين الأول لقطع المزاحمة ولا مزاحمة ههنا، ويتم الأول صلاته مقتدياً بالثاني كما إذا استخلفه حقيقة **(ولو لم يكن خلفه إلا صبي أو امرأة قيل تفسد صلاته)** لاستخلاف من لا يصلح للإمامة، وقيل لا تفسد لأنه لم يوجد الاستخلاف قصداً وهو لا يصلح للإمامة، والله أعلم.

المتذكرة فيها قوله: **(لما فيه من صيانة الصلاة)** لاشك أن صلاة المأموم مرادة بهذا، أما صلاة الإمام المحدث فظاهر النهاية أنها هي المرادة بناء على فساد صلاته إذا لم يستخلف حتى خرج، وقد قدمنا فيه روايتين، والشيخ أبهم الصلاة فيراد صلاة من تفسد صلاته أعم من كونه المأموم أو الإمام على إحدى الروايتين. وعندي أنه يشكل فساد صلاة الإمام لأن الاستخلاف ليس من أركان الصلاة بل غايته الوجوب تحصينا لصلاة غيره عن الفساد وهو قادر عليه والإمام منفرد في حق نفسه، فغاية ما في خروجه بلا استخلاف تأثيمه لسعيه في فساد صلاة غيره فصار كإمام تعمد التأخر عمن خلفه حتى فسدت بتقدمهم عليه قوله: **(ولو لم يكن خلفه إلا صبي أو امرأة)** أو أمي: أي من لا يصلح للإمامة قوله: **(لم يوجد الاستخلاف منه قصداً)** وما حكم يكون الأول خليفة إلا لتصحيح صلاة الإمام والمأموم. وهنا لو اعتبرنا هذا الاعتبار لإصلاح صلاة المقتدي كان فيه إفساد صلاة الإمام، فدار الأمر بينه فتفسد على الإمام وتصح على المقتدي وبين عدمه فينعكس فوجب الترجيح. ووجه ترجيح عدمه غنيّ عن البيان.

حقيقة فتتم صلاته مقتدياً به **(ولو لم يكن خلفه إلا صبي أو امرأة)** اختلف المشايخ فيه، فقيل تفسد صلاة الإمام فقط **(الاستخلاف من لا يصلح للإمامة)** حكماً فإنه لما تعين للإمامة كان الإمام مقتدياً به، ومن اقتدى بمن لا يصلح للإمامة فسدت صلاته **(وقيل لا تفسد صلاته)** لأن الاستخلاف إنما يكون حقيقة أو حكماً ولا شيء منهما بموجود، أما حقيقة فظاهر لأن الفرض عدمه، وأما حكما فلأنه يقتضي صلاحيته للإمامة والفرض عدمها، ومنهم من يقول تفسد صلاتهما لأنه لما تعين صار كأنه استخلفه فتفسد صلاة الكل، ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي خاصة وهو الصحيح لأنه لما لم يصر مستخلفاً لا حقيقة ولا حكماً لما ذكرنا بقي الإمام منفرداً فلا تفسد صلاته وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان إمامه عن الإمامة.

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

(ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً بطلت صلاته) خلافاً للشافعي رحمه الله في الخطإ والنسيان. ومفزعه

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

قوله: (ومفزعه الحديث المعروف) «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الخ. الفقهاء يذكرونه بهذا اللفظ ولا يوجد به في شيء من كتب الحديث، بل «إن الله وضع عن أمتي الخطأ النسيان وما استكرهوا عليه»[1] رواه ابن ماجه وابن حبان

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلاة باختيار المصلي فكانت مكتسبة. وأخره عما تقدم لكونها سماوية (ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً بطلت صلاته، وقال الشافعي: لا تفسد في الخطإ والنسيان إلا إذا طال الكلام) ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع، والسهو ما يتنبه صاحبه بأدنى تنبيه، والخطأ ما لا يتنبه

باب ما يفسد الصلاة

قال المصنف: (ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً) أقول: أراد بالساهي ما يعم الخاطىء والناسي

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٥ من طريق الوليد عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع بدليل زيادة عبيد بن عمير في رواية ثانية وليس ببعيد أن يكون السقط من جهة الوليد فانه كان يدلس اهـ. فهذا إسناد منقطع حتماً كما سيأتي.
وأخرجه الحاكم ٢/١٩٨ وابن حبان في صحيحه ١٤٩٨ والطحاوي في شرح الآثار ٢/٥٦ والدارقطني ٤/١٧٠، ١٧١ وابن حزم في أصول الأحكام ٥/١٤٩ كما في إرواء الغليل ٨٢ كلهم من طريق بشر بن بكر وأيوب بن سويد ثنا الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعاً. وهذا إسناد ضعيف فيه عبيد بن عمير لا يعرف.
تنبيه: قد وهم الألباني في هذا الحديث فصححه في الإرواء ٨٢ تمسكاً منه بما نقله عن بعض العلماء بقوله: وصححه الحاكم وأقره الذهبي واحتج به ابن حزم وصححه أحمد شاكر في تعليقه عليه. وكذا صححه ابن حبان فرواه في صحيحه من هذا الطريق وقال النووي في الأربعين وغيره إنه حسن. وأقره الحافظ في التلخيص وهو صحيح كما قالوا ورجاله كلهم ثقات وليس فيهم مدلس. ثم ذكر الألباني كلام أبي حاتم وتوهينه للحديث ورده الألباني بأن الأوزاعي ثقة ولا يمكن رد حديثه بمجرد دعوى عدم السماع وأن له طرقاً أخرى واهية لكن يقوي بعضها بعضاً وقد ورد عن الحسن مرسلاً اهـ كلامه مع الاختصار وتصحيح الحاكم له على شرطهما غير صواب لأن عبيد بن عمير لم يرو له سوى أبو داود.
قلت: وما ذكره الألباني مردود من وجوه عدة.
الأول: وهم في قول رجاله كلهم ثقات وليس فيهم مدلس. لأن مداره في هذا الطريق على عبيد بن عمير عن ابن عباس. وعبيد بن عمير قال عنه ابن حجر في التقريب: مجهول هو مولى ابن عباس. وقال عن الذهبي في الميزان: عن ابن عباس ـ لا يعرف ـ وأظن أن كل من صحح الحديث كالحاكم وإقرار الذهبي له وكذا تصحيح أحمد شاكر له والألباني. كلهم ظنوا أن راويه عن ابن عباس انما هو عبيد بن عمير الليثي وليس كذلك. ويؤكد قول أبي حاتم إنما سمع الأوزاعي عن رجل. فالليثي ثقة روى له الجماعة لو كان هو لذكره أبو حاتم ولما خفي عليه ولما اسقطه الوليد في رواية ابن ماجه.
الثاني: قول الألباني حسنه النووي وأقره ابن حجر في التلخيص. غير سديد.
لأن ابن حجر ذكر بعد كلام النووي عن ابن أبي حاتم في علله سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة. وقال عبد الله بن أحمد في العلل: سألت أبي عنه فأنكره جداً وقال أحمد: ليس يروى هذا إلا عن الحسن مرسلاً. ونقل الخلال عن أحمد قوله: من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فإن الله أوجب في قتل النفس الخطأ الكفارة.
وقال محمد بن نصر في كتاب الاختلاق في باب طلاق المكره: ليس له إسناد يحتج بمثله.
الثالث: قول الألباني له طرق أخرى واهية لكن تقويه. وجوابه أنها شديدة الضعف فلا يخبر بها.
الرابع: قول الألباني ورد عن الحسن مرسلاً. جوابه لم يروه أحد ومع ذلك فمرسلات الحسن واهية لأنه يروي عن كل أحد هذا مقرر في كتب المصطلح.
ومما يؤكد الاضطراب في متن فقد ورد بلفظ: رفع عن أمتي وورد بلفظ: إن الله تجاوز وورد: إن الله وضع وورد: إن الله يجاوز لأمتي. هناك = ألفاظ أخرى.

الحديث المعروف. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس. وإنما هي

والحاكم وقال صحيح على شرطهما قوله: (ولنا قوله ﷺ «إن صلاتنا» الخ)(١) رواه مسلم من حديث معاوية بن الحاكم السلمي قال «بينا أنا أصلي مع رسول الله ﷺ إذ عطس رجل من القوم فقلت له: يرحمك الله، فرماني القوم بأبصارهم، فقلت: واثكل أماه ما شأنكم تنظرون إليّ، فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم، فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكت، فلما صلى رسول الله ﷺ دعاني فبأبي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه، فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني ثم قال: إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن»(٢) اهـ. وقد أجابوا بأنه لا يصلح دليلاً على البطلان، بل على أنه محظور والحظر لا يستلزم البطلان، ولذا لم يأمره بالإعادة وإنما علمه أحكام الصلاة. قلنا إن صح فإنما بين الحظر حالة العمد والاتفاق على أنه حظر يرتفع إلى الإفساد. وما كان مفسداً حالة العمد كان كذلك حالة السهو لعدم المزيل شرعاً كالأكل والشرب ـ وقوله «رفع عن أمتي»(٣) أو «إن الله وضع عنهم» من باب المقتضي ولا عموم له ـ لأنه ضروري فوجب

بالتنبيه أو يتنبه بعد إتعاب، والنسيان هو أن يخرج المدرك من الخيال على ما عرف في موضعه (ومفزعه) أي ملجؤه (الحدث المعروف) وهو قوله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الحديث. ووجه الاستدلال أن حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الإفساد مرفوعاً (ولنا) حديث معاوية بن الحكم قال «صليت خلف رسول الله ﷺ، فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله، فرماني القوم بأبصارهم فقلت: واثكل أماه ما لي أراكم تنظرون إليّ شزراً؟ فضربوا أيديهم على أفخاذهم فعلمت أنهم يسكتونني، فلما فرغ النبي ﷺ دعاني، فوالله ما رأيت معلماً أحسن تعليماً منه ما كهرني ولا زجرني ولكن قال (إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس») الحديث. جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل وجود الطهارة فيها من حقها، فكما لا يجوز مع عدم الطهارة لا يجوز مع وجود الكلام وهو واضح جداً. فإن قيل: لو كان مفسداً لأمر بالإعادة ولم يثبت. قلنا: هذا استدلال بالنفي وهو باطل، سلمناه ولكن العلم بالنسخ شرط ولم يكن فلم يأمره بالإعادة كمسلم لم يهاجر، وقوله (وما رواه محمول على رفع الإثم) جواب عن استدلاله بالحديث المعروف. وتقريره أن حكم الآخرة وهو الإثم مراد بالإجماع. فلا يكون حكم الدنيا مراداً وإلا لزم عموم المشترك أو المقتضي، وكلاهما باطل على ما عرف في موضعه، وقوله (بخلاف السلام ساهياً) جواب عما يقال السلام كالكلام في أن كل واحد منهما قاطع، وفي السلام يفصل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام. ووجهه أن السلام ليس كالكلام (لأنه من الأذكار) إذ المتشهد يسلم على النبي ﷺ وهو اسم من أسماء الله تعالى، وإنما أخذ حكم الكلام بكاف الخطاب، وإنما يتحقق معنى الخطاب فيه عند

قوله: (معنى الخطاب فيه عند القصد) أقول: أي السلام وفيه صنعة الاستخدام

= ومما يؤكد وهنه ما جاء في البخاري ومسلم وغيرهما: إن الله عز وجل تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به.
فهذا الحديث يدل دلالة قاطعة على أن الله عز وجل تجاوز عن هذه الأمة حديث النفس فقط.

الخلاصة: هذا حديث أنكره أحمد جداً كما تقدم وأبطل معناه أيضاً وكذا أبو حاتم ورجح بطلانه وكذا محمد بن نصر المروزي وابن حبان وغيرهم وهؤلاء أئمة هذا الشأن وأعلم من غيرهم بالأحاديث متناً وإسناداً وانظر تلخيص الحبير ١/ ٢٨٢ ونصب الراية ٢/ ٦٤، ٦٥ والدراية ١/ ١٧٥، ١٧٦.

تنبيه: قول صاحب الهداية: رفع عن أمتي... فهو بهذا اللفظ غريب لذا أعرض عنه ابن الهمام وقال الزيلعي لا يوجد وقال ابن حجر في الدراية لم أجده بهذا اللفظ اهـ.

وقد جاء في طبقات الشافعية ٢/ ٢٥ لابن السبكي نقلاً عن ابن عبد الهادي قوله: أخرجه بهذا اللفظ الفضل بن جعفر التميمي عن الوليد عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس اهـ.

وهو إسناد منقطع الوليد يدلس التسوية وذلك بإسقاط شيخ شيخه.

(١) سيأتي لفظه فيما بعده.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم وغيره وقد تقدم وهو في مسلم ٥٣٧

(٣) تقدم مستوفياً قبل حديث.

التسبيح والتهليل وقراءة القرآن» وما رواه محمول على رفع الإثم. بخلاف السلام ساهياً لأنه من الأذكار فيعتبر ذكراً في حالة النسيان وكلاماً في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب **(فإن أن فيها أو تأوه أو بكى فارتفع بكاؤه، فإن كان من ذكر الجنة أو النار لم يقطعها)** لأنه يدل على زيادة الخشوع **(وإن كان من وجع أو مصيبة قطعها)** لأن فيه إظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس. وعن أبي يوسف رحمه الله أن قوله آه يفسد في الحالين وأوّه يفسد. وقيل الأصل عنده أن الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو إحداهما لا تفسد، وإن كانتا أصليتين تفسد.

تقديره على وجه يصح، والإجماع على أن رفع الإثم مراد فلا يراد غيره وإلا لزم تعميمه وهو في غير محل الضرورة، ومن اعتبره في الحكم الأعم من حكم الدنيا والآخرة فقد عممه من حيث لا يدري، إذ قد أثبته في غير محل الضرورة من تصحيح الكلام وصار كما إذا أطال الكلام ساهياً فإنه يقول بالفساد. فإن الشرع إذا رفع إفساده وجب شمول الصحة. وإلا فشمول عدمها وكالأكل والشرب، وإنما عفى القليل من العمل لعدم الاحتراز عنه لأن في الحيّ حركات من الطبع وليست الصلاة، فلو اعتبر بإفساده مطلقاً لزم الحرج في إقامة صحة الصلاة فعفى ما لم يكثر وليس الكلام من طبع الحي قوله: **(بخلاف السلام ساهياً)** جواب عن قياس مقدر للشافعي رحمه الله على السلام ساهياً وهو ظاهر من الكتاب قوله: **(فإن أن فيها)** أي قال آه أو تأوّه: أي قال أوّه ونحوه قوله: **(فارتفع بكاؤه)** أي حصل به الحروف قوله: **(فكان من كلام الناس)** صريح كلامه أن كونه إظهاراً للوجع بلفظ هو المصير له كلاماً فلا يحتاج في تقريره إلى قولهم لأنه إذا كان إظهاراً للوجع فكأنه قال أدركوني أو أعينوني، بخلاف إظهار الرغبة والرهبة لأنه كقوله أدخلني الجنة وأعدني من النار، وذلك غير مفسد إذ يعطي ظاهره أن كونه دالاً على ذلك الكلام صيره كلاماً. لكن مجرد كونه إظهاراً لذلك هو الذي يصيره كلاماً وهذا هو الحق، ورشحه في الكلام مع أبي يوسف حيث اشترط في كون اللفظ مفسداً كونه حرفين زائدين أو أحدهما بقوله وهذا لا يقوي. لأن كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الحروف وإفهام المعنى، ولا شك أن إظهار الوجع باللفظ إفادة معنى به فيكون نفسه كلاماً وإن لم يكن فيه وضع. واشترط الوضع اصطلاح حادث في الكلام، ولو سلم ثبوته لغة لم يلزم اشتراطه في الإفساد لأن المعقول في الإفساد كونه إفادة المعنى باللفظ لا يفيد كونه بطريق الوضع، إذ ليس كونه خارجاً عن عمل الصلاة متوقفاً عليه. وقوله في الحالين: أي الخشوع والجزع، وقوله لا تفسد: أي في الحالين أيضاً عنده، وكذا أف مشدداً ومخففاً لا تفسد، وتمسك في ذلك بما روى «أنه ﷺ نفخ في صلاة الكسوف فقال: أف ألم تعدني أن لا

القصد، فإذا كان ناسياً ألحقناه بالأذكار، وإذا كان عامداً ألحقناه بالكلام عملاً بالشبهين، بخلاف الكلام فإنه ينافي الصلاة على كل حال فكان مبطلاً لها كذلك، وطولب بالفرق بينه وبين أفعال تنافي الصلاة فإن القليل منها غير مفسد، وأجيب بأن الاحتراز عن قليلها غير ممكن، إذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى تدخل في حيز ما يمكن الاحتراز وهو الكثير، وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى القليل والكثير. قوله **(فإن أنّ فيها أو تأوه)** الأنين: صوت المتوجع، وقيل هو أن يقول آه، والتأوه أن يقول أوة. وارتفاع البكاء هو أن يحصل به حروف، وكل ذلك إما أن يكون من ذكر الجنة أو النار، أو عن وجع أو مصيبة، فإن كان الأول لم يقطعها لأنه يدل على زيادة الخشوع، وإن كان الثاني قطعها لأن فيه إظهار الجزع والمصيبة، فكان كل منهما دليلاً على أمر، والدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يكن هناك صريح يخالفها، ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال: اللهم إني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم يضره. ولو صرح بإظهار الوجع فقال إني مصاب فسدت صلاته. فكذلك بالدلالة إذ ليس ثمة صريح يخالفها. وعن أبي يوسف أنه إذا قال آه لم تفسد في الحالين، سواء كان من ذكر الجنة أو النار، أو من وجع ومصيبة واوّه تفسد، وقيل الأصل عنده أن الكلمة إذا اشتملت على

قوله: **(لأن فيه إظهار الجزع والمصيبة الخ)** أقول: قول المصنف فكان من كلام الناس يدل على أن فساده لكونه نفسه من كلام الناس لإفادة إظهار الجزع والتأسف، ويدل على ذلك ما ذكره في جواب أبي يوسف أيضاً فلا يطابق ما ذكره الشروح فتأمل

وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوي لأن كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وإفهام المعنى، ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد (وإن تنحنح بغير عذر) بأن لم يكن مدفوعاً إليه (وحصل

تعذيبهم وأنا فيهم»[1] قلنا واقعة حال لا عموم لها، فيجوز كونها قبل تحريم الكلام في الصلاة فلا يعارض ما روينا، وقوله فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ونحوه من الأحاديث قوله: (في قولهم اليوم تنساه) سمط تنفر منه النفس أين هو من أمان وتسهيل، وقد جمعها العلامة ابن مالك أربع مرات في هذا البيت:

هناد وتسليم تلا يوم أنسه نهاية مسؤول أمان وتسهيل

وقال الشافعي رحمه الله: الأنين والبكاء والتأوّه يقطع مطلقاً إذا حصل منه حرفان. ولنا ما روى «أنه ﷺ كان يصلي بالليل ولصدره أزيز كأزيز المرجل»[2] وبأزيز المرجل يحصل الحروف لمن يصغي قوله: (ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد) قال في النهاية: قلت هذا لا يرد عليه لأن كلامه في الحرفين لأن في الزائد عليهما يكون قوله كقولهما ١هـ. وأثر هذا البحث في العبارة فقط فإنه لو أراد بالجمع الأثنين فصاعداً، أو صرح فقال: ويتحقق ذلك في حرفين زائدين، أو أن الجمع هنا باعتبار المتكلمين لا متكلم واحد مثل لا نكاح إلا بشهود مع أن كل نكاح بشاهدين طاح ما ذكره وهو كذلك هذا أو عن أبي يوسف أنه إن كان الأنين يمكن الامتناع من ذلك الوجع عنه يقطع الصلاة وإلا فلا ـ وعن محمد رحمه الله: إن كان ألمه خفيفاً يقطع وإلا لا قوله: (ينبغي الخ) إنما لم يجزم بالجواب لثبوت الخلاف فيما إذا لم يكن مدفوعاً له بل فعله لتحسين الصوت. فعند الفقيه إسماعيل الزاهد تفسد، وعند غيره لا، وهو الصحيح لأن ما للقراءة ملحق بها، وكذا لو تنحنح بالإعلام أنه في الصلاة، ولو نفخ مسموعاً فسدت. واختلف في معنى المسموع فالحلواني وغيره ما يكون له حروف كاف تف تفسد، وإلا فلا تفسد، وبعضهم لا يشترط الحروف إلا في الإفساد بعد كونه مسموعاً، وإليه ذهب شيخ الإسلام، وعلى هذا لو نفر طائراً أو دعاه بما هو مسموع قوله: (وإن كان بعذر) أو مدفوعاً إليه: أي مبعوث الطبع، فإنه حينئذ لا يمكنه الاحتراز عنه فلا تفسد، ومثله المريض إذا كان لا يملك نفسه عنه لا تفسد كالجشاء[3]. وعلى هذا يحمل قول أبي يوسف في الأنين إن كان

حرفين وهما زائدتان أو إحداهما لا تفسد، وإن كانتا أصليتين تفسد، وهذا لأن أصل كلام العرب ثلاثة أحرف لاحتياجه إلى حرف يبتدأ به وحرف يوقف عليه وحرف يفصل بينهما، فالحرف الواحد أقل الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام، والحرفان إن كان أحدهما من الزوائد كذلك لأنه نظر إلى الأصل على حرف واحد، وأما إذا كانتا أصليتين فقد وجد الأكثر وهو يقوم مقام الكل، والحروف الزوائد على معنى أن كل زائد لا بد وأن يكون منها لا عكسه جمعوها في قولهم اليوم تنساه، وعلى هذا قوله آه لا تفسد لأنهما من الزوائد، وأوه تفسد لأنه زائد على حرفين فإنه في الزوائد على حرفين لا ينظر إلى الأصالة والزيادة. قال المصنف (وهذا لا يقوي لأن كلام الناس هو المفسد، وكلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وإفهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد) قال في النهاية: فإنك إذا قلت أنتم اليوم سألتمونيها فإن هذا مبتدأ وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد، وهو مفسد بالاتفاق. قلت: هذا لا يرد عليه لأن كلامه في الحرفين

---

(١) يشبه لحسن. أخرجه أبو داود ١١٩٤ في صلاة الكسوف. من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص باب من قال: يركع ركعتين. وفيه: ثم نفخ في آخر سجوده فقال: أف أف ثم قال: رب ألم تعدني ألا تعذبهم وأنت فيهم. ألم تعدني ألا تعذبهم وهم يستغفرون.
وفي إسناده عطاء بن السائب عن أبيه وهذا الخبر رواه البخاري معلقاً في كتاب العمل في الصلاة ٢١ باب ما يجوز من النفخ والبصاق في الصلاة ويذكر عن ابن عمرو بن العاص: أن النبي ﷺ نفخ في سجوده في كسوف. وأشار ابن حجر الى أن ابن خزيمة رواه عن الثوري وقد سمع من عطاء قبل اختلاطه

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٩٠٤ والترمذي والنسائي ٣/ ١٣ كلهم من حديث مطرف عن أبيه: أتيت النبي ﷺ وهو يصلي ولجوفه أزيز كأزيز المرجل يعني يبكي. هذا لفظ النسائي. ورجاله رجال الصحيح لكن في المتن اضطرب ففي أبي داود: كأزيز الرحى.
المرجل: إناء يغلي فيه الماء والأزيز هو صوت البكاء من خشية الله

(٣) الجشاء: صوت مع ريح يخرج من الفم عند الشبع. والتجشؤ تكلف ذلك اهـ المعرب.

به الحروف ينبغي أن يفسد عندهما، وإن كان بعذر فهو عفو كالعطاس) والجشاء إذا حصل به حروف **(ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلاة فسدت صلاته)** لأنه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم، بخلاف

لا يمكن الاحتراز عنه قوله: **(فقال له آخر)** احتراز عما إذا قال لنفسه يرحمك الله لا تفسد كقوله يرحمني الله. وعن أبي يوسف لا تفسد في قوله لغيره ذلك لأنه دعاء بالمغفرة والرحمة. وهما يتمسكان بحديث معاوية بن الحكم[1] السابق أوّل الباب فإنه في عين المتنازع فيه لأن مورده كان تشميت عاطس. وبالمعنى الذي ذكره في الكتاب قوله: **(على ما قالوا)** إشارة إلى ثبوت الخلاف، روى عن أبي حنيفة أن ذلك إذا عطس فحمد في نفسه من غير أن يحرّك شفتيه فإن حرّك فسدت صلاته قوله: **(فسدت صلاته)** يعني إذا قصد التعليم، أما إذا أراد التلاوة فلا، وكذا لو قيل ما مالك؟ فقال الخيل والبغال والحمير أو كان أمامه كتاب وخلفه رجل اسمه يحيى فقال يا يحيى خذ الكتاب. إن أراد إفادته المعنى فسدت لا إن أراد القراءة قوله: **(شرط التكرار)** بأن فتح غير مرة لأن فعل ليس من أفعال الصلاة فيعفى قليله ولم يشرطه في الجامع وهو الصحيح لأنه كلام فلا يعفي قليله قوله: **(لم يكن كلاماً استحساناً)** هذا أعم من كون الفتح بعد قراءة ما تجوز به الصلاة أو قبله، وقيل إن قرأ الإمام ما تجوز به تفسد لعدم الحاجة إليه والأصح

لا في الزائد عليهما، فإن في الزائد عليهما قوله كقولهما وتابعه الشارحون، وأقول: قول المصنف في حروف كلها زوائد يجوز أن يكون المراد بالجمع فيه التثنية، وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء وإفهام المعنى، وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون كغيره من كلام الناس فيكون مفسداً **(وإن تنحنح)** وحصل به حروف، فإما أن يكون بعذر أو لا، فإن كان الثاني وهو إن لم يكن مدفوعاً إليه: أي إن لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغي أن تفسد عندهما. قيل إنما قال ينبغي لأن المشايخ اختلفوا فيما إذا كان التنحنح لإصلاح الصوت للقراءة، فقال شيخ الإسلام: لا تفسد لأنه يصير بمعنى القراءة معنى، كالمشي للبناء فإنه لكونه لإصلاح الصلاة صار من الصلاة، وكذا ذكره شمس الأئمة، وقال في المحيط: وإن لم يكن مدفوعاً إليه في التنحنح إلا أنه فعل لإصلاح الحلق ليتمكن من القراءة إن ظهر له حروف كقوله أح أح وتكلف لذلك كان الفقيه إسماعيل الزاهد يقول: يقطع الصلاة عندهما لأنها حروف هجاء. وفيه نظر لأن اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك. ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك. وقوله عندهما أيضاً فيه نظر لأنه قال: وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما كما مر فلا وجه لإفرادهما بالذكر، فإن حمل الجمع ههنا أيضاً على التنبيه اندفع النظر الثاني، ويقال في دفع الأول إنه لم يثبت فيه نقل عن الأئمة، والقياس يقتضي أن يكون مفسداً فقال ينبغي وإن كان الأول فهو عفو: أي معفو كالعطاس والجشاء فإن ذلك لا يقطع الصلاة وإن حصل به حروف هجاء. قوله **(ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو)** أي القائل **(في الصلاة فسدت صلاته لأنه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم)** وإنما قيد بقوله آخر لأنه إذا قال العاطس بنفسه لا تفسد صلاته لأنه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد، كذا في الفتاوى الظهيرية **(بخلاف ما إذا قال العاطس أو السامع الحمد لله)** فإنه لا يفسد **(على ما قالوا)** وفي هذا اللفظ إشارة إلى خلاف البعض. وذكر في المحيط روى عن أبي حنيفة أن العاطس يحمد في نفسه ولا يحرك لسانه، فإن حركه فسدت صلاته، وجه الأول ما ذكره أنه لم يتعارف جواباً. قوله**(وإن استفتح ففتح عليه)** الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار، قال الله تعالى ﴿وكانوا من قبل يستفتحون﴾ أي يستنصرون ويجوز أن يكون كل واحد منهما ههنا مراداً والاستفتاح أربعة أقسام بحسب القسمة العقلية، وذلك لأن المستفتح والفاتح إما ن يكون في الصلاة وليس مما نحن فيه، أو يكونا فيها. أو يكون

قوله: **(المراد بالجمع فيه التثنية)** أقول: أي ما يشمل التثنية قوله: **(قيل إنما قال ينبغي)** أقول: صاحب القيل هو صاحب النهاية قوله: **(لا يستلزم ذلك)** أقول: أي إتيان اللفظ ينبغي قوله: **(ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك)** أقول: أي إتيان هذا اللفظ قوله: **(فإن حمل الجمع ههنا أيضاً على التثنية اندفع النظر الثاني)** أقول: لكن قوله أح أح يمنع عن ذلك الحمل قوله: **(فيه نقل عن الأئمة)** أقول: يعني المتقدمين.

---

(١) رواه مسلم وغيره تقدم قبل قليل في ١/٣٩٦ وفيه: إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس.

ما إذا قال العاطس أو السامع الحمد لله على ما قالوا لأنه لم يتعارف جواباً **(وإن استفتح ففتح عليه في صلاته تفسد)** ومعناه أن يفتح المصلي على غير إمامه لأنه تعليم وتعلم فكان من جنس كلام الناس، ثم شرط التكرار في الأصل لأنه ليس من أعمال الصلاة فيعفي القليل منه، ولم يشرط في الجامع الصغير لأن الكلام بنفسه قاطع وإن قل **(وإن فتح على إمامه لم يكن كلاماً مفسداً)** استحساناً لأنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى **(وينوي الفتح على إمامه دون القراءة)** هو الصحيح لأنه مرخص فيه، وقراءته ممنوع عنها **(ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح وتفسد صلاة الإمام لو أخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي**

الأول قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم ينوي القراءة وهو سهو لأنه عدول إلى المنهي عنه عن المرخص فيه بما روي «أنه ﷺ قرأ في الصلاة سورة المؤمنين فترك كلمة فلما فرغ قال: ألم يكن فيكم أبي؟ قال بلى، قال: هلا فتحت عليّ؟ فقال: ظننت أنها نسخت، فقال ﷺ: لو نسخت لأعلمتكم»[1] وعن علي رضي الله عنه: إذا استطعمك الإمام فأطعمه[2] قوله: **(وتفسد صلاة الإمام)** هذا قول بعض المشايخ وعامتهم على ما يفيده لفظ المحيط على أنه لا يفسد وإن انتقل وهو الأوفق لإطلاق المرخص الذي رويناه قوله: **(إذا جاء أوانه)** أجمله للخلاف فيه فإن قاضيخان وصاحب المحيط وبكراً اعتبروا أوان الركوع بعد قراءة ما تجوز به الصلاة. وقال بعضهم: ينبغي أن لا يلجئهم إليه بل ينتقل إلى آية أخرى أو يركع إذا قرأ المستحب صوتاً للصلاة عن الزوائد، وهذا هو الظاهر من جهة

المستفتح فيها دون الفاتح أو بالعكس من ذلك. فإن كانا في الصلاة فإما أن تكون الصلاة متحدة بأن يكون المستفتح إماماً والفاتح مأموماً أو لا يكون، ففي الثانية فسدت صلاة كل واحد منهما **(لأنه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس)** قال في الأصل: إذا فتح غير مرة فسدت صلاته، وفيه إشارة إلى أنه إذا لم يتكرر لاتفسد. قال **(لأنه ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشرط في الجامع الصغير)** التكرار **(لأن الكلام في نفسه قاطع وإن قل)** قيل وهو الصحيح، وفي الأول لا يكون كلاماً استحساناً، إما بالأثر وهو ما روي «أن رسول الله ﷺ قرأ في الصلاة سورة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال ﷺ: ألم يكن فيكم أبي بن كعب؟ فقال بلى يا رسول الله، فقال ﷺ: هلا فتحت عليّ، فقال: ظننت أنها نسخت، فقال عليه الصلاة والسلام: لو نسخت لأنبأتكم» وإما بما قال في الكتاب من أنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى. ثم اختلف المشايخ بأن المقتدي ينوي الفتح على إمامه أو قراءة القرآن، فمنهم من قال: ينوي بالفتح التلاوة، ومنهم من قال: ينوي الفتح دون التلاوة، قال المصنف **(هو الصحيح)** إشارة إلى أن الأول ليس بصحيح لأن المقتدي رخص له في الفتح على إمامه ومنع عن القراءة فلا يدع ما رخص له إلى ما نهى عنه، وإنما هذا إذا أراد أن يفتح على غير إمامه فإنه ينوي القراءة دون التعليم على ما يذكر، ولم يفرق في الكتاب بين ما إذا قرأ الإمام مقدار ما تجوز به الصلاة وبين ما إذا لم يقرأ وإن اختلفوا فيه اختياراً منه للصحيح، فإنه إذا فتح بعد ما قرأ ذلك صح ولا تفسد صلاة واحد منهما **(وإن فتح على إمامه لم يكن كلاماً استحساناً لأنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى، وينوي الفتح على إمامه دون القراءة هو الصحيح لأنه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها، ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاته الفاتح وصلاة الإمام أيضاً إن أخذ بقوله لوجود التلقين والتلقين من غير ضرورة)** وهذا أيضاً قول المشايخ اختاره المصنف، ومنهم من يقول لا تفسد **(وينبغي للمقتدي أن لا يعجل بالفتح وينبغي للإمام أن لا يلجئهم إليه)** بأن يردد الآية أو يقف ساكتاً **(بل يركع إذا جاء أوانه أو ينتقل إلى آية أخرى)** وإنما أطلق الأوان لاختلاف المشايخ فيه. فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال: ينبغي للإمام إذا أرتج أن يتجاوز إلى سورة أخرى أو يركع إذا كان قرأ المستحب صيانة للصلاة عن الزوائد، ومنهم من اعتبر الفرض فقال: يكره للإمام

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٩٠٧ من حديث المسور بن يزيد دون آخره وأعله المنذري في مختصره يحيى بن كثير الكاهل قال أبو حاتم عنه: شيخ. لكن رواه أبو داود أيضاً من وجه آخر من حديث ابن عمر. بإسناد حسن. وأخرجه الدارقطني ١/ ٤٠٠ وإسناده ضعيف أخرجه من حديث أبي ابن كعب وورد عن أنس قوله: كنا نفتح على الأئمة على عهد رسول الله ﷺ أخرجه الحاكم ١/ ٢٧٦ وصححه وأقره الذهبي. وهو بهذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح. وخبر أنس رواه الدارقطني أيضاً ١/ ٤٠٠، ٤٠١ لكن إسناد الدارقطني ضعيف. والعمدة ما تقدم.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٠٠ من طريقين أحدهما حسن. عن علي قوله.

أن لا يعجل بالفتح، وللإمام أن لا يلجئهم إليه بل يركع إذا جاء أوانه أو ينتقل إلى آية أخرى ولو أجاب رجلاً في الصلاة بلا إله إلا الله فهذا كلام مفسد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يكون مفسداً) وهذا الخلاف فيما إذا أراد به جوابه. له أنه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته، ولهما أنه أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جواباً كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح **(وإن أراد إعلامه أنه في الصلاة**

الدليل، ألا يرى إلى ما ذكروا أنه ﷺ قال لأبي «هلا فتحت علي»[1] مع أنها كانت سورة المؤمنين بعد الفاتحة قوله: **(وهذا الخلاف فيما إذا أراد جوابه)** بأن قيل مثلاً أمع الله إله آخر فقال لا إله إلا الله، أما إن أراد إعلامه أنه في الصلاة فلا يتفرغ للجواب فلا تفسد في قول الكل، وكذا إذا أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله تفسد في قصد الجواب لا الإعلام قوله: **(فلا يتغير بعزيمته)** كما لم يتغير عند قصد إعلامه أنه في الصلاة مع أنه أيضاً قصد هناك إفادة معنى به ليس هو موضوعاً له. قلنا خرج قصد إعلام الصلاة بقوله ﷺ «إذا نابت أحدكم نائبة وهو في الصلاة فليسبح»[2] الحديث، أخرجه الستة لا لأنه لم يتغير بعزيمته كما لم يتغير عند قصد إعلامه، فإن مناط كونه من كلام الناس كونه لفظاً أفيد به معنى ليس من أعمال الصلاة لا كونه وضع لإفادة ذلك فيبقي ما وراءه على المنع الثابت بحديث معاوية ابن الحكم[3]، وكونه لم يتغير بعزيمته ممنوع. قال السريّ السقطي: لي ثلاثون سنة أستغفر الله من قولي الحمد لله احترق السوق، فخرجت فقيل لي سلمت دكانك، فقلت الحمد لله. فقلت تسر ولم تغتم لأمر المسلمين؟ وأقرب ما

أن يتردد فيلجىء القوم أن يفتحوا عليه إذا كان قرأه مقدار ما يتعلق به الجواز، وإذا كان المستفتح وحده في الصلاة وفتح عليه الخارج وأخذ منه فسدت صلاته لوجود التلقين والتلقين وإن كان بالعكس، فإن نوى تعليمه فسدت صلاته، وإن نوى قراءة القرآن لم تفسد، واشتراط التكرار وعدمه قد مر، قوله **(ولو أجاب رجلاً في الصلاة بلا إله إلا الله)** إذا قيل بين يدي المصلي أإله مع الله فقال لا إله إلا الله فلا يخلو، إما أنه أراد جوابه أو إعلامه أنه في الصلاة، فإن كان الأول فسدت صلاته عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تفسد لان هذا الكلام ثناء بصيغته: أي بما وضع له صيغته، وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما إذا أراد به إعلامه أنه في الصلاة. ولهما أنه كلام يحتمل الثناء والجواب فكان كالمشترك، والمشترك يجوز تعيين أحد مدلوليه بالقصد والعزيمة كالتشميت فإنه لا شك أنه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب، وقد ألحقه النبي ﷺ بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس. فإن قيل: روي أن رسول الله ﷺ قال في جواب ابن مسعود حين استأذن على الدخل وهو ﷺ في الصلاة «ادخلوها بسلام آمنين» أراد جوابه ولم تفسد صلاته، قيل أجاب شمس الأئمة السرخسي بأنه محمول على أنه انتهى بالقراءة إلى هذا الموضع وقياسه على إرادة الإعلام فاسد لأنه ثبت بالنص على ما نذكر، وإذا قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال إنا لله وإنا إليه راجعون اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القائل لا يحتاج إلى بيان فارق وهو الصحيح، ومنهم من قال هو على الوفاق: يعني أن أبا يوسف وافقهما في أن الاسترجاع مفسد، والفرق له أن الاسترجاع لإظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله والتهليل للتعظيم والتوحيد والصلاة شرعت له، وإن كان الثاني لم يفسد بالإجماع لقوله ﷺ «إذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح فإن التسبيح للرجال والتصفيق للنساء» قوله **(ومن صلى ركعة من الظهر)** يعني إذا صلى رجل ركعة من صلاة ثم افتتح افتتاحاً ثانياً فلا يخلو إما أن تكون الثاني عين الأولى أو غيرها، فإن كان الثاني فقد نقض الأولى وهي المسألة المذكورة في الكتاب أولاً لأنه صح شروعه في حق غيره، ومن ضرورته

---

(١) تقدم قبل أثر علي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٤ و١٢١٨ و١٢٣٤ ومسلم ٤٢١ وأبو داود ٩٤٠ والدارمي ١٣٣٨ وابن ماجه ١٠٣٥ وأحمد ٥/ ٣٣٠ كلهم من حديث سهل بن سعد في خبر إمامة أبي بكر بالناس في مرض رسول الله ﷺ وفيه: فجاء النبي ﷺ والناس في الصلاة فصفق الناس وفيه: فتقدم رسول الله ﷺ فصلى للناس فلما فرغ أقبل على الناس فقال: يا أيها الناس ما لكم حين نابكم شيء في الصلاة أخذتم في التصفيق؟ إنما التصفيق للنساء من نابه شيء في صلاته فليقل سبحان الله. هذا السياق للبخاري ومسلم وغيرهما وأتم منه. ورواية للبخاري: مالي رأيتكم أكثرتم التصفيق؟ من رابه شيء في صلاته فليسبح.

(٣) رواه مسلم وغيره تقدم في ١/ ٣٩٦

لم تفسد بالإجماع) لقوله ﷺ «إذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح» **(ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع فقد نقض الظهر)** لأنه صح شروعه في غيره فيخرج عنه **(ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزأ بتلك الركعة)** لأنه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله **(وإذا قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة)** لأنها عبادة انضافت إلى عبادة أخرى **(إلا أنه يكره)**

ينقض كلامه ما وافق عليه الفساد بالفتح على قارىء غير الإمام فهو قرآن وقد تغير إلى وقوع الإفساد به بالعزيمة، ولو سمع المؤذن فقال مثله مريداً جواب الأذان أو أذن ابتداء وأراد به الأذان فسدت لقصد الجواب والإعلام لوجود زمان مخصوص: أعني وقت الصلاة. وعند أبي يوسف لا تفسد حتى يحيعل. ولو صلى على النبي ﷺ جواباً لسماع ذكره تفسد لا ابتداء، ولو قرأ ذكر الشيطان فلعنه لا تفسد، ولو لدغته عقرب فقال بسم الله تفسد خلافاً لأبي يوسف قوله: **(لأنه صح شروعه في غيره)** فمناط الخروج عن الأول صحة الشروع في المغاير ولو من وجه، فلذا لو كان منفرداً في فرض فكبر ينوي الاقتداء أو النفل أو الواجب أو شرع في جنازة فجيء بأخرى فكبر ينويهما أو الثانية يصير مستأنفاً على الثانية فقط، بخلاف ما إذا لم ينو شيئاً، ولو كان مقتدياً فكبر للانفراد يفسد ما أدى قبله ويصير مفتتحاً ما نواه ثانياً قوله: **(فهي)** أي تلك الركعة التي صلاها قبل الافتتاح الثاني هي: أي التي يحتسب بها أو التي وقع فيها الافتتاح الثاني هي التي هو فيها بعده فيحتسب بتلك الركعة حتى لو لم يقعد فيما بقي القعدة الأخيرة باعتبارها فسدت الصلاة فلغت نية الثانية، ومعلوم أن هذا إذا لم يلفظ بلسانه فإن قال ثوبت أن أصلي الخ فسدت الأولى وصار مستأنفاً المنوي ثانياً مطلقاً قوله: **(وعلى الأول يفترقان)** فيحمل ما روى عن ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها أنه كان يؤم بها في شهر رمضان وكان يقرأ من المصحف[1] على أنه كان موضوعاً[2]، وعلى الثاني كون تلك مراجعة كانت قبيل الصلاة ليكون بذكره أقرب، وهو المعوّل عليه في دفع قول الشافعي يجوز بلا كراهة لأنه ﷺ صلى حاملاً أمامه بنت أبي العاصي على عاتقة فإذا سجد وضعها. وإذا قام حملها فإن هذه الواقعة ليس فيها تلقن، وتحقيقه أنه قياس قراءة ما تعلمه في الصلاة من غير معلم حيّ عليها من معلم بجامع أنه تلقن من خارج وهو المناط في الأصل فقط، فإن فعل الخارج لا أثر له في الفساد بل المؤثر فعل من في الصلاة وليس منه إلا التلقن،

الخروج عن الأولى فتبطل، وإن كانتا فرضين فلا يخلو إما أن يكون المصلي صاحب ترتيب أو لا، فإن كان وقعت الثانية نفلاً، وإن لم يكن وقعت فرضاً، وإن كان الأول وهي المذكورة في الكتاب ثانياً فقد لغت نيته وبقي المنوي الأول على حاله لأنه نوى تحصيل الحاصل ويكون ما صلى من الأولى محسوباً حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات خرج عن العهدة، ولو صلى أربعاً على ظن أن الأولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة بطلت صلاته لأنه ترك القعدة الأخيرة. وذكر في الخلاصة أن هذا إذا نوى بقلبه، أما إذا نوى بلسانه وقال نويت أن أصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجتزأ به. وقوله **(وإذا قرأ الإمام من المصحف)** قيّد الإمام اتفاقي لأن حكم المنفرد كذلك. قيل ويحتمل أنه قيده بالإمام لأنه المحتاج إلى تطويل القراءة، فربما يحتاج إلى النظر في المصحف، ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه، فمنهم من يقول: إذا قرأ مقدار آية تامة لأن ما دونه غير معتبر قراءة، ومنهم من يقول: إذا قرأ مقدار الفاتحة، والظاهر أن القليل والكثير عنده من الإفساد سواء، وعندهما في عدمه سواء فلهذا أطلقه في الكتاب **(لهما أنها)** أي القراءة **(عبادة)** وهو واضح **(انضافت)** أي انضمت **(إلى عبادة)** وهو النظر في المصحف لقوله ﷺ «أعطوا أعينكم من العبادة حظها» قيل وما حظها من العبادة؟ قال: النظر في المصحف. والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف إذا انضمت إلى أخرى **(إلا أنه يكره لأنه تشبه بصنيع أهل الكتاب)** ونحن نهينا عن التشبه بها فيما لنا منه بد، ولأبي حنيفة أن حمل المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف وتقليب الأوراق عمل كثير وهو مفسد

---

(١) هذا الأثر. أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجرم في باب إمامة العبد والمولى. وقال ابن حجر ٢/ ١٨٥ وصلى أبو داود في المصاحف وابن أبي شيبة.

(٢) قوله موضوعاً. يعني: جعله على كرسي أو نحوه لا بيده.

لأنه تشبه بصنيع أهل الكتاب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير، ولأنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره. وعلى هذا لا فرق بين الموضع والمحمول، وعلى الأول يفترقان، ولو نظر إلى مكتوب وفهمه فالصحيح أنه لا تفسد صلاته بالإجماع بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله لأن المقصود هنالك الفهم، أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد

ولم يفصل في الجامع بين القليل والكثير في الإفساد، وقيل إن قرأ آية تفسد، وقيل بل قدر الفاتحة ولو كان يحفظ إلا أنه نظر فقرأ لا تفسد قوله: **(فالصحيح)** احتراز عن قول من قال إن كان مستفهماً فسدت على قول محمد خلافاً لأبي يوسف قياساً على مسألة اليمين وجوابها من الكتاب ظاهر. وقولهم لأنه تلقن غلط، إذ المفسد التلقن المقترن بقول ما تلقنه وهو منتف، وهذا الكلام في مكتوب غير قرآن، أما في القرآن لا تفسد اتفاقاً قوله: **(أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير)** واختلفوا في حدّه، فقيل ما يحصل بيد واحدة قيل وبيدين كثير، وقيل لو كان بحال لو رآه إنسان من بعيد تيقن أنه ليس في الصلاة فهو كثير. وإن كان يشك أنه فيها أو لم يشك أنه فيها فقليل وهو اختيار العامة. وقيل يفوّض إلى رأي المصلي إن استكثره فكثيره مفسد وإلا لا. قال الحلواني: هذا أقرب إلى مذهب أبي حنيفة.

ومن الفروع المؤسسة: لو أرضعت ابنها أو رضعها هو فنزل لبنها فسدت، ولو مص مصة أو مصتين ولم تنزل لم تفسد، وبثلاث تفسد وإن لم تنزل، ولو مس المصلية بشهوة أو قبلها ولو بغير شهوة تفسد، ولو قبلت المصلي ولم يشتهها لم تفسد، كذا في في الخلاصة، والله أعلم بوجه الفرق. ولو رأى فرج المطلقة رجعياً بشهوة يصير مراجعاً، ولا تفسد في رواية وهو المختار. ولو كتب ثلاث كلمات أو دهن رأسه ولحيته أو اكتحل أو جعل ماء الورد على رأسه بأن تناول القارورة فصبّ على يده أو سرح أحدهما أو نتف ثلاث شعرات بمرات أو حكّ ثلاثاً في ركن يرفع يده كل مرة أو قتل القملة بمرار متداركاً أو رمى عن قوس أو ضرب إنساناً كذلك أو دفع المار بيده أو رأسه أو تعمم أكثر من كورين أو تخمرت أو شد السراويل أو زر القميص أو لبسه أو الخفين أو مشى قدر صفين دفعه أو تقدم أمام الوجه أكثر من قدر صف أو ساق الدابة بمدّ رجليه تفسد، لا إن كسب أو شرب أو تعمم أو حك أو مشى أو نتف أقل مما عيناه أو غير متدارك أو لم يتناول القارورة بل كان في يده فمسح بها أو نزع اللجام أو القميص أو ساق برجل واحدة لا تفسد، وقولهم إذا دفع المار بيده تفسد يجب أن يحمل على التكرر دون فترة ليكون عملاً كثيراً. وإلا فالدفعة الواحدة عمل قليل. وقد قالوا في قتل الحية إنه إذا كان بعمل قليل لا تفسد، وبالكثير تفسد، بل اختار السرخسي أنها لا تفسد بالكثير أيضاً لأنه مرخص فيه بالنص فكان كالمشي الكثير في سبق الحدث، ولا شك أن هذا كذلك بالنص، وهو ما في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه فإن أبى فليقاتله فإنما هو

لا محالة، ولأنه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس بحاصل عنده، والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف **(وعلى هذا)** أي على الوجه الثاني **(لا فرق بين الموضع في مكان والمحمول)** لأنهما في التلقن سواء **(وعلى الأول يفترقان)** لأنه أحدث فيه الحمل، فإذا فات بالوضع فات بعض الدليل، وشمس الأئمة السرخسي جعل التعليل بالتلقن أصح. وقوله **(ولو نظر إلى مكتوب)** يعني إذا نظر إلى مكتوب سوى القرآن، فإنه إذا كان قرآناً لاخلاف لأحد في جوازه، فأما غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا تفسد على قول أبي يوسف، وتفسد على قول محمد، كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فإنه لا يحنث عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد لأن الغرض من القراءة باللسان الفهم فكان الفهم كالقراءة **(ولأبي يوسف إن القراءة إنما تكون باللسان)** لأنه من باب الكلام قال المصنف **(فالصحيح أنه لا تفسد صلاته بالإجماع)** وليس هذه كمسألة اليمين لأن المقصود هناك الفهم **(أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد)**

(وإن مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع صلاته) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقطع الصلاة مرور شيء» إلا أن

شيطان»[١] وسنتكلم فيه عند مسألة قتل الحية فلا أقل من تقييد الفساد بكونه كثيراً قوله: (وإن مرّت امرأة) خصها للتنصيص على رد قول الظاهرية أن مرورها يفسد، وكذا الحمار والكلب عندهم. ووجه الجواز حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين أنه ﷺ كان يصلي وأنا معترضة بين يديه فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي، فإن قام بسطتها. والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح[٢]. وقوله ﷺ «لا يقطع الصلاة مرور شيء وادرؤوا ما استطعتم فإنما هو شيطان»[٣] وفي مسنده مجالد فيه مقال. وإنما روى له مسلم مقروناً بجماعة من أصحاب الشعبي، وأخرج الدارقطني عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر قالوا: لا يقطع الصلاة مرور شيء، وادرؤوا ما استطعتم[٤]، ضعف رفعه ووقفه مالك في الموطأ. وقال النووي في شرح مسلم: حديث لا يقطع الصلاة مرور شيء ضعيف[٥]، والذي يظهر أنه لا ينزل عن الحسن لأنه يروي من عدة طرق عن أبي سعيد الخدري وابن عمر[٦] وأبي أمامة[٧] وأنس[٨] وجابر[٩] رضي الله عنهم، والروايات في أبي داود والدارقطني والطبراني في الأوسط[١٠] وعلى كل حال لا يقاوم ما في صحيح مسلم عنه ﷺ يقطع الصلاة إذا لم يكن بين يديه كاخرة الرحل المرأة والحمار والكلب الأسود. قلنا: ما بال الأسود من الأحمر؟ قال: يا ابن أخي سألت رسول الله ﷺ كما

قال: (وإن مرت امرأة بين يدي المصلي) إنما ذكر هذه المسألة وإن لم يصدر من المصلي شيء يوجب فساد صلاته رداً لقول أصحاب الظاهر أن مرور المرأة بين يدي المصلي يفسد صلاته لقوله عليه الصلاة والسلام «تقطع المرأة الصلاة والكلب والحمار» قلنا: أنكرته عائشة حين بلغها فقالت: يا أهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب، كان رسول الله ﷺ يصلي وأنا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة، فإذا سجد خنست رجلي، وإذا قام مددتها واعترض بأن الكلام في المرور بين يدي المصلي لا في الاعتراض، وأجيب بأن الاعتراض بدوامه إذا لم يكن مفسداً فالمرور أولى، ثم الكلام في هذه المسألة في مواضع: أولها هذا، وهو أن مرور شيء لا يقطعها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقطع الصلاة مرور شيء».

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٩ و٣٢٧٤ ومالك ١٥٤ ح٣٣ ومسلم ٥٠٥ وأبو داود ٧٠١ وابن ماجه ٩٥٤ والدارمي ١٣٨٣ وأحمد ٣/ ٦٣ كلهم من حديث أبي سعيد. وورد من حديث ابن عمر أخرجه مسلم ٥٠٦ بلفظ: إذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحداً يمر بين يديه فإن أبى فليقاتله فإنما معه قرين وكذا رواه ابن ماجه ٩٥٥

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٨٢ و٣٨٣ و٥١٣ و٥١٥ ومسلم ٥١٢ح ٢٧٢ وأبو داود ٧١٣ و٧١٤ والنسائي ١/ ١٠٢ ٢/ ٦٥ وابن ماجه ٩٥٦ والدارمي ٣٨٥ او أحمد ٦/ ١٢٨، ٢٢٥، ١٨٢ كلهم من حديث عائشة: كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته فإذا سجد غمزني فقبضتُ رجليّ وإذا قام بسطتها قالت: والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح. هذا لفظ مسلم ورواية للبخاري برقم ٥١٣ وكذا البيهقي ٢/ ٢٧٦

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٧١٩ والبيهقي ٢/ ٢٧٦ والدارقطني ١/ ٣٦٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري. وفيه مجالد بن سعيد الهمداني. قال في التقريب: ليس بالقوي. روى له مسلم وأصحاب السنن اهـ وللحديث شواهد فهو حسن.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٦٨ من حديث ابن عمر بهذا اللفظ وفي إسناده إبراهيم بن يزيد الخوزي متروك. وقد أخرجه مالك في الموطأ ١٥٦ ح٤٠ موقوفاً على ابن عمر ومثل هذا لا يقال بالرأي وما كان ابن عمر ليخالف الأحاديث الصحيحة إلا لشيء قد علمه من النبي ﷺ في جواز ذلك.

(٥) إلى هنا كلام النووي في شرح مسلم ٤/ ٢١٧.

(٦) حديث ابن عمر وأبي سعيد تقدما قبل قليل.

(٧) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٦٨ من حديث أبي أمامة بلفظ: لا يقطع الصلاة شيء. وفي إسناده عفير بن معدان واو.

(٨) حسن. أخرجه الدارقطني والبيهقي ١/ ٣٩٩، ٢/ ٣٧٨ كلاهما من حديث أنس قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٧٧: أعله ابن الجوزي في التحقيق بأن فيه صخر بن عبد الله الحاجبي. واعترضه صاحب التنقيح. ابن عبد البادي. فقال: بل هو ابن عبد الله بن حرملة وثقه ابن حبان وقال النسائي صالح الحديث. اهـ.
وكذا قال ابن حجر في التقريب: مقبول وغلط ابن الجوزي فاتهمه وإنما المتهم الحاجبي اهـ.

(٩) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ٦٢ من حديث جابر. وقال الهيثمي: فيه يحيى بن ميمون ضعيف وقد ذكره ابن حبان في الثقات.

(١٠) هي الأحاديث المتقدمة.

المار أثم لقوله عليه الصلاة والسلام «لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين» وإنما يأثم إذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذي أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان

سألتني فقال «الكلب الأسود شيطان»[1] قال الإمام أحمد: لا أشك أن الكلب الأسود يقطع، وفي نفسي من المرأة والحمار شيء. قال ابن الجوزي: وإنما قال ذلك لأنه صح حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت[2]. وذكرتُ ما رويناه آنفاً، وصح عن ابن عباس أنه قال «أتيت رسول الله ﷺ وهو يصلي، فنزلت عن الحمار وتركته أمام الصف فما بالاه»[3] ولم نجد[4] في الكلب شيئاً انتهى. والحاصل أنه قام المعارض فيهما ولم يوجد في الكلب، وتأول الجمهور ذلك على قطع الخضوع لأنه محتمله، بخلاف معارضه من حديث عائشة وابن عباس رضي الله عنهما فإنهما محكمان في عدم الإفساد، ويجب في مثله حمل المحتمل على ما يحتمله مما لم يعارض به المحكم. ولا شك أن الكلب معطوف على معمول يقطع، فإذا لزم في عامله هذا كون المراد قطع الخشوع بالنسبة إلى المرأة والحمار لزم فيه بالنسبة إلى الكلب أيضاً ذلك وإلا أريد به معنيان مختلفان وذلك لا يجوز عندنا، ثم الكلام في هذه المسألة في عشرة مواضع كلها في الكتاب إلا واحداً وهو أنه لا بأس بترك السترة إذا أمن المرور قوله: (لقوله ﷺ) الحديث في الصحيحين عن أبي النضر عن يسر بن سعيد أن زيد بن خالد أرسله إلى أبي جهيم يسأله ماذا سمع من النبي ﷺ في المار بين يدي المصلي فقال أبو جهيم: قال رسول الله ﷺ «لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه لكان أن يقف أربعين خيراً له من أن يمر بين يديه» قال أبو النضر: لا أدري قال أربعين يوماً أو شهراً أو سنة[5]. ورواه البزار عن أبي النضر عن بسر بن سعيد قال: أرسلني أبو جهيم إلى زيد بن خالد فساقه، وفيه لكان أن يقف

والثاني أن المار آثم لقوله عليه الصلاة والسلام «لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين»، قال الراوي: لا أدري قال أربعين عاماً أو شهراً أو يوماً، وقيل صح من حديث أبي هريرة أن المراد أربعين سنة. والثالث أن مقدار موضع يكره المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام وقاضيخان، وقال فخر الإسلام: إذا صلى رامياً ببصره إلى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره. ومنهم من قدره بمقدار صفين أو ثلاثة، ومنهم من قدره بثلاثة أذرع ومنهم من قدره بخمسة، ومنهم من قدره بأربعين، هذا إذا كان في الصحراء، فأما إذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لأحد أن يمر بينه وبين قبلة المسجد، وقيل يمر ما وراء خمسين ذراعاً، وقوله(ولا يكون بينهما) أي بين المصلي والمار (حائل) كأسطوانة أو جدار، أما إذا كان فلا يأثم وتحاذي أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلم يأثم، وبين هذين القيدين: أعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٥١٠ وأبو داود ٧٠٢ والترمذي ٣٣٨ والدارمي ١٣٨٦ والنسائي ٢/ ٦٣ وابن ماجه ٩٥٢ والبيهقي ٢/ ٢٧٤ وأحمد ٥/ ١٦١، ١٤٩، ١٥٥ كلهم من حديث أبي ذر الغفاري ومداره على عبد الله بن الصامت ثقة لينه بعضهم لكن لحديثه شواهد.
زاد الترمذي: قال أحمد: لا أشك...
وقال الترمذي: حديث أبي ذر حسن صحيح.

(٢) حديث عائشة متفق عليه تقدم قبل قليل وهو حديث: كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ الحديث. وهناك لفظ آخر أقرب منه أخرجه البخاري ٥٠٨ و٥١١ و٥١٤ ومسلم ٥١٢ ح٢٧٠، ٢٧١ وغيرهما عن عائشة: ذكر عندها ما يقطع الصلاة الكلب والحمار والمرأة فقالت عائشة قد شبهتمونا بالحميرة والكلاب والله لقد رأيت رسول الله ﷺ يصلي وإني على السرير بينه وبين القبلة مضطجعة فتبدو لي الحاجة فأكره أن أجلس فأوذي رسول الله ﷺ فأنسل من عند رجليه. ورواية: حتى أنسلّ من لحافي. فهذا صريح في عدم قطع المرأة صلاة الرجل.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٩٣ ومسلم ٥٠٤ وأبو داود ٧١٥ والترمذي ٣٣٧ والنسائي ٢/ ٦٤، ٦٥ وابن ماجه ٩٤٧ والدارمي ١٣٨٧ ومالك ١٥٥ ح٣٨ والبيهقي ٢/ ٢٧٣ كلهم عن ابن عباس وآخره عند البخاري ومسلم: فلم ينكر ذلك عليّ أحد. ولفظ: فما بالاه ـ لأبي داود.

(٤) هذا كلام ابن الجوزي في التحقيق نقله الزيلعي ٢/ ٧٨

(٥) صحيح. أخرجه البخاري: ٥١٠ ومسلم ٥٠٧ وأبو داود ٧٠١ والترمذي ٣٣٦ والنسائي ٢/ ٦٦ والدارمي ١٣٨٨ و١٣٨٩ وابن ماجه ٩٤٤ و٩٤٥ ومالك ١٥٤ ح٣٤ والبيهقي ٢/ ٢٦٨ وأحمد ٤/ ١٦٩ كلهم من حديث أبي الجُهيم وهو من صحابة رسول الله ﷺ.

(وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة» **(ومقدارها ذراع فصاعداً)** لقوله عليه الصلاة والسلام «أيعجز أحدكم إذا صلى في الصحراء أن

أربعين خريفاً»[1]، وسكت عنه البزار، وفيه أن المسؤول زيد بن خالد خلاف ما في الصحيحين. قال ابن القطان: قد خطأ الناس ابن عيينة في ذلك لمخالفته مالكاً، وليس بمتعين لاحتمال كون أبي جهيم بعث بسراً إن زيد بن خالد وزيد بن خالد بعثه إلى أبي جهيم بعد أن أخبره بما عنده ليستثبته فيما عنده وهل عنده ما يخالفه، فأخبر كل بمحفوظه، وشك أحدهما وجزم الآخر، واجتمع ذلك كله عند أبي النضر فحدث بهما، غير أن مالكاً حفظ حديث أبي جهيم وابن عيينة حفظ حديث زيد بن خالد قوله: **(وإنما يأثم إذا مرّ في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل)** قيل هذا هو الأصح لأن من قدمه إلى موضع سجوده هو موضع صلاته، ومنهم من قدره بثلاثة أذرع، ومنهم بخمسة، ومنهم بأربعين، ومنهم بمقدار صفين أو ثلاثة، وفي النهاية الأصح أنه إن كان بحال لو صلى صلاة الخاشعين نحو أن يكون بصره في قيامه في موضع سجوده وفي موضع قدميه في ركوعه وإلى أرنبة أنفه في سجوده وفي حجره في قعوده وإلى منكبه في سلامه لا يقع بصره على المار لا يكره. ومختار السرخسي ما في الهداية، وما صحح في النهاية مختار فخر الإسلام، ورجحه في النهاية بأن المصلي إذا صلى على الدكان وحاذى أعضاء المار أعضاءه يكره المرور، وإن كان المار أسفل وهو ليس موضع سجوده: يعني أنه لو كان على الأرض لم يكن سجوده فيه لأن الفرض أنه يسجد على الدكان فكان موضع سجوده البتة دون محل المرور لو كان على الأرض، ومع ذلك ثبتت الكراهة اتفاقاً فكان ذلك نقضاً لما اختاره شمس الأئمة، بخلاف مختار فخر الإسلام فإنه ممشى في كل الصور غير منقوص. قال: ثم ذكر شيخ الإسلام هذا الحد الذي ذكرناه إذا كان يصلي في الصحراء، فأما في المسجد فالحد هو المسجد إلا أن يكون بينه وبين المار اسطوانة أو غيرها: يعني أنه ما لم يكن بينهما حائل فالكراهة ثابتة، إلا أن يخرج من حد المسجد فيمر فيما ليس بمسجد. وفي جوامع الفقه في المسجد يكره وإن كان بعيداً. وفي الخلاصة: وإن كان في المسجد لا ينبغي لأحد أن يمر بينه وبين حائط القبلة. وقال بعضهم: يمر ما وراء خمسين ذراعاً. وقال بعضهم: قدر ما بين الصف الأول وحائط القبلة. ومنشأ هذه الاختلافات ما يفهم من لفظ بين يدي المصلي، فمن فهم أن بين يديه يخص ما بينه وبين محل سجوده قال به، ومن فهم أنه يصدق مع أكثر من ذلك نفاه

إذا مر في موضع سجوده منافاة لأن الجدار والأسطوانة لا يتصور أن يكون بينه وبين موضع سجوده، وكذلك إذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده، ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فيؤول إلى ما اختاره فخر الإسلام أنه إذا صلى رامياً ببصره إلى موضع سجوده فلم يقع بصره عليه لا يكره، وهذا لا منافاة فيه، فلهذا قال فخر الإسلام: إنه حسن لكونه مطرداً فإنه ما اختار شيئاً إلا وهو مطرد في الصور كلها، وهو الإمام الذي حاز قصبات

قوله: **(لأن الجدار أو الاسطوانة لا يتصور أن يكون بينه وبين موضع سجوده)** أقول: لا يلزم أن يكون الحائل جداراً أو أسطوانة بل يجوز أن يكون أمياً، فمن مر وراءه لا يأثم، ويجوز أن تكون ستارة معلقة إذا ركع أو سجد يحركه رأس المصلي ويزيله من موضع سجوده ثم يعود إذا قام أو قعد.

---

(١) صحيح شاذ. أخرجه البزار كما في المجمع ٢/ ٦١ من طريق ابن عيينة وفيه أن أبا الجُهيم أرسل بسر بن سعيد إلى زيد بن خالد الجهني فسأله. وهكذا وقع في رواية الدارمي الأولى ١٣٨٨ وكذا ابن ماجه ٩٤٤ بينما رواية الجماعة في الخبر المتقدم المرسل هو زيد بن خالد حيث أرسل بسر بن سعيد الى أبي الجهيم كما تقدم. فهذا قلب في الإسناد من قبل ابن عيينة وهو صحيح الإسناد لكن شاذ. والشاذ هو مخالفة الثقة لمن هو أوثق منه أو أثبت. وقد ذكر ابن عبد البر في التمهيد أن الثوري تابع مالكاً في ذلك اهـ نقله الزيلعي ٢/ ٨٠ ورواية الثوري هي عند ابن ماجه ٩٤٥ فهذا يوهن ما ظنه ابن القطان أو جعله محتملاً.

يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل»، **(وقيل ينبغي أن تكون في غلظ الأصبع)** لأن ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود **(ويقرب من السترة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من صلى إلى سترة فليدن منها» **(ويجعل السترة على حاجبه الأيمن أو على الأيسر)** به ورد الأثر ولا بأس بترك السترة إذا أمن المرور ولم يواجه الطريق **(وسترة الإمام سترة للقوم)** لأنه عليه الصلاة والسلام صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة **(ويعتبر الغرز دون**

وعين ما وقع عنده، والذي يظهر ترجع ما اختاره في النهاية من مختار فخر الإسلام وكونه من غير تفصيل بين المسجد وغيره، فإن المؤثم المرور بين يديه، وكون ذلك البيت برمته اعتبر بقعة واحدة في حق بعض الأحكام لا يستلزم تغيير الأمر الحسي من المرور من بعيد فيجعل البعيد قريباً قوله: **(ويحاذي الخ)** فلو كانت الدكان قدر القامة فهو سترة فلا يأثم المار، ومن المشايخ من حده بطول السترة وهو ذراع، وغلط بأنه لو كان كذلك لما كره مرور الراكب وإن استتر بظهر جالس كان سترة وكذا الدابة. واختلفوا في القائم وقالوا: حيلة الراكب أن ينزل فيجعل الدابة بينه وبين المصلي فتصير هي سترة فيمر، ولو مر رجلان فالإثم على من يلي المصلي قوله: **(لقوله ﷺ «إذا صلى أحدكم»)** غريب بهذا اللفظ[1]، وأخرج ابن حبان في صحيحه والحاكم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة ولا يدع أحداً يمرّ بين يديه»[2] وأخرجه أحمد والبزار، وزاد ابن حبان «فإن أبي فليقاتله فإن معه القرين» قوله: **(لقوله ﷺ «أيعجز الخ»)**[3] غريب بهذا اللفظ، وأخرج مسلم عنه ﷺ «إن جعلت بين يديك مثل مؤخرة الرحل فلا يضرك من مرّ بين يديك»[4] وأخرج عن عائشة رضي الله عنها «سئل ﷺ في غزوة تبوك عن سترة المصلي فقال: مثل مؤخرة الرحل»[5] **(قوله مؤخرة الرحل)** بضم الميم وكسر الخاء آخره وتشديد الخاء خطأً وهي الخشبة التي في آخره عريضة تحاذي رأس الراكب قوله: **(لقوله ﷺ «من صلى»)** الخ أخرجه الحاكم عنه ﷺ «إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة وليدن منها»[6] ورواه أبو داود وفيه «لا يقطع الشيطان عليه صلاته» قوله: **(به**

السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن المحصلين خيراً. والرابع أن يأخذ سترة إذا صلى في الصحراء لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة» والخامس في مقدارها وذلك أن يكون ذراعاً فصاعداً **(لقوله ﷺ «أيعجز أحدكم إذا صلى في الصحراء أن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل»)** بضم الميم وكسر الخاء لغة في أخرته وهي الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب، وتشديد الخاء خطأ، وهي يجوز أن تكون مقدار ذراع وسنذكر أنه ﷺ صلى إلى عنزة وهي مقدار ذراع. وقوله **(ينبغي)** بيان غلظه روي عن ابن مسعود أنه قال: يجزىء من السترة السهم. والسادس أن يقرب من السترة لقوله عليه الصلاة والسلام «من صلى إلى سترة فليدن منها» والسابع أن يجعل السترة على حاجبه الأيمن أو الأيسر لأن الأثر ورد به، روي «أنه ﷺ ما صلى إلى شجرة ولا إلى عود ولا إلى عمود إلا جعله على حاجبه الأيمن ولم يصمده صمداً» أي لم يقصده قصداً إلى المواجهة. والثامن أن سترة الإمام سترة للقوم «لأنه ﷺ صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة» أي عصا ذات زج. والزج الحديدة في أسفل الرمح، وهو بالتنوين لأنه اسم جنس نكرة. وقال في الكافي: إن

---

(١) قوله غريب يعني ما أورده صاحب الهداية وكذا قال الزيلعي في ٢/ ٨٠: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٧٩: لم أره بقيد الصحراء.

(٢) جيد. أخرجه الحاكم ١/ ٢٥١ وابن حبان في صحيحه واللفظ له. وأحمد ٢/ ٨٦ كلهم من حديث ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وأقره الذهبي. وإسناده جيد فهو كما قال. وقول ابن الهمام: وزاد ابن حبان إلخ بهذه الزيادة عند أحمد والحاكم أيضاً. وبنحوه ورد من حديث أبي سعيد أخرجه أبو داود ٦٩٨ وابن ماجه ٩٤٥ وأحمد ٣/ ٦٣ كلهم من حديث أبي سعيد ورجاله ثقات. وورد من حديث سهيل بن أبي حثمة بنحوه أخرجه أبو داود ٦٩٥ والنسائي ٢/ ٦٢ والحاكم ١/ ٢٥١، ٢٥٢، وصححه على شرطهما وأحمد ٤/ ٢ وفي الباب أحاديث

(٣) وكذا قال الزيلعي ٢/ ٨١ عن سياق صاحب الهداية. غريب بهذا اللفظ. وأكده ابن حجر في الدراية ١/ ١٨٠ بقوله: لم أجده.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٤٩٩ وأبو داود ٦٨٥ والترمذي ٣٣٥ وابن ماجه ٩٤٠ كلهم من حديث موسى بن طلحة وهو ابن عبيد الله كما في أبي داود ولفظ مسلم: إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرّحل فليصل ولا يبالي من مَرّ وراء ذلك. وكذا رواه البيهقي ٢/ ٢٦٩

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٥٠٠ والنسائي ٢/ ٦٢ والبيهقي ٢/ ٢٦٨ كلهم من حديث عائشة.

(٦) تقدم قبل ثلاثة أحاديث وهو من حديث سهل بن أبي حثمة. وإسناده جيد. زادوا جميعاً: لا يقطع الشيطان عليه صلاته.

الإلقاء والخط) لأن المقصود لا يحصل به **(ويدرأ المار إذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «ادرؤوا ما استطعتم» **(ويدرأ بالإشارة)** كما فعل رسول الله ﷺ بولدي أم سلمة رضي الله عنها **(أو**

ورد الأثر) قلت: يشير إلى حديث أخرجه أبو داود عن ضباعة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها قال: ما رأيت رسول الله ﷺ يصلي إلى عود ولا عمود ولا شجرة إلا جعله على حاجبه الأيمن أو الأيسر، ولا يصمد له صمداً[1]. وقد أعلّ بالوليد بن كامل وبجهالة ضباعة، وبأن أبا علي بن السكن رواه في سننه عن ضبيعة بنت المقداد ابن معد يكرب عن أبيها عنه ﷺ «إذا صلى أحدكم إلى عامود أو سارية أو شيء فلا يجعله نصب عينيه وليجعله على حاجبه الأيسر» وهذا دليل على الاضطراب ولا يضر أن هذا الحكم يعمل بمثله فيه قوله: **(لأنه ﷺ صلى ببطحاء مكة إلى عنزة)** متفق عليه هكذا أنه ﷺ صلى بهم بالبطحاء وبين يديه عنزة والمرأة والحمار يمرون من ورائها[2]. وقول المصنف: ولم يكن للقوم سترة من كلامه لا من الحديث قوله: **(الغرز دون الإلقاء)** هذا إذا كانت الأرض بحيث يغرز فيه، فإن كانت صلبة اختلفوا، فقيل توضع، وقيل لا توضع. وأما الخط فقد اختلفوا فيه حسب اختلافهم في الوضع إذا لم يكن بعد ما يغرزه أو يضعه، فالمانع يقول لا يحصل المقصود به إذ لا يظهر من بعيد، والمجيز يقول ورد الأثر به، وهو ما في أبي داود «إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً، فإن لم يجد فلينصب عصا. وإن لم يكن معه عصا فليخط خطاً ولا يضره ما مر أمامه»[3] واختار المصنف الأولى. والسنة أولى بالاتباع مع أنه يظهر في الجملة إذ المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كيلا ينتشر ـ قال أبو داود: قالوا الخط بالطول وقالوا بعرض مثل الهلال[4] قوله: **(لقوله ﷺ «ادرؤوا ما استطعتم»)**[5] تقدم من حديث أبي داود ومعناه في السنة كثير بغير هذا اللفظ قوله: **(كما**

أريد بها عنزة النبي عليه الصلاة والسلام كان غير منصرف للعلمية والتأنيث فيكون منصوباً. والتاسع أن المعتبر هو الغرز دون الإلقاء والخط. قيل هذا إذا كانت الأرض رخوة، أما إذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فإنه يضعها طولاً لتكون على هيئة الغرز وإن لم تكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين: يخط خطاً طويلاً، وهو قول الشافعي ولم يعتبره المصنف لأن المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن أبي حنيفة ومحمد. وروى هشام عن أبي يوسف أنه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي، فإن قيل: الخط والوضع قد رويا كالغرز فما وجه المنع؟ أجيب بأن

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٦٩٣ وأحمد ٦/٤ كلاهما من حديث الوليد بن كامل عن المهلب بن حجر البهراني عن ضباعة بنت المقداد بن الأسود بهذا اللفظ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٨٣: أعله ابن عدي في الكامل بالوليد ابن كامل ونقل عن البخاري قوله: عنده عجائب وأما ابن القطان فأعله بأن فيه ثلاثة مجاهيل. فضباعة مجهول الحال وكذا المهلب مجهول الحال. والوليد لم يثبت عدالته. وأعله أيضاً بأن ابن السكن رواه في سننه من هذا الطريق لكن قال: عن ضبيعة بنت المقدام بن معدي كرب مرفوعاً: إذا صلى أحدكم.. لم يقل: رأيت وإنما هو قولي. وذلك كله دليل على الاضطراب والجهل بحال الرواة. اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٩٥ ومسلم ٥٠٣ ح٢٥٢ وأبو داود ٦٨٨ والدارمي ١٣٨١ وأحمد ٤/٣٠٧، ٣٠٩، ٣٠٨ كلهم من حديث أبي جُحيفة مع تغير يسير في لفظه.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٦٨٩ وابن ماجه ٩٤٣ والبيهقي ٢/ ٢٧٠ وابن حبان في صحيحه كلهم من حديث إسماعيل بن أمية عن أبي عمرو ابن محمد بن حريث عن جده عن أبي هريرة مرفوعاً بهذا الحفظ وأبو عمرو هذا مجهول كما في التقريب وكذا جده حريث.
وفي تلخيص الحبير ١/ ٢٨٦ قال ابن حجر: رواه الشافعي في القديم وصححه أحمد وعلي المديني فيما نقله ابن عبد البر في الاستذكار وأشار إلى ضعفه ابن عيينة والشافعي والبغوي وغيرهم. وقال الشافعي في البويطي: ولا يخط المصلي خطاً إلا أن يكون في ذلك حديث ثابت. وكذا قال في سنن حرملة اهـ.
وفي سنن البيهقي قال ابن عيينة: ولم نجد شيئاً يشهد لهذا الحديث ولم يجيء إلا من هذا الوجه اهـ. وبهذا تعلم أن رواته مجهولون ولا متابع لهم ولا شاهد للحديث.

(٤) قاله عند كلامه على هذا الحديث برقم ٦٩٠

(٥) تقدم في ٣/ ٤٠٤ وهو حسن لشواهده.

يدفع بالتسبيح) لما روينا من قبل **(ويكره الجمع بينهما)** لأن بأحدهما كفاية.

فعل ﷺ بولدي أم سلمة) روى ابن ماجه عنها قالت «كان النبي ﷺ يصلي في حجرة أم سلمة، فمر بين يديه عبد الله أو عمر بن أبي سلمة فقال بيده هكذا فرجع فمرّت زينب بنت أم سلمة فقال بيده هكذا فمضت. فلما صلى عليه الصلاة والسلام قال: هن أغلب»[١] وأعله ابن القطان بأن محمد بن قيس في طبقته جماعة باسمه، ولا يعرف من هو منهم وأن أمه لا تعرف البتة. قيل هذا مبني على أن محمداً هذا قال عن أمه، لكن لم يوجد في كتاب ابن ماجه ومصنف ابن أبي شيبة إلا عن أبيه[٢]، وأما كونه لا يعرف فقد عرفه ابن ماجه بقوله قاضي عمر بن عبد العزيز، وفي الكمال والتهذيب أخرج له مسلم واستشهد به البخاري قوله: **(لما روينا من قبل)** يعني إذا نابت أحدكم نائبة وهو في الصلاة فليسبح[٣].

ذلك لم يصح عند أئمة الحديث، ولم يذكر أن ترك السترة لا بأس به إذا أمن المرور لما أن اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار، وروي عن محمد أنه تركه في طريق الحجاز غير مرة. والعاشر الدرء إذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة لقوله عليه الصلاة والسلام «ادرءوا ما استطعتم» **(ويدرأ)** أي يدفع **(بالإشارة كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام بولدي أم سلمة)** «حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه ﷺ، فأشار إليه أن قف، فوقف، ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه، فأشار إليها أن قفي فأبت فمرت، فلما فرغ من صلاته قال: ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام» **(أو يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح» وهذه نائبة في الصلاة فليسبح **(ويكره الجمع بينهما)** أي بين الإشارة والتسبح **(لأن بأحدهما كفاية)** وهذا في حق الرجال، أما النساء فيصفقن يضربن بظهور أصابع اليد اليمنى على صفحة الكف اليسرى لما مر أن لهن التصفيق لأن في صوتهن فتنة فلا يستحب لهن التسبيح.

---

(١) أخرجه ابن ماجه ٩٤٧ من حديث أم سلمة قال البوصيري في الزوائد: في إسناده ضعف ووقع في بعض النسخ عن محمد بن قيس عن أمه بدل عن أبيه وكلاهما لا يعرف. وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٨٥ ما ملخصه: قال ابن القطان محمد بن قيس في طبقته جماعة ولا أعرفه وأمه لا تعرف.

قال الزيلعي: لكن عرفه ابن ماجه فقال: هو قاص عمر بن عبد العزيز اهـ.

قال في التقريب: محمد بن قيس قاص عمر بن عبد العزيز ثقة وحديثه عن الصحابة مرسل.

قلت: وإن كان محمد بن قيس بن مخرمة فهو ثقة كما في التقريب. وهذا الأخير لعله الراجح فقد نسبه ابن سعد في الطبقات ٨/ ٣٤٩ هكذا لكن قال: عن أمه عن أم سلمة فذكر الحديث. ففيه اضطراب والله أعلم.

(٢) هذا كلام الزيلعي لكن يؤكد كلام ابن القطان قول البوصيري في الزوائد: وقع في بعض النسخ عن أمه بدل أبيه. ويؤكده ما في طبقات ابن سعد وفيه: عن أمه. وقد قال ابن حجر في التقريب: أم محمد والدة محمد بن قيس قاص عمر مقبولة روى لها ابن ماجه.

(٣) تقدم مستوفياً في ٢/ ٤٠١

فصــل

(ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى كره لكم ثلاثاً، وذكر منها العبث في الصلاة» ولأن العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة (ولا يقلب الحصى) لأنه نوع عبث (إلا أن لا يمكنه من السجود فيسويه مرة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام «مرة يا أبا ذر وإلا فذر» ولأن فيه إصلاح صلاته

فصــل

قوله: (أن يعبث) العبث الفعل لغرض غير صحيح، فلو كان لنفع كسلت العرق عن وجهه أو التراب فليس به قوله: (وعدّ منها العبث) وهو أولها، ثم قال: والرفث في الصيام والضحك على المقابر[١] رواه القضاعي من طريق ابن المبارك عن إسماعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار عن يحيى بن أبي كثير مرسلاً قوله: (لقوله ﷺ: يا أبا ذر) غريب بهذا اللفظ، وأخرجه عبد الرزاق عنه «سألت النبي ﷺ عن كل شيء حتى سألته عن مسح الحصى فقال: واحدة أو دع»[٢] وكذا رواه ابن أبي شيبة وروي موقوفاً عليه. قال الدارقطني: وهو أصح، وقد أخرج في الكتب الستة عن معيقيب أنه ﷺ قال «لا تمسح الحصى وأنت تصلي فإن كنت لا بد فاعلاً فواحدة»[٣] وأما حديث الفرقعة فرواه ابن ماجه عن الحارث عن عليّ عنه ﷺ «لا تفرقع أصابعك وأنت في الصلاة»[٤] وهو معلول بالحارث،

فصل

ما يكره للمصلي عما يفسد صلاته وأخره ذكراً لقوة المفسد (ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه) قال بدر الدين الكردري: العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي، والسفه ما لا غرض فيه أصلاً. وقال حميد الدين: العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح ولا نزاع في الاصطلاح، ولما كان العبث بالثوب أو الجسد أكثر وقوعاً قدمه، ولا معتبر بما قيل إنما قدمه لأنه كلي يشمل ما بعده لأن العبث بالثوب لا يشمل ما بعده من تقلب الحصى وغيره لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله كره لكم ثلاثاً» وذكر منها العبث في الصلاة، والباقيان هو الرفث في الصوم والضحك في المقابر. وقوله (لأن العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة) قيل فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي أن يفسد الصلاة، وهو ساقط لأن إفساد القهقهة لفساد الوضوء بها

فصل ويكره للمصلي

قوله: (وقال بدر الدين الكردري، إلى قوله: وقال حميد الدين: العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح) أقول: فيه أن الكلام في

---

(١) مرسل ضعيف. أخرجه القضاعي في مسند الشهاب ١٠٨٧ عن يحيى بن أبي كثير مرسلاً بلفظ: إن الله كره لكم العبث في الصلاة والرفث في الصيام والضحك عند المقابر. ورواه ابن المبارك في الزهد ١٥٥٧ هكذا مرسلاً. وفي إسناده عبد الله بن دينار الحمصي شيخ ابن عياش ضعيف ونقل الزيلعي في نصب الراية عن الذهبي في الميزان: هذا الخبر من منكرات إسماعيل بن عباس.

تنبيه: وليس فيه لفظ: ثلاثاً. وإنما هو في حديث آخر رواه القضاعي.

(٢) ضعيف. أخرجه أحمد ٥/١٦٣ من طريق عبد الرزاق عن أبي ذر مرفوعاً. وأخرجه أحمد ٥/٤٠٢ عن حذيفة سألت.. سواء بهذا اللفظ. ومداره في كلا الإسنادين على ابن أبي ليلى وهو ضعيف وقد اختلف عليه فيه ففي رواية أبي ذر قال: عن أخيه عن أبيه عن أبي ذر وفي حديث حذيفة. عن ابن أبي ليلى عن شيخ له يقال له: هلال. وهذا الاضطراب بسبب سوء حفظ ابن أبي ليلى. والعمدة في ذلك الحديث الآتي. لذا رجح الدارقطني الوقت كما نقل الزيلعي ٢/٨٦ قاله في علله.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٠٧ ومسلم ٥٤٦ وأبو داود ٩٤٦ والترمذي ٣٨٠ والنسائي ٣/٧ وابن ماجه ١٠٢٦ والدارمي ١٣٥٩ و أحمد ٣/٤٢٦ كلهم من حديث مُعيقيب مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٤) منكر. أخرجه ابن ماجه ٩٦٥ من حديث الحارث الأعور عن علي مرفوعاً.

قال البوصيري في الزوائد: الحارث ضعيف اهـ.

قلت: وأظنه من أحاديث وصايا النبي ﷺ لعلي وهي باطلة كما نبه عليه الحفاظ. وما كان لابن أبي طالب أن يفرقع أصابعه وهو في الصلاة فهو من منكرات الحارث الأعور. وورد في هذا الباب ما أخرجه أحمد ٣/٤٣٨ والدارقطني ١/١٧٥ والطبراني كما في المجمع ٢/٧٩ وفيه ابن لهيعة ضعيف وشيخه زبان بن فائد ضعيف ورشدين بن سعد ضعيف أيضاً. رووه كلهم من هذا الوجه عن سهل بن معاذ مرفوعاً: الضاحك في الصلاة والملتفت والمفرقع أصابعه بمنزلة واحدة وكذا ضعفه الزيلعي في نصب الراية ٢/٨٧

تنبيه: مضعف الخبر لا يعني عدم كراهة الفرقعة بل ورد التي عنها حتى خارج الصلاة. ومبنى الصلاة على الخشوع.

(ولا يفرقع أصابعه) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي» (ولا يتخصر) وهو وضع اليد على الخاصرة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الاختصار في الصلاة، ولأن فيه ترك الوضع المسنون (ولا يلتفت) لقوله عليه الصلاة والسلام «لو علم المصلي من يناجي ما التفت» (ولو نظر بمؤخر عينه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لا يكره) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يلاحظ أصحابه في صلاته بموق عينيه (ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه) لقول

وحديث التخصر أخرجوه إلا ابن ماجه عن أبي هريرة «نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل مختصراً»[١] وفي لفظ «نهى عن الاختصار في الصلاة» وفي الاختصار تأويلات أشهرها ما قال ابن سيرين وهو ما في الكتاب[٢]. ويؤيده حديث مرفوع في أبي داود ومفسر فيه[٣]. وفي النهاية عن المغرب وهو وضع اليد على الخصر وهو المستدق فوق الورك، أو على الخاصرة وهو ما فوق الطفطفة والشراسيف، والطفطفة أطراف الخاصرة، والشراسيف أطراف الضلع الذي يشرف على البطن انتهى. وقيل هو أن يصلي متكئاً على عصى، وقيل أن لا يتم الركوع والسجود، وقيل أن يختصر الآيات التي فيها السجدة، وحديث الالتفات غريب باللفظ المذكور وفيه ألفاظ أقربها إليه ما رواه البيهقي في شعب الإيمان عن كعب «ما من مؤمن يقوم مصلياً إلا وكل الله به ملكاً ينادي: يا بن آدم لو تعلم ما في صلاتك من تناجي ما التفت»[٤] وروى الحاكم وصححه أبو داود عن أبي ذر عن النبي ﷺ «لا يزال الله تعالى مقبلاً على العبد وهو في صلاته ما لم يلتفت، فإذا التفت انصرف عنه»[٥] والحق أنه حسن. وعن أنس رضي الله عنه: قال لي رسول الله ﷺ «إياك والالتفات في الصلاة فإن الالتفات في الصلاة هلكة، فإن كان لا بد ففي التطوع لا في الفريضة» رواه الترمذي وصححه[٦] وحد الالتفات المكروه أن يلوي عنقه حتى يخرج عن مواجهة القبلة، ولو انحرف بجميع بدنه فسدت فبعضه يكره كالعمل الكثير يفسد فالقليل يكره، وحديث ملاحظته أصحابه الخ أخرجه الترمذي والنسائي وابن

وليس في العبث ذلك. وقوله (ولا يقلب الحصا) ظاهر قيل وحاصله أن كل عمل يفيد المصلي لا بأس به لما روي أنه ﷺ عرق في صلاته ليلة فسلت العرق عن جبينه: أي مسحه لأنه كان يؤذيه فكان مفيداً، وإذا قام من سجوده في الصف نفض ثوبه

العبث شرعاً، والظاهر أن كلامهما متحد، والنفي في التعريف الثاني داخل على القيد والصحة لكونه شرعياً فتأمل قوله: (كي لا تبقى صورة) أقول: يعني حكاية صورة الإلية قال المصنف: (ولا يفترش ذراعيه) أقول: أي لا يلقيهما على الأرض،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢١٩ و١٢٢٠ ومسلم ٥٤٥ وأبو داود ٩٤٧ والترمذي ٣٨٣ والنسائي ٢/ ١٢٧ والدارمي ١٤٠٠ وأحمد ٢/ ٣٩٩ كلهم من حديث أبي هريرة. والرواية الآتية هي لأبي داود.

(٢) وهو وضع اليد على الخاصر. وهكذا فسره الترمذي في قول له. عقب روايته.

(٣) لفظ أبي داود: نهى رسول الله ﷺ عن الاختصار في الصلاة. قال أبو داود: يعني يضع يده على خاصرته وكذا رواه الحاكم ١/ ٢٦٤ وهو صحيح.

(٤) مقطوع. أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن كعب الأحبار موقوفاً عليه ذكره في نصب الراية ٢/ ٨٨ ونسبه كذلك

(٥) أخرجه أبو داود ٩٠٩ والنسائي ٣/ ٨ والحاكم ١/ ٢٣٦ والبيهقي ٢/ ٢٨١ كلهم من حديث أبي ذر وفيه أبو الأحوص قال المنذري: أبو الأحوص هذا لا يُعرف اسمه. وهو مولى بني ليث لم يرو عنه غير الزهري. وقال يحيى عنه: ليس بشيء اهـ قال الزيلعي ٢/ ٨٩ وأما الحاكم فقال: صحيح الإسناد وأبو الأحوص وثقه الزهري وروى عنه. وسكت الذهبي. أما ابن حجر فقال في التقريب: مقبول.

(٦) أخرجه الترمذي ٥٨٩ من حديث أنس بهذا اللفظ. وفيه علي بن زيد بن جدعان. قال الترمذي: حسن غريب.

قال أحمد شاكر: وفي نسخة: غريب. دون قوله: حسن. وقد ذكره المجد بن تيمية في المنتقى وقال: رواه الترمذي وصححه. قال شاكر: والإسناد صحيح فإن ابن جدعان ثقة عندنا اهـ

قلت: وفيه نظر فقد قال الذهبي في الميزان: اختلفوا فيه ومما نقله عن يحيى قوله: ليس بذاك القوي ورواية عنه: ليس بشيء وقال البخاري وابو حاتم: لا يحتج به. وقال ابن خزيمة احتج به لسوء حفظه اهـ باختصار وقال الحافظ في التقريب: ضعيف.

قلت: فمن أين لهذا الحديث الصحة. وكيف يطلق شاكر على علي بن زيد: ثقة. والحديث أخرجه أحمد ٦/ ٤٤٣ عن أبي الدرداء موقوفاً. ورواه الطبراني مرفوعاً كما في المجمع ٢/ ٨٠ وضعفه الهيثمي وأعله بعطاء بن عجلان. فالصواب أنه موقوف على أبي الدرداء كما رو؟ فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق لعله يصير حسناً.

أبي ذر رضي الله عنه: نهاني خليلي عن ثلاث: أن انقر نقر الديك، وأن أقعى إقعاء الكلب، وأن أفترش أفتراش الثعلب. والإقعاء: أن يضع إليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصباً هو الصحيح **(ولا يرد السلام بلسانه)** لأنه كلام **(ولا بيده)** لأنه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته **(ولا يتربع إلا من عذر)** لأن فيه ترك سنة القعود

حبان والحاكم وصححه عن ابن عباس رضي الله عنهما «كان ﷺ يلحظ في الصلاة يميناً وشمالاً ولا يلوي عنقه»[1] قال الترمذي غريب، قال ابن القطان صحيح وإن كان غريباً لا يعرف إلا من هذا الطريق: يعني طريق الترمذي انتهى. لكن قد ظهر له طريق آخر في مسند البزار[2]. وحديث الإقعاء والافتراش غريب من حديث أبي ذر[3]، وفي مسند أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه «نهاني رسول الله ﷺ عن ثلاثة: عن نقرة كنقر الديك، وإقعاء كإقعاء الكلب، والتفات كالتفات الثعلب»[4] وفي الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها كان تعنيه ﷺ ينهى عن عقبة الشيطان وأن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع وعقبة الشيطان الإقعاء[5] وأما ما روى مسلم عن طاوس: قلت لابن عباس في الإقعاء على القدمين فقال: هي السنة فقلنا له إنا نراه جفاء بالرجل، فقال بل هي سنة نبيك ﷺ[6]: وما روى البيهقي عن ابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا يقعون[7] فالجواب المحقق عنهم أن الإقعاء على ضربين:

يمنة ويسرة كي لا تبقى صورة قوله **(ولا يفرقع أصابعه)** الفرقعة تنفيض الأصابع بالغمز أو المد حتى تصوت. وقوله **(لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الاختصار في الصلاة)** روى أبو هريرة أنه ﷺ نهى عن الاختصار في الصلاة. وقوله **(ولا يلتفت)** ظاهر. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن التفسير الآخر للإقعاء، وهو أن ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع أليتيه على عقبيه لأن الكلب لا يقعى كذلك وإنما يقعى مثل ما ذكر في الكتاب إلا أنه ينصب يديه والآدمي ينصب ركبتيه إلى صدره.

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٥٨٧ والنسائي ٣/٩ وأحمد ١/ ٣٠٤ والحاكم ٢٣٦ و٢٥٦ والدارقطني ٢/ ٨٣ كلهم من حديث ابن عباس. رواه الحاكم في كلا الراويتين من طريق الفضل بن موسى وصححه على شرط البخاري وأخرجه الذهبي.
أما الترمذي فقال: هذا حديث غريب وقد خالف وكيع الفضل فرواه عن بعض أصحاب عكرمة مرسلاً. وكذا قال الدارقطني غير الفضل يرويه مرسلاً ثم ذكره. لكن صححه ابن القطان وأن رواته ثقات وله طريق آخر رواه البزار من طريق مندل العنزي وهو ضعيف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٩٠

(٢) إلى هنا الكلام على الحديث.

(٣) وكذا ذكر الزيلعي في ٢/ ٩٢ وفي الدراية ١/ ١٨٤ لم أجده عن حديث أبي ذر.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ٢/ ٣١١ بهذا اللفظ و٢/ ٢٦٥ مع تغير يسير وأخرجه البيهقي ٢/ ٢/ ١٢٠ وكذا أبو يعلى والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ٨٠ كلهم من حديث أبي هريرة وقال الهيثمي: إسناد أحمد حسن.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٤٩٨ والبيهقي ٢/ ١٢١ وأحمد ٦/ ٣١ كلهم من حديث عائشة ولفظ مسلم: كان رسول الله ﷺ يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين وكان إذا ركع لم يُشخص رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك وكان إذا رفع رأسه من الركوع لم يسجد حتى يستوي قائماً. وكان إذا رفع رأسه من السجدة لم يسجد حتى يستوي جالساً وكان يقول في كل ركعتين التحية وكان يفرش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى. وكان ينهى عن عقبة الشيطان وينهي أن يفترش الرجل ذراعيه افتراس السَّبع. وكان يختم الصلاة بالتسليم ورواية: وكان ينهى عن عقب الشيطان هذا لفظ مسلم والظاهر أن المصنف ساقه بالمعنى.

(٦) موقوف صحيح. أخرجه مسلم ٥٣٦ والترمذي ٢٨٣ والبيهقي ٢/ ١١٩ والحاكم ١/ ٢٧٢ كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس.

(٧) موقوف. أخرجه البيهقي ٢/ ٩١١ بسند جيد عن طاوس قال: رأيت العبادلة الثلاثة ابن عباس وابن عمر وابن الزبير يفعلونه. أي الاقعاء..

تنبيه: سقط عن المصنف ذكر ابن عباس مع العبادلة. ويؤكده قوله بعد قليل: هو المروي عن العبادلة.

فائدة: في بيان الاقعاء المكروه وأن ما ذهب إليه صاحب الهداية صحيح قال النووي في شرح مسلم: ٥/ ١٩ باب جواز الاقعاء. اختلف العلماء في ذلك والصواب الذي لا معدل عنه أن الاقعاء نوعان.

أحدهما: أن يعلق إليتيه بالأرض وينصب ساقيه ويضع يديه على الأرض كإقعاء الكلب وهذا هو المكروه والمنهي عنه.

والثاني: أن يجعل إليتيه على عقبيه بين السجدتين وهذا مراد ابن عباس بأنه سنة وقد نص الشافعي في البويطي على استحباب هذا من السجدتين. ولو نص آخر أن السنة الافتراش والصواب كلاهما سنة. وأما الجلسة الأخيرة فالسنة عندنا التورك اهـ.

وما قاله النووي اقتبسه من البيهقي ١/ ١٢٠ حيث أسند عن أبي عبيدة صاحب غريب الحديث تفسيره الاقعاء المكروه بذلك.

(ولا يعقص شعره) وهو أن يجمع شعره على هامته ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد، فقد روي أنه عليه الصلاة والسلام

أحدهما مستحب أن يضع أليتيه على عقبيه وركبتاه في الأرض وهو المروي عن العبادلة، والمنهي أن يضع أليتيه ويديه على الأرض وينصب ساقيه قوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي أن ينصب قدميه كما في السجود ويضع أليتيه على عقبيه لأن المذكور في الكتاب هو صفة إقعاء الكلب، وقوله هو الصحيح: أي كون هذا هو المراد في الحديث لا أن ما قال الكرخي غير مكروه بل يكره ذلك أيضاً قوله: (ولا بيده) قال شارح الكنز إنه بالإشارة مكروه وبالمصافحة مفسد. وقال الزيلعي: الآخر[1] في تخريج أحاديث الكتاب بعد أن ذكر المذكور هنا: قلت أجاز الباقون رد السلام بالإشارة. ولنا حديث جيد أخرجه أبو داود عن أبي هريرة عنه ﷺ قال «من أشار في الصلاة إشارة تفهم أو تفقه فقد قطع الصلاة»[2] وأعله ابن الجوزي بابن إسحاق. وأبو غطفان مجهول. وتعقب بأن أبا غطفان هو ابن طريف. ويقال ابن مالك المرى وثقه ابن معين والنسائي وأخرج له مسلم، وما عن الدارقطني قال لنا ابن أبي داود: أبو غطفان مجهول لا يقبل، وابن إسحاق ثقة على ما هو الحق[3]. وقدمناه في أبواب الطهارة. ثم أخرج للخصم حديث أبي داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر عن صهيب قال «مررت برسول الله ﷺ وهو في الصلاة فسلمت عليه، فرد عليّ إشارة، وقال: لا أعلم إلا أنه قال إشارة بأصبعه»[4] صححه الترمذي وعدة أحاديث تفيد هذا المعنى والجواب أنه بناء على ما في شرح الكنز وغيره من كراهة الإشارة. ولنا أن لا نقول به، فإن ما في الغاية عن الحلواني وصاحب المحيط لا بأس أن يتكلم مع المصلي ويجيب هو برأسه يفيد عدم الكراهة، وإن حمل على ما إذا كان لضرورة رفعاً للخلاف فالجواب بأن المنع منها لما يوجبه من التشتيت والشغل وهو ﷺ مؤيد عن أن يتأثر

وقوله (ولا يرد السلام) ظاهر وقوله (فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته) فرضاً كانت أو نفلاً، وعن سعيد بن جبير أنه شرب وعن طاوس يجوز شربه في النفل وهو رواية عن أحمد، وقوله (لأنه) أي لأن كل واحد من الأكل والشرب (عمل كثير) لا محالة وهو مفسد وقوله (وحالة الصلاة مذكرة) جواب عما يقال ينبغي أن يكون النسيان عفواً كما في الصوم، ووجهه أنها ليست كالصوم لأن حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصيام، فإن أكل ما بين أسنانه فمنهم من يقول: إذا كان ما

قال المصنف: (ولا يأكل ولا يشرب) أقول: كان الظاهر أن يذكر هذه المسألة وما يليها قبل الفصل

---

(١) يعني الزيلعي الثاني وهو صاحب تخريج الهداية وهناك زيلعي ثان وهو فقيه متقدم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٩٤٤ والبيهقي ٢/ ٢٦٤ والدارقطني ٢/ ٨٣ كلهم من حديث أبي هريرة: التسبيح للرجال والتصفيق للنساء من أشار في صلاته إشارة تفهم عنه فليعد صلاته.
قال أبو داود: هذا الحديث وهم.
وقال الدارقطني: آخر الحديث هو زيادة في الحديث ولعله من قول ابن إسحاق والصحيح أنه ﷺ كان يشير في الصلاة. ورد من حديث أنس وجابر وابن عمر وعائشة. ونقله البيهقي عن الدارقطني.
وأحاديث إشارته ﷺ للناس بالجلوس رواه الجماعة في صلاته ﷺ آخر أيامه جالساً والمصنف لم يتم كلام الزيلعي حيث قال: سئل أحمد عن هذا الحديث فقال: لا يثبت إسناده ليس بشيء.

(٣) لكنه مدلس وقد عنعنه وزاد في آخره زيادة تخالف الأحاديث الصحيحة. وبعد أسطر يجنح ابن الهمام إلى جواز الإشارة كما يأتي.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ٩٢٥ والترمذي ٣٦٧ والنسائي ٣/ ٥ والدارمي ١٣٣٥ وابن ماجه ١٠١٧ والبيهقي ٢/ ٢٥٨ كلهم من طريق نابل صاحب العباد عن ابن عمر به.
قال الترمذي: حديث صهيب حسن.
وله شاهد أخرجه أبو داود ٩٢٧ والترمذي ٣٦٨ والبيهقي ٢/ ٢٥٩ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر قلت لبلال: كيف كان النبي ﷺ يردُ عليهم حين كانوا يسلمون عليه وهو في الصلاة قال: كان يشير بيده. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وورد من طريق زيد بن أسلم عن ابن عمر قال: قلت لبلال فذكره. كان يرد إشارة.
أخرجه الترمذي مع الحديث المتقدم ٣٦٨ والنسائي ٣/ ٥ وابن ماجه ١٠١٧ والدارمي ١٣٣٦ والبيهقي ٢/ ٢٥٩ وفي الباب من حديث جابر وأنس وعائشة وأبي هريرة وكلها صحاح. فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الصحيح.

نهى أن يصلي الرجل وهو معقوص **(ولا يكفّ ثوبه)** لأنه نوع تجبر **(ولا يسدل ثوبه)** لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن السدل، وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه **(ولا يأكل ولا يشرب)** لأنه ليس من

عن ذلك فلذا منع، وفعله هو لو تعارضا قدم المانع[١]. وفي الخلاصة: سلم على المصلي فأشار برد السلام برأسه أو يده أو أخبر بشيء فحرك رأسه بلا أو بنعم أو سئل كم صليت فأشار بأصبعه ثلاثاً أو نحوه لا تفسد قوله: **(لأنه ترك سنة القعود)** أي سنيته في الصلاة فيكره لا مطلقاً لأنه من فعل الجبابرة كما علل لأنه ﷺ كان جل قعوده في غير الصلاة مع أصحابه التربع[٢] وكذا عمر رضي الله عنه قوله: **(ويشده)** أي من ورائه بخيط أو يشد طرفيه على جبهته أو يلبده كما ذكر قوله: **(فإنه روي الخ)** روى عبد الرزاق عن الثوري عن مخول بن راشد عن رجل عن أبي رافع قال «نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل ورأسه معقوص»[٣] ورواه الطبراني به، ووضع مكان رجل سعيد المقبري، وقال عن أبي رافع عن أم سلمة رضي الله عنها أنه ﷺ الحديث، وكذلك رواه إسحاق بن راهويه قال أخبرنا المؤمل ابن إسماعيل عن سفيان به سنداً ومتناً، زاد: قال إسحاق قلت للمؤمل أفيه أم سلمة، قال بلا شك. وحكم الدارقطني بوهم المؤمل في ذكرها. وروى حديث أبي رافع بقصة[٤] مع الحسن بن عليّ رضي الله عنهما. وقد أخرج الستة عنه ﷺ «أمرت أن أسجد على سبعة وأن لا أكف شعراً ولا ثوباً»[٥] وفي العقص كفه، ويتضمن كراهة كون المصلي مشمراً كميه قوله: **(لأنه ﷺ نهى عن السدل)** عن أبي هريرة رضي الله عنه «أنه ﷺ نهى عن السدل في

دون ملء الفم لا تفسد، ومنهم من يقول إن كان قليلاً فما دون الحمصة لا تفسد كما في الصوم، وإن كان أكثر من ذلك فسدت، قال **(ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد)** شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير، والطاق هو المحراب، والمذكور في الكتاب في وجه الكراهة أحد الطريقين، والطريق الآخر وهو المروي عن أبي جعفر أن حاله يشتبه على من عن يمينه ويساره، وعلى هذا إن كان بجنبي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيها من عن يمينه ويساره على حاله فلا بأس به، والمراد بالمقام المذكور في الكتاب مكان الأقدام، فإذا كانت قدماه خارجتين فلا بأس به، وإنما اختار المصنف الوجه الأول لأنه مطرد، بخلاف الثاني فإنه إذا أمكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ما ذكرناه لم يطرد فيه، وإنما قيد قوله أن يكون

---

(١) لكن من شرط المعارضة التساوي من جهة القوة. وقد تقدم أن حديث المنع واه ليس بشيء كما قال أحمد فلا معارضة وإنما يترك الضعيف ويعمل بالصحيح. ولو أردت جمع أحاديث رد السلام ابتداءً من الرد باللسان وحتى الإيماء في الرأس لكانت في جزءٍ إلا أن الرد بالسلام منسوخ.

(٢) غريب بهذا اللفظ وقد أخرجه أبو داود ٤٨٥٠ عن جابر بن سمرة كان النبي ﷺ إذا صلى الفجر تربع حتى تطلع الشمس وإسناده غير قوي وورد خلافه: أخرجه أبو داود ٤٨٤٧ والترمذي في الشمائل ١١٩ عن حَيْلَة بنت مخرمة أنها رأت النبي ﷺ وهو قاعد القرفصاء اهـ وورد غير ذلك.

(٣) أخرجه أحمد ٦/ ٣٩١ في مسند أبي رافع من طريق سفيان عن مخول عن رجل عن أبي رافع مرفوعاً. ورواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٨٦ عن أبي رافع عن أم سلمة به وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح اهـ وأخرجه ابن ماجه ١٠٤٢ دون ذكر أم سلمة وفي نصب الراية ٢/ ٩٣، ٩٤ بعد أن ذكر كلام إسحاق: رواه الدارقطني في العلل وقال: وهو فيه مؤمل بذكر أم سلمة. وغيره لا يذكرها. ورواه عمران بن موسى عن المقبري عن أبيه عن أبي رافع وهو أصحهما إسناداً وذكر له طرقاً كثيرة عن أبي رافع دون ذكر أم سلمة.
ونقل الزيلعي عن ابن أبي حاتم قوله: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: أخطأ مؤمل إنما هو عن مخول عن أبي سعيد ـ المقبري ـ عن أبي رافع. اهـ باختصار. فالحديثُ تدل هذه الروايات على أن له أصلاً وإن كان فيه اضطراب.

(٤) وهذه القصة هي ما أخرجه أبو داود ٦٤٦ والترمذي برقم ٣٨٤ كلاهما من حديث أبي سعيد المقبري قال: مرَّ أبو رافع مولى رسول الله ﷺ بالحسن بن علي وهو يصلي وقد عقص ضفرته في قفاه محلها فالتفت إليه الحسن مغضباً فقال أبو رافع أقبل على صلاتك ولا تغضب فإني سمعت رسول الله ﷺ: يقول: ذلك كفل الشيطان. وإسناده حسن وفيه مقال لكن تقدم شاهده. قال الخطابي في معالم السنن: أصل الكفل أن يجمع الكساء إلى سنام البعير ثم يركب. والمراد تشبيه اجتماع الشعر على القفا بموضع الركوب كأن الشيطان يرتجله اهـ.
وفي المغرب: العقص: جمع الشعر على الرأس.

(٥) صحيح أخرجه البخاري ٨٠٩، ٨١٠، ٨١٢، ٨١٥، ٨١٦ ومسلم ٤٩٠ وأبو داود ٨٨٩ والترمذي ٢٧٣ والنسائي٢/ ٢٠٩ وابن ماجه ٨٨٤ و٨٨٣ والدارمي ١٢٩٢ والبيهقي ٢/ ١٠٣ وأحمد ١/ ٥٥، ٢٧٩، ٢٨٥، ٢٨٦ كلهم من حديث ابن عباس مع تغير يسير في بعض ألفاظه ففي رواية للبخاري: أمرت ورواية: أمر النبي ﷺ ورواية: أمرت أن أسجد على سبعة ـ لم يذكر أعظم ورواية: على سبع. وكله صحيح الإسناد،

أعمال الصلاة (**فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته**) لأنه عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة (**ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق، ويكره أن يقوم في الطاق**) لأنه يشبه صنيع أهل الكتاب من حيث تخصيص الإمام بالمكان، بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق (**ويكره أن يكون الإمام وحده على الدكان**) لما قلنا (**وكذا على القلب في ظاهر الرواية**) لأنه ازدراء بالإمام (**ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يتحدث**) لأن ابن

الصلاة وأن يغطي الرجل فاه»[1] أخرجه أبو داود والحاكم وصححه قوله: (**وهو أن يضع الخ**) يصدق على أن يكون المنديل مرسلاً من كتفيه كما يعتاده كثير فينبغي لمن على عنقه منديل أن يضعه عند الصلاة ويصدق أيضاً على لبس القباء من غير إدخال اليدين كميه، وقد صرح بالكراهة فيه، ويكره اشتماله الصماء في الصلاة وهو أن يلف بثوب واحد رأسه وسائر بدنه ولا يدع منفذاً ليده. وهل يشترط عدم الإزار مع ذلك عن محمد يشترط وغيره لا يشترطه. ويكره الاعتجار أن يلف العمامة حول رأسه ويدع وسطها كما تفعله الدعرة ومتوشحاً لا يكره، وفي ثوب واحد ليس على عاتقه بعضه يكره إلا لضرورة العدم قوله: (**وحالة الصلاة مذكرة**) فلا يكون الأكل فيها ناسياً كالأكل في الصوم ناسياً ليلحق به دلالة، ثم القدر الذي يتعلق به الفساد ما يفسد الصوم عزي إلى غريب الرواية لأبي جعفر وهو قدر الحمصة من بين أسنانه، أما من خارج فلو أدخل سمسمة فابتلعها تفسد، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا تفسد، ولو كانت بين أسنانه فابتلعها لا تفسد، ولو كان عين سكرة في فيه فذابت فدخل حلقه فسدت، ولو لم يكن عينها بل صلى على أثر ابتلاعها فوجد الحلاوة لا تفسد، ولو لاك هليلجة فسدت كمضغ العلك، ولو لم يلكها لكن دخل في جوفه منه شيء يسير لا تفسد. وذكر شيخ الإسلام أكل بعض اللقمة وبقي في فيه بعضها فدخل في الصلاة فابتلعه لا تفسد ما لم تكن ملء الفم قوله: (**في الطاق**) أي المحراب، وفيه طريقان: كونه يصير ممتازاً عنهم، وكي لا يشتبه على من عن يمينه ويساره حاله حتى إذا كان بجنبتي الطاق عمودان وراءهما فرجتان يطلع منها أهل الجهتين على حاله لا يكره، وإنما هذا بالعراق لأن محاريبهم مجوّفة مطوّقة، فمن اختار هذه الطريقة لا يكره عنده إذا لم يكن كذلك، ومن اختار الأولى يكره عنده مطلقاً. ولا يخفى أن امتياز الإمام مقرر مطلوب في الشرع في حق المكان حتى كان التقدم واجباً عليه، وغاية ما هنا كونه في مخصوص مكان، ولا أثر لذلك فإنه بنى في المساجد المحاريب من لدن رسول الله ﷺ، ولو لم تبن كانت السنة أن يتقدم في محاذاة ذلك المكان لأنه يحاذي وسط الصف وهو المطلوب، إذ قيامه في غير محاذاته مكروه، وغايته اتفاق الملتين في بعض الأحكام، ولا بدع فيه على أن أهل الكتاب إنما يخصون الإمام بالمكان المرتفع على ما قيل فلا تشبه قوله: (**بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق**) أي ورجلاه خارجها فإنه لا يكره لأن العبرة للقدم في مكان الصلاة حتى يشترط طهارته رواية واحدة، بخلاف مكان السجود إذ فيه روايتان، ولذا لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بوضع القدم وإن كان باقي بدنه خارجها، والصيد إذا كان رجلاه في الحرم ورأسه خارجه صيد الحرم ففيه الجزاء قوله: (**وحده**) احتراز مما إذا كان معه بعض القوم فإنه لا يكره قوله: (**لما قلنا**) من أنه تشبه بأهل الكتاب فإنهم يخصون إمامهم بالمكان المرتفع فقوله في ظاهر الرواية

الإمام بقوله وحده إشارة إلى أنه لو كان معه بعض القوم لم يكره، وإنما قال على القلب في ظاهر الرواية احترازاً عما ذكر الطحاوي أنه لايكره لزوال المعنى الأول وهو التشبه بصنيع أهل الكتاب فإنهم لا يفعلون ذلك، ولم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان، وذكر الطحاوي أنه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن أبي يوسف، وقيل مقدر بمقدار ما يقع به الامتياز، وقيل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٦٤٣ والترمذي ٣٧٨ والحاكم ١/٢٥٣ وأحمد ٢/٢٩٥ و٣٤١ كلهم من حديث أبي هريرة وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من طريق عِسْل بن سفيان. علماً بأن الحاكم أخرجه من طريق الحسين بن ذكوان وعلى هذ فقد توبع عِسْل بن سفيان وقد صححه الحاكم وأقره الذهبي. والحق أنه حسن في كلا الإسنادين كلام لكن لا يضر. وله طرق ثلاث ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/٩٦ اهـ السدل: هو أن يرسل الثوب من غير أن يضم جانبيه.

عمر رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع في بعض أسفاره **(ولا بأس بأن يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف**

احتراز عن رواية الطحاوي أنه لا يكره لعدم مناطها وهو التشبه فإنهم لا يخصونه بالمكان المنخفض. والجواب أن الكراهة هنا لمعنى آخر وهو ما ذكر في الكتاب. واختلف في مقدار الارتفاع الذي تتعلق به الكراهة فقيل قدر القامة، وقيل ما يقع به الامتياز، وقيل ذراع كالسترة، وهو المختار والوجه أو جهية الثاني لأن الموجب هو شبه الازدراء يتحقق فيه غير مقتصر على قدر الذراع قوله: **(يتحدث)** لإفادة نفي الكراهة بحضرة المتحدثين خلافاً للقائلين وكذا بحضرة النائمين. وما روي عنه ﷺ «لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث»[١] فضعيف، وقد صح أنه ﷺ صلى وعائشة رضي الله عنها نائمة معترضة بينه وبين القبلة[٢]. قاله الخطابي. وقد يقال: لم تكن عائشة رضي الله عنها نائمة بل مضطجعة، ولذا قالت: فكان إذا سجد غمزني فقبضت رجلي[٣]، فإذا قام بسطتها إلا أن يقال: كان ذلك الغمز المتكرر مراراً إيقاظاً، لكن ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنهما قالت «كان رسول الله ﷺ يصلي من صلاة الليل كلها وأنا معترضة بينه وبين القبلة، فإذا أراد أن يوتر أيقظني فأوترت»[٤] يقتضي أنها كانت نائمة لا مضطجعة يقظى. وقد يستدل بما في مسند البزار عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال «نهيت أن أصلي إلى النيام والمتحدثين»[٥] وإن قال البزار لا نعلمه إلا عن ابن عباس، ويجاب بأن محمله إذا كانت لهم أصوات يخاف منها التغليظ أو الشغل، وفي النائمين إذا خاف ظهور صوت يضحكه وقدمنا أن في كون ظهر النائم سترة اختلافاً قوله: **(لأن ابن عمر ربما كان يستتر بنافع)** روى ابن أبي شيبة عن نافع قال: كان ابن عمر إذا لم يجد سبيلاً إلى سارية قال لي: ولّ ظهرك[٦]، وما روى البزار عن علي رضي الله عنه «أنه ﷺ رأى رجلاً يصلي إلى رجل فأمره أن يعيد الصلاة»[٧] واقعه حال لا تستلزم كونه كان إلى ظهره لجواز كونه كان مستقبله فأمره بالإعادة لرفع الكراهة. وهو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة، ولو صلى إلى وجه إنسان وبينهما ثالث ظهره إلى وجه المصلي لم يكره قوله: **(وباعتباره تثبت الكراهة)** قدم المعمول لقصد إفادة الحصر فيفيد الرد على من قال من الناس بالكراهة لأن السيف آلة الحرب والبأس فيكره إستقباله في مقام الابتهال. وفي استقبال المصحف تشبه بأهل الكتاب. والجواب أن استقبالهم إياه للقراءة منه لا لأنه من أفعال تلك العبادة، وقد قلنا بكراهة استقباله لذلك، والحال ابتهال إلى الله

بذراع اعتباره بالسترة وعليه الاعتماد، وهذا إذا لم يكن عذر. وأما إذا كان كما في يوم الجمعة يقوم الناس على الرفوف والإمام في الجامع على الأرض لضيق المكان فلا يكره، وقوله **(ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يتحدث)** ظاهر، إنما المكروه أن يصلي إلى وجه غيره، لما روي أن عمر رأى رجلاً يصلي إلى وجه غيره فعلاهما الدر وقال للمصلي: تستقبل الصورة في صلاتك، وقال للقاعد أتستقبل المصلي بوجهك. فعلم أن ذلك مكروه، وعلم من قوله إلى ظهر رجل يتحدث أنه

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٦٩٤ بهذا اللفظ وابن ماجه ٩٥٩ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الزيلعي: وفي إسناد أبي داود رجل مجهول حيث قيه: عمّن حدثه. وفي إسناد ابن ماجه أبو المقدام لا يحتج بحديثه ورواه البزار من حديث ابن عباس من وجه أحد اهـ. نصب الراية ٢/ ٩٧. وقال الهيثمي في المجمع ٢/ ٩٢: حديث البرار فيه عبد الأعلى الثعلبي وهو ضعيف ورواه الطبراني من حديث أبي هريرة وإسناده ضعيف.
قلت فهذا الحديث مجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن وله شاهد عن ابن مسعود موقوفاً وهو عند البيهقي في ٢/ ٧٩.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) هو بعض المتقدم.
(٤) صحيح أخرجه البخاري ٩٩٧ ومسلم ٧٤٤ ح١٣٥ كلاهما من حديث عائشة ويأتي في الوتر إن شاء الله تعالى.
(٥) حسن لشواهده. أخرجه البزار كما في نصب الراية ٢/ ٩٧ من حديث ابن عباس. وإسناده ضعيف لضعف ابن أبي ليلى لكن له شواهد تقدمت قبل ثلاثة أحاديث.
(٦) أثر ابن عمر رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٢/ ٩٦ وإسناده جيد ورجاله كلهم ثقات.
(٧) تقدم تخريجه قبل خمسه أحاديث.

معلق) لأنهما لا يعبدان، وباعتباره تثبت الكراهة **(ولا بأس أن يصلي على بساط فيه تصاوير)** لأن فيه استهانة بالصور **(ولا يسجد على التصاوير)** لأنه يشبه عبادة الصورة، وأطلق الكراهة في الأصل لأن المصلي معظم **(ويكره أن يكون**

تعالى فهي محاربة للشيطان والنفس المخالفة، وعن هذا سمى المحراب قوله: **(في تصاوير)** في المغرب الصورة عام في ذي الروح وغيره، والتمثال خاص بمثال ذي الروح لكن المراد هنا ذو الروح، فإن غير ذي الروح لا يكره كالشجر، وفيه عن ابن عباس الأثر قال للمصوّر: إن كنت لا بد فاعلاً فعليك بتمثال غير ذي[1] الروح قوله: **(وأطلق الكراهة في الأصل)** أي يكره أن يسجد على الصورة أولاً، وقيدها في الجامع بأن يكون في موضع سجوده، فإن كانت في موضع قيامه وقعوده لا يكره لما فيه من الإهانة. وجه ما في الأصل أن المصلي: أي السجادة التي يصلي عليها معظم فوضع الصورة فيه تعظيم لها حيثما كانت منه، بخلاف وضعها على البساط الذي لم يعد للصلاة قوله: **(ويكره أن تكون فوق رأسه)** أي تكره الصلاة وفوق رأسه الخ، فلو كانت الصورة خلفه أو تحت رجليه ففي شرح عتاب لا تكره الصلاة، ولكن تكره كراهة جعل الصورة في البيت للحديث «إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة»[2] وإلا أن هذا يقتضي كراهة كونها في بساط مفروش، وعدم الكراهة إذا كانت خلفه وصريح كلامهم في الأول خلافه. وقوله وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلي إلى أن قال: ثم خلفه يقتضي خلاف الثاني أيضاً، لكن قد يقال كراهة الصلاة تثبت باعتبار التشبه بعبادة الوثن وليسوا يستدبرونه ولا يطؤنه فيها ففيما يفهم مما ذكرنا من الهداية نظر. وقد يجاب بأنه لا بعد في ثبوتها في الصلاة باعتبار المكان كما كرهت الصلاة في الحمام على أحد التعليلين، وهو كونها مأوى الشياطين، وهو متحقق هنا لأن امتناع الملائكة من الدخول للصورة مع تسلط الشياطين لا يكون إلا لمانع يوجب ذلك، وكذا لو لم يتحقق كالأرض المغصوبة فإنه ثبتت كراهة الصلاة في خصوص مكان باعتبار معنى فيه نفسه لا فيها. فإن قيل: فلم لم يقل بالكراهة وإن كانت تحت القدم وما ذكرت يفيده لأنها في البيت، وكذا ظاهر الحديث المذكور في الكتاب وهو ما أخرجه مسلم عن عائشة رضي الله عنها «واعد رسول الله ﷺ جبريل في ساعة يأتيه فيها، فجاءت تلك الساعة ولم يأته وفي يده عصا فألقاها، وقال: ما يخلف الله وعده ولا رسوله، ثم التفت فإذا جرو كلب تحت سريره، فقال: ما هذا يا عائشة؟ متى دخل هذا الكلب ههنا؟ فقالت: والله ما دريت، فأمر به فأخرج، فجاء جبريل عليه السلام فقال رسول الله ﷺ: واعدتني فجلست لك فلم تأت فقال: منعني الكلب الذي كان في بيتك، إنا لا ندخل بيتاً فيه كلب ولا صوره»[3] انتهى. وبه يعترض على المصنف أيضاً

لا بأس بأن يصلي ويقربه قوم يتحدثون، ومن الناس من كره ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ «نهى أن يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون أو نائمون» وتأويله عندنا إذا رفعوا أصواتهم على وجه يخاف منه وقوع الغلط في الصلاة، أو يخاف أن يظهر صوت من النائمين فيُضحك في صلاته، فإن لم يكن كذلك فلا بأس به. والدليل على أنه لا يكره عند الأمن على ذلك ما روي أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يصلون وبعضهم كانوا يقرأون وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ ولم يمنعهم عن ذلك رسول الله ﷺ. وقوله **(ولا بأس بأن يصل وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق)** إنما أورد هذه المسألة لأن من العلماء من كره ذلك فقال السيف آلة الحرب وفي الحديد بأس شديد، فلا يليق تقديمه في مقام التضرع، وقيل هو قول ابن عمر، وفي استقبال المصحف تشبه بأهل الكتاب فإنهم يفعلون ذلك بكتبهم، وقيل هو قول إبراهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر. وقوله: **(ولا بأس بأن يصلي على بساط فيه تصاوير)** التصاوير ما يصور مشبهاً بخلق الله

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه مسلم. ٢١١ح ٩٩ عن سعيد بن أبي الحسن وسياقه: إن كنت لا بد فاعلاً فاصنع الشجر وما لا نفس له.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٤٩ ومسلم ٢١٠٦ ح ٨٤، ٨٥ وأبو داود ٤١٥٥ والترمذي ٢٨٠٤ والنسائي ٢١٢/٨ وابن ماجه ٣٦٤٩ وأحمد ٤/ ٢٨، ٢٩ كلهم من حديث أبي طلحة. وأكثر الروايات ليس فيها لفظ: إن. وهي في رواية مسلم الثانية لكنه لم يذكر فيها لفظ كلب. وزاد النسائي وغيره: وتماثيل.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٢١٠٤ بهذا اللفظ من حديث عائشة.

فوق رأسه في السقف أو بين يديه أو بحذائه تصاوير أو صورة معلقة) لحديث جبريل إنا لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة، ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لأن الصغار جداً لا تعبد **(وإذا كان التمثال مقطوع الرأس)** أي ممحو الرأس **(فليس بتمثال)** لأنه لا يعبد بدون الرأس وصار كما إذا صلى إلى شمع أو سراج على ما قالوا **(ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة أو على بساط مفروش لا يكره)** لأنها تداس وتوطأ، بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت على السترة لأنه تعظيم لها، وأشدّها كراهة أن تكون أمام المصلي ثم من فوق رأسه ثم

حيث كان دليله عاماً لجميع الصور، وهو يقول لا يكره كونها في وسادة ملقاة إلى آخر ما ذكر. فالجواب لا يكره جعلها في المكان كذلك لتعدي إلى الصلاة. وحديث جبريل مخصوص بذلك، فإنه وقع في صحيح ابن حبان، وعند النسائي «استأذن جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال ادخل، فقال: كيف أدخل وفي بيتك ستر فيه تصاوير، فإن كنت لا بد فاعلاً فاقطع رؤوسها أو اقطعها وسائد أو أجعلها بسطاً»[1] ولم يذكر النسائي اقطعها وسائد. وفي البخاري في كتاب المظالم عن عائشة رضي الله عنها «أنها اتخذت على سهوة لها ستراً فيه تماثيل فهتكه النبي ﷺ، قالت «فاتخذت منه نمرقتين فكانت في البيت تجلس عليهما»[2] زاد أحمد في مسنده «ولقد رأيته متكئاً على إحداهما وفيها صورة» قوله: **(بحيث لا تبدو للناظر)** أي على بعد ما، والكبيرة ما تبدو على البعد قوله: **(لأنها لا تعبد)** فليس لها حكم الوثن فلا يكره في البيت. ونقل أنه كان على خاتم أبي هريرة ذبابتان[3]. ولما وجد خاتم دانيال وجد عليه أسد ولبوة بينهما صبي يلحسانه، وذلك أن بخت نصر قيل له يولد مولود يكون هلاكك على يديه، فجعل يقتل من يولد، فلما ولدت أم دانيال إياه ألقته في غيضة رجاء أن يسلم، فقيض الله له أسداً يحفظه ولبوة ترضعه فنقشه بمرأى منه ليتذكر نعم الله تعالى[4] قوله: **(أي ممحوّ الرأس)** فسر به احترازاً من أن تقطع بخيط ونحوه فإنه لا ينفي الكراهة، لأن بعض الحيوانات مطوق فلا يتحقق قطعه إلا بمحوه، وهو بأن يجعل الخيط على كل رأسه بحيث يخفي أو يطليه

تعالى أعم من أن يكون من ذوات الروح أو لا، وقوله **(وأطلق الكراهة في الأصل)** أي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين أن يسجد على الصورة أو لا يسجد، والمذكور في الجامع الصغير أنه إن كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم له. وإذا كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الإهانة، وجه ما في الأصل ما ذكره أن المصلي إليه معظم بلفظ المفعول فيهما، ومعناه أن البساط الذي أعد للصلاة معظم من بين سائر البسط، فإذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم لها ونحن أمرنا بإهانتها فلا ينبغي أن يكون في المصلي مطلقاً سجد عليها أو لم يسجد، وقوله **(لحديث جبريل)** روي «أن جبريل عليه الصلاة والسلام استأذن على رسول الله ﷺ، فقال له ادخل، فقال: كيف أدخل بيتاً عليه ستر فيه تماثيل حيوان أو رجال، إما أن تقطع رؤوسها أو تجعل بساط يوطأ إنا معاشر الملائكة لا ندخل بيتاً فيه كلب أو صورة، وقوله **(لأن الصغار جداً لا تعبد)** روي أنه كان على خاتم أبي موسى ذبابتان. وكان لابن عباس رضي الله عنهما كانون محفوف بصور صغار، وقوله **(وإذا كان التمثال مقطوع الرأس: أي ممحوه)** إنما فسره بهذا إشارة إلى أنه لو قطع رأسه بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية، لأن من الطير ما هو مطوق، أما ما حمى رأسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر أنه لا يعبد بلا رأس فكان كالجمادات **(فصار كالصلاة إلى شمع أو سراج)** في أنهما لا يعبدان وإنما قال **(على ما قالوا)** إشارة إلى أن بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر أو نار موقده، والصحيح ما قالوا لما ذكر أنهما لا يعبدان. وقوله **(ولو كانت الصورة على وسادة)** ظاهر.

---

(١) حسن. أخرجه النسائي ٨/٢١٦ وابن حبان في صحيحه.
كلاهما من حديث أبي هريرة. وإسناده حسن. وتتمته: فإنا معشر الملائكة لا ندخل بيتاً فيه تصاوير.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٧٩ ابن ماجه ٣٦٥٣ كلاهما من حديث عائشة وهو في مسلم ٢١٠٧ من وجوه مع تغير يسير.
تنبيه: وقع في رواية البخاري: فكانتا في البيت يجلس عليهما. ووقع في نصب الراية: فكانتا في البيت نجلس عليهما. وكلاهما محتمل فلعله في نسخ أخرى أما سياق ابن الهمام فلعله ذكره بمعناه وكذا رواه أحمد ٦/١٩٩ دون آخره.

(٣) أثر أبي هريرة لم يصح ولذا ذكره بصيغة التمريض.

(٤) هذا الخبر من الإسرائيليات ذكره المصنف للاستئناس به ويوجد هذا وأمثاله في قصص الأنبياء للثعلبي.

على يمينه ثم على شماله ثم خلفه **(ولو لبس ثوباً فيه تصاوير يكره)** لأنه يشبه حامل الصنم، والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها، وتعاد على وجه غير مكروه، وهذا الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة **(ولا**

بطلاء يخفيه أو يغسله أو نحو ذلك، أما لو قطع يديها ورجليها لا ترتفع الكراهة لأن الإنسان قد تقطع أطرافه وهو حيّ قوله: **(على ما قالوا)** يشعر بالخلاف، وقيل يكره، والصحيح الأوّل، لأنهم لا يعبدونه بل الضرام جمراً أو ناراً قوله: **(وتعاد)** صرح بلفظ الوجوب الشيخ قوام الدين الكاكي في شرح المنار، ولفظ الخبر المذكور: أعني قوله وتعاد، يفيده أيضاً على ما عرف.. والحق التفصيل بين كون تلك الكراهة كراهة تحريم فتجب الإعادة أو تنزيه فتستحب، فإن كراهة التحريم في رتبة الواجب، فإن الظني إن أفاد المنع بدلالة قطعية: أعني بطريق الحقيقة مجرد عن القرائن الصارفة عنه، فالثابت كراهة التحريم، وإن أفاد إلزام الفعل كذلك فالوجوب، وإن أفاد ندب المنع فتنزيهية أو الفعل فالمندوب ولذا كان لازمهما معنى واحد وهو ترتب الإثم بترك مقتضاهما قوله: **(لقوله ﷺ)** أخرج أصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «اقتلوا الأسودين في الصلاة الحية والعقرب»[(١)] قال الترمذي حسن صحيح، وهو بإطلاقه يشمل ما إذا احتاج إلى عمل كثير في ذلك أو قليل، وقيل بل إذا كان قليلاً. وفي المبسوط: الأظهر أنه لا تفصيل فيه لأنه رخصة كالمشي في سبق الحدث والاستقاء من البئر والتوضي وهذا يقتضي أن الاستقاء غير مفسد في سبق الحدث، وقد تقدم خلافه، وبحثه بأنه لا تفصيل في الرخصة بالنص يستلزم مثله في علاج المارّ إذا كثر فإنه أيضاً مأمور به بالنص كما قدمناه لكنه مفسد عندهم فما هو جوابه من علاج المار هو جوابنا في قتل الحية، ثم الحق فيما يظهر الفساد، وقولهم الأمر بالقتال لا يستلزم بقاء الصحة على نهج ما قالوه، ومن الفساد في الصلاة الخوف إذا قاتلوا في الصلاة بل أثره في رفع الإثم بمباشرة المفسد في الصلاة بعد أن كان حراماً صحيح قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل لا تقتل الحية البيضاء التي تمشي مستوية لأنها من الجان لقوله ﷺ «اقتلوا ذا الطفيتين والأبتر. وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن»[(٢)] وقال الطحاوي: لا بأس بقتل الكل لأنه

ويحكى عن الحسن البصري وعطاء رحمهما الله تعالى أنهما دخلا بيتاً فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس الحسن وقال: تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها، وقوله **(وأشدها)** أي أشد الصور **(كراهة)** يشير إلى أن الكراهة مقول بالتشكيك تختلف آحادها بالشدة والضعف، وقيل إذا كانت خلف المصلي لا تكره الصلاة، ولكنه يكره كونهما في البيت لأن تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة مستحب. وقوله **(وتعاد على وجه غير مكروه)** أي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة **(وهذا الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة)** كما إذا ترك واجباً من واجبات الصلاة وقوله **(ولا يكره تمثال غير ذي الروح)** لما روي عن ابن عباس أنه نهى مصوراً عن التصوير فقال: كيف أصنع وهو كسبي؟ قال: إن لم يكن بد فعليك بتمثال الأشجار، وفي هذا إشارة إلى أن التمثال والصورة واحد، ومنهم من قال التمثال ما تصوره على الجدار، والصورة ما تصور

قوله: **(لأن تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة مستحب)** أقول: فتكون الكراهة تنزيهية،

---

(١) صحيح أخرجه أبو داود ٩٢١ والترمذي ٣٩٠ والطيالسي ٢٥٣٨ والنسائي ٣/ ١٠ وابن ماجه ١٢٤٥ وأحمد ٢/ ٢٤٨، ٣٣٣ والحاكم ١/ ٢٥٦ كلهم من حديث أبي هريرة. واللفظ لأبي داود وأكثرهم بلفظ: أمر رسول الله ﷺ بقتل الأسودين في الصلاة الحية والعقرب. هذا لفظ الترمذي والحاكم وغيرهما. ومداره على ضمضم بن جوس وقال الترمذي عقبة: حسن صحيح.
قال الحاكم: حديث صحيح ضمضم من ثقات أهل اليمامة وثقه أحمد سمع من جماعة من الصحابة. وأقره الذهبي. وكذا قال ابن حجر في التقريب عنه: هو ثقة يمامي.

(٢) صدره صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٩٧ ومسلم ٢٢٣٣ عن ابن عمر مرفوعاً اقتلوا الحيات وذا الطفلتين والأبتر فإنهما يسقطان الحبل ويلتمسان البصر.
قوله: يسقطان الحبل. أي أن الحامل إذا رأت منظر الحية وخافت ربما أسقطت.
وقوله: يلتمسان البصر. أي يبرقان له. أو يذهبا نوره. وروى أبو داود ٥٢٦١ عن النخعي عن ابن مسعود قال: اقتلوا الحيات كلها إلا الجان الأبيض الذى كأنه قضيب فضة. وهو موقوف وفيه إرسال لأن إبراهيم لم يلق ابن مسعود.

يكره تمثال غير ذي الروح) لأنه لا يعبد **(ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة» ولأن فيه إزالة الشغل فأشبه درء المار ويستوي جميع أنواع الحيات هو الصحيح لإطلاق ما روينا **(ويكره عد الآي والتسبيحات باليد في الصلاة)** وكذلك عد السور لأن ذلك ليس من أعمال الصلاة

ﷺ عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم، فإذا خالفوا فقد نقضوا عهدهم فلا حرمة لهم، وقد حصل في عهده ﷺ وفيمن بعده الضرر بقتل بعض الحيات من الجن، فالحق أن الحل ثابت، ومع ذلك فالأولى الإمساك عما فيه علامة الجان لا للحرمة بل لدفع الضرر المتوهم من جهتهم، وقيل ينذرها فيقول خلي طريق المسلمين أو ارجعي بإذن الله، فإن أبت قتلها وهذا في غير الصلاة قوله: **(وعن أبي يوسف ومحمد)** في التجريد قول محمد مع أبي حنيفة ثم محل الخلاف فيما عد بالأصابع أو بخيط يمسكه. أما إذا أحصى بقلبه أو عمز بأنامله فلا كراهة.

[فروع أخرى] يكره العمل القليل الذي لا يفسد كالضربة الواحدة وتغميض العينين ورفعها إلى جهة السماء وتغطية الفم أو الأنف والتثاؤب إذا أمكنه الكظم. فإن عجز ففتح غطى فاه بكمه أو يده وإلا يكره. وتكره الصلاة أيضاً مع تشمير الكم عن الساعد ومكشوف الرأس إلا لقصد التضرع، ولا بأس مع شد الوسط، ويكره ستر القدمين في السجود، وتكره مع نجاسة لا تمنع إلا إن خاف فوت الوقت أو الجماعة ولا جماعة أخرى، ويقطع الصلاة إن لم يخف ذلك إذا تذكر هذه النجاسة، وكذا يقطع لإغاثة الملهوف أو خوف على أجنبي أن يسقط من سطح أو يغرق أو يحرق ونحوه. وله أن يقطع إذا سرق منه أو من غيره قدر درهم لا لنداء أحد أبويه إلا أن يستغيث وتكره مع مدافعة الأخبثين سواء كان بعد الشروع أو قبله، وفي فيه درهم أو لؤلؤة تمنعه من سنة القراءة، وفي أرض غيره. فإن ابتلى بين ذلك وبين الصلاة في الطريق إن كانت الأرض مزروعة أو لكافر ففي الطريق وإلا ففي الأرض. ولو كان في بيت إنسان إن استأذنه فأحسن وإلا فلا بأس، ويكره وقدامه عذرة كما يكره أن تكون قبلة المسجد إلى حمام أو مخرج أو قبر، فإن كان بينه وبين هذه حائل حائط لا يكره. ويكره بحضرة طعام إذا كان له الثقات إليه للحديث المتفق عليه «لا صلاة بحضرة طعام. ولا وهو يدافعه الأخبثان»(١) وما في أبي داود «لا تؤخروا الصلاة لطعام ولا غيره»(٢) يحمل على تأخيرها عن وقتها جمعاً بينهما. وفي الصحيحين عن أبي هريرة عنه ﷺ «أما يأمن الذي يرفع

على الثوب وليس بواضح. وقوله **(ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة)** لم يفرق بين ما إذا أمكنه القتل بضربة واحدة وبين ما إذا احتاج إلى ضربات، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي لأن قوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة» لم يفصل، ومنهم من قال: إن أمكنه القتل بضربة فعل، وإن ضرب ضربات استقبل الصلاة لأنه عمل كثير. والجواب أنه عمل كثير رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي، وفي كلام المصنف ما ينبو عن هذا لأنه قال: ولأن فيه إزالة الشغل فأشبه درء المار فإنه يشير إلى أنه ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لأن ذلك لإصلاح الصلاة دون هذا. قوله **(ويستوي جميع أنواع الحيات)** يعني التي تسمى جنية وغيرها، وقوله **(هوالصحيح)** احتراز عن قول

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٦٥٠ وأبو داود ٨٩ وأحمد ٦/ ٤٣، ٥٤ كلهم من حديث عائشة واللفظ لمسلم. وصدره عند أبي داود وأحمد: لا يصلي بحضرة.. الحديث.

تنبيه: لم يروه البخاري ويؤكد ذلك عدم نسبة الزيلعي لهذا الحديث إلا لمسلم وكذا ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٣٢ نسبه لمسلم فقط.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٧٥٨ بهذا اللفظ من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر مرفوعاً. وهذا إسناد جيد جعفر هو الصادق لكن الراوي عنه محمد بن ميمون الراجح هو الزعفراني. قال ابن حجر في التقريب: صدوق له أوهام./د

قلت: وما توقعته رأيته صواباً فقد جاء في الميزان ما ملخصه: محمد بن ميمون هو الزعفراني يروي عن جعفر بن محمد وثقه أبو داود وقال ابن حبان. لا يحل الاحتجاج به إذا وافق الثقات فكيف إذا انفرد بالأوابد. وقال البخاري والنسائي: منكر الحديث اهـ فهذا الحديث ضعيف وهو يخالف ما في الصحاح.

وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعاً مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة. قلنا يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده، والله أعلم.

رأسه قبل الإمام أن يحوّل الله رأسه رأس حمار أو يجعل صورته صورة حمار»[1] وعنه أنه ﷺ قال «التثاؤب من الشيطان، فإذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع»[2] وعن جابر بن سمر فقال: قال رسول الله ﷺ «لينتهين أقوام يرفعون أبصارهم إلى السماء في الصلاة أو لا ترجع إليهم»[3].

الفقيه أبي جعفر: إن الحيات منها ما يكون من سواكن البيوت وهي جنية، ومنها ما لا يكون منها، والأولى هي التي تكون صورتها بيضاء لها ضفيرتان تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله عليه الصلاة والسلام «إياكم والحية البيضاء فإنها من الجن» من غير فصل بين أن تكون في الصلاة أو غيرها فلا تقتل في غيرها أيضاً إلا بعد الإنذار، والإنذار بأن يقال خل طريق المسلمين فإن أبى قتل، والثانية هي التي يضرب لونها إلى السواد وفي مشيها التواء. قال الطحاوي: الفرقُ بينهما فاسد لأن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ على الجن العهود والمواثيق بأن لا يظهروا لأمته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم، فإذا نقضوا العهد يباح قتلها، وهو اختيار شمس الأئمة والمصنف لإطلاق ما روينا. وقوله **(ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلاة)** أطلق الصلاة إشارة إلى أن العد مكروه في الفرائض والنوافل جميعاً **(وكذا عد السور)** باتفاق أصحابنا في ظاهر الرواية **(لأن ذلك ليس من أعمال الصلاة. وروي عن أبي يوسف ومحمد)** في غير ظاهر الرواية **(أن العد باليد لا بأس به)** وقيد باليد لأن الغمز برؤوس الأصابع أو الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق، واحترز عن العد باللسان فإنه يفسد الصلاة، وقيد بالصلاة احترازاً عن خارج الصلاة لما ذكر فخر الإسلام أن عد التسبيح في غير الصلاة بدعة، وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي. وقيد بالتسبيح والآي احترازاً عن عد الناس وغيرهم فإنه يكره بلا خلاف، وكلام المصنف يدل على أن الخلاف بينهم **(في الفرائض والنوافل جميعاً)** وقيل الخلاف في المكتوبة، وأما النوافل فلا خلاف في أنه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة أنه يكره. لهما أن المصلي قد يحتاج إلى ذلك عملاً بما هو السنة وهي أربعون آية أو ستون آية في الفرائض، وعملاً بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح في تسبيحاتها عشراً عشراً فلا بأس بالعد حينئذ، ولأبي حنيفة أنه يمكنه أن يفعل ذلك قبل الشروع في الصلاة، وأما في صلاة التسبيح فلا ضرورة أيضاً إلى العد باليد لأنه يحصل بغمز رؤوس الأصابع فيستغني عن العد باليد.

قوله: **(وقيد بالتسبيح والآي احترازاً عن عد الناس وغيرهم فإنه لا يكره بلا خلاف)** أقول: وفيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١ ومسلم ٤٢٧ وأبو داود ٦٢٣ والترمذي ٥٨٢ والنسائي ٢/٩٦ والدارمي ١٢٩٠ وابن ماجه ٩٦١ وأحمد ٢/ ٢٦٠، ٤٧٢ كلهم من حديث أبي هريرة وصدره عند مسلم في رواية: ما يأمن الذي وأما الجماعة ورواية لمسلم: أما يخشى.. الحديث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٢٨٩ و٦٢٢٣ و٦٢٢٦ ومسلم ٢٩٩٤ وأبو داود ٥٠٢٨ والترمذي ٣٧٠ و٢٧٤٦ وابن ماجه ٩٦٨ والطيالسي ٢٣١٥ وأحمد ٢/٣٩٧، ٥١٥، ٤٢٨ كلهم من حديث أبي هريرة مع تغير يسير في ألفاظهم. زاد البخاري وغيره: فإن أحدكم إذا قال: ها ـ ورواية هاه ـ ضحك الشيطان. وصدره عند بعضهم: إذا تثاءب أحدكم.. الحديث.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٤٢٨ وأبو داود ٩١٢ وابن ماجه ١٠٤٥ وأحمد ٥/١٠٨ كلهم من حديث جابر بن سمرة بهذا اللفظ وكذا الدارمي ١٢٧٦ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه مسلم ٤٢٩ وكذا أحمد ٢/ ٢٩٢ والنسائي ٣/٣٩ كلاهما بلفظ: لينتهين أقوام عن رفعهم أبصارهم عند الدعاء إلى السماء أو لتخطفن أبصارهم.

وورد من حديث أنس أخرجه البخاري ٧٥٠ وأبو داود ٩١٣ والدارمي ١٢٧٧ وابن ماجه ١٠٤٤ وأحمد ٣/١٠٩، ١١٢، ١١٥، ١١٦ وله طرق أخرى فهذا يسميه علماء الحديث الحديث المشهور.

فصـــل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك، والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم، ولا يكره في رواية لأن المستدبر فرجه غير مواز للقبلة. وما ينحط منه ينحط إلى الأرض،

فصـــل

قوله: (لأنه ﷺ نهى عن ذلك) قال ﷺ إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا»[1] أخرجه الستة قوله: (ولا يكره في رواية) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال «رقيت يوماً على بيت أختي حفصة فرأيت النبي ﷺ يقضي حاجته مستقبل الشأم مستدبر الكعبة»[2] ولأن فرجه غير مواز لها، إلى آخر ما ذكره في الكتاب. وجه الظاهر الحديث السابق، وهو مقدم لتقدم المانع عند المعارضة. واعلم أن هذه المسألة اختلف فيها العلماء على ثلاثة أقوال، وباعتبار هذه الرواية تصير أربعة أقوال: ذهبت طائفة إلى الكراهة مطلقاً منهم مجاهد والنخعي وأبو حنيفة أخذا بعموم الأول مع تقويته بقول أبي أيوب قدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو الكعبة فننحرف عنها ونستغفر الله[3]، وطائفة كرهوه في الفضاء دون البنيان مطلقاً منهم الشعبي والشافعي وأحمد أخذا بحديث أبي داود عن مروان الأصفر: رأيت ابن عمر أناخ راحلته وجلس يبول إليها، فقلت: أبا عبد الرحمن أليس قد نهى عن هذا؟ قال: بلى إنه نهى عن ذلك في الفضاء فإذا كان بينك وبين القبلة شيء يسترك فلا بأس[4]. ورواه ابن خزيمة والحاكم في صحيحيهما، وعن ابن عمر في الصحيحين ما ذكرناه آنفاً من رؤيته لرسول الله ﷺ. وطائفة رخصوه مطلقاً، فمنهم من طرح الأحاديث لتعارضها ثم رجع إلى الأصل وهو الإباحة والمعارضة بحديث ابن عمر المتقدم، وما رواه ابن ماجه عن عراك عن عائشة قالت «ذكر عند النبي ﷺ قوم يكرهون أن يستقبلوا بفروجهم القبلة فقال: أراهم قد فعلوها استقبلوا بمقعدي القبلة»[5] وقول أحمد أحسن ما في الرخصة حديث عائشة وإن كان مرسلاً

فصل

لما فرغ من بيان الكراهة في الصلاة شرع في بيانها خارج الصلاة والخلاء بالمد بيت التغوط، والمقصور النبت **(ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك)** رواه سلمان، وإنما قيد بالخلاء وإن كان في الصحراء كذلك لما فيه خلاف الشافعي لأنه يقول: إنما يكره إذا كان في الفضاء. وأما في الأمكنة فلا. وفي الاستدبار عن أبي حنيفة روايتان: فعلى إحدى الروايتين فرق بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الكتاب منَ قوله **(ون المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط إلى الأرض، بخلاف المستقبل لأن فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط إليها)** فإن قيل: كيف يعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «لا تستقبلوا القبلة بغائط أو بول ولا تستدبروها، ولكن شرقوا أو غربوا» أجيب بأنه محمول على أن المراد به أهل المدينة لأنهم إذا استدبروا صاروا متوجهين إلى بيت المقدس فكان

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٤ و٣٩٤ ومسلم ٢٦٤ وأبو داود ٩. والترمذي ٨. والنسائي ١/ ٢٣ والدارمي ٦٧٠ والبيهقي ١/ ٩١ وأحمد ٥/ ٤٢١، ٤١٦ كلهم من حديث أبي أيوب الأنصاري. وكذا رواه الدارقطني ١/ ٦٠

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٥، ١٤٨، ١٤٩ ومسلم ٢٦٦ وأبو داود ١٢ والترمذي ١١ والدارمي ٦٧٢ والنسائي ١/ ٢٣ وابن ماجه ٣٢٢ وأحمد ٢/ ١٢، ٢٣ والبيهقي ١/ ٩٢ كلهم من حديث ابن عمر. وكذا الدارقطني ١/ ٦١ والأكثر حمل هذا على البنيان.

(٣) هذا تتمة حديث أبي أيوب المتقدم قبل حديث ابن عمر.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه أبو داود ١١ والدارقطني ١/ ٥٨ والبيهقي ١/ ٩٢ والحاكم ١/ ١٥٤ وصححه الحاكم وأقره الذهبي وقال الدارقطني: رجاله كلهم ثقات.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٢٤ والبيهقي ١/ ٩٢، ٩٣ والطيالسي ١٥٤١ والدارقطني ١/ ٦٠ وأحمد ٦/ ١٣٧، ٢٢٧ كلهم من حديث عراك عن عائشة بهذا السياق.

وقال الزيلعي في نصب الراية ما ملخصه: قال ابن دقيق العيد: قال الأثرم: قال أحمد: أحسن ما في الرخصة حديث عائشة وإن كان مرسلاً. فإن مخرجه حسن.

قلت: فإن عراكاً يرويه مرة ويقول: سمعت. فأنكره وقال: من أين سمع عراك عائشة اهـ باختصار نصب الراية ٢/ ١٠٦ وجاء في حاشية نصب الراية ما ملخصه: حسنه النووي وصاحب سبل السلام أما ابن القيم فقال: لم يثبتوه طعن فيه البخاري وغيره.

بخلاف المستقبل لأن فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط إليها **(وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي)** لأن سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته، ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه، ولا يحل

فإن مخرجه حسن بناء على إنكاره أن عراكاً سمع من عائشة مدفوع بأنه ممن يمكن كونه لقيها فقد قالوا إنه سمع من أبي هريرة وأبو هريرة توفي هو وعائشة في سنة واحدة فلا يبعد سماعه منها مع كونهما في بلدة واحدة. وقد أخرج مسلم حديث عراك عن عائشة جاءتني مسكينة تحمل ابنتين لها»[1] الحديث. ثم أخرج الدارقطني الحديث المذكور من غير جهة حماد بن سلمة الذي في حديث ابن ماجه قال عراك فيها «حدثتني عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ لما بلغه قول الناس أمر بمقعدته فاستقبل بها القبلة»[2]. ومنهم من ادعى النسخ تمسكاً بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن حبان في صحيحه والحاكم والدارقطني عن جابر بن عبد الله قال «نهى رسول الله ﷺ أن يستقبل القبلة» فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها»[3] ولفظ ابن حبان ومن بعده. حدثنا أبان بن صالح فزالت تهمة التدليس. ولفظهم «كان رسول الله ﷺ قد نهانا أن نستقبل القبلة أو نستدبرها بفروجنا إذا هرقنا الماء، ثم رأيته قبل موته بعام يبول إلى القبلة»[4] وأبان بن صالح وثقه المزكون يحيى بن معين وأبو زرعة وأبو حاتم، وقال الترمذي في العلل الكبير: سألت محمد ابن إسماعيل: يعني البخاري عن هذا الحديث فقال حديث صحيح والأحوط المنع لأن الناسخ لا بد أن يكون في

مكروهاً تعظيماً لبيت المقدس أو على أنه يكون رافعاً ذيله عند التغوط وقوله **(وتكره المجامعة فوق المسجد)** ظاهر. وقوله

= قلت: أعلوه بعلل منها الاضطراب نقله الترمذي في علله عن البخاري. ومنها الوقف: فقد صحح البخاري الوقف فيه على عائشة وأنها أنكرت عليهم ذلك وكذا رجح أبو حاتم فيما نقله ابنه في علله.

ومنها ضعف ابن أبي الصلت واسمه خالد حيث ضعفه عبد الحق وابن القيم.

ومنها الانقطاع. حيث قال أحمد لم يسمع عراك من عائشة. فإن قيل جاء في رواية للدارقطني تصريحه بالتحديث. والجواب طعن أحمد في ذلك. وكذا قال أبو حاتم: من قال عراك سمعت عائشة. فقد وهم فيه سنداً ومتناً فالصواب عن عائشة قولهما.

ومنها النسخ: ففي المحلى لابن حزم ١/ ١٩٧ ولو صح هذا الخبر لما كان فيه حجة ويحمل على النسخ لأن من المحال أن ينهاهم رسول الله ﷺ عن استقبال القبلة بالبول والغائط. ثم ينكر عليهم طاعته في ذلك. وهذا ما لا يظنه مسلم ولا عاقل فلو صح لكان منسوخاً فيطل التعلق به.

اهـ كلام صاحب بقية الألمعي على الزيلعي ١/ ١٠٦، ١٠٧ باختصار وقد ذكر الذهبي في الميزان ابن أبي الصلت وقال: له حديث: حولوا مقعدتي نحو القبلة. لا يكاد يعرف والخبر منكر اهـ.

الخلاصة: هذا الخبر معلول والصواب ما قاله البخاري وأبو حاتم أن عائشة أنكرت على هؤلاء فعلهم وأما كونه مرفوعاً فلا يصحح البتة وهو عند علماء هذا الفتن خبر منكر. وغير محفوظ. لأن راويه خالف من هو أرجح منه بل خالف ما رواه الجماعة من حديث أبي أيوب وغيره في النهي عن استقبال القبلة بالبول والغائط.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٣٠ وابن حبان ٤٢٨ كلاهما من حديث عائشة قالت: جاءتني مسكينة تحمل ابنتين لها. فأطعمتها ثلاث تمرات فأعطت كل واحدة منهما تمرة ورفعت إلى فيها تمرة لتأكلها... وفيه: فقال ﷺ: إن الله أوجب لها بها الجنة.

(٢) تقدم أن سماعه غير صحيح. وإنما هو من قبل خالد بن أبي الصلت. حيث ذكر الحديث وهو وهم منه أنكره أبو حاتم عليه وكذا أحمد وغيرهما.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ١٣ والترمذي ٩ وابن ماجه ٣٢٥ كلهم من حديث جابر بهذا اللفظ وقواه الترمذي.

ونقل الزيلعي عن الترمذي في علله الكبير قوله: سألت البخاري عنه فقال: حديث صحيح. اهـ. نصب الراية ٢/ ١٠٥

(٤) جيد. أخرجه الدارقطني ١/ ٥٨، ٥٩ والحاكم ١/ ١٥٤ وأحمد ٣/ ٣٦٠ والبيهقي ١/ ٩٢ كلهم من طريق ابن إسحاق حدثني أبان بن صالح عن مجاهد عن جابر به. ورجاله ثقات وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث. والحديث صححه البخاري في الجملة كما تقدم وكذا الحاكم وأقره الذهبي. والله تعالى أعلم ورواه الترمذي باختصار من حديث جابر أيضاً من طريق آخر وفيه ابن لهيعة غير قوي لكنه شاهد.

وفي تلخيص الحبير ١/ ١٠٤ ما ملخصه: حديث جابر صححه البخاري فيما نقله الترمذي وحسنه هو والبزار وصححه ابن السكن وضعفه ابن عبد البر بأبان مع أنه ثقة.

تنبيه: في الاحتجاج بهذا الخبر نظر لأنها حكاية فعل لا عموم لها فيحتمل أن يكون لعذر ويحتمله أن يكون في بنيان ونحوه. اهـ. ابن حجر.

وما ذهب إليه ابن حجر هو الراجح. وسبقه إلى ذلك ابن القيم فقال: يحتمل الخصوصية أو أنه من عذر أو في البنيان ومع ذلك يقدم القول الصريح في الأحاديث الصحيحة.

قلت: وهذا الذي مال إليه ابن الكمال كما ترى وقال: لا يقاوم ما رواه الستة من حديث أبي أيوب اهـ.

للجنب الوقوف عليه **(ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد)** والمراد ما أعد للصلاة في البيت لأنه لم يأخذ حكم

قوة المنسوخ وهذا وإن صح لا يقاوم ما تقدم مما اتفق عليه الستة وغيره مما أخرج كثيراً، مع أن الذي فيه حكاية فعله وهو ليس صريحاً في نسخ التشريع القوليّ لجواز الخصوصية: ولو نسي فجلس مستقبلاً فذكر يستحب له الانحراف بقدر ما يمكنه: أخرج الطبري في تهذيب الآثار عن عمرو بن جميع عن عبد الله بن الحسن عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «من جلس يبول قبالة المسجد فذكر فتحرف عنها إجلالاً لها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له»[1] وكما يكره للبالغ ذلك يكره له أن يمسك الصغير نحوها ليبول وقالوا: يكره أن يمد رجليه في النوم وغيره إلى القبلة أو المصحف أو كتب الفقه إلا أن تكون على مكان مرتفع عن المحاذاة قوله: **(وتكره المجامعة)** وصرح بالتحريم في شرح الكنز لقوله تعالى. ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد. لكن الحق كراهة التحريم، لأن دلالة الآية إنما هي على تحريم الوطء في المسجد للمعتكف فتفيد أن الوطء من محظورات الاعتكاف، فعند عدم الاعتكاف لا يكون لفظ الآية دالاً على منع فالمنع للمسجد حينئذ بل لو كان معتكفاً اعتكافاً نفلاً أمكن أن يقال: لا يحرم الوطء عليه للاعتكاف لما عرف من أن قطع نفل الاعتكاف على الرواية المختارة إنهاء للعبادة لا إبطال، وإنما يمتنع للمسجد بدليل آخر فليست الآية على إطلاقها في كل اعتكاف إلا أن يقال: يجب أن يكون القطع الذي هو إنهاء بغير الجماع كالخروج من المسجد لأنه محظوراته، ومبدأه يقع في العبادة فصار كالخروج من الصلاة بالحدث يكون إنهاء محظوراً، ولو سلم عدم دلالتها على ما قلناه عيناً كانت محتملة كون التحريم للاعتكاف أو للمسجد فتكون ظنية الدلالة، وبمثلها تثبت كراهة التحريم لا التحريم. والمراد بالتخلي التغوط لأن سطح المسجد له حكمه إلى عنان السماء، وقد أمر بتطهيره والبول ينافيه، وإذا كان المسجد ينزوي من النخامة كما تنزوي الجلدة من النار[2] على ما روي فكيف بالبول قوله: **(لأنه لم يأخذ حكم المسجد)** حتى لا يصح فيه الاعتكاف إلا للنساء. واختلفوا في مصلى العيد والجنازة، والأصح أنه إنما له حكم المسجد في جواز الاقتداء لكونه مكاناً واحداً وهو المعتبر في جواز الاقتداء قوله: **(لأنه يشبه المنع من الصلاة)** وهو حرام، قال تعالى. ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه. قوله: **(وقيل لا بأس إذا خيف على متاع المسجد)** أحسن من التقييد بزماننا كما في عبارة بعضهم فالمدار خشية الضرر على المسجد، فإن ثبت في زماننا في جميع الأوقات ثبت كذلك إلا في أوقات الصلاة أو لا فلا، أو في بعضها ففي بعضها قوله: **(وقيل هو قربة)** لما فيه من تعظيم المسجد. ومنهم من كرهه لقوله ﷺ «إن من أشراط الساعة أن تزين المساجد»[3] الحديث، والأقوال ثلاثة وعندنا لا بأس به. ومحمل الكراهة التكلف بدقائق النقوش ونحوه خصوصاً في المحراب أو التزيين مع ترك الصلوات أو عدم إعطائه حقه من اللغط فيه والجلوس لحديث الدنيا ورفع الأصوات بدليل آخر الحديث وهو قوله «وقلوبهم خاوية من الإيمان»[4] هذا إذا فعل من مال نفسه أما المتولي فيفعل ما يرجع إلى إحكام البناء حتى لو جعل البياض فوق السواد للنقاء ضمن كذا في الغاية، وعلى هذا تحلية المصحف بالذهب لا بأس به، وكان المتقدمون يكرهون شدّ المصاحف واتخاذ المشدة لها لأنه يشبه المنع كالغلق. وهذه فروع بأحكام المسجد لا شك أن الدفع للفقراء أولى من تزيينه، ولو قيل بأنه قربة، ولا يحفر في

(لأنه لم يأخذ حكم المسجد) يعني لعدم الخلوص حتى يباع، ويورث **(وإن ندبنا إليه)** أي إلى اتخاذ المسجد في البيت فإنه يستحب لكل إنسان أن يتخذ في بيته مكاناً للصلاة يصلي فيه النوافل والسنن، قال الله تعالى فى قصة موسى عليه السلام

---

(١) واه بمرة. رواه الطبري في تهذيب الآثار كما في نصب الراية ٢/ ١٠٣ وسكت عليه هو وابن حجر. مع أن في إسناده عمرو بن جميع قال الذهبي في الميزان: كذبه يحيى وقال ابن عدي متهم بوضع الحديث. قال البخاري منكر الحديث.

(٢) لا أصل له. هذا الخبر ذكره العجلوني في كشف الخفاء ٧٧٧ ونقل عن القاري قوله: لم يوجد ـ اهـ.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٤٩ والنسائي ٢/ ٣٢ وابن ماجه ٧٤٠ كلهم من حديث أنس: لا تقوم الساعة حتى يتباهى الناس في المساجد. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات وأخرجه أبو داود ٤٤٨ عن ابن عباس موقوفاً: لتزخرفُنّها كما زخرفت اليهود والنصارى.

(٤) غريب. لم أجده.

المسجد وإن ندبنا إليه **(ويكره أن يغلق باب المسجد)** لأنه يشبه المنع من الصلاة، وقيل لا بأس به إذا خيف على متاع المسجد في غير أوان الصلاة **(ولا بأس أن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب)** وقوله لا بأس يشير إلى أنه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به، وقيل هو قربة، وهذا إذا فعل من مال نفسه، أما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع إلى إحكام البناء دون ما يرجع إلى النقش حتى لو فعل يضمن، والله أعلم بالصواب.

المسجد بئر ولو كانت بئر قديمة كبئر زمزم تركت، ولو حفر فتلف فيه شيء إن حفر أهل المسجد أو غيرهم بإذنهم لا يضمن، وإن كان بغير إذنهم ضمن أضر ذلك بأهله أولاً، ولا يجوز غرس الأشجاء فيه إلا إن كان ذا نز والاسطوانات لا تستقر به فيجوز لتشرب ذلك الماء فيحصل بها النفع، ولا بأس بأن يتخذ فيه بيتاً لمتاعه، ولا يجوز أن يتخذه طريقاً بغير عذر، فإن كان بعذر لا بأس، ولا يبزق فيه فيأخذ النخامة بثوبه، ولو بزق كان فوق الحصير أسهل منه تحتها لأن ما تحتها مسجد حقيقة والحصر لها حكم المسجد وليست به حقيقة، فإن لم يكن فيه بوار يدفنها في التراب ولا يدعها على وجه الأرض، وكذا يكره أن يمسح رجله من الطين باسطوانته أو حائطه، ولا بأس بأن يمسح ببردته أو قطعة خشب أو حصير ملقاة فيه، والأولى أن لا يفعل، وبتراب المسجد إن كان مجموعاً لا بأس به، وإن كان مبسوطاً يكره، وإذا نزح الماء النجس من البئر كره أن يبل به الطين فيطين به المسجد على قول من اعتبر نجاسة الطين وقد ذكرناه في باب الأنجاس ويكره التوضي في المسجد والمضمضة إلا أن يكون موضع اتخذ لذلك لا يصلي فيه، ولا يجوز أن تعمل فيه الصنائع لأنه مخلص لله فلا يكون محلاً لغير العبادة غير أنهم قالوا في الخياط إذا جلس فيه لمصلحته من دفع الصبيان وصيانة المسجد لا بأس به للضرورة. ولا يدق الثوب عند طيه دقاً عنيفاً. والذي يكتب إذا كان بأجر يكره وبغير أجر لا يكره، هذا إذا كتب العلم والقرآن لأنه في عبادة، أما هؤلاء المكتبون الذين تجتمع عندهم الصبيان واللغط فلا لو لم يكن لغط لأنهم في صناعة لا عبادة، إذ هم يقصدون الإجادة ليس هو لله بل للارتزاق، ومعلم الصبيان القرآن كالكاتب إن كان لأجر لا وحسبة لا بأس به. ومنهم من فصل هذا إن كان لضرورة الحر وغيره لا يكر وإلا فيكره، وسكت عن كونه بأجر أو غيره، وينبغي حمله على ما إذا كان حسبة، فأما إن كان بأجر فلا شك في الكراهة، وعلى هذا فإذا كان حسبة ولا ضرورة يكره لأن نفس التعليم ومراجعة الأطفال لا تخلو عما يكره في المسجد والجلوس في المسجد بغير صلاة جائز لا للمصيبة، والكلام المباح فيه مكروه يأكل الحسنات والنوم فيه مكروه، وقيل لا بأس للغريب أن ينام فيه. وفي النهاية عن الحلواني أنه ذكر في الصوم عن أصحابنا يكره أن يتخذ في المسجد مكاناً معيناً يصلى فيه، لأن العبادة تصير له طبعاً فيه وتثقل في غيره، والعبادة إذا صارت طبعاً فسبيلها الترك ولذاكره صوم الأبد انتهى. فكيف بمن اتخذه لفرض آخر فاسد، والله أعلم.

﴿واجعلوا بيوتكم قبلة﴾ وقال ﷺ «لاتتخذوا بيوتكم قبوراً» وهو عبارة عن ترك الصلاة في البيت. وقوله **(لأنه)** أي الغلق **(يشبه المنع عن الصلاة)** وهو حرام، قال تعالى ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه﴾ **(وقيل لا بأس به)** أي يغلق باب المسجد **(إذا خيف على متاعه)** في غير أوان الصلاة لاختلاف أحوال الناس بحسب اختلاف الزمان؛ ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعات ثم منعن من ذلك وكان المنع صواباً، فكذلك إغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه إلى أهل المحلة فإنهم إذا جتمعوا على رجل وجعلوه متولياً بغير أمر القاضي يكون متولياً وقوله **(ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص)** إنما ذكر هذه المسألة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها، فمنهم من كره ذلك لأن علياً قال حين مر بمسجد مزخرف: لمن هذه البيعة؟ وإنما قال ذلك لكراهته هذا الصنيع في المساجد وعندنا لا بأس بذلك لأن عمر زاد في مسجد رسول الله ﷺ وزينه في خلافته، ولأن في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المساجد لانتظار الصلاة، وذلك لا محالة حسن. وقال شمس الأئمة السرخسي في قوله ولا بأس: إشارة إلى أنه لا يؤجر عليه ولا يأثم به. وقيل هو قربة لأن الله تعالى حثنا على عمارة المساجد بقوله ﴿إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر﴾ والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير، وقوله **(وهذا)** إشارة إلى لا بأس: يعني إنما يكون لا بأس به **(إذا فعل ذلك من مال نفسه. أما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع إلى إحكام البناء)** كالتجصيص **(دون ما يرجع إلى إحكام النقش حتى لو فعل ذلك ضمن)** والله أعلم بالصواب.

باب صلاة الوتر

(الوتر واجب عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنة) لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له.

باب صلاة الوتر

قوله: (حيث لا يكفر جاحده) لا يفيد إذ إثبات اللازم لا يستلزم إثبات الملزوم المعين إلا إذا ساواه وهو ههنا أعم، فإن عدم الإكفار بالجحد لازم الوجوب كما هو لازم السنة، والمدعي الوجوب لا الفرض وإن قصد الاستدلال بالمجموع منه مع عدم التأذين فأقرب على ما فيه، فالثاني يستقل، والحق أنه لم يثبت عندهما دليل الوجوب فنفياه، وثبت عنده وهو الحديث المذكور. وقد روي عن عدة من الصحابة عمرو بن العاص وعقبة بن عامر وابن عباس وابن عمر وأبي سعيد الخدري، وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه وخارجة بن حذافة وأبي نضرة الغفاري، فعن عقبة وعمرو رواه ابن راهويه في مسنده، حدثنا سويد بن عبد العزيز، حدثنا قرة بن عبد الرحمن عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير مرثد بن عبد الله اليزني عن عمرو بن العاص وعقبة بن عامر عنه ﷺ قال «إن الله زادكم صلاة هي لكم خير من حمر النعم، الوتر، وهي لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر»[(١)] وضعف ابن معين وغيره قرة وعن ابن عباس رواه الطبراني والدارقطني عن النضر أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما[(٢)]، وضعفه الدارقطني بالنضر. وعن ابن عمر أخرجه الدارقطني في غرائب مالك، وضعفه بحميد ابن أبي الجون وهو «إن الله زادكم صلاة وهي الوتر»[(٣)] وعن الخدري رواه الطبراني[(٤)] وفيه أيضاً مثل ما في حديثه عن ابن عباس وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه الدارقطني، وفيه «أنه ﷺ أمرنا فاجتمعنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: إن الله زادكم صلاة فأمرنا بالوتر»[(٥)] وضعفه بمحمد بن عبيد الله العزرمي. وعن أبي نضرة رواه

باب صلاة الوتر

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان أوقاتها وكيفية أدائها والأداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر، والدليل على أنه قصد هذه المناسبة إيراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه (الوتر واجب عند أبي حنيفة) قيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر، ولكن روى يوسف بن خالد السمتي عن أبي حنيفة أنها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن أبي مريم عنه أنها سنة، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله، وروى حماد بن زيد عنه أنها فريضة وبه أخذ زفر، قالوا: أظهر آثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون سنة، واعترض عليه بأنه مشترك الإلزام، فإن القائل أن يقول ظهر آثار الواجبات فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون واجباً كصلاة العيد، وأجيب بأنا لا نسلم أن صلاة العيد واجبة سلمنا لكن المجموع من آثار السنن، ولا نسلم أن صلاة العيد ليس لها أذان بل قولهم الصلاة جامعة أذان لها، وفيه نظر (ولأبي حنيفة قوله ﷺ) «إن

باب صلاة الوتر

قوله: (وفيه نظر) أقول: فإن مرادهما الأذان المعهود لا مجرد الإعلام قوله: (والزيادة إنما تتحقق في الواجبات لأنها محصورة بعدد) أقول: هما يقولان إنها سنة مؤكدة وهي محصورة أيضاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٢/ ٢٤٠ من طريق إسحاق بسنده عن عمرو بن العاص وعقبة مرفوعاً وقال الهيثمي: فيه سويد بن عبد العزيز. متروك. اهـ. وفيه قرة بن عبد الرحمن صدوق لكن له مناكير.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٣٠ من حديث ابن عباس وأعله بالنضر وهو أبو عمر الخزاز وقال: ضعيف.

(٣) باطل. أخرجه الدارقطني في غرائب مالك كما في نصب الراية ٢/ ١١٠ وقال الدارقطني: فيه أبو الجون ضعيف اهـ.
وفي حاشية نصب الراية: قال ابن يونس في تاريخ مصر. روى أبو الجون خبراً منكراً لا يتابعه عليه إنسان.
قلت: لأن فيه صعد رسول الله ﷺ على المنبر فذكره.

(٤) حسن. أخرجه الطبراني في مسند الشاميين من حديث أبي سعيد كما في نصب الراية ٢/ ١١١ قال ابن حجر في الدراية ١/ ١٨٩ وإسناده حسن.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٣١ من حديث عمرو بن شعيب عن آبائه. وأعله بمحمد العرزمي وقال: ضعيف ورواه أحمد ٢/ ٢٠٨، ١٨٠ وفيه الحجاج بن أرطاة ضعيف ورواه أحمد ٢/ ٢٠٦ وفيه المثنى بن الصباح. ضعيف. وكل هذه الطرق من حديث عمرو بن شعيب عن آبائه.

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر، فصلوها ما بين العشاء

الحاكم من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن العاص قال: سمعت أبا نضرة الغفاري يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن الله زادكم صلاة وهي الوتر، فصلوها فيما بين العشاء إلى صلاة الصبح»[(١)] وسكت عنه وأعلّ بابن لهيعة. وعن خارجة رواه الحاكم وأبو داود والترمذي وابن ماجه «خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: إن الله أمدكم بصلاة خير لكم من حمر النعم وهي الوتر، فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر»[(٢)] قال الحاكم صحيح، ولم يخرجاه لتفرد التابعي عن الصحابي وقول الترمذي غريب لا ينافي الصحة لما عرف، ولذا يقول مراراً في كتابه حسن صحيح غريب. وما نقل عن البخاري من أنه أعله بقوله لا يعرف سماع بعض هؤلاء من بعض فبناء على اشتراطه العلم باللقى، والصحيح الاكتفاء بإمكان اللقى، وإعلال ابن الجوزي له بابن إسحاق وبعبد الله بن راشد نقل تضعيف ابن راشد عن الدارقطني، أما ابن إسحاق فثقة ثقة لا شبهة عندنا في ذلك ولا عند محققي المحدثين، ولو سلم فقد تابعه

الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر» رواه أبو نضرة الغفاري. ووجه الاستدلال من أوجه: أحدها أنه أضاف الزيادة إلى الله والسنن إنما تضاف إلى رسول الله ﷺ. والثاني أنه قال زادكم والزيادة إنما تتحقق في الواجبات لأنها محصورة بعد لا في النوافل لأنه لا نهاية لها، والثالث أن الزيادة على الشيء إنما تتحقق إذا كانت من جنس المزيد عليه، لا يقال: زاد في ثمنه إذا وهب هبة مبتدأة، ولا يقال: زاد على الهبة إذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد إلا أن الدليل غير قطعي فصار واجباً. والرابع الأمر فإنه للوجوب قوله (ولهذا) أي ولكون الوتر واجباً (وجب القضاء بالإجماع) فإن السنن لا يجب قضاؤها بالإجماع: قيل المراد بالإجماع إجماع أصحابنا على ظاهر الرواية، فإنه نقل عن أبي يوسف أنه لا يقضي خارج الوقت. وعن

قوله: (وفيه نظر لأنه حينئذ يكون فرضاً لا واجباً) أقول: يجوز أن يريد بالوجوب ما يعم الفرض على ما هو الشائع لا المعنى المقابل له

---

(١) ـ حسن ـ أخرجه الحاكم ٣/ ٥٩٣ وأحمد ٦/ ٣٩٧ والطحاوي ١/ ٢٥٠ كلهم من رواية عمرو بن العاص عن أبي بصرة الغفاري. ومداره على ابن لهيعة غير قوي وقد اختلط وبه أعله الذهبي في تلخيص المستدرك.

وله طريق آخر عند أحمد والطبراني كما في المجمع ٢/ ٢٣٩ من حديث عمرو بن العاص. وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح خلا شيخ أحمد وهو علي بن إسحاق وهو ثقة.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٤١٨ والترمذي ٤٥٢ وابن ماجه ١١٦٨ والدارمي ١٥٢٩ والحاكم ٣٠٦١ والبيهقي ٢/ ٤٦٩ والدارقطني ٢/ ٣٠ والطحاوي ١/ ٢٥٠ كلهم من حديث خارجة بن حذافة.

قال الترمذي: حديث خارجة غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن أبي حبيب وتعقبه أحمد شاكر رحمه الله بقوله: صححه الحاكم وقال: رواته مدنيون ومصريون ولم يخرجاه لتفرد التابعي فيه عن الصحابي. ووافقه الذهبي وهو كما قالا. وإن ضعفه ابن حبان بقوله: إسناد منقطع ومتن باطل ولأن رواته كلهم ثقات وليس على انقطاعه دليل. ورواه عبد الحكم في فتوح مصر ص٢٥٩. ٢٦٠ عن خالد بن يزيد عن أبي الضحاك فهذه متابعة جيدة ليزيد بن أبي حبيب ويرد قول الترمذي حيث قال: لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن أبي حبيب اهـ كلامه. وفيما قاله شاكر نظر. نعم أصاب بذكره متابعاً ليزيد بن أبي حبيب ولكن لم يصب شاكر بقوله رجاله ثقات. لأن الراوي عن خارجة هو عبد الله بن أبي مرة الزوفي. قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق أشار البخاري إلى أن روايته عن خارجة منقطعة.

والراوي عنه عبد الله بن راشد الزوفي. قال عنه في التقريب: مستور.

قلت: ولم يتابعه أحد عليه فكيف هو ثقة والإمام ابن حجر بعد البحث والتفتيش يقول هو مستور. وكلمة مستور لا تعني أنه ثقة. بل هي من أقسام المجهول.

ولم يصب شاكر في نفيه لانقطاعه. فلم يصرح أحد الرواة في هذا الحديث بالتحديث ولا بالسماع وإنما هي العنعنة.

ولم يتفرد ابن حبان باعلاله إياه بالانقطاع. وإليك ميزان الاعتدال.

قال الذهبي: عبد الله بن مرة الزوفي له عن خارجة حديث الوتر. لم يصح قال البخاري: لا يعرف سماع بعضهم من بعض. وقال الذهبي في ترجمة عبد الله بن راشد عن خالد بحديث الوتر قيل: لا يعرف سماعه من ابن مرة. قلت: ولا هو معروف. وذكره ابن حبان في الثقات.

وقال الذهبي في المغني: عبد الله بن أبي مرة عن خارجة في حديث الوتر لم يصح خبره.

قلت: والحديث أعله البيهقي أيضاً بقول البخاري: لا يعرف سماع بعضهم من بعض. والخلاصة: ذهب البخاري وابن حبان والبيهقي وابن عدي والذهبي إلى أنه منقطع وقد جزم ابن حبان وحده بذلك. وهؤلاء جميعاً مع ابن الجوزي ذهبوا إلى عدم صحة الخبر.

وعدم صحته لا يعني الوضع بل له شواهد لذا يرقى إلى درجة الحسن فقط وأما الصحة فلا: خلافاً لأحمد شاكر والله تعالى أعلم.

إلى طلوع الفجر» أمر وهو للوجوب،

الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب. وأما ما نقله عن الدارقطني من تضعيف ابن رشد فغلطه فيه صاحب التنقيح لأن الدارقطني إنما ضعف عبد الله بن راشد البصري مولى عثمان بن عفان الراوي عن أبي سعيد الخدري، وأما هذا راوي حديث خارجة فهو الروقي[١] أبو الضحاك المصري، ذكره ابن حبان في الثقات انتهى. ومتابعة الليث والتصريح بكون الروقي[٢] كلاهما في إسناده النسائي للحديث المذكور في كتاب الكنى فتم أمر هذا الحديث على أتم وجه في الصحة، ولو لم يكن هذا كان في كثرة طرقه المضعفة ارتفاع له إلى الحسن، بل بعضها حسن حجة وهو[٣] طريق ابن راهويه. وقرة إن قال أحمد فيه منكر الحديث فقد قال ابن عدي: لم أر له حديثاً منكراً جداً، وأرجو أن لا بأس به، وقد ذكره ابن حبان في الثقات: بقي الشأن في وجه الاستدلال به، فقيل من لفظ زادكم فإن الزيادة لا تتحقق إلا عند حصر المزيد عليه والمحصور الفرائض لا النوافل، ويشكل عليه ما ثبت بسند صحيح أخرجه الحاكم والبيهقي عنه ﷺ «إن الله تعالى زادكم صلاة إلى صلاتكم هي خير لكم من حمر النعم ألا وهي الركعتان قبل صلاة الفجر»[٤] فإن اقتضى لفظ زادكم الحصر فإنه يجب في هذا كون المحصورة المزيدة عليها السنن الرواتب، وحينئذ فالمحصورة أعم من الفرائض والسنن الراتبة، فلا يستلزم لفظ زادكم كون المزيد فرضاً لجواز كونه زيادة على المحصورة التي ليست بفرض: أعني السنن، وقد يكون هذا هو الصارف للمصنف عن التمسك بهذه الطريقة مع شهرتها بينهم إلى الاقتصار على التمسك بلفظ الأمر، لكن لفظ الأمر إنما هو في حديث ابن لهيعة[٥] وعمرو بن شعيب وقد ضعف، فالأولى التمسك فيه بما في أبي داود عن أبي المنيب عبيد الله العتكي عن عبد الله ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الوتر حق، فمن لم يوتر ليس منى، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني»[٦] ورواه الحاكم وصححه، وقال أبو المنيب ثقة، وثقه ابن معين أيضاً. وقال ابن أبي حاتم: سمعت أبي يقول صالح الحديث، وأنكر على البخاري إدخاله في الضعفاء، وتكلم فيه النسائي وابن حبان، وقال ابن عدي: لا بأس به فالحديث حسن. وأخرج البزار عن حكام عن عنبسة عن جابر عن أبي معشر عن

محمد أنه قال: أحب إلي أن يقضي، وقيل المراد بالإجماع إجماع السلف، لكنه لم يثبت إلا بطريق الآحاد، وقوله (وإنما لم يكفر) جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده، ووجهه أن الجاحد إنما يكفر إذا كان الدليل قطعياً وههنا ليس كذلك (لأن

فلا يرد شيء قوله: (قيل ولا حجة له فيما روي لأن الله وتر لا من حيث العدد) أقول: تأمل.

---

(١) صوابه: الزوفي. كما تقدم وزوف بطن من مراد.
(٢) صوابه الزوفي.
(٣) تقدم أنه معلول بشيخ إسحاق أيضاً وهو سويد بن عبد العزيز وقد قال عنه الهيثمي: متروك. وتقدم قبل قليل الكلام عليه إضافة إلى ضعف قرة. ومع ذلك فالحديث بطرقه رقى إلى درجة الحسن وهذا ما أثبته مستعيناً بالله تعالى.
(٤) لم يخرجه الحاكم وإنما أخرجه البيهقي في ٢/ ٤٦٩ من طريق الحاكم بسنده عن أبي سعيد مرفوعاً.
قال البيهقي: قال العباس بن الوليد الخلال: قال لي يحيى بن معين: هذا حديث غريب من حديث معاوية بن سلام ومعاوية صدوق ويلغني عن ابن خزيمة قوله: لو أمكنني أن أرحل في هذا الحديث لرحلت اهـ.
قلت: في إسناده عباس بن الوليد الخلال. روى له ابن ماجه فقط قال في التقريب: صدوق. والحديث استغربه ابن معين فليس هو من شرط الصحيح وإنما هو من نوع الحسن المقبول.
(٥) حديث ابن لهيعة وحديث عمرو بن شعيب تقدما.
(٦) حسن. أخرجه أبو داود ١٤١٩ والحاكم ١/ ٣٠٦، ٣٠٥ والبيهقي ٢/ ٤٧٠ وأحمد ٥/ ٣٥٧ كلهم من حديث بريدة.
قال الحاكم: أبو المنيب العتكي ثقة يجمع حديثه ولم يخرجاه. وتعقبه الذهبي بقوله: قال البخاري: عنده مناكير. وقال ابن حجر في التقريب: صدوق يخطىء.
وذكره الذهبي في الميزان فقال: عبيد الله بن عبد الله العتكي وثقه يحيى وغيره وقال البخاري عند مناكير وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالمقلوبات وضعفه النسائي. ثم ذكر الذهبي له مناكير. تدل على صحة ما ذهب إليه البخاري لكن للحديث شواهد فهو حسن.

ولهذا وجب القضاء بالإجماع، وإنما لم يكفر جاحده لأن وجوبه ثبت بالسنة

إبراهيم عن الأسود عن عبد الله عن النبي ﷺ «الوتر واجب على كل مسلم»(١) وقال لا نعلمه يروى عن ابن مسعود إلا من هذا الوجه. فإن قيل الأمر قد يكون للندب والحق هو الثابت، وكذا الواجب لغة. ويجب الحمل عليه دفعاً للمعارضة ولقيام القرينة الدالة عليه. أما المعارضة فما أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه ﷺ كان يوتر على البعير»(٢) وما أخرجاه أيضاً «أنه ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن وقال له فيما قال: فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في اليوم والليلة»(٣) قال ابن حبان: وكان بعثه قبل وفاته ﷺ بأيام يسيرة. وفي موطأ مالك أنه ﷺ توفي قبل أن يقدم معاذ من اليمن(٤) وما أخرجه ابن حبان «أنه ﷺ قام بهم في رمضان فصلى ثمان ركعات وأوتر ثم انتظروه من القابلة فلم يخرج إليهم فسألوه فقال خشيت أن تكتب عليكم الوتر هذه»(٥) أحسن ما يعارض لهم به، ولهم غيرُها مما لم يسلم من ضعف أو عدم تمام دلالة. وأما القرينة الصارفة للوجوب إلى اللغوي فما في السنن إلا الترمذي، قال ﷺ «الوتر حق واجب على كل مسلم، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليوتر»(٦) ورواه ابن حبان والحاكم وقال على شرطهما. وجه القرينة أنه حكم بالوجوب ثم خير فيه بين خصال إحداها أن يوتر بخمس. فلو كان واجباً لكان كل خصلة تخير فيها تقع واجبة على ما عرف في الواجب المخير، والإجماع على عدم وجوب الخمس فلزم صرفه إلى ما قلنا والجواب عن الأول أنه واقعة حال لا عموم لها فيجوز كون ذلك كان لعذر، والاتفاق على أن الفرض يصلى على الدابة لعذر الطين والمطر ونحوه، أو كان قبل وجوبه لأن وجوبه لم يقارن وجوب الخمس بل متأخر. وقد روي أنه ﷺ كان ينزل للوتر(٧). روى الطحاوي عن حنظلة بن أبي سفيان عن نافع عن ابن عمر رضي

---

(١) ضعيف. أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الراية ٢/ ١١٣ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٠: فيه جابر الجعفي ضعيف. ورواه البزار والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٢٤٠ أيضاً من حديث ابن مسعود وأعله الهيثمي بأن فيه النضر وهو أبو عمر ضعيف جداً اهـ فالحديث ضعيف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٠٠ ومسلم ٧٠٠ح ٣٦، ٣٨، ٣٩ وأبو داود ١٢٢٤ والطحاوي ١/ ٢٤٩ كلهم من حديث ابن عمر. وهو عند مسلم من عدة طرق.

(٣) متفق عليه يأتي في الزكاة إن شاء الله.

(٤) هذا اللفظ في الموطأ ٢٥٩ح ٢٤ عن طاوس أن معاذاً. وطاوس لم يدرك معاذاً وهو مرسل جيد لأنه ثقة.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٤٠٩ والطبراني في الصغير ٥٢٥ وابن نصر في قيام الليل ص٩٠ و١١٤ كلهم من حديث جابر ومداره على عيسى بن جارية. قال الذهبي في الميزان: قال يحيى عنده مناكير وكذا قال النسائي ثم ذكر الذهبي له هذا الحديث.

(٦) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٢٢ والنسائي ٣/ ٢٣٨، ٢٣٩ وابن ماجه ١١٩٠ والحاكم ١/ ٣٠٢ والبيهقي ٣/ ٢٤، ٢٧ والطيالسي ٥٩٣ والدارقطني ٢/ ٢٢ والطحاوي ١/ ١٧٢ وابن حبان ٢٤٠٧ وأحمد ٥/ ٣٥٧، ٤١٨ كلهم من طريق عطاء بن يزيد الليثي عن أبي أيوب الأنصاري مرفوعاً.
زاد الدارقطني فيه لفظ: واجب. فقال عقبه: لفظ واجب غير محفوظ. قال الحاكم: صحيح على شرطهما. ووافقه الذهبي.
قلت: وهو كذلك حيث رواه غير واحد من الثقات عن الزهري عن عطاء بن يزيد الليثي عن أبي أيوب. وهذا إسناد صحيح رجاله كلهم ثقات والظاهر أن له علة لذا قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ١٣ صححه أبو حاتم الرازي والذهلي والدارقطني في العلل والبيهقي وغير واحد وقفه وهو الصواب اهـ.
رواه ابن أبي حاتم في العلل ٤٩٠ وقال: سألت أبي عنه فقلت رواه عمر بن عبد الواحد عن الأوزاعي عن الزهري عن عطاء بن يزيد مرسلاً فأيهما أصح المرسل أم المتصل فقال أبي: لا هذا ولا هذا إنما هو كلام أبي أيوب. قال ابن أبي حاتم ورواه العباس بن الوليد عن الأوزاعي عن أبي أيوب مرفوعاً. ووقفه ابن عيينة ومعمر من رواية عبد الرزاق ورفعه آخرون اهـ. قلت: ورواية الأوزاعي عن أبي أيوب معضل ومما يؤكد وقفه ذكر الحاكم له مرفوعاً في عدة روايات ثم رواه موقوفاً في رواية وقال: لست أشك أن الشيخين تركاه لتوقيف بعض أصحاب الزهري إياه.
وكذا أشار الدارقطني في سننه لذلك بقوله بعد أن ساقه مرفوعاً من طرق عدة: ووقفه عبد الرزاق عن معمر ووقفه ابن عيينة في رواية وكذا وقفه ابن إسحاق اهـ.
قلت وهؤلاء الثلاثة من أصحاب الزهري. فالحديث تفرد به الزهري وهو ثقة لكن اختلف عليه فيه وقفاً ورفعاً وإرسالاً كما في رواية ابن أبي حاتم. وأيضاً تفرد به عطاء الليثي وهو ثقة لكن أعله النقاد بالوقف فهذا الحديث ينحط عن رتبة الصحيح إلى الحسن. والله تعالى أعلم.

(٧) هو الآتي.

وهو المعني بما روي عنه أنه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي بأذانه وإقامته. قال (الوتر ثلاث ركعات لا

الله عنه أنه كان يصلي على راحلته ويوتر بالأرض ويزعم أن النبي ﷺ فعل ذلك[١]، فدل أن وتره ذلك كان إما حالة عدم وجوبه أو للعذر. وفي شرح الكنز أنه لا يجوز على أصلهم أن الوتر فرض على النبي ﷺ. ومن العجب أنهم يزعمون جواز هذا الفرض على الراحلة، ثم يقولون لخصمهم لو كان فرضاً لما أدى على الراحلة انتهى. وهو غير لازم، أما الأول فلأن المرجع عندهم نسخ وجوبه في حقه ﷺ، وأما الثاني فيصح قولهم ذلك على وجه الإلزام، فإنا لا نقول بجوازه على الدابة لوجوبه، وعن الثاني أنه لم لا يجوز أن يكون الوجوب كان بعد سفره، وعن الثالث كالأول في أنه يجوز كونه قبل وجوبه أو المراد المجموع من صلاة الليل المختتمة بوتر ونحن نقول بعدم وجوبه، وذلك أنهم كانوا يطلقون على صلاة الليل كذلك ذلك لأن المجموع حينئذ فرد وذلك وتر لا شفع. وسيأتي في باب النوافل ما يصرح بذلك للمتأمل. بل هذه الإرادة ظاهرة من نفس الحديث المورد[٢] فإنه صلى بهم ثمان ركعات وأوتر ثم تأخر في القابلة: يعني عما فعله في السابقة البتة، وعلل تأخره عن ذلك بخشية أن يكتب الوتر فكان المراد بالوتر ظاهر الصلاة التي فعلت مختتمة بالوتر، ويدل على ذلك ما صرح به في رواية البجلي بهذا الحديث من قوله خشية أن تكتب عليكم صلاة الليل[٣]. وعن القرينة المدعاة أن ذلك كان قبل أن يستقر أمر الوتر فيجوز كونه كان أوّلاً كذلك. وفي مسلم عن عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ كان يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء منها إلا في آخرها»[٤] فدل أن الوتر كان أولاً خمسة، وأجمعنا على أنه يجلس على رأس كل ركعتين وهو يفيد خلافه. ويدل على ذلك أيضاً ما في الدارقطني أنه ﷺ قال «لا توتر بثلاث، أوتر بخمس أو سبع»[٥] والإيتار بثلاث جائز أجماعاً، فعلم أن هذا وما شاكله كان قبل أن يستقر أمر الوتر، وكيف يحمل على اللغوي وهو محفوف بما يؤكد مقتضاه من الوجوب، وهو قول ﷺ «فمن لم يوتر فليس مني» مؤكد بالتكرار ثلاثاً

(١) جيد. أخرجه الطحاوي ١/٢٤٩ عن نافع عن ابن عمر. لكنها الراجح ما أخرجه البخاري ١٠٩٥ و١٠٩٨ و٩٩٩ و١٠٠٠ ومسلم ٧٠٠ ح٣٦، ٣٨، ٣٩ كلاهما من طرق كثيرة عن نافع عن ابن عمر: كان النبي ﷺ يصلي في السفر على راحلته حيث توجهت به يومىء إيماء صلاة الليل إلا الفرائض، ويوتر عليها ورواية: كان ﷺ يوتر على البعير.

ونقل ابن حجر في الفتح ٢/٤٨٨ عن الطحاوي قوله: ذكر الكوفيون أن الوتر لا يصلى على الدابة وهو خلاف السنة الثابتة وما ورد عن ابن عمر أنه نزل فأوتر فليس بمعارض فلا نزاع أن الصلاة على الأرض أفضل اهـ. فيمكن الجمع وأما المعارضة فلا. ثم روايات الوتر على الراحلة أقوى.

(٢) هو ما رواه ابن حبان وقد تقدم قبل ثلاثة أحاديث وأنه ضعيف.

(٣) يأتي في قيام رمضان.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٧٣٧ من حديث عائشة بهذا اللفظ لكن فيه نظر. فقد أخرجه مسلم ٧٣٦ من طريق مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: كان النبي ﷺ يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة يوتر بواحدة منها وهذا إسناد كالشمس. ورواية ثانية: يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة. ورواية عن أبي سلمة عنها قالت: كان لا يزيد في رمضان ولا في غيره على إحدى عشرة ركعة يصلي أربعاً فلا تسل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن. ثم يصلي ثلاثاً. وفي رواية: كان يصلي ثلاث عشرة ركعة بركعتي الفجر وكروه هكذا من عدة وجوه.

قال النووي: قال القاضي عياض: الاختلاف في حديث عائشة قيل منها وقيل من الرواة فأغلب رواياتها إحدى عشرة ركعة وباقي الروايات يحتمل أنه كان يقع نادراً اهـ.

(٥) حسن. أخرجه الدارقطني ٢/٢٤، ٢٧ والطحاوي ١/١٧٢ والحاكم ١/٣٠٤ وابن نصر في قيام الليل ص١٢٥ والبيهقي ٣/٣١ كلهم من حديث أبي هريرة. وصححه الحاكم وأقره الذهبي.

وقال الدارقطني: رجاله كلهم ثقات وكذا قال ابن حجر في التلخيص ٢/١٤ وزاد: ولا يضره وقف من وقفه وجاء في حاشية الدارقطني للآبادي قوله: وكذا صححه العراقي والفيروز آبادي في سفر السعادة وأقر ابن قيم بصحته في كتاب إعلام الموقعين فالتوفيق بين أحاديث الثلاث والنهي عنها إنما هو بتشهدين لمشابهة المغرب أما بتشهد و احد فعليه يحمل الايتار بثلاث. وهذا حسن وقد جنح ابن حجر في فتح الباري لهذا اهـ. انظر فتح الباري ٢/٤٨١.

يفصل بينهن بسلام) لما روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يوتر بثلاث» وحكى الحسن

على ما تقدم قوله: **(ولهذا وجب القضاء بالإجماع)** أي ثبت، وإلا فوجوب القضاء محل النزاع أيضاً، والمعنى أنه صلاة مقضية مؤقتة فتجب كالمغرب، أما إنها مؤقتة فلأن المستحب في وقتها السحر، وذلك أشد ما يكون كراهة في العشاء، فلو كان سنة تبعاً للعشاء لم يتخالف وقتهما في الصفة بل كان المستحب فيه المستحب فيه قوله: **(وهو المعني بما روي عن أبي حنيفة أنه سنة)** وعنه أنه فرض: أي عملي وهو الواجب فعنهم ثلاث روايات والمراد بها واحد وهو الوجوب. وفي الفتاوى: لو اجتمعت أهل قرية على ترك الوتر أدّ بهم أو حبسهم، فإن لم يمتنعوا قاتلهم فإن امتنعوا عن أداء السنن قال مشايخ بخاري يقاتلهم كالفرائض قوله: **(لما روت عائشة رضي الله عنها)** روى الحاكم وقال على شرطهما عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلا في أخرهن[1]، وكذا روى النسائي عنها قالت «كان النبي ﷺ لا يسلم في ركعتي الوتر»[2] وأخرج الحاكم قيل للحسن إن ابن عمر كان يسلم في الركعتين من الوتر فقال كان عمر أفقه منه وكان ينهض في الثانية بالتكبير[3] انتهى. وسكت عنه. وروى الطحاوي عن روح ابن الفرج عن شريك عن مخول عن مسلم البطين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث، يقرأ في الأولى بسبح اسم ربك الأعلى»[4] إلى آخر ما في حديث عائشة المروي في السنن الأربعة، وصحيح ابن حبان والمستدرك «كان يقرأ في الركعة الأولى من الوتر بفاتحة الكتاب وسبح اسم ربك الأعلى، وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون، وفي الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين»[5] وظاهر هذا وصل الثالثة لجعله الأولى بعض الوتر في قوله من الوتر وإلا لقالت فيه وفي الركعة الوتر، أما قوله ﷺ «صلاة الليل مثنى مثنى»

وجوبه ثبت بالسنة**)** يعني غير المتواتر والمشهور، وكلامه يشير إلى أن وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر جاحده، وفيه نظر لأنه حينئذ يكون فرضاً لا واجباً، وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة، وقوله **(وهو)** أي كون وجوبه ثبت بالسنة هو **(المعني بما روي عنه أنه سنة)** وقوله **(وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفى بأذانه)** أي أذان العشاء **(وإقامته)** جواب عن قولهما ولا يؤذن له وقد علمت ما ورد عليه. قال **(الوتر ثلاث ركعات)** الوتر عندنا ثلاث ركعات **(لا يفصل بينهن بسلام)** وقال الشافعي: في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله وتر يحب الوتر» ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ كان يوتر بثلاث ركعات» **(وحكى الحسن)** البصري **(إجماع المسلمين**

---

(١) أخرجه الحاكم ١/ ٣٠٤ والبيهقي ٣/ ٣١ كلاهما من حديث عائشة وصححه الحاكم على شرطهما وأقره الذهبي.

(٢) أخرجه النسائي ٣/ ٢٢٥ والحاكم ١/ ٣٠٤ من حديث عائشة وصححه ووافقه الذهبي. والصواب أنه حسن.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٣٠٤ والبيهقي ٣/ ٢٩ كلاهما عن الحسن. وهو منقطع لأن الحسن لم يدرك عمر. لكن لعله سمعه من رجل أدرك عمر. فالله أعلم والحديث فيه ضعف على كل حال.

(٤) حسن. أخرجه الطحاوي ١/ ١٦٨ من حديث ابن عباس بهذا اللفظ ورواه الترمذي ٤٦٢ والنسائي ٣/ ٢٣٦ والدارمي ١٥٤٨ و١٥٥١ وابن ماجه ١١٧٢ كلهم من حديث ابن عباس. وإسناده حسن رووه دون ذكر المعوذتين سوى الطحاوي حيث ذكرهما.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٢٤ والترمذي ٤٦٣ وابن ماجه ١١٧٣ والحاكم ١/ ٣٠٥ والطحاوي ١/ ١٦٨ والدارقطني في سننه ٢/ ٣٤، ٣٥ كلهم من حديث عائشة.

قال الترمذي: حسن غريب.

قلت: وفي إسناد الترمذي وأبي داود وابن ماجه ضعيف وهو غير قوي. لكن توبع. فقد أخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة. وصححه الحاكم وأقره الذهبي.

لكن قال ابن حجر في التلخيص: قال ابن الجوزي في التحقيق: أنكر أحمد ويحيى بن معين زيادة المعوذتين. وكذا قال العقيلي: إسناده صالح. ولكن حديث ابن عباس وحديث أبي بن كعب بإسقاط المعوذتين اهـ الحبير ٢/ ١٩

قلت: حديث ابن عباس قد تقدم وحديث أبي بن كعب رواه أبو داود ١٤٢٣ والنسائي ٣/ ٢٣٥ وله شاهد آخر وليس في تلك الأحاديث ذكر المعوذتين. والله تعالى أعلم.

رحمه الله إجماع المسلمين على الثلاث، وهذا أحد أقوال الشافعي رحمه الله، وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول

فإذا خشي الصبح صلى واحدة فأوترت له ما صلى[1] فليس فيه دلالة على أن الوتر واحدة بتحريمة مستأنفة لنحتاج إلى الاشتغال بجوابه، إذ يحتمل كلاً من ذلك، ومن كونه إذا خشي الصبح صلى واحدة متصلة فأتى يقاوم الصرائح التي ذكرناها، وغيرها كثير تركناه لحال الطول، مع أن أكثر الصحابة عليه. قال الطحاوي: حدثنا أبو بكر حدثنا أو داود حدثنا أبو خالد قال: سألت أبا العالية عن الوتر فقال: علمنا أصحاب رسول الله ﷺ أن الوتر مثل صلاة المغرب. هذا وتر الليل وهذا وتر النهار[2]. وقال حدثنا ابن مرزوق، حدثنا عفان، حدثنا حماد بن سلمة. حدثنا ثابت قال: صلى بنا أنس الوتر أنا عن يمينه وأم ولده خلفنا ثلاث ركعات لم يسلم إلا في آخرهن[3]. وعلى أن لفظ الحديث لو كان كما قالوه يفيد تقيد جعلها واحدة بالضرورة وهي خشية طلوع الفجر خصوصاً على قولهم من حجية مفهوم الشرط، وعلى قولنا المتقرر نفى شرعيتها، فإذا أبيحث بشرط تبقى فيما وراءه على العدم، لكنا لا نجيزها أيضاً لذلك عند خشية الصبح لأنه أحد محتمليه المتساويين كما قلنا، فلا يجوز الحمل عليه بعينه لما ثبت به من المخالفة بين روايات فعله ﷺ مع أنه تحكم عند تساوي الاحتمالين فتم المطلوب غير متوقف على ثبوت النهي عن البتيراء[4]، على أنه لو صح شرعيتها لم يلزم كون الوتر إياها إلا بدليل يخص ذلك، كما أن الشفع مشروع ولا يمكن ادعاء كون بعض الفرائض بخصوصه إياه إلا بدليل، وقد بينا أن الثابت كونه ثلاثاً كالمغرب، وكذا صح عن ابن مسعود وتر الليل ثلاث كوتر النهار[5]، وإنما ضعفوا رفعه إلى النبي ﷺ فإنه لم يرفعه عن الأعمش عنه عن النبي ﷺ إلا يحيى بن أبي الحواجب وقد ضعف[6]. واعلم أن فيما روينا قراءته ﷺ في الثالثة بسورة الإخلاص والمعوذتين، ولم يذكر أصحابنا سوى قراءة الإخلاص، وذلك لأن أبا حنيفة رحمه الله روى في مسنده عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث يقرأ في الأولى بسبح اسم ربك الأعلى، وفي الثانية قل يا أيها الكافرون، وفي الثالثة قل هو الله أحد» قوله: **(وحكى الحسن إجماع المسلمين)** في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا حفص حدثنا عمرو عن الحسن قال:[7].

على الثلاث) وهو مذهب أبي بكر وعمر والعبادلة، وأبي هريرة روى أن عمر رأى سعيداً يوتر بركعة فقال: ما هذه البتيراء لتشفعنها أو لأؤدبنك. إنما قال ذلك لأن الأثر اشتهر أن النبي ﷺ نهى عن البتيراء. قيل ولا حجة له فيما روى لأن الله تعالى وتر لا من حيث العدد. فإن قيل روي أن رسول الله ﷺ قال «من أحب أن يوتر بخمس فليفعل، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل» وروى أنه أوتر بسبع وبتسع وإحدى عشرة فما وجه ذلك، أجيب بأنه يجوز أن يكون ذلك قبل استقرار الوتر أو يحمل

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٩٠ و١١٣٧ ومسلم ٤٤٩ كلاهما من حديث ابن عمر صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى.
أما سياق المصنف فهو بالمعنى.

(٢) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي ١/ ١٦٤، ٢٤٣ قابله.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الطحاوي ١/ ١٧٣ وصححه ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٢ عن ثابت عن أنس.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن عبد البر في التمهيد كما في نصب الراية ٢/ ١٢٠ من حديث أبي سعيد: نهى النبي ﷺ عن البتيراء أن يصلي الرجل واحده يوتر بها. وقال ابن القطان: هو حديث شاذ. ونقل الزيلعي عن عبد الحق قوله: فيه عثمان بن محمد بن ربيعة ضعيف وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٢

(٥) موقوف صحيح. أخرجه الطحاوي ١/ ١٧٣ والبيهقي ٣/ ٣١ كلاهما من طريق عبد الرحمن بن يزيد النخعي عن ابن مسعود موقوفاً. وصححه البيهقي والدارقطني على أنه موقوف.

(٦) صفيق ـ أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧، ٢٨ والبيهقي ٣/ ٣١ كلاهما من حديث ابن مسعود مرفوعاً وأعله الدارقطني والبيهقي بأنه فيه يحيى بن زكريا صفيق. وودر من حديث عائشة رواه ابن الجوزي في الواهيات وقال: فيه إسماعيل المكي قال يحيى: ليس بشيء.

(٧) صحيح. هو في مسند أبي حنيفة ص٦٢، ٦٣ وقد تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث.

مالك رحمه الله، والحجة عليهما ما رويناه **(ويقنت في الثالثة قبل الركوع)** وقال الشافعي رحمه الله بعده لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قنت قبل الركوع،

اجتمع المسلمون على أن الوتر ثلاث لا يسلم إلا في آخرهن، وعمرو هذا الظاهر أنه ابن عبيد فإنه صرح به في إسناده آخر مثل هذا[١]، وقال الطحاوي: حدثنا أبو العوام محمد بن عبد الله بن عبد الجبار المرادي، حدثنا خالد بن نزار الإيلي، حدثنا عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبيْ بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله وسليمان بن يسار في مشيخة سواهم أهل فقه وصلاح، فكان مما وعيت عنهم أن الوتر ثلاث لا يسلم إلا في آخرهن[٢] قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله بعده)** أي بعد الركوع من الوتر ههنا ثلاث خلافيات: إحداها أنه إذا قنت في الوتر يقنت قبل الركوع أو بعده. والثانية أن القنوت في الوتر في جميع السنة أو في النصف الأخير من رمضان. والثالثة هل يقنت في غير الوتر أولاً، له في الأولى ما روى الدارقطني عن سويد بن غفلة. قال: سمعت أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضي الله تعالى عنهم يقولون: قنت رسول الله ﷺ في آخر الوتر وكانوا يفعلون ذلك[٣]. وقوله وهو بعد الركوع من كلام المصنف على لسان الخصم، ولهم ما هو أنص من ذلك وهو ما رواه الحاكم عن الحسن بن علي رضي الله عنهما وصححه قال «علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في وتري إذا رفعت رأسي ولم يبق إلا السجود: اللهم اهدني فيمن هديت»[٤] إلى آخره، وسنذكره في القنوت قوله: **(ولنا ما روي أنه ﷺ قنت قبل الركوع)** لو قال: كان يقنت كان أولى. قال النسائي وابن ماجه: حدثنا علي بن ميمون الرقي، حدثنا مخلد بن يزيد عن سفيان عن زبيد اليامي عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه عن أبيِّ بن كعب «أن رسول الله ﷺ كان يوتر فيقنت قبل الركوع» انتهى لابن ماجه. ولفظ النسائي كان يوتر بثلاث، يقرأ في الأولى سبح اسم ربك الأعلى، وفي الثانية قل يا أيها الكافرون، وفي الثالثة قل هو الله أحد. ويقنت قبل الركوع» انتهى. وزاد في سننه «فإذا فرغ قال: سبحان الملك القدوس ثلاث مرات يطيل في آخرهن»[٥] ثم قال وقد روى هذا الحديث غير واحد عن زبيد اليامي ولم يقل فيه وقنت قبل الركوع، يريد بغير واحد من الرواة عن زبيد الذين لم يذكروا القنوت الأعمش وشعبة وعبد الملك بن أبي سليمان وجرير بن حازم. لكن غايته أنه تفرّد العدل بالزيادة وزيادة العدل مقبولة. وقد أخرج الخطيب في كتاب القنوت له حديث أبو الحسن أحمد بن محمد الأهوازي أنا أحمد بن محمد بن سعيد، حدثنا أحمد بن الحسين بن عبد الملك، حدثنا منصور بن أبي نويرة عن شريك عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قنت في الوتر قبل الركوع»[٦] وذكره ابن الجوزي في التحقيق وسكت عنه وأخرج أبو نعيم في الحلية عن

على أنه ينتقل بالركعتين ويوتر بالثلاث وكذا غيره **(ويقنت في الثالثة قبل الركوع. وقال الشافعي)** في قوله الذي يوافقنا فيه على الثلاث يقنت فيها **(بعد الركوع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع)** ولنا ما روي أن ابن

---

(١) أثر الحسن. أخرجه ابن أبي شيبة وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٣ فيه عمرو بن عبيد متروك.
(٢) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار كما في نصب الراية ٢/ ١٢٢
(٣) باطل. أخرجه الدارقطني ٢/ ٣ من حديث سويد بن غفلة قال في الدراية ١/ ١٩٣ فيه عمرو بن شمر واه اهـ.
قلت: بل قال البخاري: منكر الحديث. واتهمه ابن حبان بالوضع وكذا الجوزجاني.
(٤) يأتي بعد قليل.
(٥) حسن. أخرجه النسائي ٣/ ٢٣٥ وابن ماجه ١١٨٢ والدارقطني ٢/ ٣١ والبيهقي ٣/ ٤٠ كلهم من حديث أبي بن كعب ورجاله ثقات. لكن رواه غير واحد دون ذكر القنوت. واللفظ للنسائي.
(٦) ضعيف. رواه الخطيب في كتاب القنوت كما في نصب الراية ٢/ ١٢٤ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٣ إسناده ضعيف.

وما زاد على نصف الشيء آخره، ويقنت في جميع السنة خلافاً للشافعي رحمه الله في غير النصف الأخير من

عطاء بن مسلم حدثنا العلاء بن المسيب عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عباس قال «أوتر النبي ﷺ بثلاث فقنت فيها قبل الركوع»[١]. وأخرج الطبراني في الأوسط، حدثنا محمود بن محمد المروزي، حدثنا سهيل بن العبس الترمذي، حدثنا سعيد بن سالم القداح عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ كان يوتر بثلاث ركعات ويجعل القنوت قبل الركوع»[٢] وقول أبي نعيم غريب من حديث حبيب، والعلاء تفرد به عطاء بن مسلم، وقول الطبراني لم يروه عن عبيد الله إلا سعيد بن سالم لا يوجب البعد لما قلنا في كلام النسائي، بل قد حصل من انفراد سفيان الثوري عن زبيد، ومن تفرد عطاء بن مسلم عن العلاء، ومن تفرد سعيد عن عبيد الله مع حديث ابن مسعود الذي سكت عليه في التحقيق تظافر كثير مع أن كل طريق منها إما حسن أو صحيح، وما في حديث أنس «أنه ﷺ قنت بعد الركوع»[٣] فالمراد منه أن ذلك كان شهراً فقط بدليل ما في الصحيح عن عاصم الأحول. سألت أنساً عن القنوت في الصلاة قال نعم، فقلت: أكان قبل الركوع أو بعده؟ قال قبله، قلت فإن فلاناً أخبرني عنك أنك قلت بعده. قال كذب، إنما قنت ﷺ بعد الركوع شهراً»[٤] انتهى. وعاصم كان ثقة جداً ولا معارضة محتمة في ذلك مع ما رواه أصحاب أنس، بل هذه تصلح مفسرة للمراد بمرويهم أنه قنت بعده، ومما يحقق ذلك أن عمل الصحابة وأكثرهم كان على وفق ما قلنا: قال ابن أبي شيبة: حدثنا يزيد بن هارون عن هشام الدستوائي عن حماد عن إبراهيم عن علقمة أن ابن مسعود وأصحاب النبي ﷺ كانوا يقنتون في الوتر قبل الركوع[٥]، ولما ترجح ذلك خرج ما بعد الركوع من كونه محلاً للقنوت. فلذا روي عن أبي حنيفة أنه لو سها عن القنوت فتذكره بعد الاعتدال لا يقنت، ولو تذكر في الركوع فعنه روايتان: إحداهما لا يقنت، والأخرى يعود إلى القيام فيقنت. والذي في فتاوى قاضيخان والصحيح أنه لا يقنت في الركوع ولا يعود إلى القيام، فإن عاد إلى القيام وقنت ولم يعد الركوع لم تفسد صلاته لأن ركوعه قائم لم يرتفض. وفي الخلاصة بعد ما ذكر الراويتين قال في رواية: يعود ويقنت ولا يعيد الركوع وعليه السهو قنت أو لم يقنت، وهذا يحقق خروج القومة عن المحلية بالكلية إلا إذا اقتدى بمن يقنت في الوتر بعد الركوع فإنه يتابعه اتفاقاً، أما لو نسي السورة والقنوت فلا شك أنه يعود إذا تذكر في الركوع فيقرأهما ويرتفض الركوع، فلو لم يركع بطلت. وأجمعوا على أن المسبوق بركعتين إذا قنت مع الإمام في الثالثة لا يقنت مرة أخرى. وعن أبي الفضل تسويته بالشاك وسيأتي في سجود السهو، ولو سبقه الإمام فركع وهو لم يفرغ يتابعه، ولو ركع الإمام وترك القنوت ولم يقرأ المأموم منه شيئاً إن خاف فوت الركوع يركع وإلا قنت ثم ركع. الخلافية الثانية له فيها ما رواه أبو داود أن عمر رضي الله عنه جمع الناس على أبيّ بن كعب فكان يصلي بهم عشرين ليلة من الشهر: يعني رمضان ولا يقنت بهم إلا في النصف الثاني، فإذا كان العشر الأواخر تخلف فصلى في بيته[٦]. وللمتن طريق آخر ضعفها النووي في

مسعود بعث أمة لتراقب وتر رسول الله ﷺ فذكرت له أنه أوتر بثلاث ركعات، قرأ في الأولى بـ ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾،

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو نعيم في الحلية كما في نصب الراية ٢/ ١٢٤ من حديث ابن عباس وقال: غريب تفرد به عطاء بن مسلم.
قلت: أظنه الخفاف. وقد قال ابن حجر في التقريب: صدوق يخطىء كثيراً. وأخرجه البيهقي ٣/ ٤١ وضعفه بعطاء.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في الدراية ١/ ١٩٤ من حديث ابن عمر. وقال ابن حجر: إسناده ضعيف.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٠١ ومسلم ٦٧٧ ح٢٩٨ وأبو داود ١٤٤٤ وأحمد ٣/ ١٨٤ كلهم من حديث أنس.

(٤) صحيح أخرجه البخاري ١٠٠٢ ومسلم ٦٧٧ح ٣٠١ كلاهما من حديث أنس واللفظ للبخاري.

(٥) حسن. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في الدراية ١/ ١٩٤ وقال ابن حجر: إسناده حسن.

(٦) ضعيف أخرجه أبو داود ١٤٢٩ من حديث الحسن البصري أن عمر . . . فذكره. وهو منقطع. الحسن لم يدرك عمر. لذا ضعفه النووي كما في نصب الراية ٢/ ١٢٦ وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٤ قال: إسناده ضعيف وورد عن ابن سيرين بنحوه وهو ضعيف أيضاً ضعفه النووي في الخلاصة كذا ابن حجر.

رمضان لقوله عليه الصلاة والسلام للحسن بن عليّ رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت «اجعل هذا في وترك» من

الخلاصة، وما أخرج ابن عدى عن أنس «كان ﷺ يقنت في النصف من رمضان»[1] الخ ضعيف بأبي عاتكة، وضعفه البيهقي مع أن القنوت فيه وفيما قبله يحتمل كونه طول القيام، فإنه يقال عليه تخصيصاً للنصف الأخير بزيادة الاجتهاد، فهذا المعنى يمنع تبادر المتنازع فيه بخصوصه، ولنا ما ذكره في الكتاب من قوله ﷺ للحسن «اجعله في وترك» وهو بهذا اللفظ غريب[2]. والمعروف ما أخرجوه في السنن الأربعة عن بريد بن أبي مريم عن أبي الجوزاء عن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال «علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في الوتر، وفي لفظ في قنوت الوتر: اللهم اهدني فيمن هديت، وعافني فيمن عافيت وتولني فيمن توليت، وبارك لي فيما أعطيت، وقني شرّ ما قضيت، إنك تقضي ولا يقضى عليك، وإنه لا يذلّ من واليت، تباركت وتعاليت»[3] حسنه الترمذي. ورواه ابن حبان والبيهقي وزاد فيه بعد واليت «ولا يعزّ من عاديت» وزاد النسائي بعد وتعاليت «وصلى الله على النبي» قال النووي: إسناده صحيح أو حسن[4]، ورواه الحاكم وقال فيه: إذا رفعت رأسي ولم يبق إلا السجود كما قدمناه. وأخرج

وفي الثانية ﴿يا أيها الكافرون﴾، وفي الثالثة بـ ﴿قل هو الله أحد﴾ وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس. والجواب عما روي أنه قنت في آخر الوتر أن ما زاد على نصف الشيء فهو آخره (ويقنت في جميع السنة خلافاً للشافعي) فإنه يقول: يقنت

---

(١) واه بمرة. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/١١٨ من حديث أنس. وقال: فيه طريق بن سلمان منكر الحديث.

(٢) لا يوجد بهذا اللفظ لذا استغربه ابن الهمام واللفظ ما يأتي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٢٥ والترمذي ٤٦٤ والبيهقي ٢/٢٠٩ والنسائي ٣/٢٤٨ وابن ماجه ١١٧٨ والدارمي ١٥٥٣ و١٥٥٤ والحاكم ٣/١٧٢ وأحمد ١/١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١ والطيالسي ١١٧٩ كلهم من حديث الحسن بن علي وقال الترمذي: ولا نعرف في القنوت أحسن من هذا الحديث.

ثم قال الترمذي: هذا حديث حسن. لا نعرفه إلا من حديث أبي الحوراء واختلف أهل العلم في ذلك فرأى ابن مسعود القنوت في الوتر في كل السنة واختار ذلك قبل الركوع وهو قول الثوري وابن المبارك وإسحاق وأهل الكوفة. وذهب الشافعي وأحمد إلى القنوت في النصف الأخير من رمضان وهو قول علي بن أبي طالب.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/١٢٥: زاد النسائي في رواية: تباركت وتعاليت وصلى الله على النبي. وقال النووي في الخلاصة: إسنادها صحيح

قلت: رجال إسناده كلهم ثقات فيه أبو إسحاق السبيعي مدلس وقد عنعنه فالحديث صحيح الإسناد لكن لفظ أقولهن في الوتر. مختلف فيه.

قال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/٢٤٧ ما ملخصه: نبه ابن خزيمة وابن حبان على أن قوله في قنوت الوتر تفرد به أبو إسحاق السبيعي ورواه شعبة وهو أحفظ من مائتين من أبي إسحاق فلم يذكر فيه القنوت ولا الوتر وإنما قال: يعلمنا هذا الدعاء. ويؤيد ذلك ما رواه الدولابي في الذرية الطاهرة والطبراني في الكبير وفيه: علمينهن في القنوت. فلم يذكر الوتر. قال بُريد الراوي عن أبي الجوزاء فقلت لمحمد بن الحنيفة ذلك: فقال: إنه للدعاء الذي كان يدعو به أبي - علي - في الفجر. ورواه محمد بن نصر في كتاب الوتر أيضاً ورواه البيهقي عن بُريد سمعت ابن الحنيفة وابن عباس يقولان: كان النبي ﷺ يدعو بذلك في الفجر وفي وتر الليل اهـ.

ولو طريق آخر. أخرجه الحاكم ٣/١٧٢ والبيهقي ٣/٣٨، ٣٩ كلاهما من رواية عائشة رضي الله عنه عن الحسن بن علي وهذا غريب لذا قال الحاكم: صحيح على شرطهما لكن محمد بن جعفر بن أبي كثير خالف إسماعيل بن إبراهيم في إسناده ثم أسند الحاكم حديث أبي الجوزاء.

وللحديث طريق آخر أخرجه النسائي في ٣/٢٤٨ من طريق موسى بن عقبة عن عبد الله بن علي عن الحسن فذكره وزاد في آخره: وصلى الله على النبي محمد. وهذه الزيادة صححها النووي كما تقدم بنقل الزيلعي. واعترضه ابن حجر في التلخيص بأنه منقطع. عبد الله بن علي لم يدرك الحسن.

الخلاصة: الحديث إسناده صحيح وله طرق أخرى من حديث عائشة عن الحسن. وهو غريب وكذا طرق أخرى فبمجموعها يتقوى لكن لا يبلغ درجة الصحة للاضطراب في بعض ألفاظه. منها رواية شعبة له بدون ذكر القنوت والوتر. فقط رواه على أنه دعاء. ورواه بعضهم على أنه في الفجر وبعضها أنه في الفجر والوتر. فالحديث حسن.

تنبيه: وليس فيه على تقدير ثبوته ما يدل على الوجوب فقول بعض علماء الحنفية في من تركه يلزمه سجود السهو غير سديد ولا برهان له عليه.

(٤) أعلها ابن حجر في الانقطاع كما تقدم.

غير فصل (ويقرأ في كل ركعة) من الوتر (فاتحة الكتاب وسورة) لقوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ (وإن أراد

الأربعة أيضاً وحسنه الترمذي عن عليّ رضي الله عنه «أنه ﷺ كان يقول في آخر وتره: اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك، وبمعافتك من عقوبتك، وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك، أنت كما أثنيت على نفسك»[١] ولا شك أن فيما قدمناه في الخلافية قبل هذه ما هو أنص على المواظبة على قنوت الوتر من هذا فارجع إليه تستغن عن هذا في هذا المطلوب. وإنما يحتاج إليه في إثبات وجوب القنوت وهو متوقف على ثبوت صيغة الأمر فيه: أعني قوله «اجعل هذا في وترك»[٢] والله أعلم به. فلم يثبت لي، ومنهم من حاول الاستدلال بالمواظبة المفادة من الأحاديث وهو متوقف على كونها غير مقرونة بالترك مرة، لكن مطلق المواظبة أعم من المقرونة به أحياناً وغير المقرونة، ولا دلالة للأعم على الأخص وإلا لوجبت هذه الكلمات عيناً أو كانت أولى من غيرها، لكن المتقرر عندهم ما أخرجه أبو داود في المراسيل عن خالد بن أبي عمران قال «بينما رسول الله ﷺ يدعو على مضر إذ جاءه جبريل، فأومأ إليه أن أسكت فسكت، فقال يا محمد إن الله لم يبعثك سباباً ولا لعاناً، وإنما بعثك رحمة للعالمين، ليس لك من الأمر شيء ثم علمه القنوت: اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم إياك نعبد ولك نصلي ونسجد وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك، ونخاف عذابك إن عذابك الجد بالكفار ملحق»[٣] وعن طائفة من المشايخ أنه لا يؤقت في دعاء القنوت لأنه حينئذ يجري على اللسان من غير صدق رغبة فلا يحصل به المقصود. قال آخرون: ذلك في غير اللهم إنا نستعينك، لأن الصحابة اتفقوا عليه، ولو قرأ غيره جاز والأولى أن يقرأ بعده قنوت الحسن: اللهم اهدني فيمن هديت، ولأنه ربما يجري على اللسان ما يشبه كلام الناس إذا لم يؤقت فتفسد الصلاة. ثم إذا شرع في دعاء القنوت قال: اللهم اهدني فيمن هديت، لم يذكر رفع اليدين فيه، والذي في ترجمة أبي يوسف، قال أحمد بن أبي عمران الفقيه: حدثني فرج مولى أبي يوسف قال: رأيت مولاي أبا يوسف إذا دخل في القنوت للوتر رفع يديه في الدعاء، قال ابن أبي عمران: كان فرج ثقة انتهى. ووجهه عموم دليل الرفع للدعاء، ويجاب بأنه مخصوص بما ليس في الصلاة للإجماع على أنه لا رفع في دعاء التشهيد، ومن لا يحسن القنوت يقول: ربنا آتنا في الدنيا حسنه وفي الآخرة حسنه وقنا عذاب النار. وقال أبو الليث يقول اللهم اغفر لي ويكرر ثلاثاً انتهى. وحديث «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»[٤] تقدم الكلام عليه في صفة الصلاة. الخلافية الثالثة له فيها حديث أبي جعفر الرازي عن أنس «ما زال رسول الله ﷺ يقنت في الصبح حتى فارق الدنيا»[٥] رواه الدارقطني وغيره. وفي البخاري عن أبي هريرة قال: لأنا أقربكم صلاة برسول الله ﷺ، فكان أبو هريرة يقنت في

في النصف الأخير من رمضان لا غير، لما روي أن عمر أمر أبيّ بن كعب بالإمامة في ليالي رمضان، وأمر بالقنوت في

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٢٧ والترمذي ٣٥٦٦ والنسائي ٣/٢٤٨، ٢٤٩ وابن ماجه ١١٧٩ كلهم من حديث علي. ومداره على هشام بن عمرو الفزاري حيث انفرد به لذا قال الترمذي حسن غريب.
وفي التقريب: الفزاري. مقبول.

(٢) هذا اللفظ غريب لم يذكره أحد وأنكره ابن حجر في الدراية ١/١٩٤

(٣) مرسل. أخرجه البيهقي ٢/٢١٠ عن خالد بن أبي عمران وقال البيهقي: هو مرسل اهـ وخالد ثقة كما في التقريب.

(٤) تقدم أنه واه بمرة بهذا اللفظ وورد بنحوه.

(٥) ضعيف أخرجه الدارقطني ٢/٣٩ والبيهقي ٢/٢٠١ وأحمد ٣/١٦٢ والحاكم في الأربعين كما في نصب الراية ٢/١٣٣ وكذا إسحاق في مسنده كلهم من حديث أنس ومداره على أبي جعفر الرازي واسمه عيسى بن أبي عيسى وهو صدوق سيىء الحفظ كما في التقريب.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/٢٤٥: أبو جعفر الرازي قال عنه يحيى: ثقة لكنه يغلط. وقال الساجي: صدوق ليس بمتقن.
وقال علي المديني: ثقة يخلط، وقال أبو زرعة: يهم كثيراً. وبعد كلام طويل رجح ابن حجر عدم القنوت في النازلة ومال إلى ضعف الحديث.

أن يقنت كبر) لأن الحالة قد اختلفت (ورفع يديه وقنت) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبع

الركعة الأخيرة من صلاة الصبح بعد ما يقول سمع الله لمن حمده فيدعو للمؤمنين ويلعن الكفار[(١)]. وحديث ابن أبي فديك عن عبد الله بن سعيد المقبري عن أبيه عن أبي هريرة قال «كان النبي ﷺ إذا رفع رأسه من الركوع من صلاة الصبح في الركعة الثانية يرفع يديه فيدعو بهذا الدعاء: اللهم اهدني فيمن هديت، وعافني فيمن عافيت، وتولني فيمن توليت، وبارك لي فيما أعطيت، وقني شرّ ما قضيت، إنك تقضي ولا يقضى عليك، إنه لا يذّل من واليت، تباركت وتعاليت»[(٢)] وفي هذا مع ما قدمناه من حديث الحسن ما يصرح بأن قولهم: اللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا بالجمع خلاف المنقول، لكنهم لفقوه من حديث في حق الإمام عام لا يخص القنوت، ولا يخفى أنه ﷺ كان يقول ذلك وهو إمام لأنه لم يكن يصلي الصبح منفرداً ليحفظه الراوي منه في تلك الحالة، مع أن اللفظ المذكور في الحديث يفيد المواظبة على ذلك. وقال الحازمي في كتاب الناسخ والمنسوخ[(٣)]: إنه روي: يعني القنوت في الفجر عن الخلفاء الأربعة وغيرهم مثل عمار بن ياسر وأبي بن كعب وأبي موسى الأشعري وابن عباس وأبي هريرة والبراء ابن عازب وأنس وسهل بن سعد الساعدي ومعاوية بن أبي سفيان وعائشة رضي الله عنهم، وقال: ذهب إليه أكثر الصحابة والتابعين، وذكر جماعة من التابعين[(٤)]، والجواب أولاً أن حديث ابن أبي فديك الذي هو النص في مطلوبهم ضعيف فإنه لا يحتج بعبد الله هذا. ثم نقول في دفع ما قبله: إنه منسوخ كما صرح المصنف به قريباً تمسكاً بما رواه البزار وابن أبي شيبة والطبراني والطحاوي كلهم من حديث شريك القاضي عن أبي حمزة القصاب عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: لم يقنت رسول الله ﷺ في الصبح إلا شهراً ثم تركه لم يقنت قبله ولا بعده[(٥)]. وأعلوه بالقصاب، تركه أحمد بن حنبل وابن معين وضعفه عمرو بن علي الفلاس وأبو حاتم. وحاصل تضعيفهما إياه أنه كان كثير الوهم، فلا يكون حديثه رافعاً لحكم ثابت بالقوي، قلنا بمثل هذا ضعف جماعة أبا جعفر[(٦)]، قال ابن المديني فيه: كان يخلط، وقال ابن معين: كان يخطىء، وقال أحمد: ليس بالقوي، وقال أبو زرعة: كان يهم كثيراً، وقال ابن حبان: كان ينفرد بالمناكير عن المشاهير فكافأه القصاب، ثم يقوي ظن ثبوت ما رواه القصاب بأن شبابة روى عن قيس بن الربيع عن عاصم بن سليمان قال: قلنا لأنس بن مالك رضي الله عنه: إن قوماً يزعمون أن النبي ﷺ لم يزل يقنت بالفجر، فقال: كذبوا إنما قنت رسول الله ﷺ شهراً واحداً يدعو على أحياء من أحياء المشركين[(٧)]. فهذا عن أنس صريح في مناقضة رواية أبي جعفر عنه، وفي أنه منسوخ، وقيس هذا وإن

النصف الأخير منه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للحسن حين علمه دعاء القنوت (أجعل هذا في وترك من غير فصل) وتأويل ما روي عن عمر أن المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة، ولئن سلم أن المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك أثر

قوله: (وتأويل ما روي الخ) أقول: فيه بحث

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٩٧ بهذا السياق ومسلم ٦٧٦ ح٢٩٦ وأبو داود ١٤٤٠ كلهم من حديث أبي هريرة. ومن هذا الوجه رواه البيهقي ٢/ ٢٠٦ والدارقطني ٢/٣٨ أيضاً.

(٢) ضعيف. أورده ابن حجر في التلخيص ١/ ٢٤٩ ونسبه للحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة وضعفه. ولم أره في المستدرك ولا في غيره.

(٣) هو في كتاب الاعتبار ص٩٢ في الناسخ والمنسوخ للهمذاني.

(٤) إلى هنا كلام الحازمي.

(٥) ضعيف. أخرجه الطحاوي ١/ ١٤٤ والبيهقي ٢/ ٢١٣ والبزار في مسنده وأبو يعلى والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ١٣٧ كلهم عن ابن مسعود به ومداره على أبي حمزة القصاب.
قال الهيثمي: ضعيف.

(٦) هو الرازي صاحب حديث القنوت في الفجر حتى فارق الدنيا وهو ما تمسك به الشافعية.

(٧) صحيح. أخرجه البخاري ومسلم تقدم في ٤/ ٤٢٩ من وجه آخر مع تغير يسير فيه.

مواطن» وذكر منها القنوت (ولا يقنت في صلاة غيرها) خلافاً للشافعي رحمه الله في الفجر لما روى ابن مسعود

كان يحيى بن معين ضعفه فقد وثقه غيره، وليس بدون أبي جعفر بل مثله أو أرفع منه. فإن الذين ضعفوا أبا جعفر أكثر ممن ضعف قيساً، وإنما يعرف تضعيف قيس عن ابن معين، وذكر سبب تضعيفه قال أحمد بن سعيد بن أبي مريم: سألت يحيى عن قيس بن الربيع فقال ضعيف لا يكتب حديثه فإنه يحدث بالحديث عن عبيدة وهو عنده عن منصور، وهذا لا يوجب رد حديثه إذ غايته أنه غلط في ذكر عبيدة بدل منصور، ومن سلم من مثل هذا من المحدثين؟ كذا قيل. وفيما قاله نظر فقد ضعفه غير يحيى، قال النسائي متروك، وقال الدارقطني ضعيف، وعن أحمد كان كثير الخطأ وله أحاديث منكرة، وكان وكيع وابن المديني يضعفانه، وتكلم فيه يحيى بن سعيد القطان، لكن كان شعبة يثني عليه حتى قال: من يعذرني من يحيى لا يرضى قيس بن الربيع، وقال معاذ بن معاذ: قال لي شعبة: ألا ترى إلى قيس بن سعيد القطان يتكلم في قيس بن الربيع ووالله ماله إلى ذلك سبيل، وقال أبو قتيبة: قال لي شعبة عليك بقيس بن الربيع، وقال ابن حبان: سبرت أخبار قيس بن الربيع من روايات القدماء والمتأخرين وتتبعتها فرأيته صدوقاً في نفسه مأموناً حيث كان شاباً، فلما كبر ساء حفظه وامتحن بولد سوء يدخل عليه، وسرد ابن عدي له جملة ثم قال: ولقيس غير ما ذكر من الحديث وعامة رواياته مستقيمة، وقال أبو حاتم: محله الصدق وليس بقوي، قال الذاهبي[1]: القول ما قاله شعبة وأنه لا بأس به فلا ينزل بذلك عن أبي جعفر الرازي ويزداد اعتضاده، بل يستقبل بإثبات ما نسيناه لأنس ما رواه الخطيب في كتاب القنوت من حديث محمد بن عبد الله الأنصاري، حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس «أن النبي ﷺ كان لا يقنت إلا إذا دعا القوم أو دعا عليهم»[2] وهذا سند صحيح قاله صاحب تنقيح التحقيق، وأما ما أخرجه الخطيب عن أنس في كتابه هذا مما يخالف ذلك نحو ما أخرجه عن دينار بن عبد الله خادم أنس ما زال ﷺ يقنت حتى مات[3] وغيره[4] فقد شنع عليه أبو الفرج ابن الجوزي بسبب ذلك وبلغ فيه الغاية ونسبه إلى ما ينبغي صون كتابنا عنه بسبب أنه يعلم أنها باطلة، وقد اشتهر بعض الرواة فيها بالوضع على أنس، وقال ﷺ «من حدث عني بحديث وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكاذبين[5]»: أسلفناه في الخلافية السابقة من قول أنس لعاصم حين سأله عن القنوت نعم ثم ذكر له أن فلاناً قال بعده فقال كذب إنما قنت رسول الله ﷺ شهراً[6]، إنما يقتضي بقاء القنوت قبل الركوع في الصلاة في الفجر، ونحن نقول به إذ نقول ببقائه في الوتر لأنه إنما سأله عن القنوت في الصلاة، ولو كان عارضه ما رويناه عنه، وأنص من ذلك في النفي العام ما أخرجه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ لم يقنت في الفجر قط إلا شهراً واحداً، لم ير قبل ذلك ولا بعده، وإنما قنت في ذلك الشهر يدعو على ناس من المشركين[7] فهذا لا غبار عليه، ولهذا لم يكن أنس نفسه يقنت في الصبح كما رواه الطبراني قال: حدثنا عبد الله بن

الصحابي، والشافعي لا يرى الاحتجاج به. لا يقال: إنما احتج به لأنه إجماع معنى، فإن أبياً كان يوماً بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع لأن خلاف ابن عمر قد ثبت حيث قال: لا أعرف القنوت إلا طول القيام، ومع خلافه

(١) صوابه: الذهبي. فهو قائل هذه العبارة في الميزان ٣/٣٩٦

(٢) صحيح. أخرجه الخطيب في كتاب القنوت كما في نصب الراية ٢/ ١٣٠ من حديث أنس وصححه ابن عبد الهادي صاحب التنقيح.

(٣) باطل، أخرجه الخطيب في كتاب القنوت كما في نصب الراية ٢/ ١٣٦ من حديث أنس وفيه دينار بن عبد الله يروي الموضوعات عن أنس قاله ابن حبان. ونقله ابن الجوزي في التحقيق.

(٤) قوله وغيره: أي روى الخطيب في كتاب القنوت أحاديث باطلة كما ذكر ابن الجوزي وشنع عليه في ذلك.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم في مقدمة صحيحه ١/ ٦٢ من حديث المغيرة وسمرة بن جندب ورواه أحمد ٥/ ٢٠ عن سمرة و ٤/ ٢٥٢ من حديث المغيرة و ١/ ١١٣ من حديث علي.

(٦) متفق عليه وقد تقدم في ٤/ ٤٢٩.

(٧) حسن. في إسناده حماد بن أبي سليمان صدوق يخطىء كما في التقريب.

. . . .

محمد بن عبد العزيز، حدثنا شيبان بن فروخ، حدثنا غالب بن فرقد الطحان. قال: كنت عند أنس بن مالك رضي الله عنه شهرين فلم يقنت في صلاة الغداة[١]. وإذا ثبت النسخ وجب حمل الذي عن أنس من رواية أبي جعفر[٢] ونحوه إما على الغلط أو على طول القيام، فإنه يقال عليه أيضاً في الصحيح عنه ﷺ أفضل الصلاة طول القنوت[٣]: أي القيام، ولا شك أن صلاة الصبح أطول الصلوات قياماً، والإشكال نشأ من اشتراك لفظ القنوت بين ما ذكر وبين الخضوع والسكوت والدعاء وغيرها، أو يحمل على قنوت النوازل كما اختاره بعض أهل الحديث من أنه لم يزل يقنت في النوازل وهو ظاهر ما قدمناه عن أنس «كان لا يقنت إلا إذا دعا»[٤] الخ، وسننظر فيه، ويكون قوله ثم ترك في الحديث الآخر: يعني الدعاء على أولئك القوم لا مطلقاً. وأما قنوت أبي هريرة المروي[٥] فإنما أراد بيان أن القنوت والدعاء للمؤمنين وعلى الكافرين، وقد كان من رسول الله ﷺ لا أنه مستمر لاعترافهم بأن القنوت المستمر ليس يسن فيه الدعاء هؤلاء وعلى هؤلاء في كل صبح، ومما يدل على أن هذا أرادوا إن كان غير ظاهر لفظ الراوي ما ثبت عنه ما أخرجه ابن حبان عن إبراهيم بن سعد عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «كان رسول الله ﷺ لا يقنت في صلاة الصبح، إلا أن يدعو لقوم أو على قوم»[٦] وهو سند صحيح، فلزم أن مراده ما قلنا، أو بقاء قنوت النوازل لأن قنوته الذي رواه كان كقنوت النوازل، وكيف يكون القنوت سنة راتبة جهرية وقد صح حديث أبي مالك سعد بن طارق الأشجعي عن أبيه «صليت خلف النبي ﷺ فلم يقنت، وصليت خلف أبي بكر فلم يقنت، وصليت خلف عمر فلم يقنت، وصليت خلف عثمان فلم يقنت، وصليت خلف علي فلم يقنت، ثم قال يا بني إنها بدعة»[٧] رواه النسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح، ولفظه ولفظ ابن ماجه عن أبي مالك قال: قلت لأبي يا أبت إنك قد صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالكوفة نحواً من خمس سنين أكانوا يقنتون في الفجر؟ قال: أي بني محدث. وهو أيضاً ينفي

لا ينعقد الإجماع **(ويقرأ في كل ركعة من الوتر)** بالإجماع، أما عند من يقول بأنه سنة فلأن القراءة واجبة في جميع ركعات النفل، وأما عند أبي حنيفة فلأن وجوبه لما كان بالسنة وجب القراءة في الجميع احتياطاً لأنها لا تفيد القطع، واستدلال المصنف بقوله تعالى ﴿اقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ إنما هو على وجوب مطلق القراءة، وأما على تعيين الفاتحة وضم سورة إليها فلا دلالة للآية على ذلك نعم ما روينا من حديث ابن مسعود دليل على ذلك، وأما أنه لا يعين سورة بعينها يقرؤها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه، ولو أراد التبرك بما ورد عن ابن مسعود في بعض الأوقات كان حسناً **(وإن أراد أن يقنت كبر لأن**

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٢/ ١٣٢ من رواية غالب بن فرقد عن أنس. وهذا إسناد ضعيف غالب بن فرقد لا يعرف. وفي الإسناد انقطاع بين شيبان بن فروخ وغالب.

(٢) وهو: لم يزل يقنت حتى فارق الدنيا. وقد تقدم تخريجه وأنه واهٍ.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٧٥٦ والطحاوي ١/ ١٧٦ وأحمد ٣/ ٣٠٢، ٣١٤، ٣٩١ كلهم من حديث جابر.

(٤) تقدم قبل ثمانية أحاديث.

(٥) تقدم في ١/ ٤٣١ وهو صحيح.

(٦) صحيح. أخرجه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة كما في الدراية ١/ ١٩٥ وقال ابن حجر: إسناده صحيح.

(٧) صحيح. أخرجه الترمذي ٤٠٢ والنسائي ٢/ ٢٠٤ وابن ماجه ١٢٤١ كلهم من حديث أبي مالك الأشجعي عن أبيه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. والعمل عليه عند أكثر أهل العلم وقال الثوري: إن قنت في الفجر فحسن وإلا فحسن واختار ألا يقنت ولم ير المبارك القنوت في الفجر. وأبو مالك اسمه سعد بن طارق بن أشيم. وقد رويناه عنه من طريق آخر.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٣١، قال البخاري: طارق له صحبة وكذا قال ابن سعد. وأما ابنه سعد فوثقه أحمد ويحيى والعجلي وغيرهم.

قلت: وكذا قال ابن حجر في التقريب: ثقة. روى له مسلم وغيره. فالحديث إسناده متصل ورجاله ثقات فهو صحيح. يجب العمل به وتشهد له =

رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الفجر شهراً ثم تركه (**فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت**

قول الحازمي في أن القنوت عن الخلفاء الأربعة، وقوله إن عليه الجمهور معارض بقول حافظ آخر إن الجمهور على عدمه. وأخرج ابن أبي شيبة أيضاً عن أبي بكر وعمر وعثمان أنهم كانوا لا يقنتون في الفجر. وأخرج عن علي «أنه لما قنت في الصبح أنكر الناس عليه» فقال استنصرنا على عدوّنا، وفيه زيادة أنه كان منكراً عند الناس وليس الناس إذ ذاك إلا الصحابة والتابعين. وأخرج عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا لا يقنتون في صلاة الفجر. وأخرج عن ابن عمر أنه قال في قنوت الفجر ما شهدت وما علمت، وما أسند الحازمي عن سعيد ابن المسيب أنه ذكر له قول ابن عمر في القنوت فقال: أما إنه قنت مع أبيه ولكنه نسي، ثم أسند عن ابن عمر أنه كان يقول كبرنا ونسينا ائتوا سعيد بن المسيب فاسألوه، مدفوع بأن عمر لم يقنت بما صح عنه مما قدمناه. وقال محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن الأسود بن يزيد أنه صحب عمر بن الخطاب سنتين في السفر والحضر فلم يره قانتاً في الفجر[1]. وهذا سند لاغبار عليه، ونسبة ابن عمر إلى النسيان في مثل هذا في غاية البعد، وإنما يقرب ادعاؤه في الأمور التي تسمع وتحفظ أو الأفعال التي تفعل أحياناً في العمر، أما فعل يقصد الإنسان إلى فعله كل غداة مع خلق كلهم يفعله ثم من صبح إلى صبح ينساه بالكلية ويقول ما شهدت ولا علمت ويتركه مع أنه يصبح فيرى غيره يفعله فلا يتذكر فلا يكون مع شيء من العقل، وبما قدمناه إلى هنا انقطع بأن القنوت لم يكن سنة راتبة، إذ لو كان راتبة يفعله ﷺ كل صبح يجهر به ويؤمن من خلفه أو يسرّ به كما قال مالك إلى أن توفاه الله تعالى لم يتحقق بهذا الاختلاف. بل كان سبيله أن ينقل كنقل جهر القراءة ومخافتتها وإعداد الركعات، فإن مواظبته على وقوفه بعد فراغ جهر القراءة زماناً ساكتاً فيما يظهر كقول مالك مما يدركه من خلفه وتتوفر دواعيهم على سؤاله أن ذلك لماذا، وأقرب الأمور في توجيه نسبة سعيد النسيان لابن عمر إن صح عنه أن يراد قنوت النازلة، فإن ابن عمر رضي الله عنه نفى القنوت مطلقاً، فقال سعيد: قنت مع أبيه: يعني في النازلة

الحالة قد اختلفت) من حقيقة القراءة إلى شبيهتها، والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع، والسجود قبل التكبير مشروع عند اختلافها أفعالاً كالخفض والرفع لا أقوالاً؛ ألا يرى أنه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح إلى القراءة وإن اختلفت الحالة من الثناء إلى القراءة. وأجيب بأنه ثبت رفع اليد في هذه الحالة بقوله ﷺ **(لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن)** ورفعهما بغير تكبير غير مشروع في الصلاة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتاً به، وهو من باب

قوله: **(وإذا أراد أن يقنت كبر لأن الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة إلى شبيهتها)** أقول: وإنما قال شبيهتها لأن قوله اللهم إنا نستعينك كان مكتوباً في مصحف أبي وابن مسعود، وكان ابن مسعود يسميه سورة القنوت، ولهذا كره أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قراءته للجنب
قوله: **(وأجيب بأنه يثبت الخ)** أقول: تسليم لورود السؤال على تعليل المصنف حيث أجاب بتغيير الدليل.

= الأحاديث الصحيحة.

فائدة: قال ابن القيم في الهدي ص٦٩ ولم يكن من هديه القنوت فيها دائماً ومن المحال أن رسول الله ﷺ كان في كل غداة بعد الركوع يقول: اللهم اهدني فيمن هديت. يرفع بها صوته ويؤمن عليه أصحابه دائماً إلى أن فارق الدنيا ثم لا يكون معلوماً عند الأمة بل ضيعه أكثر أمته وجمهور أصحابه بل كلهم. حتى يقول من يقول منهم: إنه محدث إلى أن قال: ومن المعلوم بالضرورة أنه ﷺ لو كان يقنت في كل غداة بهذا الدعاء ويؤمن عليه أصحابه لنقل ذلك كل الصحابة كنقلهم جهره ﷺ بالقراءة وعدد الركعات ونحوها. اهـ.

وقال ابن حجر: يؤخذ من جميع الأخبار أنه ﷺ كان لا يقنت إلا في النوازل وقد جاء صريحاً في ابن حبان من حديث أبي هريرة: كان ﷺ لا يقنت في صلاة الصبح إلا أن يدعو لقوم أو على قوم. وعند ابن خزيمة عن أنس مثله وكلاهما صحيح ثم ذكر ابن حجر كلاماً يأكد ميله وأن مذهب ترك القنوت إلا في النازلة راجع الدراية ١/ ١٩٥

قلت: ومن العجب أن صيغة: «اللهم اهدني فيمن هديت..» جاءت الرواية القوية فيها من حديث الحسن وأنها في الوتر. ولم يرد في طريق واحد صحيح ولا حسن أنها كانت في الفجر فكيف يُجبر الناس على ذلك وأن من لم يقنت عليه سجود سهو. هذا غريب عجيب!!!؟

(١) هذا الأثر. أخرجه محمد في الآثار ص٣٧ وإسناده جيد. والآثار التي قبله في مصنف ابن أبي شيبة. راجع نصب الراية ٢/ ١٣١

من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله يتابعه) لأنه تبع لإمامه، والقنوت مجتهد

ولكنه نسي، فإن هذا شيء لا يواظب عليه لعدم لزوم سببه. وقد روي عن الصديق رضي الله عنه أنه قنت عند محاربة الصحابة مسيلمة وعند محاربة أهل الكتاب، وكذلك قنت عمر، وكذا علي في محاربة معاوية، ومعاوية في محاربته، إلا أن هذا ينشيء لنا أن القنوت للنازلة مستمر لم ينسخ، وبه قال جماعة من أهل الحديث، وحملوا عليه حديث أبي جعفر عن أنس «ما زال يقنت حتى فارق الدنيا»[1] أي عند النوازل، ، وما ذكرنا من أخبار يفيد تقرره لفعلهم ذلك بعده ﷺ، وما ذكرناه من حديث أبي مالك وأبي هريرة وأنس[2] وباقي أخبار الصحابة لا يعارضه. بل إنما تفيد نفي سنيته راتباً في الفجر سوى حديث أبي حمزة حيث قال: لم يقنت قبله ولا بعده[3]. وكذا حديث أبي حنيفة، رضي الله عنه فيجب كون بقاء القنوت في النوازل مجتهداً، وذلك أن هذا الحديث لم يؤثر عنه ﷺ من قوله أن لا قنوت في نازلة بعد هذه، بل مجرد العدم بعدها فيتجه الاجتهاد بأن يظن أن ذلك إنما هو لعدم وقوع نازلة بعدها يستدعي القنوت فتكون شرعيته مستمرة، وهو محمل قنوت من قنت من الصحابة بعد وفاته ﷺ، وبأن يظن رفع الشرعية نظراً إلى سبب تركه ﷺ وهو أنه لما نزل قوله تعالى. ليس لك من الأمر شيء. ترك، والله سبحانه أعلم قوله: **(يتابعه)** كتكبيرات العيدين وسجود السهو إذا اقتدى بمن يزيد على الثلاث ويسجد قبل السلام يتابعه كذا هذا قلنا المتابعة إنما تجب في الفصل المجتهد فيه، وما نحن إما مقطوع بنسخه أو بعدم كونه سنة من الأصل، وإن الذي كان في الفجر إنما كان قنوت نازلة وانقطع بزوالها لما قلنا أنه لو كان سنة راتبة ظاهرة الظهور المذكور بالواظبة على الجهر أو السكوت بعد القراءة إلى أن توفى الله تعالى نبيه لم يختلف فيه، ولنقل نقل أعداد الركعات فإن كان الأول فظاهر، وإن كان الثاني فكذلك لاتحاد اللازم له وللنسخ من عدم جواز الاجتهاد فيه لأن ذلك في النسخ للعلم برفع حكمه، وقد علمنا على التقدير الثاني ارتفاع حكمه فهو أولى بعدم تسويغ الاجتهاد فيه قوله: **(لأن الساكت شريك الداعي)** مشترك الإلزام بأن الجالس أيضاً ساكت فلا بد من تقييد مشاركته الداعي بحال موافقته في خصوص هيئة الداعي، لكنه يقتضي أنه إنما يكون مشاركاً له إذا رفع يديه مثله لأنها من هيئة الإمام إلا أن يلغي ذلك ويقال مجرّد الوقوف خلف الداعي الواقف ساكتاً يعد شركة له في ذلك عرفاً رفع يديه مثله أولا وهو حق قوله: **(والأول أظهر)** الوجوب المتابعة في غير القنوت وشركته عرفاً لا توجب شركته عند الله تعالى حتى يكون عند الله تعالى قانتاً في الفجر.

الاستحسان بالأمر لأن القياس يقتضي خلافه، لأن مبنى الصلاة على السكينة والوقار، وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلاة، وإنما قال في سبع وإن كان المواطن مذكراً على تأويل البقاع، والمراد بنفي رفع الأيدي على سبيل الحصر أن لا ترفع على وجه سنة الهدى إلا في سبع مواطن لا نفيه مطلقاً، لأن رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان، وليس في القنوت دعاء معين سوى قوله: اللهم إنا نستعينك، فإن الصحابة اتفقوا على هذا في القنوت، والأول أن يأتي بعده بما علم رسول الله ﷺ الحسن بن علي في قنوته: اللهم اهدني فيمن هديت الخ، ولا يقنت في صلاة غيرها خلافاً للشافعي. قال أبو نصر البغدادي: القنوت في الفجر سنة عند الشافعي، وفي غيرها إن حدثت حادثة. فإن لم تحدث فله قولان، واستدل بحديث أنس «كان النبي ﷺ يقنت في صلاة الفجر إلى أن فارق الدنيا» ولنا ما روى ابن مسعود «أن النبي ﷺ قنت في صلاة الفجر شهراً يدعو على حي من أحياء العرب» وهكذا روي عن أنس قال «قنت رسول الله ﷺ في صلاة الفجر شهراً» أو قال «أربعين يوماً يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القرّاء وهم سبعون رجلاً أو ثمانون وقيل فلما نزل قوله

---

(١) اسناده ضعيف وقد تقدم في ٧/ ٤٣٠

(٢) هو أبو مالك الأشجعي وقد تقدم حديثه وكذا حديث أبي هريرة الذي رواه ابن حبان وحديث أنس رواه ابن خزيمة قد تقدمت وكلها صحاح.

(٣) تقدم في ٥/ ٤٣١ وأنه واهٍ.

فيه. ولهما أنه منسوخ ولا متابعة فيه، ثم قيل يقف قائماً ليتابعه فيما تجب متابعته، وقيل يقعد تحقيقاً للمخالفة لأن

[فرع] المسبوق الذي أدرك الإمام في الثالثة لا يقنت فيما يقضي قوله: (ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشفعوية) وفي بعض النسخ بالشافعية وهو الصواب لما عرف من وجوب حذف ياء النسب إذا نسب إلى ما هي فيه، ووضع الياء الثانية مكانها حتى تتحد الصورة قبل النسبة الثانية وبعدها والتمييز حينئذ من خارج. ثم وجه الدلالة في الأول أن اختلافهم في أنه يتابعه أولا فيقف ساكتاً أو يقعد ينتظره حتى يسلم معه أو يسلم قبله ولا ينتظر في السلام اتفاق على أنه كان مقتدياً إذ ذاك وهو فرع صحة اقتدائه، ثم إطلاق القانت يشمل الشافعي وغيره. ووجه الدلالة في الثانية أن اختلافهم في المتابعة في قنوت هو بدعة اتفاق على المتابعة في قنوت مسنون، وفيه نظر إذ لا ملازمة بين منع المتابعة في قنوت بدعي وتجويزها في مسنون لجواز أن تمتنع فيهما، بل الوجه أن المانع إنما علل بنسخه فعلم أنه لو كان غير منسوخ لجازت، وإلا لقال مثلاً لا يتابعه لأنه ذكر لا يتابع فيه المأموم إمامه كالقراءة والتسميع، فلما لم يعلل قط إلا بذلك كان ظاهراً في أنه علة مساوية عنده ثم في كل من الحكمين خلاف: أما الأول فقال أبو اليسر اقتداء الحنفي بالشافعي غير جائز، لما روى مكحول النسفي في كتاب له سماه الشعاع أن رفع اليدين في الصلاة عند الركوع والرفع منه مفسد[1] بناء على أنه عمل كثير حيث أقيم باليدين، والمصنف أخذ الجواز قبلهم من جهة الرواية من هذه المسألة فإنها تفيد صحة الاقتداء وبقاءه إلى وقت القنوت فتعارض تلك وتقدم هذه لشذوذ تلك صرح بشذوذها في النهاية في غير الموضع، وأيضاً فالفساد عند الركوع لا يقتضي عدم صحة الاقتداء من الابتداء، مع أن عروض البطلان غير مقطوع به لأن الرفع جائز الترك عندهم، ولو تحقق فالعمل الكثير المختار فيه ما لو رآه شخص من بعيد ظنه ليس في الصلاة. ومنهم من قيد جواز الاقتداء بهم كقاضيخان بأن لا يكون متعصباً ولا شاكاً في إيمانه، ويحتاط في موضع الخلاف كأن يتوضأ من الخارج النجس ويغسل ثوبه من المني ويمسح ربع رأسه في أمثال هذه ولا يقطع الوتر، ولا يخفى أن تعصبه إنما يوجب فسقه، ولا مسلم يشك في إيمانه، وقوله إن شاء الله يقولونها للتبرك لا للشرط أوله باعتبار إيمان الموافاة. وذكر شيخ الإسلام: إذا لم يعلم منه هذه الأشياء بيقين يجوز الاقتداء به، والمنع إنما هو لمن شاهد ذلك، ولو غاب عنه ثم رآه يصلي: يعني بعد ما شاهد تلك الأمور

تعالى ﴿ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم﴾ ترك ذلك (فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يتابعه) لأن الأصل المتابعة (والقنوت مجتهد فيه) فلا يترك الأصل بالشك (ولهما أنه منسوخ) لما روينا أنه ﷺ قنت شهراً ثم ترك (ولا متابعة في المنسوخ) وإذا لم يتابعه ماذا يفعل (قال بعضهم: يقف قائماً ليتابعه فما تجب متابعته، وقيل يقعد تحقيقاً للمخالفة لأن الساكت شريك الداعي) ألا ترى أن المقتدي لا يأتي بالقراءة وهو شريك الإمام. لا يقال: كيف يقعد تحقيقاً للمخالفة وهي مفسدة للصلاة لأن المخالفة فيما هو من الأركان أو الشرائط مفسدة لا في غيرها، ولا يقال: الساكت إذا كان شريك الداعي ينبغي أن لا يقعد لأن السكوت موجود في القعود أيضاً لأن السكوت إنما يكون دليل الشركة إذا لم توجد المخالفة. وقد وجدت لأنه قاعد وإمامه قائم. قال المصنف (والأول أظهر) لأن فعل الإمام يشتمل على مشروع وغيره، فما كان مشروعاً يتبعه فيه، وما كان غير مشروع لا يتبعه فيه. وقال بعضهم: يسلم قبل الإمام لأن الإمام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره، ولم يذكره المصنف لأنه مخالفة ظاهرة للإمام فيما هو مشروع وهو السلام (ودلت المسألة على

قوله: (لأن الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع أنه اتباع في الخطإ إجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لأن قنوت الوتر صواب بيقين) أقول قال ابن الهمام: وفيه نظر، إذ لا ملازمة بين المتابعة في قنوت بدعي وتجويزها في مسنون لجواز أن يمنع فيهما، بل الوجه أن المانع إنما علل بنسخه فعلم أنه لو كان غير منسوخ الجازت وإلا لقال مثلاً لا يتابعه لأنه ذكر لا يشارك فيه المأموم إمامه كالقراءة والتسميع، فلما لم يعلل قط بذلك كان ظاهراً في أنه علة مساوية عنده اهـ.

---

(١) هذا غير صواب فقد وردت أحاديث في الصحاح تقول بذلك والسنة الاتباع.

الساكت شريك الداعي والأول أظهر. ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت

الصحيح أنه يجوز الاقتداء به، والذي قبل هذا يفيد أنه لا يصح الاقتداء به إذا عرف من حاله أنه لم يحتط في مواضع الخلاف سواء علم حاله في خصوص ما يقتدي به فيه أولا. هذا ولم يذكر الفساد بالنظر إلى الإمام بأن شاهده مس ذكره أو امرأة ولم يتوضأ وصلى وهو ممن يرى الوضوء من ذلك، والأكثر على أنه يجوز وهو الأصح، ومختار الهندواني وجماعة أنه لا يجوز لأن اعتقاد الإمام أنه ليس في الصلاة ولا بناء على المعدوم. قلنا المقتدي يرى جوازها والمعتبر في حقه رأى نفسه لا غيره، وقول أبي بكر الرازي إن اقتداء الحنفي بمن يسلم على رأس الركعتين في الوتر يجوز ويصلي معه بقيته لأن إمامه لم يخرجه بسلامه عنده لأنه مجتهد فيه، كما لو اقتدى بإمام قد رعف يقتضي صحة الاقتداء وإن علم منه ما يزعم به فساد صلاته بعد كون الفصل مجتهداً فيه. وقيل إذا سلم الإمام على رأس الركعتين قام المقتدي فأتم منفرداً. وكان شيخنا سراج الدين يعتقد قول الرازي، وأنكر مرة أن يكون فساد الصلاة بذلك مروياً عن المتقدمين حتى ذكرته بمسألة الجامع في الذين تحروا في الليلة المظلمة فصلى كل إلى جهة مقتدين بأحدهم، فإن جواب المسألة أن من علم منهم بحال إمامه فسدت لاعتقاد إمامه على الخطإ وما ذكر في الإرشاد لا يجوز الاقتداء في الوتر بإجماع أصحابنا لأنه اقتداء المفترض بالمتنفل، يخالفه ما تقدم من اشتراط المشايخ في الاقتداء بشافعي في الوتر أن لا يفصله فإنه يقتضي صحة الاقتداء عند عدم فصله. وفي الفتاوى: اقتداء حنفي في الوتر بمن يرى أنه سنة، قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يصح لأن كلاً يحتاج إلى نية الوتر فلم تختلف نيتهما، فأهدر اختلاف الاعتقاد في صفة الصلاة واعتبر مجرد اتحاد النية، لكن قد يستشكل إطلاقه بما ذكره في التجنيس وغيره من أن الفرض لا يتأدى بنية النفل ويجوز عكسه، وبنى عليه عدم جواز صلاته من صلى الخمس سنين ولم يعرف النافلة من المكتوبة مع اعتقاده أن منها فرضاً ومنها نفلاً فأفاد أن مجرد معرفة اسم الصلاة ونيتها لا يجوزها فإن فرض المسألة أنه صلى الخمس ويعتقد أن من الخمس فرضاً ونفلاً، وهذا فرع تعينها عنده بأسمائها من صلاة الظهر وصلاة العصر إلى آخره، ولأن جواب المسألة بعدم الجواز مطلقاً إنما هو بناء على عدم جواز الفرض بنية النفل أعم من أن يسميها أولا، فإنه إذا سماها بالظهر واعتقاده أن الظهر نفل فهو بنية الظهر ناو نفلاً مخصوصاً فلا يتأدى به الفرض، فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز وتر الحنفي اقتداء بوتر الشافعي بناء على أنه لم يصح شروعه في الوتر لأنه بنيته إياه إنما نوى النفل الذي هو الوتر فلا يتأدى الواجب بنية النفل، وحينئذ فالاقتداء به فيه بناء على المعدوم في زعم المقتدي، نعم يمكن أن يقال لو لم يخطر بخاطره عند النية صفته من السنية أو غيرها بل مجرد الوتر ينتفي المانع فيجوز لكن إطلاق مسألة التجنيس يقتضي أنه لا يجوز وإن لم يخطر بخاطره نفليته وفرضيته بعد أن كان المتقرر في اعتقاد نفليته وهو غير بعيد للمتأمل وأما الثاني فعن محمد يقنت الإمام وسكت المقتدي، وهذا

جواز الاقتداء بالشفعوية) يعني أن هذه المسألة تدل على شيئين: أحدهما أن اقتداء حنفي المذهب بشافعي المذهب جائز. والثاني أن المقتدي يتابع إمامه في قراءة القنوت في الوتر، وذلك لأن الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع أنه اتباع في الخطإ إجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لأن القنوت الوتر صواب بيقين، وقال أبو اليسر: الاقتداء بشافعي المذهب غير جائز من غير أن يطعن في دينهم، لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه الشعاع عن أبي حنيفة أن من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته وجعل ذلك عملاً كثيراً، فصلاتهم فاسدة عندنا فلا يصح الاقتداء بهم، وفيه نظر لأن فساد الصلاة عند رفع الرأس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء في الابتداء لجواز صلاة الإمام إذ ذاك، ثم قوله بالشفعوية خطأ من حيث اللغة لأن النسبة إلى الشافعي شافعي بحذف ياء النسبة من المنسوب إليه. قوله **(وإذا علم المقتدي ما يزعم به فساد صلاته)** يعني أن الاقتداء به إنما يصح إذا تحامى مواضع الخلاف بأن يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين، وبأن لا ينحرف عن القبلة انحرافاً فاحشاً، ولا يكون شاكاً في إيمانه، وأن لا يتوضأ في الماء الراكد القليل، وأن

في الوتر، وإذا علم المقتدى منه ما يزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره لا يجزئه الاقتداء به، والمختار في القنوت الإخفاء لأنه دعاء والله أعلم.

كقول بعضهم في القنوت يتحمله الإمام عن المقتدي كالقراءة ويجهر به، والأصح أنه يقنت كالإمام، ثم هل يجهر به الإمام؟ اختاره أبو يوسف في رواية ويتابعونه إلى بالكفار ملحق، وإذا دعا الإمام: يعني اللهم اهدني فيمن هديت أو غيره بعد ذلك هل يتابعونه؟ ذكر في الفتاوى خلافاً بين أبي يوسف ومحمد في قول محمد لا ولكن يؤمنون، وقال بعضهم: إن شاءوا سكتوا، وقال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل: عندي يخفي الإمام، وكذا المقتدي لأنه ذكر كسائر الأذكار وثناء الافتتاح، ولم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وهل يصلي على النبي ﷺ بعده؟ اختلفوا فيه، قيل لا وقيل نعم لأنه سنة الدعاء، ونحن قد أوعدناك من رواية النسائي ثبوت الصلاة عليه ﷺ: أعني قوله وصلى الله على النبي، ولا ينبغي أن يعدل عن هذا القول. وأما المنفرد ففي البدائع نقلاً عن شرح مختصر الطحاوي للقاضي أنه مخير فيه بين الجهر والإخفاء كالقراءة. والذي يقتضيه اختيار من اختار الاخفاء، واختاره المصنف تبعاً لابن الفضل رحمه الله الإخفاء وهو الأول، وفي الحديث «خير الذكر الخفي»[1] ولأنه المتوارث في مسجد أبي حفص الكبير وهو من أصحاب محمد فهو ظاهر في أنه علمه من محمد في القنوت.

[فرع] أوتر قبل النوم ثم قام من الليل فصلى لا يوتر ثانياً لقوله ﷺ «لا وتران في ليلة»[2] ولزمه ترك المستحب المفاد بقوله ﷺ «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وتراً» لأنه لا يمكن شفع الأول لامتناع التنفل بركعة أو ثلاث.

يغسل ثوبه من المني إن كان رطباً أو يفرك اليابس منه، وأن لا يقطع الوتر، ويراعي الترتيب في الفوائت وأن يمسح ربع رأسه، فإن علم منه شيئاً من هذه الأشياء لا يصح الاقتداء، وإن لم يعلم جاز ويكره، هذا حكم الفساد الراجع إلى زعم المقتدي، ولم يذكر حكم الفساد الراجع إلى زعم الإمام، وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الهندواني وجماعة إن المقتدي إن رأى إمامه مس إمرأة ولم يتوضأ لا يصح الاقتداء به. وذكر التمرتاشي أن أكثر مشايخنا جوزوه. قال صاحب النهاية: وقول الهندواني أقيس لما أن زعم الإمام أن صلاته ليست بصلاة فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم في زعم الإمام وهو الأصل فلا يصح الاقتداء (**والمختار في القنوت الإخفاء**) مطلقاً سواء كان القانت إماماً أو مقتدياً أو منفرداً (**لأنه دعاء**) وخير الدعاء الخفي، ومنهم من يقول يجهر بالقنوت لأن له شبهة القرآن فإن الصحابة اختلفوا في اللهم إنا نستعينك أنه من القرآن أو لا.

---

(١) حسن. أخرجه ابن حبان ٨٠٩ وأحمد ١/ ١٧٢، ١٨٠ من حديث سعد بن أبي وقاص.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٣٩ والترمذي ٤٧٠ والنسائي ٣/ ٢٢٩، ٢٣٠ وابن حبان ٢٤٤٩ وأحمد ٤/ ٢٣ كلهم من حديث طلق بن علي.
قال الترمذي: حسن غريب.
وقال ابن حجر: حسنه الترمذي وقال عبد الحق: وغيره يصححه اهـ تلخيص الحبير ٢/ ١٧.

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر، وأربع قبل الظهر، وبعدها ركعتان، وأربع قبل العصر، وإن شاء ركعتين وركعتان

باب النوافل

ابتدأ بسنة الفجر لأنها أقوى السنن حتى روى الحسن عن أبي حنيفة لو صلاها قاعداً من غير عذر لا يجوز، وقالوا: العالم إذا صار مرجعاً للفتوى جاز له ترك سائر السنن لحاجة الناس إلا سنة الفجر. وفي المبسوط ابتدأ بسنة الظهر لأنها أول في الوجود لأن السنة تبع للفرض، وأول صلاة فرضت صلاة الظهر: يعني أول صلاة صليت بعد الافتراض ثم اختلف في الأفضل بعد ركعتي الفجر. قال الحلواني: ركعتا المغرب فإنه ﷺ لم يدعها سفراً ولا حضراً، ثم التي بعد الظهر لأنها سنة متفق عليها بخلاف التي قبلها لأنه قيل هي للفصل بين الأذان والإقامة، ثم التي بعد العشاء، ثم التي قبل الظهر، ثم التي قبل العصر، ثم التي قبل العشاء، وقيل التي قبل العشاء، والتي قبل الظهر وبعده، وبعد المغرب كلها سواء. وقبل التي قبل الظهر آكد، وصححه المحسن وقد أحسن لأن نقل المواظبة الصريحة عليها أقوى من نقل مواظبته على غيرها من غير ركعتي الفجر وسننبه عليه، ولو ترك الأربع قبل الظهر والتي بعدها أو ركعتي الفجر قيل لا تلحقه الإساءة لأن محمداً سماه تطوعاً، إلا أن يستخف فيقول هذا فعل النبي ﷺ وأنا لا أفعله فحينئذ يكفر. وفي النوازل ترك سنن الصلاة الخمس إن لم يرها حقاً كفر، وإن رآها وترك قيل لا يأثم، والصحيح أنه يأثم لأنه جاء الوعيد بالترك، ولا يخفى أن الإثم منوط بترك الواجب «وقد قال ﷺ للذي قال: والذي بعثك بالحق لا أزيد على ذلك شيئاً: أفلح إن صدق»[1] نعم يستلزم ذلك الإساءة وفوات الدرجات والمصالح الأخروية المنوطة بفعل سنن الرسول ﷺ، هذا إذا تجرد الترك عن استخفاف بل يكون مع رسوخ الأدب والتعظيم، فإن لم يكن كذلك دار بين الكفر والإثم بحسب الحال الباعثة له على الترك. ثم هل الأولى وصل السنة التالية للفرض له أولا؟ في شرح الشهيد القيام إلى السنة متصل بالفرض مسنون، وفي الشافي كان ﷺ إذا سلم يمكث قدر ما يقول: اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام[2]، وكذا عن البقائي. وقال الحلواني: لا بأس بأن يقرأ بين الفريضة والسنة الأوراد. ويشكل على الأول ما في سنن أبي داود عن أبي رمثة قال: صليت هذه الصلاة مع رسول الله ﷺ، وكان أبو بكر وعمر يقومان في الصف المقدم عن يمينه وكان رجل قد شهد التكبيرة الأولى من الصلاة فصلى رسول الله ﷺ صلاة ثم سلم عن يمينه وعن يساره حتى رأينا بياض خديه، ثم انتقل كانتقال أبي رمثة: يعني نفسه، فقام الرجل الذي أدرك معه التكبيرة الأولى ليشفع، فوثب عمر فأخذ بمنكبيه فهزه ثم قال: اجلس فإنه لم يهلك أهل الكتاب إلا أنهم لم يكن لهم بين صلاتهم فصل، فرفع النبي ﷺ بصره فقال: أصاب

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب، شرع في بيان السنن والنوافل، وترجم الباب بالنوافل لكونها أعم وأشمل وقدم السنن على النوافل وهو في محزه، وابتدأ بذكر سنة الفجر لكونها أقوى، قال ﷺ «صلوها ولو طردتكم الخيل» أو ليناسب

باب النوافل

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٦ و١٨٩١ و٢٦٧٨ و٦٩٥٦ ومسلم برقم ١١ من عدة وجوه ومالك ١٧٥ح ٩٤ كلهم من حديث طلحة بن عبيد الله: جاء رجل من أهل نجد ثائر الرأس تسمعُ دويّ صوته ولا نفقه ما يقول حتى دنا من رسول الله ﷺ فإذا هو يسأل عن الإسلام فقال رسول الله ﷺ خمس صلوات في اليوم والليلة قال: هل عليّ غيرهنّ قال: لا إلا أن تطوع. وصيام رمضان فقال هل عليّ غيره فقال: لا إلا إن تطوع وذكر له الزكاة. فقال هل عليّ غيرها فقال: لا إلا أن تطوع. قال: فأدبر الرجل وهو يقول، والله لا أريد على هذا ولا أنقص. فقال ﷺ: أفلح إن صدق وكرره مسلم عن أنس ح١٢

(٢) يأتي بعد قليل.

....

الله بك يا بن الخطاب[١]. ولا يرد هذا على الثاني إذ قد يجاب بأن قوله اللهم أنت السلام ومنك السلام الخ فصل، فمن ادعى فصلاً أكثر مثله فلينقله، وقولهم الأفضل في السنن حتى التي بعد المغرب المنزل لا يستلزم مسنونية الفصل بأكثر إذ الكلام فيما إذا صلى السنة في محل الفرض ماذا يكون الأولى، وما ورد من أنه ﷺ كان يقول دبر كل صلاة «لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك الجد»[٢] وقوله ﷺ لفقراء المهاجرين «تسبحون وتكبرون وتحمدون دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين» وما روى أنه كان ﷺ يقول أيضاً «لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، ولا حول ولا قوة إلا بالله، لا إله إلا الله ولا نعبد إلا إياه. له النعمة وله الفضل وله الثناء الحسن، لا إله إلا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون»[٣] لا يقتضي وصل هذه الأذكار بل كونها عقيب السنة من غير اشتغال بما ليس هو من توابع الصلاة يصحح كونه دبرها وكونه ﷺ إنما كان يصلي السنن في المنزل كما سنذكره، فبالضرورة يكون قوله لها قبلها غير لازم، بل يجوز كونها بعدها في المنزل، ولا يمتنع نقله فكثيراً ما نقلوا مما كان من عمله في البيت إما بواسطة نسائه أو بسماعهم صوته، وكانت حجرة ﷺ صغيرة قريبة جداً، أو سمع منه قبلها حال قيامه منصرفاً إلى منزله أو جالساً بعد صلاة لا سنة بعدها كالفجر والعصر. وما في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رفع الصوت بالذكر حين ينصرف الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله ﷺ[٤]. قال ابن عباس: كنت أعلم إذا انصرفوا بذلك إذا سمعته وفي لفظ: ما كنا نعرف انقضاء صلاة رسول الله ﷺ إلا بالتكبير[٥]. مع ما علم مما سنثبته بالصحاح من الأخبار من أنه ﷺ إنما كان يصلي السنن في المنزل، بل وأنكر على من يصليها في المسجد على ما في أبي داود والترمذي والنسائي «أنه ﷺ أتى مسجد عبد الأشهل فصل فيه المغرب، فلما قضوا صلاتهم رآهم يسبحون: أي يتنفلون، فقال: هذه صلاة البيوت»[٦] لا يستلزم الفصل بأكثر، وما المانع من كون ذلك الذكر هو ذلك القدر يرفعون به أصواتهم إذا فرغوا. وأما التكبير المروي فالله أعلم به، قيل لم يعرف أحد من الفقهاء قاله إلا ما ذكره بعضهم في البعوث والعساكر بعد الصبح والمغرب ثلاث

ذكر المواقيت فإنه قدم ذكر وقت الفجر على غيره. وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لأن السنة تبع للفرض، وأول صلاة فرضت على النبي ﷺ صلاة الظهر. ثم اختلف بعد سنة الفجر في الأقوى، فقال الحلواني: سنة المغرب لأن النبي ﷺ لم

قوله: (وأول صلاة فرضت على النبي ﷺ) أقول: يعني أول صلاة صليت بعد الافتراض.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٠٠٧ من طريق الأزرق بن قيس عن أبي رمثة.
قال المنذري في مختصره: فيه أشعث بن شعبة والمنهال بن خليفة فيهما مقال اهـ. قال ابن حجر في التقريب عن الأشعث: مقبول. وقال عن المنهال: ضعيف اهـ فهذا الخبر ضعيف بالمنهال وقد تفرد به.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٨٤٤ ومسلم ٥٩٣ وأبو داود ١٥٠٥ والنسائي ٣/ ٧٠ والترمذي مع حديث ٢٩٩ معلقاً والدارمي ١٣٢٣ كلهم من حديث المغيرة بن شعبة.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٥٩٤ وأبو داود ١٥٠٦ و١٥٠٧ والنسائي ٣/ ٧٠ كلهم من حديث عبد الله بن الزبير.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٨٤١ ومسلم ٥٨٣ح ١٢٢ كلاهما عن ابن عباس بهذا اللفظ.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٨٤٢ ومسلم ٥٨٣ وأبو داود ١٠٠٢ و١٠٠٣ والنسائي ٣/ ٦٧، ٦٨ كلهم عن ابن عباس به. والشطر الأول لأبي داود وحده.

(٦) حسن. أخرجه أبو داود ١٣٠٠ والترمذي ٦٠٤ والنسائي في ٣/ ١٩٨، ١٩٩ كلهم من حديث كعب بن عجرة.
قال الترمذي: هذا حديث غريب.
قلت: لأن في إسناده إسحاق بن كعب بن عجرة مجهول كما في التقريب. لكن له شاهد أخرجه أحمد ٥/ ٤٢٧ بنحوه والقصة واحدة فالحديث حسن لشاهده.

بعد المغرب، وأربع قبل العشاء، وأربع بعدها، وإن شاء ركعتين) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من ثابر

تكبيرات عالية: والحاصل أنه لم يثبت عنه ﷺ الفصل بالأذكار التي يواظب عليها في المساجد في عصرنا من قراءة آية الكرسي والتسبيحات وأخواتها ثلاثاً وثلاثين وغيرها بل ندب هو إليها، والقدر المتحقق أن كلا من السنن والأوراد له نسبة إلى الفرائض بالتبعية، والذي ثبت عنه أنه كان يؤخر السنة عنه من الأذكار، وهو ما روى مسلم والترمذي عن عائشة قالت «كان رسول الله ﷺ إذا سلم لم يقعد إلا مقدار ما يقول: اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام»[1] فهذا نص صريح في المراد، وما يتخايل أنه يخالفه لم يقو قوته، أو لم تلزم دلالته على ما يخالفه فوجب اتباع هذا النص. واعلم أن المذكور في حديث عائشة رضي الله عنها هذا هو قولها لم يقعد إلا مقدار ما يقول، وذلك لا يستلزم سنية أن يقول ذلك بعينه في دبر كل صلاة إذ لم تقل إلا حتى يقول أو إلى أن يقول، فيجوز كونه ﷺ كان مرة يقوله ومرة يقول غيره مما ذكرنا من قول لا إله إلا الله وحده لا شريك له الخ، وما ضم إليه في بعض الروايات مما ذكرنا من قوله لا إله إلا الله ولا حول ولا قوّة إلا بالله الخ، ومقتضى العبارة حينئذ أن السنة أن يفصل بذكر قدر ذلك يكون تقريباً، فقد يزيد قليلاً وقد ينقص قليلاً، وقد يدرج وقدير تل فأما ما يكون زيادة غير مقاربة مثل العدد السابق من التسبيحات والتحميدات والتكبيرات فينبغي استنان تأخيره عن السنة البقة، وكذا آية الكرسي، على أن ثبوت ذلك عنه ﷺ مواظبة لا أعلمه، بل الثابت ندبه إلى ذلك، وليس يلزم من ندبه إلى شيء مواظبته عليه وإلا لم يفرق حينئذ بين السنة والمندوب، وكان يستدل بدليل الندب على السنية وليس هذا على أصولنا. وقول الحلواني عندي أنه حكم آخر لا يعارض القولين لأنه إنما قال لا بأس الخ، والمشهور في هذه العبارة كونه لما خلافه أولى فكان معناها أن الأولى أن لا يقرأ الأوراد قبل السنة، ولو فعل لا بأس به فأفاد عدم سقوط السنة بذلك حتى إذا صلى بعد الأوراد يقع سنة مؤداة لا على وجه السنة، وإذا قالوا لو تكلم بعد الفرض لا تسقط السنة لكن ثوابها أقل فلا أقل من كون قراءة الأوراد لا تسقطها، وقد قيل في الكلام أنه يسقطها، والأولى أولى، ففي البخاري وأبي داود والترمذي عن عائشة رضي الله عنها «كان النبي ﷺ أذا صلى ركعتي الفجر فإن كنت مستيقظة حدثني وإلا اضطجع حتى يؤذن بالصلاة»[2] واعلم أن هذا الذي عن الحلواني يوافقه ما عن أبي حنيفة في المقتدي والمنفرد، وذكر في حق الإمام خلافه، وعبارته في الخلاصة هكذا: إذا سلم الإمام من الظهر أو المغرب أو العشاء كرهت له المكث قاعداً لكنه يقوم إلى التطوّع، ولا يتطوّع في مكان الفريضة ولكن ينحرف يمنة أو يسرة أو يتأخر، وإن شاء رجع إلى بيته يتطوّع وإن كان مقتدياً، أو يصلي وحده إن لبث في مصلاه يدعو جاز، وكذا إن قام إلى التطوّع في مكانه أو تقدم أو تأخر أو انحرف يمنة أو يسرة جاز والكل سواء، وفي الصلاة التي لا يتطوع بعدها يكره المكث في مكانه قاعداً مستقبلاً، ثم هو بالخيار إن شاء ذهب وإن شاء جلس في محرابه إلى طلوع الشمس وهو أفضل، ويستقبل القوم بوجهه إذا لم يكن بحذائه مسبوق، فإن كان ينحرف يمنة أو يسرة والصيف

يدعها في سفر ولا حضر، ثم التي بعد الظهر لكونها متفقاً عليها والتي قبلها مختلف فيها، ثم التي بعد العشاء، ثم التي قبل الظهر، ثم التي قبل العصر، ثم التي قبل العشاء، وقيل التي قبل الظهر آكد من غيرها بعد سنة الفجر، قيل وهو الأصح لأن فيها وعيداً معروفاً، قال ﷺ «من ترك أربعاً قبل الظهر لم تنله شفاعتي» وقال الحلواني. الأفضل في السنن أداؤها في المنزل إلا التراويح لأن فيها إجماع الصحابة. وقيل الصحيح أن الكل سواء، ولا تختص الفضيلة بوجه دون وجه. ولكن الأفضل ما يكون أبعد من الرياء وأجمع للإخلاص، ثم ما ذكر في الكتاب واضح وقوله **(والأصل فيه)** أي في هذا العدد المذكور **(قوله ﷺ من ثابر)** والمثابرة المواظبة فإن السنة ما واظب عليه النبي ﷺ مع ترك **(وفسر)** أي النبي ﷺ **(على ما ذكر في الكتاب)**

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٥٩٢ بهذا اللفظ وأبو داود ١٥١٢ والترمذي ٢٩٨ و٢٩٩ والنسائي ٣/ ٦٩ والدارمي ١٣٢١ وابن ماجه ٩٢٤ والبيهقي ٢/ ١٨٣ كلهم من حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١١٦١ و١١٦٨ وأبو داود برقم ١٢٦٢ و١٢٦٣ والترمذي ٤١٨ والدارمي ١٤١٨ كلهم من حديث عائشة.

على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتاً في الجنة» وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب، غير أنه لم يذكر

والشتاء سواء هذا هوالصحيح، هذا حال الإمام. وقوله الكل سواء: يعني في إقامة السنة أما الأفضل فقد صرح فيما يأتي بأن المنزل أفضل قوله: (السنة) يجب حمله على ما دعا إليه ﷺ من غير إيجاب، وهو أعم من السنة والمندوب، وهذا لأنه عدّ منها ما قبل العصر والعشاء، وذلك مستحب لا سنة راتبة قوله: **(والأصل فيه)** أي في استنان هذه المذكورات قوله ﷺ الخ. روى الترمذي وابن ماجه عن مغيرة بن زياد عن عطاء عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ «من ثابر على اثنتي عشرة ركعة من السنة بنى الله له بيتاً في الجنة، أربع ركعات قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب، وركعتين بعد العشاء، وركعتين قبل الفجر»[1] فاتضح أن ضمير فسر المرفوع للنبي ﷺ. وفي شذوذ من النسخ وفسر النبي ﷺ، قال الترمذي: حديث غريب من هذا الوجه مغيرة بن زيادة تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه انتهى. لكن له شاهد أصل الحديث، رواه الجماعة إلا البخاري من حديث أم حبيبة بنت أبي سفيان أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول «ما من عبد مسلم يصلي لله في كل يوم اثنتي عشرة ركعة تطوّعاً من غير الفريضة إلا بنى الله له بيتاً في الجنة» زاد الترمذي والنسائي «أربعاً قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب، وركعتين بعد العشاء، وركعتين قبل صلاة الغداة» وللنسائي في رواية «وركعتين قبل العصر»[2] بدل ركعتين بعد العشاء قوله: **(وخير)** أي خير محمد بن الحسن، وكذا القدوري بين أن يصلي أربعاً قبل العصر أو ركعتين قوله: **(لاختلاف الآثار)** فإنه أخرج أبو داود وأحمد وابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما، والترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعاً»[3] قال الترمذي: حسن غريب. وأخرج أبو داود عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه «أن النبي ﷺ كان يصلي قبل العصر ركعتين»[4] ورواه الترمذي وأحمد فقالا أربعاً بدل ركعتين قوله: **(وفي غيره)** أي في غير حديث المثابرة ذكر الأربع، وهو ما عزي إلى سنن سعيد بن منصور من حديث البراء بن عازب قال: قال رسول الله ﷺ «من صلى قبل

يعني المبسوط أو مختصر القدوري. قوله **(غير أنه لم يذكر الأربع قبل العصر)** بيان ما هو المذكور في حديث المثابرة، فإن المذكور في الكتاب زائد على ثنتي عشرة. وقوله **(فلذلك سماه)** أي الأربع قبل العصر محمد بن الحسن في الأصل **(حسناً وخير)** بقوله وإن شاء ركعتين **(لاختلاف الآثار)** لأن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعاً» وعلياً قال «إن رسول الله ﷺ كان يصلي قبل العصر ركعتين» قوله **(والأفضل هو الأربع)** لأنه أكثر عدداً وأدوم تحريمة فكان

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٤١٤ وابن ماجه ١١٤٠ والنسائي ٣/ ٢٦٠ كلهم من حديث عائشة.
قال الترمذي: هذا حديث غريب من هذا الوجه. ومغيرة بن زياد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه. ثم ذكر الترمذي حديث أم حبيبة بنحوه وسيأتي وقال ابن حجر في التقريب عن المغيرة: صدوق له أوهام اهـ. والحديث غير قوي لكن شاهده ما يأتي.

(٢) صحيح أخرجه مسلم ٧٢٨ وأبو داود ١٢٥٠ والترمذي ٤١٥ والنسائي ٣/ ٢٦١، ٢٦٦ وابن ماجه ١١٤١ والدارمي ١٤١٠. وابن حبان في صحيحه ٢٤٥١ وأحمد ٦/ ٣٢٧ كلهم من حديث أم حبيبة. واقتصر مسلم على شطره الأول وكذا ابن ماجه وأبو داود. واللفظ للنسائي والترمذي وقد ساقه النسائي من وجوه كثيرة. ورأيته في البخاري ٧٢٨ بمثل سياق مسلم.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٢٧١ والترمذي ٤٣٠ والبيهقي ٢/ ٤٧٣ وأحمد ٢/ ١١٧ والطيالسي ١٩٣٦ وابن حبان في صحيحه ٢٤٥٣ كلهم من حديث ابن عمر.
قال الترمذي: حسن غريب. في نسخة الزيلعي، وفي نسخة شاكر. غريب حسن. قال شاكر كذا جاء في نسخة الحافظ العراقي.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٢: حسنه الترمذي وصححه ابن حبان وكذا ابن خزيمة وفيه محمد بن مهران فيه مقال لكن وثقه ابن حبان وابن عدي اهـ.
قلت: فالحديث حسن.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١٢٧٢ والترمذي ٤٢٩ وأحمد ١/ ٨٥ والنسائي ٢/ ١٢٠ والبيهقي ٢/ ٤٧٣ كلهم من حديث عاصم بن ضمرة عن علي مرفوعاً. ورواية أبي داود وحده ركعتين. والباقون أربع ركعات. ومداره على عاصم بن ضمرة وهو صدوق كما في التقريب. وقد قال الترمذي: هذا حديث حسن.

الأربع قبل العصر فلهذا سماه في الأصل حسناً وخير لاختلاف الآثار، والأفضل هو الأربع ولم يذكر الأربع قبل

الظهر أربعاً كان كأنما تهجد من ليلته. ومن صلاهن بعد العشاء كان كمثلهن من ليلة القدر»[١] ورواه البيهقي من قول عائشة والنسائي والدارقطني[٢] من قول كعب، والموقوف في هذا[٣] كالمرفوع لأنه من قبيل تقدير الأثوبة وهو لا يدرك إلا سماعاً. هذا وما رواه المصنف من حديث المثابرة إنما يصلح دليل الندب والاستحباب لا السنة لما عرفت أن السنة لا تثبت إلا بنقل مواظبته عليه ﷺ عليها، فالأولى الاستدلال بمجموع حديثين حديث ابن عمر «حفظت من رسول الله ﷺ عشر ركعات: ركعتين قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب في بيته، وركعتين بعد العشاء، وركعتين قبل صلاة الصبح»[٤] وحديث عائشة «أنه ﷺ كان لا يدع أربعاً قبل الظهر، وركعتين قبل الغداة»[٥] بناء على الجمع بينهما، أما بأن الأربع كان يصليها في بيته فاتفق عدم علم[٦] ابن عمر بهن وإن علم غيرها مما صلى في بيته لأنه ﷺ كان يصلي الكل في البيت، ثم كان يصلي ركعتين تحية المسجد، فكان ابن عمر يراهما. وأما بأن ابن عمر إنما يذكر سنة الظهر وهو كان يرى تلك ورداً آخر سببه الزوال وهو مذهب بعض العلماء، وهو الذي أشار إليه الحلواني فيما قدمنا أخذاً من بعض الألفاظ، وهو ما ذكره الإمام أحمد عن عبد الله بن السائب أنه ﷺ كان يصلي أربعاً بعد أن تزول الشمس وقال «إنها ساعة تفتح فيها أبواب السماء، فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح»[٧] وعندنا هذا اللفظ لا ينفي كونها هي السنة، وقد صرح بعض مشايخنا بالاستدلال بعين هذا الحديث على أن سنة الجمعة كالظهر لعدم الفصل فيه بين الظهر والجمعة أو بكل من حديث عائشة وحديث علي وهو «كان ﷺ يصلي قبل الظهر أربعاً وبعدها ركعتين»[٨] وأصرح من الكل ما في صحيح مسلم عن عائشة «كان ﷺ يصلي في بيته قبل

أكثر ثواباً. وقوله (لم يذكر) أي النبي ﷺ (الأربع قبل العشاء فلهذا كان مستحباً لعدم المواظبة) وفي كلامه تسامح لأنه قال ولهذا: أي ولأنه لم يذكر «أي النبي ﷺ الأربع قبل العشاء كان مستحباً» فقوله المواظبة علة أخرى لكونه مستحباً وهو غير صحيح، ويجوز أن يقال: إنما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة (وذكر فيه) أي في حديث المثابرة (ركعتين بعد

---

(١) ضعيف. أخرجه سعيد بن منصور في سننه كما في نصب الراية ٢/ ١٣٩ وكذا الطبراني كما في المجمع ٢/ ٢٢١ كلاهما من حديث البراء وقال الهيثمي: فيه ناهض بن سالم الباهلي وغيره ولم أجد من ذكرهم. وورد من حديث أنس وابن عباس وابن عمر كما في المجمع ٢/ ٢٣٠ وكلها واهية.

قوله: ورواه البيهقي عن عائشة موقوفاً. كذا وقع في نصب الراية ولم أره في السنن ولعله في المعرفة للبيهقي أو هو سبق قلم لأن في السنن حديث كعب.

(٢) مقطوع. أخرجه الدارقطني ٢/ ٨٧ والبيهقي ٢/ ٤٧٧ كلاهما عن كعب الأحبار من قوله. ولم أره في سنن النسائي.

(٣) قوله والموقوف.. الخ. فيه نظر أما كونه عن عائشة فلم أره وأما كونه عن كعب الأحبار فهو مقطوع لا موقوف لأنه كلام التابعي وأما قوله له حكم الرفع. فهو محتمل لو كان القائل غير كعب الأحبار أما كعب فإنه يقول مثل هذا من رأيه وذلك لما وقع لديه من كتب أهل الكتاب. فليس لهذا الخبر حكم الرفع اهـ فتدبر والله تعالى أعلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١١٧٢ و١١٨٠ ومسلم ٧٢٩ وأبو داود ١٢٥٢ والترمذي ٤٣٣ و٤٣٤ والنسائي ٢/ ١١٩ والبيهقي ٢/ ٤٧١ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر. واللفظ للترمذي والبيهقي وللبخاري في روايته الأخيرة ١١٨٠ و١١٨١.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١١٨٢ وأبو داود ١٢٥٣ وأحمد ٦/ ٦٣، ١٤٨ كلهم من حديث عائشة.

(٦) أي لأن صلاة النبي ﷺ تلك كانت في بيت عائشة.

(٧) حسن. أخرجه أحمد ٣/ ٤١١ من حديث عبد الله بن السائب بهذا اللفظ وأخرجه أحمد ٥/ ٤١٨ و٤١٦ والبيهقي ٢/ ٤٨٨، ٤٨٩ والطحاوي ١/ ١٩٦ من عدة طرق كلهم من حديث أبي أيوب بنحوه وأخرجه أبو داود ١٢٧٠ وابن ماجه ١١٥٧ كلاهما من حديث أبي أيوب ولفظ ابن ماجه: أن النبي ﷺ كان يصلي قبل الظهر أربعاً إذا زالت الشمس لا يفصل بينهنّ بتسليم وقال: إن أبواب السماء تُفتح إذا زالت الشمس. وأعلن أبو داود بعبيدة بن معتِّب وأنه ضعيف. وله طريق ثالث رواه الطبراني كما في المجمع ٢/ ٢٢٠ أيضاً من حديث أبي أيوب وضعفه الهيثمي. لكن الحديث بمجموع طرقه يعلم أن له أصلاً وأنه حسن.

(٨) حديث عائشة أخرجه أحمد ٦/ ٣٠ بإسناد حسن وحديث علي. أخرجه الترمذي ٤٢٤ واللفظ له والنسائي ٢/ ١٢٠، ١٢١ وابن ماجه ١١٦١ وأحمد ١/ ١٤٢ ومداره على عاصم بن ضمرة ثقة تكلم فيه وحديثه حسن لا سيما وله شواهد.

العشاء فلهذا كان مستحباً لعدم المواظبة، وذكر فيه ركعتين بعد العشاء، وفي غيره ذكر الأربع فلهذا خير، إلا أن

الظهر أربعاً ثم يخرج فيصلي بالناس، ثم يدخل فيصلي ركعتين»[١] فإنه يفيد المواظبة، ثم الذي يقتضيه النظر كون الأربع بعد العشاء سنة لنقل المواظبة عليها في أبي داود عن شريح بن هانىء قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت «ما صلى العشاء قط فدخل بيتي إلا صلى أربع ركعات أو ست ركعات، ولقد مطرنا مرّة من الليل فطرحنا له نطعاً فكأني أنظر إلى نقب فيه ينبع منه الماء وما رأيته متقياً الأرض بشيء من ثيابه»[٢] وهذا نص في مواظبته ﷺ على الأربع دون الست للمتأمل قوله: (إلا أن الأربع أفضل) تشرحه في ضمن كلامنا على الأربع بعد الظهر فنقول: صرح جماعة من المشايخ أنه يستحب أربع بعد الظهر لحديث رووه، وهو أنه ﷺ قال «من صلى أربعاً قبل الظهر وأربعاً بعدها حرّمه الله على النار»[٣] رواه أبو داود والترمذي والنسائي ثم اختلف أهل هذا العصر في أنها تعتبر غير ركعتي الراتبة أو بهما وعلى التقدير الثاني هل تؤدي معهما بتسليمة واحدة أو لا؟ فقال جماعة لا لأنه إن نوى عند التحريمة السنة لم يصدق في الشفع الثاني، أو المستحب لم يصدق في السنة، وإذا قالوا: إذا طلع الفجر وهو في التهجد نابت تلك الركعتان عن سنة الفجر لأن نية الصلاة نية الأعم. والأعم يصدق على الأخص، بخلاف المباين بالنسبة إلى مباينه، ووقع عندي أنه إذا صلى أربعاً بعد الظهر بتسليمة أو ثنتين وقع عن السنة والمندوب سواء احتسب هو الراتبة منها أو لا، لأن المفاد بالحديث المذكور أنه إذا أوقع بعد الظهر أربعاً مطلقاً حصل الوعد المذكور، وذلك صادق مع كون الراتبة منها، وكونها بتسليمة أولا فيهما وكون الركعتين ليستا بتسليمة على حدة لا يمنع من وقوعها سنة. وإن كان عدم كونها بتحريمة مستقلة يمنع منه على خلاف فيه كما عرف في سجود السهو من الهداية فيمن قام عن القعدة الأخيرة يظنها الأولى، ثم لم يعد حتى سجد فإنه يتم ستاً، ولا تنوب الركعتان عن سنة الظهر على خلاف لأن المواظبة عليهما بتحريمة مبتدأة لثبوت الفرق بين المحلل والتحريمة، فإن المحلل غير مقصود إلا للخروج عن العبادة على وجه حسن، وقد منع في الهداية في باب القرآن ترجيح الشافعي الإفراد بزيادة الحلق بأنه خروج عن العبادة فهو غير مقصود فلا يقع به الترجيح، وأما النية فلا مانع من جهتها سواء نوى أربعاً لله تعالى فقط أو نوى المندوب بالأربع أو السنة بها أما الأول فلما تقدم في شروط الصلاة من أن المختار عند المصنف والمحققين وقوع السنة بنية مطلق الصلاة لما حققناه من أن معنى كونه سنة كونه مفعولاً للنبي ﷺ على المواظبة في محل مخصوص، وهذا الاسم: أعني اسم السنة حادث منا، أما هو ﷺ فإنما كان ينوي الصلاة لله تعالى فقط لا السنة، فلما واظب ﷺ على الفعل لذلك سميناه سنة، فمن فعل مثل ذلك الفعل في وقته فقد فعل ما سمي بلفظ السنة، وحينئذ تقع الأوليان سنة وجود تمام علتها والأخريان نفلا مندوباً، فهذا القسم من النية مما يحصل به كلا الأمرين، والعجب منه كيف تركه من تقسيمه، وإذا اعترف بأن نية الصلاة الأعم يتأدى بها السنة كما

العشاء وفي غيره) أي في غير حديث المثابرة، وهو ما روي عن ابن عمر موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ «من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر» **(ذكر الأربع فلهذا)** أن فللاختلاف في ألفاظ الحديث بين الأربع والركعتين **(خير)** محمد بن الحسن أو القدوري بقوله وأربع بعدها وإن شاء ركعتين. وقوله **(إلا أن الأربع أفضل خصوصاً الخ)** إشارة إلى ما قال بعض مشايخنا أن ما ذكر في الكتاب بقوله إنه يصلي ركعتين بعد العشاء في قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٧٣٠ والبيهقي ٢/ ٤٧١، ٤٧٢ وأحمد ٦/ ٢٣٩ كلهم من حديث عائشة بأتم منه وكذا أبو داود ١٢٥١

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٣٠٣ والبيهقي ٢/ ٤٧٧ كلاهما من حديث عائشة. سكت عليه أبو داود والمنذري في مختصره. وفي إسناده زيد بن الحباب صدوق كما في التقريب. وفيه مقاتل بن بشير العجلي مقبول كما في التقريب والحديث حسن.

(٣) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ١٢٦٩ والترمذي ٤٢٧ و٤٢٨ والنسائي ٣/ ٢٦٤، ٢٦٦ وابن ماجه ١١٦٠ والحاكم ١/ ٣١٢ والبيهقي ٢/ ٤٧٢، ٤٧٣ وأحمد ٦/ ٣٢، ٣٢٥ من عدة طرق كلهم عن عنبسة بن أبي سفيان عن أم حبيبة وفي رواية: من حافظ على أربع.. الحديث. ومداره على عنبسة وهو ثقة من التابعين وفي التقريب: يقال: بأن له رؤية. لكن قال أبو نعيم اتفقوا على أنه تابعي.

الأربع أفضل خصوصاً عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه. والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا،

صرح به في الشاهد الذي أورده من ركعتي الفجر بنية الصلاة فما المانع من أن ينوي هنا أيضاً الصلاة وبها يتأدى السنة والمندوب. وأما الثاني والثالث فكذلك بناء على أن ذلك نية الصلاة وزيادة فعند عدم مطابقة الوصف للواقع يلغو فتبقى نية مطلق الصلاة على نحو ما عرف من أن بطلان الوصف لا يبطل الأصل، وبنية مطلق الصلاة يتأدى كل من السنة والمندوب إذا وقع في وقته فظهر أن صحته ليست بناء على أداء البائن بنية مباينة بل بمطلق النية للغو الزائد المخالف، وما ذكره ذلك القائل من حديث ركعتي الفجر بنية السجد دليل على خلاف مقصوده لأن التهجد مندوب كما يشهد كثير من السنة بندب الأمة إليه، وقد تؤدي به سنة الفجر على إطلاق الجواب أعم من كونه نوى مجرد الصلاة أو المندوبة، وإنما لم نقل أنه سنة لأنها ما واظب عليه ﷺ من غير افتراض، والتهجد عند مشايخنا كان فرضاً عليه فهو مواظبة على فرض. ثم رأينا في لفظ الهداية ما يدل على ما قلنا وهو قوله فلهذا خير، إلا أن الأربع أفضل خصوصاً عند أبي حنيفة فإن معناه أن الأربع بعد العشاء أفضل من ركعتين بعدها، خصوصاً عند أبي حنيفة فإنه يرى أن الأفضلية في النوافل مطلقاً أربع أربع بتسليمة، فإذا جعل المصلي ما بعد العشاء أربعاً أداها بتسليمة واحدة فتثبت الأفضلية عنده من وجهين. من جهة زيادة عدد الركعات، ومن جهة وقوع السلام على رأس أربع لاثنتين، وإلا لم يكن لقوله خصوصاً عند أبي حنيفة معنى لأن الأربع أفضل من ركعتين بالإجماع، بل كلام الكل في هذا المقام يفيد ما قلنا إذ لا شك في أن الراتبة بعد العشاء ركعتان والأربع أفضل. والاتفاق على أنها تؤدي بتسليمة واحدة عنده من غير أن يضم إليها الراتبة فيصلي ستاً، فالنية حينئذ عند التحريمة إما أن تكون بنية السنة أو المندوب إلى آخر ما ذكره، وقد أهدر ذلك وأجزأت عن السنة، واعلم أنه ندب إلى ست بعد المغرب لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال «من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الأوابين، وتلا قوله تعالى. إنه كان للأوابين غفوراً »[1] والحال فيها كالحال لهذه الأربع، فلو احتسب الراتبة منها انتهض سبباً للموعود (قوله كذا قاله رسول الله ﷺ) أخرج أبو داود في سننه والترمذي في الشمال عن أبي أيوب الأنصاري عنه ﷺ قال «أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء»[2] وضعف، بعبيدة بن معتب الضبي. وفي لفظ للترمذي في الشمائل «قلت يا رسول الله أفيهن تسليم فاصل؟ قال لا» وله طريق آخر، قال محمد بن الحسن في موطنه: حدثنا بكر بن عامر البجلي عن إبراهيم والشعبي عن أبي أيوب الأنصاري «أنه ﷺ كان يصلي أربعاً إذا زالت الشمس، فسأله أبو أيوب عن ذلك فقال: إن أبواب السماء تفتح في هذه الساعة فأحب أن يصعد لي في تلك الساعة خير، قلت: أفي كلهن راحة؟ قال نعم، قلت: أيفصل بينهن بسلام؟ قال لا»[3].

أبي حنيفة فالأفضل أن يصلي أربعاً، وجعل هذه فرعاً لمسألة أخرى وهي أن صلاة الليل مثنى مثنى أفضل أو أربع بتسليمة واحدة عنده الأربع أفضل وعندهما مثنى مثنى، وهي صحيحة لأن محمداً جعله بمنزلة صلاة الليل ولم يعده من السنن المؤقتة لأنه قال: إن فعل فحسن، والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا (**كذا قاله النبي ﷺ**) روى أبو أيوب الأنصاري «أن النبي ﷺ كان يصلي بعد الزوال أربع ركعات فقلت: ما هذه الصلاة التي تداوم عليها، فقال: هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء وأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح، فقلت: أفي كلهن قراءة؟ قال نعم، فقلت: أبتسليمة أم بتسليمتين، فقال: بتسليمة

---

(١) ضعيف. ذكره الغزالي في الإحياء ١/١٩٧ وقال العراقي في تخريجه: رواه ابن المبارك في الرقائق من رواية ابن المنذر مرسلاً.

(٢) حسن أخرجه الترمذي في الشمائل ٢٨٧ من حديث أبي أيوب وتقدم في ٢/٤٤٣ فالحديث فيه ضعف لكن له شواهد فهو حسن لشواهده.

(٣) ضعيف أخرجه محمد بن الحسن في موطئه ص٥٨ وأحمد ٥/٤١٨ والبيهقي ٢/٤٨٩ كلهم من حديث أبي أيوب. وفيه علي بن الصلت لا يعرف قاله الذهبي في المغني نقلاً عن ابن خزيمة اهـ. وأما رواية محمد بن الحسن ففي سنده انقطاع. حيث لم يسمعه إبراهيم ولا الشعبي من أبي أيوب حيث رواه الترمذي في شمائله وغير واحد وبين إبراهيم وبين أبي أيوب رجلان.

كذا قاله رسول الله ﷺ، وفيه خلاف الشافعي قال (ونوافل النهار إن شاء صلى بتسليمة ركعتين وإن شاء أربعاً وتكره

[تتمه] هل يندب قبل المغرب ركعتان؟ ذهبت طائفة إليه. وأنكره كثير من السلف وأصحابنا ومالك رضي الله عنهم تمسك الأولون بما في البخاري أنه ﷺ قال «صلوا قبل المغرب، ثم قال صلوا قبل المغرب ثم قال في الثالثة لمن شاء كراهية أن يتخذها الناس سنة» وفي لفظ لأبي داود «صلوا قبل المغرب ركعتين» زاد فيه ابن حبان في صحيحه «وأن النبي ﷺ صلى قبل المغرب ركعتين»[(١)] ولحديث أنس في الصحيحين كان المؤذن إذا أذن لصلاة المغرب قام ناس من أصحاب النبي ﷺ يبتدرون السواري فيركعون ركعتين حتى أن الرجل الغريب ليدخل المسجد فيحسب أن الصلاة قد صليت من كثرة من يصليهما[(٢)] الجواب المعارضة بما في أبي داود عن طاوس قال: سئل ابن عمر عن الركعتين قبل المغرب فقال: ما رأيت أحداً على عهد رسول الله ﷺ يصليهما. ورخص في الركعتين بعد العصر[(٣)]. سكت عنه أبو داود والمنذري بعده في مختصره وهذا تصحيح، وكون معارضه في البخاري لا يستلزم تقديمه بعد اشتراكهما في الصحة بل يطلب الترجيح من خارج، وقول من قال أصح الأحاديث ما في الصحيحين ثم ما انفرد به البخاري ثم ما انفرد به مسلم ثم ما اشتمل على شرطهما من غيرهما ثم ما اشتمل على شرط أحدهما تحكم لا يجوز التقليد فيه، إذ الأصحية ليس إلا لاشتمال رواتهما على الشروط التي اعتبراها، فإذا فرض وجود تلك الشروط في رواة حديث في غير الكتابين أفلا يكون الحكم بأصحية ما في الكتابين عين التحكم ثم حكمهما أو أحدهما بأن الراوي المعين مجتمع تلك الشروط ليس مما يقطع فيه بمطابقة الواقع فيجوز كون الواقع خلافه. وقد أخرج مسلم عن كثير في كتابه ممن لم يسلم من غوائل الجرح وكذا في البخاري جماعة تكلم فيهم فدار الأمر في الرواة على اجتهاد العلماء فيهم، وكذا في الشروط حتى أن من اعتبر شرطاً أو ألغاه آخر يكون ما رواه الآخر مما ليس فيه ذلك الشرط عنده مكافئاً لمعارضة المشتمل على ذلك الشرط، وكذا فيمن ضعف راوياً ووثقه الآخر. نعم تسكن نفس غير المجتهد ومن لم يخبر أمر الراوي بنفسه إلى ما اجتمع عليه الأكثر. أما المجتهد، في اعتبار الشرط وعدمه والذي خبر الراوي فلا يرجع إلا إلى رأي نفسه، وإذا قد صح حديث ابن عمر[(٤)] عندنا عارض ما صح في البخاري، ثم يترجح هو بأن عمل أكابر الصحابة كان على وفقه كأبي بكر وعمر حتى نهى إبراهيم النخعي عنهما فيما

واحدة» وقال الشافعي يؤديها بتسليمتين وهو أفضل، واحتج بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان يصليهن بتسليمتين. وروى أنه ﷺ قال «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى» والجواب عن الأول أن معنى قوله بتسليمتين: أي بتشهدين من باب ذكر الحال وإرادة المحل، وقد روي هذا التأويل من ابن مسعود، وعن الثاني بأن المشهور أن صلاة الليل مثنى مثنى والنهار غريب، ولئن ثبت فمعناه شفع لا واحدة نفياً للبتيراء قال **(ونوافل النهار)** اختلف العلماء في كمية التنفل ليلاً ونهاراً بحسب الإباحة والأفضلية، فأما الإباحة في النهار فهي أن يصلي ركعتين بتسليمة أو أربعاً، وتكره الزيادة على ذلك، وأما في الليل فإن يصلي ثمان ركعات بتسليمة وتكره الزيادة على ذلك. قال في النهاية: لا فائدة في تخصيصه أبا حنيفة بهذا الحكم لأن كلا الحكمين

قوله: (وقلت يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي) أقول: لا يندفع بذلك قاله صاحب النهاية خصوصاً إذا نظر إلى جعله كلامهما في مقابلة كلامه.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٨٣ وكرره ٧٣٦٨ بمثل سياق المصنف وأبو داود ١٢٨١ وابن حبان ١٥٨٨ كلهم من حديث عبد الله المزني.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٢٥ ومسلم ٨٣٧ والبيهقي ٢/ ٤٧٥ كلهم من حديث أنس.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٨٢ والبيهقي ٢/ ٤٧٦ كلاهما من طريق طاوس عن ابن عمر.

قال البيهقي: القول في مثل هذا قول من شاهد دون من لم يشاهد. وقال الزيلعي ٢/ ١٤٠: حسنه النووي في الخلاصة وقال النووي: أجاب العلماء عنه بأنه نفي فتقدم رواية المثبت ولكونها أصح.

(٤) هو المتقدم.

الزيادة على ذلك). وأما نافلة الليل قال أبو حنيفة إن صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز، وتكره الزيادة، وقالا: لا يزيد

رواه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عنه أنه نهى عنهما وقال: أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يكونوا يصلونهما[1]، بل لو كان حسناً كما ادعاه بعضهم ترجح على ذلك الصحيح بهذا، فإن وصف الحسن والصحيح والضعيف إنما هو باعتبار السند ظناً، أما في الواقع فيجوز غلط الصحيح وصحة الضعيف، وعن هذا جاز في الحسن أن يرتفع إلى الصحة إذا كثرت طرقه، والضعيف يصير حجة بذلك لأن تعدده قرينة على ثبوته في نفس الأمر فلم لا يجوز في الصحيح السند أن يضعف بالقرينة الدالة على ضعفه في نفس الأمر، والحسن أن يرتفع إلى الصحة بقرينة أخرى كما قلنا من عمل أكابر الصحابة على وفق ما قلناه وتركهم لمقتضى ذلك الحديث، وكذا أكثر السلف، ومنهم مالك نجم الحديث[2]، وما زاده ابن حبان[3] على ما في الصحيحين من أن النبي ﷺ صلاهما لا يعارض ما أرسله النخعي من أنه ﷺ لم يصلهما لجواز كون ما صلاه قضاء عن شيء فاته وهو الثابت. روى الطبراني في مسند الشاميين عن جابر قال «سألنا نساء رسول الله ﷺ: هل رأيتن رسول الله ﷺ يصلي الركعتين قبل المغرب؟ فقلن لا، غير أم سلمة قالت: صلاها عندي مرة فسألته ما هذه الصلاة؟ فقال ﷺ: نسيت الركعتين قبل العصر فصليتهما الآن[4] ففي سؤالها له ﷺ وسؤال الصحابة نساءه كما يفيده قول جابر سألنا لا سألت لا يفيد أنهما غير معهودتين من سننه، وكذا سؤالهم لابن عمر فإنه لم يبتدىء التحديث به بل لما سئل، والذي يظهر أن مثير سؤالهم ظهور الرواية بهما مع عدم معهوديتهما في ذلك الصدر، فأجاب نساؤه اللاتي يعلمن من علمه مالا يعلمه غيرهن بالنفي عنه، وأجاب ابن عمر بنفيه عن الصحابة أيضاً، وما قيل المثبت أولى من النافي فيترجح حديث أنس على حديث ابن عمر ليس بشيء، فإن الحق عند المحققين أن النفي إذا كان من جنس ما يعرف بدليله كان كالإثبات فيعارضه ولا يقدم هو عليه وذلك لأن تقديم رواية الإثبات على رواية النسفي ليس إلا لأن مع راويه زيادة علم، بخلاف النفي إذ قد يبني راويه الأمر على ظاهرالحال من العدم لما يعلم باطناً، فإذا كان النفي من جنس ما يعرف تعارضاً لابتناء كل منهما حينئذ على الدليل وإلا فنفس كون مفهوم المروى مثبتاً لا يقتضي التقديم، إذ قد يكون المطلوب في الشرع العدم كما قد يكون المطلوب في الشرع الإثبات، وتمام تحقيقه في أصول أصحابنا، وحينئذ لا شك أن هذا النفي كذلك، فإنه لو كان الحال على ما في رواية أنس لم يخف على ابن عمر بل ولا على أحد ممن يواظب الفرائض خلف رسول الله ﷺ، بل ولا على من لم يواظب بل يحضرها خلفه أحياناً، ثم الثابت بعد هذا هو نفي المندوبية، أما ثبوت الكراهة فلا إلا أن يدل دليل آخر، وما ذكر من استلزام تأخير المغرب فقد قدمنا من القنية استثناء القليل والركعتان لا تزيد على القليل إذا تجوّز فيهما **«قوله وأما نافلة الليل الخ»** لا خلاف بينهم في إباحة الثمان بتسليمة ليلاً وكراهة الزيادة عليها على هذه الرواية. وقال السرخسي: الأصح أنه لا تكره الزيادة على الثمان أيضاً، وهو غير مفيد بقول أحد الثلاثة بل تصحيح للواقع من مذهبهم. وقوله قال أبو حنيفة إن صلى ثمان ركعات

الجواز في نافلة الليل إلى الثمان بغير كراهة، والكراهة فيما وراءها اتفاق في عامة رواية الكتب. وقلت: يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي فإنه يقول لا يزيد على أربع، ولو زاد كره له ذلك. وقوله **(وقالا لا يزيد في الليل على**

---

(١) هذا الأثر أخرجه محمد في الآثار كما في نصب الراية ٢/ ١٤١ ومرسلات النخعي جيدة.

(٢) المراد به الإمام مالك.

(٣) تقدم قبل قليل.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في مسند الشاميين كما في نصب الراية ٢/ ١٤١ من حديث جابر. ذكره الزيلعي وسكت عليه وكذا سكت عليه ابن حجر في الدراية ١/ ١٩٩ وفي إسناده عيسى بن سنان الحنفي لين الحديث كما في التقريب. والراوي عنه يحيى بن أبي الحجاج لين الحديث أيضاً قاله في التقريب.

في الليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل، ودليل الكراهة أنه عليه الصلاة والسلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليماً للجواز، والأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

بتسليمة واحدة جاز وتكره الزيادة، وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة يعطي ظاهره أنه نصب خلاف منهم في كراهة الزيادة على ركعتين وليس كذلك بل المراد وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين من حيث الأفضلية لكن العبارة تنبو عنه قوله: (ودليل الكراهة أنه ﷺ لم يزد على ذلك الخ) يعني والأصل في ذلك التوقيف، قيل في صحيح مسلم ما يخالفه وهو ما عن عائشة في حديث طويل قالت «كنا نعد له سواكه وطهوره فيبعثه الله ما شاء أن يبعثه فيتسوّك ويتوضأ ويصلي تسع ركعات لا يجلس فيهن إلا في الثامنة، فيذكر الله ويحمده ويدعوه، ثم ينهض ولا يسلم فيصلي التاسعة ثم يقعد فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه. ثم يسلم تسليماً يسمعناه»(١) فبهذا يترجح ما صححه السرخسي، لكنه يقتضي عدم القعود فيها أصلاً إلا بعد الثامنة، وكلمتهم على وجوب القعدة على رأس الركعتين من النفل مطلقاً حتى لو قام إلى الثالثة ساهياً عن القعدة يعود ولو بعد تمام القيام ما لم يسجد لدليل آخر استمر إن شاء الله تعالى. ثم ظاهر كلامه في المبسوط أن منتهى تهجده ﷺ ثمان ركعات وأقله ركعتان، فإنه قال: روي أنه ﷺ كان يصلي من الليل خمس ركعات سبع ركعات تسع ركعات إحدى عشرة ركعة ثلاث عشرة ركعة(٢). فالذي قال خمس ركعات ركعتان صلاة الليل وثلاث وتر، والذي قال سبع ركعات أربع صلاة الليل وثلاث وتر، والذي قال تسع ست وثلاث. والذي قال إحدى عشرة ثمان وثلاث، والذي قال ثلاث عشرة ثمان صلاة الليل وثلاث وتر وركعتان سنة الفجر. وكان ﷺ يفعل ذلك كله بتسليمة واحدة، ثم فصله. هكذا قاله حماد بن سلمة انتهى، أما ما عينه من منتهاه فموافق لحديث عائشة رضي الله عنها في الكتب الستة قالت «كانت صلاة رسول الله ﷺ عشر ركعات ويوتر بسجدة ويركع ركعتي الفجر»(٣) فتلك ثلاث عشرة. وأما ما في السنة أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه بات عند خالته ميمونة قال: وقلت لأنظرن إلى صلاة رسول الله ﷺ، فطرحت لرسول الله ﷺ وسادة فاضطجعت في عرض الوسادة واضطجع رسول الله ﷺ في طولها، فنام ﷺ حتى انتصف الليل أو قبله بقليل أو بعده بقليل، ثم استيقظ فجعل يمسح النوم عن وجهه بيديه، ثم قرأ العشر آيات الخواتيم من سورة آل عمران ثم قام إلى شن معلقة فتوضأ منها وأحسن وضوءه ثم قام يصلي. قال ابن عباس: فقمت فصنعت مثل ما صنع، ثم ذهبت فقمت إلى جنبه. فوضع ﷺ يده اليمنى على رأسي وأخذ بأذني اليمنى فأقامني عن يمينه فصلى ركعتين ثم ركعتين ثم ركعتين ثم ركعتين ثم أوتر، ثم اضطجع حتى جاء المؤذن فقام فصلى ركعتين خفيفتين ثم خرج فصلى الصبح» وفي رواية «فتأملت صلاته ثلاث عشرة ركعة، ثم اضطجع فنام حتى نفخ، وكان ﷺ إذا نام نفخ فأتاه بلال فأذنه بالصلاة فقام فصلى فلم يتوضأ، وكان يقول في دعائه «اللهم اجعل في قلبي نوراً وفي بصري نوراً وفي سمعي نوراً وعن

ركعتين بتسليمة) يفهم منه أنه لا يزيد على ذلك من حيث الإباحة الأصلية وليس كذلك. بل لا يزيد عليهما من حيث الأفضلية لأن الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا. وفي الجامع الصغير لم يذكر الثاني في صلاة الليل. وإنما ذكر الست. ودليل الكراهة أن النبي ﷺ لم يزد على ذلك. ولولا الكراهة لزاد تعليماً للجواز. وهذا اختيار القدوري وفخر الإسلام، وقال شمس الأئمة: الأصح أنه لا تكره الزيادة على ثمان ركعات، لأنه روى ابن مسعود أنه ﷺ

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٧٤٦ مطولاً من حديث عائشة وكذا أبو داود ١٣٤٢ و١٣٤٣ والنسائي ٣/١٩٩، ٢٤٠ و٢٤١ وابن ماجه ١١٩١

(٢) يشير المصنف لما أخرجه البخاري ١١٣٩ عن مسروق قال: سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ بالليل فقالت: سبعٌ وتسعٌ وإحدى عشرة سوى ركعتي الفجر.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١١٢٣، ١١٤٠ ومسلم ٧٣٨ ح١٢٨ وأبو داود ١٣٣٤ والنسائي ٣/٢٤٣ والبيهقي ٣/٦، ٧، ٢٨ والترمذي ٤٤٠ وابن ماجه ١٣٥٨ والدارمي ١٥٤٧ كلهم من حديث عائشة واللفظ لمسلم وأبي داود.

مثنى مثنى، وفي النهار أربع أربع، وعند الشافعي رحمه الله فيهما مثنى مثنى، وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع

يميني نوراً وعن يساري نوراً وفوقي نوراً وتحتي نوراً وأمامي نوراً وخلفي نوراً واجعل لي نوراً» وفي رواية وأعظم لي نوراً بدل واجعل لي[١]، وهو صريح في كون الثلاث عشرة غير ركعتي الفجر، بخلاف ما قبله فإنه يحتمل كون الإيتار بواحدة مضمومة إلى الركعتين الأخيرتين. وما في أبي داود عن عبد الله بن قيس «سألت عائشة بكم كان يوتر رسول الله ﷺ، قالت: كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة»[٢] فرواية عائشة الأولى تترجح عليها ترجيحاً للرواية الثابتة عنها في الكتب الستة على الثابتة عنها في أبي داود بمفرده وعلى حديث ابن عباس، لأنها أعلم بتهجده ﷺ منه ومن جميع الناس، وغاية ما حكاه هو ما شاهده في ليلة فاذة، وهي أعلم بما كان عليه في عموم لياليه إلى أن توفاه الله تعالى، مع أنه قد اختلف على ابن عباس، قال الشعبي: سألت عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر عن صلاة رسول الله ﷺ فقالا ثلاث عشرة ركعة منها ثمان ويوتر بثلاث وركعتين بعد الفجر[٣]، وهذا موافق لحديث عائشة رضي الله عنها، وكأنه حكى في تلك الرواية ما شاهده، ثم علم بواسطة أزواجه رضي الله عنهن ما استقر حاله عليه، فلما سأله الشعبي عن صلاته ﷺ أجاب بما علمه متقرراً. وما في البخاري عن عائشة «كان ﷺ يصلي بالليل ثلاث عشرة ركعة، ثم يصلي إذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين»[٤] قال عبد الحق: في الجمع بين الصحيحين هكذا في هذه الرواية، وبقية الروايات عند البخاري ومسلم أن الجملة ثلاث عشرة ركعة بركعتي الفجر انتهى، فالظاهر أن هذه غلط، وأما ما عينه في أقله فحديث أبي داود المذكور آنفاً يعارضه حيث قالت «ولم يكن يوتر بأقل من سبع»[٥] وما ذكره نقله عن حماد ابن سلمة، فإن ما عنده أرجح، وإلا فالله أعلم به. ثم ظاهر مافي أبي داود أن كلاً من السبع وما بعده إذا أتى به يقع موافقاً للسنة أو المندوب الموافق لطريقته ﷺ، لكن تبين في حديث آخر توقف كون المتهجد آتياً بالسنة على ثمان ركعات، وهو ما رواه الترمذي والنسائي من حديث أم سلمة قالت «كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث عشرة ركعة» فلما كبر وضعف أوتر بسبع[٦] فهذا يقتضي توقفها على عشر. وحديث عائشة المرجح يقتضي توقفها على ثمان فهو المعتبر، إلا أن اقتضاءه توقف فعل السنة على الثمان لمن لم يسن، أما من كبر وأسن فمقتضى الآخر حصول سنة القيام له بأربع. بقي بأن صفة صلاة الليل في حقنا السنية أو الاستحباب يتوقف على صفتها في حقه ﷺ، فإن كانت فرضاً في حقه فهي مندوبة في حقنا، لأن الأدلة القولية فيها إنما تفيد الندب، والمواظبة الفعلية ليست على تطوع

صلى ثلاث عشرة ركعة فتكون ثمان صلاة الليل وثلاث وتراً وركعتان سنة الفجر، وكان يصلي هذا كله في الابتداء، ثم فضل

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٨، ١٩٢ ومسلم ٧٦٣ وأبو داود ١٣٥٣، ١٣٥٥، ١٣٥٧، ١٣٦٤، ١٣٦٧ كلهم من حديث ابن عباس واللفظ بتمامه لمسلم ولأبي داود منجماً.

(٢) ضعيف أخرجه أبو داود ١٣٦٢ والبيهقي ٣/ ٢٨ كلاهما من حديث عبد الله بن أبي قيس عن عائشة. وفي إسناده معاوية بن صالح الحمصي صدوق له أوهام كما في التقريب. وبقية رجاله ثقات.

تنبيه: وقع للمصنف عبد الله بن قيس وصوابه ابن أبي قيس.

(٣) غريب. لم أجده.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١١٧٠ ومسلم ٧٣٧ كلاهما من حديث عائشة واللفظ للبخاري. وكذا رواه مالك ١٢١ح ١٠

(٥) نعم عامة الروايات تفيد الاقتصار على ثلاث عشرة ركعة بركعتي الفجر وأما رواية أبي داود فإنها وحدها لا يعول عليها ففي الصحيح روايات تذكر وتره ﷺ بثلاث ورواية بخمس ورواية بواحدة وكلها صحيح.

(٦) جيد. أخرجه الترمذي ٤٥٧ والنسائي ٣/ ٢٤٣ والحاكم ١/ ٣٠٦ وأحمد ٦/ ٣٢٢ كلهم من حديث أم سلمة

قال الترمذي: حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح على شرطهما ووافقه الذهبي. والصواب أنه على شرط مسلم لأن الراوي عن أم سلمة وهو يحيى بن الجزار لم يرو له البخاري.

فائدة: قال الحاكم عقب الحديث: قد صحح وتر النبي ﷺ بثلاث عشرة وإحدى عشرة وتسع وسبع وخمس وثلاث وواحدة. وأصحها وتره ﷺ بركعة واحدة.

للشافعي قوله عليه الصلاة والسلام «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى» ولهما الاعتبار بالتراويح، ولأبي حنيفة رحمه الله

لتكون سنة في حقنا وإن كانت تطوعاً فسنة لنا. وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب طائفة إلى أنها فرض عليه، وعليه كلام الأصوليين من مشايخنا تمسكوا بقوله تعالى. قم الليل إلا قليلاً. الآية وقال طائفة: تطوع لقوله تعالى. ومن الليل فتهجد به نافلة لك. والأولون قالوا: لا منافاة. لأن المراد بالنافلة الزائدة: أي زائدة على ما فرض على غيرك: أي تهجد فرضاً زائداً لك على ما فرض على غيرك، وربما يعطي التقييد بالمجرور ذلك فإنه إذا كان النفل المتعارف يكون كذلك ولغيره، وأسند عن مجاهد[1] والحسن[2] وأبي أمامة[3] أن تسميتها نافلة باعتبار كونها في حقه ﷺ عاملة في رفع الدرجات، بخلاف غيره فإنها عاملة في تكفير السيئات، لكن في مسلم وأبي داود والنسائي عن سعيد بن هشام قال «قلت لعائشة: يا أم المؤمنين أخبريني عن خلق رسول الله ﷺ، قالت: ألست تقرأ القرآن قلت بلى قالت: خلق رسول الله ﷺ القرآن، قال: فهممت أن أقوم ولا أسأل أحداً عن شيء حتى أموت، ثم بدا لي فقلت: أنبئيني عن قيام رسول الله ﷺ، فقالت ألست تقرأ ﴿يا أيها المزمل قم الليل إلا قليلاً﴾ [المزمل: ١] قلت بلى، قالت: فإن الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة، فقام نبي الله ﷺ حولاً، وأمسك الله خاتمتها اثني عشر شهراً في السماء حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف وصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضة»[4] الحديث وباقيه ما قدمناه في الكلام على قوله، ودليل الكراهة أنه ﷺ لم يزد من الحديث الذي قدمناه أنه حديث طويل فهذا يقتضي أنه نسخ وجوبه عنه قوله: (**للشافعي قوله ﷺ «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى»**)[5] أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن عمر، وفيه شعبة[6]، قال الترمذي اختلف أصحاب شعبة فيه، فرفعه بعضهم ووقفه بعضهم، ورواه

البعض على البعض، وفيه نظر لأن كلانا فيما يكره تسليمة واحدة وليس فيما ذكر ما يدل على ذلك. وأما الأفضلية فما ذكر أن الأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد مثنى مثنى، والتكرار للتأكيد لأن معنى مثنى اثنين اثنين، وفي النهار أربع أربع وعند

---

(١) أثر مجاهد. أخرجه ابن جرير وابن المنذر في تفسيريهما قال السيوطي في الدر المنثور في التفسير بالمأثور ٤/ ١٩٦

(٢) أثر الحسن. أخرجه ابن المنذر في تفسيره قال السيوطي في الدر المنثور ٤/ ١٩٦

(٣) أثر أبي أمامة. أخرجه ابن جرير وابن أبي حاتم وابن مردويه عن أبي أمامة موقوفاً. قاله السيوطي في الدر المنثور ٤/ ١٩٦

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٧٤٦ وأبو داود ١٣٤٢ والنسائي ٣/ ١٩٩، ٣٠١ والبيهقي ٣/ ٢٩، ٣٠ وأحمد ٦/ ٢٣٥ كلهم عن سعد بن هشام عن عائشة به مطولاً بأتم منه.

(٥) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٢٩٥ والترمذي ٥٩٧ والنسائي ٣/ ٢٢٧ وابن ماجه ١٣٢٢ والدارمي ١٤٣٠ والدارقطني ١/ ٤١٧ وابن حبان في صحيحه ٢٤٥٣ و٢٤٨٢ والطيالسي ١٩٣٢ والبيهقي ٢/ ٤٨٧ وابن ماجه ١٣٢٢ وأحمد ٢/ ٢٦، ٥١ كلهم من حديث ابن عمر.

قال الترمذي: اختلف أصحاب شعبة في حديث ابن عمر فرفعه بعضهم وأوقفه بعضهم. والصحيح عن ابن عمر مرفوعاً: صلاة الليل مثنى مثنى. ليس فيه ذكر النهار.

وقال النسائي: هذا عندي خطأ. ثم ذكر حديث صلاة الليل دون ذكر النهار.

وقال الزيلعي: قال النسائي في الكبرى: إسناده جيد إلا أن أصحاب ابن عمر خالفوا الأزدي فيه فلم يذكروا فيه النهار. منهم سالم ونافع وطاوس.

قال الزيلعي: والحديث في الصحيحين من حديث ابن عمر دون ذكر النهار. وأسند البيهقي في المعرفة عن البخاري قوله: حديث يعلى بن عطاء عن الأزدي صحيح. اهـ. نصب الراية ٢/ ١٤٣، ١٤٤

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٢ ما ملخصه: قال ابن عبد البر: لم يروه عن ابن عمر غير علي البارقي وأنكروه عليه. وكان يحيى بن معين يضعف حديث هذا ولا يحتج به ويقول: إن نافعاً وعبد الله بن دينار وجماعة رووه عن ابن عمر دون ذكر النهار.

وقال الدارقطني في علله: ذكر النهار وفيه وهم. ثم نقل ابن حجر عن البيهقي عن البخاري أنه صححه وكذا اعتبر الخطابي ذلك بأنه زيادة ثقة وهي مقبولة اهـ.

فهذا حديث مختلف فيه والراجح أن لفظ النهار شاذ لمخالفة الثقة غيره من الثقات لذا قال ابن حجر في التقريب في ترجمة علي البارقي: صدوق ربما أخطأ فالحديث على كل إسناده حسن والمتن غريب. فهذا حديث حسن غريب.

(٦) هذه العبارة حذفها أولى وليست هي في نصب الراية.

«أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي بعد العشاء أربعاً أربعاً» روته عائشة رضي الله عنها، وكان عليه الصلاة والسلام

الثقات عن عبد الله بن عمر عنه ﷺ ولم يذكروا فيه صلاة النهار، وكذا هو في الصحيحين، وقال النسائي: هذا الحديث عندي خطأ، وقوله في سننه الكبرى إسناده جيد لا يعارض كلامه هذا لأن جودة السند لا يمنع من الخطإ من جهة أخرى دخلت على الثقات، ولهذا رواه الحاكم في كتابه في علوم الحديث بسنده، ثم قال: رجاله ثقات إلا أن فيه علة يطول بذكرها الكلام انتهى، ولو سلم فسنذكر الجواب قوله: **(ولهما الاعتبار بالتراويح)** فإن الإجماع على الفصل فيها، واقتصر المصنف عليه لهما لا كما فعل غيره من الاستدلال لهما بالحديث الصحيح «صلاة الليل مثنى مثنى»[1] لأنهما يحتاجان إلى الجواب عن مروي الشافعي «صلاة النهار مثنى»[2] وهو بعينه جواب عن صلاة الليل مثنى، وهو قوله ومعنى ما رواه شفعاً لا وتراً فهو إطلاق اسم الملزوم على اللازم دعا إلى حمله عليه معارضة ما قدمناه في إثبات كون الأربع سنة راتبة من قول عائشة رضي الله عنها «ما صلى عليه الصلاة والسلام العشاء قط فدخل عليّ إلا صلى أربعاً أو ستاً»[3] وروى أبو داود من حديث زرارة بن أوفى عن سعيد بن هشام عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان ﷺ يصلي صلاة العشاء في جماعة، ثم يرجع إلى أهله فيركع أربع ركعات، ثم يأوى إلى فراشه»[4] الحديث بطوله. وما في مسلم من حديث معاذة «أنها سألت عائشة رضي الله عنها كم كان رسول الله ﷺ يصلي الضحى؟ قالت أربع ركعات ويزيد ما شاء»[5] ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا شيبان بن فروخ، حدثنا طيب بن سليمان قال: قالت عمرة: سمعت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها تقول «كان رسول الله ﷺ يصلي الضحى أربع ركعات لا يفصل بينهن بسلام» لكن قد يقال إن الأول لا يدل على أن الأربع بتسليمة إذا لو قصدت إفادة كميته فقط كان صحيحاً مع الفصل، وفي التاريخ كان أبو يوسف يصلي كل يوم مائتي ركعة لا يفهم أحد أنه بسلام واحد، فالأولى في الصحيحين عن أبي سلمة بن عبد الرحمن «أنه سأل عائشة رضي الله عنها كيف كانت صلاة رسول الله ﷺ في رمضان؟ قالت: ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة ركعة، يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن»[6] الحديث، فهذا الفصل يفيد المراد، وإلا لقالت ثمانياً فلا تسأل عن حسنهن. وقدمنا في سنة الظهر قوله ﷺ إنها بتسليمة واحدة[7]، لكن لا يخفى أنه ﷺ

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٩٠ و٩٩٣ ومسلم ٧٤٩ وأبو داود ١٣٢٦ والترمذي ٤٣٧ والنسائي ٣/ ٢٢٧، ٢٢٨ وابن ماجه ١٣١٩ والدارمي ١٤٣١ وابن الجارود ٢٦٧ والشافعي في ترتيب المسند ١ح ٥٤٠ و٥٤١ و٥٤٢ و٥٤٣ و٥٤٤ والبيهقي ١/ ٤٨٦ ومالك ١٢٣ ح١٣ وأحمد ٢/ ٢٦، ٣٠، ٣٣، ٤٠، ٤٤، ٤٩، ٦٦، ٧١، ٧٧، ٧٩، ٨١، ٨٣، ١١٩، ١٣٣، ١٤١، ١٤٨، ١٥٣، ١٦٧، ١٥٥ كلهم من طرق كثيرة عن ابن عمر مرفوعاً بزيادة: فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى. ورواية: فإذا خفت الصبح فأوتر بواحدة.

(٢) مراد المصنف ما عول عليه الشافعي من حديث ابن عمر وفيه ذكر النهار.

(٣) حسن. وقد تقدم في ٥/ ٤٤٣

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١٣٤٦ و١٣٤٨ و١٣٤٩ عن زرارة عن عائشة به.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٤٥: ظاهر هذا الحديث الانقطاع. فقد رواه أبو داود بلفظ آخر فذكر واسطة بين زرارة وعائشة والواسطة هو سعد بن هشام اهـ بتصرف.
وحديث سعد بن هشام تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث رواه مسلم وغيره.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٧١٩ وابن ماجه ١٣٨١ والبيهقي ٣/ ٤٧ وأحمد ٦/ ٢٤، كلهم من معاذة عن عائشة وأما رواية أبي يعلى الموصلي ففي الاسناد طيب بن سليمان وهو واهٍ.
قال الذهبي في الميزان: قال الدارقطني: بصري ضعيف يروي عن عمرة اهـ.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ١١٤٧ و٢٠١٣ و٣٥٦٩ ومسلم ٧٣٨ وأبو داود ١٣٤١ والترمذي ٤٣٩ والنسائي ٣/ ٢٣٤ وأحمد ٦/ ٣٦، ٧٣ كلهم من حديث عائشة.
وتمامه: ثم يصلي ثلاثاً. قالت عائشة: فقلت يا رسول الله أتنام قبل أن توتر؟ فقال: «يا عائشة إن عينيّ تنامان ولا ينام قلبي».

(٧) تقدم في ٢/ ٤٤٤ وإسناده ضعيف.

يواظب على الأربع في الضحى، ولأن أدوم تحريمة فيكون أكثر مشقة وأزيد فضيلة لهذا لو نذر أن يصلي أربعاً بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين، وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير، ومعنى ما رواه شفعاً لا وتراً، والله أعلم.

كان يصلي أربعاً كما كان يصلي ركعتين، فرواية بعض فعله: أعني فعل الأربع لا توجب المعارضة، والأولى في التقرير إن شاء الله تعالى وجهان: أحدهما مقتضى لفظ الحديث حصر المبتدأ في الخبر.لأنه حكم على العام: أعني صلاة الليل والنهار وليس بمراد وإلا لكانت كل صلاة تطوع لا تكون إلا ثنتين شرعاً، والاتفاق على جواز الأربع أيضاً وعلى كراهة الواحدة والثلاث في غير الوتر، وإذا انتفى كون المراد أن الصلاة لا تباح إلا الاثنتين أولا تصح الاثنتين لزم كون الحكم بالخبر المذكور: أعني مثنى، أما في حق الفضيلة بالنسبة إلى أربع أو في حق الإباحة بالنسبة إلى الفرد وترجيح أحدهما بمرجح وفعله ﷺ ورد على كلا النحوين، لكنا عقلنا زيادة فضيلة الأربع لأنها أكثر مشقة على النفس بسبب طول تقييدها في مقام الخدمة، ورأيناه ﷺ قال «إنما أجرك على قدر نصبك»[1] فحكمنا بأن المراد الثاني: أي مثنى لا واحدة أو ثلاثاً. ثانيهما أن المراد به أن كل مثنى من التطوع صلاة على حدتها، ومثنى معدول عن العدد المكرر وهو اثنان اثنان، فمؤداه حينئذ[2] اثنان اثنان صلاة على حدة، ثم اثنان اثنان صلاة على حدة وهلم جرا، وهذا معنى أربع صلاة على حدة أربع صلاة أخرى على حدة وهلم جرا، بخلاف ما لو يتكرر لفظ مثنى وقال الصلاة مثنى مقتصراً عليه، فإن المعنى حينئذ الصلاة اثنين اثنين وهلم جرا فيفيد أن كل اثنين صلاة على حدة، وسبب العدول عن أربع أربع وهو أكثر استعمالاً وأشهر معنى إلى إفادته بذلك قصد إفادة كون الأربع مفصولة بغير السلام، وذلك حينئذ ليس إلا التشهد لا مخلوطة، وذلك لأن بعد جعل كل أربع صلاة على حدتها، ثم قال إن تلك الأربع ثنتين ثنتين، لا بد أن يكون الفصل بغير السلام وإلا كان كل صلاة ركعتين ركعتين وقد كان كل صلاة أربعاً، وقد وقع في بعض الألفاظ موصولاً بما يحسن في الاستعمال موقعه تفسيراً على ما قلنا، وهو ما أخرجه الترمذي والنسائي عن ابن المبارك عن الليث بن سعد، حدثنا عبد الله بن سعيد عن عمران بن أبي أنس عن عبد الله بن نافع عن ربيعة بن الحارث عن الفضل بن العباس قال: قال رسول الله ﷺ «الصلاة مثنى مثنى، تشهد في كل ركعتين»[3] وأما الكلام معهما فظاهر من الكتاب.

الشافعي مثنى مثنى فيهما، وعند أبي حنيفة أربع أربع فيهما، للشافعي قوله ﷺ «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى» وكلامه ظاهر، وقوله **(والتراويح تؤدى بجماعة)** جواب عن اعتبارهما بالتراويح فيراعى فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على رأس الركعتين، لأن ما كان أدوم تحريمة كان أشق على الناس، وقوله **(ومعنى ما رواه شفعاً)** جواب عن حديث الشافعي وقد ذكرناه.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٨٧ ومسلم ١٢١١ ح١٢٧ واستدركه الحاكم ١/ ٤٧١ كلهم من حديث عائشة: يا رسول الله يصدر الناس بنسكين وأصدر بنسك واحد قال: «انتظري فإذا طهرت فاخرجي إلى التنعيم فأهلي منه ثم ائتينا بمكان كذا ولكنها على قدر نفقتك أو نصبك». واختصره الحاكم.

(٢) قوله: (الكمال فمؤداه حينئذ الخ) هذا ظاهر لو لا ما في مسلم أن ابن عمر سئل، مثنى مثنى قال: يسلم في كل ركعتين فإنه أعلم بما سمعه من رسول الله ﷺ. كذا بهامش معزوا إلى المقدسي.

(٣) جيد. أخرجه الترمذي ٣٨٥ وأحمد في ٤/ ١٦٧ والبيهقي ٢/ ٤٨٧، ٤٨٨ كلهم من حديث الفضل بن العباس. وهو من طريق الليث بن سعد وإسناده جيد لا اضطراب فيه. وقد أخرجه أبو داود ١٢٩٦ وابن ماجه ١٣٢٥ والطيالسي ١٣٦٦ والدارقطني ١/ ٤١٨ والبيهقي ٢/ ٤٨٧، ٤٨٨ وأحمد ٤/ ١٦٧ كلهم من طريق شعبة وقد اضطرب فيه شعبة.

قال الترمذي: قال البخاري: أخطأ شعبة في هذا الحديث فقال: عن أنس بن أبي أنس وصوابه: عمران بن أبي أنس. وقال مرة: عن عبد الله بن الحارث وإنما هو عبد الله بن نافع بن العمياء عن ربيعة بن الحارث. وقال تارة: عن عبد الله بن الحارث عن المطلب عن النبي ﷺ وإنما هو عن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب عن الفضل مرفوعاً.

وقال البخاري: حديث الليث بن سعد صحيح وهو أصح من حديث شعبة وكذا نقل البيهقي كلام البخاري هذا عن الترمذي في العلل.

وذكره ابن أبي حاتم في علله ٣٢٤ وقال: سألت عن هذا الحديث فقال: حديث الليث وشعبة فقال: حديث الليث أصح.

فصل في القراءة

(للقراءة في الفرض واجبة في الركعتين) وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة إلا بقراءة، وكل ركعة صلاة» وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات إقامة للأكثر مقام الكل تيسيراً. ولنا

فصـــل

القراءة في الفرض في ركعتين، وجعلها في الأوليين واجباً هذا هو الصحيح من المذهب وإليه أشار في الأصل وقال بعضهم: ركعتان غير عين، وإليه ذهب القدوري كذا في البدائع، فلو تركها أو قرأ في ركعة فسدت، ولو قرأ في الأخريين صحت ويسجد للسهو، وعند الشافعي في الكل، وعن مالك في ثلاث. وقال زفر والحسن البصري في واحدة لأن الأمر لا يقتضي التكرار، وعن أبي بكر الأصم وسفيان بن عيينة ليست إلا سنة لأن مبنى الصلاة على الأفعال لا الأقوال، ولذا تسقط لعدم القدرة على الأفعال مع القدرة على القراءة وعلى القلب لا تسقط وللشافعي ومالك قوله ﷺ «لا صلاة إلا بقراءة» رواه مسلم. وقال أبو هريرة: فما أعلن رسول الله ﷺ أعلناه وما أخفى أخفيناه لكم[(١)]، إلا أن مالكاً يقول: للأكثر حكم الكل، ولنا قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ [المزمل: ٢٠] وهو لا يقتضي التكرار فكان مؤداه افتراضها في ركعة، إلا أن الثانية اعتبرت شرعاً كالأولى، وإيجاب القراءة فيها إيجاب فيهما فإن قيل: هذا بناء على أن الدلالة لا تشترط فيها أولوية المسكوت بالحكم كما في لا تقل لها أف، وفيه نظر، وأيضاً الثابت بالدلالة ما يفهمه من النص كل من يفهم اللغة وليس هنا ذلك. قلنا لا شك أن المعتبر في كونه دلالة لا قياساً كونه يفهم عند فهم موضوع اللفظ سواء كان أولى أولاً فلا عبرة بذلك النظر لمن خالف، ثم نقول: من فهم اللغة ثم علم تسوية الشارع تعالى بين الركعة الأولى والثانية وبين الثالثة والرابعة منها من كل الوجوه ثم سمعه يقول اقرأ في الصلاة تبادر إليه طلب القراءة في الشفع الأول أو الثاني بملاحظة تلك المقدمة المقررة في نفسه، فأما الحديث المذكور وما روي في حديث المسيء صلاته من قوله ﷺ «فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن» ثم قال في آخره «ثم افعل ذلك في صلاتك كلها»[(٢)] فما لا يثبت به الفرض لأن القطعي لا يثبت بظني، وقولهم الصلاة

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات. واعلم أن مسألة القراءة في الفرائض الرباعية مخمسة، فعندنا هي فرض في الركعتين، وقال الشافعي في الركعات كلها، وقال مالك في ثلاث ركعات، وقال الحسن البصري في ركعة واحدة، وقال أبو بكر الأصم: القراءة في الصلاة سنة كسائر الأذكار، وهو فاسد لأن سائر الأذكار حين شرع شرع سنة وجبت المخافتة بها على كل حال، وههنا وجب الجهر بالقراءة في أكثر الصلوات بل في كلها من حيث الأصل، فلو كانت سنة لكانت مخافتة لأن مبنى التطوعات على الخفية والكتمان، على أنه مخالف لظاهر النص وخرق الإجماع ووجه قول الحسن قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ وهو لا يقتضي التكرار، ولا يلزم اركعوا واسجدوا فإن التكرار فرض لأنه ثبت ذلك بفعل النبي عليه الصلاة والسلام، والجواب عنه القول بالموجب، وهو أنا نسلم ذلك لكنه لا ينافيه، فيجوز أن يثبت بدليل آخر كما سنذكره ووجه

فصل القراءة

قوله: (شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها) أقول: يعني عندنا قوله: (بل في كلها من حيث الأصل) أقول: كما مر في فصل في القراءة بعد باب صفة الصلاة قوله: (فإن التكرار فرض لأنه ثبت ذلك بفعل النبي عليه الصلاة والسلام) أقول: لا يقال وكذلك القراءة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٩٦ مع كلام أبي هريرة من طريق عطاء. وكرره مسلم عن أبي هريرة موقوفاً مع قوله: «لا صلاة إلا بقراءة» لكن له حكم الرفع. وأصله. لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب وتقدم في صفة الصلاة وفي القراءة.

(٢) متفق عليه تقدم في صفة الصلاة.

قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، وإنما أوجبنا في الثانية استدلالاً بالأولى لأنهما يتشاكلان من كل وجه، فأما الأخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر، وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان

مجمل، ووقع البيان بالقراءة في الكل جوابه ما تقدم أول باب صفة الصلاة أن الإجمال في مسمى الصلاة لا ينفي عدم الإجمال فيما يضاف إليها من الأركان شرعاً بياناً إذا كان دليله مما لا يحتاج إلى البيان، بقي أن يقال: فلم لم يثبت الوجوب في الأخريين كما هو محصل رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا لم يقرأ يكره ويسجد للسهو، والحديث الأول أن أجيب عنه بأن الصلاة المصرح بها إذا أطلقت تنصرف إلى الركعتين لعدم شرعية الواحدة وقلة شرعية الثلاث وهي المذكورة في الحديث بقي الآخر فإنه أمره أن يفعل ما ذكر له ومنه القراءة، بخلاف ما يفهم من المواظبة في الأخريين من بعض الألفاظ كحديث أبي قتادة في الصحيحين «كان ﷺ يقرأ في الظهر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، وفي الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب»[1] الحديث، فإنه إنما تفهم المواظبة في الجملة وهي أعم من المقرونة بالترك أحياناً وغيره، ولا دلالة للأعم على خصوصية بعض الأفراد، ولهذا استدل المصنف بهذه المواظبة على استحباب القراءة فيهما، والجواب أن قول الصحابة على خلافه صارف له عن الوجوب، وذلك ما روى ابن أبي شيبة عن شريك عن أبي إسحاق السبيعي عن علي وابن مسعود قالا: اقرأ في الأوليين وسبح في الأخريين[2]، وهو عن عائشة رضي الله عنها غريب[3]، بخلافه عن غيرها في موطأ محمد بن الحسن، حدثنا محمد بن أبان القرشي عن حماد عن إبراهيم عن علقمة بن قيس: أن عبد الله بن مسعود كان لا يقرأ خلف الإمام فيما يجهر فيه وما يخفت فيه من الأوليين ولا في الأخريين، وإذا صلى وحده قرأ في الأوليين فاتحة وسورة ولم يقرأ في الأخريين بشيء[4]. وهذا بعد ما في الأول من الانقطاع إنما يتم إذا لم يكن عن غيرهما بين الصحابة خلافه، وإلا فاختلافهم حينئذ في الوجوب لا يصرف دليله عنه، فالأحوط رواية الحسن[5]، وأما ما قيل أن لا صلاة إلا بقراءة يفيد نفي الكمال فليس بشيء، وقد بينا ضعفه[6] أول الكتاب في الكلام على التسمية في الوضوء فارجع إليه، والعجب أن هؤلاء يقولون ذلك هنا ويقولون في مسألة ما إذا استخلف القارىء أمياً في الأخريين بعد ما قرأ في الأوليين مع زفر حيث قال بالجواز خلافاً للثلاثة واستدل بأن فرض القراءة صار مؤدى فيجوز فدفعه هؤلاء

قول مالك أن القراءة تجب أن تكون واجبة في جميع الركعات لقوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة إلا بقراءة» لكنا أقمنا الأكثر مقام الكل تيسيراً. ووجه قول الشافعي الحديث، وذلك لأن كل ركعة صلاة بدليل أنه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث. ولنا قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ على ما تقدم، والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الأصول، وما ذكرتم خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد به عليه **(وإنما أوجبنا في الثانية استدلالاً بالأولى)** إلحاقاً بها بالدلالة **(لأنهما)** أي الأولى والثانية **(يتشاكلان من كل وجه)** فإن قيل: لا نسلم ذلك لأنهما يفترقان من حيث الثناء والتعوذ والبسملة أجيب بأن

في الركعات داوم عليها رسول الله ﷺ فلم لا يفرض التكرار لأنه تركها أحياناً كما يصرح به الشارح قوله: **(وما ذكرتم خبر واحد الخ)** أقول: جواب تنزلي قوله: **(وصفة القراءة الخ)** أقول: الجهر والمخافتة قوله: **(قلنا تعم كل فرد الخ)** أقول: بقي الكلام أن الأخريان أيضاً

---

(١) متفق عليه تقدم أيضاً في ١/٣٢٧ فصل القراءة وهو بزيادة: ويسمعنا الآية أحياناً.

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٢/١٤٨: أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه وفيه انقطاع.

(٣) عزاه صاحب الهداية لعائشة فقال الزيلعي ٢/١٤٨ غريب عن عائشة. وكذا قال ابن حجر الدراية ١/٢٠١ لم أجده.

(٤) موقوف حسن. أخرجه محمد في الموطأ ١٢٠ عن علقمة عن ابن مسعود.

(٥) أي عن أبي حنيفة وقد تقدم قبل أسطر.

(٦) قوله قد بينا ضعفه. يعود الضمير في ذلك على نفي الكمال راجع كلام المصنف في ١/٢٤ بحث التسمية في الوضوء.

تنبيه: ولم يرد المصنف أنه ضعف الحديث: لا صلاة إلا بقراءة فإنه رواه هناك بصيغة لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وهو صحيح رواه الجماعة.

بهما، والصلاة فيما روى مذكورة تصريحاً فتنصرف إلى الكاملة وهي الركعتان عرفاً كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما إذا حلف لا يصلي (وهو مخير في الأخريين) معناه إن شاء سكت وإن شاء قرأ وإن شاء سبح، كذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم إلا أن الأفضل أن يقرأ لأنه

بعينهم بأن القراءة فرض في كل الركعات وإن كانت تؤدى في موضع خاص لقوله ﷺ «لا صلاة إلا بقراءة»[1] حتى زاد في الكافي أن هذا كقوله «لا صلاة إلا بطهارة»[2] إلى آخر ما ذكروا، فالصواب في التقرير ما أعلمتك قوله: (وأما الأخريان) لحن لأن ألف أخرى رابعة فيجب قلبها ياء من غير نظر إلى أصلها، وفي بعض النسخ: الآخريان على الصواب قوله: (إن شاء سكت) أي قدر تسبيحة، وإن شاء سبح ثلاث تسبيحات نقله في النهاية. وفي شرح الكنز: إن شاء سبح ثلاث تسبيحات وإن شاء سكت قدرها، والأول أليق بالأصول، والضمير في قول المصنف وهو المأثور للتسبيح قوله: (فلأن كل شفع منه صلاة على حدة) يرد عليه أنه لو كان كذلك لما صحت من ترك القعدة ساهياً لكنها تصح ويسجد للسهو، ويجب العود إليها إذا تذكر بعد القيام ما لم يسجد. والجواب أن القياس فسادها، وبه قال زفر ورواية عن محمد، وفي الاستحسان لا لأن التطوع شرع أربعاً أيضاً كما شرع ركعتين، فإذا تركها أمكننا تصحيحها بجعلها صلاة واحدة فلا يفترض حينئذ القعدة الأولى لأن افتراض القعدة للختم، فإذا لم يختم إلا بعد الرابعة صارت من ذوات الأربع، والفرض أن ذلك جائز لم تفترض الأولى بل كانت واجبة بالحديث السابق وهو في كل ركعتين تشهد فتنجبر بالسجود، وإنما وجب العود بعد تمام القيام ولزمت القراءة في الشفعين لشبهها بالظهر من وجه ومفارقتها له من وجه، فللشبهة لا يؤمر بالعود إذا قيدها بسجدة وللمفارقة يعود قبل السجدة كما إذا قام إلى الخامسة من الفرض وهي صلاة أخرى حكماً فيقرأ في الكل كما في صلاتين احتياطاً، وكذلك في الوتر لأن فيه

ذلك أمر زائد والاعتبار بالأركان (فأما الأخريان) وفي بعض النسخ: الأخروان، وهو لحن لأن الألف إذا كانت ثالثة ردت إلى أصلها في التثنية كعصوان ورحيان، وإذا كانت رابعة فصاعداً لم تقلب إلا ياء نحو أعشيان صفة وحبليان والأوليان (فيفارقانهما) أي الأوليين في حق السقوط بالسفر، وقوله (وصفة القراءة وقدرها) فإنه لا يضم السورة إلى الفاتحة فيهما (فلا يلحقان بهما) وقوله (والصلاة) جواب عما رووه من الحديث، وتقريره أن قوله لا صلاة مصدر مذكور صريحاً، فكان كمن حلف لا يصلي صلاة لا كمن حلف لا يصلي، وذلك ينصرف إلى الركعتين عرفاً فكذا هذا، فإن قيل: لا صلاة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرد، قلنا نعم كل فرد من أفرادها لغة أو شريعة لا سبيل إلى الأول لأن حقيقتها لغة الدعاء، وليست القراءة شرطاً في فرد من أفراد الدعاء والثاني مسلم لكن الركعة الواحدة ليست من الإفراد شرعاً لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء. ولنا أن نقول أيضاً بموجب العلة: أس سلمنا أنه لا صلاة إلا بقراءة، لكن الكلام في أن القراءة في الأوليين هل هي قراءة في الأخريين أو لا، وما ذكرتم لا يدل على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عليه الصلاة والسلام «القراءة في الأوليين قراءة في الأخريين» (وهو مخير في الأخريين معناه إن شاء قرأ فاتحة الكتاب) قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه أخذ بعض المتأخرين من أصحابنا (وإن شاء سكت) مقدار تسبيحة (وإن شاء سبح) ثلاث تسبيحات (كذا روي عن أبي حنيفة، وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة) فقد روي عنهما أنهما كانا يسبحان في الأخريين. وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الأخريين فقالت اقرأ ولتكن على جهة الثناء (إلا أن الأفضل أن يقرأ لأن النبي عليه الصلاة والسلام داوم على ذلك) يعني بترك

صلاة فيدخل تحت العموم قوله: (لكن الركعة الواحدة ليست من الإفراد شرعاً لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء) أقول: لكن النهي

---

(١) رواه مسلم وقد تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) غريب وقد أخرجه أحمد ٢/٥٧ من حديث ابن عمر بلفظ: لا يقبل الله تعالى صدقة من غلول ولا صلاة بغير طهور. وإسناده حسن المشهور في هذا المتن: لا صلاة لمن لا وضوء له فقد تقدم مستوفياً في أول الكتاب في بحث البسملة وأما سياق المصنف فقال ابن حجر في التلخيص ١/١٢٩ لم أره بهذا اللفظ.

عليه الصلاة والسلام داوم على ذلك، ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية **(والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر)** أما النفل فلأن كل شفع منه صلاة على حدة، والقيام إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة، ولهذا لا يجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا رحمهم الله، ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة،

روائح النفلية فلزم الاحتياط في القراءة لأنها ركن مقصود لنفسه لا كالقعدة قوله: **(في المشهور)** من الرواية هذا إذا نوى أربعاً حتى يحتاج إلى التقييد بالمشهور، أما إذا شرع بمطلق نية النفل فلا يلزمه أكثر من ركعتين باتفاق الروايات قوله: **(قالوا يستفتح في الثالثة)** ويصلي على النبي ﷺ في كل قعدة، وقياسه أن يتعوذ في كل شفع هذا وما تقدم كله أثر كون كل شفع معتبراً شرعاً صلاة على حدة وهو مما يحتاج إلى دليل، ويمكن كونه يمكنه شرعاً من الخروج على رأس الركعتين، فإذ قام إلى شفع آخر كان بانياً صلاة، على تحريمة صلاة إذا تلك التحريمة إنما لزم بها ركعتان قوله: **(ضرورة صيانته)** أي المؤدي يفيد أن الملاحظ لزومه أولاً صيانة المؤدي الواقع قربة عن إبطاله لأنه مورد النص، قال تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] وهو أعم من إبطالها قبل إتمامها بالإفساد أو بعده بفعل ما يحبطه ونحوه فلذلك لزم الإتمام. بقي أن يقال: إن لزم الإتمام هل يستلزم شرعاً القضاء بتقدير عدمه لو قال قائل المتحقق إنما هو استلزامه الإثم بتفويت مقتضى النهي، أما أنه يجب القضاء فيحتاج إلى خصوص دليل؟ فجوابه يفيده القياس على حج النفل والعمرة لما لزما بالشروع شرعاً لزم قضاؤهما بتفويته، وتمام نصب الدليل من الجانبين نذكره إن شاء الله تعالى في الصوم قوله: **(وقعد)** قيد به لأنه لو لم يقعد وأفسد الأخريين وجب عليه قضاء أربع بالإجماع قوله: **(لا يقضي الأخريين)** يعني الأوليين بل الأوليين فقط، وعن أبي يوسف أنه يقضي الأخريين أيضاً

وإلا لكان واجباً **(فلهذا)** أي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الأفضلية **(لا يجب)** سجدة **(السهو بتركها في ظاهر الرواية)** وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إن لم يقرأ ولم يسبح عمداً كان مسيئاً، وإن سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو لأن القيام في الأخريين مقصود فيكره إخلاؤه عن القراءة والذكر جميعاً، وظاهر الرواية أصح لأن الأصل في القيام القراءة، فإذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم أن المصنف قال في أول الفصل: القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الأوليين لأنها فرض في ركعتين لا بأعيانهم إن شاء قرأ في الأوليين وإن شاء قرأ في الأخريين وإن شاء قرأ في الأولى والرابعة وإن شاء في الثانية والثالثة، والأفضل أن يقرأ في الأوليين. وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلاة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الأوليين. وقوله **(والقراءة واجبة جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر)** ظاهر، وقوله **(ولهذا)** أي ولكون كل شفع منه صلاة على حدة **(لا يجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان)** وإن نوى أكثر من ذلك **(في المشهور عن أصحابنا)** وإنما قيد بالمشهور احترازاً عن قول أبي يوسف أو لا على ما سيأتي. وقوله **(ولهذا)** أي ولأن القيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة **(قالوا يستفتح في الثالثة)** أي يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء، واستشكل هذا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإنهما يجوّزان ترك القعدة الأولى من الشفع الأول في التطوعات، فلو كان كل شفع منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة لترك القعدة الأخيرة التي هي فرض. والجواب أن وجه القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد، وفي الاستحسان لا تفسد لأن الفرض هو القعدة الأخيرة، وإذا قام إلى الثالثة وهو مشروع بالإجماع أشبه صلاته هذه صلاة الفجر من حيث إن كل شفع منها صلاة على حدة وصلاة الظهر من حيث أن الأربع مشروع كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني فبالنظر إلى الشبه الأول تفسد صلاته لأنه ترك القعدة الأخيرة وهي فرض، وبالنظر إلى الثاني لا تفسد لأن القعدة المتروكة ليست الأخيرة فلا تفسد بالشك، ويؤمر بالعود إلى القعدة ما لم يسجد نظراً إلى الشبه الأول ولم يؤمر به بعد السجود لتأكد الشبه الثاني به، وأوجبنا القراءة على كل حال لأنها ركن مقصود لعينها، وأما القعدة فإنما شرعت للتحلل أو للفعل بين الشفعين فاعتبر فيها رعاية الشبهين، ويؤيد هذا وجوب

يقتضي المشروعية كما عرف في الأصول، ولو لم تكن الركعة الواحدة صلاة شرعاً لما خنث الحالف أنه لا يصلي بركعة قوله: **(فيكره إخلاؤه الخ)** أقول: كراهة تحريم قوله: **(لأنها فرض في ركعتين لا بأعيانهما الخ)** أقول: فيه أن التعليل الذي ذكره المصنف يدل على تعيين الأوليين، ألا يرى إلى قوله والأخريان يفارقانهما في حق السقوط فليتأمل.

وأما الوتر فللاحتياط. قال **(ومن شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها)** وقال الشافعي رحمه الله: لاقضاء عليه لأنه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع. ولنا أن المؤدي وقع قربة فيلزم الإتمام ضرورة صيانته عن البطلان **(وإن صلى أربعاً وقرأ في الأوليين وقعد ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين)** لأن الشفع الأول قد تم. والقيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزماً هذا إذا أفسد الأخريين بعد الشروع فيهما، ولو أفسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الأخريين: وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتباراً للشروع بالنذر. ولهما أن الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له إلا به، وصحة الشفع الأول لا تتعلق بالثاني، بخلاف الركعة الثانية، وعلى هذا سنة الظهر لأنها نافلة وقيل يقضي أربعاً احتياطاً لأنها بمنزلة صلاة واحدة **(وإن صلى أربعاً ولم يقرأ فيهن شيئاً أعاد ركعتين)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

فيقضي أربعاً، وقد رجع أبو يوسف عن هذا القول قوله: **(اعتبارا للشروع بالنذر)** بجامع أن كلا منهما سبب اللزوم، فكما أن نية الكمية إذا اقترنت بنذر الصلاة مطلقاً وجبت الصلاة بتلك الكمية، كذلك إذا اقترنت بالشروع لزم ما شرع فيه بالكمية المنوية قوله: **(أن الشروع)** تسليم لصحة اعتبار الشروع بالنذر في الإلزام، لكنه لا يفيد المطلوب فإن الشروع إنما يلزم ماشرع فيه، وما لا صحة لما شرع فيه إلا به كالركعة الثانية من الشفع الأول والشروع في الشفع الأخير لم يتحقق، ولا صحة الأول موقوفة عليه. هذا معنى قوله لا يتعلق بالثاني فلا يفيد الشروع لزومه، وأنت علمت أن حقيقة وجه قولهما إلحاق الشروع بالنذر المقترن بها في لزوم الأربع بعد أن كلاً منهما لو تجرد عنها لزم به ركعتان فقط، وجوابه أن قوله الشروع يوجب ما شرع فيه يتضمن منع أنه يوجب غير أصل صلاة صحيحة بل ذلك فقط لما سنذكر في المسألة الآتية قوله: **(وعلى هذا سنة الظهر)** أي إذا أفسدها بعد ما قعد أو قبله قضى ركعتين لأنها نافلة سنت بالمواظبة. وقيل يقضي أربعاً لأنها صلاة واحدة كالظهر، ولذا[1] ينهض في القعدة الأولى عند عبده

القراءة في جميع ركعات الوتر، فإن القراءة في الصلاة ركن مقصود لعينها، وكونه فرضاً ثبت بالسنة ففيه احتمال النفلية فتجب القراءة في الجميع احتياطاً. قال **(ومن شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها)** هذه هي المسألة المشهورة في أن الشروع في النفل صلاة كان أو صوماً ملزم عندنا خلافاً للشافعي، والعلماء أوردوا هذه المسألة في كتاب الصوم لأن الآثار التي يحتج بها من الجانبين إنما وردت فيه. لكن الشيخ أبو الحسن القدوري لما رأى حكم المسألة فيهما واحداً أوردها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف **(وقال الشافعي المتنفل متبرع فيه)** أي في فعله وهو واضح **(ولا لزوم على المتبرع)** لقوله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ كمن شرع في صلاة النفل ناوياً أربعاً فصلى ركعتين كان مخيراً في الشفع الثاني. والجواب أنه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه أو بعده، والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني عين النزاع والآية محمولة على الأول، وقد بينا أن كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجد الشروع في الشفع الثاني حتى لا يكون ملزماً ولنا أن المؤدي وقع قربة بتسليمة إلى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم إتمامه ضرورة صيانة بطلان حق الغير، قال الله تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ فإن قيل: المؤدي لا يخلو إما أن يكون عبادة أو لا، فإن كان الأول فلا حاجة إلى إلزام الباقي لأن المشروع فيه عبادة وصلت إلى مستحقها، وإن كان الثاني فلا وجه للتسليم إليه، والجواب أنه عبادة حتى إنه لو مات أثيب عليه، ولئلا يلزم تركب الشيء من منافيه وإلزام الباقي لأنه التزم عبادة صوماً أو صلاة مثلاً، ولا يكون كذلك إلا بالتزام الباقي لأنه بهذا الاعتبار غير متجزىء، قوله **(وإن صلى أربعاً)** أي شرع في صلاة ناوياً أربعاً **(وقرأ في الأوليين وقعد ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين)** يعني الشفع الثاني **(لأن الأول قد تم والقيام إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزماً إذا كان الإفساد بعد الشروع فيها)** بالقيام إلى الثالثة، وأما إذا كان قبل القيام إلى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شيء **(وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتباراً بالنذر)** وذلك لأن نية الأربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء كما إذا انذر، فإن نية الأربع قارنت سبب الوجود وهو النذر. ولهما أن الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الأولى، ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه إلا به وهو الركعة الثانية لأن البتيراء منهي عنها،

---

(١) أي لما كانت سنة الظهر أربعاً متصلة أشبهت الفرض في هذه المسائل. وذلك لكونه سنة راتبة مؤكدة. بخلاف سنة العصر القبلية.

الله وعند أبي يوسف رحمه الله يقضي أربعاً، وهذه المسألة على ثمانية أوجه: والأصل فيها أن عند محمد رحمه الله ترك القراءة في الأوليين أو في إحداهما يوجب بطلان التحريمة لأنها تعقد للأفعال وعند أبي يوسف رحمه الله ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة، وإنما يوجب فساد الأداء لأن القراءة ركن زائد، ألا ترى أن الصلاة وجوداً بدونها غير أنه لا صحة للأداء إلا بها، وفساد الأداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند أبي

ورسوله فلا يستفتح في الثالثة، ولا تبطل شفعة الشفيع إذا علم في الشفع الأول منها بالانتقال إلى الشفع الثاني، ولا خيار المخيرة، ولو دخلت عليه زوجته في الأول فانتقل إلى الثاني فخرجت لا يلزمه كما المهر لعدم صحة الخلوة كما إذا كان ذلك في الظهر قوله: **(والأصل عند محمد أن ترك القراءة في ركعة يبطل التحريمة)** إذا قيد الركعة بسجدة لأنها تعقد للأفعال والأفعال فسدت بترك القراءة فيفسد ما عقد لها قوله: **(أن للصلاة وجوداً بدونها)** حقيقة في الأخرس والأمي وحكماً في المقتدي، لكن لا صحة للأداء إلا بالقراءة، وفساد الأداء لا يزيد على تركه: أي لا يكون أقوى من ترك الأداء بأن تحرم واقفاً ثم ترك أداء كل الأفعال بأن وقف ساكتاً طويلاً لا تبطل التحريمة، وهذا لأنها ليست لم تعقد إلا لهذا الشفع، فإن بناء الشفع الثاني على هذه التحريمة جائز فعلم أنها له ولغيره فبفساده لا تنتفي فائدتها بالكلية لتفسد هي، ويرد أن هذا تأخير لا ترك، فإذا أريد بالترك إياه منعنا كونه مثل الفساد فلا يلزم من عدم بطلان التحريمة بذلك الترك عدم بطلانها بالفساد لأنه أقوى من ذلك الترك، والأولى أن يستدل هكذا التحريمة تراد لكل من الشفعين فإنما تبطل بفسادهما، ففساد الأول فقط ليس قاطعاً في عدم حصول المقصود منها بالكلية فلا يوجب فسادها، فإن قيل: إنما عقدت للثاني بواسطة أداء الأول قبله فإذا فسد لم يتحقق الثاني: فالجواب إن قلت إذا فسد الأول امتنع أداء الثاني لأن أداءه بناء على صحة أداء الأول منعاً كون أدائه بناء على صحته، وإن قلت بناء على صحة التحريمة وقد فسدت كان مصادرة على المطلوب لأنه أول المسألة، ثم لا يخفى أن قولهم إن القراءة منتفية في حق المقتدي حكماً باطل بل منتفية حقيقة ثابتة حكماً. وعند أبي حنيفة ترك القراءة في الأوليين مبطل التحريمة لما قلنا لمحمد، بخلاف تركها في ركعة لأن فسادها به مجتهد فيه لأن عند الحسن البصري لا تفسد، فحكمنا بالفساد في حق وجوب القضاء إعمالاً للدليل الدال على فرضية القراءة في الأوليين، وحكمنا ببقاء التحريمة في حق

والشفع الثاني ليس ما شرع فيه، لأنه المفروض ولا ما يتوقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجباً بالشروع في الشفع الأول، وما لا يكون واجباً لا يجب قضاؤه، وظهر من هذا أن النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع لأن الفرض أنه لم يشرع، بخلاف النذر فإن نية الأربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالإفساد **(وعلى هذا سنة الظهر)** فإن أفسد الأخريين قبل الشروع فيها يقضيهما عند أبي يوسف وعندهما لا يقضي **(وقيل يقضي أربعاً احتياطاً لأنها بمنزلة صلاة واحدة)** حتى أن الزوج إذا خير امرأته وهي في الشفع الأول من هذه الصلوات، أو أخبرت بشفعة لها فأتمت أربعاً لا يبطل خيارها ولا شفعتها، بخلاف سائر التطوعات. قال **(وإن صلى أربعاً ولم يقرأ فيهن شيئاً)** هذه المسألة تلقب بمسألة الثمانية، والوجوه الآتية فيها ستة عشر وهي أنه قرأ في الجميع، ترك في الجميع، ترك في الشفع الأول، ترك في الشفع الثاني، ترك في الركعة الأولى، ترك في الثانية، ترك في الثالثة، ترك في الرابعة، ترك في الشفع الأول والركعة الثالثة، ترك في الأول والرابعة، ترك في الركعة الأولى والشفع الثاني، ترك في الثانية والشفع الثاني، ترك في الركعة الأولى والثالثة، ترك في الأولى والرابعة، ترك في الثانية والثالثة، ترك في الثانية والرابعة، فهذه ستة عشر وجهاً. والمصنف ترك الوجه الأول لأن الكلام في أقسام الفساد بترك القراءة والتي يقرأ في جميعها ليست منها، وتداخلت منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية، فعليك

قوله: **(أو خلف الإمام)** أقول: فيه إن قراءة الإمام قراءة له قوله: **(أجيب بأن هذا ترك الخ)** أقول: إذا سلم السائل ما ذكر يتم مرام المعلل، ولا يضر عدم كون ما ذكره تركاً فتأمل قوله: **(لا نسلم أن الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك)** أقول: خصوصاً إذا كان خلف الإمام قوله: **(فإن قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه، أي ترك القراءة)** أقول: ضمير بينه راجع إلى ترك القراءة

حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الأوليين يوجب بطلان التحريمة، وفي إحداهما لا يوجب لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً، إذا ثبت هذا نقول: إذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لأن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الأول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني. وبقيت عند أبي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني ثم إذا فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الأربع عنده **(ولو قرأ في الأوليين لا غير فعليه قضاء الأخريين بالإجماع)** لأن التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الأول **(ولو قرأ في الأخريين لا غير فعليه قضاء الأوليين بالإجماع)** لأن عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني. وعند أبي يوسف رحمه الله إن صح فقد أداها **(ولو قرأ في الأوليين وإحدى الأخريين فعليه قضاء الأخريين بالإجماع، ولو قرأ في الأخريين وإحدى الأوليين فعليه قضاء الأوليين بالإجماع، ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين على قول أبي يوسف رحمه الله قضاء الأربع، وكذا عند أبي حنيفة رحمه**

لزوم الشفع الثاني إعمالاً للدليل الدال على فرضية القراءة في ركعة احتياطاً في البابين. ولا يخفى أن بهذا التقرير لم يحصل الجواب عما قررناه لأبي يوسف، بل جوابه منع أن فساده لا يزيد على تركه لأن الترك مجرد تأخير والفساد فعل مفسد، ولو سلم اخترنا الشق الأول من ترديده المتقدم ومنع كون أداء الثاني مبنياً على صحة الأول مندفع بأنه لا يتصور وجوده قبله ووجود الأول بصحته فكيف لا يتوقف أداؤه عليه قوله: **(فعليه قضاء الأخريين)** وهذا إذا كان قعد وإلا قضى أربعاً.

قوله: **(ومحمد لم يرجع عن روايته عنه)** واعتمدت المشايخ رواية محمد مع تصريحهم في الأصول بأن تكذيب الأصل الفرع يسقط الرواية إذا كان صريحاً، والعبارة المذكورة في الكتاب وغيره عن أبي يوسف من مثل الصريح على ما يعرف في ذلك الموضع فليكن لا بناء على أنه رواية بل تفريع صحيح على أصل أبي حنيفة وإلا فهو مشكل قوله: **(قال)** أي محمد تفسير قوله ﷺ الخ لما ذكر أن التنفل أربعاً أربعاً أفضل مطلقاً ليلاً أو نهاراً ورد عليه ظاهر هذا الحديث، وهو ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم النخعي قال: قال عمر رضي الله عنه لا يصلي بعد صلاة مثلها، وقال حدثنا عبد الله بن إدريس عن حصين عن إبراهيم والشعبي قالا: قال عبد الله لا يصلي على إثر صلاة مثلها[1]، ففسره[2] بأن المراد ركعتين بقراءة وركعتين بلا قراءة إذ هو متروك الظاهر اتفاقاً لأنه

بتمييز المتداخلة بالتفنيش في الأقسام المذكورة في الكتاب **(والأصل فيها)** ما ذكره **(أن عند محمد ترك القراءة في الأوليين أو في إحداهما يوجب بطلان التحريمة لأنها تعقد للأفعال)** لكونها وسيلة إليها، والأفعال قد فسدت بترك القراءة بالإجماع **(وعند أبي يوسف ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة)** لأنه يوجب فساد الأداء لا بطلانه، وفساد الأداء لا يزيد على ترك الأداء بعد التحريمة بأن لم يأت بالأركان حال كونه منفرداً أو خلف الإمام أو سبقه الحدث فذهب ليتوضأ، وترك الأداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده **(وإنما)** قلنا أن ترك القراءة **(يوجب فساد الأداء)** لا بطلانه **(لأنها ركن زائد بدليل أن للصلاة وجوداً بدونها)** من المقتدي والأمي والأخرس، والركن الأصلي ليس كذلك، وإذا كان ركناً زائداً لا يؤثر في إزالة أصل الصلاة حتى تصير باطلة، وإنما يؤثر في إزالة صفتها وهي صحة الأداء عملاً بقدر الدليل فصار فاسداً، فإن قيل: سلمنا أنه أوجب الفساد وأن الفساد لا يزيد على تركه وأن الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تأخير لا ترك فلا يكون مفيداً، أجيب بأن هذا ترك قبل اشتغاله بالأداء وإنما يعرف كونه تأخير إذا اشتغل بالأداء فقبل اشتغاله به يصح إطلاق اسم الترك عليه، وفيه نظر لأن للخصم حينئذ أن يقول: لا نسلم أن الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك، فإن قيل: ما الفرق بين الكلام

---

(١) كلاهما موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر وابن مسعود من قولهما. وفيه انقطاع لأن النخعي لم يدرك عمر ولا ابن مسعود. لكن قال العلماء مرسلات إبراهيم صحيحة. راجع نصب الراية ١٤٨/٢

(٢) الضمير في فسره يعود على صاحب الهداية.

الله) لأن التحريمة باقية. وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الأوليين لأن التحريمة قد ارتفعت عنده. وقد أنكر أبو يوسف رحمه الله هذه الرواية عنه وقال: رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه قضاء ركعتين، ومحمد رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه (ولو قرأ في إحدى الأوليين لا غير قضى أربعاً عندهما، وعند محمد رحمه الله قضى

يصلي ركعتي الظهر عقيب الظهر المقصورة، وكذا العشاء والفجر عقيب ركعتيه، أو هو محمول على تكرار الجماعة في المسجد على هيئته الأولى، أو على النهي عن قضاء الفرائض مخافة الخلل في المؤدى فإنه مكروه لما في أبي داود والنسائي عن سليمان بن يسار قال: أتيت ابن عمر رضي الله عنه على البلاط وهم يصلون، قلت: ألا تصلي معهم؟ قال: قد صليت، إني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تصلوا صلاة في يوم مرتين»[(١)] وروى مالك في الموطإ: حدثنا نافع أن رجلاً سأل ابن عمر فقال: إني أصلي في بيتي ثم أدرك الصلاة مع الإمام أفأصلي معه؟ فقال: ابن عمر: نعم، قال: أيتهما أجعل صلاتي، فقال ابن عمر: ليس ذلك إليك إنما ذلك إلى الله يجعل أيتهما شاء[(٢)]. وقال[(٣)]. هذا من ابن عمر دليل على أن الذي روي عن سليمان بن يسار عنه إنما أراد كلتاهما على وجه

والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه؟ أجيب بأنهما من محظورات التحريمة، وارتكابها يقطع التحريمة لأنه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز أن يقطعها بعد الصحة، بخلاف ترك القراءة فإن قلت: سلمنا ذلك لكن اتصاف الركن وهو ما يقوم به الشيء بالزيادة ليس بكلام محصل. فالجواب ما قررناه في التقرير تقريراً لم يسبق إليه فعليك بتحصيله فإن كثيراً من خصوم أصحابنا وبعض أصحابنا المتأخرين أيضاً أنكروا علي هذه العبارة (وعند أبي حنيفة أن ترك القراءة في الأوليين يوجب بطلان التحريمة، وفي إحداهما لا يوجب) أما الأول فلأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكان ترك القراءة فيه إخلاء للصلاة عن القراءة فتكون فاسدة يجب قضاؤها ويبطل تحريمها. وأما الثاني فكان القياس فيه مثل الأول كما لو تركها في إحدى ركعتي الفجر، لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه، ولم يقل به الحسن البصري متمسكاً بما هو دليل على ما تقدم، فقضينا بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر، وحكماً ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً في كل واحد من الحكمين، فإن قيل: فساد الصلاة بتركها في الركعتين أيضاً مجتهد فيه لأن أبا بكر الأصم لا يقول بفسادها. أجيب أن ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفاً للدليل القطعي وهو قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ قوله: (وإذا ثبت هذا) يعني الأصل المذكور ظاهر سوى أشياء تشير إليها وهو قوله فعليه قضاء الأخريين لا غير: يعني إذا قعد بينهما، وأما إذا لم يقعد فعليه أن يقضي أربعاً لما أن الفساد في الشفع الثاني يسري إلى الأول إذا لم يقعد بينهما وقد تقدم، وقوله (ولم يصح الشروع في الشفع الثاني) يعني أنه لا يكون صلاة في قولهما حتى لو اقتدى به إنسان في الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه، ولو قهقه لم تنتقض طهارته، وقوله (ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين فعند أبي يوسف يقضي أربعاً) وإنما قال (وكذا عند أبي حنيفة) إشارة إلى أن قوله ليس باتفاق بينهما بل إنما هو قوله على رواية محمد وهو فصل أصاب محزه كما ترى. وعند محمد يقضي ركعتين بناء على أصله أن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في إحدى الأوليين، وأبو يوسف أيضاً مر على

قوله: (واعتذر لأبي يوسف بأن ما حفظه هو قياس أبي حنيفة الخ) أقول: وفيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٥٧٩ والنسائي ٢/ ١١٤ والبيهقي ٢/ ٣٠٢ والطحاوي ١/ ١٨٢ وابن حزم في المحلى ٤/ ٢٣٢، ٣٣٢، و٢/ ٢٥٩ وأحمد ٢/ ١٩، ٤١ والدارقطني ١/ ٤١٥ وابن حبان في صحيحه ٢٢٩٦ كلهم من طريق سليمان بن يسار عن ابن عمر به. وصححه ابن حزم في أكثر من موضع.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٤٨، ١٤٩: قال النووي في الخلاصة إسناده صحيح ومعناه لا تجب الصلاة في اليوم مرتين وإنما لم يعدها ابن عمر لأنه كان صلاها في جماعة اهـ.
ويؤكد كلام النووي وما ذهب إليه رواية مالك الآتية.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ١٣٣ ح٩ ومن طريقه البيهقي في السنن ٢/ ٣٠٢ كلاهما عن نافع عن ابن عمر به.

(٣) ظاهر سياق المصنف أن القائل هو مالك في الموطأ وليس كذلك إنما هو البيهقي كما هو ظاهر في كلام الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٤٩ حيث عطفه على قوله: قال البيهقي في المعرفة.

ركعتين، ولو قرأ في إحدى الأخريين لا غير قضى أربعاً عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين) قال (وتفسير قوله عليه الصلاة والسلام «لا يصلي بعد صلاة مثلها» (يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعداً مع القدرة على القيام) لقوله عليه الصلاة والسلام «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم» ولأن الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كي لا ينقطع عنه. واختلفوا في كيفية القعود والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد لأنه عهد مشروعاً في الصلاة.

الفرض، أو إذا صلى في جماعة فلا يعيد انتهى. وفيه نفي لقول الشافعية بإباحة الإعادة مطلقاً وإن صلاها في جماعة، وأما كون الحديث المذكور عنه ﷺ كما هو ظاهر قول محمد فالله أعلم به، ومحمد رحمه الله أعلم بذلك منا قوله: **(لقوله ﷺ «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم»)** أخرج الجماعة إلا مسلماً عن عمران بن حصين قال «سألت النبي ﷺ عن صلاه الرجل قاعداً فقال: من صلى قائماً فهو أفضل، ومن صلى قاعداً فله نصف أجر القائم، ومن صلى نائماً فله نصف أجر القاعد»[1] قال النووي: قال العلماء: هذا في النافلة، أما الفريضة فلا يجوز القعود، فإن عجز لم ينقص من أجره شيء انتهى. واستدلوا له بحديث البخاري في الجهاد «إذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمل مقيماً صحيحاً»[2] ثم هو ﷺ مخصوص من ذلك، لما في حديث مسلم عن ابن عمر[3] رضي الله عنه حدثت أنه ﷺ قال «صلاة الرجل قاعداً نصف صلاة القائم، فأتيته فوجدته يصلي جالساً، قال: حدثت يا رسول الله، أنك قلت صلاة الرجل قاعداً على النصف من صلاة القائم وأنت تصلي قاعداً، قال أجل، ولكني لست كأحد منكم»[4] هذا وفي الحديث «صلاة النائم على النصف من صلاة القاعد»[5] ولا نعلم الصلاة نائماً تسوغ إلا في الفرض حالة العجز عن القعود، وهذا حينئذ يعكر على حملهم الحديث على النفل[6]، وعلى كونه في الفرض لا يسقط من أجر القائم شيء، والحديث الذي استدلوا به على خلاف ذلك إنما يفيد كتابة مثل ما كان يعمله

أصله أن التحريمة باقية فصح الشروع في الشفع الثاني. وأما أبو حنيفة فقد جرت محاورة بين أبي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير فقال أبو يوسف، رويت لك عنه أن عليه قضاء ركعتين، وقال محمد: بل رويت لي عنه أن عليه قضاء أربع ركعات، والأصل المذكور يساعد محمد، واعتذر لأبي يوسف بأن ما حفظه هو قياس مذهب أبي حنيفة لأن التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه وقوله (قال) يعني محمد **(وتفسير قوله عليه الصلاة والسلام «لا يصلي بعد صلاة مثلها»)** أورد بعد ذكر أن القراءة واجبة في جميع ركعات النفل، وما ترتب على ذلك من المسألة الثمانية دليلاً على ذلك بما أوله إليه من قوله **(يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة)** وإنما حمل على هذا لأنه ثبت خصوصه بالإجماع، فإن الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي أربعاً قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج إلى أن يؤول

قوله: **(والحديث لبيان أنها فرض في التطوع ركعة فركعة)** أقول: يعني أنها مجمل في حق تعيين محل القراءة في التطوع ولا محذور فيه قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله ما تقدم أن الشروع الخ)** أقول: الظاهر أن مراد المصنف غير هذا التقرير، والقيام ليس بمشروع

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١١٥ و١١١٦ و١١١٧ وأبو داود ٩٥١ والترمذي ٣٧١ والنسائي ٣/ ٢٢٤ وابن ماجه ١٢٣١ والبيهقي في ٢/ ٤٩١ وأحمد ٤/ ٤٣٣، ٤٤٣، ٤٣٥ كلهم من حديث عمران بن حصين.
وفي رواية البخاري: وكان . أبي عمران . مبسوراً ورواية: كانت بي بواسير.
تنبيه: وما ذكره صاحب الهداية فهو عن الدارقطني وحده ١/ ٤٢٢ لذا أعرض عنه الكمال.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ٢٩٩٦ وأحمد ٤/ ٤١٠ كلاهما من حديث أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً.

(٣) صوابه: ابن عمرو بإثبات الواو.

(٤) صحيح أخرجه مسلم ٧٣٥ وأبو داود و٩٥٠ والنسائي ٣/ ٢٢٣ وابن ماجه ١٢٢٩ والدارمي ١٣٥٧ والطيالسي ٢٢٨٩ وأحمد ٢/ ١٦٢، ١٩٢، ٢٠١، ٢٠٣ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٥) هو بعض حديث عمران وهذا اللفظ للدارقطني وحده في ١/ ٤٢٢

(٦) قوله: يعكر على حملهم الحديث. . .الخ هو ما نقله النووي في ذلك عن بعض العلماء.

(**وإن افتتحها قائماً ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله**) وهذا استحسان، وعندهما لا يجزيه، وهو قياس لأن الشروع معتبر بالنذر. له أنه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه، بخلاف النذر لأنه التزمه

مقيماً صحيحاً وإنما عاقه المرض عن أن يعمل شيئاً أصلاً، وذلك لا يستلزم احتساب ما صلى قاعداً بالصلاة قائماً لجواز احتسابه نصفاً ثم يكمل كل عمله من ذلك وغيره مفضلاً وإلا فالمعارضة قائمة لا تزول إلا بتجويز النافلة نائماً ولا أعلمه في فقهنا قوله: (**وإن افتتحها قائماً الخ**) هنا صورتان: إحداهما افتتحها قاعداً ثم قام، والأخرى قلبه ففي الأولى يجوز اتفاقاً لما عن عائشة أنه ﷺ كان يفتتح التطوع قاعداً فيقرأ ورده حتى إذا بقي عشر آيات ونحوها قام[1] الحديث، وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية، ومحمد رحمه الله وإن قال أن التحريمة المنعقدة للقعود لا تكون منعقدة للقيام حتى أن المريض إذا قدر على القيام في أثناء الصلاة فسدت عنده فلا يتمها قائماً لم يخالف في الجواز هنا لأن تحريمة المتطوع لم تنعقد للقعود البتة بل للقيام لأنه أصل هو قادر عليه ثم جاز له شرعاً تركه، بخلاف المريض لأنه لم يقدر على القيام فما انعقدت إلا للمقدور، وحديث عائشة رضي الله عنها السابق[2] يدل على هذا الاعتبار، ثانيتهما افتتحها قائماً ثم قعد يجوز عنده خلافاً لهما، ولا فرق بين أن يقعد في الركعة الأولى أو الثانية، كما ينادي به هذا الإطلاق وجه قولهما وهو القياس أن الشروع معتبر بالنذر، ومن نذر أن يصلي ركعتين قائماً لم يجزه أن يقعد فيهما من غير عذر، فكذا إذا شرع قائماً وله أنه لم يباشر القيام فيما بقي: أي فيما قعد فيه، ولما باشر من الصلاة بصفة القيام صحة بدون القيام، أو لما باشر من الصلاة النافلة مطلقاً صحة بدون القيام فلا يتوقف صحة

على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به الزجر عن تكرار الجماعات في المساجد وهو حسن، ويكون حجة على الشافعي، واستشكل قول المصنف فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها بأنه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية، ولئن كان مشهوراً فهو مؤول كما ذكرنا، ولئن قيل أنه بيان لمجمل الكتاب فصار كخبر المسح فلا يستقيم أيضاً لأن نص القراءة ليس بمجمل. إذ لو كان مجملاً كان قراءة الفاتحة فرضاً وأجيب بأنه قال بيان الفرضية ويجوز أن تكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ على ما تقدم، والحديث لبيان أنها فرض في التطوع ركعة فركعة. قال (**ويصلي النافلة قاعداً**) يجوز للقادر على القيام أن يصلي النافلة قاعداً (**لقوله عليه الصلاة والسلام «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم»**) سماه صلاة، ولا يخلو إما أن يكون المراد ما كان بعذر أو غيره، لا سبيل إلى الأول لأن ذلك وصلاة القائم سيان في الثواب فتعين أن يكون بغير عذر، ولا يخلو إما أن يكون المراد بها الفرض أو التطوع لا سبيل إلى الأول بالإجماع فتعين الثاني (**ولأنه خير موضوع**) أي مشروع لك الخير لا يكون خيراً، ومرفوع عنك لكونها غير واجبة وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي إلى تركه لأن ما يفضي إلى ترك الخير لا يكون خيراً، والقيام قد يفضي إلى ذلك لأنه ربما يشق على المصلي فلا يشترط لئلا ينقطع به، أي بسببه عن الخير (**واختلفوا في كيفية القعود**) روى محمد عن أبي حنيفة أنه يقعد كيف شاء لأنه لما جاز له ترك أصل القيام فترك صفة القعود أولى، وعن أبي يوسف أنه يحتبي لأن عامة صلاة رسول

فيه بل من صفاته فلا يلزمه لا في الأولى ولا في الثانية قوله: (**بدليل حالة العذر**) أقول: كما إذا مرض في الثانية أو في الأولى بعد ما افتتحها قائماً قوله: (**وفي قوله حتى لو لم ينص نظر الخ**) أقول: الظاهر أن المراد لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ أخذاً من أصول أبي حنيفة، وقوله حتى إنما ذكره توضيحاً ودفعاً لسؤال مقدر، وهو أنه إذا لم ينص عليه يلزمه فيعتبر الشروع به فأجاب بمنع اللزوم قوله: (**واعلم أن الدليل المذكور في الكتاب الخ**) أقول: فيه بحث، فإن قول المصنف لم يباشر القيم فيما بقي يعم ما بقي من الركعة الأولى أيضاً والمدعي يعم القعود في الركعة الأولى أيضاً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١١٨، ١١١٩، ١١٤٨ ومسلم ٧٣١ ح١١١، ١١٢، ١١٣ وأبو داود ٩٥٣، ٩٥٤ والترمذي ٣٧٤ والنسائي ٣/ ٢٢٠ وابن ماجه ١٢٢٦، ١٢٢٧ والبيهقي ٢/ ٤٩٠، ٤٩١ من طرق كلهم من حديث عائشة قالت: «ما رأيت رسول الله ﷺ يصلي قاعداً. ورواية: جالساً. حتى إذا كبر قرأ جالساً حتى إذا بقي عليه من السورة ثلاثون أو أربعون آية قام فقرأهن ثم ركع» هذا سياق مسلم وغيره. ورواية البخاري: «كان يصلي جالساً فيقرأ وهو جالس. . .» الحديث.

تنبيه: ولم يذكر أحد إذا بقي عشر آيات وإنما رووه كلهم وفيه ذكر الأربعين آية أو ثلاثين. ورواية بدون شك.

(٢) هو المتقدم.

نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ رحمهم الله **(ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته إلى أي جهة توجهت يومىء إيماء)** لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال «رأيت رسول الله ﷺ يصلي على

المباشر بصفة القيام على القيام فيما بقي وهذه المقدمات مما يسلمانها، ولا يفيد المقصود فإنه لم يتعرض شيء منها لنكتة الخلاف، وهو أن الشروع بصفة القيام يلزم القيام في الكل كنذرها بصفة القيام، فالجواب أن يجعل قوله ولما باشر من الصلاة مطلقاً ما قام فيه وما لم يقم فيه صحة بدون القيام متضمناً منع كون الشروع بالقيام موجباً للقيام الكل بناء على منع كون الشروع موجباً غير أصل ما شرع فيه بناء على منع إلحاق الشروع بالنذر مطلقاً بل في إيجاب أصل الفعل، وهذا لأن إيجاب الشروع الإتمام ليس لنفسه بل لوجوب صيانة المؤدى عن البطلان، وهذا القدر يحصل بوجوب أصل ما شرع فيه دون خصوصية صفة إن لم تكن هي نفسها من واجبات أصل ما شرع فيه بخلاف النذر لأنه بنفسه عامل، ولذا اتفقوا على أنه لو نذر الحج ماشياً لزمه بصفة المشي، ولو شرع فيه ماشياً لم يلزم كذلك، وعلى هذا التقرير ينبغي إذا أطلق نذر الصلاة تجب بصفة القيام لأنها عبارة عن القيام والقراءة إلى آخرها فهو الركن الأصلي، غير أنه يجوز تركه إلى القعود رخصة في النفل فلا ينصرف المطلق إلا إليه، وهذا أحد الأقوال، وقيل هو بالخيار. وقيل كما في الكتاب، والحق أن القول الثاني هو ما في الكتاب بعينه فليس فيها ثلاثة أقوال كما هو ظاهر شرح الكنز إلا لو كان إيجاب القعود ولا رواية في المسألة، وقد عرف الجواب عما تقدم من مسألة نية الأربع مع الشروع قوله: **(لحديث ابن عمر)** أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وليس فيه يومىء إيماء[1]، وقد غلط الدارقطني والنسائي عمرو بن يحيى في قوله على حمار، وإنما هو على راحلته. وأخرج الدارقطني في غرائب مالك عن أنس «رأيت النبي ﷺ وهو متوجه إلى خيبر على حمار يصلي يومىء إيماء»[2] وسكت عليه. وفي الإمام عزى لفظ الإيماء إلى الصحيحين، والزيلعي رحمه الله لم يره فيهما، وقال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين تفرد البخاري بذكر الإيماء انتهى[3]. وقد رأيناه في باب الوتر في السفر من صحيح البخاري من حديث ابن عمر،

الله ﷺ في آخر عمره كان محتبياً. وعن محمد أنه يتربع لأنه أعدل. وعن زفر أنه يقعد كما يقعد في حالة التشهد، وهو الذي اختاره الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة السرخسي والمصنف لأنه عهد مشروعاً في الصلاة **(وإن افتتحها قائماً ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة وهو استحسان، وعندهما لا يجوز وهو قياس لأن الشروع عندنا معتبر بالنذر)** في الإلزام، ولو نذر أن يصلي قائماً لم يجز له أن يصلي قاعداً، فكذا إذا شرع قائماً، ولأبي حنيفة ما تقدم أن الشروع يلزم ما شرع فيه، وما لا صحة لما شرع فيه إلا به كالركعة الثانية، وههنا لما شرع فيه وهو الركعة الأولى قائماً صحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر، فلا يكون الشروع في الأولى قائماً موجباً للقيام في الثانية، بخلاف النذر لأنه التزم القيام نصا بتسميته فيلزمه حتى لو لم ينص على القيام في نذره يلزمه القيام عند بعض المشايخ. قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لا رواية فيما إذا نذر أن يصلي صلاة ولم يقل قائماً أو قاعداً ماذا يجب قائماً أو قاعداً. ثم اختلف المشايخ، قال الإمام فخر الإسلام: لم يلزمه القيام لأنه في النفل

(١) صحيح أخرجه مسلم ٧٠٠ ح٣٥ وأبو داود ١٢٢٦ والنسائي ٢/ ٦٠ كلهم من حديث ابن عمر: «أتيت رسول الله ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر»
قال النسائي عقبه: لا نعلم أحداً تابع عمرو بن يحيى بذكر الحمار وإنما هو: على راحلته. وسياق صاحب الهداية. أخرجه الدارقطني في غرائب مالك كما في نصب الراية ٢/ ١٥٢ وسكت عليه الدارقطني فيما نقله الزيلعي. وهو كتاب لم يطبع بعد لكن سكون الدارقطني عليه يدل على أنه صالح.

(٢) إلى هنا كلام الزيلعي وقد اختصره المصنف.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٠٠ من حديث ابن عمر: كان النبي ﷺ يصلي في السفر على راحلته حيث توجهت به يومىء إيماء صلاة الليل إلا الفرائض ويوتر على راحلته. هذا لفظ البخاري.
تنبيه: ظاهر كلام الكمال أن الزيلعي لم يطلع على لفظ. يومىء إيماء وليس كذلك وإنما نفى الزيلعي كونه في الصحيحين وأشار إلى أنه في صحيح البخاري وحده دون مسلم راجع نصب الراية ٢/ ١٥١

حمار وهو متوجه إلى خيبر يومىء إيماء» ولأن النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة، أما الفرائض فمختصة بوقت، والسنن الرواتب نوافل. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ينزل لسنة الفجر لأنها أكد من سائرها، والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر. وعن أبي

وأخرجه ابن حبان في النوع الأول من القسم الرابع من صحيحه عن جابر «رأيت النبي ﷺ يصلي النوافل على راحلته في كل وجه يومىء ايماء ولكنه يخفض السجدتين من الركعتين[1] قوله: **(ولأن النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة)** إن لم ينزل أو لم يستقبل **(أو ينقطع هو عن القافلة)** إن نزل أو استقبل **(أما الفرائض فمختصة بوقت)** فلا يشق إلزام النزول في بعض الأوقات، ولأن الرفقاء متظافرون معه على ذلك فلا ينقطع حتى لو لم يقفوا له وخاف من النزول اللص أو السبع جاز له أن يصليها راكباً، وكذا إذا كانت الدابة جموحاً لا يقدر على ركوبها إلا بمعين، أو هو شيخ كبير لا يجد من يركبه، وكذا الطين والمطر لقوله تعالى. فإن خفتم فرجالاً أو ركباناً. والواجبات من الوتر والمنذور وما شرع فيه فأفسده وصلاة الجنازة والسجدة التي تليت على الأرض كالفرض. وأما السنن الرواتب فتجوز على الدابة، وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر لأنها آكد من غيرها، وروى عنه أنها واجبة، وعلى هذا اختلف في أدائها قاعداً قوله: **(والجواز)** عطف على اشتراط، والأول رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، والثاني عن أبي يوسف، واختلف في مقدار الخروج، قيل قدر فرسخين لا ما دونه، وقيل ميل، والأول ظاهر لفظ الأصل، قيل والأصح في موضع يجوز القصر فيه قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يجوز في المصر)** راكباً بلا كراهة. وعن محمد يجوز معها قيل: لما قال أبو حنيفة ذلك قال أبو يوسف: حدثني فلان وسماه

وصف زائد فلا يلزم إلا بالشرط، وقال بعضهم: يلزمه قائماً لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وأينما أوجبها الله تعالى أوجبها قائماً. وفي قوله حتى لو لم ينص الخ نظر لأنه لا يستقيم في الاستدلال على قول أبي حنيفة أخذاً بقول بعض من تأخر عنه بأزمنة كثيرة. واعلم أن الدليل المذكور في الكتاب يفيد أنه لو قعد في الركعة الأولى بعد افتتاحها قائماً لا يجوز لأن الشروع يلزم ما باشره وما باشره إلا قائماً، وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال: التطوع في الابتداء كانت له الخيرة بين الافتتاح قائماً وبين الافتتاح قاعداً، فكذلك في الانتهاء بطريق الأولى لأنه حكم الاستدامة أخف بدليل أن الإمام لا يجوز له إنشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البناء، وفيه نظر لأن كون البقاء أسهل من الابتداء من المسلمات لا نزاع فيه، لكن عارضه أصل آخر وهو أن الشروع فيما باشره يلزمه، قوله **(ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته)** يعني سواء كان بعذر أو بغيره، توجه عند افتتاح الصلاة إلى القبلة أو لم يتوجه لإطلاق المروي، وكذا لا فرق بين أن يكون على دابته في موضع جلوسه أو في ركابه نجاسة أو لا لأن الركوع والسجود إذا سقطا مع كونهما ركنين فلأن يسقط طهارة المكان وهو شرط أولي، وفيه نظر لأنه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل، ولا يلزم من سقوط الشيء إلى خلف سقوط ما لا خلف له، فكان ما قال محمد بن مقاتل وأبو حفص الكبير: إذا كانت النجاسة في موضع الجلوس أو الركابين أكثر من قدر الدرهم لا تجوز الصلاة، وهو القياس اعتباراً للصلاة على الدابة بالصلاة على الأرض، وإن كان عامة المشايخ على الجواز للضرورة، وما في الكتاب ظاهر، وقوله **(أما الفرائض فمختصة بوقت)** إشارة إلى أن الفريضة لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة إلا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحاً وكون المسافر شيخاً كبيراً لا يجد من يركبه، وقوله **(ينزل لسنة الفجر)** قال ابن شجاع: يجوز أن يكون هذا لبيان الأولى، يعني أن الأولى أن ينزل لركعتي الفجر. وقوله **(ينفي اشتراط السفر)** إشارة إلى ما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن جواز التطوع على الدابة للمسافر خاصة لأن الجواز بالإيماء

قوله: **(وكون المسافر شيخاً كبيراً لا يجد من يركبه)** أقول: يشير إلى أنه لو وجد من يركبه ينزل وسيصرح أن الاقتدار على الشيء في التكليف إنما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره قوله: **(ومن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني، وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل،**

---

(١) حسن. أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٥٢٤ و٢٥٢٥ من حديث جابر بإسناد حسن فيه أبو الزبير مدلس وقد عنعنه لكنه ثقة فهو حسن.

يوسف رحمه الله أنه يجوز في المصر أيضاً. ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة إلى الركوب فيه أغلب **(فإن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني، وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل)** لأن إحرام الراكب انعقد مجوزاً

عن سالم عن ابن عمر «أن النبي ﷺ ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة رضي الله عنه» وكان يصلي وهو راكب[٢] فلم يرفع أبو حنيفة رأسه، قيل ذلك رجوع منه، وقيل بل لأنه شاذ فيما تعم به البلوى، والشاذ في مثله ليس حجة عنده، ومحمد تمسك به أيضاً وكرهه مخافة الغلط لما في المصر من كثرة اللغط، هذا والنجاسة على الدابة لا تمنع على قول أكثرهم، وقيل إن كانت على السرج والركابين تمنع، وقيل إن كانت في موضع جلوسه فقط، وجه الظاهر أن فيها ضرورة، والجواز عليها رخصة تكثيراً للخيرات سقط لها ما هو أعظم وهو الأركان من الركوع والسجود وهو أعظم من ذلك الشرط وهل تجوز الصلاة على العجلة إن كان طرفها على الدابة وهي تسير أو لا تسير فهي صلاة على الدابة وقد فرعنا عنه، وإن لم يكن فهي كالسرير، وكذا لو جعل تحت المحمل خشبة حتى بقي قراره على الأرض لا الدابة يكون بمنزلة الأرض قوله: **(فإن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني، وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل)** هذا ظاهر الرواية عنهم، وعن محمد قلبه لأن الراكب إذا نزل لو استقبل كان مؤدياً جميع الصلوات بركوع وسجود، وهو أولى من أداء بعضها بهما وبعضها بالإيماء، والنازل إذا ركب لو استقبل كان مؤدياً جمعها بالإيماء، ولو بنى أدّى بعضها به وبعضها بهما وهو أولى. وعلى قول زفر: يبني في الوجهين لأنه يجوز بناء صلاة بركوع وسجود على صلاة افتتحها بإيماء. وعن أبي يوسف: يستقبل فيهما، أما إذا كان نازلاً ثم ركب فللوجه المذكور في ظاهر الرواية. وأما في قلبه فإلحاقاً بالمريض المومي إذا قدر في خلالها عليهما، هذا كله إذا لم يحصل الركوب والنزول بعمل كثير بأن رفع فوضع على الدابة أو ثنى رجله فانحدر من الجانب الآخر، وجه الفرق على

للضرورة ولا ضرورة في الحضر، والصحيح أن المسافر وغيره سواء بعد أن يكون خارج المصر، واختلف في مقدار البعد عن المصر، والمذكور في الأصل مقدار الفرسخين، وقدره بعضهم بالميل، ومنع من الجواز في أقل منه. وقوله **(والجواز)** بالنصب معطوف على قوله اشتراط، فإن قيل: التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا: ذلك في النصوص دون الروايات، وذكر في الهارونيات أن عند أبي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لأن النص ورد خارج المصر على خلاف القياس، والمصر ليس في معناه لأن السير على الدابة فيه لا يكون مديد إعادة فرجعنا فيه إلى القياس، وعن أبي يوسف: لابأس به لما روى أن النبي ﷺ ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه، وحكي أن أبا يوسف احتج به على أبي حنيفة فلم يرفع برأسه قيل إنما لم يرفع رأسه رجوعاً منه إلى الحديث. وقيل بل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون حجة، ومحمد جوزه بالحديث لكنه كره لأن اللغط يكثر في المصر فلا يؤمن من الغلط في القراءة **(ومن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل)** وإنما قيد بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق، فإنه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتقرير دليله يحتاج إلى تقديم مقدمة في أن بناء بعض الصلاة على بعض إنما يجوز ذا كانا متناول تحريمة واحدة

إلى قوله: وما يصلي بعد الركوب بإيماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه) أقول: في المحيط البرهاني: ولو ركب دابة فسدت صلاته لأن ركوب الدابة على ما عليه الغالب لا يقوم إلا باليدين، ولو نزل من الدابة لا تفسد صلاته لأن النزول ممكن بدون استعمال اليدين. قيل يشكل هذا بما إذا حمله غيره ووضعه على السرج فإن هناك تفسد صلاته وإن كان هذا لا يحتاج فيه إلى اليد فضلاً عن اليدين. قلنا الجواب من وجهين: أحدهما أن الحكم يبني على الغالب والغالب وركوب الإنسان بنفسه، أما إركاب غيره فليس بغالب ركوبه بنفسه لا يقوم إلا باليدين، والثاني أن غيره لا يركبه عادة إلا بأمره وفعل الغير بأمره ينتقل إليه وكأنه ركب بنفسه انتهى. ويتبين من هذا ما في كلام الشارح، ثم أقول: وفي الجامع الصغير للإمام فخر الإسلام مسألة محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في التطوع: إذا صلى ركعة راكباً يومىء ثم نزل بنى، وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل. قيل في الفرق بينهما أن الركوب عمل كثير فيقطع، والنزول عمل قليل فلا يقطع، وهذا أمر مضطرب لأنهما سواء عند عامة الناس، أرأيت لو رفع فوضع في السرج وضعاً والفرق أن إحرام الصلاة من الراكب انعقد لجواز الصلاة بالركوع والسجود لأنه يومىء مع القدرة على النزول، فقيل إذا أومأ صح، وإذا ركع وسجد صح أيضاً، فأما

للركوع والسجود لقدرته على النزول، فإن أتى بهما صح، وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يستقبل إذا نزل أيضاً، وكذا عن محمد رحمه الله إذا نزل بعد ما صلى ركعة، والأصح هو الأول وهو الظاهر.

ظاهر الرواية أن الصلاة على الدابة واقعة مع اختلاف الأماكن وعدم الأركان الأصلية، وبعض الشروط جوّزت شرعاً بخلاف القياس للحاجة إلى قطع المسافة، ودليل الحاجة الركوب. فإذا افتتح على الأرض انتفى دليلها المجوز وثبت دليل الاستغناء فلا يجوز معه بالإيماء، بخلاف الافتتاح راكباً، فإنه مع دليلها وما يتخايل فيه من بناء القوي على الضعيف وهو لا يجوز كالمومي لمرض إذا قدر على الأركان في الأثناء لا يبني مدفوع بأن عدم بناء المريض في الفرض ولا رواية عنهم فيه في النفل، فجاز أن يقول يبني فيه فلا يحتاج إلى الفرق وأن يقول لا يبني. ويفرق بأن إيماء المريض اعتبر شرعاً بدلاً من الركوع والسجود وهو المانع فيه لاستلزامه الجمع بين البدل والأصل لا لذاته، إذ لا يعقل وجه امتناع كون بعض الصلاة قوياً وبعضها أضعف منه بعد كون كل منهما بإذن الشرع، ومعنى البدل هو الذي لا تجوز الصلاة إلا عند إعواز الأصل، وهو منتف في الراكب إذ يمكنه الانتصاب في الركابين والركوع والسجود على ما أمامه، فكان إيماؤه معتبراً أصلاً في هذه الحالة فكان قوياً كالركوع والسجود لا بدلاً فصح البناء بهما عليه. وقيل لما جاز للراكب أن يفتتح بالإيماء مع القدرة عليهما جاز له أن يبني بهما بعد الافتتاح به، بخلاف المريض ليس له أن يفتتح به مع القدرة عليهما، وليس له أن يبني بهما بعد الافتتاح به. وهذا يفيد أن لا يبني في المكتوبة إذا افتتحها راكباً إذ ليس له أن يفتتحها راكباً مع القدرة عليهما بالنزول، ولذا قيد المسألة في الكتاب به في قوله فإن افتتح التطوع. وأما الذي اختاره المصنف في الفرق بين المفتتح راكباً إذا نزل وقلبه فمختار فخر الإسلام. وعليه أن يقال: إن أردت أن إحرام الراكب انعقد مجوزاً لهما بأن ينزل فأول المسألة وعين النزاع، وإن أردت وهو راكب بأن يسجد على الإكاف منعنا كون الإجزاء بهما بل بالإيماء الواقع في ضمنهما. وأظهر الأمور في تقريره أن الشرع حكم بالإجزاء بمجرد الإيماء، فيلزم الحكم بالخروج عن العهدة قبل وصول رأسه إلى الإكاف فلا يقع بهما إذ قد حصل قبلهما قوله: **(وكذا عن محمد إذا نزل بعد ما صلى ركعة)** يعني يستقبل. وأما إذا لم يتمها حتى نزل فإنه يبني إذا لم يتم كان مجرد تحريمة وهي شرط عندنا، والشرط المنعقد للضعيف يكون شرطاً للقوي، والأصح هو الظاهر عنهم. يعني إذا نزل يبني مطلقاً لما قدمنا من أنه ليس من بناء القوي على الضعيف الممتنع، ولما جرى فيما ذكرنا

فجاز بناء أحدهما على الآخر. فإذا أتى بهما: أي بالركوع والسجود صح، وإحرام النازل لم ينعقد لا موجباً للركوع والسجود لأنه لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملاً كثيراً فلا يكون ما صلى نازلاً بركوع وسجود وما صلى بعد الركوب بإيماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه لا يقال: القدرة على الركوب بعد الافتتاح من غير مبطل يمكن بأن يرفعه شخص ويضعه في السرج وضعاً، لأن الاقتدار على الشيء في التكليف إنما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره **(وعن أبي يوسف أنه يستقبل إذا**

إذا أحرم نازلاً فقد انعقد إحرامه لوجوب الركوع والسجود لا للجواز فحسب، فلم يكن له ترك ما لزمه بغير عذر لازم انتهى. هكذا في شرح قاضيخان أيضاً، وشرح صدر الشهيد في باب ما يكره من العمل. ثم أقول: وهذا وإن كان فيه إشارة إلى ما يخالف المنقول من المحيط لكن يظهر منه أن الشارح خلط بين التعليلين وأن لقدرة الغير اعتباراً هنا، كيف وعلى تقرير الشارح يكون اعتباراً كون انعقاد إحرام الراكب مجوزاً للركوع والسجود، وكون انعقاد إحرام النازل موجباً مما لا فائدة فيه لظهور كفاية إبطال الركوب دون النزول في إثبات المدعي فليتأمل، ولعل الحامل للشارح على حمل كلام المصنف على ما حمله لئلا ينتقض دليل. مسألة: إذا افتتحها قائماً ثم قعد لا من عذر على ما سبق بهذه المسألة لكنه فر من المطر ووقع تحت الميزان قوله: **(لا يقال القدرة على الركوب، إلى قوله: لأن الاقتدار على الشيء الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن عدم جواز الراكب في هذه الصورة مع أنه لا مبطل يكفي لغرض القائل، وليس فيما ذكره في معرض الجواب ما يدفعه قوله: **(لأن الاقتدار على الشيء الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال القدرة على الركوب الخ.

. . . .

آنفاً أمر النذر بالصلاة على وجه الاستشهاد أحببنا سوق بعض فروع تتعلق به تتميماً: نذر شفعاً بلا وضوء أو بلا قراءة يجب شفع بوضوء وقراءة. وقال زفر لا لأنه نذر ما ليس قربة ففات شرط لزومه. وعن محمد: إن سمى ما لا يصح أداء الصلاة معه كبغير طهارة لا يلزمه أو يصح في الجملة كبلا قراءة يلزمه. قلنا التزام الشيء التزام لما لا صحة له إلا به كنذر الصلاة إيجاب الوضوء فالصلاة قربة وقد التزمها إلا أنه ذكر ما يخرجها عن القربة فيلغو، بخلاف ما ليس قربة أصلية، ولو نذر ركعة أو ثلاثاً وجب ركعتان وأربع. وقال زفر في الأول لا يجب شيء، وفي الثاني ركعتان. لنا أنه التزم بعض ما لا يتجزأ فكان التزاماً للكل كإيقاعه. ولو نذرت نفلاً غداً فحاضت فيه قضته، خلافاً له. قال نذر بغير المشروع. قلنا: بل به لأنه أضيف إلى اليوم وهو محله. واعتراض الحيض منع الأداء لا الوجوب عند صدور النذر، بخلاف ما لو قالت يوم حيضي.

نزل أيضاً) لأن البناء بناء القوي على الضعيف،، وهو لا يجوز كالمريض إذا قدر في خلال صلاته على الركوع والسجود فإنه يستقبل لئلا يلزم بناء القوي على الضعيف، والجواب ما ذكرنا من المقدمة، فإن إحرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كإحرام النازل، فلا يجوز بناء ما لم يتناوله إحرامه على ما تناوله، بخلاف الراكب إذا نزل فكان هذا من باب تخصيص العلل، فمن جوزه فلا كلام، ومن لم يجوزه يلتجيء إلى المخلص المعلوم في أصول الفقه **(وعن محمد إذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل)** لأنه صار صلاة فلا ينبني فيها القوي على الضعيف، وأما إذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهي شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي أيضاً كالطهارة للنافلة طهارة للفريضة فليس فيها بناء قوي على ضعيف الأول **(والأصح وهو الظاهر)** وهو أن الراكب إذا نزل بنى، والنازل إذا ركب استقبل لما ذكرنا.

فصل في قيام شهر رمضان

(يستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم إمامهم خمس ترويحات، كل ترويحة

فصل في قيام شهر رمضان

التراويح جمع ترويحة أي ترويحة للنفس: أي استراحة، سميت نفس الأربع بها لاستلزامها شرعاً ترويحة: أي استراحة فلذا قال: ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة قوله: **(والأصح أنها سنة لمواظبة الخلفاء الراشدين)**[١] تغليب إذ لم يرد كلهم بل عمر وعثمان وعلياً، وهذا لأن ظاهر المنقول أن مبدأها من زمن عمر وهو ما عن عبد الرحمن بن القارىء، قال: خرجت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليلة في رمضان إلى المسجد فإذا الناس أوزاع منفرقون يصلي الرجل لنفسه ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرهط، فقال عمر رضي الله عنه: إني أرى لو جمعت هؤلاء على قارىء واحد لكان أمثل، ثم عزم فجمعهم إلى أبي بن كعب، ثم خرجت معه ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم. فقال عمر: نعمت البدعة هذه، والتي ينامون عنها أفضل يريد آخر الليل، وكان الناس يقومون أوله[٢]. رواه أصحاب السنن، وصححه الترمذي، وقال ﷺ «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي»[٣] وقال في حديث آخر «افترض الله عليكم صيامه وسننت لكم قيامه»[٤] وقد بين ﷺ العذر في تركها وهو

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم، وترجم بقيام رمضان اتباعاً للفظ الحديث، قال ﷺ «إن الله تعالى فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه» والترويحة اسم لكل أربع ركعات، فإنها في الأصل إيصال الراحة وهي الجلسة، ثم سميت لأربع ركعات في آخرها الترويحة، قوله **(ذكر لفظ الاستحباب والأصح أنها سنة)** يعني في حق الرجال والنساء، وفيه نظر لأنه قال: يستحب أن يجتمع الناس، وهذا يدل على أن اجتماع الناس مستحب، وليس فيه دلالة على أن التراويح مستحبة، وإلى هذا ذهب بعضهم فقال: التراويح سنة والاجتماع مستحب، وقوله **(لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون)** إنما يدل على سنيتها لقوله ﷺ «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي» فإن قيل: لو كانت سنة لواظب عليها النبي ﷺ ولم يواظب، والجواب بأنه بين عليه الصلاة والسلام العذر في تركه المواظبة، وهو خشية أن تكتب علينا. روي «أنه ﷺ خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة، فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين ركعة، فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج عليه الصلاة والسلام وقال: عرفت اجتماعكم لكني خشيت أن تكتب عليكم» فكان الناس يصلونها فرادى إلى زمن عمر رضي الله عنه، فقال عمر: إني

فصل في قيام شهر رمضان

قوله: **(وفيه نظر قال: يستحب أن يجتمع الناس الخ)** أقول: فيه أن مراد المصنف أنه سكت عن بيان صفة التراويح استقلالاً، وذكر

---

(١) فيه نظر. حيث قال ابن حجر في الدراية ١/٢٠٣: لم أجده اهـ. يعني لأن ذلك لم يكن في عهد أبي بكر.

(٢) صحيح. أخرجه مالك ١١٤ ح٣ والبخاري ٢٠١٠ من طريقه وكذا البيهقي ٢/٤٩٣ كلهم عن عبد الرحمن بن عبد القاري.
تنبيه: قوله رواه أصحاب السنن وصححه الترمذي. هو خطأ ظاهر سببه عدم وضوح عبارة الزيلعي في نصب الراية. فهذا الخبر ليس في السنن وإنما الذي في السنن حديث أبي ذر وهو بنحوه حديث عائشة الآتي بعد ثلاثة أحاديث. وانظر نصب الراية ٢/١٥٣ حتى ان ابن حجر في الدراية لم يوضح ذلك وإنما اختصر كلام الزيلعي فقط

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٠٦٧ والترمذي ٢٦٧٦ وابن ماجه ٤٢ والحاكم ١/٩٦ كلهم من حديث العرباض بن سارية وهو عن الحاكم من وجوه عدة وأسانيده جياد.
وهو بعض حديث وفيه: عضوا عليها بالنواجذ وإياكم ومحدثات فإن كل بدعة ضلالة. ورواه بعضهم على التقديم والتأخير.
قال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم وقال: لا أعرف له علة وأقر الذهبي

(٤) حسن. أخرجه النسائي ٤/١٥٨ وابن ماجه ١٣٢٨ وأحمد ١/١٩١ كلهم من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي عبد الرحمن بن عوف: إن الله تعالى فرض صيام رمضان عليكم وسننت لكم قيامه فمن صامه وقامه إيماناً واحتساباً خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه.
ومداره على النضر بن شيبان وهو ليس الحديث كما في التقريب. وبقية رجاله ثقات.

بتسليمتين، **ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة، ثم يوتر بهم)** ذكر لفظ الاستحباب والأصح أنها سنة، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه الصلاة والسلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا **(والسنة فيها الجماعة)** لكن على وجه الكفاية، حتى لو امتنع أهل المسجد

خشية الافتراض على ما قدمناه في باب الوتر من حديث ابن حبان فارجع إليه[1] وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ صلى في المسجد فصلى بصلاته ناس، ثم صلى من القابلة فكثر الناس، ثم اجتمعوا من الثالثة فلم يخرج إليهم، فلما أصبح قال: قد رأيت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم» وذلك في رمضان. زاد البخاري فيه في كتاب الصوم «فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك»[2] وقدمنا في باب النوافل عن أبي سلمة بن عبد الرحمن «سألت عائشة رضي الله عنها كيف كانت صلاة رسول الله ﷺ في رمضان؟ فقالت: ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة ركعة»[3] الحديث. وأما ما روى ابن أبي شيبة في مصنفه والطبراني وعند البيهقي من حديث ابن عباس «أنه ﷺ كان يصلي في رمضان عشرين ركعة سوى الوتر»[4] فضعيف بأبي شيبة إبراهيم بن عثمان جد الإمام أبي بكر بن أبي شيبة متفق على ضعفه مع مخالفته للصحيح. نعم ثبتت العشرون من زمن عمر في الموطإ. عن يزيد بن رومان قال «كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة[5]»، وروى البيهقي في المعرفة عن السائب بن يزيد قال: كنا نقوم في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعشرين ركعة والوتر[6]، قال النووي في الخلاصة إسناده صحيح. وفي الموطإ رواية بإحدى عشرة[7]. وجمع بينهما[8] بأنه وقع أولا ثم استقر الأمر على العشرين فإنه المتوارث، فتحصل من هذا كله أن قيام

أرى أن أجمع الناس على إمام واحد، فجمعهم على أبي بن كعب فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعة، وقوله **(والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة)** كان من حقه أن يقول: والمستحب في الانتظار بين الترويحتين، لأنه استدل بعادة أهل الحرمين على ذلك، وأهل الحرمين لا يجلسون، فإن أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين أسبوعاً، وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات، وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتاً، وإنما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لأن التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقاً للمسمى **(واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح وليس بصحيح)** أي مستحب، وقوله (وبه) أي وبان وقتها بعد العشاء قبل الوتر **(قال عامة**

لفظ الاستحباب فالظاهر انسحابه على مجموع الصلاة والاجتماع والتسليم بين كل ترويحتين، والجلوس غير الوتر فإنه سبق بيان صفته قوله: **(فإن قيل: لو كانت سنة لواظب عليها النبي ﷺ)** أقول: ذلك في سنة النبي ﷺ وهذا سنة الخلفاء، وهم واظبوا عليها غير أبي بكر

---

(١) أخرجه ابن حبان بإسناد ضعيف وقد تقدم في ٥/ ٤٢٥ في الوتر.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠١٢ و١١٢٩ ومسلم ٧٦١ ومالك ١١٣ ح١ وأبو داود ١٣٧٣ والنسائي ٣/ ٢٠٢، ٢٠٣ والبيهقي ٢/ ٤٩٣ كلهم من حديث عائشة.
(٣) صحيح تقدم في باب النوافل.
(٤) منكر. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٣/ ١٧٢ وكذا البيهقي ٢/ ٤٩٦ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الهيثمي: فيه أبو شيبة إبراهيم وهو ضعيف.
وقال البيهقي: تفرد به إبراهيم بن عثمان أبو شيبة وهو ضعيف اهـ.
قلت: بل هو حديث منكر لأن راويه ضعيف وقد خالف رواية الثقة.
(٥) مرسل. أخرجه مالك في الموطأ ١١٥ ح٥ ومن طريقه البيهقي ٢/ ٤٩٦ كلاهما عن يزيد بن رومان. وهو ثقة إلا أنه منقطع حيث لم يدرك زمن عمر.
(٦) صحيح. أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٢/ ١٥٤ وهو في السنن ٢/ ٤٩٦ دون لفظ مع الوتر.
وقال الزيلعي: صححه النووي في الخلاصة اهـ. وكذا في شرح المهذب ٤/ ٣٢ وهو من رواية السائب بن يزيد.
(٧) صحيح. أخرجه مالك ١١٥ ح٤ ومن طريقه البيهقي ٢/ ٤٩٦ كلاهما عن السائب بن يزيد بزيادة: وكان القارىء يقرأ بالمئين حتى كنا نعتمد على العصي من طول القيام وما كنا ننصرف إلا في فروع الفجر.
(٨) جمع بينهما البيهقي في ٢/ ٤٩٦ فقال: يمكن الجمع بينهما.

عن إقامتها كانوا مسيئين، ولو أقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لأن أفراد الصحابة رضي الله عنهم روي عنهم التخلف، والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة، وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة

رمضان سنة إحدى عشرة ركعة بالوتر في جماعة فعله ﷺ ثم تركه لعذر، أفاد أنه لولا خشية ذلك لواظبت بكم، ولا شك في تحقق الأمن من ذلك بوفاته ﷺ فيكون سنة، وكونها عشرين سنة الخلفاء الراشدين. وقوله ﷺ «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين»[1] ندب إلى سنتهم، ولا يستلزم كون ذلك سنته، إذ سنته بمواظبته بنفسه أو إلا لعذر، وبتقدير عدم ذلك العذر إنما استفدنا أنه كان يواظب على ما وقع منه وهو ما ذكرنا فتكون العشرون مستحباً وذلك القدر منها هو السنة كالأربع بعد العشاء مستحبة وركعتان منها هي السنة. وظاهر كلام المشايخ أن السنة عشرون، ومقتضى الدليل ما قلنا. فالأولى حينئذ ما هو عبارة القدوري من قوله يستحب لا ما ذكره المصنف فيه قوله: **(لأن أفراد الصحابة روي عنهم التخفيف)** ذكر أن الطحاوي[2] رواه عن ابن عمر وعروة، ونقل عن القاسم وإبراهيم ونافع وسالم. وعن أبي يوسف إن أمكنه أداؤها في بيته مع مراعاة سنة القراءة وأشباهها فيصليها في بيته إلا أن يكون فقيهاً كبيراً يقتدي به لقوله ﷺ «عليكم بالصلاة في بيوتكم، فإن خير صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة»[3] وجوابه أن قيام رمضان مستثني من ذلك لما تقدم من فعله ﷺ وبيان العذر في تركه وفعل الخلفاء الراشدين قوله: **(والمستحب الجلوس)** قيل ينبغي أن يقول: والمستحب الانتظار بين الترويحتين لأنه استدل بعادة أهل الحرمين، وأهل المدينة كانوا يصلون بدل ذلك أربع ركعات فرادى، وأهل مكة يطوفون بينهما أسبوعاً ويصلون ركعتي الطواف، إلا أنه روى البيهقي بإسناد صحيح أنهم كانوا يقومون على عهد عمر[4]. ونحن لا نمنع أحداً من التنفل ما شاء، وإنما الكلام في القدر المستحب بجماعة وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتاً أو يصلون أربعاً فرادى، وإنما استحب الانتظار لأن التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ذلك تحقيقاً لمعنى الاسم وكذا هو متوارث قوله: **(وبه قال عامة المشايخ)** لأنها سنة تبع للعشاء فكان وقتها قبل الوتر، وقال جماعة: الليل كله وقتها قبل العشاء وبعده لأنها قيام الليل. والأصح أنه قبل الوتر وبعده بعد العشاء لأنها نوافل سنت بعد العشاء كسنتها فكانت تبعاً لها. والمستحب تأخيرها إلى ثلث الليل أو نصفه. واختلف في أدائها بعد النصف، فقيل يكره لأنها تبع للعشاء كسنتها والصحيح لا يكره لأنها صلاة الليل والأفضل فيها آخر قوله: **(وأكثر المشايخ الخ)** يقابل قول الأكثر ما قيل الأفضل أن يقرأ قدر قراءة المغرب لأن النوافل مبنية على التخفيف خصوصاً بالجماعة وما قيل يقرأ في كل ركعة ثلاثين آية لأن عمر أمر بذلك فيقع الختم ثلاث مرات لأن كل عشر مخصوص بفضيلة كما جاءت

المشايخ: **فإن صلاها قبل العشاء أو بعد الوتر لا تكون تراويح)** لأنها عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر، وذهب متأخرو مشايخ بلخ إلى أن جميع الليل إلى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لأنها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل **(والأصح أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء)** ولو صلى قبل العشاء لا تكون تراويح، ولو صلى بعد الوتر جاز، وقوله **(ولم يذكر قدر القراءة)** ظاهر، وقال بعضهم: يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب لأن التطوع أخف من المكتوبة فيعتبر بأخف المكتوبات قراءة. وقال بعضهم: يقرأ مقدار ما

رضي الله عنهم قوله: **(وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات)** أقول: فرادى، وينبغي أن يأتي بالصلوات لكونها فرضاً عند الشافعي اعتبار خلاف الشافعي.

---

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) انظر شرح الآثار للطحاوي ١/٢٠٧.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٧٣١ و٦١١٣ ومسلم ٧٨١ وأبو داود ١٤٤٧ والترمذي ٤٥٠ والنسائي ٣/١٩٨ والدارمي ١٣٩٩ وأحمد ٥/١٨٧ كلهم من حديث زيد بن ثابت وهو طرف حديث سيأتي تمامه في ٣/٤٧٨.

(٤) وكذا مالك في الموطأ كما تقدم بل هو في البخاري أيضاً ٢٠١٠ من رواية عبد الرحمن بن عبد القاري وتقدم تخريجه وأن عمر جمع الناس على أبي بن كعب.

أهل الحرمين، واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح. وقوله ثم يوتر بهم يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر، وبه قال عامة المشايخ، والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء، ولم يذكر قدر القراءة فيها، وأكثر المشايخ رحمهم الله على أن السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم، بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لأنها ليست بسنة **(ولا يصلى الوتر بجماعة في غير شهر رمضان)** عليه إجماع المسلمين، والله أعلم.

به السنة أنه «شهر أوّله رحمة وأوسطه مغفرة وآخره عتق من النار» ومنهم من استحب الختم ليلة السابع والعشرين رجاء أن ينالوا ليلة القدر، ثم إذا ختم قبل آخره قيل لا يكره ترك التراويح فيما بقي، وقيل يصليها ويقرأ فيها ما يشاء، والذي عليه الأكثر ما رواه الحسن عن أبي حنيفة أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات، فعدد التراويح ستمائة ركعة أو خمسمائة وثمانون، وعدد آي القرآن ستة آلاف وشيء. ونقل بعضهم في رواية الحسن قال: عشر آيات ونحوها وهو حسن، وعن أبي حنيفة أنه كان يختم إحدى وستين ختمة في كل يوم ختمة وفي كل ليلة ختمة وفي كل التراويح ختمة قوله: **(ولا يترك لكسل القوم)** تأكيد في مطلوبية الختم وأنه تخفيف على الناس لا تطويل كما صرح به في النهاية، وإذا كان إمام مسجد حيه لا يختم فله أن يتركه إلى غيره قوله: **(حيث يتركها)** إذا علم أنها تثقل على القوم بخلاف الصلاة لا يتركها لأنها فرض أو سنة، ولا يترك السنن للجماعات كالتسبيحات قوله: **(عليه إجماع المسلمين)** لأنه نفل من وجه، الجماعة في النفل في غير رمضان مكروه فالاحتياط تركها فيه. وفي بعض الحواشي قال بعضهم: لو صلاها بجماعة في غير رمضان له ذلك، وعدم الجماعة فيها في غير رمضان ليس لأنه غير مشروع بل باعتبار أنه يستحب تأخيرها إلى وقت تتعذر فيه الجماعة، فإن صح هذا قدح في نقل الإجماع ثم بعد عدم كراهة الجماعة في الوتر في رمضان اختلفوا في الأفضل. في فتاوى قاضيخان: الصحيح أن الجماعة أفضل لأنه لما جازت الجماعة كانت أفضل، وفي النهاية بعد حكاية هذا قال: واختار علماؤنا أن يوتر في منزله لا بجماعة، لأن الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كما اجتمعوا على التراويح[1]: لأن عمر رضي الله عنه كان يؤمهم فيه في رمضان وأبي بن كعب كان لا يؤمهم اهـ. وحاصل هذا اختلاف فعلي. وأنت علمت مما قدمناه في حديث ابن حبان في باب الوتر أنه ﷺ كان أوتر بهم ثم بين العذر في تأخيره عن مثل ما صنع فيما مضى[2]، فكما أن فعله الجماعة بالنفل ثم بيانه العذر في تركه أوجب سنيتها فيه فكذلك الوتر بجماعة لأن الجاري فيه مثل الجاري في النفل بعينه. وكذا ما نقلناه من فعل الخلفاء يفيد ذلك، فلعل من تأخر عن الجماعة فيه أحب أن يصلي آخر الليل فإنه أفضل كما قال عمر: والتي ينامون عنها أفضل، وعلم قوله ﷺ «واجعلوا آخر صلاتكم بالليل وتراً»[3] فأخره لذلك، والجماعة فيه إذ ذاك متعذرة فلا يدل ذلك على أن الأفضل فيه ترك الجماعة لمن أحب أن يوتر أول الليل كما يعطيه إطلاق في جواب هؤلاء.

يقرأ في العشاء لأنه تبع لها، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات، وهو الصحيح لأن فيه تخفيفاً على الناس وتحصل به السنة، لأن عدد الركعات في ثلاثين ليلة ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف وشيء، وإذا قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل به الختم، وقوله **(بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات)** يعني إذا علم أن قراءتها تثقل على القوم يتركها، وينبغي أن يأتي بالصلوات لكونها فرضاً عند الشافعي فيحتاط في الإتيان. وقوله **(ولا يصلي الوتر بجماعة)** ظاهر، وأما الوتر بجماعة في رمضان فهو أفضل لأن عمر كان يؤمهم في الوتر، وذكر أبو علي النسفي أن علماءنا اختاروا أن يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لأن الصحابة رضي الله عنهم لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح، فإن أبيّ ابن كعب رضي الله عنه ما كان يؤمهم فيها. وتصح التراويح بمطلق النية ونية التراويح أو سنة الوقت أفضل.

---

(١) بل في رواية مالك والبيهقي. إحدى عشرة ركعة. ورواية ثانية بثلاث وعشرين ركعة. فهذا دليل على كون الوتر في جماعة. وأخرجه البيهقي ٢/٤٩٦، ٤٩٧ عن علي أنه كان يوتر بهم أي بعد التراويح وذلك في عهده بالخلافة.

(٢) تقدم في باب الوتر وأنه ضعيف.

(٣) صحيح. تقدم في باب الوتر.

باب إدراك الفريضة

(ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت يصلي أخرى) صيانة للمؤدي عن البطلان **(ثم يدخل مع القوم)** إحرازاً

باب إدراك الفريضة

حقيقة هذا الباب مسائل شتى تتعلق بالفرائض في الأداء الكامل وكله مسائل الجامع قوله: **(ثم أقيمت)** حقيقة إقامة الشيء فعله، وهذا أراد لا ما إذا شرع المؤذن في الإقامة قبل أن يشرع الإمام بل يتم ركعتين في هذه الصورة ثم يدخل معهم قوله: **(هو الصحيح)** إليه مال فخر الإسلام، واحترز به عن مختار شمس الأئمة أنه يتم ركعتين. وجه مختار المصنف أن ما دون الركعة ليس له حكم الصلاة، بدليل أن من حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة فكان بمحل الرفض، لكن فيه أنه وقع قربة فوجب صيانته ما أمكن بالنص، واستئناف الفرض على الوجه الأكمل لا يسلب قدرة صونه عن البطلان لتمكنه من إتمام الركعتين مع تحصيل فضيلة صلاة الفرض بجماعة وإن فاته ركعة مع الإمام فلا يجوز الإبطال مع التمكن من تحصيل المصلحتين. نعم غاية الأكملية في أن لا يفوته شيء مع الإمام، ويعارضه حرمة الإبطال، بخلاف إتمام ركعتين لأنه ليس بإبطال للصلاة بل لوصفها إلى وصف أكمل فصار كالنفل فإنه يتم ركعتين وإن لم يكن قيدها بسجدة، بخلاف ما إذا شرع في النفل فحضرت جنازة خاف إن لم يقطعها تفوته فإنه لا يتمكن من المصلحتين معاً، وقطع النفل معقب للقضاء، بخلاف الجنازة لو اختار تفويتها كان لا إلى خلف قوله: **(وهذا القطع للإكمال)** يعني هو تفويت وصف الفرضية لتحصيله بوجه أكمل فصار كهدم المسجد لتجديده، وإذا كان القطع ثم الإعادة من غير زيادة إحسان جائزاً لحطام الدنيا كالمرأة إذا فار قدرها والمسافر إذا ندت دابته أو خاف فوت درهم من ماله فجوازه لتحصيله نفسه على وجه أكمل أولى بالجواز، ثم جواب المسألة مقيد بما إذا اتحد مسجدهما، فلو كان يصلي في البيت مثلاً فأقيمت في المسجد أو في المسجد فأقيمت في مسجد آخر لا يقطع مطلقاً ذكره المرغيناني. وقول محمد: بطلان الوصف يستلزم بطلان الأصل هو فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة بالمضي، كما إذا قيد خامسة الظهر بسجدة ولم يكن قعد الأخيرة، أما إذا كان ممكناً من المضي لكن أذن له الشرع في عمله يبطل أصلها بل تبقى نفلاً إذا ضم الثانية قوله: **(يروى ذلك عن أبي يوسف)** وعن أبي حنيفة أيضاً. وحكي عن السغدي: كنت أفتي أنه يتم سنة الظهر أربعاً بخلاف التطوع حتى رأيت في النوادر عن أبي حنيفة إذا شرع في سنة الجمعة ثم خرج الإمام قال: إن كان صلى ركعة أضاف إليها خرى ويسلم فرجعت وإليه مال السرخسي والبقالي، وقيل يتمها، وإليه أشار في الأصل أنها صلاة واحدة، والأول أوجه لأنه متمكن من قضائها بعد الفرض، ولا إبطال في التسليم على رأس الركعتين فلا يفوت فرض الاستماع والأداء على الوجه الأكمل بلا سبب قوله:

باب إدراك الفريضة

-لما فرغ من بيان الفرائض والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان الأداء الكامل وهو الأداء بالجماعة **(ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت)** أي شرع الإمام في الصلاة **(ويصلي أخرى صيانة للمؤدي عن البطلان)** لأن البتيراء منهي عنها **(ثم يدخل مع القوم إحرازاً لفضيلة الجماعة)** كما لو شرع في الظهر ثم أقيمت الجمعة، فان قيل: كيف يجوز إبطال صفة الفرضية لإقامة السنة؟ أجيب بأن النقض ليس لإقامة السنة بل لإقامة الفرض على وجه أكمل، فإن النقض للإكمال إكمال كهدم المسجد للبناء، وللصلاة في الجماعة فضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لإدراك ذلك، فإن قيل: كيف

باب إدراك الفريضة

قوله: **(لأن البتيراء منهي عنها)** أقول: يعلم منه أن النهي بمعنى النفي وإلا لم يلزم البطلان قوله: **(وأجيب بأن النقض ليس لإقامة السنة بل لإقامة الفرض الخ)** أقول: الأخصر أن يقول: بل لإقامة الفرض والسنة قوله: **(بطل أصل الصلاة على ما سيأتي)** أقول: في الباب

لفضيلة الجماعة (**وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح**) لأنه بمحل الرفض، وهذا القطع للإكمال، بخلاف ما إذا كان في النفل لأنه ليس للإكمال، ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فأقيم أو خطب

(**حيث يقطعها**) بخلاف ما قدمنا من اختيار شمس الأئمة عدم قطع الأولى قبل السجود وضم ثانية لأن ضمها هنا مفوت لاستدراك مصلحة الفرض بجماعة فيفوت الجمع بين المصلحتين قوله: (**غير أنه يتخير الخ**) قال السرخسي: يعود لا محالة لأنه أراد الخروج من صلاة معتد بها، وذلك لم يشرع إلا في حالة القعود، واختلف إذا عاد هل يعيد التشهد؟ قيل نعم لأن الأول لم يكن قعود ختم، وقيل يكفيه ذلك التشهد لأنه لما قعد ارتفض ذلك القيام فكأنه لم يقم، ثم قيل يسلم تسليمة واحدة وقيل ثنتين قوله: (**والذي يصلي معهم نافلة**) دل عليه ما في مسلم عن أبي ذر «أن النبي ﷺ قال: كيف أنت إذا كان عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها؟ قلت: فما تأمرني؟ صل الصلاة لوقتها، فإن أدركتها معهم فصل فإنها لك نافلة»[1] وكراهة النفل بجماعة خارج رمضان إنما هو إذا كان الإمام والقوم متنفلين، وإطلاق اسم الإعادة حينئذ مجاز لأنه غير الأول ذكره في الدراية قوله: (**لكراهة النفل بعد العصر**) فإن قيل: روى أبو داود والترمذي والنسائي عن يزيد بن الأسود رضي الله عنه قال «شهدت مع النبي ﷺ حجته فصليت معه صلاة الصبح في مسجد الخيف، فلما قضى صلاته إذا هو برجلين في أخرى القوم لم يصلياها معه، فقال: عليّ بهما، فجيء بهما ترعد فرائصهما، قال: ما منعكما أن تصليا معنا؟ قالا: يا رسول الله ﷺ إنا كنا صلينا في رحالنا، قال: فلا تفعلا، إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم، فإنها لكما نافلة»[2] صححه الترمذي، والصارف الأمر عن الوجوب جعلها نافله. فالجواب هو معارض بما تقدم من حديث النهي عن النفل بعد العصر أو الصبح وهو مقدم لزيادة قوته، ولأن المانع مقدم، واعتبارهم كون الخاص مطلقاً مقدماً على العام ممنوع بل يتعارضان في ذلك الفرد وموضعه الأصول، أو يحمل على ما قبل النهي في الأوقات المعلومة جمعاً بين الأدلة، كيف وفيه حديث صريح أخرجه الدارقطني عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال «إذا صليت في أهلك ثم أدركت الصلاة فصلها إلا الفجر والمغرب»[3]. قال عبد الحق: تفرد برفعه سهل بن صالح الأنطاكي وكان ثقة، وإذا كان كذلك فلا

يستقيم هذا على مذهب محمد، فإن الأصل عنده أن صفة الفرض إذا بطلت بطل أصل الصلاة على ما سيأتي فلا يكون المؤدي مصوناً عن البطلان؟ أجيب بأن ذلك مذهبه فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها، كما إذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وههنا يتمكن من ذلك، وفرق بينهما بأن إبطال صفة الفرضية لإحراز الجماعة بإطلاق من الشرع لأنه جاز قطعها لحطام الدنيا، حتى قيل لأجل درهم فلأن يجوز لإحراز الفضيلة أولى، بخلاف إبطالها في تلك الصلاة، فإنه ليس بإطلاق من الشرع (**وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح**) وإليه

الثاني قوله: (**لأنه جاز قطعها لحطام الدنيا الخ**) أقول: أي قطع الصلاة المفروضة قوله: (**فقيل يتشهد لأن القعدة الأولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد**) أقول: وإنما قال وقد صارت لأن القعدة العادة تعد من جملة الأولى، وفيه بحث قوله: (**وإذ أتمها معطوف على قوله**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٦٤٨ والنسائي ٢/ ١١٢ وابن ماجه ١٢٥٦ والبيهقي ٢/ ٢٩٩، ٣٠٠ كلهم من حديث أبي ذر واللفظ لمسلم.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٥٧٥ والترمذي ٢١٩ والنسائي ٢/ ١١٢، ٢١٢ والدارمي ١٣٤٠ والطيالسي ١٢٤٧ وأحمد ٤/ ١٦٠، ١٦١ والحاكم ١/ ٢٤٤، ٢٤٥ والدارقطني ١/ ٤١٣ والبيهقي ٢/ ٣٠١ كلهم من حديث جابر بن يزيد بن الأسود عن أبيه.

قال الترمذي: حسن صحيح. وبه يقول: الثوري والشافعي وأحمد وإسحق.

وقال الحاكم: هذا حديث رواه شعبة وهشام بن حسان وأبو عوانة وغيرهم عن يعلى بن عطاء ويعلى احتج به مسلم.

ووافقه الذهبي على ذلك. وقد ذكر الدارقطني طرقه كلها عن جابر بن يزيد عن أبيه وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٩ ما ملخصه: صححه ابن السكن. وله شواهد منها حديث أبي ذر وحديث ابن مسعود وعن محجن الديلي اهـ وهو على شرط مسلم.

وحديث أبي ذر تقدم قد أخرجه مسلم وغيره.

(٣) غريب. أخرجه الدارقطني كما ذكر المصنف ولم أره في السنن ولعله في غرائب مالك أو غيره والحديث الذي قبله أرجح منه. وقد وقع في رواية البيهقي في حديث يزيد بن الأسود أن ذلك كان في الفجر راجع البيهقي ٢/ ٣٠١

يقطع على رأس الركعتين، يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها **(وإن كان قد صلى ثلاثاً من الظهر يتمها)** لأن للأكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض، بخلاف ما إذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لأنه محل الرفض ويتخير، إن شاء عاد وقعد وسلم، وإن شاء كبر قائماً ينوي الدخول في صلاة الإمام **(وإذا أتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة)** لأن الفرض لا يتكرر في وقت واحد **(فإن صلى من الفجر ركعة ثم**

يضر وقف من وقفه لأن زيادة الثقة مقبولة، وإذا ثبت هذا فلا يخفى وجه تعليل إخراجه الفجر بما يلحق به العصر خصوصاً على رأيهم فإن الاستثناء عندهم من المخصصات ودليل التخصيص مما يعلل ويلحق به إخراجاً قوله: **(في ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يدخل معه ويتمها أربعاً، وما عنه أنه يسلم معه، وجه الظاهر ما ذكره من أن التنفل بالثلاث مكروه وهذا دفع للرواية الثانية عنه قوله: **(وفي جعلها أربعاً مخالفة إمامه)** دفع للرواية الأولى منه، وما ذكر في وجهها من أنه تغير وقع بسبب الاقتداء، ولا بأس به كمن أدرك الإمام في سجدة سجدها وهي زيادة على كمال الفرض. وفي وجه الأخرى أن هذا نقص وقع بسبب الاقتداء، ولا بأس به كما لو اقتدى بالإمام في الظهر بعد ما صلاها وترك الإمام القراءة في الأخريين فإنه تجوز صلاة المقتدي مع خلوهما عن القراءة حقيقة وحكماً وهو نقص في صلاة المقتدي، ولم يكره لمجيئه بسبب الاقتداء فالأخير مدفوع بمنع خلوه عن القراءة حكماً. وكذا ما قبله فإن زيادة نحو السجدة ليس زيادة تمام ماهية الصلاة، بخلاف زيادة ركعة تامة فلا يلزم من اعتبار ما هو بمحل الرفض اعتبار ما لا يمكن رفضه. والأوجه ما قيل في وجه الأولى بأنه مخالفة بعد الفراغ، وذلك ليس بممنوع شرعاً كالمسبوق. وقد يدفع بأن مراده المخالفة في النية. يعني إذا اقتدى وهو يعلم أن الإمام يصلي ثلاثاً ومن عزمه هو أن يصلي أربعاً يكون مخالفاً لإمامه في النية: وإطلاق قوله ﷺ «إنما جعل الإمام ليؤتم به[1] فلا تختلفوا عليه يفيد كراهته وجواز مخالفته في صفة النفلية بالنص المذكور آنفاً على خلاف القياس، أو نقول:

مال فخر الإسلام **(لأنه بمحل الرفض)** يعني له ولاية الرفض في الجملة ما لم يقيد بالسجدة، ألا ترى أن من قام إلى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة **(والقطع للإكمال)** وهو إكمال، وقال بعضهم: يصلي ركعتين ثم يقطع، وإليه مال شمس الأئمة لأن ما أتى به إن لم يكن صلاة فهو قربة سلمت إلى مستحقها فلا يجوز إبطالها، ألا ترى أنه لو شرع في التطوع ثم أقيمت الظهر لم يقطع التطوع فالفرض أولى، والجواب أن القطع في محل النزاع للإكمال دون ما ذكرتم وإليه أشار المصنف بقوله والقطع للإكمال، بخلاف ما إذا كان في النفل لأنه ليس للإكمال **(ولو كان في السنة قبل الظهر أو السنة قبل الجمعة فأقيم للظهر أو خطب)** الإمام لف ونشر مستقيم **(يقطع على رأس الركعتين)** إحرازاً لفضيلة الجماعة **(يروى ذلك عن أبي يوسف)** وروي في الجمعة عن أبي حنيفة في النوادر **(وقيل يتمها)** لأن الأربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم **(إن كان قد صلى ثلاثاً من الظهر يتمها لأن للأكثر حكم الكل)** فيثبت به شبهة الفراغ، ولو ثبت حقيقته لم يحتمل النقض، فكذا إذا ثبت شبهته **(بخلاف ما إذا لم يقيد الثالثة بالسجدة)** لأنه بمحل الرفض كما مر فيقطعها، وإذا أراد القطع **(فهو بالخيار إن شاء عاد وقعد وسلم)** ليكون ختم صلاته على الوجه المشروع ثم اختلفوا هل يتشهد ثانياً أو لا، فقيل يتشهد لأن القعدة الأولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد، وقيل يكفيه التشهد الأول لأن بالعود إلى القعدة ارتفض القيام وجعل كأنه لم يوجد أصلاً فكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند بعضهم لأنه المعهود في التحلل، وقيل بتسليمة واحدة لأن التسليمة الثانية بالتحلل وهذا قطع من وجه **(وإن شاء كبر قائماً ينوي الدخول في صلاة الإمام)** لأنه مسارعة إلى إدراك الفريضة، وقال شمس الأئمة الحلواني: لو لم يعد إلى القعدة فسدت صلاته، وهو المذكور في النوادر، واختاره شمس الأئمة السرخسي لأن القعدة المؤداة لم تقع فرضاً وركعتاه لما انقلبتا نفلا لم يكن لهما بد من القعدة المفروضة، وقال فخر الإسلام: الأصح أنه يكبر قائماً لأنه يختم صلاته، فإذا كبر قائماً ينوي الشروع في صلاة الإمام تنقطع

يتمها) أقول: ويجوز عطفه على الجملة الشرطية

---

(١) هو بعض حديث رواه الجماعة وقد تقدم تخريجه.

أقيمت يقطع ويدخل معهم) لأنه لو أضاف إليها أخرى تفوته الجماعة، وكذا إذا قام إلى الثانية قبل أن يقيدها بالسجدة، وبعد الإتمام لا يشرع في صلاة الإمام لكراهة التنفل بعد الفجر، وكذا بعد العصر لما قلنا، وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لأن التنفل بالثلاث مكروه، وفي جعلها أربعاً مخالفة لإمامه **(ومن دخل مسجداً قد أذن فيه يكره أن يخرج حتى يصلي)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع» قال **(إلا إذا كان ممن ينتظم به أمر جماعة)** لأنه ترك صورة تكميل معنى **(وإن كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بأن يخرج)** لأنه أجاب داعي الله مرة **(إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة)** لأنه يتهم بمخالفة الجماعة عياناً **(وإن كانت العصر أو المغرب أو الفجر خرج وإن أخذ المؤذن فيها)** لكراهة التنفل بعدها (ومن

المخالفة في الأداء ممنوع، وإنما أطلقه الشرع بعد الفراغ لقضاء ما فاته ليحصل بذلك الوفاق معنى، وما نحن فيه بخلافه إذ يحصل به الخلاف معنى، ويؤيده تصريح الحديث المذكور آنفاً بمنعه، غير أنه إن دخل ولا بد أتمها أربعاً ولو سلم مع الإمام، فعن بشر لا يلزمه شيء، وقيل فسدت ويقضي أربعاً لأنه التزم بالاقتداء ثلاث ركعات فيلزم أربع كما لو نذر ثلاثاً، ولو صلى الإمام أربعاً ساهياً بعد ما قعد على رأس الثلاث وقد اقتدى به الرجل متطوعاً قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: تفسد صلاة المقتدي لأن الرابعة وجبت على المقتدي بالشروع وعلى الإمام بالقيام إليها. فصار كرجل أوجب على نفسه أربع ركعات بالنذر فاقتدى فيهن بغيره لا تجوز صلاة المقتدي كذا هذا قوله: **(يكره له الخروج حتى يصلي)** فيه مقيد بما بعده من أن لا يكون صلى وليس ممن تنتظم به جماعة أخرى، فإن كان خرج إليهم وفيه قيد آخر وهو أن يكون مسجد حيه أو غيره وقد صلوا في مسجده حيه، فإن لم يصلوا في مسجد حيه فله أن يخرج إليه والأفضل أن لا يخرج **(قوله ﷺ «لا يخرج» الخ)** روى ابن ماجه بسنده عن محمد بن يوسف مولى عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من أدرك الأذان في المسجد»

الأولى في ضمن شروعه في صلاة الإمام، ثم هو مخير إن شاء رفع يديه وإن شاء لم يرفع، وقوله **(وإذا أتمها)** معطوف على قوله يتمها، وقوله **(ويدخل مع القوم)** الدخول ليس بحتم لأن الذي يصلي معهم نافلة ولا إلزام فيها، والأفضل الدخول لأنه في وقت مشروع ويندفع عنه تهمة أنه ممن لا يرى الجماعة. فإن قيل: يلزم أداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه، أجيب بأن الكراهة إذا كان الإمام والقوم متنفلين، وأما إذا كان الإمام مفترضاً فلا كراهة «روي أن رسول الله ﷺ فرغ من الظهر فرأى رجلين في أخريات الصفوف لم يصليا معه، فقال: عليّ بهما فأتي بهما وفرائصهما ترتعد، فقال: على رسلكما فإني ابن امرأة كانت تأكل القديد، ثم قال: مالكما لم تصليا معنا؟ فقالا: : كنا صلينا في رحالنا، فقال عليه الصلاة والسلام: إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة» أي نافلة. قال **(فإن صلى من الفجر ركعة)** كلامه واضح، وقوله **(في ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يصلي أربعاً: ثلاثاً مع الإمام وركعة بعد ما يفرغ الإمام، لأن مخالفة الإمام بعد فراغه لا تمنع الاقتداء، كالمقيم إذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق فإنهما يقومان بعد فراغ الإمام، والجواب على الظاهر أنهما يفعلان ذلك لأداء ما عليهما، وفيما نحن فيه يفعله لما له، والأول أقوى، ولا يلزم من جواز المخالفة لأمر قوي جوازها لأمر ضعيف، قوله **(ومن دخل مسجداً قد أذن فيه)** فيه تفصيل، وذلك أن من دخل مسجداً قد أذن فيه، فإما أن يكون قد صلى أو لا، فإن لم يصل فإما أن يكون مسجد حيه أو لا، فإن كان كره له أن يخرج قبل الصلاة لأن المؤذن دعاه ليصلي فيه، وإن لم يكن فإن صلى في مسجد حيه فكذلك لأنه صار بالدخول فيه من أهله وإن لم يصل فيه وهو يخرج لأن يصلي فيه لا بأس به لأن الواجب عليه أن يصلي في مسجد حيه **(وإن كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بالخروج)** إلى آخر ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله **(يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد)** أما إنه يصلي وإن كانت الجماعة قامت لأن سنة الفجر من أقوى السنن وأفضلها، قال عليه الصلاة والسلام «صلوهما وإن طردتكم الخيل» وقال عليه الصلاة والسلام «ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها» وإدراك ركعة من الفجر كإدراك الكل، قال عليه الصلاة والسلام «من أدرك ركعة من الفجر فقد أدرك الصلاة» فكان جمعاً بين الفضيلتين. وأما أنه يصلي عند

انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر: إن خشي أن تفوته ركعة ويدرك الأخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل) لأنه أمكنه الجمع بين الفضيلتين **(وإن خشي فوتهما دخل مع الإمام)** لأن ثواب الجماعة أعظم، والوعيد بالترك ألزم، بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالتين لأنه يمكنه أداؤها في الوقت بعد

ثم خرج لحاجة وهو لا يريد الرجوع فهو منافق»[١] وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال «لا يخرج من المسجد أحد بعد النداء إلا منافق، إلا أحد أخرجته حاجة وهو يريد الرجوع»[٢] ومراسيل سعيد يقبلها بعض من يرد المراسيل من الأئمة لأنه تتبعها فوجدها مسانيد. وأخرج الجماعة إلا البخاري عن أبي الشعثاء قال: كنا مع أبي هريرة رضي الله عنه في المسجد، فخرج رجل حين أذن المؤذنون للعصر، فقال أبو هريرة: أما هذا فقد عصى أبا القاسم[٣]، ومثل هذا موقوف عند بعضهم، وإن كان ابن عبد البر قال فيه وفي نظائره مسند كحديث أبي هريرة «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[٤] وقال لا يختلفون في ذلك. ورواه

باب المسجد فلأنه لو صلاهما في المسجد كان متنفلاً فيه عند اشتغال الإمام بالفريضة وهو مكروه، فإن لم يكن عند باب المسجد موضع للصلاة يصليهما في المسجد خلف سارية من سواري المسجد، وأشدها كراهة أن يصليهما مخالطاً للصف ومخالفاً للإمام والجماعة، والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف. والوقت المستحب لها قيل كما طلع الفجر لوجود السبب، وقيل بقرب من الفرض لأنها تبع له. وقوله **(وإن خشي فوتهما)** يشير إلى أنه إن كان يرجو إدراك القعدة لا يدخل مع الإمام، وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ركعتي الفجر، لأن إدراك التشهد عندهما كإدراك الركعة أصله مسألة الجمعة، والفقيه إسماعيل الزاهد كان يقول: يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى تلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر، وزيفه الإمام السرخسي بأن ما وجب به الشروع ليس بأقوى مما وجب بالنذر، وقد نص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع، وبأن هذا أمر بالافتتاح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعاً. وأقول: إن أراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالتزييف موجه، وإن أراد بعده فلا، والقصد للقطع نقض للإكمال فلا بأس به. قوله**(لأن ثواب الجماعة أعظم)** لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة» قوله **(والوعيد بالترك ألزم)** يريد به ما روي أن رسول الله ﷺ قال «لقد هممت أن

قوله: **(وأشدها كراهة، إلى قوله: والذي يلي ذلك الخ)** أقول: قوله والذي يلي ذلك معناه أن أشد الكراهة في الصلاة أن يصليها مخالطاً، وأما الصلاة خلف الصف وإن لم تكن مكروهة أشد الكراهة إلا أنها مكروهة أيضاً ومرتبة كراهتها يلي ذلك: يعني يلي أشد الكراهة فتكون كراهتها شديدة بالنسبة إليها **(قال المصنف ويدرك الأخرى)** أقول: من قبيل علفتها تبناً وماء بارداً: أي ورجا أن يدرك أو هو حال بتقدير المبتدإ فيكون مرفوعاً قوله: **(وبأن هذا أمر بالافتتاح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعاً)** أقول: قال ابن الهمام في أوان باب سجود السهو: ومن شرع في الصلاة يقصد أن يفسدها لا تفسد إلا بتحقيق ذلك القصد بالفعل ونيته لغواً انتهى قوله: **(والقصد للقطع نقض للإكمال فلا بأس به)** أقول: فيه بحث إذ لا إكمال فيها فإنها لا تؤدى بالجماعة ألا ترى إلى ما مر من قوله بخلاف النفل لأنه ليس للإكمال، وكان الصواب أن يقول ليؤديها مرة أخرى. وجوابه أن إبطال العمل قصداً منهي، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٧٣٤ من حديث عثمان قال البوصيري في الزوائد: فيه إسحاق بن أبي فروة ضعيف وكذلك عبد الجبار بن عمر. فالحديث ضعيف اهـ وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٤

(٢) مرسل جيد. أخرجه أبو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب قال ابن الدراية ١/ ٢٠٤: مرسل رجاله ثقات.
قلت: والشافعي يقبل مراسيل ابن المسيب خاصته. وباقي الأئمة يقبل مراسيل الثقات مطلقاً.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مسلم ٦٥٥ وأبو داود ٥٣٦ والترمذي ٢٠٤ والنسائي ٢/ ٢٩ وابن ماجه ٧٣٣ كلهم من رواية أبي الشعثاء عن أبي هريرة به.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٧٧ ومسلم ١٤٣٢ وأبو داود ٣٧٤٢ وابن ماجه ١٩١٣ والدارمي ١٩٩٤ والطيالسي ٢٣٠٢ و٢٣٣٢ والبيهقي ٧/ ٢٦١ كلهم من حديث أبي هريرة وصدره: شر الطعام طعام الوليمة يدعى إليها الأغنياء ويترك الفقراء. ومن لم يجب.. وله حكم الرفع.

الفرض هو الصحيح، وإنما الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما، ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين إن شاء الله تعالى. والتقييد بالأداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في

ابن راهويه وزاد فيه: أمرنا رسول الله ﷺ إذا أذن المؤذن فلا تخرجوا حتى تصلوا»[1] قوله: **(وإن خشي فوتهما)** الحاصل أنه إذا أمكن الجمع بين الفضيلتين ارتكب الأرجح، وفضيلة الفرض بجماعة أعظم فضيلة ركعتي الفجر لأنها تفضل الفرض منفرداً بسبع وعشرين ضعفاً لا يبلغ ركعتا الفجر ضعفاً واحداً منها لأنها أضعاف الفرض، والوعيد على الترك للجماعة ألزم منه على ركعتي الفجر، وهو ما تقدم في باب الإمامة من قول ابن مسعود: لا يتخلف عنها إلا منافق، وما قدمناه من همه عليه الصلاة والسلام بتحريق بيوت المتخلفين ومن رواية الحاكم «من سمع النداء» الحديث[2]، فارجع إليها، ولو كان يرجو إدراكه في التشهيد قيل هو كإدراك الركعة عندهما، وعلى قول محمد لا اعتبار به كما في الجمعة، والوجه اتفاقهم على صلاة الركعتين هنا لما سنذكر، وما عن الفقيه إسماعيل الزاهد أنه ينبغي أن يشرع في ركعتي الفجر ثم يقطعهما فيجب القضاء فيتمكن من القضاء بعد الصلاة دفعه الإمام السرخسي بأن ما وجب بالشروع ليس أقوى مما وجب بالنذر، ونص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع، وأيضاً شروع في العبادة بقصد الإفساد، فإن قيل: يؤديها مرة أخرى، قلنا: إبطال العمل قصداً منهي، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة قوله: **(حيث يتركها في الحالتين)** أي في حال خوف فوت الفرض وحال خوف بعضه قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم لا يقضيها قوله: **(وإنما الخلاف الخ)** فعند أبي يوسف بعد الركعتين وهو قول أبي حنيفة، وعلى قول محمد قبلهما وقيل الخلاف على عكسه، والأولى تقديم الركعتين لأن الأربع فاتت عن الموضوع المسنون فلا تفوت الركعتان أيضاً عن موضعهما قصداً بلا ضرورة. وفي المصفى وتبعه شارح الكنز جعل قولهما بتأخير الأربع بناء على أنها لا تقع سنة بل نفلاً مطلقاً: وعند محمد تقع سنة فيقدمها على ركعتين، والذي يقع عندي أن هذا من تصرف المصنفين، فإن المذكور من وضع المسألة الاتفاق على قضاء الأربع، وإنما الخلاف في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما والاتفاق على أنها تقضى اتفاق على وقوعها سنة، ألا ترى أنهم لما اختلفوا في سنة الفجر هل تقع بعد الشمس سنة أو نفلاً مبتدأ حكوا الخلاف في أنها تقضى أو لا، فلو كانا يقولان في سنة الظهر أنها تكون نفلاً مطلقاً لجعلوها خلافية في أصل القضاء فالذي لا يشك فيه أنهم إذا قالوا تقضى أو لا معناه أنها تفعل بعد ذلك الوقت وتقع سنة كما هي في ذلك الوقت أو لا تقع سنة، ويؤيد ذلك ما في فتاوى قاضيخان في باب التراويح: إذا فاتت التراويح لا تقضى بجماعة وهل تقضى بلا جماعة؟ قيل نعم ما لم يدخل وقت تراويح أخرى، وقيل ما لم يمض رمضان، وقيل لا تقضى، قيل وهو الصحيح لأنها دون سنة المغرب والعشاء، وتلك لا تقضى إذا فاتت بلا فريضة فكذا التراويح، ثم قال: فإن قضاها وحده كان نفلاً مستحباً ولا يكون تراويح اهـ. دل أنه على اعتبار جعله قضاء يقع تراويح، وقد روي عن عائشة «أنه ﷺ إذا فاتته الأربع قبل الظهر قضاها بعد الركعتين»[3] قال الترمذي حسن غريب ولذا اتفقوا على قضائها كذلك قوله: **(والتقييد بالأداء عند باب**

استخلف من يصلي بالناس وأنظر إلى من لم يحضر الجماعة فآمر بعض فتيان بأن يحرقوا بيوتهم» وقوله **(في الحالتين)** يريد

---

(١) حسن. وكذا أخرجه أحمد ٢/٥٣٧ والطيالسي ٢٥٨٨ كلاهما من طريق شريك عن أبي هريرة به وشريك حديثه حسن
(٢) تقدمت هذه الأخبار في الإمامة وفي صلاة الجماعة.
(٣) حسن. أخرجه الترمذي ٤٢٦ وابن ماجه ١١٥٨ كلاهما من حديث عائشة.
قال الترمذي: حسن غريب من حديث ابن المبارك. وقد رواه قيس بن الربيع عن شعبة به.
وما أشار إليه الترمذي هو عند ابن ماجه وقد قال ابن ماجه عقبه: لم يحدث به سوى قيس عن شعبة اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن قيس هذا: صدوق تغير لما كبر اهـ.
لكن توبع في رواية الترمذي فالحديث أقل مراتبه أنه حسن لذا صححه أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي.

المسجد إذا كان الإمام في الصلاة. والأفضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام. قال (وإذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس) لأنه يبقى نفلاً مطلقاً وهو مكروه بعد الصبح

المسجد يدل على الكراهة في المسجد إذا كان الإمام في الصلاة) لما روي عنه ﷺ «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة»[1] ولأنه يشبه المخالفة للجماعة والانتباذ عنهم، وعلى هذا فينبغي أن لا تصلي في المسجد إذ لا يمكن عند باب المسجد مكان لأن تركه المكروه مقدم على فعل السنة، غير أن الكراهة تتفاوت، فإن كان الإمام في الصيفي فصلاته إياها في الشتوي أخف من صلاتها في الصيفي وقلبه، وأشد ما يكون كراهة أن يصليها مخالطاً للصف كما يفعله كثير من الجهلة قوله: (والأفضل في عامة السنن والنوافل المنزل) ذهب جماعة من أهل العربية إلى أن لفظ عامة بمعنى الأكثر وفيه خلاف، وذكر المشايخ أنه المراد في قولهم قال به عامة المشايخ ونحوه ويجب اعتباره كذلك هنا بالنسبة إلى التراويح وتحية المسجد في السنن، وأما في النوافل فلا، وعلى هذا فيجب كون النوافل عطفاً على لفظ عامة معمولاً للحرف لا على السنن. فإن قلت: فهل يعتبر بالنسبة إلى ركعتي المغرب والظهر على ما قال في شرح الآثار إن الركعتين بعد الظهر والمغرب يؤديهما في المسجد لا ما سواهما. والجواب هذا قول البعض، وعامتهم على إطلاق الجواب فعبارة الكتاب، وبه أفتى الفقيه أبو جعفر قال: إلا أن يخشى أن يشتغل عنها إذا رجع، فإن لم يخف فالأفضل البيت، وما قدمنا عن أبي حنيفة في باب النوافل بعد نقل كلام الحلواني لا ينافي هذا ولا ما صرح الزاهدي به من كراهة سنة المغرب في المسجد، إذ وقوعها سنة لا ينافي ثبوت كراهة ما فيها، ألا ترى أنه سماها سنة مع الكراهة وقد ذهب بعض العلماء من غير المذهب إلى أنه يصير عاصياً، وحكي عن أبي ثور كأنه ذهب إلى قوله ﷺ «اجعلوها في بيوتكم»[2] واختلف قول الإمام أحمد روى عنه ابنه عبد الله أنه بلغه عن رجل سماه أنه قال: لو أن رجلاً صلى الركعتين بعد المغرب في المسجد ما أجزأه، فقال: ما أحسن ما قال هذا الرجل وما أحسن ما انتزع وقال الإمام أحمد: السنة أن يصلي ركعتي المغرب في بيته، كذا روي عن النبي ﷺ[3] وأصحابه. قال السائب بن يزيد: لقد رأيت الناس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا انصرفوا من المغرب انصرفوا جميعاً حتى لا يبقى في المسجد أحد كأنهم لا يصلون بعد المغرب حتى يصيرون إلى أهليهم[4] اهـ. وقدمنا من رواية أبي داود والترمذي والنسائي قوله ﷺ في مسجد بني عبد الأشهل لما رآهم يصلون بعد المغرب «هذه صلاة البيوت»[5] ورواه ابن ماجه من حديث رافع بن خديج وقال فيه «اركعوا هاتين الركعتين في

بهما حالة خوف فوت كل الفرض وحالة خوف فوت البعض، وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إنه لا يقضيها، وهذا غير سديد لأنه عليه الصلاة والسلام فاتته الأربع قبل الظهر فقضاها بعده، روته عائشة رضي الله عنها. وقوله (ولا كذلك سنة الفجر) يعني لا يمكن أداؤها بعد الفرض فحصل الفرق، وقوله (هو المروي عن رسول الله ﷺ) «نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبوراً» وما روي أن جميع سنن رسول الله ﷺ ووتره كان في بيته. قال (ومن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لأنه يبقى نفلاً مطلقاً) إذ السنة ما أداها رسول الله ﷺ، ولم يثبت أنه أداهما في غير الوقت على الانفراد، وإنما

قوله: (وقوله هو المروي عن رسول الله ﷺ يعني قوله ﷺ «نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبوراً») أقول: فيه تأمل.
قال المصنف: (لأنه يبقى نفلاً مطلقاً) أقول: فيه بحث لأنه غير مسلم عند محمد فتأمل، وذكر الضمير

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠ وأبو داود ١٢٦٦ والترمذي ٤٢١ النسائي ٢/ ١١٦ وابن ماجه ١١٥٣ والدارمي ١٤٢٠ وأحمد ٢/ ٣٣١، ٤٥٥، ٥١٧، ٥٣١ كلهم من حديث أبي هريرة ويوب به البخاري.
(٢) هو بعض حديث رافع بن خديج.
(٣) لحديث كعب بن عجرة الآتي.
(٤) أثر السائب بن يزيد.
(٥) تقدم في باب النوافل في ٣/ ٤٤٠ من حديث كعب بن عجرة وهو حديث حسن.

(ولا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أحب إليّ أن يقضيهما إلى وقت الزوال) لأنه عليه الصلاة والسلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس، ولهما أن الأصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب، والحديث ورد في قضائها تبعاً للفرض فبقي ما رواه على الأصل، وإنما تقضى تبعاً له، وهو

بيوتكم»[1] وتقدم من الصحيح حديث ابن عمر: حفظت من رسول الله ﷺ عشر ركعات الخ[2] وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها «كان ﷺ يصلي في بيته قبل الظهر أربعاً ثم يخرج فيصلي بالناس، ثم يدخل فيصلي ركعتين، وكان يصلي بالناس المغرب ثم يدخل فيصلي ركعتين»[3] وفي الصحيحين عن حفصة وابن عمر «أنه ﷺ كان يصلي ركعتين بعد الجمعة في بيته»[4] وسنذكر سنة الجمعة في بابها إن شاء الله تعالى. وفي الصحيحين «أنه ﷺ احتجر حجرة في المسجد من حصير في رمضان» الحديث، إلى أن قال «فعليكم بالصلاة في بيوتكم، فإن خير صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة»[5] وأخرج أبو داود «صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا المكتوبة»[6] وقوله ﷺ «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»[7] محمول على المكتوبة المستثناة فيما قبله قوله: (لأنه يبقى نفلاً مطلقاً) بناء على أنه لم يردَ الشرع به[8]، أَوْ قَدْ وَرَدَ ولكنه مُعارض

قضاهما تبعاً للفرض غداة ليلة التعريس وليس الكلام فيه (وهو) أي النفل المطلق (مكروه بعد الصبح) وقوله (وكذا بعد ارتفاعها عند

بتأويل النفل أو هو للشأن قوله: (ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى كان نفلاً مبتدأ أو سنة) أقول: فعلى هذا ينبغي أن

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه ابن ماجه ١١٦٥ من حديث رافع بن خديج قال البوصيري في الزوائد: فيه عبد الوهاب بن الضحاك. كذاب. واسماعيل بن عياش ضعيف في روايته غير الشاميين.
قلت: لكن المعول في هذا الباب حديث كعب بن عجرة المتقدم. وكذا ما رواه ابن ماجه ١١٦٤ باسناد حسن عن عائشة قال: كان النبي ﷺ يصلي المغرب ثم يرجع إلي بيتي فيصلي ركعتين. وكذا ما أخرجه أحمد في مسنده ٥/٤٢٧ من حديث محمود بن لبيد قال: أتانا رسول الله ﷺ فصلى بنا المغرب في مسجدنا فلما سلم منها قال: اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم. للسبحة بعد المغرب.
وشواهده ما يأتي فالحديث هذا واهٍ بمرة والعمدة غيره.

(٢) صحيح. تقدم في أول باب النوافل ٧/٤٤٢

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٧٣٠ وأبو داود ١٢٥١ وأحمد ٦/٣٠، ٤٣، ٢٣٩ كلهم من حديث عائشة.

(٤) متفق عليه يأتي في الجمعة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٧٣١ و٦١١٣ ومسلم ٧٨١ وأبو داود ١٤٤٧ والترمذي ٤٥٠ والنسائي ٣/١٩٨ والدارمي ١٣٣٩ وأحمد ٥/١٨٧ والطحاوي ١/٢٠٦ كلهم من حديث زيد بن ثابت: احتجر رسول الله ﷺ حجيرة من حصير. ورواية حُجرة. فخرج رسول الله ﷺ يصلي إليها فجاء رجال يصلون بصلاته ثم جاءوا ليلة فحضروا وأبطأ عنهم فلم يخرج إليهم فرفعوا أصواتهم وحصبوا الباب فخرج إليهم مغضباً فقال لهم رسول الله ﷺ: ما زال بكم صنيعكم حتى ظننت أنه سيكتب عليكم فعليكم بالصلاة في بيوتكم فإن خير صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة.
هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما مع تغير يسير.
واقتصر الترمذي والدارمي على الفقرة الأخيرة من الحديث.

(٦) حسن غريب: أخرجه أبو داود ١٠٤٤ من حديث زيد بن ثابت وسكت عليه هو والمنذري فهو إسناد صالح. وكذا ذكره ابن حجر في التلخيص.

(٧) ٢/٢١ فنسبه لأبي داود وسكت عليه. ورجاله معروفون إلا إبراهيم بن أبي النضر عن أبيه وهو ابن سالم قال في التقريب صدوق اهـ وفيه أحمد بن صالح متكلم فيه.

(٨) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٠ بهذا اللفظ ومسلم ١٣٩٤ والترمذي ٣٢٥ والنسائي ٥/٢١٣، ٢١٤ وابن ماجه ١٤٠٤ ومالك ١٩٦ ح٩ والدارمي ١٣٩٠ والبيهقي ٥/٢٤٦ وأحمد ٢/٢٥٦، ٢٣٩، ٢٧٣، ٣٨٦، ٤٦٨، ٤٧٣، ٤٨٥ كلهم من حديث أبي هريرة.
وأخرجه مسلم ١٣٩٥ والدارمي ١٣٩١ وابن ماجه ١٤٠٥ والطيالسي ٨٢٦ وأحمد ٢/١٦، ٥٣، ٥٤، ٦٨، ١٠٢ كلهم من حديث ابن عمر بهذا اللفظ.
وأخرجه مسلم ١٣٩٦ وأحمد ٦/٣٣٤ كلاهما من حديث ميمونة وله قصة.
وورد من حديث سعد بن أبي وقاص. أخرجه أحمد ١/١٨٤ وإسناده حسن.
وورد من حديث أبي سعيد عند أحمد ٣/٧٧
وورد من حديث جبير بن مطعم. عند الطيالسي ٩٥٠ وأحمد ٤/٨٠ فهو حديث مشهور بل مستفيض.

يصلي بالجماعة أو وحده إلى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله. وأما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحده، واختلف المشايخ في قضائها تبعاً للفرض **(ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فإنه لم يصل الظهر بجماعة. وقال محمد: قد أدرك فضل الجماعة)** لأن من أدرك آخر الشيء فقد أدركه فصار محرزاً ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة، ولا يحنث في يمينه لا

بالنهي عن الصلاة بعد الصبح حتى ترتفع الشمس[1] في الصحيحين فيقدم عليه كما قدمناه آنفاً. وإذا ترجح العمل به بقي المفعول بعدها نفلاً مطلقاً، بخلاف ما بعد الظهر فإنه لم يعارض الدال على كونه قضاء معارض فيكون قضاء لا نفلاً مطلقاً على ما حققناه **(قوله لاختصاص القضاء بالواجب)** قيل لأن القضاء تسليم مثل الواجب، وفيه نظر لأن الاصطلاح على جعل مسمى هذا اللفظ كذا لا يمنع وجود القضاء مع حذف ذلك القيد في الشرع، وقد وقع الاتفاق على قضاء سنة الظهر الأولى فيمنع الناظر اعتبار ذلك القيد في مفهومه، ويئول الأمر إلى أن الاصطلاح لا يدفع اصطلاحاً آخر. أو يقال: ذلك تعريف قضاء الواجب لأن كلامهم ذلك في تقسيم حكم الأمر على ما عرف من قولهم حكم الأمر نوعان: أداء وهو تسليم نفس الواجب إلى مستحقه، وقضاء وهو تسليم مثل الواجب، فالأولى في تقريره أن يقال القضاء إن وجب بسبب جديد توقف قضاء كل نفل وواجب على سمعي فيه وقد وجد في كل واجب سمعي عام، وفي المنذور المعين إجماع على ما نقلوا وهو سمعي أيضاً، ولم يوجد مثل ذلك في النفل مطلقاً فاختص القضاء بالواجب وإن وجب بالسبب الأول وهو مذهب المحققين. فتقريره أنه إذا شغل الذمة وطلب تفريغها في وقت معين ففات يبقى السبب طالباً التفريغ على حسب الوسع الحاصل للقطع بأن براءة الذمة بعد تحقق شغلها لا يتحقق إلا بإبراء من له الحق أو الأداء، وهذا منتف في السنن إذ لا شغل ذمة فيها بل طلبت على وجه التخيير ابتداء على الوجه الذي فعله ﷺ، فإذا تعذر لم يبق طالبها إذ الذمة لم تكن مشغولة به، وما طلبها إلا سنة وهو بكونها على الوجه المنقول عنه ﷺ، فإذا أتى بشيء يكون طالبه السبب الطالب للنفل على العموم في غير الأوقات المكروهة وهو أن الصلاة خير موضوع[2] نحوه من العمومات النادبة لتكثير الصلاة ما أمكن فيثبت بهذا اختصاص

أبي حنيفة وأبي يوسف، **وقال محمد: أحب إليّ أن يقضيهما)** قيل لاخلاف بينهم أن الحقيقة لأنهما يقولان ليس عليه القضاء، وإن فعل فلا بأس به، ومحمد يقول أحب إلي أن يقضي، وإن لم يفعل فلا شيء عليه، ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى كان نفلاً مبتدأ أو سنة، وقوله **(لاختصاص القضاء بالواجب)** لأن القضاء تسليم مثل ما وجب بالأمر وكلامه واضح، وقوله **(وفيما بعده اختلاف المشايخ)** أي مشايخ ما وراء النهر. قال بعضهم: يقضيهما تبعاً ولا يقضيهما مقصودة. وقال بعضهم: لا يقضيهما مطلقاً لأن النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وقت فرض

يكون لمحمد خلاف فيما قبل الطلوع قوله: **(لاختصاص القضاء بالواجب الخ)** أقول: لو صح هذا لم يكن لسنة الظهر الأولى قضاء وليس كذلك. والحاصل أن ذلك تعريف قضاء الواجب حيث ذكروه في تقسيم حكم الأمر فقالوا: حكم الأمر نوعان: أداء وهو تسليم نفس الواجب، وقضاء وهو تسليم مثل الواجب قوله: **(لأن النص ورد في الوقت المهمل الخ)** أقول: وهو ما بين الطلوع إلى الزوال،

---

(١) الأصل في هذا الباب حديث عقبة بن عامر. ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن نقبر موتانا أو نصلي فيهن أو نقبر فيهن موتانا... الحديث.
تقدم مستوفياً في ١/ ٢٣١ فصل الأوقات التي تكره فيها الصلاة.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ١٧٨، ١٧٩ من حديث أبي ذر وكذا البزار والطبراني كما في المجمع ١/ ١٦٠ في حديث طويل وفيه: قلت: يا رسول الله فما الصلاة؟ قال: «خير موضوع. فمن شاء أكثر ومن شاء أقل..» الحديث.
قال الهيثمي: في إسناده المسعودي ثقة لكنه اختلط اهـ. وله طريق آخر أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ٢٦٥ من رواية أبي أمامة عن أبي ذر. وهو من طريق علي بن زيد عن القاسم بن عبد الرحمن وهذا إسناد ساقط. قال أحمد: علي يحدث عن القاسم بالأعاجيب.
وله شاهد أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ٢٤٩ من حديث أبي هريرة. وهو مختصر فيه اللفظ الذي أوردته آنفاً فقط.
قال الهيثمي: فيه عبد المنعم بن بشير. وهو ضعيف.
فهذا الحديث له عدة طرق وقد ذكرها ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢١ وبمجموع طرقه يكون حسناً.

يصلي الظهر بالجماعة (ومن أتى مسجداً قد صلى فيه فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت) ومراده إذا كان في الوقت سعة وإن كان فيه ضيق تركه. قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لأن لهما زيادة مزية،

الواجب بالقضاء عند فوت الأداء فلا يجري القضاء في غيرها إلا بسمعي، وهو إنما دل على قضاء سنة الفجر تبعاً للفرض في غداة ليلة التعريس[1]، وقدمنا تخريجه وألفاظه وبه نقول، وكذا ما روي عن عائشة رضي الله عنها في سنة الظهر[2] ولذا نقول: لا تقضي سنة الظهر بعد الوقت فتبقى فيما وراءه على العدم، ومقتضى هذا ترجح قول من قال من المشايخ في غير الصبح إذا فات لا تقضي سنته معه، وحينئذ فتعريف الأداء على وجه يشمل فعل النوافل أن يقال هو تسليم عين ما طلب شرعاً فيشمل فعل النوافل والسنن في أوقاتها وإلا لزم أن لا توصف بأداء ولا قضاء، والقضاء فعل مثل ذلك قوله: **(وإنما تقضى)** أي سنة الفجر تبعاً له: أي الفجر: أي صلاة الصبح إذا كانت معها وهو يصلي: أي يقضي صلاة الصبح بجماعة أو وحده على الخلاف إلى وقت الزوال فلو لم يقضها حتى زالت الشمس ففي قضائها اختلاف المشايخ، قيل لا تقضى وإن كانت تبعاً للفرض لأنه ﷺ إنما قضاها تبعاً له قبل الزوال، وقيل يقضيها بعد الزوال تبعاً كقبله. وأما سائر السنن سواها: أي سوى سنة الفجر فلا تقضى بعد الوقت إذا كانت وحدها. واختلف المشايخ إذا فاتت مع الفرض: قيل لا تقضى. وقيل تقضي بناء على جعل الوارد في قضاء سنة الفجر وارداً في غيره من السنن الفائتة مع فرائضها إلغاء لخصوص المحل قوله: **(ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فإنه لم يصل الظهر في جماعة اتفاقاً. وقال محمد: قد أدرك فضيلة الجماعة)** وأحرز ثوابها وفاقاً لصاحبيه، لا كما ظن بعضهم من أنه لم يحرز فضلها عند محمد لقوله في مدرك أقل الركعة الثانية من الجمعة لم يدرك الجمعة حتى يبني الظهر عليها، بل قوله هنا كقولهما من أنه محرز ثوابها، وإنما لم يقل في الجمعة كذلك احتياطاً لأن الجماعة شرطها، بخلاف غيرها لكنه لم يصلها بجماعة حقيقة فلذا يحنث في يمينه لا يدرك الجماعة، وكذا لو أدرك التشهد يكون مدركاً لفضيلتها على قولهم وهذا يعكر على ما قيل فيمن يرجو إدراك التشهد في الفجر لو اشتغل بركعتيه من أنه على قول محمد لا اعتبار به فيترك ركعتي الفجر على قوله، فالحق خلافه لنص محمد هنا على ما يناقضه قوله: **(ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بجماعة)** فلو كان صلى معه ثلاثاً فعلى ظاهر الجواب لا

آخر قيل وهو الصحيح، وقوله **(وأما سائر السنن سواها)** أي سوى سنة الفجر، وفي بعض النسخ سواهما: أي سوى ركعتي الفجر **(فلا تقضي بعد الوقت وحدها وفي قضائها تبعاً للفرض اختلاف المشايخ)** قال بعضهم: يقضيها لأنه كم من شيء ثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً. وفيه نظر لأن مثل هذا يسمى تبعاً لا ضمناً. وقال بعضهم: لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو الصحيح، وقوله **(ومن أدرك من الظهر ركعة)** يعني من أدرك ركعة من الصلاة الرباعية ولم يدرك الثلاث **(لم يصل تلك الصلاة بجماعة)** باتفاق بين أصحابنا **(وأدرك فضل الجماعة)** أي صار محرزاً لثواب صلاة صليت بالجماعة بالاتفاق أيضاً بينهم، وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بإدراك فضل الجماعة غير مفيد، وأجيب عن ذلك بأنه إنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم على قوله في الجمعة إن مدرك الإمام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيتمها أربعاً أن لا يدرك فضل الجماعة في هذه المسألة لأنه مدرك للأقل فكما أن إدراك الأقل حرمة إدراك الجمعة يحرمه إدراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر. وقوله **(ولهذا)** تفريع على ذلك بالاتفاق. قال في الجامع: إذا قال عبده حر إن صلى الظهر بالجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لأنه لم يصل الكل بهم لانفراده بالبعض ولو قال: إن أدرك الصغير الظهر حنث وإن أدركهم في التشهد لأن

ومعنى كونه مهملاً، أنه ليس وقتاً لشيء من الصلوات الخمس قوله: **(وفيه نظر لأن مثل هذا يسمى تبعاً لا ضمناً)** أقول: قد يعم الثابت الضمني لما يثبت تبعاً، ولا يلزم أن يكون كل ضمني جزءاً وذلك ظاهر للمتتبع.

---

(١) تقدم تخريجه في الأذان للفائتة وهو من حديث أبي قتادة رواه مسلم وغيره.

(٢) تقدم قبل قليل في ٢/ ٤٧٦ وإسناده حسن.

قال عليه الصلاة والسلام في سنة الفجر «صلوهما ولو طردتكم الخيل» وقال في الأخرى «من ترك الأربع قبل الظهر

يحنث أيضاً لأنه لم يصلها بل بعضها بجماعة وبعض الشيء ليس بالشيء، واختار شمس الأئمة أنه يحنث لأن للأكثر حكم الكل، والظاهر الأول، وعلم من السبك الذي سبكناه وقوع الاتفاق على المسألتين. وسبب تخصيص قول محمد والله أعلم التنبيه على بطلان ذلك الزعم قوله: (ومن أتى مسجداً قد صلى فيه) يعني فاتته جماعته وصار بحيث يصلي الفرض منفرداً فلا بأس أن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له سنة أو نافلة ما دام في الوقت سعة، فإن كان فيه ضيق ولكن هو بحيث لا يخرج ترك التطوع (قيل هذا) أي ترك التطوع للضيق (في غير سنة الفجر والظهر) أما هما فلا يتركهما ما أمكنه أداء الفرض في الوقت بعدهما لزيادة وكادتهما (وقيل) بل (هذا) أي الترك عند ضيق الوقت (في الجميع) أي جميع السنن وغيرها كما هو العموم السابق (لأنه ﷺ واظب على السنن عند أداء المكتوبات بجماعة) لا منفرداً وهذا منفرد (ولا سنة دون المواظبة) فلا تكون سنة في حقه هذا السبك هو المراد. لأنه لو لم يرده تعين كون المراد هذا: أي عدم الترك في الكل عند ضيق الوقت فلم يناسبه تعليله، ولأنه لم يبق بعد إخراج الأول إلا التطوع قبل العصر والعشاء، وقد كان له أن يتركهما وإن لم يكن في الوقت ضيق وإن صلاهما بجماعة إذ ليستا بسنة راتبة فلا تظهر فائدة قوله قد صلى فيه، ويفسد المعنى أيضاً إذ يفيد لا يترك سنة العصر والعشاء عند ضيق الوقت. والحاصل أن المنفرد لا يترك السنن خلافاً لمن قال لا سنة إلا عند أداء الفرض بجماعة، لأنه ﷺ إنما واظب عليها كذلك[1]، بل الحق أن سنيتها مطلقة كما هو اختيار المصنف رحمه الله لإطلاق المعنى المعقول من شرعيتها، وهو تكميل الفرائض يجبر الخلل الذي عساه يقع فيها وقطع طمع الشيطان منه أن يوسوس له بترك الفرض ولتكون المتقدمة معينة على حصول الجمعية في الفرض لقطع مواد الشواغل بها قبل الفرض فيدخل الفرض وقد توجهت النفس، بخلاف ما لو ولى الفرض ما كان فيه من الشواغل بلا واسطة وعدم المواظبة إلا كذلك وقع اتفاقاً للاتفاق أنه ﷺ لم يكن يصلي الفرض إلا كذلك، هذا في حقنا، أما في حقه ﷺ فزيادة الدرجات إذ لا خلل في صلاته ولا طمع قوله: (والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلها) ظاهر في تصيير الأقوال ثلاثة يتركها المنفرد عند ضيق الوقت بحيث لا يخرج ولا يكره يتركها إلا سنة الفجر والظهر لا يترك شيئاً بعد كون الوقت باقياً ولا كراهة فيه، والمراد بالأحوال كلها حال ضيق الوقت وسعته والانفراد والجماعة، وقد يراد شموله للسفر والإقامة أيضاً فيفيد اختيار أحد

المدرك لآخر الشيء مدرك لذلك الشيء فلما كان مدركاً للجماعة بإدراك ركعة كان مدركاً لثوابها. قال (ومن أتى مسجداً قد صلى فيه) إذا فاتت الجماعة رجلاً ودخل مسجداً قد صلى فيه أو أراد الصلاة المكتوبة في مسجد بيته (فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له) من السنن الرواتب وغيرها (ما دام في الوقت) أي في الوقت سعة، وأما إذا لم يكن يبدأ بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض عن وقته (قيل هذا) أي قول محمد لا بأس بأن يتطوع، إنما هو (في غير سنة الظهر والفجر) لأن التطوع قبل العصر والعشاء مندوب إليه، والناس في خيرة بين إتيانه وتركه فإذاً لا بأس بالتطوع قبلهما، وأما التطوع قبل الفجر والظهر فأكد من ذلك (لأن لهما زيادة مزية، قال ﷺ «صلوهما ولو طردتكم الخيل») الأمر للندب بدليل التأكيد بقوله «وإن طردتكم الخيل» (وقال ﷺ «من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي») وهو وعيد عظيم، ودلالته على وكادة الأربع أقوى من الأول، وهذا قول فخر الإسلام وشمس الأئمة السرخسي وصاحب المحيط وقاضيخان والتمرتاشي والحلواني (وقيل هذا) أي قوله محمد لا بأس بأن يتطوع (في الجميع لأنه ﷺ إنما واظب عليها عند أداء المكتوبات بجماعة، ولا سنة دون المواظبة) فإن صلى لا تكون سنة وإنما تكون تطوعاً، وهو قول صدر الإسلام، ومثله روي عن الحسن بن زياد.والكرخي، قال المصنف (والأولى أن لا يتركها) أي السنن الرواتب (في الأحوال كلها) يعني سواء صلى بالجماعة أو منفرداً أو مقيماً أو مسافراً، هكذا فعل الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة والتابعين، ولأن المنفرد أحوج إليها لافتقاره إلى تكميل الثواب، ويؤدي الكامل إلا إذا خاف فوت

---

(١) كذا ذكر صاحب الهداية. فقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٦٢ وتبعه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٥: هو معروف من الأحاديث ولم يرو أنه ﷺ ترك شيئاً من الرواتب المذكورة.

لم تنله شفاعتي» وقيل هذا في الجميع لأنه عليه الصلاة والسلام واظب عليها عند أداء المكتوبات بجماعة، ولا سنة دون المواظبة، والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلها لكونها مكملات للفرائض إلا إذا خاف فوت الوقت

القولين في السفر فإن كثيراً من المشايخ على نفي الاستنان في السفر فلا يصلي السنة فيه. وقيل يصليها لأن ما ذكرنا من المعقول من شرعيتها مشترك بين المسافر والمقيم، ولا ضرر على المسافر فيه إذ يمكنه أداؤها راكباً على ما مر، لكن ثبت عن ابن عمر أنه سئل عن سنة الظهر في السفر فقال: لو كنت مسبحاً لأتممت[(١)]، ولأنا لا نقول لا يتنفل على الدابة في السفر بل الكلام في ثبوت سنية المعهودة حتى يلزمه إساءة بالترك فهذا هو المنفي، فإن الشارع لما أسقط شطر القرض عنه تخفيفاً عليه للسفر فمن المحال أن يطلب منه غيره بحيث يلزمه إساءة بتركه. وأما الحديثان اللذان ذكرهما المصنف: فحديث سنة الفجر أخرجه أبو داود عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «لا تدعوهما وإن طردتكم الخيل»[(٢)] وفيه ابن سيلان بمهملة مكسورة وياء ساكنة ونون، قال ابن القطان: لا ندري أهو عبد ربه بن سيلان أو هو جابر بن سيلان؟ وأيهما كان فحاله مجهول لا يعرف، لكن صرح المنذري في مختصره بما عينه عبد الحق من أنه عبد ربه وقال: هكذا جاء مسمى في بعض طرقه، وقد رواه ابن المنكدر عن أبي هريرة وفيه عبد الرحمن بن إسحاق المدني أبو شيبة الواسطي[(٣)] أخرج له مسلم واستشهد به البخاري ووثقه ابن معين وقال أبو حاتم الرازي: لا يحتج به وحديثه حسن وليس بقوي. وقال يحيى القطان: سألت عنه بالمدينة فلم يحمدوه، قيل لأنه كان قدرياً فنفوه من المدينة، فأما رواياته فلا بأس بها، وقال البخاري فيه: مقارب الحديث، وأما ما ذكره من حديث سنة الظهر فالله أعلم به[(٤)]. ومما ورد في ركعتي الفجر قوله ﷺ «ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها»[(٥)]

الوقت فإنه بسبيل من تركها. قوله (ومن انتهى إلى الإمام) إن أدركه (في ركوعه فكبر) يعني تكبيرة الافتتاح، وقيد بالركوع لأنه إذا انتهى إليه وهو قائم يكبر ولم يركع معه (حتى رفع الإمام رأسه) من الركوع ثم ركع أنه مدرك لتلك الركعة بالإجماع، أما إذا انتهى إلى القومة بعد الركوع لا يكون مدركاً لتلك الركعة بالإجماع وأما إذا انتهى إليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكناً من الركوع أو لم يكن وهو مسألة الكتاب (لايصير مدركاً لها) عند العلماء (خلافاً لزفر) وهو قول سفيان الثوري وابن أبي ليلى وعبد الله بن المبارك، قالوا: أدرك الإمام فيما له حكم القيام لأن الركوع يشبه القيام حقيقة لأن القائم يفارق

قوله: (لأن الركوع يشبه القيام حقيقة، إلى قوله: وحكماً الخ) أقول: فيه أنه قيام حكماً لا أنه يشبهه حكماً.

---

(١) أثر ابن عمر. أخرجه مسلم ٦٨٩ وأبو داود ١٢٢٣ كلاهما عن حفص قال: صحبت ابن عمر في طريق مكة فصلى لنا الظهر ركعتين وفيه: فرأى ناساً قياماً فقال: ما يصنع هؤلاء قلت يسبحون. قال: «لو كنت مسبحاً أتممت صلاتي» يا بن أخي إني صحبت رسول الله ﷺ فلم يزد على ركعتين في السفر وله تتمة.

(٢) ضعيف أخرجه أبو داود ١٢٥٧ وأحمد ٢/ ٤٠٥ كلاهما من حديث أبي هريرة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٦٠، ١٦١ ما ملخصه: في إسناده عبد الرحمن بن إسحاق المديني. وثقة يحيى وقال أبو حاتم: لا يحتج به وقال القطان: سألت عنه في المدينة فلم يحمدوه. قاله المنذري. وفيه ابن سيلان واسمه جابر وقيل: عبد ربه. قال ابن القطان: فيه جهالة ولا يعرف حاله. وفيه: عبد الرحمن بن إسحاق قال أحمد: روى أحاديث منكرة اهـ باختصار.

(٣) قوله: أبو شيبة الواسطي. كذا وقع في نصب الراية للمنذري. وقد فرق بينهما ابن حجر في التقريب حيث قال: عبد الرحمن بن إسحاق الواسطي أبو شيبة. كوفي ضعيف. /دت. وعبد الرحمن بن إسحاق بن كنانة المدني صدوق رمي بالقدر / م عو اهـ وراوي الحديث هو هذا على الراجح. لكن للحديث علة ثانية وهي جهالة ابن سيلان. قال عنه الذهبي: لا يعرف.

(٤) لا أصل له. يشير المصنف لما أورده صاحب الهداية: من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي.
قال الكمال: الله أعلم به. وهذا حق إلا أن العلماء علمهم الله أيضاً قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٦٢: غريب جداً.
وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٥: لم أجده.
قلت: والمتن منكر فهو باطل لا أصل له حيث لم يسنده أحد.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٧٢٥ والترمذي ٤١٦ والنسائي ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ٢/ ٤٧٠ وأحمد ٦/ ٥٠، ٥١، ١٤٩، ٢٦٥ واستدركه الحاكم ١/ ٣٠٧ كلهم من حديث عائشة واللفظ لمسلم والترمذي والنسائي وغيرهم. ورواية ثانية لمسلم: لهما أحب إليّ من الدنيا جميعاً.

(ومن انتهى إلى الإمام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الإمام رأسه لا يصير مدركاً لتلك الركعة خلافاً لزفر) هو يقول: أدرك الإمام فيما له حكم القيام فصار كما لو أدركه في حقيقة القيام. ولنا أن الشرط هو المشاركة في أفعال

وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «لم يكن النبي ﷺ على شيء من النوافل أشد تعاهداً منه على ركعتي الفجر»[1] وأسلفنا عنها في البخاري «كان ﷺ لا يدع أربعاً قبل الظهر وركعتين قبل الفجر»[2] وأخرج عنها في حديث «ولم يكن يدعهما أبداً»[3] وأخرج الطبراني في الأوسط عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه «أنه أرسل إلى عائشة رضي الله عنها فسألها عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت: كان يصلي ويدع، ولكن لم أره ترك الركعتين قبل صلاة الفجر في سفر ولا حضر ولا صحة ولا سقم»[4] وأسند أبو يعلى إلى ابن عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تتركوا ركعتي الفجر فإن فيها الرغائب»[5] قوله: **(فكبر ووقف حتى رفع الإمام رأسه)** وكان يمكنه الركوع أو لم يقف بل انحط فرفع الإمام قبل ركوعه لا يصير مدركاً لهذه مع الإمام. وعند زفر: يصير مدركاً حتى كان لا حقاً عنده في هذه الركعة فيأتي بها قبل فراغ الإمام، إذ الواجب قضاء ما فاته قبله. ولكنه لوصلاه بعد فراغه جاز، وعندنا هو مسبوق بها فلا يأتي بها إلا بعد فراغ الإمام هو يقول أدرك فيما له حكم القيام وهو الركوع فإن له حكمه، حتى لو شاركه فيه صار مدركاً الركعة ويأتي بتكبيرات العيد فيه، فصار كما لو أدركه في محض القيام ولم يركع مع الإمام حتى رفع فإنه يكون مدركاً لها اتفاقاً حتى كان له أن يركع بعد الإمام ويلحقه، ولنا أن الاقتداء متابعة وشركة، قال ﷺ «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه، فإذا كبر فكبروا» وفيه «وإذا ركع فاركعوا»[6] الحديث وقال ﷺ «أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الإمام أن يحوّل الله رأسه رأس حمار»[7] الخ، فعلم أن الاقتداء متابعة على وجه المشاركة، ولم يتحقق من هذه مشاركة لا في حقيقة القيام ولا في الركوع، فلم يدرك معه الركعة إذ لم يتحقق منه مسمى الاقتداء بعد، بخلاف من شارك في القيام ثم تخلف عن الركوع لتحقق مسمى الاقتداء منه بتحقق جزء مفهومه فلا ينتقض بعد ذلك بالتخلف لتحقق مسمى اللاحق في الشرع اتفاقاً وهو بذلك وإلا انتفى هذا، ومدرك الإمام في الركوع لا يحتاج إلى تكبيرتين خلافاً لبعضهم، ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح جاز

القاعد في انتصاب الشق الأسفل وهو موجود في الركوع وحكماً لأنه يأتي فيه بتكبيرات التي يؤتى بها في حقيقة القيام، وهذا الدليل إنما يتم إذا ثبت أن إدراكه فيما له حكم القيام كإدراكه في حقيقة القيام وهو ممنوع. ولنا ما تقدم أن الاقتداء شركة في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٦٩ ومسلم ٧٢٤ ح٩٤ وأبو داود ١٢٥٤ وأحمد ٦/ ٤٣، ٥٤ كلهم من حديث عائشة.

(٢) صحيح. تقدم في النوافل ٨/ ٤٤٢.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ١١٥٩ من حديث عائشة ولفظه: صلى النبي ﷺ العشاء ثم صلى ثمان ركعات وركعتين جالساً. وركعتين بين النداءين ولم يكن يدعهما أبداً. وهو عند النسائي ٣/ ٢٥١، ٢٥٤، ٢٥٥ دون الفقرة الأخيرة وفيه تغير يسير في ألفاظه.

(٤) حسن. لم يذكره الهيثمي في المجمع وهو في نصب الراية ٢/ ١٦١ رواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة. وفي إسناده هدبة بن منهال. ذكره ابن أبي حاتم في الجرح ولم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً. لذا ذكره ابن حبان في الثقات.

تنبيه: وقع في نصب الراية: هدية بن منهال والصواب: هدبة. وفي الإسناد: قابوس بن أبي طيبان. فيه ليس كما في التقريب.

(٥) حسن. أخرجه أبو يعلى في مسنده كما في المجمع ٢/ ٢١٨ وكذا الطبراني في الكبير وقال الهيثمي: رجال أبي يعلى ثقات. ورواه الطبراني في الكبير من وجه آخر وفيه عبد الرحيم بن يحيى: ضعيف. ورواه أحمد وفيه رجل لم يسمَّ.. ورواه عن رجل من أهل صنعاء كل هذه الطرق عن ابن عمر.

قلت: فهذه الطرق فيها مقال ولكن تتقوى بمجموعها وترقى بالحديث إلى الحسن.

(٦) تقدم في الإمامة. وهو صحيح رواه البخاري ٦٨٨ والجماعة

(٧) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١ ومسلم ٤٢٧. وأبو داود ٦٢٣ والترمذي ٥٨٢ والنسائي ٢/ ٩٦ وابن ماجه ٩٦١ وابن خزيمة ١٦٠٠ والدارمي ١٢٩٠ والبيهقي ٢/ ٩٣ والطيالسي ٢٤٩١ وأحمد ٢/ ٢٦٠، ٢٧١، ٤٢٥، ٤٥٦، ٤٦٩، ٤٧٢، ٥٠٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

زاد أكثرهم: أو صورته صورة حمار. وصدره عن النسائي: ألا. بدل. أما.

الصلاة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع (ولو ركع المقتدي قبل إمامه فأدركه الإمام فيه جاز) وقال زفر: لا

ولغت نيته قوله: (وقال زفر: لا يجوز) فيجب أن يعيد هذا الركوع، فإن لم يعيد لم تجزه كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الإمام، ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء من الركن لأنه ينطلق عليه اسم الركوع وقد وجد فيقع موقعه ويعتبر من حين المشاركة الركوع المقتدي فيه كأنه لم يوجد قبله شيء، وهذا منع لقوله إنه بناء على فاسد بل هو ابتداء وما قبله لغو كأنه لم يوجد وقوله كما في الطرف الأول: يعني ما لو ركع معه ورفع قبله حيث يجوز ويكره، كذا هذا يجوز ويكره، وهذا لأن الركوع له طرفان: طرف الابتداء وهو الأول، وطرف الانتهاء، فكما صحت مع مخالفته في الأول كذا الثاني، ويكره فيهما للنص الذي سمعت، ولو سجد قبل إمامه وأدركه فهو على هذا الخلاف، وعن أبي حنيفة أنه لو سجد قبل رفع الإمام من الركوع ثم أدركه الإمام فيها لا يجزئه لأنه قبل أوانه في حق الإمام فكذا في حقه لأنه تبع له، ولو أطال الإمام في السجود فرفع المقتدي فظن أنه سجد ثانية فسجد معه إن نوى بها الأولى أو لم تكن له نية تكون عن الأولى، وكذا إن نوى الثانية والمتابعة ترجيحاً للمتابعة، وتلغو نية غيره للمخالفة، وإن نوى الثانية لا غير كانت عن الثانية، فإن أدركه الإمام فيها فهو على الخلاف مع زفر، وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة فيمن سجد قبل رفع الإمام من الركوع يجب أن لا يجوز لأنه سجد قبل أوانه في حق الإمام، فكذا في حقه لأنه تبع له. وفي الخلاصة: المقتدي إذا أتى بالركوع والسجود قبل الإمام هذه على خمسة أوجه: إما أتى بهما قبله أو بعده، أو بالركوع معه وسجد قبله، أو بالركوع قبله وسجد معه، أو أتى بهما قبله ويدرك الإمام في آخر الركعات، فإن أتى بالركوع والسجود قبل الإمام في كلها يجب عليه قضاء ركعة بلا قراءة ويتم صلاته، وإذا ركع معه وسجد قبله يجب عليه قضاء ركعتين، وإذا ركع قبله وسجد معه يقضي أربعاً بلا قراءة، وإن ركع بعد الإمام وسجد بعده جازت صلاته انتهى. وأنت إذا علمت أن مدرك أول صلاة الإمام لاحق وهو يقضي قبل فراغ الإمام ففي الصورة الأولى فاتته الركعة الأولى فركوعه وسجوده في الثانية قضاء عن الأولى وفي الثالثة عن الثانية وفي الرابعة عن الثالثة، ويقضي بعد الإمام ركعة بلا قراءة لأنه لاحق. وفي الثانية تلتحق سجدتاه في الثانية بركوعه في الأولى لأنه كان معتبراً، ويلغو ركوعه في الثانية لوقوعه عقيب ركوعه الأول بلا سجود، بقي عليه ركعة ثم ركوعه في الثالثة مع الإمام معتبر ويلتحق به سجوده في رابعة الإمام فيصير عليه الثانية والرابعة فيقضي ركعتين، وقضاء الأربع في الثالثة ظاهر.

[تتمة فيما يتابع الإمام فيه ومالا] إذا رفع المقتدي رأسه من الركوع قبل الإمام ينبغي أن يعود ولا يصير ركوعين، وكذا في السجود، ولو رفع الإمام من الركوع قبل أن يقول المقتدي سبحان ربي العظيم ثلاثاً الصحيح أنه يتابعه، ولو أدركه في الركوع يسبح ويترك الثناء، وفي صلاة العيد يأتي بالتكبيرات في الركوع، ولو قام إلى الثالثة قبل أن يتم المأموم التشهد يتمه، وإن لم يتم وقام جاز، وفي القعدة الثانية إذا سلم أو تكلم الإمام وهو في التشهد يتمه. ولو سلم قبل أن يفرغ من الصلاة أو الدعاء يسلم معه، ولو أحدث قبل أن يفرغ من التشهد لا يتم لأنه لا يبقى بعد حدث الإمام عمداً في الصلاة بل يفسد ذلك الجزء ويبقى بعد سلامه وكلامه، ولو سلم قبل الإمام وتأخر الإمام حتى طلعت الشمس فسدت صلاته وحده ويتابعه في القنوت. وقدمنا ما لو ترك الإمام القنوت في باب الوتر

أفعال الصلاة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع، وكون الركوع يشبه القيام حكماً غير معتبر هنا لحديث ابن عمر «إذا أدركت الإمام راكعاً فركعت قبل أن يرفع رأسه فقد أدركت تلك الركعة، وإن رفع رأسه قبل أن يركع فاتتك تلك الركعة» (ولو ركع المقتدي قبل إمامه فأدركه الإمام فيه جاز) فعله ذلك ولا تفسد به صلاته وإن لم يعد الركوع (وقال زفر: لا تجوز) أي الصلاة إن لم يعد الركوع (لأن ما أتى به قبل الإمام غير معتد به) لكونه منهياً عنه، قال ﷺ «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا

يجزئه لأن ما أتي به قبل الإمام غير معتدّ به هكذا ما يبنيه عليه. ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الأول.

أنه إن أمكنه أن يقنت ويدرك الركوع قنت وإلا تابع. وفي نظم الزندويستي: خمسة إذا لم يفعلها الإمام لا يفعلها القوم: القنوت، وتكبيرات العيد، والقعدة الأولى، وسجدة التلاوة إذا تلا في الصلاة ولم يسجد، أو سها ولم يسجد. وأربعة إذا فعلها الإمام لا يفعلها المقتدي: إذا زاد سجدة مثلاً، أو زاد في تكبيرات العيد ما يخرج به عن أقوال الصحابة وسمع التكبيرات من الإمام لا المؤذن على ما نذكره في صلاة العيد، وخامسة في تكبير الجنازة أو قام إلى الخامسة ساهياً، وسنذكر ماذا يصنع المقتدي في هذه في باب السهو إن شاء الله تعالى. وتسعة إذا لم يفعلها الإمام يفعلها القوم: إذا لم يرفع يديه في الافتتاح، وإذا لم يثن ما دام في الفاتحة، وإن كان في السورة فكذا عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقد عرف أنه إذا أدركه في جهر القراءة لا يثني، وإذا لم يكبر للانتقال. أو لم يسبح في الركوع والسجود، وإذا لم يسمع أو لم يقرإ التشهد، وإذا لم يسلم الإمام يسلم القوم. وتقدم أنه إذا أحدث لا يسلمون، بخلاف ما إذا تكلم لما قدمنا من أنه بالحدث تفسد من صلاتهم محله فينفي محل السلام، وإذا نسي تكبير التشريق.

[فرع] صلى الكافر بجماعة حكم بإسلامه، ومنفرداً لا لأن الجماعة من خصوصيات صلاة ديننا، ووجود اللازم المساوي يستلزم الملزوم المعين، ولا يحكم بإسلامه بحج ولا صوم رمضان. وفي كون الصلاة بجماعة من الخصوصيات نظر.

تختلفوا عليه» (هكذا ما يبنيه عليه) لأن البناء على الفاسد فاسد فصار كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الإمام (ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد) وقد وجد فيجعل مبتدأ لا بانياً عليه فصار (كما في الطرف الأول) وهو أن يركع معه ويرفع رأسه قبل الإمام، وهذا لأن للركوع طرفين والشركة في أحدهما كافية، بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الإمام لأنه لم توجد المشاركة في شيء من الطرفين.

باب قضاء الفوائت

(ومن فاتته صلاة قضاها إذا ذكرها وقدّمها على فرض الوقت) والأصل فيه أن الترتيب بين الفوائت وفرض

باب قضاء الفوائت

قوله: **(لأن كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره)** هذا هو الأصل إلا ما أخرجه عنه دليل كما في الإيمان أعظم الأصول وهو شرط لكل العبادات، وكذا الظهر يعرفه تقديمها شرط للعصر في وقت الظهر بها للدليل على ثبوت ذلك. ولنا ما أخرج الدارقطني ثم البيهقي عن إسماعيل بن إبراهيم الترجماني عن سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ﷺ «من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليتم صلاته، فإذا فرغ من صلاته فليعد التي صلاها مع الإمام»[1] ورواه مالك عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، وصحح الدارقطني وأبو زرعة وغيرهما وقفه. واختلفوا في نسبة الخطإ في رفعه، فمنهم من نسبه إلى سعيد بن عبد الرحمن، ومنهم من نسبه إلى الترجماني[2]. ولا يخفى أن الرفع زيادة والزيادة من الثقة مقبولة وهما ثقتان، قال ابن

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان أحكام الأداء وما يتعلق به وهو الأصل شرع في بيان أحكام القضاء وهو الخلف عنه **(ومن فاتته صلاة)** أو فوتها عمداً **(وجب عليه قضاؤها إذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت. والأصل أن الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا، وقال الشافعي: هو مستحب)** فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية **(لأن كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره)** لأن الشرط تبع فكان بين أصالته وتبعيته منافاة. ونوقض بالإيمان فإنه أصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات، والصوم فإنه فرض مستقل، وهو شرط للاعتكاف الواجب بالاتفاق. وأجيب بأن الأصل أن الشيء إذا كان مقصوداً بنفسه لا يكون شرطاً لغيره لما ذكرنا من المنافاة، إلا إذا دل الدليل على كونه شرطاً لغيره فيجعل شرطاً له مع بقائه مقصوداً، وما ذكرتم من ذلك فإن الله تعالى قال ﴿فمن يعمل من الصالحات وهو مؤمن﴾ فإن الأحوال شروط، وقال ﷺ «لا اعتكاف إلا بالصوم» فكانا شرطين بهذين النصين، وتدفع المنافاة باختلاف الجهة فقلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الإمام» ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة حيث أمر بإعادة ما هو فيها عند التذكر. وفيه بحث من أوجه: الأول أنه متروك الظاهر لأنه يدل على وجوب القضاء على النائم والناسي لا غير، والوجوب ثابت على من فوت الصلاة عمداً أيضا بالإجماع، ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في إفادة الفرضية. لا يقال: يدل على ذلك بدلالته لأنه لما وجب على المعذور فعلى

باب قضاء الفوائت

قوله: **(وفيه بحث من أوجه: الأول أنه متروك الظاهر الخ)** أقول: أنت خبير بأنه ليس متروك الظاهر بل ساكت عن العامد قوله: **(وشرائط الصلاة لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة)** أقول: فيه بحث

---

(١) الصواب وقفه. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٢١ والبيهقي ٢/ ٢٢١ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال الدارقطني وكذا البيهقي: رواه الترجماني عن سعيد الجمحي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. ووهم في رفعه زاد البيهقي: رواه مالك وعبد الله العمري موقوفاً وهو الصحيح ولم يرفعه سوى الترجماني.
وقال الزيلعي: وقال الدارقطني في العلل: الصحيح أنه قول ابن عمر. كذا رواه عبيد الله ومالك عن نافع عن ابن عمر موقوفاً.
ورواه النسائي في الكنى عن الترجماني مرفوعاً وقال: رفعه غير محفوظ ونقل ابن أبي حاتم في علله عن أبي زرعة قوله: رفعه خطأ والصحيح وقفه. اهـ نصب الراية ٢/ ١٦٢، ١٦٣
وجاء في الميزان للذهبي عن ابن عدي قوله: له غرائب حسان. وأرجو أنها مستقيمة. وإنما يهم فيرفع موقوفاً ويوصل مرسلاً لا عن تعمد اهـ.
قلت: وبهذا تعلم اتفاق المحدثين على أن الجمحي وهم في رفعه وخطأه العلماء في ذلك. فلا يقال فيه زيادة ثقة. فحديثه غير محفوظ.

(٢) لكن لما كانا في إسناد واحد فانتفت المتابعة فالوهم من أحدهما. ومالك أحفظ منهما ولو اجتمعا كيف ورواه عبيد الله أيضاً فتابع فيه مالكاً على وقفه. فالمرفوع ضعيف.

الوقت عندنا مستحق. وعند الشافعي مستحب، لأن كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره. ولنا قوله عليه

معين في الترجماني: لابأس به، وكذا قال أبو داود وأحمد، ولذا وثق ابن معين سعيداً، وذكر الذهبي في ميزانه توثيقه عن جماعة وإن كان قد يهم، فإن قلت: لا يقاوم مالكاً. فالجواب أن المختار في تعارض الوقف والرفع ليس كون الاعتبار للأكثر ولا للأحفظ وإن كانت مذاهب بل للرافع بعد كونه ثقة، وهذا لأن الترجيح بذاك هو عند تعارض المرويين. ولا تعارض في ذلك لظهور أن الرواي قد يقف الحديث وقد يرفعه، وإنما لم يتمسك بما في الصحيحين من قوله ﷺ «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك»[1] لأن غاية ما يفيده وجوب الأداء وقت التذكر لافساد الوقتية فيه، بخلاف ما تمسك به، لكن عليه أن يقال وجوب الإعادة المفاد فيه لا يستلزم كونه للفساد لما أسلفنا من وجوب إعادة المؤداة مع كراهة التحريم سلمناه، لكن فساد الوقتية بهذا الخبر بعد تسليم حجيته معارض بصحتها بالقاطع الدال على أنه وقتها، ولازمه الشرعي الصحة فيه، ولازم القطعي قطعي، والجواب أنه متوقف على قطعية اللزوم: وقطعية لزوم الصحة فيه إنما هو عند استيفاء شروطه الثانية شرعاً. وقد ثبت اشتراط تقديم الفائتة بهذا النص فيتوقف قطعية لزوم الصحة فيه على تقديمها، لكن بقي شيء وهو أنه إثبات شرط للمقطوع به بظني، وقد التزمه في النهاية في جواب السؤال القائل: ما عملتم بخبر الفاتحة[2] مثل ما عملتم بخبر الترتيب حيث قلتم بفساد الصلاة عند ترك الترتيب لا عند ترك الفاتحة؟ فأجاب بأن وجوب الترتيب لزيادة شرط في جواز الصلاة وتعيين الفاتحة زيادة ركن فيها فجاز أن يثبت الشرط لأنه أحط بخبر الواحد ولا يثبت به الركن انتهى. ولا يخفى أن إثبات شرط للمطلق في الصحة من عين الزيادة بخبر الواحد على القاطع المطلق لأنه تقييد للمطلق في الصحة به على مالا يخفى على من له أدنى تأمل في الأصول فلا يجوز. وعن هذا والله أعلم عدل عنه بعد ذكره في النهاية إلى جواب آخر جعله الأصح فقال: أو نقول: وهو الأصح من الجواب لو قلنا بتعيين الفاتحة على وجه تفسد بتركها يلزم نسخ الكتاب الذي يقتضي الجواز بدونها وهو إطلاق قوله تعالى. فاقرؤوا ما تيسر من القرآن. وهو لا يجوز كما قلنا بجواز الوقتية مع تذكر الفائتة عند ضيق الوقت لئلا يلزم مثل هذا، وأما لو قلنا بوجوب الترتيب عند سعة الوقت

غيره أولى لأنه ذلك إنما يستقيم أن لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس كذلك بل هو رحمة، ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره وهو العاصي. الثاني أنه خبر واحد لا يعارض المشهور، فإن الجواز ثبت به كما زالت الشمس مثلاً، فلو كان الترتيب فرضاً بما رويتم يطل ما ثبت بالمشهور، الثالث أنكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبر واحد فكان تناقضاً. الرابع أن الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت، وشرائط الصلاة لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة. والجواب عن الأول أن قضاء الصلاة رحمة والنبي ﷺ موصوف بالرأفة بالمؤمنين، ومن رأفته أن يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الأولى، وعن الثاني بأنا ما أبطلنا به العمل بالمشهور بل أخرناه عملاً بالحديث الآخر احتياطاً، وكان ذلك أهون من إهمال العمل بخبر الواحد أصلاً، على أنهم قالوا إنه ليس خبر واحد بل هو مشهور تلقته الأئمة بالقبول. فإنهم أجمعوا على وجوب القضاء الثابت به. وعن الثالث بأن العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلاة

قوله: **(والجواب عن الأول أن قضاء الصلاة رحمة إلى قوله: بطريق الأولى)** أقول: نعم رأفته ﷺ عامة للمؤمنين ولكن لا نسلم مساواة المطيع والعاصي فيها فضلاً عن زيادة الرأفة للعاصي حتى تثبت الأولوية التي ذكرها قوله: **(وعن الثاني بأنا ما أبطلنا به العمل بالمشهور، إلى قوله: من إهمال العمل بخبر الواحد أصلاً الخ)** أقول: لا يلزم إهمال الخبر إذا قلنا بتأثيم من اشتغل بالوقتية قبل قضاء الفائتة مع صحتها كما في الفاتحة، فتأمل هل يخرج الجواب عنه بما سينقله من المبسوط؟

---

(١) تقدم تخريجه في حديث: ليس في النوم تفريط. صحيح. في الأذان للفائتة.

(٢) مراده حديث: لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب. رواه الجماعة وقد تقدم تخريجه في القراءة.

الصلاة والسلام «من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصلّ التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها

على وجه لا يلزم فساد الوقتية لا يلزم نسخ الكتاب بالخبر بل كان عملاً بهما لأن بذلك يتأخر حكم ما ثبت بالكتاب ولا يبطل وكان له ولاية التأخير بدون هذا، وهذا عين نظير من صلى المغرب في طريق المزدلفة يؤمر بالإعادة خلافاً لأبي يوسف، فلو لم يعد حتى طلع الفجر لا يؤمر بالإعادة كي لا يلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد انتهى، ولا يخفى على متأمل أن المانع هو تقديم الخبر على القاطع كما هو قائم عند ضيق الوقت كذلك هو عند سعته، فإن القاطع اقتضى الصحة مطلقاً، فإذ ألزمت التأخير كذلك كان عين تقديم الظني عليه، نعم يتحقق العمل بهما ممن قدم الفائتة بناء على اختياره، وليس الكلام في هذا بل إن تعيين تقديم الفائتة عند سعة الوقت على وجه تفسد الوقتية لو قدمت هل هو الجمع بين الدليلين بل هذا تقديم الظني عيناً عند معارضته القاطع في صحة الوقتية في ذلك الوقت، وقوله إنه عين نظير من صلى المغرب الخ قد ينظر فيه بأن الحكم هناك وجوب الإعادة بمزدلفة إلى الفجر، فإذا لم يعد حتى طلع تقرر المأثم بترك مقتضى خبر الواحد من غير حكم بفساد المغرب ولزوم قضائها، والحكم هنا فساد الوقتية ولزوم قضائها، وبذلك يقع التقديم الممتنع، هذا كله بعد ثبوت ذلك القاطع ومعرفة شخصه ولم يعينوه، والإجماع منتف، إذ مالك وأصحابنا لم يقولوا بصحة الوقتية إذا قدمت مطلقاً فلا إجماع. ويمكن كونه حديث إمامة جبريل حيث قال: الوقت ما بين هذين الوقتين[1] بناء على أنه متواتر أو مشهور وحكمه حكم المتواتر في تقييد مطلق الكتاب به، وحينئذ فمقتضى الدليل وجوب تقديم الفائتة دون فساد الوقتية لو لم تقدم، فإن لم يفعل أثم لترك مقتضى خبر الواحد كترك الفاتحة سواء، ودعوى من ادعى أن خبر الترتيب مشهور مردود بأن الخلاف في رفعه بين المحدثين ثابت فضلاً عن شهرته، ألا ترى أن المذهب تقديم الوقتية عند ضيق الوقت، فلو كان مشهوراً عندهم لقدموا الفائتة مطلقاً لجواز تقييد الكتاب فضلاً عن غيره بالخبر المشهور فيكون إطلاق جواز الوقتية في كل الوقت مقيداً بعدم الفائتة، لكن هذا إحداث قول ثالث لأن الثابت قائلان: قائل بالاستحباب، وقائل بالوجوب على الوجه الذي تقدم، فجعله للوجوب على ما ذكرنا إحداث قول ثالث وهو لا يجوز، فإذا امتنع إعمال ظاهره من الوجوب لزم حمله على الندب، ونفس الامتناع للإحداث هو القرينة الصارفة إلى الندب، فظهر بهذا البحث أولوية قول الشافعي وغيره من القائلين بالاستحباب، وهو محمل فعله ﷺ الترتيب في القضاء يوم الخندق[2] لأن مجرد الفعل لا يستلزم كونه المتعين لجواز كونه الأولى قوله: (كي لا يؤدي إلى تفويت الوقتية) تعليل للسقوط بضيق الوقت وكثرة الفوائت، وأما النسيان فظاهر لأن الخبر إنما أوجب الترتيب عند التذكر، ثم تفسير ضيق الوقت أن يكون الباقي لا

بتركها يوجب نسخ قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ وذلك لا يجوز كما تقدم، بخلاف صورة النزاع فإن فيها العمل بالكتاب والخبر جميعاً، وذلك لأن قوله تعالى ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ يدل على أن هذا الوقت وقت الظهر، ولا يتعرض لتقديم الفائتة عليه لا بنفي ولا إثبات، وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بأن وقت النسيان ليس بوقت للفائتة لأن وقتها وقت التذكر وهو ناس، وأما ضيق الوقت فلم يكن متناول الحديث لأن جعل قضاء الفائتة شرط جواز أداء الوقتية إنما هو لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطاً عند ضيق الوقت، وأما كثرة الفوائت

قوله: (بخلاف صورة النزاع، فإن فيها العمل بالكتاب والخبر جميعاً، إلى قوله: فعملنا بهما) أقول: مقتضى نص الكتاب أن تجوز الوقتية في وقت الدلوك مطلقاً، ومقتضى الخبر أن لا يجوز عند الدلوك قبل قضاء الفائتة، وظاهر أنه نسخ فإنه تقييد للمطلق.

(١) حديث إمامة جبريل تقدم في أول المواقيت.
(٢) حديث يوم الخندق يأتي بعد قليل.

ثم ليعد التي صلى مع الإمام» **(ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها)** لأن الترتيب يسقط بضيق الوقت، وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كي لا يؤدي إلى تفويت الوقتية، ولو قدم الفائتة جاز لأن النهي عن تقديمها لمعنى في

يسع الوقتية والفائتة ولا يناط بمجرد غلبة الظن بل بالواقع، فلو ظن ضيقه فصلى الوقتية ثم ظهر أنه كان فيه سعة بطلت، ثم ينظر إن ظن أن الباقي صار لا يسعهما فأعاد الوقتية ثم ظهر أيضاً خلافه بطلت أيضاً، ثم ينظر أيضاً كذلك وكذلك إلى أن يظهر بعد إعادة من الإعادات ضيقه صادقاً فيعيد الوقتية ثم يصلي الفائتة، وإن ظهر بعد إعادته أنه يسعهما صلى الفائتة ثم الوقتية، ولو صلى الوقتية ثم بقي من الوقت فصل فصلى الفائتة فخرج الوقت قبل أن يقعد قدر التشهد حكم بجواز الوقتية لتبين ضيق الوقت ويعتبر ضيق الوقت عند الشروع، حتى لو شرع في الوقتية مع تذكر الفائتة وأطال حتى ضاق لا يجوز إلا أن يقطعها ثم يشرع فيها، ولو شرع ناسياً والمسألة بحالها فتذكر عند ضيقه جازت، ولو تعددت الفوائت لا بحيث يسقط الترتيب والوقت يسع بعضها لا الكل لا تجوز الوقتية حتى يصل ذلك، وقيل عند أبي حنيفة يجوز لأنه ليس الصرف إلى هذا البعض أولى منه للآخر قوله: **(ولو قدم الفائتة جاز)** يعني يصح لا أنه يحل له ذلك كما لو اشتغل بالنافلة عند ضيق الوقت يكون آثماً بتفويت الفرض بها ويحكم بصحتها قوله: **(لمعنى في غيرها)** أي غير الفائتة وهو كون الاشتغال بها يفوت الوقتية وهذا يوجب كونه عاصياً في ذلك، أما هي فلا معصية في ذاتها، هذا وما أمكن مراعاة حال الأداء في القضاء يراعى، فمن ذلك الجهر والإخفاء، فإن أم في الجهرية وجب الجهر اتفاقاً، وإن انفرد في قضائها ففيه خلاف المشايخ، وقدمها المصنف واختار وجوب الإخفاء، وقدمنا أن الأولى خلافه وتقدم الوجه من الجانبين، وفي النهاية في باب كفارة الإحرام من كتاب الحج: من ترك شيئاً من الصلوات في أيام التشريق يقضيها بالتكبيرات إلى آخر أيام التشريق قوله: **(قبل وقتها الثابت بالحديث)** يعني قوله ﷺ «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها»[1] وتقدم، أفاد أن وقت التذكر وقت الفائتة، ومن ضرورته أن لا يكون وقتاً للوقتية فيكون أداء الوقتية فيه قبل وقتها الثابت بالحديث، وإن كان وقتها بالقاطع فيكون إهدار لأحد الدليلين من غير ملجىء، وهذا مبني على امتناع كونه وقتاً للوقتية إذ جعل وقتاً للفائتة وهو غير لازم، إذ لا مانع من اعتباره شرعاً وقتاً لهما بحيث يصح كل منهما فيه كالصلوات من الفريضة والمنذورة والنافلة، غير أنه نص على غير المعلوم من كون وقت التذكر بعد انقضاء وقتها وقتها حتى يكون الأداء فيه خالياً عن الإثم لغرض كون التأخير للنوم والنسيان، ولا حاجة إلى ذكر ما هو معلوم من أن الوقت أيضاً، نعم لو عللوا انفراد الفائتة بالوقت بقوله في الحديث «لا كفارة لها إلا ذلك»[2] لأمكن، وحينئذ يبقى فيه ما قلناه في قولهم إن في تقديم الفائتة عملاً بالدليلين قوله: **(«ثم قال: صلوا كما رأيتموني أصلي»)**[3] ليس من تمام ما اتصل به بل هو حديث آخر[4]، فهو استدلال

فإنها في معنى ضيق الوقت لأن الاشتغال بها مع كثرتها يفضي إلى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرنا، قوله **(ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية)** وقوله **(ولو قدم الفائتة جاز)** أي جاز فعله **(هذا)** وهو تقديم الفائتة **(لأن النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها)** أراد النهي الذي يستفاد من الأمر، وأوضح هذا المعنى في المبسوط فقال: لو بدأ بالفائتة أجزأ، بخلاف الأول فإن هناك هو مأمور بالبداءة بالفائتة، ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لأن النهي عن البداءة بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها، ألا ترى أن له أن يبدأ بالتطوع لانعدام الموجب للنهي فمنع الجواز لهذا، وههنا النهي عن البداءة

---

(١) هو بعض حديث تقدم الإشارة إليه في ٣/ ٤٨٦ . صحيح.

(٢) هو بعض الحديث المتقدم.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٦٠٠٨ و٦٣١ و٧٢٤٦ وفي الأدب المفرد ٢١٣ والنسائي ٢/ ٨٦ والدارقطني في ١/ ٢٧٣ والبيهقي ١/ ٣٨٥ وأحمد ٣/ ٤٣٦، ٥/ ٥٣ والدارمي ١٢٣٣ كلهم من حديث مالك بن الحويرث قال: أتينا النبي ﷺ ونحن شببه متقاربون فأقمنا عنده عشرين ليلة فظن أنا استقنا أهلنا. وسألنا عمن تركنا في أهلنا فأخبرناه وكان رقيقاً رحيماً. فقال: «ارجعوا إلى أهليكم فعلموهم ومروهم. وصلوا كما رأيتموني أصلي. وإذ حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم ثم ليؤمكم أكبركم». وكذا رواه ابن حبان ٢٢٣١ هذا لفظ البخاري وغيره وليس في النسائي لفظ: صلوا كما رأيتموني أصلي.

(٤) عبارة صاحب الهداية توهم أن هذا الحديث هو تتمة لحديثه يوم الخندق وليس كذلك لذا نبه عليه ابن الهمام.

غيرها. بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لأنه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث **(ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل)** «لأن النبي عليه الصلاة والسلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتباً. ثم قال: صلوا كما رأيتموني أصلي» **(إلا أن تريد الفوائت على ست صلوات)** لأن الفوائت

بمجموع فعله الترتيب بين الأربع وأمره بالصلاة على الوجه الذي فعل فلزم الترتيب، ولو قاله بالواو لكان أقل إيهاماً، ولا يخفى أن الحديث الثاني ليس على صرافة ظاهره من إيجاب كل ما وقع عليه رؤيتهم من صلاته فإنها وقعت على ما هو من السنن والآداب وليست واجبة فهو على الندب إن اعتبرت هذه المرادة أو على الإيجاب إن اعتبرت غيرها، وعلى كل حال لا يفيد المطلوب، أما على التقدير الأول فظاهر، وكذا على الثاني لأنه فرع ثبوت الوجوب بغيره لأن كون هذا الترتيب واجباً عين النزاع وصلوا إلى آخره إيجاب فعل الواجبات على الوجه الذي رأوه فعلها فلا يقدم السجود على الركوع ولا يقرأ في غير القيام، وحاصله على هذا التقدير تعيين الكيفيات الواجبة أن تغير، وذلك فرع ثبوت الوجوب أولاً. وغاية ما يدفع به هذا أن يقال هو مفيد وجوب كل ما وقع عليه الرؤية إلا ما قام الدليل فيه على خلافه من كونه سنة أو أدباً، وحينئذ يقال الترتيب من المستثنى لما قدمنا من استلزام تقديم الظني على القاطع بتقدير ما ذهبوا إليه، ثم الحديث الثاني هو ذيل حديث مالك بن الحويرث في البخاري وتقدم[1]، وأما الأول فأخرجه الترمذي والنسائي عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود قال «إن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله فأمر بلالاً فأذن ثم أقام فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر، ثم أقام فصلى المغرب، ثم أقام فصلى العشاء»[2] قال الترمذي: ليس بإسناده بأس، إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه: يعني فهو منقطع. وقول الشيخ محيي الدين النووي في الخلاصة لم يدرك أباه مخالف لقول أبي داود توفي ولولده أبي عبيدة سبع سنين. ورواه النسائي في سننه عن الخدري «حبسنا يوم الخندق عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى كفينا ذلك، فأنزل الله تعالى. وكفى الله المؤمنين القتال. فقام رسول الله ﷺ فأمر بلالاً فأقام فصلى الظهر كما كان يصليها قبل ذلك، ثم أقام فصلى العصر كما كان يصليها قبل ذلك، ثم أقام فصلى المغرب

بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت، ألا ترى أنه ينهي عن الاشتغال بالتطوع أيضاً لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي، والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه. قال **(ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء)** هذه المسألة لبيان أن الترتيب كما أنه فرض بين الوقتية والفائتة فكذا بين الفوائت نفسها، فإذا فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل «لأن النبي ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الخندق» أي يوم حفره «فقضاهن مرتباً ثم قال:

---

(١) هو المتقدم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ١٧٩ والنسائي ٢/ ١٧ و١/ ٢٩٧ والبيهقي ١/ ٤٠٣ والطيالسي ٣٣٣ وأحمد ١/ ٤٢٣، ٣٧٥ كلهم من حديث أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه. قال الترمذي: إسناده ليس به بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه. اهـ وكرره النسائي ٢/ ١٨ من هذا الطريق ولم يذكر فيه الأذان بل ذكر الإقامة فقط.

وورد من حديث أبي سعيد. أخرجه النسائي ٢/ ١٧ والبيهقي ١/ ٤٠٢، ٤٠٣ وأحمد ٣/ ٢٥، ٤٩، ٦٧، ٦٨ والطيالسي ٢٢٣١ والشافعي في الأم ١/ ٧٥ كلهم من حديث أبي سعيد. وهو عند الطيالسي مختصر. وإسناده جيد.

وقال ابن حجر في التلخيص ١/ ١٩٥: صححه ابن السكن اهـ.

وورد من حديث جابر أخرجه البزار في مسنده والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ٤ قال الهيثمي: فيه عبد الكريم بن أبي المخارق. وهو ضعيف.

ورواه أبو يعلى من حديث ابن مسعود وفيه يحيى بن أبي أنيسة وهو ضعيف. اهـ الهيثمي.

قلت: وفي رواية أبي يعلى وكذا حديث جابر المتقدم ذكر الأذان والإقامة في كل صلاة. أما حديث ابن مسعود أول الباب وحديث أبي سعيد ففيهما ذكر الأذان في أول صلاة فقط.

فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن.

تنبيه: قد وهم الألباني حيث ذكره في الإرواء ٢٣٩ وحكم بضعفه وسبب ذلك أنه لم يقع على رواية جابر ولا رواية ابن مسعود الثانية.

قد كثرت (**فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت**) نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية، وحد الكثرة أن تصير الفوائت ستاً لخروج وقت الصلاة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير، وهو قوله (**وإن فاتته أكثر من صلاة يوم وليلة**

كما كان يصليها قبل ذلك، ثم أقام فصلى العشاء كما كان يصليها قبل ذلك. وذلك قبل أن ينزل. فرجالاً أو ركباناً» ورواه ابن حبان في صحيحه في النوع الرابع والثلاثين ولم يذكر فيه العشاء لأنها كانت في وقتها، وذكرها في الرواية الأخرى باعتبار أنها تأخرت عن وقتها المعتاد. وأخرجه البزار عن جابر بن عبد الله «أنه ﷺ شغل يوم الخندق عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى ذهبت ساعة من الليل، فأمر بلالاً فأذن وأقام فصلى الظهر، ثم أمره فأذن وأقام فصلى العصر، ثم أمره فأذن وأقام فصلى المغرب، ثم أمره فأذن وأقام فصلى العشاء، ثم قال: ما على ظهر الأرض قوم يذكرون الله في هذه الساعة غيركم»[1] وفيه عبد الكريم بن أبي الخارق مضعف، وفي الباب حديث الصحيحين «أن عمر بن الخطاب جاء يوم الخندق فجعل يسب كفار قريش وقال: يا رسول الله ما كدت أصلي العصر حتى كادت الشمس أن تغيب، فقال ﷺ: فوالله ما صليتها، فنزلنا إلى بطحان فتوضأ ﷺ وتوضأنا، فصلى ﷺ العصر بعد ما غربت الشمس، ثم صلى بعدها المغرب»[2] ولا يعارضه ما انفرد به مسلم من قوله «ثم صلاها بين المغرب والعشاء»[3] ولا ما انفرد به عن ابن مسعود «حبس المشركون رسول الله ﷺ عن صلاة العصر حتى احمرت الشمس أو اصفرت، فقال ﷺ: شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر ملأ الله أجوافهم وقبورهم ناراً، أو حشا الله أجوافهم وقبورهم ناراً»[4] اهـ. لوجوب حمل الأول على إرادة بين وقت المغرب والعشاء وهو أحد محتمليه لصحة أنه صلى العصر قبل المغرب، والمفاد بالثاني أن الحبس تحقق إلى وقت الاحمرار فوقع الدعاء عليهم إذ ذاك وليس فيه أنه صلاها إذ ذاك، وقد تظافرت رواية الصحيحين مع ما قبلها أن صلاته ﷺ كانت بعد الغروب، وكذا لا يعارض ما في الصحيحين من أنه صلاها بعد الغروب الأحاديث السابقة من أنه صلاها بعد دخول وقت العشاء وذهاب ما شاء الله منه للتصادق. غير أن المتبادر من تخصيص قوله «فصلى العصر بعد ما غربت»[5] أنه قبل وقت العشاء وإلا لقال بعد ما دخل وقت العشاء، لكن يجب الحمل على مجرد ما يصدق به لأن تلك الأحاديث أيضاً صحت بكثرة الطرق وبعضها في صحيح ابن حبان قوله: (**إلا أن تزيد الفوائت**) استثناء من قوله رتبها في القضاء، ولا يلزم كون الفوائت سبعاً لأن ما به الزيادة لا يوجب اللفظ كونه فائتاً بل إذا انضم إلى الفوائت

«صلوا كما رأيتموني أصلي» أمر بالتشبيه مطلقاً، والكامل منه ما يقع على كمه وكيفه، فدل على أن الأداء بوصف الترتيب شرط وإنما لم يقل كما صليت لسر، وقوله (**إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات**) استثناء من قوله رتبها في القضاء، ومعناه إلا أن تصير الفوائت ستاً. واختلف الشارحون في تأويل كلامه لأن ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعائه أن تكون الفوائت

قال المصنف (**إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات**) أقول: قال ابن الهمام استثناء من قوله رتبها في القضاء، ولا يستلزم كون الفوائت سبعاً لأن ما به الزيادة لا يوجب اللفظ كونه فائتاً بل إذ انضم إلى الفوائت المعينة صلاة صدق أن المسمى بالفوائت زادت وإن لم تكن فائتة اهـ. وفيه بحث فإنه نظير قولنا: زاد الدين على ستة دراهم قوله: (**ورد بأنه يستدعي زيادة الأوقات على ست صلوات الخ**) أقول: والظاهر أن الكلام على القلب: أي إلا أن تزيد الصلوات المفروضة على ست فوائت، وهذا معنى صحيح لا غبار عليه، والقلب فن معتبر من البلاغة سيما عند صاحب المفتاح قوله: (**وذلك إنما يكون بفوت وقت السابعة الخ**) أقول: لا يقال: يجوز أن يكون بدخول وقتها

---

(١) تقدم حديث جابر في الذي قبله وهو بمفرده ضعيف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٦ و٥٩٨ و٦٤١ و٩٤٥ و٤١١٢ ومسلم ٦٣١ والترمذي ١٨٠ كلهم من حديث جابر.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٦٢٧ ح٢٠٥ وابن حبان ١٧٤٥ وأحمد ١/ ٨٢، ١١٣ وابن ماجه ٦٨٤ والدارمي ١٢١٢ كلهم من حديث علي. وكذا رواه النسائي ١/ ٢٣٦

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٦٢٨ وابن ماجه ٦٨٦ وأحمد ١/ ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٥٦ والطيالسي ٣٦٦ كلهم من حديث ابن مسعود واللفظ لمسلم.

(٥) هو بعض حديث جابر المتقدم قبل حديثين.

أجزائه التي بدأ بها) لأنه إذا زاد على يوم وليلة تصير ستاً. وعن محمد رحمه الله أنه أعتبر دخول وقت السادسة، والأول هو الصحيح لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الأول، ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة،

المعينة صلاة صدق أن المسمى بالفوائت زادت وإن لم تكن فائتة، هذا غاية ما يؤديه اللفظ وإلا استلزم كون الفوائت سبعاً قوله: **(وحد الكثرة)** قال في شرح الكنز وغيره: المعتبر أن تبلغ الأوقات المتخللة ستاً قد فاتته الفائتة وإن أدى ما بعدها في أوقاتها، وقيل يعتبر أن تبلغ الفوائت ستاً ولو كانت متفرقة، وثمرة الخلاف تظهر فيمن ترك ثلاث صلوات مثلاً الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم، فعلى الأول يسقط الترتيب، يعني بين المتروكات، وعلى الثاني لا لأن الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستاً، ومثل هذا ما ذكره في المصفى في وجه اقتصار صاحب المنظومة على نقل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا ترك ظهراً وعصراً من يومين دون أن يذكره في ثلاثة فصاعداً. قال للخلاف فيما إذا كانت ثلاثة، فعند بعضهم يسقط الترتيب، لأن ما بين الفوائت يزيد على ست، ومنهم من أوجبه لأن المعتبر كون الفوائت بنفسها ستاً: يعني فلما اختلفوا في ثبوت الخلاف بينهم في الزائد على الصلاتين اقتصر في المنظومة على نقل الخلاف فيهما، ولا يخفى على من علم مذهب أبي حنيفة من أن الوقتية المؤداة مع تذكر الفائتة تفسد فساداً موقوفاً إلى أن يصلي كمال خمس وقتيات، فإن لم يعد شيئاً منها حتى دخل وقت السادسة صارت كلها صحيحة، ولا يخفى أنه لا يتصور على قوله كون المتخللات ست فوائت لأنه مع دخول وقتها ثبتت الصحة فلا يتحقق فائتاً سوى المتروكة إذ ذاك، والمسقط هو ست فوائت لا مجرد أوقات لا فوائت فيها فإنه لا معنى له إذ السقوط بكثرة الفوائت كي لا يؤدي التزام الاشتغال بأدائها إلى تفويت الوقتية، فمجرد الأوقات بلا فوائت لا أثر له، فلا وجه لاعتباره. فإن قلت: إنما ذكر من رأيت في تصوير هذه أنه إذا صلى السادسة من المؤديات وهي سابعة المتروكة صارت الخمس صحيحة ولم يحكوا بالصحة على قوله بمجرد دخول وقتها. فالجواب أنه يجب كون هذا منهم اتفاقياً. لأن الظاهر أنه يؤدي السادسة في وقتها لا بعد خروجه، فأقيم أداؤها مقام دخول وقتها لما سنذكر من أن تعليله لصحة الخمس يقطع ثبوت الصحة بمجرد دخول الوقت أداها أولاً، وعلى هذا يجب أن يحكم على الخلاف المذكور بالخطإ، والتحقيق أن خلاف المشايخ في الثلاث إنما هو في الحكم بأن عدم وجوب الترتيب هو بالاتفاق بين الثلاثة، أو على الخلاف كما في الثنتين ابتداء كما نحققه بذكر المسألة بشعبها، وبه يتبين مبنى الخلاف على وجه الصحة إذ قد صرنا إليها إحرازاً لفائدتها فإنها مهمة ولم يذكرها في الهداية. وجه قولهما فيها إلحاق ناسي الترتيب بين الصلاتين الفائتتين بناسي الفائتة فيسقط الترتيب به. وهو ألحقه بناسي التعيين وهو من فاتته صلاة لم يدر ما هي ولم يقع تحريه على شيء يعيد صلاة يوم وليلة بجامع تحقق طريق يخرج بها عن العهدة بيقين فيجب سلوكها، وهذا الوجه يصرح بإيجاب الترتيب في القضاء عنده فيجب الطريق التي بعينها لا كما قيل أنه مستحب عنده فلا خلاف بينهم، ثم صورة قضاء الصلاتين عنده أن يصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر. فإنه

سبعاً لأنه ذكر الفوائت بلفظ الجمع، والزائد غير المزيد عليه، والمزيد عليه ست فيصير المجموع سبعاً، فقال صاحب النهاية: المراد من الصلوات أوقاتها، فإن فوت الصلاة السابعة ليس بشرط بالإجماع. ورد بأنه يقتضي أن تزيد الفوائت على ستة أوقات، وذلك إنما يكون بفوت السابعة وليس بمراد. وقيل أراد أوقات الفوائت بحذف المضاف، ورد بأنه يستدعي زيادة الأوقات على ست صلوات، وذلك إنما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد، وقيل أراد بالفوائت الأوقات، ومعناه إلا أن

لأن الزائد فائتة (قوله: والحق أن يقدر مضافان، وتقديره: إلا أن تزيد أوقات الفوائت على أوقات ست صلوات الخ) أقول: لا يخفى عليك أن الزائد على أوقات ست صلوات ليس وقت الفائتة، بل على العكس حيث زاد على أوقات الفوائت الست وقت صلاة أخرى قوله: (ويجوز أن يقال: أصل ذلك القضاء بالإغماء، إلى قوله: وعبد الله بن عمر أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضهن، فدل على أن التكرار معتبر) أقول: فيه تأمل،

قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت، وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً له عن التهاون.

كان المتروك أوّلاً هو الظهر فالظهر الأخيرة تقع نفلاً. وإن كان هو العصر فالظهر الأولى تقع نفلاً. وكما يجوز أن يبدأ بالظهر يجوز أن يبدأ بالعصر فيصلي العصر ثم الظهر ثم العصر. ولو كانت الفوائت ثلاثاً ظهر من يوم وعصر من يوم ومغرب من يوم ولا يدري ترتيبها ولم يقع تحرّيه على شيء صلى الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر سبع صلوات، لأن كلاً من الثلاث يحتمل كونها أولى أو أخيرة أو متوسطة تجيء تسعاً الثابت في الخارج ستّ للتداخل لأن توسط الظهر يصدق في الخارج، أما مع تقدم العصر أو المغرب فلا يكون كل قسما برأسه وكذا هما فخرج بواسطة كل واحدة يبقى الثابت الظهر ثم العصر ثم المغرب أو الظهر ثم المغرب ثم العصر فهذان قسماً تقدم الظهر ولتقدم العصر مثلهما وللمغرب كذلك، فإن فاتته العشاء من يوم آخر مع تلك الثلاثة يصلي تلك السبع ثم يصلي الرابعة وهي العشاء فصارت ثمانية، ثم يعيد تلك السبع على ذلك الوجه فالجملة خمس عشرة، فلو كانت خمساً من خمسة أيام بأن ترك الفجر أيضاً يصلي إحدى وثلاثين صلاة تلك الخمس عشرة على ذلك النحو ثم يصلي الخامسة: أعني الفجر ثم يعيد تلك الخمسة عشرة، فالضابط أن المتروكة إن كانتا ثنتين يصليهما ثم يعيد أولاهما، وإن كانت ثلاثاً صلى تلك الثلاث ثم الثالثة، ثم أعاد تلك الثلاث، وإن كانت أربعاً صلى قضاء الثلاث كما قلنا ثم الرابعة، ثم أعاد ما يلزمه في قضاء الثلاث، وإن كانت خامسة فعل ما لو كان المتروك أربعاً ثم يصلي الخامسة ثم يفعل ما يلزمه في أربع. وإنما أطنبنا لكثرة سؤال السؤال عنه. وفي فتاوى قاضيخان: الفتوى على قولهما كأنه تخفيفاً على الناس لكسلهم، وإلا فدليلهما لا يترجح على دليله، وإذا عرفت هذا فقد اختلف المشايخ فيما وراء الصلاتين، فذهب طائفة إلى أنه لا ترتيب بالاتفاق فلا يؤمر بإعادة الأولى في قول الكل. قال في الحقائق: وهو الأصح لأن إعادة ثلاث صلوات في وقت الوقتية لأجل الترتيب مستقيم، أما إيجاب سبع صلوات في وقت واحد لا يستقيم لتضمنه تفويت الوقتية انتهى، فهذا يوضح لك أن خلاف هؤلاء فيما وراء الثنتين لما يلزمه من إيجاب سبع بإيجاب الترتيب. وهو كسبع فوائت معنى لما علمت من أن إيجاب الترتيب في قضائها يوجب سبع صلوات، فإذا كان الترتيب يسقط بست فأولى أن يسقط بسبع، والطائفة الأخرى لم يعتبروا إلا تحقق فوائت ست، والأولون أوجه لأن المعنى الذي لأجله سقط الترتيب بالست موجود، في إيجاب سبع، فظهر بهذا مبنى الخلاف على وجه الصحة كما ذكر في شرح الكنز، والله أعلم قوله: **(زجراً له عن التهاون)** والفتوى على الأول، كذا في الكافي وغيره لأن هذا ترجيح بلا مرجح، وما قالوا يؤدي إلى التهاون لا إلى الزجر عنه، فإن من اعتاد تفويت الصلاة وغلب على نفسه التكاسل لو أفتى بعدم الجواز يفوت أخرى وهلم جرا حتى يبلغ حد الكثرة قوله:

تزيد الأوقات على ست صلوات، ورد برد يشمله وما تقدم عليه من الوجهين وهو أن الزيادة لا بد أن تكون من جنس المزيد عليه وذلك معدوم في هذه التأويلات كلها كما ترى. والحق أن يقدر مضافان وتقديره: إلا أن تزيد أوقات الفوائت على أوقات ست صلوات بحسب دخول الأوقات دون خروجها، وإنما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت لأن الكثرة لما أفادت سقوطه في اعتبارها فلأن تفيده في نفسها أولى، وقيل لعدم القائل بالفصل، قوله **(وحد الكثرة)** ظاهر مما ذكرنا إلا أن قوله **(لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار)** فيه كلام وهو أن الكثرة أمر إضافي جاز إطلاقها على ما هو أزيد مما دونه، فما وجه الدخول في حد التكرار، ويجوز أن يقال: أصل ذلك القضاء عليه بالأغماء، وقد ثبت أن علياً رضي الله عنه أغمي عليه أقل من يوم وليلة فقضى الصلوات، وعمار بن ياسر أغمي عليه يوم وليلة فقضاهن، وعبد الله بن عمر أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضهن، فدل على أن التكرار معتبر، وقوله **(ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة)** صورته: رجل ترك صلاة شهر سفهاً ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل بأداء الصلوات في مواقيتها فقبل أن يقضي تلك الفوائت ترك صلوات دون ست وصلى صلاة أخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة، قال بعض المتأخرين من مشايخنا: تجوز هذه الصلوات لكثرة الفوائت. والاشتغال بالحديثة ليس بأولى من الاشتغال بتلك، والاشتغال بالكل يفوت الوقتية عن وقتها، قال في النهاية وعليه الفتوى

ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الأظهر، فإنه روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة، وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال، والوقتيات فاسدة إن قدمها

(وهو الأظهر) خلاف ما اختاره شمس الأئمة وفخر الإسلام وصاحب المحيط وقاضيخان وصاحب المغني والكافي وغيرهم، وما استدل به عن محمد فيه نظر تذكره قوله: **(على كل حال)** أي سواء قدم أو أخر **(والوقتيات فاسدة إن قدمها)** أي على الفوائت. وجه الاستدلال أنه إذا قدم الوقتية صارت هي سادسة المتروكات فسقط الترتيب، فعلى تقدير أن لا يعود كان ينبغي أنه إذا قضى بعدها فائتة حتى عادت المتروكات إلى خمس أن تجوز الوقتية الثانية قدمها أو أخرها. وإن وقعت بعد عدة لا توجب سقوط الترتيب: أعني خمساً أو أربعاً لسقوط الترتيب قبل أن يصير إلى الخمس. وجه النظر أنه لم يسقط الترتيب أصلاً، فإن سقوطه بخروج وقت السادسة وهو لم يخرج حتى صارت خمساً بقضاء الفائتة، ولا يمكن تخريجه على ما روي عن محمد من اعتبار دخول وقت السادسة لأنه لو كان كذلك لم تفسد الوقتيات، فالأصح أن الترتيب إذا سقط لا يعود كماء نجس دخل عليه ماء جار حتى سال ثم عاد قليلاً لم يعد نجساً، فلذا صحح في الكافي أنه لا يعود، ولا يخفى أن إبطال الدليل المعين لا يستلزم بطلان المدلول فكيف بالاستشهاد. وحاصله بطلان أن يكون ذلك نصاً من محمد في المسألة فليكن كذلك فهو غير منصوص عليه من المتقدمين، لكن الوجه يساعده بجعله من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته، وذلك أن سقوط الترتيب كان بعلة الكثرة المفضية إلى الحرج، أو أنها مظنة تفويت الوقتية، فلما قلت زالت العلة فعاد الحكم الذي كان قبل، وهذا مثل حق الحضانة الثابت لمحرم الصغير من النساء ينتهي بالتزوج[1]، فإذا زال التزوج عاد لا أنه سقط فيكون متلاشياً فلا يتصور عوده إلا لسبب آخر قوله: **(لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها)** محمول على ما إذا كان جاهلاً، أما لو اعتقد وجوب الترتيب كانت أيضاً فاسدة. وعليه أن يقال إذا كان الفرض جهل وجوب الترتيب وأنه معتبر في صحة العشاء إذا أخرها لمصادفته محل اجتهاد فلا وجه للفصل بين تقديمها وتأخيرها، بل يجب أن يصح وإن قدمها لأن الفرض أنه جاهل وجوب الترتيب بينها وبين الفائتة التي بقيت عليه. والجواب يعلم من جوابهم لطلب الفرق بين ما لو صلى الظهر بغير طهارة ثم صلى العصر ذاكراً لها حيث تجب إعادة العصر وإن ظن عدم وجوب الترتيب. وما لو صلى هذه الظهر بعد هذه العصر ولم يعد العصر حتى صلى المغرب ذاكراً لها حيث تصح المغرب إذا قالوا إن فساد الظهر قوي لعدم الطهارة فصلح استتباعه لفساد العصر، بخلاف فساد العصر فإنه ضعيف لقول طائفة من الأئمة بعدمه فلم يصلح مستتبعاً فساد المغرب. فيؤخذ منه أن مجرد كون المحل مجتهداً فيه لا يستلزم اعتبار الظن الخطأ فيه من الجاهل بل إن كان المجتهد فيه ابتداء لا يعتبر الظن فيه، وإن كان مما ينبني على المجتهد ويستتبعه اعتبر ذلك الظن لزيادة الضعف. ففساد العصر هو المجتهد فيه ابتداء، وفساد المغرب بسبب ذلك فاعتبر، وكذا ما نحن فيه فإنه إذا أخر العشاء ففسادها بسبب فساد الوقتيات، وفساد الوقتيات هو الفساد المجتهد فيه فهي نظير العشر في المسألة المذكورة، وإذا قدمها ففسادها حينئذ لوجود الفائتة بيقين وهي آخر المتروكات، والله سبحانه وتعالى أعلم

وقال بعضهم: **(لا يجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً له عن التهاون)** وأن لا تصير المعصية وسيلة إلى اليسر والتخفيف. وقوله **(ولو قضى بعض الفوائت)** صورته أن يترك الرجل صلاة شهر ثم يقضيها إلا صلاة أو صلاتين، ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية أو لم تجز؟ عن محمد فيه روايتان، ومال إلى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر، واختاره بعض المشايخ والمصنف، ومال إلى الجواز أبو حفص الكبير، واختاره من المشايخ فخر الإسلام وشمس الأئمة وصاحب المحيط وقاضيخان وغيرهم، قال في النهاية: وعليه الفتوى، ووجهه أن الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كماء نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يصير نجساً، قال المصنف عن

---

(١) أي من له حق حضانة الصغير إذا تزوج سقط حقه وانتقل الحق في ذلك لغيره فإذا زال الزواج بطلاق أو غيره عادت له الأفضلية في الحضانة.

لدخول الفوائت في حد القلة، وإن أخرها فكذلك إلا العشاء الأخير لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها (ومن صلى

قوله: (إلا إذا كان في آخر الوقت) يعني أصل الوقت، وعند الحسن وهو رواية عن محمد آخر الوقت المستحب، حتى لو تذكر في وقت العصر أن عليه قضاء الظهر وعلم أنه لو اشتغل بها يقع العصر قبل الغروب في الوقت المكروه لا يسقط الترتيب فيصلي الظهر في المستحب والعصر في المكروه. وعند الحسن يسقط الترتيب فيصلي العصر في المستحب ويؤخر الظهر إلى ما بعد الغروب، ولو كان بقي من الوقت المستحب ما لا يسع الظهر سقط الترتيب بالاتفاق لعدم جواز الظهر في المكروه. ولو شرع في العصر ذاكراً للظهر والشمس حمراء وغربت وهو فيها أتمها. طعن فيه عيسى بن أبان فقال: بل يقطعها ثم يبدأ بالظهر لأن ما بعد الغروب وقت مستحب وهو ذاكر للظهر وهو القياس، وجه الاستحسان أنه لو قطعها تكون كلها قضاء. ولو مضى فيها كان بعضها في الوقت فكان أولى، ولأنه حين شرع كان مأموراً بها مع العلم بأن الكل لا يقع في الوقت. فلو كان هذا المعنى مانعاً لما أمر به قوله: (وهي مسألة الترتيب) وإنما ذكرها ليصل بها مسألة بطلان الوقت قوله: (وإذا فسدت الفرضية) بتذكر الفائتة فيها (لا يبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد يبطل) حتى لو قهقه بعد التذكر لا تنتقض طهارته قوله:

الأول (وهو الأظهر) يعني دراية ورواية أما دراية فلأن علة السقوط الكثرة المفضية إلى الحرج ولم يبق بالعود إلى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته فكان كحق الحضانة إذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فإن الحق يعود. وأما رواية فلما روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل: أي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال: يعني سواء قدمها على الوقتيات أو أخرها عنها. والوقتيات فاسدة قدمها لدخول الفوائت في حد القلة، لأنه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات، إلا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمساً، ثم لا يزال هكذا فلا يعود إلى الجواز (وإن أخرها) أي الوقتيات عن الفوائت (فكذلك) أي لا تجوز الوقتيات (إلا العشاء الأخيرة فإنها جائزة) أما فساد ما وراء العشاء الأخيرة من الوقتيات فلأنه كلما صلى فائتة عادت الفوائت أربعاً ففسدت الوقتية ضرورة، وأما جواز العشاء الأخيرة فلما ذكر (أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها) والظن متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه وقع معتبراً وإن كان خطأ، والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان ظنه موافقاً لرأيه فصار كما إذا عفا أحد من له القصاص وظن صاحبه أن عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه، ومعلوم أن هذا قتل بغير حق، لكن لما كان متأولاً ومجتهداً فيه صار ذلك الظن مانعاً وجوب القصاص، كذا في المبسوط، ونوقض بما إذا صلى الظهر بغير وضوء ناسياً ثم صلى العصر على وضوء ذاكراً للظهر وهو يحسب أنه يجزئه، فعليه أن يعيدهما جميعاً، وعلى قياس ما ذكر هنا أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها كان ينبغي أن لا يجب عليه قضاء العصر ثانياً لما أنه لما قضى الظهر قد وقع في ظنه أنه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة، والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي فكان ظنه ههنا موافقاً لمذهبه كما ذكرتم. وأجيب بأن فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوي مجتمع عليه فظهر أثره فيما يؤدى بعده، وأما فسادها بسبب ترك الترتيب فضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه إلى صلاة أخرى، قوله (ومن صلى العصر) مسألة الترتيب ولكن ذكرها تمهيداً للاختلاف المذكور بعدها، وفي ضيق الوقت كلام لم يتكلم به فيما مضى فلتكلم به ههنا، وهو أن الاعتبار في ضيق الوقت لأصل الوقت أو للوقت المستحب. حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاعتبار بأصل الوقت، وعند محمد بالوقت المستحب، وعلى هذا فيما

قوله: (لأنه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات، إلا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمساً، ثم لا يزال هكذا فلا يعود إلى الجواز) أقول: قال ابن الهمام: وفيه نظر لأنه لم يسقط الترتيب أصلاً، فإن سقوطه بخروج وقت السادسة وهو لم يخرج حتى صارت خمساً بقضاء الفائتة، ولا يمكن تخريجه على ما روي عن محمد من اعتبار دخول وقت السادسة، لأنه لو كان كذلك لم تفسد الوقتيات اهـ. فيه بحث لأن قوله فإن سقوطه بخروج وقت السادسة الخ ممنوع، بل ذلك إذا لم يؤدها فاسدة في الوقت، فإذا أداها كذلك يحكم بفواتها إذا لم يعدها فيه بالترتيب تأمل قوله: (فلا يتعدى حكمه إلى صلاة أخرى) أقول: فعلى هذا ينبغي أن يصح العشاء قدمت أو أخرت، والحق أن الجواب يحتاج إلى تفصيل ذكر في فتح القدير فراجعه قوله: (سقط الترتيب) أقول: بالاتفاق قوله: (وعليه أداء العصر) أقول: بالاتفاق قوله: (لأن التحريمة وسيلة الخ) أقول: ولا ينتقض بالوضوء لأنه ليس وسيلة لهذه الصلاة فقط بخلاف التحريمة قوله: (والجواب عن الأول أن الوصف لا يجوز أن يكون محصلاً لأن المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على

العصر وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر فهي فاسدة إلا إذا كان في آخر الوقت) وهي مسألة الترتيب **(وإذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد يبطل لأن التحريمة عقدت للفرض، فإذا بطلت الفرضية بطلت. ولهما أنها عقدت لأصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل ثم العصر يفسد فساداً موقوفاً، حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزاً عند أبي حنيفة. وعندهما يفسد فساداً باتاً لا جواز له بحال)** وقد عرف ذلك في موضعه **(ولو صلى الفجر وهو ذاكر أنه لم يوتر فهي**

(فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل) يعني ليس الموجود مما يبطل أصل الصلاة كالحدث بل وصف الفرضية. ولا تلازم بين بطلان الوصف وبطلان الأصل كالمكفر بالصوم إذا أيسر في خلال اليوم لا يبطل صومه فيصير مفطراً بل يبطل وصف وقوعه كفارة، ويدل على ذلك حديث ابن عم أوّل الباب حيث قال «فليتم صلاته ثم ليعد التي صلاها مع الإمام»[1] قوله: **(ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزاً)** بخلاف ما لو أعاد الظهر قبل أن يصلي السادسة فإنه يفسد الخمس. ولو صلى السادسة قبل الاشتغال بالقضاء صح الخمس، وهذا ما يقال صلاة واحدة تفسد خمساً وواحدة تصحح خمساً. وجه قولهما وهو القياس أن سقوط الترتيب حكم والكثرة علة له، فإنما يثبت الحكم إذا ثبتت العلة في حقث ما بعدها لا في حق نفسها كما إذا رأى عبده يبيع فسكت ثبت الإذن فيما يبيع بعد هذا البيع لا فيه نفسه، وكذا صيرورة الكلب معلماً بترك الأكل ثلاثاً علة حل أكل مأخوذه وأثره في حل ما بعد الثالثة. وجه قوله وهو الاستحسان أن المسقط الكثرة وهي قائمة بالكل فوجب أن تؤثر السقوط، ولهذا لو أعادها بلا ترتيب جازت عندهما أيضاً، وهذا لأن المانع من الجواز قلتها وقد زالت فيزول المنع، ولا يمتنع أن يتوقف حكم على أمر حتى يتبين حاله كتعجل الزكاة إلى الفقير يتوقف كونها فرضاً على تمام الحول والنصاب تام، فإن تم على تمامه كان فرضاً وإلا نفلاً، وكون المغرب في طريق مزدلفة فرضاً على عدم إعادتها قبل الفجر، فإن أعادها كانت نفلاً، والظهر يوم الجمعة على عدم شهودها، فإن شهدها كان نفلاً، وصحة صلاة المعذور إذا انقطع العذر فيها على عوده في الوقت الثاني، فإن لم يعد فسدت وإلا صحت، وكون الزائد على العادة حيضاً على عدم مجاوزة العشرة،

نحن فيه من المسألة إن أمكنه أداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وإن كان لا يمكنه أداء الصلاتين قبل غروب الشمس يسقط الترتيب وعليه أداء العصر، وإذا أمكنه أداء الظهر قبل تغيرها وتقع العصر أو بعضها بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافاً لمحمد، ، لأن معنى الكراهة يسقط الترتيب كخوف فوت أصل الوقت، وإن لم يمكنه أداء الظهر قبل تغيرها يسقط الترتيب لأن أداء شيء من تظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق، لأن ذلك الوقت وقت عصر اليوم ليس إلا. وقوله **(وإذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة)** يعني ينقلب نفلاً **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يبطل)** والفائدة أيضاً تظهر فيما إذا قهقه قبل أن يخرج من الصلاة فإنه ينقض طهارته عندهما خلافاً لمحمد لأن التحريمة عقدت الفرض وهو واضح، وكل ما عقد لأجله التحريمة إذا بطل بطلت التحريمة لأن التحريمة وسيلة إلى تحصيله، وإذا بطل المقصود بطلت الوسيلة **(ولهما أن التحريمة عقدت لأصل الصلاة موصوفاً بصفة الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل)** وفيه بحث من وجهين: الأول أن الوصف يجوز أن يكون محصلاً لأصله فكان كالفصل المنوّع فيبطل الأصل ببطلانه. والثاني أن وصف الفرضية إما أن يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لأجله أو لا؟ لا سبيل إلى الثاني لأن وقت الصلاة ظرف فلا بد من التمييز بوصف يحصل به تعين ما أحرم له. فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الإحرام بدون التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الأول فكان جزءاً والكل ينتفي بانتفاء جزئه. والجواب عن الأول أن الوصف لا يجوز أن يكون

الموصوف) أقول: فما يقول الشارح في الأوصاف النفسية قوله: **(جاز أن يكون لكل واحدة من آحادها)** أقول: يعني بطريق الأولى. ثم المناسب أن يقال: جاز أن يكون علة لكل واحدة الخ، والظاهر أن لفظة العلة سقطت من قلم الناسخ قوله: **(لأنها جزؤها من حيث الوجود الخ)** أقول: وجوده الشرعي متأخر أيضاً عنها كما لا يخفى.

---

(١) تقدم في أول هذا الباب وأن الراجح كونه مرفوعاً على ابن عمر.

فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله) خلافاً لهما، وهذا بناء على أن الوتر واجب عنده سنة عندهما، ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن، وعلى هذا إذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين أنه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنن دون الوتر، لأن الوتر فرض على حدة عنده. وعندهما يعيد الوتر أيضاً لكونه تبعاً للعشاء، والله أعلم.

فإن جاوز فاستحاضة وإلا حيض، وصحة الصلاة التي صلتها صاحبة العادة فيما إذا انقطع دمها دون العادة فاغتسلت وصلت على عدم العود، فإن عاد ففاسدة وإلا صحيحة. ولا يخفى على متأمل أن هذا التعليل المذكور يوجب ثبوت صحة المؤديات بمجرد دخول وقت سادستها التي هي سابعة المتروكة لأن الكثرة تثبت حينئذ وهي المسقطة من غير توقف على أدائها كما هو المذكور في التصوير في سائر الكتب، وأنه لا تتوقف الصحة على ما إذا كان ظاناً عدم وجوب الترتيب عنده، بخلاف ما إذا ظنه فإنه لا يصح كما نقله في المحيط عن مشايخهم، فإن التعليل المذكور يقطع بإطلاق الجواب سواء ظن عدم الوجوب أو لا.

(فروع) ترك الصلاة عمداً كسلاً يضرب ويحبس حتى يصليها لا يقتل إلا إذا جحد أو استخف وجوبها. صبي نام فاحتلم بعد ما صلى العشاء ولم يستيقظ حتى طلع الفجر يقضي العشاء، هي واقعة محمد بن الحسن فسأل عنها الإمام فأجابه بذلك. أسلم في دار الحرب جاهلاً بالشرائع لم يقضي خلافاً لزفر، قاسه على ما لو أسلم فينا، قلنا: الخطاب إنما يلزم بالعلم به أو بدليله ولم يوجد بخلاف المسلم فينا فإن عنده دليله. صلى وارتد، وأسلم في الوقت يعيد خلافاً للشافعي، فإن أسلم بعد ذلك لا يقضي ما فاته زمان الردة خلافاً له بناء على حبط ذلك المؤدي بالردة، فلم يبق شيئاً ثم أدرك وقت الوجوب وهو آخر الوقت مسلماً فيتوجه عليه الخطاب إذ أدرك السبب خالياً عن الأداء فتعلق به خطاب الوضع فلزمه حكمه، بخلاف ما بعده لأنه لم يخاطب في حال كفره بالشرائع عندنا، وعلى هذا يجب على كل من ارتد ثم أسلم إعادة حجه لأن نسبة الوقت إلى الصلاة كنسبة العمر إلى الحج فحبط ثم أدرك وقته مسلماً فلزمه.

محصلاً لأن المحصل يجب تقديمه والوصف لا يتقدم على الموصوف. وعن الثاني بأن الموصوف مدخلاً لما انعقد به التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزءاً بل من حيث نفي غيره مما يزاحمه في الوقت، وإن لم يكن جزءاً لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل (ثم) إذا فسد **(العصر يفسد فساداً موقوفاً)** عند أبي حنيفة **(حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزاً وقالا فساداً باتاً لا جواز له بحال)** لأن سقوط الترتيب حكم الكثرة، وكل ما هو حكم لعله يتأخر عن علته، فسقوط الترتيب إنما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس. ولأبي حنيفة أن الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت فيترتب عليها السقوط، وهي كما جاز أن تكون علة لما سيأتي من الصلوات جاز أن تكون لكل واحدة من آحادها، لا يقال: كل واحدة من آحادها جزؤها متقدم عليها فكيف يكون معلولاً لها لأنها جزؤها من حيث الوجود، ولا كلام فيه وإنما الكلام من حيث الجواز، وذلك متأخر لأنه لم يكن ثابتاً لكل واحدة منها قبل الكثرة، وهذا استحسان وهو معنى معقول، وثبوت جواز الصلاة وفسادها بطريق التبيين غير عزيز في الشرع، ألا ترى أن من صلى المغرب بعرفات يتوقف، فإن أفاض إلى المزدلفة في وقت العشاء تنقلب صلاته نفلاً ويلزمه إعادتها مع العشاء في المزدلفة، وإن لم يفض إليها بل توجه من طريق آخر إلى مكة صحت، وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة، فإن سعى إليها قبل فراغ الإمام انقلبت الظهر نفلاً وإلا بقيت فرضاً، وكذلك المعتادة إذا انقطع دمها دون عادتها وصلت ثم عاودها الدم تبين أنها لم تكن صحيحة وإن لم يعاودها كانت صحيحة، وقوله **(وقد عرف ذلك في موضعه)** يعني في كتاب الصلاة وقوله **(ولو صلى الفجر وهو ذاكر)** ظاهر، وقوله **(ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن)** يعني أن الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض لا غير، وقوله **(وعلى هذا)** أي على هذا الاختلاف وهو أن الوتر واجب عنده سنة عندهما. وقوله **(فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر)** لأن الوتر إذا كان واجباً عنده صار كأنه صلى فرضاً بنسيان فرض آخر، وعندهما يعيد الوتر أيضاً لأن دخول وقته بعد أداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد فكان مصلياً قبل وقته.

باب سجود السهو

(يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم) وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام سجد للسهو قبل السلام» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لكل سهو سجدتان بعد

باب سجود السهو

قوله: (يسجد للسهو) مقيد بما إذا كان الوقت صالحاً حتى أن من عليه السهو في صلاة الصبح إذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السلام الأول سقط عند السجود، وكذا إذا سها في قضاء الفائتة فلم يسجد حتى احمرت. وكذا في الجمعة إذا خرج وقتها، وكل ما يمنع البناء إذا وجد بعد السلام يسقط السهو. وليس من شرط السجود أن يسلم ومن قصده السجود، بل لو سلم ذاكراً للسهو ومن عزمه أن لا يسجد كان عليه أن يسجد ولا يبطل سجوده، كمن شرع في الصلاة ومن عزمه أن يفسدها لا تفسد إلا بتحقيق ذلك القصد بالفعل ونيته لغو قوله: (ثم يتشهد) إشارة إلى أن السهو يرفع التشهد، وأما رفع القعدة فلا بخلاف السجدة الصلبية وسجدة التلاوة إذا تذكرهما أو إحداهما في القعدة فسجدة فإنهما يرفعان القعدة حتى يفترض القعود بعدهما لأن محلها قبلها، وعلى هذا لو سلم بمجرد رفعه من سجدة السهو يكون تاركاً للواجب فلا تفسد بخلاف ما إذا لم يقعد بعد تينك السجدتين حيث تفسد بترك الفرض. وهذا في سجدة التلاوة على إحدى الروايتين وهو المختار قوله: (روي أنه ﷺ سجد للسهو قبل السلام) في الكتب الستة. واللفظ للبخاري عن عبد الله ابن بحينة أن النبي ﷺ صلى الظهر فقام في الركعتين الأوليين ولم يجلس فقام الناس معه، حتى إذا قضى الصلاة وانتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس فسجد سجدتين قبل أن يسلم»[(١)] وروي أنه سجد بعد السلام في الستة أيضاً حديث ذي اليدين «أنه صلى اثنتين أخريين ثم سلم ثم كبر ثم سجد»[(٢)] وفي رواية لمسلم وأبي داود والنسائي «أنه ﷺ صلى العصر فسلم من ثلاث، إلى أن قال: فصلى ركعة ثم

باب سجود السهو

لما فرغ من ذكر القضاء والأداء شرع في بيان ما يكون جابراً لنقصان يقع فيهما، وهذه الإضافة إضافة الحكم إلى السبب وهي الأصل في الإضافات لأن الإضافة للاختصاص، وأقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب. قوله (يسجد للسهو) ظاهر. وقوله (فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله) اعترض عليه بوجهين: أحدهما أن في المعارضة بين الحجتين المصير إلى ما بعدهما وههنا صير إلى ما قبلهما وهو القول لأنه موجب دون الفعل، الثاني أنه يلزم الترجيح بكثرة الأدلة وهو

باب السجود السهو

قال المصنف: (ثم يتشهد ثم يسلم) أقول: قال ابن الهمام إشارة إلى أن سجود السهو رفع التشهد، وأما رفع القعدة فلا، بخلاف السجدة الصلبية وسجدة التلاوة إذا تذكرهما أو إحداهما في القعدة فسجد فإنهما يرفعان القعدة حتى يفترض القعود بعدهما لأن محلهما قبلها وعلى هذا لو سلم بمجرد رفعه من سجدة السهو يكون تاركاً للواجب ولا يفسد، بخلاف ما إذا لم يقعد بعد تينك السجدتين حيث تفسد لترك الفرض، وهذا في سجدة التلاوة على إحدى الروايتين وهو المختار اهـ. وفي الإشارة كلام بل لا يبعد أن يدعي الإشارة إلى رفع القعدة لأن التشهد لا يوجد إلا فيها.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٢٤ و١٢٢٥ وكذا ١٢٣٠ ومسلم ٥٧٠ ومالك ٩٦ح ٦٥، ٦٦ وأبو داود ١٠٣٤ و١٠٣٥ والترمذي ٣٩١ والنسائي ٣/ ١٩، ٢٠ وابن ماجه ١٢٠٦ و١٢٠٧ والدارمي ١٤٧٠ و١٤٧١ كلهم من حديث عبد الله ابن بحينة الأسدي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٢٩ ومسلم ٥٧٣ وأبو داود ١٠٠٨ والترمذي ٣٩٤ والنسائي ٣/ ٢٠، ٢٣ والدارمي ١٤١٧ وابن ماجه ١٢١٤ كلهم من حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: صلى النبي ﷺ إحدى صلاتي العشي. قال ابن سيرين: أكثر ظني أنها العصر. ركعتين ثم سلم ثم قام إلى خشبة في مقدم المسجد فوضع يده عليها. وفيهم أبو بكر وعمر فهابا أن يكلماه وخرج سرعان الناس فقالوا: أحضرت الصلاة؟ ورجل يدعوه رسول الله ﷺ ذا اليدين. فقال: أنسيت أم قَصُرَتْ؟ فقال: لم أنس ولم تقصر قال: بلى قد نسيت فصلى ركعتين ثم سلم ثم كبر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع رأسه فكبر ثم وضع رأسه فكبر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع رأسه وكبّر.
هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما وكذا رواه مالك ٩٣ ح٥٨ وكرره البخاري ١٢٢٨ ومسلم وغيرهما مختصراً.

السلام» وروي أنه عليه الصلاة والسلام «سجد سجدتي السهو بعد السلام» فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله

سلم ثم سجد سجدتيين ثم سلم»[1] وأما قوله ﷺ «لكل سهو سجدتان بعد السلام» فرواه أبو داود وابن ماجه عن إسماعيل بن عياش من حديث ثوبان أنه ﷺ قال «لكل سهو سجدتان بعد السلام»[2] قال البيهقي انفرد به إسماعيل ابن عياش وليس بالقوي، ونحن نمنع ذلك مطلقاً بل الحق في ابن عياش توثيقه مطلقاً كما هو عن أشد الناس مقالة في الرجال يحيى بن معين، قال عباس عن يحيى بن معين ثقة، وتوهنيه عن أبي إسحاق الفزاري لا يقبل، وناهيك بأبي زرعة. وقال: لم يكن بالشام بعد الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز أحفظ من إسماعيل بن عياش، وغاية ما عن ابن معين فيه قوله عن الشاميين حديثه صحيح وخلق عن المدنيين، وقد استقر رأي ابن حنبل وكثير على هذا التفصيل. وروايته لهذا الحديث عن الشاميين رواه عن عبيد الله بن عبيد الكلاعي وهو الشامي الدمشقي وثقه دحيم. وقال ابن معين ليس به بأس. عن زهير بن سالم العنسي بالنون وهو أبو المخارق الشامي، ذكره ابن حبان في الثقات عن عبد الرحمن بن جبير بن نفير الحضرمي أبو حميد، ويقال أبو حمير الحمصي، قال أبو زرعة والنسائي ثقة، وقال أبو حاتم صالح الحديث، وذكره ابن حبان في الثقات وقال محمد بن سعد كان ثقة وبعض الناس يستنكر حديثه، ولم يلتفت إليه فقد روى له البخاري في الأدب وهو[3] عن ثوبان. وفي صحيح البخاري في باب التوجه نحو القبلة حيث كان عن ابن مسعود رضي الله عنه «صلى النبي ﷺ قال إبراهيم: لا أدري زاد أو نقص، فلما سلم قيل له: يا رسول الله أحدث في الصلاة شيء؟ قال: وما ذاك؟ قالوا: صليت كذا وكذا، فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم، ثم أقبل إلينا وقال: فإذا نسيت فذكروني وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم يسجد سجدتين»[4] فهذا تشريع عام قولي له بعد السلام عن سهو الشك والتحري، ولا قائل بالفصل بينه وبين تحقق الزيادة والنقص فقد تم أمر هذا الحديث في حق حجيته قوله: (فتعارضت روايتا فعله الخ)

غير جائز، وأجيب عن الأول بأن ذلك إنما يكون إذا لم تكن حجة فوقهما، وأما إذا كان فقد يصار إليه وهو خلاف ما عليه أهل الأصول كلهم. وعن الثاني بأنا لم نجعل القول مرجحاً للفعل حتى لزم ذلك وإنما جعلناه بعد تعارض الفعلين وتهاترهما وقال مالك: إهمال الفعلين جميعاً لا يكاد يصح فيحمل ما رواه الشافعي على ما إذا كان السهو بنقصان. وما رواه أصحابنا على ما إذا كان بالزيادة، وهو محجوج بالقول فإنه لا يفصل. روى ثوبان أن النبي ﷺ قال «لكل سهو سجدتان بعد السلام»

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٥٧٤ وأبو داود ١٠١٨ والنسائي ٣/٢٦ وابن ماجه ١٢١٥ والترمذي ٣٩٥ وأحمد ٤/٤٤١ كلهم من حديث أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن حصين قال: صلى رسول الله ﷺ العصر فسلم في ثلاث ركعات ثم دخل منزله فقام إليه رجل يقال له الخرباق وكان في يديه طُول فقال: يا رسول الله. فذكر له صنيعه وخرج غضبان يجر رداءه حتى انتهى إلى الناس فقال: أصدق هذا قالوا نعم. فصلى ركعة ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم. هذا لفظ مسلم وكرره من وجه آخر بنحوه وآخره مثله سواء.

(٢) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٠٣٨ وابن ماجه ١٢١٩ والطيالسي ٩٩٧ وأحمد ٥/ ٢٨٠ والبيهقي ٢/ ٣٣٧ كلهم من حديث ثوبان.

قال البيهقي: وهذا إسناد فيه ضعف وحديث عمران وأبي هريرة وغيرهما في اجتماع عدد من السهو على النبي ﷺ ثم اقتصاره على السجدتين يخالف هذا.

ومداره على إسماعيل بن عياش وروايته عن الشاميين مقبولة ومداره على إسماعيل بن عياش وروايته عن الشاميين مقبولة وهو هنا عن الشاميين وشيخه الكلاعي وهو عبيد الله بن عبيد صدوق. كما في التقريب. وشيخه زهير بن سالم العنسي قال في التقريب: صدوق فيه لين وكان يرسل. وقال الذهبي في الميزان: قال الدارقطني: منكر الحديث حمصي لم يسمع من ثوبان اهـ.

قلت: فهذا الحديث فيه ضعف لكنه محتمل لأن العنسي رواه بواسطة عن ثوبان فهو يقرب من درجة الحسن لكنه غريب.

(٣) أي الحديث عن ثوبان مرفوعاً.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٤٠١ بهذا السياق. وكرره مختصراً ٤٠٤ و١٢٢٦ و٧٢٤٩ و٦٦٧١ وابن الجارود ٢٤٤ ومسلم ٥٧٢ ح٨٩ بمثل سياق البخاري دون لفظ: ثم ليسلم وأخرجه أبو داود ١٠٢٠ وفيه لفظ: ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين والنسائي ٢/٢٨ بمثله سواء و٢/٢٩ كلهم من طريق إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود.

واكثر الرواة لم يذكروا لفظ: ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين فالمختار ترجيح الرواية التي لم تذكر ـ ثم ليسلم ـ وذلك حتى يوافق فعله ﷺ

سالماً، ولأن سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به. وهذا خلاف في

لما أوقع الاستدلال بقوله ﷺ عقيب استدلالهم بالفعل وكان دليلهم أقوى من جهة الثبوت مع قيام دليل عدم الخصوصية، إذ قد شاركوه في ذلك لأنهم كانوا مقتدين به استشعر أن يقال دليلنا أرجح ثبوتاً وترجيح القول على الفعل عند المساواة في القوة فقال ذاك لو سلم دليلكم من المعارض، لكن روي أنه ﷺ سجدهما بعد السلام وهو يعادله، فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله الأحط رتبة في الثبوت من ذلك الفعل لسلامته من المعارض لا لترجحة بالفعل المروي ثانياً. ولا لترجيح ذلك الفعل به ليكون ترجيحاً بكثرة الرواة، فظهر بهذا التقرير أنه إنما صير إلى ما بعد الدليلين المتعارضين لا إلى ما فوقهما فاندفع الإشكالان القائلان أن الرسم في المعارضة أن يصار إلى ما بعد المتعارضين كالسنة عند تعارض نصي الكتاب، والقياس عند تعارض السنة لا إلى ما فوقهما والقول فوق الفعل فكيف وقف الصيرورة إليه على تعارض الفعلين، وإن كان ترجيحاً فالترجيح بكثرة الرواة باطل عندنا. فإن قيل: إذا سقط النظر إلى الفعل الموافق لرأينا للزوم التساقط بالتعارض يلزم كون السجود يلزم بعد السلام فإنه حينئذ مقتضى الدليل القولي فينافيه كون الخلاف في الأولوية حتى لو سجد قبل السلام عندنا يجوز، فالجواب ما قد روي في غير رواية الأصول أنه قبل السلام لا يجوز فلا إشكال على هذه، وعلى ما هو الظاهر فلزوم التساقط عند عدم إمكان العمل بالمتعارضين جميعاً، وهنا يمكن إذ المعنى المعقول من شرعية السجود وهو الجبر لا ينتفي بوقوعهما قبل السلام فيجوز كون الفعلين بياناً لجواز الأمرين، وأولوية أحدهما وهو إيقاعه بعد السلام هو المراد بالقول. ويؤكده المعنى المذكور في الكتاب وتقريره أن سجود السهو تأخر عن زمان العلة وهو وقت وقوع السهو تفادياً عن تكراره، إذ الشرع لم يرد به فأخر ليكون جبراً لكل سهو يقع في الصلاة وما لم يسلم فتوهم السهو ثابت، ألا ترى أنه لو سجد للسهو قبل السلام ثم شك أنه صلى ثلاثاً أو أربعاً فشغله ذلك حتى أخر السلام. ثم ذكر أنه صلى أربعاً فإنه لو سجد بهذا النقص بتأخير الواجب تكرر، وإن لم يسجد بقي نقصاً لازماً غير مجبور فاستحب أن يؤخر بعد السلام لهذا المجوز. وهذا دليل أن الخلاف في الأولوية. وفي الخلاصة لو سجد قبل السلام لا تجب إعادتها بعد السلام فإن قلت: لم لم يحمل اختلاف الفعلين على التوزيع على مورديهما ومورد السجود قبل السلام كان في النقص ومورده بعده كان للزيادة على ما تقدم في الخبرين المذكورين، وهذا التفصيل قول مالك وهذا المأخذ مأخذه. فالجواب كان ذلك متحتماً لو لم يثبت قوله ﷺ «لكل سهو، أو في كل سهو سجدتان بعد السلام»[1] فلما ورد ذلك لزم حمل اختلاف الفعلين على بيان جواز كلا الأمرين، غير أن الأولى وقوعه بعد السلام. ولا يخفى أن بهذا الذي صرنا إليه يقع الجمع بين كل المرويات القولية والفعلية وذلك واجب ما أمكن، بخلاف ما ذهب إليه مالك والشافعي. فإن قلت: كما تعارضت روايتا فعله كذلك تعارضت روايات قوله، فإن في الصحيح حديث الخدري عنه ﷺ «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أو أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم»[2] وغيره أيضاً فالجواب الكلام في سجود السهو على الإطلاق لم يعارض حديث ثوبان فيه

وقوله (ولأن سجود السهو مما لا يتكرر) دليل معقول على أولوية التأخير، وبيانه أن سجود السهو كان ينبغي أن لا يتأخر عن زمان وجود العلة وهي السهو إلا أنه تأخر لضرورة أن لا يتكرر، لأنه إذا سجد زمان سهوه وأمكن أن يسهو بعده فإن سها فإما أن يسجد ثانياً أو لا، فإن لم يسجد بقي نقص لازم لا جبر له، وإن سجد تتكرر السجدة وهو غير مشروع بالإجماع فلزم التأخير، وهذا المعنى الذي اقتضى التأخير عن زمان العلة اقتضى التأخير عن السلام حتى لو سها عن السلام بالقيام إلى

---

(١) تقدم تخريجه قبل حديث واحد وفي إسناده مقال لذا لا يقال: إنه ثابت كما ذهب إليه المصنف. وهو من حديث ثوبان.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٥٧١ وابن الجارود ٢٤١ والدارمي ١٤٦٦ وأحمد ٣/ ٨٤، ٧٢ كلهم من طريق عطاء بن يسار عن أبي سعيد مرفوعاً. وهكذا رواه البيهقي ٢/ ٣٣١ وأخرجه مالك ٩٥ ح٦٢ ومن طريق أبو داود ١٠٢٦ والبيهقي ٢/ ٣٣١ كلهم عن عطاء بن يسار مرسلاً. وأشار أبو داود وكذا البيهقي إلى أن هشام بن سعد وصله فذكر أبا سعيد. زاد البيهقي: وقد وصله جماعة مع هشام بن سعد وسليمان بن بلال.

الأولوية، ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفاً للسلام المذكور إلى ما هو المعهود. ويأتي بالصلاة على النبي ﷺ، والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لأن الدعاء موضعه آخر الصلاة. قال (ويلزمه السهو إذا زاد في صلاته فعلاً من

دليل قوله أنه على الإطلاق محله قبل السلام[1]، وهذا الحديث وسائر أمثاله من القوليات خاصة في الشك وليس الكلام الآن في هذا. على أن القولية في الشك قد تعارضت أيضاً، روى أبو داود والنسائي عن عبد الله بن جعفر أن رسول الله ﷺ قال «من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم»[2] ورواه أحمد في مسنده، قيل وابن خزيمة في صحيحه، وقال البيهقي: إسناده لا بأس به وأحسن منه ما في البخاري من حديث ابن مسعود رضي الله عنه «صلى النبي ﷺ فزاد أو نقص، فلما سلم قيل: يا رسول الله أحدث شيء في الصلاة؟ فقال: وما ذاك؟ قالوا: صليت كذا وكذا، قال فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم، ثم أقبل علينا بوجهه فقال: إنه لو حدث شيء أنبأتكم به، ولكن إنما أنا بشر أنسى كما تنسون، فإذا نسيت فذكروني، وإذا شك أحدكم في صلاته فيتحرى الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين»[3] وهو الذي ذكرناه آنفاً مختصراً قوله: (هو الصحيح) احتراز عما قاله شيخ الإسلام، وقيل والجمهور ومنهم فخر الإسلام أنه يأتي بتسليمة واحدة، ثم اختار فخر الإسلام كونها تلقاء وجهه ولا ينحرف لأن الانحراف لقصد التحية، والمراد هنا مجرد التحليل، ومختار المصنف مختار شمس الأئمة وصدر الإسلام أخي فخر الإسلام، ونسب القائل بالتسليمة إلى البدعة فدفعه أخوه فخر الإسلام بأنه مشار إليه في الأصل في كتاب الصلاة فتفصينا عن عهدة البدعة. وجه مختار المصنف ما قاله من صرف السلام: يعني المذكور في حديث ثوبان[4] إلى ما هو المعهود والسلام المعهود في الصلاة تسليمتان قوله: (هو الصحيح) احتراز

الخامسة لزمه السجدة لتأخير السلام فيؤخر عنه لينجبر النقصان به(وهذا الخلاف) بيننا وبين الشافعي (في الأولوية) أما لو أتى بها قبل السلام جاز عندنا أيضاً في رواية الأصول. وروي أنه لا يجزئه لأنه أداء قبل وقته، وجه رواية الأصول أنا لو لم نجز لأمرنا بالإعادة وتكرر السجود ولم يقل به أحد، فلأن يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد منهم. وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره فخر الإسلام وشيخ الإسلام وصاحب الإيضاح، وهو أن يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه عند فخر الإسلام لأن التحريف لمعنى التحية لا التحليل: يعني أن للسلام حكمين: التحية للقوم، والتحليل، والأول ليس بمراد في هذا السلام لأنه قاطع للإحرام، والتحليل لا يتكرر فلا حاجة إلى تكرر السلام، وإذا بطل معنى التحية لا ينحرف، وجه الصحيح ما قاله المصنف صرفاً للسلام المذكور: يعني في الحديث إلى ما هو المعهود في الصلاة، ونسب صدر الإسلام قائل التسليمة الواحدة إلى البدعة. وقوله (ويأتي بالصلاة على النبي ﷺ) اختلفوا في الصلاة على النبي ﷺ والدعوات أنها في قعدة الصلاة أو في قعدة السهو، فقال الطحاوي يأتي بها فيهما لأن كل قعدة في آخرها سلام ففيها صلاة على النبي ﷺ. وقال الكرخي في قعدة السهو: واختاره فخر الإسلام والمصنف وقال وهو الصحيح لأن الدعاء موضعه آخر الصلاة. ومنهم من قال في المسألة اختلاف بين العلماء عند أبي حنيفة وأبي يوسف في القعدة الأولى، وعند محمد في الأخيرة بناء على أصله، وهو أن سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة الأولى قعدة

قوله: (فلأن يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد منهم) أقول: فيكون خلاف أبي حنيفة مبنياً على قول الشافعي الذي وجد بعده ولم يقبله الشافعي في مواضع، إلا أن يكون مراده ببعض العلماء سلف الشافعي في هذا

---

(١) إلا أنه غير قوي وهناك روايات تعارضه هي أقوى منه.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٠٣٣ والنسائي ٣/ ٣٠ والبيهقي ٢/ ٣٣٦ وأحمد ١/ ٢٠٥ كلهم من حديث عبد الله بن جعفر قال البيهقي: هذا الإسناد لا بأس به إلا أن حديث أبي سعيد أصح منه ومعه أحاديث أخر اهـ.
واعترضه ابن التركماني فقال: حديث ابن جعفر مضطرب قال المزني في الأطراف: فيه إسناد مصعب بن شيبة وهو منكر الحديث قاله النسائي وعتبة ليس بمعروف ويقال: عقبة. وفي الضعفاء لابن الجوزي قال أحمد: مصعب بن شيبة روى أحاديث مناكير. فكيف يقول لا بأس به.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٠١ بهذا اللفظ وتقدم تخريجه في ٢/ ٤٩٩.

(٤) تقدم في ٤/ ٤٩٨. وأنه غير قوي.

جنسها ليس منها) وهذا يدل على أن سجدة السهو واجبة هو الصحيح، لأنها تجب لجبر نقص تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج، وإذا كان واجباً لا يجب إلا بترك واجب أو تأخيره أو تأخير ركن ساهياً هذا هو الأصل، وإنما وجب بالزيادة لأنها لا تعرى عن تأخير ركن أو ترك واجب. قال **(ويلزمه إذا ترك فعلاً مسنوناً)** كأنه أراد به فعلاً واجباً إلا أنه أراد بتسميته سنة أن وجوبها ثبت بالسنة. قال **(أو ترك قراءة الفاتحة)** لأنها واجبة**(أو القنوت**

عما قال الطحاوي في القعدتين لأن كلاً منهما آخر. وقيل: قبل السجود عندهما وعند محمد بعده لأن سلام من عليه السهو يخرجه عندهما خلافاً له. وقول الطحاوي أحوط كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(إذا زاد في صلاته فعلاً من جنسها)** كسجدة أو ركع ركوعين ساهياً ثم إذا ركعهما فالمعتبر الأول في رواية باب الحدث في الصلاة، وفي رواية باب السهو الثاني، وعلى هذا فما ذكر من أنه لو قرأ المسنون ثم ركع ثم أحب أن يزيد في القراءة فقرأ لا يرتفض الأول إنما هو على رواية باب الحدث قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول القدوري أنه سنة عند عامة أصحابنا قوله: **(لا يجب إلا بترك واجب)** فلا يجب بترك التعوذ والبسملة في الأولى والثناء وتكبيرات الانتقالات إلا في تكبيرة ركوع الركعة الثانية من صلاة العيد فإنها ملحقة بالزوائد على ما عرف، وفي كل تكبيرة زائدة من صلاة العيد السجود، وكذا فيها كلها بخلاف تكبيرة ركوع الأولى، ومن ذلك ما لو سلم عن الشمال أوّلاً ساهياً وتقدمت. ولو ترك القومة ساهياً بأن انحط من الركوع ساجداً. ففي فتاوى قاضيخان أن عليه السجود عند أبي حنيفة ومحمد، وهو يقتضي وجوبها عندهما، وقد قدمنا بحثاً أن وجوبها مقتضى الدليل، أما عند أبي يوسف فتفسد لأنها فرض عنده، ولا تجب بترك رفع اليدين في العيدين وغيرهما قوله: **(أو تأخيره)** كتأخير سجدة صلبية من الأولى، أو تأخير القيام إلى الثالثة بسبب الزيادة على التشهد ساهياً ولو بحرف من الصلاة على النبي ﷺ، وقيل بل بتمامها، وقيل بل باللهم صلي على محمد. والتحقيق اندراج الكل في مسمى ترك الواجب لأن عدم التأخير واجب، فالتأخير ترك واجب، وقالوا: لو افتتح فشك أنه هل كبر للافتتاح ثم تذكر أنه كبر إن شغله التفكر عن أداء ركن من الصلاة كان عليه السهو وإلا فلا، وكذا لو شك أنه في الظهر أو العصر أو سها في غير ذلك إن تفكر قدر ركن كالركوع أو السجود يجب عليه سجود السهو، وإن كان قليلاً لا يجب، ولو شك في هذه في صلاة صلاها قبلها لا سجود سهو عليه وإن طال تفكره، ولو انصرف لسبق حدث فشك أنه صلى ثلاثاً أو أربعاً ثم علم وشغله ذلك عن وضوئه ساعة ثم أتم وضوءه كان عليه السهو ولأنه في حرمتها قوله: **(أو ترك قراءة فاتحة الكتاب)** أي في إحدى أوليي الفرض لا

الختم، وعند محمد على خلافه وفيه نظر لأن الأصل المذكور متقرر، فلو كانت هذه المسألة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما، قال **(ويلزمه السهو)** هذا بيان ما ذكر في أول الباب بقوله يسجد للسهو وللزيادة والنقصان فإنه لم يعلم من ذلك أنه أي زيادة ونقصان يوجبه ففسر ههنا بأن المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما إذا أتى بركوعين أو بثلاث سجدات **(وهذا)** أي قوله يلزمه السهو **(يدل على أن سجـدة السهو واجبة)** وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول من قال من أصحابنا أنه سنة **(وقوله لأنها تجب)** ظاهر، وقوله **(وإنما وجب بالزيادة)** جواب عما يرد على قوله وإذا كان واجباً لا يجب إلا بترك الواجب أو تأخيره، فإن لقائل أن يقول: يجب بالزيادة أيضاً ولا ترك هنا ولا تأخير، فقال: الزيادة لا تعرى على تأخير ركن أو ترك واجب. وقوله **(ويلزمه إذا ترك فعلاً مسنوناً)** بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهر. وقيل المراد بالسنة المضافة إلى جميع الصلاة كالتشهد في القعدة الأولى. وقوله **(أو ترك قراءة فاتحة الكتاب)** لبيان أنها كما تجب لترك الأفعال تجب لترك الأذكار. اعلم أن سجدة السهو عرفت بفعل رسول الله ﷺ، وما نقل ذلك عنه إلا في الأفعال فكان القياس أن لا تجب في الأذكار لكنهم استحسنوا فيها لأنها شرعت جبراً للنقصان ويثبت النقصان بتركها أيضاً فلا بد من الجبر من السجدة، وعلى

القول قوله: **(بناء على أصول وهو أن سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما)** أقول: لا يقال تعليل المصنف بقوله لأن الدعاء موضعه آخر الصلاة يدل على أنه لم يخرج بالسلام عن الصلاة فكان اختياراً منه لمذهب محمد والله أعلم، لأن عندهما سلامه إنما يخرجه خروجاً موقوفاً باتاً على ما سيجيء تفصيله فيستقيم التعليل المذكور على مذهبهما أيضاً.

أو التشهد أو تكبيرات العيدين) لأنها واجبات لأنه عليه الصلاة والسلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي أمارة

أخرييه، ومطلقاً في غير الفرض، وكذا إذا ترك أكثرها لا أقلها، وكذا ترك السورة لا باعتبار أنه ترك السورة بل باعتبار أنه ترك قراءة آية طويلة أو ثلاث آيات قصار بعد الفاتحة، حتى لو قرأ من سورة هذا القدر فقط لا سهو. وإنما يتحقق ترك كل من الفاتحة والسورة بالسجود، فإنه لو تذكر في الركوع أو بعد الرفع منه يعود فيقرأ في ترك الفاتحة ثم يعيد السورة ثم الركوع فإنهما يرتفضان بالعود إلى قراءة الفاتحة وفي السورة السورة. ثم يعيد الركوع لارتفاضه بالعود إلى ما محله قبله على التعيين شرعاً ويسجد للسهو ولو لم يتذكر واحدة منهما إلا في الشفع الثاني تقدم في فصل القراءة ما يقضيه منها فيه وما لا يقضيه وكيفية القضاء فارجع إليه. ولو ترك القراءة أصلاً في الأوليين قضاها في الأخريين ويصيران كالأوليين فيجهر فيهما في الجهرية ولو بدأ بحرف من السورة قبل الفاتحة فذكر فقرأ الفاتحة يسجد للسهو للتأخير، وفي هذا إذا وزنته بما ذكرناه في التفكر نظر. بل ينبغي أن يقرأ من السورة مقدار ما يتأدى فيه ركن ليجب السهو. ولو كرر الفاتحة في الأخريين لا سهو، وفي الأوليين متوالياً عليه السهو. لا إن فصل بينهما بالسورة للزوم تأخير الواجب وهو السورة في الأول لا الثاني، إذ ليس الركوع واجباً بأثر السورة، فإنه لو جمع بين سور بعد الفاتحة لم يمتنع، ولا يجب عليه شيء بفعل مثل ذلك في الأخريين لأنهما محل القراءة مطلقاً، وأصله أن القراءة ليست واجبة فيهما فلا تتقدر بقدر يجب بعده الركوع بل يسن ذلك قوله: **(أو القنوت)** أو تكبيرته، وإنما يتحقق تركه بالرفع من الركوع، أما لو تذكره في الركوع قبل الرفع ففيه روايتان: إحداهما يعود ويقنت ويعيد الركوع وقد تقدم، وقيل لا يعيد الركوع، والأوجه الأول إذا قلنا بوجوب القنوت وهو قول أبي حنيفة. وعنهما أنه سنة. ثم رجح في البدائع والفتاوى رواية عدم العود إلى القنوت وجعلها ظاهر الرواية، وتقدم تصحيح عدم ارتفاض الركوع لو أخذ برواية العود إلى قراءته وكأنه لضعف وجوب القنوت وهو به جدير، ولو قرأ القنوت في الثالثة ونسي قراءة الفاتحة أو السورة أو كليهما فتذكر بعد ما ركع قام وقرأ وأعاد القنوت والركوع لأنه رجع إلى ما محله قبله ويسجد للسهو. بخلاف ما لو نسي سجدة التلاوة ومحلها فتذكرها في الركوع أو السجود أو القعود فإنه ينحط لها ثم يعود إلى ما كان فيه فيعيده استحباباً قوله: **(أو التشهد)** أو بعضه، وعن أبي يوسف لا يجب عليه. قالوا إن كان إماماً يأخذ بهذا كي لا يلتبس على القوم، ثم قد لا يتحقق ترك التشهد على وجه يوجب السجود إلا في الأول. أما التشهد الثاني فإنه لو تذكره بعد السلام يقرأه ثم يسلم ثم يسجد، فإن تذكره بعد شيء يقطع البناء لم يتصور إيجاب السجود، ومن فروع هذا أنه لو اشتغل بعد السلام والتذكر به فلو قرأ بعضه وسلم قبل تمامه فسدت صلاته عند أبي يوسف لأن بعوده إلى قراءة التشهد ارتفض قعوده، فإذا سلم قبل إتمامه فقد سلم قبل قعوده قدر التشهد. وعند محمد تجوز صلاته لأن قعوده ما ارتفض أصلاً لأن محل قراءة التشهد القعدة فلا ضرورة إلى رفضها، وعليه الفتوى. وعن هذا اختلفوا فيمن نسي الفاتحة أو السورة حتى ركع فذكر فقام للقراءة ثم بدا له فسجد ولم يعد الركوع. قال بعضهم: تفسد لأنه ارتفض ركوعه بالقيام، فإذا لم يعده تفسد، وقال بعضهم: لا يرتفض لأن الرفض كان للقراءة، فإذا لم يقرأ صار كأنه لم يكن. وقيل الفساد قياس ارتفاض الظهر يوم الجمعة بالسعي إلى الجمعة وإن لم يؤد على قول أبي حنيفة، وقد يفرق بأن السعي إلى الجمعة أقيما مقام نفسها لدليل أوجبه هناك وليس القيام أقيما مقام القراءة هذا. وأما لو قرأ حين عاد إلى القيام ثم لم يركع فسدت. وقول من قال لا تفسد حمل على ما إذا لم

هذا إذا ترك الفاتحة **(أو القنوت)** في الوتر **(أو التشهد)** في القعدة الأولى أو الثانية **(أو تكبيرات العيد)** تجب السجدة **(لأنها واجبات لمواظبة النبي ﷺ عليها من غير ترك وهي من أمارات الوجوب)** وقد ذكرنا أنها تجب لترك واجب **(ولأنها تضاف إلى جميع الصلاة)** يقال: تكبيرات صلاة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة **(فدل على أنها من خصائص الصلاة)** لأن الإضافة دليل

الوجوب ولأنها تضاف إلى جميع الصلاة فدل أنها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الأولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب، وفيها سجدة هو الصحيح **(ولو جهر الإمام فيما يخافت أو خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو)** لأن الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات. واختلفت الرواية في

يقرأ حين قام حتى سجد آخذاً بأحد ذينك القولين، ولو قرأ التشهد في الركوع أو السجود لا سهو عليه لأنه ثناء وهما محله، بخلاف قراءة القرآن فيهما فإن فيه السهو. ولو قرأه في القيام إن كان قبل الفاتحة لا سهو أو بعدها فعليه، لأن ما قبلها محل الثناء وهذا يقتضي تخصيصه بالركعة الأولى. ولو قرأ القرآن في القعدة إنما يجب السهو إذا لم يفرغ من التشهد. أما إذا فرغ فلا يجب. وتكرار التشهد في القعدة الأولى يوجب السجود دون الأخيرة. وفي شرح الطحاوي أطلق عدم الوجوب قوله: **(من غير تركها مرة)** تقدم في باب الوتر أن في ذلك بالنسة إلى القنوت نظر إذ لا يساعد عليه دليله قوله: **(ولأنها تضاف الخ)** قد أسلفنا في استفادة الوجوب من الاختصاص نظراً قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن جواب القياس في التشهد الأول أنه سنة فلا يلزم بتركه السجود. وعن قول محمد بالفساد في ترك القعدة الأولى من النفل ساهياً، وعندهما عليه فيها السهو قوله: **(والأصح)** احتراز عن رواية النوادر أنه إذا جهر في المخافتة فعليه قل أو كثر، وإن خافت في الجهرية فإن كان في أكثر الفاتحة أو ثلاث آيات من غيرها أو آية قصيرة على مذهب أبي حنيفة فعليه السجود وإلا فلا، وجه الفرق أن الجهر في موضع المخافتة أغلظ من قلبه لأنه منسوخ فغلظ حكمه، ولأن لصلاة الجهر حظاً من المخافتة وهو فيما بعد الأوليين وكذا المنفرد مخير فيه ولاحظ لصلاة المخافتة في الجهر بحال فأوجبنا في الجهر وإن قل، وشرطنا الكثرة في المخافتة وذلك في غير الفاتحة بما تصح به الصلاة، وإنما شرطنا الأكثرية في الفاتحة لأنها ثناء من وجه ولذا شرعت في الأخريين، وإن كانت تلاوة

الاختصاص، والاختصاص إنما يكون بالوجوب لأن اختصاص الشيء بالشيء يقتضي وجود معه، والوجوب طريق للوجود، والخصائص جمع خصيصة بمعنى المخاص كالشريك بمعنى المشارك، وقوله **(وكل ذلك)** أي كل المذكور من القعدة الأولى والثانية والقراءة فيهما **(واجب فيها سجدة)** واعترض بأن إطلاق الواجب على القعدة الأخيرة سهو لأنها فريضة تفسد الصلاة بتركها. وأجيب بأن المراد بتركها تأخيرها بالقيام إلى الخامسة، فإن في التأخير نوع ترك وتأخير الركن يوجب السجدة، وفيه نظر لأنه يتمشى بأن يكون المراد بالواجب الفرض والواجب وبالترك التأخير والترك، وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين، وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن أبي حنيفة قال: تجوز صلاته إذا رفع رأسه من السجدة، أي تتم صلاته بدون القعدة الأخيرة. وقيل القعدة الأخيرة واجبة بحسب الكيفية: أي عدم تأخيرها واجب. فإذا تأخرت فقد ترك هذا الواجب وفيه تمحل كما ترى. وقوله **(وهو الصحيح)** احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة وهو وجه القياس، ووجه الصحة ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك. وقوله **(لأن الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات)** لأن الجهر فيما يجهر بالقراءة على الإمام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها أقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع، ولما قامت مقامها وجب أن تكون فرضاً لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الأصل فكان واجباً: والمخافتة إنما كانت صيانة للقرآن عن لغو الكفار ولغطهم، وصيانته عن ذلك واجبة، وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجباً، فإن قيل: روى أبو قتادة «أن النبي ﷺ كأنه يسمعنا الآية والآيتين في الظهر والعصر» فدل على أن الإخفاء لم يكن واجباً، وبه أخذ الشافعي،

قوله: **(والخصائص جمع خصيصة بمعنى المخاص)** أقول: الظاهر بمعنى المخاصة بل بمعنى الخاصة قوله: **(وفيه نظر لأنه يتمشى بأنه يكون المراد بالواجب الفرض والواجب الخ)** أقول: ولا مجال للعمل على عموم المجاز لاقتضائه وجوب السجدة بترك الفرض كالركوع والسجود مثلا فتأمل إلا أنه يرد على ما ذكره الشارح أيضاً قوله: **(وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين)** أقول: ومع ذلك لا يصح الكلام لدلالته على وجوب السجدة بترك الفرض قوله: **(لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الواجب ما ثبت بدليل ظني، ومجرد انحطاط المرتبة لا يفيد ظنية الدليل قوله: **(وصيانته عن ذلك واجبة الخ)** أقول: بمعنى الفرض فلا يفيد مدعاه

المقدار، والأصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين لأن اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن الاحتراز عنه، وعن الكثير ممكن، وما يصح به الصلاة كثير غير أن ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث آيات، وهذا في حق الإمام دون

حقيقة فبالنظر إلى جهة الثنائية لا يوجب، وإلى جهة التلاوة يوجب قدر الفرض منها فاعتبرنا الأكثر ملاحظة للجهتين، والأصح ما في الكتاب أما في المخافتة فلأن الاحتراز عن الجهر بالكلية منها متعسر، فإن في مبادي التنفسات غالباً يظهر الصوت، وفي الحديث «وكان يسمعنا الآية أحياناً»[1]، وهو والله أعلم بهذا السبب. وأما في الفاتحة فإنها قرآن البتة، وكونها ثناء بصيغته لا أثر له، وكثير من القرآن الكريم ثناء وقصص، ولا يوجب ذلك اعتبار جهة غير القرآنية فيه في حق ما نحن فيه. وكون شرعيتها في الأخريين بمجرد هذا الاعتبار ممنوع، بل شرع فيهما ابتداء القراءة وغيرها من الثناء والسكوت، هذا كله في حق الإمام. أما المنفرد فلا سهو عليه في شيء من ذلك لأنه مخير بين الجهر والمخافتة كذا في غير موضع، وقد يقال كونه مخيراً في الجهرية مسلم أما في السرية فلنا أن نمنع تجويز الجهر له، وقدمنا زيادة كلام فيه في فصل القراءة قوله: **(وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود)** وإن كان سبوقاً لم يدرك محل السهو معه إلا أنه لا يسلم بل ينتظره بعد سلامه حتى يسجد فيسجد معه ثم يقوم إلى القضاء، وعن هذا ينبغي أن لا يعجل بالقيام بل يؤخر حتى ينقطع ظنه عن سجود الإمام، وقد عقدنا للمسبوق فصلاً نافعاً بذيل باب الحدث في الصلاة فارجع إليه قوله: **(لتقرر السبب الموجب في حق الأصل)** يعني الإمام، وذلك موجب للسجود على المأموم من وجهين: أحدهما لزوم النقص في صلاته إذ هي بناء على الناقصة ولذا تفسد بفسادها فاحتاج إلى الجابر كالإمام، والآخر لزوم المتابعة شرعاً حتى قالوا لو ترك بعض من خلف الإمام التشهد حتى قاموا معه بعد ما تشهد كان على من لم يتشهد أن يعود فيتشهد ويلحقه وإن خاف أن تفوته الركعة الثالثة، بخلاف المنفرد حيث لا يعود لأن التشهد هنا فرض بحكم المتابعة، وهذا بخلاف ما إذا أدرك الإمام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فإنه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة أخرى، فإن خاف ذلك تركها لأن هناك هو يقضي هاتين السجدتين ضمن قضاء الركعة فعليه أن يشتغل بإحراز الركعة الأخرى إذا خاف فوتها، وهنا لا يقضي التشهد بعد هذا فعليه أن يأتي به ثم يتبع، كالذي نام خلف إمامه ثم انتبه. على أنه لا شك في أنهم تبعوه ﷺ في سجوده[2] مع أنهم لم يكونوا ساهين في المتابعة في محل السهو بل عامدين قوله: **(لو سجد وحده كان مخالفاً)** أي في نفس ما يؤديه مع الإمام حكماً وإن كان سجوده بعد فراغ الإمام صورة كما لو كان لاحقاً سها إمامه فيما فاته معه لنومه مثلاً فانتبه بعد ذلك فإنا لو ألزمناه السجود إذا فرغ والفرض أن إمامه لم يسجد لزم المخالفة لأن السجود وإن كان بعد الصلاة لكنه متصل بموضع النقص لأنه علته على ما قدمناه. ولو كان إمامه سجد بعد ما انتبه هو أو عند ما جاء من وضوئه فيما إذا كان الفوات لسبق الحدث فأدركه في السجود لا يسجد معه لأنه يبدأ بقضاء ما فاته ويسجد في آخر صلاته،

أجيب بأنه ﷺ كان يفعل ذلك لبيان أن القراءة مشروعة فيهما، وعندنا لا تجب السجدة إذا تعمد ذلك، وقوله **(واختلفت الرواية في المقدار)** أي في مقدار ما يوجب جهره وإخفاءه السجدة، ففي الظاهر الرواية القليل والكثير في الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الأئمة الحلواني وقاضيخان. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جهر بأكثر الفاتحة سجد لأن اليسير من الجهر والإخفاء غير ممكن الاحتراز فاعتبر أكثر الفاتحة. ثم رجع وقال: إن جهر مقدار ما تجوز به الصلاة يجب وإلا فلا، قال المصنف **(والأصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين)** اختياراً لهذه الرواية، ووجهه ما ذكره في الكتاب وهو

قوله: **(أجيب بأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك لبيان أن القراءة مشروعة فيها الخ)** أقول: لكن يلزم التعمد على ترك الواجب، وحاشاه عليه السلام عن ذلك، وبيان المشروعية يكون بالقول خارج الصلاة

---

(١) هو بعض حديث رواه الجماعة وقد تقدم في فصل القراءة.
(٢) هذا ظاهر في أحاديث سهوه عليه الصلاة والسلام في الصلاة وذلك في أول هذا الباب.

المنفرد لأن الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة. قال **(وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود)** لتقرر السبب الموجب في حق الأصل ولهذا يلزمه حكم الإقامة بنية الإمام **(فإن لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم)** لأنه يصير مخالفاً لإمامه، وما التزم الأداء إلا متابعاً **(فإن سها المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود)** لأنه لو سجد وحده

ولو سجد معه لا يجزئه ولا تفسد ويسجد ثانياً في آخر صلاته. بخلاف المسبوق والمقيم المقتدي بالمسافر فيما يؤديان بعد الإمام من قضاء المسبوق وإتمام المقيم إذا سهيا في ذلك لأنه لم يلتحق بمحل قبله شرعاً فلا مخالفة فيسجدان لسهوهما. ولو كان على الإمام سهو وجب عليهما متابعته فيتكرر السجود في صلاة واحدة في هذه الصورة، وعند الكرخي لا يسجد اللاحق ولا المقيم المقتدي بالمسافر لسهو الإمام ولا لسهوهما فيما يقضي اللاحق ويتم المقيم، وما ذكرناه هو المذكور في الأصل. وهو الصحيح لأنهما صلاتان حكماً وإن اتحدتا حقيقة لتحقق الانفراد والائتمام، بخلاف صلاة اللاحق فإنها واحدة حقيقة وحكماً لأنه مقتد فيما يقضيه حكماً، ولذا قلنا لا يسجد اللاحق لما سها فيه مما يقضيه لأنه مقتد فيه. ألا ترى أنه لا يقرأ فيه فيكون لو سجد مخالفاً وإذا سها الإمام في صلاة الخوف سجد وتابعه الطائفة الثانية، وأما الأولى فيسجدون بعد فراغهم لأن الثانية مسبوقون والأولى لاحقون، ولو سبق الإمام الساهي الحدث بعد سلامه استخلف ليسجد الخليفة كما لو بقي عليه التسليم، وليس للمسبوق أن يتقدم في هذا الاستخلاف لأنه لا يقدر عليه إذ محله بعد السلام وهو غير قادر على السلام. وإنما يسجد قبل السلام حالة الاقتداء بمن يسجد قبله وهو هنا قد صار إماماً للمستخلف. ومع هذا لو تقدم لم تفسد لأنه يقدر على الإتمام في الجملة بأن يتأخر ويقدم مدركاً يسلم بهم ويسجد، ويسجد الخليفة المسبوق معهم لأنه الآن مقتد ثم يقوم إلى قضاء ما سبق به، فإن لم يسجد معهم سجد آخر صلاته على ما قدمناه في فصل السبوق، ولا يخفى أن تعليل عدم قدرة المسبوق على السجود ومنعه من التقدم بعدم قدرته على السلام لانتفاء محلية السجود قبله إنما هو على غير

واضح **(وهذا)** أي وجوب السجدة في الفصلين إنما هو **(في حق الإمام دون المنفرد لأن الجهر والمخافتة)** أي وجوبهما **(من خصائص الجماعة)** قيل أما أن وجوب الجهر من خصائص الجماعة فمسلم لأن المنفرد مخير بين الجهر والإخفاء. وأما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لأن المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها. وأجيب بأن ذلك وجه رواية النوادر. روى أبو مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد إذا جهر فيما يخافت أن عليه السهو لما ذكرنا. وأما على ظاهر الرواية فلا نسلم أن المخافتة واجبة عليه لأنها وجبت لنفي المغالطة. وإنما يحتاج إلى ذلك في صلاة تؤدى إلى سبيل الشهرة، والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه. قال **(وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود)** إذا سها الإمام وجب السجود على المؤتم لوجوبه على الإمام لأن السبب الموجب للسجود في حق الأصل وهو الإمام تقرر في حق المأموم أيضاً بالتزامه المتابعة، فإن الصحة والفساد والإقامة لما تعدت من صلاة الإمام إلى صلاته حتى لو نوى الإمام الإقامة في وسط الصلاة صارت صلاتهم أربعاً بالتزام المتابعة، فكذلك النقصان وما يجبره **(فإن لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم لأنه يصير مخالفاً لإمامه، وما التزم الأداء إلا متابعاً)** وبين المخالفة والمتابعة منافاة، فإذا تحقق أحد المتنافيين انتفى الآخر. واعترض على التعليل المذكور في الكتاب بمخالفات يجوز وقوعها من المؤتم، كما إذا لم يرفع الإمام يده عند الافتتاح فإن القوم ترفع، وإذا لم يثن الإمام يثني المأموم، وإذا ترك الإمام تكبيرة الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبيرة الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فإن المأموم يفعل ذلك كله. وبأن المخالفة بعد فراغ الإمام ليست بقادحة، ألا ترى أن المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الإمام والمقيم إذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين. والجواب عن الأول أن الكلام فيما لزم بشيء باشره الإمام وتعدى إلى المؤتم، وما ذكرتم ليس كذلك، بل إنها ثبتت على المقتدي ابتداء كما تثبت على الإمام، وعن الثاني بأن هذه المخالفة جوزت ضرورة إتمام الفرض فلا تتعدى إلى ما ليس كذلك لأنه ليس في معناه **(فإن سها المؤتم لا يجب على الإمام ولا المؤتم السجود)** لأن صلاته ليست بمبنية على صلاة المأموم فساداً ولا نقصاناً، فلا يجب نقصان صلاته بنقصان صلاة المأموم. وإذا لم يجب على الإمام لم يجب على المأموم، لأنه لو وجب فإما أن يسجد وحده وفيه مخالفة إمامه فيما ليس من إتمام الفرض وهو لا يجوز، وإما أن يسجد معه إمامه وفيه قلب الموضوع. فإن قلت: أما ما ذكرت آنفاً أن المخالفة

كان مخالفاً لإمامه، ولو تابعه الإمام ينقلب الأصل تبعاً **(ومن سها عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب عاد وقعد وتشهد)** لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه، ثم قيل يسجد للسهو للتأخير، والأصح أنه لا يسجد

رواية الأصول، أما على الظاهر من أن كونه بعد السلام إنما هو الأولى فلا، فالأوجه تعليل عدم قدرته على السجود بكونه في أثناء صلاته. ولا يسجد في أثنائها إلا مقتدياً وهو قد صار إماماً. ولو لم يكن خلف الإمام مدرك بل الكل مسبوقون قاموا وقضوا ما سبقوا به فرادى لأن تحريمة المسبوق انعقدت للأداء على الانفراد عند تعذر المتابعة. ثم إذا فرغوا لا يسجدون في القياس. وفي الاستحسان يسجدون قوله: **(للتأخير)** أي لتأخير القعود، والأصح عدمه لأن الشرع لم يعتبره قياماً وإلا لم يطلق له العود فكان معتبراً قعوداً أو انتقالاً بالضرورة. وهذا الاعتبار ينافيه اعتبار التأخير المستتبع لوجوب السجود قوله: **(ولو كان إلى القيام أقرب)** الأصح فيه ما في الكافي أنه بأن يستوي النصف الأسفل: يعني وظهره بعد منحن فما لم يستو فهو إلى القعود أقرب. وفي فتاوى قاضيخان في رواية إذا قام على ركبتيه لينهض يقعد وعليه السهو يستوي فيه القعدة الأولى والثانية، وعليه الاعتماد ثم قال: وإن رفع إليته من الأرض وركبتاه عليها لم يرفعهما لا سهو عليه، وهكذا عن أبي يوسف انتهى. ولا يخفى أن هذه الصورة التي قبلها فيكون الحاصل في تلك الصورة اختلاف الرواية. وقد اختار في الأجناس في هذه الصورة أن عليه السهو اللهم إلا أن يحمل الأول ما إذا فارقت ركبتاه الأرض دون أن يستوي نصفه الأسفل شبه الجالس لقضاء الحاجة. فالحاصل ثبوت التلازم بين عدم العود وسجوده وعدمه بينه وبين العود ثم قيل: وذكر في الكتاب رواية عن أبي يوسف اختاره مشايخ بخارا، أما ظاهر المذهب فما لم يستو قائماً يعود. قيل: وهو الأصح، والتوفيق بين ما روي أنه ﷺ قام فسبحوا له فرجع[1]، وما روي أنه لم يرجع[2] بالحمل على حالتي القرب من القيام وعدمه ليس بأولى منه بالحمل على

إنما لا تجوز فيما لزم بشيء باشره الإمام وتعدى إلى المؤتم وههنا ليس كذلك، بل المخالفة إن كانت لأمر باشره المؤتم فينبغي أن يجوز، فالجواب إنا قلنا إن المخالفة فيما لزم بشيء باشره الإمام لم تجز، ولم نقل إن فيما باشره بنفسه جازت المخالفة. والذي يحسم هذه المادة أن المخالفة إن كانت لإتمام الفرض بعد فراغ الإمام جازت بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام «وما فاتكم فاقضوا» وقوله عليه الصلاة والسلام «أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر» وإن كانت لغيره، فإن كانت فيما ثبت ابتداء كالمسائل التسع المتقدمة جازت لأنها كلا مخالفة حيث لم تتعلق بالاقتداء، وإن كانت فيما لزم عما باشره أحدهما كالتي نحن فيها لم تجز لأدائها إلى قطع الشركة المنافي لوضع الإمامة. قال **(ومن سها عن القعدة الأولى)** أي ومن سها عن القعدة

قوله: **(لم تجز لأدائها إلى قطع الشركة الخ)** أقول: إذا جاز أن يأتي المأموم في الصلاة بقراءة التشهد والتسليم مثلاً مع عدم إتيان إمامه بهما ولم يعد هذا قطعاً للشركة فكيف يعد قطعاً لها إذا أتى بما يجبر النقصان الحاصل بتركهما بعد فراغ الإمام عنهما فليتأمل

---

(١) غريب جداً. لم أره مرفوعاً. وفي سنن البيهقي ٢/٣٤٣ بسنده عن عامر. وهو الشعبي. قال: صليت خلف النعمان بن بشير فنهض في الركعتين فسبح القوم فجلس فلما فرغ سجد سجدتي السهو وسجدنا معه. فهذا موقوف.

قال البيهقي: وهذا عندنا ما لم يستتم قائماً. وروينا عن أنس بن مالك أنه تحرك للقيام في الركعتين من العصر فسبحوا به فجلس ثم سجد سجدتي السهو وهو جالس اهـ.

(٢) أخرجه أبو داود ١٠٣٧ والدارمي ١٤٧٢ والبيهقي ٢/٣٤٤ كلهم من طريق المسعودي عن زياد بن علاقة قال: صلى بنا المغيرة بن شعبة فقام في الركعتين قلنا سبحان الله. قال: سبحان الله. ومضى فلما أتم صلاته سجد سجدتي السهو وقال: رأيت رسول الله ﷺ يصنع كما صنعت. والمسعودي اختلط بآخره وتابعه ابن أبي ليلى وهو واهٍ.

قال أبو داود: وكذا رواه ابن أبي ليلى عن الشعبي عن المغيرة فرفعه. وفعل سعد بن أبي وقاص مثل ما فعل المغيرة وكذا عمران بن حصين ومعاوية والضحاك بن قيس وأفتى ابن عباس بذلك اهـ. وحديث سعد بن أبي وقاص وصله البيهقي ٢/٣٤٤ ثم ذكر أنه ورد عن سعد موقوفاً مرفوعاً.

ومع ذلك لم يرد في شيء من الأخبار الصحيحة المرفوعة أنهم أي الصحابة سبحوا حين سها عليه الصلاة والسلام في الصلاة. فالخبر في كونهم سبحوا. ضعيف. وأما من جهة الحكم فهو صحيح. لأن عليه جمهور الصحابة كما ذكر أبو داود وذلك أن من استتم قائماً لا يرجع وإن سبحوا به. فالحديث غريب في كونهم سبحوا به لكن عليه العمل.

كما إذا لم يقم **(ولو كان إلى القيام أقرب لم يعد)** لأنه كالقائم معنى **(يسجد للسهو)** لأنه ترك الواجب **(وإن سها عن القعدة الأخيرة حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد)** لأن فيه إصلاح صلاته وأمكنه ذلك لأن ما دون

الاستواء وعدمه، ثم لو عاد في موضع وجوب عدمه قيل الأصح أنها تفسد لكمال الجناية برفض الفرض لما ليس بفرض. بخلاف ترك القيام لسجود التلاوة لأنه على خلاف القياس وردّ به الشرع لإظهار مخالفة المستكبرين من الكفرة وليس فيما نحن فيه معناه أصلاً على أنا نقول الجناية هنا بالرفض وليس ترك القيام للسجود رفضاً له حتى لو لم يقم بعدها قدر فرض القراءة حتى ركع صحت. هذا وفي النفس من التصحيح شيء وذلك لأن غاية الأمر في الرجوع إلى القعدة الأولى أن يكون زيادة قيام ما في الصلاة وهو وإن كان لا يحل لكنه بالصحة لا يحل لما عرف أن زيادة ما دون الركعة لا تفسد إلا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض. لكن قد يقال المتحقق لزوم الإثم أيضاً بالرفض. أما الفساد فلم يظهر وجه استلزامه إياه فيترجح بهذا البحث القول المقابل. مصحح قوله: **(لأنه أخر واجباً)** أي واجباً قطعياً وهو الفرض لأن الكلام في القعدة الأخيرة قوله: **(وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافاً للشافعي)** له أن الحاصل على ذلك التقدير كونه صلاها بزيادة ركعة وذلك ليس بمفسد مثل زيادة ما دونها،

الأولى في الفرائض الرباعية أو الثلاثية **(ثم تذكر)** فلا يخلو إما ان يكون إلى القعود أقرب بأن لم يرفع ركبتيه، أو إلى القيام أقرب بأن رفعهما **(فإن كان الأول عاد وقعد وتشهد لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه)** كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين، واختلف في وجوب السجدة، فقيل يسجد لأنه أخر واجباً بقدر ما اشتغل بالقيام، وقيل لا يسجد وهو الأصح بناء على أن ما قرب من الشيء يأخذ حكمه فصار كما إذا لم يقم، وإن كان الثاني لم يعد لأنه كالقائم معنى لما ذكرنا من الأصل، ولو قام ما جاز له العود لئلا يلزم ترك الفرض وهو القيام لأجل الواجب وهو القعود الأول، ولا يلزم سجدتا التلاوة فإنه يترك الفرض لأجلها، وهن واجبة لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس، وهو ما روي أن النبي ﷺ والصحابة كانوا يسجدون ويتركون القيام لأجلها ويسجد للسهو لأنه ترك الواجب. وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قام إلى الثالثة قبل أن يقعد فسبحوا له. فعاد المروي أنه لم يعد وسبح لهم فقاموا، ووجه التوفيق أنه عاد حين لم يتم قائماً ولم يعد بعد ما تم قائماً **(وإن سها عن القعدة الأخيرة حتى قام إلى الخامسة)** في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من أن يكون بعد ما قعد على الرابعة أو لا يكون فإن لم يكن فلا يخلو إما أن يقيد الخامسة بالسجدة أو لا، فإن كان الثاني **(رجع إلى القعدة)** لأن إصلاح الصلاة به ممكن، وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازاً عن البطلان، وإنما قلنا إنه ممكن **(لأن ما دون الركعة بمحل الرفض)** لكونه ليس بصلاة ولا له حكمها، ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة **(وألغى الخامسة لأنه رجع إلى شيء محله قبله)** أي قبل ما فعل وهو الخامسة، وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح، وكل من رجع من فعل من أفعال الصلاة إلى شيء محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما إذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلبية أو التلاوة فسجد لهما ارتفضت القعدة لما أن محلهما قبل القعدة الأخيرة **(وسجد للسهو لأنه أخر واجباً)** وهو إصابة لفظ السلام، وقيل واجباً قطعياً وهو القعدة الأخيرة وإن كان الأول بطل فرضه عندنا خلافاً للشافعي لأنه روى أن النبي ﷺ «صلى الظهر خمساً» ولم ينقل أنه قعد في الرابعة، ولا أنه أعاد صلاته، ولنا أنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة لأنه أتى بما هو صلاة أخرى حقيقة لاشتمالها على الأركان، وحكماً لأنه حكم الشرع وجودها، وأوجب الحنث على

قوله: **(حين لم يتم قائماً الخ)** أقول: في إطلاق القائم على من لم يرفع ركبتيه ما لا يخفى قوله: **(فلا يخلو من أن يكون بعد ما قعد على الرابعة أو لا يكون)** أقول: الكلام كان فيمن سها عن القعدة الأخيرة، فكيف يكون من قعد على الرابعة من محتملاته ففيه جعل قسيم الشيء قسماً منه قال المصنف: **(وسجد للسهو لأنه أخر واجباً)** أقول: اعترض عليه بأنه كان ينبغي أن لا يسجد فيما إذا كان إليه أقرب كما في السهو عن القعدة الأولى، أقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن القريب من القعود وإن جاز أن يعطى له حكم القاعد، إلا أنه ليس بقاعد حقيقة فاعتبر جانب الحقيقة فيما إذا سها عن الثانية، وأعطي له حكم القاعد في السهو عن الأول إظهاراً للتفاوت بين الواجب والفرض وظهر بما قررنا أن من فسر الواجب هنا بالواجب القطعي هو المصيب وإلا أشكل الفرق قوله: **(وهو إصابة لفظ السلام)** أقول: ولعل الأقرب أن يقال وهو التشهد قوله: **(والجواب عن الأول أن الاستحكام إنما يكون بالوجود في الخارج)** أقول: الكلام في الوجود الشرعي لا الحسي قوله: **(وتحوله نفلاً أولى من بطلان أصل الصلاة الخ)** أقول: لو سلمنا تمام الجواب عن طرفهما فما الجواب عن

الركعة بمحل الرفض قال **(وألغى الخامسة)** لأنه رجع إلى شيء محله قبلها فترتفض **(وسجد للسهو)** لأنه أخر واجباً **(وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه)** عندنا خلافاً للشافعي لأنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة، ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لأن الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي **(وتحولت صلاته نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** خلافاً لمحمد على ما مر **(فيضم إليها ركعة سادسة ولو**

وذلك لما روي أنه ﷺ صلى الظهر خمساً[(١)] قلنا اللفظ المذكور يصدق مع ترك القعدة الأخيرة ومع فعلها. ولا دلالة للأعم على خصوص أخص فلا يدل على خصوص محل النزاع، وهو ما إذا صلاها خمساً مع ترك القعدة فجاز كونه مع فعلها، ثم يترجح ذلك[(٢)] حملاً لفعله ﷺ على ما هو الأقرب، ولما ذكر المصنف من أن الركعة الثانية نفل ولا يتحقق الاتصاف بكونه في صلاتين متضادتي الوصفين، فالحكم بصحتها حكم بالضرورة بخروجه عن الفريضة، بخلاف ما دون الركعة قوله: **(على ما مر)** في قضاء الفوائت من أن بطلان وصف الفرضية لا يوجب التحريمة عندهما خلافاً لمحمد، وبناء على أصل آخر وهو ما أسلفناه من أن ترك القعدة على رأس الركعتين من النفل لا يفسدها عندهما خلافاً لمحمد، وفي تحولها نفلاً يلزم ذلك فيضم إليها ركعة سادسة عندهما كي لا يتنفل بالوتر، وهل يسجد للسهو؟ قيل نعم، والصحيح لا لأن النقصان بالفساد لا ينجبر بالسجود ولو لم يضم لا شيء

من حلف لا يصلي فصلى ركعة، وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة خرج عن الفرض للمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق أحد المتنافيين فينتفي الآخر ضرورة. ولقائل أن يقول: لا نسلم أنه بوجود الركعة الواحدة بعد أربع من المكتوبة استحكم الشروع في النفل لم لا يمنع ما سبق من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمناه، لكن ما سبق من ركعات المكتوبة إن لم يكن أشد استحكاماً لكونه كثيراً وفرضاً فلا أقل من المساواة، وحينئذ لا يكون بطلان الفرض أولى من

طرف محمد وهو لا يقول بتحوله نفلاً قوله: **(لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة)** أقول: ممنوع عند أبي حنيفة وقد سبق في صفة

---

(١) هو بعض حديث ابن مسعود تقدم في ٤٩٩/٢ رواه الجماعة. البخاري في ١٢٢٦ ومسلم ٥٧٢ ح٩١ ولهما روايات أخرى لم يذكرا فيها عدد الركعات.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم عقب هذا الحديث: هذا دليل لمذهب مالك والشافعي وأحمد والجمهور من السلف والخلف أن من زاد ركعة في صلاته ناسياً لم تبطل صلاته. حتى لو ذكر ذلك بعد السلام بقليل يسجد للسهو وقد مضت صلاته صحيحة. وقال أبو حنيفة وأهل الكوفة: إذا زاد ركعة ساهياً بطلت صلاته وقال أبو حنيفة إن كان تشهد في الرابعة ثم زاد خامسة أضاف إليها سادسة تشفعها وكانت نفلاً بناء على أصله السلام ليس بواجب. أي فرض. فهذا الحديث يرد كل ما قالوه. اهـ ملخصاً كلام النووي.

(٢) أي يترجح كونه ﷺ قعد في الرابعة قدر التشهد. ورده ابن حجر في الفتح عقب حديث ابن مسعود ١٢٢٦ فقال: وقولهم يحمل على أنه ﷺ قعد في الرابعة يحتاج إلى دليل بل السياق يرشد إلى خلافه. وعلى أن الزيادة في الصلاة لا تفسدها. ويؤخذ من الحديث أيضاً أن الكلام العمد إن كان فيما يصلح به الصلاة لا يفسدها.

خاتمة: في سجود السهو ذكرها الترمذي في باب السهو بقوله: ويرى الشافعي سجود السهو كله قبل السلام ويقول هو ناسخ لغيره.

وقال أحمد وإسحاق: يستعمل كل حديث على جهته. فإذا قام في الركعتين فرجهه حديث ابن بحينة يسجدهما قبل السلام. وإذا صلى الظهر خمساً يسجدهما بعد السلام لحديث ابن مسعود وكل سهو ليس فيه ذكر عن النبي ﷺ فإنه يسجد قبل السلام. وخالفه إسحاق في الفقرة الأخيرة حيث قال: إن كانت زيادة في الصلاة يسجد بعده وإلا فقبله.

وقال الثوري وأهل الكوفة: يسجدهما بعد السلام.

وقال مالك: إن كانت زيادة في الصلاة فبعد السلام وإلا فقبله. وقال الشافعي وأكثر الفقهاء من أهل المدينة: يسجدهما قبل السلام اهـ.

قال ابن حجر في الفقه عقب حديث ١٢٢٦: قول النووي أقوى المذاهب مذهب مالك ثم أحمد. فيه نظر فقد خالفه غيره فقال: بل مذهب أحمد أقوى حيث قال: يستعمل كل حديث على جهته وما لم يرد فيه شيء يسجد قبل السلام. وأما إسحاق فقد جمع بين قولي أحمد ومالك وهو أعدل المذاهب فيما يظهر. اهـ

قلت: وهو الصواب والله تعالى أعلم فهذه فائدة نفيسة بل هي درة استخرجتها لك فلا تكن فيها من الزاهدين. والله يهدي إلى سواء الصراط.

لم يضم لا شيء عليه) لأنه مظنون، ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف لأنه سجود كامل، وعند محمد برفعه لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا سبقه الحدث في السجود بني عند محمد خلافاً لأبي يوسف **(ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد إلى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم)** لأن التسليم في حالة القيام غير مشروع، وأمكنه الإقامة على وجهه بالقعود لأن ما دون الركعة بمحل الرفض **(وإن قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه)** لأن الباقي إصابة لفظة السلام

عليه، وإن كان الضم واجباً على ما هو ظاهر الأصل لعدم جواز التنفل بالوتر لأنه مظنون الوجوب خلافاً لزفر، واللزوم إنما يثبت شرعاً بالالتزام أو إلزام الرب تعالى ابتداء، وشروعه لم يكن لواحد من هذين بل القصد الإسقاط، فإذا تبين أن ليس عليه شيء سقط أصلاً، ولكن لو اقتدى به إنسان ثم قطع لزمه قضاء ست عند أبي حنيفة وأبي يوسف. فرق أبو يوسف بين هذا وبين الفصل الثاني حيث قال هناك: لو قطعها يقضي ركعتين لما تذكر فيه قوله: **(وعند محمد برفعه لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث)** واختاره فخر الإسلام وغيره للفتوى لأنه أرفق وأقيس، لأن السجود لو تم قبل الرفع لم ينقضه الحدث، لكن الاتفاق على لزوم إعادة كل ركن وجد فيه سبق الحدث عند البناء، وعلى الاعتداد بما لحق فيه الإمام المأموم إذا سبقه المأموم في ابتدائه خلافاً لزفر في هذا، ولو كان الركن تم بمجرد وضعه لم يعتد به لأن فعل الإمام حينئذ بعد تمامه، وكل ركن أداه المقتدي قبل إمامه لا يعتد به قوله: **(في السجود)** أي سجود الخامسة بنى: أي على الفرض: أي بسبب ذلك الحدث أمكنه إصلاح فرضه بأن يتوضأ ويأتي فيقعد يتشهد ويسلم ويسجد للسهو. لأن الرفع حصل مع الحدث فلا يكون مكملاً للسجدة ليفسد الفرض به، وهذا أعني صحة البناء بسبب الحدث إذا لم يتذكر في ذلك السجود أنه ترك سجدة صلبية من صلاته، فإن تذكر ذلك فسدت اتفاقاً لما سنذكر في تتمة نعقدها في السجدات إن شاء الله تعالى، وعند أبي يوسف بمجرد الوضع فسد فرضه فلا يمكنه إصلاحه إذا سبقه الحدث فيه، وقد سئل أبو يوسف فقال: بطلت ولا يعود إليها، فأخبر بجواب محمد فقال زه صلاة فسدت يصلحها الحدث. وزه بمعجمة مكسورة بعدها هاء كلمة تعجب. وهو هنا على وجه التهكم. قيل قاله لغيظ لحقه من محمد بسبب ما بلغه من عيبه قوله في المسجد إذا خرب أنه لا يعود إلى

بطلان النفل. والجواب عن الأول أن الاستحكام إنما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه، ولو كان ما ذكرتم مانعاً لما تحقق، وعن الثاني بأن المراد ببطلان الفرض بطلان وصف الفرضية، ولا شك أن بطلان وصف الفرضية وتحوله نفلاً أولى من بطلان أصل الصلاة ووصفها وفي إبطال النفل ذلك فكان الأول أولى. وتأويل الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي «صلى الظهر خمساً» والظهر اسم لجميع أركان الصلاة ومنها القعدة، وإنما قام إلى الخامسة على ظن أنها الثالثة حملا لفعله عليه الصلاة والسلام على ما هو أقرب إلى الصواب. وقوله **(على ما مر)** إشارة إلى ما ذكر في باب قضاء الفوائت من الاختلاف بينهم، وقوله **(فيضم إليها ركعة سادسة)** يعني عندهما، وهل تجب عليه سجدة السهو ولم يذكره. واختلفوا فيه، والأصح أنه لا يسجد لأن النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة **(ولو لم يضم لا شيء عليه لأنه مظنون)** والمظنون غير مضمون **(ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف لأنه سجود كامل)** لأن السجود حقيقة في وضع الجبهة **(وعند محمد برفعه لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث)** فلم يتم السجود **(وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا سبقه الحدث في هذا السجود)** فذهب يتوضأ ثم تذكر أنه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود إلى القعدة ويبني على صلاته بإتمامها بالتشهد والسلام. وعند أبي يوسف لا يبني لأن صلاته فسدت بوضع الجبهة ولا بناء على الفاسد، قال فخر الإسلام: المختار للفتوى قول محمد لأنه أرفق وأقيس، لأن السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه

الصلاة قوله: **(ولو تم السجود بالوضع لما احتيج إلى إعادته)** أقول: قوله ولو تم ناظر إلى قوله ولا بناء على الفاسد وجواب عنه تقريره لا نسلم فساد السجدة بوضع الجبهة إذ لو صح ما ذكره من تمام السجود بالوضع لما احتيج إلى إعادته يعني إعادة السجود الخ.

وهي واجبة، وإنما يضم إليها أخرى لتصير الركعتان نفلاً لأن الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتراء، ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة **(ويسجد للسهو استحساناً)** لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون. وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون، ولو قطعها لم يلزمه القضاء لأنه مظنون، ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستاً عند محمد لأنه المؤدي بهذه التحريمة،

ملك الواقف ولا يخرج عن كونه مسجداً وإن صار مأوى للكلاب والدواب قوله: **(عاد إلى القعدة)** إنما يعود مع أنه لو لم يعد وسلم قائماً حكم بصحة فرضه ليأتي بالسلام في موضعه لأنه لم يشرع حال القيام، وهل يتبعه القوم في هذا القيام؟ قيل نعم، فإن عاد عادوا معه، وإن مضى في النافلة تبعوه، والصحيح ما ذكره البلخي عن علمائنا لا يتبعونه في البدعة وينتظرونه، فإن عاد قبل السجدة تبعوه في السلام، وإن سجد سلموا في الحال، ولا يخفى عدم متابعتهم له فيما له إذا قام قبل القعدة، وإذا عاد لا يفيد التشهد[1] قوله: **(ثم لا تنوبان عن سنة. الظهر هو الصحيح)** احتراز عن قول من قال تنوب، وجه المختار أن السنة بالمواظبة والمواظبة عليها منه ﷺ بتحريمة مبتدأة وإن لم يحتج إلى قصد السنة في وقوعها سنة، بخلاف ما قدمناه في الأربع بعد الظهر والعشاء فإنها بتحريمة قصدت ابتداء للنفل فلذا تقع الأوليان منها سنة، ولو كانت الصورة في العصر: أعني صلاها خمساً بعد ما قعد الثانية أو في الفجر سجد في الثالثة بعد القعدة، قالوا لا يضم سادسة لأنه يصير متنفلاً بركعتين بعد العصر والفجر وهو مكروه، والمختار أن يضم والنهي عن التنفل القصدي بعدهما، وكذا إذا تطوع من آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر الأولى أن يتمها ثم يصلي ركعتي الفجر لأنه لم يتنفل بأكثر من ركعتي الفجر قصداً قوله: **(ويسجد للسهو استحساناً)** والقياس أن لا يسجد لأنه صار إلى صلاة غير التي سها فيها، ومن سها في صلاة لا يسجد في أخرى، وجه الاستحسان أن النقصان دخل في فرضه عند محمد بتركه الواجب وهو السلام، وهذا النفل بناء على التحريمة الأولى فيجعل في حق السهو كأنهما واحدة، كمن صلى ستاً تطوعاً بتسليمة ومنها في الشفع الأول يسجد في الآخر وإن كان كل شفع صلاة على حدة بناء على الاتحاد الحكمي الكائن بواسطة اتحاد التحريمة وعند أبي يوسف النقصان في النفل بالدخول لا على الوجه الواجب، إذ الواجب أن يشرع في النفل بتحريمة مبتدأة للنفل وهذه كانت للفرض. كذا في الكافي، وبه ظهر أن قول المصنف لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون، وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون مراده مسنون الثبوت فيعم الواجب وهو المراد وهو تعليل على المذهبين، فالأول

كتكراره لم ينقصه الحدث: يعني بالاتفاق أن الحدث ينقض كل ركن وجد هو فيه، حتى لو توضأ وبنى على صلاته وجب عليه إعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث. ولو تم السجود بالوضع لما احتيج إلى إعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع **(وإن كان قعد في الرابعة)** فلا يخلو إما أن يقيد الخامسة بالسجدة أو لا، فإن كان الثاني فحكمه كحكمه فيما إذا لم يقعد عليها، وإن كان الأول ثم تذكر ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه لأن الباقي إصابة لفظ السلام، ويتركها لا تفسد الصلاة لأنها واجبة وقوله **(وإنما يضم إليها أخرى)** ظاهر ولم يذكر أن الضم واجب أو مستحب أو جائز، ولفظ الأصل يدل على الإيجاب، فإنه قال فيه: عليه أن يضيف وكلمة على للإيجاب. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم أنهما ينوبان عن سنة الظهر، وجه الصحيح أن السنة عبارة عن طريقة النبي ﷺ وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتدأة قصداً. وقوله **(ويسجد للسهو استحساناً)** يعني أن القياس أن لا يسجد لأن هذا سهو وقع في الفرض وقد انتقل منه إلى النفل، ومن سها في صلاة لا يجب عليه أن يسجد في صلاة أخرى، وجه الاستحسان أن النقصان قد تمكن في الفرض بالخروج منه لا على وجه المسنون وهو

---

(١) ذكر هنا صاحب الهداية، حديث النهي عن البتيراء. ولم يذكره ابن الهمام. وتقدم تخريجه في ٦/٤٢٦ باب الوتر. رواه الحاكم وإسناده ضعيف. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/١٧٢
وقال: رواه ابن عبد البر في التمهيد من حديث أبي سعيد.
وقال ابن القطان: في إسناده عثمان بن محمد بن ربيعة الغالب على حديثه الوهم والحديث شاذ.

وعندهما ركعتين لأنه استحكم خروجه عن الفرض ولو أفسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتباراً بالإمام، وعند أبي يوسف يقضي ركعتين لأن السقوط بعارض يخص الإمام. قال (**ومن صلى ركعتين تطوّعاً فسها فيهما**

لمحمد والثاني لأبي يوسف، وظهر أن كونه استحساناً يقابله قياس إنما هو على قول محمد، أما على قول أبي يوسف فيسجد قياساً واستحساناً، وقدم قول محمد لأنه المختار للفتوى لأن من قام من الفرض إلى النفل بلا تسليم ولا تحريمة عمداً لم يعدّ ذلك نقصاناً في النفل لأنه أحد وجهي الشروع في النفل بل في الفرض، كذا ذكره فخر الإسلام، لكن أبو يوسف يمنع أنه أحد وجهي الشروع، ولو **قطعها**: يعني صلاة الركعتين بعد إتمام الركعة لاقضاء عليه لأنه مظنون، وعند زفر يقضي ركعتين قوله: (**ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستاً عند محمد**) لما ذكر (**وعندهما ركعتين لأنه استحكم خروجه عن الفرض**) فانقطع إحرامه، إذ لا يتصور كونه في إحرامين لصلاتين متباينتين، وعند محمد باق لأن إحرام الفرض اشتمل أصل الصلاة ووصف الفريضة والانتقال إلى النفل أوجب انقطاع الوصف دون الأصل، ولهذا لو قام إلى الخامسة صار شارعاً في النفل بلا تكبيرة الافتتاح، فلو كان من ضرورة الانتقال إلى النفل انقطاع الإحرام احتيج إلى تكبيرة الافتتاح وليس فليس الإحرام منقطعاً مطلقاً قوله: (**وعند أبي يوسف يقضي ركعتين**) كأن حقه أن يقول: وعندهما بدليل قوله أولاً وعندهما ركعتين، يعني أبا حنيفة وأبا يوسف، ثم الفتوى هنا على قول أبي يوسف لأن ابتداء النفل غير مضمون قصداً غير مشروع، وإنما شرع في حق الصبي والمعتوه لنقصان عزيمتها، فإذا انقضت عزيمة العاقل البالغ بأن شرع فيه على عزم إسقاط الواجب لا عزم التطوع التحق بهما حينئذ، وهذا يخص الإمام فلا يتعدى إلى المقتدي قوله: (**لم يبن**) أي ليس له أن يبني قوله: (**بخلاف المسافر**) الحاصل أن نقضي الواجب وإبطاله لا يجوز إلا إذا استلزم تصحيحه نقض ما هو فوقه، ففي مسألة الكتاب امتنع البناء لأنه نقض للواجب المذكور وهو سجود السهو ووجب البناء في المسافر يسجد ثم ينوي الإقامة

الخروج بإصابة لفظة السلام، وهذا مذهب محمد، وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون وهو المشروع فيه بتحريمة مبتدأة، وهذا مذهب أبي يوسف، وكل واحد منهما يوجب السجدة، وإنما قدم قول محمد لأنه المختار للفتوى، لأن من قام من الفرض إلى النفل من غير تسليم ولا تكبير عمداً لم يعد ذلك نقصاً في النفل لأن أحد وجهي الشروع في النفل، وإنما هو نقص في الفرض، ولما كان النفل بناء على التحريمة الأولى جعل في حق وجوب سجدة السهو كأنها صلاة واحدة، كمن تنفل بست ركعات بتسليمة واحدة ومنها في الأولى فإنه يسجد للسهو في آخر الصلاة وإن كان كل شفع منها صلاة على حدة لكون التحريمة واحدة (**ولو قطعها لم يلزمه القضاء لأنه مظنون**) خلافاً لزفر لأنه يقول عليه قضاء ركعتين لأنه يبقى عنده في نفل لازم وإن تبين أنه لم يكن عليه. قلنا شرع على أنه مسقط لا ملزم ثم تبين أنه لم يكن عليه فسقط أصلاً لئلا يلزم إلزام ما لا يلزم (**ولو اقتدى به إنسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات**) إن اقتدى به في الخامسة يأتي بعد الإمام بأربع ركعات، وإن اقتدى به في السادسة يأتي بعده بخمس ركعات، يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لأنه لما شرع في تحريمة الإمام لزمه ما أدى بها الإمام وقد أدى الإمام ستاً (**وعندهما لزمه ركعتان لأنه استحكم خروجه من الفرض**) فلا يلزمه غير هذا الشفع (**ولو أفسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتباراً بما إذا أفسده الإمام**) فإن حال المأموم لا يكون أقوى حالاً من الإمام وإلا لزم زيادة الفرع على الأصل (**وعند أبي يوسف يقضي ركعتين لأن السقوط بعارض يخص الإمام**) تقريره أن المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن الإبطال قام في حق الإمام، فكذا في حق المأموم لبناء صلاته على صلاة الإمام، وحينئذ يجب القضاء عليهما جميعاً عملاً بالمقتضى، إلا أنه سقط عن الإمام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا على قصد النفل، وما خص به لا يتعدى إلى غيره، وعلى هذا لا يلزم بناء القوي على الضعيف لأن صلاة الإمام أيضاً قوي بالنظر إلى وجود المقتضي، وفرق أبو يوسف بين هذه وبين ما إذا لم يقعد على الرابعة بأن هناك بطل فرضه وكان الإحرام في الابتداء متعقداً لست، فإذا اقتدى به إنسان لزمه موجب تلك التحريمة، وأما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا، وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين، والحاصل أن هناك صلاة واحدة فيلزم الجميع. وههنا صلاتين فيلزم الأخيرة، قيل كان من حق الكلام وعند أبي حنيفة وأبي يوسف بدليل ما تقدم في قوله وعندهما يقضي

وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي أخريين لم يبن) لأن السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة، بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة حيث يبني لأنه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة، ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة **(ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم، فإن سجد الإمام كان داخلاً وإلا فلا)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: هو داخل سجد الإمام أو لم يسجد، لأن عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلاة أصلاً لأنها وجبت جبراً للنقصان فلا بد من أن يكون في إحرام الصلاة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لأنه محلل في نفسه، وإنما لا يعمل لحاجته إلى أداء السجدة فلا يظهر دونها، ولا حاجة على اعتبار

لتحقق ذلك الموجب، ومن ابتلى بين أمرين وجب عليه أن يختار أقلهما محذوراً، وقال السرخسي: حقيقة الفرق أن العود إلى حرمة الصلاة بالسجود بعد التحليل لضرورة ترجع إلى إكمال تلك الصلاة لا أخرى، ونية الإقامة تعمل في إكمال تلك الصلاة فظهر عود الحرمة في حقها، فأما كل شفع من النفل فصلاة على حدة ولم تعد الحرمة في حق صلاة أخرى فلا يمكن البناء بعد ما اعتبر محللاً، لكن مقتضاه أن لا يصح البناء وهو مخالف لما عرف من كلامهم فوجب أن يعوّل على الأول، وإذا بنى قيل لا يسجد للسهو في الآخر لأن السجود الأول وقع جابراً حين وقع، وقيل الأصح أنه يسجد لبطلان الأول بما طرأ من وصل الباقي قوله: **(جبراً للنقصان)** أي النقصان الكائن في نفس الصلاة فلا بد أن يكون في حرمة الصلاة، ولا يخفى أن هذه الملازمة غير ضرورية بل نظرية، إذ لا مانع في العقل من اعتبار الجابر بعدها متصلاً، لكن تركوا بيانها لأنها اتفاقية بينهم وزفر مع محمد. وحاصله أنه تراخى الحكم عن العلة لهذه الضرورة قوله: **(وإنما لا يعمل لحاجته إلى أداء السجدة)** أي في حرمة الصلاة فلا يظهر عدم عمله دونها: أي دون السجدة، وهذا يحتمل كونه قبل السجدة حلل لأنه لم يتحقق أوان الضرورة وهو السجدة فلا يتأخر عمله فيثبت التحليل ثم يعود إلى حرمة الصلاة بالسجود، ويحتمل أنه قبلها متوقف على ظهور عاقبته إن سجد تبين أنه لم يخرجه وإن لم يسجد تبين أنه أخرجه من وقت وجوده إذ تبين عدم الضرورة الموجبة لتخلف تحليله عنه، ثم ظهر أن الاحتمالين قولان للمشايخ حكاه خلافاً صريحاً بينهم في البدائع، منهم من اختار الثاني، ومنهم من اختار

ركعتين ويدليل ما ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان، وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لأنه ذكر في النوادر الاختلاف على ما وقع في الكتاب، فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله، ولا يلزم من كونهما متفقين عليهما في مسألة اتفاقهما في مسألة أخرى فإنهما مسألتان، قال **(ومن صلى ركعتين تطوعاً)** الأصل أن وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلاة غير مشروع، ثم إما أن يكون الشفعان في صلاة التطوع أو الفرض، فإن كان الأول كما إذا صلى ركعتين تطوعاً **(فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي أخريين)** وفي بعض النسخ أخراوين وليس بصواب **(ليس له ذلك)** لأنه يبطل السجدة بلا ضرورة لأنه لما أدى صحة بدونه ما يبني فلا ضرورة في البناء بل فيه إحراز فضيلة الدوام، وفيه نقض الواجب والاحتراز عن نقض الواجب أولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة، قال شيخ الإسلام: وإن بني على ذلك ينبغي أن يعيد سجدتي السهو، لأنه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلاة فلا يعتد بهما وكان عليه الإعادة، وإن كان الثاني كما إذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الإقامة فله ذلك، لأنه لو لم يبن وقد لزمه الإتمام بنية الإقامة بطلت صلاته، وفي البناء نقض الواجب ونقض الواجب أدنى فيحتمل دفعاً للأعلى. وقوله **(ومن سلم وعليه سجدتا السهو)** أصل هذه المسألة وأخواتها أن سلام من عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر لا خروجاً موقوفاً ولا باتاً، وعندهما يخرجه خروجاً موقوفاً على معنى أنه إن سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة وإلا فلا. لمحمد أن السجدة وجبت جبراً لنقصان تمكن في المؤدي بالاتفاق، والجبر إنما يتحقق إذا كان المجبور قائماً، وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلاً للغرض المطلوب. ولهما أن السلام محلل في نفسه بالنص والإجماع، وإنما لا يعمل ضرورة الحاجة إلى أداء السجدة، ولا ضرورة إذا لم يعد

قوله: **(فلا ضرورة في البناء بل فيه إحراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب)** أقول: الضمير في قوله بل فيه وفي قوله وفيه راجعان إلى البناء في قوله ولا ضرورة في البناء قوله: **(لا يقال إذا كان بقاء التحريمة الخ)** أقول: فيه بحث.

عدم العود، ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة و **(من سلم يريد به قطع الصلاة وعليه سهو فعليه أن يسجد للسهو)** لأن هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت

الأول. قال: وهو أسهل لتخريج الفروع والتوقف في بقاء التحريمة، وبطلانها أصح لأن التحريمة واحدة، فإذا بطلت لا تعود إلا بإعادة ولم توجد اهـ. ولا يبعد جعل الشرع نفس السجود والعود إليه إعادة، ويعني بالفروع ما ذكره من الاقتداء بعد السلام عند محمد يصير مقتدياً البتة، وعندهما يوقف على السجود، وانتقاض الطهارة بالقهقهة بعده عنده وعندهما لا ينتقض، وكذا لو ضحك المقتدي في هذه الحالة، وفي تغير الفرض بنية الإقامة بعده قبل السجود عند محمد فيصير أربعاً وعندهما لا يتغير لأن النية لم تحصل في حرمة الصلاة، ويسقط سجود السهو لأنه لو سجد تغير فرضه فيكون مؤدياً سجود السهو في وسط الصلاة فيترك ويقوم، ولا يؤمر بأداء شيء إذ كان في أدائه إبطاله. وفيمن اقتدى به إنسان بنية التطوع ثم تكلم هذا المقتدي قبل أن يسجد الإمام لا يجب على المقتدي قضاء شيء عندهما وإن سجد الإمام لأنه تكلم قبل صحة الاقتداء، وعند محمد يلزمه قضاء ما يصلي الإمام. وقوله في النهاية عندهما يخرج بالسلام من كل وجه، لا أن معنى التوقف أن يثبت الخروج من وجه ثم بالسجود يدخل في حرمة الصلاة، لأنه لو كان في حرمة الصلاة من وجه لكانت الاحكام على عكسها عندهما أيضاً كما هو مذهب محمد من انتقاض الطهارة بالقهقهة ولزوم الأداء بالاقتداء، ولزوم الأربع عند نية الإقامة عملاً بالاحتياط يشير إلى أن معنى التوقف المقابل لما اختاره مما استدل عليه بالفروع المذكورة كونه في حرمتها من وجه دون وجه، وهو غير لازم من القول بالتوقف للمتأمل، إذ حقيقته توقف الحكم بأنه خرج عن حرمة الصلاة أو لا. فالثابت في نفس الأمر أحدهما عيناً، والسجود وعدمه معرف كما يفيده ما هو مصرح به في البدائع من التجوزين، وهذا قط لا يوجب الحكم بكونه بعد السلام في الصلاة من وجه دون وجه، بل الوقوف عن الحكم بأنه خرج من كل وجه أو لم يخرج من وجه أصلاً فتأمل، وكأنه رحمه الله لم يدر تحقق ثبوت الخلاف السابق في معنى التوقف قوله: **(لأن هذا السلام غير قاطع)** لأنه في محله بعد القعدة فهو محلل منه، ونيته تغيير المشروع وهو القطع ليرتب عليه ترك السجود، والنية المجردة عن العمل غير المستحق عليه لا يؤثر إبطال ما ركنه أعمال الجوارح وهو السجود فلغت، بخلاف نية الكفر فإنها تؤثر إبطال الإيمان والعياذ بالله تعالى، لأن ركنه عمل الباطن فقط عند المحققين، والإقرار إنما هو شرط إجراء الأحكام وهو فرض فيه، وإنما قيدنا العمل بكونه غير مستحق ليندفع ما يقال هذه مقرونة بالعمل وهو التسليم هذا. واعلم أن ما قدمناه من قولنا سلام من عليه السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة لا يستلزم وقوعه قاطعاً وإلا لم يعد إلى حرمتها، بل الحاصل من هذا أنه إذا وقع في محله كان محللاً مخرجاً، وبعد ذلك إن لم يكن عليه شيء مما يجب وقوعه في حرمة الصلاة كان قاطعاً مع ذلك وإن كان، فإن سلم ذاكراً له وهو من الواجبات فقد قطع

فيعمل عمله لتحقق المقتضى وزوال المانع وهذا يجر إلى تخليص العلة كما ترى والمخلص معلوم. لا يقال: إذا كان بقاء التحريمة ضرورة أداء السجدة ينبغي أن لا يتعدى إلى جواز الاقتداء لأنه تشكيك في المجمع عليه فلا يكون مسموعاً، وإذا عرف هذا الأصل تجري عليه الفروع، منها مسألة الكتاب فإن عند محمد الاقتداء صحيح على سبيل الباب، وعندهما على سبيل التوقف. ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده تنتقض لبقاء التحريمة خلافاً لهما، ومنها تغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة عنده يتغير لكونها في حرمة الصلاة كما لو نوى قبل السلام، وعندهما لا يتغير لأنها لم تكن في حرمة الصلاة. فإن قيل: إذا كان الخروج موقوفاً كان خارجاً من وجه دون وجه وذلك يستدعي أن يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده احتياطاً. أجيب بأنه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه، بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود كما

قوله: **(أجيب بأنه ليس معناه الخروج الخ)** في المحيط البرهاني وعندهما يخرجه خروجاً موقوفاً إن عاد إلى سجود السهو أنه لم يخرجه، وإن لم يعد بين أنه أخرجه اهـ.

(ومن شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً وذلك أول ما عرض له استأنف) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا

وتقرر النقص وتعذر جبره إلاأن يكون ذلك الواجب نفس سجود السهو، وإن كان ركناً فسدت، وإن سلم غير ذاكر أن عليه شيئاً لم يصر خارجاً، ، وعلى هذا تجري الفروع فلنذكر طرفاً ينفع الله سبحانه إن شاء الله عز وجل فنقول ولا قوّة إلا بالله تعالى: إذا سلم وانصرف ثم ذكر أن عليه سجدة صلبية أو سجدة تلاوة فإن كان في المسجد ولم يتكلم وجب عليه أن يأتي به، ولو انصرف عن القبلة لأن سلامه لم يخرجه عن الصلاة، حتى لو اقتدى به إنسان بعد هذا السلام صار داخلاً، فإن سجد سجد معه، وإن لم يسجد فسدت صلاته إذا كان المتروك صلبية وفسدت صلاة الداخل بفسادها بعد صحة الاقتداء ووجب القضاء على الداخل حتى لو دخل في فرض رباعي متنفلاً يلزمه قضاء الأربع إن كان الإمام مقيماً وركعتين إن كان مسافراً، وإن كان في الصحراء فانصرف إن جاوز الصفوف خلفه أو يمنة أو يسرة فسدت في الصابية وتقرر النقص وعدم الجبر في التلاوية والسهوية، وإن مشى إمامه لم يذكر في ظاهر الرواية، وحكمه إن كان له سترة بنى ما لم يجاوزها وإن لم تكن سترة فقيل إن مشى قدر الصفوف خلفه عاد أو أكثر امتنع البناء، وهو مروي عن أبي يوسف اعتباراً لأحد الجانبين بالآخر، وقيل إن جاوز موضع سجوده لا يعود وهو الأصح، لأن ذلك القدر في حكم خروجه من المسجد فكان مانعاً من الاقتداء، ولو تذكر بعد السلام من الظهر أنه ترك صلبية فقام واستقبل الظهر فصلى أربعاً فسدت، لأن نية الاستقبال لم تصح لأنه كان في الأولى فصار خالطاً المكتوبة بالنافلة قبل إكمال أركانها، وهذه نظير من صلى ركعتين من المغرب فسلم على ظن الاتمام ثم تذكر فكبر للاستقبال فصلى ثلاثاً إن صلى ركعة وقعد قدر التشهد جازت المغرب وإلا فسدت لأن نية المغرب ثانياً لم تصح فبقي في الأولى، فإذا صلى ركعة وقعد تمت وإلا فلا، ولو سلم وعليه تلاوية وسهوية غير ذاكر لهما أو ذاكراً للسهو خاصة لا يعد سلامه قاطعاً، فإذا تذكر يسجد للتلاوة أوّلاً ثم يتشهد ويسلم لما قدمنا من أن سجدة التلاوة ترفع القعدة ثم يسجد للسهو ويتشهد ويسلم، وإن سلم ذاكراً لهما أو للتلاوة خاصة كان قاطعاً وسقطت عنه التلاوية والسهو لامتناع البناء بسبب الانقطاع، إلا إذا تذكر أنه لم يتشهد على ما في فتاوى قاضيخان حيث قال: إذا سلم وهو ذاكر أن عليه سجدة التلاوة ثم تذكر أنه لم يتشهد فإنه لا يعود للتشهد ويسجد للتلاوة وصلاته تامة، وإن سلم وعليه صلبية وسهوية غير ذاكر لهما أو ذاكراً للسهوية لم يكن قاطعاً ويفعل كالأول، وإن كان ذاكراً لهما وللصلبية وسهوية خاصة فهو قاطع فتفسد صلاته، ولو سلم وعليه صلبية وتلاوية غير ذاكر لهن أو ذاكراً للسهوية لم يقطع ويقضي الأوليين مرتباً الأول فالأول، وهذا يفيد وجوب النية في المقضي من السجدات، وسنبينه في التتمة التي تقدم الوعد بها ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو، وإن كان ذاكراً للصلبية أو التلاوية فسدت وكان سلامه قاطعاً، وهذا في الصلبية ظاهر لأنه سلم عمداً ذاكراً ركناً عليه، وأما في التلاوية فالمذكور ظاهر الرواية، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف لا تفسد لأن سلامه في حق الركن سلام سهو لا يوجب فساد الصلاة، وفي حق الواجب عمد وهو لا يوجه أيضاً. بخلاف ما إذا كان ذاكراً للصلبية دون التلاوية ودفع بأن جانب الواجب يوجب الخروج من الصلاة وجانب الركن إن لم يوجه لا يمنع من الإخراج، فكل سلام الأصل فيه أن يكون مخرجاً لأنه جعل محللاً شرعاً. قال ﷺ «تحليلها التسليم» ولأنه من باب الكلام على ما مر إلا أنه منع من الإخراج حالة السهو دافعاً للحرج

سنذكره، وقوله (ومن سلم يريد به قطع الصلاة) يعني في عزمه أن لا يسجد للسهو (فعليه أن يسجد للسهو) في مجلسه قبل أن يقوم أو يتكلم وفي رواية قبل أن يتكلم أو يخرج من المسجد، وهذه تفيد أن الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع عن السجود. وقوله (لأن هذا السلام) أي سلام من عليه سجدة السهو (غير قاطع) أي بالاتفاق، أما عند محمد فلأنه لم يشرع محللاً، وأما عندهما فلأنه إن كان محللاً فهو محلل على سبيل التوقف لا على سبيل البتات، وكل ما لم يشرع قاطعاً لا يقطع الصلاة، فدل على أن القطع لا يحصل بالسلام فبقيت نيته، وهي لا تصلح للقطع أيضاً لأنه لما ثبت أن السلام غير قاطع

شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة» (وإن كان يعرض له كثيراً بنى على أكبر رأيه) لقوله عليه

لكثرة السهو وغلبة النسيان، ولا يكثر سلام من علم أن عليه الواجب لأن ظاهر حال المسلم أنه لا يترك الواجب فبقي مخرجاً على أصل الوضع، وإذا تمت علة الإخراج وجانب الركن غير مانع منه كما قلنا صار متحكوماً ما بخروجه عن الصلاة شرعاً قبل إكمال الأركان فتفسد، وما أحسن عبارة محمد رحمه الله وأخصرها حيث قال: فسدت في الوجهين لأنه لا يستطيع أن يقضي التي كان ذاكراً لها بعد التسليم، وإذا جعلت قضاء التي كان ناسياً لها وجب أن يقضي التي كان ذاكراً لها. وإذا سلم وعليه السهو وتكبير التشريق والتلبية بأن كان محرماً في أيام التشريق لا يسقط عنه ذلك كله سواء كان ذاكراً للكل أو ساهياً عن الكل، وإذا أراد أن يؤدي يقدم بعد سجدتي السهو التكبير ثم التلبية ولو بدأ بالتلبية قبل السهو سقطت سجدتا السهو والتكبير، ولو لبى قبل التكبير يسقط التكبير، ولو سلم وعليه صلبية وتلاوية وسهو والتكبير والتلبية غير ذاكر لهما سجدهما على الترتيب في وجوبهما ثم يفعل الباقي، ولو بدأ بالتلبية فسدت أو بالتكبير لا تفسد، ويجب عليه إعادته بعد فعل هذه الأشياء، والله سبحانه أعلم قوله: (ومن شك في صلاته) قيد بالظرف لأنه لو شك بعد الفراغ منها أو بعد ما قعد قدر التشهد لا يعتبر، إلا إن وقع في التعيين ليس غير بأن تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضاً وشك في تعيينه قالوا يسجد سجدة واحدة ثم يقعد ثم يقوم فيصلي ركعة بسجدتين ثم يقعد ثم يسجد للسهو لاحتمال أن المتروك الركوع فلا بد من الركعة وسجدتين لأن السجود الذي كان أوقعه دونه لا عبرة به وإن كان سجدة فقد سجد، ولو تذكر في العصر أنه ترك سجدة وشك أنها منها أو من الظهر يتحرى، فإن لم يقع تحريه على شيء يتم العصر ويسجد سجدة واحدة لاحتمال أنه تركها منها ثم يعيد الظهر ثم العصر احتياطاً استحباباً، ولو لم يعد العصر لا شيء عليه، ولو علم أنه أدى ركناً وشك أنه كبر للافتتاح أو لا أو هل أحدث أو لا أو أصابه نجاسة أو هل مسح برأسه أو لا إن كان أول مرة استقبل وإلا مضى ولا يلزمه الوضوء ولا غسل ثوبه، بخلاف ما لو شك أن هذه تكبيرة الافتتاح أو القنوت فإنه لا يصير شارعاً لأنه لم يثبت له شروع بعد ليجعل للقنوت ولا يعلم أنه نوى ليكون للافتتاح، وفي الفتاوى: لو شك في تكبيرة الافتتاح فأعاد التكبير والثناء ثم تذكر كان عليه السهو ولا تكون الثانية استقبالاً وقطعاً للأولى، هذا في ترك الفعل فلو كان تذكر أنه ترك قرءاة فسدت لاحتمال كونها قرءاة ثلاث ركعات، ولو كان صلى صلاة يوم وليلة ثم ذكر أنه ترك القراءة في ركعة واحدة ولا يدري من أي صلاة يعيد صلاة الفجر والوتر لأنهما يفسدان بترك القراءة في ركعة، إلا إن كان متذكراً أنه ترك في ركعتين فحينئذ يعيد الفجر والمغرب والوتر، ولو تذكر أنه تركها في أربع أعاد الرباعيات الثلاث فقط، وعلى هذا

شرعاً فجعله قاطعاً بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزائم واعترض بوجهين أحدهما أن السلام وحده مخرج عن حرمة الصلاة عندهما فكيف لا يكون مخرجاً مع نية القطع، وهل هذا إلا تناقض، فإن غاية ما في الباب أن لا تكون النية معتبرة، وأما السلام وحده فموجود فكأنهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج، والثاني أن نية الاشتراك تغير أفضل المشروعات، ومع ذلك إذا نواه غير الإيمان في الحال، والجواب عن الأول أن سلام من عليه السهو مخرج عن إحرام الصلاة لكن على عرضية العود إليه بالسجود من غير تفرقة بين أن ينوي العود أو ينوي عدم العود أو لم ينو شيئاً فإنه لا معتبر لنيته، والمسألة الأولى كانت لبيان الإطلاق وهذه لبيان التقييد ولا تناقض في ذلك، وعن الثاني بأن كلامنا أن الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع وهو يريد أن يجعله قاطعاً بقصده وعزيمته، وليس له ذلك لأنه تغيير للمشروع، وليس من قصد من ينوي الاشتراك أن يجعل الإيمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتأمله يغنيك عما طوّل في الكتب.

قوله: (وعن الثاني. إلى قوله: وليس من قصد من ينوي الاشتراك) أقول: ولك أن تقول تغيير الوصف أهون من إبطال الأصل، فإذا جاز الثاني جاز الأول بالطريق الأولى، والأولى في الجواب أن يقال: الإيمان أمر قلبي لا يجامع فيه الإشراك للتضاد، ولا كذلك أفعال الجوارح فتأمل.

الصلاة والسلام «من شك في صلاته فليتحر الصواب» (وإن لم يكن له رأي بنى على اليقين) لقوله عليه الصلاة

ينبغي إذا تذكر تركها في ثلاث والمسألة بحالها أن يعيد ما سوى الفجر، ولا إشكال أنه إذا شك في الوقت أنه صلى أولا تجب عليه الصلاة، وقد أسلفنا أنه إذا تيقن ترك صلاة من يوم وليلة وشك فيه تجب عليه صلاة يوم وليلة قوله: (وذلك أول ما عرض له) قيل معناه أول ما عرض له في عمره من حين بلغ، وقيل أول ما عرض في تلك الصلاة، وقيل معناه أن السهو ليس بعادة له قوله: (لقوله ﷺ «إذا شك الخ») الحاصل أنه قد ثبت عندهم أحاديث هي[1] قوله ﷺ «إذا شك أحدكم في صلاته فليستقبل»[2] وهو غريب، وإن كانوا هم يعرفونه، ومعناه في مسند ابن أبي شيبة عن ابن عمر قال في الذي لا يدري صلى ثلاثاً أم أربعاً: يعيد حتى يحفظ[3]. وأخرج نحوه عن سعيد بن جبير وابن الحنيفة وشريح، وما في الصحيح «إذا شك أحدكم فليتحر الصواب فليتم عليه[4]» وتقدم أول الباب، ولفظ التحري وإن لم يروه مسعر والثوري وشعبة ووهيب بن خالد وغيرهم، فقد رواه منصور بن المعتمر الحافظ واعتمد عليه أصحاب الصحيح، وما أخرجه الترمذي وابن ماجه عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول «إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين فليبن على واحدة، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على ثنتين، فإن لم يدر ثلاثاً صلى أو أربعاً فليبن على ثلاث، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم»[5] قال الترمذي: حديث حسن صحيح، فلما ثبت عندهم الكل سلكوا فيها طريق الجمع بحمل كل منهما على محمل يتجه حمله عليه، فالأول على ما إذا كان أول شك عرض له إما مطلقاً في عمره أو في تلك الصلاة إلى آخر ما تقدم من الخلاف، واختير الحمل على ما إذا كان الشك ليس عادة له لأنه يجمع الأول بلا شك والثاني ظاهراً. ويساعده المعنى وهو أنه قادر على إسقاط ما عليه دون الحرج بإلزام الاستقبال إنما يلزم عند كثرة عروض الشك له، وصار كما إذا شك أنه صلى أو لا والوقت باق تلزمه الصلاة لقدرته على يقين الإسقاط دون حرج لأن عروضه قليل، بخلافه بعد الوقت لا يلزم لأن الظاهر خلافه فلا يدفع الشك حكم الظاهر، وحمل عدم الفساد الذي تظافر عليه الحديثان الآخران على ما إذا كان يكثر منه للزوم الحرج بتقدير الإلزام وهو منتف شرعاً بالنافي فوجب أن حكمه العمل بما يقع عليه التحري ويجعل محمل الحديث الثاني، فإذا لم يقع تحريه على شيء وجب البناء على المتيقن

قال (ومن شك في صلاته) ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو إما أن يكون أول ما عرض الشك له أو لا، فإن كان الأول استأنف الصلاة، واختلفوا في معنى قول أول ما عرض له، قال صاحب الأجناس معناه أول ما سها في عمره، وقال شمس

---

(١) في العبارة تجوز لأن الرواية الأولى هذه لم تثبت كما صرح المصنف عقبها بقوله: غريب وكذا قال الزيلعي في الخبر الآتي.
(٢) لا أصل له. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٧٣ وقال: غريب. وأقره ابن الهمام. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٨: لم أجده مرفوعاً.
(٣) موقوف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر قوله وكذا أسند نحوه عن شريح وابن جبير وابن الحنيفة موقوفاً عليهم راجع نصب الراية ٢/ ١٧٣ والدراية ١/ ٢٠٨
(٤) تقدم في ٢/ ٤٩٩ وهو بعض حديث رواه الجماعة.
(٥) حسن. أخرجه الترمذي ٣٩٨ وابن ماجه ١٢٠٩ والحاكم ١/ ٣٢٤، ٣٢٥ وأحمد ١/ ١٩٠ والدارقطني ١/ ٣٧٠ كلهم من طريق ابن اسحق عن مكحول عن كُريب عن ابن عباس عن عبد الرحمن بن عوف. وابن إسحاق مدلس وقد عنعنه.
قال الترمذي: حسن غريب صحيح.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ورواه الحاكم قبل ذلك من طريق عمار بن مطر الرهاوي وصححه وتعقبه الذهبي فقال: بل تركوه. لكن ليس في إسناد الترمذي الرهاوي هذا.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٥ ما ملخصه: هو حديث معلول. فإنه من رواية ابن إسحاق عن مكحول عن كريب. وقد رواه أحمد من وجه آخر عن ابن إسحاق عن مكحول مرسلاً ورواه إسحاق في مسنده والهيثم بن كليب من طريق الزهري عن ابن عباس مختصراً ومداره على إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف. وذكره الدارقطني في العلل وذكر الاختلاف فيه على ابن إسحاق في الوصل والإرسال. اهـ.
فالحديث غير قوي لكن لا ينزل عن درجة الحسن. وقد صححها الترمذي والحاكم وأقره الذهبي في طريق ابن إسحاق وهو متصل الإسناد.

والسلام «من شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً بنى على الأقل» والاستقبال بالسلام أولى، لأنه عرف

وهو محمل الثالث جمعاً بين الأحاديث. وأما ما يفيده بعض الأحاديث من إناطة سجود السهو بمجرد الشك وإن ذكر الصواب يقيناً وبنى عليه فمحمله أن يشغله الشك قدر أداء ركن حتى يلزمه تأخير ركن أو واجب قوله: **(وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كي لا يترك الفرض)** وهو القعدة مع تيسر طريق توصله إلى يقين عدم تركها ثم في هذه الإفادة قصور لأن المسطور يفيد أنه عند البناء على اليقين يقعد في كل موضع يتوهمه محل قعود سواء كان آخر صلاته أو لا، ولنسق ذلك قالوا: إذا شك في الفجر أن التي هو فيها أولى أو ثانية تحرى، فإن وقع تحريه على شيء أتم الصلاة عليه وسجد للسهو، وكذا في جميع صور الشك إذا عمل بالتحري أو بنى على الأقل يسجد، ولم يكن مما ينبغي إغفال ذكر السجود في الهداية والنهاية فإن لم يقع تحريه على شيء يبني على الأقل فيتم تلك الركعة ثم يقعد لاحتمال أنها ثانية ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى لأنها ثانيته بحكم وجوب الأخذ بالأقل ثم يقعد ويسجد لسهوه، وإن شك أنها ثانية أو ثالثة تحرى، فإن لم يقع تحريه على شيء وهو قائم قعد ولا يتم تلك الركعة لاحتمال كونها الثالثة فيكون تاركاً لفرض القعدة ثم يقوم فيصلي أخرى لجواز كون القيام الذي رفضه بالقعود ثانيته وقد تركه فعليه أن يصلي أخرى ليتم صلاته وإن كان قاعداً، والمسألة بحالها ولم يقع تحريه على شيء أو وقع على أنها ثالثة تحرى في القعدات فإن وقع تحريه أنه لم يقعد على ما قبلها أو لم يقع تحريه على شيء فسدت، لأن صلاته في الوجهين دارت بين الصحة والفساد فتفسد احتياطاً. وإن شك أنها أولى أو ثالثة لا يتم ركعة بل يقعد قدر التشهد ويرفض القيام ثم يقوم فيصلي ركعتين ثم يتشهد ويسجد للسهو، ولو كان شكه في أنها ثانية أو أولى وقع في سجوده يمضي فيها سواء كانت الأولى أو الثانية، لأنها إن كانت أولى لزمه المضي فيها وإن كانت الثانية يلزمه تكميلها، ثم إذا رفع من السجدة الثانية يقعد قدر التشهد ثم يقوم فيصلي ركعة، ولو شك في سجوده أنها ثانية أو ثالثة إن كان في السجدة الأولى أمكنه إصلاح صلاته على قول محمد لأنه إن كانت ثانية كان عليه اتمام هذه الركعة، وإن كانت ثالثة لا تفسد عند محمد لأنه لما تذكر في السجدة الأولى ارتفعت تلك السجدة وصار كأنها لم تكن كما لو سبقه الحدث فيها من الركعة الخامسة، وهذا أيضاً يدل على خلاف ما في الهداية بما قدمناه في تذكر صلبية من أن إعادة الركن الذي فيه التذكر مستحب. ولو فرعناه عليه ينبغي أن تفسد هنا لعدم ارتفاض السجدة المذكورة وإن كان الشك في السجدة الثانية بطلت صلاته، وقياس هذا أن تبطل إذا وقع الشك بعد رفعه من السجدة الأولى سجد الثانية أو لا، وإن وقع الشك في الرباعية أنها الأولى أو الثانية عمل بالتحري على ما تقدم، فإن لم يقع تحريه على شيء بنى على الأقل فيجعلها أولى ثم يقعد لجواز أنها ثانية، والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي أخرى ويقعد لأنها ثانية في الحكم والقعدة فيها واجبة ثم يقوم فيصلي أخرى ويقعد لاحتمال أنها رابعة، ثم يقوم فيصلي أخرى ويقعد لأنها الأخيرة حكماً، فقد علمت أن القعود منوط بتوهم كون المحل محل لزومه واجباً أو فرضاً، ولو شك في أنها الرابعة أو الخامسة أو أنها الثالثة أو الخامسة فهو على القياس الذي ذكرناه في الفجر فيعود إلى القعدة ثم يصلي ركعة ويتشهد، ثم يقوم فيصلي أخرى ويقعد ويسجد للسهو، ولو شك في الوتر وهو قائم أنها ثانية أو ثالثة يتم تلك الركعة ويقنت فيها ويقعد ثم يقوم فيصلي أخرى ويقنت فيها أيضاً هو المختار، بخلاف المسبوق في الوتر بركعتين في رمضان إذا قنت مع الإمام في الثالثة ثم قام إلى قضاء ما سبق به لا يقنت ثانياً في ثالثته، وكذا لو أدرك الإمام في ركوع الثالثة جعل كإدراكه القنوت معه نظيره من سمع من إمام آية سجدة فلم يسجدها ثم دخل معه

الأئمة السرخسي معناه: أن السهو ليس بعادة له لا أنه لم يسه قط، وقال فخر الإسلام: يعني في هذه الصلاة وهما قريبان. وإن كان الثاني وهو أن يعرض له الشك كثيراً فلا يخلو إما أن يكون له رأي أو لا، فإن كان بنى عليه وإن لم يكن بنى على

محللاً دون الكلام، ومجرد النية يلغو، وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كي لا يصير

في تلك الركعة يسقط عنه السجود لأنه بإدراك تلك الركعة معه صار مدركاً لكل ما فيها، وهذا الفرق بين المسبوق في الوتر والساهي فيه في حق القنوت هو مختار الصدر الشهيد، وهذا لأن المسبوق مأمور أن يقنت مع الإمام لأنه مدرك آخر صلاته فقد قنت في موضعه فلا يقنت ثانياً لأن تكراره غير مشروع، والشاك لم يتيقن بوقوع في موضعه فيقنت مرة أخرى وتقدمت هذه في باب الوتر.

[تتمة: في ترك السجدت والركوع والاختلاف بين الإمام والقوم في السهو] أما ترك السجود فقد انتظم مما قدمناه وجوب قضائه، وهل تجب النية إن علم أنها من غير الركعة الأخيرة أو تحرى فوقع تحريه على ذلك أو لم يقع على شيء وبقي شاكاً في أنها من الركعة الأخيرة أو ما قبلها نوى القضاء، وإن علم أنها من الأخيرة لا يحتاج إلى نية، وعلى هذا ما ذكروا فيمن سلم في صلاة الفجر وعليه سجود السهو فسجد وقعد وسلم وتكلم ثم تذكر أن عليه صلبية من الأولى فسدت صلاته، وإن تركها من الثانية لا تفسد ونابت إحدى سجدتي السهو عن الصلبية لأنها لم تصر ديناً في ذمته ليحتاج في صرف السجدة إليها إلى النية، بخلاف الفصل الأول، إلا في رواية عن أبي يوسف أنها لا تفسد في الوجهين، ولو تذكر التلاوة دون السهو فسجد لها ثم تذكر أن عليه صلبية فصلاته فاسدة في الوجهين، وفي المنتقى: لا تنوب التلاوة والسهو عن الصلبية إلا إذا ظهر أنه لم يكن عليه تلاوة أو سهو حينئذ كلاهما تنوبان، ولو تذكر أنه ترك منها سجدتين، إن علم أنه تركهما من الأولى والأخيرة فعليه أن يسجدهما ويتشهد ويسلم ويسجد للسهو، أو من الأولى فعليه أن يصلي ركعة، ولو لم يعلم كيف تركها سجد سجدتين ينوي القضاء في الأولى ثم يصلي ركعة، ومن أدركه في الركوع الثاني لا يكون مدركاً لتلك الركعة لأن السجدتين يضمان إلى الركوع الأول، وفي رواية إلى الركوع الثاني، فعلى هذه الرواية يصير مدركاً، وإن كان يعلم من أيهما ترك فإنه يسجد سجدتين أوّلاً ويتشهد لاحتمال أنه تركهما من الثانية ولا يسلم، ثم يقوم فيصلي ركعة ويتشهد ويسلم لاحتمال أنهما من الأولى ويسجد للسهو، ولو ذكر أنه ترك منها ثلاث سجدات فإنه يسجد سجدة يصلي ركعة ثم يتشهد كما ذكرنا ولا ينوي القضاء، في السجدة، وقال الهندواني: هذا إذا نوى بالسجدة الالتحاق بالركعة التي قيدها بالسجدة، أما إذا لم ينو ذلك يسجد ثلاث سجدات، وقال خواهر زاده: يسجد ثلاث سجدات ويصلي ركعة مطلقاً، ولو ذكر أنه ترك منها أربع سجدات سجد سجدتين ويضم إلى الركوع الأول في رواية، وفي رواية إلى الركوع الثاني ويصلي ركعة أخرى. ثم رأيت أن أكتب تمام فصل السجدات المذكور في مختصر المحيط قال: مسائله مبنية على أصول: منها أن السجدة متى فاتت عن محلها لا تصح إلا بالنية لأنها وجبت قضاء، والقضاء لا يتأدى إلا بالنية المعينة، وإنما تصير فائتة عن محلها إذا تخلل بينها وبين محلها ركعة تامة لأن ما دون الركعة يحتمل الرفض فيرتفض وتلتحق بمحلها، وهذا يوافق ما قدمناه من فتاوى قاضيخان من وجوب إعادة ما وقع فيه التذكر قبيل باب ما يفسد الصلاة، ومنها أنه متى وقع الشك في ترك ركعة أو سجدة فإنه يجمع بينهما للخروج عما عليه بيقين وتقدم السجدة على الركعة، ولو قدم الركعة عليها فسدت صلاته لجواز أنه ترك السجدة لا غير، فإذا أتى بها تمت صلاته فلا يضره زيادة ركعة، ومتى قدم الركعة عليها يصير منتقلاً إلى التطوع قبل إكمال الفرض فتفسد صلاته. ومنها أن ما تردد بين الواجب والبدعة يأتي به احتياطاً، وما تردد بين البدعة والسنة تركه لأن ترك البدعة لازم وأداء السنة غير لازم. ومنها أنه ينظر إلى المتروك من السجدات وإلى المؤداة فأيهما أقل فالعبرة له، لأن اعتبار الأقل أسهل لتخريج المسائل،

الأقل وهذا لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال «إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة» وروي أنه قال «من شك في صلاته فليتحرّ الصواب» وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال «من شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً بنى على

تاركاً فرض القعدة.

ولو ترك سجدة من الفجر ساهياً ثم ذكرها قبل أن يتكلم سجدها وقعد وتشهد وسلم وسجد للسهو، وينوي به ما عليه لجواز أنه تركها من الأولى ولو ترك سجدتين سجد سجدتين أوّلاً ويقعد ثم يقضي ركعة تشهد لاحتمال أنه تركهما من ركعتين فيلزمه قضاؤهما لا غير، ويحتمل أنه تركهما من ركعة فلا تكون محسوبة من صلاته فلزمه قضاء ركعة فيجمع بينهما احتياطاً؛ ولو ترك ثلاث سجدات ذكر في الأصل أنه يسجد سجدة أخرى حتى يتم ركعة ثم يصلي ركعة أخرى، قال الفقيه أبو جعفر: الصحيح أنه يسجد ثلاث سجدات ويتشهد ثم يصلي ركعة ويتشهد لأنه أتى بسجدة واحدة فتقيدت بها ركعة واحدة فإذا سجد أخرى تلتحق بالركوع الثاني باتفاق الروايات فقد صلى ركعتين كل ركعة بسجدة، فمتى صلى ركعة أخرى صار متطوّعاً بالثالثة وعليه سجدتان من الفجر فتفسد صلاته فيجب أن يسجد سجدتين أخريين حتى يتم الفرض وينوي في واحدة من السجدات قضاء ما عليه فيجزئه، وإن ترك النية في الكل لا يجزئه، وإن ترك أربع سجدات سجد سجدتين ويصلي ركعة، ولا يخفى أن معناه إذا كان متيقناً أنه ركع في صلاته، ولو ترك من المغرب أربعاً سجد سجدتين ثم يصلي ركعتين لأنه أتى بسجدتين. فيحتمل أنه أتى بهما في ركعة فعليه ركعتان، ويحتمل أنه أتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعة إلا أن الركعة داخلة في الركعتين فيسجد سجدتين ولا يقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد بينهما، ولو ترك خمساً سجد سجدة وصلى ركعتين، قالوا هذا إذا نوى بالسجدة عن الركعة التي قيدها بالسجدة الواحدة وإن لم ينو تفسد، ولو ترك من الظهر ثلاث سجدات سجد ثلاثاً وقعد ثم صلى ركعة، وإن ترك أربعاً ويقعد ثم يصلي ركعتين بقعدتين، وإن ترك خمساً سجد ثلاثاً ولا يقعد بعدها لأن هذه القعدة ترددت بين السنة والبدعة لأنه إن تم له ركعتان فالقعدة سنة؛ وإن تم له ثلاث فالقعدة بدعة، ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما احتياطاً لاحتمال أن صلاته قد تمت بركعة واحدة، وإن ترك ستاً سجد سجدتين ويقعد ثم يصلي ثلاث ركعات ويقعد بعد الثانية والثالثة، لأنه أتى بسجدتين. فإن أتى بهما في الركعتين فعليه سجدتان وركعتان، أو في ركعة فعليه ثلاث ركعات فيجمع بينهما، وإن ترك سبعاً سجد سجدة وصلى ثلاث ركعات، قالوا هذا إذا نوى بالسجدة عن الركعة التي قيدها بسجدة، وإذا سجد من غير نية ساهياً ثم تذكر فالحيلة لجواز صلاته أن يأتي بسجدتين وينوي إحداهما عما عليه حتى تلتحق إحداهما بالركعة الأولى وتلتحق الثانية بالركعة الثانية فصار مصلياً ركعتين، ثم إذا صلى ثلاث ركعات وتشهد في الثانية من الثلاث جازت صلاته، ولو ترك ثمان سجدات سجد سجدتين وصلى ثلاث ركعات وكذلك العصر والعشاء.

فصل منه

لو صلى الفجر ثلاث ركعات ولم يقعد على الثانية وترك منها سجدة لا يعلم كيف ترك فسدت صلاته، وكذا لو كان قعد لاحتمال أنه تركها من الأوليين وقد انتقل إلى التطوع قبل إكمال الفرض فيحكم بالفساد احتياطاً؛ ولو ترك سجدتين أو ثلاثاً فالأصح أنه تفسد لاحتمال أنه تركهما من الفريضة، ولو ترك أربعاً لا تفسد لأنه أتى بسجدتين فلا يتقيد بهما أكثر من ركعتين فلا يصير منتقلاً إلى التطوع وسجد سجدتين ثم يقعد ثم يصلي ركعة، وأصله أن المتروك من السجدات إذا كان نصفها أو أقل من نصفها تفسدُ الصلاة وإن كان أكثر من النصف لا تفسد، ولو صلى الظهر خمساً وترك سجدة إلى خمس تفسد، ولو ترك ستاً لا تفسد، ولو ترك سبعاً لا تفسد ويسجد ثلاث سجدات، ولو ترك ثمان سجدات سجد سجدتين ويصلي ثلاث ركعات، ولو صلى المغرب أربعاً وترك سجدة إلى أربع تفسد،

الأقل» ومعلوم أن التوفيق لا بد منه بين الأدلة مهما أمكن، وقد أمكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الأول على الصورة الأولى لأن فيه الأمر بالاستقبال وذلك يناسب الصورة الأولى لعدم التكرار المفضي إلى الحرج

. . . .

ولو ترك خمساً لا تفسد ويسجد ثلاث سجدات ويصلي ركعة، ولو ترك ستاً سجد سجدتين وصلى ركعتين، والله سبحانه أعلم.

وأما إذا كان المتروك ركوعاً فلنسق فصله بتمامه من البدائع، قال رحمه الله: إذا كان المتروك ركوعاً فلا يتصور فيه القضاء، وكذا إذا ترك سجدتين من ركعة، وبيان ذلك إذا افتتح الصلاة فقرأ وسجد قبل أن يركع ثم قام إلى الثانية فقرأ وركع وسجد فهذا قد صلى ركعة واحدة، ولا يكون هذا الركوع قضاء عن الأول لأنه إذا لم يركع لم يعتد بذلك السجود لعدم مصادفته محله لأن محله بعد الركوع فالتحق السجود بالعدم فكأنه لم يسجد وكان أداء هذا الركوع أداء في محله، فإذا أتى بالسجود بعده صار مؤدياً ركعة تامة، وكذا إذا افتتح فقرأ وركع ولم يسجد ثم رفع رأسه فقرأ ولم يركع ثم سجد فهذا قد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا السجود قضاء عن الأول لأن ركوعه وقع معتبراً لمصادفته محله، لأن محله بعد القراءة وقد وجدت، إلا أنه توقف على أن يتقيد بالسجدة، فإذا قام وقرأ لم يقع قيامه وقراءته معتداً به لأنه لم يقع في محله فلغا. فإذا سجد صادف السجود محله لوقوعه بعد ركوع معتبر فتقيد ركوعه به فقد وجد انضمام السجدتين إلى الركوع فصار مصلياً ركعة. وكذا إذا قرأ وركع ثم رفع رأسه وقرأ وركع وسجد فإنما صلى ركعة لأنه تقدم ركوعان ووجد السجود فيلتحق بأحدهما ويلغو الآخر غير أنه في باب الحدث جعل المعتبر الركوع الأول، وفي باب السهو من نوادر أبي سليمان جعل المعتبر الركوع الثاني، حتى أن من أدرك الركوع الثاني لا يصير مدركاً للركعة على رواية باب الحدث، وعلى رواية هذا الباب يصير مدركاً لها، والصحيح رواية باب الحدث لأن ركوعه الأول صادف محله لحصوله بعد القراءة فوقع الثاني مكرراً فلا يعتد به، فإذا سجد يتقيد به الركوع الأول فصار مصلياً ركعة، وكذلك إذا قرأ ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع وسجد فإنما صلى ركعة لأن سجوده الأول لم يصادف محله لحصوله قبل الركوع فلم يقع معتداً به، فإذا قرأ وركع توقف هذا الركوع على أن يتقيد بسجود بعده، فإذا سجد بعد القراءة تقيد ذلك الركوع به فصار مصلياً ركعة، وكذا إن ركع في الأولى ولم يسجد ثم ركع في الثانية ولم يسجد وسجد في الثالثة ولم يركع، فلا شك أنه صلى ركعة واحدة لما مر، غير أن هذا السجود ملتحق بالركوع الأول أم بالثاني؟ فيه روايتان على ما مر، وعليه سجود السهو في هذه المواضع كلها لإدخاله الزيادة في الصلاة، ولا تفسد إلا في رواية عن محمد فإنه يقول: زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة بناء على أصله أن السجدة الواحدة قربة وهي سجود الشكر، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف السجدة الواحدة ليست بقربة إلا سجدة التلاوة، ثم إدخال الركوع الزائد أو السجود الزائد لا يوجب فساد الفرض لأنه من أفعال الصلاة، والصلاة لا تفسد بوجود أفعالها بل بوجود ما يضادها بخلاف ما إذا زاد ركعة كاملة لأنها فعل صلاة كامل فانعقد نفلاً فصار منتقلاً إليه فلا يبقى في الفرض فكان فساد الفرض بهذا الطريق لا للمضادة، بخلاف زيادة ما دون الركعة انتهى. وكون سجدة الشكر قربة وهو كما هو قول محمد أوجه لأنه مقتضى الأدلة السمعية المتكثرة، وستتم الفائدة بها آخر هذا الفصل، وأما الاختلاف بين الإمام والقوم في السهو ففي فتاوى قاضيخان: صلى وحده أو إمام صلى بقوم فلما سلم أخبره عدل أنك صليت الظهر ثلاثاً، قالوا إن كان عند المصلي أنه صلى أربعاً لا يلتفت إلى قول المخبر، وإن شك في أنه صادق أو كاذب. روي عن محمد أنه يعيد صلاته

بترك الاستقبال، ويحمل الثاني على الثانية لأن فيه الأمر بالتحري الذي هو طلب الأحرى، والأحرى هو ما يكون أكثر رأيه عليه، وتعين الثالث للثالثة يقتضي الشك والأمر بالبناء على الأقل، وقوله **(والاستقبال بالسلام أولى)** يتعلق بأولى الصور: يعني إذا استأنف، والاستئناف بالسلام أولى لا بالكلام أو بمجرد النية **(لأنه)** أي السلام **(عرف محللاً دون الكلام ومجرد**

. . . .

احتياطاً. وإن شك في قول عدلين يعيد صلاته، وإن لم يكن المخبر عدلاً لا يقبل قوله، ولو وقع الاختلاف بين الإمام والقوم فقالوا صليت ثلاثاً وقال بل أربعاً، فإن كان الإمام على يقين لا يعيد الصلاة بقولهم، وإن لم يكن على يقين يأخذ بقولهم، فإن اختلف القوم فقال بعضهم ثلاثاً وقال بعضهم أربعاً والإمام مع أحد الفريقين يؤخذ بقول الإمام، وإن كان معه واحد لمكان الإمام، فإن أعاد الإمام الصلاة وأعادوا معه مقتدين به صح اقتداؤهم لأن الإمام إن كان الصادق كان هذا اقتداء المتنفل بالمتنفل، وإلا فاقتداء المفترض بالمفترض، ولو استيقن واحد من القوم أنه صلى ثلاثاً واستيقن واحد أنه صلى أربعاً والإمام والقوم في شك ليس على الإمام والقوم شيء لمعارضة المستيقن بالنقصان المستيقن بالتمام، والظاهر بعد الفراغ هو التمام، وعلى المستيقن بالنقص الإعادة لأن يقينه لا يبطل بيقين غيره، ولو كان الإمام استيقن أنه صلى ثلاثاً كان عليه أن يعيد بالقوم ولا إعادة على مستيقن التمام لما قلنا، ولو استيقن واحد بالنقصان وشك الإمام والقوم. فإن كانوا في الوقت أعادوا احتياطاً، وإن لم يعيدوا لا شيء عليهم إلا إذا استيقن عدلان بالنقصان وأخبروا بذلك. ولنذكر الفائدة الموعودة آنفاً: روى أبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه «أن النبي ﷺ كان إذا جاءه أمر سرّ به خرّ ساجداً لله تعالى»[1] وروى عبد الرحمن بن عوف قال «خرجت مع رسول الله ﷺ في بقيع الغرقد فسجد فأطال، فقال: إن جبريل عليه السلام أتاني فبشرني أن من صلى عليّ مرة صلى الله عليه بها عشراً، فسجدت شكراً لله»[2] رواه العقيلي في تاريخه وأحمد والحاكم بنحوه وقال على شرط الشيخين. وفي أبي داود بإسناد حسن أن النبي ﷺ قال «سألت ربي وشفعت لأمتي فأعطاني ثلث أمتي فخررت ساجداً شكراً لربي، ثم رفعت رأسي فسألت ربي لأمتي فأعطاني الثلث الآخر فخررت ساجداً شكراً لربي، ثم رفعت رأسي فخررت ساجداً فسألت ربي لأمتي فأعطاني الثلث الآخر فخررت ساجداً شكراً لربي»[3] وروى البيهقي بإسناد صحيح «أن النبي ﷺ خرّ ساجداً لما جاء كتاب علي من اليمن بإسلام همدان»[4] وروى الشيخان عن كعب بن مالك

النية لغو) ما لم يتصل بالعمل القاطع وقوله (وعند البناء على الأقل) يتعلق بأخراها، وبيان ذلك أن الشك إذا وقع في ذوات الأربع أنها الأولى أو الثانية عمل بالتحري، فإن لم يقع تحريه على شيء بنى على الأقل فيجعلها أولى ثم يقعد لجواز أنها ثانيتها، والقعدة فيها واجبة، ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لأنا جعلناها في الحكم ثانية، ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لجواز أنها رابعتها، ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لأنا جعلنا رابعتها في الحكم والقعدة فيها فرض، وذوات

---

(١) حسن أخرجه أبو داود ٢٧٧٤ وابن ماجه ١٣٩٤ والحاكم ١/ ٢٧٦ وكذا الترمذي ٥٧٨ والدارقطني ٤/ ١٤٨ و١/ ٤١٠ كلهم من حديث أبي بكرة وكذا الحاكم ٥/ ٤٥ ومدار الحديث على بكار بن عبد العزيز. حفيد أبي بكرة.
قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكار. والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم. رأوا سجدة الشكر. وبكار مقارب الحديث.
وقال الحاكم: صحيح. وبكار صدوق عند الأئمة وللحديث شواهد. وأقره الذهبي. وأقل درجاته أنه حسن فله شواهد.

(٢) حسن. أخرجه أحمد في مسنده ١/ ١٩١ والعقيلي في الضعفاء ١٥٢٣ والبيهقي ٢/ ٣٧٠، ٣٧١ والحاكم ١/ ٥٥٠ كلهم من حديث عبد الرحمن ابن عوف. رووه من عدة طرق وليس في شيء منها ذكر بقيع الغرقد.
قال الحاكم: صحيح ووافقه الذهبي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٧٥ والبيهقي ٢/ ٣٧٠ كلاهما من حديث عامر بن سعد عن أبيه سعد بن أبي وقاص.
قال أبو داود عقبه: أشعث بن إسحاق أسقطه أحمد بن صالح حين حدثنا به. فحدثني به عنه موسى بن سهل الرملي. ونقله البيهقي عن أبي داود.
قلت: الراوي عن سعد ابنه عامر وهو ثقة وعنه أشعث بن إسحاق وهو مقبول كما في التقريب. فالحديث حسن كما قال الكمال.

(٤) أخرجه البيهقي ٢/ ٣٦٩ من حديث أبي إسحاق عن البراء بأتم منه.
قال البيهقي: روى البخاري بعضه فلم يسقه بتمامه وسجود الشكر. في تمام الحديث صحيح. على شرطه اهـ.
فيه أبو إسحاق هو السبيعي. ثقة لكنه مدلس وقد عنعنه فالحديث حسن.

. . . .

أنه لما جاءته البشارة بتوبته خرّ ساجداً[١]. وروى الحاكم «أن النبي ﷺ سجد مرة لرؤية زمنٍ ومر به أبو بكر فنزل وسجد شكراً لله، ومر عمر فنزل وسجد شكراً لله»[٢] انتهى، وسجد أبو بكر رضي الله عنه عند فتح اليمامة وقتل مسيلمة[٣]، وعمر رضي الله عنه عند فتح اليرموك[٤]، وعلي عند رؤية ذي الثدية مقتولاً بالنهروان[٥]، والحمد لله ولي كل نعمة.

الثلاث على هذا القياس، وإن وقع الشك بعد الفراغ من التشهد أو بعد السلام حمل على أنه أتم الصلاة حملاً لأمره وعلى الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٦٧٧ و٤٦٧٣ و٤٦٧٦ وأخرجه مطولاً في ورقات برقم ٤٤١٨ ومسلم ٢٧٦٩ وأبو داود ٤٦٠٠ والترمذي ١٣٠٢ وأحمد ٣/ ٤٥٤، ٤٥٦، ٤٥٩، وابن هشام في السيرة ٤/ ١٣١ كلهم من حديث كعب في قصة توبته مع صاحبيه وذلك حين تخلف عن غزوة تبوك والقصة مشهورة وكذا رواه البيهقي ٢/ ٣٧٠ وفي الحديث قال كعب: فلما صليت صلاة الفجر صبح خمسين ليلة وأنا على ظهر بيت من بيوتنا فيما أنا جالس على الحال التي ذكر الله منا قد ضاقت عليّ نفسي وضاقت عليّ الأرض بما رحبت سمعت صارخاً: يا كعب أبشر فخررت ساجداً وعرفت أنه قد جاء الفرج. الحديث.

(٢) مرسل حسن. أخرجه البيهقي ٢/ ٣٧١ وذكره الحاكم في المستدرك ١/ ٢٧٦ بلا سند. ورواية البيهقي من حديث عرفجة. قال البيهقي: ويقال: عرفجة هذا هوالسلمي ولا يرون له صحبة فيكون مرسلاً شاهداً لما تقدم من أحاديث. وورد من مرسل يحيى بن الجزار بمثله.

وأخرجه البيهقي عن سفيان عن جابر وهوالجعفي عن محمد بن علي مرسلاً أن النبي ﷺ رأى رجلاً نغاشياً. يقال له: زنيح قصير فخر النبي ﷺ ساجداً ثم قال: «أسأل الله العافية».

قال البيهقي: هذا منقطع. وهو من رواية الجعفي لكن تقدم له شواهد.

قلت: محمد بن علي هو الباقر وهذا منقطع وجابر الجعفي متهم قوله: نغاشياً. أي ناقص الخلقة: وذكره الحاكم ١/ ٢٧٦ بلا سند

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ٢/ ٣٧١ عن أبي عون عن رجل عن أبي بكر به. وإسناده ضعيف لجهالة حال الرجل.

(٤) أخرجه البيهقي في خبر عرفجة الذي تقدم قبل خبر أبي بكر وفيه: وأن عمر أتاه فتح أو أبصر رجلاً فيه زمانة فسجد. وإسناده غير قوي.

(٥) أثر علي. أخرجه البيهقي ٢/ ٣٧١ وإسناده غير قوي.

الخلاصة: ذكر الكمال رحمه الله هذه الأحاديث أخذاً منه بقول محمد في استحباب سجود الشكر. مع أنه غير مشروع عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وما اختاره الكمال هو الأقرب حيث قال الترمذي في الحديث الأول من سجود الشكر: والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم رأوا سجود الشكر.

كتاب الطهارات

كتاب الصلاة

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري

المعروف بابن الهمام الحنفي

المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الثاني

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة كتاب الصلاة - الزكاة - الصوم - الحج

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب صلاة المريض

(إذا عجز المريض عن القيام صلى قاعداً يركع ويسجد) لقوله عليه الصلاة والسلام لعمران بن حصين رضي الله عنه «صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى الجنب تومىء إيماء» ولأن الطاعة بحسب الطاقة

باب صلاة المريض

قوله: **(إذا عجز المريض)** المراد أعم من العجز الحقيقي حتى لو قدر على القيام، لكن يخاف بسببه إبطاه برء أو كان يجد ألماً شديداً إذا قام جاز له تركه، فإن لحقه نوع مشقة لم يجز ترك القيام بسببها، ولو قدر عليه متكئاً على عصا أو خادم، قال الحلواني: الصحيح يلزمه القيام متكئاً، ولو قدر على بعض القيام لا كله لزمه ذلك القدر، حتى لو كان إنما يقدر على قدر التحريمة لزمه أن يتحرم قائماً ثم يقعد. وحديث عمران بن الحصين أخرجه الجماعة إلا مسلماً قال «كانت بي بواسير فسألت النبي ﷺ عن الصلاة، فقال: صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب»[1] زاد النسائي «فإن لم تستطع فمستلقياً، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها»[2] قوله: **(لأنه)** أي الإيماء قائم

باب صلاة المريض

ذكر صلاة المريض عقب سجود السهو لأنهما من العوارض السماوية، والأول أعم موقعاً لأنه يتناول صلاة المريض والصحيح فكانت الحاجة إلى بيانه أمس فقدمه **(إذا عجز المريض)** بأن يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعداً يركع ويسجد لقوله ﷺ لعمران بن حصين «صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى الجنب تومىء إيماء» وإذا كان قادراً على بعض

باب صلاة المريض

قوله: **(لأنهما من العوراض)** أقول: أي المريض والسهو قوله: **(إذا عجز المريض بأن يلحقه بالقيام ضرر الخ)** أقول: المعنى المراد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١١٥ و١١١٦ و١١١٧ ومسلم وأبو داود ٩٥٢ والترمذي ٣٧٢ وابن ماجه ١٢٢٣ وابن الجارود ١٢٠ والدارقطني ١/ ٣٨٠ والبيهقي ٢/ ٣٠٤ و٤/ ٤٢٦ وأحمد ٤/ ٤٢٦ من طرق كلهم عن عبد الله بن بريدة عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: كانت بي بواسير، فسألت النبي ﷺ عن الصلاة. فقال: «صلِّ قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فصلي جنب». هذا لفظ البخاري في روايته الثالثة، ولفظ الأولى، والثانية هو: سألت رسول الله ﷺ عن صلاة الرجل قاعداً، فقال: «إن صلى قائماً فهو أفضل، ومن صلى قاعداً فله نصف أجر القائم، ومن صلى نائماً فله نصف أجر القاعد. وهو عند أبي داود ٩٥١ والنسائي ٣/ ٢٢٣.

تنبيه: والحديث أخرجه الحاكم ١/ ٣١٥ من حديث عمران أيضاً وقال: صحيح على شرطهما ولم يخرجاه! وقد نبه الزيلعي في نصب الراية ١/ ١٧٥ على أن الحاكم وهم فاستدركه.

(٢) هذه زيادة غريبة ليست في سنن النسائي الصغرى ولا الكبرى مع أن النسائي أخرج حديث عمران في الكبرى ١٣٦٢ وهذه الزيادة لم يذكرها ابن الأثير في جامع الأصول.

قال: **(فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء)** يعني قاعداً لأنه وسع مثله **(وجعل سجوده أخفض من ركوعه)** لأنه قائم مقامهما فأخذ حكمهما **(ولا يرفع إلى وجهه شيئاً يسجد عليه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأوم برأسك» فإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الإيماء. فإن وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه **(فإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة وأومأ بالركوع والسجود)** لقوله عليه الصلاة والسلام «يصلي المريض قائماً فإن لم يستطع فقاعداً فإن لم يستطع فعلى قفاه يومىء إيماء، فإن لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه» قال: **(وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة فأومأ جاز)**

مقامهما قوله: **(لقوله ﷺ «إن قدرت» الحديث)** روى البزار في مسنده والبيهقي في المعرفة عن أبي بكر الحنفي، حدثنا سفيان الثوري. حدثنا أبو الزبير عن جابر «أن النبي ﷺ عاد مريضاً فرآه يصلي على وسادة. فأخذها فرمى بها، فأخذ عوداً ليصلي عليه. فأخذه فرمى به وقال: صل على الأرض إن استطعت، وإلا فأوم إيماء واجعل سجودك أخفض من ركوعك»[1] وقال البزار: لا نعلم أحداً رواه عن الثوري إلا أبو بكر الحنفي، وقد تابعه عبد الوهاب وعطاء عن الثوري انتهى. أبو بكر الحنفي ثقة. وروى نحوه أيضاً من حديث ابن عمر[2] ومرجع ضمير لانعدامه الإيماء قوله: **(فإن لم يستطع القعود)** يعني مستوياً ولا مستنداً فإنه إن قدر عليه مستنداً لزمه القعود كذلك على وزان ما قدمناه في القيام قوله: **(استلقى)** أي مرتمياً على وسادة تحت كتفيه ماداً رجليه ليتمكن من الإيماء،

القيام لو قدر آية أو تكبيرة دون تمامه، قال أبو جعفر الهندواني: يؤمر بأن يقوم مقدار ما يقدر، فإذا عجز قعد، وإن لم يفعل خشيت أن تفسد صلاته هذا هو المذهب، ولا يروى عن أصحابنا خلافه لأن الطاعة بحسب الطاقة، وإن قدر على القيام متكئاً، قال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح أنه يصلي قائماً متكئاً، ولا يجزيه غير ذلك، وكذلك إذا قدر أن يعتمد على عصا أو كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام **(فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء)** يعني قاعداً لأنه وسع مثله **(وجعل سجوده أخفض من ركوعه لأنه)** أي الإيماء **(قائم مقام الركوع والسجود)** فأخذ حكمهما **(ولا يرفع إلى وجهه شيئاً يسجد عليه لقوله ﷺ «إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد، وإلا فأوم برأسك»)** فإن فعل ذلك فإما أن يخفض رأسه للركوع والسجود أولاً، فإن خفض جاز لوجود الإيماء، وإلا فلا لعدمه «فإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل وسادة تحت رأسه» حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الإيماء والركوع والسجود إذ حقيقة الاستلقاء يمنع الاصحاء عن الإيماء. فكيف بالمرضى لقوله ﷺ «يصلي الريض» الحديث. واختلف في معنى قوله ﷺ «فالله تعالى أحق بقبول العذر عنه» فمن لم يقل بسقوط

بالعجز هنا أعم من عدم القدرة حقيقة ومن لحوق الضرر به فلا وجه للقصر عليه قوله: **(ومن قال بسقوطه عند ذلك قال أحق بقبول عذر الاسقاط وهو الأصح)** أقول: فيه أن القائل بسقوطه ينبغي أن يقر بأنه أحق بقبول عذر التأخير إذا قلت وعذر الإسقاط إذا كثرت فتأمل

---

(١) حسن. أخرجه البيهقي ٢/ ٣٠٦ والبزار كما في نصب الراية ٢/ ١٧٥ كلاهما من حديث جابر وقال البزار: لا نعلم أحداً رواه عن الثوري إلا أبو بكر الحنفي.
وقال البيهقي: هو يعد في أفراد أبي بكر الحنفي. ونقل الزيلعي عن البيهقي في المعرفة قوله: وتابعه عبد الوهاب بن عطاء عن الثوري.
وقال عبد الحق: أبو بكر الحنفي ثقة إلا أن أبا الزبير عن جابر لا يصح من حديثه إلا ما ذكر فيه السماع اهـ. أي: لأن أبا الزبير مدلس وقد عنعنه.
وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٩: رواة البيهقي ثقات. وقال الزيلعي: ورواه أبو يعلى عن عطاء عن جابر مرفوعاً به اهـ.
قلت: فيه حفص بن أبي داود لم أجد من ذكره إلا أن يكون حفص بن داود، فإن الذهبي ذكره بوضع حديث «الإيمان قول وعمل».
وفيه محمد بن أبي ليلى سيىء الحفظ أيضاً.
لكن ورد من حديث ابن عمر أخرجه الطبراني كما في المجمع ٢/ ١٤٨ وقال الهيثمي: فيه حفص بن سليمان المنقري وهو متروك، وقد ذكره ابن حبان في الثقات. وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ: «من استطاع منكم أن يسجد فليسجد، ومن لم يستطع فلا يرفع إلى جبهته شيئاً يسجد عليه، ولكن ركوعه وسجوده يومىء إيماء». ورجاله موثقون ليس فيهم كلام يضر اهـ الهيثمي.
قلت: فهذا شاهد حسن الحديث الباب والله أعلم.
(٢) هو المتقدم لكن من رواية ابن عمر.

لما روينا من قبل. إلا أن الأولى هي الأولى عندنا خلافاً للشافعي لأن إشارة المستلقي تقع إلى هواء الكعبة. وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب قدميه، وبه تتأدى الصلاة (**فإن لم يستطع الإيماء برأسه أخرت الصلاة عنه. ولا يومىء بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه**) خلافاً لزفر لما روينا من قبل، ولأن نصب الإبدال بالرأي ممتنع. ولا قياس على الرأس لأنه يتأدى به ركن الصلاة دون العين وأختيها. وقوله أخرت عنه إشارة إلى أنه لا تسقط عنه الصلاة وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقا هو الصحيح، لأنه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه. قال: (**وإن**

وإلا فحقيقة الاستلقاء تمنع الصحيح من الإيماء فكيف المريض قوله: (**لقوله ﷺ «يصلي المريض قائماً» الخ**)[(١)] غريب، والله أعلم، ثم بتقدير عدم ثبوته لا ينتهض حديث عمران[(٢)] حجة على العموم فإنه خطاب له، وكان مرضه البواسير وهو يمنع الاستلقاء فلا يكون خطابه خطاباً للأمة، فوجب الترجيح بالمعنى وهو أن المستلقي تقع إشارته إلى جهة القبلة، وبه يتأدى الفرض بخلاف الآخر، ألا ترى أنه لو حققه مستلقياً كان ركوعاً أو سجوداً إلى القبلة، ولو أتمه على جنب كان إلى غير جهتها، وما أخرج الدارقطني عنه ﷺ «يصلي المريض قائماً، فإن لم يستطع صلى مستلقياً رجلاه مما يلي القبلة»[(٣)] ضعيف بالحسن بن الحسن العرني، إلا أن ما تقدم من زيادة النسائي في حديث عمران بن الحصين «فإن لم يستطع فمستلقياً»[(٤)] إن صحت يشكل على المدعي وتفيد إن كان الاستلقاء لعمران قوله: (**خلافاً لزفر**) وهو رواية عن أبي يوسف، وعن محمد رحمه الله قال: لا أشك أن الإيماء برأسه يجزئه، ولا أشك أنه بقلبه لا يجزئه وأشك فيه بالعين قوله: (**لما روينا من قبل**) يعني قوله ﷺ «فإن لم يستطع فعلى قفاه يومىء إيماء. فإن لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه»[(٥)] ولا يخفى أن الاستدلال به موقوف على أن يثبت لغة أن مسمى الإيماء بالرأس ليس غير وأما بالعين والحاجب فإشارة ونحوه لا إيماء فيكون قول الشاعر:

أرادت كلاما فاتقت من رقيبها ... فلم يك إلا ومؤها بالحواجب

القضاء عنه عند عدم القدرة على الإيماء قال أحق بقبول عذر التأخير دون الإسقاط، ومن قال بسقوطه عند ذلك قال أحق بقبول عذر الإسقاط وهو الأصح. وقوله: (**لما روينا من قبل**) أي من حديث عمران بن الحصين (**إلا أن الأولى**) أي الرواية الأولى أو الهيئة أو الفعلة الأولى (**هي الأولى عندنا**) لأنه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر والحالة حالة عذر جاز العمل بكل منهما، إلا أن ما ذكرنا أولى (**لأن**) المعقول معنا، فإن (**إشارة المستلقي تقع إلى هواء الكعبة، وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب قدميه وبه**) أي بوقوع الإشارة إلى هواء الكعبة (**تتأدى الصلاة فإن عجز عن الإيماء برأسه أخرت عنه**) وقوله (**لما روينا من قبل إشارة**) إلى قوله ﷺ «إن تسجد على الأرض فاسجد، وإلا فأوم برأسك» اقتصر على الرأس في موضع البيان، ولو جاز غيره لبينه. وقوله

قوله: (**وبه: أي بوقوع الإشارة إلى هواء الكعبة**) أقول: ويجوز أن يكون تذكير الضمير لكون الإشارة بمعنى أنْ مع الفعل قوله: (**ليس هذا من باب نصب الإبدال بالرأي بل بالقياس على الرأس**) أقول: فيه أن القياس من أقسام الرأي

---

(١) ضعيف. هذا الخبر ذكره صاحب الهداية واستغربه الزيلعي، وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ٢٩٠ حيث قال: لم أجده هكذا ثم ذكرا أن الدارقطني رواه بنحوه وإسناده ضعيف جداً.

قلت: وهذا الأخير هو في سنن الدارقطني ٢/ ٤٢. ٤٣ من حديث علي بلفظ: يصلي المريض قائماً إن استطاع، فإن لم يستطع صلى قاعداً، فإن لم يستطع أومأ وجعل سجوده أخفض من ركوعه، فإنه لم يستطع أن يصلي قاعداً صلى على جنبه الأيمن مستقبل القبلة، فإن لم يستطع أن يصلي على جنبه الأيمن صلى مستلقياً ورجلاه معاً يلي القبلة. وعلته حسن بن حسين العرني وحسين بن زيد ولذا قال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٩٠: إسناده واه جداً. وانظر نصب الراية ٢/ ١٧٦.

(٢) حديث عمران هو الحديث الأول من هذا الباب.

(٣) تقدم في الذي قبل وأنه ضعيف.

(٤) هذه الزيادة ليست عند النسائي في الكبرى ولا الصغرى ولا عند غيره كونها في حديث عمران وإنما هي من حديث علي المتقدم وأنه واه.

(٥) هو بعض حديث ذكره صاحب الهداية فاستغربه الزيلعي كما تقدم وكذا قال ابن حجر: لم أجده هكذا.

قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعداً يومىء إيماء) لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم، فإذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركناً فيتخير. والأفضل هو الإيماء قاعداً لأنه أشبه بالسجود **(وإن صلى الصحيح بعض صلاته قائماً ثم حدث به مرض يتمها قاعداً يركع ويسجد أو يومىء إن لم يقدر أو مستلقياً إن لم يقدر)** لأنه بناء الأدنى على الأعلى فصار كالاقتداء **(ومن صلى قاعداً يركع ويسجد، لمرض ثم صح بنى على صلاته قائماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله:**

مجازاً لا حقيقة، وهو خلاف الأصل حتى يثبت ذلك المفهوم كذلك، والحق أن المراد بقوله لما روينا ما قدمه من قوله ﷺ لذلك المريض «وإلا فأوم برأسك»[1] وعلى اللفظ الذي ذكر في الحديث المخرج أيضاً الرأس مراد فإنه قال فيه «واجعل سجودك أخفض»[2] ولا يتحقق زيادة الخفض بالعين بل إذا كان الإيماء بالرأس قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما صححه قاضيخان أنه لا يلزمه القضاء إذا كثر، وإن كان يفهم مضمون الخطاب فجعله كالمغمى عليه، وفي المحيط مثله، واختاره شيخ الإسلام وفخر الإسلام لأن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب، واستشهد قاضيخان بما عن محمد فيمن قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من الساقين لا صلاة عليه، ودفع بأن ذاك في العجز المتيقن امتداده إلى الموت، وكلامنا فيما إذا صح المريض بعد ذلك لا فيما إذا مات قبل القدرة على القضاء فلا يجب عليه ولا الإيصاء به، كالمسافر والمريض إذا أفطر في رمضان وماتا قبل الإقامة والصحة، ومن تأمل تعليل الأصحاب في الأصول وسيأتي للمجنون يفيق في أثناء الشهر ولو ساعة يلزمه قضاء كل الشهر، وكذا الذي جن أو أغمي عليه أكثر من صلاة يوم وليلة لا يقضي وفيما دونها يقضي، انقدح في ذهنه إيجاب القضاء على هذا المريض إلى يوم وليلة حتى يلزم الإيصاء به إن قدر عليه بطريق، وسقوطه إن زاد، ثم رأيت عن بعض المشايخ

(ولا قياس على الرأس) جواب عما يقال ليس هذا من باب نصب الإبدال بالرأي بل بالقياس على الرأس، وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول من يقول الصحيح أنه تسقط عنه الصلاة إذا كان العجز أكثر من يوم وليلة، وهو اختيار فخر الإسلام وشيخ الإسلام وقاضيخان وغيرهم. قال في فتاوى قاضيخان: والأول أصح لأن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب، قال **(وإن قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود)** قال زفر والشافعي: إذا قدر على القيام دون الركوع والسجود لم يسقط عنه القيام لأن القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن إدراك ركن آخر، ولنا أن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة فإنه بدونها غير مشروع عبادة، بخلاف العكس فإذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركناً فيتخير **(والأفضل هو الإيماء قاعداً لأنه أشبه بالسجود)** فإن عند الإيماء قاعداً يصير رأسه أقرب إلى الأرض من الإيماء قائماً. فإن قيل: هذا تعليل على مخالفة النص لأن حديث عمران بن الحصين يدل على أن المصير إلى القعود إنما هو عند العجز عن القيام والمفروض خلافه. أجيب بأنه محمول على ما إذا كان قادراً على الركوع والسجود حالة القيام بدليل أنه ذكر الإيماء في حال ما يصلى على الجنب، فدل على أن المراد بحاله القيام القدرة على الأركان. قوله: **(وإن صلى بعض صلاته قائماً)** ظاهر. وقوله: **(بناء على اختلافهم في الاقتداء)** يعني أن كل فصل جوز الاقتداء فيه جوز بناء آخر الصلاة على أولها ههنا وما لا فلا. ثم عند محمد: لا يقتدي القائم بالقاعد فكذا لا يبني في حق نفسه، وعندهما القائم يقتدي بالقاعد فكذا يبني في حق نفسه، ونوقض بما إذا افتتح الصحيح التطوع قاعداً وأدى بعض صلاته قاعداً ثم بدا له أن يقوم فقام وصلى الباقي قائماً أجزأه بالإجماع، وهذا الأصل المذكور يقتضي أن لا يجوز على قول محمد وأجيب بأن تحريمة المريض لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلاة فلم يبن على ما انعقدت له تحريمته، وأما تحريمة المتطوع فقد انعقدت للقيام أيضاً لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونهما متناولي تحريمته. وقوله: **(استأنف عندهم جميعاً)** يعني العلماء الثلاثة فإن لزفر فيه خلافاً على ما مر من أصله جواز اقتداء الراكع بالمومىء. وقوله: **(ومن افتتح التطوع قائماً ثم أعيا)** أي تعب **(لا بأس بأن يتوكأ)** أي يتكىء: يعني أن من شرع في النفل ثم اتكأ فلا يخلو إما أن يكون بعذر أو بغيره، فإن كان بعذر كالإعياء لا بأس به **(وإن كان بغير عذر)**

---

(١) هو بعض حديث جابر تقدم قبل ستة أحاديث.
(٢) تقدم قبل سبعة أحاديث.

استقبل) بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه **(وإن صلى بعض صلاته بإيماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعاً)** لأنه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومىء، فكذا البناء **(ومن افتتح التطوع قائماً ثم أعيا لا بأس بأن يتوكأ على عصا أو حائط أو يقعد)** لأن هذا عذر، وإن كان الاتكاء بغير عذر يكره لأنه إساءة في الأدب. وقيل لا يكره عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لو قعد عنده بغير عذر يجوز، فكذا لا يكره الاتكاء. وعندهما يكره لأنه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء **(وإن قعد بغير عذر يكره بالاتفاق)** وتجوز الصلاة عنده ولا تجوز عندهما. وقد

إن كانت الفوائت أكثر من يوم وليلة لا يجب عليه القضاء، وإن كانت أقل وجب، قال في الينابيع: وهو الصحيح قوله: **(وإن قدر)** أي المريض على القيام دون الركوع والسجود بأن كان مرضه يقتضي ذلك قوله: **(لم يلزمه)** المنفى اللزوم فأفاد أنه لو أومأ قائماً جاز، إلا أن الإيماء قاعداً أفضل لأنه أقرب إلى السجود، وقال خواهر زاده: يومىء للركوع قائماً وللسجود قاعداً، ثم هذا مبني على صحة المقدمة القائلة ركنية القيام ليس إلا للتوسل إلى السجود، وقد أثبتها بقوله لما فيها من زيادة التعظيم: أي السجدة على وجه الانحطاط من القيام فيها نهاية التعظيم وهو المطلوب، فكان طلب القيام لتحقيقه، فإذا سقط سقط ما وجب له. وقد يمنع أن شرعيته لهذا على وجه الحصر بل له ولما فيه نفسه من التعظيم كما يشاهد في الشاهد من اعتباره كذلك حتى يحبه أهل التجبر لذلك، فإذا فات أحد التعظيمين صار مطلوباً بما فيه نفسه. ويدل على نفي هذه الدعوى أن من قدر على القعود والركوع والسجود لا القيام وجب القعود مع أنه ليس في السجود عقيبه تلك النهاية لعدم مسبوقيته بالقيام قوله: **(أو يومىء إن لم يقدر)** هو ظاهر الجواب. وفي النوادر: إذا صار إلى الإيماء بعد ما افتتح قادراً عليهما فسدت لأن تحريمته انعقدت موجبة لهما. قلنا لا بل للمقدور، غير أنه كان إذ ذاك الركوع والسجود فلزما فإذا صار المقدور الإيماء لزم وأداء بعض الصلاة بهما أولى من أداء كلها بالإيماء قوله: **(بناء على اختلافهم في الاقتداء)** عند محمد لا يجوز اقتداء القائم بالقاعد، وعندهما يجوز قوله: **(استأنف عندهم جميعاً)** أعني الثلاثة، أما زفر فيجيز بناء على إجازته اقتداء الراكع بالمومىء، ولو كان يومىء مضطجعاً ثم قدر على القعود دون الركوع والسجود استأنف على المختار لأن حالة القعود أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف. وفي جوامع الفقه: لو افتتحها بالإيماء ثم قدر قبل أن يركع ويسجد بالإيماء جاز له أن يتمها، بخلاف ما بعد ما أومأ للركوع والسجود ثم قدر قوله: **(لأنه لو قعد عنده بغير عذر يجوز، فكذا لا يكره الاتكاء)** والملازمة ممنوعة لجواز أن لا يكره القعود، ويكره الاتكاء لأنه يعد إساءة أدب دون القعود إذا كان على هيئة لا تعد إساءة، ولذا كان الأصح خلاف ما ذكره المصنف من قوله وإن قعد بغير عذر يكره بالاتفاق. صرح فخر الإسلام بأن الاتكاء يكره عند أبي حنيفة، والقعود لا يكره من غير عذر.

[فروع] رجل بحلقه خراج لا يقدر على السجود ويقدر على غيره من الأفعال يصلي قاعداً بإيماء وكذا لو كان بحال لو سجد سال جرحه وإن لم يسجد لا يسيل لما قدمنا في فصل المعذور، فإن قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود جاز، والأول أولى، ولو كان بحال لو صلى قائماً لا يقدر على القراءة ولو صلى قاعداً قدر عليها صلى

فقد اختلف المشايخ فيه، فقيل **(يكره لأن إساءة في الأدب)** ألا ترى أنه لم يخير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين القيام والقعود **(وقيل لا يكره عند أبي حنيفة لأنه لو قعد جاز عنده)** ويكره مع كون القعود منافياً للقيام، فالاتكاء الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره **(ويكره عندهما لأن القعود لا يجوز عندهما)** فيكون الاتكاء الذي هو فوقه جائزاً مكروهاً. وقوله: **(وإن قعد)** بعد ما افتتح قائماً **(بغير عذر يكره بالاتفاق، وتجوز الصلاة عنده، وعندهما لا تجوز)** وفي كلامه تسامح لأن ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق. وأجاب الإمام حميد الدين الضرير بأن المراد من هذا أنه لو صلى ركعة قائماً ثم

قوله: **(فكذا لا يبنى في حق نفسه الخ)** أقول: تقدم أن جواز اقتداء القائم بالقاعد ثبت على خلاف القياس، فينبغي أن يقتصره على مورده إلا أن يلحقه بالدلالة وفيه خفاء قال المصنف: **(لأنه لو قعدْ عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء)** أقول: الملازمة ممنوعة

مر في باب النوافل (**ومن صلى في السفينة قاعداً من غير علة أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله والقيام أفضل. وقالا: لا يجزئه إلا من عذر**) لأن القيام مقدور عليه فلا يترك إلا لعلة. وله أن الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق، إلا أن القيام أفضل لأنه أبعد عن شبهة الخلاف، والخروج أفضل إن أمكنه لأنه أسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح.

قاعداً. مريض مجروح تحته ثياب نجسة وهو بحال كلما بسط تحته شيء تنجس من ساعته يصلي على حاله وكذا إن كان لا يتنجس ولكنه يزداد مرضه أو تلحقه مشقة بتحريكه بأن نزع الماء من عينه دفعاً للحرج قوله: (**والقيام أفضل**) في الاختيار، فإن صلى قاعداً وهو يقدر على القيام أجزأه وقد أساء وقالا: لا يجوز قوله: (**في غير المربوطة**) هي السائرة قوله: (**والمربوطة كالشط هو الصحيح**) احتراز عن قول بعضهم إنه على الخلاف ثم أطلق في كون المربوطة كالشط وهو مقيد بالمربوطة بالشط. أما إذا كانت مربوطة في لجة البحر فالأصح إن كان الريح يحركها شديداً فهي كالسائرة، وإلا فكالواقفة، ثم ظاهر الكتاب والنهاية والاختيار جواز الصلاة في المربوطة في الشط مطلقاً، وفي الإيضاح: فإن كانت موقوفة في الشط وهي على قرار الأرض فصلى قائماً جاز لأنها إذا استقرت على الأرض فحكمها حكم الأرض، فإن كانت مربوطة ويمكنه الخروج لم تجز الصلاة فيها لأنها إذا لم تستقر فهي كالدابة انتهى. بخلاف ما إذا استقرت فإنها حينئذ كالسرير قوله: (**والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب وقت صلاة**) وبه قال الشافعي ومالك، واستدلا بما روى الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها «أنها سألته عليه الصلاة والسلام عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة فقال: ليس لشيء من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه في وقت صلاة فيفيق فيه فإنه يصليها»[1] وهذا ضعيف جداً، ففيه الحكم بن عبد الله بن سعد الإيلي. قال أحمد: أحاديثه موضوعة، وقال ابن معين: ليس بثقة ولا مأمون وكذبه أبو حاتم وغيره. وقال البخاري: تركوه. ثم بقية السند إلى الحكم هذا مظلم كله. وقالت الحنابلة: يقضي ما فاته وإن كان أكثر من ألف صلاة لأنه مرض، وتوسط أصحابنا فقالوا: إن كان أكثر من يوم وليلة سقط القضاء وإلا وجب، والزيادة على يوم وليلة من حيث الساعات، وهو رواية عن أبي حنيفة، فإذا زاد على الدورة ساعة سقط. وعند محمد من حيث الأوقات فإذا زاد على ذلك وقت صلاة كامل سقط وإلا لا،

قعد في الثانية ليقرأ لإعيائه ثم قام وأتم الثانية قائماً فإن هذه الصلاة جائزة مع صفة الكراهة، وفيه نظر لأن قعوده إذا كان لإعيائه فذلك قعود، بعذر، والكلام ليس فيه بل يجب أن لا يكون مكروهاً، وكذا إن ترك ذكر الإعياء، والمسئلة بحالها كما قال بعض الشارحين على تقدير أن يثبت بالنقل أن ذلك مكروه بالاتفاق، لا يجوز بإطلاقه على ما لا يجوز فهو أول المسئلة. وكذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قبيل هذا لو قعد يجوز عنده من غير عذر كراهة، وكذا يخالف إطلاق ما ذكر في باب النوافل، ويجوز أن يقال ذكر في مبسوط فخر الإسلام وجامع أبي المعين أنه لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح لأن الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة، فالبقاء أولى لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء. فقوله في الصحيح يدل على أن ثمة غير صحيح، فالإطلاق ههنا وفي باب النوافل يكون على الصحيح وقوله ويكره بالاتفاق على غير الصحيح، ولعل قوله بالاتفاق وقع سهواً من الكاتب. قال: (**ومن صلى في السفينة قاعداً**) المصلي في السفينة إما أن يكون عاجزاً عن القيام أو لا، فإن كان عاجزاً أن يصلي قاعداً بالاتفاق، وإن لم يكن: فإما أن تكون السفينة راسية أو سائرة، فإن كانت راسية لم تجز الصلاة قاعداً بالاتفاق، وإن كانت سائرة جاز عند أبي حنيفة (**والقيام أفضل، وقالا: لا يجوز**) وهو القياس (**لأن القيام مقدور**

لجواز أن لا يكره القعود، ويكره الاتكاء لأنه يعد إساءة أدب دون القعود قوله: (**إن الغالب من حال راكب السفينة دور أن الرأس عند القيام**) أقول: ذاك في الذي لم يعتد ركوب السفينة، وأما المعتاد فحاله ليس كما ذكر قوله: (**والموثوقة باللنجر كأنه معرب لنكر اسم**

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ٢/ ٨٢ والبيهقي ١/ ٣٨٨ كلاهما من حديث عائشة ومداره على الحاكم ابن عبد الله الأيلي.
قال في نصب الراية ٢/ ١٧٧: الحكم. قال عنه أحمد: أحاديثه موضوعة، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الأثبات، وقال يحيى: ليس بثقة ولا مأمون.

(ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى، وإن كان أكثر من ذلك لم يقض) وهذا استحسان والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كاملاً لتحقق العجز فأشبه الجنون، وجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الأداء: وإذا قصرت قلت فلا حرج، والكثير أن تزيد على يوم وليلة لأنه يدخل في

وهو الأصح تخريجاً على ما مر في قضاء الفوائت، وإن كان محمد قال هناك بقولهما فكل من الثلاثة مطالب بالفرق إلا أنهما يجيبان هنا بالتمسك بالأثر عن علي وابن عمر على ما في الكتاب، لكن المذكور عن ابن عمر في كتب الحديث من رواية محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن ابن عمر أنه قال في الذي يغمى عليه يوماً وليلة قال: يقضي، وقال عبد الرزاق: أخبرنا الثوري عن ابن أبي ليلى عن نافع أن ابن عمر أغمي عليه شهراً فلم يقض ما فاته، وروى إبراهيم الحربي في آخر كتابه غريب الحديث حدثنا أحمد بن يونس. حدثنا زائدة عن عبيد الله عن نافع قال: أغمي على عبد الله بن عمر يوماً وليلة فأفاق فلم يقض ما فاته واستقبل. وفي كتب الفقه عنه أنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض، وفي بعضها نص عليه فقال أغمي عليه ثلاثة أيام فلم يقض، فقد رأيت ما هنا عن ابن عمر وشيء منها لا يدل على أن المعتبر في الزيادة الساعات إلا ما يتخايل من قوله أكثر من يوم وليلة، وكل من روايتي الشهر والثلاثة الأيام يصلح مفسراً لذلك الأكثر ولو لم يكن وجب كون المراد به خاصاً من الزيادة. لأن المراد به ما دخل في الوجود ولا عموم فيه. وحمله على كون الأكثرية بالساعة ليس بأولى من كونها وقتاً. وأما الرواية عن علي فلم تعرف في كتب الحديث، والمذكور عنه في الفقه أنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن، وأهل الحديث يروون هذا عن عمار، روى الدارقطني عن يزيد مولى عمار بن ياسر أن عمار بن ياسر أغمي عليه في الظهر والعصر والمغرب والعشاء وأفاق نصف الليل فقضاهن. قال الشافعي رحمه الله: ليس هذا بثابت عن عمار، ولو ثبت فمحمول على الاستحباب[1] وفرق بين الإغماء والنوم بأنه عن

عليه) والمقدور عليه لا يترك **(وله)** وهو وجه الاستحسان **(أن الغالب)** من حال راكب السفينة **(دوران الرأس)** عند القيام والغالب كالمتحقق، ألا ترى أن نوم المضطجع جعل حدثاً لأن الغالب من حاله أن يخرج منه شيء لزوال الاستمساك **(إلا أن القيام أفضل لبعده عن شبهة الخلاف)** وينبغي أن يتوجه إلى القبلة كيفما دارت السفينة سواء كانت عند الافتتاح أو في خلال الصلاة لأن التوجه فرض عند القدرة. وهذا قادر والخروج أفضل إن أمكنه لأنه أسكن لقلبه، والخلاف في غير المربوطة على ما بينا آنفاً أنها لو كانت راسية لم يجزه القعود بالاتفاق، وهو المراد بقوله **(والمربوطة كالشط)** وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم فإنه أيضاً على الخلاف، والموثوقة باللنجر: أي المرساة في لجة البحر وهي تضطرب، قيل يحتمل وجهين، والأصح أن الريح إن كانت تحركها تحريكاً شديداً فهي كالسائرة وإلا فهي كالراسية **(ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى. وإن زاد على ذلك لم يقض)** والقياس أن لا يكون عليه القضاء إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كاملة وهو قول الشافعي لتحقق العجز فأشبه الجنون **(وجه الاستحسان)** ما روي أن علياً رضي الله عنه أغمي عليه في أربع صلوات فقضاهن، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما أغمي عليه في ثلاثة أيام فلم يقض شيئاً، والفقه فيه **(أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الأداء، وإذا قصرت قلت فلا حرج، والكثير أن تزيد على يوم وليلة لأنه يدخل في حد التكرار)** وقوله: **(والجنون كالإغماء)** جواب عن قياس الإغماء على الجنون على زعم أن الجنون إذا استغرق وقتاً كاملاً أسقط القضاء ووجهه أن الجنون كالإغماء إذا كان أكثر من يوم وليلة سقط القضاء وإلا فلا **(كذا ذكره أبو سليمان)** وقد نص عليه في نوادر الصلاة، وقوله:

لمرساة في لجة البحر) أقول: قوله في لجة متعلق بقوله الموثوقة قوله: **(وقوله هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم: أي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور)** أقول: فهذا يرد ما ذكره الشيخ الشارح في وجه اعتبار التكرار في باب قضاء الفوائت.

---

(١) هذه الآثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٧٧ باستيفاءه وذكر كلام الشافعي وغيره، وانظر الدارقطني ٢/ ٨٢ والدراية ١/ ٢٠٩.

حد التكرار، والجنون كالإغماء: كذا ذكره أبو سليمان رحمه الله. بخلاف النوم لأن امتداده نادر فيلحق بالقاصر، ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات. عند محمد رحمه الله لأن التكرار يتحقق به، وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم.

اختيار، بخلاف الإغماء، وجه قولنا إن الإغماء مرض يعجز به صاحب العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة فلا ينافي أهلية الوجوب، بل الاختيار لأنه إنما يوجب خللاً في القدرة وذلك يوجب التأخير لا سقوط أصل الوجوب لأن تعلقه لفائدة الأداء أو القضاء بلا حرج ولم يقع بالإغماء ولا بمجرد الجنون اليأس عن الفائدة الثانية إلا إذا امتد امتداداً يوقع إلزام القضاء معه في الحرج، فحينئذ يظهر به عدم تعلقه لظهور انتفاء الفائدة المستتبعة له هذا تقرير الأصول وسيرد عليك بأوفى من هذا في الزكاة والصوم إن شاء الله تعالى، وبه يظهر أنه يصح أن يقال: القياس السقوط مطلقاً، والقياس عدمه مطلقاً، وهذا لأن معنى القياس الذي يقابلونه بالاستحسان هو الوجه المتبادر بالنسبة إلى الوجه الخفي كما أفاده في البدائع مما سنذكره إن شاء الله تعالى في سجود التلاوة، وإلا فالاستحسان قد يكون هو القياس الصحيح وكل منهما يتبادر فالأول عند تجريد النظر إلى زوال فهم الخطاب الثاني عند ملاحظة أن الوجوب يتبع تعلقه إحدى المصلحتين، والخفي هو التفصيل بين المحرج وعدمه.

(بخلاف النوم) متعلق بقوله وإن كان أكثر من ذلك لم يقض: يعني أن النوم وإن زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء **(لأن امتداده)** إلى هذا الحد (نادراً) لا عبرة به **(فالحق)** الممتد منه **(بالقاصر)** وقوله: **(ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات)** قال أبو جعفر: الزيادة تعتبر عند أبي يوسف من حيث الساعات، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند محمد تعتبر من حيث الصلوات ما لم تصر الفوائت ستاً لا يسقط عنه القضاء، وإن كانت من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة، وإنما تظهر ثمرة الخلاف فيما إذا أغمي عليه عند الضحوة ثم أفاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا أكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول أبي يوسف، وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لأن الصلوات لم تزد على خمس، والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد هو المذكور في أصول فخر الإسلام ومبسوط شيخ الإسلام **(لمحمد أن التكرار يتحقق به)** أي بفوات ست صلوات وهو المفضي إلى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به. وقوله: **(هو المأثور عن علي وابن عمر)** أي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور.

باب سجود التلاوة

قال: **(سجود التلاوة في القرآن أربع عشرة سجدة: في آخر الأعراف، وفي الرعد، والنحل، وبني إسرائيل، ومريم، والأولى في الحج، والفرقان، والنمل، والم تنزيل، وص، وحم السجدة، والنجم، وإذا السماء انشقت**

باب سجود التلاوة

قوله: **(أربع عشرة سجدة)** الاتفاق بيننا وبين الشافعي على أنها كذلك، إلا أنه يجعل في الحج اثنتين ولا سجود في ص، ونحن نثبت سجدة في ص وسجدة في الحج، له ما روى أبو داود «خطبنا عليه الصلاة والسلام يوماً فقرأ ص، فلما مر بالسجود نزل فسجد وسجدنا معه، وقرأها مرة أخرى فلما بلغ السجدة تشزنا للسجود، فلما رآنا قال: إنما هي توبة نبي ولكني رأيتكم تشزنتم أراكم قد استعددتم للسجود»[1] فنزل وسجد وسجدنا وتشزن بتاء مثناة من فوق ثم شين معجمة ثم زاي ثم نون معناه تهيأ. وما رواه النسائي أنه عليه الصلاة والسلام سجد في ص وقال «سجدها نبي الله داود توبة ونسجدها شكراً»[2] قلنا غاية ما فيه أنه بين السبب في حق داود والسبب في حقنا، وكونه الشكر لا ينافي الوجوب، فكل الفرائض والواجبات إنما وجبت شكراً لتوالي النعم. وقال الإمام الحافظ أبو محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب بن الحارث مخرج مسند أبي حنيفة: كتب إلي صالح، حدثنا محمد بن يونس بن الفرج مولى بني هاشم، حدثنا محمد بن الزبرقان الأهوازي عن أبي حنيفة عن سماك بن حرب عن عياض الأشعري عن أبي موسى «أن النبي ﷺ سجد في ص»[3] وأخرج الإمام أحمد عن بكر بن عبد الله المزني عن أبي سعيد رضي

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب أن يقترن بسجود السهو لأن كلاً منهما سجدة، لكن لما كان صلاة المريض يعارض سماوي كالسهو ألحقتها المناسبة بها فتأخر سجود التلاوة ضرورة، وهو من قبيل إضافة الحكم إلى سببه. فإن قيل: كان الواجب أن يقول سجود التلاوة والسماع لأن السماع سبب كالتلاوة. أجيب بأن التلاوة لما كانت سبباً للسماع أيضاً كان ذكرها مشتملاً على السماع من وجه فاكتفى به، وشرطها الطهارة من الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة، وركنها وضع الجبهة على الأرض، وصفتها الوجوب عندنا، ومواضعها ما ذكره في الكتاب أربعة عشر: في آخر الأعراف، والرعد، والنحل، وبني إسرائيل، ومريم، والأولى في الحج، والفرقان، والنمل والم تنزيل، وص، وحم السجدة، والنجم، والانشقاق، والعلق، هكذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد، والشافعي يوافقنا في العدد إلا أنه يقول: في الحج سجدتان وليس في ص سجدة، وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ـ ﴿**إن كنتم إياه تعبدون**﴾ والمصنف احترز بقوله

باب سجود التلاوة

قوله: **(فإن قيل: كان الواجب أن يقول سجود التلاوة والسماع لأن السماع سبب كالتلاوة)** أقول: سيجيء من الشارح أن الصحيح أن السبب في حق السامع أيضاً هي التلاوة، فتكون الإضافة إليها بناء منه على ذلك لكن مختار المصنف كون السبب في حق السامع هو السماع على ما سيصرح به.

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ١٤١٠ والحاكم ٢/ ٤٣٢ و١/ ٢١٤ والدارقطني ١/ ٤٠٨ والبيهقي ٢/ ٣١٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.
وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، ووافقه الذهبي وهو كذلك وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٨١: قال النووي في الخلاصة: سنده صحيح على شرط البخاري.
قال: وتشزنا. مثناه من فوقه ثم شين معجمة ثم زاي مشددة معناه: تهايأنا اهـ.

(٢) حسن. أخرجه النسائي ٢/ ١٥٩ من حديث ابن عباس وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢١١: رواته ثقات.
وهو كما قال ابن حجر رجاله ثقات إلا أن عمر بن ذا فيه كلام لا يضر، فتحديثه حسن والله أعلم.

(٣) هو في مسند أبي حنيفة ص٦٤ وتقدم قبل حديث من حديث أبي سعيد.

واقرأ. كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا، وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله . لا يسأمون . في قول عمر رضي الله تعالى عنه وهو المأخوذ للاحتياط) (والسجدة

الله عنه قال «رأيت رؤيا وأنا أكتب سورة ص، فلما بلغت السجدة رأيت الدواة والقلم وكل شيء يحضرني انقلب ساجداً، قال: فقصصتها على رسول الله ﷺ فلم يزل يسجد بها»[1] فأفاد أن الأمر صار إلى المواظبة عليها كغيرها من غير ترك، واستقر عليه بعد أن كان قد لا يعزم عليها، فظهر أن ما رواه إن تمت دلالته كان قبل هذه القصة قوله: **(والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا)** لأنها مقرونة بالأمر بالركوع، والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء نحو اسجدي واركعي مع الراكعين، وما روي من حديث عقبة بن عامر قلت «يا رسول الله أفضلت سورة الحج بسجدتين؟ قال: نعم، فمن لم يسجدهما فلا يقرأهما»[2] قال الترمذي: إسناده ليس بالقوي كأنه لأجل ابن لهيعة. وروى أبو داود في المراسيل عنه عليه الصلاة والسلام «فضلت سورة الحج بسجدتين»[3] وقد أسند هذا ولا يصح، وأخرج الحاكم ما أخرجه الترمذي، وقال عبد الله بن لهيعة أحد الأئمة وإنما نقم اختلاطه في آخر عمره، ولا يخفى أن هذا وجه ضعف الحديث، وفيه حديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن منين وميم بنونين مضمومة عن عمرو بن العاص «أن النبي ﷺ أقرأه خمس عشرة سجدة في القرآن، منها ثلاث عشرة

والسجدة الثانية في الحج في الصلاة عندنا وبقوله عند قوله ﴿وهم لا يسأمون﴾ ويذكر ص عن مذهبه احتج الشافعي رحمه الله على أن في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأهما» ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا: سجدة التلاوة في الحج هي الأول والثانية سجدة الصلاة، ويعضده قرانها بالركوع في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا﴾ وتأويل ما روي من قوله ﷺ «فضلت بسجدتين إحدهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة» واستدل الشافعي على أن السجدة في ص سجدة شكر بما روي أنه ﷺ تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس: أي تهيأ الناس للسجود، فقال: علام تشزنتم إنها توبة نبي «وقد قال ﷺ «سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكراً» قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة، إذ ما من عبادة يأتي بها العبد إلا وفيها معنى الشكر، وقد روي أنه ﷺ سجدها في خطبته، فدل على أنها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها، ولئن سلم أنه لم يسجد في خطبته فذلك كان تعليماً لجواز تأخيرها. وقد روي أن رجلاً من الصحابة قال «يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني أكتب سورة ص، فلما انتهيت إلى موضع السجدة سجد الدواة والقلم، فقال ﷺ: نحن أحق بها من الدواة والقلم. فأمر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع أصحابه» وقوله: **(هو المأخوذ للاحتياط)** لأنها إن كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها، وإن كانت عند الأولى جاز تأخيرها إلى الآية الثانية فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين، قال: **(والسجدة واجبة)** هذا بيان صفتها ذهب

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٣/ ٨٤ والحاكم ٢/ ٤٣٢ والبيهقي ٢/ ٣٢٠ كلهم من حديث أبي سعيد سكت عليه الحاكم، وقال الذهبي في تلخيص المستدرك: هو على شرط مسلم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٠٢ والترمذي ٥٧٨ وأحمد ٤/ ١٥٥ والحاكم ٢/ ٣٩٠ و١/ ٢٢١ والدارقطني ١/ ٤٠٨ كلهم من حديث عقبة بن عامر ومداره على ابن لهيعة.
قال الترمذي: ليس إسناده بذاك القوي.
وقال الحاكم: هذا الحديث لم نكتبه مسنداً إلا من هذا الوجه، وابن لهيعة أحد الأئمة إنما نقم عليه اختلاطه في آخر عمره، وقد صحت الرواية فيه من قول عمر وابنه وابن عباس وابن مسعود وأبي موسى وأبي الدرداء وعمار، ثم أسند الحاكم هذه الموقوفات في المستدرك ٢/ ٣٩٠. ٣٩١.
وقال أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي: هو حديث صحيح ابن لهيعة وشيخه مشرح بن هاعان ثقتان والحديث ورواه ابن عبد الحاكم في فتوح مصر ص٣٨٩ عن أبيه وأبي الأسود وأسد بن موسى عن ابن لهيعة، وأحمد في المسند عن عبد الله بن يزيد المقرىء عن ابن لهيعة اهـ باختصار.
قلت: وعلى هذا فالحديث حسن لأن عبد الله بن يزيد أحد العبادلة الذين سمعوا ابن لهيعة قبل اختلاطه.
وله شاهد من حديث عمرو بن العاص أخرجه أبو داود ١٤٠١ وابن ماجه ١٠٥٧ والحاكم ١/ ٢٢٣ كلهم من حديث عمرو بن العاص وقال الحاكم: رواته مصريون، واحتج الشيخان بأكثر الرواة. وسكت الذهبي! وقال الزيلعي ٢/ ١٨٠: قال عبد الحق: عبد الله بن مُنَين لا يحتجُّ به.
قال ابن القطان: وذلك لجهالته.

(٣) تقدم في الذي قبله. وهو وإن كان فيه ضعف إلا أنه شاهد لما قبله يرقى به إلى درجة الحسن كما تقدم.

واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع) سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد لقوله عليه الصلاة والسلام **«السجدة على من سمعها وعلى من تلاها»** وهي كلمة إيجاب وهو غير مقيد بالقصد **(وإذا تلا الإمام آية السجدة**

في المفصل، وفي سورة الحج سجدتان»[1] وهو ضعيف. قال عبد الحق وابن مُنين لا يحتج به. قال ابن القطان: وذلك لجهالته فإنه لا يعرف له حال قوله: **(في قول عمر وهو المأخوذ للاحتياط)** وجهه أنه إن كان السجود عند **﴿تعبدون﴾** [فصلت: ٣٧] لا يضره التأخير إلى الآية بعده، وإن كان عند **﴿لا يسأمون﴾** [فصلت: ٣٨] لم يكن السجود قبل مجزئاً وأما أن ذلك قول عمر فغريب، وقد أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه كان يسجد في حم السجدة عند قوله تعالى: **﴿لا يسأمون﴾** [فصلت: ٣٨]. وزاد في لفظ، وأنه رأى رجلاً سجد عند قوله تعالى: **﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾** [فصلت: ٣٧] فقال له: لقد عجلت[2] قوله: **(والسجدة واجبة)** يعني باعتبار الأصل أو هي أو بدلها فإنه لو تلاها راكباً كان الواجب الإيماء لها لما سنذكر، ولأن المتلوة في الصلاة التحقت بأفعال الصلاة. والصلاة على الدابة يكون سجودها بالإيماء. وحديث «السجدة على من سمعها»[3] رفعه غريب وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر أنه قال «السجدة على من سمعها» وفي البخاري تعليقاً، وقال عثمان: إنما السجود على من استمع، وهذا المعلق أخرجه عبد الرزاق، أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان مر بقاص فقرأ سجدة ليسجد معه عثمان، فقال عثمان: إنما السجود على من استمع ثم مضى ولم يسجد[4]. وأخرج مسلم عن أبي هريرة في الإيمان يرفعه «إذا قرأ ابن آدم السجدة اعتزل الشيطان يبكي يقول يا ويله، أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة، وأمرت بالسجود فأبيت فلي النار»[5] والأصل أن الحكيم إذا حكى عن غير الحكيم كلاماً ولم يعقبه بالإنكار كان دليل صحته، فهذا ظاهر في الوجوب مع أن آي السجدة تفيده أيضاً لأنها ثلاثة أقسام: قسم فيه الأمر الصريح به وقسم تضمن حكاية استنكاف الكفرة حيث أمروا به، وقسم فيه حكاية فعل الأنبياء السجود. وكل من الامتثال والاقتداء ومخالفة الكفرة واجب، إلا أن يدل دليل في معين على عدم لزومه، لكن دلالتها فيه ظنية فكان الثابت الوجوب لا الفرض، والاتفاق على أن ثبوتها على المكلفين مقيد بالتلاوة لا مطلقاً فلزم كذلك، وإنما أديّت بالإيماء إذا تلاها راكباً لأن الشروع في التلاوة راكباً مشروع كالشرع في التطوع راكباً من حيث إنهما سببا لزوم السجدة، فكما أوجب التطوع راكباً السجود بالإيماء أوجبها التلاوة كذلك، وإنما أديت في ضمن السجدة الصلبية والركوع لما تذكر. واعلم أنه لا فرق بين أن يتلوها بالعربية أو الفارسية عند أبي حنيفة فهم السامع أولاً إذا أخبر أنه قرأ سجدة،

الشافعي إلى أن السجدة في هذه المواضع سنة لما روى أن زيد بن ثابت قرأ سورة النجم بين يدي رسول الله ﷺ فلم يسجد لها ولا سجد النبي ﷺ لها، فدل على أنها لم تكن واجبة، وقلنا: هي واجبة على التالي والسامع قصد سماع القرآن أو لم يقصد، وإنما قيد بهذا لأن في بعض لفظ الآثار السجدة على من جلس لها، وفيه إبهام أن من لم يجلس لها فليست عليه سجدة فقيد بذلك دفعاً لذلك، والدليل على وجوبها قوله ﷺ **(السجدة على من سمعها وعلى من تلاها)** وعلى كلمة إيجاب **(وهو)** أي الحديث **(غير مقيد بالقصد)** واعترض بأنها لو كانت واجبة لما أديت في سجود الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما

---

(١) المصدر السابق.

(٢) هذا الأثر نسبه المرغيناني لعمر. وتعقبه الزيلعي بقوله: قلت: غريب. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس من قوله. انظر نصب الراية ٢/١٧٨.

(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٢/١٧٨ عن ابن عمر موقوفاً، ورواه عبد الرزاق عن عثمان موقوفاً، وعلقه البخاري عنه موقوفاً أيضاً اهـ.

قلت: هو في البخاري ٢/٥٥٧ في كتاب سجود القرآن.

(٤) موقوف هو المتقدم.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٨١ كتاب الإيمان وابن ماجه ١٠٥٢ وابن حبان ٢٧٥٩ وابن خزيمة ٥٤٩ وأحمد ٢/٤٤٣ والبغوي ٦٥٣ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

سجدها وسجدها المأموم معه) لالتزامه متابعته **(وإذا تلا المأموم لم يسجد الإمام ولا المأموم في الصلاة ولا بعد الفراغ)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يسجدونها إذا فرغوا لأن السبب قد تقرر، ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لأنه يؤدي إلى خلاف وضع الإمامة أو التلاوة. ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الإمام

وعندهما يشترط علمه بأنه يقرأ القرآن. ولو قرأ بالعربية يلزمه مطلقاً، لكن لا يجب على الأعجمي ما لم يعلم، ولا تجب بكتابة ولا على أصم أولا بقراءة آية السجدة هجاء، وما في الصحيحين من قول زيد بن ثابت «قرأت على النبي ﷺ النجم فلم يسجد»[(١)] لا يفيد نفي الوجوب والسنية في المفصل كما استدل به مالك رضي الله عنه. إذ هو واقعة حال فيجوز كونه للقراءة في وقت مكروه. أو على غير وضوء. أو ليبين أنه غير واجب على الفور، وهذا الأخير على التعيين محمل حديث عمر المروي في الموطأ «أنه قرأ سجدة وهو على المنبر يوم الجمعة فنزل فسجد وسجد الناس معه. ثم قرأها يوم الجمعة الأخرى فتهيأ الناس للسجود فقال: على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء فلم يسجد ومنعهم»[(٢)] وما استدل به لمالك مما روى عبد الرزاق، أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس وابن عمر قالا: ليس في المفصل سجدة[(٣)] وما أخرج ابن ماجه عن أبي الدرداء قال «سجدت مع النبي ﷺ إحدى عشرة سجدة ليس فيها شيء من المفصل: الأعراف، والرعد، والنحل، وبني إسرائيل، ومريم، والحج، والفرقان، والنمل، والسجدة، وص، وسجدة الحواميم»[(٤)] فالثاني ضعيف بعثمان بن فائد، ولو صح فليس فيه نفي السجدة في المفصل، بل إن الإحدى عشرة ليس فيها شيء في المفصل وليس في هذا نزاع، ولو صح الاحتجاج به كان مع ما قبله معارضاً بحديث أبي رافع في الصحيحين «أن أبا هريرة قرأ إذا السماء انشقت فسجد، فقلت له: ما هذه السجدة؟ قال: لو لم أر النبي ﷺ يسجدها لم أسجد، لا أزال أسجدها حتى ألقاه»[(٥)] وأخرجوا إلا الترمذي عن

أديت بالإيماء من راكب يقدر على النزول. وأجيب بأن أداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي إلى الجمعة يتأدى بالسعي إلى التجارة، وإنما جاز التداخل لأن المقصود منها إظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة واحدة، وجواز أدائها بالإيماء حين قرأها راكباً لأنه أداها كما وجبت، فإن تلاوته على الدابة مشروعة فيما تجب به السجدة فكان كالشروع على الدابة في التطوع، والجواب عن حديث زيد أن الاحتجاج به إنما يتم إذا ثبت أنه ﷺ لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فإذا لم نقل بوجوبها على الفور فيجوز أن يكون سجدها في وقت آخر. واعلم أن صاحب النهاية قال: جعل هذا اللفظ: يعني قوله «السجدة على من سمعها» الحديث في سائر النسخ من المبسوطين والأسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من ألفاظ الصحابة لا من الحديث، وأقول: لم يكن المصنف ممن لم يطالع الكتب المذكورة، فلولا أنه ثبت

قال المصنف: **(لالتزامه متابعته)** أقول: قال ابن الهمام: علل بالتزام المتابعة لأن الفرض فيما إذا تلا في السرية، أما إذا تلا في الجهرية حتى سمع المقتدي فلا حاجة إلى هذا التعليل إذ السماع موجب عليه ابتداء انتهى فالأولى على هذا أن يقول لأن الفرض فيما إذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٧٢ و١٠٧٣ ومسلم ٥٧٧ وأبو داود ١٤٠٤ والترمذي ٥٧٦ والدارمي ٢/ ٣٤٣ والنسائي ٢/ ١٦٠ وابن خزيمة ٥٦٦ وابن حبان ٢٧٦٢ وأحمد ٥/ ١٨٦ والبغوي ٧٦٩ من طرق عن عطاء بن يسار عن زيد بن ثابت.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/ ٢٠٦ والبخاري ١٠٧٧ كلاهما عن عمر به. رواه مالك عن عروة وأما البخاري فرواه عن ربيعة بن عبد الله بن هُدَيْر.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٢/ ١٨٢ عن ابن عباس وابن عمر قالا. فذكره. وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٠٥٦ من حديث أبي الدرداء.
وقال البوصيري في الزوائد: فيه عثمان بن فائد وهو ضعيف. وكذا أشار أبو داود عقب حديث ١٤٠١ إلى ضعف حديث أبي الدرداء وقال. إسناده واهٍ. ووافقه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٨٢.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٧٦٦ و٧٦٨ و١٠٧٨ ومسلم ٥٧٨ وأبو داود ١٤٠٨ والنسائي ٢/ ١٦٢ والبغوي ٧٦٧ كلهم عن أبي رافع عن أبي هريرة به.

عليه وتصرف المحجور لا حكم له، بخلاف الجنب والحائض لأنهما عن القراءة منهيان، إلا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام أهلية الصلاة، بخلاف الجنب (ولو سمعها رجل خارج الصلاة

أبي سلمة عنه أيضاً قال «سجدنا مع رسول الله ﷺ في إذا السماء انشقت، واقرأ باسم ربك»[1] وهذا أقوى مما قبله. وإسلام أبي هريرة كان في السنة السابعة من الهجرة، ولو تعارضا كان الاحتياط في الإيجاب. ومما استدل به على الوجوب استدلال الشافعية به على أن في الحج سجدتين بتقدير صحته على ما ذكرناه فإنه أفاد كراهة التحريم للقراءة دون سجود وهي رتبة الواجب قوله: **(وهي كلمة إيجاب)** يعني لفظ على من صيغ الإلزام قوله: **(وهو)** أي النص الموجب للسجدة بالسماع غير مقيد السماع بالقصد فتجب على من سمعها وإن لم يقصد، وقد قدمنا من حديث عثمان مع القاص ما يفيد خلافه وهو تقيده به. والله سبحانه أعلم قوله: **(لالتزامه متابعته)** علل بالتزام المتابعة لأن الفرض فيما إذا تلا في السرية أما إذا تلا في الجهرية حتى سمع المقتدي فلا حاجة إلا هذا التعليل إذ السماع موجب عليه ابتداء قوله: **(لأنه يؤدي إلى خلاف موضوع الإمامة)** إن سجد المأموم وتابعه الإمام أو التلاوة إن سجد الإمام وتابعه التالي المأموم. لأن موضوع التلاوة أن يسجد التالي ويتابعه السامع، ولذا قال ﷺ للتالي الذي لم يسجد «كنت إمامنا لو سجدت لسجدنا»[2] ولذا كانت السنة أن يتقدم التالي ويصف القوم خلفه فيسجدون. وفي الخلاصة: يستحب أن لا يرفع رأسه قبله قوله: **(وتصرف المحجور الخ)** أثر الحجر عدم اعتبار فعل المحجور عليه وتصرفه، وأثر النهي تحريم الفعل لا ترك الاعتبار لأنه مطلقاً لا يعدم المشروعية، فالمحجور هو الممنوع من التصرف على

عنده كونه حديثاً لما نقله حديثاً، فإنه رحمه الله أعلم ديانة من أن يتوهم به ذلك، قوله **(وإذا تلا الإمام السجدة)** ظاهر، وقوله: **(لأن السبب قد تقرر ولا مانع)** وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق لا محالة **(بخلاف حالة الصلاة)** فإن المانع موجود **(لأنه يؤدي إلى خلاف موضع الإمامة)** إن سجد التالي أولاً وتابعه الإمام لانقلاب المتبوع تابعاً والتابع متبوعاً **(أو التلاوة)** إن سجد الإمام أولاً وتابعه التالي فإن التالي إمام السامع فيجب أن يتقدم سجود التالي. قال ﷺ للتالي: «كنت إماماً لو سجدت لسجدنا» فإن قيل: هذه ليست بقسمة حاضرة لجواز أن يسجد التالي دون الإمام أو بالعكس، فالجواب أن في ذلك مخالفة للإمام وهي مفسدة فلم يذكرها لكون ذلك مفروغاً عنه في عدم الجواز **(ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة)** لأن المحجور هو الممنوع عن التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لأنه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة إمامه. قال عليه الصلاة والسلام: «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة» وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه. ووجوب السجدة حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت. وقوله: **(بخلاف الجنب والحائض)** جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعاً عن القراءة لحائض والجنب، والسجدة تجب على من سمعها، فكذا على من سمع المقتدي ووجهه أنهما منهيان عن القراءة، والتصرفات المنهي عنها تنعقد لحكمها لما عرف من أصلنا أن النهي عن الأفعال الشرعية لا يعدم المشروعية، فإن اختلج في ذهنك أن القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بتقريرنا تجد ما لم يسبق إليه. فإن قيل: لو كان كذلك لوجبت على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب، أجاب بما معناه: إنما لم تجب عليها لانعدام أهلية الصلاة، وذلك لأن السجدة ركن من الصلاة والحائض لا يلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا تلزمها السجدة أيضاً بخلاف الجنب فإن الصلاة تلزمه وكذلك السجدة. وقوله: **(ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها)** يعني

لم يسمع المقتدي فتأمل. قوله: **(فإن التالي إمام السامع فيجب أن يتقدم سجود التالي الخ)** أقول: في الوجوب كلام بل هو مندوب قال المصنف: **(لأنها ليست بصلاتية)** أقول: قال ابن الهمام: صواب النسبة فيه صلوية انتهى. يفهم جوابه بما سيذكر الشارح في هذا الورق

---

(١) صحيح: أخرجه البخاري ١٠٧٤ ومسلم ٥٧٨ والدارمي ١/ ٣٤٣ والنسائي ٢/ ١٦١ ومالك ١/ ٢٠٥ وابن حبان ٢٧٦١ من طرق عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

(٢) مرسل حسن: أخرجه الشافعي ١/ ١٢٢ وكذا أبو داود ٧٢ في المراسيل والبيهقي ٢/ ٣٢٤ كلهم عن عطاء بن يسار مرسلاً بنحوه وأخرجه أبو داود في مراسيله ٧١ عن زيد بن أسلم مرسلاً. وأخرج البيهقي ٢/ ٣٢٤ بسنده عن ابن مسعود موقوفاً بنحوه.

سجدها) هو الصحيح لأن الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم **(وإن سمعوا وهم في الصلاة سجدة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة)** لأنها ليست بصلاتية لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة **(وسجدوها بعدها)** لتحقق سببها **(ولو سجدوها في الصلاة لم يجزهم)** لأنه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال: **(وأعادوها)** لتقرر سببها **(ولم يعيدوا الصلاة)** لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة. وفي النوادر أنها تفسد

وجه ينفذ فعل الغير عليه شاء أو أبى كما لو فعله هو في حال أهليته، والمأموم كذلك من حيث القراءة حتى نفذ قراءة الإمام عليه وصارت قراءة له كتصرف ولي المحجور كأنه تصرفه فكان محجوراً فلا تعتبر قراءة له وكانت كعدمها. بخلاف الجنب والحائض فإنهما منهيان فكانت ممنوعة، لا أنه يعتبر وجودها بعدمها، ولا يخفى أن هذا التعليل لا يتأتى على قول محمد في السرية فإنه يستحسن قراءة المؤتم ظناً منه أنه الاحتياط، فليس حينئذ بمحجور عليه عنده بل مجوز له الترك، إلا أن ذلك: أعني استحسان القراءة في السرية عن محمد ضعيف، والحق عنه خلافه على ما أسلفنا، ولما كان مقتضي هذا الوجوب بالسماع منهما وعليهما بتلاوتهما من غير حائض لأن ثبوت السبب للصلاة لا يظهر في حقها والسجدة جزء الصلاة لا بقيد الجزئية، بل نظراً إلى ذاتها اعتبرت عبادة مستقلة، فلا فرق فلا يجب عليها بسببها كما لا تجب الصلاة عليها بسببها فالحاصل أن كل من لا تجب عليه الصلاة ولا قضاؤها كالحائض والنفساء والكافر والصبي والمجنون ليس عليهم بالتلاوة والسماع سجود، ويجب على السامع منهم إذا كان أهلاً، لكن ذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب بالسماع من مجنون أو نائم أو طير لأن السبب سماع تلاوة صحيحة وصحة التلاوة بالتمييز ولم يوجد، وهذا التعليل يفيد التفصيل في الصبي فليكن هو المعتبر إن كان له تمييز وجب بالسماع منه وإلا فلا، وفي الخلاصة: إذا سمعها من طير لا تجب هو المختار، ومن نائم الصحيح أنها تجب، وإن سمعها من الصدا لا تجب، فأفاد الخلاف في الأولين والتصحيح قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل لا يسجدها على قولهما للحجر بل على قول محمد، واستضعف بعضهم تعليل المصنف بالحجر عن القراءة إذ مقتضاه أن لا تجب على السامع من المقتدي خارج الصلاة، وقول المصنف لأن الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم يدفع هذا الاستضعاف قوله: **(ليست بصلاتية)** فليست من أفعال الصلاة حتى تستتبع فعلاً في الصلاة فتكون السجده حينئذ

بالاتفاق. وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم: إنه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد وجه الصحيح ما ذكر أن الحجر ثبت في حقهم لأن علة الحجر هي الاقتداء وهو مختص بها فلا يعدوها. ورد بأن المقتدي إما أن يكون محجوراً أو لا، والأول يستلزم شمول العدم، والثاني شمول الوجوب. والجواب أنه محجور بالنسبة إلى من وجد في حقه علة الحجر، وغير محجور بالنسبة إلى من لم يوجد وهو الخارج **(وإن سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة لأنها ليست بصلاتية، لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة)** لأن أفعال الصلاة إما أن تكون فرضاً أو واجباً أو سنة، وهذا السماع ليس بشيء من ذلك، وما ليس من أفعال الصلاة لا يجوز أن يأتي به فيها، لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور **(ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم)** ولم تفسد صلاتهم في ظاهر الرواية، أما عدم الجواز فلأنه: أي هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن إدخال ما ليس من أفعال الصلاة فيها فلا يتأدى به الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور، فإن ما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً. ورد بأنا لا تسلم أنها وجبت كاملة. فإنها وجبت في وقت كان خلط غير أفعال الصلاة بأفعالها حراماً فكانت كالعصر وقت الاصفرار وجبت ناقصة فتتأدى ناقصة. والجواب أن الوقت لو كان سبباً لها كان الأمر كما ذكرت، لكنه ليس كذلك بل سببه ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت **(وأعادوها لتقرر سببها)** وهو ما ذكرنا، وأما عدم فساد الصلاة فلأن الفساد إنما يكون بتركها أو بإتيان ما ينقضها ولم يتركوها وما أتوا بما ينقضها **(لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة)** لأنها في ذاتها من أفعال الصلاة **(و)** ذكر **(في النوادر أنها تفسد لأنهم زادوا فيها ما ليس منها، وقيل)** ما ذكر في النوادر **(هو قول محمد)** وهو جواب القياس، وما ذكر ههنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على أن زيادة ما دون الركعة لا يفسدها عندهما، وعلى قوله زيادة السجدة

حيث قال إنه خطأ مستعمل، وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر قوله: **(فتفسد بشروعه في واجب)** أقول: أي تفسد بشروعه في سجدة

لأنهم زادوا فيها ما ليس منها، وقيل هو قول محمد رحمه الله **(فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه بعد ما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها)** لأنه صار مدركاً لها بإدراك الركعة **(وإن دخل معه قبل أن يسجدها سجدها معه)** لأنه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا أولى **(وإن لم يدخل معه سجدها وحده)** لتحقق السبب

زيادة منها عنها فتكون ناقصة فلا يتأدى بها ما وجب كاملاً، ثم صواب النسبة فيه صلوية برد ألفه واواً وحذف التاء، وإذا كانوا قد حذفوها في نسبة المذكر إلى المؤنث كنسبة الرجل إلى بصرة مثلاً فقالوا بصري لا بصرتي كيلا يجتمع تاآن في نسبة المؤنث فيقولون بصرتية فكيف بنسبة المؤنث إلى المؤنث قوله: **(وقيل هو)** أي المذكور في النوادر قول محمد لا قولهما بناء على أن زيادة سجدة تفسد عنده وعندهما زيادة ما دون الركعة لا تفسد، وهو بناء على أن السجدة المفردة يتقرب بها إلى الله تعالى. عند محمد فقد زادوا قربة فتفسد. وعندهما ما دون الركعة ليس بقربة شرعاً إلا في محل النص وهو سجود التلاوة فلا يكون السجود وحده قربة في غيره فلم يزيدوا ما هو قربة فكان كزيادة ركوع أو قيام فلا تفسد كما لا تفسد بذلك قوله: **(فدخل معه بعد ما سجدها)** يعني دخل معه في تلك الركعة، أما لو دخل في الثانية كان عليه أن يسجدها بعد الفراغ وقوله لأنه صار مدركاً لها بإدراك الركعة يفيده. والنيابة وإن كانت لا تجري في الأفعال إلا أنها أثر القراءة فالتحقت بها على أن إدراك جميع ما تضمنته الركعة بإدراك الركوع مما لم يكن قضاؤه شرعاً فيه ضروري والقيام منه وهو فعل، وخرج تكبيرات العيد لأنها من جنس تكبيرة الركوع فالتحقت بها فقضيت فيه قوله: **(وإن لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب)** وكون الصحيح أن السبب في حق السامع التلاوة لا السماع، وإنما السماع شرط لا يمنع من السجود خارج الصلاة إذ لم يقم دليل على أن التلاوة في الصلاة لا تنعقد سبباً إلا بالنسبة إلى من في الصلاة، على أنه قد أجيب بأن اختلافهم في السبب على السامع أهو السماع أو التلاوة يوجب الاحتياط في السجود على الخارج، بخلاف السماع في الصلاة لتلاوة من ليس فيها فإن

تفسدها، وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر، فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة، ولهذا حكم بأن سجدة الشكر مسنونة فتفسد بشروعه في واجب قبل إكمال فرضه. وعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركناً من أركان الصلاة غير مستقلة عبادة **(فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه)** فإما أن دخل **(بعد ما سجدها الإمام)** أو قبله فإن كان الأول **(لم يكن عليه أن يسجدها لأنه صار مدركاً لها)** أي للسجدة **(بإدراك تلك الركعة)** وهذا يشير إلى أنه لو أدرك الإمام الركعة الأخرى لم يصر مدركاً للسجدة فينبغي أن يسجدها خارج الصلاة لأنه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركاً للقراءة ولا لما تعلق بها من السجدة قال الإمام العتابي: وأشار في بعض النسخ إلى أنها تسقط عنه لأنها صارت صلاتية. وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا أدرك الإمام في ركوع صلاتي العيدين فإن عليه أن يأتي بالتكبيرات ولم يصر مدركاً لهما بإدراك الركعة في الركوع. وأجيب بأن الإدراك الحقيقي ممكن لأن ما هو من جنسها وهو تكبير الركوع يؤتى به حالة الركوع فألحق به تكبيرات العيد، وإذا كان الإدراك الحقيقي ممكناً لا يصار إلى الإدراك الحكمي، بخلاف سجدة التلاوة لأنه ليس من جنسها فلا يؤتى به في حالة الركوع لتكون حقيقة الإدراك ممكنة فيصير إلى الحكمي، وإن كان الثاني سجدها معه لأنه لو لم يسمعها بأن أخفاها الإمام سجدها معه فهنا أولى **(وإن لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب)** وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه أو السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ، قيل ينبغي أن لا يسجد لأن الصحيح أن التلاوة هي السبب في حق السامع أيضاً وكانت في الصلاة. فكانت السجدة صلاتية فلا تقضي خارجها وأجيب بأنهم لما اختلفوا في كون التلاوة سبباً في حقه أو السماع وجبت السجدة احتياطاً لأنا إن نظرنا إلى التلاوة لا يلزمه

التلاوة قوله: **(غير مستقلة)** أقول: خبر بعد خبر قال المصنف: **(فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه)** أقول: يعني دخل معه في تلك الركعة أما لو دخل في الثانية كان عليه أن يسجدها بعد الفراغ، وقوله **(لأنه صار مدركاً لها بإدراك الركعة)** يفيده، والنيابة وإن كانت لا تجري في الأفعال إلا أنها أثر القراءة فألحقت بها قوله: **(لأنه لو لم يسمعها بأن أخفاها الإمام سجدها معه فهنا أولى)** أقول: فيه بحث، فإنه إن أريد أنه لو لم يسمعها في هذه الصورة ففيه مصادرة وإن أريد لو لم يسمعها حال الاقتداء فالأولوية ممنوعة فتأمل.

(وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة) لأنها صلاتية ولها مزية الصلاة، فلا تتأدى

الاحتياط مع هذا الاختلاف أن لا يسجد في الصلاة إذ النظر إلى كون السبب التلاوة يمنعها فيها، وإلى كونه السماع يوجبها فيها، والواجب صون الصلاة عن الزوائد إلا ما لا شك في شرعيته فيها فالاحتياط أن لا يسجد في الصلاة قوله: **(وكل سجدة وجبت في الصلاة)** أي بتلاوة الصلاة على من في تلك الصلاة قوله: **(ولها مزية)** أي للصلوية مزية لتأديها في حرمة الصلاة، فوجوب تأديها في إحرام الصلاة هو المستلزم لتأدية ما وجب كاملاً ناقصاً، وهو علة عدم قضائها خارجها بالتحقيق لا مجرد تسميتها صلوية، ومقتضى هذا جواز تأخيرها من ركعة إلى ركعة بعد أن لا يخلي الصلاة عنها، وقد يستأنس له بما قدمناه في سجود السهو من أنه لو تذكر سجدة التلاوة في ركن فسجد لها لا يعيده، وما تقدم من أنه لو أخرها بعد التذكر إلى آخر الصلاة أجزأه لأن الصلاة واحدة لا يستلزم جواز التأخير، بل المراد أجزأته السجدة آخر الصلاة، لكن صرح في البدائع بأنها واجبة على الفور في فصل بيان وقت أدائها، وأنه إذا أخرها حتى طالت التلاوة تصير قضاء ويأثم لأن هذه السجدة صارت من أفعال الصلاة ملحقة بنفس التلاوة فلذا فعلت فيها مع أنها ليست من أصل الصلاة بل زائدة، بخلاف غير الصلوية فإنها واجبة على التراخي على ما هو المختار، وقيل بل على الفور أيضاً. فإن قيل: كيف يتحقق عدم السجود وسجدة التلاوة وتتأدى في ضمن سجدة الصلاة نوى أو لم ينو كما ذكره في فتاوى قاضيخان وكذا تتأدى في ضمن الركوع قلنا: مراده إذا سجد للصلاة بعد الركوع على الفور وما نحن فيه إذا لم يسجد على الفور حتى لو قرأ ثلاث آيات وركع أو سجد صلبية ينوي بها التلاوة لم تجز لأن السجدة صارت ديناً عليه لفوات وقتها فلا تتأدى في ضمن الغير، ويعرف ذلك من سوق عبارته. قال: رجل قرأ آية سجدة في الصلاة، فإن كانت السجدة في آخر السورة أو قريباً من آخرها بعدها آية أو آيتان إلى آخرها فهو بالخيار إن شاء ركع بها ينوي التلاوة وإن شاء سجد ثم يعود إلى القيام فيختم السورة، وإن وصل بها سورة أخرى كان أفضل، فإن لم يسجد للتلاوة على الفور حتى ختم السورة ثم ركع وسجد لصلاته تسقط عنه سجدة التلاوة، لأن بهذا القدر من القراءة لا ينقطع الفور، ولو ركع لصلاته على الفور وسجد تسقط عنه سجدة التلاوة نوى في السجدة السجدة للتلاوة أو لم ينو، ولذا إذا قرأ بعدها آيتين أجمعوا أن سجدة التلاوة تتأدى بسجدة الصلاة وإن لم ينو، واختلفوا في الركوع، قال شيخ الإسلام والمعروف بخواهر زاده: لا بد للركوع من النية حتى ينوب عن سجدة التلاوة نص عليه محمد، وإن قرأ بعد السجدة ثلاث آيات وركع لسجدة التلاوة قال شيخ الإسلام: يقطع الفور ولا ينوب الركوع عن السجدة، وقال الحلواني: لا ينقطع ما لم يقرأ أكثر من ثلاث آيات اهـ. فظهر أن ذلك مقيد بأن يسجد للصلاة بعد الركوع على الفور، وقد صرحوا بأنه إذا لم يسجد ولم يركع حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجدة لم يجز، وكذا إذا نواها في السجدة الصلبية لأنها صارت ديناً عليه، والدين يقضي بما له لا بما عليه، والركوع والسجود عليه كذا في البدائع في فصل كيفية وجوبها، وسيظهر أن قول الحلواني هو الرواية إن شاء الله تعالى. هذا وما ذكر من الإجماع على عدم الاحتياج إلى النية في سجدة الصلاة حالة الفور في البدائع ما يفيد خلافه من ثبوت الخلاف، قال: ثم إذا ركع قبل أن تطول القراءة هل تشترط النية لقيام الركوع مقام سجدة التلاوة؟ فقياس ما ذكرنا من النكتة أن لا يحتاج لأن الحاجة إلى تحصيل التعظيم في هذه الحالة، وقد وجد نوى أو لم ينو

السجدة، وإن نظرنا إلى السماع تلزمه خارج الصلاة فأمرنا بها خارجها احتياطاً. وقوله: **(وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة)** ضابط كليّ ينسحب على الفروع الداخلة تحته، ودليله ما ذكره بقوله لأنها صلاتية، ومعنى الصلاتية أن تكون الموجبة لها من أفعال الصلاة ولها مزية الصلاة فكان وجوبها كاملاً وما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً: وفيه بحث من أوجه: الأول ما قيل هذا الكلي منقوض بما إذا سمعوا وهم في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة فإنها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم. والثاني ما قيل إن قوله فلم يسجدوها فيها غير متصور لأنها تؤدي

. . . .

كالمعتكف في رمضان إذا لم ينو بصيامه عن الاعتكاف، والذي دخل المسجد إذا اشتغل بالفرض غير ناو أن يقوم مقام تحية المسجد، ومن مشايخنا من قال: يحتاج إلى النية ويدعي أن محمداً أشار إليه، فإنه قال: إذا تذكر سجدة تلاوة في الركوع يخر ساجداً فيسجد كما تذكر ثم يقوم فيعود إلى الركوع، ولم يفصل بين أن يكون الركوع الذي تذكر فيه عقيب التلاوة بلا فصل أو به، فلو كان الركوع مما ينوب عن السجدة من غير نية لكان لا يأمره بأن يسجد للتلاوة بل قام نفس الركوع مقام التلاوة، ثم اشتغل رحمه الله بدفع دلالة المروي عن محمد بما لا يقوي، ثم طالبه بالفرق بين هذا وصوم المعتكف في رمضان والصلاة، وذكر جواب القائل عنه بأن الواجب الأصلي هنا هو السجود، إلا أن الركوع أقيم مقامه من حيث المعنى وبينهما من حيث الصورة فرق، فلموافقة المعنى تتأدى السجدة بالركوع إذا نوى، ولمخالفة الصورة لا تتأدى إذا لم ينو، بخلاف صوم الشهر فإن بينه وبين صوم الاعتكاف موافقة من جميع الوجوه، وكذا في الصلاة ثم قال: لكن هذا غير سديد لأن المخالفة من حيث الصورة إن كان بها عبرة فلا يتأدى الواجب به وإن نوى، فإن من نوى إقامة غير ما وجب عليه مقام ما وجب لا يقوم إذا كان بينهما تفاوت، وإن لم يكن بها عبرة فلا حاجة له إلى النية كما في الصوم والصلاة، وعذر الصوم ليس بمستقيم لأن بين الصومين مخالفة من حيث سبب الوجوب فكانا جنسين مختلفين، ولهذا قال هذا القائل إنه لو لم ينو بالركوع أن يكون قائماً مقام سجدة التلاوة ولم يقم يحتاج في السجدة الصلبية إلى أن ينوي أيضاً لأن بينهما مخالفة لاختلاف سببي وجوبهما انتهى. فهذا يصرح بوجوب النية في إيقاع السجدة الصلبية عن التلاوة فيما إذا لم تطل القراءة على ما هو أصل الصورة كما نقلناه في صدر هذا المنقول فلم يصح ما تقدم من نقل الإجماع على عدم اشتراطها، وإنما أوردنا تمام عبارته لإفادة ما تضمنته من الفوائد، ثم قال: هذا كله إذا ركع وسجد على الفور، فإن لم يفعل حتى طالت القراءة ثم ركع ينويها أو لم ينوها في الركوع ونواها في السجود لم تجزه، لأنها صارت ديناً في ذمته لفواتها عن محلها لأنها لوجوبها بما هو من أفعال الصلاة التحقت بأفعال الصلاة شرعاً بدليل وجوب أدائها في الصلاة من غير نقص فيها، وتحصيل ما ليس من الصلاة فيها إن لم يوجب فسادها يوجب نقصانها، وكذا لا تؤدي بعد الفراغ، لأنها صارت جزءاً من الصلاة فلا تؤدي إلا بتحريمة الصلاة كسائر أفعالها، ومبنى الأفعال أن يؤدي كل فعل في محله المخصوص، فكذا هذه فإذا لم تؤد في محلها حتى فات صارت ديناً والدين يقضي بماله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الذين، بخلاف ما إذا لم تصر ديناً لأن الحاجة هناك إلى التعظيم عند تلك التلاوة وقد وجد في ضمنهما فكفى، كداخل المسجد إذا صلى الفرض كفى عن تحية المسجد لحصول تعظيم المسجد، غير أن الركوع لم يعرف قربة في الشرع منفرداً عن الصلاة فلذا تتأدى به السجدة إذا تلا في الصلاة لا خارجها. فإن قلت: قد قالوا إن تأديها في ضمن الركوع هو القياس والاستحسان عدمه، والقياس هنا مقدم على الاستحسان فاستفتي بكشف هذا المقام، فالجواب أن مرادهم من الاستحسان ما خفي من المعاني التي يناط بها الحكم ومن القياس ما كان ظاهراً متبادراً فظهر من هذا أن الاستحسان لا يقابل القياس المحدود في الأصول بل هو أعم منه، قد يكون الاستحسان بالنص وقد يكون بالضرورة وقد يكون بالقياس إذا كان لقياس آخر متبادر وذلك خفي وهو القياس الصحيح، فيسمى الخفي استحساناً بالنسبة إلى ذلك المتبادر فثبت به أن مسمى الاستحسان في بعض الصور هو القياس الصحيح ويسمى مقابله قياساً باعتبار الشبه وبسبب كون القياس المقابل ما ظهر بالنسبة إلى الاستحسان ظن محمد ابن سلمة أن الصلبية هي التي تقوم مقام سجدة التلاوة لا الركوع، وكان القياس على قوله أن تقوم الصلبية، وفي الاستحسان لا تقوم بل الركوع لأن سقوط السجدة بالسجدة أمر ظاهر فكان هو القياس، وفي الاستحسان لا

بسجدة الصلاة وإن لم تنو. والثالث ما قيل تاء التأنيث تحذف في النسب فالصواب صلوية. وأجيب عن الأول بأن تقديره

. . . .

يجوز لأن هذه السجدة قائمة مقام نفسها فلا تقوم مقام غيرها، كصوم يوم من رمضان لا يقوم عن نفسه عن قضاء يوم آخر، فصح أن القياس وهو الأمر الظاهر هنا مقدم على الاستحسان، بخلاف قيام الركوع مقامها وأن القياس يأبى الجواز لأنه الظاهر، وفي الاستحسان يجوز وهو الخفي فكان حينئذ من تقديم الاستحسان لا القياس، لكن عامة المشايخ على أن الركوع هو القائم مقامها، كذا ذكره محمد رحمه الله في الكتاب، فإنه قال: قلت فإن أراد أن يركع بالسجدة نفسها هل يجزئه ذلك؟ قال: أما في القياس فالركوع في ذلك والسجدة سواء، لأن كل ذلك صلاة، وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد، وبالقياس تأخذ وهذا لفظ محمد. وجه القياس على ما ذكره محمد أن معنى التعظيم فيهما واحد. فكانا في حصول التعظيم بهما جنساً واحداً، والحاجة إلى تعظيم الله إما اقتداء بمن عظم، وإما مخالفة لمن استكبر، فكان الظاهر هو الجواز، وجه الاستحسان أن الواجب هو التعظيم بجهة مخصوصة وهي السجود بدليل أنه لو لم يركع على الفور حتى طالت القراءة ثم نوى بالركوع أن يقع عن السجدة لا يجوز، ثم أخذوا بالقياس لقوة دليله وذلك لما روي عن ابن مسعود وابن عمر أنهما كانا أجازا أن يركع عن السجود في الصلاة، ولم يرو عن غيرهما خلافه فلذا قدم القياس، فإنه لا ترجيح للخفي لخفائه ولا للظاهر لظهوره، بل يرجع في الترجيح إلى ما اقترن بهما من المعاني، فمتى قوي الخفي أخذوا به، أو الظاهرة أخذوا به، غير أن استقراءهم أوجب قلة قوة الظاهر المتبادر بالنسبة إلى الخفي المعارض له. فلذا حصروا مواضع تقديم القياس على الاستحسان في بضعة عشر موضعاً تعرف في الأصول هذا أحدها ولا حصر لمقابله، ثم النص عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن السجود بها أفضل هكذا مطلقاً في البدائع، وجهه أنه إذا سجد ثم قام وركع حصل قربتين، بخلاف ما إذا ركع، ولأنه بالسجود مؤد للواجب بصورته ومعناه، وأما بالركوع فبمعناه ولا شك أن الأول أفضل وهو خلاف ما في بعض المواضع من أنها إذا كانت آخر السورة فالأفضل أن يركع بها، ثم إذا سجد لها وقام فركع كما رفع رأسه دون قراءة كره له ذلك سواء كانت الآية في وسط السورة أو ختمها أو بقي إلى الختم آيتان أو ثلاث لأنه يصير بانياً الركوع على السجود فينبغي أن يقرأ ثم يركع، فإن كانت في وسط السورة فينبغي أن يختمها إذا رفع ثم يركع، وإن كان ختمها ينبغي أن يقرأ آية من سورة أخرى ثم يركع وإن كان بقي منها آيتان أو ثلاثة كسورة بني إسرائيل والانشقاق كان له أن يركع بها في الآيتين بلا خلاف نعلمه، وفي الثلاث اختلفوا: قيل لا يجزى الركوع بها لانقطاع الفور بالثلاث، وقيل لا ينقطع بالثلاث وهو الأحق، وفي البدائع الأوجه أن يفوض إلى رأي المجتهد أو يعتبر ما يعد طويلاً على أن جعل ثلاث آيات قاطعة للفور خلاف الرواية، فإن محمداً ذكر في كتاب الصلاة: قلت أرأيت الرجل يقرأ السجدة وهو في الصلاة والسجدة في آخر السورة، إلا آيات بقيت من السورة بعد آية السجدة، قال: هو بالخيار إن شاء ركع بها وإن شاء سجد بها. قلت: فإن أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع بها؟ قال: نعم، قلت: فإن أراد أن يسجد بها عند الفراغ من السجدة ثم يقوم فيتلو ما بعدها من السورة وهو آيتان أو ثلاث ثم يركع، قال نعم: إن شاء وإن شاء وصل بها سورة أخرى، وهذا نص على أن الثلاث ليست قاطعة للفور ولا مدخلة للسجدة في حيز القضاء، ثم لو سجد بها ينبغي أن يقرأ باقي السورة ثم يركع، ثم علل في البدائع أفضلية وصل السورة بما يقتضي قصره على ما إذا كان الباقي آيتين وهو قوله لأن الباقي من خاتمة السورة دون ثلاث آيات فكان الأولى أن يقرأ ثلاث آيات كي لا يصير بانياً للركوع على السجود، وهو خلاف ما جعله حكماً لهذا التعليل حيث قال: وإن كان بقي إلى الختم قدر آيتين أو ثلاث قوله: (**أجزأته السجدة عن التلاوتين**) يعني إذا لم يتبدل مجلس التلاوة مع مجلس الصلاة، فإن تبدل فلكل

وكل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة، وفيه نظر لأن قوله وجبت في الصلاة إما أن يكون صفة موضحة وما ثمة ما يميزه عنها لأن كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة، أو صفة كاشفة وعاد السؤال أو غيرهما من التأكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه،

بالناقص (ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلاة فأعادها وسجد أجزأته السجدة عن التلاوتين) لأن الثانية أقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الأولى. وفي النوادر يسجد أخرى بعد الفراغ لأن للأولى قوة السبق فاستويا. قلنا:

سجدة، فإن قيل: هذه المسئلة إما مندرجة في المسئلة التي بعدها وهي أن تكرير تلاوة سجدة في مجلس واحد يوجب سجدة واحدة أولاً، فإن كان نظراً إلى اتحاد المجلس فينبغي له إذا سجد للأولى ثم دخل في الصلاة فتلاها لا يجب عليه السجود لأن الحكم في الآتية أنه إذا كررها في مجلس كفته سجدة سواء قدمها أو وسطها أو أخرها عن التلاوات، وإن لم يكن بناء على اختلاف المجلس بالصلاة كما بالأكل ونحوه فينبغي أن لا يكفيه إلا سجدتان. وجوابه أن موضوعها من جزئيات موضوعها لعدم اعتبارهم اختلاف المجلس بالصلاة لأن الشروع فيها عمل قليل، لكن خص موضوعها من حكم ذلك العام. ففصل فيها بين أن يسجد للأولى فلا يغني عن السجود للصلوية أو للصلوية فيغني عن الأولى، أولاً يسجد لواحدة منهما فيسقطان. والحاصل أنه يجب التداخل في هذه على وجه تكون الثانية مستتبعة للأولى إن لم يسجد للأولى لأن اتحاد المجلس يوجب التداخل، وكون الثانية قوية بسبب قوة السبب الذي هو التلاوة الفريضة وتفاوت المسببات بحسب تفاوت الأسباب مع من جعل الأولى مستتبعة، إذ استتباع الضعيف القوي عكس المعقول ونقض الأصول فوجب التداخل على الوجه المذكور، وإذا لم يسجد للصلوية وقد صارت تلاوة الأولى مندرجة فيها سقطتا لما تقدم من أن كل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجد فيها امتنع قضاؤها قوله: **(ومن كرر تلاوة سجدة الخ)** اندرج بعض شرحها فيما ذكرنا قبلها، والمحتاج إليه هنا بيان أن الأليق في العبادات عند ثبوت التداخل كونه في السبب وبيان وجه ثبوته، والباقي ظاهر من الكتاب، أما الثاني فبالنص، وهو أنه ﷺ كان يسمع من جبريل آية السجدة ويقرؤها على أصحابه ولا يسجد إلا مرة واحدة[1] مع أنه ﷺ كان يكرر

فالصواب أن يقال تقديره: وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلاة: أي ثبتت، وعن الثاني بأن سجدة التلاوة إنما تتأدى بسجدة الصلاة إذا قرأ آية السجدة فسجد، وأما إذا لم يسجد على الفور حتى قرأ مقدار ثلاث آيات وركع أو سجد للصلاة ينوي بها سجدة التلاوة لم يجز لأنها صارت ديناً عليه بفوات وقتها فلا تتأدى في ضمن الغير. ورد بأن وقتها موسع، فمتى سجد كان أداء لا قضاء. وأجيب بأن ذلك عند محمد، وفي رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي رواية عن أبي حنيفة أن وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز أن يكون المصنف اختار ذلك، وعن الثالث بأنه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر، قال: **(ومن تلا سجدة فلم يسجدها)** هذا لبيان التداخل في سجدة التلاوة أي ومن تلا آية سجدة خارج الصلاة **(فلم يسجدها حتى دخل في الصلاة فأعادها)** أي تلاوة تلك الآية ولم يتبدل مجلس الصلاة عن مجلس التلاوة **(وسجد)** في الصلاة **(أجزأته السجدة)** التي سجدها **(عن التلاوتين لأن الثانية لكونها صلاتية أقوى فاستتبعت الأولى وفي النوادر يسجد)** سجدة **(أخرى بعد الفراغ)** من الصلاة لأن الصلاتية إن كانت أقوى فللأولى أيضاً قوة السبق فاستويا فلا تكون إحدهما أولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية أن للثانية بعد التساوي قوة أخرى وهو الاتصال بالمقصود: أي اتصال التلاوة بما هو المقصود: أي الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت. وعورض بأن إلحاق الأولى بالثانية خلاف موضوع التداخل لأن السابق قد مضى واضمحل فكيف يكون ملحقاً باللاحق. وأجيب بأن السابق قد يكون تبعاً إذا كان اللاحق أقوى كالسنة قبل الفريضة، وقوله: **(وإن تلاها)** يعني خارج الصلاة **(فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها)** أي تلك الآية وجب عليه **(أن يسجد لها لأن الثانية هي المستتبعة)** لما قلنا إنها لكونها صلاتية أقوى (و) إذا كانت مستتبعة **(لا وجه لإلحاقها)** أي السجدة المفعولة

قوله: **(فإنها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم)** أقول: لا نسلم ذلك فإن المراد وجوب الأداء، ولا يجب أداؤها فيها على ما اعترف به قوله: **(وأجيب عن الأول بأن تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة)** أقول: إذا كان التالي مصلياً والسامع ليس كذلك صدق على السجدة الواجبة على السامع أنها صلاتية على تفسيره مع عدم وجوبها على السامع في الصلاة قوله: **(والصواب أن**

---

(١) لم أره. وقد بيض له الحافظ ابن قطلوبغا في تخريج الاختيار ص ٧٥ اهـ.

للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها **(وإن تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها)** لأن الثانية هي المستتبعة ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى لأنه يؤدي إلى سبق الحكم على السبب **(ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة، فإن قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية، وإن لم يكن سجد للأولى فعليه السجدتان)** فالأصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعاً للحرج وهو تداخل في السبب دون

حديثه ثلاثاً ليعقل عنه، فكيف بالقرآن وبدلالة الإجماع على أن السميع إذا قرأها لا تجب إلا سجدة واحدة وقد تحقق في حقه التلاوة والسماع وكل سبب على حدته حتى يجب بالسماع وحده بالتلاوة وحدها إذا كان التالي أصم، والمعقول وهو أن تكرار القراءة محتاج إليه للحفظ والتعليم والاعتبار، فلو تكرر الوجوب لحرج الناس زيادة حرج، فإن أكثر الناس لا يحفظ من عشر مرات بل أكثر فيلزم الحرج من جهة إلزام الحكم كذلك، وفي حفظ القرآن فإنه كان يتعذر أو يتعسر جداً، وهو مدفوع بالنص فوجب القول بالتداخل، ولما كان مثير ذلك النص والإجماع هو الحرج اللازم بتقدير إيجاب التكرار اقتصر المصنف على التمسك به. وأما الأول فاعلم أن الأصل في التداخل كونه في الحكم لأنه أمر حكمي ثبت، بخلاف القياس إذ الأصل أن لكل سبب حكماً فيليق بالأحكام لا بالأسباب لثبوت الأسباب حساً بخلاف الأحكام، واعتبار الثابت حساً غير ثابت أبعد من اعتباره كذلك في غر المحسوس، لكنا لو قلنا به في الحكم في العبادات لبطل التداخل، لأنه بالنظر إلى الأسباب يتعدد، وبالنظر إلى الحكم يتحد فيتعدد، لأنه إذا دارت بين الثبوت والسقوط ثبتت لأن مبناها على التكثير لأنا خلقنا لها، بخلاف العقوبات لأن مبناها على الدرء والعفو حتى إذا دارت كذلك سقطت، ولأن المتحقق تأثير المجلس في جميع الأسباب لا الأحكام على ما في

(بالأولى) أي التلاوة الأولى لأنها إن ألحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية **(وذلك يؤدي إلى سبق الحكم قبل السبب)** فتبين أن التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية وإياك أن ترد ضمير إلحاقها إلى التلاوة الثانية كما فعله بعض الشارحين. واعترض على المصنف بأنه فاسد فتأمل، وفيه بحث وهو أن الصلاتية إنما ترجحت في المسئلة الأولى باتصال المقصود، وههنا مع الأولى السبق والاتصال بالمقصود، ومع الثانية كونها صلاتية فقط فأنى تستتبعها. ويمكن أن يجاب عنه بأن المصير إلى الاتصال إنما كان على وجه التنزل من المصنف، وإلا فكونها صلاتية أقوى من السبق فلا يساويه السبق، ألا ترى أنه إذا قهقه فيها انتقض الوضوء دون غيرها وبالنظر إلى ذلك يتم الدليل قال: **(ومن كرر تلاوة سجدة واحدة)** ذكر مسئلة وبين التداخل وقال: **(الأصل أن مبنى السجدة على التداخل)** يعني في الاستحسان، والقياس أن يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في مجلس واحد أو لم تكن، لأن السجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر سببه. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله **(دفعاً للحرج)** وذلك أن المسلمين يحتاجون إلى تعليم القرآن وتعلمه، وذلك يحتاج إلى التكرار غالباً. فإلزام التكرار في السجدة يقضي إلى الحرج لا محالة، والحرج مدفوع، وقد صح أن جبريل صلوات الله عليه كان ينزل بآية السجدة على رسول الله ﷺ ويكرر عليه وكان رسول الله ﷺ يسجد لها مرة واحدة تعليماً لجواز التداخل دفعاً للحرج. ثم التداخل إما أن يكون في السبب أوفى الحكم والأليق بالعبادات الأول وبالعقوبات الثاني، وذلك لأن التداخل إذا كان في الحكم دون السبب كانت الأسباب باقية على تعدها فيلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدون العبادة. وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الأسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكمه إذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس. وأما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل في درئها احتياط فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافاً إلى عفو الله وكرمه فإنه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم، وثمرة ذلك تظهر فيما لو تلا آية سجدة في مكان فسجدها ثم تلاها فيه مرات فإنه يكفيه تلك السجدة المفعولة أولاً، إذ لو لم يكن التداخل في السبب لكانت التلاوة التي بعد السجدة سبباً وحكمه قد تقدم وذلك لا يجوز. وقوله: **(وإمكان التداخل)** أي الإمكان الشرعي بيان

يقال تقديره وكل سجدة الخ) أقول: فيه بحث قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن المصير إلى الاتصال إنما كان على وجه التنزل من المصنف، وإلا فكونها صلاتية أقوى من السبق فلا يساويه السبق الخ)** أقول: وفيه تأمل، فإن الاتصال بالمقصود وكون إلحاق الأولى بالثانية خلاف موضوع التداخل كيف لا يرجحان.

الحكم، وهذا أليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وإمكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعاً، للمتفرقات فإذا

البيع وغيره، وهذا التداخل تقيد بالمجلس، فعلم أنه في السبب، وفائدته تظهر فيما لو زنى فحد ثم زنى يحد ثانياً، ولو تلا فسجد ثم تلا لا يجب السجود ثانياً قوله: **(وهو)** أي دليل الإعراض هو المبطل هناك، ألا ترى أنها لو خيرت قائمة فقعدت لا يخرج الأمر من يدها، فلو كان اختلاف المجلس يحصل بالقيام خرج إذ لا فرق. فعلم أن خروجه في القيام للإعراض لا للقيام، وليس في القعود عن قيام إعراض بل هو أجمع للرأي، ثم تبدل المجلس قد يكون حقيقة باختلاف المكان، إلا في اليسير فإنه لا يختلف بخطوة أو خطوتين، وكل من البيت والمسجد مجلس واحد، فلو انتقل من مكان إلى آخر في البيت أو المسجد لا يتكرر الوجوب، وكذا السفينة وإن كانت سائرة لا يوجب سيرها اختلاف المكان، والمجلس والدابة إذا كان في الصلاة وهو راكب كالسفينة لأن جواز الصلاة شرعاً اعتبار للأمكنة المتعددة مكاناً، بخلاف المشي بالقدم فإنه لا موجب لاعتبار الأمكنة المتعددة فيه مكاناً، إذ لم تجوز صلاة الماشي، ولذا قالوا: لو كان خلفه غلام يمشي وهو في الصلاة راكباً وكررها تكرر الوجوب على الغلام دون الراكب، أما إذا لم يكن في الصلاة وهي سائرة فيتكرر الوجوب، وقيل إذا كان المسجد كبيراً يختلف المسجد، وقد يكون حكماً بأن أكل أكثر من لقمتين في غير مكان التلاوة أو تكلم أكثر من كلمتين أو شرب أو نكح أو نام مضطجعاً أو أرضعت ولداً أو أخذ في بيع أو شراء أو عمل يعرف به أنه قطع لما كان قبل ذلك وإن اتحد المجلس لا إن كان يسيراً. واختلفوا في الصلاة، فعند محمد يوجب الانتقال فيها من ركعة إلى أخرى اختلاف المجلس، وعند أبي يوسف لا. فلو قرأها ركعة ثم كررها في أخرى وجبت أخرى عنده، خلافاً لأبي يوسف، له أن القول بالتداخل يؤدي إلى إخلاء إحدى الركعتين عن القراءة فيفسد. قلنا: ليس من ضرورة الحكم بالاتحاد في حق حكم بطلان العدد في حق حكم آخر فقلنا بالعدد في حكم هو جواز الصلاة وبالاتحاد فيما قلنا. وقد أفاد تعليل محمد أن التكرار فيما إذا كررها في النفل أو الوتر مطلقاً وفي الفرض في الركعة الثانية، أما لو كررها بعد أداء فرض القراءة ينبغي أن تكفيه واحدة لأن المانع من التداخل منتف حينئذ مع وجود المقتضي قوله: **(وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب، وفي المتنقل من غصن إلى غصن كذلك في الأصح وفي الدياسة كذلك)** في النهاية: هذا اللفظ يدل على أن اختلاف المشايخ في الأخيرين لا في التسدية، لكن ذكر الاختلاف فيه أيضاً، قال التمرتاشي: واختلف في تسدية الثوب والدياسة والذي يدور حول الرحى والذي يسبح في الماء والذي تلا في غصن ثم انتقل إلى آخر، والأصح الإيجاب لتبدل المجلس، ولذا يعتبر مختلفاً في الغصنين في الحل والحرم، حتى أن الحلال لو رمى صيداً على

الدليل الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعاً للمتفرقات، ألا ترى إلى شطري العقد يجمعهما المجلس وإن تفرقا بالأقوال، فإذا اختلف عاد الحكم إلى أصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع، فإن قيل: ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات في مجلس واحد كما جمع بين المرات فيه؟ قلنا لعدم الحرج، فإن آيات السجدة محصورة، والغالب عدم تلاوة الجمع في مجلس واحد، بخلاف التكرار للتعليم فإنه ليس بمحصور ويتفق في مجلس واحد، ثم اختلاف المجلس إنما يكون بالذهاب عنه بعيداً. قال محمد: إن كان مشى نحوا من عرض المسجد وطوله فهو قريب، وقيل إن مشى خطوتين أو ثلاثاً فهو قريب، وإن كان أكثر من ذلك فهو بعيد، ولا يختلف بمجرد القيام لأنه مستحسن في الإتيان بالسجد لأن الخرور الوارد في القرآن سقوط من القيام، بخلاف المخيرة فإن خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الإعراض، فإن من حز به أمر وهو قائم يقعد لكون القعود أجمع للرأي، فإن قامت دل على الإعراض، والخيار يبطل بالإعراض صريحاً ودلالة **(وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب)** وكلامه واضح. وقال صاحب النهاية: وهذا اللفظ يعني قوله **(وفي المتنقل من غصن إلى غصن كذلك في الأصح وكذلك في الدياسة)** يدل على أن اختلاف المشايخ في المتنقل من غصن إلى غصن وفي الدياسة لا في تسدية الثوب لأنه

قوله: **(وليس بواضح لجواز أن يكون قوله في الأصح متعلقاً بمسئلتين جميعاً)** أقول: الظاهر أنه بخلاف الظاهر.

اختلف عاد الحكم إلى الأصل، ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لأنه دليل الإعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب، وفي المنتقل من غصن إلى غصن كذلك في الأصح، وكذا في الدياسة للاحتياط **(ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب)** لأن السبب في حقه السماع **(وكذا إذا تبدل مجلس التالي دون السامع)** على ما قيل، والأصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا **(ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه)** اعتباراً بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه **(ولا تشهد عليه**

غصن شجرة أصلها في الحل والغصن في الحرم يجب الجزاء. واعلم أن تكرر الوجوب في التسدية بناء على المعتاد في بلادهم من أنها أن يغرس الـ ''ك خشبات يسوي فيها السدى ذاهباً وجائياً، أما على ما هي بلاد الاسكندرية وغيرها بأن يديره على دائرة عظمى وهو جالس في مكان واحد فلا يتكرر الوجوب قوله: **(ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب)** على السامع اتفاقاً. وكذا إذا تبدل مجلس التالي دون السامع يتكرر الوجوب على السامع أيضاً، والأصح أنه لا يتكرر عليه لما قلنا إن السبب في السماع السماع ولم يتبدل مجلسه فيه، وظاهر الكافي ترجيح أنه يتكرر، قال: الأصل أن التلاوة سبب بالإجماع لأن السجدة تضاف إليها وتتكرر بتكررها، وفي السماع خلاف قيل إنه سبب لما روينا: يعني قوله ﷺ «السجدة على من سمعها»[1] إلى آخره، والصحيح السبب في حق السامع التلاوة، والسماع شرط عمل التلاوة في خقه، ففي المسئلة الأولى يتكرر إجماعاً، أما على قول البعض فلأن السبب السماع ومجلس السماع متعدد، وأما على قول الجمهور فلأن اتحاد المجلس أبطل العدد في حق التالي فلم يظهر ذلك في حق غيره، وفي المسئلة الثانية يتكرر لأن الحكم يضاف إلى السبب لا الشرط، وقيل لا يتكرر لأن السبب في حقه السماع قوله: **(اعتباراً بسجدة الصلاة)** يشير إلى أن التكبيرتين مندوبتان لا واجبتان فلا يرفع يديه فيهما لأنه للتحريم، ولا تحرم وإن اشترط لها ما يشترط للصلاة مما سوى ذلك، ويقول في السجدة ما يقول في سجدة الصلاة على الأصح. واستحب بعضهم أن يقول ﴿**سبحان ربنا إن كان وعد ربنا لمفعولا**﴾ [الإسراء: ١٠٨] ـ لأنه تعالى أخبر عن أوليائه بذلك، قال تعالى ـ ﴿**يخرّون للأذقان سجدا ويقولون سبحان ربنا إن كان وعد ربنا لَمفعولا**﴾ [الإسراء: ١٠٧ ـ ١٠٨] وينبغي أن لا يكون ما صحح على عمومه. فإن كانت السجدة في الصلاة فيقول فيها ما يقال فيها، فإن كانت فريضة قال سبحان ربي الأعلى، أو نفلاً قال ما شاء مما ورد كسجد وجهي للذي خلقه إلى آخره[2]، وقوله اللهم اكتب لي عندك بها أجراً، وضع عني بها وزراً، واجعلها لي عندك فخراً، وتقبلها مني كما

قطعها بالجواب من غير تردد ثم شبه جواب الثاني بذكر الأصح، وليس بواضح لجواز أن يكون قوله في الأصح متعلقاً بالمسئلتين جميعاً، وقوله للاحتياط يجوز أن يكون وجه الأصح في الصور الثلاث المذكورة. ووجهه أنه بالنظر إلى اتحاد العمل واتحاد اسم المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب، وبالنظر إلى اختلاف حقيقة المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط. وقوله: **(إذا تبدل مجلس التالي)** واضح. وقوله: **(على ما قيل)** يعني به قول فخر الاسلام أن مجلس التالي إذا تكرر دون مجلس السامع بتكرر الوجوب على السامع لأن الحكم مضاف إلى سببه، وكأنه اختار أن السبب هو التلاوة **(والأصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا)** يعني أن السبب في حقه السماع وكان مجلسه متحداً وهو قول الاسبيجاني، قيل وعليه الفتوى **(ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتباراً بسجدة الصلاة)** وفي قوله اعتباراً بسجدة الصلاة إشارة إلى أن التكبير فيها سنة كما في المشبه به، وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن قول الشافعي فإن

(١) لا أصل له في المرفوع. ذكره الزيلعي ٢/١٧٨ وقال: غريب. أي مرفوعاً. ثم ذكر أنه ورد عن عثمان وغيره موقوفاً. وكذا ابن حجر في الدراية ١/٢١٠: لم أجده مرفوعاً.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ١٤٠٣ والترمذي ٥٨٠ والنسائي ٢/٢٢٢ والحاكم ١/٢٢٠ كلهم من حديث عائشة «كان رسول الله ﷺ يقول في سجود القرآن بالليل: سجد وجهي للذي خلقه، وشقّ سمعه وبصره بحوله وقوته. هذا لفظ الترمذي قال الترمذي: حسن صحيح، وكذا صححه الحاكم، وأقره الذهبي، وكذا صححه ابن السكن فيما نقله عنه أحمد شاكر في تعليق على الترمذي ٢/ ٤٧٤ وهو كما قالوا إسناده قوي والله تعالى أعلم.

ولا سلام) لأن ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة. قال: **(ويكره أن يقرأ السورة في الصلاة أو غيرها ويدع آية السجدة)** لأنه يشبه الاستنكاف عنها **(ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها)** لأنه مبادرة إليها. قال محمد رحمه الله: أحب إلي أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعاً لوهم التفضيل واستحسنوا إخفاءها شفقة على السامعين.

تقبلتها من عبدك داود[1]»، وإن كان خارج الصلاة قال كل ما أثر من ذلك. وعن أبي حنيفة لا يكبر عند الانحطاط، وعنه يكبر عنده لا في الانتهاء. وقيل يكبر في الابتداء بلا خلاف، وفي الانتهاء على قول محمد نعم، وعلى قول أبي يوسف لا، والظاهر الأول للاعتبار المذكور، ويستحب أن يقوم فيسجد، روي ذلك عن عائشة، ولأن الخرور الذي مدح به أولئك فيه قوله: **(قال)** أي محمد إلى آخره قوله: **(دفعاً لوهم التفضيل)** أي تفضيل آي السجدة على غيرها، والكل من حيث إنه كلام الله تعالى في رتبة وإن كان لبعضها بسبب اشتماله على ذكر صفات الحق جل جلاله زيادة فضيلة باعتبار المذكور لا باعتباره من حيث هو قرآن. وفي الكافي قيل من قرأ آي السجدة كلها في مجلس واحد وسجد لكل منها كفاه الله ما أهمه. وما ذكر في البدائع في كراهة ترك آية من السجدة سورة يقرؤها لأن فيه قطعاً لنظم القرآن وتغييراً لتأليفه، واتباع النظم والتأليف مأمور به قال الله تعالى: **﴿فإذا قرأناه فاتبع قرآنه﴾** [القيامة: ١٨] أي تأليفه، فكان التغيير مكروهاً يقتضي كراهة ذلك. وفية أيضاً لو قرأ آية السجدة من بين السورة لم يضره ذلك، والمستحب أن يقرأ معها آيات ليكون أدل على مراد الآية، وليحصل بحق القراءة لا حق إيجاب السجدة، إذ القراءة للسجود ليست بمستحبة فيقرأ معها آيات ليكون قصده إلى التلاوة لا إلى إيجاب السجود اهـ قوله: **(شفقة على السامعين)** وقيل إن وقع في قلبه عدم الاشفاق عليهم جهر حثاً لهم على الطاعة.

(فروع) إذا تلا على المنبر سجد ويسجدون معه لما روي عنه ﷺ «أنه تلا على المنبر فنزل وسجد الناس معه»[2] وقدمنا أن السنة في أدائها أن يتقدم التالي ويصف السامعون خلفه، وليس هذا اقتداء حقيقة بل صورة، ولذا

صفتها عنده أن يرفع يديه ناوياً ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم، ولم يذكر ماذا يقول في سجوده، فقيل: يقرأ فيها **﴿سبحان ربنا إن كان وعد ربنا لمفعولا﴾** والأصح أن يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة، وإن لم يذكر شيئاً لم يضره لأنها لا تكون أقوى من سجدة الصلاة، ولو لم يذكر فيها شيئاً جاز فكذلك هذه. وقوله: **(ولا تشهد عليه ولا سلام)** نفى لقول بعض أصحاب الشافعي الذين لم يأخذوا بقوله وقالوا إن فيها تشهداً وسلاماً. وقوله: **(لأن ذلك)** أي التشهد والسلام **(للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة)** فإن قيل: لا تسلم أنها معدومة لأنه قال وكبر والتكبير للتحريمة بالنص. أجيب بأنه ليس كل تكبير للتحريمة، ألا ترى تكبير السجود فإنه ليس للتحريمة وهذه السجدة لما شبهت بسجدة الصلاة سن

---

(١) حسن غريب أخرجه الترمذي ٥٧٩ و٣٤٢٤ وابن ماجه ١٠٥٣ وابن حبان ٢٧٦٨ وابن خزيمة ٥٦٢ والحاكم ١/ ٢٢٠ والبغوي ٧٧١ والعقيلي في الضعفاء ١/ ٢٤٣ كلهم من حديث ابن عباس. وله قصة. قال الترمذي: غريب من حديث ابن عباس لا نعرفه إلا من هذا الوجه وقال الحاكم: حديث صحيح رواته مكيون لم يذكر واحد منهم بجرح وهو من شرط الصحيح. وسكت الذهبي!
وأما العقيلي فقال عقب روايته في ترجمة الحسن بن محمد بن عبيد الله بن أبي يزيد: لا يتابع عليه ولا يعرف إلا به. ثم قال عقب الحديث: لهذا الحديث طرق فيها لين. ورجح أحمد شاكر صحته في تعليقه على الترمذي حيث قال: الحسن بن محمد ذكره ابن حبان في الثقات وصححه هو وابن خزيمة حديثه، وقال الخليلي: هذا حديث غريب صحيح. من حديث ابن جريج قصد أحمد بن حنبل محمد بن يزيد بن خنيس وسأله عنه وتفرد به الحسن المكي وهو ثقة. نقل ذلك الحافظ في التقريب اهـ.
ومال الشيخ شعيب الأرناؤوط إلى ضعفه بل صرح بذلك ومعاً نقله عن الذهبي في الميزان قوله: الحسن فيه جهالة ما روى عنه سوى ابن خنيس.
وقال في المغني: غير معروف. وقال في الكاشف: غير حجة واستقر به الترمذي وقال العقيلي: لا يتابع على حديثه اهـ باختصار الخلاصة: مداره على الحسن بن محمد، وهو غير مشهور بل هو شبه مجهول، وقد حسن حديثه هذا الحافظ كما في شرح الأذكار ٢/ ٢٧٦ وقال في التقريب عن الحسن بن محمد: مقبول اهـ فالحديث حسن والمتن فيه غرابة والله أعلم.

(٢) تقدم في ١/ ١١ مستوفياً وإسناده صحيح.

. . . .

يستحب أن لا يسبقوه بالوضع ولا بالرفع، فلو كان حقيقة ائتمام لوجب ذلك، وصرح بأنه لو فسدت سجدة التالي بسبب من الأسباب لا يتعدى إلى الباقين إذا تلا راكباً أو مريضاً لا يقدر على السجود أجزأه الايماء وتقدم بعضه، ولو نزل الراكب فسجد كان أولى بالجواز، فلو نزل فلم يسجد ثم ركب فأومأ لها جاز إلا على قول زفر هو يقول لما نزل وجب أداؤها على الأرض فصار كما لو تلاها على الأرض، قلنا: لو أداها قبل نزوله جاز فكذا بعد ما نزل وركب لأنه يؤديها بالإيماء في الوجهين وقد وجبت بهذه الصفة، ويشترط للسجدة ما يشترط للصلاة سوى التحريمة من النية والاستقبال والستر، ويجزي إلى جهة التحري عند الاشتباه، وإذا تلا في وقت غير مكروه لا يجزيه السجود في مكروه أو في مكروه فلم يسجد حتى جاء وقت آخر مكروه فسجد لها فيه. قيل يجوز وقيل لا يجوز، وقدمناها في فصل الأوقات المكروهة ويفسدها ما يفسد الصلاة من الحدث العمد والكلام والقهقهة وعليه إعادتها. وقيل هذا على قول محمد لأن العبرة عنده لتمام الركن وهو الرفع ولم يحصل بعد. فأما عند أبي يوسف فقد حصل الوضع قبل هذه العوارض وبه يتم، فينبغي أن لا تفسد وهو حسن، ولا وضوء عليه بالقهقهة اتفاقاً لما قدمناه في الطهارة.

فيها التكبير للمشابهة. وقوله: (لأنه يشبه الاستنكاف) يعني أن الاستنكاف حرام لأنه كفر فيكون ما يشبهه مكروهاً. وقوله: (شفقة على السامعين) قال في المحيط: إن كان التالي وحده يقرأ كيف شاء من جهر وإخفاء، وإن كان معه جماعة. قال مشايخنا: إن كان القوم متأهبين للسجود ويقع في قلبه أنه لا يشق عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأها جهراً حتى يسجد القوم معه، لأن في هذا حثاً لهم على الطاعة، وإن كانوا محدثين أو وقع في قلبه أنه يشق عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأها في نفسه ولا يجهر تحرزاً عن تأثيم المسلم وذلك مندوب إليه، والله أعلم.

باب صلاة المسافر

السفر الذي يتغير به الأحكام أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها سير الإبل ومشي الأقدام لقوله عليه

باب صلاة المسافر

السفر عارض مكتسب كالتلاوة إلى أن التلاوة عارض هو عبادة في نفسه إلا بعارض، بخلاف السفر فلذا أخر هذا الباب عن ذاك والسفر لغة قطع المسافة وليس كل قطع يتغير به الأحكام من جواز الإفطار وقصر الرباعية ومسح ثلاثة أيام ولياليها على الخف فبين ذلك السفر الذي يتعلق به تغير هذه الأحكام وأخذ فيه مع المقدار الذي ذكره القصد فأفاد أنه لو طاف الدنيا من غير قصد إلى قطع مسيرة ثلاثة أيام لا يترخص وعلى هذا قالوا أمير خرج مع جيشه في طلب العدو ولم يعلم أين يدركهم فإنهم يصلون صلاة الإقامة في الذهاب وإن طالت المدة وكذا المكث في ذلك الموضع أما في الرجوع فإن كان مدة سفر قصروا ولو أسلم حربي فعلم به أهل داره فهرب منهم يريد ثلاثة أيام لم يصر مسافراً وإن لم يعلموا به أو علموا ولم يخشهم على نفسه فهو على إقامته وعلى اعتبار القصد تفرع في صبي ونصراني خرجا قاصدين مسيرة ثلاثة أيام ففي أثنائها بلغ الصبي وأسلم الكافر يقصر الذي أسلم فيما بقي ويتم الذي بلغ لعدم صحة القصد والنية من الصبي حين أنشأ السفر بخلاف النصراني، والباقي بعد صحة النية أقل من ثلاثة أيام قوله: (عم) أي الرسول ﷺ بالرخصة وهي مسح ثلاثة أيام الجنس: أي جنس المسافرين لأن اللام في المسافر للاستغراق لعدم المعهود المعين، ومن ضرورة عموم الرخصة الجنس حتى أنه يتمكن كل مسافر من مسح ثلاثة أيام عموم التقدير بثلاثة أيام لكل مسافر، فالحاصل أن كل مسافر يمسح ثلاثة أيام، فلو كان السفر الشرعي أقل من ذلك لثبت مسافر لا يمكنه مسح ثلاثة أيام وقد كان كل مسافر يمكنه ذلك، ولأن الرخصة كانت منتفية بيقين فلا تثبت إلا بتيقن ما هو سفر في الشرع وهو فيما عيناه إذ لم يقل أحد بأكثر منه، لكن قد يقال المراد يمسح المسافر ثلاثة أيام إذا كان سفره يستوعبها فصاعداً. لا يقال: إنه احتمال يخالفه الظاهر فلا يصار عليه، لأنا نقول: قد صاروا إليه على ما ذكروا من أن المسافر إذا بكر في اليوم الأول ومشى إلى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة فنزل بها للاستراحة وبات فيها ثم بكر في اليوم الثاني ومشى إلى ما بعد الزوال ونزل ثم بكر في الثالث ومشى إلى الزوال فبلغ المقصد، قال السرخسي: الصحيح أنه يصير مسافراً عند النية، وعلى هذا خرج الحديث إلى غير الاحتمال المذكور، وإن قالوا بقية كل يوم ملحقة بالمنقضي منه للعلم بأنه لا بد من تخلل الاستراحات لتعذر مواصلة السير لا يخرج بذلك من أن مسافراً مسح أقل من ثلاثة أيام، فإن عصر اليوم الثالث في هذه الصورة لا يمسح فيه فليس تمام اليوم الثالث ملحقاً بأوله شرعاً حيث لم تثبت فيه رخصة السفر ولا هو سفر حقيقة، فظهر أنه إنما يمسح ثلاثة أيام

باب صلاة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب أن يذكر مع سجدة التلاوة، لأن التلاوة أيضاً كذلك، ويؤخر عنها لأنها عبادة دونه. والسفر في اللغة: قطع المسافة وليس بمراد هنا، بل المراد قطع خاص وهو أن يتغير به الأحكام فقيده بذلك. وذكر القصد وهو الإرادة الحادثة المقارنة لما عزم لأنه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة أيام لا يصير مسافراً، ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك، وكان المعتبر في حق تغيير الأحكام اجتماعهما فإن قيل: الإقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضده لم يكن كذلك. أجيب بأن السفر فعل، ومجرد القصد لا يكفي فيه، والإقامة ترك وهو يحصل بمجردها، وسيجيء نظيره في باب الزكاة في العبد للخدمة ينوي أن يكون للتجارة وعكسه إن شاء الله تعالى. والأحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلاة وإباحة الفطر وامتداد مدة المسح إلى ثلاثة أيام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والأضحية

باب صلاة المسافر

قوله: **(ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك الخ)** أقول: كيف يتصور ذلك وقد قال المقارنة لما عزم إلا أن يحمل على التجوز قوله:

الصلاة والسلام «يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها»[1] عم الرخصة الجنس. ومن ضرورته

شرعاً إذا كان سفره ثلاثة. وهو عين الاحتمال المذكور من أن بعض المسافرين لا يمسحها وآل إلى قول أبي يوسف، ولا مخلص إلا بمنع صحة هذا القول واختيار مقابله وإن صححه شمس الأئمة، وعلى هذا نقول: لا يقصر هذا المسافر، وأنا لا أقول باختيار مقابله بل إنه لا مخلص من الذي أوردناه إلا به، وأورد أن لزوم ثلاثة أيام في السفر هو على تقديرها ظرفاً ليمسح، ولم لا يجوز كونها ظرفاً لمسافر، والمعنى المسافر ثلاثة أيام يمسح، وإنه لا ينفي تحقق مسافر في أقل من ثلاثة فيقصر مسافر أقل من ثلاثة لأن مناط رخصة القصر السفر، ولم يتحقق بعد نقل فيه ولا إجراء حكم الرخصة، ويدل على القصر لمسافر أقل من ثلاثة حديث ابن عباس عنه ﷺ قال: «يا أهل مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من مكة إلى عسفان»[2]، فإنه يفيد القصر في الأربعة برد، وهي تقطع في أقل من ثلاثة أيام، وأجيب بضعف الحديث لضعف راويه عبد الوهاب بن مجاهد فبقي قصر الأقل بلا دليل. ولو سلم فهو استدلال بالمفهوم أيضاً لأن القصر في أربعة برد أو أكثر إذا كان قطعها في أقل من ثلاثة إنما ثبت بمفهوم لا تقصروا في أقل من أربعة برد، فإن قيل: لازم جعله ظرفاً لمسافر كما هو جواز مسح الأقل كذلك هو يقتضي جواز مسح المسافر دائماً ما دام مسافراً، فإن تم ما ذكر جواباً عن ذلك اللازم بقي هذا محتاجاً إلى الجواب. فالجواب أن بقية الحديث لما كان أن المقيم يمسح يوماً وليلة بطل كونها ظرفاً للمسافر وإلا لزم اتحاد حكم السفر والإقامة في بعض الصور وهي صورة مسافر يوم وليلة، لأنه إنما يمسح يوماً وليلة، وهو معلوم البطلان للعلم بفرق الشرع بين المسافر والمقيم، ويؤيد كونه ظرفاً ليمسح أن السوق ليس إلا لبيان كمية مسح المسافر لا لإطلاقه. وعلى تقدير كون الظرف

وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فإن قيل: فكما أن القصد لا بد منه للتغيير فكذلك مجاوزة بيوت المصر ولم يذكره، أجيب بأنه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكرتم من شروط تغييره وستذكره. وقوله: (سير الإبل) بالنصب بدل من قوله مسيرة ثلاثة أيام، وقوله: (عم الرخصة الجنس) ومن ضرورته عموم التقدير معناه أن الألف واللام في قوله والمسافر للجنس لعدم معهود فتكون الرخصة وهو المسح عاماً بالنسبة إلى ما من هو من هذا الجنس، وذلك يستلزم أن يكون التقدير ثلاثة أيام أيضاً عاماً بالنسبة إلى ذلك وإلا لكان نقيضه صادقاً وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة أيام ولياليها، ويلزم الكذب المحال على الشارع إن كانت الجملة خبرية معنى أيضاً، أو عدم الامتثال لأمره إن كانت طلبية معنى وذلك لا يجوز. واعترض بوجهين أحدهما أن هذا إنما يلزم أن لو كان ثلاثة أيام ظرفاً ليمسح ولم لا يجوز أن يكون ظرفاً لقوله والمسافر حتى يكون معناه والمسافر ثلاثة أيام ولياليها يمسح، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه، فيجوز أن يكون المسافر يوماً وليلة أو أقل يمسح بدليل آخر، وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «يا أهل مكة لا تقصروا في أقل من أربعة برد من مكة إلى عسفان» والثاني أنه متروك الظاهر لأن ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام ولياليها، وذلك ليس

(وقوله سير الإبل بالنصب بدل من قوله مسير ثلاثة أيام) أقول: وفيه بحث: والظاهر أنه نصب على نزع الخافض قوله: (فتكون الرخصة وهو المسح عاماً بالنسبة إلى من هو من هذا الجنس، وذلك يستلزم أن يكون التقدير الخ) أقول: لو قال وهو المسح ثلاثة أيام لاستغنى عن قوله وذلك يستلزم الخ كما لا يخفى قوله: (أو الامتثال لأمره إن كانت طلبية وذلك لا يجوز) أقول: فيه بحث، فإن الطلب ليس بإيجابي حتى يلزم الامتثال، ألا ترى إلى قول المصنف فيما سبق من رآه ثم لم يمسح أخذاً بالعزيمة كان مأجوراً، ويجوز أن يجاب بأن المراد الامتثال باعتقاد حقيته فليتأمل، ويمكن إيراد البحث من وجه آخر بأن يقال، ما من عام إلا وقد خص منه البعض فلا يلزم حينئذ

---

(١) تقدم في الطهارة باب المسح على الخفين.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٣٨٧ والبيهقي ٣/ ١٣٧ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ١٥٧ كلهم عن عبد الوهاب ابن مجاهد عن ابن عباس مرفوعاً.

قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٤٦: إسناده ضعيف، وابن مجاهد متروك رواه عنه ابن عياش وروايته عن الحجاريين ضعيفة والصحيح كونه عن ابن عباس موقوفاً رواه مالك بلاغاً ورواه الشافعي بسنده عن ابن عباس بإسناد صحيح اهـ.

قلت: هو في مسند الشافعي ١/ ١٨٣ . ١٨٤ . ١٨٥ مسنداً ورجاله ثقات كلهم وفي الموطأ ١/ ١٤٨ ح ١٥ بلاغاً. فالصواب في هذا الحديث الوقف.

عموم التقدير وقدر أبو يوسف رحمه الله بيومين وأكثر اليوم والثالث. والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة

لمسافر يكون يمسح مطلقاً ليس بمقصود قوله: **(والسير المذكور الخ)** إشارة إلى سير الإبل ومشي الأقدام، فيدخل سير البقر بجر العجلة ونحوه قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما قيل يقدر بها فقيل بأحد وعشرين فرسخاً، وقيل بثمانية عشر، وقيل بخمسة عشر، وكل من قدر يقدر منها اعتقد أنه مسيرة ثلاثة أيام، وإنما كان الصحيح أن لا يقدر بها لأنه لو كان الطريق وعراً بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخاً قصر بالنص. وعلى التقدير بأحد هذه التقديرات لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة، وعلى اعتبار سير الثلاثة بمشي الأقدام لو سارها مستعجل كالبريد في يوم قصر فيه وأفطر لتحقق سبب الرخصة وهو قطع مسافة ثلاثة بسير الإبل ومشي الأقدام، كذا ذكر في غير موضع، وهو أيضاً مما يقوي الإشكال الذي قلناه، ولا مخلص إلا أن يمنع قصر مسافر يوم واحد وإن قطع فيه مسيرة أيام، وإلا لزم القصر لو قطعها في ساعة صغيرة كقدر درجة كما لو كان صاحب كرامة الطي لأنه يصدق عليه أنه قطع مسافة ثلاثة بسير الإبل وهو بعيد الانتفاء مظنة المشقة وهي العلة: أعني التقدير بسير ثلاثة أيام أو أكثرها لأنها المجعولة مظنة للحكم بالنص المقتضي أن كل مسافر يتمكن من مسح ثلاثة أيام، غير أن الأكثر يقام مقام الكل عند أبي يوسف، وعليه ذلك الفرع وهو ما إذا وصل عند الزوال من اليوم الثالث إلى المقصد، فلو صح تفريعهم جواز الترخص مع سير يوم واحد إذا قطع فيه قدر ثلاثة بسير الإبل بطل الدليل، ولا دليل غيره في تقديرهم أدنى مدة السفر فيبطل أصل الحكم: أعني تقديرهم أدنى السفر الذي يترخص فيه بثلاثة، والله تعالى أعلم قوله: **(فيما يليق بحاله)** وهو أن تكون مسافة ثلاثة فيه إذا كانت الرياح معتدلة، وإن كانت تلك المسافة بحيث تقطع في البر بيوم كما في الجبل يعتبر كونه من طريق الجبل بالسير الوسط ثلاثة أيام، ولو كانت تقطع من طريق السهل بيوم فالحاصل أن تعتبر المدة في أي طريق أخذ فيه قوله: **(وهذا آية النافلة)** يعني ليس معنى كون الفعل فرضاً إلا كونه

بشرط بالاتفاق، والجواب عن الأول أن راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة جداً حتى كان سفيان يزريه بالكذب، فبقي القول بالمسح للمسافر يوماً وليلة قولاً بلا دليل، سلمنا لكن لا يجوز أن يكون ثلاثة أيام ظرفاً للمسافر وإلا لكان في قوله يمسح المقيم يوماً وليلة كذلك، فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحداً في بعض الصور، وفي ذلك التسوية بين حكم الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع. وعن الثاني بأن النزول لأجل الاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر تيسيراً، وقد روي عن أبي يوسف وهو رواية المعلى عنه بيومين وأكثر اليوم الثالث، لأن الإنسان قد يسافر مسيرة ثلاثة أيام يتعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك **(والشافعي قدره في قول بيوم وليلة)** وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب **(وكفى بالسنة)** يعني ما روينا **(حجة عليهما)** وقوله: **(وهو قريب من الأول)** أي التقدير بثلاث مراحل قريب إلى التقدير بثلاثة أيام، لأن المعتاد في السير في ذلك كل يوم مرحلة خصوصاً في أقصر أيام السنة وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول عامة المشايخ فإنهم قدروها بالفراسخ. ثم اختلفوا فقال بعضهم أحد وعشرين فرسخاً، وقال آخرون ثمانية عشر، وآخرون خمسة عشر. وقوله: **(ولا يعتبر السير في الماء)** يعني إذا كان لموضع طريقان: أحدهما في الماء يقطع بثلاثة أيام ولياليها إذا كانت الريح هادية: أي متوسطة، والثاني في البر يقطع بيوم أو بيومين لا يعتبر أحدهما بالآخر، فإن ذهب إلى طريق الماء قصر، وإن ذهب إلى طريق البر أتم، ولو انعكس انعكس الحكم **(وإنما المعتبر في البحر ما يليق بحاله)** يعتبر السير فيه بثلاثة أيام ولياليها بعد أن كانت الريح مستوية لا ساكنة ولا عالية كما في الجبل فإنه يعتبر ثلاثة أيام ولياليها في

شيء مما ذكره. نعم لا بد من مدعي التخصيص من دليل قوله: **(فيجوز أن يكون المسافر يوماً وليلة أو أقل يمسح بدليل آخر وهو ما روي عن أبي عباس رضي الله عنهما إلى آخر الحديث)** أقول: لا يظهر كون الحديث دليلاً على المسح بل هو دليل على قصر من يسرى وأقل مما في الكتاب وأظن أن لفظ يمسح في السؤال ولفظ المسح في الجواب كلاهما سهو، إما من الشارع أو من الناسخ، وصوابه يقصر والقصر قوله: **(والثاني أنه متروك الظاهر لأن ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام الخ)** أقول: الظاهر أن المراد استيفاء المسح ففي جوابه تأمل قوله: **(فبقي القول بالمسح للمسافر يوماً وليلة قولا بلا دليل)** أقول: فيه بحث قوله: **(سلمنا لكن لا يجوز أن يكون ثلاثة أيام ظرفاً للمسافر، وإلا لكان في قوله يمسح المقيم يوماً وليلة كذلك، فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحداً في بعض الصور**

حجة عليهما (والسير المذكور هو الوسط) وعن أبي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الأول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح (ولا يعتبر السير في الماء) معناه لا يعتبر به السير في البر. فأما المعتبر في البحر فما

مطلوباً البتة قطعاً أو ظناً على الخلاف الاصطلاحي، فإثبات التخيير بين أدائه وتركه رخصة في بعض الأوقات ليس حقيقته إلا نفي افتراضه في ذلك الوقت للمنافاة بينه وبين مفهوم الفرض، فيلزم بالضرورة أن ثبوت الترخص مع قيام الافتراض لا يتصور إلا في التأخير ونحوه من عدم إلزام بعض الكيفيات التي عهدت لازمة في الفرض وهذا المعنى قطعي في الإسقاط فيلزم كون الفرض ما بقي، بخلاف الفقير إذا حج حيث يقع عن الفرض إن لم ينو النفل مع أنه لا يأثم بتركها لأنه افترض عليه حين صار داخل المواقيت، وأما وقوع الزائد على القراءة المسنونة فرضاً لا نفلاً مع أنه لا يأثم بتركها فجوابه ما سلف في فصل القراءة من أن الواجب أحد الأمرين فارجع إليه، هذا وفيه حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين قالت «وفرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر»[١] وفي لفظ قالت «فرض الله الصلاة حين فرضها ركعتين أتمها في الحضر وأقرت صلاة السفر على الفريضة الأولى»[٢] زاد في لفظ قال الزهري: قلت لعروة: فما بال عائشة تتم في السفر قال: إنها تأولت كما تأول عثمان[٣]، وفي لفظ للبخاري قالت «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين، ثم هاجر النبي ﷺ ففرضت أربعاً، فتركت صلاة السفر على الأولى»[٤] ذكره في باب من أين أرخوا التاريخ. وهذه الرواية ترد قول من قال: إن زيادة صلاة الحضر كانت قبل الهجرة، وهذا وإن كان موقوفاً فيجب حمله على السماع لأن أعداد الركعات لا يتكلم فيها بالرأي، وكون عائشة تتم لا ينافي ما قلنا: إذ الكلام في أن الفرض كم هو لا في جواز إتمام أربع فإنا نقول: إذا أتم كانت الأخريان نافلة، لكن فيه أن المسنون في النفل عدم بنائه على تحريمة الفرض، فلم تكن عائشة رضي الله عنها تواظب على خلاف السنة في السفر، فالظاهر أن وصلها بناء على اعتقاد وقوع الكل فرضاً فليحمل على أنه حدث لها تردد أو ظن في أن جعلها ركعتين للمسافر مقيد بحرجه بالإتمام، يدل عليه ما أخرجه البيهقي أو الدارقطني بسند صحيح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها «أنها كانت تصلي في السفر أربعاً، فقلت لها: لو صليت ركعتين، فقالت:

السير فيه، وإن كانت تلك المسافة في السهل تقطع بما دونها. قال: (وفرض المسافر في الرباعية ركعتان) القصر في حق المسافر رخصة إسقاط عندنا، وربما عبر بعض المشايخ عنه بالعزيمة ورخصة حقيقية عند الشافعي رحمه الله: أي رخصة ترفيه وفرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما (وعنده فرضه الأربع) واعتبره بالصوم قال: هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في الصوم (ولنا أن الشفع الثاني لا يقضي ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة) وهو ظاهر. وقوله: (بخلاف الصوم) جواب عن قياس الخصم بأن الصوم يقضي: يعني أن ترك الشيء بلا بدل ولا إثم علامة كونه نافلة، وما ذكرتم ترك ببدل وهو القضاء فلا يرد علينا، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن هذا قياس في مقابلة النص لأن الله تعالى قال ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ ولفظ لا جناح يذكر للإباحة دون الوجوب، ولأن النبي ﷺ سماه صدقة والمتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه. والثاني أن الفقير لو لم يحج ليس عليه قضاء ولا إثم، وإذا حج كان فرضاً فلم يكن ما ذكرتم آية النافلة. والجواب

(الخ) أقول: قوله في بعض الصور يعني في صورة مسافر يوم وليلة، وفيه بحث لأنه لا يتوقف لزوم تسوية المقيم والمسافر في بعض الصور على كونه يوماً وليلة ظرفاً للمقيم، بل هو يلزم على تقديره كونه ظرفاً ليمسح أيضاً، والحق أن ظرفيته للمقيم محذور مستقل.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٠ بهذا اللفظ ومسلم ٦٨٥ ح ١ وأبو داود ١١٩٨ والنسائي ١/ ٢٢٥ . ٢٢٦ كلهم من حديث عائشة.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٣٥ ومسلم ٦٨٥ ح ٢ كلاهما من حديث عائشة.
(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٩٠ بهذا اللفظ ومسلم ٦٨٥ ح ٣ كلاهما من حديث عائشة.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٣٥ بهذا اللفظ وبنحوه النسائي ١/ ٢٢٥ كلاهما عن عائشة به.

يليق بحاله كما في الجبل. قال: **(وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما)** وقال الشافعي رحمه الله فرضه الأربع والقصر رخصة اعتباراً بالصوم. ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه. وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لأنه يقضى **(وإن صلى أربعاً وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته الأوليان عن الفرض والأخريات له نافلة)** اعتباراً بالفجر، ويصير مسيئاً لتأخير السلام **(وإن لم يقعد في الثانية قدرها بطلت)** لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها **(وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين)** لأن الإقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها. وفيه

«يا ابن أختي إنه لا يشق علي»[(١)] وهذا والله أعلم هو المراد من قول عروة: إنها تأولت: أي تأولت أن الإسقاط مع الحرج، لا أن الرخصة في التخيير بين الأداء والترك مع بقاء الافتراض في المخير في أدائه لأنه غير معقول هذا ما في كتب الحديث، وأما المذكور في بعض كتب الفقه من أنها كانت لا تعد نفسها مسافرة بل حيث حلت كانت مقيمة، ونقل قولها «أنا أم المؤمنين فحيث حللت فهو داري»[(٢)] لما سئلت عن ذلك فبعيد، ويقتضي أن لا يتحقق لها سفر أبداً في دار الإسلام، ولذا كان المروي عن رسول الله ﷺ المواظبة على القصر في صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه «صحبت رسول الله ﷺ في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله، وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله، وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله، وصحبت عثمان فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله تعالى، وقد قال تعالى ﴿**لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة**﴾[(٣)] [الأحزاب: ٢١] انتهى.

عن الأول أن النص مشترك الإلزام أما الآية فلأن الله تعالى قال ﴿**أن تقصروا من الصلاة إن خفتم**﴾ علق القصر بالخوف، وهو ليس بشرط ذات الصلاة بالاتفاق، ولا بد من إعماله فكان متعلقاً بقصر الأوصاف من ترك القيام إلى القعود، أو ترك الركوع والسجود إلى الإيماء لخوف من عدو أو غيره، وعندنا قصر الأوصاف عند الخوف مباح لا واجب، وأما الحديث فلأن التصدق بما لا يحتمل التمليك من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص إسقاط محض لا يرتد بالرد فلأن يكون من مفترض الطاعة أولى وعن الثاني بأنه لما أتى مكة صار مستطيعاً فيفترض عليه ويأثم بتركه كالأغنياء. وقوله: **(وإن صلى أربعاً)** ظاهر. وقوله: **(وإن لم يقعد قدرها)** أي قدر قعدة التشهد **(بطلت)** صلاته **(لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها)** لأن القعدة الأخيرة ركن وقد تركها قبل احتياج صلاة المسافر إلى القراءة كاحتياجها إلى القعدة، فإذا لم يقرأ في الركعتين وقام إلى الثالثة ونوى الإقامة وقرأ الأخريين جازت صلاته عندهما خلافاً لمحمد فكيف تبطل بترك القعدة؟ وأجيب بأن كلامنا فيما إذا لم

قوله: **(والجواب عن الأول أن النص مشترك الإلزام، إلى قوله: فكان متعلقاً بقصر الأوصاف الخ)** أقول: ولا يخفى ضعفه، كيف والأئمة كالمجتمعين على أن الآية في قصر أجزاء الصلاة كذا في التلويح، ثم إن هذا الكلام في ذلك الجواب مبني على ما ذهب إليه فخر الإسلام من أن انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط لازم البتة وإن لم يكن من مدلول اللفظ، وإلا لكان التقييد بالشرط لغوا، وغيره من الأصوليين على خلافه، ويجعلون الآية دليلاً على ما ذهبوا إليه من أن التعليق بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط، ويجاب من طرف الشافعية أن القول بمفهوم الشرط إنما يكون إذا لم يظهر فائدة أخرى لمثل الخروج مخرج الغالب والآية منه، فإن الغالب من أحوالهم في ذلك الوقت كان الخوف، وتمام التفصيل، في التلويح في القسم الثاني.

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البيهقي ٣/ ١٤٣ بسند صحيح عن عروة عن عائشة موقوفاً ورجاله أثبات رجال البخاري ومسلم. وصححه الحافظ في الفتح ٢/ ٥٧١

تنبيه: وقع للمصنف: رواه البيهقي أو الدارقطني الخ. والصواب البيهقي وحده.

(٢) هذا الأثر غريب. لم أجد من ذكره وقد استبعده ابن الهمام.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١١٠١ و١١٠٢ منجماً ومسلم ٦٥٤ كلاهما من حديث ابن عمر والسياق للبخاري وعجزه عند مسلم «ثم أتمها ـ أي عثمان. أربعاً» وهذا هو المشهور عن عثمان في أكثر الروايات وأخرجه البخاري ١٠٨٢ ومسلم ٦٩٤ والدارمي ١٤٧٦ وابن حبان ٢٧٥٨ من طرق كلهم من حديث ابن عمر قال: صليت مع النبي ﷺ بمنى ركعتين. وأبي بكر وعمر، ومع عثمان صدراً من إمارته ثم أتمها. ورواية لمسلم «ثم إن عثمان صلى بعد أربعاً»

الأثر عن علي رضي الله عنه. لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا (ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الإقامة في بلدة أو

وهو معارض للمروي من أن عثمان كان يتم، والتوفيق أن إتمامه المروي كان حين قام بمنى أيام منى، ولا شك أن حكم السفر منسحب على إقامة أيام منى فساغ إطلاق أنه أتم في السفر، ثم كان ذلك منه بعد مضي الصدر من خلافته لأنه تأهل بمكة على ما رواه أحمد أنه صلى بمنى أربع ركعات فأنكر الناس عليه فقال: أيها الناس إني تأهلت بمكة منذ قدمت وإني سمعت رسول الله ﷺ يقول «من تأهل في بلد فليصلّ صلاة المقيم»[1] مع أن في الباب ما هو مرفوع، ففي مسلم عن ابن عباس «فرض الله الصلاة على لسان نبيكم ﷺ في الحضر أربع ركعات، وفي السفر ركعتين، وفي الخوف ركعة»[2] وهذا رفع، ورواه الطبراني بلفظ «افترض رسول الله ﷺ ركعتين في السفر كما افترض في الحضر أربعاً» وأخرج النسائي وابن ماجه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عمر رضي الله عنه قال «صلاة السفر ركعتان، وصلا الأضحى ركعتان، وصلاة الفطر ركعتان، وصلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد ﷺ»[3] ورواه ابن حبان في صحيحه، وإعلاله بأن عبد الرحمن لم يسمع من عمر مدفوع بثبوت ذلك حكم به مسلم في مقدمة كتابه، ولو لم يكن شيء من ذلك كان فيما حققناه من المعنى المفيد لنفلية الركعتين كفاية واعلم أن من الشارحين من يحكي خلافاً بين المشايخ في أن القصر عندنا عزيمة أو رخصة، وينقل اختلاف عبارتهم في ذلك، وهو غلط لأن من قال رخصة عني رخصة الإسقاط وهو العزيمة، وتسميتها رخصة مجاز هذا بحيث لا يخفى على أحد قوله: (وإذا فارق) بيان لمبدأ القصر، ويدخل في بيوت المصر ربضه، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام

يقعد في الأولى وأتم أربعاً من غير نية الإقامة فيكون فيه اختلاط النافلة بالفرض قبل إكماله، وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه إذا نوى الإقامة صار فرضه أربعاً وصارت قراءته في الأخريين قراءة في الأوليين والقعدة الأولى لم تبق فرضاً وإنما يسير مسافراً بقصر الصلاة إذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج منه وإن كان في غيره من الجوانب بيوت، لأن السفر ضد الإقامة والشيء إذا تعلق بشيء تعلق ضده بضده وحكمه الإقامة وهو الإتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه **(وفيه الأثر عن علي رضي الله عنه)** روي أنه خرج من المصر يريد السفر فحان وقت الصلاة فأتمها، ثم نظر إلى خص أمامه وقال: **(لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا)** والخص: بيت من قصب. واختلفوا في قدر الانفصال من المصر فقال الإمام التمرتاشي: الأشبه أن يكون قدر غلوة واعترض بأن صلاة الجمعة والعيدين يجوز إقامتها في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام إلا في المصر، فإن كان هذا الموضع من المصر فكيف جاز القصر، وإن لم يكن منه كيف جازت هذه الصلاة به؟ وأجيب بأن فناء المصر إنما يلحق فيما كان من حوائج أهله وقصر الصلاة ليس منها **(ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي**

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ٦٢ وأبو يعلى كما في المجمع ٢/ ١٥٦ كلاهما من حديث عبد الرحمن بن أبي ذباب عن عثمان به ومداره على عكرمة بن إبراهيم.
قال الهيثمي: هو ضعيف.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٦٨٧ وأبو داود ١٢٤٧ والنسائي ٣/ ١١٨ . ١١٩ وابن ماجه ١/ ٣٣٠ وأحمد ١/ ٣٥٥ كلهم عن ابن عباس به. والرواية الآتية هي للطبراني كما في نصب الراية ٢/ ١٨٩.

(٣) حسن. أخرجه النسائي ٣/ ١١١ . ١١٨ . ١٨٣ وابن ماجه ١٠٦٣ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٢١ . ٤٢٢ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٣٥٣ . ٣٥٤ وأحمد ١/ ٣٧ وابن حبان ٣٧٨٣ كلهم عن الثوري عن زبيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عمر به. ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم، وأشار ابن حبان إلى ثبوت هذا الخبر. وأعله النسائي بأن ابن أبي ليلى لم يسمع من عمر. لكن ورد من وجوه أخرى، فقد أخرجه ابن ماجه ١٠٦٤ والبيهقي ٣/ ١٩٩ كلاهما عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة عن عمر.
وأخرجه الطحاوي ١/ ٤٢٢ في المعاني عن ابن أبي ليلى عن الثقة عن عمر.
قلت: وابن أبي ليلى ثقة مشهور ولد في خلافة أبي بكر، فهو وإن سمعه بواسطة إلا أن هذا الواسطة إما صحابي وهو كعب بن عجرة، أو ثقة آخر كما تقدم عنه: حدثني الثقة. هذا مع أن غير واحد جزم بسماع ابن أبي ليلى عن عمر. وانظر نصب الراية ٢/ ١٨٩ . ١٩٠ فلا أقل من أن يكون حسناً.

قرية خمسة عشر يوماً أو أكثر وإن نوى أقل من ذلك قصر) لأنه لا بد من اعتبار مدة لأن السفر يجامعه اللبث

أنه قصر العصر بذي الحليفة(١) وروى ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه أنه خرج من البصرة فصلى الظهر أربعاً ثم قال: إنا لو جاوزنا هذا الخص لصلينا ركعتين. فإن قيل: عند المفارقة يتحقق مبدأ الفناء إذا هو مقدّر بغلوة في المختار، وقيل بأكثر مما سنذكره في باب الجمعة، والفناء ملحق بالمصر شرعاً حتى جازت الجمعة والعيدان فيه، ومقتضاه أن لا يقصر بمجرد المفارقة للبيوت بل إذا جاوز الفناء. أجيب بأنه إنما ألحق به فيما هو من حوائج أهله المقيمين فيه لا مطلقاً، وأما على قول من منع الجمعة فيه إذا كانا منقطعاً عن العمران فلا يرد الإشكال، وفي فتاوى قاضيخان: فصل في الفناء، فقال: إن كان بينه وبين المصر أقل من قدر غلوة ولم يكن بينهما مزرعة يعتبر مجاوزة الفناء أيضاً، وإن كان بينهما مزرعة أو كانت المسافة بينه وبين المصر قدر غلوة يعتبر مجاوزة عمران المصر، هذا وإذا كانت قرية أو قرى متصلة بربض المصر لا يقصر حتى يجاوزها. وفي الفتاوى أيضاً إن كان في الجانب الذي خرج منه محلة منفصلة عن المصر وفي القديم كانت متصلة بالمصر ولا يقصر حتى يجاوز تلك المحلة. والحاصل أنه قد صدق مفارقة بيوت المصر مع عدم جواز القصر، ففي عبارة الكتاب إرسال غير واقع، ولو ادعينا أن بيوت تلك القرى داخلة في مسمى بيوت المصر اندفع هذا لكنه تعسف ظاهر، ثم المعتبر مجاوزة بيوت الجانب الذي خرج منه، فلو جاوزها وتحازيه بيوت من جانب آخر جاز القصر قوله: **(ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الخ)** ظاهر أن المراد حتى يدخل قرية أو بلداً فينوي ذلك إلا فنية الإقامة بالقرية والبلد متحققة حال سفره إليها قبل دخولها لكن تركه لظهوره ولاستفادته من تعليل ما قبله بقوله لأن الإقامة تتعلق بدخولها وفيه أثر علي. قال البخاري تعليقاً: وخرج علي رضي الله عنه فقصر وهو يرى البيوت، فلما رجع قيل له هذه الكوفة قال لا حتى ندخلها، يريد أنه صلى ركعتين والكوفة بمرأى منهم فقيل له الخ، وقد أسنده عبد الرزاق فصرح به قال: أخبرنا الثوري عن وفاء بن إياس الأسدي قال: خرجنا مع علي رضي الله عنه ونحن ننظر إلى الكوفة فصلى ركعتين ثم رجعنا فصلى ركعتين وهو ينظر إلى القرية، فقلنا له: ألا تصلي أربعاً؟ قال: لا حتى ندخلها(٢)، ثم بقاء حكم السفر من حين المفارقة ناوياً للسفر إلى غاية نية الإقامة في بلد خمسة عشر يوماً مقيد بأن يكون بعد استكمال مدة السفر وبأن لا يكون من دار الحرب وهو من العسكر قبل الفتح، وأيضاً اشتراط النية مطلقاً في ثبوت الإقامة ليس واقعاً، فإنه لو دخل مصره صار مقيماً بمجرد دخوله بلا نية، والأحسن في الضابط لا يزال مسافراً حتى يعزم على الرجوع إلى بلده قبل استكمال مدة السفر ولو في المفازة، أو يدخلها بعد الاستكمال، أو يدخل غيرها فينوي الإقامة بها وحدها خمسة عشر يوماً فصاعداً وليست من دار الحرب وهو من العسكر الداخلين، والمفاهيم المخالفة للقيود كلها مذكورة في

الإقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوماً) وقوله: **(أو أكثر)** زائد **(وإن نوى أقل من ذلك قصر)** عندنا، وقال الشافعي في قول: إذا نوى إقامة أربعة أيام صار مقيماً، وفي قول آخر صار مقيماً وإن لم ينو، واحتج للأول بقوله تعالى: **﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾** علق القصر بالضرب في الأرض، ومن نوى الإقامة فقد ترك الضرب، والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه، إلا أنا تركنا ما دون ذلك بدليل الإجماع، وللثاني بقول عثمان رضي الله عنه: من أقام أربعاً أتم

قوله: **(فقال الإمام التمرتاشي: الأشبه أن يكون قدر غلوة، واعترض بأن صلاة الجمعة والعيدين الخ)** أقول: والاعتراض لا يرد على ما ذكره التمرتاشي بل مورده ما في الكتاب ففيه نوع ركاكة قوله: **(واحتج للأول بقوله تعالى ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾ إلى آخر الآية)**

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٨٩ و١٥٤٧ ومسلم ٦٩٠ وأبو داود ١٢٠٢ والترمذي ٥٤٦ والنسائي ١/ ٢٣٢ وابن أبي شيبة ٢/ ٤٤٣ كلهم من حديث أنس: أن النبي ﷺ صلى الظهر بالمدينة أربعاً، وصلى العصر بذي الحُلَيفة ركعتين.

(٢) موقوف. أخرجه عبد الرزاق ٢/ ٥٣٠ والبيهقي ٣/ ١٤٦ كلاهما عن علي موقوفاً، والبخاري معلقاً ٢/ ٤٦٩ بلا سند. والمسند غير قوي لأن فيه: وفاء بن إياس قال عنه في التقريب: فيه لين.

فقدرناها بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، والأثر في مثله كالخبر، والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا تصح نية الإقامة في المفازة وهو الظاهر (ولو دخل مصراً على عزم

الكتاب مسائل مستقلة غير أنه لم يذكر فيه مسئلة العزم على الرجوع، وهي أنه إذا ثبت حكم السفر بالمفارقة ناوياً للسفر ثم بدا له أن يرجع لحاجة أولاً فرجع صار مقيماً في المفازة حتى أنه يصلي أربعاً، وقياسه أن لا يحل فطره في رمضان وإن كان بينه وبين بلده يومان لأنه انتقض السفر بنية الإقامة لاحتماله النقض إذ لم يستحكم إذ لم يتم علة، وكانت الإقامة نقضاً للعارض لا ابتداء علة الإتمام. ولو قيل العلة مفارقة البيوت قاصداً مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر فيثبت حكمه ما لم يثبت علة حكم الإقامة احتاج إلى الجواب قوله: **(لأن السفر يجامعه اللبث)** يعني حقيقة اللبث مع قيام حقيقة السفر يوجد في كل مرحلة فلا يمكن اعتبار مطلقه قوله: **(وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر)** أخرجه الطحاوي عنهما قالا: إذا قدمت بلدة وأنت مسافر وفي نفسك أن تقيم خمس عشرة ليلة فأكمل الصلاة بها، وإن كنت لا تدري متى تظعن فأقصرها. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع، حدثنا عمر بن ذر عن مجاهد، أن ابن عمر كان إذا أجمع على اقامة خمسة عشر يوماً أتم. وقال محمد في كتاب الآثار: حدثنا أبو حنيفة، حدثنا موسى بن مسلم عن مجاهد عن عبد الله بن عمر قال: إذا كنت مسافراً فوطنت نفسك على إقامة خمسة عشر يوماً فأتمم الصلاة، وإن كنت لا تدري متى تظعن فأقصر[1] قوله: **(والأثر في مثله كالخبر وهو الظاهر)** احتراز عما سيذكره من الرواية عن أبي يوسف لأنه لا مدخل للرأي في المقدرات الشرعية، وقد ينافيه قوله فقدرناها بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان، فهذا قياس أصله مدة الطهر، والعلة كونها موجبة ما كان ساقطاً وهي ثابتة في مدة الإقامة وهي الفرع فاعتبرت كميتها بها وهو الحكم، وإصلاحه بأنه بعد ثبوت التقدير بالخبر وجدناه على وفق صورة قياس ظاهر فرجحنا به المروي عن ابن عمر على المروي عن عثمان أنها أربعة أيام كما هو مذهب الشافعي. وقد أخرج الستة عن أنس «خرجنا مع رسول الله ﷺ من المدينة إلى مكة فصلى ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة. قيل: كم أقمتم بمكة؟ قال: أقمنا بها عشراً»[2] ولا يمكن حمله على أنهم عزموا قبل أربعة أيام، غير أنهم اتفق لهم أنهم استمروا إلى عشر لأن الحديث إنما هو في حجة الوداع، فتعين أنهم نووا الإقامة حتى يقضوا النسك نعم كان يستقيم هذا لو كان في قصة الفتح.

ولم يذكر النية، وليس بصحيح لأن ترك الضرب يحصل بنية ثلاثة أيام أيضاً. والإجماع على عدم جوازها في الأربعة كالإجماع على ما دونها، ذكره الطحاوي. وقد روي عن عثمان خلاف ذلك أيضاً فلا يكون حجة. ولنا ما ذكر أنه لا بد من اعتبار مدة لأن السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان، فإن مدة الطهر توجب إعادة ما سقط بالحيض، والإقامة توجب إعادة ما سقط بالسفر، فكما قدر أدنى مدة الطهر بخمسة عشر يوماً فكذلك يقدر أدنى مدة الإقامة، ولهذا قدرنا أدنى مدة الحيض والسفر بثلاثة أيام لكونهما مسقطتين **(وهو)** أي التقدير بمدة الطهر **(مأثور)** روى مجاهد عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: إذا دخلت بلدة وأنت مسافر وفي عزمك أن تقيم بها خمسة عشر يوماً فأكمل الصلاة، وإن كنت لا تدري متى تظعن فأقصر. والأثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول الله ﷺ لأن العقل لا يهتدي إلى ذلك، وحاشاهم عن انحراف فكان قولهم معتمداً على السماع ضرورة. لا يقال كلامه متناقض لأنه اعتبرها أولاً بمدة الطهر

أقول: وقد منع الشارح أن يكون المراد قصر أجزاء الصلاة في الصحيفة السابقة.

---

(١) هذه الأخبار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢/١٨٣ - ١٨٤ وفي الدراية ١/٢١١ - ٢١٢.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٨١ ومسلم ٦٩٣ وأبو داود ١٢٣٣ والترمذي ٥٤٨ والنسائي ٣/١١٨ وابن ماجه ١٠٧٧ من طرق كلهم من حديث أنس.

أن يخرج غداً أو بعد غد ولم ينو مدة الإقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر) لأن ابن عمر أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر. وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك **(وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا وكذا إذا حاصروا فيها مدينة أو حصناً)** لأن الداخل بين أن يهزم فيقر وبين أن ينهزم فيفر فلم تكن دار إقامة

لكن الكائن فيها أنه ﷺ أقام بمكة تسع عشرة يقصر الصلاة. رواه البخاري من حديث ابن عباس[1]، وحديث أنس في حجة الوداع قاله المنذري، فإنه ﷺ دخل مكة صبح رابعة من ذي الحجة وهو يوم الأحد، وبات بالمحصب ليلة الأربعاء، وفي مثل تلك الليلة اعتبرت عائشة من التنعيم. ثم طاف ﷺ طواف الوداع سحرا قبل الصبح من يوم الأربعاء، وخرج صبيحته وهو اليوم الرابع عشر[2] فتمت له عشر ليال، ولو قيل: تلك واقعة حال فيجوز كون الإقامة فيها كانت منوية منه ﷺ في مكة ومنى فلا يصير له بذلك حكم الإقامة على رأيكم. قلنا: معلوم أنه ﷺ لم يكن ليخرج من مكة إلى صبيحة يوم التروية فيكون عزمه على الإقامة بمكة إلى حينئذ، وذلك أربعة أيام كوامل، فينتفي به قولكم إن أربعة أقل مدة الإقامة قوله: **(لأن ابن عمر رضي الله عنهما أقام بأذربيجان)** بالذال الساكنة المعجمة بعد همزة والباء مكسورة بعدها الياء المثناة من تحت قرية، روى عبد الرزاق بسنده أن ابن عمر أقام بأذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة. وروى البيهقي في المعرفة بإسناد صحيح أن ابن عمر قال: ارتج علينا الثلج ونحن بأذربيجان ستة أشهر في غزاة، فكنا نصلي ركعتين، وقيد أنه كان مع غيره من الصحابة يفعلون ذلك، وأخرج عبد الرزاق عن الحسن قال: كنا مع عبد الرحمن بن سمرة ببعض بلاد فارس سنين، فكان لا يجمع ولا يزيد على ركعتين. وأخرج عن أنس بن مالك أنه كان مع عبد الملك بن مروان بالشام شهرين يصلي ركعتين ركعتين[3] قوله: **(فلم تكن دار إقامة)** ومجرد نية الإقامة لا تتم علة في ثبوت حكم الإقامة كما في المفازة، فكانت البلد من دار الحرب قبل الفتح في حق أهل العسكر كالمفازة من جهة أنها ليست بموضع إقامة قبل الفتح لأنهم بين أن يهزموا فيقروا أو يهزموا فيفروا، فحالتهم هذه مبطلة عزيمتهم لأنهم مع تلك العزيمة موطنون على أنهم إن هزموا قبل تمام الخمسة عشر وهو أمر مجوز لم يقيموا، وهذا معنى قيام التردد في الإقامة فلم تقطع النية عليها، ولا بد في تحقق حقيقة النية من قطع القصد وإن

وهو رأي منه، ثم قال: **(والأثر في مثله)** يعني ما لا يعقل من المقدرات **(كالخبر)** لأن ذلك إظهار معنى بعد ثبوت أصله بالأثر لا أن يثبت ذلك بالرأي لأنه لا مدخل له فيه. وقوله: **(وهو الظاهر)** أي الظاهر من الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أن الرعاة إذا نزلوا موضعاً كثير الكلأ والماء ونووا الإقامة خمسة عشر يوماً والكلأ والماء يكفيهم لتلك المدة صاروا مقيمين، وكذلك أهل الأخبية، وقالوا: نية الإقامة في المفازة إنما لا تصح إذا سار ثلاثة أيام بنية السفر، فأما قبل ذلك فتصح لأن السفر لما لم يتم كانت نية الإقامة نقضاً للعارض لا ابتداء علة، وإذا سار ثلاثة أيام ثم نوى كانت ابتداء إيجاب فلا تصح إلا في مكان ذكره فخر الإسلام في أصوله في العوارض المكتسبة. وقوله: **(ولو دخل مصراً)** واضح وأذربيجان صحح بفتح الهمزة والراء وسكون الذال المعجمة، وقوله: **(وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك)** روي عن سعد بن أبي وقاص أنه أقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر، وكذلك علقمة بن قيس أقام بخوارزم سنتين كان يقصر الصلاة، وكذلك روي عن عباس، لا يقال: هذا مخالف لقوله تعالى **﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾** على ما مر من التقرير لأن المراد به قصر الصفات كما تقدم، وقوله: **(وإذا دخل العسكر أرض الحرب)** حاصل معناه أن نيتهم لم تصادف محلها لأن محلها هو ما يكون محل قرار ليس إلا، وهذا دائر بين القرار والفرار كما ذكر في الكتاب فلم تكن دار إقامة، ويعضد ما روى جابر بن عبد الله «أن رسول الله ﷺ أقام بتبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة». وقوله: **(وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام)** إنما ذكره وإن كان يعلم

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٨٠ و٤٢٩٨ و٤٢٩٩ وأبو داود بإثر حديث ١٢٣٠ والترمذي ٥٤٩ وابن ماجه ١٠٧٥ كلهم من حديث ابن عباس.
(٢) إلى هنا كلام المنذري في حواشيه نقله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٨٤ وهذه الأحاديث صحيحة يأتي الكلام عليها في الحج.
(٣) هذه الآثار صحيحة أوردها الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٨٥ وصحح أسانيدها وهي في سنن البيهقي ٣/ ١٥٢

(وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر) لأن حالهم مبطل عزيمتهم. وعند زفر رحمه الله: يصح في الوجهين إذا كان الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهراً. وعند أبي يوسف رحمه الله يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه موضع إقامة **(ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية، قيل لا تصح، والأصح أنهم مقيمون)** يروى ذلك عن أبي يوسف لأن الإقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى **(وإن**

كانت الشوكة لهم لأن احتمال وصول المدد للعدو ووجود مكيدة من القليل يهزم بها الكثير قائم، وذلك يمنع قطع القصد، وبهذا يضعف تعليل أبي يوسف الصحة إذا كانوا في بيوت المدر لا إن كانوا في الأخبية لأن مجرد بيوت المدر ليس علة ثبوت الإقامة بل مع النية ولم تقطع، وعلى هذا قالوا فيمن دخل مصراً لقضاء حاجة معينة ليس غير ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً لا يتم، وفي أسير انفلت منهم ووطن على إقامة خمسة عشر في غار ونحوه لم يصر مقيماً قوله: **(فلا يبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى)** يعني هم لا يقصدون سفراً بل الانتقال من مرعى إلى مرعى، وهذا لأن عادتهم المقام في المفاوز فكانت في حقهم كالقرى في حق أهل القرى. وعن أبي يوسف أن الرعاء إذا كانوا في ترحال في المفاوز من مساقط الغيث إلى مساقط الغيث ومعهم رحالهم وأثقالهم كانوا مسافرين حيث نزلوا مرعى كثير الكلأ والماء واتخذوا المخابز والمعالف والأواري والخيام وعزموا على إقامة خمسة عشر يوماً والماء والكلأ يكفيهم، فإني أستحسن أن أجعلهم مقيمين، ولا بد من تقييد سفرهم بذلك بأن يقصدوا في الابتداء موضعاً مسيرة ثلاثة أيام حتى ينتقض به حكم الإقامة التي كانت لهم، بعد ذلك يجيء هذا التفصيل ذكره في البدائع، أما من ليس من أهل البادية بل هو مسافر فلا يصير مقيماً بنية الإقامة في مرعى أو جزيرة قوله: **(لاتصال المغير)** وهو الاقتداء بالسبب وهو الوقت، وفرض المسافر قابل للتغيير حال قيام الوقت، فإنه لو نوى الإقامة فيه تغير إلى أربع، فبعد قبوله للتغير توقف تحقق التغير على مجرد سبب وقد وجد وهو الاقتداء، فإن قيل: انعقاد الاقتداء سبباً للتغير موقوف على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وصحته موقوفة على تغير فرضه إذا ما لم يتغير لزم أحد الأمرين من اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة فقد توقف التغير على الاقتداء وصحته على التغير وهو دور، فالجواب أنه دور معية لا دور ترتب بأن تثبت صحة الاقتداء والتغيير معاً إلا أنه في الملاحظة يكون ثبوت التغير لتصحيح الاقتداء لأنه مطلوب شرعاً ما لم يمنع منه مانع ولا مانع إلا عدم التغير وهو ليس بلازم لفرض ثبوت التغير بما يصلح سبباً له فليكن طلب الشرع تصحيح الاقتداء سبباً له أيضاً فيثبت عند الاقتداء فثبت الصحة معه، بخلاف ما إذا خرج الوقت

حكمه من حكم أهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم أن نية الإقامة في دار الحرب إنما لم تصح لأنها منقطعة عن دار الإسلام فكانت كالمفازة، بخلاف مدينة أهل البغي فإنها في يد أهل الإسلام فكان ينبغي أن تصح النية **(وكذا إذا حاصروهم في البحر)** وقوله: **(لأن حالهم مبطل عزيمتهم)** يشير إلى أن المحل وإن كان صالحاً للنية لكن ثمة مانع آخر وهو أنهم إنما يقيمون لغرض، فإذا حصل انزعجوا فلا تكون نيتهم مستقرة، وهذا التعليل يدل على أن قوله في غير مصر، وقوله في البحر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة أهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم أيضاً لأن مدينتهم كالمفازة عند حصول المقصود لا يقيمون فيها. وقوله: **(في الوجهين)** أي في محاصرة أهل البغي وأهل الحرب، وقوله: **(لأنه موضع إقامة)** أي بيوت المدر، وذكر الضمير لأن الخبر مذكر، وفرق أبو يوسف بين الأبنية والأخبية بأن موضع الإقامة والقرار هو الأبنية دون الأخبية **(ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية)** مختلف فيها، فمنهم من يقول **(لا تصح)** أبداً لأنهم ليسوا في موضع الإقامة **(والأصح أنهم مقيمون، يروى ذلك عن أبي يوسف لأن الإقامة)** للمرء **(أصل)** والسفر عارض يحصل عند قصد الانتقال إلى مكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك، إنما ينتقلون من ماء إلى ماء ومن مرعى إلى مرعى فكانوا مقيمين أبداً،

قوله: **(ويعضده ما روى جابر بن عبد الله إلى آخر الحديث)** أقول: إنما يعضده لو ثبت منه الإقامة فيه قوله: **(فإن قيل علل تغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية الخ)** أقول: الظاهر أن قوله للتبعية هنا في مكان قوله بنية الإقامة فيما بعده قوله: **(قلت ذلك التعليل للمقيس**

اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت أتم أربعاً) لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير

لأنه حينئذ لا يقبلها لتقرره في الذمة ركعتين فيصير كالصبح فلا يمكن فلا يصح، وهذا إذا خرج الوقت قبل الاقتداء، أما إذا اقتدى به في الوقت ثم خرج قبل الفراغ فلا يفسد ولا يبطل اقتداؤه لأنه حين اقتدى صار فرضه أربعاً للتبعية كالمقيم وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت، وكذا لو نام خلف الإمام حتى خرج الوقت فانتبه بطريق أولى: أعني يتم أربعاً، وإذا كان تغيره ضروره الاقتداء فلو أفسد صلى ركعتين لزواله، بخلاف ما لو اقتدى بالمقيم في فرضه ينوي النفل حيث يصلي أربعاً إذا أفسد لأنه التزم أداء صلاة الإمام وهنا لم يقصد سوى إسقاط فرضه غير أنه تغير ضرورة المتابعة، بخلاف ما لو اقتدى المقيم بالمسافر فأحدث الإمام فاستخلف المقيم لا يتغير فرضه إلى الأربع مع أنه صار مقتدياً بالخليفة المقيم، لأنه لما كان المؤتم خليفة عن المسافر كان المسافر كأنه الإمام فيأخذ الخليفة صفة الأول، حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاة الكل من المسافرين والمقيمين، ولو أم مسافر مسافرين ومقيمين فقبل أن يسلم بعد التشهد على رأس الركعتين تكلم واحد من المسافرين أو قام فذهب ثم نوى الإمام الإقامة فإنه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا أربعاً لوجود المغير في محله، وصلاة من تكلم تامة لأنه تكلم في وقت لو تكلم إمامه لم تفسد، فكذا صلاة المقتدي إذا كان بمثل حاله، ولو تكلم بعد نيته فسدت صلاته لأنه انقلب فرضه أربعاً ثم تكلم، ولكن يجب عليه صلاة المسافرين ركعتين لأن

قال: **(وإن اقتدى المسافر بالمقيم)** بين ههنا حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه، والأول يجوز إذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه، والثاني يجوز في الوقت وبعد خروجه، وعلى هذا إذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت **(أتم)** صلاته **(أربعاً لأنه)** التزم المتابعة لمن فرضه الأربع، ومن التزم المتابعة لمن فرضه أربع **(يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة)** فإن قيل: علل تغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله **(الاتصال المغير بالسبب وهو الوقت)** قلت: ذلك تعليل للمقيس عليه، ومعناه أن الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب، فإن المغير في الأول هو الاقتداء، وقد اتصل بالسبب وهو الوقت كما أن المعتبر في الثاني هو نية الإقامة وقد اتصل بالسبب، وإن اقتدى به في غيره لم يجز لعدم اتصال المغير كما إذا نوى الإقامة بعد الوقت، وإنما قال: **(وإن دخل معه في فائتة)** ولم يقل وإن اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما إذا دخل مسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فإنها لم تفسد، وقد وجد الاقتداء بعده لأن الإتمام لزمه بالشروع مع الإمام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين، واعترض بأن المتابعة لو استلزمت الإتمام لوجب على مسافر اقتدى به مقيم فأحدث المسافر واستخلف المقيم أن يتم صلاته أربعاً لأنه صار متابعاً للمقيم، وليس كذلك فإن فرضه لا يتغير، وأجيب بأن الاعتبار في ذلك للاقتداء والمسافر كان فيه متبوعاً لا تابعاً. وقوله: **(فيكون اقتداء المفترض)** نتيجة ما قبله وتقريره لأنه لا يتغير بعد الوقت، وإذا لم يتغير كان اقتداؤه عقداً لا يفيد موجبه لاستلزامه أحد المحذورين لأنه إن سلم على الركعتين كان مخالفاً لإمامه وهو مفسد، وإن أتم أربعاً خلط النفل بالمكتوبة قصداً، والقعدة الأولى فرض في حقه نفل في حق الإمام، وكذلك القراءة في الأخريين **(فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة)** إن اقتدى به في أول الصلاة **(أو القراءة)** إن اقتدى به في الشفع الثاني، وكلمة أو لعناد الخلو دون مانعة الجمع لجواز اجتماعهما، وذلك أيضاً مفسد واعترض بوجهين: أحدهما أن الإمام لو نسي القراءة في الشفع الأول وقضاها في الشفع الثاني ينبغي أن يجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر بالمقيم وإن كان بعد خروج الوقت، لكون القعدة والقراءة فرضين على الإمام أيضاً كالمقتدي والثاني أن اقتداء المتنفل

عليه ومعناه أن الجامع موجود الخ) أقول: فحينئذ لا يكون تعليلاً للمقيس عليه بل إبداء العلة المشتركة قوله: **(والقعدة الأولى فرض في حقه نفل في حق الإمام)** أقول: لعل المراد أنها كالنفل في كون تركها غير مفسد وإلا فهي واجبة قوله: **(وذلك أيضاً مفسد)** أقول: معطوف على قوله وهو مفسد قوله: **(وكذلك القراءة في الأخريين الخ)** أقول: القراءة في الأخريين فرض في حقه لأنهما نفل له فتفترض القراءة، بخلاف الإمام فإنه لا تفسد صلاته بترك القراءة في الأخريين قوله: **(ولهذا لو أفسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها أربعاً)** أقول: بخلاف المسافر المقتدي بالمقيم كما يجيء.

بالسبب وهو الوقت **(وإن دخل معه في فائتة لم تجزه)** لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب، كما لا يتغير بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة **(وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم)** لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق إلا أنه لا يقرأ في الأصح

الأربع للتبعية وقد زالت بفساد الصلاة قوله: **(وإن دخل معه في فائتة)** أي في فائتة على المأموم المسافر سواء كانت فائتة على الإمام القيم أولاً بأن صلى المقيم ركعة من الظهر مثلاً أو ركعتين ثم خرج الوقت فاقتدى به مسافر في الظهر لأن الظهر فائتة في حق المسافر لا في حق الإمام قوله: **(اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة الأولى)** إن اقتدى به في الشفع الأول فإنها فرض على المسافر الذي لم يتغير فرضه واجبة على الإمام، وإنما أطلق اسم النفل مجازاً لاشتراكهما في عدم فساد الصلاة بالترك أو القراءة إن اقتدى به في الشفع الثاني. فإن القراءة فيه نفل على الإمام، وإن فرض أنه لم يقرأ في الأوليين لأن قراءته هذه تلتحق بالأوليين لأن فرض القراءة يجب جعله فيهما فيخلو الثاني عن القراءة بالكلية قوله: **(في الأصح)** احتراز عما قيل يقرءون لأنهم منفردون، ولهذا يجب السجود عليهم إذا سهوا قوله: **(احتياطاً)** فإنه بالنظر إلى الاقتداء تحريمة حين أدركوا أول صلاة الإمام تكره القراءة تحريماً، وبالنظر إلى عدمه فعلاً إذ لم يفتهم مع الإمام ما يقضون وقد أدركوا فرض القراءة تستحب، وإذا دار الفعل بين وقوعه مستحباً أو محرماً لا يجوز فعله، بخلاف المسبوق فإنه أدرك قراءة نافلة، ولو فرض أن الإمام لم يكن قرأ في الأوليين فإنها حينئذ تلتحق بهما ويخلو الشفع الثاني كما ذكرنا فلم يدرك قراءة أصلا حكماً إذ ذاك فدارت قراءته بين أن تكون مكروهة تحريماً أو ركناً تفسد الصلاة بتركه، فالاحتياط في حقه القراءة لأن ارتكاب ترك الفرض أشد من ارتكاب المكروه تحريماً قوله: **(ويستحب له إذا سلم أن يقول: أتموا صلاتكم الخ)** لاحتمال أن يكون خلفه من لا يعرف حاله ولا يتيسر له الاجتماع بالإمام قبل ذهابه فيحكم حينئذ بفساد صلاة نفسه بناء على ظن إقامة الإمام ثم إفساده بسلامه على ركعتين، وهذا محمل ما في الفتاوى إذا اقتدى بإمام لا يدري أمسافر هو أو مقيم لا يصح، لأن العلم

بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع أن القراءة على المفترض نفل، وعلى المتنفل فرض فكان اقتداء المفترض بالمتنفل. وأجيب عن الأول بأن القضاء يلتحق بمحل الأداء فيبقى الشفع الثاني خالياً عن القراءة فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز. وعن الثاني بأن صلاة المتنفل أخذت حكم الفرض تبعاً لصلاة الإمام، ولهذا لو أفسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها أربعاً، وإن اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم وأتم المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين، وقد أدى ما التزم ولم يتم صلاته فينفرد في الباقي كالمسبوق إلا أنه لا يقرأ في الأصح، وقوله في الأصح احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لأنهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو إذا سهوا فيه فأشبهوا المسبوقين. ووجه الأصح ما ذكر في كتاب أنه مقتد تحريمة لا فعلاً. يعني في الشفع الثاني، أما أنه مقتد تحريمة فلأنه التزم الأداء معه في أول التحريمة، وأما أنه ليس بمقتد فعلاً فلأن فعل الإمام قد فرغ بالسلام على رأس الركعتين، وكل من كان كذلك فهو لاحق،[1] ولا قراءة على اللاحق لأنه بالنظر إلى كونه مقتدياً تحريمة حرم عليه القراءة. وبالنظر إلى كونه غير مقتد فعلاً يستحب له القراءة لأن فرض القراءة صار مؤدياً فدارت قراءته بين كونه حراماً ومستحباً فكان الاحتياط في الترك ترجيحاً للمحرم بخلاف المسبوق لأنه أدرك قراءة نافلة، يعني في الأخريين لأن الكلام فيه، فبالنظر إلى كونه مقتدياً كانت بدعة، وبالنظر إلى كونه منفرداً كانت فرضاً لأنه لم يتأد فرض القراءة فكانت عليه واجبة. فإن قيل: فإذا كانت واجبة كيف قال فكان الإتيان أولى؟ أجيب بأن الأولوية لا تنافي الوجوب لأن المراد بالأولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما فيه. وقيل ذكره بمقابلة ما ذكر من قراءة المقيمين بعد فراغ إمامهم المسافر لا بالنظر في نفسه، وقيل

قوله: **(فبالنظر إلى كونه مقتدياً كانت بدعة)** أقول: عبر عن الحرام بالبدعة هنا لتهوين أمره بالنسبة إلى ترك الفرض فإنه مجتهد فيه، بخلاف ترك فرض القراءة

لأنه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطاً، بخلاف المسبوق لأنه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الإتيان أولى قال: (ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول: أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر) لأنه عليه الصلاة

بحال الإمام شرط الأداء بجماعة انتهى. لا أنه شرط في الابتداء لما في المبسوط: رجل صلى بالقوم الظهر ركعتين في قرية وهم لا يدرون أمسافر هو أم مقيم فصلاتهم فاسدة سواء كانوا مقيمين أم مسافرين لأن الظاهر من حال من في موضع الإقامة أنه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه، فإن سألوه فأخبرهم أنه مسافر جازت صلاتهم انتهى. وإنما كان قول الإمام ذلك مستحباً لأنه لم يتعين معرفة صحة صلاته لهم فإنه ينبغي أن يتموا ثم يسألوه فتحصل المعرفة. وحديث «أتموا صلاتكم» رواه أبو داود والترمذي عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال «غزوت مع رسول الله ﷺ وشهدت معه الفتح. فأقام بمكة ثمان عشرة ليلة لا يصلي إلا ركعتين يقول: يا أهل مكة صلوا أربعاً فإنا قوم سفر» صححه الترمذي(1) هذا ولو قام المقتدي المقيم قبل سلام الإمام فنوى الإمام الإقامة قبل سجوده رفض ذلك وتابع الإمام، فإن لم يفعل وسجد فسدت صلاته لأنه ما لم يسجد لم يستحكم خروجه عن صلاة الإمام قبل الإمام. وقد بقي على الإمام ركعتان بواسطة التغير فوجب عليه الاقتداء فيهما، فإن انفرد فسدت، بخلاف ما لو نوى الإمام بعد ما سجد المقتدي فإنه يتم منفرداً، فلو رفض وتابع فسدت لاقتدائه حيث وجب الانفراد، وقدمنا في باب الحدث في الصلاة مسئلة استخلاف الإمام المسافر مقيماً فارجع إليها هناك وأتقنها.

(وهذه مسائل الزيادات) مسافر ومقيم أم أحدهما الآخر، فلما شرعا شكا في الإمام استقبلا لأن الصلاة متى فسدت من وجه وجازت من وجوه حكم بفسادها، وإمامة المقتدي مفسدة، واحتمال كون كل منهما مقتدياً قائم فتفسد عليهما، قيل تأويله إذا افترقا عن مكانهما، أما قبله فيجعل من عن يمين الآخر مقتدياً حملا على السنة، وقيل لا لأن قيام المقتدي عن اليمين ليس شرطاً ليجعل دليلاً، ولو لم يشكا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم أحدث الآخر فخرج ثم شكا فسدت صلاة من خرج أولاً لا الثاني لأن الأول سواء كان إماماً أو مقتدياً لما خرج أولاً صار مقتدياً بالمتأخر، ثم إذا خرج الثاني خلا موضع المأموم عن الإمام وذلك مفسد، بخلاف الثاني فإنه خرج وهو إمام فلا تعلق لصلاته بصلاة غيره ليلزم من فساد صلاة الغير فسادها ويصلي أربعاً مسافراً كان أو مقيماً ويقرأ في الركعة الثانية ويجلس على رأس الركعتين لأن ذلك فرض على المسافر إن كان إماماً، وعلى المقيم إن اقتدى بالمسافر وتحولت إمامته إليه، واحتمال الاقتداء ثابت، وإن لم يعلم الأول خروجاً فسدت صلاتهما لأن صلاة المتقدم فاسدة واحتمال التقدم ثابت في كل منهما، وكذا إن خرجا معاً لفساد صلاة المقتدي منهما لخلو مكان الإمام واحتمال الاقتداء في كل منهما ثابت، ولو صليا ركعتين وقعدا ولم يحدثا ثم شكا في الإمام لم تفسد صلاتهما بل يقوم المقيم ويتم أربعاً

ذكره في مقابلة قوله فيتركها احتياطاً ومراده أن جعله منفرداً لتجب عليه القراءة لو تركها فسدت صلاته أولى من جعله مقتدياً. وفيه نظر لأنه يجب جعله منفرداً (ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر) أي مسافرون، وهذا يدل على أن العلم بحال الإمام بكونه مقيماً أو مسافراً ليس بشرط لأنهم إن علموا أنه مسافر فقوله هذا عبث، وإن علموا أنه مقيم كان كاذباً فدل على أن المراد به إذا لم يعلموا حاله، وهو مخالف لما ذكر في فتاوى قاضيخان وغيره أن من اقتدى بإمام لا يدري أنه مقيم أو مسافر لا يصح اقتداؤه. والتوفيق بينهما ما قيل إن ذلك محمول على ما إذا بنو أمر الإمام على ظاهر حال

---

(1) حسن. أخرجه أبو داود ١٢٢٩ والترمذي ٥٤٥ والطيالسي ٨٥٨ وأحمد ٤/ ٤٣٠ . ٤٣١ . ٤٣٢ . ٤٤٠ والبيهقي ٣/ ١٣٥ كلهم من حديث عمران ابن حصين مع اختلاف يسير فيه، ومداره على علي بن زيد قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٤٦: علي ضعيف، وإنما حسن الترمذي حديثه لشواهده.
وقال أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي: والحق أن علي بن زيد بن جدعان ثقة. والترمذي يصحح حديثه.
قلت: علي بن زيد عند أحاديث مناكير تُورد في موضوعات ابن الجوزي، وعنده أيضاً أحاديث حسان هي في السنن بل هو من رجال مسلم أيضاً، وحديثه له شواهد فهو حسن إن شاء الله تعالى.

والسلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر (وإذا دخل المسافر في مصره أتم الصلاة وإن لم ينو المقام فيه) لأنه عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد (ومن

ويتابعه المسافر لأن المقيم إن كان إماماً كان له أن يصلي أربعاً وإن كان مقتدياً انتهى اقتداؤه إذا قعد إمامه قدر التشهد، ويتابعه المسافر في ذلك لأنه إن كان إماماً تمت صلاته فلا تضره المتابعة في الزيادة، وإن كان مقتدياً انقلب فرضه أربعاً، واحتمال الاقتداء ثابت حتى لو لم يتابعه فسدت لما قلنا، ولو لم يشكا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم الآخر كذلك ثم شكا بعد ما رجعا من الوضوء فسدت صلاة من خرج أولاً دون الثاني، لأن الأول لو كان مقيماً، فإن كان مقتدياً بالمسافر لا تفسد صلاته لأنه خرج بعد ما انتهى اقتداؤه، وإن كان إماماً فسدت صلاته لأنه لما خرج أولاً صار مقتدياً بالمسافر، فإذا خرج المسافر بعده فسدت صلاته، فإن كان الأول مسافراً إن كان إماماً لم تفسد صلاته لأنه خرج بعد الفراغ عن الأركان فلم يصر مقتدياً بالمقيم لانتهاء الاقتداء، وإن كان مقتدياً تفسد صلاته لخروج الإمام بعده ففسدت صلاة من خرج أولاً من وجه وجازت من وجه فيحكم بالفساد والمتأخر لا تفسد صلاته لأنه منفرد عند الخروج، ويصلي ركعتين ليصير أربعاً، لأنه إن كان مقيماً لا بد له من ذلك وإن كان مسافراً فبالاقتداء يجب ذلك واحتمال الابتداء ثابت، وإن شكا في الذي خرج أولاً فسدت صلاتهما لأن صلاة المتقدم فاسدة واحتمال التقدم في حق كل ثابت، وإن خرجا معاً فصلاة المقيم تامة، لأنه لو كان إماماً لم تتحول إمامته إلى المسافر، وإن كان مقتدياً انتهى حكم الاقتداء فصار منفرداً، وصلاة المسافر فاسدة لاحتمال أنه كان مقتدياً وقد خلا مكان إمامه، وإن شكا بعد ما صليا ثلاثاً أو أربعاً ولم يحدثا القياس أنه تعتبر الأحوال وتفسد صلاة المقيم لاحتمال أنه كان مقتدياً بالمسافر في الشفع الثاني، وفي الاستحسان: تجوز صلاتهما، ويجعل المقيم إماماً حملاً لأمرهما على الصحة لأن الظاهر من المسلم الجري على موجب الشرع كما قلنا فيمن أحرم بنسكين ونسيهما، القياس أن تلزمه عمرتان وحجتان، وفي الاستحسان تلزمه حجة وعمرة حملاً لأمره على المسنون المتعارف وهو القرآن، وكذلك مسافر ومقيم أم أحدهما صاحبه في الظهور وتركا القعدة على رأس الركعتين فسلما وسجدا للسهو ثم شكا في الإمام يجعل المقيم إماماً، وكذا لو تركا القراءة في الأوليين أو إحداهما، فلما سلما وسجدا للسهو شكا يجعل المقيم إماماً إذا جعلنا المقيم إماماً في مسئلتنا، فإن أحدث المقيم أولاً وخرج ثم أحدث المسافر وخرج فسدت صلاة المقيم وجازت صلاة المسافر فإن أحدثا معاً أو متعاقباً وخرجا معاً فسدت صلاة المسافر بخلو مكان الإمام وجازت صلاة المقيم لأنه منفرد وإن خرجا على التعاقب ولا يعلم أولهما خروجاً فسدت صلاتهما لما قلنا فيما تقدم قوله: (فانتقل

الإقامة، والحال أن ليس بمقيم وسلم على رأس الركعتين وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الإمام، وأما إذا علموا بعد الصلاة بحال الإمام جازت صلاتهم، وإن لم يعلموا بحاله وقت الاقتداء، وبهذا القول يعلم حاله في الآخرة بقوله فإن قيل فعلى هذا التقرير يجب أن يكون هذا القول واجباً على الإمام لأن إصلاح صلاة القوم يحصل به، وما يحصل به ذلك فهو واجب على الإمام فكيف قال ويستحب؟ أجيب بأن إصلاح صلاتهم ليس بمتوقف على هذا القول ألبتة بل إذا سلم على رأس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله أنه مسافر حملاً لأمره على الصلاح فكان قوله هذا بعد ذلك زيادة إعلام بأنه مسافر وإزالة للتهمة عن نفسه واقتداء بالنبي ﷺ فإنه قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر فكان أمراً مستحباً لا واجباً. قال: **(وإذا دخل المسافر مصره أتم الصلاة)** معناه: إذا استكمل المسافر بسيره مسيرة ثلاثة أيام ثم دخل وطنه الأصلي أتم الصلاة وإن لم ينو الإقامة فيه لأن النبي ﷺ وأصحابه كانوا يسافرون ثم يعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد، وفيه نظر لأن العزم فعل القلب وهو أمر باطن، وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه، بل الظاهر من حال المسافر العائد إلى وطنه أن يكون في عزمه المقام فيه، ولعل المراد عزم جديد لمدة الإقامة خمسة عشر يوماً فإن الظاهر عدمه، والاستدلال بالمعقول أظهر وهو أن نية الإقامة إنما تعتبر لصيرورة المسافر مقيماً في مصر غيره لأن مكثه في حيز التردد بين أن يكون للسير وبين أن يكون للإقامة

قوله: **(فإن الظاهر عدمه)** أقول: فيه بحث

كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه الأول قصر) لأنه لم يبق وطناً له، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله دون

عنه واستوطن غيره) قيد بالأمرين فإنه إذا لم ينتقل عنه بل استوطن آخر بأن اتخذ له أهلاً في الآخر فإنه يتم في الأول كما يتم في الثاني قوله: **(عد نفسه من المسافرين)** هو في الحديث المذكور آنفاً حيث قال «فإن قوم سفر»[1] قوله: **(وهذا لأن الأصل الخ)** قيل الأوطان ثلاثة: وطن أصلي وهو مولد الإنسان أو موضع تأهل به ومن قصده التعيش به لا الارتحال، ولو تزوج المسافر في بلد لم ينو الإقامة فيه قيل يصير مقيماً وقيل لا. ووطن إقامة وهو ما ينوي الإقامة فيه خمسة عشر يوماً فصاعداً على نية أن يسافر بعد ذلك، ووطن سكنى وهو ما ينوي الإقامة به أقل من خمسة عشر يوماً، والمحققون على عدم اعتبار الثالث لأنه يوصف السفر فيه كالمفازة، ولذا تركه المصنف. والأصلي لا ينتقض إلا بالانتقال عنه واستيطان آخر كما قلنا لا بالسفر ولا بوطن الإقامة. ووطن الإقامة ينتقض بالأصلي ووطن الإقامة والسفر، وتقديم السفر ليس بشرط الثبوت الأصلي بالإجماع، وهل هو شرط لثبوت وطن الإقامة؟ عن محمد فيه روايتان: في رواية لا يشترط كما هو ظاهر الرواية، وفي أخرى إنما يصير الوطن وطن إقامة بشرط أن يتقدمه سفر ويكون بينه وبين ما صار إليه منه مدة سفر، حتى لو خرج من مصره لا لقصد السفر فوصل إلى قرية ونوى الإقامة بها خمسة عشر لا تصير تلك القرية وطن إقامة وإن كان بينهما مدة سفر لعدم تقدم السفر، وكذا إذا قصد مسيرة سفر وخرج فلما وصل إلى قرية مسيرتها من وطنه دون مدة السفر ثم نوى الإقامة بها خمسة عشر لا يصير مقيماً ولا تصير تلك القرية وطن إقامة، والتخريج على الروايتين في شرح الزيادات: بغدادي وكوفي خرجا من وطنهما يريدان قصر ابن هبيرة ليقيما به خمسة عشر، وبين كوفة وبغداد خمسة مراحل والقصر منتصف ذلك، فلما قدماه خرجا منه إلى الكوفة ليقيما بها يوماً ثم يرجعا إلى بغداد فإنهما يتمان الصلاة بها إلى الكوفة لأن خروجهما من وطنهما إلى القصر ليس سفراً وكذا من القصر إلى الكوفة فبقيا مقيمين إلى الكوفة، فإن خرجا من الكوفة إلى بغداد يقصران الصلاة، وإن قصدا المرور على القصر لأنهما قصدا بغداد وليس لهما وطن، أما الكوفي فلأن وطنه بالكوفة نقض وطن القصر. وأما البغدادي فعلى رواية الحسن يتم الصلاة، وعلى رواية هذا الكتاب: يعني الزيادة يقصر، وجه رواية الحسن أن وطن البغدادي بالقصر صحيح لأنه نوى الإقامة في موضعها ولم يوجد ما ينقضها، وقيام وطنه بالقصر يمنع تحقق السفر، وجه رواية هذا الكتاب أن وطن الإقامة لا يكون إلا بعد تقديم السفر لأن الإقامة من المقيم لغو، ولم يوجد تقديم السفر فلم يصح وطنه بالقصر فصار مسافراً إلى بغداد انتهى. ورواية

فاحتيج إلى النية، فأما في مصره فهو متعين للإقامة كما كان قبل السير، وأما إذا لم يستكمل المسافر مسيرة ثلاثة أيام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيماً وتتم صلاته وإن لم يدخل لما ذكرنا من قبل أنه رفض الإيجاب لا ابتداؤه. وقوله: **(ومن كان له وطن فانتقل منه)** اعلم أن عامة المشايخ قسموا الأوطان على ثلاثة: وطن أصلي وهو مولد الرجل أو البلد الذي تأهل فيه. ووطن إقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الإقامة خمسة عشر يوماً ويسمى وطن سفر أيضاً. ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الإقامة أقل من خمسة عشر يوماً. والمحققون منهم قسموا الوطن إلى الأصلي ووطن الإقامة، ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لأنه لم تثبت فيه الإقامة بل حكم السفر فيه باق، والأصل أن الوطن

قوله: **(يصير مقيماً وتتم صلاته لما ذكر من قبل)** أقول: ذكره في هذا الباب قبل ورقتين تخميناً وهو قوله وقالوا نية الإقامة في المفازة إنما لا تصح إذا سار ثلاثة أيام بنية السفر، فأما قبل ذلك فتصح الخ قوله: **(لأنه ضده الخ)** أقول: لظهور مضادة السفر الإقامة قوله: **(فإن قيل فهو ضد للوطن الأصلي أيضاً الخ)** أقول: ولك أن تمنع ذلك إلى أن يقوم الدليل، قال ابن الهمام: المسافر لو تزوج ببلده ولم ينو الإقامة فيها قيل يصير مقيماً وقيل لا اهـ.

---

(١) هو بعض المتقدم.

السفر، ووطن الإقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالأصلي (وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوماً لم يتم الصلاة) لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع، وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى

الحسن تبين أن السفر الناقض لوطن الإقامة ما ليس فيه مرور على وطن الإقامة أو ما يكون المرور فيه به بعد سير مدة السفر. ومثاله: في ديارنا قاهري خرج إلى بلبيس فنوى الإقامة بها خمسة عشر، ثم خرج منها إلى الصالحية، فلما دخلها بدا له أن يرجع إلى القاهرة ويمر ببلبيس، فعلى رواية اشتراط السفر بوطن الإقامة يقصر إلى القاهرة، وعلى الأخرى يتم، ومثال انتقاض وطن الإقامة بمثله يبين ما قلنا أيضاً، وهو ما ذكروه من خراساني قدم الكوفة ونوى الإقامة بها شهراً ثم خرج منها إلى الحيرة ونوى المقام بها خمسة عشر يوماً ثم خرج من الحيرة يريد العود إلى خراسان ومر بالكوفة فإنه يصلي ركعتين، لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة، وقد انتقض بوطنه بالخيرة لأنه وطن إقامة مثله، وكذا وطنه بالحيرة انتقض بالسفر لأنه وطن إقامة فكما خرج من الحيرة على قصد خراسان صار مسافراً ولا وطن له في موضع فيصلي ركعتين حتى يدخل خراسان وإن لم يكن نوى الإقامة بالحيرة خمسة عشر يوماً أتم الصلاة بالكوفة لأن وطنه بالكوفة لم يبطل بالخروج إلى الحيرة لأنه ليس بوطن مثله ولا سفر فيبقى وطنه بالكوفة كما كان. ولو أن الخراساني ارتحل من الكوفة يريد مكة فقبل أن يسير ثلاثة أيام ذكر حاجة بالكوفة فعاد فإنه يقصر لأن وطنه بالكوفة بطل بالسفر، بخلاف ما لو عزم على العود إلى الوطن الأصلي فإنه إذا لم يكن بين هذا الموضع الذي بلغ إليه ووطنه مسيرة سفر يصير مقيماً، وإن كان بينهما مدة سفر لا يصير مقيماً فيقصر حتى يدخل وطنه لأن العزم في الوجه الأول ترك السفر، فنية الإقامة قبل استحكام السفر على ما تقدم، وفي الوجه الثاني ترك السفر إلى جهة وقصده إلى جهة أخرى فبقي مسافراً كما كان. وفي النوادر: خرج من مصره مسافراً ثم افتتح الصلاة فسبقه حدث فلم يجد الماء فنوى أن يدخل مصره وهو قريب صار مقيماً من ساعته دخل مصره أو لم يدخل، لأن قصد الدخول ترك السفر فحصلت النية مقارنة للفعل فصحت، فإذا دخله صلى أربعاً، فإن علم قبل أن يدخله أن الماء أمامه فمشى إليه فتوضأ صلى أربعاً أيضاً لأنه بالنية صار مقيماً، فبالمشي بعد ذلك في الصلاة أمامه لا يصير مسافراً في حق تلك الصلاة وإن قارنت النية فعل السفر حقيقة، لأنه لو جعل مسافراً لفسدت لأن السفر يمنع عنه حرمة الصلاة، بخلاف الإقامة لأنها ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنعه عنه، فلو تكلم حين علم أن الماء أمامه أو أفسد الصلاة بمفسد ثم وجد الماء فتوضأ، إن وجده في مكانه صلى أربعاً، وإن مشى أمامه حتى وجده صلى ركعتين لأنه صار مسافراً ثانياً بالمشي بنية السفر خارج الصلاة، بخلاف المشي في حرمة الصلاة، وقد تكرر لنا أن المسافر يصير مقيماً بنية الإقامة في حرمة الصلاة حتى يتم أربعاً، فلنتمم الكلام فيه بذكر ما يستثني من ذلك وما يتفرع عليه فنقول: يصير مقيماً بنية الإقامة في الصلاة حتى يتغير فرضه إلى الرباعية، إلا إن خرج الوقت وهو فيها فنوى الإقامة لتقرر الفرض ركعتين بخروج الوقت، وإلا أن يكون لاحقاً فراغ إمامه المسافر ثم نوى الإقامة، لأن اللاحق مقتد حكماً حتى لا يقرأ ولا

الأصلي يبطل بالوطن الأصلي دون وطن الإقامة، وإنشاء السفر وهو أن يخرج قاصداً مكاناً يصل إليه في مدة السفر لأن الشيء إنما يبطل بما فوقه أو ما يساويه وليس فوقه شيء فيبطل بما يساويه، ألا ترى أن رسول الله ﷺ بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال «أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر» وأما وطن الإقامة فله ما يساويه وما هو فوقه فيبطل بكل منهما وبإنشاء السفر أيضاً لأنه ضده. فإن قيل: فهو ضد للوطن الأصلي أيضاً فلم لم يبطله؟ فالجواب: أنه لم يبطله بالأثر لما روى أن النبي ﷺ كان يخرج من المدينة إلى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الإقامة بعد الرجوع. وقوله: **(لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع)** يعني إلى عشرة وخمسة عشر دفعاً للتحكم **(وهو)** أي اعتبارها في مواضع **(ممتنع)** لأن إقامته حينئذ إنما تكون بنزوله وترويح دابته، والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيماً إن نوى، وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدالة على عدم الاجتماع. وقوله: **(إلا إذا نوى)** مستثنى من قوله لم يتم الصلاة. وقوله: **(لأن**

المسافر أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيماً بدخوله فيه، لأن إقامة المرء مضافة إلى مبيته **(ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين، ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر أربعاً)** لأن القضاء بحسب الأداء، والمعتبر

يسجد للسهو، ففراغ الإمام كأنه فراغه وبه يستحكم الفرض ولم يبق محتملا للتغير في حق الإمام، فكذا في حق اللاحق، بخلاف المسبوق، وإذا عرف هذا فلو نواها بعد ما قعد قدر التشهد ولم يسلم تغير، وكذا لو كان قام إلى الثالثة ساهياً قعد أولاً فنواها قبل أن يسجد لأنه لم يخرج عن المكتوبة قبل النية إلا أنه يعيد القيام والركوع لأنهما نفل فلا ينوبان عن الفرض، فإن لم ينو حتى سجد لا يتغير لأن النية وجدت بعد خروجه منه ولكنه يضيف إليها أخرى ليكون التطوع بركعتين فيما إذا كان قعد وبأربع فيما إذا لم يكن قعد لما عرف في سجود السهو عندهما، ولا يضم عند محمد لفساد أصل الصلاة بفساد الفرضية، ولو أن مسافراً صلى الظهر ركعتين وترك القراءة فيهما أو في إحداهما وتشهد ثم نواها قبل السلام أو قام إلى الثالثة ثم نواها قبل أن يسجد تحول فرضه أربعاً عندهما ويقرأ في الأخريين قضاء عن الأوليين، وعند محمد تفسد صلاته لما مر من فساد الصلاة عنده بترك القراءة في ركعة، وكان القياس على قول أبي حنيفة أن تفسد لما سلف له من فسادها بتركها في ركعتين، لكنه استحسن هنا فقال ببقاء التحريمة وإن تركت القراءة في الركعتين، لأن صلاة المسافر بعرض أن تلحقها مدد نية الإقامة فيقضي القراءة في الباقي فلا يتحقق تقرر المفسد إلا بالخروج عن تلك الصلاة، بخلاف فجر المقيم، ولا يشكل لو نواها بعد السجود أنها تفسد بالإجماع، ولو نواها بعد السلام وعليه سهو تقدم أنه يتغير عند محمد خلافاً لهما بناء على أن سلام من عليه السهو يخرجه أولاً قوله: **(لأنه)** أي آخر الوقت هو المعتبر في السببية في حق المكلف، لأنه أوان تقرره ديناً في ذمته وصفة الدين تعتبر حال تقرره كما في حقوق العباد، وأما اعتبار كل الوقت إذا خرج في حقه فليثبت الواجب عليه بصفة الكمال إذ الأصل في أسباب المشروعات أن تطلب العبادات كاملة، وإنما تحمل نقصها لعروض تأخيره إلى الجزء الناقص مع توجه طلبها فيه إذا عجز عن أدائها قبله، وبخروجه عن غير إدراك لم يتحقق ذلك العارض فكان الأمر على الأصل من اعتبار وقت الوجوب، وقال زفر: إذا سافر وقد بقي من الوقت قدر ما يمكنه أن يصلي فيه صلاة السفر يقضي صلاة السفر، وإن كان الباقي دونه صلى صلاة المقيم لما علم من أن مذهبه أن السببية لا تنتقل من ذلك الجزء وعندنا تنتقل إلى الذي يسع التحريمة وقد أسلفناه، وعلى هذا قالوا فيمن صلى الظهر وهو مقيم أربعاً ثم سافر وصلى العصر ركعتين ثم تذكر أنه ترك شيئاً في منزله فرجع فتذكر أنه صلى الظهر والعصر بلا طهارة فإنه يصلي الظهر ركعتين والعصر أربعاً لأن صلاة الظهر صارت كأنها لم تكن وصارت ديناً في الذمة في آخر وقتها وهو مسافر فيه فصارت في ذمته صلاة السفر، بخلاف العصر فإنه خرج وقتها وهو مقيم، ولا يشكل على هذا المريض إذا فاتته صرة في مرضه الذي لا يقدر فيه على القيام فإنه يجب أن يقضيها في الصحة قائماً لأن الوجوب بقيد القيام غير أنه رخص له أن يفعلها حالة العذر بقدر وسعه إذ ذاك، فحيث لم يؤدها حالة العذر زال سبب الرخصة فتعين الأصل ولذلك يفعلها المريض قاعداً إذا فاتت عن زمن الصحة، أما صلاة المسافر فإنها ليست إلا ركعتين ابتداء، ومنشأ الغلط اشتراك لفظ الرخصة قوله: **(فلا تتعلق بما يوجب التغليظ)** يعني المعصية، وهذا لأن

إقامة المرء مضافة إلى مبيته) ظاهر، ألا ترى أن السوقي إذا قيل له أين تسكن يقول في محلة كذا ونهاره كله في السوق. وقوله: **(لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء)** يعني عند عدم الأداء قبل آخر الوقت لما عرف في الأصول؛ ففي آخر الوقت إن كان مسافراً وفاتته الصلاة قضى ركعتين وإن كان في أول الوقت مقيماً، وإن كان مقيماً فيه وفاتته الصلاة قضى أربعاً وإن

قوله: **(وأما أن السببية تنتقل بعد الفوت إلى كل الوقت ليظهر أثره في عدم جواز قضاء العصر الفائت في اليوم الثاني وقت الاحمرار فلذلك شيء آخر الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لم لا ينتقل هنا أيضاً إلى كل الوقت ليظهر أثره في مقيم مسافر في آخر الوقت فيتم صلاته أربعاً لكونه مقيماً في أكثره.

في ذلك آخر الوقت لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء في الوقت **(والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء)** وقال الشافعي رحمه الله: سفر المعصية لا يفيد الرخصة لأنها تثبت تخفيفاً فلا تتعلق بما يوجب التغليظ. ولنا

قصد قطع الطريق وقتال الإمام العدل والإباق للعبد وعدم المحرم، وقيام العدة للمرأة يوجب صيرورة نقل الخطا معصية فيمنع الرخصة قياساً على قطاع الطريق في منعهم من صلاة الخوف إذا خافوا الإمام وعلى زوال العقل بمحظور في عدم سقوط الخطاب. ولنا إطلاق النصوص: أي نصوص الرخصة قال تعالى: ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة ١٨٥].

وقال عليه الصلاة والسلام «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها»(١) وما قدمنا من الأحاديث المفيدة تعليق القصر على مسمى السفر فوجب إعمال إطلاقها إلا بمقيد ولم يوجد، أما نص الكتاب فلأنه لو تم القياس الذي عينه لم يصلح مقيداً له عندنا فكيف ولم يتم فلا يصلح مقيداً له ولا لغيره من الأحاديث وذلك لاختلاف الجامع فإن المؤثر في أصله في منع الرخصة عدم سببها وذلك أن سبب الرخصة لا بد أن يكون مباحاً وهو في صلاة الخوف الخوف وهو في قطاع الطريق سبب عن نفس المعصية: أعني قطع الطريق، وسبب السبب سبب، فلو ثبتت الرخصة أعني جواز صلاة الخوف لهم كانت المعصية نفسها هي الموجبة للتخفيف، وكذا زوال العقل هو السبب وهو بسبب عن المعصية نفسها: أعني شرب المسكر إلى آخر ما قررناه، بخلاف ما نحن فيه فإن السبب السفر وليس هو مستند إلى قطع الطريق، فإن الذي صيره مسافراً ليس قطع الطريق بل الشروع في السير المخصوص لا باعتبار الطريق أصلاً فعرا السبب في نفسه عن المعصية وكانت هي مجاورة له، وذلك غير مانع من اعتبار ما جاوره شرعاً كالصلاة في المغصوبة والمسح على خف مغصوب والبيع وقت النداء وكثير من النظائر، وهذا بناء على أن المراد بالسبب الفاعلي لا الغائي.

[فروع] التبع كالعبد والغلام والجندي والمرأة إذا وفاها مهرها والأجير والتلميذ والأسير والمكره تعتبر نية الإقامة والسفر من متبوعهم دونهم فيصيرون مقيمين ومسافرين بنيتهم ولو نوى المتبوع الإقامة ولا يعلمون اختلفوا في وقت لزومهم حكم الإقامة فقيل من وقت نية المتبوعين، وقيل من وقت علمهم كما في توجه خطاب الشرع وعزل الوكيل، والأحوط الأول فيكون كالعزل الحكمي فيقضون ما صلوا قصراً قبل علمهم، وفي العبد المشترك بين مسافر ومقيم، قيل يتم، وقيل يقصر، وقيل إن كان بينهما مهايأة في الخدمة قصر في نوبة المسافر وأتم في نوبة المقيم،

كان في أوله مسافراً. واعترض بأن كلامنا في القضاء وإذا فاتت الصلاة عن وقتها كان كل الوقت سبباً لما عرف لا الجزء الأخير، وأجيب بأن بعض المشايخ يقررون السببية على الجزء الأخير وإن فات الوقت، فجاز أن يكون المصنف قد اختار ذلك. وأقول: الاعتراض ليس بوارد لأن المصنف قال القضاء بحسب الأداء: يعني أن كل من وجب عليه أداء أربع قضى أربعاً، ومن وجب عليه أداء ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه. ثم بين أن المعتبر في السببية للأداء هو الجزء الأخير من الوقت، وهذا أيضاً لا نزاع فيه وبه يتم مراد المصنف. وأما أن السببية تنتقل بعد الفوت إلى كل الوقت ليظهر أثره في عدم جواز قضاء العصر الفائت في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك شيء آخر لا مدخل له في مراد المصنف، وهذا واضح فتأمله يغنيك عن التطويل. ونوقض قولهم القضاء بحسب الأداء بما إذا دخل المسافر في صلاة المقيم ثم ذهب الوقت ثم أفسد الإمام أو المقتدي صلاته على نفسه فإنه يقضي ركعتين صلاة السفر وقد وجب عليه أداء الصلاة أربعاً. وأجيب بأنه إنما لزمه الأربع لمتابعة الإمام وقد زال ذلك بالإفساد فعاد إلى أصله؛ ألا ترى أنه لو أفسد الاقتداء في الوقت كان عليه أن يصلي صلاة السفر فكذا ههنا. وقوله: (والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء) السفر على ثلاثة أقسام: سفر طاعة كالحج والجهاد، وسفر مباح كالتجارة، وسفر معصية كقطع الطريق والإباق عن المولى وحج المرأة بلا محرم. والأولان سببان

---

(١) أحاديث المسح على الخفين مشهورة، وقد تقدمت في أحكام الوضوء باب المسح على الخفين.

إطلاق النصوص. ولأن نفس السفر ليس بمعصية، وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة.

ويتفرع على اعتبار النية من المتبوع أن العبد لو أمّ سيده في السفر فنوى السيد الإقامة صحت، حتى لو سلم العبد على رأس الركعتين فسدت صلاتهما، وكذا لو باعه من مقيم حال سفره والعبد في الصلاة فسلم على رأس الركعتين فسدت، ولو كان العبد أمّ مع السيد غيره من المسافرين فنوى السيد الإقامة صحت نيته في حق عبده لا في حق القوم في قول محمد، فيقدم العبد على رأس الركعتين واحداً من المسافرين ليسلم بهم ثم يقوم هو والسيد فيتم كل منهما أربعاً، وهو نظير ما إذا صلى مسافراً بمقيمين ومسافرين فأحدث فقدم مقيم لا ينقلب فرض القوم أربعاً، وهي المسئلة التي ذكرناها في باب الحدث في الصلاة، ثم بماذا يعلم العبد؟ قيل ينصب المولى أصبعيه أولاً ويشير بأصبعه ثم ينصب الأربع وَيشير بها. وفي حكم الأسير من بعث إليه الوالي ليؤتى به من البلدة والغريم إذا لزمه غريمه أو حبسه إن كان قادراً على أداء ما عليه ومن قصده أن يقضي دينه قبل خمسة عشر يوماً فالنية في السفر والإقامة نيته وإلا فنية الحابس، ولو أسلم كافر مسافر أو بلغ صبي مسافر اختلف فيهما، فالشيخ أبو بكر بن الفضل على أنه إن كان بينهما وبين المقصد أقل من ثلاثة أيام كانا مقيمين، وقيل يصليان ركعتين، وقيل الصبي إذا بلغ يصلي أربعاً والكافر إذا أسلم يصلي ركعتين بناء على أن نية الكافر معتبرة، ولا يجمع عندنا في سفر بمعنى أن يصلي العصر مع الظهر في وقت إحداهما والمغرب مع العشاء كذلك خلافاً للشافعي، بل بأن يؤخر الأولى إلى آخر وقتها فينزل فيصليها في آخره ويفتتح الآتية في أول وقتها، وهذا جمع فعلاً لا وقتاً، لنا ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه، «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة لغير وقتها إلا بجمع، فإنه جمع بين المغرب والعشاء بجمع، وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها»[1] يعني غلس بها فكان قبل وقتها المعتاد فعلها فيه منه ﷺ وكأنه ترك جمع عرفة لشهرته، وما في مسلم من حديث ليلة التعريس أنه ﷺ قال «ليس في النوم تفريط، إنما التفريط في اليقظة أن يؤخر الصلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى»[2] فيعارض ما فيهما حديث أنس «أنه ﷺ كان إذا عجل به السير يؤخر الظهر إلى أول وقت العصر فيجمع بينهما، ويؤخر المغرب حتى يجمع بينهما وبين العشاء حين يغيب الشفق»[3] وفي لفظ لهما عن ابن عمر «كان إذا عجل السير السفر جمع بين المغرب والعشاء بعد أن يغيب الشفق»[4] ويترجح حديث ابن مسعود بزيادة فقه الراوي، وبأنه أحوط فيقدم عند التعارض، أو يحمل الشفق المذكور على الحمرة فإنه مشترك بينه وبين البياض الذي يلي أطرافه على ما قدمناه فيكون حينئذ عين ما قلناه من أن ينزل في آخر الوقت فيصلي الوقتية فيه ثم يستقبل الثانية في أول وقتها، وقد وقع في أحاديث الجمع شيء من الاضطراب، ففي بعضها عن ابن عباس رضي الله عنهما، «جمع ﷺ بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء من غير خوف ولا سفر» وفي

للرخصة بلا خلاف، وأما الأخير فكذلك عندنا خلافاً للشافعي، قال: لأن الرخصة تثبت تخفيفاً، وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لأن إضافة الحكم إلى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع (ولنا إطلاق النصوص) قال الله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام آخر﴾ وقال ﷺ «فرض المسافر ركعتان» وقال «يمسح المقيم يوماً وليلة، والمسافر ثلاثة أيام

---

(١) متفق عليه يأتي في الحج.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٦٨١ مطولاً وله قصة وأبو داود ٤٣٧ و٤٤١ كلاهما من حديث أبي قتادة وتقدم في الصلاة مستوخياً.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١١١٢ ومسلم ٧٠٤ ح ٤٨ وأبو داود ١٢١٨ و١٢١٩ والنسائي ١/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥ والنسائي ١/ ٢٨٤ كلهم من حديث أنس واللفظ لمسلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١١٠٦ و١١٠٩ ومسلم ٧٠٣ من طرق وأبو داود ١٢٠٧ والترمذي ٥٥٥ والنسائي ١/ ٢٧٨ كلهم من حديث ابن عمر.
تنبيه: وقول المصنف يترجح حديث ابن مسعود بزيادة فقه الراوي الخ فيه نظر لأن أنس بن مالك لم يتفرد بذلك بل تابعه ابن عمر كما تقدم وابن عباس فيما أخرجه البخاري ١١٠٧ بسنده عن ابن عباس قال: كان رسول الله ﷺ يجمع بين صلاة الظهر والعصر إذا كان على ظهر سير، ويجمع بين المغرب والعشاء. وأخرجه مسلم ٧٠٥ ح ٥١ بنحوه. فرواية الثلاث ترجح على رواية الواحد وهذا شيء متفق عليه.

. . . .

بعضها «جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر» قيل لابن عباس: ما أراد إلى ذلك؟ قال: أراد أن لا يخرج أمته[1]، ولم يقل منا ومنهم بجواز الجمع لذلك أحد وكيف، وما تقدم من حديث ليلة التعريس[2] يعارضه معارضة ظاهرة.

ولياليها» والكل كما ترى مطلق، فزيادة قيد أن لا يكون عاصياً نسخ على ما عرف في الأصول (ولأن نفس السفر ليس بمعصية) إذ هو عبارة عن خروج مديد،، وليس في هذا المعنى شيء من المعصية (وإنما المعصية ما يكون بعده) كما في السرقة (أو مجاوره) كما في الإباق (فصلح) من حيث ذاته (متعلق الرخصة) لإمكان الانفكاك عما يجاوره كما إذا غصب خفاً ولبسه جاز له أن يمسح عليه لأن الموجب ستر قدميه، ولا محظور فيه وإنما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوباً، وموضعه أصول الفقه.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٧٠٥ ح ٤٩ . ٥٠ . ٥٤ ومالك ١/ ١٤٤ وأبو داود ١٢١٠ و١٢١١ والترمذي ١٨٧ والنسائي ١/ ٢٩٠ وابن ماجه ١٠٦٩ من طرق كلهم عن ابن عباس به.

قال مالك عقبه: أرى ذلك في المطر اهـ أي أظن. وقد اضطرب الرواة في هذا الحديث عن ابن عباس، فبعضهم ذكره بمثل سياق المصنف، ورواية لمسلم وفيه: جمع بين الصلاة في سفرة سافرها في غزوة تبوك... الحديث، ورواية ثالثة ليس فيها لفظ: من غير خوف ولا مطر.

الخلاصة: هذا الحديث لا يعلل حديث أنس المتقدم، ولا حديث ابن عمر وابن عباس وقد تقدما بل تلك الأحاديث الثلاث محفوظة ترجح على حديث ابن مسعود لوحده والله أعلم.

(٢) تقدم قبل ثلاثة أحاديث. أخرجه مسلم وغيره:

باب صلاة الجمعة

(لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع، أو في مصلىٰ المصر، ولا تجوز في القرى) لقوله عليه الصلاة والسلام

باب صلاة الجمعة

مناسبته مع ما قبله تنصيف الصلاة لعارض، إلا أن التنصيف هنا في خاص من الصلاة وهو الظهر، وفيما قبله في كل رباعية، وتقديم العام هو الوجه، ولسنا نعني أن الجمعة تنصيف الظهر بعينه بل هي فرض ابتداء نسبته النصف منها. واعلم أوّلاً أن الجمعة فريضة محكمة بالكتاب والسنة والإجماع، يكفر جاحدها، قال تعالى: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ رتب الأمر بالسعي للذكر على النداء للصلاة، فالظاهر أن المراد بالذكر الصلاة، ويجوز كون المراد به الخطبة، وعلى كل تقدير يفيد افتراض الجمعة، فالأولى ظاهر والثاني كذلك لأن افتراض السعي إلى الشرط وهو المقصود لغيره فرع افتراض ذلك الغير. أو لا ترى أن من لم يجب عليه الصلاة لا يجب عليه السعي إلى الخطبة بالإجماع، والمذكور في التفسير أن المراد الخطبة والصلاة وهو الأحق لصدقه عليهما معاً، وقال ﷺ «الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة: مملوك، أو امرأة، أو صبي، أو مريض»[1] رواه أبو داود عن طارق بن شهاب، وقال طارق رأى النبي ﷺ ولم يسمع منه انتهى، وليس هذا قدحاً في

باب صلاة الجمعة

تناسب هذا الباب لما قبله أن كلاً منهما ينصف بواسطة الأول بواسطة السفر، والثاني بواسطة الخطبة، إلا أن الأول شامل في كل ذوات الأربع، والثاني خاص في الظهر، والخاص بعد العام لأن التخصيص بعد العموم، والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق، والميم ساكن عند أهل اللسان والقراءة تضمها. وهي فريضة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ أمر بالسعي إلى ذكر الله، وهي الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة والأمر للوجوب، وإذا كان السعي واجباً إليها فإلى ما هو المقصود وهو الجمعة أولى، وأكد ذلك بتحريم المباح، ولا يكون إلا لأمر واجب مقتضي الحكمة. وأما السنة فقوله ﷺ «اعلموا أن الله تعالى كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا، فمن تركها تهاوناً بها واستخفافاً بحقها وله إمام جائر أو عادل ألا فلا جمع الله شمله ألا فلا صلاة له، ألا فلا صوم له، ألا فلا زكاة له، إلا أن يتوب، فمن تاب تاب الله عليه» وأما الإجماع فلأن الأمة قد اجتمعت على فرضيتها، وإنما اختلفوا في أصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء، وأما المعقول فلأنا أمرنا بترك

باب صلاة الجمعة

قوله: (إن كلاً منهما ينصف بواسطة الخ) أقول: فيه أن قوله إن كلاً منهما ينصف بواسطة يجز إلى قوله صلاة الجمعة صلاة ظهر

---

(١) أخرجه أبو داود ١٠٦٧ والدارقطني ٢/ ٣ والبيهقي ٣/ ١٧٢ كلهم عن طارق بن شهاب به وقال أبو داود عقبه: طارق رأى النبي ﷺ، ولم يسمع منه شيئاً.

ونقل الزيلعي ٢/ ١٩٩ عن النووي في الخلاصة قوله: وهذا غير قادح في صحته، فإنه مرسل صحابي، وهو حجة، والحديث على شرط الشيخين، وأقره الزيلعي وأخرجه الحاكم ١/ ١٨٨ عن طارق عن أبي موسى مرفوعاً مصححه على شرطهما وقال: قد احتجا بهريم بن سفيان، ووافقه الذهبي

وهُرَيْم قال عنه في التقريب: صدوق روى عنه الجماعة: وأما البيهقي فقال: ليس بمحفوظ ذكر أبي موسى وقاله في سننه ٣/ ١٧٢ . ١٧٣.

وذكره ابن حجر في التلخيص ٢/ ٦٥ وقال: صححه غير واحد، وفي الباب له شواهد.

وأخرجه الدارقطني ٢/ ٣ من حديث جابر بنحوه وفيه ابن لهيعة ضعيف.

ورواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ١٧٠ من حديث أبي هريرة بزيادة: وأهل البادية

وقال الهيثمي: إسناده ضعيف، ورواه في الكبير من حديث أبي الدرداء وفيه ضرار بن عمرو الملطي ضعيف اهـ. الخلاصة: هو حديث حسن بمجموع طرقه كما ترى والله أعلم. ويشهد له ما بعده أيضاً، وإن كان الآتي ضعيفاً.

«لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع» والمصر الجامع: كل موضع له أمير وقاض ينفذ

صحبته ولا في الحديث، فإن غايته أن يكون مرسل صحابي وهو حجة بل بيان للواقع. قال النووي: الحديث على شرط الشيخين، وأخرج البيهقي من طريق البخاري عن تميم الداري رضي الله عنه، عنه ﷺ قال «الجمعة واجبة إلا على صبي أو مملوك أو مسافر»(١) ورواه الطبراني عن الحكم بن عمرو به، وزاد فيه «المرأة والمريض» وروى مسلم عن أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما أنهما سمعا رسول الله ﷺ يقول على أعواد منبره «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين»(٢) وعن أبي الجعد الضمري وكانت له صحبة عن النبي ﷺ قال «من ترك ثلاث جمع تهاوناً بها طبع الله على قلبه»(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وحسنه، وابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما، وقال ﷺ «من ترك الجمعة ثلاث مرات من غير ضرورة طبع الله على قلبه»(٤) رواه أحمد بإسناد حسن والحاكم وصححه. وقال ﷺ «من ترك ثلاث جمعات من غير عذر كتب من المنافقين»(٥) رواه الطبراني في الكبير من حديث جابر الجعفي لكن له شواهد فلا يضره تضعيف جابر، وعن ابن

الظهر لإقامة الجمعة، والظهر فريضة لا محالة، ولا يجوز ترك الفريضة إلا لفرض هو آكد منه. ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات، فمنها ما هو في المصلى كالحرية والذكورة والإقامة والصحة سلامة الرجلين والبصر عند أبي حنيفة، ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والإظهار، حتى أن الوالي لو أغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه وخدمه ولم يأذن للناس بالدخول لم يجزه وقاض ينفذ الأحكام. قال: (ولا تصح الجمعة إلا في مصر جامع) هذا بيان

قصرت لافرض مبتدأ، ولا يخفى عليك توجيهه. قوله: (ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات: إلى قوله: ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والإظهار الخ) أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن الوقت سبب لا شرط إلا أن يصار إلى المجاز، وأما ثانياً فلأن الوقت لا بد منه في سائر الصلوات أيضاً. والجواب أنه سبب للوجوب وشرط لصحة المؤدي، وشرطيته للجمعة ليس كشرطيته لسائر الصلوات، فإن بخروج الوقت لا تبقى صحة للجمعة لا أداء ولا قضاء، بخلاف سائرها، ثم المراد من قوله الإظهار الإذن العام، وهو أن يفتح أبواب الجامع ويؤذن للناس كافة.

---

(١) ضعيف. أخرجه البخاري في تاريخه ٢/ ٣٣٥ وكذا الطبراني في الكبير كما في الزيلعي ٢/ ١٩٩ والبيهقي ٣/ ١٨٣ ـ ١٨٤ كلهم من حديث تميم الداري وإسناده ضعيف لضعف الحكم بن عمرو. قال عنه يحيى: ليس بشيء. وفيه أيضاً ضرار بن عمرو وهو واه، فالخبر ضعيف إلا أنه شاهد لما قبله.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٥ والنسائي ٣/ ٨٨ وابن ماجه ٧٩٤ وابن حبان ٢٧٨٥ وأحمد ١/ ٢٣٩ و٢/ ٨٤ من طرق كلهم عن الحكم بن ميناء لكن. اختلف عليه فيه فعند مسلم عن الحكم أن ابن عمر وأبا هريرة حدثاه.. فذكره مرفوعاً، ومثله البغوي ١٠٥٤ وهو عند الباقين عن الحكم عن ابن عباس وابن عمر. ورواه ابن خزيمة ١٨٥٥ وصححه من حديث أبي هريرة وأبي سعيد.
الخلاصة: هو صحيح في غاية الصحة فيحتمل أنهم سمعوه جميعاً منه ﷺ، أو سمع بعضهم من بعض.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ١٠٥٢ والترمذي ٥٠٠ والنسائي ٣/ ٨٨ والدارمي ١/ ٣٦٩ وأحمد ٣/ ٤٢٤ وابن خزيمة ١٨٥٧ و١٨٥٨ وابن حبان ٢٧٨٦ والحاكم ٣/ ٦٢٤ والبيهقي ٣/ ١٧٢ ـ ٢٤٧ ـ ٢٨٠ من طرق كلهم من حديث أبي الجعد الضمري، وحسنه الترمذي وصححه ابن خزيمة والحاكم وأقره الذهبي، والصواب أنه حسن لأجل محمد بن عمرو بن علقمة فإن حديثه لا يبلغ درجة الصحة.
لكن له شاهد أخرجه النسائي في الكبرى ١٦٥٧ وابن ماجه ١١٢٦ وأحمد ٣/ ٣٣٢ والحاكم ١/ ٢٩٢ كلهم من حديث جابر مع تغيير يسير فيه، وصححه البوصيري في مصباح الزجاجة فقال: إسناده صحيح ورجاله ثقات، وكذا صححه الحاكم فهو يرقى بالحديث الأول إلى درجة الحسن الصحيح.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ٢/ ٤٨٨ وأحمد كما في المجمع ٢/ ١٩٢ كلاهما من حديث أبي قتادة وقال الهيثمي: إسناده حسن.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي بأن فيه يعقوب بن محمد الزهري وهو واه.
وقال الحافظ عنه في التقريب: صدوق كثير الوهم والرواية عن الضعفاء اهـ.
قلت: للحديث شواهد كثيرة تقدم بعضها فهو يرقى بذلك إلى الحسن والله أعلم.

(٥) يشبه الحسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ١٩٣ من حديث أسامة بن زيد
قال الهيثمي: فيه جابر الجعفي ضعيف عند الأكثر، وأخرجه من حديث ابن أبي أوفى وفيه من لم يُعرف اهـ. فالحديث لشواهده يقرب من الحسن.

الأحكام. ويقيم الحدود، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله، وعنه أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم،

عباس رضي الله عنهما قال: «من ترك الجمعة ثلاث جمع متواليات فقد نبذ الإسلام وراء ظهره»[1] وهذا باب يحتمل جزءاً وإجماع المسلمين على ذلك، وإنما أكثرنا فيه نوعاً من الإكثار لما نسمع عن بعض الجهلة أنهم ينسبون إلى مذهب الحنيفة عدم افتراضها، ومنشأ غلطهم ما سيأتي من قول القدوري: ومن صلى الظهر يوم الجمعة في منزله ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلاته، وإنما أراد حرم عليه وصحت الظهر، فالحرمة لترك الفرض وصحة الظهر لما سنذكر، وقد صرح أصحابنا بأنها فرض آكد من الظهر وبإكفار جاحدها. ولوجوبها شرائط في المصلي: الحرية، والذكورة والإقامة، والصحة، وسلامة الرجلين والعينين، وقالا: إذا وجد الأعمى قائداً لزمته. أجيب بأنه غير قادر بنفسه فلا تعتبر قدرة غيره كالزمن إذا وجد من يحمله. وشرائط في غيره: المصر، والجماعة، والخطبة، والسلطان، والوقت، والإذن العام، حتى لو أن والياً أغلق باب بلد وجمع بحشمه وخدمه ومنع الناس من الدخول لم تجز أخذاً من إشارة قوله تعالى: ﴿**نودي للصلاة**﴾ [الجمعة ٩] فإنه أي تشهير قوله: (**أو في مصلى المصر**) أعني فناءه فإن المسجد الداخل فيه انتظمه اسم المصر، وفناؤه هو المكان المعد لمصالح المصر متصل به أو منفصل بغلوة، كذا قدره محمد في النوادر، وقيل بميل، وقيل بميلين، وقيل بثلاثة أميال، وقيل إنما تجوز في الفناء إذ لم يكن بينه وبين المصر مزرعة، إلا أنه لما أعطى اشتراط المصلى. قال المصنف: والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع أفنية المصر: أي وإن لم يكن في مصلى فيها قوله: (**لقوله ﷺ «لا جمعة» الخ**)[2] رفعه المصنف، وإنما رواه ابن أبي شيبة موقوفاً على علي رضي الله عنه: «لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع أو في مدينة عظيمة»[3] صححه ابن حزم، ورواه عبد الرزاق من حديث عبد الرحمن السلمي عن علي رضي الله عنه قال: لا تشريق ولا جمعة إلا في مصر جامع[4] وكفى بقول علي رضي الله عنهما قدوة. وأما ما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن أول جمعة جمعت بعد جمعة في مسجد رسول الله ﷺ بجواثا قرية بالبحرين»[5] فلا ينافي المصرية تسمية الصدر الأول اسم القرية، إذ القرية تقال عليه في عرفهم وهو لغة القرآن، قال الله تعالى: ﴿**وقالوا لولا نزل هذا القرآن على رجل من القريتين عظيم**﴾ [الزخرف ٣١] أي مكة والطائف، ولا شك أن مكة مصر. وفي الصحاح أن جواثاً حصن بالبحرين فهي مصر، إذ لا يخلو الحصن عن حاكم عليهم وعالم، ولذا قال في المبسوط: إنها مدينة في البحرين، وكيف والحصن يكون بأي سور ولا يخلو ما كان كذلك عما قلنا عادة. وما روى عن عبد

شروط ليست في نفس المصلى وهو ظاهر، وعرف المصر الجامع بقوله (كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود) والمراد بالأمير وال يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم، وإنما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الأحكام لأن تنفيذ

---

(١) موقوف حسن. رواه أبو يعلى، كما في المطالب العالية ١/ ١٧٤ برقم ٦٢٨ عن ابن عباس موقوفاً وقال الهيثمي في المجمع ٢/ ١٩٣: رجاله رجال الصحيح. وأخرجه ابن أبي شيبة ٢/ ١٩٣ لكن عجزه: طبع الله على قلبه.

(٢) لا أصل له في المرفوع. لذا أعرض عنه ابن الهمام فلم يتمه وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٩٥: غريب مرفوعاً. ووافقه ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٤ فقال: لم أجده يعني مرفوعاً.

(٣) موقوف ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة ٢/ ١٠١ وكذا عبد الرزاق ٣/ ١٦٧ كلاهما من رواية الحارث عن علي موقوفاً. وهو ضعيف لضعف الحارث الأعور. قال ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٤: إسناده ضعيف.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه عبد الرزاق ٣/ ١٦٧ والبيهقي ٣/ ١٧٩ كلاهما عن علي موقوفاً والطحاوي في المشكل ٢/ ٥٤ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٤: إسناده صحيح. وقال ابن حزم في المحلى ٥/ ٥٣: فقد صحح عن علي: لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع.
تنبيه: فهذا اللفظ المختصر هو الذي صححه ابن حزم، أما رواية الحارث الأعور فلا.
أخيراً. قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٩٥: قال البيهقي: فهذا إنما يروى عن علي موقوفاً فأما عن النبي ﷺ فإنه لا يروى عنه في ذلك شيء اهـ.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٨٩٢ و٤٣٧١ وأبو داود ١٠٦٨ والبغوي في شرح السنة ٤/ ٢١٨ كلهم عن ابن عباس به.

والأول اختيار الكرخي وهو الظاهر، والثاني اختيار الثلجي، والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع

الرحمن بن كعب عن أبيه كعب بن مالك أنه قال: أول من جمع بنا في حرة بني بياضة أسعد بن زرارة، وكان كعب إذا سمع النداء ترحم على أسعد بذلك قال: قلت كم كنتم؟ قال: أربعون فكان قبل مقدم النبي ﷺ المدينة [١] ذكره البيهقي وغيره من أهل العلم فلا يلزم حجة لأنه كان قبل أن تفرض الجمعة، وبغير علمه ﷺ أيضاً على ما روي في القصة أنهم قالوا: لليهود يوم يجتمعون فيه كل سبعة أيام، وللنصارى يوم، فلنجعل يوماً نجتمع فيه نذكر الله تعالى ونصلي، فقالوا: يوم السبت لليهود، ويوم الأحد للنصارى، فاجعلوه يوم العروبة فاجتمعوا إلى مسجد فصلى بهم وذكرهم وسموه يوم الجمعة، ثم أنزل الله فيه بعد قدوم النبي ﷺ المدينة [٢] فتذكر عند هذا ترك النبي ﷺ التراويح لما اجتمعوا إليه في الليلة الثالثة مخافة أن يؤمر به [٣]. ولو سلم فتلك الحرة من أفنية المصر وللفناء حكم المصر فسلم حديث علي عن المعارض [٤]، ثم يجب أن يحمل على كونه سماعاً لأن دليل الافتراض من كتاب الله تعالى يفيده على العموم في الأمكنة فإقدامه على نفيها في بعض الأماكن لا يكون إلا عن سماع لأنه خلاف القياس المستمر في مثله، وفي الصلوات الباقيات أيضاً، والقاطع للشغب أن قوله تعالى: ﴿فاسعوا﴾ [الجمعة ٩] إلى ذكر الله ليس على إطلاقه اتفاقاً بين الأمة إذ لا يجوز إقامتها في البراري إجماعاً ولا في كل قرية عنده، بل بشرط أن لا يظعن أهلها عنها صيفاً ولا شتاء، فكان خصوص المكان مراداً فيها إجماعاً، فقدر القرية الخاصة وقدّرنا المصر وهو أولى لحديث علي رضي الله عنه [٥]، وهو لو عورض بفعل غيره كان علي رضي الله عنه مقدماً عليه، فكيف ولم يتحقق معارضة ما ذكرنا إياه، ولهذا لم ينقل عن الصحابة أنهم حين فتحوا البلاد اشتغلوا بنصب المنابر والجمع إلا في الأمصار دون القرى، ولو كان لنقل ولو آحاداً، ولو مصر الإمام موضعاً وأمرهم بالإقامة فيه جاز، ولو منع أهل مصر أن يجمعوا لم يجمعوا. وقال الفقيه أبو جعفر: إذا نهى مجتهداً لسبب من الأسباب أراد به أن يخرج ذلك الموضع عن أن يكون مصراً جاز، أما متعنتا وإضراراً فلهم أن يجمعوا على من يصلي، ولو مصر مصراً ثم نفر الناس عنه لخوف ونحوه ثم عادوا لا يجمعون إلا بإذن، ولو دخل القروي المصر يوم الجمعة ونوى أن يمكثه لزمته، وإن نوى الخروج منه قبل وقتها لا تلزمه. قال الفقيه: إن نوى أن يخرج من يومه ولو بعده لا تلزمه قوله: **(ويقيم الحدود)** احترازاً عن المحكم، والمرأة إذا كانت قاضية فإنه يجوز قضاؤها إلا في الحدود والقصاص، واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لأن ملك إقامتها في ملكه قوله: **(وهو الظاهر)** أي في المذهب. وقال أبو حنيفة: المصر كل بلدة فيها سكك وأسواق وبها رساتيق ووال ينصف المظلوم من الظالم وعالم يرجع إليه في الحوادث، وهذا أخص

الأحكام لا يستلزم إقامة الحدود، فإن المرأة إذا كانت قاضية تنفذ الأحكام وليس لها إقامة الحدود وكذلك المحكم، واكتفى

قوله: **(وإنما قال ويقيم الحدود بعد قوله وينفذ الأحكام لأن تنفيذ الأحكام الخ)** أقول: الألف واللام في الأحكام إذا كان للاستغراق وهو

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٠٦٩ والحاكم ١/ ٢٨١ والدارقطني ٢/ ٥ . ٦ والبيهقي ٣/ ١٧٦ كلهم عن كعب بن مالك به. وصححه الحاكم على شرط مسلم وأقره الذهبي وذكره ابن حجر في التلخيص ٢/ ٥٦ وقال: إسناده حسن.
قلت: فيه ابن إسحق مدلس لكنه صرح بالتحديث فحديثه حسن. وقال البيهقي عقبه: هو حديث حسن الإسناد صحيح.

(٢) هذا الأثر، ذكره السيوطي في الدر المنثور ٦/ ٢١٨ ونسبه لعبد الرزاق وعبد بن حميد وابن المنذر رووه عن ابن سيرين بتمامه.
وقوله «ثم انزل الله فيه» أي قوله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾.

(٣) هذا ثابت في الصحاح يأتي في صلاة التراويح.

(٤) لكن هو عن علي موقوف، وليس بمرفوع.

(٥) هو المتقدم.

أفنية المصر لأنها بمنزلته في حوائج أهله (وتجوز بمنى إن كان الأمير أمير الحجاز، أو كان مسافراً عندهما. وقال

مما اختاره المصنف، قيل وهو الأصح، وإذا كان القاضي يفتي ويقيم الحدود أغنى عن التعدد، وقد وقع شك في بعض قرى مصر مما ليس فيها وال وقاض نازلان بها بل لها قاض يسمى قاضي الناحية وهو قاض يولي الكورة بأصلها فيأتي القرية أحياناً فيفصل ما اجتمع فيها من التعلقات وينصرف ووال كذلك، هل هو مصر نظراً إلى أن لها والياً وقاضياً أولاً نظراً إلى عدمهما بها؟ والذي يظهر اعتبار كونهما مقيمين بها وإلا لم تكن قرية أصلاً، إذ كل قرية مشمولة بحكم، وقد يفرق بالفرق بين قرية لا يأتيها حاكم يفصل بها الخصومات حتى يحتاجون إلى دخول المصر في كل حادثة لفصلها، وبين ما يأتيها فيفصل فيها، وإذا اشتبه على الإنسان ذلك ينبغي أن يصلي أربعاً بعد الجمعة ينوي بها آخر فرض أدركت وقته ولم أؤده بعد فإن لم تصح الجمعة وقعت ظهره وإن صحت كانت نفلاً، وهل تنوب عن سنة الجمعة؟ قدمنا الكلام في باب شروط الصلاة فارجع إليه، وكذا إذا تعددت الجمعة وشك في أن جمعته سابقة أولاً ينبغي أن يصلي ما قلنا، وأصله أن عند أبي حنيفة لا يجوز تعددها في مصر واحد، وكذا روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه لا يجوز في مسجدين في مصر إلا أن يكون بينهما نهر كبير حتى يكون كمصرين. وكان يأمر بقطع الجسر ببغداد لذلك، فإن لم يكن فالجمعة لمن سبق، فإن صلوا معاً أو لم تدر السابقة فسدتا. وعنه أنه يجوز في موضعين إذا كان المصر عظيماً لا في ثلاثة. وعن محمد يجوز تعددها مطلقاً. ورواه عن

بذكر الحدود عن القصاص لأنهما لا يفترقان في عامة الأحكام، فكان ذكر أحدهما مغنياً عن ذكر الآخر (وعنه) أي عن أبي يوسف ﴿أنهم إذا اجتمعوا﴾ أي اجتمع من تجب عليهم الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان والنساء والعبيد لأن من تجب عليهم مجتمعون فيه عادة. قال ابن شجاع: أحسن ما قيل فيه إذا كان أهلها بحيث لو اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا إلى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالب عند اجتماع من عليه الجمعة، والأول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه أكثر الفقهاء والثاني اختيار أبي عبد الله الثلجي، وعن أبي يوسف رواية أخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكنه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات وقوله: (والحكم غير مقصور) يعني جواز إقامة الجمعة ليس بمحصور في المصلى (بل تجوز في جميع أفنية المصر لأنها) أي الأفنية (بمنزلة المصر في حوائج أهله) ويعرف من هذا التعليل تعريف الفناء، وهو ما أعد لحوائج أهل المصر، وفناء الدار وفناء كل شيء كذلك. وقدر شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي فناء المصر بالغلوة اعتباراً بما ذكره محمد في النوادر. وقال الشافعي: المصر ليس بشرط ولا فناؤه، بل كل قرية يسكنها أربعون من الرجال الأحرار لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفاً تقام فيها الجمعة لقوله تعالى. ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾ من غير فصل، ولما روى أن أول جمعة جمعت في الإسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا، وهي قرية من قرى عامر بن القيس بالبحرين، وكتب أبو هريرة إلى عمر يسأله عن الجمعة بجواثا فكتب إليه أن جمع بها وحيثما كنت. والجواب أن قوله ﷺ «إلا في مصر جامع» ينفي إقامتها في القرى، والصحابة حين فتحوا الأمصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع إلا في الأمصار والمدن، وذلك اتفاق منهم على أن المصر من شرائط الجمعة، والآية ليست بحجة له لأن المكان مضمر فيها بالإجماع حتى لا تجوز إقامة الجمعة في البوادي بالإجماع، فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية، وجواثا مصر بالبحرين، وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لأن اسم القرية يطلق على البلدة. وقوله: (وتجوز) يعني إقامة الجمعة (بمنى إن كان الإمام أمير الحجاز أو كان الخليفة مسافراً) وإنما قيد بكونه مسافراً لأحد أمرين: إما للتنبيه على أنه إذا كان مقيماً كان بالجواز أولى. وإما لنفي توهم أن الخليفة إذا كان مسافراً لا يقيم الجمعة، كما إذا كان أمير الموسم مسافراً. وفيه إشارة

الظاهر إذا لا عهد يظهر عدم صحة ما ذكره فليتأمل قوله: (من عليه الجمعة) أقول: إلى هنا كلام ابن شجاع قوله: (ولما روى أن أول جمعة جمعت في الإسلام) أقول: يعني في عهد رسول الله ﷺ وكتابة أبي هريرة رضي الله عنه لتردده في كون إقامتها فيها بأمره ﷺ أو لأمر حدث مثل تفرق بعض أهله، فلا يرد أنه يلزمه أن لا تقام الجمعة في زمنه ﷺ ولا في زمن الصديق رضي الله عنه بمكة على ما توهمه بعض أكابر العلماء: أعني الأستاذ العلامة ابن كمال باشا في مجلس بعض أعاظم الوزراء. قال المصنف (بل يجوز في جميع أفنية

محمد: **لا جمعة بمنى)** لأنها من القرى حتى لا يعيد بها، ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم وعدم التعييد

أبي حنيفة ولهذا قال السرخسي: الصحيح من مذهب أبي حنيفة جواز إقامتها في مصر واحد في مسجدين فأكثر، وبه نأخذ لإطلاق: لا جمعة إلا في مصر، شرط المصر، فإذا تحقق تحقق في حق كل منها. وجه رواية المنع أنها سميت جمعة لاستدعائها الجماعات فهي جامعة لها. والأصح الأول خصوصاً إذا كان مصر كبير، فإن في إلزام اتحاد الموضع حرجاً بينا لاستدعائه تطويل المسافة على الأكثر، مع أن الوجه المذكور مما يتسلط عليه المنع، وما قلنا من الكلام في وقوعها عن السنة إنما هو إذا زال الاشتباه بعد الأربع لتحقق وقوعها نفلاً، أما إذا دام الاشتباه قائماً فلا يجزم بكونها نفلاً ليقع النظر في أنها سنة أولاً، فينبغي أن يصلي بعدها السنة لأن الظاهر وقوعها ظهراً لأنه ما لم يتحقق وجود الشرط لم يحكم بوجود الجمعة فلم يحكم بسقوط الفرض، والله سبحانه أعلم، ومن كان من مكان من توابع المصر فحكمه حكم أهل المصر في وجوب الجمعة عليه بأن يأتي المصر فليصلها فيه. واختلفوا فيه؛ فعن أبي يوسف إن كان الموضع يسمع فيه النداء من المصر فهو من توابعه وإلا فلا، وعنه كل قرية متصلة بربض المصر وغير المتصلة لا، وعنه أنها تجب في ثلاثة فراسخ، وقال بعضهم قدر ميل، وقيل قدر ميلين، وقيل ستة أميال. وعن مالك ستة، وقيل إن أمكنه أن يحضر الجمعة ويبيت بأهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة وإلا فلا، قال في البدائع: وهذا حسن قوله: **(ولهما أنها)** أي منى تتمصر في الموسم لاجتماع من ينفذ الأحكام ويقيم الحدود والأسواق والسكك، قيل فيها ثلاث سكك، وغاية ما فيها أنه يزول تمصرها بزوال الموسم، وذلك غير قادح في مصريتها قبله، إذ ما من مصر إلا ويزول تمصره في الجملة ومع ذلك تقام فيه الجمعة وهذا يفيد أن الأولى في الذي قدمناه من قرى مصر أن لا يصح فيها إلا حال حضور المتولي، فإذا حضر صحت وإذا ظعن امتنعت، والله أعلم. وعدم التعييد بمنى لا لانتفاء المصرية بل للتخفيف، فإن الناس مشغلون بالمناسك والعيد لازم فيها فيحصل من إلزامه مع اشتغالهم بما هم فيه الحرج، أما الجمعة فليست بلازمة، بل إنما تتفق في أحيان من الزمان فلا حرج مع أنها فريضة والعيد سنة أو واجب، وإنما اقتصر المصنف على هذا الوجه من التعليل دون التعليل بأن منى من أفنية مكة لأنه فاسد لأن بينهما فرسخين، وتقدير الفناء بذلك غير صحيح، قال محمد في الأصل: إذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوماً لا يصير مقيماً فعلم اعتبارهما شرعاً موضعين قوله: **(لأن الولاية لهما)** يعني أن ثبوت ولاية الإقامة للجمعة هو المصحح بعد كون المحل صالحاً للتمصير وهو قائم في كل منهما، والخليفة وإن كان قصد السفر للحج فالسفر إنما يرخص في الترك لا أنه يمنع صحتها، وسيجيء أنه يجوز للمسافر أن يؤم في الجمعة، فكذا يجوز أن يأذن في الإقامة إذا كان ممن له الإذن، وإن كان إنما قصد الطوف في ولاياته فأظهر لأنه

إلى أن الخليفة أو السلطان إذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لأن إمامة غيره إنما تجوز بأمره، فإمامته أولى وإن كان مسافراً، وقوله: **(لأنها)** يعني منى على تأويل القرية، ويجوز أن يكون التأنيث باعتبار الخبر لأن تقديره لأنها قرية **(من القرى)** يعني أنها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادته على الغلوة **(ولهذا لا يعيد بها)** فلا تقام فيها الجمعة **(ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم)** لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والأبنية والأسواق **(وعدم التعييد)** أي عدم إقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج بأعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصرية **(ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعاً)** والفرق أن عرفات فضاء ومنى فيه أبنية. وقوله: **(أما أمير الموسم فيلي أمور الحاج لا غير)** يشير إلى أنه إن استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لأن له الولاية حينئذ. وقيل إن كان من أهل مكة يقيمها وإن استعمل

المصر) أقول: أي وإن لم يكن في مصلى فيها قوله: **(وذلك اتفاق منهم على أن المصر من شرائط الجمعة)** أقول: ليس فيما ذكره ما يدل على أن المصر صحة الجمعة، بل غايته أن يدل على كونه شرط الوجوب. وجوابه أنه لو صحت لفعلوا في موضع إعلاماً للجواز قوله: **(لأن إمامة غيره إنما تجوز بأمره الخ)** أقول: دلالته على ما ادعاه من وجوب الجمعة على الخليفة إذا طاف في ولايته غير ظاهرة قوله: **(فإمامته أولى)** أقول: ينتقض بالمرأة إذا كانت سلطانة.

للتخفيف، ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعاً لأنها قضاء وبمنى أبنية. والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز لأن الولاية لهما. أما أمير الموسم فيلي أمور الحج لا غير **(ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان أو لمن أمره السلطان)** لأنها تقام بجمع

حينئذ غير مسافر حتى لا يقصر الصلاة في طوفه كالسائح، بخلاف ما إذا كان المحل غير صالح للتمصير فلذا قالوا: إذا سافر الخليفة فليس له أن يجمع في القرى كالبراري قوله: **(أو لمن أمره)** فخرج القاضي الذي لم يؤمر بإقامتها ودخل العبد إذا قلد ولاية ناحية فتجوز إقامته وإن لم تجز أقضيته وأنكحته، والمرأة إذا كانت سلطانة يجوز أمرها بالإقامة لا إقامتها، ولمن أمره أن يستخلف وإن لم يؤذن له في الاستخلاف، بخلاف القاضي لا يملك الاستخلاف إن لم يأذن له فيه، والفرق أن الجمعة مؤقتة تفوت بتأخيرها، فالأمر بإقامتها مع العلم بأن المأمور عرض للأعراض الموجبة للتفويت أمر بالاستخلاف دلالة بخلاف القاضي لأن القضاء غير مؤقت، وجواز الإقامة فيما إذا مات والي مصر لخليفته وصاحب الشرط والقاضي إلى أن يصل وال آخر باعتبار أنهم كانوا ممن ينوب عنه فيها حال حياته فبموته لا ينعزلون كما إذا كان حياً فكان الأمر مستمرا لهم، ولذا قالوا: إذا مات السلطان وله أمراء على أشياء من أمور المسلمين فهم على ولاياتهم يقيمون الجمعة، بخلاف ما لو اجتمعت العامة على تقديم رجل عند موت ذلك الوالي حيث لا تجوز إقامته لانتفاء ما قلنا، ولو أمر نصراني أو صبي على مصر فأسلم وبلغ ليس لهما الإقامة إلا بأمر بعد الإسلام والبلوغ، ولو قيل لهما إذا أسلمت أو بلغت فصل فأسلم وبلغ جاز لهما الإقامة لأن الإضافة في الولاية جائزة. وعن بعض المشايخ: إذا كان التفويض إليهما قبل الجمعة فأسلم وأدرك جاز لهما الإقامة، كالأمي والأخرس إذا أمرا به فبرأ وحفظ، وعلى الأول لا يجوز لأن التفويض وقع باطلاً، والمتغلب الذي لا منشور له إن كانت سيرته بين الرعية سيرة الأمراء ويحكم بحكم الولاة تجوز الجمعة بحضرته لأن بذلك تتحقق السلطنة فيتم الشرط، والإذن بالخطبة إذن الجمعة وعلى القلب، وفي نوادر الصلاة: إن السلطان إذا كان يخطب فجاء سلطان آخر، إن أمره أن يتم الخطبة يجوز ويكون ذلك القدر خطبة، ويجوز له أن يصلي بهم الجمعة لأنه خطب بأمره فصار نائباً عنه، وإن لم يأمره وسكت فأتم الأول فأراد الثاني أن يصلي بتلك الخطبة لا يجوز لأن سكوته محتمل، وكذا إذا حضر الثاني وقد فرغ الأول من خطبته فصلى الثاني بتلك الخطبة لا يجوز لأنها خطبة إمام معزول ولم توجد من الثاني، وهذا كله إذا علم الأول حضور الثاني، وإن لم يعلم وخطب وصلى والثاني ساكت جازت لأنه لا يصير معزولاً إلا بالعلم إلا إذا كتب إليه كتاب العزل أو أرسل رسولاً فصار معزولاً، ثم إذا صلى صاحب الشرط جاز لأن عمالهم على حالهم قوله: **(لأنها تقام بجمع عظيم الخ)** حقيقة هذا الوجه أن اشتراط السلطان كي لا يؤدي إلى عدمها كما يفيده فلا بد منه تتميماً لأمره: أي الأمر هذا الفرض أو الجمع، فإن ثوران الفتنة يوجب تعطيله، وهو

على الموسم خاصة، وإن لم يكن من أهلها لا يقيم عندهما أيضاً. وقوله: **(ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان)** أي للوالي الذي لا والي فوقه وكان ذلك الخليفة **(أو لمن أمره السلطان)** وهو الأمير أو القاضي أو الخطباء. وقال الشافعي: ليس ذلك بشرط لما روي أن عثمان رضي الله عنه حين كان محصوراً بالمدينة صلى علي رضي الله عنه بالناس الجمعة، ولم يرو أنه صلى بأمر عثمان رضي الله عنه وكان الأمر بيده **(ولنا أن الجمعة تقام بجمع عظيم)** لكونها جامع الجماعات **(وقد تقع المنازعة في التقدم)** بأن يقول شخص أنا أتقدم وغيره يقول أنا أتقدم **(و)** في **(التقديم)** بأن يقدم طائفة شخصاً وأخرى آخر **(وقد يقع في غيره)** أي في غير أمر التقدم والتقديم من أداء من يسبق إلى الجامع والأداء في أول الوقت وآخره **(فلا بد منه)** أي من السلطان أو من أمره **(تتميماً لأمره)** وأثر علي ليس بحجة لجواز أن ذلك كان بأمر عثمان. سلمناه ولكن إنما فعل لأن الناس اجتمعوا عليه، وعند ذلك يجوز لأن الناس احتاجوا إلى إقامة الفرض فاعتبر اجتماعهم. قال: **(ومن شرائطها)** أي من شرائط الجمعة **(الوقت)** وهو وقت الظهر **(فتصح فيه ولا تصح بعده)** لما روي «أن النبي ﷺ لما بعث مصعب بن عمير إلى المدينة قبل هجرته قال له:

قوله: **(فلا بد منه: أي من السلطان أو من أمره تتميماً لأمره)** أقول: فيه نوع تأمل حيث لا يظهر دلالته على كون السلطان شرط صحة

عظيم، وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم، وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميماً لأمره **(ومن شرائطها الوقت**

متوقع إذا لم يكن التقدم عن أمر سلطان تعتقد طاعته أو تخشى عقوبته، فإن التقدم على جميع أهل المصر يعد شرفاً ورفعة فيتسارع إليه كل من مالت همته إلى الرياسة فيقع التجاذب والتنازع وذلك يؤدي إلى التقاتل. وما روي أن علياً رضي الله عنه أقام بالناس وعثمان رضي الله عنه محصور واقعة حال، فيجوز كونه عن إذنه كما يجوز كونه عن غير إذنه فلا حجة فيه لفريق، فيبقى قوله ﷺ «من تركها وله إمام جائر أو عادل، ألا فلا جمع الله شمله ولا بارك له في أمره، ألا ولا صلاة له»[(١)] الحديث رواه ابن ماجه وغيره حيث شرط في لزومها الإمام، كما يفيده قيد الجملة الواقعة حالاً مع ما عيناه من المعنى سالمين من المعارض. وقال الحسن: أربع إلى السلطان، وذكر منها الجمعة والعيدين، ولا شك أن إطلاق قوله تعالى: ﴿فاسعوا﴾ [الجمعة ٩] مقيد بخصوص مكان ومخصوص منه كثير كالعبيد والمسافرين فجاز تخصيصه بظني آخر فيخص بمن أمره السلطان أيضاً قوله: **(لقوله ﷺ «إذا مالت الشمس» الخ)** وروي «أنه ﷺ لما بعث مصعب بن عمير إلى المدينة قال: إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة»[(٢)] وفي البخاري عن أنس رضي الله عنه «كان ﷺ يصلي الجمعة حين تميل الشمس»[(٣)] وأخرج مسلم عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه «كنا نجمع مع رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس»[(٤)] الحديث. وأما ما رواه الدارقطني وغيره من حديث عبد الله ابن سيدان بكسر السين المهملة قال: شهدت الجمعة مع أبي بكر الصديق رضي الله عنه فكان خطبته قبل الزوال. وذكر عن عمر وعثمان نحوه، قال: فما رأيت أحداً عاب ذلك ولا أنكره[(٥)] لو صح لم يقدح في خصوص ما نحن فيه، فكيف وقد اتفقوا على ضعف ابن سيدان. واعلم أن الدعوى مركبة من صحتها في وقت الظهر لا بعده، فيرد أنه إنما يتم ما ذكر دليلاً لتمامها إذا اعتبر مفهوم الشرط وهو ممنوع عندهم، أو يكون فيه إجماع وهو منتف في

إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة» **(ولو خرج الوقت وهو فيها)** أي الإمام في صلاة الجمعة **(استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما)** أي لاختلاف الظهر والجمعة بدليل تخيير العبد إذا أذن له مولاه في الجمعة بين أن يصلي الظهر أو الجمعة مع تعين الرفق في الجمعة بالقلة، ولو لم يكونا مختلفين لما خير كما في جناية المدبر بحيث يجب الأقل على مولاه من الإرش أو القيمة بلا خيار لاتحادهما في المالية، وبناء فرض على تحريمة فرض آخر لا يصح في أصح الروايات. وقوله: **(ومنها)** من شرائط الجمعة **(الخطبة)** وهي اسم لما يخطب به، وإنما كانت شرطاً **(لأن النبي ﷺ ما صلاها في عمره بدون الخطبة)** وفيه بحث. أما أولاً فأن يقال: الخطبة يجب أن تكون ركناً ولا تكون شرطاً لأنها أقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن، فكذلك

الجمعة قوله: **(قال له «إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة» الحديث)** أقول: تأمل في دلالته على عدم صحتها بعده ولو قضاء.

---

(١) ضعيف. هو بعض حديث أخرجه ابن ماجه ١٠٨١ وكذا البيهقي ٣/ ٩٠. ١٧١ كلاهما من حديث جابر قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف علي بن زيد بن جدعان وعبد الله بن محمد العدوي اهـ. وأما البيهقي فأعله بالعدوي وهو الصواب، فهو متهم بالوضع، ورواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٢/ ١٦٩. ١٧٠ من حديث أبي سعيد وقال الهيثمي: فيه موسى بن عطية الباهلي لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات.

(٢) هذا الخبر. استغربه الزيلعي ٢/ ١٩٥ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٥: لم أجده

ورأيته في الدر المنثور للسيوطي ٦/ ٢١٨ بأتم منه مع تغيير يسير فيه ونسبه للدارقطني عن ابن عباس به قلت: ولم أره في سنن الدارقطني ولعله في كتب أخرى لم تطبع بعد والله أعلم. ويغني عنه الحديث الآتي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٩٠٤ بهذا اللفظ وأبو داود ١٠٨٤ والترمذي ٥٠٣ كلهم من حديث أنس.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٠ وأبو داود ١٠٨٥ والنسائي ٣/ ١٠٠ والدارمي ١/ ٣٦٣ وابن ماجه ١١٠٠ وابن أبي شيبة ١/ ٢٠٧ والبيهقي ٣/ ١٩٠ وأحمد ٤/ ٤٦. ٥٤ كلهم من حديث سلمة بن الأكوع.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٧ وابن أبي شيبة ١/ ٢٠٦ وأبو نعيم شيخ البخاري في كتاب الصلاة له كما في فتح الباري ٢/ ٣٨٧ كلهم عن عبد الله بن سيدان به. وضعفه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٩٥. ١٩٦.

وقال ابن حجر في الفتح: رجاله ثقات إلا ابن سيدان بكسر السين، وهو تابعي كبير إلا أنه غير معروف العدالة: قال ابن عدي عنه: شبه المجهول، وقال البخاري: لا يتابع على حديثه اهـ ويعارضه أحديث صحيحة.

فتصح، في وقت الظهر ولا تصح بعده) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة» **(ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها)** لاختلافهما **(ومنها الخطبة)** لأن النبي ﷺ ما صلاها بدون

جزئي الدعوى لأن مالكاً يقول ببقاء وقتها إلى الغروب والحنابلة قائلون بجواز أدائها قبل الزوال، وقيل إذا كان يوم عيد، ويجاب بأن شرعية الجمعة مقام الظهر على خلاف القياس لأنه سقوط أربع بركعتين فتراعى الخصوصيات التي ورد الشرع بها ما لم يثبت دليل على نفي اشتراطها ولم يصلها خارج الوقت اشتراط نفس الخطبة إجماع، بخلاف ما قام الدليل على عدم اشتراطه ككونها خطبتين بينهما جلسة قدر ما يستقر كل عضو في موضعه يحمد في الأولى ويتشهد ويصلي عليه ﷺ ويعظ الناس، وفي الثانية كذلك إلا أنه يدعو مكان الوعظ للمؤمنين والمؤمنات كما قاله الشافعي لأنه قام الدليل عند أبي حنيفة رحمه الله على أنه من السنن أو الواجبات لا شرط على ما سنذكر قوله: **(ومن شرائطها الخطبة)** بقيد كونها بعد الزوال على ما ذكرناه، ومن الفقه والسنة تقصيرها وتطويل الصلاة بعد اشتمالها على ما ذكرناه آنفاً من الموعظة والتشهد والصلاة وكونها خطبتين. وفي البدائع: قدرهما قدر سورة من طوال المفصل إلى آخره وتقدم أيضاً وجه اشتراطها. وتعاد على وجه الأولوية لو تذكر الإمام فائتة في صلاة الجمعة ولو كانت الوتر حتى فسدت الجمعة لذلك فاشتغل بقضائها وكذا لو كان أفسد الجمعة فاحتاج إلى إعادتها أو افتتح التطوع بعد الخطبة وإن لم يعد الخطبة أجزأه، وكذا إذا خطب جنباً، ويكفي لوقوعها الشرط حضور واحد كذا في الخلاصة، وهو خلاف ما يفيده ظاهر شرح الكنز حيث قال بحضرة جماعة تنعقد بهم الجمعة ومن كانوا ضماً أو نياماً انتهى. أما الصلاة فلا بد فيها من الثلاثة على ما يأتي واعلم أن الخطبة شرط الانعقاد في حق من ينشىء التحريمة للجمعة لا في حق كل من صلاها، واشتراط حضور الواحد أو الجمع ليتحقق معنى الخطبة لأنها من التسبيات، فعن هذا قالوا: لو أحدث الإمام فقدم من لم يشهدها جاز أن يصلي بهم الجمعة لأنه بان تحريمته على تلك التحريمة المنشأة. والخطبة شرط انعقاد الجمعة في حق من ينشىء التحريمة فقط، ألا ترى إلى صحتها من

ما قام مقامه فلا يتأدى بلا طهارة ولأنها لم يشترط قيامها حالة الأداء، ولو كانت شرطاً لكان يراعي قيامها حالة الأداء كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة، وأما ثانياً فلأنها إذا كانت شرطاً كانت من ضروريات صلاة الجمعة لأن شرط الشيء لازم له، والحديث يدل على دوام وجوده، والدوام لا يستلزم الضرورة، ألا ترى أنه ﷺ لم يصل صلاة بدون سننها كرفع اليدين عند كل تحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما، ولم يكن شيء من ذلك شرطاً للصلاة. والجواب عن الأول أنها ليست بركن لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وصلاة الجمعة لا تقوم بالخطبة وإنما تقوم بأركانها فكانت شرطاً، لأن الله تعالى أمر بالسعي إليها في قوله تعالى **﴿فاسعوا﴾** فتكون واجبة وليست بمقصودة لذاتها لأن النداء لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال **﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة﴾** ولو كانت مقصودة لكان النداء لها أو لهما إن كانتا مقصودتين، وإذا لم تكن مقصودة لذاتها وهي فرض كانت شرطاً لغيرها. وقوله ولو كانت شرطاً لكان يراعي قراءة الخطبة حال الأداء. قلنا: الشرط وجودها لا وجودها حال الأداء. وعن الثاني بأن الدوام قد يستلزم الضرورة إذا دل الدليل الخارجي على ذلك، وقد قام الدليل ههنا على ذلك وهو أنا نعلم بيقين أن شطر الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضاً، فأما أن تكون فرضاً لذاتها أو لغيرها لا سبيل إلى الأول لما ذكرنا فتعين الثاني، وكان لازماً من لوازمه فكان شرطاً **(وهي)** أي الخطبة **(قبل الصلاة به وردت السنة)** وشرطيتها أيضاً تقتضي ذلك **(ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة)** مقدار ثلاث آيات في ظاهر الرواية. وقال الطحاوي: مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر **(به جرى التوارث)** ولفظ التوارث إنما يستعمل في أمر خطير ذي شرف، وقيل هو حكاية العدل عن العدل، وهذه القعدة ليست بشرط عندنا بل هي

قوله: **(ألا ترى أنه ﷺ لم يصل صلاة بدون سننها الخ)** أقول: فيه أن الترك أحياناً مأخوذ في تعريف السنة قوله: **(والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضاً)** أقول: هذا يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً على المطلوب بدون التعرض لمواظبة رسول الله ﷺ فليتأمل، لكن بقي فيه بحث فإنه منقوض بالمسح على الخفين.

الخطبة في عمره[1] **(وهي قبل الصلاة بعد الزوال)** به وردت السنة **(ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة)** به جرى التوارث **(ويخطب قائماً على طهارة)** لأن القيام فيهما متوارث. ثم هي شرط الصلاة فيستحب فيها الطهارة كالأذان

المقتدين الذين لم يشهدوا الخطبة، فعلى هذا كان القياس فيما لو أفسد هذا الخليفة أن لا يجوز أن يستقبل بهم الجمعة، لكنهم استحسنوا جواز استقباله بهم، لأنه لما قام مقام الأول التحق به حكماً، ولو أفسد الأول استقبل بهم فكذا الثاني، ولو كان الأول أحدث قبل الشروع فقدم من لم يشهد الخطبة لا يجوز، ولو قدم هذا المقدم غيره ممن شهدها قيل يجوز، وقيل لا يجوز لأنه ليس من أهل إقامة الجمعة بنفسه فلا يجوز منه الاستخلاف، بخلاف ما لو قدم الأول جنباً شهدها فقدم هذا الجنب طاهراً شهدها حيث يجوز لأن الجنب الشاهد من أهل الإقامة بواسطة الاغتسال فصح منه الاستخلاف، بخلاف ما لو قدم الأول صبياً أو معتوهاً أو امرأة أو كافراً فقدم غيره ممن شهدها لم يجز لأنهم لم يصح استخلافهم فلم يصر أحدهم خليفة فلا يملك الاستخلاف، فالمتقدم عن استخلاف أحدهم متقدم بنفسه، ولا يجوز ذلك في الجمعة وإن جاز في غيرها من الصلوات لاشتراط إذن السلطان للمتقدم صريحاً أو دلالة فيها كما قدمنا دون غيرها، ولا دلالة إلا إذا كان المستخلف تحقق بوصف الخليفة شرعاً وليس أحدهم كذلك، أما في حق غير الكافر فلعدم الأهلية مع العجز عن اكتسابها بخلاف الجنب، وأما في الكافر فلأن هذا من أمور الدين، وهو يعتمد ولاية السلطنة، ولا يجوز أن يثبت للكافر ولاية السلطنة على المسلمين، بخلاف ما لو قدم الأول مسافراً أو عبداً حيث يجوز خلافاً لزفر على ما سيأتي، فلو لم يقدم الأول أحداً فتقدم صاحب الشرطة أو القاضي جاز لأن هذا من أمور العامة وقد قلدهما الإمام ما هو من أمور العامة فنزلا منزلته، ولأن الحاجة إلى الإمام لدفع التنازع في التقدم وذا يحصل بتقدمهما لوجود دليل اختصاصهما من بين الناس وهو كون كل منهما نائباً للسلطان ومن عماله، فلو قدم أحدهما رجلاً شهد الخطبة جاز لأنه ثبت لكل منهما ولاية التقدم فله ولاية التقديم قوله: **(ثم هي شرط الصلاة الخ)** هذا صورة قياس علة الحكم في أصله كونه شرطاً للصلاة لكنه مفقود في الأصل فضلا عن كونه موجوداً غير علة، إذ الأذان ليس شرطاً، فالأولى ما عينه في الكافي جامعاً وهو ذكر الله في المسجد: أي في حدوده لكراهة الأذان في داخله، ويزاد أيضاً فيقال ذكر في المسجد يشترط له الوقت فتستحب الطهارة فيه وتعاد استحباباً إذا كان جنباً كالأذان قوله: **(لحصول المقصود)** وهو الذكر والموعظة، وهذا لأن المعقول من اشتراطها جعلها مكان الركعتين تحصيلاً لفائدتها مع التخفيف حيث لم يحصل مقصودها مع الإتمام، وقد أثر عن

للاستراحة. وقال الشافعي: إنها شرط حتى لا يكتفي عنده بالخطبة الواحدة وإن طالت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة «أن النبي ﷺ كان يخطب قائماً خطبة واحدة، فلما أسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة» وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة واحدة لأنه إنما فعل ذلك ليكون أروح عليه لا لأنه شرط **(ويخطب قائماً على طهارة لأن القيام فيهما متوارث)** روى أن ابن مسعود لما سئل عن هذا، قال: ألست تتلو قوله تعالى ﴿**وتركوك قائماً**﴾ كان النبي ﷺ يخطب قائماً حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة. والذي روى عن عثمان أنه كان يخطب قاعداً إنما فعل ذلك لمرض أو كبر في آخر عمره. وقوله **(فيستحب فيها الطهارة)** يعني عن الجناية والحدث جميعاً كالأذان. ووجه الشبه به أن الخطبة ذكر لها شبه بالصلاة حيث إنها أقيمت مقام شطر الصلاة وتقام بعد دخول الوقت. كما أن الأذان أيضاً ذكر له شبه بالصلاة من حيث أنه دعاء لها وتقام بعد دخول الوقت قيل في عبارته نظر لأنه يدل على أن الأذان شرط للصلاة وليس كذلك وهو غلط، لأن قوله كالأذان يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهارة لا بقوله وهي شرط للصلاة **(ولو خطب قاعداً أو على غير طهارة جاز لحصول المقصود)** وهو الذكر والوعظ. وخالف أبو يوسف والشافعي فيما إذا خطب على غير طهارة. والشافعي وحده إذا خطب قاعداً. لهما في

قوله: **(وهو غلط لأن قوله كالأذان يتعلق بقوله فيها فيستحب فيها الطهارة لا بقوله وهي شرط الصلاة)** أقول: فيه بحث

---

(١) لا أصل له هكذا وإنما هو ثابت بالاستقراء فلم يرد عنه ﷺ أنه صلى الجمعة بدون خطبة وذكر البيهقي في سننه ٣/١٩٦ عن الزهري قال: بلغنا أنه لا جمعة، إلا بخطبة، فلم لم يخطب صلى أربعاً. وأخرج نحوه عن النخعي من قوله، وكذا عن عطاء من قوله، ولم يذكر الزهري عمن بلغه ذلك.

(ولو خطب قاعداً أو على غير طهارة جاز) لحصول المقصود إلا أنه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلاة **(فإن اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة)** لأن الخطبة هي الواجبة، والتسبيحة أو التحميدة لا تسمى خطبة. وقال الشافعي لا تجوز حتى يخطب خطبتين اعتباراً للمتعارف. وله قوله تعالى ـ فاسعوا إلى ذكر الله ـ من غير فصل. وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال: الحمد لله فأرتج

علي وعائشة رضي الله عنهما «إنما قصرت لمكان الخطبة»[1] وهذا حاصل مع القعود وما معه لأنها أقيمت مقام الركعتين ليشترط لها ما اشترط للصلاة كما ظن الشافعي رضي الله عنه، ألا ترى إلى عدم اشتراط الاستقبال فيها وعدم الكلام، فعلم أن القيام فيها لأنه أبلغ في الإعلام إذ كان أنشر للصوت فكان مخالفته مكروهاً. ودخل كعب بن عجرة المسجد يوم الجمعة وابن أم حكيم يخطب قاعداً فقال: انظروا إلى هذا الخبيث يخطب قاعداً والله تعالى يقول: **﴿وإذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا إليها وتركوك قائماً﴾** [الجمعة ١١] رواه مسلم[2]. ولم يحكم هو ولا غيره بفساد تلك الصلاة، فعلم أنه ليس بشرط عندهم قوله: **(لا بد من ذكر طويل)** قيل أقله عندهما قدر التشهد قوله: **(وله قوله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾)** [الجمعة ٩] من غير فصل بين كونه ذكراً طويلاً يسمى خطبة أو ذكراً لا يسمى خطبة فكان الشرط الذكر الأعم، بالقطع، غير أن المأثور عنه ﷺ اختيار أحد الفردين: أعني الذكر المسمى بالخطبة والمواظبة عليه فكان ذلك واجباً أو سنة، لا أنه الشرط الذي لا يجزىء غيره إذ لا يكون بياناً لعدم الإجمال في لفظ الذكر، وقد علم وجوب تنزيل المشروعات على حسب أدلتها، فهذا الوجه يغني عن قصة عثمان فإنها لم تعرف في كتب الحديث بل في كتب الفقه، وهي أنه لما خطب في أول جمعة ولي الخلافة صعد المنبر فقال: الحمد لله، فأرتج عليه، فقال: إن أبا بكر وعمر كانا يعدان لهذا المقام مقالاً وأنتم إلى إمام فعال أحوج منكم إلى

الأول أن الخطبة بمنزلة شطر الصلاة لما في الأثر، وهو ما روي أن ابن عمر وعائشة قالا: إنما قصرت الجمعة لمكان الخطبة. فكما تشترط الطهارة في الصلاة تشترط فيها. وللشافعي في الثاني أن الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلاة. والجواب أنها ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا القرآن في حق الجنب. وتأويل الأثر أنها في حكم الثواب كشرط الصلاة لا في شرائطها. وقوله **(إلا أنه يكره)** استثناء من قوله جاز. وقوله **(لمخالفته التوارث)** متعلق بقوله خطب قاعداً. وقوله **(للفصل بينها وبين الصلاة)** يتعلق بقوله أو على غير طهارة، ولم يذكر أنه يعيدها إذا كان على غير طهارة. وقيل ينبغي أن تعاد استحباباً كإعادة أذانه. وقوله **(فإن اقتصر على ذكر الله عز وجل جاز)** يعني إذا ذكر الله على قصد الخطبة فقال الحمد لله أو سبحان الله أو لا إله إلا الله جاز عند أبي حنيفة، وأما إذا قال ذلك لعطاس أو تعجب فلا يجوز بالاتفاق **(وقالا: لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة)** وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخي، وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله إلى قوله عبده ورسوله **(لأن الخطبة هي الواجبة)** يعني بالإجماع **(والتسبيحة أو التحميدة أو التهليلة لا تسمى خطبة. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يخطب خطبتين)** تشتمل الأولى على التحميدة والصلاة على النبي ﷺ والوصية بتقوى الله وقراءة آية. وكذلك الثانية إلا أن فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين والمؤمنات **(اعتباراً للتوارث)** فإنه جرى هكذا من لدن رسول الله ﷺ **(ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾)** والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين، وقد أطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير، فالزيادة عليها نسخ. وما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه لما صعد المنبر أول جمعة ولي قال: الحمد لله فأرتج عليه بالبناء للمفعول وتخفيف الجيم: أي أغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علماء الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل على أن هذا المقدار كاف. قال **(ومن شرائطها الجماعة)** الجماعة شرط الجمعة بالإجماع والاختلاف في

---

(١) أثر علي وعائشة لم أعثر عليها وإنما أخرج البيهقي ٣/١٩٦ عن سعيد بن جبير قال: كانت الجمعة أربعاً فجعل الخطبة مكان الركعتين. ذكره بلا سند.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٤ والنسائي ٢/١٠٢ والبيهقي ٣/١٩٦، ١٩٧ كلهم عن كعب بن عجرة به وهو عند مسلم والنسائي أن الذي كان يخطب هو عبد الرحمن ابن أم الحكم. وهو الصواب.

تنبيه: فقوله: «ابن أم حكيم» غير سديد.

عليه فنزل وصلى **(ومن شرائطها الجماعة)** لأن الجمعة مشتقة منها **(وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الإمام، وقالا: اثنان سواه)** قال: والأصح أن هذا قول أبي يوسف وحده، له أن في المثنى معنى الاجتماع هي منبئة عنه. ولهما أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث لأنه جمع تسمية ومعنى، والجماعة شرط على حدة، وكذا الإمام فلا يعتبر منهم

إمام قوال، وستأتيكم الخطب بعد وأستغفر الله لي ولكم، ونزل وصلى بهم لم ينكر عليه أحد منهم [1]، فكان إجماعاً منهم، إما على عدم اشتراطها، وإما على كون نحو الحمد لله ونحوها تسمى خطبة لغة وإن لم تسمّ به عرفاً، ولهذا قال ﷺ للذي قال: من يطع الله ورسوله فقد رشد ومن يعصهما فقد غوى «بئس الخطيب أنت»[2] فسماه خطيباً بهذا القدر من الكلام، والخطاب القرآني إنما تعلقه باعتبار المفهوم اللغوي لأن الخطاب مع أهل تلك اللغة بلغتهم يقتضي ذلك، ولأن هذا العرف إنما يعتبر في محاورات الناس بعضهم لبعض للدلالة على غرضهم، فأما في أمر بين العبد وربه تعالى فيعتبر فيه حقيقة اللفظ لغة، ثم يشترط عنده في التسبيحة والتحميدة أن تقال على قصد الخطبة فلو حمد لعطاس لا يجزىء عن الواجب، ومقتضى هذا الكلام أنه لو خطب وحده من غير أن يحضره أحد أنه يجوز، وهذا الكلام هو المعتمد لأبي حنيفة فوجب اعتبار ما يتفرع عنه، وفي الأصل قال فيه روايتان، فليكن المعتبر إحداهما المتفرعة على الأخرى لا بد من حضور واحد كما قدمنا، ولا تجزىء بحضرة النساء وحدهن وتجزىء بحضرة الرجال صمّ أو نيام أو لا يسمعون لبعدهم ولو عبيداً أو مسافرين.

[فرع] يكره للخطيب أن يتكلم في حال الخطبة للإخلال بالنظم إلا أن يكون أمراً بمعروف لقصة عمر مع عثمان وهي معروفة قوله: **(وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الإمام)** ولا يشترط كونهم ممن حضر الخطبة، وقالا اثنان سوى الإمام، وقال الشافعي أربعون، ولا حجة له في حديث أسعد بن زرارة أنهم كانوا أربعين[3] كما لا حجة لمن نفى اشتراط الأربعين بأن يوم النفور بقي معه ﷺ اثنا عشر. أما الأول فلأن اتفاق كون عددهم أربعين في ذلك اليوم لا يقتضي تعين ذلك العدد شرعاً، وما رواه عن جابر: مضت السنة أن في كل ثلاثة إماماً وفي كل أربعين فما فوقه جمعة وأضحى وفطر ضعيف. قال البيهقي: لا يحتج بمثله[4]، وأما الثاني فلأن كون الباقي اثني عشر أو أحد عشر أو ثمانية عشر على اختلاف الروايات قابله رواية كون الباقي أربعين الكل أقوال منقولة في الباقي، وتصحيح متعين منها بطريقة لم يثبت لنا. وأيضاً بقاء أولئك لا يستلزم الشروع بهم لجواز شروعه بأكثر بأن رجعوا أو جاء غيرهم فصار المتحقق كون الشرط الجماعة، فقال أبو يوسف: مسمى الجماعة متحقق في الاثنين وكون الجمع الصيغي أقل مدلوله ثلاثة لا يمس ما نحن فيه، إذ الشرط ليس جماعة تكون مدلول صيغة الجمع وهما قالا بل الشرط ذلك لأن قوله تعالى ﴿فاسعوا﴾ [الجمعة ٩] صيغة جمع فقد طلب الحضور معلقاً بلفظ الجمع وهو الواو إلى

العدد، فعند أبي حنيفة أقلهم ثلاثة سوى الإمام وعندهما اثنان سواه. قال المصنف **(والأصح أن هذا قول أبي يوسف وحده. له أن في المثنى معنى الاجتماع)** لأن فيه اجتماع واحد بآخر والجمعة مبنية على معنى الاجتماع لما ذكر أن الجمعة مشتقة من الجماعة، وفي الجماعة اجتماع لا محالة **(ولهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد **(أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث)** يعني سلمنا أن الجمعة تنبىء عن الاجتماع، لكن الخطاب ورد للجمع وهو قوله تعالى **﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾** والجمع الصحيح هو الثلاث **(قوله جمعاً تسمية ومعنى)** فإن قيل: ففيما قاله أبو يوسف كذلك لأنه يعتبر مع الإمام ثلاثة؟ أجاب بقوله: والجماعة شرط على حدة، وكذلك الإمام، فلا يعتبر الإمام من الجماعة وذلك لأن قوله تعالى **﴿فاسعوا﴾** يقتضي ثلاثة، وقوله **﴿إلى ذكر**

---

(١) أثر عثمان. وأنه ارتجّ عليه لم يروى مسنداً وإنما ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث من غير سند قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٩٧ وأقره ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٥

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٧٠ وأبو داود ٤٩٨١ و١٠٩٩ والنسائي ٦/ ٩٠ كلهم من حديث عدي بن حاتم وكذا أحمد ٤/ ٢٥٦، ٣٧٩.

(٣) حسن. تقدم قبل قليل من رواية كعب بن مالك في خبر أول جمعة كانت في المدينة.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٤ والبيهقي ٣/ ١٧٧ كلاهما من حديث جابر.

قال البيهقي: هذا حديث لا يحتج بمثله تفرد به عبد العزيز بن عبد الرحمن وهو ضعيف اهـ.

(وإن نفر الناس قبل أن يركع الإمام ويسجد ولم يبق إلا النساء والصبيان استقبل الظهر عند أبي حنيفة. وقالا: إذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلاة صلى الجمعة. فإن نفروا عنه بعد ما ركع ركعة وسجد سجدة بنى على الجمعة) خلافاً لزفر. هو يقول: إنها شرط فلا بد من دوامها كالوقت. ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة. ولأبي حنيفة أن الانعقاد بالشروع في الصلاة، ولا يتم ذلك إلا بتمام الركعة لأن ما دونها ليس بصلاة فلا

ذكر يستلزم ذاكراً فلزم الشرط جمعاً هو مسمى لفظ الجمع مع الإمام وهو المطلوب قوله: **(إلا النساء والصبيان)** يعني من لا تنعقد بهم الجمعة قوله: **(خلافاً لزفر)** فعنده إذا نفروا قبل القعدة بطلت، وحاصل المذكور من وجهه ووجههم معارضة قياسه على الوقت بقياسهم على الخطبة، ثم نقض قياسه بأنه لو كانت الجماعة كالوقت لم تصح صلاة المسبوق بركعة في الجمعة لأنه منفرد فيما يقضيه. كما لا تصح صلاة الجمعة إذا كان بعضها خارج الوقت وأبو حنيفة يقول إنها شرط الانعقاد لكن انعقاد الصلاة والمصلي تحقق تمامه موقوف على وجود تمام الأركان لأن دخول الشيء في الوجود بدخول جميع أركانه، فما لم يسجد لا يصير مصلياً بل مفتتحاً الركن ركن، فكان ذهاب الجماعة قبل السجود كذهابهم قبل التكبير من جهة أنه عدم الجماعة قبل تحقق مسمى الصلاة، ويظهر من هذا التقرير أنه يجوز موافقته إياهما في إلحاق الجماعة بالخطبة في أنه لا يشترط بقاؤها إلى آخر الصلاة وإن خالفهما في الاكتفاء بوجودها حال الافتتاح فلذا قلنا حاصل المذكور من وجهه: أي وجه زفر ووجههم ولم نقل وجههما قوله: **(ولا تجب الجمعة على مسافر الخ)** الشيخ الكبير الذي ضعف ملحق بالمريض فلا تجب عليه وأطلق في العبد وقد اختلفوا في المكاتب والمأذون والعبد الذي حضر مع مولاه باب المسجد لحفظ الدابة إذا لم يخلّ بالحفظ، وينبغي أن يجري الخلاف في معتق البعض إذا كان يسعى، ولا تجب على العبد الذي يؤدي الضريبة، وللمستأجر أن يمنع الأجير عن حضور الجمعة في قول أبي حفص. وقال الدقاق ليس له منعه، فإن كان قريباً لا يحط عنه شيء، وإن كان بعيداً يسقط عنه بقدر اشتغاله، فإن قال الأجير: حط عني الربع بقدر اشتغالي بالصلاة لم يكن له، ذلك،

الله﴾ يقتضي ذاكراً فذلك أربعة. ويجب أن يكونوا كلهم ممن يصلح إماماً، حتى إذا كان أحدهم صبياً أو مجنوناً لا يجوز بخلاف العبيد والمسافرين فإن الجماعة تتم بهم لصلاحيتهم للإمامة، وكما نفى الآية ما دون الثلاث نفى اشتراط الأربعين لعدم دلالته عليه بيقين. وقوله **(وإن نفر الناس)** اعلم أن الناس إذا نفروا قبل شروعهم في صلاة الجمعة مع الإمام لا يصلي الجمعة بلا خلاف ويصلي الظهر، وإن نفروا بعده فإن كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند أبي حنيفة وبنى على الجمعة عندهما، وإن كان بعده بنى عليها عندهم خلافاً لزفر فإنه يقول: إنها شرط الأداء لأن التحريم منهم مقارناً لتحريم الإمام ليس بشرط بالاتفاق، ولو كانت شرطاً للانعقاد لاشترط ذلك فكانت كالوقت، ودوامه شرط لصحة الجمعة، فكذا دوامها، ولم يوجد إذا نفروا بعد السجود. ولهما أنها شرط الانعقاد لأن الأداء قد ينفك عنها كما في المسبوق واللاحق، وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة. فإن دوامها إلى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط بالاتفاق. وأبو حنيفة يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم، والانعقاد إنما هو بالشروع في الصلاة، والصلاة لا تتم إلا بتمام الركعة لأن ما دونها ليس بصلاة لكونه في محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها إليها: أي من دوام الجماعة إلى الركعة بحذف المضاف: أي إلى تمام الركعة. وقوله

قوله: **(والجمع الصحيح هو الثلاث لكونه جمعاً تسمية ومعنى)** أقول: فإن قيل: المسمى بالجمع ليس هو الثلاث بل اللفظ الدال عليها. قلنا: ممنوع فالمراد بالتسمية الإطلاق قوله: **(لعدم دلالته عليه بيقين)** أقول: بخلاف الثلاثة حيث يدل عليها بيقين قوله: **(ولهما أنها شرط الانعقاد الخ)** أقول: معارضة لدليل: زفر، قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: غير أنا أجزأنا افتتاح الإمام وعنده قوم متأهبون ضرورة العجز عن المقارنة انتهى، فأقول: خرج الجواب عن قول زفر لأن التحرم منهم الخ قوله: **(لأن الأداء قد ينفك عنها الخ)** أقول: كذلك الانعقاد ينفك عنها، إذ مقارنة التحرم ليست بشرط كما قال زفر قوله: **(والانعقاد إنما هو بالشروع في الصلاة، والصلاة لا تتم إلا بتمام الركعة)** أقول: الظاهر أن يقال: والشروع فيها لا يتم الخ، لأن ما دون الركعة في محل الرفض فيرتفع الشروع وفي شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنه شرط الانعقاد، والانعقاد إنما يكون بالشروع في الصلاة، والشروع لا يتم بالتقييد بالسجدة قوله: **(ووجهه أن الخطبة تنافي الصلاة الخ)** أقول: منافي الشيء كيف يكون شرطاً له إلا أن يكون المراد بالشرط ما يعم

بد من دوامها إليها، بخلاف الخطبة فإنها تنافي الصلاة فلا يشترط دوامها، ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لأنه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة **(ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى)** لأن المسافر يحرج في الحضور. وكذا المريض والأعمى والعبد مشغول بخدمة المولى، والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعاً للحرج والضرر **(فإن حضروا وصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت)** لأنهم تحملوه فصاروا كالمسافر إذا صام **(ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم في الجمعة)** وقال زفر: لا يجزئه لأنه لا فرض عليه فأشبه الصبي

والمطر الشديد والاختفاء من السلطان الظالم مسقط، وفي الكافي صح أنه ﷺ أقام الجمعة بمكة مسافر[1] قوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنهم تحملوا الخ فيقع فرضا فصار كمسافر إذا صام رمضان يقع فرضاً قوله: **(كره له ذلك الخ)** لا بد من كون المراد حرم عليه ذلك، وصحت الظهر لأنه ترك الفرض القطعي باتفاقهم الذي هو آكد من الظهر فكيف لا يكون مرتكباً محرماً، غير أن الظهر تقع صحيحة وإن كان مأموراً بالإعراض عنها. وقال زفر: لا يجوز لأن الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل عنها لأنه مأمور بأداء الجمعة معاقب بتركها، ومنهي عن أداء الظهر مأمور بالإعراض عنها ما لم يقع اليأس عن الجمعة، وهذا هو صورة الأصل والبدل، ولا يجوز أداء البدل مع القدرة على الأصل. قلنا: بل فرض الوقت الظهر بالنص، وهو قوله ﷺ «وأول وقت الظهر حين تزول الشمس مطلقاً في الأيام»[2] ودلالة الإجماع أعني الإجماع على أن بخروج الوقت يصلي الظهر بنية القضاء، فلو لم يكن أصل فرض الوقت الظهر لما نوى القضاء، والمعقول إذ أصل الفرض في حق الكل ما يتمكن كل من أدائه بنفسه، فما قرب إلى وسعه فهو أحق والظهر أقرب لتمكنه منه كذلك بخلاف الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده، وتلك ليس في وسعه، وإنما يحصل له ذلك اتفاقاً باختيار آخرين كاختيار السلطان وقدرته في الأمر، واختيار آخر وآخر ليحصل به معهما الجماعة وغير ذلك، فكان الظهر أولى بالأصلية، وعلى الأول أن يقال مفاده أن كل وقت ظهر يدخل حين تزول والمطلوب أن كل ما زالت دخل وقت الظهر، وإنما يفاد بعكس الاستقامة لها وهو لا يثبت كلياً. سلمناه، لكن خروج الزوال يوم الجمعة من تلك الكلية أعني العكس معلوم قطعاً من الشرع للقطع بوجوب الجمعة فيه والنهي عن تركها إلى الظهر، ولا يخفى ضعف الوجه الثالث، إذ لو تم استلزم عدم وجوب الجمعة على كل فرد والمتحقق وجوبها على كل واحد فيحصل من الامتثال توفر الشروط، والمعول عليه الوجه الثاني، وهو يستلزم عدم تخصيص الأول فيلزم أن وجهه حينئذ وجوب الظهر أولاً ثم إيجاب إسقاطه بالجمعة، وفائدة هذا الوجوب حينئذ

(بخلاف الخطبة) جواب عن قياسهما الجماعة بها. ووجهه أن الخطبة تنافي الصلاة، فإن الإمام هو الذي يخطب، ولا يمكنه أن يخطب في صلاة فلا يشترط دوامها. وقوله **(ولا معتبر ببقاء النسوان)** ظاهر. وقوله **(ولا تجب الجمعة على مسافر)** واضح. وقوله **(لأنهم تحملوه)** يعني الحرج، معناه أن السقوط فرض السعي عنهم لم يكن لمعنى في الصلاة بل للحرج والضرر، فإذا تحملوا التحقوا في الأداء بغيرهم وصاروا كمسافر صام وقوله **(ويجوز للمسافر)** واضح. وقوله **(فأشبه الصبي)** يعني في أن الجمعة ليست بفرض عليهم، ولو أم الصبي فيها لم يجزه. فكذا من أشبهه **(ولنا أن هذه)** أي سقوط الجمعة عنهم، وأنث الإشارة باعتبار الخبر وهو **(رخصة)** لأن الخطاب عام فيتناولهم، إلا أنهم عذروا دفعاً للحرج عنهم **(فإن حضروا يقع فرضاً على ما بيننا)** يعني قوله لأنهم تحملوا، وإذا تحملوه يقع فرضاً عنهم لأنه لو لم يقع فرضاً عنهم لكان ما فرضناه

المعد قال المصنف: **(دفعاً للحرج والضرر)** أقول: الظاهر أن المراد عن المولى والزوج قوله: **(على ما بيننا: يعني قوله لأنهم تحملوه، وإذا تحملوه يقع فرضاً، لأنه لو لم يقع فرضاً لكان ما فرضناه لدفع الحرج حرجاً وذلك خلف باطل)** أقول: وفي الملازمة نوع تأمل.

(١) حديث: أقام الجمعة بمكة مسافراً. لا يوجد بهذا اللفظ كذا قال ابن قطلوبغا في تخريج الاختيار.

(٢) غريب بهذا اللفظ. وهو عند مسلم ٦١٢ ح ١٧٣ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: «أن رسول الله ﷺ قال: وقت الظهر إذا زالت الشمس وكان ظل الرجل كطوله....» ذكره في باب أوقات الصلوات الخمس.

والمرأة. ولنا أن هذه رخصة، فإذا حضروا يقع فرضاً على ما بيناه، أما الصبي فمسلوب الأهلية، والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال، وتنعقد بهم الجمعة لأنهم صلحوا للإمامة فيصلحون للاقتداء بطريق الأولى **(ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلاته)** وقال زفر: لا يجزئه لأن عنده الجمعة هي الفريضة أصالة. والظهر كالبدل عنها، ولامصير إلى البدل مع القدرة على الأصل، ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الكافة، هذا هو الظاهر إلا أنه مأمور بإسقاطه بأداء الجمعة، وهذا لأنه متمكن من أداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده، وعلى التمكن يدور التكليف **(فإن بدا له أن يحضرها فتوجه إليها والإمام فيها بطل ظهره عند أبي حنيفة بالسعي، وقال: لا يبطل حتى يدخل مع الإمام)** لأن السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه، والجمعة فوقها فينقضها وصار كما إذا توجه بعد فراغ الإمام، وله أن السعي إلى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطاً، بخلاف ما بعد الفراغ منها لأنه ليس بسعي إليها

جواز المصير إليه عند العجز عن الجمعة إذ كانت صحتها تتوقف على شرائط ربما لا تتحصل فتأمل، وإذا كان وجوب الظهر ليس إلا على هذا المعنى لم يلزم من وجوبها كذلك صحتها قبل تعذر الجمعة، والفرض أن الخطاب قبل تعذرها لم يتوجه عليه إلا بها قوله: **(بطلت ظهره عند أبي حنيفة بالسعي)** هذا إذا كان الإمام في الصلاة بحيث يمكنه أن يدركها، وإن لم يدركها أو كان لم يشرع بعد لكنه لا يرجو إدراكها للبعد ونحوه لا تبطل عند أبي حنيفة عند العراقيين، وتبطل عنده في تخريج البلخيين وهو الأصح، ثم المعتبر في السعي الانفصال عن داره فلا تبطل قبله على المختار، وقيل إذا خطا خطوتين في البيت الواسع تبطل قوله: **(حتى يدخل مع الإمام)** وفي رواية حتى يتمها معه حتى لو أفسدها بعد الشروع فيها لا يبطل الظهر، ولا فرق على هذا الخلاف بين المعذور كالعبد وغيره حتى لو صلى المريض الظهر ثم سعى إلى الجمعة بطل ظهره على الخلاف، وقال زفر: لا يبطل ظهر المعذور لأن الجمعة ليست فرضاً عليه. قلنا إنما رخص له تركها للعذر، وبالإلتزام التحق بالصحيح قوله: **(لأن السعي دون الظهر)** لأنه حسن لمعنى في غيره بخلاف الظهر، ونقض الظهر وإن كان مأموراً به لكنه لضرورة أداء الجمعة، إذ نقض العبادة قصداً بلا ضرورة حرام فلا تنتقض دون أدائها وليس السعي الأداء، وحاصل وجه قول أبي حنيفة أن الاحتياط في الجمعة نقض الظهر للزوم الاحتياط في تحصيلها وهو به فينزل ما هو من خصائصها منزلتها لذلك لأنه المحقق للاحتياط في تحصيلها، وإنما كان السعي من خصائصها لأنه أمر به فيها ونهى عنه في غيرها، قال الله تعالى: **﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾**. وقال ﷺ «إذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون»[1] الحديث، فكان الاشتغال به كالاشتغال بها فالنقض به كالنقض بها إقامة للسبب العادي مقام المسبب احتياطاً ومكنة الوصول ثابتة نظراً إلى قدرة الله وهي تكفي للتكليف: بخلاف ما إذا كان السعي بعد الفراغ منها لأنه ليس إليها ولا إمكان للوصول، وهذا التقرير بناء على أن المراد بالسعي ما يقابل المشي وليس كذلك، وكذا البطلان غير مقتصر على السعي بل لوخرج ماشياً أقصد مشى بطلت، ألا يرى أنهم أوردوا الفرق بين السعي إلى الجمعة وتوجه القارن إلى عرفات حيث لم تبطل به عمرته

لدفع الحرج حرجاً وذلك خلف باطل، أما الصبي فمسلوب الأهلية فلم يتناوله الخطاب، والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال، وقوله **(وتنعقد بهم)** أي بالمسافر والعبد والمريض **(الجمعة)** إشارة إلى رد قول الشافعي إن هؤلاء تصح إمامتهم، لكن لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد به الجمعة وذلك لأنهم لما صلحوا للإمامة، فلأن يصلحوا للاقتداء أولى. وقوله **(ومن صلى الظهر في منزله)** ظاهر. وقوله **(لأن عنده الجمعة هي الفريضة أصالة)** لأنه مأمور بالسعي إليها منهي عن الاشتغال عنها بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة، وهذا صورة الأصل والبدل، ولا مصير إلى البدل مع القدرة على الأصل، وهي ثابتة لأن فواتها إنما يكون بفراغ الإمام عن الصلاة وفرض المسئلة قبل ذلك **(ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الناس كافة)** لأن التكليف

---

(١) صحيح. هو الآتي.

(ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر، وكذا أهل السجن) لما فيه من الإخلال بالجمعة إذا هي جامعة للجماعات، والمعذور قد يقتدي به غيره، بخلاف أهل السواد لأنه لا جمعة عليهم **(ولو صلى قوم**

حتى يقف بأنه منهي عنه لا مأمور به فلا ينزل منزلته مع أنه ليس هناك جامع السعي منصوصاً ليطلب وجه الفرق في الحكم بعد وجود الجامع. فالحق في التقرير أنه مأمور بعد إتمام الظهر بنقضها بالذهاب إلى الجمعة، فذهابه إليها شروع في طريق نقضها المأمور به فيحكم بنقضها به احتياطاً لترك المعصية قوله: **(ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة)** قبل الجمعة وكذا بعدها، ومن فاتتهم الجمعة فصلوا الظهر تكره لهم الجماعة أيضاً قوله: **(لما فيه من الإخلال بالجمعة إذ هي جامعة للجماعات)** هذا الوجه هو مبني عدم جواز تعدد الجمعة في المصر الواحد، وعلى الرواية المختارة عند السرخسي وغيره من جواز تعددها، فوجهه أنه ربما يتطرّق غير المعذور إلى الاقتداء بهم، وأيضاً فيه صورة معارضة الجمعة بإقامة غيرها قوله: **(لقوله ﷺ)** أخرج الستة في كتبهم عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها تمشون وعليكم السكينة، فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا»[1] وأخرجه أحمد وابن حبان في النوع الثاني والسبعين من القسم الأول عن

بحسب القدرة، والمكلف بالصلاة في هذا الوقت متمكن بنفسه من أداء الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليفاً بما ليس في الوسع إلا أنه أمر بإسقاط الظهر بأداء الجمعة عند استجماع شرائطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروهاً. وقوله **(هذا هو الظاهر)** تلويح منه إلى غير ذلك، فإنه نقل عن محمد أن فرض الوقت الجمعة وله إسقاطها بالظهر، وروي عنه أنه قال: لا أدري ما أصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه سقط عنه الفرض بأداء الظهر أو الجمعة، يريد به أن أصل الفرض أحدهما لا بعينه ويتعين بفعله. ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلاثة ما ذكره في الكتاب. وقوله **(فإن بدا له)** أي بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل الصلاة الإمام معذوراً كان أو غيره **(أن يحضرها فتوجه والإمام فيها)** فإما أن يدرك الجمعة مع الإمام أو لا، فإن أدرك الصلاة مع الإمام انتقض ظهره وانقلب نفلاً، وهذا لم يذكره في الكتاب، وإن لم يدركه **(بطل ظهره عند أبي حنيفة بالسعي، وقال: لا يبطل حتى يدخل مع القوم)** وإنما لم يذكر القسم الأول لأنه يفهم من إشارة هذا القسم لأنه يشير إلى أن الإتمام مع الإمام ليس بشرط لنقض الظهر عندهما بل الدخول كاف، وإذا كان بالدخول ينتقض فبالإتمام أولى **(لأن السعي دون الظهر)** إذ هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة إلى أداء الجمعة، والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء **(لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه)** لأنا أمرنا بإسقاطه بها فجاز أن تنقضه، وإنما أنث الظهر في الكتاب بتأويل الصلاة، وإذا لم يكن التوجه ناقصاً لضعفة كان كما إذا توجه بعد فراغ الإمام **(ولأبي حنيفة أن السعي)** وهو المشي لا مسرعاً **(إلى الجمعة من خصائصها)** لكونها صلاة مخصوصة بمكان لا تمكن الإقامة إلا بالسعي إليها فكان السعي مخصوصاً بها، بخلاف سائر الصلوات لأن أداءها صحيح في كل مكان، وإذا كان من خصائصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من أركانها بجامع الاختصاص فيؤثر في ارتفاض الظهر احتياطاً، إذ الأقوى يحتاط لإثباته ما لا يحتاط لإثبات الأضعف. واعترض بأن السعي الموصل إلى الجمعة مأمور به، وهذا السعي ليس بموصل. سلمناه ولكنه ضعيف لأنه وسيلة فلا يرفض القوي. سلمناه، لكن الظهر إنما يبطل في ضمن أداء الجمعة لأن نقض العبادة قصد إحرامه، فإذا لم يؤد لم ينتقض. سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن إذا وقف بعرفات قبل أن يطوف لعمرته فإنه يصير رافضاً لها، ولو سعى إلى عرفات لا يصير به

قوله: **(لأنه جمعه من وجه، إلى قوله، ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهو الجماعة الخ)** أقول: فإن قيل فوات جماعة يتحقق فيما إذا أدرك أكثر الركعة الثانية. لايقال الركعة التامة صلاة، ولا كذلك ما دونها لأنه لم يشترط في مسئلة النفر دوام الجماعة إلى تمام الركعة فما وجه الفرق؟ وأبو حنيفة رحمه الله أيضاً شرط دوامها إلى تمامها هناك وهنا لم يشترط فلا بد من الفرق قوله: **(ويقرأ في الأخريين لاحتمال النفلية)** أقول: يعني فيهما بالنظر إلى احتمال كون الأوليين جمعة قوله: **(فإن قيل قد استدل بها في أول البحث**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٣٦ و٩٠٨ ومسلم ٦٠٢ ح ١٥٢ وأبو داود ٥٧٣ والترمذي ٣٢٧ وابن ماجه ٧٧٥ والطيالسي ٢٣٥٠ وابن أبي شيبة ٢/٣٥٨ وعبد الرزاق ٣٤٠٥ وأحمد ٢/٣٨٦ والطحاوي في المعاني ١/٣٩٦ وابن حبان ٢١٤٦ والبيهقي ٢/٢٩٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

أجزأهم) لاستجماع شرائطه **(ومن أدرك الإمام يوم الجمعة صلى معه ما أدركه)** وبنى عليه الجمعة لقوله ﷺ «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا» **(وإن كان أدركه في التشهد أو في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما، وقال**

سفيان بن عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً وقال «وما فاتكم فاقضوا» قال مسلم: أخطأ ابن عيينة في هذه اللفظة، ولا أعلم رواها عن الزهري غيره. وقال أبو داود: قال فيه ابن عيينة وحده «فاقضوا»[1] ونظر فيه بأن أحمد رواه في مسنده عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري به وقال «فاقضوا» ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث الليث عن الزهري به وقال «فاقضوا» ومن حديث سليمان عن الزهري به نحوه، ومن حديث الليث: حدثنا يونس عن الزهري عن أبي سلمة وسعيد عن أبي هريرة رضي الله عنه كذلك، ورواه أبو نعيم في المستخرج عن أبي داود الطيالسي عن ابن أبي حبيب عن الزهري به نحوه، فقد تابع ابن عيينة جماعة، وبين اللفظين فرق في الحكم، فمن أخذ بلفظ «أتموا» قال ما يدركه المسبوق أول صلاته، ومن أخذ بلفظ «فاقضوا» قال: ما يدركه آخرها. قال صاحب تنقيح التحقيق: الصواب أنه لا فرق، فإن القضاء هو الإتمام في عرف الشارع، قال تعالى: ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾ [البقرة ٢٠٠] ﴿فإذا قضيت الصلاة﴾ [الجمعة ١٠][2] اهـ، ولا يخفى أن وروده بمعناه

رافضاً لعمرته. وأجيب عن الأولى بأن الحكم دار مع الإمكان لكونه الإمام في الجمعة والإدراك ممكن بإقدار الله تعالى. وعن الثاني بأنه لما نزل منزلتها صار قوياً وهو الجواب عن الثالث لأنه صار لإبطال في ضمنه كالإبطال في ضمنها، وعن الرابع بأنه لا نقض على وجه القياس لأنهما: أي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض فيه، وأما في الاستحسان فإنه إنما لا ترتفض العمرة لكون السعي فيها منهياً عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه، والسعي إلى الجمعة مأمور به فكان في نفسه قوياً، ولا يلزم من إبطال القوي إبطال الضعيف. وقوله **(بخلاف ما بعد الفراغ منها)** جواب عن قياسهما وهو واضح. وقوله **(ويكره أن يصلي المعذور الظهر بجماعة الخ)** ظاهر. قال **(ومن أدرك الإمام يوم الجمعة)** إذا أدرك الإمام في صلاة الجمعة راكعاً في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق، وإن أدركه بعدما رفع رأسه من الركوع فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبنى عليها الجمعة لقوله ﷺ «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا» إذ لا شك أن مراده ما فاتكم من صلاة الإمام بدليل قوله «ما أدركتم فصلوا» فإن معناه من صلاة الإمام، والذي فات من صلاة الإمام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة **(وكذا إن أدركه في التشهد أو في سجود السهو عندهما. وقال محمد: إن أدرك مع الإمام أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر لأنه جمعة من وجه)** ولهذا لا يتأدى إلا بنية الجمعة**(ظهر من وجه لفوات بعض شرائط الجمعة)** وهو الجماعة فبالنظر إلى كونه ظهراً يصلي أربعاً ويقعد على رأس الركعتين، وبالنظر إلى كونه جمعة يقرأ في الأخريين لاحتمال النفلية فكان

بالحديث، إلى قوله: قلت لا تنافي في ذلك الخ) أقول: فيه بحث، فإن المؤدي مع الإمام في محل النزاع ليس صلاة لأنه ما دون الركعة فلا ينتظم قوله ﷺ «صلوا» فلا يتناوله «وما فاتكم» لظهور أن المراد وما فاتكم من تلك الصلاة التي صليتم مع الإمام فليتأمل قوله: **(وعلى تقدير ثبوته فتأويله أدركهم جلوساً قد سلموا)** أقول: لا يخفى عليك بعد هذا التأويل مع أن الجمعة مصرح بها في حديث الزهري، فتأويل الحديث الأول بحمله على ما سوى الجمعة أقرب. قال المصنف **(وإذا نزل قبل أن يكبر)** أقول: وظاهر قوله حتى يفرغ من خطبته يدل على أنه لا يكون فيه بأس، ففي قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله بحث فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه النسائي ٢/ ١١٤ . ١١٥ وابن أبي شيبة ٢/ ٣٥٨ والحميدي ٩٣٥ وأحمد ٢/ ٢٣٨ وابن الجارود ٣٠٥ والطحاوي في المعاني ١/ ٣٩٦ والبيهقي ٢/ ٢٩٧ وابن حبان ٢١٤٥ من طريق ابن عيينة عن أبي هريرة مرفوعاً.
وأسنده مسلم ٦٠٢ ح ١٥١ والترمذي ٣٢٩ من هذا الوجه دون أن يذكرا المتن.
ولم يتفرد ابن عيينة، بل تابعه غير واحد كما ذكر المصنف بل أخرجه مسلم من وجه آخر عن ابن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً: إذا ثُوِّب بالصلاة فلا يسع إليها أحدكم، ولكن ليمشي وعليه السكينة والوقار، صلِّ ما أدركت واقض ما سبقك اهـ.
وهو عند مسلم ٦٠٢ ح ١٥٤ وأحمد ٢/ ٤٢٧ وأبو عوانة ٢/ ٨٣ والطحاوي ١/ ٣٩٦ والبيهقي ٢/ ٢٩٨ كلهم عن ابن سيرين به وما ذكره المصنف ابن الهمام كفاية.

(٢) إلى هنا كلام الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٠٠ . ٢٠١ وأتم منه إلا أن المعنى كما قال ابن عبد الهادي والله أعلم وهذا الذي ذهب إليه ابن حجر في الفتح ٢/ ١١٨

محمد رحمه الله: إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر) لأنه جمعة منْ وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه، فيصلي أربعاً اعتباراً للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين

في بعض الإطلاقات الشرعية لا ينفي حقيقته اللغوية ولا يصيره الحقيقة الشرعية فلم يبق إلا صحة الإطلاق، وكما يصح أن يقال قضى صلاته على تقدير إدراك أولها ثم فعل باقيها، كذلك يصح أن يقال على تقدير إدراك آخرها ثم فعل تكميلها أتم صلاته، وإذا تكافأ الإطلاقان يرجع إلى أن المدرك ليس إلا آخر صلاة الإمام حساً والمتابعة، وعدم الاختلاف على الإمام واجب على المأموم، ومن متابعته كون ركعته ركعته، فإذا كانت ثالثة صلاة الإمام وجب حكماً لوجوب المتابعة كونها ثالثة المأموم، ويلزمه كون ما لم يفعله بعده أولها قوله: **(إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية)** بأن يشاركه في ركوعها لا بعد الرفع منه. ولهما إطلاق «إذا أتيتم الصلاة» إلى قوله «وما فاتكم فاقضوا»[1] وما رواه «من أدرك ركعة من الجمعة أضاف إليها ركعة أخرى»[2] والأصلي أربعاً[3] لم يثبت وما في الكتاب من المعنى المذكور حسن قوله: **(ولأبي حنيفة قوله ﷺ «إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام»**[4]) رفعه غريب، والمعروف كونه من كلام الزهري، رواه مالك في الموطإ قال «خروجه يقطع الصلاة، وكلامه يقطع الكلام»[5]. وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم: كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام، والحاصل أن قول الصحابي حجة فيجب تقليده عندنا إذا لم ينفه شيء آخر من السنة، ولو تجرد المعنى المذكور عنه وهو أن الكلام يمتد طبعاً، أي يمتد في النفس فيخل بالاستماع، أو أن الطبع يفضي بالمتكلم

في ذلك إعمال الدليلين وهو أولى من إعمال أحدهما، ولهما أنه مدرك للجمعة في هذه الحالة لأنه لا بد له من نية الجمعة، حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه، ومدرك الجمعة لا يبني إلا على الجمعة، ولا وجه لما ذكره من إعمال الوجهين لأنهما صلاتان مختلفتان فكيف يصح بناء إحداهما على تحريمة الأخرى. وعورض بأن فيما ذكر تم تجويز الجمعة مع عدم شرطها، وذلك فاسد لأن الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه. وأجيب بأن وجوده في حق الإمام جعل وجوداً في حق المسبوق كما في القراءة. فأما الجمع بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة فما لا يوجد بحال، والقول بما يوجد بحال أولى منه بما لا يوجد بحال، فإن قيل: قد استدل لهما في أول البحث بالحديث وهو أقوى فما وجه قوله بعد ذلك ولهما الخ؟ قلت: لا تنافي في ذلك لجواز أن يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول، أو كان الأول استدلالاً على ما إذا كان المدرك أكثر، وذلك متفق عليه، فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعاً، وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما أيضاً لا ينافيه، فإن قيل: قد روى الزهري بإسناده إلى أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «من أدرك ركعة من الجمعة فقد أدركها وليضف إليها ركعة أخرى. وإن أدركهم جلوساً صلى أربعاً» وهذا كما ترى نص على ما يقول محمد، فما وجه ترك الاستدلال به محمد؟ قلت: ضعفه فإنه ما رواه إلا ضعفاء أصحاب الزهري، وأما الثقات منهم معمر والأوزاعي ومالك فقد رووا عنه «من أدرك ركعة من

---

(١) هو بعض المتقدم. وهو صحيح ورد عن طرق.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١١ من حديث أبي هريرة بزيادة: وإن لم يدرك ركعة فليصلِّ أربع ركعات، وأعلن الدارقطني بياسين الزيات، وذكره الدارقطني ٢/ ١٠ . ١١ . ١٢ من طرق كثيرة عن الزهري به. وانتقد رجالها وضعف أسانيدها، وكذا ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٤٠ . ٤١ وملخصه: وقال أبوم حاتم: لا أصل لهذا الحديث إنما المتن «من أدرك من الصلاة ركعة».

وقال الدارقطني في العلل: هذا حديث غير محفوظ، وقد ورد عن ابن المسيب من قوله. راجع تلخيص الحبير ٢/ ٤٠ ـ ٤١.

(٣) كذا وقع في الأصل «والأصلي أربعاً» ولعله سبقه قلم وأظن مراده: وإلا صلى أربعاً وهو يوافق ما في الأحاديث المقتدمة.

(٤) باطل. قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٠١: غريب مرفوعاً. قال البيهقي رفعه وهم فاحش وإنما هو كلام الزهري اهـ.

ووافقه ابن حجر في الدراية ١/ ٢١٦.

ورأيته في المجمع ٢/ ١٨٤ قال الهيثمي: روى الطبراني في الكبير عن ابن عمر مرفوعاً: إذا دخل أحدكم المسجد، والإمام على المنبر فلا صلاة ولا كلام، حتى يفرغ الإمام. وفيه أيوب بن نهيك وهو متروك ضعفه جماعة. وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: يخطىء اهـ.

قلت: تفرد به أيوب هذا وهو واه، والظاهر أنه وهم فيه فرفعه وإنما هو كلام الزهري الآتي، وهو يخالف أحاديث صحيحة في الأمر بركعتين وقصته سُليك الغطفاني مشهورة.

(٥) مقطوع رواه مالك ١/ ١٠٣ عن الزهري قوله وهو مقطوع لأنه قول التابعي.

اعتباراً للجمعة، ويقرأ في الأخريين لاحتمال النفلية. ولهما أنه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان، ولا وجه لما ذكر لأنهما مختلفان فلا يبني أحدهما على تحريمة الآخر (**وإذا خرج الإمام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته**) قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا بأس بالكلام إذا خرج الإمام قبل أن يخطب وإذا نزل قبل أن يكبر لأن الكراهة للإخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا، بخلاف الصلاة لأنها قد تمتد ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام»

إلى المد فيلزم ذلك، والصلاة أيضاً قد تستلزم المعنى الأول فتخل به استقل بالمطلوب. وأخرج ابن أبي شيبة عن عروة قال: «إذا قعد الإمام على المنبر فلا صلاة». وعن الزهري قال في الرجال يجيء يوم الجمعة والإمام يخطب، يجلس ولا يصلي، وأخرج الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه ﷺ قال «إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة والإمام يخطب أنصت فقد لغوت»[1] وهذا يفيد بطريق الدلالة منع الصلاة وتحية المسجد لأن المنع من الأمر بالمعروف وهو أعلى من السنة وتحية المسجد فمنعه منهما أولى، ولو خرج وهو فيها يقطع على ركعتين. فإن قيل: العبارة مقدمة على الدلالة عند المعارضة وقد ثبتت. وهو ما روى «جاء رجل والنبي ﷺ يخطب فقال: أصليت يا فلان؟ قال لا، قال: صلى ركعتين وتجوز فيهما»[2] فالجواب أن المعارضة غير لازمة منه لجواز كونه قطع الخطبة حتى فرغ وهو كذلك، رواه الدارقطني في سننه من حديث عبيد بن محمد العبدي، حدثنا معتمر عن أبيه عن قتادة عن أنس قال «دخل رجل المسجد ورسول الله ﷺ يخطب، فقال له النبي ﷺ: قم فاركع ركعتين، وأمسك عن الخطبة حتى فرغ من صلاته»[3] ثم قال: أسنده محمد بن عبيد العبدي ووهم فيه، ثم أخرجه عن أحمد بن حنبل: حدثنا معتمر عن أبيه قال «جاء رجل» الحديث، وفيه «ثم انتظره حتى صلى» قال: هذا المرسل هو الصواب، ونحن نقول: المرسل حجة[4] فيجب اعتقاد مقتضاه علينا، ثم رفعه زيادة إذا لم يعارض ما قبلها فإن غيره ساكت عن أنه أمسك عن الخطبة

صلاة الجمعة فقد أدركها» وأما إذا أدرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل عليه. وما روي من قوله ﷺ «ما أدركتم فصلوا» الحديث يدل على مدعاهما فأخذا به، وعلى تقدير ثبوته فتأويله أدركهم جلوساً قد سلموا. وقوله (**وإذا خرج الإمام يوم الجمعة**) يعني لأجل الخطبة (**ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته**) يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الأصح. وقال بعضهم: كل كلام (**وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا بأس بالكلام**) قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير، لأن حرمة الكلام إنما هي باعتبار الإخلال بفرض الاستماع لكونه في نفسه مباحاً ولا استماع فلا إخلال في هذين الوقتين. بخلاف الصلاة فإنها قد تمتد فتقضي إلى الإخلال. ولأبي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس أنهما رويا عن النبي ﷺ أنه قال «إذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٣٤ ومسلم ٨٥١ وأبو داود ١١١٢ والترمذي ٥١٢ والنسائي ٣/ ١٠٣ . ١٠٤ والدارمي ١/ ٣٦٤ وأحمد ٢/ ٢٧٢ . ٣٩٣ . ٣٩٦ وابن حبان ٢٧٩٣ ومالك ١/ ١٠٣ والبغوي ١٠٨٠ وابن خزيمة ١٨٠٤ و١٨٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
وورد من حديث أبي بن كعب، رواه ابن ماجه ١١١١ وعبد الله في زوائد المسند ٥/ ١٤٣ وإسناده جيد وقد حسنه المنذري في الترغيب ١/ ٢٥٧.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٩٣١ و٩٣٠ ومسلم ٨٧٥ ح ٥٤ . ٥٥ وأبو داود ١١١٥ والترمذي ٥١٠ والنسائي ٣/ ١٠٣ كلهم من حديث جابر وهو عند ابن ماجه لكن من حديث أبي سعيد برقم ١١١٣ واسم الرجل سُليك الغطفاني، جاء صريحاً في رواية لمسلم ٨٧٥ ح ٥٨ ـ ٥٩ وأبي داود ١١١٦ ورواه ابن ماجه ١١١٤ من حديث أبي هريرة وجابر معاً. زاد مسلم ٨٧٥ ح ٥٧ . ٥٩ وأبو داود ١١١٧ «إذا جاء أحدكم والإمام يخطب فليصلِّ ركعتين يتجوز فيهما».

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٥ من حديث أنس. وقال الدارقطني: أسنده عبيد بن محمد العبدي عن معتمر عن أبيه عن قتادة عن أنس، ووهم فيه، والصواب عن معتمر عن أبيه مرسل كذا رواه أحمد وغيره.
ثم أسنده الدارقطني. عن أبي معشر عن محمد بن قيس. وقال: هذا مرسل وأبو معشر ضعيف اسمه نجيح اهـ.
ووافقه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٠٣ . ٢٠٤ وزاد: ويرده ما في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم: «إذا جاء أحدكم والإمام يخطب، أو قد خرج فليصل ركعتين».

(٤) نعم قال المالكية والحنفية: المرسل حجة. ولكن بشرط أنه لا يخالف حديثاً صحيحاً، فكيف وقد عارضه والقصة واحدة!؟ فهذا المرسل واهٍ كما قال الدارقطني والزيلعي. والله أعلم.

من غير فصل، ولأن الكلام قد يمتد طبعاً فأشبه الصلاة (وإذا أذن المؤذنون الأذان الأول ترك الناس البيع والشراء

أولاً، وزيادة الثقة مقبولة ومجرد زيادته لا توجب الحكم بغلطه وإلا لم تقبل زيادة، وما زاده مسلم فيه من قوله «إذا جاء أحدكم الجمعة والإمام يخطب فليركع ركعتين وليتجوّز فيهما»[1] لا ينفي كون المراد أن يركع مع سكوت الخطيب لما ثبت في السنة من ذلك.أو كان قبل تحريم الصلاة في حال الخطبة فتسلم تلك الدلالة عن المعارض.

وهذه فروع تتعلق بالمحل وقدمناها في باب صفة الصلاة، ويتعين أن لا يخلي عنها مظنتها: يحرم في الخطبة الكلام وإن كان أمراً بمعروف أو تسبيحاً، والأكل والشرب والكتابة، ويكره تشميت العاطس ورد السلام، وعن أبي يوسف لا يكره الرد لأنه فرض. قلنا: ذاك إذا كان السلام مأذوناً فيه شرعاً وليس كذلك في حالة الخطبة بل يرتكب بسلامه مأثماً لأنه به يشغل خاطر السامع عن الفرض، ولأن رد السلام يمكن تحصيله في كل وقت، بخلاف سماع الخطبة، وعلى هذا الوجه الثاني فرعّ بعضهم قول أبي حنيفة، أنه لا يصلى على النبي ﷺ عند ذكره في الخطبة، وعن أبي يوسف: ينبغي أن يصلي في نفسه لأن ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة فكان إحراز للفضيلتين وهو الصواب، وهل يحمد إذا عطس؟ الصحيح نعم في نفسه ولو لم يتكلم، لكن أشار بعينه أو بيده حين رأى منكراً الصحيح لا يكره، هذا كله إذا كان قريباً بحيث يسمع، فإن كان بعيداً بحيث لا يسمع اختلف المتأخرون فيه، فمحمد بن سلمة اختار السكوت، ونصير بن يحيى اختار القراءة، وعن أبي يوسف اختيار السكوت كقول ابن سلمة، وحكى عنه النظر في كتابه وإصلاحه بالقلم، ومجموع ما ذكر عنه أوجه، فإن طلب السكوت والإنصات وإن كان للاستماع لا لذاته لكن الكلام والقراءة لغير من بحيث يسمع قد يصل إلى أذن من بحيث يسمع فيشغله عن فهم ما يسمع أو عن السماع، بخلاف النظر في الكتاب والكتابة قوله: **(ولم يكن على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان)** أخرج الجماعة إلا مسلماً عن السائب بن يزيد قال: «كان النداء يوم الجمعة أوله إذا جلس الإمام على المنبر على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان عثمان رضي الله عنه وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء»[2] وفي رواية للبخاري: «زاد النداء الثاني» وزاد ابن ماجه على دار في السوق يقال لها الزوراء، وتسميته ثالثاً لأن الإقامة تسمى أذاناً كما في الحديث «بين كل أذانين صلاة»[3] وهذا وقد تعلق بما ذكرنا من أنه لم يكن على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان بعض من نفى أن للجمعة سنة، فإنه من المعلوم أنه كان ﷺ إذا رقى المنبر أخذ بلال في الأذان فإذا أكمله أخذ ﷺ في الخطبة[4]، فمتى كانوا يصلون السنة؟ ومن ظن أنهم إذا فرغ من

خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام» والمصير إليه واجب. فإن قيل: المصير إليه واجب إذا لم يكن له معارض، وقد روي «أن رسول الله ﷺ كان إذا نزل عن المنبر سأل الناس عن حوائجهم وعن أسعار السوق ثم صلى» أجيب بأن ذلك كان في الابتداء حين كان الكلام مباحاً في الصلاة وكان يباح في الخطبة أيضاً ثم نهى بعد ذلك عن الكلام فيهما. وقوله **(وإذا أذن المؤذنون)** ذكر المؤذنين بلفظ الجمع إخراجاً للكلام مخرج العادة، فإن المتوارث في أذان الجمعة اجتماع المؤذنين لتبلغ أصواتهم إلى أطراف المصر الجامع، والأذان الأول هو الذي حدث في زمن عثمان رضي الله عنه على الزوراء، وكان الحسن بن زياد يقول: المعتبر هو الأذان على المنارة لأنه لو انتظر الأذان عند المنبر يفوته أداء السنة وسماع الخطبة، وربما تفوته الجمعة إذا كان بيته بعيداً من الجامع، وكان الطحاوي يقول: المعتبر هو الأذان عند المنبر بعد خروج الإمام فإنه هو الأصل الذي كان

(١) تقدم قبل حديث واحد. وقوله: لا ينفي كون المراد... الخ فجوابه: أن لفظ «إذا جاء أحدكم والإمام يخطب، فليركع ركعتين وليتجوز فيهما» هو عام ثم إن قوله: والإمام يخطب. ينفي كونه ساكتاً بل يفيد الحديث أن الإمام قد شرع في الخطبة. والله تعالى أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٩١٢ و٩١٣ و٩١٥ و٩١٦ وأبو داود ١٠٨٧ و١٠٨٨ و١٠٨٩ و١٠٩٠ والترمذي ٥١٦ والنسائي ٣/ ١٠٠ وابن ماجه ١١٣٥ من طرق كلهم عن السائب بن يزيد به.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٨٣٨ وأبو داود ١٢٨٣ والترمذي ١٨٥ والنسائي ٢/ ٢٨ كلهم من حديث عبد الله بن مغفل. وتقدم في الصلاة باب النوافل.

(٤) هو بعض حديث السائب بن يزيد تقدم قبل حديث واحد. ففي رواية للبخاري برقم ٩١٥ «وكان التأذين يوم الجمعة حين يجلس الإمام».

وتوجهوا إلى الجمعة) لقوله تعالى. فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع. **(وإذا صعد الإمام المنبر جلس وأذن المؤذنون بين يدي المنبر)** بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان، ولهذا قيل: هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع، والأصح أن المعتبر هو الأول إذا كان بعد الزوال لحصول الإعلام به. والله أعلم.

الأذان قاموا فركعوا فهو من أجهل الناس، وهذا مدفوع بأن خروجه ﷺ كان بعد الزوال بالضرورة فيجوز كونه بعد ما كان يصلي الأربع، ويجب الحكم بوقوع هذا المجوز لما قدمنا في باب النوافل من عموم «أنه كان ﷺ يصلي إذا زالت الشمس أربعاً ويقول: هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح»[1] وكذا يجب في حقهم لأنهم أيضاً يعلمون الزوال، إذ لا فرق بينهم وبين المؤذن في ذلك الزمان لأن اعتماده في دخول الوقت اعتمادهم، بل ربما يعلمونه بدخول الوقت ليؤذن على ما عرف من حديث ابن أم مكتوم. وفي الصحيح عن ابن عمر «أن النبي ﷺ كان يصلي بعد الجمعة ركعتين»[2] وفي أبي داود عن ابن عمر «أنه إذا كان بمكة فصلى الجمعة تقدم فصلى ركعتين ثم تقدم فصلى أربعاً، إذا كان بالمدينة فصلى الجمعة ثم رجع إلى بيته فصلى ركعتين ولم يصل في المسجد، فقيل له، فقال: كان رسول الله ﷺ يفعل ذلك»[3] فقد أثبت ستاً بعد الجمعة بمكة، فالظاهر أنها ستة، غير أنه إذا كان بالمدينة وفيها المنزل المهيأ له صلى فيه وهو بمكة في صلاة الجمعة إنما كان مسافراً فكان يصليها في المسجد فلم يعلم ابن عمر كل ما كان في بيته بالمدينة فهذا محمل اختلاف الحال في البلدين، فهذا البحث يفيد أن السنة بعدها ست، وهو قول أبي يوسف، وقيل قولهما. وأما أبو حنيفة فالسنة بعدها عنده أربع أخذا بما روي عن ابن مسعود «أنه كان يصلي قبل الجمعة أربعاً وبعدها أربعاً»[4] قاله الترمذي في جامعه، وإليه ذهب ابن المبارك والثوري. وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ «إذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربع ركعات»[5] وقد ذكر أبو داود عن ابن عمر «أنه كان إذا صلى في المسجد صلى أربعاً، وإذا صلى في بيته صلى ركعتين»[6]، والله سبحانه أعلم.

للجمعة على عهد رسول الله ﷺ، وكذلك في عهد أبي بكر وعمر وهو اختيار شيخ الإسلام. والأصح أن المعتبر في وجوب السعي وكراهة البيع هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال لحصول الإعلام به مع ما ذكرنا في قول الحسن آنفاً وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي.

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٤٧٨ وأحمد ٣/ ٤١١ كلاهما من حديث عبد الله بن السائب وقال الترمذي: حسن غريب. وقال أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي: بل هو حديث صحيح متصل الاسناد رواته ثقات اهـ.
قلت: وما قال الشيخ أحمد شاكر فيه تجوز لأن مدار الحديث على محمد بن مسلم المؤدب وهو صدوق يهم كما في التقريب وفي الميزان: وثقة يحيى وأحمد وأبو داود وأما البخاري فقال: فيه نظر اهـ. فالحديث حسن.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٩٣٧ و١١٦٥ و١١٧٢ و١١٨٠ ومسلم ٨٨٢ وأبو داود ١١٢٧ والترمذي ٥٢١ و٥٢٢ والنسائي ٣/ ١١٣ وابن ماجه ١١٣١ وأحمد ٢/ ١١ . ٢٥ . ٧٥ . ٧٧ كلهم من حديث ابن عمر بأتم منه

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١١٣٠ والبيهقي ٣/ ٢٤٠ . ٢٤١ كلاهما من حديث عطاء عن ابن عمر. وإسناده حسن. فيه عبد الحميد بن جعفر صدوق ربما وهم لكنه من رجال مسلم كما في التقريب، وشيخه يزيد بن أبي حبيب ثقة روى له الشيخان وبقية رجاله رجال البخاري ومسلم.

(٤) موقوف حسن. أخرجه عبد الرزاق ٣/ ٢٤٧ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ١٩٥ كلاهما عن قتادة عن ابن مسعود موقوفاً.
وقال الهيثمي: قتادة لم يسمع من ابن مسعود. ورواه من وجه آخر عن أبي عبد الرحمن السلمي: أن ابن مسعود كان يعلمنا أن نصلي بعد الجمعة أربعاً. وفيه عطاء بن السائب ثقة لكنه اختلط اهـ.
وذكره الترمذي معلقاً عن ابن مسعود في ٢/ ٤٠١ وقال الترمذي: وإليه ذهب الثوري وابن المبارك.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٨٨١ وأبو داود ١١٣١ والترمذي ٥٢٣ والنسائي ٣/ ١١٣ وابن ماجه ١١٣٢ وأحمد ٢/ ٤٩٩ . ٢٤٩ والبيهقي ٣/ ٢٤٠ كلهم من حديث أبي هريرة. وليس في مسلم لفظ «ركعات» ورواية ثانية لمسلم والترمذي وغيرهما: «من كان منكم مصلياً بعد الجمعة فليصل أربعاً».

(٦) حسن. أخرجه أبو داود ١١٣٠ من رواية عطاء عن ابن عمر بنحوه وآخره: كان رسول الله ﷺ يفعل ذلك. وإسناده صحيح على شرط مسلم وهو متصل، إلا أن عبد الحميد بن جعفر قال عنه في التقريب: صدوق ربما وهم وهو من رجال مسلم.

باب صلاة العيدين

قال: (وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة) وفي الجامع الصغير: عيدان اجتمعا في يوم

باب صلاة العيدين

لا خفاء في وجه المناسبة بين صلاة العيد والجمعة، ولما اشتركت صلاة العيد والجمعة في الشروط حتى الإذن العام إلا الخطبة لم تجب صلاة العيد إلا على من تجب عليه الجمعة، واختصت الجمعة بزيادة قوة الافتراض فقدمت قوله: (وفي الجامع الصغير) ذكره لتنصيصه على السنية، وفي النهاية لمخالفته لما في القدوري وهو دأبه في كل ما تخالف فيه رواية الجامع والقدوري، وهذا سهو، فإن القدوري لم يتعرض لصفة صلاة العيد أصلاً. وقوله وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة زيادة في البداية قوله: (وجه الأول مواظبة النبي ﷺ) أي من غير ترك وهو ثابت في بعض النسخ، أما مطلق المواظبة فلا يفيد الوجوب، واقتصر المصنف لما رأى أن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولتكبر والله على ما هداكم﴾ [البقرة ١٨٥] غير ظاهر لأنه ظاهر في التكبير لا صلاة العيد، وهو يصدق على التعظيم بلفظ التكبير وغيره، ولو حمل على خصوص لفظه كان التكبير الكائن في صلاة العيد مخرجاً له عن العهدة، وهو لا يستلزم وجوب الصلاة لجواز إيجاب شيء في مسنون، بمعنى من فعل سنة صلاة العيد وجب عليه التكبير. نعم لو وجب ابتداء وشرطت الصلاة في صحته وجبت الصلاة لأن إيجاب المشروط إيجاب الشرط لكنه لم يقل به أحد، وكذا الاستدلال بأنه شعار للدين مقصوداً لذاته يقام ابتداء بخلاف الأذان وصلاة الكسوف لأنه لغيره فتجب كالجمعة غير مستلزم لجواز استنان شعار كذلك مع أنه تعدية غير حكم الأصل إلى الفرع، إذ حكم الأصل الافتراض إلا أن يجعل اللزوم فيصح القياس، وكونه على خلاف قدر ثبوته في الأصل غير قادح بل ذلك واجب فيما إذا كان حكم الأصل بقاطع، فإنه إذا عدى بالقياس لا يثبت في الفرع قطعاً لأن القياس لا يفيد القطع أصلاً قوله: (والأول هو الأصح) رواية ودراية للمواظبة بلا ترك، وحديث الأعرابي[1] إما لم يكن عمله لأنه من أهل البوادي ولا صلاة عيد

باب العيدين

أي باب صلاة العيدين لأن الكلام في كتاب الصلاة حذف المضاف للعلم به، وسمي يوم العيد بالعيد لأن لله تعالى فيه عوائد الإحسان إلى عباده، ومناسبتها لصلاة الجمعة في أن كلا منهما صلاة نهارية تؤدى بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لإحداهما ما يشترط للأخرى سوى الخطبة. ويشتركان أيضاً في حق التكليف فإنها تجب على من تجب عليه الجمعة، وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة أو لكثرة وقوعها. قال: (وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة) لا تجب صلاة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في باب الجمعة. فإن قيل: حال العبد هنا ليست كهي في الجمعة إذا أذن له المولى لأن للجمعة خلفاً وهو الظهر فلم تجب الجمعة، وههنا لا خلف فكان الواجب الوجوب إذا أسقط المولى حقه بالإذن. أجيب بأن المنافع لا تصير مملوكة له بإذن لأنها غير مستثناة على المولى، فبقي الحال بعده الإذن كهي قبله كما في الحج فإنه لا يقع عن حجة الإسلام وإن حج بإذن مولاه، وأعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة

باب العيدين

قوله: (أجيب بأن المنافع لا تكون مملوكة له بالإذن) أقول: قال العلامة الكاكي: ألا ترى أن العبد لو حنث في يمينه فكفر بالمال بإذن المولى لا يجوز لأنه لا يملكه بإذنه، كذا في مبسوط شيخ الإسلام انتهى

---

(١) صحيح. هو بعض حديث طويل أخرجه البخاري ٤٦ و١٨٩١ و٢٦٧٨ و٦٩٥٦ ومسلم ١١ ومالك ١/ ١٧٥ وأبو داود ٣٩١ والنسائي ٤/ ١٢١ أحمد ١/ ١٦٢ من طرق كلهم عن طلحة بن عبيد الله قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد ثائر الرأس يُسمع دويُّ صوته ولا يُفقه ما يقول، حتى دنا فإذا هو يسأل عن الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «خمس صلوات في اليوم والليلة. فقال: هل عليَّ غيرها؟ قال: لا إلا أن تطوَّع. قال رسول الله ﷺ: وصيام رمضان. قال: هل علي غيره؟ قال: لا إلا أن تطوع. قال: وذكر له رسول الله ﷺ الزكاة. قال: هل علي غيرها؟ قال: لا إلا أن تطوع. قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص قال رسول الله ﷺ: أفلح إن صدق».

واحد، فالأول سنة، والثاني فريضة، ولا يترك واحد منهما. قال رضي الله عنه: وهذا تنصيص على السنة، والأول على الوجوب وهو رواية عن أبي حنيفة، وجه الأول مواظبة النبي ﷺ عليها، ووجه الثاني قوله ﷺ في حديث الأعرابي عقيب سؤاله «قال: هل عليّ غيرهن؟ فقال: لا إلا أن تطوع والأول أصح، وتسميته سنة لوجوبه بالسنة **(ويستحب في يوم الفطر أن يطعم قبل أن يخرج إلى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب)** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام كان يطعم في يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى، وكان يغتسل في العيدين» ولأنه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة **(ويلبس أحسن ثيابه)** لأنه عليه الصلاة والسلام كانت له جبة فنك أو صوف يلبسها

فيها أو كان قبل وجوبها قوله: **(أن يطعم)** الإنسان، ويستحب كون ذلك المطعوم حلوا لما في البخاري «كان ﷺ لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات ويأكلهن وترا»[1] وأما حديث الغسل للعيدين فتقدم في الطهارة[2]، وحديث لبسه جبة فنك أو صوف[3] غريب. وروى البيهقي من طريق الشافعي «أنه ﷺ كان يلبس برد حبرة في كل عيد»[4] ورواه الطبراني في الأوسط «كان ﷺ يلبس يوم العيد بردة حمراء»[5] انتهى: واعلم أن الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر لا أنه أحمر بحت، فليكن محمل البردة أحدهما قوله: **(ويتوجه إلى المصلى)** والسنة أن يخرج الإمام إلى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفاء في المصر بناء على أن صلاة العيد في موضعين جائزة بالاتفاق. وعند محمد تجوز في ثلاثة مواضع وإن لم يستخلف له ذلك وتخرج العجائز للعيد لا للشواب، ولا يخرج المنبر إلى الجبانة، واختلفوا في بناء المنبر بالجبانة: قال بعضهم: يكره، وقال خواهر زاده: حسن في زماننا، وعن أبي حنيفة لا بأس به قوله: **(ولا يكبر الخ)** الخلاف في الجهر بالتكبير في الفطر لا في أصله لأنه داخل في عموم ذكر الله تعالى؛ فعندهما يجهر به كالأضحى، وعنده لا يجهر، وعن أبي حنيفة كقولهما. وفي الخلاصة ما يفيد أن الخلاف في أصل التكبير وليس بشيء، إذ لا يمنع من ذكر الله بسائر الألفاظ في شيء من الأوقات بل من إيقاعه على وجه البدعة، فقال أبو حنيفة: رفع الصوت بالذكر بدعة يخالف الأمر من قوله تعالى: **﴿واذكر ربك في نفسك تضرعاً وخيفة ودون الجهر من القول﴾** [الأعراف ٢٠٥] فيقتصر فيه على مورد الشرع، وقد ورد به في

روايته لرواية القدوري، فإنه ذكر في القدوري بلفظ الواجب، وفي الجامع الصغير بلفظ السنة، والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر أو الأضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين أو لذكورته كما في القمرين **(ولا يترك واحد منهما)** أما الجمعة فلأنها فريضة، وأما العيد فلأن تركها بدعة وضلال. قوله **(وجه الأول مواظبة النبي ﷺ عليها)** وفي بعض النسخ وقع بلفظ من غير ترك، وهو لا يحتاج إلى عناية، وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج إلى أن يقال معناه ذلك، وإنما تركه اعتماداً على ما ذكر في آخر باب إدراك الفريضة ولا سنة دون المواظبة، والمواظبة إنما تكون دليل الوجوب إذا كانت من غير

قال المصنف: **(والأول أصح)** أقول: قوله في رواية الجامع ولا يترك واحد منهما يشهد للوجوب قوله: **(وغلب لفظ العيد)** أقول: أي على لفظ الجمعة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٥٣ وابن ماجه ١٧٥٤ وابن خزيمة ١٤٢٩ وابن حبان ٢٨١٤ والدارقطني ٢/ ٤٥ والبغوي ١١٠٥ وأحمد ٣/ ١٢٦ و٢٣٢ واستدركه الحاكم ١/ ٢٩٤ كلهم من حديث أنس مع اختلاف يسير فيه.
وأخرجه الترمذي ٥٤٣ والدارمي ١/ ٣٧٥ وابن خزيمة ١٤٢٨ وابن حبان ٢٨١٣ من حديث أنس بنحوه وإسناده حسن.

(٢) تقدم في الطهارة.

(٣) غريب هكذا. ذكره صاحب الهداية فاستغربه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٩ وقال: أخرج البيهقي من طريق الشافعي عن علي بن الحسين: أن النبي ﷺ كان يلبس برد حبرة في كل عيد اهـ. انظر سنن البيهقي ٣/ ٢٨٠ والأم للشافعي ١/ ٢٠٦ وهو مرسل وشاهده الآتي. وقال في الدراية ١/ ٢١٨ عن الحديث الأول: لم أجده.

(٤) هو في المتقدم.

(٥) حسن. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ١/ ١٩٨ عن علي بن الحسين عن ابن عباس به وقال الهيثمي: ورجاله ثقات.
وأخرجه البيهقي ٣/ ٢٨٠ عن حديث جابر، وفيه حجاج بن أرطاة غير قوي لكنه شاهد لما قبله.

في الأعياد **(ويؤدي صدقة الفطر)** إغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلاة **(ويتوجه إلى المصلى، ولا يكبر عند أبي حنيفة رحمه الله في طريق المصلى، وعندهما يكبر)** اعتباراً بالأضحى. وله أن الأصل في الثناء الإخفاء والشرع، ورد به في الأضحى لأنه يوم تكبير، ولا كذلك يوم الفطر **(ولا يتنفل في المصلى قبل العيد)** لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفعل

الأضحى وهو قوله تعالى ﴿**واذكروا الله في أيام معدودات**﴾ [البقرة ٢٠٣] جاء في التفسير أن المراد التكبير في هذه الأيام، والأولى الاكتفاء فيه بالإجماع عليه لما سنذكر في قوله تعالى: ﴿**لتكبروا الله على ما هداكم**﴾ [البقرة ١٨٥] فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿**لتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم**﴾ [البقرة ١٨٥] وروى الدارقطني عن سالم أن عبد الله بن عمر أخبره «أن رسول الله ﷺ كان يكبر في الفطر من حين يخرج من بيته حتى يأتي المصلى»[١] فالجواب أن صلاة العيد فيها التكبير، والمذكور في الآية بتقدير كونه أمراً على ما تقدم فيه أعم منه ومما في الطريق، فلا دلالة له على التكبير المتنازع فيه لجواز كونه ما في الصلاة، ولما كان دلالتها عليه ظنية لاحتمال التعظيم كان الثابت الوجوب. والحديث المذكور ضعيف بموسى بن محمد بن عطاء أبي الطاهر المقدسي، ثم ليس فيه أنه كان يجهر به وهو محل النزاع، وكذا روى الحاكم مرفوعاً ولم يذكر الجهر[٢] نعم روى الدارقطني عن نافع موقوفاً على ابن عمر: أنه كان إذا غدا يوم الفطر ويوم الأضحى يجهر بالتكبير حتى يأتي المصلى ثم يكبر حتى يأتي الإمام[٣] قال البيهقي: الصحيح وقفه على ابن عمر، وقول صحابي لا يعارض به عموم الآية القطعية الدلالة: أعني قوله تعالى: ﴿**واذكر ربك**﴾ إلى قوله ﴿**ودون الجهر**﴾ [الأعراف: ٢٠٥] وقال ﷺ «خير الذكر الخفي»[٤] فكيف وهو معارض بقول صحابي آخر. روي عن ابن عباس «أنه سمع الناس يكبرون فقال لقائده: أكبر الإمام؟ قيل لا. قال: أجنّ الناس؟ أدركنا مثل هذا اليوم مع النبي ﷺ فما كان أحد يكبر قبل الإمام[٥]»، وقال أبو جعفر: لا ينبغي أن تمنع العامة عن

ترك. وقوله: **(وجه الثاني)** ظاهر. وقوله: **(ولا يكبر عند أبي حنيفة في طريق المصلى)** يعني جهراً في الطريق الذي يخرج منه إلى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه. وروى الطحاوي عن أستاذه ابن عمران البغدادي عنه أنه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهراً وبه أخذ أبو يوسف ومحمد اعتباراً بالأضحى وجه الأول أن الأصل في الثناء الإخفاء والشرع ورد به في الأضحى لأنه يوم التكبير، قال الله تعالى ﴿**واذكروا الله في أيام معدودات**﴾ جاء في التفسير أن المراد به التكبير في هذه الأيام **(ولا كذلك يوم الفطر)** لأنه لم يرد به الشرع، وليس في معناه أيضاً لأن عيد الأضحى اختص بركن من أركان الحج، والتكبير شرع علماً على وقت أفعال الحج وليس في شوال ذلك. فإن قيل: لا نسلم أن الشرع لم يرد به فإن الله تعالى قال ﴿**ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم**﴾ أخبر بالتكبير بعد إكمال عدة أيام شهر رمضان، وروى نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٤٤ والبيهقي ٣/ ٢٧٩ والحاكم ١/ ٢٩٨ كلهم من حديث ابن عمر. واستغربه الحاكم متناً وسنداً، وقال البيهقي: موسى بن محمد منكر الحديث ضعيف، والوليد بن محمد المقري ضعيف والحديث المحفوظ عن ابن عمر اهـ أي موقوفاً عليه.
ونقل الزيلعي ٢/ ٢١٠ عن ابن القطان قوله: قال أبو حاتم في موسى: كان يقرب ويأتي بالأباطل، وقال أبو زرعة: كان يكذب، وشيخه الموقري قال ابن عدي: حدث عن الزهري بمناكير.

(٢) هو المتقدم.

(٣) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ٢/ ٤٥ والبيهقي ٣/ ٢٧٩ والحاكم ١/ ٢٩٨ كلهم عن ابن عمر موقوفاً. ورجاله ثقات قال البيهقي: هذا هو الصحيح. موقوف على ابن عمر.
تنبيه: وليس عند الحاكم لفظ «يجهر بالتكبير».

(٤) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ١٧٢. ١٨٠ وابن حبان ٨٠٩ وأبو يعلى ٧٣١ كلهم عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة عن سعد بن أبي وقاص مرفوعاً. وصدره عند أبي يعلى: خير الرزق ما يكفي.
وقال الهيثمي في المجمع ١٠/ ٨١: ضعيف لضعف ابن أبي لبيبة.
قلت: مداره على ابن أبي لبيبة. وهو ضعيف جاء في الميزان: قال عنه يحيى: ليس بشيء. وقال الدارقطني: ضعيف اهـ.
وله علة ثانية وهي أنه منقطع. قال ابن أبي حاتم في المراسيل ٣٢٥: سمعت أبي يقول: لم يدرك ابن لبيبة سعداً.

(٥) موقوف. رواه ابن أبي شيبة ٢/ ١٦٥ إلى قوله «أجنّ الناس».

ذلك مع حرصه على الصلاة، ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة، وقيل فيه وفي غيره عامة لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله **(وإذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها إلى الزوال، فإذا زالت الشمس خرج وقتها)** لأنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح أو رمحين، ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج

ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات، ويستحب أن يرجع من غير الطريق التي ذهب منها إلى المصلى لأنه مكان القربة يشهد ففيه تكثير للشهود قوله: **(ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد)** وعامة المشايخ على كراهة التنفل قبلها في المصلى والبيت وبعدها في المصلى خاصة، لما في الكتب الستة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ خرج فصلى بهم العيد لم يصل قبلها ولا بعدها»[1] وأخرج الترمذي عن ابن عمر «أنه خرج في يوم عيد فلم يصل قبلها ولا بعدها، وذكر أن النبي ﷺ فعله»[2] صححه الترمذي، وهذا النفي بعد الصلاة محمول عليه في المصلي لما روى ابن ماجه: أخبرنا محمد بن يحيى عن الهيثم بن جميل عن عبد الله بن عمرو الرقي عن عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب عن عطاء بن يسار عن أبي سعد الخدري قال «كان رسول الله ﷺ لا يصلي قبل العيد شيئاً فإذا رجع إلى منزله صلى ركعتين»[3] قوله: **(لأن النبي ﷺ كان يصلي العيد الخ)** استدل بالحديثين على أن وقتها من الارتفاع إلى الزوال، وذكر الحديث الأول كما ذكر. وفي أبي داود وابن ماجه عن يزيد بن خمير بضم المعجمة قال: «خرج عبد الله بن بسر رضي الله عنه صاحب رسول الله ﷺ مع الناس في يوم العيد فطر وأضحى فأنكر إبطاء الإمام فقال: إنا كنا مع النبي ﷺ قد فرغنا ساعتنا هذه، وذلك حين التسبيح»[4] صححه النووي في الخلاصة، والمراد بالتسبيح التنفل. وفي

كان يخرج يوم الفطر ويوم الأضحى رافعاً صوته بالتكبير» هذا نص في الباب. أجيب بأن المراد بما في الآية التكبير في صلاة العيد، والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها، ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري، والوليد متروك الحديث. قال: **(ولا يتنفل في المصلى قبل العيد)** التنفل قبل صلاة العيد في المصلى وغيره للإمام، وغيره مكروه كما في الكتاب، وقد ورد النهي والإنكار في ذلك عن الصحابة كثيراً. روي عن ابن مسعود وحذيفة: أنهما قاما فنهيا الناس عن الصلاة قبل الإمام يوم الفطر، وروي «أن علياً خرج إلى المصلى فرأى قوماً يصلون فقال: ما هذه الصلاة التي لم تكن نعرفها على عهد رسول الله ﷺ؟ فقيل له: ألا تنهاهم؟ فقال: أكره أن أكون الذي ينهي عبداً إذا صلى» وقوله: **(خاصة وعامة)** نصب على الحال من الضمير الذي في المستقر في الظرف، وقوله: **(وإذا حلت الصلاة)** عبر بالحلال عن جوازها لأنها كانت حراماً

قوله: **(وكان ذلك تأخيراً بلا عذر سماوي)** أقول: أي التأخير إلى الغد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٦٤ و٩٨٩ و١٤٣١ و٥٨٨١ و٥٨٨٣ ومسلم ٨٨٤ من وجوه وأبو داود ١١٥٩ والترمذي ٥٣٧ والنسائي ٣/ ١٩٣ والدارمي ١/ ٣٧٦ . ٣٧٨ وابن ماجه ١٢٩١ وابن الجارود ٢٦١ والطيالسي ٢٦٣٧ وأحمد ١/ ٣٤٠ وابن أبي شيبة ٢/ ١٧٧ وابن حبان ٢٨١٨ والبغوي ١١٠٩ من طرق كلهم من حديث ابن عباس.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٥٣٨ وأحمد ٢/ ٥٧ والحاكم ١/ ٢٩٥ كلهم من حديث ابن عمر.
وقال الترمذي حسن صحيح، وصححه الحاكم وأقره الذهبي، وفيه أبان بن عبد الله البجلي وثقه يحيى، وقال أحمد: صدوق صالح الحديث، وشاهده المتقدم يقويه.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٢٩٣ والحاكم ١/ ٢٩٧ كلاهما من حديث أبي سعيد وصححه الحاكم حيث قال: هذه سنة عزيزة بإسناد صحيح. ووافقه الذهبي. وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات اهـ مع أن في إسناده عبد الله بن محمد بن عقيل صدوق في حديثه لين كما في التقريب، فحديثه حسن ولا تعارض بين هذا الحديث وحديث ابن عباس، لأن ابن عباس خاص بالمصلى، وأما حديث أبي سعيد فهو في البيت.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ١١٦٠ وابن ماجه ١٣١٧ والحاكم ١/ ٢٩٥ كلهم من حديث عبد الله بن بسر. وصححه الحاكم على شرط البخاري، ووافقه الذهبي، ونقل الزيلعي ٢/ ٢١١ عن النووي في الخلاصة قوله: إسناده صحيح على شرط مسلم، ووافقه الزيلعي. وهو كما قالا. على شرط مسلم فإن يزيد بن خُمير الرحبي لم يخرج له البخاري بل مسلم وأصحاب السنن فقط، وإنما روى له البخاري في التاريخ. كما في التقريب.

إلى المصلى من الغد (**ويصلي الإمام بالناس ركعتين، يكبر في الأولى للافتتاح وثلاثاً بعدها، ثم يقرأ الفاتحة وسورة، ويكبر تكبيرة يركع بها، ثم يبتدىء في الركعة الثانية بالقراءة، ثم يكبر ثلاثاً بعدها، ويكبر رابعة يركع بها**) وهذا قول ابن مسعود، وهو قولنا. وقال ابن عباس: يكبر في الأولى للافتتاح وخمساً بعدها وفي الثانية يكبر خمساً ثم يقرأ. وفي رواية يكبر أربعاً، وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لأمر بنيه الخلفاء. فأما المذهب فالقول الأول لأن

أبو داود والنسائي: أن ركباً جاءوا إلى رسول الله ﷺ يشهدون أنهم رأوا الهلال بالأمس فأمرهم أن يفطروا. وإذا أصبحوا غدوا إلى مصلاهم. وبين في رواية ابن ماجه والدارقطني أنهم قدموا آخر النهار. ولفظه عن أبي عمير بن أنس: حدثني عمومتي من الأنصار من أصحاب رسول الله ﷺ قالوا «أغمي علينا هلال شوال فأصبحنا صياماً. فجاء ركب من آخر النهار فشهدوا عند رسول الله ﷺ أنهم رأوا الهلال بالأمس، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يفطروا وأن يخرجوا إلى عيدهم من الغد»[1] قال الشيخ جمال الدين: وبهذا اللفظ حسن الدارقطني إسناده، هذا وصححه النووي في الخلاصة، ولا يخفى بعد هذا أن لفظ آخر النهار يصدق على الوقت المكروه من بعد العصر وقبله، فأمره ﷺ إياهم بالخروج من الغد لا يستلزم كونه لخروج الوقت بدخول الزوال لجوز كونه للكراهة في ذلك الوقت، فلا بد من دليل يفيد أن المراد بآخر النهار ما بعد الظهر، أو يكون في تعيين وقتها هذا إجماع فيغني عنه، وقد وجد ذلك الدليل وهو ما وقع في بعض طرقه من رواية الطحاوي: حدثنا فهد، حدثنا عبد الله بن صالح، حدثنا هشيم بن بشير عن أبي بشر جعفر بن إياس عن أبي عمير بن أنس بن مالك، أخبرني عمومتي من الأنصار «أن الهلال خفى على الناس في آخر ليلة من شهر رمضان في زمن رسول الله ﷺ فأصبحوا صياماً، فشهدوا عند رسول الله ﷺ بعد زوال الشمس أنهم رأوا الهلال الليلة الماضية، فأمر رسول الله ﷺ الناس بالفطر فأفطروا تلك الساعة، وخرج بهم من الغد فصلى بهم صلاة العيد»[2] قوله: (**وهذا قول ابن مسعود**) اعلم أنه روى عن رسول الله ﷺ ما يوافق رأي الشافعي وما يوافق رأينا، وكذا عن الصحابة، أما ما عنه ﷺ، ففي أبي داود وابن ماجه عن عائشة «كان ﷺ يكبر في العيدين في الأولى بسبع وفي الثانية بخمس قبل القراءة سوى تكبيرتي الركوع»[3] ورواه الحاكم وقال: تفرد به ابن لهيعة، وقد استشهد به مسلم. قال: وفي الباب عن عائشة وابن عمر وأبي هريرة والطرق إليهم فاسدة، وفي أبي داود وابن ماجه أيضاً عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال النبي ﷺ «التكبير في الفطر سبع في الأولى وخمس

قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث، وقوله: (**لأنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح**) أي قدر رمح (**أو رمحين**) دليل دخول الوقت، وقوله: (**ولما شهدوا بالهلال**) دليل خروج الوقت، وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام (**أمر بالخروج إلى المصلى من الغد**) لأجل الصلاة، وكان ذلك تأخيراً بلا عذر سماوي، ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لأن الصلاة في وقتها أولى، وفعله عليه الصلاة والسلام لا يحمل إلا على الأولى مهما أمكن. وقوله: (**ويصلي الإمام بالناس**

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ١١٥٧ والنسائي ٣/ ١٨٠ وابن ماجه ١٦٥٣ والدارقطني ٢/ ١٧٠ وعلي بن الجعفر ١٧٨٧ وعبد الرزاق ٧٣٣٩ وابن أبي شيبة ٣/ ٦٧ وابن حبان ٣٤٥٦ والبيهقي ٤/ ٢٤٩ كلهم من حديث أنس. وقال الدارقطني: حديث حسن. هو والذي بعده ثم ساقه بنحوه.
ونقل الزيلعي ٢/ ٢١٢ عن النووي قوله: هو حديث صحيح، وكذا حسنه البيهقي وقال: الصحابة كلهم ثقات سُمُّوا أو لم يسمُّوا اهـ.
قلت: الرواية الأولى للنسائي وأبي داود وغيرهما. وأما الثانية فهي لابن ماجه والدارقطني والبيهقي.

(٢) حسن. أخرجه الطحاوي في المعاني ١/ ٣٨٦ من رواية أبي عمير عن أنس به، وإسناده حسن فيه هُشيم بن بشير مدلس وقد عنعنه، لكن للحديث شواهد وهي المتقدمة.

(٣) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ١١٤٩ و١١٥٠ وابن ماجه ١٢٨٠ والحاكم ١/ ٢٩٨ وأحمد ٦/ ٧٠ والدارقطني ٢/ ٤٦ كلهم من حديث عائشة.
وقال الزيلعي ٢/ ٢١٦، ذكر الدارقطني في علله أن ابن لهيعة اضطرب فيه. وقال الترمذي: سألت البخاري عن هذا الحديث فضعفه وقال: لا أعلم رواه غير ابن لهيعة.
وقال الحاكم: تفرد ابن لهيعة وقد استشهد بن مسلم في موضعين، وفي الباب من حديث عائشة وأبي هريرة وابن عمر وابن عمرو. والطرق إليهم فاسدة.

التكبير ورفع الأيدي خلاف المعهود فكان الأخذ بالأقل أولى ثم التكبيرات من أعلام الدين حتى يجهر به فكان الأصل فيه الجمع وفي الركعة الأولى يجب إلحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق، وفي الثانية لم

في الثانية والقراءة بعدهما كلتيهما» زاد الدارقطني بعد «وخمس في الثانية سوى تكبيرة الصلاة»[1] قال النووي: قال الترمذي في العلل: سألت البخاري عنه فقال صحيح. وأخرج الترمذي وابن ماجه عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كبر في العيدين في الأولى سبعاً قبل القراءة وفي الآخرة خمساً قبل القراءة»[2] قال الترمذي: حديث حسن وهو أحسن شيء روي في هذا الباب. وقال في علله الكبرى: سألت محمداً عن هذا الحديث فقال: ليس في هذا الباب أصح منه وبه أقول. وقد رويت أحاديث عدة غيرها توافق هذه، وفي أبي داود ما يعارضها، وهو أن سعيد بن العاص «سأل أبا موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان: كيف كان رسول الله ﷺ يكبر في الأضحى والفطر فقال أبو موسى: كان يكبر أربعاً تكبيره على الجنائز، فقال حذيفة: صدق، فقال أبو موسى: كذلك كنت أكبر في البصرة حيث كنت عليهم»[3] سكت عنه أبو داود ثم المنذري في مختصره، وهو ملحق بحديثين، إذ تصديق حذيفة رواية لمثله، وسكوت أبي داود والمنذري تصحيح أو تحصين منهما وتضعيف ابن الجوزي له بعبد الرحمن بن ثوبان نقلاً عن ابن معين والإمام أحمد معارض بقول صاحب التنقيح فيه وثقه غير واحد. وقال ابن معين: ليس به بأس، لكن أبو عائشة في سنده. قال ابن القطان: لا أعرف حاله، وقال ابن حزم: مجهول، ولو سلم فحديث ابن لهيعة ضعيف أيضاً به لو لم يظهر فيه سبب غيره فكيف وقد بان اضطرابه فيه؟ فمرة وقع فيه عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن الزهري، ومرة عنه عن عقيل عن الزهري، وقيل عنه عن أبي الأسود عن عروة عن عائشة، وقيل عنه عن الأعرج عن أبي هريرة، قال الدارقطني: والاضطراب فيه من ابن لهيعة، والحديثان اللذان يليانه منع القول بتصحيحهما ابن القطان في كتابه وأوله وقال: ونحن إن خرجنا عن ظاهر اللفظ لكن أوجبه أن كثير بن عبد الله عندهم متروك، قال أحمد: لا يساوي شيئاً، وضرب على حديثه في المسند ولم

ركعتين) ظاهر: وحاصله أن الزوائد عندنا ثلاث، والموالاة في القراءة خلافاً له. وقوله: **(وظهر عمل العامة)** أي عمل الناس كافة **(بقول ابن عباس لأمر بنيه الخلفاء)** فإن الولاية لما انتقلت إليهم أمروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك. وعن هذا صلى أبو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس فإنه صلى خلفه هارون

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٥١ و١١٥٢ وابن ماجه ١٢٧٨ والدارقطني ٢/ ٤٧. ٤٨ والبيهقي ٣/ ٢١٥ وأحمد ٢/ ١٨٠ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وفيه عبد الله بن عبد الرحمن الطائفي قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢١٧: قال ابن القطان: الطائفي ضعفه جماعة. منهم ابن معين.

وقال النووي في الخلاصة: قال الترمذي في علله فسألت عنه البخاري فقال: هو صحيح اهـ.

قلت: الطائفي صدوق يخطىء ويهم، لكنه من رجال مسلم كما في التقريب.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٥٣٦ وابن ماجه ١٢٧٩ والدارقطني ٢/ ٤٨ والبيهقي ٣/ ٢٨٦ كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده.

ونقل الزيلعي عن الترمذي قوله: هو حديث حسن أحسن شيء روي في هذا الباب.

وقال الترمذي في علله الكبرى: سألت البخاري عنه فقال: ليس شيء في هذا الباب أصح منه وبه أقول وحديث الطائفي أيضاً صحيح وهو مقارب الحديث. وقال ابن القطان: هذا ليس بصريح في التصحيح فقوله: أصح شيء في الباب يعني: أشبه ما في الباب وأقله ضعفاً اهـ باختصار.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ١١٣٥ وابن أبي شيبة ٢/ ١٧٢ وأحمد ٤/ ٤١٦ والبيهقي ٣/ ٢٨٩ كلهم عن أبي عائشة جليس لأبي هريرة أن سعيد بن العاص... الحديث.

قال الزيلعي ٢/ ٢١٥: سكت عليه أبو داود والمنذري وأعله ابن الجوزي في التحقيق بعبد الرحمن بن ثوبان فقال: قال يحيى: هو ضعيف، وقال أحمد: أحاديث مناكير، وليس يروى في تكبير العيدين حديث صحيح. وقال صاحب التنقيح: ابن ثوبان وثقه غير واحد ولكن أبو عائشة قال ابن حزم: هو مجهول، وقال ابن القطان: لا أعرف حاله اهـ.

يوجد إلا تكبيرة الركوع فوجب الضم إليها، والشافعي أخذ بقول ابن عباس، إلا أنه حمل المروي كله على الزوائد

يحدث عنه. وقال ابن معين: ليس حديثه بشيء، وقال النسائي والدارقطني، متروك، وقال أبو زرعة: واهي الحديث، وأفظع الشافعي رحمه الله فيه القول. وقال ابن حنبل رحمه الله: ليس في تكبير العيدين عن النبي ﷺ حديث صحيح وإنما آخذ فيه بفعل أبي هريرة،[١] وأما ما عن الصحابة فأخرج عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن أبي إسحاق عن علقمة والأسود «أن ابن مسعود كان يكبر في العيدين تسعاً، أربعاً قبل القراءة ثم يكبر فيركع، وفي الثانية يقرأ، فإذا فرغ كبر أربعاً ثم ركع»[٢] أخبرنا معمر عن أبي إسحاق عن علقمة والأسود قال: كان ابن مسعود جالساً وعنده حذيفة وأبو موسى الأشعري، فسألهم سعيد بن العاص عن التكبير في صلاة العيد، فقال حذيفة: سل الأشعري، فقال الأشعري: سل عبد الله فإنه أقدمنا وأعلمنا، فسأله، فقال ابن مسعود: يكبر أربعاً ثم يقرأ ثم يكبر فيركع، ثم يقوم في الثانية فيقرأ ثم يكبر أربعاً بعد القراءة[٣]، طريق آخر رواه ابن أبي شيبة: حدثنا هشيم، أخبرنا مجالد عن الشعبي عن مسروق قال: «كان عبد الله بن مسعود يعلمنا التكبير في العيدين تسع تكبيرات خمس في الأولى وأربع في الآخرة، ويوالي بين القراءتين» والمراد بالخمس تكبيرة الافتتاح والركوع وثلاث زوائد، وبالأربع بتكبيرة الركوع، طريق آخر رواه محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود، وكان قاعداً في مسجد الكوفة ومعه حذيفة بن اليمان وأبو موسى الأشعري، فخرج عليه الوليد بن عقبة بن أبي معيط وهو أمير الكوفة يومئذ فقال: «إن غدا عيدكم فكيف أصنع؟ فقالا: أخبره يا أبا عبد الرحمن، فأمره عبد الله بن مسعود أن يصلي بغير أذان ولا إقامة، وأن يكبر في الأولى خمساً وفي الثانية أربعاً، وأن يوالي بين القراءتين وأن يخطب بعد الصلاة على راحلته» قال الترمذي: وقد روى عن ابن مسعود أنه قال: «في التكبير في العيد تسع تكبيرات: في الأولى خمساً قبل القراءة، وفي الثانية يبدأ بالقراءة ثم يكبر أربعاً مع تكبيرة الركوع»[٤] وقد روي عن غير واحد من الصحابة نحو هذا. وهذا أثر صحيح قاله بحضرة جماعة من الصحابة. ومثل هذا يحمل على الرفع لأنه مثل نقل أعداد الركعات. فإن قيل: روي عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم ما يخالفه. قلنا: غايته معارضة، ويترجح أثر ابن مسعود بابن مسعود مع أن المروي عن ابن عباس متعارض، فروى

الرشيد وأمره بذلك، وكذا روي عن محمد لا مذهباً واعتقاداً، فإن المذهب هو القول الأول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وأبي موسى الأشعري وحذيفة وابن الزبير وأبي هريرة وأبي مسعود الأنصاري. فكان أولى بالأخذ. وقال أبو بكر الرازي: حدث الطحاري مسنداً إلى النبي ﷺ «أنه صلى يوم العيد وكبر أربعاً، ثم أقبل بوجهه حين انصرف فقال: أربع لا تسهو كتكبير الجنائز، وأشار بأصابعه وقبض إبهامه» ففيه قول وفعل وإشارة إلى أصل وتأكيد فلا جرم كان الأخذ به أولى. وأراد بقوله أربعاً: أربع تكبيرات متوالية، ولأن التكبير ورفع الأيدي من حيث المجموع خلاف المعهود في الصلوات، فكان الأخذ بالقليل أولى، ثم التكبير من أعلام الدين حتى يجهر به كتكبيرة الافتتاح. وكان الأصل فيه الجمع لأن الجنسية علة الضم؛ ففي الركعة الأولى يجب إلحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق، وفي الثانية لم يوجد إلا تكبيرة

---

(١) هذا كله في نصب الراية ٢/ ٢١٧ ـ ٢١٨ لكن آخره عن أحمد: وإنما أخذ مالك فيها بفعل أبي هريرة اهـ فالله أعلم هل الصواب بذكر مالك؟ أم لا. وقد جاء في نصب الراية ٢/ ٢١٨ قال البخاري فيما نقله الترمذي عنه: الصحيح ما رواه مالك وغيره من الحفاظ عن نافع عن أبي هريرة من فعله اهـ.

(٢) موقوف جيد. أخرجه عبد الرزاق ٣/ ٧٥ عن ابن مسعود موقوفاً وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات.

(٣) موقوف جيد. أخرجه عبد الرزاق ٣/ ٢٩٣ عن علقمة والأسود فذكراه. وهو موقوف على ابن مسعود ورجاله ثقات.

(٤) هذه الآثار ذكرها عبد الرزاق في مصنفه ٣/ ٢٩١ ـ ٢٩٢ ـ ٢٩٣ ـ ٢٩٤ ـ ٢٩٥ ـ ٢٩٦ وابن أبي شيبة ٢/ ١٧٢ ـ ١٧٦ وكذا أوردها الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢١٥.

فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة أو ست عشرة. قال: (ويرفع يديه في تكبيرات العيدين) يريد به ما سوى

عنه كمذهبهم من رواية ابن أبي شيبة، حدثنا وكيع عن ابن جريج عن عطاء «أن ابن عباس كبر في عيد ثلاث عشرة سبعاً في الأولى وستاً في الآخرة». حدثنا يزيد بن هارون أخبرنا حميد عن عمار بن أبي عمار «أن ابن عباس كبر في عيد ثنتي عشرة تكبيرة سبعاً في الأولى وخمساً في الآخرة. وروى عنه كمذهبنا، فروى ابن أبي شيبة: حدثنا هشيم أخبرنا خالد الحذاء عن عبد الله بن الحارث قال: «صلى ابن عباس يوم عيد فكبر تسع تكبيرات خمساً في الأولى وأربعاً في الآخرة، ووالى بين القراءتين». ورواه عبد الرزاق وزاد فيه: وفعل المغيرة بن شعبة مثل ذلك فاضطرب المروي. وأثر ابن مسعود[1] لو لم يسلم كان مقدماً فكيف وهو سالم لاضطراب معارضه، وبه يترجح المرفوع الموافق له ويختص ترجيح الموالاة بين القراءتين منه بأن التكبير ثناء والثناء شرع في الأولى أول وهو دعاء الافتتاح فيقدم تكبيرها، وحيث شرع في الثانية شرع مؤخراً وهو القنوت فيؤخر تكبير الثانية على وفق المعهود قوله: **(والشافعي أخذ بقول ابن عباس)** يعني المروي عنه من التكبيرات ثنتي عشرة أو ثلاث عشرة، والمصنف لم يذكر الروايتين هكذا عنه بل إنه يكبر في الأولى للافتتاح وخمساً بعدها، وفي الثانية خمساً ثم يقرأ أو أربعاً، إلا أن هذا بعد ما علم من طريقتنا أن كل مروي في العدد يحمل على شموله الأصليات والزوائد تلتفت منه إلى كون المروي عنه ثلاث عشرة تكبيرات الافتتاح والركوعين مع العشر أو التسع، فاكتفى بهذا القدر من اللزوم في الإحالة على المروي عن ابن عباس، إلا أن عدّ تكبيرة الافتتاح في الأولى دون تكبيرة القيام في الثانية تخصيص من غير مخصص، وعلى اعتبارها إنما يقع الالتفات إلى كون المروي أربع عشرة وثلاث عشرة. فإن قيل: المخصص اتصال الافتتاح بالزوائد. قلنا: فلم يتجه عد تكبيرة ركوع الأولى وعلى عدم اعتباره يقع الالتفات إلى كونه أحد عشر أو عشراً قوله: **(وذكر من جملتها تكبيرات الأعياد)** تقدم الحديث في باب صفة الصلاة وليس فيه تكبيرات الأعياد والله تعالى أعلم، فما روي عن أبي يوسف أنه لا ترفع الأيدي فيها لا يحتاج فيه إلى القياس على تكبيرات الجنائز، بل يكفي فيه كون المتحقق من الشرع ثبوت التكبيرة ولم يثبت الرفع فيبقى على العدم الأصلي. ويسكت بين كل تكبيرتين قدر ثلاث تسبيحات فإن الموالاة توجب الاشتباه على الناس. وإن كان من الكثرة بحيث لا يكفي في دفع الاشتباه عنهم هذا القدر فصل بأكثر أو كان يكفي لذلك أقل سكت أقل. وليس بين التكبيرات عندنا ذكر مسنون لأنه لم ينقل. وينبغي أن يقرأ بأكثر أو كان يكفي لذلك أقل سكت أقل، وليس بين التكبيرات عندنا ذكر مسنون لأنه لم ينقل. وينبغي أن يقرأ في ركعتي العيد بـ﴿**سبح اسم ربك الأعلى**﴾ [الأعلى ١] ﴿**هل أتاك حديث الغاشية**﴾ [الغاشية ١] وروى أبو حنيفة عن إبراهيم بن محمد بن المنتشر عن أبيه عن حبيب بن سالم عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ «أنه كان يقرأ في العيدين ويوم الجمعة بـ﴿**سبح اسم ربك الأعلى**﴾ و ﴿**هل أتاك حديث الغاشية**﴾»[1] ورواه أبو حنيفة رحمه الله مرة في العيدين فقط.

الركوع فوجب الضم إليها. وقوله: **(والشافعي أخذ بقول ابن عباس إلا أنه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر)** فيه اشتباه، لأن قوله حمل المروي إما أن يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله أولاً. وقال ابن عباس: يكبر في الأولى للافتتاح وخمساً بعدها، وفي الثانية يكبر خمساً ثم يقرأ. وفي رواية: يكبر أربعاً أو غير ذلك، فإن كان الثاني كان في الكلام تعقيد يعلو قدر المصنف عن ذلك، وإن كان الأول لم ترتق التكبيرات إلى ذلك لمقدار لأن الزوائد فيه تسع أو عشر، وبالأصليات تكون ثنتي عشرة أو ثلاث عشرة. وأيضاً قال: وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس، ثم

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٨٧٨ وأبو داود ١١٢٢ والترمذي ٥٣٣ والنسائي ٣/ ١٨٤ وابن ماجه ١٢٨١ والدارمي ١/٣٦٨. ٣٧٦. ٣٧٧ وابن الجارود ٢٦٥ وابن حبان ٢٨٢١ و٢٨٢٢ وأحمد ٤/ ٢٧٣ والبغوي ١٠٩١ وأبو حنيفة في المسند ص٢٨٨ كلهم من حديث النعمان بن بشير. زاد بعضهم: فربما اجتمعا في يوم واحد فقرأ بهما.

تكبيرتي الركوع لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن» وذكر من جملتها تكبيرات الأعياد. وعن أبي يوسف أنه لا يرفع، والحجة عليه ما روينا قال: **(ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين)** بذلك ورد النقل المستفيض **(يعلم الناس فيها صدقة الفطر وأحكامها)** لأنها شرعت لأجله **(ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام لم يقضها)**

[فروع] أدرك الإمام راكعاً تحرم، ثم إن غلب على ظنه إدراكه في الركوع إن كبر قائماً كبر قائماً ثم ركع لأن القيام هو المحل الأصلي للتكبير، ويكبر برأي نفسه لأنه مسبوق، وهو منفرد فيما يقضي، والذكر الفائت يقضي قبل فراغ الإمام بخلاف الفعل، وإن خشي فوت ركوع الإمام ركع وكبر في ركوعه خلافاً لأبي يوسف، ولا يرفع يديه لأن الوضع على الركبتين سنة في محله والرفع يكون سنة لا في محله، وإن رفع الإمام رأسه سقط عنه ما بقي من التكبير لأنه إن أتى به في الركوع لزم ترك المتابعة المفروضة للواجب، والقومة ليست معتبة بل شرعت للفصل حتى لم يصر مدركاً للركعة بإدراكها فلا تكون محلاً للتكبير أداء ولا قضاء، ولو أدركه في القومة لا يقضيها فيه لأنه يقضي الركعة مع تكبيراتها المأموم يتبع الإمام وإن خالف رأيه، لأنه بالاقتداء حكمه على نفسه فيما يجتهد فيه، فلو جاوز أقوال الصحابة إن سمع منه التكبير لا يتابعه، واختلفوا فيه، قيل يتبعه إلى ثلاث عشرة، وقيل إلى ست عشرة، فإن زاد عليه فقد خرج عن حد الاجتهاد فلا يتابعه لتيقن خطئه كالمتابعة في المنسوخ، وإن سمع من المبلغ كبر معه ولو زاد على ستّ عشرة لجواز الخطإ من المبلغ فيما سبق فلا يترك الواجب للاحتمال، واللاحق يكبر برأي إمامه لأنه خلفه، بخلاف المسبوق، ومن دخل مع الإمام في صلاة العيد في التشهد يقضي بعد فراغ الإمام صلاة العيد بالاتفاق، بخلاف الجمعة، ولو قرأ الفاتحة أو بعضها فذكر أنه لم يكبر كبر وأعاد القرءاة. وإن ذكر بعد ضم السورة كبر ولم يعد لأن القراءة تمت بالكتاب والسنة فلا يحتمل النقض، بخلاف ما قبله فإنها لم تتم إذ لم يتم الواجب فكأنه لم يشرع فيها فيعيدها رعاية للترتيب، ولو سبق بركعة ورأى رأي ابن مسعود رضي الله عنه يقرأ أولاً ثم يقضي ثم يكبر تكبيرات العيد. وفي النوادر: يكبر أولاً لأن ما يقضيه المسبوق أول صلاته في حق الأذكار إجماعاً. وجه الظاهر أن البداءة بالتكبير يؤدي إلى الموالاة بين التكبيرات، وهو خلاف الإجماع، ولو بدأ بالقراءة يكون موافقاً لعلي رضي الله عنه لأنه بدأ بالقراءة فيهما، ولو كبر الإمام أربعاً برأي ابن عباس فتحول إلى رأي ابن مسعود يدع ما بقي من التكبير ويبدأ في الثانية بالقراءة لأن تبدل الرأي يظهر في المستقبل، ولو فرغ من التكبير فتحول إلى رأي علي رضي الله عنه وهو في القراءة لا يعيد التكبير لأن ما مضى على الصحة لأنه يؤدي إلى توسيط القراءة بين التكبيرات وهو خلاف الإجماع، ولو كبر برأي ابن مسعود فتحول إلى رأي ابن عباس بعد ما قرأ الفاتحة كبر ما بقي وأعاد الفاتحة، وإن تحول بعد ضم السورة لا يعيد القراءة قوله: **(ثم يخطب خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض)** لا

قال: والشافعي أخذ بقول ابن عباس، وذلك يقتضي أن يكون عمل العامة اليوم على خمسة عشر تكبيرة أو ستة عشر وليس كذلك، وإزالة ذلك أن يقال: روي عن ابن عباس روايتان: إحداهما أنه يكبر في العيدين ثلاث عشرة تكبيرة، والأخرى أنه يكبر ثنتي عشرة تكبيرة، ففسر علماؤنا روايته بأن ذلك إنما هو بإضافة الأصليات لأن الأصليات ثلاث: تكبيرة الافتتاح، وتكبيرتا الركوع في الركعتين، فإذا أضيفت إلى خمسة وخمسة كانت ثلاثة عشر، وإذا أضيفت إلى خمسة وأربعة صارت ثنتي عشرة، وعلى هذا عمل العامة اليوم **(وحمل الشافعي المروي على الزوائد)** فإذا أضيفت إليها الأصليات صارت خمسة عشر أو ستة عشر، فكان مراده المروي ما روي عن ابن عباس، ولا تعقيد في ذلك لأن التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه، ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على تفسير علمائنا لا على ما حمل عليه الشافعي، ويظهر من هذا البتة أن ما عليه عمل أصحابنا إنما هو مذهب ابن عباس لا مذهب الشافعي. قال في المحيط: ثم عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد الأضحى عملا بالروايتين. وخصوا الأضحى بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين. وقوله: **(ويرفع يديه في تكبيرات العيدين)** ظاهر وليس بين التكبيرات ذكر مسنون. وروي عن أبي حنيفة أنه يسكت بين كل تكبيرتين بقدر

قوله: **(ولا تعاد الخطبة بعد الصلاة)** أقول: يعني لو كان قدم الخطبة

لأن الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قرابة إلا بشرائط لا تتم بالمنفرد **(فإن غم الهلال وشهدوا عند الإمام برؤية الهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد)** لأن هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث **(فإن حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده)** لأن الأصل فيها أن لا تقضي كالجمعة إلا أنا تركناه بالحديث، وقد ورد بالتأخير إلى اليوم الثاني عند العذر **(ويستحب في يوم الأضحى أن يغتسل ويتطيب)** لما ذكرناه **(ويؤخر الأكل حتى يفرغ من الصلاة)** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته ويتوجه إلى المصلى» **(وهو يكبر)** لأنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر في الطريق **(ويصلي ركعتين كالفطر)** كذلك نقل **(ويخطب بعدها خطبتين)** لأنه عليه الصلاة والسلام كذلك فعل **(ويعلم الناس فيها الأضحية وتكبير التشريق)** لأنه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت إلا لتعليمه **(فإن كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الأضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها**

شك في ورود النقل مستفيضاً بالخطبة، أما بالتنصيص على الكيفية المستمرة فلا، إلا ما روى ابن ماجه: حدثنا يحيى بن حكيم، حدثنا أبو بحر، حدثنا عبيد الله بن عمرو الرقي، حدثنا إسماعيل بن مسلم، حدثنا أبو الزبير عن جابر قال «خرج رسول الله ﷺ يوم فطر أو أضحى فخطب قائماً ثم قعد قعيدة ثم قام»[1] قال النووي في الخلاصة: وما روي عن ابن مسعود أنه قال: السنة أن يخطب في العيد بخطبتين يفصل بينهما بجلوس ضعيف غير متصل، ولم يثبت في تكريرالخطبة شيء، والمعتمد فيه القياس على الجمعة[2]، فلو خطب قبل الصلاة خالف السنة ولا يعيد الخطبة قوله: **(وقد ورد فيه الحديث)** يعني الذي تقدم وفيه ما قلنا قوله: **(لما روى الخ)** أخرج الترمذي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصحح إسناده عن عبد الله بن بريدة عن بريدة قال «كان رسول الله

ثلاث تسبيحات لأن صلاة العيد تقام بجمع عظيم، فلو والى بين التكبيرات لاشتبه على من كان نائياً عن الإمام، والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث، وقال في المبسوط: ليس هذا القدر بلازم، بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته. لأن المقصود إزالة الاشتباه عن القوم. وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلتهم **(وعن أبي يوسف أنه لا يرفع)** يديه لأن الرفع سنة الافتتاح، ولا افتتاح في الزوائد فلا رفع كما في تكبيرة الركوع **(والحجة عليه ما روينا)** لأن ما قاله قياس ترك بالأثر، ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد، وكذلك التعوذ عند أبي يوسف. وعند محمد يستعيذ عند القراءة. قال: **(ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين)** الخطبة في صلاة العيد تخالف خطبة الجمعة من وجهين: أحدهما أن الجمعة لا تجوز بلا خطبة بخلاف العيد. الثاني أنها في الجمعة متقدمة، على الصلاة بخلاف العيد، ولو قدمها في العيد أيضاً جاز ولا تعاد الخطبة بعد الصلاة، وما في الكتاب ظاهر، وقوله: **(ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام)** أي أدى الإمام صلاة العيد ولم يؤدها هو **(لم يقضها)** عندنا خلافاً للشافعي فإنه قال: يصلي وحده كما يصلي مع الإمام لأن الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده فكان له أن يصلي وحده، وعندنا هي صلاة لا تجوز إقامتها إلا بشرائط مخصوصة من الجماعة والسلطان، فإذا فاتت عجز عن قضائها. فإن قيل: هي قائمة مقام صلاة الضحى ولهذا تكره صلاة الضحى قبل صلاة العيد فإذا عجز عنها يصير إلى الأصل كالجمعة إذا فاتت فإنه يصير إلى الظهر. أجيب بأنا إن سلمنا ذلك لا يضرنا لأنه إذا عجز عاد الأمر إلى أصل هو صلاة الضحى وهي غير واجبة فيتخير، وفي الجمعة إذا عجز عاد إلى أصل هو فرض فيلزمه أداؤه. وقوله: **(وقد ورد فيه الحديث)** أي المعهود، وهو ما

قوله: **(فإن قيل هي قائمة مقام صلاة الضحى الخ)** أقول: الكلام في القضاء وما ذكره ليس بقضاء كما لا يخفى.

---

(١) واه بمرة. أخرجه ابن ماجه ١٢٨٩ من حديث جابر بهذا اللفظ. وفيه إسماعيل بن مسلم اتفقوا على ضعفه بل جاء في التقريب: كذبوه. وقال الدارقطني: متروك يضع الحديث. نقله الذهبي في الميزان.
وفيه أيضاً أبو بحر واه.

(٢) إلى هنا كلام النووي نقله الزيلعي في ٢/ ٢٢١. واعترض ابن حجر على النووي في الدراية ١/ ٢٢٢ فقال: حديث جابر المتقدم يرد قول النووي: لم يرد في تكرير الخطبة شيء اهـ.
قلت: عبارة النووي: لمن يثبت كذا نقلها الزيلعي وابن الهمام وشتان بين لفظ: لم يثبت وبين لم يرده، فما ذهب إليه النووي صواب والله الموفق.

بعد ذلك) لأن الصلاة مؤقتة بوقت الأضحية فتتقيد بأيامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول **(والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء)** وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبيهاً بالواقفين بعرفة لأن الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك.

ﷺ لا يخرج يوم الفطر حتى يطعم، ولا يطعم يوم الأضحى حتى يرجع» زاد الدارقطني وأحمد «فيأكل من الأضحية» وصححه ابن القطان في كتابه، وصحح زيادة الدارقطني[1] أيضاً قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر في الطريق)**[2] حاصل ما رأيناه فيه كتبناه فيما تقدم[3] قوله: **(ليس بشيء)** ظاهر مثل هذا اللفظ أنه مطلوب الاجتناب، وقال في النهاية: أي ليس بشيء يتعلق به الثواب وهو يصدق على الإباحة، ثم قال: وعن أبي يوسف ومحمد في غير رواية الأصول أنه لا يكره لما روى أن ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك بالبصرة انتهى وهذه المقاسمة تفيد أن مقابله من رواية الأصول الكراهة، وهو الذي يفيده التعليل بأن الوقوف عهد قربة في مكان مخصوص فلا يكون قربة في غيره، وجوابه عن المروي عن ابن عباس أنه ما كان للتشبه يقتضي أن الكراهة معلقة بقصد التشبه، والأولى الكراهة للوجه المذكور، ولأن فيه حسماً لمفسدة اعتقادية تتوقع من العوام، ونفس الوقوف وكشف الرءوس يستلزم التشبه وإن لم يقصد. فالحق أنه إن عرض الوقوف في ذلك اليوم بسبب يوجبه كالاستسقاء مثلاً لا يكره، أما قصد ذلك اليوم بالخروج فيه فهو معنى التشبه إذا تأملت، وما في جامع التمرتاشي لو اجتمعوا لشرف ذلك اليوم جاز يحمل عليه بلا وقوف وكشف.

ذكره قبل هذا بقوله: «ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج إلى المصلى من الغد» وما بعده ظاهر، وقوله: **(والتعريف الذي يصنعه الناس)** إنما قيد بقوله يصنعه الناس لأنه يجيء لمعان: للإعلام والتطييب من العرف وهو الريح وإنشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبيه بأهل عرفة وهو المراد هنا. وقوله: **(ليس بشيء)** أي ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب، وما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه فعل ذلك بالبصرة محمول على أنه كان للدعاء لا تشبيهاً بأهل عرفة.

---

(١) حسن أخرجه الطيالسي ٨١١ الترمذي ٥٤٢ وابن ماجه ١٧٥٦ والدارمي ١/ ٣٧٥ والدارقطني ٢/ ٤٥ وابن حبان ٢/ ٢٨ وابن خزيمة ١٤٢٦ والحاكم ١/ ٢٩٤ والبيهقي ٣/ ٢٨٢ . وأحمد ٥/ ٣٥٢ . ٣٥٣ . ٣٦٠ والبغوي ١١٠٤ كلهم عن ثواب بن عتبة عن عبد الله بن بريدة عن أبيه به.
قال الترمذي: حديث غريب. قال البخاري: لا أعرف لثواب غير هذا الحديث. وصححه الحاكم وقال: ثواب لم يجرح بنوع يسقط به حديثه، فهذه سنة عزيزة من طريق الرواية لكن مستفيضة في بلاد المسلمين. ووافقه الذهبي سكوتاً.
ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: هذا الحديث عندي صحيح، فإن ثواب بن عتبة المهري بصري ثقة وثقه يحيى روى عنه إسحاق بن منصور وعباس. وزيادة الدارقطني أيضاً صحيحة اهـ نصب الراية ٢/ ٢٠٩ . ٢٢١ وقال الحافظ في التقريب عن ثواب: مقبول.
الخلاصة: صححه الحاكم وابن القطان وأقرهما الذهبي والزيلعي. فالحديث أقل مراتبه أنه حسن لأن ثواب غير مشهور برواية الحديث كما تقدم عن البخاري.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٢٢: كأن صاحب الهداية يريد . الجهر بالتكبير . وقد تقدم في أول الباب وهو غريب لم أجده اهـ .

(٣) قال ابن الهمام: حاصل ما رأيناه كتبناه فيما تقدم. يعني قبل أحاديث وتقدم أنه ورد عن ابن عمر موقوفاً غير مرفوع.

فصل في تكبيرات التشريق

(ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة، ويختم عقيب صلاة العصر من يوم النحر) عند أبي

فصل في تكبير التشريق

والإضافة بيانية أي التكبير الذي هو التشريق، فإن التكبير لا يسمى تشريقاً إلا إذا كان بتلك الألفاظ في شيء من الأيام المخصوصة فهو حينئذ متفرع على قول الكل، وما في الكافي مما يدفع هذا، وهو ما ذكره في جواب الاعتراض على الاستدلال لأبي حنيفة على اشتراط المصر بالتكبير بأثر «لا جمعة ولا تشريق»[1] أي لا تكبير إلا في مصر بأنه يستلزم أن الإضافة في تكبير التشريق معناها تكبير التكبير من أن المراد التشريق في هذا الأثر لا في تلك الإضافة يقتضي عدم صحة الإضافة على معنى التكبير، لكن الحق صحتها على اعتبار إضافة العام إلى الخاص مثل مسجد الجامع وحركة الإعراب فيجب اعتبارها كذلك تصحيحاً، فحينئذ ما قيل لقب الفصل إنما وقع على قولهما لأن شيئاً من التكبير لا يقع في أيام التشريق عند أبي حنيفة، أو باعتبار القرب ليكون على قول الكل غير لازم، وأيضاً إنما يلزم لو أضيفت التكبيرات إلى أيام التشريق، لكن إنما أضيفت إلى التشريق نفسه، فإنما يصح ما ذكر إذا أريد بالتشريق أيام التشريق، أو قدرت الأيام مقحمة بين المتضايفين ولا داعي إليه فليردّ به ما ذكرنا، ولو أريد الذبح نفسه على بعد إضافة التكبير للذبح لم يلزم ما ذكر وهو ظاهر، وعلى هذا فما في الخلاصة من قوله أيام التشريق ثلاثة وأيام النحر ثلاثة ستة تنقضي بأربعة، لأن الأول نحر فقط والأخير تشريق فقط والمتوسطان نحر وتشريق لا يصح، فإن التشريق في أيام التشريق يجب أن يحمل على التكبير أو الذبح، أو تشريق اللحم بإظهاره للشمس بعد تقطيعه ليتقدد، وعلى كليهما يدخل يوم النحر فيها إلا أن يقال: التشريق بالمعنى الثالث لا يكون في الأول ظاهراً. واختلف في أن تكبيرات التشريق واجبة في المذهب أو سنة، والأكثر على أنها واجبة، ودليل السنة أنهض وهو مواظبته ﷺ. وأما الاستدلال بقوله تعالى ﴿**ويذكروا اسم الله في أيام معلومات**﴾ [الحج ٢٨] فالظاهر منها ذكر اسمه على الذبيحة نسخاً لذكرهم عليها غيره في الجاهلية بدليل ﴿**على ما رزقهم من بهيمة الأنعام**﴾ [الحج ٢٨] بل قد قيل إن الذكر كناية

فصل في تكبير التشريق

تكبير التشريق لما كان ذكراً مختصاً بالأضحى ناسب ذكره في فصل على حدة، ثم قيل ترجمة الفصل بتكبير التشريق وقع على قولهما لأن شيئاً من التكبير لا يقع في أيام التشريق عند أبي حنيفة، ويجوز أن يقال باعتبار القرب أخذ اسمه، وقوله: (**ويبدأ بتكبير التشريق**) اختلف الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه، فأما ابتداؤه فكبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود قالوا: يبدأ بالتكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة، وبه أخذ علماؤنا في ظاهر الرواية. وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا: يبدأ بالتكبير من صلاة الظهر من يوم النحر، وإليه رجع أبو يوسف في بعض الروايات عنه. وأما انتهاؤه فقال ابن مسعود: صلاة العصر من أول أيام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها، وبه أخذ أبو حنيفة وقال علي وابن عمر في إحدى الروايتين عنه: انتهاؤه من صلاة العصر من آخر أيام التشريق فيكون ثلاث وعشرون صلاة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد. ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب. وذكر في الخلاصة أن أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ويمضي ذلك في أربعة أيام، فإن العاشر من ذي الحجة نحر خاص، والثالث عشر تشريق خاص، واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق. وقوله: (**وهذا هو المأثور عن الخليل ﷺ**) قيل أصل ذلك ما روي «أن جبريل لما جاء بالقربان خاف العجلة على إبراهيم عليهما السلام فقال الله أكبر الله أكبر، فلما رآه إبراهيم قال لا إله إلا الله والله أكبر، فلما علم إسماعيل

فصل في تكبير التشريق

قوله: (**فلما رآه إبراهيم عليه السلام قال: لا إله إلا الله والله أكبر الخ**) أقول: اللازم مما ذكره أن يكون المأثور من الخليل عليه

---

(١) لا أصل له في المرفوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ١٩٥: غريب مرفوعاً، وإنما وجدناه موقوفاً على علي. اهـ وتقدم مستوفياً في أول باب صلاة الجمعة وهو بزيادة: إلا في مصر جامع.

حنيفة. وقالا: يختم عقيب صلاة العصر من آخر أيام التشريق. والمسألة مختلفة بين الصحابة. فأخذا بقول علي أخذاً بالأكثر، إذ هو الاحتياط في العبادات. وأخذ بقول ابن مسعود أخذا بالأقل لأن الجهر بالتكبير بدعة والتكبير أن يقول مرة واحدة: الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد، هذا هو المأثور عن الخليل

عن نفس الذبح قوله: (والمسئلة مختلفة بين الصحابة فأخذا بقول علي رضي الله عنه) وهو ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا حسن بن علي عن زائدة عن عاصم عن شقيق عن علي رضي الله عنه أنه كان يكبر الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق[١]. ورواه محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب فذكره. وأخذ هو بقول ابن مسعود رضي الله عنه، وهو ما رواه ابن أبي شيبة أيضاً. حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحق عن الأسود قال: كان عبد الله يكبر من صلاة الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من يوم النحر يقول: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد[٢]. وقول من جعل الفتوى على قولهما خلاف مقتضى الترجيح، فإن الخلاف فيه مع رفع الصوت لا في نفس الذكر. والأصل في الأذكار الإخفاء والجهر به بدعة، فإذا تعارضا في الجهر ترجح الأقل. وأخرج الحاكم عن علي وعمار قالا «كان رسول الله ﷺ يجهر في المكتوبات ببسم الله الرحمن الرحيم، وكان يقنت في صلاة الفجر، وكان يكبر من يوم عرفة صلاة الغداة ويقطعها صلاة العصر آخر أيام التشريق»[٣] وصححه، وتعقبه الذهبي وقال: إنه خبر واه كأنه موضوع، فإن عبد الرحمن صاحب مناكير، وسعيد إن كان الكريزي فهو ضعيف وإلا فهو مجهول، وأخرجه البيهقي وضعفه قوله: (والتكبير أن يقول، إلى قوله: وهو مأثور عن الخليل) لم يثبت عند أهل الحديث ذلك، وقد تقدم مأثوراً عن ابن مسعود رضي الله عنه عند ابن أبي شيبة ومسنده جيد[٤]، وقال أيضاً: حدثنا يزيد بن هارون، حدثنا شريك قال:

بالفداء قال الله أكبر ولله الحمد فبقي في الأخريين إما سنة أو واجباً عن ما يذكر. وروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال «أفضل ما قلت وقالت الأنبياء قبلي يوم عرفة: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد» قوله (مرة واحدة) احتراز عن قول الشافعي فإنه يذكر التكبير ثلاث مرات، وله في ذكر التهليل بعده قولان. قوله (وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين) يشير إلى أنه اختار كونه واجباً وهو اختيار فخر الإسلام وصدر الإسلام. والأصل فيه قوله تعالى. ﴿واذكروا الله في أيام معدودات﴾ فإنه جاء في التفسير أن المراد به أيام التشريق فيكون واجباً عملاً بالأمر، وذهب بعضهم إلى أنه سنة. قال الإمام التمرتاشي تكبير التشريق سنة، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وفي قوله عقيب الصلوات إشارة إلى أنه لا يجوز أن يخلل ما يقطع به حرمة الصلاة، حتى لو قام وخرج من المسجد أو تكلم لم يكبر، ففي قوله المفروضات إشارة

السلام بعض تكبير التشريق، والمطلوب لم يكن ذلك قوله: (وقوله وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين يشير إلى أنه اختار كونه واجباً) أقول: يعني يشير بكلمة على قوله: (فإن قيل هذه التكبيرات شرعت تبعاً للمكتوبات الخ) أقول: ولأبي حنيفة رحمه الله أن يمنع كونه تبعاً للمكتوبات مطلقاً بل للمكتوبات المؤداة بشرائط مخصوصة قوله: (قلنا بالنص الخ) أقول: أراد من النص فعل النبي ﷺ

---

(١) موقوف. أخرجه الحاكم ١/٢٩٩ وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/٢٢٢ ـ ٢٢٣ ومحمد في كتاب الآثار ص٣٦ كلهم من حديث شقيق عن علي موقوفاً.
وقال الحافظ في الدراية ١/٢٢٢: إسناده صحيح: وأخرجه الحاكم عن ابن عباس موقوفاً عليه.

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة ٢/١٦٨ عن ابن مسعود موقوفاً وصححه الحافظ في الدراية ١/٢٢٢ وذكره الهيثمي في المجمع ٢/١٩٧ وقال: رواه الطبراني في الكبير موقوفاً ورجاله موثوقون.

(٣) منكر. أخرجه الحاكم ١/١٩٩ من حديث علي وعمار معاً، وصححه. وقال: لا أعلم في رواته منسوباً إلى الجرح ورده الذهبي بقوله: بل هو خبر واهٍ. كأنه موضوع لأن عبد الرحمن صاحب مناكير، وسعيد إن كان الكريزي فهو ضعيف وإلا فهو مجهول.
قلت: ومعاً يوهن الحديث ما فيه من أن النبي ﷺ كان يجهر في المكتوبات ببسم الله. وأيضاً فيه: كان يقنت في الفجر. وكلاهما غير ثابت فالخبر منكر ظاهر النكارة.

(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢/١٦٨ عن ابن مسعود موقوفاً ورجاله ثقات.

صلوات الله عليه **(وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الأمصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة وليس على جماعات النساء إذا لم يكن معهن رجل، ولا على جماعة المسافرين إذا لم يكن معهم مقيم وقالا: هو على كل من صلى المكتوبة)** لأنه تبع للمكتوبة. وله ما روينا من قبل، والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل ابن أحمد، ولأن الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط، إلا أنه يجب على النساء إذا

قلت لأبي إسحق: كيف كان يكبر علي وعبد الله بن مسعود؟ قال: كانا يقولان الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد، ثم عمم عن الصحابة فقال: حدثنا جرير عن منصور عن إبراهيم قال: كانوا يكبرون يوم عرفة وأحدهم مستقبل القبلة في دبر الصلاة: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد[(١)]، وكذا في الحديث الضعيف الذي ذكرناه على ما رواه الدارقطني عن جابر[(٢)]، فظهر أن جعل التكبيرات ثلاثاً في الأولى كما يقوله الشافعي لاثبت له، وأما تقييد استنانه أو إيجابه بكونه عقيب المفروضات فلأن قولهم كان يفعل كذا دبر الصلاة يتبادر منه المكتوبات بحسب غلبة استعمالهم في ذلك قوله: **(وله ما رويناه من قبل)** أراد قوله لا جمعة، إلى قوله: ولا تشريق إلا في مصر جامع[(٣)]. ولا يخفي عدم دلالته على المطلوب والتمحل لا يجدي إلا الدفع قوله: **(عند اقتدائهم بالمقيم)** قيد به، فإن المسافرين إذا اقتدوا بمسافر في المصر فيه روايتان، والمختار أن لا وجوب عليهم، واختلفوا على قول أبي حنيفة هل الحرية شرط وجوبه أو لا؟ وفائدته إنما تظهر إذا أم العبد قوما من شرطها؟ قال لا، ومن لا قال نعم قوله: **(قال يعقوب)** هذا لفظ محمد، ويعقوب هو أبو يوسف رحمه الله. وتضمنت الحكاية من الفوائد الحكمية أنه إذا لم يكبر الإمام لا يسقط عن المقتدي بل يكبر هو والعرفية جلالة قدر

إلى أنه لا يكبر بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة. وقيد بالإقامة لأن المسافر لا يكبر إلا إذا اقتدى بمقيم، وقيد بالأمصار لأنه لا يكبر في القرى، وقيد بالجماعات لأنه لا تكبير على المنفرد، وقيد بالمستحبة احترازاً عن جماعة النساء فإنه لا تكبير عليهن إذا لم يكن معهن رجل، وقالا هو واجب على كل من صلى المكتوبة لأنه تبع لها **(وله ما روينا من قبل)** يريد به ما ذكر في أول باب الجمعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى في مصر جامع» فإن قيل: هذه التكبيرات شرعت تبعاً للمكتوبات فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع؟ قلنا بالنص على خلاف القياس. واختلف المشايخ في اشتراط الحرية على قوله. فمنهم من اشترطها قياساً على الجمعة والعيد، ومنهم من لم يشترطها قياساً على سائر الصلوات. وفائدته تظهر فيما إذا أم العبد في صلاة مكتوبة في هذه الأيام، فمن شرطها لم يوجب التكبير، ومن لم يشرطها أوجبه قال يعقوب: **(صليت بهم المغرب فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة، دل)** أي قول أبي يوسف على **(أن الإمام وإن ترك التكبير لا يتركه المقتدي)** لما ذكره في الكتاب، بخلاف سجود السهو فإنه إذا تركه لا يسجد المقتدي لأنه يؤتى به في حرمة الصلاة، بخلاف التكبير، ولكن إنما يكبر القوم قبل الإمام إذا وقع اليأس من تكبير الإمام بأن قام. قيل في ذكر هذه الحكاية

قوله: **(قال يعقوب رحمه الله صليت بهم المغرب فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة رحمه الله إلى قوله: قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد: منها بيان منزلته عند أستاذه حيث قدمه واقتدى به. ومنها بيان حرمة أستاذه في قلبه فإنه لما علم أن المقتدي به أستاذه سها عما لا يسهو المرء، عنه عادة وهو التكبير)** أقول: قال ابن الهمام: الذي نسيه أبو يوسف بعد صلاة المغرب فإنه العادة إنما هو نسيان التكبير الأول وهو الكائن عقيب فجر عرفة، وأما بعد توالي ثلاثة أوقات نكبر فيها إلى الرابع فلم تجر العادة بنسيانه لعدم بعد العهد انتهى.

---

(١) أثر النخعي. رواه ابن أبي شيبة ٢/١٦٧.

(٢) باطل. مراد المصنف ما أخرجه الدارقطني ٢/٤٩ بسنده عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يكبر في صلاة الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق حين يسلم من المكتوبات.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٢٤: قال ابن القطان: فيه جابر الجعفي سيىء الحال، وعمرو بن شمر قال عنه السعدي: زائغ كذاب، وقال البخاري وأبو حاتم: منكر الحديث.

(٣) تقدم في الجمعة وأنه موقوف على علي.

اقتدين بالرجال، وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية، قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة دل أن الإمام وإن ترك التكبير لا يتركه المقتدي، وهذا لأنه لا يؤدي في حرمة الصلاة فلم لم يكن الإمام فيه حتماً وإنما هو مستحب.

أبي يوسف عند الإمام وعظم منزلة الإمام في قلبه حيث نسي ما لا ينسى عادة حين علمه خلفه، وذلك أن العادة إنما هو نسيان التكبير الأول وهو الكائن عقيب فجر عرفة، فأما بعد توالي ثلاثة أوقات يكبر فيها إلى الرابع فلم تجر العادة بنسيانه لعدم بعد العهد به، ولو خرج من المسجد أو تكلم عامداً أو ساهياً أو أحدث عامداً سقط عنه التكبير، وفي الاستدبار عن القبلة روايتان: ولو أحدث ناسياً بعد السلام قبل التكبير الأصح أنه يكبر ولا يخرج للطهارة، والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو ولا يتابعه في التكبير، ولو تابعه لا تفسد وفي التلبية تفسد، ويبدأ المحرم بالتكبير ثم بالتلبية، ومن نسي صلاة من أيام التشريق، فإن ذكر في أيام التشريق من تلك السنة قضاها وكبر، وإن قضى بعدها لم يكبر إلا في رواية عن أبي يوسف فيما إذا قضى في أيام تشريق أخرى.

فوائد: منها بيان منزلته عند أستاذه حيث قدمه واقتدى به. ومنها بيان حرمة أستاذه في قلبه، فإنه لما علم أن المقتدي به أستاذه سها عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير. ومنها مبادرة أستاذه إلى الستر عليه حيث كبر ليتذكر هو فكبر، وهكذا ينبغي أن تكون المعاملة بين كل أستاذ وتلميذه: يعني أن التلميذ يعظم الأستاذ والأستاذ يستر عليه عيوبه.

باب صلاة الكسوف

قال: (إذا انكسفت الشمس صلى الإمام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد) وقال الشافعي

باب صلاة الكسوف

صلاة العيد والكسوف والاستسقاء متشاركة في عوارض هي الشرعية نهاراً بلا أذان ولا إقامة. وصلاة العيد آكد لأنها واجبة، وصلاة الكسوف سنة بلا خلاف بين الجمهور أو واجبة على قويلة، واستنان صلاة الاستسقاء مختلف فيه، فظهر وجه ترتيب أبوابها، ، ويقال: كسف الله الشمس يتعدى، وكسفت الشمس لا يتعدى قال جرير:

حملت أمرا عظيماً فاصطبرت له ... وقمت فيه بأمر الله يا عمرا
فالشمس طالعة ليست بكاسفة ... تبكي عليك نجوم الليل والقمرا

قوله يا عمرا ندبة لا نداء، وهو شاهد الندب بيا على قلة والأكثر لفظ وا. ونجوم الليل نصب بتبكي لأنه مضارع باكيته فبكيته: أي غلبته في البكاء، والقمرا عطف عليه، وروي برفع النجوم فهو فاعل تبكي، والقمرا منصوب على المعية، والألف ألف الإطلاق التي تلحق القوافي المطلقة وسببها الكسوف، وصفتها سنة، واختار في الأسرار وجوبها للأمر في قوله ﷺ «إذا رأيتم شيئاً من هذه فافزعوا إلى الصلاة»[1] قال: ولأنها صلاة تقام على سبيل الشهرة فكان شعاراً للدين حال الفزع، والظاهر أن الأمر للندب لأن المصلحة دفع الأمر المخوف فهي مصلحة تعود إلينا دنيوية لأن الكلام فيما لو كان الخلق كلهم على الطاعة ثم وجدت هذه الأفزاع فإنه بتقدير الهلاك يحشرون على نياتهم ولا يعاقبون، وإن لم يكونوا على ذلك فتفترض التوبة، وهي لا تتوقف على الصلاة وإلا لكانت فرضاً، وقد بينا في باب العيدين أن المعنى المذكور لا يستلزم الوجوب، إذ لا مانع من استنان شعار مقصود ابتداء فضلاً عن شعار يتعلق بعارض. وأجمعوا على أنها تصلى بجماعة وفي المسجد الجامع أو مصلى العيد، ولا تصلى في الأوقات المكروهة قوله: (كهيئة النافلة) أي بلا أذان ولا إقامة ولا خطبة، وينادي الصلاة جامعة ليجتمعوا إن لم

باب صلاة الكسوف

قرن صلاة الكسوف بصلاة العيد لأنهما يؤديان بالجماعة في النهار بغير أذان وإقامة، وأخرها عن العيد لأن صلاة العيد واجبة في الأصح على ما مر، يقال: كسفت الشمس تكسف كسوفاً، وكسفها الله كسفاً يتعدى ولا يتعدى. قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز:

الشمس طالعة ليست بكاسفة ... تبكي عليك نجوم الليل والقمرا

قيل معناه: ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها، ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور. وقيل معناه: تغلب النجوم في البكاء، يقال باكيته فبكيته: أي غلبته في البكاء. وهي مشروعة اجتمعت الأمة على ذلك، وسبب شرعيتها الكسوف، ولهذا تضاف إليه. وشروطها شروط سائر الصلوات، وهي سنة لأن رسول الله ﷺ صلاها، وكيفية أدائها أن يصلي إمام الجمعة في الجامع أو في المصلى في الأوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا أذان ولا إقامة بركوع واحد، وقال

باب صلاة الكسوف

قوله: (لأن صلاة العيد) أقول: ولأنها صلاة كثيرة الوقوع قوله: (واجبة في الأصح) أقول: صلاة الكسوف سنة على مذهب العامة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٦٥ و١٠٦٦ و١٠٤٦ و١٠٤٧ و٣٢٠٣ ومسلم ٩٠١ ح ٣ وأبو داود ١١٩٠ والنسائي ٣/ ١٢٧ وابن ماجه ١٢٦٣ وابن حبان ٢٨٤٢ وابن خزيمة ١٣٨٧ و١٣٩٨ وأحمد ٦/ ١٦٨ والدارقطني ٢/ ٦٢ ـ ٦٣ من طرق كلهم من حديث عائشة في خبر كسوف الشمس بأتم منه، وكذا رواه الترمذي ٥٣١. وأخرجه البخاري ١٠٤٢ و٣٢٠١ ومسلم ٩١٤ والنسائي ٣/ ١٢٥ وابن حبان ٢٨٢٨ كلهم من حديث ابن عمر. وأخرجه البخاري ١٠٦٠ ومسلم ٩١٥ وابن حبان ٢٨٢٧ من حديث المغيرة.
وفي الباب روايات وهو حديث مشهور.

ركوعان. له ما روت عائشة. ولنا رواية ابن عمر. والحال أكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته **(ويطول**

يكونوا اجتمعوا قوله: **(له رواية عائشة)** أخرج الستة عنها قالت «خسفت الشمس في حياة رسول الله ﷺ، فخرج رسول الله ﷺ إلى المسجد فقام فكبر وصف الناس وراءه. فاقترأ قراءة طويلة ثم كبر فركع ركوعاً طويلاً ثم رفع رأسه فقال: سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد، ثم قال فاقترأ قراءة طويلة هي أدنى من القراءة الأولى، ثم كبر فركع ركوعاً طويلاً هو أدنى من الأول، ثم قال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد، ثم فعل في الركعة الثانية مثل ذلك، فاستكمل أربع ركعات وأربع سجدات، وانجلت الشمس قبل أن ينصرف. ثم قام فخطب الناس فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته. فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة»[(١)] انتهى، وفي الصحيحين عن ابن عباس[(٢)] وعبد الله بن عمرو بن العاص نحوه، ولفظ ابن عمرو في مسلم «لما انكسفت الشمس في عهد رسول الله ﷺ نودي الصلاة جامعة. فركع ﷺ ركعتين في سجدة ثم قام فركع ركعتين في سجدة ثم جُليَ عن الشمس»[(٣)] قوله: **(ولنا حديث ابن عمر)** قيل لعله ابن عمرو: يعني عبد الله بن عمرو بن العاص فتصحف على بعض النساخ لأنه لم يوجد عن ابن عمر. أخرج أبو داود والنسائي والترمذي في الشمائل عن عطاء بن السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال «انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ، فقام ﷺ فلم يكد يركع ثم ركع فلم يكد يرفع ثم ركع فلم يكد يسجد ثم سجد فلم يكد يرفع ثم رفع، وفعل في الركعة الأخرى مثل ذلك»[(٤)] وأخرجه الحاكم وقال صحيح ولم يخرجاه من أجل عطاء بن السائب انتهى. وهذا توثيق منه لعطاء، وقد أخرج البخاري له مقروناً بأبي بشر. وقال أيوب هو ثقة، وقال ابن معين: لا يحتج بحديثه. وفرق الإمام أحمد بين من سمع منه قديماً وحديثاً وأخرج أبو داود والنسائي عن ثعلبه بن عباد عن سمرة بن جندب قال «بينا أنا وغلام من الأنصار نرمي غرضين لنا حتى إذا كان الشمس قيد رمحين أو ثلاثة في عين الناظر من الأفق اسودّت حتى آضت كأنها تنومة، فقال أحدنا لصاحبه: انطلق بنا إلى المسجد فوالله ليحدثن شأن هذا الشمس لرسول

الشافعي: إذا كسفت الشمس في وقت مكروه أو غيره نودي الصلاة جامعة وصلى الإمام بالناس ركعتين يقرأ في الأولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة إن حفظها وإلا فما يعدلها من غيرها، ثم يركع ويمكث في ركوعه قدر ما مكث في قيامه، ثم يرفع رأسه ويقوم ويقرأ سورة آل عمران إن حفظها وإلا فما يعدلها من غيرها، ثم يركع ثانياً ويمكث في ركوعه مثلما مكث في قيامه هذا، ثم يرفع رأسه ثم يسجد سجدتين، ثم يقوم ويمكث في قيامه ويقرأ فيه مقدار ما قرأ في القيام الثاني من الركعة الأولى، ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل مكثه في هذا القيام. ثم يقوم ويمكث في قيامه مثلما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث فيه مثلما مكث في قيامه، ثم يرفع رأسه ويقوم مثل ثلثي قيامه في القيام الأول من هذه الركعة، ثم يسجد سجدتين ويتم الصلاة. واحتج على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ صلى صلاة الكسوف ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات» ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وأبي بكرة وسمرة بن جندب بألفاظ «أن النبي ﷺ صلى في كسوف الشمس

على ما يجيء قوله: **(وهي سنة لأن رسول الله ﷺ صلاها)** أقول: فيه بحث قوله: **(إن النبي عليه الصلاة والسلام صلى صلاة الكسوف**

---

(١) صحيح. هو المتقدم من حديث عائشة. رواه الجماعة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٥٢ و٥١٩٧ ومسلم ٩٠٧ ومالك ١/ ١٨٦ ـ ١٨٧ والنسائي ٣/ ١٤٦ ـ ١٤٨ وأحمد ١/ ٢٩٨ ـ ٣٥٨ ـ ٣٥٩ وابن حبان ٢٨٣٢ كلهم عن ابن عباس بنحو حديث عائشة.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٥١ ومسلم ٩١٠ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود. ١١٩٤ والنسائي ٣/ ١٣٧ ـ ١٣٨ والحاكم ١/ ٣٢٩ وأحمد ٢/ ١٩٨ والطحاوي ١/ ٣٢٩ والبيهقي ٣/ ٣٢٤ كلهم من حديث عطاء بن السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص به. وإسناده حسن حماد سمع من عطاء قبل اختلاطه، وقد توبع حماد عليه تابعه شعبة وقال الحاكم: غريب صحيح. ووافقه الذهبي.

تنبيه: وقع لصاحب الهداية: ابن عمر. ولعله تحريف عن النساخ وصواب عمرو.

القراءة فيهما ويخفي عند أبي حنيفة، وقالا يجهر) وعن محمد مثل قول أبي حنيفة أما التطويل في القراءة فبيان

الله ﷺ في أمته حدثاً، قال: فدفعنا فإذا هو بأزز، فاستقدم فصلى فقام كأطول ما قام بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً. ثم ركع بنا كأطول ما ركع بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً ثم سجد بنا كأطول ما سجد بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً. ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك، فوافق تجلي الشمس جلوسه في الركعة الثانية، ثم سلم فحمد الله وأثنى عليه وشهد أن لا إله إلا الله وشهد أنه عبده ورسوله»[1] هذه رواية أبي داود. وفي أبي داود من حديث النعمان بن بشير «كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فجعل يصلي ركعتين ركعتين ويسأل عنها حتى انجلت»[2] وفي النسائي من حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال «انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فخرج يجر ثوبه فزعاً حتى أتى المسجد فلم يزل يصلي حتى انجلت. قال: إن ناساً يزعمون أن الشمس والقمر لا ينكسفان إلا لموت عظيم من العظماء وليس كذلك. إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته، ولكنهما آيتان من آيات الله. إن الله إذا بدا لشيء من خلقه خشع له. فإذا رأيتم ذلك فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة»[3] وروى معنى هذه الجملة الأخيرة الإمام أحمد في مسنده والحاكم وقال على شرطهما، وأبو قلابة أدرك النعمان بن بشير قاله أبو حاتم بعد ما نقل عن ابن معين أبو قلابة عن النعمان بن بشير مرسل. ورواه أبو داود: حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا وهيب عن أيوب عن أبي قلابة عن قبيصة الهلالي قال «كسفت الشمس» وفيه «فصلى ركعتين فأطال فيها القيام، ثم انصرف وقد انجلت فقال: إنما هذه الآيات يخوف الله بها عباده، فإذا رأيتموها

ركعتين كأطول صلاة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها» وإذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمر، والحال أكشف على الرجال لقربهم وتأويل ما رواه ما ذكره محمد في صلاة الأثر قال: يحتمل أن النبي ﷺ أطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات، فرفع أهل الصف الأول رءوسهم ظنا أنه ﷺ رفع رأسه من الركوع، فمن خلفهم رفعوا رءوسهم، فلما رأى أهل الصف الأول رسول الله ﷺ راكعاً ركعوا، فمن خلفهم ركعوا، فلما رفع رسول الله ﷺ رأسه من الركوع رفع القوم رءوسهم ومن كانوا خلف الصف الأول ظنوا أنه ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم، ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف وعائشة كانت في صف النساء. فإن قيل: قد روى حديثها من الرجال ابن عباس

ركعتين بأربع ركمات) أقول: أي ركوعات قوله: **(إن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوف الشمس ركعتين الخ)** أقول: الركعة في عرف أهل الشرع الأفعال المخصوصة التي هي قيام واحد وقراءة واحدة وركوع واحد وسجدتان لا غير قوله: **(والحال أكشف على الرجال لقربهم)** أقول: تقدم أن ابن عباس رضي الله عنهما كان صبياً

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٨٤ وكذا الترمذي ٥٦٢ لكن اختصره النسائي ٣/ ١٤٠ والحاكم ١/ ٣٢٩. ٣٣١ في قصة طويلة وأحمد ٥/ ١٦ كلهم من حديث ثعلبة بن عباد عن سمرة بن جندب به. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ. ومداره على ثعلبة بن عِباد. بكسر العين وتخفيف الياء. قال عنه في التقريب: مقبول اهـ. وذكره ابن حبان في الثقات، وكذا صحح الحاكم حديث فهذا توثيق له. وبقية رجاله ثقات.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١١٩٣ من حديث النعمان بن بشير بهذا اللفظ وصححه الحافظ النووي، فيما نقله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٢٩ لكن اختلاف سماع أبي قلابة من النعمان فهو حسن.

(٣) حسن. أخرجه النسائي ٣/ ١٤٠ والطحاوي ١/ ٣٣٠ والحاكم ١/ ٣٣٢ والبيهقي ٣/ ٣٣٢. ٣٣٣ كلهم عن النعمان بن بشير وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذا اللفظ، ووافقه الذهبي!

قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٢٨: قال ابن أبي حاتم في علله: قال أبي: قال يحيى: أبو قلابة عن النعمان بن بشير مرسل. وقال أبي: قد أدرك أبو قلابة النعمان بن بشير، ولا أعلم أسمع منه أم لا، وقد رواه عفان عن أبي قلابة عن رجل عن النعمان. اهـ وهذه الرواية عن عفان عند أحمد ٤/ ٢٦٧.

وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٨٩: صححه ابن عبد البر وأعله ابن أبي حاتم بالانقطاع اهـ.

وقال ابن حزم في المحلى ٥/ ٩٨: أبو قلابة قد أدرك النعمان فروىَ هذا الخبر عنه ورواه بواسطة أيضاً عن قبيصة الهلالي فحدث بكلا روايتيه ولا وجه لتعليله اهـ.

قلت: فالحديث حسن كيف، وقد صححه الثوري وابن عبد البر والحاكم وأقره الذهبي ومال إلى تصحيحه ابن حزم.

الأفضل، ويخفف إن شاء لأن المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء فإذا خفف أحدهما طوّل الآخر. وأما

فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة»[1] ثم رواه بسند آخر فأدخل بين أبي قلابة وقبيصة هلال بن عامر، فقد عرف الساقط في السند الأول فلذا قال الشيخ النووي: هذا لا يقدح في صحة الحديث فإن هلالاً ثقة، وأخرج البخاري عن أبي بكرة «خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فخرج يجر رداءه حتى انتهى إلى المسجد وثاب الناس إليه، فصلى بهم ركعتين فانجلت: فقال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله يخوف الله بهما عباده، فإن كان ذلك فصلوا حتى ينكشف ما بكم»[2] فهذه الأحاديث منها الصحيح ومنها الحسن قد دارت على ثلاثة أمور: منها ما فيه أنه صلى ركعتين. ومنها الأمر بأن يجعلوها كأحدث ما صلوه من المكتوبة وهي الصبح، فإن كسوف الشمس كان عند ارتفاعها قدر رمحين على ما في حديث سمرة[3]، فأفاد أن السنة ركعتان، ومنها ما فصل فأفاد تفصيله أنها بركوع واحد كما في حديث سمرة وابن عمرو بن العاص[4]، وحمل الركعتين على أن في كل ركعتين ركوعين خروج عن الظاهر، لا يقال: الركعة اسم للأفعال التي آخرها السجدتان وقبلهما ركوع أعم من كونه واحداً أو أكثر لأنا نمنعه؟ بل المتبادر من لفظ ركعة الأفعال المخصوصة التي هي قيام واحد وقراءة واحدة وركوع واحد وسجدتان فهو مفهومها في عرف أهل الشرع لا ما اشتمل على قراءتين وقيامين وركوعين. وأما في الصدر الأول فهو أيضاً كذلك. ويقال أيضاً لمجرد الركوع، فهو إما مشترك بين مجموع الأفعال التي منها الركوع الواحد وبينه بدليل ما رووه عن عائشة رضي الله عنها قالت «فاستكمل أربع ركعات وأربع سجدات»[5] والمراد عندهم أربع ركوعات قسمت كل ركوع ركعة، وكذا ما في حديث ابن عمرو الذي رووه فركع ركعتين في سجدة، وإما مجاز عرفي فيه وهو الظاهر لأنهم حيث أرادوه قيدوه بالقرينة الدالة عليه كما في قوله ركعتين في سجدة، وقولها أربع ركعات وأربع سجدات، وحيث أرادوا الأول أطلقوا اسم الركعة والركعتين مع أن المجاز خير من الاشتراك، فظهر أن حقيقة لفظ ركعتين ما كان كل ركعة بركوع واحد ومجازها المستعمل نفس الركوع الواحد، فإرادة قيامين وقراءتين وركوعين بعدهما سجودان بها ليس بحقيقة ولا مجاز ثبت استعمالهم له. فإن قيل إمكان الحمل عليه يكفي في الحمل عليه إذا أوجبه دليل وقد وجد وهو كون أحاديث الركوعين أقوى. قلنا هذه أيضاً في رتبتها. أما حديث

وقد كان في صفهم أجيب بأنه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت. وقوله: **(ويطول القراءة فيهما)** أي في الركعتين وقوله:

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٨٥، ١١٨٦ والنسائي ٣/ ١٤١ والحاكم ١/ ٣٣٣ كلهم من حديث أبي قلابة عن النعمان به. ورووياه بذكر واسطة بينهما، وهو هلال بن عامر.
قال الحاكم: حديث يرويه موسى بن إسماعيل. أي الأول. لا يعلله حديث يرويه ريحان بن سعيد عن عباد بن منصور. وسكت الذهبي.
ونقل الزيلعي في ٢/ ٢٢٨ عن ابن القطان قوله: قد اختلف في إسناده، فروي عن أبي قلابة عن النعمان، وعن أبي قلابة عن قبيصة، وعن أبي قلابة عن هلال بن عامر عن قبيصة اهـ.
وسكت عن ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٨٩، وقال عن هلال بن عامر في التقريب: مقبول اهـ.
فالحديث حسن، وقد صححه غير واحد وإن كان في إسناده مقال، وانظر الجوهر النّقي لابن التركماني ٣/ ٣٣٣. ٣٣٤، ومعاني الآثار للطحاوي ١/ ٣٣٠. ٣٣١.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٤٠ بهذا السياق وكرره ١٠٦٢ و١٠٦٣ و٥٧٨٥ والنسائي ٣/ ١٢٤. ١٤٦. ١٥٢ وابن حبان ٢٨٣٥ وابن خزيمة ١٣٧٤ كلهم عن الحسن عن أبي بكرة.
وقع في رواية ابن حبان «فصلى ركعتين نحو ما تصلون» وكذا وقع عن النسائي. وأجاب عنه ابن حبان: بأن أبا بكرة أراد به تصلون صلاة الكسوف ركعتين في أربع ركعات وأربع سجدات.
وقال ابن حبان في موضع آخر: أراد به أبو بكرة مثل صلاتكم في الكسوف اهـ.

(٣) حديث سمرة تقدم قبل أربعة أحاديث وهو حديث حسن. وهو عند مسلم برقم ٩١٣٠ مع اختلاف يسير فيه.

(٤) تقدم قبل قليل.

(٥) حديث عائشة صحيح. أخرجه البخاري ١٠٤٦ ومسلم ٩٠١ ح ٣ وقد تقدم في أول الباب.

الإخفاء والجهر فلهما رواية عائشة «أنه ﷺ جهر فيها ولأبي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم،

البخاري آخراً فلا شك، وكذا ما قبله من حديث النسائي وأبي داود، والباقي لا ينزل عن درجة الحسن وقد تعددت طرقه فيرتقي إلى الصحيح. فهذه عدة أحاديث كلها صحيحة حينئذ فكافأت أحاديث الركوعين وكون بعض تلك اتفق عليها الكل من أصحاب الكتب الستة، غاية ما فيه كثرة الرواة ولا ترجيح عندنا بذلك، ثم المعنى الذي رويناه أيضاً في الكتب الخمسة والمعنى هو المنظور إليه. وإنما تفرق في آحاد الكتب وثنائها من خصوصيات المتون. ولو سلمنا أنها أقوى سنداً فالضعيف قد يثبت مع صحة الطريق بمعنى آخر، وهو كذلك فيها، فإن أحاديث تعدد الركوع اضطربت واضطرب فيها الرواة أيضاً، فإن منهم من روى ركوعين كما تقدم، ومنهم من روى ثلاث ركوعات. فروى مسلم عن جابر «كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فصلى ست ركعات بأربع سجدات. وهذا أيضاً يؤيد ما تقدم من إطلاق اسم الركعة، وروى مسلم أيضاً عن جابر نفسه حديث الركوعين قال «كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ في يوم شديد الحُر فصلى بأصحابه فأطال القيام حتى جعلوا يخرون. ثم ركع فأطال ثم رفع فأطال ثم ركع فأطال ثم سجد سجدتين ثم قام فصنع نحواً من ذلك. فكانت أربع ركعات وأربع سجدات[1] وكذا أخرج مسلم عن عائشة أنها بثلاث ركوعات[2] وكما قدمنا عنها بركوعين[3] وعمرو بن العاص تقدم عنه رواية الركوع الواحد والركوعين وإن كانت رواية الركوع الواحد اختلف في تصحيحها، بخلاف رواية الركوعين فإن ذلك لا يخلو عن إيهان ظن الرواية الأولى عنه. وأخرج مسلم أربع ركوعات عن ابن عباس «أنه ﷺ صلى فقرأ ثم ركع ثم قرأ ثم ركع ثم قرأ ثم ركع ثم سجد، قال: والأخرى مثلها»[4] وفي لفظ «ثمان ركعات في أربع سجدات»[5] وأخرج عن علي رضي الله عنه مثل ذلك[6]، ولم يذكر لفظ علي بل أحال على ما قبله وروي أيضاً خمس ركوعات: أخرج أبو داود من طريق أبي جعفر الرازي عن أبي بن كعب «أن النبي ﷺ صلى بهم في كسوف الشمس فقرأ سورة من الطوال

(فبيان الأفضل) لأن فيه متابعة النبي ﷺ فإنه صح «أن قيام رسول الله ﷺ كان في الركعة الأولى بقدر سورة البقرة، وفي الثانية بقدر سورة آل عمران. وقوله: **(فلهما رواية عائشة فإنها روت «أن رسول الله ﷺ قرأ قراءة طويلة فجهر بها: يعني في صلاة الكسوف» وله رواية ابن عباس وسمرة)** بن جندب أنه لم يسمع من قراءته فيها حرفاً **(والترجيح قد مر من قبل)** يعني قوله

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٩٠٤ ح ٩ وأبو داود ١١٧٨ والنسائي ٣/ ١٣٦ كلهم من حديث أبي الزبير عن جابر.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٩٠١ ح ٦ . ٧ وأبو داود ١١٧٧ والنسائي ٣/ ١٢٩ . ١٣٠ كلهم من حديث عائشة.

(٣) تقدم تخريجه في أول الباب رواه الجماعة. وأما حديث ابن عمرو فتقدم أيضاً.

(٤) حسن غريب مسلم ٩١٠ وأبو داود ١١٨٣ والنسائي ٣/ ١٢٩ والطحاوي في المعاني ١/ ٣٢٧ كلهم من حديث حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن ابن عباس به، وهو له كلام سأذكره فيما بعده.

(٥) حسن غريب. أخرجه مسلم ٩٠٨ والنسائي ٣/ ١٢٨ . ١٢٩ وأحمد ١/ ٣٤٦ والدارقطني ٢/ ٦٤ من طرق كلهم عن حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن ابن عباس به.

وقال مسلم عقب حديثه: وعن علي مثله اهـ أي بمثل لفظ ابن عباس قال ابن حبان عقب حديث ٢٨٥٤: خبر حبيب عن طاوس عن ابن عباس هذا ليس بصحيح لأن حبيباً لم يسمع من طاوس هذا الخبر، وحديث علي مثله لأنا لا نحتج بحنش وأمثاله وكذلك أغضينا عن إملائه. ونقله ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٩٠ وزاد: وقال البيهقي: حبيب وإن كانثقة، فإنه كان يدلس، ولم يبين سماعه من طاوس وقد خالفه سليمان الأحول فوقفه اهـ.

وقال في التقريب: حبيب، ثقة فقيه كثير الإرسال والتدليس اهـ.

قلت: وحديثه رواه عنعنة وهو مدلس، وقد خالف غيره من الرواة عن ابن عباس نفسه وعن غيره. فحديثه شاذ ينحط على درجة الصحيح، وإن كان في مسلم كما ذهب إليه ابن حبان والبيهقي ولعل حبيب بن أبي ثابت سمعه من راوٍ ضعيف فدلسه لذا أقول: هو حديث حسن غريب. والله تعالى أجلُّ وأعلم.

(٦) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ١٤٣ والبيهقي ٣/ ٣٣٠ كلاهما من حديث علي، وأشار إليه مسلم عقب حديث ابن عباس المتقدم. ووهاه ابن حبان في صحيحه ٧/ ٩٩ وقال: فيه حنش لا نحتج به وأمثاله. وذكره في المجروحين ١/ ٢٦٩ فقال: حنش بن المعتمر يتفرد عن علي بأشياء لا تشبه حديث الثقات حتى صار ممن لا يحتج به.

والترجيح قد مرّ من قبل، كيف وإنها صلاة النهار وهي عجماء (ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس) لقوله عليه الصلاة

وركع خمس ركعات وسجد سجدتين، وفعل في الثانية مثل ذلك، ثم جلس يدعو حتى تجلى كسوفها»[١] وأبو جعفر فيه مقال تقدم في باب الوتر، والاضطراب موجب الضعف فوجب ترك روايات التعدد كلها إلى روايات غيرها، ولو قلنا الاضطراب شمل روايات صلاة الكسوف فوجب أن يصلي على ما هو المعهود صح. ويكون متضمناً ترجح روايات الاتحاد ضمناً لا قصداً وهو الموافق لروايات الإطلاق: أعني نحو قوله ﷺ «فإذا كان ذلك فصلوا حتى ينكشف ما بكم»[٢] وعن هذا الاضطراب الكثير وفق بعض مشايخنا بحمل روايات التعدد، على أنه لما أطال في الركوع أكثر من المعهود جداً ولا يسمعون له صوتاً على ما تقدم في رواية رفع من خلفه متوهمين رفعه وعدم سماعهم الانتقال فرفع الصف الذي يلي من رفع، فلما رأى من خلفه أنه ﷺ لم يرفع فلعلهم انتظروه على توهم أن يدركهم فيه. فلما يئسوا من ذلك رجعوا إلى الركوع فظن من خلفهم أنه ركوع بعد ركوع منه ﷺ فرووا كذلك، ثم لعل روايات الثلاث والأربع بناء على اتفاق تكرر الرفع من الذي خلف الأول، وهذا كله إذا كان الكسوف الواقع في زمنه مرة واحدة، فإن حمل على أنه تكرر مراراً على بعد أن يقع نحو ست مرات في نحو عشر سنين لأنه خلاف العادة، كان رأينا أولى أيضاً لأنه لما لم ينقل تاريخ فعله المتأخر في الكسوف المتأخر فقد وقع التعارض فوجب الإحجام عن الحكم بأنه كان المتعدد على وجه التثنية أو الجمع ثلاثاً أو أربعاً أو خمساً، أو كان المتحد فبقي المجزوم به استنان الصلاة مع التردد في كيفية معينة من المرويات فيترك ويصار إلى المعهود ثم يتضمن ما قدمنا من الترجح. والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال. والمصنف رجح بأن الحال أكشف للرجال وهو يتم لو لم يرو حديث الركوعين أحد غير عائشة رضي الله عنها من الرجال، لكن قد سمعت من رواه فالمعوّل عليه ما صرنا إليه قوله: (أما التطويل فبيان الأفضل) لأنه ﷺ فعله كما مر في حديث عائشة وعبد الله ابن عمرو بن العاص من رواية عطاء بن السائب وسمرة[٣]، وهذه الصورة حينئذ مستثناة مما سلف في باب الإمامة من أنه ينبغي أن يطول الإمام بهم الصلاة، ولو خففها جاز ولا يكون مخالفاً للسنة لأن المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء، فإن رواية أبي داود «فجعل يصلي ركعتين ركعتين ويسأل عنها حتى انجلت»[٤] يعطى أنه لم يبالغ في التطويل كما في رواية جابر أنه جعل الصحابة يخرون لطول القيام[٥]. إذا الظاهر أنها لم تمكث مع مثل هذا الطول ما يسع ركعتين ركعتين. والحق أن السنة التطويل والمندوب مجرد استيعاب الوقت كما ذكر مطلقاً كما في حديث المغيرة بن شعبة في الصحيحين «انكسفت الشمس» إلى أن قال «فإن رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى تنجلي»[٦] ولمسلم من حديث عائشة «فإذا رأيتم كسوفاً فاذكروا الله حتى تنجلي»[٧] قوله: (فلهما رواية عائشة) في الصحيحين عنها قالت «جهر

والحال أكشف على الرجال لقربهم. فإن قيل: ذكر في المبسوط أن علياً رضي الله عنه روى حديثها، فإن صح ذلك فما جوابه؟ أجيب بأن الجواب بالرجوع إلى الأصل فإنها صلاة نهارية والأصل فيها الإخفاء. قال عليه الصلاة والسلام «صلاة

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ١١٨٢ والحاكم ١/ ٣٣٣ والبيهقي ٣/ ٣٢٩ كلهم من حديث أبي بن كعب.
قال الحاكم: رواته صادقون. ورده الذهبي بقوله: خبر منكر، وعبد الله بن أبي جعفر ليس بشيء، وأبوه فيه لين اهـ ونقل الزيلعي عن النووي فيه ضعيف، وكذا أشار البيهقي إلى ضعف هذا الحديث عقب روايته.
(٢) هو بعض حديث عائشة تقدم في أول الباب رواه الجماعة.
(٣) هذه الأحاديث تقدمت في هذا الباب.
(٤) أخرجه أبو داود١١٩٣ عن النعمان بن بشير وقد تقدم.
(٥) تقدم قبل أحاديث. رواه مسلم وغيره.
(٦) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٦٠ و٦١٩٩ ومسلم ٩١٥ وابن حبان ٢٨٢٧ وأحمد ٤/ ٢٤٩ والطبراني في الكبير ٢٠ (١٠١٥) (١٠١٦) كلهم من حديث المغيرة بأتم منه.
(٧) صحيح. تقدم في أول الباب.

والسلام «إذا رأيتم من هذه الأفزاع شيئاً فارغبوا إلى الله بالدعاء». والسنة في الأدعية تأخيرها عن الصلاة (**ويصلي**

النبي ﷺ في صلاة الخسوف بقراءته» الحديث[١]. والبخاري من حديث أسماء «جهر ﷺ في صلاة الكسوف»[٢] ورواه أبو داود والترمذي وحسنه وصححه، ولفظه «صلى صلاة الكسوف فجهر فيها بالقراءة»[٣] قوله: (**ولأبي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة**) أما حديث ابن عباس فروى أحمد وأبو يعلى في مسنديهما عن ابن عباس «صليت مع النبي ﷺ الكسوف فلم أسمع منه حرفاً من القراءة»[٤] وفيه ابن لهيعة ورواه أبو نعيم في الحلية من طريق الواقدي عن ابن عباس قال «صليت إلى جنب رسول الله ﷺ يوم كسفت الشمس فلم أسمع له قراءة ورواه البيهقي في المعرفة من الطريقين ثم من طريق الحكم بن أبان كما رواه الطبراني، ثم قال: وهؤلاء وإن كانوا لا يحتج بهم ولكنهم عدد روايتهم توافق الرواية الصحيحة عن ابن عباس في الصحيحين أنه ﷺ قرأ نحوا من سورة البقرة[٥]. قال الشافعي رحمه الله: فيه دليل على أنه لم يسمع ما قرأ، إذ لو سمعه لم يقدره بغيره. ويدفع حمله على بعده رواية الحكم بن أبان «صليت إلى جنبه» ويوافق أيضاً رواية محمد بن إسحق إسناده عن عائشة قالت «فحزرت قراءته»[٦] وأما حديث سمرة فتقدم، وفيه «لا نسمع له صوتا»[٧] قال الترمذي حسن صحيح. والحق أن تقدير ابن عباس لسورة البقرة لا يستلزم عدم سماعه لأن الإنسان قد ينسى المقروء المسموع بعينه وهو ذاكر لقدره فيقول قرأ نحو سورة كذا. فالأولى حمله على الإخفاء لا بالنظر إلى هذه الدلالة بل بالنظر إلى ما تقدم من حديث «صليت إلى جانب رسول الله ﷺ»[٨] وإذا حصل التعارض وجب الترجيح بأن الأصل في صلاة النهار الإخفاء. وأما قول المصنف والترجيح قد مر من

النهار عجماء» وقد تقدم ذلك. وقوله: (**ويدعو بعدها**) أي بعد صلاة الكسوف إن شاء جالساً مستقبل القبلة وإن شاء قائماً وإن شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم تؤمن. وقوله: (**من هذه الأفزاع**) الفزع الخوف وكلامه واضح. وقوله: (**فإن لم يحضر**) يعني الإمام (**صلى الناس فرادى إن شاءوا ركعتين وإن شاءوا أربعاً**) لأن هذا تطوع والأصل في التطوعات ذلك. وقوله: (**تحرزاً عن الفتنة**) أي فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما. وقوله: (**وليس في كسوف القمر جماعة**) عاب أهل الأدب محمداً في هذا اللفظ وقالوا: إنما يستعمل في القمر لفظ الخسوف، قال الله تعالى ﴿**فإذا برق البصر وخسف القمر**﴾ وقال في المغرب: يقال كسفت الشمس والقمر جميعاً، وقوله ﷺ «فافزعوا إلى الصلاة» الحديث. روى أبو مسعود الأنصاري قال «انكسفت الشمس يوم مات إبراهيم ولد النبي ﷺ، فقال الناس: إنما انكسفت لموته، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته، فإذا رأيتم شيئاً من هذه الأهوال فافزعوا إلى الصلاة» أي التجئوا إليها. فإن

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٦٥ ومسلم ٩٠١ والنسائي ٣/ ١٤٨ وكذا أبو داود ١١٨٨ والترمذي ٥٦٣ وأحمد ٦/ ٦٥ وابن حبان ٢٨٤٩ و٢٨٥٠ من طرق كلهم من حديث عائشة واللفظ للبخاري ومسلم والنسائي.

(٢) حديث أسماء. أخرجه البخاري ١٠٥٣ ومسلم ٩٠٥ وغيرهما وليس فيه ذكر الجهر بالقراءة بل ليس فيه ذكر القراءة أصلاً فتنبه.
وكذا قال محقق نصب الراية في ٢/ ٢٣٢ في تعقبه على الزيلعي: حديث أسماء لم أجده في البخاري، وقد تبعه ابن الهمام، وابن حجر في الدراية فنسباه للبخاري اهـ.

(٣) هو حديث عائشة تقدم قبل حديث واحد. رواه الجماعة. وصنيع المصنف يوهم أنه من حديث أسماء أيضاً لكونه عطفه عليه. ويوهم أيضاً ما رواه سوى أبي داود والترمذي، وليس كذلك، وإنما تبع ابن الهمام في ذلك الزيلعي، وكذا تابعه على هذا ابن حجر في الدراية فتنبه والله الموفق.

(٤) حسن لطرقه. أخرجه أحمد ١/ ٢٩٣ وأبو يعلى ٢٧٤٥ والبيهقي ٣/ ٣٣٥ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الهيثمي في المجمع ٢/ ٢٠٧: فيه ابن لهيعة وفيه كلام اهـ. وأخرجه أبو نعيم في الحلية ٣/ ٣٤٤ من طريق الواقدي وهو غير قوي.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٣٣: ورواه الطبراني من طريق الحكم بن أبان وكذا البيهقي في المعرفة من هذه الطرق الثلاث. ثم ذكر الزيلعي كلام البيهقي، وقد نقله ابن الهمام.

(٥) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ١٠٥٢ و٥١٩٧ ومسلم ٩٠٧ والنسائي ٣/ ١٤٦. ١٤٨ وابن حبان ٢٨٣٢ كلهم من حديث ابن عباس.

(٦) حسن. أخرجه أبو داود ١١٨٧ والبيهقي ٣/ ٣٣٥ كلاهما من حديث عائشة وفيه. فحزرت قراءته، فرأيت أن قرأ بسورة البقرة... الحديث.
ورجاله ثقات لكن الحديث ليس فيه تصريح إذ قد تكون السيدة عائشة ما سمعت ذلك لكونها تصلي في حجرتها. والله أعلم.

(٧) تقدم تخريجه قبل أحاديث.

(٨) تقدم قبل ثلاثة أحاديث في أثناء حديث ابن لهيعة.

بهم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة فإن لم يحضر صلى الناس فرادى) تحرزاً عن الفتنة **(وليس في خسوف القمر جماعة)** لتعذر الاجتماع في الليل أو لخوف الفتنة، وإنما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا رأيتم شيئاً من هذه الأحوال فافزعوا إلى الصلاة»[١] **(وليس في الكسوف خطبة)** لأنه لم ينقل.

قبل: يعني أن الحال أكشف للرجال فقد يقال بل في خصوص هذه المادة تترجح رواية النساء هنا لأنها إخبار عن القراءة، ومعلوم أنهن في آخر الصفوف أو في حجرهن. فإذا أخبرن عن الجهر دل على تحققه بزيادة قوة بحيث يصل الصوت إليهن، فالمعتبر ما رجع إليه آخراً من قوله كيف وإنها صلاة النهار لقوله عليه الصلاة والسلام «فاذكروا الله» إلى قوله «بالدعاء»[٢] حديثان. ومعنى الأول تقدم في حديث عائشة، وتقدم في حديث المغيرة قوله ﷺ «فإذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى تنجلي»[٣] وفي مبسوط شيخ الإسلام قال: في ظلمة أو ريح شديدة الصلاة حسنة. وعن ابن عباس أنه صلى لزلزلة بالبصرة قوله: **(والسنة في الأدعية تأخيرها)** والإمام مخير إن شاء دعا مستقبلاً جالساً أو قائماً أو يستقبل القوم بوجهه ودعا ويؤمنون. قال الحلواني: وهذا أحسن. ولو قام ودعا معتمداً على عصى أو قوس كان أيضاً حسناً قوله: **(وليس في خسوف القمر جماعة الخ)** وما روى الدارقطني عن ابن عباس «أنه ﷺ صلى في كسوف الشمس والقمر ثمان ركعات في أربع سجدات»[٤] وإسناده جيد، وما أخرج عن عائشة قالت «إن رسول الله ﷺ كان يصلي في كسوف الشمس والقمر أربع ركعات وأربع سجدات»[٥] قال ابن القطان: فيه سعيد بن حفص، ولا أعرف حاله. فليس فيه تصريح بالجماعة فيه. والأصل عدمها حتى يثبت التصريح به، وما ذكره من المعنى يكفي لنفيها قوله: **(لأنه لم ينقل)** أي بطريق قصد الشرعية بل لدفع وهم من توهم أنه لموت إبراهيم ﷺ فهو لسبب عرض وانقضى.

قيل: هذا أمر والأمر للوجوب فكان ينبغي أن تكون صلاة الكسوف واجبة. قلنا: قد ذهب إلى ذلك بعض أصحابنا، واختاره صاحب الأسرار. والعامة ذهبت إلى كونها سنة لأنها ليست من شعائر الإسلام فإنها توجد بعارض لكن صلاها النبي عليه الصلاة والسلام فكانت سنة والأمر للندب. وقوله: **(وليس في الكسوف)** أي كسوف الشمس والقمر **(خطبة)** وقال الشافعي في كسوف الشمس: يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة رضي الله عنها قالت «خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فصلى ثم خطب فحمد الله وأثنى عليه» ولنا أنه لم ينقل، وذلك دليل على أنه لم يفعل، وإن صح فتأويله أنه عليه الصلاة والسلام خطب لأن الناس كانوا يقولون إنها كسفت لموت إبراهيم فأراد أن يرد عليهم.

قوله: **(والعامة ذهبت إلى كونا سنة لأنها ليست من شعائر الإسلام فإنها توجد بعارض)** أقول: ما المانع في تعلق ما هو من الشعائر بعارض تأمل، وقوله بعارض: يعني عارض الكسوف قوله: **(ولنا أنه لم ينقل الخ)** أقول: كيف لم ينقل وقد أخرج الستة عنها قوله: **(وإن صح فتأويله أن ﷺ خطب لأن الناس كانوا يقولون إنها كسفت لموت إبراهيم فأراد أن يرد عليهم)** أقول: لا لشرعية الخطبة

---

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٣٦ وهو في البخاري ومسلم من حديث عائشة وفيه: فإذا رأيتم ذلك، فافزعوا إلى الصلاة اهـ.
وتقدم تخريجه في أول هذا الباب.

(٢) تقدم من حديث عائشة في أول الباب بنحوه وهو صحيح بل متفق عليه.

(٣) حديث المغيرة تقدم قبل عشرة أحاديث رواه الشيخان.

(٤) ضعيف أخرجه الدارقطني ٢/ ٦٤ من حديث ابن عباس. وتقدم الكلام عليه فهو من رواية حبيب ابن أبي ثابت عن طاوس، ولم يسمع منه قاله غير واحد. ثم إن مسلماً رواه فلم يذكر القمر فالحديث حسن لكونه في مسلم لكنه غريب تفرد الدارقطني بهذه اللفظة. والظاهر أن الوهم فيه من ثابت بن محمد الزاهد فهو صدوق لكنه عابر ربما وهم لذا قال في التلخيص ٢/ ٩١: فيه نظر.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٦٤ من حديث عائشة. ونقل المصنف عن ابن القطان قوله: فيه سعيد بن حفص، ولا أعرفه حاله، وذكر ذلك الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٣١.
قلت: وله علة ثانية وهي إسحق بن راشد الراوي عن الزهري. قال في التقريب: في حديثه عن الزهري بعض الوهم اهـ وهذه الرواية عن الزهري فهو من هذا القبيل وهم فيه بذكر القمر، وكذا استغربه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٩١ بذكر القمر.

باب الاستسقاء

قال أبو حنيفة: (ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة، فإن صلى الناس وحدانا جاز، وإنما الاستسقاء الدعاء والاستغفار) لقوله تعالى ﴿فقلت استغفروا ربكم إنه كان غفاراً﴾ [نوح: ١٠] الآية، ورسول الله ﷺ استسقى،

باب الاستسقاء

يخرجون للاستسقاء ثلاثة أيام، ولم ينقل أكثر منها متواضعين متخشعين في ثياب خلق مشاة يقدمون الصدقة كل يوم بعد التوبة إلى الله تعالى إلا في مكة وبيت المقدس فيجتمعون في المسجد قوله: (قال أبو حنيفة الخ) مفهومه استنانها فرادى وهو غير مراد قوله: (ورسول الله ﷺ استسقى ولم ترو عنه الصلاة) يعني في ذلك الاستسقاء فلا يرد أنه غير صحيح كما قال الإمام الزيلعي المخرج، ولو تعدى بصره[1] إلى قدر سطر حتى رأى قوله في جوابهما قلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة لم يحمله على النفي مطلقاً وإنما يكون سنة ما واظب عليه، ولذا قال شيخ الإسلام: فيه دليل على الجواز. عندنا يجوز لو صلوا بجماعة لكن ليس بسنة، وبه أيضاً يبطل قول ابن العز: الذين قالوا بمشروعية صلاة الاستسقاء لم يقولوا بتعينها، بل هي على ثلاثة أوجه: تارة يدعون عقيب الصلوات، وتارة يخرجون إلى المصلى فيدعون من غير صلاة، وتارة يصلون جماعة ويدعون. وأبو حنيفة لم يبلغه الوجه الثالث فلم يقل به، والعجب أنه قاله بعد نقله قول المصنف قلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة وهو مصرح بعلمهم بفعله، وكذا قول غير المصنف المروي فيه شاذ فيما تعم به البلوى، وهو ظاهر جواب الرواية، فإن عبارته في الكافي الذي هو جمع كلام محمد قال: لا صلاة في الاستسقاء إنما فيه الدعاء، بلغنا عن النبي ﷺ «أنه خرج ودعا»[2] وبلغنا عن عمر، أنه صعد المنبر فدعا فاستسقى، ولم يبلغنا عن النبي ﷺ في ذلك صلاة إلا حديث واحد شاذ لا يؤخذ به انتهى، وهذا صريح من جهة الرواية في علم محمد به. فإن قيل: من أين يلزم كون ما علمه محمد رحمه الله ومن بعده من الرواية معلوماً لأبي حنيفة؟ قلنا: ومن أين علم أنه لم يبلغه ويبلغ أتباعه بل الظاهر تلقيهم ذلك عنه. ثم الجواب عنه بما ذكر وفي عدم الأخذ به لشذوذه، ويلزمه أنهم لو صلوا بجماعة كان مكروهاً، وقد صرح الحاكم أيضاً في باب صلاة الكسوف من الكافي بقوله ويكره صلاة التطوع جماعة ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف، وهذا خلاف ما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله ثم الحديث الذي روي من صلاته ﷺ هو ما في السنن الأربعة عن إسحق بن عبد الله بن كنانة قال: أرسلني الوليد بن عتبة وكان أمير المدينة إلى ابن عباس أسأله عن

باب الاستسقاء

أخر صلاة الاستسقاء عن صلاة الكسوف لأن صلاة الكسوف سنة. وقال أبو حنيفة: ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة، فإن صلى الناس وحدانا جاز، وإنما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى ﴿**استغفروا ربكم إنه كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً**﴾ وروي أن قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكريره الدعوة حبس الله عنهم القطر وأعقم أرحام نسائهم أربعين سنة، وقيل سبعين سنة، فوعدهم أنهم إن آمنوا رزقهم الله الخصب ورفع ما كانوا عليه. ووجه الاستدلال به أن شرائع من قبلنا شرائع لنا إذا قص الله ورسوله من غير إنكار وهذا كذلك، ورسول الله ﷺ استسقى ولم يرو عنه الصلاة، وإنما المروي عنه عليه الصلاة والسلام في ذلك الدعاء، روى أنس رضي الله عنه «أن الناس قد قحطوا في زمن رسول الله ﷺ. فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله ﷺ يخطب فقال: يا رسول الله هلكت المواشي وخشينا الهلاك على أنفسنا فادع الله

---

(١) انتقد ابنُ الهمام الزيلعي ههنا لأن الزيلعي رحمه الله رد كلام صاحب الهداية بأنه ﷺ لم ترو عنه صلاة فقال الزيلعي: هذا ليس بصحيح بل صح أنه قد صلى فيه ثم ذكر الزيلعي أحاديث ستأتي. والجواب: أن الحافظ الزيلعي رد هذا القول سواء كان من صاحب الهداية أو غيره، مستدلاً به لأبي حنيفة فانتقاد الزيلعي على صاحب الهداية في مكانه لم يخرج عن جادة الصواب رحمهم الله جميعاً والمسلمين كافة.

(٢) هو بعض حديث عبد الله بن زيد يأتي بعد حديث واحد.

ولم ترو عنه الصلاة وقالا: (يصلي الإمام ركعتين) لما روي «أن النبي ﷺ صلى فيه ركعتين كصلاة العيد» رواه ابن عباس: قلنا: فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة، وقد ذكر في الأصل قول محمد وحده (ويجهر فيهما بالقراءة)

استسقاء رسول الله ﷺ فقال: «خرج رسول الله ﷺ مبتذلاً متواضعاً متضرعاً حتى أتى المصلى فلم يخطب خطبتكم هذه، ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير، وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد» صححه الترمذي[١]، وقال المنذري في مختصره: رواية إسحاق بن عبد الله بن كنانة عن ابن عباس وأبي هريرة مرسلة ولا يضر ذلك، فقد صح من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم أخرجه الستة «أن رسول الله ﷺ خرج بالناس يستقي فصلى بهم ركعتين وحول رداءه ورفع يديه فدعا واستسقى واستقبل القبلة» زاد البخاري فيه «جهر فيهما بالقراءة» وليس هذا عند مسلم، ووهم البخاري بن عيينة في قوله إنه عبد الله بن زيد بن عبد ربه، بل هو ابن زيد بن عاصم المازني[٢] وأما ما رواه الحاكم عن ابن عباس وصححه وقال فيه «فصلى ركعتين كبر في الأولى سبع تكبيرات وقرأ بـ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾، وقرأ في الثانية ﴿هل أتاك حديث الغاشية﴾ [الغاشية ١] وكبر فيها خمس تكبيرات[٣] فليس بصحيح كما زعم بل هو ضعيف معارض، أما ضعفه فبمحمد بن عبد العزيز بن عمر بن عبد الرحمن بن عوف. قال البخاري: منكر[٤] الحديث والنسائي متروك، وأبو حاتم ضعيف الحديث ليس له حديث مستقيم، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المعضلات حتى سقط الاحتجاج به. وأما المعارضة فيما أخرجه الطبراني في الأوسط عن أنس عنه ﷺ

أن يسقينا، فرفع رسول الله ﷺ يديه فقال: اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً هنيئاً مريئاً غدقاً مغدقاً عاجلاً غير رائث. قال الراوي: ما كان في السماء قزعة. فارتفعت السحاب من ههنا ومن ههنا حتى صارت ركاماً. ثم مطرت سبعاً من الجمعة إلى الجمعة، ثم دخل ذلك الرجل والنبي ﷺ يخطب والسماء تسكب فقال: يا رسول الله تهدم البنيان وانقطعت السبل فادع الله أن يمسكه، فتبسم رسول الله ﷺ لملالة بني آدم. قال الراوي: والله ما نرى في السماء خضراء، ثم رفع يديه فقال: «اللهم حوالينا ولا علينا، اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر، فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالإكليل

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٦٥ والترمذي ٥٥٩ والنسائي ٣/١٦٣ وابن ماجه ١١٦٦ والدارقطني ٢/٦٨ وابن خزيمة ١٤٠٨ وابن حبان ٢٨٦٢ والطحاوي ١/٣٢٤ كلهم عن هشام بن إسحق بن عبد الله بن كنانة عن أبيه به. وأخرجه أحمد ١/٢٦٩ وابن خزيمة ١٤١٩ والدارقطني ٢/٦٧ والحاكم ١/٣٢٦ من وجه آخر عن هشام به وأخرجه الترمذي ٥٥٨ والنسائي ٣/١٥٦ والطحاوي ١/٣٢٤ والبيهقي ٣/٣٤٤ كلهم عن هشام عن إسحق بن عبد الله بن كنانة عن أبيه.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٢٣٩: قال المنذري في مختصره: رواية إسحق عن ابن عباس وأبي هريرة مرسلة. وقال الترمذي: حسن صحيح وسكت عن الحاكم اهـ.

وقال ابن حجر في الدراية ١/٢٢٦: وهم من زعم أن إسحق لم يسمع من ابن عباس اهـ.

قلت: وقع للزيلعي «سكت عليه الحاكم» والصواب أنه تكلم عليه حيث قال: رواته مصريون ومدنيون، ولا أعلم أحداً منهم منسوباً إلى نوع من الجرح، ووافقه الذهبي.

قلت: مداره على إسحق بن عبد الله بن كنانة، وهو صدوق كما في التقريب، وقد حكم ابن حجر في الدراية بسماعه من ابن عباس، وله طريق أخرى عند الحاكم والدارقطني والبيهقي، وصححه الحاكم، وضعفه الذهبي بعبد العزيز بن عبد الملك، لكن يقوي الحديث الأول والله أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٢٣ و١٠٢٤ و١٠٠٥ و١٠٢٦ و١٠٢٧ و٦٣٤٣ ومسلم ٨٩٤ وأبو داود ١١٦١ والترمذي ٥٥٦ والنسائي ٣/١٥٨. ١٦٣ والدارمي ١/٣٦١ وابن ماجه ١٢٦٧ ومالك ١/١٩٠ وابن خزيمة ١٤١٠ و١٤٠٧ وابن حبان ٢٨٦٤ و٢٨٦٥ و٢٨٦٦ والدارقطني ٢/٦٧ وأحمد ٤/٣٩. ٤١ والطحاوي ١/٣٢٣. ٣٢٤ من طرق كلهم عن عباد بن تميم عن عمه عبد الله بن زيد المازني مرفوعاً.

ووقع عند البخاري من رواية ابن عيينة «عبد الله بن زيد» صاحب الأذان. وانتقده البخاري بأنه المازني وهو غير صاحب الأذان.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/٣٢٦ والدارقطني ٢/٦٦ والبيهقي ٣/٣٤٨ كلاهما من حديث ابن عباس. وصححه الحاكم! ورده الذهبي بأن عبد العزيز ضُعِّفَ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/٢٤٠: ضعيف من وجهين أحدهما ضعف محمد بن عبد العزيز قال عنه البخاري: منكر الحديث، وقال النسائي: متروك.

والثاني: أنه معارض بما رواه الطبراني من حديث أنس. اهـ وهو الآتي.

(٤) وقع في الأصل: منكر الحديث. والصواب ما أثبتُّه.

اعتباراً بصلاة العيد **(ثم يخطب)** لما روي «أن النبي ﷺ خطب» ثم هي كخطبة العيد عند محمد، وعند أبي يوسف

«استسقى فخطب قبل الصلاة، واستقبل القبلة وحول رداءه ثم نزل فصلى ركعتين لم يكبر فيهما إلا تكبيرة تكبيرة»[١] وأخرج أيضاً عن ابن عباس قال «لم يزد ﷺ على ركعتين مثل صلاة الصبح[٢]»، ووجه الشذوذ أن فعله ﷺ لو كان ثابتاً لاشتهر نقله اشتهاراً واسعاً ولفعله عمر حين استسقى[٣] ولأنكروا عليه إذا لم يفعل لأنها كانت بحضرة جميع الصحابة لتوافر الكل في الخروج معه ﷺ للاستسقاء. فلما لم يفعل ولم ينكروا ولم يشتهر روايتها في الصدر الأول بل هو عن ابن عباس وعبد الله بن زيد على اضطراب في كيفيتها عن ابن عباس وأنس كان ذلك شذوذاً فيما حضره الخاص والعام والصغير والكبير، واعلم أن الشذوذ يراد باعتبار الطرق إليهم، إذ لو تيقنا عن الصحابة المذكورين رفعه لم يبق إشكال، وإذا مشينا على ما اختاره شيخ الإسلام وهو الجواز مع عدم السنية فوجهه أنه ﷺ إن فعله مرة كما قلتم فقد تركه أخرى فلم يكن سنة، بدليل ما روي في الصحيحين «أن رجلاً دخل المسجد ورسول الله ﷺ قائم يخطب، فقال: يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل فادع الله يغيثنا، فقال ﷺ: اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا، قال أنس رضي الله عنه: فلا والله ما نرى بالسماء من سحاب ولا قزعة وما بيننا وبين سلع من بيت ولا دار قال: فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس، فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت»[٤]، الحديث قوله: **(ثم هي كخطبة العيد عند محمد)** يعني فيكون خطبتين يفصل بينهما بجلوس ولذا قابله بقوله وعند أبي يوسف خطبة واحدة، ولا صريح في المرويات يوافق قول محمد إنها خطبتان، ويحتمل أنه أخذه من المروي عن ابن عباس «أنه ﷺ صلى في الاستسقاء ركعتين كصلاة العيد»[٥] مع رواية الخطبة في حديث أنس المذكور في رواية الطبراني السابقة[٦]، وفي حديث أبي هريرة من رواية ابن ماجه قال فيه «ثم خطبنا ودعا الله»[٧] فتكون كخطبة العيد، وهو غير لازم، ثم في

ولم يذكر غير الدعاء» وقالا: **(يصلي الإمام ركعتين، لما روي أنه ﷺ صلى فيها ركعتين كصلاة العيد)** في الجهر بالقراءة، والصلاة بلا أذان ولا إقامة رواه ابن عباس رضي الله عنهما. قلنا إن ثبت ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه، وإنما الكلام في أنها سنة أو لا، والسنة ما واظب عليه النبي ﷺ، وههنا **(فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن)** فعله أكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون **(سنة)** فإن قيل كلام المصنف حينئذ متناقض لأنه قال أولاً ولم ترو عنه الصلاة ثم قال لما روي عنه. فالجواب أن المروي لما كان شاذاً فيما تعم به البلوى جعله كأنه غير مروي. قوله **(وقد ذكر في الأصل قول محمد وحده)** يعني أن أبا يوسف مع أبي حنيفة. وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط. وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٢/ ٢٤١ من حديث أنس، وسكت عليه الزيلعي! وفي إسناده عبد الله بن حسين بن عطاء. قال عنه في التقريب: ضعيف.

(٢) ضعيف. رواه الطبراني كما في نصب الراية ٢/ ٢٤١ من حديث ابن عباس وسكت عليه، وفيه محمد بن عبيد الله ابن أخي الزهري لم أجد من ترجمه وفيه غير واحد من المجاهيل، ثم إن المصنف استدل به للاستسقاء. مع أن صدره «عن ابن عباس كان يحدث عن صلاة رسول الله ﷺ في الكسوف» . . الحديث.

(٣) صحيح. مراد المصنف ما أخرجه البخاري ١٠١٠ و٣٧١٠ وابن حبان ٢٨٦١ والبغوي ١١٦٥ وابن خزيمة ١٤٢١ كلهم عن أنس قال: إن عمر كان إذا قحطوا استسقى بالعباس. فقال: اللهم إنا كنا نتوسل إليك بنبينا فتسقينا، وإنا نتوسل إليك بعم نبينا فاسقنا. قال: فيُسقون. هذا لفظ البخاري، وعن ابن حبان بأتم منه.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٩٣٢ و١٠٢١ ومسلم ٨٩٧ وأبو داود ١١٧٤ والنسائي ٣/ ١٦٠. ١٦١ وابن خزيمة ١٤٢٣ وابن حبان ٢٨٥٨ والطحاوي ١/ ٣٢٢ وأبو يعلى ٣٥٠٩ وأحمد ٣/ ١٩٤ كلهم من حديث أنس بأتم منه.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ١١٦٥ وأصحاب السنن وتقدم قبل سبعة أحاديث مستوفياً.

(٦) أي قبل أربعة أحاديث.

(٧) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٢٦٨ والبيهقي ٣/ ٣٤٧ والطحاوي في المعاني ١/ ٣٢٥ كلهم من حديث أبي هريرة وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٢٦: إسناده حسن.

قلت: رجاله كلهم ثقات إلا أن النعمان بن راشد سيىء الحفظ وهو ثقة، لكن للحديث شواهد فهو حسن. أما البوصيري فقال في الزوائد: إسناده صحيح رجال ثقات.

خطبة واحدة (ولا خطبة عند أبي حنيفة) لأنها تبع للجماعة ولا جماعة عنده (ويستقبل القبلة بالدعاء) لما روي «أنه

حديث ابن عباس على ما قدمناه قوله «فلم يخطب بخطبتكم هذه» فإنه يفيد نفي الخطبة المعهودة وهي خطبة الجمعة لا أصل الخطبة، فإن النفي إذا دخل على مقيد انصرف إلى القيد ثم أفاد ثبوت أصل الحكم في المحاورات الخطابية لا بالنسبة إلى الأحكام الشرعية عندنا، ومطلقاً عند الثلاثة فلذا لم ينتهض. استدل من استدل بحديث ابن عباس هذا للإمام أحمد على نفي الخطبة في الاستسقاء، فإن أحمد ينفيها كقول أبي حنيفة رضي الله عنهما. وأما على أصلنا فحاصله نفي الخطبة المخصوصة، وهو لا يستلزم ثبوت أصلها نفياً لدلالة المفهوم في الاحكام فتبقى على العدم حتى يقوم دليل وأنت قد علمت أنها رويت ولا بد للإمام أحمد إذ كان ينفيها أن يحكم بعدم صحة الوارد فيها فينتفي الدليل ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي. أما حديث ابن عباس المتقدم من رواية الأربعة فإن لم يدل على وجود الخطبة فلا إشكال، وإن دل. فإن صححه الترمذي فقد سكت عنه الحاكم وسكوته يشعر بضعفه عنده. وتقدم حكم الحافظ المنذري أنها مرسلة، وحديث أبي هريرة أعلّ بأنه تفرد به النعمان بن راشد عن الزهري، وقال البخاري فيه: هو صدوق ولكن في حديثه وهم كثير اهـ فلا يحتمل التفرد مع هذا وقد روى الإمام أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم «خرج ﷺ يستسقي فبدأ الصلاة قبل الخطبة»[1]، ولم يقل باستنانها وذلك لازم ضعف الحديث. وأنت علمت أن ضعفه لا يلزم فيه كونه بضعف بعض الرجال بل العلل كثيرة. وفي سنن أبي داود عن عائشة رضي الله عنها قالت «شكى الناس إلى رسول الله ﷺ قحوط المطر، فأمر بمنبر فوضع له في المصلى ووعد الناس يوماً يخرجون فيه، قالت: فخرج ﷺ حين بدا حاجب الشمس فقعد على المنبر فكبر وحمد الله عز وجل ثم قال إنكم شكوتم جدب دياركم واستئخار المطر عن زمانه عنكم وقد أمركم الله عز وجل أن تدعوه ووعدكم أن يستجيب لكم، ثم قال: الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم ملك يوم الدين لا إله إلا الله يفعل ما يريد، اللهم أنت الله لا إله إلا أنت الغني ونحن الفقراء، أنزل علينا الغيث واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغاً إلى حين، ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى بدا بياض إبطيه، ثم حول إلى الناس ظهره. وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه ثم أقبل على الناس ونزل من المنبر فصلى ركعتين. فأنشأ الله سحابة فرعدت وبرقت ثم أمطرت بإذن الله، فلم يأت ﷺ مسجده حتى سالت السيول، فلما رأى سرعتهم إلى الكن ضحك حتى بدت نواجذه. فقال: أشهد أن

الكتاب، وقوله: (ويجهر فيهما بالقراءة) اتفقا على الجهر بالقراءة اعتباراً بصلاة العيد. واختلفا في الخطبة فقال محمد: هي كخطبة العيد، وقال أبو يوسف: خطبة واحدة، وبكل ذلك ورد الحديث (ولا خطبة عند أبي حنيفة لأنها تبع الجماعة ولا جماعة عنده) وقال ابن عباس «خرج رسول الله ﷺ مبتذلاً متواضعاً متضرعاً حتى أتى المصلى فرقي المنبر، فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير» (ويستقبل القبلة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك) روي عن أبي يوسف أنه قال: إن شاء رفع يديه بالدعاء. وإن شاء أشار بأصابعه (ويقلب رداءه) وصفة القلب إن كان الرداء مربعاً أن يجعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه. وإن كان مدوراً بأن كان جبة أن يجعل الأيمن أيسر والأيسر أيمن وقوله (لما روينا) يريد به قوله لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام استقبل القبلة وحول رداءه» قال المصنف (وهذا قول محمد. أما عند أبي حنيفة فلا يقلب) ولم يذكر قول أبي يوسف لأنه مضطرب، ذكره الحاكم مع أبي حنيفة والكرخي مع محمد. وقوله: (لأنه) أي

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٤/ ٤١ والدارقطني ٢/ ٦٧ كلاهما من حديث عبد الله بن زيد، وإسناده حسن رجاله ثقات كلهم، إلا أن عبد الله بن أبي بكر المدني حسن الحديث لا يبلغ درجة حديثه الصحة وله شواهد.
تنبيه: وما نقله المصنف عن أحمد: بعدم سنية الخطبة. فيه نظر لأن الخطبة مقررة عند الحنابلة فقد جاء في العمدة للإمام الموفق المقدسي ص ٩١ ما نصه: فيصلي بهم ركعتين كصلاة العيد، ثم يخطب بهم خطبة واحدة.
واستدل صاحب العدة في شرحه بحديث أبي هريرة المتقدم. قبل حديث عبد الله بن زيد كيف واه شواهد كثيرة ومنها حديث عائشة الآتي.

ﷺ استقبل القبلة وحوّل رداءه» (ويقلب رداءه) لما روينا. قال: وهذا قول محمد، أما عند أبي حنيفة فلا يقلب

الله على كل شيء قدير وإني عبده ورسوله[(١)]، انتهى، قال أبو داود «حديث غريب وإسناده جيد. وذلك الكلام السابق هو المراد بالخطبة كما قاله بعضهم، ولعل الإمام أحمد أعله بهذه الغرابة أو الاضطراب. فإن الخطبة فيه مذكورة قبل الصلاة، وفيما تقدم من حديث أبي هريرة بعدها وكذا في غيره. وهذا إنما يتم إذا تم استبعاد أن الاستسقاء وقع حال حياته بالمدينة أكثر من سنتين. السنة التي استسقى فيها بغير صلاة. والسنة التي صلى فيها، وإلا فالله سبحانه أعلم بحقيقة الحال، وفيه أنه أمر بإخراج المنبر، وقال المشايخ: لا يخرج وليس إلا بناء على عدم حكمهم بصحته، هذا ويستحسن أيضاً الدعاء بما يؤثر عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يدعو به في الاستسقاء وهو: «اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً هنيئاً مريئاً مريعاً غدقاً مجللاً سحاً عاماً طبقاً دائماً. اللهم اسقنا الغيث ولا تجعلنا من القانطين. اللهم أن بالبلاد والعباد والخلق من اللأواء والضنك ما لا نشكو إلا إليك، اللهم أنبت لنا الزرع وأدر الضرع واسقنا من بركات السماء وأنبت لنا من بركات الأرض. اللهم إنا نستغفرك إنك كنت غفاراً فأرسل السماء علينا مدراراً[(٢)] فإذا مطروا قالوا: اللهم صيباً نافعاً. ويقولون مطرنا بفضل الله وبرحمته. فإن زاد المطر حتى خيف الضرر قالوا: اللهم حوالينا ولا علينا، اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر، كبقية ما سيق من الحديث؛ أعني استسقاء على المنبر حين قال ذلك الرجل «يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل، فادع الله يغيثنا، فرفع يديه وقال: اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا، قال أنس: فلا والله ما نرى في السماء من سحاب ولا قزعة وما بيننا وبين سلع من بيت ولا دار، قال: فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس، فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت، فلا والله ما رأينا الشمس سبتاً، قال ثم دخل رجل من ذلك الباب في الجمعة المقبلة ورسول الله ﷺ قائم يخطب فاستقبله قائماً فقال: يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل فادع الله يمسكها عنها، قال: فرفع رسول الله ﷺ يديه ثم قال: اللهم حوالينا ولا علينا، اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر، قال: فأقلعت وخرجنا نمشي في الشمس»[(٣)] وقياس ما ذكرنا من الاستسقاء إذا تأخر المطر عن أوانه فعله أيضاً لو ملحت المياه المحتاج إليها أو غارت قوله: (وما رواه كان تفاؤلاً) اعتراف بروايته ومنع استنانه لأنه فعل الأمر لا يرجع إلى معنى العبادة، والله أعلم قوله: (لم ينقل) قال الزيلعي: المخرج ليس كذلك عند أبي داود «استسقى النبي ﷺ وعليه خميصة سوداء، فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها فلما ثقلت قلبها على عاتقه»[(٤)] زاد الإمام أحمد

الاستسقاء (دعاء) وليس في شيء من الأدعية قلب رداء فكذا هذا. وقوله: (وما رواه كان تفاؤلاً) جواب عن استدلالهم بالحديث، ومعناه أن النبي ﷺ تفاءل بتغير الهيئة لتغير الهواء: يعني غيرنا ما كنا عليه فغير اللهم الحال. وفي كلامه نظر من وجهين: أحدهما أنه تعليل في مقابلة النص وهو باطل، والثاني هب أنه عليه الصلاة والسلام تفاءل بذلك فليتفاءل كل من

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٧٣ والطحاوي ١/ ٣٢٥ والحاكم ١/ ٣٢٨ والبيهقي ٣/ ٣٤٩ وابن حبان ٢٨٦٠ كلهم من حديث عائشة.
وقال أبو داود عقبه: حديث غريب إسناده جيد، وصححه الحاكم أو أقره والذهبي! مع أن في إسناده خالد بن نزار الغساني. قال في التقريب: صدوق يخطىء. فالحديث لا يبلغ درجة الصحة وإنما هو حسن يتقوى بشواهده. وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٤٢ في جوابه عن تعارض حديث عائشة، وعبد الله بن زيد في تقدم الخطبة، وتأخيرها على الصلاة. قال رحمه الله: ولعلهما واقعتان والله أعلم.

(٢) انظر الآثار الواردة في دعاء الاستسقاء تلخيص الحبير ٢/ ٩٨ ـ ٩٩ ذكره مفصلة باستيفاء.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٠١٣ بهذا السياق وأتم وقد تقدم تخريجه.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١١٦٤ والطحاوي ١/ ٣٢٤ وابن خزيمة ١٤١٥ وابن حبان ٢٨٦٧ والحاكم ١/ ٣٢٧ وأحمد ٤/ ٤١ كلهم من حديث عبد الله بن زيد وزاد أحمد: وتحوّل الناس معه.
وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي وكذا الزيلعي ٢/ ٢٤٢.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ١٠٠: قال في الإلمام ـ أي ابن دقيق العيد ـ إسناده على شرط الشيخين اهـ. وهو على شرط مسلم عمارة بن غزية روى له مسلم وأصحاب السنن والبخاري في تاريخه لا في الصحيح.
وقال عنه الحافظ في التقريب: لا بأس به. لكن توبع فقد تابعه عبد الله بن أبي بكر في رواية أحمد. هذا بالنسبة لأصل الحديث أما بالنسبة لزيادة أحمد فتفرد بها عبد الله بن أبي بكر المدني، وهو ثقة روى له الشيخان، وهذه الرواية هي التي قال عنها ابن دقيق العيد: على شرط الشيخين.

رداءه لأنه دعاء فيعتبر بسائر الأدعية. وما رواه كان تفاؤلاً **(ولا يقلب القوم أرديتهم)** لأنه لم ينقل أنه أمرهم بذلك **(ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء)** لأنه لاستنزال الرحمة، وإنما تنزل عليهم اللعنة.

«وتحول الناس معه»[(١)] قال الحاكم على شرط مسلم انتهى. ودفع بأنه إنما قال في الهداية لأنه لم ينقل أنه أمرهم بذلك فنقل أنهم فعلوا ذلك لا يمسه. وأجيب بأن تقريره إياهم إذ حولوا أحد الأدلة، وهو مدفوع بأن تقريره الذي هو من الحجج ما كان عن علمه ولم يدل شيء مما روى على علمه بفعلهم ثم تقريره بل اشتمل على ما هو ظاهر في عدم علمه به وهو ما تقدم من رواية أنه إنما حول بعد تحويل ظهره إليهم. واعلم أن كون التحويل كان تفاؤلاً جاء مصرحاً به في المستدرك من حديث جابر وصححه قال: «وحّول رداءه ليتحّول القحط»[(٢)]. وفي طوالات الطبراني من حديث أنس «وقلب رداءه لكي ينقلب القحط إلى الخصب»[(٣)] وفي مسند إسحق «لتتحول السنة من الجدب إلى الخصب»[(٤)] ذكره من قول وكيع قوله: **(لأنه لاستنزال الرحمة وإنما تنزل عليهم اللعنة)** أورد عليه أنه إن أريد الرحمة الخاصة فممنوع، وإنما هو لاستنزال الغيث الذي هو الرحمة العامة لأهل الدنيا والكافر من أهلها. هذا ولكن لا يمكنون من أن يستسقوا وحدهم لاحتمال أن يسقوا فقد يفتن به ضعفاء العوام، والله الموفق.

يبتلي بذلك تأسياً به عليه الصلاة والسلام، والجواب عن الأول أنه ليس تعليلاً في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين، وذلك لأن ما رواه محمد يدل على القلب، وما روى أنس يدل على أنه لا تحويل فيه فتعارضا فصير إلى ما بعدهما من الحجة وهو القياس، والمصنف لم يتعرض لذكره لتقدم ذكره. وعن الثاني بأن النبي ﷺ يجوز أن يكون علم بالوحي أن الحال ينقلب إلى الخصب متى قلب الرداء، وهذا مما لا يتأتى من غيره فلا فائدة في التأسي ظاهراً فيما ينفيه القياس. وقوله: **(ولا يقلب القوم أرديتهم)** قيل هو بالتشديد لأن فيه تكثيراً بخلاف الأول. وقوله: **(لأنه لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام أمرهم بذلك)** فيه نظر لأنه استدلال بالنفي وهو باطل لأنه احتجاج بلا دليل، ومثل هذا صنع في آخر باب الكسوف حيث قال: لأنه لم ينقل. والجواب أن التعليل بالنفي لا يصح إذا لم تكن العلة متعينة، أما إذا كانت فلا بأس به لأن انتفاء العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم، ألا ترى إلى قول محمد في ولد المغصوب إنه لا يضمن لأن الغصب لم يرد عليه وموضعه أصول الفقه فإن قيل: قد روى أن القوم قلبوا أرديتهم حين رأوا قلب النبي ﷺ ولم ينكر عليهم. أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعال حين رأوه عليه الصلاة والسلام خلع نعليه في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا، وإنما لم ينكر عليهم لأنه ليس بحرام بلا خلاف، وإنما الكلام في كونه سنة، وقوله: **(ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء)** ظاهر، وإنما يخرج المسلمون ثلاثة أيام ولم ينقل أكثر من ذلك. قيل يستحب للإمام أن يأمر الناس بصيام ثلاثة أيام، وما أطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي، ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين لله، ويستحب إخراج الدواب.

قوله: **(وما روى أنس رضي الله عنه يدل على أنه لا تحويل فيه)** أقول: بل هو ساكت عنه قوله: **(وعن الثاني أن النبي ﷺ يجوز أن يكون علم بالوحي الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الأصل في أفعاله ﷺ أن يكون شرعاً عاماً ما لم يثبت دليل الخصوص

---

(١) تقدم في الذي قبله.

تنبيه: واعترض الزيلعي وابن حجر في الدراية على صاحب الهداية: بأنه ﷺ وإن لم يأمرهم صريحاً بتحويل الأردية، لكن فيه إقراره لهم على ذلك كما في رواية أحمد، ثم هو طالما قلب رداءه، فهو سنة إلا أن يرد تخصيص، وهذا الأخير غير موجود. فما ذهب إليه الزيلعي وابن حجر سديد، لكن عدم أمره لهم ﷺ يفيد عدم تأكد سنية ذلك وإنما هو مستحب تأسياً بالنبي ﷺ. والله تعالى أعلم.

(٢) أخرجه الحاكم ١/ ٣٢٦ والبيهقي ٣/ ٣٥١ كلاهما من حديث جعفر الصادق عن محمد الباقر عن جابر.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووقع في التلخيص للذهبي: غريب عجيب صحيح.

وأما البيهقي فقال: وروى هذا الحديث غير عيسى بن الطباع فلم يذكر فيه جابراً. وجعله من قوله أبي جعفر. ثم ساق إسناده وكذا الدارقطني ٢/ ٦٦ كلاهما عن أبي جعفر به مرسلاً. لكن رواه الطبراني من وجه آخر عن أنس، ولا مانع أن يتكلم جابر أو أنس بذلك، فلا غرابة وإسناده حسن، وكونه من قول أبي جعفر لا ينفي كونه ورد عن جابر أو أنس فتنبه والله أعلم.

(٣) تقدم في الذي قبله.

(٤) أنس وكيع أسنده البيهقي ٣/ ٣٥١ عن إسحاق بن راهويه عن وكيع قوله.

باب صلاة الخوف

(إذا اشتد الخوف جعل الإمام الناس طائفتين: طائفة إلى وجه العدو، وطائفة خلفه، فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين، فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة إلى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة، فيصلي بهم

باب صلاة الخوف

أوردها بعد الاستسقاء لأنها وإن اشتركا في أن شرعيتهما بعارض خوف لكن سبب هذا الخوف في الاستسقاء سماوي وهنا اختياري للعباد، وهو كفر الكافر وظلم الظالم، ولأن أثر العارض في الاستسقاء في أصل الصلاة وهنا في وصفها قوله: **(إذا اشتد الخوف)** اشتداده ليس بشرط بل الشرط حضور عدو أو سبع، فلو رأوا سواداً ظنوه عدواً صلوها، فإن تبين كما ظنوا جازت لتبين سبب الرخصة، وإن ظهر خلافه لم تجز، إلا إن ظهر بعد أن انصرفت الطائفة من نوبتها في الصلاة قبل أن تتجاوز الصفوف فإن لهم أن يبنوا استحساناً كمن انصرف على ظن الحدث يتوقف الفساد إذا ظهر أنه لم يحدث على مجاوزة الصفوف، ولو شرعوا بحضرة العدو فذهب لا يجوز لهم الانحراف والانصراف لزوال سبب الرخصة، ولو شرعوا في صلاتهم ثم حضر جاز الانحراف لوجود المبيح، واعلم أن صلاة الخوف على الصفة المذكورة إنما تلزم إذا تنازع القوم في الصلاة خلف الإمام، أما إذا لم يتنازعوا فالأفضل أن يصلي بإحدى الطائفتين تمام الصلاة، ويصلي بالطائفة الأخرى إمام آخر تمامها قوله: **(فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين)** من الرباعية إن كان مسافراً أو كانت الفجر أو الجمعة أو العيد قوله: **(مضت هذه الطائفة)** يعني مشاة، فإن ركبوا في ذهابهم فسدت صلاتهم قوله: **(وجاءت الطائفة الأولى إلى قوله: لأنهم مسبوقون)** يدخل في هذا المقيم خلف المسافر حتى يقضي ثلاث ركعات بلا قراءة إن كان من الطائفة الأولى، وبقراءة إن كان من الثانية قوله: **(والأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه الخ)** روى أبو داود عن خصيف الجزري عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود قال «صلى رسول الله ﷺ فقاموا صفا خلفه وصفا مستقبل العدوّ فصلى بهم ﷺ ركعة، ثم جاء الآخرون فقاموا في مقامهم واستقبل هؤلاء العدو فصلى بهم ﷺ ركعة، ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة وسلموا، ثم ذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدو، ورجع أولئك إلى مقامهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا»(١) وأعلّ

باب صلاة الخوف

وجه المناسبة بين البابين أن شرعية كل منهما لعارض خوف، وقدم الاستسقاء لأن العارض ثمة انقطاع المطر وهو سماوي وهاهنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر، وصورة صلاة الخوف ما ذكر في الكتاب وقوله: **(إذا اشتد الخوف)** ليس اشتداد الخوف شرطاً عند عامة مشايخنا. قال في التحفة: سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد. وقال فخر الإسلام في مبسوطه: المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف، لأن حضرة العدو أقيم مقام الخوف على ما عرف من أصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لأن السفر سبب

قوله: **(فإن قيل قد روى أن القوم قلبوا أرديتهم الخ)** أقول: يعني فلم تكن العلة متعينة قوله: **(أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعال الخ)** أقول: فيه أنه ثبت فيه دليل الخصوص على ما بين في الأصول

---

(١) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ١٢٤٤ والطحاوي في المعاني ١/ ٣١١ والدارقطني ٢/ ٩١ - ٩٢ والبيهقي ٣/ ٢٦١ وابن أبي شيبة ٢/ ١١٥ وأحمد ١/ ٣٧٥ - ٤٠٩ كلهم من طريق ضعيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود به.
وقال البيهقي: أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ابن مسعود وخصيف ليس بالقوي.
وقال المحقق اليماني في تعليقه على الدراية ١/ ٢٢٧: قال السبكي في المنهل: لكن أبو عبيدة ثقة أخرج له البخاري محتجاً به في غير موضع، وروى له مسلم وغيره، وقال أبو داود: كان أبو عبيدة يوم مات أبوه ابن سبع سنين مميزاً، وابن سبع سنين يحتمل السماع والحفظ، وخصيف، وثقة أبو زرعة والعجلي ويحيى وابن سعد، وقال النسائي: صالح اهـ وشاهده الآتي يقوي.

الإمام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا، وذهبوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة) لأنهم لاحقون (وتشهدوا وسلموا ومضوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى

بأبي عبيدة لم يسمع من أبيه وخصيف ليس بالقوي. قيل: ويمكن أن يحمل على حديث ابن عمر في الكتب الستة واللفظ للبخاري قال «غزوت مع رسول الله ﷺ قبل نجد، فوازينا العدو فصاففناهم، فقام رسول الله ﷺ يصلي لنا، فقامت طائفة معه فصلى وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله ﷺ بمن معه وسجد سجدتين ثم انصرفوا مكان الطائفة الأولى التي لم تصل، فجاءوا فركع رسول الله ﷺ بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم، فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين ثم سلم[1]، [فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين][2] ولا يخفى أن كلاً من الحديثين إنما يدل على بعض المطلوب وهو مشي الطائفة الأولى وإتمام الطائفة الثانية في مكانها من خلف الإمام وهو أقل تغيراً. وقد روي تمام صورة الكتاب موقوفاً على ابن عباس من رواية أبي حنيفة، ذكره محمد في كتاب الآثار، وساق إسناد الإمام، ولا يخفى أن ذلك مما لا مجال للرأي فيه لأنه تغيير بالمنافي في الصلاة فالموقوف فيه كالمرفوع قوله: (وأبو يوسف) روي عن أبي يوسف جوازها مطلقاً، وقيل هو قول الأول، وصفتها عنده فيما إذا كان العدو في جهة القبلة أن يحرموا مع الإمام كلهم ويركعوا، فإذا سجد سجد معه الصف الأول والثاني يحرسونهم، فإذا رفع رأسه تأخر الصف الأول وتقدم الثاني، فإذا سجد سجدوا معه، وهكذا يفعل في كل ركعة. والحجة عليه ما روينا من حديث ابن عمر وابن مسعود[3]، وقال سبحانه **(فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك)** جعلهم سبحانه طائفتين، وصرح بأن بعضهم فاته شيء من الصلاة معه وعلى ما ذكره لم يفتهم شيء. وقول الشافعي: إذا رفع رأسه من السجدة الثانية انتظر هذه الطائفة حتى تصلي ركعتها الثانية وتسلم وتذهب وتأتي الأخرى فيصلي بهم ركعته الثانية، فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية انتظر هذه الطائفة حتى تصلي ركعتها الثانية وتشهد وسلم وسلموا معه. ومذهب مالك هذا أيضاً إلا أنه يتشهد ويسلم ولا ينتظرهم فيصلون ركعتهم بعد تسليمه، والكل من فعله عليه الصلاة والسلام مقبول، ورجحنا نحن ما ذهبنا إليه من الكيفية بأنه أوفق بالمعهود استقراره شرعاً في الصلاة، وهو أن لا يركع المؤتم ويسجد قبل الإمام للنهي عنه[4]، وأن لا ينقلب موضوع الإمامة حيث ينتظر الإمام المأموم. وروي عنه أنها ليست

المشقة فأقيم مقامها، فكذا حضرة العدو ههنا سبب الخوف أقيم مقام حقيقة الخوف. قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب إنما يحتاج إليها إذا تنازع القوم في الصلاة خلف الإمام فقال كل طائفة منهم نحن نصلي معك، وأما إذا لم يتنازعوا فالأفضل أن يصلي الإمام بطائفة تمام الصلاة ويرسلهم إلى وجه العدو ويأمر رجلاً من الطائفة التي كانت بإزاء العدو أن يصلي بهم تمام صلاتهم أيضاً وتقوم التي صلت مع الإمام بإزاء العدو. وقوله: **(وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها)** أي كونها مشروعة، وكان يقول أولاً مثلما قالا ثم رجع وقال: كانت مشروعة في حياة النبي ﷺ خاصة لقوله تعالى **﴿وإذا كنت فيهم﴾** الآية، لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه عليه الصلاة والسلام، وقد ارتفع ذلك بعده عليه الصلاة والسلام، وكل طائفة تتمكن من أداء الصلاة بإمام على حدة، فلا يجوز أداؤها بصفة الذهاب والمجيء. وقوله: **(بما روينا)** يريد به قوله، والأصل

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٤٢ و١٤٣٢ و٤١٣٣ ومسلم ٨٣٩ وأبو داود ١٢٤٣ والترمذي ٥٦٤ والنسائي ٣/ ١٧١ والدارمي ١/ ٣٥٧ - ٣٥٨ وعبد الرزاق ٤٢٤١ وأحمد ٢/ ١٤٧ . ١٤٨ . ١٥٠ والطحاوي ١/ ٣١٢ والدارقطني ٢/ ٥٩ وابن خزيمة ١٣٤٩ وابن حبان ٢٨٧٩ والبيهقي ٣/ ٢٦٣ والبغوي ١٠٩٢ كلهم من حديث ابن عمر. وهو عند ابن ماجه ١٢٥٨ لكنه جعله مرفوعاً قولاً لا فعلاً كرواية الجماعة.

(٢) هذه زيادة مقحمة ليست في نصب الراية ولا كتب الحديث. والمراد بالزيادة ما بين القوسين.

(٣) حديث ابن عمر هو المتقدم. وحديث ابن مسعود تقدم قبله.

(٤) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٦٩١ وغيره من حديث أبي هريرة: أما يخشى أحدكم إذا رفع رأسه قبل الإمام أن يجعل الله رأسه رأس حمار، أو يجعل الله صورته صورة حمار.

وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة) لأنهم مسبوقون (وتشهدوا وسلموا) والأصل فيه رواية ابن مسعود «أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى صلاتا الخوف على الصفة التي قلنا». وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال: (وإن كان الإمام مقيماً صلى بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية ركعتين) لما روي «أنه عليه الصلاة

مشروعة إلا في زمن رسول الله ﷺ[1] لقوله تعالى: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة﴾ [النساء ١٠٢] الآية. شرط لإقامتها كونه فيهم فلا تجوز إذا لم يكن فيهم. قال في النهاية: لا حجة لمن تمسك بها لما عرف من أصلنا أن المعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدم الشرط بل هو موقوف على قيام الدليل، فإذا قام على وجود الحكم لزم وقد قام هنا، وهو فعل الصحابة رضوان الله عليهم بعد وفاته عليه الصلاة والسلام انتهى، ولا يخفي أن استدلال أبي يوسف ليس باعتبار مفهوم الشرط ليدفع بأنه ليس بحجة، بل بأن الصلاة مع المنافي لا تجوز في الشرع، ثم إنه أجازها في صورة بشرط فعند عدمه تبقى على ما كان من عدم الشرعية لا أن عدم الشرعية عند عدمه مدلول للتركيب الشرطي فالجواب الحق أن الأصل كما انتفى بالآية حال كونه فيهم كذلك انتفى بعده بفعل الصحابة من غير نكير، فدل إجماعهم على علمهم من جهة الشارع بعدم اختصاصها بحال كونه فيهم، فمن ذلك ما في أبي داود: أنهم غزوا مع عبد الرحمن بن سمرة كابل فصلى بنا صلاة الخوف. وروي أن علياً صلاها يوم صفين، وصلاها أبو موسى الأشعري بأصبهان، وسعد بن أبي وقاص في حرب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسألها سعيد بن العاص أبا سعيد الخدري فعلمه فأقامها[2]. وما في البخاري في تفسير سورة البقرة عن نافع: أن ابن عمر كان إذا سئل عن صلاة الخوف قال: يتقدم الإمام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينهم وبين العدو لم يصلوا، فإذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون، ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الإمام وقد صلى ركعتين، فيقوم كل واحد من الطائفتين فيصلون لأنفسهم ركعة بعد أن ينصرف الإمام، فيكون كل واحد من الطائفتين قد صلى ركعتين، فإن كان خوف هو أشد من ذلك صلوا رجالاً قياماً على أقدامهم أو ركباناً مستقبلي القبلة أو غير مستقبليها[3]. وفي الترمذي عن سهل[4] بن أبي حثمة أنه قال في صلاة الخوف قال: يقوم الإمام[5] الحديث.

فيه رواية ابن مسعود «أن النبي ﷺ صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا. قلنا بعض الشارحين: هذا في غاية البعد عن التحقيق، لأن أبا يوسف لم ينكر شرعيتها في زمنه عليه الصلاة والسلام، فكيف تكون صلاته عليه الصلاة والسلام حجة على أبي يوسف؟ والجواب أنه حجة على أبي يوسف من حيث الدلالة لا من حيث العبارة، وذلك لأن السبب هو الخوف، وهو يتحقق بعد رسول الله ﷺ كما كان في حياته، ولم يكن لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه الصلاة والسلام لأن ترك المشي

قوله: (قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (والجواب أنه حجة على أبي يوسف من حيث الدلالة الخ) أقول: لأبي يوسف أن يمنع كون المناط الخوف فقط لم لا يجوز أن يكون هو ونيل فضيلة الصلاة خلفه ﷺ كما هو الظاهر من التعليق.

---

(١) هذا منقول عن أبي يوسف كما ذكر صاحب الهداية، وكذا أورده الزيلعي في ٢/ ٢٤٤ وقال: وتبعه على ذلك المزني.

(٢) هذه الآثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٤٥.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٣٥ عن ابن عمر به. وفي آخره: قال مالك: قال نافع: لا أرى ابن عمر ذكر ذلك إلا عن النبي ﷺ.

(٤) وقع في الأصل: سهم. والصواب ما أثبته.

(٥) حسن. أخرجه الترمذي ٥٦٥ وابن ماجه ١٢٥٩ والطحاوي ١/ ٣١٣ كلهم من حديث صالح بن خوّات عن سهل بن أبي حَثْمَة موقوفاً عليه، ثم كرره ابن ماجه والترمذي ٥٦٦ من طريق شعبة عن سهل بن أبي حَثْمة مرفوعاً، وكذا الطحاوي. وقال الترمذي: حسن صحيح. لم يرفعه يحيى ابن سعيد الأنصاري ورفعه شعبة.

قلت: شعبة ثقة ثبت، وهي زيادة منه والزيادة عن الثقة مقبولة، ومثله لا يعرف إلا توقيفاً فالحديث حسن إن شاء الله.

والسلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين» **(ويصلي بالطائفة الأولى من المغرب ركعتين، وبالثانية ركعة واحدة)** لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن. فجعلها في الأولى أولى بحكم السبق **(ولا يقاتلون في حال الصلاة، فإن**

فالصيغتان في الحديثين صيغة الفتوى لا إخبار عما كان عليه الصلاة والسلام فعل وإلا لقالا: قام عليه الصلاة والسلام فصف خلفه الخ دون أن يقول يقوم الإمام، ولذا قال مالك في الأول: قال نافع: لا أرى عبد الله بن عمر ذكر ذلك إلا عن رسول الله ﷺ. وقال محمد بن بشار في الثاني: سألت يحيى بن سعيد القطان عن هذا الحديث فحدثني عن شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن صالح بن خوّات عن سهل بن أبي حثمة عن النبي ﷺ بمثل حديث يحيى بن سعيد الأنصاري، قال الترمذي: حسن صحيح: لم يرفعه يحيى بن سعيد الأنصاري عن القاسم بن محمد ورفعه شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد وحينئذ لا يخفي أن قول المصنف فهو محجوج بما روينا ليس بشيء لأن أبا يوسف أخبر بما روى عنه عليه الصلاة والسلام ثم يقول لا تصلي بعده[1] قوله: **(لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين»)** أخرج أبو داود عن أبي بكرة قال «صلى النبي ﷺ في خوف الظهر فصف بعضهم خلفه وبعضهم بإزاء العدو فصلى ركعتين ثم سلم، فانطلق الذين صلوا معه فوقفوا موقف أصحابهم ثم جاء أولئك فصلوا خلفه فصلى بهم ركعتين ثم سلم، فكانت لرسول الله ﷺ أربعاً ولأصحابه ركعتين»[2] وروى مسلم في صحيحه عن جابر قال «أقبلنا مع رسول الله ﷺ حتى إذا كنا بذات الرفاع قال: كنا إذا أتينا على شجرة ظليلة تركناها لرسول الله ﷺ. قال: فجاء رجل من المشركين وسيف رسول الله ﷺ معلق بشجرة فأخذه فاخترطه ثم قال لرسول الله ﷺ: من يمنعك مني؟ قال: الله يمنعني منك، قال فتهدده أصحاب رسول الله ﷺ. فأغمد السيف وعلقه قال: ثم نودي بالصلاة فصلى بطائفة ركعتين ثم تأخروا. وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين. قال: فكانت لرسول الله ﷺ أربع ركعات والقوم ركعتان»[3] فهذان الحديثان هما المعول عليه في هذه المسئلة، وعلى اعتبار الأول لا يكون مقيماً لأنه صرح بالسلام فيه على رأس الركعتين. ومطلوب المصنف أنه إذا كان مقيماً فعل ذلك، وإن اعتبر الثاني فليس فيه أنها الظهر وإن حمل عليه حملاً له على حديث أبي بكرة[4].

والاستدبار في الصلاة فريضة والصلاة خلفه فضيلة، ولا يجوز ترك الفرض لإحراز الفضيلة، والخطاب للرسول قد لا يختص به كما في قوله تعالى ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف إلى قيام الدليل، وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبي ﷺ، فإنه روى عن سعد بن أبي وقاص وأبي عبيدة بن الجراح وأبي موسى الأشعري أقاموا صلاة الخوف بأصفهان، وكذا روى عن سعيد بن أبي العاص أنه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع. وقوله: **(ويصلي بالطائفة الأولى من المغرب ركعتين)** مذهبنا. وقال الثوري بالعكس لأن فرض القراءة في الركعتين الأوليين فينبغي أن يكون لكل طائفة في ذلك حظ. وقوله: **(لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن)** معناه: أنه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة الأولى نصف ركعة والركعة الواحدة

---

(١) يعني هذه الأحاديث ما خفيت على أبي يوسف وإنما فهم من الآيات والأحاديث كونها خاصة في النبي ﷺ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٢٤٨ والنسائي ٣/ ١٧٨ والطحاوي ١/ ٣١٥ والحاكم ١/ ٣٣٧ والبيهقي ٢٦٠٣ كلهم عن الحسن عن أبي بكرة به وكذا الطيالسي ٨٧٧ قال أبو داود عقبه: وبذلك كان يفتي الحسن.
وقال الحاكم: سمعت أبا علي الحافظ يقول: هذا حديث غريب.
قال الحاكم: وإنه صحيح على شرطهما، وسكت الذهبي، ويقويه حديث مسلم الآتي وقد صححه الزيلعي في ٢/ ٢٤٦.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٨٤٣ وعلقه البخاري ١٤٣٦ وأخرجه أحمد ٣/ ٣٦٤ وابن أبي شيبة ٢/ ٤٦٤ وابن خزيمة ١٣٥٢ والدارقطني ٢/ ٦٠. ٦١ وابن حيان ٢٨٨٢ و٢٨٨٤ والبغوي ١٠٩٥ والبيهقي ٣/ ٢٥٩ من طرق كلهم من حديث جابر. وهو صحيح رواته عن جابر ثلاثة من التابعين وهم: سليمان اليشكري وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن.

(٤) تقدم قبل حديث واحد.

فعلوا بطلت صلاتهم) لأنه عليه الصلاة والسلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق. ولو جاز الأداء مع القتال لما

وغاية الأمر أنه سكت فيه عن تسمية الصلاة وعن السلام على رأس كل ركعتين لزم كونه في السفر لأنها غزوة ذات الرقاع ثم يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل، وإن لم يحمل عليه لزم إما اقتداء المفترض بالمتنفل في الآخريين. أو جواز الإتمام في السفر، أو خلط النافلة بالمكتوبة قصداً، والكل ممنوع عندنا، والأخير مكروه فلا يحمل عليه فعله عليه الصلاة والسلام. واختار الطحاوي في حديث أبي بكرة أنه كان في وقت كانت الفريضة تصلى مرتين، وتحقيقه ما سلف في باب صفة الصلاة فارجع إليه. وإلى الآن لم يتم دليل على المسئلة من السنة، والأولى فيه التمسك بالدلالة فإنه لما شطرت الصلاة بين الطائفتين في السفر غير المغرب كذلك في الحضر عند تحقق السبب وهو الخوف، لكن الشطر في الحضر ركعتان فيصلي بالأولى ركعتين وبالثانية ركعتين قوله: **(فجعلها في الأولى أولى)** أي يترجح، وإذا ترجح عند التعارض فيها لزم اعتباره، فلذا لو أخطأ فصلى بالطائفة الأولى ركعة بالثانية ركعتين فسدت على الطائفتين، أما الأولى فلانصرافهم في غير أوانه. وأما الثانية فلأنهم لما أدركوا الركعة الثانية صاروا من الطائفة الأولى لإدراكهم الشفع الأول وقد انصرفوا في أوان رجوعهم فتبطل والأصل أن الانصراف في أوان العود مبطل والعود في أوان الانصراف لا يبطل لأنه مقبل والأول معرض فلا يعذر إلا في المنصوص عليه وهو الانصراف في أوانه، ولو أخر الانصراف ثم انصرف قبل أوان عوده صح لأنه أوان انصرافه ما لم يجيء أوان عوده. ولو جعلهم ثلاث طوائف وصلى بكل طائفة ركعة فصلاة الأولى فاسدة وصلاة الثانية والثالثة صحيحة. والمعنى ما قدمنا، وتقضي الثانية الثالثة أولاً بلا قراءة لأنهم لاحقون فيها وتشهدوا. ثم الركعة الأولى بقراءة لأنهم مسبوقون والمسبوق لا يقضي ما سبق به حتى يفرغ من قضاء ما أدركه. ولو صلى بالأولى ركعة وبالثانية ركعة ثم بالأولى ركعة فسدت صلاة الأولى أيضاً لما قلنا، وكذا تفسد صلاة الطائفتين في الرباعية إذا صلى بكل ركعة، وعلى هذا لو جعلهم أربعاً في الرباعية وصلى بكل ركعة فسدت صلاة الأولى والثالثة دون الثانية والرابعة، ثم تقضي الطائفة الثانية الثالثة والرابعة أولاً بغير قراءة، ثم الأولى بقراءة والطائفة الرابعة تقضي ركعتين بقراءة، ويتخير من في الثالثة لأنهم مسبوقون بثلاث ركعات، ولو جعلهم طائفتين فصلى بالأولى ركعتين فانصرفوا إلا رجلاً منهم فصلى الثالثة مع الإمام ثم انصرف فصلاته تامة لأنه من الطائفة الأولى وما بعد الشطر الأول إلى الفراغ أوان انصرافهم، وكذا لو انصرف بعد الرابعة قبل القعود، ولو انحرف بعد التشهد قبل السلام لا تفسد وإن كان في غير أوانه لأنه أوان عود الطائفة الأولى وهو منهم لكنها لا تفسد لانتهاء الأركان حتى لو بقي عليه شيء بأن كان مسبوقاً بركعة فسدت، وصلاة الإمام جائزة بكل حال لعدم المفسد في حقه قوله: **(ولو جاز الأداء مع القتال لما تركها)** قيل فيه نظر لأن صلاة الخوف إنما شرعت في الصحيح بعد الخندق فلذا لم يصلها إذ ذاك. وقوله في الكافي: إن صلاة الخوف بذات الرقاع وهي قبل الخندق هو قول ابن إسحق وجماعة أهل السير في تاريخ هذه الصلاة وهذه الغزوة. واستشكل بأنه قد تقدم في طريق حديث الخندق للنسائي التصريح بأن تأخير الصلاة يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف. ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق والبيهقي والشافعي والدارمي وأبو يعلى الموصلي كلهم عن ابن أبي ذئب عن سعيد المقبري عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه «حبسنا يوم الخندق» فذكره إلى أن قال «وذلك قبل أن تنزل **﴿فرجالاً أو ركباناً﴾**

لا تتجزأ فثبت في كلها بحكم السبق. وقال الشافعي: إن شاء صلى مثل مذهبنا وإن شاء صلى مثل مذهب الثوري **(ولا يقاتلون في حال الصلاة، فإن فعلوا ذلك بطلت صلاتهم)** وقال مالك: لا تفسد، وهو قول الشافعي في القديم لظاهر قوله تعالى **﴿وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم﴾** والأمر بأخذ السلاح في الصلاة لا يكون إلا للقتال به. ولنا ما ذكره «أن النبي ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الأحزاب» فلو جاز الأداء مع القتال لما تركها. والأمر بأخذ الأسلحة لكي لا يطمع العدو فيهم إذا رآهم

تركها (فإن اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود إلى أي جهة شاءوا إذا لم يقدروا على التوجه

[البقرة ٢٣٩][1] انتهى، وهذا لا يمس ما نحن فيه لأن الكلام في الصلاة حالة القتال، وهذه الآية تفيد الصلاة راكباً للخوف ونحن نقول به وهي المسئلة التي بعد هذه ولا تلازم بين الركوب والقتال، فالحق أن نفس صلاة الخوف بالصفة المعروفة من الذهاب والإياب إنما شرعت بعد الخندق، وأن غزوة ذات الرقاع بعد الخندق، ثم لا يضرنا في مدعي المصنف في هذه المسئلة، أما الأول فقد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام صلى بعسفان صلاة الخوف كما قال أبي هريرة «كان رسول الله ﷺ نازلاً بين ضجنان وعسفان فحاصر المشركين فقال المشركون: إن لهؤلاء صلاة هي أحب إليهم من آبنائهم وأموالهم، أجمعوا أمركم ثم ميلوا عليهم ميلة واحدة، فجاء جبريل فأمره أن يقسم أصحابه نصفين»[2] وذكر الحديث. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وفي رواية أبي عياش الزرقي: «كنا مع رسول الله ﷺ فصلى بنا الظهر وعلى المشركين يومئذ خالد فساقه وقال فنزلت صلاة الخوف بين الظهر والعصر، وصلى بنا العصر ففرقنا فرقتين»[3] الحديث، رواه أحمد وأبو داود والنسائي. ولا خلاف أن غزوة عسفان كانت بعد الخندق، وأما الثاني فقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام صلى صلاة الخوف اثبات الرقاع»[4] على ما ذكرناه من رواية مسلم عن جابر، فلزم أنها بعد الخندق وبعد عسفان. ويؤيد هذا أن أبا هريرة وأبا موسى الأشعري شهدا غزوة ذات الرقاع كما في الصحيحين عن أبي موسى «أنه شهد غزوة ذات الرقاع، وأنهم كانوا يلفون على أرجلهم الخرق لما نقبت فسميت غزوة ذات الرقاع»[5]، وفي مسند أحمد والسنن «أن مروان بن الحكم سأل أبا هريرة: هل صليت مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف؟ قال نعم، قال متى؟ قال عام غزوة نجد»[6] وهذا يدل على أنها بعد غزوة خيبر، فإن إسلام

غير مستعدين أو ليقاتلوا بها إذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلاة وقوله: (فإن اشتد الخوف) بأن لا يدعهم العدو أن يصلوا نازلين بل يهجمونهم بالمحاربة (صلوا ركباناً الخ) فيه إشارة إلى أن اشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركباناً فرادى مومئين لا شرط

(١) صحيح. أخرجه الدرامي ١/٣٥٨ برقم ١٤٩٢ والنسائي ٢/١٧ وأحمد ٣/٢٥ وأبو يعلى ١٢٩٦ والبيهقي ٣/٢٥١ كلهم من حديث أبي سعيد بأتم منه وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات رجال مسلم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٣٠٣٥ والنسائي ٣/١٧٤ وأحمد ٢/٥٢٢ وابن حبان ٢٨٧٢ والطبري ١٠٣٤٢ كلهم من حديث أبي هريرة. وتمامه: فيصلي بهم، وتقوم طائفة أخرى وراءهم، وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم، ثم يأتي الآخرون ويصلون معه ركعة واحدة، ثم يأخذ هؤلاء حذرهم وأسلحتهم، فتكون لهم ركعة، ولرسول الله ﷺ ركعتان.

قال الترمذي: حسن غريب.

قلت: رجاله رجال مسلم غير سعيد بن عبيد الهنائي روى له الترمذي والنسائي وقال في التقريب: لا بأس به. ويشهد له ما بعده فالحديث حسن والله تعالى أعلم.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ١٢٣٦ والنسائي ٣/١٧٦ . ١٧٧ والدارقطني ٣/٦٠ والحاكم ١/٣٣٧ . ٣٣٨ وابن حبان و٢٨٧٦ والطحاوي ١/٣٨٨ والبيهقي ٣/٢٥٤ . ٢٥٥ والطبري ١٠٣٢٣ والبغوي ١٠٩٦ وكذا الطيالسي ١٣٤٧ وابن أبي شيبة ٢/٤٦٥ وأحمد ٤/٦٠ وكرره ابن حبان ٢٨٧٥ كلهم من حديث مجاهد عن أبي عياش الزُرقي بأتم منه وقال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي، وكذا صححه البيهقي حيثَ قال: إسناده صحيح إلا أن بعضهم يشك في سماع مجاهد من أبي عياش. ثم أسنده عن مجاهد فقال: حدثنا أبو عياش. وكذا صرح مجاهد بالتحديث عند ابن حبان وصححه ابن حبان. حيث قال: ذكر الخبر المدحض قول من زعم أن مجاهداً لم يسمع هذا الخبر من أبي عياش.

وقال الحافظ في الإصابة ٤/١٤٣: إسناده جيد.

(٤) صحيح. أخرجه الإمام مسلم ٨٤٣ وغيره وتقدم قبل أربعة أحاديث مع لفظه بتمامه.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٤١٢٨ ومسلم ١٨١٦ كلاهما عن أبي بردة عن أبي موسى به.

تنبيه: أدرج المصنف شهود أبي هريرة وأبي موسى معاً لغزوة ذات الرقاع، والصواب أن حديث أبي هريرة ليس في الصحيحين. وإنما رواه أصحاب السنن وهو الآتي. لأن غزوة ذات الرقاع هي غزوة نجد.

(٦) جيد، أخرجه أبو داود ١٢٤١ والنسائي ٣/١٧٣ وابن حبان ٢٨٧٨ وابن خزيمة ١٣٦١ و١٣٦٢ والطحاوي ١/٣١٤ وأحمد ٢/٣٢٠ والبيهقي ٣/٢٦٤ كلهم من حديث عروة عن أبي هريرة بأتم منه وإسناده جيد فيه ابن إسحق لكنه صرح بالتحديث وقد توبع.

فقد أخرجه أبو داود ١٢٤٠ والحاكم ١/٣٣٨ . ٣٣٩ عن عروة عن أبي هريرة نحوه وفيه حيوة وهو ثقة ثبت كما في التقريب.

إلى القبلة) لقوله تعالى **﴿فإن خفتم فرجالاً أو ركباناً﴾** [البقرة: ٢٣٩] وسقط التوجه للضرورة. وعن محمد أنهم المصلون بجماعة. وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان.

أبي هريرة رضي الله عنه كان في غزوة خيبر وهي بعد الخندق، فهي بعد ما هو بعد، فمن جعلها قبل الخندق فقد وهم، وأما الثالث فلما ذكرناه، وتوضيحه أن المدعي أن لا تصلي حالة المقاتلة والمسابقة، هذا مما يدل عليه تأخيره الصلاة يوم الخندق، إذ لو جازت في تلك الحالة لم يؤخروا لمشروع بعدها من صلاة الخوف بالصفة الخاصة لم يفد جوازه، وإن اشتملت الآية على الأمر بأخذ الأسلحة فإنه لا ينفي وجوب الاستئناف إن وقع محاربة، فالقدر المتحقق من فائدة الأمر بأخذ الأسلحة إباحة القتال الذي هو ليس من أعمال الصلاة بل هو من المفسدات، فأفادت حل فعل هذا المفسد بعد أن كان حراماً فيبقى كل ما علم ما لم ينفه ناف. والذي كان معلوماً حرمة مباشرة المفسد وثبوت الفساد بفعله. والقدر الذي يستلزم الأمر بأخذ الأسلحة رفع الحرمة لا غير فيبقى الآخر فتجب الإعادة قوله: **(وإذا اشتد الخوف)** بأن لا يدعهم العدو يصلون نازلين بل يهاجمونهم قوله: **(وعن محمد أنهم يصلون بجماعة)** يعني الركبان قوله: **(لانعدام لاتحاد في المكان)** لكن محمد يقول: قد جوز لهم ما هو أشد من ذلك وهو الذهاب والمجيء والانحراف عن القبلة، والجواب بأن ما ثبت شرعاً مما لا مدخل للرأي فيها لا يتعدى بها، إنما ينتهض إذا كان إلحاق محمد بالقياس لكنه بالدلالة حيث قال: جوز لهم ما هو أشد لكن تمامه موقوف على أن تجوز ما هو أشد شرعاً كان لحاجة فضيلة الجماعة، وهو مما لا يفتقر الاطلاع عليه على أهلية اجتهاد وهو ممنوع، هذا. ولو كان على دابة واحدة جاز اقتداء المتأخر منهما بالمتقدم اتفاقاً.

جواز صلاة الخوف حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلاته لأنه عمل كثير لم يرد فيه نص، بخلاف المشي والذهاب فإنه ورد فيه النص لبقاء التحريمة وإن كانا عملا كثيراً. وعن محمد أنهم يصلون جماعة استحسن ذلك لنيل فضيلة الصلاة بالجماعة، وليس بصحيح لأن اتحاد المكان شرط صحة لاقتداء ولم يوجد إلا أن يكون الرجل مع الإمام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع، والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو ولأن الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم، ولا فرق في هذا بين السبع والعدو.

باب الجنائز

(إذا احتضر الرجل وجه إلى القبلة على شقه الأيمن) اعتباراً بحال الوضع في القبر لأنه أشرف عليه، والمختار في بلادنا الاستلقاء لأنه أيسر لخروج الروح والأول هو السنة **(ولقن الشهادتين)** لقوله ﷺ: «لقنوا موتاكم شهادة أن

باب الجنائز

صلاة الجنازة صلاة من وجه لا مطلقة، ثم هي متعلقة بعارض هو آخر ما يعرض للحيّ في دار التكليف وكل منهما يستقل بمناسبة تأخيرها عن كل الصلوات فكيف وقد اجتمعا. ولهذه الصلاة كغيرها صفة وسبب وشرط وركن وسنن وآداب، أما صفتها ففرض كفاية. وسببها الميت المسلم فإنها وجبت قضاء لحقه. وركبها سيأتي بيانه. وأما شرطها فما هو شرط للصلاة المطلقة وتزيد هذه بأمور سنذكرها. وسننها كونه مكفناً بثلاثة أثواب أو بثيابه في الشهيد، وكون هذا من سنن الصلاة تساهل، وآدابها كغيرها، والجنازة بالفتح الميت وبالكسر السرير. والمحتضر من قرب من الموت. وصف به لحضور موته أو ملائكة الموت، وعلامات الاحتضار أن تسترخي قدماه فلا ينتصبان، ويتعوج أنفه وتنخسف صدغاه، وتمتد جلدة خصيه لانشمار الخصيتين بالموت، ولا يمتنع حضور الجنب والحائض وقت الاحتضار قوله: **(لأنه أيسر)** لم يذكر فيه وجه ولا يعرف إلا نقلاً. والله أعلم بالأيسر منهما، ولا شك أنه أيسر لتغميضه وشد لحييه وأمنع من تقوس أعضائه. ثم إذا ألقى على القفا يرفع رأسه قليلاً ليصير وجهه إلى القبلة دون السماء قوله: **(والأول هو السنة)** أما توجيهه «فلأنه عليه الصلاة والسلام لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور فقالوا توفي وأوصى بثلثه لك، وأوصى أن يوجه إلى القبلة لما احتضر، فقال عليه الصلاة والسلام أصاب الفطرة، وقد رددت ثلثه على ولده»[1] رواه الحاكم. وأما أن السنة كونه على شقه الأيمن فقيل يمكن الاستدلال عليه بحديث النوم في الصحيحين عن البراء بن عازب عنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن وقل: اللهم إني أسلمت نفسي إليك، إلى أن قال: فإن مت مت على الفطرة»[2] وليس فيه ذكر القبلة، وما روى الإمام أحمد عن أم سلمى قالت «اشتكت فاطمة رضي الله عنها شكواها

باب الجنائز

الجنائز جمع جنازة، والجنازة بالكسر السرير، وبالفتح الميت. وقيل هما لغتان. وعن الأصمعي لا يقال بالفتح. ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخراً للمناسبة، إلا أن هذا يقتضي أن يذكر الصلاة في الكعبة قبلها، ولكن أخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك بها حالاً ومكاناً **(إذا احتضر الرجل)** أي قرب من الموت، وقد يقال احتضر إذا مات لأن

باب الجنائز

أي باب صلاة الجنائز وذكر غيرها استطراداً قوله: **(وقوله ثم فيه تحسينه الخ)** أقول: فيكون المراد بالتحسين إزالة قبح المنظر.

---

(١) مرسل جيد. أخرجه الحاكم ١/ ٣٥٤ والبيهقي ٣/ ٣٨٤ كلاهما عن يحيى بن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح فقد احتج البخاري بنعيم بن حماد، واحتج مسلم بالدراوردي، ولا أعلم في توجه المحتضر غير هذا الحديث! وسكت الذهبي! مع أنه مرسل لأن عبد الله بن أبي قتادة تابعي وهو ثقة روى له الجماعة. وأخرجه البيهقي عن عبد الرحمن بن عبد الله بن كعب ابن مالك. وقال البيهقي: وهو مرسل جيد اهـ. فهذا المرسل يعضد المرسل الأول لمجيئه من طريق آخر. لكن يبقى مرسلاً.
تنبيه: وقع للحافظ الزيلعي في ٢/ ٢٥٢، وتبعه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٢٨. ٢٢٩: حيث قالا: عن يحيى بن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه عن أبي قتادة. ودققت في الأمر فرأيته في المستدرك والتلخيص والبيهقي وليس فيه ذكر أبي قتادة. فتنبه. والله أعلم. فهو مرسل.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٣١١ ومسلم ٢٧١٠ وأبو داود ٥٠٤٧ والنسائي في اليوم والليلة ٧٨٠ و٧٨١ و٧٨٢ و٧٨٣ و٧٨٤ و٧٨٥ وأحمد ٤/ ٢٩٢. ٢٩٣ وابن حبان ٥٥٣٦ والبغوي ١٣١٥ كلهم حديث البراء بن عازب. وفيه: وفوضت أمري إليك، وألجأت ظهري إليك رغبة ورهبة إليك، لا ملجأ ولا منجا إلا إليك، آمنت بكتابك الذي أنزلت، وبنبيك الذي أرسلت، واجعله آخر ما تقول، فإن متّ، متّ على الفطرة، فقلت: أستذكرهنّ: وبرسولك الذي أرسلت. فقال: وبنبيك الذي أرسلت.

لا إله إلا الله» والمراد الذي قرب من الموت (فإذا مات شد لحياه وغمض عيناه) بذلك جرى التوارث. ثم فيه تحسينه فيستحسن.

التي قبضت فيها فكنت أمرّضها، فأصبحت يوماً كأمثل ما رأيتها، وخرج عليّ لبعض لحاجته فقالت: يا أمه أعطني ثيابي الجدد، فأعطيتها فلبستها، ثم قالت: يا أمه قدمي لي فراشي وسط البيت، ففعلت واضطجعت فاستقبلت القبلة، وجعلت يدها تحت خدها، ثم قالت: يا أمه إني مقبوضة الآن وقد تطهرت فلا يكشفني أحد، فقبضت مكانها»[1] فضعيف، ولذا لم يذكر ابن شاهين في باب المحتضر من كتاب الجنائز له غير أثر عن إبراهيم النخعي قال «يستقبل بالميت القبلة» وعن عطاء بن أبي رباح نحوه بزيادة «على شقه الأيمن ما علمت أحداً تركه من ميت»، ولأنه قريب من الوضع في المقبر ومن اضطجاعه في مرضه، والسنة فيهما ذلك فكذا فيما قرب منهما. وحديث «لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله»[2] أخرجه الجماعة إلا البخاري عن الخدري، وروي من حديث أبي هريرة وأخرجه مسلم نحوه سواء قوله: (والمراد الذي قرب من الموت) مثل لفظ القتيل في قوله عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً فله سلبه»[3] وأما التلقين بعد الموت وهو في القبر فقيل يفعل لحقيقة ما روينا، ونسب إلى أهل السنة والجماعة وخلافه إلى المعتزلة. وقيل لا يؤمر به ولا ينهى عنه ويقول: يا فلان يا ابن فلان اذكر دينك الذي كنت عليه دار الدنيا شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ولا شك أن اللفظ لا يجوز إخراجه عن حقيقته إلا بدليل فيجب تعيينه، وما في الكافي من أنه إن كان مات مسلماً لم يحتج إليه بعد الموت وإلا لم يفد يمكن جعله الصارف: يعني أن المقصود منه التذكير في وقت تعرض الشيطان وهذا لا يفيد بعد الموت، وقد يختار الشق الأول والاحتياج إليه في حق التذكير لتثبيت الجنان للسؤال فنفى الفائدة مطلقاً ممنوع. نعم الفائدة الأصلية منتفية، وعندي أن مبنى

الوفاة حضرته أو ملائكة الموت. وقوله: (على شقه) أي جنبه (الأيمن اعتباراً بحال الوضع في القبر) فإنه يوضع فيه كذلك بالاتفاق (لأنه أشرف عليه) أي على الوضع في القبر، والشيء إذا قرب من الشيء يأخذ حكمه. وقوله: (ولقن الشهادة) تلقينها أن يقال عنده وهو يسمع، ولا يقال له قل لأن الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله. وقوله: (والمراد الذي قرب من الموت) دفع لوهم من يتوهم أن المراد به قراءة التلقين على القبر كما ذهب إليه بعض فيكون من باب قوله.

---

(١) منكر. أخرجه أحمد ٦/ ٤٦١ وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٢٧٦ . ٢٧٧ كلاهما عن سلمى أم رافع به.
وقال ابن الجوزي عقبه: ورواه عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل مرسلاً. وهذا حديث لا يصح ابن إسحق مجروح شهد بكذبه مالك وسليمان التيمي وهشام بن عروة ويحيى بن سعيد، وقال المديني: يحدث عن المجهولين بأحاديث باطلة. وأما نوح بن يزيد والحكم ابن أسلم فكلاهما متشيع.
وأما مرسل ابن عقيل فضعيف جداً. قال ابن حبان في ابن عقيل: كان رديء الحفظ. ثم إن الغسل إنما يكون لحدث الموت فكيف يغتسل قبل الحدث هذا لا يصح إضافته إلى علي وفاطمة بل يتنزهون عن مثل هذا اهـ.
ونقله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٥٠ . ٢٥١ وزاد: وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: ثم إن الشافعي وأحمد يحتجان في جواز غسل الرجل زوجته، بأن علياً غسل فاطمة رداً على أبي حنيفة. ويعارضه حديث أن علياً وأسماء بنت عميس غسّلا فاطمة.

(٢) صحيح: أخرجه مسلم ٩١٦ وأبو داود ٣١١٤ والترمذي ٩٧٦ والنسائي ٤/ ٥ وابن ماجه ١٤٤٥ وأحمد ٣/ ٣ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٣٨ وابن حبان ٣٠٠٣ والبغوي ١٤٦٥ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد: قال رسول الله ﷺ «لقنوا موتاكم لا إله إلا الله». هذا لفظ مسلم وغيره وليس فيه ذكر الشهادة كما وقع للمصنف. فتنبه والله الموفق.
صحيح. أخرجه مسلم ٩١٧ وابن ماجه ١٤٤٤ وابن الجارود ٥١٣ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٣٧ وابن حبان ٣٠٠٤ والطبراني في الصغير ١١١٩ والبيهقي ٣/ ٣٨٣ كلهم من حديث أبي هريرة. طوله ابن حبان.
وأخرجه النسائي ٤/ ٥ من حديث عائشة: لقنوا هلكاكم قول: لا إله إلا الله.
وأخرجه أبو داود ٣١١٦ والحاكم ١/ ٣٥١ من حديث معاذ: من كان آخر كلامه لا إله إلا الله دخل الجنة. وصححه الحاكم وأقره الذهبي، وهو حسن لكنه صحيح في الجملة، وفي الباب أحاديث.
قلت: رواية مسلم من حديث أبي هريرة هو مثل لفظه من حديث أبي سعيد وليس فيه ذكر الشهادة.

(٣) متفق عليه. يأتي في الجهاد وهو من حديث أبي قتادة.

ارتكاب هذا المجاز هنا عند أكثر مشايخنا هو أن الميت لا يسمع عندهم على ما صرحوا به في كتاب الأيمان في باب اليمين بالضرب، لو حلف لا يكلمه فكلمه ميتاً لا يحنث لأنها تنعقد على ما بحيث يفهم والميت ليس كذلك لعدم السماع، وأورد قوله ﷺ في أهل القليب «ما أنتم بأسمع لما أقول منهم»[١] وأجابوا تارة بأنه مردود من عائشة رضي الله عنها قالت[٢]: كيف يقول ﷺ ذلك والله تعالى يقول: ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ [فاطر ٢٢] ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ [النمل ٨٠] وتارة بأن تلك خصوصية له ﷺ معجزة وزيادة حسرة على الكافرين، وتارة بأنه من ضرب المثل كما قال علي رضي الله عنه. ويشكل عليهم ما في مسلم «إن الميت ليسمع قرع نعالهم إذا انصرفوا»[٣] اللهم إلا أن يخصوا ذلك بأول الوضع في القبر مقدمة للسؤال جمعاً بينه وبين الآيتين فإنهما يفيدان تحقيق عدم سماعهم، فإنه تعالى شبه الكفار بالموتى لإفادة تعذر سماعهم وهو فرع عدم سماع الموتى، إلا أنه على هذا ينبغي التلقين بعد الموت، لأنه يكون حين إرجاع الروح فيكون حينئذ لفظ موتاكم في حقيقته، وهو قول طائفة من المشايخ، أو هو مجاز باعتبار ما كان نظراً إلى أنه الآن حي، إذ ليس معنى الحي إلا من في بدنه الروح، وعلى كل حال يحتاج إلى دليل آخر في التلقين حالة الاحتضار، إذ لا يراد الحقيقي والمجازي معاً ولا مجازيان، وليس يظهر معنى يعم الحقيقي والمجازي يعتبر مستعملاً فيه ليكون من عموم المجاز للتضاد، وشرط إعماله فيهما أن لا يتضادا، ثم ينبغي في التلقين في الاحتضار أن يقال بحضرته وهو يسمع ولا يقال له قل. قالوا: وإذا ظهر منه كلمات توجب الكفر لا يحكم بكفره ويعامل معاملة موتى المسلمين حملاً على أنه في حال زوال عقله. ولذا اختار بعض المشايخ أن يذهب عقله قبل موته لهذا الخوف، وبعضهم اختاروا قيامه حال الموت، والعبد الضعيف مؤلف هذه الكلمات فوّض لمره إلى الرب الغني الكريم متوكلاً عليه طالباً منه جلت عظمته أن يرحم عظيم فاقتي بالموت على الإيمان والإيقان ﴿ومن يتوكل على الله فهو حسبه﴾ [الطلاق ٣] ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ثم يقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله ﷺ[٤]، اللهم يسر عليه أمره، وسهل عليه ما بعده، وأسعده بلقائك، واجعل ما خرج إليه خيراً مما خرج عنه.

إنك ميت. و«من قتل قتيلاً فله سلبه» وقوله: (ثم فيه تحسينه) لأنه إذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في أعين الناس.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٧٦ من من حديث أنس بن مالك عن أبي طلحة بأتم منه. وفيه: قال عمر: يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أرواح لها. فقال رسول الله ﷺ «والذي نفس محمد بيده، ما أنتم بأسمع لما أقول منهم».

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٧٨ و٣٩٧٩ عن عروة عن عائشة به.

(٣) صحيح. هو بعض حديث. أخرجه البخاري ١٣٣٨ و١٣٧٤ ومسلم ٢٨٧٠ من وجوه وأبو داود ٣٢٣١ والنسائي ٤/ ٩٧. ٩٨ وأحمد ٣/ ٢٣٣ وفي السنة ١٣٥٥ و١٣٥٦ وابن حبان ٣١٢٠ والبيهقي ٤/ ٨٠ من طرق كلهم من حديث قتادة عن أنس به مطولاً.

وورد من حديث أبي هريرة بإسناد حسن. أخرجه عن الرزاق ٦٧٠٣ وابن أبي شيبة ٣/ ٣٨٣. ٣٨٤ والطبري في التفسير ١٣/ ٢١٥. ٢١٦ والبيهقي في الاعتقاد ص٢٢٠ وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٥١. ٥٢ وقال: رواه الطبراني في الأوسط وإسناده حسن اهـ. وأشار ابن حبان إلى ثبوته.

(٤) جيد. ورد هنا في حديث ابن عمر. أخرجه أبو داود ٣٢١٣ والترمذي ١٠٤٦ وابن ماجه ١٥٥٠ وأحمد ٢/ ٢٧. ٤٠. ٥٩. ٦٩. ١٢٧. ١٢٨ والحاكم ١/ ٣٦٦ وابن حبان ٣١٠٩ والبيهقي ٤/ ٥٥ كلهم من حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ كان إذا وضع الميت في القبر. قال: بسم الله وعلى ملة رسول الله. وصححه الحاكم وأقره الذهبي، وحسنه الترمذي وأخرجه ابن حبان ٣١١٠ وابن ماجه ١٥٥٣ والبيهقي ٤/ ٥٥ كلهم من حديث ابن عمر: إذا وضعتم موتاكم في اللحد فقولوا: بسم الله وعلى سنة رسول الله. وأخرجه الحاكم ١/ ٣٦٦ من حديث البياضي وقال: هو شاهد لحديث ابن عمر.

قلت: هذا القدر الوارد عن النبي ﷺ، أما في أيامنا فإن الناس يزيدون كلاماً من عندهم، بل يظن بعضهم أنه يرون التلقين المطول المشهور في أيامنا لا يغفر للميت، بل هناك من يقدر العالم أو الشيخ على حسن دعائه للميت أثناء دفنه أو عند الإطعام عنه، فإن كان يحفظ دعاء طويلاً ألفاظه عذبة شهدوا له بالعلم وإلا فلا! نسأل الله عز وجل أن يفقهنا في ديننا، وأن يعلمنا، إنه خير سميع وخير مجيب.

فصل في الغسل

(وإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير) لينصب الماء عنه **(وجعلوا على عورته خرقة)** إقامة لواجب الستر،

فصل في الغسل

غسل الميت فرض بالإجماع إذا لم يكن الميت خنثى مشكلاً فإنه مختلف فيه: قيل ييمم، وقيل يغسل في ثيابه والأول أولى، وسند الإجماع من السنة: قيل ونوع من المعنى، أما السنة فما روى الحاكم في المستدرك من طريق ابن إسحق عن محمد بن ذكوان عن الحسن عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «كان آدم رجلاً أشعر طوالاً كأنه نخلة سحوق فلما حضره الموت نزلت الملائكة بحنوطه وكفنه من الجنة فلما مات عليه الصلاة والسلام غسلوه بالماء والسدر ثلاثاً وجعلوا في الثالثة كافوراً، وكفنوه في وتر من الثياب، وحفروا له لحدا وصلوا عليه وقالوا: هذه سنة ولد آدم من بعده»[1] وسكت عنه، ثم أخرجه عن الحسن عن عتي بن ضمرة السعدي عن أبي بن كعب مرفوعاً نحوه، وفيه قالوا «يا بني آدم هذه سننكم من بعده فكذاكم فافعلوا»[2] وقال صحيح

فصل

في ذكر أحوال الميت في فصول، وقدمَ الغسل لأنه أول ما يصنع به، وهو واجب على الأحياء بالإجماع، واختلفوا في سبب وجوب الغسل، فقيل إنما وجبَ لحدث يحل باسترخاء المفاصل لا لنجاسة تحل به، فإن الآدمي لا ينجس بالموت كرامة، إذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات، وكان الواجب الاقتصار في الغسل على أعضاء الوضوء كما في حال الحياة، لكن ذلك إنما كان نفياً للحرج فيما يتكرر كل يوم، والحدث بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجناية لا يكتفي فيها بغسل الأعضاء الأربعة بل يبقى على الأصل وهو وجوب غسل جميع البدن لعدم الحرج فكذا هذا، وقال العراقيون: وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث، لأن للآدمي دما سائلاً كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياساً على غيره منها، ألا ترى أنه إذا مات في البئر نجسها، ولو حمله المصلي لم تجز صلاته، ولو لم يكن نجساً لجازت كما لو حمل محدثاً، ويجوز أن تزول نجاسته بالغسل كرامة. قوله **(وإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه)** أي عن الميت، قوله لينصب علة الوضع على السرير، فإنه لو وضع على الأرض تلطخ بالطين، ولم يبين كيفية وضع التخت إلى القبلة طولاً وعرضاً ولا كيفية وضع الميت على التخت، أما الأول فمن أصحابنا من اختار الوضع طولاً كما كان يفعل في مرضه إذا أراد الصلاة بالإيماء،

فصل

وإذا أرادوا غسله

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٣٤٥ عن الحسن عن أبي بن كعب مرفوعاً وقال: هذا لا يعلل حديث الحسن عن عُتَيّ عن أبي بن كعب. ويأتي الكلام عليه فيما بعده.

(٢) ضعيف أخرجه الحاكم ١/ ٣٤٤. ٣٤٥ والبيهقي ٣/ ٤٠٤ وابن سعد ١/ ٢٧. ٢٨ كلهم عن الحسن عن عُتَيّ السعدي عن أبي بن كعب مرفوعاً بألفاظ مختلفة. وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، وسكت الذهبي، وقال الحافظ البيهقي: يرفعه خارجة بن مصعبٌ، ووقفه هشيم بن بشير وغيره، ثم أسنده عن الحسن حدثني عُتَيّ السعدي قال: (سمعت أُبي بن كعب يحدث قال..) فذكره. موقوفاً اهـ.

قلت: والحديث مضطرب في الإسناد والمتن. أما الاضطراب في المتن: فاختلاف ألفاظهم فابن سعد أخرج فقرة واحدة منه وزاد عليه قصه خطيئة آدم في أكله من الشجرة، وكذلك هو مختلف اللفظ عند الحاكم نفسه في رواية الحسن عن أُبي وفي رواية الحسن عن عُتَيّ عن أُبي.

وأما الإسناد: فإن الإمام أحمد. أخرجه في المسند ٥/ ١٣٦ من طريق حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن عن عُتَيّ عن أبي بن كعب موقوفاً، وأحمد أدرى من الحاكم في الأسانيد والرجال. هذه واحدة.

والثانية: أخرجه ابن سعد في الطبقات ١/ ٢٨ عن سعيد بن أبي عروبة عن الحسن عن عُتَيّ عن أُبيّ موقوفاً. وكرره في ٢٩ من عدة طرق عن الحسن عن عُتَيّ موقوفاً.

الثالثة: أن هشيماً رواه أيضاً موقوفاً كما ذكر البيهقي.

الرابعة: أن الحديث المرفوع تارة عن الحسن عن عُتَيّ عن أبيّ وتارة بإسقاط عتيّ. فهذه علل عدة قد اجتمعت فيه، الخبر أشبه ما يكون بأخبار بني إسرائيل.

ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيراً

الإسناد، ولم يخرجاه لأن عتي بن ضمرة ليس له راو غير الحسن، وحديث ابن عباس في الذي وقصته راحلته في الصحيحين، وفيه «اغسلوه بماء وسدر»[١] الحديث. وحديث أم عطية أنه عليه الصلاة والسلام قال لهن في ابنته «اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً»[٢] رواه الجماعة وقد غُسل سيدنا رسول الله ﷺ وأبو بكر بعده والناس يتوارثونه[٣]، ولم يعرف تركه إلا في الشهيد. وما في الكافي عنه عليه الصلاة والسلام «للمسلم على المسلم ثمانية حقوق» وذكر منها غسل الميت[٤]، الله أعلم به. والذي في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام «حق المسلم على المسلم خمس: رد السلام، وعيادة المريض، واتباع الجنازة، وإجابة الدعوة، وتشميت العاطس» وفي لفظ لهما «خمس تجب للمسلم على أخيه»[٥] وفي لفظ لمسلم «حق المسلم على المسلم ست» فزاد «وإذا استنصحك فانصح له»[٦] ثم عقل أهل الإجماع أن إيجابه لقضاء حقه فكان على الكفاية لصيرورة حقه مقضياً بفعل البعض. وأما المعنى فلأنه كإمام القوم حتى لا تصح هذه الصلاة بدونه، وطهارة الإمام شرط فكذا طهارته فهو فرع ثبوت وجوب غسله سمعاً فليس هو معنى مستقلاً بالنظر إلى نفسه في إفادة وجوب الغسل. هذا واختلف في سبب وجوبه قيل ليس لنجاسة تحل بالموت بل للحدث لأن الموت سبب الاسترخاء وزوال العقل وهو القياس في الحي، وإنما اقتصر على الأعضاء الأربعة فيه للحرج لكثرة تكرر سبب الحدث منه. فلما لم يلزم سبب الحرج في الميت عاد الأصل، ولأن نجاسة الحدث تزول بالغسل لا نجاسة الموت لقيام موجبها بعده. وقيل وهو الأقيس سببه نجاسة الموت، لأن الآدمي حيوان دموي فيتنجس بالموت كسائر الحيوان، ولذا لو حمل ميتاً قبل غسله لا تصح صلاته، ولو كان للحدث لصحت كحمل المحدث. غاية ما في الباب أن الأدمي المسلم خص باعتبار نجاسته الموتية زائلة بالغسل تكريماً، بخلاف الكافر فإنه لا يطهر بالغسل ولا تصح صلاة حامله بعده. وقولكم نجاسة الموت لا تزول لقيام موجبها مشترك الإلزام فإن سبب الحدث أيضاً قائم بعد الغسل، وقد روي في حديث أبي هريرة «سبحان الله إن

ومنهم من اختاره عرضاً كما يوضع في القبر. قال: شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه يوضع كيف اتفق فإنه يختلف باختلاف الأماكن والمواضع. وأما الثاني فليس فيه رواية، إلا أن العرف فيه أن يوضع مستلقياً على قفاه **(وجعلوا على عورته خرقة إقامة لواجب الستر)** فإن الآدمي محترم حياً وميتاً فتستر عورته كذلك **(ويكتفي بستر العورة الغليظة)** بأن تستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفتين في ظاهر الرواية تيسيراً لأنه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الإزار. وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها: ويوضع على عورته خرقة من السرة إلى الركبة **(ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف)** وهذا لأن المقصود من الغسل هو التطهير، والتطهير لا يحصل إذا غسل مع ثيابه، لأن الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانياً بنجاسة

(١) متفق عليه. يأتي في كتاب الحج باب محظورات الإحرام.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٥٣ و١٢٥٤ و١٢٥٥ و١٢٥٧ و١٢٥٨ و١٢٥٩ ومسلم ٩٣٩ من وجوه وأبو داود ٣١٤٢ و٣١٤٤ و٣١٤٥ والترمذي ٩٩٠ والنسائي ٤/٢٨ . ٣٢ وابن ماجه ١٤٥٨ و١٤٥٩ ومالك ١/٢٢٢ وأحمد ٥/٨٤ و٦/٤٠٧ وابن الجارود ٥١٨ و٥١٩ و٥٢٠ وابن حبان ٣٠٣٢ و٣٠٣٣ والبغوي ١٤٧٣ والبيهقي ٣/٣٨٨ . ٣٨٩ والطبراني ٢٥/(٩٤) و(١٥٤) و(١٥٥) و(١٥٦) عن طرق كثيرة كلهم من حديث أم عطية قالت: دخل علينا رسول الله ﷺ، ونحن نغسل ابنته. فقال: اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك، إن رأيتنّ ذلك بماء وسدر.. الحديث. ورواية: أتانا. بدل: دخل. ورواية: ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً. وقالت أم عطية: مشطناها ثلاثة قرون.

ورواية: ابدأنَ بميامنها، ومواضع الوضوء.

(٣) هذا ثابت باتفاق أهل العلم قاطبة والأحاديث في ذلك كثيرة.

(٤) غريب جداً، قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٢٥٥٧: هذا حديث ما عرفته ولا وجدته، والذي وجدناه حديث أبي هريرة الآتي.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٤٠ ومسلم ٢١٦٢ وأبو داود ٥٠٣١ والطيالسي ٢٢٩٩ وأحمد ٢/٥٤٠ والنسائي في اليوم والليلة ٢٢١ والطحاوي في المشكل ١/٢٢٢ و٤/١٥٠ وابن حبان ٢٤١ والبيهقي ٣/٣٨٦ والبغوي ١٤٠٤ عن طرق عدة كلهم من حديث أبي هريرة.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٢١٦٢ ح ٥ والبخاري في الأداب الفرد ٩٢٥ و٩٩١ وأحمد ٢/٣٧٢ وابن حبان ٢٤٢ والبغوي ١٤٠٥ والبيهقي ٥/٣٤٧ و١٠/١٠٨ كلهم من حديث أبي هريرة بمثل الحديث الأول وزادوا فيه: وإذا استنصحك، فانصح له.

(ونزعوا ثيابه) ليمكنهم التنظيف **(ووضئوه من غير مضمضة**

المؤمن لا ينجس حياً ولا ميتاً»[1] فإن صحت وجب ترجيح أنه للحدث. وهل يغسل الكافر إن كان له ولي مسلم، وهو كل ذي رحم محرم غسله من غير مراعاة سنة الغسل بل كغسل الثوب النجس وإن لم يكن لا يغسل، وهل يشترط للغسل النية؟ الظاهر أنه يشترط لإسقاط وجوبه عن المكلف لا لتحصيل طهارته هو. وشرط صحة الصلاة عليه عن أبي يوسف في الميت إذا أصابه المطر أو جرى عليه الماء لا ينوب عن الغسل لأنا أمرنا بالغسل انتهى، ولأنا لم نقض حقه بعد، وقالوا في الغريق: يغسل ثلاثاً في قول أبي يوسف، وعن محمد في رواية: إن نوى الغسل عند الإخراج من الماء يغسل مرتين، وإن لم ينو فثلاثاً. جعل حركة الإخراج بالنية غسلة، وعنه يغسل مرة واحدة كأن هذه ذكر فيها القدر الواجب قوله: **(وضعوه على سرير)** قيل طولاً إلى القبلة، وقيل عرضاً. قال السرخسي: الأصح كيفما تيسر قوله: **(وضعوا على عورته خرقة)** لأن العورة لا يسقط حكمها بالموت، قال عليه الصلاة والسلام لعلي «لا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت»[2] ولذا لا يجوز تغسيل الرجل المرأة وبالعكس، وكذا يجب على الغاسل في استنجاء الميت على قول أبي حنيفة ومحمد أن يلف على يده خرقة ليغسل سوءته، وكذا على الرجال إذا ماتت امرأة ولا امرأة تغسلها أن ييممها رجل ويلف على يده خرقة لذلك، ولا يستنجي الميت عند أبي يوسف قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية النوادر أنه يستر من سرته إلى ركبته. وصححها في النهاية لحديث علي[3] المذكور آنفاً قوله: **(ونزعوا عنه ثيابه)** وعند الشافعي: السنة أن يغسل في قميص واسع الكمين أو يشرط كماه لأنه عليه الصلاة والسلام غسل في قميصه. قلنا: ذاك خصوصية له عليه الصلاة والسلام بدليل ما روى أنهم قالوا جرده كما نجرد موتانا أم نغسله في ثيابه؟ فسمعوا هاتفاً يقول: لا تجردوا رسول الله ﷺ. وفي رواية: اغسلوه في قميصه الذي مات فيه[4]، فهذا يدل على أن عادتهم المستمرة في زمنه ﷺ التجريد، ولأنه يتنجس بما يخرج منه ويتنجس الميت به ويشيع

الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد، وفيه نفى الشافعي: إن السنة أن يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه، وإن كان ضيقاً خرق الكمين لأن النبي ﷺ لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه، وما كان سنة في حق النبي ﷺ كان سنة في حق أمته ما لم يقيم دليل التخصيص. وقلنا قد قام دليل التخصيص، روت عائشة «أن النبي ﷺ

(١) ضعيف بهذا اللفظ. وقد ورد بدون لفظ: حياً ولا ميتاً. أخرجه البخاري ٢٨٣ و٢٨٥ ومسلم ٣٧١ وأبو داود ٢٣١ والترمذي ١٢١ والنسائي ١/ ١٤٥ وابن ماجه ٥٣٤ وابن أبي شيبة ١/ ١٧٣، أحمد ٢/ ٢٣٥ . ٣٨٢ وأبو عوانة ١/ ٢٧٥ والطحاوي ١/ ١٣ وابن الجارود ٩٦ وابن حبان ١٢٥٩ والبيهقي ١/ ١٨٩ من طرق عدة كلهم من حديث أبي هريرة.
قال لقيني رسول الله ﷺ، وأنا جنب، فأخذ بيدي فمشيتُ معه حتى قعد، فانسلَلْتُ فأتيت الرحل فاغتسلت، ثم جئت وهو قاعد. فقال: أين كنت يا أبا هر؟ فقلت له. فقال: سبحان الله إن المؤمن لا ينجس.
هذا لفظ البخاري وكذا مسلم وغيرهما.
ورواه بنحوه وفيه: قال أبو هريرة: كنت جنباً، فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة. . . الحديث.
تنبيه: وأما لفظ: حياً ولا ميتاً. فقد ذكره البيهقي في ٣/ ٣٩٨ معلقاً عن ابن عباس مرفوعاً: لا تنجسوا موتاكم فإن المسلم ليس بنجس حياً ولا ميتاً.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٤٠ و٤٠١٥ وابن ماجه ١٤٦٠ والطحاوي في المشكل ٢/ ٢٨٤ والحاكم ٤/ ١٨٠ . ١٨١ والدارقطني ١/ ٢٢٥ و٢/ ٨٦ والبيهقي ٢/ ٢٢٨ كلهم عن ابن جريج عن حبيب بن أبي ثابت عن عاصم بن ضمرة عن علي مرفوعاً وصدره: لا تبرز فخذك. ورواية: لا تكشف فخذك. وإسناده ضعيف ابن جريج مدلس وقد عنعنه في رواية الثقات عنه ورواه الحجاج عنه فصرح ابن جريج بالإخبار إلا أن الحجاج واهٍ وهو مدلس وقد عنعنه أيضاً والثانية: لم يسمعه ابن جريج عن حبيب بن أبي ثابت كما بين ذلك أبو حاتم الرازي في العلل ٢٣٠٨/ ٢/ ٢٧١ فقال: وإنما رواه عن الحسن بن ذكوان عن عمرو بن خالد، وكلاهما ضعيف.
والثالثة: ضعف عاصم بن ضمُرة. ففي الميزان: قال ابن عدي: يتفرد عن علي بأحاديث والبلية منه. وانظر تلخيص الحبير ٢/ ٢٧٨ . ٢٧٩ حيث أشار لضعفه. لكن لا يعني هذا جواز النظر إلى الفخذ من الحي، فإن هناك أحاديث أخرى تحرم ذلك، وقد تقدمت في الطهارة.

(٣) هو المتقدم.

(٤) حسن. أخرجه البيهقي ٣/ ٣٨٧ من طريقين عن يحيى بن عباد الزبيري عن عائشة به ورجاله كلهم ثقات. فيه ابن إسحق لكن صرح بالتحديث فزالت تهمة التدليس، وهو حسن الحديث إذا صرح بالسماع. والله تعالى أعلم.

واستنشاق) لأن الوضوء سنة الاغتسال، غير أن إخراج الماء منه متعذر فيتركان **(ثم يفيضون الماء عليه)** اعتباراً بحال

بصب الماء عليه بخلاف النبي ﷺ لأنه لم يخرج منه إلا طيب، فقال علي رضي الله عنه: طبت حياً وميتاً قوله: **(من غير مضمضة واستنشاق)** واستحب بعض العلماء أن يلف الغاسل على أصبعه خرقة يمسح بها أسنانه ولهاته وشفتيه ومنخريه وعليه عمل الناس اليوم، وهل يمسح رأسه في رواية صلاة الأثر لا؟ والمختار أن يمسح ولا يؤخر غسل رجليه عن الغسل ولا يقدم غسل يديه بل يبدأ بوجهه، بخلاف الجنب لأنه يتطر بهما، والميت يغسل بيد غيره. قال الحلواني: ما ذكر من الوضوء في حق البالغ والصبي الذي يعقل الصلاة فأما الذي لا يعقلها فيغسل ولا يوضأ لأنه لم يكن بحيث يصلي قوله: **(ثم يفيض الماء عليه ثلاثاً اعتباراً بحالة الحياة)** فإنه أراد الغسل المسنون في حالة الحياة توضأ ثم أفاض الماء عليه ثلاثاً، وسنذكر كيفية ذلك قوله: **(ويجمر سريره وتراً)** أي يبخر، وهو أن يدور من بيده المجمرة حول سريره ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً. وإنما يوتر لأن الله تعالى وتر يحب الوتر كما في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام «إن لله تسعة وتسعين اسماً مائة إلا واحداً. من أحصاها دخل الجنة، إنه وتر يحب الوتر»[1] وأخرج الحاكم وصححه وابن حبان في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إذا أجمرتم الميت فأوتروا»[2] وجميع ما يجمر فيه الميت ثلاث: عند خروج روحه لإزالة الرائحة الكريهة وعند غسله وعند تكفينه، ولا يجمر خلفه ولا في القبر لما روى «لا تتبعوا الجنازة بصوت ولا نار»[3] قوله: **(ويغلي الماء بالسدر الخ)** وعند الشافعي لا يغلي، وحديث غسل آدم وقول الملائكة: كذلك فافعلوا. ثم تقريره في شريعتنا بثبوت التصريح ببقاء ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الذي وقصته راحلته «اغسلوه بماء وسدر»[4] وفي ابنته «اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً»[5] يفيد أن المطلوب المبالغة في التنظيف لا أصل التطهير وإلا فالماء كاف فيه، ولا شك أن تسخينه

لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله، فقالوا لا ندري كيف نغسله، نغسله كما نغسل موتانا أو نغسله وعليه ثيابه؟ فأرسل الله تعالى عليهم النوم فما منهم أحد إلا نام وذقنه على صدره إذ ناداهم مناد: أن غسلوا رسول الله ﷺ وعليه ثيابه» فقد اجتمعت الصحابة أن السنة في سائر الموتى التجريد، وقد خص عليه الصلاة والسلام بخلاف ذلك بالنص لعظم حرمته **(ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق)** أما الوضوء فلأنه سنة الاغتسال، وأما تركهما فلأن إخراج الماء من فمه متعذر فيكون سقياً لا مضمضة، ولا كبوه على وجهه لربما خرج من جوفه ما هو شر منه. وقال الشافعي رحمه الله: يمضمض ويستنشق اعتباراً بحال الحياة. وأجيب بأنه اعتبار فاسد لأن النبي ﷺ قال «الميت يوضأ وضوءه للصلاة ولا يمضمض ولا يستنشق» ولم يذكر محخمد في الكتاب أنه يستنجي لأن المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي، فربما يزاد الاسترخاء بالاستنجاء فتخرج

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٣٦ و٦٤١٠ و٧٣٩٢ ومسلم ٢٦٧٧ والترمذي ٣٥٠٨ والحميدي ١١٣٠ وأحمد ٢/ ٢٥٨ كلهم من حديث أبي هريرة هكذا باختصار. وورد مع ذكر الأسماء الحسنى لكن في زيادتها كلام، انظر صحيح ابن حبان ٨٠٨ فقد أطال الشيخ شعيب الأرناؤوط الكلام على ذلك.

(٢) جيد. أخرجه الحاكم ١/ ٣٥٥ بهذا اللفظ وكذا ابن حبان ٣٠٣١ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٦٥ وأحمد ٣/ ٣٣١ والبزار ٨١٣ والبيهقي ٣/ ٤٠٥ من طرق كلهم من حديث جابر. وصححه الحاكم على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا، إلا أنه سقط من إسناد الحاكم: يحيى بن آدم. حيث ذكره أحمد وابن أبي شيبة وابن حبان في الإسناد، وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٦ وقال: رجال أحمد والبزار رجال الصحيح.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٧١ وأحمد ٢/ ٥٢٨ والبيهقي ٣/ ٣٩٥ كلهم من حديث يحيى بن أبي كثير عن باب بن عمير الحنفي حدثني رجل من أهل المدينة عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً بزيادة: ولا يمشي بين يديها بنار.
قال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٣٧: فيه مجهولان واختلاف على روايه اهـ وفي باب بن عمير أيضاً مجهول.
وقال ابن التركماني في الجوهر ٣/ ٣٩٤: فيه ثلاثة مجاهيل. وأخرجه ابن أبي شيبة ٤/ ٩٦ عن يحيى عن رجل عن أبي سعيد مرفوعاً. وفيه راوٍ لم يسمَّ، فالحديث ضعيف. لكن عليه العمل عند أهل العلم. وتأيد ذلك بفعل الصحابة حيث قال البيهقي: وفي وصية عائشة وعبادة وأبي هريرة والخدري وأسماء بنت أبي بكر: أن لا تتبعوني بنار اهـ.

(٤) هو الحديث الثالث من هذا الباب. متفق عليه.

(٥) هو الحديث الرابع من هذا الباب. متفق عليه أيضاً.

الحياة **(ويجمر سريره وتراً)** لما فيه من تعظيم الميت. وإنما يوتر لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله وتر يحب الوتر»

كذلك مما يزيد في تحقيق المطلوب فكان مطلوباً شرعاً، وحقيقة هذا الوجه إلحاق التسخين بخلطه بالسدر في حكم هو الاستحباب بجامع المبالغة في التنظيف، وما يخال مانعاً وهو كون سخونته توجب انحلال ما في الباطن فيكثر الخارج هو عندنا داع لا مانع، لأن المقصود يتم إذ يحصل باستفراغ ما في الباطن تمام النظافة والأمان من تلويث الكفن عند حركة الحاملين، والحرض أشنان غير مطحون، والماء القراح الخالص وإنما يغسل رأسه بالخطمى: أي خطمى العراق إذا كان فيه شعر قوله: **(ثم يضجع على شقه الأيسر)** شروع في بيان كيفية الغسل. وحاصله أن البداءة بالميامن سنة في البخاري من حديث أم عطية قالت لما غسلنا ابنة رسول الله ﷺ قال: «ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها»[1] وهو دليل تقديم وضوء الميت، فإذا فرغ من وضوئه غسل رأسه ولحيته بالخطمى من غير تسريح. ثم يضجعه على شقه الأيسر لتكون البداءة في الغسل بشقه الأيمن فيغسل بالماء القراح حتى ينقيه ويرى أن الماء قد خلص إلى ما يلي التخت منه وهو الجانب الأيسر. وهذه غسلة، ثم يضجعه على جانبه الأيمن فيغسل بالماء المغلي فيه سدر أو حرض إن كان حتى ينقيه ويرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه وهو الجانب الأيمن وهذه ثانية، ثم تقعده وتسنده إليك وتمسح بطنه مسحاً رفيقاً، فإن خرج منه شيء غسلت ذلك المحل المصاب ثم تضجعه على الأيسر فتصب غاسلاً بالماء الذي فيه الكافور وقد تمت الثلاث، ولم يفصل المصنف في مياه الغسلات بين القراح وغيره، وذكره شيخ الإسلام وغيره كذلك، وهو ظاهر من كلام الحاكم، وإنما يبدأ بالقراح أولاً ليبتل ما عليه من الدرن بالماء أو لا فيتم قلعه بالماء والسدر، ثم يحصل تطييب البدن بعد النظافة بماء الكافور. والأولى أن يغسل الأوليان بالسدر كما هو ظاهر الكتاب هنا. وأخرج أبو داود عن محمد بن سيرين «أنه كان يأخذ الغسل عن أم عطية، يغسل بالسدر مرتين والثالث بالماء والكافور»[2] ومسنده صحيح. ثم ينشف ثم يقمص ثم يبسط الكفن على ما نذكر ثم يوضع عليه، فإذا وضع مقمصاً عليه وضع حينئذ الحنوط في رأسه ولحيته وسائر جسده، والكافور على

نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فائدته. ولهما أن موضع استنجاء الميت قلما يخلو عن نجاسة حقيقة فيجب إزالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن، ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على أن بقية الأفعال من تقديم غسل اليدين إلى الرسغ والمسح على الرأس كما كانت في حياته هو الصحيح، وفي صلاة الأثر لا يبدأ بغسل اليدين بل بغسل الوجه ولا يمسح على الرأس، وقوله: **(ثم يفيضون الماء عليه)** يعني ثلاثاً. وإن زادوا على ذلك جاز كما في حال الحياة. وقوله: **(ويجمر سريره)** أي يبخر. يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود حوالي السرير ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً، أما التجمير فلأن فيه تعظيم الميت، وأما الإيثار فلقوله ﷺ «إن الله وتر يحب الوتر» قوله **(ويغلي الماء)** من الإغلاء لا من الغلي، لأن الغلي والغليان لازم، قال الشافعي: الغسل بالماء البارد أفضل حذراً عن زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة الموجبة لتنجس الكفن. وقلنا: غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار أبلغ في التنظيف فيكون أفضل، وزيادة الاسترخاء قد تعين على المقصود وهو التنظيف لأنه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ من الغسل **(فإن لم يكن)** أي فإن لم يوجد الماء المغلي بالسدر أو بالحرض وهو الأشنان **(يغسل بالماء القراح)** أي الخالص، وأما إذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود أنه يبدأ أولاً بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة، ثم بماء السدر أو الحرض ليزول ما على البدن من ذلك لأنه أبلغ في التنظيف. ثم بماء الكافور إن وجد تطييباً لبدن الميت، كذا فعلت الملائكة بآدم عليه السلام حين غسلوه **(ويغسل رأسه ولحيته بالخطمى ليكون أنظف له)** لأنه مثل الصابون في التنظيف، وقوله: **(ثم يضجع على شقه الأيسر)** ظاهر. وقوله: **(لأن السنة هي البداءة بالميامن)** روي عن

قال المصنف: **(غير أن إخراج الماء منه متعذر فيتركان)** أقول: لأنه لا بد في المضمضة والاستنشاق من الإخراج

---

(١) هو بعض المتقدم.

(٢) أثر ابن سيرين. أخرجه أبو داود ٣١٤٧ بإسناد صحيح.

(ويغلى الماء بالسدر أو بالحرض) مبالغة في التنظيف **(فإن لم يكن فالماء القراح)** لحصول أصل المقصود **(ويغسل رأسه ولحيته بالخطمى)** ليكون أنظف له **(ثم يضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه. ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه)** لأن السنة هو البداءة بالميامن **(ثم يجلسه ويسنده إليه ويمسح بطنه مسحاً رقيقاً)** تحرزا عن تلويث الكفن **(فإن خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه)** لأن الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة **(ثم ينشفه بثوب)** كي لا تبتل أكفانه **(ويجعله)** أي الميت **(في أكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على مساجده)** لأن التطيب

مساجده وما تيسر من الطيب إلا ما سنذكر قوله: **(لأن الغسل)** أي المفعول على وجه السنة عرف وجوبه بالنص مرة واحدة مع قيام سبب النجاسة والحدث وهو الموت مرة واحدة أعم من كونه قبل خروج شيء أو بعده فلا يعاد الوضوء ولا الغسل، لأن الحاصل بعد إعادته هو الذي كان قبله، والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة، ومساجده مواضع سجوده جمع مسجد بالفتح لا غير كذا في المغرب، وهي الجبهة واليدان والركبتان والرجلان، ولا بأس بسائر الطيب إلا الزعفران والورس في حق الرجل لا المرأة، وأخرج الحاكم عن أبي وائل قال: كان عند علي رضي الله عنه مسك فأوصى أن يحنط به وقال: هو فضل حنوط رسول الله ﷺ[1]، ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي، وقال النووي: إسناده حسن قوله: **(لقول عائشة رضي الله عنها: علام تنصون ميتكم)** تنصون بوزن تبكون، قال أو عبيد: هو مأخوذ من نصوت الرجل إذا مددت ناصيته، فأرادت عائشة أن الميت لا يحتاج إلى تسريح الرأس، وعبرت بالأخذ بالناصية تنفيراً عنه. وبنت عليه الاستعارة التبعية في الفعل والأثر. رواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن حماد عن إبراهيم عن عائشة «أنها رأت امرأة يكدون رأسها بمشط فقالت: علام تنصون ميتكم»[2] ورواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم به، ورواه إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: حدثنا هشيم أخبرنا المغيرة عن إبراهيم عن عائشة أنها سئلت عن الميت يسرح رأسه فقالته.

أم عطية رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ قال للنساء في غسل ابنته: ابدأن بميامنها» **(ثم يجلسه ويسنده إليه ويمسح بطنه مسحاً رقيقاً)** يعني بلا عنف حتى إن بقي عند المخرج شيء يسيل تحرزاً من تلويث الكفن، والأصل فيه ما روي «أن علياً رضي الله عنه لما غسل رسول الله ﷺ مسح بطنه بيده رفيقاً طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيئاً فقال: طبت حياً وميتاً» و **(فإن خرج منه شيء غسله)** قيل بعد أن يمسحه لأن الغسل قبل المسح ربما يعديها عن ذلك الموضع **(ولا يعيد غسله)** روي بضم الغين وفتحها **(ولا وضوءه لأن الغسل قد عرفناه بالنص)** وهو قوله ﷺ «للمسلم على المسلم ستة حقوق، وذكر منها الغسل بعد الموت» وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيده. وأما الوضوء فلأن الخارج إن كان حدثاً فالموت أيضاً حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث. والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية. وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه قال: يقعده أولاً ويمسح بطنه ثم يغسله، لأن المسح قبل الغسل أولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثاً بعد خروج النجاسة. وجه الظاهر أن النجاسة قد تكون منعقدة لا تخرج إلا

وإلا يكون سقياً لا مضمضة ولا استنشاقاً قوله: **(وأما الوضوء فلأن الخارج إن كان حدثاً فالموت أيضاً حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث)** أقول: لو لم يوجب لم يوضأ، غايته أن يكون مثل المعذور لا يوضأ مرة أخرى لهذا الحدث القائم، وأما عدم التوضية لحدث آخر فلا يدل ما ذكره عليه فإن المعذور إذا أحدث بحدث آخر يجب عليه الوضوء قوله: **(وقال بعض الشارحين ترك المصنف الخ)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(ورد بأنه قال بعد ذلك ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي، وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالإجماع فكيف يكون ثلاثاً الخ)** أقول: لا دلالة للواو على الترتيب قال المصنف: **(ثم ينشفه بثوب)** أقول: أي ينشف ماءه. قال في المغرب: نشف الماء أخذه من أرض أو غدير بخرقة أو غيرها من باب ضرب قال المصنف: **(والمساجد أولى)** أقول. جمع مسجد بفتح الجيم وهو

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ١/ ٣٦١ والبيهقي ٣/ ٤٠٥ وابن سعد ٢/ ٦٨ من القسم الثاني، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/ ٢٥٩ كلهم عن علي به ونقل الزيلعي عن النووي قول: إسناده حسن.

(٢) موقوف. ذكره البيهقي ٣/ ٣٩٠ معلقاً ووصله عبد الرزاق كما في نصب الراية ٢/ ٢٦٠ وكذا محمد في الآثار كلاهما عن إبراهيم النخعي عن عائشة. وهو مرسل إلا أن النخعي مرسلاته جيدة كما قال ابن معين.

سنة والمساجد أولى بزيادة الكرامة (ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره) لقول عائشة رضي

[فروع] لا يغسل الزوج امرأته ولا أم الولد سيدها، خلافاً للشافعي في الأول ولزفر في الثاني لأنهما صارتا أجنبيتين، وعدة أم الولد للاستبراء لا أنها من حقوق الوصلة الشرعية، بخلاف عدة الزوجة فلذا تغسل هي زوجها وإن كانت محرمة أو صائمة أو مظاهراً منها إلا أن تكون معتدة عن نكاح فاسد بأن تزوجت المنكوحة ففرّق بينهما وردت إلى الأول فمات وهي في عدة النكاح الفاسد، ولو انقضت بعيد موته غسلته، وإلا إن كانت أختان أقامت كل منهما البينة أنه تزوجها ودخل بها ولا يدري الأولى منهما، أو كان قال لنسائه إحداكن طالق ومات قبل البيان فلا تغسله واحدة منهن، ولو بانت قبل موته بسبب من الأسباب بردتها أو تمكينها ابنه أو طلاقه لا تغسله وإن كانت في العدة. ولو ارتدت بعد موته فأسلمت قبل غسله لا تغسله، خلافاً لزفر في هذا. هو يقول: الردة بعد الموت لا ترفع النكاح لارتفاعه بالموت وقد زال المانع بالإسلام في العدة بخلافها قبله، والعدة الواجبة عليها بطريق الاستبراء حتى تقدّر بالأقراء، قلنا النكاح قائم لقيام أثره فارتفع بالردة. وكذا لو كانا مجوسيين فأسلم ولم تسلم هي حتى مات لا تغسله. فإن أسلمت غسلته، خلافاً لأبي يوسف، هكذا ذكر في المبسوط وذكر أيضاً مثله فيمن وطىء أخت زوجته بشبهة حتى حرمت عليه زوجته إلى أن تنقضي عدة الموطوءة فمات فانقضت لا تغسله زوجته. وذكر في المنظومة والشرح في هذه ومسئلة المجوسية أنه يحل لها غسله عندنا خلافاً لزفر، فالمعتبر في حله عندنا حالة الغسل وعنده حالة الموت. وكذا لو أن نفس الزوجة وطئت بشبهة فاعتدت فمات زوجها فانقضت عدتها بأثره. وإذا لم يكن للرجل زوجة ولا رجل يغسله لا تغسله بنته ولا أحد من ذوات محارمه، بل تيممه إحداهن أو أمته أو أمة غيره بغير ثوب، ولا تيممه من تعتق بموته إلا بثوب، والصغير والصغيرة إذا لم يبلغا حد الشهوة يغسلهما الرجال والنساء، وقدره في الأصل بأن يكون قبل أن يتكلم، والخصي والمجبوب كالفحل، وإذا ماتت المرأة ولا امرأة، فإن كان

بعد الغسل مرتين بماء حار، فكان المسح بعد المرتين أقدر على إخراج ما به من النجاسة فيكون أولى. واعلم أن التثليث في غسله سنة لحديث أم عطية «اغسلنها ثلاثاً أو خمساً» وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي: يغسل أولاً وهو على جنبه الأيسر، ثم يغسل وهو على جنبه الأيمن، ثم يغسل وهو على جنبه الأيسر ليحصل الغسل ثلاثاً. وقال بعض الشارحين: ترك المصنف ذكر الثالث. وقال بعضهم: الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه. ورد بأنه قال بعد ذلك: ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي، وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالإجماع فكيف يكون ذلك ثلاثاً، وإنما ذلك ذكر الغسل إجمالاً وما بعده تفصيله. وقال بعضهم: يجوز أن يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين مختار المصنف، والتثليث في الصب سنة عند كل اضجاع وهذا أنسب، قيل النية لا بد منها في غسل الميت حتى، لو أخرج الغريق وجب غسله إلا إذا حرك عند الإخراج بنية الغسل، لأن الخطاب بالغسل توجه على بني آدم ولم يوجد منهم شيء عند عدم التحريك، وفيه نظر لأن الماء

موضع السجود قال المصنف: (لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم) أقول: تنصون بوزن تبكون. قال أبو عبيد: هو مأخوذ من نصوت الرجل إذا مددت ناصيته قوله: (قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفاً جواب إشكال: أي لا يشكل علينا الحي الخ) أقول: لا بد من التأمل كيف يتمشى الإشكال بالحي، ولعل ذلك هو الذي أشار إليه الشارح بقوله ولم أجد له ربطاً، وكذلك قوله ولا يعتبر في حقه زوال الجزء الخ لا ربط له بكلام المصنف على تقريره فتأمل قوله: (فكذا في كل زينة تتضمن إبانة الجزء يجب أن يفرق بينهما) أقول: يشعر هذا أن كل زينة لا تتضمنها لا يفرق بينهما، وهو مخالف لقول المصنف وقد استغنى الميت عنها قوله: (ولم أجد له ربطاً بكلام المصنف أصلاً ولكني أقول قوله ولأن هذه الأشياء للزينة: أي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها: أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الأشياء. فإن قيل: لا نسلم أن هذه الأشياء لزينة الميت فإنها تفعل بالحي أيضاً الخ) أقول: الظاهر أن مراد المعلل حينئذ أن هذه الأشياء إذا فعلت بالميت تكون لزينته لا مطلقاً فإنه لا يخطر ببال عاقل وحينئذ لا يرتبط السند بالمنع ولا يتأيد به، ثم للسائل أن يمنع أنها ما كانت تعمل بالحي من حيث إنها زينة بل الظاهر أنها تعمل لها، ثم كون هذه الأشياء في الحي لزينة الحي لا يمانع كونها في الميت لزينته حتى يبذل السعي في دفعه فليتأمل قوله: (يعني ما كانت تعمل بالحي) أقول: لفظة ما في قوله ما كانت نافية قوله: (ويمكن أن يقال إنه تنظيف بإبانة جزء، وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان) أقول: فليعلل بذلك من أول الأمر وليسترح.

الله عنها: علام تنصون ميتكم، ولأن هذه الأشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها، وفي الحي كان تنظيفاً لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان.

محرم من الرجال يممها باليد، والأجنبي بالخرقة ويغض بصره عن ذراعيها لا فرق بين الشابة والعجوز. والزوج في امرأته أجنبي إلا في غضّ البصر، ولو لم يوجد ماء فيمموا الميت وصلوا عليه ثم وجدوه غسلوه وصلوا عليه ثانياً عند أبي يوسف. وعنه يغسل ولا تعاد الصلاة عليه. ولو كفنوه وقد بقي منه عضو لم يغسل يغسل ذلك العضو، ولو بقي نحو الأصبع لا يغسل. ولو دفن بلا غسل وأهالوا عليه التراب يصلى على قبره ولا ينبش، هكذا عن محمد فرق بين الصلاة عليه بلا غسل قبل الدفن وبعده، وإذا وجد أطراف ميت أو بعض بدنه لم يغسل ولم يصلّ عليه بل يدفن إلا إن وجد أكثر من النصف من بدنه فيغسل ويصلى عليه أو وجد النصف ومعه الرأس فحينئذ يصلى. ولو كان مشقوقاً نصفين طولاً فوجد أحد الشقين لم يغسل ولم يصل عليه. وإذا وجد ميت لا يدري أمسلم هو أم كافر؟ فإن كان في قرية من قرى أهل الإسلام وعليه سيماهم غسل وصلى عليه، وإن كان في قرية من قرى أهل الكفر وعليه سيماهم لم يصل عليه. وليس في الغسل استعمال القطن في الروايات الظاهرة. وعن أبي حنيفة أنه يجعل القطن المحلوج في منخريه وفمه، وقال بعضهم: في صماخيه أيضاً، وقال بعضهم: في دبره أيضاً. قال في الظهيرية. واستقبحه عامة العلماء. ولا يجوز الاستئجار على غسل الميت، ويجوز على الحمل والدفن، وأجازه بعضهم في الغسل أيضاً. ويكره للغاسل أن يغسل وهو جنب أو حائض، ويندب الغسل من غسل الميت.

مزيل بطبعه، فكما لا تجب النية في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت، ولهذا قال في فتاوى قاضيخان: ميت غسله أهله من غير نية الغسل أجزأهم ذلك، وقوله: (ثم ينشفه) ظاهر، والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة. والمراد بالمساجد الجبهة والأنف واليدان والركبتان والقدمان لأنه كان يسجد بهذه الأعضاء فخص بزيادة الكرامة قوله **(ولا يسرح شعر الميت)** تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض، وقيل تخليله بالمشط، وقيل مشطه. .وقوله: **(ولا يقص ظفره)** روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الظفر إذا كان منكسراً فلا بأس بأخذه. وقوله: **(علام)** أصله «على ما» دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فأسقط ألفها كما في قوله تعالى **﴿عم يتساءلون﴾** ويقال نصونت الرجل نصوا أخذت ناصيته ومددتها. روي أن عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت: علام تنصون ميتكم؟ كأنها كرهت تسريح رأس الميت فجعلته بمنزلة الأخذ بالناصية في كونه غير محتاج إليه. قال: وفي النهاية: قوله في الحي كان تنظيفاً جواب إشكال: أي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لأنه محتاج إلى الزينة فلا يعتبر في حقه زوال الجزء، بخلاف الميت فإنه لا يسن فيه إزالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بأن يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق، فكذا في كل زينة تتضمن إبانة الجزء يجب أن يفرق بينهما، ولم أجد له ربطاً بكلام المصنف أصلاً ولكني أقول قوله **(ولأن هذه الأشياء للزينة)** أي لزينة الميت **(وقد استغنى الميت عنها)** أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الأشياء. فإن قيل: لا تسلم أن هذه الأشياء لزينة الميت فإنها تفعل بالحي أيضاً. أجاب بقوله **(وفي الحي كان تنظيفاً)** يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث إنها زينة بل من حيث إنها تنظيف **(لاجتماع الوسخ تحته)** وذكر الضمير في تحته بتأويل المذكور. بقي أن يقال: هب أنه كان في الحي تنظيفاً لكن الميت أيضاً محتاج إلى التنظيف ولهذا قال ويغلي الماء بالسدر أو بالحرض مبالغة في التنظيف ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف فليعمل به من حيث التنظيف، ويمكن أن يقال: إنه تنظيف بإبانة جزء وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان، هذا ما سنح لي في حل هذا المقام.

فصل في تكفينه

(السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب إزار وقميص ولفافة) لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام كفن في ثلاثة

فصل في التكفين

هو فرض على الكفاية. ولذا قدم على الدين، فإن كان الميت موسراً وجب في ماله، وإن لم يترك شيئاً فالكفن على من تجب عليه نفقته إلا الزوج في قول محمد، وعند أبي يوسف يجب على الزوج ولو تركت مالاً وعليه الفتوى، كذا في غير موضع. وإذا تعدد من وجبت النفقة عليه على ما يعرف في النفقات فالكفن عليهم على قدر ميراثهم كما كانت النفقة واجبة عليهم. ولو كان معتق شخص ولم يترك شيئاً وترك خالة موسرة يؤمر معتقه بتكفينه. وقال محمد: على خالته، وإن لم يكن له من تجب عليه نفقته فكفنه في بيت المال، فإن لم يعط ظلماً أو عجزاً فعلى الناس، ويجب عليهم أن يسألوا له، بخلاف الحي إذا لم يجد ثوباً يصلي فيه لا يجب على الناس أن يسألوا له بل يسأل هو، فلو جمع رجل الدراهم لذلك ففضل شيء منها إن عرف صاحب الفضل ردة عليه. وإن لم يعرف كفن محتاجاً آخر به، فإن لم يقدر على صرفها إلى الكفن يتصدق بها. ولو مات في مكان ليس فيه إلا رجل واحد ليس له إلا ثوب واحد ولا شيء للميت له أن يلبسه ولا يكفن به الميت، وإذا نبش الميت وهو طري كفن ثانياً من جميع المال، فإن كان قسم ماله فالكفن على الوارث دون الغرماء وأصحاب الوصايا. فإن لم يكن فضل عن الدين شيء من التركة. فإن لم يكن الغرماء قبضوا ديونهم بدىء بالكفن، وإن كانوا قبضوا لا يسترد منهم شيء وهو في بيت المال، ولا يخرج الكفن عن ملك المتبرع به، فلذا لو كفن رجلاً ثم رأى الكفن مع شخص كان له أن يأخذه، وكذا إذا افترس الميت سبع كان الكفن لمن كفنه لا للورثة قوله: **(لما روي أنه ﷺ كفن)** في الكتب الستة عن عائشة قالت «كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب بيض سحولية من كرسف ليس فيها قميص ولا عمامة»[1] وسحول: قرية باليمن، وفتح السين هو المشهور، وعن الأزهري الضم. فإن حمل على أن المراد أن ليس القميص من هذه الثلاثة بل خارج عنها كما قال مالك رحمه الله لزم كون السنة أربعة أثواب، وهو مردود بما في البخاري عن أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنها «في كم ثوب كفن رسول الله ﷺ؟ فقالت في ثلاثة أثواب»[2] وإن عورض بما رواه ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة رضي الله عنه قال «كفن النبي ﷺ في ثلاثة أثواب: قميص، وإزار، ولفافة[3]»، فهو ضعيف بناصح بن عبد الله الكوفي، ولينه النسائي، ثم إن كان ممن يكتب حديثه لا يوازي حديث عائشة. وما روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي «أن النبي ﷺ كفن

فصل في التكفين

رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من الأفعال. تكفين الميت: لفه بالكفن، وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والإرث والوصية ولذلك قالوا: من لم يكن له مال فكفنه على من عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حياته. وقوله: **(السنة أن يكفن)** يعني تكفينه **(في ثلاثة أثواب)** سنة، وذلك لا ينافي كون أصل التكفين واجباً؛ ثم التكفين إما أن يكون في حالة الضرورة أو لا، فإن كان الأول كفن بما وجد، لما روي «أن مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله ﷺ استشهد يوم أحد وترك نمرة» وهي كساء فيه خطوط بيض وسود «فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فأمر بأن يكفن فيها». وإن كان

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٦٤ و١٢٧١ و١٢٧٢ و١٢٧٣ ومسلم ٩٤١ وأبو داود ٣١٥١ و٣١٥٢ والترمذي ٩٩٦ والنسائي ٣٦/٤ وابن ماجه ١٤٦٩ ومالك ٢٢٣/١ والشافعي ٥٧٤ والطيالسي ١٤٥٣ وأحمد ١٦٥/٦ . ١٩٢ . ٢٠٤ . ٢١٤ . ٢٣١ وابن حبان ٣٠٣٧ وعبد الرزاق ٦١٧١ والبيهقي ٣٩٩/٣ من طرق كلهم من حديث عائشة به.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٨٧ وعبد الرزاق ٦١٧٦ وابن سعد ١٩٧/٣ . ٢٠١ وأحمد ٤٠/٦ . ٤٥ . ١١٨ . ١٣٢ وابن حبان ٣٠٣٦ والبيهقي ٣٩٩/٣ من طرق كلهم عن عائشة في أثناء قصة. وتمامه: فقال: كفنوني في ثوبيّ هذين، واشتروا إليهما ثوباً جديداً، فإن الحيّ أحوج إلى الجديد من الميت، وإنما هي للمهنة أو للمهلة اهـ وهو عند البخاري بأتم منه. والمهلة: هي الصديد والقيح الذي يذوب فيسيل من الجسد.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤٧/٧ من حديث جابر بن سمرة وأعله بناصح بن عبد الله الكوفي ونقل عن يحيى قوله: ليس بثقة. وقال إسماعيل بن أبان: منكر الحديث.

أثواب بيض سحولية» ولأنه أكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته (فإن اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان إزار ولفافة) وهذا كفن الكفاية لقول أبي بكر: اغسلوا ثوبيّ هذين وكفنوني فيهما، ولأنه أدنى لباس الأحياء. والإزار من

في حلة يمانية وقميص»[1] مرسل، والمرسل وإن كان حجة عندنا لكن ما وجه تقديمه على حديث عائشة. فإن أمكن أن يعادل حديث عائشة بحديث القميص بسبب تعدد طرقه منها الطريقان اللذان ذكرنا. وما أخرج عبد الرزاق عن الحسن البصري نحوه مرسلاً، وما روى أبو داود عن ابن عباس قال «كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب: قميصه الذي مات فيه، وحلة نجرانية»[2] وهو مضعف بيزيد بن أبي زياد. ثم ترجح بعد المعادلة بأن الحال في تكفينه أكشف للرجال ثم البحث وإلا فقيه تأمل.. وقد ذكروا أنه عليه الصلاة والسلام غسل في قميصه الذي توفي فيه فكيف يلبسونه الأكفان فوقه وفيه بللها؟ والله سبحانه أعلم. والحلة في عرفهم مجموع ثوبين إزار ورداء، وليس في الكفن عمامة عندنا، واستحسنها بعضهم لما روي عن ابن عمر أنه كان يعممه ويجعل العذبة على وجهه وأحبها البياض ولا بأس بالبرود والعصب والكتان للرجال. ويجوز للنساء الحرير والمزعفر والمعصفر اعتباراً للكفن باللباس في الحياة، والمراهق في التكفين كالبالغ، والمراهقة كالبالغة قوله: **(ولأنه)** أي عدد الثلاث أكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته، فأفاد أن أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة. وصرح بأن أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة غير واحد من المصنفين. وقد يقال: مقتضاه أنه إذا مات ولم يترك سوى ثلاثة أثواب هو لابسها ليس غير وعليه ديون يعطي لربّ الدين ثوب منها لأن الأكثر ليس بواجب بل هو المسنون، وقد قالوا: إذا كان بالمال كثرة وبالورثة قلة فكفن السنة أولى من كفن الكفاية. وهذا يقتضي أن كفن الكفاية وهو الثوبان جائز في حالة السعة، ففي حال عدمها ووجود الدين ينبغي أن لا يعدل عنه تقديماً للواجب، وهو الدين على غير الواجب وهو الثلاثة، لكنهم سطروا في غير موضع أنه لا يباع منه شيء للدين كما في حال الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لا ينزع عنه شيء فيباع ولا يبعد الجواب قوله: **(فإن اقتصروا على ثوبين جاز)** إلا أنه إن كان بالمال قلة وبالورثة كثرة فهو أولى، وعلى القلب كفن السنة أولى، وكفن الكفاية أقل ما يجوز عند الاختيار، وفي حالة الضرورة بحسب ما يوجد قوله: **(لقول أبي بكر)** روى الإمام أحمد في كتاب الزهد: حدثنا يزيد بن هارون. أخبرنا إسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله التميمي مولى الزبير بن العوام عن عائشة رضي الله عنها قالت: لما احتضر رضي الله عنه تمثلت بهذا البيت:

أعـاذل مـا يـغـنـي الـثـراء عـن الـفـتـى ... إذا حـشـرجـت يـومـاً وضـاق بـهـا الـصـدر

فقال لها: يا بنية ليس كذلك. ولكن قولي: **﴿وجاءت سكرة الموت بالحق ذلك ما كنت منه تحيد﴾** [ق ١٩] ثم انظروا ثوبي هذين فاغسلوهما ثم كفنوني فيهما فإن الحي أحوج إلى الجديد[3]. وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: «قال أبو بكر لثوبيه اللذين كان يمرض فيهما: اغسلوهما وكفنوني فيهما، فقالت عائشة: ألا نشتري لك جديداً؟ قال لا، الحي أحوج إلى الجديد من الميت»[4]. وفي الفروع: الغسيل والجديد سواء في الكفن. ذكره في التحفة. هذا وفي البخاري غير هذا عن عائشة أن أبا بكر قال لها «في كم كفن رسول الله ﷺ؟ قالت: في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة، قال في أيّ يوم توفي رسول الله ﷺ؟

الثاني فهو على نوعين: كفن سنة وهو في حق الرجال ثلاثة (أثواب: إزار، وقميص، ولفافة) لما ذكر في الكتاب، والسحولية

---

(١) مرسل. أخرجه محمد في الآثار ص٣٩ باب غسل الميت. عن إبراهيم مرسلاً. ورواه عبد الرزاق بنحوه عن الحسن كما في الزيلعي ٢/ ٢٦١

(٢) ضعيف: أخرجه أبو داود ٣١٥٣ وابن سعد ٢/ ٦٧ في القسم الثاني والبيهقي ٣/ ٤٠٠ كلهم عن ابن عباس به قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٦١: فيه يزيد بن أبي زياد ضعيف اهـ ووافقه ابن الهمام. وسياقه: كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب نجرانية، الحلّة ثوبان وقميصه الذي مات فيه. اهـ.

(٣) أخرجه أحمد في الزهد كما في نصب الراية واللفظ له. وأصله أخرجه البخاري ١٣٨٧ وعبد الرزاق ٦١٧٦ وابن سعد ٣/ ١٩٧ و٢٠١ وأحمد ٦/ ٤٠ وابن حبان ٣٠٣٦ كلهم عن عائشة بنحوه والقصة واحدة. ولفظ البخاري سيأتي بعد أثر واحد.

(٤) صحيح. أخرجه عبد الرزاق ٦١٧٨ عن الزهري عن عروة عن عائشة وإسناده صحيح. وكذا صححه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٣١.

القرن إلى القدم، واللفافة كذلك، والقميص من أصل العنق إلى القدم (**فإذا أرادوا لف الكفن ابتدءوا بجانبه الأيسر فلفوه عليه ثم بالأيمن**) كما في حال الحياة، وبسطه أن تبسط اللفافة أولاً ثم يبسط عليها الإزار ثم يقمص الميت ويوضع على الإزار ثم يعطف الإزار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين، ثم اللفافة كذلك (**وإن خافوا أن ينتشر الكفن**

قلت يوم الاثنين، قال فأي يوم هذا؟ قلت يوم الاثنين، قال أرجو فيما بيني وبين الليل فنظر إلى ثوب عليه كان يمرض فيه به ردع من زعفران فقال: اغسلوا ثوبي هذا وزيدوا عليه ثوبين وكفنوني فيها. قلت: إن هذا خلق، قال الحي أحق بالجديد من الميت إنما هو المهلة، فلم يتوفّ حتى أمسى من ليلة الثلاثاء ودفن قبل أن يصبح[1] والردع بالمهملات الأثر، والمهلة مثلث الميم: صديد الميت، فإن وقع. التعارض في حديث أبي بكر هذا حتى وجب تركه لأن سند عبد الرزاق لا ينقص عن سند البخاري، فحديث ابن عباس في الكتب الستة في المحرم الذي وقصته ناقته قال فيه عليه الصلاة والسلام «وكفنوه في ثوبين» وفي لفظ «في ثوبيه»[2] واعلم أن الجمع ممكن، فلا يترك بأن يحمل ما في عبد الرزاق وغيره من حديث أبي بكر. على أنه ذكر بعض المتن دون كله بخلاف ما في البخاري، وحينئذ فيكون حديث ابن عباس هو الشاهد، لكن رواية ثوبيه تقتضي أنه لم يكن له معه غيرهما فلا يفيد كونه كفن الكفاية، بل قد يقال إنما كان ذلك للضرورة فلا يستلزم جواز الاقتصار على ثوبين حال القدرة على الأكثر، إلا أنه خلاف الأولى كما هو كفن الكفاية، والله سبحانه أعلم قوله: (**والإزار من القرن إلى القدم، واللفافة كذلك**) لا إشكال في أن اللفافة من القرن إلى القدم، وأما كون الإزار كذلك ففي نسخ من المختار وشرحه اختلاف في بعضها: يقمص أولاً وهو من المنكب إلى القدم، ويوضع على الإزار وهو من القرن إلى القدم، ويعطف عليه إلى آخره. وفي بعضها: يقمص ويوضع على الإزار وهو من المنكب إلى القدم، ثم يعطف، وأنا لا أعلم وجه مخالفة إزار الميت إزار الحي من السنة. وقد قال عليه الصلاة والسلام في ذلك المحرم «كفنوه في ثوبيه»[3] وهما ثوبا إحرامه إزاره ورداؤه، ومعلوم أن إزاره من الحقو، وكذا أعطى اللاتي غسلن ابنته حقوه على ما سنذكر قوله: (**والقميص من أصل العنق**) بلا جيب ودخريص وكمين كذا في الكافي، وكونه بلا جيب بعيد، إلا أن يراد بالجيب الشق النازل على الصدر قوله: (**ابتدءوا بجانبه الأيسر**) ليقع الأيمن فوقه ولم يذكر العمامة، وكرهها بعضهم لأنه يصير الكفن بها شفعاً. واستحسنه بعضهم لأن ابن عمر كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على وجهه قوله: (**لحديث أم عطية**) قيل الصواب ليلى بنت قانف قالت: «كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ فكان أول ما أعطانا الحقا ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر»[4] رواه أبو داود، وروى حقوه في حديث غسل زينب وهو في الأصل معقد الإزار وجمعه أحق وأحقاء، ثم سمي به الإزار للمجاورة، وهذا ظاهر في أن إزار الميتة كإزار الحي من الحقو فيجب كونه في الذكر كذلك لعدم الفرق في هذا، وقد حسنه النووي وإن أعله

نسبة إلى سحول بفتح السين، وعن الأزهري بالضم: وهي قرية باليمن. وفي حق النساء خمسة أثواب: إزار، ودرع، وخمار،

---

(١) صحيح. تقدم قبل أثر واحد.

(٢) تقدم قبل أحاديث ويأتي في الحج باب محظورات الإحرام.

(٣) هو المتقدم.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٥٧ وأحمد ٦/ ٣٨٠ من حديث ليلى بنت قانف.

قال ابن حجر في التلخيص ٢/ ١١٠: أعله ابن القطان بنوح بن حكيم الثقفي، وأنه مجهول. لا تثبت عدالته.

وقال في التقريب: مجهول.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٥٨ ما ملخصه: قال المنذري في مختصره: فيه ابن إسحق. وفيه من ليس مشهور في الحديث، والقصة وردت في زينب وهو الصحيح.

وكذا أعله ابن القطان بجهالة نوح بن حكيم وأطال الكلام عليه، وتكلم في داود الذي ولدته أم حبيبة كما قال ابن إسحق، كم نفى ابن القطان أن يكون ولداً لأم حبيبة وقال: فالحديث من أجله ضعيف اهـ نصب الراية باختصار.

تنبيه: وأما كونه من حديث أم عطية فغريب لا يوجد كما في الزيلعي ٢/ ٢٦٣

عنه عقدوه بخرقة) صيانة عن الكشف **(وتكفن المرأة في خمسة أثواب درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها)** لحديث أم عطية «أن النبي ﷺ أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب» ولأنها تخرج فيها حالة الحياة فكذا بعد الممات **(ثم هذا بيان كفن السنة، وإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز)** وهي ثوبان وخمار **(وهو كفن الكفاية، ويكره أقل من ذلك، وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد إلا في حالة الضرورة)** لأن مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة **(وتلبس المرأة الدرع أوّلاً ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع، ثم الخمار فوق ذلك تحت الإزار، ثم الإزار، ثم اللفافة. قال: وتجمر الأكفان قبل أن يدرج فيها وتراً)** لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بإجمار أكفان ابنته وتراً، والإجمار هو التطييب، فإذا فرغوا منه صلوا عليه لأنها فريضة.

ابن القطان بجهالة بعض الرواة، وفيه نظر إذ لا مانع من حضور أم عطية غسل أم كلثوم بعد زينب، وقول المنذري: أم كلثوم توفيت وهو عليه الصلاة والسلام غائب معارض بقول ابن الأثير في كتاب الصحابة إنها ماتت سنة تسع بعد زينب بسنة وصلى عليها عليه الصلاة والسلام. قال: وهي التي غسلتها أم عطية[1]، ويشدّه ما روى ابن ماجه: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن محمد بن سيرين عن أم عطية قالت «دخل علينا رسول الله ﷺ ونحن نغسل ابنته أم كلثوم فقال: اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك إن رأيتن ذلك بماء وسدر، واجعلن في الآخرة كافوراً، فإذا فرغتن فآذنني فلما فرغنا آذناه، فألقى إلينا حقوه وقال: أشعرنها إياه»[2] وهذا سند صحيح، وما في مسلم من قوله مثل ذلك في زينب[3] لا ينافيه لما قلناه آنفاً قوله: **(وهي ثوبان وخمار)** لم يعين الثوبين. وفي الخلاصة: كفن الكفاية لها ثلاثة: قميص، وإزار، ولفافة، فلم يذكر الخمار، وما في الكتاب من عد الخمار أولى، ويجعل الثوبان قميصاً ولفافة. فإن بهذا يكون جميع عورتها مستورة بخلاف ترك الخمار قوله: **(وتلبس المرأة الدرع الخ)** لم يذكر موضع الخرقة. وفي شرح الكنز: فوق الأكفان كيلا ينتشر. وعرضها ما بين ثدي المرأة إلى السرة. وقيل ما بين الثدي إلى الركبة كيلا ينتشر الكفن على الفخذين وقت المشي وفي التحفة: تربط الخرقة فوق الأكفان عند الصدر فوق اليدين قوله: **(لأنه مصعب بن عمير)** أخرج الجماعة إلا ابن ماجه عن خباب بن الأرت قال: «هاجرنا مع رسول الله ﷺ نريد وجه الله فوقع أجرنا على الله، فمنا من مضى لم يأخذ من أجره شيئاً منهم مصعب بن عمير قتل يوم أحد وترك نمرة، فكنا إذا غطينا بها رأسه بدت رجلاه، وإذا غطينا بها رجليه بدا رأسه، فأمرنا رسول الله ﷺ أن نغطي رأسه ونجعل على رجليه الإذخر»[4] قوله: **(لأنه عليه**

. . . .

---

(١) انظر نصب الراية ٢/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

(٢) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٤٥٨ من حديث أم عطية. وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩: هذا سند صحيح رجاله مخرج لهم في الكتب. وأما ابن حجر فقال في تلخيص الحبير ٢/ ١١٠: ورواه مسلم فقال «زينب» ورواته أثبت وأتقن اهـ.
قلت: رجال ابن ماجه ثقات مشهورون سوى عبد الوهاب الثقفي. قال في التقريب عنه: ثقة روى له الجماعة تغير قبل موته بثلاث سنين اهـ.
ورواية مسلم التي أشار إليها ابن حجر هي في صحيحه ٩٣٩ ح ٤٠ ورجاله أثبت وأتقن كما قال ابن حجر. فحديث ابن ماجه حسن. لا سيما وقال الحافظ في الإصابة ٤/ ٤٨٩ في ترجمة أم كلثوم: المحفوظ في قصة أم عطية إنما هو في زينب كما ثبت في صحيح مسلم، ويحتمل أن تشهدها جميعاً.

(٣) هو في أثناء المتقدم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٧٦ و٣٨٩٧ و٣٩١٣ و٣٩١٤ و٤٠٤٧ و٤٠٨٢ و٦٤٣٢ و٦٤٤٨ ومسلم ٩٤٠ وأبو داود ٣١٥٥ والترمذي ٣٨٥٣ والنسائي ٤/ ٣٨ ـ ٣٩ وابن الجارود ٥٢٢ وعبد الرزاق ٦١٩٥ والحميدي ١٥٥ وابن حبان ٧٠١٩ والطبراني ٣٦٦٠ ـ ٣٦٦٤ والبيهقي ٣/ ٤٠١ والبغوي ١٤٧٩ وأحمد ٥/ ١٠٩ ـ ١١١ ـ ١١٢ ـ و٦/ ٣٩٥ من طرق كثيرة كلهم من حديث خباب بن الأرت.

. . . .

الصلاة والسلام أمر بإجمار أكفان ابنته) غريب[١]، وقدمنا من المستدرك عنه عليه الصلاة والسلام «إذا أجمرتم الميت فأجمروه ثلاثاً» وفي لفظ لابن حبان «فأوتروا»[٢] وفي لفظ البيهقي «جمروا كفن الميت ثلاثاً» قيل[٣] سنده صحيح.

ولفافة، وخرقة تربط فوق ثدييها. وكفن كفاية، وهو في حق الرجل ثوبان: إزار، ولفافة، وفي حق المرأة ثلاثة أثواب: قميص، وإزار، وخمار، وما في الكتاب واضح.

(١) لا أصل له هكذا. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٦٤ واستغربه. وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ٢٣٢ حيث قال: لم أجده.
(٢) تقدم قبل ثلاثة وعشرين حديثاً.
(٣) القائل هوالنووي كما في نصب الراية ٢/ ٢٦٤.

فصل في الصلاة على الميت

. . . .

فصل في الصلاة على الميت

هي فرض كفاية. وقوله في التحفة إنها واجبة في الجملة محمول عليه، ولذا قال في وجه كونه على الكفاية لأن ما هو الفرض وهو قضاء حق الميت يحصل بالبعض، والإجماع على الافتراض، وكونه على الكفاية كاف، وقيل في مستند الأول قوله تعالى: ﴿وصلّ عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ والحمل على المفهوم الشرعي أولى ما أمكن وقد أمكن بجعلها صلاة جنازة. لكن هذا إذا لم يصرح أهل التفسير بخلاف هذا. وفي الثاني قوله عليه الصلاة والسلام «صلوا على صاحبكم»[1] فلو كان فرض عين لم يتركه عليه الصلاة والسلام. وشرط صحتها إسلام الميت وطهارته ووضعه أمام المصلي، فلهذا القيد لا تجوز على غائب ولا حاضر محمول على دابة أو غيرها، ولا موضوع متقدم عليه المصلي، وهو كالإمام من وجه. وإنما قلنا من وجه لأن صحة الصلاة على الصبي أفادت أنه لم يعتبر إماماً من كل وجه. كما أنها صلاة من وجه. وعن هذا قلنا إذا دفن بلا غسل ولم يمكن إخراجه إلا بالنبش سقط هذا الشرط وصلى على قبره بلا غسل للضرورة، بخلاف ما إذا لم يهل عليه التراب بعد فإنه يخرج فيغسل، ولو صلى عليه بلا غسل جهلا مثلاً ولا يخرج إلا بالنبش تعاد لفساد الأولى. وقيل تنقلب الأولى صحيحة عند تحقق العجز فلا تعاد، وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على النجاشي كان إما لأنه رفع سريره له حتى رآه عليه الصلاة والسلام بحضرته فتكون صلاة من خلفه على ميت يراه الإمام وبحضرته دون المأمومين وهذا غير مانع من الاقتداء، وهذا وإن كان احتمالاً لكن في المروي ما يومىء إليه، وهو ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث عمران بن الحصين أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن أخاكم النجاشي توفي فقوموا صلوا عليه. فقام عليه الصلاة والسلام وصفوا خلفه. فكبر أربعاً وهم لا يظنون أن جنازته بين يديه»[2] فهذا اللفظ يشير إلى أن الواقع خلاف ظنهم لأنه هو

فصل في الصلاة على الميت

الصلاة على الميت فرض كفاية، أما فرضيته فلأن الله تعالى أمر بقوله عز وجل ﴿وصل عليهم﴾ والأمر للوجوب وعلى ذلك أجمعت الأمة. وأما أنها على الكفاية فلأن في الإيجاب على جميع الناس استحالة أو حرجاً فاكتفى بالبعض كما في

فصل في الصلاة على الميت

قوله: (أما فرضيته فلأن الله تعالى أمر بقوله ﴿وصل عليهم﴾) أقول: أجمع أهل التفسير على أن المأمور به هو الدعاء والاستغفار للمصدق.

---

(١) صحيح. يأتي في باب الديون، وهو عقب البيوع. وله قصة.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٣١٠٢ من حديث عمران بن حصين. وآخره: وهم لا يظنون إلا أنّ جنازته بين يديه اهـ.

وهذا اللفظ يعكر على المصنف فيما ذهب إليه حيث وقع النص عنده بدون «إلا» ولكن بذكر «إلا» صار ما رآه ابن الهمام صريحاً لا يحتاج إلى بيان.

أما الإسناد فهو على شرط مسلم، فيه الوليد بن مسلم من رجال البخاري ومسلم، وقد صرح بالتحديث إلا أنه كثير التدليس والتسوية، وقد رواه مسلم ٩٥٣ من حديث عمران فلم يذكر آخره. وكذا كرره ابن حبان مراراً بدون عجزه.

قال النووي في شرح مسلم ٧/ ٢١: وفيه دليل للشافعي وموافقيه في الصلاة على الميت الغائب اهـ.

وعلل ابن حبان ذلك عقب حديث ٣١٠٠ فقال: لأن أرض الحبشة تقع وراء الكعبة بالنسبة لمن كان في المدينة، ثم قاس عليه ابن حبان كل من مات وكان بلده وراء الكعبة يعني أن المصلي عليه يتوجه إلى الكعبة والميت وراءها، وأما إن لم يكن كذلك فقال ابن حبان: مستحيل حينئذ الصلاة عليه.

وجاء في الفتح ما ملخصه: واستدل به على الصلاة على الميت الغائب؟ وبه قال الشافعي وأحمد وجمهور السلف وعن الحنفية والمالكية لا يشرع ذلك اهـ ٣/ ١٨٨ وانظر شرح السنة للبغوي ٥/ ٣٤١. ٣٤٢.

. . . .

فائدته المعتد بها، فإما أن يكون سمعه منه عليه الصلاة والسلام أو كشف له. وإما أن ذلك خص به النجاشي فلا يلحق به غيره وإن كان أفضل منه كشهادة خزيمة[١] مع شهادة الصديق. فإن قيل: بل قد صلى على غيره من الغيب وهو معاوية بن معاوية المزني ويقال الليثي «نزل جبريل عليه السلام بتبوك فقال: يا رسول الله إن معاوية بن المزني مات بالمدينة أتحب أن أطوي لك الأرض فتصلي عليه؟ قال نعم، فضرب بجناحه على الأرض فرفع له سريره فصلى عليه وخلفه صفان من الملائكة عليهم السلام. في كل صف سبعون ألف ملك، ثم رجع فقال عليه الصلاة والسلام لجبريل عليه السلام: بم أدرك هذا؟ قال بحبه سورة ﴿قل هو الله أحد﴾ وقراءة إياها جائياً وذاهباً وقائماً وقاعداً وعلى كل حال»[٢] رواه الطبراني من حديث أبي أمامة وابن سعد في الطبقات من حديث أنس[٣] وعلي. وزيد وجعفر لما استشهد بموته على ما في مغازي الواقدي: حدثني محمد بن صالح عن عاصم بن عمر بن قتادة، وحدثني عبد الجبار بن عمارة عن عبد الله بن أبي بكر قالا «لما التقى الناس بموته جلس رسول الله ﷺ على المنبر وكشف له ما بينه وبين الشام فهو ينظر إلى معتركهم، فقال عليه الصلاة والسلام: أخذ الراية زيد بن حارثة فمضى حتى استشهد وصلى عليه ودعا له وقال: استغفروا له، دخل الجنة وهو يسعى، ثم أخذ الراية جعفر بن أبي طالب فمضى حتى استشهد، فصلى عليه رسول الله ﷺ ودعا له وقال: استغفروا له دخل الجنة فهو يطير فيها بجناحين حيث شاء»[٤] قلنا: إنما ادعينا الخصوصية بتقدير أن لا يكون رفع له سريره ولا هو مرئي له، وما ذكر بخلاف ذلك، وهذا مع ضعف الطرق فما في المغازي مرسل من الطريقين، وما في الطبقات ضعيف بالعلاء وهو ابن زيد، ويقال ابن يزيد اتفقوا على ضعفه، وفي رواية الطبراني بقية بن الوليد وقد عنعنه، ثم دليل الخصوصية أنه لم يصلّ على غائب إلا على هؤلاء ومن سوى النجاشي صرح فيه بأنه رفع له وكان بمرأى منه مع أنه قد توفي خلق منهم رضي الله عنهم غيباً في الأسفار كأرض الحبشة والغزوات ومن أعز الناس عليه كان القراء. ولم يؤثر قط عنه بأنه صلى عليهم وكان على الصلاة على كل من توفي من أصحابه حريصاً حتى قال «لا يموتن أحد منكم إلا آذنتموني

الجهاد. روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن الإمام الأعظم وهو الخليفة أولى إن حضر، وإن لم يحضر فإمام المصر أولى إن حضر، فإن لم يحضر فالقاضي أولى، فإن لم يحضر فصاحب الشرطة أولى، فإن لم يحضر فإمام الحي، فإن لم يحضر

قوله: (وقوله في الكتاب السلطان يجوز أن يراد به الإمام الأعظم إن حضر وإمام المصر الخ) أقول: يعني ما يشمل إمام المصر أو إمام المصر على الخصوص فلا يتناول العبارة الإمام الأعظم. نعم يعلم حكمه بالدلالة ثم أقول في قوله إن حضر الخ بحث قوله:

---

(١) حسن. يشير المصنف لما أخرجه أبو داود برقم ٣٦٠٧ من حديث عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه وكان من أصحاب النبي ﷺ: أن النبي ابتاع فرساً من أعرابي. وآخره: فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين. وإسناده حسن، وله شواهد كثيرة راجع الاصابة ٢٢٥١ واستدل المصنف على أنها خصوصية لا تكون للصديق مع أنه أفضل منه.

(٢) منكر. أخرجه الطبراني في مسند الشاميين ٨٣١ وفي الكبير ٧٥٣٧ وابن السّني في اليوم والليلة ١٨٠ كلهم عن أبي أمامة مرفوعاً.
وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٣٨: فيه نوح بن عمر. قال ابن حبان: يقال إنه سرق هذا الحديث. قلت: ليس هذا بضعف في الحديث، وفيه بقية وهو مدلس. وليس فيه علة غير هذا اهـ وكلام ابن حبان في المجروحين ٢/ ١٨١ وذكره الذهبي في الميزان في ترجمة نوح هذا. وقال: هذا حديث منكر.

(٣) منكر. أخرجه أبو يعلى ٤٢٦٧ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٣٧. ٣٨ كلاهما من حديث أنس وقال الهيثمي: في إسناد أبي يعلى محمد بن إبراهيم بن العلاء، وهو ضعيف جداً، وفي إسناد الطبراني محبوب بن هلال قال الذهبي: لا يُعرف وحديثه منكر.
وقال الحافظ ابن كثير في تفسيره عند سورة الإخلاص: العلاء بن محمد متهم بالوضع. ثم قال ابن كثير: وقد ورد أحاديث من طرق أخرى تركناها اختصاراً، وكلها ضعيفة، ومراده حديث علي وغيره.
وقال النووي في شرح المهذب ٥/ ٢٥٣: هو حديث ضعيف ضعفه الحافظ.

(٤) مرسل. رواه الواقدي في المغازي ذكر غزوة مؤتة. وهو مرسل كما قال الزيلعي ٢/ ٢٨٤ ووافقه ابن الهمام.

(وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان إن حضر) لأن في التقدم عليه ازدراء به **(فإن لم يحضر فالقاضي)** لأنه صاحب ولاية **(فإن لم يحضر فيستحب تقديم إمام الحي)** لأنه رضيه في حال حياته. قال: **(ثم الولي والأولياء**

به. فإن صلاتي عليه رحمة له»[1] على ما سنذكر، وأما أركانها فالذي يفهم من كلامهم أنها الدعاء والقيام والتكبير لقولهم إن حقيقتها هو الدعاء والمقصود منها، ولو صلى عليها قاعداً من غير عذر لا يجوز وكذا راكباً، ويجوز القعود للعذر، ويجوز اقتداء القائمين به على الخلاف السابق في باب الإمامة، وقالوا: كل تكبيرة بمنزلة ركعة، وقالوا يقدم الثناء والصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام لأنه سنة الدعاء، ولا يخفي أن التكبيرة الأولى شرط لأنها تكبيرة الإحرام قوله: **(وأولى الناس بالصلاة عليه الخ)** الخليفة أولى إن حضر ثم إمام المصر وهو سلطانه، ثم القاضي، ثم صاحب الشرط، ثم خليفة الوالي، ثم خليفة القاضي، ثم إمام الحي، ثم ولي الميت، وهو من سنذكر، وقال أبو يوسف: الولي أولى مطلقاً وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي. لأن هذا حكم يتعلق بالولاية كالإنكاح فيكون الولي مقدماً على غيره فيه. وجه الأول ما روي أن الحسين بن علي قدم سعيد بن العاص لما مات الحسن وقال: لولا السنة لما قدمتك، وكان سعيد والياً بالمدينة، يعني متوليها، وهو الذي يسمى في هذا الزمان النائب، ولأن في التقدم عليهم ازدراء بهم وتعظيم أولى الأمر واجب. وأما إمام الحي فلما ذكر، وليس تقديمه بواجب بل هو استحباب وتعليل الكتاب يرشد إليه. وفي جوامع الفقه: إمام المسجد الجامع أولى من إمام الحي قوله: **(والأولياء على الترتيب الخ)** يستثنى منه الأب مع الابن، فإنه لو اجتمع للميت أبوه وابنه فالأب أولى بالاتفاق على الأصح، وقيل تقديم الأب قول محمد، وعندهما الابن أولى على حسب اختلافهم في النكاح، فعند محمد أب المعتوهة أولى بإنكاحها من ابنها، وعندهما ابنها أولى، وجه الفرق أن الصلاة تعتبر فيها الفضيلة والأب أفضل، ولذا يقدم الأسن عند الاستواء كما في أخوين شقيقين أو لأب أسنهم أولى، ولو قدم الأسن أجنبياً ليس له ذلك، وللصغير منعه لأن الحق لهما لاستوائهما في الرتبة، وإنما قدمنا الأسن بالسنة، قال عليه الصلاة والسلام في حديث القسامة «ليتكلم أكبركما»[2] وهذا يفيد أن الحق للابن عندهما، إلا أن السنة أن يقدم هو أباه، ويدل عليه قولهم سائر القرابات أولى من الزوج إن لم يكن له منها ابن، فإن كان فالزوج أولى منهم لأن الحق للابن وهو يقدم أباه، ولا يبعد أن يقال إن تقديمه على نفسه واجب بالسنة. ولو كان أحدهما شقيقاً والآخر لأب جاز تقديم الشقيق الأجنبي، ومولى العتاقة وابنه أولى من الزوج، والمكاتب أولى بالصلاة على عبيدة وأولاده، ولو مات العبد وله ولي حر فالمولى أولى على الأصح، وكذا المكاتب إذا مات ولم يترك وفاء فإن أديت الكتابة كان الولي أولى، ولذا إن كان المال حاضراً يؤمن عليه التوي، وإن لم يكن للميت ولي فالزوج أولى ثم الجيران من الأجنبي أولى؛ ولو أوصى أن يصلي عليه فلان ففي العيون أن الوصية باطلة، وفي نوادر ابن رستم جائزة، ويؤمر فلان بالصلاة عليه.

فالأقرب من ذوي قرابته. وبهذه الرواية أخذ كثير من مشايخنا في الكتاب السلطان يجوز أن يراد به الإمام الأعظم إن حضر، فإن لم يحضر فإمام المصر. وقوله: **(ثم الولي)** إنما هو على قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف فالولي أولى بالصلاة على الميت على كل حال، قال الله تعالى **﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾** ولهما أن الحسن بن علي رضي الله عنهما لم مات خرج الحسين والناس لصلاة الجنازة، فقدم الحسين سعيد بن العاص، وكان سعيد يومئذ والياً

(والآية محموله على المواريث الخ) أقول: لا بد لتقييد الإطلاق من دليل قوله: **(لأنه لا حق له مع وجودهم)** أقول: فكذلك للأصغر مع وجود الأكبر.

---

(١) صحيح. أخرجه أحمد ٤/ ٣٨٨ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٧٥ . ٢٧٦ . ٣٦٠ والنسائي ٤/ ٨٤ . ٨٥ وابن ماجه ١٥٢٨ والحاكم ٣/ ٥٩١ وابن حبان ٣٠٨٧ و٣٠٩٢ والبيهقي ٤/ ٣٥ كلهم من حديث يزيد بن ثابت، وهو أكبر من زيد بن ثابت، وإسناده صحيح على شرط مسلم وهو متصل. وله شواهد ستأتي.

(٢) يأتي في القسامة.

على الترتيب المذكور في النكاح، فإن صلى غير الولي أو السلطان أعاد الولي) يعني إن شاء لما ذكرنا أن الحق

قال الصدر الشهيد: الفتوى على الأول قوله: **(فإن صلى غير الولي والسلطان أعاد الولي)** هذا إذا كان هذا الغير غير مقدم على الولي، فإن كان ممن له التقدم عليه كالقاضي ونائبة لم يعد قوله: **(وإن صلى الولي)** وإن كان وحده لم يجز لأحد أن يصلي بعده، واستفيد عدم إعادة من بعد الولي إذا صلى من هو مقدم على الولي بطريق الدلالة لأنها إذا منعت الإعادة بصلاة الولي فبصلاة من هو مقدم على الولي أولى. والتعليل المذكور وهو أن الفرض تأدى والتنفل بها غير مشروع يستلزم منع الولي أيضاً من الإعادة إذا صلى من الولي أولى منه. إذ الفرض وهو قضاء حق الميت تأدى به فلا بد من استثناء من له الحق من منع التنفل وادعاء أن عدم المشروعية في حق من لا حق له، أما من له الحق فتبقى الشرعية ليستوفي حقه، ثم استدل على عدم شرعية التنفل بترك الناس عن آخرهم الصلاة على قبر النبي ﷺ، ولو كان مشروعاً لما أعرض الخلق كلهم من العلماء والصالحين والراغبين في التقرب إليه عليه الصلاة والسلام بأنواع الطرق عنه، فهذا دليل ظاهر عليه فوجب اعتباره، ولذا قلنا لم يشرع لمن صلى مرة التكرير. وأما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر بعد ما صلى عليه أهله[1] فلأنه عليه الصلاة والسلام كان له حق التقدم في الصلاة قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر امرأة)** روى ابن حبان وصححه والحاكم وسكت عنه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن عمه يزيد بن ثابت قال «خرجنا مع رسول الله ﷺ، فلما وردنا البقيع إذا هو بقبر فسأل عنه؟ فقالوا فلانة فعرفها، فقال ألا آذنتموني؟ قالوا: كنت قائلاً صائماً، قال: فلا تفعلوا. لا أعرفن ما مات منكم ميت ما كنت بين أظهركم إلا آذنتموني به فإن صلاتي عليه رحمة، ثم أتي القبر فصففنا خلفه وكبر عليه أربعاً»[2]

بالمدينة فأبى أن يتقدم، فقال له الحسين: «تقدم، ولولا السنة ما قدمتك» والآية محمولة على المواريث وعلى ولاية المناكحة. وقوله: **(والأولياء على الترتيب المذكور في النكاح)** يقتضي أن يتقدم الابن على الأب. وقد ذكر محمد في كتاب الصلاة أن الأب أولى، فمن المشايخ من قال هو قول محمد. وأما على قول أبي حنيفة فالابن أولى، وعلى قول أبي يوسف الولاية لهما إلا أنه يقدم الأب احتراماً له، ومنهم من قال لا بل ما ذكره في صلاة الجنازة أن الأب أولى قول الكل لأن للأب زيادة فضيلة وسن ليست للابن، وللفضيلة أثر في استحقاق الإمامة فيرجع الأب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هؤلاء. قوله **(والأولياء على الترتيب المذكور في النكاح)** محمول على غير الأب والابن فبنو الأعيان يحجبون بني العلات والأكبر سناً يحجب الأصغر من كل واحد منهما لأن النبي ﷺ أمر بتقديم الأسن فإن أراد الأكبر من الأعيان أن يقدم إنساناً آخر فليس له ذلك إلا برضا الآخر لأن الحق لهما لاستوائهما في القرابة، وإن أراد بنو الأعيان تقديم إنسان فليس لأحد من بني العلات منعه لأنه لا حق له مع وجودهم، وابن عم المرأة أحق من زوجها إن لم يكن له منها ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالأجانب، فإن كان له ذلك فهو أحق بالصلاة عليها لأن الحق يثبت للابن في هذه الحالة، ثم الابن يقدم أباه احتراماً له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها من هذا الوجه. قال القدوري: وسائر القرابات أولى من الزوج. وقال الشافعي: «الزوج أولى لأن ابن عباس صلى على امرأته وقال: أنا أحق بها». ولنا ما روي عن ابن عمر «أنه لما ماتت امرأته قال لأوليائها: كنا أحق بها حين كانت حية، فإذا ماتت فأنتم أحق بها». وحديث ابن عباس محمول على أنه كان إمام حي **(فإن صلى غير الولي أو السلطان أعاد الولي)** وإنما قيد بذكر السلطان، لأنه لو صلى السلطان فلا إعادة لأحد لأنه هو المقدم على الولي، ثم هو ليس بمنحصر على السلطان، بل كل من كان مقدماً على الولي في ترتيب الإمامة في صلاة الجنازة على ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي ثانياً قال الإمام الولوالجي في فتاواه: رجل صلى على جنازة والولي خلفه ولم يرض به، إن تابعه وصلى معه لا يفيد لأنه صلى مرة، وإن لم يتابعه فإن كان المصلي السلطان أو الإمام الأعظم في البلدة أو القاضي أو الوالي على البلدة أو إمام حي ليس له أن يعيد لأن هؤلاء هم الأولون منه، وإن كان غيرهم فله الإعادة وكذا ذكر في التجنيس والفتاوى الظهيرية. قال في النهاية: ذكر في الكتاب إعادة الولي إذا لم يصلها ولم يذكر إعادة السلطان إذا لم يصلها، ويجب أن يكون حكمه في ولاية الإعادة كحكم

---

(١) تقدم قبل حديث واحد. وهو في الأحاديث الآتية أيضاً.
(٢) تقدم قبل حديثين وإسناده صحيح. وشواهده الآتية.

للأولياء **(وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده)** لأن الفرض يتأدى بالأولى والتنفل بها غير مشروع، ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلاة على قبر النبي عليه الصلاة والسلام وهو اليوم كما وضع **(وإن دفن الميت ولم**

وروى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف «أنه أخبره أن مسكينة مرضت، فأخبر رسول الله ﷺ بمرضها، فقال عليه الصلاة والسلام: إذا ماتت فآذنوني بها، فخرجوا بجنازتها ليلاً فكرهوا أن يوقظوه، فلما أصبح أخبر بشأنها فقال: ألم آمركم أن تؤذنوني بها؟ فقالوا: يا رسول الله كرهنا أن نخرجك ليلاً أو نوقظك. فخرج رسول الله ﷺ حتى صف بالناس على قبرها وكبر أربع تكبيرات»[1] وما في الحديث أنه صفهم خلفه. وفي الصحيحين عن الشعبي قال «أخبرني من شهد النبي ﷺ أتى على قبر منبوذ فصفهم فكبر أربعاً» قال الشيباني: من حدثك بهذا؟ قال: ابن عباس[2]، دليل على أن لمن لم يصل أن يصلي على القبر وإن لم يكن الولي، وهو خلاف مذهبنا. فلا مخلص إلا بادعاء أنه لم يكن صلى عليها أصلاً وهو في غاية البعد من الصحابة. ومن فروع عدم تكرارها عدم الصلاة على عضو، وقد قدمناه في فصل الغسل، وذلك لأنه إذا وجد الباقي صلى عليه فيتكرر، ولأن الصلاة لم تعرف شرعاً إلا على تمام الجثة. إلا أنه ألحق الأكثر بالكل فيبقى في غيره على الأصل قوله: **(صلى على قبره)** هذا إذا أهيل التراب سواء كان غسل أو لا لأنه صار مسلماً لمالكه تعالى وخرج عن أيدينا فلا يتعرض له بعد، بخلاف ما إذا لم يهل فإنه يخرج ويصلي عليه، وقدمنا أنه إذا دفن بعد الصلاة قبل الغسل إن أهالوا عليه لا يخرج وهل يصلي على قبره، قيل لا، والكرخي نعم، وهو الاستحسان لأن الأولى لم يعتد بها لترك الشرط مع الإمكان، والآن زال الإمكان فسقطت فرضية الغسل لأنها صلاة من وجه ودعاء من وجه. فبالنظر إلى الأول لا تجوز بلا طهارة أصلاً، وإلى الثاني تجوز بلا عجز، فقلنا تجوز بدونها حالة العجز لا القدرة عملاً بالشبهين قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما عن أبي حنيفة أنه يصلي إلى ثلاثة أيام قوله: **(لاختلاف الحال)** أي حال الميت من

الولي لما أنه مقدم في حق صلاة الجنازة على الولي، فلما ثبت حق الإعادة للأدون فلأن يثبت للأعلى منه أولى، وقال: قد وجدت رواية في نوادر الصلاة تشهد بما ذكر، وقال في قوله وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده تخصيص الولي ليس يفيد لما أنه لو صلى السلطان أو غيره ممن هو أولى من الولي في الصلاة على الميت ممن ذكرنا ليس لأحد أن يصلي بعده أيضاً على ما ذكرنا من رواية الولوالجي والتجنيس. وهذا الذي ذكره بقوله لم يجز لأحد أن يصلي بعده مذهبنا. وقال الشافعي: تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد أخرى لما روي «أن النبي ﷺ مر بقبر جديد فسأل عنه. فقيل قبر فلانة، فقال: هلا أذيتموني بالصلاة؟ فقيل إنها دفنت ليلاً فخشينا عليك هوام الأرض فقام وصلى على قبرها» ولما قبض رسول الله ﷺ صلى عليه أصحابه فوجاً بعد فوج. ولنا ما ذكر في الكتاب، وقوله **(وهو اليوم كما وضع)** لأن لحوم الأنبياء عليهم الصلاة والسلام حرام على الأرض به ورد الأثر وإنما صلى النبي ﷺ لأن الحق كان له، قال الله تعالى **﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾** وليس لغيره ولاية الإسقاط، وهكذا تأويل فعل الصحابة، فإن أبا بكر كان مشغولاً بتسوية الأمور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره، وكان الحق له لأنه هو الخليفة، فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل عليه أحد بعده، كذا في

---

(١) مرسل جيد. أخرجه مالك ١/ ٢٢٧ ح ١٥ عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف.
ونقل محقق الموطأ عن ابن عبد البر قوله: لم يختلف على مالك في الموطأ في إرسال هذا الحديث، وقد جاء معناه موصولاً من حديث أبي هريرة.
وحديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٤٥٨ و٤٦٠ و١٣٣٧ ومسلم ٩٥٦ وأبو داود ٣٢٠٣ وابن ماجه ١٥٢٧ والطيالسي ٢٤٤٦ وابن حبان ٣٠٨٦ وأحمد ٢/ ٣٥٣ . ٣٨٨ والبيهقي ٤/ ٤٧ كلهم من حديث أبي هريرة بنحو سياق الإمام مالك. لكن وقع الشك في رواية البخاري وغيره فإن فيه: أن رجلاً أسود، أو امرأة سوداء... الحديث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٨٥٧ و١٣١٩ و١٣٢٢ و١٣٣٦ ومسلم ٩٥٤ من وجوه أبو داود ٣١٩٦ والنسائي ٤/ ٨٥ والترمذي ١٠٣٧ وابن ماجه ١٥٣٠ وأحمد ١/ ٢٢٤ والدارقطني ٢/ ٧٧ . ٧٨ وابن حبان ٣٠٨٥ و٣٠٨٨ و٣٠٨٩ و٣٠٩٠ والبيهقي ٤/ ٤٦ من طرق كلهم من حديث الشعبي عن ابن عباس.

يصل عليه صلى على قبره) لأن النبي عليه الصلاة والسلام صلى على قبر امرأة من الأنصار (ويصلى عليه قبل أن يتفسخ) والمعتبر في معرفة ذلك أكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان (والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله

السمن والهزال والزمان من الحر والبرد والمكان إذ منه ما يسرع بالإبلاء ومنه لا. حتى لو كان في رأيهم أنه تفرقت أجزاؤه قبل الثلاث لا يصلون إلى الثلاث قوله: (والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها) عن أبي حنيفة يقول: سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره، قالوا لا يقرأ الفاتحة إلا أن يقرأها بنية الثناء، ولم تثبت القراءة عن رسول الله ﷺ. وفي موطإ مالك عن مالك عن نافع «أن ابن عمر كان لا يقرأ في الصلاة على الجنازة»[1] ويصلي بعد التكبيرة الثانية كما يصلي في التشهد وهو الأولى، ويدعو في الثالثة للميت ولنفسه ولأبويه وللمسلمين، ولا توقيت في الدعاء سوى أنه بأمور الآخرة. وإن دعا بالمأثور فما أحسنه وأبلغه. ومن المأثور حديث عوف بن مالك «أنه صلى مع رسول الله ﷺ على جنازة فحفظ من دعائه: اللهم اغفر له وارحمه، وعافه واعف عنه. وأكرم منزله ووسع مدخله. واغسله بالماء والثلج والبرد ونقه من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، وأبدله داراً خيراً من داره، وأهلاً خيراً من أهله، وزوجا خيراً من زوجه، وأدخله الجنة، وأعذه من عذاب القبر وعذاب النار، قال عوف: حتى تمنيت أن أكون أنا ذلك الميت»[2] رواه مسلم والترمذي والنسائي، وفي حديث إبراهيم الأشهل عن أبيه قال «كان رسول الله ﷺ إذا صلى على الجنازة قال: اللهم اغفر لحينا وميتنا. وشاهدنا وغائبنا، وصغيرنا وكبيرنا، وذكرنا وأنثانا»[3] رواه الترمذي والنسائي، قال الترمذي: ورواه أبو سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. وزاد فيه «اللهم من أحييته منا فأحيه على الإسلام، ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان وفي رواية لأبي داود نحوه. وفي أخرى «ومن توفيته منا فتوفه على الإسلام. اللهم لا تحرمنا أجره. ولا تضلنا بعده»[4] وفي موطإ مالك عمن سأل أبا هريرة «كيف يصلي على الجنازة فقال أبو هريرة: أنا لعمر الله أخبرك: أتبعها من عند أهلها، فإذا

المبسوط، وقوله (صلى على قبره) يعني إذا وضع اللبن على اللحد وأهيل التراب عليه، وأما إذا لم يوضع اللبن على اللحد أو وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلي عليه لأن التسليم لم يتم بعد، كذا في المحيط وغيره، وقوله (والمعتبر في ذلك) أي في عدم التفسخ. وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روي عن أبي يوسف في الأمالي أنه يصلى على الميت في القبر إلى ثلاثة أيام، وبعده لا يصلى عليه، وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره، عن محمد عن أبي حنيفة، والصحيح أن ذلك ليس بتقدير لازم، لأن تفرق الأجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال، وباختلاف الزمان من الحر والبرد، وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة، والذي روى «أن النبي ﷺ صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين» معناه دعا لهم وهو حقيقة لغوية. وقيل إنهم كانوا كما دفنوا لم تتفرق أعضاؤهم، وإذا كان أكثر الرأي هو المعتبر، فإن كان في أكبر رأيهم أن أجزاء الميت تفرقت قبل ثلاثة أيام لا يصلون عليه إلى ثلاثة أيام، وإن كان فيه أنها لم تتفرق بعد ثلاثة أيام يصلى عليه بعد ثلاثة أيام. قال (والصلاة أن يكبر تكبيرة) الصلاة على الميت أربع تكبيرات (يحمد الله عقب التكبيرة الأولى) ولم يعين نوعاً من الثناء، بخلاف سائر الصلوات فإنه يقول فيها: سبحانك اللهم الخ كما مر وقد اختلفوا في هذا بعد التحريم، فقال

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/٢٢٨ ح ١٩ هكذا باختصار عن ابن عمر موقوفاً. وإسناده كالشمس.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٩٦٣ من طرق والترمذي ١٠٢٥ والنسائي ٤/٧٣ وابن ماجه ١٥٠٠ والطيالسي ٩٩٩ وأحمد ٦/٢٣ . ٢٨ وابن حبان ٣٠٧٥ والبيهقي ٤/٤٠ والطبراني ١٨ (٧٩) من طرق كلهم من حديث عوف بن مالك الأشجعي.

(٣) حسن. أخرجه الترمذي ١٠٢٤ والنسائي ٤/٧٤ وأحمد ٥/٤١٢ والبيهقي ٤/٤١ كلهم من طريق أبي إبراهيم الأشهلي عن أبيه مرفوعاً.
قال الترمذي: حسن صحيح. سمعت البخاري يقول: أصح الروايات في هذا الحديث طريق الأشهلي عن أبيه. وفي التقريب: أبو إبراهيم الأشهلي مدني مقبول. وله شواهد تقويه. وبقية رجاله ثقات.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢٠١ والترمذي ١٠٢٤ وابن ماجه ١٤٩٨ وأحمد ٢/٣٦٨ وابن حبان ٣٠٧٠ والحاكم ١/٣٥٨ والبيهقي ٤/٤١ من طرق عن أبي هريرة مرفوعاً. وصححه الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا، فقد جاء من طرق عدة عن الأوزاعي ومن فوقه ثقات كلهم، وقد توبع الأوزاعي أيضاً، والزيادة لأبي داود وابن ماجه حيث زادا: اللهم لا تحرمنا أجره ولا تضلنا بعده.

عقيبها. ثم يكبر تكبيرة يصلي فيها على النبي ﷺ، ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر

وضعت كبرت وحمدت الله وصليت على نبيه، ثم أقول: اللهم عبدك وابن عبدك وابن أمتك، كان يشهد أن لا إله إلا أنت، وأن محمداً عبدك ورسولك، وأنت أعلم به. اللهم إن كان محسناً فزد في حسناته، وإن كان مسيئاً فتجاوز عن سيئاته. اللهم لا تحرمنا أجره ولا تفتنا بعده»[1] وروى أبو داود عن واثلة بن الأسقع قال «صلى بنا رسول الله ﷺ على رجل من المسلمين فسمعته يقول: اللهم إن فلان ابن فلان في ذمتك وحل في جوارك، فقه من فتنة القبر وعذاب النار، وأنت أهل الوفاء والحق: اللهم اغفر له وارحمه إنك أنت الغفور الرحيم»[2] وروي أيضاً من حديث أبي هريرة سمعته: يعني النبي عليه الصلاة والسلام يقول «اللهم أنت ربها وأنت خلقتها وأنت هديتها للإسلام وأنت قبضت روحها وأنت أعلم بسرها وعلانيتها جئنا شفعاء فاغفر لها»[3] قوله: **(ثم يكبر الرابعة ويسلم)** من غير ذكر بعدها في ظاهر الرواية. واستحسن بعض المشايخ **﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾** [البقرة ٢٠] أو **﴿ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب﴾** وينوي بالتسليمتين [آل عمران ٨] الميت مع القوم، ولا يصلون في الأوقات المكروهة، فلو فعلوا لم تكن عليهم الإعادة وارتكبوا النهي، وإذا جيء بالجنازة بعد الغروب بدءوا بالمغرب ثم بها ثم بسنة المغرب قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام كبر أربعاً الخ)** روى محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي: «أن الناس كانوا يصلون على الجنائز خمساً وستاً وأربعاً حتى قبض النبي ﷺ، ثم كبروا كذلك في ولاية أبي بكر الصديق ثم ولي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ففعلوا ذلك، فقال لهم عمر: إنكم معشر أصحاب محمد متى تختلفون تختلف الناس بعدكم والناس حديث عهد بالجاهلية، فأجمعوا على شيء يجمع عليه من بعدكم، فأجمع رأي أصحاب محمد أن ينظروا آخر جنازة كبر عليها النبي ﷺ حتى قبض فيأخذون به ويرفضون ما سواه، فنظروا فوجدوا آخر جنازة كبر عليها رسول الله ﷺ أربعاً»[4]. وفيه انقطاع بين إبراهيم وعمر وهو غير ضائر عندنا. وقد روى أحمد من طريق آخر موصولاً قال: حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عاسر بن شقيق عن أبي وائل قال: جمع عمر الناس فاستشارهم في التكبير على الجنازة، فقال بعضهم: كبر النبي ﷺ سبعاً، وقال بعضهم خمساً، وقال بعضهم أربعاً،

بعضهم: يحمد الله كما ذكره في ظاهر الرواية، وقال بعضهم: يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ كما في الصلاة المعهودة. وأرى أنه مختار المصنف حيث أشار إليه بقوله والبداءة بالثناء، فإن المعهود من الثناء ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات إلا عند الافتتاح **(ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي ﷺ)** لأن الثناء على الله يعقبه الصلاة على رسول الله ﷺ كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب **(ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين)** يقول: اللهم اغفر لحينا وميتنا إن كان يحسن ذلك، وإلا فيأتي بأي دعاء شاء لأن الثناء على الله والصلاة على النبي ﷺ يعقبهما الدعاء والاستغفار، قال رسول الله ﷺ «إذا أراد أحدكم أن يدعو فليحمد الله وليصل على النبي ثم يدعو» **(ثم يكبر الرابعة ويسلم، لأن النبي ﷺ كبر أربعاً في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها)** فكان ما بعد التكبيرة الرابعة أو أن التحلل وذلك بالسلام، وليس بعدها دعاء إلا السلام في ظاهر

قوله: **(وأرى أنه مختار المصنف حيث أشار إليه بقوله والبداءة بالثناء فإن المعهود من الثناء ذلك)** أقول: نعم إلا أن سنة الدعاء ليس الثناء المعهود، فالظاهر أن مراده بالثناء الحمد المدلول عليه بقوله يحمد الله إذا الحمد هو الثناء كما عرف.

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/٢٢٨ ح ١٧ بسند صحيح عن أبي هريرة موقوفاً.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٠٢ وابن ماجه ١٣٩٩ وأحمد ٣/٤٩١ وابن حبان ٣٠٧٤ كلهم من حديث واثلة بن الأسقع. وإسناده حسن الوليد بن مسلم صرح بالتحديث في رواية أبي داود وابن ماجه، فاختفت شبهة التدليس.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٠٠ من حديث أبي هريرة. وفيه علي بن شَمَّاخ. مقبول كما في التقريب. وعنه عقبة بن سيّار ثقة كما في التقريب. وعنه عبد الوارث العنبري وهو ثقة ثبت. فالحديث حسن رجاله ثقات كلهم. إلا أن علي بن شمّاخ غير مشهور برواية الحديث.

(٤) مرسل. أخرجه محمد في الآثار ص٤٠ باب لصلاة على الجنازة عن إبراهيم النخعي وهو لم يدرك عمر.

الرابعة ويسلم) لأنه عليه الصلاة والسلام كبر أربعاً في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها، (ولو كبر الإمام خمساً لم

فجمع عمر على أربع كأطول الصلاة، وروى الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال: آخر ما كبر النبي ﷺ على الجنازة أربع تكبيرات، وكبر عمر على أبي بكر أربعاً، وكبر ابن عمر على عمر أربعاً، وكبر الحسن بن علي على علي أربعاً، وكبر الحسين بن علي على الحسن أربعاً، وكبرت الملائكة على آدم أربعاً»[١] سكت عليه الحاكم، وأعله الدارقطني بالفرات بن السائب قال متروك. وأخرجه البيهقي في سننه والطبراني عن النضر بن عبد الرحمن وضعفه البيهقي، قال: وقد روي من وجوه كلها ضعيفة إلا أن اجتماع أكثر الصحابة رضي الله عنهم على الأربع كالدليل على ذلك. ورواه أبو نعيم الأصبهاني في تاريخ أصبهان: حدثنا أبو بكر محمد بن إسحق بن عمران، حدثنا إبراهيم بن محمد بن الحرث حدثنا شيبان بن فروخ، حدثنا نافع أبو هرمز حدثنا عطاء عن ابن عباس «أن النبي ﷺ كان يكبر على أهل بدر سبع تكبيرات، وعلى بني هاشم خمس تكبيرات، ثم كان آخر صلاته أربع تكبيرات إلى أن خرج من الدنيا»[٢] وقد رفع إلى النبي ﷺ أنه كان آخر صلاة كبر فيها أربعاً عن عمر[٣] من رواية الدارقطني، وضعفه، وروى أبو عمر في الاستذكار عن عبد الوارث بن سفيان عن القاسم عن ابن وضاح عن عبد الرحمن بن إبراهيم دحيم عن مروان بن معاوية الفزاري عن عبد الله بن الحرث عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة عن أبيه قال «كان النبي ﷺ يكبر على الجنائز أربعاً وخمساً وسبعاً وثمانياً، حتى جاء موت النجاشي فخرج إلى المصلى فصف الناس وراءه فكبر أربعاً، ثم ثبت النبي ﷺ على أربع حتى توفاه الله عز وجل»[٤] ورواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن ابن عمر بلفظ ابن عباس وزاد شيئاً، وأخرج الحازمي في كتاب الناسخ والمنسوخ عن أنس بن مالك «أن رسول الله ﷺ كبر على أهل بدر سبع تكبيرات، وعلى بني هاشم سبع تكبيرات، وكان آخر صلاة صلاها أربعاً حتى خرج من الدنيا»[٥] وضعف. وقد روى «أن آخر صلاة منه عليه الصلاة والسلام كانت أربع تكبيرات[٦] من عدة

الرواية. واختار بعض مشايخنا أن يقال: **﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار﴾** وبعضهم أن يقول: **﴿ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا﴾** الآية **(ولو كبر الإمام خمساً لم يتابعه المقتدي)** في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا «أنه ﷺ كبر أربعاً في آخر صلاة صلاها». وقال زفر: يتابعه لأنه مجتهد فيه لما روي أن علياً رضي الله عنه كبر خمساً فتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد. قلنا: ثبت أن الصحابة تشاوروا ورجعوا إلى آخر صلاة صلاها فصار ذلك

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/٣٨٦ والدارقطني ٢/٧٢ كلاهما عن ابن عباس به وقال الحاكم: الفرات بن السائب ليس من شرط هذا الكتاب.
وقال الذهبي: فرات ضعيف.
وقال الدارقطني عقب حديثه: فرات متروك.
وأخرجه البيهقي ٤/٣٧ والطبراني كما في المجمع ٣/٣٥ عن ابن عباس باختصار. وضعفه البيهقي وقال الهيثمي: فيه النضر أبو عمر وهو متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/٣٥، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان كما في نصب الراية ٢/٢٦٧ كلاهما عن ابن عباس به.
وقال الهيثمي: فيه نافع أبو هرمز وهو ضعيف.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/٧٦ والحازمي في الاعتبار كلاهما عن مسروق: أن عمر صلى على بعض أزواج النبي ﷺ فسمعته يقول: لأصلينّ عليها مثل آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ. على مثلها، فكبر أربعاً. وأعله الدارقطني بأن فيه جابر الجعفي ويحيى بن أبي أنيسة وهما ضعيفان، وكذا ضعفه الحازمي بهما.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار كما في نصب الراية ٢/٢٦٨ من حديث سليمان بن أبي حثمة. وفيه من لا يعرف وهو ضعيف في الجملة كما نص عليه العلماء.

(٥) ضعيف. أخرجه الحازمي في ناسخه ص١٢٦ من طريق نافع أبي هرمز عن أنس مرفوعاً. وكذا الطبراني في الكبير، وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٣٥: نافع هذا ضعيف اهـ. وكذا ضعفه الحازمي.

(٦) تقدم في روايات سابقة وكلها واهية.

يتابعه المؤتم) خلافاً لزفر لأنه منسوخ لما روينا، وينتظر تسليمة الإمام في رواية وهو المختار، والإتيان بالدعوات استغفار للميت والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء، ولا يستغفر للصبي ولكن يقول: اللهم اجعله لنا فرطاً.

هذا قال بعض العلماء: لا توقيت في التكبير، وجمعوا بين الأحاديث بأنه عليه الصلاة والسلام كان يفضل أهل بدر على غيرهم، وكذا بنو هاشم، وكان يكبر عليهم خمساً وعلى من دونهم أربعاً، وأن الذي حكي من آخر صلاته لم يكن الميت من بني هاشم، وجعل بعضهم حديث النجاشي في الصحيحين[(١)] ناسخاً لأن رواية أبي هريرة وإسلامه متأخر: ولا يخفى أنه نسخ بالاجتهاد والحق هو النسخ، فإن ضعف الإسناد غير قاطع ببطلان المتن بل ظاهر فيه، فإذا تأيد بما يدل على صحته من القرائن كان صحيحاً وقد تأيد، وهو كثرة الطرق وانتشارها في الآفاق خصوصاً مع كثرة المروي عنه ذلك من الصحابة فإنه يدل على أن آخر ما تقرر عليه الحال منه عليه الصلاة والسلام الأربع، على أن حديث أبي حنيفة صحيح[(٢)] وإن كان مرسلاً لصحة المرسل بعد ثقة الرواة عندنا وعند نفاة المرسل إذا اعتضد بما عرف في موضعه كان صحيحاً، وهذا كذلك فإنه قد اعتضد بكثرة في الطرق والرواة وذلك يغلب ظن الحقية، والله سبحانه أعلم قوله: **(لأنه منسوخ)** مبني الخلاف على المنسوخ أولاً؛ فعند زفر وهو رواية عن أبي يوسف لا. بل هو مجتهد فيه بناء على أنه لم يثبت نسخه. وقد روي أن علياً رضي الله عنه كبر خمساً. قلنا: قد ثبت النسخ بما قررناه آنفاً، وغاية الأمر أن علياً رضي الله عنه كان اجتهاده أيضاً على عدم النسخ، ثم كان مذهبه التكبير على أهل بدر ستاً، وعلى الصحابة خمساً، وعلى سائر المسلمين أربعاً، وعلى تقدير صحته يكون الكائن بيننا أربعاً أربعاً لانقراض الصحابة رضي الله عنهم، فمخالفته مخالفة الإجماع المتقرر فيجزم بخطئه فلا يكون فصلاً مجتهداً فيه، بخلاف تكبيرات العيد قوله: **(في رواية وهو المختار)** وفي أخرى يسلم كما يكبر الخامسة، والظاهر أن البقاء في حرمة الصلاة بعد فراغها ليس بخطأ مطلقاً، إنما الخطأ في المتابعة في الخامسة، وفي بعض المواضع: إنما لا يتابعه في الزائد على الأربعة إذا سمع من الإمام. أما إذا لم يسمع إلا من المبلغ فيتابعه، وهو قياس ما ذكروه في تكبيرات العيد مما قدمناه قوله: **(والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء)** يفيد أن تركه غير مفسد فلا يكون ركناً. هذا وروى أبو داود والنسائي في الصلاة والترمذي في الدعوات عن فضالة بن عبيد قال «سمع رسول الله ﷺ رجلاً

منسوخاً بإجماعهم، ومتابعة المنسوخ خطأ، وإذا لم يتابعه ماذا يصنع؟ في رواية عن أبي حنيفة يسلم للحال تحقيقاً للمخالفة، وفي أخرى: ينتظر تسليم الإمام ليصير متابعاً فيما تجب المتابعة فيه. قال المصنف **(وهو المختار)** وقوله **(والإتيان بالدعوات)** يعني بعد التكبيرة الثالثة إشارة إلى أن المقصود هو الدعاء **(والبداءة بالثناء والصلاة على النبي ﷺ سنة الدعاء)** تحصيلاً للإجابة، فإنه روي «أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً فعل هكذا بعد الفراغ من الصلاة فقال ﷺ ادع فقد استجيب لك» (و) على

قوله: **(والبداءة بالثناء والصلاة على النبي ﷺ سنة الدعاء)**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٢٧ و٣٨٨٠ ومسلم ٩٥١ وعبد الرزاق ٦٣٩٣ وأحمد ٢/ ٢٨٠. ٥٢٩ وابن حبان ٣١٠١ كلهم من حديث أبي هريرة. وأخرجه البخاري ١٣٢٨ و٣٨٨١ ومسلم ٩٥١ ح ٦٣ والترمذي ١٠٢٢ وابن ماجه ١٥٣٤ والطيالسي ٢٣٠٠ وأحمد ٢/ ٤٧٩ وابن حبان ٣١٠٠ كلهم من حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ صلى على النجاشي، وكبر عليه أربعاً.
ومن حديث عمران. أخرجه مسلم ٩٥٣ والترمذي ١٠٣٩ وابن ماجه ١٥٣٥ وأحمد ٤/ ٤٣٩ وابن حبان ٣١٠٢ كلهم من حديث عمران وفيه: وكبر أربعاً.

(٢) مرادهُ مرسل إبراهيم النخعي وقد تقدم قبل سبعة أحاديث. ومرسلات النخعي جيدة كما قال يحيى بن معين.
فائدة: والتكبير أربعاً هو الذي عليه الجمهور سلفاً وخلفاً. جاء في الاعتبار للحازمي ص١٢٤: وقال أكثر أهل العلم: يكبر أربعاً لا يزيد ولا ينقص. روي ذلك عن عمر والحسن والحسين وزيد وابن عمر وصهيب وأبيّ والبراء وعقبة وأبي هريرة وابن عباس، ومن التابعين: ابن الحنفية والشعبي وعلقمة والباقر وعطاء، وهو قول الثوري ومالك وأكثر أهل الكوفة والحجاز والأوزاعي، وأهل الشام وابن المبارك والشافعي وأحمد في المشهور عنه وإسحق. واستدلوا بأحاديث النجاشي.

واجعله لنا أجراً وذخراً. واجعله لنا شافعاً مشفعاً (**ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر أخرى بعد حضوره**) عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يكبر حين يحضر لأن الأولى للافتتاح. والمسبوق يأتي به. ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة. والمسبوق لا يبتدىء بما فاته إذ هو منسوخ، ولو كان حاضراً فلم يكبر مع

يدعو لم يمجد أو لم يحمد ولم يصل على النبي ﷺ فقال: عجل هذا، ثم دعاه فقال له: إذا صلى أحدكم فليبدأ بتمجيد أو بتحميد الله والثناء عليه. ثم يصلي على النبي ﷺ ثم يدعو بعد بما شاء»[1] صححه الترمذي قوله: (**ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة**) لقوله الصحابة رضي الله عنهم: أربع كأربع الظهر. ولذا لو ترك تكبيرة واحدة منها فسدت صلاته كما لو ترك ركعة من الظهر، فلو لم ينتظر تكبيرة الإمام لكان قاضياً ما فاته قبل أداء ما أدرك مع الإمام، وهو منسوخ. في مسند أحمد والطبراني عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ قال «كان الناس على عهد رسول الله ﷺ إذا سبق الرجل ببعض صلاته سألهم فأومئوا إليه بالذي سبق به، فيبدأ فيقضي ما سبق ثم يدخل مع القوم، فجاء معاذ والقوم قعود في صلاتهم فقعد. فلما فرغ قام فقضي ما كان سبق به. فقال عليه الصلاة والسلام قد سن لكم معاذ فاقتدوا به. إذا جاء أحدكم وقد سبق بشيء من الصلاة فليصلِّ مع الإمام بصلاته. فإذا فرغ الإمام فليقض ما سبقه به»[2] وتقدم أن في سماع ابن أبي ليلى من معاذ نظر في باب الأذان ورواه الطبراني عن أبي أمامة قال «كان الناس على عهد رسول الله ﷺ، إلى أن قال: فجاء معاذ والقوم قعود» فساق الحديث[3] وضعف سنده ورواه عبد الرزاق كذلك[4] ورواه الشافعي عن عطاء بن أبي رباح «كان الرجل إذا جاء وقد صلى الرجل شيئاً من صلاته» فساقه إلا أنه جعل الداخل ابن مسعود فقال عليه الصلاة والسلام إن ابن مسعود سن لكم سنة فاتبعوها[5] وهذان مرسلان ولا يضر، ولو لم يكن منسوخاً كفي الاتفاق على أن لا يقضي ما سبق به قبل الأداء مع الإمام. قال

هذا (**لا يستغفر للصبي**) لأنه لا ذنب له ولكن يقول: (**اللهم اجعله لنا فرطا**) أي أجراً يتقدمنا، وأصل الفرط فيمن يتقدم الواردة، ومنه الحديث «أنا فرطكم على الحوض» أي متقدمكم (**واجعله لنا ذخراً**) أي خيراً باقياً (**واجعله لنا شافعاً مشفعاً**) أي مقبول الشفاعة. وقوله (**ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين**) ظاهر. وحاصله أن الحاضر بعد التكبيرة الأولى عند أبي يوسف كالمسبوق، والمسبوق يأتي بتكبيرة الافتتاح إذا انتهى إلى الإمام فكذا هذا، وعندهما وإن كان كالمسبوق لكن لكل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلاة ولهذا قيل أربع كأربع الظهر (**والمسبوق لا يبتدىء بما فاته قبل فراغ الإمام**) فينتظر حتى يكبر الإمام فيكبر معه فتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقاً بما فاته من تكبيرة أو تكبيرتين يأتي به بعد

إلى قوله: فقال ﷺ «ادع فقد استجيب لك» أقول: حكاية حال دلالتها على السنية المطلوبة غير ظاهر.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ١٤٨١ والترمذي ٣٤٧٧ والطحاوي في المشكل ٣/ ٧٦. ٧٧ وابن خزيمة ٧١٠ والحاكم ١/ ٢٣٠. ٢٦٨ وابن حبان ١٩٦٠ وأحمد ٦/ ١٨ والبيهقي ٢/ ١٤٧ من طرق كلهم عن عمرو بن مالك الجنبي أنه سمع فضالة بن عبيد يقول: سمع رسول الله ﷺ رجلاً... الحديث. ورجاله كلهم ثقات رجال الصحيح. غير عمرو بن مالك، وهو ثقة، وقد صححه الحاكم وأقره الذهبي، وكذا صححه ابن خزيمة ٧١٠.

وأخرجه الترمذي ٣٤٧٦ والنسائي ٣/ ٤٤ وابن خزيمة ٧٠٩ من وجه آخر عن عمرو بن مالك عن فضالة مرفوعاً. وصححه ابن خزيمة. وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه أحمد ٥/ ٢٤٦ من حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ به مطولاً والجمهور على عدم سماعه من معاذ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٧٣: وفي سماع ابن أبي ليلى من معاذ نظر اهـ.
وأخرجه أبو داود ٥٠٦ عنه مرسلاً، وكذا أخرجه عبد الرزاق عنه مرسلاً بدون ذكر معاذ. ويقويه ما بعده، فهو يشبه الحسن وانظر الزيلعي ١/ ٢٦٧.

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني من حديث أبي أمامة كما في نصب الراية ٢/ ٢٧٣ وقال الحافظ الزيلعي: سنده ضعيف.
وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٣٤ اهـ لكن يقوي ما قبله.

(٤) بل رواه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى مرسلاً كما في نصب الراية ٢/ ٢٧٣ والدراية ١/ ٢٣٤.

(٥) أثر عطاء. رواه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٢/ ٢٧٣ عن عطاء به. وهو مرسل عطاء لم يدرك ابن مسعود.

الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لأنه بمنزلة المدرك. قال: **(ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر)** لأنه موضع القلب وفيه نور الإيمان فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لإيمانه. وعن أبي حنيفة أنه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لأن أنساً رضي الله عنه فعل كذلك وقال: هو السنة. قلنا تأويله أن جنازتها لم

في الكافي: إلا أن أبا يوسف يقول: في التكبيرة الأولى معنيان: معنى الافتتاح والقيام مقام ركعة، ومعنى الافتتاح يترجح فيها ولذا خصت برفع اليدين، فعلى هذا الخلاف لو أدرك الإمام بعد ما كبر الرابعة فاتته الصلاة على قول أبي حنيفة لا أبي يوسف، ولو جاء بعد الأولى يكبر بعد سلام الإمام عندهما خلافاً له بناء على أنه لا يكبر عندهما حتى يكبر الإمام بحضوره فيلزم من انتظاره صيرورته مسبوقاً بتكبيرة فيكبرها بعده، وعند أبي يوسف لا ينتظره بل يكبر كما حضر، ولو كبر كما حضر ولم ينتظر لا تفسد عندهما لكن ما أداه غير معتبر، ثم المسبوق يقضي ما فاته من التكبيرات بعد سلام الإمام نسقاً بغير دعاء لأنه لو قضاه به ترفع الجنازة فتبطل الصلاة لأنها لا تجوز إلا بحضورها. ولو رفعت قطع التكبير إذا رفعت على الأكتاف. وعن محمد: إن كان إلى الأرض أقرب يأتي بالتكبير لا إذا كان إلى الأكتاف أقرب، وقيل لا يقطع حتى تباعد قوله: **(لأنه بمنزلة المدرك)** يفيد أنه ليس بمدرك حقيقة، بل اعتبر مدركاً لحضوره التكبير دفعاً للحرج، إذ حقيقة إدراك الركعة بفعلها مع الإمام، ولو شرط في التكبير المعية ضاق الأمر جداً إذ الغالب تأخر النية قليلاً عن تكبير الإمام فاعتبر مدركاً بحضوره قوله: **(لأن أنساً فعل كذلك)** روى عن نافع أبي غالب قال: كنت في سكة المربد فمرت جنازة معها ناس كثير، قالوا: جنازة عبد الله بن عمير فتبعتها فإذا أنا برجل عليه كساء رقيق على رأسه خرقة تقيه من الشمس، فقلت: من هذا الدهقان: قالوا: أنس بن مالك، قال: فلما وضعت الجنازة قام أنس فصلى عليها وأنا خلفه لا يحول بيني وبينه شيء، فقام عند رأسه وكبر أربع تكبيرات لم يطل ولم يسرع، ثم ذهب يقعد فقالوا: يا أبا حمزة المرأة الأنصارية، فقربوها وعليها نعش أخضر، فقام عند عجيزتها فصلى عليها نحو صلاته على الرجل ثم جلس، فقال العلاء بن زياد: يا أبا حمزة هكذا كان رسول الله ﷺ يصلي على الجنازة كصلاتك، يكبر عليها أربعاً ويقوم عند رأس الرجل وعجيزة المرأة، قال نعم، إلى أن قال أبو غالب: فسألت عن صنيع أنس في قيامه على المرأة عند عجيزتها فحدثوني أنه إنما كان لأنه لم تكن النعوش، فكان يقوم حيال عجيزتها يسترها من القوم، مختصر من لفظ أبي داود[1]، ورواه الترمذي ونافع أبو غالب الباهلي الخياط البصري قال: ابن معين صالح وأبو حاتم شيخ، وذكره ابن حبان في الثقات. قلنا: قد يعارض هذا بما روى

سلام الإمام، وهو مروي عن ابن عباس، وقوله **(إذ هو)** أي الابتداء بما فاته قبل أداء ما أدرك مع الإمام **(منسوخ)** وقوله **(ولو كان حاضراً)** أي الذي فاتته التكبيرة **(لا ينتظر الثانية بالاتفاق لأنه بمنزلة المدرك)** لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارنة. وشرط قضاء التكبيرة الفائت أن لا ترفع الجنازة لأن الصلاة لا تجوز بعد رفعها. وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما إذا سلم الإمام، فإن عند أبي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل أن ترفع الجنازة لأنه صار مسبوقاً بها، وعند أبي يوسف يسلم مع الإمام لأنه لم يصر مسبوقاً بشيء لأنه كبر عند الدخول. ولو كان مسبوقاً بأربع تكبيرات وجاء قبل أن يسلم الإمام فإنه لا يكون مدركاً للصلاة عندهما لأنه لو كبر صار مشتغلاً بقضاء ما سبق به قبل فراغ الإمام، وإذا سلم الإمام فاتته الجنازة، وعلى قول

قال المصنف: **(لأنه بمنزلة المدرك)** أقول: يفيد أنه ليس بمدرك حقيقة بل اعتبر مدركاً لحضوره التكبير دفعاً للحرج، إذ حقيقة إدراك والركعة بفعلها مع الإمام.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣١٩٤ والترمذي ١٠٢٤ وابن ماجه ١٤٩٤ وأحمد ٣/١١٨ و٢٠٤ كلهم عن نافع عن أبي غالب عن أنس. طوله أبو داود، واختصره الترمذي وحسنه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٧٥: نافع هو أبو غالب الباهلي قال يحيى: صالح. وقال أبو حاتم: شيخ. وذكره ابن حبان في الثقات.
وقال الحافظ في التقريب: ثقة اهـ. فالحديث حسن كمال قال الترمذي. وبقية رجاله ثقات.

تكن منعوشة فحال بينها وبينهم **(فإن صلوا على جنازة ركباناً أجزأهم)** في القياس لأنها دعاء. وفي الاستحسان: لا تجزئهم لأنها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطاً **(ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة)**

أحمد أن أبا غالب قال: صليت خلف أنس على جنازة فقام حيال صدره[١]، والمعنى الذي عقل في القيام حيال الصدر وهو ما عينه في الكتاب يرجح هذه الرواية ويوجب التعدية إلى المرأة، ولا يكون ذلك تقديماً للقياس على النص في المرأة لأن المروي كان بسبب عدم النعش فتقيد به والإلحاق مع وجوده. وما في الصحيحين «أنه عليه الصلاة والسلام صلى على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها»[٢] لا ينافي كونه الصدر بل الصدر وسط باعتبار توسط الأعضاء. إذ فوقه يداه ورأسه وتحته بطنه وفخذاه، ويحتمل أنه وقف كما قلنا، إلا أنه مال إلى العورة في حقها فظن الراوي ذلك لتقارب المحلين قوله: **(لأنها صلاة من وجه)** حتى اشترط لها ما سوى الوقت مما يشترط للصلاة؛ فكما أن ترك التكبير والاستقبال يمنع الاعتداد بها كذلك ترك القيام والنزول احتياطاً، اللهم إلا أن يتعذر النزول كطين ومطر فيجوز. ولا تجوز الصلاة والميت على دابة أو أيدي الناس لأنه كالإمام، واختلاف المكان مانع من الاقتداء قوله: **(ولا بأس بالإذن)** حمله المصنف على الإذن للغير بالتقدم في الصلاة، ويحتمل أيضاً الإذن للمصلين بالانصراف إلى حالهم كيلا يتكلفوا حضور الدفن ولهم موانع، وهذا لأن انصرافهم بعد الصلاة من غير استئذان مكروه. وعبارة الكافي: إن فرغوا فعليهم أن يمشوا خلف الجنازة إلى أن ينتهوا إلى القبر، ولا يرجع أحد بلا إذن، فما لم يؤذن لهم فقد يتحرجون، والإذن مطلق للانصراف لا مانع من حضور الدفن، وعلى هذا فالأولى هو الإذن وإن ذكره بلفظ لا بأس فإنه لم يطرد فيه كون ترك مدخوله أولى عرف في مواضع، وفي بعض النسخ: لا بأس بالأذان: أي الإعلام، وهو أن يعلم بعضهم بعضاً ليقضوا حقه لا سيما إذا كانت الجنازة يتبرك بها ولينتفع الميت بكثرتهم ففي صحيح مسلم وسنن الترمذي والنسائي عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام قال «ما من ميت يصلي عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة كلهم يشفعون فيه إلا شفعوا فيه»[٣] وكره بعضهم أن ينادي

أبي يوسف يكبر ويشرع في صلاة الإمام ثم يأتي بالتكبيرات بعد ما سلم قبل أن ترفع الجنازة، قال **(ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر)** كلامه واضح. والوسط قال صاحب النهاية: بسكون السين لأنه اسم مبهم لداخل الشيء ولذا كان ظرفاً، يقال: جلست وسط الدار بالسكون وهو المراد هنا، بخلاف المتحرك لأنه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس بمراد، والنعش شبه المحفة مشتبك مطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب. وقوله **(لأنها دعاء)** يعني في الحقيقة، ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كسائر الأركان **(وفي الاستحسان لا يجزيهم)** يعني تجب عليهم الإعادة لما ذكر في الكتاب، وقوله **(ولا بأس بالإذن)** أي بإذن الولي لغيره بالإمامة إذا حسن ظنه بشخص أن في تقديمه مزيد خير وثواب، وشفاعته أرجى له لأن الصلاة على الميت حقه فجاز أن يأذن لغيره وقيل معناه: لا بأس بإذن الولي

---

(١) كلا الروايتين المتقدمتين عن أحمد «عند رأسه» وقوله: حيال صدره. لم أره وربما تفرد به أحد الضعفاء لأن الحديث المتقدم رواه جماعة عن أبي غالب فذكروا «عند رأسه».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٢ و١٣٣١ و١٣٣٢ ومسلم ٩٦٤ وأبو داود ٣١٩٥ والترمذي ١٠٣٥ والنسائي ١/ ١٩٥ و٤/ ٧٠. ٧١. ٧٢ وابن ماجه ١٤٩٣ وأحمد ٥/ ١٤. ١٩ وابن أبي شيبة ٣/ ٣١٢ وابن الجارود ٥٤٤ وابن حبان ٣٠٦٧ والبيهقي ٤/ ٣٣. ٣٤ والبغوي ١٤٩٧ وكذا الطيالسي ٩٠٢ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن بريدة عن سَمُرة به.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٩٤٧ والترمذي ١٠٢٩ والنسائي ٤/ ٧٥. ٧٦ وأحمد ٦/ ٣٢. ٤٠. ٩٧. ٢٣١ والطيالسي ١٥٢٦ والطحاوي في المشكل ٢٦٤ و٢٦٥ و٢٦٦ و٢٦٧ و٢٧٢ والبغوي ١٥٠٤ وابن حبان ٣٠٨١ من طرق كلهم عن عبد الله بن يزيد عن عائشة مرفوعاً.
وورد من حديث ابن عباس مرفوعاً: ما من مسلم يموت، فيقوم على جنازته أربعون رجلاً لا يشركون بالله شيئاً، إلا شفَّعهم الله فيه.
أخرجه مسلم ٩٤٨ وأبو داود ٣١٧٠ وابن ماجه ١٤٨٩ والطحاوي في المشكل ٢٧١ وأحمد ١/ ٢٧٧ وابن حبان ٣٠٨٢ كلهم عن ابن عباس مرفوعاً به.

لأن التقدم حق الولي فيملك إبطاله بتقديم غيره. وفي بعض النسخ: لا بأس بالأذان: أي الإعلام، وهو أن يعلم بعضهم بعضاً ليقضوا حقه **(ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من صلى على جنازة

عليه في الأزقة والأسواق لأنه نعي أهل الجاهلية. والأصح أنه لا يكره بعد أن لم يكن مع تنويه بذكره وتفخيم بل أن يقول العبد الفقير إلى الله تعالى فلان ابن فلان لأن فيه تكثير الجماعة من المصلين وليس مثله نعي الجاهلية، بل المقصود بذلك الإعلام بالمصيبة بالدوران مع ضجيج ونياحة كما يفعله فسقة زماننا. قال ﷺ «ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية»(١) متفق عليه. وقال «لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة»(٢) والصالقة التي ترفع صوتها عنده المصيبة، ولا بأس بإرسال الدمع والبكاء من غير نياحة قوله: **(ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة)** في الخلاصة مكروه سواء كان الميت والقوم في المسجد، أو كان الميت خارج المسجد والقوم في المسجد، أو كان الإمام مع بعض القوم خارج المسجد والقوم الباقون في المسجد، أو الميت في المسجد والإمام والقوم خارج المسجد، هذا في الفتاوى الصغرى. قال: هو المختار خلافاً لما أورده النسفي رحمه الله اهـ. وهذا الإطلاق في الكراهة بناء على أن المسجد إنما بني للصلاة المكتوبة وتوابعها من النوافل والذكر وتدريس العلم. وقيل لا يكره إذا كان الميت خارج المسجد، وهو بناء على أن الكراهة لاحتمال تلويث المسجد، والأول هو الأوفق لإطلاق الحديث الذي يستدل به المصنف، ثم هي كراهة تحريم أو تنزيه؟ روايتان، ويظهر لي أن الأولى كونها تنزيهية، إذ الحديث ليس هو نهياً غير مصروف ولا قرن الفعل بوعيد بظني بل سلب الأجر، وسلب الأجر لا يستلزم ثبوت استحقاق العقاب لجواز الإباحة وقد يقال: إن الصلاة نفسها سبب موضوع الثواب فسلب الثواب مع فعلها لا يكون إلا باعتبار ما يقترن بها من إثم يقاوم ذلك، وفيه نظر لا يخفى قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «من صلى على جنازة»)** أخرج أبو داود وابن ماجه عن ابن أبي ذئب عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله

للناس بالانصراف بعد الصلاة، إذ لا يسعهم الانصراف عنها قبل الدفن إلا بإذن الولي، وقوله **(وفي بعض النسخ)** أي نسخ الجامع الصغير **(بالأذان)** أي إعلام الأقارب والجيران، قال ﷺ «إذا مات أحدكم فآذنوني بالصلاة» أي أعلموني. وقد استحسن بعض المتأخرين النداء في الأسواق للجنازة التي يرغب الناس في الصلاة عليها كالزهاد والعلماء، وقوله **(ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة)** إذا كانت الجنازة في المسجد، فالصلاة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا، وإن كانت الجنازة والإمام وبعض

قال المصنف: **(ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة)** أقول: قوله في مسجد صفة لقوله ميت ثم اختلف فيه، وقيل لو صلى فيه كره كراهة تحريم، وقيل كراهة تنزيه قوله: **(وإن كانت الجنازة والإمام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق)** أقول: فيه أنه ينبغي أن ينكره بالنظر إلى التعليل الأول، إلا أن يقال يعطي للجماعة حكم الإمام قوله: **(ما صلى رسول الله ﷺ على جنازة سهيل بن بيضاء إلا في المسجد)** أقول: لفظة ما للنفي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٩٤ و١٢٩٧ و١٢٩٨ و٣٥١٩ ومسلم ١٠٣ والترمذي ٩٩٩ والنسائي ٤/ ٢٠ وابن ماجه ١٥٨٤ وابن الجارود ٥١٦ وأحمد ١/ ٤٣٢ . ٤٥٦ . ٤٦٥ وبان حبان ٣١٤٩ والبيهقي ٤/ ٦٤ والبغوي ١٥٣٣ كلهم من حديث ابن مسعود.

(٢) صحيح لكن بلفظ: عن أبي بردة قال: وَجِعَ أبو موسى وجعاً فغشي عليه، ورأسه في حجر امرأته من أهله، فصاحت امرأة من أهله، فلم يستطع أن يرد عليها، فلما أفاق قال: أنا بريء معاً بريء منه رسول الله ﷺ «فإن رسول الله ﷺ بريء من الصّالقة والحالقة والشّاقّة».

ورواية «ليس منا» بدل «أنا بريء».

أخرجه مسلم ١٠٤ من وجوه وعلقه البخاري ١٢٩٦ وأبو عوانة ١/ ٥٦ . ٥٧ والنسائي ٤/ ٢٠ وابن ماجه ١٥٨٦ وابن حبان ٣١٥٢ والبيهقي ٤/ ٦٤ كلهم عن أبي موسى به.

وأخرجه ابن حبان بإسناد حسن برقم ٣١٥٤ عن أبي مرفوعاً: لعن رسول الله ﷺ من حلق أو خلق أو سلق اهـ وأما سياق المصنف فلم أره بعد.

قال النووي في شرح مسلم: السّالقة والصّالقة معناهما واحد: وهي التي ترفع صوتها عند المصيبة. والحالقة هي التي تحلق شعرها عند المصيبة والشاقة هلي التي تشق ثوبها عند المصيبة اهـ ٢/ ١١٠

في المسجد فلا أجر له» ولأنه بني لأداء المكتوبات، ولأنه يحتمل تلويث المسجد، وفيما إذا كان الميت خارج

ﷺ «من صلى على ميت في المسجد فلا أجر له» وروي «فلا شيء له» ورواية «فلا شيء عليه»[1] لا تعارض المشهور، ومولى التوأمة ثقة لكنه اختلط في آخر عمره، أسند النسائي إلى ابن معين أنه قال ثقة لكنه اختلط قبل موته، فمن سمع من قبل ذلك فهو ثبت حجة، وكلهم على أن ابن أبي ذئب راوي هذا الحديث عنه سمع منه قبل الاختلاط فوجب قبوله، بخلاف سفيان وغيره[2]، وما في مسلم لما توفي سعد بن أبي وقاص قالت عائشة: «ادخلوا به المسجد حتى أصلي عليه، فأنكروا ذلك عليها فقالت: والله لقد صلى النبي ﷺ على ابني بيضاء في المسجد سهيل وأخيه»[3] قلنا: أولاً واقعة حال لا عموم لها فيجوز كون ذلك كان لضرورة كونه كان معتكفاً، ولو سلم عدمها فإنكارهم وهم الصحابة والتابعون دليل على أنه استقر بعد ذلك على تركه، وما قيل لو كان عند أبي هريرة علم هذا الخبر لرواه ولم يسكت مدفوع بأن غاية ما في سكوته مع علمه كونه سوغ هو وغيره الاجتهاد، والإنكار الذي يجب عدم السكوت معه هو المنكر العاصي من قام به لا الفصول المجتهد فيها، وهم رضي الله عنهم لم

القوم خارج المسجد والباقي فيه لم تكره بالاتفاق، وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ. وقال الشافعي: لا يكره على كل حال لما روى «أنه لما مات سعد بن أبي وقاص أمرت عائشة بإدخال جنازته المسجد حتى صلت عليها أزواج النبي ﷺ. ثم قالت لبعض من حولها: هل عاب الناس علينا ما فعلنا؟ قال نعم، فقالت: ما أسرع ما نسوا، ما صلى رسول الله ﷺ على جنازة سهيل ابن البيضاء إلا في المسجد ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «من صلى على جنازة في المسجد فلا أجر له» وحديث عائشة مشترك الإلزام لأن الناس في زمانها المهاجرون والأنصار قد عابوا عليها،

(١) ضعيف أخرجه أبو داود ٣١٩١ وابن ماجه ١٥١٧ وابن أبي شيبة ٣/ ١٥٢ وأحمد ٢/ ٤٤٤. ٤٤٥ والبيهقي ٤/ ٥١ كلهم من حديث ابن أبي ذئب عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٧٥: قال ابن عبد البر: رواية «فلا أجر له» خطأ فاحش. والصواب: فلا شيء له. وصالح مولى التوأمة منهم من لا يحتج به لضعفه ومنهم ما يقبل رواية ابن أبي ذئب خاصة اهـ.
وأخرجه ابن الجوزي في الواهيات ٦٩٦ وقال: لا يصح، وصالح قد كذبه مالك.
وقال ابن حبان في المجروحين ١/ ٣٦٥: هو من المجروحين قال مالك: لم يكن بثقة. وقال يحيى: خرف قبل أن يموت فمن سمع قبل اختلاطه فهو ثبت.
قال ابن حبان: هو كذلك لو تميز حديثه القديم من الأخير، أما عند عدم التمييز يرتفع به عدالة الإنسان، ثم أسند هذا الحديث وقال: وهذا خبر باطل. كيف يخبر النبي ﷺ بأن المصلي في المسجد على الجنازة لا شيء له من الأجر، ثم يصلي هو ﷺ على سهيل ابن البيضاء في المسجد.
وجاء في التقريب: صدوق اختلط بآخره. قال ابن عدي: لا بأس برواية القدماء عنه كابن أبي ذئب وابن جريج اهـ. قلت: هو من رواية ابن أبي ذئب.
والحديث حسنه ابن القيم في الهدي ١/ ١٤٠ اهـ. وانظر الكامل لابن عدي ٤/ ٥٦ والميزان ٢/ ٣٠٤ فالحديث مختلف فيه كما رأيت فلا نقول إنه موضوع ولا أنه حسن وإنما هو ضعيف. والله أعلم. ثم رأيت النووي في شرح مسلم ٧/ ٤٠ قد قال: هذا حديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به قال أحمد: هو حديث ضعيف.

(٢) يعني أن الثوري سمع منه بعد اختلاطه وكذا مالك.

(٣) صحيح. أخرجه الإمام مسلم ٩٧٣ ح ١٠١ وأبو داود ٣١٨٩ و٣١٩٠ والترمذي ١٠٣٣ والنسائي ٤/ ٦٨ وابن ماجه ١٥١٨ وأحمد ٦/ ٧٩ ـ ١٣٣ والطحاوي ١/ ٤٩٠ وابن حبان ٣٠٦٥ و٣٠٦٦ والبغوي ١٤٩٢ من طرق كثيرة كلهم عن عائشة به. رواه مسلم وغيره بمثل سياق المصنف، وكرره مسلم بأتم منه، وبعضهم رواه مختصراً.
وهو صحيح في غاية الصحة مروي عن عائشة من طريقين عن حمزة بن عبد الله بن الزبير، وعن أبي سلمة، وكلا الطريقين عند مسلم.
وجاء في الدراية ١/ ٢٣٥: قال الخطابي: ثبت أن أبا بكر وعمر صلى عليهما في المسجد اهـ وقصة أبي بكر عند عبد الرزاق، وقصة عمر أخرجها مالك في الموطأ، ورجالهما ثقات.
لكن كما قال ابن الهمام يمكن حمل حديث سهيل ابن بيضاء. على أنه كان ضرورة، والدليل على ذلك إنكار الناس. وفعل عائشة كان ضرورة لأنها تريد أن تصلي عليه وهي محتجبة عن الناس وإلا فاتتها الصلاة عليه. والله أعلم.

المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله. (ومن استهل بعد الولادة سمّي وغسّل وصلّي عليه) لقوله عليه الصلاة

يكونوا أهل لجاج خصوصاً مع من هو أهل الاجتهاد. واعلم أن الخلاف إن كان في أن السنة هو إدخاله المسجد أولاً فلا شك في بطلان قولهم، ودليلهم لا يوجبه لأنه قد توفي خلق من المسلمين بالمدينة، فلو كان المسنون الأفضل إدخالهم أدخلهم، ولو كان كذلك لنقل كتوجه من تخلف عنه من الصحابة إلى نقل أوضاع الدين في الأمور خصوصاً الأمور التي يحتاج إلى ملابستها ألبتة، ومما يقطع بعدم مسنونيته إنكارهم، وتخصيصها رضي الله عنها في الرواية ابني بيضاء، إذ لو كان سنة في كل ميت ذلك كان هذا مستقراً عندهم لا ينكرونه لأنهم كانوا حينئذ يتوارثونه، ولقالت: كان ﷺ يصلي على الجنائز في المسجد، وإن كان في الإباحة وعدمها فعندهم مباح وعندنا مكروه، فعلى تقدير كراهة التحريم يكون الحق عدمها كما ذكرنا، وعلى كراهة التنزيه كما اخترناه فقد لا يلزم الخلاف لأن مرجع التنزيهية إلى خلاف الأولى فيجوز أن يقولوا إنه مباح في المسجد وخارج المسجد أفضل فلا خلاف ثم ظاهر كلام بعضهم في الاستدلال أن مدعاهم الجواز وأنه خارج المسجد أفضل فلا خلاف حينئذ. وذلك قول الخطابي ثبت أن أبا بكر وعمر صلى عليهما في المسجد[1]، ومعلوم أن عامة المهاجرين والأنصار شهدوا الصلاة عليهما، وفي تركهم الإنكار دليل على الجواز، وإن ثبت حديث صالح مولى التوأمة فيتأول على نقصان الأجر. أو يكون اللام بمعنى «على» كقوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء ٧] انتهى، فقد صرح بالجواز ونقصان الأجر وهو الفضولية؛ ولو أن أحداً منهم ادعى أنه في المسجد أفضل حينئذ يتحقق الخلاف ويندفع بأن الأدلة تفيد خلافه، فإن صلاته ﷺ على من سوى ابني بيضاء. وقوله «لا أجر لمن صلى في المسجد»[2] يفيد سنيتها خارج المسجد، وكذا المعنى الذي عيناه، وحديث ابني بيضاء دليل الجواز في المسجد، والمروي من صلاتهم على أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في المسجد ليس صريحاً في أنهما أدخلاه أما حديث أبي بكر فما أخرج البيهقي بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت: «ما ترك أبو بكر ديناراً ولا درهماً، ودفن ليلة الثلاثاء وصلى عليه في المسجد» وهذا بعد أنه في مسنده إسماعيل الغنوي وهو متروك لا يستلزم إدخاله المسجد لجواز أن يوضع خارجه ويصلي عليه من فيه إذا كان عند بابه موضع لذلك. وهذا ظاهر فيما أسند عبد الرزاق: أخبرنا الثوري ومعمر عن هشام بن عروة قال: رأى أبي رجالاً يخرجون من المسجد ليصلوا على جنازة فقال: ما يصنع هؤلاء؟ والله ما صلي على أبي بكر إلا في المسجد[3]. فتأمله. وهو في موطأ مالك: مالك عن نافع عن ابن عمر قال: «صلي على عمر في المسجد»[4] ولو سلم فيجوز كونهم انحطوا إلى الأمر الجائز لكون دفنهم كان بحذاء رسول الله ﷺ في مكان المسجد محيط به، وما ذكرناه من الوجه قاطع في أن سنته وطريقته المستمرة لم تكن إدخال الموتى المسجد، والله سبحانه أعلم. واعلم أن

فدل على أن كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم، وتأويل صلاته ﷺ على جنازة سهيل في المسجد أنه كان معتكفاً في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فأمر بالجنازة فوضعت خارج المسجد. وعندنا إذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلي الناس عليها في المسجد لما نذكره. وقوله (ولأنه بني لأداء المكتوبات) دليلان معقولان على ذلك. وقع اختلاف المشايخ

قوله: (وعندنا إذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلي الناس عليها في المسجد لما ذكره) أقول: نعم إذا كان الإمام في الخارج وإلا ففيه الاختلاف

---

(١) كلام الخطابي تقدم في الذي قبله.

(٢) تقدم قبل حديث واحد.

(٣) هذا الأثر. أثبته الخطابي كما في الدراية ١/ ٢٣٥، وقال ابن حجر: رجاله ثقات اهـ رواه عبد الرزاق وإسناده جيد.

(٤) أثر عمر. أخرجه مالك ١/ ٢٣٠ ح ٢٣ عن نافع عن ابن عمر وهذا إسناد كالشمس.

والسلام «إذا استهل المولود صلّي عليه، وإن لم يستهل لم يصل عليه» ولأن الاستهلال دلالة الحياة فتحقق في حقه سنة الموتى (وإن لم يستهل أدرج في خرقة) كرامة لبني آدم (ولم يصل عليه) لما روينا، ويغسل في غير الظاهر من الرواية لأنه نفس من وجه، وهو المختار (وإذا سبي صبي مع أحد أبويه ومات لم يصل عليه) لأنه تبع لهما (إلا أن

الصلاة الواحدة كما تكون على ميت واحد تكون على أكثر فإذا اجتمعت الجنائز إن شاء استأنف لكل ميت صلاة وإن شاء وضع الكل وصلي عليهم صلاة واحدة. وهو في كيفية وضعهم بالخيار إن شاء وضعهم بالطول سطراً واحداً ويقوم عند أفضلهم، وإن شاء وضعهم واحداً وراء واحد إلى جهة القبلة، وترتيبهم بالنسبة إلى الإمام كترتيبهم في صلاتهم خلفه حالة الحياة فيقرب منه الأفضل فالأفضل ويبعد عنه المفضول فالمفضول، وكل من بعد منه كان إلى جهة القبلة أقرب، فإذا اجتمع رجل وصبي جعل الرجل إلى جهة الإمام والصبي إلى جهة القبلة وراءه، وإذا كان معهما خنثى جعل خلف الصبي؛ فيصف الرجال إلى جهة الإمام ثم الصبيان وراءهم ثم الخناثى ثم النساء ثم المراهقات، ولو كان الكل رجالاً روى الحسن عن أبي حنيفة يوضع أفضلهم وأسنهم مما يلي الإمام، وكذا قال أبو يوسف: أحسن ذلك عندي أن يكون أهل الفضل مما يلي الإمام، ولو اجتمع حر وعبد فالمشهور تقديم الحر على كل حال، وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن كان العبد أصلح قدم. ولو اجتمعوا في قبر واحد فوضعهم على عكس هذا فيقدم الأفضل فالأفضل إلى القبلة، وفي الرجلين يقدم أكثرهما قرآناً وعلماً كما فعل ﷺ في قتلىٰ أحد من المسلمين[1]. وإذا وضعوا للصلاة واحداً خلف واحد إلى القبلة. قال ابن أبي ليلى: يجعل رأس كل واحد أسفل من رأس صاحبه هكذا درجاً. وقال أبو حنيفة: هو حسن لأن النبي ﷺ وصاحبيه دفنوا هكذا والوضع للصلاة كذلك. قال: وإن وضعوا رأس كل بحذاء رأس الآخر فحسن. وهذا كله عند التفاوت في الفضل، فإن لم يقع تفاوت ينبغي أن لا يعدل عن المحاذاة، ولا يشترط في سقوط فرض الصلاة على الميت جماعة: وعن هذا قالوا: لو صلى الإمام على طهارة وظهر للمأمومين أنهم كانوا على غير طهارة صحت، ولا يعيدون للاكتفاء بصلاة الإمام بخلاف العكس قوله: (ومن استهل الخ) الاستهلال: أن يكون منه ما يدل على الحياة من حركة عضو أو رفع صوت، والمعتبر في ذلك خروج أكثره حياً حتى لو خرج أكثره وهو يتحرك صلى عليه، وفي الأقل لا، والحديث المذكور رواه النسائي في الفرائض عن المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر «إذا استهل الصبي صلى عليه

فيما إذا كانت الجنازة خارج المسجد نظراً إليها، فمن نظر إلى الأول قال بالكراهة وإن كانت خارجه ولا يلزمه التنفل في المسجد لأنه تبع للمكتوبة، ومن نظر إلى الثاني حكم بعدمها لأن العلة وهي التلويث لم توجد. فإن قيل: حديث أبي هريرة مطلق فالتعليل بالتلويث في مقابلة النص وهو باطل. فالجواب أن قوله ﷺ «في المسجد» يحتمل أن يكون ظرفاً للصلاة فكان دليلاً للأولين، ويحتمل أن يكون ظرفاً للجنازة فلا يكون منافياً لتعليل الآخرين. وقوله (ومن استهل) على بناء الفاعل، واستهلاك الصبي: أن يرفع صوته بالبكاء عند الولادة. وذكر في الإيضاح: هو أن يكون منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو أو طرف عين وكلامه واضح. وقوله (لأنه نفس من وجه) دليل غير ظاهر الرواية وهي عن أبي يوسف. وتقريره أنه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى حظاً من الشبهين فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره بالأجزاء لا يصلى عليه، وهذا هو المختار. وقوله (وإذا سبي صبي) يعني إذا سبى صبي فلا يخلو إما أن يكون (مع أحد أبويه) أولاً، فإن كان الأول (فمات لم يصل عليه) لأنه كافر تبعاً للأبوين لقوله ﷺ «الولد يتبع خير الأبوين ديناً» فإن فيه دلالة ظاهرة على متابعة

قوله: (لقوله ﷺ «الولد يتبع خير الأبوين ديناً») أقول: فيه بحث

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٤٣ و١٣٤٦ و١٣٤٧ و١٣٥٣ و٤٠٧٩ وأبو داود ٣١٣٨ و٣١٣٩ والترمذي ١٠٣٦ والنسائي ٤/ ٦٢ وابن ماجه ١٥١٤ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٥٣ . ٢٥٤ وابن حبان ٣١٩٧ والطحاوي ١/ ٥٠١ وابن الجارود ٥٥٢ والبيهقي ٤/ ٣٤ والبغوي ١٥٠٠ كلهم من حديث جابر: أن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد ويقول: «أيهما أكثر أخذاً للقرآن؟ فإذا أشير إلى أحدهما قدمه في اللحد. قال ﷺ: أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة، وأمر بدفنهم بدمائهم، ولم يُصل عليهم، ولم يغسّلوا».

يقر بالإسلام وهو يعقل) لأنه صح إسلامه استحساناً **(أو يسلم أحد أبويه)** لأنه يتبع خير الأبوين ديناً **(وإن لم يسب معه أحد أبويه صلي عليه)** لأنه ظهرت تبعية الدار فحكم بالإسلام كما في اللقيط **(وإذا مات الكافر وله ولي مسلم**

وورث»[1] قال النسائي: وللمغيرة بن مسلم غير حديث منكر. ورواه الحاكم عن سفيان عن أبي الزبير به قال: هذا إسناد صحيح، وأما تمام معنى ما رواه المصنف فهو ما عن جابر رفعه «الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل»[2] أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم، قال الترمذي: روي موقوفاً ومرفوعاً وكأن الموقوف أصح انتهى. وأنت سمعت غير مرة أن المختار في تعارض الوقف والرفع تقديم الرفع لا الترجيح بالأحفظ والأكثر بعد وجوب أصل الضبط والعدالة وأما معارضته بما رواه الترمذي من حديث المغيرة وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قال «السقط يصلى عليه ويدعي لوالديه بالمغفرة والرحمة»[3] فساقطة، إذ الحظر مقدم على الإطلاق عند التعارض قوله: **(لما روينا)**[4] ولو لم يثبت كفي في نفيه كونه نفساً من وجه جزء من الحي من وجه، فعلى الأول يغسل ويصلى عليه، وعلى الثاني لا ولا، فأعملنا الشبهين فقلنا يغسل عملاً بالأول ولا يصلى عليه عملاً بالثاني، ورجحنا خلاف ظاهر الرواية. واختلفوا في غسل السقط الذي لم يتم خلقة أعضائه، والمختار أنه يغسل ويلف في خرقة قوله: **(لأنه تبع لهما)** قال ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه

الولد للأبوين **(إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل)** صفة الإسلام المذكورة في حديث جبريل عليه السلام «أن تؤمن بالله وملائكته

---

(١) حسن. أخرجه النسائي ٦٣٥٨ في سننه الكبرى والحاكم ٤/٣٤٨ كلاهما من حديث المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ثم أخرجه النسائي ٦٣٥٩ عن جابر موقوفاً بلفظ: المنفوس يرث إذا سمع صوته.
قال النسّائي: هذا أولى بالصواب والله أعلم اهـ. أي كونه موقوفاً. لكن المغيرة توبع. فقد أخرجه ابن حبان ٦٠٣٢ والحاكم ٤/٣٤٨ . ٣٤٩ والبيهقي ٤/٨ . ٩ كلهم من طريق إسحق الأزرق عن الثوري عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً وصححه الحاكم على شرطهما! وأقره الذهبي! ولم يخرج البخاري لأبي الزبير. فهو على شرط مسلم وأخرجه الترمذي ١٠٣٢ وابن ماجه ١٥٠٨ و٢٧٥٠ والبيهقي ٤/٨ من طرق أخرى عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.
قال الترمذي: اضطرب الناس فيه فرواه بعضهم مرفوعاً، ورواه محمد بن إسحق عن عطاء عن جابر موقوفاً، وكأن الموقوف أصح. فأخرجه ابن عدي من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣/٣١٩ و١١/٣٨٢ والدارمي ٢/ ٣٩٢ عن أبي الزبير عن جابر موقوفاً والدارمي ٢/ ٣٩٣ عن ابن إسحق عن عطاء عن جابر موقوفاً وعبد الرزاق ٦٦٠٨ والنسائي ٦٣٥٩ عن ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر يقول في المنفوس: يرث إذا سمع صوته.
وله شاهد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٠ وعنه البيهقي ٦/ ٢٥٧ كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً: إذا استهل المولود وُرِّث. وإسناده حسن رجاله ثقات ابن إسحق مدلس وقد عنعنه لكنه شاهد. وله شاهد أخرجه الدارمي ٢/ ٣٩٢ عن ابن عباس موقوفاً وآخر. أخرجه ابن ماجه ٢٧٥١ عن جابر والمسور قالا: قال رسول الله ﷺ: لا يرث الصبي حتى يستهل صارخاً. قال: واستهلاله: أن يبكي ويصيح أو يعطس. ورجاله ثقات رجال الصحيح غير العباس بن الوليد وثقه ابن حبان وقال أبو حاتم: شيخ. وقال أبو داود: كتبت عنه وكان عالماً بالرجال والأخبار اهـ.
الخلاصة: هذا حديث بمجموع طرقه وشواهده يرقى إلى درجة الحسن. حتى إن الموقوف لا يقال مثله بالرأي فربما كان جابر يفتي به أحياناً، وتارة يحدث به مرفوعاً. والله أعلم. وقد جاء في الدراية ١/ ٢٣٥: صححه ابن حبان والحاكم من حديث جابر وحديث ابن عباس إسناده حسن.

(٢) تقدم في الذي قبله مستوفياً، وهو بهذا اللفظ ضعيف والصواب أنه بلفظ: إذا استهل الصبي صُلّيَ عليه وَوُرِّث. هكذا رواه ابن حبان والحاكم وغيرهما، وأما سياق الترمذي فغير قوي، فيه إسماعيل المكي ضعيف، وقد أشار الحاكم لضعفه ١/ ٣٦٣ بهذا اللفظ في حين صححه كما تقدم باللفظ الذي ذكرته آنفاً.
تنبيه: وصنيع المصنف يوهم أنهم رووه جميعاً بمثل هذا اللفظ وليس كذلك.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣١٨٠ والترمذي ١٠٣١ .والنسائي ٤/ ٥٥ ـ ٥٦ وابن ماجه ١٤٨١ وأحمد ٤/٢٤٨ . ٢٤٩ . ٢٥٢ والطحاوي ١/ ٤٨٢ وابن حبان ٣٠٤٩ والحاكم ١/ ٣٥٥ . ٣٦٣ وأحمد ٤/٢٤٧ . ٢٤٨ . ٢٤٩ . ٢٥٢ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٨٠ والبيهقي ٤/٨ . ٢٤ . ٢٥ والطبراني ٢٠ (١٠٤٦) من طرق عدة كلهم عن زياد بن جبير بن حية عن أبيه عن المغيرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الراكب يسير خلف الجنازة، والماشي حيث شاء منها، والطفل يصلى عليه». زاد أبو داود: ويدعي لوالديه بالمغفرة والرحمة.
قال الترمذي: حسن صحيح، والعمل عليه عند أحمد وإسحق قالا: يصلى على الطفل، وإن لم يستهل بعد أن يعلم أنه خُلق اهـ. والحديث صحيح على شرط البخاري كما قال الحاكم ووافقه الذهبي، وهو متصل الإسناد.

(٤) تقدم قبل حديث وأن لفظ: وإن لم يستهل لم يصلِّ عليه. ضعيف. والصواب في الحديث ليس فيه هذا النفي.

فإنه يغسله ويكفنه ويدفنه) بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب. لكن يغسل غسل الثوب النجس

ويمجسانه حتى يكون لسانه يعرب عنه إما شاكراً وإما كفوراً»[1] قوله: **(وهو يعقل)** أي يعقل صفة الإسلام، وهو ما في الحديث «أن يؤمن بالله» أي بوجوده وربوبيته لكل شيء «وملائكته» أي بوجود ملائكته «وكتبه» أي إنزالها «ورسله» أي بإرسالهم عليهم السلام «واليوم الآخر» أي البعث بعد الموت «والقدر خيره وشره من الله»[2] وهذا دليل أن مجرد قول: لا إله إلا الله لا يوجب الحكم بالإسلام ما لم يؤمن بما ذكرنا، وعلى هذا قالوا: اشترى جارية أو تزوج امرأة فاستوصفها صفة الإسلام فلم تعرفه لا تكون مسلمة. والمراد من عدم المعرفة ليس ما يظهر من التوقف في جواب ما الإيمان ما الإسلام كما يكون من بعض العوام لقصورهم في التعبير، بل قيام الجهل بذلك بالباطن مثلاً بأن البعث هل يوجد أو لا، وأن الرسل وإنزال الكتب عليهم كان أو لا يكون في اعتقاده اعتقاد طرف الإثبات للجهل البسيط، فعن ذلك قالت لا أعرفه، وقلما يكون ذلك لمن نشأ في دار الإسلام. فإنا نسمع ممن يقول في جواب ما قلنا لا أعرف وهو من التوحيد والإقرار والخوف من النار وطلب الجنة بمكان، بل وذكر ما يصلح استدلالاً في أثناء أحوالهم وتكلمهم على التصريح باعتقاد هذه الأمور، وكأنهم يظنون أن جواب هذه الأشياء إنما يكون بكلام خاص منظوم وعبارة عالية خاصة فيحجمون عن الجواب قوله: **(لأنه ظهرت تبعية الدار)** اعلم أن التبعية على مراتب: أقواها تبعية الأبوين أو أحدهما أي في أحكام الدنيا لا في العقبى فلا يحكم بأن أطفالهم في النار البتة

وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله» وقيل معناه: يعقل المنافع والمضار، وأن الإسلام هدى واتباعه خير، والكفر ضلالة واتباعه شر **(لأنه صح إسلامه استحساناً)** وإن لم يصح قياساً كما هو مذهب الشافعي على ما عرف في الأصول. وقوله **(أو يسلم)** عطف على قوله إلا أن يقر يعني أنه إذا أقر بالإسلام وهو يعقل أو يسلم **(أحد أبويه)** صح إسلامه لما روينا، وإن كان الثاني صلى عليه لأنه ظهرت تبعية الدار فحكم بإسلامه كما في اللقيط على ما سيجيء. فإن قيل: إذا كانت الدار مما يتبع فليتبع وإن سبي معه أحد أبويه ترجيحاً للإسلام كالأبوين إذا كان أحدهما مسلما. أجيب بأن تأثير الدار في الاستتباع دون تأثير الولادة، لأن النبي ﷺ حكم باستتباع الأبوين دون الدار مع قيام الدار، ولو لم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الإسلام أصلاً، وكان ما ترك أبواه لبيت المال لاختلاف الدينين، ولم يذكر المصنف تبعية اليد بعد تبعية الدار، فإنه لو وقع من الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلماً تبعاً لصاحب اليد، وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية الدار، وقوله **(وإذا مات الكافر وله ولي مسلم)** أي قريب، لأن حقيقة الولاية منفية، قال الله تعالى ﴿**لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء**﴾ وأطلق ليتناول كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الأرحام، وهذا الإطلاق لفظ الجامع الصغير، وذكر في الأصل: كافر مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه إذا لم يكن هناك من

قوله: **(وهذا الإطلاق لفظ الجامع الصغير)** أقول: يعني عدم التقييد بقوله إذا لم يكن هناك من أقربائه الكفار من يتولى أمره.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٥٩ و١٣٨٥ و٤٧٧٥ ومسلم ٢٦٥٨ من وجوه ومالك ١/ ٢٣٩ وأبو داود ٤٧١٤ والترمذي ٢١٣٨ والطيالسي ٢٤٣٣ وأحمد ٢/ ٢٥٣ ـ ٣٩٣ ـ ٤٨١ والطحاوي في المشكل ٢/ ١٦٢ والبغوي ٨٤ وابن حبان ١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣٣ والحميدي ١١١٣ كلهم من حديث أبي هريرة مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه. وأكثر هذه الطرق بدون الفقرة الأخيرة «حتى يعرب». . . الخ. وإنما هو في رواية لمسلم ٢٦٥٨ ح ٢٣: حتى يبين عنه لسانه. ورواية: حتى يعبر عنه لسانه اهـ. وتفرد أحمد في ٣/ ٣٥٣ من حديث الحسن عن جابر بلفظ: إما شاكراً، وإما كفوراً. وإسناده حسن.

(٢) صحيح. هذا بعض حديث جبريل عندما جاء بصورة أعرابي وفيه: فقال: يا محمد أخبرني عن الإيمان فقال رسول الله ﷺ: «أن تؤمن بالله. . .» الحديث.

ذكره المصنف منجماً، وصدره «أن يؤمن» وصوابه: تؤمن. أخرجه البخاري ٥٠ ومسلم ٩ . ١٠ والنسائي ٨/ ١٠١ وابن ماجه ٦٤ وابن أبي شيبة ١١/ ٥ . ٦ وابن حبان ١٥٩ كلهم من حديث أبي هريرة. وأخرجه مسلم ٨ وأبو داود ٤٦٩٥ والترمذي ٢٦١٠ والنسائي ٨/ ٩٧ وابن ماجه ٦٣ والطيالسي ص٢١ وأحمد ١/ ٥٢ . ٥٣ وابن حبان ١٦٨ كلهم من رواية ابن عمر عن عمر به مرفوعاً.

فائدة: وقع في رواية مسلم ١٠: وتؤمن بالقدر كله، ورواية برقم ٨: وتُؤمن بالقدر خير وشره، وعند ابن حبان: والقدر خيره وشره، حلوه ومره، وقال ابن حجر في الفتح ١/ ١١٨: زاد الإسماعيلي في مستخرجه من رواية عطاء عن ابن عمر: وبالقدر حلوه ومره من الله اهـ.

ويلف في خرقة وتحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد، ولا يوضع فيها بل يلقى.

بل فيه خلاف، قيل يكونون خدم أهل الجنة، وقيل إن كانوا قالوا بلى يوم أخذ العهد عن اعتقاد ففي الجنة وإلا ففي النار، وعن محمد أنه قال فيهم: إني أعلم أن الله لا يعذب أحداً بغير ذنب، وهذا نفي لهذا التفصيل، وتوقف فيهم أبو حنيفة رضي الله عنه، واختلف بعد تبعية الولادة. فالذي في الهداية تبعية الدار، وفي المحيط عند عدم أحد الأبوين يكون تبعاً لصاحب اليد، وعند عدم صاحب اليد يكون تبعاً للدار ولعله أولى، فإن من وقع في سهمه صبي من الغنيمة في دار الحرب فمات يصلي عليه ويجعل مسلماً تبعاً لصاحب اليده قوله: **(وله ولي مسلم)** عبارة معيبة، وما دفع به من أنه أراد القريب لا يفيد، لأن المؤاخذة إنما هي على نفس التعبير به بعد إرادة التقريب به. وأطلق الولي: يعني القريب فشمل ذوي الأرحام كالأخت والخال والخالة. ثم جواب المسئلة مقيد بما إذا لم يكن له قريب كافر. فإن كان خلى بينه وبينهم ويتبع الجنازة من بعيد، هذا إذا لم يكن كفره والعياذ بالله بارتداد، فإن كان يحفر له حفيرة ويلقى فيها كالكلب ولا يدفع إلى من انتقل إلى دينهم، صرح به في غير موضع قوله: **(بذلك أمر علي)** روى ابن سعد في الطبقات: أخبرنا محمد بن عمر الواقدي، حدثني معاوية بن عبد الله بن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنه قال «لما أخبرت رسول الله ﷺ بموت أبي طالب بكى ثم قال لي: اذهب فاغسله وكفنه وواره. قال: ففعلت ثم أتيته. فقال لي اذهب فاغتسل. قال: وجعل رسول الله ﷺ يستغفر له أياماً ولا يخرج من بيته حتى نزل عليه جبريل عليه السلام بهذه الآية ﴿ما كان للنبي والذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين﴾ [التوبة ١١٣] الآية[1] وروى ابن أبي شيبة الحديث بسند أبي داود والنسائي قال «إن عمك الشيخ الكافر قد مات فما ترى فيه؟ قال: أرى أن تغسله وتجنه وأمره بالغسل» وإنما لم نذكره نحن من السنن لأنه قال فيهما «اذهب فوار أباك ثم لا تحدث شيئاً حتى تأتيني. فذهبت فواريته وجئته، فأمرني فاغتسلت ودعا لي»[2] وليس فيه الأمر بغسله إلا ما قد يفهم من طريق الالتزام الشرعي بناء على ما عرف من أنه لم يشرع الغسل إلا من غسل الميت دون دفنه وتكفينه. وهو ما رواه أبو داود عن عائشة «كان عليه الصلاة والسلام يغتسل من الجنابة ويوم الجمعة وغسل الميت»[3] وهو ضعيف.

أقربائه الكفار من يتولى أمره، فإن كان ثمة أحد منهم فالأولى أن يخلي المسلم بينهم وبينه يصنعون به ما يصنعون بموتاهم **(بذلك أمر علي رضي الله عنه)** روي «أنه لما مات أبو طالب جاء علي إلى رسول الله ﷺ وقال: يا رسول الله إن عمك الضال» وفي رواية «إن الشيخ الضال قد مات، فقال النبي ﷺ اغسله وكفنه وواره ولا تحدث به حدثاً حتى تلقاني» أي لا تصل عليه. وقوله **(لكن يغسل غسل الثوب النجس)** يعني لا يغسل كغسل المسلم من البداءة بالوضوء وبالميامن، ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له، حتى لو حمله إنسان وصلى لم تجز صلاته، بخلاف المسلم فإنه لو حمله المصلي بعد ما غسل جازت صلاته **(ويلف في خرقة)** يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن سعد في الطبقات ١/ ٩٨ . ٩٩ من طريق الواقدي عن علي به وإسناده ضعيف لضعف الواقدي، لكن يشهر له ما بعده.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢١٤ والنسائي ٤/ ٧٩ وابن أبي شيبة ٣/ ٩٥ وأحمد ١/ ١٣١ وأبو يعلى ٤٢٣ والطيالسي ١٢٠ وابن سعد ١/ ٩٩ والبيهقي ١/ ٣٠٤ كلهم من حديث ناجية بن كعب عن علي به. وناجية ثقة كما في التقريب وقع عند ابن أبي شيبة وأبي يعلى وابن سعد والطيالسي: ثم أتيته، فأمرني أن أغتسل. ويؤيده رواية السنن: فأمرني فاغتسلت. لأن الاغتسال هو الذي أمر به علي، وهذا ليس ببعيد، ولكن يمكن حمله على أنه منسوخ لأن وفاة أبي طالب كان في أول الإسلام، أو يحمل على الندب والاستحباب والله أعلم. وقد أخرجه أبو يعلى ٤٢٤ وأحمد ١/ ١٠٣ والبيهقي ١/ ٣٠٤ من طريق أبي عبد الرحمن السلمي عن علي وفيه: فقال: «اذهب فاغتسل..» الحديث فهذا قد جاء من طريق آخر ورجاله ثقات.

(٣) ضعيف أخرجه أبو داود ٣٤٨ و٣١٦٠ من حديث عائشة وفيه: ومن الجنابة.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٨٢: سنده ضعيف. اهـ.
وقال أبو داود عقب الرواية الثانية: حديث مصعب بن شيبة ضعيف. فيه خصال ليس العمل عليه. ونقله المنذري في مختصره وزاد وقال البخاري: حديث عائشة في هذا الباب ليس بذاك. وقال أحمد والمديني لا يصح في هذا الباب شيء. وكذا قال محمد بن يحيى.

. . . .

وروى هو والترمذي مرفوعاً «من غسل ميتاً فليغتسل، ومن حمله فليتوضأ»[(١)] حسنه الترمذي وضعفه الجمهور، وليس في هذا ولا في شيء من طرق علي حديث صحيح، لكن طرق حديث علي كثيرة، والاستحباب يثبت بالضعيف غير الموضوع، ولم يذكر المصنف ما إذا مات المسلم وليس له قريب إلا كافر وينبغي أن لا يلي ذلك منه بل يفعله المسلمون، ألا ترى أن اليهودي لما آمن برسول الله ﷺ عند موته قال عليه الصلاة والسلام لأصحابه «تولوا أخاكم»[(٢)] ولم يخل بينه وبين اليهود، ويكره أن يدخل الكافر في قبر قرابته من المسلمين ليدفنه.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣١٦٢ والترمذي ٩٩٣ وابن ماجه ١٤٦٣ كلهم عن أبي هريرة مرفوعاً وقال الترمذي: حديث حسن: وأخرجه الطيالسي ٢٣١٤ وأحمد ٢/ ٤٣٣ ـ ٤٥٤ ـ ٤٧٢ من وجه آخر عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة مرفوعاً. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ١/ ٣٠٣ وأعله بصالح مولى التوأمة، وأنه غير قوي، وتعقبه ابن التركماني بقوله: قال يحيى: صالح. ثقة حجة، وابن أبي ذئب سمع منه قبل الاختلاط، وقال السعدي: حديث ابن أبي ذئب عنه مقبول لثبته وسماعه القديم منه.
وأخرجه أبو داود ٣١٦١ وعنه البيهقي ١/ ٣٠٣ من طريقه عمرو بن عمير. عن أبي هريرة به. وأعله البيهقي بعمرو، وأنه غير مشهور، وهو كما قال فهو مجهول كما في التقريب، لكن يشهد لما قبله لأن مخرجه مختلف عما قبله، فالإسناد بمجموع طرقه يرقى إلى الحسن، ولذا لم يضعف أبو داود حديث أبي هريرة، وإنما اكتفى بقوله: هو منسوخ. سمعت أحمد بن حنبل وسئل عن الغسل من غسل الميت فقال: يجزيه الوضوء.
فائدة: قال الترمذي عقب حديث ٩٩٣: قال مالك: أستحب الغسل من غسل الميت، ولا أراه واجباً وكذا قال الشافعي. وقال أحمد: أرجو أن لا يجب عليه الغسل، وأما الوضوء فأقلّ ما قيل فيه، وقال إسحق: لا بد من الوضوء.
قلت: والاستحباب مذهب الحنفية أيضاً وهو قول الجمهور.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ٩٤٦ من حديث الحارث بن عبد الله بن أوس: سمعت النبي ﷺ يقول: «من حج هذا البيت، أو اعتمر، فليكن آخر عهده بالبيت». فقال له عمر: خَرَرْتَ من يديك سمعت هذا من رسول الله ﷺ، ولم تخبرنا به؟ اهـ.
قال الترمذي: حديث غريب اهـ وفي إسناده الحجاج بن أرطاه ضعيف ومدلس، وقد عنعنه. والحديث ضعفه الإمام ابن الهمام.

فصل في حمل الجنازة

(وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع) بذلك وردت السنة. وفيه تكثير الجماعة وزيادة الإكرام

فصل في حمل الجنازة

قوله: (لأنه جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت) روى ابن سعد في الطبقات بسند ضعيف «أنه عليه الصلاة والسلام حمل جنازة سعد بن معاذ من بيته بين العمودين حتى خرج به من الدار» قال الواقدي: والدار تكون ثلاثين ذراعاً[1]، قال النووي في الخلاصة: ورواه الشافعي بسند ضعيف انتهى: إلا أن الآثار في الباب ثابتة عن الصحابة وغيرهم، وروى الطبراني عن ابن الحويرث قال: «توفي جابر بن عبد الله فشهدناه. فلما خرج سريره من حجرته إذا حسن بن حسن بن علي رضي الله عنه بين عمودي السرير، فأمر به الحجاج أن يخرج ليقف مكانه فأبى. فسأله بنو جابر إلا خرجت فخرج، وجاء الحجاج حتى وقف بين عمودي السرير ولم يزل حتى وضع وصلى عليه الحجاج، ثم جاء إلى القبر فنزل حسن بن حسن في قبره، فأمر به الحجاج أن يخرج ليدخل مكانه فأبى عليهم، فسأله بنو جابر فخرج. فدخل الحجاج الحفرة حتى فرغ». وأسند الطبراني قال: توفي أسيد بن حضير سنة عشرين. وحمله عمر بين عمودي السرير حتى وضعه بالبقيع وصلى عليه. وروى البيهقي من طريق الشافعي عن عبد الله بن ثابت عن أبيه قال: رأيت أبا هريرة يحمل بين عمودي سرير سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه. ومن طريق الشافعي أيضاً عن عيسى بن طلحة قال: رأيت عثمان بن عفان يحمل بين العمودين المقدمين واضعاً السرير على كاهله. ومن طريقه عن يوسف بن ماهك أنه رأى ابن عمر في جنازة رافع بن خديج قائماً بين قائمتي السرير. ومن طريقه عن شريح أبي عون عن أبيه قال: رأيت ابن الزبير يحمل بين عمودي سرير المسور بن مخرمة. قلنا: هذه موقوفات والمرفوع منها ضعيف، ثم هي وقائع أحوال فاحتمل كون ذلك فعلوه لأنه السنة أو لعارض اقتضى في خصوص تلك الأوقات حمل الاثنين، والحق أن نقول: لا دلالة فيها على حمل الاثنين لجواز حمل الأربعة وأحدهم بين العمودين بأن يحمل المؤخر على كتفه الأيمن وهو من جهة يسار الميت والمقدم على الأيسر وهو من جهه يمين الميت فليحمل عليه لما أن بعض المروي عنهم الفعل المذكور روى عنهم خلافه. روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا هشيم عن أبي عطاء عن علي الأزدي قال: رأيت ابن عمر في جنازة فحمل بجوانب السرير الأربع، وروى عبد الرزاق، أخبرني الثوري عن عباد بن منصور، أخبرني أبو المهزم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: من حمل الجنازة بجوانبها الأربع فقد قضى الذي عليه[2]، ثم قد صح عن رسول الله ﷺ خلاف ما ذهبوا إليه. روى عبد الرزاق وابن

فصل في حمل الجنازة

(إذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع بذلك وردت السنة) وهي ما روي عن ابن مسعود: من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الأربع (وفيه تكثير الجماعة) حتى لو لم يتبعه أحد كان هؤلاء جماعة، وفيه زيادة الإكرام حيث لم يحمل كما تحمل الأحمال، وفيه صيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي: (السنة أن يحملها رجلان) كما ذكر في الكتاب،

فصل في حمل الجنازة

قوله: (حتى لو لم يتبعه أحد كان هؤلاء جماعة) أقول: وفيه شيء

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن سعد في الطبقات ٣/ ١٠ من طريق الواقدي عن شيوخ من بني الأشهل به.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٨٧: قال النووي في الخلاصة: ورواه الشافعي بسند ضعيف اهـ.
قلت: الواقدي واهٍ. والشيوخ مجهولون لا يعرفون

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٢/ ٢٨٦ - ٢٨٨.

والصيانة، وقال الشافعي: السنة أن يحملها رجلان: يضعها السابق على أصل عنقه والثاني على أعلى صدره، لأن جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت. قلنا: كان ذلك لازدحام الملائكة (**ويمشون به مسرعين دون**

أبي شيبة، حدثنا شعبة عن منصور بن المعتمر عن عبيد الله بن نطاس عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود قال «من اتبع الجنازة فليأخذ بجوانب السرير الأربعة» وروى محمد بن الحسن: أخبرنا الإمام أبو حنيفة، حدثنا المنصور ابن المعتمر به قال: «من السنة حمل الجنازة بجوانب السرير الأربعة. ورواه ابن ماجه وبه لفظه: من أتبع الجنازة فليأخذ بجوانب السرير كلها فإنه من السنة، وإن شاء فليدع، ثم إن شاء فليدع»[1] فوجب الحكم بأن هذا هو السنة وأن خلافه إن تحقق من بعض من السلف فلعارض، ولا يجب على المناظر تعيينه. وقد يشاء فيبدي محتملات مناسبة يجوزها تجويزاً كضيق المكان أو كثرة الناس أو قلة الحاملين وغير ذلك. وأما كثرة الملائكة كما ذكر المصنف على ما روى ابن سعد عنه عليه الصلاة والسلام «لقد شهده: يعني سعداً سبعون ألف ملك لم ينزلوا إلى الأرض قبل ذلك، ولقد ضمه ضمة ثم فرج عنه»[2] وما رواه الواقدي في المغازي من قوله عليه الصلاة والسلام «رأيت الملائكة تحمله»[3] فإنما يتجه محملاً على تقدير تجسمهم عليهم السلام لا تجردهم عن الكثافة على ما عليه أصل خلقتهم. وفي الآثار: «مع كل عبد ملكان. وفيها أكثر إلى سبعين»[4] فلم توجب مزاحمة حسية ولا منعاً من اتصال بينك وبين إنسان، ولا حمل شيء على المنكبين والرأس، اللهم إلا أن يراد أن بسبب حملهم عليهم السلام اكتفى عن تكميل الأربعة من الحاملين، ولأن ما ذهبنا إليه أصون للجنازة عن السقوط، وكون ذلك أشق على الحاملين مصلحة معارضة بمفسدة تعريضه على السقوط خصوصاً في مواطن الزحمة والمحجن. ولأنه أكثر إكراماً للميت وأعون على تحصيل سنة الإسراع وأبعد من التشبه بحمل الأمتعة فإنه مكروه، ولذا كره حمله على الظهر والدابة قوله: (**دون الخبب**) ضرب من العدو دون العنق والعنق خطو فسيح فيمشون به دون ما دون العنق، ولو

واستدل على ذلك «بأن النبي ﷺ حمل جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه بين العمودين» (**قلنا: كان ذلك لازدحام الملائكة**) وكان الطريق ضيقاً، حتى روي «أنه ﷺ كان يمشي على رءوس أصابعه وصدور قدميه» وكان حالة ضرورة ونحن نقول به. وقوله: (**ويمشون به مسرعين دون الخبب**) الخبب ضرب من العدو دون العنق لأن العنق خطو فسيح واسع «لما روي أن النبي ﷺ سئل عن المشي في الجنازة فقال: ما دون الخبب، فإن يكن خيراً عجلتموه إليه، وإن يكن شراً وضعتموه عن رقابكم» أو قال «فبعداً لأهل النار» والخبب مكروه لأن فيه ازدراء بالميت وإضراراً بالمتبعين. والمشي خلف الجنازة أفضل. وقال

قوله: (**الخبب ضرب من العدو دون العنق**) أقول: العنق ضرب من سير الدابة والإبل قوله: (**عجلتموه إليه**) أقول: يعني إلى الجنة

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه ابن ماجه ١٤٧٨ وابن أبي شيبة ٣/١٠٣ والبيهقي ٤/١٩ كلهم عن ابن مسعود موقوفاً وله حكم الرفع. قال البوصيري: رجاله ثقات، وهو موقوف، وله حكم الرفع، لكنه منقطع أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ابن مسعود، قاله أبو زرعة وأبو حاتم وغيرهما اهـ.
ورواه محمد في الآثار ص٤٠ من هذا الوجه. فالخبر غير قوي لانقطاعه فهو يشبه الحسن. والله أعلم.

(٢) حسن. أخرجه ابن سعد في الطبقات ٣/٩ من حديث ابن عمر مرفوعاً.
وقال ابن حجر في الدراية ١/٢٣٧: إسناده صحيح.
قلت: وهو عند النسائي ٤/١٠٠. ١٠١ وفي الكبرى ٢١٨٢ من هذا الوجه بلفظ: هذا الذي تحرك له العرش، وفتحت له أبواب السماء، وشهده سبعون ألفاً من الملائكة لقد ضُمَّ ضَمَّةً، ثم فُرِّج عنه.
وإسناده صحيح على شرط مسلم رجاله كلهم ثقات وهو متصل. زاد البيهقي في كتاب عذاب القبر: يعني سعد بن معاذ. انظر كلام السيوطي في شرحه على النسائي ٤/١٠١.

(٣) ضعيف. أخرجه الواقدي في المغازي كما في نصب الراية ٢/٢٨٧ من حديث أبي سعيد بأتم منه وفيه: وقال الناس: يا رسول الله كان سعد رجلاً جسيماً، فلم نر أخف منه. فقال رسول الله ﷺ: «رأيت الملائكة تحمله» اهـ وإسناده ضعيف لضعف الواقدي، وفيه سعيد بن أبي زيد لا يُعرف، ولعله من مشايخ الواقدي الهلكي، ورُبَيْح بن عبد الرحمن غير مشهور برواية الحديث.

(٤) ورد في هذا الباب أحاديث واهية وبعض الآثار عن ابن عباس ومجاهد وغيرهما من أئمة التفسير. راجع الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي ٤/٤٧. ٤٨ وكذا تفسير ابن كثير ٢/٥٢١. ٥٢٢ عن قوله تعالى ﴿له معقبات من بين يديه ومن خلفه﴾.

الخبب) «لأنه عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه قال: ما دون الخبب» **(وإذا بلغوا إلى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال)** لأنه قد تقع الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه قال: وكيفية الحمل أن تضع مقدم

مشوا به الخبب كره لأنه ازدراء بالميت قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه الخ)** أخرج أبو داود والترمذي عن ابن مسعود قال «سألنا رسول الله ﷺ عن المشي مع الجنازة فقال: ما دوون الخبب»[١] وهو مضعف. وأخرج الستة قال عليه الصلاة والسلام «أسرعوا بالجنازة، فإن تك صالحة فخير تقدمونها إليه، وإن تك غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم»[٢] ويستحب الإسراع بتجهيزه كله من حين يموت قوله: **(لأنه قد تقع الحاجة إلى التعاون الخ)** ولأن المعقول من ندب الشرع لحضور دفنه إكرام الميت، وفي جلوسهم قبل وضعه ازدراء به وعدم التفات إليه، هذا في حق الماشي معها، أما القاعد على الطريق إذا مرّت به أو على القبر إذا جيء به فلا يقوم لها، وقيل يقوم، واختير الأول لما روي عن علي «كان رسول الله ﷺ أمرنا بالقيام في الجنازة ثم جلس بعد ذلك وأمرنا بالجلوس»[٣] بهذا اللفظ لأحمد قوله: **(أن تضع)** هو حكاية خطاب أبي حنيفة لأبي يوسفْ، والمراد بمقدم الجنازة يمينها ويمين الجنازة بمعنى الميت هو يسار السرير لأن الميت مستلقي على ظهره، فالحاصل أن تضع يسار السرير المقدم على يمينك ثم يساره المؤخر ثم يمينه المقدم على يسارك ثم يمينه المؤخر لأن في هذا إيثاراً للتيامن.

الشافعي: قدامها أفضل لأن أبا بكر وعمر كانا يمشيان أمام الجنازة، ولنا «أن رسول الله ﷺ مشى خلف جنازة سعد بن معاذ» وعلي كان يمشي خلف الجنازة. وقال ابن مسعود: فضل المشي خلف الجنازة على المشي أمامها كفضل المكتوبة على النافلة. وفعل أبي بكر وعمر محمول على التيسير على الناس لأن الناس كانوا يحترزون عن المشي أمامها، فلو اختار المشي خلفها لضاق الطريق على من يشيعها. وهكذا أجاب علي رضي الله عنه حين قيل له: إن أبا بكر وعمر كانا يمشيان أمام الجنازة قال: يرحمهما الله إنهما قد عرفا أن المشي خلفها أفضل ولكنهما أرادا تيسير الأمر على الناس، وقوله: **(وإذا بلغوا إلى قبره)** ظاهر، فإذا وضعت على أعناق الرجال جلسوا وكره القيام، وقوله: **(وكيفية الحمل أن تضع الجنازة)** هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب أبو حنيفة أبا يوسف. قال يعقوب: رأيت أبا حنيفة يصنع هكذا، قال الإمام المحبوبي: وهذا دليل تواضعه. قال صاحب النهاية: وقد حمل الجنازة من هو أفضل منه، بل أفضل جميع الخلائق وهو نبينا ﷺ، فإنه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا لما أن حمل الجنازة عبادة فينبغي أن يتبادر إليه كل أحد. وذكر شيخ الإسلام إنما أراد باليمين المقدم يمين الميت، ثم قال: فإذا حملت جانب السرير الأيسر فذلك يمين الميت لأن يمين الميت على يسار الجنازة، لأن الميت وضع فيها على قفاه وكان يمين الميت يسارها ويساره يمينها، ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه، أما البداءة بالأيمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلأن النبي ﷺ كان يحب التيامن في كل شيء، والمقدم أيضاً أول الجنازة، والبداءة بالمشي إنما تكون من أوله ثم يتحول إلى الأيمن المؤخر، لأنه لو تحول إلى الأيسر المقدم احتاج إلى المشي أمامها، والمشي خلفها أفضل، فلما مشى خلفها وبلغ الأيمن المؤخر حمله لأن فيه رجحان التيامن أيضاً فبقي جانباه الأيسر المقدم والأيسر

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٨٤ والترمذي ١٠١١ وأحمد ١/ ٣٩٤. ٤١٥. ٤١٩. ٤٣٢ كلهم عن أبي ماجد عن ابن مسعود قال الترمذي: سمعت البخاري يضعف هذا الحديث ونقل الزيلعي ٢/ ٢٨٩ عن الترمذي في علله الكبرى قال البخاري: أبو ماجد منكر الحديث وضعفه جداً اهـ وقال ابن حجر في التقريب: هو مجهول.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٣١٥ ومسلم ٩٤٤ وأبو داود ٣١٨١ والترمذي ١٠١٥ والنسائي ٤/ ٤١ ـ ٤٢ وابن ماجه ١٤٧٧ والحميدي ١٠٢٢ وأحمد ٢/ ٢٤٠ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٧٨ وابن الجارود ٥٢٧ وابن حبان ٣٠٤٢ والبغوي ١٤٨١ والبيهقي ٤/ ٢١ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ١/ ٨٢ وأبو يعلى ٢٧٣ وابن حبان ٣٠٥٦ والطحاوي ١/ ٤٨٨ والبيهقي ٤/ ٢٧ كلهم من حديث علي. وإسناده حسن رجاله ثقات فيهم كلام لا يضر. وله طرق أخرى تقويه. فقد أخرجه مسلم ٩٦٢ وأبو داود ٣١٧٥ والنسائي ٤/ ٧٨ وأبو يعلى ٢٨٨ وابن أبي شيبة ٣/ ٣٥٩ والطحاوي ١/ ٤٨٨ وابن حبان ٣٠٥٤ ومالك ١/ ٢٣٢ كلهم من حديث علي: أن رسول الله ﷺ: كان يقوم في الجنائز ثم جلس بعد. قال الترمذي ٣/ ٣٦٢: وهذا حديث ناسخ لحديث «إذا رأيتم الجنازة فقوموا» قاله الشافعي.

الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك إيثاراً للتيامن، وهذا في حالة التناوب.

(تتمة) الأفضل للمشيع للجنازة المشي خلفها ويجوز أمامها إلا أن يتباعد عنها أو يتقدم الكل فيكره ولا يمشي عن يمينها ولا عن شمالها، ويكره لمشيعها رفع الصوت بالذكر والقراءة، ويذكر في نفسه. وعند الشافعي المشي أمامها أفضل، وقد نقل فعل السلف على الوجهين والترجيح بالمعنى، هو يقول هم شفعاء والشفيع يتقدم ليمهد المقصود، ونحن نقول: هم مشيعون فيتأخرون والشفيع المتقدم هو الذي لا يستصحب المشفوع له في الشفاعة وما نحن فيه بخلافه. بل قد ثبت شرعاً إلزام تقديمه حالة الشفاعة له أعني حالة الصلاة، فثبت شرعاً عدم اعتبار ما اعتبره، والله سبحانه أعلم.

المؤخر، فيختار تقديم الأيسر المقدم على الأيسر المؤخر لأن فيه الختم بالأيسر المؤخر، والختم بذلك أولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فإن المشي خلفها أفضل كما مر. وقوله: **(وهذا)** أي حملها على الوجه المذكور **(في حالة التناوب)** يعني عند وفور الحاملين ليدفع الجانب الذي حمله إلى غيره وينتقل إلى الجانب الآخر.

فصل في الدفن

(ويحفر القبر ويلحد) لقوله عليه الصلاة والسلام «اللحد لنا والشق لغيرنا» **(ويدخل الميت)** مما يلي القبلة خلافاً للشافعي، فإن عنده يسل سلا لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام سل سلا». ولنا أن جانب القبلة معظم

فصل في الدفن

قوله: **(ويلحد)** السنة عندنا اللحد إلا أن يكون ضرورة من رخو الأرض فيخاف أن ينهار اللحد فيصار إلى الشق، بل ذكر لي أن بعض الأرضين من الرمال يسكنها بعض الأعراب لا يتحقق فيها الشق أيضاً، بل يوضع الميت ويهال عليه نفسه. والحديث المذكور[1] رواه الترمذي عن ابن عباس وفيه عبد الأعلى بن عامر. قال الترمذي: فيه مقال[2]. ورواه ابن ماجه عن أنس «لما توفي النبي ﷺ وكان بالمدينة رجل يلحد والآخر يضرح، فقالوا: نستخير ربنا ونبعث إليهما فأيهما سبق تركناه، فأرسل إليهما فسبق صاحب اللحد. فلحدوا للنبي ﷺ»[3] وحديث مسلم ظاهر فيه، وهو ما أخرج عن سعد بن أبي وقاص أنه قال في مرضه الذي مات فيه «ألحدوا لي لحداً وانصبوا علي اللبن نصباً كما صنع برسول الله ﷺ»[4] وهو رواية من سعد أنه عليه الصلاة والسلام ألحد، وروى ابن حبان في صحيحه عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام ألحد ونصب عليه اللبن نصباً ورفع قبره من الأرض نحو شبر»[5]

فصل في الدفن

أصل هذه الأفعال: أعني الغسل والتكفين والدفن في بني آدم عرف بفعل الملائكة في حق آدم عليه السلام. روي أن رسول الله ﷺ قال «لما توفي آدم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم». لحد الميت وألحدة: جعله في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر، ويلحد للميت ولا يشق له، خلافاً للشافعي فإنه يقول بالعكس لتوارث أهل المدينة الشق دون اللحد. ولنا قوله ﷺ «اللحد لنا والشق لغيرنا» وإنما فعل أهل المدينة الشق لضعف أراضيهم

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٣٢٠٨ والترمذي ١٠٤٥ والنسائي ٤/ ٨٠ وابن ماجه ١٥٥٤ وابن سعد ٣/ ٧٢ والبيهقي ٣/ ٤٠٨ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حسن غريب من هذا الوجه.
قال الزيلعي ٢/ ٢٩٦: عبد الأعلى بن عامر الثعلبي فيه مقال. قال ابن القطان: أراه لا يصح لأجله، كان ابن مهدي لا يحدث عنه، وقال ابن عدي: قال أحمد: منكر الحديث. حدث عن سعيد بن جبير وابن الحنفية بأشياء لا يتابع عليها اهـ.
وأخرجه ابن ماجه ١٥٥٥ وأحمد ٥/ ٣٦٢ والطيالسي ٦٦٩ وابن أبي شيبة ٣/ ١٢٧ والبيهقي ٣/ ٤٠٨ كلهم من حديث جرير البجلي. ومداره على عثمان بن عمير.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف عثمان بن عمير.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٢٩٧: هو معلول بعثمان بن عمير وله طريق آخر أخرجه أحمد ٤/ ٣٥٩ من حديث جرير، وفيه أبو جناب الكلبي فيه مقال.
وجاء في تلخيص الحبير ٢/ ١٢٧ ما ملخصه: حديث ابن عباس ضعّف وصححه ابن السكن وحديث جرير ضعيف. وقال الحافظ في الدراية ١/ ٢٣٩: ورواه ابن شاهين من حديث جابر بسند ضعيف اهـ.
قلت: ويشهد لبعضه الأحاديث الآتية. إلا أن لفظ «والشق لغيرنا» غريب فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً من جهة الإسناد ويبقى متنه غريباً. ولذا صدق الترمذي في حكمه عليه حيث حسنه واستغربه. والله تعالى أعلم.

(٢) القائل هذا هو الزيلعي كما تقدم. وأما الترمذي فقال: حسن غريب من هذا الوجه.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٥٥٧ من حديث أنس قال البوصيري في الزوائد: فيه مبارك بن فضالة وثقة الجمهور، وصرح بالتحديث فزالت تهمة تدليسه، وباقي رجال الإسناد ثقات، فالإسناد صحيح اهـ.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٢٧. ١٢٨: إسناده حسن. وأخرجه ابن ماجه ١٥٥٨ من حديث عائشة وقال البوصيري: إسناده صحيح، ورجاله ثقات اهـ. فهذا شاهد له يؤكد حسنه، وشاهده الحديث الآتي رواه مسلم.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٩٦٦ وابن ماجه ١٥٥٦ وأحمد ١/ ١٨٤ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص.

(٥) حسن. أخرجه ابن حبان في صحيحه ٦٦٣٥ من حديث جابر وقال الشيخ شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم اهـ وللحديث شواهد تقدمت. فأقل مراتبه أنه حسن والله أعلم.

فيستحب الإدخال منه. واضطربت الروايات في إدخال النبي عليه الصلاة والسلام (فإذا وضع في لحده يقول واضعه:

واستحب بعض الصحابة أن يرمس في التراب رمساً، يروى ذلك عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وقال: ليس أحد جنبي أولى بالتراب من الآخر قوله: (ويدخل الميت مما يلي) وذلك أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل الميت منه فيوضع في اللحد فيكون الآخذ له مستقبل القبلة حال الأخذ قوله: (فإن عنده يسل سلا) هو بأن يوضع السرير في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بإزاء موضع قدميه من القبر، ثم يدخل رأس الميت القبر ويسل كذلك فيكون رجلاه موضع رأسه، ثم يدخل رجلاه ويسل كذلك، قد قيل كل منهما والمروي للشافعي الأول قال: أخبرنا الثقة عن عمر بن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس قال «سل رسول الله ﷺ من قبل رأسه»[١] وقال: أخبرنا بعض أصحابنا عن أبي الزناد وربيعة وأبي النضر لا اختلاف بينهم في ذلك «أن النبي ﷺ سل من قبل رأسه، وكذلك أبو بكر وعمر»[٢] وإسناد أبي داود صحيح، وهو ما أخرج عن أبي إسحق والسبيعي قال: أوصاني[٣] الحرث أن يصلي عليه عبد الله بن يزيد الخطمي. فصلى عليه ثم أدخله القبر من قبل رجل القبر وقال: هذا من السنة[٤]، وروي أيضاً من طرق ضعيفة، قلنا إدخاله عليه الصلاة مضطرب فيه. فكما روى ذلك روى خلافه أخرج أبو داود في المراسيل عن حماد بن أبي سلمان عن إبراهيم هو النخعي، ومن قال التيمي فقد وهم، فإن حماداً إنما يروي عن إبراهيم النخعي، وصرح به ابن أبي شيبة في مصنفه فقال عن حماد عن إبراهيم النخعي «أن النبي ﷺ أدخل القبر من قبل القبلة ولم يسل سلا» وزاد ابن أبي شيبة «ورفع قبره حتى يعرف»[٥] وأخرج ابن ماجه في سننه عن أبي سعيد «أنه عليه الصلاة والسلام أخذ من قبل القبلة واستقبل استقبالاً»[٦] وعلى هذا لا حاجة إلى ما دفع به الاستدلال الأول من

بالبقيع. وصفة اللحد أن يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف. وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر يوضع فيها الميت. وقوله(ويدخل الميت مما يلي القبلة) يعني توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد، وقال الشافعي رضي الله عنه: السنة أن يسل إلى قبره، وصفة ذلك أن توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بإزاء موضع قدميه من القبر، ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برأس الميت ويدخله في القبر أولاً ويصل كذلك. وقيل صورته أن توضع الجنازة في مقدم القبر حتى تكون رجلا الميت بإزاء موضع رأسه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برجلي الميت ويدخلهما القبر أولاً ويسل كذلك واحتج بما روي «أن النبي ﷺ سل إلى قبره» ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الإدخال منه. لا يقال: هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل، لأن الرواية في إدخال النبي ﷺ في قبره ومضطربة. روى إبراهيم النخعي «أن النبي ﷺ أدخل في قبره من قبل القبلة» ورواه بخلافه. وروي عن ابن عباس مثل مذهبه، وروي عنه أيضاً مثل مذهبنا. والمضطرب لا يصلح حجة (فإذا

---

(١) ضعيف أخرجه الشافعي في المسند ١/ ٢١٥ ح ٥٩٨ وفي الأم ١/ ٢٤٢ ومن طريق البيهقي ٤/ ٥٤ كلاهما عن ابن عباس به.
وأخرجاه عن عمران بن موسى مرسلاً.
وقال في الجوهر النقي: قول الشافعي أنبأنا الثقة. ليس بتوثيق، وعمر بن عطاء ضعفه يحيى والنسائي، وخبر عمران بن موسى معضل من جهة، ومسلم الزنجي قال أبو زرعة والبخاري: منكر الحديث اهـ.

(٢) هذا الأثر أخرجه الشافعي في الأم ١/ ٢٥٢ وعنه البيهقي ٤/ ٥٤ به وقال ابن التركماني: هو مرسل. وفي سنده مجهول اهـ.

(٣) قوله: أوصاني. ذكره المصنف تبعاً للزيلعي. وصوابه أوصى. كذا في أبي داود والبيهقي وفي الدراية.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢١١ وابن أبي شيبة ٣/ ١٣٠ والبيهقي ٤/ ٥٤ كلهم عن أبي إسحق به.
وقال البيهقي: وإسناده صحيح، وهذا كالمسند لقوله عن السنة. ووافقه الزيلعي ٢/ ٣٠٠، وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ٢٤٠ حيث قال: رجاله ثقات اهـ. وهناك روايات واهية. راجع نصب الراية ٢/ ٣٠٠.

(٥) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة ٣/ ١٣٠ وأبو داود في مراسيله ٣٧٧ كلاهما عن إبراهيم النخعي مرسلاً. ومرسلات النخعي جيدة إلا أن حماداً صدوق سيىء الحفظ كما في التقريب.

(٦) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٥٥٢ من حديث أبي سعيد قال البوصيري في الزوائد: فيه عطية العوفي ضعفه أحمد وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٤٠: إسناده ضعيف اهـ.
قلت: ثم فيه زيادة تخالف خبر النخعي المتقدم، والزيادة في ابن ماجه هي: واسْتُلّ استلالاً.

بسم الله وعلى ملة رسول الله) كذا قاله عليه الصلاة والسلام حين وضع أبا دجانة رضي الله عنه في القبر **(ويوجه إلى القبلة)** بذلك أمر رسول الله ﷺ **(وتحل العقدة)** لوقوع الأمن من الانتشار **(ويسوي اللبن على اللحد)** لأنه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره اللبن **(ويسجي قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجي قبر الرجل)** لأن

أن سله للضرورة لأن القبر في أصل الحائط لأنه عليه الصلاة والسلام دفن في المكان الذي قبض فيه فلا يمكن أخذه من جهة القبلة، على أنه لم يتوف ملتصقاً إلى الحائط بل مستنداً إلى عائشة على ما في الصحيحين كانت تقول «مات بين حاقنتي وذاقنتي»[1] يقتضي كونه مباعداً من الحائط وإن كان فراشه إلى الحائط لأنه حالة استناده إلى عائشة مستقبل القبلة للقطع بأنه عليه الصلاة والسلام إنما يتوفى مستقبلاً، فغاية الأمر أن يكون موضع اللحد ملتصقاً إلى أصل الجدار ومنزل القبر قبلة، وليس الإدخال من جهة القبلة إلا أن يوضع الميت على سقف اللحد ثم يؤخذ الميت وحينئذ نقول تعارض ما رواه وما رويناه فتساقطاً. ولو ترجح الأول كان للضرورة كما قلنا، وغاية فعل غيره أنه فعل صحابي ظن السنة ذلك، وقد وجدنا التشريع المنقول عنه عليه الصلاة والسلام في الحديث المرفوع خلافه، وكذا عن بعض أكابر الصحابة، فالأول ما روى الترمذي عن ابن عباس «أنه عليه الصلاة والسلام دخل قبراً ليلاً فأسرج له سراج فأخاه من قبل القبلة، وقال رحمك الله إن كنت لأوّاها تلاء للقرآن، وكبر عليه أربعاً»[2] وقال: حديث حسن انتهى، مع أن فيه الحجاج بن أرطأة ومنهال بن خليفة، وقد اختلفوا فيهما وذلك يحط الحديث عن درجة الصحيح لا الحسن [3] وسنذكره في أمر الحجاج بن أرطأة في باب القران إن شاء الله تعالى، والثاني ما أخرج ابن أبي شيبة «أن علياً كبر على يزيد بن المكفف أربعاً وأدخله من قبل القبلة»، وأخرج عن ابن الحنفية «أنه ولي ابن عباس فكبر عليه أربعاً وأدخله من قبل القبلة» قوله: **(هكذا قال النبي ﷺ حين وضع أبا دجانة)** غلط، فإن أبا دجانة الأنصاري توفي بعد رسول الله ﷺ في وقعة اليمامة[4]، لكن روى ابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطأة عن نافع عن ابن عمر «كان النبي ﷺ إذا أدخل الميت القبر قال: بسم الله وعلى ملة رسول الله» زاد الترمذي بعد باسم الله «وبالله» وقال حسن غريب. ورواه أبو داود من طريق آخر بدون الزيادة، ورواه الحاكم ولفظه «إذا وضعتم موتاكم في

وضع في لحده يقول واضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله) أي باسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله ﷺ سلمناك، كذا في المبسوط. قال المصنف **(كذا قال رسول الله ﷺ حين وضع أبا دجانة في القبر)** قال صاحب النهاية: والصحيح أنه وضع ذا البجادين لأن أبا دجانة مات بعد رسول الله ﷺ في خلافة أبي بكر، هكذا ذكر في التواريخ، وقوله: **(ويوجه إلى القبلة بذلك أمر رسول الله ﷺ)** روي عن علي رضي الله عنه أنه قال «مات رجل من بني عبد المطلب فقال ﷺ: يا علي استقبل به القبلة استقبالاً» وقوله: **(وتحل العقدة)** يعني عقدة الكفن مخافة الانتشار لوقوع الأمن منه **(ويسوي اللبن عليه)** لأن النبي ﷺ جعل على قبره اللبن، وقوله: **(ويسجي قبر المرأة)** التسجية التغطية يسجي قبر المرأة **(بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد)** لما ذكر

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه البخاري ٨٩٠ و٣١٠٠ و١٣٨٩ و٤٤٣٨ و٤٤٤٩ و٤٤٥٠ و٤٤٥١ و٦٥١٠ ومسلم ٢٤٤٣ و٢٤٤٤ وابن حبان ٧١١٦ وأحمد ٦/١٢١. ١٢٢. ٢٠٠. ٢٧٤ وابن أبي شيبة ١٢/ ١٣١. ١٣٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة قالت: (مات رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وبين سحري ونحري...) هذا لفظ البخاري ومسلم وله تتمة.

تنبيه: وأما سياق المصنف فليس في البخاري ومسلم. وإنما هو عند أحمد ٦/ ٧٧.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٠٥٧ وابن أبي شيبة ٣/ ١٣١ كلاهما من حديث ابن عباس.

قال الترمذي: حديث حسن.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٠٠: حسنه الترمذي وأنكر عليه لأن مداره على الحجاج بن أرطاة، وهو مدلس ولم يذكر سماعاً، وقال ابن القطان: ومنهال بن خليفة ضعفه يحيى، وقال البخاري رحمه الله: فيه نظر اهـ.

(٣) قلت: جاء في التقريب: الحجاج بن أرطاة. صدوق كثير الخطأ والتدليس اهـ وهو مدلس وقد عنعنه فحديثه غير حجة. وقال في التقريب: منهال ابن خليفة: ضعيف اهـ فكيف يكون حسناً؟! والله تعالى أعلم.

(٤) كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٠٠. ٣٠١: هكذا وقع في الهداية والمبسوط وهو غلط. ثم ذكر كلاماً مفاده أن أبا دجانة مات في وقعة اليمامة. في حرب الردة، ووافقه ابن الهمام كما ترى.

مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف **(ويكره الآجر والخشب)** لأنهما لإحكام البناء والقبر موضع البلى، ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلاً **(ولا بأس بالقصب)** وفي الجامع الصغير، ويستحب اللبن والقصب

قبورهم فقولوا باسم الله وعلى ملة رسول الله»[١] وصححه، وفيه طرق أخرى عديدة قوله: **(ويوجهه بذلك أمر رسول الله ﷺ)** غريب[٢]، واستؤنس له بحديث أبي داود والنسائي أن رجلاً قال «يا رسول الله ما الكبائر؟ قال: هي تسع» فذكر منها استحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتاً[٣]، والله أعلم قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام جعل في قبره اللبن)** أخرج مسلم عن سعد بن أبي وقاص أنه قال في مرضه الذي مات فيه «ألحدوا لي لحداً وانصبوا علي اللبن نصباً كما صنع برسول الله ﷺ»[٤] وتقدم مع حديث ابن حبان، وفيه «نصب عليه اللبن نصباً»[٥] الحديث قوله: **(لأنهما من إحكام البناء)** ومنهم من علل بأن الآجر مسته النار ودفع بأن السنة أن يغسل بالماء الحار، فعلم أن مس النار لم يعتبر مانعاً في الشرع والأولى ما في الكتاب، وفي الدفع نوع نظر قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره طن من قصب)** هو بضم الطاء حزمة. روى ابن أبي شيبة عن الشعبي «أن رسول الله ﷺ جعل على قبره طن من قصب»[٦] وهو مرسل. وأسند ابن سعد في الطبقات، أوصى أبو ميسرة عمرو بن شرحبيل الهمداني أن يجعل لحده طن من قصب وقال: إني رأيت المهاجرين يستحبون ذلك[٧] انتهى. ولا يلزم خطأ هذا الحديث

في الكتاب، وقد صح «أن قبر فاطمة رضي الله عنها سجى بثوب» **(ولا يسجي قبر الرجل)** وقال الشافعي: يسجي «لما روي أن النبي ﷺ سجى قبر سعد بن معاذ» ولنا ما روي عن علي «أنه مر بميت قد سجى قبره فنزعه وقال: إنه رجل» يعني أن مبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب. وتأويل قبر سعد بن معاذ أن كفنه ما كان يغمر بدنه فسجى قبره حتى لا يقع الاطلاع لأحد على شيء من أعضائه. وقوله: **(ويكره الآجر والخشب)** هذا ظاهر الرواية. وقوله**(لأنهما)** أي الآجر والخشب **(لإحكام البناء والقبر موضع البلى)** ومنهم من فرق بينهما فكره الآجر من حيث التفاؤل به لمساسته النار دون الخشب لعدمه

قوله: **(في خلافه أبي بكر رضي الله عنه)** أقول: وفي شرح تاج الشريعة في زمن عثمان رضي الله عنه قوله: **(ورد بأن مساس النار الخ)** أقول: وقد أجاب عن هذا الرد الكاكي والإتقاني والزيلعي كل بجواب مستقل، أما الزيلعي قال: ولهذه يكره الإجمار بالنار عند القبر واتباع الجنازة بها لأن القبر أول منزل من منازل الآخرة ومحل المحن، بخلاف البيت حيث لا يكره فيه الإجمار ولا غسله بالماء الحار انتهى. ولا شك أن هذا يدفع ذلك الرد.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢١٣ وأحمد ٢/ ٢٧. ٤٠. ٥٩. ٦٩. ١٢٧. ١٢٨ والحاكم ١/ ٣٦٦ وابن حبان ٣١١٠ والبيهقي ٤/ ٥٥ كلهم من طريق همام عن قتادة عن أبي الصديق عن ابن عمر مرفوعاً. وصححه الحاكم على شرطهما، وأقره الذهبي.
وأخرجه الترمذي ١٠٤٦ وابن ماجه ١٥٥٠ من طريق الحجاج وابن ماجه ١٥٥٠ أيضاً من طريق ليث بن أبي سليم وقال الترمذي: حسن غريب.
وأخرجه ابن ماجه بسند ضعيف برقم ١٥٥٣ وكذا البيهقي ٤/ ٥٥ كلاهما من وجه آخر من حديث ابن عمر. فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.
تنبيه: والتفصيل في ألفاظهم ذكره ابن الهمام فلا حاجة لتكراره.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٠٢ وقال: غريب. ووافقه ابن الهمام، وقال ابن حجر في الدراية، ١/ ٢٤١: لم أجده.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٨٧٥ والنسائي ٧/ ٨٩ والحاكم ١/ ٥٩ و٤/ ٢٥٩ والبيهقي ٣/ ٤٠٨ كلهم من حديث عبيد بن عمير عن أبيه مرفوعاً. وهو عند النسائي مختصر.
قال الحاكم: قد احتجا برواة هذا الحديث غير عبد الحميد بن سنان. ثم قال عقب الرواية الثانية: صحيح. وأقره الذهبي، في حين قال الذهبي عقب الرواية الأولى جواباً على الحاكم: لجهالته. ووثقه ابن حبان اهـ.
وفي التقريب: مقبول اهـ فالحديث حسن على قول ابن حجر وابن حبان. لا سيما وقد صححه الحاكم وسكت الذهبي.

(٤) صحيح. رواه مسلم وتقدم قبل أحاديث.

(٥) تقدم قبل أحاديث وإسناده حسن.

(٦) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣/ ١٣٣ عن الشعبي مرسلاً. والمرسل حجة عند الحنفية والمالكية، ويشهد له ما بعده.

(٧) موقوف. أخرجه ابن سعد في طبقاته ٦/ ٧٣ وابن أبي شيبة ٣/ ١٣٣ كلاهما عن أبي إسحق به وإسناده حسن.

لأنه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره طن من قصب **(ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح)** أي لا يربع «لأنه

لمعارضة ما تقدم، فإنه لا منافاة لجواز أن يكون قد وضع اللبن على قبره عليه الصلاة والسلام نصباً مع قصب كمل به لإعواز في اللبن أو غير ذلك قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن تربيع القبور)** ومن شاهد قبر النبي ﷺ أخبر أنه مسنم. قال أبو حنيفة: حدثنا شيخ لنا يرفع ذلك إلى النبي ﷺ «أنه نهى عن تربيع القبور وتجصيصها»[(١)] وروى محمد بن الحسن، أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم قال: «أخبرني من رأى قبر النبي ﷺ وقبر أبي بكر وعمر ناشزة من الأرض وعليها فلق من مدر أبيض»[(٢)] وفي صحيح البخاري عن أبي بكر بن عياش أن سفيان التمار حدثه «أنه رأى قبر النبي ﷺ مسنماً». ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ولفظه عن سفيان: «دخلت البيت الذي فيه قبر النبي ﷺ فرأيت قبر النبي ﷺ وقبر أبي بكر وعمر مسنمة»[(٣)] وما عورض به مما روى أبو داود عن القاسم بن محمد قال: دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت: يا أمه اكشفي لي عن قبر رسول الله ﷺ وصاحبيه، فكشفت لي عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء[(٤)]، ليس معارضاً لهذا حتى يحتاج إلى الجمع بأدنى تأمل، وأيضاً ظهر أن القاسم أراد أنها مسنمة برواية أبي حفص بن شاهين في كتاب الجنائز، قال: حدثنا عبد الله بن سليمان بن الأشعث، حدثنا عبد الله بن سعيد، حدثنا عبد الرحمن المحاربي عن عمرو بن شمر عن جابر قال: سألت ثلاثة كلهم له في قبر رسول الله ﷺ أب، سألت أبا جعفر محمد بن علي، وسألت القاسم بن محمد بن أبي بكر، وسألت سالم بن عبد الله، قلت: أخبروني عن قبور آبائكم في بيت عائشة فكلهم قالوا: إنها مسنمة[(٥)]. وأما ما في مسلم عن أبي الهياج الأسدي قال: قال لي علي: «أبعثك على ما بعثني

فيه، وكأن المصنف أشار إلى ذلك بقوله ثم بالآخر أثر النار فيكره تفاؤلاً. ورد بأن مساس النار لا يصلح علة الكراهة، فإن السنة أن يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأول أوجه: يعني التعليل بإحكام البناء لأنه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال الآجر ورفوف الخشب وهي ألواحه ولا يوجد معنى النار فيها. وقوله: **(وفي الجامع الصغير يستحب اللبن والقصب)** إنما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري، لأن رواية القدوري لا تدل على الاستحباب بل على نفي الشدة لا غير، ورواية الجامع الصغير تدل عليه، ولأن رواية القدوري لا تدل على جواز الجمع بينهما، ورواية الجامع الصغير تدل لأنه ﷺ جعل على قبره طن: أي حزمة من القصب. وقوله: **(ثم يهال التراب عليه)** يقال هلت الدقيق في الجراب: صببته من غير كيل، وكل شيء أرسلته إرسالاً من رمل أو تراب أو طعام أو نحوه قلت هلته أهيله هيلاً فانهال: أي جرى فانصب. ومنه يهال التراب: أي يصب. وقوله: **(ويسنم القبر)** المراد من تسنيم القبر رفعه من الأرض مقدرا شبر أو أكثر قليلاً. وقوله: **(ولا يسطح أي لا يربع)** وقال الشافعي: يربع ولا يسنم لما روي «أن إبراهيم ابن النبي ﷺ لما توفي جعل رسول الله ﷺ قبره مسطحاً» ولنا ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن تربيع القبور». وعن إبراهيم النخعي أنه قال:

---

(١) ضعيف. رواه محمد في الآثار ص٤٢ من طريق أبي حنيفة عن شيخ له مرسلاً. وإسناده واهٍ لأن له علتان جهالة شيخ أبي حنيفة والإرسال.

(٢) مرسل حسن. رواه محمد في كتاب الآثار ص٤٢ عن النخعي مرسلاً ورجاله ثقات.

(٣) أثر حسن. أخرجه البخاري عقب حديث ١٣٩٠ بسنده عن سفيان التمار وهو ابن دينار.
قال الحافظ في الفتح ٣/ ٢٥٧: سفيان التمار تابعي كبير لم أراه رواية عن صحابي.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٢٠ والحاكم١/ ٣٦٩ كلاهما عن القاسم بن محمد به وقال الحاكم: صحيح الإسناد! ووافقه الذهبي! ومداره على عمرو بن عثمان بن هانىء. قال الحافظ في التقريب: مستور اهـ يعني عدل الظاهر خفي الباطن. فحديث حسن. وقد أشار ابن حجر في الفتح ٣/ ٢٥٧ إلى أنه يحتمل أنه كان أول الأمر مسطحاً كما ذكر القاسم، ثم لما بني جدار القبر في زمن عمر بن عبد العزيز في خلافة الوليد صيروها مرتفعة اهـ باختصار.
وجاء في الفتح أيضاً: التسنيم. مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد والمزني وكثير من الشافعية، واختار الشافعي والماوردي وآخرون التسطيح اهـ.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن شاهين في كتاب الجنائز كما في نصب الراية ٢/ ٣٠٥ عن عمرو بن شمر عن جابر وهو الجعفي قال: . . . فذكره اهـ وإسناده واهٍ جابر الجعفي اتهمه أبو حنيفة، وعمرو بن شمر جابر في المغني للذهبي: تركه الدارقطني وعدة.

عليه الصلاة والسلام نهى عن تربيع القبور؛ ومن شاهد قبره عليه الصلاة والسلام أخبر أنه مسنم.

عليه رسول الله ﷺ أن لا تدع تمثالاً إلا طمسته ولا قبراً إلا سويته»[1] فهو على ما كانوا يفعلونه من تعلية القبور بالبناء الحسن العالي، وليس مرادنا ذلك القدر بل قدر ما يبدو من الأرض ويتميز عنها، والله سبحانه أعلم.

[تتمة] لا يدخل أحداً من النساء القبر ولا يخرجهن إلا الرجال ولو كانوا أجانب، لأن مس الأجنبي لها بحائل عند الضرورة جائز في حياتها، فكذا بعد موتها، فإذا ماتت ولا محرم لها دفنها أهل الصلاح من مشايخ جيرانها، فإن لم يكونوا فالشباب الصلحاء، أما إن كان لها محرم ولو من رضاع أو صهرية نزل وألحدها، ولا ينبش بعد إهالة التراب لمدة طويلة ولا قصيرة إلا لعذر، قال المصنف في التجنيس: والعذر أن الأرض مغصوبة أو يأخذها شفيع، ولذا لم يحول كثير من الصحابة وقد دفنوا بأرض الحرب إذ لا عذر، فإن أحب صاحب الأرض أن يسوي القبر ويزرع فوقه كان له ذلك فإن حقه في باطنها وظاهرها، فإن شاء ترك حقه في باطنها وإن شاء استوفاه. ومن الأعذار أن يسقط في اللحد مال ثوب أو درهم لأحد، واتفقت كلمة المشايخ في امرأة دفن ابنها وهي غائبة في غير بلدها فلم تصبر وأرادت نقله أنه لا يسعها ذلك، فتجويز شواذ بعض المتأخرين لا يلتفت إليه. ولم يعلم خلاف بين المشايخ في أنه لا ينبش وقد دفن بلا غسل أو بلا صلاة فلم يبيحوه لتدارك فرض لحقه يتمكن منه به. أما إذا أرادوا نقله قبل الدفن أو تسوية اللبن فلا بأس بنقله نحو ميل أو ميلين. قال المصنف في التجنيس: لأن المسافة إلى المقابر قد تبلغ هذا المقدار، وقال السرخسي: قول محمد بن سلمة ذلك دليل على أن نقله من بلد إلى بلد مكروه، والمستحب أن يدفن كل في مقبرة البلدة التي مات بها، ونقل عن عائشة أنها قالت حين زارت قبر أخيها عبد الرحمن وكان مات بالشام وحمل منها: لو كان الأمر فيك إليّ ما نقلتك ولدفنتك حيث مت[2]: ثم قال المصنف في التجنيس: في النقل من بلد إلى بلد لا إثم لما نقل أن يعقوب عليه السلام مات بمصر فنقل إلى الشام، وموسى عليه السلام نقل تابوت يوسف عليه السلام بعد ما أتى عليه زمان من مصر إلى الشام ليكون مع آبائه انتهى[3]، ولا يخفى أن هذا شرع من قبلنا ولم تتوفر فيه شروط كونه شرعاً لنا إلا أنه نقل عن سعد بن أبي وقاص أنه مات في ضيعة على أربعة فراسخ من المدينة فحمل على أعناق الرجال إليها ثم قال المصنف: وذكر أنه إذا مات في بلدة يكره نقله إلى الأخرى لأنه اشتغال بما لا يفيد بما فيه تأخير دفنه وكفى بذلك كراهة. ومن حفر قبراً في مقبرة ليدفن فيه فدفن غيره لا ينبش لكن يضمن قيمة الحفر، ولا يدفن صغير ولا كبير في البيت الذي كان فيه فإن ذلك خاص بالأنبياء بل ينقل

أخبرني من رأى قبر النبي ﷺ وقبر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما مسنمة عليها فلق من مدر بيض. الفلق جمع فلقة: وهي القطعة من المدر، عمم الرائي ولم يعينه لأنه كان في الرائين كثرة وتأويل تسنيم قبر إبراهيم عليه السلام أنه سطح قبره أولاً ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٩٦٩ وأبو داود ٣٢١٨ والترمذي ١٠٤٩ والطيالسي ١٥٥ وأحمد ١/ ٩٦ . ١٢٤ والبيهقي ٤/ ٣ كلهم عن أبي الهياج عن علي به. واستدركه الحاكم ١/ ٣٦٩ من هذا الوجه! وصححه على شرطهما. مع أن أبا الهياج لم يرو له البخاري، وله شاهد من حديث فضالة ابن عبيد أخرجه مسلم ٩٦٨ وأبو داود ٣٢١٩ والبيهقي ٤/ ٣ وأحمد ٦/ ١٨ كلهم عن فضالة بن عبيد: سمعت رسول الله ﷺ يأمر بتسويتها. هذا الفظ مسلم وغيره، وله قصة، وما أجاب به ابن الهمام متجه والله أعلم. وسبقه إلى ذلك ابن الجوزي في التحقيق كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٠٥، وهو جواب حسن كما ذكرت والله تعالى أعلم.

(٢) جاء في الاستيعاب لابن عبد البر ٢/ ٤٠١ بحاشية الإصابة، وكذا الإصابة ٢/ ٤٠٨ برقم ٥١٥١: بعث معاوية إلى عبد الرحمن بمائة ألف بعد أن رفض البيعة ليزيد. وقال: لا أبيع ديني بدنياي، وخرج إلى مكة فمات فجأة، قبل أن تتم البيعة ليزيد من نومة نامها بمكان على عشرة أميال من مكة، فحمل إلى مكة ودفن بها. وفيه: قالت عائشة: لو حضرتك لدفنتك حيث متّ اهـ وله تتمة.

فتبين من هذا صحة ما استدل به المصنف إلا أني ذكرته لأبين وهم بعض الناس في الشام حيث يقولون إن عبد الرحمن مات في الشام، وجعلوا له ضريحاً في شارع بغداد، وبنوا عليه مسجداً وسموه: جامع عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق. فتنبه والله الموفق.

(٣) هذه الأخبار متلقاة عن أهل الكتاب تراجع في قصص الأنبياء والأقدمين.

. . . .

إلى مقابر المسلمين، ولا يدفن اثنان في قبر واحد إلا لضرورة، ولا يحفر قبر لدفن آخر إلا إن بلي الأول فلم يبق له إلا عظم إلا أن لا يوجد بد فيضم عظام الأول ويجعل بينهما حاجزاً من تراب، ومن مات في سفينة دفنوه إن أمكن الخروج إلى أرض وإلا ألقوه في البحر بعد الغسل والتكفين والصلاة، وعن أحمد يثقل ليرسب، وعن الشافعية كذلك إن كان قريباً من دار الحرب، وإلا شد بين لوحين ليقذفه البحر فيدفن ويكره الدفن في الأماكن التي تسمى فساقي والجلوس على القبر ووطؤه، وحينئذ فما يصنعه الناس ممن دفنت أقاربه ثم دفن حواليهم خلف من وطء تلك القبور إلى أن يصل إلى قبر قريبه مكروه، ويكره النوم عند القبر وقضاء الحاجة، بل أولى وكل ما لم يعهد من السنة. والمعهود منها ليس إلا زيارتها والدعاء عندها قائماً كما كان يفعل ﷺ في الخروج إلى البقيع ويقول: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون، أسأل الله لي ولكم العافية»[(١)]. واختلف في إجلاس القارئين ليقرءوا عند القبر والمختار عدم الكراهة وفي التجنيس من علامة النوازل امرأة حامل ماتت واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي شق بطنها. فرق بين هذا وبين ما إذا ابتلع الرجل درة فمات ولم يدع ما لا عليه القيمة ولا يشق بطنه لأن في المسئلة الأولى إبطال حرمة الميت كصيانة حرمة الحي فيجوز. أما في المسئلة الثانية إبطال حرمة الأعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال، ولا كذلك في المسئلة الأولى انتهى، وتوضيحه الاتفاق على أن حرمة المسلم ميتاً كحرمته حياً، ولا يشق بطنه حياً لو ابتلعها إذا لم يخرج مع الفضلات فكذا ميتاً، بخلاف شق بطنها لإخراج الولد إذا علمت حياته، وفي الاختيار جعل عدم شق بطنه عن محمد، ثم قال: وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه لا يشق لأنه حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى ومقدم على حق الظالم المتعدي انتهى. وهذا أولى. والجواب ما قدمنا أن ذلك الاحترام يزول بتعديه، ويجوز الجلوس للمصيبة ثلاثة أيام وهو خلاف الأولى، ويكره في المسجد، وتستحب التعزية للرجال والنساء اللاتي لا يفتن لقوله ﷺ «من عزى أخاه بمصيبة كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة»[(٢)] وقوله ﷺ «من عزى مصاباً فله مثل أجره»[(٣)] وقوله ﷺ «من عزى ثكلى كسى بردين في

. . . .

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٩٧٥ والنسائي ٤/ ٩٤ وابن ماجه ١٥٤٧ وابن أبي شيبة ٣/ ٣٤٠ وأحمد ٥/ ٣٥٣ وابن حبان ٣١٧٣ كلهم من حديث بريدة مع اختلاف يسير فيه.
ومن حديث عائشة. أخرجه مسلم ٩٧٤ والنسائي ٤/ ٩٣ وأحمد ٦/ ١٨٠ ـ ٢٢١ وعبد الرزاق ٦٧٢٢ وابن حبان ٣١٧٢ من طرق كلهم من حديث عائشة.
ومن حديث أبي هريرة. أخرجه مالك ١/ ٢٨ ـ ٣٠ مطولاً. ومسلم ٢٤٩ وأبو داود ٣٢٣٧ والنسائي ١/ ٩٣ وابن ماجه ٤٣٠٦ وأحمد ٢/ ٣٠٠ وابن حبان ٣١٧١ كلهم من حديث أبي هريرة. مع تغير يسير في هذه الروايات.

(٢) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٦٠١ والبيهقي ٤/ ٥٩ كلاهما من حديث عمرو بن حزم مرفوعاً.
قال البوصيري في الزوائد: فيه قيس أبو عمارة، وثقه الذهبي في الكاشف، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال البخاري: فيه نظر، وبقية رجاله على شرط مسلم اهـ وقال الحافظ في التقريب: فيه لين اهـ.
وهو أحسن من الحديث الآتي، وله شواهد فهو حسن إن شاء الله.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٠٧٣ وابن ماجه ١٠٦٢ والبيهقي ٤/ ٥٩ كلهم من حديث ابن مسعود.
قال الترمذي: حديث غريب. لا نعرفه إلا من حديث علي بن عاصم، ورواه بعضهم عن محمد بن سوقة بهذا الإسناد موقوفاً.
وذكره ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٣٨ فذكر كلام الترمذي ونقل عن البيهقي: تفرد به ابن عاصم وهو أحد ما أنكر عليه.
قال ابن حجر: وتابعه غير واحد على رفعه إلا أن المتابعين أضعف من علي بن عاصم بكثير اهـ راجع التلخيص.
قلت: لم أحسنه في الجملة لأن فيه لفظ «مثل أجره» وهذا غريب بعيد، وأما الحديث الآتي، فلفظه غير مستنكر، وشتان بين ثواب الثكلى إن صبرت وتجلدت، وبين من يعزيها ولذا أدرجه ابن الجوزي في الموضوعات.

. . . .

الجنة»[١] ويكره اتخاذ الضيافة من الطعام من أهل الميت لأنه شرع في السرور لا في الشرور، وهي بدعة مستقبحة، روى الإمام أحمد وابن ماجه بإسناد صحيح عن جرير بن عبد الله قال: كنا نعد الاجتماع إلى أهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة[٢]. ويستحب لجيران أهل الميت والأقرباء الأباعد تهيئة طعام لهم يشبعهم يومهم وليلتهم لقوله ﷺ «اصنعوا لآل جعفر طعاماً فقد جاءهم ما يشغلهم»[٣] حسنة الترمذي وصححه الحاكم ولأنه برّ ومعروف، ويلح عليهم في الأكل لأن الحزن بمنعهم من ذلك فيضعفون، والله أعلم.

---

(١) حسن لشاهده. أخرجه الترمذي ١٠٧٦ من حديث مُنْية بنت عبيد بن أبي برزة عن جدها. لكن آخره «برداً في الجنة» بدل «بردين».
قال الترمذي: حديث غريب، وليس إسناده بالقوي.
قال في التقريب: مُنْية. لا يعرف حالها اهـ لكن يقويه حديث عمرو بن حزم، وتقدم قبل حديث واحد، وانظر ما نقله السيوطي في اللآلىء ٢/ ٤٢١ . ٤٢٥ عن العلماء في تعقبه على ابن الجوزي.

(٢) صحيح. أخرجه أحمد ٢/ ٢٠٤ وابن ماجه ١٦١٢ بإسنادين كلاهما عن جرير البجلي به.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح. رجال الطريق الأول على شرط البخاري، والثاني على شرط مسلم اهـ وله حكم الرفع على رأي قوم، ويؤيده ما بعده.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣١٣٢ والترمذي ٩٩٨ وابن ماجه ١٦١٠ والحاكم ١/ ٣٧٢ كلهم من حديث عبد الله بن جعفر قال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم ووافقه الذهبي، وصححه ابن السكن كما في التلخيص ٢/ ١٣٨ وله طريق آخر ضعيف من حديث أسماء بنت عميس. أخرجه ابن ماجه ١٦١١ لكن يشهد للأول ويقويه وقد تلقاهُ الأئمة بالقبول. والله تعالى أعلم.

باب الشهيد

(الشهيد من قتله المشركون، أو وجد في المعركة وبه أثر، أو قتله المسلمون ظلماً ولم يجب بقتله دية فيكفن

باب الشهيد

وجه فصله وتأخيره ظاهر، وسمي شهيداً إما لشهود الملائكة إكراماً له، أو لأنه مشهود له بالجنة، ولشهوده أي حضوره حياً يرزق عند ربه على المعنى الذي يصح قوله: (الشهيد الخ) هذا تعريف للشهيد الملزوم للحكم المذكور: أعني عدم تغسيله ونزع ثيابه لا لمطلقه فإنه أعم من ذلك على ما سنذكر أن المرتث وغيره شهيد، وهذا التعريف على قول الكل بناء على ما اختاره بعضهم من أن المختلف فيه من الأحكام والأوصاف يجتنب في الحد لكن يحتاج إلى قيد مدخل وهو قولنا إلا ما يجب بشبهة الأبوة، ولو أريد تصويره على رأي أبي حنيفة قيل: كل مسلم مكلف لا غسل عليه قتل ظلماً من أهل الحرب أو البغي أو قطاع الطريق بأي آلة كانت وبجارح من غيرهم ولم تجب بقتله دية بنفس القتل ولم يرتث فظلما مخرج للمقتول بحد أو قصاص أو افترسه سبع أو سقط عليه بناء أو سقط من شاهق أو غرق فإنه يغسل وإن كان شهيداً. وأما إذا انفلتت دابة كافر فوطئت مسلماً من غير سائق، أو رمى مسلم إلى الكفارة فأصاب مسلماً، أو نفرت دابة مسلم من سواد الكفار، أو نفد المسلمون منهم فألجئوهم إلى خندق أو نار ونحوه فألقوا أنفسهم، أو جعلوا حولهم الحسك فمشى عليها مسلم فمات به لم يكن شهيداً خلافاً لأبي يوسف، لأن فعله وفعل الدابة دون حامل يقطع النسبة إليهم، أما لو طعنوهم حتى ألقوهم في نار أو ماء أو نفروا دابة فصدمت مسلماً، أو رموا ناراً بين المسلمين فهبت بها ريح إلى المسلمين، أو أرسلوا ماء فغرق به مسلم فإنهم يكونون شهداء اتفاقاً، لأن القتل مضاف إلى العدو تسبيباً. فإن قيل في الحسك ينبغي أن لا يغسل لأن جعله تسبيب للقتل. قلنا: ما قصد به القتل يكون تسبيباً وما لا فلا، وهم قصدوا به الدفع لا القتل. وقولنا بجارح لا يخص الحديد بل يشمل النار والقصب، وقولنا بنفس القتل احتراز عما إذا وجب بالصلح عن دم العمد بعد ما وجب القصاص، وعما إذا قتل الوالد ولده فالواجب الدية، والولد شهيد لا يغسل في الرواية المختارة، فإن موجب فعله ابتداء القصاص ثم ينقلب ما لا لمانع الأبوة، وباقي القيود ظاهرة، وستخرج مما سيورد من الأحكام قوله: (قال عليه الصلاة والسلام في شهداء الخ)[1] غريب تمامه. وفي مسند الإمام أحمد «أنه عليه الصلاة والسلام أشرف على قتلى أحد فقال: إني شهيد على هؤلاء زملوهم بكلومهم ودمائهم»[2] اهـ. إلا أنه يستلزم عدم الغسل، إذ مع الغسل

باب الشهيد

المقتول ميت بأجله عند أهل السنة والجماعة، وإنما بوّب للشهيد بحياله لاختصاصه بالفضيلة فكان إخراجه من باب صلاة الميت بباب على حدة كإخراج جبريل من الملائكة، وسمي الشهيد شهيداً لأن الملائكة يشهدون موته إكراماً له فكان مشهوداً فهو فعيل بمعنى مفعول، وقيل لأنه مشهود له بالجنة، وقيل لأنه حي عند الله حاضر. وهو في اصطلاح الفقهاء (من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله المسلمون ظلماً ولم يجب بقتله دية) فقوله من قتله المشركون، يعني بأية آلة كانت، وفي معناهم أهل البغي وقطاع الطريق للخروج عن طاعة الإمام. وقوله: (وبه أثر) أي جراحة ظاهرة أو باطنة كخروج الدم من العين أو نحوها وقوله: (أو قتله المسلمون ظلماً) احتراز عما قتله المسلمون رجماً أو قصاصاً. وقوله: (ولم يجب بقتله دية) احتراز عن شبه العمد والخطأ. وحكمه أنه يكفن بالاتفاق ولا يغسل إذا كان في معنى شهداء أحد بالاتفاق،

(١) لا أصل له. بهذا اللفظ. ذكره صاحب الهداية وتعقبه الزيلعي ٢/ ٣٠٧ فقال: غريب. ووافقه ابن الهمام.
وقال الحافظ في الدراية ١/ ٢٤٢: لم أجده بهذا اللفظ.
قلت: والمستغرب في هذا المتن لفظ «ولا تغسلوهم» مع أن الأحاديث الآتية تتضمن معناه. أي عدم الغسل.

(٢) صحيح. أخرجه أحمد ٥/ ٤٣١ من حديث الزهري عن عبد الله بن ثعلبة مرفوعاً. وإسناده حسن رجاله ثقات، فيه ابن إسحق لكن تابعه سفيان في رواية ثانية لأحمد، وشاهده الآتي.

ويصلى عليه ولا يغسل) لأنه في معنى شهداء أحد. وقال عليه الصلاة والسلام فيهم «زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم» فكل من قتل بالحديدة ظلماً وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم،

لا يبقى. وفي ترك غسل الشهيد أحاديث: منها ما أخرج البخاري وأصحاب السنن عن الليث بن سعد عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن جابر بن عبد الله «أنه عليه الصلاة والسلام كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد ويقول: أيهما أكثر أخذا للقرآن، فإذا أشير له إلى أحدهما قدمه في اللحد وقال: أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة، وأمر بدفنهم في دمائهم ولم يغسلهم» زاد البخاري والترمذي «ولم يصل عليهم»[١] قال النسائي: لا أعلم أحداً تابع الليث من أصحاب الزهري على هذا الإسناد[٢]، ولم يؤثر عند البخاري تفرد الليث بالإسناد المذكور. وأخرج أبو داود عن جابر قال «رمي رجل بسهم في صدره أو في حلقه فمات فأدرج في ثيابه كما هو ونحن مع رسول الله ﷺ»[٣] وسنده صحيح. وأخرج النسائي قال: قال رسول الله ﷺ «زملوهم بدمائهم فإنه ليس كلم يكلم في سبيل الله إلا يأتي يوم القيامة يدمى لونه لون الدم والريح ريح المسك»[٤] قوله: **(وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها)** والحاصل أنه إذا مات وجد ميتاً في المعركة فلا يخلو إما إن وجد به أثراً أو لا، فإن وجد فإن كان خروج دم من جراحة ظاهرة فهو شهيد أو غير ظاهر فإن كان من موضع معتاد كالأنف والدبر والذكر لم نثبت شهادته فإن الإنسان قد يبول دماً من شدة الخوف، وإن كان من غير معتاد كالأذن والعين حكم بها وإن كان الأثر من غير رضّ ظاهر وجب أن يكون شهيداً، وإن لم يكن به أثر أصلاً لا يكون شهيداً لأن الظاهر أنه لشدة خوفه انخلع قلبه، وأما إن ظهر من الفم فقالوا إن عرف أنه من الرأس بأن يكون صافياً غسل، وإن كان خلافه عرف أنه من الخوف فيكون من جراحة فيه فلا يغسل، وأنت علمت أن المرتقي من الجوف قد يكون علقاً فهو سوداء بصورة الدم، وقد يكون رقيقاً من قرحة في الجوف على ما تقدم في طهارة فلم يلزم كونه من جراحة حادثة بل هو أحد المحتملات قوله: **(ويقول السيف محاء للذنوب)**[٥] ذكروه في بعض كتب الفقه حديثاً، وهو كذلك في صحيح ابن

ويصلى عليه عندنا خلافاً للشافعي، أما التكفين فهو سنة في موتى بني آدم. فإن كان عليه ثياب لم تنزع عنه لقوله عليه الصلاة والسلام «زملوهم بكلومهم ودمائهم» وفي رواية «بثيابهم» وينزع الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لأنها ليست من جنس الكفن، ويزيدون وينقصون إتماماً للكفن على ما ذكر. وأما عدم الغسل فلأنه في معنى شهداء أحد. وقال عليه الصلاة والسلام فيهم «زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم» **(فكل من قتل ظلماً بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم)** والقيد بالحديدة إنما هو إذا كان القتل من المسلمين، وأما من أهل الحرب والبغي وقطاع الطريق فليس بشرطاً كما تقدم لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح، وشرطه عند أبي حنيفة أن يكون طاهراً لأنه

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٤٣ و١٣٤٦ و١٣٤٧ و١٣٥٣ و٤٠٧٩ وأبو داود ٣١٣٨ و٣١٣٩ والترمذي ١٠٣٦ والنسائي ٤/ ٦٢ وابن ماجه ١٥١٤ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٥٣ ـ ٢٥٤ والطحاوي ١/ ٥٠١ وابن حبان ٣١٩٧ والبيهقي ٤/ ٣٤ والبغوي ١٥٠٠ كلهم من حديث جابر.

(٢) قلت: بل تابعه ابن المبارك. فقد أخرجه البيهقي ٤/ ٣٤ عن حبان بن موسى عن ابن المبارك عن الزهري به. وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات وجال البخاوي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣١٣٣ من حديث أبي الزبير عن جابر به ونقله الزيلعي ٢/ ٣٠٧ عن النووي في الخلاصة: إسناده على شرط مسلم، وهو كما قال إلا أن أبا الزبير مدلس وقد عنعنه، فحديثه ينحط إلى درجة الحسن. والله أعلم.

(٤) حسن. أخرجه النسائي ٤/ ٧٨ وأحمد ٥/ ٤٣١ والشافعي في الأم ١/ ٢٣٧ وابن إسحق في السيرة ٢/ ١٤٢ والبيهقي ٤/ ١١ من طرق عن الزهري عن عبد الله بن ثعلبة به. ورجال النسائي رجال الصحيح، إلا أن عبد الله بن ثعلبة، له رؤية ولم يثبت له سماع. قاله في التقريب. ومع ذلك فهو حديث حسن لأنه إنما سمعه عن جابر حيث ساقه أحمد عنه عن جابر به. والله الموفق.

(٥) حسن. أخرجه الطيالسي ١٢٦٧ وأحمد ٤/ ١٨٥ ـ ١٨٦ والدارمي ٢/ ٢٠٦ وابن حبان ٤٦٦٣ والبيهقي ٩/ ١٦٤ والطبراني ١٧ (٣١٠) (٣١١) من طرق كلهم عن أبي المثنى المُليكي عن عتبة بن عبد السلمي في أثناء حديث طويل وفيه: إن السيف محّاء للخطايا. . . وآخره: إن السيف لا يمحو النفاق.

وقال الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٩١: رجال أحمد رجال الصحيح فلا أبي المثنى، وهو ثقة اهـ.

وأما الشيخ شعب الأرناؤوط فقال في تخريجه لابن حبان: إسناده حسن. أبو المثنى وثقه ابن حبان، وروى عنه اثنان.

والمراد بالأثر الجراحة لأنها دلالة القتل. وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا

حبان، وإنما معتمد الشافعي رحمه الله ما في البخاري عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام لم يصل على قتلى أحد»[١] وهذا معارض بحديث عطاء بن أبي رباح «أن النبي ﷺ صلى على قتلى أحد»[٢] أخرجه أبو داود في المراسيل، فيعارض حديث جابر عندنا، ثم يترجح بأنه مثبت وحديث جابر ناف، ونمنع أصل المخالف في تضعيف المراسيل، ولو سلم فعنده إذا اعتضد يرفع معناه. قيل وقد روى الحاكم عن جابر قال «فقد رسول الله ﷺ حمزة حين فاء الناس من القتال، فقال رجل: رأيته عند تلك الشجرة، فجاء رسول الله ﷺ نحوه، فلما رآه ورأى ما مثل به شهق وبكى، فقام رجل من الأنصار فرمى عليه بثوب، ثم جيء بحمزة فصلى عليه، ثم بالشهداء فيوضعون إلى جانب حمزة فيصلي عليهم، ثم يرفعون ويترك حمزة حتى صلى على الشهداء كلهم وقال ﷺ «حمزة سيد الشهداء عند الله يوم القيامة»[٣] مختصر، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه إلا أن في سنده مفضل بن صدقة أبو حماد الحنفي، وهو وإن ضعفه يحيى والنسائي فقد قال الأهوازي: كان عطاء بن مسلم يوثقه، وكان أحمد بن محمد بن شعيب يثني عليه ثناء تاماً. وقال ابن عدي: ما أرى به بأساً، فلا يقصر الحديث عن درجة السن، وهو حجة استقلالاً فلا أقل من صلاحيته عاضداً لغيره، وأسند أحمد، حدثنا عفان بن مسلم، حدثنا حماد بن سلمة، حدثنا عطاء بن السائب عن الشعبي عن ابن مسعود قال «كان النساء يوم أحد خلف المسلمين يجهزن على جرحى المشركين، إلى أن قال: فوضع النبي ﷺ حمزة وجيء برجل من الأنصار فوضع إلى جنبه، فصلى عليه فرفع الأنصاري وترك حمزة، ثم جيء بآخر فوضع إلى جنب حمزة فصلى عليه ثم رفع وترك حمزة صلى يومئذ عليه سبعين صلاة»[٤] وهذا أيضاً لا ينزل عن درجة الحسن، وعطاء بن السائب فيه ما تقدم في باب صلاة الكسوف، وأرجو أن حماد بن سلمة ممن أخذ عنه قبل التغير، فإن حماد بن زيد ممن ذكر أنه أخذ عنه قبل ذلك، ووفاته تأخرت عن وفاة عطاء بنحو خمسين سنة، وتوفي حماد بن سلمة قبل ابن زيد بنحو اثنتي عشرة سنة فيكون صحيحاً، وعلى الإبهام لا ينزل عن الحسن، وأخرج الدارقطني عن ابن عباس قال «لما انصرف المشركون عن قتلى أحد، إلى أن قال: ثم قدم رسول الله ﷺ حمزة فكبر عليه عشراً، ثم جعل يجاء بالرجل فيوضع وحمزة مكانه حتى صلى عليه سبعين صلاة، وكانت القتلى يومئذ سبعين»[٥] وهذا أيضاً لا ينزل عن الحسن، ثم لو كان الكل ضعيفاً ارتقى الحاصل إلى درجة الحسن، ثم كان عاضد المراسيل سيد التابعين عطاء بن أبي رباح، على أن الواقدي في

إذا كان جنباً يغسل على ما يذكر في الكتاب، وشرطه أن لا يكون مرتثاً على ما يذكره، وأما الصلاة عليه فقد خالفنا الشافعي

---

(١) صحيح. رواه البخاري والترمذي وابن حبان وتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٢) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله ٣٩٣ عن عطاء مرسلاً.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ٢/ ١١٩ و٣/ ١٩٩ من حديث جابر مطولاً وصححه في كلا الروايتين. ومداره على أبي حماد الحنفي، وتعقبه الذهبي عقب الرواية الأولى فقال: أبو حماد الحنفي قال النسائي فيه: متروك. ووافقه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٠٩، وابن حجر في الدراية ١/ ٢٤٣. يعني وافقا الذهبي على أن الحنفي متروك.

قلت: وله علة ثانية وهي ضعف عبد الله بن محمد بن عقيل قال في التقريب: صدوق في حديث لين، ويقال تغير بآخره.

(٤) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ٤٦٣ وابن سعد ٣/ ٩ كلاهما عن عطاء بن السائب عن الشعبي عن ابن مسعود به. وابن السائب صدوق إلا أنه اختلط بآخره كما في التقريب.

وقد اضطرب فيه. حيث أخرجه ابن سعد أيضاً، وكذا أبو داود في مراسيله ٣٩٢ عن الشعبي مرسلاً، دون ذكر ابن مسعود ثم إن الشعبي لم يسمع ابن مسعود كما في الدراية ١/ ٢٤٣.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١٨ عن حديث ابن عباس وقال عقبه: لم يروه إسماعيل بن عياش، وهو مضطرب الحديث عن غير الشاميين اهـ.

وقد شك ابن عياش في شيخه فقال: عن عبد الملك بن أبي عتبة أو غيره عن الحكم بن عتيبة.

وهذا يدل أنه ما حفظه جيداً لأنه رواه عن غير الشاميين.

في الصلاة ويقول السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة، ونحن نقول: الصلاة على الميت لإظهار كرامته، والشهيد أولى بها، والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي **(ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شيء قتلوه لم يغسل)** لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح **(وإذا استشهد الجنب غسل**

المغازي قال: حدثني عبد ربه بن عبد الله عن عطاء ابن عباس فذكره، وأسند في فتوح الشام: اليشكري قال: كنت في الجيش الذي وجهه أبو بكر الصديق مع عمرو بن العاص إلى أيلة وأرض فلسطين فذكر القصة، وفيها أنه قتل من المسلمين مائة وثلاثون وصلى عليهم عمرو بن العاص ومن معه من المسلمين، وكان مع عمرو تسعة آلاف من المسلمين[1] قوله: **(ونحن نقول: الصلاة على الميت لإظهار كرامته)** لا يخفى أن المقصود الأصلي من الصلاة نفسها الاستغفار له والشفاعة والتكريم، يستفاد إرادته من إيجاب ذلك على الناس فنقول: إذا أوجب الصلاة على الميت على المكلفين تكريماً فلأن بوجبها عليهم على الشهيد أولى، لأن استحقاقه للكرامة أظهر قوله: **(كالنبي والصبي)** لو اقتصر على النبي كان أولى، فإن الدعاء في الصلاة على الصبي لأبويه. هذا ولو اختلط قتلى المسلمين بقتلى الكفار أو موتاهم بموتاهم لم يصلّ عليهم إلا أن يكون موتى المسلمين أكثر فيصلي حينئذ عليهم وينوي أهل الإسلام فيها بالدعاء قوله: **(فبأي شيء قتلوه كان شهيداً)** لأن القتل في قتالهم مثله في قتال أهل الحرب لأن قتالهم مأمور به كأهل الحرب، قال تعالى: **﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء على أمر الله﴾** [الحجرات ٩] وسمى قطاع الطريق محاربي الله ورسوله، والقطع بأن محارب الله ورسوله يجب قتاله على أنهم بغاة فيدخلون في التي تبغي بالمفهوم اللغوي فالمقتول منهم باذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالى قوله: **(ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح)** الله أعلم بذلك. ولا حاجة إليه في ثبوت ذلك الحكم، إذ يكفي فيه ثبوت بذله نفسه ابتغاء مرضاة الله إذ هو المناط في قتيل المشركين قوله: **(ما وجب بالجنابة)** وهو الغسل **(سقط بالموت)** لأن وجوبه لوجوب ما لا يصح إلا به، وقد سقط ذلك بالموت فيسقط الغسل، ولأن الشهادة أقيمت مقام الغسل الواجب بالموت لاحتباس الدماء إن قتل بغير جارح، أو لتلطخه بها إن قتل بجارح مع قيام الموجب فكذا الواجب قبله. وله أن الشهادة عهدة مانعة من ثبوت التنجس بالموت وبالتلطخ وإلا لرتب مقتضاه. أما رفعها لنجاسة كانت قبلها فموقوف على السمع، ولم يرد بذلك إلا في نجاسة الحدث للقطع إجماعاً بأنه لا يوضأ شهيد مع العلم باستلزام كل موت للحدث الأصغر أقله ما يحصل بزوال العقل قبيله. فلو بقي الحال على عدم السمع لكفي في إيجاب الغسل فكيف والسمع يوجبه، وهو ما صح من

وقال: السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة: وقلنا الصلاة على الميت لإظهار كرامته، والشهيد أولى بالكرامة. وقوله **(والطاهر عن الذنوب)** جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وهو ظاهر. وقوله **(ومن قتله أهل الحرب)** ظاهر مما ذكرنا، واعترض بأن من قتله أهل الحرب فهو في معنى شهداء أحد **(فبأي شيء قتلوه لم يغسل)** وأما أهل البغي وقطاع الطريق فمن أهل الإسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء أحد فيشترط الحديدة أو الآلة التي لا تلبث في ثبوت الشهادة. أجيب بأن كلاً من الفريقين لما أمرنا بقتالهم ألحق بقتال أهل الحرب، قال الله تعالى في أهل البغي **﴿فقاتلوا التي تبغي﴾** الآية، وقال ﷺ في قطاع الطريق «قاتل دون مالك» قال «من قتل دون ماله فهو شهيد» وإذا كان قتالهما مأموراً به صار كقتال أهل الحرب، وفي

قال المصنف: **(والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي)** أقول: قال ابن الهمام: لو اقتصر على النبي ﷺ كان أولى، فإن الدعاء في الصلاة هل الصبي لأبويه انتهى. وفيه بحث قوله: **(لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت لأنه خرج عن كونه مكلفاً بالغسل عن الجنابة)** أقول: فيه بحث لأن الأولياء يخلفونه.

---

(١) لكن الواقدي ضعيف واتهمه بعضهم.

عند أبي حنيفة) وقالا: لا يغسل، لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولأبي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة. وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنباً غسلته الملائكة، وعلى هذا

حديث حنظلة[١]، وبه يندفع قولهما سقط بسقوط ما وجب لأجله، ولو لم يكن قلنا في جوابه لم لم يشرع غسل الجنابة للعرض على الله جل وعلا وإدخال القبر كما كان مشروعاً للقراءة والمس، وقد لا يجب واحد منهما ليتحقق سقوطه، فإن أصلحوا العبارة فقالوا سقط لعدم فائدته وهي التوصل به إلى فعل ما لا يحل إلا به دفع بتجويز تلك الفائدة وهي العرض على الرب جل جلاله، فيبقى الوجوب الذي كان ثابتاً قبل الموت بناء على أن صفة تعلقه قبل الموت للتوصل إلى حل ما لا يحل بدونه حالة الحياة والعرض إن مات قبل الغسل، والحق أن الدافع ليس إلا بالنص، وهو حديث حنظلة[٢] لأن لهم أن يدفعوا هذا بأن الوجوب قبل الموت كان متعلقاً به وبعده بغيره فهو غيره، أو لا ينتقل إلى غيره إلا بدليل فترجع في إيجادهم ذلك الدليل إلى حديث حنظلة فإن قالوا: هو إنما يفيد إرادة الله سبحانه تكريمه لا أنه واجب وإلا لم يسقط بفعل غير الآدميين لأن الوجوب عليهم قلنا: كان ذلك أول تعليم للوجوب وإفادته له. فجاز أن يسقط بفعلهم ذلك ما المقصود به الفعل، بخلاف ما بعد الأول، كغسل الملائكة آدم عليه السلام[٣] سقط بفعلهم لأنه ابتداء إفادة الوجوب مع كون المقصود نفس الفعل، ولم يسقط ما بعده إلا بفعل المكلفين. وأما معارضته بقوله عليه الصلاة والسلام «زملوهم بكلومهم ولا تغسلوهم»[٤] فليس بدافع لأنه في معنيين ليس حنظلة منهم، ولو كان في الكل وهو منهم كان قبل العلم بأنه كان جنبا لأن العلم بذلك إنما كان من زوجته بعد العلم بغسل الملائكة له على ما يفيده نص حديثه، وهو ما رواه ابن حبان والحاكم عن عبد الله بن الزبير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول وقد قتل حنظلة بن أبي عامر الثقفي: «إن صاحبكم حنظلة تغسله الملائكة عليهم السلام، فسلوا صاحبته، فقالت: خرج وهو جنب لما سمع الهائعة، فقال رسول الله ﷺ: «لذلك غسلته الملائكة»[٥] وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وليس عند الحاكم «فسلوا صاحبته» يعني زوجته، وهي جميلة بنت أبي ابن سلول أخت عبد الله بن أبي ابن سلول، وكان قد بنى بها تلك الليلة فرأت في منامها كأن باباً من السماء فتح وأغلق دونه فعرفت أنه مقتو من الغد، فلما أصبحت دعت بأربعة من قومها فأشهدتهم أنه دخل بها خشية أن يقع في ذلك نزاع، ذكره الواقدي وابن سعد في الطبقات، وزاد وقال رسول الله ﷺ «إني رأيت الملائكة تغسل حنظلة بن أبي عامر بين السماء والأرض بماء المزن في صحاف الفضة» قال أبو أسيد: «ذهبنا إليه فوجدناه يقطر

قتال أهل الحرب الحكم تعميم الآلة فكذا في قتالهما. وقوله **(لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت)** لأنه خرج عن كونه مكلفاً بالغسل عن الجنابة **(والثاني)** أي الغسل بسبب الموت **(لم يجب)** لأن الشهادة تمنعه فإن قوله عليه الصلاة والسلام «زملوهم بكلومهم ودمائهم» لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره **(ولأبي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة)** ألا

---

(١) حسن. مراد المصنف ما أخرجه ابن حبان ٧٠٢٥ والحاكم ٣/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥ وعنه البيهقي ٤/ ١٥ وكذا رواه السراج كما في الإصابة ١/ ٣٦٠ عن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن أبيه عن جده في خبر أُحد، وأن حنظلة كاد أن يقتل أبا سفيان فعلاه شداد بن الأسود بالسيف حتى قتله. فقال رسول الله ﷺ: «إن صاحبكم حنظلة تغسله الملائكة، فسلوا صاحبته فقالت: خرج وهو جنب لما سمع الهائعة. فقال رسول الله ﷺ: فذاك قد غسلته الملائكة» وإسناده حسن. ابن إسحق صرح بالتحديث، وقد أخرجه ابن إسحق في السيرة ص ٣١٢ عن عاصم بن عمر عن محمود بن لبيد.. فذكره وأخرجه البيهقي في سننه ٤/ ١٥ والدلائل ٣/ ٢٤٦ عن عاصم بن عمر مرسلاً. وأخرجه الطبراني ٢٠٩٤ من حديث ابن عباس باختصار وحسنه الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٣. وضعفه الحافظ في الدراية ١/ ٢٤٤ الخلاصة: حديث ابن الزبير فيه إرسال لأن ابن الزبير كان عمره يوم أحد دون ثلاث سنين، فهو مرسل صحابي وهو حجة عند الجمهور، ويعضده مرسل محمود بن لبيد، ويشهد له حديث ابن عباس، فالحديث حسن بمجموع طرقه.

(٢) هو المتقدم.

(٣) موقوف. تقدم في أول فصل الغسل.

(٤) تقدم أنه غريب بهذا اللفظ ولكن جاء معناه في أحاديث صحيحة.

(٥) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية، وعلى هذا الخلاف الصبي. لهما أن الصبي أحق بهذه الكرامة. وله أن السيف كفى عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه طهرة، ولا ذنب على

رأسه دماً، فرجعت فأخبرت رسول الله ﷺ»[1] الحديث. وفي غريب الحديث للسرقسطي بسنده عن عروة بن الزبير خرج حنظلة بن أبي عامر وقد واقع امرأته، فخرج وهو جنب لم يغتسل، فلما التقى الناس لقي أبا سفيان بن حرب فحمل عليه فسقط أبو سفيان عن فرسه فوثب عليه حنظلة وقعد على صدره يذبحه فمر به جعونة بن شعوب الكناني فاستغاث به أبو سفيان فحمل على حنظلة فقتله وهو يرتجز ويقول:

لأحمين صاحبي ونفسي بطعنة مثل شعاع الشمس

وفي الواقدي سمى القاتل الأسود بن شعوب[2] قوله: **(في الصحيح من الرواية)** احتراز عن الرواية الأخرى أنه لم يكن الغسل واجباً عليهما قبل الموت إذ لا يجب قبل الانقطاع، وجه المختارة أن الدم موجب للاغتسال عند الانقطاع، وقد حصل الانقطاع بالموت، ولا بد من إلحاقه بالجنب إذ قد صار أصلا معللاً بالعرض على الله سبحانه، وإلا فهو مشكل بأدنى تأمل قوله: **(أن الصبي أولى بهذه الكرامة)** وهي سقوط الغسل، فإنه سقوطه لإبقاء أثر المظلومية وغير المكلف أولى بذلك لأن مظلوميته أشد حتى قال أصحابنا: خصومة البهيمة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم قوله: **(وله أن السيف الخ)** حاصله إما إبداء قيد زائد في العلية فإنهما عللا السقوط إبقاء أثر المظلومية فقال هو العلة إبقاء أثرها بجعل القتل طهرة، أي جعل القتل في سبيل الله طهرة عن الذنوب إبقاء لأثر الظلم، ولا ذنب على غير المكلف فلم يتحقق تأثير القتل في حقه لهذا الحكم، وإما منع العلة وتعيينها مجرد جعل الشهادة طهرة إكراماً، وعلى كل حال فقوله أول لاتفاق الكل على اعتبار التكريم في إسقاط الغسل بالقتل والتكريم في جعل القتل طهرة من الذنوب أظهر منه في إبقاء أثر الظلم أو هو غير موجود معه أصلاً قوله: **(ويزيدون وينقصون ما شاءوا)** أي يزيدون إذا كان ما عليه من غير جنس الكفن أو ناقصاً عن العدد المسنون. وينقصون إذا كان زائداً عليه قوله: **(لنيل مرافق الحياة)** تعليل لقوله خلقاً في حكم الشهادة، وحكم الشهادة أن لا يغسل، وقيد به لأنه لم يصر خلقاً في نفس الشهادة بل هو شهيد عند الله تعالى قوله: **(وشهداء أحد الخ)** كون هذا وقع لشهداء أحد الله أعلم به. وروى البيهقي في شعب الإيمان بسنده عن أبي جهم بن حذيفة العدوي قال: انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عمي ومعه شنة ماء فقلت: إن كان به رمق سقيته ومسحت وجهه، فإذا به ينشد، فقلت أسقيك؟ فأشار أن نعم، فإذا رجل يقول آه، فأشار ابن عمي أن انطلق به إليه فإذا هو هشام بن العاص أخو عمرو بن العاص، فأتيته فقلت

ترى أنه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم. قيل لو لم يكن رافعاً لوضيء المحدث إذا استشهد واللازم باطل فكذا الملزوم. وأجيب بأنه لا يلزم من أن يكون رافعاً للأعلى أن لا يكون رافعاً للأدنى. وبأنه ثبت بالنص **(فقد صح أن حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنباً غسلته الملائكة)** فسأل رسول الله ﷺ أهله عن حاله، فقالت زوجته: إنه أصاب مني فسمع الهيعة فأعجلته عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب، فقال عليه الصلاة والسلام «هو ذاك» والهيعة: الصوت الذي يفزع منه، فإن قيل الواجب غسل بني آدم دون الملائكة، ولو كان ذلك واجباً لأمر النبي عليه الصلاة والسلام بإعادة غسله. أجيب بأن الواجب هو الغسل، وأما الغاسل فيجوز كائناً من كان، ألا ترى أن الملائكة لما غسلوا آدم عليه السلام تأدى به الواجب ولم يعد أولاده غسله. وقوله **(وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا)** يعني عندهما لا يغسلان لأن الغسل الأول سقط بالموت والثاني لم يجب فإنه عن أبي حنيفة فيه روايتان: في رواية لا يغسلان لأن الاغتسال ما كان واجباً عليهما قبل الانقطاع. وفي رواية وهو الصحيح يغسلان لأن الانقطاع حصل بالموت، والدم السائل يوجب

---

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات ٨/ ٢٧٩ وانظر نصب الراية ٢/ ٣١٦ وتقدم ما فيه كفاية.
(٢) انظر نصب الراية ٢/ ٣١٨

الصبي فلم يكن في معناهم (ولا يغسل عن الشهيد دمه، ولا ينزع عنه ثيابه) لما روينا **(وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف)** لأنها ليست من جنس الكفن **(ويزيدون وينقصون ما شاءوا)** إتماماً للكفن قال: **(ومن ارتث غسل)** وهو من صار خلفاً في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة لأن بذلك يخف أثر الظلم فلم يكن في معنى

أسقيك؟ فسمع آخر يقول آه فأشار هشام أن انطلق إليه فجئته فإذا هو قد مات، فرجعت إلى هشام فإذا هو قد مات، فرجعت إلى ابن عمي فإذا هو قد مات، وأسند هو والطبراني عن حبيب بن أبي ثابت أن الحرث بن هشام وعكرمة ابن أبي جهل وعياش بن أبي ربيعة أثبتوا يوم اليرموك، فدعا الحرث بماء يشربه، فنظر إليه عكرمة فقال ارفعوه إلى عكرمة، فرفعوه إليه فنظر إليه عياش فقال عكرمة ارفعوه إلى عياش فما وصل إلى عياش ولا إلى أحد منهم حتى ماتوا وما ذاقوا[1] قوله: **(أو يمضي عليه وقت صلاة وهو يعقل)** أي ويقدر على أدائها حتى يجب القضاء، كذا قيده في شرح الكنز، والله أعلم بصحته وفيه إفادة أنه إذا لم يقدر على الأداء لا يجب القضاء. فإن أراد إذا لم يقدر للضعف مع حضور العقل فكونه يسقط به القضاء قول طائفة، والمختار وهو ظاهر كلامه في باب صلاة المريض أنه لا يسقط، وإن أراد لغيبة العقل فالمغمى عليه يقضي ما لم يزد على صلاة يوم وليلة فمتى يسقط القضاء مطلقاً لعدم قدرة الأداء من الجريح قوله: **(وهذا مروي عن أبي يوسف)** في الكافي أو عاش مكانه يوماً وليلة لأنه ليس في معنى شهداء أحد إذ لم يبق أحد منهم حياً يوماً كاملاً أو ليلة، وعن أبي يوسف وقت صلاة كاملاً يغسل لأنه وجب عليه تلك الصلاة وهو من أحكام الأحياء، وعنه إن عاش بعد الجرح أكثر اليوم أو أكثر الليلة يغسل إقامة للأكثر مقام الكل قوله: **(وعند محمد)** قيل الاختلاف بينهما فيما إذا أوصى بأمور الدنيا، أما بأمور الآخرة فلا يكون مرتثاً اتفاقاً، وقيل الخلاف في الوصية بأمور الآخرة، وفي أمور الدنيا يكون مرتثا اتفاقاً، وقيل لا خلاف بينهما، فجواب أبي يوسف فيما إذا كانت بأمور الدنيا ومحمد لا يخالفه. وجواب محمد فيما إذا كانت بأمور الآخرة وأبو يوسف لا يخالفه فيها. ومن الارتثاث أن يبيع أو يشتري أو يتكلم بكلام كثير، بخلاف القليل فإن ممن شهد أحداً من تكلم كسعد بن الربيع، وهذا كله إذا كان بعد انقضاء الحرب، وأما قبل انقضائها فلا يكون مرتثاً بشيء مما ذكرنا قوله:

الاغتسال عند الانقطاع. وقوله **(وعلى هذا الخلاف الصبي)** على ما ذكرناه وقوله **(بهذه الكرامة)** أي بسقوط الغسل فإن سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء أثر مظلوميته في القتل فكان إكراماً له والمظلومية في حق الصبي أشد فكان أولى بهذه الكرامة **(ولأبي حنيفة أن السيف كفي عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه طهرة)** عن الذنب **(ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم)** ومن لم يكن في معناهم غسل وقوله **(ولا يغسل عن الشهيد دمه)** ظاهر وقوله **(وينزع عنه الفرو الخ)** مذهبنا وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء واحتج بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «زملوهم» من غير فصل ولنا ما روينا في السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أمر رسول الله ﷺ بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم وإذا تعارضا صرنا إلى القياس وهو على ذكر في الكتاب قوله **(ويزيدون وينقصون ما شاءوا)** أي يزيدون ما شاءوا إذا كان ناقصاً عن العدد المسنون وينقصون ما شاءوا يعني إذا كان زائداً على العدد المسنون وقوله **(ومن ارتث)** هو من قولك ثوب رث أي خلق وكلامه ظاهر وقوله **(ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة)** إنما قيد بأمور الآخرة لأنه إذا أوصى بشيء من أمور الدنيا يغسل بالاتفاق. وقوله **(وإلا إذا علم أنه قتل بحديدة ظلماً)** أي حينئذ لا يغسل قيل هذا إذا علم قاتله عيناً. وأما إذا علم أنه قتل بحديدة ظلماً ولكن لم يعلم قاتله يغسل لما أن الواجب هناك الدية والقسامة على أهل المحلة، ولفظ الكتاب يشير إلى هذا لأنه قال **(لأن الواجب فيه القصاص)** لا قصاص يجب إلا على القاتل المعلوم **(وهو)** أي القصاص **(عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهراً)** أما في الدنيا إن وقع الاستيفاء أو في العقبى إن لم يستوف، فلو كان وجوب القصاص مانعاً عن الشهادة لا تسد بابها وهو باطل، فإن قيل من وجب بقتله القصاص ليس في معنى شهداء أحد إذ لم يجب بقتلهم شيء، ومن ليس في معناهم يغسل. أجيب بأن فائدة القصاص ترجع إلى ولي القتيل وسائر الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شيء كما لم يحصل لشهداء أحد،

---

(١) ذكر هذين الأثرين الزيلعي في نصب الراية ٣١٨/٢. ورضي الله عن صحابة رسول الله أجمعين كم قدموا من تضحيات في سبيل الله وفي سبيل إعلاء كلمة لا إله إلا الله محمد رسول الله. نسأل الله أن يحشرنا معهم.

شهداء أحد (والارتثاث: أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يداوى أو ينقل من المعركة حياً) لأنه نال بعض مرافق الحياة. وشهداء أحد ماتوا عطاشاً والكأس تدار عليهم فلم يقبلوا خوفاً من نقصان الشهادة، إلا إذا حمل من مصرعه كي لا تطأه الخيول، لأنه ما نال شيئاً من الراحة، ولو آواه فسطاط أو خيمة كان مرتثاً لما بينا(ولو بقي حياً حتى مضى وقت صلاة وهو يعقل فهو مرتث) لأن تلك الصلاة صارت ديناً في ذمته وهو من أحكام الأحياء. قال: وهذا مروي عن أبي يوسف، ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة كان ارتثاثاً عند أبي يوسف لأنه ارتفاق. وعند محمد لا يكون لأنه من أحكام الأموات (ومن وجد قتيلاً في المصر غسل) لأن الواجب فيه القسامة والدية فخف أثر الظلم (إلا إذا علم أنه قتل بحديدة ظلماً) لأن الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهراً. إما في الدنيا أو العقبى. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات إن شاء الله تعالى (ومن قتل في حد أو قصاص غسل وصلي عليه) لأنه باذل نفسه لإيفاء حق مستحق عليه، وشهداء أحد بذلوا أنفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم (ومن قتل من البغاة أو قطاع الطريق لم يصل عليه) لأن عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة.

(إلا أن يعلم أنه قتل بحديدة ظلماً) أي ويعلم قاتله عيناً، أما مجرد وجدانه مذبوحاً لا يمنع غسله وقد يستفاد هذا من قول لأن الواجب فيه القصاص لأن وجوبه إنما يتحقق على القاتل المعين، هذا إذا عني بالقصاص استيفاءه على ولي الأمر لا تسليم القاتل نفسه له قوله: (لأنه باذل نفسه) وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام غسل ماعزاً[١] قوله: (لأن علياً الخ)[٢] غريب، والله أعلم.

[فرع] من قتل نفسه عمداً اختلف فيه المشايخ. قيل يصلي عليه، وقيل لا. ومنهم من حكى فيه خلافاً بين أبي يوسف وصاحبيه، فعنده لا يصلى عليه، وعندهما يصلي عليه لأبي يوسف أنه ظالم بالقتل فليحق بالباغي. ولهما أن دمه هدر فصار كما لو مات حتف أنفه. وفي صحيح مسلم ما يؤيد قول أبي يوسف عن جابر بن سمرة قال «أتى النبي ﷺ برجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه»[٣].

بخلاف الدية فإن نفعها يعود إلى الميت حتى تقضي ديونه وتنفذ وصاياه. وقوله (وعند أبي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف) يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر أن يقتل بحديدة عندهما، بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلماً في المصر إذا عرف قاتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما. وعند أبي حنيفة لا يجب القصاص في القتل بالمثقل ويعرف في الجنايات. وقوله (ومن قتل في حد أو قصاص غسل) لما روي «أن ماعزاً رضي الله عنه لما رجم جاء عمه إلى النبي ﷺ فقال: قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تأمرني أن أصنع به؟ فقال عليه الصلاة والسلام: لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الأرض لو سعتهم، اذهب فغسله وكفنه وصلّ عليه» ولأنه باذل نفسه لإيفاء حصة مستحق ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء أحد بذلوا أنفسهم ابتغاء مرضاة الله فلا يلحق بهم. وقوله (ومن قتل من البغاة أو قطاع الطريق لم يصل عليه) وقال الشافعي: يصلى عليه لأنه مؤمن، إلا أنه مقتول بحق فهو كالمقتول في رجم أو قصاص. ولنا أن علياً رضي الله عنه لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له: أهم كفار؟ فقال لا، ولكنهم إخواننا بغوا علينا أشار إلى أنه إنما ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم وزجراً لغيرهم، وهو نظير المصلوب يترك على خشبة عقوبة له وزجراً لغيره، والله أعلم.

قوله: (قيل هذا إذا علم قاتله عيناً الخ) أقول: كذا في النهاية وفي شرح الكاكي وتاج الشريعة والأتقاني.

---

(١) خبر ماعز يأتي في الحدود. حد الزنا.

(٢) أثر علي. استغربه الزيلعي ٢/٣١٩، ووافقه ابن الهمام. وقال ابن حجر في الدراية ١/٢٤٥: لم أجده.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٩٧٨ بهذا اللفظ من حديث جابر بن سمرة.

باب الصلاة في الكعبة

(الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها) خلافاً للشافعي فيهما. ولمالك في الفرض لأنه عليه الصلاة والسلام

باب الصلاة في الكعبة

قوله: **(خلافاً للشافعي)** سهو، فإن الشافعي رحمه الله يرى جواز الصلاة فيها، وقوله تعالى: **﴿أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود﴾** [البقرة ١٢٥] ظاهر فيه لأن الأمر بالتطهير للصلاة فيه ظاهر في صحة الصلاة فيه، وفي الصحيحين عن مالك عن نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ دخل الكعبة هو وأسامة وبلال وعثمان بن طلحة وأغلقها عليه، ثم مكث فيها، قال ابن عمر: فسألت بلالاً حين خرج: ما صنع رسول الله ﷺ؟ قال: جعل عمودين عن يساره وعموداً عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة[(١)]، وكان هذا يوم الفتح على ما صرحا به عن أيوب عن نافع عن ابن عمر، فهذا وغيره في الصحيحين يعارض روايتهما عن ابن عباس «أن النبي ﷺ دخل الكعبة وفيها ست سوار، فقام عند سارية فدعا ولم يصل»[(٢)] ويقدم عليه بأنه مثبت وهو أولى من النافي. ومن تأول حديث بلال[(٣)] بأنه أراد بالصلاة الدعاء فخروج عن الظاهر، فإن قيل: يرتكب للجمع بين الأحاديث، قيل تأويل ينفيه الصريح وهو ما في البخاري عن ابن عمر قال «فسألت بلالاً: صلى النبي ﷺ في الكعبة؟ قال: نعم ركعتين بين الساريتين على يساره إذا دخلت، ثم خرج فصلى في وجه الكعبة ركعتين»[(٤)] لكنه معارض بما في حديث أيوب في الصحيحين من قول ابن عمر «ونسيت أن أسأله كم صلى»[(٥)] وما قد يقال عدم سؤاله لا يستلزم عدم إخباره ليس بشيء لمن تأمل السياق فالأولى أن يجمع بينهما بأنه ﷺ دخلها يوم النحر فلم

باب الصلاة في الكعبة

قد تقدم في أول باب صلاة الجنازة وجه تأخير هذا الباب فلا نعيده **(الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها)** عندنا خلافاً للشافعي. قال صاحب النهاية: كأن هذا اللفظ وقع سهواً من الكاتب، فإن الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها، كذا أورده أصحاب الشافعي في كتبهم، ولم يورد أحد من علمائنا أيضاً هذا الخلاف فيما عندي من الكتب. وأجيب بأن مراده ما إذا توجه إلى الباب وهو مفتوح، وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل، وهو خير من الحمل على السهو إلا أن إطلاق الكلام ينافيه. قوله **(ولمالك في الفرض)** يعني أنه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض، ويقول الصلاة فيها جائزة من حيث إنه استقبل بعضاً، وفاسدة من حيث إنه استدبر آخر، والترجيح لجانب الفساد احتياطاً في أمر العبادة، وهو القياس في النفل أيضاً إلا أنه ترك لورود الأثر فيه، ومبناه على المساهلة فإنه يجوز قاعداً مع القدرة على القيام، والفرض ليس في معناه ليلحق به ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح» رواه بلال ولئن كان نفلاً فالفرض في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الأركان، ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لأن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٥ ومسلم ١٣٢٩ وأبو داود ٥٠٢٣ و٥٠٢٥ والنسائي ٢/ ٦٣ ومالك ١/ ٣٩٨ وأحمد ٢/ ٣٣. ٥٥ والطحاوي ١/ ٣٨٩ وابن حبان ٣٢٠٣ و٣٢٠٤ والبيهقي ٢/ ٣٢٦. ٣٢٧ والبغوي ٤٤٧ من طرق كلهم من حديث ابن عمر به.
وأخرجه البخاري ١٥٩٨ ومسلم ١٣٢٩ والنسائي ٢/ ٣٣ والدارمي ٢/ ٥٣ والطحاوي ١/ ٣٨٩ وابن حبان ٣٢٠١ كلهم من طريق الزهري عن سالم عن ابن عمر باختصار.
وأخرجه ابن ماجه ٣٠٦٣ والطحاوي ١/ ٣٩٠ وابن حبان ٣٢٠٢ من طريق الأوزاعي عن حسان بن عطية عن نافع عن ابن عمر بنحوه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٨ ومسلم ١٣٣٠ وعبد الرزاق ٩٠٥٦ والنسائي ٥/ ٢٢٠ وابن حبان ٣٢٠٧ والبيهقي ٢/ ٣٢٨ من طريقين عن عطاء عن ابن عباس. وجمع بينهما ابن حبان حيث قال في ٧/ ٤٨٣ ما ملخصه: الأشبه أن يقال: لما فتح المصطفى ﷺ مكة دخل الكعبة، فصلى على ما رواه أصحاب ابن عمر بلال وأسامة، ويجعل نفي ابن عباس في حجته ﷺ. اهـ باختصار وتصرف.

(٣) رواه عنه ابن عمر، وقد تقدم قبل حديث ابن عباس.

(٤) تقدم تخريجه قبل حديثين مستوفياً.

(٥) تقدم أيضاً من رواية ابن عمر عن بلال أخرجه مسلم ١٣٢٩ ح ٣٩١ وغيره.

صلى في جوف الكعبة يوم الفتح، ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لأن استيعابها ليس بشرط **(فإن صلى الإمام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام جاز)** لأنه متوجه إلى القبلة، ولا يعتقد إمامه على

يصل، ودخلها من الغد فصلى، وذلك في حجة الوداع، وهو مروي عن ابن عمر[1] بإسناد حسن أخرجه الدارقطني فيحمل حديث ابن عباس عليه قوله: **(لأن استيعابها ليس بشرط)** خرج به الجواب عما يقال: تعارض فيه المانع والمبيح باعتبار أنه مستدبر بعضها ومستقبل بعضها، فتضمن منع كون استدبار بعضها مانعاً، بل المانع عدم الشرط والشرط استقبال البعض وقد وجد فلم يتحقق مانع قوله: **(لأنه ينقل)** ويحوّل والقبلة لا تتحوّل في غير الضرورة حتى لو نقل تلك الأحجار وجب التوجه إلى خصوص ذلك المكان، ولو صلى على جبل أرفع من الكعبة جازت، فيلزم من مجموع هاتين أن القبلة هي تلك العرصة إلى عنان السماء قوله: **(وقد ورد النهي الخ)** أخرج ابن ماجه في سننه عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «سبع مواطن لا تجوز الصلاة فيها، ظهر بيت الله، والمقبرة،

استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها، والاستدبار إنما يوجب الفساد إذا لم يستقبل بعضها لانتفاء المأمور به وهو استقبال شطر منها، وأما إذا استقبل فممنوع لأنه أتى بما أمر به. وقوله: **(فإن صلى الإمام بجماعة فيها)** الصلاة بالجماعة في جوف الكعبة لا يخلو عن وجوه أربعة: إما أن يكون وجهه إلى ظهر الإمام، أو إلى وجه الإمام أو يكون ظهره إلى ظهر الإمام، أو إلى وجه الإمام. والأول والثالث جائز بلا كراهة، والثاني بكراهة والرابع لا يجوز. أما جواز الأول فظاهر. وأما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الإمام. وأما كراهته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي أن يجعل بينه وبين الإمام سترة تحرزاً عن ذلك. وأما جواز الثالث فلما ذكره في الكتاب أنه متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ. قيل وهذا ليس بكاف لأن من جعل ظهره إلى وجه الإمام وهو الوجه الرابع متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ ومع ذلك لا تجوز صلاته، وكان الواجب أن يقول وهو غير متقدم عليه. والجواب أنه لما علل عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الإمام دل على أنه مانع فاقتصر على ذكره في الأول اعتماداً على أنه يفهم من الثاني، وقوله: **(بخلاف مسئلة التحري)** يعني إذا صلوا في ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام وهو يعلم حاله، فإنه لا تجوز صلاته لأنه اعتقد أن إمامه على الخطإ، وقد مر في باب شروط الصلاة، وقد ظهر وجه عدم جواز الوجه الرابع من هذا. وأما إذا كان على يمين الإمام أو يساره فهو أيضاً جائز وهو ظاهر، وقوله: **(فإذا صلى الإمام في المسجد الحرام وتحلق الناس حول الكعبة)** في بعض النسخ فتحلق، وهو ظاهر لأنه عطف على قوله صلى. وقوله: **(فمن كان منهم أقرب)** جزاء إذا صلى الإمام وأما قوله **(تحلق)** بلا فاء، فقال بعضهم: حال بتقدير قد وقوله فمن كان جزاء الشرط، وقال بعضهم: هو جزء الشرط وقوله فمن كان جملة أخرى شرطية عطفت على الأولى. وقوله: **(إذا لم يكن في جانب الإمام)** يشير إلى أنه إذا كان في جانبه لم يجز لوجود التقدم لأن التقدم والتأخر إنما يظهر عند اتحاد الجانب. قال بعض الشارحين: لأن التقدم والتأخر من الأسماء الإضافية فلا يظهر إلا عند اتحاد الجهة، وفيه نظر لأنهما من الأسماء الإضافية وليس للإضافة تقييد بجهة. وقال بعضهم لأنه عند اتحاد الجهة كان في معنى من جعل ظهره إلى وجه الإمام وهو جيد، وقوله: **(ومن صلى على ظهر الكعبة)** أي على سطحها، ولعله اختار لفظ الظهر لورود لفظ الحديث به على ما ذكره أراد أن من صلى على سطح الكعبة **(جازت صلاته)** عندنا وإن لم يكن بين يديه سترة. وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون بين يديه سترة بناء على أن المعتبر في جواز التوجه إليها للصلاة البناء. وعندنا أن القبلة هي الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء، ولا معتبر بالبناء لأنه ينقل؛ ألا ترى أن من صلى على أبي قبيس جازت صلاته ولا شيء من بناء الكعبة بين يديه فدل على أنه لا معتبر بالبناء. وقوله: **(إلا أنه يكره)** استثناء من قوله جازت صلاته، وتذكير الضمير بتأويل فعل الصلاة وأدائها **(لما فيه)** أي في التعلي على ظهر الكعبة **(من ترك التعظيم وقد**

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٥١ من حديث ابن عمر وكذا البيهقي ٢/ ٣٢٩ من هذا الوجه.
وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٢١ وقال: حسنه السهيلي في الروض الأنف. وسكت الزيلعي وابن حجر في الدراية ١/ ٢٤٥ مع أن في إسناده محمد بن أبي ليلى، وهو صدوق إلا أنه سيىء الحفظ، كما في التقريب. والمحفوظ ما رواه الجماعة عن ابن عمر وقد تقدم.

الخطإ بخلاف مسألة التحري **(ومن جعل منهم ظهره إلى وجه الإمام لم تجز صلاته)** لتقدمه على إمامه **(وإذا صلى الإمام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلاة الإمام، فمن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام جازت صلاته إذا لم يكن في جانب الإمام)** لأن التقدم والتأخر إنما يظهر عند اتحاد الجانب **(ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته)** خلافاً للشافعي لأن الكعبة هي العرصة، والهواء إلى عنان السماء عندنا دون البناء لأنه ينقل: ألا ترى أنه لو صلى على جبل أبي قبيس جاز ولا بناء بين يديه، إلا أنه يكره لما فيه من ترك التعظيم، وقد ورد النهي عنه عن النبي ﷺ.

والمزبلة، والمجزرة، والحمام وعطن الإبل ومحجة الطريق»[1] وأشار الترمذي إلى هذا الطريق وأعلّ بأبي صالح كاتب الليث وهو مختلف فيه، قال صاحب التنقيح: وأما أبو صالح كاتب الليث فقد وثقه جماعة وتكلم فيه آخرون[2].

ورد النهي عنه) قيل أي عن ترك التعظيم، وقيل عن أداء الصلاة على ظهرها. وروي عن أبي هريرة أنه قال «نهى النبي ﷺ عن الصلاة في سبعة مواطن المجزرة، والمزبلة، والمقبرة، والحمام، وقوارع الطريق، ومعاطن الإبل، وفوق ظهر بيت الله الحرام».

قوله: **(وفيه نظر لأنهما من الأسماء الإنسانية وليس للإضافة تقييد بجهة)** أقول: فيه بحث.

---

(١) ضعيف أخرجه ابن ماجه ٧٤٧ من حديث ابن عمر عن عمر مرفوعاً قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٣٢٣: قال الشيخ في الإمام. ابن دقيق العيد. علته أبو صالح كاتب الليث وأخرجه الترمذي ٣٤٦ و٣٤٧ وابن ماجه ٧٤٦ والبيهقي ٢/٣٢٩ كلهم من حديث ابن عمر. قال الترمذي: إسناده ليس بذاك القوي.
وقال الزيلعي نصب الراية ٢/٣٢٣ . ٣٢٤: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث في كلا الإسنادين فقال: الإسنادان واهيان.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/٢١٥: إسناد الترمذي فيه زيد بن جبيرة وهو ضعيف جداً، وفي إسناد ابن ماجه الأول عبد الله بن عمر العمري وهو ضعيف، وقد سقط من بعض نسخ ابن ماجه، وهو بين الليث ونافع، وصححه ابن السكن. وقال أبو حاتم: الإسنادان واهيان اهـ.
قلت: زيد بن جبيرة قال عنه في التقريب: متروك. وأما العمري فقال عنه: ضعيف. فيبقى الخبر واهياً لشدة ضعف الطريق الذي فيه زيد هذا. والله أعلم.

(٢) هو وإن وثقه جماعة إلا أنه ابتلى بجار له كان يدس عليه أحاديث وهو لا يشعر انظر الميزان، ثم إن في الإسناد سقطاً. وهو العمري كما بينه ابن حجر في التلخيص وتقدم.

كتاب الزكاة

(الزكاة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم إذا ملك نصاباً ملكاً تاماً وحال عليه الحول) أما الوجوب فلقوله

كتاب الزكاة

هي في اللغة الطهارة ﴿**قد أفلح من تزكى**﴾ [الأعلى ١٤] والنماء: زكا الزرع إذا نمى. وفي هذا الاستشهاد نظر لأنه ثبت الزكاة بالهمز بمعنى النماء، يقال زكا زكاء فيجوز كون الفعل المذكور منه لا من الزكاة، بل كونه منها يتوقف على ثبوت عين لفظ الزكاة في معنى النماء، ثم سمي بها نفس المال المخرج حقاً لله تعالى على ما نذكر في عرف الشارع. قال تعالى: ﴿**وآتوا الزكاة**﴾ [البقرة ٤٣ ـ ٨٢] ومعلوم أن متعلق الإيتاء هو المال، وفي عرف الفقهاء هونفس فعل الإيتاء لأنهم يصفونه بالوجوب، ومتعلق الأحكام الشرعية أفعال المكلفين، ومناسبته للغوي أنه سبب له إذ يحصل به النماء، بالإخلاف منه تعالى في الدارين والطهارة للنفس من دنس البخل والمخالفة، وللمال بإخراج حق الغير منه إلى مستحقه: أعني الفقراء، ثم هي فريضة محكة، وسببها المال المخصوص: أعني النصاب النامي تحقيقاً أو تقديراً ولذا يضاف إليه فيقال زكاة المال. وشرطها الإسلام، والحرية، والبلوغ، والعقل، والفراغ من الدين، وتقريره ظاهر من الكتاب قوله: (**لقوله عليه الصلاة والسلام أدوا الخ**) عن سليم بن عامر قال: سمعت أبا أمامة رضي الله عنه يقول «سمعت رسول الله ﷺ يخطب في حجة الوداع فقال: اتقوا الله وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وأدوا زكاة أموالكم وأطيعوا إذا أمرتم تدخلوا جنة ربكم» قال: قلت لأبي أمامة منذ كم سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ فقال: سمعته وأنه ابن ثلاثين سنة[(١)]. رواه الترمذي وصححه، وروي من حديث غير أبي أمامة أيضاً[(٢)] قوله: (**والمراد بالواجب الفرض**) لقطعية الدليل إما مجاز في العرف بعلاقة المشترك من لزوم استحقاق العقاب بتركه عدل عن الحقيقة وهو الفرض إليه بسبب أن بعض مقاديرها وكيفياتها ثبتت بأخبار الآحاد، أو حقيقة على ما قال بعضهم: إن الواجب نوعان: قطعي، وظني، فعلى هذ يكون اسم الواجب من قبيل المشكك اسماً أعم

كتاب الزكاة

قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله تعالى في قوله ﴿**أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**﴾ ولأن الصلاة حسنة لمعنى في نفسها بدون الواسطة، والزكاة ملحقة بها وموضعه أصول الفقه والزكاة في اللغة: عبارة عن النماء، يقال زكا الزرع إذا نمى، وفي عرف الفقهاء: اسم لفعل أداء حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب لأنها توصف بالوجوب، وهو من صفات الأفعال دون الأعيان، وقد يطلق على المال المؤدي لأن الله تعالى قال ﴿**وآتو الزكاة**﴾ ولا يصح الإيتاء إلا في العين، وسببها ملك النصاب النامي، وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والإسلام والخلو عن الدين وكمال نصاب حولي، وصفتها **الفرضية**، وحكمها الخروج عن عهدة التكاليف في الدنيا والنجاة من العقاب والوصول إلى الثواب في العقبى. قال (**الزكاة واجبة على الحر**) أي فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿**وآتوا الزكاة**﴾ والسنة المعروفة وهي «بني الإسلام على خمس» **الحديث** وإجماع الأمة لم ينكرها أحد من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، وإنما عدل عن لفظ الفرض إلى الواجب إما لأن بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت بأخبار الآحاد، أو لأن استعمال أحدهما في موضع الآخر جائز مجازاً، وإنما قال ملكاً تاماً احترازاً

كتاب الزكاة

قوله: (**والزكاة في اللغة عبارة عن النماء، يقال زكاة الزرع إذا نمى**) أقول: مصدر زكا الزرع هو الزكاة والزكو، ولم يذكر علماء اللغة الزكاة في مصدره قوله: (**وسببها ملك النصاب النامي**) أقول: من إضافة الصفة إلى الموصوف: أي النصاب النامي المملوك فإنه هو

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ٦١٦ وأحمد ٥/ ٢٥١ والحاكم ١/ ٩ كلهم من حديث أبي أمامة. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولا نعرف له علة. ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات، وقال الترمذي: حسن صحيح. وورد من حديث أبي الدرداء أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٤٥ وقال الهيثمي: فيه يزيد بن مرثد لم يسمع من أبي الدرداء اهـ.

(٢) تقدم في الذي قبله.

تعالى ﴿وآتوا الزكاة﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا زكاة أموالكم» وعليه إجماع الأمة، والمراد بالواجب الفرض لأنه لا شبهة فيه، واشتراط الحرية لأن كمال الملك بها، والعقل والبلوغ لما نذكره، والإسلام لأن الزكاة عبادة ولا

وهو حقيقة في كل نوع قوله: **(لأن كمال الملك بها)** مقتضى الظاهر أن يقول لأن الملك بها، فكأنه عمم الملك في الملك يداً، فلو قال على هذا التقدير لأن الملك بها لم يصدق لثبوته دونها في المكاتب فإنه مالك يداً إذ ليس بحر، ثم لم يتكلم على قيد التمام وهو مخرج لملك المكاتب فيخرج حينئذ مرتين، وهذا أعم إخراجاً فإنه يخرج أيضاً النصاب المعين من السائمة الذي تزوجت عليه المرأة ولم تقبضه حتى حال عليه الحول فإنه لا زكاة فيه عليها عند أبي حنيفة، خلافاً لهما لأن الملك وإن تحقق بذلك لكنه غير كامل بالنظر إلى ما هو المقصود وصيرورته نصاب الزكاة ينبني على تمام المقصود به لا على مجرد الملك ولذا لم يجب في الضمار، ويخرج أيضاً المشتري للتجارة إذا لم يقبض حتى حال حول لا زكاة فيه إذا لم يستفد ملك التصرف وكمال الملك بكونه مطلقاً للتصرف وحقيقته مع كونه حاجزاً، ويخرج المال المشتغل بالدين لذلك، إذ صاحب الدين مستحق أخذه من غير قضاء ولا رضاء وهذا يصيره كالوديعة والمغصوب، بخلاف الموهوب، فإنه يجب عليه في مال الهبة بعد الحول، وإن تمكن الواهب من الرجوع لأنه لا يتملكه إلا بقضاء أو رضاء، ولا يخرج ما ملك بسبب خبيث ولذا قالوا: لو أن سلطاناً غصب مالا وخلطه صار ملكاً له حتى وجبت عليه الزكاة وورث عنه. ولا يخفى أن هذا على قول أبي حنيفة إن خلط دراهمه بدراهم غيره استهلاك، أما على قولهما فلا يضمن فلا يثبت الملك لأنه فرغ الضمان، ولا يورث عنه لأنه مال مشترك فإنما يورث حصة الميت منه، والله سبحانه أعلم، وإذ قد عرفت هذا فلو قيل تجب على المسلم البالغ المالك لنصاب ملكاً تاماً لكان أوجز، إذ يستغني بالمالك عن الحر وبتمام الملك يخرج المكاتب ومن ذكرناه قوله: **(لأن النبي ﷺ قدّر السبب به)** له شواهد كثيرة، ومنها حديث الخدري قال: قال عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمس أواق صدقة، وليس فيما دون خمس ذود صدقة، وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»[1] وسيمرّ بك غيره من الشواهد قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في مال» الخ)** روى مالك والنسائي عن نافع أن رسول الله ﷺ قال «من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول»[2] وأخرج أبو داود عن عاصم بن ضمرة

عن مال المكاتب فإنه ملك المولى. وإنما للمكاتب فيه ملك اليد، وعن مال المديون فإن صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكه ناقصاً وكلامه فيه ظاهر. وقوله **(فأدير الحكم عليه)** يعني يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء، حتى إذا ظهر النماء أو لم يظهر تجب الزكاة. وقوله **(ثم قيل هي واجبة على الفور)** وهو قول الكرخي، فإنه قال: يأثم بتأخير الزكاة بعد التمكن.

السبب قوله: **(وإنما عدل عن لفظ الفرض إلى الواجب إما لأن بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت بأخبار الآحاد)** أقول: لكن قال المصنف: والمراد بالوجوب الفرض لأنه لا شبهة فيه يأبى عن هذا التوجيه قوله: **(أو لأن استعمال أحدهما في موضع الآخر الخ)** أقول: هذا لا يصلح أن يكون سبباً العدول قوله: **(وإنما قال ملكاً تاماً احترازاً عن مال المكاتب)** أقول: الاحتراز عنه قد حصل باشتراط الحرية.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٤٧ و١٤٥٩ ومسلم ٩٧٩ ومالك ١/ ٢٤٤ والشافعي ١/ ٢٣١ . ٢٣٣ وأبو داود ١٥٥٨ والترمذي ٦٢٧ والنسائي ٥/ ١٧ . ٣٦ . ٣٧ وابن ماجه ١٧٩٣ والطيالسي ٢١٩٧ وابن أبي شيبة ٣/ ١٢٤ وأحمد ٣/ ٦ . ٤٥ . ٧٤ . ٧٩ والدارمي ١/ ٣٨٤ والحميدي ٧٣٥ والطحاوي ٢/ ٣٤ . ٣٥ وابن خزيمة ٢٣٠٣ و٢٢٦٣ و٢٢٩٨ وابن الجارود ٣٤٨ وابن حبان ٣٢٧٥ و٣٢٧٧ و٣٢٨٢ والبيهقي ٤/ ١٢٠ . ١٣٤ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد. زاد بعضهم: والوسق ستون صاعاً.

(٢) الراجح وقفه وقع للمصنف. رواه مالك والنسائي مرسلاً اهـ. والصواب أن النسائي لم يروه أصلاً، لا مرسلاً ولا موصولاً، وأما مالك فرواه موقوفاً في الموطأ ١/ ٢٤٦ ح ٦ بلفظ: لا تجب في مال زكاة حتى يحول عليه الحول.

وأخرجه الترمذي ٦٣١ والدارقطني ٢/ ٩٠ والبيهقي ٤/ ٩٥ كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً. ثم أخرجه الترمذي ٦٣٢ والدارقطني ٢/ ٩٢ بإسناد صحيح عن ابن عمر موقوفاً.

قال الترمذي: رواه أيوب وعبيد الله وغير واحد موقوفاً، والذي رفعه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وهو ضعيف كثير الغلط، والصواب موقوف.

تتحقق من الكافر، ولا بد من ملك مقدار النصاب لأنه عليه الصلاة والسلام قدر السبب به، ولا بد من الحول لأنه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء، وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» ولأنه المتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة، والغالب تفاوت الأسعار فيها فأدير الحكم عليه، ثم قيل: هي واجبة على الفور لأنه مقتضى مطلق الأمر، وقيل على التراخي لأن جميع العمر وقت الأداء،

والحارث الأعور عن علي عن النبي ﷺ قال «إذا كانت لك مائتا درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم» وساق الحديث، وفيه بعد قوله ففيها نصف دينار «فما زاد فبحساب ذلك» قال: فلا أدري أعلي يقول فبحساب ذلك أو رفعه إلى النبي ﷺ. وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول[1]، والحارث وإن كان مضعفاً لكن عاصم ثقة، وقد روى الثقة أنه رفعه معه فوجب قبول رفعه، ورد تصحيح وقفه. وروي هذا المعنى من حديث ابن عمرو[2] من حديث أنس[3] وعائشة[4] قوله: **(ولأنه الممكن من الاستنماء)** بيان لحكمة اشتراط الحول شرعاً، وحقيقته أن المقصود من شرعية الزكاة مع المقصود الأصلي من الابتلاء مواساة الفقراء على وجه لا يصير هو فقيراً بأن يعطي من فضل ماله قليلاً من كثير، والإيجاب في المال الذي لا نماء له أصلاً يؤدي إلى خلاف ذلك عند تكرر السنين خصوصاً مع الحاجة إلى الإتفاق، فشرط الحول في المعد التجارة من العبد أو بخلق الله تعالى إياه لها ليتمكن من تحقيقها في الوجود فيحصل النماء المانع من حصول ضد المقصود، وقولهم في النقدين خلقاً للتجارة معناه أنهما خلقاً للتوسل بهما إلى تحصيل غيرهما، وهذا لأن الضرورة ماسة في دفع الحاجة والحاجة في المأكل والمشرب والملبس والمسكن وهذه غير نفس النقدين، وفي أخذها على التغالب من الفساد ما لا يخفى، فخلق النقدان لفرض أن يستبدل بهما ما تندفع الحاجة بعينه بعد خلق الرغبة بهما فكانا للتجارة خلقة قوله: **(ثم قيل هي واجبة على الفور لأنه مقتضى مطلق الأمر)** الدعوى مقبولة وهي قول الكرخي، والدليل المذكور عليها غير مقبول، فإن المختار في الأصول أن مطلق الأمر لا يقتضي الفور ولا التراخي، بل مجرد طلب المأمور به فيجوز للمكلف كل من التراخي والفور في الامتثال لأنه لم يطلب منه الفعل مقيداً بأحدهما فيبقى على خياره في المباح الأصلي، والوجه المختار أن الأمر بالصرف إلى الفقير معه قرينة الفور وهي أنه لدفع حاجته وهي معجلة، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل

وروي عن محمد: من أخر الزكاة من غير عذر لا تقبل شهادته. وفرق بينها وبين الحج فقال: لا يأثم بتأخير الحج ويأثم بتأخير الزكاة لأن في الزكاة حق الفقراء فيأثم بتأخير حقهم، وأما الحج فخالص حق الله تعالى. وروى هشام عن أبي يوسف

---

(١) الصواب وقفه. أخرجه أبو داود ١٥٧٣ من حديث جرير عن الحارث وعاصم بن ضَمرة عن علي مرفوعاً.
قال أبو داود: قال ابن وهب: زاد جرير في الحديث «ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول».
وأشار إلى ذلك عبد الحق فقد نقل الزيلعي في ٢/ ٣٢٨. ٣٢٩ عنه قوله: أسنده الحارث وعاصم لم يسنده فجمعهما جرير، وأدخل حديث أحدهما في الآخر، وكل ثقة رواه موقوفاً اهـ باختصار. وما ذهب إليه عبد الحق متجه، فقد أخرجه أحمد ١/ ١٤٨ والدارقطني ٢/ ٩١ من طريق أبي إسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي موقوفاً. لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وهو من زيادات عبد الله على المسند، وهذا إسناد جيد رجاله كلهم ثقات. فالصواب وقفه. والله أعلم.

(٢) حديث ابن عمر تقدم قبل حديث علي.

(٣) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ٢/ ٩١ من حديث أنس قال الزيلعي ٢/ ٣٣٠. أعله ابن عدي بحسان بن سياه، وقال عنه ابن حبان: هو منكر الحديث جداً.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٧٩٢ والدارقطني ٢/ ٩١ والبيهقي ٤/ ٩٥ من طريق حارثة في ابن محمد عن عائشة مرفوعاً.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف حارثة. وقال البيهقي: رواه حارثة مرفوعاً ورواه عنه الثوري فذكره موقوفاً، وحارثة لا يحتج بخبره، والاعتماد في ذلك على الموقوفات على أبي بكر وعثمان وابن عمر وغيرهم اهـ. وكذا أعله الزيلعي ٢/ ٣٣٠ بحارثة ونقل عن ابن حبان قال: تركه أحمد ويحيى اهـ.
الخلاصة: هذه الأخبار يرويها الثقات على أنها موقوفات، ويرفعها الضعفاء والمتروكون. وانظر تلخيص الحبير ٢/ ١٥٦. وقد صوب وقف هذه الأحاديث: عبد الحق والدارقطني والبيهقي وابن حجر وغيرهم.

ولهذا لا تضمن بهلاك النصاب بعد التفريط **(وليس على الصبي والمجنون زكاة)** خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه

المقصود من الإيجاب على وجه التمام، وقال أبو بكر الرازي: وجوب الزكاة على التراخي لما قلنا من أن مطلق الأمر لا يقتضي الفور فيجوز للمكلف تأخيره، وهذا معنى قولهم مطلق الأمر للتراخي لا أنهم يعنون أن التراخي مقتضاه. قلنا إن لم يقتضه فالمعنى الذي عيناه يقتضيه وهو ظني فتكون الزكاة فريضة وفوريتها واجبة فيلزم بتأخيره من غير ضرورة الإثم كما صرح به الكرخي والحاكم الشهيد في المنتقى، وهو عين ما ذكر الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر، فإن كراهة التحريم هي المحمل عند إطلاق اسمها عنهم، ولذا ردوا شهادته إذا تعلقت بترك شيء كان ذلك الشيء واجباً لأنهما في رتبة واحدة على ما مر غير مرة، وكذا عن أبي يوسف في الحج والزكاة، فترد شهادته بتأخيرهما حينئذ لأن ترك الواجب مفسق، وإذا أتى به وقع أداء لأن القاطع لم يوقته بل ساكت عنه. وعن محمد ترد شهادته بتأخير الزكاة لا الحج لأنه خالص حق الله تعالى والزكاة حق الفقراء. وعن أبي يوسف عكسه. فقد ثبت عن الثلاثة وجوب فورية الزكاة والحق تعميم رد شهادته لأن ردها منوط بالمأثم، وقد تحقق في الحج أيضاً ما يوجب الفور مما هو غير الصيغة على ما نذكر في بابه إن شاء الله. وما ذكر ابن شجاع عن أصحابنا أن الزكاة على التراخي يجب حمله على أن المراد بالنظر إلى دليل الافتراض: أي دليل الافتراض لا يوجبها، وهو لا ينفي وجود دليل الإيجاب، وعلى هذا ما ذكروا من أنه إذا شك هل زكى أو لا يجب عليه أن يزكي، بخلاف ما لو شك أنه صلى أم لا بعد الوقت لا يعيد لأن وقت الزكاة العمر، فالشك حينئذ فيها كالشك في الصلاة في الوقت، والشك في الحج مثله في الزكاة، هذا ولا يخفى على من أنعم التأمل أن المعنى الذي قدمناه لا يقتضي الوجوب لجواز أن يثبت دفع الحاجة مع دفع كل مكلف مكلف متراخياً، إذ بتقدير اختيار الكل للتراخي وهو بعيد لا يلزم اتحاد زمان أداء جميع المكلفين فتأمل وإذا أخر حتى مرض يؤدي سراً من الورثة ولو لم يكن عنده مال فأراد أن يستقرض لأداء الزكاة إن كان أكبر رأيه أنه يقدر على قضائه بالاجتهاد فيه كان الأفضل له الاستقراض، وإن كان ظنه خلافه فالأفضل أن لا يستقرض لأن خصومة صاحب الدين أشد قوله: **(هي غرامة)** حاصله إلحاق الزكاة بنفقة زوجة الصبي والمجنون وعشر أرضهما وخراجها فإنه يجب في أرضهما العشر والخراج، وكذا الأراضي الموقوفة على المساجد وجميع جهات البر والجامع أنها غرامة: أي حق مالي يلزم بسبب في مالهما فيخاطب الولي بدفعه، ويدل على الحكم المذكور أيضاً ما رواه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ

أنه لا يأثم بتأخير الزكاة ويأثم بتأخير الحج، لأن الزكاة غير مؤقتة، أما الحج فهو مؤقت كالصلاة، فربما لا يدرك الوقت في المستقبل، وموضعه أصول الفقه. وقوله **(وليس على الصبي والمجنون زكاة)** هو الموعود بقوله لما تذكره وقوله **(هي غرامة مالية)** أي وجوب شيء مالي استعار لفظ الغرامة للوجوب لما أن حقيقة الغرامة هي أن يلزم الإنسان ما ليس عليه كأنه يقول الزكاة واجب مالي وكل ما هو واجب مالي يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكاة تجب عليه ويؤدي عنه الولي، وهو قول ابن عمر وعائشة **(ولنا أنها عبادة)** لأن العبادة ما يأتي به المرء على خلاف هوى نفسه تعظيماً لأمر ربه والزكاة كذلك وقد قال ﷺ «بني الإسلام على خمس» الحديث، وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي وكل ما هو عبادة **(لا يتأدى إلا بالاختيار**

قال المصنف: **(خلافاً للشافعي فإنه يقول هي غرامة مالية)** أقول: قال العلامة الكاكي: أي وجوب مالي، وفي المغرب الغرامة إلزام شيء ليس عليه، وفي الكافي في هذا اللفظ ترك الأدب لأن الزكاة ليست بغرامة بدليل قوله تعالى **﴿من الأعراب من يتخذ ما ينفق مغرماً﴾** وذم الله تعالى قول الأعراب انتهى الظاهر أنه أراد بالغرامة معنى المؤنة قال في الإيضاح: والخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل وهو أن الواجب عنده مؤنة تجب حقاً للفقير هذا النقل عن الإيضاح في شرح الكاكي قال المصنف: **(ولنا أنها عبادة)** أقول: أي ليست بغرامة، والمراد أنها عبادة تكليفية يدل على ذلك قوله تحقيقاً لمعنى الابتلاء، فلا يرد صلاة الصبي وصومه نقضاً على الدليل قوله: **(وقد قال ﷺ «بني الإسلام على خمس» الحديث، وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي)** أقول: القران في النظم لا يقتضي القران في الحكم، والأولى أن

يقول: هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا أنها عبادة فلا تتأدى إلا

خطب الناس فقال: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»(١) قلنا أما الحديث فضعيف، قال الترمذي: إنما يروى الحديث من هذا الوجه وفي إسناده مقال لأن المثنى يضعف في الحديث. قال صاحب التنقيح: قال مهنأ: سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال: ليس بصحيح، وللحديث طريقان آخران عند الدارقطني(٢) وهما ضعيفان باعترافه، وأما القياس فنمنع كون ما عينه تمام المناط فإنه منقوض بالذمي لا يؤخذ من ماله الزكاة، فلو كان وجوبها بمجرد كونها حقاً مالياً يثبت للغير لصح أداؤها منه بدون الإسلام، بل وأجبر عليه كما يجبر على دفع نفقة زوجته ونحو ذلك، وحين لم يكن كذلك علم أنه اعتبر فيها وصف آخر لا يصح مع عدمه وهو وصف العبادة الزائل مع الكفر، قال عليه الصلاة والسلام «بني الإسلام على خمس»(٣) وعد منها الزكاة كالصلاة والحج والصوم فتكون موضوعة عن الصبي، قال عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»(٤) رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه، واعتبار تعلق خطاب الدفع الذي هو عبادة بالولي ابتداء لا بطريق النيابة ليدفع به هذا، وما يقال المعتبر في الأداء نية الأصل لا النائب جائز لكن الكلام في ثبوت مفيد وقوع هذا الجائز، إذ بمجرد الجواز لا يلزم الوجود شرعاً فلا يفيد ما ذكروه المطلوب ولم يوجد، فإن الحديث لم يثبت والقياس لم يصح كما سمعت، على أنه لو صح لم يقتض إلا وجوب الأداء على الولي نيابة كما هو في المقيس عليه من نفقة الزوجة، وهل يكون تصرف الإنسان في مال غيره إلا بطريق النيابة وبه يفارق تصرفه في مال نفسه. وما روي عن عمر وابنه رضي الله عنهما وعائشة رضي الله عنها من القول بوجوبها في ما لهما لا يستلزم كونه عن سماع، إذ قد علمت إمكان الرأي فيه فيجوز كونه بناء عليه، فحاصله قول صحابي عن اجتهاد عارضه رأي صحابي آخر. قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة، حدثنا

تحقيقاً للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل) وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهما، فإن قيل: الصلاة والصوم والإيمان على أصلكم يصح من الصبي، فإما أن يكون باختيار أو غيره فإن كان الأول فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار، وإن كان الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتأدى إلا بالاختيار. فالجواب أنها إنما تصح باختيار قوله فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار. قلنا: غير متصور لأن ذلك اختيار لا يستلزم ضرراً لعدم الوجوب عليه، وهذا الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك.

يقال: وإذا كانت مبنى الإسلام تكون عبادة بلا شبهة قوله: (ولا اختيار لهما الخ) أقول: قوله ولا اختيار لهما: أي الاختيار الكامل الذي هو مدار التكليف، فلا يرد النقض بصلاته وصومه فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٦٤١ والدارقطني ٢/ ١١٠ وأبو عبيد في الأموال ٤٢٨ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الترمذي: في إسناده مقال، لأن المثنى بن الصبّاح يضعف في الحديث، وقد رواه بعضهم عن عمرو بن شعيب عن عمر. أي موقوفاً. ثم قال: ذهب عمر وعلي وعائشة وابن عمر: إلى وجوب الزكاة في مال اليتيم. وبه يقول مالك والشافعي وأحمد وإسحق، وقال الثوري وابن المبارك بعدم الزكاة اهـ وكذا السادة الحنفية.
وذكره الزيلعي ٢/ ٣٣١ بعض كلام الترمذي وزاد: وقال صاحب التنقيح: قال مهنا: سألت أحمد عن هذا الحديث فقال: ليس بصحيح، وضعفه النووي في شرح المهذب ٥/ ٣٣٩

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١١٠ من حديث مندل عن عمرو بن شعيب عن أبائه. وأعله الزيلعي في ٢/ ٣٣١ بمندل، وبعبد الله بن إسحق. وقد أخرجه الدارقطني ٢/ ١١٠ عن عمرو بن شعيب عن عمر موقوفاً وهو الصواب. والله أعلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري برقم (٨) ومسلم (١٦) (٢٢) والترمذي ٢٦٠٩ والنسائي ٨/ ١٠٧ وابن خزيمة ٣٠٨ و٣٠٩ وابن حبان ١٥٨ والحميدي ٧٠٣ وأحمد ٤/ ٢٦ . ٩٣ . ١٢٠ والبيهقي ١/ ٣٥٨ والبغوي (٦) كلهم من حديث ابن عباس وتمامه: شهادة أن لا إله إلا الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصيام رمضان، وحج البيت. وفي الباب أحاديث.

(٤) حديث جيد. تقدم في وجوب الصلاة، ويأتي في الطلاق.

بالاختيار تحقيقاً لمعنى الابتلاء، ولا اختيار لهما لعدم العقل، بخلاف الخراج لأنه مؤنة الأرض. وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع، ولو أفاق في بعض السنة فهو بمنزلة إفاقته في بعض الشهر في الصوم. وعن

ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال: ليس في مال اليتيم زكاة[١]، وليث كان أحد العلماء العباد، وقيل اختلط في آخر عمره. ومعلوم أن أبا حنيفة لم يكن ليذهب فيأخذ عنه في حال اختلاطه[٢] ويرويه وهو الذي شدد في أمر الرواية ما لم يشدده غير على ما عرف. وروى مثل قول ابن مسعود عن ابن عباس تفرد به ابن لهيعة، وفي ابن لهيعة ما قدمناه غير مرة، وحاصل ما تقول في نفي الزكاة عنهما أن نفي العبادة عنهما بالنافي الثابت وعن وليهما ابتداء على العدم الأصلي لعدم سلامة ما يفيد ثبوته عليه ابتداء، وأما إلحاقهما بالمكاتب في نفي الوجوب بجامع نقصان الملك لثبوت لازم النقصان من عدم جواز تبرعاتهما بل أدنى لعدم نفاذ تصرفاتهما فيه، بخلاف المكاتب ففيه نظر، فإن المؤثر في عدم الوجوب على المكاتب ليس عدم جواز التبرع ولا النقصان المسبب عنه. بل النقصان المسبب عن كونه مديوناً أو لأن ملكه باعتبار اليد فقط للتردد في قرار الملك لتجويز عجزه فيصير للسيد ملكاً وهو ليس ملكاً حقيقياً أصلاً، بخلاف الصبي والمجنون بقي إيراد العشر والخراج يتوجه على وجه الإلزام فلو تم واعترفنا بالخطإ في إيجابهما في أرضهما لم يضرنا في المتنازع فيه. ثم جوابه عدم معنى العبادة في الخراج بل هي مؤنة محضة في الأرض وقصوره في العشر لأن الغالب فيه معنى المؤنة. ومعنى العبادة فيه تابع، فالمالك ملكهما بمؤنتهما كما يملك العبد ملكاً مصاحباً بها لأن المؤنة سبب بقائه فتثبت مع ملكه، وكذا الخراج سبب بقاء الأراضي في أيد ملاكها لأن سببه بقاء الذب عن حوزة دار الإسلام وهو بالمقاتلة وبقاؤهم بمؤنتهم والخراج مؤنتهم باتفاق الصحابة على جعله في ذلك والعشر للفقراء لذبهم بالدعاء، قال عليه الصلاة والسلام «إنما تنصر هذه الأمة بضعيفها بدعوتهم»[٣] الحديث، والزكاة وإن كانت أيضاً للفقراء لكن المقصود من إيجاب دفعها إليهم في حقه الابتلاء بالنص المفيد لكونها عبادة محضة وهو «بني الإسلام»[٤] الحديث. وفي حقهم سدّ حاجتهم والمنظور إليه في عشر

وقوله (بخلاف الخراج) جواب عن قوله وصار كالعشر والخراج. وقوله (وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة) لما أن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج، فباعتبار الأرض وهي الأصل كانت المؤنة أصلاً، وباعتبار الخارج وهو وصف الأرض كان شبهها بالزكاة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعاً. فإن قيل: سبب وجوب الزكاة النصاب النامي والنصاب أصل والنماء وصف ومع ذلك لم يكن في الزكاة معنى المؤنة أصلاً. فالجواب أن المؤنة ما يحتاج إليه للبقاء كالنفقة، والزكاة ليست سبباً لبقاء المال وتمامه قررناه في التقرير. وقوله (ولو أفاق) يعني المجنون (في بعض السنة فهو بمنزلة الإفاقة في بعض الشهر) يعني إذا كان مفيقاً في جزء من السنة أولها أو آخرها قل أو كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكاة. كما لو أفاق في جزء من شهر رمضان في يوم أو ليلة لزمه صوم الشهر كله في قول محمد ورواية عن أبي يوسف لما أن السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم، والإفاقة في جزء من الشهر كالإفاقة في جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا (وعن أبي يوسف أنه يعتبر

قوله: (فالجواب أن المؤنة ما يحتاج إليه للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سبباً لبقاء المال الخ) أقول: وكذا النفقة ليست سبباً لبقاء

---

(١) موقوف واهٍ أخرجه ابن أبي شيبة ٣/٢٥ وأبو عبيد في الأموال ص٤٥٢ والبيهقي ٤/١٠٨ ومحمد في الآثار كما في نصب الراية ٢/ ٣٣٤ كلهم عن ليث عن مجاهد عن ابن مسعود موقوفاً.
ونقل الزيلعي في ٢/ ٣٣٤ عن البيهقي قوله: هذا منقطع مجاهد لم يلق ابن مسعود، وليث بن أبي سليم ضعيف.
ونقل الزيلعي عن ابن حبان في ترجمة الليث: تركه يحيى القطان وابن معين وأحمد وابن مهدي، واختلط بآخره.
(٢) لكن له علة ثانية وهي الانقطاع مجاهد لم يلق ابن مسعود. وهو موقوف بكل حال إن ثبت.
(٣) حسن. أخرجه النسائي في الكبرى ٤٣٨٧ من حديث سعد بن أبي وقاص: إنما ينصر الله هذه الأمة بضعيفها بدعوتهم وصلاتهم وإخلاصهم.
وهو في الصغرى ٦/ ٤٥ وإسناده حسن. وأسنده برقم ٤٣٨٨ من حديث أبي الدرداء بنحوه وأحمد ١/ ١٧٣ من حديث سعد بن أبي وقاص.
وانظر كشف الخفاء ٢٨٨٠. حيث ذكر له طرقاً أخرى.
(٤) تقدم قبل ثلاثة أحاديث متفق عليه.

أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الحول ولا فرق بين الأصلي والعارضي. وعن أبي حنيفة أنه إذا بلغ مجنوناً يعتبر

الأراضي الثاني لأنه لم يوجد فيه صريح يوجب كونه عبادة محضة، وقد عهد تقرير المؤنة في الأرض فيكون محل النظر على المعهود، غير أن خصوص المصرف وهم الفقراء يوجب فيه معنى العبادة، وهذا القدر لا يستلزم سوى أدنى ما يتحقق به معناها وهو بكونه تبعاً فكان كذلك قوله: (ولو أفاق) أي المجنون. اعلم أن الوجوب مطلقاً لا يسقط بالعجزة عن الأداء للعجز عن استعمال العقل، بل إذا كان حكمه وهو وجوب الأداء يتعذر متعلقه وهو الأداء امتثالاً مع عدم العقل بشرط تذكره نحو أن يكون من العبادات المحضة فإن المقصود من إيجابها إيجاب نفس الفعل ابتلاء ليظهر العاصي من المطيع، وهذا لا يتحقق إلا عن اختيار صحيح وهو لا يمكن بدون العقل، وإنما انتفى الوجوب لانتفاء حكمه لأنه المقصود منه وإن وجد السبب كما ينتفي لانتفاء محله، بخلاف ما المقصود منه المال ووصوله إلى معين كالخراج والنفقات وضمان المتلفات والعشر فإنه لا يتعذر معه حكمه وهو الإيصال فإنه مما يحصل بالنائب فأمكن ثبوت حكم الوجوب مطلقاً: أعني وجوب الأداء دون عقل، بخلاف العبادات المحضة فإن اختيار النائب ليس هو اختيار المستنيب فلا يظهر بفعله طاعة من عليه إلا إذا كان استنابه عن اختيار صحيح ولا يكون ذلك إلا بالعقل، ثم ما يتعذر الأداء فيه عند عدم العقل إنما يسقط الوجوب بشرطين أن يكون الجنون أصلياً وهو المتصل بالصبي إن بلغ مجنوناً أو عارضياً طال، وأن يكون تبقية الوجوب يستلزم الحرج في فعل المأمور به. أما الأول فلأن العارض إذا لم يطل عدّ عدماً شرعاً كالنوم لا يسقط الوجوب، ويجب على النائم القضاء وذلك لأنه يتوقع زواله في كل ساعة، بخلاف الطويل في العادة، والجنون ينقسم إلى مديد وقصير فألحق المديد بالصبا فيسقط معه أصل الوجوب، والقصير بالنوم بجامع أن كلا عذر يعجز عن الأداء زال قبل الامتداد، وأما الثاني فلأن الوجوب لفائدته وهي الأداء أو القضاء، فما لم يتعذر الأول ويثبت طريق تعذر الثاني لا تنتفي الفائدة فلا ينتفي هو، وطريق تعذره أن يستلزم حرجاً وهو بالكثرة ولا نهاية لها، فاعتبرنا الدخول في حد التكرار، فلذا قدرناه في الصلاة بالستّ على ما مرّ في باب صلاة المريض، وفي الصوم بأن يستوعب الشهر. وفي الزكاة أن يستغرق الحول عند محمد، وهو رواية عن أبي يوسف وأبي حنيفة وهو الأصح لأن الزكاة تدخل في حدّ التكرار بدخول السنة الثانية، وفيه نظر، فإن التكرار بخروج الثانية لا بدخولها لأن شرط الوجوب أن يتم الحول. فالأولى أن المعتبر في الزكاة والصوم نفس وقتهما ووقتهما مديد فاعتبر نفسه، فقلنا إنما يسقط باستيعاب الجنون وقتهما، حتى لو كان مفيقاً في جزء من الشهر وجنّ في باقي أيامه لزمه قضاء كله. وفي الزكاة في السنة كلها. وروى هشام عن أبي يوسف أن امتداد الجنون

أكثر الحول) فإن كان مفيقاً فيه فقد غلبت الصحة الجنون فصار كجنون ساعة فوجبت الزكاة، وإن كان مجنوناً فيه كان كالمجنون في جميع السنة **(ولا فرق بين)** الجنون **(الأصلي)** وهو أن يدرك مجنوناً **(والعارضي)** وهو أن يدرك مفيقاً ثم يجن على ظاهر الرواية: يعني إذا أفاق في بعض السنة وجبت الزكاة سواء كان الجنون أصلياً أو عارضياً لما ذكرنا، وكذا على قول أبي يوسف لأن المعتبر عنده الإفاقة في أكثر الحول من غير نظر إلى الأصلي والعارض **(وعن أبي حنيفة)** في الأصلي **(أنه يعتبر الحول من وقت الإفاقة بمنزلة الصبي إذا بلغ)** لأن التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الإفاقة بمنزلة بلوغ الصبي، وأما إذا طرأ الجنون فإن استمر سنة سقط لأنه استوعب مدة التكاليف وهي الصلاة والصوم والحج، وإن كان أقل من ذلك لم يعتبر. قال **(وليس على المكاتب زكاة)** قد ذكرنا أن المكاتب ليس له ملك تمام فلا تجب عليه الزكاة **(ومن كان عليه دين**

المال بل لبقاء الزوجة مثلاً، وكذا الزكاة لبقاء الفقراء قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الحول الخ)** أقول: النصف كالأكثر في حق الجنون يفهم ذلك من سياق كلام المصنف قوله: **(فإن لصاحب الدين أن يأخذه من غير رضاه ولا قضاء)** أقول: هكذا إذا كان المال من جنس حق الدين، وأما إذا لم يكن من جنسه فليس كذلك.

الحول من وقت الإفاقة بمنزلة الصبي إذا بلغ **(وليس على المكاتب زكاة)** لأنه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق، ولهذا لم يكن من أهل أن يعتق عبده **(ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه)** وقال الشافعي: تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام. ولنا أنه مشغول بحاجته الأصلية فاعتبر معدوماً كالماء

بوجوده في أكثر السنة ونصف السنة ملحق بالأقل لأن كل وقتها الحول لكنه مديد جداً فقدرّنا به، والأكثر يقام مقام الكل فقدرّنا به تيسيراً، فإن اعتبار أكثره أخف على المكلف من اعتبار الكل لأنه أقرب إلى السقوط، والنصف ملحق بالأقل، ثم إن محمداً لا يفرق بين الأصلي وهو المتصل بزمن الصبا بأن جنّ قبل البلوغ فبلغ مجنوناً، والعارض بأن بلغ عاقلاً ثم جنّ فيما ذكرنا من الحكم وهو ظاهر الرواية. وخص أبو يوسف الحكم المذكور بالعارض لأنه الملحق بالعوارض، أما الأصلي فحكمه حكم الصبا عنده فيسقط الوجوب وإن قل، ويعتبر ابتداء الحول من وقت الإفاقة كما يعتبر ابتداءه من وقت البلوغ ويجب بعد الإفاقة ما بقي من الصوم لا ما مضى من الشهر، ولا يجب ما مضى من الصلاة مما هو أقل من يوم وليلة بعد البلوغ، وقيل على العكس، وروي عن أبي حنيفة أيضاً كما ذكر المصنف وصاحب الإيضاح، وجه الفرق أن المجنون قبل البلوغ في وقت نقصان الدماغ لآفة مانعة له عن قبول الكمال مبقية له على ضعفه الأصلي فكان أمراً أصلياً فلا يمكن إلحاقه بالعدم كالصبي، بخلاف الحاصل بعد البلوغ فإنه معترض على المحل الكامل بلحوق آفة عارضة فيمكن إلحاقه بالعدم عند انتفاء الحرج كالنوم. وقال محمد: الجنون مطلقاً عارضي لأن الأصل في الجبلة السلامة بل كانت متحققة في الوجود وفواتها إنما يكون بعارض والجنون يفوتها فكان عارضاً، والحكم في العارض أنه يمنع الوجوب إذا امتد وإلا فلا قوله: **(لأنه ليس بمالك من كل وجه)** أحسن من تعليلهم بأنه مصرف الزكاة بالنص لأنه لا منافاة في العقل بين إيجاب الصدقة على من جوز له أخذها ولا في الشرع كابن السبيل هذا، وأما العبد المأذون، فإن كان يملكه فهو مشغول بالدين، وإن كان يفضل عن دينه قدر نصاب فعلى المولى زكاته، وكذا إن فضل أقل وعند المولى مال آخر ضمه إليه وزكى الجميع قوله: **(ولنا أنه مشغول)** يتضمن تسليم أنه نصاب تام لأنه مرجع ضمير أنه ثم منع استقلاله بالحكم بإبداء انتفاء جزء العلة بادعاء أن السبب النصاب الفارغ عن الشغل أو إبداء المانع على تقدير استقلاله على قول مخصصي العلة وإنما اعتبرنا عدم الشغل في الموجب لأن معه يكون مستحقاً بالحاجة الأصلية وهو دفع المطالبة والملازمة والحبس في الحل والمؤاخذة في المآل، إذ الدين حائل بينه وبين الجنة، وأي حاجة أعظم من هذه فصار كالماء المستحق العطش وثياب البذلة،

يحيط بماله) له مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكاة أو للعباد كالقرض، وثمن المبيع وضمان المتلفات وأرش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود أو من غيرها وسواء كان حالاً أو مؤجلاً **(فلا زكاة عليه. وقال الشافعي: تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام)** فإن المديون مالك لماله لأن دين الحر الصحيح يجب في ذمته، ولا تعلق له بماله ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاء **(ولنا أنه مشغول بحاجته الأصلية)** أي معد لما يدفع الهلاك حقيقة أو تقديراً لأن صاحبه يحتاج إليه لأجل قضاء الدين دفعاً للحبس والملازمة عن نفسه، وكل ما هو كذلك اعتبر معدوماً كالماء المستحق بالعطش لنفسه أو دابته وثياب المهنة، وهذا أيضاً راجع إلى نقصان الملك فإن لصاحب الدين أن يأخذه من غير رضاه ولا قضاء فكان ملكاً ناقصاً. وقوله **(وإن كان ماله أكثر من دينه)** ظاهر. واعلم أن المديون إذا كان له صنوف من الأموال المختلفة والدين يستغرق صرف أولاً النقود، فإن فضل شيء منه صرف إلى عروض التجارة دون السائمة، فإن فضل شيء منه صرف إلى مال القنية فإن كان له نصب من الإبل والبقر والغنم يصرف إلى أقلها زكاة حتى إن في هذه المسئلة يصرف الدين إلى الإبل والغنم ولا يصرف إلى البقر، ثم المالك بالخيار إن شاء صرفه إلى الغنم وإن شاء إلى الإبل لاتحاد الواجب فيهما، والأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان أنفع للفقراء لا يصرف الدين إليه. وقوله **(والمراد دين له مطالب)** ظاهر. وقوله **(حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك)** صورته: رجل ملك مائتي درهم فمضى عليه حولان ليس عليه زكاة السنة الثانية لأن وجوب زكاة السنة

المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة (وإن كان ماله أكثر من دينه زكي الفاضل إذا بلغ نصاباً) لفراغه عن الحاجة

وذلك معتبر معدوماً حتى جاز التيمم مع ذلك الماء ولم تجب الزكاة وإن بلغت ثياب البذلة نصباً. وما في الكافي من إثبات المنافاة الشرعية بين وجوب الزكاة على الإنسان وحل أخذها له فيه نظر لما بينا من عدمها شرعاً كما في ابن السبيل يجب عليه ويجوز له أخذها. وتقريره بأنه إن كان غنياً حرم الأخذ عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تحل الصدقة لغني»[1] وإلا حرم الأخذ منه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[2] فيه نظر، لأنا نختار الشق الأول وتمنع كون الغنى الشرعي منحصر فيما يحرم الأخذ، وقوله عليه الصلاة والسلام «لا تحل الصدقة لغني»[3] مخصوص بالإجماع بابن السبيل، فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكرناه مرة أخرى، قال المشايخ: وهو قول ابن عمر وعثمان، وكان عثمان رضي الله عنه يقول: هذا شهر زكاتكم، فمن كان عليه دين فليؤد دينه حتى تخلص أمواله، فيؤدي منها الزكاة بمحضر من الصحابة من غير نكير، ثم إذا سقط الدين كأنا أبرأ الدائن من عليه الدين اعتبر ابتداء الحول من حين سقوطه وعند محمد رحمه الله: تجب الزكاة عند تمام الحول الأول لأن الدين يمنع الوجوب للمطالبة، وبالإبراء تبين أنه لا مطالبة فصار كأنه لم يكن وقال أبو يوسف: الحول لم ينعقد على نصاب المديون فإنه مستحق لحاجته فهو كالمعدوم قوله: **(حتى لا يمنع دين النذر والكفارة)** وكذا دين صدقة الفطر والحج وهدى التمتع والأضحية لعدم المطالب. بخلاف العشر والخراج ونفقة فرضت عليه لوجود المطالب، بخلاف ما لو التقط وعرفها سنة ثم تصدق بها حيث تجب عليه زكاة ماله لأن الدين ليس متيقناً لاحتمال إجازة صاحب المال الصدقة قوله: **(ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب)** صورته: له نصاب حال عليه حولان لم يزكه فيهما لا زكاة عليه في الحول الثاني لأن خمسة منه مشغولة بدين الحول الأول فلم يكن الفاضل في الحول الثاني عن الدين نصاباً كاملاً، ولو كان له خمس وعشرون من الإبل لم يزكها حولين كان عليه في الحول الأولى بنت مخاض وللحول الثاني أربع شياه قوله: **(وكذا بعد الاستهلاك)** صورته: له نصاب حال عليه الحول فلم يزكه ثم استهلكه ثم استفاد غيره وحال على النصاب المستفاد الحول لا زكاة فيه لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك، بخلاف ما لو كان الأول لم يستهلك بل هلك فإنه يجب في المستفاد لسقوط زكاة الأول بالهلاك، وبخلاف ما لو استهلكه قبل الحول حيث لا يجب شيء. ومن فروعه: إذا باع نصاب السائمة قبل الحول بيوم بسائمة مثلها أو من جنس آخر أو بدراهم يريد به الفرار من الصدقة، أو لا يريد لم تجب الزكاة عليه في البدل إلا بحول جديد أو يكون له ما يضمه إليه في صورة الدراهم، وهذا بناء على أن استبدال السائمة بغيرها مطلقاً استهلاك، بخلاف غير السائمة

الأولى صار مانعاً عن وجوبها في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة الأولى، ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل أداء الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة المستفاد لأن وجوب زكاة النصاب الأولى دين في ذمته بسبب الاستهلاك فمنع وجوب الزكاة. وقوله **(خلافاً لزفر فيهما)** أي في النصاب الذي وجب فيه الزكاة وفي النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك، فإنه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكاة لأنه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذر والكفارة. وقوله **(ولأبي يوسف في الثاني)** أي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك **(على ما روي عنه)** أي على ما روى عنه أصحاب الإملاء. وقوله **(لأن له مطالباً وهو الإمام في السوائم ونائبه في أموال التجارة فإن الملاك نوابه)** دليلنا، وهذا ظاهر قوله تعالى **﴿خذ من أموالهم صدقة﴾** يثبت للإمام حق الأخذ من كل مال، وكذلك رسول الله

---

(١) يأتي في مصارف الزكاة.
(٢) يأتي في مصارف الزكاة أيضاً.
(٣) هو المتقدم.

الأصلية، والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة، ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب لأنه ينتقص به النصاب، وكذا بعد الاستهلاك خلافاً لزفر فيهما. ولأبي يوسف في الثاني على ما روي عنه لأن له مطالباً لأنها وهو الإمام في السوائم ونائبه في أموال التجارة فإن الملاك نوابه **(وليس في دور السكنى وثياب البدن وأثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة)** لأنها مشغولة بالحاجة الأصلية وليست

قوله: **(على ما روي عنه)** هي رواية أصحاب الإملاء، ولما لم تكن ظاهر الرواية عنه مرّضها، ووجه الفرق أن دين المستهلك لا مطالب له من العباد، بخلاف دين القائم فإنه يجوز أن يمر على العاشر فيطالبه ولا كذلك المستهلك قوله: **(لأن له مطالباً)** من جهة العباد لأن الملاك نوابه، وذلك أن ظاهر قوله تعالى **﴿خذ من أموالهم صدقة﴾** الآية توجب حق أخذ الزكاة مطلقاً للإمام، وعلى هذا كان رسول الله ﷺ والخليفتان بعده[1]، فلما ولي عثمان وظهر تغير الناس كره أن تفتش السعاة على الناس مستور أموالهم ففوّض الدفع إلى الملاك نيابة عنه، ولم تختلف الصحابة عليه في ذلك، وهذا لا يسقط طلب الإمام أصلاً، ولذا لو علم أن أهل بلدة لا يؤدون زكاتهم طالبهم بها، فلا فرق بين كون الدين بطريق الأصالة أو الكفالة حتى لا يجب عليهما الزكاة، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب حيث يجب على الغاصب في ماله دون مال غاصب الغاصب لأن الغاصب إن ضمن يرجع على غاصبه بخلاف غاصبه، وإنما فارق الغصب الكفالة وإن كان في الكفالة بأمر الأصيل يرجع الكفيل إذا أدى كالغاصب لأن في الغصب ليس له أن يطالبهما جميعاً، بل إذا اختار تضمين أحدهما يبرأ الآخر، أما في الكفالة فله أن يطالبهما معاً فكان كل مطالباً بالدين وكما يمنع دين الزكاة يمنع دين العشر والخراج وقد تقدم لنا.

ومن فروع دين النذر: لو كان له نصاب فنذر أن يتصدق بمائة منه ولم يتصدق حتى حال الحول وجب عليه خمسة لزكاته ثم يخرجه عن عهدة نذر تلك المائة التصدق بسبعة وتسعين ونصف لأنه نذر التصدق بعين دراهم استحق منها درهمان ونصف، ولو استحق عين المنذور به كله سقط فكذا بعضه، ولو كان أطلق النذر فلم يضف المائة إلى ذلك النصاب لزمه بعد الخمسة تمام المائة، ثم إن كان للمديون نصب يصرف الدين إلى أيسرها قضاء فإذا كان له دراهم ودنانير وعروض ودينه غير مستغرق صرف إلى الدراهم والدنانير أولاً، إذ القضاء منهما أيسر لأنه لا يحتاج إلى بيعهما، ولأنه لا تتعلق المصلحة ولأنهما لقضاء الحوائج وقضاء الدين أهمها، ولأن للقاضي أن يقضي منهما جبراً، وللغريم أن يأخذ منهما إذا ظفر بهما وهما من جنس حقه. فإن فضل الدين عنهما أو لم يكن له منهما شيء صرف للعروض لأنها عرضة للبيع، بخلاف السوائم لأنها للبن والنسل، فإن لم يكن له عروض أو فضل الدين

ﷺ والخليفتان بعده كانوا يأخذون إلى أن فوّض عثمان رضي الله عنه في خلافته أداء الزكاة عن الأموال الباطنة إلى ملاكها لمصلحة هي أن النقد مطمع كل طامع، فكره أن يفتش السعاة على التجار مستور أموالهم، ففوض الأداء إليهم وحق الأخذ للساعي لغرض الثبوت في ذلك أيضاً فإنه إذا مر على العاشر كان له أن يأخذ منه الزكاة فيطالبه ويحبسه ولذلك منع وجوب الزكاة، وبهذا فرق أبو يوسف بين دين الزكاة ودين الاستهلاك، فإن دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة العباد، بخلاف النصاب القائم فإنه يمكن أن يمر به على العاشر فتثبت له ولاية المطالبة حينئذ. وقوله **(لأنها مشغولة بالحاجة الأصلية وليست بنامية)** يعني أن الشغل بالحاجة الأصلية وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا. أما كونها مشغولة بها فلأنه لا بد له من دار يسكنها وثياب يلبسها، وأما عدم النماء فلأنه إما خلقي كما في الذهب والفضة أو بالإعداد للتجارة وليسا بموجودين ههنا، وقوله **(وعلى هذا كتب العلم)** يعني أنها تمنع وجوبها إذا لم تكن للتجارة سواء كانت مع أهلها أو مع

---

(١) هذا ثابت بالاستقراء من السنة وكتب السيرة.

بنامية أيضاً، وعلى هذا كتب العلم لأهلها وآلات المحترفين لما قلنا **(ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت**

عنهما صرف إلى السوائم، فإن كانت أجناساً صرف إلى أقلها زكاة نظراً للفقراء، فإن كانت أربعين شاة وخمساً من الإبل، وثلاثين من البقر صرف إلى الإبل أو الغنم يخير في ذلك دون البقر، وعرف من هذا أنه لو لم يكن له البقر تخير لاستوائهما في الواجب، وقيل يصرف إلى الغنم لتجب الزكاة في الإبل في العام القابل. وهل يمنع الدين المؤجل كما يمنع المعجل في طريقة الشهيد لا رواية فيه، إن قلنا لا فله وجه، وإن قلنا نعم فله وجه، ولو كان عليه مهر لامرأته وهو لا يريد أداءه لا يجعل مانعاً من الزكاة ذكره في التحفة عن بعضهم لأنه لا يعدّه ديناً، وذكر قبله مهر المرأة يمنع مؤجلاً كان أو معجلاً لأنها متى طلبت أخذته، وقال بعضهم: إن كان مؤجلاً لا يمنع لأنه غير مطالب به عادة انتهى. وهذا يفيد أن المراد المؤجل عرفاً لا شرطاً مصرحاً به. وإلا لم يصح قوله لأنها متى طلبت أخذته. ولا بأنه غير مطالب به عادة لأن هذا في المعجل لا المؤجل شرطاً فلا معنى لتقييد عدم المطالبة فيه بالعادة قوله: **(وعلى هذا كتب العلم لأهلها)** ليس بقيد معتبر المفهوم، فإنها لو كانت لمن ليس من أهلها وهي تساوي نصباً لا تجب فيها الزكاة إلا أن يكون أعدها للتجارة، وإنما يفترق الحال بين الأهل وغيرهم أن الأهل إذا كانوا محتاجين لما عندهم من الكتب للتدريس والحفظ والتصحيح لا يخرجون بها عن الفقر، وإن ساوت نصباً فلهم أن يأخذوا الزكاة إلا أن يفضل عن حاجتهم نسخ تساوي نصاباً كأن يكون عنده من كل تصنيف نسختان، وقيل بل ثلاث. فإن النسختين يحتاج إليهما لتصحيح كل من الأخرى والمختار الأول بخلاف غير الأهل فإنهم يحرمون بها أخذ الزكاة، إذا الحرمان تعلق بملك قدر نصاب غير محتاج إليه وإن لم يكن نامياً، وإنما النماء يوجب عليه الزكاة. ثم المراد كتب الفقه والحديث والتفسير، أما كتب الطب والنحو والنجوم فمعتبرة في المنع مطلقاً. وفي الخلاصة في الكتب: إن كان مما يحتاج إليها في الحفظ والدراسة والتصحيح لا يكون نصاباً وحلّ له أخذ الصدقة فقهاً كان أو حديثاً أو أدباً كثياب البذلة والمصحف، على هذا ذكره في الفصل السابع من كتاب الزكاة. وقال في باب صدقة الفطر: لو كان له كتب إن كانت كتب النجوم والأدب والطب والتعبير تعتبر، وأما كتب التفسير والفقه والمصحف الواحد فلا يعتبر نصاباً. فهذا تناقض في كتب الأدب. والذي يقتضيه النظر أن نسخة من النحو أو نسختين على الخلاف لا تعتبر من النصاب، وكذا من أصول الفقه والكلام غير المخلوط بالآراء بل مقصور على تحقيق الحق من مذهب أهل السنة إلا أن لا يوجد غير المخلوط لأن هذه من الحوائج الأصلية قوله: **(وآلات المحترفين)** المراد بها ما لا يستهلك عينه في الانتفاع كالقدوم والمبرد، فمتى تفنى عينهما أو ما يستهلك ولا يبقى أثر عينه. فلو اشترى الغسال صابونا لغسل

غيره لعدم النماء، وعلى هذا فقوله **(لأهلها)** غير مفيد ههنا، وإنما يفيد في حق المصرف، فإن أهل كتب العلم إذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم فإن كان يحتاج إليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة إليه وإلا فلا.

وقوله: **(وآلات المحترفين)** قيل يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى أثره في المعمول كالصابون والحرض وغيرهما كالقدور وقوارير العطار ونحوها لكون الآجر حينئذ مقابلاً بالمنفعة فلا يعد من مال التجارة وأما ما يبقى أثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفراً أو زعفراناً ليصبغ للناس بالأجر وحال عليه الحول فإنه تجب فيه الزكاة إذا بلغ نصاباً لأن المأخوذ من الأجر مقابل بالعين. وقوله: **(لما قلنا)** يعني أنها ليست بنامية. قال: **(ومن له على آخر دين فجحده سنين)** لما فرغ من بيان من تجب عليه

قوله: **(أو بالإعداد للتجارة)** أقول: النماء كما يكون بالإعداد للتجارة يكون بالسوم أيضاً فالمناسب حينئذ ذكر السوم قوله: **(وعلى هذا كتب العلم، إلى قوله: فإن كان يحتاج إليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة إليه وإلا فلا)** أقول لم يتبين مما قرره كونه مفيداً كما لا يخفى، والأول أن يقال: فإن أهل كتب العلم إذا كانت له كتب يحتاج إليها للتدريس ونحوه وهي تساوي مائتي درهم جاز صرف الزكاة إليه، بخلاف غير أهلها حيث لا يجوز الصرف إليه إذا كانت له كتب تساوي النصاب لأنه غير محتاج إليها.

له بينة لم يزكه لما مضى) معناه: صارت له بينة بأن أقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار، وفيه خلاف زفر والشافعي، ومن جملته: المال المفقود، والآبق، والضال، والمغصوب إذا لم يكن عليه بينة، والمال الساقط في

الثياب أو حرضاً يساوي نصاباً وحال عليه الحول لا تجب فيه، فإن ما يأخذه من الأجرة بمقابلة العمل، ولو اشترى الصباغ عصفراً أو زعفراناً يساوي نصباً للصبغ أو الدباغ دهناً أو عفصاً للدباغة وحال عليه الحول تجب فيه لأن المأخوذ بمقابلة العين، وقوارير العطارين ولجم الخيل والحمير المشتراة للتجارة ومقاودها وجلالها إن كان من غرض المشتري بيعها به ففيها الزكاة وإلا فلا قوله: **(معناه صارت له بينة)** يفيد أنه لم تكن له بينة في الأصل احتراز عما لو كانت عليه بينة فإنه سيذكر أن فيه الزكاة **(قومه وهي مسئلة مال الضمار)** قيل هو الغائب الذي لا يرجى، فإن رجى فليس به وأصله من الإضمار، قال:

طلبن مزاره فأصبن منه عطاء لم يكن عدة ضمارا

وقيل هو غير المنتفع به، بخلاف الدين المؤجل فإنه أخر الانتفاع به وصار كمال غائب قوله: **(ومن جملته الخ)**

ومن جملته أيضاً الذي ذهب به العدو إلى دار الحرب والمودع عند من لا يعرفه إذا نسي شخصه سنين ثم تذكره، فإن كان عند بعض معارفه فنسي ثم تذكر الإبداع زكاه لما مضى، ويمكن أن يكون منه الألف التي دفعها إلى المرأة مهراً وحال الحول وهي عندها، ثم علم أنها أمة تزوجت بغير إذن مولاها وردت الألف عليه، ودية قضى بها في حلق لحية إنسان ودفعت إليه فحال الحول عليها عنده ثم نبتت وردت الدية، وما أقرّ به لشخص ودفعه إليه فحال عليه عنده ثم تصادقا على أن لا دين فرد، وما وهب وسلم ثم رجع فيه بعد الحول لا زكاة في هذه الصور على أحد لأنه كان غائباً غير مرجوّ القدرة على الانتفاع به. وأما زكاة الأجرة المعجلة عن سنين في الإجابة الطويلة التي يفعلها بعض الناس عقوداً ويشترطون الخيار ثلاثة أيام في رأس كل شهر فتجب على الآجر لأنه ملكها بالقبض وعند الانفساخ لا يجب عليه رد عين المقبوض بل قدره فكان كدين لحقه بعد الحول، وقال الشيخ الإمام الزاهد علي بن محمد البزدوي ومجد الأئمة السرخكتي: يجب على المستأجر أيضاً لأن الناس يعدون مال هذا الإجارة ديناً على الآجر، وفي بيع الوفاء يجب زكاة الثمن على البائع، وعلى قول الزاهد والسرخكتي يجب على المشتري أيضاً، وصرح السيد أبو شجاع بعدم الوجوب على المستأجر، وفي الخلاصة قال: الاحتياط أن يزكي كل منهما، وفي فتاوى قاضيخان استشكل قول السرخكتي بأنه لو اعتبر ديناً عند الناس وهو اعتبار معتبر شرعاً ينبغي أن لا تجب على

الزكاة ومن لا تجب شرع في بيان الأموال التي لا تجب فيها، وهو ما يسمى ضماراً وهو الغائب الذي لا يرجى وصوله، فإذا رجى فليس بضمار، كذا نقله المطرزي عن أبي عبيدة، وأصله من الإضمار وهو التغيب والإخفاء، ومنه أضمر في قلبه، وقالوا: الضمار ما يكون عينه قائماً ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الآبق والمغصوب إذا لم يكن عليه بينة. وقوله: **(معناه: صارت له بينة بأن أقر عند الناس)** إنما قيد بذلك احترازاً عن مسئلة تأتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله: **(والمدفون في المفازة إذا نسي مكانه)** قيد بالمفازة احترازاً عن المدفون في أرض له أو كرم أو بيت على ما يجيء. وقوله: **(لهما)** أي لزفر والشافعي **(أن السبب قد تحقق)** والمانع منتف، وكل ما كان كذلك تحقق لا محالة أما تحقق السبب فلأنه ملك نصاباً تاماً على ما مر وأما انتفاء المانع فلأنه لو كان ثمة مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب

قوله: **(وقوله لما قلنا: يعني أنها ليست بنافية)** أقول: فيه أن الظاهر أنه إشارة إلى قوله لأنها مشغولة الخ، فلا يرد قوله إن قوله لأهلها غير مفيد ههنا لأن الكلام إذا كان في الحوائج الأصلية لا بد من التقييد، فلا وجه القصر الإشارة إلى التعليل الثاني مع كونه خلاف الظاهر ثم الاعتراض عليه دليل قوله: **(شرع في بيان الأموال التي لا يجب فيها)** أقول: الشروع في ذلك كان قبل هذه المسئلة بقوله ولبس في دور السكنى وثياب البدن الخ.

البحر، والمدفون في المفازة إذا نسي مكانه، والذي أخذه السلطان مصادرة. ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف. لهما أن السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل

الآجر والبائع لأنه مشغول بالدين، ولا على المستأجر والمشتري أيضاً لأنه وإن اعتبر ديناً لهما فليس بمنتفع به لأنه لا يمكنه المطالبة قبل الفسخ ولا يملكه حقيقة فكان بمنزلة الدين على الجاحد، وثم لا يجب ما لم يحل الحول بعد القبض انتهى: يعني فيكون في معنى الضمار، وفي الكافي: لو استأجر داراً عشر سنين بألف وعجلها إلى المؤجر ثم لم يقبضها حتى انقضت العشر سنين ولا مال لهما سوى الألف كان على المؤجر في السنة الأولى زكاة تسعمائة لظهور الدين بمائة بسبب انفساخ الإجارة في حق تلك السنة، وفي السنة الثانية في ثمانمائة إلا قدر ما وجب من الزكاة في السنة الأولى وهو اثنان وعشرون ونصف، وهكذا في كل سنة تنقص عنه زكاة مائة وقدر ما وجب إلى أن يصير الباقي خالصاً من دين الانفساخ أقل من مائتين. وأما المستأجر فإنما تجب عليه في السنة الثالثة زكاة ثلاثمائة لأنه ملك ديناً على المؤجر في السنة الأولى مائة، وفي الثانية مائتين لم يحل حولها، وفي الثالثة حال حول المائتين، واستفاد مائة في آخر الحول فيضمها إلى النصاب، ثم تزيد زكاته في كل سنة مائة للانفساخ إذ به يملك مائة ديناً فعليه في الرابعة زكاة أربعمائة وهلم جرا العاشرة فعليه زكاة الألف فيها. ولو كانت الأجرة أمة للتجارة فحين عجلها للمؤجر نوى فيها التجارة والباقي بحاله لا زكاة على المؤجر لشيء فيها لاستحقاق تمام عين الأجرة، بخلاف الأولى لأن المستحق بالانفساخ مائة ديناً في الذمة لا يتعين في المقبوض، وعلى المستأجر في السنة الثالثة زكاة ثلاثة أعشارها تزيد كل سنة عشراً ولا يخفى وجهه. ولو كان المسئلة على القلب: أعني قبض المستأجر الدار ولم يعجل الأجرة فالمؤجر هنا كالمستأجر والمستأجر كالمؤجر فعلى المستأجر أن يزكي للسنة الأولى تسعمائة وللثانية بثمانمائة فتنقص في كل سنة مائة إلا زكاة ما مضى لأن الملك في الأجرة يثبت ساعة فساعة، والمؤجر يزكي في السنة الثالثة ثلاثمائة والرابعة أربعمائة إلا قدر زكاة ما مضى، ولو كانا تقابضا في الأجرة والدار فظاهر أنه لا زكاة على المستأجر لزوال ملكه بالتعجيل ولم تعد لعدم الانفساخ قوله: **(على هذا الاختلاف)** عندنا لا فطرة عليه، وعنده عليه قوله: **(ولنا قول علي رضي الله عنه: لا زكاة في مال الضمار)** هكذا ذكره مشايخنا عنه. وروى أبو عبيد القاسم ابن سلام في كتاب الأموال: حدثنا يزيد بن هارون، حدثنا هشام بن حسان الحسن عن الحسن البصري قال: إذا حضر الوقت الذي يؤدي فيه الرجل زكاته أدى عن كل مال وعن كل دين إلا ما كان ضماراً لا يرجوه. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن عمرو بن ميمون قال: أخذ الوليد بن عبد الملك مال رجل من أهل الرقة يقال له أبو عائشة عشرين ألفاً فألقاها في بيت المال، فلما ولي عمر بن عبد العزيز أتاه ولده فرفعوا مظلمتهم إليه، فكتب إلى ميمون أن ادفعوا إليهم أموالهم وخذوا زكاة عامهم هذا، فإنه لولا أنه كان مالاً ضماراً أخذنا منه زكاة ما مضى. أخبرنا أبو أسامة عن هشام عن الحسن قال: عليه زكاة ذلك العام انتهى، وروى مالك في الموطإ عن أيوب السختياني أن عمر بن عبد العزيز كتب في مال قبضه بعض الولاة ظلماً فأمر برده إلى أهله، ويؤخذ زكاته لما مضى من السنين، ثم عقب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلا زكاة واحدة فإنه كان ضماراً. وفيه انقطاع بين أيوب وعمر[1]. واعلم أن هذا لا ينتهض على الشافعي لأن قول الصحابي عنده ليس حجة فكيف بمن دونه. فهذا للإثبات المذهبي، والمعنى المذكور بعد للإلزام وهو قوله ولأن السبب الخ، ففيه منع قولهما إن السبب قد تحقق فقال لا نسلم لأن السبب هو المال النامي تحقيقاً أو تقديراً بالاتفاق، للاتفاق على أن من ملك من الجواهر النفيسة

كمال ابن السبيل **(ولنا قول علي رضي الله عنه: لا زكاة في المال الضمار)** وقوله: **(ولأن السبب الخ)** دليل يتضمن الممانعة.

---

(١) انظر هذه الآثار. في نصب الراية ٢/ ٣٣٤ . ٣٣٥.

ولنا قول علي رضي الله عنه: لا زكاة في المال الضمار ولأن السبب هو المال النامي ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه. وابن السبيل يقدر بنائبه، والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول إليه. وفي المدفون في أرض أو كرم اختلاف المشايخ، ولو كان الدين على مقر مليء أو معسر تجب الزكاة لإمكان الوصول إليه ابتداء أو

ما تساوي آلافاً من الدنانير ولم ينو فيها التجارة لا تجب فيها الزكاة، وولاية إثبات حقيقة التجارة باليد، فإذا فاتت انتفى تصور الاستنماء تحقيقاً فانتفى تقديراً فانتفى النماء تقديراً لأن الشيء إنما يقدّر تقديراً إذا تصور تحقيقاً، وعن هذا انتفى في النقدين أيضاً لانتفاء نمائهما التقديري بانتفاء تصّور التحقيقي بانتفاء اليد فصار بانتفائها كالتاوي، فلذا لم تجب صدقة الفطر عن الآبق وإنما جاز عتقه عن الكفارة لأن الكفارة تعتمد مجرد الملك، وبالإباق والكتابة لا ينقص الملك أصلاً، بخلاف مال ابن السبيل لثبوت التقديري فيه لإمكان التحقيقي إذا وجد نائباً قوله: **(ولو كان الدين على مقر مليء أو معسر تجب الزكاة)** وكذا قوله بعده فهو: أي الدين نصاب بعد تحقق الوجوب حال كون مسمى الدين فيستلزم أنه إذا قبض زكاة لما مضى وهو غير جار على إطلاقه بل ذلك في بعض أنواع الدين. ولنوضح ذلك إذ لم يتعرض له المصنف فنقول: قسم أبو حنيفة الدين إلى ثلاثة أقسام: قوي وهو بدل القرض ومال التجارة، ومتوسط وهو بدل مال ليس للتجارة كثمن ثياب البذلة وعبد الخدمة ودار السكنى، وضعيف وهو بدل ما ليس بمال كالمهر والوصية وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والدية وبدل الكتابة والسعاية ففي القوي تجب الزكاة إذا حال الحول ويتراخى الأداء إلى أن يقبض أربعين درهماً ففيها درهم وكذا فيما زاد فبحسابه وفي المتوسط لا تجب ما لم يقبض نصاباً وتعتبر لما مضى من الحول في صحيح الرواية. وفي الضعيف لا تجب ما لم يقبض نصاباً ويحول الحول بعد القبض عليه، وثمن السائمة كثمن عبد الخدمة، ولو ورث ديناً على رجل فهو كالدين الوسط، ويروى عنه أنه كالضعيف. وعندهما الديون كلها سواء تجب الزكاة قبل القبض، وكلما قبض شيئاً زكاه قل أو كثر إلا دين الكتابة والسعاية. وفي رواية أخرجا الدية أيضاً قبل الحكم بها وأرش الجراحة لأنه ليس بدين على الحقيقة فلذا لا تصح الكفالة ببدل الكتابة، ولا تؤخذ من تركة من مات من العاقلة الدية لأن وجوبها بطريق الصلة إلا أنه يقول: الأصل أن المسببات تختلف بحسب اختلاف الأسباب، ولو أجر عبده أو داره بنصاب إن لم يكونا للتجارة لا يجب ما لم يحل الحول بعد القبض في قوله وإن كانا للتجارة كان حكمه كالقوي لأن أجرة مال التجارة كثمن مال التجارة في صحيح الرواية قوله: **(ابتداء أو بواسطة التحصيل)** لفّ ونشر مرتب، ابتداء يتصل بمليء وبواسطة التحصيل بالمعسر وعن الحسن بن زياد إن ما على المعسر ليس نصاباً لأنه لا ينتفع به، فقول المصنف أو بواسطة التحصيل دفع له قوله: **(كذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم القاضي به)** يعني يكون نصاباً. وروى هشام عن محمد أن مع علم القاضي يكون نصاباً، وفيما إذا كانت له بينة عادلة ولم يقمها حتى مضت سنون لا يكون نصاباً، وأكثر المشايخ على خلافه، وفي الأصل لم يجعل الدين نصاباً ولم يفصل. قال شمس الأئمة: الصحيح جواب الكتاب، إذ ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل، وفي الجثوّ بين يدي القضاة ذل وكل أحد لا يختار ذلك فصار في هذين

بأن يقال: لا نسلم أن السبب قد وجد لأن السبب **(هو المال النامي)** وهو غير متحقق لأن النماء إنما يكون بالقدرة على التصرف، ولا قدرة على المال الضمار. وقوله: **(وابن السبيل يقدر بنائبه)** جواب عن قولهما كمال ابن السبيل: وتقريره سلمنا أن السبب قد تحقق، ولكن لا نسلم أن المانع منتف. قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا: ممنوع، قوله كمال ابن السبيل: قلنا قياس فاسد لأن ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه، ولهذا لو باع شيئاً من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه. وقوله: **(والمدفون في البيت نصاب)** أي موجب لوجوب الزكاة **(لتيسر الوصول إليه)** لكون البيت بيده بجميع أجزائه فيصل إليه بحفره **(وفي المدفون في أرض مملوكة أو كرم اختلاف مشايخ بخاري)** فقيل يجب لإمكان حفر جميع الأرض والوصول إليه، وقيل لا تجب لأن حفر جميعها إذا لم يكن متعذراً كان متعسراً والحرج مدفوع **(ولو كان الدين على مقر مليء)** أي غني مقتدر **(أو معسر تجب الزكاة لإمكان الوصول إليه ابتداء)** أي في المليء **(أو بواسطة التحصيل)** يعني في المعسر من قبيل اللف

بواسطة التحصيل، وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم به القاضي لما قلنا، ولو كان على مقر مفلس **فهو نصاب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن تفليس القاضي لا يصح عنده. وعند محمد لا تجب لتحقق الإفلاس عنده بالتفليس. وأبو يوسف مع محمد في تحقق الإفلاس، ومع أبي حنيفة رحمه الله في حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء** **(ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة)** لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة **(وإن نواها**

البينة، وعلم القاضي شمول العدم وشمول الوجوب والتفصيل، وإن كان المديون يقر في السر ويجحد في العلانية لم يكن نصاباً، ولو كان مقراً فلما قدمه إلى القاضي جحد وقامت عليه بينة ومضى زمان في تعديل الشهود سقطت الزكاة من يوم جحد إلى أن عدلوا لأنه كان جاحداً وتلزمه الزكاة فيما كان مقراً قبل الخصومة، وهذا إنما يتفرع على اختيار الإطلاق في المجحود. قوله: **(لأن تفليس القاضي الخ)** يفيد أن لفظ مفلس بالتشديد في قوله ولو كان على مقر مفلس لأنه تعليله، ولأنه ذكر المفلس بالتخفيف وأعطى حكمه من غير خلاف بين الثلاثة وهو قول ولو كان الدين على مقر مليء أو معسر إذ المعسر هو المفلس، والخلاف إنما هو فيمن فلسه القاضي. وصرح بعضهم بأن ما على المقر المفلس بالتخفيف ليس بينهم خلاف في أنه نصاب، ولم يشرط الطحاوي التفليس على قول محمد، وقول المحبوبي: لو كان المديون مقراً مفلساً فعلى صاحب الدين زكاة ما مضى إذا قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد إن كان الحاكم فلسه فلا زكاة عليه لما مضى بناء على مذهبه أن التفليس يتحقق فيصير الدين تاوياً به، وعند أبي حنيفة لا لأن المال غاد ورائح فهو في ذمة المفلس مثله في المليء يوافق نافي الخلاف قوله: **(وأبو يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة الخ)** وقيل قول أبي يوسف مبني على قوله الأول، وذكر صدر الإسلام قول أبي يوسف مع قول محمد في عدم وجوب الزكاة مطلقاً من غير ذكر اختلاف الرواية عنه بناء على اختلافهم في تحقق الإفلاس قوله: **(رعاية لجانب الفقراء)** هذا من القضايا المسلمة المسكوت عن النظر فيها مع أنها لا تصلح للوجه أصلاً، إذ بمجرد رعاية الفقراء لا يصلح دليلاً للحكم بإيجاب الله تعالى المال، فكل موضع يتأتى فيه رعايتهم، وكم من موضع لا تجب فيه فلا يثبت إيجاب عليه إلا بدليله: فالأولى ما قيل إن التفليس وإن تحقق لكن محل الدين الذمة وهي والمطالب باقيان حتى كان لصاحب الدين حق الملازمة فبقاء الملازمة دليل بقاء الدين على حاله، فإذا قبضه زكاه لما مضى قوله: **(لاتصال النية بالعمل)** حاصل هذا الفصل أن ما كان من أعمال الجوارح فلا يتحقق بمجرد النية، وما كان من التروك كفى فيه مجردها فالتجارة من الأول فلا يكفي مجرد النية بخلاف تركها، ونظيره السفر والفطر والإسلام والإسامة لا يثبت واحد منها إلا بالعمل، وتثبت أضدادها بمجرد النية فلا يصير

والنشر على السنن **(وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم القاضي به لما قلنا)** يعني من إمكان الوصول إليه. قال الإمام فخر الإسلام: ولو كان له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضى لأنه لا يعد تاوياً لما أن حجة البينة فرق حجة الإقرار، وهذا رواية هشام عن محمد، وفي رواية أخرى عنه قال: لا تلزمه الزكاة لما مضى وإن كان يعلم أن له بينة، إذ ليس كل شاهد يقبل ولا كل قاض يعدل، وفي المحاباة بين يدي القاضي للخصومة ذل، والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئاً بخلاف الإقرار لأنه يوجب الحق بنفسه. وبخلاف ما إذا كان الدين معلوماً للقاضي لأن صاحب الدين هناك لا يحتاج إلى الخصومة لأن القاضي يلزمه بعلمه. وقوله: **(ولو كان على مقر مفلس)** بفتح اللام المشددة **(فهو نصاب)** أي موجب للزكاة **(عند أبي حنيفة لأن تفليس القاضي)** أي النداء عليه بأنه أفلس **(لا يصح عنده)** فكان وجوده كعدمه، ولو لم يفلسه وجبت عليه الزكاة بالاتفاق لإمكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر، فكذا بعد التفليس **(وعند محمد لا تجب)** عليه **(لتحقق الإفلاس بالتفليس)** ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود **(وأبو يوسف مع محمد في تحقق الإفلاس)** حتى تسقط المطالبة إلى وقت اليسار **(ومع أبي حنيفة في حكم الزكاة)** فتجب لما مضى إذا قبض عندهما **(رعاية لجانب الفقراء)** وقوله: **(ومن اشترى جارية للتجارة)** ظاهر، وحاصله أن النية إذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها، وإذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح، والتجارة عمل الجوارح فلا تتحصل بمجرد النية لأنها تصلح ترك الفعل دون إنشائه. قال: **(وإن اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان للتجارة)** مبناه ما تقدم. فإنه إذا اشترى ونوى قرنت نيته بالعمل، وإذا ورث ونوى تجردت النية عن العمل لما أن

للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكاة) لأن النية لم تتصل بالعمل إذ هو لم يتجر فلم تعتبر، ولهذا يصير المسافر مقيماً بمجرد النية، ولا يصير المقيم مسافراً إلا بالسفر، **(وإن اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل، بخلاف ما إذا ورث ونوى التجارة)** لأنه لا عمل منه، ولو ملكه بالهبة أو بالوصية أو النكاح أو الخلع أو الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل، وعند محمد لا يصير للتجارة لأنها لم تقارن عمل التجارة، وقيل الاختلاف على عكسه **(ولا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة للأداء، أو مقارنة لعزل مقدار الواجب)** لأن الزكاة عبادة فكان من شرطها النية والأصل فيها الاقتران. إلا أن

مسافراً ولا مفطراً ولا مسلماً ولا الدابة سائمة بمجرد النية بل بالعمل، ويصير المسافر مقيماً والمفطر صائماً والمسلم كافراً والدابة علوفة بمجرد نية هذه الأمور، والمراد بالمفطر الذي لم ينو صوماً يعدّ في وقت تصح في النية قوله: **(وإن اشترى شيئاً)** المراد ما تصح فيه نية التجارة لا عموم شيء، فإنه لو اشترى أرضاً خراجية أو عشرية ليتجر فيها لا تجب فيها زكاة التجارة، وإلا اجتمع فيها الحقان بسبب واحد وهو الأرض. وعن محمد في أرض العشر اشتراها للتجارة تجب الزكاة مع العشر، وإذا لم يصح بقيت الأرض على وظيفتها التي كانت، وكذا لو اشترى بذراً للتجارة وزرعه في عشرية استأجرها كان فيها العشر لا غير قوله: **(بخلاف ما إذا ورث)** الحاصل أن نية التجارة فيما يشتريه تصح بالإجماع وفيما يرثه لا تصح بالإجماع لأنه لا صنع له فيه أصلاً وفيما تملكه بقبول عقد مما ذكر خلاف. وجه الاعتبار أن مقتضى الدليل اعتبار النيات مطلقاً وإن تجردت عن الأعمال، قال عليه الصلاة والسلام «نية المؤمن خير من عمله»[1] إلا أنها لم تعتبر لخفائها حتى تتصل بالعمل الظاهر وقد اتصلت في هذه. وجه الآخر أن اعتبارها إذا طابقت المنوي وهو التجارة وهي مبادلة المال بالمال وذلك منتف بالهبة وما معها والذي في نفسي ترجيح الأول. ويلحق بالبيع بدل المؤجر، فلو آجره ولده بعبد ونواه للتجارة كان للتجارة، وبالميراث ما دخل له من حبوب أرضه فنوى إمساكها للتجارة فلا تجب لو باعها بعد حول قوله: **(ولا يجوز الخ)** حصر الجواز في الأمرين، فأفاد أنه لو نوى الزكاة وجعل يتصدق ولو إلى آخر السنة ولم تحضره النية لا يسقط عنه شيء إلا زكاة ما تصدق به على قول محمد، ولو دفعها للوكيل فالعبرة لنية المالك، وفيه بحث لبعضهم لم يعرّج عليه فتاوى قاضيخان. قال: أعطى

الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتى أن الجنين يرث وإن لم يكن منه فعل **(ولو ملكه بالهبة أو بالوصية)** أو بغيرهما مما ذكر في الكتاب **(ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول. وعند محمد لا يكون للتجارة لأنها لم تقارن عمل التجارة)** لأن هذه العقود ليست بتجارة. والحاصل أن ما يدخل في ملك الرجل على نوعين: نوع يدخل بغير صنعه كالإرث. ونوع يدخل بصنعه وهو أيضاً على نوعين: ببدل مالي كالشراء والإجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد، وبغير بدل كالهبة والصدقة والوصية، فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق، والذي يدخل ببدل مالي يعتبر فيه نية التجارة بالاتفاق، والذي يدخل ببدل غير مالي أو بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا، قيل قوله وإن اشترى ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على إطلاقه، فإن من اشترى شيئاً لم تصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى أرضاً عشرية أو خراجية بنية التجارة فإنه لا تجب فيه زكاة التجارة لأن نية التجارة فيها لا تصح. لأنها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الأرض وهو لا يجوز، وإذا لم تصح بقيت الأرض على ما كانت. وقوله: **(وقيل الاختلاف على عكسه)** ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد أنه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف، على عكس ما ذكر في الكتاب وهو أنه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يكون للتجارة، وفي قول محمد يكون لها. قال: **(ولا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة للأداء)**. لأن الزكاة عبادة فلا بد لها من نية، ولا معتبر بها إلا إذا قارنت العمل، فإن

---

(١) ضعيف. أخرجه الديلمي في الفردوس ٦٨٤٢ والطبراني في الكبير ٥٩٤٢ كلاهما من حديث سهل بن سعد.
قال الهيثمي في المجمع ١/ ٦١: رجال الطبراني موثقون سوى عباد بن دينار الجرشي لم أر من ذكره اهـ. وضعفه العراقي في تخريج الإحياء ٤/ ٣٥٥. وله شواهد لكن المتن غريب لذا يبقى ضعيفاً. وأخرجه الديلمي ٦٨٤٣ من حديث أبي موسى وإسناده واهٍ. وأخرجه القضاعي ١٤٧ من حديث أنس، وعلته يوسف بن عطية قال في التقريب عنه: متروك. وأخرجه القضاعي ١٤٨ بإسناد واهٍ من حديث النواس بن سمعان. فطرقه كلها واهية.

الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيراً كتقديم النية في الصوم **(ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة سقط فرضها عنه استحساناً)** لأن الواجب جزء منه فكان متعيناً فيه فلا حاجة إلى التعيين **(ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدي عند محمد)** لأن الواجب شائع في الكل، وعند أبي يوسف لا تسقط لأن البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الأول.

رجلاً دراهم ليتصدق بها تطوعاً فلم يتصدق حتى نوى الأمر من زكاة ماله من غير أن يتلفظ به ثم تصدق المأمور جازت عن الزكاة انتهى. وكذا لو قال عن كفارتي ثم نوى الزكاة قبل دفعه قوله: **(كتقديم النية الخ)** حاصله إلحاق الزكاة بالصوم في جواز تقديم النية على الشروع بجامع لحوق لزوم الحرج في إلزام المقارنة. وسببه في الزكاة تفرق الدفع للكثيرين قوله: **(سقط فرضها عنه)** بشرط أن لا ينوي بها واجباً آخر من نذر وغيره سواء نوى النفل أو لم تحضره النية، بخلاف رمضان لا بد فيه من نية القربة. والفرق أن دفع المال للفقير بنفسه قربة كيف كان، بخلاف الإمساك انقسم إلى عادة وعبادة فاحتاج إلى تمييز بالقصد، وإذا وقع أداء الكل قربة فيما نحن فيه لم يحتج إلى تعيين الفرض لأن الفرض أنه دفع الكل والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب قوله: **(لأن الواجب شائع في الكل)** فصار كهلاك البعض فسقط زكاته قوله: **(بخلاف الأول)** أي التصدق بالكل للتيقن بإخراج الجزء الذي هو الزكاة، بخلاف الهلاك فإنه لا صنع له فيه. وعلى هذا لو كان له دين على فقير فأبرأه عنه سقط زكاته عنه نوى به عن الزكاة أو لم ينوِ لأنه كالهلاك، ولو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك البعض لما قلنا لا زكاة الباقي. ولو نوى به الأداء عن الباقي لأن الساقط ليس بمال والباقي في ذمته يجوز أن يصير مالاً وكان خيراً منه فلا يجوز الساقط عنه، ولذا لا يجوز أداء الدين عن العين، بخلاف العكس، ولو كان الدين على غنيّ فوهبه منه بعد وجوب الزكاة قيل يضمن قدر الواجب عليه، وقيل لا يضمن كأنه بناء على أنه استهلاك أو هلاك. هذا، والأفضل في الزكاة الإعلان، بخلاف صدقة التطوع.

قارنت الأداء فظاهر. وإن قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله **(إلا أن الدفع يتفرق فاكتفى وجودها حالة العزل تيسيراً)** فإنا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم النية في الصوم، وقوله: **(من تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة)** أي غير ناو لها **(سقط عنه فرضها استحساناً)** والقياس أن لا يسقط، قيل وهو قول زفر لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما في الصلاة. وجه الاستحسان ما ذكره **(أن الواجب جزء منه)** أي من جميع ماله وهو ربع العشر **(فكان متعيناً فيه)** أي في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين. ولقائل أن يقول: الواجب متعين بتعيين المؤدي أو بتعيين الشارع، لا سبيل إلى الأول بكونه خلاف المفروض، والثاني إنما يعتبر إذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان، وهذا ليس كذلك لأن النفل مشروع. والجواب أنه متعين بتعيين المؤدي بدلالة حاله كمن أطلق نية الحج وعليه حجة الإسلام. والمفروض عدم تعيينه نصا لا دلالة. ولو سلك ههنا المسلك الذي سلكته في التقرير وهو أن يقال الزكاة سقطت عنه لأنه أداها والسقوط عنه إنما هو تخفيف عليه فيكتفي بمطلق النية تيسيراً لعله كان أسهل مأخذاً **(ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدي عند محمد لأن الواجب شائع)** فلو تصدق بالجميع سقط الجميع، فكذا إذا تصدق بالبعض اعتباراً للبعض بالكل. وعند أبي يوسف لا يسقط لأن البعض المؤدي غير متعين لمحلية بعض الواجب الذي يخصه لكون الباقي محلاً للواجب فوجدت مزاحمة سائر الأجزاء، بخلاف ما إذا تصدق بالجميع بلا نية فإنه لم يبق ثم مزاحمة. ولقائل أن يقول: الباقي محل للواجب كله أو لحصته، والأول عين النزاع، والثاني هو المطلوب. وروي أن أبا حنيفة مع محمد في هذه المسئلة.

قوله: **(وعند أبي يوسف لا يسقط لأن البعض المؤدي غير متعين الخ)** أقول: قال العلامة الكاكي: لأن كل بعض محل الواجب، ثم إنه كما يحتاج إلى إسقاط الواجب عن المؤدي يحتاج إلى إسقاط الواجب عن الباقي، فمقدار الواجب عن المؤدي جاز أن يقع من الباقي فلا يقع منهما لعدم الأولوية، ووجود المزاحمة مع عدم قاطع المزاحمة، بخلاف ما لو أدى الكل فإن المزاحمة انعدمت هنا فسقط عنه الواجب ضرورة لوجود أصل النية وعدم المزاحمة انتهى. وأنت خبير بأن قوله عدم الأولوية قابل للمنع قوله: **(والقائل أن يقول الباقي محل للواجب كله أو لحصته الخ)** أقول: المراد أن الباقي يصلح أن يؤدي منه الواجب كله فلا يتعين البعض المصدق به للفقير لمحلية بعض الواجب الذي يخصه فلا يحكم بسقوطه به فليتأمل.

باب صدقة السوائم

فصل في الإبل

قال رضي الله عنه (**ليس في أقل من خمس ذود صدقة، فإذا بلغت خمساً سائمة، وحال عليها الحول ففيها شاة إلى تسع، فإذا كانت عشراً ففيها شاتان إلى أربع عشرة، فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه إلى تسع**

باب صدقة السوائم

سامت الماشية سوماً وأسامها ربها أسامة. بدأ محمد رحمه الله في تفصيل أموال الزكاة بالسوائم اقتداء بكتب رسول الله ﷺ، وإنما كان في كتبه كذلك لأنها كانت إلى العرب، وكان جل أموالهم وأنفسها الإبل فبدأ بها، والسائمة التي ترعى ولا تعلف في الأهل، وفي الفقه: هي تلك مع قيد كون ذلك لقصد الدر والنسل حولا أو أكثره، وسيأتي تفسير السائمة في الهداية ونذكر هناك الخلاف. فلو أسيمت للحمل والركوب لم تكن السائمة المستلزمة شرعاً لحكم وجوب الزكاة، بل لا زكاة فيها، ولو أسامها للتجارة كان فيها زكاة التجارة لا زكاة السائمة، وقد عين في الكتاب أسنان المسميات، وأما اشتقاق الأسماء فسميت بنت المخاض به لأن أمها تكون مخاضاً بغيرها عادة: أي حاملاً، ويسمى أيضاً وجع الولادة مخاضاً، قال الله تعالى: ﴿**فأجاءها المخاض إلى جذع النخلة**﴾ [مريم ٢٣] وبنت اللبون لأنها أمها تكون ذات لبن ترضع به أخرى. والحقة لأنها حق لها أن تركب ويحمل عليها، والجذعة لمعنى في أسنانها يعرفه أهل اللغة قوله: (**ليس في أقل من خمس ذود**) الذود: يقال من ثلاثة من الإبل إلى عشرة، وقد استعملها هنا في الواحد على نظير استعمال الرهط في قوله تعالى ﴿**تسعة رهط**﴾ وقصد المصنف بذلك متابعة لفظ الصدّيق رضي الله عنه على ما سنذكره عنه. واعلم أن تقدير النصاب والواجب أمر توفيقي. وفي المبسوط: إن إيجاب الشاة في خمسة من الإبل لأن المأمور به ربع العشر بقوله عليه الصلاة والسلام «هاتوا ربع عشر أموالكم»[1] والشاة تقرب من ربع عشر الإبل، فإن الشاة كانت تقوم بخمسة وبنت مخاض بأربعين، فإيجاب الشاة في خمس كإيجاب الخمسة في مائتين اهـ. وسيأتي في الحديث فيمن وجب عليه سن فلم يوجد عنده وضع العشرة

باب صدقة السوائم

ذكر في المبسوط أن محمداً بدأ في كتاب الزكاة بزكاة المواشي اقتداء بكتاب رسول الله ﷺ. وذكر الصدقة وأراد بها الزكاة اقتداء بقوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين**﴾ والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية: أي رعت سوماً وأسامها صاحبها أسامة.

فصل في الإبل

بدأ في باب صدقة السوائم بفصل الإبل لأن رسول الله ﷺ كتب أبي بكر رضي الله عنه هكذا. والذود من الإبل من الثلاث إلى العشر، وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها. وإضافة خمس إلى ذود كالإضافة في قوله ﴿**تسعة رهط**﴾ في كونها إضافة العدد إلى مميزه الذي هو بمعنى الجمع. كأنه قال تسعة أنفس. فإن قيل: الأصل في الزكاة أن تجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الإبل؟ قلت: بالنص على خلاف القياس، ولأن الواحد من خمس خمس والواجب هو ربع العشر، وفي إيجاب الشقص ضرر عيب الشركة فأوجب الشاة لأنها تقوم ربع عشر الإبل لأنها كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض

باب صدقة السوائم

فصل في الإبل

قوله (**وهو خلاف أصول الزكوات، فإن مبناها على أن الوقص يتلو الوجوب**) أقول: لعل المراد زكوات الإبل، وإلا ففي زكاة البقر

---

(١) حسن. لشواهده أخرجه أبو داود ١٥٧٢ والدارقطني ٢/ ٩٢ كلاهما من حديث الحارث عن علي بأتم منه، وهو صدر الحديث.
وقال أبو داود عقب حديث ١٥٧٤: ورواه شعبة والثوري وغيرهما، عن أبي إسحق عن عاصم عن علي لم يرفعوه أوقفوه على علي اهـ لكن صححه ابن القطان كما سيأتي. ومثله لا يقال بالرأي وله شواهد ستأتي في الحول. وفي باب زكاة الفضة فهو حسن إن شاء الله يأتي في زكاة المال الحديث السادس.

عشرة، فإذا كانت عشرين ففيها أربع شياه إلى أربع وعشرين، فإذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض) وهي التي طعنت في الثانية **(إلى خمس وثلاثين، فإذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون)** وهي التي طعنت في الثالثة إلى خمس وأربعين **(فإذا كانت ستاً وأربعين ففيها حقة)** وهي التي طعنت في الرابعة **(إلى ستين، فإذا كانت إحدى وستين ففيها جذعة)** وهي التي طعنت في الخامسة **(إلى خمس وسبعين، فإذا كانت ستاً وسبعين ففيها بنتا لبون إلى تسعين،**

موضع الشاة عند عدمها وهو مصرح، بخلاف ما قال وسننبهك عليه. ثم ظاهر الغاية في قوله إلى تسع كونها غاية للوجوب، وإنما يتمشى على قول محمد رحمه الله لأنه جعل الزكاة واجبة في النصاب. والعفو والغاية غاية إسقاط لأن المعنى وجوب الشاة مستمر إلى تسع. واعلم أن الواجب في الإبل هو الإناث أو قيمتها، بخلاف البقر والغنم فإنه يستوي فيه الذكورة والأنوثة قوله: **(بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله ﷺ)** منها كتاب الصديق رضي الله عنه لأنس بن مالك، رواه البخاري وفرقه في ثلاثة أبواب عن ثمامة: أن أنساً حدثه أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين: بسم الله الرحمن الرحيم. هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين والتي أمر الله بها رسوله، فمن سئلها من المسلمين فليعطها. على وجهها ومن سئل فوقه فلا يعطه. في أربع وعشرين من الإبل فما دونها من الغنم في كل خمس ذود شاة، فإذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى، فإذا بلغت ستاً وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى. فإذا بلغت ستاً وأربعين إلى ستين ففيها حقة طروقة الجمل، فإذا بلغت إحدى وستين إلى خمس وسبعين ففيها جذعة فإذا بلغت ستاً وسبعين إلى تسعين ففيها بنتا لبون فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل، فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين ابنة لبون. وفي كل خمسين حقة[(١)]. ثم ساق بقية الحديث في الغنم. ثم ذكر في الباب الثاني عن ثمامة وقال فيه: من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تؤخذ منه الحقة ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهماً، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة. فإنها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين، ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين. ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهماً أو شاتين[(٢)] انتهى. فقد

بأربعين درهماً. فإيجابها في خمس من الإبل كإيجاب الخمس في المائتين من الدراهم. قوله **(فإذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض)** على هذا اتفقت الآثار وأجمع العلماء، إلا ما روي شاذا عن علي رضي الله عنه أنه قال: في خمس وعشرين خمس شياه، وفي ست وعشرين بنت مخاض. قال سفيان الثوري: هذا غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه، أما علي فإنه

لا يتلو الوقص الوجوب فيما بين الأربعين والستين على ظاهر الرواية كما سيجيء قوله: **(وقيل في ذلك بأن الشرع)** أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: **(وإنما يجوز بالثني فصاعداً)** أقول: يعني من السديس والبازل قوله: **(بدليل أنه لا تجوز الأضحية بها الخ)** أقول: لئلا يقل الواجب أو ينقطع بالصرف إلى الأضحية.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٥٤ وأبو داود ١٥٦٧ والنسائي ٥/١٨ . ٢٣ . ٢٧ . ٢٩ وابن ماجه ١٨٠٠ وأبو يعلى ١٢٧ وابن حبان ٣٢٦٦ والحاكم ١/ ٣٩٠ . ١٣٩٢ والطحاوي ٢/ ٣٣ وابن الجارود ٣٤٢ وأحمد ١/ ١١ . ١٢ والدارقطني ٢/ ١١٣ . ١١٤ وابن خزيمة ٢٢٦١ و٢٢٧٩ و٢٢٨١ و٢٢٩٦ والبيهقي ٤/ ٨٦ كلهم عن ثمامة بن أنس عن أنس به. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وكذا صححه الدارقطني وقال: رجاله كلهم ثقات اهـ.

وقد توبع ثمامة. تابعه المثنى بن أنس. أخرجه الشافعي ١/ ٢٣٥ . ٢٣٦.

ابنة مخاض: من دخلت في الثانية. سميت بذلك لأنها تمخض بولد آخر.

ابنة لبون: دخلت في الثالثة. لأن الأم تصير لبوناً بوضع حمل آخر.

الحقّة: طعنت في الرابعة. سميت بذلك لأنها تستحق الضراب والحمل، والذكر: حِق. طروقة الجمل: بلغت مرحلة يطرقها الجمل في مثلها.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٥٣ بهذا اللفظ من حديث أنس عن أبي بكر.

فإذا كانت إحدى وتسعين ففيها حقتان إلى مائة وعشرين) بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله ﷺ **(ثم)** إذا زادت على مائة وعشرين **(تستأنف الفريضة)** فيكون في الخمس شاة مع الحقتين، وفي العشر شاتان، وفي خمس

جعل بدل كل شاة عند عدم القدرة عليها عشرة. وهذا يصرح بخلاف الاعتبار الذي اعتبره في المبسوط لأن الظاهر أنه إنما تجعل عند عدمها قيمتها إذ ذلك. ثم قال: وفي الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى مائة وعشرين شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين ففيها شاتان فإذا زادت على مائتين إلى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه. فإذا زادت على ثلاثمائة ففي كل مائة شاة شاة. فإذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها، وفي الرقة ربع العشر، فإذا لم تكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شيء إلا أن يشاء ربها[١]، وفي الباب الثالث عن ثمامة أن أنساً حدثه فساق الحديث، وفيه «لا يخرج في الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس إلا أن يشاء المصدّق»[٢] ورواه أبو داود في سننه حديثاً واحداً وزاد فيه: «وما كان من خلطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»[٣] وقد يوهم لفظ بعض الرواة فيه الانقطاع لكن الصحيح أنه صحيح، قاله البيهقي. ومن الكتب كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه فذكره على وفاق ما تقدم، وزاد فيه: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة»[٤] ولم يذكر الزهري عن سالم هذا الحديث ولم يرفعوه. وإنما رفعه سفيان بن حسين، وسفيان هذا أخرج له مسلم واستشهد به البخاري، وقد تابع سفيان على رفعه سليمان بن كثير، وهو ممن اتفق البخاري ومسلم على الاحتجاج بحديثه، وزاد فيه ابن ماجه قوله «وفي خمس وعشرين بنت مخاض: فابن لبون ذكر، فإن لم تكن بنت مخاض فابن لبون ذكر»[٥] وزاد فيه أبو داود زيادة من طريق ابن المبارك عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب قال: هذه نسخة كتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه في الصدقة وهي عند آل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال ابن شهاب: أقرأنيها سالم بن عبد الله بن عمر فوعيتها على وجهها، وهي التي انتسخ عمر بن عبد العزيز من عبد الله بن عبد الله بن عمر وسالم بن عبد الله بن عمر فذكر الحديث، وقال فيه: فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون حتى تبلغ تسعاً وعشرين ومائة، فإذا كانت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة حتى تبلغ تسعاً وثلاثين ومائة، فإذا كانت أربعين ومائة ففيها ثلاث حقاق حتى تبلغ تسعاً وخمسين ومائة. فإذا كانت ستين ومائة ففيها أربع بنات لبون حتى تبلغ تسعاً وستين ومائة، فإذا كانت سبعين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون وحقة حتى تبلغ تسعاً وسبعين ومائة، فإذا كانت ثمانين ومائة ففيها حقتان وبنتا لبون حتى تبلغ تسعاً وثمانين ومائة، فإذا كانت تسعين ومائة ففيها ثلاث حقاق وبنت لبون حتى تبلغ تسعاً وتسعين ومائة، فإذا بلغت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون. ثم ذكر سائمة الغنم[٦] على ما ذكر سفيان ابن حسين، وهذا مرسل كما أشار إليه الترمذي. وقد

أفقه من أن يقول هكذا، لأن في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما، وهو خلاف أصول الزكوات فإن مبناها على أن الوقص يتلو الوجوب. وقوله **(وهي التي طعنت)** أي دخلت **(في الثانية)** وإنما سميت بنت مخاض لمعنى في أمها لأن أمها صارت مخاضاً بأخرى: أي حاملاً، وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في أمها فإنها لبون بولادة أخرى، وسميت حقة لمعنى فيها وهو أنه لها أن تركب ويحمل عليها. وسميت جذعة بفتح الذال لمعنى في أسنانها معروف عند أرباب الإبل وهي أعلى الأسنان التي تؤخذ في زكاة الإبل، وبعده ثني وسديس وبازل، ولا يجب شيء من ذلك لنهى رسول الله ﷺ السعاة عن أخذ كرائم أموال الناس. واعلم أن من صفات الواجب في الإبل الأنوثة، قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الإناث إلا بطريق

---

(١) هذا تمام للرواية الأولى. تقدم قبل حديث.
(٢) هذا اللفظ عن البخاري ١٤٥٥ وتقدم مستوفياً.
(٣) صحيح. هو عند البخاري ١٤٥١ وأبي داود ١٥٦٧ عن ثمامة عن أنس به. اختصره البخاري.
(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ١٥٦٨ وابن ماجه ١٨٠٥ كلاهما من حديث ابن عمر. وإسناد أبي داود ضعيف، لضعف سفيان بن حسين لكن تابعه على الزهري سليمان بن كثير وهو ثقة. ثم إن هذا اللفظ عند البخاري ١٤٥٠ من حديث ثمامة عن أنس عن أبي بكر مرفوعاً به.
(٥) تقدم في الذي قبله.
(٦) هذه الرواية لأبي داود ١٥٧٠

عشرة ثلاث شياه، وفي العشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض، إلى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق، ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة، وفي العشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث شياه، وفي

اشتمل كتاب الصديق وكتاب عمر على هذه الألفاظ وهي: وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية، ولا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة[١]، ولا بأس ببيان المراد إذ كان مبني بعض الخلاف، وذلك إذا كان النصاب بين شركاء وصحت الخلطة بينهم باتحاد المسرح والمرعى والمراح والراعي والفحل والمحلب تجب الزكاة فيه عنده لقوله ﷺ «لا يجمع بين متفرق»[٢] الحديث. وفي عدم وجوب تفريق المجتمع، وعندنا لا تجب وإلا لو وجبت على كل واحد فيما دون النصاب. لنا هذا الحديث، ففي الوجوب الجمع بين الأملاك المتفرقة إذ المراد الجمع والتفريق في الأملاك لا الأمكنة، ألا ترى أن النصاب المفرق في أمكنة مع وحدة الملك تجب فيه، ومن ملك ثمانين شاة ليس للساعي أن يجعلها نصابين بأن يفرقها في مكانين، فمعنى لا يفرق بين مجتمع: أنه لا يفرق الساعي بين الثمانين مثلاً أو المائة والعشرين ليجعلها نصابين وثلاثة، ولا يجمع بين متفرق: لا يجمع مثلاً بين الأربعين المتفرقة بالملك بأن تكون مشتركة ليجعلها نصاباً والحال أن لكل عشرين. قال: وما كان بين خليطين الخ، قالوا أراد به إذا كان بين رجلين إحدى وستون مثلاً من الإبل لأحدهما ست وثلاثون وللآخر خمس وعشرون، فأخذ المصدق منها بنت لبون وبنت مخاض فإن كل واحد يرجع إلى شريكه بحصة ما أخذه الساعي من ملكه زكاة شريكه. والله أعلم. ومنها كتاب عمرو بن حزم أخرجه النسائي في الديات وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على أهل اليمن، وهذه نسختها: بسم الله الرحمن الرحيم. من محمد النبي ﷺ إلى شرحبيل بن عبد كلال قيل ذي رعين ومعافر وهمدان، أما بعد: فقد رجع رسولكم وأعطيتم من المغانم خمس الله، وما كتب الله عز وجل على المؤمنين من العشر في العقار وما سقت السماء، وما كان سيحاً أو كان بعلاً ففيه العشر إذا بلغ خمسة أوسق، وما سقى بالرشاء والدالية ففيه نصف العشر، وفي كل خمس من الإبل سائمة شاة إلى أن تبلغ أربعاً وعشرين، فإذا زادت واحدة على أربع وعشرين ففيها بنت مخاض، فإن لم توجد ابنة مخاض فابن لبون ذكر وساقه كما تقدم وفيه: وفي كل ثلاثين باقورة تبيع أو جذعة، وما كل أربعين باقورة بقرة. ثم ذكر صدقة الغنم وفيه: وفي كل خمس أواق من الورق خمسة دراهم، وما زاد ففي كل أربعين درهماً درهم، وليس فيما دون خمسة أواق شيء، وفي كل أربعين ديناراً دينار» وفي الكتاب أيضاً: «إن أكبر الكبائر عند الله يوم القيامة الإشراك بالله، وقتل النفس المؤمنة بغير حق، والقرار في سبيل الله يوم الزحف، وعقوق الوالدين، ورمي المحصنة، وتعلم السحر، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، ثم ذكر جملاً في الديات»[٣] قال النسائي:

القيمة وقيل في ذلك بأن الشرع جعل الواجب في نصاب الإبل الصغار دون الكبار، بدليل أنه لا تجوز الأضحية بها وإنما تجوز بالثني فصاعداً، وكان ذلك تيسيراً لأرباب المواشي، وجعل الواجب أيضاً من الإناث لأن الأنوثة تعد فضلاً في الإبل فصار الواجب وسطاً؛ وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم تعين الأنوثة في البقر والغنم لأن الأنوثة فيهما تعد فضلاً. وقوله: **(تستأنف الفريضة)** تفسير الاستئناف أنه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمساً فإذا بلغت خمساً كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان، فقوله مع الحقتين قيد فيما يأتي بعده إلى قوله بنت مخاض. وقوله: **(إلى مائة وخمسين)** يعني إن أول النصاب فتكون جملة النصاب مائة وخمسة وأربعين لحقتين وبنت مخاض فإذا زادت على ذلك خمسة صارت مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق. وقوله: **(ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة)** يعني مع ثلاث حقاق، وكذلك فيما بعده. وقوله: **(ثم تستأنف الفريضة أبداً كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين)** قيده بذلك احترازاً عن

---

(١) تقدم بحبل حديثين.

(٢) هو المتقدم.

(٣) هذا خبر قوي، جاء من عدة طرق وتلقته الأئمة بالقبول، ويأتي مستوفياً في الديات، وفي أروش الجنايات. وسليمان بن أرقم تابعه غير واحد، وقد ذكر ابن الهمام في تقوية هذا الخبر ما فيه كفاية. وانظر نصب الراية ٢/٣٣٦. ٣٤٠. ٣٤١. ٣٤٢. ٣٤٣. ٣٤٤.

العشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض، وفي ست وثلاثين بنت لبون، فإذا بلغت مائة وستاً وتسعين ففيها أربع حقاق إلى مائتين ثم تستأنف الفريضة أبداً كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا. وقال الشافعي: إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون، فإذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون، ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات فتجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين

وسليمان بن أرقم متروك، وقد رواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن عبد الله بن أبي بكر به، وأخرجه الدارقطني عن إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد ابن أبي بكر به، ورواه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك. كلاهما عن سليمان بن داود حدثني الزهري به. قال الحاكم: إسناده صحيح وهو من قواعد الإسلام، وقال أحمد في كتاب عمرو بن حزم صحيح. قال ابن الجوزي: يشير بالصحة إلى هذه الرواية لا إلى غيرها، وقال بعض الحفاظ في نسخة كتاب عمرو بن حزم: تلقتها الأمة بالقبول وهي متوارثة كنسخة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وهي دائرة على سليمان بن أرقم وسليمان بن داود وكلاهما ضعيف. لكن قال الشافعي في الرسالة: لم يقبلوه حتى تثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ. وقال يعقوب بن سفيان الفسوي: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة أصح منه. فإن أصحاب النبي ﷺ والتابعين يرجعون إليه ويدعون آراءهم اهـ. وتضعيف سليمان بن داود الخولاني معارض بأنه أثنى جماعة من الحفاظ عليه منهم أحمد وأبو حاتم وأبو زرعة وعثمان بن سعيد الدارمي وابن عدي قوله: (**إلى مائتين**) وإذا صارت مائتين فهو بالخيار إن شاء أدى أربع حقاق وإن شاء خمسة بنات لبون قوله: (**كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين**) يعني في خمس شاة مع الأربع حقاق أو الخمسة بنات لبون، وفي عشر شاتان معها، وفي خمسة عشر ثلاث شياه معها، وفي عشرين أربع معها، فإذا بلغت مائتين وخمساً وعشرين، ففيها بنت مخاض معها، إلى ست وثلاثين فبنت لبون معها، إلى ست وأربعين ومائتين ففيها خمس حقاق حينئذ إلى مائتين وخمسين، ثم تستأنف كذلك، ففي مائتين وست وتسعين ستة حقاق إلى ثلاثمائة وهكذا، وهو احتراز عن الاستئناف الأول قوله: (**لما روى أنه عليه الصلاة والسلام الخ**)[1] تقدم في كتاب أبي بكر في البخاري وأحمد مع الشافعي وعن مالك روايتان كمذهبنا وكمذهب الشافعي قوله: (**ولنا أنه عليه الصلاة والسلام**) روى أبو داود في المراسيل وإسحق بن راهويه في مسنده والطحاوي في مشكله عن حماد بن سلمة: قلت لقيس بن سعد: خذ لي كتاب محمد بن عمرو بن حزم، فأعطاني كتاباً أخبر أنه أخذه من أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وأخبر أن النبي ﷺ كتبه لجده. فقرأته فكان فيه ذكر ما يخرج من فرائض الإبل، فقص الحديث إلى أن بلغ عشرين ومائة، فإذا كانت أكثر من عشرين ومائة فإنها تعاد إلى أول فريضة الإبل[2]، ودفعت هذه الرواية بمخالفتها الرواية الأخرى عنه مما قدمناه، ورواية الصحيح من كتاب الصديق والأثر الذي رواه الطحاوي عن ابن مسعود بما يوافق مذهبنا طعن فيه بالانقطاع من مكانين وضعف بخصيف، وما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن سفيان عن أبي إسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي كمذهبنا عورض بأن شريكاً رواه عن أبي إسحق عن عاصم عن علي قال: إذا زادت الإبل على

الاستئناف الذي بعد المائة والعشرين فإن ذلك ليس فيه إيجاب بنت لبون ولا إيجاب أربع حقاق لعدم نصابهما لأنه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة وأربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين، فلما زاد عليها خمس وصارت مائة وخمسين وجب ثلاث حقاق. وقوله: (**وهذا**) أي الاستئناف بعد المائة والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين (**مذهبنا**) وهو مذهب علي وابن مسعود وقال الشافعي: (**إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون، فإذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون، ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات فيجب في**

---

(١) تقدم في أول هذا الباب الحديث الثاني. صحيح.
(٢) تقدم قبل حديث. ويأتي في الديات.

حقة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كتب «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون» من غير شرط عود ما دونها. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن

عشرة ومائة ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين ابنة لبون، إلا أن سفيان احفظ من شريك ولو سلم لا يقاوم ما تقدم قلنا إن سلم فإنما يتم لو معارضاً وليس كذلك لأن ما تثبته هذه الرواية من التنصيص على عود الفريضة لا يتعرض ما تقدم لنفيه ليكون معارضاً، إنما فيه: إذا زادت على عشرين ومائة ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون، ونحن نقول به لأنا أوجبنا كذلك، إذ الواجب في الأربعين هو الواجب في ست ثلاثين، والواجب في خمسين هو الواجب في ست وأربعين، ولا يتعرض هذا الحديث لنفي الواجب عما دونه فنوجبه بما رويناه، وتحمل الزيادة فيما رواه على الزيادة الكثيرة جمعاً بين الأخبار، ألا ترى إلى ما رواه الزهري عن سالم عن أبيه أنه قال «كان رسول الله ﷺ قد كتب الصدقة ولم يخرجها إلى عماله حتى توفي فأخرجها أبو بكر من بعده فعمل بها حتى قبض، ثم أخرجها عمر فعمل بها، ثم أخرجها عثمان فعمل بها، ثم أخرجها علي فعمل بها، فكان في إحدى الروايتين: في إحدى وتسعين حقتان إلى عشرين ومائة، فإذا كثرت الإبل ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون»[1] الحديث، ورواه أبو داود والترمذي. قال في شرح الكنز: وقد وردت أحاديث كلها تنص على وجوب الشاة بعد المائة والعشرين ذكرها في الغاية قوله: (والبخت والعراب) جمع عربي للبهائم وللأناس عرب، ففرقوا بينهما في الجمع، والعرب مستوطنو المدن والقرى العربية، والأعراب أهل البدو. واختلف في نسبتهم، والأصح أنهم نسبوا إلى عربة بفتحتين وهي من تهامة لأن أباهم إسماعيل عليه السلام نشأ بها، كذا في المغرب.

وهذه تتمة في زكاة العجاف: لا شك أن الواجب الأصلي هو الوسط مع مراعاة جانب الفقراء ورب المال، فإيجابه فيما إذا كان الكل عجافاً إجحاف به فوجب الإيجاب بقدره، وهذا تفصيله، فإذا كان له خمس من الإبل فيها بنت مخاض وسط أو أعلى منها سناً لكنها النقصان حالها تعدلها ففيها شاة وسط، فإن لم يكن فيها ما يساويها نظر إلى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة أفضلها، فما كان بينهما من التفاوت اعتبر مثله في الشاة الواجبة بالنسبة إلى الشاة الوسط، مثلاً لو كان قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة أفضلها خمس وعشرون فالتفاوت بالنصف فتجب شاة قيمتها نصف قيمة الشاة الوسط، وعلى هذا فقس، فلو كانت الإبل خمساً وعشرين حقاق أو جذاع أو بنات مخاض أو بوازل، فإن كان فيها بنت مخاض وسط أو ما يساويها في القيمة وجبت بنت مخاض وسط، وإن شاء دفع التي تساويها، وإن كان حقة أو أعلى منها بطريق القيمة وإن لم يكن فيها ما يساويها ولا هي فالواجب بنت مخاض

كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة) واستدل على ذلك بما روي أنه عليه الصلاة والسلام كتب «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون» ولم يشترط عود ما دونها يعني من غير أن يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ومن غير أن يوجب في الخمس شاة. ولنا حديث قيس بن سعد رضي الله عنه قال: قلت لأبي بكر محمد بن عمرو بن حزم: أخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم، فأخرج كتاباً في ورقة وفيه: «فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة، فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة» فيعمل بالزيادة إذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك. وقد عملنا بحديثهم أيضاً لأنا أوجبنا في الأربعين بنت لبون، فإن الواجب في الأربعين ما هو الواجب في ست وثلاثين، وكذلك أوجبنا في خمسين حقة. وقوله: (والبخت والعراب سواء) البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب إلى بختنصر والعراب جمع عربي وإنما كانا سواء لأن اسم الإبل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصنف لا يخرجهما من النوع.

---

(١) حسن. أخرجه داود ١٥٦٨ وابن ماجه ١٧٩٨ عن ابن عمر به وإسناده ابن ماجه حسن وتقدم قبل قليل ومن طريق أبو داود أخرجه الترمذي ٦٢١ مطولاً.

حزم «فما كان أقل من ذلك، ففي كل خمس ذود شاة» فنعمل بالزيادة (والبخت والعراب سواء) في وجوب الزكاة لأن مطلق الاسم يتناولهما.

تساوي أفضلها، ولو كانت ستاً وثلاثين بنات مخاض أو حقاق أو جذاع أو بوازل، فإن كان فيها ثنتان تعد لأن بنتي مخاض وسط وجب فيها بنت لبون وسط لم يكتف هنا بوجود واحدة تعدل بنت مخاض وسط لإيجاب بنت لبون وسط لأن الواجب هنا ليس بنت مخاض بل بنت لبون، وربما كان التفاوت بينهما يأتي على أكثر نصاب العجاف فوجب ضم أخرى تعدل بنت مخاض وسط، فلو لم يكن فيها ما يعدل بنت مخاض وجب بنت لبون بقدرها، وطريقه أن ينظر إلى قيمة مخاض وسط وإلى قيمة بنت لبون وسط، فما تفاوت به اعتبر زيادة على بنت لبون تساوي أفضلها مما يليها في الفضل منها، مثلاً كانت قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة بنت اللبون خمسة وسبعون فالواجب بنت لبون تساوي أفضلها ونصف قيمة التي تليها في الفضل، حتى لو كان أفضلها يساوي عشرين وتليه أخرى تساوي عشرة وجب بنت لبون تساوي عشرين وخمسة دراهم، ولو كانت خمسين ليس فيها ما يساوي بنت مخاض وسط نظر إلى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة حقة وسط، فما وقع به التفاوت اعتبر في التي تلي أفضلها، فيجب ذلك مع أفضلها أيضاً كما ذكر في بنت اللبون مع بنت المخاض، حتى لو كان قيمة بنت المخاض خمسين والحقة ثمانين ففيها حقة تساوي أفضلها وثلاثة أخماس التي تليها في الفضل، ولو كانت الحقة بتسعين وبنت المخاض خمسين وفي الإبل بنت مخاض تساوي خمسين وأخرى تساوي ثلاثين فالواجب حقة تساوي أربعة وسبعين ليكون مثل أفضلها وأربعة أخماس التي تليها، ولو كانت قيمة بنت المخاض خمسين والحقة مائة وفي الإبل ثلاث تساوي كل ثلاثين ثلاثين ففيها حقة تساوي ستين مثل ثنتين من أفضلها لأن التفاوت الذي بين الحقة وبنت المخاض الضعف. وإنما جعلنا بنت المخاض حكماً في الباب في كل الصور لأنها أدنى سن يتعلق به الوجوب، والزيادة عليها عفو، ولم يكتف بوجود واحدة منها تساوي بنت مخاض وسط لإيجاب ما زاد على بنت المخاض لما ذكرنا.

فصل في البقر

(ليس في أقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة، فإذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع أو تبيعة) وهي التي طعنت في الثانية **(وفي أربعين مسن أو مسنة)** وهي التي طعنت في الثالثة. بهذا أمر رسول الله ﷺ

فصل في البقر

قدمها على الغنم لقربها من الإبل في الضخامة، والبقر من بقر إذا شق، سمي به لأنه يشق الأرض وهو اسم جنس، والتاء في بقرة للواحدة فيقع على الذكر والأنثى لا للتأنيث قوله: **(ففيها تبيع)** سمى الحوليّ من أولاد البقر به لأنه يتبع أمه بعد، والمسن من البقر والشاة ما تمت له سنتان، وفي الإبل ما دخل في السنة الثامنة، ثم لا تتعين الأنوثة في هذا الباب ولا في الغنم، بخلاف الإبل لأنها لا تعد فضلاً فيهما بخلاف الإبل، ثم إن وجد في الثلاثين تبيع وسط وجب هو، أو ما يساويه وجب تبيع يساوي الوسط، وإن شاء دفعه بطريق القيمة عن تبيع، وإن كان الكل عجافاً ليس فيها ما يساوي تبيعاً وسطاً وجب أفضلها، ولو كانت البقر أربعين وفيها مسنة وسط أو ما يساويها فعلى ما عرف في الثلاثين، وإن كان الكل عجافاً وجب أن ينظر إلى قيمة تبيع وسط لأنه المعتبر في نصاب البقر وما فضل عنه عفو وإلى قيمة مسنة وسط، فما وقع به التفاوت وجب نسبته في أخرى تلي أفضلها في الفضل، مثلاً لو كانت قيمة التبيع الوسط أربعين وقيمة المسنة الوسط خمسين تجب مسنة تساوي أفضلها وربع التي تليها في الفضل، حتى لو كانت قيمة أفضلها ثلاثين والتي تليها عشرين تجب مسنة تساوي خمسة وثلاثين، ولو كانت ستين عجافاً ليس فيها ما يساوي تبيعان وسطاً ففيها تبيعان من أفضلها إن كانا، وإلا فاثنان من أفضلها، وإن كان فيها تبيع وسط أو ما يساويه وجب التبيع الوسط وآخر من أفضل الباقي قوله: **(بهذا أمر رسول الله ﷺ معاذاً)** أخرج أصحاب السنن الأربعة عن مسروق عن معاذ بن جبل «أن النبي ﷺ لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعاً أو تبيعة. ومن كل أربعين مسنة، ومن كل حالم» يعني محتلماً «ديناراً أو عدله من المعافر ثياب تكون باليمن»[1] حسنه الترمذي. ورواه بعضهم مرسلاً وهذا أصح، ويعني بالدينار من الحالم الجزية، ورواه ابن حبان في

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لمناسبتها ضخامة وقيمة، وهو مشتق من بقر إذا شق، وسمي به البقر لأنه يشق الأرض، ولا خلاف في أن الثلاثين والأربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب. واختلفت الرواية فيما زاد على الأربعين على ما يذكر. والتبيع من ولد البقر ما يتبع أمه، والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان، وإنما خير بين الذكر والأنثى لأن الأنوثة في البقر لا تعد فضلاً كما تقدم. وقوله: **(بهذا)** أي بما ذكرنا من التبيع والتبيعة في ثلاثين والمسن والمسنة في أربعين **(أمر رسول الله ﷺ معاذاً، فإذا زادت على الأربعين)** فقد روي عن أبي حنيفة ثلاث روايات. ففي رواية الأصل **(يجب في الزيادة**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٧٨ والترمذي ٦٢٣ والنسائي ٥/ ٢٥ . ٢٦ وابن ماجه ١٨٠٣ وأحمد ٥/ ٢٣٠ وعبد الرزاق ٦٨٤١ والطيالسي ٥٦٧ والدارمي ١/ ٣٨٢ والحاكم ١/ ٣٩٨ وابن حبان ٤٨٨٦ والبيهقي ٤/ ٩٨ و ٩/ ١٩٣ من طرق كلهم عن شقيق عن مسروق عن معاذ مرفوعاً. حسنه الترمذي وصححه الحاكم وأقره الذهبي وأخرجه أبو داود ١٥٧٧ والدارقطني ٢/ ١٠٢ والبيهقي ٤/ ٩٨ عن النخعي عن مسروق عن معاذ به، وأخرجه الدارمي ١/ ٣٨٢ والبيهقي ٩/ ١٨٧ عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ به، وأخرجه أحمد ٥/ ٢٣٣ ـ ٢٤٧ وأبو داود ١٥٧٦ والنسائي ٥/ ٢٠٦ وابن أبي شيبة ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٩/ ١٩٣ عن أبي وائل عن معاذ، والدارمي ١/ ٣٨١ وابن أبي شيبة ٣/ ١٢٧ والنسائي ٥/ ٢٦ والبيهقي ٤/ ٩٨ و٩/ ١٩٣ عن النخعي عن معاذ وأخرجه مالك ١/ ٢٥٩ والشافعي ١/ ٢٣٧ والبيهقي ٤/ ٩٨ كلهم عن طاوس عن معاذ. وقال الشافعي: طاوس عالم بأمر معاذ وإن لم يلقه لكثرة من لقيه معن أدرك معاذاً، وهذا معا لا أعلم من أحد فيه خلافاً اهـ وجاء في نصب الراية ٢/ ٣٤٦ ـ ٣٤٧ ما ملخص. حديث مسروق عن معاذ متصل صحيح ثابت، وقوله ابن حزم، وقال ابن القطان: يجب على أصولهم أن يحكم على حديث مسروق بالاتصال بحكم حديث. المتعاصرين الذين لم يعلم انتفاء اللقاء بينهما، وهو مذهب الجمهور اهـ. وقد ذكر ابن الهمام كلاماً أطول من هذا فأغنى عن إعادته. والحديث أقل مراتبه أن يكون حسناً وانظر نصب الراية: فقد أطال الكلام عليه رحمه الله، وكذا ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٥٢ . ١٥٣ وختمه بقول ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أن السنة في زكاة البقر على ما في حديث معاذ هذا. وأن النصاب المجمع عليه فيها اهـ.

معاذاً رضي الله عنه (**فإذا زادت على أربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين**) عند أبي حنيفة؛ ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة، وفي الاثنتين نصف عشر مسنة، وفي الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة. وهذه رواية الأصل لأن العفو ثبت نصاً بخلاف القياس ولا نص هنا، وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين، ثم

صحيحه والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرّجاه. وأعله عبد الحق بأن مسروقاً لم يلق معاذاً، وصرح ابن عبد البر بأنه متصل، وأما ابن حزم فإنه قال في أول كلامه إنه منقطع وإن مسروقاً لم يلق معاذاً، وقال في آخره: وجدنا حديث مسروق إنما ذكر فيه فعل معاذ باليمن في زكاة البقر، ومسروق عندنا بلا شك أدرك معاذاً بسنه وعقله وشاهد أحكامه يقيناً وأفتى في زمن عمر وأدرك النبي ﷺ، وهو رجل كان باليمن أيام معاذ بنقل الكافة من أهل بلده عن معاذ في أخذه لذلك على عهد النبي ﷺ انتهى، وحاصله أنه يجعله بواسطة بينه وبين معاذ، وهو ما فشا من أهل بلده أن معاذاً أخذ كذا وكذا. والحق قول ابن القطان إنه يجب أن يحكم بحديثه عن معاذ على قول الجمهور في الاكتفاء بالمعاصرة ما لم يعلم عدم اللقي. وأما على ما شرطه البخاري وابن المديني من العلم باجتماعهما ولو مرة فكما قال ابن حزم والحق خلافه، وعلى كلا التقديرين يتم الاحتجاج به على ما وجهه ابن حزم قوله: (**وهذه رواية الأصل**) عن أبي حنيفة فيما زاد على الأربعين ثلاث روايات: هذه، ورواية الحسن أن لا شيء حتى تبلغ خمسين، والرواية الثالثة كقولهما. وجه الأولىٰ عدم المسقط مع أن الأصل أن لا يخلي المال عن شكر نعمته بعد بلوغه النصاب. وجه هذه منعه بل قد وجد وهو ما رواه الدارقطني والبزار من حديث بقية عن المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال «بعث رسول الله ﷺ معاذاً إلى اليمن، فأمره أن يأخذ من كل ثلاثين من البقر تبيعاً أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة، قالوا فالأوقاص؟ قال: ما أمرني رسول الله ﷺ فيها بشيء. وسأسأله إذا قدمت عليه، فلما قدم على رسول الله ﷺ سأله فقال: ليس فيها شيء» قال المسعودي: والأوقاص ما بين الثلاثين إلى أربعين والأربعين إلى ستين[1]. وفي السند ضعف. وفي المتن أنه رجع فوجده عليه الصلاة والسلام حياً، وهو موافق لما في معجم الطبراني، وفي سنده مجهول وفيه أعني معجم الطبراني حديث آخر من طريق بن وهب عن حيوة بن شريح عن يزيد بن أبي حبيب عن سلمة بن أسامة عن يحيى بن الحكم أن معاذاً قال «بعثني رسول الله ﷺ أصدق أهل اليمن، فأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً. ومن كل أربعين مسنة، ومن الستين تبيعين، ومن السبعين مسنة وتبيعاً، وأمرني أن لا آخذ فيما بين ذلك شيئاً إلا أن يبلغ مسنة أو جذعاً»[2] وهو مرسل، وسلمة بن

بقدر ذلك إلى ستين) ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة (**وفي الثنتين نصف عشر مسنة**) وذلك جزء من أربعين جزءاً من مسنة لأن الأربعة عشر للأربعين وربع الأربعة واحد فيكون ربع العشر جزءاً من أربعين جزءاً ونصف العشر جزأين من أربعين جزءاً لأن عشر الأربعين أربعة ونصف الأربعة اثنان. وفي رواية الحسن عنه: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين، ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع، وفي رواية أسد بن عمرو وعنه وهو قول أبي يوسف ومحمد: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين. وجه الأول أن العفو فيما بين الثلاثين والأربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصاً، بخلاف القياس لما فيه من إخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو إطلاق قوله تعالى ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾ وقيام الأهلية ولا نص ههنا فأوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص، وإن كان خلاف موضوع الزكاة ضرورة تعذر إخلائه عن الواجب. ووجه رواية الحسن أن مبنى هذا

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٩٩ والبزار ٨٩٢ كلاهما من حديث طاوس عن ابن عباس به.
قال الحافظ في التلخيص ٢/ ١٥٢: وهذا موصول إلا أن المسعودي اختلط، وتفرد عنه بوصله بقية بن الوليد، وتابعه الحسن بن عمارة وهو ضعيف.

(٢) ضعيف. أخرجه أحمد ٥/ ٢٤٠ والطبراني كما في نصب الراية ٢/ ٣٤٩ كلاهما عن يحيى بن الحكم أن معاذاً.. فذكره. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: فيه إرسال، وسلمة بن أسامة ويحيى غير مشهورين اهـ نصب الراية ٢/ ٣٤٩.

فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع، لأن مبنى هذا النصاب على أن يكون بين كل عقدين وقص، وفي كل عقد واجب. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين، وهو رواية عن أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً» وفسروه بما بين أربعين إلى ستين. قلنا: قد قيل إن المراد منها الصغار **(ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان، وفي سبعين مسنة وتبيع، وفي ثمانين مسنتان، وفي تسعين ثلاثة أتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع إلى مسنة ومن مسنة إلى تبيع)** لقوله عليه الصلاة والسلام «في كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وفي كل أربعين مسن أو مسنة» **(والجواميس والبقر سواء)** لأن اسم البقر يتناولهما إذ هو نوع منه، إلا أن أوهام الناس لا تسبق إليه في ديارنا لقلته، فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل لحم بقر، والله أعلم.

أسامة ويحيى بن الحكم غير مشهورين، ولم يذكرهما ابن أبي حاتم في كتابه، واعترض أيضاً بأن معاذاً لم يدركه عليه الصلاة والسلام حياً. في الموطإ عن طاوس «أن معاذاً» الحديث وفيه «فتوفي النبي ﷺ قبل أن يقدم معاذ»[1] وطاوس لم يدرك معاذاً. وأخرج في المستدرك عن ابن مسعود قال «كان معاذ بن جبل شاباً جميلاً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً، ولم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فلزمه غرماؤه حتى تغيب عنهم أياماً في بيته، فاستأذنوا عليه رسول الله ﷺ فأرسل في طلبه، فجاء معه غرماؤه» فساق الحديث إلى أن قال «فبعثه إلى اليمن وقال له: لعل الله أن يجبرك ويؤدي عنك دينك، فخرج معاذ إلى اليمن فلم يزل بها حتى توفي رسول الله ﷺ ثم رجع معاذ»[2] الحديث بطوله. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وفي مسند أبي يعلى أنه قدم فسجد للنبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: «يا معاذ ما هذا؟ قال: وجدت اليهود والنصارى باليمن يسجدون لعظمائهم وقالوا هذا تحية الأنبياء، فقال عليه الصلاة والسلام: كذبوا على أنبيائهم، لو كنت آمر أحداً أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[3] وفي هذا أن معاذاً أدركه عليه الصلاة والسلام حياً قوله: **(قد قيل إن المراد بها الصغار)** فتعارض التفسيران، فلا تسقط الزكاة بالشك بعد تحقق السبب، ثم إن كان خلاف القياس من حيث إنه إيجاب الكسور فقولهما مخالفه من وجهين: إثبات العفو بالرأي، وكونه خارجاً عن النظير في بابه، فإن الثابت في هذا الباب جعل العفو تسعاً تسعاً، والكسور في الجملة لها وجود في النقدين، لكن دفع المصنف هذا ينتفي بما صرح به في رواية الطبراني من قوله «وأمرني أن لا آخذ فيما بين ذلك شيئاً إلا أن تبلغ مسنة أو جذعاً» وهكذا رواه القاسم بن سلام في كتاب الأموال، لكن تمام هذا موقوف على صحة هذه الرواية أو حسنها، والله أعلم.

النصاب: أي نصاب البقر على أن يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الأربعين وبعد الستين فيكون بين الأربعين والخمسين كذلك لكنه يخير بين إعطاء ربع مسنة وثلث تبيع لأن الزيادة على الأربعين عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع أربعين فيخير بينهما. ووجه رواية أسد وهو قولهما قوله ﷺ لمعاذ بن جبل: «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً» وفسروه بما بين أربعين إلى ستين، والأوقاص جمع وقص بفتح القاف، وهو ما بين الفريضتين. قلنا: قد قيل إن المراد بها الصغار: يعني أن المراد بالأوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك، وقوله: **(ثم في الستين تبيعان)** الخ ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

---

(١) هو في الموطأ ١/ ٢٥٩ ومسند الشافعي ١/ ٢٣٧ والبيهقي ٤/ ٩٨ عن طاوس عن معاذ، وتقدم كلام الشافعي في هذا في حديث معاذ الأول. وأن طاوساً أدرك جماعة أدركوا معاذاً.

(٢) يأتي تخريجه في الديون باب الإفلاس. وهو حديث حسن من جهته الإسناد وإلا أن القلب من متنه. والله أعلم.

(٣) ضعيف هكذا، وأخرجه أحمد ١/ ٣٨١ من حديث عبد الله بن أبي أوفى بإسناد جيد رجاله رجال مسلم، وليس فيه أنه سجد، وكرره من وجه آخر وفيه فقال معاذ: نحن أحق أن نصنع هذا بنبينا اهـ. وليس فيه ذكر السجود. ورواه البزار والطبراني كما في المجمع ٤/ ٣١٠ من حديث زيد بن أرقم. وفيه: أفلا تسجد لك؟ الحديث. وليس فيه أنه سجد وإسناده حسن، وله طرق أخرى. وأكثر هذه الروايات تذكر أن معاذاً كان قادماً من الشام لا من اليمن، فالخبر كما ساقه المصنف ضعيف.

فصل في الغنم

(ليس في أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة، فإذا كانت أربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه، فإذا بلغت أربعمائة ففيها أربع شياه، ثم في كل مائة شاة شاة) هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله ﷺ، وفي كتاب أبي بكر رضي الله

فصل صدقة الغنم

سميت بذلك لأنه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب قوله: (هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله ﷺ)وفي كتاب أبي بكر تقدم في صدقة الإبل فارجع إليه قوله: (والضأن والمعز سواء) أي في تكميل النصاب لا في أداء الواجب، وسنذكر الفرق بينهما في ذلك آخر الباب، والمتولد من ظبي ونعجة له حكم أمه فيكون شاة. وفي العجاف إن كانت ثنية وسط تعينت وإلا واحدة من أفضلها، فإن كانت نصابين أو ثلاثة كمائة وإحدى وعشرين أو مائتين وواحدة وفيها عدد الواجب وسط تعينت هي أو قيمتها، وإن بعضه تعين هو وكمل من أفضلها بقية الواجب فتجب الواحدة الوسط وواحدة أو ثنتان عجفاوان بحسب ما يكون الواجب والموجود مثلاً له مائة وإحدى وعشرين وعنده ثنية وسط وجبت هي وأخرى عجفاء، أو مائتان وواحدة وعنده ثنتان سمينتان تعينتا مع عجفاء، أو واحدة تعينت مع عجفاوين من أفضل البواقي، ولو هلكت السمينة بعد الوجوب جعلت كأن لم تكن عند أبي حنيفة، ووجبت عجفاوان بناء على صرف الهالك إلى النصاب الأخير وجعل الهالك كأن لم يكن، وعندهما بهلاك السمينة ذهب فضل السمن فكأن الكل كانت عجافاً ووجب فيها ثلاث عجاف فتسقط ثلاثة أجزاء من ثلاث شياه كل شاة مائتا جزء وجزء، ويبقى الباقي بناء على أن الواجب واجب في الكل من النصاب والعفو وصرف الهلاك إلى الكل على الشيوع، ولو هلك العجاف كلها وبقيت السمينة فعنده لما وجب الصرف إلى النصاب الزائد على الأول صار كأنه حال الحول على أربعين ثم هلك الكل إلا السمينة فيبقى الواجب جزء من أربعين جزءاً من شاة وسط وسقط

فصل في الغنم

قدم فصل زكاة الغنم على الخيل، إما لكون الحاجة إلى بيانه أمسّ لكثرته، وإما لكونه متفقاً عليه، والغنم اسم جنس يقع على الذكر والأنثى، وما في الكتاب ظاهر إلا كلمات تذكرنا. قوله (والضأن والمعز سواء) يعني في تكميل النصاب لا في أداء الواجب لما سنذكر أن الجذع من المعز لا يجوز. وقوله: (لأن النص ورد به) يعني ما كتب في كتاب رسول الله ﷺ «في أربعين من الغنم شاة» الحديث. وقوله: (والجذع ما أتى عليه أكثرها) روي عن أبي علي الدقاق أنه ما طعن في الشهر التاسع. وعن أبي عبد الله الزعفراني أنه ما طعن في الشهر الثامن. وذكر في شرح الأقطع قال الفقهاء: إن الجذع من الغنم ما تمت له ستة أشهر. هذا تفسير علماء الفقه. وعن الأزهري: الجذع من المعز لستة أشهر، ومن الضأن ثمانية أشهر، والثني الذي ألقى ثنيته، وهو من الإبل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة، ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة، ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة، وهو في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي، هذا تفسير أهل اللغة، وقوله: (وعن أبي حنيفة وهو قولهما) يريد به ما روى الحسن عنه. وقوله: (ولأنه يتأدى به الأضحية فكذا الزكاة) يعني أن باب الأضحية أضيق، ألا ترى أن التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز أخذهما في الزكاة فإذا كان للجذع مدخل في الأضحية ففي الزكاة أولى، وقوله: (وجواز التضحية) جواب عن قوله ولأنه يتأدى به الأضحية يعني أن جواز التضحية بالجزع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله ﷺ «نعمت الأضحية الجذع من الضأن» فلا يتعداها، والزكاة ليست في معناها، إذ المقصود بها إراقة الدم، والجذع يقارب الثني في ذلك، ولا كذلك الزكاة فلا تلحق بالأضحية دلالة.

فصل في الغنم

قوله: (وهو في كلها بعد الجذع الخ) أقول: قوله هو راجع إلى قوله والثني الخ المذكور قبل سطرين قوله: (والجذع يقارب الثني في ذلك) أقول: يعني لا يقارب في القيمة.

عنه[١]. وعليه انعقد الإجماع **(والضأن والمعز سواء)** لأن لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به. ويؤخذ الثني في زكاتها ولا يؤخذ الجذع من الضأن إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة. والثني منها ما تمت له سنة، والجذع ما أتى عليه أكثرها. وعن أبي حنيفة وهو قولهما إنه يؤخذ عن الجذع لقوله عليه الصلاة والسلام «إنما حقنا الجذع والثني» ولأنه يتأدى به الأضحية فكذا الزكاة، وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً «لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني فصاعداً» ولأن الواجب هو الوسط وهذا من الصغار، ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز، وجواز التضحية به عرف نصاً. والمراد بما روي الجذعة من الإبل **(ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والإناث)** لأن اسم الشاة ينتظمهما. وقد قال عليه الصلاة والسلام «في أربعين شاة شاة».

الباقي. وعندهما تبقى حصتها من كل الواجب وكل الواجب سمينة وعجفاوان كل شاة مائتا جزء وجزء. وحصتها جزء من السمينة وجزءان من العجفاوين قوله: **(والنص ورد به)** أي باسم الغنم في كتاب أبي بكر على ما مرّ قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إنما حقنا الجذع»)**[٢] غريب بلفظه. وأخرج أبو داود والنسائي وأحمد في مسنده عن سعر قال «جاءني رجلان مرتدفان فقالا: إنا رسولا رسول الله ﷺ بعثنا إليك لتؤتينا صدقة غنمك، قلت: وما هي؟ قالا شاة، قال: فعمدت إلى شاة ممتلئة مخاضاً وشحماً فقالا: هذه شافع وقد نهانا رسول الله ﷺ أن نأخذ شافعاً، والشافع التي في بطنها ولدها، قلت: فأي شيء تأخذان؟ قالا: عناقاً جذعة أو ثنية، فأخرجت إليهما عناقاً فتناولاها»[٣] وروى مالك في الموطإ من حديث سفيان بن عبد الله: أن عمر بن الخطاب بعثه مصدّقاً فكان يعدّ السخل، فقالوا: أتعد علينا السخل ولا تأخذه؟ فلما قدم على عمر ذكر له ذلك فقال عمر: نعم يعدّ عليهم السخلة يحملها الراعي ولا نأخذها، ولا نأخذ الأكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم، ونأخذ الجذعة والثنية، وذلك عدل بين غذاء الغنم وخياره[٤]. قال النووي: سنده صحيح. وأما ما روي عن عليّ: لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني[٥] فغريب، والله أعلم. فالدليل يقتضي ترجيح هذه الرواية، والحديث الأول صريح في رد التأويل الذي ذكره المصنف إن كان قول الصحابيين نأخذ عناقاً جذعة أو ثنية له حكم الرفع أو لم يكن، وكذلك قول عمر في ذلك فيجب ترجيح غير ظاهر الرواية أعني ما روي عن أبي حنيفة من جواز أخذ الجذعة على ظاهر الرواية عنه في تعيين الثني.

---

(١) تقدما في أول هذا الباب. أي باب صدقة السوائم.

(٢) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٥٤، ووافقه ابن الهمام، وابن حجر في الدراية ١/ ٢٥٣، وبمعناه الحديث الآتي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٨١ والنسائي ٥/ ٣٢ وأحمد ٣/ ٤١٤ كلهم عن مسلم بن ثَفِنَة عن سعر بن ديسم مرفوعاً. ورجاله كلهم ثقات. سوى مسلم بن ثَفِنَة. ويقال: مسلم بن شعبة. وهو أصح. وهو حجازي مقبول كما في التقريب.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/ ٢٦٥ ح ٢٦ وكذا البيهقي ٤/ ١٠٠ كلاهما من حديث سفيان بن عبد الله عن عمر موقوفاً وصححه النووي كما في نصب الراية ٢/ ٣٥٥ وأقره الزيلعي.

(٥) غريب. ذكره صاحب الهداية موقوفاً ومرفوعاً وتعقبه الزيلعي ٢/ ٣٥٥ فقال: غريب. وأخرجه إبراهيم الحربي في التقريب عن ابن عمر موقوفاً نحوه.
وقال في الدراية ١/ ٢٥٤: لم أجده وإنما هو قول ابن عمر.

فصل في الخيل

(إذا كانت الخيل سائمة ذكوراً وإناثاً فصاحبها بالخيار: إن شاء أعطى عن كل فرس ديناراً، وإن شاء قومها وأعطى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم) وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، وقالا: لا زكاة في الخيل لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة» وله قوله عليه الصلاة والسلام «في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم»[1] وتأويل ما روياه[2] فرس الغازي، وهو المنقول عن زيد بن ثابت. والتخيير بين

فصل في الخيل

في فتاوى قاضيخان قالوا: الفتوى على قولهما، وكذا رجح قولهما في الأسرار، وأما شمس الأئمة وصاحب التحفة فرجحا قول أبي حنيفة رحمه الله، وأجمعوا أن الإمام لا يأخذ صدقة الخيل جبراً، وحديث «ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة» رووه في الكتب الستة، وزاد مسلم «إلا صدقة الفطر»[3] قوله: **(وتأويل ما روياه فرس الغازي)** لا شك أن هذه الإضافة للفرس المفرد لصاحبها في قولنا فرسه وفرس زيد كذا، وكذا يتبادر منه الفرس الملابس للإنسان ركوباً ذهاباً ومجيئاً عرفاً. وإن كان لغة أعم من ذلك، والعرف أملك، ويؤيد هذه الإرادة قوله في عبده: ولا شك أن العبد للتجارة تجب فيه الزكاة: فعلم أنه لم يرد النفي عن عموم العبد بل عبد الخدمة، وقد روى ما يوجب حمله على هذا المحمل لو لم تكن هاتان القرينتان العرفية واللفظية، وهو ما في الصحيحين في حديث مانعي الزكاة بطوله، وفيه «الخيل ثلاثة: هي لرجل أجر، ولرجل ستر، ولرجل وزر» وساق الحديث إلى قوله «فأما التي هي له ستر فرجل ربطها تغنياً وتعففاً ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فهي لذلك الرجل ستر»[4] الحديث، فقوله بعد قوله «ولم ينسى حق الله في ظهورها» يرد تأويل ذلك بالعارية لأن ذلك مما يمكن على بعده في ظهورها، فعطف رقابها ينفي إرادة ذلك، إذ الحق الثابت في رقاب الماشية ليس إلا زكاة وهو في ظهورها

فصل في الخيل

وجه تأخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح. وقوله: **(هو المنقول)** أي تأويل ما روياه بفرس الغازي هو المنقول **(عن زيد بن ثابت رضي الله عنه)** فإن هذه الحادثة وقعت في زمن مروان رحمه الله، فشاور الصحابة فروى أبو هريرة رضي الله

فصل في الخيل

قوله: **(وأما ما جشر لطلب نسلها الخ)** أقول: الجشر إخراج الدواب للرعي قوله: **(والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه)** أقول: إذا كان التخيير مروياً عن رسول الله ﷺ ومأثوراً عن زيد بن ثابت رضي الله عنه فما وجه تخصيص عمر رضي الله عنه بالمأثورية عنه.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٢٦ والبيهقي ٤/ ١١٩ كلاهما من حديث جابر. وهو من طريق أبي يوسف عن غورك. قال الدارقطني: تفرد به غورك بن الحضرم، وهو ضعيف جداً. ومن دونه ضعفاء اهـ.
وقال البيهقي: لو كان صحيحاً لما خالفه أبو يوسف.

(٢) يعود الضمير إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد في الحديث الذي رواه ا لستة، فحمله المصنف على فرس الغازي رأي: ليس فيها زكاة. راجع نصب الراية ٢/ ٣٥٧.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٦٤ ومسلم ٩٨٢ من وجوه وأبو داود و١٥٩٥ والترمذي ٦٢٨ والنسائي ٥/ ٣٥ وابن ماجه ١٨١٢ والدارمي ١/ ٣٨٤ ومالك ١/ ٢٧٧ والشافعي ١/ ٢٢٧ وعبد الرزاق ٦٨٧٨ وابن أبي شيبة ٣/ ١٥١ . ١٥٢ والطحاوي ٢/ ٢٩ والدارقطني ٢/ ٢٧ وابن حبان ٣٢٧١ و٣٢٧٢ والبيهقي ٤/ ١١٧ من طرق كثيرة عن عراك عن أبي هريرة مرفوعاً. وكرره مسلم ٩٨٢ ح ١٠ وابن حبان ٣٢٧٢ عن عراك عن أبي هريرة مرفوعاً بزيادة: إلا زكاة الفطر.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧١ و٢٨٦٠ و٣٦٤٦ و٤٩٦٢ و٤٩٦٣ و٧٣٥٦ ومسلم ٩٨٧ ومالك و٢/ ٤٤٤ والنسائي ٦/ ٢١٦ . ٢١٧ وابن حبان ٤٦٧٢ والبيهقي ٤/ ١١٩ كلهم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: الخيل لرجل أجره ولرجل ستر، وعلى رجل وزر، فأما الذي هي له أجر، فرجل ربطها في سبيل الله، فأطال لها في مرج أو روضة، فما أصابت في طِيَلِهَا المرج أو الروضة كانت له حسنات، ولو أنها قطعت طِيَلِهَا ذلك فاستنَّت شرفاً أو شرفين به، كانت آثارها وأرواثها حسنات له، ولو أنها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يَسْقِيَ الماء به كان ذلك له حسنات، فهي له أجر. ورجل ربطها تغنياً وتعففاً، ولم ينس حق الله في رقابها ولا في ظهورها، فهي لذلك ستر، ورجل ربطها فخراً ورياء ونواء لأهل الإسلام فهي على ذلك وزر. وسئل رسول الله ﷺ عن الخمر فقال: لم يُنزل عليّ فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذَّة **﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾** اهـ. هذا لفظ مالك والبخاري ومسلم، ذكرته بتمامه ليسهل على الطالب فهم ما فيه من معانٍ.

الدينار والتقويم مأثور عن عمر (وليس في ذكورها منفردة زكاة) لأنها لا تتناسل (وكذا في الإناث المنفردات في

حمل منقطعي الغزاة والحاج ونحو ذلك هذا هو الظاهر الذي يجب البقاء معه، ولا يخفى أن تأويلنا في الفرس أقرب من هذا بكثير لما حفه من القرينتين ولأنه تخصيص العام، وما من عام إلا وقد خص بخلاف حمل الحق الثابت لله في رقاب الماشية على العارية، ولا يجوز حمله على زكاة التجارة «لأنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الحمير بعد الخيل فقال: لم ينزل علي فيها شيء»[1] فلو كان المراد في الخيل زكاة التجارة لم يصح نفيها في الحمير، وما قيل إنه كان واجباً ثم نسخ بدليل ما روى الترمذي والنسائي عن أبي عوانة عن أبي إسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي قال: قال رسول الله ﷺ «قد عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا صدقة الرقة»[2] وله طريق آخر عن أبي إسحق عن الحرث عن علي. قال الترمذي: سألت محمداً عن هذا الحديث فقال: كلاهما عندي عن أبي إسحق يحتمل أن يكون روى عنهما، والعفو لا يكون إلا عن شيء لازم فممنوع، بل يصدق أيضاً مع ترك الأخذ من الابتداء تفضلاً مع القدرة عليه، فمن قدر على الأخذ من أحد وكان محقاً في الأخذ غير ملوم فيه فتركه مع ذلك تكرماً ورفقاً به صدق معه ذلك ويقدم ما في الصحيحين للقوة، وقد رأينا هذا الأمر قد تقرر في زمن عمر فكيف يكون منسوخاً؟ قال ابن عبد البر: روى فيه جويرية عن مالك حديثاً صحيحاً أخرجه الدارقطني عن جويرية عن مالك عن الزهري أن السائب بن يزيد أخبره قال: رأيت أبي يقيم[3] الخيل ثم يدفع صدقتها إلى عمر. وروى عبد الرزاق عن ابن جريج: أخبرني عمرو بن دينار أن جبير بن يعلى أخبره أنه سمع يعلى ابن أمية يقول: ابتاع عبد الرحمن بن أمية أخو يلعى بن أمية من رجل من أهل اليمن فرساً أنثى بمائة قلوص، فندم البائع فلحق بعمر، فقال: غصبني يعلي وأخوه فرساً لي، فكتب إلى يعلى أن الحق بي، فأتاه فأخبره الخبر فقال: إن الخيل لتبلغ هذا عندكم ما علمت أن فرساً يبلغ هذا فنأخذ عن كل أربعين شاة ولا نأخذ من الخيل شيئاً، خذ من كل فرس ديناراً، فقرو على الخيل ديناراً ديناراً. وروي أيضاً عن ابن جريج: أخبرني ابن أبي حسين أن ابن شهاب أخبره أن عثمان كان يصدق الخيل، وأن السائب بن يزيد أخبره أن كان يأتي عمر بن الخطاب بصدقة الخيل: قال ابن شهاب: لا أعلم أن رسول الله ﷺ سن صدقة الخيل، وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أنه قال: في الخيل السائمة التي يطلب نسلها، إن شئت في كل فرس ديناراً وعشرة دراهم، وإن شئت فالقيمة، فيكون في كل مائتي درهم خمسة دراهم في كل فرس ذكر أو أنثى، فقد ثبت أصلها على الإجمال

عنه «ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة» فقال مروان لزيد بن ثابت: ما تقول يا أبا سعيد؟ فقال أبو هريرة: عجباً من مروان أحدثه بحديث رسول الله ﷺ وهو يقول ما تقول يا أبا سعيد؟ فقال زيد: صدق رسول الله ﷺ، وإنما أراد به فرس الغازي، فأما ما جشر لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم؟ فقال في كل فرس دينار أو عشرة دراهم **(والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر)** فإنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه يأمره أن يأخذ من الخيل السائمة عن كل فرس ديناراً أو عشرة دراهم، وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة، وأما في أفراسنا فيقوّمها لا غير فإن قيل: لو وجبت فيها الزكاة لكان للإمام أخذها جبراً ولو وجبت في عينها كما في سائر السوائم وليس كذلك بالإجماع. أجيب بأنه لم يثبت له ذلك لأن الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالأخذ، ولم يجب من عينها لأن مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير مأكول اللحم عنده وقوله **(وليس في ذكورها منفردة زكاة لأنها لا تتناسل)** استشكل بذكور الإبل والبقر

(١) هو عجز المتقدم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٧٤ والترمذي ٦٢٠ والنسائي ٥/٣٧ وابن ماجه ١٧٩٠ وأحمد ١/١١٣ . ١٣٢ . ١٤٨ وابن خزيمة ٢٢٨٤ كلهم من حديث أبي إسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي مرفوعاً قال أبو داود: ورواه أبو معاوية وإبراهيم بن طهمان عن أبي إسحق عن الحارث عن علي مرفوعاً.

وقال الترمذي: سألت البخاري عنه فقال: كلاهما عندي صحيح عن أبي إسحق يحتمل أن يكون رُوِيَ عنهما جميعاً. ووافقه الزيلعي ٢/٣٥٦.

قلت: عاصم ثقة، وهو أحسن حالاً من الحارث الأعور، ومع ذلك فهي متابعة لعاصم فالحديث حسن والله أعلم.

(٣) معناه يُقوّم.

رواية) وعنه الوجوب فيها لأنها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور، وعنه أنها تجب في الذكور المنفردة أيضاً **(ولا شيء في البغال والحمير)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لم ينزل علي فيهما شيء» والمقادير تثبت سماعاً **(إلا أن تكون للتجارة)** لأن الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر أموال التجارة، والله أعلم.

في كمية الواجب في حديث الصحيحين وثبتت الكمية، وتحقق الأخذ في زمن الخليفتين عمر وعثمان من غير نكير بعد اعتراف عمر بأنه لم يفعله النبي ﷺ ولا أبو بكر على ما أخرج الدارقطني عن حارثة بن مضرّب قال: جاء ناس من أهل الشام إلى عمر فقالوا: إنا قد أصبنا أموالاً خيلاً ورقيقاً وإنا نحبّ أن تزكيه، فقال: ما فعله صاحباي قبلي فأفعله أنا ثم استشار أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا حسن، وسكت عليّ فسأله فقال: هو حسن لو لم تكن جزية راتبة يؤخذون بها بعدك، فأخذ من الفرس عشرة دراهم ثم أعاده قريباً منه بذلك السند والقصة. وقال فيه: فوضع على كل فرس ديناراً[١]، ففي هذا أنه استشارهم فاستحسنوه، وكذا استحسنه عليّ بشرط شرطه وهو أن لا يؤخذون به بعده، وقد قلنا بمقتضاه إذ قلنا ليس للإمام أن يأخذ صدقة سائمة الخيل جبراً، فإن أخذ الإمام هو المراد بقوله يؤخذون بها مبنياً للمفعول، إذ يستحيل أن يكون استحسانه مشروطاً بأن لا يتبرعوا بها لمن بعده من الأئمة لأنه ما على المحسنين من سبيل، وهذا حينئذ فوق الإجماع السكوتي. فإن قيل: استحسانهم إنما هو لقبولها منهم إذا تبرعوا بها وصرفها إلى المستحقين لا للإيجاب. قلنا رواية، فرضع على كل فرس ديناراً مرتباً على استحسانهم، وما قدمناه من قول عمر ليعلى: خذ من كل فرس ديناراً فقرر على كل ديناراً يوجب خلاف ما قلت، وغاية ما في ذلك أن ذلك هو مبدأ اجتهادهم، وكأنهم. والله أعلم. رأوا أن ما قدمنا من حديث مانعي الزكاة يفيد الوجوب حيث اثبت في رقابها حقاً لله، ورتب على الخروج منه كونها له حينئذ ستراً يعني من النار، هذا هو المعهود من كلام الشارع كقوله في عائل البنات «كنّ له ستراً من النار»[٢] وغيره، ولأنه لا معنى لكون المراد ستراً في الدنيا بمعنى ظهور النعمة، إذ لا معنى لترتيب ذلك على عدم نسيان حق الله في رقابها فإنه ثابت، وإن نسي فثبت الوجوب وعدم أخذه عليه الصلاة السلام لأنه لم يكن في زمانه أصحاب الخيل السائمة من المسلمين بل أهل الإبل، وما تقدم إذ أصحاب هذه إنما هم أهل المدائن والدشت والتراكمة، وإنما فتحت بلادهم في زمن عمر وعثمان، ولعل ملحظهم في خصوص تقدير الواجب ما روى عن جابر من قوله عليه الصلاة والسلام «في كل فرس دينار»[٣] كما ذكره في الإمام عن الدارقطني بناء على أنه صحيح في نفس الأمر ولو لم يكن صحيحاً على طريقة المحدثين، إذ لا يلزم من عدم الصحة على طريقهم إلا عدمها ظاهراً دون نفس الأمر، على أن الفحص عن مأخذهم لا يلزمنا إذ يكفي العلم بما اتفقوا عليه من ذلك قوله: **(وليس في ذكورها الخ)** في كل من الذكور المنفردة والإناث المنفردة روايتان، والراجح في الذكور عدم الوجوب وفي الإناث الوجوب.

والغنم منفردات فإنها لا تتناسل ووجبت فيها الزكاة. وأجيب بأن النماء شرط وجوب الزكاة لا محالة، وهو في الخيل في التناسل لا غير، ولا تناسل في ذكور الخيل منفردة، وأما غيرها فالنماء فيه كما يكون به يكون باللحم والوبر فيجب فيه الزكاة. فإن قيل: فما وجه الرواية التي تجب فيها في الذكور المنفردة أيضاً ولا نسل ثمة على ما ذكرتم؟ أجيب بأن وجهها أن الآثار جعلتها نظير سائر أنواع السوائم، فإنه بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مال الزكاة فكانت كأنواعها. وقوله **(لم ينزل علي فيهما شيء)** روي **(أنه ﷺ** سئل عن الحمير فقال: لم ينزل علي فيها شيء إلا هذه الآية الفاذة الجامعة **﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾**.

---

(١) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٢/ ٣٥٨. ٣٥٩ والدراية ١/ ٢٥٥.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤١٨ و٥٩٩٥ ومسلم ٢٦٢٩ والترمذي ١٩١٣ و١٩١٥ وأحمد ٦/ ٨٧. ١٦٦ وابن حبان ٢٩٣٩ والبيهقي ٧/ ٤٧٨ والبغوي ١٦٨١ من طرق عن عروة عن عائشة مرفوعاً «من ابتلي بشيء من هذه البنات، فأحسن صحبتهنّ كنّ له ستراً من النار» اهـ وله قصة.
وأخرجه أبو داود ٥١٤٧ و٥١٤٨ والترمذي ١٩١٦ والبخاري في الأدب المفرد ٧٩ كلهم من حديث أبي سعيد: من كان له ثلاث بنات، أو ثلاث أخوات، وابنتان أو أختان، فأحسن صحبتهنّ واتقى الله فيهنّ، دخل الجنة.

(٣) هو الحديث الثاني من فصل الخيل. وإسناده واهٍ.

فصــل

(وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة) عند أبي حنيفة إلا أن يكون معها كبار، وهذا آخر أقواله وهو قول محمد، وكان يقول أوّلاً يجب فيها ما يجب في المسان، وهو قول زفر ومالك، ثم رجع وقال فيها واحدة منها. وهو قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله. وجه قوله الأول أن الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار

فصــل

قوله: **(وليس في الفصلان)** جمع فصيل: ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض. والعجاجيل جمع عجول. ولد البقرة. والحملان جمع حمل بالتحريك: ولد الشاة. صورة المسئلة: اشترى خمسة وعشرين فصيلاً أو حملاً أو عجولاً أو وهب له لا ينعقد عليها الحول، حتى إذا مضىٰ حول من وقت الملك لا تجب فيها بل إذا تم من حين صارت كباراً وتصوّر أيضاً إذا كان له نصاب سائمة فمضى ستة أشهر فولدت نصاباً ثم ماتت الأمهات وتم الحول على الأولاد قوله: **(الاسم المذكور في الخطاب)** يعني اسم الشاة قوله: **(تحقيق النظر من الجانبين)** جانب صاحب المال بعدم إخراج مسنة، وجانب الفقراء بعدم إخراج بالكلية كما يجب في المهازيل إلحاقاً لنقصان السن بنقصان الوصف لما رأينا النقصان بالهزال ردّ الواجب الأصلي وهو الوسط إلى واحد منها ولم يبطل أصلاً فكذلك النقصان بالسن مع قيام الإسامة واسم الإبل، إلا أن الرد إلى واحدة منها يمنعنا من ترتيب السن في الإبل والبقر بأن يجب بنت مخاض ثم بنت لبون ثم حقة، وهكذا تبيع ثم مسنة، ولم يمنعنا في المهازيل فعملنا بقدر الممكن فقلنا لا شيء حتى تبلغ خمساً وعشرين فصيلاً فيكون فيها فصيل، ثم لا شيء حتى تبلغ ستاً وسبعين ففيها فصيلان، وهكذا في ثلاثين عجولاً عجول، ثم لا شيء حتى تبلغ ستين ففيها عجولان، ثم لا شيء حتى تبلغ تسعين ففيها ثلاثة عجاجيل لأن السبب متى ثبت ثبت حكمه إلا بقدر المانع، هذا على أقوى الروايات عن أبي يوسف وهي رواية محمد. وبهذا التقرير اندفع استبعاد محمد إذ قال: إنه عليه الصلاة والسلام أوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله أربعة نصب، وفي ست وسبعين ثنتين في موضع اعتبر ثلاث نصب بينها وبين خمس وعشرين، ففي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب فيه لو أوجبنا كان بالرأي لا بالنص ولا مدخل للرأي هنا قوله: **(ووجه الأخير)** أي من أقاويل أبي حنيفة وهو قول محمد إن المقادير لا يدخلها القياس، فإذا امتنع إيجاب ما ورد به النص امتنع أصلاً. والنص ورد بالشاة والبقرة والناقة لا مطلقاً بل ذات السن المعين من الثنية والتبيع وبنت المخاض مثلاً ولم يوجد فتعذر الإيجاب. فإن قيل: لا نسلم أنه لم يوجب الصغار أصلاً، ففي حديث أبي بكر في قتال مانعي الزكاة: لو

فصــل

قال صاحب النهاية رحمه الله: وجدت في هذا الموضع مكتوباً بخط شيخي رحمه الله: وجه مناسبة إيراد هذه المسئلة هنا هو أنه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم الصغار. وأقول: ليس الفصل منحصراً في ذلك بل فيه غيره. فكان الفصل ههنا كمسائل شتى تكتب في آخر الأبواب. والفصلان جمع الفصيل: وهو ولد الناقة من فصل الرضيع عن أمه. والحملات بضم الحاء وقيل بكسرها أيضاً جمع الحمل: ولد الضأن في السنة الأولى. والعجاجيل جمع عجول: من أولاد البقر حين تضعه أمه إلى شهر، كذا في المغرب. قيل في صورة المسئلة: رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان أو ثلاثين من العجاجيل أو أربعين من الحملان أو وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول أو لا؟ على قول أبي حنيفة ومحمد لا ينعقد، وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال عليها الحول من حين ما ملكها وجبت الزكاة.

فصل وليس في الفصلان

قوله: **(حتى لو حال الحول عليها من حين ملكها وجبت الزكاة)** أقول: فيه أنه حينئذ لم يبق محلاً للنزاع حيث يوجد الواجب وهو الطاعن في السنة الثانية، والظاهر أن تصور المسئلة في صورة الضم قوله: **(وأجيب بأن الواجب قليل من الكثير الخ)** أقول: رأى في مقابلة النص مع أنه منقوض بما إذا كان له تسع وثلاثون حملاً وواحدة مسنة تجب مسنة بالإجماع مع جريان ما ذكره فيه، فتأمل.

والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه الأخير أن المقادير لا يدخلها

منعوني عناقاً مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه[1]. فدل أنه كان يعطي في الزكاة: سلمناه لكن إيجاب الأسنان المعينة لم يتوقف على وجودها في الموجب فيه؛ ألا يرى أنه أوجب في خمس من الإبل شاة، وليست فيها فلم يتوقف إيجابها على أن تكون عنده بل يجب عليه أن يستحدث ملكها بطريقه ويدفعها، فكذا يجب عليه أن يستحدث ملك مسنة ويدفعها. قلنا أما الأول فيدل على نفيه ما في أبي داود والنسائي عن سويد بن غفلة قال «أتانا مصدق رسول الله ﷺ فأتيته فجلست إليه فسمعته يقول: في عهدي: يعني في كتابي أن لا آخذ راضع لبن»[2] الحديث دل بالمطابقة على عدم أخذها مطلقاً، وبالالتزام على أن ليس في الصغار واحدة منها، إذ لو كان لأخذت الراضع، وحديث أبي بكر[3] لا يعارضه لأن أخذ العناق لا يستلزم الأخذ من الصغار لأن الظاهر ما قدمنا في حديث المرتدفين[4] في صدقة الغنم أن العناق يقال على الجذعة والثنية ولو مجازاً، فارجع إليه فيجب الحمل عليه دفعاً للتعارض، ولو سلم جاز أخذها بطريق القيمة لا أنها هي نفس الواجب، ونحن نقول به أو هو على طريق المبالغة لا التحقيق يدل عليه أن في الرواية الأخرى عقالاً مكان العناق، وأما الثاني فإنه يستلزم إيجاب الكرائم وهو منتف بما في الصحيح وغيره من قوله لمعاذ «إياك وكرائم أموالهم»[5] وروى معناه كثيراً حتى صار من ضروريات الزكاة ومناقض لما عرف بالضرورة في أصول الزكوات من كون الواجب قليلاً من كثير، وربما نأتي المسنة على غالب الحملان أو كلها خصوصاً إذا كانت أسنانها يومين أو ثلاثة فيكون هذا إيجاب إخراج كل المال معنى وهو معلوم النفي بالضرورة، بل يخرج عن كونه زكاة المال فإن إضافة اسم زكاة المال يأتي كونه إخراج الكل. ويرد عليه أن إخراج الكرائم والكثير من القليل يلزمكم فيما إذا كان فيها مسنة واحدة فإنها بالنسبة إلى الباقي كذلك، غاية الأمر أن

وقيل صورتها: إذا كان له نصاب سائمة فمضى عليها ستة أشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الأصول وبقيت الأولاد هل يبْقى حول الأصول على الأولاد؟ عندهما لا يبْقى، وعند الباقين يبقى. وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن أبي يوسف أنه قال: دخلت على أبي حنيفة فقلت: ما تقول فيمن ملك أربعين حملاً؟ فقال فيها شاة مسنة فتقلت: ربما تأتي قيمة الشاة على أكثرها أو جميعها، فتأمل ساعة ثم قال: لا ولكن تؤخذ واحدة منها، فقلت: أيؤخذ الحمل في الزكاة؟ فتأمل ساعة ثم قال: لا إذا لا يجب فيها شيء، فأخذ بقوله الأول زفر، وبقوله الثاني أبو يوسف، وبقوله الثالث محمد، وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس بثلاثة أقاويل فلم يضع شيء منها **(وجه قوله الأول إن الاسم المذكور في الخطاب)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة» **(ينتظم الصغار والكبار)** لأنه اسم جنس كاسم الآدمي، ولهذا لو حلف لا يأكل لحم إبل فأكل لحم الفصيل حنث. وأجيب بأن الواجب قيل من الكثير، وأخذ المسنة من الصغار ليس كذلك لأن قيمتها قد تأتي على أكثر النصاب **(ووجه قوله الثاني)** أنا لو أوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها كان إضراراً بصاحب المال وهو يقتضي عدم الوجوب، ولو لم نوجب شيئاً كان إضراراً بالفقراء لأن الصغار نصاب، فإن الكبار يكمل بها نصاب وكل ما هو كذلك كان نصاباً بنفسه كالمهازيل، وعكسه الحملان فإنها لا يكمل بها نصاب فلا تكون

(١) متفق عليه وقد تقدم في الصلاة. ويأتي في الحدود.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٨٠ والنسائي ٥/ ٣٠ وابن ماجه ١٨٠١ والدارقطني ٢/ ١٠٤ . ١٠٥ والبيهقي ٤/ ١٠٦ كلهم من حديث سويد بن غفلة. بزيادة: فأتاه رجل بناقة كوماء. فقال: خذها فأبى أن يقبلها اهـ. وإسناده حسن، رجاله كلهم ثقات وهو متصل. فيه ميسرة أبو صالح وهو مقبول، وقد تابعه أبو ليلى الكندي في رواية ابن ماجه.

(٣) تقدم قبل حديث:

(٤) هو حديث سعر الديلي. تقدم قبل قليل.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٩٦ و١٤٥٨ ومسلم (١٩) وأبو داود ١٥٨٤ والترمذي ٦٢٥ والدارمي ١٥٨٨ بترقيم البغا، وابن ماجه ١٧٨٣ كلهم من حديث معاذ في خبر إرساله إلى اليمن وفيه: فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا الصلاة فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة من أموالهم وتردُّ في فقرائهم، فإذا هم أطاعوا بها، فخذ منهم وتوقَّ كرائم أموال الناس. ورواية: فإياك وكرائم أموال الناس.

القياس فإذا امتنع إيجاب ما ورد به الشرع امتنع أصلاً، وإذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعاً له في انعقادها نصاباً دون تأدية الزكاة، ثم عند أبي يوسف لا يجب فيما دون الأربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان يثنى الواجب، ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان يثلث الواجب، ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية. وعنه أنه يجب في الخمس خمس فصيل، وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار، وعنه أنه ينظر إلى قيمة خمس فصيل وسط وإلى قيمة شاة في الخمس فيجب أقلهما، وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار. قال: **(ومن وجب عليه سن ولم توجد أخذ المصدق أعلى منها ورد الفضل أو أخذ دونها)**

لزوم إخراج الكل معنى منتف لكن ثبوت انتفاء إخراج الأكثر في الشرع كثبوت انتفاء إخراج الكل، فما هو جوابكم عن هذا فهو جوابنا عن ذلك. ويجاب بأن الإجماع على ثبوت هذا الحكم في صورة وجود مسنة مع الحملان وهو على خلاف القياس: أعني ما قدمناه من ضرورية الانتفاءين في غيرها فلا يجوز أن يلحق بها قوله: **﴿جعل الكل تبعاً له في انعقادها نصاباً دون تأدية الزكاة)** لأنه إنما يجب من الثنيات. هذا إذا كان عدد الواجب من الكبار موجوداً فيها، أما إذا لم يكن فلا يجب بيانه، لو كانت مسنتان ومائة وتسعة عشر حملاً يجب فيها مسنتان، ولو كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملاً؛ فعند أبي حنيفة ومحمد تجب مسنة واحدة، وعند أبي يوسف مسنة وحمل، وعلى هذا القياس فصيل الإبل والبقر، وإذا وجبت المسنة دفعت وإن كانت دون الوسط لأن الوجوب باعتبارها فلا يزاد عليها، فإن هلكت بعد الحول بطلت الزكاة، لأن لما كان الوجوب باعتبارها كان هلاكها كهلاك الكل، والحكم لا يبقى في التبع بعد فوات الأصل، وعند أبي يوسف يبقى في الصغار تسعة وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من الحمل لأن عنده الصغار أصل في الوجوب، إلا أن فضل الكبير كان باعتبار تلك المسنة فيبطل بهلاكها ويكون هذا نقصاناً للنصاب، ولو هلكت الحملان وبقيت المسنة يؤخذ قسطها وهو جزء من أربعين جزءاً من المسنة جعل هلاك المسنة كهلاك الكل ولم يجعل قيامها كقيام الكل، والفرق يطلب في شرح الزيادات قوله: **(ثم عن أبي يوسف الخ)** نقدم شرح هذا في أثناء تقرير وجه قول أبي يوسف قوله: **(أخذ المصدق)** أي عامل الصدقات الخ يفيد أن الخيار في أخذ الأعلى ورد الفضل أو الأدنى وإعطاء الفضل للمصدق، والواقع أن الخيار لربّ المال في الوجه الثاني فقط.

في نفسها نصاباً فأوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فإنا لا نوجب فيها السمين وإنما نوجب واحدة منها. وهذا معنى قوله **(تحقيق النظر من الجانبين. ووجه قوله الأخير ما قاله إن المقادير لا يدخلها القياس الخ)** وتقريره أن يجاب ما ورد به الشرع من الأسنان ههنا ممتنع لأنها لا توجد في الصغار **(وإذا امتنع ما ورد به الشرع ههنا امتنع أصلاً)** لأنه لو جاز لكان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس والقطن يستخرج من هذا جواب أبي يوسف فإنه قاس على المهازيل وهو فاسد لأن المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الأسنان **(ولو كان فيها واحدة من المسان الخ)** يعني إذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعاً لها في انعقادها نصاباً ولا تتأدى الزكاة بالصغار بل يدفع لها من الكبار إن كان على مقدار والواجب، بيانه أنه إذا كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملاً يجب فيها مسنتان، وإن كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملاً فعند أبي حنيفة ومحمد تجب مسنة واحدة، وعند أبي يوسف مسنة وحمل، وعلى هذا القياس فصل الإبل والبقر، والأصل في ذلك ما قال عمر رضي الله عنه: عدّ عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كتفيه، ولا تأخذها منهم فقد نهى عن أخذ الصغار عند الاختلاط. وقوله: **(ثم عند أبي يوسف الخ)** يعني أن الروايات عن أبي يوسف اختلفت في الفصلان. روى محمد عنه أنه لا يجب فيها الزكاة حتى تبلغ عدداً لو كانت كباراً وجب فيها واحدة منها وذلك بأن تبلغ خمسة وعشرين ثم ليس في الزيادة شيء حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان ثنى الواجب وذلك بأن تبلغ ستة وسبعين فحينئذ يجب فيها اثنان، ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان ثلث الواجب بأن تبلغ مائة وخمسة وأربعين فيجب منها ثلاثة، ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين. ووجهه أن الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن، وقد تعذر السن في الفصلان فبقي العدد معتبراً. قال محمد: وهذا غير

وأخذ الفضل، وهذا يبتني على أن أخذ القيمة في باب الزكاة جائز عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى، إلا أن في

وأطلق في النهاية أن الخيار لرب المال إذ الخيار شرع رفقاً بمن عليه وذلك بأن يجعل الخيار إليه مع تحقق قولهم يجبر المصدق على قبول الأدنى مع الفضل ولا يجبر على قبول الأعلى وردّ الفضل، لأن هذا يتضمن بيع الفضل من المصدّق، ومبنى البيع على التراضي لا الجبر وهذا يحقق أن لا خيار له في الأعلى، إذ معنى ثبوت الخيار مطلقاً له أن يقال له: أعط ما شئت أعلى أو أدنى، فإذا كان بحيث لا يقبل منه الأعلى لم يجعل الخيار إليه فيه. اللهم إلا أن يراد أن له الخيار لو طلب الساعي منه الأعلى فيكون له أن يتخير بين أن يعطيه أو يعطي الأدنى. وقوله وأعطى الفضل وأخذ الفضل مطلقاً يفيد أن جبران ما بين السنين غير مقدر بشيء معين من جهة الشارع، بل يختلف بحسب الأوقات غلاء ورخصاً وعند الشافعي هو مقدّر بشاتين أو عشرة لما قدمنا في[1] كتاب الصديق من أنه إذ أوجب عليه بنت مخاض فلم توجد أعطى إما بنت لبون وأخذ شاتين أو عشرة أو ابن لبون ليس غير. قلنا: هذا كان قيمة التفاوت في زمانهم وابن اللبون يعدل بنت المخاض، إذ ذاك جعلاً لزيادة السن مقابلاً بزيادة الأنوثة، فإذا تغير وإلا لزم عدم الإيجاب معنى بأن تكون الشاتان أو العشرون التي يأخذها من المصدق تساوي السن الذي يعطيه خصوصاً إذا فرضنا الصورة للمذكورة في المهازيل فإنه لا يبعد كون الشاتين تساويان بنت لبون مهزولة جداً فإعطاؤها في بنت مخاض مع استرداد شاتين إخلاء معنى أو الإجحاف برب المال بأن يكون كذلك وهو الدافع للأدنى، وكل من اللازمين منتف شرعاً فينتفي ملزومهما وهو تعين الجابر.

[فروع] عجل عن أربعين بقرة مسنة فهلك من بقية النصاب واحدة ولم يستفد شيئاً حتى تم الحول يمسك الساعي من المعجل قدر تبيع ويرد الباقي، وليس لربّ المال أن يسترد المسنة ويعطيه مما عنده تبيعاً لأن قدر التبيع من المسنة صار زكاة حقاً للفقراء فلا يسترد، ومثله في تعجيل بنت المخاض من خمسة وعشرين إذا انتقص الباقي واحدة فتم الحول أمسك الساعي قدر أربع شياه. وروى بشر عن أبي يوسف أنه يردها ولا يحبس شيئاً ويطالب بأربع شياه لأنه في إمساك البعض ورد البعض ضرر التشقيص بالشركة. وقياس هذه في البقرة أن يسترد المسنة لكن في هذا نظر إذ لا شركة بعد دفع قيمة الباقي. ولو كان استهلك المعجل أمسك من قيمتها قدر التبيع والأربع شياه وردّ الباقي. ولو تم الحول وقد زادت الأربعون إلى ستين فحق الساعي في تبيعين فليس للمالك استرداد المسنة بل يكمل الفضل للساعي، بخلاف ما لو أخذ المسنة على ظنّ أنها أربعون فإذا هي تسعة وثلاثون فإنه يرد المسنة ويأخذ تبيعاً، لأن الانفاق على الغلط بعدم الرضا أما هناك فدفع عن رضا على احتمال أن تصير زكاة. ولم يظهر أن الاحتمال لم يكن، ولو لم يظهر الغلط حتى تصدق بها الساعي فلا ضمان عليه وإن كان أخذها كرهاً على ذلك الظن لأنه مجتهد فيما عمل لغيره، فضمان خطئه على من وقع العمل له فإن وجد الفقير ضمنه ما زاد على التبيع وإلا يؤخذ من المجموع في يده من أموال الزكاة وهو بيت مال الفقراء، كالقاضي إذا أخطأ في قضائه بمال أو نفس فضمانه على من وقع القضاء له أو بيت المال. فإن كان الساعي تعمد الأخذ فضمانه في ماله لأنه متعمد. هذا ولو

صحيح، فإن رسول الله ﷺ أوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله أربعة نصب، وأوجب في ست وسبعين اثنين في موضع اعتبر ثلاثة نصب بينها وبين خمس وعشرين. وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو أوجبنا لكان بالرأي لا بالنص. وروى ابن سماعة عنه أنه يجب في الخمس خمس فصيل، وفي العشر خمساً فصيل هكذا إلى خمس وعشرين، ووجهه أنه اعتبر البعض بالجملة، وروي عنه أنه ينظر في الخمس إلى قيمة خمس فصيل وإلى قيمة شاة فيجب أقلهما، وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الأقل من قيمة ثلاث شياه ومن قيمة ثلاث أخماس فصيل وفي العشرين يجب الأقل من أربع شياه ومن أربعة أخماس فصيل، وفي الخمس والعشرين يجب واحدة منها، وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار. ووجه هذه الرواية أن الأقل متيقن فيتعين. قال: **(ومن وجب عليه سن)** السن هي المعروفة، ثم

---

(١) تقدم في أول فصل: صدقة السوائم.

الوجه الأول له أن لا يأخذ ويطالب بعين الواجب أو بقيمته لأنه شراء. وفي الوجه الثاني يجبر لأنه لا بيع فيه بل هو إعطاء بالقيمة **(ويجوز دفع القيم في الزكاة)** عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر، وقال الشافعي:

لم يزد ولم ينقص، فالقياس أن يصير قدر أربع من الغنم زكاة ويرد الباقي لأن المعجل خرج من ملكه وقت التعجيل. وفي الاستحسان يكون الكل زكاة لما ذكر من أنه إذا تعذر جعل كل المعجل زكاة من وقت التعجيل يجعل زكاة مقصوراً على الحال، هذا ولو كان مثل ذلك في الغنم فسيأتي قوله: **(ويجوز دفع القيم في الزكاة)** فلو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض جاز لأن المنصوص عليه الوسط فلم يكن الأعلى داخلاً في النص والجودة معتبرة في غير الربويات فتقوم مقام الشاة الرابعة، بخلاف ما لو كان مثلياً بأن أدى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة وسط وهي تساويها لا يجوز أو كسوة بأن أدى ثوباً يعدل ثوبين لم يجز إلا عن ثوب واحد، أو نذر أن يهدي شاتين وسطين أو يعتق عبدين وسطين فأهدى شاة أو أعتق عبداً يساوي كل منهما وسطين لا يجوز، أما الأول فلأن الجودة غير معتبرة عند المقابلة بجنسها فلا تقوم الجودة مقام القفيز الخامس. وأما الثاني فلأن المنصوص عليه مطلق الثوب في الكفارة لا بقيد الوسط فكان الأعلى وغيره داخلاً تحت النص. وأما الثالث فلأن القربة في الإراقة والتحرير وقد التزم إراقتين وتحريرين فلا يخرج عن العهدة بواحد، بخلاف النذر بالتصدق بأن نذر أن يتصدق بشاتين وسطين فتصدق بشاة تعدلهما جاز لأن المقصود إغناء الفقير وبه تحصل القربة. وهو يحصل بالقيمة، وعلى ما قلنا لو نذر أن يتصدق بقفيز دقل فتصدق بنصفه جيداً يساوي تمامه لا يجزئه لأن الجودة لا قيمة لها هنا للربوية والمقابلة بالجنس، بخلاف جنس آخر لو تصدق بنصف قفيز منه يساويه جاز الكل من الكافي قوله: **(والنذر)** بأن نذر أن يتصدق بهذا الدينار فتصدق بعدله دراهم أو بهذا الخبز فتصدق بقيمته جاز عندنا قوله: **(اتباعاً للمنصوص)** وهو اسم الشاة وبنت المخاض والتبيع إلى آخرها قوله: **(ولنا أن الأمر بالأداء)** أي أداء الشاة وغيرها

سمي بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق، ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن اللبون، وذكر السن وإرادة ذات السن إنما يكون في الحيوان لا في الإنسان لأن عمر الحيوان يعرف بالسن قوله **(ومن وجب عليه سن)** صورة المسئلة: رجل وجب عليه بنت لبون ولم توجد عنده يأخذ المصدق الحقة ويرد الفضل، أو وجب عليه الحقة ولم توجد يأخذ بنت اللبون ويأخذ الفضل. قال في النهاية: ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على أن الخيار للمصدق وهو الذي يأخذ الصدقات، ولكن الصواب أن الخيار إلى من عليه الواجب لأن الخيار شرع رفقاً بمن عليه الواجب، والرفق إنما يتحقق بتخييره، فكأنه أراد به إذا سمحت نفس من عليه، إذ الظاهر من حال المسلم أنه يختار ما هو أرفق بالفقراء. وأقول: ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك وإنما يدل على الخيار في الوجه الأول للمصدق حيث قال له أن لا يأخذ ويطالب بعين الواجب أو بقيمته لأنه شراء، وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لأنه لا بيع فيه بل هو إعطاء بالقيمة، ولا بعد في أن يكون مختار المصنف التفضيل بناء على ما ذكر من الدليل، هذا إذا أراد بالكتاب الهداية، وإن أراد به القدوري فالظاهر منه ليس بمراد كما استدل عليه المصنف بناء على ما ذكر، وفي قوله ورد الفضل إشارة إلى نفي مذهب الشافعي وهو أن جبران ما بين السنين مقدر عنده بشاتين أو عشرين درهماً لقوله ﷺ «من وجب في إبله بنت لبون فلم يجد المصدق إلا حقة أخذها ورد شاتين أو عشرين درهماً فما استيسرتا عليه، وإن لم يجد إلا بنت مخاض أخذها وأخذ شاتين أو عشرين درهماً فما استيسرتا عليه» وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص، وإنما قال عليه الصلاة والسلام ذلك لأن التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا أنه تقدير شرعي، وكيف ذلك وربما يؤدي إلى الإضرار بالفقراء أو الإجحاف بأرباب الأموال، لأنه إذا أخذ الحقة ورد شاتين فربما تكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركاً للزكاة عليه معنى وهو إضرار بالفقراء، وإذا أخذ بنت مخاض وشاتين فقد تكون قيمتها قيمة بنت اللبون فيكون آخذاً للزكاة منها وابنة المخاض تكون زيادة وفيه إجحاف بأرباب الأموال. قال: **(ويجوز دفع القيم في**

قوله: **(أو الظاهر من حال المسلم)** أقول: الظاهر أن يقال: إذ الظاهر قوله: **(وأخذ شاتين أو عشرين درهماً)** أقول: فأين قوله فيما سبق أن الشاة كانت تقوم بخمسة دراهم هناك حيث يفيد ما ذكره هنا أن قيمته كانت عشرة دراهم فتأمل.

لا يجوز اتباعاً للمنصوص كما في الهدايا والضحايا. ولنا أن الأمر بالأداء إلى الفقير إيصالاً للرزق الموعود إليه فيكون إبطالاً لقيد الشاة وصار كالجزية، بخلاف الهدايا لأن القربة فيها إراقة الدم وهو لا يعقل. ووجه القربة في

لغرض إيصال الرزق الموعود لأنه تعالى وعد أرزاق الكل، فمنهم من سبب له سبباً كالتجارة وغيرها، ومنهم من قطعه عن الأسباب ثم أمر الأغنياء أن يعطوهم من ماله تعالى من كل كذا كذا، فعرف قطعاً أن ذلك إيصال للرزق الموعود لهم وابتلاء للمكلف به بالامتثال ليظهر منه ما علمه تعالى من الطاعة أو المخالفة فيجازي به فيكون الأمر بصرف المعين مصحوباً بهذا الغرض مصحوباً بإبطال القيد ومفيد أن المراد قدر المالية إذ أرزاقهم ما انحصرت في خصوص الشاة بل للإنسان حاجات مختلفة الأنواع، فظهر أن هذا ليس إبطال النص بالتعليل بل إبطال أن التنصيص على الشاة ينفي غيرها مما هو قدرها في المالية، ثم هو ليس بالتعليل بل مجموع نصى الوعد بالرزق والأمر بالدفع إلى الموعود به مما ينساق الذهن منه إلى ذلك، فإنك إذا سمعت قول القائل يا فلان مؤنتك علي ثم قال يا فلان أعطه من مالي عندك من كل كذا كذا لا يكاد ينفك عن فهمك من مجموع وعد ذاك وأمر الآخر بالدفع إليه أن ذلك الإنجاز الوعد فيكون جواز القيمة مدلولاً التزامياً لمجموع معنى النصين لانتقال الذهن عند سماعهما من معناهما إلى ذلك فيكون مدلولاً لا تعليلاً، على أنه لو كان تعليلاً لم يكن مبطلاً للمنصوص عليه بل توسعة لمحل الحكم، فإن الشاة المنصوص عليها بعد التعليل محل للدفع، كما أن قيمتها محل أيضاً وليس التعليل حيث كان إلا لتوسعة المحل. ثم قد رأينا في المنقول ما يدل عليه وهو ما قدمناه من قوله عليه الصلاة والسلام «ومن تكون عنده صدقة الجذعة وليس عنده الجذعة وعنده الحقة فإنها تؤخذ منهم مع شاتين إن استيسرتا أو عشرين درهماً» فانتقل إلى القيمة في موضعين، فعلمنا أن ليس المقصود خصوص عين السن المعين وإلا لسقط إن تعذر أو أوجب عليه أن يشتريه فيدفعه. وقال طاوس: قال معاذ لأهل اليمن: آتوني بخميص أو لبيس مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لأصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة[1]. رواه البخاري معلقاً وتعليقه صحيح. وقال ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن مجالد عن قيس بن أبي حازم عن الصنابح الأحمسي قال «أبصر النبي ﷺ ناقة حسنة في إبل الصدقة فقال: ما هذه؟ قال صاحب الصدقة: إني ارتجعتها ببعيرين من حواشي الإبل، قال: نعم إذاً»[2] فعلمنا

الزكاة) أداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائز، لا على أن القيمة بدل عن الواجب لأن المصير إلى البدل إنما يجوز عند عدم القدرة على الأصل وأداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا أحدهما، إما العين أو القيمة وقال الشافعي: **(لا يجوز اتباعاً للمنصوص)** وهو قوله ﷺ «في أربعين شاة شاة» **كما في الهدايا والضحايا**. وقوله: **(إيصالاً للرزق الموعود)** مفعول له وخبر إن محذوف: أي ثابت أو نحوه. وروى إيصال فهو خبر إن. فعلى النسخة الأولى تقرير كلامه الأمر بأداء الزكاة إلى الفقير بقوله تعالى ﴿**أتوا الزكاة**﴾ لإيصال الرزق الموعود بقوله تعالى ﴿**وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها**﴾ ثابت في الواقع، والأمر بذلك يبطل تعيين الشاة، فالثابت في الواقع يبطل تعيين الشاة، أما ثبوت ذلك في الواقع فلأن الله تعالى وعد أرزاقهم ثم أمرهم بإيتاء ما أوجب عليهم إنجازاً للوعد كما دلت عليه الآيتان، وأما أن الأمر بذلك يبطل تعيين الشاة فلأن المأمور به قربة البتة. ووجه القربة في الزكاة سد خلة

قوله: **(فعلى النسخة الأولى تقرير كلامه الأمر بأداء الزكاة إلى الفقير الخ)** أقول: قياس استثنائي استثنى فيه عين المقدم تقريره كلما ثبت الأمر بالأداء للفقير إيصالاً للرزق الموعود يبطل تعيين الشاة مثلاً، لكن المقدم حق وكذا التالي

---

(١) أثر معاذ. ذكره البخاري ٣/ ٣٣١ معلقاً بصيغة الجزم عن طاوس قال: قال معاذ... فذكره. قال في الفتح: ورويناه في كتاب الخراج ليحيى بن آدم عن طاوس. والخميصة: كأن معاذاً عنى الصفيف من الثياب.

(٢) هذا الخبر. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/ ٣٦١ عن الصنابح الأحمسي. وسكت عليه الزيلعي. وكذا الحافظ في الدراية ١/ ٢٥٦ مع أن فيه مجالد بن سعيد. قال في التقريب: ليس بالقوي اهـ. ولعلهما سكتا عليه لأن له شواهد. والله أعلم.

المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول (**وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة**) خلافاً لمالك. له ظواهر النصوص. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة»، ولأن السبب هو المال النامي ودليله الإسامة أو الإعداد للتجارة ولم يوجد، ولأن في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى. ثم

أن التنصيص على الأسنان المخصوصة والشاة لبيان قدر المالية وتخصيصها في التعبير لأنها أسهل على أرباب المواشي قوله: (**وصار كالجزية**) يؤخذ فيها قدر الواجب كما تؤخذ عينه قوله: (**لظواهر النصوص**) مثل «في خمس ذود من الإبل شاة»[(١)]، «وفي كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة»[(٢)] قوله: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الحوامل» الخ**)[(٣)] غريب بهذا اللفظ. وروى أبو داود عن عاصم بن ضمرة والحرث عن علي قال زهير: وأحسبه عن النبي ﷺ أنه قال «هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهماً درهم، وليس عليكم شيء حتى تتم مائتي درهم ففيها خمسة دراهم. فما زاد فعلى حساب ذلك، وليس على الحوامل شيء»[(٤)] ورواه الدارقطني مجزوماً ليس فيه قال زهير قال ابن القطان هذا سند صحيح ولقائل أن يقول: هذا الحديث بعد صحته يحتمل كونه مقارناً لأصل تشريع الزكاة فيكون مخصصاً، ويحتمل كونه متأخراً فيكون ناسخاً، ويحتمل كونه متقدماً فيكون منسوخاً بالعام على أصلنا أعني نحو قوله «في خمس من الإبل شاة»[(٥)] فالاستدلال به متوقف على ضبط التاريخ، فإن لم يضبط انتصب معارضاً، وحينئذ يجب تقدم عموم الإيجاب لأنه الاحتياط. ويجاب بأن العموم ليس على صرافته بالاتفاق لتخصيص غير السائمة فيترجح حديث العوامل بقوة الدلالة حينئذ. وأما على أصلهم فيجب تقديم الخاص مطلقاً فلا يحتاج إلى هذا التقرير. ثم لا يخفى أن العوامل تصدق على الحوامل[(٦)] والمثيرة فالنفي عنها نفي عنهما. وقد روي في خصوص اسم المثيرة حديث مضعف في الدارقطني «ليس في المثيرة صدقة»[(٧)] قال البيهقي: الصحيح أنه موقوف قوله: (**ولأن في العلوفة الخ**) دفع لقول مالك: إن النماء في العلوفة أكثر فهي أولى بشرعية الزكاة فيها، فقال لا بل ينعدم بالكلية

المحتاج وهي مع كثرتها واختلافها لا تنسد بعين الشاة فكان إذناً بالاستبدال على ما عرف في الأصول، وفي ذلك إبطال قيد الشاة ويحصل به الرزق الموعود وغيره، وعلى الثانية الأمر بالأداء إلى الفقير إيصال للرزق الموعود إليه وإيصال ذلك إليه إبطال لقيد الشاة لأن الرزق لم ينحصر في أكل اللحم فكان إذناً في الاستبدال الخ، وكان هذا كالجزية في أنها وجبت لكفاية المقاتلة، ويجوز فيها دفع القيمة بالإجماع، بخلاف الهدايا والضحايا فإن القربة فيها إراقة الدم، حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست بمتقوّمة ولا معقولة المعنى. قال: (**وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة**) العلوفة بفتح العين ما يعلفون من الغنم وغيره، الواحد والجمع سواء، من علف الدابة أطعمها العلف، والعلوفة بالضم جمع علف، قوله (**له ظواهر النصوص**) يعني قوله تعالى ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾ قوله ﷺ «خذ من الإبل إبلاً، وفي أربعين شاة شاة» وغير ذلك مما فيه كثرة. ولنا حديث علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «ليس في الإبل الحوامل صدقة» وحديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «ليس في البقر العوامل صدقة» وحديث جابر عن النبي ﷺ «ليس في البقر المثيرة صدقة» وهو.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري وغيره في كتاب الصديق لأنس تقدم في صدقة السائمة الحديث الأول.

(٢) هو بعض حديث معاذ رواه عنه مسروق وأبو وائل وغيرهما تقدم مستوفياً وإسناده حسن.

(٣) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٠، ووافقه ابن الهمام، وابن حجر في الدراية ١/ ٢٥٦.

(٤) حسن. تقدم في أول صدقة السوائم وصححه ابن القطان والصواب أنه حسن. لا سيما ورواه عبد الرزاق موقوفاً.
تنبيه: وقع للمصنف «على الحوامل». وصوابه «على العوامل» كذا في كتب الحديث. وسيقرره المصنف بعد أسطر.

(٥) تقدم في أول صدقة السوائم. رواه البخاري من روايته أنس.

(٦) كذا قال. وهو غريب عجيب.

(٧) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٠٤ من حديث جابر ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٠. ٣٦١ عن البيهقي قوله: إسناده ضعيف والصحيح موقوف اهـ.
قلت: في إسناده حجاج بن أرطاة وهو ضعيف، ومدلس وقد عنعنه، وابن جريج وأبو الزبير كلاهما مدلس، وقد روياه عنعنة، وقد أخرجه الدارقطني من وجه آخر ٢٠/ ١٠٣ عن جابر موقوفاً.

السائمة هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت علوفة لأن القليل تابع للأكثر **(ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذوا من حزرات أموال الناس» أي كرائمها «وخذوا من حواشي أموالهم» أي أوساطها ولأن فيه نظراً من الجانبين قال: **(ومن كان له**

ظاهراً فضلاً عن الأكثرية لأن القدر الذي يزيد بالسمن لا يفي بخرج المؤنة في المدة التي تظهر فيها الزيادة. فإن قيل: لو كانت العلوفة للتجارة وجب فيها زكاة التجارة، فلو انعدم النماء بالعلف امتنع فيها. قلنا: النماء في مال التجارة بزيادة القيمة ولم تنحصر زيادة ثمنها في السمن الحادث، بل قد يحصل بالتأخير من فصل إلى فصل أو بالنقل من مكان إلى مكان، بخلاف غير المنوية للتجارة النماء فيها منحصر في السمن فثبت أن علفها لا يستلزم عدم نمائها، إذا كانت للتجارة ولا هو ظاهر فيه قوله: **(هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول)** اعترض في النهاية بأن مرادهم تفسير السائمة التي فيها الحكم المذكور فهو تعريف بالأعم إذ بقي قيد كون ذلك لغرض النسل والدر والتسمين، وإلا فتشمل الإسامة لغرض الحمل والركوب وليس فيها زكاة. وقالت الشافعية في بعض الوجوه: يشترط الرعي في كل الحول وفي بعضها إن علفها بقدر ما تبين فيه مؤنة علفها أكثر مما لو كانت سائمة فلا زكاة فيها. قلنا: لا يزول اسم السائمة بالعلف اليسير شرعاً لأنه عليه الصلاة والسلام أوجب على أهل ديارهم مع العلم بأنها لا تكتفي بالسوم في جميع السنة إذ لا يوجد في جميع السنة في ديارهم بل ولا غيرها ما تكتفي به، ولو وجد في غيرها لم يمكنهم ذلك في زمن شدة البرد والثلج والأمطار المستمرة، فلو اعتبر انتفت الزكاة، فعلم أن العلف اليسير لا يزول به اسم السوم المستلزم للحكم. وإذا كان مقابله كثيراً بالنسبة كان هو يسيراً، والنصف ليس بالنسبة إلى النصف كثيراً، فلو أسامها نصف الحول لا زكاة فيها ولأنه يقع الشك في ثبوت سبب الإيجاب، وما ذكره المصنف من التعليل بالتبعية إنما يستقيم تعليل قوله أو أكثر، وما ذكرنا يعمه مع نصف الحول قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا**

مذهب علي وجابر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم، ولأن السبب هو المال النامي وهذه الأموال ليست بنامية لأن دليل النماء الإسامة أو الإعداد للتجارة والفرض عدمهما. وإذا انتفى السبب انتفى الحكم. وقوله: **(ولأن في العلوفة)** أي ولأن السبب هو المال النامي، ولا نماء في هذه الأموال لأن المؤنة تتراكم فيها فينعدم النماء معنى. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنكم أبطلتم إطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخاً وحملتم المطلق في الأخبار على المقيد وهو أيضاً لا يجوز عندكم. والثاني أن دليل النماء الإسامة أو الإعداد للتجارة كما ذكرتم، وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالإعداد للتجارة، فإن من اشترى خمساً من الإبل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليه الزكاة في آخر السنة فما باله أبطل النماء بالإسامة؟ والجواب عن الأول أن الإطلاق ليس على ظاهره بالإجماع، ألا ترى أنه مطلق من الحولان الحول ولا يجب إلا به فكانت الآية لبيان وجوب الأخذ وهي فيما عداه مجمل لحق الأخبار بياناً لذلك، ولم يحمل المطلق على المقيد وإنما جعلنا المقيد متأخراً لئلا يلزم النسخ مرتين، فإن الأصل فيه هو الإطلاق لكونه عدماً، فلو قدمنا المقيد نسخ الإطلاق، ثم المطلق ينسخه فعكسناه دفعاً لذلك. وعن الثاني بأن الإسامة والعلف متضادان، فإذا وجد العلف انتفى الإسامة ولا كذلك التجارة **(ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت علوفة)** أما في الأكثر فلأن القليل تابع للأكثر لأن أصحاب السوائم لا يجدون بداً من أن يعلفوا سوائمهم في وقت كبرد وثلج كما في البلاد الباردة، وأما في النصف فلأنه وقع الشك في ثبوت سبب الإيجاب فلا تجب، فلا ترجع جهة الوجوب بجهة العبادة لأن الترجيح إنما

قوله: **(والجواب عن الأول أن الإطلاق ليس على ظاهره بالإجماع، ألا ترى أنه مطلق عن حولان الحول)** أقول: وعن اعتبار النصاب أيضاً قوله: **(لئلا يلزم النسخ مرتين الخ)** أقول: بل إذا قدم المطلق يكرر النسخ إذ الأصل عدم الوجوب، والمقيد سلب لا يدافع العدم الأصلي فتأمل قوله: **(فإن الأصل هو الإطلاق لكونه عدماً)** أقول: كيف يكون عدماً ومفاده الوجوب في الجميع، ثم اعلم أن الضمير في قوله لكونه راجع إلى الإطلاق في قوله فإن الأصل هو الإطلاق، والمعنى أن الأصل هو الإطلاق لكون الإطلاق عدماً الخ قوله: **(وعن الثاني بأن الإسامة والعلف متضادان، إلى قوله: ولا كذلك التجارة)** أقول: وإذا أورد الأموال المعدة للتجارة نقضاً للدليل فإنه جار فيها مع تخلف المدلول كان ما ذكره في معرض الجواب بمعزل عن دفعه.

نصاب فاستفاد في أثناء الحول من جنسه ضمه إليه وزكاه به) وقال الشافعي: لا يضم لأنه أصل في حق الملك فكذا في وظيفته، بخلاف الأولاد والأرباح لأنها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الأصل. ولنا أن المجانسة هي العلة

تأخذوا من حزرات أموال الناس شيئاً[١] **الخ)** هو بالفتحات جمع حزرة بالحاء المهملة وتقديم الزاي المنقوطة على الراء في اللغة المشهورة، ذكره ابن الأثير في النهاية. وحرزة المال خياره في ديوان الأدب. وهو في الأصل كأنه الشيء المحبوب للنفس. أخرج أبو داود في المراسيل عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي ﷺ قال لمصدقه «لا تأخذ من حزرات أموال الناس شيئاً، خذ الشارف والبكر وذات العيب»[٢] وفي موطإ مالك «مُرّ عمر رضي الله عنه بغنم الصدقة فرأى فيها شاة حافلاً ذات ضرع عظيم، فقال عمر: ما هذه الشاة؟ فقالوا: شاة من الصدقة، فقال عمر: ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون، لا تفتنوا الناس لا تأخذوا حزرات المسلمين»[٣] وفي الباب حديث معاذ الصحيح حيث قال له عليه الصلاة والسلام «إياك وكرائم أموالهم»[٤] وهذه الأدلة تقتضي أن لا يجب في الأخذ من العجاف التي ليس فيها وسط اعتبار أعلاها وأفضلها وقدمنا عنهم خلافه في صدقة السوائم قوله: **(فاستفاد في أثناء الحول من جنسه)** بميراث أو هبة أو شراء. وقال الشافعي: لا يضم بل يعتبر فيه حول على حدته، فإذا تم الحول زكاه سواء كان نصاباً أو أقل بعد أن يكون عنده نصاب من جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «من استفاد مالاً فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول»[٥] وقوله عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول[٦]»، بخلاف الأولاد والأرباح لأنها متولدة من الأصل نفسه فينسحب حوله عليها وما نحن فيه ليس كذلك. قلنا: لو قدر تسليم ثبوته فعمومه ليس مراداً للاتفاق على خروج الأولاد والأرباح، ودليل الخصوص مما يعلل ويخرج بالتعليل ثانياً فعللنا بالمجانسة فقلنا. إخراج الأولاد والأرباح من ذلك ووجوب ضمها إلى حول الأصل لمجانستها إياه لا للتولد. فيجب أن يخرج المستفاد إذا كان مجانساً أيضاً فيضم إلى ما عنده مما يجانسه، وكان اعتبارنا أولى لأنه أدفع

يكون بعد ثبوت السبب. قال في النهاية: ثم هذا الذي ذكره من الإسامة في حق إيجاب زكاة السوائم إنما يصح أن لو كانت الإسامة للدر والنسل والتسمين، وأما الإسامة للتجارة فلا يجب فيها زكاة السائمة، وكذلك في الإسامة للحمل والركوب. وقوله: **(ولا يأخذ المصدق خيار المال)** ظاهر. وقوله: **(من حزرات أموال الناس)** الحزرات بالحاء المهملة والزاي المعجمة والفتحات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال، والحاشية صغار الإبل لا كبار فيها. وذكر في المغرب: خذ من حواشي أموالهم: أي من عرضها: يعني من جانب من جوانبها من غير اختيار، وهي في الأصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه، وتفسير المصنف بقوله أي أوساطها غير ذلك، وهو الحق لقوله ولأن فيه نظراً من الجانبين. قال: **(ومن كان له نصاب)** المستفاد على ضربين من جنس الأصل ومن خلاف جنسه، والثاني لا يضم بالاتفاق كما إذا كان له إبل فاستفاد في أثناء الحول بقراً أو غنماً وإنما يستأنف له حول بذاته، والأول لا يخلو إما أن يكون حاصلاً بسبب الأصل كالأولاد والأرباح أو بسبب مقصود، فإن كان الأول يضم بالإجماع، وإن كان الثاني مثل أن يكون عند رجل مقدار ما تجب فيه الزكاة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشراء أو هبة أو ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا. وقال الشافعي: يستأنف له حول جديد من حين ملكه، فإذا تم الحول وجب فيه الزكاة نصاباً كان أو لم يكن، له أنه أصل في حق الملك

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٢/ ٣٦١، ووافقه المصنف، وفي الدراية ١/ ٢٥٦. ومعناه في الآتي.

(٢) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله ١٠٤ وكذا البيهقي ٤/ ١٠٢ وابن أبي شيبة ٣/ ١٢ والطحاوي ٢/ ٣٣ كلهم عن عروة مرسلاً ورجاله ثقات. وشاهده الآتي.

(٣) موقوف حسن. أخرجه مالك ١/ ٢٦٧ ح ٢٨ بسنده عن عائشة به ومن طريق أبو عبيد في الأموال ص٤٠٣. ورواه ابن أبي شيبة ٣/ ١٢ عن عروة بدون ذكر عائشة.

(٤) هو بعض حديث معاذ رواه الشيخان وقد تقدم.

(٥) إسناده ضعيف والراجح وقفه وقد تقدم في أول الزكاة.

(٦) هو المتقدم.

في الأولاد والأرباح لأن عندهما يتعسر الميز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد، وما شرط الحول إلا للتيسير. قال: (والزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في النصاب دون العفو) وقال محمد وزفر فيهما: حتى لو هلك العفو وبقي

للحرج اللازم على تقدير قوله في أصحاب الغلة الذين يستغلون كل يوم درهماً وأقل وأكثر فإن في اعتبار الحول لكل مستفاد من درهم ونحوه حرجاً عظيماً، وشرع الحول للتيسير فسقط اعتباره. ولو لم يتعرّض لإبطال اعتباره حاز تعليل الأصل بعلتين، وإحداهما تقضي ما قلنا، والأخرى أعني علته قاصرة على الأصل: أعني الأولاد والأرباح، وعلى هذا لا حاجة إلى جعل اللام في الحول للحول المعهود قيامه للأصل كما في النهاية، بل يكون للمعهود كونه اثني عشر شهراً كما قاله الشافعي، غير أنه خص منه ما ذكرنا. وهذا لأنه يعم المستفاد ابتداء وهو النصاب الأصلي: أعني أول ما استفاده وغيره، والتخصيص وقع في غيره وهو المجانس وبقي تحت العموم الأصلي والذي لم يجانس ولا يصدق في الأصلي إلا إذا كان الحول مراداً به المعهود المقدر.

[فرع] لا يضم إلى النقدين ثمن إبل مزكاة بأن كان له خمس من الإبل ومائتا درهم، فزكى الإبل بعد الحول ثم باعها أثناء الحول الآخر بدراهم لا يضمها إلى ما عنده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمها لوجود علة الضم وهي المجانسة. وله أنه بدل مال الزكاة، وللبدل حكم المبدل، فلو ضم لأدى إلى الثني. واتفقوا على ضم ثمن طعام أدى عشره ثم باعه وثمن أرض معشورة وثمن عبد أدى صدقة فطره، أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلأن البدل ليس بدلاً لمال الزكاة لأن العشر لا يجب باعتبار الملك ولهذا يجب في أرض الوقف والمكاتب. والفطرة لا تتعلق بالمالية ولهذا تجب عن ولده، وكذا لو باعها بعبد للتجارة وعنده ألف لا يضم عنده. ولو نوى الخدمة ثم باعه قيل يضم لأنه بنية الخدمة خرج عن مال الزكاة فلم يكن بدله بدل مال الزكاة ليؤدي إلى الثني، ولو كان له نصابان نقدان مما لم يجب ضم أحدهما إلى الآخر كثمن إبل أدى زكاتها ونصاب آخر ثم وهب له ألف ضمت إلى أقربهما حولاً من حين الهبة نظراً الفقراء. ولو ربح في أحدهما أو ولد أحدهما ضم إلى أصله لأن الترجيح بالذات أقوى منه بالحال قوله: (حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب الخ) بأن كان له تسع من الإبل أو مائة وعشرون من الغنم فهلك بعد الحول من الإبل أربع ومن الغنم ثمانون لم يسقط من الزكاة شيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد وزفر يسقط في الأول أربعة أتساع شاة، وفي الثاني ثلثا شاة قوله: (وجبت شكراً لنعمة المال) الذي يتحقق به الغني والكل بعد وجوب النصاب فيه كذلك فيكون الوجوب في الكل، ويؤديه ما تقدم في كتاب أبي بكر من قوله «إذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض، وكذا قال فإذا بلغت واحدة وستين إلى خمس وسبعين ففيها حقة، وهكذا ذكر إلى عشرين ومائة، وقال في الغنم: إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة ففيها شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه»

لحصوله بسبب غير سبب الأصل، وكل ما كان كذلك كان أصلاً في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس (بخلاف الأولاد والأرباح لأنها تابعة للملك حتى ملكت بملك الأصل) دون سبب مقصود (ولنا أن المجانسة هي العلة في الأولاد والأرباح لأن عندها) يعني عند المجانسة (يتعسر الميز) لأن المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة أسبابه (فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد) لأن مراعاته فيه إنما تكون بعد ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما إذا كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهماً أو درهمين، والحول ما شرط إلا تيسيراً، فلو شرطنا له حولاً جديداً عاد على موضوعه بالنقض، وإذا ثبت أن علة الضم في الأولاد والأرباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه. فإن قيل: قد مر أن النبي ﷺ قال «ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول» وعلى تقدير الضم يجب الزكاة بلا حول. أجيب بأنا ما أسقطنا الحول وإنما جعلنا حولان الحول على الأصل حولانا على المستفاد تيسيراً. فإن عورض بأن الحكم في الأولاد والأرباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فإن هذا الحكم قد ثبت في الأمهات بالأولاد، فإن من

النصاب بقي كل الواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره. لمحمد وزفر أن الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشراً» وهكذا قال في كل نصاب، ونفى الوجوب عن العفو، ولأن العفو تبع للنصاب، فيصرف الهلاك أولاً إلى التبع كالربح في مال المضاربة، ولهذا قال أبو حنيفة: يصرف الهلاك بعد العفو إلى النصاب الأخير ثم إلى الذي يليه إلى أن ينتهي، لأن الأصل هو النصاب الأول وما زاد عليه تابع. وعند أبي يوسف يصرف إلى

الحديث وهذا ينص على ما قلنا، وهكذا قال في كتاب عمر المروي في أبي داود[1] قوله: **(ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة، وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشراً» الخ)**[2] لا يخفى أن هذا الحديث لا يقوي قوّة حديثيهما في الثبوت إن ثبت والله أعلم به، وإنما نسبه ابن الجوزي في التحقيق إلى رواية القاضي أبي يعلى وأبي إسحق الشيرازي في كتابيهما، فقول محمد أظهر من جهة الدليل، ولأن جعل الهالك غير النصاب تحكم لأن النصاب غير متعين في الكل فيجعل الوجوب متعلقاً بفعل الإخراج من الكل ضرورة عدم تعين بعضها لذلك، وقولهم إنه يسمى عفواً في الشرع يتضاءل عن معارضة النص الصحيح فلا يلتفت إليه قوله: **(ولذا قال أبو حنيفة الخ)** مثاله: إذا كان له أربعون من الإبل فهلك منها عشرون بعد الحول فعند أبي حنيفة تجب أربع شياه كأن الحول حال على عشرين فقط جعلاً للهالك كأن لم يكن، وعند محمد يجب نصف بنت لبون ويسقط النصف، وعند أبي يوسف يجب عشرون جزءاً من ست وثلاثين جزءاً من بنت لبون ويسقط ستة عشر جزءاً لأن الأربعة من الأربعين عفو فيصرف الهلاك إليها وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيبقى الواجب قدر الباقي والله أعلم. ولو كان له ثمانون شاة فهلك نصفها بعد الحول تجب شاة عند أبي حنيفة، وعند محمد وزفر نصف شاة. ولو كان له مائة وعشرون فهلك ثمانون تجب شاة عنده أبي حنيفة، وعند محمد وزفر ثلث شاة، ولو كانت مائة وإحدى وعشرين فهلك إحدى وثمانون تجب شاة عند أبي حنيفة، وعند محمد وزفر أربعون جزءاً من مائة وإحدى وعشرين جزءاً من شاتين، فلو كن مائتين وواحدة عجافاً إلا واحدة وسطاً تجب الوسط وثنتان من أفضلها. فإن هلكت الوسط عند أبي حنيفة تجب عجفاً وإن كان لم يكن إلا مائتان عجاف، وعندهما سقط الفضل بهلاك الوسط وجعل كأن الكل عجاف فكان الواجب ثلاثاً عجافاً، فإذا هلك واحدة سقط من كل شاة من الثلاث جزء من مائتي جزء وجزء ويبقى من كل شاة عجفاء مائتا جزء لأن عندهما يصرف الهلاك إلى النصب شائعاً، ولو هلك الكل إلا الوسط يجب جزء من أربعين جزءاً من شاة وسط عند أبي حنيفة كأنه ليس له إلا أربعون هلك الكل إلا واحدة وسط، وعندهما ثلاثة أجزاء من مائتي جزء من ثلاث شياه جزء من السمينة وجزءان من العجفاوين لأن الواجب في كل شاة جزء. ولو كان له

كانت له مائة وعشرون شاة فولدت وحدة قبل الحول فتم الحول وجب عليه شاتان، فكان الوجوب على الأم وغيرها بسبب الولد فتبين أنه لم يكن بطريق السراية، وقوله: **(والزكاة عند أبي حنيفة)** صورته ظاهرة فإن من كان له تسع من الإبل حال عليها الحول فهلك منها أربع فعليه في الباقي شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة أتساع شاة، وكذلك الدليل من الجانبين **(وقوله ولأن العفو)** يعني أن العفو لا يثبت إلا بعد وجود النصاب فكان تابعاً، وكل مال اشتمل على أصل وتبع ثم هلك منه شيء صرف الهلاك إلى التبع دون الأصل، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح فهلك منه شيء فإنه يصرف إلى الربح دون رأس المال بالاتفاق وقوله: **(ولهذا)** أي ولكون الهلاك يصرف إلى التبع قال أبو حنيفة: **(يصرف الهلاك**

---

(١) كتاب عمر. في سنن أبي داود ١٥٧٠ وتقدم في أوائل صدقة السوائم.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٢ ونقل. عن ابن الجوزي في التحقيق قوله: رواه أبو يعلى والشيرازي اهـ وسكت عليه ولم يذكر له إسناداً فالله أعلم. وقد رأيت ابن حجر ذكره في الدراية ١/ ٢٥٦ فقال: لم أجده، وقد ذكره أبو إسحق الشيرازي في المهذب، وأبو يعلى القراء في كتابه اهـ.

قلت: والفراء هو أحد علماء الحنابلة وهو غير الموصلي صاحب المسند المشهور. وتبين من هذا أن الخبر ليس بمسند.

العفو أولاً ثم إلى النصاب شائعاً (وإذا أخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثني عليهم) لأن الإمام لم يحمهم

أربعون شاة عشرون سمان أو أوساط وعشرون عجاف هلكت واحدة من السمان بعد الحول يبقى تسعة وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من شاة وسط لأن الفضل فيما زاد على الواحدة عفو فصار كأن الكل سمان وهلك منها واحدة. وكذلك لو هلكت عشرة من السمان يبقى ثلاثة أرباع شاة وسط، وعند محمد يبقى نصف شاة وسط وربع شاة عجفاء لأن الواجب شافع في المال وكان نصف السمينة في عشر من السمان وعشر من العجاف وذلك النصف لم يتغير فبقي الواجب فيه كما كان باقياً، والنصف الآخر في عشر سمان وعشر عجاف ذهبت سمانه وبقيت عجافه فكان فضل السمن في عجاف هذا النصف بسبب سمان هذا النصف فيبطل بهلاك السمان فبقي ربع شاة عجفاء، وإن هلكت سمينة واحدة يضم إلى ما بقي من السمان مثلها من العجاف، وذلك تسع عشرة فتصير ثمانية وثلاثين فيجب فيها ثمانية وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من سمينة، وفي العجفاء الباقية جزء من أربعين جزءاً من شاة عجفاء لأن فضل السمن فيها كان بسبب السمينة التي هلكت فتبطل بهلاكها.

رجل له خمسون بنت مخاض عجاف إلا واحدة سمينة تعدل خمسين درهماً وقيمة الباقي عشرة عشرة، وقيمة الحقة الوسط مائة تجب حقة تساوي ستين درهماً لأنها كثيتين من أفضلها، لأن زكاتها تعدل بنتي مخاض وسطين لو كان فيها بنتا مخاض وسطان، فإذا لم يكن إلا واحدة وسط وجب حقة تعدل هذه الواحدة وواحدة من أفضل الباقي، فلو هلكت السمينة تجب حقة تعدل بنتي مخاض عجفاوين لأن المال اشتمل على النصاب والعفو، لأن ما زاد على ستة وأربعين عفو فيصرف الهلاك إليه فكأنه لم يملك إلا تسعة وأربعين بنت مخاض عجافاً وهناك تجب حقة تعدل بنتي مخاض عجفاوين من أفضلهن فيجب هنا حقة تساوي عشرين، وعند محمد يسقط جزء من خمسين جزءاً من الحقة الواجبة وهي التي تساوي بنتي مخاض عجفاوين لأن الوجوب عنده في الكل وفضل السمن كان باعتبار السمينة فإذا هلكت هلكت بزكاتها وبقي الباقي. ولو هلك الكل وبقيت السمينة ففيها خمس شاة وسط عند أبي حنيفة لأن الهلاك عنده يصرف إلى النصب الزائدة فكأن الحول حال على خمس من الإبل ثم هلك الكل إلا الواحدة، وعند أبي يوسف يجب جزء من سته وأربعين جزءاً من الحقة التي تساوي ستين، لأن ما زاد على ستة وأربعين عفو فكأن الحول حال على ستة وأربعين، وعند محمد فيها جزء من خمسين جزءاً من تلك الحقة، والله سبحانه أعلم قوله: (لكونهم مقاتلة) لأنهم يقاتلون أهل الحرب قوله: (ولا يصرفونها) أي لا يصرفها الخوارج إلى الفقراء قوله: (وكذا الدفع إلى كل جائر) قال في المبسوط وما يأخذه ظلمة زماننا من الصدقات والعشور والجزا والخراج والجبايات والمصادرات فالأصح أن يسقط جميع ذلك عن أرباب الأموال إذا نووا عند الدفع التصدق

بعد العفو إلى النصاب الأخير الخ) وبيان ذلك ما إذا كان لرجل أربعون من الإبل فهلك منها عشرون ففي الباقي أربع شياه عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يجب فيها عشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من بنت لبون، وقال محمد: يجب نصف بنت لبون مر على أصله أن الواجب متعلق بالكل فإذا هلك النصف سقط نصف الواجب، ولأبي يوسف أن الأربع عفو وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقي، ولأبي حنيفة أن الهالك يجعل كأن لم يكن من قبل أنه تابع والنصاب الأول هو الأصل، ألا ترى أنه لو عجل الزكاة عن نصب كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت أن النصاب الأول أصل وما زاد كالتابع، فإذا هلك شيء صرف الهلاك إلى ما هو التابع فتجب زكاة العشرين وذلك أربع شياه. قال: (إذا أخذ الخوارج الخراج) الخوارج: قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الإمام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتأويل القرآن ودانوا ذلك وقالوا: من أذنب صغيرة أو كبيرة فقد كفر وحل قتله إلا أن يتوب، وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ﴿ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالداً فيها﴾ فإذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها أهل العدل فأخذوا الحراج (وصدقة السوائم) ثم ظهر عليهم الإمام (لا يثني عليهم) أي لا يأخذ منهم ثانياً (لأن الإمام لم يحمهم والجباية بالحماية) كتب عمر رضي الله عنه إلى عامله: إن كنت لا تحمهم فلا تجبهم من جبي الخراج جباية إذا جمعه (وأفتوا بأن يعيدوها) يعني الصدقة (دون الخراج) وهو اختيار أبي بكر

والجباية بالحماية، وأفتوا بأن يعيدوها دون الخراج لأنهم.مصارف الخراج لكونهم مقاتلة، والزكاة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها إليهم وقيل إذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه، وكذا الدفع إلى كل جائر لأنهم بما عليهم

عليهم، لأن ما في أيديهم أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق أموالهم، فلو ردوا ما عليهم لم يبق في أيديهم شيء فكانوا فقراء انتهى. وقال ابن مسلمة: يجوز أخذ الصدقة لعلي بن عيسى بن ماهان وإلى خراسان وكان أميراً ببلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل فأفتوه بالصيام، فجعل يبكي ويقول لحشمه: إنهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق ما لك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئاً. وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائز سقط. ذكره قاضيخان في الجامع الصغير. وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة في كفارة بالصوم غير لازم، وتعليلهم بأنه اعتبار للمناسب المعلوم الإلغاء غير لازم لجواز أن يكون للاعتبار الذي ذكرناه من فقرهم لا لكونه أشق عليهم من الإعتاق ليكون هو المناسب المعلوم الإلغاء وكونهم لهم مال وما أخذوه خلطوه به وذلك استهلاك إذا كان لا يمكن تمييزه عنه عند أبي حنيفة فيملكه ويجب عليه الضمان حتى قالوا تجب عليهم فيه الزكاة ويورث عنهم غير ضائر لاشغال ذمتهم بمثله، والمديون بقدر ما في يده فقير قوله: **(والأول أحوط)** أي الإفتاء بالإعادة بناء على أن علم من يأخذ لما يأخذ شرط، وهذا يقتضي التعميم في الإعادة للأموال الباطنة والظاهرة سوى الخراج، وقد لا يبتني على ذلك بل على أن المقصود من شرعية الزكاة سّد خلة المحتاج على ما مر وذلك يفوت بالدفع إلى هؤلاء. وقال الشهيد: هذا يعني السقوط في صدقات الأموال الظاهرة، أما إذا صادره فنوى عند الدفع أداء الزكاة إليه، فعلى قول طائفة يجوز، والصحيح أنه لا يجوز لأنه ليس للطالب ولاية أخذ زكاة الأموال الباطنة قوله: **(لأن الصلح قد جرى الخ)** بنو تغلب عرب نصارى همّ عمر رضي الله عنه أن يضرب عليهم الجزية فأبوا وقالوا: نحن عرب لا نؤدي ما يؤدي العجم، ولكن خذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض: يعنون الصدقة، فقال عمر: لا هذه فرض المسلمين، فقالوا: فزد ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية فعل، فتراضى هو وهم على أن يضعف عليهم الصدقة، وفي بعض طرقه: هي جزية سموها ما شئتم. وفي رواية لابن أبي شيبة، ولا يمنعوا أحداً أن يسلم ولا يغمسوا أولادهم. وفي رواية القاسم بن سلام في كتاب الأموال: همّ يعني عمر

الأعمش **(لأنهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة)** إذا ظهر عدو ذبوا عن دار الإسلام، وأما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها إليهم، وقيل إذا نوى بالدفع التصدق عليهم يسقط، وهو المحكى عن الفقيه أبي جعفر وكذلك الدفع إلى كل جائز قال في الجامع الصغير لقاضيخان: وكذلك السلطان إذا صادر رجلاً وأخذ منه أموالاً فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه الزكاة لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء. فإنهم إذا ردوا أموالهم إلى من أخذوها منهم لم يبق معهم شيء. والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب، والتبعة ما اتبع به. وقوله: **(والأول أحوط)** أي الإفتاء بإعادة صدقة السوائم، والعشور أحوط لأن في ذلك خروجاً عن عهدة الزكاة بيقين. قيل كأن في قوله وصدقة السوائم إشارة إلى ما نقل التمرتاشي عن الشهيد أن هذا في صفة الأموال الظاهرة أما إذا صادره السلطان ونوى هو أداء الزكاة فعلى قول طائفة يجوز، والصحيح أنه لا يجوز لأنه ليس للظالم ولاية أخذ زكاة الأموال الباطنة. والظاهر من كلام المصنف العموم في الأموال

قوله: **(وأما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها إليهم)** أقول إذا كان المراد بالخوارج ما ذكره كيف لا يصرفونها إلى مصارف الزكاة واعتقادهم أن من أذنب فقد كفر، والأصوب أن المراد بالخوارج الطائفة الخارجة عن طاعة الإمام مطلقاً قال المصنف: **(وكذا الدفع إلى كل جائز لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء)** أقول: قال ابن الهمام: قال في المبسوط: وما يأخذه ظلمة زماننا من الصدقات والعشور والجزا والخراج والجبايات والمصادرات فالأصح أنه يسقط جميع ذلك من أرباب الأموال إذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لأن ما في أيديهم أموال المسلمين و ما عليهم من التبعات فوق أموالهم، فلو ردوا عليهم ما لم يبق في أيديهم شيء فكانوا فقراء اهـ. وقال ابن مسلمة يجوز أخذ الصدقة لعلي بن ماهان والي خراسان وكان أميراً ببلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل فأفتوه بالصيام، فجعل يبكي ويقول لحشمه إليهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئاً وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائر سقط، ذكره قاضيخان في الجامع الصغير، وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى

من التبعات فقراء، والأول أحوط **(وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة منهم ما على الرجل)** لأن الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم **(وإن هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة)** وقال الشافعي: يضمن إذا هلك بعد التمكن من الأداء لأن الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولأنه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا أن الواجب جزء من النصاب تحقيقاً للتيسير فيسقط

رضي الله عنه أن يأخذ منهم الجزية فنفروا في البلاد، فقال النعمان بن زرعة أو زرعة بن النعمان لعمر: يا أمير المؤمنين إن بني تغلب قوم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال، إنما هم أصحاب حروث ومواشي ولهم نكاية في العدو فلا تعن عدوّك عليك بهم، قال: فصالحهم عمر على أن يضعف عليهم الصدقة، واشترط عليهم أن لا ينصروا أولادهم[1]، هذا وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يؤخذ من المرأة شيء وهو قول: زفر لأن المأخوذ بدل الجزية، بل قد اعتبرها عمر نفس الجزية حيث قال: هي جزية سموها ما شئتم ولا جزية على المرأة فلا يلزمها بدلها وهو القياس. وجه الظاهر أن اللازم في الأصل كان الجزية، فلما وقع التراضي بإسقاطها بما يؤخذ من المسلم مضاعفاً صار اللازم عين ما صير إليه فوجب شموله النساء لأنهم رضوا في إسقاط ذلك بذلك ظاهراً قوله: **(وإن هلك المال)** يعني حال الحول ففرط في الأداء حتى هلك من غير تعد: أعني من غير استهلاك منه قوله: **(بعد التمكن)** بأن طلب المستحق أو وجد وإن لم يطلب قوله: **(ولأنه منعه بعد الطلب)** أي طلب الفقير إذا فرض

الظاهرة والباطنة، وقوله: **(وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء)** وبنو تغلب قوم من نصارى العرب كانوا بقرب الروم، فلما أراد عمر رضي الله عنه أن يوظف عليهم الجزية أبوا وقالوا: نحن من العرب نأنف من أداء الجزية، فإن وظفت علينا الجزية لحقنا بأعدائك من الروم، وإن رأيت أن تأخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلنا ذلك، فشاور عمر الصحابة في ذلك وكان الذي يسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي قال: يا أمير المؤمنين صالحهم فإنك إن تناجزهم لم تطقهم، فصالحهم عمر على ذلك وقال: هذه جزية وسموها ما شئتم، فوقع الصلح على أن يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين، ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان رضي الله عنه فلزم أول الأمة وآخرهم، وإذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يؤخذ من نسائهم لأنه بدل الجزية ولا جزية على النساء. ووجه الظاهر ما أشار إليه في الكتاب أنه بدل الصلح، والرجال والنساء فيه سواء لأنهم صالحوا على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمين دون الصبيان فكذا في حقهم. قال: **(وإن هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة)** إن هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت عندنا. وقال الشافعي: إن هلك بعد التمكن من الأداء لم تسقط، والتمكن منه في الأموال الباطنة بالظفر بأهل الاستحقاق، وفي الظاهر بالظفر بالساعي في أحد القولين لأن الواجب تقرر في الذمة بحصول الوسع على الأداء، ومن تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه بالعجز عن الأداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد، وهذا بناء على أن الزكاة عنده تجب في الذمة وعندنا في العين. وقوله: **(ولأنه منعه بعد الطلب)** دليل آخر، وهذا لأن الزكاة حق الله تعالى وقد طلب بالخطاب. وإذا تمكن من الأداء ولم يؤد كان الهلاك منعاً بعد الطلب، والمنع بعد الطلب صاحب

تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة في كفارة بالصوم غير لازم، وتعليلهم بأنه اعتبار للمناسب المعلوم الإلغاء غير لازم، لجواز أن يكون للاعتبار الذي ذكرناه من فقرهم لا لكونه أشق عليهم من الإعتاق ليكون هو المناسب المعلوم الإلغاء، وكونهم لهم مال وما أخذوه خلطوه به وذلك استهلاك إذا كان لا يمكن تمييزه عنه عند أبي حنيفة فيملكه ويجب عليه الضمان، حتى قالوا: يجب عليهم فيه الزكاة، ويورث عنهم غير ضائر لاشتغال ذمتهم بمثله، والمديون بقدر ما في يده فقير انتهى كلام ابن الهمام. وكونه مصرفاً للزكاة لا ينافي وجوب الزكاة عليه كما في ابن السبيل، وفيه بحث إذ قد سبق أن من كان له دين يحيط بماله لا زكاة عليه فتأمل، فإن محمل ما ذكروه ما إذا كان له مال غير ما استهلكه بالخلط يفضل عنه فلا يحيط بالدين بماله قال المصنف: **(والأول أحوط)** أقول: قال ابن الهمام:

---

(١) أثر عمر ذكره في الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣ مفصلاً، ونسبه للبيهقي وابن أبي شيبة وأبي عبيد في الأموال اهـ أبو عبيد ص٢٩ ـ ٥٤ وابن سعد ٦/ ٨٩.

بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب، وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت، وفي الاستهلاك وجد التعدي، وفي هلاك البعض يسقط بقدره

ذلك. ولأنه جعله الشرع مطالباً لنفسه نيابة عنه. أو هو مطالب بالأداء على الفور، فإذا تمكن ولم يؤدّ صار متعدياً فيضمن كما لو استهلك النصاب وكالمودع إذا طولب بردّ الوديعة فلم يردها حتى هلكت قوله: **(ولنا)** الحاصل أن الواجب تمليك شطر من النصاب ابتداء، ومن أمر بتمليك مال مخصوص كمن قيل له تصدق بمالي عندك فلم يفعل حتى هلك ليس عليه ضمانه ولا إقامة مال آخر مقامه لأنه لم يفوت على مستحق يداً ولا ملكاً لأن المستحق فقير بعينه لا فقير يطلب بنفسه، وفي الاستهلاك وجد التعدي بخلاف مجرد التأخير لأنه غير جان فيه لأن الصيغة المطلقة تجوّز التراخي وإن كانت على الفور وليس هو بحق، فتعديه بالتأخير ليس هو نفس إهلاك المال ولا سبباً له، فإن التأخير لم يوضع للهلاك، وإنما قلنا إن الواجب جزء من النصاب تحقيقاً للتيسير، فإن الزكاة لما وجبت قليلاً من كثير من بعض الأموال لا من كل مال، بل مما بحيث ينمو لينجبر المؤدي بالنماء، وشرط مع ذلك الحول تحقيقاً لقصد النماء كانت واجبة بصفة اليسر، والحق متى وجب بصفة لا يبقى إلا بتلك الصفة، وتحقيق ذلك بأن يعتبر الواجب أداء جزء من هذه النعمة غير أن له أن يعطي غيره فيسقط بهلاكه لفوات المحل، والقول ببقاء الواجب بعد هلاكه يحيله إلى صفة العسر فلا يكون الباقي ذلك الذي وجب بل غيره، وهذا يقتضي أن الواجب في خمس من الإبل جزء منها والشاة تقدير ماليته لعسر نحر أحدها ليعطي بعضها، بل إذا كان ذلك البعض ربع عشر كلها توقف تحقيقه على نحر كلها. وفيه من الحرج ما لا يخفى ثم الظواهر تؤيد ما قلنا مثل قوله عليه الصلاة والسلام «هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهماً درهم»[1] وما تقدم في أول باب صدقة البقر من حديث معاذ، ولفظ الترمذي «بعثني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن آخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعاً أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة»[2] قوله: **(كدفع العبد بالجناية يسقط)** فإذا لم يدفعه المولى حتى هلك سقط ولم يجب عليه إقامة عبد مقامه قوله: **(قبل**

الحق يوجب الضمان **(فكان كالاستهلاك ولنا أن الواجب)** ليس في الذمة بل هو **(جزء من النصاب)** عملاً بكلمة في قوله عليه الصلاة والسلام «في كل أربعين شاة شاة» **(وتحقيقاً للتيسير)** فإن الزكاة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الأصول. ومن التيسير أن يكون الواجب من النصاب إذ الإنسان إنما يخاطب بأداء ما يقدر عليه وهو قادر على أداء الزكاة من هذا النصاب لجواز أن لا يكون مال سواه، لا سيما السكان في المفاوز فإنهم لا يقدرون على تحصيل شيء من النقود لبعدهم عن العمران. فإذا كان جزءاً منه كان النصاب محله **(فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فإنه يسقط بهلاكه)** وإذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لأنها تجب في الذمة، وعورض بأن دفع القيمة يجوز عندكم، ولو كان الواجب جزءاً من النصاب لما جاز لأن القيمة ليست بجزء من النصاب. وأجيب بأن ذلك بأمر آخر وهو الإذن بالاستدلال كما تقدم. وقوله: **(والمستحق فقير)** جواب عن قوله منع بعد الطلب، وفيه إشارة إلى أنه لو طلب فقير بالأداء ولم يؤد حتى هلك المال لم يجب الضمان أيضاً فضلاً ما إذا لم يطالبه لأن المستحق للطلب فقير **(يعينه المالك)** لا كل فقير لأن للمالك الرأي في الصرف إلى من شاء من الفقراء **(ولم يتحقق منه الطلب)** فلا يكون ثمة منع بعد الطلب، وفي عبارته تسامح لأن الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الأصول إلا إذا حمل كلامه على أن المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف. فإن قيل:

أي الإفتاء بالإعادة بناء على أن علم من يأخذ لما يأخذ شرط انتهى: يعني شرط على رواية. قوله: **(وهذا لأن الزكاة حق الله تعالى الخ)** أقول: قول أكثر أصحاب الشافعي رحمه الله إن الزكاة واجبة على التراخي فلا يستقيم هذا التعليل على قولهم فتأمل.

---

(١) تقدم في أول فصل صدقة السوائم.
(٢) تقدم في فصل البقر، وإسناده قوي.

اعتباراً له بالكل **(وإن قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز)** لأنه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز كما إذا

يضمن) وهو قول الكرخي وقيل: **(لا يضمن)** وهو قول أبي سهيل الزجاجي، وهو أشبه بالفقه لأن الساعي وإن تعين لكن للمالك رأي في اختيار محل الأداء بين العين والقيمة، ثم القيمة شائعة في محال كثيرة، والرأي يستدعي زماناً فالحبس لذلك، ولأنه لم يفوت على أحد ملكاً ولا يداً، بخلاف منع الوديعة بعد طلب صاحبها فإنه بدل اليد بذلك فصار مفوّتاً ليد المالك.

(فروع تتعلق بالمحل) استبدال مال التجارة بمال التجارة ليس استهلاكاً بغير مال التجارة استهلاك، وذلك بأن ينوي في البدل عدم التجارة عند الاستبدال، وإنما قلنا ذلك لأنه لو لم ينو في البدل عدم التجارة وقد كان الأصل للتجارة يقع البدل للتجارة وإن كان لغيرها عند مالكه، في الكافي: لو تقايضا عبداً بعبد ولم ينويا شيئاً فإن كانا للتجارة فهما للتجارة أو للخدمة فهما للخدمة، وإن كان أحدهما للتجارة والآخر للخدمة فبدل ما كان للتجارة للتجارة وبدل ما كان للخدمة للخدمة، فلو استبدل بعد الحول ثم هلك البدل بغير صنع منه وجبت الزكاة عن الأصل، بخلاف ما إذا كان البدل مال تجارة لا يضمن زكاة الأصل بهلاك البدل، واستبدل السائمة استهلاك مطلقاً سواء استبدلها بسائمة من جنسها أو من غيره أو بغير سائمة دراهم أو عروض لتعلق الزكاة بالعين أوّلاً وبالذات وقد تبدلت، فإذا هلكت سائمة البدل تجب الزكاة، ولا يخفى أن هذا إذا استبدل بها بعد الحول، أما إذا باعها قبله فلا حتى لا تجب الزكاة في البدل إلا بحول جديد أو يكون له دراهم وقد باعها بأحد النقدين. وإقراض النصاب الدراهم بعد الحول ليس باستهلاك فلو نوى المال على المستقرض لا تجب ومثله إعارة ثوب التجارة رجل له ألف حال حولها فاشترى بها عبد التجارة فمات أو عروضاً للتجارة فهلكت بطلت عنه زكاة الألف، ولو كان العبد للخدمة لم تسقط بموته، فلو كان فيه غبن فاحش ضمن. في الوجه الأول علم أولاً لأنه صار مستهلكاً في قدر الغبن إذ لم يحصل بإزائه شيء، وإنما استوى العلم وعدمه لأنه باطل فلا يتعلق الحكم به، ولو كان وهبها بعد الحول ثم رجع بقضاء أو غيره لا شيء عليه لو هلكت عنده بعد الرجوع لأن الرجوع فسخ من الأصل والنقود تتعين في مثله فعاد إليه قديم ملكه ثم هلك فلا ضمان، ولو رجع بعد ما حال الحول عند الموهوب له فكذلك، خلافاً لزفر لو كان بغير قضاء فإنه يقول: يجب على الموهوب له فإنه مختار فكان تمليكاً. قلنا: بل غير مختار لأنه لو امتنع عن الرد أجبر. وفي الوجه الثاني لو ردّ عبد الخدمة بعيب واسترد الألف لم يبرأ لو هلكت لأن وجوب الرد لم يتعلق بعين تلك الدراهم فلم يعد إليه قديم ملكه، بخلاف ما لو كان اشترى العبد بعرض التجارة وحال حوله فرد بقضاء لأنه عاد إليه قديم ملكه، وإن كان بغير قضاء ضمن لأنه بيع جديد في حق الزكاة وعن هذا قلنا لو باع عبد الخدمة بألف فحال على الثمن الحول فرد بعيب بقضاء أو رضاء زكي الثمن لعدم التعين، ولو باعه بعرض للتجارة فرد بعيب بعد الحول إن كان بقضاء لم يزك البائع العرض لأنه مضطر، ولا العبد لأنه كان للخدمة وقد عاد إليه قديم ملكه وإن كان بلا قضاء لم يزك المشتري العرض وزكاه البائع لأنه كالبيع الجديد حتى يصير العبد الذي اشتراه للتجارة لأن الأصل كان للتجارة، فكذا البدل فإن نوى فيه الخدمة كان زكاة العرض مضموناً عليه لأنه استهلكه حيث استبدله بغير مال التجارة، والله سبحانه أعلم قوله: **(وهو مالك للنصاب)** تنصيص على شرط جواز التعجيل فلو ملك أقل فعجل خمسة عن مائتين ثم الحول على مائتين لا يجوز، وفيه شرطان آخران أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول، فلو عجل خمسة من مائتين ثم هلك ما في يده إلا درهماً ثم استفاد فتم الحول على مائتين جاز ما عجل، بخلاف ما لو لم يبق الدرهم وأن يكون النصاب كاملاً في آخر الحول، فلو عجل شاة من أربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون فلا زكاة عليه حتى أنه إن كان صرفها الفقراء وقعت نفلاً، وإن كانت قائمة في يد الساعي أو الإمام أخذها،

فالساعي متعين للطلب فإذا لم يؤد بعد طلبه حتى هلك وجب أن يضمن ولم يقولوا به. أجاب بقوله **(وبعد طلب الساعي قيل يضمن)** وهو قول العراقيين من أصحابنا لكونه متعيناً للطلب فالمنع يكون تفويتاً كما في الاستهلاك **(وقيل لا يضمن)** وهو قول مشايخ ما وراء النهر. قيل وهو الصحيح لعدم التفويت، فإن المنع ليس بتفويت لجواز أن يكون منعه لاختيار الأداء في محل

كفر بعد الجرح، وفيه خلاف مالك **(ويجوز التعجيل لأكثر من سنة)** لوجود السبب، ويجوز لنصب إذا كان في ملكه

ولو كان الأداء في آخر الوقت وقع عن الزكاة وإن انتقص النصاب بأدائه ذكره في النهاية نقلاً من الإيضاح وهو في فصل الساعي خلاف الصحيح، بل الصحيح فيما إذا كانت في يد الساعي وقوعها زكاة فلا يستردها كما في الخلاصة، رجل له مائتا درهم حال عليها الحول إلا يوماً فعجل من زكاتها شيئاً ثم حال الحول على ما بقي لا زكاة عليه، وعلى هذا لو تصدق بشاة بنية الزكاة على الفقير من أربعين شاة فتم الحول لا تجوز عن الزكاة. أما لو عجل شاة عن أربعين إلى المصدق فتم الحول والشاة في يد المصدق جاز، هو المختار لأن الدفع إلى المصدق لا يزيل ملكه عن المدفوع. وبسطه في شرح الزيادات إذا عجل خمسة من مائتين فأما إن حال الحول وعنده مائة وخمسة وتسعون أو استفاد خمسة أخرى فحال على مائتين أو انتقص من الباقي درهم فصاعداً: الفصل الأول: إذا لم تزد ولم تنقص، فإن كانت تلك الخمسة قائمة في يد الساعي فالقياس أن لا تجب الزكاة ويأخذ الخمسة من الساعي لأنها خرجت عن ملكه بالدفع إلى الساعي، وإن لم تخرج فهي في معنى الضمار لأنه لا يملك الاسترداد قبل الحول. وفي الاستحسان تجب الزكاة لما ذكرنا أن يد الساعي في المقبوض يد المالك قبل الوجوب، فقيامها في يده كقيامها في يد المالك، ولأن المعجل يحتمل أن يصير زكاة فتكون يده يد الفقراء، ويحتمل أن لا يصير زكاة فتكون يده يد المالك، فاعتبرنا يده يد المالك احتياطاً، ولأن القول بنفي الوجوب يؤدي إلى المناقضة. بيانه أنا لو لم نوجب الزكاة بقيت الخمسة على ملك المالك فتبين أنه حال الحول والنصاب كامل فتجب الزكاة على عدم تقدير إيجاب الزكاة، وإذا قلنا تجب تجب مقصوراً على الحال لا مستنداً لأنه لو استند الوجوب إلى أول الحول بقي النصاب ناقصاً في آخر الحول فيبطل الوجوب، وإنما لم يملك الاسترداد لأنه عينها زكاة من هذه السنة، فما دام احتمال الوجوب قائماً لا يكون له أن يسترد، كمن نقد الثمن في بيع بشرط الخيار للبائع لا يمكنه الاسترداد فالحاصل أنه تعلق حق الفقراء به مع بقاء ملك المالك، ولهذا لم يصر ضماراً لأنه أعدها لغرض والمعدّ لغرض ليس ضماراً فجعلها ضماراً مبطل لغرضه، وكذا لو كان الساعي استهلكها أو انفقها على نفسه قرضاً لأن بذلك وجب المثل في ذمته، وذلك كقيام العين في يده، وكذا لو أخذها الساعي، عمالة، لأن العمالة إنما تكون في الواجب لأن قبضه للواجب يكون للفقراء فيتحقق حينئذ سبب العمالة وما قبضه غير واجب. ولا يقال: ما في ذمة الساعي دين وأداء الدين من العين لا يجوز، لأنا نقول: هذا إذا كان الدين على غير الساعي، أما إذا كان على الساعي فيجوز لأن حق الأخذ له فلا يفيد الطلب منه ثم دفعها إليه، وإن كان الساعي صرفها إلى الفقراء أو إلى نفسه وهو فقير لا تجب الزكاة لأن الساعي مأمور بالصرف إليهم، ولو صرف المالك بنفسه يصير ملكاً وينتقص به النصاب فكذلك هنا. ولو ضاعت من الساعي قبل الحول ووجدها بعده لا تجب الزكاة لأن الساعي مأمور بالصرف إليهم، ولو صرف المالك بنفسه يصير ملكاً وينتقص به النصاب فكذلك هنا. ولو ضاعت من الساعي قبل الحول ووجدها بعده لا تجب الزكاة وللمالك أن يستردها. كما لو ضاعت من يد المالك نفسه فوجده بعده، وإنما يملك الاسترداد لأنه عينها لزكاة هذه السنة ولم تصر. قلت: لأن بالضياع صار ضامناً، فلو لم يستردها حتى دفعها الساعي إلى الفقراء لم يضمن إلا إن كان المالك نهاه. قيل هذا عندهما، أما عند أبي حنيفة يضمن، وأصله الوكيل بدفع الزكاة إذا أدى بعد أداء الموكل بنفسه يضمن عنده علم بأدائه أو لا، وعندهما لا إلا إن علمه. الفصل الثاني: إذا استفاد خمسة فتم الحول على مائتين يصير المؤدي زكاة في الوجوه كلها من وقت العجيل، وإلا يلزم هنا كون الدين زكاة عن العين في بعض الوجوه. ولا تجب عليه زكاة تلك الخمسة وإن كانت قائمة عند الساعي. أما عنده فلأنه لا يرى الزكاة في الكسور. وأما عندهما فلأنها ظهر خروجها

آخر، بخلاف الاستهلاك فإنه قد وجد منه التعدي على محل مشغول بحق الغير بالإتلاف فجعل المحل قائماً زجراً له. ونظراً لصاحب الحق إذا لو لم يجعل كذلك لما وصل إلى الفقير شيء. لأن كل من وجبت عليه الزكاة لم يعجز أن يصرف النصاب إلى حاجته بلا ضمان. وقوله: **(وفي هلاك البعض يسقط بقدره)** أي بقدر الهالك **(اعتباراً للبعض بالكل)** فإن قيل: قد ثبت أن الزكاة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب فكان الواجب أن لا

نصاب واحد خلافاً لزفر لأن النصاب الأول هو الأصل في السببية والزائد عليه تابع له، والله أعلم.

من ملكه من وقت التعجيل، وهذا التعليل إنما يخصهما في مثل هذه الصورة. فأما لو ملك مائتين فعجلها كلها صح ولا يستردها قبل الحول كما في غيرها لاحتمال وقوعها زكاة بأن يستفيد قبل تمام الحول ثمانية آلاف، فلو استفادها لا تجب زكاة هذه المائتين لهذه العلة بالاتفاق. الفصل الثالث: إذا انتقص عما في يده فلا تجب في الوجوه كلها فيسترد إن كانت في يد الساعي، وإن استهلكها أو أكلها قرضاً أو بجهة العمالة ضمن، ولو تصدق بها على الفقراء أو نفسه وهو فقير لا يضمن لما قدمناه إلا إن تصدق بها بعد الحول فيضمن عنده علم بالنقصان أو لم يعلم وعندهما إن علم، ولو كان نهاه ضمن عند الكل. واعلم أن ما ذكره في الفصل الأول من أن الساعي إذا أخذ الخمسة عمالة ثم حال الحول ولم يكمل النصاب في يد المالك تقع الخمسة زكاة بناء على وجوب الزكاة في هذه الصورة بسبب لزوم الضمان على الساعي لأنه لا عمالة في غير الواجب ذكر في مثله من السائمة خلافه بعد قريب وقال ما حاصله: إذا عجل شاة عن أربعين فتصدق بها الساعي قبل الحول وتم الحول ولم يستفد شيئاً يقع تطوعاً ولا يضمن، ولو باعها الساعي للفقراء وتصدق بثمنها فكذلك، فإن كان الثمن قائماً في يده يأخذه المالك لأنه بدل ملكه، ولا تجب الزكاة لأن نصاب السائمة نقص قبل الحول ولا يكمل بالثمن، فإن كانت الشاة قائمة في يد الساعي صارت زكاة كما قدمنا لأن قيامها في يده كقيامها في يد المالك، ولو كان الساعي أخذها من عمالته وأشهد على ذلك أو جعلها الإمام له عمالة فتم الحول وعند المالك تسعة وثلاثون والمعجل قائم في يد الساعي فلا زكاة عليه، ويستردها لأنه لما أخذها من العمالة زالت عن ملكه فانتقص النصاب فلا تجب الزكاة. وله أن يستردها لأنها في يده بسبب فاسد، فإن كان الساعي باعها قبل الحول أو بعده فالبيع جائز كالمشتري شراء فاسداً إذا باع جاز بيعه ويضمن قيمتها للمالك ويكون الثمن له لأنه بدل ملكه. فإن قلت: لم كان هذا الاختلاف، قلت: لأنه لما خرجت عن ملك المعجل بذلك السبب فحين تم الحول يصير ضامنا بالقيمة والسائمة لا يكمل نصابها بالدين كما ذكرنا، هذا ومهما تصدق الساعي مما عجل من نقد أو سائمة قبل الحول فلا ضمان عليه. بل إما أن يقع نفلاً إن لم يكمل، أو بعضه إن كان عن نصب في يده فهلك بعضها أو قرضاً أو بعده في موضع لا تجب الزكاة. كما لو انتقص النصاب ضمن علم أو لا عند أبي حنيفة. وعندهما لا يضمن إلا إن علم بالانتقاص، فإن كان المالك نهاه بعد الحول ضمن عند الكل وقبله لا قوله: **(وفيه خلاف مالك)** هو يقول الزكاة إسقاط الواجب ولا إسقاط قبل الوجوب، وصار كالصلاة قبل الوقت بجامع أنه أداء قبل السبب إذ السبب هو النصاب الحولي ولم يوجد، قلنا لا نسلم اعتبار الزائد على مجرد النصاب جزءاً من السبب بل هو النصاب فقط. والحول تأجيل في الأداء بعد أصل الوجوب فهو كالدين المؤجل، وتعجيل الدين المؤجل صحيح، فالأداء بعد النصاب كالصلاة في أول الوقت لا قبله، وكصوم المسافر رمضان لأنه بعد السبب، بخلاف العشر لا يجوز تعجيله لأنه يكون قبل السبب، إذ السبب فيه الأرض النامية بالخارج تحقيقاً، فما لم يخرج بالفعل لا يتحقق السبب، ويدل على صحة هذا الاعتبار ما في أبي داود والترمذي من حديث علي رضي الله عنه «أن

يبقى عليه شيء كابتداء الوجوب فإنه لا يثبت ببعض النصاب. أجيب بأن اليسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدي جزءاً من المال النامي لئلا ينتقص به أصل المال، وإنما اشترط أصل النصاب في الابتداء ليصير المكلف به أهلاً للإغناء فإنه لا يتحقق إلا من الغنى، والشرع قدر الغنى بالنصاب كما عرف في الأصول، وإنما يسقط عند هلاك الكل لفوات النماء الذي تعلق به اليسر، وإذا هلك البعض بقي اليسر ببقاء النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله **(وإن قدم الزكاة على الحول)** أي أداها قبل حولان الحول **(جاز)** عندنا خلافاً لمالك. وذكر في الأسرار زفر بدل مالك نه أن حولان الحول شرط كالنصاب، وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب، ولنا أنه أدى بعد سبب الوجوب وهو جائز كما إذا صلى في أول الوقت وصام المسافر في رمضان وأدى الدين المئجل، وحولان الحول شرط

. . . .

العباس سأل رسول الله ﷺ في تعجيل زكاته قبل أن يحول عليه الحول مسارعة إلى الخير فأذن له في ذلك»[1] ولو سلم ما ذكر فصفة الحولي تستند إلى أول الحول لأنه ما حال عليه. والحول اسم لأوله إلى آخر، ففي أوله يثبت جزء من السبب وقد ثبت الحكم في مثله عند وجود جزئه إذا كان الباقي مترقباً واقعاً ظاهراً كالترخص في ابتداء السفر، وفيه نظر، إذ قد يقال على ما أوردناه فيما غير علة الرخصة قصد أقل السفر آخذاً فيه لا وجود أقله فالترخص في ابتدائه بعد تمام السبب، على أنا لا نجزم بوقوع المعجل زكاة في الحال بل ذلك موقوف إلى آخر الحول، فإن تم والنصاب كامل تبين ذلك وإلا تبين أنه وقع نفلاً قوله: (**ويجوز التعجيل لأكثر من سنة**) وعليه يتفرع ما لو كان له أربعمائة فعجل عن خمسمائة ظاناً أنها في ملكه له أن يحتسب الزيادة من السنة الثانية، ولو حال على مائتين فأدى خمسة وعجل خمسة ثم استفاد عشرة جاز. وقال زفر: لا يجوز المعجل عن السنة الثانية لأنه لما تم الحول وجبت الزكاة فانتقص النصاب فقد وجد الحول الثاني والنصاب منتقص. قلنا: الوجوب يقارن دخول الحول الثاني فيكون الانتقاص بعده فلم يمنع انعقاد الحول قوله: (**ويجوز لنصب إذا كان في ملكه نصاب واحد**) وقال زفر: لا يجوز إلا عما في ملكه وإلا لزم تقديم الحكم على السبب وجوابه أن النصاب الأول هو السبب الأصلي وما سواه تبع له فلم يتقدم السبب، وفيه أن يقال: إن اعتبر سبباً لوجوب عشرة مثلاً فباطل وإلا لا يفيد، وكونه الأصل بمعنى أول مكسوب لا يوجب لزوم هذا الاعتبار شرعاً إلا بسمعيّ لكنه قد وجد فهو الدليل، فلو ملك مائتين فعجل منها خمسة وعشرين عن ألف ثم استفادها فتم الحول وعنده ألف جاز عن الألف. وفي فتاوى قاضيخان: لو كان له خمس من الإبل الحوامل: يعني الحبالى فعجل شاتين عنها وعما في بطونها ثم نتجت خمساً قبل الحول أجزأه عما عجل، وإن عجل عما تحمل في السنة الثانية لا يجوز اهـ. وقد يقال: ليس في هذا أكثر من كونه عين المدفوع عنه، ولو كان المدفوع عنه في يده فأخرج عنه عيناً قدر زكاته وعنده من جنسه غيره أيضاً لا يضر ويلغوا تعيينه. فكذا هذا إذ لا فرق سوى أن المخرج عنه معلوم في الحال، وذلك لا يمنع الجواز لأن جواز التعجيل لنصب ليست في ملكه يستلزم جوازه والملزوم ثابت فكذا الآخر، وإذ قد انسقنا إلى ذكر الأصل المذكور وهو أن التعيين في الجنس الواحد لغو فلنذكر من فروعه. رجل له ألف درهم بيض وألف سود فعجل خمسة وعشرين عن البيض فهلكت البيض قبل تمام الحول ثم تم لا زكاة عليه في السود ويكون المخرج عنها، وكذا لو عجل عن السود فهلكت وتم على البيض ولو حال وهما عنده ثم ضاع أحد المالين كان نصف ما عجل عما بقي وعليه تمام زكاة ما بقي، وكذا لو أدى عن أحدهما بعد الحول كان الأداء عنها. وفي النوادر خلاف هذا قال: إذا عجل عن أحد المالين بعينه ثم هلك بعد

وجوب الأداء وكلامنا في جوازه وصار كما إذا كفر بعد الجرح (**ويجوز التعجيل لأكثر من سنة**) لأن ملك النصاب سبب وجوب الزكاة في كل حول ما لم ينتقص، وجواز التعجيل باعتبار تمام السبب، وفي ذلك الحول الأول والثاني سواء (**ويجوز لنصب إذا كان في ملكه نصاب واحد خلافاً لزفر**) فإذا كان له خمس من الإبل فعجل أربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الإبل جاز عن الكل عندنا. وعنده لا يجوز إلا عن الخمس لأن كل نصاب في حق الزكاة أصل في نفسه، فكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل على الأول، وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز. ولنا أن النصاب الأول هو الأصل في السببية والزائد عليه تابع له؛ ألا ترى إلى من كان له نصاب في أول الحول ثم حصل له نصب في آخر الحول

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٦٢٤ والترمذي ٦٧٨ وابن ماجه ١٧٩٥ والدارمي ١٥٩٣ كلهم من حديث علي.
قال أبو داود: ورواه هشيم من وجه آخر مرسلاً، وهذا أصح. وقال الترمذي بعد أن ساق له شاهداً: والحديث الأول. أي حديث علي. أصح من الثاني، وقد روي مرسلاً من وجه آخر، وبه قال الشافعي وأحمد وإسحق اهـ.
قلت: وكذا الحنفية. فهو مذهب الجمهور. وأما الإسناد ففيه حجية بن عدي، وهو صدوق يخطىء كما في التقريب، لكنه يتقوى بشواهده. انظر المجمع للهيثمي ٣/ ٧٩ ورد من حديث أبي رافع، وإسناده لا بأس به، ورواه أبو يعلى من حديث طلحة بن عبيد الله باختصار، وإسناده ضعيف لضعف الحسن بن عمارة. وله طرق وشواهد أخرى.

. . . .

الحول لا يجوز شيء من المعجل عن الباقي وعليه زكاته، والظاهر الأول. ولو كان له ألف فعجل عشرين ثم حال الحول ثم هلك منها ثمانمائة درهم وبقيت مائتا درهم فعليه درهم واحد لأن العشرين تشيع في الكل فيكون قد أعطى عن كل مائتين أربعة دراهم وبقي لكل مائتين درهم، ولو هلكت الثمانمائة قبل الحول فلا شيء عليه لأنه تبين أنه لا زكاة عليه إلا في مائتين. ولو كان له ألف درهم ومائة دينار فعجل عن الدنانير قبل الحول دينارين ونصفا ثم ضاعت قبل الحول وحال على الدراهم جاز ما عجل عن الدراهم إذا كان يساوي خمسة وعشرين درهماً وإلا كمل، وكذا لو عجل خمسة وعشرين عن الدراهم ثم هلكت جاز عن الدنانير بقيمته. وإن لم يهلك أحدهما حتى حال الحول ثم هلك فالمال الذي عجل عنه كان المعجل عن المالين إلى آخر ما قدمنا في البيض والسود، وهذا بناء على اتحاد الجنس في النقدين بدليل ضم أحدهما إلى الآخر ليكمل النصاب، بخلاف ما لو كان له خمس من الإبل وأربعون من الغنم فعجل شاة عن أحد الصنفين ثم هلك لا يكون عن الآخر، ولو كان له عين ودين فعجل عن العين فهلكت قبل الحول جاز عن الدين، وإن هلكت بعده لا يقع عنه، والله سبحانه أعلم.

ثم تم الحول على النصاب الأول ولم يتم على الباقية جعل كأنه تم الحول على النصب كلها ووجب أداء الزكاة عن المجموع بالاتفاق، فكذلك يجعل النصب الآخر كالموجودة في أول الحول في حق التعجيل.

باب زكاة المال

فصل في الفضة

(ليس فيما دون مائتي درهم صدقة) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمس أواق صدقة» والأوقية أربعون درهماً (فإذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم) لأنه عليه الصلاة والسلام كتب إلى معاذ

باب زكاة المال

ما تقدم أيضاً زكاة مال إلا أن في عرفنا يتبادر من اسم المال النقد والعروض، وقدم الفضة على الذهب اقتداء بكتب رسول الله ﷺ قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمس أواق صدقة») أخرجه البخاري هكذا «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، ولا فيما دون خمس ذود صدقة، ولا فيما دون خمس أواق صدقة»[١] وأخرجه مسلم «ليس فيما دون خمس أواق من الورق»[٢] الحديث. وقوله والأوقية أربعون درهماً يحتمل أنه من كلام المصنف أخذا من تقدير أصدقة أزواجه عليه الصلاة والسلام «قالت عائشة: كانت ثنتي عشرة أوقية ونشا فتلك خمسمائة، قال أبو مسلمة: قلت: ما النش؟ قالت: نصف أوقية»[٣] رواه مسلم، ويحتمل أنه أراده من تمام الحديث، وشاهده ما أخرجه الدارقطني عنه عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في شيء من الفضة حتى تبلغ خمس أواق والأوقية أربعون درهماً»[٤] مختصر وفيه يزيد بن سنان الرهاوي أبو فروة: ضعف، والأوقية أفعولة فتكون الهمزة زائدة، وهي

باب زكاة المال

لما قدم ذكر زكاة السوائم لما قلنا أعقبه بذكر غيرها من أموال الزكاة. قال محمد رحمه الله: المال كل ما يتملكه الناس من دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو حيوان أو ثياب أو غير ذلك، والمصنف ذكر المال وأراد غير السوائم على خلاف عرف أهل البادية فإن اسم المال عندهم يقع على النعم. وعلى عرف أهل الحضر فإنه عندهم يقع على غير النعم.

فصل في الفضة

قدم فصل الفضة على غيرها لكونها أكثر تداولاً في الأيدي، والأوقية بالتشديد أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها من الفقر. وقيل هي فعلية من الأوق وهو الثقل، والجمع الأواقي بالتشديد أفاعيل كالأضاحي وبالتخفيف أفاعل، وكلامه ظاهر. وقوله: (فيكون فيها درهم) يعني مع الخمسة، وهكذا في كل أربعين درهماً درهم مع ما سبق عند أبي حنيفة رحمه الله وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال: ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة أو كثرت. حتى إذا كانت الزيادة درهماً ففيه جزء من أربعين جزءاً من درهم، وهو قول علي وابن عمر وبه أخذ الشافعي لقول علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال

قال المصنف: (فإذا كانت مائتين وحال عليها الحول) أقول: قال ابن الهمام: سواء كانت مصكوكة أو لا، وكذا عشرة المهر، وفي غير الذهب والفضة لا تجب الزكاة ما لم تبلغ قيمته نصاباً مصكوكاً من أحدهما لأن لزومها مبني على التقوم، والعرف أن يقوم بالمصكوك، وكذا نصاب السرقة احتياط للدرء انتهى. فالمراد بالدرهم حينئذ الدرهم الذي يقدر به الأشياء لا الفضة المضروبة أو يقدر المضاف: أي فيما دون وزن مائتي درهم قوله: (أجاب بقوله تحرزاً عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع) أقول: أي التشقيص

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٤٧ ومسلم ٩٧٩ كلاهما من حديث أبي سعيد. وقد تقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٥٩ ومسلم ٩٧٩ ح ٢ كلاهما من حديث أبي سعيد. وأخرجه مسلم وحده ٩٨٠ من حديث جابر.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٢٦ عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: سألت عائشة زوج النبي ﷺ: كم كان صداق رسول الله ﷺ؟ قالت: كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشاً. قالت: أتدري ما النَشُّ؟ قال: قلت: لا. قلت: نصف أوقية، فتلك خمسمائة درهم فهذا صداق رسول الله ﷺ لأزواجه اهـ هذا اللفظ لمسلم. وليس فيه ذكر مسلمة فالصواب: أبو سلمة ثم هي سألته عن النش. لا أن الراوي سأل.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٩٨ من حديث جابر قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٤: فيه يزيد بن سنان الرهاوي. قال يحيى: ليس بشيء، وقال أبو حاتم: يكتب حديثه ولا يحتج به اهـ. وقال في التقريب: ضعيف.

رضي الله عنه أن خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم، ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب نصف مثقال قال: **(ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهماً فيكون فيها درهم ثم في كل أربعين درهماً درهم)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه، وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي «وما زاد على المائتين فبحسابه» ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال، واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزاً عن التشقيص. ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ «لا تأخذ من

من الوقاية لأنها تقي صاحبها الحاجة، وقيل هي فعلية فالهمزة أصلية وهي من الأوق وهو الثقل، ولم يذكر في نهاية ابن الأثير إلا الأول قال: وهمزتها زائدة ويشدد الجمع ويخفف مثل أثفية وأثافي وأثاف، وربما يجيء في الحديث وقية وليست بالعالية قوله: **(فإذا كانت مائتي درهم الخ)** سواء كانت مصكوكة أو لا، وكذا عشرة المهر، وفي غير الذهب والفضة لا تجب الزكاة ما لم تبلغ قيمته نصاباً مصكوكاً من أحدهما لأن لزومها مبني على التقوّم، والعرف أن يقوم بالمصكوك، وكذا نصاب السرقة احتياطاً للدرء قوله: **(كتب إلى معاذ)** الله تعالى أعلم به، وإنما في الدارقطني «أنه عليه الصلاة والسلام أمر معاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن أن يأخذ من كل أربعين ديناراً ديناراً، ومن كل مائتي درهم»[1] الحديث، وهو معلول بعبد الله بن شبيب، ولا يضر ذلك بالمدعي فإن أحاديث أخذ ربع العشر من الرقة مفسرة من كل أربعين درهماً درهم كثيرة شهيرة قوله: **(فزكاته بحسابه)** ففي الدرهم الزائد جزء من أربعين جزءاً من درهم، ومما يبني على هذا الخلاف لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها عامان عنده عليه عشرة وعندهما خمسة لأنه وجب عليه في العام الأول خمسة وثمن فيبقى السالم من الدين في العام الثاني إلا ثمن درهم فلا تجب فيه الزكاة، وعنده لا زكاة في الكسور فيبقى السالم مائتين ففيها خمسة أخرى قوله: **(في حديث علي)** تقدم حديثه في زكاة العوامل والحوامل[2] وفي أول كتاب الزكاة في مسئلة الحول قوله: **(وبعد النصاب في السوائم الخ)** جواب عن مقدر هو أنه قد عفى بعد النصاب في السوائم أعداد فقال ذلك فيها تحرزاً عن التشقيص، أي إيجاب الشقص لما فيه من ضرر الشركة على الملاك وليس ذلك بلازم هنا قوله: **(ولأبي حنيفة الخ)** روى الدارقطني عن معاذ «أن النبي ﷺ أمره أن لا يأخذ من الكسور شيئاً»[3] وهو ضعيف بالمنهال بن الجراح. وأما ما نسبه

«وما زاد على المائتين فزكاته بحسابه» ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال والكل مال. فإن قيل: فعلام شرط النصاب في الابتداء؟ أجاب بقوله ليتحقق الغنى ليصير المكلف به أهلاً للإغناء كما ذكرنا من قبل. فإن قيل: لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوائم في الانتهاء كما شرط في الابتداء. أجاب بقوله تحرزاً عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع **(ولأبي**

الذي بعد عيباً قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ لمعاذ رضي الله عنه حين وجهه إلى اليمين «لا تأخذ من الكسور شيئاً» قيل معناه: لا تأخذ من الشيء الذي يكون المأخوذ منه كسوراً)** أقول: ويجوز أن يكون من الكسور بياناً لشيئاً قوله: **(فسماه كسوراً باعتبار ما يجب فيه)** أقول: فيكون من قبيل ذكر الحال وإرادة المحل فإن الأموال محل للزكاة قوله: **(فإن قيل: يجوز أن يكون المراد ما قبل المائتين**

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٩٥ . ٩٦ من حديث محمد بن عبد الله بن جحش به وأتم منه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٦٤: هو معلول بعبد الله بن شبيب. قال ابن حبان في الضعفاء: يقلب الأخبار ويسرقها، لا يجوز الاحتجاج به بحال اهـ.
قلت: هو واهٍ بهذا الاسناد لكن لبعضه شواهد في الصحيح.

(٢) تقدم في بحث الحول، وفي العوامل والحوامل.

(٣) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٢/ ٩٣ والبيهقي ٤/ ١٣٥ كلاهما من حديث معاذ بأتم منه. قال الدارقطني: فيه المنهال بن الجراح متروك الحديث، وعبادة بن نُسيّ لم يسمع من معاذ.
ونقله البيهقي عن الدارقطني وزاد: وإسناده ضعيف جداً. وزاد الزيلعي في ٢/ ٣٦٧ وقال ابن حبان: كان المنهال يكذب، وقال عبد الحق في أحكامه: كذاب.

الكسور شيئاً» وقوله في حديث عمرو بن حزم «وليس فيما دون الأربعين صدقة» ولأن الحرج مدفوع، وفي إيجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف، والمعتبر في الدراهم وزن سبعة، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل، بذلك

المصنف إلى حديث عمرو بن حزم فقال عبد الحق في أحكامه: روى أبو أويس عن عبد الله ومحمد بني أبي بكر ابن عمرو بن حزم عن أبيهما عن جدّهما عن النبي ﷺ «أنه كتب هذا الكتاب لعمرو بن حزم الحديث، وذكر في الفضة فيه ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتي درهم، فإذا بلغت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم، وفي كل أربعين درهماً درهم، وليس فيما دون الأربعين صدقة»[1] ولم يعزه عبد الحق لكتاب، وكثيراً ما يفعل ذلك في أحكامه، والموجود في كتاب ابن حزم عند النسائي وابن حبان والحاكم وغيرهم «وفي كل خمس أواق من الورق خمسة دراهم» وما زاد ففي كل أربعين درهماً درهم»[2] وروى ابن أبي شيبة قال: حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم عن الحسن قال: كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري «فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهماً درهم» وتقدم في الحديث المصحح قوله ﷺ «هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهماً درهم»[3] فقوله «من كل أربعين درهماً درهم» خرج تفسيراً لقوله «هاتوا ربع العشور» فيفيد «هاتوا ربع العشور» على هذا الوجه لأن هذه الجملة في موضع الحال من المفعول فتكوَن قيداً في عامله الذي هو الأمر بالإعطاء فيكون الوجوب على هذا الوجه، بقي أن يقال: قصاراه أنه لم يتعرض للنفي عما دونها إلا بمفهوم الصفة، ولا يعتبر عندنا أو بالإضافة إلى العدم الأصلي، وحديث علي[4]

حنيفة «قوله ﷺ لمعاذ حين وجهه إلى اليمن: لا تأخذ من الكسور شيئاً») قيل معناه: لا تأخذ من الشيء الذي يكون المأخوذ منه كسوراً فسمه كسوراً باعتبار ما وجب. فإن قيل: يجوز أن يكون المراد ما قبل المائتين بدليل أنه قال في حديث معاذ عقيب هذا «فإذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم» فالجواب أن المراد به ما قبل المائتين وما بعده لأنه قال عقيب قوله في حديث معاذ «فإذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تأخذ مما زاد حتى يبلغ أربعين درهماً فتأخذ منها درهماً» هكذا ذكر أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسنداً إلى معاذ بن جبل، فيجعل قوله «إذا بلغ الورق» إلى آخر الحديث بياناً وتفسيراً لقوله «لا تأخذ من الكسور شيئاً» لئلا يلزم التكرار (وقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم «ليس فيما دون الأربعين صدقة») وذلك إنما يكون بعد المائتين لأن ما قبله ليس فيه ولا فيما دونه صدقة، وهذا محكم فلا يعارضه حديث علي لاحتمال أن يراد بالزيادة على المائتين أربعون واحتماله ما ذكروه (ولأن الحرج مدفوع) وهو واضح (وفي إيجاب الكسور ذلك) أي الحرج (لتعسر الوقوف) لأنه إذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة

بدليل أنه قال عقيب هذا في حديث فإذا بلغ الخ) أقول: يعني قال في حديث معاذ رضي الله عنه: فإذا بلغ بالفاء التعقيبية قوله: (والجواب أن المراد به ما قبل المائتين وما بعده الخ) أقول: لا يخفى عليك أن ما ذكره ليس فيه دلالة على ما ادعاه، وكيف يلزم التكرار إذا حمل الأول على ما قبل المائتين ما بعده على ما بعده فيتوجه على المصنف أنه كان ينبغي له أن يستدل بقوله ﷺ ولا تأخذ بما زاد حتى يبلغ أربعين درهماً فإنه محكم. وقوله لا تأخذ من الكسور محتمل للحمل على ما قبل المائتين قوله: (فيجعل قوله إذا بلغ الورق إلى آخر الحديث بياناً وتفسيراً الخ) أقول: فلا يكون الفاء للتعقيب بل للتفسير كما في قوله تعالى ﴿ونادى نوح ربه فقال﴾ قوله: (لأن ما قبله ليس فيه الخ) أقول: إنما يعلم ذلك بتعليمه ﷺ، فلا يدل على عدم جواز الحمل على ما قبل المائتين، والأولى أن يقال قوله ﷺ ليس فيما دون الأربعين صدقة عام يتناول ما قبل المائتين وما بعده فيتم المرام قوله: (وهذا محكم فلا يعارضه حديث الخ) أقول: أي كالمحكم في القوة لا أنه محكم حقيقة وهو يحتمل النسخ. قوله: (فتتعلق الأحكام به الخ) أقول: فيه إشكال، فإنه كان يؤخذ في زمنه ﷺ زكاة من

---

(١) هذا الخبر ذكره عبد الحق ولم يعزه لكتاب أو مصنف كما في نصب الراية ٢/٣٦٧، وسكت عليه الزيلعي وابن حجر في الدراية ١/٢٥٨. فالله أعلم.

(٢) حسن. تقدم في أول كتاب الزكاة ويأتي في الديات.

(٣) تقدم في أول صدقة السوائم.

(٤) تقدم في فصل ما لا زكاة فيه. وهو حديث حسن من حديث علي.

جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الأمر عليه **(وإذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة، وإذا كان**

متعرض لإيجابه، ولو اعتبر المفهوم كان المنطوق مقدماً عند المعارضة، خصوصاً وفيه الاحتياط. فالأول حينئذ إثبات المعارضة بين حديث علي[1] وحديث عمرو بن حزم[2] وأثر عمر فإنهما يفيدان أن تمام حكم ما زاد أن يجب في كل أربعين درهم فلا يكون من حكم ما زاد خلاف ذلك وإلا لم يكن بياناً لحكم ما زاد بل لبعضه فإن قيل: يحمل على إرادة ما زاد من الأربعينات دفعاً للمعارضة. قلنا ليس بأولىٰ من اعتبار مثله في حديث علي بأن يحمل ما زاد فبحسابه: أي ما زاد من الأربعينات فبحساب الخمسة في المائتين وهو أن يكون فيها درهم. فإن قيل: بل الحمل في معارض حديث علي أولى منه فيه لأنه موجب وذلك مسقط فيكون فيه الاحتياط، وظن أن حديث معاذ نهي فيقدم غلط بأدنى تأمل، لأنه إنما نهى المصدق، وكلامنا فيما يرجع إلى رب المال وهو ليس بمنهي أن يعطي بل الواقع في حقه تعارض السقوط والوجوب. قلنا: ذلك لو لم يكن ملزوماً للحرج العظيم والتعذر في بعضها في كثير من الصور وهو ما أشار إليه المصنف بقوله لتعذر الوقوف، وذلك أنه إذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم وجب عليه على قولهما خمسة وسبعة أجزاء من أربعين جزءاً من درهم، فإذا لم يؤد حتى جاءت السنة الثانية كان الواجب عليه زكاة مائتي درهم ودرهم وزكاة ثلاثة وثلاثين جزءاً من درهم وذلك لا يعرف، ولأنه أوفق لقياس الزكوات لأنها تدور بعفو ونصاب قوله: **(والمعتبر في الدرهم الخ)** هذا الاعتبار في الزكاة ونصاب الصدقة والمهر وتقدير الديات، وإذ قد أخذ المثقال في تعريف الدرهم فلا بد من النظر فيه، وظاهر كلام المصنف في صدقة الذهب أنه معروف. قال أبو عبيد في كتاب الأموال ولم يزل المثقال في آباد الدهر محدوداً لا يزيد ولا ينقص. وكلام السجاوندي في كتاب قسمة التركات خلافه، قال الدينار: بسنجة أهل الحجاز عشرون قيراطاً والقيراط خمسة شعيرات، فالدينار عندهم مائة شعيرة وعند أهل سمرقند ستة وتسعون شعيرة، فيكون القيراط عندهم طسوجاً وخمسه. وذكر فيه أيضاً في تحديد الدينار مطلقاً فقال: اعلم أن الدينار ستة دوانيق والدانق أربع طسوجات والطسوج حبتان والحبة شعيرتان والشعيرة ستة خرادل والخردلة اثنا عشر فلساً والفلس ست فتيلات والفتيل ست نقيرات والنقيرة ثمان قطميرات والقطميرة اثنتا عشرة ذرة انتهى. فإن كان المراد بالخرادل أو الشعيرة المعروف فلا حاجة إلى الاشتغال بتقدير ذلك وهو تعريف الدينار على عرف سمرقند، وتعريف دينار الحجاز هو المقصود إذ الحكم خرج من هناك. ويوضح ذلك قوله ﷺ «المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة»[3] لفظ النسائي

أجزاء من أربعين جزءاً من درهم فتعسر معرفة سبعة أجزاء من أربعين جزءاً من درهم فحينئذ لا يقدر على الأداء في السنة الأولى، فإذا جاءت السنة الثانية وجب عليه زكاة ما بقي من المال بعد الزكاة لأن دينها مستحق وإن لم يؤد ذلك مائتا درهم ودرهم وثلاثة وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من درهم واحد وزكاة درهم وثلاثة وثلاثين جزءاً من أربعين جزءاً من درهم يتعسر الوقوف عليه البتة. وقوله: **(والمعتبر في الدراهم)** روى أن الدراهم في الابتداء كانت على ثلاثة أصناف: صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال، وصنف منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة أخماس مثقال، وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال، وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم، فلما تولى عمر رضي الله عنه، أراد أن يستوفي الخراج بالأكثر، فالتمسوا منه التخفيف، فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر وبين ما رامه الرعية، فاستخرجوا له وزن السبعة، وهو معنى قوله **(بذلك جرى التقدير في ديوان عمر**

---

(١) هو المتقدم.

(٢) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي في الكبرى ٢٢٩٩ و٦١٨٦ وكذا أبو داود ٣٣٤٠ والبيهقي ٦/ ٣١ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٢٠ كلهم عن طاوس عن ابن عمر مرفوعاً ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم، وليس فيه أحمد بن سليمان. ونقل الألباني في الإرواء ١٣٤٢ بعد أن صححه، تصحيحه عن ابن الملقن في الخلاصة، وكذا الدارقطني والنووي وابن دقيق العيد والعلائي.

الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر أن تبلغ قيمته نصاباً) لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش لأنها لا

عن أحمد بن سليمان ووثقه، وإن لم يكن كذلك بل لهم فيه اصطلاح خاص فلم يحصل مما ذكره تحديد ولا تمييز عند العقل لأن الذرة حينئذ هي مبدأ ما يقدر به هذه المسميات الاصطلاحية ولا يعرف شخصها. وقد لا يقدر على الاعتبار بها لو عرف، وأنت تعلم أن المقصود تقدير كمية شيء موجود ثابت، والتوصل إلى ذلك لا يتوقف على هذه التكلفات مع أنه لم يحصل بذلك مقصود وغير واحد اقتصر على التقدير الأول، والاقتصار على مثله لا يجوز في إفادة التقدير إلا أن يكون المراد الوسط بين الشعيرات المعروفة وإلا يكون تجهيلاً، ولو انتهى إلى الخرادل كان حسناً إذ لا يتفاوت آحاده وكذا بعض الأشياء. وهذا كله على تقدير كون الدينار والمثقال مترادفين، والظاهر أن المثقال اسم للمقدار المقدر به والدينار اسم للمقدر به بقيد ذهبيته. وإذ قد عرفت هذا فقالوا كانت الدراهم على عهد رسول الله ﷺ ثلاثة أصناف: صنف كل عشرة وزن عشرة مثاقيل وصنف كل عشرة وزن خمسة، وصنف كل عشرة بوزن ستة. فلما وقع الخلاف في الإيفاء والاستيفاء، وقيل أراد عمر أن يستوفي الخراج بالصنف الأول فالتمسوا التخفيف، فجمع حساب زمانه فأخرجوا عشرة وزن سبعة، وقيل أخذ عمر رضي الله عنه من كل صنف درهماً فخلطه فجعله ثلاثة دراهم متساوية فخرج الدرهم أربعة عشر قيراطاً كل عشرة وزن سبعة مثاقيل فبقي العمل عليها وأجمع الناس عليها، وهذا صريح في أن كون الدراهم بهذه الزنة لم تكن في زمنه ﷺ ولا شك في ثبوت وجوب الزكاة في زمانه عليه الصلاة والسلام وتقديره لها واقتضاء عماله إياها خمسة من كل مائتين، فإن كان المعين لوجوب الزكاة في زمانه الصنف الأعلى لم يجز النقص، وإن كان ما دونه لم يجز تعيين هذه لأنها زيادة على المقدر توجب نفي الوجوب بعد تحققه لأنه على ذلك التقدير يتحقق في مائتين وزن خمسة أو ستة، فالقول بعدم الوجوب ما لم تبلغ وزن مائتين وزن سبعة ملزوم لما ذكرنا، وظاهر كلام أبي عبيد في كتاب الأموال أن أيها وجد كانوا يزكونها قال: كانت الدارهم قبل الإسلام كباراً وصغاراً، فلما جاء الإسلام وأرادوا ضرب الدراهم وكانوا يزكونها من النوعين فنظروا إلى الدرهم الكبير فإذا هو ثمانية دوانيق وإلى الدرهم الصغير فإذا هو أربعة دوانيق. فوضعوا زيادة الكبير على نقصان الصغير فجعلوها درهمين سواء كل واحد ستة دوانيق ثم اعتبروها بالمثاقيل، ولم يزل المثقال في آباد الدهر لا يزيد ولا ينقص فوجدوها عشرة من هذه وزن سبعة مثاقيل انتهى. وإنما سقنا بقية كلامه ليظهر ما فيه من المخالفة لما تقدم ويقتضي أن النصاب ينعقد من الصغار، وهو الحق لأنهم لم يختلفوا في تفاوت الدراهم صغراً وكبراً في زمانه ﷺ، فبالضرورة تكون الأوقية مختلفة أيضاً بالصغر والكبر، وقد أوجب عليه الصلاة والسلام في خمس أواق الزكاة[1] مطلقاً من غير تقييد بنصف، فإذا صدق على الصغيرة خمس أواق وجب فيها الزكاة بالنص ويؤيده نقل أبي عبيد أنهم كانوا يزكون النوعين، وعن هذا والله أعلم ذهب بعضهم إلى أن المعتبر في حق كل أهل بلد دراهمهم. ذكره قاضيخان، إلا أني أقول: ينبغي أن يقيد بما إذا كانت دراهمهم لا تنقص عن أقل ما كان وزناً في زمنه عليه الصلاة والسلام وهي ما تكون العشرة وزن خمسة لأنها أقل ما قدر النصاب بمائتين منها حتى لا تجب في مائتي من الدراهم المسعودية الكائنة بمكة مثلاً وإن كانت دراهم قوم، وكأنه أعمل إطلاق الدراهم والأواقي في

واستقر الأمر عليه) فتتعلق الأحكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح، وإنما جعلوا ذلك لأحد وجوه ثلاثة: أحدها: أنك إذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل أحداً وعشرين مثقالاً. فإذا أخذت ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل والثاني أنك إذا أخذت ثلاث عشرة من كل صنف وجمعت بين الأثلاث الثلاثة المختلفة كانت سبعة مثاقيل والثالث أنك إذا ألقيت الفاضل على السبعة من العشرة، أعني الثلاثة، والفاضل أيضاً على السبعة من مجموع الستة والخمسة أعني أربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين: أعني فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما ألقيته كانت سبعة

(١) صحيح. هو بعض الحديث الأول من هذا الباب.

تنطبع إلا به وتخلو عن الكثير، فجعلنا الغلبة فاصلة وهو أن يزيد على النصف اعتباراً للحقيقة، وسنذكره في الصرف إن شاء الله تعالى، إلا أن في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض، إلا إذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصاباً لأنه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة.

الموجود وما يمكن أن يوجد ويستحدث، ونحن أعملناه في الموجود لأن الظاهر أن الإشارة بالكلام إلى ما هو المعهود الثابت، والله أعلم. فإن لم يكن لهم دراهم إلا كبيرة كوزن سبعة فالاحتياط على هذا أن تزكي، وإن كانت أقل من مائتين إذا بلغ ذلك الأقل قدر نصاب هو وزن خمسة؛ ألا يرى أنه إذا لم تكن الدراهم إلا وزن عشرة أو أقل مما يزيد على وزن سبعة وجب الزكاة في أقل من مائتين منها بحساب وزن السبعة، وعن هذا قال في الغاية: دراهم مصر أربعة وستون حبة، وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون وحبتان انتهى، فإذا لم يثبت أن درهم الزكاة مقدر شرعاً بما هو وزن سبعة بل بأقل منه لما قلنا وجب أن يعتبر الأقل في الدراهم الكبيرة فتزكى إذا بلغت قدر مائتين من الصغار، والله سبحانه أعلم. ثم ما ذكر في الغاية من دراهم مصرفيه نظر على ما اعتبروه في درهم الزكاة، لأنه إن أراد بالحبة الشعيرة فدرهم الزكاة سبعون شعيرة إذ كان العشرة وزن سبعة مثاقيل والمثقال مائة شعيرة على ما قدمناه فهو إذا أصغر لا أكبر، وإن أراد بالحبة أنه شعيرتان كما وقع تفسيرها في تعريف السجاوندي الطويل فهو خلاف الواقع، إذ الواقع أن درهم مصر لا يزيد على أربع وستين شعيرة لأن كل ربع منه مقدر بأربع خرانيب والخرنوبة مقدرة بأربع قمحات وسط قوله: (فهو فضة) أي فتجب فيه الزكاة كأنه كله فضة لا زكاة العروض ولو كان أعدها للتجارة، بخلاف ما إذا كان الغش غالباً، فإن نواها للتجارة اعتبرت قيمتها، وإن لم ينوها فإن كانت بحيث يتخلص منها فضة تبلغ نصاباً وحدها أو لا تبلغ، لكن عنده ما يضمه إليها فيبلغ نصاباً وجب فيها لأن عين النقدين لا يشترط فيهما نية التجارة ولا القيمة، وإن لم يخلص فلا شيء عليه لأن الفضة هلكت فيه، إذ لم ينتفع بها لا حالاً ولا مآلاً فبقي العبرة للغش، وهي عروض يشترط في الوجوب فيها نية التجارة، وعلى هذا التفصيل الذهب المغشوش. وإذا استوى الغش فيهما قيل تجب فيه احتياط وقيل لا تجب وقيل يجب درهمان ونصف، كذا حكاه بعضهم. ولا يخفى أن المراد بقول الوجوب أنه تجب في الكل الزكاة، ففي مائتين خمسة دراهم كأنها كلها فضة، ألا ترى إلى تعليله بالاحتياط وقول النفي معناه لا تجب كذلك. والقول الثالث لا بد من كونه على اعتبار أن يخلص وعنده ما يضمه إليه فيخصه درهمان ونصف. وحينئذ فليس في المسئلة إلا قولان لأن على هذا التقدير لا يخالف فيه أحد، فحكاية ثلاثة أقوال غير واقع، والذهب المخلوط بالفضة إن بلغ الذهب نصاباً ففيه زكاة الذهب وإن بلغت الفضة نصابها فزكاة الفضة، لكن إن كانت الغلبة للفضة. وأما إن كانت مغلوبة فهو كله ذهب لأنه أعزّ وأغلى قيمة. كذا ذكر والله سبحانه أعلم.

مثاقيل، فلما كانت سبعة مثاقيل أعدل الأوزان فيها ودارت في جمعيها بطريق مستقيم اختاروها، وقوله: (فهو في حكم الفضة) واضح، وقوله: (كما في سائر العروض الخ) يعني أنها إذا لم تكن للتجارة ينظر إلى ما يخلص منه من الفضة، فإذا بلغ مائتي درهم تجب الزكاة لأنه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة، وإن كان لا يخلص ذلك فهي كالمضروبة من الصفر كالقمقم لا شيء فيها إلا إذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فيجب فيها خمسة دراهم.

الفضة بحساب الدرهم، ولم يكن هذا الوزن في ذلك الزمان، فتعليق الحكم بهذا الوزن دون وزن الخمسة والستة يؤدي إلى النسخ، ولا نسخ بعده ﷺ قال المصنف: (وهو أن يزيد على النصف) أقول: تذكير الضمير الراجع إلى الغلبة لكونها في تأويل أن مع الفعل.

فصل في الذهب

(ليس فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب صدقة، فإذا كانت عشرين مثقالاً ففيها نصف مثقال) لما روينا

فصل في الذهب

قوله: **(لما روينا)** يعني حديث معاذ المتقدم في صدقة الفضة[(١)] وتقدم ما فيه. ولا يضر ذلك بالدعوى فقد تقدم حديث عليّ في المذهب[(٢)]. وأخرج الدارقطني من حديث عائشة وابن عمر[(٣)] أنه عليه الصلاة والسلام كان يأخذ من كل عشرين ديناراً نصف دينار ومن الأربعين ديناراً ديناراً، وهو مضعف بإبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، وأخرج أبو أحمد بن زنجويه في كتاب الأموال بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «ليس فيما دون المائتين شيء، ولا فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب شيء، وفي المائتين خمسة دراهم، وفي عشرين مثقالاً نصف مثقال»[(٤)] وفيه العزرمي تقدم الكلام فيه. وتقدم في حديث عمرو بن حزم في فصل الإبل قوله عليه الصلاة والسلام «وفي كل أربعين ديناراً دينار» وهو[(٥)] حديث لا شك في ثبوته على ما قدمناه قوله: **(والمثقال ما يكون الخ)** قيل هو دور لأنه أخذ كلا من المثقال والدرهم في تعريف آخر فتوقف تصور كل منهما على تصور الآخر. وجوابه أنه لم يذكر هذا تعريفاً لأنه قال وهو المعروف، فأفاد أن المثقال المعروف الذي تداوله الناس وعرفوه مثقالاً، وهذا تصريح بأنه لا حاجة إلى تعريفه كما لا يعرف ما هو بديهي التصور إذ تحصيل الحاصل محال، فكان قوله والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة إنما هو لإزالة توهم أن يراد بالمثقال غير المذكور في تعريف الدرهم، فحاصل كلامه حينئذ أنه قال: والمراد بهذا المثقال ذاك الذي تقدم وهو المعروف عند الناس لا

فصل في الذهب

قد مرّ وجه تأخيره عن فصل الفضة **(وقوله لما روينا)** إشارة إلى قوله في أول فصل الفضة كتب إلى معاذ أن خذ، إلى أن قال: ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب نصف مثقال. والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم، وضمير منها راجع إلى ما لأنه في معنى الجمع، قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لأنه عرف الدرهم في فصل الفضة بقوله. وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل فتوقف معرفة كل واحد منهما على الآخر وهو دور. والجواب أنه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل الفضة، وإنما قال المعتبر من أصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل، وكان ذلك معروفاً فيما بينهم، ثم قال ههنا: والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف: أي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدرهم ولا دور في ذلك. وقوله: **(ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان)** يعني إذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة إلى أربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لأن الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل فيما قلنا إذا كل مثقال عشرون قيراطاً فيكون أربعة مثاقيل ثمانين قيراطاً وربع عشرة قيراطان وهذا بصنجة أهل الحجاز،

فصل في الذهب

قوله: **(فتوقف معرفة كل منهما على الآخر وهو دور)** أقول: أي توقف معرفة كل من المثقال والدرهم قوله: **(ولا مخالفة بينهما)** أقول: ولا مخالفة بين المسئلتين.

---

(١) تقدم في بحث زكاة المال ـ أو الفضه ـ وهو غير قوي لكن له شواهد.

(٢) حديث علي تقدم.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٧٩١ والدارقطني ٢/ ٩٢ كلاهما من حديث عبد الله بن واقد عن ابن عمر وعائشة معاً. قال البوصيري في الزوائد: ضعيف لضعف إبراهيم بن إسماعيل وقال الزيلعي ٢/ ٣٦٩ نقلاً عن ابن دقيق العيد: إبراهيم هذا. قال يحيى: لا شيء. وقال أبو حاتم يكتب حديثه ولا يحتج وبه فإنه كثير الوهم اهـ. وضعفه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٥٨، ووافقهما على ضعفه ابن الهمام.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن زنجويه في كتاب الأموال كما في نصب الراية ٢/ ٣٦٩ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الحافظ في الدراية ١/ ٢٥٨: إسناده ضعيف اهـ. وعلته العرزمي، لكن ضعف هذه الأسانيد لا يعني ضعف الحكم.

(٥) تقدم في أوائل صدقة السوائم. ويأتي في الديات.

والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف **(ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان)** لأن الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا إذ كل مثقال عشرون قيراطاً **(وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة)** عند أبي حنيفة، وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور، وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون أربعة مثاقيل في هذا كأربعين درهماً. قال: **(وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة)** وقال الشافعي: لا تجب في حلي النساء

شيء آخر، وهذا إن شاء الله تعالى أحسن مما حاول في النهاية وغيرها من الدفع مما لو أوردته أدى إلى طول مع أنه لا يتم بأدنى تأمل قوله: **(وكل دينار عشرة دراهم في الشرع)** أي مقوم في الشرع بعشرة كذا كان في الابتداء، فإذا ملك أربعة دنانير فقد ملك ما قيمته أربعون درهماً مما لا يتوقف الوجوب فيه على نية التجارة فيجب فيه قدر الدرهم وهو قيراطان بناء على اعتبار الدينار عشرين قيراطاً، فلا يرد ما أورده بعضهم عليه في هذا المقام قوله: **(وحليهما)** سواء كان مباحاً أو لا حتى يجب أن يضم الخاتم من الفضة وحلية السيف والمصحف وكل ما انطلق عليه الاسم قوله: **(فشابه ثياب البذلة)** حاصله قياس الحلي بثياب البذلة بجامع الابتذال في مباح ودفعه اعتبار ما عينه مانعاً من الوجوب في الفرع وإن كان مانعاً في الأصل، وذلك لأن مانعيته في الأصل بسبب أنه يمنع وجود السبب بمنع جزئه: أعني النماء لا لذاته ولا لأمر آخر، ومنعه ذلك في النقدين منتف لأنهما خلقاً ليتوصل بهما إلى الإبدال، وهذا معنى الاستنماء فقد خلقاً للاستنماء ولم يخرجهما الابتذال عن ذلك، فالنماء التقديري حاصل وهو المعتبر للإجماع على عدم توقف الوجوب على الحقيقي، وإذا انتفت مانعيته عمل السبب عمله وهذا معنى ما في الكتاب، ثم المنقولات من العمومات والخصوصات تصرح به، فمن ذلك حديث عليّ عنه عليه الصلاة والسلام «هاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهماً درهم»[1] رواه أصحاب السنن الأربعة وغيره كثير. ومن الخصوصات ما أخرج أبو داود والنسائي أن امرأة أتت النبي ﷺ ومعها ابنة لها وفي يد بنتها مسكتان غليظتان من ذهب، فقال لهما أتعطين زكاة هذا؟ قالت لا، قال: أيسرك أن يسوّرك الله بهما يوم القيامة سواراً من نار؟ قال: فخلعتهما فألقتهما إلى النبي ﷺ فقالت: هما لله ورسوله»[2] قال أبو الحسن بن القطان في كتابه: إسناده صحيح. وقال المنذري في مختصره، إسناده لا مقال فيه، ثم بينه رجلاً رجلاً. وفي رواية الترمذي عن ابن لهيعة قال «أتت امرأتان» فساقه، وفيه «أتحبان أن يسوّركما الله بسوارين من نار؟ قالتا لا، قال: فأدّيا زكاته»[3] وتضعيف الترمذي وقوله لا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء مؤوّل وإلا فخطأ. قال المنذري: لعل الترمذي قصد الطريقين اللذين ذكرهما وإلا فطريق أبي داود لا مقال فيها. وقال ابن القطان بعد تصحيحه لحديث أبي داود: وإنما ضعف الترمذي هذا الحديث لأن عنده فيه ضعيفين ابن لهيعة والمثنى بن الصباح. ومنها ما أخرج أبو داود عن عبد الله بن شداد بن الهاد قال «دخلنا على عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ فرأى في يدي فتخات ورق فقال: ما هذا يا عائشة؟ فقالت:

والقيراط خمس شعيرات، فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة، وأصل القيراط قراط بالتشديد لأن جمعه القراريط، فأبدل من أحد حرفي التضعيف ياء. وقوله: **(وهي مسئلة الكسور)** يعني التي بينها في فصل الفضة، وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه، ولا مخالفة بينهما خلا أن أربع مثاقيل ههنا قامت مقام أربعين درهماً هناك. وقوله: **(وفي تبر الذهب والفضة)**

---

(١) تقدم في أول صدقة السوائم من حديث علي وهو حديث حسن.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٦٣ والترمذي ٦٣٧ والنسائي ٥/ ٣٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٧ والبيهقي ٤/ ١٤٠ وأحمد ٢/ ١٧٨ . ٢٠٤ . ٢٠٨ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به. وإسناد أبي داود والنسائي جيد إلى عمرو بن شعيب، وأما إسناد الترمذي فإن فيه ابن لهيعة.
ونقل الزيلعي ٢/ ٣٧٠ عن ابن القطان قوله: إسناده صحيح. وقال المنذري: إسناده لا مقال فيه. ثم نقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: إنما ضعفه الترمذي لأن في إسناده ابن لهيعة والمثنى بن الصبّاح، وكلاهما ضعيف اهـ وفي الباب أحاديث.

(٣) هذا السياق للترمذي وتقدم في الذي قبله.

وخاتم الفضة للرجال لأنه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة. ولنا أن السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو

صغتهن لأتزين لك بهنّ يا رسول الله، قال: أفتؤدي زكاتهن؟ فقلت لا، فقال: هنّ حسبك من النار»[1] وأخرجه الحاكم وصححه، وأعله الدارقطني بأن محمد بن عطاء مجهول، وتعقبه البيهقي وابن القطان بأنه محمد بن عمرو بن عطاء أحد الثقات، ولكن لما نسب في سند الدارقطني إلى جده ظن أنه مجهول وتبعه عبد الحق، وقد جاء مبيناً عند أبي داود بينه شيخه محمد بن إدريس الرازي وهو أبو حاتم الرازي إمام الجرح والتعديل. ومنها ما أخرج أبو داود عن عتاب بن بشير عن ثابت بن عجلان عن عطاء عن أم سلمة قالت «كنت ألبس أوضاحاً من ذهب فقلت: يا رسول الله أكنز هو؟ فقال: ما بلغ أن تؤدي زكاته فزكي فليس بكنز»[2] وأخرجه الحاكم في المستدرك عن محمد بن مهاجر عن ثابت به وقال: صحيح على شرط البخاري، ولفظه «إذا أديت زكاته فليس بكنز» قال البيهقي: تفرد به ثابت بن عجلان. قال صاحب تنقيح التحقيق: وهذا لا يضر فإن ثابت بن عجلان روى له البخاري ووثقه ابن معين، وقول عبد الحق لا يحتج به قول لم يقله غيره. وممن أنكر عليه ذلك الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد، ونسبه في ذلك إلى التحامل، وقول ابن الجوزي محمد بن المهاجر. قال ابن حبان: يضع الحديث على الثقات، قال صاحب التنقيح فيه: هذا وهم قبيح، فإن محمد بن المهاجر الكذاب ليس هو هذا، فهذا الذي يروي عن ثابت بن عجلان ثقة شامي أخرج له مسلم، ووثقه أحمد وابن معين وأبو زرعة ودحيم وأبو داود وغيرهم. وعتاب بن بشير وثقه ابن معين وروى له البخاري متابعة. وأما ما روي من حديث جابر عن النبي ﷺ قال «ليس في الحلي زكاة»[3] قال البيهقي: باطل لا أصل له، إنما يروي عن جابر من قوله: وأما الآثار المروية عن ابن عمر وعائشة وأسماء بنت الصديق فموقوفات ومعارضات بمثلها عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يزكين حليهن ولا يجعلن الزيادة والهدية بينهن تقارضاً. رواه ابن أبي شيبة وعن ابن مسعود قال: في الحليّ الزكاة، رواه عبد الرزاق عبد الله بن عمرو أنه كان يكتب إلى خازنه سالم أن يخرج زكاة حليّ بناته كل سنة. رواه الدارقطني وروى ابن أبي شيبة عنه أنه كان يأمر نساءه أن يزكين حليهن. وأخرج ابن أبي شيبة عن عطاء وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وطاوس وعبد الله بن شداد أنهم قالوا: في الحليّ الزكاة. زاد ابن شداد: حتى في الخاتم. وأخرج عن عطاء أيضاً وإبراهيم النخعي أنهم قالوا: مضت السنة أن في الحلي الذهب

التبر ما كان غير مضروب منهما، والحلي على فعول جمع حلي كثدي في جمع ثدي وهو ما تتحلى به المرأة منهما. وقوله وقال الشافعي: **(لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال)** يعني الحلي الذي يباح استعماله لأنه مبتذل في مباح، وكل ما

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٦٥ والدارقطني ٢/ ١٠٥ والحاكم ١/ ٣٨٩ والبيهقي ٤/ ١٣٩ كلهم من حديث عبد الله بن شداد. وصححه الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي، وأعله الدارقطني بجهالة محمد بن عطاء، وتعقبه البيهقي وابن القطان كما في نصب الراية ٢/ ٣٧١: بأن الدارقطني نسبه إلى جده فظهر أنه مجهول وليس كذلك، وإنما هو محمد بن عمرو بن عطاء أحد الثقات. وقال ابن دقيق العيد: هو على شرط مسلم. اهـ باختصار. فأقل مراتبه أن حديث حسن. والله أعلم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٦٤ والحاكم ١/ ٣٩٠ والدارقطني ٢/ ١٠٥ والبيهقي ٤/ ٨٣. ١٤٠ كلهم من حديث أم سلمة
قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، ووافقه الذهبي.
قلت: فيه ثابت بن عجلان وهو من رجال البخاري صدوق كما في التقريب وفيه محمد بن مهاجر الشامي ثقة من رجال مسلم كما في التقريب ولم يرو له البخاري في صحيحه وإنما روى له في التاريخ. فالصواب في الحديث أنه على شرط مسلم. وقد ذكر الكمال ما فيه كفاية.

(٣) الصواب وقفه، ذكره الزيلعي في ٢/ ٣٧٤ وقال: رواه ابن الجوزي في التحقيق وقال البيهقي في المعرفة: باطل لا أصل له. إنما يروى عن جابر موقوفاً، فمن احتج به كان مغرراً بدينه اهـ وأخرجه البيهقي ٢/ ١٣٨ موقوفاً على جابر.
قلت: وعلتهُ عافية بن أيوب. قال الذهبي في الميزان: تكلم فيه، ما هو بحجة، وفيه جهالة.

الإعداد للتجارة خلقة، والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب.

والفضة الزكاة[١]. وفي المطلوب أحاديث كثيرة مرفوعة غير أنا اقتصرنا منها على ما لا شبهة في صحته، والتأويلات المنقولة عن المخالفين مما ينبغي صون النفس عن أخطارها والالتفات إليها. وفي بعض الألفاظ ما يصرح بردها، والله سبحانه أعلم. واعلم أن مما يعكر على ما ذكرنا ما في الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة رضي الله عنها كانت تلي بنات أخيها يتامى في حجرها فلا تخرج من حليهن الزكاة[٢]، وعائشة راوية حديث الفتخات[٣]. وعمل الراوي بخلاف ما روى عندنا بمنزلة روايته للناسخ فيكون ذلك منسوخاً. ويجاب عنه بأن الحكم بأن ذلك للنسخ عندنا هو إذا لم يعارض مقتضى النسخ معارض يقتضي عدمه، وهو ثابت هنا فإن كتابة عمر إلى الأشعري تدل على أنه حكم مقرر، وكذا من ذكرناه معه من الصحابة. فإذا وقع التردد في النسخ والثبوت متحقق لا يحكم بالنسخ هذا كله على رأينا. وأما على رأي الخصم فلا يرد ذلك أصلاً، إذ قصارى فعل عائشة قول صحابي وهو عنده ليس بحجة لو لم يكن معارضاً بالحديث المرفوع، وعمل الراوي بخلاف روايته لا يدل على النسخ بل العبرة لما روى لا لما رأى عنده. ولا يقال: إنما لم يؤد من حليهن لأنهن يتامى، ولا زكاة على الصبي لأن مذهبها وجوب الزكاة مال الصبي فلذا عدلنا في الجواب إلى ما سمعت، والله سبحانه أعلم. هذا ويعتبر في المؤدي الوزن عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد الخيرية، وعند زفر القيمة فلو أدى عن خمسة جياد خمسة زيوفاً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكره، ولا يجوز عند محمد وزفر فيؤدي الفضل، ولو أدى أربعة جيدة عن خمسة رديئة لا يجوز إلا عن أربعة عند الثلاثة لاعتبار محمد الخيرية واعتبارهما القدر، ويجوز عند زفر للقيمة، والله أعلم.

كان كذلك لا زكاة فيه كسائر ثياب البذلة والمهنة **(ولنا أن السبب مال نام، ودليل النماء موجود وهو الإعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر)** فإذا كان موجوداً لا معتبر بما ليس بأصل وهو الإعداد للابتذال، بخلاف الثياب فإنه ليس فيها دليل النماء والابتذال فيها أصل لأن فيه صرفاً لها إلى الحاجة الأصلية المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد.

---

(١) انظر هذه الآثار في سنن الدارقطني ٢/ ١٠٨ ـ ١٠٩ والبيهقي ٤/ ١٣٨ ـ ١٣٩. ونصب الراية ٢/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/ ٢٥٠ ح ١٠ ومن طريقه البيهقي ٤/ ١٣٨ بسند صحيح عن عائشة موقوفاً.

(٣) تقدم قبل أربعة أحاديث.

فصل في العروض

(الزكاة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت إذا بلغت قيمتها نصاباً من الورق أو الذهب) لقوله عليه

فصل في العروض

العروض جمع عرض بفتحتين: حطام الدنيا، كذا في المغرب والصحاح. والعرض بسكون الراء المتاع، وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير. وقال أبو عبيد: العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقاراً، فعلى هذا جعلها هنا جمع عرض بالسكون أولى لأنه في بيان حكم الأموال التي هي غير النقدين والحيوانات، كذا في النهاية قوله: (غير النقدين والحيوان ممنوع) بل في بيان أموال التجارة حيوناً أو غيره على ما تقدم من أن السائمة المنوية للتجارة تجب فيها زكاة التجارة سواء كانت من جنس ما تجب فيه زكاة السائمة كالإبل أو لا كالبغال والحمير، فالصواب اعتبارها هنا جمع عرض بالسكون على تفسير الصحاح فتخرج النقود فقط لا على قول أبي عبيد وإياه عني في النهاية بقوله وعلى هذا فإنه فرع عليه إخراج الحيوان قوله: (كائنة ما كانت) كائنة نصب على الحال من عروض التجارة، ولفظ ما موصول خبرها واسمها المستتر فيها الراجع إلى عروض التجارة، وكانت صلة ما واسمها المستتر الراجع إلى العروض أيضاً، وخبرها محذوف وهو المنصوب العائد على الموصول تقديره كائنة أو كانت إياه على الخلاف في الأولى في هذا الضمير من وصله أو فصله، والمعنى: كائنة الذي كانت إياه من أصناف الأموال، والذي عام فهو كقوله: كائنة أي شيء كانت إياه. قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «يقومها» الخ)[1] غريب، وفي الباب أحاديث مرفوعة وموقوفة، فمن المرفوعة: ما أخرجه أبو داود عن سمرة بن جندب «أن رسول الله ﷺ كان يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذي يعد للبيع»[2] اهـ. سكت عليه أبو داود ثم المنذري، وهذا تحسين منهما، وصرح ابن عبد البر بأن إسناده حسن، وقول عبد الحق خبيب بن سليمان الواقع في سنده ليس بمشهور ولا يعلم روى عنه إلا جعفر بن سعد وليس جعفر ممن يعتمد عليه لا يخرج حديثه عن الحسن، فإن نفي الشهرة لا يستلزم ثبوت «الجهالة ولذلك روى هو نفسه حديثه في كتاب الجهاد «من كتم غالاً فهو مثله» عن خبيب ابن سليمان وسكت عنه، وهذا تصحيح منه، وبهذا تعقبه ابن القطان، ومنها في المستدرك عن أبي ذرّ رضي الله عنه

فصل في العروض

أخر فصل العروض لأنها تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما. والعروض جمع عرض بفتحتين: حطام الدنيا: أي متاعها سوى النقدين. وقوله: (كائنة ما كانت) أي من جنس كانت سواء كانت من جنس ما يجب فيه الزكاة كالسوائم أو لم تكن كالثياب والحمير والبغال. وقوله: (وتشترط نية للتجارة) أي حالة الشراء أما إذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنية لأن مجرد النية لا تعمل كما مر. وقوله: (يقومها بما هو أنفع للمساكين) أحد الأقوال في التقويم، فإن فيه أربعة أقاويل: أحدها هذا هو ما روي عن أبي حنيفة في الأمالي. ووجهه ما ذكره بقوله احتياطاً لحق الفقراء فإنه لا بد من

فصل في العروض

قال المصنف: (كائنة ما كانت إذا بلغ قيمتها نصاباً من الورق، أو الذهب) أقول: أي الذهب المسكوك، فالأولى أن يقال أو الدينار وقوله ما في قوله ما كانت موصولة أو مصدرية قوله: (كالسوائم الخ) أقول: أي السوائم التي للتجارة، وإلا فالتي أسيمت للدر والنسل ليست من الباب قوله: (كذا في النهاية) أقول: ويوافق النهاية ما في الخلاصة حيث قال: إن شاء قومها بالذهب، وإن شاء بالفضة، وعن

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. استغربه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٧٥ ووافقه ابن الهمام. وابن حجر في الدراية ١/ ٢٦٠ حيث قال: لم أجده.

(٢) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ١٥٦٢ والدارقطني ٢/ ١٢٨ والبيهقي ٤/ ١٤٦ . ١٤٧ كلهم من حديث سمرة بن جندب سكت عليه أبو داود والمنذري، وحسنه ابن عبد البر كما في نصب الراية ٢/ ٣٧٦ وفيه كلام لا يضر لأن له شواهد تقويه ومنها الآتي.

الصلاة والسلام فيها «يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم، ولأنها معدة للاستنماء بإعداد العبد فأشبه المعد بإعداد الشرع، وتشترط نية التجارة ليثبت الإعداد، ثم قال: (يقومها بما هو أنفع للمساكين) احتياطاً لحق

قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في الإبل صدقتها وفي الغنم صدقتها وفي البز صدقته، ومن رفع دراهم أو دنانير أو تبراً أو فضة لا يعدها لغريم ولا ينفقها في سبيل الله فهو كنز يكوي به يوم القيامة»(١) صححه الحاكم. وأعله الترمذي عن البخاري بأن ابن جريج لم يسمع من عمران بن أبي أنس، وتردد الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد في الإمام في أنه بالزاي أو الراء بناء على أنه رآه في أصل من نسخ المستدرك بضم الباء فلا يكون فيه دليل على زكاة التجارة، لكن صرح النووي في تهذيب الأسماء واللغات أنه بالزاي، وأن بعضهم صحفه بالراء وضم الباء اهـ. وقد رواه الدارقطني من طريقين، وفي رواية وفي البز صدقة قالها بالزاي(٢) هكذا مصرحاً في الرواية غير أنها ضعفت قوله: (وتشترط نية التجارة) لأنه لما لم تكن للتجارة خلقة فلا يصير لها إلا بقصدها فيه وذلك هو نية التجارة، فلو اشترى عبداً مثلاً للخدمة ناوياً بيعه إن وجد ربحاً لا زكاة فيه، ولا بد من كونه مما يصح فيه نية التجارة كما قدمنا، فلو اشترى أرضاً خراجية للتجارة ففيها الخراج لا الزكاة، ولو كانت عشرية فزرعها حكى صاحب الإيضاح أن عند محمد يجب العشر والزكاة، وعندهما العشر فقط. واعلم أن نية التجارة في الأصل تعتبر ثابتة في بدله وإن لم يتحقق شخصها فيه، وهو مما يلغز فيقال عرض اشترى من غير نية التجارة يجب عند الحول تقويمه وزكاته وهو ما قويض به مال التجارة فإنه يكون للتجارة وإن لم تنو فيه لأن حكم البدل حكم الأصل ما لم يخرجه بنية عدمها، وعن هذا لو كان العبد للتجارة فقتله عبد خطأ ودفع به يكون المدفوع للتجارة، بخلاف ما لو كان القتل عمداً

مراعاته، ألا ترى أنه إن كان يقومها بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطاً لحق الفقراء فكذلك هذا، كذا في النهاية، وهو مخالف لتفسير المصنف للأنفع في الكتاب. والثاني ما ذكر في المبسوط وهو أن يقوم صاحب المال أي النقدين شاء، ووجهه أن التقويم لمعرفة مقدار المالية والثمنان في ذلك سواء. والثالث قوله أبي يوسف على ما ذكره في الكتاب. وقوله: (لأنه أبلغ في معرفة المالية) لأنه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به الشراء، والظاهر أنه

أبي حنيفة رحمه الله أنه يقوم بما هو أنفع للفقراء. وعن أبي يوسف رحمه الله: يقوم بما اشترى هذا إذا كان يتم النصاب بأيهما ما قوم، فلو كان يتم بأحدهما دون الآخر قوم بما يصير به نصاباً انتهى (قول المصنف: وتفسير الأنفع أن يقومها بما يبلغ نصاباً) أقول: لا خلاف في تعين الأنفع بهذا المعنى على ما يفيده لفظ النهاية والخلاصة، ففي كلام المصنف كلام، والتفصيل في شرح ابن الهمام.

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ١/ ٣٨٨ والدارقطني ٢/ ١٠٠ . ١٠١ . ١٠٢ والبيهقي ٤/ ١٤٧ كلهم من حديث أبي ذر. ومداره على عمران بن أبي أنس وهو ثقة. رواه الحاكم من طريق سعيد بن سلمة عن عمران بن أبي أنس عن مالك بن أوس عن أبي ذر مرفوعاً. وتابعه ابن جريج على عمران، وكلا الإسنادين صحيح على شرطهما، ووافقه الذهبي، والصواب أنه على شرط مسلم فقط، والحديث حسنه ابن حجر في الدراية ١/ ٢٦٠، وقال في التلخيص ٢/ ١٧٩: لا بأس به.

(٢) قوله «في البز» صرح به الدارقطني في روايته. ونقل الزيلعي في ٢/ ٣٧٧ عن النووي في تهذيب الأسماء واللغات ـ هو بالباء والزاي ـ وهي الثياب التي هي أمتعة البزاز ومن الناس من صحفه فجعله بالراء المهملة وهو غلط اهـ وانظر نصب الراية والكلام على هذا الحديث في ٢/ ٣٧٦ . ٣٧٧ . ٣٧٨. ويشهد له حديث سمرة بن جندب المتقدم قبله، وله شواهد أخرى موقوفة ذكرها الزيلعي فهو حسن والله تعالى أعلم.

وعلى العموم: وجواب الزكاة في التجارة يؤخذ من إطلاق آيات الزكاة وهي كثيرة ﴿أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ و ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾، وهناك مئات الآيات والأحاديث كثيرة فمن المتفق عليه: أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة... الحديث. وخالف في ذلك داود عملاً منه بالرأي فقال بعدم الوجوب في عروض التجارة، وتبعه أناس في آخر الزمان في أيامنا على ذلك، على أن الحديث ضعيف وليس كذلك. ثم إن إمامهم ابن حزم يقرر في المحلى أن العمل بالحديث الضعيف أحب من رأي الرجال وأطال في تقرير ذلك، فلم المخالفة في فرض أكيد؟ بل هو الركن الثاني في الإسلام، ولم التهاون والاستهتار؟ إن القول بعدم وجوب الزكاة تعطيل لهذا الركن العظيم، وحرمان للسائل والمحروم، وهو معول هدام لكيان المجتمع الإسلامي خصوصاً في عصرنا هذا فالأغنياء يبخلون على الفقراء في حين ينفقون الأموال الكثيرة في اللهو والترف نسأل الله عز وجل أن يكلأنا بعنايته وأن يحفظنا إنه سميع مجيب. والله يهدي من يشاء إلى صراطه المستقيم.

الفقراء قال رضي الله عنه. وهذا رواية عن أبي حنيفة وفي الأصل خيره لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما

فصولح من القصاص على القاتل لا يكون للتجارة لأنه بدل القصاص لا المقتول على ما عرف من أصلنا أن موجب العمد القصاص عيناً لا أحد الأمرين منه ومن الدية، ولو ابتاع مضارب عبداً وثوباً له وطعاماً وحمولة وجبت الزكاة في الكل وإن قصد غير التجارة لأنه لا يملك الشراء إلا للتجارة، بخلاف ربّ المال حيث لا يزكى الثوب والحمولة: لأنه يملك الشراء لغير التجارة، كذا في الكافي، ومحمل عدم تزكية الثوب لربّ المال ما دام لم يقصد بيعه معه فإنه ذكر في فتاوى قاضيخان النخاس إذا اشترى دواب للبيع واشترى لها مقاود وجلالاً فإن كان لا يدفع ذلك مع الدابة إلى المشتري لا زكاة فيها، وإن كان يدفعها معها وجب فيها، وكذا العطار إذا اشترى قوارير قوله: (يقومها) أي المالك في البلد الذي فيه المال حتى لو كان بعث عبد التجارة إلى بلد أخرى لحاجة فحال الحول يعتبر قيمته في ذلك البلد، ولو كان في مفازة تعتبر قيمته في أقرب الأمصار إلى ذلك الموضع، كذا في الفتاوى. ثم قول أبي حنيفة فيه: إنه تعتبر القيمة يوم الوجوب وعندهما يوم الأداء، والخلاف مبني على أن الواجب عندهما جزء من العين وله ولاية منعها إلى القيمة فتعتبر يوم المنع كما في منع الوديعة وولد المغصوب، وعنده الواجب أحدهما ابتداء، ولذا يجبر المصدق على قبولها فيستند إلى وقت ثبوت الخيار وهو وقت الوجوب، ولو كان النصاب مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً كان له أن يدفع ربع عشر عينه في الغلاء والرخص اتفاقاً، فإن أحبّ إعطاء القيمة جرى الخلاف حينئذ، وكذا إذا استهلك ثم تغير لأن الواجب مثل في الذمة فصار كأن العين قائمة، ولو كان نقصان السعر لنقص في العين بأن ابتلت الحنطة اعتبر يوم الأداء اتفاقاً لأنه هلاك بعض النصاب بعد الحول، أو كانت الزيادة لزيادتها اعتبر يوم الوجوب اتفاقاً لأن الزيادة بعد الحول لا تضم، نظيره، أعوّرت أمة التجارة مثلاً بعد الحول فانتقصت قيمتها تعتبر قيمتها يوم الأداء، أو كانت عوراء فانجلى البياض بعده فازدادت قيمتها اعتبر يوم تمام الحول قوله: (وتفسير الأنفع أن يقومها بما بلغ نصاباً) صرح المصنف باختلاف الرواية وأقوال الصاحبين في التقويم أنه بالأنفع عيناً أو بالتخيير أو بما اشترى به إن كان من النقود وإلا فبالنقد الغالب أو بالنقد الغالب مطلقاً. ثم فسر الأنفع الذي هو أحدها بأن يقوم بما يبلغ نصاباً، ومعناه أنه إذا كان بحيث إذا قومّها بأحدهما لا تبلغ نصاباً والآخر تبلغ تعين عليه التقويم بما يبلغ فأفاد أن باقي الأقوال يخالف هذا وليس كذلك، بل لا خلاف في تعين الأنفع بهذا المعنى على ما يفيده لفظ النهاية والخلاصة. قال في النهاية في وجه هذه الرواية: إن المال كان في يد المالك ينتفع به زماناً طويلاً فلا بد من اعتبار منفعة الفقراء عند التقويم، ألا ترى أنه لو كان يقومه بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا فإنه يقومه بما يتم به النصاب بالاتفاق فهذا مثله انتهى وفي الخلاصة قال: إن شاء قوّمها بالذهب وإن شاء بالفضة. وعن أبي حنيفة أنه يقوّم بما هو الأنفع للفقراء. وعن أبي يوسف يقوّم بما اشترى، هذا إذا كان يتم النصاب بأيهما قوم، فلو كان يتم بأحدهما دون الآخر قومّ بما يصير به نصاباً انتهى. فإنما يتجه أن يجعل ما فسر به بعض المراد بالأنفع، فالمعنى يقوّم المالك بالأنفع مطلقاً فيتعين ما يبلغ به نصاباً دون ما لا يبلغ: فإن بلغ بكل منهما وأحدهما أروج تعين التقويم بالأروج، وإن استويا رواجاً حينئذ يخير المالك كما يشير إليه لفظ الكافي فإنه إذا كان الأنفع بهذا المعنى صح حينئذ أن يقابله القول بالتخير مطلقاً، والقول المفصل بين أن يكون اشتراه بأحد النقدين فيلزم التقويم به أولاً فبالنقد الغالب، وقد يقال: على كل تقدير لا يصح مقابلته بقول محمد إنه يقوم النقد الغالب على كل حال بعد الاتفاق على تعيين ما يبلغ به النصاب، لأن المتبادر من كون بالنقد أروج كونه أغلب وأشهر حتى ينصرف المطلق

اشتراها بقيمتها لأن الغبن نادر. والرابع قول محمد وهو أن يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني سواء اشتراها بأحد النقدين أو بغيره لأن التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد، ومتى وقعت الحاجة إلى تقويم المغصوب

سواء، وتفسير الأنفع أن يقومها بما تبلغ نصاباً. وعن أبي يوسف أنه يقومها بما اشترى إن كان الثمن من النقود لأنه أبلغ في معرفة المالية وإن اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك **(وإذا كان النصاب كاملاً في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة)** لأنه

في البيع إليه، ولا يدفع إلا بأن الأروج ما الناس له أقبل وإن كان الآخر أغلب: أي أكثر، ويكون سكوته في الخلاصة عن ذكر قول محمد اتفاقاً لا قصداً إليه لعدم خلافه. هذا والمذكور في الأصل المالك بالخيار إن شاء قومها بالدراهم وإن شاء بالدنانير من غير ذكر خلاف. فلذا أفادت عبارة الخلاصة التي ذكرناها والكافي أن اعتبار الأنفع رواية عن أبي حنيفة، وجمع بين الروايتين بأن المذكور في الأصل من التخيير هو ما إذا كان التقويم بكل منهما لا يتفاوت قوله: **(لأنه أبلغ في معرفة المالية)** لأنه بدله وللبدل حكم المبدل. وجه قول محمد أن العرف صلح معيناً وصار كما لو اشترى بنقد مطلق ينصرف إلى النقد الغالب، ولأن التقويم في حق الله يعتبر بالتقويم في حق العباد، ومتى قومنا المغصوب أو المستهلك نقوم بالنقد الغالب كذا هذا قوله: **(فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة)** حتى لو بقي درهم أو فلس منه ثم استفاد قبل فراغ الحول حتى تم على نصاب زكاه، وشرط زفر كماله من أول الحول إلى آخره، وبه قال الشافعي في السوائم والنقدين وفي غيرهما اعتبر آخر فقط. وجه قول زفر أن السبب النصاب الحولي وهو الذي حال عليه الحول. وهذا فرع بقاء اسمه في تمام الحول، وهذا وجه قول الشافعي أيضاً إلا أنه أخرج مال التجارة للحرج اللازم من إلزام التقويم في كل يوم واعتبارها فيه. قلنا: لم يرد من لفظ الشارع السبب النصاب الحولي بل لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وبظاهره نقول، وهو إنما يفيد نفي الوجوب قبل الحول لا نفي سببية المال قبله، ولا تلازم بين انتفاء وجوب الأداء على التراخي وانتفاء السببية، بل قد تثبت السببية مع انتفاء وجوب الأداء لفقد شرط عمل السبب فيكون حينئذ أصل الوجوب مؤجلاً إلى تمام الحول كما في الدين المؤجل، وإذا كان السبب قائماً في أول الحول انعقد الحول حينئذ ولا ينعقد إلا في محل الحكم وهو النصاب، ثم الحاجة بعد ذلك إلى كماله إنما هو عند تمام الحول لينزل الحكم وهو وجوب الأداء وكما له فيما بينهما في غير محل الحاجة فلا يشترط وصار كاليمين بطلاقها يشترط قيام الملك عند اليمين لينعقد، وعند الشرط فقط ليثبت الجزاء لا فيما بين ذلك، إذ حاجة إليه بخلاف ما إذا هلك كله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر، وجعل السائمة علوفة كهلاك الكل لورود المغير على كل جزء منه. بخلاف النقصان في الذات. ومن فروع المسئلة ما إذا كان له غنم للتجارة تساوي نصاباً فماتت قبل الحول فسلخها ودبغ جلدها فتم الحول كان عليه فيها الزكاة إن بلغت نصاباً، ولو كان له عصير للتجارة فتخمر قبل الحول ثم صار خلا يساوي نصاباً فتم الحول لا زكاة فيه، قالوا: لأن في الأول الصوف الذي على الجلد متقوم فيبقى الحول ببقائه. والثاني بطل تقوم الكل بالخمرية فهلك كل المال انتهى إلا أنه يخالف ما روى ابن سماعة عن محمد اشترى عصيراً بمائتي درهم فتخمر بعد أربعة أشهر، فلما مضت سبعة أشهر أو ثمانية أشهر إلا يوماً صار خلا يساوي مائتي درهم فتمت السنة كان عليه الزكاة لأنه عاد للتجارة كما كان قوله: **(ويضم الخ)** حاصله أن عروض التجارة يضم بعضها إلى بعض بالقيمة وإن اختلفت أجناسها، وكذا تضم هي

والمستهلك يقوم بالنقد الغالب فكذا هذا. وقوله: **(وإذا كان النصاب كاملاً في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة)** قيد بالنقصان احترازاً عن الهلاك، فإن هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق، وذكر النصاب مطلقاً ليتناول كل ما يجب فيه الزكاة كالنقدين والعروض والسوائم. وقال زفر: لا يلزم الزكاة إلا أن يكون النصاب من أول الحول إلى آخره كاملاً لأن حولان الحول على المال شرط للوجوب وكل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح، وفيه إشارة إلى الجواب عن قول زفر لأن اشتراط النصاب في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعاً فلا يكون كل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره. والمراد بالنقصان النقصان في الذات، فإن النقصان في الوصف يجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق، لأن فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب كله لفوات المحلية بفوات الوصف.

يشق اعتبار الكمال في أثنائه أما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب، ولا كذلك فيما بين ذلك لأنه حالة البقاء، بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول، ولا تجب الزكاة لانعدام النصاب في الجملة. ولا كذلك في المسئلة الأولى لأن بعض النصاب باق فيبقى الانعقاد قال: **(وتضم قيمة العروض إلى الذهب**

إلى النقدين بالإجماع، والسوائم المختلفة الجنس لا تضم بالإجماع كالإبل والغنم، والنقدان يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ثم اختلف علماؤنا في كيفية الضم فيها على ما نذكر ثم إنما يضم المستفاد قبل الوجوب، فلو أخر الأداء فاستفاد بعد الحول لا يضمه عند الأداء ويضم الدين إلى العين، فلو كان عنده مائة وله دين مائة وجب عليه الزكاة. وقوله[1] كما في السوائم إفادة للقياس المذكور بجامع اختلاف الجنس حقيقة وهو ظاهر، وحكماً بدليل عدم جريان ربا الفضل بينهما مع كون الربا يثبت بالشبهة فاستفدنا عدم اعتبار شبهة اتحاد الجنس بينهما، والاتحاد من حيث الثمنية لا يوجب اتحاد الجنس كالركوب في الدواب، بخلاف ضم العروض إليهما لأنه ضم ذهب وفضة لأن وجوب الزكاة في العروض باعتبار القيمة والقيمة هما فالضم لم يقع إلا في النقود، قلنا: إنما كانا نصاب الزكاة بسبب وصف الثمنية لأنه المفيد لتحصيل الأغراض وسد الحاجات لا لخصوص اللون أو الجوهر، وهذا لأن ثبوت الغنى وهو السبب في الحقيقة إنما هو بذلك لا بغيره وقد اتحدا فيه فكانا جنساً واحداً في حق الزكاة، وإن لم يعتبر الاتحاد في حق غيره من الأحكام كالتفاضل في البيع فحقيقة السبب الثمن المقدر بكذا إذا كان بصورة كذا وبكذا إذا كان بصورة كذا، بخلاف الركوب فإنه ليس المحقق للسببية في السوائم، فإن الغنى لم يثبت باعتباره بل باعتبار ماليتها المشتملة على منافع شتى تستد بها الحاجات أعظمها منفعة الأكل التي بها يقوم ذات المنتفع ونفسه، ثم فيه ما ذكره مشايخنا عن بكير بن عبد الله بن الأشج قال: من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، وحكم مثل هذا الرفع قوله: **(وعندهما بالإجزاء)** بأن يعتبر تكامل أجزاء النصاب من الربع والنصف وباقيها، فإذا كان من الذهب عشرة يعتبر معه نصف نصاب الفضة وهو مائة، فلو كان له مائة وخمسة مثاقيل تبلغ مائة لا زكاة عندهما لأن المائة نصف نصاب والخمسة ربع نصاب، فالحاصل أجزاء ثلاثة أرباع نصاب وعنده تجب لأن الحاصل تمام نصاب الفضة معنى، ثم قال في الكافي: ولا تعتبر القيمة عند تكامل الأجزاء كمائة وعشرة دنانير، لأنه متى انتقص قيمة أحدهما تزداد قيمة الآخر فيمكن تكميل ما ينتقص قيمته بما زاد انتهى. ولا يخفى أن مؤدي الضابط أن عند تكامل الأجزاء لا تعتبر القيمة أصلاً لهما ولا لأحدهما حتى تجب خمسة في مائة وعشرة دنانير سواء كانت قيمة العشرة أقل من مائة خلافاً لبعضهم أو أكثر كمائة وثمانين. والتعليل المذكور لا يلاقي الضابط على هذا الوجه، بل إنما يفيد وجوب اعتبار قيمة ما زاد عند انتقاص أحدهما بعينه دفعاً لقول من قال في

وقوله: **(وتضم قيمة العروض)** قال في النهاية: حاصل مسائل الضم أن عروض التجارة يضم بعضها إلى بعض بالقيمة وإن اختلفت أجناسها، وكذلك يضم إلى النقدين بلا خلاف، والسوائم المختلفة الجنس كالإبل والبقر والغنم لا يضم بعضها إلى بعض الإجماع. وقوله: **(لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة)** يعني أن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامي والنماء إما بالإسامة أو بالتجارة، وليس كلامنا في الأولى فتعين الثانية. وقوله: **(وإن افترقت جهة الإعداد)** يعني أن الافتراق الجهة يكون الإعداد من جهة العباد لإعدادها للتجارة. وفي النقدين من جهة الله تعالى بخلقه الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعاً عن الضم بعد حصول ما هو الأصل وهو النماء **(ويضم الذهب إلى الفضة)** عندنا للمجانسة من حيث الثمنية، فإذا كان ما هو أبعد في المجانسة علة وهو العروض فلأن يكون في الأقرب أولى. وقوله: **(ومن هذا الوجه صار سبباً)** أي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سبباً لوجوب الزكاة، فكان هذا الوجه مشتركاً بينهما فيوجب الضم. ثم اختلف علماؤنا في ذلك، فعند أبي حنيفة يضم بالقيمة، وعندهما بالإجزاء وهو رواية عنه، وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافاً لهما. وأما إذا كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم أو من أحدهما ثلث ومن

---

(١) ثم يتقدم بهذا العنوان اهـ مصححه.

والفضة حتى يتم النصاب) لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة وإن افترقت جهة الاعداد **(ويضم الذهب إلى الفضة)** للمجانسة من حيث الثمنية، ومن هذا الوجه صار سبباً، ثم يضم بالقيمة عند أبي حنيفة وعندهما بالإجزاء وهو رواية عنه، حتى أن من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافاً لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتين وقيمته فوقها، هو يقول إن الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها.

مائة وعشرة لا تساوي مائة لا زكاة فيها عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يعتبر القيمة، وعلى اعتبارها لا يتم النصاب على هذا التقدير فدفع لأنه ليس بلازم من مطلق اعتبار القيمة اعتبار قيمة أحدهما عيناً، فإن لم يتم باعتبار قيمة الذهب بالفضة فإنه يتم باعتبار تقويم الفضة بالذهب فإذا فرض أن العشرة تساوي ثمانين فالمائة من الفضة تساوي اثني عشر ديناراً ونصفاً فيتم بذلك مع العشرة دنانير اثنان وعشرون ديناراً ونصف فتجب الزكاة. وحاصل هذا أنه تعتبر القيمة من جهة كل من النقدين لا من جهة أحدهما عيناً، فكيف يكون تعليلاً لعدم اعتبار القيمة مطلقاً عند تكامل الأجزاء. وعلى هذا فلو زادت قيمة أحدهما ولم تنقص قيمة الآخر كمائة وعشرة تساوي مائة وثمانين ينبغي أن تجب سبعة على قوله وهو الظاهر من المذكور في دليله من أن الضم ليس إلا للمجانسة. وإنما هي باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة فيضمان بالقيمة فإنه يقتضي تعين الضم بها مطلقاً عند تكامل الأجزاء وعدمه. ثم لم يتعرض المصنف للجواب عما استدلا به من مسئلة المصوغ على أن المعتبر شرعاً هو القدر فقط. والجواب أن القيمة فيهما إنما تظهر إذ قوبل أحدهما بالآخر أو عند الضم لما قلنا إنه بالمجانسة وهي باعتبار المعنى وهو القيمة، وليس شيء من ذلك عند انفراد المصوغ حتى لو وجب تقويمه في حقوق العباد بأن استهلك قوّم بخلاف جنسه وظهرت قيمة الصنعة والجودة بخلاف ما إذا بيع بجنسه لأن الجودة والصنعة ساقطتا الاعتبار في الربويات عند المقابلة بجنسها.

الآخر ثلثان أو ربع وثلاثة أرباع فإنه يضم بلا خلاف عندهم، ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول: إنما أوجبنا الضم بالمجانسة وهي إنما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الإجزاء اعتبار الصورة، ومسألة المصوغ ليست مما نحن فيه، إذ ليس فيها ضم شيء إلى شيء آخر حتى تعتبر القيمة، فإن القيمة في النقود إنما تظهر شرعاً عند مقابلة أحدهما بالآخر وههنا ليس كذلك.

باب فيمن يمر على العاشر

(إذا مر على العاشر بمال فقال أصبته منذ أشهر أو على دين وحلف صدق) والعاشر من نصبه الإمام على

باب فيمن يمر على العاشر

أخر هذا الباب عما قبله لتمحض ما قبله في العبادة، بخلاف هذا فإن المراد باب ما يؤخذ ممن يمر على العاشر وذلك يكون زكاة كالمأخوذ من المسلم. وغيرها كالمأخوذ من الذمي والحربي، ولما كان فيه العبادة قدمه على ما بعده من الخمس. والعاشر فاعل من عشرت أعشر عشراً بالضم فيهما. والمراد هنا ما يدور اسم العشر في متعلق أخذه فإنه إنما يأخذ العشر من الحربي لا المسلم والذمي قوله: **(إذا مر على العاشر بمال الخ)** مفهوم شرطه لو اعتبر اسم المال على ظاهره إذا لم يمر بمال لا يأخذ منه العاشر وليس كذلك فإنه يأخذ من الأموال الظاهرة وإن لم يمر بها فوجب تقييده بالباطن فيتقيد به مفهوم شرطه: أي إذا لم يمر عليه بمال باطن لا يأخذ منه فيصدق قوله: **(والعاشر من نصبه الإمام الخ)** فيه قيد زاده في المبسوط وهو أن يأمن به التجار من اللصوص ولا بد منه. ولأن أخذه من المستأمن والذمي ليس إلا للحماية وثبوت ولاية الأخذ من المسلم أيضاً لذلك. وقوله ليأخذ الصدقات تغليباً لاسم العبادة على غيرها قوله: **(والقول قول المنكر مع اليمين)** والعبادات وإن كانت يصدق فيها بلا تحليف لكن تعلق به هنا حق العبد وهو العاشر في الأخذ فهو يدعى عليه معنى لو أقر به لزمه فيحلف لرجاء النكول. بخلاف حد القذف لأن القضاء بالنكول متعذر في الحدود على ما عرف. وبخلاف الصلاة والصيام لأنه لا مكذب له فيها، فاندفع قول أبي يوسف رحمه الله لا يحلف لأنها عبادة، وكذا إذا قال هذا المال ليس للتجارة أو هو بضاعة لفلان وكل ما وجوده مسقط قوله: **(يعني إلى الفقراء في المصر)** قيد بالمصر لأنه لو أدى إلى الفقراء بعد خروجه إلى السفر لم يسقط حق أخذ العاشر لأن ولاية الأداء بنفسه إنما كان في الأموال الباطنة حال كونه في المصر وبمجرد خروجه مسافراً انتقلت الولاية عنه إلى الإمام قوله: **(في ثلاثة فصول)** هي السابقة على قوله أديت إلى الفقراء قوله: **(إلى المستحق)** فصار كالمشتري من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل قوله: **(ولنا أن حق الأخذ للسلطان)** يمكن بأن يضمن منع كونه أوصل إلى المستحق بل المستحق الإمام، والحق أن الإمام مستحق الأخذ

باب فيمن يمر على العاشر

ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعاً للمبسوط وشروح الجامع لمناسبة وهي أن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها إلا أن هذا العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما بزكاة. وقدم الزكاة على هذا الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير، والعاشر مشتق من عشرت القوم إذا أخذت عشر أموالهم فهو تسمية للشيء باعتبار بعض أحواله وهو أخذه العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجيء قوله **(إذا مرّ على العاشر بمال)** أي من الأموال الباطنة، وإنما قيد بذلك لأن الأموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها إلى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الأخذ له فإنه يأخذ عشر الأموال الظاهرة منه وإن لم يمر صاحب المال عليه. وأما في الأموال الباطنة فإن الأداء لصاحب المال لكونها غير محتاجة إلى الحماية لبطونها، فإذا أخرجها إلى المفازة احتاجت إليها فصارت كالسوائم، فإذا مر التاجر على العاشر بمال مما ذكرنا وقال أصبته منذ أشهر: يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في

باب فيمن يمر على العاشر

قوله: **(ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعاً للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة هذه أن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها)** أقول: المأخوذ هو ربع العشر لا العشر، إلا أن يقال: أطلق العشر وأراد به ربعه مجازاً من باب ذكر الكل وإرادة جزئه، أو يقال العشر صار علماً لما يأخذه العاشر سواء كان المأخوذ عشراً لغوياً أو ربعه أو نصفه، وسيجيء من الشارح مثل هذا الكلام في شرح قول المصنف: وكل شيء أخرجته الأرض من باب الزكاة الزروع والثمار، فلا حاجة إلى أن يقال العاشر تسمية الشيء

الطريق ليأخذ الصدقات من التجار، فمن أنكر منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكراً للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين **(وكذا إذا قال أديتها إلى عاشر آخر)** ومراده إذا كان في تلك السنة عاشر آخر لأنه ادعى وضع

والفقير مستحق التملك والانتفاع، فحاصله أن هناك مستحقين فلا يملك إبطال حق واحد منهما وجر الحق الذي فوته ليس إلا بإعادة الدفع إليه، وحينئذ يجيء النظر في المدفوع ما هو الواقع زكاة منهما، قيل الأول والثاني سياسة، والمفهوم من السياسة هنا كون الآخذ لينزجر عن ارتكاب تفويت حق الإمام، وقيل الثاني وينقلب الأول نفلاً لأن الواجب كون الزكاة في صورة المرور ما يأخذه الإمام ويدفعه ولم يوجد في السابق ووجد في اللاحق، وانفساخ السابق الناقص للاحق الكامل ثابت في الشرع كبطلان الظهر المؤدي يوم الجمعة بأداء الجمعة فينفسخ مثله بجامع توجه الخطاب بعد الأداء بفعل الثاني مع امتناع تعدد الفرض في الوقت الواحد، وهذا هو الصحيح وهو يفيد أن للإمام أن يأخذ منه ثانياً وإن علم صدقه، ولا ينافي كون الأخذ للسياسة انفساخ الأول ووقوع الثاني زكاة بأدنى تأمل قوله: **(ثم فيما يصدق الخ)** أطلق فيما يصدق، ومقتضاه أنه اشترط في الأصل إخراجها في قوله أديت إلى الفقراء وأخواتها لكنه اعتمد في تقييده على عدم تأتي صحته، إذ لا يشكل أنه لا يأخذ من الفقراء براءة ولا من الدائن. ولا تمكن في قوله أصبته منذ شهر، وتأخير المصنف وجه الأول يفيد ترجحه عنده، وحاصله منع كونه علامة إذ لا يلزم الانتقال منه إلى الجزم بكونه دفع إلى العاشر لأن الخط لا ينطلق وهو متشابه، ثم هل يشترط اليمين مع البراءة على قول مشترطها؟ اختلف فيه. قيل على قول أبي حنيفة لم يصدق، وعلى قولهما يصدق، ولا يخفى بعد قولهما إن كان لأن اليمين بحسب ظاهر حال المتدين أدل من الخط فكيف يمكن تركها إليها، وليذكر هنا قوله في باب شروط الصلاة والاستخبار فوق التحري بياناً للزومه تفريعاً على قوله لأن العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه، ولم يرد به القطعي لأن الاستخبار لا يفيد قطعاً قوله: **(فتراعي تلك الشرائط)** من الحول والنصاب والفراغ من الدين وكونه للتجارة لأنه في معنى الزكاة كصدقة بني تغلب تحقيقاً للتضعيف، فإن تضعيف الشيء إنما يتحقق إذا كان وإلا كان تبديلاً، لكن بقي أنه أي داع إلى اعتباره تضعيفاً لا ابتداء وظيفة عند دخوله تحت الحماية لا بد له من دليل، وبنو تغلب روعي فيهم ذلك لوقوع الصلح عليه. والمروي عن عمر في رواية محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن أبي صخر المحاربي عن زياد بن خدير قال: بعثني عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى عين التمر مصدقاً، فأمرني أن آخذ من المسلمين من أموالهم إذا اختلفوا بها للتجارة ربع العشر، ومن أموال أهل الذمة نصف العشر، ومن أموال أهل الحرب العشر، لا يدل على ذلك الاعتبار[1]، وكذا ما رواه عبد الرزاق بسنده وغيره، والمعنى الذي ذكروه وهو أنه أحوج إلى الحماية من المسلم فيؤخذ منه ضعفه لا يقتضي ذلك لجواز أن يكون بسبب ما ذكر أخذ منه أكثر واختير مثلاه، ألا يرى أن باقي هذا المعنى وهو قولهم والحربي من الذمي الذي بمنزلة الذمي

يده مال آخر من جنس هذا المال حال عليه الحول فإنه لو كان لم يصدق لأن الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس، أو قال على دين، يعني ديناً مستغرقاً له مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف العاشر بقوله من نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار، ونوقض بأنه يأخذ من الكافر وليس المأخوذ منه صدقة. وأجيب بأن الأصل في نصبه أخذ

باعتبار بعض أحواله كما لا يخفى قوله: **(أي من الأموال الباطنة الخ)** أقول: فيه بحث، ألا يرى إلى قول المصنف وكذا الجواب في صدقة السوائم قوله: **(وإن لم يمر صاحب المال عليه)** أقول: ممنوع، فإن العاشر من نصبه الإمام على الطريق الخ فلا يكون له ولاية على من لم يمر فتأمل قوله: **(ولم يكن في يده مال)** أقول: الواو للحال قوله: **(لم يصدق)** أقول: يصدق ولكن لا يفيد، فالأولى أن يقال لم يفد قوله: **(أو قال على دين)** أقول: معطوف على قوله وقال أصبت منذ منذ أشهر.

---

(١) أثر عمر. رواه محمد في الآثار ص٤٨ وعبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٢/ ٣٧٩ والطحاوي في المعاني ٢/ ٣٢ وأبو عبيد في الأموال ٥٣٣ من طوق عن عمر به. ولم يخالفه أحد فكان إجماعاً.

الأمانة موضعها بخلاف ما إذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لأنه ظهر كذبه بيقين **(وكذا إذا قال أديتها أنا)** يعني إلى الفقراء في المصر لأن الأداء كان مفوضاً إليه فيه، وولاية الأخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية، وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول، وفي الفصل الرابع وهو ما إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء في المصر لا يصدق وإن حلف وقال الشافعي: يصدق لأنه أوصل الحق إلى المستحق ولنا أن حق الأخذ للسلطان فلا يملك إبطاله بخلاف الأموال الباطنة. ثم قيل الزكاة هو الأول والثاني سياسة. وقيل هو الثاني والأول ينقلب نفلاً وهو الصحيح،

من المسلم، ألا ترى أن شهادة الذمي عليه وله جائزة كشهادة المسلم على الذمي، والذي يؤخذ من الذمي ضعف ما يؤخذ من المسلم فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي لم يوجب اعتبار تلك الشروط فيما يؤخذ من الحربي. فلو اقتضى هذا المعنى اعتباره تضعيف عين المأخوذ من الذمي لزم مراعاتها قوله: **(ولا يصدق الحربي إلا في الجواري الخ)** العبارة الجيدة أن يقال: ولا يلتفت أو لا يترك الأخذ منه. لا ولا يصدق لأنه لو صدق ثبت صدقه ببينة عادلة من المسلمين المسافرين معه في دار الحرب أخذ منه. فإن المأخوذ ليس زكاة ليكف عنه لعدم الحول ووجود الدين، وإن قال هو بضاعة فهو أحوج إلى الحماية من مال المستأمن إذ لا أمن لصاحب المال بل للمار، بخلاف النسب فإنه يثبت في دار الحرب كهو في دار الإسلام، وبه يخرج من أن يكون مالا أما على قوله فظاهر وأما على قولهما فإذا كانوا يدينون ذلك كما إذا مر بجلود الميتة فإن الأخذ منه عنها على هذا التفصيل، والحاصل أنه لا يؤخذ إلا من مال، وإن قال هم مدبرون لا يلتفت إليه لأن التدبير لا يصح في دار الحرب قوله: **(لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة)** أي أخذهم بكمية خاصة بطريق المجازاة لا أصل الأخذ فإنه حق منا وباطل منهم فالحاصل أن دخوله في الحماية أوجب حق الأخذ للمسلمين، ثم إن عرف كمية ما يأخذون من تجارنا أخذنا منهم مثله مجازاة، إلا إن عرف أنهم يأخذون الكل فلا نأخذه على المختار بل نبقى معه قدر ما يبلغه إلى مأمنه. وقيل نأخذ الكل مجازاة زجراً لهم عن مثله معنا، قلنا ذلك بعد إعطاء الأمان غدر ولا نتخلق نحن به لتخلقهم به بل نهينا عنه وصار كما لو قتلوا الداخل إليهم بعد إعطائه الأمان نفعل ذلك لذلك. وإلا أن يكون قليلاً على رواية كتاب الزكاة لأن القليل لم يزل

الصدقات لأن فيه إعادة للمسلم علي أداء العبادة، وما عداها تابع لا يحتاج إلى تنصيصه بالذكر. وقوله: **(فمن أنكر تمام الحول)** يعني بقوله أصبت منذ أشهر **(أو الفراغ من الدين)** بقوله أو عليّ دين **(كان منكراً للوجوب والقول قوله مع يمينه)** وفيه بحث وجهين: أحدهما أن قوله منذ أشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف غير عنه بقوله فمن أنكر تمام الحول. والثاني أن الزكاة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلاة، ولا يشترط للتصديق فيهما التحليف. وأجيب عن الأول بأن الأشهر تقع على العشرة فما دونها لكونه جمع قلة، والأصل في الكلام الحقيقة، وعن الثاني بأنها وإن كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الأخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعي عليه معنى لو أقرّ به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في سائر الدعاوى، بخلاف الصوم والصلاة فإنه لم يتعلق بهما حق العبد، ولا يلزم حد القذف فإنه لا يستحلف فيه إذا أنكر وإن تعلق به حق العبد لأن القضاء بالنكول في الحدود متعذر على ما عرف، وقوله: **(وكذا إذا قال أديت إلى عاشر آخر)** ظاهر وقوله: **(ثم قيل الزكاة هو الأول)** بناء على ما لأصحابنا من الطريقين في هذه المسئلة: أحدهما أنه إذا كان صادقاً فيما قال يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى. والثاني أنه لا يبرأ، فمن اختار الأول قال الزكاة هو الأول كما لو خفى على الساعي مكان ماله فأدى صاحب المال زكاته وقع زكاة **(والثاني سياسة)** مالية زجراً لغيره عن الإقدام عما ليس إليه **(ومن اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والأول ينقلب نفلاً)** كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى إلى الجمعة فأداها وهو الذي اختاره المصنف، وقال: **(هو الصحيح)** احترازاً عن القول الأول. ووجه الصحة أنه لما ثبت ولاية الأخذ للسلطان شرعاً في الأموال الظاهرة كان أداء رب المال فرضاً لغواً كما لو أدى الجزية إلى المقاتلة بنفسه. وقوله: **(لم يشترط إخراج البراءة)** أي العلامة وهي اسم

قال المصنف: **(وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول)** أقول: هي السابقة على قوله أديتها أنا.

ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط إخراج البراءة في الجامع الصغير، وشرطه في الأصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأنه ادعى، ولصدق دعواه علامة فيجب إبرازها. وجه الأول أن الخط يشبه الخط فلا يعتبر علامة. قال: **(وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي)** لأن ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف **(ولا يصدق الحربي إلا في الجواري يقول: هن أمهات أولادي، أو غلمان معه يقول: هم**

عفواً ولأنه يستصحب للنفقة ودفع الحاجة فكان كالمعدوم. وعلى رواية الجامع يجازون بالأخذ منه وإن لم يعرف كمية ما يأخذون، فالعشر لأنه قد ثبت حق الأخذ بالحماية وتعذر اعتبار المجازاة فقدر بمثلى ما يؤخذ من الذمي لأنه أحوج إلى الحماية منه ولما قلناه آنفاً وإن عرف أنهم يتركون الأخذ من تجارنا تركنا نحن حقنا لتركهم ظلمهم لأن تركهم إياه مع القدرة عليه تخلق منهم بالإحسان إلينا، ونحن أحق بمكارم الأخلاق منهم قوله: **(لم يعشره الخ)** هذا إذا كانت المرة الثانية قبل الدخول إلى دار الحرب لما سيصرح به من أنه لو رجع إلى دار الحرب ثم خرج أخذ منه ثانياً ولو كان في يوم واحد لقرب الدارين واتصالهما كما في جزيرة الأندلس قوله: **(لأن الأخذ في كل مرة استئصال للمال)** فيعود على موضع الأمان بالنقض قوله: **(إلا حولاً)** ليس كذلك، والصواب ما في بعض النسخ بدون لفظة

لخط الإبراء من بريء من الدين. والعيب براءة والجمع براءات والبراوات عامي كذا في المغرب. وقوله: **(فيجب إبرازها)** أي إظهار العلامة كمن ادعى على آخر شجة أو قطعاً فإنه يجب عليه إبراز علامتهما **(وجه الأول)** وهو رواية الجامع **(أن الخط يشبه الخط)** فلا يمكن جعله حكماً **(فلم يعتبر علامة)** قال في المبسوط والجامع الصغير للتمرتاشي: وهو الصحيح. ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين. قال الإمام التمرتاشي: إن لم يحلف لم يصدق عند أبي حنيفة وصدق عندهما قيل في كلام المصنف نظر وهو أنه قال ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة، ولا شك أنه في السوائم يصدق في ثلاثة فصول وفي أموال التجارة في أربعة كما تقدم، فينبغي أن يشترط إخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما إذا عليّ دين أو أصبته منذ أشهر أو أديتها إلى الفقراء في المصر وإنما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو أن يقول أديته إلى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر. وأجيب بأنه ذكر العام وأراد الخاص: أي الصورة المذكورة مجازاً. وقوله: **(فيراعي تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف)** يعني أن تضعيف الشيء إنما يتحقق إذا كان الشيء المضعف على أوصاف المضعف عليه وإلا لكان تبديلاً لا تضعيفاً وقوله: **(ولا يصدق الحربي)** يعني في الفصول كلها **(إلا في الجواري يقول هن أمهات أولادي أو غلمان معه يقول هم أولادي لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من الأموال يحتاج إليها)** وإنما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لأنه لو قال لم يتم الحول على مالي ففي الأخذ منه لا يعتبر الحول لأن اعتبار الحول لتمام الحماية لتحصيل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الأمان، إذ لو لم يكن الأمان صار مسبياً مع أمواله، ولو قال عليّ دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وإن قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا أمان، وإن قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لأنه لا يتكلف للنقل إلى غير داره ما لم يكن لها، وإن قال أديتها إلى عاشر آخر لم يلتفت إليه لأن المأخوذ منه أجرة الحماية وقد وجدت بنفس الأمان كما مر آنفاً، ولو قال أديتها أنا كذبه اعتقاده غير أن إقراره بنسب من في يده منه صحيح لأن كونه حربياً لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الإسلام يثبت في دار الحرب، وبه يخرج من أن يكون مالاً والأخذ لا يكون إلا من المال الممرور به. قال: **(ويؤخذ من المسلم ربع العشر)** روى الشيخ أبو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار فقال لهم: خذوا من المسلم ربع العشر، ومن الذمي نصف العشر، ومن الحربي العشر، وكان هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف، فكان إجماعاً. والمعنى الفقهي فيه ما قبل إنما يؤخذ من المسلم ربع العشر لقوله ﷺ «هاتوا ربع عشور أموالكم، من كل أربعين درهماً درهم» وإنما ثبتت ولاية الأخذ للعاشر لحاجته إلى الحماية، وحاجة الذمي إلى الحماية أكثر لأن طمع اللصوص في أموال أهل اللغة أوفر فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب. ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم. ألا ترى أن شهادة أهل الحرب على أهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم، وشهادة أهل الذمة على أهل الحرب ولهم مقبولة

قوله: **(قيل في كلام المصنف نظر)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(يعني أن تضعيف الشيء إنما يتحقق إذا كان المضعف على**

أولادي) لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج إلى الحماية غير أن إقراره بنسب من في يده منه صحيح. فكذا بأمومية الولد لأنها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن، والأخذ لا يجب إلا من المال، قال: **(ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر)** هكذا أمر عمر رضي الله عنه سعاته **(وإن مر حربي بخمسين درهماً لم يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها)** لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة، بخلاف المسلم والذمي لأن المأخوذ زكاة أو ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير، وفي كتاب الزكاة لا نأخذ من القليل وإن كانوا يأخذون منا منه لأن القليل لم يزل عفوا ولأنه لا يحتاج إلى الحماية قال: **(وإن مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر)** لقول عمر رضي الله عنه فإن أعياكم فالعشر **(وإن علم**

إلا نقلها نسخة في الكافي، ولا شك أن هذه من سهو الكاتب لأنه لا يمكن حولاً بل دونه، ويقول له الإمام إذا دخل إن أقمت حولاً ضربت عليك الجزية، فإن فعل ضربها عليه، ثم لا يمكنه من العود أبداً لما فيه من تفويت حق المسلمين في الجزية وجعله عيناً علينا بعد علمه بمداخلنا ومخارجنا وذلك زيادة شر علينا فلا يجوز تمكينه، غير أنه إن مر عليه بعد الحول ولم يكن له علم بمقامه حولاً عشرة ثانياً زجراً له عن ذلك ويرده إلى دارنا، والأصل أن حكم الأمان لا يتجدد إلا بتجدد الحول أو تجدد الدخول إلى دار الإسلام لانتهاء الأمان الأول بالعود إلى دار الحرب فيحتاج إلى أمان جديد إذا خرج قوله: **(أي من قيمتها)** فسر به كي لا يذهب الوهم إلى مذهب مسروق أنه

كشهادة المسلم على الذمي، ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم، فكذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي تضعيفاً لا تبديلاً **(وإن مرّ حربي بخمسين درهماً لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها)** لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة إليه أشار عمر رضي الله عنه لما سئل حين نصب العشار فقيل له: كم نأخذ مما مر به الحربي؟ فقال: كم يأخذون منا؟ فقالوا: العشر، فقال: خذوا منهم العشر. ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة أن أخذنا المقابلة أخذهم أموالنا، فإن أخذهم أموالنا ظلم وأخذنا أموالهم حق، لكن المقصود أنا إذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك أقرب إلى مقصود الأمان واتصال التجارات. لا يقال: في كلام المصنف تناف لأنه قال قبل هذا لأن الأخذ منهم بطريق الحماية، وقال ههنا: لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة، وإذا كان الأخذ معلولاً لأحدهما لا يكون معلولاً لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لأنا نقول: الأخذ منهم معلول للحماية. وأما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة الخ، ولا تنافي في ذلك، وقوله **(بخلاف المسلم)** واضح. وقوله: **(فإن أعياكم فالعشر)** تقول عييت بأمري إذا لم تهتد لوجهته، وأعياني هو. وقيل مأخوذ من العي وهو الجهل، فإن أعياكم: أي جهلكم: يعني إذا اشتبه الحال بأن لم يعلم العاشر ما يأخذون من تجارنا يؤخذ منه العشر. وقوله: **(لأنه غدر)** أي لوقوعه بعد الحماية والغدر حرام. قال ﷺ «وفاء لا غدر» وهذا قول بعض المشايخ. وقال بعضهم: يؤخذ منه جميع ما في يده إلا قدر ما يبلغه مأمنه. لأنا مأمورون بتبليغه مأمنه لقوله تعالى **﴿ثم أبلغه مأمنه﴾** وقال بعضهم: يؤخذ منه الكل لأن الأخذ بطريق المجازاة فيجازيهم بمثل صنيعهم لينزجروا. وقوله: **(وإن مرّ حربي على عاشر الخ)** حاصله أن العشر إنما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول أو بتجديد العهد بالرجوع إلى دار الحرب ثم بالمرور على العاشر، وإن كان في يومه ذلك فإذا لم يوجد شيء منهما لم يعشره ثانياً لما روي أن نصرانياً مر بفرس له على عاشر

أوصاف المضعف عليه الخ) أقول: فيه بحيث، فإن المضعف عليه زكاة وليس المضعف كذلك، فالظاهر أنه وظيفة ابتدائية وليس بتضعيف، والتصديق لقوله ﷺ «لهم مالنا» الحديث فليتأمل قوله: **(ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم الخ)** أقول: الأظهر أن يقول: ثم الحربي أحرج إلى الحماية من الذمي، فإن الذمي بدخوله تحت الذمة كان كواحد من المسلمين له ما لهم وعليه ما عليهم، بخلاف الحربي فكان الطمع في ماله أقوى، وما ذكره الشارح من باب الولاية ليس مما نحن بصدده في شيء قوله: **(إن أخذنا بمقابلة أخذهم الخ)** أقول: لا يلزم من كون أخذنا بمقابلة أخذهم أن يكون أخذنا ظلماً ألا يرى أن القصاص بمقابلة تمثل النفس ظلماً النفس بالنفس مع أنه حق، وكذا سائر الأجزية الشرعية قوله: **(لأنا نقول: الأخذ معهم معلول للحماية)** أقول: لم لا يجوز أن يكون فيما يؤخذ من الحربي معنى الحماية والمجازاة أيضاً كما في نظائره مع العشر مثلاً، ثم لو كان نفس الأخذ معلولاً للحماية كان ينبغي أن يوجد منهم وإن لم يأخذوا منا وجوابه ظاهر.

أنهم يأخذون منا ربع العشر أو نصف العشر نأخذ بقدره، وإن كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل) لأنه غدر **(وإن كانوا لا يأخذون أصلا لا نأخذ)** ليتركوا الأخذ من تجارنا ولأنا أحق بمكارم الأخلاق، قال: **(وإن مر حربي على عاشر فعشر ثم مر مرة أخرى لم يعشره حتى يحول الحول)** لأن الأخذ في كل مرة استئصال المال وحق الأخذ لحفظه. ولأن حكم الأمان الأول باق، وبعد الحول يتجدد الأمان لأنه لا يمكن من الإقامة إلا حولاً والأخذ بعده لا يستأصل المال **(فإن عشر فرجع إلى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره أيضاً)** لأنه رجع بأمان جديد، وكذا الأخذ بعده لا يفضي إلى الاستئصال **(وإن مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر دون الخنزير)** وقوله عشر الخمر: أي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لأنه لا قيمة لهما. وقال زفر: يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم. وقال أبو يوسف: يعشرهما إذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعاً للخمر، فإن مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير. ووجه الفرق على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها، وفي ذوات الامثال ليس

يأخذ من عين الخمر وطريق معرفة قيمتها أن يرجع إلى أهل الذمة قوله: **(تبعاً للخمر)** دون العكس لأنها أظهر مالية لأنها قبل التخمر مال وبعده كذلك بتقدير التخلل وليس الخنزير كذلك، ولهذا إذا عجز المكاتب ومعه حمر يصير ملكاً للمولى لا الخنزير. وكم من شيء يثبت تبعاً لا قصداً كوقف المنقول قوله: **(إن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين)** استشكل عليه مسائل: الأولى ما في الشفعة من قوله إذا اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم

عمر رضي الله عنه فعشره. ثم مر به ثانياً فهم أن يعشره فقال النصراني: كلما مررت بك عشرتني إذا يذهب فرسي كله؟ فترك الفرس عنده وذهب إلى عمر رضي الله عنه، فلما دخل المدينة أتى المسجد فوضع يديه على عتبتي الباب فقال: يا أمير المؤمنين أنا الشيخ النصراني، فقال أمير المؤمنين: أنا الشيخ الحنيفي، فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه: أتاك الغوث فنكس رأسه. ورجع إلى ما كان فيه، ، فظن النصراني أنه استخف بظلامته فرجع كالخائب، فلما انتهى إلى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه إنك إن أخذت العشر مرة فلا تأخذه مرة أخرى، فقال النصراني: إن دينا يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق أن يكون حقاً فأسلم. فإن قيل: كلام المصنف متناقض لأنه قال حتى يحول الحول، ثم قال لا يمكن من المقام إلا حولاً، والمراد به إلا قريباً من الحول لأنه لا يمكن من الإقامة حولاً كاملاً. أجيب بأن مراده بقوله حتى يحول الحول: إذا لم يعلم الإمام بحاله حتى يحول الحول فإنه يأخذ ثانياً. قال: **(وإن مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر دون الخنزير)** إذا مر الذمي على العاشر بخمر أو خنزير بنية التجارة وتبلغ القيمة مائتي درهم ففيه أربعة أقوال كما ذكره في الكتاب، وإنما فسر بقوله **(أي من قيمتها)** احترازاً عن قول مسروق رحمه الله فإنه يقول يعشر عينها ونفياً لظاهر ما يفهم فإن السامع يفهم منه أنه يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها ثم الشافعي رحمه الله مر على أصله بأنه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره لا يضمن عنده، وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوائهما في المالية عنده، فإن المسلم إذا أتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو أتلف خمره، وأبو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعاً للخمر لأن الخمر أقرب إلى المالية بواسطة التخليل، وقد يثبت الحكم تبعاً وإن لم يثبت مقصوداً. ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر، وقد اعترض على كل واحد منهما، أما على الأول فلأنه منقوض بما ذكره في الشفعة من هذا الكتاب فقال وإذا اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي، إلى أن قال: وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير، فلو كان لقيمة الخمر والخنزير حكمه لما أخذ بقيمته كما لا يأخذها بعينه وبمسألة الغصب والإتلاف، فإن المسلم

قوله المصنف: **(ووجه الفرق على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين)** أقول: قال ابن الهمام: استشكل عليه مسائل الأولى ما في الشفعة من قوله إذا اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر والخنزير. ثانيها لو أتلف مسلم خنزير ذمي ضمن قيمته. ثالثها لو أخذ قيمة خنزيره من ذمي وقضى بها ديناً لمسلم عليه طاب للمسلم ذلك. وأجيب عن الأخير بأن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعاً، وملك المسلم بسبب آخر وهو قبضه عن الدين وعما قبله بأن المنع لسقوط المالية في العين وذلك بالنسبة إلينا لا إليهم، فيتحقق المنع بالنسبة إلينا عند القبض والحيازة لا عند دفعها إليهم، لأن غايته أن يكون كدفع عينها وهو تبعيد وإزالة

لها هذا الحكم والخمر منها، ولأن حق الأخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالإسلام فكذا لا يحميه على غيره **(ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء، وعلى المرأة ما على الرجل)** لما ذكرنا في السوائم **(ومن مر على عاشر بمائة درهم وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها)** لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته **(ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها)** لأنه غير مأذون بأداء زكاته قال: **(وكذا المضاربة)** يعني إذا مر المضارب به على العاشر وكان أبو حنيفة يقول أولاً يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضاً فنزل منزلة المالك ثم رجع إلى ما ذكرنا في الكتاب وهو قولهما لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء

أخذها بقيمة الخمر والخنزير. ثانيها لو أتلف مسلم خنزير ذمي ضمن قيمته. ثالثها لو أخذ ذمي قيمة خنزيره من ذمي وقضى بها ديناً لمسلم عليه طاب للمسلم ذلك. وأجيب عن الأخير بأن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعاً وملك المسلم بسبب آخر وهو قبضه عن الدين، وعما قبله بأن المنع لسقوط المالية في العين وذلك بالنسبة إلينا لا إليهم: فيتحقق المنع بالنسبة إلينا عند القبض والحيازة لا عند دفعها إليهم لأن غايته أن تكون كدفع عينها وهو تبعيد وإزالة فهو كتسييب الخنزير والانتفاع بالسرقين باستهلاكه قوله: **(لا يحميه على غيره)** أورد عليه مسلم غصب خنزير ذمي فرفعه إلى القاضي بأمره برده عليه وذلك حماية على الغير أجيب بتخصيص الإطلاق: أي لا يحميه على غيره لغرض يستوفيه فخرج حماية القاضي قوله: **(لقوة حق المضارب)** حتى كان له أن يبيع من المالك فصار كالمالك فكان حضوره كحضور المالك قوله: **(ولا نائب عنه)** والزكاة تستدعي نية من عليه وهو كالمالك في التصرف الاسترباحي لا في أداء الزكاة، بخلاف حصة المضارب لأنه يملكها فيؤخذ منه عنها، وفيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن استحقاق الربح بطريق الجعل فلا يملك إلا بالقبض كعمالة عامل الصدقة قوله: **(وقيل في الفرق بينهما)** لا يخفى عدم تأثير هذا الفرق، فإن مناط عدم الأخذ من المضارب وهو القول المرجوع إليه كونه ليس بمالك ولا نائب عنه فليس له ذلك، ولأنه لا نية حينئذ، ومجرد دخوله في الحماية لا يوجب الأخذ إلا مع وجود شروط الزكاة على ما مر أول الباب فلا أثر لما ذكر من الفرق، فالصحيح أنه لا يأخذ من المأذون كما صححه في

إذا أتلف خنزيراً لذمي يضمن بقيمته ولو كان لها حكم العين لما ضمنها كما لا يضمن عينها، وأما على الثاني فبان المسلم أو الذمي إذا غصب خنزير ذمي وتحاكماً إلى القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له. وأجيب عن الأول بأن قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون وجه لأنها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث إن الأداء لا يمكن إلا بالتعيين ولا تعيين إلا بالتقويم فأخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه. ولهذا إذا تزوج الذمي امرأة على خنزير بعينه ثم أتاها بالقيمة أجبرت على قبولها كما لو أتاها بعينه، فلما دارت القيمة بين أن تكون بمنزلة العين وبين أن لا تكون أعطيت حكم العين في حق الأخذ والحيازة وهو في باب الزكاة، ولم تعط في حق الإعطاء لأنه موضع إزالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والإتلاف، ونوقض بذمي أخذ قيمة خنزير له استهلكه ذمي وقضى بها ديناً لمسلم عليه فإنه جائز، ولو كان أخذ القيمة كأخذ العين لما جاز القضاء. وأجيب بأنه لما قضى بها ديناً عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب، واختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان على ما عرف. وعن الثاني بأن المراد أن من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس له ولاية حماية خنزير غيره لغرض يستوفيه، والعاشر لو حماه حماه كذلك بخلاف القاضي. وقوله: **(ولو مرّ صبي أو امرأة)**

فهو كتسييب الخنزير والانتفاع بالسرقين باستهلاكه اهـ. وفيه بحث لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر والخنزير، وفي الدفع ذلك فلا بد من ضم كلام آخر كما في العناية. قال العلامة الكاكي: وفي الكافي أقيمت القيمة مقام العين في حق العبد وهو الشفعة لاحتياجه ولم يقم مقامها في حق الشرع لاستغنائه، فقلنا يعشر الخمر دون الخنزير، ولأنا نقول: لو لم يأخذ الشفيع يبطل حقه أصلاً فبالضرورة لم تعط القيمة حكم العين ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع اهـ.

الزكاة إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصاباً فيؤخذ منه لأنه مالك له **(ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشر)** وقال أبو يوسف: لا أدري أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما إنه لا يعشره لأن الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب. وقيل في الفرق بينهما أن العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج إلى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج. فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعاً منه في العبد وإن كان مولاه معه يؤخذ منه لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك أو للشغل. قال: **(ومن مر على عاشر الخوارج في أرض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة)** معناه: إذا مر على عاشر أهل العدل لأن التقصير جاء من قبله حيث إنه مر عليه.

الكافي قوله: **(لانعدام الملك فيما في يده)** أي على قول أبي حنيفة أو الشغل على قولهما قوله: **(لأن التقصير جاء من قبله الخ)** بخلاف ما لو غلب الخوارج على بلدة فأخذوا زكاة سوائمهم لا يثني عليهم الإمام لأنه لا تقصير من المالك بل من الإمام. ومن مر برطاب اشتراها للتجارة كالبطيخ والقثاء ونحوه لم يعشره عند أبي حنيفة، وقالا: يعشره لاتحاد الجامع وهو حاجته إلى الحماية وهو يقول: اتحاد الجامع إنما يوجب الاشتراك في الحكم عند عدم المانع. وهو ثابت هنا فإنها تفسد بالاستبقاء، وليس عند العامل فقراء في البر ليدفع لهم، فإذا بقيت ليجدهم فسدت فيفوت المقصود، فلو كانوا عنده أو أخذ ليصرف إلى عمالته كان له ذلك.

ظاهر، وقوله: **(ومن مرّ على العاشر بمائة)** يعني سواء كان مسلماً أو ذمياً. وقوله: **(لأنه غير مأذون بأداء زكاته)** يعني هو مأذون بالتجارة فقط، فلو أخذ أخذ غير الزكاة وليس له أخذ شيء سوى الزكاة، وقوله: **(ولا نائب عنه)** أي إنما هو نائب في التجارة لا غير. والنائب تقتصر ولايته على ما فوض إليه فكان بمنزلة المستبضع. وقوله: **(ولو مرّ عبد مأذون له بمائتي درهم)** ظاهر، والصحيح أن الرجوع في المضارب رجوع في العبد المأذون كذا قال فخر الإسلام وصاحب الإيضاح. وقوله: **(إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله فإنه لا يؤخذ منه شيء سواء كان معه مولاه أو لم يكن لانعدام الملك)** يعني عند أبي حنيفة **(أو للشغل)** أي عندهما. فإن الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكاة. وقوله: **(ومن مرّ على عاشر الخوارج)** واضح.

باب في المعادن والركاز

قال: (**معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو صفر وجد في أرض خراج أو عشر ففيه الخمس**) عندنا

باب في المعادن والركاز

المعدن من العدن وهو الإقامة، ومنه يقال عدن بالمكان إذا أقام به، ومنه ﴿**جنات عدن**﴾ [الرعد ٢٣] ومركز كل شيء معدنه عن أهل اللغة، فأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلا قرينة، والكنز للمثبت فيها من الأموال بفعل الإنسان، والركاز يعمهما لأنه من الركز مراداً به المركوز أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق فكان حقيقة فيهما مشتركاً معنوياً وليس خاصاً بالدفين، ولو دار الأمر فيه بين كونه مجازاً فيه أو متواطئاً إذ لا شك في صحة إطلاقه على المعدن كان التواطؤ متعيناً، وإذا عرف هذا فاعلم أن المستخرج من المعدن ثلاثة أنواع: جامد يذوب وينطبع كالنقدين والحديد وما ذكره المصنف معه، وجامد لا ينطبع كالجص والنورة والكحل والزرنيخ وسائر الأحجار كالياقوت والملح، وما ليس بجامد كالماء والقير[1] والنفط. ولا يجب الخمس إلا في النوع الأول. وعند الشافعي لا يجب إلا في النقدين على الوجه الذي ذكر في الكتاب، استدل الشافعي على مطلوبه بما روى أبو حاتم من حديث عبد الله بن نافع عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «في الركاز العشور»[2] قال الشيخ تقي الدين في الإمام: ورواه يزيد بن عياض عن نافع وابن نافع ويزيد كلاهما متكلم فيه، ووصفهما النسائي بالترك انتهى. فلم يفد مطالوباً[3]، وبما روى مالك في الموطإ عن ربيعة بن عبد الرحمن عن غير واحد من علمائهم «أن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحرث المزني معادن بالقبلية» وهي من ناحية الفرع، فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم[4] قال ابن عبد البر: هذا منقطع في الموطإ، وقد روي متصلاً على ما ذكرناه في التمهيد من رواية الدراوردي عن ربيعة بن عبد الرحمن بن الحرث بن بلال بن الحرث المزني عن أبيه عن النبي ﷺ قال أبو عبيد في كتاب الأموال حديث منقطع، ومع انقطاعه ليس فيه أن النبي ﷺ أمر بذلك، وإنما قال: يؤخذ منه إلى اليوم انتهى: يعني

باب المعدن والركاز

أخر باب المعدن عن العاشر لأن العذر أكثر وجوداً، والمال المستخرج من الأرض له أسام ثلاثة: الكنز به والمعدن، والركاز اسم لما دفنه بنو آدم، والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض، والركاز اسم لهما جميعاً، والكنز مأخوذ من كنز المال كنزاً جمعه، والمعدن من عدن بالمكان أقام به، والركاز من ركز الرمح أي غرزه. وعلى هذا جاز

باب في المعادن الركاز

أقول: ما يؤخذ من المعدن والركاز ليس بزكاة عندنا، بل يصرف مصرف الغنيمة فموضعه المناسب كتاب السير، ويجوز أن يقال لما كان كونه زكاة مقصوداً بالنفي على ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أورده هنا بهذه العلاقة قوله: (**والمال المستخرج من الأرض الخ**)

---

(١) القير والقار: شيء أسود يطلى به السفن. أوهما الزفت اهـ قاموس.

(٢) واهٍ بمرة. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٨٠ فقال: رواه أبو حاتم عن عبد الله بن نافع عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً في الركاز العشور اهـ قال في الإمام: ورواه يزيد بن عياض عن عبد الله بن نافع به. ويزيد وابن نافع وصفهما النسائي بالترك اهـ الزيلعي. وأبو حاتم هو ابن حبان.
قلت: هو عند أبي حاتم في المجروحين ٢/ ٢٠ . ٢١ من هذا الوجه. ونقل عن يحيى قوله: عبد الله بن نافع ليس بشيء.
قال: وهذا خبر باطل لا أصل له اهـ وزاد البيهقي ٤/ ١٥٢: والركاز الذهب والفضة.

(٣) أي لا تمسك للشافعي فيه لضعفه.

(٤) مرسل. أخرجه مالك ١/ ٢٤٨ ح ٨ ومن طريقه البيهقي ٤/ ١٥٢ عن ربيعة عن غيرو واحد: أن رسول الله ﷺ... الخبر.
قال البيهقي: قال الشافعي: ليس هذا مما يثبت أهل الحديث، ولو ثبتوه ثم تكن فيه رواية عن النبي ﷺ إلا إقطاعه، وأما الزكاة في المعادن دون الخمس، فليست مروية عن النبي ﷺ فيه اهـ.
ونقل الزيلعي ٢/ ٣٨١ عن ابن عبد البر قوله: هو منقطع في الموطأ. وكذا قال أبو عبيد في الأموال ص٣٤٢ اهـ.

وقال الشافعي: لا شيء عليه فيه لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد إلا إذا كان المستخرج ذهباً أو فضة فيجب فيه

فيجوز كون ذلك من أهل الولايات اجتهاداً منهم، ونحن نتمسك بالكتاب والسنة الصحيحة والقياس. أما الكتاب فقوله تعالى﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه﴾[الأنفال ١٤] ولا شك في صدق الغنيمة على هذا المال فإنه كان مع محله من الأرض في أيدي الكفرة، وقد أوجف عليه المسلمون فكان غنيمة. كما أن محله أعني الأرض كذلك» وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»[(١)] أخرجه الستة. والركاز يعم المعدن والكنز على ما حققناه فكان إيجاباً فيهما، ولا يتوهم عدم إرادة المعدن بسبب عطفه عليه بعد إفادة أنه جبار: أي هدر لا شيء فيه وإلا لتناقض، فإن الحكم المعلق بالمعدن ليس هو المعلق به في ضمن الركاز ليختلف بالسلب والإيجاب، إذ المراد أن إهلاكه أو الهلاك به للأجير الحافر له غير مضمون، لا أنه لا شيء فيه نفسه وإلا لم يجب شيء أصلاً، وهو خلاف المتفق عليه إذ الخلاف إنما هو في كميته لا في أصله، وكما أن هذا هو المراد في البئر والعجماء فحاصله أنه أثبت للمعدن بخصوصه حكماً فنص على خصوص اسمه ثم أثبت له حكماً آخر مع غيره فعبر بالاسم الذي يعمهما ليثبت فيهما فإنه علق الحكم: أعني وجوب الخمس بما يسمى ركازاً، فما كان من أفراده وجب فيه، ولو فرض مجازاً في المعدن وجب على قاعدتهم تعميمه لعدم ما يعارضه لما قلنا من اندراجه في الآية والحديث الصحيح مع عدم ما يقوى على معارضتهما في ذلك. وأما ما روي عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ «في الركاز الخمس، قيل: وما الركاز يا رسول الله؟ قال: الذهب الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقت الأرض»[(٢)] رواه البيهقي. وذكره في الإمام. فهو وإن سكت عنه في الإمام مضعف

إطلاقه عليهما جميعاً لأن كل واحد منا مركوز في الأرض: أي مثبت وإن اختلف الراكز، وعلى كل واحد منهما بانفراده. والمراد بالمذكور في لقب الباب الكنز لمعنيين: أحدهما أن هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجيء، والثاني أنه لو أريد به المعدن لزم التكرار لأنه يكون تقدير كلامه باب في المعادن وإن أريد المعادن والكنز كان تقديره باب في المعادن والمعادن والكنز، قال: (معدن ذهب أو فضة) المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة: جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر، وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ، ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط. ومسائل هذا الباب على خمسة عشر وجهاً، لأن الذهب أو الفضة الذي يوجد إما أن يكون معدناً أو كنزاً. وكل ذلك لا يخلو إما أن يوجد في حيز دار الإسلام أو حيز دار الحرب، وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة أوجه: إما أن يوجد في مغازة لا مالك لها، أو في أرض مملوكة، أو في دار، والموجود كنز لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضاً: إما أن يكون على ضرب أهل الإسلام، أو على ضرب أهل الجاهلية، واشتبه الحال. ففي الأول وهو ما يذوب وينطبع إذا (وجد في أرض عشر أو خراج الخمس عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه لأنه مباح سبقت يده إليه) وكل ما هو كذلك لا شيء عليه (كالصيد، إلا أنه إذا كان المستخرج ذهباً أو فضة فيجب فيه الزكاة) وهو ربع العشر (ولا يشترط فيه الحول في قول) لما ذكر أنه نماء

أقول الأولى أن يقال: الكائن في الأرض قوله: (يوم خلق الأرض الخ) أقول: خلقه يوم خلقت الأرض غير معلوم، فالأولى ترك هذه الزيادة قوله: (وعلى كل واحد منهما بانفراده) أقول: وعلى كل واحد منهما معطوف على قوله عليهما في قوله وعلى هذا جاز إطلاقه عليهما الخ قوله: (أحدهما أن هذا الباب يشتمل على بيان المعادن، إلى قوله: والثاني) أقول: الوجه الأول لا يتم وجهاً دون ضم الثاني:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٩٩ و٢٣٥٥ و٦٩١٢ و٦٩١٣ ومسلم ١٧١٠ من وجوه، وأبو داود ٣٠٨٥ والترمذي ٦٤٢ و١٣٧٧ والنسائي ٥/ ٤٤ ـ ٤٥ وابن ماجه ٢٦٧٣ ومحمد في الموطأ ٦٧٧ والشافعي ١/ ٢٤٨ والطيالسي ٢٣٠٥ والحميدي ١٠٧٩ وعبد الرزاق ١٨٣٧٣ وابن أبي شيبة ٩/ ٢٧١ ـ ٢٧٢ والدارمي ١/ ٣٩٣ و٢/ ١٩٦ وأحمد ٢/ ٢٣٩ ـ ٢٥٤ ـ ٢٧٤ ـ ٢٨٥ ـ ٤٩٥ ـ ٥٠١ وابن خزيمة ٢٣٢٦ وابن حبان ٦٠٠٥ و٦٠٠٦ وابن الجعد ١١٥٧ والدارقطني ٣/ ١٥١ ـ ١٥٢ والطحاوي ٣/ ٢٠٣ والبيهقي ٤/ ١٥٥ و٨/ ١١٠ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) ضعيف جداً أخرجه البيهقي ٤/ ١٥٢ من حديث أبي هريرة وقال: تفرد به عبد الله بن سعيد المقبري وهو ضعيف جداً، جرحه أحمد ويحيى وجماعة من أئمة الحديث.

الزكاة، ولا يشترط الحول في قول لأنه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «وفي الركاز الخمس» وهو من الركز، **فأطلق** على المعدن ولأنها كانت في أيدي الكفرة فحوتها أيدينا غلبة فكانت غنيمة، وفي الغنائم

بعبد الله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري. وفي الإمام أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام قال «في السيوب الخمس»[1] والسيوب: عروق الذهب والفضة التي تحت الأرض، ولا يصح جعلهما شاهدين على المراد بالركاز كما ظنوا، فإن الأول خص الذهب، والاتفاق أنه لا يخصه فإنما نبه حينئذ على ما كان مثله في أنه جامد منطبع. والثاني لم يذكر فيه لفظ الركاز بل السيوب. فإذا كانت السيوب تخص النقدين فحاصله أنه إفراد فرد من العام والاتفاق أنه غير مخصص للعام. وأما القياس فعل الكنز الجاهلي بجامع ثبوت معنى الغنيمة، فإن هذا هو الوصف الذي ظهر أثره في المأخوذ بعينه قهراً فيجب ثبوت حكمه في محل النزاع وهو وجوب الخمس لوجوده فيه، ، وكونه أخذ في ضمن شيء لا أثر له في نفي الحكم وإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «في الرقة ربع العشر»[2] مخصوص بالمستخرج للاتفاق على خروج الكنز الجاهلي من عموم الفضة قوله: **(في أرض خراج أو عشر)** قيد به ليخرج الدار فإنه لا شيء فيه، لكن ورد عليه الأرض التي لا وظيفة فيها كالمفازة، إذ يقتضي أنه لا شيء في المأخوذ منها وليس كذلك، فالصواب أن لا يجعل ذلك لقصد الاحتراس بل للتنصيص على أن وظيفتهما المستمرة لا تمنع الأخذ مما يوجد فيهما قوله: **(إلا أن للغانمين يداً حكيمة)** جواب عما يقال لو كان غنيمة لكان أربعة الأخماس للغانمين لا للواجد. فأجاب بأن ذلك معهود شرعاً فيما إذا كان لهم يد حقيقية على المغنوم، أما إذا كان الثابت لهم يداً حكيمة والحقيقية لغيرهم فلا يكون لهم، والحاصل أن الإجماع منعقد على عدم إعطائهم شيئاً بل إعطاء الواجد، وقد دل الدليل أن له حكم الغنيمة فلزم من الإجماع، والدليل المذكور اعتباره غنيمة في حق إخراج الخمس لا في الجانب الآخر، وما ذكرناه من وجه عدم إعطاء الغانمين الأربعة الأخماس هو تعيين لسند الإجماع في ذلك وتقريره أن المال كان مباحاً قبل الإيجاف عليه، والمال المباح إنما يملك بإثبات اليد عليه نفسه حقيقة كالصيد، ويد الغانمين ثابتة عليه حكماً لأن اليد على الظاهر يد على الباطن حكماً لا حقيقة. أما الحقيقة فللواجد فكان له مسلماً كان أو ذمياً حراً أو عبداً بالغاً أو صبياً ذكراً أو أنثى، لأن استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة، وكل من سميناً له حق فيها سهماً أو رضخاً، بخلاف الحربي لا حق له فيها فلا يستحق المستأمن الأربعة الأخماس لو وجد في دارنا قوله: **(ولو وجد في داره الخ)** استدل لهما بإطلاق ما روينا وهو قوله عليه الصلاة السلام «في الركاز الخمس»[3] وقدم أنه

كله، والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر، فلو كان دون المائتين من الفضة لا يجب شيء. وإنما قال في جانب الشافعي: ولا يشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا لأن الشافعي قائل بالزكاة فكان عليه أن يقول باشتراط الحول، فنفاه بما ذكر من الدليل، ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط له **(ولنا قوله ﷺ «وفي الركاز الخمس»)** قاله حين سئل عما يوجد في دار الحرب العادي، وعطف على المسؤول عنه فقال فيه «وفي الركاز الخمس» عطف على المدفون، وذلك يدل على أن المراد بالركاز المعدن فإنه من الركز وهو ينطلق على المعدن أيضاً كما تقدم **(ولأنها)** أي الأرض **(كانت في أيدي الكفرة فحوتها أيدينا)** وهو واضح، وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو أيضاً واضح، وفي الغنيمة الخمس بالنص. وقوله: **(بخلاف الصيد)** جواب عن قوله كالصيد، فإن قيل: لو كانت غنيمة لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وأربعة الأخماس للغانمين وليس كذلك. أجاب بقوله **(إلا أن يداً حكمية)** وتحقيقه أن الغانمين إنما يستحقون أربعة الأخماس إذا حوت أيديهم حقيقة وحكماً، وههنا أيديهم حكمية لأنه لما ثبتت أيديهم على ظاهر الأرض حقيقة ثبتت على باطنها حكماً **(وأما الحقيقية فللواجد)**

(١) غريب. نسبه المصنف للإمام ابن دقيق العيد في كتابه الإمام، ولم يذكره الزيلعي في ٢/ ٣٨٠ مع أنه نقل الحديث المتقدم عن الإمام، وكذا لم يذكره البيهقي ولا غيره فهو غريب والله أعلم.

(٢) صحيح. هو بعض حديث أنس وكتاب أبي بكر. رواه البخاري وغيره وتقدم في أول صدقة السوائم.

(٣) هو عجز حديث أبي هريرة تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

الخمس بخلاف الصيد لأنه لم يكن في يد أحد إلا أن للغانمين يداً حكمية لثبوتها على الظاهر، وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الأربعة الأخماس حتى كانت للواجد **(ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء)** عند أبي حنيفة وقالا فيه الخمس لإطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الأرض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الأجزاء فكذا في هذا الجزء لأن الجزء يخالف الجملة، بخلاف الكنز لأنه غير مركب فيها **(وإن وجده في أرضه فعن أبي حنيفة فيه روايتان)** ووجه الفرق على إحداهما وهو رواية الجامع الصغير أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الأرض ولهذا وجب العشر، والخراج في الأرض دون الدار فكذا هذه المؤنة **(وإن وجد ركازاً)** أي كنزاً **(وجب فيه الخمس)** عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الإثبات ثم إن كان

أعم من المعدن، وله أنه جزء من الأرض ولا مؤنة في أرض الدار فكذا في هذا الجزء منها. وأجيب عن الحديث بأنه مخصوص بالدار، وصحته متوقفة على إبداء دليل التخصيص، وكون الدار خصت من حكمي العشر والخراج بالإجماع لا يلزم أن تكون مخصوصة من كل حكم إلا بدليل في كل حكم، على أنه أيضاً قد يمنع كون المعدن جزء من الأرض ولذا لم يجز التيمم به. وتأويله بأنه خلق فيها مع خلقها لا يوجب الجزئية، وعلى حقيقة الجزئية يصح الإخراج من حكم الأرض لا على تقدير هذا التأويل قوله: **(روايتان)** رواية الأصل لا يجب كما في الدار، ورواية الجامع الصغير يجب، والفرق على هذه بين الأرض والدار أن الأرض لم تملك خالية عن المؤن بل فيها الخراج أو العشر والخمس من المؤن، بخلاف الدار فإنها تملك خالية عنها. قالوا: لو كان في داره نخلة تغل أكوار من الثمار لا يجب فيها قوله: **(وجب الخمس عندهم)** أي عند الكل على كل حال ذهباً كان أو رصاصاً أو زئبقاً بالاتفاق، وإنما الخلاف في الزئبق المأخوذ من المعدن، وسواء كان الواجد صغيراً أو كبيراً كما ذكرنا في المعدن إلا الحربي لما قدمنا، ولأنه لا يترك أن يذهب بغنيمة المسلمين إلى دار الحرب إلا إذا كان بإذن الإمام وشرط مقاطعته على شيء فيفي بشرطه. قال عليه الصلاة والسلام «المسلمون عند شروطهم»[1] غير أنه إن وجده في أرض مملوكة

فكان ما في باطنها غنيمة حكماً لا حقيقة **(فاعتبرنا الحكمية في حق الحسن والحقيقة في الأربعة الأخماس حتى كان للواجد)** مسلماً كان أو ذمياً حراً أو عبداً صبياً أو بالغاً رجلاً أو امرأة، لأن استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة، ولجميع من ذكرنا حق في الغنيمة إما سهماً أو رضخاً، فإن الصبي والمرأة والعبد والذمي يرضخ لهم إذا قاتلوا على ما سيجيء، بخلاف الحربي فإنه لا حظ له في الغنيمة وإن قاتل بإذن الإمام، فإن وجد شيئاً من الركاز يؤخذ منه الكل، فإن قيل: روي أن عبداً وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فأدى ثمنه وأعتقه وجعل ما بقي لبيت المال. أجيب بأنه كان وجده في دار رجل صاحب خطة مات ولم يترك وارثاً فصرفه إلى بيت المال ورأى المصلحة في أن يعطي ثمنه من بيت المال ليوصله إلى العتق. قال في التحفة: يجوز للواجد أن يصرف الخمس إلى نفسه إذا كان محتاجاً لا يغنيه الأربعة الأخماس وهو حق وذكر صاحب النهاية ما يشير إلى خلاف ذلك قال **(ولو وجد في داره)** إذا وجد الإنسان في داره **(معدناً فليس فيه شيء عند أبي حنيفة وقالا فيه الخمس)** لهما إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «وفي الركاز الخمس» من غير فصل بين الأرض والدار، ودليل أبي حنيفة ظاهر، واعترض بأنه لو كان من أجزائها لجاز التيمم به ولم يجزه بالإجماع. وأجيب بأن التيمم يجوز بما هو من جنسها لا من أجزائها خلقة، وهذا ليس من جنسها، والجواب عن الحديث أن الإمام لما خصه بهذه الدار فكأنه نفل بها. وللإمام هذه الولاية **(وإن وجده في أرضه فعن أبي حنيفة روايتان)** في رواية الأصل: لا شيء فيه كما في الدار، وفي رواية الجامع الصغير: فيه الخمس، والفرق ما ذكره في الكتاب. قوله **(وإن وجد ركازاً: أي كنزاً)** إنما فسره بهذا لأن الركاز اسم مشترك ينطلق على المعدن والكنز، وقد فرغ من بيان المعدن فيراد به الكنز وليصح قوله**(وجب فيه الخمس عندهم)** فإن وجوب الخمس بالاتفاق إنما هو في الكنز لا في المعدن لأن أبا حنيفة لا يقول وجوبه في الدار كما ذكرنا. وقوله **(لما روينا)** إشارة إلى قوله «وفي

قوله: **(وأجيب بأن التيمم يجوز الخ)** أقول: كيف يقول الشارح إذا أورد النقض على قول المصنف، ولأن الجزء لا يخالف الجملة

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما. ويأتي في البيوع باستيفاء.

على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعه. وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم إن وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين فيختص هو به، وإن وجده في أرض مملوكة، فكذا الحكم عند أبي يوسف لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه. وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لأنه سبقت يده إليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن وإن كانت على الظاهر. كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف

اختلف أصحابنا فيمن يستحق الأربعة الأخماس قوله: **(كالمكتوب عليه كلمة الشهادة)** ذكره بكاف التشبيه، وكذا في ضرب الكفار ليفيد عدم الحصر، فلو كان للمسلمين نقش آخر معروف أو لأهل الحرب نقش غير الصنم كاسم من أسماء ملوكهم المعروفة اعتبر به قوله: **(وقد عرف حكمها)** وهو أنه يجب تعريفها ثم له أن يتصدق بها على نفسه إن كان فقيراً وعلى غيره إن كان غنياً، وله أن يمسكها أبداً قوله: **(لما بينا)** أي من النص، والمعنى أول الباب قوله: **(ثم إن وجده الخ)** أي الكنز الجاهلي لأن الإسلامي ليس حكمه ما ذكر، بخلاف ما لو وجده في أرض مختطة غير مباحة فإنه مملوك للمختط له فلا يختص به كما سيذكره، أما المباحة فما في ضمنها مباح إذ لم يعلموا به فيتملكوه فيبقى على ما كان قوله: **(فكذا الحكم عند أبي يوسف)** أي الخمس للفقراء وأربعة أخماسه للواجد، سواء كان مالكاً للأرض أو لا لأن هذا المال لم يدخل تحت قسمة الغنائم لعدم المعادلة فبقي مباحاً فيكون لمن سبقت يده إليه، كما لو وجده في أرض غير مملوكة، قلنا لا نقول إن الإمام يملك المختط له الكنز بالقسمة بل يملكه البقعة ويقرر يده فيها ويقطع مزاحمة سائر الغانمين فيها، وإذا صار مستولياً عليها أقوى الاستيلاءات وهو بيد خصوص الملك السابقة فيملك بها ما في الباطن من المال المباح للاتفاق على أن الغانمين لم يعتبر لهم ملك في هذا الكنز بعد الاختطاط وإلا لوجب صرفه إليهم أو إلى ذراريهم، فإن لم يعرفوا وضع في بت المال واللازم منتف، ثم إذا ملكه لم يصر مباحاً فلا يدخل في بيع الأرض فلا يملكه مشتري الأرض كالدرّة في بطن السمكة يملكها الصائد لسبق يد الخصوص إلى السمكة حال إباحتها، ثم لا يملكها مشتري السمكة لانتفاء الإباحة. هذا وما ذكر في السمكة من

الركاز الخمس» فإن قيل: قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به هنا استعمال للفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز. أجاب بقوله **(واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الإثبات)** ومعناه: أنه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه، وإنما هو من باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك، وبهذا سقط ما قيل كان من حقه أن يقول لسباق ما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه «وفي الركاز الخمس» والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصوداً هناك فكان التمسك به أولى كما تمسك به في المبسوط، إذ دلالة الركاز على ما ادعى المصنف من الكنز بسبب دلالة الركاز على الإثبات لا غير، وهو اسم مشترك قد يدل على الكنز وقد يدل على المعدن فكان محتملاً كالنص. وأما إرادة الكنز لسياق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فبدليل غير محتمل فكان مفسراً فالتمسك به أولى، وذلك لأنه استدلال بالعام على ما قرر لا بالمشترك، والعام والخاص عندنا في إيجاب الحكم سواء **(ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة)** يعرفها حيث وجدها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء **(وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال)** أي سواء كان الموجود ذهباً أو فضة أو رصاصاً أو غيرها. وسواء كان الواجد صغيراً أو بالغاً حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً إلا إذا كان حربياً مستأمناً لما ذكرنا.

قوله **(فالتمسك به أولى، وذلك لأنه استدلال بالعام الخ)** أقول: ليس في كلامه ما يدفع أولوية الاستدلال بالمفسر دون النص، ثم أقول: إذا قوبل العام بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص، وقد صرح الشارح في أول الباب أنه إذا أريد بالركاز معنى يعم المعدن والكنز يلزم التكرار فحينئذ يختص الركاز في الحديث بالمعدن ولا يمكن الاستدلال للكنز فليتأمل. ثم أقول: وصرح أيضاً بأنه عطف الركاز على المدفون وذلك على أن المراد به المعدن.

المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهلياً في ظاهر المذهب لأنه الأصل وقيل يجعل إسلامياً في زماننا لتقادم العهد **(ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم)** تحرزاً عن الغدر لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصاً **(وإن وجده في الصحراء فهو له)** لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه

الإطلاق ظاهر الرواية، وقيل إذا كانت الدرّة غير مثقوبة تدخل في البيع بخلاف المثقوبة كما لو كان في بطنها عنبر يملكه المشتري لأنها تأكله وكل ما تأكله يدخل في بيعها، وكذا لو كانت الدرّة في صدقة ملكها المشتري: قلنا هذا الكلام لا يفيد إلا مع دعوى أنها تأكل الدرة غير المثقوبة كأكلها العنبر وهو ممنوع. نعم قد يتفق أنها تبتلعها مرة بخلاف العنبر فإنه حشيش والصدف دسم ومن شأنها أكل ذلك قوله: **(على ما قالوا)** يفيد الخلاف على عادته، قيل يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام أو ذريته، وقيل يوضع في بيت المال وهذا أوجه للمتأمل قوله: **(لتقادم العهد)** فالظاهر أنه لم يبق شيء من آثار الجاهلية ويجب البقاء مع الظاهر ما لم يتحقق خلافه، والحق منع هذا الظاهر بل دفينهم إلى اليوم يوجد بديارنا مرة بعد أخرى قوله: **(فوجد في دار بعضهم ركازاً رده عليهم)** سواء كان معدناً أو كنزاً قوله: **(في الصحراء)** أي أرض لا مالك لها. كذا فسره في المحيط، وتعليل الكتاب يفيده قوله: **(فلا يعد غدراً)** يعني أن دار الحرب دار إباحة، وإنما عليه التحرز من الغدر فقط ويأخذ غير مملوك من أرض غير مملوكة لم يغدر بأحد بخلافه من المملوكة. نعم لهم يد حكمية على ما في صحراء دارهم ودار الحرب ليست دار أحكام فلا تعتبر فيها إلا الحقيقية، بخلاف دارنا فلذا لا يعطى المستأمن منهم ما وجده في صحرائنا قوله: **(لإنه بمنزلة متلصص)** ولو دخل المتلصص دارهم فأخذ شيئاً لا يخمس لانتفاء مسمى الغنيمة لأنها ما أوجف المسلمون عليه غلبة وقهراً. ولقائل أن يقول: غاية ما تقتضيه الآية والقياس وجوب الخمس في مسمى الغنيمة، فانتفاء مسمى الغنيمة في المأخوذ من ذلك الكنز لا يستلزم انتفاء الخمس إلا بالإسناد إلى الأصل، وقد وجد دليل يخرج عن

رقوله **(لما بينا)** يعني من النص والمعقول **(ثم إن وجده في أرض مباحة)** يعني الذي هو على ضرب أهل الجاهلية فإن الذي يكون بضرب أهل الإسلام يلحق باللقطة فلا يتأتى فيه هذا التفريع وهو أن يكون أربعة أخماسه للواجد. وقوله **(لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين)** إشارة إلى ما ذكرنا أن للغانمين يداً حكمية وللواجد يداً حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد **(وإن وجده)** أي هذا الكنز المذكور **(في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف)** أي الخمس للفقراء وأربعة أخماسة للواجد مالكاً كان أو غير مالك **(لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه)** لأن المختط له ما حاز ما في الباطن **(وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لسبق يده إليه)** فإن قيل: يد المختط له وإن كانت سابقة لكنها يد حكمية وبها لا يملك كما في الغانمين. أجاب بقوله **(وهي يد الخصوص)** يعني أن اليد الحكمية إنما لا يثبت بها الملك إذا كانت يد عموم كما في الغانمين، أما إذا كانت يد خصوص **(فيملك بها ما في الباطن وإن كانت على الظاهر، كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة)** ومما يؤيد هذا أن تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا، وما ثمة إلا عموم اليد وخصوصها، فإن قيل: سلمنا أن المختط له قد ملك لكن باع الأرض فخرج الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن. أجاب بأنه: أي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الأرض لأنه مودع فيها، كما أنه إذا باع للسمكة لم تخرج ببيعها الدرة عن ملكه، بخلاف المعدن فإنه من أجزائه فينتقل إلى المشتري **(وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى اقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا)** وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وقال أبو اليسر: يوضع في بيت المال وقوله **(ولو اشتبه الضرب)** ظاهر، قال **(ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازاً)** سواء كان معدناً أو كنزاً **(رده عليهم تحرزاً عن الغدر)** قال ﷺ «في العهود وفاء لا غدر» **(لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصاً وإن وجده في الصحراء)** أي التي في حيز دار الحرب وليست مملوكة لأحد **(فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدراً ولا شيء فيه)** أي لا خمس فيه لأن الخمس إنما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهي ما كان في يد أهل الحرب ووقع في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك **(لأنه بمنزلة المتلصص)** في دار الحرب إذا أخذ شيئاً من أموالهم وأحرزه بدار الإسلام فإن قيل:

لأنه بمنزلة متلصص غير مجاهر (وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا خمس في الحجر» (وفي الزئبق الخمس) في قول أبي حنيفة آخراً وهو قول محمد خلافاً لأبي يوسف (ولا خمس في اللؤلؤ

الأصل وهو عموم قوله ﷺ «في الركاز الخمس»[1] بخلاف المتلصص فإن ما أصابه ليس غنيمة ولا ركازاً. فلا دليل يوجبه فيه فيبقى على العدم الأصلي قوله: (**يوجد في الجبال**) قيد به احترازاً عما لو أصيب في خزائن الكفار وكنوزهم فإنه يخمس لأنه غنيمة وسيأتي قوله: (**لقوله عليه الصلاة والسلام «لا خمس في الحجر»**)[2] غريب بهذا اللفظ، وأخرج ابن عدي عنه عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في حجر»[3] من طريقين ضعيفين، الأول بعمر بن أبي عمر الكلاعي، والثاني بمحمد بن عبد الله العزرمي. وأخرج ابن أبي شيبة عن عكرمة «ليس في حجر اللؤلؤ ولا حجر الزمرد زكاة إلا أن يكون للتجارة»[4] قوله: (**في قول أبي حنيفة آخراً وهو قول محمد**) وقول أبي يوسف هو قول أبي حنيفة أولاً، حكى عنه أنه قال: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا خمس فيه، فلم أزل به أناظره وأقول هو كالرصاص إلى أن رجع، ثم رأيت أنا أن لا شيء فيه فقلت به، ثم المراد الزئبق المصاب في معدنه احترازاً عما

المستأمن منا في دراهم إذا وجد في أرض ليست بمملوكة ركازاً فهو له، والمستأمن منهم في دارنا لو وجد شيئاً من ذلك في الصحراء لا حق له فيه. ويؤخذ منه كله فما الفرق بينهما؟ أجيب بأن الفرق أن دار الإسلام دار أحكام فتعتبر اليد الحكمية فيها على الموجود ودار الحرب ليست كذلك، فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والفرض عدمها. وقوله (**وليس في الفيروزج يوجد في الجبال**) هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن، وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد بقوله يوجد في الجبال احتراز عما يوجد منه، ومما ذكره بعده من الزئبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فأصيب قهراً فإن فيه الخمس بالاتفاق، وقوله ﷺ «لا خمس في الحجر» معلوم أنه لم يرد به ما كان للتجارة وإنما أراد ما يستخرج من معدنه فكان هذا أصلاً في كل ما هو بمعناه. وقوله (**وفي الزئبق الخمس**) قيل هو فارسي معرب بالهمز، ومنهم من يقول بكسر الباء، بعد الهمز، والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا آنفاً، حكي عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أولاً لا شيء فيه وكنت أقول فيه الخمس، فلم أزل أناظره وأقول إنه كالرصاص حتى قال فيه الخمس. ثم رأيت أن لا شيء فيه، فصار الحاصل أنه على قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد رحمه الله فيه الخمس، وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة الأول لا شيء فيه، قال لأنه بمنزلة القير والنفط: يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء. وقالا إنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فإنها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء، وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا في أول هذا الباب (**ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية**

قوله: (**وقوله ﷺ «لا خمس في الحجر» معلوم أنه لم يرد ما كان للتجارة الخ**) أقول: فيه أنه إذا كان للتجارة لا يؤخذ منه بل ربع العشر كما في سائر أموال التجارة، والأظهر أن يقول: لم يرد به ما كان مغنوماً من الكفار، نعم لو كان اللفظ لا زكاة في الحجر كما وقع في بعض الشروح لكان هذا الكلام في محزه (**وقوله واستدل على المجموع بالعنبر لأنه يخرج من البحر**) أقول: الضمير في قوله لأنه راجع إلى العنبر قوله: (**وقوله والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال بجوابه**) أقول: الجار في قوله بجوابه متعلق بالاستدلال في قوله جواب عن الاستدلال، والضمير في قوله بجوابه راجع إلى عمر رضي الله عنه.

---

(١) هو بعض حديث متفق عليه تقدم قبل خمسة أحاديث.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ، ذكره الزيلعي ٢/ ٣٨٢ واستغربه وقال: أخرج ابن عدي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: لا زكاة في حجر.

وقال الزيلعي: وضعف عمر الكلاعي وقال. أي ابن عدي: إنه مجهول وأحاديثه منكرة، وتابعه محمد بن عبيد الله العزرمي وضعف العزرمي فيما نقله عن البخاري ويحيى والنسائي اهـ. انظر الكامل لابن عدي.

(٣) تقدم الكلام في الذي قبله.

(٤) مقطوع. لأنه قول التابعي. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٢/ ٣٨٣.

والعنبر) عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس، لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهباً أو

ذكرنا، والزيبق بالياء وقد يهمز، ومنهم حينئذ من يكسر الموحدة بعد الهمزة مثل زئبر الثوب وهو ما يعلو جديده من الوبرة. وجه النافي أنه يتبع من عينه ويستقي بالدلاء كالماء ولا ينطبع بنفسه فصار كالقير والنفط. وجه الموجب أنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فإنها لا تنطبع ما لم يخالطهما شيء قوله: **(ولا خمس في اللؤلؤ الخ)** يعني إذا استخرجا من البحر لا إذا وجدا دفيناً للكفار، وهذا لأن العنبر حشيش واللؤلؤ إما مطر الربيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤاً أو الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ، ولا شيء في الماء ولا فيما يؤخذ من الحيوان كظبي المسك، والمصنف علل النفي بنفي كونه غنيمة لأن استغنامه فرع تحقق كونه كان في محل قهرهم ولا يرد قهر مخلوق على البحر الأعظم ولا دليل آخر يوجبه فبقي على العدم، وقياس البحر على البر في إثبات الوجوب فيما يستخرج قياس بلا جامع لأن المؤثر في الإيجاب كونه غنيمة لا غير ولم يتحقق فيما في البحر، ولذا لو وجد فيه الذهب والفضة لم يجب فيهما شيء، فورد عليه أن فيه دليلاً وهو ما عن عمر مما ذكره، وقول الصحابي عندنا حجة يترك به القياس فدفعه بعدم ثبوته عنه على وجه مدعاه. بل المراد أنه أخذ مما دسره بحر دار الحرب من باب طلب: أي دفعه وقذفه فأصابخ عسكر المسلمين لا ما استخرج ولا ما دسره فأصابه رجل واحد لأنه متلصص، على أن ثبوته عن عمر لم يصح أصلاً بل إنما عرف بطريق ضعيفة رواها القاسم بن سلام في كتاب الأموال، وإنما الثابت عن عمر بن عبد العزيز: أخرج عبد الرزاق، أخبرنا معمر عن سماك بن الفضل عنه: أنه أخذ من العنبر الخمس. وعن الحسن البصري وابن شهاب الزهري قالا: في العنبر واللؤلؤ الخمس. وروى الشافعي عن سفيان رضي الله عنه عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد كان عاملاً بعدن سأل ابن عباس عن العنبر فقال: لو كان فيه شيء فالخمس وهذا ليس جزماً من ابن عباس بالجواب، بل حقيقته التوقف في أن فيه شيئاً أو لا. غير أنه إن كان فيه شيء فلا يكون غير الخمس، وليس فيه رائحة الجزم بالحكم فسلم ما رواه أبو عبيد في كتاب الأموال والشافعي أيضاً: حدثنا ابن أبي مريم عن داود بن عبد الرحمن العطار سمعت عمرو بن دينار يحدث عن ابن عباس قال: ليس في العنبر خمس. عن المعارض قال: وحدثنا مروان بن معاوية عن إبراهيم المديني عن أبي الزبير عن

تخرج من البحر الخمس لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر) روي أن يعلى بن أمية كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل، فكتب إليه في جوابه: إنه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ، ولم يذكر في الكتاب حجة في اللؤلؤ. وذكر في الفوائد الظهيرية أن سؤال عمر كان عنهما جميعاً، فإنه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال: فيهما الخمس، وأقول: الذي يظهر من كلام المصنف أنه أراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لأنه قال: وفي كل حلية تخرج من البحر. واستدل على المجموع بالعنبر لأنه يخرج من البحر وفيه الخمس، فكذا كل ما يستخرج منه دفعاً للحكم **(ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر)** ومعناه: أن الخمس إنما يجب فيما كان بأيدي الكفرة وقد وقع في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب، والعنبر ليس كذلك لأنه لم يكن في يد أحد لأن قهر الماء يمنع قهر غيره، وعن هذا قالوا: لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شيء. وقوله **(والمروي عن عمر)** جواب عن الاستدلال بجوابه ووجهه أنه كان **(فيما دسره البحر)** أي دفعه وقذفه**(وبه)** أي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر **(نقول)** ومراده دسره البحر الذي في دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فأخذوه فإنه غنيمة يجب فيه الخمس: وإنما قلنا ذلك لأنه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في العنبر: أنه شيء دسره البحر فلا شيء فيه. فيحمل على أحد المعنيين: إما على بحر دار الإسلام، وإما على أنه أخذه واحد من

قوله: (ومراده، إلى قوله: وإنما قلنا ذلك) أقول: قوله ذلك إشارة إلى قوله ومراده الخ.

فضة، والمروي عن عمر فيما دسره البحر وبه نقول **(متاع وجد ركازاً فهو للذي وجده وفيه الخمس)** معناه: إذا وجد في أرض لا مالك لها لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة.

جابر نحوه[1]. فهذا أولى بالاعتبار من قول من دونهما ممن ذكرنا من التابعين، ولو تعارضا كان قول النافي أرجح لأنه أسعد بالوجه قوله: (متاع الخ) المراد بالمتاع غير الذهب والفضة من الثياب والسلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والزئبق والعنبر، وكل ما يوجد كنزاً فإنه يخمس بشرطه لأنه غنيمة.

المسلمين في بحر دار الحرب لأنه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما. وقوله (متاع وجد ركازاً) أي حال كونه ركازاً. والمراد بالمتاع ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما. وقيل المراد به الثياب لأنه يستمتع بها، وذكر هذا البيان أن وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين أن يكون الركاز من النقدين أو غيرهما، وكلامه واضح والله أعلم.

---

(١) راجع هذه الآثار في نصب الراية ٢/ ٣٨٣ والدراية ١/ ٢٦٢ والأموال لأبي عبيد ص ٣٤٦.

باب زكاة الزروع والثمار

قال أبو حنيفة رحمه الله: (في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر، سواء سقى سيحا أو سقته السماء، إلا الحطب والقصب والحشيش. وقالا: لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق، والوسق ستون صاعاً

باب زكاة الزروع والثمار

قيل تسميته زكاة على قولهما لاشتراطهما النصاب والبقاء بخلاف قوله: وليس بشيء إذ لا شك في أن المأخوذ عشراً أو نصفه زكاة حتى يصرف مصارف الزكاة، وغاية ما في الباب أنهم اختلفوا في إثبات بعض شروط لبعض أنواع الزكاة ونفيها، وهذا لا يخرجه عن كونه زكاة قوله: (إلا الحطب والقصب والحشيش) ظاهره كون ما سوى ما استثنى داخلاً في الوجوب، وسينص على إخراج السعف والتبن إلا أن يقال يمكن إدراجهما في مسمى الحشيش على ما فيه. وأما ما ذكروا من إخراج الطرفاء والدلب وشجر القطن والباذنجان فيدرج في الحطب، لكن بقي ما صرحوا به من أنه لا شيء في الأدوية كالهليلج والكندر، ولا يجب فيما يخرج من الأشجار كالصمغ والقطران. ولا فيما هو تابع للأرض كالنخل والأشجار لأنها كالأرض ولذا تستتبعها الأرض في البيع، ولا في كل بزر لا يطلب بالزراعة كبزر البطيخ والقثاء لكونها غير مقصودة في نفسها، ويجب في العصفر والكتان وبزره لأن كلاً منهما مقصود وعدم الوجوب في بعض هذه مما لا يرد على الإطلاق بأدنى تأمل قوله: (إلا فيما لا ثمرة باقية) وهي ما تبقى سنة بلا علاج غالباً، بخلاف ما يحتاج إليه كالعنب في بلادهم والبطيخ الصيفي في ديارنا، وعلاجه الحاجة إلى تقليبه وتعليق العنب قوله: (والوسق ستون صاعاً بصاع رسول الله ﷺ) وكل صاع أربعة أمناء. فخمسة أوسق ألف ومائتا منّ. قال الحلواني: هذا قول أهل الكوفة، وقال أهل البصرة: الوسق ثلاثمائة منّ. وكون الوسق ستين صاعاً مصرح به في رواية ابن ماجه لحديث الأوساق. كما سنذكره. ولو كان الخارج نوعين كل أقل من خمسة أوسق لا يضم، وفي نوع واحد يضم الصنفان كالجيد والرديء. والنوع الواحد هو ما لا يجوز بيعه بالآخر متفاضلاً قوله: (وليس في الخضروات) كالرياحين والأوراد والبقول والخيار والقثاء والبطيخ والباذنجان وأشباه ذلك، وعنده يجب في كل ذلك قوله: (لهما في الأول قوله عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة») رواه البخاري في حديث طويل ومسلم ولفظه «ليس في حب ولا تمر صدقة حتى تبلغ خمسة أوسق» ثم أعاده من طريق آخر وقال في آخره: غير أنه قال يدل التمر ثمر يعني بالمثلثة فعلم أن الأول بالمثناة. وزاد أبو داود فيه: والوسق ستون مختوماً، وابن ماجه. والوسق ستون صاعاً[1] قوله: (ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة السلام «ما أخرجت الأرض ففيه العشر»)[2] أخرج البخاري عنه عليه الصلاة والسلام «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً

باب زكاة الزروع والثمار

سمى العشر زكاة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشراً مجازاً، وتأخير العشر عن الزكاة لأنها عبادة محضة، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة، والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها (قال أبو حنيفة رحمه الله) في كل ما تنبت الأرض ويبتغي به النماء قليلاً كان أو كثيراً رطباً كان أو يابساً يبقى من سنة إلى سنة أو لا يوسق أولاً يسقي سيحاً أي بماء جار، أو سقته السماء. أي المطر العشر. (إلا الحطب والقصب والحشيش) والتبن والسعف (وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية) تبقى من سنة

باب زكاة الزروع والثمار

قوله: (قال أبو حنيفة رحمه الله: في كل ما تنبت الأرض، إلى قوله: العشر) أقول: قوله في كل ما تنبت الأرض خبر مقدم، وقوله

(١) هذه الروايات مرجعها إلى حديث أبي سعيد، وهو متفق عليه تقدم باستيفاء في أول باب زكاة المال.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٢/ ٣٨٤ ووافقه ابن الهمام حيث أعرض عنه. وكذا ابن حجر في الدراية ١/ ٢٦٣ حيث قال: لم أجده بهذا اللفظ.

بصاع رسول الله ﷺ. وليس في الخضروات عندهما عشر) فالخلاف في موضعين: في اشتراط النصاب. وفي اشتراط البقاء. لهما في الأول قوله عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» ولأنه صدقة فيشترط

العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر[1]. وروى مسلم عنه عليه الصلاة والسلام «فيما سقت الأنهار والغيم العشر. وفيما سقى بالسانية نصف العشر»[2] وفيه من الآثار أيضاً ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن سماك بن الفضل عن عمر بن عبد العزيز قال: فيما أنبتت من قليل وكثير العشر. وأخرج نحوه عن مجاهد وعن إبراهيم النخعي، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً عن عمر بن عبد العزيز ومجاهد وعن النخعي. وزاد في حديث النخعي: حتى في كل عشر دستجات بقل استجة[3]. والحاصل أنه تعارض عام وخاص. فمن يقدم الخاص مطلقاً كالشافعي قال بموجب حديث الأوساق، ومن يقدم العام أو يقول يتعارضان ويطلب الترجيح إن لم يعرف التاريخ وإن عرف فالمتأخر ناسخ، وإن كان العام كقولنا يجب أن يقول بموجب هذا العام هنا لأنه لما تعارض مع حديث الأوساق في الإيجاب فيما دون خمسة الأوسق كان الإيجاب أولى للاحتياط، فمن تم له المطلوب في نفس الأصل الخلافي تم له هنا، ولولا خشية الخروج عن الغرض لأظهرنا صحته، أي إظهار مستعيناً بالله تعالى، وإذا كان كذلك فهذا البحث يتم على الصاحبين لالتزامهما الأصل المذكور، وما ذكره المصنف من حمل مرويهما على زكاة التجارة طريقة الجمع بين الحديثين. قيل ولفظ الصدقة يشعر به، فإن المعروف في الواجب فيما أخرجت اسما العشر لا الصدقة بخلاف الزكاة قوله: **(ولهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام)** روى نفي العشر في الخضروات بألفاظ متعددة سوقها يطول في الترمذي من حديث معاذ[4]، وقال: إسناده ليس بصحيح وليس يصح في هذا الباب عن

إلى سنة **(إذا بلغ خمسة أوسق كل وسق ستون صاعاً بصاع رسول الله ﷺ)** قيد بالثمرة احترازاً عن غيرها، وهي اسم لشيء من أصل وقيد بالباقية احترازاً عن غيرها وحدّ البقاء أن يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها، وقيد بما إذا بلغ خمسة أوسق احترازاً عما إذا كان دونها، والوسق ستون صاعاً بصاع رسول الله ﷺ. فخمسة أوسق ألف ومائتا منّ لأن كل صاع أربعة أمناء. قال شمس الأئمة الحلواني: هذا قول أهل الكوفة، وقال أهل البصرة: الوسق ثلاثمائة من **(وليس في الحضروات)** كالفواكه والبقول **(عشر عندهما)** لأن البقول ليست بثمرة

العشر مبتدأ مؤخر قوله: **(ولهذا لا يشترط الحول لأنه)** أقول: الضمير في قوله لأنه راجع إلى الحول

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٣ بهذا اللفظ وأبو داود ١٥٩٦ والترمذي ٦٤٠ والنسائي ٥/ ٤١ وابن ماجه ١٨١٧ والطحاوي ٢/ ٣٦ والدارقطني ٢/ ١٣٠ وابن حبان ١٢٨٥ و٣٢٨٦ و٣٢٨٧ والبيهقي ١/ ١٣٠ والبغوي ١٥٨٠ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٩٨١ بهذا اللفظ وأبو داود ١٥٩٧ والنسائي ٥/ ٤١. ٤٢ وأحمد ٣/ ٣٥٣ كلهم من حديث جابر.

(٣) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٢/ ٣٨٦ وابن أبي شيبة ٣/ ١٩. والد ستجة: الحزمة. معرب جمعهُ دساتج اهـ قاموس.

(٤) يشبه الحسن. أخرجه الترمذي ٦٣٨ من حديث معاذ: أنه كتب إلى النبي ﷺ يسأله عن الخضراوات وهي البقول: فقال: ليس فيها شيء.
قال الترمذي: إسناده ليس بصحيح، وإنما روي مرسلاً، والحسن بن عمارة ضعيف وضعفه شعبة وغيره، وتركه ابن المبارك اهـ. وأخرجه الحاكم ١/ ٤٠١ والدارقطني ٢/ ٩٦ والبيهقي ٤/ ١٢٩ كلهم عن موسى بن طلحة عن معاذ بمعناه قال الحاكم: قد احتجا بجميع رواته ولم يخرجاه، وموسى بن طلحة تابعي كبير لم ينكر له أن يدرك أيام معاذ ووافقه الذهبي. وأخرجه الحاكم ١/ ٤٠١ والدارقطني ٢/ ٩٧ والبيهقي ٤/ ١٢٩ كلهم من حديث موسى بن طلحة عن معاذ. وصححه الحاكم، وكذا الذهبي قال: صحيح.
وقد نقل الزيلعي ٢/ ٣٨٦ عن ابن عبد الهادي قوله: في تصحيح الحاكم له نظر، فإنه حديث ضعيف فيه إسحق بن يحيى تركه أحمد والنسائي وغيرهما، والصواب أنه ورد عن موسى بن طلحة مرسلاً اهـ باختصار.
قلت: وهو كما قال الحافظ ابن عبد الهادي ففي التقريب: إسحق بن يحيى بن طلحة. ضعيف روى له الترمذي وابن ماجه.
قلت: والمرسل أخرجه الدارقطني ٢/ ٩٨ والبيهقي ٤/ ١٢٩ كلاهما عن موسى بن طلحة مرسلاً بمعناه، وفيه عطاء بن السائب غير قوي، لكن ورد من عدة طرق عن موسى بن طلحة وهو ثقة جليل وتابعي كبير، ولا يبعد أن يكون أدرك أصحاب معاذ باليمن. حتى لو كان مرسلاً فهو حجة عند الأئمة الثلاثة دون الشافعي. فالحديث يشبه الحسن والله أعلم. وقد صححه الألباني في الإرواء ٨٠١ ولا يخفى ما فيه من تساهل في تصحيح الأحاديث المعللة والواهية فهذا عجيب منه والله الموفق.

فيه النصاب ليتحقق الغنى. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «ما أخرجت الأرض ففيه العشر» من غير فصل وتأويل ما روياه زكاة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهماً، ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو عله نماء. ولهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الخضروات صدقة» والزكاة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا، ومرويهما محمول على

النبي ﷺ شيء. وروى الحاكم هذا المعنى أيضاً وصححه، وغلط بأن إسحاق بن يحيى تركه أحمد والنسائي وغيرهما، وقال أبو زرعة: موسى بن طلحة وهو الراوي عن معاذ مرسل عن عمر، ومعاذ توفي في خلافة عمر، فرواية موسى عنه مرسلة. وما قيل إن موسى هذا ولد في عهد النبي ﷺ وسماه لم يثبت. والمشهور في هذا ما روى سفيان الثوري عن عمرو بن عثمان عن موسى بن طلحة قال: عندنا كتاب معاذ بن جبل عن النبي ﷺ «أنه إنما أخذ الصدقة من الحنطة والشعير والزبيب والتمر»(١) وأحسن ما فيها حديث مرسل رواه الدارقطني عن موسى بن طلحة «أن رسول الله ﷺ نهى أن يؤخذ من الخضروات صدقة»(٢) والمرسل حجة عندنا لكن يجيء فيه ما تقدم من تقديم العام عند المعارضة، وما ذكره المصنف من أن المنفي أن يأخذ منها العاشر إذا مر بها عليه، ويشير إليه لفظ هذا المرسل، إذ قال نهى أن يؤخذ. وهو لا يستلزم نفي وجوب أن يدفع المالك للفقراء. والمعقول من هذا النهي أنه لما فيه من تفويت المصلحة على الفقير لأن الفقراء ليسوا مقيمين عند العاشر ولا بقاء للخضراوات فتفسد قبل الدفع إليهم، ولذا قلنا لو أخذ منها العاشر ليصرفه إلى عمالته كان له ذلك قوله: **(والسبب هي الأرض النامية)** أي بالخارج تحقيقاً في حق العشر، ولذا لا يجوز تعجيل العشر لأنه حينئذ قبل السبب، فإذا أخرجت أقل من خمسة أوسق لو لم نوجب شيئاً لكان إخلاء للسبب عن الحكم، وحقيقة الاستدلال إنما هو بالعام السابق لأن السببية لا تثبت إلا بدليل الجعل، والمفيد لسببيتها كذلك هو ذلك، وإلا فالحديث الخاص أفاد أن السبب الأرض النامية بإخراج خمسة أوسق فصاعداً مطلقاً فلا يصح هذا مستقلاً بل هو فرع العام المقيد سببيتها مطلقاً. واعلم أن ما ذكرنا من منع تعجيل العشر فيه خلاف أبي يوسف، فإنه أجاز بعد الزرع قبل النبات وقبل طلوع الثمرة في الشجر، هكذا حكى مذهبه في الكافي. وفي المنظومة خص خلافه بثمر الأشجار بناء على ثبوت السبب نظراً إلى أن بنمو الأشجار يثبت نماء الأرض تحقيقاً فيثبت السبب، بخلاف الزرع فإنه ما لم يظهر لم يتحقق نماء الأرض، ثم إذا ظهر فأدى يجوز اتفاقاً وهل يكون تعجيلاً ينبني على وقت الوجوب متى هو، فعند أبي حنيفة عند ظهور الثمرة فلا يكون تعجيلاً، وعند أبي يوسف وقت الإدراك، وعند محمد عند تصفيته وحصوله في الحظيرة فيكون تعجيلاً، وثمرة هذا

والفواكه لا بقاء لها سنة إلا بمعالجة كثيرة **(فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء)** ولم يتعرض لكونه ثمرة لأن البقول دخلت في اشتراط البقاء **(لهما في الأول)** أي في اشتراط النصاب قوله ﷺ **(ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة)** أي عشر لأن زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة أوسق إذا بلغت قيمته مائتي درهم **(ولأنه صدقة)** بدليل تعلقه بنماء الأرض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه إلى مصرف الصدقات، وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنى **(ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ «ما أخرجت الأرض ففيه العشر من غير فصل» وتأويل ما روياه زكاة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهماً)** فتكون قيمة خمسة أوسق مائتي درهم وهو نصاب الزكاة، قيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون لماليته عفو ونصاب قياساً على الزكاة. والجواب أنه فاسد لأنه قياس ما فيه العبادة مع كونه منصوصاً عليه على العبادة المحضة، وهو ظاهر الفساد، وقوله: **(ولا معتبر بالمالك فيه)** أي في العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب يعني أن الغنى صفة المالك والمالك في العشر غير معتبر حتى يجب في أراضي المكاتب والصبي والمجنون والأراضي الموقوفة على الرباطات والمساجد **(فكيف بصفته وهو الغني، ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء. ولهما في الثاني**

---

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) تقدم في أثناء الحديث المتقدم قبل حديث واحد.

صدقة يأخذها العاشر، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله فيه، لأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الأرض النامية ولهذا يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتاً للحشيش يجب فيها العشر، والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض، بخلاف السعف والتبن لأن المقصود الحب والتمر

الخلاف تظهر في وجوب الضمان بالإتلاف. قال الإمام: يجب عليه عشر ما أكل أو أطعم. ومحمد يحتسب به في تكميل الأوسق: يعني إذا بلغ المأكول مع ما بقي خمسة أوسق يجب العشر في الباقي لا في التالف، وأما أبو يوسف فلا يعتبر الذاهب بل يعتبر في الباقي خمسة أوسق إلا أن يأخذ المالك من المتلف ضمان ما أتلفه فيخرج عشره وعشر ما بقي قوله: (ولهذا يجب فيها الخراج) أي لكونها السبب، إلا أن سببيتها تختلف بالنسبة إلى العشر والخراج، ففي الخراج بالنماء التقديري فلذا يجب ويؤخذ بمجرد التمكن من الزراعة وإن لم يزرع وفي العشر بالتحقيقي كما قدمنا قوله: (وقصب الذريرة) نوع من القصب في مضغه حرافة ومسحوقه عطر قوله: (بخلاف السعف والتبن) وإنما لم يجب في التبن لأنه غير مقصود بزراعة الحب غير أنه قصله قبل انعقاد الحب وجب العشر فيه لأنه صار هو المقصود. ولا حاجة إلى أن يقال كان العشر فيه قبل الانعقاد ثم تحول إلى الحب عند الانعقاد. وعن محمد في التبن إذا يبس فيه العشر قوله: (بغرب) الغرب الدلو الكبير والدالية الدولاب. والسانية الناقة يستقي

قوله ﷺ «ليس في الخضروات صدقة») ووجه الاستدلال أنه ﷺ نفى الصدقة عن الخضروات وليس الزكاة منفية بالاتفاق فتعين العشر (وله ما روينا) يعني قوله ﷺ ما أخرجت الأرض ففيه العشر (ومرويهما) وهو ليس في الخضروات صدقة (محمول على صدقة يأخذها العاشر) يعني إذا مر بالخضروات على العاشر وأراد العاشرة أن يأخذ من عينها لأجل الفقراء عند إباء المالك عن دفع القيمة لا يأخذ (وبه) أي بهذا المروي (أخذ أبو حنيفة) في حق هذا المحمل الذي حملناه عليه وإنما قلنا لأجل الفقراء لأنه لو أخذ من عينها ليصرفه إلى عمالته جاز وإنما قلنا عند إباء المالك عن دفع القيمة لأنه إذا أعطاه القيمة لا كلام في جواز أخذه وهذا لأن الأخذ ثبت نظراً للفقراء ولا نظر ههنا لأن العاشر في الأغلب يكون نائياً عن البلدة ولا يجد فقيراً ثمة يصرفه إليه فيحتاج إلى أن يبعث بها إلى البلد وربما تفسد قبل الوصول إلى الفقراء فيؤدي إلى الضرر فلا يأخذ بل يؤديه المالك بنفسه والذي يقطع هذه المادة أن العام المتفق عليه ولو في بعض موجبه أولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه أبو حنيفة في مقدار خمسة أوسق ولم يعمل بما روياه أبو حنيفة وإنما حمله على محمل آخر وعمل به فيه وأبو حنيفة رحمه الله أخذ هذا الأصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فإنه عمل بالعام المتفق عليه حين أراد إجلاء بني النضير وهو قوله ﷺ «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب» وأجلاهم ولم يلتفت إلى ما اعترضوا به عليه من قوله ﷺ «اتركوهم وما يدينون» كذا نقله شيخي عن شيخ شيخه رحمهم الله وقوله (ولأن الأرض قد تستنمي) دليل معقول على مدعاه وتقريره أن السبب هي الأرض النامية والأرض النامية قد تستنمي بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك إخلاء للسبب عن الحكم في موضع يحتاط في إثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز (ولهذا يجب فيه) أي فيما لا يبقى من الخارج كالخضروات أو في الأرض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تأويل المكان. وقوله (أما الحطب) بيان لما استثناه أبو حنيفة مما أخرجته الأرض وقوله (في الجنان) أي في البساتين وبيانه أن الحطب والقصب والحشيش ونحوها مما لا يستنمي به الأرض لا عشر فيها لأن سبب وجوب العشر الأرض النامية وهذه الأشياء تنقى عنها البساتين لأنها إذا غلبت على الأرض أفسدتها فلا يحصل بها النماء حتى لو اتخذ الأرض مقصبة أو مشجرة أو منبتاً للحشيش وأراد به الاستنماء بقطع ذلك وبيعه وجب فيها العشر. وقوله (والمراد بالمذكور القصب الفارسي) القصب كل نبات كان ساقه أنابيب وكعوباً، والكعب العقدة، والأنبوب ما بين الكعبين. وأنواع القصب الفارسي وهو ما يتخذ منه الأقلام وقصب الذريرة، وهو نوع منه متقارب العقد وأنبوبه مملوء من مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند «أجوده الياقوتي اللون وقصب

قال المصنف: (ولهذا يجب فيها الخراج) أقول: فيه بحث لأن الخراج يكفي في وجوب النماء التقديري، لا يلزم حقيقة النماء، بخلاف العشر فلا يقاس على الخراج فتأمل وجوابه أنه يتحول عن المكنة إلى الخارج عند الخروج فيعتبر النماء تحقيقاً حينئذ فتأمل

دونهما قال: **(وما سقي بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر على القولين)** لأن المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء أو سيحا وإن سقى سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة، وقال أبو يوسف رحمه الله: **(فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا بلغت قيمة قيمته خمسة أوسق من أدنى ما يوسق)** كالذرة في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رحمه الله: **(يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه. فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلاثمائة منّ. وفي الزعفران خمسة أمناء)** لأن التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه **(وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر)**

بها قوله: **(على القولين)** يعني مطلقاً كما هو قوله أو إذا بلغ خمسة أوسق قوله: **(وقال أبو يوسف)** لما اشترطا خمسة أوسق ففيما لا يوسق كيف التقدير عندهما، اختلفا فيه فقال أبو يوسف: إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق من الحبوب ووجهه ظاهر في الكتاب. وقال محمد: أن يبلغ خمسة أعداد: أي أمثال كل واحد هو أعلى ما يقدر به ذلك النوع الذي لا يوسق. فاعتبر في القطن خمسة أحمال وخمسة أمناء في السكر والزعفران وخمسة أفراق في العسل قوله: **(إذا أخذ من أرض العشر)** قيد به لأنه لو أخذ من أرض الخراج لم يجب فيه شيء **(قوله لأنه متولد من الحيوان)** يعني القز[1] وجوب العشر فيما هو من أنزال الأرض قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العسل العشر)** أخرج عبد الرزاق عنه عليه الصلاة والسلام أنه كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من أهل العسل العشر[2] وليس له علة إلا عبد الله بن محرز. قال ابن حبان: كان من خيار عباد الله إلا أنه كان يكذب ولا يعلم ويقلب الأخبار ولا يفهم، وحاصله أنه كان يغلط كثيراً. وروى ابن ماجه حدثنا محمد بن يحيى عن نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو «أن النبي ﷺ أخذ من العسل العشر»[3] وروى الشافعي أخبرنا أنس بن عياض عن الحرث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن أبيه عن سعد بن أبي ذباب الدوسي قال «أتيت النبي ﷺ فأسلمت وقلت: يا رسول الله اجعل لقومي ما أسلموا عليه

السكر، والمستثنى منها القصب الفارسي. وأما الآخران ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض، بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لأن المقصود هو الحب والثمر دونهما. فإن قيل: ينبغي أن يجب العشر في التبن لأنه كان واجباً وقت كون الزرع قصيلاً والتبن هو القصيل ذاتاً إلا أنه زادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب. أجيب بأنه لا يجب العشر في التبن لأن العشر كان واجباً قبل إدراك الزرع في الساق حتى لو قصله وجب العشر في القصيل، فإذا أدرك تحول العشر من الساق إلى الحب كما تحول الخراج من المكنة عند التعطيل إلى الخارج عند الخروج، قال **(وما سقي بغرب أو دالية)** الغرب الدلو العظيمة، والدالية المنجنون تديرها البقرة، وذكر في المغرب أن الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز في رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها، والسانية الناقة التي يستقي عليها، وقوله **(ففيه نصف العشر على القولين)** أي على حسب اختلاف قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف ومحمد عنده يجب نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء، وعندهما أيضاً يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقاء كما بينا، وما ذكره من الدليل ظاهر، وقال شمس الأئمة السرخسي: علل

قوله: **(كما تحول الخراج من المكنة عنه التعطيل إلى الخارج عند الخروج)** أقول: قوله عند التعطيل ناظر إلى المكنة، وقوله عند الخروج ناظر إلى الخارج.

---

(١) قوله صاحب الفتح (يعني القز) هكذا في عدة نسخ ولعله سقط في النساخ ما يناسب هذا التفسير وهو قول الهداية فأشبه الإبريسم كما فسره به صاحب العناية اهـ كتبه مصححه.

(٢) واهٍ بمرة. أخرجه البيهقي ٤/١٢٦ من طريق عبد الرزاق عن أبي هريرة مرفوعاً، وفيه عبد الله بن محرر المتقدم ذكره فيما قبله. وقد نقل الزيلعي عن ابن حبان فيه قوله: كان من العباد إلا أنه كان يكذب، ولا يعلم.

(٣) ضعيف، أخرجه ابن ماجه ١٨٢٤ وذكر البيهقي إسناده دون متنه في ٤/١٢٧ كلاهما أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به. وفي إسناده أسامة بن زيد هو ابن أسلم. قال في التقريب: ضعيف من قبل حفظه اهـ وفيه نعيم بن حماد واهٍ. وتابعه ابن لهيعة عن أبي عبيد ص٤٩٧ لكنه واهٍ بابن لهيعة.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «في العسل العشر»[١] ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما، بخلاف دود القز لأنه يتناول من الأوراق ولا عشر فيها ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب فيه العشر قل أو كثر لأنه لا يعتبر

ففعل، واستعملني أبو بكر رضي الله عنه بعد النبي ﷺ، فلما قدم على قومه قال: يا قوم أدوا زكاة العسل فإنه لا خير في مال لا تؤدى زكاته، قالوا: كم ترى؟ قال: العشر، فأخذت منهم العشر فأتيت به عمر رضي الله عنه فباعه وجعله في صدقات المسلمين»[٢] وكذا رواه ابن أبي شيبة عن صفوان بن عيسى: حدثنا الحرث بن عيسى به. ورواه الصلت بن محمد عن أنس بن عياض عن الحرث بن أبي ذباب عن منير بن عبد الله عن أبيه عن سعد، ولم يعرف ابن المديني والد منير، وسئل عنه أبو حاتم أيصح حديثه؟ قال نعم: قال الشافعي رحمه الله: وفي هذا ما يدل على أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمره بأخذ الصدقة من العسل، وأنه شيء رآه فتطوع به أهله. وأخرج ابن ماجه عن سعد ابن عبد العزيز عن سليمان بن موسى عن أبي سيارة المتعي قال: يا رسول الله إن لي نحلاً قال: «أد العشر، قلت: يا رسول الله احمها لي، فحماها»[٣] وكذا رواه الإمام أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلي الموصلي في مسانيدهم. قال البيهقي: هذا أصح ما روى في وجوب العشر وهو منقطع قال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: حديث مرسل. سليمان بن موسى لم يدرك أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ وليس في زكاة العسل شيء يصح. وروى أبو داود حدثنا أحمد بن أبي شعيب الحراني. أخبرنا موسى بن أعين عن عمرو بن الحرث العنبري عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال «جاء هلال أحد بني متعان إلى رسول الله ﷺ بعشور نحل له وسأله أن يحمي له وادياً يقال له سلبة فحماه له. فلما ولي عمر بن الخطاب كتب سفيان بن وهب إلى عمر بن

بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وبكثرتها فيما سقى بغرب أو دالية، وهذا ليس بقوي فإن الشرع أوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها أكثر منها في الزراعة، ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وإن لم نقف عليها. وقوله **(وإن سقى سيحاً وبدالية)** واضح. وإنما عطف الدالية بالباء لأن السيح اسم للماء دون الدالية، فإن الدالية آلة الاستقاء فلا يصح أن يقال سقى دالية لأن الدالية غير مسقية بل هي آلة السقي كذا في النهاية. وقوله **(قال أبو يوسف)** قيل إنما ابتدأ بقول أبو يوسف لأنه لا يرد إشكال على قول أبي حنيفة فإنه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما أثبتا الحكم على قود مذهبهما في المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج إلى البيان فيما لا يوسق. وقوله **(لأن التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه)** لأنه يقدر أولاً بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق أقصى ما يقدر به من معياره، وأقصى ما يقدر به في القطن الحمل لأنه يقدر أولاً بالأساتير ثم بالأمناء ثم بالحمل فكان الحمل أعلى ما يقدر به.. وفي الزعفران المن لأنه يقدر

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه العقيلي الضعفاء ٢/ ٣١٠ من طريق عبد الرزاق عن أبي هريرة مرفوعاً بهذا اللفظ. وقال: قال أحمد: عبد الله بن محرر ترك الناس حديثه. وقال البخاري: منكر الحديث.

(٢) حسن. أخرجه الشافعي في مسنده ١/ ٣٣٠ ح ٦٣٥ ومن طريقه البيهقي ٤/ ١٢٧ كلاهما عن سعد بن أبي ذباب به. ونقل البيهقي عن البخاري وقد سئل عن حديث رواه منير بن عبد الله فقال: لم يصح حديثه. وجهله علي المديني لكن نقل الزيلعي ٢/ ٣٩١ عن أبي حاتم وقد سئل وهذا الحديث: يصح؟ قال: نعم. قال البيهقي: قال الشافعي: وفي هذا الحديث ما يدل على أن النبي ﷺ لم يأمره بأخذ الصدقة من العسل، وأنه شيء رآه هو فتطوع له به أهل اهـ.

قلت: فهذا الخبر ذكر له البيهقي طرقاً فهو حسن إلا أنه غير مرفوع كما ترى وكما بين ذلك الشافعي رحمه الله.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٦٠٠ وابن ماجه ١٨٢٣ واللفظ له، وأحمد ٤/ ٢٣٦ والطيالسي ١٢١٤ والبيهقي ٤/ ١٢٦ كلهم وسليمان بن موسى عن أبي سيارة اهـ أعله البوصيري في الزوائد. بالارسال.

وقال البيهقي: هذا أصح ما روي في وجوب العشر في العسل وهو منقطع. قال الترمذي: سألت البخاري عنه فقال: حديث مرسل. وسليمان بن موسى لم يدرك أحداً من الصحابة، وليس في العسل شيء يصح. ونقله الزيلعي ٢/ ٣٩١ عن البيهقي وقال: قال الترمذي في علله: وأبو سيارة ليس له سوى هذا الحديث اهـ.

قلت: ومع إرسال سليمان هذا صدوق، إلا أن في حديث لين واختلط بآخرة. والراوي عنه سعيد بن عبد العزيز ثقة إلا أنه اختلط في آخره أيضاً. كما في التقريب.

النصاب. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر فيه قيمة خمسة أوسق كما هو أصله. وعنه أنه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ كذلك وعنه خمسة أمناء، وعن محمد رحمه الله

الخطاب يسأله عن ذلك فكتب له عمر: إن أدى إليك ما كان يؤدى إلى رسول الله ﷺ فاحم له سلبة، وإلا فإنما هو ذباب غيث يأكله من شاء»[1] وكذلك رواه النسائي، وروى الطبراني في معجمه حدثنا إسماعيل بن الحسن الخفاف المصري، حدثنا أحمد بن صالح حدثنا ابن وهب أخبرنا أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن بني سيارة، قال الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف: صوابه شبابة بعجمة وبباءين موحدتين وهم بطن من فهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ عن نحل كان لهم العشر من كل عشر قرب قربة، وكان يحمي واديين لهم، فلما كان عمر رضي الله عنه استعمل على ما هناك سفيان بن عبد الله الثقفي فأبوا أن يؤدوا إليه شيئاً وقالوا: إنما كنا نؤديه إلى رسول الله ﷺ، فكتب سفيان إلى عمر فكتب إليه عمر: إنما النحل ذباب غيث يسوقه الله عز وجل رزقاً إلى من يشاء، فإن أدوا إليك ما كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ فاحم لهم أوديتهم، وإلا فخل بينه وبين الناس، فأدوا إليه ما كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ وحمى لهم أوديتهم[2]. وأخرج أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال: حدثنا أبو الأسود عن ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كان يؤخذ في زمانه من العسل العشر من كل عشر قرب قربة من أوسطها»[3] وإذ قد وجد ما أوجدناك غلب على الظن الوجوب في العسل. وأن أخذ سعد ليس رأيا منه وتطوعاً منهم كما قاله الشافعي، فإنه قال: أدوا زكاة العسل. والزكاة اسم للواجب فيحتمل كونه سمعه من رسول الله ﷺ، وكونه رأيا منه، وحمله على السماع أولى. وقولهم: كم ترى لا يستلزم علمهم بأنه عن رأي في أصل الوجوب لجواز كونه عن علمهم بأن الرأي في خصوص من الكمية بأن يكون ما علمه من النبي ﷺ أصل الوجوب مع إجمال الكمية، وعلى كل حال لا يكونون قاصدي التطوع سواء كان مجتهداً في الكمية أو في أصل الوجوب إذ قد قلدوه في رأيه فكان واجباً عليهم إذ كان رأيه الوجوب. ثم كون عمر رضي الله عنه قبله منه ولم ينكره عليه حين أتاه بعين العسل مع أنه لم يأت به إلا على أنه زكاة أخذها منهم يدل

أولاً بالسنجات ثم بالأسانين ثم بالمن. وقوله **(في والعسل العشر إذا أخذ من أرض العشر)** قيد بأرض العشر لأنه إذا أخذ من أرض الخراج فلا شيء فيه لا عشر ولا خراج كما نبين. وقوله **(فأشبه الإبريسم)** يعني الذي يكون من دود القز **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام)** يعني به ما روى أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن «إن في العسل العشر» **(ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار)** قال الله تعالى **﴿ثم لكن من كل الثمرات﴾** **(وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما)** وقوله **(ثم عند أبي حنيفة)** ظاهر. وقوله **(لحديث بني شبابة)** وفي بعض النسخ بني سيارة، وهو ما روى عبد الله بن عمر وبن العاص رضي الله عنهما أن بني شبابة قوم من جرهم. وقال في المغرب: من خثعم كانت لهم نحل عسالة يؤدون إلى رسول الله ﷺ من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديهم، فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي رضي الله عنه، فأبوا أن يعطوه شيئاً فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه، فكتب إليه عمر رضي الله عنه: إن النحل ذباب غيث يسوقه الله إلى من يشاء، فإن أدوا إليك ما كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ فاحم لهم واديهم

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٦٠٠ والنسائي ٥/٤٦ والبيهقي ٤/١٢٦ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به. وإسناده إلى عمرو حسن رجاله ثقات، وأما عمرو فمختلف في روايته عن أبائه والراجح أنه حسن الحديث.
تنبيه: لكن ليس في الحديث الأمر بذلك وأنه واجب، وإنما أتى به هلال فقبله النبي ﷺ، فهذا يعطي شرعية ذلك دون الوجوب والله أعلم ويستفاد الوجوب من عموم الآيات بوجوب الزكاة مطلقاً من غير تقييد.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/٣٩٢ نقلاً عن الدارقطني في المؤتلف والمختلف اهـ وهذا الكتاب لم يطبع بعد.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو عبيد في الأموال ص ٤٩٧ وفي إسناده ابن لهيعة ضعيف.

خمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلاً لأنه أقصى ما يقدر به. وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب لانعدام السبب وهو الأرض النامية، وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج. قال: **(وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة**

على أنه حق معهود في الشرع، ويدل عليه أيضاً الحديث المرسل الذي لا شبهة في ثبوته، وفيه الأمر منه عليه الصلاة والسلام بأداء العشور، والمرسل[1] بانفراده حجة على ما أقمنا الدلالة عليه. وبتقدير أن لا يحتج به بانفراده فتعد طرق الضعيف ضعفاً بغير فسق الرواة يفيد حجيته، إذ يغلب على الظن إجادة كثير الغلط في خصوص هذا المتن وهنا كذلك، وهو المرسل المذكور مع حديث عبد الرزاق وابن ماجه، وحديث القاسم بن سلام وحديث الشافعي، فتثبت الحجية اختياراً منهم ورجوعاً وإلا فإلزاماً وجبراً، ثم لم يدل دليل على اعتبار النصاب فيه. وغاية ما في حديث القرب أنه كان أداؤهم من كل عشر قرب قربة وهو فرع بلوغ عسلهم هذا المبلغ، أما النفي عما هو أقل من عشر قرب فلا دليل فيه عليه. وأما ما في الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال وفي العسل في كل عشرة أزق زق»[2] فضعيف قوله: **(لحديث بني شبابة)** قال في العناية: وفي بعض النسخ أبي سيارة وهو الصواب بعد ما ذكر أن صوابه بني شبابة كما قدمناه فاستجهله الزيلعي، وقال كيف يكون صواباً مع قوله كانوا يؤدون اهـ. وليس هذا الدفع بشيء لأنه لو قيل عن أبي سيارة أنهم كانوا يؤدون لم يحكم بخطأ العبارة فإنه أسلوب مستمر في ألفاظ الرواة. والمراد منه أن قومه كانوا يؤدون أو أنه مع باق القوم كانوا يؤدون، بل الصواب أن أبا سيارة هنا ليس بصواب، فإنه ليس في حديث أبي سيارة ذكر القرب بل ما تقدم من قوله إن لي نحلاً فقال عليه الصلاة والسلام «أد العشور»[3] لا لما استبعده به. فالحاصل: أن أبا سيارة المتعي ثابت، وكذا بني شبابة، وهو الصواب بالنسبة إلى من قال بني سيارة لا مطلقاً، فارجع تأمل ما قبله من الكلام الطويل حينئذ.

وإلا فخل بينها وبين الناس، فدفعوا إليه العشر. والقربة خمسون رطلاً، وقوله **(كل فرق ستة وثلاثون رطلاً)** الفرق بفتحتين إناء يأخذ ستة عشر رطلاً وذلك ثلاثة أصوع، نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد. قال الأزهري: والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح: الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلاً، قال وقد يحرك. ثم قال المطرزي: قلت وفي نوادر هشام عن محمد رحمهما الله: الفرق ستة وثلاثون رطلاً ولم أجد هذا فيما عندي من أصول اللغة قوله **(وكذا في قصب السكر)** أي الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند أبي يوسف بقيمة خمسة أوسق وعند محمد خمسة أمناء، وقوله **(وما يوجد في الجبال)** ظاهر. وقوله **(أن المقصود حاصل وهو الخارج)** يعني ولا معتبر يكون الأرض غير مملوكة له لأن العشر يجب على المستعير إذا زرع، ولو لم تكن الأرض مملوكة له لما أن الخارج سلم له من غير عوض فكذا هذا قوله **(وكل شيء أخرجته الأرض)** كل شيء أخرجته الأرض مما فيه الواجب العشري عشراً كان أو نصفه لا يرفع المؤنة من العشر مثل أجر العمال والبقر وكرى الأنهار وغير

قوله: **(نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد)** أقول: والظاهر أن يقال عن التهذيب، ويمكن أن يقدر قائلاً فحينئذ

---

(1) مراده سليمان بن موسى عن أبي سيارة. وتقدم أن فيه إرسال

الخلاصة: أحاديث وجوب العشر في العسل لا تبلغ درجة الصحة كما حكم بذلك إما الصنعة البخاري، ونقله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٩١، وكذا قال العقيلي في ترجمة عبد الله بن محرز ٨٩٢: أما زكاة العسل فليس يثبت عن النبي ﷺ شيء، وإنما يصح عن عمر فعله اهـ وبهذا تعلم تساهل الألباني في الإرواء ٨١٠ حيث صحح أحاديث العسل.

قلت: ثم إن بعض الأحاديث التي تبلغ درجة الحسن ليس فيها تصريح أو أمر بالوجوب. لكن يتقوى هذا بعموم الآيات والأحاديث الناطقة بوجوب الزكاة في كل مال متقوم. والله تعالى أعلم. وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد وإسحق.

(2) ضعيف. أخرجه الترمذي ٦٢٩ والبيهقي ٤/ ١٢٦ كلاهما من حديث ابن عمر. وأعله الترمذي بصدقة ابن عبد الله وأنه غير حافظ، وكذا ضعفه البيهقي بل نقل الزيلعي عن ابن حبان في صدقة بن عبد الله أنه يروي الموضوعات عن الأثبات اهـ نصب الراية ٢/ ٣٩٣.

(3) حديث أبي سارة تقدم قبل قليل وأعله البخاري بالإرسال كما تقدم.

البقر) لأن النبي ﷺ حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها. قال: **(تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفاً)** عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم وعن محمد رحمه الله: أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم

[فرع] اختلف في المن إذا سقط على الشوك الأخضر: قيل لا يجب فيه عشر، وقيل يجب، ولو سقط على الأشجار لا يجب قوله: **(وكذا في قصب السكر)** قال في شرح الكنز: في قصب السكر العشر قل أو كثر وعلى قياس قول أبي يوسف يعتبر ما يخرج من السكر أن يبلغ قيمة خمسة أوسق، وعند محمد نصاب السكر خمسة أمناء. اهـ. وهذا تحكم بل إذا بلغ قيمة نفس الخارج من القصب قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق، كان ذلك نصاب القصب على قول أبي يوسف. وقوله وعند محمد نصاب السكر خمسة أمناء يريد فإذا بلغ القصب قدراً يخرج منه خمسة أمناء سكر وجب فيه العشر على قول محمد. وإلا فالسكر نفسه ليس مال الزكاة إلا إذا أعد للتجارة وحينئذ يعتبر أن تبلغ قيمته نصاباً. وإذا فالصواب أيضاً على قول محمد أن يبلغ القصب الخارج خمسة مقادير من أعلى ما يقدر به القصب نفسه كخمسة أطنان في عرف ديارنا والله أعلم. والفرق بتحريك الراء عند أهل اللغة وأهل الحديث يسكنونها، وهو مكيال معروف هو ستة عشر رطلاً. وقال المطرزي: إنه لم ير تقديره بستة وثلاثين فيما عنده من أصول اللغة. قوله: **(إن المقصود حاصل وهو الخارج)** فلا يلتفت إلى كونه مالكاً للأرض أو غير مالك، كما إذا أجر العشرية عندهما يجب العشر على المستأجر وليس على المالك وعنده على المؤجر، وكما إذا استعارها وزرع يجب العشر على المستعير بالاتفاق خلافاً لزفر، هذا إذا كان المستعير مسلماً، فإن كان ذمياً هو على رب الأرض بالاتفاق، وإذ قد ذكرنا هاتين فلنذكر الوجه تتميماً. لهما في الأولى أن العشر منوط بالخارج وإن لم يكن سبباً وهو للمستأجر. وله أنها كما تستنمي بالزراعة تستنمي بالإجازة فكانت الأجرة مقصودة كالثمرة فكان النماء له معنى مع ملكه فكان أولى بالإيجاب عليه. ولزفر في الثانية وهو رواية عن أبي حنيفة أن السبب ملكها والنماء له معنى، لأنه أقام المستعير مقام نفسه في الاستنماء فكان كالمؤجر، ولنا أن المستعير قام مقام المالك في الاستنماء فيقوم مقامه في العشر، بخلاف المؤجر لأنه حصل له عوض منافع أرضه. ولو اشترى زرعاً وتركه بإذن البائع فأدرك فعند أبي حنيفة ومحمد عشره على المشتري، وعند أبي يوسف عشر قيمة القصيل على البائع والباقي على المشتري. له أن بدل القصيل للبائع فعشره عليه، ألا ترى أنه لو لم يتركه وقصله كان عشره عليه والباقي حصل للمشتري فعشره عليه. ولهما أن العشر واجب في الحب وقد حصل للمشتري، وإنما كان يجب في القصيل لو قصله لأنه حينئذ كان هو المستنمي به فلما لم يقصل كان المستنمي به الحب ففيه العشر، ولو غصب أرضاً عشرية فزرعها إن نقصتها الزراعة كان العشر على صاحب الأرض لأنه يأخذ ضمان نقصانها فيكون بمنزلة نمائها عند أبي حنيفة كالمؤجر، وإن

ذلك، يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل الخارج، ومن الناس من قال: يجب النظر إلى قدر قيم المؤن من الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لأن قدر المؤن بمنزلة السالم له بعوض كأنه اشتراه، ألا ترى أن من زرع في أرض مغصوبة سلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الأرض فطاب له كأنه اشتراه، ووجه قولنا إن النبي ﷺ حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لأنه قال: «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر». فإذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لأن رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل، وبيانه أن الخارج فيما سقته السماء إذا كان عشرين قفيزاً ففيه العشر قفيزان، وإذا كان الخارج فيما سقى

يستقيم الكلام قوله: **(كل شيء أخرجته الأرض مما فيه الواجب)** أقول: الأولى أن يقال من الواجب كما لا يخفى قوله: **(العشري)** أقول: ونسبة العشر إلى العشر من نسبة الخاص إلى العام كما في إطلاق الذاتي على نفس الماهية قوله: **(عشراً كان أو نصفه)** أقول: المستتر في قوله كان راجع إلى الواجب في قوله مما فيه الواجب العشري قوله: **(وبيانه أن الخارج فيما سقته السماء إلى قوله: وهذا الحل**

عشراً واحداً لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك **(فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم)** لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر **(وكذا إذا اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رحمه الله)** سواء

لم تنقصها الزراعة فعلى الغاصب في زرعه. ولو زارع بالعشرية إن كان البذر من قبل العامل فعلى قياس قول أبي حنيفة العشر على صاحب الأرض كما في الإجارة وعندهما يكون في الزرع كالإجارة، وإن كان البذر من رب الأرض فهو على رب الأرض في قولهم. قوله: **(مما فيه العشر)** الأولى أن يقول مما فيه العشر أو نصفه كي لا يظن أن ذلك قيد معتبر. قوله: **(لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر)**. وكري الأنهار وأجرة الحارس وغير ذلك، يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة بل يجب العشر في الكل، ومن الناس من قال: يجب النظر إلى قدر قيم المؤنة فيسلم له بلا عشر ثم يعشر الباقي، لأن قدر المؤنة بمنزلة السالم له بعوض كأنه اشتراه، ألا يرى أن من زرع في أرض مغصوبة سلم له قدر ما غرم من نقصان الأرض وطاب له كأنه اشتراه. ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «فيما سقى سيحاً»[1] الخ حكم بتفاوح الواجب لتفاوت المؤنة، فلو رفعت المؤنة كان الواجب واحداً وهو العشر دائماً في الباقي لأنه لم ينزل إلى نصفه إلا للمؤنة، والفرض أن الباقي بعد رفع قدر المؤنة لا مؤنة فيه، فكان الواجب دائماً العشر، لكن الواجب قد تفاوت شرعاً مرة العشر ومرة نصفه بسبب المؤنة فعلمنا أنه لم يعتبر شرعاً عدم عشر بعض الخارج، ، وهو القدر المساوي للمؤنة أصلاً، وفي النهاية ما حاصله وتحريره أنه قد يقضي إلى اتحاد الواجب مع اختلاف المؤنة واللازم منتف شرعاً فينتفي ملزومه، وهو عدم تعشير البعض المساوي لقدر المؤنة، بيان الملازمة لو فرض أن الخارج مثلاً أربعون قفيزاً فيما سقته السماء واستحق قيمة قفيزين للعمال والثيران وغيرها، فإن الواجب على قول العامة أربعة أقفزة اعتبار المجموع الخارج، وعلى قول أولئك قفيزان لأن ما يقابل المؤنة من الخارج لا يجب في قدر مقابلة شيء فلو فرض إخراج أربعين قفيزاً فيما سقى بدالية أو غرب فإن الواجب فيه قفيزان بحكم الشرع فيلزم اتحاد الواجب فيما سقى بغرب، وفيما سقته السماء وهو خلاف حكم الشرع اهـ. ولا يخفى عليك أن معنى المنقول عنهم فيما تقدم أن القدر الذي يقابل المؤنة لا يعشر ويعشر الباقي، فيعشر في المسألة التي فرضها في النهاية أولاً ثمانية وثلاثون قفيزاً لأن القفيزين الأخيرين استغرقا في المؤنة فلا يعشران فيكون الواجب أربعة أقفزة إلا خمس قفيز، وهذا التصوير المذكور في النهاية يفيد أنه يرفع قدر المؤنة وهو القفيزان من نفس عشر جميع الخارج حتى يصير الواجب قفيزين، فأسقطوا عشر عشرين قفيزاً، وليس هذا هو معنى المنقول عنهم، نعم إن كان قولهم في الواقع هو هذا فذلك دفعه وإلا فلا وهو الظاهر. والتصوير

بغرب أربعين قفيزاً، والمؤنة تساوي عشرين قفيزاً، فإذا رفعت كان الواجب قفيزين، فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقى بغرب والمنصوص خلافه، فتبين أن ما سقى بغرب فيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة، وهذا الحل من خواص هذا الشرح فليتأمل، قيل كان من حق الكلام أن يقول مما فيه العشر أو نصف العشر لأن الواجب أحدهما، والجواب أن المراد الواجب العشري كما أشرنا إليه في صدر الكلام فكأن العشر صار علماً لذلك سواء كان عشر لغوياً أو نصفه. وقوله **(تغلبي)** بكسر اللام منسوب إلى بني تغلب وقوله **(عرف ذلك بإجماع الصحابة)** تقدم بيانه في قصة عمر رضي الله عنه معهم،

من خواص هذا الشرح) أقول: فيه شيء لأنه إذا لم يرفع المؤنة يكون الواجب قفيزين أيضاً فإنهما نصف العشر، والأولى أن يعتبر ما ذكره من المؤنة فيما سقته السماء قوله: **(قيل كان من حق الكلام، إلى قوله: والجواب الخ)** أقول: القائل هو صاحب النهاية: ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن يقال: يجوز أن يكون ذلك من قبيل الاكتفاء بذكر العشر عن نصفه وله نظائر.

---

(١) تقدم في أوائل هذا الباب. وهو صحيح بلفظ: فيما سقت السماء والعيون العشر. . . الحديث. أخرجه البخاري من حديث ابن عمر ومسلم من حديث جابر بنحوه.

كان التضعيف أصلياً أو حادثاً لأن التضعيف صار وظيفة لها. فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج وقال أبو يوسف رحمه الله: **(يعود إلى عشر واحد)** لزوال الداعي إلى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه: قال رحمه الله: اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح أنه مع أبي حنيفة رحمه الله في بقاء التضعيف. إلا أن

الصحيح على ما هو الظاهر في المسألة التي فرضها أن تستغرق المؤنة عشرين قفيزاً، قوله: **(وعن محمد رحمه الله الخ)** ضبط هذا الفصل على تمامه أن الأرض إما عشرية أو خراجية أو تضعيفية، والمشترون مسلم وذمي وتغلبي فالمسلم إذا اشترى العشرية أو الخراجية بقيت على حالها، أو تضعيفية فكذلك عند أبي حنيفة سواء كان التضعيف أصلياً بأن كانت من أراضي بني تغلب الأصلية أو حادثاً بأن استحدثوا ملكها فضعفت عليهم. وقال أبو يوسف: ترجع إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف وهو الكفر مع التغلبية، وقياماً على ما لو اشترى المسلم خمساً من سائمة إبل التغلبي فإنها ترجع إلى شاة واحدة اتفاقاً. وقول محمد في الأصح مع أبي حنيفة إلا أنه لا يأتي قوله في التضعيف الحادث. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التضعيف صار وظيفة الأرض فلا يتبدل إلا في صورة يخصها دليل قياساً على ما لو اشترى المسلم الخراجية حيث تبقى خراجية وإن كان المسلم لا يبتدأ بالخراج. وقوله: زال المدار، وهو الكفر. قلنا: هذا مدار ثبوته ابتداء والحكم الشرعي يستغني عن قيام علته الشرعية في بقائه، وإنما يفتقر إليها في ابتدائه كالرق أثر الكفر ثم يبقى بعد الإسلام والرمل والاضطباع في الطواف، بخلاف سائمته لأن الزكاة في السائمة ليست وظيفة متقررة فيها، ولهذا تنتفي بجعلها علوفة وبكونها لغير التغلبي بخلاف الأراضي، وتقييدنا بالشرعي في الحكم والعلة الإخراج العقلي، فإنه يفتقر في بقائه إلى علته العقلية عند المحققين، وستظهر فائدة ما ذكرناه من الاستثناء، وعلى هذا الخلاف ما إذا أسلم التغلبي وله أرض تضعيفية. وإذا اشترى التغلبي الخراجية بقيت خراجيته، أو التضعيفية فهي تضعيفية، أو العشرية من مسلم ضوعف عليه العشر عندهما خلافاً لمحمد. له أن الوظيفة بعد ما قررت في الأرض لا تتبدل بتبدل المالك على ما علم فيما إذا اشترى التغلبي خراجية لا يضعف الخارج. ولهما أن في هذه الصورة دليلاً يخصها يقتضي تغيرها وهو وقوع الصلح على أن يضعف عليهم ما يبتدأ به المسلم فوجب تضعيف العشر دون الخراج لأنه مما لا يبتدأ به المسلم، فإن قيل: الصلح وقع على أن يضعف عليهم ما يأخذه بعضنا من بعض، أما كونه بقيد كونه مما يبتدأ به المسلم. فمما يحتاج إلى أن توجد ونافيه دليلاً، وهذا ما قال المصنف في آخر الباب لأن الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة. قلنا سوق الصلح وهو الأنفة من إعطائهم الجزية لما فيها من الصغار يفيد أنه وقع على ما لا يلزمهم به ما أنفوا منه فيفيد ما ذكرنا، إذ ابتداء الخراج دل وصغار ولهذا لا يبتدأ المسلم به، وإذا اشترى ذمي غير تغلبي خراجية أو تضعيفية بقيت على حالها. ولو اشترى عشرية من مسلم فعند أبي حنيفة تصير خراجية إن استقرت في ملكه، وإن لم تستقر بل ردت على البائع بفساد البيع أو بخيار شرط أو رؤية أو استحقها مسلم بشفعته عادت عشرية ولو بعد وضع الخراج لأن هذا

ولا فصل في ذلك بين أن تكون الأرض ملكه في الأصل أو اشتراها من مسلم **(وعن محمد: أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشراً واحداً لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك)** فتضعيف العشر إنما يكون في الأراضي الأصلية التي وقع الصلح عليها، ولهما أن الصلح وقع بيننا وبينهم على أن نضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم، وقوله **(فإن اشتراها)** يعني الأرض التي عليها عشر مضاعف من الأصل من التغلبي **(ذمي فهي على حالها)** من العشر المضاعف **(عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر)** فإن الذمي إذا مر على العاشر بمال الزكاة يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم. وقوله **(وكذلك إذا اشتراها منه مسلم)** يعني يبقى عشرها مضاعفاً **(عند أبي حنيفة)** من غير

قوله: **(والجواب لأبي حنيفة، إلى قوله: والأراضي ليست كذلك)** أقول: فيه أن الأرض العشرية يسقط عشرها باختطاطها داراً وكذا، الخراجية على ما نصوا قوله: **(وإنما قيد بقوله وقبضها الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لادلالة في ذلك القيد على ما ذكره، ألا ترى أنه

قوله لا يتأتى إلا في الأصلي لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة **(ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني)** يريد به ذمياً غير تغلبي **(وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله)** لأنه أليق بحال الكافر **(وعند أبي يوسف رحمه الله عليه العشر مضاعفاً)** ويصرف مصارف الخراج اعتباراً بالتغلبي وهذا أهون من التبديل **(وعند محمد رحمه الله. هي عشرية على حالها)** لأنه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج، ثم في رواية: **يصرف مصارف الصدقات**. وفي رواية: **يصرف مصارف الخراج (فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت)** أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم. وأما الثاني فلأنه بالرد

الرد فسخ فيجعل البيع كأن لم يكن، وبالاستحقاق بالشفعة تنتقل إلى المسلم الشفيع الصفقة كأنه اشتراها من المسلم، وكذا إذا ردها بعيب بقضاء لأن للقاضي ولاية الفسخ، وأما بغير قضاء فهي خراجية لأنه إقالة وهو بيع في حق غيرهما فصار شراء المسلم من الذمي بعد ما صارت خراجية فتصير على حالها ذكره التمرتاشي، كما إذا أسلم هو واشتراها منه مسلم آخر، وفي نوارد: زكاة المبسوط ليس له أن يردها لأن الخراج عيب حدث فيها في ملكه، وأجيب بأن هذا عيب يرتفع بالفسخ فلا يمنع الرد. وهذا بناء على أن المراد بما في النوادر ليس له أن يلزمه بالرد بالقضاء للمانع فمنعه بأنه مانع يرتفع بالرد، وهذا للعلم بأن الرد بالتراضي إقالة فلا يمتنع للعيب. هذا التفريع كله على القول بصيرورتها خراجية. وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يضاعف عليه عشرها. وقال محمد: هي على حالها عشرية. ثم في رواية، تصرف مصارف العشر، وفي أخرى: مصارف الخراج، والأقوال الثلاثة بناء على جواز تبقيتها على ملكه. وقال مالك: لا تبقى بل يجبر على إخراجها عنه. وقال الشافعي في قول: لا يجوز البيع أصلاً كقوله فيما إذا اشتري الذمي عبداً مسلماً. وفي قول: يؤخذ منه العشر والخراج معاً. وعن شريك: لا شيء

فصل بين التضعيف الأصلي والحادث **(لأن التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج)** فإن المسلم إذا اشترى أرضاً خراجية بقيت كما كانت، وكذا إذا أسلم صاحبها، وهذا لأن بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع بقياً بعد زوال الحاجة إلى إظهار التجلد، وههنا بحث قررناه في التقرير فيطلب ثمة وقال أبو يوسف: **(يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف)** وهو الكفر، ألا ترى أن التغلبي إذا كانت له خمس من الإبل السائمة يجب فيها شاتان، فإن باعها من مسلم أو أسلم يؤخذ منه شاة واحدة. والجواب لأبي حنيفة أن مال الزكاة أقبل للتحول من وصف إلى وصف، ألا ترى أن مال التجارة تبطل عنه الزكاة بنية القنية والسوائم تبطل عنها بجعلها علوفة والأراضي ليست كذلك. وقوله **(قال في الكتاب)** أي في كتاب الزكاة من المبسوط **(وهو)** أي العود إلى عشر واحد **(قول محمد فيما صح عنه قال المصنف رحمه الله: اختلفت النسخ)** أي نسخ المبسوط **(في بيان قول محمد)** أنه مع أبي حنيفة أو مع أبي يوسف **(والأصح أنه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف)** على المسلم وما بعده ظاهر مما تقدم. وقوله **(ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني)** أي ذمي غير تغلبي، وإنما فسر بذلك لأن لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناولان التغلبي وغيره من النصارى. وذكر قبيل هذا بيع المسلم من التغلبي فكان هذا من غير تغلبي وإنما قيد بقوله وقبضها ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها وتقرر الأرض عليه حتى إذا أخذها مسلم بالشفعة أو ردت على البائع تبقى عشرية كما كانت وهي المسألة الثانية التي تجيء. وقوله: **(لأنه أليق بحال الكافر)** إنما كان كذلك لأن المأخوذ ثلاثة أنواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف، والعشر المضاعف يعتمد الصلح والتراضي كما في التغالبة وليس بموجود، والعشر الواحد فيه معنى القربة. والكافر ليس من أهله فتعين الخراج لأنه أليق به لكونه مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر أهل لها. وقوله **(اعتباراً بالتغلبي)** يعني أن ما كان مأخوذاً من المسلم إذا وجب أخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب، وما يمر به الذمي على العاشر وهو أهون من التبديل لأنه تغيير في الوصف والخراج واجب آخر. وقوله **(ثم في رواية: يصرف مصارف الصدقات، وفي رواية: يصرف مصارف الخراج)** وجه الأولى أن حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق

يأخذها منه مسلم بعد قبضه بالشفعة أورد عليه.

والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن، ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد **(وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستاناً فعليه العشر)** معناه إذا سقاه بماء العشر، وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها

فيها قياساً على السوائم إذا اشتراها ذمي من مسلم، وجه قول الشافعي أن القول بصحة البيع يوجب تقرر العشر ومال الكافر لا يصلح له، فالقول بصحته يستلزم الممتنع، وجه قول الآخر أن العشر كان وظيفتها فتنتقل إليه بما فيها ثم يجب أن يوظف عليه الخراج لما تذكر في وجه قول أبي حنيفة فيجبان عليه جميعاً. وجه قول مالك أن ماله لا يصلح للعشر لما فيه من معنى العبادة، ولا يمكن تغييره لتعلق حق الفقراء فيها فيجب إجباره على إخراجها عن ملكه إبقاء لحق الفقراء. وجه قول محمد أن معنى العبادة في العشر تابع فيمكن إلغاؤه قياساً على الخراج لما كان معنى العقوبة فيه تابعاً ألغي في حق المسلم فتقرر عليه بقاء. وجه قول أبي يوسف أن تضعيف ما يؤخذ من المسلم على الذمي ثابت في الشرع كما إذا مر على العاشر ولم يكن عليه قبله فعلم أن ما يؤخذ من المسلم إذا ثبت أخذه من الذمي يضعّف عليه. وجه قول أبي حنيفة أنه تعذر التضعيف لأنه إنما يثبت بحكم الصلح أو التراضي كما في التغلبيين، وتعذر العشر لما فيه من معنى العبادة وإن سلم كونه تابعاً فإنه ليس أهلاً لشيء منها، والأرض لا تخلو عن وظيفة مقررة فيها شرعاً بخلاف السائمة على ما قدمنا، وبه ينتفي قول شريك فتعين الخراج وهو الأليق بحال الكافر لاشتماله على معنى العقوبة والحاصل أن هذا مما منع بقاء الوظيفة فيه مانع فيندرج في ذلك الاستثناء السابق. هذا ثم إلى الآن لم يحصل جواب قول مالك أن التغيير إبطال لحق الفقراء بعد تعلقه فلا يجوز والتضعيف أيضاً له لأن مصرف العشر المضاعف مصارف الجزية وإبقاء حقهم غير ممكن لأن ماله غير صالح له، فلما لم يكن فيها إحدى الوظائف الثلاثة، ولا إخلاؤها مطلقاً وجب إجباره على إخراجها، كما إذا اشترى الذمي عبداً مسلماً عندنا يصح، ويجبر على إخراجه عن ملكه. فإن قلت: فقول الشافعي بعدم الصحة حينئذ أول لأنه تعذرت الوظائف والإخلاء فوجب أن لا تبقى فلا فائدة تصحيح العقد ثم الإجبار على الإخراج. فالجواب: أن نفي الفائدة مطلقاً ممنوع إذ قد يستتبع فائدة التجارة والاكتساب أو قصد الهبة في أغراض كثيرة فيجب التصحيح. قوله: **(فجعلها بستاناً)** قيد به لأنه لو لم يجعلها بستاناً وفيها نخل تغل أكراراً لا شيء فيها. قوله: **(لأن الوظيفة تدور في مثله مع الماء)** فإذا كان الماء خراجياً ففيها الخراج وإن كانت عشرية في الأصل سقط عشرها باختطاطها داراً، وإن سقيت بماء العشر فهي عشرية، وإن كانت خراجية سقط خراجها بالاختطاط أيضاً. فالوظيفة في حقه تابعة للماء، وليس في جعلها خراجية إذا سقيت بماء الخراج ابتداء توظيف الخراج على المسلم كما ظنه جماعة منهم الشيخ حسام الدين

المقاتلة بالأراضي الخراجية. ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة أن ما يصرف إلى الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة. ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج. وقوله **(فإن أخذها منه مسلم)** أي: إن أخذ الأرض التي باعها المسلم من نصراني من النصراني مسلم **(بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول)**، أي الأخذ بالشفعة **(فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم)** ولم يتوسط النصراني، واعترض بأنه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري إذا قبضها منه، وأجيب بأنه إنما يرجع عليه لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فإن المشتري يرد المبيع بالعيب على الوكيل لا على الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها معيباً يردها عليه دون المشتري **(وأما الثاني)** أي الرد على البائع لفساد البيع **(فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولأن حق المسلم)** أي البائع **(لم ينقطع بهذا الشراء)** وهو الفاسد **(لكونه مستحق الرد)** بفتح الحاء قال **(وإذا كانت لمسلم دار خطة)** دار خطة كخاتم فضة بالإضافة سماعاً ويجوز خطة بالنصب تمييزاً كما في عندي راقود خلا والخطة ما خطه الإمام بالتمليك عند فتح دار الحرب، والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار على ما سيجيء، ووضع هذه المسألة لبيان أن الحكم الأصلي للشيء يتغير بتغير صفته فإنها لو بقيت داراً كما كانت لم يكن فيها شيء سواء كان مالكها مسلماً أو ذمياً فإذا جعلها بستاناً وجب عليه العشر إن سقاه بماء العشر، والخراج إن سقاه بماء الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع

الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء **(وليس على المجوسي في داره شيء)** لأن عمر رضي الله تعالى عنه جعل المساكن عفواً **(وإن جعلها بستاناً فعليه الخراج)** وإن سقاها بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة

السغناقي في النهاية، وأيد عدم امتناعه بما ذهب إليه أبو اليسر من أن ضرب الخراج على المسلم ابتداء جائز، وقول شمس الأئمة لا صغار في خراج الأراضي إنما الصغار في خراج الجماجم بل إنما هو انتقال ما تقرر فيه الخراج بوظيفته إليه وهو الماء فإن فيه وظيفة الخراج، فإذا سقى به انتقل هو بوظيفته إلى أرض المسلم، كما لو اشترى خراجية، وهذا لأن المقاتلة هم الذين حموا هذا الماء فثبت حقهم فيه وحقهم هو الخراج. فإذا سقى به مسلم أخذ منه حقهم، كما أن ثبوت حقهم في الأرض أعني خراجها لحمايتهم إياها يوجب مثل ذلك، وصرح محمد في أبواب السير من الزيادات: بأن المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج وحمله السرخسي على ما إذا لم يباشر سبب ابتدائه بذلك ليخرج هذا الموضع، وأنت علمت أن هذا ليس منه. وقوله: الوظيفة في مثله أي فيما هو ابتداء توظيف على المسلم من هذا ومن الأرض التي أحياها لا كل ما لم يتقرر أمره في وظيفة، كما في النهاية بأن الذمي لو جعل دار خطته بستاناً أو أحيا أرضاً أو رضخت له لشهوده القتال كان فيها الخراج وإن سقاها بماء العشر عند أبي حنيفة رحمه الله قوله: **(وليس على المجوسي)** قَيَّدَ به ليفيد النفي في غيره من أهل الكتاب بالدلالة لأن المجوس أبعد عن الإسلام بدليل حرمة مناكحتهم وذبائحهم. قوله: **(لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفواً)** هكذا هو مأثور في القصص وكتب الآثار من غير سند في كتاب الأموال لأبي عبيد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل الخراج على الأرضين التي تغل والتي تصلح للغلة من العامرة، وعطل من ذلك المساكن والدور التي هي منازلهم وتوارثه عنه[1] من غير سند، وحكى عليه إجماع الصحابة. **(قوله: وإن سقاها بماء العشر)** لأن العشر فيه معنى القربة والكفر ينافيه. وقال التمرتاشي: فيما إذا اتخذ الذمي داره بستاناً أو رضخت له أرض أو أحياها فهي خراجية. وإن سقاها بماء العشر، وعلى قياس قولهما ينبغي أن يجب فيهما العشر بخلاف المسلم إذا سقى داره الذي جعلها بستاناً بماء الخراج حيث يجب الخراج بالاتفاق. وفي شرح الكنز قالوا: ينبغي أن يجب فيها عشران على قياس قول أبي يوسف، وعلى قول محمد عشر واحد كما مر من أصلهما ثم نظر فيه بأن ذلك كان في أرض استقر فيها العشر.

الماء لأن وظيفة الأراضي باعتبار إنزالها وهي إنما تكون بالماء واستشكل هذه المسألة بأن فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في أبواب السير من الزيادات أن المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج، وأجاب شمس الأئمة بأن معناه أنه لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء الخراج إذ الخراج يجب حقاً للمقاتلة فيختص وجوبه بما حوته المقاتلة، ألا ترى أن المسلم إذا أحيا أرضاً ميتة بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج، ومعنى قوله في مثل هذا الأرض التي لم يتقرر أمره على عشر أو خراج وهو احتراز عما إذا كان لمسلم أرض تسقى بماء العشر، وقد اشتراها ذمي فإن ماءها عشري وفيه الخراج. وقوله **(وليس على المجوسي في دراه شيء)** قال شيخ الإسلام رحمه الله: إنما خصه بالذكر لأنه قيل لعمر رضي الله عنه إن المجوس كثير بالسواد فقال: أعياني أمر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب» الحديث فلما سمع عمر رضي الله عنه بذلك عمل به وأمر عماله أن يمسحوا أراضيهم وعامرهم فيوظفوا الخراج على أراضيهم وربعهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الأشجار فيها، فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم أبعد عن الإسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الأولى **(وإن جعلها بستاناً فعليه الخراج وإن سقاه بماء العشر لتعذر إيجاب العشر عليه إذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله)** ولقائل أن يقول إما أن يكون الاعتبار للماء أو لحال من توضع عليه الوظيفة فإن كان الأول وجب عليه العشر، وإن كان الثاني ناقض هذا قوله لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء، ووجب على المسلم العشر إذا سقى أرضه بماء الخراج. والجواب أن الاعتبار للماء ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس

---

(١) أثر عمر. رواه أبو عبيد في الأموال ٧٣ بلا سند. وأما ما ذكره صاحب الهداية عن عمر. فاستغربه الزيلعي ٢/ ٣٩٤ يعني غير موجود.

فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله، وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري، إلا أن عند محمد رحمه الله عشر واحد، وعند أبي يوسف رحمه الله عشران وقد مر الوجه فيه. ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد، والماء الخراجي ماء الأنهار التي شقها الأعاجم، وماء جيحون وسيحون

وصار وظيفة لها بأن كانت في يد مسلم اهـ. وقد قرر هو ثبوت الوظيفة في الماء وهو حق وعلى هذا فلا يدفع ما ذكره المشايخ بما أورده. والله سبحانه أعلم. قوله: **(ثم الماء العشري ماء السماء)** والعيون والبحار التي لا يتحقق ورود يد أحد عليها، وماء الخراج ماء الأنهار التي شقتها الأعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد، واختلفوا في سيحون نهر الترك وجيحون نهر ترمذ ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة هل هي خراجية أو لا على ما في الكتاب، وهو بناء على أنه هل يرد عليها يد أحد أو لا فعند محمد لا، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف نعم، فإن السفن يشد بعضها إلى بعض حتى تصير جسراً يمر عليه كالقنطرة، وهذا يد عليها فهي خراجية. قيل: ما ذكر في ماء الخراج ظاهر، فإن ماء الأنهار التي شقتها الكفرة كان لهم يد عليها ثم حويناها قهراً وقررنا يد أهلها عليها كأراضيهم، وأما في ماء العشر فليس بظاهر فإن الآبار والعيون التي في دار الحرب وحويناها قهراً خراجية، صرحوا بذلك معللين بأنه غنيمة وعللوا العشرية بعدم ثبوت اليد عليها فلم تكن غنيمة ولا يتم هذا إلا في البحار والأمطار، ثم قالوا في مائهما: لو سقى كافر بهما أرضه يكون فيها الخراج بل البحار أيضاً خراجية على ما ذكرنا من قول أبي حنيفة، وأبي يوسف فلم يبق إلا ماء المطر، وقد علمت أن الكافر إذا سقى به عليه الخراج، ولم يختلفوا فيه كاختلافهم في أرض عشرية اشتراها ذمي، ولا يخفى أن كون الآبار والعيون التي كانت حين كانت الأرض دار حرب خراجية لا ينفي العشرية في كل عين وبئر، فإن كثيراً من الآبار والعيون احتفرها المسلمون بعد صيرورة الأرض دار إسلام، وعلى هذا فيجب التعميم فإن ما نراه منها الآن إما معلوم الحدوث بعد الإسلام، وإما مجهول الحال، أما ثبوت معلومية أنه جاهلي فمتعذر، إذ أكثر ما كان من فعلهم قد دثر وسفته الرياح ولم يبق من ثبوت ذلك لا قول العوام غير مستندين فيه إلى نبت فيجب الحكم في كل ما نراه بأنه إسلامي إضافة للحادث إلى أقرب وقتيه الممكنين ويكون ظهور القسمين بالنسبة إلى سقي المسلم ما لم تسبق فيه وظيفة والله أعلم. قوله: **(في عين القبر)** هو الزفت ويقال القار، والنفط دهن يعلو الماء. قوله: **(وهذا إذا كان حريمها صالحاً للزراعة)** ثم يمسح موضع القبر في رواية تبعاً، وفي رواية لا يمسح

بمحل لإيجاب العشر عليه لكونه عبادة، فإن قيل: فكيف كان المسلم محلاً لإيجاب الخراج، وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له. فالجواب أنه لا صغار في خراج الأراضي إنما هو في خراج الجماجم، كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقاً أو إذا لم يظهر منه صنع يقتضيه. والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم. وقوله **(وعلى قياس قولهما)** يعني ما مر أن الذمي إذا اشترى من مسلم أرضاً عشرية وجب عند أبي يوسف عشر مضاعف، وعند محمد عشر واحد، فعلى قياس قولهما هذا وجب على المجوسي إذا سقى أرضاً بماء العشر عند محمد عشر واحد، وعند أبي يوسف عشران، والوجه من الجانبين قد مر، وكذا الروايتان عن محمد في المصرف. وقوله **(ثم الماء العشري)** بيان للماء العشري والخراجي وهو ظاهر والأنهار التي شقها الأعاجم مثل نهر الملك ويزدجرد ومرورود، لأن أصل تلك الأنهار بمال الخراج فصار ماؤها خراجياً، وصارت الأرض خراجية تبعاً، وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة، وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند، ودجلة نهر بغداد، والفرات نهر الكوفة، قال بعض الشارحين: الآبار والعيون التي حفرت وظهرت في الأرض العشرية ماؤها عشري أما التي تكون في الأراضي الخراجية فالماء أيضاً خراجي لأن الماء يأخذ حكم الأرض لكونه خارجاً منها، وفيه بحث وهو أنه ذكر أن الأرض العشرية ما تسقى من ماء العشر، فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الأرض العشرية لم يفد شيئاً لتوقف أحدهما على الآخر، والجواب: أن الأراضي العشرية خمسة أنواع: فأرض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها. والثاني: كل أرض أسلم أهلها طوعاً. والثالث: الأرض التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع: بستان مسلم كان داره فاتخذه بستاناً، والخامس: الأرض الميتة التي أحياها

ودجلة والفرات عشري عند محمد رحمه الله لأنه لا يحميها أحد كالبحار، وخراجي عند أبي يوسف رحمه الله لأنه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها **(وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي)** يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة، ثم على الصبي والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك إذا كانا منهم قال: **(وليس في عين القير والنفط في أرض العشر شيء)** لأنه ليس من أنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء **(وعليه في أرض الخراج خراج)** وهذا **(إذا كان حريمه صالحاً للزراعة)** لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة.

لأنها لا تصلح للزراعة.

[فرع] لا يجمع على مالك أرض عشر وخراج، لما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود. قال: قال رسول الله ﷺ «لا يجمع على مسلم عشر وخراج في أرض»[1] والإجماع الصحابة إذ قد فتحوا السواد ولم ينقل عنهم قط جمعهما على مالك.

مسلم وكانت من توابع الأرض العشرية، وما نحن فيه إنما يتصور في الرابع. والخامس: فإن المسلم إذا كان له دار في أرض العرب أو في الأرض التي أسلم أهلها طوعاً أو التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستاناً وسقى بماء آبارها أو العيون التي فيها وجب العشر، وإن كانت الدار لمجوسي، والمسألة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج أو العشر الواحد أو المضاعف وعلى هذا إذا أحيا أرضاً مواتاً. وقوله **(لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة)** أي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة أو ما فيه معناها. **(دون المؤنة المحضة)** أي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شيء من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه. **(وعلى الصبي والمرأة إذا كان من المسلمين العشر فيضعف ذلك إذا كانا منهم)**. وقوله **(وليس في عين القير والنفط)** القير هو الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو أفصح دهن يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح. وقوله **(وعليه في أرض الخراج خراج)** يجوز أن يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج بأن يمسح موضع القير. **(إذا كان حريمها صالحاً للزراعة لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة)** فيكون موضع العين تابعاً للأرض وهو اختيار بعض المشايخ، ويجوز أن يكون معناه: وعلى الرجل في عين القير والنفط في أرض الخراج خراج. يعني في حريمها. إذا كان صالحاً للزراعة، ولا يمسح موضع العين لأنه لا يصلح للزراعة، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وهو مختار أبي بكر الرازي لأن حريمه في الأصل صالح لها وإنما عطله صاحبه لحاجته، وهو تحصيل ما يحصل به فيه، ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لأنها لا تصلح للزراعة كالأرض السبخة وما لا يبلغها الماء، وكأن المصنف اختار قول أبي بكر الرازي رحمه الله.

قوله: **(فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الأرض العشرية لم يفد شيئاً)** أقول: قوله ما يكون خبر كان في قوله فلو كان، وقوله لم يفد جواب قوله فلو كان.

---

(١) باطل مرفوعاً أخرجه ابن عدي ٧/ ٢٥٥ وابن حبان في الضعفاء ٣/ ١٢٤ كلاهما من حديث ابن مسعود وقال ابن عدي: يحيى بن عنبسة منكر الحديث إنما هو عن إبراهيم النخعي من قوله. وقال ابن حبان: ليس هذا من كلام رسول الله ﷺ، وابن عنبسة دجال يصنع، وهو كذب على أبي حنيفة ومن بعد.
وقال الزيلعي ٢/ ٤٤٢ بعد أن نقل كلامهما وذكره ابن الجوزي في الموضوعات. وقال البيهقي: باطل وابن عنبسة متهم بالوضع اهـ هو في الموضوعات ٢/ ١٥١. ثم ذكره الزيلعي عن عكرمة من قوله وكذا عن الشعبي. فهو مقطوع لأنه قول التابعي والله تعالى أعلم.

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

قال رحمه الله (**الأصل فيه قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾**) الآية. فهذه ثمانية أصناف، وقد

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

قوله: (**الأصل فيه**) أي فيمن يجوز الدفع إليه ومن لا قوله تعالى: ﴿**إنما الصدقات للفقراء**﴾ [التوبة ٦٠] الآية فمن كان من هؤلاء الأصناف كان مصرفاً ومن لا فلا لأن إنما تفيد الحصر فيثبت النفي عن غيرهم. قوله: (**سقط منها المؤلفة قلوبهم**) كانوا ثلاثة أقسام: قسم كفار كان عليه الصلاة والسلام يعطيهم ليتألفهم على الإسلام، وقسم كان يعطيهم ليدفع شرهم، وقسم أسلموا وفيهم ضعف في الإسلام، فكان يتألفهم ليثبتوا، ولا حاجة إلى إيراد السؤال القائل كيف يجوز صرف الصدقة إلى الكفار، وجوابه: أنه كان من جهاد الفقراء في ذلك الوقت أو من الجهاد لأنه تارة بالسنان ومرة بالإحسان لأن الذي إليه نصب الشرع إذا نص على الصرف إليهم وبين النبي ﷺ من هم بالإعطاء كان هذا هو المشروع والأسئلة على ما يجتهد فيه باعتبار نبو عن المنصوص أو القواعد التي تعطيها العمومات حتى يجاب بما يفيد إدارجها في نصوص الشارع أو قواعده المفادة بالعمومات أو باللوازم لأحدهما فكيف بما هو نفس المنصوص عليه. فإن قلت: السؤال معناه طلب حكمة المشروع المنصوص. قلنا: لو كان كذلك كان جوابه بنفس ما عللنا به إعطاء الأقسام الثلاثة لا بما أجابوا به فتأمل مستعيناً. ثم روى الطبري في تفسيره في قوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء**﴾ [التوبة ٦٠] الآية بإسناده عن يحيى بن أبي كثير قال «المؤلفة قلوبهم من بني أمية سفيان بن حرب، ومن بني مخزوم الحرث بن هشام، وعبد الرحمن بن يربوع، ومن بني جمح صفوان بن أمية، ومن بني عامر بن لؤي سهيل بن عمرو، وحويطب بن عبد العزى، ومن بني أسد بن عبد العزى حكيم بن حزام، ومن بني هاشم أبو سفيان بن الحرث بن عبد المطلب، ومن فزارة عيينة بن حصن، ومن بني تميم الأقرع بن حابس، ومن بني نصر مالك بن عوف، ومن بني سليم العباس بن مرداس، ومن ثقيف العلاء بن حارثة[١] أعطى النبي ﷺ كل رجل منهم مائة ناقة إلا عبد الرحمن بن يربوع، وحويطب بن عبد العزى، فإنه أعطى كل رجل منهما خمسين»[٢] وأسند أيضاً قال عمر بن الخطاب حين جاء عيينة بن حصن ﴿**الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر**﴾ [الكهف ٢٩] يعني ليس اليوم مؤلفة[٣]. وأخرج ابن أبي شيبة عن الشعبي[٤] إنما كانت المؤلفة على عهد

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج إلى بيان من تصرف إليه هذه الأشياء فشرع في بيانه في هذا الباب (**الأصل فيه**) أي فيمن يجوز الصرف إليه قوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين**﴾ الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم) وهم كانوا ثلاثة أنواع نوع كان يتألفهم رسول الله ﷺ ليسلموا ويسلم قومهم بإسلامهم، ونوع منهم أسلموا لكن على ضعف فيزيد تقريرهم لضعفهم، ونوع منهم للدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصن، والأقرع بن حابس، والعباس بن مرداس، وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله ﷺ يعطيهم خوفاً منهم، فإن الأنبياء

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

---

(١) أثر يحيى. أخرجه الطبري في تفسيره ١٠/١١٢.
(٢) أثر عمر. رواه الطبري في تفسيره ١٠/١١٢.
(٣) هذا الأثر. أخرجه ابن أبي شيبة عن جابر عن الشعبي، كما في نصب الراية ٢/٣٩٤، وجابر هو الجعفي ضعيف.
(٤) سقط هنا من الحديث ومن بني منهم عدي بن قيس كما أثبته السيوطي في الدر المنثور اهـ صححه.

سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الإجماع (والفقير من له أدنى

النبي ﷺ فلما ولى أبو بكر انقطعت[1]. قوله: (على ذلك انعقد الإجماع) أي إجماع الصحابة في خلافة أبي بكر، فإن عمر ردهم، وقال ما ذكرنا لعيينة وقيل جاء عيينة والأقرع يطلبان أرضاً إلى أبي بكر فكتب له الخط، فمزقه عمر وقال: هذا شيء كان رسول الله ﷺ يعطيكموه ليتألفكم على الإسلام، والآن فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم، فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف، فرجعوا إلى أبي بكر فقالوا: الخليفة أنت أم عمر؟ فقال: هو إن شاء، ووافقه فلم ينكر أحد من الصحابة مع ما يتبادر منه من كونه سبباً لإثارة الثائرة أو ارتداد بعض المسلمين فلولا اتفاق عقائدهم على حقيقته وأن مفسدة مخالفته أكثر من المفسدة المتوقعة لبادروا لإنكاره نعم يجب أن يحكم على القول بأنه لا إجماع إلا عن مستند علمهم بدليل أفاد نسخ ذلك قبل وفاته أو أفاد تقييد الحكم بحياته عليه الصلاة والسلام أو على كونه حكماً مغياً بانتهاء علته. وقد اتفق انتهاؤها بعد وفاته أو من آخر عطاء أعطاهموه حال حياته أما مجرد تعليله بكونه معللاً بعلة انتهت فلا يصلح دليلاً يعتمد في نفي الحكم المعلل لما قدمناه من قريب في مسائل الأرض من أن الحكم لا يحتاج في بقائه إلى بقاء علته لثبوت استغنائه في بقائه عنها شرعاً لما علم في الرق والاضطباع والرمل فلا بد في خصوص محل يقع فيه الانتفاء عند الانتفاء من دليل يدل على أن هذا الحكم مما شرع مقيداً ثبوته بثبوتها، غير أنه لا يلزمنا تعيينه في محل الإجماع بل إن ظهر وإلا وجب الحكم بأنه ثابت على أن الآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه تصلح لذلك وهي قوله تعالى ﴿الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾ [الكهف ٢٩]. والمراد بالعلة في قولنا حكم مغياً بانتهاء علته العلة الغائية، وهذا لأن الدفع للمؤلفة هو العلة للإعزاز إذ يفعل الدفع ليحصل الإعزاز فإنما انتهى ترتب الحكم الذي هو الإعزاز على الدفع الذي هو العلة وعن هذا قيل عدم الدفع الآن للمؤتلفة تقريراً لما كان في زمنه عليه الصلاة والسلام لا نسخ لأن الواجب كان الإعزاز وكان بالدفع والآن هو في عدم الدفع، لكن لا يخفي أن هذا لا ينفي النسخ لأن إباحة الدفع إليهم حكم شرعي كان ثابتاً وقد ارتفع، وغاية الأمر أنه حكم شرعي هو علة لحكم آخر شرعي فنسخ الأول لزوال علته قوله: (والفقير من له أدنى شيء) وهو ما

عليهم الصلاة والسلام لا يخافون أحداً إلا الله وإنما أعطاهم خشية أن يكبهم الله على وجوههم في النار، ثم سقط ذلك في خلافة الصديق رضي الله عنه. روى أنهم استبذلوا الخط لنصيبهم في خلافة أبي بكر رضي الله عنه فبذل لهم، وجاءوا إلى عمر رضي الله عنه فاستبذلوا خطه فأبى ومزق خط أبي بكر رضي الله عنه، وقال: هذا شيء كان يعطيكم رسول الله ﷺ تأليفاً لكم، فأما اليوم فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم، فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف، فعادوا إلى أبي بكر فقالوا: أنت الخليفة أو عمر؟ بذلت لنا الخط ومزقه عمر، فقال: هو إن شاء ولم يخالفه (وعلى ذلك انعقد الإجماع) واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي ﷺ بعد ثبوته بالكتاب إلى حين وفاته عليه الصلاة والسلام، فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالإجماع بناء على أن الإجماع حجة قطعية كالكتاب، وليس بصحيح من المذهب. ومنهم من قال: هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار، ويرد بأن الحكم في البقاء لا يحتاج إلى علته كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم، فانتهاؤها قد لا يستلزم انتهاءه. وفيه بحث قررناه في التقرير، وقال شيخ شيخي العلامة علاء الدين عبد العزيز رحمهما الله: والأحسن أن يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى، وذلك أن المقصود بالدفع إليهم كان إعزاز الإسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة أهل الكفر، فكان الإعزاز في الدفع، فلما تبدل الحال بغلبة أهل الإسلام صار الإعزاز في المنع فكان الإعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة لإعزاز الدين، والإعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخاً: كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب

قوله: (فعادوا إلى أبي بكر رضي الله عنه فقالوا أنت الخليفة أو عمر، بذلت لنا الخط ومزقه، عمر فقال: هو إن شاء الله) أقول:

---

(١) فيه ضعف وسيأتي تخريجه إن شاء الله.

شيء والمسكين من لا شيء له) وهذا مروي عن أبي حنيفة رحمه الله، وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما

دون النصاب أو قدر نصاب غير نام وهو مستغرق في الحاجة والمسكين من لا شيء له فيحتاج للمسألة لقوته أو ما يواري بدنه ويحل له ذلك بخلاف الأول حيث لا تحل المسألة له فإنها لا تحل لمن يملك قوت يومه بعد سترة بدنه، وعند بعضهم: لا تحل لمن كان كسوباً أو يملك خمسين درهماً، ويجوز صرف الزكاة لمن لا تحل له المسألة بعد كونه فقيراً ولا يخرجه عن الفقر ملك نصب كثيرة غير نامية إذا كانت مستغرقة بالحاجة، ولذا قلنا: يجوز للعالم وإن كانت له كتب تساوي نصباً كثيرة على تفصيل ما قدمناه فيها إذا كان محتاجاً إليها للتدريس أو بالحفظ أو التصحيح، ولو كانت ملك عامي وليس له نصاب تام لا يحل دفع الزكاة له لأنها غير مستغرقة في حاجته فلم تكن كثياب البذلة، وعلى هذا جميع آلات المحترفين إذا ملكها صاحب تلك الحرفة وغيره. والحاصل أن النصب ثلاثة: نصاب يوجب الزكاة على مالكه وهو النامي خلقة أو إعداداً وهو سالم من الدين، ونصاب لا يوجبها وهو ما ليس أحدهما فإن كان مستغرقاً بحاجة مالكه حل له أخذها وإلا حرمت عليه كثياب تساوي نصاباً لا يحتاج إلى كلها أو أثاث لا يحتاج إلى استعماله كله في بيته وعبد وفرس لا يحتاج إلى خدمته وركوبه ودار لا يحتاج إلى سكنها، فإن كان محتاجاً إلى ما ذكرنا حاجة أصلية فهو فقير يحل دفع الزكاة إليه وتحرم المسألة عليه ونصاب يحرم المسألة وهو ملك قوت يومه أو لا يملكه لكنه يقدر على الكسب أو يملك خمسين درهماً على الخلاف في ذلك قوله: **(ولكل وجه)** وجه كون الفقير أسوأ حالاً قوله تعالى **﴿أما السفينة فكانت لمساكين﴾** [الكهف ٧٩] أثبت للمساكين سفينة. وأجيب بأنها لم تكن لهم بل هم أجراء فيها أو عارية لهم أو قيل لهم مساكين ترحما. وقوله عليه الصلاة والسلام «اللهم احيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين» مع ما روى أنه تعوذ بالله من الفقر وجوابه أن الفقر المتعوذ منه ليس إلا فقر النفس لما صح أنه كان يسأل العفاف والغنى، والمراد منه غنى النفس لا كثرة الدنيا، فلا دليل على أن الفقير أسوأ حالاً من المسكين، ولأن الله تعالى قدمهم في الآية على المساكين فدل على زيادة الاهتمام بهم، وذلك مظنة زيادة حاجتهم، وقد يمنع بأنه قدم العاملين على الرقاب مع أن حالهم أحسن ظاهراً وأخر في سبيل الله وابن السبيل مع الدلالة على زيادة تأكيد الدفع إليهم حيث أضاف إليهم بلفظة في فدل أن التقديم لاعتبار آخر غير زيادة الحاجة، والاعتبارات المناسبة لا تدخل تحت ضبط خصوصاً من علام الغيوب، ولأن الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور الفقار فكان أسوأ حالاً، ومنع بجواز كونه من فقرت له فقرة من مالي: أي قطعة منه فيكون له شيء وقول الشاعر:

هل لك في أجر عظيم تؤجره ... تعين مسكيناً كثيراً عسكره

عشر شياه سمعه وبصره

للتطهر لأنه آلة متعينة لحصول التطهر عند عدم الماء، فإذا تبدل حاله بوجدان الماء سقط الأول ووجب استعمال الماء لأنه صار متعيناً لحصول المقصود، ولا يكون هذا نسخاً للأول فكذا هذا وهو نظير إيجاب الدية على العاقلة فإنها كانت واجبة على العشيرة في زمنه ﷺ وبعده على أهل الديوان، لأن الإيجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه ﷺ كان بالعشيرة وبعده ﷺ بأهل الديوان فإيجابها على أهل الديوان بعده عليه الصلاة والسلام لم يكن نسخاً بل كان تقريراً للمعنى الذي وجبت الدية لأجله وهو الانتصار، فكذا هذا هو كلام حسن. وقوله **(والفقير من له أدنى شيء)** ظاهر. وقوله **(ولكل وجه)** أما وجه الأول وهو أن يكون المسكين أسوأ حالاً من الفقير فقوله تعالى **﴿أو مسكينا ذا متربة﴾** أي لاصقاً بالتراب من الجوع والعرى. وأما وجه من قال بالثاني وهو أن الفقير أسوأ حالاً من المسكين فقوله تعالى **﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر﴾** والفائدة تظهر في الوصاية والأوقاف والنذور لا في الزكاة فإن صرفها إلى صنف واحد جائز عندنا (ثم هما

يعني هو الخليفة إن شاء الله. قوله: **(أما وجه الأول وهو أن يكون المسكين أسوأ حالاً من الفقير فقوله تعالى ﴿ومسكيناً ذا متربة﴾** أي

صنفان أو صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى. **(والعامل يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن)** خلافاً للشافعي رحمه الله لأن استحقاقه بطريق الكفاية، ولهذا يأخذ وإن

عورض بقول الآخر:

أما الفقير الذي كانت حلوبته ... وفق العيال فلم يترك له سبد

يقال ماله سبد ولا لبد أي شيء وأصل السبد الشعر كذا في ديوان الأدب، وقول الأول عشر شياه سمعه الخ لم يستلزم أنها مملوكته هي سمعه لجواز عشر تحصل له تكون سمعه فيكون سائلاً من المخاطب عشر شياه يستعين بها على عسكره أي عياله ويؤجر فيها المخاطب الدافع لها. وجه الأخرى قوله تعالى ﴿أو مسكيناً ذا متربة﴾ [البلد: ١٦] أي ألصق جلده بالتراب محتفراً حفرة جعلها إزاره لعدم ما يواريه أو ألصق بطنه به للجوع، وتمام الاستدلال به موقوف على أن الصفة كاشفة والأكثر خلافه فيحمل عليه فتكون مصنفة وخص هذا الصنف بالخص على إطعامهم كما خص اليوم بكونه ذا مسغبة: أي مجاعة لقحط وغيره، ومن تخصيص اليوم علمنا أن المقصود في هذه الآية الحض على الصدقة في حال زيادة الحاجة زيادة حض. وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس المسكين الذي ترد اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان، ولكن المسكين الذي لا يعرف ولا يفطن له فيعطي ولا يقوم فيسأل الناس»[1] متفق عليه فمحمل الإثبات أعني قوله «ولكن المسكين الذي لا يعرف فيعطي»[2] مراد معه وليس عنده شيء فإنه نفى المسكنة عمن يقدر على لقمة ولقمتين بطريق المسألة وأثبتها لغيره فهو بالضرورة من لا يسأل مع أنه لا يقدر على اللقمة واللقمتين لكن المقام مقام مبالغة في المسكنة، ولذا صرح المشايخ في عرض أن المراد ليس الكامل في المسكنة، وعلى هذا فالمسكنة المنفية عن غيره هي المسكنة المبالغ فيها لا مطلق المسكنة وحينئذ لا يفيد المطلوب. الثالث موضع الاشتقاق وهو السكون يفيد المطلوب كأنه عجز عن الحركة فلا يبرح. قوله: **(ثم هما صنفان أو صنف واحد)** ثمرته في الوصايا والأوقاف إذا أوصى بثلثه لزيد والفقراء والمساكين أو وقف فلزيد ثلث الثلث ولكل ثلثه على قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف لفلان نصف الثلث، وللفريقين نصفه، بناء على جعلهما صنفاً واحداً، والصحيح قول أبي حنيفة ذكره فخر الإسلام، قوله: **(فيعطيه ما يسعه وأعوانه)** من كفايتهم بالوسط إلا إن استغرقت كفايته الزكاة فلا يزاد على النصف لأن التنصيف عين الإنصاف. وتقدير الشافعي بالثمن بناء على وجوب صرف الزكاة إلى

صنفان أو صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى) روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: هما صنف واحد حتى قال فيمن أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين إن لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر. وقال أبو حنيفة: لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين وهو الصحيح كذا ذكره فخر الإسلام لأنه عطف وهو يقتضي المغايرة **(وقوله والعامل يدفع إليه الإمام)** العامل هو الذي يبعثه الإمام لجباية الصدقات **(فيعطيه ما يسعه)** أي يكفيه **(وأعوانه)** مدة ذهابهم وإيابهم لأنه فرّغ نفسه لهذا العمل، وكل من فرغ نفسه لعمل من أمور المسلمين يستحق على ذلك رزقاً كالقضاة والمقاتلة، وليس ذلك على وجه الإجارة لأنها لا تكون إلا على عمل معلوم أو مدة معلومة وأجرته معلومة ولم يقدّر ذلك بالثمن خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه يقدر بذلك لأن التسمية تقتضي المساواة في الأصل فيكون بياناً لحصته، وفيه نظر لأن التسمية إن اقتضت ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالإجماع فلم تبق الأسهم ثمانية حتى يكون له الثمن. وأجيب بأن المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار، والساقط سهم الكفار فقط فكانت الأسهم ثمانية. وقوله: **(لأن استحقاقه بطريق الكفاية)** أي لا بطريق الصدقة، ألا ترى أن

لاصقاً بالتراب من الجوع والعري) أقول: لا يجوز أن يكون قوله تعالى ﴿ذا متربة﴾ صفة كاشفة لمسكين بل يكون قيداً له فليتأمل قوله:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٧٩، ١٤٧٦ و٤٥٣٩ ومسلم ١٠٣٩ وأبو داود ١٦٣١ والنسائي ٥/ ٨٥، ٨٦ والدارمي ١/ ٣٧٩ وابن حبان ٣٢٩٨، ٣٣٥١، ٣٣٥٢ وأبو يعلى ٦٣٣٧ والبيهقي ٧/ ١١ وأحمد ٢/ ٣١٦ كلهم من حديث أبي هريرة. ولفظ البخاري: «ليس المسكين الذي يطوف على الناس ترده اللقمة واللقمتان...»

(٢) هو المتقدم.

كان غنياً إلا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابة الرسول عليه الصلاة والسلام عن شبهة الوسخ، والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه. قال: **(وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم)** وهو المنقول **(والغارم من لزمه دين ولا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه)** وقال الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في إصلاح ذات البين وإطفاء الثائرة بين القبيلتين **(وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف رحمه الله)** لأنه هو المتفاهم عند الإطلاق **(وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج)** لما روي أن رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله، فأمره رسول الله ﷺ أن يحمل عليه الحاج، ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء وابن السبيل

كل الأصناف وهم ثمانية إنما يتم على اعتبار عدم سقوط المؤلفة قلوبهم، ولو هلك المال قبل أن يأخذ لم يستحق شيئاً لأن استحقاقه فيما عمل فيه كالمضارب إذا هلك المال بعد ظهور الربح قوله: **(فلم تعتبر الشبهة)** أي شبهة الصدقة في حق الغني كما اعتبر في حق الهاشمي لأنه لا يوازي الهاشمي في استحقاق الكرامة ومنع الهاشمي من العمالة صريح في الحديث الذي سيأتي وننبهك عليه إن شاء الله تعالى قوله: **(وهو المنقول)** أخرج الطبري في تفسيره من طريق محمد بن إسحاق عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري أن مكاتباً قام إلى أبي موسى الأشعري وهو يخطب يوم الجمعة فقال له: أيها الأمير حث الناس عليّ، فحث عليه أبو موسى، فألقى الناس عليه، هذا يلقي عمامة وهذا يلقي ملاءة وهذا يلقي خاتماً حتى ألقى الناس عليه سواداً كثيراً، فلما رأى أبو موسى ما ألقي عليه قال: اجمعوه، ثم أمر به فبيع، فأعطى المكاتب مكاتبته ثم أعطى الفضل في الرقاب ولم يرد على الناس، وقال: إن هذا الذي أعطوه في الرقاب، وأخرج عن الحسن البصري، والزهري، وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم قالوا: في الرقاب هم المكاتبون. وأما ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: دلني على عمل يقربني إلى الجنة ويباعدني من النار، فقال: «أعتق النسمة، وفك الرقبة، فقال: أو ليسا سواء؟ قال لا عتق الرقبة[1] أن تنفرد بعتقها، وفك النسمة أن تعين في ثمنها»[2] رواه أحمد وغيره، فقيل ليس فيه ما يستلزم كون هذا هو معنى وفي الرقاب المذكور في الآية قوله: **(والغارم من لزمه دين)** أو له دين على الناس لا يقدر على أخذه وليس عنده نصاب فاضل في الفضلين، ولو دفع إلى فقيرة لها مهر دين على زوجها يبلغ نصاباً وهو موسر بحيث لو طلبت أعطاها لا يجوز وإن كانت بحيث لا يعطي لو طلبت جاز قوله: **(وقال الشافعي: هو من تحمل الخ)** فيأخذ وإن كان غنياً وعندنا لا يأخذ إلا إذا لم يفضل له بعد ما ضمنه قدر نصاب، والنائرة بالنون قوله: **(لما روى أنه عليه الصلاة والسلام «أمر رجلاً» الخ)** أخرج أبو داود في باب العمرة عن أبي عبد الرحمن قال: أمرني رسول مروان الذي أرسل إلى أم معقل. فساقه إلى أن ذكر قالت: يا رسول الله إن علي حجة ولأبي معقل بكراً، قال أبو معقل: جعلته في سبيل الله، فقال رسول الله ﷺ: «أعطها فلتحج عليه فإنه في سبيل الله، فأعطاها البكر»[3] وإبراهيم بن مهاجر متكلم فيه، وفي بعض طرقه أنه كان بعد

صاحب الزكاة إذا دفعها للإمام لم يستحق العامل شيئاً ويأخذ وإن كان غنياً. فإن قيل: لو كان كذلك لجاز أخذها للهاشمي. أجاب بقوله **(إلا أن فيه شبهة الصدقة)** نظراً إلى سقوط الزكاة عن ذمة المؤدي **(فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابة الرسول الله ﷺ عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه)** أي الهاشمي **(في استحقاق الكرامة فلم تعتبر المشبهة في حقه)** وقوله: **(وهو المنقول)** يعني عن رسول الله ﷺ فإنه روى «أن رجلاً قال: يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة. قال: فك الرقبة وأعتق النسمة. قال: أو ليسا سواء يا رسول الله؟ قال: فك الرقبة أن تعين في عتقه» وقوله: **(ولا يملك فاضلاً عن دينه)** لأنه إذا ملك نصاباً كان غنياً وإذا لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه سواء كان فقيراً. وقوله: (في

(لأن التسمية تقتضي المساواة) أقول: الظاهر أن يقال لأن القسمة الخ قوله: **(وأجيب بأن المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم**

---

(١) يأتي في العتاق.
(٢) يأتي في الوقف.
(٣) قوله صاحب الفتح (عتق الرقبة الخ) كذا في الأصول التي بيدنا وليحرر لفظ الحديث اهـ مصححه.

من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه. قال: **(فهذه جهات الزكاة، فللمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم، وله أن يقتصر على صنف واحد)** وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف،

وفاة أبي معقل، ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لها «اعتمري عليه». ثم فيه نظر لأن المقصود ما هو المراد بسبيل الله المذكور في الآية، والمذكور في الحديث لا يلزم كونه إياه لجواز أنه أراد الأمر الأعم، وليس ذلك المراد في الآية بل نوع مخصوص، وإلا فكل الأصناف في سبيل الله بذلك المعنى، ثم لا يشكل أن الخلاف فيه لا يوجب خلافاً في الحكم للاتفاق على أنه إنما يعطي الأصناف كلهم سوى العامل بشرط الفقر فمنقطع الحاج يعطي اتفاقاً قوله: **(ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا)** يشعر بالخلاف، وسنذكر الخلاف من قريب قوله: **(وابن السبيل)** هو المسافر سمي به لثبوته في السبيل، وهو الطريق فيجوز له أن يأخذ وإن كان له مال في وطنه لا يقدر عليه للحال، ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته، والأولى له أن يستقرض إن قدر ولا يلزمه ذلك لجواز عجزه عن الأداء، وألحق كل من هو غائب عن ماله وإن كان في بلده ولا يقدر عليه به، ولا يلزم ابن السبيل التصدق بما فضل في يده عند قدرته على ماله كالفقير إذا استغنى والمكاتب إذا عجز وعندهما من مال الزكاة لا يلزمهما التصدق قوله: **(وله أن يقتصر على صنف واحد)** وكذا له أن يقتصر على شخص واحد قوله: **(بحرف اللام للاستحقاق)** وذكر كل صنف بلفظ الجمع فوجب أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف وإن كان محلىً باللام لأن الجنس هنا غير ممكن فيه الاستغراق فتبقى الجمعية على حالها قلنا: حقيقة اللام الاختصاص الذي هو المعنى الكلي الثابت في ضمن الخصوصيات من الملك والاستحقاق وقد يكون مجرداً، فحاصل التركيب إضافة الصدقات العام الشامل لكل صدقة

إصلاح ذات البين) أي الصلح بين المتعادبين لزوال الاختلاف وحصول الائتلاف. والنائرة العداوة والشحناء وقوله: **(منقطع الغزاة)** أي فقراء الغزاة وكذلك المراد بمنقطع الحاج فقراؤهم المنقطع بهم **(ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء)** لقوله ﷺ «خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم» وقال الشافعي: يجوز لقوله ﷺ «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة، من جملتهم الغزاة في سبيل الله» وتأويله الغني بقوة البدن ومعناه: أن المستغني بكسبه لقوة بدنه لا يحل له طلب الصدقة إلا إذا كان غازياً فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب. وذكر تلك الخمسة في التجنيس فقال: لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة الغازي والعامل عليها، والغارم، ورجل اشتراها بماله، ورجل تصدق بها على المسكين فأهداها المسكين إليه. وذكر في المصابيح وفي رواية «وابن السبيل». فإن قيل: قوله وفي سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة أو منقطع الحاج لأنه إما أن يكون له في وطنه مال أو لا فإن كان فهو ابن السبيل، وإن لم يكن فهو فقير فمن أين يكون العدد سبعة. أجيب بأنه فقير إلا أنه ازداد فيه شيء آخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من جهاد أو حج فلذلك غاير الفقير المطلق فإن المقيد يغاير المطلق لا محالة. ويظهر أثر التغاير في حكم آخر أيضاً وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه التي استفيدت من العدول عن اللام إلى كلمة في. فإن في ذلك إيذاناً بأنهم أرسخ في استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لأن في الظرفية تنبيهاً على أنهم أحقاء بأن توضع فيهم الصدقات، وإذا كان كذلك لم تنتقص المصارف عن السبعة وفيه تأمل. وقوله: **(فهذه جهات الزكاة)** يعني أنهم مصارف الصدقات لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف إلى واحد منهم: وقال الشافعي رحمه الله: هم المستحقون لها حتى لا يجوز ما لم يصرف إلى الأصناف السبعة من كل صنف ثلاثة وهم أحد وعشرون **(لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق)** لكونها موضوعة للتمليك **(ولنا أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق)** وقال ابن عباس رضي الله عنهما: المراد به بيان المصارف فإلى أيها صرفت أجزأك كما أن الله تعالى أمرنا باستقبال الكعبة فإذا

الكفار فقط) أقول: يعني عند الشافعي رحمه الله، وفيه بحث بل سقط سهم الكل، ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه. فإن ثبتم على الإسلام. والجواب أن للشافعي في مسلمي المؤلفة أربعة أقوال: في قول يعطون الصدقات كما كان قوله: **(وتأويله، إلى قوله: لا يحل له طلب الصدقة إلا إذا كان غازياً الخ)** أقول: أنت خبير بأنه لا طلب للصدقة في الغنى المهدي إليه، ففي هذا التأويل كلام قوله: **(وهم أحد وعشرون)** أقول: مخالف لما سبق من الشارح فكانت الأسهم ثمانية. وجوابه أن ذلك أيضاً قول منه قوله: **(لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعة للتمليك)** أقول: الاستحقاق أحد معاني اللام، ذكره ابن هشام قوله: **(تنبيه عن الحاجة الخ)** أقول:

لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق. ولنا أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق، وهذا لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى، وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته، والذي ذهبنا إليه مروي عن عمر وابن

متصدق إلى الأصناف العام كل منها الشامل لكل فرد فرد بمعنى أنهم أجمعين أخص بها كلها، وهذا لا يقتضي لزوم كون كل صدقة واحدة تنقسم على أفراد كل صنف، غير أنه استحال ذلك فلزم أقل الجمع منه، بل أن الصدقات كلها للجميع أعم من كون كل صدقة صدقة لكل فرد فرد لو أمكن، أو كل صدقة جزئية لطائفة أو لواحد. وأما على اعتبار أن الجمع إذا قوبل بالجمع أفاد من حيث الاستعمال العربي انقسام الآحاد على الآحاد نحو ﴿جعلوا أصابعهم في آذانهم﴾ [نوح ٧] وركب القوم دوابهم، فالإشكال أبعد حينئذ إذ يفيد أن كل صدقة لواحد، وعلى هذا الوجه لا حاجة إلى نفي أنها للاستحقاق بل مع كونها له يجيء هذا الوجه فلا يفيد الجمع من كل صنف، إلا أنهم صرحوا بأن المستحق هو الله سبحانه غير أنه أمر بصرف استحقاقه إليهم على إثبات الخيار للمالك في تعيين من يصرفه إليه فلا تثبت حقيقة الاستحقاق لواحد إلا بالصرف إليه إذا قبله لا تعين له ولا استحقاق إلا لمعين، وجبر الإمام لقوم علم أنهم لا يؤدون الزكاة على إعطاء الفقراء ليس إلا للخروج عن حق الله تعالى لا لحقهم، ثم رأينا المروي عن الصحابة نحو ما ذهبنا إليه، رواه البيهقي عن ابن عباس، وابن أبي شيبة عن عمر، وروى الطبري في هذه الآية: أخبرنا عمران بن عيينة عن عطاء عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة ٦٠] الآية، قال: في أي صنف وضعته أجزأك اهـ. أخبرنا جرير عن ليث عن عطاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ [التوبة ٦٠] الآية، قال: أيما صنف أعطيته من هذا أجزأ عنك. حدثنا حفص عن ليث عن عطاء عن عمر أنه كان يأخذ الفرض من الصدقة فيجعله في صنف واحد. وروى أيضاً عن الحجاج بن أرطاة عن المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عن حذيفة أنه قال: إذا وضعتها في صنف واحد أجزأك، وأخرج نحو ذلك عن سعيد بن جبير: وعطاء بن أبي رباح وإبراهيم النخعي، وأبي العالية وميمون بن مهران بأسانيد حسنة[(١)]. واستدل ابن الجوزي في التحقيق بحديث معاذ فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم[(٢)]. والفقراء صنف واحد. وفيه نظر تسمعه قريباً. وقال أبو عبيد في كتاب الأموال: ومما

استقبلت جزءاً منها كنت ممتثلاً للأمر، ألا ترى أن الله تعالى ذكر الأصناف بأوصاف تنبىء عن الحاجة، فعرفنا أن المقصود سد خلة المحتاج فصاروا صنفاً واحداً في التحقيق. وقوله: (وهذا) أي ما ذكرنا أن الإضافة إليهم لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق (لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر) أي الحاجة (صاروا مصارف) لما ذكرنا أنه تعالى ذكر الأصناف بأوصاف تنبىء عن الحاجة (فلا يبالي باختلاف جهاته). وقوله: (ولا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي) واضح والضمير

ممنوع في العامل والمؤلفة قوله: (وقوله ولا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي واضح، والضمير في من أغنيائهم راجع إلى المسلمين بالإجماع) أقول: هذا لا يدل على النفي عمن عداهم ولذلك كان يؤدي الزكاة في زمنه عليه الصلاة والسلام إلى الكافر من المؤلفة قلوبهم قوله: (أجيب بأنه مشهور الخ) أقول: ويجوز أن يجاب أيضاً بأن يقال: المراد في الآية الفقراء المعهودون فقراء المسلمين. قوله: (وليس

---

(١) هذه الآثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٩٧ و٣٩٨.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٥٨، ١٣٩٥، ٢٤٤٨، ١٤٩٦ ومسلم ١٩ وأبو داود ١٥٨٤ والترمذي ٦٢٥ والنسائي ٥/ ٢ وابن ماجه ١٧٨٣ والدارمي ١/ ٣٧٩، ٣٨٤ والدارقطني ٢/ ١٣٦ والبيهقي ٤/ ١٠١ وابن حبان ١٥٦ وأحمد ١/ ٢٣٣ كلهم من حديث ابن عباس ولفظه: «أن رسول الله ﷺ لما بث معاذاً رضي الله عنه على اليمن قال: «إنك تقدم على قوم أهل كتاب، فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله، فإذا عرفوا الله، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا الصلاة، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم زكاة من أموالهم وتُردُّ على فقرائهم، فإذا أطاعوا بها، فخذ منهم وتوق كرائم أموال الناس».
وفي لفظ آخر للبخاري: «. . . فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم».

عباس رضي الله عنهم (**ولا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي**) لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه «خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم». قال: (**ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة**) وقال الشافعي رحمه الله: لا يدفع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بالزكاة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «تصدقوا على أهل الأديان كلها» ولولا

يدل على صحة ذلك أن النبي ﷺ أتاه بعد ذلك مال، فجعله في صنف واحد وهم المؤلفة قلوبهم الأقرع بن حابس وعيينة بن حصن وعلقمة بن علاثة وزيد الخيل قسم فيهم الذهبية التي بعث بها معاذ من اليمن[1]. وإنما تؤخذ من أهل اليمن الصدقة، ثم أتاه مال آخر فجعله في صنف آخر، وهم الغارمون فقال لقبيصة ابن المخارق حين أتاه، وقد تحمل حمالة «يا قبيصة أقم حتى تأتينا الصدقة فتأمر لك بها»[2]. وفي حديث سلمة بن صخر البياضي أنه أمر له بصدقة قومه[3]. وأما الآية فالمراد بها بيان الأصناف التي يجوز الدفع إليهم، قيل: ولم يرو عن غيرهم ما يخالفهم قولاً ولا فعلاً. قوله: (**لقوله ﷺ لمعاذ الخ**) رواه أصحاب الكتب السنة من حديث ابن عباس قال: قال عليه الصلاة والسلام «إنك ستأتي قوماً أهل كتاب، فأدعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوا لذلك فإياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب»[4] قوله: (**ويدفع لهم**) أي لأهل الذمة (**ما سوى ذلك**) كصدقة الفطر والكفارات، ولا يدفع ذلك لحربي ومستأمن، وفقراء المسلمين أحب قوله: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «تصدقوا على أهل الأديان كلها»**) روى ابن أبي شيبة مرسلاً حدثنا جرير بن عبد الحميد عن أشعث عن جعفر عن سعيد بن جبير قال: قال رسول الله ﷺ «لا تصدقوا إلا على أهل دينكم، فأنزل الله تعالى ﴿**ليس عليك هداهم**﴾ إلى قوله﴿**وما تنفقوا من خير يوف إليكم**﴾ [البقرة ٢٧٢] فقال ﷺ: تصدقوا على أهل الأديان كلها»[5]، وقال أيضاً مرسلاً، حدثنا أبو معاوية

في من أغنيائهم راجع إلى المسلمين بالإجماع لأن الزكاة لا تجب على الكافر، فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم. فإن قيل: هذا زيادة على النص وهو قوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء**﴾ بخبر الواحد وهو لا يجوز. أجيب بأنه مشهور تلقته الأمة بالقبول فجاز الزيادة به. وقوله: (**ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة**) يعني إلى الذمي لأنه هو المذكور أولاً دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين أولى. وقوله: (**تصدقوا على أهل الأديان كلها**) يقتضي شيئين: أحدهما أن يجوز الصرف إلى الحربي والمستأمن، والثاني جواز دفع الزكاة أيضاً. وأجاب عن الثاني بقوله (**ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة**) لأن قوله «تصدقوا» مطلق فإن معناه افعلوا التصدق. فمنهم من قال: معناه أنه مخصوص به وليس بشيء لأن المطلق ليس بعام، ومنهم يقول: معناه العمل بالدليلين، وذلك لأن قوله ﷺ تصدقوا على أهل الأديان كلها يقتضي جواز دفع الزكاة

بشيء لأن المطلق ليس بعام) أقول: مع أن التاريخ غير معلوم قوله: (**ومنهم من يقول معناه الخ**) أقول: مراده تخصيص عموم أهل الأديان

---

(١) ذكره أبو عبيد في كتاب الأموال ص٥٨ هكذا بلا سند.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٤٤ وأبو داود ١٦٤٠ والدارمي ١٦٣٠ والدارقطني ٢/ ١١٩، ١٢٠ والطحاوي ٢/ ١٧، ١٨ والطيالسي ١٣٢٧ والبيهقي ٧/ ٢١، ٢٣ وابن حبان ٣٣٩٦ وأحمد ٣/ ٤٧٧، ٥/ ٦٠ كلهم من حديث قبيصة بأتم منه وفيه: ثم قال: «يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاث، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك. . . .».

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢١٣ وأحمد ٤/ ٣٧ كلاهما من حديث سلمة الزرقي وفيه: «كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل رمضان خفت أن أصيب امرأتي، فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان، فلم ألبث أن نزوت عليها. . . . قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم. . . .»

قال أبو داود زاد ابن البلاء: قال ابن ادريس: بياضة بطن من بني زريق اهـ ورجاله ثقات. وابن إسحق حديثه حسن.

(٤) هو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث. ولفظ «واتق دعوةَ المظلوم. . . .» عند البخاري ١٤٩٦

(٥) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/ ٣٩٨ عن سعيد بن جبير مرسلاً.

حديث معاذ رضي الله تعالى عنه لقلنا بالجواز في الزكاة **(ولا يبني بها مسجد ولا يكفن بها ميت)** لانعدام التمليك وهو الركن **(ولا يقضي بها دين ميت)**

عن الحجاج عن سالم المكي عن محمد ابن الحنفية قال: كره الناس أن يتصدقوا على المشركين فأنزل الله سبحانه **﴿ليس عليك هداهم﴾** [البقرة ٢٧٢] قال: فتصدق الناس عليهم[١]. وروى أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب الأموال حدثنا علي بن الحسن عن أبي سعيد بن أبي أيوب عن زهرة بن معبد عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ تصدق على أهل بيت من اليهود بصدقة فهي تجري عليهم[٢] قوله: **(ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز)** أي بجواز دفع الزكاة إلى الذمي، لكن حديث معاذ مشهور فجازت الزيادة به على إطلاق الكتاب. أعني إطلاق الفقراء في الكتاب أو هو عام خص منه الحربي بالإجماع مستندين إلى قوله تعالى **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾** [الممتحنة ٩] فجاز تخصيصه بعد بخبر الواحد قوله: **(لانعدام التمليك وهو الركن)** فإن الله تعالى سماها صدقة. وحقيقة الصدقة تمليك المال من الفقير، وهذا في البناء ظاهر وكذا في التكفين لأنه ليس تمليكاً للكفن من الميت ولا الورثة، ولذا لو أخرجت السباع الميت فأكلته كان الكفن لصاحبه لا لهم قوله: **(لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه)** ولذا لو تصادق الدائن والمديون على أن لا دين كان للمزكي أن يسترد من القابض، ومحمل هذا أن يكون بغير إذن الحي، أما إذا كان بإذنه وهو فقير فيجوز عن الزكاة على أنه تمليك منه والدائن بقبضه بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضاً لنفسه. وفي الغاية نقلاً من المحيط والمفيد: لو قضى بها دين حي أو ميت بأمره جاز، ومعلوم إرادة قيد فقر المديون، وظاهر فتاوى قاضيخان يوافقه، لكن ظاهر إطلاق الكتاب وكذا عبارة الخلاصة حيث قال: لو بني مسجداً بنية الزكاة أو حج أو أعتق أو قضى دين حي أو ميت بغير إذن الحي لا يجوز عدم الجواز في الميت مطلقاً، ألا ترى إلى تخصيص الحي في حكم عدم الجواز بعدم الإذن وإطلاقه في الميت وقد يوجه بأنه لا بد من كونه تمليكاً للمديون والتمليك لا يقع عند أمره بل عند أداء المأمور وقبض النائب، وحينئذ لم يكن المديون أهلاً للتملك لموته. وقولهم: الميت يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من جهازه ونحوه حاصله بقاؤه بعد ابتداء ثبوته حالة الأهلية، وأين هو من حدوث ملكه بالتمليك والتملك ولا يستلزمه. وعما قلنا يشكل استرداد المزكي عند التصادق

إليهم، وحديث معاذ يقتضي عدمه. فقلنا: حديث معاذ في الزكاة والآخر فيما سواها من الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملاً بالدليلين، ولم يذكر الجواب عن الأول، وأجيب عنه بأنه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله تعالى **﴿إنما ينهاكم الله عن اللذين قاتلوكم في الدين﴾** وفيه نظر لأنه لحقه بيان التقرير. وهو يمنع الخصوص على ما عرف في الأصول، ولا يدفع بما قيل كلمة «كل» لتأكيد الأديان لا لتأكيد الأهل فتأمل فإنه غامض سلمناه، ولكن يقتضي أن يكون المخصص مقارناً عندنا وليس بثابت على أن النهي في الآية عن التولي عن البر فلا يكون له التعلق بالصدقة، ويمكن أن يقال: أمرنا بالمقاتلة معهم بآيات القتال، فإن كان شيء منها متأخراً عن هذا الحديث كان ناسخاً في حقهم، وإن لم يكن لم يبق الحديث معمولاً به في حقهم لأن التصدق عليهم مرحمة لهم ومواساة، وهي منافية لمقتضى الآية وليس في مرتبتها فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولاً به في حق أهل الذمة عملاً بالدليل بقدر الإمكان وقوله: **(وهو الركن)** لأن الأصل في دفع الزكاة تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزءاً من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقروناً بالنية، ولقائل أن يقول: قولكم التمليك ركن دعوى مجردة إذ ليس في الأدلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا

به فتأمل قوله: **(والمستأمن بقوله تعالى ﴿إنما ينهاكم الله﴾ الخ)** أقول: هذه الآية في سورة الممتحنة قوله: **(وفيه نظر لأنه لحقه بيان التقرير)** أقول: يعني قوله كلها في قوله «تصدقوا على أهل الأديان كلها» قوله: **(ولا يدفع بما قبل الخ)** أقول: القائل هو الكاكي قوله:

---

(١) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة ٣/ ٣٩ عن محمد ابن الحنفية مرسلاً.

(٢) مرسل. أخرجه ابن زنجويه من كتاب الأموال كما في نصب الراية ٢/ ٣٩٨، وكذا أبو عبيد ص٦١٣ كلاهما عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت.

إذا وقع بأمر المديون لأن بالدفع وقع الملك للفقير بالتمليك وقبض النائب: أعني الفقير. وعدم الدين في الواقع إنما يبطل به صيرورته قابضاً بعد القبض نيابة لا التمليك، الأول لأن غاية الأمر أن يكون ملك فقيراً على ظن أنه مديون وظهور عدمه لا يؤثر عدمه بعد وقوعه لله تعالى. وإذا لم يكن له أن يسترد من الفقير إذا عجل له الزكاة ثم تم الحول ولم يتم النصاب المعجل عنه لزوال ملكه بالدفع، فلأن لا يملك الاسترداد هنا أولى، بخلاف ما إذا عجل للساعي والمسألة بحالها حيث له أن يسترد لعدم زوال الملك على ما قدمناه، وكذا ما ذكر في الخلاصة والفتاوى، لو جاء الفقير إلى المالك بدراهم ستوقة ليردها فقال المالك، رد الباقي فإنه ظهر أن النصاب لم يكن كاملاً فلا زكاة علي ليس له أن يسترد إلا باختيار الفقير فيكون هبة مبتدأة من الفقير حتى لو كان الفقيير صبياً لم يجز أن يأخذه منه وإن رضي فهنا أولى.

[فرع] لو أمر فقيراً بقبض دين له على آخر نواه عن زكاة عين عنده جاز لأن الفقير يقبض عيناً فكان عيناً عن عين، ولو تصدق بدين له على فقير ينويه عن زكاته جاز عن ذلك الدين لا عن عين ولا دين آخر. قوله: (**لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تحلّ الصدقة لغني»**) أخرج أبو داود عن الترمذي عن ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام «لا تحلّ الصدقة لغني ولا لذي مرة سويّ»[1] حسنه الترمذي، وفيه ريحان بن زيد تكلم فيه، ووثقه ابن معين، وقال ابن حبان: كان أعرابي صدق. ولهذا الحديث طرق كثيرة عن جماعة من الصحابة كلهم يرويه عن رسول الله، وأحسنها عندي ما أخرجه النسائي وأبو داود عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عديّ ابن الخيار وقال «أخبرني رجلان أنهما أتيا النبي ﷺ وهو يقسم الصدقة فسألاه، فرفع فينا البصر وخفضه فرآنا جلدين، فقال: إن شئتما

قوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء**﴾ وأنتم جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك. والجواب: أن معنى قولهم للعاقبة أن المقبوض يصير ملكاً لهم في العاقبة فهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم تبق دعوى مجردة، وقوله: (**لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه**) بدليل أن الدائن والمديون إذا تصادقا أن لا دين بينهما فللمؤدي أن يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكاً للقابض، وإنما قيد بدين الميت لأنه لو قضى دين حي بأمره وقع عن الزكاة كأنه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة. وقوله: (**ولا تشتري بها رقبة**) ظاهر. وقوله: (**ولا يدفع**

(**أمرنا بالمقاتلة معهم**) أقول: لم نؤمر بالمقاتلة مع المستأمنين. قوله: (**إذ ليس في الأدلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾** وأنتم جعلتم اللازم للعاقبة دون التمليك) أقول: ممنوع، فإن الله تعالى سماها صدقة، وحقيقة الصدقة تمليك المال من الفقير كما يجيء في الهبة قوله: (**ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام**) أقول: لا يدل لام العاقبة على التمليك كما في قوله تعالى ﴿**فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزناً**﴾ وكما في قول الشاعر:

لدوا للموت وابنوا للخراب

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٦٣٤ والترمذي ٦٥٢ والدارمي ١/ ٣٨٧ والدارقطني ٢/ ١١٨ والبيهقي ٧/ ١٣ والطيالسي ٢٢٧١ وعبد الرزاق ٧١٥٥ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٠٧ والحاكم ١/ ٤٠٧ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو. حسنه الترمذي، وكذا الحافظ في التلخيص ٣/ ١٠٨ وفي إسناده ريحان بن يزيد قال عنه صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي: قال أبو حاتم: شيخ مجهول. ووثقه ابن معين، وقال ابن حبان: كان أعرابياً صدوقاً. قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٩٩، وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه النسائي ٥/ ٩٩ وابن ماجه ١٨٣٩ والطحاوي ٢/ ١٤ والبيهقي ٧/ ١٤ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٠٧ والدارقطني ٢/ ١١٨ والحاكم ١/ ٤٠٧ كلهم من حديث أبي هريرة. صححه الحاكم ووافقه الذهبي.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٩٩ قال صاحب التنقيح: رواته ثقات إلا أن أحمد بن حنبل قال: سالم بن أبي الجعد لم يسمع من أبي هريرة.
وقال ابن حجر: سالم بن أبي الجعد ثقة، وكان يرسل كثيراً اهـ وللحديث طرق أخرى ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٠، ٤٠١ فهو حسن لشواهده والله أعلم.

(**ولا تشتري بها رقبة تعتق**) خلافاً لمالك ذهب إليه في تأويل قوله تعالى ﴿**وفي الرقاب**﴾ ولنا أن الإعتاق إسقاط الملك وليس بتمليك (**ولا تدفع إلى غنيّ**) لقوله ﷺ «لا تحل الصدقة لغنيّ» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في غنيّ الغزاة. وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما روينا. قال: (**ولا يدفع المزكي زكاته إلى أبيه وجده وإن علا، ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل**) لأن منافع الأملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال (**ولا إلى**

أعطيتكما ولاحظ فيها لغنيّ ولا لقويّ مكتسب»(١). قال صاحب التنقيح: حديث صحيح. قال الإمام أحمد: ما أجوده من حديث هو أحسنها إسناداً، فهذا مع حديث معاذ يفيد منع غني الغزاة والغارمين عنها، فهو حجة على الشافعي في تجويزه لغني الغزاة إذا لم يكن له شيء في الديوان ولم يأخذ من الفيء. وما تقدم من أن الفقراء في حديث معاذ صنف واحد كما قاله ابن الجوزي غير صحيح، فإن ذلك المقام مقام إرسال البيان لأهل اليمن وتعليمهم، والمفهوم من فقرائهم من اتصف بصفة الفقر أعم من كونه غارماً أو غازياً، فلو كان الغني منهما مصرفاً كان فوق ترك البيان في وقت الحاجة لأن في ذلك إبقاء للجهل البسيط، وفي هذا إيقاعهم في الجهل المركب لأن المفهوم لهم من ذلك أن الغني مطلقاً ليس يجوز الصرف إليه غازياً أو غيره، فإذا فرض أنه خلاف الواقع لزم ما قلنا وهو غير جائز فلا يجوز ما يفضي إليه مع أن نفس الأسماء المذكورة في الآية تفيد أن المناط في الدفع إليهم الحاجة لما عرف من تعليق الحكم بالمشتق أن مبدأ اشتقاقه علته، ومأخذ الاشتقاقات في هذه الأسماء تنبه على قيام الحاجة، فالحاجة هي العلة في جواز الدفع إلا المؤلفة قلوبهم، فإن مأخذ اشتقاقه يفيد أن المناط التأليف وإلا العامل فإنه يفيد أنه العمل، وفي كون العمل سبباً للحاجة تردد فإنه ظاهراً يكون له أعونة وخدم ويهدي إليه وغالباً تطيب نفس إمامه له بكثير مما يهدي إليه فلا تثبت عليه الفقر في حقه بالشك، وما رواه أبو داود وابن ماجه ومالك عنه عليه الصلاة والسلام «لا تحل الصدقة لغنيّ إلا لخمسة: العامل عليها ورجل اشترها بماله، وغارم وغاز في سبيل الله، ورجل له جار مسكين تصدّق بها عليه فأهداها إلى الغني»(٢) قيل: لم يثبت، ولو ثبت لم يقو قوّة حديث معاذ فإنه رواه أصحاب الكتب الستة مع قرينة من الحديث الآخر، ولو قوي قوّته ترجح حديث معاذ بأنه مانع، وما رواه مبيح مع أنه دخله التأويل عندهم حيث قيد الأخذ له بأن لا يكون له شيء في الديوان ولا أخذ من الفيء وهو أعم من ذلك،

المزكي زكاته إلى أبيه) أي من يكون بينهما قرابة ولاد أعلى أو أسفل، وأما ما سواهم من القرابة فيتم الإيتاء بالصرف إليه، وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم. وقوله: (**للاشتراك في المنافع عادة**) لأن الله تعالى قال ﴿**ووجدك عائلاً فأغنى**﴾ قيل: بمال

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٥/٩٩، ١٠٠ وكذا أبو داود ١٦٣٣ والشافعي ١/٢٤٢ والدارقطني ٣/١١٩ وعبد الرزاق ٧١٥٤ وأحمد ٤/٢٢٤ و٥/٣٦٢ كلهم من حديث عبيد الله بن عدي بن الخيار أن رجلين حدثاه: أنهما أتيا النبي ﷺ... فذكره. ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم، وجهالة الصحابي لا تضر. وورد من حديث أبي هريرة أخرجه النسائي ٥/٩٩ وابن ماجه ١٨٣٨ والطحاوي ٢/١٤ والدارقطني ٢/١١٨ والبيهقي ٧/١٤ والحاكم ١/٤٠٧ وابن حبان ٣٢٩٠ قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٣٩٩: قال صاحب التنقيح: رواته ثقات إلا أن أحمد بن حنبل قال: سالم ابن أبي الجعد لم يسمع من أبي هريرة اهـ وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وورد أيضاً من حديث عبد الله بن عمرو. أخرجه أبو داود ١٦٣٤ والترمذي ٦٥٢ والدارمي ١/٣٨٧ والحاكم ١/٤٠٧ وعبد الرزاق ٧١٥٥ والدارقطني ٢/١١٨ والبيهقي ٧/١٣ قال الزيلعي في نصب الراية: قال صاحب التنقيح: وريحان بن يزيد قال أبو حاتم: شيخ مجهول ورثقه ابن معين وقال ابن حبان: كان أعرابياً صدوقاً.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ١٦٣٥ وابن ماجه ١٨٤١ وابن الجارود في المنتقى ٣٦٥ والحاكم ١/٤٠٧ والبيهقي ٧/١٥ وأحمد ٣/٥٦ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري صححه الحاكم ووافقه الذهبي: وهو كما قالا إسناده على شرطهما. وأخرجه مالك ١/٢٦٨ وأبو داود ١٦٣٥ والحاكم ١/٤٠٧ والبيهقي ٧/١٥ كلهم عن عطاء بن يسار مرسلاً. قال الحاكم: صحيح فقد يرسل ملك في الحديث ويصله ويُسنده ثقة، والقول فيه: قول الثقة الذي يصله ويسنده اهـ وسكت الذهبي. وقال المنذري في مختصره ٢/٢٣٥: قال ابن عبد البر: قد وصل هذا الحديث جماعة من رواية زيد بن أسلم.

وقال ابن حجر في التلخيص ٣/١١١ بعد أن ذكر الاختلاف فيه على زيد: أنه صححه جماعة اهـ فالحديث بطريقيه المرسل والموصول يكون جيداً. والله أعلم.

امرأته) للاشتراك في المنافع عادة **(ولا تدفع المرأة إلى زوجها)** عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا، وقالا: تدفع إليه لقوله عليه الصلاة والسلام «لك أجران: أجر الصدقة، وأجر الصلة» قاله لامرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقد

وذلك يضعف الدلالة بالنسبة إلى ما لم يدخله تأويل قوله: **(ولا يدفع المزكي زكاته الخ)** الأصل أن كل من انتسب إلى المزكي بالولاد أو انتسب هو له به لا يجوز صرفها له، فلا يجوز لأبيه وأجداده وجدّاته من قبل الأب والأم وإن علوا، ولا إلى أولاده وأولادهم وإن سفلوا، ولا يدفع إلى المخلوق من مائة بالزنا ولا إلى ولد أم ولده الذي نفاه، ولو تزوجت امرأة الغائب قال أبو حنيفة الأولاد من الأول، ومع هذا يجوز للأول دفع الزكاة إليهم، وسائر القرابات غير الولاد يجوز الدفع إليهم، وهو أولى لما فيه من الصلة مع الصدقة كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، ولو كان بعضهم في عياله ولم يفرض القاضي النفقة له عليه فدفعها إليه ينوي الزكاة جاز عن الزكاة، وإن فرضها عليه فدفعها ينوي الزكاة لا يجوز لأنه أداء واجب في واجب آخر فلا يجوز إلا إذا لم يحتسبها بالنفقة لتحقق التمليك على الكمال. وفي الفتاوى والخلاصة: رجل له أخ قضي عليه بنفقته فكساه وأطعمه ينوي به الزكاة قال أبو يوسف يجوز، وقال محمد: يجوز في الكسوة لا في الإطعام. وقول أبي يوسف في الإطعام خلاف ظاهر الرواية وهذا خلاف ما قبله. ويمكن بناء الاختلاف في الإطعام على أنه إباحة أو تمليك، وفي الكافي عائل يتيم أطعمه عن زكاته صح خلافاً لمحمد لوجود الركن وهو التمليك، وهذا إذا سلم الطعام إليه، أما اذا لم يدفع إليه لا يجوز لعدم التمليك اهـ. ومقتضاه أن محمد لا يجيزه وإن سلم الطعام اليه مع أنه لا قضاء في هذه المسألة وهو بعيد من محمد رحمه الله قوله: **(ولا إلى الضحى امرأته للاشتراك في المنافع)** قال الله تعالى **﴿ووجدك عائلا فأغنى﴾** [الضحى ٨] أي بمال خديجة. وإنما كان منها إدخاله عليه الصلاة والسلام في المنفعة على وجه الإباحة والتمليك أحياناً فكان الدافع إلى هؤلاء كالدافع لنفسه من وجه إذ كان ذلك الاشتراك ثابتاً، وكذا لا يدفع إليهم صدقة فطره وكفارته وعشره، بخلاف خمس الركاز يجوز دفعه لهم لأنه لا يشترط فيه إلا الفقر، ولهذا لو افتقر هو قبل أن يخرجه جاز أن يمسكه لنفسه، فصار الأصل في الدفع المسقط كونه على وجه تنقطع منفعته عن الدافع ذكروا معناه ولابد من قيد آخر، وهو مع قبض معتبر احترازاً عما لو دفع للصبي الفقير غير العاقل والمجنون فإنه لا يجوز، وإن دفعها الصبي إلى أبيه قالوا: لا يجوز. كما لو وضع زكاته على دكان فجاء الفقير وقبضها لا يجوز فلا بد في ذلك من أن يقبضها لهما الأب أو الوصي أو من كانا في عياله من الأقارب أو الأجانب الذين يعولونه. والملتقط يقبض للقيط، ولو كان الصبي مراهقاً أو يعقل القبض بأن كان لا يرمي به ولا يخدع عنه يجوز. ولو وضع الزكاة على يده فانتهبها الفقراء جاز، وكذا إن سقط ماله من يده فرفعه فقير فرضي به جاز إن كان يعرفه والمال قائم. والدفع إلى المعتوه مجزىء قوله: **(لما ذكرنا)** أي من الاشتراك في المنافع فلم يتحقق الخروج عنه على الكمال، وهما قال: لا يصح القياس مع النص وهو مافي الصحيحين والنسائي عن زينب امرأة ابن مسعود قالت: قال رسول الله ﷺ: «تصدقن يا معشر

خديجة رضي الله عنها. وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني من اشتراك المنفعة، ألا ترى أن كلا منهما متهم في حق صاحبه حتى لا تجوز شهادته له، وإن كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب كما في الولاد، فكما أن الولاد مانع فكذا ما يتفرع منه الولاد وقوله: **(قلنا هو محمول على النافلة)** لما روي أنها كانت امرأة صنعة اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك وبه نقول. وقوله: **(وله حق في كسب مكاتبه)** ظاهر، ألا ترى أنه لو تزوّج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه. وقوله: **(ولا إلى عبد قد أعتق بعضه)** بضم الهمزة بأن يكون عبد بين اثنين أحدهما أعتق نصيبه وهو معسر لا يجوز للآخر دفع زكاته إليه لأنه بمنزلة المكاتب عنده وحر مديون عندهما. وقوله: **(بخلاف امرأة الغني)** يعني فإنه يجوز الدفع إليها إذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية. وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه لا يجوز لأنها مكفية المؤنة بما تستوجب النفقة على الغني حالة اليسار والإعسار، فالصرف إليها كالصرف إلى ولد صغير للغني. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب، والفرق بينها وبين الولد

سألته عن التصدّق عليه، قلنا: هو محمول على النافلة. قال: **(ولا يدفع إلى مكاتبه ومدبره وأم ولده)** لفقدان التمليك إذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك **(ولا إلى عبد قد أعتق بعضه)** عند أبي

النساء ولو من حليكنّ، قالت فرجعت إلى عبد الله فقلت: إنك رجل خفيف ذات اليد، وإن رسول الله ﷺ قد أمرنا بالصدقة، فأته فاسأله فإن كان ذلك يجزيء عني وإلا صرفتها إلى غيركم، قالت: فقال لي عبد الله بل ائتيه أنت. قالت: فانطلقت فإذا امرأة من الأنصار بباب رسول الله ﷺ حاجتي حاجتها، قالت: وكان رسول الله ﷺ قد ألقيت عليه المهابة قالت: فخرج علينا بلال فقلت: ائت رسول الله ﷺ فأخبره أن امرأتين بالباب تسألانك هل تجزيء الصدقة عنهما على أزواجهما وعلى أيتام في حجورهما ولا تخبره من نحن، قالت: فدخل بلال على رسول الله ﷺ فسأله، فقال له رسول الله ﷺ: من هما:؟ قال: امرأة من الأنصار وزينب. فقال رسول الله ﷺ: أيّ الزيانب؟ قال: امرأة عبد الله. فقال رسول الله ﷺ: لهما أجران: أجر القرابة، وأجر الصدقة»[1] ورواه البزار في مسنده فقال فيه «فلما انصرف وجاء إلى منزله: يعني النبي ﷺ جاءته زينب امرأة عبد الله فاستأذنت عليه، فأذن لها فقالت: يا نبي الله: إنك اليوم أمرتنا بالصدقة وعندي حليّ لي فأردت أن أتصدّق به، فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدّق به عليهم، فقال عليه الصلاة والسلام: «صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحد من تصدّقت به عليهم»[2] ولا معارضة لازمة بين هذه والأولى في شيء بأدنى تأمل. وقوله وولدك يجوز كونه مجازاً عن الربائب وهم الأيتام في الرواية الأخرى، وكونه حقيقة والمعنى أن ابن مسعود إذا تملكها أنفقها عليهم والجواب: أن ذلك كان في صدقة نافلة لأنها هي التي كان عليه الصلاة والسلام يتخوّل بالموعظة والحث عليها. وقوله هل يجزيء إن كان في عرف الفقهاء الحادث لا يستعمل غالباً إلا في الواجب، لكن كان في ألفاظهم لما هو أعم من النفل لأنه لغة الكفاية، فالمعنى: هل يكفي التصدّق عليه في تحقيق مسمى الصدقة وتحقيق مقصودها من التقرب إلى الله تعالى فيسلم القياس حينئذ عن المعارض قوله: **(وله حق في كسب مكاتبه)** ولذا لو تزوج بأمة مكاتبه لم يجز بمنزلة تزوجه بأمة نفسه قوله: **(لأنه حرّ مديون)** إما أن يكون لفظ أعتق بعضه مبنياً للفاعل أو للمفعول فعلى الأول لا يصلح التعليل لهما بأنه حرّ مديون، إذ هو حرّ كله بلا دين عندهما لأن العتق لا يتجزأ عندهما فإعتاق بعضه إعتاق كله وعلى الثاني لا يصح تعليله عدم الإعطاء بأنه بمنزلة المكاتب عنده لأنه حينئذ مكاتب للغير وهو مصرف بالنص، فلا يعرّي عن الإشكال ويحتاج في دفعه إلى تخصيص المسألة. فإن قريء بالبناء للفاعل فالمراد عبد مشترك بينه وبين ابنه أعتق هو نصيبه فعليه السعاية للابن فلا يجوز له الدفع إليه لأنه كمكاتب ابنه، وكما لا يدفع لابنه لا يجوز الدفع لمكاتبه. وعندهما يجوز لأنه حر مديون للابن. وإن قريء بالبناء للمفعول فالمراد عبد مشترك بين أجنبيين أعتق أحدهما نصيبه فيستسعيه الساكت فلا يجوز للساكت الدفع إليه، لأنه كمكاتب نفسه. وعندهما يجوز لأنه مديونه وهو حرّ، ويجوز أن يدفع الإنسان إلى مديونه أما لو اختار الساكت التضمين كان أجنبياً عن العبد فيجوز له أن يدفع إليه كمكاتب الغير، قوله: **(ولايدفع إلى مملوك غني)** فإن كان مأذوناً مديوناً بما يستغرق رقبته وكسبه جاز الدفع إليه عند أبي حنيفة خلافاً لهما بناء على أن المولى لا يملك كسبه عنده فهو كالمكاتب، وعندهما يملك، ولا إلى مدبره وأم

الصغير للغني أنه يستوجب النفقة عليه بالجزئية فكان الصرف إليه كالصرف إلى الغني وقوله: **(ولا يدفع إلى بني هاشم إلى قوله بمنزلة التبرد بالماء)** ظاهر. واعترض عليه بأن التشبيه بالوضوء على الوضوء كان أنسب باعتبار وجود القربة فيهما، ولهذا اختار صاحب الفتاوى الكبرى حرمة التطوّع أيضاً. وذكر في شرح الآثار أن المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما، وعن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٦٦ ومسلم ١٠٠٠ والترمذي ٦٣٦، ٦٣٥ والنسائي في الكبرى ٩٢٠٠ وابن ماجه ١٨٣٤ والطيالسي ١٦٥٣ والطحاوي ٢/ ٢٢ وأحمد ٣/ ٥٠٢ كلهم من حديث زينب امرأة عبد الله بن مسعود.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ١٤٦٢ وابن حبان ٥٧٤٤ كلاهما من حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه الطحاوي ٢/ ٢٤، ٢٥ من حديث أبي هريرة.

حنيفة رحمه الله لأنه بمنزلة المكاتب عنده وقالا: يدفع إليه لأنه حر مديون عندهما **(ولا يدفع إلى مملوك غني)** لأن الملك واقع لمولاه **(ولا إلى ولد غني إذا كان صغيراً)** لأنه يعد غنياً بيسار أبيه، بخلاف ما إذا كان كبيراً فقيراً لأنه لا يعد غنياً بيسار أبيه وإن كانت نفقته عليه، وبخلاف امرأة الغني لأنها إن كانت فقيرة لا تعدّ غنية بيسار زوجها، وبقدر النفقة لا تصير موسرة **(ولا يدفع إلى بني هاشم)** لقوله عليه الصلاة والسلام «يا بني هاشم إن الله تعالى حرّم عليكم

ولده، بخلاف مكاتبه لأنه مصرف بالنص. وفي الذخيرة: إذا كان العبد زمناً وليس في عيال مولاه ولا يجد شيئاً أو كان مولاه غائباً يجوز، روي ذلك عن أبي يوسف اهـ. وفيه نظر لأنه لا ينتفي وقوع الملك لمولاه بهذا العارض وهو المانع، وغاية ما في هذا الوجوب كفايته عن السيد وتأثيمه بتركه واستحباب الصدقة النافلة عليه، وقد يجاب بأنه عند غيبة مولاه الغني وعدم قدرته على الكسب لا ينزل عن حال ابن السبيل قوله: **(ولا إلى ولد غنيّ إذا كان صغيراً)** ولا فرق بين الذكر والأنثى، وبين أن يكون في عيال الأب أو لا في الصحيح. وفي الفتاوى: لو دفع الزكاة إلى ابنة غني يجوز في رواية عن أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وكذا إذا دفع إلى فقير له ابن موسر. وقال أبو يوسف إن كان في عيال الغني لا يجوز وإن لم يكن جاز قوله: **(إن كانت نفقته عليه)** بأن كان زمناً أو أعمى ونحوه بخلاف بنت الغني الكبيرة فإنها تستوجب النفقة على الأب، وإن لم يكن بها هذه الأعذار وتصرف الزكاة إليها لما ذكر في الابن الكبير قوله: **(وبخلاف امرأة الخ)** هذا ظاهر الرواية، وسواء فرض لها النفقة أو لا، وعن أبي يوسف لا يجزئه لأنها مكفيه بما توجبه على الغني فالصرف إليها كالصرف إلى ابن الغني. وجه الظاهر ما في الكتاب. والفرق أن استيجابها النفقة بمنزلة الأجرة، بخلاف وجوب نفقة الولد الصغير، لأنه مسبب عن الجزئية فكان كنفقة نفسه، فالدفع إليه كالدفع إلى نفس الغني قوله: **(ولا يدفع إلى بني هاشم)** هذا ظاهر الرواية، وروى أبو عصمة عن أبي حنيفة أنه يجوز في هذا الزمان وإن كان ممتنعاً في ذلك الزمان. وعنه وعن أبي يوسف أنه يجوز أن يدفع بعض بني هاشم إلى بعض زكاتهم. وظاهر لفظ المروي في الكتاب وهو قوله عليه الصلاة والسلام «يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس»[1] لا ينفيه للقطع بأن المراد من الناس غيرهم لأنهم المخاطبون بالخطاب المذكور عن آخرهم، والتعويض بخمس الخمس عن صدقات الناس لا يستلزم كونه عوضاً عن صدقات أنفسهم، لكن هذا اللفظ غريب، والمعروف ما في مسلم عن عبد المطلب بن ربيعة ابن الحرث قال: «اجتمع ربيعة والعباس بن عبد المطلب فقالا: لو بعثنا هذين الغلامين لي وللفضل بن العباس إلى رسول الله ﷺ فأمرهما على هذه الصدقة فأصابا منها كما يصيب الناس، فقال عليّ: لا ترسلوهما فانطلقنا حتى دخلنا على رسول الله ﷺ وهو يومئذ عند زينب بنت جحش فقلنا: يا رسول الله قد بلغنا النكاحَ وأنت أبرّ الناس

أبي حنيفة فيهما روايتان. وأجيب بأن المال في التطهير دون الماء لأن المال مطهر حكماً والماء مطهر حقيقة وحكماً، فيكون المال مطهراً من وجه دون وجه، فجعلناه متدنساً في الفرض دون النفل عملاً بالوجهين. وقوله: **(وهم آل عليّ)** ظاهر. وقوله: **(وأما مواليهم فلما روي أن مولى لرسول الله ﷺ)** هو أبو رافع روى صاحب السنن مسنداً إلى أبي رافع «أن النبي ﷺ

قوله: **(حالة اليسار والإعسار)** أقول: أي حالة يسار المرأة وإعسارها قوله: **(وقوله ولا يدفع إلى بني هاشم الخ)** أقول: قال في النهاية. يجوز النفل للهاشمي مطلقاً بالإجماع، وكذا يجوز النفل للغني كذا في فتاوى العتابي اهـ.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٠٣ وقال ابن حجر في الدراية ١/٢٦٨: هو مذكور بالمعنى من حديث عبد المطلب بن ربيعة مرفوعاً: «إن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس، وإنها لا تحل لمحمدَ ولا لآل محمد» اهـ أخرجه مسلم ١٠٧٢ وأبو داود ٢٩٨٥ والنسائي ٥/١٠٦ والطحاوي ١/١٩٩ والبيهقي ٧/٣١ وأحمد ٤/١٦٦ كلهم من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث وله قصة.

غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» بخلاف التطوّع، لأن المال ههنا كالماء يتدنس بإسقاط

وأوصل الناس، وجئناك لتؤمرنا على هذه الصدقات فنؤدي إليك كما تؤدّي الناس ونصيب كما يصيبون، قال: فسكت طويلاً ثم قال: إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس، ادعوا لي محمية بن جزء، رجلاً من بني أسد كان رسول الله ﷺ يستعمله على الأخماس، ونوفل بن الحرث بن عبد المطلب، فأتياه فقال لمحمية: أنكح هذا الغلام ابنتك للفضل بن العباس، فأنكحه، وقال لنوفل بن الحرث: أنكح هذا الغلام ابنتك، فأنكحني، وقال لمحمية: أصدق عنهما من الخمس كذا وكذا»[١] وهذا ما وعدناك من النص على عدم حل أخذها للعامل الهاشمي، ولا يجب فيه حمل الناس على غيرهم بخلاف لفظ الهداية ولفظه للطبراني «لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء إنما هي غسالة أيدي الناس، وإن لكم في خمس الخمس ما يغنيكم»[٢] يوجب تحريم صدقة بعضهم على بعض. وكذا ما روى البخاري عنه عليه الصلاة والسلام «نحن أهل البيت لا تحلّ لنا الصدقة»[٣] ثم لا يخفى أن هذه العمومات تنتظم الصدقة النافلة والواجبة فجروا على موجب ذلك في الواجبة، فقالوا: لا يجوز صرف كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد وعشر الأرض وغلة الوقف إليهم. وعن أبي يوسف: يجوز في غلة الوقف إذا كان الوقف عليهم لأنهم حينئذ بمنزلة الوقف على الأغنياء فإن كان على الفقراء ولم يسم بني هاشم لا يجوز، ومنهم من أطلق في منع صدقة الأوقاف لهم، وعلى الأول إذا وقف على الأغنياء يجوز الصرف إليهم، وأما الصدقة النافلة فقال في النهاية: ويجوز النفل بالإجماع، وكذا يجوز النفل للغني، كذا في فتاوى العتابي انتهى. وصرح في الكافي بدفع صدقة الوقف إليهم على أنه بيان المذهب من غير نقل خلاف، فقال: وأما التطوّع والوقف فيجوز الصرف إليهم لأن المؤدي في الواجب يطهر نفسه بإسقاط الفرض فيتدنس المؤدّي كالماء المستعمل، وفي النفل يتبرع بما ليس عليه فلا يتدنس بها المؤدي كمن تبرد بالماء اهـ والحق الذي يقتضيه النظر إجراء صدقة الوقف مجرى النافلة فإن ثبت في النافلة جواز الدفع يجب دفع الوقف وإلا فلا، إذ لاشك في أن الواقف متبرع بتصدّقه بالوقف إذ لا إيقاف واجب، وكأن منشأ الغلط وجوب دفعها على الناظر وبذلك لم تصر صدقة واجبة على المالك بل غاية الأمر أنه وجوب اتباع شرط الواقف على الناظر. فوجوب الأداء هو نفس هذا الوجوب فلنتكلم في النافلة، ثم يعطي مثله للوقف ففي شرح الكنز لا فرق بين الصدقة الواجبة والتطوّع. ثم قال: وقال بعض: يحل لهم التطوّع اهـ. فقد أثبت الخلاف على وجه يشعر بترجيح حرمة النافلة وهو الموافق للعمومات فوجب اعتباره فلا يدفع إليهم النافلة إلا على وجه الهبة مع الأدب وخفض الجناح تكرمة لأهل بيت رسول الله ﷺ. وأقرب الأشياء إليك حديث لحم بريرة الذي تصدّق به عليها لم يأكله حتى اعتبره هدية منها فقال «هو عليها صدقة ولنا منها هدية»[٤] والظاهر أنها كانت صدقة نافلة. وأيضاً لا تخصيص للعمومات إلا بدليل، والقياس الذي ذكره المصنف لا يخص به ابتداء بل بعد إخراج شيء بسمعي سلمناه، لكن لا يتم في القياس المقصود وغير المقصود. أما الثاني فلأنه لم يتم له أصل صحيح وقوله

بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة فقال لأبي رافع اصحبني فإنك تصيب منها، فقال: حتى آتي النبي ﷺ فأسأله، فأتاه فسأله فقال: مولى القوم من أنفسهم، وإنا لا تحل لنا الصدقة» فإن قيل: لو كان مولى القوم منهم لما وجبت الجزية على عبد

---

(١) تقدم تخريجه في الذي قبله.

(٢) حسن لشاهده أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٩١ وقال الهيثمي: وفيه حسين بن قيس الملقب بحنش، وفيه كلام كثير وقد وثقه أبو محصن اهـ. فالحديث غير قوي لكن يقويه ما رواه مسلم وغيره قبل حديث واحد.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٩١ ومسلم ١٠٦٩ كلاهما من حديث أبي هريرة: أخذ الحسن بن علي تمرة من تمر الصدقة، فجعلها في فيه، فقال رسول الله ﷺ: «كَخْ كَخْ ارم بها، أما علمت أنا لا تحل لنا الصدقة».

(٤) صحيح أخرجه البخاري وغيره وسيأتي في الهبة.

الفرض. أما التطوّع فبمنزلة التبرد بالماء. قال: **(وهم آل عليّ وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث بن عبد المطلب ومواليهم)** أما هؤلاء فلأنهم ينسبون إلى بني هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة إليه. وأما مواليهم فلما روي **«أن مولى لرسول الله ﷺ سأله أتحل لي الصدقة؟ فقال: لا أنت مولانا» بخلاف ما إذا أعتق القرشي عبداً نصرانياً**

المال هنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض ظاهره أن الماء أصل، وليس بصحيح إذ حكم الأصل لابد من كونه منصوصاً عليه أو مجمعاً وليس ثبوت هذا الحكم للماء كذلك بل المال هو المنصوص على حكمه هذا من التدنس فهو أصل للماء في ذلك، فإثبات مثله شرعاً للماء إنما هو بالقياس على المال، إذ لا نص في الماء، ونفس المصنف مشى على الصواب في ذلك في بحث الماء المستعمل حيث قال في وجه الرواية المختارة للفتوى إلا أنه يعني الماء أقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة فجعل مال الصدقة أصلاً فكيف يجعل هنا الماء أصلاً لمال الصدقة. وأما القياس المقصود هنا في قوله التطوّع بالصدقة بمنزلة التبرد بالماء غير صحيح، فإنه إلحاق قربة بغير قربة، والصواب في الإلحاق أن يقال منزلة الوضوء على الوضوء ليكون إلحاق قربة نافلة بقربة نافلة، وبعد هذا إن ادعى أن حكم الأصل عدم تدنس ما أقيم به هذه القربة منعنا حكم الأصل فإن التدنس للآلة بواسطة خروج الأثام وإزالة الظلمة والقربة النافلة تفيد ذلك أيضاً بقدره، وقد قالوا في قوله عليه الصلاة والسلام «الوضوء على الوضوء نور على نور»[1] أنه يفيد إزالة الظلمة بقدر إفادة زيادة ذلك النور، ولهذا كان المذهب أن الوضوء النفل إذا كان منوياً يصير الماء به مستعملاً على ما عرف في قوله المستعمل: هو ما أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة، والله أعلم. قوله: **(وهم آل عليّ الخ)** لما كان المراد من بني هاشم الذين لهم الحكم المذكور ليس كلهم بين المراد منهم بعددهم فخرج أبو لهب بذلك حتى يجوز الدفع إلى بنيه لأن حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة من الله تعالى لهم ولذريتهم حيث نصروه عليه الصلاة والسلام في جاهليتهم وإسلامهم وأبو لهب كان حريصاً على أذى النبي ﷺ فلم يستحقها بنوه قوله: **(وأما مواليهم فلما روى الخ)** أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن ابن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ «أن النبي ﷺ بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة فقال لأبي رافع: اصحبني فإنك تصيب منها، قال: حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله، فأتاه فسأله، فقال: مولى القوم من أنفسهم، وإنا لا تحل لنا الصدقة»[2]

كافر أعتقه قرشي لأنه لا جزية عليه. أجاب بقوله **(بخلاف ما إذا أعتق القرشي عبداً نصرانياً حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق)** بفتح التاء **(لأنه هو القياس)** فإن القياس لا يلحق المعتق بالمعتق في حالة ما لأن كل واحد منهما أصل بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرّية، وخطاب الشرع والإلحاق: إنما كان بالنص في حق الصدقة فلا يتعداه، ولهذا يؤخذ من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة. وقوله **(قال أبو حنيفة ومحمد)** هذا على ثلاثة أوجه: إما أن ظهر أنه كان محلاً للصدقة، أو لم يظهر حاله عنده أصلاً، أو ظهر أنه لم يكن محلاً للصدقة. ففي الأولين يجوز بالاتفاق، وفي الثالث جاز عند

قال المصنف: **(ومواليهم)** أقول: عطف على بني هاشم، والظاهر أن يكون معطوفاً على قوله آل علي فيكون المراد من بني هاشم في قوله ولا يدفع إلى بني هاشم آل المذكورين ومواليهم غلبوا عليهم، فقوله وهم آل علي الخ بيان لذلك، وأما عطفه على قوله بني هاشم فيأباه أما وأما فتأمل. قال ابن الهمام. قوله وهم آل علي الخ لما كان المراد من بني هاشم الذين لهم الحكم المذكور ليس كلهم بين المراد منهم بعددهم، فخرج أبو لهب بذلك حتى يجوز الدفع إلى بنيه لأن حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة من الله لهم ولذريتهم حيث نصروه ﷺ في جاهليتهم وفي إسلامهم، وأبو لهب كان حريصاً على أذى النبي ﷺ فلم يستحقها بنوه اهـ قال المصنف: **(أما هؤلاء فلأنهم**

---

(١) تقدم في الطهارة

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٦٥٠ والترمذي ٦٥٧ والنسائي ٥/١٠٧ والطيالسي ٩٧٢ والبيهقي ٧/٣٢ والطحاوي ٢/٨ وابن حبان ٣٢٩٥ والحاكم ١/٤٠٤ وأحمد ٦/٨، ١٠ كلهم من حديث أبي رافع. وله قصة. صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله ثقات. وقال الترمذي: حسن صحيح. وأبو رافع اسمه أسلم، وهو مولى رسول الله ﷺ

تنبيه ألفاظهم متقاربة، فرواية الحاكم والترمذي على تقديم لفظ: «لا تحل لنا...» على لفظ: «مولى القوم...»

حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لأنه القياس والإلحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: **(إذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا إعادة عليه. قال أبو يوسف رحمه الله عليه الإعادة)** لظهور خطئه بيقين وإمكان الوقوف على هذه الأشياء وصار كالأواني والثياب. ولهما حديث معن بن يزيد فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه «يا يزيد لك ما

قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم، وأبو رافع هذا اسمه أسلم، واسم ابنه عبيد الله، وهو كاتب عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: **(وقد خصّ الصدقة)** يعني فيبقى فيما رواه على القياس فتؤخذ منه الجزية ولا يكون كفؤاً لهم قوله: **(وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الإعادة)** ولكن لا يستردّ ما أداه، وهل يطيب للقابض إذا ظهر الحال، لا رواية فيه، واختلف فيه، وعلى القول بأنه لا يطيب يتصدّق به. وقيل: يرده على المعطي على وجه التمليك منه ليعيد الأداء قوله: **(وصار كالأواني)** يفيد أنه مأخوذ في صورة الخلافية كون الأداء بالتحري وإلا قال: وصار كالماء والثياب: يعني إذا تحرى في الأواني في موضع يجوز التحري فيها بأن كانت الغلبة للطاهر منها أو في الثياب. وله أن يتحرى فيها وإن كان الطاهر مغلوباً فوقع تحريه على إناء أو ثوب فصلى فيه وتوضأ منه ثم ظهر نجاسته يعيد اتفاقاً فكذا هذا، ومثله ما إذا قضى القاضي باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه، ولهما حديث معن، وهو ما أخرج البخاري عن معن بن يزيد قال «بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبي وجدّي، وخطب عليّ فأنكحني وخاصمت إليه، وكان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدّق بها فوضعها عند رجل في المسجد، فجئت فأخذتها فأتيته بها، فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ فقال: «لك ما نويت يا يزيد ولك ما أخذت يا معن»[1] اهـ. وهو وإن كان واقعة حال يجوز فيها كون تلك الصدقة كانت نفلاً، لكن عموم لفظ ما في قوله عليه الصلاة والسلام «لك ما نويت»[2] يفيد المطلوب، ولأن الوقوف على هذه الأشياء إنما هو بالاجتهاد لا القطع فيبني الأمر على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة، ولو أمرناه بالإعادة كان بالطريق الأولى من الاجتهاد، ولو فرض

أبي حنيفة ومحمد **(ولا إعادة عليه)** وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني أنه لا رواية فيه، واختلفوا فيه، فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به، وقيل: يرده على االمعطي على وجه التمليك ليعيد الإيتاء وقال أبو يوسف: **(عليه الإعادة)** ولكن لا يسترد ما أداه **(لظهور خطئه بيقين وإمكان الوقوف على هذه الأشياء وصار كالأواني والثياب)** فإن الأواني الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة، فإن غلبت الطاهرة مثل أن يكون إناءان طاهران وواحد نجس، فإنه لا يجوز أن يترك التحرّي، فإذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء، وأما إذا غلبت النجسة أو تساوتا يتيمم ولا يتحرى أما الثياب الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة وليس ثمة علامة تعرف بها فإنه يتحرى مطلقاً، فإذا صلى في ثوب منها بالتحري ثم ظهر خطأه أعاد الصلاة، وأما عدم استرداده فلأن فساد جهة الزكاة لا ينقض الأداء **(ولهما حديث معن بن يزيد)** وهو ما روي أن يزيد دفع صدقته إلى رجل ليدفعها إلى الفقير فدفعها إلى ابنه معن، فلما أصبح رآها معه فقال: يا بني والله ما إياك أردت، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام **(«يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت»)** وجوّز ذلك ولم يستفسر أن الصدقة كانت فريضة أو تطوعاً، وذلك يدل على أن الحال لا تختلف، أو لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة. وقوله **(ولأن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاد)** دليل يتضمن الجواب عن قوله وإمكان الوقوف على هذه الأشياء: يعني سلمنا أن الوقوف على هذه الأشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع، وما كان كذلك ينبني الأمر فيه على ما يقع عنده. كما إذا اشتبهت عليه القبلة، فإذا وقع عنده أنه مصرف صح الأداء لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع **(وعن أبي حنيفة في غير الغني)** أي فيما إذا ظهر أنه هاشمي أو كافر أوأنه أبوه أو ابنه **(لا يجزيه والظاهر هو الأول)** يعني الإجزاء في الكل. وقوله **(وهذا)** أي عدم الإعادة

يتسبون إلى هاشم بن عبد مناف) أقول: فيه بحث، فإن آل أبي لهب منتسب إلى هاشم ويحل له الصدقة قال المصنف: **(وأما مواليهم**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٢٢ من حديث معن بن يزيد، وكذا أحمد ٣/ ٤٧٠.

(٢) هوم المتقدم.

نويت، ويا معن لك ما أخذت» وقد دفع إليه وكيل أبيه صدقته؛ ولأن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاده دون القطع فيبتني الأمر فيها على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة، وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير الغني أنه لا يجزيه، والظاهر هو الأول. وهذا إذا تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه مصرف، أما إذا شك ولم يتحرّ أو تحرّى فدفع، وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف لا يجزيه إلا إذا علم أنه فقير هو الصحيح، ولو دفع إلى شخص ثم علم أنه عبده أو

تكرر خطئه فتكررت الإعادة أفضى إلى الحرج لإخراج كل ماله، وليس كذلك الزكاة خصوصاً مع كون الحرج مدفوعاً شرعاً عموماً بخلاف نجاسة الماء ووجود النص فإنه مما يوقف على حقيقته بالأخبار قوله: (**وهذا إذا تحرّى الخ**) تحرير لمحل النزاع، وحاصل وجوه المسألة ثلاثة: دفع لشخص من غير شك ولا تحرّ فهو على الجواز إلا أن يظهر غناه مثلاً فيعيد، وإن شكّ فلم يتحرّ ودفع أو تحرّى فغلب على ظنه غناه ودفع لم يجز حتى يظهر أنه مصرف فيجزيه في الصحيح. وظن بعضهم أنها كمسألة الصلاة حالة الاشتباه إلى غير جهة التحرّي فإنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وإن ظهر صوابه، والحق الاتفاق على الجواز هنا، والفرق أن الصلاة إلى تلك الجهة معصية لتعمده الصلاة إلى غير جهة القبلة إذ هي جهة التحرّي، حتى قال أبو حنيفة رحمه الله: أخشى عليه الكفر، فلا تنقلب طاعة، وهنا نفس الإعطاء لا يكون به عاصياً فصلح وقوعه مسقطاً إذا ظهر صوابه. الثالث: إذا شك فتحرى فظنه مصرفاً فدفع فظهر خلافه، وهي الخلافية. قوله: (**لانعدام التمليك**) فهو على ملكه كما كان وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك بخلاف الدفع لمن ظهر غناه وأخواته قوله: (**ولا يجوز دفع الزكاة لمن يملك نصاباً من أيّ مال كان**) من فروعها: قوم دفعوا الزكاة إلى من يجمعها لفقير فاجتمع عند الآخذ أكثر من مائتين فإن كان جمعه له بأمره قالوا: كل من دفع قبل أن يبلغ ما في يد الجابي مائتين جازت زكاته، ومن دفع بعده لا تجوز إلا أن يكون الفقير مديوناً فيعتبر هذا التفصيل في مائتين تفضل بعد دينه، فإن كان بغير أمره جاز الكل مطلقاً لأن في الأول هو وكيل عن الفقير فما اجتمع عنده يملكه، وفي الثاني وكيل الدافعين فما اجتمع عنده ملكهم. وعن أبي يوسف فيمن أراد أن يعطي فقيراً ألفاً ولا دين عليه فوزنها مائة وقبضها كذلك يجزيه كل الألف من الزكاة إذا كانت كلها حاضرة في المجلس ودفع كلها فيه بمنزلة ما لو دفعها جملة، ولو كانت غائبة فاستدعى بها مائة كلما حضرت مائة دفعها إليه لا يجوز منها إلا مائتان والباقي تطوّع قوله: (**والشرط أن يكون فاضلاً عن الحاجة**) أما إذا كان له نصاب ليس نامياً وهو مستغرق بحوائجه الأصلية فيجوز الدفع إليه كما قدمنا فيمن يملك كتباً تساوي نصباً وهو عالم يحتاج إليها أو هو جاهل لا حاجة له بها، وفيمن له آلات وفرس ودار وعبد يحتاجها للخدمة والاستعمال، أو كان له نصاب نام إلا

(**إذا تحرّى**) حاصل هذه المسألة على أربعة أوجه: إما أن يدفع زكاة ماله رجلاً بلا شك ولا تحرّ أو شك في أمره، فالأول يجزيه ما لم يتبين أنه غني لأن الفقير في القابض أصل. والثاني إما أن يتحرى أو لا، فإن لم يتحرّ لم يجزه حتى يعلم أنه فقير لأنه لما شك وجب عليه التحري كما في الصلاة، فإذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المؤدي موقع الجواز إلا إذا ظهر أنه فقير لأن الفقر هو المقصود وقد حصل بدونه كالسعي إلى الجمعة، وإن تحرّى ودفع فإما أن يكون في أكبر رأيه أنه مصرف أو ليس بمصرف، فإن كان الثاني لا يجزيه إلا إذا ظهر أنه فقير، فإذا ظهر صح وهو الصحيح. وزعم بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز، كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى إلى جهة ثم أعرض عن الجهة التي أدى إليها اجتهاده وصلى إلى جهة أخرى، ثم تبين أنه أصاب القبلة لزمه إعادة الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد، والأصح هو الفرق، فإن الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة، فإذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن إسقاط الواجب عنه به، وأما التصدّق على الغني فصحيح وليس فيه من معنى المعصية شيء، ويمكن إسقاط الواجب عند إصابة محله بفعله فكان العمل بالتحري لحصول المقصود وقد

فلما روي (**أن مولى رسول الله ﷺ سأله أتحل لي الصدقة: فقال، لا أنت مولانا**) أقول في دلالته على المطلوب كلام، إذ حرمة مولاه ﷺ ليس يشبهها حرمة مولى غيره كما مر في الغني والهاشمي فيقتصر على مورده، إلا أن يراد بضمير المتكلم مع الغير نفسه الكريمة وغيره من بني هاشم، فيكون من قبيل بنو فلان قتلوا فلان قال المصنف: (**وإذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً**) أقول: الأولى أن يقال:

مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم أهلية الملك وهو الركن على ما مر **(ولا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك نصاباً من أيّ مال كان)** لأن الغنى الشرعي مقدّر به، والشرط أن يكون فاضلاً عن الحاجة الأصلية وإنما النماء شرط الوجوب **(ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحاً مكتسباً)** لأنه فقير والفقراء هم المصارف،

أنه مشغول بالدين، وعنه ما ذكر في المبسوط: رجل له ألف وعليه ألف وله دار وخادم لغير التجارة تساوي عشرة آلاف لا زكاة عليه، ثم قال في الكتاب: أرأيت لو تصدّق عليه ألم يكن موضعاً للصدقة. وفي الفتاوى: لو كان له حوانيت أو دار غلة تساوي ثلاثة آلاف وغلتها لا تكفي لقوته وقوت عياله يجوز صرف الزكاة إليه في قول محمد، وهذا التخصيص يفيد الخلاف، وفي باب صدقة الفطر من الخلاصة يعتبر قيمة الضيعة والكرم عند أبي يوسف فلعله هو الخلاف المراد في الفتاوى، ولو اشترى قوت سنة يساوي نصاباً فالظاهر أنه لا يعد نصاباً، وقيل: إن كان طعام شهر يساوي نصاباً جاز الصرف إليه لا إن زاد، ولو كان له كسوة الشتاء لا يحتاج إليها في الصيف جاز الصرف، ويعتبر من المزارع ما زاد على ثورين قوله: **(وإن كان صحيحاً مكتسباً)** وعند غير واحد لا يجوز للكسوب لما قدمناه من قوله عليه الصلاة والسلام «لا تحل الصدقة لغنيّ ولا لذي مرة سويّ»(١). وقوله للرجلين اللذين سألاه فرآهما جلدين «أما إنه لا حق لكما فيها وإن شئتما أعطيتكما»(٢). والجواب أن الحديث الثاني دل على أن المراد حرمة سؤالهما لقوله «وإن شئتما أعطيتكما» ولو كان الأخذ محرّماً غير مسقط عن صاحب المال لم يفعله قوله: **(ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعداً)** إلا أن يكون مديوناً لا يفضل له بعد قضاء دينه نصاب، أو يكون معيلاً إذا وزع المأخوذ على عياله لم يصب كلاً منهم نصاب والمسألة ظاهرة حكماً ودليلاً. وقوله فيتعقبه صريح في تعقب حكم العلة إياها في الخارج، والأحب أن يغني بها فقيراً يومه لقوله عليه الصلاة والسلام «أغنوهم عن المسألة في هذا اليوم»(٣) والأوجه غير هذا الإطلاق، بل أن ينظر إلى ما تقتضيه الأحوال في كل فقير من عيال وحاجة أخرى كدين وثوب وغير ذلك، والحديث المذكور كان في صدقة الفطر قوله: **(لما روينا فيه من حديث**

حصل بغيره، وإن كان الأول فإن ظهر أنه فقير أو لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق، وإن ظهر أنه غنيّ فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف أوّلاً. ثم قال: تلزمه الإعادة كما ذكرنا وهو قول الشافعي رحمه الله وقوله **(وهو الركن)** أي التمليك هو الركن في الزكاة **(كما مرّ)** قال: **(ولا يجوز دفع الزكاة إلى من ملك نصاباً)** سواء كان من النقود أو السوائم أو العروض وهو فاضل عن حوائجه الأصلية كالدين في النقود والاحتياج إلى الاستعمال في أمر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكاة إليه، وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له ألف درهم وعليه دين ألف درهم وله دار وخادم وسلاح وفرس لغير التجارة قيمتها عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه، لأن الدين مصروف إلى المال الذي في يده لأنه فاضل عن حاجته معد

يظنه مصرفاً قوله: **(أو لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة)** أقول: سيجيء من المصنف الاستدلال بقوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غني» على عدم وجوب صدقة الفطر على المعسر، فلو صح ما ذكره الشارح لم يستقم ذلك الاستدلال قال المصنف: **(ولأن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع)** أقول: يمكن القطع في أبيه وابنه قال ابن الهمام: بخلاف نجاسة الماء فإنه مما يوقف على حقيقته بالإخبار اهـ وفيه تأمل قوله: **(فتحرى إلى جهة ثم أعرض)** أقول: أو لم يتحر فصلى إلى جهة ثم تبين إصابته قوله: **(وأما التصدق على الغني فصحيح)** أقول: فيه بحث، إلا أن يراد بالتصدق مجازه وجيء في الهبة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم قبل قليل في أول هذا الفرع.

(٣) حسن. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٥٣ من حديث ابن عمر بلفظ: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر، وقال: أغنوهم في هذا اليوم» ورواه البيهقي ٤/ ١٧٥ بأتم منه، ومداره على أبي معشر. قال البيهقي: غيره أوثق منه. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٣٢، ونسبه لابن عدي أيضاً، وقال: أعله ابن عدي بأبي معشر، وقد ضعفه البخاري ويحيى، وقال ابن عدي: ومع ضعفه يكتب حديثه اهـ. وذكره ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٨٣ وقال: ورواه ابن سعد في الطبقات عن عائشة وابن عمر وأبي سعيد، فذكروا حديثاً في صدقة الفطر وآخره: «وأغنوهم. يعني المساكين. عن طواف هذا اليوم».

قلت: فهذه شواهد لحديث أبي معشر، فيرقى حديثه إلى الحسن والله تعالى أعلم.

الإغناء عن السؤال يومه ذلك لأن الإغناء مطلقاً مكروه. قال: **(ويكره نقل الزكاة من بلد إلى بلد)** وإنما تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ رضي الله عنه، وفيه رعاية حق الجوار **(إلا أن ينقلها الإنسان إلى قرابته أو إلى قوم هم أحوج من أهل بلده)** لما فيه من الصلة: أو زيادة دفع الحاجة، ولو نقل إلى غيرهم أجزأه وإن كان مكروهاً لأن المصرف مطلق الفقراء بالنص.

زيادة على قربة الزكاة، هذا ويناسب إيلاء الصدقة الواجبة بإيجاب الله تعالى الصدقة الواجبة بإيجاب العبد فلا بأس بذكر شيء من أحكامها تكميلاً للوضع، تلزم الصدقة بالنذر فإن عين درهماً أو فقيراً بأن قال: لله عليّ أن أتصدق بهذا الدرهم أو على هذا الفقير لم يلزم، فلو تصدق بغيره على غيره خرج عن العهدة، وفيه خلاف زفر، ولو نذر أن يتصدق بخبز كذا وكذا فتصدق بقيمته جاز، ولو نذر أن يتصدق بهذه الدراهم فهلكت قبل أن يتصدق بها لم يلزمه شيء غيرها ولو لم تهلك فتصدق بمثلها جاز، ولو قال: كل منفعة تصل إليّ من مالك فلله عليّ أن أتصدق بها لزمه أن يتصدق بكل ما ملكه لا بما أباحه كطعام أذن له أن يأكله، ولو قال: إن فعلت كذا فما لي صدقة في المساكين لا يدخل ماله من الديون على الناس ودخل ما سواها، وهل يتقيد بمال الزكاة نذكره في آخر كتاب الحج إن شاء الله تعالى ولو قال: إن رزقني الله مالاً فعليّ زكاته لكل مائتين عشرة لم يلزمه سوى خمسة إذا رزقه. ولو قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة ففعله وهو لا يملك إلا مائة مثلاً الصحيح أنه لا يلزم التصدق إلا بما ملك، لأن فيما لم يملك لم يكن النذر مضافاً إلى الملك ولا إلى سبب الملك. كما لو قال: مالي صدقة في المساكين ولا مال له لا يلزمه شيء. ولو قال: كلما أكلت كذا فعليّ أن أتصدق بدرهم فعليه بكل لقمة منه درهم لأن كل لقمة أكلة. ولو قال: كلما شربت فإنما يلزمه بكل نفس لا بكل مصة، ولو نذر أن يتصدق على فقراء مكة فتصدق على غيرهم جاز لأن لزوم النذر إنما هو بما هو قربة وذلك بالصدقة فباعتبارها يلزم لا بما زاد، وأيضاً الصرف إلى كل فقير صرف إلى الله تعالى فلم يختلف المستحق فيجوز، وصار نظير ما لو نذر صوماً أو صلاة بمكة فصام وصلى في غيرها حيث يجوز عندنا.

الشراء لشبهة تقدم الشراء على العتق بوجود الواسطة، وليس في كلام المصنف ما يشعر به. وقال فخر الإسلام: الأداء يلاقي الفقر وإنما يثبت الغنى بحكمه وحكم الشيء لا يصلح مانعاً لأن المانع ما يسبقه لا ما يلحقه، والجواز لا يحتمل البطلان لأن البقاء يستغني عن الفقر، وهذا يشير إلى التأخر كما ترى، والحكم لا يتأخر عن العلة الحقيقية. وأقول: الحكم يتعقب العلة في العقل ويقارنها في الوجود، فبالنظر إلى التأخر العقلي جاز، وبالنظر إلى التقارن الخارجي يكره، ولعله المراد بقوله لقربه منه. وقوله **(وأن تغني بها إنساناً أحبّ إليّ)** هذا خطاب أبي حنيفة لأبي يوسف رحمهما الله، وإنما صار هذا أحب لأن فيه صيانة المسلم عن ذلّ السؤال مع أداء الزكاة، ولهذا قالوا: إن من أراد أن يتصدّق بدرهم فاشترى به فلوساً ففرّقها فقد قصر في أمر الصدقة «ومعناه الإغناء عن السؤال في يومه» لا أن يملكه نصاباً **(لأن الإغناء مطلقاً مكروه)** كما تقدم. وينبغي أن يكون مراده إذا لم يكن مديوناً أو معيلاً على ما تقدم وقوله **(ويكره نقل الزكاة من بلد إلى بلد)** قال الإمام أبو الحسن القدوري: يكره نقل الزكاة إلى بلد آخر، وهذا إذا لم ينقل إلى قرابته أو إلى قوم هم أحوج من أهل بلده، أما إذا نقل إليهم فإنه يجوز بلا كراهة، أما الجواز في الصورة الأولى فلأن المصرف مطلق الفقراء بالنص. وأما الكراهة فلحديث معاذ، ولأن في النقل ترك رعاية حق الجوار، وأما عدم الكراهة فيما إذا نقل إلى قرابته فلما فيه من أجر الصدقة وأجر صلة الرحم، وأما إلى قوم هم أحوج من أهل بلده فلأن المقصود سدّ خلة الفقير فمن كان أحوج كان أولى، وقد صح عن معاذ رضي الله عنه أنه كان يقول باليمن: ائتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم في الصدقة، فإنه أيسر عليكم وأنفع للمهاجرين بالمدينة، والخميس الثوب الصغير طوله خمسة أذرع، واللبيس الخلق، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين صدقة الفطر في أنه اعتبر ههنا مكان المال وفي صدقة الفطر من تجب عليه في ظاهر الرواية. وأجيب بأن وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن رأسه فحيث كان رأسه وجبت عليه، ورأس مماليكه في حقه كراسه في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فيجب حيثما كانت رءوسهم. وأما الزكاة فإنها تجب في المال ولهذا إذا هلك المال سقطت فاعتبر بمكانه.

ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فأدير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب **(ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعداً وإن دفع جاز)** وقال زفر رحمه الله: لا يجوز لأن الغنى قارن الأداء فحصل الأداء إلى الغني. ولنا أن الغني حكم الأداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغني منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال: **(وأن تغني بها إنساناً أحبّ إليّ)** معناه

معاذ) وهو قوله «فردّها في فقرائهم»[1] هذا والمعتبر في الزكاة مكان المال، وفي صدقة الفطر مكان الرأس المخرج عنه في الصحيح مراعاة لإيجاب الحكم في محل وجود سببه، قالوا: الأفضل في صرفها أن يصرفها إلى إخوانه الفقراء ثم أولادهم ثم أعمامه الفقراء ثم أخواله ثم ذوي أرحامه ثم جيرانه ثم أهل سكنه ثم أهل مصره قوله: **(إلا أن ينقلها)** استثناء من كراهة النقل، ووجهه ما قدمناه في مسألة دفع القيم من قول معاذ لأهل اليمن: ائتوني بعرض ثياب خميس أو لبيس في الصدقة مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لأصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة، ويجب كون محمله كون من بالمدينة أحوج أو ذلك ما يفضل بعد إعطاء فقرائهم، وأما النقل للقرابة فلما فيه من صلة الرحم

للتقلب والتصرف به، فكان الدين مصروفاً إليه، فأما الخادم والدار والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين إليه، وعلى هذا قال مشايخنا إن الفقيه إذا ملك من الكتب ما يساوي مالاً عظيماً ولكنه يحتاج إليها يحل له أخذ الصدقة إلا أن يملك فاضلاً عن حاجته ما يساوي مائتي درهم. وقوله **(وإنما النماء شرط الوجوب)** يعني أن الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج الأصلية نامياً كان أو غير نام، وإنما النماء شرط وجوب الزكاة **(ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحاً مكتسباً)** وقال الشافعي: لا يجوز دفعها إلى الفقير الكسوب لقوله ﷺ «لا تحل الصدقة لغنيّ ولا لذي مرة سويّ» ولنا أنه فقير والفقراء هم المصارف، ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها لكونها خفية، ولها دليل ظاهر، وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الإخبار عن المحبة فيما إذا قال: إن كنت تحبينني فأنت طالق: فقالت أحبك. وتأويل ما رواه حرمة الطلب، ألا ترى ما روي عن رسول الله ﷺ «أنه كان يقسم الصدقات فقام إليه رجلان يسألانه فنظر إليهما ورآهما جلدين فقال: إنه لا حق لكما فيه وإن شئتما أعطيتكما» معناه لا حق لكما في السؤال، ألا ترى أنه جوّز الإعطاء إياهما.

وقوله: **(ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعداً)** قيل: معناه إذا لم يكن له عيال ولا دين عليه، فأما إذا كان معيلاً فلا بأس أن يعطيه مقدار ما لو وزعه على عياله أصاب كل واحد منهم دون المائتين لأن التصدّق عليه في المعنى تصدّق عليه وعلى عياله، وإذا كان عليه دين فلا بأس بأن يعطيه مائتين أو أكثر مقدار ما إذا قضى به دينه يبقى له دون المائتين، وكذلك ذكر هذه المسألة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين فقال: ويكره أن يعطي رجلاً من الزكاة مائتي درهم إذا لم يكن عليه دين أو له عيال وقال أبو يوسف: لا بأس بإعطاء المائتين ويكره أن يعطيه فوق المائتين. وقال زفر: لا يجوز أن يعطيه المائتين، وجه قول أبي يوسف: أن جزءاً من المائتين مستحق لحاجته للحال والباقي دون المائتين فلا تثبت به صفة الغني إلا أن يعطيه فوق المائتين. ووجه قول زفر: أن الغني قارن الأداء لأن الأداء علة الغني والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل، وهذا مقرر عند علمائنا المحققين، ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام وغيره في أصول الفقه، ولنا ما ذكره: أن الغنى حكم الأداء وحكم الشيء يعقبه، واعترضوا عليه بأن حكم العلة الحقيقية لا يجوز أن يتأخر عنها كما قال زفر فما وجه هذا الكلام؟ فمنهم من قال: معنى قوله الغنى حكم الأداء الغنى، وذلك لأن الأداء علة الملك والملك علة الغنى، فكان الغنى مضافاً إلى الأداء وحكم الشيء يعقبه، واعترضوا عليه بأن حكم العلة الحقيقية لا يجوز أن يتأخر عنها. كما قال زفر فما وجه هذا الكلام؟ فمنهم من قال: معنى قوله الغنى حكم الأداء الغنى حكم حكم الأداء وذلك لأن الأداء علة الملك والملك علة الغنى حكم حكم الأداء، فكان الغني مضافاً إلى الأداء لكن بواسطة الملك فكان لمعلة الأولى وهي الأداء شبهة السبب، والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة، وما كان يشبه السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شراء القريب للإعتاق، فإن الشراء علة للملك، والملك في القريب علة العتق بالحديث، فكان العتق حكم حكم الشراء فلذلك جازت نية الكفارة عند

قوله: (فمنهم من قال معنى قوله الغني حكم الخ) أقول: القائل هو السغناقي.

---

(١) تقدم في أوائل هذا الباب.

باب صدقة الفطر

قال رحمه الله: (صدقة الفطر واجبة على الحرّ المسلم إذا كان مالكاً لمقدار النصاب فاضلاً عن مسكنه وثيابه

باب صدقة الفطر

الكلام في كيفيتها وكميتها وشرطها وسببها وسبب شرعيتها وركنها ووقت وجوبها ووقت الاستحباب، ولا يخفى أن الركن هو نفس الأداء إلى المصرف، وسبب شرعيتها ما نص عليه في رواية أبي داود وابن ماجه عن ابن عباس «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين، من أدّاها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات»[1] ورواه الدارقطني وقال: ليس في رواته مجروح والباقي يأتي في الكتاب بحثاً بحثاً. فالأول وهو كيفية الوجوب لحديث ثعلبة بن صعير العدوي[2] وهو

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة والصوم، أما بالزكاة فلأنها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة، وأما بالصوم فباعتبار الترتيب الوجودي فإن شرطها الفطر وهو بعد الصوم. قال صاحب النهاية: وإنما رجح هذا الترتيب لما أن المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف إليه، خصوصاً إذا كان مضافاً إلى شرطه، والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها لأن بها يظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل في المرأة. قال: **(صدقة الفطر واجبة)** الوجوب ههنا على معناه الاصطلاحي، وهو ما يثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(فاضلاً عن مسكنه)** قال في النهاية: حتى لو كان له داران دار يسكنها وأخرى لا يسكنها ويؤاجرها أو لا يؤاجرها يعتبر قيمتها في

باب صدقة الفطر

قوله: **(مع انحطاط درجتها الخ)** أقول: لأنه ليس بفرض.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٦٠٩ وابن ماجه ١٨٢٧ والحاكم ١/٤٠٩ والبيهقي ٤/١٦٣ والدارقطني ٢/١٣٨ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الدارقطني: ليس فيهم مجروح.
وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، ووافقه الذهبي، وفيه سيار بن عبد الرحمن الصدفي صدوق فحديثه حسن.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٦٢٠ والدارقطني ٢/١٤٨ كلاهما من حديث ثعلبة بن صعير وذكره البيهقي ٤/١٦٨
قال المنذري في مختصره: قال الإمام الشافعي: حديث مديني خطأ. وقال البيهقي: وقيل في هذا الحديث «عن كل رأس» وقيل «كل إنسان» وبلغني عن محمد بن يحيى الذهلي أنه كان يميل إلى تصحيح رواية من رواه «عن كل رأس، أو كل إنسان».
وورد من طريق آخر من حديث عبد الله بن ثعلبة بن أبي صُعير «أن رسول الله ﷺ خطب فقال: إن صدقة الفطر مدان من برٍّ عن كل إنسان أو صاع مما سواه من الطعام». أخرجه الدارقطني ٢/١٤٩ وفي إسناده يحيى بن جرجة قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٠٧. ويحيى بن جرجة روى عنه ابن جريج وفرعة بن سويد. قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: هو شيخ، وقال الدارقطني: ليس بالقوي اهـ وأخرجه الطحاوي من طريق آخر ٢/٤٥ عن ثعلبة بن أبي صُعَير وأخرجه أبو داود ١٦١٩ من حديث ثعلبة بن أبي صعير أو عبد الله بن ثعلبة بن أبي صُعير عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «صاع من بر أو قمح على كل اثنين، صغير أو كبير حر أو عبد ذكر أو أنثى، أما غنيكم فيزكيه الله، وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما أعطاه الله» زاد سليمان في حديثه: «غني، أو فقير»، وأخرجه أيضاً الطحاوي ٢/٤٥ والبيهقي ٤/١٦٧ قال المنذري في مختصره: في إسناده النعمان بن راشد لا يحتج به اهـ. وللحديث وجه آخر أخرجه أبو داود ١٦٢١ والدارقطني ٢/١٥٠، وأحمد ٥/٤٣٢ وذكره البيهقي ٤/١٦٣ كلهم من حديث ابن أبي صعير العذري. ولفظه: «خطب رسول الله ﷺ الناس قبل يوم الفطر بيوم أو يومين. فقال: أدّوا صاعاً من بر أو قمح بين اثنين أو صاعاً من تمر أو شعير على كل حر أو عبد صغير أو كبير».
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٠٧: وهذا سند صحيح قوي. وورد الحديث من طريق آخر أخرجه الحاكم ٣/٢٧٩ عن عبد الله بن ثعلبة عن النبي ﷺ «أنه فرض صدقة الفطر على الصغير والكبير، صاعاً من تمر، أو مدين من قمح».
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٠٧: قال الدارقطني في علله: هذا حديث مختلف في إسناده ومتنه وقال الشيخ في «الإمام»: وحاصل ما يعلل به هذا الحديث أمران أحدهما: الاختلاف في اسم أبي صُعير وثانيهما: الاختلاف في اللفظ اهـ الزيلعي باختصار شديد وقال ابن حجر في التقريب: ثعلبة بن صُعَير أو ابن أبي صعير العذري ويقال: ثعلبة بن عبد الله بن صعير ويقال: عبد الله بن ثعلبة بن صُعير مختلف في صحبته.

وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده) أما وجوبها فلقوله عليه الصلاة والسلام في خطبته «أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير» رواه ثعلبة بن صعير العدوي أو صعير العذري رضي الله تعالى عنه، ويمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والإسلام ليقع قربة، واليسار لقوله عليه

حديث مروي في سنن أبي داود والدارقطني. ومسند عبد الرزاق، وقد اختلف فيه في الاسم والنسبة والمتن، فالأوّل: أهو ثعلبة بن أبي صعير أو هو ثعلبة بن عبد الله بن أبي صعير أو عبد الله بن ثعلبة بن صعير عن أبيه، والثاني: أهو العدوي أو العذري فقيل العدوي نسبة إلى جده الأكبر عدي وقيل العذري وهو الصحيح ذكره في المغرب وغيره. وقال أبو علي الغساني في تقييد المهمل: العذري بضم الذال[١] المعجمة وبالراء هو عبد الله بن ثعلبة ابن صعير أو محمد حليف بني زهرة رأى النبي ﷺ وهو صغير، والعدوي تصحيف أحمد بن صالح. والثالث: أهو «أدوا صدقة الفطر صاعاً من تمر أو قمح عن كل رأس». أو هو «صدقة الفطر صاع من بر أو قمح على كل اثنين» قال في الإمام: ويمكن أن يحرّف لفظ رأس إلى اثنين اهـ. لكن تبعده رواية بين اثنين وهي من طرقه الصحيحة التي لا ريب فيها طريق عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن عبد الله بن ثعلبة قال «خطب رسول الله ﷺ الناس قبل يوم الفطر بيوم أو يومين فقال: أدوا صاعاً من بر أو قمح بين اثنين، أو صاعاً من تمر أو شعير عن كل حرّ وعبد صغير أو كبير»[٢] وهذا سند صحيح. وفي غير هذه من أين يجاء بالراء، هذا على أن مقصود المصنف الاستدلال به على نفس الوجوب لا على قدر الواجب وهو حاصل على كل حال، وسيأتي استدلاله في قدره بحديث آخر، ومما يستدل به على الوجوب ما استدل به الشافعي رحمه الله على الافتراض وهو حديث ابن عمر في الصحيحين «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على كل حرّ أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين»[٣]. فإن حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية في كلام الشارع متعين ما لم يقم صارف عنه، والحقيقة الشرعية في الفرض غير مجرد التقدير خصوصاً وفي لفظ البخاري ومسلم في هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام «أمر بزكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير»[٤] قال ابن عمر: فجعل الناس عدله مدّين من حنطة ومعنى لفظ فرض هو معنى أمَر إيجاب، والأمر الثابت بظنيّ إنما يفيد الوجوب فلا خلاف في المعنى، فإن الافتراض الذي يثبتونه ليس على وجه يكفر جاحده فهو معنى الوجوب الذي نقول به، غاية الأمر أن الفرض في اصطلاحهم أعم من الواجب في عرفنا فأطلقوه على أحد جزأيه، ومنه ما في المستدرك وصححه عن ابن عباس «أنه عليه الصلاة والسلام أمر صارخاً ببطن مكة ينادي أن صدقة الفطر حق واجب على كل مسلم صغير أو كبير حرّ أو

الغني حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر. وقوله: **(وعبيده)** يعني التي للخدمة فإن التي تكون للتجارة فيها الزكاة. وقوله: **(صغير أو كبير)** صفتان لعبد، ولا يجوز أن يكونا صفتين لحرّ وعبد لأنه لا تجب صدقة الفطر عن ولده الكبير، وفي الحديث بيان لوجوبها وسبب وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من تجب عليه ومن تجب عنه. وقوله: **(رواه ثعلبة بن صعير العدوي أو صعير العذري)** قال الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله: العذري يعني بالعين والذال المعجمة أصح منسوب إلى بني عذرة اسم قبيلة، والعدوي منسوب إلى عديّ وهو جدّه، وأهل الحديث يقولونه كنية أبي صعير العذري. وقوله **(لا صدقة إلا عن ظهر غنى)** أي صادرة عن غني، فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب **(وهو)** أي الحديث **(حجة على الشافعي في إيجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله)** استدلالا بما ذكر في

---

(١) قول صاحب الفتح (بضم الذال الخ) هكذا في النسخ التي بيدنا ولعل الناسخ أسقط العين التي يناسبها الضم كما هو ظاهر اهـ مصححه.

(٢) تقدم تخريجه في الذي قبله.

(٣) صحيح أخرجه البخاري ١٥٠٤ ومسلم ٩٨٤ وأبو داود ١٦١١ والترمذي ٦٧٦ والنسائي ٥/ ٤٨ وابن ماجه ١٨٢٦ والطحاوي ٢/ ٤٤ والبيهقي ٤/ ١٦١، ١٦٢، ١٦٣ ومالك ١/ ٢٨٤ والشافعي ١/ ٢٥٠، ٢٥١ والدارمي ١/ ٣٩٢ وأحمد ٢/ ٦٣ كلهم من حديث ابن عمر.

(٤) هذه الرواية عند البخاري ١٥٠٧ ومسلم ٩٨٤ كلاهما من حديث ابن عمر.

الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله: تجب على من يملك زيادة عن قوت يومه لنفسه وعياله، وقدّر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع به فاضلاً عما ذكر من الأشياء لأنها

مملوك»[1] الحديث. فإن قلت: ينبغي أن يراد بالفرض ما هو عرفنا للإجماع على الوجوب. فالجواب: أن ذلك إذا نقل الإجماع تواتراً ليكون إجماعاً قطعياً أو أن يكون من ضروريات الدين كالخمس عند كثير، فأما إذا كان إنما يظن الإجماع ظناً فلا، ولذا صرحوا بأن منكر وجوبها لا يكفر فكان المتيقن الوجوب بالمعنى العرفي عندنا، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (وشرط الحرية ليتحقق التمليك) إذ لا يملك إلا المالك ولا ملك لغير الحرّ فلا يتحقق منه الركن. وقول الشافعي أنها على العبد ويتحمله السيد، ليس بذاك لأن المقصود الأصلي من التكليف أن يصرف المكلف نفس منفعته لمالكه وهو الربّ تعالى ابتلاء له لتظهر طاعته من عصيانه، ولذا لا يتعلق التكليف إلا بفعل المكلف، فإذا فرض كون المكلف لا يلزمه شرعاً صرف تلك المنفعة التي هي فيما نحن فيه فعل الإعطاء، وإنما يلزم شخصاً آخر لزم انتفاء الابتلاء الذي هو مقصود التكليف في حق ذلك المكلف، وثبوت الفائدة بالنسبة إلى ذلك الآخر لا يتوقف على الإيجاب على الأول لأن الذي له ولاية الإيجاد والإعدام تعالى يمكن أن يكلف ابتداء السيد بسبب عبده الذي ملكه له من فضله، فوجب لهذا الدليل العقلي، وهو لزوم انتفاء مقصود التكليف الأول أن يحمل ما ورد من لفظ على في نحو قوله على كل حرّ وعبد على معنى عن كقوله:

إذا رضيت علـيّ بنـو قشـير لعمر الله أعجبـني رضاها

وهو كثير، ويطرد بعد ألفاظ وهي خفى عليّ، وبعد علي، واستحال علي، وغضب علي، كلها بمعنى عني، هذا لو لم يجيء شيء من ألفاظ الروايات بلفظ عن كي لا ينافيه الدليل العقلي، فكيف وفي بعض الروايات صرح بها على ما قدمناه بالسند الصحيح من حديث ثعلبة، على أن المتأمل لا يخفى عليه أن قول القائل: كلف بكذا، ولا يجب عليه فعله يجر إلى التناقض فضلاً عن انتفاء الفائدة بأدنى تأمل قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غني») رواه أحمد في مسنده حدثنا يعلى بن عبيد حدثنا عبد الملك عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول»[2] وذكره

آخر حديث ابن عمر رضي الله عنهما غني أو فقير، لأنه محمول أما على ما كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله عليه الصلاة والسلام «إنما الصدقة ما كان عن ظهر غنى» وإما على الندب لأنه قال في آخره «أما غنيكم فيزكيه الله، وأما فقيركم فيعطيه الله

قوله: (ثم انتسخ بقوله ﷺ «إنما الصدقة ما كان عن ظهر غنى») أقول: فيه بحث، فإن النسخ لا يثبت إلا بتأخر تاريخ الذي يدعي أنه ناسخ ولم يعلم، ثم أقول: لم يجوز أن يراد بالصدقة الزكاة دفعاً للتعارض وقد مر نظيره من الشارح قوله: (وإما على الندب، لأنه قال

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٤٢ والبيهقي ٤/ ١٧٢ والحاكم ١/ ٤١٠ كلهم من حديث ابن عباس وعجزه عند الدارقطني «ذكر أو أنثى حرّ أو مملوك حاضر أو باد، مدّان من قمح، أو صاع من شعير أو تمر» وليس عند الحاكم لفظ «مدان من قمح».

قال البيهقي: وهذا حديث ينفرد به يحيى بن عباد عن ابن جريج اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي بقوله: بل خبر منكر جداً. قال العقيلي: يحيى بن عباد عن ابن جريج حديثه يدل على الكذب، وقال الدارقطني: ضعيف اهـ.

وورد من حديث عمرو بن شعيب مرسلاً أخرجه البيهقي ٤/ ١٧٢، ١٧٣ والدارقطني ٢/ ١٤١ وبإسناد واهٍ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. فالحديث بهذا الشاهد يرقى إلى درجة الضعف لا يتعدّاه.

(٢) اذكره البخاري ٥/ ٣٧٧ تعليقاً بصيغة الجزم وأخرجه أحمد ٢/ ٢٣٠ من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

وورد الحديث بغير هذا اللفظ، أخرجه البخاري ١٤٢٦ و٥٣٥٥ والنسائي ٥/ ٦٩ والدارقطني ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٧/ ٤٦٦، ٤٧١ كلهم من حديث أبي هريرة ولفظ البخاري: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول».

وأخرجه مسلم ١٠٣٤ من حديث حكيم بن حزام بلفظ «أفضل الصدقة. أو خير الصدقة. عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول».

مستحقة بالحاجة الأصلية، والمستحق بالحاجة الأصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو، ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الأضحية والفطرة. قال: **(يخرج ذلك عن نفسه)** لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الذكر والأنثى» الحديث **(و)** يخرج عن **(أولاده الصغار)** لأن السبب رأس يمونه ويلي عليه لأنها تضاف إليه يقال زكاة الرأس، وهي أمارة السببية، والإضافة إلى الفطر باعتبار أنه وقته، ولهذا تتعدد بتعدد

البخاري في صحيحه تعليقاً في كتاب الوصايا مقتصراً على الجملة الأولى فقال: وقال النبي ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[1] وتعليقاته المجزومة لها حكم الصحة. ورواه مرة مسنداً بغير هذا اللفظ، ولفظة الظهر مقحمة كظهر القلب، وظهر الغيب في المغرب **(وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله)** وما روى أحمد حدثنا عفان قال: سألت حماد بن زيد عن صدقة الفطر، فحدثني عن نعمان بن راشد عن الزهري عن أبي ثعلبة بن أبي صعير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال «أدّوا صاعاً من قمح أو صاعاً من بر. شك حماد. عن كل اثنين صغير أو كبير ذكراً أو أنثى حرّ أو مملوك غني أو فقير، أما غنيكم فيزكيه الله»، وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما يعطي»[2] فقد ضعفه أحمد بالنعمان بن راشد وجهالة بن أبي صعير، ولو صح لا يقاوم ما رويناه في الصحة مع أن ما لا ينضبط كثرة من الروايات المشتملة على التقسيم المذكور ليس فيها الفقير فكانت تلك رواية شاذة فلا تقبل خصوصاً مع نبوّ عن قواعد الصدقات والحديث الصحيح عنها قوله: **(ويتعلق بهذا النصاب)** ومما يتعلق به أيضاً وجوب نفقة ذوي الأرحام، وتقدم تحقيق هذا النصاب، وحديث فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر[3] قدمناه أوّل الباب قوله: **(والسبب رأس يمونه ويلي عليه)** المفيد لسببية الرأس المذكور لفظ «عن» في قوله «عن كل حرّ وعبد صغير أو كبير ذكر أو أنثى»[4] وكذا لفظ «على» بعد ما قامت الدلالة على أن المراد به معنى عن استفدنا منه أن هذه صدقة تجب على الإنسان بسبب هؤلاء، والقطع من جهة الشرع أنه لا يجب عمن لم يكن من هؤلاء في مؤنته وولايته، فإنه لا يجب على الإنسان بسبب عبد غيره وولده، وفي رواية الدارقطني حديث ابن عمر قال في آخره «ممن تمونون»[5] ولو مان صغيراً لله تعالىالا لولاية شرعية له عليه لم يجب أن يخرج عنه إجماعاً

أفضل مما أعطى». وقوله: **(وقدر اليسار بالنصاب)** ظاهر. وقوله: **(ولا يشترط فيه النمو)** أي لا يشترط أن يكون النصاب بمال نام لأنها وجبت بالقدرة الممكنة، والنمو إنما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على ما عرف في الأصول. وقوله: **(ويتعلق بهذا النصاب)** يشير إلى وجود نصب قيل وهي ثلاثة: نصاب يشترط فيه النماء تتعلق به الزكاة وسائر الأحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه. ونصاب يجب به أحكام أربعة: حرمة الصدقة، ووجوب الأضحية، وصدقة الفطر، ونفقات الأقارب، ولا يشترط فيه النماء لا بالتجارة ولا بالحول. ونصاب يثبت به حرمة السؤال وهو ما إذا كان عنده

في آخره، «أما غنيكم فيزكيه الله، وأما فقيركم فيعطيه الله أفضل مما أعطى») أقول: ليس فيه ما ينفي الوجوب مع أن صدره، فرض رسول الله ﷺ الحديث **«قوله على ما عرف في الأصول) أقول:** يعني في مباحث الأمر قوله: **(قال«فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على**

---

(١) هو الحديث المتقدم.

(٢) تقدم تخرجه قبل ستة أحاديث.

(٣) تقدم قبل خمسة أحاديث. متفق عليه من حديث ابن عمر.

(٤) تقدم قبل ستة أحاديث متفق عليه من حديث ابن عمر.

(٥) ضعيف هكذا. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٤١ والبيهقي ٤/ ١٦١ كلاهما من حديث ابن عمر بلفظ «أمر رسول الله ﷺ بصدقة الفطر عن الصغير والكبير والحر والعبد ممن تمونون».

قال الدارقطني: رفعه القاسم بن زرارة، وليس بالقوي، والصواب موقوف. ومثله قال البيهقي، ورواه الدارقطني أيضاً والبيهقي كلاهما من حديث علي وصدره: «فرض رسول الله ﷺ على كل صغير وكبير حر أو عبد، ممن يمونون صاعاً من شعير...».

قال ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٨٤: حديث علي في إسناده ضعف وإرسال، ورواه الشافعي بسنده عن محمد الباقر مرسلاً، ورواه البيهقي من وجه آخر عن علي مرفوعاً، وفيه انقطاع أيضاً.

الرأس مع اتحاد اليوم، والأصل في الوجوب رأسه وهو يموّنه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار لأنه يمونهم ويلي عليهم (ومماليكه) لقيام الولاية والمؤنة، وهذا إذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار، فإن كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافاً لمحمد رحمه الله لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة. (ولا يؤدّى عن زوجته) لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في

فلزم أنهم السبب إذا كانوا بذلك الوصف، والمصنف استدل عليه بالإضافة في قولهم زكاة الرأس وتمامه موقوف على كون هذا التركيب مسموعاً من صاحب الشرع لأن السببية لا تثبت إلا بوضعه أو من أهل الإجماع، وبما ذكر في ضمن تأويل الإضافة في قولهم: زكاة الرأس أو صدقة الفطر بأنها إلى الشرط لما أوجبه من تعدد الواجب عند اتحاد اليوم وتعدد الرأس، فإنه يقتضي اعتبار الشارع السببية للرأس، وأورد عليه أنه معارض بتعدد الواجب مع اتحاد الرأس وتعدد الوقت باعتبار تكرر السنين، فلو كان السبب الرأس لم يتكرر عند تكررها، كالحج لما اتحد سببه وهو البيت لم يتكرر بتكرر السنين. وأجيب بمنعه وإسناده بتكرر الواجب مع اتحاد السبب وتكرر الوقت في الزكاة، فإن السبب فيها المال. والجواب: أن المال لم يعتبر سبباً إلا باعتبار النماء ولو تقديراً. والنماء متكرر نظراً إلى دليله وهو الحول، فكان السبب وهو المال النامي متكرراً لأنه بنماء هذا الحول غيره بالنماء الآخر في الحول الآخر، بل الحق في الجواب أن المدعي أن تضاعف الواجب في وقت واحد عند تعدد شيء دليل سببية المتعدد، وأين هو من التكرر في أوقات متكررة فالثابت هناك واجب واحد في الوقت الواحد مع الشيء الواحد، فأنى يكون هذا نقضاً محوجاً للجواب،؟ ثم بعد ذلك اثبات سببية شيء لهذا مثل الاستدلال بالدوران على علية شيء بلا فرق، وهو غير مرضي عندنا في مسالك العلة، فكذا يجب أن يكون هنا إذ لا فرق، فالمعوّل عليه في إثبات السببية حينئذ ما سلكناه من إفادة السمع، ثم إعطاء الضابط بأنه رأس يموّنه ويلي عليه، يلزم عليه تخلف الحكم عن السبب في الجد إذا كانت نوافله صغاراً في عياله، فإنه لا يجب عليه الإخراج عنهم في ظاهر الرواية، ودفعه بادعاء انتفاء جزء السبب بسبب أن ولاية الجد منتقلة من الأب إليه فكانت كولاية الوصي غير قوي، إذ الوصي لا يمونه إلا من ماله إذا كان له مال، بخلاف الجد إذا لم يكن للصبي مال فكان كالأب فلم يبق إلا مجرد انتقال الولاية ولا أثر له كمشتري العبد، ولا مخلص إلا بترجيح رواية الحسن، أن على الجدّ صدقة فطرهم. وهذه مسائل يخالف فيها الجدّ الأب في ظاهر الرواية ولا يخالفه في رواية الحسن هذه، والتبعية في الإسلام وجرّ الولاء والوصية لقرابة فلان قوله: (فيلحق به) هذا بيان حكمة المنصوص يعني إنما أمر الشارع بالإخراج عن هؤلاء لأنهم في معناه بما قلنا لا أنه إلحاق لإفادة

قوت يومه عند بعض. وقال بعضهم: أن يملك خمسين درهماً. وقوله: (يخرج ذلك) أي المقدار المذكور (عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الذكر والأنثى) والحرّ والمملوك صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير فعدل الناس به نصف صاع من برّ. وقوله: (لأن السبب رأس يمونه ويلي عليه لأنه يضاف إليه يقال زكاة الرأس وهي) أي الإضافة (أمارة السببية) لأن الإضافة للاختصاص. وأقوى وجوهه إضافة المسبب إلى سببه لحدوثه به. فإن قيل: لو كانت الإضافة أمارة السببية لكان الفطر سبباً لإضافتها إليه يقال: صدقة الفطر وليس كذلك عندكم. أجاب بقوله (والإضافة إلى الفطر باعتبار أنه وقته) فكانت إضافة مجازية (ولهذا تتعدد) الصدقة بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم فعلم أن الرأس هو السبب دون الوقت فإن قيل: قد يتكرر بتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وهلم جرّا مع اتحاد الرأس ولو كان الرأس هو السبب لما كان الوجوب متكرراً مع اتحاده. أجيب: بأن الرأس إنما جعل سبباً بوصف المؤنة وهي تتكرر بمضي الزمان فصار الرأس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكماً فكان السبب هو التكرر حكماً. وقوله: (والأصل في الوجوب رأسه) ظاهر. وقوله:

الذكر والأنثى، الحديث) أقول: لفظة على في قوله ﷺ على الذكر والأنثى بمعنى عن كما سيجيء.

غير الرواتب كالمداواة. **(ولا عن أولاد الكبار وإن كانوا في عياله)** لانعدام الولاية ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحساناً لثبوت الإذن عادة. **(ولا)** يخرج **(عن مكاتبه)** لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره. وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما **(ولا)** يخرج **(عن مماليكه للتجارة)** خلافاً للشافعي رحمه الله فإن عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي، وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة فيؤدي إلى

حكمهم، إذ حكمهم ذلك منصوص عليه قوله: **(يؤدي من مالهم)** الأب كالوصي، وكذا يؤدي عن مماليك ابنه الصغير من ماله. وعند محمد لا يؤدي عن مماليكه أصلاً، والمجنون كالصغير قوله: **(لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة)** هذا دليل قولهما. ونفقة الصغير إذا كان له مال في ماله. فكذا هذا، والأولى كون المراد نفقة الأقارب لأن وجه قول محمد أنها عبادة والصبي ليس من أهلها كالزكاة وقد وجب إخراج الأب عنه فيكون في ماله، فيقولان في جوابه، هي عبادة فيها معنى المؤنة لقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عمن تمونون»[1] إذ قد قبلنا هذا الحديث، أو ما قدمناه من قوله عليه الصلاة والسلام «ممن تمونون»[2] في حديث ابن عمر فألحقها بالمؤنة فكانت كنفقة الأقارب تجب في مال الصغير إذا كان غنياً لما فيها من معنى المؤنة وإن كانت عبادة قوله: **(أجزأه استحساناً)** وهو رواية عن أبي يوسف لأنه العادة. والثابت عادة كالثابت بالنص فيما فيه معنى المؤنة. بخلاف ما هو عبادة محضة كالزكاة لا تسقط عنها إلا بإذنها صريحاً إذ لا يتحقق معنى الطاعة والابتلاء إلا به، وفيه نظر. فإن معنى المؤنة لا ينفي ما فيه من معنى العبادة المتفرعة عن الابتلاء واختيار الطاعة من المخالفة، فإن ادعى أن ذلك تابع في صدقة الفطر منعناه، وقد صرحوا بأن الغالب في صدقة الفطر معنى العبادة. نعم إن أمكن أن يوجه هكذا بأن الثابت عادة لما كان كالثابت نصاً كان أداؤه متضمناً اختيارها ونيتها، بخلاف الزكاة فإنها لا عادة فيها، ولو قدر فيها عادة قلنا بالإجزاء فيها أيضاً لكنها منتفية فيها ثم الوجه وإلا فلا قوله: **(فيؤدي إلى الثني)** هو مكسور المثلثة مقصوراً، وأورد عليه أن الثني عبارة عن تثنية الشيء الواحد وهو منتف لاختلاف الواجبين كماً وسبباً فإنه في الفطر الرأس وفي

(ومماليكه) بالجر يتناول العبيد والمدبرين وأمهات الأولاد دون المكاتبين على ما سنذكره. وقوله: **(فإن كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** وهو استحسان. وقال محمد وهو قول زفر رحمهما الله: وهو القياس لا يؤدي إلا من مال نفسه، ولو أدى من مال الصغير ضمن لأنها زكاة في الشريعة كزكاة المال، فلا تجب على الصغير ولأنها عبادة والصغير ليس بأهل لوجوبها. وجه الاستحسان أن الشرع أجراه مجرى المؤنة حيث أوجب على الإنسان من جهة غيره، فأشبه النفقة، ونفقة الصغير في ماله إذا كان له مال وكما يؤدي عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة الصغير. قال: **(ولا يؤدي عن زوجته)** وقال الشافعي: يجب على الرجل أن يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله ﷺ «أدوا عمن تمونون» وهو يمون زوجته، ولنا ما ذكره في الكتاب ووجهه: أنه ﷺ ذكر المؤنة مطلقة، والمطلق ينصرف إلى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لأنه لا يمونها في غير. الرواتب كالمداواة، وكذلك لا بد من الولاية، وليس له عليها ولاية إلا في حقوق النكاح. **(ولا)** يؤدي **(عن أولاده الكبار وإن كانوا في عياله)** بأن يكونوا فقراء زمني لأنه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالأجانب. وقوله: **(ولو أدى عنهم)** ظاهر، وهو استحسان، والقياس أن لا يصح كما إذا أدى الزكاة بغير إذنها. وجه الاستحسان أن الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز أن تسقط بأداء الغير وإن لم يوجد الإذن صريحاً، وفي العادة أن الزوج هو الذي يؤدي عنها فكان الإذن ثابتاً عادة، بخلاف الزكاة فإنها عبادة محضة لا تصح بدون الإذن صريحاً **(ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية)** ولأنه لا يمونه **(ولا المكاتب عن نفسه لفقره)** لأنه مملوك مالاً، ومن كان كذلك ليس من أهل ملك المال، وقد قررناه في التقرير على وجه لم نسبق إليه فليطلب ثمة. **(وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة)** لأنها لا تعدم بالتدبير والاستيلاد

قوله: **(لإطلاق قوله ﷺ «لا ثني في الصدقة»)** أقول: يجوز أن يقال على تسليم ثبوت الحديث المراد بالصدقة هي الزكاة المفروضة

---

(١) تقدم في الذي قبله.
(٢) تقدم قبل حديث واحد.

الثني **(والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما)** لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما **(وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة رحمه الله)** وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرءوس دون الأشقاص بناء على أنه لا

الزكاة ماليتها لا هي نفسها ومحلاً، ففي الفطر الذمة حتى لا تسقط بعروض الفقر بعد الوجوب، وفي الزكاة المال حتى تسقط به بأن هلك المال فلا ثني على أنه لو كان لزم قبوله بعد لزومه شرعاً بثبوته بالدليل الموجب للزكاة مطلقاً، والدليل الموجب للفطرة مطلقاً وعدم ثبوت نافيه. وقيل في الوجه غير ما ذكر المصنف وهو أن الانتفاء لانتفاء السبب لأنه ليس رأساً أعدّ للمؤنة بل مين ضرورة بقائه فيحصل مقصوده من الربح في التجارة، ولا يخفى أنه لم يقم الدليل سوى على أن السبب رأس يمونه الخ لا يفيد كونه أعدّ لأن يمان غاية ما في الباب أن الرأس الواحد جعلت سبباً في الزكاة باعتبار ماليتها وفي صدقة أخرى باعتبار معنى المؤنة والولاية عليه ولا مانع من ذلك قوله: **(لقصور الولاية والمؤنة)** يعني أن السبب هو رأس عليه مؤنته، لأن المفاد بالنص من قوله «ممن تمونون» ممن عليكم مؤنته، وليس على كل منهما مؤنته، وليس على كل منهما مؤنته، بل بعضها وبعض الشيء ليس إياه، ولا سبب إلا هذا فعند انتفائه يبقى على العدم الأصلي لا أن العدم يؤثر شيئاً قوله: **(وقالا)** هذا بناء على كون قول أبي يوسف كقول محمد بل الأصح أن قوله مع أبي حنيفة، ثم أبو حنيفة مرّ على أصله من عدم جواز قسمة الرقيق جبراً ولم يجتمع لواحد ما يسمى رأساً، ومحمد مرّ على أصله من جواز ذلك، وأبو يوسف مع محمد في القسمة، ومع أبي حنيفة في صدقة الفطر، لأن ثبوت القسمة بناء على الملك وصدقة الفطر باعتبار المؤنة عن ولاية لا باعتبار الملك، ولذا تجب عن الولد ولا ملك ولا تجب عن الآبق مع الملك فيه، ولو سلم فجواز القسمة ليس علة تامة لثبوتها، وكلامنا فيما قبلها وقبلها لم يجتمع في ملك أحد رأس كامل. وقد قيل: إن الوجوب عند محمد على العبد وفيه نظر. فإنه لو كان لم يختلف الحال بين العبيد والعبد الواحد فكان يجب على سيدي العبد الواحد، ولا يجب على سيد العبد الكافر كقول الشافعي. وعن هذا قيل: هو أعني عدم الوجوب على واحد من الشريكين في العبيد بالإجماع أي بالاتفاق، ولو كان لهما جارية مشتركة فجاءت بولد فادّعياه أو ادّعيا لقيط لا تجب عليهما عن الأم لما

وإنما تختل المالية ولا عبرة بها ههنا لأنه يؤدي عن نفسه وأولاده الصغار ولا مالية فيهم **(ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافاً للشافعي فإن عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى)** فهما حقان ثابتان في محلين مختلفين **(فلا تنافي)** بينهما فجاز اجتماعهما **(وعندنا وجوبها على المولى بسبب العبد كالزكاة)** فلو أوجبناها عليه أدى إلى الثني وهو لا يجوز لإطلاق قوله ﷺ **«لا ثني في الصدقة»** والثني مكسور مقصور: أي لا تؤخذ في السنة مرتين. فإن قيل: سبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رءوسهم ومحل الزكاة بعض النصاب، ومحل الصدقة الذمة، فإذا هما حقان مختلفان سبباً ومحلاً فلا يؤدي إلى الثني لأن الثني عبارة عن تثنية الشيء الواحد وهما شيئان فكانا كنفقة عبيد التجارة مع الزكاة. أجيب بأن الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال: «أدوا عمن تمونون» وهذه العبيد معدة للتجارة لا للمؤنة، والنفقة التي يغرمها فيهم لطلب الزيادة منهم فتكون ساقطة العبرة بحكم القصد، ألا ترى أن المضارب يملك هذا الانفاق وهو غير مأذون إلا بالتجارة، وإذا سقطت المؤنة حكماً في مال التجارة أشبه السقوط حقيقة، ولو سقطت حقيقة بالإباق أو الغصب أو الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا، فعلم بهذا أن سقوط صدقة الفطر ههنا لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا لتناف بين الواجبين. وقوله: **(والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما)** وقد تقدم أن الولاية والمؤنة الكاملتين سبب ولم يوجدا. وقوله: **(وكذا العبيد بين اثنين)** يعني لا تجب الصدقة **(عند أبي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الرءوس دون الأشقاص)** أي الكسور حتى لو كان بينهما خمسة أعبد يجب على كل واحد منها صدقة الفطر عن

كما سبق من الشارح مثله دفعاً للتعارض بينه وبين إطلاق حديث الفطرة قوله: **(ومحل الصدقة الذمة)** أقول: حتى لا تسقط بعروض الفقر بعد الوجوب قوله: **(أجيب بأن الشرع بني الخ)** أقول: جواب بتغيير الدليل قال المصنف: **(ولنا أن الملك موقوف)** أقول: وهذا لا يكون جواباً عما قاله زفر رحمه الله والجواب عنه أن يقال: وكذا الولاية موقوفة فيخرج الجواب حينئذ عما قاله زفر رحمه الله.

يرى قسمة الرقيق وهما يريانها، وقيل هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما **(ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر)** لإطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أدّوا عن كل حرّ وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي» الحديث ولأن السبب قد تحقق والمولى من أهله، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لأن الوجوب عنده على العبد، وهو ليس من أهله، ولو كان على العكس فلا

قلنا وتجب عن الولد على كل منهما فطرة كاملة عند أبي يوسف لأن البنوّة ثابتة من كل منهما كملاً إذ ثبوت النسب لا يتجزأ، ولهذا لو مات أحدهما كان ولداً للباقي منهما. وقال محمد: عليهما صدقة واحدة لأن الولاية لهما والمؤنة عليهما فكذا الصدقة لأنها قابلة للتجزيء والمؤنة، ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً أو ميتاً فعلى الآخر صدقة تامة عندهما، ولو كان له عبد آبق أو مأسور أو مغصوب مجحود ولا بينة فحلف الغاصب فعاد الآبق، ورد المغصوب بعد يوم الفطر كان عليه صدقة ما مضى، ويؤدي عن عبده المرهون إذا كان فيه وفاء: يعني وله نصاب، وعن أبي يوسف ليس عليه أن يؤدي حتى يفتكه فإذا أفتكه أعطي لما مضي، ويجب عليه فطرة عبده المستأجر والمأذون، وإن كان مستغرقاً بالدين، ولا تجب عن عبد عبده المأذون لأنه إذا كان على المأذون دين لا يملك المولى عبده، وإن لم يكن فهو للتجارة، فلو اشتراه المأذون للخدمة ولا دين عليه فعلى المولى فطرته، فإن كان عليه دين فعلى الخلاف في ملك المولى للإكساب وعدمه وفي العبد الموصي بخدمته على مالك الرقبة، وكذا العبد المستعار والوديعة والجاني عمداً أو خطأ، وما وقع في شرح الكنز، والعبد الموصي برقبته لإنسان لا تجب فطرته من سهو القلم، ولو بيع العبد بيعاً فاسداً فمر يوم الفطر قبل قبضه ثم قبضه المشتري وأعتقه فالفطرة على البائع، وكذا لو مر يوم الفطر وهو مقبوض المشتري، ثم استرده البائع، فإن لم يسترده وأعتقه المشتري أو باعه فالصدقة على المشتري لتقرر ملكه قوله: **(لإطلاق ما روينا)** استدل بأمرين ثانيهما ضعيف عند أهل النقل فيبقى الأول سالماً، أما الحديث فهو ما رواه الدارقطني عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «أدّوا صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ذكر أو أنثى يهودي أو نصراني حرّ أو مملوك نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير»[(١)] وهو

العبدين ولا تجب عن الخامس. أبو حنيفة مرّ على أصله فإنه لا يرى قسمة الرقيق جبراً فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبداً، ومحمد كذلك فإنه يرى قسمة الرقيق جبراً، وباعتبار القسمة ملك كل واحد منهما في البعض متكامل، وإلحاق أبي يوسف بمحمد ههنا مخالف لما ذكره في المبسوط حيث قال: فإن كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول أبي حنيفة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم، وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته إذا كانت كاملة في نفسها، ومذهب أبي يوسف مضطرب، والأصح أن قوله كقول أبي حنيفة وعذره أن القسمة تنبني على الملك، فأما وجوب الصدقة فينبني على الولاية والمؤنة لا على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا ملك له فيه كالولد الصغير، وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من هذه الرءوس كما تقدم ووجه قوله: إذا كان كقول محمد هو ما ذكره في الكتاب **(وهما يريانها وقيل هو**

---

(١) باطل بهذا اللفظ. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٥٠ من حديث عباس وفي إسناده سلام الطويل.

قال الدارقطني: متروك الحديث ولم يسنده غير اهـ وصدر الحديث: «صدقة الفطر على كل صغير وكبير...» وأخرج أبو داود ١٦٢٢ والنسائي ٥/ ٥٢ البيهقي ٤/ ١٦٨ عن الحسن قال: خطبنا ابن عباس بالبصرة في آخر رمضان. فقال: أدوا صدقة صومكم... وفيه: «فرض رسول الله ﷺ هذه الصدقة على كل صغير وكبير، ذكر وأنثى حر وعبد، صاع، تمر أو صاع شعير، أو نصف صاع قمح فلما قدم علي رضي الله عنه، ورأى رخص الشعير قال: لو جعلتموه صاعاً من كل شيء».

قال البيهقي: سئل علي المديني عن حديث ابن عباس هذا فقال: حديث بصري وإسناده مرسل والحسن لم يسمع من ابن عباس وما رآه قط كان بالمدينة.

وقال البيهقي: حديث الحسن عن ابن عباس مرسل وقد روينا عن أبي رجاء العطاردي سماعاً من ابن عباس في هذه الخطبة في صدقة الفطر صاع من طعام اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤١٩: قال صاحب التنقيح: الحديث رواته ثقات مشهورون لكن فيه إرسالاً فإن الحسن لم يسمع من ابن عباس وقد جاء في مسند أبي يعلى الموصلي في حديث عن الحسن قال: أخبرني ابن عباس، وهذا إن ثبت دل على سماعه منه اهـ لكن هذا خلاف ما عليه أهل الحديث، بأنه لم يسمع منه، فهذا الخبر ضعيف أيضاً، وأما الأول فباطل، وأشار إلى ذلك ابن الهمام رحمه الله تعالى».

وجوب بالاتفاق. **(ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له)** معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق، وقال زفر رحمه الله: على من له الخيار لأن الولاية له. وقال الشافعي رحمه الله: على من له الملك لأنه من وظائفه كالنفقة، ولنا أن الملك موقوف لأنه لو ردّ يعود إلى قديم ملك البائع ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة لأنها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف، وزكاة التجارة على هذا الخلاف.

ضعيف بل عدّ في الموضوعات من قبل سلام الطويل فإنه متروك مرمي بالوضع وقد تفرد بهذه الزيادة ولفظ مجوسي لم تعلم مروية، وأما الآخر فإن الإطلاق في العبد في الصحيح يوجبها في الكافر والتقييد في الصحيح أيضاً. بقوله من المسلمين. لا يعارضه لما عرف من عدم حمل المطلق على المقيد في الأسباب لأنه لا تزاحم فيها فيمكن العمل بهما فيكون كل من المقيد والمطلق سبباً بخلاف ورودهما في حكم واحد، وكل من قال بأن إفراد فرد من العام لا يوجب التخصيص يلزمه أن يقول إن تعليق حكم بمطلق ثم تعليقه بعينه بمقيد لا يوجب تقييد ذلك المطلق بأدنى تأمل، نعم إذا لم يمكن العمل بهما صير إليه ضرورة قوله: **(وأحدهما بالخيار)** أو كان الخيار لهما ومر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير العبد له فإن تم البيع فعلى المشتري وإن فسخ فعلى البائع، وقال زفر: تجب على من له الخيار كيفما كان لأن الولاية له، والزوال في اختياره فلا يعتبر في حكم عليه كالمقيم إذا سافر في نهار رمضان

بالإجماع) أي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنين بإجماع علمائنا الثلاثة لأنه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا تتم الرقبة لكل واحد من الشريكين. وقوله: **(ويؤدي المسلم الفطرة)** أي صدقة الفطر **(عن عبده الكافر لإطلاق ما روينا)** من حديث ثعلبة في أول الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عن كل حرّ وعبد» **(ولقوله ﷺ في حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أدوا عن كل حرّ وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي» الحديث، ولأن السبب قد تحقق)** وهو رأس يمونه بولايته عليه **(والمولى من أهله)** أي من أهل الوجوب، لا يقال إضمار قبل الذكر لأن الشهرة قائمة مقام الذكر **(وفيه خلاف الشافعي لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله)** أي من أهل الوجوب، وهو يستدل لإثبات هذا الأصل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «فرض صدقة الفطر على كل حرّ وعبد» فإن الكلمة «على» للإيجاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عمن تمونون» فإن الوجوب على من خوطب بالأداء وهم الموالي، وكلمة «على» في حديث ابن عمر بمعنى عن كما في قوله تعالى **﴿إذا اكتالوا على الناس يستوفون﴾** أي عن الناس **(ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق)** أما عندنا فظاهر لأن المولى ليس بأهل للوجوب عليه ولا للأداء، وأما عنده فلأن تحمل المولى عن مملوكه يستدعي أهلية أداء العبادة والكافر ليس بأهل له، والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الأداء عنه، فإذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب أصلاً **(ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له)** حق إذا تم البيع فعلى المشتري، وإن انتقض فعلى البائع. وقوله: **(معناه إذا مرّ يوم الفطر والخيار باق)** قال الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه: هذا من قبيل إطلاق اسم الكل وإرادة البعض لأن مضي كل يوم الفطر ليس بشرط **(وقال زفر على من له الخيار)** لأن سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية الكاملة لمن له الخيار، لأنه إن أجازه تم وإن لم يجزه انفسخ وقال الشافعي: **(على من له الملك)** وهو المشتري، فإن مذهبه أن خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية **(لأنه)** أي لأن صدقة الفطر بمعنى التصدّق **(من وظائفه)** أي الملك وما هو كذلك فإنه على المالك **(كالنفقة)** فإنها مدة الخيار على المالك **(ولنا أن الملك موقوف)** يعني سلمنا أنها وظيفة الملك لكن الملك موقوف **(لأنه لو رد لعاد إلى قديم ملك البائع ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد)** وكل ما كان موقوفاً فالمبتني عليه كذلك لأن التردد في الأصل يستلزم التردد في الفرع **(بخلاف النفقة)** فإنها وإن كانت تنبني على الملك لكنها تثبت **(للحاجة الناجزة)** أي الواقعة في الحال **(فلا تقبل التوقف)**، وهذا الجواب بطريق التنزل لا بحسب الواقع فإنها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه وأولاده الصغار، **(وزكاة التجارة على هذا الخلاف)** يعني إذا كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على أنه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكاته على من يصير الملك له، أو على من له الخيار، أو على من له الملك لأن العروض بدل العبد، وحولان الحول على البدل كحولانه على المبدل كذا

. . . .

حيث لا يباح له الفطر في ذلك اليوم لأن إنشاءه باختياره فلا يعتبر. وقال الشافعي: على من له الملك لأنه من وظائفه كالنفقة. ولنا أن الملك والولاية موقوفان فيتوقف ما يبنى عليهما، ألا يرى أنه لو فسخ يعود إلى قديم ملك البائع ولو أجيز يستند الملك للمشتري إلى وقت العقد حتى يستحق به الزوائد المتصلة والمنفصلة، وزكاة التجارة على هذا بأن اشتراه للتجارة بشرط الخيار فتم الحول في مدة الخيار فعندنا يضم إلى من يصير له إن كان عنده نصاب فيزكيه مع نصابه، ولو لم يكن في البيع خيار، ولم يقبضه المشتري حتى مضى يوم الفطر فقبضه فالفطرة على المشتري، ولو مات قبل قبضه لا صدقة على واحد منهما لقصور ملك المشتري وعوده إلى البائع غير منتفع به فكان كالآبق بل أشد، ولو رده قبل القبض بخيار عيب أو رؤية بقضاء أو غيره فعلى البائع لأنه عاد إليه قديم ملكه منتفعاً به وبعد القبض على المشتري، لأنه زال ملكه بعد تمامه وتأكده.

نقل عن حميد الدين الضرير. وقيل: صورته رجلان لأحدهما عشرون ديناراً ولآخر عرض يساويه في القيمة ومبدأ حولهما على السواء، ففي آخر الحول باع صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له أو للمشتري، فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول، ثم تم الحول، فإن تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء وإن تقرر للمشتري يجب عليه ذلك أيضاً عندنا.

فصل في مقدار الواجب ووقته

(الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير) وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله، الزبيب بمنزلة الشعير، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والأول رواية الجامع الصغير، وقال

فصل في مقدار الواجب ووقته

قوله: **(أو دقيق أو سويق)** أي دقيق البرّ وسويقة، أما دقيق الشعير وسويقه فمعتبر بالشعير قوله: **(وهو رواية عن أبي حنيفة)** رواها الحسن عنه وصححها أبو اليسر لما ثبت في الحديث من تقديرها بصاع كما ستقف عليه عن قريب، ودفع الخلاف بينهم بأن أبا حنيفة إنما قال ذلك لعزّة الزبيب في زمانه كالحنطة لا يقوى لأن المنصوص على قدر فيه لا ينقص عن ذلك القدر فيه نفسه بسبب من الأسباب قوله: **(لحديث أبي سعيد)** اعلم أن الأحاديث والآثار تعارضت في مقدار الحنطة ولا بأس بسوق نبذة منها لنطلعك على الحال، أما ما من طرفنا فسيأتي من كلام المصنف، وأما ما من طرف المخالف لنا فحديث أبي سعيد «كنا نخرج إذ كان رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير وكبير حرّ أو مملوك صاعاً من طعام أو صاعاً من أقط. أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب، فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية حاجاً أو معتمراً، فكلم الناس على المنبر فكان فيما كلم به الناس أن قال: إني أرى أن مدين من سمراء الشام تعدل صاعاً من تمر، فأخذ الناس بذلك. قال أبو سعيد: أما أنا فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه»[1] رواه الستة مختصراً ومطوّلاً. وجه الاستدلال بلفظة طعام فإنها عند الإطلاق يتبادر منها البر، وأيضاً فقد عطف عليه هنا التمر والشعير وغيرهما فلم يبق مراده منه إلا الحنطة، ولأنه أبى أن يخرج نصف صاع منه وقال: «لا أزال أخرجه كما كنت أخرجه»[2] فدل أنه كان يخرج منه صاعاً. وأيضاً وقع في رواية الحاكم عنه «صاعاً من حنطة»[3] وأخرج الحاكم أيضاً عن عياض بن عبد الله قال: قال أبو سعيد: «وذكر عنده وصدقة الفطر فقال: لا أخرج إلا ما كنت أخرجه في عهد رسول الله ﷺ صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير، فقال له رجل: أو مدين من قمح فقال: لا تلك قيمة معاوية لا أقبلها ولا أعمل بها وصححه»[4] وأخرج أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «فرض زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من برّ»[5] الحديث وصححه. وأخرج الدارقطني عن مبارك بن فضالة عن

فصل في مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشروطه ومن تجب عليه ومن تجب عنه شرع في بيان ما يؤدي به صدقة الفطر وقدره وكلامه واضح. وقوله: **(لحديث أبي سعيد الخدري)** روي عن مروان بن الحكم أنه كتب إلى أبي سعيد الخدري يسأله عن

فصل في مقدار الواجب ووقته

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٠٨ مختصراً. ومسلم ٩٨٥ مختصراً ومطولاً وأبو داود ١٦١٦ والنسائي ٥/٥٣، ٥١ والترمذي ٧١٢ والدارمي ١/ ٣٩٢ والشافعي ١/ ٢٥٢ والدارقطني ٢/ ١٤٦ وابن حبان ٣٣٠٥ والبيهقي ٤/ ١٦٥ والطحاوي ٢/ ٤٢ وأحمد ٣/ ٢٣، ٩٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري بألفاظ متقاربة مختصراً ومطولاً، ولفظ البخاري «كنا نعطيها في زمان النبي ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من زبيب، فلما جاء معاوية وجاءت السمراء قال: أرى مداً من هذا يعدلُ مدين».

(٢) تقدم في الذي قبله.

(٣) هذه الرواية عند الحاكم ١/ ٤١١ وهي ليست محفوظة كما قال أبو داود عند حديث ١٦١٦، وهو الآتي.

(٤) جيد. أخرجه النسائي ٥/ ٥٣ وكذا أبو داود ١٦١٦ والدارقطني ٢/ ١٤٥ والبيهقي ٤/ ١٦٥، ١٦٦ وابن حبان ٣٣٠٦ والطحاوي ٢/ ٤٢ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري. ورجاله ثقات غير عبد الله بن عبد الله بن عثمان بن حكيم روى عنه جماعة، وأخرج حديثه أبو داود والنسائي، وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث، فانتفت شبهة تدليسه، وقد توبع فقد أسنده أبو داود من وجه آخر ورجاله ثقات.

(٥) حسن. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٤٥ والحاكم ١/ ٤١٠ والبيهقي ٤/ ١٦٦ وأحمد ٢/ ٦٦، ١٣٧ كلهم من حديث ابن عمر صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، ورجاله كلهم ثقات سوى سعيد بن عبد الرحمن الجمحي صدوق له أوهام لكنه من رجال مسلم كما في التقريب.

الشافعي: من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله ﷺ. ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أجمعين، وما رواه

أيوب إلى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام «فرض على الذكر والأنثى والحرّ والعبد صدقة رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من طعام»[(١)] وأخرج الطحاوي في المشكل عن ابن شوذب عن أيوب يبلغ به إلى ابن عمر «فرض عليه الصلاة والسلام صدقة الفطر إلى أن قال: أو صاعاً من بر، قال: ثم عدل الناس نصف صاع من برّ بصاع مما سواه»[(٢)] وأخرج الحاكم عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ حضّ على صدقة رمضان على كل إنسان صاع من تمر أو صاع من شعير أو صاع من قمح»[(٣)] وأخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «أمرنا عليه الصلاة والسلام أن نعطي صدقة رمضان عن الصغير والكبير والحرّ والمملوك صاعاً من طعام، من أدّى براً قبل منه، ومن أدى شعيراً قبل منه»[(٤)] الحديث، أخرج أيضاً عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جدّه قال «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر وفيه أو صاعاً من طعام»[(٥)] وأخرج نحوه عنه عليه الصلاة والسلام من حديث مالك بن أوس بن الحدثان عن أبيه قال: قال عليه الصلاة والسلام «أخرجوا زكاة الفطر صاعاً من طعام» قال: وطعامنا يومئذ البر والتمر والزبيب والأقط[(٦)]. وأخرج الحاكم عن الحرث عن عليّ رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام «في صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حرّ أو عبد صاع من بر أو صاع من تمر»[(٧)] **(قال المصنف رحمه الله: ولنا ما روينا الخ)** يريد ما

صدقة الفطر فقال: كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من الطعام أو صاعاً من التمر أو صاعاً من الشعير (ولنا ما روينا)

---

(١) أخرجه الدارقطني ٢/١٤٣ من حديث ابن عمر في إسناده مبارك بن فضالة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٥: قال ابن الجوزي مبارك كان أحمد يضعفه ولا يعبأ به، وضعفه النسائي وابن معين، وتعقبه صاحب التنقيح بقوله: مبارك قد حسن أمره غير واحد من الأئمة.
قال الفلاس: سمعت عفان يقول: كان مبارك بن فضاله ثقة، وأثنى عليه يحيى القطان وقال أبو زرعة: يدلس كثيراً، فإذا قال: حدثنا فهو ثقة وله شاهد من حديث أبي سعيد الخدري تقدم قبل أربعة أحاديث. فهو حسن لشاهده. والله تعالى أعلم.

(٢) ضعيف هكذا. أخرجه الطحاوي في المشكل ٤/٣٣٧ من حديث ابن عمر.
قال الطحاوي: لا نعلم أحداً من أصحاب أيوب تابع ابن شوذب على زيادة البُرّ فيه، وقد خالفه حماد بن سلمة وحماد بن زيد عن أيوب وكل منهما حجة عليه، وليس هو حجة عليهما، فكيف وقد اجتمعا، وأيضاً في حديثه ما يدل على خطئه وهو قوله: «ثم عدل الناس...» فكيف يجوز أن يعدلوا صنفاً مفروضاً ببعض صنف مفروض منه؟!. وإنما يجوز أن يعدل المفروض بما سواه مما ليس بمفروض اهـ انظر الزيلعي ٢/ ٤٢٤، ٤٢٥.

ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/١٤٤ والحاكم ١/٤١٠. كلاهما من حديث أبي هريرة وفي إسناده بكر بن الأسود ليس بالقوي كذا قال الدارقطني، وقال الحاكم: حديث صحيح. وتعقبه الذهبي بقوله: بكر ليس بحجة.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٥: قال النسائي: بكر ليس به بأس إلا في الزهري وقال ابن عدي: هو في غير الزهري صالح الحديث وفي الزهري يروي أشياء خالف فيها الناس وقد استشهد به البخاري وروى له مسلم في مقدمة كتابه وقال أبو حاتم عنه: صدوق اهـ قلت: وهنا رواه عن الزهري وهو والٍ في روايته عنه.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/١٤٤ من حديث ابن عباس.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٥: قال في التنقيح: رجاله ثقات غير أن فيه انقطاعاً. قال أحمد وابن المديني وابن معين والبيهقي: محمد بن سيرين لم يسمع من ابن عباس شيئاً، وقال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: حديث منكر.

(٤) ضعيف أخرجه الدارقطني ٢/١٤٤ من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٥، ٤٢٦: كثير هذا مجمع على تضعيفه، ولم يوافق الترمذي على تصحيح حديثه في موضع وتحسينه في آخر. قال أحمد: ليس بشيء وقال الشافعي: هو ركن من أركان الكذب وقال النسائي والدارقطني: متروك، وإسحاق الحنيني تكلم فيه.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/١٤٧ من حديث مالك بن أوس بن الحدثان عن أبيه. وفي إسناده عمر بن صبهان قال أحمد: ليس بشيء وقال ابن معين: لا يساوي فلساً، وقال النسائي والرازي والدارقطني: متروك. قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٦.

(٦) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ٢/١٤٩ والحاكم ١/٤١١ والبيهقي ٤/١٦٦ كلهم من حديث علي وأخرجه البيهقي والدارقطني موقوفاً وصوّبا وقفه.
وفي لفظه اختلاف فعند الحاكم هكذا: «صاع» وفي الدارقطني «أو نصف صاع».

محمول على الزيادة تطوّعاً. ولهما في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود، وله أنه والبرّ يتقاربان في المعنى لأنه

تقدم من حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير[(١)] ، وقد قدمنا بعض طرقه الصحيحة، وأنه يفيد أن الواجب نصف صاع من برّ. والجواب عما أورد، أما الأخير فالحرث لا يحتج به مع أنه قد رواه الدارقطني على خلاف ذلك، ففي روايته «أو نصف صاع»[(٢)] وروى عبد الرزاق والطحاوي عن عليّ قال: «صدقة الفطر على من جرت عليه نفقتك نصف صاع من برّ أو صاع من شعير أو تمر فاندفع»[(٣)] وأما ما يليه فضعيف جداً بعمر بن محمد بن صهبان متروك، قاله النسائي والرازي والدارقطني. وقال ابن معين: لا يساوي فلساً، وقال أحمد: ليس بشيء فاندفع. وأما ما يليه فضعيف جداً بكثير بن عبد الله مجمع على تضعيفه. ونفس الشافعي قال: فيه ركن من أركان الكذب فاندفع. وأما ما يليه فمنقطع لأن ابن سيرين لم يسمع من ابن عباس شيئاً، وقال أبو حاتم فيه حديث منكر وهم يضعفون بمثل هذا. وأما ما يليه ففيه سفيان بن حسين اختلف فيه، قال الدارقطني: والأكثر على تضعيفه في الرواية عن الزهري، وقد روى هذا الحديث عن الزهري. وأما ما يليه فقال الطحاوي: لا نعلم أحداً من أصحاب أيوب تابع ابن شوذب على زيادة البر فيه، وقد خالفه حماد بن زيد وحماد بن سلمة عن أيوب وكل منهما حجة عليه فكيف وقد اجتمعا، وأيضاً ففي حديثه ما يدل على خطئه وهو قوله: ثم عدل الناس نصف صاع من برّ بصاع مما سواه. فكيف يجوز أن يعدلوا صنفاً مفروضاً ببعض صنف مفروض منه، وإنما يجوز أن يعدل المفروض بما ليس بمفروض اهـ. لكن قد تابعه مبارك بن فضالة عن أيوب في رواية الدارقطني، وهي التي تلي رواية الطحاوي فيما كتبناه مع عدم ذكر تلك الزيادة الموجبة للفساد، لكن مباركاً لا يعدل حماد بن سلمة فإنه اختلف فيه، ضعفه أحمد والنسائي، ووثقه عفان ويحيى بن سعيد، وقال أبو زرعة: يدلس كثيراً فإذا قال: حدثنا فهو ثقة، والذي رأيته هكذا عن مبارك بن فضالة عن أيوب. وأما ما يليه: أعني رواية الحاكم عن ابن عمر ففيه سعيد بن عبد الرحمن، ضعفه ابن حبان، لكن وثقه ابن معين، وأخرج له مسلم في صحيحه إلا أنه مع ذلك كان يهم في الشيء كما قال ابن عدي، وحديثه، هذا عن ابن عمر يدل على الخطأ فيه، لا أعني خطأه هو بل الله أعلم بمنشئه ما اتفق عليه البخاري ومسلم عن ابن عمر «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر على الذكر والأنثى والحرّ والمملوك صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير»[(٤)] فعدل الناس به مدّين من حنطة. فصرح بأن مدّين من قمح إنما علمه ابن عمر من تعديل الناس به بعد رسول الله ﷺ وإلا لرفعه، وبنفس هذا رد البيهقي على ما رواه هو والدارقطني عن ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام «أنه أمر عمرو بن حزم في زكاة الفطر بنصف صاع من حنطة أو صاع من تمر»[(٥)] فقال: كيف يصح؟ ورواية الجماعة عن ابن عمر أن تعديل الصاع بمدّين من حنطة إنما كان بعد رسول الله ﷺ، وأما حديث أبي سعيد[(٦)] فرواية الحاكم فيه صاعاً من حنطة ليست صحيحة، وقد أشار إليها أبو داود حيث قال: وذكر فيه رجل واحد عن ابن علية أو صاع من حنطة وليس بمحفوظ،

يعني في أول الباب من حديث ثعلبة بن صعير (وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم) قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: لم ينقل عن أحد منهم أنه لم يجوز أداء نصف صاع من بر (وما رواه محمول على الزيادة

(١) تقدم في أوائل باب صدقة الفطر.
(٢) هو المتقدم قبل حديث.
(٣) موقوف: أخرجه الدارقطني ٢/١٥٢ وابن أبي شيبة ٣/٣٦ كلاهما عن علي موقوفاً.
(٤) تقدم تخريجه في أوائل باب صدقة الفطر.
(٥) منكر. أخرجه الدارقطني ٢/١٤٥، ٢١٣ والبيهقي ٤/١٦٨ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال البيهقي: وهذا لا يصح، وكيف يكون صحيحاً ورواية الجماعة عن نافع عن ابن عمر تعديل الصاع بمدين من حنطة كان بعد رسول الله ﷺ؟! اهـ. وقال الزيلعي ٢/٤٢١: أعلّه ابن الجوزي بسليمان بن موسى قال: قال ابن المديني: مطعون عليه، وقال البخاري: عنده مناكير.
(٦) تقدم في أوّل هذا الفصل. في مقدار الواجب.

يؤكل كل واحد منهما كله، بخلاف الشعير والتمر لأن كل واحد منهما يؤكل ويلقي من التمر النواة ومن الشعير

وذكر معاوية بن هشام نصف صاع من برّ وهو وهم من معاوية بن هشام أو ممن رواه عنه اهـ. وقال ابن خُزيمة فذكر الحنطة في هذا الخبر غير محفوظ، ولا أدري ممن الوهم، وقول الرجل له أو مدّين من قمح دال على أن ذكر الحنطة أول الخبر خطأ إذ لو كان صحيحاً لم يكن لقوله أو مدّين من قمح معنى اهـ. وأما بدون هذه الزيادة كما هو رواية الجماعة فدليل لنا فإنه صريح في موافقه الناس لمعاوية والناس إذ ذاك الصحابة والتابعون، فلو كان عند أحدهم عن رسول الله ﷺ تقدير الحنطة بصاع لم يسكت، ولم يعوّل على رأيه أحد، إذ لا يعوّل على الرأي مع معارضة النص له فدل أنه لم يحفظ أحد عن رسول الله ﷺ ممن حضره خلافه، ويلزمه أن ما ذكر أبو سعيد من قوله «مع بعضهم» من إخراج صاع من طعام لم يكن عن أمر النبي ﷺ به ولا مع علمه أنهم يفعلونه على أنه واجب، بل إما مع عدم علمه أو مع وجوده وعلمه بأن فعل البعض ذلك من باب الزيادة تطوعاً، هذا بعد تسليم أنهم كانوا يخرجون الحنطة في زمانه عليه الصلاة والسلام، وهو ممنوع، فقد روى ابن خزيمة في مختصر المسند الصحيح من حديث فضيل بن غزوان عن نافع عن ابن عمر قال: «لم تكن الصدقة على عهد رسول الله ﷺ إلا التمر والزبيب والشعير ولم تكن الحنطة»[1] ومما ينادي به ما عند البخاري عن أبي سعيد نفسه: «كنا نخرج في عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام. قال أبو سعيد: وكان طعامنا يومئذ الشعير والزبيب والأقط والتمر»[2] فلو كانت الحنطة من طعامهم الذي يخرج لبادر إلى ذكره قبل الكل إذ فيه صريح مستنده في خلاف معاوية، وعلى هذا يلزم كون الطعام في حديثه الأول مراداً به الأعم لا الحنطة بخصوصها فيكون الأقط وما بعده فيه عطف الخاص على العام دعا إليه. وإن كان خلاف الظاهر هذا الصريح عنه، ويلزمه كون المراد بقوله لا أزال أخرجه الخ لا أزال أخرج الصاع: أي كنا إنما نخرج مما ذكرته صاعاً وحين كثر هذا القوت الآخر فإنما أخرج منه أيضاً ذلك القدر. وحاصله في التحقيق أنه لم ير ذلك التقويم بل أن الواجب صاع، غير أنه اتفق أن ما منه الإخراج في زمن النبي ﷺ كان غير الحنطة، وأنه لو وقع الإخراج منها لأخرج صاع، ثم يبقى بعد هذا كله ما رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ بعث منادياً ينادي في فجاج مكة: «ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى حر أو عبد صغير أو كبير مدّان من قمح أو صاع مما سواه من الطعام»[3] وقال حسن غريب اهـ. وهو مرسل، فإن ابن جريج فيه عن عمرو بن شعيب ولم يسمع منه، وهو حجة عندنا بعد ثبوت العدالة والأمانة في المرسل. وما روى الحاكم عن عطاء أن رسول الله ﷺ بعث صارخاً بمكة: «إن صدقة الفطر حق واجب مدان من قمح أو صاع

تطوعاً) وقوله: (ولهما في الزبيب أنه) أي الزبيب (والتمر يتقاربان في المقصود) وهو التفكه والاستحلاء فإنه يشبه التمر من حيث إنه حلو مأكول وله عجم كما للتمر نوى. وقوله: (ومراده) أي مراد محمد أو صاحب القدوري من قوله: أو دقيق أو

---

(١) جيد. أخرجه ابن خزيمة في مختصر المختصر كما في نصب الراية ٢/ ٤١٨ من حديث ابن عمر. ونقل الزيلعي عن ابن دقيق العيد قوله: إسناده صحيح. اهـ. قلت هو في صحيح ابن خزيمة ٢٤٠٦.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥١٠ من حديث أبي سعيد الخدري وتقدم حديث أبي سعيد قبل قليل.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه الترمذي ٦٧٤ والدارقطني ٢/ ١٤١ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال الترمذي: حسن غريب.
وقال الزيلعي ٢/ ٤٢٠: أعلّه ابن الجوزي بسالم بن نوح قال ابن معين: ليس بشيء، وتعقبه صاحب التنقيح بقوله: صدوق روى له مسلم، وقال أبو زرعة: صدوق ثقة، ووثقه ابن حبان، وقال النسائي: ليس بالقوي. وقال الدارقطني: فيه شيء، وقال ابن عدي: عنده غرائب وأفراد وأحاديثه مقاربة مختلفة اهـ.
وله طريق آخر أخرجه الدارقطني ٢/ ٤٢ وأخرجه البيهقي: ٤/ ١٧٣ من طريق آخر أيضاً، وقال البيهقي: قال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: ابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب اهـ قلت: سالم بن نوح توبع لكن علته عدم سماع ابن جريج من عمرو وهو مدلس وقد عنعنه. فالحديث يشبه الحسن.

النخالة، وبهذا ظهر التفاوت بين البر والتمر، ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر، أما دقيق الشعير فكالشعير

من شعير وتمر»[1] ورواه البزار بلفظ: «أو صاع مما سوى ذلك من الطعام»[2] صححه الحاكم وأعله غيره بيحيى بن عباد عن ابن جريج ضعفه العقيلي. وقال الأزدي: منكر الحديث جداً عن ابن جريج، وهو يروي هذا الحديث عن ابن جريج. وما روى الدارقطني عن علي بن صالح عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ أمر صائحاً فصاح أن صدقة الفطر حق واجب على كل مسلم مدان من قمح أو صاع من شعير أو تمر»[3] وإعلال ابن الجوزي له بعليّ بن صالح، قال: ضعفوه. قال صاحب التنقيح: هذا خطأ منه لا نعلم أحداً ضعفه، لكنه غير مشهور الحال عند أبي حاتم، وذكر غيره أنه مكي معروف أحد العباد وكنيته أبو الحسن، وذكر جماعة رووا عنه منهم الثوري ومعتمر بن سليمان وذكره ابن حبان في كتاب الثقات وقال: يعرف اهـ. فلم يبق فيه إلا إرسال وهو حجة بانفراده عند جمهور العلماء وعند الشافعي إذا اعتضد بمرسل آخر يروي من غير شيوخ الآخر كان حجة، وقد اعتضد بما قدمناه من حديث الترمذي[4]، وما رواه أبو داود والنسائي عن الحسن عن ابن عباس أنه خطب في آخر رمضان بالبصرة إلى أن قال «فرض رسول الله ﷺ هذه الصدقة صاعاً من تمر أو شعير أو نصف صاع قمح»[5] الحديث رواته ثقات مشهورون، إلا أن الحسن لم يسمع من ابن عباس فهو مرسل فإنه يعرف أهل الأصول يعم نحو هذا، وما رواه أبو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر مدّين من حنطة»[6] ورواه الطحاوي قال: حدثنا المزني حدثنا الشافعي عن يحيى بن حسان عن الليث بن سعد عن عقيل بن خالد وعبد الرحمن بن خالد بن مسافر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر مدّين من حنطة»[7] قال في التنقيح: إسناده صحيح كالشمس، وكونه مرسلاً لا يضر فإنه مرسل سعيد ومراسيله حجة اهـ. وقول الشافعي حديث مدّين خطأ حمله البيهقي على معنى أن الأخبار الثابتة تدل على أن التعديل بمدّين كان بعد رسول الله ﷺ اهـ. وحاصله أنه رجح غيره وإن كان هو صحيحاً، وهو ليس بلازم بل القدر اللازم أن من قال ذلك كمعاوية أو حضر وقت خطبته لم يكن عنده علم من فرض النبي ﷺ في الحنطة، وليس يلزم من عدم علم أولئك عنه عليه الصلاة والسلام عدمه عنه في الواقع، نعم قد يكون مظنة ذلك لكن ليس بلازم البتة، بل يجب البقاء مع عدمه ما لم ينقل وجوده منه عليه الصلاة والسلام على وجه الصحة فيجب قبوله وعلى أنه لا يبعد فإن الأخبار تفيد أن

سويق (ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير فكعينه والأول أن يراعي فيهما) أي في الدقيق والسويق (القدر والقيمة احتياطاً) حتى

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٤١٠ والبيهقي ٤/ ١٧٢ كلاهما عن ابن عباس وقد تقدم تخريجه في أوائل باب صدقة الفطر، وهو معلول بيحيى بن عباد.

(٢) رواه البزار كما في المجمع ٣/ ٨١ من حديث ابن عباس وقال الهيثمي: فيه يحيى بن عباد السعدي فيه كلام.

(٣) تقدم تخريجه قبل حديثين.

(٤) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٥) تقدم تخريجه في باب صدقة الفطر قبيل فصل في مقدار الواجب.

(٦) مرسل جيد. أخرجه أبو داود في مراسيله ١٣٦ والطحاوي ٢/ ٤٥ كلاهما عن سعيد بن المسيب مرسلاً، قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٢٣: قال ابن الجوزي: وهذا مع إرساله يحتمل أن يكون قوله: «مدّين من حنطة تفسيراً من سعيد. قال صاحب التنقيح: قد جاء ما يرد هذا، فرواه سعيد بن منصور عن عبد الخالق الشيباني: قال: سمعت ابن المسيب يقول: كانت الصدقة على عهد رسول الله ﷺ صاع تمر، أو نصف صاع حنطة عن كل رأس.

(٧) مرسل. أخرجه البيهقي ٤/ ١٦٩ عن ابن المسيب مرسلاً ونقل قول الشافعي: حديث مدّين خطأ. وقال البيهقي: وهو كما قال، فإن الأخبار الثابتة تدل على أن التعديل بمُدين كان بعد رسول الله ﷺ اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٢٣: قال صاحب التنقيح: وهذا المرسل إسناده صحيح كالشمس وكونه مرسل لا يضر ومراسيل سعيد حجة. وقال الشيخ في «الإمام»: وهذا طريق استدلالي غير راجع إلى حال الرواة، وإلا فالسند كله رجال الصحيح، ومراسيل سعيد اشتهر تقويتها وكلام الشافعي فيها والله أعلم اهـ الزيلعي.

والأولى أن يراعي فيهما القدر والقيمة احتياطاً، وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار، ولم يبين ذلك في الكتاب

فرضه في الحنطة كان بمكة بإرسال المنادى به. وذلك إنما يكون بعد الفتح، ومن الجائز غيبته في وقت النداء أو شغله عنه خصوصاً وهم إنما كانوا فيها على جناح سفر آخذين في أهبته. ومما روي فيه مما يصلح للاستشهاد به ما أخرج الإمام أحمد في مسنده من طريق ابن المبارك عن ابن لهيعة عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنه وعنها قالت: «كنا نؤدي زكاة الفطر على عهد رسول الله ﷺ مدّين من قمح بالمد الذي يقتاتون به»[1]. وحديث ابن لهيعة صالح للمتابعات سيما وهو من رواية إمام عنه وهو ابن المبارك، ثم قد روي عن الخلفاء الراشدين وغيرهم فأخرج البيهقي ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن عاصم عن أبي قلابة: عن أبي بكر أنه أخرج زكاة الفطر مدّين من حنطة، وأن رجلاً أدّى إليه صاعاً بين اثنين. وهو منقطع. وأخرج أبو داود والنسائي عن عبد العزيز بن أبي روّاد عن نافع عن ابن عمر: «كان الناس يخرجون صدقة الفطر على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من شعير أو تمر أو سلت أو زبيب. قال عبد الله: فلما كان عمر رضي الله عنه وكثرت الحنطة جعل عمر نصف صاع حنطة مكان صاع من تلك الأشياء»[2] وأعل سنده بابن أبي رواد تكلم فيه ابن حبان، ومتنه بما تقدم من أن التعديل بذلك إنما كان في زمن معاوية، ودفع الأول بأن ابن أبي رواد إن تكلم فيه ابن حبان فقد وثقه ابن معين، ويحيى بن سعيد القطان، وأبو حاتم وغيرهم، والموثقون له أعرف. وأخرج الطحاوي عن عثمان أنه قال في خطبته: «أدّوا زكاة الفطر مدّين من حنطة»[3] وأخرج أيضاً هو وعبد الرزاق عن علي قال: «على من جرت عليه نفقتك نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر»[4] وأخرج عبد الرزاق عن ابن الزبير قال: «زكاة الفطر مدّان من قمح أو صاع من تمر أو شعير» وأخرج نحوه عن ابن عباس وابن مسعود وجابر بن عبد الله. وروي أيضاً حدثنا معمر عن الزهري عن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: «زكاة الفطر على كل حر وعبد ذكر أو أنثى صغيراً أو كبيراً فقير أو غني صاع من تمر أو نصف صاع من قمح، قال معمر: بلغني أن الزهري كان يرفعه إلى رسول الله ﷺ»[5] قال صاحب الإمام: هذا الخبر الوقف فيه متحقق، وأما الرفع فإنه بلاغ لم يبين معمر فيه من حدّثه

إذا كانا منصوصاً عليهما تتأدى باعتبار القدر، وإن لم يكونوا فباعتبار القيمة وتفسيره أن يؤدي نصف صاع من دقيق البر تبلغ قيمته نصف صاع من بر، وأما لو أدى مناً ونصف منّ من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو أدى نصفه من

---

(١) حسن. أخرجه الطحاوي ٢/ ٤٣ وأحمد ٦/ ٣٥٥، ٣٤٦ والطبراني كما في المجمع ٣/ ٨١ كلهم من حديث أسماء بنت أبي بكر. قال الهيثمي: إسناد الطبراني له طريق رجالها رجال الصحيح اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٢١: قال صاحب التنقيح: حديث ابن لهيعة يصلح للمتابعة سيما إذا كان من رواية إمام مثل ابن المبارك عنه والله أعلم اهـ. وهذا الخبر له حكم الرفع لإضافة أسماء ذلك إلى عهد النبي ﷺ، وابن المبارك روى عن ابن لهيعة قديماً.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ١٦١٤ والنسائي ٥/ ٥٣ مختصراً كلاهما عن ابن عمر مرفوعاً. وأعله ابن الجوزي بعبد العزيز. وقال: قال ابن حبان: كان يحدث عن التوهم فسقط الاحتجاج به، وقد تقدم في حديث أبي سعيد أنه وإنما عدل القيمة في الصاع معاوية، فأما عمر فكان أشد اتباعاً للأثر من أن يفعل ذلك اهـ وقال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي .: عبد العزيز هذا وثقه يحيى بن سعيد القطان وابن معين وغيرهم، وقد أخرج له البخاري استشهاداً اهـ الزيلعي ٢/ ٤٢٢. وورد حديث ابن عمر بلفظ: «أمر النبي ﷺ بزكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير. قال عبد الله بن عمر: فجعل الناس عدله مُدّين من حنطة» وأخرج أبو داود ١٦١٥ عجز الحديث من نافع: «قال ابن عمر: فعدل...» الخلاصة: عبد العزيز بن أبي رواد صدوق ربما وهم كما في التقريب. لكن للحديث شواهد فهو حسن والله أعلم.

(٣) موقوف. أخرجه الطحاوي ٢/ ٤٧ عن عثمان.

(٤) تقدم تخريجه قبل قليل.

(٥) موقوف. أخرجه الطحاوي ٢/ ٤٧ والدارقطني ٢/ ١٥٠ كلاهما عن أبي هريرة.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٢٧: قال الشيخ في الإمام: وهذا الخبر الوقف فيه متحقق، وأما الرفع فإنه بلاغ لم يبين معمر من حدثه به، فهو منقطع.

اعتباراً للغالب، والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح، ثم يعتبر نصف صاع من بر وزناً فيما يروى عن أبي حنيفة

فهو منقطع، وأخرج أيضاً عن مجاهد قال: كل شيء سوى الحنطة ففيه صاع وفي الحنطة نصف صاع، وأخرج نحوه عن طاوس، وابن المسيب، وعروة بن الزبير، وسعيد بن جبير، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وأخرجه الطحاوي عن جماعة كثير وقال: ما علمنا أحداً من الصحابة والتابعين روى عنه خلاف ذلك اهـ. وكأن إخراج أبي سعيد ظاهر فلم يحترز عنه، ولو تنزلنا إلى ثبوت التكافؤ في السمعيات كان ثبوت الزيادة على مدّين منتفياً إذ لا يحكم بالوجوب مع الشك قوله: **(يتقاربان في المقصود)** وهو التفكه والاستحلاء، وقوله: يتقاربان في المعنى: هو لأن كلاً منهما يؤكل كله قوله: **(والأولى أن يراعي فيهما)** أي في الدقيق والسويق **(القدر والقيمة جميعاً احتياطاً وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار)** وهو ما روى الدارقطني عن زيد بن ثابت قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «من كان عنده شيء فليتصدّق بنصف صاع من برّ أو صاع من شعير أو صاع من تمر أو صاع من دقيق أو صاع من زبيب أو صاع من سلت»[1] والمراد دقيق الشعير. قال الدارقطني: لم يروه بهذا الإسناد غير سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث، فوجب الاحتياط بأن يعطي نصف صاع دقيق حنطة أو صاع دقيق شعير يساويان نصف صاع بر وصاع شعير لا أقل من نصف يساوي نصف صاع برّ أو أقل من صاع يساوي صاع شعير، ولا نصف لا يساوي نصف صاع بر أو صاع لا يساوي صاع شعير قوله: **(ولم يبين ذلك)** أي وجوب الاحتياط فيهما كما ذكرناه **(في الكتاب)** يعني في الجامع الصغير اعتباراً للغالب، فإن الغالب كون نصف صاع دقيق لا ينقص قيمته عن قيمة نصف صاع ما هو دقيقه بل يزيد حتى لو فرض نقصه كما قد يتفق في أيام البدار كان الواجب ما قلنا. قوله **(هو الصحيح)** احتراز كما قال بعضهم، يراعي فيه القدر وهو أن يكون منوين من الخبز، لأنه لما روعى القدر فيما هو أصله ففيه، وإنه يزداد ذلك القدر صنعة وقيمة أولى، والصحيح الأول لما أن القدر لا يعرف إلا من جهة الشرع، ولم يرد إلا في المكيل، والخبز ليس منه فكان إخراجه بطريق القيمة. قوله: **(ثم يعتبر نصف صاع من بر من حيث الوزن عند أبي حنيفة)** وجهه أن العلماء لما اختلفوا في أن الصاع ثمانية أرطال أو خمسة وثلث كان إجماعاً منهم أنه يعتبر بالوزن، إذ لا معنى لاختلافهم فيه إلا إذا اعتبر به، وروى ابن رستم عن محمد: إنما يعتبر بالكيل لو وزن أربعة أرطال فدفعها إلى القوم لا يجزيه لجواز كون الحنطة ثقيلة لا تبلغ نصف صاع وإن وزنت أربعة أرطال قوله: **(لأنها أبعد عن الخلاف)** أجيب: بأن الخلاف في الحنطة لثبوت الخلاف في قدرها أيضاً لكن فيه أنه أقل شبهة قوله: **(وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث)** والرطل زنة مائة وثلاثين درهماً ويعتبر وزن ذلك بما لا يختلف كيله ووزنه وهو العدس والماش، فما وسع ثمانية أرطال أو خمسة وثلثاً من ذلك فهو الصاع كذا قالوا. وعلى هذا يرتفع الخلاف المذكور آنفاً في تقدير

دقيق البر، ولكن لا تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من برّ لا يكون عاملاً بالاحتياط وقوله: **(وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار)** يريد به ما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قال أدّوا قبل خروجكم زكاة فطركم فإن على كل مسلم مدّين من قمح أو دقيقه» وقوله: **(ولم يبين ذلك في الكتاب)** أي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير **(اعتباراً للغالب)** فإن الغالب أن قيمة نصف صاع من الدقيق تساوي نصف صاع من بر أو تزيد، وإن كان يتوهم أن لا يكون كذلك في بعض الأوقات وهو وقت البذر فلذلك أمر بالاحتياط حتى وإن وقع ذلك يزيد من الدقيق إلى أن تبلغ قيمته نصف صاع من البر **(والخبز تعتبر فيه القيمة وهو الصحيح)** خلافاً لبعض المتأخرين فإنهم قالوا: يجوز باعتبار العين فإنه إذا أدّى منوين من خبز الحنطة جاز لأنه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز أولى، لأنه أنفع للفقير، والصحيح الأول لأنه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة، والأصل أن ما هو منصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة حتى لو أدى نصف

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٥٠ من حديث زيد بن ثابت.
قال الدارقطني: لم يروه بهذا الإسناد وهذه الألفاظ غير سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث.

رحمه الله وعن محمد رحمه الله أنه يعتبر كيلاً والدقيق أولى من البر، والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف رحمه الله، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر رحمه الله لأنه أدفع للحاجة وأعجل به، وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الحنطة لأنه أبعد من الخلاف إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رحمه الله قال: **(والصاع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية أرطال بالعراقي)** وقال أبو يوسف رحمه الله: خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام «صاعنا أصغر الصيعان». ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «كان يتوضأ

الصاع كيلاً أو وزناً إذا تؤمل قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «صاعنا أصغر الصيعان»)**[١] ولم يعلم خلاف في قدر صاعه عليه الصلاة والسلام إلا ما قاله الحجازيون والعراقيون وما قاله الحجازيون أصغر فهو الصحيح، إذ أصغر الصيعان، لكن الشأن في صحة الحديث، والله أعلم به، غير أن ابن حبان روى بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قيل له: يا رسول الله صاعنا أصغر الصيعان ومدّنا أكبر الأمداد، فقال: «اللهم بارك لنا في صاعنا وبارك لنا في قليلنا وكثيرنا واجعل لنا مع البركة بركتين»[٢] اهـ. ثم قال ابن حبان: وفي تركه إنكار كونه أصغر الصيعان بيان أن صاع المدينة كذلك اهـ. ولا يخفى أن هذا ليس من مواضع كون السكوت حجة لأنه ليس في حكم شرعي حتى يلزم رده إن كان خطأ، والمعوّل عليه ما أخرجه البيهقي عن الحسن بن الوليد القرشي وهو ثقة قال: «قدم علينا أبو يوسف رحمه الله من الحج فقال: إني أريد أن أفتح عليكم باباً من العلم أهمني، ففحصت عنه فقدمت المدينة فسألت عن الصاع فقالوا: صاعنا هذا صاع رسول الله ﷺ، قلت لهم: ما حجتكم في ذلك؟ فقالوا: نأتيك بالحجة غداً، فلما أصبحت أتاني نحو من خمسين شيخاً من أبناء المهاجرين والأنصار مع كل رجل منهم الصاع تحت ردائه، كل رجل منهم يخبر عن أبيه وأهل بيته أن هذا صاع رسول الله ﷺ، فنظرت فإذا هي سواء، قال: فعيرته فإذا هو خمسة أرطال وثلث ونقصان يسير. قال: فرأيت أمراً قوياً فتركت قول أبي حنيفة رحمه الله في الصاع»[٣] وروي أن مالكاً ناظره واحتج عليه بالصيعان التي جاء بها أولئك فرجع أبو يوسف إلى قوله. وأخرج الحاكم عن أسماء بنت أبي بكر: «أنهم كانوا يخرجون زكاة الفطر في عهد رسول الله ﷺ بالمد الذي يقتاتون به يفعل ذلك أهل المدينة كلهم»[٤] اهـ. وصححه **(ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال)** هكذا وقع مفسراً عن أنس وعائشة في ثلاثة طرق رواها الدارقطني وضعفها. وعن جابر[٥] فيما أسند ابن عدي

صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو أكثر لم يجز، لأن في اعتبار القيمة إبطال التقدير المنصوص عليه في

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٢٨. وقال ابن حجر في الدراية ١/٢٧٣: لم أجده هكذا.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٣٢٨٤ والبيهقي ٤/١٧١ كلاهما من حديث أبي هريرة.
ورجاله ثقات كلهم، وهو متصل وله شواهد كثيرة.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٤/١٧١ عن الحسين بن الوليد القرشي.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ١/٤١٢ من حديث أسماء بنت أبي بكر وصححه، ووافقه الذهبي، وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

(٥) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه الدارقطني ٢/١٥٣/١٥٤ من حديث أنس بن مالك من طريقين وأشار إليهما البيهقي ٤/١٧١ وأعلهما كما سيأتي بعد حديث أبي داود.
وأخرج أبو داود ٩٥ من حديث أنس قال: «كان النبي ﷺ يتوضأ بإناء يسع رطلين، ويغتسل بالصاع» قال أبو داود: رواه يحيى بن آدم عن شريك اهـ وشريك مختلف فيه.
وورد في حديث عائشة أخرجه الدارقطني ٢/١٥٣ والبيهقي ٤/١٧١ قال الدارقطني: لم يروه عن منصور غير صالح، وهو ضعيف الحديث اهـ.
قال البيهقي: إسنادهما ضعيف. أي حديث أنس وعائشة. والصحيح عن أنس بن مالك «كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد، ويغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد».

بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال» وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو أصغر من الهاشمي، وكانوا يستعملون الهاشمي. قال: (ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا، وعنده لا

عنه وضعفه بعمر بن موسى، والحديث في الصحيحين ليس فيه الوزن[1]، وأما كون صاع عمر كذلك، فأخرج ابن أبي شيبة حدثنا يحيى بن آدم قال: سمعت حسن بن صالح يقول: صاع عمر ثمانية أرطال[2]. وقال شريك: أكثر من سبعة وأقل من ثمانية، حدثنا وكيع عن علي بن صالح عن أبي إسحاق عن موسى بن طلحة قال: الحجاجي صاع عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وهذا الثاني أخرجه الطحاوي، ثم أخرج عن إبراهيم النخعي قال: عيرنا صاعاً فوجدناه حجاجياً، والحجاجي عندهم ثمانية أرطال بالبغدادي. وعنه قال: وضع الحجاج قفيزه على صاع عمر، قالوا: كان الحجاج يفتخر بإخراج صاع عمر، وبتقدير تسليم ما رووه أوّلاً لا يلزم كون خمسة أرطال وثلث صاعه الذي هو أصغر، بل الحاصل الاتفاق على أن صاعه كان أصغر الصيعان باعتبار أنهم كانوا يستعملون الهاشمي، وهو اثنان وثلاثون رطلاً، ثم الخلاف في أن الأصغر ما قدره ثابت فلا يلزم صحة قول من قال: تقديره أقل، إذ خصمه ينازعه في أن ذلك التقدير هو الذي كان الصاع الأصغر إذ ذاك، ولا أعجب من هذا الاستدلال شيء، والجماعة الذين لقيهم أبو يوسف لا تقوم بهم حجة لكونهم نقلوا عن مجهولين، وقيل: لا خلاف بينهم، فإن أبا يوسف لما حرره وجده خمسة وثلثاً برطل أهل المدينة، وهو أكبر من رطل أهل بغداد لأنه ثلاثون إستاراً، والبغدادي عشرون، وإذا قابلت ثمانية بالبغدادي بخمسة وثلث بالمدني وجدتهما سواء، وهو أشبه لأن محمداً رحمه الله لم يذكر في

المؤدي، وهو لا يجوز، فأما ما ليس بمنصوص عليه فإنه يلحق بالنصوص باعتبار القيمة إذ ليس فيه ابطال ذلك (ثم يعتبر نصف صاع من برّ وزناً فيما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله) لأن العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع أنه ثمانية أرطال أو خمسة أرطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه، وروى ابن رستم عن محمد كيلاً. قال قلت له: لو وزن الرجل منوين من الحنطة وأعطاهما الفقير هل يجوز من صدقته فقال: لا فقد تكون الحنطة ثقيلة في الوزن، وقد تكون خفيفة فإنما يعتبر نصف الصاع كيلاً لأن الآثار جاءت بالتقدير بالصاع وهو اسم للمكيال. وقوله: (والدقيق أولى من البر) واضح. قال: (والصاع عند أبي حنيفة ومحمد ثمانية أرطال بالعراقي) اختلف العلماء في الصاع فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: هو ما يسع فيه ثمانية أرطال بالرطل العراقي كل رطل عشرون أستاراً والإستار ستة دراهم ونصف وقال أبو يوسف رحمه الله (خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله ﷺ «صاعنا أصغر الصيعان»). وهذا أصغر بالنسبة إلى ثمانية أرطال. (ولنا ما روى) أنس وجابر رضي الله عنهما («أنه عليه الصلاة والسلام كان يتوضأ بالمدّ رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال» وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه) وكان قد فقد فأخرجه الحجاج وكان يمنّ على أهل العراق يقول في خطبته: يا أهل العراق، يا أهل الشقاق والنفاق، ومساوىء الأخلاق، ألم أخرج لكم صاع عمر، ولذلك سمي حجاجياً وهو صاع العراق. وقوله: (وهو أصغر من الهاشمي) جواب عن أبي يوسف: يعني إن صح ما رويتم فهو ليس بحجة لأنه أصغر من الهاشمي، لأن الصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً (وكانوا يستعملون الهاشمي) والنبي ﷺ استعمل العراقي وقال «صاعنا أصغر الصيعان». وقوله: (ووجوب الفطر يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر) يعني تعلق وجوب الأداء بالشرط، فهو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب، حتى إذا قال لعبده: إذا جاء يوم الفطر فأنت حرّ، فجاء

قوله: (وقال صاعنا أصغر الصيعان) أقول: وجمع الصيعان باعتبار تكثر أفراد الهاشمي.

---

(١) يشير المصنف إلى حديث أنس: «كان النبي ﷺ يغسل. أو كان يغتسل. بالصاع إلى خمسة أمداد ويتوضأ بالمد».
أخرجه البخاري ٢٠١ وغيره وتقدم في الطهارة.
وورد من حديث سفينة أخرجه مسلم ٣٢٦ بلفظ «كان رسول الله ﷺ يُغَسِّلُهُ الصاع من الماء من الجنابة، ويوضئه المد».

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة ٣/ ٥٤ وأبو عبيد في كتاب الأموال ٥١٨ كلاهما عن عمر موقوفاً.
وانظر الزيلعي ٢/ ٤٢٩، ٤٣٠.

تجب، وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده. له أنه يختص بالفطر وهذا وقته. ولنا أن الإضافة

المسألة خلاف أبي يوسف، ولو كان لذكره على المعتاد وهو أعرف بمذهبه، وحينئذ فالأصل كون الصاع الذي كان في زمن عمر هو الذي كان في زمن النبي ﷺ قولاً بالاستصحاب إلى أن يثبت خلافه ولم يثبت، وعند ذلك تكون تلك الزيادة التي فيما تقدم من رواية الدارقطني وهي لفظ ثمانية أرطال ورطلان صحيحة اجتهاداً، وإن كان فيمن في طريقها ضعف إذ ليس يلزم من ضعف الراوي سوى ضعفها ظاهراً لا الانتفاء في نفس الأمر، إذ ليس كل ما يرويه الضعيف خطأ، وهذا لتأيدها بما ذكر من الحكم الاجتهادي بكون صاع عمر هو صاع النبي ﷺ، هذا ولا يخفى ما في تضعيف واقعة أبي يوسف بكون النقل عن مجهولين من النظر بل الأقرب منه عدم ذكر محمد لخلافه، فيكون ذلك دليل ضعف أصل وقوع الواقعة لأبي يوسف ولو كان راويها ثقة لأن وقوع ذلك منه لعامة الناس ومشافهته إياهم به مما يوهم شهرة رجوعه، ولو كان لم يعمه محمد فهو علة باطنة قوله: (ولنا أن الإضافة للاختصاص) يعني إضافة صدقة إلى الفطر، والشافعي أيضاً يقول كذلك، لكن إضافة الصدقة إلى الفطر إنما تفيد اختصاص الفطر بها، أما كون ذلك الفطر فطر اليوم لا فطر ليلته فلا دلالة لهذه الإضافة عليه، فلا بد من ضم أمر آخر فيقال: لما أفادت اختصاصها بالفطر وتعلقها به كان جعل ذلك الفطر الفطر المخالف للعادة، وهو فطر النهار أولى من جعله الموافق لها لأن فطر الليل لم يعهد فيه زكاة ولذا لم يجبّ في فطر الليالي السابقة صدقة، وقد يفرق بأن فطر آخر ليلة يتم به صوم الشهر ووجوب الفطرة إنما كان طهرة للصائم عما عساه يقع في صومه من اللغو والرفث على ما ذكره ابن عباس، وذلك يتم بتعليقها بفطر ليلة شوّال إذ به يتم الصوم بخلاف ما قبلها، والله أعلم. قوله: (لأنه عليه الصلاة والسلام كان يخرج الفطرة قبل أن يخرج إلى المصلى، ولأن الأمر بالإغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة) يتضمن هذا الكلام رواية فعله عليه الصلاة والسلام وقوله، وكل ذلك فيما رواه الحاكم في كتابه[علوم الحديث في باب الأحاديث] التي انفرد بزيادة فيها راو واحد، قال: حدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، حدثنا محمد بن الجهم السمري، حدثنا نصر بن حماد، حدثنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال أمرنا رسول الله ﷺ أن نخرج صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حرّ أو عبد صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب أو صاعاً من شعير أو صاعاً من قمح، وكان يأمرنا أن نخرجها قبل الصلاة، وكان رسول الله ﷺ يقسمها قبل أن ينصرف إلى المصلى ويقول: «أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم»[1] قوله: (فإن قدموها على يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب) يعني الرأس الذي يمونه

يوم الفطر عتق العبد، ويجب على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل، لأن المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي: (بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب عليه الفطرة عندنا، وعنده لا تجب) وقوله: (وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده) أي عندنا لا تجب لعدم تحقق شرط وجوب الأداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر، وعنده تجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان وهو حي (له أنه) أي وجوب الفطرة (يختص بالفطر) لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما قال «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان» (وهذا وقته) أي وقت الفطر (ولنا أن) الصدقة أضيفت إلى الفطر. و(الإضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل) إذ المراد فطر يضاد الصوم وهو في اليوم دون الليل، لأن الصوم فيه حرام، ألا ترى أن الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به، فدل على أن المراد به ما يضاد الصوم. وقوله: (والمستحب) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الحسن بن زياد وخلف بن أيوب ونوح بن أبي مريم فإن الحسن بن زياد يقول: لا يجوز تعجيلها أصلاً كالأضحية، وقال خلف بن أيوب: يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فإنها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم. وقال نوح ابن أبي مريم: يجوز تعجيلها في النصف الأخير من رمضان لأن بمضي النصف قرب الفطر الخاص فأخذ حكمه، ومنهم من

(١) تقدم في أواخر باب من يجوز دفع الصدقة إليه.

للاختصاص، والاختصاص الفطر باليوم دون الليل **(والمستحبّ أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى)** لأنه عليه الصلاة والسلام كان يخرج قبل أن يخرج للمصلى، ولأن الأمر بالإغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة، وذلك بالتقديم **(فإن قدموها على يوم الفطر جاز)** لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة، ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وقيل يجوز تعجيلها في النصف الأخير من رمضان وقيل في العشر الأخير **(وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها)** لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء فيها بخلاف الأضحية، والله أعلم.

ويلي عليه. **(فأشبه تعجيل الزكاة)** ينبغي أن لا يصح هذا القياس، فإن حكم الأصل على خلاف القياس، فلا يقاس عليه، وهذا لأن التقديم وإن كان بعد السبب هو قبل الوجوب وسقوط ما سيجب إذا وجب بما يعمل قبل الوجوب خلاف القياس فلا يتم في مثله إلا السمع، وفيه حديث البخاري عن ابن عمر «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر إلى أن قال في آخره. وكان يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين»(١) وهذا مما لا يخفى على النبي ﷺ بل لا بد من كونه بإذن سابق فإن الإسقاط قبل الوجوب مما لا يعقل فلم يكونوا يقدمون عليه إلا بسمع، والله سبحانه أعلم قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول خلف يجوز تعجيلها بعد دخول رمضان لا قبله لأن صدقة الفطر، ولا فطر قبل الشروع في الصوم، وعما قيل في النصف الأخير لا قبله، وما قيل في العشر الأخير لا قبله، وقال الحسن بن زياد: لا يجوز التعجيل أصلاً قوله: **(لأن وجه القربة فيها معقول الخ)** ظاهر، وبه يبطل قول الحسن بن زياد أنها تسقط كالأضحية بمضي يوم النحر، والفرق ظاهر من كلام المنصف، وما قيل من منع سقوط الأضحية بل ينتقل إلى التصديق بها ليس بشيء، إذ لا ينتفي بذلك كون نفس الأضحية وهو إراقة دم سن مقدر قد سقط، وهذا شيء آخر، وربما يؤخذ سقوطها ببادىء الرأي من حديث ابن عباس المتقدم أو الباب حيث قال «من أداها قبل الصلاة فهي صدقة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات»(٢) لكن قد يدفع باتحاد مرجع ضمير أداها في المرتين إذ يفيد أنها هي المؤداة بعد الصلاة غير أنه نقص الثواب فصارت كغيرها من الصدقات، على أن اعتبار ظاهره يؤدي إلى سقوطها بعد الصلاة وإن كان في باقي اليوم، وليس هذا قوله فهو مصروف عنه عنده.

[فرع] اختلف في جواز إعطاء فطرة كل شخص إلى أكثر من شخص، فعند الكرخي: يجوز أن يعطيها لجماعة، وعند غيره لا يجزىء أن يعطيها إلا لواحد، ويجوز أن يعطي واحداً صدقة جماعة، والله أعلم.

قال: في العشر الأخير من رمضان، ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله: لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة. وعن هذا قال في الخلاصة: لو أدى عن عشر سنين أو أكثر جاز. وقوله: **(وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط)** يعني وإن طالت المدة **(وكان عليهم إخراجها)** وقال الحسن: تسقط بمضي يوم الفطر لأنها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالأضحية تسقط بمضي أيام النحر، ولنا ما ذكره أن وجه القربة فيها معقول لأنها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقراء وللإغناء عن المسألة **(فلا يتقدر وقت الأداء فيها)** بل يجوز أن يتعدى إلى غيره فلا تسقط بعد الوجوب إلا بالأداء كالزكاة **(بخلاف الأضحية)** فإن القربة فيها إراقة الدم وهي لم تعقل قربة، ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الأيام فيقتصر على مورد النص.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٠٩ ومسلم ٩٨٦ وأبو داود ١٦١٠ والترمذي ٦٧٧ والنسائي ٥/ ٥٤ ومالك ١/ ٢٨٥ والدارمي ١/ ٣٩٢ والدارقطني ٢/ ١٥٢ والطحاوي ٢/ ٤٤ وأحمد ٢/ ١٥١، ١٥٤، ١٥٥ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) تقدم في أوائل باب صدقة الفطر.

كتاب الصوم

قال رحمه الله **(الصوم ضربان: واجب ونفل، والواجب ضربان: منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال)** وقال الشافعي: لا يجزيه. اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى **﴿كتب عليكم الصيام﴾** وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر جاحده، والمنذور واجب لقوله تعالى **﴿وليوفوا نذورهم﴾** وسبب الأول الشهر ولهذا يضاف إليه ويتكرر بتكرره وكل

كتاب الصوم

هذا ثالث أركان الإسلام بعد لا إله إلا الله محمد رسول الله، شرعه سبحانه لفوائد أعظمها كونه موجباً شيئين: أحدهما عن الآخر سكون النفس الأمارة، وكسر سورتها في الفضول المتعلقة بجميع الجوارح من العين واللسان والأذن والفرج، فإن به تضعف حركتها في محسوساتها، ولذا قيل: إذا جاعت النفس شبعت جميع الأعضاء وإذا شبعت جاعت كلها، وما عن هذا صفاء القلب من الكدر، فإن الموجب لكدوراته فضول اللسان والعين وباقيها، وبصفائه تناط المصالح والدرجات، ومنها: كونه موجباً للرحمة والعطف على المساكين فإنه لما ذاق ألم الجوع في بعض الأوقات ذكر من هذا حاله في عموم الأوقات فتسارع إليه الرقة عليه، والرحمة حقيقتها في حق الإنسان نوع ألم باطن فيسارع لدفعه عنه بالإحسان إليه فينال بذلك ما عند الله تعالى من حسن الجزاء. ومنها موافقة الفقراء بتحمل ما يتحملون أحياناً وفي ذلك رفع حاله عند الله تعالى، كما حكي عن بشر الحافي أنه دخل عليه رجل في الشتاء فوجده جالساً يرعد وثوبه معلق على المشجب فقال له: في مثل هذا الوقت ينزع الثوب؟ أو معناه، فقال: يا أخي الفقراء كثير، وليس لي طاقة مواساتهم بالثياب فأواسيهم بتحمل البرد كما يتحملون. والصوم لغة: الإمساك مطلقاً. صام عن الكلام وغيره، قال النابغة:

خيل صيام وخيل غير صائمة ... تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

كتاب الصوم

ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة، لأن كلاً منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة، وأخره عن الزكاة ههنا لأنه كالوسيلة للصلاة باعتبار ارتياض النفس لكن لا على وجه يتوقف أمر الصلاة عليه وجوداً أو جوازاً كما كانت الطهارة كذلك فأخر عنها حطاً لرتبة الوسيلة عن المقصود، ولو قيل: قدم الزكاة على الصوم لأن الله تعالى قرن ذكر الصلاة بالزكاة في قوله تعالى **﴿أقيموا الصلاة وأتوا الزكاة﴾** فكان الاقتداء بالكتاب أولى كان أسهل مأخذاً، ويحتاج ههنا إلى معرفة تفسير الصوم لغة وشرعاً، ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه. وفي كلامه إشارة إلى أكثرها والفطن يكتفي بذلك. قال: **(الصوم ضربان: واجب، ونفل)** ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل أمر التعريف، كذا في النهاية، ومعناه أن حقيقة الصم شرعاً تنقسم إلى فرض وواجب ونفل، وتعريفها على وجه يشملها عسير، فإذا ذكر أقسامها سهل أمر تعريفها، وكلامه واضح غير أنه أطلق الواجب في لفظ المختصر، وأريد به الفرض والواجب، وفي ذلك المحذور المعروف على مذهبنا، ويمكن أن

كتاب الصوم

قوله: **(لأن كلاً منهما عبادة بدنية الخ)** أقول: كون الصوم عبادة بدنية باعتبار أنه ترك الأعمال البدنية قوله: **(حطا لرتبة الوسيلة عن المقصود)** أقول: أراد بالمقصود ههنا الزكاة. يعني نظر ههنا إلى كون الزكاة مقصودة فقدم على الصوم نظراً إلى كونه وسيلة للصلاة قال المصنف: **(الصوم ضربان)** أقول: أي الصوم المعتد به شرعاً الموعود له بالثواب قوله: **(وتعريفها على وجه يشملها عسير)** أقول: كيف يعسر التعريف الشامل لها مع ظهور شمول التعريف الذي ذكره في آخر هذا الباب لجميعها، ولعل معنى ما ذكره صاحب النهاية أن معرفة مقارنة النية للإمساك التي من أجزاء التعريف موقوفة على التقسيم، فإن بعض الأقسام لا بد فيه من التبييت وبعضها ليس كذلك على ما بين فتأمل قوله: **(وأريد به الفرض والواجب في ذلك المحذور المعروف على مذهبنا)** أقول: وهو الجمع بين الحقيقة والمجاز قال المصنف لقوله تعالى **﴿وليوفوا نذورهم﴾** أقول: لم يتعرض للإجماع فيه فكأنه لم يثبت عنده ولذلك حكم بوجوبه. قال ابن الهمام: فإن قيل: لم

يوم سبب لوجوب صومه، وسبب الثاني النذر، والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره إن شاء الله تعالى. وجه قوله في

وفي الشرع: إمساك عن الجماع، وعن إدخال شيء بطناً له حكم الباطن من الفجر إلى الغروب عن نية، ونكرنا البطن ووصفناه لأنه لو أوصل إلى باطن دماغه شيئاً فسد وإلى باطن فمه وأنفه لا يفسد، وسيأتي الكلام في تعريف القدوري، وذلك الإمساك ركنه وسببه مختلف، ففي المنذور النذر، ولذا قلنا: لو نذر صوم شهر بعينه كرجب، أو يوم بعينه، فصام عنه جمادى ويوماً آخر أجزأ عن المنذور، لأنه تعجيل بعد وجود السبب ويلغو تعيين اليوم لأن صحة النذر ولزومه عما به يكون المنذور عبادة إذ لا نذر بغيرها، والمتحقق لذلك الصوم لا خصوص الزمان ولا باعتباره، وسبب صوم الكفارات أسبابها من الحنث والقتل، وسبب القضاء هو سبب وجوب الأداء، وسبب رمضان شهود جزء من الشهر ليله أو نهاره، وكل يوم سبب وجوب أدائه لأنها عبادات متفرقة كتفرق الصلوات في الأوقات، بل أشد لتخلل زمان لا يصلح للصوم أصلاً وهو الليل، وجمع المصنف بينهما لأنه لا منافاة، فشهود جزء منه سبب لكله ثم كل يوم سبب لصومه، غاية الأمر أنه تكرر سبب وجوب صوم اليوم باعتبار خصوصه ودخوله في ضمن غيره، وشرط وجوبه الإسلام، والبلوغ والعقل. وشرط وجوب أدائه: الصحة،

يقال أراد بالواجب الثابت عيناً فيندفع المحذور، وقوله: **(ولهذا يكفر جاحده)** بضم الياء وفتح الفاء بلا تشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده، ومنه لا تكفر أهل قبلتك أي لا تدعهم كفاراً. وقوله: **(والمنذور واجب لقوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾)** بناء على أن الأمر للوجوب، فكان الواجب أن يكون فرضاً لكونه ثابتاً بالكتاب كصوم رمضان، وأجيب بأنه قد خص من الآية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعاً كعيادة المرضى، أو ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية، فلما خصت هذه المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعاً كالآية المؤولة وخبر الواحد، وفيه نظر، لأن من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلاً عن معرفة كونه مقارناً أو لا، ولأن قوله تعالى **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾** خص منه المجانين والصبيان وأصحاب الأعذار ولم ينتف به عنه إثبات الفرضية، وأقول في الجواب عن الأول: إن الأمر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب، فإن كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضاً، وإن كان من العبد يكون واجباً كما في المنذور فرقاً بين إيجاب الربّ وعبده، ثم الأمر الوارد من الشارع يكون لأداء ذلك، وحينئذ لا يلزم أن يكون. ليوفوا. مفيداً للفرضية، كما أفادها. ليصمه. لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني. وقد قيل في الجواب عنه: إن العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان وأصحاب الأعذار فلا يكونون داخلين فلا يكون ثمة تخصيص، **(وسبب الأوّل)** يعني الفرض **(الشهر لأنه يضاف إليه)** والإضافة دليل السببية لما تقدم **(ويتكرر بتكرره)** فإنه كلما دخل رمضان وجب صومه، وذلك أيضاً دليل السببية **(وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم)** لأن

كان المنذور واجباً أن ثبوته بقوله تعالى **﴿وليوفوا نذورهم﴾** أجيب بأنه عام دخله الخصوص، فإنه خص النذر بالمعصية وبما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض، أو كان لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره، حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم فصارت ظنية كالآية المؤولة فتفيد الوجوب، وقد علم مما ذكرنا شروط لزوم النذر وهي كون المنذور من جنسه واجب لا لغيره، على هذا تضافرت كلمات الأصحاب، فقول صاحب المجمع تبعاً لصاحب البدائع يفترض صوم رمضان وصوم المنذور والكفارة على غير ما ينبغي على هذا، لكن الأظهر أنه فرض الإجماع على لزومه اهـ. وفي أوائل كتاب السير من المحيط البرهاني والذخيرة: الفرق بين الفريضة والواجب ظاهر نظراً إلى الأحكام حتى أن الصلاة المنذورة لا تؤدي بعد صلاة العصر وتقضي الفوائت بعد صلاة العصر اهـ. فظهر مما ذكر أن قوله لكن الأظهر أنه فرض الإجماع على لزومه ليس على ما ينبغي قوله: **(فإن كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضاً)** أقول: منقوض بالوتر. فإن سببه الوقت مع أنه واجب فتأمل، وكذا صلاة العيدين قوله: **(وإن كان من العبد يكون واجباً الخ)** أقول: الكفارات أسبابها فعل العبد وفرض كما نصوا عليه كالزيلعي وغيره، لكن في الوقاية أن صوم الكفارات واجب. ثم أقول: قد تقرر في الأصول أن الحاكم هو الله تعالى سواء كان الحكم تكليفياً أو وضعياً فهو الجاعل فعل العبد سبباً لا العبد، ألا ترى أنه لا يصح النذر بما ليس من جنسه واجب ثم الفرق بين الفرض والواجب على ما أجمعوا عليه هو أن ما كان ثبوته بدليل قطعي فهو الفرض، وما كان ثبوته بدليل ظني فهو الواجب، فبعد ما كان ثبوت النذر بالقطعي تتعين فرضيته ويكفر جاحده فليتأمل. **(قوله: وقد قيل في الجواب عنه أن العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان وأصحاب الأعذار الخ)** أقول: في دلالة العقل على عدم دخول أصحاب الأعذار من

الخلافية قوله عليه الصلاة والسلام «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل» ولأنه لما فسد الجزء الأول لفقد النية فسد الثاني ضرورة أنه لا يتجزأ بخلاف النفل لأنه متجزىء عنده. ولنا قوله ﷺ بعد ما شهد الأعرابي برؤية الهلال «ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه، ومن لم يأكل فليصم» وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال، أو معناه لم ينو أنه

والإقامة. وشرط صحته: الطهارة عن الحيض والنفاس، والنية. وينبغي أن يزاد في الشروط: العلم بالوجوب، أو الكون في دار الإسلام، ويراد بالعلم الإدراك، وهذا لأن الحربي إذا أسلم في دار الحرب ولم يعلم أن عليه صوم رمضان ثم علم ليس عليه قضاء ما مضى، وإنما يحصل العلم الموجب بإخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو واحد عدل، وعندهما لا تشترط العدالة ولا البلوغ ولا الحرية، ولو أسلم في دار الإسلام وجب عليه قضاء ما مضى بعد الإسلام علم بالوجوب أولاً، وحكمه سقوط الواجب، ونيل ثوابه، إن كان صوماً لازماً وإلا فالثاني. وأقسامه: فرض، وواجب، ومسنون، ومندوب، ونفل، ومكروه تنزيهاً وتحريماً. فالأول رمضان، وقضاؤه، والكفارات للظهار والقتل واليمين، وجزاء الصيد، وفدية الأذى في الإحرام لثبوت هذه بالقاطع سنداً ومتناً والإجماع عليها. والواجب: المنذور والمسنون عاشوراء مع التاسع، والمندوب: صوم ثلاثة من كل شهر ويندب فيها كونها الأيام البيض، وكل صوم ثبت بالسنة طلبه والوعد عليه كصوم داود عليه الصلاة والسلام ونحوه. والنفل: ما سوى ذلك مما لم تثبت كراهته. والمكروه تنزيهاً: عاشوراء مفرداً عن التاسع ونحو يوم المهرجان. وتحريماً: أيام التشريق والعيدين، وسنعقد بذيل هذا الباب فروعاً لتفصيل هذه. فإن قيل: لم كان المنذور واجباً مع أن ثبوته بقوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾ [الحج: ٢٩] أجيب: بأنه عام دخله الخصوص فإنه خص النذر بالمعصية وبما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض، أو كان لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم فصارت ظنية كالآية المؤوّلة فيفيد الوجوب، وقد علم مما ذكرنا شروط لزوم النذر وهي: كون المنذور من جنسه واجب لا لغيره، على هذا تضافرت كلمات الأصحاب، فقول صاحب المجمع تبعاً لصاحب البدائع: يفترض صوم رمضان وصوم المنذور والكفارة على غير ما ينبغي على هذا لكن الأظهر أنه فرض للإجماع على لزومه، ولا بد من النية في الكل والكلام في وقتها الذي يعتبر فيه فقلنا في رمضان والمنذور المعين والنفل تجزيه النية من بعد الغروب إلى ما قبل نصف النهار في صوم ذلك النهار وفيما سوى ذلك من القضاء والكفارات، والمنذور المطلق كنذر صوم يوم من غير تعيين لا بد من وجودها في الليل. وقال الشافعي: لا تجزى في غير النفل إلا من الليل. وقال مالك: لا تجزى إلا من الليل في النفل وغيره. والمصنف ذكر خلاف الشافعي. قوله: (وجه قوله في الخلافيه قوله ﷺ «لا صيام

صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة لأنه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا أداء وهو الليالي فصار كالصلوات، وهذا اختيار صاحب الأسرار وفخر الإسلام. وقال شمس الأئمة السرخسي: الليالي والأيام في السببية سواء، وقد عرف ذلك الأصول. وقوله: (وسبب الثاني) أي المنذور المعين وهو (النذر) وقوله: (والنية من شرطه) أي من شروط الصوم بأنواعه. (وسنبينه) أي سنبين شرط الصوم (وتفسيره) أي تفسير ذلك الشرط وأراد ببيانه النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره، وأراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعينه لله تعالى لأن النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسيراً للنية، كذا ذكر في بعض الشروح. وقوله: (وجه قوله في الخلافية) أي في المسألة الخلافية وهي: أن النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافاً للشافعي قوله ﷺ «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل» والصيام مصدر كالقيام وقوله: (ولأنه لما فسد الجزء الأول) ظاهر. وقوله: (لأنه متجزىء عنده) ذكر في

المرضى والمسافرين والحيض والنفسله بحث ظاهر قوله: (وأراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا الخ) أقول: فيه بحث، لأن ذلك ليس من بيان النية في شيء، بل الظاهر أن المراد به ما ذكره بقوله وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية الخ فليتأمل قوله: (كذا ذكره في بعض الشروح) أقول: يعني غاية البيان

صوم من الليل، ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك فى أوّله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل، وهذا لأن

لمن» الخ) استدل بالحديث والمعنى. أما الحديث فما ذكره رواه أصحاب السنن الأربعة، واختلفوا في لفظه «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل»(١) يجمع بالتشديد والتخفيف «يبيت» «ولا صيام لمن لم يفرضه من الليل»(٢) رواية ابن ماجه. واختلفوا في رفعه ووقفه، ولم يروه مالك في الموطإ إلا من كلام ابن عمر وعائشة وحفصة زوجي النبي ﷺ، والأكثر على وقفه، وقد رفعه عبد الله بن أبي بكر رضي الله عنه عن الزهري يبلغ به حفصة قالت: قال رسول الله ﷺ «من لم يجمع قبل الفجر فلا صيام له»(٣) ووقفه عنه على حفصة معمر والزبيري وابن عيينة ويونس الإيلي وعبد الله بن أبي بكر ثقة، والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة، ولفظ «يبيت» عند الدارقطني عن عائشة رضي

الوجيز: الغزالي يجوز نية التطوّع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلوّ أوّل اليوم عن الأكل، وروى أن ابن شريح من أصحابه لم يشترط ذلك **(ولنا قوله ﷺ بعد ما شهد الأعرابي برؤية الهلال «ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم»)** وهذا لا يقبل التأويل **(وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل)** يعني: أن معنى قوله «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل» لا صيام لمن لم ينو صيامه من الليل بل نوى أن صيامه من وقت النية قيل: الصلة إذا تعقبت فعلاً ومفعولاً وأمكن تعلقها بكل واحد منهما فإنها تتعلق بالفعل دون المفعول كما يقال: أتيت فلاناً من بغداد، فإن كلمة «من» تعلقت بالإتيان لا بالمفعول كذلك ههنا. وأجيب بأنه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملاً بالنصوص، قيل: قوله «فليصم» يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملاً بالنصوص. وأجيب بأنه لا يحتمل ذلك ههنا لأنه لو كان كذلك لكان الأكل وعدمه سواء، فلا فائدة في قوله «ومن لم يأكل» وقوله: **(ولأنه)** دليل معقول، ويجوز تقريره على هذا الوجه سلمنا أن ما رواه ليس بمحمول على شيء مما ذكرنا فيكون معارضاً لما رويناه فيصار إلى ما بعده من الحجة، وهو القياس، وهو معنى لأنه **(يوم صوم)** لأن الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم **(يتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وهذا)** أي توقف الإمساك على ما ذكرنا **(لأن الصوم ركن واحد ممتد)** يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج إلى ما يعينه للعبادة وهو النية فإنها شرطت **(لتعيينه لله تعالى)** فإن وجدت من أوّله فلا كلام، وإن وجدت في أكثره جعلت كأنها وجدت من أوله، لأن بالكثرة تترجح جنبة الوجود على العدم فإن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من

قال المصنف: **(ولأنه يوم صوم، إلى قوله: كالنفل)** أقول: هذا رد المختلف على المختلف، إذ على مذهب الشافعي لا يلزم ذلك في النفل على ما يجيء.

(١و٢) الراجح وقفه. أخرجه أبو داود ٢٤٥٤ والترمذي ٧٣٠ والنسائي ٤/ ١٩٦وابن ماجه ١٧٠٠ والدارقطني ٢/ ١٧٢، ١٧٣والبيهقي ٤/ ٢٠٢ والخطيب في تاريخ بغداد ٣/ ٩٢ كلهم من حديث حفصة بألفاظ متقاربة.
لفظ أبي داود والترمذي: «من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له».
ولفظ ابن ماجه: لا صيام لمن لم يفرضه الليل».
وجمع النسائي بين اللفظين، وعنده أيضاً لفظ: «من لم يبيت الصيام قبل الفجر، فلا صيام له».
قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وقد روي عن نافع عن ابن عمر قوله. وهو واضح..
وقال النسائي: الصواب عندي موقوف.
قال الدارقطني: رفعه عبد الله بن أبي بكر عن الزهري، وهو من الثقات الرفعاء ورواه معمر عن الزهري فوقفه، وتابعه الزبيدي وعبد الرحمن بن إسحاق وجماعة اهـ وقال البيهقي: عبد الله بن أبي بكر أقام إسناده ورفعه وهو من الثقات الأثبات. اهـ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٣٣: ورواه الحاكم في كتاب الأربعين وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين والزيادة عندهما من الثقة مقبولة اهـ وأخرجه مالك في الموطأ ١/ ٢٨٨ من كلام ابن عمر ومن طريقة النسائي الكبرى ٢/ ١١٨ وكرره من طريق آخر. وقال النسائي: الصواب عندنا موقوف، ولم يصح رفعه والله أعلم اهـ. وجاء في التلخيص ٢/ ١١٨ ما ملخصه: نقل الترمذي في علله عن البخاري قوله: هو حديث خطأ، وفيه اضطراب والصحيح موقوف وقال أحمد: ماله عندي ذلك الإسناد. وقال أبو داود: لا يصح رفعه وقال أبو حاتم: الموقوف أشبه.
(٣) تقدم في الذي قبله.

الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لأن لهما أركاناً

الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام «من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له»[١] قال الدارقطني: تفرد به عبد الله ابن عباد عن الفضل بهذا الإسناد وكلهم ثقات، وأقره البيهقي عليه. ونظر فيه: بأن عبد الله بن عباد غير مشهور، ويحيى بن أيوب ليس بالقوي، وهو من رجاله. وقال ابن حبان: عبد الله بن عباد البصري يقلب الأخبار. قال: روى عنه روح بن الفرج نسخة موضوعة، وأما المعنى فهو قوله: ولأنه لما فسد الجزء الأول لفقد النية فيه إذ الفرض اشتراطها في صحة الصوم، ولم توجد في الأجزاء الأول من النهار فسد الباقي، وإن وجدت النية فيه ضرورة عدم انقلاب الفاسد صحيحاً، وعدم تجزي الصوم صحة وفساداً، لا يقال لما لم يتجزأ صحة وفساداً وقد صح ما اقترن بالنية صح الكل ضرورة ذاك لأن المحرم مقدم، وهذا بخلاف النفل لأنه متجز عندي لأنه مبني على النشاط وقد ينشط في بعض اليوم، أو نقول: تتوقف الإمساكات في أول اليوم على وجود النية في باقيه في النفل اعتباراً له أخف حالاً من الفرض، حتى جازت صلاته قاعداً وراكباً غير مستقبل القبلة، بخلاف الفرض، ثم يدل على هذا الاعتبار ما أخرجه مسلم عن عائشة قالت دخل عليّ النبي ﷺ ذات يوم فقال: «هل عندكم شيء؟ فقلنا: لا، فقال: إني إذاً صائم، ثم أتى يوماً آخر فقلنا: يا رسول الله أهدي لنا حيس، فقال: أرنيه فلقد أصبحت صائماً فأكل»[٢] قوله: (ولنا) حاصل استدلاله بالنص والقياس على النفل ثم تأويل مرويه بدليل يوجب ذلك، أما النص فما ذكره وهو مستغرب، والله أعلم به. بل المعروف أنه شهد عنده برؤية الهلال فأمر أن ينادى في الناس أن يصوموا غداً رواه الدارقطني بلفظ صريح فيه، وما رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: إني رأيت الهلال. قال الحسن في حديثه يعني رمضان. فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال نعم، قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم، قال: يا بلال أذن في الناس فليصوموا»[٣] محتمل لكونه شهد في

المواضع لذلك، وإذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطاً (**بخلاف الصلاة والحج**) حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ولا يجعل الأكثر كالكل (**لأن لهما أركاناً**) مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف (**فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما**) لئلا يخلو من بعض الأركان عن النية، وقوله: (**وبخلاف القضاء**) جواب عما يقال: لو كان الصوم ركناً واحداً ممتداً والنية المتأخرة فيه جائزة لذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل، ووجهه إنما كان كذلك (**لأنه**) أي الإمساك (**يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل**) والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة، فيكون الصوم قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء إلا قبل أن يقع منه، وذلك إنما يكون بنية من الليل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٧٢ والبيهقي ٤/ ٢٠٣ كلاهما من حديث عائشة.
قال الدارقطني: تفرّد به عبد الله بن عباد عن المفضل بهذا الإسناد وكلهم ثقات اهـ وأمَرّه البيهقي في سننه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٣٤، ٤٣٥: وفي ذلك نظر فإن عبد الله بن عباد غير مشهور، ويحيى بن أيوب ليس بالقوي. وقال ابن حبان: عبد الله بن عباد البصري يقلب الأخبار، وروي عنه روح بن الفرج نسخة موضوعة اهـ.
قلت: وهذا الحديث: هو روح عن ابن عباد. فهذا من النسخة والله أعلم وقال في التلخيص ٢/ ١٨٩: عبد الله بن عباد مجهول.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١١٥٤ وأبو داود ٢٤٥٥ والترمذي ٧٣٤ والنسائي ٤/ ١٩٤، ١٩٥ والشافعي ١/ ٧٠٦ وعبد الرزاق ٧٧٩٣ والبيهقي ٤/ ٢٠٣ وأحمد ٦/ ٢٠٧ وأبو يعلى ٤٥٦٣، ٤٧٤٣، ٤٥٩٦ وابن حبان ٣٦٢٨، ٣٦٣٠ كلهم من حديث عائشة.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود. ٢٣٤ والترمذي ٦٩١ والنسائي ٤/ ١٣٢ وابن ماجه ١٦٥٢ والدارمي ٢/ ٥ وابن الجارود ٣٨٠ والطحاوي في المشكل ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٥ والدارقطني ٢/ ١٥٨، ١٥٩ والبيهقي ٤/ ٢١٢ والحاكم ١/ ٤٢٤ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: هذا حديث فيه اختلاف وقد روي عن النبي ﷺ مرسلاً اهـ.
قال الحاكم: صحيح الإسناد وقد احتج البخاري بعكرمة ومسلم بسماك.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٣٥: قال ابن حبان: ومن زعم أن هذا الخبر تفرد به سماك وأن رفعه غير محفوظ، فهو مردود بحديث ابن عمر قال: «تراءى الناس الهلال، فرأيته فأخبرت رسول الله ﷺ فصام، وأمر الناس بصيامه» اهـ أخرجه أبو داود ٢٣٤٢ وهذا الأخير صححه ابن حزم كما في التلخيص ٢/ ١٨٧ فهو شاهد له وله طرق أخرى واهية.

فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما، وبخلاف القضاء لأنه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد

النهار أو الليل فلا يحتج به، واستدل الطحاوي بما في الصحيحين عن سلمة بن الأكوع «أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلاً من أسلم أن أذن في الناس أن من أكل فليصم بقية يومه، ومن لم يكن أكل فليصم فإن اليوم يوم عاشوراء»(١) فيه دليل على أنه كان أمر إيجاب قبل نسخه برمضان، إذ لا يؤمر من أكل بإمساك بقية اليوم إلا في يوم مفروض الصوم بعينه ابتداء، بخلاف قضاء رمضان إذا أفطر فيه فعلم أن من تعين عليه صوم يوم ولم ينوه ليلاً أنه يجزيه نيته نهاراً، وهذا بناء على أن عاشوراء كان واجباً، وقد منعه ابن الجوزي بما في الصحيحين عن معاوية رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول: «هذا يوم عاشوراء لم يفرض علينا صيامه فمن شاء منكم أن يصوم فليصم فإني صائم فصام الناس»(٢) قال: وبدليل أنه لم يأمر من أكل بالقضاء، ويدفع بأن معاوية من مسلمة الفتح فإن كان سمع هذا بعد إسلامه فإنما يكون سمعه سنة تسع أو عشر فيكون ذلك بعد نسخه بإيجاب رمضان، ويكون المعنى لم يفرض بعد إيجاب رمضان جمعاً بينه وبين الأدلة الصريحة في وجوبه أي فريضته، وإن كان سمعه قبله فيجوز كونه قبل افتراضه، ونسخ عاشوراء برمضان في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان يوم عاشوراء يوماً يصومه قريش في الجاهلية، وكان رسول الله ﷺ يصومه، فلما قدم المدينة صامه وأمر بصيامه فلما فرض رمضان قال: من شاء صامه ومن شاء تركه»(٣) وكون لفظ «أمر» مشتركاً بين الصيغة الطالبة ندباً وإيجاباً ممنوع، ولو سلم فقولها: فلما فرض رمضان قال: من شاء الخ، دليل أنه مستعمل هنا في الصيغة الموجبة للقطع بأن التخيير ليس باعتبار الندب لأنه مندوب إلى الآن بل مسنون فكان باعتبار الوجوب، وكذا ما تقدم من الصحيحين من حديث سلمة ابن الأكوع(٤)، وأمره من أكل بالإمساك فثبت أن الافتراض لا يمنع اعتبار النية مجزئة من النهار شرعاً، ويلزمه عدم الحكم بفساد الجزء الذي لم يقترن بها في أول النهار من الشارع، بل اعتباره موقوفاً إلى أن يظهر الحال من وجودها بعده أو لا فإذا وجدت ظهر اعتباره عبادة لا أنه انقلب صحيحاً بعد الحكم بالفساد فبطل ذلك المعنى الذي عينه لقيام ما رويناه دليلاً على عدم اعتباره شرعاً، ثم يجب تقديم ما رويناه على مرويه لقوّة ما في الصحيحين بالنسبة إلى ما رواه بعد ما نقلنا فيه من الاختلاف في صحة رفعه فيلزم، إذ قدم كون المراد به نفي الكمال كما في أمثاله من نحو: لا وضوء لمن لم يسم وغيره كثير، أو المراد لم ينو كون الصوم من الليل فيكون الجار والمجرور وهو من الليل متعلقاً بصيام الثاني لا «بينو» أو يجمع فحاصله: لا صيام لمن لم يقصد أنه صائم من الليل أي من آخر أجزائه فيكون نفياً

وقوله: (وبخلاف ما بعد الزوال) جواب عما يقال: إذا كان ركناً واحداً ممتداً ينبغي أن يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء، ووجهه: أن الأصل أن تكون النية مقارنة لحالة الشروع، ولكن تركنا ذلك إذا قارنت الأكثر لقيامه مقام الكل، ولم يوجد فيما بعد الزوال (فترجحت جنبة الفوات) وقوله: (ثم قال في المختصر) أي مختصر القدوري: إذا لم ينو حتى أصبح أجزأته النية

قوله: (ولنا أن المعنى الذي لأجله جوز في حق المقيم إقامة النية الخ) أقول:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٢٤، ٢٠٠٧، ٧٢٦٥ ومسلم ١١٣٥ والدارمي ٢/ ٢٢ وابن حبان ٣٦١٩ والبيهقي ٤/ ٢٨٨ وكذا النسائي ٤/ ١٩٢ كلهم من حديث سلمة بن الأكوع.

(٢) صحيح أخرجه البخاري ٢٠٠٣ ومسلم ١١٢٩ والنسائي ٤/ ٢٠٤ والشافعي ١/ ٢٦٤، ٢٦٥ ومالك ١/ ٢٩٩ والطحاوي ٢/ ٧٧ وعبد الرزاق ٧٨٣٤ والبيهقي ٤/ ٢٩٠ وأحمد ٤/ ٩٥ وابن حبان ٣٦٢٦ كلهم من حديث معاوية.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٨٣١، ١٥٩٢ ومسلم ١١٢٥ وأبو داود ٢٤٤٢ والترمذي ٧٥٣ والدارمي ٢/ ٢٣ ومالك ١/ ٢٩٩ وابن حبان ٣٦٢١ والبيهقي ٤/ ٢٨٨، ٢٩٠ وعبد الرزاق ٧٨٤٢ والشافعي ١/ ٢٦٢، ٢٦٣ وأحمد ٦/ ٢٤٤ كلهم من حديث عائشة.

(٤) هو الحديث المتقدم قبل حديثين.

الزوال لأنه لم يوجد اقترانها بالأكثر فترجحت جنبة الفوات، ثم قال في المختصر: ما بينه وبين الزوال، وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الأصح، لأنه لابد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى لا إلى وقت الزوال، فتشترط النية قبلها لتتحقق في الأكثر، ولا فرق بين المسافر والمقيم

لصحة الصوم من حين نوى من النهار كما قال به الشافعي. ولو تنزلنا إلى صحته وكونه لنفي الصحة وجب أن يخص عمومه بما رويناه عندهم مطلقاً وعندنا لو كان قطعياً خص بعضه خصص به، فكيف وقد اجتمع فيه الظنية والتخصيص: إذ قد خص منه النفل ويخص أيضاً بالقياس، ثم الكلام في تعيين أصل ذلك القياس فجعله المصنف النفل، ويرد عليه أنه قياس مع الفارق، إذ لا يلزم من التخفيف في النفل بذلك ثبوت مثله في الفرض، ألا يرى إلى جواز النافلة جالساً بلا عذر وعلى الدابة بلا عذر مع عدمه في الفرض، والحق أن صحته فرع ذلك النص، فإنه لما ثبت جواز الصوم في الواجب المعين بنية من النهار علم عدم اعتبار فرق بينه وبين النفل في هذا الحكم، والقياس الذي لا يتوقف على ذلك قياس النية المتأخرة على المتقدمة من أول الغروب بجامع التيسير ودفع الحرج بيانه أن الأصل أن النية لا تصح إلا بالمقارنة أو مقدمة مع عدم اعتراض ما ينافي المنوي بعدها قبل الشروع فيه، فإنه يقطع اعتبارها على ما قدمناه في شروط الصلاة، ولم يجب فيما نحن فيه لا المقارنة وهو ظاهر، فإنه لو نوى عند الغروب أجزأه، ولا عدم تخلل المنافي لجواز الصوم بنية يتخلل بينها وبينه الأكل والشرب والجماع مع انتفاء حضورها بعد ذلك إلى انقضاء يوم الصوم، والمعنى الذي لأجله صحت المتقدمة لذلك التيسير ودفع الحرج اللازم لو ألزم أحدهما. وهذا المعنى يقتضي تجويزها من النهار للزوم الحرج لو ألزمت من الليل في كثير من الناس كالذي نسيها ليلاً، وفي حائض طهرت قبل الفجر ولم تعلم إلا بعده، وهو كثير جداً، فإن عادتهن وضع الكرسف عشاء ثم النوم، ثم رفعه بعد الفجر، وكثير ممن يفعل كذا تصبح فترى الطهر وهو محكوم بثبوته قبل الفجر، ولذا نلزمها بصلاة العشاء وفي صبي بلغ بعده ومسافر أقام وكافر أسلم فيجب القول بصحتها نهاراً، وتوهم أن مقتضاه قصر الجواز على هؤلاء أو أن هؤلاء لا يكثرون كثرة غيرهم بعيد عن النظر إذ لا يشترط اتحاد كمية المناط في الأصل والفرع، فلا يلزم ثبوت الحرج في الفرع وهو المتأخرة بقدر ثبوته في الأصل، وهو المتقدمة بل يكفي ثبوته في جنس الصائمين، كيف والواقع أنه لم يعتبر المصحح الحرج الزائد ولا ثبوته في أكثر الصائمين في الأصل، فكذا يجب في الفرع، وهذا لأن أكثر الصائمين يكونون مفيقين قريب الفجر فقوم لتهجدهم وقوم لسحورهم، فلو ألزمت النية قبل الفجر على وجه لا يتخلل المنافي بينها وبينه لم يلزم بذلك حرج في كل الصائمين ولا في أكثرهم، بل فيمن لا يفيق إلا بعد الفجر وهم قليل بالنسبة إلى غيرهم بخلاف اليقين قبله إذ يمكنهم تأخير النية إلى ما بعد استيفاء الحاجة من الأكل والجماع فتحصل بذلك نية سابقة لم يتخلل بينها وبين الشروع ما ينافي الصوم من غير حرج بهم، فلما لم يجب ذلك علم أن المقصود التيسير بدفع الحرج من كل وجه وعن كل صائم ويلزم المطلوب من شرعية المتأخرة. واعلم أن هذا لا يخص الواجب المعين، بل يجري في كل صوم لكن القياس إنما يصلح مخصصاً للخبر لا ناسخاً، ولو جرينا على تمام لازم هذا القياس كان ناسخاً له إذ لم يبق تحته شيء حينئذ فوجب أن يحاذي به مورد النص، وهو الواجب المعين من رمضان ونظيره من النذر المعين، ولا يمكن أن يلغى قيد التعيين في مورد النص الذي رويناه فإنه حينئذ يكون إبطالاً لحكم لفظ بلا لفظ ينص فيه فليتأمل وانتظم ما ذكرناه جواب مالك أيضاً.

(ما بينه وبين الزوال. وفي الجامع الصغير: قبل نصف النهار، وهو الأصح) ووجهه ما ذكره في الكتاب وقوله: (ولا فرق بين المسافر والمقيم) يعني في جواز النية قبل نصف النهار (خلافاً لزفر) فإنه يقول: إمساك المسافر في أول النهار لم يكن مستحقاً

لا يظهر مما ذكره جواب عن تمسك زفر إلا بملاحظة انطواء ذلك للفرق بين صوم رمضان وصوم القضاء على ما بين قوله: (بأن يقول نويت) أقول: القول ليس بلازم في النية، لكن يجوز أن يراد به ما يعم القول النفسي فتأمل قوله: (لا أن كل فرد يتأدى بالمجموع الخ)

عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية وبنية

فإن قيل: فمن أين اختص اعتبارها بوجودها في أكثر النهار وما رويتم لا يوجبه؟ قلنا: لما كان ما رويناه واقعة حال لا عموم لها في جميع أجزاء النهار احتمل كون إجازة الصوم في تلك الواقعة لوجود النية فيها في أكثره بأن يكون أمره عليه الصلاة والسلام الأسلمي بالنداء[1] كان الباقي من النهار أكثره، واحتمل كونها للتجويز من النهار مطلقاً في الواجب، فقلنا بالاحتمال الأول لأنه أحوط خصوصاً، ومعنا نص يمنعها من النهار مطلقاً وعضده المعنى، وهو أن للأكثر من الشيء الواحد حكم الكل في كثير من موارد الفقه، فعلى اعتبار هذا يلزم اعتبار كل النهار بلا نية لو اكتفى بها في أقله، فوجب الاعتبار الآخر، وإنما اختص بالصوم فلم يجز مثله في الحج والصلاة لأنه ركن واحد ممتد فبالوجود في أكثره يعتبر قيامها في كله بخلافهما، فإنهما أركان فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما، وإلا خلت بعض الأركان عنها فلم يقع ذلك الركن عبادة، والحمد لله ولا حول ولا قوّة إلا بالله. قوله: **(خلافاً لزفر)** فإنه يقول: لا يجوز رمضان من المسافر والمريض إلا بنية من الليل لأنه في حقهما كالقضاء لعدم تعينه عليهما. قلنا لا تفصيل فيما ذكرنا في الواجب المعين، ثم هما إنما خولف بهما الغير شرعاً في التخفيف لا للتغليظ، وصوم رمضان متعين بنفسه على الكل غير أنه جاز لهما تأخيره تخفيفاً للرخصة، فإذا صاما وتركا الترخص التحقا بالمقيم قوله: **(وهذا الضرب)** أي ما يتعلق بزمان بعينه من الواجب **(يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر)** وهذا الإطلاق لا يتم في المنذور المعين، فإنه يتأدى بالنية المطلقة وبنية النفل، أما لو نوى واجباً آخر ككفارة يقع عما نوى، وعلل بأن تعيين الناذر اليوم يعتبر في إبطال محليته لحق له وهو النفل لا محليته في حق حق عليه لأن ولايته لا تتجاوز حقه، وأورد عليه: بأن التعيين بإذن صاحب الحق وهو الشارع فينبغي أن يتعدى إلى حقه لإذنه بإلزامه على نفسه، وأجيب بأنه أذن مقتصراً على أن يتصرف في حق نفسه أعني العبد، وأورد لما لم يتعد إلى حق صاحب الشرع بقي محتملاً لصوم القضاء والكفارة فينبغي أن يشترط التعيين، ولا يتأدى بإطلاق النية كالظهر عند ضيق الوقت. أجيب بأن صوم القضاء والكفارة من محتملات الوقت، وأصل المشروع فيه النفل الذي صار واجبا بالنذر، وهو واحد فينصرف المطلق إليه، وكذا نية النفل بخلاف الظهر المضيق فإن تعيين الوقت يعارض التقصير بتأخير الأداء فلا يتعين الوقت بعده له بعد ما كان غير متعين له قوله: **(كالمتوحد في الدار ينال باسم جنسه)** علم من وجه قول الشافعي في اشتراط تعيين النية أن الثابت عن الشارع تعيين المحل وهو الزمان لقبول المشرع المعين، ولازمه نفي صحة غيره، وهذا لا يستلزم نفي لزوم التعيين عن المكلف، لأن إلزام التعيين ليس لتعيين المشروع للمحل بل ليثبت الواجب عن اختيار منه في أدائه لا جبراً، وتعين المحل شرعاً ليس علة لاختيار المكلف ونية مطلق الصوم كذلك قولكم، المتوحد ينال باسم جنسه كزيد ينال بيا حيوان ويا رجل، قلنا: إن أراد بقوله: يا حيوان زيداً مثلاً فهو صحيح، وليس نظيره إلا أن يريد بمطلق الصوم الذي هو متعلق النية صوم رمضان، وحينئذ ليس هو محل النزاع لأنه قصد صوم رمضان بذلك، وإن لم يرده بعينه به بل أراد فرداً ينطلق عليه ذلك الاسم لم يخطر بخاطره سوى ذلك، كما هو حقيقة إرادة المطلق مثل قول الأعمى: يا رجلاً خذ بيدي، فليس هو إرادة ذلك المتعين، فإنه لم يقصد، بل ما يطلق عليه الاسم سواء

للصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية، بخلاف إمساك المقيم، ولنا أن المعنى الذي لأجله جوّز في حق المقيم إقامة النية في أكثر وقت الأداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المقيم والمسافر قال: **(وهذا الضرب من الصوم الخ)** أراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكر في أوّل الكتاب. قوله **(يتأدى بمطلق النية)** أي بأن يقول: نويت الصوم **(وبنية النفل)**

أقول: أنت خبير بأن المتبادر من ذلك الكلام مثل هذا المقام أن يتأدى كل فرد بالمجموع، ولك أن تقول هو كذلك، ألا ترى أنه لو نوى الناذر بعد ما أصبح في يوم التعيين عن واجب آخر يكون عن نذره وهذا القدر يكفي في تصحيح الإطلاق قوله: **(وإذا انعدمت الصفة)**

---

(١) هو الحديث المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

النفل وبنية واجب آخر. وقال الشافعي: في نية النفل عابث، وفي مطلقها له قولان: لأنه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض. ولنا أن الفرض متعين فيه، فيصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه، وإذا نوى النفل أو واجباً آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة، وقد لغت الجهة فبقي الأصل وهو كاف، ولا فرق

كان كذلك أو غيره، فلزوم ثبوت ذلك بعينه يكون لا عن قصد إليه إذ الفرض أنه لم يقصد بعينه فيكون حينئذ جبراً، لكن لابد في أداء الفرض من الاختيار، واختيار الأعم ليس اختيار الأخص بخصوصه، وإذا بطل في المطلق بطل في إرادة النفل وواجب آخر، لأن الصحة بهما إنما هي باعتبار الصحة بالمطلق بناء على لغو الزائد عليه فيبقى هو وبه يتأدّى، بل البطلان هنا أولى لأنه يمكن اعتبار قصد المتعين بقصد الأعم من جهة أنه قصد ما ينطلق عليه الاسم وهو منها بخلاف هذا إذا لم يتعلق به قصد تعيين ذلك المعين، ثم اعتبار ذلك المطلق الذي في ضمنه بعد ما لغا مصاباً به ذلك المعين مع تصريحه بأني لم أرد المطلق بل الكائن بقيد كذا جبر على إيقاعه، وهو النافي للصحة، فكيف يسقط صوم رمضان وهو ينادي ويقول: لم أرده بل صوم كذا وأردت عدمه، فإنه مع إرادة عدمه إذا أراد صوماً آخر يقع عن رمضان عندكم قوله: (ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم) أي في أنه يتأدّى رمضان منهما بالمطلقة ونية واجب آخر والنفل عندهما، والوجه ظاهر من الكتاب. قوله: (وعند أبي حنيفة إذا صام المريض والمسافر) جمع بينهما وهو رواية عنه. والحاصل أن إخراج أبي حنيفة المسافر إذا نوى واجباً آخر بلا اختلاف في الرواية. وله فيه طريقان أحدهما أن نفس الوجوب وإن كان ثابتاً في حق المسافر لوجود سببه إلا أن الشارع أثبت له الترخص بترك الصوم تخفيفاً عليه للمشقة، ومعنى الترخص أن يدع مشروع الوقت بالميل إلى الأخف، فإذا اشتغل بواجب آخر كان مترخصاً لأن إسقاطه من ذمته أهم من إسقاط فرض الوقت لأنه لو لم يدرك عدة من أيام أخر لم يؤاخذ بفرض الوقت، ويؤاخذ بواجب آخر، وهذا يوجب أنه إذا نوى النفل يقع عن رمضان، وهو رواية ابن سماعة عنه، إذ لا يمكن إثبات معنى الترخص بهذه النية، لأن الفائدة في النفل ليس إلا الثواب، وهو في الفرض أكثر، فكان هذا ميلاً إلى الأثقل فيلغو وصف النفلية ويبقى مطلق الصوم فيقع عن فرض الوقت.

ظاهر. (وبنية واجب آخر) بأن ينوي عن كفارة أو غيرها. قيل: وهذا في صوم رمضان مستقيم، فأما في النذر المعين فلا لأنه يقع عما نوى من الواجب إذا كانت النية من الليل، ذكره في أصول شمس الأئمة وغيره، فحينئذ قول المصنف وهذا الضرب لا يبقى على إطلاقه. وأجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز: بأنه يمكن أن يقال موجب كلام المصنف أن يتأدّى المجموع بالمجموع، والبعض بالبعض، والبعض بالمجموع، لا أن كل فرد يتأدى المجموع فيظهر لكلامه وجه صحة وقال الشافعي: (في نية النفل عابث) أي لا يكون صائماً لا فرضاً ولا نفلاً (وفي مطلقها له قولان) في قول يقع عن فرض الوقت، وفي قول لا يقع عنه. وقوله: (لأنه بنية النفل) دليل على النفل أي أنه بنية النفل (معرض عن الفرض) لما بينهما من المغايرة فصار كإعراضه بترك النية (فلا يكون له الفرض) ومن هذا يظهر وجه أحد قوليه في مطلق النية لأنه لم يصر معرضاً بهذه النية فيجوز، ووجه القول الآخر أن صفة الفرضية قربة كأصل الصوم فكما لا يتأدى أصل الصوم إلا بالنية فكذلك الصفة، وإذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم ضرورة. (ولنا أن الفرض متعين فيه) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا انسلخ شعبان فلا صوم إلا رمضان» وكل ما هو متعين في مكان (يصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه) بأن يقال: يا حيوان، كما ينال باسم نوعه بأن يقال: يا إنسان، واسم علمه بأن يقال: يا زيد، لا يقال المتوحد في المكان إنما ينال باسم جنسه إذا كان موجوداً، وفيما نحن فيه إنما يوجد بتحصيله فكيف ينال باسم جنسه لأن كونه معدوماً لما لم يمنع أن ينال باسم نوعه بأن نوعه الصوم المشروع في الوقت لا يمنع أن ينال باسم جنسه دفعاً للتحكم. فإن قيل: ما ذكرتم يقتضي الإصابة بمطلق النية دون نية النفل أو واجب آخر لأن المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره، فإن زيداً لا ينال باسم عمرو؟ أجاب بقوله (وإذا

أقول: لانعدام النية قوله: (ينعدم الصوم ضرورة) أقول: فيه بحث فإنها ليست بفصل منوع كما يجيء قوله: (فلا صوم إلا رمضان) أقول: أي إلا صوم رمضان على حذف المضاف قوله: (دفعاً للتحكم) أقول: فيه بحث: فإن ما ذكره من الصوم المشروع في الوقت من قبيل

بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الرخصة كي لا تلزم المعذور مشقة فإذا تحملها التحق بغير المعذور. وعند أبي حنيفة رحمه الله: إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان إلى إدراك العدة. وعنه في نية التطوّع روايتان، والفرق على إحداهما أنه ما صرف الوقت إلى الأهم. قال: (والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان والنذر

والثاني: أن انتفاء شرعية الصيامات ليس من حكم الوجوب، فإن الوجوب موجود في الواجب الموسع بل هو من حكم تعيين هذا الزمان لأداء الفرض، ولا تعين في حق المسافر، لأنه مخير بين الأداء والتأخير فصار هذا الوقت في حقه كشعبان فيصح منه أداء واجب آخر كما في شعبان. وهذا الطريق يوجب أنه إذا نوى النفل يقع عما نوى وهو رواية الحسن عنه، وهاتان الروايتان اللتان حكاهما المصنف. وأما إخراج المريض إذا نوى واجباً آخر وجعله كالمسافر، فهو رواية الحسن عنه، وهو اختيار صاحب الهداية وأكثر مشايخ بخارى لأن رخصته متعلقة بخوف ازدياد المرض لا بحقيقة العجز، فكان كالمسافر في تعلق الرخصة في حقه بعجز مقدر، وذكر فخر الإسلام وشمس الأئمة أنه يقع عما نوى لأن رخصته متعلقة بحقيقة العجز. قيل: ما قالاه خلاف ظاهر الرواية. وقال الشيخ عبد العزيز: وكشف هذا أن الرخصة لا تتعلق بنفس المرض بالإجماع لأنه يتنوّع إلى ما يضرّ به الصوم نحو الحميات ووجع الرأس والعين وغيرها، وما لا يضرّ به كالأمراض الرطوبية وفساد الهضم وغير ذلك، والترخص إنما ثبت للحاجة إلى دفع المشقة فيتعلق في النوع الأول بخوف ازدياد المرض، ولم يشترط فيه العجز الحقيقي دفعاً للحرج، وفي الثاني بحقيقته فإذا صام هذا المريض عن واجب آخر أو النفل ولم يهلك ظهر أنه لم يكن عاجزاً فلم يثبت له الترخص فيقع عن فرض الوقت، وإذا صام ذلك المريض كذلك يقع عما نوى لتعلقها بعجز مقدر، وهو ازدياد المرض كالمسافر، فيستقيم جواب الفريقين، وإلى هذا أشار شمس الأئمة حيث قال: وذكر أبو الحسن الكرخي: أن الجواب في المريض والمسافر سواء على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهذا سهو أو مؤوّل ومراده مريض يطيق الصوم ويخاف منه

نوى النفل أو واجباً آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة) لأن الوقت لا يقبلها **(فبقي الأصل)** إذ ليس من ضرورة بطلان الوصف إذا لم يكن فصلاً منوعاً بطلان الأصل وأصل الصوم جنسه **(وذلك كاف)** وموضعه أصول الفقه وقد قررناه في الأنوار والتقرير **(ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن الرخصة)** إنما ثبتت **(كي لا يلزم المعذور مشقة، فإذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة: إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه، لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه للحال)** إذ القضاء لازم للحال فهو مؤاخذ به **(وتخيره في صوم رمضان)** لأنه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من أيام أخر. حتى إذا مات قبل الإدراك ليس عليه شيء، وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلمان في التحقيق فخر الإسلام، وشمس الأئمة، فإنهما قالا: إذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح أنه يقع صومه عن رمضان لأن إباحة الفطر له عند العجز عن أداء الصوم، فأما عند القدرة فهو والصحيح سواء، بخلاف المسافر فإن الرخصة في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود. وقال صاحب الإيضاح: وكان بعض أصحابنا يفصل بين المسافر والمريض، وأنه ليس بصحيح، والصحيح أنهما يتساويان وهو قول الكرخي، اختاره المصنف. وقوله: **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة **(في نية التطوّع)** من المسافر **(روايتان)** في رواية ابن سماعة: يقع عن الفرض لما ذكره في الكتاب، **(أنه ما صرف الوقت إلى الأهم)** وهو إسقاط واجب عليه، وإنما قصد تحصيل الثواب وهو في الفرض. أكثر، وفي رواية الحسن: يقع عما نوى من النفل، لأن رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم، ونيته في شعبان تقع عما نوى نفلاً كان أو واجباً، فكذلك هذا. وأما المريض إذا نوى عن التطوع فإن صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر، وقال الناطفي: قياس التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر أبي يوسف يوجب أن يكون في المريض جائزاً عن التطوع. قال: **(والضرب الثاني ما يثبت في الذمة)** والمراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقاً فيها من غير اتصال له

تقييد النوع بما يخصه في شخص فلا يلزم التحكم قوله: **(دفعاً للتحكم)** قال في التقرير: وهذا لأنه وإن لم يكن موجوداً تحصيلاً فهو موجود شرعاً قوله: **(لأن المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره)** أقول: ممنوع.

المطلق وصوم الكفارة فلا يجوز إلا بنية من الليل) لأنه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء **(والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال)** خلافاً لمالك، فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا. ولنا قوله ﷺ بعد ما كان يصبح غير صائم «إني إذا لصائم»[1] ولأن المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الإمساك في أوّل اليوم على صيرورته صوماً بالنية على ما

ازدياد المرض، فهذا يدلك على صحة ما ذكرنا. قوله: **(فلا يجوز إلا بنية من الليل)** ليس بلازم، بل إن نوى مع طلوع الفجر جاز لأن الواجب قران النية بالصوم لا تقديمها، كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(لأنه غير متعين)** وقد قدمنا أن ثبوت التوقف إنما كان بالنص ومورده كان الواجب المعين فعقل أن ثبوت التوقف بواسطة التعين مع لزوم النية واشتراطها في أداء العبادة إذ الظاهر أنه لا يخلي الزمن الذي وجبت فيه العبادة عن النية وكان هذا رفقاً بالمكلف كي لا يتضرر في دينه ودفعاً للحرج عنه على ما ذكرنا من تقريره، وغير المعين لم يلزم من اعتبار خلوه عن النية للخلو الخالي عنها وهو الأصل أعني اعتبار الخلو للخلو الخالي ضرر ديني عليه لأنه على التراخي فلا يأثم بعدم صحته لعدم النية فيه فلا موجب للتوقف، لا يقال توقف في النفل، وليس فيه الموجب الذي ذكرت بل مجرد الطلب الثواب وهو مع إسقاط الفرض ثابت في كل يوم في حق هذه الصيامات فيجب التوقف فيها بالنسبة إليها بل أولى. لأنا نقول: يمنع منه لزوم كون المعنى ناسخاً بالنص، أعني قوله عليه الصلاة والسلام «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل»[2] إذ قد خرج منه الواجب المعين بالنص مقارناً للمعنى الذي عيناه، وهو لا يتعداه فلو أخرج غير المعين أيضاً مع أن النفل قد خرج أيضاً بالنص بما ذكرت مما عقلت في إخراج النفل لم يبق تحت العام شيء بالمعنى الذي عينته وهو ممنوع، ولازمه كون ما عينته في النفل ليس مقصود الشارع من شرعية الصحة في النفل بل مقصوده زيادة تخفيف النفل على تخفيف الواجب حيث اعتبر التوقف فيه لمجرد تحصيل الثواب كما هو المعهود في الصلاة حيث جازت نافلتها على الدابة وجالساً بلا عذر، بخلاف فريضتها للمعنى الذي قلنا. لا يقال ما عللتم به في المعين قاصر، وأنتم تمنعون التعليل بالقاصرة. لأنا نقول ذلك للقياس لا مجرد إبداء معنى هو حكمة المنصوص لأنه إجماع، والنزاع في المسألة لفظي مبني على تفسير التعليل بما يساوي القياس أو أعم منه لا يشك في هذا، وقد أوضحناه فيما كتبناه [على البديع] ومن فروع لزوم التبييت في غير المعين: لو نوى القضاء من النهار فلم يصح هل يقع عن النفل: في فتاوى النسفي نعم، ولو أفطر يلزمه القضاء؟ قيل: هذا إذا علم أن صومه عن القضاء لم يصح بنية من النهار أما إذا لم يعلم فلا يلزم بالشروع كما في المظنون قوله: **(فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل»[3] وقد قدمنا الكلام فيه فارجع إليه. ومن فروع النية أن الأفضل النية من الليل في الكل، ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد الأولى أن ينوي أوّل يوم وجب عليّ قضاؤه من هذا الرمضان، وإن لم يعين الأول جاز وكذا لو كانا من رمضانين على المختار، حتى لو نوى القضاء لا غير جاز، ولو وجبت عليه كفارة فطر فصام أحداً وستين يوماً عن القضاء والكفارة، ولم يعين يوم القضاء جاز، وهل يجوز تقديم الكفارة على القضاء؟ قيل: يجوز وهو ظاهر، ولو وجب عليه قضاء رمضان سنة كذا فصام شهراً

بالوقت قبل العزم على صرف ماله إلى ما عليه **(كقضاء رمضان)** وصوم كفارة اليمين والظهار والقتل، وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان، وكذلك النذر المطلق فإذا كان كذلك **(لا يجوز إلا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء)** وقوله: **(والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال)** أي قبل انتصاف النهار سواء كان مسافراً أو مقيماً **(خلافاً لمالك فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا)** من قوله ﷺ «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل» **(ولنا قوله ﷺ بعد ما كان يصبح غير صائم «إني**

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الصيام.

(٢) تقدم في أوائل كتاب الصيام.

(٣) تقدم في أوائل كتاب الصيام من حديث عائشة.

ذكرنا، ولو نوى بعد الزوال لا يجوز. وقال الشافعي: يجوز ويصير صائماً من حين نوى إذ هو متجزىء عنده لكونه مبنياً على النشاط، ولعله ينشط بعد الزوال إلا أن من شرطه الإمساك في أول النهار، وعندنا يصير صائماً من أول النهار لأنه عبادة قهر النفس، وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره.

ينوي القضاء عن الشهر الذي عليه، غير أنه نوى أنه رمضان سنة كذا لغيره. قال أبو حنيفة رحمه الله: يجزيه. ولو صام شهراً ينوي القضاء عن سنة كذا على الخطأ وهو يظن أنه أفطر ذلك قال: لا يجزيه، ولو نوى بالليل أن يصوم غداً ثم بدا له في الليل وعزم على الفطر لم يصبح صائماً فلو أفطر لا شيء عليه إن لم يكن رمضان، ولو مضى عليه لا يجزيه لأن تلك النية انتقضت بالرجوع، ولو قال: نويت صوم غد إن شاء الله تعالى، فعن الحلواني: يجوز استحساناً لأن المشيئة إنما تبطل اللفظ، والنية فعل القلب، ولو جمع في نية واحدة بين صومين نذكره عن قريب إن شاء الله تعالى. وإذا اشتبه على الأسير المسلم في دار الحرب رمضان تحرّى وصام، فإن ظهر صومه قبله لم يجزه لأن صحة الإسقاط لا تسبق الوجوب، وإن ظهر بعده جاز فإن ظهر أنه كان شوّالاً فعليه قضاء يوم، فلو كان ناقصاً فقضاء يومين، أو ذا الحجة قضى أربعة لمكان أيام النحر والتشريق، فإن اتفق كونه ناقصاً عن ذلك الرمضان قضى خمسة ثم قال طائفة من المشايخ: هذا إذا نوى أن يصوم ما عليه من رمضان، أما إذا نوى صوم غد أداء لصيام رمضان فلا يصح إلا أن يوافق رمضان، ومنهم من أطلق الجواز وهو حسن.

إذاً لصائم») عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يدخل على نسائه ويقول: «هل عندكن من غداء؟ فإن قلن لا. قال: إني إذاً لصائم». وقوله: (ولأن المشروع) ظاهر. وقوله: (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله: ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوّله على النية المتأخرة المقترنة بأكثر كالنفل. وقوله: (ولو نوى بعد الزوال) ظاهر مما تقدم.

فصل في رؤية الهلال

قال: (وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان، فإن رأوه صاموا، وإن غمّ عليهم أكملوا عدّة شعبان ثلاثين يوماً ثم صاموا) لقوله ﷺ «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غمّ عليكم الهلال فأكملوا عدّة شعبان ثلاثين يوماً» ولأن الأصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه إلا بدليل ولم يوجد (ولا يصومون يوم الشك

فصــل

قوله: (وينبغي للناس) أي يجب عليهم وهو واجب على الكفاية قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام) في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غمّ عليكم فأكملوا عدّة شعبان ثلاثين يوماً»[1]. وقوله في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فيه تساهل، فإن الترائي إنما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم الذي هي عشيته، نعم لو رئي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته ليلة الثلاثين بالاتفاق، وإنما الخلاف في رؤيته قبل الزوال من اليوم الثلاثين، فعند أبي يوسف رحمه الله: هو من الليلة الماضية فيجب صوم ذلك اليوم وفطره إن كان ذلك في آخر رمضان، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: هو للمستقبلة هكذا حكي الخلاف في الإيضاح، وحكاه في المنظومة بين أبي يوسف ومحمد فقط، وفي التحفة قال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان قبل الزوال أو بعده إلى العصر فهو لليلة الماضية، وإن كان بعد العصر فهو للسمتقبلة بلا خلاف، وفيه خلاف بين الصحابة، روي عن عمر وابن مسعود وأنس رضي الله عنهم كقولهما، وعن عمر رضي الله عنه في رواية أخرى وهو قول عليّ وعائشة رضي الله عنهما مثل قول أبي يوسف اهـ. وعن أبي حنيفة: إن كان مجراه أمام الشمس، والشمس تتلوه فهو للماضية، وإن كان خلفها فللمستقبلة، وقال الحسن بن زياد: إذا غاب بعد الشفق فللماضية، وإن كان قبله فللراهنة. وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر أنه لا يرى قبل الزوال إلا وهو لليلتين فيحكم بوجوب الصوم والفطر على اعتبار ذلك، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»[2] فوجب سبق الرؤية على الصوم والفطر، والمفهوم المتبادر منه الرؤية عند عشية آخر كل شهر عند الصحابة والتابعين ومن بعدهم، بخلاف ما قبل الزوال من الثلاثين، والمختار قولهما، وهو كونه للمستقبلة قبل الزوال وبعده، إلا أن واحداً لو رآه في نهار الثلاثين من رمضان فظن انقضاء مدة الصوم وأفطر عمداً ينبغي أن لا تجب عليه كفارة، وإن رآه بعد الزوال ذكره في الخلاصة. هذا وتكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته، لأنه فعل أهل الجاهلية، وإذا ثبت في مصر لزم سائر الناس فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب وقيل: يختلف باختلاف المطالع لأن السبب الشهر، وانعقاده في قوم للرؤية لا يستلزم انعقاده في حق آخرين مع اختلاف المطالع، وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين وجب على الأولين الظهر والمغرب دون أولئك، وجه الأول عموم الخطاب في قوله «صوموا» معلقاً بمطلق الرؤية في قوله لرؤيته، وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية فيثبت ما تعلق به من عموم الحكم، فيعم

(وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان) لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوماً قال عليه الصلاة والسلام «الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه وخنس إبهامه في الثالثة» (فإن رأوه صاموا) كلامه واضح وقوله (ولا يصومون يوم الشك إلا تطوّعاً) يوم الشك هو اليوم الأخير من شعبان الذي يحتمل أن يكون آخر شعبان أو أوّل رمضان (لقوله عليه الصلاة

قال المصنف: (وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين) أقول: قال ابن الهمام. فيه تساهل، فإن الترائي إنما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم الذي هي عشيته. نعم لو رئي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته ليلة الثلاثين بالاتفاق اهـ. فيه

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٠٩ ومسلم ١٠٨١ والنسائي ٤/ ١٣٣ والدارمي ٢/ ٣ وابن الجارود ٣٧٦ والبيهقي ٤/ ٢٠٥، ٢٠٦ والدارقطني ٢/ ١٦٢ والطيالسي ٢٤٨١ وأحمد ٢/ ٤١٥، ٤٦٩ كلهم من حديث أبي هريرة، وكذا ابن حبان ٣٤٤٢.

(٢) هو المتقدم.

إلا تطوّعاً) لقوله ﷺ «لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعاً»(١) **وهذه المسألة على وجوه: أحدها:**

الوجوب بخلاف الزوال والغروب، فإنه لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه في خطاب من الشارع والله أعلم. ثم إنما يلزم متأخري الرؤية إذا ثبت عندهم رؤية أولئك بطريق موجب، حتى لو شهد جماعة أن أهل بلد كذا رأوا هلال رمضان قبلكم بيوم فصاموا وهذا اليوم ثلاثون بحسابهم، ولم ير هؤلاء الهلال لا يباح لهم فطر غد، ولا تترك التراويح هذه الليلة، لأن هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية. ولا على شهادة غيرهم، وإنما حكوا رؤية غيرهم، ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا، وقضى بشهادتهما جاز لهذا القاضي أن يحكم بشهادتهما لأن قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به، ومختار صاحب التجريد وغيره من المشايخ اعتبار اختلاف المطالع، وعورض لهم بحديث كريب «أن أم الفضل بعثته إلى معاوية بالشام قال: فقدمت الشام فقضيت حاجتها، واستهلّ عليّ رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال يوم الجمعة، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيتموه؟ فقلت: رأيناه ليلة الجمعة، فقال: أنت رأيته؟ فقلت: نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية رضي الله عنه، فقال: لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه فقلت: أو لا تكتفي برؤية معاوية رضي الله عنه وصومه، فقال: لا هكذا أمرنا رسول الله ﷺ»(٢) شك أحد رواته في. تكتفي. بالنون أو بالتاء، ولا شك أن هذا أولى لأنه نص وذلك محتمل لكون المراد أمر كل أهل مطلع بالصوم لرؤيتهم، رواه مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وقد يقال: إن الإشارة في قوله هكذا إلى نحو ما جرى بينه وبين رسول أم الفضل، وحينئذ لا دليل فيه لأن مثل ما وقع من كلامه لو وقع لنا لم نحكم به، لأنه لم يشهد على شهادة غيره ولا على حكم الحاكم. فإن قيل: إخباره عن صوم معاوية يتضمنه لأنه الإمام يجاب بأنه لم يأت بلفظ الشهادة، ولو سلم فهو واحد لا يثبت بشهادة وجوب القضاء على القاضي، والله سبحانه وتعالى أعلم. والأخذ بظاهر الرواية أحوط. قوله: **(ولا يصومون يوم الشك إلا تطوّعاً)** الكلام هنا في تصوير يوم الشك وبيان حكمه وبيان الاختلاف فيه، أما الأول قال(٣) هو استواء طرفي الإدراك من النفي والإثبات، وموجبه هنا أن يغم الهلال ليلة الثلاثين من شعبان فيشك في اليوم الثلاثين أمن رمضان هو أو من شعبان؟ أو يغمّ من رجب هلال شعبان فأكملت عدته، ولم يكن رئي هلال رمضان فيقع الشك في الثلاثين من شعبان أو الثلاثون أو الحادي والثلاثون، ومما ذكر فيه من كلام غير أصحابنا ما إذا شهد من ردت شهادته، وكأنهم لم يعتبروا ذلك لأنه إن كان في الصحو فهو محكوم بغلطه

والسلام «لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوّعاً») وقوله: **(وهذه المسألة على وجوه)** ذكر المصنف خمسة، ووجه الحصر أن من صام يوم الشك فإما يقطع في النية أو يتردد فيها، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون فيما عليه أولاً فإن كان فيما عليه فإما أن يكون في الوقتي أو في غيره، فالوقتي هو الوجه الأول وغيره هو الثاني، وإن كان في غير ما عليه فهو الثالث، وإن كان الثاني فإما أن يكون التردد في أصل النية أو في وصفها، فالأول الرابع والثاني الخامس، وهذا إذا لم يفرق بين ما يكون بناء أو ابتداء في التطوّع، والواجب الآخر، أما إذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه،

بحث لأنه يبدأ بالالتماس قبل الغروب كما هو العادة قال المصنف: **(ولا يصومون يوم الشك)** أقول: قال الإمام العلامة الزيلعي في شرح الكنز، ووقوع الشك بأحد أمرين: إما أن يغم هلال رمضان أو هلال شعبان فيقع الشك أنه أول يوم من رمضان أو آخر يوم من شعبان اهـ. فيه بحث، فإنه إذا لم يغم هلال رمضان فلا شك، وإذا غم فقد جاء الشك منه، فلا وجه لقوله بأحد أمرين. وقوله أو هلال شعبان

---

(١) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤٠ وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٧٦: لم أجده بهذا اللفظ اهـ وسيأتي حديث بمعناه بعد حديث واحد.

(٢) صحيح أخرجه مسلم ١٠٨٧ وأبو داود ٢٣٣٢ والترمذي ٦٩٣ والنسائي ٤/ ١٣١ كلهم عن كريب أن أم الفضل بنت الحارث بعثته إلى معاوية بالشام... وفيه: «سألني عبد الله بن عباس، ثم ذكر الهلال...».

(٣) قوله (قال) هكذا في عدة نسخ ولعله محرف عن الشك كما هو ظاهر كتبه مصححه.

أن ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا، ولأنه تشبه بأهل الكتاب لأنهم زادوا في مدة صومهم ثم إن ظهر أن

عندنا لظهوره، فمقابله موهوم لا مشكوك. وإن كان في غيم فهو شك وإن لم يشهد به أحد، وهذا لأن الشهر ليس الظاهر فيه أن يكون ثلاثين، حتى أنه إذا كان تسعة وعشرين يكون مجيئاً على خلاف الظاهر، بل يكون تسعة وعشرين كما يكون ثلاثين تستوي هاتان الحالتان بالنسبة إليه كما يعطيه الحديث المعروف في الشهر، فاستوى الحال حينئذ في الثلاثين أنه من المنسلخ أو المستهل إذا كان غيم فيكون مشكوكاً، بخلاف ما إذا لم يكن لأنه لو كان من المستهل لرئي عند الترائي، فلما لم ير كان الظاهر أن المنسلخ ثلاثون، فيكون هذا اليوم منه غير مشكوك في ذلك، وأما الثاني وهو بيان حكم صومه فلا يخلو من أن يقطع النية أو يرددها، وعلى الأول لا يخلو من أن ينوي به صوم رمضان أو واجب آخر أو التطوع ابتداء أو لاتفاق يوم كان يصومه أو أيام، بأن كان يصوم مثلاً ثلاثة أيام من آخر كل شهر، وعلى الثاني وهو أن يضجع فيها، فأما في أصل النية بأن ينوي من رمضان إن كان منه فإن لم يكن منه فلا يصوم، أو في وصفها بأن ينوي صوم رمضان إن كان منه، وإن لم يكن منه فعن واجب كذا قضاء أو كفارة أو نذر أو رمضان إن كان منه، وإلا فعن النفل والكل مكروه إلا في التردد في أصلها، فإنه لا يكون صائماً وإلا في النفل بلا إضجاع بل في صورة قطع النية عليه سواء كان لموافقه صوم كان يصومه أو ابتداء، واختلفوا في الأفضل إذا لم يوافق صوماً كان يصومه قيل: الفطر، وقيل: الصوم، ثم فيما يكره تتفاوت الكراهة، وتفصيل ذلك ظاهر من الكتاب. وهذا في عين يوم الشك، فأما صوم ما قبله ففي التحفة قال: والصوم قبل رمضان بيوم أو يومين مكروه أي صوم كان لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين إلا أن يوافق صوماً كان يصومه أحدكم». قال: وإنما كره عليه الصلاة والسلام خوفاً من أن يظن أنه زيادة على صوم رمضان إذا اعتادوا ذلك، وعن هذا قال أبو يوسف يكره وصل رمضان بست من شوّال، وذكر قبله بأسطر عدم كراهة صوم يوم الشك تطوّعاً، ثم قيده بكونه على وجه لا يعلم العوام ذلك كي لا يعتادوا صومه فيظنه الجهال زيادة في رمضان اهـ. وظاهر الكافي في خلافه قال: إن وافق يعني يوم الشك صوماً كان يصومه فالصوم أفضل، وكذا إذا صام كله أو نصفه أو ثلاثة من آخره اهـ. ولم يقيد بكون صوم الثلاثة عادة وهو ظاهر كلام المصنف أيضاً، حيث حمل حديث التقدم على التقدم بصوم رمضان، مع أنه يمكن أن يحمله عليه ويكره صومها لمعنى ما في التحفة فتأمل، وما في التحفة أوجه. وأما الثالث: فقد علمت أن مذهبنا إباحته وذهب الشافعي كراهته إن لم يوافق صوماً له، ومذهب أحمد وجوب صومه بنية رمضان في أصح الروايتين عنه، ذكره ابن الجوزي في التحقيق. ولنأت الآن على ما ذكره المصنف من الأحاديث وغيرها مما يتعلق به استدلال المذاهب ليظهر مطابقتها لأيّ المذاهب. الأوّل: حديث «لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوّعاً»[1] لم يعرف قيل: ولا أصل له والله أعلم. وسيأتي ثبوت المقصود وهو إباحة الصوم بوجه آخر، والله أعلم. الثاني: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين إلا رجل كان يصوم صوماً فيصومه»[2] رواه الستة في كتبهم. الثالث: ما أخرج الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ:

والمصنف ذكر الوجهين لكنه لم يجعلهما مستقلين (**فالأوّل أن ينوي رمضان وهو مكروه لما روينا**) من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعاً» لا يقال. لا يصام. صيغة نفي، وهو يقتضي عدم الجواز لأنه

وجوابه إذا غم هلال شعبان تشبه ليلة الثلاثين منه، فيتحقق الشك في الليلتين الأخيرتين فليتأمل قوله: (**لأنه بمعنى النهي الخ**) أقول:

(١) تقدم قبل حديث واحد. وروي بمعناه الحديث الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩١٤ والترمذي ٦٨٤، ٦٨٥ والنسائي ٤/ ١٥٤ و١٤٩ والشافعي ١/ ٢٧٥ وكذا أبو داود ٢٣٣٥ ومسلم ١٠٨٢ والطيالسي ٢٣٦١ وعبد الرزاق ٧٣١٥ وابن حبان ٣٥٨٦ وابن الجارود ٣٧٨ والبيهقي ٤/ ٢٠٧ وأحمد ٢/ ٢٣٨، ٤٩٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

اليوم من رمضان يجزيه لأنه شهد الشهر وصامه وإن ظهر أنه من شعبان كان تطوّعاً، وإن أفطر لم يقضه لأنه في معنى المظنون. والثاني: أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضاً لما روينا إلا أن هذا دون الأول في الكراهة ثم

«إذا بقي النصف من شعبان فلا تصوموا»[١] وقال: حسن صحيح. لا يعرف إلا من هذا الوجه على هذا اللفظ، ومعناه عند بعض أهل العلم أن يفطر الرجل حتى إذا انتصف شعبان أخذ في الصوم، الرابع: ما ذكره من قوله قال عليه الصلاة والسلام «من صام يوم الشك فقد عصا أبا القاسم»[٢] وإنما ثبت موقوفاً على عمار ذكره البخاري تعليقاً عنه، فقال: وقال: صلة من عمار «من صام يوم الشك»[٣] الخ وأصل الحديث ما رواه أصحاب السنن الأربعة في كتبهم وصححه الترمذي عن صلة بن زفر قال: كنا عند عمار في اليوم الذي يشك فيه فأتى بشاة مصلية فتنحى بعض القوم فقال عمار: «من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم»[٤] ورواه الخطيب في تاريخ بغداد في ترجمة محمد بن عيسى بن عبد الله الآدمي، حدثنا أحمد بن عمر الوكيعي: حدثنا وكيع عن سفيان عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى الله ورسوله»[٥] ثم قال: تابع الآدمي عليه أحمد بن عاصم الطبراني عن وكيع. الخامس: ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غمّ عليكم فأكملوا عدّة شعبان ثلاثين»[٦] وهو في الصحيحين. وعند أبي داود والترمذي وحسنه «فإن حال بينكم وبينه سحاب فكملوا العدّة ثلاثين ولا تستقبلوا الشهر استقبالاً»[٧]. السادس: ما في الصحيحين مما استدل به

بمعنى النهي لتحققه حساً وهو يقتضي المشروعية على ما عرف. **(ولأنه تشبه بأهل الكتاب)** يعني فيما فيه بر وذلك يوجب

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٣٣٧ والترمذي ٧٣٨ وابن ماجه ١٦٥١ والدارمي ٢/ ١٧ والبيهقي ٤/ ٢٠٩ وعبد الرزاق ٧٣٢٥ وابن حبان ٣٥٨٩ وأحمد ٢/ ٤٤٢ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال الترمذي: حسن صحيح اهـ وفيه العلاء بن عبد الرحمن صدوق ربما وهم.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤١: قال أحمد: هذا الحديث ليس بمحفوظ، وسألت عنه ابن مهدي فلم يصححه، ولم يحدثني به، وكان يتوقاه، وقال أيضاً: والعلاء ثقة لا ينكر من حديثه إلا هذا.
وقال البيهقي في المعرفة: قال أحمد: هذا حديث منكر اهـ. والحديث يعارضه حديث عائشة في الصحيح: كان يصوم عامة شعبان، أو كله.

(٢) غريب. قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤٢. وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٧٧: لم أجده مصرحاً برفعه.

(٣) خبر عمار، أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم ٤/ ١١٩ عن صلة عن عمار وهو الآتي.

(٤) جيد. أخرجه الترمذي ٦٨٦ والنسائي ٤/ ١٥٣ وكذا أبو داود ٢٣٣٤ وأبو يعلى ١٦٤٤.
والطحاوي ٢/ ١١١ وابن حبان ٣٥٨٥ والدارقطني ٣/ ١٥٧ والبيهقي ٤/ ٣٠٨ والحاكم ١/ ٤٢٣ و٤٢٤ والدارمي ٢/ ٢ كلهم من حديث عمار بن ياسر.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح وفي الباب عن أبي هريرة وأنس اهـ وصححه الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي! والصواب أنه على شرط مسلم. وقال الدارقطني: إسناده صحيح رجاله كلهم ثقات.

(٥) ضعيف. أخرجه الخطيب البغدادي في تاريخه ٢/ ٣٩٧ من حديث ابن عباس.
وقال: تابع الأدمي عليه أحمد بن عاصم الطبراني عن وكيع ورواه إسحاق بن راهويه عن وكيع فلم يجاوز به عكرمة. يعني هو مرسل انظر نصب الراية ٢/ ٤٤٢.

(٦) تقدم قبل قليل.

(٧) جيد. أخرجه أبو داود ٢٣٢٧ والترمذي ٦٨٨ والنسائي ٤/ ١٣٦، ١٣٥ والدارمي ٢/ ٣ وابن الجارود ٣٧٥ وابن حبان. ٣٥٩ والطيالسي ٢٦٧١ والبيهقي ٤/ ٢٠٧، ٢٠٨ ومالك ١/ ٢٨٧ والشافعي ١/ ٢٧٤ وعبد الرزاق ٧٣٠٢ والحاكم ١/ ٤٢٤، ٤٢٥ وأحمد ١/ ٢٢٦ كلهم من حديث ابن عباس.
صححه الحاكم، ووافقه الذهبي.
وقال الترمذي: حسن صحيح.
ولفظ: «لا تستقبلوا الشهر استقبالاً» عند النسائي وابن حبان، وغيرهما.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٣٨: سماك وثقه أبو حاتم وابن معين وروى له مسلم في صحيحه. وحكم الزيلعي بصحته، وله شواهد بمعناه.

إن ظهر أنه من رمضان يجزيه لوجود أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان فقد قيل: يكون تطوّعاً لأنه منهي عنه فلا

الإمام أحمد على وجوب صوم يوم الشك أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل «هل صمت من سرر شعبان؟ قال: لا. قال: فإذا أفطرت فصم يوماً مكانه»؟ (١) وفي لفظ «فصم يوماً». وفي الصحيحين أيضاً قوله ﷺ «صم يوماً وأفطر يوماً فإنه صوم داود» (٢) وسرار الشهرة آخره سمي به لاستسرار القمر فيه، قاله المذري وغيره. وأعلم أن السرار قد يقال على الثلاث الأخيرة من ليالي الشهر، لكن دل قوله «صم يوماً» على أن المراد صم آخرها لا كلها، وإلا قال: صم ثلاثة أيام مكانها، وكذا قوله من سرر الشهر لإفادة التبعيض، وعندنا هذا يفيد استحباب صومه لا وجوبه، لأنه معارض بنهي التقدم بصيام يوم أو يومين فيحمل على كون المراد التقدم بصوم رمضان جمعاً بين الأدلة، وهو واجب ما أمكن، ويصير حديث السرر للاستحباب، ولأن المعنى الذي يعقل فيه هو أن يختم شعبان بالعبادة كما يستحب ذلك في كل شهر، فهو بيان أن هذا الأمر وهو ختم الشهر بعبادة الصوم لا يختص بغير شعبان كما قد يتوهم بسبب اتصال الصوم الواجب به، بخلاف حمل حديث التقدم على صوم النفل، فيجعل هو الممنوع، وصوم رمضان هو الواجب بحديث السرر، فيكون منع النفل بسبب الإخلال بالواجب المفاد بحديث السرر، لأنه يؤدي إلى فتح مفسدة ظن الزيادة في رمضان عند تكرره مع غلبة الجهل، وهو مكفر لأنه كذب على الله تعالى فيما شرع كما فعل أهل الكتاب حيث زادوا في مدة صومهم، فيثبت بذلك ما ذهبنا إليه من حل صومه مخفياً عن العوام، وكل ما وافق حديث التقدم في منعه كحديث إكمال العدة فهو مثله في وجوب حمله على صومه بقصد رمضان، لأن صومه تطوّعاً إكمال لعدة شعبان، وحديث عمار بن ياسر (٣) وابن عباس(٤) رضي الله عنهم بتقدير تسليمه موقوف لا يعارض به حديث السرر، والأولى حمله على إرادة صومه عن رمضان، وكأنه فهم من الرجل المتنحي قصد ذلك فلا تعارض حينئذ أصلاً. وعلى هذا التقرير لا يكره صوم واجب آخر في يوم الشك، لأن المنهي عنه صوم رمضان ليس غير إذ لم يثبت غيره وهو ظاهر كلام التحفة حيث قال: أما المكروه فأنواع، إلى أن قال: وصوم يوم الشك بنية رمضان أو بنية مترددة ثم ذكر صورته، ثم قال: وقد قام الدليل على أن الصوم فيه عن واجب آخر وعن التطوع

الكراهة كما تقدم. وقوله: **(ثم إن ظهر)** ظاهر. وقوله: **(لأنه في معنى المظنون)** لم يقل لأنه مظنون لأن حقيقة المظنون أن يثبت له الظن بعد وجوبه بيقين، والحال أنه قد أدّاه فشرع فيه على ظن أنه لم يؤدّه ثم علم أنه أدّاه، وأما ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنوناً حقيقة إلا أنه في كل واحد منهما لما شرع مسقطاً للواجب عنده لا ملزماً كان كل منهما في معنى الآخر. **(والثاني أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضاً لما روينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يصام» الحديث **(إلا أن هذا دون الأول في الكراهة)** لعدم استلزامه التشبه بأهل الكتاب. وقوله: **(ثم إن ظهر)** ظاهر. وقوله: **(لأنه منهي عنه)** فيكون ناقصاً وما في ذمته كامل، فلا يتأدى الكامل بالناقص، كما لو صام يوم العيد عن واجب آخر. وقوله: **(لأن المنهي عنه وهو**

جواب لقوله لا يقال لا يصام صيغة نفي الخ. قوله: **(لأن حقيقة المظنون أن يثبت له الظن)** أقول: فيه تسامح، وحقيقته الشيء الذي شرع فيه على ظن أنه لم يؤد الواجب والحال أنه أداه بعد وجوبه بيقين قوله: **(لا ملزماً)** أقول: أي على نفسه قوله: **(لعدم استلزامه التشبه بأهل**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٨٣ ومسلم ١١٦١ وأبو داود ٢٣٢٨ والدارمي ٢/ ١٨ والبيهقي ٤/ ٢١٠ وأحمد ٤/ ٤٢٨، ٤٣٢، ٤٣٩، ٤٤٦ كلهم من حديث عمران بن حصين.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٧٥، ١٩٧٤، ١١٥٣، ١٩٧٧ و٣٤١٩ ومسلم ١١٥٩ والطيالسي ٢٢٥٥ وأحمد ٢/ ٢٠٠ والبيهقي ٣/ ٥١٦ ٤/ ٢٩٩ والطحاوي ٢/ ٨٦ وابن حبان ٣٦٣٨ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
واللفظ لمسلم.

(٣) تقدم قبل خمسة أحاديث.

(٤) تقدم قبل خمسة أحاديث.

يتأدى به الواجب، وقيل: يجزيه عن الذي نواه وهو الأصح لأن المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم، بخلاف يوم العيد لأن المنهي عنه وهو ترك الإجابة بلازم كل صوم، والكراهية ههنا لصورة النهي. والثالث: أن ينوي التطوّع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله: يكره على سبيل الابتداء، والمراد بقوله ﷺ «لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين»[1] الحديث، التقدم بصوم رمضان لأنه يؤديه قبل أوانه، ثم إن وافق صوماً كان يصومه فالصوم أفضل بالإجماع: وكذا إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر

مطلقاً لا يكره، فثبت أن المكروه ما قلنا، يعني صوم رمضان وهو غير بعيد من كلام الشارحين، والكافي وغيرهم، حيث ذكروا أن المراد من حديث التقدم التقدم بصوم رمضان، قالوا: ومقتضاه أن لا يكره واجب آخر أصلاً وإنما كره لصورة النهي في حديث العصيان، وحقيقة هذا الكلام على وجه يصح أن يكون معناه أن يترك صومه عن واجب آخر تورّعاً وإلا فبعد تأدّي الاجتهاد إلى وجوب كون المراد من النهي عن التقدم صوم رمضان كيف يوجب حديث العصيان منع غيره، ولا فرق بين حديث التقدم وبينه، فما وجب أن يحمل عليه وجب حمل الآخر عليه بعينه إذ لا فرق في المعنى سوى تعدد السند هذا بعد حمله على السماع من النبي ﷺ والله سبحانه أعلم. قوله: **(لأنه في معنى المظنون)** ولم يقل مظنون لأن حقيقته تتوقف على تيقن الوجوب، ثم الشك في إسقاطه وعدمه، وهو منتف لكن هذا في معناه حيث ظن أن عليه صوماً قوله: **(وهو مكروه أيضاً لما روينا)** يعني لا يصام اليوم الذي يشك فيه إلا تطوعاً، وقد عرفت أنه لا أصل له قوله: **(إلا أن هذا دون الأوّل في الكراهة)** لأنه لم ينو رمضان الذي هو مثار

التقدم على رمضان) أي بحديث أبي هريرة رضي الله عنه «لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين» إنما هو **(بصوم رمضان)** لما سنذكر، وهو **(لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لأن المنهي عنه وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى يلازم كل صوم)** فإن قيل: فعلى هذا كان الواجب أن لا يكون صوم واجب آخر مكروهاً أجاب بقوله **(والكراهية ههنا لصورة النهي)** قال في النهاية: إلا أنا أثبتنا الكراهة لتناول عموم نفي حديث آخر. وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا يصام اليوم الذي يشك فيه» الحديث. وقال غيره من الشارحين: لصورة النهي لا لحقيقة النهي، لأن النهي ورد في التقدم بصوم رمضان إلا أنه لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية أثبتنا فيه نوع كراهة. **(والثالث: أن ينوي التطوّع وهو غير مكروه لما روينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام «إلا تطوّعاً». **(وهو)** بإطلاقه **(حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء)** بأن لا يكون موافقاً لصوم كان يصومه في ذلك اليوم، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين إلا أن يكون صوماً يصومه رجل فليصم ذلك الصوم» وهذا نص على الجواز بناء، وأجاب المصنف بقوله **(والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين» الحديث التقدم بصوم رمضان لأنه يؤديه قبل أوانه)** وفي ذلك

الكتاب) أقول: فيه تأمل قوله: قال في النهاية: **(إلا أنا أثبتنا الكراهة لتناول عموم نفي حديث آخر)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(التقدم بصوم رمضان الخ)** أقول قال تاج الشريعة في شرح الهداية، لأن التقدم على الشيء بالشيء إنما يكون من جنس ذلك الشيء، فيكون التقدم على رمضان بصوم رمضان، والمراد بالتقدم القصد والنية ولأنه لا يمكن لهم غير ذلك. فإن قلت: أي فائدة في تخصيص يوم أو يومين والحكم ثابت في الزيادة كذلك؟ قلت: يوم ويومان قليل وما زاد عليه كثير، وإن القليل عفو كما في كثير من الأحكام فنفى هذا التوهم اهـ. قوله إنما يكون من جنس ذلك الشيء ممنوع، قال الله تعالى ﴿فقدموا بين يدي نجواكم صدقة﴾ ولو سلم فالصوم جنس واحد، والفرضية والنفلية ليست فصلاً ممنوعاً كما صرح به الشيخ أكمل الدين في الدرس السابق بخلاف الصلاة قوله: **(والدليل على ذلك أن ما قبل الشهر وقت للتطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع)** أقول: فيه بحث، ولم لا يكفي الاتحاد الجنسي في صحة إطلاق التقدم قوله: **(أجيب بأن يوماً ويومين الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب بأن المحتمل هو التقدم بيوم أو يومين كما هو الواقع من الممارسين لعلم حساب النجوم وغيرهم من عوام المتقشفة، وقد شاهدناه في أتباع الشيخ ابن الوفاء ببلدتنا قسطنطينية حماها الله عن البلية قال المصنف: **(ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال)** أقول: مشى على ما وقع في المختصر وإلا فكان ينبغي أن يقول إلى نصف النهار،

---

(١) تقدم قبل عشرة أحاديث.

فصاعداً، وإن أفرده فقد قيل: الفطر أفضل احترازاً عن ظاهر النهي وقد قيل: الصوم أفضل اقتداء بعليّ وعائشة رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه، والمختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذاً بالاحتياط، ويفتي العامة بالتلوّم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار نفياً للتهمة. والرابع: أن يضجع في أصل النية بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان من رمضان

النهي قوله: (وهو الأصح) لأن المنهي عنه وهو التقدم بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بل بصوم رمضان فقط، وعن هذا لا يكره أصلاً إلا أنه كره لصورة النهي: أي النهي المحمول على رمضان فإنه وإن حمل عليه فصورته اللفظية قائمة فالتورّع أن لا يحل بساحتها أصلاً، وهذا يفيد أنها كراهة تنزيه التي مرجعها إلى خلاف الأولى لا غير لا لمعنى في نفس الصوم، فلا يوجب نقصاناً في ذاته ليمنع من وقوعه عن الكامل ولا يكون كالصلاة في الأرض المغصوبة، بل دون ذلك على ما حققناه آنفاً قوله: (وقد قيل الصوم أفضل اقتداء بعائشة وعليّ رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه) قال في شرح الكنز لا دلالة فيه لأنهما كانا يصومانه بنية رمضان، وقال في الغاية رداً على صاحب الهداية إن مذهب عليّ رضي الله عنه خلاف ذلك، ولعل المصنف ينازع فيما ذكره شارح الكنز، لأن المنقول من قول عائشة رضي الله عنها في صومها لأن أصوم يوماً من شعبان أحبّ إليّ من أن أفطر يوماً من رمضان، فهذا الكلام يفيد أنها تصومه على أنه يوم من شعبان كي لا تقع في إفطار يوم رمضان، ويبعد أن تقصد به رمضان بعد حكمها بأنه من شعبان، وكونه من رمضان احتمال، والأولى في التمسك على الأفضلية حديث السرر فإنه يفيد بعد الجمع الذي وجب على ما قدمناه الاستحباب لا الإباحة، لكن بشرط أن لا يكون سبباً للمفسدة في الاعتقاد، فلذا كان المختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذاً بالاحتياط، ويفتي العامة بالتلوّم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار حسماً لمادة اعتقاد الزيادة، ويصوم فيه المفتي سراً لئلا يتهم بالعصيان فإنه أفتاهم بالإفطار بعد التلوّم لحديث العصيان وهو مشتهر بين العوام، فإذا خالف إلى الصوم اتهموه بالمعصية، وقصة أبي يوسف صريحة في أن من صامه من الخاصة لا يظهره للعامة وهي ما حكاه أسد بن عمرو، قال: أتيت باب الرشيد فأقبل أبو يوسف القاضي وعليه عمامة سوداء ومدرعة سوداء وخفّ أسود وراكب على فرس أسود، وما عليه شيء من البياض إلا لحيته البيضاء، وهو يوم شك فأفتى الناس بالفطر، فقلت له: أمفطر أنت؟ فقال: ادن إليّ، فدنوت منه فقال في أذني: أنا صائم، وقوله المفتي ليس بقيد بل كل من كان من الخاصة وهو من يتمكن من ضبط نفسه عن الاضجاع

تقديم الحكم على السبب وهو باطل، والدليل على ذلك أن ما قبل الشهر وقت للتطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوّع. فإن قيل: صوم رمضان هو ما يقع فيه فكيف يتصور التقدم فيه. أجيب: بأن معناه أن ينوي الفرض قبل الشهر، وهذا كما يقال مثلاً: قدم صلاة الظهر على وقتها، فإن معناه نواها قبل دخولها وقتها. فإن قيل: فما فائدة قوله عليه الصلاة والسلام «يوم أو يومين» وحكم الأكثر من ذلك كذلك. أجيب بأن يوماً ويومين ما وصل إلى حدّ الكثرة فيجوز أن يتوهم بأن القليل معفو فيجوز كما في كثير من الأحكام فنفى ذلك، وقوله: (ثم إن وافق صوماً) ظاهر. وقوله: (وإن أفرده) يعني لم يوافق صوماً يصومه قال محمد بن سلمة (الفطر أفضل احترازاً عن ظاهر النهي) وقال نصير بن يحيى: (الصوم أفضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه) ويقولان: لأن نصوم يوماً من شعبان أحبّ إلينا أن نفطر يوماً من رمضان (والمختار أن يصوم المفتي بنفسه) احتياطاً عن وقوع الفطر في رمضان (ويفتي العامة بالتلوّم) أي بالانتظار (إلى وقت الزوال ثم

ويجوز أن يكون المراد مما في الكتاب قرب وقت الزوال على حذف المضاف قال المصنف: (ومن رأى هلال رمضان) أقول: قال في النهاية وفي البدائع: إذ رأى الهلال وحده ورد الإمام شهادته قال المحققون من مشايخنا: لا رواية في وجوب الصوم عليه، وإنما الرواية أنه يصوم وهو محمول على الندب احتياطاً. قلت: قال في التحفة: يجب عليه، وفي المبسوط عليه صومه وبعد منع الوجوب ظاهر اهـ. ونحن نقول، والمختار عند المصنف الوجوب لقوله في دليل الشافعي وحكماً لوجوب الصوم عليه ولم ينقضه، وقوله لأن الوجوب عليه للاحتياط قوله: (وهل يقبلها أولا لم يذكره الخ) أقول: وفيه بحث، فإنه يذكره عقيب هذا الكلام بأبسط وجه وأبينه قوله: (لأنها إذا كانت

ولا يصومه إن كان من شعبان، وفي هذا الوجه لا يصير صائماً لأنه لم يقطع عزيمته فصار كما إذا نوى أنه إن وجد غداً غداء يفطر، وإن لم يجد يصوم. والخامس: أن يضجع في وصف النية بأن ينوي إن كان غداً من رمضان مصوم عنه، وإن كان من شعبان فعن واجب آخر، وهذا مكروه لتردده بين أمرين مكروهين. ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد في أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لأن الجهة لم تثبت للتردد فيها، وأصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوّعاً غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطاً، وإن نوى عن رمضان إن كان غداً منه وعن التطوّع إن كان من شعبان يكره لأنه ناو للفرض من وجه، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مر، وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله لأنه يتأدى بأصل النية، ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الإسقاط في عزيمته من وجه قال: (ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمام شهادته) لقوله ﷺ «صوموا لرؤيته» وقد رأى ظاهراً وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة. وقال الشافعي: عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان

في النية وملاحظة كونه عن الفرض إن كان غداً من رمضان قوله: (أجزأه لعدم التردد في أصل النية) وعن بعض المشايخ: لايجزيه عن رمضان، روي ذلك عن محمد، وأصله ما ذهب إليه محمد من أنه إذا كبر ينوي الظهر والعصر، على قول أبي يوسف يصير شارعاً في الظهر، وعلى قول محمد لا يصير شارعاً في الصلاة أصلاً لكن المسطور في غير موضع لو نوى القضاء والتطوّع كان عن القضاء عند أبي يوسف لأنه أقوى، وعند محمد عن التطوّع لأن النيتين تدافعتا فبقي مطلق النية فيقع عن التطوّع، ولأبي يوسف ما قلنا، ولأن نية التطوّع للمتطوّع غير محتاج إليها فلغت وتعينت نية القضاء فيقع عن القضاء، وهذا يقتضي أن يقع عن رمضان عند محمد، لأن التدافع لما أوجب بقاء مطلق النية حتى وقع عن التطوع، وجب أن يقع عن رمضان لتأدّيه بمطلق النية، ونظيره من الفروع المنقولة أيضاً لو نوى قضاء رمضان، وكفارة الظهار كان عن القضاء استحساناً، وهو قول أبي يوسف. وفي القياس وهو قول محمد: يكون تطوعاً لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقاً. وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى وكفارة الظهار فيه حق له فيترجح القضاء، ولو نذر صوم يوم بعينه فنوى النذر وكفارة اليمين يقع عن النذر عند محمد، وفي هذه كلها ما ذكرناه من عدم بطلان مطلق النية عنده وصحة النذر لأنه نفل في حد ذاته، وهذا يقتضي

بالإفطار نفياً للتهمة) أي تهمة الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية، لا خلاف بين أهل السنة والجماعة أنه لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان عن رمضان. وقال الروافض: يجب أن يصام يوم الشك عن رمضان، وقيل: معناه لو أفتى العامة بأداء النفل عسى أن يقع عندهم أنه خالف رسول الله ﷺ، حيث نهى عن صوم يوم الشك، وهو أطلقه فيفتيهم بالإفطار بعد التلوّم نفياً لهذه التهمة (والرابع: أن يضجع في أصل النية) التضجيع في النية الترديد فيها، وكلامه ظاهر. (والخامس: أن يضجع في وصف النية) وقوله: (بين أمرين مكروهين) وهما صوم رمضان وواجب آخر في هذا اليوم، إلا أن كراهة أحدهما وهو نية صوم رمضان أشد من الآخر. وقوله: (ثم إن ظهر) ظاهر وقوله: (لشروعه فيه مسقطاً) يعني لا ملزماً لأن الكلام فيما إذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطاً للواجب عن ذمته، وكذا قوله (وإن نوى عن رمضان) ظاهر. قوله (لما مر) إشارة إلى قوله لعدم التردد في أصل النية وقوله: (ومن رأى هلال رمضان وحده) ظاهر، وهل يقبلها أو لا لم يذكره، فإن كانت السماء مصحية وهو من المصر لم يقبل الإمام شهادته لأن اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة والإسلام، وما يوجب الرد، ومخالفة الظاهر فترجح جانب الرد لأن الفطر من كل وجه جائز بعذر كما في المريض

متغيمة أو جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما يذكر) أقول: على ما ذكره الطحاوي وهو خلاف ظاهر الرواية قوله: (ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فإنها يطلق القضاء بردها شرعاً كما في شهادة الفاسق وهي ههنا متمكنة) أقول: الضمير في قوله فإنها راجع إلى التهمة في قوله وهو تهمة الغلط، والضمير في قوله بردها راجع إلى الشهادة في قوله رد شهادته، وقوله وهي راجع إلى التهمة المذكورة قوله: (ولهذا يجري فيها التداخل) قال في التلويح: حتى لو أفطر في رمضان مراراً لم يلزمه إلا كفارة واحدة، وكذا في رمضانين عند أكثر المشايخ قوله: (ولا تجب على المعذور والخاطىء) أقول: بل على المعتمد المتكامل جنايته فاعتبر في سببها

حقيقة لتيقنه به وحكماً لوجوب الصوم عليه ولنا أن القاضي ردّ شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط، فأورث شبهة وهذه الكفارة تندرىء بالشبهات، ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه، ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط، والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده. قال: **(وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو عبداً)** لأنه أمر ديني، فأشبه رواية الإخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة، وتشترط العدالة لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول، وتأويل قول الطحاوي عدلاً كان أو غير عدل أن يكون مستوراً والعلة غيم أو غبار أو نحوه، وفي إطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية

أنه فرق بين الصوم والصلاة، فإنه لو بقي أصل النية في نية الظهر والعصر لكان شارعاً في صلاة نفل، وهو يمنعه على ما عرف في كتاب الصلاة من أنه إذا بطل وصف الفرضية لا يبقى أصل الصلاة عند محمد خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف، وهو مطالب بالفرق أو يجعل ما ذكرنا عنه في الصوم رواية توافق قولهما في الصلاة والله سبحانه أعلم قوله: **(وقد رأى ظاهراً)** فصار شاهداً للشهر، وقد قال الله تعالى **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾** [البقرة ١٨٥] ولا فرق بين كون هذا الرجل من عرض الناس أو كان الإمام فلا ينبغي للإمام إذا رآه وحده أن يأمر الناس بالصوم، وكذا الفطر بل حكمه حكم غيره قوله: **(وهذه الكفارة تندرىء بالشبهات)** لأنها التحقت بالعقوبات بدليل عدم وجوبها على المعذور والمخطىء قوله: **(اختلف المشايخ فيه)** والصحيح أنه لا كفارة: لأن الشبهة قائمة قبل رد شهادته، روى أبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال «الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون»[1] فقام دليلاً مانعاً من وجوب الكفارة فيما إذا أفطر الرائي وحده لأن المعنى الذي به تستقيم الأخبار أن الصوم المفروض يوم يصوم الناس، والفطر المفروض يوم يفطر الناس، أعني بقيد العموم قوله: **(اعتباراً للحقيقة التي عنده)** فالحاصل أن رؤيته موجبة عليه الصوم، وعدم صوم الناس المتفرع عن تكذيب الشرع إياه قام فيه شبهة مانعة من وجوب الكفارة عليه إن أفطر لحكم النص من الصوم يوم يصوم الناس، وعدم فطر الناس اليوم الحادي والثلاثين من صومه موجب للصوم عليه بذلك النص أيضاً، والحقيقة التي عنده وهو شهود الشهر، وكونه لا يكون أكثر من ثلاثين بالنص شبهة فيه مانعة من وجوب الكفارة عليه إن أفطر، وعلى هذا لو قبل الإمام شهادته وهو فاسق وأمر الناس بالصوم فأفطر هو أو واحد من أهل بلده لزمته الكفارة، وبه قال عامة المشايخ، خلافاً للفقيه أبي جعفر لأنه يوم صوم الناس، فلو كان عدلاً ينبغي أن لا يكون في وجوب الكفارة خلاف لأن وجه النفي كونه ممن لا يجوز

والمسافر، وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الأعذار فكان المصير إلى ما لا يجوز بعذر أولى وقيد بقوله: والسماء مصحية وهو من المصر لأنها إذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما يذكر **(ولنا أن القاضي ردّ شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط)** فإنها يطلق القضاء بردّها شرعاً كما في شهادة الفاسق، وهي ههنا متمكنة لأنه لما ساوى غيره في المنظر ظاهراً والنظر وحدّة البصر ودقة المرئي وبعد المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس، ويكون غالط فيورث شبهة عدم الرؤية **(وهذا الكفارة تندرىء بالشبهات)** لأن جهة العقوبة فيها راجحة، ولهذا يجري فيها

كما الجناية فتكون عقوبة فافهم، والخاطىء كأن سبق الماء حلقه في المضمضة قوله: **(فكان يوم الفطر في حق الناس كافة)** أقول: يعني حكماً قال المصنف: **(لقوله ﷺ «صوموا لرؤيته»)** أقول: ولعل الأظهر الاستدلال بقوله تعالى **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾** قوله:

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٦٩٧ وكذا أبو داود ٢٣٢٤ والدارقطني ٢/ ١٦٤ من طريقين كلهم من حديث أبي هريرة، واللفظ للترمذي.
ولفظ أبي داود: «وفطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون وكل عرفة موقف وكل منى منحر، كل فجاج مكة منحر وكل جمع موقف».
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.
وقال الدارقطني عند الرواية الثانية: الواقدي ضعيف.
وتقدم مستوفياً في العيدين، وهو حسن له طرق أخرى.

لأنه خبر ديني، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه، وكان الشافعي في أحد قوليه يشترط المثني والحجة عليه ما ذكرنا، وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوماً لا يفطرون، فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله للاحتياط، ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد، وعن محمد أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد، وإن كان لا

القضاء بشهادته وهو منتف هنا قوله: **(لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول)** أي في التي يتيسر تلقيها من العدول كروايات الأخبار، بخلاف الأخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه، حيث يتحرى في خبر الفاسق فيه لأنه قد لا يقدر على تلقيها من جهة العدول إذ قد لا يطلع على الحال في ذلك الأمر الخاص عدل مع أنه لم يقبل خير الفاسق بمفرده، بل مع الاجتهاد في صدقه، ولا يعسر في هلال رمضان ذلك لأن المسلمين عامتهم متوجهون إلى طلبه في عدولهم كثره فلم تمس الحاجة إلى قبول خبر الفاسق مع الاجتهاد فيه قوله: **(وتأويل قول الطحاوي الخ)** المراد أن بهذا التأويل يرجع قوله إلى إحدى الروايتين في المذهب لا أنه يرتفع به الخلاف فإن المراد بالعدل في ظاهر الرواية من ثبتت عدالته وأن الحكم بقوله فرع ثبوتها، ولا ثبوت في المستور. وفي رواية الحسن وهي المذكورة: تقبل شهادة المستور وبه أخذ الحلواني فصار بهذا التأويل أن الخلاف المتحقق في المذهب هو اشتراط ظهور العدالة أو الاكتفاء بالستر، هذا وتقبل فيه شهادة الواحد على شهادة الواحد أما مع تبين الفسق فلا قائل به عندنا، وعلى هذا تفرع ما لو شهدوا في تاسع عشري رمضان أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيوم إن كانوا في هذا المصر لا تقبل شهادتهم، لأنهم تركوا الحسبة وإن جاءوا من خارج قبلت قوله: **(والحجة عليه ما ذكرنا)** من أنه أمر ديني قوله: **(وقد صح الخ)** يعني به ما قدمناه من رواية أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: «إني رأيت الهلال، فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم، قال: أتشهد أن محمداً رسول الله قال؟ نعم، قال: يا بلال إذن في الناس فليصوموا»[1]. وهذا الحديث قد يتمسك به لرواية النوادر في قبول

التداخل ولا تجب على المعذور والخاطىء على ما عرف في الأصول **(ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه)** أي في وجوب الكفارة فمن نظر إلى أن المورث للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته، قال: بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها وتحقيق الرمضانية لتيقنه بالرؤية، ومن نظر إلى أن يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله ﷺ «صومكم يوم تصومون» الحديث وليس ما نحن فيه من اليوم يوماً يصوم الناس فيه لأنه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا أداء ولا قضاء، فكان يوم الفطر في حق الناس كافة لعدم التجزىء، وهذا يقتضي أن لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه حقيقة، وعارضه نص آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام «صوموا لرؤيته» أورث شبهة الإباحة فيما يدرأ بالشبهات قال: بعدم وجوبها **(ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط)** لجواز وقوع الغلط، كما روي أن عمر رضي الله عنه خرج في الناس يتفقدون الهلال فقال واحد: الهلال يا أمير المؤمنين، فأمر عمر رضي الله عنه أن يمسح وجهه بالماء ثم قال له: أين الهلال؟ قال: فقدته. فقال عمر رضي الله عنه: لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالاً **(والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار ولو أفطر)** يعني بعد الثلاثين **(لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده)** وعملاً بقوله عليه الصلاة والسلام «وفطركم يوم تفطرون» قال: **(وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال، الخ)** كلامه ظاهر وإنما قال: **(غير مقبول)** ولم يقل مردود، لأن حكمه التوقف قال الله تعالى **﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾** وقوله: **(وفي إطلاق جواب الكتاب)** يعني القدوري وهو قوله قبل الإمام شهادة الواحد العدل **(يدخل المحدود في**

(لأن الوجوب عليه للاحتياط) أقول: يعني لا للتيقن بأن رآه قوله: **(وعملاً بقوله ﷺ «وفطر كم يوم تفطرون»)** أقول: فيه شيء قال المصنف: **(لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول)** أقول: التقريب ليس بتام، إذ ليس في التعليل ما يدل على عدم اعتبار قول المستور

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الصوم.

يثبت بها ابتداء كاستحقاق الإرث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة. قال: **(وإذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم)** لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً، بخلاف ما إذا كان بالسماء علة لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر، ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة، وعن أبي يوسف رحمه الله خمسون رجلاً اعتباراً بالقسامة ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر، وذكر الطحاوي أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع،

المستور، لكن الحق أن لا يتمسك به بالنسبة إلى هذا الزمان لأن ذكره الإسلام بحضرته عليه الصلاة والسلام حين سأله عن الشهادتين إن كان هذا أوّل إسلامه فلا شك في ثبوت عدالته، لأن الكافر إذا أسلم أسلم عدلاً إلا أن يظهر خلافه منه، وإن كان إخباراً عن حاله السابق فكذلك لأن عدالته قد ثبتت بإسلامه فيجب الحكم ببقائها ما لم يظهر الخلاف، ولم يكن الفسق غالباً على أهل الإسلام في زمانه عليه الصلاة والسلام، فتعارض الغلبة ذلك الأصل فيجب التوقف إلى ظهورها قوله: **(ثم إذا قبل الإمام الخ)** هكذا الرواية على الإطلاق سواء قبله لغيم أو في صحو وهو ممن يرى ذلك، ولا يخفى أن المراد ما إذا لم ير الهلال ليلة الثلاثين، ثم خص قول أبي حنيفة. وفي الخلاصة والكافي والفتاوى أضافوا معه أبا يوسف، ومنهم من استحسن ذلك في قبوله في صحو، وفي قبوله لغيم أخذ بقول محمد، فأما لو صاموا بشهادة رجلين فإنهم يفطرون إذا صاموا ثلاثين ولم يروا، ذكره في التجريد. وعن القاضي أبي علي السغدي لا يفطرون، وهكذا في مجموع النوازل وصح الأول في الخلاصة، ولو قال قائل: إن قبلها في الصحو لا يفطرون أو في غم أفطروا لتحقق زيادة القوّة في الثبوت في الثاني والاشتراك في عدم الثبوت أصلاً في الأول فصار كالواحد لم يبعد قوله: **(بشهادة الواحد)** متصل بثبوت الرمضانية لا بثبوت الفطر فهو معنى ما أجاب به محمد بن سماعة حين قال له: يثبت الفطر بشهادة الواحد فقال: لا بل بحكم الواحد بثبوت رمضان فإنه لما حكم الحاكم بثبوته، وأمر الناس بالصوم فبالضرورة يثبت الفطر بعد ثلاثين يوماً قوله: **(كاستحقاق الإرث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة)** فإنه تقبل شهادتها على النسب فيثبت به مع المؤيد عنده وعندهما مطلقاً، ثم يثبت استحقاق الإرث بناء على ثبوت النسب، وإن كان لا يثبت الإرث ابتداء بشهادتها وحدها.

[فرع] إذا صام أهل مصر رمضان على غير رؤية بل بإكمال شعبان ثمانية وعشرين يوماً، ثم رأوا هلال شوّال إن كانوا أكملوا عدّة شعبان عن رؤية هلاله إذا لم يروا هلال رمضان قضوا يوماً واحداً حملاً على نقصان شعبان، غير أنه اتفق أنهم لم يروا ليلة الثلاثين، وإن أكملوا عدّة شعبان عن غير رؤية قضوا يومين احتياطاً لاحتمال نقصان شعبان مع ما قبله فإنهم لما لم يروا هلال شعبان كانوا بالضرورة مكملين رجب قوله: **(يوهم الغلط)** الأولى أن يقال ظاهر في الغلط فإن مجرد الوهم متحقق في البينات الموجبة للحكم، ولا يمنع ذلك قبولها بل التفرد من بين الجم الغفير بالرؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه مع فرض عدم المانع وسلامة الأبصار، وإن تفاوتت الأبصار في الحدة ظاهر في غلطه كتفرد ناقل زيادة من بين سائر أهل مجلس مشاركين له في السماع، فإنها ترد وإن كان ثقة مع

القذف بعد التوبة وهو ظاهر الرواية **لأنه خبر)** أي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة **(وعن أبي حنيفة: أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه)** دون وجه من حيث إن وجوب العمل به إنما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث اشتراط العدالة **(وكان الشافعي في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا)** يعني قوله لأنه أمر ديني **(وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة الواحد في هلال رمضان)** قال ابن عباس جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: «إني رأيت الهلال يعني هلال في هلال رمضان فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله، قال: نعم. قال: أتشهد أن محمداً رسول الله، قال: نعم. قال: يا بلال أذن في الناس فليصوموا غداً» وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى. وقوله: **(وصاموا ثلاثين يوماً)** يعني ولم يروا الهلال **(لا يفطرون)** ومبني ما روي عن محمد ما تقرر أن الشيء قد يثبت ضمناً، وإن لم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب. وقوله: **(كاستحقاق الإرث بناء على النسب)** إنما يصح على قولهما دون قول أبي حنيفة رحمهم الله. وقوله**(وإذا لم تكن**

وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان، وكذا إذا كان على مكان مرتفع في المصر. قال: **(ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر)** احتياطاً، وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب. قال: **(وإذا كان بالسماء علة لم يقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** لأنه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه، والأضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الأصح، خلافاً لما روي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الأضاحي **(وإن لم يكن بالسماء علة لم يقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم)** كما ذكرنا. قال: **(ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس)** لقوله تعالى **﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط**

أن التفاوت في حدة السمع أيضاً واقع كما هو في الإبصار مع أنه لا نسبة لمشاركيه في السماع بمشاركيه في الترائي كثرة، والزيادة المقبولة ما علم فيه تعدد المجالس أو جهل فيه الحال من الاتحاد والتعدد، وقوله: لأن التفرد لا يريد تفرد الواحد وإلا لأفاد قبول الاثنين وهو منتف بل المراد تفرد من لم يقع العلم بخبرهم من بين أضعافهم من الخلائق، ثم عن أبي يوسف: أن الذين يوجب خبرهم الحكم في خصوص هذه الحالة خمسون اعتباراً بالقسامة. وعن خلف خمسمائة ببلخ قليل، فبخارى لا تكون أدنى من بلخ فلذا قال البقالي: الألف ببخارى قليل، والحق ما روي عن محمد وأبي يوسف أيضاً أن العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كل جانب، وهلال الفطر في الصحو كرمضان وفي غيره بخلاف فلا يثبت إلا باثنين ورجل وامرأتين قوله: **(ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر)** يعني في ظاهر الرواية وما عن الطحاوي من الفرق خلاف ظاهر الرواية، وكذا ما يشير إليه كتاب الاستحسان حيث قال: فإن كان الذي يشهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته لأن الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل، فإن القيود المذكورة تفيد بمفهوماتها المخالفة الجواز عند عدمها. قوله: **(لم يفطر)** قيل: معنى قول أبي حنيفة لا يفطر لا يأكل ولا يشرب، ولكن لا ينوي الصوم والتقرب إلى الله تعالى لأنه يوم عيد في حقه للحقيقة التي عنده، ولا يخفى أن التعليل بالاحتياط ينافي تأويل قوله بذلك. وقيل: إن أيقن أفطر ويأكل سرا وعلى القول بأنه لا يفطر لو أفطر يقضي، ثم منهم من قال: لا كفارة عليه بلا خلاف، ومنهم من حكى في لزومها الخلاف بعد رد شهادته وقبله، والصحيح عدم لزومها فيها، ولو شهد هذا الرجل عند صديق له فأكل لا كفارة عليه، وإن كان صدّقه قوله: **(فأشبه سائر حقوقه)** وعن هذا شرط العدد والحرية في الرائي، وأما لفظة الشهادة ففي فتاوى قاضيخان: ينبغي

بالسماء علة) ظاهر. وقوله: **(ولا فرق بين أهل المصر)** أي لا فرق في عدم القبول إذا لم يكن بالسماء علة بين أهل المصر **(ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي: أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع وإليه)** أي إلى ما ذكره الطحاوي **(الإشارة في كتاب الاستحسان)** ولفظه: فإن كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته، ووجه الإشارة أن التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر، ونفي العلة في عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها إذا كان الشاهد خارج المصر أو كان في السماء علة **(وكذا إذا كان في مكان مرتفع في المصر)** تقبل. وقوله: **(من رأى هلال الفطر)** واضح، وكذا قوله **(وإذا كان بالسماء علة)** وقوله: **(وهو الأصح)** احتراز عما روي في النوادر عن أبي حنيفة: أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به أمر ديني وهو ظهور وقت الحج. وقوله: **(لأنه تعلق به نفع العباد)** دليل الأصح. وقوله: **(وإن لم يكن بالسماء علة)** يعني في هلال الفطر. وقوله: **(كما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة الخ. وقوله: **(ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني)** قيل العبرة لأول طلوعه وقيل لاستنارته وانتشاره، قال شمس

فتأمل قوله: **(ومن حيث اشتراط العدالة)** أقول: فيه شيء. قال المصنف: **(ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر)** أقول: قال في الكنز، ولا عبرة لاختلاف المطالع. قال الزيلعي في شرحه: والأشبه أن يعتبر لأن كلى قوم مخاطبون بما عندهم، إلى قوله: وهكذا أمرنا رسول الله ﷺ اهـ. ونحن نقول جواب قصة كريب أنه لم يأت بلفظ الشهادة، ولو سلم فهو واحد لا يثبت بشهادته وجوب القضاء على القاضي، وتفصيله في شرح ابن الهمام فراجعه. وقال ابن الهمام: وجه عدم اعتبار الاختلاف عموم الخطاب في قوله صوموا معلقاً بمطلق الرؤية في قوله لرؤيته، وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية فيصدق ما يتعلق به من عموم الحكم فيثبت الوجوب، بخلاف الزوال وأخيه فإنه لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه في خطاب من الشارع، والله أعلم. اهـ. وفيه تأمل.

الأبيض﴾ إلى أن قال ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ والخيطان بياض النهار وسواد الليل **(والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية)** لأنه في حقيقة اللغة: هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع لورود الاستعمال فيه إلا أنه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة، واختص بالنهار لما تلونا، ولأنه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى ليكون على خلاف العادة، وعليه مبنى العبادة، والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء في حق النساء.

أن تشترط كما تشترط الحرية والعدد، وأما الدعوى فينبغي أن لا تشترط كما في عتق الأمة وطلاق الحرّة عند الكل، وعتق العبد في قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قياس قول أبي حنيفة: فينبغي أن تشترط الدعوى في هلال الفطر وهلال رمضان اهـ. وعلى هذا فما ذكروا من أن من رأى هلال رمضان في الرستاق وليس هناك وال ولا قاض، فإن كان ثقة يصوم الناس بقوله، وفي الفطر إن أخبر عدلان برؤية الهلال لا بأس بأن يفطروا يكون الثبوت فيه بلا دعوى، وحكم للضرورة، أرأيت لو لم ينصب في الدنيا إمام ولا قاض حتى عصوا بذلك أما كان يصام بالرؤية فهذا الحكم في محال وجوده قوله: **(لأنه تعلق به نفع العباد)** تعليل لظاهر الرواية، وفي التحفة رجح رواية النوادر فقال: والصحيح أنه يقبل فيه شهادة الواحد لأن هذا من باب الخبر فإنه يلزم المخبر أوّلاً ثم يتعدى منه إلى غيره اهـ. وأيضاً فإنه يتعلق به أمر ديني وهو وجوب الأضحية وهو حق الله تعالى، فصار كهلال رمضان في تعلق حق الله به فيقبل في الغيم الواحد العدل، ولا يقبل في الصحو إلا التواتر قوله: **(والصوم هو الإمساك الخ)** نقض طرده بإمساك الحائض والنفساء لذلك فإنه يصدق عليه ولا يصدق المحدود، وبمن أمسك من طلوع الشمس كذلك بعد ما أكل بعد الفجر بناء على أن النهار اسم لما من طلوع الشمس إلى الغروب، وعكسه بأكل الناسي فإنه يصدق معه المحدود، وهو الصوم الشرعي ولا يصدق الحد وهذا فساد العكس، وجعل في النهاية إمساك الحائض والنفساء مفسداً للعكس، وجعل أكل الناسي مفسداً للطرد والتحقيق ما أسمعتك. وأجيب: بأن الإمساك موجود مع أكل الناسي، فإن الشرع اعتبر أكله عدماً والمراد من النهار اليوم في لسان الفقهاء، وبالحيض والنفاس خرجت عن الأهلية للصوم شرعاً، ولا يخفى ما في هذه الأجوبة من العناية، والحد الصحيح إمساك عن المفطرات منويّ الله تعالى بإذنه في وقته وما قدمناه في أول الباب معناه وهو تفصيل هذا.

الأئمة الحلواني: الأول أحوط، والثاني: أرفق. وقوله: **(والخيطان)** يعني أن الخيط الأبيض هو أول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير أي المنتشر المعترض في الأفق كالخيط الممدود والخيط الأسود ما يمتدّ معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب وذنب السرحان شبهاً بخيطين أبيض وأسود وموضعه علم البيان، واكتفى ببيان الخط الأبيض بقوله. من الفجر. عن بيان الأسود، لأن البيان في أحدهما بيان في الآخر. وقوله: **(والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية)** قيل: هو منقوض طرداً وعكساً، أما عكساً فبأكل الناسي فإن صومه باق والإمساك فائت، وأما طرداً فبمن أكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما أن النهار اسم لزمان هو مع الشمس، وكذلك في الحائض والنفساء فإن هذا المجموع موجود والصوم فائت. وأجيب عن الأول: بمنع فوت الإمساك لأن المراد به الإمساك الشرعي وهو موجود. وعن الثاني: بأن المراد بالنهار النهار الشرعي، وهو اليوم بالنص وهو قوله تعالى ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض﴾ الآية.. وعن الحائض بأن الحائض خرجت عن أهلية الأداء شرعاً. وقوله: **(والطهارة عن الحيض والنفاس شرط)** المراد بالطهارة منهما عدمهما لا أن يكون المراد بها الاغتسال.

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال: (وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع نهاراً ناسياً لم يفطر) والقياس أن يفطر، وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسياً في الصلاة، وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام «للذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك» وإذا ثبت هذا في الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قوله: (ناسياً لم يفطر) إلا فيما إذا أكل ناسياً فقيل له: أنت صائم فلم يتذكر واستمر ثم تذكر، فإنه يفطر عند أبي حنيفة، وأبي يوسف لأنه أخبر بأن الأكل حرام عليه وخبر الواحد حجة في الديانات فكان يجب أن يلتفت إلى تأمل الحال، وقال زفر والحسن: لا يفطر لأنه ناس قوله: (فصار كالكلام ناسياً في الصلاة) وكترك النية فيه وكالجماع في الإحرام والاعتكاف ناسياً فإن ذلك كله يفسد مع النسيان قوله: (وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام الخ) في الصحيحين وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه»[1] وحمله على أن المراد بالصوم اللغوي فيكون أمراً بالإمساك بقية يومه كالحائض إذا طهرت في أثناء اليوم ونحوه مدفوع أولاً بأن الاتفاق على أن الحمل على المفهوم الشرعي حيث أمكن في لفظ الشارع واجب. فإن قيل: يجب ذلك للدليل على البطلان وهو القياس الذي ذكرناه. قلنا: حقيقة النص مقدم على القياس لو تمّ فكيف وهو لا يتم، فإنه لا يلزم من البطلان مع النسيان فيما له هيئة مذكرة البطلان معه فيما لا مذكر فيه، وهيئة الإحرام والاعتكاف والصلاة مذكرة فإنها تخالف الهيئة العادية ولا كذلك الصوم، والنسيان غالب للإنسان فلا يلزم من عدم عذره بالنسيان مع تلك عدم عذره به مع الصوم، وثانياً: بأن نفس اللفظ يدفعه وهو قوله «فليتم صومه» وصومه إنما كان الشرعي، فإتمام ذلك إنما يكون بالشرعي. وثالثاً: بأن في صحيح ابن حبان

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان أنواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند إبطاله لأنه أمر عارض على الصوم فناسب أن يذكر مؤخراً (وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً لم يفطر، والقياس أن يفطر، وهو قول مالك رحمه الله لوجود ما يضادّ الصوم) ووجود مضاد الشيء معدم له لاستحالة وجود الضدين معاً (فصار كالكلام ناسياً في الصلاة وجه الاستحسان «قوله ﷺ للذي أكل وشرب ناسياً: تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك») قيل؛ هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام﴾ فإن الصيام إمساك وقد فات فالآية تدل على بطلانه لأن انتفاء ركن الشيء يستلزم انتفاءه لا محالة، والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه. وأجيب بأن في الكتاب دلالة على أن النسيان معفو عنه لقوله تعالى ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ فكان الحديث موافقاً للكتاب فيعمل به، ويحمل قوله تعالى ﴿أتموا الصيام﴾ على حالة انتفاء الإتمام عمداً لأن الإتمام فعل اختياري فيكون ضده المفوّت له كذلك، والنسيان ليس باختياري فلا يفوّته. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن النص ورد في الأكل والشرب على خلاف القياس، فكيف تعدّى إلى الجماع؟ أجاب بقوله (وإذا ثبت هذا في الأكل والشرب ثبت

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قوله: (وأجيب بأن في الكتاب دلالة على أن النسيان معفو عنه لقوله تعالى ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا﴾ الخ) أقول: فيه بحث قوله: (ويحمل قوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام﴾ على حالة انتفاء الإتمام) أقول: فيه بحث قوله: (والنسيان ليس باختياري فلا يفوته) أقول: فيه بحث

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٣٣ ومسلم ١١٥٥ وأبو داود ٢٣٩٨ والترمذي ٧٢٢، ٧٢١ والنسائي في الكبرى ٣٢٧٥ وابن ماجه ١٦٧٣ والدارقطني ٢/ ١٨٠ والبيهقي ٤/ ٢٢٩ والدارمي ٢/ ١٣ وابن حبان ٣٥١٩، ٣٥٢٠ وابن الجارود ٣٨٩، ٣٩٠ وأحمد ٢/ ٤٢٥، ٤٩١، ٥١٣، ٥١٤ كلهم من حديث أبي هريرة ولفظ البخاري: «إذا نسي، فأكل وشرب، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه».

بخلاف الصلاة لأن هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب، ولا فرق بين الفرض والنفل لأن النص لم يفصل ولو كان مخطئاً أو مكرهاً فعليه القضاء خلافاً للشافعي رحمه الله، فإنه يعتبره بالناسي، ولنا أنه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولأن النسيان من قبل من له الحق والإكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد

وسنن الدارقطني أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: إني كنت صائماً فأكلت وشربت ناسياً فقال عليه الصلاة والسلام: «أتم صومك فإن الله أطعمك وسقاك» وفي لفظ «ولا قضاء عليك» ورواه البزار بلفظ الجماعة وزاد فيه «ولا تفطر»[١]. وفي صحيح ابن حبان أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من أفطر في رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة»[٢] ورواه الحاكم وصححه. قال البيهقي في المعرفة: تفرد به الأنصاري عن محمد بن عمرو، وكلهم ثقات قوله: (للاستواء في الركنية) الركن واحد وهو الكف عن كل منها، فتساوت كلها في أنها متعلق الركن لا يفضل واحد منها على أخويه بشيء في ذلك، فإذا ثبت في فوات الكف عن بعضها ناسياً عذره بالنسيان وإبقاء صومه كان ثابتاً أيضاً في فوات الكف ناسياً عن أخويه، يحكم بذلك كل من علم ذلك الاستواء، ثم علم ذلك الثبوت وإن لم يكن مَن أهل الاجتهاد، هذا ومن رأى صائماً يأكل ناسياً إن رأى قوّة تمكنه أن يتم صومه بلا ضعف المختار أنه يكره أن لا يخبره، وإن كان بحال يضعف بالصوم، ولو أكل يتقوّى على سائر الطاعات يسعه أن لا يخبره، ولو بدأ بالجماع ناسياً فتذكر إن نزع من ساعته لم يفطر وإن دام على ذلك حتى أنزل فعليه القضاء، ثم قيل: لا كفارة عليه وقيل: هذا إذا لم يحرك نفسه بعد التذكر حتى أنزل، فإن حرك نفسه بعده فعليه الكفارة، كما لو نزع ثم أدخل، ولو جامع عامداً قبل الفجر وطلع وجب النزع في الحال، فإن حرك نفسه بعده فهو على هذا نظيره ما لو أولج ثم قال لها: إن جامعتك فأنت طالق أو حرة إن نزع أو لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لا تطلق ولا تعتق، وإن حرك نفسه طلقت وعتقت ويصير مراجعاً بالحركة الثانية، ويجب للأمة العقر ولا حدّ عليهما قوله: (فإنه يعتبره بالناسي) بجامع أنه غير قاصد للجناية فيعذر بل هو أولى لأنه غير قاصد للشرب ولا للجنابة، والناسي قاصد للشرب غير قاصد للجناية، ولقوله عليه الصلاة والسلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»[٣] الحديث، وقد تقدم في الصلاة

في الوقاع للاستواء في الركنية) يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لأن كلاً منهما نظير للآخر في كون الكفّ عن كل منهما ركناً في باب الصوم، وقوله: (بخلاف الصلاة) جواب عن قوله فصار كالكلام ناسياً في الصلاة وهو واضح، وكذا قوله (لا فرق بين الفرض والنفل). وقوله: (لو كان مخطئاً) بأن كان ذاكراً للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه (أو مكرهاً فعليه القضاء) عندنا (خلافاً للشافعي فإنه يعتبره بالناسي) فإن الناسي قاصد الشرب دون الخاطىء، فإذا كان فعل القاصد معفواً ففعل غير القاصد أولى (ولنا أنه لا يغلب وجوده) أي الاعتبار فاسد لأنه على خلاف القياس، وكذا الإلحاق بالدلالة لأنه ليس في معنى النسيان، فإن النسيان غالب الوجود، والخطأ والإكراه ليسا كذلك (ولأن النسيان من قبل صاحب الحق) بخلاف غيره، (فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة) فإن المقيد إذا صلى قاعداً بعذر القيد قضى بخلاف المريض (فإن نام

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٩٨ والترمذي ٧٢١ وابن حبان ٣٥٢٢ والدارقطني ٢/ ١٧٩، ١٨٠ وأبو يعلى ٦٠٣٨ والبيهقي ٤/ ٢٢٩ كلهم من حديث أبي هريرة. رووه من طرق مختلفة عن ابن سيرين عن أبي هريرة به وإسناد أبي داود وابن حبان لوحده حسن. كيف، وقد جاء من طرق أخرى. فأقل مراتبه أنه حسن.
ولفظ: «ولا قضاء عليك» عند الدارقطني ٢/ ١٧٩ وفي إسناده عبد الله بن سعد الأيلي ضعيف.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٣٥٢١ والدارقطني ٢/ ١٧٨ والحاكم ١/ ٤٣٠ والبيهقي ٤/ ٢٢٩ والطبراني كما في المجمع ٣/ ١٥٧، ١٥٨ كلهم من حديث أبي هريرة. وكذا ابن خزيمة ١٩٩٠ وصححه الحاكم على شرط مسلم أو وافقه الذهبي! مع أن مداره على محمد أبي عمرو الليثي لم يخرجا له وحده بل متابعة. وهو غير قوي.
ولذا قال الهيثمي: وفيه محمد بن عمرو وهو حسن الحديث.
الخلاصة: له شواهد في البخاري ١٩٣٣ ومسلم ١١٥٥ بمعناه فهو حسن.

(٣) تقدم في الصلاة وسيأتي الطلاق.

والمريض في قضاء الصلاة. قال: (فإن نام فاحتلم لم يفطر) لقوله ﷺ «ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام» ولأنه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الإنزال عن شهوة بالمباشرة (وكذا إذا نظر إلى امرأة فأمنى) لما بينا فصار كالمتفكر إذا أمنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا (ولو ادهن لم يفطر) لعدم المنافي (وكذا إذا احتجم)

تخريجه والجواب عنه. وأما الجواب عن إلحاقه فما ذكره المصنف بقوله (ولنا أنه) أي عذر الخطأ والإكراه (لا يغلب وجوده) أما الإكراه فظاهر، وكذا الخطأ إذ مع التذكر وعدم قصد الجناية الاحتراز عن الإفساد قائم بقدر الوسع، وقلما يحصل الفساد مع ذلك بخلاف حالة عدم التذكر مع قيام مطالبة الطبع بالمفطرات فإنه يكثر معه الإفساد، ولا يلزم من كونه عذر فيما يكثر وجوده مثله فيما لا يكثر، ولأن الوصول إلى الجوف مع التذكر في الخطأ ليس إلا لتقصيره في الاحتراز فيناسب الفساد إذ فيه إضافة إليه بخلاف النسيان، فإنه برّمته مندفع إليه من قبل من الإمساك حقه تعالى وتقدّس، فكان صاحب الحق هو المفوّت لما يستحقه على الخلوص، ولذا أضافة عليه الصلاة والسلام إليه تعالى حيث قال «تمّ على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك»[1] وحقيقة هذا التعليل يقطع نسبته إلى المكلف فلا يكون ملزماً عليه شيئاً إذ لم يقع من جهته تفويت، فظهر ظهوراً ساطعاً عدم لزوم اعتبار الصوم قائماً مع الخطأ والإكراه لاعتباره قائماً مع النسيان، وصارا مع الناسي كالمقيد مع المريض في قضاء الصلاة التي صلياها قاعدين حيث يجب القضاء على المقيد لا المريض، وحكم النائم إذا صب في حلقه ما يفطر حكم المكره فيفطر.
واعلم أن أبا حنيفة كان يقول أولاً: في المكره على الجماع: عليه القضاء والكفارة لأنه لا يكون إلا بانتشار الآلة وذلك أمارة الاختيار، ثم رجع وقال: لا كفارة عليه، وهو قولهما لأن فساد الصوم يتحقق بالإيلاج وهو مكره فيه مع أنه ليس كل من انتشر آلته يجامع قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث لا يفطرن الصيام») رواه الترمذي «ثلاث لا يفطرن الصائم: الحجامة، والقيء، والاحتلام»[2] وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه وهو

فاحتلم لم يفطر لقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث لا يفطرن الصيام: القيء، والحجامة، والاحتلام» ولأنه لم توجد صورة

---

(١) تقدم قبل حديثين.
(٢) حسن لشواهده أخرجه الترمذي ٧١٩ وابن حبان في الضعفاء ٢/٥٨ والبيهقي ٤/٢٦٤ وابن الجوزي في العلل المتناهية ٢/٥٤١ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.
قال الترمذي: هذا حديث غير محفوظ اهـ. وفي إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم قال عنه البيهقي: ليس بالقوي.
وقال ابن حبان: كان يقلب الأخبار، وهو لا يعلم حتى كثر ذلك في رواياته، فاستحق الترك.
وله طريق آخر أخرجه الدارقطني ٢/١٨٣ عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار به وفي إسناده هشام بن سعد قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤٧: هشام وإن تكلم فيه غير واحد، فقد احتج به مسلم، واستشهد به البخاري.
وقال ابن عدي في الكامل: ومع ضعفه يكتب حديثه.
وقال عبد الحق في أحكامه: يكتب حديثه، ولا يحتج به.
وورد من حديث ابن عباس أخرجه ابن عدي ٧/١٠٩ والبزار كما في نصب الراية ٢/٤٤٧ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال ابن حجر في التلخيص ٢/١٩٤: هو حديث معلول اهـ وقال الهيثمي في الزوائد: رواه البزار بإسنادين، وصحح أحدهما، وظاهره الصحة اهـ.
وفي إسناده هشام بن سعد وقد تقدم الكلام عليه وفيه أيضاً سليمان بن حيان.
قال عنه ابن عدي نقلاً عن ابن معين: صدوق ليس بحجة، وقد أتي عليه من سوء حفظه.
وقال ابن عدي: وقد اختلف على زيد بن أسلم في هذا الحديث.
وورد من حديث ثوبان أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٢/٤٤٨ وقال: لا يروى هذا الحديث إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن وهب وللحديث شاهد أخرجه أبو داود ٢٣٧٦ والبيهقي ٤/٢٢٠، ٢٦٤ كلاهما عن زيد بن أسلم عن رجل من الصحابة مرفوعاً ولفظه: «لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من احتجم» والجهالة في الصحابي لا تضر.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٤٤٨: قال صاحب التنقيح: وقد تكلم في حديث أبي سعيد الخدري الإمام أحمد وابن خزيمة والدارقطني وغيرهم، والمحفوظ ما رواه أبو داود اهـ لكن هذه الشواهد ترقى بالحديث إلى الحسن وقد حسنه ابن الهمام. ولبعضه شواهد في الصحيح.

لهذا ولما روينا **(ولو اكتحل لم يفطر)** لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما لو اغتسل بالماء البارد **(ولو قبّل لا يفسد صومه)** يريد به إذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف

ضعيف، وذكره البزار من حديث أخي عبد الرحمن وهو أسامة بن زيد بن زيد بن أسلم عن أبيه مسنداً، وضعفه أيضاً أحمد كابن معين لسوء حفظه، وإن كان رجلاً صالحاً، وقال النسائي: ليس بالقوي، وأخرجه الدارقطني بطريق آخر فيه هشام بن سعد عن زيد بن أسلم، وهشام هذا ضعفه النسائي وأحمد وابن معين ولينه ابن عدي وقال: يكتب حديثه، وقال عبد الحق: يكتب حديثه، ولا يحتج به، لكن قد احتج به مسلم، واستشهد به البخاري. ورواه البزار أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «ثلاث لا يفطرن الصائم: القيء، والحجامة، والاحتلام»[(١)] قال: وهذا من أحسنها إسناداً وأصحها اهـ. وفيه سليمان بن حبان قال ابن معين: صدوق وليس بحجة. وأخرجه الطبراني من حديث ثوبان، وقال: لا يروى عن ثوبان إلا بهذا الإسناد، تفرد به ابن وهب. فقد ظهر أن هذا الحديث يجب أن يرتقي إلى درجة الحسن لتعدد طرقه، وضعف رواته إنما هو من قبل الحفظ لا العدالة فالتضافر دليل الإجادة في خصوصه، والمراد من القي ما ذرع الصائم على ما سيظهر قوله: **(وكذا إذا نظر إلى امرأة)** بشهوة إلى وجهها أو فرجها كرر النظر أولاً لا يفطر إذا أنزل **(لما بينا)** أنه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الإنزال عن مباشرة وهو حجة على مالك في قوله: إذا كرره فأنزل أفطر. وما روي عنه عليه الصلاة والسلام «لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى»[(٢)] والمراد به الحل والحرمة، وليس يلزم من الحظر الإفطار بل إنما يتعلق بفوات الركن، وهو بالجماع لا بكل إنزال لعدم الفطر فيما إذا أنزل بالتفكر في جمال امرأة فإنه لم يفطر. وغاية ما يجب أن يعتبر معنى الجماع كالجماع، وهو أيضاً منتف لأنه الإنزال عن مباشرة لا مطلقاً لما ذكرنا قوله: **(على ما قالوا)** عادته في مثله إفادة الضعف مع الخلاف. وعامة المشايخ على الإفطار. وقال المصنف في التجنيس: أنه المختار كأنه اعتبرت المباشرة المأخوذة في معنى الجماع أعم من كونها مباشرة الغير أو لا بأن يراد مباشرة هي سبب الإنزال سواء كان ما بوشر مما يشتهى عادة أو لا، ولهذا أفطر بالإنزال في فرج البهيمة والميتة وليسا مما يشتهى عادة، وهذا ولا يحل الاستمناء بالكف ذكر المشايخ فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال «ناكح اليد ملعون»[(٣)] فإن غلبته الشهوة ففعل إرادة تسكينها به فالرجاء أن لا يعاقب قوله: **(لهذا)** أي عدم المنافي **(ولما روينا)** من حديث «ثلاث لا يفطرن الصائم»[(٤)] ومذهب أحمد أن الحجامة تفطر لقوله عليه الصلاة والسلام «أفطر الحاجم والمحجوم»[(٥)] رواه الترمذي،

(الجماع ولا معناه) أما الأول فلعدم إيلاج الفرج في الفرج وأما الثاني فلعدم الإنزال عن شهوة بالمباشرة، أعني بمسّ الرجل المرأة **(وكذا إذا نظر إلى)** وجه **(امرأة)** أو فرجها **(فأمنى)** أي أنزل المنيّ لا يفطر **(لما بينا)** أنه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى **(فصار كالمتفكر)** في امرأة حسناً إذا أمنى **(وكالمستمني بالكفّ)** يعني إذا عالج ذكره بكفه حتى أمنى لم يفطر **(على ما قالوا)** أي المشايخ، وهو قول أبي بكر الإسكاف، وأبي القاسم لعدم الجماع صورة ومعنى، وعامتهم على أنه يفسد صومه.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) حسن. أخرجه داود ٢١٤٩ والترمذي ٢٧٧٧ والحاكم ٢/ ١٩٤ كلهم من حديث ابن بريدة عن أبيه قال رسول الله ﷺ: «يا علي لا تتبع...».
وورد من حديث علي أخرجه الدارمي ٢/ ٢٩٨.
صححه الحاكم ووافقه الذهبي.
وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك.
قلت: وشريك حسن الحديث وقد توبع حيث رواه الدارمي من وجه آخر من حديث علي، فهو شاهد له.

(٣) ضعيف. وسيأتي إن شاء الله.

(٤) تقدم قبل قليل.

(٥) سيأتي إن شاء الله في محظورات الإحرام.

الرجعة والمصاهرة لأن الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي في موضعه إن شاء الله. **(وإن أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة)** لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة أو معنى يكفي لإيجاب القضاء احتياطاً، أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لأنها تندرىء بالشبهات كالحدود **(ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه)** أي الجماع أو الإنزال **(ويكره إذا لم يأمن)** لأن عينه ليس بمفطر وربما يصير فطراً بعاقبته فإن أمن يعتبر عينه وأبيح له، وإن لم يأمن تعتبر عاقبته وكره له، والشافعي أطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر

وهو معارض بما رويناه، وبما روي «أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم» رواه البخاري وغيره. وقيل الأنس: أكنتم تكرهون الحجامة للصائم على عهد رسول الله ﷺ؟ فقال: لا إلا من أجل الضعف[1] رواه البخاري. وقال أنس: «أول ما كرهت الحجامة للصائم أن جعفر بن أبي طالب احتجم وهو صائم فمّر به رسول الله ﷺ فقال: أفطر هذا ثم رخص عليه الصلاة والسلام في الحجامة بعد للصائم، وكان أنس يحتجم وهو صائم»[2] رواه الدارقطني وقال في رواته: كلهم ثقات ولا أعلم له علة قوله: **(ولو اكتحل لم يفطر)** سواء وجد طعمه في حلقه أو لا لأن الموجود في حلقه أثره داخلاً من المسام والمفطر الداخل من المنافذ كالمدخل والمخرج لا من المسام الذي هو خلل البدن للاتفاق فيمن شرع في الماء يجد برده في بطنه ولا يفطر. وإنما كره أبو حنيفة ذلك أعني الدخول في الماء والتلفف بالثوب المبلول لما فيه من إظهار الضجر في إقامة العبادة لا لأنه قريب من الإفطار ولو بزق فوجد لون الدم فيه الأصح أنه لا يفطر. وقيل: يفطر لتحقق وصول دم إلى بطن من بطونه، وهو قول مالك وسنذكر الخلاف فيها قوله: **(بخلاف الرجعة الخ)** أي لو قبل المطلقة الرجعية صار مراجعاً وبالقبلة أيضاً مع شهوة ينتشر لها الذكر تثبيت حرمة أمهات المقبلة وبناتها **(لأن الحكم)** وهو ثبوت الرجعة وحرمة المصاهرة **(أدير على**

قال المصنف في التجنيس: الصائم إذا عالج ذكره بيده حتى أمنى يجب عليه القضاء هو المختار لأنه وجد الجماع معنى. قيل فيه نظر لأن معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم يوجد، وأجيب بأن معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة، وهل يحل له أن يفعل ذلك إن أراد الشهوة؟ لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام «ناكح اليد ملعون وإن أراد تسكين ما به من الشهوة أرجو أن لا يكون عليه وبال» **(ولو ادّهن أو احتجم لم يفطر لعدم المنافي)** وقوله: **(لما روينا)** يعني به قوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث لا يفطرن الصائم» الحديث **(ولو اكتحل لم يفطر)** وإن وجد طعمه في حلقه **(لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ)** فما وجد في حلقه من طعمة إنما هو أثره لم يفطر) وإن وجد طعمه في حلقه **(لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ)** فما وجد في حلقه من طعمه إنما هو أثره لا عينه. فإن قيل: لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع. أجاب بأن الدمع يترشح كالعرق: يعني أنه داخل من المسام والداخل منها لا ينافي **(كما إذا اغتسل بالماء البارد)** فوجد برودة الماء في كبده. فإن قيل: هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل، وذلك لما روى معبد بن هوذة الأنصاري عن النبي ﷺ أنه قال «عليكم بالإثمد المروّح وقت النوم وليتقه الصائم». أجيب بأن النبي ﷺ ندب إلى صوم عاشوراء والاكتحال فيه. وقد أجمعت الأمة على الاكتحال يوم عاشوراء فهو راجح على الأول **(ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى)** على ما ذكرنا **(بخلاف الرجعة والمصاهرة)** فإنهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وإن لم ينزل **(لأن حكمهما أدير على السبب)** يثبت بسبب الجماع، كما يثبت به، ولهذا يتعلق بعقد النكاح لأن مبناهما على الاحتياط، أما فساد الصوم فإنه يتعلق بالجماع إما صورة أو معنى لا بسببه حتى لم يفسد بعقد النكاح، وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم. وقوله: **(على ما يأتي في موضعه)** أي في باب الرجعة **(وإن أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى**

قوله: **(اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد رحمه الله فقال بعضهم الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه ليس فيه بيان

---

(١) صحيح. وسيأتي في محظورات الإحرام إن شاء الله.

(٢) أخرجه الدارقطني ٢/ ١٨٢ من حديث أنس بن مالك وقال: كلهم ثقات ولا أعلم له علة. ويشهد له حديث البخاري المتقدم.

الرواية وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة لأنها قلما تخلو عن الفتنة **(ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر)** وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة. وجه الاستحسان أنه لا يستطاع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان، واختلفوا في المطر والثلج، والأصح أنه يفسد لإمكان الامتناع عنه إذا آواه خيمة أو سقف **(ولو أكل لحماً بين أسنانه فإن كان قليلاً لم يفطر وإن كان كثيراً يفطر)** وقال زفر: يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة. ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة

السبب) لأنه يؤخذ فيهما بالاحتياط فتعدى من الحقيقة إلى الشبهة فأقيم السبب فيه مقام المسبب أعني الوطء قوله: **(أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لأنها تندرىء بالشبهات)** فكانت عقوبة وهو أعلى عقوبة للإفطار في الدنيا فيتوقف لزومها على كمال الجناية، ولو قال بالواو كانا تعليلين وهو أحسن ويكون نفس قوله تفتقر إلى كمال الجناية تعليلاً أي لا تجب لأنها تفتقر إلى كمال الجناية إذ كانت أعلى العقوبات في هذا الباب، ولأنها تندرىء بالشبهات وفي كون ذلك مفطراً شبهة حيث كان معنى الجماع لا صورته فلا تجب قوله: **(لأن عينه)** ذكر على معنى التقبيل، وفي الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام: «كان يقبل ويباشر وهو صائم»[(1)] وعن أم سلمة رضي الله عنها «أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبلها وهو صائم»[(2)] متفق عليه، والمس في جميع ما ذكرنا كالتقبيل قوله: **(مثل التقبيل)** وروى أبو داود بإسناد جيد عن أبي هريرة «أنه عليه الصلاة والسلام سأله رجل عن المباشرة للصائم فرخص له، وأتاه آخر فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ، والذي نهاه شاب»[(3)] وهذا يفيد التفصيل الذي اعتبرناه **(والمباشرة كالتقبيل في**

الجماع) وهو قضاء الشهوة بالمباشرة **(ووجود المنافي صورة أو معنى يكفي لإيجاب القضاء احتياطاً أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لأنها تندرىء بالشبهات كالحدود)** وهذا لأن الكفارة أعلى عقوبات المفطر لإفطاره فلا يعاقب بها إلا بعد بلوغ الجناية نهايتها ولم تبلغ نهايتها لأن هاهنا جناية من جنسها أبلغ منها، وهي الجماع صورة ومعنى. وقوله: **(ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه)** اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد فقال بعضهم: أراد به الأمن عن الوقوع في الجماع،

مرجع الضمير بل بيان مفعول آمن كما لا يخفى قال المصنف: **(لإمكان الامتناع عنه إذا آواه خيمة أو سقف)** أقول: قال ابن العز: في تعليله نظر، فإنه قد لا يكون عنده خيمة ولا سقف، ولو علل بإمكان الاحتراز عنه بضم فمه لكان أظهر اهـ. وفيه تأمل. قال المصنف:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٨١و ١٩٢٨ و١٩٢٧ ومسلم ١١٠٦، وأبو داود ٢٣٨٢ والترمذي ٧٢٩ والنسائي في الكبرى ٣٠٨٥ وابن ماجه ١٦٨٧ والدارمي ٢/ ١٢ والطحاوي ١/ ٣٤٦، ٩١ والشافعي ١/ ٢٥٦ وابن حبان ٣٥٣٧، ٣٥٤٠ وأبو يعلى ٤٤٢٨ و٤٧١٥، ٤٧٣٤ ومالك ١/ ٢٩٢ والبيهقي ٤/ ٢٣٣ والطيالسي ١٣٩٩ وأحمد ٦/ ٤٠ و٤٢، ١٢٦، ٧٤، ٢٠١، ٢٦٦ كلهم من حديث عائشة بألفاظ متقاربة، وبعضهم ذكر التقبيل فقط دون المباشرة.

(٢) صحيح. أخرجه النسائي في الكبرى ٣٠٧٤، ٣٠٧٥ والطحاوي ١/ ٣٤٥ وأحمد ٦/ ٢٩١، ٣٢٠ كلهم من حديث أم سلمة ولفظة: «كان رسول الله ﷺ يقبلني، وهو صائم وأنا صائمة».

وأخرجه البخاري ١٩٢٩ ومسلم ٢٩٦ كلاهما من حديث زينب بنت أم سلمة عن أمها بأتم منه وآخره: «وكان يقبلها، وهو صائم» اللفظ للبخاري، وأما مسلم، فلم يذكر الفقرة الأخيرة منه. وورد حديث آخر عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله ﷺ: أيقبل الصائم؟ فقال له رسول الله ﷺ: سل هذه أم سلمة. فأخبرته أن رسول الله ﷺ يصنع ذلك فقال: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال رسول الله ﷺ: والله إني أتقاكم لله، وأخشاكم له»

أخرجه مسلم ١١٠٨ وابن حبان ٣٥٣٨ والبيهقي ٤/ ٢٣٤ كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة.

(٣) حسن لشاهده. أخرجه أبو داود ٢٣٨٧ والبيهقي ٤/ ٢٣١، ٢٣٢ كلاهما من حديث أبي هريرة.

قال ابن القيم ٢٨٢٢ في تعليقه على أبي داود: قال ابن حزم: فيه أو العنبس عن الأعز وأبو العنبس مجهول وقال عبد الحق: ولم أجد أحداً ذكره ولا سماه اهـ قلت: ذكره ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل ٩/ ٤١٩ مع رجل آخر وقال: قال أبي: هو شيخ وقال يحيى وأبو زرعة: لا يعرف اسمه. وجاء في التقريب: مقبول. قيل اسمه الحارث بن عبيد.

وذكره الذهبي في الميزان ولم يذكر فيه شيئاً سوى أنه روي عن شعبة ومسعر وأبو عوانة وأخرجه البيهقي ٤/ ٢٣٢ من حديث عائشة بلفظ «أن النبي ﷺ رخص في القبلة للشيخ وهو صائم ونهى عنها الشاب» فهذا شاهد لحديث أبي هريرة، وإن كان في إسناده مقال لكن يعتبر به لم إن أبا العنبس روى عنه ثلاث ثقات أثبات كما ذكر الذهبي، وجعل ابن حجر مقبولاً فحديثه حسن لوحده.

ريقه بخلاف الكثير لأنه لا يبقى فيما بين الأسنان، والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل **(وإن أخرجه وأخذه بيده ثم أكله ينبغي أن يفسد صومه)** لما روي عن محمد: أن الصائم إذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ولو أكلها ابتداء يفسد صومه ولو مضغها لا يفسد لأنها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف وعند زفر عليه الكفارة أيضاً لأنه طعام متغير، ولأبي يوسف: أنه يعافه الطبع **(فإن ذرعه القيء لم يفطر)** لقوله ﷺ

ظاهر الرواية خلافاً لمحمد في المباشرة الفاحشة) وهي تجردهما متلازقي البطنين، وهذا أخص من مطلق المباشرة وهو المفاد في الحديث، فجعل الحديث دليلاً على محمد محل نظر، إذ لا عموم للفعل المثبت في أقسامه بل ولا في الزمان وفهمه فيه من إدخال الراوي لفظ كان على المضارع، وقول محمد وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قوله: **(لأنها قلما تخلو عن الفتنة)** قلنا: الكلام فيما إذا كان بحال يأمن، فإن خاف قلنا بالكراهة والأوجه الكراهة لأنها إذا كانت سبباً غالباً تنزل سبباً فأقل الأمور لزوم الكراهة من غير ملاحظة تحقق الخوف بالفعل، كما هو قواعد الشرع قوله: **(فأشبه الغبار والدخان)** إذا دخلا في الحلق فإنه لا يستطاع الاحتراز عن دخولهما لدخولهما من الأنف إذا طبق الفم وصار أيضاً كبلل يبقى في فيه بعد المضمضة، ونظيره في الخزانة إذا دخل دموعه أو عرقه حلقه وهو قليل كقطرة أو قطرتين لا يفطر، وإن كان أكثر بحيث يجد ملوحته في الحلق فسد وفيه نظر لأن القطرة يجد ملوحتها، فالأولى عندي الاعتبار بوجدان الملوحة لصحيح الحس، لأنه لا ضرورة في أكثر من ذلك القدر، وما في فتاوى قاضيخان: لو دخل دمعه أو عرق جبينه أو دم رعافه حلقه فسد صومه يوافق ما ذكرته، فإنه علق بوصوله إلى الحلق ومجرد وجدان الملوحة دليل ذلك قوله: **(إذا أواه خيمة أو سقف)** يقتضي أنه لو لم يقدر على ذلك بأن كان سائراً مسافراً لم يفسد، فالأولى تعليل الإمكان بتيسر طبق الفم وفتحه أحياناً مع الاحتراز عن الدخول، ولو دخل فمه المطر فابتلعه لزمته الكفارة، ولو خرج دم من أسنانه فدخل حلقه إن ساوى الريق فسد وإلا لا، ولو استشم المخاط من أنفه حتى أدخله إلى فمه وابتلعه عمداً لا يفطر، ولو خرج ريقه من فيه فأدخله وابتلعه إن كان لم ينقطع من فيه بل متصل بما في فيه كالخيط فاستشربه لم يفطر، وإن كان انقطع فأخذه وأعاده أفطر ولا كفارة عليه كما لو ابتلع ريق غيره، ولو اجتمع في فيه ثم ابتلعه يكره ولا يفطر، ولو اختلط بالريق لون صبغ إبريسم يعمله مخرجاً للخيط من فيه فابتلع هذا الريق ذاكراً لصومه أفطر قوله: **(له حكم ظاهر)** فالإدخال منه كالإدخال من خارجه ولو شد الطعام بخيط فأرسله في حلقه وطرفه بيده لا يفسد صومه إلا إذا انفصل منه شيء قوله: **(ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه)** فلا يفسد كما لا يفسد بالريق، وإنما اعتبر تابعاً لأنه لا يمكن الامتناع عن بقاء أثر ما من المآكل حوالي

وقال بعضهم: أراد به الأمن من خروج المنيّ. وقوله: **(ويكره إذا لم يأمن)** واضح. وقوله: **(والشافعي أطلق فيه الحالين)** أي في جواز القبلة في حال أمنه على نفسه وعدمه **(والحجة عليه ما ذكرنا)** يعني قوله لأن عينه ليس بمفطر الخ **(والمباشرة الفاحشة)** وهي أن يعانقها متجرّدين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها **(مثل التقبيل في ظاهر الرواية)** يكره إذا لم يأمن ولا يكره إذا أمن **(وعن محمد)** وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة **(أنه كره المباشرة الفاحشة)** للصائم **(لأنها قلما تخلو عن الفتنة)**. وقوله **(واختلفوا)** يعني المشايخ **(في المطر والثلج)** فقال بعضهم: المطر يفسد والثلج لا يفسد، وقال بعضهم: على العكس، وقال عامتهم بإفسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى و**(لامكان الاحتراز عنه إذا آواه خيمة أو سقف، ولو أكل لحماً بين أسنانه فإن كان قليلاً لم يفطر، وإن كان كثيراً يفطر وقال زفر: يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة)** ولو أكل القليل من خارج أفطر على ما يذكر فكذا إذا أكل من فمه **(ولنا أن القليل تابع لأسنانه)** لأنه لا يمكن الاحتراز عنه فكان **(بمنزلة ريقه)** ولو ابتلع ريقه لم يفسد **(بخلاف الكثير لأنه لا يبقى بين الأسنان)** فكان الاحتراز عنه ممكناً

(ولنا أن القليل تابع للأسنان بمنزلة ريقه) أقول: الأظهر أن يقول تابع لريقه، ولا يظهر التعليل بكونه تابعاً لأسنانه لأنه لا يبتلع أسنانه ليكون القليل تابعاً لها وإنما يبتلع ريقه.

«من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عامداً فعليه القضاء» ويستوي فيه ملء الفم فما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف رحمه الله لأنه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لأنه لم توجد صورة

الأسنان وإن قل، ثم يجري مع الريق التابع من محله إلى الحلق، فامتنع تعليق الإفطار بعينه فيعلق بالكثير وهو ما يفسد الصلاة لأنه اعتبر كثيراً في فصل الصلاة، ومن المشايخ من جعل الفاصل كون ذلك مما يحتاج في ابتلاعه إلى الاستعانة بالريق أو لا، الأول قليل، والثاني كثير، وهو حسن لأن المانع من الحكم بالإفطار بعد تحقق الوصول كونه لا يسهل الاحتراز عنه، وذلك فيما يجري بنفسه مع الريق إلى الجوف لا فيما يتعمد في إدخاله لأنه غير مضطر فيه قوله: (ثم أكله ينبغي أن يفسد) المتبادر من لفظة أكله المضغ والابتلاع أو الأعم من ذلك، ومن مجرد الابتلاع فيفيد حينئذ خلاف ما في شرح الكنز أنه إذا مضغ ما أدخله وهو دون الحمصة لا يفطره، لكن تشبيهه بما روي عن محمد رحمه الله من عدم الفساد في ابتلاع سمسمة بين أسنانه، والفساد إذا أكلها من خارج وعدمه إذا مضغها يوجب أن المراد بالأكل الابتلاع فقط وإلا لم يصح إعطاء النظير، وفي الكافي في السمسمة قال: إن مضغها لا يفسد إلا أن يجد طعمه في حلقه وهذا حسن جداً فليكن الأصل في كل قليل مضغه، وإذا ابتلع السمسمة حتى فسد هل تجب الكفارة؟ قيل: لا، والمختار وجوبها لأنها من جنس ما يتغذى به، وهو رواية عن محمد، قوله: (ولأبي يوسف أنه يعافه الطبع) فصار نظير التراب، وزفر يقول: بل نظير اللحم المنتن، وفيه تجب الكفارة، والتحقيق أن المفتي في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجناية فينظر في صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبي يوسف، وإن كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر رحمه الله. ولو ابتلع حبة عنب ليس معها تفروقها[1] فعليه الكفارة، وإن كان معها اختلفوا فيه وإن مضغها وهو معها فعليه الكفارة قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام) أخرج أصحاب السنن الأربعة واللفظ للترمذي عنه عليه الصلاة والسلام «من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء ومن استقاء عمداً فليقض»[2]. وقال: حديث حسن

(والفاصل) إن كان (مقدار الحمصة) فهو كثير (وما دونها قليل) بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فإنه الفاصل بين القليل والكثير، وهو داخل في القليل لأنه أخذ قدر موضع الاستنجاء، وذلك القدر في الاستنجاء معفو بالإجماع، حتى لم يفترض الاستنجاء واكتفى في إقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر، وهو لا يقلع النجاسة فصار قدر الدرهم معفواً في غير موضع الاستنجاء أيضاً قياساً عليه، وأما ههنا فقدر الحمصة لا يبقى في فرج الأسنان غالباً فلا يمكن إلحاقه بالريق فصار كثيراً. وقوله (وإن أخرجه وأخذه بيده) ظاهر، وقوله: (لأنه طعام متغير) فصار كاللحم المنتن (ولأبي يوسف أنه يعافه الطبع) أي يكرهه فصار من جنس مالاً يتغذى به كالتراب. قال (فإن ذرعه القيء) ذرعه القيء سبق إلى فيه وغلبه فخرج وهو لا يفسد الصوم (لقوله عليه الصلاة والسلام «من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمداً فعليه القضاء» الحديث) وقاء واستقاء ممدودان، يقال: قاء ما أكل: إذا ألقاه، واستقاء وتقيأ وتكلف في ذلك، وكلامه واضح إلا في مواضع ننبه عليها. وقوله: (ويستوي فيه) أي في

(١) قوله (تفروقها) بالضم قمع الثمرة أو ما يلتزق به قمعها والجمع تفاريق كذا في القاموس قال في البحر: وأراد بالتفروق ههنا ما يلتزق بالعنقود من حب العنب وثقبه مسدودة به اهـ. من هامش بعض النسخ.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٢٣٨٠ والترمذي ٧٢٠ والنسائي في الكبرى ٣١٣٠ وابن ماجه ١٦٧٦ والدارمي ٢/ ١٤ وابن حبان ٨/ ٣٥ والطحاوي ٢/ ٩٧ والدارقطني ٢/ ١٨٤ والبيهقي ٤/ ٢١٩ والحاكم ١/ ٤٢٦، ٤٢٧ وأحمد ٢/ ٤٩٨ كلهم من حديث أبي هريرة، ولفظ النسائي: «إذا ذرع...» صححه الحاكم ووافقه الذهبي، وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عيسى بن يونس اهـ وقال النسائي: وقفه عطاء.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤٨، ٤٤٩: قال أبو داود: سمعت أحمد بن حنبل يقول: ليس من ذا شيء.

قال الخطابي: يريد أن الحديث غير محفوظ.

وقال البخاري: لا أراه محفوظاً، وقد روي عن أبي الدرداء وثوبان وفضالة «أن النبي ﷺ قاء، فأفطر» اهـ.

وقال الدارقطني: رواته كلهم ثقات اهـ.

الخلاصة: هذا الحديث غير قوي، فهو وإن كان ظاهره الصحة من جهة الإسناد إلا أن إماما هذا الفن أشارا إلى ضعفه، وإن قواه آخرون، فالقول الوسط هو أنه يشبه الحسن والله أعلم.

الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لأنه لا يتغذى به عادة، وإن أعاده فسد بالإجماع لوجود الإدخال بعد الخروج فتتحقق صورة الفطر. وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لأنه غير خارج ولا صنع له في الإدخال، وإن أعاده فكذلك عند أبي يوسف لعدم الخروج، وعند محمد رحمه الله يفسد صومه لوجود الصنع منه في الإدخال **(فإن استقاء عمداً ملء فيه فعليه القضاء)** لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لإطلاق الحديث، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكماً ثم إن عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج، وإن أعاده فعنه: أنه لا يفسد لما ذكرنا، وعنه: أنه يفسد فألحقه بملء الفم

غريب لا نعرفه من حديث هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ إلا من حديث عيسى بن يونس. وقال البخاري: لا أراه محفوظاً لهذا، يعني للغرابة ولا يقدح في ذلك بعد تصديقه الراوي فإنه هو الشاذ المقبول وقد صححه الحاكم وكل على شرط الشيخين وابن حبان ورواه الدارقطني. وقال: رواته كلهم ثقات، ثم قد تابع عيسى بن يونس عن هشام بن حسان، حفص بن غياث رواه ابن ماجه، ورواه الحاكم، وسكت عليه ورواه مالك في الموطأ موقوفاً على ابن عمر، ورواه النسائي من حديث الأوزاعي موقوفاً على أبي هريرة، وقفه عبد الرزاق على أبي هريرة وعلي أيضاً. وما روي في سنن ابن ماجه «أنه عليه الصلاة والسلام خرج في يوم كان يصومه فدعا بإناء فشرب، فقلنا: يا رسول الله إن هذا يوم كنت تصومه، قال: أجل لكني قئت»[1] محمول على ما قبل الشروع أو عروض الضعف، ثم الجمع بين آثار الفطر مما دخل وبين آثار القيء أن في القيء يتحقق رجوع شيء مما يخرج وإن قل فلاعتباره يفطر وفيما إذا ذرعه إن تحقق ذلك أيضاً لكن لا صنع له فيه ولا لغيره من العباد فكان كالنسيان لا الإكراه والخطأ قوله: **(فلو عاد)** أي القيء الذي ذرعه، وجملته أنه إما أن ذرعه القيء أو استقاء وكل منهما إما ملء الفم أو دونه، والكل إما أن خرج أو عاد أو أعاده، فإن ذرعه وخرج لا يفطر قل أو كثر لإطلاق ما رويناه وإن عاد بنفسه وهو ذاكر للصوم كان ملء الفم فسد صومه عند أبي يوسف لأنه خارج شرعاً حتى انتقضت به الطهارة وقد دخل، وعند محمد لا يفسد، وهو الصحيح لأنه لم توجد صورة الإفطار وهو الابتلاع ولا معناه إذ لا يتغذى به، فأصل أبي يوسف في العود والإعادة اعتبار الخروج وهو بملء الفم، وأصل محمد فيه الإعادة قل أو كثر وإن أعاد فسد بالاتفاق عند أبي يوسف للدخول بعد تحقق الخروج شرعاً، وعند محمد للصنع وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد بالاتفاق وإن أعاده لم يفسد عند أبي يوسف رحمه الله. وهو المختار، لعدم الخروج شرعاً،

القيء الذي ذرعه. وقوله **(فلو عاد)** يعني ما ذرعه. وقوله **(وعند محمد لا يفسد)** قيل: وهو الصحيح لأنه كما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفواً. وقوله **(لأنه غير خارج)** تعليل أبي يوسف قوله **(ولا صنع له في الإدخال)** تعليل محمد. وقوله **(فإن استقاء عمداً)** يشير إلى أنه لو استقاء ناسياً لصومه لا يفسد صومه كما لو أكل ناسياً. وقوله **(لما روينا)** إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ومن استقاء عمداً فعليه القضاء». وقوله **(فعنه)** أي عن أبي يوسف. وقوله: **(لما ذكرنا)** يريد به عدم الخروج **(وعنه)** أي عن أبي يوسف. وقوله **(لكثرة الصنع)** وهو صنع الاستقاء وصنع الإعادة **(ومن**

قوله **(وقوله فإن استقاء عمداً يشير: إلى أنه لو استقاء ناسياً لصومه لا يفسد صومه كما لو أكل ناسياً)** أقول: وبهذا الكلام يظهر ضعف ما ذكره الإتقاني أن ذكر العمد تأكيد، لأن الاستقاء استفعال من القيء وهو التكلف فيه ولا يكون التكلف إلا بالعمد اهـ. فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٦٧٥ والبيهقي ٤/ ٢٢٠ كلاهما من حديث فضالة بن عبيد قال البوصيري في الزوائد: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد روي بالعنعنة، وأبو مرزوق لا يعرف اسمه، ولم يسمع من فضالة. ففي الحديث ضعف، وانقطاع اهـ.
وأخرجه البيهقي ٤/ ٢٢٠ عن أبي الدرداء: «أن رسول الله ﷺ قاء، فأفطر...» وورد عن ثوبان أيضاً.
قال البيهقي: فهذا حديث مختلف في إسناده.

لكثرة الصنع، قال: **(ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر)** لوجود صورة الفطر **(ولا كفارة عليه)** لعدم المعنى **(ومن جامع في أحد السبيلين عامداً فعليه القضاء)** استدراكاً للمصلحة الفائتة **(والكفارة)** لتكامل الجناية ولا يشترط الإنزال

ويفسد عند محمد لوجود الصنع، وإن استقاء عمداً وخرج إن كان ملء الفم فسد صومه بالإجماع لما روينا ولا يتأتى فيه تفريع العود والإعادة لأنه أفطر بمجرد القيء قبلهما، وإن كان أقل من ملء فيه أفطر عند محمد لإطلاق ما رويناه ولا يتأتى فيه التفريع أيضاً عنده، ولا يفطر عند أبي يوسف وهو المختار عند بعضهم، لكن ظاهر الرواية كقول محمد ذكره في الكافي، ثم إن عاد بنفسه لم يفطر عند أبي يوسف فلا يتحقق الدخول لعدم الخروج، وإن أعاده فعنه روايتان: في رواية لا يفطر لعدم الخروج، وفي رواية يفطر لكثرة الصنع، وزفر مع محمد في أن قليله يفسد الصوم جرياً على أصله في انتقاض الطهارة بقليله قوله: **(وعند محمد لا يفسد)** ذكرنا أنه الصحيح قوله: **(عادة)** قيد به لأنه مما يتغذى به فإنه بحسب الأصل مطعوم، فإذا استقرّ في المعدة يحصل به التغذي، بخلاف الحصى ونحوه، لكنه لم يعتد فيه ذلك لعدم الحل ونفور الطبع قوله: **(فكذلك عند أبي يوسف)** تقدم أنه المصحح قوله: **(فإن استقاء عمداً)** قيد به ليخرج ما إذا استقى ناسياً لصومه فإنه لا يفسد به كغيره من المفطرات قوله: **(وعند أبي يوسف لا يفسد)** صححه في شرح الكنز، وعلمت أنه خلاف ظاهر الرواية: أعني من حيث الإطلاق فيها، وهذا كله إذا كان القيء طعاماً أو ماء أو مرة، فإن كان بلغما فغير مفسد للصوم عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف إذا ملأ الفم بناء على قوله إنه ناقض، ويظهر أن قوله هنا أحسن من قولهما بخلاف نقض الطهارة، وذلك لأن الإفطار إنما نيط بما يدخل أو بالقيء عمداً، إما نظراً إلى أنه يستلزم عادة دخول شيء أو لا باعتباره بل ابتداء شرع تفطيره بشيء آخر من غير أن يلحظ فيه تحقق كونه خارجاً نجساً أو طاهراً، فلا فرق بين البلغم وغيره حينئذ، بخلاف نقض الطهارة، ولو استقاء مراراً في مجلس ملء فيه لزمه القضاء وإن كان في مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه، كذا نقل من خزانة الأكمل قوله: **(لعدم المعنى)** أي معنى الفطر وهو إيصال ما فيه نفع البدن إلى الجوف سواء كان مما يتغذى به أو يتداوى به فقصرت الجناية فانتفت الكفارة، وكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى به عادة كالحجر والتراب، كذلك لا تجب فيه الكفارة، ولا تجب في الدقيق والأرز والعجين إلا عند محمد رحمه الله، ولا في الملح إلا إذا اعتاد أكله وحده. وقيل: تجب في قليله دون كثيره، ولا في النواة والقطن والكاغد والسفرجل إذا لم يدرك، ولا هو مطبوخ، ولا في ابتلاع الجوزة الرطبة، وتجب لو مضغها وبلع اليابسة ومضغها على هذا، وكذا يابس اللوز والبندق والفستق. وقيل: هذا إن وصل القشر أولاً إلى حلقه، أما إذا وصل اللبّ أوّلاً كفر، وفي ابتاع اللوزة الرطبة الكفارة لأنها تؤكل كما هي، بخلاف الجوزة فلذا افترقا، وابتلاع التفاحة كاللوزة والرمانة والبيضة كالجوزة. وفي ابتلاع البطيخة الصغيرة والخوخة الصغيرة، والهليلجة. روى هشام عن محمد وجوب الكفارة، وتجب بأكل اللحم النيء، وإن كان ميتة منتناً إلا إن دوّد فلا تجب. واختلف في الشحم واختار أبو الليث الوجوب،

ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر) بإيصال الشيء إلى باطنه **(ولا كفارة عليه لعدم المعنى)** أي معنى الفطر وقد تقدم أن الكفارة أقصى عقوبة في الإفطار فيحتاج إلى كمال الجناية لأن في نقصانها شبهة العدم وهي تندرىء بالشبهات، وقال مالك: تجب عليه لأنه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك تجب عليه عنده. وقوله: **(ومن جامع عمداً)** ظاهر. وقوله **(اعتباراً بالاغتسال)** يعني أنه إذا أدخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة. فإن قيل: الكفارة تندرىء بالشبهات، وانتفاء معنى الجماع وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة، والاغتسال يجب بالاحتياط، فقياس أحدهما على الآخر لا يكون صحيحاً. فالجواب: أنا نمنع انتفاء معنى الجماع لأن قضاء الشهوة يتحقق دون الإنزال، والإنزال شبع وليس بشرط، ألا ترى

قال المصنف: **(استدراكاً للمصلحة الفائتة)** أقول: فإن الحكيم أمر بأداء العبادة، في هذا اليوم، وأمره لا

في المحلين اعتباراً بالاغتسال، وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه وإنما ذلك شبع، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتباراً بالحد عنده. والأصح أنها تجب لأنّ الجناية متكاملة لقضاء

فإن كان قديداً وجبت بلا خلاف، وتجب بأكل الحنطة وقضمها لا إن مضغ قمحة للتلاشي وتجب بالطين الأرمني وبغيره على من يعتاد أكله كالمسمى بالطفل لا على من لم يعتده، ولا بأكل الدم إلا على رواية، ولو مضغ لقمة ناسياً فتذكر فابتلعها قيل تجب، وقيل لا وقيل، إن ابتلعها قبل أن يخرجها إلا إن أخرجها ثم ابتلعها، وقيل بالعكس، وصححه أبو الليث لأنها بعد إخراجها تعاف وقبله تلذ، وقيل إن كانت سخنة بعد فعليه لا إن تركها بعد الإخراج حتى بردت لأنها حينئذ تعاف لا قبله، فالحاصل أن المنظور إليه عند الكل في السقوط العيافة غير أن كلاً وقع عنده أن الاستكراه إنما يثبت عند كذا لا كذا قوله: (فعليه القضاء استدراكاً للمصلحة الفائتة والكفارة) فلو كفر بالصوم فصام أحداً وستين يوماً عن القضاء والكفارة من غير تعيين يوم القضاء منها قالوا يجزيه، وقد قدمناه. وفي تصويره عندي ضرب إشكال لأنه يفتقر إلى النية لكل يوم، فإذا كان الواقع نيته في كل يوم القضاء والكفارة فإنما يصح بالترجيح على ما عرف فيما إذا نوى القضاء، وكفارة الظهار أنه يقع عن القضاء على قول أبي يوسف وأبي حنيفة، فإنهما يرجحان في مثله ورجحا في هذه القضاء بأنه حق الله تعالى، بخلاف كفارة الظهار فإنها يتوصل بها إلى حق نفسه فيرجح القضاء هنا على كفارة الفطر بقوّة ثبوته ولزومه، بخلاف كفارة الفطر، وإذا كان كذلك فيقع اليوم الأول عن القضاء وما بعده عن الكفارة، لأنه لم يبق عليه قضاء فيلغوا جمع القضاء مع الكفارة، ولو كان الواقع نية ذلك في اليوم الأول فقط فهكذا، أو في الأخير فقط تعين الأخير للقضاء للغو جمع الكفارة إذ لم يبق عليه كفارة، ولو وقع ذلك في أثناء المدة تعين اليوم الذي نوى كذلك للقضاء وبطل ما قبله، وإن كان تسعة وخمسين يوماً لانقطاع التتابع في الكفارة فيجب عليه الاستئناف، ولو جامع مراراً في أيام من رمضان واحد ولم يكفر كان عليه كفارة واحدة، فلو جامع فكفر ثم جامع عليه كفارة أخرى في ظاهر الرواية. وروى زفر أبي حنيفة: إنما عليه كفارة واحدة، ولو جامع في رمضانين فعليه كفارتان، وإن لم يكفر للأوّل في ظاهر الرواية، وعن محمد كفارة واحدة، وكذا رواه الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله، وعند الشافعي تتكرر في الكل لتكرر السبب، ولنا إطلاق جوابه عليه الصلاة والسلام للأعرابي بإعتاق رقبة، وإن كان قوله، وإن كان قوله «وقعت على امرأتي»[1] يحتمل

أن من أكل لقمة وجبت عليه الكفارة، وإن لم يوجد الشبع، وإلى هذا أشار بقوله (وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه) ولو جامع في الموضع المكروه فعن أبي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان، في رواية الحسن لا كفارة عليه (اعتباراً بالحد عنده) فإنه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في إيجاب العقوبة التي تندرىء بالشبهات وهذه عقوبة تندرىء بالشبهات كالحدّ، وفي رواية أبي يوسف عنه أن عليهما الكفارة وهو الأصح (لأنها جناية متكاملة لقضاء الشهوة) إنما يدعي أبو حنيفة النقصان في

يخلو عن حكمه ومصلحة، فإذا فوته في هذا اليوم يقتضيه ليتدارك تلك الحكمة والمصلحة قال المصنف: (اعتباراً بالاغتسال) أقول: الأولى أن يعتبر بالحد الذي يندرىء بالشبهات إذ الاغتسال مما يجب بالاحتياط كما سبق قوله: (فالجواب أنا نمنع الخ) أقول: لم يأت بالجواب عن عدم صحة القياس فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٠٩، ٦٧١١ ومسلم ١١١١ وأبو داود ٢٣٩٠ والترمذي ٧٢٤ والنسائي في الكبرى ٣١١٦ وابن ماجه ١٦٧١ وابن حبان ٣٥٢٤، ٣٥٢٥، ٣٥٢٦ وابن الجارود ٣٨٤ وابن أبي شيبة ٣/١٠٦ والبيهقي ٤/٢٢٧ والدارقطني ٢/١٩٠ والطحاوي ٢/٦١ وأحمد ٢/ ٢٤١ كلهم من حديث أبي هريرة.

ولفظ البخاري: (أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله هلكت قال: ويحك! قال: وقعت على أهلي في رمضان قال: أعتق رقبة قال: ما أجدها قال: فصم شهرين متتابعين قال: لا أستطيع قال: فأطعم ستين مسكيناً قال: ما أجد، فأتي بعرق فقال: خذه، فتصدق به فقال: يا رسول الله، أعلى غير أهلي؟ فوالذي نفسي بيده ما بين طنبي المدينة أحوج مني فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه قال: خذه» وفي رواية للبخاري: «تجد رقبة» وفي أخرى «تستطيع تعتق رقبة» وعند النسائي «هل تجد رقبة».

الشهوة **(ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة أنزل أو لم ينزل)** خلافاً للشافعي رحمه الله، لأن الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد، ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة. وقال الشافعي رحمه الله في قول: لا تجب عليها لأنها متعلقة بالجماع وهو فعله وإنما هي محل الفعل، وفي قول: تجب، ويتحمل الرجل عنها اعتباراً بماء الاغتسال. ولنا قوله ﷺ «من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر» وكلمة من تنتظم الذكور والإناث، ولأن السبب جناية الإفساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لأنها عبادة أو عقوبة، ولا يجري فيها التحمل **(ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة)** وقال

الوحدة والكثرة ولم يستفسره، فدل أن الحكم لا يختلف، ولأن معنى الزجر معتبر في هذه الكفارة بدليل اختصاصها بالعمد وعدم الشبهة بخلاف سائر الكفارات، والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما إذا جامع فكفر ثم جامع للعلم بأن الزجر لم يحصل بالأول، ولو أفطر في يوم فأعتق ثم أفطر في آخر فأعتق ثم في آخر فأعتق ثم استحقت الرقبة الأولى أو الثانية لا شيء عليه لأن المتأخر يجزيه، ولو استحقت الرقبة الثالثة فعليه إعتاق واحدة لأن ما تقدم لا يجزي عما تأخر، ولو استحقت الثانية أيضاً فعليه واحدة للثاني والثالث، ولو استحقت الأولى أيضاً فكذلك، وهذا لأن الإعتاق بالاستحقاق يلتحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وقد أفطر في ثلاثة أيام ولم يكفر بشيء فعليه كفارة واحدة، ولو استحقت الأولى والثالثة دون الثانية أعتق واحدة للثالثة لأن الثانية كفت عن الأولى، والأصل أن الثاني يجزي عما قبله لا عما بعده، ولو أفطر وهو مقيم بعد النية فوجبت عليه الكفارة ثم في يومه سافر ولم تسقط عنه، ولو مرض فيه سقطت لأن المرض معنى يوجب تغير الطبيعة إلى الفساد يحدث أولاً في الباطن ثم يظهر أثره فلما مرض في ذلك اليوم ظهر أنه كان المرخص موجوداً وقت الفطر فمنع انعقاده موجباً للكفارة. أو نقول: وجود أصله شبهة، وهذه الكفارة لا تجب معها، أما السفر فبنفس الخروج المخصوص فيقتصر على الحال فلم يظهر المانع حال الفطر، ولو أفطرت ثم حاضت أو نفست لا كفارة لأن الحيض دم يجتمع في الرحم شيئاً فشيئاً حتى يتهيأ للبروز فلما برز من يومه ظهر تهيؤه ويجب الفطر، أو تهيؤ أصله فيورث الشبهة؛ ولو سافر في ذلك اليوم مكرهاً لا تسقط الكفارة عند أبي يوسف، وهو الصحيح خلافاً لزفر، ولو جرح نفسه فمرض مرضاً مرخصاً اختلف المشايخ، والمختار لا تسقط لأن المرض من الجرح، وإنه وجد مقصوراً على الحال فلا يؤثر في الماضي قوله: **(وإنما ذلك شبع)** أفاد تكامل الجناية قبله فبمجرد الإيلاج حصل قضاء شهوة الفرج على الكمال والإنزال شبع أكمل، ولا تتوقف الكفارة عليه كما بالأكل تجب بلقمة لا بالشبع، ولأنه لما لم يشترط الإنزال في وجوب الحد وهو عقوبة محضة تندرىء بالشبهات، فلأن لا يشترط في وجوب الكفارة وفيها معنى العبادة التي يحتاط في إثباتها أولى فعدم الاشتراط على هذا ثابت بدلالة نص الحد قوله: **(تجب على المرأة)** لو قال: على المفعول به كان أفيد إذ يدخل الملاط به طائعاً، وفي الكافي: إن وطىء في الدبر، فعن أبي حنيفة رحمه الله: لا كفارة عليهما لأنه لا يجعل هذا الفعل كاملاً حتى لم يجب الحد ولا شبهة في جانب المفعول به إذ ليس فيه قضاء الشهوة. وعنه أن عليه الكفارة، وهو قولهما وهو الأصح لأن الجناية متكاملة، وإنما ادعى أبو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يفسد الفراش ولا عبرة في

معنى الزنا من حيث إنه لا يحصل به إفساد الفراش، ولا معتبر به في إيجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة انتفاء ما فيه معنى العقوبة، **(ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة عليه أنزل أو لم ينزل)** فإن أنزل فعليه القضاء لأنه فات صورة الكفّ فصار كالجماع فيما دون الفرج. وقال الشافعي: وجبت عليه الكفارة لأن السبب للكفارة عنده الجماع المعدم للصورة، وقد وجد. ولنا أن الكفارة تعتمد الجناية الكاملة **(وتكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد)** ألا ترى أن الطباع السليمة تنفر عنها، فإن حصل به قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق أو لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا تتم جنايته في إيجاب الكفارة فكذا هذا. وقوله **(اعتباراً بماء الاغتسال)** والمعنى: أن هذه مؤنة أوقعها الزوج فيها فيتحملها عنها كثمن ماء الاغتسال. **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «منْ أفطر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر» وكلمة من تنتظم**

الشافعي رحمه الله: لا كفارة عليه لأنها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره. ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت، وبإيجاب الإعتاق تكفيراً

إيجاب الكفارة به قوله: (وفي قول يتحمل) يعني إذا كفر بالمال قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر»)[1] الله أعلم به، وهو غير محفوظ. وما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه «أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلاً أفطر في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً»[2] علق الكفارة بالإفطار. فإن قيل: لا يفيد المطلوب لأنه حكاية واقعة حال لا عموم لها فيجب كون ذلك المفطر بأمر خاص لا بالأعم فلا دليل فيه أنه بالجماع أو بغيره فلا متمسك به لأحد، بل قام الدليل على أنه أريد جماع الرجل وهو السائل لمجيئه مفسراً كذلك برواية من نحو عشرين رجلاً عن أبي هريرة رضي الله عنه. قلنا: وجه الاستدلال به تعليقها بالإفطار في عبارة الراوي أعني أبا هريرة، إذ أفاد أنه فهم من خصوص الأحوال التي يشاهدها في قضائه عليه الصلاة والسلام، أو سمع ما يفيد أن إيجابها عليه باعتبار أنه إفطار لا باعتبار خصوص الإفطار فيصح التمسك، وهذا كما قالوا في أصولهم في مسألة ما إذا نقل الراوي بلفظ ظاهره العموم فإنهم اختاروا اعتباره ومثلوه بقول الراوي قضى بالشفعة للجار لما ذكرنا من المعنى فهذا مثله بلا تفاوت لمن تأمل، ولأن الحد يجب عليها إذا طاوعته فالكفارة أولى على نظير ما ذكرناه آنفا فتكون ثابتة بدلالة نص حدها قوله: (ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار) مأخوذ ذلك من الحديث الذي ذكره «من أفطر رمضان»[3] الحديث، ومما ذكرناه من قول أبي هريرة رضي الله عنه، وروى الدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رجلاً أكل في رمضان فأمره النبي ﷺ أن يعتق»[4] الحديث وأعله بأبي معشر، وأخرج الدارقطني أيضاً في كتاب العلل في حديث الذي وقع على امرأته عن سعيد بن المسيب «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أفطر في رمضان متعمداً»[5] الحديث وهذا مرسل

الإناث كالذكور) قال الله تعالى ﴿ومن يقنت منكن﴾ (ولأن سبب الكفارة جناية إفساد الصوم لا نفس الوقاع) لأنه تصرف في ملكه (وقد شاركته في ذلك) فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن قوله الأول، وقوله (ولا يحتمل لأنها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيهما التحمل) جواب عن قوله الثاني (ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة) وقال الشافعي رحمه الله: لا كفارة عليه لأنها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه أن

قوله: (لأن النبي ﷺ ما لزم الكفارة إلا في مقابلة ما سئل عنه من الوقاع) أقول: في الحصر كلام حيث دل ما رواه من الحديثين على خلافه.

---

(١) غريب بهذا اللفظ قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٤٩.
وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٧٩: لم أجده هكذا، والمعروف في ذلك قصة الذي جامع في رمضان.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٠٠، ٥٣٦٨، ٦٠٨٧ و١٩٣٧ ومسلم ١١١١ وأبو داود ٢٣٩٢، ٢٣٩١ والنسائي في الكبرى ٣١١٥ والشافعي ١/ ٢٦٠، ٢٦١ وابن حبان ٤٥٢٣ والدارمي ٢/ ١١ وعبد الرزاق ٧٤٦٧ والطحاوي ٢/ ٦٠ وأحمد ٢/ ٢٨١. كلهم من حديث أبي هريرة.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد. وقد قال ابن حجر لم أجده هكذا. واستغربه الزيلعي.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٩١ من حديث أبي هريرة وعجز الحديث: «أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يطعم ستين مسكيناً».
وقال الدارقطني: أبو معشر هو نجيح، وليس بالقوي اهـ وقال عنه في التقريب: ضعيف اختلط بآخره اهـ ونقل الزيلعي ٢/ ٤٥٠ عن يحيى قوله فيه: ليس بشيء.

(٥) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله ٩٤ ومالك ١/ ٢٩٧ والدارقطني في علله كما ذكر المصنف كلاهما عن سعيد بن المسيب ولفظ أبي داود ومالك «جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ يضرب نحره، وينتف شعره، ويقول: هلك الأبعد فقال رسول الله ﷺ: هل تستطيع أن تعتق رقبة قال: لا قال: فهل تستطيع أن تهدي بدنة قال: لا قال: فاجلس، فأتى النبي ﷺ بعرق تمر قال: خذ هذا، فتصدق به فقال: يا رسول الله ما أحد أحوج مني قال: كله وصم يوماً مكان ما أصبت» قال عطاء فسألت سعيد بن المسيب كم في ذلك العرق من التمر؟ قال: ما بين خمسة عشر صاعاً إلى عشرين صاعاً.
قلت: وليس فيه عند مالك وأبي داود لفظ «أفطرت متعمداً» ومالك أحفظ من غيره. فليس فيه حجة للمصنف والصواب ما رواه مالك.

عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية. ثم قال: (والكفارة مثل كفارة الظهار) لما روينا، ولحديث الأعرابي «فإنه قال: يا رسول الله هلكت وأهلكت. فقال: ماذا صنعت. قال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمداً، فقال ﷺ: أعتق رقبة. فقال: لا أملك إلا رقبتي هذه، فقال: صم شهرين متتابعين. فقال: وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم؟ فقال: أطعم ستين مسكيناً. فقال: لا أجد، فأمر رسول الله ﷺ أن يؤتى بفرق من تمر. ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً. وقال: فرّقها على المساكين فقال: والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي، فقال: كل أنت وعيالك، يجزيك ولا يجزي أحداً بعدك، وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لأن مقتضاه الترتيب وعلى

سعيد، وهو مقبول عند كثير ممن لا يقبل المرسل، وعندنا هو حجة مطلقاً، وأيضاً دلالة نص الكفارة بالجماع تفيده للعلم بأن من علم استواء الجماع والأكل والشرب في أن ركن الصوم الكف عن كلها، ثم علم لزوم عقوبة على من فوّت الكف عن بعضها جزم بلزومها على من فوت الكف عن البعض الآخر حكماً للعلم بذلك الاستواء غير متوقف فيه على أهلية الاجتهاد، أعني بعد حصول العلمين يحصل العلم الثالث، ويفهم كل عالم بهما أن المؤثر في لزومها تفويت الركن لا خصوص ركن قوله: (وبإيجاب الإعتاق الخ) جواب عن قوله في وجه مخالفة القياس لارتفاع الذنب بالتوبة، وهو غير دافع لكلامه لأنه يسلم أن هذا الذنب لا يرتفع بمجرد التوبة، ولهذا يثبت كونها على خلاف القياس يعني القاعدة المستمرة في الشرع قوله: (ولحديث الأعرابي) في الكتب الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «أتى رجل النبي ﷺ قال: هلكت، قال: ما شأنك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: فهل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال لا، قال: فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكيناً؟ قال: لا، قال اجلس، فأتى النبي ﷺ بعرق فيه تمر فقال: تصدّق به، على أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها يريد الحرتين، أهل بيت أفقر من أهل بيتي، فضحك عليه الصلاة والسلام حتى بدت ثناياه» وفي لفظ «أنيابه» وفي لفظ «نواجذه، ثم قال: خذه فأطعمه أهلك»[1] وفي لفظ لأبي داود زاد الزهري: وإنما كان هذا رخصة له خاصة، ولو أن رجلاً فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير. قال المنذري: قول الزهري ذلك دعوى لا دليل عليها، وعن ذلك ذهب سعيد بن جبير إلى عدم وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان بأي شيء أفطر. قال: لانتساخه بما في آخر الحديث بقوله «كلها أنت وعيالك»[2] اهـ. وجمهور العلماء على قول الزهري، وأما رفع المصنف قوله «يجزيك ولا يجزي

الأعرابي جاء إلى رسول الله ﷺ تائباً نادماً والتوبة رافعة للذنب بالنص، ومع ذلك أوجب عليه النبي ﷺ الكفارة، فعلم أنها ثبتت على خلاف القياس، وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره (ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال) وهو الإفطار صورة بإيصال شيء إلى الجوف، ومعنى بقضاء الشهوة. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ «من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر» ولم يبين السبب المفطر، ولما روى «أن رجلاً سأله فقال: يا رسول الله أفطرت في رمضان، فقال عليه الصلاة والسلام: من غير مرض ولا سفر؟ فقال نعم: فقال: أعتق رقبة» ولم يسأله عما أفطر به فدل على أن الحكم لا يختلف، ألا ترى أنه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال (و) الجناية بالإفطار على وجه الكمال (قد تحققت). فإن قيل: ما ذكرتم يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومدّعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول. أجيب بأن المقصود الأصلي هو ذلك، وأما وجوب الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول. أجيب بأن المقصود الأصلي هو ذلك، وأما وجوب الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول. أجيب بأن المقصود الأصلي هو ذلك، وأما وجوب الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص ونحن ننفيه. وعورض بأن الكفارة بنفس الوقاع لأن النبي ﷺ ما ألزم الكفارة إلا في مقابلة ما سئل عنه من الوقاع. والجواب: أن تعلقها به إما أن يكون من حيث إنه وقاع أو من حيث إنه وقاع في نهار رمضان، فإن كان الأول فليس

---

(١) تقدم تخريجه قبل قليل.
(٢) هذه الرواية لأبي داود ٢٣٩٣ «كله أنت وأهل بيتك وصم يوماً واستغفر الله» وقد تقدم.

مالك في نفي التتابع للنص عليه (ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء) لوجود الجماع معنى (ولا كفارة عليه) لانعدامه صورة (وليس في إفساد صوم غير رمضان كفارة) لأن الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية فلا يلحق به غيره (ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر) لقوله ﷺ «الفطر مما دخل» ولوجود معنى الفطر، وهو وصول ما

أحداً من بعدك»[1] فلم ير في شيء من طرقه، وكذا لم يوجد فيها لفظ الفرق بالفاء بل بالعين، وهو مكتل يسع خمسة عشر صاعاً على ما قيل. قلنا: وإن لم يثبت فغاية الأمر أنه أخر عنه إلى الميسرة إذ كان فقيراً في الحال عاجزاً عن الصوم بعد ما ذكر له ما يجب عليه، كذا قال الشافعي وغيره. والظاهر أنه خصوصية لأنه وقع عند الدارقطني في هذا الحديث «فقد كفر الله عنك». وفي لفظ «وأهلكت» ليس في الكتب الستة، لكن أخرج الدارقطني عن أبي ثور: حدثنا معلى بن منصور، حدثنا سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: هلكت وأهلكت»[2] الحديث. قال: تفرد أبو ثور عن معلى بن منصور عن ابن عيينة بقوله «وأهلكت» وأخرجه البيهقي عن جماعة عن الأوزاعي عن الزهري وفيه «وأهلكت»[3]. وقال: ضعف شيخنا أبو عبد الله الحاكم هذه اللفظة، وكافة أصحاب الأوزاعي رووه عنه دونها، واستدل الحاكم على أنها خطأ بأنه نظر في كتاب الصوم تصنيف المعلى بن منصور فوجد فيه هذا الحديث دون هذه اللفظة وأن كافة أصحاب سفيان

في الأصل بجناية فلا يستلزمها، وإن كان الثاني فهو مسلم، وهو المطلوب لأنه جناية بالإفطار على وجه الكمال بجهة خاصة، وإذا كان غيره في معناه ألحق به دلالة لا قياساً، وتمام تقريره مذكور في التقرير. وقوله **(وبإيجاب الإعتاق تكفيراً)** جواب عن قول الشافعي لارتفاع الذنب بالتوبة. وتقريره: لا نسلم أن هذه الجناية ترتفع بالتوبة فإن الشرع لما أوجب الإعتاق كفارة لهذه الجناية علم أنها غير مكفرة لها كجناية السرقة والزنا، حيث لا يرتفعان بمجرد التوبة بل بالحد وقوله **(والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا)** يعني من حديث أبي هريرة **(ولحديث الأعرابي)** وهو مشهور ظاهر. وقوله **(بفرق)** قد تقدم معناه. وقوله **(وهو)** أي حديث الأعرابي **(حجة على الشافعي في قوله: يخير لأن مقتضاه الترتيب)** وهو ظاهر **(وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه)** بقوله عليه الصلاة والسلام «صم شهرين متتابعين» قال في النهاية: ما معناه إن نسبة التخيير إلى الشافعي، ونفي التتابع إلى مالك سهو، بل الشافعي يقول بالترتيب كما نقول: دل على ذلك كتبهم وكتب أصحابنا، والقائل بعدم التتابع هو ابن أبي ليلى القائل بالتخيير. احتج بحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «أن رجلاً سأل النبي ﷺ فقال: إني أفطرت في رمضان، فقال: أعتق رقبة أو صم شهرين أو أطعم ستين مسكيناً» وقلنا: حديث الأعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث، فيحمل على أن المراد به بيان ما به تتأدى الكفارة في الجملة لا التخيير. واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على القضاء. وما روينا حجة عليه لأن القياس في مقابلة النص فاسد. قال **(ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء الخ)** أراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع معنى فأوجب القضاء وليس به صورة فلا كفارة عليه **(وليس في إفساد صوم غير رمضان كفارة)** لأن الكفارة في إفطار صومه وجبت بالنص على خلاف القياس فلا قياس، وليس غيره في معناه **(لأن الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية)** لكونها جناية على الصوم والشهر جميعاً وغيره جناية على الصوم وحده لأن

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٥٣: لم أجده في شيء من طرق الحديث، ولا رواية: «الفرق» بالفاء، والفرق هو الزنبيل قيل: يسع خمسة عشر صاعاً.

وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٨٠: ليس في شيء من طرق الحديث فكأنه بالمعنى من قول الزهري: وإنما كان رخصة له خاصة، ولو أن رجلاً فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير ولفظ: «بفرق» بالفاء هو تصحيف لا يوجد.

(٢) حسن شاذ: أخرجه الدارقطني ٢/ ٢١٠ والبيهقي ٤/ ٢٢٧ كلاهما من حديث أبي هريرة. وفيه لفظ «هلكت وأهلكت».

قال الدارقطني: تفرد به أبو ثور عن معلى بن منصور عن ابن عيينة بقوله: «وأهلكت» وكلهم ثقات.

قال البيهقي: ضعف شيخنا هذه اللفظة «وأهلكت» وحملها على أنها أدخلت على محمد بن المسيب الأرغياني فقد رواه أبو علي الحافظ عن محمد بن المسيب بالإسناد الأول دون هذه اللفظة، ورواه كافة أصحاب الأوزاعي عن الأوزاعي دونها اهـ باختصار. وذكر ابن الهمام ما يدل على شذوذ هذه اللفظة.

فالحديث حسن من جهة الإسناد إلا أن المتن بهذه الزيادة شاذ.

(٣) هو المتقدم.

فيه صلاح البدن إلى الجوف **(ولا كفارة عليه)** لانعدامه صورة. **(ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله لا يفسد صومه)** لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما إذا دخله الدهن **(ولو داوى جائفة أو آمّة بدواء فوصل إلى جوفه أو دماغه أفطر)**

رووه دونها قوله: **(ومن جامع فيما دون الفرج)** أراد بالفرج كلاً من القبل والدبر فما دونه حينئذ التفخيذ والتبطين، وعمل المرأتين أيضاً كعمل الرجال جماع فيما دون الفرج لاقضاء على واحدة منهما إلا إذا أنزلت، ولا كفارة مع الإنزال قوله: **(فلا يلحق به غيره)** في لزوم الكفارة بإفساده إذ القياس ممتنع، وكذا الدلالة لأن إفساد صوم غير رمضان ليس في معنى إفساد صوم رمضان من كل وجه بل ذاك أبلغ في الجناية لوقوعه في شرف الزمان، ولزوم إفساد الحج النفل والقضاء بالجماع ليس إلحاقاً بفساد الحج الفرض، بل هو ثابت ابتداء بعلوم نص القضاء والإجماع قوله: **(أو أقطر في أذنه)** سيقيده بما إذا كان دهناً قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «الفطر مما دخل»)** روى أبو يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا أحمد بن منيع؛ حدثنا مروان بن معاوية عن رزين البكري قال: حدثتنا مولاة لنا يقال لها سلمى من بكر بن وائل أنها سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: «دخل عليّ رسول الله ﷺ فقال: يا عائشة هل من كسرة؟ فأتيته بقرص فوضعه على فيه، فقال: يا عائشة هل دخل بطني منه شيء؟ كذلك قبلة الصائم، إنما الإفطار مما دخل وليس مما خرج»[1] ولجهالة الموالاة لم يثبته بعض أهل الحديث، ولا شك في ثبوته موقوفاً على جماعة. ففي البخاري تعليقاً: وقال ابن عباس وعكرمة، «الفطر مما دخل وليس مما خرج»[2] وأسند ابن أبي شيبة فقال: حدثنا وكيع عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «الفطر مما دخل وليس مما خرج»[3] وأسنده عبد الرزاق إلى ابن عباس رضي الله عنهما وقال: «إنما الوضوء مما خرج وليس مما دخل والفطر في الصوم مما دخل وليس مما خرج»[4]. وروي أيضاً من قول عليّ رضي الله عنه قاله البيهقي، وعلى كل حال يكون مخصوصاً بحديث الاستقاء أو الفطر فيه باعتبار أنه يعود شيء وإن قل حتى لا يحس به، كما ذكرنا من قريب قوله: **(ولوجود معنى الفطر)** قد علمت أنه لا يثبت الفطر إلا بصورته أو معناه، وقد مر أن صورته الابتلاع، وذكر أن معناه وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف فاقتضى فيما لو طعن برمح أو رمي بسهم فبقي الحديد في بطنه، أو أدخل خشبة في دبره وغيبها، أو احتشت المرأة في الفرج الداخل أو استنجى فوصل الماء إلى داخل دبره لمبالغته فيه عدم

الوقت غير متعين لذلك **(فلا يلحق به غيره)** بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيها الفرض والنفل لأن وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء **(ومن احتقن أو استعط)** أي استعمل الدواء بالحقنة أو السعوط وهو الدواء الذي يصبّ في الأنف وهما على بناء الفاعل **(أو أقطر في أذنه)** على بناء المفعول قال صاحب النهاية: كذا وجدت بخط شيخي **(أفطر لقوله عليه الصلاة والسلام «الفطر مما دخل»)** وكلامه واضح وقوله **(وإن داوى جائفة أو آمة)** الجائفة اسم لجراحة وصلت إلى الجوف، والآمّة اسم لجراحة وصلت إلى الدماغ **(والذي يصل هو الرطب)** وإنما قيد بالرطب لأن في ظاهر الرواية فرقاً بين الدواء الرطب واليابس، وأكثر مشايخنا على أن العبرة بالوصول، حتى إذا علم أن الدواء اليابس وصل إلى جوفه فسد صومه، وإن علم أن

قال المصنف: **(ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة)** أقول: فما الجواب عن الحديث؟

---

(١) ضعيف: أخرجه أبو يعلى ٤٦٠٢، ٤٩٥٤ وأورد ابن حجر في المطالب العالية ٩٨٥ كلاهما من حديث عائشة.
قال الهيثمي في المجمع ٣/١٦٧: فيه من لم أعرفه اهـ وقال ابن حجر في التقريب سلمى البكرية: لا تعرف اهـ والراجح أنه موقوف كما في الآثار الآتية.

(٢) موقوف. أخرجه البخاري ٤/ ١٧٢ معلقاً بصيغة الجزم عن ابن عباس وعكرمة، وكذا البيهقي ٤/ ٢٦١ عن ابن عباس ولفظ البخاري «الصوم فيما دخل وليس مما خرج».
وأخرج عن أبي هريرة أيضاً: «إذا قاء فلا يفطر إنما يُخرج، ولا يُولج». موقوفاً عليه.

(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/ ٤٥٤ عن ابن عباس.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٤/٢٦١ من طريق عبد الرزاق موقوفاً.

عند أبي حنيفة رحمه الله، والذي يصل هو الرطب، وقالا: لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى، كما في اليابس من الدواء. وله أن رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلاً إلى الأسفل فيصل إلى الجوف، بخلاف اليابس لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسدّ فمها **(ولو أقطر في إحليله لم يفطر)** عند أبي

الفطر لفقدان الصورة وهو ظاهر، والمعنى وهو وصول ما فيه صلاح البدن من التغذية أو التداوي، لكن الثابت في مسألتي الطعنة والرمية اختلاف، وصحح وعدم الإفطار جماعة، ولا أعلم خلافاً في ثبوت الإفطار فيما بعدهما، بخلاف ما إذا كان طرف الخشبة بيده وطرف الحشوة في الفرج الخارج والماء لم يصل إلى كثير داخل فإنه لا يفسد. والحد الذي يتعلق بالوصول إليه الفساد قدر المحقنة، قال في الخلاصة: وقلما يكون ذلك اهـ. نعم لو خرج سرمه فغسله ثبت ذلك الوصول بلا استبعاد، فإن قام قبل أن ينشفه فسد صومه بخلاف ما إذا نشفه. لأن الماء اتصل بظاهر ثم زال قبل أن يصل إلى الباطن بعود المقعدة. لا يقال: الماء فيه صلاح البدن. لأنا نقول: ذكروا أن إيصال الماء إلى هناك يورث داء عظيماً. لا يقال: يحمل قولهم ما فيه صلاح البدن على ما بحيث يصلح به وتندفع به حاجته وإن كان قد يحصل عنده ضرر أحياناً فيندفع إشكال الاستنجاء. لأنا نقول: قد علل المصنف ما اختاره من عدم الفساد فيما إذا دخل الماء أذنه أو أدخله بقوله لانعدام المعنى والصورة، وذلك إفادة أنه لم يصل إلى جوف دماغه ما فيه صلاح البدن، ولو كان المراد بما فيه صلاح البدن ما ذكرت لم يصح هذا التعليل، وبسطه في الكافي فقال: لأن الماء يفسد بمخالطة خلط داخل الأذن فلم يصل إلى الدماغ شيء يصلح له فلا يحصل معنى الفطر فلا يفسد، فالأولى تفسير الصورة بالإدخال بصنعه كما هو في عبارة الإمام قاضيخان في تعليل ما اختاره من ثبوت الفساد إذا أدخل الماء أذنه لا إذا دخل بغير صنعه كما إذا خاض نهراً حيث قال: إذا خاض الماء فدخل أذنه لا يفسد صومه. وإن صب الماء فيها اختلفوا فيه والصحيح هو الفساد لأنه موصل إلى الجوف بفعله فلا يعتبر فيه صلاح البدن، كما لو أدخل خشبة وغيبها إلى آخر كلامه، وبه تندفع الإشكالات، ويظهر أن الأصح في الماء التفصيل الذي اختاره القاضي رحمه الله، فعلى هذا فاعتبار ما به الصلاح في تفسير معنى الفطر إما على معنى ما به في نفسه كما أوردناه في السؤال، وبه يندفع تعليل المصنف لتعميم عدم الإفساد في دخول الماء الأذن فيصح التفصيل المذكور فيه. ووجهه أنه لازم فيما لو احتقن بحقنة ضارة لخصوص مرض المحتقن أو أكل بعد الفجر وهو في غاية الشبع والامتلاء قريباً من التخمة، فإن الأكل في هذه الحالة مضرّ ومع ذلك يلزمه فضلاً عن القضاء الكفارة، وإما على حقيقة الإصلاح كما يفيده كلام الكافي والمصنف، وعلى الأول يلزم تعميم الفساد في الماء الداخل في الأذن، وعلى الثاني يلزم تعميم عدمه فيه. هذا ولو أدخل الإصبع في دبره أو فرجها الداخل لا يفسد الصوم إلا أن تكون مبلولة بماء أو دهن على المختار، وقيل: يجب عليه الغسل والقضاء قوله: **(فوصل)** أي الدواء **(إلى جوفه)** يرجع إلى الجائفة لأنها الجراحة في البطن **(أو دماغه)** يرجع إلى الآمة لأنها الجراحة في الرأس من أممته بالعصا ضربت أم رأسه وهي الجلدة التي هي مجمع الرأس، وحينئذ فلا تحرير في العبارة لأنه بعد أن أخذ الوصول في صورة المسألة يمتنع نقل الخلاف فيه، إذ لا خلاف في الإفطار على تقدير الوصول، إنما الخلاف فيما إذا كان الدواء رطباً فقال: يفطر للوصول عادة، وقالا: لا لعدم العلم به فلا يفطر بالشك، وهو يقول: سبب الوصول قائم وتقريره ظاهر من الكتاب، وهو دليل الوصول فيحكم به نظراً إلى الدليل إذ قد يخفي حقيقة المسبب بخلاف اليابس، إذ لم يثبت دليل الوصول فيه لما ذكر في الكتاب. وإذا حققت هذا التصوير علمت أن المذكور في ظاهر الرواية من الفرق بين

الرطب لم يصل إلى جوفه لم يفسد صومه عنده إلا أنه ذكر الرطب واليابس بناء على العادة، فاليابس إنما يستعمل في الجراحة لاستمساك رأسها به فلا يتعدى إلى الباطن، والرطب يصل إلى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما **(ولو أقطر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يفطر، وقول محمد مضطرب)** ذكر قوله في الأصل مع أبي حنيفة، وذكره الطحاوي في

حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يفطر، وقول محمد: مضطرب فيه فكأنه وقع عند أبي يوسف أن بينه وبين الجوف منفذاً، ولهذا يخرج منه البول، ووقع عند أبي حنيفة رحمه الله أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه، وهذا ليس من باب الفقه **(ومن ذاق شيئاً بفمه لم يفطر)** لعدم الفطر صورة ومعنى **(ويكره له ذلك)** لما فيه من تعريض الصوم على الفساد **(ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان لها منه بدّ)** لما بينا **(ولا بأس إذا لم تجد منه بداً)**

الرطب واليابس لا ينافي ما ذكره أكثر مشايخ بخارى، كما يعطيه ظاهر عبارة شمس الأئمة حيث قال: فرّق في ظاهر الرواية بين الرطب واليابس، وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول حتى إذا علم أن اليابس وصل فسد، وإن علم أن الطريّ لم يصل لم يفسد إلا أنه ذكر الرطب واليابس بناء على العادة، فإنه لما بني الفساد في الرطب على الوصول نظراً إلى دليله علم بالضرورة أنه إذا علم عدم الوصول لا يفسد لتحقق خلاف مقتضى الدليل لا امتناع فيه، فإن المراد بالدليل الأمارة وهي ما قدم يجزم بتخلف متعلقها مع قيامها، كوقوف بغلة القاضي على بابه مع العلم بأنه ليس في داره وإنما الكلام فيما إذا لم يعلم خلاف مقتضاه، فإن الظن حينئذ يتعلق بثبوته فالقسمان اللذان ذكروهما لا خلاف فيهما، والحصر فيهما منتف إذ بقي ما إذا لم يعلم يقيناً أحدهما، وهو محل الخلاف فأفسده حكماً بالوصول نظراً إلى دليله ونفياه قوله: **(ولو أقطر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يفطر، وقول محمد مضطرب فيه)** والإقطار في أقبال النساء قالوا أيضاً هو على هذا الخلاف، وقال بعضهم: يفسد بلا خلاف لأنه شبيه بالحقنة قال في المبسوط: وهو الأصح قوله: **(فكأنه وقع الخ)** يفيد أنه لا خلاف لو اتفقوا على تشريح هذا العضو فإن قول أبي يوسف بالإفساد إنما هو بناء على قيام المنفذ بين المثانة والجوف، فيصل إلى الجوف ما يقطر فيها، وقوله بعدمه بناء على عدمه، والبول يترشح من الجوف إلى المثانة فيجتمع فيها، أو الخلاف مبني على أن هناك منفذاً مستقيماً أو شبه الحاء فيتصوّر الخروج ولا يتصور الدخول لعدم الدافع الموجب له، بخلاف الخروج وهذا اتفاق منهم على إناطة الفساد بالوصول إلى الجوف، ويفيد أنه إذا علم أنه لم يصل بعد بل هو في قصبة الذكر لا يفسد، وبه صرح غير واحد. قال في شرح الكنز: وبعضهم جعل المثانة نفسها جوفاً عند أبي يوسف، وحكى بعظهم الخلاف ما دام في قصبة الذكر وليسا بشيء اهـ. والذي يظهر أنه لا منافاة على قول أبي يوسف بين ثبوت الفطر باعتباره وصوله إلى الجوف أو إلى جوف المثانة، بل يصح إناطته بالثاني باعتبار أنه يصل إذ ذاك إلى الجوف لا باعتبار نفسه، وما نقل عن خزانة الأكمل فيما إذا حشا ذكره بقطنة فغيبها أنه يفسد كاحتشائها مما يقضي ببطلان حكاية الاتفاق على عدم الفساد في الإقطار ما دام في قصبة الذكر، ولا شك في ذلك، ألا ترى إلى التعليل من الجانبين كيف هو بالوصول إلى الجوف وعدمه بناء على وجود المنفذ أو استقامته وعدمه، لكن هذا يقتضي في حشو الدبر وفرجها الداخل عدم الفساد ولا مخلص إلا بإثبات أن المدخل فيهما تجتذبه الطبيعة فلا يعود إلا مع الخارج المعتاد. وهو في الدبر معلوم لمن فعل ذلك بفتيلة دواء أو صابونة، غير أنا لا نعلم في غيره أن شأن الطبيعة ذلك في كل مدخل كالخشبة، أو فيما يتداوى به لقبول الطبيعة إياه فتجتذبه لحاجتها إليه، وفي القبل ذكرت لنا من تضع مثل الحمصة لتسدّ بها في الداخل تحرزاً من الحبل أنها لا تقدر على إخراجها حتى تخرج هي بعد أيام مع

مختصره مع أبي يوسف. وقال أبو سليمان الجوزجاني في الأصل بعد ما ذكر قول محمد مع أبي حنيفة: ثم إن محمداً شك في ذلك، فوقف، وما ذكره لكل واحد من الجانبين ظاهر. وإنما توقف محمد لأنه شك في وجود المنفذ من الإحليل إلى الجوف، وتكلموا في الإقطار في أقبال النساء. فقيل: هو على هذا الاختلاف. وقيل: يشبه الحقنة فيفسد الصوم بلا خلاف. قيل: وهو الأصح. قوله **(ومن ذاق شيئاً بفمه)** الذوق بالفم قوّة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان وإدارك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله إلى العصب، وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى **(ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد)** بسبيل التسبب لأن الجاذبة قوية إذا كان صائماً فلا يأمن من أن تجذب شيئاً منه إلى الباطن. وقوله **(لما بينا)** إشارة إلى التعريض. وقوله **(ومضغ العلك لا يفطر)** أطلق محمد

صيانة للولد، **ألا ترى أن لها أن تفطر إذا خافت على ولدها (ومضغ العلك لا يفطر الصائم)** لأنه لا يصل إلى جوفه، وقيل: إذا لم يكن ملتئماً يفسد لأنه يصل إليه بعض أجزائه، وقيل: إذا كان أسود يفسد وإن كان ملتئماً لأنه يتفتت **(إلا أنه يكره للصائم)** لما فيه من تعريض الصوم للفساد، ولأنه يتهم بالإفطار ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن، ويكره للرجال على ما قيل إذا لم يكن من علة، وقيل: لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء **(ولا بأس بالكحل ودهن الشارب)** لأنه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم، وقد ندب النبي ﷺ إلى

الخارج، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(ويكره له ذلك)** قيده الحلواني بما إذا كان في الفرض، أما في النفل فلا لأنه يباح الفطر فيه بعذر وبلا عذر في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أيضاً، فالذوق أولى بعدم الكراهة لأنه ليس بإفطار بل يحتمل أن يصير إياه. وقيل: لا بأس في الفرض للمرأة إذا كان زوجها سيىء الخلق أن تذوق المرقة بلسانها قوله: **(إذا كان لها منه بد)** فإن لم يكن بأن لم تجد من يمضغ له ممن ليس عليه صوم ولم تجد طعاماً لا يحتاج إلى مضغه له لا يكره لها قوله: **(لما بينا)** من أنه تعريض للصوم على الفساد إذ قد يسبق شيء منه إلى الحلق، فإن من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه. وفي الفتاوى: يكره للصائم أن يذوق بلسانه العسل أو الدهن ليعرف الجيد من الرديء عند الشراء قوله: **(وقيل إذا لم يكن ملتئماً)** بأن لم يمضغه أحد وإن كان أبيض. وكذا إذا كان أسود وإن مضغه غيره لأنه يتفتت وإن مضغ والأبيض يتفتت قبل المضغ فيصل إلى الجوف، وإطلاق محمد عدم الفساد محمول على ما إذا لم يكن كذلك للقطع بأنه معلل بعدم الوصول، فإذا فرض في بعض العلك معرفة الوصول منه عادة وجب الحكم فيه بالفساد لأنه كالمتيقن قوله: **(إلا أنه يكره)** استثناء منقطع أي لكنه يكره للتعريض على الفساد، وتهمة الإفطار. وعنه عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفنّ مواقف التهم»[1]. وقال علي رضي الله عنه: إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره قوله: **(لقيامه مقام السواك في حقهنّ)** فإن بنيتهن ضعيفة قد لا تحتمل السواك، فيخشى على اللثة والسن منه، وهذا قائم مقام فيفعلنه قوله: **(لا يستحب)** أي ولا يكره فهو مباح بخلاف النساء، فإنه يستحب لهن لأنه سواكهن، وقوله لما فيه من التشبه من النساء بما يناسب التعليل للكراهة، ولذ وضع في غير موضع فيكون قد ترك تعليل الثاني، والأولى الكراهة للرجال إلا لحاجة لأن الدليل أعني التشبيه يقتضيها في حقهم خالياً عن المعارض قوله: **(ودهن الشارب)** بفتح الدال على أنه مصدر وبضمها على إقامة اسم العين مقام المصدر، وفي الأمثلة: عجبت من دهنك لحيتك بضم الدال وفتح التاء على هذه الإقامة قوله: **(ندب النبي إلى الاكتحال الخ)** أما ندبه إلى صوم عاشوراء[2] فأشهر من أن يبدي،

في الكتاب، وهو يدل على أن الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ. وقوله **(إلا أنه يكره)** استثناء من قوله «ومضغ العلك لا يفطر» وقوله **(ولأنه يتهم بالإفطار)** يعني. أن من رآه يتوهم أنه يأكل شيئاً فيتهمه، وقد قال عليّ رضي الله عنه: إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره، وإن كان عندك اعتذاره. وقوله **(ويكره)** ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب، ولا ينعكس لأن المباحات لا توصف بهما. قال **(ولا بأس بالكحل ودهن الشارب الخ)** يجوز أن يكون الفاء منهما مفتوحاً فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلاً، ودهن رأسه دهناً: إذا طلاه بالدهن. ويجوز أن يكون مضموماً ويكون معناه ولا بأس باستعمال الكحل والدهن. فإن قيل: ما وجه تكرير مسألة الكحل، فإنه قال: ولو اكتحل لم يفطر، ثم قال: بالكحل، ثم قال ولا بأس بالاكتحال. أجيب: بأن الأول وضع القدوري، والثاني: وضع الجامع الصغير. والثالث: وضع الفتاوى ولكل واحد

قال المصنف: **(لما فيه من التشبه بالنساء)** أقول: ينبغي أن يكون تعليلاً للكراهة

---

(١) ذكره في الإحياء ٣/٣٥ بنحوه: فقال العراقي: لم أجد له أصلاً لكن ورد عن عمر نحوه.
(٢) أحاديث صوم يوم عاشوراء تقدمت في أوائل كتاب الصوم.

الاكتحال يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه، ولا بأس بالاكتحال للرجال إذا قصد به التداوي دون الزينة، ويستحسن

وقد ذكرنا من ذلك في أول كتاب الصوم أحاديث، وأما ندبه إلى الكحل فيه ففي حديثين روى أحدهما البيهقي عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «من اكتحل بالإثمد يوم عاشوراء لم ير رمداً أبداً»(١) وضعفه بجويبر والضحاك لم يلق ابن عباس رضي الله عنهما، ومن طريق آخر رواه ابن الجوزي في الموضوعات عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من اكتحل يوم عاشوراء لم ترمد عينه تلك السنة»(٢) وقال: في رجاله من ينسب إلى التغفيل، وقد روى الترمذي عن أبي عاتكة عن أنس قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ قال: اشتكت عيني أفأكتحل وأنا صائم؟ قال نعم»(٣) قال الترمذي: وإسناده ليس بالقويّ، ولا يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء وأبو عاتكة مجمع على ضعفه، وأخرج ابن ماجه عن بقية: حدثنا الزبيدي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت «اكتحل النبي ﷺ وهو صائم»(٤) وظن بعض العلماء أن الزبيدي في مسند ابن ماجه هو محمد ابن الوليد الثقة الثبت، وهو وهم، وإنما هو سعيد بن أبي سعيد الزبيدي الحمصي كما هو مصرح به في مسند البيهقي، ولكن الراوي دلسه، قال في التنقيح: ليس هو بمجهول، كما قله ابن عدي والبيهقي بل هو سعيد بن عبد الجبار الزبيدي الحمصي وهو مشهور، ولكنه مجمع على ضعفه. وابن عدي في كتابه فرق بين سعيد بن أبي سعيد وسعيد بن عبد الجبار وهما واحد، وأخرجه البيهقي عن محمد بن عبيد الله بن أبي رافع قال: وليس بالقوي عن أبيه عن جدّه «أن النبي ﷺ كان يكتحل وهو صائم»(٥) وأخرج أبو داود موقوفاً على أنس عن عتبة بن أبي معاذ عن عبيد الله بن أبي بكر بن أنس بن مالك «أنه كان يكتحل وهو صائم»(٦) قال في التنقيح: إسناده مقارب قال أبو حاتم عتبة

منها فائدة، فأما فائدة الأول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه أن لا يكون مكروهاً، بل يجوز أن يكون مكروهاً ولا يفطر كما إذا ذاق بلسانه شيئاً فبالثاني نفي ذلك، ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك، فأعلم بالثالث

قال المصنف: (وقد ندب النبي ﷺ إلى الاكتحال يوم عاشوراء) أقول: قال ابن العز: لم يصح عن النبي ﷺ في يوم عاشوراء غير صومه، وإنما الروافض لما ابتدعوا إقامة المأتم وإظهار الحزن يوم عاشوراء لكون الحسين رضي الله عنه قتل فيه ابتدع جهلة أهل السنة إظهار السرور واتخاذ الحبوب والأطعمة والاكتحال ونحو ذلك، ورووا أحاديث موضوعة في الاكتحال والتوسعة على العيال فيه اهـ. فيه

(١) باطل. أخرجه البيهقي في شعب الإيمان كما في نصب الراية ٢/ ٤٥٥ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٠٣ كلاهما عن ابن عباس.
قال البيهقي: إسناده ضعيف بمرة، فجويبر ضعيف، والضحاك لم يلق ابن عباس اهـ.
وقال ابن الجوزي: قال الحاكم: حديث موضوع وضعه قتلة الحسين رضي الله عنه.
وقال الزيلعي: أسند ابن أبي شيبة عن الطيالسي عن شعبة عن عبد الملك بن ميسرة قال: لم يلق الضحاك بن عباس إنما لقي سعيد بن جبير، فأخذ عنه التفسير.
وأخرجه ابن الجوزي من طريق آخر عن أبي هريرة وقال: في رجاله من ينسب إلى التغفيل فدسّ عليه في أحاديث الثقات.
(٢) هو المتقدم لكن عن أبي هريرة. وهو موضوع.
(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ٧٢٦ من حديث أنس وضعفه بأبي عاتكة.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٥٦ عن البخاري قوله: هو منكر الحديث.
(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٦٧٨ والبيهقي ٤/ ٢٦٢ كلاهما من حديث عائشة.
قال البوصيري: إسناده ضعيف لضعف الزبيدي، واسمه سعيد بن عبد الجبار بيّنه أبو بكر بن أبي داود اهـ وكذا ضعفه ابن عبد الهادي كما في نصب الراية ٢/ ٤٥٦.
(٥) ضعيف. أخرجه البيهقي ٤/ ٢٦٢ من حديث عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده.
قال البيهقي: ابن أبي رافع ليس بالقوي.
وقال عنه الحافظ في التقريب: ضعيف.
(٦) موقوف. أخرجه أبو داود ٢٣٧٨ عن أنس موقوفاً عليه. قال الزيلعي نقلاً عن صاحب التنقيح: إسناده مقارب.
وقال أبو حاتم: عتبة بن حميد صالح الحديث اهـ ٢/ ٤٥٧.

دهن الشارب إذا لم يكن من قصده الزينة لأنه يعمل عمل الخضاب، ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة.

ابن حميد الضبي: أبو معاذ البصري صالح الحديث، فهذه عدة طرق إن لم يحتج بواحد منها فالمجموع يحتج به لتعدد الطرق، وأما ما في أبي داود عن عبد الرحمن بن النعمان بن معبد بن هوذة عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أنه أمر بالإثمد عند النوم قال: ليتقه الصائم»[1] فقال أبو داود: قال لي يحيى بن معين: هذا حديث منكر. قال صاحب التنقيح: ومعبد وابنه النعمان كالمجهولين إذ لا يعرف لهما غير هذا الحديث. وعبد الرحمن بن النعمان قال: ابن معين ضعيف، وقال أبو حاتم: صدوق. ولا تعارض بين كلاميهما إذ الصدق لا ينفي سائر وجوه الضعف قوله: (دون الزينة) لأنه تعورف من زينة النساء ثم قيد دهن الشارب بذلك أيضاً وليس فيه ذلك، وفي الكافي: يستحب دهن شعر الوجه إذا لم يكن من قصده الزينة به وردت السنة فقيد بانتفاء هذا القصد، فكأنه والله أعلم لأنه تبرج بالزينة. وقد روى أبو داود والنسائي عن ابن مسعود «كان رسول الله ﷺ يكره عشر خلال ذكر منها التبرج بالزينة لغير محلها»[2] وسنورده بتمامه إن شاء الله تعالى في كتاب الكراهية. وما في الموطإ عن أبي قتادة قال لرسول الله ﷺ «إن لي جمة أفأرجلها؟ قال نعم: وأكرمها»[3] فكان أبو قتادة ربما دهنها في اليوم مرتين من أجل قول رسول الله ﷺ «نعم وأكرمها»[4] فإنما هو مبالغة من أبي قتادة في قصد الامتثال لأمر رسول الله ﷺ لا لحظ النفس الطالبة للزينة الظاهرة، وذلك لأن الإكرام والجمال المطلوب يتحقق مع دون هذا المقدار، وفي سنن النسائي «أن رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ يقال له عبيد قال: إن رسول الله ﷺ كان ينهي عن كثير من الأرفاه» فسئل ابن بريدة عن الأرفاه قال: الترجيل[5]، والمراد والله أعلم الترجيل الزائد الذي يخرج إلى حدّ الزينة لا ما كان لقصد دفع أذى الشعر والشعث، هذا ولا تلازم بين قصد الجمال وقصد الزينة، فالقصد الأول لدفع الشين وإقامة ما به الوقار وإظهار النعمة شكراً لا فخراً، وهو أثر أدب النفس وشهامتها، والثاني أثر ضعفها، وقالوا: بالخضاب وردت السنة، ولم يكن لقصد الزينة ثم بعد ذلك إن حصلت زينة فقد حصلت في ضمن قصده مطلوب فلا يضره إذا لم يكن ملتفتاً إليه قوله: (وهو) أي القدر المسنون في اللحية (القبضة) بضم القاف، قال في النهاية: وما وراء ذلك يجب قطعه هكذا عن رسول الله ﷺ «أنه كان يأخذ من اللحية من طولها وعرضها»[6] أورده أبو عيسى يعني الترمذي في جامعه، رواه

أنهما لا يفترقان إذا لم يكن قصد الرجل الزينة. وقوله (لأنه يعمل عمل الخضاب) يعني وبالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة، والقبضة بضم القاف وقد روي «أن رسول الله ﷺ كان يأخذ من لحيته من طولها وعرضها» أورده أبو عيسى في جامعه، وقال: من سعادة الرجل خفة لحيته، وذكر أبو حنيفة رحمه الله في آثاره عن عبد الله بن عمر: أن عبد الله بن عمر

أن حديث التوسعة رواه الثقات وقد قلد هذا القائل فيما قاله ابن تيمية، وقد ردوا عليه ما قاله، ولابن العراقي جزء خرج فيه حديث التوسعة من طرق.

---

(١) منكر. أخرجه أبو داود ٢٣٧٧ من حديث معبد بن هوذة عن أبيه عن جده.

قال أبو داود: قال لي يحيى بن معين: هو حديث منكر ونقل الزيلعي عن يحيى قوله: عبد الرحمن بن نعمان ضعيف اهـ ٢/٤٥٧.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى ٩٣٦٣ من حديث ابن مسعود، وسيأتي مستوفياً في الكراهية إن شاء الله.

(٣و٤) هذا الخبر. وأخرجه مالك في الموطأ ٢/٩٤٩ من حديث أبي قتادة الأنصاري. وفيه إرسال يحيى لم يدرك أبا قتادة. والجمّة: شعر الرأس إذا بلغ المنكبين.

(٥) هو بعض المتقدم.

(٦) ضعيف جداً. أخرجه الترمذي ٢٧٦٢ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ كان يأخذ...».

وقال: هذا حديث غريب. وسمعت محمد بن اسماعيل يقول: عمر بن هارون مقارب الحديث لا أعرف له حديثاً ليس لإسناده أصلهُ، أو قال: ينفرد به إلا هذا الحديث، وسمعت قتيبة يقول: عمر بن هارون صاحب حديث اهـ.

قال ابن حجر في التقريب: عمر بن هارون متروك، وكان حافظاً. في الميزان: كذبه يحيى، وقال المديني والدارقطني: ضعيف جداً.

بالسواك الرطب بالغداة والعشي للصائم لقوله ﷺ «خير خلال الصائم السواك» من غير سبيل. وقال

من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. فإن قلت: يعارضه ما في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام «أحفوا الشوارب وأعفوا اللحى»(١) فالجواب: أنه قد صح عن ابن عمر راوي هذا الحديث أنه كان يأخذ الفاضل عن القبضة، قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه كان يقبض على لحيته ثم يقص ما تحت القبضة»(٢) ورواه أبو داود والنسائي في كتاب الصوم عن علي بن الحسن بن شقيق عن الحسن بن واقد عن مروان بن سالم المقنع قال: رأيت ابن عمر رضي الله عنه يقبض على لحيته فيقطع ما زاد على الكف وقال: كان النبي ﷺ إذا أفطر قال: «ذهب الظمأ وابتلت العروق وثبت الأجر إن شاء الله تعالى»(٣) وذكره البخاري تعليقاً فقال: «وكان ابن عمر رضي الله عنه إذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه»(٤) وقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً أسنده ابن أبي شيبة عنه: حدثنا أبو أسامة عن شعبة عن عمر بن أيوب من ولد جرير عن أبي زرعة قال «كان أبو هريرة رضي الله يقبض على لحيته فيأخذ ما فضل عن القبضة»(٥) فأقلّ ما في الباب إن لم يحمل على النسخ كما هو أصلنا في عمل الراوي على خلاف مرويه مع أنه روي عن غير الراوي، وعن النبي ﷺ يحمل الإعفاء على إعفائها من أن يأخذ غالبها أو كلها، كما هو فعل مجوس الأعاجم من حلق لحاهم كما يشاهد في الهنود وبعض أجناس الفرنج، فيقع بذلك الجمع بين الروايات، ويؤيد إرادة هذا ما في مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام: «جزوا الشوارب وأعفوا اللحى خالفوا المجوس»(٦) فهذه الجملة واقعة موقع التعليل. وأما الأخذ منها وهي دون ذلك كما يفعله بعض المغاربة ومخنثة الرجال فلم يبحه أحد قوله: (ولا بأس بالسواك الرطب) يعني للصائم سواء كانت رطوبته بالماء أو من نفسه بكونه اخضرّ بعد قوله: (وقال الشافعي يكره) استدل بالحديث والمعنى، فالحديث ما روى الطبراني والدارقطني عنه عليه الصلاة والسلام «إذا صمتم فاستاكوا بالغداة ولا تستاكوا بالعشي، فإن الصائم إذا يبست شفتاه

كان يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله.. وقوله (ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي) ذكره محمد في الأصل أنه لا بأس للصائم يستاك بالسواك الرطب، ولم يذكر أن رطوبته بالماء أو بالرطوبة الأصلية التي تكون للأشجار، ولا ذكر أنه بله بريقه أو بالماء، وذكر في الجامع الصغير لا بأس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة فكان تفسيراً لما ذكر في الأصل ويدل على الرطب بالرطوبة الأصلية بالإلحاق، ولهذا قال

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٩٣، ٥٨٩٢ ومسلم ٢٥٩ وأبو داود ٤١٩٩ والترمذي ٢٧٦٤، ٢٧٦٥ والنسائي ١/١٦ و٨/١٨١ والخطيب في تاريخ بغداد ٦/٢٤٧ وأبو يعلى ٥٧٣٨ والبيهقي ١/١٥٠ وأحمد ٢/١٦ وابن حبان ٥٤٧٥ كلهم من حديث ابن عمر.
ورواية مسلم: «خالفوا المشركين أحفوا الشوارب، وأوفوا اللحى».
ورواية البخاري: «أنهكوا الشوارب، وأعفوا اللحى».
ورواية ابن حبان: «أمر بإحفاء الشوارب، وإعفاء اللحى».

(٢) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار كما في نصب الراية ٢/٤٥٨ وهو الآتي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٥٧ والنسائي في الكبرى ٣٣٢٩، ١٠١٣١ والدارقطني ٢/١٨٥ والحاكم ١/٤٢٢ كلهم عن مروان بن سالم المقفّع قال: «رأيت ابن عمر يقبض لحيته، فيقطع...».
قال الدارقطني: إسناده حسن اهـ. وقال الحاكم: صحيح على شرطهما ووافقه الذهبي اهـ. ومروان بن سالم المقفع بقاف، ثم فاء ثقيلة مصري مقبولة قاله في التقريب: فالحديث حسن كما قال الدارقطني لا صحيح.

(٤) موقوف. ذكره البخاري معلقا بإثر حديث ٥٨٩٢ وأخرج مالك في الموطأ ٢/٣٩٦ عن نافع «أن ابن عمر كان إذا حلق في حج أو عمرة أخذ من لحيته، وشاربه».

(٥) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٢/٤٥٨عن أبي زرعة قال: كان أبو هريرة... فذكره موقوفاً.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٠ من حديث أبي هريرة، وتقدم بنحوه عن ابن عمر قبل حديثين.

الشافعي: يكره بالعشي لما فيه من إزالة الأثر المحمود، وهو الخلوف فشابه دم الشهيد. قلنا: هو أثر العبادة اللائق

كانت له نوراً يوم القيامة»[١] ورواه الدارقطني موقوفاً على عليّ رضي الله عنه، وفي الطريقان كيسان أبو عمر القصاب ضعفه ابن معين. وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سألت أبي عن كيسان أبي عمر فقال: ضعيف الحديث، ذكره في الميزان وذكر حديثه هذا فيه. والمعنى ما ذكره في الكتاب من أنه إزالة الخلوف المحمود الخ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من خير خلال الصائم السواك»[٢] أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها والدارقطني، وفيه مجالد ضعفه كثير ولينه بعضهم، ولنا أيضاً عموم قوله عليه الصلاة والسلام «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عن كل صلاة»[٣] إذ يدخل في عموم كل صلاة الظهر والعصر والمغرب للصائم والمفطر. وفي رواية عند النسائي وصحيح ابن خزيمة وصححها الحاكم، وعلقها البخاري «عند كل وضوء»[٤] فيعم وضوء هذه الصلوات. ولنا أيضاً في مسند أحمد عنه عليه الصلاة والسلام «صلاة بسواك أفضل عند الله تعالى من سبعين صلاة بغير سواك»[٥] فهذه النكرة وإن كانت في الإثبات تعم لوصفها بصفة عامة فيصدق على عصر الصائم إذا استاك فيه أنها صلاة أفضل من سبعين، كما يصدق على عصر المفطر، فهذه خاليه عن المعارض، فإن ما ذكره لا يقوم حجة. أما الحديث فإنه مع شذوذه ضعيف، وأما المعنى فلا يستلزم كراهة الاستياك لأنه بناء على أن السواك يزيل الخلوف، وهو غير مسلم، بل إنما يزيل أثره الظاهر على السن من الأصفرار وهذا لأن سببه خلو المعدة من الطعام والسواك لا يفيد شغلها بطعام ليرتفع السبب، ولهذا روي عن معاذ مثل ما قلنا. روى الطبراني: حدثنا إبراهيم بن هاشم البغوي، حدثنا هارون بن معروف، حدثنا محمد بن سلمة الحراني، حدثنا بكر بن خنيس عن أبي عبد الرحمن ابن عبادة بن نسي عن بعد الرحمن بن غنم قال [سألت معاذ بن جبل[٦]. أتسوّك وأنا صائم؟ قال نعم، قلت: أي النهار أتسوّك؟ قال: أيّ النهار شئت غدوة وعشية، قلت: إن الناس يكرهونه عشية، ويقولون: إن رسول الله ﷺ قال: لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك، فقال: سبحان الله لقد أمرهم بالسواك وهو يعلم أنه لا بد بفي الصائم خلوف وإن استاك، وما كان بالذي يأمرهم أن ينتنوا أفواههم عمداً ما في ذلك من الخير شيء بل فيه شرّ، إلا من ابتلى ببلاء لا يجد منه بدأ قال: وكذا الغبار في سبيل الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام «من اغبرّت

المصنف: ولا فرق بين الرطب الأخضر وبين المبلول بالماء، لقوله ﷺ «خير خلال الصائم السواك» من غير فصل بين الرطبين وبين الغداة والعشي، وينتفي به ما قال أبو يوسف: أن الرطب بالماء مكروه لما فيه من إدخال الماء في الفم وذلك لأن ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة أكثر مما يبقى بعد السواك، ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٠٤ والبيهقي ٤/ ٢٧٣ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ١٦٥ كلهم من حديث خباب.
قال الدارقطني: كيسان ليس بالقوي اهـ.
وقال الهيثمي: وفيه كيسان أبو عمر وثقه ابن حبان، وضعفه غيره اهـ.
ورواه الدارقطني، والطبراني عن علي موقوفاً، وفي إسناده أيضاً كيسان لكن الصواب وقفه. وكيسان ضعيف كما جاء في الميزان: ضعفه يحيى وأحمد، ثم ذكر له هذا الحديث. وهما أدرىَ من ابن حبان..

(٢) حسن. أخرجه ابن ماجه ١٦٧٧ والدارقطني ٢/ ٢٠٣ كلاهما من عائشة مرفوعاً.
قال البوصيري في الزوائد: في إسناده مجالد وهو ضعيف لكن له شاهد من حديث عامر بن ربيعة أخرجه البخاري، وأبو داود، والترمذي اهـ.
وقال الدارقطني: مجالد غيره أثبت منه اهـ.
قلت: مجالد بن سعيد وإن كان فيه مقال إلا أنه ثقة، وهو من رجال مسلم، وللحديث شواهد.

(٣) تقدم مستوفياً في كتاب الطهارة.

(٤) تقدم في كتاب الطهارة، وإسناده ضعيف.

(٥) تقدم في كتاب الطهارة.

(٦) موقوف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٣/ ١٦٥ عن معاذ به. وقال الهيثمي: وفيه بكر بن خنيس، وهو ضعيف، وقد وثقه ابن معين في رواية.

به الإخفاء، بخلاف دم الشهيد لأنه أثر الظلم، ولا فرق بين الرطب الأخضر وبين المبلول بالماء لما روينا.

قدماه في سبيل الله حرّمه الله على النار[1] إنما يؤجر عليه من اضطرّه إليه ولم يجد عنه محيصاً. فأما من ألقي نفسه في البلاء عمداً فما له في ذلك من الأجر شيء[2]] قيل: ويدخل في هذا أيضاً من تكلف الدوران تكثيراً للمشي إلى المساجد نظراً إلى قوله عليه الصلاة والسلام «وكثر الخطا إلى المساجد»[3] ومن تصنع في طلوع الشيب لقوله عليه الصلاة والسلام «من شاب شيبة في الإسلام»[4] إنما يؤجر عليهما من بلي بهما، وفي المطلوب أيضاً أحاديث مضعفة نذكر منها شيئاً للاستشهاد والتقوية وإن لم يحتج إليه في الإثبات: منها ما رواه البيهقي عن إبراهيم بن عبد الرحمن: حدثنا إسحاق الخوارزمي قال: سألت عاصماً الأحول أيستاك الصائم بالسواك الرطب؟ قال: نعم أتراه أشد رطوبة من الماء؟ قلت: أوّل النهار وآخره؟ قال نعم، قلت: عمن رحمك الله؟ قال عن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ[5] وقال: تفرد به إبراهيم بن عبد الرحمن الخوارزمي، وقد حدث عن عاصم بالمناكير لايحتج به. وروى ابن حبان في كتاب الضعفاء عن ابن عمر رضي الله عنه قال «كان رسول الله ﷺ يستاك آخر النهار وهو صائم»[6] وأعله بأبي ميسرة قال: لا يحتج به ورفعه باطل. والصحيح عن ابن عمر رضي الله عنه من قوله قلنا كفى ثبوته عن ابن عمر مع تعدد الضعيف فيه مع تلك العمومات، والله سبحانه أعلم.

رحمه الله: **(يكره بالعشي لما فيه من إزالة الأثر المحمود وهو الخلوف)** قال ﷺ فيما يحكيه عن ربه عز وجل «الصوم لي وأنا أجزى به، ولخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك» وما يكون محموداً عند الله فنسبيله الإبقاء كما في دم الشهيد، والخلوف مصدر خلف فوه إذا تغيرت رائحته لعدم الأكل بالضم لا غير **(قلنا هو أثر العبادة فاللائق به الإخفاء)** فراراً عن الرياء

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٩٠٧، ٢٨١١ والترمذي ١٦٣٢ والنسائي ٦/ ١٤ والبيهقي ٩/ ١٦٢ والبغوي ٢٦١٨ وابن حبان ٤٦٠٥ وأحمد ٣/ ٤٧٩ كلهم من حديث أبي عبس.
وورد في حديث جابر أخرجه الطيالسي ١٧٧٢ وأبو يعلى ٢٠٧٥ وابن حبان ٤٦٠٤ والبيهقي ٩/ ١٦٢ وأحمد ٣/ ٣٦٧.

(٢) إلى هنا رواية الطبراني. والحديث الذي رواه البخاري، وهو المتقدم لم يذكره في المجمع مع حديث معاذ، ولعل المصنف أقحمه معه. والله أعلم.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٢٥١ والترمذي ٥١ و٥٢ ومالك ١/ ١٧٦ وابن خزيمة في صحيحه ٥ والبغوي ١٤٩ وكذا النسائي ١/ ٨٩ والبيهقي ١/ ٨٢ وأحمد ٢/ ٢٣٥، ٢٧٧، ٣٠٣ و٤٣٨ وابن حبان ١٠٣٨ كلهم من حديث أبي هريرة، وهو بعض حديث صدره: «ألا أخبركم بما يمحو الخطايا...».
وورد من حديث جابر أخرجه ابن حبان ١٠٣٩ والبزار ٤٤٩ وفي إسناده شرحبيل بن سعد ضعفه غير واحد، وقال ابن حجر في التقريب: صدوق اختلط بآخره.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ١٦٣٥ والنسائي ٦/ ٢٦ والبيهقي ٩/ ١٦١، ٢٧٢ وابن حبان ٢٩٨٤ وأحمد ٤/ ٣٨٦ كلهم من حديث أبي نجيح السلمي.
قال الترمذي: حسن صحيح. غريب.
وورد من حديث عمر بن الخطاب أخرجه الطبراني في الكبير ١/ ٥٨ وابن حبان ٢٩٨٣ وإسناده قوي رجاله رجال البخاري غير سليم بن عامر، فمن رجال مسلم.
وورد من حديث كعب بن مرة أخرجه الترمذي ٦٣٤ والنسائي ٦/ ٢٧ وأحمد ٤/ ٢٣٥ والبيهقي ٩/ ١٦٢. وإسناده مقارب، فالحديث حسن بمجموع طرقه. والله أعلم.

(٥) ضعيف. أخرجه البيهقي ٤/ ٢٧٢ والدارقطني ٢/ ٢٠٢ كلاهما عن أبو إسحاق الخوارزمي عن عاصم الأحول عن أنس عن النبي ﷺ.
قال الدارقطني: أبو إسحاق الخوارزمي ضعيف اهـ.
قال البيهقي: ينفرد به أبو إسحاق قاضي خوارزم حدث عن عاصم الأحول بالمناكير لا يحتج به.
وأخرجه البيهقي من طريق آخر وقال: في إسناده أبو أحمد إبراهيم هذا، عامة أحاديثه غيرَ محفوظة.

(٦) الصواب وقفهُ. أخرجه ابن حبان في الضعفاء ١/ ١٤٤ من حديث ابن عمر وأعلّه بابن ميسرة وقال: لا يحتج به، ورفعه باطل، والصحيح عن ابن عمر من فعله والله أعلم.

. . . .

[فروع] صوم ستة من شوال عن أبي حنيفة وأبي يوسف كراهته، وعامة المشايخ لم يروا به بأساً. واختلفوا فقيل: الأفضل وصلها بيوم الفطر، وقيل: بل تفريقها في الشهر. وجه الجواز أنه قد وقع الفصل بيوم الفطر فلم يلزم التشبه بأهل الكتاب، وجه الكراهة أنه قد يفضي إلى اعتقاد لزومها من العوام لكثرة المداومة، ولذا سمعنا من يقول يوم الفطر: نحن إلى الآن لم يأت عيدنا أو نحوه، فأما عند الأمن من ذلك فلا بأس لورود الحديث به، ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان لأن فيه تعظيم أيام نهينا عن تعظيمها، فإن وافق يوماً كان يصومه فلا بأس به ومن صام شعبان ووصله برمضان فحسن. ويستحب صوم أيام البيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر ما لم يظن إلحاقه بالواجب، وكذا صوم يوم عاشوراء. ويستحب أن يصوم قبله يوماً وبعده يوماً، فإن أفرده فهو مكروه للتشبه باليهود، وصوم يوم عرفة لغير الحاج مستحب، وللحاج إن كان يضعفه عن الوقوف والدعوات فالمستحب تركه، وقيل يكره، وهي كراهة تنزيه لأنه لإخلاله بالأهم في ذلك الوقت، اللهم إلا أن يسيء خلقه فيوقعه في محظور، وكذا صوم يوم التروية، لأنه يعجز عن أداء أفعال الحج، وسيأتي صوم المسافر. ويكره صوم الصمت وهو أن يصوم ولا يتكلم يعني يلتزم عدم الكلام، بل يتكلم بخير ولحاجته إن عنت، ويكره صوم الوصال ولو يومين، ويكره صوم الدهر لأنه يضعفه أو يصير طبعاً له، ومبني العبادة على مخالفة العادة، ولا يحل صوم يومي العيد وأيام التشريق، وأفضل الصيام صيام داود «صم يوماً وأفطر يوماً»[1] ولا بأس بصوم يوم الجمعة منفرداً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولا تصوم المرأة التطوع إلا بإذن زوجها، وله أن يفطرها، وكذا المملوك بالنسبة إلى السيد إلا إذا كان غائباً، ولا ضرر في ذلك عليه فإن ضرره ضرر بالسيد في ماله، وكل صوم وجب على المملوك بسبب باشرة كالمنذور وصيامات الكفارات كالنفل إلا كفارة الظهار لما يتعلق به من حق الزوجه كما ستعلم في الظهار إن شاء الله تعالى.

(**بخلاف دم الشهيد فإنه أثر الظلم**) فيحتاج إلى الانتصاف من خصمه فلا بد من الاستبقاء. وقوله (**لما روينا**) يعني من قوله عليه الصلاة والسلام «خير خلال الصائم السواك».

قال المصنف (**واللائق به الإخفاء**) أقول: لا نسلم ذلك في الفرائض فإن المسنون فيها الإظهار على ما قرر في مقامه.

---

(١) تقدم تخريجه.

فصل في العوارض

(ومن كان مريضاً في رمضان فخاف إن صام ازداد مرضه أفطر وقضى) وقال الشافعي رحمه الله: لا يفطر، هو

فصـل

هذا الفصل في العوارض وهي حرية بالتأخير. الأعذار المبيحة للفطر: المرض، والسفر، والحبل، والرضاع إذا أضرّ بها أو بولدها، والكبر إذا لم يقدر عليه، والعطش الشديد والجوع كذلك إذا خيف منهما الهلاك، أو نقصان العقل، كالأمة إذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم، وكذا الذي ذهب به متوكل السلطان إلى العمارة في الأيام الحارة، والعمل الحثيث إذا خشي الهلاك أو نقصان العقل. وقالوا: الغازي إذا كان يعلم يقيناً أنه يقاتل العدوّ في شهر رمضان، ويخاف الضعف إن لم يفطر، ويفطر قبل الحرب مسافراً كان أو مقيماً قوله: **(هو يعتبر خوف الهلاك)** الظاهر من كلام أصحابهم أنه كقولنا. وجه قولنا إن قوله تعالى **﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدّة من أيام أخر﴾** [البقرة ١٨٤] يبيح الفطر لكل مريض، لكن القطع بأن شرعية الفطر له إنما هو لدفع الحرج، وتحقق الحرج منوط بزيادة المرض أو إبطاء البرء أو فساد عضو، ثم معرفة ذلك باجتهاد المريض، والاجتهاد غير مجرد الوهم، بل هو غلبة الظن عن أمارة أو تجربة أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق، وقيل عدالته شرط. فلو برأ من المرض لكن الضعف باق وخاف أن يمرض سئل عنه القاضي الإمام فقال: الخوف ليس بشيء. وفي الخلاصة: لو كان له نوبة حمى فأكل قبل أن تظهر يعني في يوم النوبة لا بأس به، قوله وقال الشافعي: **(الفطر أفضل)** والحق أن قوله كقولنا ولم يحك ذلك عنه إنما هو مذهب أحمد رحمه الله، والحديث الذي رواه في الصحيحين وسنورده. وقول الظاهرية إنه لا يجوز الصوم لهذا الحديث ولقوله تعالى **﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾** [البقرة ١٨٤] فجعل السبب في حقه إدراك العدّة فلا يجوز قبل السبب قوله: **(ولنا أن رمضان أفضل الوقتين)** والصوم في أفضل وقتي الصوم أفضل منه في غيره. فإن قيل: إن أردتم أنه أفضل في حق صوم المقيم فلا يفيد، وإن مطلقاً منعناه، ونسنده بما روينا وتلونا. قلنا: نختار الثاني، وجهه عموم قوله تعالى في رمضان **﴿وأن تصوموا خير لكم﴾** [البقرة ١٨٤] وما رويتم مخصوص بسببه، وهو ما روي في الصحيحين «أنه عليه الصلاة والسلام كان في سفر، فرأى زحاماً ورجلاً قد ظلل عليه فقال: ما هذا؟ قالوا صائم، فقال: ليس من البرّ الصيام في السفر»[1] وكذا ما روى مسلم عن جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ خرج عام الفتح إلى مكة في رمضان حتى بلغ كراع الغميم فصام الناس، ثم دعا بقدح من ماء فشربه، فقيل له: إن بعض الناس قد صام، فقال: أولئك العصاة»[2] محمول على أنهم استضرّوا به

فصـل

لما ذكر مسائل الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الأعذار المبيحة للفطر في الصوم وما يتعلق بها، وكلامه واضح. وحاصله: أن الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه إلى ما يزداد بالصوم إلى ما يخف به، وما يخف به لا يكون مرخصاً لا محالة، فجعلنا ما يزداد به مرخصاً كخوف الهلاك لوجود ما هو الأصل في الباب وهو المشقة فيه، ومعرفة ذلك إما أن تكون باجتهاده بأن يعلم من نفسه أن حماه زاد شدة أو عينه وجعاً وإما بقول طبيب حاذق مسلم، والشافعي رحمه الله اعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما في التيمم. وأما السفر بنفسه فمرخص لأنه لا يعري عن المشقة، فإذا كان مسافراً لا يضره الصوم فالصوم أفضل عندنا، خلافاً له، هكذا نقلت هذه المسألة في كتب أصحابنا على خلاف ما وقعت في كتب أصحاب

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٤٦ ومسلم ١١١٥ وأبو داود ٢٤٠٧ والنسائي ٤/١٧٧، ١٧٦ والدارمي ٢/٩ والطيالسي ١٧٢١ وابن أبي شيبة ٣/١٤ والطحاوي ٢/٦٢، ٦٣ وابن حبان ٣٥٥٢ وابن خزيمة ٢٠١٧ وأحمد ٣/٢٩٩ وابن الجارود ٣٩٩ والبيهقي ٤/٢٤٢ و٢٤٣ كلهم من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١١١٤ والترمذي ٧١٠ والنسائي ٤/٧٧ والشافعي ١/٢٧٠ والحميدي ١٢٨٩ وابن حبان ٣٥٤٩، ٣٥٥١ والبيهقي ٤/٢٤١، ٢٤٦ والطحاوي ٢/٦٥ والطيالسي ١٦٦٧ وابن خزيمة ٢٠١٩ كلهم من حديث جابر.

يعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما يعتبر في التيمم، ونحن نقول: إن زيادة المرض وامتداده قد يفضي إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه (وإن كان مسافراً لا يستضرّ بالصوم فصومه أفضل، وإن أفطر جاز) لأن السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذراً، بخلاف المرض فإنه قد يخفف بالصوم فشرط كونه مفضياً إلى الحرج، وقال الشافعي رحمه الله: الفطر أفضل لقوله ﷺ «ليس من البرّ الصيام في السفر» ولنا أن رمضان أفضل الوقتين فكان الأداء فيه أولى، وما رواه محمول على حالة الجهد **(وإذا مات المريض أو المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء)**

بدليل ما ورد في صحيح مسلم في لفظه فيه «فقيل له إن الناس قد شقّ عليهم الصوم»[1] ورواه الواقدي في المغازي، وفيه «وكان أمرهم بالفطر فلم يقبلوا»[2] والعبرة وإن كان لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، لكن يحمل عليه دفعاً للمعارضة بين الأحاديث فإنها صريحة في الصوم في السفر، ففي مسلم عن حمزة الأسلمي أنه قال «يا رسول الله أجد فيّ قوة على الصيام في السفر فهل عليّ جناح؟ قال عليه الصلاة والسلام: هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن، ومن أحبّ أن يصوم فلا جناح عليه»[3] وفي الصحيحين عن أنس «كنا نسافر مع رسول الله ﷺ فمنا الصائم ومنا المفطر، فلم يعب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم»[4] وفيه ما عن أبي الدرداء «خرجنا مع رسول الله ﷺ في بعض غزواته في حرّ شديد، حتى إن أحدنا ليضع يده على رأسه من شدّة الحر، وما فينا صائم إلا رسول الله ﷺ»[5] فهذه تدل على جواز الصوم. وثم ما يدل على خلافه، وهو ما في مسند عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية الجمحي عن أم الدرداء عن كعب بن عاصم الأشعري عن النبي ﷺ «ليس من امبرا مصيام في امسفر»[6] وهذه لغة بعض أهل اليمن يجعلون مكان الألف واللام الألف والميم. وعن عبد الرزاق رواه أحمد في مسنده، وما في ابن ماجه عن عبد الله بن موسى التيمي عن أسامة بن زيد عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «صائم رمضان في السفر كالمفطر

الشافعي. فإن الغزالي رحمه الله ذكر أن الصوم أحبّ في السفر من الإفطار لتبرأ ذمته: استدل الشافعي رحمه الله بقوله ﷺ **(«ليس من البرّ الصيام في السفر»)** روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال «كان رسول الله ﷺ في سفر، فرأى زحاماً ورجلاً قد ظلل عليه فقال: ما هذا؟ قالوا صائم، فقال: ليس من البر» الحديث **(ولنا أن رمضان أفضل الوقتين)** لأن **﴿عدة من أيام أخر﴾** كالخلف عن رمضان، والخلف لا يساوي الأصل بحال. **(وما رواه محمول على حالة الجهد)** بفتح الجيم: أي المشقة على ما ذكرنا في سببه آنفاً. وقوله: **(وإن مات المريض أو المسافر وهما على حالهما)** أي من المرض والسفر **(لم يلزمهما القضاء)** لأن الله تعالى أوجب عليهما القضاء في عدّة من أيام أخر و**(لم يدركا عدة من أيام أخر)** وقوله: **(ولو صح**

---

(١) هذه الرواية عن مسلم ١١١٤ح ٩١.

(٢) في رواية للواقدي في مغازيه ٢/ ٨٠٢ من حديث جابر «إنكم مصبحوا عدوّكم، والفطر أقوى لكم...».

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٤٢، ١٩٤٣ ومسلم ١١٢١ وأبو داود ٢٤٠٢ والترمذي ٧١١ والنسائي ٤/ ١٨٧، ١٨٨ وابن ماجه ١٦٦٢ والدارمي ٢/ ٨، ٩ والطحاوي ٢/ ٦٩ والطبراني ٢/ ٦٩ والبيهقي ٤/ ٢٤٣ وابن حبان ٣٥٦٠ وابن أبي شيبة ٣/ ١٦ وابن الجارود ٣٩٧ وأحمد ٦/ ٤٦، ١٩٣، ٢٠٢، ٢٠٧ كلهم من حديث عائشة أن حمزة الأسلمي سأل رسول الله ﷺ...

وورد من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي أخرجه مسلم ١١٢١ ح١٠٧ وأبو داود ٢٤٠٣ والنسائي ٤/ ١٨٥ و١٨٦ والطحاوي ٢/ ٧١ والبيهقي ٤/ ٢٤٣ والطيالسي ١١٧٥ وابن حبان ٣٥٦٧ وأحمد ٣/ ٤٩٤.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٤٧ ومسلم ١١١٨ وأبو داود ٢٤٠٥ والطحاوي ٢/ ٦٨ والبيهقي ٤/ ٢٤٤ وابن حبان ٣٥٦١ ومالك ١/ ٢٩٥ كلهم من حديث أنس بن مالك.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٤٥ ومسلم ١١٢٢ كلاهما من حديث أبي الدرداء.

(٦) حسن غريب. هذا اللفظ أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ٢٣٤ وعبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٢/ ٤٦١ كلاهما عن كعب بن عاصم الأشعري وهي لغة بعض العرب وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ١٦١: رجال أحمد رجال الصحيح اهـ لكن رجح الحافظ في التلخيص ٢/ ٢٠٥ كون الأشعري هذا نطق بالحديث بلغته والله أعلم.

لأنهما لم يدركا عدة من أيام أخر **(ولو صح المريض وأقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة)**

في الحضر»[١] وأخرجه البزار عن عبد الله بن عيسى المدني: حدثنا أسامة بن زيد به ثم قال: هذا حديث أسنده أسامة بن زيد وتابعه يونس. ورواه ابن أبي ذئب وغيره عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه موقوفاً على عبد الرحمن. ولو ثبت مرفوعاً كان خروجه عليه الصلاة والسلام حين خرج فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأمر الناس بالفطر دليلاً على نسخة اهـ. واعلم أن هذا في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما «خرج عليه الصلاة والسلام عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر»[٢] قال الزهري: وكان الفطر آخر الأمرين. وقال ابن القطان: هكذا قال: يعني البزار عبد الله بن عيسى، وقال غيره: أي غير البزار عبد الله بن موسى وهو أشبه بالصواب، وهو عبد الله بن موسى بن إبراهيم بن محمد بن طلحة بن عبيد الله التيمي القرشي، يروي عن أسامة بن زيد وهو لا بأس به اهـ. وهذا مما يتمسك به القائلون بمنع الصوم لا غيرهم باعتبار ما كان آخر الأمر. فالحاصل التعارض بحسب الظاهر، والجمع ما أمكن أولى من إهمال أحدهما واعتبار نسخه من غير دلالة قاطعة فيه، والجمع بما قلنا من حمل ما ورد من نسبة من لم يفطر إلى العصيان، وعدم البر وفطره بالكديد على عروض المشقة خصوصاً، وقد ورد ما قدمناه من نقل وقوعها فيجب المصير إليه خصوصاً وأحاديث الجواز أقوى ثبوتاً واستقامة مجيء وأوفق لكتاب الله تعالى، قال الله تعالى بعد قوله سبحانه ﴿**ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾ [البقرة ١٨٥] فعلل التأخير إلى إدراك العدة بإرادة اليسر واليسر أيضاً لا يتعين في الفطر، بل قد يكون اليسر في الصوم إذا كان قوياً عليه غير مستضر به لموافقة الناس. فإن في الائتساء تخفيفاً، ولأن النفس توطنت على هذا الزمان ما لم تتوطن على غيره فالصوم فيه أيسر عليها، وبهذا التعليل علم أن المراد بقوله ﴿**فعدة من أيام أخر**﴾ [البقرة ١٨٥] ليس معناه يتعين ذلك بل المعنى فأفطر فعليه عدة، أو المعنى فعدة من أيام أخر يحل له التأخير إليها لا كما ظنه أهل الظواهر قوله: **(وحكى الطحاوي رحمه الله فيه خلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد)** وهو أن عندهما يلزمه إذا صح وأقام يوماً قضاء الكل فيلزم الإيصاء بالجميع، وعند محمد إنما يلزمه قدر ما صح وأقام، والصحيح الاتفاق في القضاء وهو إنما يلزمه قدر الصحة والإقامة، وأن الخلاف إنما هو في النذر، وهو ما إذا قال المريض: لله عليّ صوم شهر مثلاً فصح يوماً، فعندهما يلزمه الكل

المريض) ظاهر. وقوله: **(وفائدته)** أي فائدة لزوم القضاء **(وجوب الوصية بالإطعام)** بقدر الصحة والإقامة فإذا أوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكيناً بقدر ما يجب في صدقة الفطر، وإن لم يوص وتبرع الورثة جاز، وإن لم يتبرعوا لا يلزمهم الأداء بل يسقط في حكم الدنيا **(وذكر الطحاوي فيه)** أي في وجوب الوصية **(خلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد رحمهم الله)** فقال: ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض فإنه ينظر إن قضى فيما قدر ولم يفرّط فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء ما بقي لأنه لم يدرك من وقت قضائه إلا قدر ما قضي، وإن لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن ما قدر يصلح فيه قضاء اليوم الأول والذي بعده وهلم جرّا، فما قدر على قضاء البعض فكأنه قدر على قضاء الكل ولم يصم، وليس كذلك إذا صام فيما قدر لأنه بالصوم تعين أن لا يصلح فيه

---

(١) موقوف أخرجه ابن ماجه ١٦٦٦ والبزار في مسنده كما في نصب الراية ٢/ ٤٦٢ كلاهما عن عبد الرحمن بن عوف، وإسناد واهٍ بمرة، والمتن منكر فيه مبالغة تدل على وهنه قال البوصيري: في إسناده انقطاع أسامة بن زيد متفق على تضعيفه، وأبو سلمة بن عبد الرحمن لم يسمع من أبيه شيئاً قاله ابن معين والبخاري.
قلت: وأخرجه النسائي ٤/ ١٨٣ بأسانيد، من طرق عن عبد الرحمن بن عوف موقوفاً. وصحح الوقف أبو حاتم، والدارقطني كما في التلخيص ٢/ ٢٠٥.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٧٥، ٢٩٥٤، ٤٢٧٦ ومسلم ١١١٣ والنسائي ٤/ ١٨٩ والطيالسي ٢٧١٦ والحميدي ٥١٤ وعبد الرزاق ٧٧٦٢ وابن أبي شيبة ٣/ ١٥ والطحاوي ٢/ ٦٤ والدارمي ٢/ ٩ ومالك ١/ ٢٩٤ والشافعي ١/ ٢٧١ والبيهقي ٤/ ٢٤٠، ٤١، ٤٦ وابن حبان ٣٥٥٥ وأحمد ١/ ٢١٩، ٣٣٤ كلهم من حديث ابن عباس والكديد: عين جارية على اثنين وأربعين ميلاً من مكة.

لوجود الإدراك بهذا المقدار، وفائدته وجوب الوصية بالإطعام، وذكر الطحاوي فيه خلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد وليس بصحيح وإنما الخلاف في النذر. والفرق لهما أن النذر سبب فيظهر الوجوب في حق

والإيصاء به، وعند محمد رحمه الله قدر ما صح. وجه الفرق لهما أن النذر هو السبب في وجوب الكل فإذا وجد منه في المرض ومات من ذلك المرض فلا شيء عليه، فإن صح صار كأنه قال ذلك في الصحة. والصحيح لو قاله ومات قبل إدراك عدة المنذور لزمه الكل فكذلك، هذا بخلاف القضاء لأن السبب هو إدراك العدة وحقيقة هذا الكلام المذكور في النذر إنما يصح على تقدير كون النذر بذلك غير موجب شيئاً في حالة المرض وإلا لزم الكل وإن لم يصح لتظهر فائدته في الإيصاء بل هو معلق بالصحة، وإن لم يذكر أدوات التعليق تصحيحاً لتصرف المكلف ما أمكن والنذر مما يتعلق بالشرط كقوله: إن شفى الله مريضي فلله عليّ كذا، فينزل عند الصحة فيجب الكل، ثم يعجز عنه لعدم إدراك العدة فيجب الإيصاء كما لو لم يجعل معلقاً في المعنى على ما قلنا، وأما قولهم: السبب إدراك العدة، فهل المراد أن إدراك العدة سبب لوجوب القضاء على المريض أو الأداء، فصرح في شرح الكنز فقال في الفرق المذكور: وسبب القضاء إدراك العدة فيتقدر بقدره. وفي المبسوط جعله سبب وجوب الأداء. وعلى ظاهر الأول أن سبب القضاء على ما اعترفوا بصحته هو سبب وجوب الأداء، فيكون إدراك العدة سبب وجوب الأداء كما ذكره في المبسوط، ويلزمه عدم حل التأخير عن أول عدة يدركها، فإن قال: سبب وجوب الأداء لا يستلزم حرمة التأخير عنه. قلنا: فليكن نفس رمضان سبب وجوب الأداء على المريض، إذ لا مانع من هذا الاعتبار سوى ذلك اللازم، فإذا كان منتفياً لزم إذ هو الأصل، ويلزمه الإيصاء بالكل إذا لم يدرك العدة كما هو قول محمد على رواية الطحاوي قوله: **(ولا فدية عليه)** وقال الشافعي رحمه الله: عليه الفدية إن أخره بغير عذر، لما روي **«أنه عليه الصلاة والسلام** قال في رجل مرض في رمضان فأفطر ثم صح فلم يصم حتى أدركه رمضان آخر: يصوم الذي أدركه ثم يصوم الذي أفطر فيه ويطعم عن كل يوم مسكيناً»[1] ولنا إطلاق قوله تعالى **﴿فعدة من أيام أخر﴾** [البقرة ١٨٥] من

قضاء يوم آخر، وقال محمد: لا يلزمه القضاء إلا مقدار ما قدر عليه لأنه ما أدرك إلا ذلك فلم يلزمه غيره. قال المصنف **(وليس بصحيح)** يعني أن الصحيح أن قولهما كقول محمد **(وإنما الخلاف في النذر)** وهو أن يقول المريض: لله عليّ أن أصوم شهراً، فإذا مات قبل أن يصح لم يلزمه شيء، وإن صح يوماً واحداً لزمه أن يوصي بجميع الشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لزمه بقدر ما صح لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله فصار كقضاء رمضان **(والفرق لهما)** بين قضاء رمضان والنذر ما ذكره في الكتاب **(أن النذر سبب)** وقد وجد، والمانع وهو عدم الذمة في التزام أدائه قد زال بالبرء، وإذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة، وصار كصحيح نذر فمات قبل الأداء، وإذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الأداء يصار إلى الخلف وهو الفدية **(وفي هذه المسألة السبب إدراك العدة)** وإدراكها لم يتحقق بكماله بل بعضها تحقق **(فيتقدر بقدره)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما: أن القضاء يجب بما يجب به الأداء عند المحققين وسبب الأداء شهود الشهر فكذا سبب القضاء. والثاني: أن جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب أثر في بعض الحكم. والجواب عن الأول: أن ذلك ليس فيما يتعلق به نفس الوجوب، بل فيما يتعلق به تسليم الوجوب أو مثله وهو الخطاب، وهذا من مزالّ الأقدام فلا تغفل. وعن الثاني: بأن جزء السبب لا يجوز أن يؤثر في كل الحكم وإلا لكان هو العلة فما فرضناه جزءاً لا يكون جزءاً هذا خلف باطل، وأما أن يكون جزءاً لسبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه، ألا ترى أن بالقدر والجنس

قال المنصف: **(وفي هذه المسئلة السبب الخ)** أقول: أي سبب وجوب القضاء وهو الإتيان به لا سبب نفس الوجوب

---

(1) الراجح وقفه. أخرجه البيهقي ٤/٢٥٣ والدارقطني ٢/١٩٧ من طريق عطاء عن أبي هريرة موقوفاً عليه.
وقال الدارقطني: إسناد صحيح.
وأخرجه الدارقطني مرفوعاً من حديث أبي هريرة وقال: في إسناده إبراهيم بن نافع، وابن وجيه ضعيفان.
وأخرجه الدارقطني، والبيهقي موقوفاً على ابن عباس أيضاً.

الخلف، وفي هذه المسألة السبب إدراك العدة فيتقدر بقدر ما أدرك **(وقضاء رمضان إن شاء فرّقه وإن شاء تابعه)** لإطلاق النص، لكن المستحب المتابعة مسارعة إلى إسقاط الواجب **(وإن أخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني)**

غير قيد، فكان وجوب القضاء على التراخي فلا يلزمه بالتأخير شيء غير أنه تارك للأولى من المسارعة، وما رواه غير ثابت ففي سنده إبراهيم بن نافع. قال أبو حاتم الرازي: كان يكذب، وفيه أيضاً من اتهم بالوضع قوله: **(إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما)** يرد ما وقع في بعض الحواشي معزياً إلى الذخيرة من أن المراد بالمرضع الظئر لوجوب الإرضاع عليها بالعقد بخلاف الأم فإن الأب يستأجر غيرها، وكذا عبارة غير القدوري أيضاً تفيد أن ذلك للأم، وكذا إطلاق الحديث وهو ما روى أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة، وعن الحبلى والمرضع الصوم»[1] ولأن الإرضاع واجب على الأم ديانة قوله: **(هو يعتبره)** أي كلاً من الحامل والمرضع **(بالشيخ الفاني)** في حكم هو وجوب الفدية بإفطاره بجامع أنه انتفع به من لم يلزمه الصوم غير أنه الولد في الفرع. قلنا القياس ممتنع بشرع الفدية على خلاف القياس، إذ لا مماثلة تعقل بين الصوم والإطعام والإلحاق دلالة متعذر، لأن الشيخ يجب عليه الصوم بالعمومات ثم ينتقل إلى الفدية لعجزه عنه، والطفل لا يجب عليه بل على أمه، ولم ينتقل عنها شرعاً إلى خلف غير الصوم، بل أجيز لها التأخير فقط رحمة على الولد إلى خلف هو الصوم، بخلاف الشيخ فإنه لا قضاء عليه بل أقيمت الفدية مقام الصيام في حقه. وحاصل الدفع فيهما أنه اختلف الحكم في الأصل والفرع فإنه في الأصل وجوب الفدية عوضاً عن الصوم لسقوطه بها ولا سقوط في الحامل قوله: **(ويطعم الخ)** وعن الطحاوي أنه لا فدية عليه، وهو مذهب مالك رحمه الله لأنه عاجز عجزاً مستمراً إلى الموت،

يحرم الفضل والنسيئة، وأحدهما يحرم النسيئة، وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفي. قال: **(وقضاء رمضان إن شاء فرّقه وإن شاء تابعه)** الصوم المذكور في كتاب الله ثمانية: أربعة منها متتابعة، وأربعة صاحبها فيها بالخيار، أما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار واليمين عندنا، وأما غيره فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد. أما صوم رمضان فلا كلام لأحد في وجوب التتابع فيه، وأما غيره فقد ضبطه المشايخ بأن كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه واجباً، وما لا فلا فيكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار، ولأن النص مطلق والعمل به واجب. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن القضاء يحكي الأداء، والتتابع واجب في الأداء، فكان مغنياً عن تقييد نص القضاء. والثاني أن أبي بن كعب رضي الله عنه قرأ **﴿فعدة من أيام أخر متتابعات﴾** فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في كفارة اليمين؟ والجواب عن الأول: أن الأمر لو كان كما ذكرتم لما قال ﷺ لمن سأله عن تقطيع قضاء رمضان ذلك إليك، أرأيت لو كان على أحدكم دين فقضاء الدرهم والدرهمين ألم يكن قضاء. قال: نعم قال عليه الصلاة والسلام: فالله أحق أن يعفو ويغفر» فإنه ﷺ كان أعلم بذلك. وعن الثاني: ما قيل إن قراءة أبي رضي الله عنه لم تشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود، فكان كخبر الواحد فلا يزاد به على كتاب الله. قوله **(لكن المستحب المتابعة)** أي التتابع **(مسارعة إلى إسقاط الواجب، وإن أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لأنه في وقته وقضى الأول بعده لأنه وقت القضاء ولا فدية عليه)** خلافاً للشافعي رحمه الله: فإنه يوجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين، وروي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما. ويقول: القضاء مؤقت بما بين رمضانين، مستدلاً بما روي عن عائشة رضي الله عنها «أنها كانت تؤخر قضاء أيام الحيض إلى شعبان» وهذا بيان منها لآخر وقت يجوز التأخير إليه، ثم يجعل تأخير القضاء عن وقته كتأخير الأداء عن وقته، وتأخير الأداء لا ينفك عن موجب فكذا تأخير القضاء، وهذا كما ترى ليس فيه ما يعوّل عليه لأن تأخيرها القضاء إلى شعبان قد يكون اتفاقياً، ولو سلم ذلك فإيجاب الفدية لا أصل له، لأنه لا فدية في الشرع على القادر على الأصل، وبالتأخير لم يثبت العجز. ولنا أن الله تعالى أمر بالقضاء مطلقاً، والأمر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي، ولهذا لو تطوّع جاز بالاتفاق، ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله

قوله: **(والأمر بالإفطار مع الكفارة، إلى قوله: لا يجتمعان)** أقول: منقوض بحديث «فليحنث وليكفر: فتأمل في الجواب

---

(١) حديث أنس الكعبي. أخرجه البيهقي ٤/ ٢٣١ من حديث أنس بن مالك رجل من بني عبد الأشهل. وله قصة.
وذكر البيهقي الاختلاف في طرقه. وأعله ابن التركماني بالاضطراب في المتن، والإسناد. مع أن بعض أسانيده صالحة. والله أعلم.

لأنه في وقته **(وقضى الأول بعده)** لأنه وقت القضاء **(ولا فدية عليه)** لأن وجوب القضاء على التراخي، حتى كان له أن يتطوع **(والحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا)** دفعاً للحرج **(ولا كفارة عليهما)** لأنه إفطار بعذر **(ولا فدية عليهما)** خلافاً للشافعي رحمه الله فيما إذا خافت على الولد، هو يعتبره بالشيخ الفاني. ولنا أن الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني، والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأنه عاجز بعد الوجوب: والولد لا

فكان المريض إذا مات قبل أن يصح، والمسافر قبل أن يقيم، وهذه الآية منسوخة. وعن سلمة بن الأكوع لما نزلت هذه الآية **﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾** [البقرة ١٨٤] الآية. كان من أراد أن يفطر ويفدي فعل، حتى أنزلت الآية التي بعدها نسختها. ولنا ما روى عطاء أنه سمع ابن عباس رضي الله عنه يقرأ **﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾** [البقرة ١٨٤] قال ابن عباس رضي الله عنه: «ليست بمنسوخة، وهي للشيخ الكبير، والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكيناً»(١) رواه البخاري، وهو مرويّ عن عليّ بن أبي طالب، وابن عباس وابن عمر وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يرو عن أحد منهم خلاف ذلك فكان إجماعاً. وأيضاً لو كان لكان قول ابن عباس رضي الله عنهما «ليست بمنسوخة»(٢) مقدما لأنه مما لا يقال بالرأي بل عن سماع لأنه مخالف لظاهر القرآن لأنه مثبت في كتاب الله تعالى، فجعله منفياً بتقدير حرف النفي لا يقدم عليه إلا بسماع ألبتة، وكثيراً ما يضمر حرف لا في اللغة العربية. في التنزيل الكريم **﴿تالله تفتأ تذكر يوسف﴾** [يوسف ٨٥] أي لا تفتأ وفيه **﴿يبين الله لكم أن تضلوا﴾** [النساء ١٧٦] أي أن لا تضلوا **﴿رواسي أن تميد بكم﴾** [النحل ١٥] وقال الشاعر:

فقلت يمين الله أبرح قاعداً ... ولو قطعوا رأسي لديك وأوصالي

أي لا أبرح وقال:

تنفك تسمع ما حييـ ... ـت بهالك حتى تكونه

عنهما. وقوله: **(والحامل والمرضع)** قال في الذخيرة: المراد بالمرضع ههنا الظئر، لأن الأم لا تفطر إذا كان للولد أب، لأن الصوم فرض عليها دون الإرضاع، وقال شيخ شيخي عبد العزيز: ينبغي أن يشترط يسار الأب أو عدم أخذ الولد ضرع غير الأم. وقوله: **(لأنه إفطار بعذر)** قيل: نعم هو عذر، ولكن لا في نفس الصائم بل لأجل غيره، ومثله لا يعتد به، ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه لم يحل له الشرب. وأجيب بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة، وهي لا تتأتى بدون الإفطار عند الخوف فكانت مأمورة بالإفطار والأمر بالإفطار مع الكفارة التي بناؤها على الوجوب عن الإفطار لا يجتمعان بخلاف الإكراه، فإنه ليس كل أحد مأموراً قصداً بصيانة غيره بل نشأ الأمر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم بتفاوت الأمر قصداً وضمناً. وقوله: **(فيما إذا خافت على الولد الخ)** يعني إذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق، وإذا خافت على ولدها فأفطرت وجب القضاء والفدية على أصح أقواله عندهم **(هو يعتبره بالشيخ الفاني)** فإن الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر الشيخ الفاني، ولأن فيه منفعة نفسها وولدها، فبالنظر إلى نفسها يجب القضاء وبالنظر إلى منفعة ولدها تجب الفدية، ولنا أن الفدية فيه ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس **(والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأن الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلاً)** ألا ترى أنه لو كان له مال لم تجب على ماله، ولم تتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة أيضاً، وقوله: **(والشيخ الفاني)**

قال المصنف: **(هو يعتبره بالشيخ الفاني)** أقول: قال ابن الهمام: أي كلا من الحامل والمرضع اهـ. والأظهر إرجاع الضمير إلى محل النزاع قال المصنف: **(والولد لا وجوب عليه أصلاً، ألا ترى الخ)** أقول: يعني أن الولد لا تجب عليه الفدية، ولا يخفى عليك أن عدم الوجوب عليه أجلى من أن يحتاج إلى مثل هذا التنوير قوله: **(لم تجب على ماله ولم تتضاعف)** أقول: يعني أن الفدية لم تجب ولم تتضاعف قوله: **(كمن مات وعليه الصوم)** أقول: فيه نوع مصادرة، فإن جوازه فيه بطريق الإلحاق بالشيخ الفاني كما يجيء قوله: **(فإن**

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٠٥ والدارقطني ٢/ ٢٠٧ والبيهقي ٤/ ٢٧١ كلهم عن ابن عباس موقوفاً عليه.
(٢) هو المتقدم.

وجوب عليه أصلاً (والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكيناً كما يطعم في الكفارات) والأصل فيه قوله تعالى ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾ قيل معناه: لا يطيقونه، ولو قدر على الصوم يبطل

أي لا تنفك، ورواية الأفقه أولى، ولأن قوله تعالى **(وأن تصوموا خير لكم)** ليس نصاً في نسخ إجازة الافتداء الذي هو ظاهر اللفظ هذا ولو كان الشيخ الفاني مسافراً فمات قبل الإقامة قيل: ينبغي أن لا يجب عليه الإيصاء بالفدية، لأنه يخالف غيره في التخفيف لا في التغليظ، فإنما ينتقل وجوب الصوم عليه إلى الفدية عند وجود سبب التعيين، ولا تعيين على المسافر فلا حاجة إلى الانتقال، ولا تجوز الفدية إلا عن صوم هو أصل بنفسه لا بدل عن غيره، فلو وجب عليه قضاء شيء من رمضان فلم يقضه حتى صار شيخاً فانياً لا يرجى برؤه جازت له الفدية، وكذا لو نذر صوم الأبد فضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة له أن يفطر ويطعم، لأنه استيقن أن لا يقدر على قضائه، فإن لم يقدر على الإطعام لعسرته يستغفر الله ويستقيله، وإن لم يقدر لشدة الحرّ كان له أن يفطر ويقضيه في الشتاء إذا لم يكن نذر الأبد، ولو نذر يوماً معيناً فلم يصم حتى صار فانياً جازت الفدية عنه، ولو وجبت عليه كفارة يمين أو قتل فلم يجد ما يكفر به وهو شيخ كبير عاجز عن الصوم أو لم يصم حتى صار شيخاً كبيراً لا تجوز له الفدية لأن الصوم هنا بدل عن غيره، ولذا لا يجوز المصير إلى الصوم إلا عند العجز عما يكفر به من المال، فإن مات فأوصى بالتكفير جاز من ثلثه، هذا ويجوز في الفدية طعام الإباحة أكلتان مشبعتان بخلاف صدقة الفطر للتنصيص على الصدقة فيها، والإطعام في الفدية قوله: **(لأن شرط الخلفية)** أي شرط وقوع الفدية خلفاً عن الصوم دوام العجز عن الصوم، فخرج المتيمم إذا قدر على الماء لا تبطل الصلوات المؤداة قبل التيمم، لأن خلفية التيمم مشروط بمجرد العجز عن الماء لا بقيد دوامه، وكذا خليفة الأشهر عن الأقراء في الاعتداد مشروط بانقطاع الدم مع سن الإياس لا بشرط دوامه، فلذا يجب الاعتداد بالدم إذا عاد بعد الانقطاع في سن الإياس في المستقبل، أو في العدة التي فرض عوده فيها، حتى تستأنف للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف لا في الأنكحة المباشرة حال ذلك الانقطاع هذا هو الواقع من الحكم، ومقتضاه كون الخلفية على الوجه الذي ذكرناه لا على ما ذكر في النهاية قوله: **(وصار كالشيخ الفاني)** إلحاقاً بطريق الدلالة لا بالقياس. وجهه أن الكلام في مريض عجز عن الأداء وعليه الصوم،

وصف بما بين المراد به بقوله **(الذي لا يقدر على الصيام)** وسمي فانياً إما لقربه إلى الفناء أو لأنه فنيت قوته، ووجوب الفدية عليه مذهبنا. وقال مالك رحمه الله: لا تجب عليه الفدية، لأن الأصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا: السبب وهو شهود الشهر تناوله حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه، وإنما يباح له الإفطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار إلى القضاء كالمرض والسفر فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم **(والأصل فيه قوله تعالى ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾** قال أهل التفسير **(معناه لا يطيقونه)** فهو كقوله تعالى **﴿يبين الله لكم أن تضلوا﴾** فإن قيل: روي عن الشعبي رحمه الله أنه قال: لما نزل قوله تعالى **﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾** كان الأغنياء يفطرون ويفدون والفقراء يصومون بناء على أن في بدء الإسلام كان الرجل مخيراً بين الصوم والفدية، ثم نسخت بعد ذلك بقوله تعالى **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾** والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به. أجيب بأن الآية إن وردت في الشيخ الفاني كما ذهب إليه بعض السلف فظاهر، وإن وردت في التخيير فكذلك لأن النسخ إنما ثبت في حق القادر على الصوم، فبقي الشيخ الفاني على حاله كما كان. وقوله **(ولو قدر على الصوم)** يعني بعد ما فدى **(بطل حكم الفداء)** وصار كأن لم يكن، ووجب عليه الصوم. فإن قيل: القدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا تبطل الخلف، كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم، وههنا حصل المقصود وهو تفريغ

قيل روي عن الشعبي، إلى قوله: والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به) أقول: الشيخ الفاني على هذا التقدير ليس من متناولات الآية الكريمة حتى يكون استدلالاً بالمنسوخ فالأظهر إتمام الكلام بقوله فلا تتناول الآية الكريمة محل النزاع قوله: **(فبقي الشيخ الفاني على حاله)** أقول: كيف يبقى الشيخ الفاني على حاله، وقوله تعالى **﴿وعلى الذين يطيقونه﴾** لم يتناوله على هذا التفسير قال المصنف: **(لأن شرط الخليفة استمرار العجز)** أقول: فإن قوله تعالى **﴿لا يطيقونه﴾** محمول على الاستمرار، إذ لا تجب الفدية على المريض والمسافر.

حكم الفداء لأن شرط الخلفية استمرار العجز **(ومن مات وعليه قضاء رمضان فأوصى به أطعم عنه وليه لكل يوم مسكيناً نصف صاع من برّ أو صاعاً من تمر أو شعير)** لأنه عجز عن الأداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني، ثم لابد من الإيصاء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، وعلى هذا الزكاة. هو يعتبره بديون العباد إذا كان كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة. ولنا أنه عبادة ولابد فيه من الاختيار. وذلك في الإيصاء دون الوراثة لأنها جبرية، ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث، والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ، وكل صلاة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح

ولا شك أن كل من سمع أن الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم يجزي عنه الإطعام علم أن سبب ذلك عجزه عجزاً مستمراً إلى الموت، فإن الشيخ الفاني الذي علق عليه هذا الحكم هو الذي كل يوم في نقص إلى أن يموت فيكون الوارد في الشيخ الفاني وارداً في المريض الذي هو بتلك الصفة، لا فرق إلا بأن الوجوب لم يسبق حال جواز الإطعام في الشيخ الفاني إلا بقدر ما يثبت ثم ينتقل، والمريض تقرّر الوجوب عليه قبله بإدراك العدة وعجزه الآن بسبب تقصيره في المسارعة إلى القضاء، ومعلوم أنه إذا كان الوجوب على التراخي لا يكون بذلك التأخير جانياً فلا أثر لهذا الفرق في إيجاب افتراق الحكم. واعلم أنهم منعوا في الأصول الإلحاق بالشيخ الفاني بطريق الدلالة كما منعوه بطريق القياس، لأن شرطه ظهور المؤثر وأثره غير أنه في الدلالة لا يفتقر إلى أهلية الاجتهاد بخلاف القياس، وذلك منتف في الشيخ الفاني، فإن ظهور المؤثر فيه وهو العجز إنما يصلح لإسقاط الصوم. وهنا مقام آخر وهو وجود الفدية ولا يعقل العجز مؤثراً في إيجابها، لكنا نقول ذلك في غير المنصوصة، وكون العجز سبباً لوجوب الفدية علة منصوصة، لأن ترتيب الحكم على المشتق نص على علية مبدأ الاشتقاق وإن لم يكن من قبيل الصريح عندنا بل بالإشارة، وقد قال تعالى ﴿**وعلى الذين يطيقونه فدية**﴾ أي لا يطيقونه قوله: **(ثم لابد من الإيصاء عندنا)** أي في لزوم الإطعام على الوارث **(خلافاً للشافعي رحمه الله وعلى هذا الزكاة)** أي إذا مات من عليه دين الزكاة بأن استهلك مال الزكاة بعد الحول والعشر بعد وقت وجوبه لا يجب على وارثه أن يخرج عنه الزكاة والعشر إلا أن يوصي بذلك. ثم إذا أوصى فإنما يلزم الوارث إخراجهما إذا كانا يخرجان من الثلث، فإن زاد دينهما على الثلث لا يجب على الوارث، فإن أخرج كان متطوّعاً عن الميت ويحكم بجواز إجزائه، ولذا قال محمد في تبرع الوارث: يجزيه إن شاء الله تعالى، كما إذا أوصى بالإطعام عن الصلوات على ما يذكر، ويصح التبرع في الكسوة والإطعام لا الإعتاق لأن في الإعتاق بلا إيصاء إلزام الولاء على الميت، ولا إلزام في الكسوة والإطعام. وجه قول الشافعي ما في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ فقال: لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها؟ قال نعم، قال: فدين الله أحق»

الذمة عما وجب عليه أجيب: بأن القدرة ههنا على الأصل إنما هي قبل حصول المقصود بالخلف، لأن دوام هذا العجز إلى الموت شرط صحة هذا الخلف، فإن الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت إلى موته، وإليه أشار بقوله **(لأن شرط الخليفة استمرار العجز)** وقوله **(ومن مات وعليه قضاء رمضان)** أي قرب منه لأن الإيصاء بعد الموت غير متصوّر، وقوله **(لأنه عجز عن الأداء في آخر عمره)** استعمل الأداء في موضع القضاء والعجز عن القضاء بحيث لا يرجى في معنى الشيخ الفاني، فيلحق به دلالة بالطريق الأولى، لأن عجز الميت ألزم **(ثم لا بد من الإيصاء)** لإلزام الوارث، فإن لم يوص فللوارث أن يخرجه ولا يلزمه، وإذا أوصى أخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر **(وعندنا خلافاً للشافعي)** في جميع ذلك، أما خلافه في المقدار فلأن المقدار الواجب عنده مد، وأما في الباقي فلأنه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع أن كلاً منهما حق مالي تجري فيه النيابة، فكما أن ديون العباد تخرج من جميع المال وإن لم يوص فكذلك هذا **(ولنا أنه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الإيصاء دون الوراثة لأنها جبرية ثم هو تبرع ابتداء)** لأن الصوم فعل مكلف به وقد سقطت الأفعال بالموت فصار الصوم كأنه سقط في حق الدنيا فكانت الوصية بأداء الفدية تبرعاً، بخلاف دين العباد فإنه لا يسقط

(ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي) لقوله ﷺ «لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد» **(ومن دخل في صلاة التطوع أو في صوم التطوع ثم أفسده قضاه)** خلافاً للشافعي رحمه الله. له أنه تبرع بالمؤدي فلا يلزمه ما لم يتبرّع به.

وفي رواية «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟» الحديث، إلى أن قال «فصومي عن أمك»[1] وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»[2] قلنا: الاتفاق على صرف الأول عن ظاهره فإنه لا يصح في الصلاة الدين، وقد أخرج النسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما، وهو راوي الحديث الأول في سننه الكبرى أنه قال «لا يصلي أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد»[3] وفتوى الراوي على خلاف مرويه بمنزلة روايته للناسخ، ونسخ الحكم يدل على إخراج المناط عن الاعتبار، ولذا صرحوا بأن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً لأن التعدية بالجامع ونسخ الحكم يستلزم إبطال اعتباره، إذ لو كان معتبراً لاستمر ترتيب الحكم على وفقه، وقد روي عن عمر رضي الله عنه نحوه، أخرجه عبد الرزاق وذكره مالك في الموطإ بلاغاً فقال مالك: ولم أسمع عن أحد من الصحابة ولا من التابعين رضي الله تعالى عنهم بالمدينة أن أحداً منهم أمر أحداً أن يصوم عن أحد ولا يصلي عن أحد اهـ. وهذا مما يؤيد النسخ، وإنه الأمر الذي استقرّ الشرع عليه آخراً، وإذا أهدر كون المناط الدين فإنما يعلل لوجوب الأداء عن الميت على الوارث بدين العباد فإنه محل الاتفاق، وليس هو الكائن في صورة النزاع فلا يجب على الوارث إلا بالإيصاء، ثم إذا أوصى لا يجب عليه إلا بقدر الثلث إلا أن يتطوّع، وعلى هذا دين صدقة الفطر والنفقة الواجبة والكفارات المالية والحج وفدية الصيامات التي عليه والصدقة المنذورة والخراج والجزية، وهذا لأن هذه بين عقوبة وعبادة، فما كان عبادة فشرط إجزائها النية ليتحقق أداؤها مختاراً فيظهر اختياره الطاعة من اختياره المعصية الذي هو المقصود من التكليف، وفعل الوارث من غير أمر المبتلي بالأمر والنهي لا يحقق اختياره، بل لما مات من غير فعل ولا أمر به فقد تحقق عصيانه بخروجه من دار التكليف ولم يمتثل، وذلك يقرر عليه موجب العصيان، إذ ليس فعل الوارث الفعل المأمور به فلا يسقط به الواجب، كما لو تبرع به حال حياته وما كان فيها مع ذلك معنى العقوبة، فلا يخفى أنه فات فيه الأمران إذ لم يتحقق إيقاع ما يستشقه منه ليكون زاجراً له، بخلاف ديون العباد فإن المقصود من الأمر بأدائها وصول المال إلى من هو له يدفع به حاجته، ولذ إذا ظفر من له بجنسه كان له أخذه ويسقط عن ذمة من عليه فلزمت من غير إيصاء لتحقق حصول المقصود بفعل الوارث هنا، وعن هذا قلنا: لا يورث خيار الشرط والرؤية لأنه رأي كان للميت، بخلاف خيار العيب لأنه جزء من العين في المعنى احتبس عند البائع. وإذا علمت ما ذكرنا علمت أن المقصود من حقوق الله تعالى إنما هي الأفعال إذ بها تظهر الطاعة والامتثال،

بالموت، لأن المقصود ثمة هو المال والفعل غير مقصود لحاجة العباد إلى الأموال، وكذلك الوصية بالزكاة، وإذا كان تبرعاً **(يعتبر من الثلث)** وإنما قال ابتداء لأنها في الآخرة تنوب عن الواجب على الميت **(والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ)** فإن النص الوارد بالفداء في الصوم غير معقول المعنى، فالقياس أن يقتصر عليه، لكن النص الوارد فيه يجوز أن يكون معلولاً بعلة

---

(١) صحيح. أخرجه ١٩٥٣ ومسلم ١١٤٨ وأبو داود ٣٣١٠ والترمذي ٧١٧ والنسائي ١٩١٢، ٢٩١٦ وابن ماجه ١٧٥٨ والبيهقي ٤/ ٢٥٥ والدارقطني ٢/ ١٩٥ وأحمد ١/ ٢٢٤، ٢٢٧، ٣٦٢ كلهم من حديث ابن عباس وفي بعض الروايات «أختي» بدل «أمي».
وفي رواية للبخاري: «إن أمي ماتت، وعليها صوم نذر».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٥٢ ومسلم ١١٤٧ وأبو داود ٢٤٠٠ و٣٣١١ وابن حبان ٣٥٦٩ والدارقطني ٢/ ١٩٤ والبيهقي ٤/ ٢٥٥ و٦/ ٢٧٩ وأحمد ٦/ ٦٩ كلهم من حديث عائشة.

(٣) موقوف جيد. أخرجه النسائي في الكبرى ٢٩١٨ وذكره البيهقي ٤/ ٢٥٧ عن ابن عباس قال: «لا يصوم أحد عن أحد، ويطعم عنه».
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي بعد أن ذكر حديث النسائي عن ابن عباس: وهذا سند صحيح عن شرط الشيخين خلا ابن عبد الأعلى، فإنه على شرط مسلم.
وورد عن ابن عمر موقوفاً أخرجه مالك ١/ ٣٠٣ وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب الوصايا كما في نصب الراية ٢/ ٤٦٣.

ولنا أن المؤدي قربة وعمل فتجب صيانته بالمضي عن الإبطال، وإذا وجب المضي وجب القضاء بتركه. ثم عندنا لا يباح الإفطار فيه بغير عذر في إحدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر، والضيافة عذر لقوله ﷺ «أفطر واقض يوماً مكانه»

وما كان مالياً منها، فالمال متعلق المقصود: أعني الفعل، وقد سقطت الأفعال كلها بالموت لتعذر ظهور طاعته بها في دار التكليف، فكان الإيصاء بالمال الذي هو متعلقها تبرعاً من الميت ابتداء فيعتبر من الثلث، بخلاف دين العباد لأن المقصود فيها نفس المال لا الفعل، وهو موجود في التركة فيؤخذ منها بلا إيصاء قوله: **(والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ)** وجهه: أن المماثلة قد ثبتت شرعاً بين الصوم والإطعام والمماثلة بين الصلاة والصوم ثابتة، ومثل مثل الشيء جاز أن يكون مثلاً لذلك الشيء وعلى تقدير ذلك يجب الإطعام، وعلى تقدير عدمها لا يجب، فالاحتياط في الإيجاب، فإن كان الواقع ثبوت المماثلة حصل المقصود الذي هو السقوط وإلا كان براً مبتدأ يصلح ماحياً للسيئات، ولذا قال محمد فيه: يجزيه إن شاء الله تعالى من غير جزم، كما قال في تبرع الوارث بالإطعام، بخلاف إيصائه به عن الصوم فإنه جزم بالإجزاء قوله: **(هو الصحيح)** احتراز من قول ابن مقاتل: إنه يطعم لكل صلاة يوم مسكيناً لأنها كصيام يوم ثم رجع إلى ما في الكتاب، لأن كل صلاة فرض على حدة فكانت كصوم يوم قوله: **(ومن دخل في صوم التطوّع ثم أفسده قضاه)** لا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله في وجوب القضاء إذا فسد عن قصد أو غير قصد بأن عرض الحيض للصائمة المتطوّعة، خلافاً للشافعي رحمه الله، وإنما اختلاف الرواية في نفس الإفساد هل يباح أو لا؟ ظاهر الرواية لا إلا بعذر، ورواية المنتقى يباح بلا عذر. ثم اختلف المشايخ رحمهم الله على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أو لا؟ قيل نعم، وقيل لا، وقيل عذر قبل الزوال لا بعده، إلا إذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لأحد الوالدين لا غيرهما حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر. وقيل: إن كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وإن لم يأكل لا يباح الفطر، وإن كان يتأذى بذلك يفطر. واعتقادي أن رواية المنتقى أوجه، وعلى اعتبار ذلك ينصب الكلام في خلافية الشافعي رحمه الله آخراً، ويتبين وجه اختيارنا لها في ضمنه إن شاء الله تعالى، وأحسن ما يستدل به عندكم شيء؟ فقلنا لا، قال: فإني إذا صائم ثم أتانا يوماً آخر فقلنا: يا رسول الله أهدي لنا حيس، قال: أرنيه فلقد أصبحت صائماً، فأكل» وفي لفظ «فأكل، وقال: قد كنت أصبحت صائماً»[1] فهذا يدل على عدم وجوب الإتمام، ولزوم القضاء مرتب على وجوبه فلا يجب واحد منهما. وروى أبو

مشتركة بينه وبين الصلاة وإن كنا لا نعقله، والصلاة نظير الصوم بل أهم، فأمر المشايخ بالفداء فيها احتياطاً وموضعه الأصول وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عما قاله محمد بن مقاتل أولاً: إنه يطعم عنه لصلاة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال: كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لأنه أحوط. وقوله **(ولا يصوم عنه الولي)** احتراز عن قول الشافعي رحمه الله، فإنه يجوز ذلك في قول استدلالاً بما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال «من مات وعليه صيام صام عنه وليه» وهو نص في الباب. ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما **(لا يصوم أحد عن أحد، ولا يصلي أحد عن أحد)** وتأويل حديث عائشة رضي الله عنها فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الإطعام إن أوصى بذلك. وقوله **(ومن دخل في صوم التطوع)** ذكرناه في فصل القراءة من كتاب الصلاة. وقوله **(ثم عندنا)** كأنه بيان لمبنى الاختلاف، وهو أن الإفطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح، فإذا كان غير مباح كان بالإفطار جانياً فيلزمه القضاء، وإذا كان مباحاً لم يكن جانياً فلا يلزمه القضاء. وقوله **(والضيافة عذر)** يعني على الأظهر، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعذر لما روي أن رسول الله ﷺ قال «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان مفطراً فليأكل، وإن كان صائماً فليصلّ: أي فليدع لهم». ووجه الأظهر ما روي عنه عليه الصلاة والسلام «أنه كان في ضيافة رجل من الأنصار، فامتنع رجل من الأكل وقال إني صائم،

قوله: **(وقوله ثم عندنا كأنه بيان لمبنى الاختلاف الخ)** أقول فيه بحث.

---

(١) صحيح. تقدم في أوائل كتاب الصيام.

. . . .

داود والترمذي والنسائي عن أم هانىء مرفوعاً «الصائم المتطوّع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر»[1] وفي كل من سنده ومتنه اختلاف، وتكلم عليه البيهقي رحمه الله. وقال الشافعي أيضاً: صح: «أنه عليه الصلاة والسلام خرج من المدينة حتى إذا كان بكراع الغميم وهو صائم رفع إناء فشرب والناس ينظرون» وفي لفظ «كان ذلك بعد العصر» زاد مسلم «عام الفتح»[2] وفيه دلالة التأخير. قال الشافعي: فلما كان له قبل أن يدخل في صوم الفرض أن لا يدخل فيه للسفر كان له إذا دخل فيه أن يفطر كما فعل عليه الصلاة والسلام، فالتطوع أولى. وحاصله استدلال بفطره في الفرض بعد الشروع الذي لم يكن واجباً عليه على إباحة فطره في النفل بعد الشروع الذي لم يكن واجباً عليه، وهو استدلا حسن جداً. ولنا الكتاب والسنة والقياس؛ أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ وقال تعالى ﴿ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها﴾ الآية سيقت في معرض ذمهم على عدم رعاية ما التزموه من القرب التي لم تكتب عليهم، والقدر المؤدي عمل كذلك فوجب صيانته عن الإبطال بهذين النصين، فإذا أفطر وجب قضاؤه تفادياً عن الإبطال؛ وأما السنة فما أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن عروة عن عائشة قالت «كنت أنا وحفصة صائمتين فعرض لنا طعام اشتهيناه فأكلنا منه، فجاء رسول الله ﷺ فبدرتني إليه حفصة وكانت ابنة أبيها فقالت: يا رسول الله إنا كنا صائمتين فعرض علينا طعام اشتهيناه فأكلنا منه، قال: اقضيا يوماً آخر مكانه»[4] وأعله البخاري بأنه لا يعرف لزميل سماع من عروة، ولا ليزيد سماع من عروة، وأعله الترمذي

فقال عليه الصلاة والسلام: إنما دعاك أخوك لتكرمه فأفطر واقض يوماً مكانه» ومن المشايخ من قال إن كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الأكل لا يفطر، وإن كان يتأذى يفطر ويقضي. وقال في الذخيرة: هذا كله إذا كان الإفطار قبل الزوال، فأما إذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له أن يفطر إلا إذا كان في ترك الإفطار عقوق الوالدين أو أحدهما. وقوله (**وإذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر**) الأصل في هذا أن كل من صار في آخر النهار بصفة لو كان عليها في أوّله لزمه الصوم

---

(١) حسن. الترمذي ٧٣٢ والنسائي في الكبرى ٣٣٠٢ بهذا اللفظ وأبو داود ٢٤٥٦ بنحوه وابن عدي في الكامل ٢/ ١٧٩ والبيهقي ٤/ ٢٧٦ والطيالسي ١٦١٨ والحاكم ١/ ٤٣٩ وأحمد ٦/ ٣٤٣ كلهم من حديث أم هانىء.
قال النسائي: لم يسمعه جعدة من أن هانىء اهـ.
وقال الدارقطني: إنما سمعه سماك عن ابن أم هانىء عن أبي صالح عن أم هانىء اهـ.
وقال ابن عدي: قال البخاري: جعدة روى عنه شعبة لا يعرف إلا بحديث فيه نظر اهـ ولفظ أبي داود فيه: «فقال لها: أكنت تقضين شيئاً؟ قالت: لا قال: فلا يضرك إن كان تطوعاً».
وأورده النسائي في الكبرى من عدة طرق بألفاظ مختلفة. وقد تكلم فيها. والخلاصة أنه حديث حسن ففي رواية للبيهقي: قال شعبة لجعدة أسمعته من أم هانىء قال: أخبرني أهلنا وأبو صالح مولى أم هانىء. عن أم هانىء اهـ وجعدة هذا مقبول كما في التقريب. فحديثه حسن لوحده كيف وله وجوه أخرى عن أم هانىء..
(٢) صحيح. تقدم تخريجه من حديث جابر قبل قليل.
(٣) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ٢٤٥٧ والترمذي ٧٣٥ والطحاوي ٢/ ١٠٨، ١٠٩ وابن حبان ٣٥١٧ وكذا النسائي في الكبرى ٣٢٩٩ وأحمد ٦/ ٢٦٣ من وأبو يعلى ٤٦٣٩.
طرق كلهم من حديث عائشة.
وورد من طريق الزهري مرسلاً أخرجه مالك ١/ ٣٠٦.
وقال ابن عبد البر: لا يصح عن مالك إلا المرسل.
قال المنذري: قال البخاري: لا نعرف لزميل سماعاً من عروة، ولا يزيد من زُميل، ولا تقوم به الحجة. وقال الخطابي: إسناده ضعيف، وزُميل مجهول. ولو ثبت احتمل أن يكون إنما أمرهما بذلك استحباباً اهـ قلت: هذا إسناد أبي داود ورواه الترمذي من طريق أخرى عن الزهري به ورواه ابن حبان من طريق آخر ورجاله ثقات رجال مسلم وهو من طريق غير طريق الزهري وللحديث شواهد وطرق أخرى يرقى بها إلى درجه الحسن، وشواهده هي الآتية. لكن محمول على الاستحباب كما قال الخطابي.

. . . .

بأن الزهري لم يسمع من عروة، فقال: روى هذا الحديث صالح بن أبي الأخضر ومحمد بن حفصة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها. وروى مالك بن أنس ومعمر بن عبيد الله بن عمرو بن زياد[١] بن سعد وغير واحد من الحفاظ عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها، ولم يذكروا فيه عروة، وهذا أصح، ثم أسند إلى ابن جريج قال: سألت الزهري أحدثك عروة عن عائشة رضي الله عنها؟ قال: لم أسمع من عروة في هذا شيئاً. ولكن سمعنا في خلافة سليمان بن عبد الملك من ناس عن بعض من سأل عائشة رضي الله عنها عن هذا الحديث اهـ. قلنا: قول البخاري مبني على اشتراط العلم بذلك، والمختار الاكتفاء بالعلم بالمعاصرة على ما مر غير مرة، ولو سلم إعلاله وإعلال الترمذي فهو قاصر على هذا الطريق فإنما يلزم لو لم يكن له طريق آخر، لكن قد رواه ابن حبان في صحيحه من غيرها عن جرير بن حازم عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت «أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين»[٢] الحديث، ورواه ابن أبي شيبة من طريق آخر غيرهما عن خصيف عن سعيد بن جبير «أن عائشة وحفصة» الحديث. ورواه الطبراني في معجمه من حديث خصيف عن عكرمة عن ابن عباس «أن عائشة وحفصة»[٣] ورواه البزار من طريق غيرها عن حماد بن الوليد عن عبيد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن نافع عن ابن عمر قال «أصبحت عائشة وحفصة رضي الله عنهما»[٤] وحماد بن الوليد لين الحديث، وأخرجه الطبراني من غير الكل في الوسط. حدثنا موسى بن هارون، حدثنا محمد بن مهران الجمال قال: ذكره محمد بن أبي سلمة المكي عن محمد ابن عمرويه عن أم سلمة[٥] عن أبي هريرة قال «أهديت لعائشة وحفصة رضي الله عنهما هدية وهما صائمتان فأكلتا منها فذكرتا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: اقضيا يوماً مكانه ولا تعودا»[٦] فقد ثبت هذا الحديث ثبوتاً لا مردّ له لو كان كل طريق من هذه ضعيفاً لتعددها وكثرة مجيئها، وثبت في ضمن ذلك أن ذلك المجهول في قول الزهري فيما أسند الترمذي إليه عن بعض من سأل عائشة رضي الله عنها عن هذا الحديث ثقة أخبر بالواقع، فكيف وبعض طرقه مما يحتج به. وحمله على أنه أمر ندب خروج عن مقتضاه بغير موجب، بل هو محفوف بما يوجب مقتضاه ويؤكد، وهو ما قدمناه من قوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد ٣٣] كلام المفسرين فيها على أن المراد لا تحبطوا الطاعات بالكبائر، كقوله تعالى ﴿لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي﴾ إلى أن قال: ﴿أن تحبط أعمالكم﴾ [الحجرات ٢] وكلام ابن عمر رضي الله عنه ظاهر في أن هذا قول الصحابة، أو لا تبطلوها بمعصيتهما: أي معصية الله ورسوله، أو الإبطال بالرياء والسمعة، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه، وعنه بالشك والنفاق أو بالعجب،

فعليه الإمساك كالحائض والنفساء يطهران بعد طلوع الفجر أو معه، والمجنون يفيق والمريض يبرأ، والمسافر يقدم بعد الزوال أو الأكل، والمفطر عمداً أو خطأ أو مكرهاً، أو أكل يوم الشك ثم تبين أنه من رمضان أو أفطر على ظن غروب الشمس أو

---

(١) قوله صاحب الفتح (ابن عمرو بن زياد) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها ابن عمر وابن زياد مضبوطاً بالقلم بضم عين عمر ثم واو العطف بعدها وليحرر اهـ مصححه.

(٢) ابن حبان ٣٥١٧ وهو الحديث المتقدم. ورجال ابن حبان ثقات رجال مسلم كما قال الشيخ شعيب الأرناؤوط.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن جبير أن عائشة وحفصة الحديث. كما في نصب الراية ٢/ ٤٦٧ وكذا الطبراني في معجمه عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس أن عائشة... الحديث.

قال ابن أبي حاتم: قال أحمد: خصيف ضعيف. وقال ابن معين: صالح وقال أبي حاتم: صالح يخلط. وقال أبو زرعة: ثقة.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني والبزار كما في المجمع ٣/ ٢٠٢ من حديث ابن عمر.

وقال الهيثمي: فيه حماد بن الوليد ضعفه الأئمة وقال أبو حاتم: شيخ اهـ.

(٥) وقوله صاحب الفتح (عن أم سلمة) في بعض النسخ عن أبي سلمة وحرر اهـ مصححه.

(٦) ضعيف. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/ ٢٠٢ من حديث أبي هريرة.

وقال الهيثمي: وفيه محمد بن أبي سلمة المكي وقد ضعف بهذا الحديث اهـ لكن هذه الطرق، والشواهد تقوي حديث الباب، وتجعله حسناً، وقد تقدم أن إسناد ابن حبان بمفرده صحيح على شرط مسلم. والله أعلم. وانظر الجوهر النقي ٤/ ٢٨٠.

(وإذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر في رمضان أمسكا بقية يومهما) قضاء لحق الوقت بالتشبه **(ولو أفطرا فيه لا قضاء.**

والكل يفيد أن المراد بالإبطال إخراجها عن أن تترتب عليها فائدة أصلاً كأنها لم توجد، وهذا غير الإبطال الموجب للقضاء فلا تكون الآية باعتبار المراد دليلاً على منع هذا الإبطال، بل دليلاً على منعه بدون قضاء، فتكون دليل رواية المنتقى على ما قدمناه من أنها إباحة الفطر مع إيجاب القضاء، ولهذا اخترناها لأن الآية لا تدل باعتبار المراد منها سوى ذلك. والأحاديث المذكورة لا تفيد سوى إيجاب القضاء إلا ما كان من الزيادة التي في رواية الطبراني وهي قوله «ولا تعودا»[1] وهي مع كونها منفرداً بها لا تقوي قوة حديث مسلم المتقدم الاستدلال به للشافعي، فبعد تسليم ثبوت الحجية يحمل على الندب، وكذا حديث البخاري «آخى النبي ﷺ بين سلمان وأبي الدرداء، فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها: ما شأنك؟ قالت؟ أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا، فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاماً فقال كل، قال: فإني صائم، قال: ما آكل حتى تأكل فأكل، فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم، فقال له سلمان نم فنام، ثم ذهب يقوم فقال نم، فلما كان من آخر الليل قال سلمان قم الآن، قال: فصليا فقال له سلمان: «إن لربك عليك حقاً ولنفسك عليك حقاً ولأهلك عليك حقاً فأعط كل ذي حق حقه، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال عليه الصلاة والسلام: صدق سلمان»[2] وهذا مما استدل به القائلون بأن الضيافة عذر، وكذا ما أسند الدارقطني إلى جابر قال «صنع رجل من أصحاب رسول الله ﷺ طعاماً فدعا النبي ﷺ وأصحابه، فلما أتى بالطعام تنحى رجل منهم، فقال عليه الصلاة والسلام: ما لك؟ قال: إني صائم، فقال عليه الصلاة والسلام: تكلف أخوك وصنع طعاماً ثم تقول أني صائم، كل وصم يوماً مكانه»[3] فإن كلاً منهما يدل على عدم كون الفطر ممنوعاً إذ لا يعهد للضيافة أثر في إسقاط الواجبات، ولذا منع المحققون كونها عذراً كالكرخي وأبي بكر الرازي، واستدلا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام «إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن كان مفطراً فيأكل، وإن كان صائماً فليصلّ: أي فليدع لهم»[4] والله أعلم بحال هذا الحديث. وقول بعضهم: ثبت موقوف على إبداء ثبت، ثم لا يقوي قوة حديث سلمان. والحاصل أن على رواية المنتقى تتظافر الأدلة ولا يعارض ما استدل به الشافعي رحمه الله ما يثبتها على ما لا يخفي، وأما القياس فعلى الحج والعمرة النفلين حيث يجب قضاؤهما إذا أفسدا قوله: **(وإذا بلغ الصبي الخ)** كل من تحقق بصفة أثناء النهار أو قارن ابتداء وجودها طلوع الفجر وتلك الصفة بحيث لو كانت قبله واستمرت معه وجب عليه الصوم فإنه يجب عليه الإمساك تشبهاً كالحائض والنفساء يطهران بعد الفجر أو معه، والمجنون يفيق، والمريض يبرأ، والمسافر يقدم بعد الزوال أو قبله بعد الأكل، أما إذا قدم قبل الزوال والأكل فيجب عليه الصوم لما في الكتاب، وكذا لو كان نوى الفطر ولم يفطر حتى قدم في وقت النية وجب عليه نية الصوم، والذي أفطر عمداً أو خطأً أو مكرها أو أكل يوم الشك ثم استبان أنه من رمضان أو أفطر على ظن غروب الشمس، أو

تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والأمر بخلافه، ومن لم يكن كذلك لم يجب عليه الإمساك كما في حالة الحيض والنفاس. ثم وجوب الإمساك إنما هو على قول بعض المشايخ وهو اختيار المصنف على ما يذكره عند قوله: إذا قدم المسافر، أو

---

(١) هو المتقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٦٨، ٦١٣٩ والترمذي ٢٤١٣ وابن حبان ٣٢٠ والبيهقي ٤/ ٢٧٦ كلهم من حديث ابن أبي جحيفة عن أبيه «أن رسول الله ﷺ آخى بين...» الحديث.

(٣) حديث أبي سعيد. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٧٧ من إبراهيم بن عبيد قال: صنع أبو سعيد... الحديث.
وقال الدارقطني: هذا مرسل.
وأخرجه الطيالسي ٢٢٠٣ عن إبراهيم بن عبيد الله الزرقي عن أبي سعيد قال: «صنع رجل طعاماً...».
ثم كرره الدارقطني من وجه آخر ٢/ ١٧٨ موصولاً من طريق ابن المنكدر عن جابر، فهذه متابعة، لكن فيه من لا يعرف وانظر نصب الراية ٢/ ٤٦٥.

(٤) سيأتي في الأطعمة إن شاء الله، وهو متفق عليه.

عليهما) لأن الصوم غير واجب فيه **(وصاما ما بعده)** لتحقق السبب والأهلية **(ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى)** لعدم الخطاب، وهذا بخلاف الصلاة لأن السبب فيها الجزء المتصل بالأداء فوجدت الأهلية عنده، وفي الصوم الجزء الأول والأهلية منعدمة عنده. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال فعليه القضاء، لأنه

تسحر قبل الفجر وقيل الإمساك مستحب لا واجب، لقول أبي حنيفة رحمه الله في الحائض تطهر نهاراً: لا يحسن أن تأكل وتشرب. والناس صيام. والصحيح الوجوب لأن محمداً قال فليصم، وقال في الحائض فلتدع. وقول الإمام لا يحسن تعليل للوجوب: أي لا يحسن بل يقبح، وقد صرح به في بعضها فقال في المسافر: إذا أقام بعد الزوال إني أستقبح أن يأكل ويشرب والناس صيام وهو مقيم، فبين مراده بعدم الاستحسان، ولأنه الموافق للدليل، وهو ما ثبت من أمره عليه الصلاة والسلام بالإمساك لمن أكل في يوم عاشوراء[1] حين كان واجباً، ولا يخفى على متأمل فوائد قيود الضابط، وقلنا: كل من تحقق أو قارن ولم نقل من صار بصفة الخ ليشمل من أكل عمداً في نهار رمضان لأن الصيرورة للتحول، ولو لامتناع ما يليه ولا يتحقق المفاد بهما فيه قوله: **(لأن الصوم غير واجب فيه عليهما)** وقال زفر في الكافر إذا اسلم: يجب عليه قضاء ذلك اليوم لأن إدراك جزء من الوقت بعد الأهلية موجب كما في الصلاة، وينبغي أن يكون جوابه في الصبي إذا بلغ كذلك. ونحن نفرق بأن السبب في الصلاة الجزء القائم عند الأهلية أيّ جزء كان، فتحقق الموجب في حقهما، وفي الصوم الجزء الأول ولم يصادفه أهلاً. وعلى هذا فقولهم في الأصول الواجب المؤقت قد يكون الوقت فيه سبباً للمؤدي وظرفاً له كوقت الصلاة أو سبباً ومعياراً وهو ما يقع فيه مقدراً به كوقت الصوم تساهل إذ يقتضي أن السبب تمام الوقت فيهما وقد بان خلافه، ثم على ما بان من تحقيق المراد قد يقال: يلزم أن لا يجب الإمساك في نفس الجزء الأول من اليوم لأنه هو السبب للوجوب، وإلا لزم سبق الوجوب على السبب للزوم تقدم السبب، فالإيجاب فيه يستدعي سبباً سابقاً، والفرض خلافه، ولو لم يستلزم ذلك لزم كون ما ذكروه في وقت الصلاة من أن السببية تضاف إلى الجزء الأول، فإن لم يؤدّ عقيبه انتقلت إلى ما يلي ابتداء الشروع، فإن لم يشرع إلى الجزء الأخير تقررت السببية فيه، واعتبر حال المكلف عنده تكلفاً مستغني عنه

طهرت الحائض. وقال الشيخ الإمام الصفار: الصحيح أنه على الإيجاب لأن محمداً رحمه الله ذكر في كتاب الصوم «فليصم بقية يومه» والأمر للوجوب. وقال في الحائض: إذا طهرت في بعض النهار فلتدع الأكل والشرب وهذا أمر أيضاً. وقال بعضهم: هو على الاستحباب ذكره محمد بن شجاع، لأنه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات. وقال أبو حنيفة رحمه الله في الحائض: طهرت في بعض النهار ولا يحسن لها أن تأكل وتشرب والناس صيام. وأجيب عن الثاني: بأن هذا الإمساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي الإفطار المتقدم، وإنما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه، ومعنى قول أبي حنيفة لا يحسن لها يقبح منها، وترك القبيح شرعاً من الواجبات. وقوله **(ولو أفطرا فيه)** أي فيما بقي من يومهما **(لا قضاء عليهما لأن الصوم غير واجب فيه)** بل الإمساك هو الواجب ولا قضاء إلا للصوم **(وصاما ما بعده)** من الأيام **(لتحقق السبب)** وهو شهود الشهر **(والأهلية)** بالإسلام والبلوغ **(ولم يقضيا يومهما)** يعني إذا أمسكا بقية النهار، وإنما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما، وقوله **(ولا ما مضى)** أي لم يقضيا ما مضى من الأيام قبل البلوغ والإسلام **(لعدم الخطاب)** لأنه إنما يكون عند الأهلية وكانت منتفية قبلهما: فإن قيل: انتفاء الأهلية في أول النهار لا يمنع وجوب القضاء فإن المجنون إذا أفاق في يوم رمضان قبل الزوال والأكل ونوى الصوم يقع عن الفرض، ولو أفطر وجب عليه القضاء مع أن الصوم لم يكن واجباً عليه وقت طلوع الفجر. أجيب: بأنا لا نسلم أن الوجوب لم يكن ثابتاً عليه في ذلك الوقت، بل الوجوب في حقه كان ثابتاً إلا أنه لم يظهر أثره عند الاستغراق، فإذا لم يستغرق ظهر أثر الوجوب. وقوله **(وهذا)** أي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي أو أسلم فيه الكافر **(بخلاف الصلاة)** حيث يجب قضاؤها إذا بلغ أو أسلم لما ذكره في الكتاب، وهو

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الصيام.

أدرك وقت النية. وجه الظاهر أن الصوم لا يتجزأ وجوباً وأهلية الوجوب منعدمة في أوّله إلا أن للصبيّ أن ينوي التطوّع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا، لأن الكافر ليس من أهل التطوّع أيضاً، والصبيّ أهل له **(وإذا نوى المسافر الإفطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه)** لأن السفر لا ينافي أهلية الوجوب ولا صحة الشروع

إذ لا داعي لجعله ما يليه دون ما وقع فيه قوله: **(على ما قالوا)** إشارة إلى الخلاف، وأكثر المشايخ على هذا الفرق، وهو أن الصبي كان أهلاً فتتوقف إمساكاته في حق الصوم في أول النهار على وجود النية في وقتها، والكافر ليس أهلاً أصلاً فلا تتوقف فيقع فطراً فلا يعود صوماً، ومنهم من تمسك في التسوية بينهما بما في الجامع الصغير في الصبي يبلغ والكافر يسلم، قال: هما سواء، فإنه يدل على صحة نية كل منهما للتطوع قوله: **(وإذا نوى المسافر الإفطار)** أي في غير رمضان بدليل قوله وإن كان في رمضان، ثم نية الإفطار ليس بشرط، بل إذا قدم قبل الزوال والأكل وجب عليه صوم ذلك اليوم بنية ينشئها قوله: **(ألا ترى الخ)** يعني أن المرخص السفر، فلما لم يتحقق في أوّل اليوم كان الخطاب متوجهاً عليه بتعين الصوم فلا يجوز له الفطر فيه بحدوث إنشائه. وقد يشكل عليه ما صح عنه عليه الصلاة والسلام مما قدمنا «أنه خرج من المدينة عام الفتح حتى إذا كان بكراع الغميم وهو صائم رفع إناء فشرب»[1] اللهم إلا أن يدفع بتجويز كون خروجه كان قبل الفجر وفيه بعد، وأيضاً قولهم: ما لم يتحقق المرخص، فالخطاب بالصوم عيناً ممنوع، لم لا يجوز أن يكون الخطاب بتعينه إن لم يحديث سفراً في أثناء اليوم فيجب الشروع قبله، فإذا سافر في أثناء اليوم زال التعين لأنه كان بشرط عدمه، وهذا البحث مذهب بعض الفقهاء حكاه بعض شارحي كتاب مسلم، والجمهور على تعين صومه. واعلم أن إباحة الفطر للمسافر إذا لم ينو الصوم، فإذا نواه ليلاً وأصبح من غير أن ينقض عزيمته قبل الفجر أصبح صائماً فلا يحل فطره في ذلك اليوم، لكن لو أفطر فيه لا كفارة عليه لأن السبب المبيح من حيث الصورة وهو السفر قائم فأورث شبهة وبها تندفع الكفارة. ويشكل عليه حديث كراع الغميم بناء على أن الصحيح أن فطره عنده ليس في اليوم الذي خرج فيه من المدينة لأنه مسافة بعيدة لا يصل إليها في يوم واحد، بل معنى قول الراوي حتى إذا كان بكراع الغميم وهو صائم أنه كان صائماً حين وصل إليه، ولا شك أنه صوم يوم لم يكن في أوله مقيماً غير أنه شرع في صوم الفرض وهو مسافر ثم أفطر. وتبين بهذا

واضح (و) روى ابن سماعة **(عن أبي يوسف أنه إذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال فعليهما القضاء)** لما ذكره في الكتاب، وهو نظير من أصبح ناوياً للفطر ثم نوى قبل الزوال أن يصوم أجزأه، ولا شك أن نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكماً لا حقيقة، فلا تمنع نية الصوم قبل الزوال وكذا الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة، وخلله ظاهر لأن فيه مساواة الأهل لغير الأهل. وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بين من له الأهلية وفاقدها. وأكثر المشايخ على التفرقة بينهما في النفل أيضاً فالصبي إذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح، والكافر إذا أسلم ونوى ذلك لم يصح. وذكر في الجامع الصغير أنهما في صحة نية التطوّع سواء، فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض. وقوله **(وإذا نوى المسافر الإفطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه لأن السفر لا ينافي أهلية الوجوب)** لأنها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه **(ولا صحة الشروع)** لأنه لو صام صح **(وإن كان في رمضان)** يعني المسافر الذي نوى الإفطار **(فعليه أن يصوم لزوال المرخص)** وهو السفر **(في وقت النية)** لأن فرض المسألة فيما إذا قدم قبل انتصاف النهار، قيل: في كلام المصنف تكرار لأن المسألتين كلتيهما في مسافر قدم المصر قبل الزوال في رمضان. وأجيب بأن المسألة الأولى في غير رمضان. وردّ

قال المصنف: **(وإذا نوى المسافر الإفطار)** أقول: أي في غير رمضان بدليل قوله وإن كان في رمضان قوله: **(وبأن معناه المعنى المصطلح)** أقول: معطوف على قوله بأن المسئلة الأولى في قوله وأجيب بأن المسئلة الأولى في غير رمضان.

---

(١) صحيح. تقدم في أوائل «فصل في العوارض».

(وإن كان في رمضان فعليه أن يصوم) لزوال المرخص في وقت النية؛ ألا ترى أنه لو كان مقيماً في أوّل اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحاً لجانب الإقامة فهذا أولى، إلا أنه إذا أفطر في المسألتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح **(ومن أغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الإغماء)** لوجود الصوم فيه وهو الإمساك المقرون بالنية إذ الظاهر وجودها منه **(وقضى ما بعده)** لانعدام النية **(وإن أغمي عليه أوّل ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة)** لما قلنا. وقال مالك: لا يقضي ما بعده لأن صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف، وعندنا

اندفاع الإشكال عن تعين الصوم في اليوم الذي أنشأ فيه السفر وتقريره على تعين صوم اليوم الذي شرع في صومه عن الفرض وهو مسافر. والحاصل أنه إن كان بلوغه كراع الغميم في اليوم الذي خرج فيه أشكل على الأول، وإن كان فيما بعد أشكل على ما بعده ولا مخلص إلا بتجويز كونه عليه الصلاة والسلام علم من نفسه بلوغ الجهد المبيح لفطر المقيم ونحوه ممن تعين عليه الصوم وخشي الهلاك، والله أعلم قوله: **(في المسألتين)** هما إذا أنشأ السفر بعد الصوم وإذا صام مسافراً ثم أقام قوله: **(لأنه نوع مرض يضعف القوي ولا يزيل الحجا)** أي العقل ولهذا ابتلي به من هو معصوم من زوال العقل ﷺ على ما قد أسلفناه في باب الإمامة من كتاب الصلاة قوله: **(ومن جن رمضان كله)** قال الحلواني: المراد فيما يمكنه إنشاء الصوم فيه، حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الأخير لا يلزمه القضاء لأن الصوم لا يصح فيه كالليل، والذي يعطيه الوجه الآتي ذكره خلافه قوله: **(فيكون عذراً في التأخير لا في الإسقاط)** رتبه بالفاء على كونه لا يزيل العقل بل يضعفه نتيجة له، فحاصله لما كان غير مزيل لم يسقط فيتبادر منه أنه لو أزاله كان مسقطاً وليس كذلك، فإن الجنون مزيل له ولا يسقط به من حيث هو مزيل له بل من حيث هو ملزم للحرج، فكان الأولى في التعليل بعدم لزوم الحرج في إلزام قضاء الشهر بالإغماء فيه كله بخلاف جنون الشهر كله، فإن ترتيب قضاء الشهر عليه موجب للحرج، وهذا لأن امتداد الإغماء شهراً من النوادر لا يكاد يوجد وإلا كان ربما يموت، فإنه لا يأكل ولا يشرب ولا حرج في ترتيب الحكم على ما هو من النوادر، بخلاف الجنون فإن امتداده شهراً غالب فترتيب القضاء معه موجب للحرج، وقد سلك المصنف مسلك التحقيق في تعليل عدم إلزام القضاء بجنون الشهر، حيث قال: ولنا أن المسقط هو الحرج. ثم قال: والإغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج، فأفاد تعليل وجوب قضاء الشهر إذا اغمي عليه فيه كله بعدم الحرج، وهو في الحقيقة تعليل بعدم المانع لأن الحرج مانع، لكن المراد أن انتفاء الوجوب إنما يكون لمانع الحرج لندرة امتداد الإغماء شهراً. وبسط مبني هذا أن الوجوب الذي يثبت جبراً بالسبب أعني أصل الوجوب لا يسقط بعدم القدرة على استعمال العقل لعدمه أو ضعفه، بل ينظر فإن كان المقصود من متعلقه مجرد إيصال المال لجهة كالنفقة والدين ثبت الوجوب مع هذا العجز، لأن هذا المقصود يحصل

بأن قوله لا ينافي أهلية الوجوب يأباه لأنه لا يستعمل في غير الفرض. وأجيب بأن معناه لا ينافي أهلية الثبوت وفيه بعد، وبأن معناه المعنى المصطلح، والصوم هو أن يكون نذراً معيناً. وصورته: نوى المسافر الإفطار ثم قدم المصر قبل انتصاف النهار فنذر أن يصوم ذلك اليوم ونواه أجزأه، فكانت الأولى في غير رمضان، والثانية فيه فلا تكرار. وقوله **(فهذا أولى)** قيل في وجه الأولوية إن المرخص وهو السفر قائم وقت الإفطار في تلك المسألة ومع ذلك لم يبح له الإفطار، فلأن لا يباح في هذه المسألة وهو ليس بقائم فيه أولى. وقوله **(في المسألتين)** يعني مسافراً أقام ومقيماً سافر. قال **(ومن أغمي عليه في رمضان)** الإغماء إما أن يكون مستغرقاً أولاً، والثاني إما أن يحدث في أول ليلة أو في غيرها، فإن كان في غيرها سواء كان ليلاً أو نهاراً لا يقضي صوم ذلك النهار الذي حصل فيه أو في ليلته الإغماء، وكذا إذا كان في أول ليلة لأن الإمساك موجود لا محالة، وكذا النية ظاهراً، لأن ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية، والأول يقضيه كله لما ذكره من قوله **(لأنه نوع مرض الخ)** وكلامه واضح. وقوله **(ومن جنّ رمضان كله)** قال شمس الأئمة الحلواني: المراد بقوله جن رمضان كله ما يمكنه الصوم فيه ابتداء، حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الأخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء لأن الصوم لا يصح فيه

لابد من النية لكل يوم لأنها عبادات متفرقة، لأنه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة، **بخلاف** الاعتكاف **(ومن أغمي عليه في رمضان كله قضاه)** لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا فيصير عذراً في التأخير لا في الإسقاط **(ومن جنّ رمضان كله لم يقضه)** خلافاً لمالك هو يعتبره بالإغماء. ولنا أن المسقط هو الحرج والإغماء لايستوعب الشهر عادة فلا حرج، والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج **(وإن أفاق المجنون في بعضه قضى ما مضى)** خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. هما يقولان لم يجب عليه الأداء لانعدام الأهلية، والقضاء مرتب عليه، وصار كالمستوعب. ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر والأهلية بالذمة، وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته

بفعل النائب فيطالب به وليه، وإن كان من العبادات والمقصود منها نفس الفعل ليظهر مقصود الابتلاء من اختيار الطاعة أو المعصية فلا يخلو من كون هذا العجز الكائن بسبب عدم القدرة على استعمال العقل مما يلزمه الامتداد أو لا يمتد عادة أو قد وقد، ففي الأول لا يثبت الوجوب كالصبا لأنه يستتبع فائدته، وهي إما في الأداء وهو منتف إذ لا يتوجه عليه الخطاب بالأداء في حالة الصبا أو في القضاء وهو مستلزم للحرج البين فانتفى، وفي الثاني لا يسقط الوجوب معه، بل يثبت شرعاً ليظهر أثره في الخلف وهو القضاء فيصل بذلك إلى مصلحته من غير حرّج رحمة عليه كالنوم، فلو نام تمام وقت الصلاة وجب قضاؤها شرعاً، فعلمنا أن الشرع اعتبر هذا العارض بسبب أنه لا يمتد غالباً عدماً إذ لا حرج في ثبوت الوجوب معه ليظهر حكمه في الخلف، ثم لو نام يومين أو ثلاثة أيام وجب القضاء أيضاً لأنه نادر لا يكاد يتحقق فلا يوجب ذلك تغير الاعتبار الذي ثبت فيه شرعاً، أعني اعتباره عدماً إذ لا حرج في النوادر، وفي الثالث أدرنا ثبوت الوجوب وعدمه على ثبوت الحرج إلحاقاً له إذا ثبت بما يلزمه الامتداد، وإذا لم يثبت بما لم يمتد عادة فقلنا في الإغماء يلحق في حق الصوم بما لا يمتد وهو النوم، فلا يسقط معه الوجوب، إذا امتد تمام الشهر بل يثبت ليظهر حكمه في القضاء لعدم الحرج إذ لا حرج في النادر لأن النادر إنما يفرض فرضاً، وربما لم يتحقق قط وامتداد الإغماء شهراً كذلك. وفي حق الصلاة بما يمتد إذا زاد على يوم وليلة لثبوت الحرج بثبوت الكثرة بالدخول في حدّ التكرار فلا يقضي شيئاً وبما لا يمتد وهو النوم إذا لم يزد عليها لعدم الحرج، وقلنا في الجنون في حق الصلاة كذلك على ما قدمناه في باب صلاة المريض لاتحاد اللازم فيهما، وفي حق الصوم إن استوعب الشهر ألحق بما يلزمه الامتداد لأن امتداد الجنون شهراً كثير غير نادر، فلو ثبت الوجوب مع استيعابه لزم الحرج، وإذا لم يستوعبه بما لا يمتد لأن صوم ما دون الشهر في سنة لا يوقع في الحرج. وأيضاً أنه يؤدي إلى عدم وجوب القضاء إذا كان الجنون في الغالب يستمر شهراً وأكثر. وهذا التقرير يوجب أن لا فرق بين الأصلي

كالليل هو الصحيح. وقوله **(هو يعتبره بالإغماء)** يعني من حيث إن الجنون مرض يخل العقل فيكون عذراً في التأخير إلى زواله لا في الإسقاط كما في الإغماء. وقوله **(ولنا)** ظاهر، وقوله **(هما يقولان لم يجب عليه الأداء)** أي أداء ذلك البعض **(لانعدام الأهلية)** وكل من لم يجب عليه الأداء لم يجب عليه القضاء، لأن القضاء مرتب عليه **(وصار كالمستوعب)** فإن المستوعب منه منع القضاء في الكل، فإذا وجد في البعض منع بقدره اعتباراً للبعض بالكل **(ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر)** أي بعضه، لأن السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوّال فكان تقدير الآية والله أعلم: **﴿فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر كله﴾** لأن الضمير يرجع إلى المذكور دون المضمر والمجنون الذي لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعد الشهر فيصوم كله. فإن قيل: يجوز أن يمنع من ذلك مانع وهو عدم الأهلية فيما مضى. أجاب بأن الأهلية للوجوب بالذمة وهي كونه أهلاً للإيجاب والاستيجاب وهي موجودة لأنها بالآدمية. فإن قيل: لو كان ما ذكرتم صحيحاً لوجب على المستغرق

قوله: **(لأن السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال)** أقول: لأن السبب يتقدم على المنسبب قوله: **(والمجنون الذي لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر فيصوم كله)** أقول: يلزم على ظاهره أن يجب على الكافر الذي أسلم في بعض الشهر صوم كله، وكذا الصبي الذي بلغ في بعضه فليتأمل قوله: **(أجاب بأن الأهلية للوجوب بالذمة وهي كونه الخ)** أقول: الذمة صفة بها صار الإنسان أهلاً للإيجاب والاستيجاب كما صرح به في باب المحكوم به من التلويح، ففي كلام الشارح تسامح كما لا يخفى.

مطلوباً على وجه لا يحرج في أدائه، بخلاف المستوعب لأنه يحرج في الأداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات، ثم

والعارض وبين أن يفيق المجنون في وقت النية من آخر يوم أو بعده خلافاً لما قاله الحلواني وإن اختاره بعضهم، ثم نقل المصنف عن محمد أنه فرق بينهما على ما هو في الكتاب، وقدمنا في الزكاة الخلاف في نقل هذا الخلاف فجعل هذا التفصيل قول أبي يوسف، وقول محمد عدم التفصيل. وقيل الخلاف على عكسه وهو ما نقله المصنف. ومنهم من أيد التفصيل بثبوت التفصيل شرعاً في العدة بالأشهر والحيض بناء على أصلية امتداد الطهر وعارضيته، فإن الطهر إذا امتد امتداداً أصلياً بأن بلغت الصغيرة بالسن ولم تردما فإنها تعتد بالأشهر بعد البلوغ، ولو بلغت بالحيض ثم امتد طهرها اعتدت بالحيض فلا تخرج من العدّة إلى أن تدخل سن الإياس، فتعتد بالأشهر، ولا يخفي على متأمل عدم لزومه فإن المدار فيما نحن فيه لزوم الحرج وعدمه وفي العدة المتبع النص وهو يوجب ذلك التفصيل، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(وفي الوجوب فائدة)** جواب عما قد يقال قولك الأهلية بالذمة ومرجع الذمة إلى الآدمية يستلزم ثبوت أصل الوجوب على الصبي فقال: هو دائر مع الذمة لكن بشرط الفائدة لأنه يتلو الفائدة، ولا فائدة في تحققه في حق الصبي لما ذكرنا من أنه عند العجز عن الأداء إنما يثبت ليظهر أثره في القضاء لتحصل مصلحة الفرض رحمة ومنة، وإنما يكون ذلك فائدة إذا لم يستلزم إيجاب القضاء حرجاً لأنه حينئذ فتح باب تحصيل المصلحة، أما إذا استلزمه فهو معدوم الفائدة ظاهراً لأنه مقترن بطريق التفويت وهو الحرج، وذلك باب العذاب لا الفائدة وإن كان قد ثبت له الأفراد من العباد فإن الفوائد الشرعية التي تستتبعها التكاليف إنما تراعي في حق العموم رحمة وفضلاً لا بالنسبة إلى آحاد من الناس، بخلاف ثبوته مع الجنون لأنه يستتبع الفائدة أو نقول: لا فائدة لأنها في القضاء ولا يجب القضاء للحرج، فلو ثبت الوجوب لم يكن لفائدة قوله: **(وتمامه في الخلافيات)** إذا حققت ما قدمناه آنفاً تحققت تمامه قوله: **(فعليه قضاؤه)** قيل: لا بد من التأويل، لأن دلالة حال المسلم كافية في وجود النية، ألا ترى أن من أغمي عليه في ليلة من رمضان يكون صائماً يومها، وإنما يقضي ما بعده بناء على الظاهر وجود النية منه فيها، فلذا أوّل بأن يكون مريضاً أو مسافراً أو متهتكاً اعتاد الأكل في رمضان، ومن حقق تركيب الكتاب وهو قوله: ومن لم ينو في رمضان كله لا صوماً ولا فطراً فعليه القضاء جزم بأن هذا التأويل تكلف مستغنى عنه، بخلاف من أغمي عليه فإن الإغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الإفاقة فيبني الأمر فيه على الظاهر من حال وهو وجود النية، إلا أن يكون متهتكاً يعتاد الأكل فيفتي بلزوم صومه ذلك اليوم أيضاً لأن حاله لا يصلح دليلاً على

أيضاً. أجاب بقوله **(وفي الوجوب فائدة وهو)** أي الفائدة بتأويل المذكور **(صيرورته مطلوباً على وجه لا يحرج في أدائه، والمستوعب ليس كذلك لأنه يحرج في الأداء فلا فائدة)** في الوجوب لأنه بوجوب لسقط بسبب الجرح بعد الوجوب فصار كالصبا لأن الصبا لما كان ممتداً كان في الإيجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فائدة فيه. والحاصل أن الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الإغماء والصبا والجنون، إلا أن الإغماء لا يطول عادة فلا يسقط القضاء والصبا يطول فيسقط دفعاً للحرج والجنون يطول ويقصر، فإذا طال التحق بالصبا، وإذا لم يطل التحق بالإغماء، والطويل في الصوم أن يستوعب الشهر كله، وفي الصلاة أن يزيد على يوم وليلة **(ثم لا فرق بين)** الجنون **(الأصلي)** وهو أن يبلغ مجنوناً **(والعارضي)** وهو أن يبلغ عاقلاً ثم يجن **(قيل هذا)** أي عدم الفرق بين الجنونين **(ظاهر الرواية. وعن محمد أنه فرق بينهما)** فقال: إن بلغ مجنوناً ثم أفاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى، لأن ابتداء الخطاب يتوجه إليه الآن فصار كصبي بلغ. وروى هشام عن أبي يوسف أنه قال في القياس لا قضاء عليه ولكني أستحسن فأوجب عليه قضاء ما مضى من الشهر، لأن الجنون الأصلي لا يفارق العارضي في شيء من الأحكام، وليس فيه رواية عن أبي حنيفة. واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه، والأصح أنه ليس عليه قضاء ما مضى، كذا في المبسوط وإليه أشار بقوله **(وهذا)** أي المروي عن محمد **(مختار بعض المتأخرين)** منهم الإمام أبو

قوله: **(والحاصل أن الوجوب في الذمة لا ينعدم الخ)** أقول: يخالف ظاهره لما تقدم آنفاً من قوله لو وجب لسقط

لا فرق بين الأصلي والعارضي، قيل هذا في ظاهر الرواية. وعن محمد رحمه الله أنه فرق بينهما لأنه إذا بلغ مجنوناً التحق بالصبيّ فانعدم الخطاب بخلاف ما إذا بلغ عاقلاً ثم جنّ، وهذا مختار بعض المتأخرين **(ومن لم ينو في رمضان كله لا صوماً ولا فطراً فعليه قضاؤه)** وقال زفر رحمه الله: يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لأن الإمساك مستحق عليه، فعلى أيّ وجه يؤديه يقع عنه، كما إذا وهب كل النصاب من الفقير. ولنا أن المستحق الإمساك بجهة العبادة ولا عبادة إلا بالنية، وفي هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكاة **(ومن أصبح غير ناو للصوم فأكل لا كفارة عليه)** عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال زفر: عليه الكفارة لأنه يتأدى بغير النية عنده. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لأنه فوّت إمكان التحصيل فصار

قيام النية، أما ههنا فإنما علق وجوب القضاء بنفس عدم النية ابتداء لا بأمر يوجب النسيان ولا شك أنه أدرى بحالته. نعم لو قال: ومن شك أنه كان نوى. أولاً أمكن إيجاب بهذه المسألة بالبناء على ظاهر حاله كما ذكرنا قوله: **(في حق الصحيح المقيم)** قيد بهما لأن المسافر والمريض لا بد لهما من النية اتفاقاً لعدم التعين في حقهما قوله: **(كما إذا وهب النصاب من الفقير)** أي على مذهبكم فهو إلزامي من زفر، فإن إعطاء النصاب فقيراً واحداً عنده لا يقع به عن الزكاة. وثمرة الخلاف تظهر أيضاً في لزوم الكفارة بالأكل فيه عند زفر تجب مطلقاً، وعند أبي حنيفة لا تجب مطلقاً، وعندهما التفصيل بين أن يأكل قبل الزوال فتجب أو بعده فلا، وهي المسألة التي تلي هذه، ومنهم من جعل محمداً مع أبي حنيفة قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكفارة تعلقت بالإفساد وهذا امتناع)** عنه لا إفساد لأنه يستدعي سابقة الشروع إلا إن لأبي يوسف أن يقول: الثابت في الشرع ترتيبها على الفطر في رمضان إذ اسم الفطر لا

عبد الله الجرجاني، والإمام الرستغفني، والزاهد الصفار رحمهم الله. وقوله **(ومن لم ينو في رمضان)** يعني أمسك عن المفطرات لكنه لم ينو **(صوماً ولا فطراً فعليه قضاؤه)** قالوا: هذا المسألة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تأويل، لأن دلالة حال المسلم فيه كافية لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائماً يوم أغمي عليه، لأن ظاهر حاله عدم الخلوّ عن النية وإن لم يعرف منه، وأوّلوا بأن يكون مريضاً أو مسافراً أو متهتكاً اعتاد الأكل في رمضان، فلم يصلح حاله دليلاً على نية الصوم، كذا ذكره فخر الإسلام، وأرى أنه ليس بمحتاج إلى التأويل لأن حال المسلم دليل إذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه، والفرض في هذه المسألة العلم بأنه لم ينو شيئاً بإخباره بذلك، والدلالة إنما تعتبر إذا لم يخالفها صريح وقال زفر: **(يكون صائماً ولا قضاء عليه لأن صوم رمضان يتأدى بدون النية في حق الصحيح المقيم لأن الإمساك مستحق عليه، فعلى أيّ وجه أدّاه يقع عنه كما إذا وهب كل النصاب من الفقير)** وهكذا روي عن عطاء، وأنكر الكرخي أن يكون هذا مذهباً لزفر، وقال المذهب عنده أن صوم الشهر كله يتأدى بنية واحدة كما هو قول مالك، وقال أبو اليسر: هذا قول لزفر في صغره ثم رجع عنه، وإنما قيد بالصحيح المقيم نفياً لما يجوز به صرف الإمساك إلى غيره لتعين الجهة. واعترض بأن هبة النصاب فقيراً واحداً لا يجوز عنده على ما مرّ فما وجه ما في الكتاب؟ وأجيب بأن معناه على قول مذهبكم، وبأن تأويله أن يكون الفقير مديوناً فإن دفع النصاب إليه جائز بالاتفاق، ويجوز أن يقال أراد بالفقير الجنس فكان الدفع متفرّقاً **(ولنا أن المستحق هو**

قوله: **(وإليه أشار بقوله وهذا: أي المروي الخ)** أقول: تأمل في وجه الإشارة قوله: **(وأولوا بأن يكون مريضاً أو مسافراً أو متهتكاً اعتاد الأكل في رمضان الخ)** أقول: لا يستقيم خلاف زفر على هذا التأويل قال المصنف: **(ومن أصبح غير ناو للصوم)** أقول: قال في الكافي: وإن أصبح غير ناو للصوم ثم نوى قبل الزوال ثم أكل فلا كفارة عليه. وعن أبي يوسف أنها تلزمه لأن شروعه في الصوم صح فكملت جنايته بالفطر. ولهما أن ظاهر قوله ﷺ «لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل» ينفي كونه صائماً بهذه النية، فالحديث وإن ترك العمل بظاهره يبقى شبهة في درء ما يسقط بالشبهات كمن وطىء جارية ابنه مع العلم بالحرمة لا يحد لظاهر قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» اهـ. فيحتاج أبو يوسف على ظاهر الرواية عنه ومحمد إلى الفرق بين مسئلة الكتاب وهذه المسئلة قوله: **(لأن الاستهلاك شرط التفويت، إلى قوله، فلم يكن إلا للتفويت)** أقول: يخالف لقوله: وتفويت إمكان الشيء كتفويته تأمل.

كغاصب الغاصب، ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الكفارة تعلقت بالإفساد وهذا امتناع إذ لا صوم إلا بالنية **(وإذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت)** بخلاف الصلاة لأنها تحرج في قضائها وقد مرّ في الصلاة **(وإذا قدم المسافر أو طهرت الحائض في بعض النهار أمسكا بقية يومهما)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب الإمساك وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلاً للزوم ولم يكن كذلك في أوّل اليوم. هو يقول: التشبه خلف فلا يجب إلا على من يتحقق الأصل في حقه كالمفطر متعمداً أو مخطئاً. ولنا أنه وجب قضاء لحق الوقت لاخلفاً لأنه وقت معظم،

يستدعي سابقة الصوم، يقال: أفطرت اليوم وكان من عادتي صومه إذا أصبح غير ناو ثم أكل. سلمناه لكن الإمساكات الكائنة في وقت النية من النهار ليس لها حكم الفطر، كما أن ليس لها حكم الصوم فيتحقق الفطر بالأكل إذا ورد عليها، إلا أن هذا يقتصر على ما إذا أكل قبل نصف النهار. والذي أظنه أن الملحوظ لكل من أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله واقعة الأعرابي المروية في الكفارة لما كانت في فطر بما هي مشتهي حال قيام الصوم هل يفهم ثبوتها في فطر كذلك قبل الشروع، ففهمه أبو يوسف رحمه الله، وفهم أبو حنيفة عدمه إذ لا شك في أن جناية الإفطار حال قيام الصوم أقبح منها حال عدمه، فإلزام الكفارة في صورة الجناية التي هي أغلظ لا يوجب فهم ثبوتها فيما هو دون ذلك خصوصاً مع الاتفاق على عدم إلغاء كل ما زاد على كونه فطراً جناية في صورة الواقعة للاتفاق على عدم الكفارة مع قيام الفطر لعدم الجناية في ابتلاع الحصى ونحوه. وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن أصبح لا ينوي الصوم ثم نواه قبل الزوال ثم جامع في بقية يومه لا كفارة فيه، وروي عن أبي يوسف أن عليه الكفارة. وجه النفي شبهة الخلاف في صحة الصوم بنية من النهار، وفي المنتقى فيمن أصبح ينوي الفطر ثم عزم على الصوم ثم أكل عمداً لا كفارة فيه عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف، والكلام فيهما واحد قوله: **(وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلاً)** تقدم الكلام في هذا والمقصود هنا ذكر الخلاف، والمراد بالمخطىء من فسد صومه بفعله المقصود دون قصد الإفساد كمن تسحر على ظن عدم الفجر أو أكل يوم الشك ثم ظهر أنه الفجر ورمضان قوله: **(لأنه وقت معظم)** وتعظيمه بعدم الأكل فيه إذا لم يكن المرخص قائماً وأصل ذلك حديث عاشوراء على ما ذكرناه قريباً فثبت به وجوب التشبه أصلاً ابتداء لا خلفاً عن الصوم قوله: **(وهو يرى)** على البناء للمفعول من الرأي بمعنى الظن لا الرؤية بمعنى

الإمساك عبادة ولا إمساك عبادة بالنية وفي هبة النصاب قد وجدت النية كما مرّ في الزكاة، ومن أصبح غير ناو للصوم فأفطر) قبل الزوال أو بعده **(فلا كفارة عليه عند أبي حنيفة، وقال زفر: عليه الكفارة لأنه يتأدى عنده بغير النية)** وقد أفسد المستحق عليه شرعاً فتجب الكفارة كما لو نوى **(وقال أبو يوسف ومحمد)** وفخر الإسلام جعل هذا قول أبي يوسف خاصة **(إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لأنه فوّت إمكان التحصيل)** لكونه وقت النية **(فصار كغاصب الغاصب)** فإن المالك إذا ضمنه فإنما يضمنه لتفويت الإمكان وتفويت إمكان الشيء كتفويته، لا يقال: لا نسلم أنّ التضمين لتفويت الإمكان لم لا يكون للاستهلاك أو للغصب نفسه من الغاصب، لأن الاستهلاك شرط التفويت، ولا يضاف الحكم إلى الشرط مع قيام صاحب العلة، ولم يتحقق الغصب لأنه ما أزال يداً محقة فلم يكن إلا للتفويت. ووجه قول أبي حنيفة ظاهر مكشوف، وأما ما قالا من تفويت الإمكان فهو مستيم في غير ما يندرىء بالشبهات في باب العدوان. وقوله: **(وإذا حاضت المرأة أو نفست)** بضم النون أي صارت نفساء وكلامه واضح. وقوله: **(وإذا قدم المسافر)** قد قدمنا الأصل الجامع لهذه الفروع، وكلامه كما ترى يشير إلى اختياره وجوب الإمساك، إذا لو لم يكن كذلك لارتفع الخلاف. فإن الشافعي رحمه الله يقول: بعدم الوجوب بناء على أن التشبه خلف والخلف لا يجب إلا على من يجب الأصل في حقه كالمفطر متعمداً. والمخطىء، يعني الذي أكل يوم الشك ثم ظهر أنه من رمضان أو تسحر على ظن أنه ليل وكان الفجر طالعاً لا الذي أخطأ في المضمضة ونزل الماء في جوفه فإنه لا

قوله: **(لا الذي أخطأ في المضمضة الخ)** أقول: يجوز أن يكون مراده كالمخطىء على مذهبكم قوله: **(لأن هذا الوقت معظم، ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمداً)** أقول: الضمير في قوله فيه راجع إلى الوقت قال المصنف: **(كالمفطر متعمداً أو مخطئاً)** أقول فيه: إن المخطىء كالناسي عنده وجوابه ظاهر.

بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الأعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم. قال: **(وإذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو قد طلع أو أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت فإذا هي لم تغرب أمسك بقية يومه)** قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو نفياً للتهمة **(وعليه القضاء)** لأنه حق مضمون بالمثل، كما في المريض والمسافر **(ولا كفارة عليه)** لأن الجناية قاصرة لعدم القصد، وفيه

اليقين كقوله * رأيت الله أكبر من كل شيء * أي علمته، ولو صيغ منه للفاعل مراداً به الظن لم يمتنع في القياس لكنه لم يسمع بمعناه إلا مبنياً للمفعول. قال:

وكنت أرى زيداً كما قيل سيدا   إذ إنه عبد القفا واللهازم

فأريت بمعني أظننت: أي دفع إلى الظن قوله: **(لأن الجناية قاصرة)** ليس هنا جناية أصلاً لأنه لم يقصد وقد صرحوا بعدم الإثم عليه، اللهم إلا أن يراد أن عدم تثبته إلى أن يستيقن جناية فيكون المراد جناية عدم التثبت لا جناية الإفطار كما قالوا في القتل الخطأ لا إثم عليه فيه، والمراد إثم القتل، وصرح بأن فيه إثم ترك العزيمة والمبالغة في التثبت حال الرمي، قال المصنف في الجنايات: شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى، اللهم إلا أن يدفع بأن ترك التثبت إلى الاستيقان في القتل ليس كتركه إلى الاستيقان في الفطر، وأيضاً: المعنى الموجب للقول بثبوته في القتل بترك التثبت إلى تلك الغاية شرع الكفارة، وهذا الدليل مفقود هنا إذ لا كفارة، ولولا هو لم نجسر على القول بذلك هناك. وحديث عمر رضي الله عنه رواه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: أفطر عمر رضي الله عنه وأصحابه في يوم غيم ظنوا أن الشمس غابت، قال: فطلعت فقال عمر: ما تعرضنا لجنف نتم هذا اليوم ثم نقضي يوماً مكانه. وأخرجه ابن أبي شيبة من طرق أقربها إلى لفظ الكتاب ما عن علي بن حنظلة عن أبيه قال: شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رمضان وقرّب إليه شراب فشرب بعض القوم وهم يرون الشمس قد غربت، ثم ارتقى المؤذن فقال: يا أمير المؤمنين والله إن الشمس طالعة لم تغرب، فقال عمر رضي الله عنه: من كان أفطر فليصم يوماً مكانه، ومن لم يكن أفطر فليتم حتى تغرب الشمس. وأعاده من طريق آخر، وزاد فقال له: بعثناك داعياً ولم نبعثك راعياً، وقد اجتهدنا، وقضاء يوم يسير[(١)]. وإنما قال له ذلك لأن خطابه له من أعلى المئذنة رافعاً صوته ليس من الأدب، بل كان حقه أن ينزل فيخبره متأدياً. وحديث «تسحروا فإن في السحور بركة»[(٢)] رواه الجماعة إلا أبا داود عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ «تسحروا فإن في السحور بركة»[(٣)] قيل: المراد

يفطر عنده. قلنا: لا نسلم أن التشبه خلف لأن بعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق الوقت أصلاً لأن هذا الوقت معظم، ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمداً دون غيره وقد قال ﷺ «من تقرّب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة، ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه» وإذا كان معظماً وجب عليه قضاء حقه بالصوم إن كان أهلاً، وبالإمساك إن لم يكن وإذا لم يكن خلفاً لا يكون وجوبه مبنياً على وجوب الأصل **(بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم)** الإمساك لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الأعذار، فإنها كما تمنع عن الصو تمنع عن التشبه به، أما في الحائض والنفساء فلأن الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام، وأما في المريض والمسافر فلأن الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو ألزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض. قال: **(وإذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع)** ومن أخطأ في الفطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه إمساك بقية يومه، ويجب عليه القضاء ولا تجب عليه

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٤/ ٢١٧ موقوفاً على عمر.
وانظر الزيلعي ٢/ ٤٦٩.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٢٣ ومسلم ١٠٩٥ والترمذي ٧٠٨ والنسائي ٤/ ١٤١ وابن ماجه ١٦٩٢ والبيهقي ٤/ ٢٣٦ وابن خزيمة ١٩٣٧ وأبو يعلى ٢٨٤٨ والدارمي ٢/ ٦ وعبد الرزاق ٧٥٩٨ وابن أبي شيبة ٣/ ٨ وابن حبان ٣٤٦٦ وابن الجارود ٣٨٣ وأحمد ٣/ ٩٩، ٢٢٩، ٢٥٨، ٢٨١ كلهم من حديث أنس.

(٣) هو المتقدم.

قال عمر رضي الله تعالى عنه: ما تجانفنا لإثم، قضاء يوم علينا يسير، والمراد بالفجر الفجر الثاني، وقد بيناه في الصلاة **(ثم التسحر مستحب)** لقوله عليه الصلاة والسلام «تسحروا فإن في السحور بركة» **(والمستحب تأخيره)** لقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث من أخلاق المرسلين: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، والسواك» **(إلا أنه إذا شك في**

بالبركة حصول التقوّى به على صوم الغد، بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام «استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل، وبأكل السحر على صيام النهار»[1]. أو المراد زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين. قال عليه الصلاة والسلام «فرق ما بين صومنا وصوم أهل الكتاب أكلة السحر»[2] ولا منافاة فليكن المراد بالبركة كلاً من الأمرين. والسحور ما يؤكل في السحر وهو السدس الأخير من الليل، وقوله في النهاية: هو على حذف مضاف تقديره في أكل السحور بركة بناء على ضبطه بضم السين جمع سحر[3] فأما على فتحها وهو الأعرف في الرواية فهو اسم للمأكول في السحر، كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به. وقيل: يتعين الضم لأن البركة ونيل الثواب إنما يحصل بالفعل لا بنفس المأكول. وحديث «ثلاث من أخلاق المرسلين»[4] على الوجه الذي ذكره المصنف الله أعلم به. والذي في معجم

الكفارة، ولا يأثم به، أما فساد صومه فلانتفاء ركنه بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان. وأما إمساك البقية فلقضاء حق الوقت بالقدر الممكن كما ذكرنا آنفاً أو لنفي التهمة، فإنه إذا أكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق، والتحرز عن مواضع التهم واجب بالحديث. وأما القضاء فلأنه حق مضمون بالمثل شرعاً فإذا فوّته قضاه كالمريض والمسافر، وأما عدم الكفارة فلأن الجناية قاصرة لعدم القصد، ويعضده ما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه كان جالساً مع أصحابه في رحبة مسجد الكوفة عند الغروب في شهر رمضان، فأتي بعسّ من لبن فشرب منه هو وأصحابه، وأمر المؤذن أن يؤذن، فلما رقى المئذنة رأى الشمس لم تغب فقال: الشمس يا أمير المؤمنين، فقال عمر: بعثناك داعياً ولم نبعثك راعياً **(ما تجانفنا لإثم، قضاء يوم علينا يسير)** فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الإثم، وإن جعلت الموضع موضع بيان ما يجب في مثله دل على عدم الكفارة أيضاً، لأن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان، والجنف الميل. فإن قيل: ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون ظناً فما حكم الشك في ذلك؟ فالجواب أنه إذا شك في طلوع الفجر لا تجب عليه الكفارة، وإذا شك في غروب الشمس وجبت، والفرق أنه متى شك في غروب الشمس فأفطر فقد كمل الفطر على سبيل التعدي، لأنه كان متيقناً بالنهار شاكاً بالليل، واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع الفجر بالعكس، وفي كلام المصنف تصريح بذلك ولكنه قال: ينبغي أن تجب الكفارة لأن فيه اختلاف المشايخ. وقوله **(والمراد بالفجر)** ظاهر. وقوله **(ثم التسحر)** السحر آخر الليل، عن الليث قالوا: هو السدس الأخير، والسحور اسم لما يؤكل في ذلك الوقت وقوله عليه الصلاة والسلام **(فإن في السحور بركة)** أي في أكله، والمراد بالبركة زيادة القوّة على أداء الصوم، ويجوز أن يكون المراد نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين، ثم تأخير أكل السحور مستحب في مستحب، فإن نفس التسحر مستحب، وتأخيره مستحب أيضاً، فكان التأخير مستحباً في

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٦٩٣ والحاكم ١/٤٢٥ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال البوصيري في الزوائد: في إسناده زمعة بن صالح ضعيف قال الحاكم: زمعة بن صالح وسلمة بن وهرام ليسا بالمتروكين اللذين لا يحتج بهما ولكن الشيخين لم يخرجاه عنهما اهـ.
وأقره الذهبي سكوتاً. وهذا منه تضعيف لزمعة وسلمة. وقال الحافظ في التقريب في ترجمة زمعة: ضعيف اهـ وقد تفرد به.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٩٦ وأبو داود ٢٣٤٣ والترمذي ٧٠٩ والنسائي ٤/١٤٦ وابن خزيمة ١٩٤٠ والدارمي ٢/٦ وعبد الرزاق ٧٦٠٢ وابن أبي شيبة ٣/٨ وابن حبان ٣٤٧٧ وأحمد ٤/٢٠٢ كلهم من حديث عمرو بن العاص ورجاله ثقات.

(٣) **(قوله جمع سحر)** هكذا في النسخ، والمشهور الموجود في كتب اللغة أن جمع سحر أسحار، والسحور بالضم: الأكل في السحر اهـ مصححه.

(٤) الراجح وقفه. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/١٠٥ عن أبي الدرداء مرفوعاً، وموقوفاً.
قال الهيثمي: الموقوف صحيح، والمرفوع في رجاله من لم أجد من ترجمه.
وأخرجه البيهقي ٤/٢٣٨ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/١٠٥ كلاهما من حديث ابن عباس بنحوه.
قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح اهـ.
وقال البيهقي: يعرف بطلحة بن عمرو المكي وهو ضعيف اهـ.
وورد عن عائشة من قولها أخرجه البيهقي ٢/٢٩ وذكره في ٤/٢٣٨ وقال: وهو أصح ما ورد فيه. لكن هذا مثله معاً لا يقال بالرأي فله حكم الرفع، وإن كان موقوفاً.

الفجر) ومعناه تساوي الظنين (الأفضل أن يدع الأكل) تحرزاً عن المحرّم، ولا يجب عليه ذلك، ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل. وعن أبي حنيفة رحمه الله: إذا كان في موضع لا يستبين الفجر، أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة، أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل، ولو أكل فقد أساء لقوله عليه الصلاة والسلام «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» وإن كان أكبر رأيه أنه أكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملاً بغالب الرأي، وفيه الاحتياط. وعلى ظاهر

الطبراني حدثنا جعفر بن محمد بن حرب العباداني حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن علي بن أبي العالية عن مورّق العجلي عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث من أخلاق المرسلين: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، ووضع اليمين على الشمال في الصلاة»[1]. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً، وذكر أن الدارقطني في الأفراد رواه من حديث حذيفة مرفوعاً بنحو حديث أبي الدرداء. ومما يدل على المطلوب مما في الصحيح حديث البخاري عن سهل بن سعد قال «كنت أتسحر ثم يكون لي سرعة أن أدرك صلاة الفجر مع رسول الله ﷺ»[2] وفي الصحيحين عن زيد بن ثابت قال «تسحرنا مع رسول الله ﷺ ثم قمنا إلى الصلاة، قلت: كم كان قدر ما بينهما؟ قال: قدر خمسين آية»[3] قوله: (إلا أنه إذا شك) استثناء من قوله ثم التسحر مستحب، وأخذ الظن في تفسير الشك بناء على استعمال لفظ الظن في الإدراك مطلقاً قوله: (فصومه تام) أي ما لم يتيقن أنه أكل بعد الفجر فيقضي حينئذ قوله: (وعن أبي حنيفة الخ) يفيد المغايرة بين هذه وبين تلك الرواية، فإن استحباب الترك لا يستلزم ثبوت الإساءة إن لم يترك يستلزم كون ذلك مفضولاً، وفعل المفضول لا يستلزم الإساءة، ثم استدل على هذه الرواية بقوله عليه الصلاة والسلام «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» رواه النسائي والترمذي، وزاد «فإن الصدق طمأنينة

مستحب. قال عليه الصلاة والسلام (ثلاث من أخلاق المرسلين: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، والسواك) فإن قيل: ما وجه جعل تأخير السحور من أخلاق المرسلين وهو مخصوص بأهل الإسلام وبأمته عليه الصلاة والسلام، فإن النبي ﷺ قال «فرق ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكل السحور». أجيب: بأن المراد به الأكلة الثانية فإنها كانت تجري مجرى السحور في حقهم، ويجوز أن يقال: لا منافات بين الحديثين، فإن الأول يدل على أنه من أخلاق المرسلين. والثاني يدل على أن أهل الكتاب ما كان لهم سحور، وهذا غير الأول لجواز أن يكون أنبياؤهم يتسحرون. وقوله (إلا أنه إذا شك في الفجر) ظاهر. وقوله (وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه) هو الصحيح لأن الليل هو الأصل فلا ينتقل عنه إلا بيقين، وأكبر الرأي ليس كذلك. وقوله (رواية واحدة) قال في النهاية: أي فعليه القضاء والكفارة، لأن النهار كان ثابتاً وقد انضم إليه أكبر الرأي فصار بمنزلة اليقين، وقد أشرنا إليه في الجواب المذكور، وإنما قال: رواية واحدة احترازاً عما إذا كان أكبر رأيه أن الفجر طالع، لأن فيه روايتين كما ذكرنا آنفاً. وقوله (ومن أكل في رمضان ناسياً) ظاهر (لأن الاشتباه استند إلى القياس) لأن القياس الصحيح يقتضي أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالأكل ناسياً، فإذا أكل بعده عامداً لم يلاق فعله الصوم فلا تجب عليه الكفارة. وقوله

قوله: (فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الإثم الخ) أقول: ولكن قول المصنف لأن الجناية قاصرة يؤذن بوجوده فتأمل، فإنه لا يبعد أن يقال المنفي هو جناية الإفطار، والذي أثبته المصنف هو جناية ترك التثبت كما سيجيء نظيره في القتل الخطأ من الجنايات، أو يكون كلام المصنف مبنياً على التنزل قوله: (وإذا شك في غروب الشمس وجبت) أقول: يعني في رواية قوله: (لأنه كان متيقناً بالنهار شاكاً بالليل، واليقين لا يزول بالشك) أقول: قوله متيقناً بالنهار: أي أولاً، وقوله شاكاً بالليل: أي ثانياً، وقوله واليقين لا يزول: أي حكم اليقين.

---

(١) هو المتقدم.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٢٠ من حديث سهل بن سعد.
(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٢١ ومسلم ١٠٩٧ كلاهما من حديث زيد بن ثابت.

الرواية لا قضاء عليه لأن اليقين لا يزال إلا بمثله، ولو ظهر أن الفجر طالع لا كفارة عليه لأنه بنى الأمر على الأصل فلا تتحقق العمدية (ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر) لأن الأصل هو النهار (ولو أكل فعليه القضاء)

والكذب ريبة»[1] قال الترمذي: حديث حسن صحيح. فنقول: المروي لفظ الأمر، فإن كان على ظاهره كان مقتضاه الوجوب فيلزم بتركه الإثم لا الإساءة، وإن صرف عنه بصارف كان ندباً ولا إساءة بترك المندوب، بل إن فعله نال ثوابه وإلا لم ينل شيئاً فهو دائر بين كونه دليل الوجوب أو الندب فلا يصلح جعله دليلاً على هذه إلا أن يراد إساءة معها إثم، والله أعلم قوله: **(فعليه قضاؤه)** ولا كفارة قوله: **(وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لأن اليقين لا يزال بالشك)** والليل أصل ثابت بيقين فلا ينتقل عنه إلا بيقين، وصححه في الإيضاح. واعلم أن التحقيق هو أن التيقن إنما هو دخول الليل في الوجود لا امتداده إلى وقت تحقق ظن طلوع الفجر لاستحالة تعارض اليقين مع الظن لأن العلم بمعنى اليقين لا يحتمل النقيض، فضلاً أن يثبت ظن النقيض، فإذا فرض تحقق ظن طلوع الفجر في وقت فليس ذلك الوقت محل تعارض الظن به، واليقين ببقاء الليل، بل التحقيق أنه محل تعارض دليلين ظنيين في بقاء الليل وعدمه، وهما الاستصحاب والأمارة التي بحيث توجب ظن عدمه لا تعارض ظنين في ذلك أصلاً إذ ذاك لا يمكن، لأن الظن هو الطرف الراجح من الاعتقاد فإذا فرض تعلقه بأن الشيء كذا استحال تعلق آخر بأنه لا كذا من شخص واحد في وقت واحد، إذ ليس له إلا طرف واحد راجح، فإذا عرف هذا فالثابت تعارض ظنين في قيام الليل وعدمه فيتهاتران، لأن موجب تعارضهما الشك لا ظن واحد فضلاً عن ظنين، وإذا تهاترا عمل بالأصل وهو الليل فحقق هذا وأجره في مواطن كثيرة كقولهم: في شك الحدث بعد يقين الطهارة اليقين لا يزال بالشك ونحوه قوله: **(ولو أكل فعليه القضاء)** وفي الكفارة روايتان، ومختار الفقيه أبي جعفر لزومها لأن الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهة الإباحة لا حقيقتها، ففي حال الشك دون ذلك وهو شبهة الشبهة وهي لا تسقط العقوبات، هذا إذا لم يتبين الحال، فإن ظهر أنه أكل قبل الغروب فعليه الكفارة لا أعلم فيه خلافاً، والله سبحانه وتعالى أعلم، وهو الذي ذكره بقوله ولو كان شاكاً إلى قوله ينبغي أن تجب الكفارة قوله: **(فعليه القضاء رواية واحدة)** أي إذا لم يستبن شيء أو تبين أنه أكل قبل الغروب لأن النهار كان ثابتاً بيقين وقد انضم إليه أكبر رأيه. وأورد لو شهد اثنان بأنها غربت واثنان بأن لا فأفطر ثم تبين عدم الغروب لا كفارة مع أن تعارضهما يوجب الشك. أجيب بمنع الشك فإن الشهادة بعدمه على النفي فبقيت الشهادة بالغروب بلا معارض فتوجب ظنه، وفي النفس منه شيء يظهر بأدنى تأمل قوله: **(ومن أكل في رمضان ناسياً)** أو جامع ناسياً فظن أنه أفطر فأكل أو جامع عامداً لا كفارة عليه، وعلى هذا لو أصبح مسافراً فنوى الإقامة فأكل لا كفارة عليه قوله: **(وإن بلغه الحديث)** يعني قوله ﷺ «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه»[2] وتقدم تخريجه، ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية لا تجب وصححه قاضيخان، وفي رواية تجب وكذا عنهما، ومرجع وجهيهما إلى أن انتفاء الشبهة لازم انتفاء الاشتباه أو لا، فقولهما بناء على

(لأنه لا اشتباه) يعني إذا علم الحديث علم أن القياس متروك، والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة. وقوله: **(وجه الأول)** يعني

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ٢٥١٨ والنسائي ٨/ ٣٢٧ والدارمي ٢/ ٢٤٥ والطيالسي ١١٧٨ وابن حبان ٧٢٢ وعبد الرزاق ٤٩٨٤ والحاكم ٢/ ١٣، ٤/ ٩٩ كلهم من حديث الحسن بن علي وفي لفظ «فإن الخير طمأنينة والشر ريبة» صححه الحاكم، ووافقه الذهبي في الأولى، وقال الذهبي في الثانية: إسناده قوي اهـ.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وورد من حديث ابن عمر أخرجه الطبراني في الصغير ١/ ١٠٢ وأبو نعيم في الحلية ٦/ ٣٥٢ والخطيب في تاريخ بغداد ٢/ ٢٢٠، ٣٨٧ و٦/ ٣٨٦ والقضاعيُّ في مسند الشهاب ٦٤٥ فالحديث بمجموع طريقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح. والله أعلم.

(٢) تقدم في باب ما يوجب القضاء، والكفارة.

عملاً بالأصل، وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لأن النهار هو الأصل، ولو كان شاكاً فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة نظراً إلى ما هو الأصل وهو النهار **(ومن أكل في رمضان ناسياً وظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمداً عليه القضاء دون الكفارة)** لأن الاشتباه استند إلى القياس فتتحقق الشبهة،

ثبوت اللزوم والمختار بناء على ثبوت الانفكاك، لأن ثبوت الشبهة الحكمية بثبوت دليل الفطر وهو القياس القوي وهو ثابت لم ينتف، حتى قال بعض الأئمة بالفطر، وصرف قوله عليه الصلاة والسلام «فليتم صومه»[(١)] إلى الصوم اللغوي وهو الإمساك. وقال أبو حنيفة: لولا بالنص لقلت يفطر. وصار كوطء الأب جارية ابنه لا يحد وإن علم بحرمتها عليه نظراً إلى قيام شبهة الملك الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[(٢)] فإنها ثابتة بثبوت هذا الدليل، وإن قام الدليل الراجح على تباين الملكين قوله: **(لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي)** يعني: فيما إذا لم يبلغه الحديث لأن القياس لا يقتضي ثبوت الفطر مما خرج، بخلاف ما لو ذرعه القيء فظن أنه أفطر فأكل عمداً فإنه كالأول لا كفارة عليه، فإن القيء يوجب غالباً عود شيء إلى الحلق لتردده فيه فيستند ظن الفطر إلى دليل، أما الحجامة فلا تطرّق فيها إلى الدخول بعد الخروج فيكون تعمد أكله بعده موجباً للكفارة إلا إذا أفتاه مفت بالفساد، كما هو قول الحنابلة، وبعض أهل الحديث فأكل بعده لا كفارة لأن الحكم في حق العامي فتوى مفتيه قوله: **(وإن بلغه الحديث واعتمده)** على ظاهره غير عالم بتأويله وهو عامي **(فكذلك عند محمد)** أي لا كفارة عليه، لأن قول المفتي يورث الشبهة المسقطة، فقول الرسول عليه الصلاة والسلام أولى، وعن أبي يوسف لا يسقطها **(لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث)** فإذا اعتمده كان تاركاً للواجب عليه، وترك الواجب لا يقوم شبهة مسقطة لها **(وإن عرف تأويله)** ثم أكل **(تجب الكفارة لانتفاء الشبهة، وقول الأوزاعي)** إنه يفطر **(لا يورث شبهة لمخالفته القياس)** مع فرض علم الآكل كون الحديث على غير ظاهره، ثم تأويله أنهما كانا يغتابان، أو أنه منسوخ. ولا بأس بسوق نبذة تتعلق بذلك. روى أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ثوبان «أن رسول الله ﷺ أتى على رجل يحتجم في رمضان فقال: أفطر الحاجم والمحجوم»[(٣)] ورواه الحاكم وابن حبان وصححاه،

عدم وجوب الكفارة **(قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس)** وهذا لأن الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل، وهي التي يتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب الحدود، والقياس دليل قائم ينفي حرمة الأكل الثاني سواء علم ذلك أو لم يعلم **(كوطء الأب جارية ابنه)** فإنه لا يجب به الحد سواء كان الأب عالماً بالحرمة أو لا. وقوله **(ولو احتجم)** صورته ظاهرة. وقوله **(لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي)** فإن الحجامة كالفصد في خروج الدم من العروق والفصد لا يفسد، فكذا الحجامة. لا يقال: لا يجوز أن يكون كدم الحيض والنفاس فإنه ليس فيه وصول شيء إلى باطنه ولا قضاء شهوة، ومع ذلك يفسد الصوم لأن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كالاستقاء. فإن قيل: فلتكن الحجامة كذلك بقوله ﷺ «أفطر الحاجم والمحجوم». أجيب بأنه ﷺ احتجم وهو صائم رواه ابن عباس رضي الله عنهما، وروي أيضاً «أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم صائم بين مكة والمدينة» فكان الحديث معارضاً به فلا يثبت به شيء. لا يقال: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما حكاية فعل والقول راجح، لأن القول إنما يكون راجحاً إذا لم يكن مؤوّلاً وهذا مؤوّل على ما يذكر. وقوله **(إلا إذا أفتاه فقيه)** يعني حينئذ لا تجب الكفارة، والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه

قوله: **(وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته)** أقول: الباء في قوله بقيام الدليل للسببية

---

(١) هو المتقدم.

(٢) سيأتي في النفقة، والحدود إن شاء الله.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٢٣٦٧ و٢٣٧١ والنسائي في الكبرى ٣١٣٥، ٣١٣٣، ٣١٥٧ ٣١٤٠ وابن ماجه ١٦٨٠ والدارمي ٢/ ١٤، ١٥ والطبراني ١٤٤٧ وابن حبان ٣٥٣٢ وابن الجارود ٣٨٦ وعبد الرزاق ٧٥٢٢ والطيالسي ٩٨٩ وابن خزيمة ١٩٦٣ والطحاوي ٢/ ٩٨ والبيهقي ٤/ ٢٦٥، ٢٦٦ والحاكم ١/ ٤٢٧ وأحمد ٥/ ٢٧٧، ٢٨٠، ٢٨٢ و٢٨٣ كلهم من حديث ثوبان مولى رسول الله ﷺ وصححه الحاكم، وابن حبان، ونقل الحاكم عن أحمد أنه أصح ما روي في الباب. وله شواهد، وهي الآتية. وكذا صححه علي المديني.

وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب، وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة. وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتفي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه **(ولو احتجم وظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمداً عليه القضاء والكفارة)** لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي إلا إذا أفتاه فقيه بالفساد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه، ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى، لأن قول الرسول عليه الصلاة والسلام لا ينزل عن قول المفتي، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى خلاف ذلك، لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث، وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة،

ونقل في المستدرك عن الإمام أحمد أنه قال: هو أصح ما روي في الباب. وروى أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث شدّاد بن أوس «أنه مرّ مع رسول الله ﷺ زمن الفتح على رجل يحتجم بالبقيع لثمان عشرة خلت من رمضان فقال «أفطر الحاجم والمحجوم»[1] وصححوه. ونقل الترمذي في علله الكبرى عن البخاري أنه قال: كلاهما عندي صحيح، حديثي ثوبان وشداد، وعن ابن المديني أنه قال: حديث ثوبان وحديث شدّاد صحيحان، ورواه الترمذي من حديث رافع بن خديج عنه عليه الصلاة والسلام قال «أفطر الحاجم والمحجوم»[2] وصححه. قال: وذكر عن أحمد أنه قال: إنه أصح شيء في هذا الباب، وله طرق كثيرة غير هذا. وبلغ أحمد أن ابن معين ضعفه، وقال: إنه حديث مضطرب وليس فيه حديث يثبت، فقال: إن هذا مجازفة. وقال إسحاق بن راهويه: ثابت من خمسة أوجه. وقال بعض الحفاظ: متواتر، قال بعضهم: ليس ما قاله ببعيد، ومن أراد ذلك فلينظر في مسند أحمد، ومعجم الطبراني والسنن الكبرى للنسائي. وأجاب القائلون بأن الحجامة لا تفطر بأمرين: أحدهما: ادعاء النسخ، وذكروا فيه ما رواه البخاري في صحيحه من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم»[3] ورواه الدارقطني عن ثابت عن أنس قال «أول ما كرهت

ويعتمد على فتواه في البلد، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف وابن رستم عن محمد رحمهم الله **(لأن الفتوى دليل شرعي في حقه)** فتصير شبهة **(وإن بلغه الحديث)** وهو قوله ﷺ «أفطر الحاجم والمحجوم» روي بالواو وبغيره بنصب المحجوم **(واعتمده فكذلك عند محمد)** لا تجب عليه الكفارة **(لأن قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي، وعن أبي يوسف خلاف ذلك)** يعني لا تسقط الكفارة **(لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث)** لجواز أن يكون مصروفاً عن ظاهره أو منسوخاً **(وإن عرف تأويله)** وهو أن النبي ﷺ مرّ بهما وهما معقل بن سنان مع حاجمه

قوله: **(والفصد لا يفسد فكذا الحجامة)** أقول: ممنوع. قال الشيخ أبو الحسن علي بن العز في كتابه التنبيه على مشكلات الهداية: والقائلون بأن الحجامة تفطر اختلفوا في الفصد ونحوه، والأصح أن ذلك مثل الحجامة قوله: **(أجيب بأنه ﷺ احتجم وهو صائم الخ)**

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٣٦٩ والنسائي في الكبرى ٣١٣٩، ٣١٤١، ٣١٤٢، ٣١٤٣ والدارمي ٢/ ١٤ وابن حبان ٣٥٣٣، ٣٥٣٤ وأحمد ٤/ ١٢٤ و١٢٥ كلهم من حديث شداد بن أوس.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٧٢: قال الترمذي في علله سألت البخاري عن حديث ثوبان، وشداد فقال: كلاهما عندي صحيح. قال الترمذي: وكذلك ذكروا لعلي المديني فقال: هما صحيحان.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٧٧٤ وابن خزيمة ١٩٦٤ وابن حبان ٣٥٣٥ والبيهقي ٤/ ٢٦٥ والحاكم ١/ ٤٢٨ والطبراني ٤٢٥٧ وعبد الرزاق ٧٥٢٣ وأحمد ٣/ ٤٦٥ كلهم من حديث رافع بن خديج.
قال ابن خزيمة سمعت عباس العنبري يقول: سمعت ابن المديني يقول: لا أعلم في «أفطر الحاجم والمحجوم» حديثاً أصح من ذا وكذا صححه الحاكم في المستدرك على شرطهما، وذكر كلام علي المديني. لكن نقل الزيلعي ٢/ ٤٧٣ عن البخاري: هذا حديث غير محفوظ. وقال أبو حاتم الرازي: هو عندي باطل. وقال ابن معين: هو أضعفها اهـ.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٣٨ وأبو داود ٢٣٧٢ و٢٣٧٣ والترمذي ٧٧٥ وابن ماجه ١٦٨٢ وكذا النسائي في الكبرى ٣٢١٩ و٣٢٢٤، ٣٢٢٦ وابن حبان ٣٥٣١ والبيهقي ٤/ ٢٦٣ والشافعي ١/ ٢٥٥ وأبو يعلى ٢٤٧١ والطحاوي ٢/ ١٠١ والدارقطني ٢/ ٢٣٩ كلهم من حديث ابن عباس.
بعضهم اقتصر على لفظ: «احتجم، وهو صائم».
وبعض الروايات «هو الصائم محرم».

وقول الأوزاعي رحمه الله لا يورث الشبهة لمخالفته القياس (ولو أكل بعد ما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة

الحجامة للصائم أن جعفر بن أبي طالب احتجم وهو صائم فمرّ به النبي ﷺ فقال: «أفطر هذان» ثم رخص النبي ﷺ بعد في الحجامة للصائم، وكان أنس يحتجم وهو صائم[1]، ثم قال الدارقطني: كلهم ثقات، ولا أعلم له علة، وما روى النسائي في سننه عن إسحاق بن راهويه حدثنا معتمر بن سليمان سمعت حميداً الطويل يحدثه عن أبي المتوكل الناجي عن أبي سعيد الخدري «أن رسول الله ﷺ رخص في القبلة للصائم ورخص في الحجامة للصائم»[2] ثم أخرجه عن إسحاق بن يوسف الأزرق عن سفيان بسند الطبراني. وسند الطبراني: حدثنا محمود بن محمد الواسطي حدثنا يحيى بن داود الواسطي حدثنا إسحاق بن يوسف الأزرق عن سفيان عن خالد الحذاء عن أبي المتوكل عن أبي سعيد الخدري من قوله ولم يرفعه، ولا يخفى أن كونه روي موقوفاً لا يقدح في الرفع بعد ثقة رجاله. والحق في تعارض الوقف والرفع تقدم الرفع لأنه زيادة وهي من الثقة العدل مقبوله، ثم دل حديث الدارقطني على أنه كان فعله عليه الصلاة والسلام المروي بعد النهي، وإلا لزم تكرير النسخ إذ كان الحاصل الآن بحديث الدارقطني الإطلاق وعدمه أولى فيجب الحمل عليه، ولفظ رخص أيضاً ظاهر في تقدم المنع. بقي أن يقال: الناسخ أدنى حاله أن يكون في قوّة المنسوخ وليس هنا هذا، أما حديث الدارقطني فهو وإن كان سنده يحتج به، لكن أعله صاحب التنقيح بأنه لم يورده أحد من أصحاب السنن والمسانيد والصحيح، ولم يوجد له أثر في كتاب من الكتب والأمهات كمسند أحمد، ومعجم الطبراني، ومصنف ابن أبي شيبة وغيرها مع شدة حاجتهم إليه، فلو كان لأحد من الأئمة به رواية لذكرها في مصنفه، فكان حديثاً منكراً، لكن ما روى الطبراني: حدثنا محمود بن المروزي حدثنا محمد بن علي بن

وهما يغتابان آخر فقال «أفطر الحاجم والمحجوم» أي ذهب بثواب صومهما الغيبة. وقيل: إنه غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عليه الصلاة والسلام «أفطر الحاجم والمحجوم» أي فطره بما صنع به فوقع عند الراوي أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم» **(تجب الكفارة لانتفاء الشبهة)** لأنها نشأت من الاعتماد على الظاهر، وقد زال بمعرفة التأويل. فإن قيل: لا نسلم أن منشأ الشبهة ذلك وحده بل قول الأوزاعي بذلك منشأة لها أيضاً. أجاب: بأن قول الأوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس، فإن الفطر مما يدخل لا مما يخرج، بخلاف قول مالك في أكل الناسي. لا يقال في عبارته تناقض

أقول: القائلون بإفطار الحجامة يقولون حديث ابن عباس رضي الله عنهما منسوخ مستدلين بما روي عن ابن عباس أيضاً «أنه احتجم رسول الله ﷺ وهو محرم صائم، فوجد لذلك ضعفاً شديداً، فنهى عن أن يحتجم الصائم» وبأن ابن عباس رضي الله عنهما وهو راوي حديثنا كان يعد الحجامة والمحاجم، فإذا غابت الشمس احتجم بالليل على ما رواه أبو إسحق الجوزجاني، فإنه يدل على أنه علم نسخ الحديث، وتمام التفصيل في مغني بن قدامة، فراجعه.

قوله: (وإن بلغه الحديث، إلى قوله: واعتمده) أقول: الضمير في قوله واعتمده راجع إلى الحديث قوله: (وقيل إنه غشي، إلى قوله: فقال النبي ﷺ «أفطر الحاجم المحجوم» أي فطره الخ) أقول: فيه نظر.

---

(١) حديث أنس أخرجه الدارقطني ٢/ ١٨٢ والبيهقي ٤/ ٢٦٨ كلاهما من حديث أنس.
قال الدارقطني: رجاله ثقات، ولا أعلم له علة. ووافقه البيهقي. وقال ابن عبد الهادي هو حديث منكر لا يصح لأنه شاذ اهـ باختصار انظر الزيلعي ٢/ ٤٨٠.
وقال ابن حجر في الفتح ٤/ ١٧٨: إلا أن في المتن ما ينكر لأن فيه أن ذلك كان في الفتح وجعفر كان قتل قبل الفتح اهـ.
وفيما قاله ابن حجر نظر. فليس في الدارقطني ولا البيهقي ذكر التاريخ أصلاً. ولعله معلوم من الأحاديث الأخرى.

(٢) حسن لشاهده. أخرجه النسائي في الكبرى ٣٢٣٧ والدارقطني ٢/ ١٨٢ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/ ١٧٠ كلهم من حديث أبي سعيد.
قال الدارقطني: كلهم ثقات، وغير معتمر يرويه موقوفاً.
وقال النسائي: وقفه بشر وإسماعيل، وابن أبي عدي اهـ. وأورد له النسائي طرقاً أخرى بألفاظ مختلفة.. وقال في الفتح ٤/ ١٧٨: صححه ابن حزم. ورجال إسناده ثقات لكن اختلف في وضعه ووقفه. ويشهد له حديث أنس اهـ يعني المتقدم.

كيفما كان) لأن الفطر يخالف القياس، والحديث مؤوّل بالإجماع **(وإذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة**

الحسن بن شقيق حدثنا أبي حدثنا أبو حمزة السكري عن أبي سفيان عن أبي قلابة عن أنس أن النبي ﷺ احتجم بعد ما قال: «أفطر الحاجم والمحجوم»[١] ولا معنى لقوله بعد ما قال الخ إلا إذا كان الراد احتجم وهو صائم، وكذا في مسند أبي حنيفة عن أبي سفيان طلحة بن نافع عن أنس بن مالك قال «احتجم النبي ﷺ بعد ما قال»[٢] الحديث وهو صحيح، وطلحة هذا احتج به مسلم وغيره، وكذا ما تقدم من ظاهر حديث النسائي يدفع ما ذكره صاحب التنقيح، ولا نسلم تواتر المنسوخ، وكذا حديث البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم»[٣] وحديث الترمذي من حديث الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه احتجم وهو صائم»[٤] وهو صحيح، فإن أعلا بإنكار أحمد أن يكون سوى احتجم وهو محرم، وقال: ليس فيه صائم. قال مهنأ: قلت له من ذكره؟ قال: سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عطاء وطاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «احتجم عليه الصلاة والسلام وهو محرم»[٥] وكذلك رواه روح عن زكريا بن إسحاق عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنه مثله، وورواه عبد الرزاق عن معتمر عن ابن خثيم[٦] عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنه مثله. قال أحمد: فهؤلاء أصحاب ابن عباس لا يذكرون صائماً فليس بلازم إذ قد رواه عن غير هؤلاء من أصحاب ابن عباس عكرمة ومقسم، ويجوز كون ما وقع في تلك الطرق عن أولئك اقتصاراً منهم على بعض الحديث يجب الحمل عليه لصحة ذكر صائم، أو من ابن عباس رضي الله عنهما حين حدّث به لكون غرضه إذ ذاك كان متعلقاً بذلك فقط نفياً لتوهم كون الحجامة من محظورات الإحرام، ولذا لم يكن ابن عباس رضي الله عنهما يرى بالحجامة بأساً على ما سنذكر. وقول شعبة: لم يسمع الحكم من مقسم حديث الحجامة للصائم يمنعه المثبت. وأما رواية احتجم وهو محرم صائم وهي التي أخرجها ابن حبان وغيره عن ابن عباس فأضعف سنداً وأظهر تأويلاً، إما بأنه لم يكن قط محرماً إلا وهو مسافر، والمسافر يباح له الإفطار بعد الشروع كما اعترف به الشافعي رحمه الله فيما قدمناه، وهو جواب ابن خزيمة. أو أن الحجامة كانت مع الغروب كما قال ابن حبان: إنه روي من حديث أبي الزبير عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام أمر أبا طيبة أن يأتيه مع غيبوبة الشمس فأمره أن يضع المحاجم مع إفطار الصائم فحجمه ثم سأله: كم خراجك؟ قال: صاعان فوضع عنه صاعاً»[٧]

لأنه قال: إلا إذا أفتاه فقيه، وفتواه لا تكون إلا بقوله، ثم قال: وقول الأوزاعي: لا يورث الشبهة، وأيضاً الفتوى في هذا الباب لا تكون إلا مخالفة للقياس فكيف تكون شبهة من غير الأوزاعي دونه. لأنا نقول: ذلك بالنسبة إلى العامي وهذا بالنسبة إلى من عرف التأويل. **(ولو أكل بعدما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة كيفما كان)** أي سواء بلغه الحديث أو لم يبلغه، عرف تأويله أو لم يعرف، أفتاه مفت أو لم يفت **(لأن الفطر بها يخالف القياس والحديث)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام

---

(١) أخرجه أبو حنيفة في مسنده ص ٨٠ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/ ١٧٠ كلاهما من حديث أنس بن مالك.
قال الهيثمي: منه طريق أبو سفيان ضعيف، وقد وثقه ابن عدي اهـ لكن الحديث حسن في الجملة.
(٢) هو المتقدم.
(٣) تقدم قبل قليل. أخرجه البخاري وصححه وكذا صححه الترمذي وضعفه أحمد والقطان. قاله الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٧٨ وأتم منه.
(٤) هو المتقدم.
(٥) يأتي في محظورات الإحرام.
(٦) (قوله معتمر عن ابن خثيم) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها: معتمر بن خثيم بدون عن وليحرر اهـ مصححه.
(٧) حسن. أخرجه ابن حبان ٣٥٣٦ وأحمد ٣/ ٣٥٣ كلاهما من حديث جابر عن عبد الله في إسناده سعيد بن يحيى قال عنه في التقريب: صدوق وسط اهـ وبقية رجاله ثقات إلا أن أبا الزبير مدّلس، وقد عنعنه.
وله شاهد في البخاري ٢٢٧٧ ومسلم ١٥٧٧ من حديث أنس «حجم أبو طيبة النبي ﷺ، فأمر له بصاع أو صاعين من طعام، وكلم مواليه، مخفف عن غلة، أو ضريبته».

عليها القضاء دون الكفارة) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى: لا قضاء عليهما اعتباراً بالناسي، والعذر هنا أبلغ

اهـ. فلم ينهض شيء مما ذكر ناسخاً لقوّة ذلك. الثاني: التأويل بأن المراد ذهاب ثواب الصوم بسبب أنهما كانا يغتابان ذكره البزار، فإنه بعد ما روى حديث ثوبان «أفطر الحاجم والمحجوم»[١] أسند إلى ثوبان أنه قال: إنما قال رسول الله ﷺ «أفطر الحاجم المحجوم» لأنهما كانا اغتابا وروى العقيلي في ضعفائه: حدثنا أحمد بن داود بن موسى بصري حدثنا معاوية بن عطاء حدثنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «مرّ النبي ﷺ على رجلين يحجم أحدهما الآخر فاغتاب أحدهما ولم ينكر عليه الآخر فقال: أفطر الحاجم المحجوم»[٢] قال عبد الله: لا للحجامة ولكن للغيبة لكن أعلّ بالاضطراب، فإن في بعضها إنما منع إبقاء على أصحابه خشية الضعف فالمعوّل عليه الأوّل، فبهذا يحصل الجمع وإعمال كل من الأحاديث الصحيحة من احتجامه وترخيصه ومنعه، ويدل على ذلك أن المروي عن جماعة من الصحابة الذين يبعد عدم اطلاعهم على حقيقة الحال من رسول الله ﷺ لملازمتهم إياه، وحفظ ما يصدر عنه منهم أبو هريرة رضي الله عنه فيما أخرجه النسائي عنه من طريق ابن المبارك: أخبرنا معمر عن خلاد عن شقيق بن ثور عن أبيه عن أبي هريرة أنه قال: يقال: «أفطر الحاجم والمحجوم» وأما أنا فلو احتجمت ما باليت[٣]. وما أخرج أيضاً عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه لم يكن يرى بالحجامة بأساً» [٤] وما قدمناه عن أنس رضي الله عنه أيضاً «أنه كان يحتجم وهو صائم»[٥] والحق أنه يجب أحد الاعتبارين لا بعينه من النسخ في الواقع أو التأويل قوله: **(والحديث مؤوّل بالإجماع)** بذهاب الثواب فيصير كمن لم يصم، وحكاية الإجماع بناء على عدم اعتبار خلاف الظاهرية في هذا فإنه حادث بعد ما مضى السلف على أن معناه ما قلنا، ويريد بالحديث قوله عليه الصلاة والسلام «ما صام من ظل يأكل لحوم الناس»[٦] رواه ابن أبي شيبة وإسحاق في مسنده وزاد «إذا اغتاب الرجل فقد أفطر» وروى البيهقي في شعب الإيمان عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رجلين صليا صلاة الظهر والعصر وكانا صائمين فلما قضى النبي ﷺ قال: أعيدا وضوءكما وصلاتكما وامضيا يوماً آخر. قالا: لم يا رسول الله؟ قال: اغتبتما فلاناً»[٧] وفيه أحاديث أخر، والكل مدخول. ولو لمس أو قبل امرأة بشهوة أو ضاجعها ولم ينزل فظن أنه أفطر فأكل عمداً كان عليه الكفارة إلا إذا تأوّل حديثاً أو

«الغيبة تفطر الصائم» **(مؤوّل بالإجماع)** بأن المراد به ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة، بخلاف حديث الحجامة فإن بعض العلماء أخذ بظاهره من غير تأويل. وقوله: **(وإذا جومعت النائمة أو المجنونة)** أما صوم النائمة فظاهر، وأما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لأنها لا تجامع مجنون، وحكي عن أبي سليمان الجوزجاني رحمه

---

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) ضعيف. أخرجه العقيلي في الضعفاء ٤/ ١٨٤ من حديث عبد الله بن مسعود، وأعلّه بمعاوية بن عطاء البصر. وقال نقلاً عن الثوري، وغيره: في حديثه مناكير، وما لا يتابع على أكثر.

(٣) حديث أبي هريرة. أخرجه النسائي ٣١٧٨، ٣١٧٩ في الكبرى وابن ماجه ١٦٧٩ مقتصراً على لفظ «أفطر الحاجم والمحجوم» كلاهما من حديث أبي هريرة.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده منقطع قال أبو حاتم: عبد الله بن بشر لم يثبت سماعه من الأعمش، وإنما يقول: كتب إليّ أبو بكر بن عياش عن الأعمش اهـ.

وقال النسائي: وقفه عبد الرزاق والنضر بن شميل، وإبراهيم بن طهمان وانظر نصب الراية ٢/ ٤٧٥. ٤٧٦ والنسائي في الكبرى ٢/ ٢٢٨.

(٤) موقوف. أخرجه النسائي في الكبرى ٣١٩٧ عن ابن عباس.

(٥) تقدم قبل قليل. رواه النسائي عن أنس موقوفاً.

(٦) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه كما في نصب الراية ٢/ ٤٨٢ كلاهما من حديث أنس بن مالك، وفيه يزيد الرقاشي ضعيف.

(٧) ضعيف. أخرجه البيهقي في شعب الإيمان كما في نصب الراية ٢/ ٤٨٢ من حديث ابن عباس. وفيه المثنى بن بكر. وهو مجهول كما في الميزان. وعباد بن منصور اختلط بآخره.

لعدم القصد ولنا أن النسيان يغلب وجوده وهذا نادر، ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية.

استفتى فقيهاً، فأفطر فلا كفارة عليه وإن أخطأ الفقيه، ولم يثبت الحديث لأن ظاهر الفتوى والحديث يصير شبهة، كذا في البدائع. وفيه: لو دهن شاربه فظن أنه أفطر فأكل عمداً فعليه الكفارة، وإن استفتى فقيهاً أو تأوّل حديثاً لما قلنا، يعني: ما ذكره فيمن اغتاب فظن أنه أفطر فأكل عمداً من قوله فعليه الكفارة، وإن استفتى فقيهاً أو تأول حديثاً لأنه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث هنا لأن هذا مما لا يشتبه على من له سمة من الفقه، ولا يخفى على أحد أن ليس المراد من المروي «الغيبة تفطر الصائم»[1] حقيقة الإفطار، فلم يصر ذلك شبهة قوله: (أو المجنونة) قيل: كانت في الأصل المجبورة فصحفها الكتاب إلى المجنونة، وعن الجوزجاني قلت لمحمد: كيف تكون صائمة وهي مجنونة؟ فقال لي: دع هذا فإنه انتشر في الأفق. وعن عيسى بن أبان قلت لمحمد: هذه المجنونة فقال: لا بل المجبورة أي المكرهة، قلت: ألا نجعلها مجبورة؟ فقال بلى، ثم قال: كيف وقد سارت بها الركاب؟ دعوها، فهذان يؤيدان كونه كان في الأصل المجبورة فصحف، ثم لما انتشر في البلاد لم يفد التغيير والإصلاح في نسخة واحدة فتركها لإمكان توجيهها أيضاً، وهو بأن تكون عاقلة نوت الصوم فشرعت ثم جنت في باقي النهار، فإن الجنون لا ينافي الصوم إنما ينافي شرطه، أعني النية، وقد وجد في حال الإفاقة، فلا يجب قضاء ذلك اليوم إذا أفاقت كمن أغمي عليه في رمضان لا يقضي اليوم الذي حدث فيه الإغماء وقضى ما بعده لعدم النية فيما بعده، بخلاف اليوم الذي حدث فيه على ما تقدم، فإذا جومعت هذه التي جنت صائمة تقضي ذلك اليوم لطروّ المفسد على صوم صحيح، والوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب، وقدمنا أوّل الباب ما يوجب القضاء والكفارة في الفرق بين المكره والناسي ما يغني عن الإعادة هنا.

الله قال: لما قرأت على محمد رحمه الله هذه المسألة قلت له: كيف تكون صائمة وهي مجنونة؟ فقال لي: دع هذا فإنه انتشر في الأفق. فمن المشايخ من قال: كأنه كتب في الأصل مجبورة فظن الكاتب مجنونة، ولهذا قال: دع فإنه انتشر في الأفق، وأكثرهم قالوا: تأويله أنها كانت عاقلة بالغة في أوّل النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم أفاقت وعلمت بما فعل بها الزوج وقال زفر والشافعي: (لا قضاء عليهما إلحاقاً بالناسي، لأن العذر فيهما أبلغ لعدم القصد) ولنا أن الإلحاق إنما يصح أن لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك، لأن النسيان يغلب وجوده فيفضي إلى الحرج (وهذا) جماع المجنونة والنائمة (نادر) فالقضاء لا يفضي إلى الحرج(ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية) لعدم القصد.

---

(١) باطل لحديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «خمس يفطرن الصائم، وينقضن الوضوء: الكذب، والنميمة، والغيبة، والنظر بشهوة، واليمين الكاذبة».
أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ١٩٥ وابن أبي حاتم في العلل ١/ ٢٥٨ كلاهما من حديث أنس.
قال ابن أبي حاتم: سمعت أبي يقول: هذا حديث كذب، وميسرة بن عبد ربه كان يفتعل الحديث اهـ ووافقه ابن الجوزي وكذا الزيلعي ٢/ ٤٨٣.

فصل فيما يوجبه على نفسه

وإذا قال: (**لله عليّ صوم يوم النحر أفطر وقضى**) فهذا النذر صحيح عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. **هما يقولان**: إنه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام. ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره، وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى، فيصح نذره لكنه يفطر احترازاً عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطاً للواجب،

فصل فيما يوجبه على نفسه

وجه تقديم بيان أحكام الواجب بإيجاب الله تعالى ابتداء على الواجب عند إيجاب العبد ظاهر قوله: (**فهذا النذر صحيح**) رتبه بالفاء لأنه نتيجة قوله: قضى: أي لما لزم القضاء كان النذر صحيحاً قوله: (**لورود النهي عن صوم هذه الأيام**) وفي بعض النسخ: عن صوم يوم النحر وهو الأنسب بوضع المسألة فإنه قال: لله عليّ صوم يوم النحر، واسم الإشارة في النسخة الأخرى مشار به إلى معهود في الذهن بناء على شهرة الأيام المنهي عن صيامها، وهي أيام التشريق والعيدين، ويناسب النسخة الأولى الاستدلال بما روي في الصحيحين عن الخدري «نهى رسول الله ﷺ عن صيام يوم الأضحى وصيام يوم الفطر»[1] وفي لفظ لهما سمعته يقول «لا يصح الصيام في يومين يوم الأضحى ويوم الفطر من رمضان»[2] ويناسب النسخة الأخرى الاستدلال بما سيأتي من قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا تصوموا في هذه الأيام»[3] الخ. والجواب: أن الاتفاق على أن النهي المجرد عن الصوارف ليس موجبه بعد

فصل فيما يوجبه على نفسه

لما فرغ من بيان ما أوجب الله تعالى على العباد، شرع في بيان ما يوجبه العبد على نفسه، لأنه فرّع على الأول، ولهذا شرط أن يكون من جنس ما أوجبه الله، وأن لا يكون واجباً بإيجاب الله (**وإذا قال: لله عليّ صوم يون النحر، أفطر وقضى**) وقال زفر والشافعي: لا يصح نذره، وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة، لأن هذا نذر بالمعصية (**لورود النهي عن صوم**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٧، ١٨٦٤، ١٩٩٥ و١٩٩١ ومسلم بإثر حديث ١١٣٨ ح١٤٠، ١٤١ وأبو داود ٣٤١٧ والترمذي ٧٧٢ والنسائي في الكبرى ٢٧٩١، ٢٧٩٢، ٢٧٩٥ وابن ماجه ١٧٢١ والدارمي ٢/ ٢٠ وأبو يعلى ١١٦٦، ١١٣٤، ١١٤٢ وابن حبان ٣٥٩٩ والطيالسي ٢٢٣٨ وابن أبي شيبة ٣/ ١٠٤ والبيهقي ٤/ ٢٩٧ وأحمد ٣/ ٧، ٣٤ وإه، ٥٢، ٦٦، ٦٧، ٧١ كلهم من حديث أبي سعيد بألفاظ مختلفة.

رواية للبخاري: «أربع سمعتهن من رسول الله ﷺ، أو قال: يحدثهن عن النبي ﷺ، فأعجبني، وآنقني: أن لا تسافر امرأة مسيرة يومين وليس معها زوجها، أو محرم، ولا صوم يومين: الفطر، والأضحى، ولا صلاة بعد صلاتين: بعد العصر حتى تغرب الشمس، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس، ولا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: مسجد الحرام، ومسجديْ، ومسجد الأقصى» ولفظ آخر: «لا صوم في يوم عيد».

ورواية لمسلم: «لا يصلح الصيام في يومين يوم الأضحى، ويوم الفطر من رمضان».

(٢) تقدم في الذي قبله.

(٣) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٢٠٣ من حديث ابن عباس وقال الهيثمي إسناده حسن اهـ

وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل ضعيف كما في التقريب. ولعل الهيثمي حسنه لشواهدة وهو الصواب.

فقد ورد من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٨٣ بلفظ: «بعث رسول الله ﷺ بديل بن ورقاء...» إلى أن قال: «وأيام منى أكل وشرب وبعال».

قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٨٤: سعيد رماه أحمد بالكذب اهـ فهذا شاهد لا فائدة منه، وما بعده أحسن منه.

وورد بنحو من حديث عبد الله بن حذافة أخرجه الدارقطني ٢/ ٢١٢ وقال: الواقدي: ضعيف اهـ وكذا أخرجه الطحاوي ١/ ٤٢٨ وأحمد ٣/ ٤٥٠، ٤٥١ بسند صحيح.

ووردة من حديث أم خلدة الأنصار أخرجه ابن أبي شيبة والطبراني وأبو يعلى كما في نصب الراية ٢/ ٤٨٥ من حديث عمر ابن خلدة عن أمه قال: «بعث رسول الله ﷺ علياً ينادي أيام منى: إنها أيام...».

وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ١٩٦: في إسناده موسى بن عبيدة الربذي ضعيف اهـ.

وأخرج مسلم في صحيحه ١١٤٢ من حديث كعب بن مالك وكذا أحمد ٣/ ٤٦٠ والبيهقي ٤/ ٢٩٧ «أن رسول الله ﷺ بعثه، وأوس بن الحدثان أيام التشريق، فنادى: أنه لا يدخل الجنة إلا مؤمن، وأيام منى أيام أكل وشرب» وفي رواية «فناديا». وفيه أبو الزبير متدلس وقد عنعنه ولكن للحديث شواهد كثيرة.

وأخرج ١١٤١ من حديث نبيشة قال: «قال رسول الله ﷺ: أيام التشريق أيام أكل وشرب» وأخرجه أيضاً الطحاوي ١/ ٤٢٨ وأحمد ٥/ ٧٥.

وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه **(وإن نوى يميناً فعليه كفارة يمين)** يعني. إذا أفطر، وهذه المسألة على وجوه ستة: إن لم ينو شيئاً أو نوى النذر لا غير، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً يكون نذراً لأنه نذر بصيغته، كيف وقد قرره بعزيمته؟ وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً، لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره، وإن نواهما يكون نذراً ويميناً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يكون نذراً، ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يميناً، لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية، ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما، ثم المجاز يتعين بنيته، وعند نيتهما تترجح الحقيقة. ولهما

طلب الترك سوى كون مباشرة المنهي عنه معصية سبباً للعقاب لا الفساد، أما لغة فظاهر لظهور حدوث معنى الفساد، وأما شرعاً: فكذلك بل لا يستلزمه في العبادات ولا المعاملات لتحقق موجبه في كثير منها: أعني المنع المنتهض سبباً للعقاب مع الصحة، كما في البيع وقت النداء، والصلاة في الأرض المغصوبة، ومع العبث الذي لا يصل إلى إفساد الصلاة، وكثير. فعلم أن ثبوت الفساد ليس من مقتضاه بل إنما يثبت لأمر آخر هو كونه لأمر في ذاته، فما لم يعقل فيه ذلك بل كان لأمر خارج عن نفس الفعل متصل به لا يوجب فيه الفساد، وإلا لكان إيجاباً بغير موجب فإنما يثبت حينئذ مجرد موجبه وهو التحريم أو كراهة التحريم بحسب حاله من الظنية وللقطيعة. إذا عرف هذا فقد أثبتنا في المتنازع فيه تمام موجب النهي حتى قلنا إنه يصلح سبباً للعقاب، ولم يثبت الفساد لو فعل لعدم موجبه لعقلية أنه لأمر خارج فتكون المعصية لاعتباره لا لنفس الفعل أو لما في نفسه فيصح النذر أثراً لتصور الصحة، ويجب أن لا يفعل المعصية فيظهر أثره في القضاء لأن الصحة بالانتهاض سبباً للآثار الشرعية ومنها هذا، وكم موضع يثبت فيه الوجوب ليظهر أثره في القضاء لا الأداء لحرمته كصوم رمضان في حق الحائض والنفساء، والاستقراء يوجدك كثيراً من ذلك. فلم يخرج بذلك عن شيء من القواعد التحقيقية، وغاية ما بقي بيان أن النهي فيه لأمر خارج، ولا يكاد يخفى على ذي لب أن الصوم الذي هو منع النفس مشتهاها لا يعقل في نفسه سبباً للمنع، بل كونه في هذه الأيام يستلزم الإعراض عن ضيافة الله تعالى على ما ورد في الآثار أن المؤمنين أضياف الله تعالى في هذه الأيام. بقي أن يقال: نذر بما هو معصية وهو منفي شرعاً فلا وجود له فلا ينعقد، أما الأولى: فظاهرة. وأما

هذه الأيام) قال ﷺ «ألا لا تصوموا في هذه الأيام» الحديث، والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا نذر في معصية الله» **(ولنا أن هذا نذر بصوم مشروع)** لأن الدليل الدال على مشروعيته وهو كونه كفاً للنفس التي هي عدوّ الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم، فكان من حيث حقيقته حسناً مشروعاً، والنذر بما هو مشروع جائز، وما ذكرتم من النهي فإنما هو لغيره المجاور **(وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى)** لأن الناس أضياف الله في هذه الأيام، وإذا كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته. ولقائل أن يقول الإمساك في هذه الأيام يستلزم ترك إجابة الدعوة البتة، وترك الإجابة منهي عنه قبيح فما يستلزمه كذلك؟ والجواب: أنا لا نسلم ذلك فإنه لو أمسك حمية أو لضعف أو لعدم ما يأكله لا يكون تاركاً للإجابة. فإن قيل: الإمساك عبادة تستلزمه. قلنا: كان ذلك قولاً بالوجه والاعتبار. وعلى تقدير تسليم صحته فلنا أن نقول هذا الصوم من حيث إنه ترك إجابة دعوة الله قبيح، ومن حيث إنه قهر للنفس الأمارة بالسوء على وجه التقرب إلى الله حسن، **(فيصح النذر لكن يفطر احترازاً عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطاً للواجب، وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه)** فإن ما وجب ناقصاً يجوز أن يتأدى ناقصاً. فإن قلت: سمى المصنف هذا النوع من القبح مجاوراً وهو على خلاف ما في كتب أصحابنا في أصول الفقه قاطبة، فإنهم سموه بالمتصل وصفاً، وأما المجاور جمعاً فمثل البيع عند أذان الجمعة. قلت: سؤال حسن، والتفصي عن عهدة جوابه مشكل، وتقريرنا كافل كاف لتقريره، فليطلب ثمة فإنه من مباحث الأصول. قال: **(وإن نوى**

فصل فيما يوجبه على نفسه

قوله **(والتفصي عن عهدة جوابه مشكل)** أقول: يتفصى عنه بارتكاب المجاز في قوله مجاور قوله: **(وتقريرنا كافل الخ)** أقول: يعني شرحه لأصول اليزدوي.

أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره، فجمعنا بينهما عملاً

الثانية فَلِمَا في سنن الثلاثة عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين»[1] قلنا: المراد نفي جواز الإيفاء به نفسه لا نفي انعقاده، لما صرح به في حديث النسائي عن عمران بن الحصين: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «النذر نذران، فمن كان نذر في طاعة الله فذلك لله فقيه الوفاء، ومن كان نذر في معصية الله فذلك للشيطان فلا وفاء ويكفره ما يكفر اليمين»[2] فإيجاب الكفارة في النص يفيد أنه انعقد ولم يلغ، وأن المنفي الوفاء به بعينه، فكذا في حديث عائشة رضي الله عنها فكان وزان قوله عليه الصلاة والسلام «لا يمين في قطيعة رحم»[3] مع أنها تنعقد للكفارة غير أن الانعقاد فيما نحن فيه يكون لأمرين: للقضاء فيما إذا كان جنس المنذور مما يخلو بعض أفراده عن المعصية كما نحن فيه، فإن الصوم وهو الجنس كذلك فيجب الفطر والقضاء في يوم لا كراهة فيه، وللكفارة إن كان لا يخلو شيء من أفراده عنها كالنذر بالزنا وبالسكر إذا قصد اليمين فينعقد للكفارة، وهو محمل الحديث وإلا فيلغو ضرورة أنه لا فائدة في انعقاده، ومقتضى الظاهر أن ينعقد مطلقاً للكفارة إذا تعذر الفعل، وعليه مشى المشايخ. قال الطحاوي رحمه الله: لو أضاف النذر إلى سائر المعاصي كقوله: لله عليّ أن أقتل فلاناً كان يميناً ولزمته الكفارة بالحنث اهـ. وإنما لا يلزم اليمين بلفظ النذر إلا بالنية في نذر الطاعة

يميناً فعليه كفارة يمين) هذه المسألة على ستة أوجه، والجميع مذكور في الكتاب، ففي الثلاثة الأول وهي: ما إذا لم ينو شيئاً أو نوى النذر لا غير، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً، يكون نذراً بالإجماع، وفي الواحد يكون يميناً بالإجماع، وهو ما إذا نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً، وفي الاثنين وهو أن ينويهما أو نوى اليمين لا غير يكون نذراً ويميناً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف في الأول نذر وفي اليمين يمين، ثم الوجوه الأربعة المتفق عليها ظاهرة، وكفى بعدم المنازع دليلاً، وأما وجه الباقين فلأبي يوسف **(أن النذر فيه)** أي في هذا الكلام **(حقيقة)** لعدم توقفه على النية **(واليمين مجاز)** لتوقفه عليها، واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز، فإذا نواهما والحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مراداً، وإذا نوى اليمين

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٩٠ والترمذي ١٥٢٤ والنسائي ٧/ ٢٦، ٢٧ وابن ماجه ٢١٢٥ بإسناد حسن كلهم من حديث عائشة وسيأتي مستوفياً في النذور إن شاء الله.

(٢) ضعيف. أخرجه النسائي ٧/ ٢٩ من حديث عمران بن حصين وفيه محمد بن الزبير عن أبيه عن رجل من أهل البصرة عن عمران مرفوعاً به. وقد ضعف النسائي محمد بن الزبير، وفي الإسناد أيضاً راوٍ مجهول، فهاتان علتان.

(٣) حسن لطرقه. أخرجه أبو داود ٣٢٧٣ والنسائي ٧/ ١٢ وفي الكبرى ٤٧٣٤ والحاكم ٤/ ٣٠٠ وأحمد ٢/ ١٨٥ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو. صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: عبد الرحمن.

قال أحمد: متروك. وقال أبو حاتم: شيخ اهـ. قلت: عبد الرحمن بن الحارث. قال عنه في التقريب: صدوق اهـ لكن توبع.

ولفظ أبي داود: «لا نذر إلا فيما يُبتغى به وجه الله ولا يمين في قطيعة رحم» وزاد أحمد فيه الأمر بالكفارة وهو الصواب.

وورد من طريق آخر أخرجه أبو داود ٣٢٧٤ وأحمد ٢/ ٢١٢ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو.

قال أبو داود: قلت لأحمد: روى يحيى بن سعيد عن يحيى بن عبيد الله؟ فقال: تركه بعد ذلك، وكان أهلا لذلك. قال أحمد: أحاديثه مناكير وأبوه لا يعرف اهـ.

قلت: الذي في الإسناد هو عبيد الله بن أخنس كذا عند أحمد وأبي داود وهو صدوق.

وورد من طريق عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن أخوين من لأنصار كان بينهما ميراث، فسأل أحدهما صاحبه القسمة، فقال: إن عدت تسألني عن القسمة، فكل مال لي في رتاج الكعبة، فقال له عمر: إن الكعبة غنية عن مالك، كفّر عن يمينك، وكلم أخاك سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يمين عليك، ولا نذر في معصية الرب، وفي قطيعة الرحم، وفيما تملك».

أخرجه أبو داود ٣٢٧٢ والحاكم ٤/ ٣٠٠ وصححه ووافقه الذهبي!

وقال المنذري: سعيد بن المسيب لم يصح سماعه من عمر، فهو منقطع.

قلت: أما الحديث الأول فإن في إسناده، فإن رواية صدوق له أوهام كما في التقريب، وكذا الحديث الثاني. وأما حديث ابن المسيب فهو، وإن كان مرسلاً، فمرسلات ابن المسيب قوية كيف، واعتضد بشواهد اعتضد بشواهد أخرى. والمتنكر في المتن عدم ذكر الكفارة فيه كما أشار إليه أبو داود. لكن وقع في رواية أحمد ذكر الكفارة. وكذا مرسل ابن المسيب فيه الكفارة لكن عن عمر. فالأولى جملة على الكفارة.

بالدليلين، كما جمعنا بين جهتي التبرّع والمعارضة في الهبة بشرط العوض ولو قال: (لله عليّ صوم هذه السنة أفطر

كالحج والصلاة والصدقة على ما هو مقتضى الدليل، فلا تجزى الكفارة عن الفعل. وبه أفتى السغدي، وهو الظاهر عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وعن أبي حنيفة أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام، وقال: تجب فيه الكفارة، قال السرخسي: وهذا اختياري لكثرة البلوى به في هذا الزمان. قال: وهو اختيار الصدر الشهيد في فتاواه الصغرى، وبه يفتي. وعلى صحة النذر بصوم يوم النحر لكنه مخصوص بما ذكر لدليل عندهم يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى. وعلى هذا فما ذكروا من أن شرط النذر كونه بما ليس بمعصية كون المعصية باعتبار نفسه حتى لا ينفك شيء من أفراد الجنس عنها، وإذا صح النذر فلو فعل نفس المنذور عصى وانحل النذر كالحلف بالمعصية ينعقد للكفارة، فلو فعل المعصية المحلوف عليها سقطت وأثم قوله: (ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين) الكائنتين لهذا اللفظ، وهو لله كذا جهة اليمين وجهة النذر (لأنهما) أي اليمين والنذر قوله: (يقتضيان الوجوب) أي وجوب ما تعلقا به، لا فرق سوى (أن النذر يقتضيه لعينه) وهو وفاء المنذور لقوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾ [الحج: ٢٩] (واليمين لغيره) وهو صيانة اسمه تعالى، ولا تنافي لجواز كون الشيء واجباً ولغيره، كما إذا حلف ليصلين ظهر هذا اليوم (فجمعنا بينهما كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض) حيث اعتبرت الأحكام الثلاثة لجهة التبرع، البطلان بالشيوع وعدم جواز تصرف المأذون فيها، واشتراط التقابض، والثلاثة لجهة المعاوضة الرد بخيار العيب، والرؤية، واستحقاق الشفعة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. بقي أن يقال: يلزم التنافي من جهة أخرى، وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم بترك متعلقه الكفارة، والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك، وتنافي اللوازم أقل ما يقتضي التغاير فلا بد أن لا يرادا بلفظ واحد، ونخبة ما قرر به كلام فخر الإسلام هنا أن تحريم المباح وهو معنى اليمين لازم لموجب صيغة النذر، وهو إيجاب المباح فيثبت مدلولاً التزامياً للصيغة من غير أن يراد هو بها ويستعمل فيه، ولزوم الجمع بين الحقيقي والمجازي باللفظ الواحد إنما هو باستعمال اللفظ فيهما، والاستعمال ليس بلازم في ثبوت المدلول الالتزامي، وحينئذ فقد أريد باللفظ الموجب فقط، ويلازم الموجب الثابت دون استعمال فيه اليمين، فلا جمع في الإرادة باللفظ إلا أن هذا يتراءى مغلطة، إذ معنى ثبوت الالتزامي غير مراد ليس إلا خطوره عند فهم ملزومه الذي هو مدلول اللفظ محكوماً بنفي إرادته للمتكلم، والحكم بذلك ينافيه إرادة اليمين به، لأن إرادة اليمين التي هي إرادة تحريم المباح هي إرادة المدلول الالتزامي على وجه أخص منه حال كونه مدلولاً التزامياً، فإنه أريد على وجه تلزم الكفارة بخلفه، وعدم إرادة الأعم تنافيه إرادة الأخص، أعني تحريمه على ذلك الوجه، فلم يخرج عن كونه أريد باللفظ معنى. نعم إنما يصح إذا فرض عدم قصد المتكلم عند التلفظ سوى النذر، ثم بعد التلفظ عرض له إرادة ضم الآخر على فوره، لكن الحكم وهو لزومهما لا يخص هذه الصورة، فلذا والله أعلم عدل. صاحب البدائع عن هذه الطريقة فقال: النذر مستفاد من الصيغة واليمين من الموجب، قال: فإن إيجاب المباح يمين كتحريمه الثابت بالنص يعني قوله تعالى ﴿لم تحرم ما أحل الله لك﴾ إلى أن قال ﴿قد فرض الله

تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة (ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين) يعني: أنه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز، لأن قوله: لله عليّ صوم يوم النحر موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب، وليس بمستعمل في غير الوجوب أيضاً حتى يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، غير أنه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما، نشأت إحداهما من النذر لأنه يقتضيه لعينه، ولهذا يجب القضاء إذا تركه، والأخرى من اليمين لأن يقتضيه لعينه وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك، ولهذا لا يجب القضاء بل الكفارة وكل واحد من المنشأين دليل شرعي يجب العمل به إذا أمكن، والعمل بهما ممكن لعدم

قوله: (لأنه يقتضيه لعينه) أقول: لأنه موضوع له

يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها) لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام، **وكذا إذا لم يعين لكنه شرط**

لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم ١ .٢] لما حرم عليه الصلاة والسلام على نفسه مارية رضي الله عنها أو العسل[١] فأفاد أنه إنما أريد باللفظ موجبه وهو إيجاب المباح وأريد بنفس إيجاب المباح الذي هو نفس الموجب كونه يميناً قال: ومع الاختلاف فيما أريد به لا جمع، يعني حيث أريد باللفظ إيجاب المباح من غير زيادة، وبالإيجاب نفسه كونه يميناً لا جمع في الإرادة باللفظ بخلاف ما تقدم، فإنه متى أريد الالتزامي ليراد به اليمين لزم الجمع في الإرادة باللفظ، إذ ليس معنى الجمع إلا أنه أريد عند إطلاق اللفظ، ثم لا يخال أنه قياس لتعدية الاسم للمتأمل. وفيه أيضاً نظر لأن إرادة الإيجاب على أنه يمين إرادته على وجه هو أن يستعقب الكفارة بالخلف وإرادته من اللفظ نذراً إرادته بعينه على أن لا يستعقبها بل القضاء وذلك تناف، فيلزم إذا أريد يميناً وثبت حكمها شرعاً وهو لزوم الكفارة بالحلف أنه لم يصح نذراً إذ لا أثر لذلك فيه. قوله: **(ولو قال: لله عليّ صوم هذه السنة)** سواء أراده أو أراد أن يقول صوم يوم فجرى على لسانه سنة، وكذلك إذ أراد أن يقول كلاماً فجرى على لسانه النذر لزمه لأن هذا النذر جد كالطلاق **(أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها)** ولو كانت المرأة قالته قضت مع هذه الأيام أيام حيضها، لأن تلك السنة قد تخلو عن الحيض فصح الإيجاب. ويمكن أن يجري فيه خلاف زفر فإنه منصوص عنه في قولها إن أصوم غداً فوافق حيضها لا تقضي. وعند أبي يوسف تقضيه لأنها لم تضفه نذراً إلى يوم حيضها، بل إلى المحل غير أنه اتفق عروض المانع، فلا يقدح في صحة الإيجاب حال صدوره فتقضي، وكذا إذا نذرت صوم الغد وهي حائض، بخلاف ما لو قالت: يوم حيضي لاقضاء لعدم صحته لإضافته إلى غير محله، فصار كالإضافة إلى الليل، ثم عبارة الكتاب تفيد الوجوب لما عرف. وقوله في النهاية الأفضل فطرها، حتى لو صامها خرج عن العهدة تساهل، بل بالفطر واجب لاستلزام صومها المعصية، ولتعليل المصنف فيما تقدم الفطر بها، فإن صامها أثم ولا قضاء عليه لأنه أدّاها كما التزمها ناقصة، لكن قارن هذا الالتزام واجباً آخر وهو لزوم الفطر تركه فتحمل إثمه ثم. هذا إذا قال ذلك قبل يوم الفطر فإن قاله في شوّال فليس عليه قضاء يوم الفطر، وكذا لو قال: لله عليّ صيام هذه السنة بعد أيام التشريف لا يلزمه قضاء يومي العيدين وأيام التشريق بل صيام ما بقي من هذه السنة ذكره في الغاية. وقال في شرح الكنز: هذا سهو، لأن قوله هذه السنة عبارة عن اثني عشر شهراً من وقت النذر إلى وقت النذر، وهذه المدة لا تخلو عن هذه الايام فيكون نذراً بها اهـ وهذا سهو، بل المسألة كما هي في الغاية منقولة في الخلاصة، وفي فتاوى قاضيخان في هذه السنة وهذا الشهر، ولأن كل سنة عربية معينة عبارة عن مدة معينة لها مبدأ ومختم خاصان عند العرب، مبدؤها المحرم وآخرها ذو الحجة، فإذا قال: هذه فإنما يفيد الإشارة إلى التي هو فيها، فحقيقة كلامه أنه نذر بالمدة المستقبلة إلى آخر ذي الحجة، والمدة الماضية التي مبدؤها المحرم إلى وقت التكلم فيلغو في حق الماضي كما يلغو في قوله لله عليّ صوم أمس، وهذا فرع يناسب هذا لو قال: لله عليّ صوم أمس اليوم أو اليوم أمس لزم صوم اليوم ولو قال: غدا هذا اليوم أو هذا اليوم غداً لزمه صوم أوّل الوقتين تفوّه به، ولو قال: شهراً لزمه شهر كامل، ولو قال: الشهر وجبت بقية الشهر الذي هو فيه، لأنه ذكر الشهر معيناً فينصرف إلى المعهود بالحضور، فإن نوى شهراً فهو على ما نوى لأنه محتمل كلامه ذكره في التجنيس، وفيه تأييد لما في الغاية أيضاً، ولو قال: صوم يومين في هذا اليوم ليس عليه إلا صوم يومه، بخلاف عشر حجات في هذه السنة على ما

التنافي بينهما **(فجمعنا بينهما عملاً بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض)** هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع، وللناس في تحقيق هذه المسألة على مذهبهما أنواع من التوجيهات، فمن تشوّف إليها طالع التقرير. وقوله: **(ولو قال: لله عليّ)** يعني أن من نذر صوم سنة فلا يخلو: إما أن عينها بقوله: هذه السنة، أو أطلقها بأن

---

(١) يأتي في الإيمان والنذور إن شاء الله.

التابع، لأن المتابعة لا تعري عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقاً للتتابع بقدر الإمكان، ويتأتى في هذا

سنبينه في الحج إن شاء الله تعالى قوله: **(في هذا الفصل)** احتراز من الفصل الذي قبله، وهو ما إذا عين السنة فإنه لا تجب موصولة لأن التتابع هناك غير منصوص عليه ولا ملتزم قصداً، بل إنما يلزم ضرورة فعل صومها، فإذا قطعها بإذن الشرع انتفى التتابع الضروري بخلاف التتابع هنا، فإنه التزمه قصداً، فإذا وجب القطع شرعاً وجب توفيره بالقدر الممكن ولهذا إذا أفسد يوماً من الواجب المتتابع قصداً كصوم الكفارات والمنذور متتابعاً لزمه الاستقبال، وفي المتتابع ضرورة كما إذا نذر صوم هذه السنة أو رجب لا يلزمه سوى ما أفسده، غير أنه يأثم بذلك الإفساد، كما إذا أفسد يوماً من رمضان وهو واجب التتابع ضرورة لا يلزمه قضاء غيره مع المأثم، ولا يجب عليه قضاء شهر رمضان في الفصلين، أي هذه السنة أو سنة متتابعة لأن هذه السنة والسنة المتتابعة لا تخلو عنه، فإيجابها إيجابه وغيره، فيصح في غيره ويبطل فيه لوجوبه بإيجاب الله تعالى ابتداء قوله: **(وهو قوله ﷺ)** روى الطبراني بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ أرسل أيام منى صائحاً يصيح: أن لا تصوموا هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال»[(١)] أي وقاع. ورواه الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ بعث هذيل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى. ألا إن الذكاة في الحلقة واللبة، ولا تعجلوا الأنفس أن تزهق، وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال»[(٢)] وفي مسنده سعيد بن سلام كذبه أحمد. وأخرج أيضاً عن عبد الله بن حذاقة السهمي قال «بعثني رسول الله ﷺ عليه وسلم على راحلة أيام منى أنادي: أيها الناس إنها أيام أكل وشرب وبعال»[(٣)] وضعفه بالواقدي، وفي الواقدي ما قدمناه أول الكتاب في مباحث المياه. وأخرج ابن شيبة في الحج إسحاق بن راهويه في مسنده قالا: حدثنا وكيع عن موسى بن عبيدة عن منذر بن جهم عن عمر بن خلدة عن أمه قالت «بعث رسول الله ﷺ علياً ينادي: أيام منى أيام أكل وشرب وبعال»[(٤)] وفي صحيح مسلم عنه عليه الصلاة والسلام قال «أيام التشريق أيام أكل وشرب وبعال» زاد في طريق آخر «وذكر الله تعالى»[(٥)] قوله: **(ولو لم يشترط التتابع)** أي في غير المعينة بأن قال: لله عليّ صوم سنة فعليه صوم سنة بالأهلة ولم يجزه صوم هذه الأيام، لأن المنكرة اسم لاثني عشر شهراً لا بقيد كون رمضان وشوّال وذي الحجة منها، فلم يكن النذر بها نذراً بها فيجب عليه أن يقضي خمسة وثلاثين يوماً، ثلاثين لرمضان، ويومي العيد وأيام التشريق، وهل يجب وصلها بما مضى؟ قيل نعم. قال المصنف رحمه الله في التجنيس: هذا غلط بل ينبغي أن يجزيه، ولو قال: شهراً لزمه كاملاً أو رجب لزمه هو بهلاله، ولو قال: جمعة إن أراد أيامها لزمه سبعة أيام أو يومها لزمه يوم الجمعة فقط، وإن لم يكن له نية تلزمه سبعة أيام لأنها تذكر لكل من الأمرين، وفي الأيام السبعة أغلب في الاستعمال فينصرف المطلق إليه. وفي كل موضع عين كما قدمنا، ولو قال: كل يوم خميس أو اثنين فلم يصمه وجب عليه قضاؤه، فإن نوى اليمين فقط وجب عليه الكفارة أو

قال: سنة، فإن كان الأوّل لزمه صوم السنة إلا أنه أفطر الأيام الخمسة وقضاها **(لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام)** ولم يجب عليه قضاء رمضان لأن صومه لم يجب بهذا النذر، ولو صام الأيام الخمسة جاز لما تقدم. وإن كان الثاني فإما أن يشترط التتابع أو لا، فإن شرطه فحكمه حكم المعينة، وإن لم يشترط لم يجزه صوم هذه الأيام ويقضي خمسة وثلاثين يوماً خمسة

قال المصنف: **(فإنها أيام أكل وشرب وبعال)** أقول: هو المباعلة وهو ملاعبة الرجل أهله.

---

(١) تقدم في أوائل هذا الفصل.

(٢) تقدم أيضاً في «فصل فيما يوجبه على نفسه» وهو ضمن ثالث حديث من هذا الفصل.

(٣) تقدم تخريجه في ثالث حديث من هذا الفصل.

(٤) تقدم مثل الذي قبله.

(٥) تقدم مثله. رواه مسلم.

خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال» وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه، ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الأيام، لأن الأصل فيما يلتزمه الكمال، والمؤدى ناقص لمكان النهي، بخلاف ما إذا عينها لأنه التزم بوصف النقصان فيكون الأداء بالوصف الملتزم. قال: (وعليه كفارة يمين إن أراد به يميناً) وقد سبقت وجوهه (ومن أصبح يوم النحر صائماً

اليمين والنذر وجب عليه القضاء والكفارة في إفطار الخميس الأول أو الاثنين، وما أفطر منهما بعد ففيه القضاء ليس غير لانحلال اليمين بالحنث الأول، وبقاء النذر على الخلاف، ولو أخر القضاء حتى صار شيخاً فانياً أو كان نذر بصيام الأبد فعجز لذلك أو باشتغاله بالمعيشة لكون صناعته شاقة له أن يفطر ويطعم لكل مسكيناً على ما تقدم، وإذا لم يقدر على ذلك لعسرته يستغفر الله إنه هو الغفور الرحيم الغنيّ الكريم، ولو لم يقدر لشدّة الزمان كالحر له أن يفطر وينتظر الشتاء فيقضي، هذا. ويصح تعليق النذر كأن يقول: إذا جاء زيد أو شفي فعليّ صوم شهر، فلو صام شهراً عن ذلك قبل الشرط لا يجوز عنه، ولو أضافه إلى وقت جاز تقديمه على ذلك الوقت، لأن المعلق لا ينعقد سبباً في الحال بل عند الشرط فالصوم قبله صوم قبل السبب فلا يجوز، والمضاف ينعقد في الحال، فالصوم قبل الوقت صوم بعد السبب فيجوز، ومنه: أن يقول: لله عليّ صوم رجب فصام قبله عنه خرج عن عهدة نذره، وأصل هذا ما قدمنا في أوّل الصوم أن التعجيل بعد السبب جائز أصله الزكاة خلافاً لمحمد وزفر رحمهما الله، غير أن زفر لم يجزه فيما إذا كان الزمان المعجل فيه أقل فضيلة من المنذور، ومحمداً رحمه الله للتعجيل. وعندنا يجوز ذلك بناء على أن لزوم المنذور بما هو قربة فقط، وجواز التعجيل بعد السبب بدليل الزكاة فابتني على هذا إلغاء تعيين الزمان والمكان والمتصدق والمتصدق عليه، فلو نذر أن يصوم رجباً فصام عنه قبله شهراً أحط فضيلة منه جاز خلافاً لهما، وكذا إذا نذر صلاة في زمان فضيل فصلاها قبله في أحط منه جاز، أو نذر ركعتين بمكة فصلاهما في غيرها جاز، أو أن يتصدق بهذا الدرهم غداً على فلان الفقير فتصدّق بغيره في اليوم على غيره أجزأه، خلافاً لزفر في الكل، ولو قال: لله عليّ صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم فلان بعد ما أكل أو بعد ما حاضت لا يجب عليه شيء عند محمد، وعند أبي يوسف يلزمه القضاء، ولو قدم بعد الزوال لا يلزمه شيء عند محمد ولا رواية فيه عن غيره. ولو قال: لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان شكراً لله تعالى، وأراد به اليمين فقدم فلان في يوم من رمضان كان عليه كفارة يمين، ولا قضاء عليه لأنه لم يوجد شرط البر وهو الصوم بنية الشكر، ولو قدم قبل أن ينوي فنوى به الشكر لا عن رمضان برّ بالنية وأجزأه عن رمضان ولا قضاء عليه، وإذا نذر المريض صوم شهر فمات قبل الصحة لا شيء عليه، وإن صح يوماً، تقدمت هذه المسألة وتحقيقها ومن نذر صوم هذا اليوم أو يوم كذا شهراً أو سنة لزمه ما تكرر منه في الشهر والسنة، ولو نذر صوم الاثنين والخميس فصام ذلك مرة كفاه إلا أن ينوي الأبد، ولو قال: لله عليّ صوم يومين متتابعين من أوّل الشهر وآخره لزمه صيام الخامس عشر والسادس عشر، وكل صوم أوجبه ونص على تفريقه فصامه متتابعاً خرج عن عهدته وعلى القلب لا يجزيه، ولو قال: بضعة عشر يوماً فهو على ثلاثة عشر، أو دهراً فعلي ستة أشهر، أو الدهر فعلي العمر، ولو قال: لله عليّ صوم مثل شهر رمضان إن أراد مثله في الوجوب له أن يفرق أو في التتابع فعليه أن يتابع، وإن لم تكن له نية فله أن يفرق. رجل قال: لله عليّ صوم عشرة أيام متتابعات فصام خمسة عشر يوماً وقد أفطر يوماً ولا يدري أيّ يوم هو قضى خمسة أيام، ووجهه ظاهر بتأمل يسير قوله: (من أصبح يوم النحر الخ) المقصود أن الشروع في صوم يوم من الأيام المنهية كيومي العيدين

للأيام الخمسة وثلاثين يوماً لرمضان، وكلامه واضح، ومبنى جواز صوم هذه الأيام وعدم جوازه أن ما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً، وما وجب ناقصاً جاز أن يتأدى ناقصاً. وقوله: (والفرق لأبي حنيفة وهو ظاهر الرواية) يعني عنهما بين النذر والشروع في الصوم وبين الشروع في الصوم، والشروع في الصلاة في الأوقات المكروهة، فإن في النذر يلزم القضاء وفي الشروع في

ثم أفطر لا شيء عليه، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر أن عليه القضاء) لأن الشروع ملزم كالنذر، وصار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله، وهو ظاهر الرواية أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائماً حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكباً للنهي، فيجب إبطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه، ولا يصير مرتكباً للنهي بنفس النذر وهو الموجب، ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة، ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى ويكون مضموناً بالقضاء، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضاً، والأظهر هو الأوّل، والله أعلم بالصواب.

والتشريق ليس موجباً للقضاء بالإفساد. بخلاف ندرها فإنه يوجبه في غيرها، وبخلاف الصلاة في الأوقات المكروهة فإن إفسادها موجب للقضاء في وقت غير مكروه هذا ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف ومحمد أن الشروع في صوم هذه الأيام كالشروع في الصلاة في الأوقات المكروهة. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الشروع في الأوقات المكروهة ليس موجباً للقضاء كالشروع في صوم هذه الأيام. وجه الظاهر وهو التفصيل أن وجوب القضاء ينبني على وجوب الإتمام فإذا فوّته وجب جبره بالقضاء، ووجوب الإتمام بالشروع في الصوم في هذه الأيام منتف، بل المطلوب بمجرد الشروع قطعه لأنه بمجرده مرتكب للنهي لصدق اسم الصوم الشرعي والصيام على مجرد الإمساك بنية. ولذا حنث به في يمينه لا يصوم، وإن لم يحنث به في يمينه لا يصوم صوماً، ولا يصير بمجرد التلفظ بلفظ النذر ولا بمجرد الشروع في الصلاة مرتكباً للنهي حتى يتوجه عليه طلب القطع، لأن المنهي الصلاة، والصلاة عبارة عن مجموع أركان معلومة فما لم يفعلها لا تتحقق، لأن وجود الشيء بوجود جميع حقيقته، فإذا قطعها فقد قطع ما لم يطلب منه بعد قطعه فيكون مبطلاً للعمل قبل الأمر بالإبطال فيلزم به القضاء إلا أن هذا يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها، والجواب مطلق في الوجوب.

الصوم لا يلزم، وفي الصلاة يلزمه إذا أفسدها. وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم أن الشروع إحداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه، وهو ترك إجابة الدعوة فيجب إبطاله فلا تجب صيانته، ووجوب القضاء ينبني على وجوب الصيانة، وأما النذر فإنما هو إيجاب في الذمة وهو أمر عقلي وجاز للعقل أن يجرّد الأصل عن الوصف فلم يكن مرتكباً للمنهي عنه، وأما الشروع في الصلاة في الأوقات المكروهة فإنما صار موجباً للقضاء، لأن ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة، ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة، فلم يكن الشروع في الابتداء إحداثاً لفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه، فتجب الصيانة والقضاء بتركها، هذا ما سنح لي في توجيه كلامه، والله تعالى أعلم.

قال المصنف: **(ولا يصير مرتكباً للنهي بنفس النذر)** أقول: العزم على المنهي عنه منهي عنه فكيف لا يكون مرتكباً للنهي قوله: **(لأن ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة، إلى قوله: فتجب الصيانة والقضاء بتركها)** أقول: قال العلامة ابن الهمام: هذا يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها، والجواب مطلق في الوجوب اهـ فتأمل.

باب الاعتكاف

قال: (**الاعتكاف مستحب**) والصحيح أنه سنة مؤكدة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه العشر

باب الاعتكاف

قال القدوري (**الاعتكاف مستحب**) قال المصنف (**والصحيح أنه سنة مؤكدة**) والحق خلاف كل من الطريقين، بل الحق أن يقال: الاعتكاف ينقسم إلى واجب وهو المنذور تنجيزاً أو تعليقاً، وإلى سنة مؤكدة وهو اعتكاف العشر الأواخر من رمضان، وإلى مستحب وهو ما سواهما. ودليل السنة حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين وغيرهما «أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان حتى توفاه الله تعالى، ثم اعتكف أزواجه بعده»[(١)] فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الإنكار على من لم يفعله من الصحابة كانت دليل السنية، وإلا كانت تكون دليل الوجوب. أو نقول: اللفظ وإن دل على عدم الترك ظاهراً لكن وجدنا صريحاً ما يدل على الترك وهو ما في الصحيحين وغيرهما «كان عليه الصلاة والسلام يعتكف في كل رمضان، فإذا صلى الغداة جاء إلى مكانه الذي اعتكف فيه، فاستأذنته عائشة رضي الله عنها أن تعتكف فأذن لها فضربت فيه قبة، فسمعت بها حفصة فضربت فيه قبة أخرى، فسمعت زينت فضربت فيه قبة أخرى، فلما انصرف رسول الله ﷺ من الغداة أبصر أربع قباب فقال: ما هذا؟ فأخبر خبرهن، فقال: ما حملهنّ على هذا البرّ، انزعوها فلا أراها فنزعت، فلم يعتكف في رمضان حتى اعتكف في آخر العشر من شوّال» وفي رواية «فأمر بخبائه فقوّض وترك الاعتكاف في شهر رمضان حتى اعتكف العشر الأوّل من شوّال»[(٢)] هذا. وأما اعتكاف العشر الأوسط فقد ورد «أنه عليه الصلاة والسلام اعتكفه، فلما فرغ أتاه جبريل عليه السلام فقال: إن الذي تطلب أمامك يعني ليلة القدر فاعتكف العشر الآخر»[(٣)] وعن هذا ذهب الأكثر إلى أنها في العشر الآخر من رمضان، فمنهم من قال: في ليلة إحدى وعشرين، ومنهم من قال: في

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة، وبين صفته قبل بيان تفسيره لأنها أهم من حيث علم الفقه. فإن قيل: المواظبة ثابتة من غير ترك. قالت عائشة رضي الله عنها «إن رسول الله ﷺ كان يعتكف في العشر الأخير من رمضان حين قدم المدينة إلى أن توفاه الله». أجيب: بأنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر على من تركه، ولو كان واجباً لأنكر، فكانت المواظبة بلا ترك معارضاً بترك الإنكار، وتفسيره لغة الاحتباس، لأنه من العكوف وهو الحبس، ومنه قوله تعالى ﴿**والهدى معكوفاً**﴾ وأما تفسيره شريعة فما ذكره أنه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف، وهو مركب من ركنه

باب الاعتكاف

قوله: (**أجيب بأنه ﷺ لم ينكر على من تركه الخ**) أقول: فإن قيل ينتقض تعريف السنة به إذ الترك أحياناً مأخوذ فيه. قلنا: لما لم ينكر على التارك كان في حكم التارك، إذ الترك كان لتعليم الجواز وعدم الإنكار على التارك يفيد تعليم الجواز فيكون المزاد مع الترك أحياناً حقيقة أو حكماً فليتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٢٦ ومسلم ١١٧٢ وأبو داود ٢٤٦٢ والبيهقي ٤/ ٣١٥، ٣٢٠ وأحمد ٦/ ٩٢ كلهم من حديث عائشة، وكذا النسائي في الكبرى ٢/ ٣٣٣٦.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٣٣، ٢٠٣٤، ٢٠٤١ ومسلم ١١٧٢ وابن خزيمة ٢٢٢٤ وابن حبان ٣٦٦٧ وأحمد ٦/ ٨٤ كلهم من حديث عائشة، وكذا النسائي في الكبرى ٣٣٤٧.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٨١٣ في باب السجود على الأنف والسجود على الطين. من حديث أبي سعيد وفيه: اعتكف رسول الله ﷺ عَشْرَ الأُوَلِ من رمضان، واعتكفنا معه، فأتاه جبريل فقال: إن الذي تطلب أمامك، فاعتكف العشر الأوسط، فاعتكفنا معه، فأتاه جبريل فقال: إن الذي تطلب أمامك... الحديث.

الأواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة (**وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف**) أما اللبث فركنه لأنه ينبىء عنه فكان وجوده به، والصوم من شرطه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والنية شرط في سائر العبادات، هو يقول: إن الصوم عبادة وهو أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا اعتكاف إلا بالصوم» والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول، ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة، ولصحة

ليلة سبع وعشرين وقيل: غير ذلك. وورد في الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال «التمسوها في العشر الأواخر، والتمسوها في كل وتر»[1] وعن أبي حنيفة: أنها في رمضان فلا يدرى أية ليلة هي، وقد تتقدم وقد تتأخر، وعندهما كذلك إلا أنها معينة لا تتقدم ولا تتأخر، هكذا النقل عنهم في المنظومة والشروح. وفي فتاوى قاضيخان قال: وفي المشهور عنه أنها تدور في السنة تكون في رمضان وتكون في غيره فجعل ذلك رواية، وثمرة الاختلاف تظهر فيمن قال: أنت حر أو أنت طالق ليلة القدر، فإن قال: قبل دخول رمضان عتق وطلقت إذا انسلخ، وإن قال بعد ليلة منه فصاعداً لم يعتق حتى ينسلخ رمضان العام القابل عنده، وعندهما إذا جاء مثل تلك الليلة من رمضان الآتي وليس ذكر هذه المسألة لازماً من التقرير، وإنما ذكرناها لأنها مما أغفلها المصنف رحمه الله، ولا ينبغي إغفالها من مثل هذا الكتاب لشهرتها فأوردناها على وجه الاختصار تتميماً لأمر الكتاب. وفيها أقوال أخر: قيل هي أول ليلة من رمضان. وقال الحسن رحمه الله: ليلة سبعة عشر، وقيل تسعة عشر، وعن زيد بن ثابت ليلة أربع وعشرين. وقال عكرمة: ليلة خمس وعشرين. وأجاب أبو حنيفة رحمه الله عن الأدلة المفيدة لكونها في العشر الأواخر: بأن المراد في ذلك الرمضان الذي كان عليه الصلاة والسلام التمسها فيه، والسياقات تدل عليه لمن تأمل طرقَ الأحاديث وألفاظها كقوله «إن الذي تطلب أمامك»[2] وإنما كان يطلب ليلة القدر من تلك السنة، وغير ذلك مما يطلع عليه الاستقراء. ومن علاماتها أنها بلجة ساكنة، لا حارة ولا قارة، تطلع الشمس صبيحتها بلا شعاع كأنها طست، كذا قالوا، وإنما أخفيت ليجتهد في طلبها فينال بذلك أجر المجتهدين في العبادة، كما أخفى الله سبحانه الساعة ليكونوا على وجل من قيامها بغتة، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (**وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف**) هذا مفهومه عندنا، وفيه معنى اللغة إذ هو لغة مطلق الإقامة في أي مكان على أي غرض كان، قال تعالى ﴿**ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون**﴾ [الأنبياء ٥٢]. ثم بين أن ركنه اللبث بشط الصوم والنية، وكذا المسجد من الشروط أي كوْنه فيه، وهذا التعريف على رواية اشتراط الصوم له مطلقاً لا على اشتراطه للواجب منه فقط، مع أن ظاهر الرواية أنه ليس شرطاً للنفل منه، وعلى هذا أيضاً إطلاق قوله: والصوم من شرطه عندنا خلافاً للشافعي، إنما هو

وهو اللبث لأنه ينبي عنه لغة كما ذكرنا، وبعض شرائطه وهو الصوم والنية، أما النية فهي شرط في جميع العبادات، وأما الصوم فهو شرط عندنا، خلافاً للشافعي. هو يقول: الصوم عبادة وهو أصل بنفسه، وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لا يكون شرطاً لغيره وإلا لا يكون أصلاً بنفسه، فما فرضناه أصلاً لا يكون أصلاً، هذا خلف باطل. (**ولنا قوله ﷺ «لا اعتكاف إلا بالصوم»**) روته عائشة رضي الله عنها (**والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول**) وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقاً بقوله تعالى ﴿**ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد**﴾ فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز. والثاني: أن الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم فيها غير مشروع، وفي ذلك تحقق المشروط بدون

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠١٨ ومسلم ١١٦٧ ح٢١٦ وأبو داود ١٣٨٢ وابن ماجه ١٧٦٦ وأحمد ٣/ ٦٠، ٧١، ٧٤، ١٠ والطيالسي ٢١٨٧ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري بأتم من هذا السياق، ورواية ابن ماجه مختصرة.
وأخرجه البخاري ٢٠١٧ والترمذي ٧٩٢ كلاهما من حديث عائشة.
ولفظ البخاري: «تحرّوا ليلة القدر في الوتر من العشر الأواخر من رمضان».

(٢) تقدم قبل حديثين.

التطوّع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لظاهر ما روينا. وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم.

على تلك الرواية وهي رواية الحسن، وليس هو على ما ينبغي لأنه إذا ادعى انتهاض دليله على الشافعي لزمه ترجيح هذه على ظاهر الرواية وليس كذلك قوله: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الخ**) روى الدارقطني والبيهقي عن سويد ابن عبد العزيز عن سفيان بن الخسين عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا اعتكاف إلا بصوم»[1] قال البيهقي: هذا وهم من سفيان بن حسين، أو من سويد، وضعف سويداً، لكن قال في الإكمال: قال عليّ بن حجر: سألت هشيماً عنه فأثنى عليه خيراً، فقد اختلف فيه. وأخرج أبو داود عن عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت «السنة على المعتكف أن لا يعود مريضاً، ولا يشهد جنازة، ولا يمس أمرأة ولا يباشرها، ولا يخرج لحاجة إلا لما لا بد منه، ولا اعتكاف إلا بصوم، ولا اعتكاف إلا في مسجد الجامع»[2] قال أبو داود: غير عبد الرحمن بن إسحاق لا يقول فيه قالت: السنة. وعبد الرحمن بن إسحاق وإن تكلم فيه بعضهم فقد أخرج له مسلم، ووثقه ابن معين، وأثنى عليه غيره. وأخرج أبو داود والنسائي عن عبد الله بن بديل عن عمرو بن دينار عن ابن عمر «أن عمر رضي الله عنه جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية ليلة أو يوماً عند الكعبة فسأل النبي ﷺ فقال: اعتكف وصم» وفي لفظ للنسائي «فأمره أن يعتكف ويصوم»[3] قال

الشرط وهو باطل، فدل على أنه ليس بشرط. وأجيب عن الأول: بأن الإمساك عن الجماع ثبت شرطاً لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو أحد ركني الصوم فألحق به الركن الآخر وهو الإمساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والإباحة، كما ألحق الجماع بالأكل والشرب ناسياً في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى، ثم لما ثبت وجوب الإمساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوما. وعن الثاني: بأن الشروط إنما تثبت بحسب الإمكان، فإن من عليها صوم شهر متتابع لم ينقطع التتابع بعذر الحيض، والصوم في الليالي غير ممكن. وقوله: (**ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة**) أي ليس فيه اختلاف الروايات، فمعناه في جميع الروايات. وقوله: (**وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم**) يشير إلى

قوله: (**وأجيب عن الأول بأن الإمساك الخ**) أقول: لو صح ما ذكره لكان الإمساك عن شهوة البطن في الليل شرطاً للاعتكاف كالإمساك عن شهوة الفرج فيه، ولكان الصوم شرطاً لصحة الإحرام لما ذكره إذ لا رفث فيه بالنص فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٠٠ والبيهقي ٤/ ٣١٧ والحاكم ١/ ٤٤٠ كلهم من حديث عائشة. قال الدارقطني: تفرد به سويد على سفيان اهـ.
وقال البيهقي: هذا وهم من سفيان بن حسين، أو من سويد بن عبد العزيز، وسويد ضعيف لا يقبل ما تفرد به، وقد روي عن عطاء عن عائشة موقوفاً اهـ.
وقال الحاكم: لم يحتج الشيخان بسفيان بن حسين اهـ ووافقه الذهبي، وهو كما قالا، فللحديث علتان ضعف سويد، وكذا سفيان بن حسين فيما يرويه عن الزهري كما نبه على ذلك ابن حجر في التقريب.

(٢) موقوف. أخرجه أبو داود ٢٤٧٣ عن عائشة به وأخرجه البيهقي ٤/ ٣١٥، ٣٢٠ والدارقطني ٢/ ٢٠١ من حديث عائشة، وهو عجز حديث.
قال الدارقطني: إن قوله: «والسنة للمعتكف...» ليس من قول النبي ﷺ وإنه من كلام الزهري ومن أدرجه في الحديث فقد وهم والله أعلم، وهشام بن سليمان لم يذكره اهـ قال أبو داود: غير عبد الرحمن لا يقول فيه: «قالت: السنة».
قلت: فلو ثبتت هذه الزيادة كان له حكم الرفع، وإلا فيبقى على حاله موقوف صورة ومعنى. والله أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٤٧٤ والنسائي في الكبرى ٣٣٥١ والدارقطني ٢/ ٢٠٠ والبيهقي ٤/ ٣١٦ والحاكم ١/ ٣٤٩ كلهم من حديث عمر بن الخطاب.
قال الدارقطني: تفرد به ابن بديل عن عمرو، وهو ضعيف الحديث.
ثم قال الدارقطني: سمعت أبا بكر النيسابوري يقول: هذا حديث منكر لأن الثقات من أصحاب عمرو بن دينار لم يذكروه. منهم ابن جريج وغيره.
وابن بديل ضعيف الحديث اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٨٨: قال صاحب التنقيح: عبد الله بن بديل بن ورقاء ويقال: ابن بشر الخزاعي. قال ابن معين: صالح. وقال ابن عدي: له أحاديث تنكر عليه. وروي له هذا الحديث. وقال: أعلم ذكر فيه الصوم مع الاعتكاف غيره اهـ. فالأئمة من أهل الحديث متفقون على ضعف هذه الفقرة فيه.

وفي رواية الأصل، وهو قول محمد رحمه الله تعالى أقله ساعة فيكون من غير صوم. لأن مبنى النفل على

الدارقطني: تفرّد به عبد الله بن بديل بن ورقاء الخزاعي عن عمرو، وهو ضعيف الحديث، والثقات من أصحاب عمرو لم يذكروا الصوم منهم ابن جريج، وابن عيينة، وحماد بن سلمة، وحماد بن زيد وغيرهم، والحديث في الصحيحين ليس فيه ذكر الصوم، بل إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف في المسجد الحرام ليلة فقال عليه الصلاة والسلام: «أوف بنذرك» وفيهما أيضاً عن عمر رضي الله عنه أنه جعل على نفسه أن يعتكف يوماً فقال: «أوف بنذرك»[1] والجمع بينهما أن المراد الليلة مع يومها أو اليوم مع ليلته، وغاية ما فيه أنه سكت عن ذكر الصوم في هذه الرواية، وقد رويت برواية الثقة وتأيدت بمؤيد فيجب قبولها فالثقة ابن بديل قال فيه ابن معين: صالح، وذكره ابن حبان في الثقات، والمؤيد ما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها الصحيح السند، فإنّ رفعه زيادة ثقة. وما أخرج البيهقي عن أسيد عن عاصم: حدثنا الحسين بن حفص عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما قالا: المعتكف يصوم» فقول ابن عمر رضي الله عنه بلزومه مع أنه راوي واقعة أبيه يقوّي ظن صحة تلك الزيادة في حديث أبيه، وما رواه الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ليس على المعتكف صيام إلا أن يجعله على نفسه»[2] وصححه لم يتم له ذلك، ففيه عبد الله بن محمد الرملي وهو مجهول، ومع جهالته لم يرفعه غيره، بل يقفونه على ابن عباس رضي الله عنهما، ويؤيد الوقف ما ذكره البيهقي بعد ذكره تفرد الرملي حيث قال: وقد رواه أبو بكر الحميدي عن عبد العزيز بن محمد عن أبي سهيل بن مالك قال: اجتمعت أنا وابن شهاب عند عمر بن عبد العزيز وكان على امرأته اعتكاف نذر في المسجد الحرام فقال ابن شهاب: لا يكون اعتكاف إلا بصوم، فقال عمر بن عبد العزيز: أمن رسول الله ﷺ؟ قال لا، قال فمن أبي بكر؟ قال لا. قال: فمن عمر؟ قال لا، قال أبو سهيل: فانصرفت فوجدت طاوساً وعطاء، فسألتهما عن ذلك، فقال طاوس: كان ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى على المعتكف صياماً إلا أن يجعله عل نفسه، وقال عطاء: ذلك رأي صحيح[3] اهـ. فلو كان ابن عباس رضي الله عنهما يرفعه لم يقصره طاوس عليه إذ لم يكن يخف عليه خصوصاً في مثل هذه القصة، وقول عطاء بحضوره ذلك رأي صحيح فعن ذلك اعترف البيهقي بأن رفعه وهم ثم لم يسلم الموقوف عن المعارض، إذ قد ذكرنا رواية البيهقي عن ابن عباس وابن عمر رضي عنهما أنهما قالا: المعتكف يصوم، فتعارض عن عباس. وقال

أنه لو صام رجل تطوعاً ثم قال قبل انتصاف النهار: عليّ اعتكاف هذا اليوم، لا يكون عليه شيء لأن صومه انعقد تطوّعاً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٤٢، ٢٠٤٣، ٦٦٩٧، ٢٠٣٢ ومسلم ١٦٥٦ والنسائي ٣٣٤٩، ٣٣٥٠ والدارمي ٢/١٨٣ وابن ماجه ٤١٢٩ والطحاوي ٣/١٣٣ والدارقطني ٢/١٩٨، ١٩٩ وابن حبان ٤٣٧٩، ٤٣٨٠ وكذا أبو داود ٣٣٢٥ والترمذي ١٥٣٩ والبيهقي ١٠/٧٦ وابن الجارود ٩٤١ وأحمد ٤/٣١٨ و١٠/٧٦ كلهم من حديث ابن عمر أن عمر بن الخطاب بألفاظ متقاربة بعضهم بلفظ «إني نذرت في الجاهلية أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام...».

ورواية لمسلم «جعل عليه يوماً يعتكفه».

وبعضهم بلفظ «أن عمر نذر أن يعتكف ليلة...».

(٢) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ٢/١٩٩ والبيهقي ٤/٣٩١ والحاكم ١/٤٣٩.

كلاهما من حديث ابن عباس. صححه الحاكم، وقال الذهبي: على شرط مسلم اهـ.

وقال الدارقطني: رفعه هذا الشيخ، وغيره لا يرفعه اهـ.

وقال البيهقي: تفرد به عبد الله بن محمد الرملي، وقال طاوس: كان ابن عباس: لا يرى على المعتكف صياماً إلا أن يجعله على نفسه، وقال عطاء: ذلك رأي صحيح اهـ وصحح البيهقي وقفه، وقال: رفعه وهم.

ثم أخرجه ٤/٣٩١ موقوفاً على ابن عباس.

ونقل الزيلعي هذا عنهم وزاد عن ابن القطان: فيه عبد الله بن محمد الرملي لا أعرفه، وأشار إلى أنه مجهول اهـ نصب الراية ٢/٤٩٠.

(٣) انظر البيهقي ٤/٣٩١ حيث ذكر هذه القصة.

المساهلة، ألا ترى أنه يقعد في صلاة النفل مع القدرة على القيام، ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الأصل لأنه غير مقدر فلم يكن القطع إبطالاً. وفي رواية الحسن: يلزمه لأنه مقدر باليوم كالصوم، ثم الاعتكاف لا

عبد الرزاق: أخبرنا الثوري عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: من اعتكف فعليه الصوم. ودفع المعارضة عنه بأن يجعل مرجع الضمير في قوله «إلا أن يجعله الاعتكاف» فيكون دليل اشتراط الصوم في الاعتكاف المنذور دون النفل، ويخص حديث عبد الرزاق عنه به، وكذا حديث عمر إنما هو دليل على اشتراطه في المنذور والمعمم لاشتراطه حديث عائشة المتقدم المرفوع، وما أخرج عبد الرزاق عنها موقوفاً قالت: من اعتكف فعليه الصوم. وأخرج أيضاً عن الزهري وعروة قالا: لا اعتكاف إلا بالصوم، وفي موطأ مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد ونافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما قالا: لا اعتكاف إلا بالصوم لقوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾ [البقرة ١٨٧] فذكر الله تعالى الاعتكاف مع الصيام. قال يحيى: قال مالك: والأمر على ذلك عندنا أنه لا اعتكاف إلا بصيام[(١)] وكذا حديث عائشة المتقدم[(٢)] أوّلاً من رواية سويد، فهذه كلها تؤيد إطلاق الاشتراط، وهو رواية الحسن، وفي رواية الأصل وهو قول محمد أقل الاعتكاف النفل ساعة فيكون من غير صوم، وجعل رواية عدم اشتراطه في النفل ظاهراً لرواية جماعة، ولا يحضرني متمسك لذلك في السنة سوى حديث القباب المتقدم أول الباب في الرواية القائلة «حتى اعتكف العشر الأوّل من شوّال»[(٣)] فإنه ظاهر في اعتكاف يوم الفطر ولا صوم فيه. وفرعوا على هذه الرواية أنه إذا شرع ساعة ثم تركه لا يكون إبطالاً للاعتكاف بل إنهاء له فلا يلزمه القضاء، وعلى رواية الحسن يلزمه، وحقق بعضهم أن لزوم القضاء على رواية الحسن إنما هو للزوم القضاء في شرطه الصوم لا أن يكون الاعتكاف التطوّع لازماً في نفسه، وأنه يجوز ليلاً فقط، وعلى تلك الرواية لا يجوز أن يكون الليل تبعاً للنهار فيجوز حينئذ. واعلم أن المنقول من مستند إثبات هذه الرواية الظاهرة هو قوله في الأصل: إذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما أقام تارك له إذا خرج وفيه نظر، إذ لا يمتنع عند العقل القول بصحته ساعة مع اشتراط الصوم له وإن كان الصوم لا يكون أقل من يوم. وحاصله أن من أراد أن يعتكف فليصم سواء كان يريد اعتكاف يوم أو دونه، ولا مانع من اعتبار شرط يكون أطول من مشروطه، ومن ادعاه فهو بلا دليل، فهذا الاستنباط غير صحيح بلا موجب، إذ الاعتكاف لم يقدر شرعاً بكمية لا يصح دونها كالصوم، بل كل جزء منه لا يفتقر في كونه عبادة إلى الجزء الآخر ولم يستلزم تقدير شرطه تقديره لما قلنا. وقول من حقق الوجه إنما ذلك للزوم القضاء في شرطه بعيد عن التحقيق بحسب ظاهره. فإن إفساد الاعتكاف لا يستلزم إفساد الصوم ليلزم قضاؤه لجواز كونه بما لا يفسد الصوم كالخروج من المسجد. وغاية ما يصحح بأن يراد أنه لما فسد وجب قضاؤه فيجب لذلك استئناف صوم آخر ضرورة اشتراط الصوم له.. وهذا لا يقتضي أن لزوم القضاء للزومه في الصوم بل بالعكس، فلا يلزم القضاء إلا في منذور أفسده قبل إتمامه، ومقتضى النظر أنه لو شرع في المسنون أعني العشر الأواخر بنيته ثم أفسده أن يجب قضاؤه تخريجاً على قول أبي يوسف في الشروع في نفل

فتعذر جعله واجباً بنذر الاعتكاف. وقوله: (**وفي رواية الأصل**) قالوا: هي ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة. وقوله: (**لأنه غير مقدر فلم يكن القطع إبطالاً**) يفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف والصوم والصلاة متطوّعاً حيث لم يجب عليه شيء في الأوّل لكونه غير مقدر، ووجب عليه في الآخرين، لأن الصوم مقدر بيوم. والصلاة بركعتين. وقوله: (**ثم الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد الجماعة**) هذا أيضاً من شروط جوازه، ومسجد الجماعة هو الذي يكون له إمام ومؤذن أديت فيه الصلوات

---

(١) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٢/ ٤٨٨.
(٢) تقدم قبل قليل.
(٣) تقدم تخريجه في أول هذا الباب.

يصح إلا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه «لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة» وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس، لأنه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان تؤدى فيه، أما

الصلاة ناوياً أربعاً لا على قولهما. ومن التفريعات أنه لو أصبح صائماً متطوّعاً أو غير ناو للصوم ثم قال: لله عليّ أن أعتكف هذا اليوم لا يصح، وإن كان في وقت يصح منه نية الصوم لعدم استيعاب النهار، وعند أبي يوسف رحمه الله: أقله أكثر النهار فإن كان قاله قبل نصف النهار لزمه فإن لم يعتكفه قضاه، وهذا أوجه فيجب التعويل عليه والمصير إليه لما ذكرنا بقليل، تأمل قوله: (**وفي رواية الأصل الخ**) ذكر وجهه من المعنى وذكرنا آنفاً وجهه من السنة، وحمل صاحب التنقيح إياه على أنه اعتكف من ثاني الفطر دعوى بلا دليل.. وما تمسك به من أنه جاء مصرحاً في حديث «فلما أفطر اعتكف»[1] عليه لا له، لأن مدخول لما ملزوم لما بعده فاقتضى حين أفطر اعتكف بلا تراخ قوله: (**لقول حذيفة رضي الله عنه الخ**) أسند الطبراني عن إبراهيم النخعي أن حذيفة قال لابن مسعود: ألا تعجب من قوم بين دارك ودار أبي موسى يزعمون أنهم عكوف؟ قال: فلعلهم أصابوا وأخطأت، أو حفظوا وأنسيت، قال: أما أنا فقد علمت أنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة. وأخرج البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إن أبغض الأمر إلى الله تعالى البدع، وإن من البدع الاعتكاف في المساجد التي في الدور. وروى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما: أخبرنا سفيان الثوري أخبرني جابر عن سعيد بن عبيد عن أبي عبد الرحمن السلمي عن عليّ قال: «لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة» وتقدم مرفوعاً في رواية عائشة[2] رضي الله عنها قوله: (**وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس**) قيل: أراد به غير الجامع، أما الجامع فيجوز وإن لم يصل فيه الخمس، وعن أبي يوسف: أن الاعتكاف الواجب لا يجوز في غير مسجد الجماعة والنفل يجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن كل مسجد له إمام ومؤذن معلوم وتصلى فيه الخمس بالجماعة: وصححه بعض المشايخ قال لقوله عليه الصلاة والسلام «لا اعتكاف إلا في مسجد له أذان وإقامة»[3] ومعنى هذا ما رواه في المعارضة لابن الجوزي عن حذيفة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «كل مسجد له إمام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصح»[4] ثم أفضل الاعتكاف في المسجد الحرام، ثم مسجد النبي ﷺ، ثم مسجد الأقصى،

الخمس أولاً (**لقول حذيفة**) بن اليمان (**لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة**)، وروى الحسن (**عن أبي حنيفة أنه لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس**) لما ذكر في الكتاب. وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي: أفضل الاعتكاف أن

قال المصنف: (**وفي رواية الأصل وهو قول محمد أقله ساعة فيكون من غير صوم**) أقول: فيه بحث، إذ لا مانع من اعتبار شرط يكون أطول من مشروطه.

---

(١) صحيح. هو عجز حديث أخرجه البخاري ٢٠٤٥ من حديث عائشة وأخرجه البخاري ٢٠٤٥ من حديث عائشة وآخره: «فلما أفطر اعتكف عشراً من شوال».

(٢) تقدم قبل ثمانية أحاديث.

(٣) هو الآتي.

(٤) غريب هكذا. وأخرجه البيهقي ٤/ ٣١٦ من رواية أبي وائل عن حذيفة «أنه قال لابن مسعود: عكوفاً بين دارك ودار أبي موسى، وقد علمت أن رسول الله ﷺ قال: لا اعتكاف إلا في المساجد الثلاثة».
وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٣/ ١٧٣ عن إبراهيم عن حذيفة قال: أما أنا فقد علمت أنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة، وله قصة.
قال الهيثمي: إسنادهما مرسل.
وأخرجه البيهقي ٤/ ٣١٥ عن عائشة قالت: من السنة... وفيه: ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة.
وأسند البيهقي عن ابن عباس: «إن من البدع الاعتكاف في المساجد التي في الدور» وأسند عن ابن عباس والحسن: لا اعتكاف إلا في مسجد تقام فيه الصلاة...

المرأة فتعتكف في مسجد بيتها لأنه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه[1] **(ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة)** أما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها «كان النبي عليه الصلاة والسلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان» ولأنه معلوم وقوعها، ولابد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى، ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لأن ما ثبت بالشرورة يتقدر بقدرها، وأما الجمعة فلأنها من أهم حوائجه وهي معلوم وقوعها. وقال الشافعي رحمه الله: الخروج إليها مفسد لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع، ونحن نقول: الاعتكاف في كل

ثم الجامع. قيل: إذا كان يصلي فيه الخمس بجماعة، فإن لم يكن ففي مسجده أفضل لئلا يحتاج إلى الخروج، ثم كل ما كان أهله أكثر قوله: **(أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها)** أي الأفضل ذلك، ولو اعتكفت في الجامع أو في مسجد حيها وهو أفضل من الجامع في حقها جاز، وهو مكروه ذكر الكراهة قاضيخان. ولا يجوز أن تخرج من بيتها ولا إلى نفس البيت من مسجد بيتها إذا اعتكفت واجباً أو نفلاً على رواية الحسن، ولا تعتكف إلا بإذن زوجها، فإن لم يأذن كان له أن يأتيها، وإذا أذن لم يكن له أن يأتيها ولا يمنعها، وفي الأمة يملك ذلك بعد الإذن مع الكراهة المؤثمة. قال محمد: أساء وأثم قوله: **(فلحديث عائشة رضي الله عنها)** روى الستة في كتبهم عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف يدني إليّ رأسه فأرجله، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان»[2] وتقدم في حديث عائشة رضي الله عنها أيضاً قوله: **(الاعتكاف في كل مسجد مشروع)** هذا على وجه الإلزام على عمومه، فإن الشافعي يجيزه في كل مسجد. وأما على رأينا فلا إذ لا يجوز في مسجد يصلى فيه الخمس بجماعة أو دونها إذا كان جامعاً فلا يكون التمسك على العموم بقوله تعالى **﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾** [البقرة ١٨٧] فعله الشارحون صحيحاً على المذهب. والحاصل أن الاعتكاف في غير الجامع جائز في الجملة بالاتفاق او إلزاماً بالدليل، فإذا صح فبعد ذلك الضرورة مطلقة للخروج مع بقاء الاعتكاف وهي هنا متحققة نظراً إلى الأمر بالجمعة قوله: **(ويصلي قبلها أربعاً)** ينبغي جعل هذه الجملة عطفاً على إدراكها من باب **﴿صافات ويقبضن﴾** [الملك ١٩] **﴿وفالق الإصباح وجعل الليل ساكناً﴾** [الأنعام ٩٦] بمعنى قابضات وجاعل، فينحل إلى أن يخرج في وقت بحيث يمكنة إدراكها وصلاة أربع أو ست قبلها يحكم في ذلك رأيه، وهذا يستلزم أن يجتهد في خروجه على إدراك السماع للخطبة لأن السنة إنما تصلى قبل خروج الخطيب قوله: **(والركعتان تحية المسجد)** صرحوا بأنه إذا شرع في الفريضة حين دخل المسجد أجزأه عن تحية المسجد، لأن التحية تحصل بذلك فلا حاجة إلى غيرها في تحققها وكذا السنة، فهذه الرواية وهي رواية الحسن إما ضعيفة أو مبنية على أن كون الوقت مما يسع فيه السنة وأداء الفرض بعد قطع المسافة مما يعرف تخميناً لا قاطعاً، فقد يدخل قبل الزوال لعدم مطابقة ظنه ولا يمكنه أن يبدأ بالسنة فيبدأ بالتحية فينبغي أن يتحرى على هذا التقدير، لأنه قلما يصدق الحزر قوله: **(وبعدها أربعاً أو ستاً على حسب الاختلاف)** منهم من جعل قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن السنة بعدها أربع، وقولهما ست، ومنهم من اقتصر في

يكون في المسجد الحرام، ثم في مسجد المدينة، وهو مسجد رسول الله ﷺ، ثم في مسجد بيت المقدس، ثم في المساجد العظام التي كثر أهلها. وقوله: **(أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها)** هذا عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا اعتكاف للرجال والنساء إلا في مسجد جماعة، لأن المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعاً وهو لا يوجد في مساجد البيوت. ولنا أن موضع الاعتكاف في حقها الموضع الذي تكون صلاتها فيه أفضل كما في حق الرجل، وصلاتها في مسجد بيتها أفضل، فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها. قال: **(ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة)** كلامه واضح

---

(١) هنا زيادة في بعض النسخ التي بأيدينا ونصها: ولو لم يكن لها في البيت مسجد تجعل موضعاً فيه فتعتكف فيه اهـ كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٢٩، ٢٠٤٦، ٢٩٦، ٣٠١ ومسلم ٢٩٧ وأبو داود ٢٤٦٩، ٢٤٦٨ والنسائي ١/ ١٩٣ وابن ماجه ٦٣٣، ١٧٧٨ والبيهقي ٤/ ٣١٥، ٣٢٠ وابن حبان ٣٦٦٩ و٣٦٧٠ وابن خزيمة ٢٢٣٢ وابن أبي شيبة ٣/ ٨٨، ٩٤ وأحمد ٦/ ٥٠، ١٠٠، ٢٠٤، ٨١ كلهم من حديث عائشة.

مسجد مشروع، وإذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج، ويخرج حين تزول الشمس لأن الخطاب يتوجه بعده، وإن كان منزله بعيداً عنه يخرج في وقت يمكنه إدراكها ويصلي قبلها أربعاً، وفي رواية ستاً، الأربع سنة، والركعتان تحية المسجد، وبعدها أربعاً أو ستاً على حسب الاختلاف في سنة الجمعة، وسننها توابع لها فألحقت بها، ولو أقام في مسجد الجامع أكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لأنه موضع اعتكاف إلا أنه لا يستحب لأنه التزم أداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة **(ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه)** عند أبي

الست على أنه قول أبي يوسف رحمه الله، وقدمنا الوجه في باب صلاة الجمعة للفريقين قوله: **(وسننها توابع لها)** يعني فتتحقق الحاجة لها كما تحققت لنفس الجمعة فلا يكون بصلاتها في الجامع مخالفاً لما هو الأولى، وهو أن لا يقعد في الجامع إلا قدر الحاجة التي جوّزت خروجه، وإلا فلو استمر هو فيه بغير حاجة لم يبطل اعتكافه لأن خروجه كان لمجوّز فلم يبطله، ومقامه بعد الحاجة في محال الاعتكاف فلا يبطل إلا أن الأولى أن يتم في مكان الشروع لأن إتمام هذه العبادة في محل الشروع وهي عبادة تطول أحمز على النفس منه في محالّ مختلفة، فإن في هذا ترويحاً لها من كدّ التقيد بالعبادة في مكان واحد، ولأن الظاهر أنه إذا شرع في عبادة في مكان تقيد به حتى يتمها فيكون كالإخلاف بعد الالتزام قوله: **(ولو خرج من المسجد ساعة من ليل أو نهار)** وتقييده في الكتاب الفساد بما إذا كان الخروج بغير عذر يفيد أنه إذا كان لعذر لا يفسد، وعليه مشى بعضهم فيما إذا خرج لانهدام المسجد إلى مسجد آخر، أو أخرجه سلطان، أو خاف على متاعه فخرج، وحكم بالفساد إذا خرج لجنازة وإن تعينت عليه، أو لنفير عام أو لأداء شهادة. والذي في فتاوى قاضيخان والخلاصة: أن الخروج عامداً أو ناسياً أو مكرهاً بأن أخرجه السلطان أو الغريم، أو خرج لبول فحبسه الغريم ساعة، أو خرج لعذر المرض فسد اعتكافه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلل قاضيخان في الخروج للمرض بأنه لا يغلب وقوعه فلم يصر مستثني عن الإيجاب، فأفاد هذا التعليل الفساد في الكل، وعن هذا فسد إذا عاد مريضاً أو شهد جنازة. وتقدم في حديث عائشة النهي عنه مطلقاً، فأفاد أنه لو تعين عليه صلاة الجنازة أيضاً يفسد إلا أنه لا يأثم به كالخروج للمرض، بل يجب عليه الخروج كما في الجمعة إلا أنه يفسد لأنه لم يصر مستثني حيث لم يغلب وقوع تعين صلاة الجنازة على واحد معتكف بخلاف الجمعة، فإنه معلوم وقوعها فكانت مستثناة. وعلى هذا إذا خرج لإنقاذ غريق أو حريق أو جهاد عمّ نفيره يفسد ولا يأثم، وهذا المعنى يفيد أيضاً أنه إذا انهدم المسجد فخرج إلى آخر يفسد لأنه ليس غالب الوقوع. ونص على فساده بذلك قاضيخان وغيره، وتفرّق أهله وانقطاع الجماعة منه مثل ذلك. ونص الحاكم أبو الفضل فقال في الكافي: وأما في قول أبي حنيفة فاعتكافه فاسد إذا خرج ساعة لغير غائط أو بول أو جمعة فالظاهر أن العذر الذي لا يغلب مسقط للإثم لا للبطلان وإلا لكان النسيان أولى بعدم الإفساد لأنه عذر ثبت شرعاً اعتبار الصحة معه في بعض الأحكام، ولا بأس أن يخرج رأسه من المسجد إلى بعض أهله ليغسله أو يرجله كما تقدم من فعله عليه الصلاة والسلام، وإن

إلى قوله **﴿لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع﴾** فإنه إن كان اعتكافه دون سبعة أيام اعتكف في أي مسجد شاء، وإن كان سبعة أيام فصاعداً اعتكف في مسجد الجامع، فلم تتحقق الضرورة المطلقة للخروج. ولنا أن الدليل قد دل على أن الاعتكاف في كل مسجد مشروع، وإذا صح الشروع صحت الضرورة المطلقة للخروج إليها لأن تركها صيانة للاعتكاف لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بإيجاب الله تعالى وهو واجب بإيجاب العبد وليس للعبد إسقاط ما وجب بإيجاب الله بإيجابه. وقوله: **(فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة)** قيد بذلك لأنه إذا كان ثمة ضرورة مثل أن يعتكف في مسجد فينهدم جاز له الخروج إلى مسجد آخر، لأنه مضطر إلى الخروج فكان عفواً. وقوله: **(وهو القياس)** لأن ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مفوّت له، فكان القليل والكثير سواء كالأكل في الصوم، والحدث في الطهارة. وقوله: **(لأن في القليل ضرورة)** بيانه أن المعتكف إذا خرج لحاجة الإنسان لا يؤمر بأن يسرع في المشي. وله أن يمشي على التؤدة فكان القليل عفواً والكثير ليس بعفو، فجعلنا الحدّ الفاصل بينهما الأكثر من نصف يوم اعتباراً بنية الصوم في رمضان، إذا وجدت في أكثر اليوم جعلت

حنيفة رحمه الله تعالى لوجود المنافي وهو القياس، وقالا: لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم وهو الاستحسان

غسله في المسجد في إناء بحيث لا يلوّث المسجد لا بأس به، وصعود المئذنة إن كان بابها من خارج المسجد لا يفسد في ظاهر الرواية. وقال بعضهم: هذا في حق المؤذن لأن خروجه للأذان معلوم فيكون مستثنى. أما غيره فيفسد اعتكافه، وصحح قاضيخان أنه قول الكل في حق الكل، ولا شك أن ذلك القول أقيس بمذهب الإمام. وفي شرح الصوم للفقيه أبي الليث: المعتكف يخرج لأداء الشهادة، وتأويله أنه إذا لم يكن شاهد آخر فينوي حقه. ولو أحرم المعتكف بحج لزمه إذ لا ينافيه، ولا يجوز له الخروج إلا إذا خاف فوت الحج فيخرج حينئذ ويستقبل الاعتكاف، ولو احتلم لا يفسد اعتكافه، فإن أمكنه أن يغتسل في المسجد من غير تلويث فعل، وإلا خرج فاغتسل ثم يعود قوله: **(وهو الاستحسان)** يقتضي ترجيحه لأنه ليس من المواضع المعدودة التي رجع فيها القياس على الاستحسان، ثم هو من قبيل الاستحسان بالضرورة كما ذكره المصنف، واستنباط من عدم أمره إذا خرج إلى الغائط أن يسرع المشي، بل يمشي على التؤدة وبقدر البطء تتخلل السكنات بين الحركات على ما عرف في فن الطبيعة، وبذلك يثبت قدر من الخروج في غير محل الحاجة، فعلم أن القليل عفو فجعلنا الفاصل بينه وبين الكثير أقل من أكثر اليوم أو الليلة لأن مقابل الأكثر يكون قليلاً بالنسبة إليه، وأنا لا أشك أن من خرج من المسجد إلى السوق للعب واللهو أو القمار من بعد الفجر إلى ما قبل نصف النهار كما هو قولهما، ثم قال «يا رسول الله أنا معتكف. قال: ما أبعدك عن العاكفين»[1] ولا يتم مبنى هذا الاستحسان فإن الضرورة التي يناط بها التخفيف هي الضرورة اللازمة أو الغالبة الوقوع: ومجرد عروض ما هو ملجىء ليس بذلك، ألا يرى أن من عرض له في الصلاة مدافعة الأخبثين على وجه عجز عن دفعه حتى خرج منه لا يقال ببقاء صلاته كما يحكم به مع السلس مع تحقق الضرورة والإلجاء وسمي ذلك معذوراً دون هذا مع أنهما يجيزانه لغير ضرورة أصلاً، إذ المسألة هي أن خروجه أقل من نصف يوم لا يفسد مطلقاً سواء كان لحاجة أو لا بل للعب. وأما عدم المطالبة بالإسراع فليس لإطلاق الخروج اليسير بل لأن الله تعالى يحب الأناة والرفق في كل شيء حتى طلبه في المشي إلى الصلاة، وإن كان ذلك يفوّت بعضها معه بالجماعة، وكره الإسراع ونهى عنه وإن كان محصلاً لها كلها في الجماعة تحصيلاً لفضيلة الخشوع إذ هو يذهب بالسرعة والعاكف أحوج إليها في عموم أحواله لأنه سلم نفسه لله تعالى متقيداً بمقام العبودية من الذكر والصلاة والانتظار للصلاة، فهو في حال المشي المطلق له داخل في العبادة التي هي الانتظار، والمنتَظِر للصلاة في الصلاة حكماً فكان محتاجاً إلى تحصيل الخشوع في حال الخروج، فكانت تلك السكنات كذلك، وهي معدودة من نفس الاعتكاف لا من الخروج، ولو سلم أن القليل غير مفسد لم يلزم تقديره بما هو قليل بالنسبة إلى مقابله من بقية تمام يوم أو ليلة، بل بما يعدّ كثيراً في نظر العقلاء الذين فهموا معنى العكوف، وأن الخروج ينافيه قوله: **(لأن النبي ﷺ لم يكن له مأوى إلا المسجد)** أي لحاجته الأصلية من الأكل ونحوه، أما إذا باع أو اشترى لغير ذلك كالتجارة أو استكثار الأمتعة فلا يجوز لأن إباحته في المسجد للضرورة فلا يجاوز مواضعها قوله: **(لأن المسجد محرر عن حقوق العباد)** فإنه أخلص لله سبحانه، وفي إحضار السلعة شغله بها من غير ضرورة قوله: **(لقوله ﷺ «جنبوا**

كأنها وجدت في جميع اليوم، لأن القليل تابع للأكثر. وقوله: **(لم يكن له مأوى إلا المسجد)** يعني في غالب أحواله، ويلزم من ذلك أن يكون أكله فيه حينئذ. وقوله: **(ولا بأس بأن يبيع ويبتاع)** يعني ما كان من حوائجه الأصلية، وأما ما كان للتجارة فهو مكروه، ألا ترى قوله **(ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه)** فإذا كان لغير المعتكف مكروهاً فما ظنك بالمعتكف. وقوله: **(ولا يتكلم إلا بخير)** يعني أن التكلم بالشرّ في المعتكف أشدّ حرمة منه في غيره، فكان من قبيل قوله تعالى **﴿فلا**

(١) لم أعثر عليه بعد فلينظر. والظاهر أنه غريب مرفوعاً. ولعله ورد عن بعض السلف والله أعلم.

لأن في القليل ضرورة. قال: **(وأما الأكل والشرب والنوم يكون في معتكفه)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يكن له مأوى إلا المسجد، ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة إلى الخروج **(ولا بأس بأن يبيع ويبتاع في المسجد من غير أن يحضر السلعة)** لأنه قد يحتاج إلى ذلك بأن لا يجد من يقوم بحاجته إلا أنهم قالوا: يكره إحضار السلعة للبيع والشراء، لأن المسجد محرّر عن حقوق العباد، وفيه شغله بها، ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه الصلاة والسلام «جنبوا مساجدكم صبيانكم» إلى أن قال «وبيعكم وشراءكم» قال: **(ولا يتكلم**

مساجدكم صبيانكم») روى ابن ماجه في سننه عن مكحول عن واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم، وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم، ورفع أصواتكم، وإقامة حدودكم، وسلّ سيوفكم، واتخذوا على أبوابها المطاهر. وجمروها في الجمع»[١] اهـ. قال الترمذي في كتابه بعد روايته حديث «لا تظهر الشماتة بأخيك فيعافيه الله ويبتليك»[٢] عن مكحول عن واثلة هذا حديث حسن، وقد سمع مكحول من واثلة وأنس، وأبي هند الداري ذكره في الزهد. ورواه عبد الرزاق: حدثنا محمد بن مسلم عن عبد ربه بن عبد الله عن مكحول عن معاذ بن جبل عن رسول الله ﷺ فذكره[٣]. وروى أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشراء والبيع في المسجد، وأن ينشد فيه ضالة، أو ينشد فيه شعر، ونهى عن التحلق قبل الصلاة يوم الجمعة»[٤] قال الترمذي: حديث حسن، والنسائي رواه في اليوم والليلة بتمامه، وفي السنن اختصره لم يذكر فيه البيع والشراء. وروى الترمذي في كتابه والنسائي في اليوم والليلة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «سمعت رسول الله ﷺ يقول: من رأيتموه يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا: لا ربّح الله تجارتك، ومن رأيتموه ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردّ الله عليك»[٥] قال الترمذي حديث حسن غريب، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه. وروى ابن ماجه في سننه عنه عليه الصلاة السلام «خصال لا تنبغي في المسجد: لا يتخذ طريقاً، ولا يشهر فيه سلاح، ولا ينبض فيه بقوس، ولا ينثر فيه نبل، ولا يمر فيه بلحم نيء، ولا يضرب فيه حد، ولا يتخذ

تظلموا فيهن أنفسكم﴾ فإن الظلم وإن كان حراماً مطلقاً لكنه قيده بالأشهر لأنه فيها أشد حرمة. وقوله: **(ويكره له الصمت)** قيل: معناه أن ينذر أن لا يتكلم أصلاً كما كان في شريعة من قبلنا. وقيل: أن يصمت ولا يتكلم أصلاً من غير نذر سابق. وقيل: معناه أن ينوي الصوم المعهود وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث مع زيادة نية أن لا يتكلم، وهذا موافق للتعليل المذكور في

قال المصنف: **(وفيه شغله بها)** أقول: أي من غير ضرورة قال المصنف: **(إلى أن قال: وبيعكم وشراءكم)** أقول: فتأمل كيف

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٧٥٠ من حديث واثلة بن الأسقع. وفيه محمد بن سعيد الشامي المصلوب لم يصرح به لذا وقال البوصيري: إسناده ضعيف، فإن الحارث بن بنهان متفق على ضعفه اهـ وسيأتي مستوفياً في كتاب أدب القاضي إن شاء الله. وانظر نصب الراية ٢/ ٤٩٢.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٥٠٦ من حديث واثلة بن الأسقع وفي إسناده مكحول.
قال الترمذي: حديث حسن غريب، ومكحول قد سمع من واثلة وأنس وأبي هند والداري اهـ.
وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٢٢٤ ونقل عن ابن حبان قوله: لا أصل له من كلام رسول الله ﷺ اهـ مع أن القاسم بن أمية غير مهتم وإن كان فيه كلام فالخبر ضعيف لا موضوع والله أعلم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث معاذ بن جبل كما في نصب الراية ٢/ ٤٩١ وهو الحديث المتقدم قبل حديث واحد.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١٠٧٩ والترمذي ٣٢٢ والنسائي في عمل اليوم والليلة ١٧٣ وفي الكبرى ٧٩٣ و٧٩٤ مختصراً وابن ماجه ٧٤٩ والطحاوي ٢/ ٤٠٧ وأحمد ٢/ ١٧٩ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بألفاظ متقاربة.
قال الترمذي: حديث حسن اهـ.
وهو كما قال رجاله إلى عمرو ثقات، وعمرو حديثه حسن عند العلماء.

(٥) صحيح. أخرجه الترمذي ١٣٢١ والنسائي في عمل اليوم والليلة ١٧٦ والدارمي ١/ ٣٢٦ وابن الجارود ٥٦٢ والبيهقي ٢/ ٤٤٧ والحاكم ٢/ ٥٦ وابن حبان ١٦٥٠ وابن خزيمة ١٣٠٥ كلهم من حديث أبي هريرة.
صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وحسنه الترمذي، وهو صحيح على شرط مسلم.

إلا بخير ويكره له الصمت) لأن صوم الصمت ليس بقربة شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثماً، **(ويحرم على المعتكف الوطء)** لقوله تعالى **﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾** (و) كذا **(اللمس والقبلة)** لأنه من دواعيه فيحرم عليه إذ هو محظوره كما في الإحرام بخلاف الصوم، لأن الكف ركنه لا محظوره فلم يتعدّ إلى دواعيه **(فإن جامع ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً بطل اعتكافه)** لأن الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم، وحالة العاكفين مذكرة فلا

سوقاً»[1] وأعلّ يزيد بن جبيرة. وقد قدمنا للمسجد أحكاماً في كتاب الصلاة تنظر هناك قوله: **(ويكره له الصمت)** أي الصمت بالكلية تعبداً به فإنه ليس في شريعتنا، وعن عليّ رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل»[2] رواه أبو داود. وأسند أبو حنيفة عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن صوم الوصال وعن صوم الصمت»[3] ويلازم التلاوة الحديث والعلم وتدريسه، وسير النبي ﷺ والأنبياء عليهم الصلاة والسلام وأخبار الصالحين، وكتابة أمور الدين قوله: **(لأنه)** أي كلا منهما **(من دواعيه)** فمرجع ضمير دواعيه الوطء وضمير محظوره الاعتكاف. وحاصل الوجه الحكم باستلزام حرمة الشيء ابتداء في العبادة حرمة دواعيه وبعد استلزامها حرمة الدواعي إذا كانت حرمته ثابتة ضمن ثبوت الأمر للتفاوت بين التحريم الضمني لضد مأمور به والقصدي. ولا شك أن ثبوت ماله الدواعي عند ثبوتها مع قيام الحاجز الشرعي عنه ليس قطعياً ولا غالباً غير أنها طريق في الجملة فحرمت للتحريم القصدي لما هي دواعيه لا الضمني، إذ هو غير مقصود، بل المقصود ليس إلا تحصيل المأمور به، فكان ذلك غير ملحوظ في الطلب إلا لغيره فلا تتعدى الحرمة إلى دواعيه، إذا عرف هذا فحرمة الوطء في الاعتكاف قصدي إذ هو ثابت بالنهي المفيد للحرمة ابتداء لنفسه وهو قوله تعالى **﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾** [البقرة ١٨٧] ومثله في الإحرام والاستبراء قال تعالى **﴿فلا رفث﴾** [البقرة ١٩٧] الآية. وقال عليه الصلاة

الكتاب بقوله **(لأن صوم الصمت ليس بقربة)** فإنه روي عن أبي حنيفة عن عدي بن ثابت عن أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت» فقال الراوي وهو زكريا بن أبي زائدة: قلت لأبي حنيفة: ما صوم الصمت؟ قال: أن يصوم ولا يكلم أحداً في يوم الصوم. وقوله: **(يتجانب ما يكون مأثماً)** أي إثماً متصل بقوله يكره له الصمت. لا يقال في عبارته تسامح لأن قوله: ولا يتكلم إلا بخير، يقتضي حصر أن يكون الكلام بخير. وقوله: **(يتجانب ما يكون مأثماً)** يقتضي جواز التكلم بما هو مباح، وذلك تناقض. لأنا نقول: ما ليس بمأثم فهو خير عند الحاجة إليه لأن الخير عبارة عن الشيء الحاصل لما من شأنه أن يكون حاصلاً له إذا كان مؤثراً، والتكلم بالمباح عند الحاجة إليه كذلك. وقوله:

خص المعتكف من هذا العموم قال المصنف: **(لكنه يتجانب ما يكون مأثماً)** أقول: فائدة هذا الكلام هو الإعلام بتناول الخير للمباحات

---

(١) منكر. أخرجه ابن ماجه ٧٤٨ وابن حبان في المجروحين ١/ ٣١٠ وابن الجوزي في الواهيات ١/ ٢٠٤ وابن عدي ٣/ ٢٠٢ كلهم من حديث ابن عمر به قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف زيد بن جبيرة.
وقال ابن حبان: هو منكر الحديث.
وأما ابن عدي: فأعله بزيد، وداود بن حصين أيضاً.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٩٣ كلامهم، ووافقهم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٨٧٣ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٨٠ والطبراني في الصغير كما في المجمع ٤/ ٣٣٤ كلهم من حديث علي.
قال الهيثمي: رجاله ثقات اهـ.
وفي إسناده يحيى بن محمد المديني صدوق يخطىء قاله الحافظ في التقريب.
والحديث له طرق أخرى ترقى به إلى درجة الحسن.

(٣) حديث أبي هريرة أخرجه أبو حنيفة في مسنده ص ٨٢ من حديث أبي هريرة. رواه من طريقين عنه.
وورد من حديث أبي سعيد أخرجه أحمد ٢/ ٦٢.
وابن حبان ٣٥٧٨ بلفظ «لا وصال في الصيام».
فهذا شاهد لبعضه. وفي الباب روايات.

يعذر بالنسيان (**ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل أو قبل أو لمس فأنزل بطل اعتكافه**) لأنه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم، ولو لم ينزل لا يفسد وإن كان محرّماً لأنه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم. قال: (**ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام لزمه اعتكافها بلياليها**) لأن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي، يقال: ما رأيتك منذ أيام والمراد بلياليها وكانت (**متتابعة وإن لم يشترط التتابع**) لأن مبنى

والسلام «لا تنكح الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالي حتى يستبر أن يحيضه»[1] فتتعدى إلى الدواعي فيها، وحرمة الوطء في الصوم والحيض ضمني للأمر الطالب للصوم، وهو قوله تعالى ﴿**ثم أتموا الصيام إلى الليل**﴾ [البقرة ١٨٧] ﴿**فاعتزلوا النساء في المحيض**﴾ [البقرة ٢٢٢] فإن مقتضاه وجوب الكف، فحرمة الوطء تثبت ضمنا بخلاف الأول، فإن حرمة الفعل وهو الوطء هي الثابتة أوّلاً بالصيغة، ثم يثبت وجوب الكف عنه ضمناً فلذا يثبت سمعاً حل الدواعي في الصوم والحيض على ما مر في بابيهما قوله: (**ولو لم ينزل لا يفسد وإن كان محرماً لأنه ليس في معنى الجماع وهو المفسد**) أورد لم يفسد وإن لم ينزل بظاهر قوله تعالى ﴿**ولا تباشروهن وأنتم عاكفون**﴾ [البقرة ١٨٧]؟ أجيب بأن مجازها وهو الجماع مراد فتبطل إرادة الحقيقة لامتناع الجمع، وهو مشكل لانكشاف أن الجماع من ما صدقات المباشرة، لأنه مباشرة خاصة فيكون بالنسبة إلى القبلة والجماع فيما دون الفرج والمس باليد والجماع متواطئاً أو مشككاً، فأيها أريد به كان حقيقة كما هو كل اسم لمعنى كلي، غير أنه لا يراد به فردان من مفهومه في إطلاق واحد في سياق الإثبات، وما نحن فيه سياق النهي وهو يفيد العموم، فيفيد تحريم كل فرد من أفراد المباشرة

(**ويحرم على المعتكف الوطء**) يحتاج إلى تأويل، لأن المعتكف إنما يكون في المسجد فلا يتهيأ له الوطء، وأولوه بأنه جاز له الخروج للحاجة الإنسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطء، لأن اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج. وذكر في شرح التأويلات أنهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون فيرجعون إلى معتكفهم، فنزل قوله تعالى﴿**ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد**﴾(**وكذا اللمس والقبلة لأنه**) أي لأن كل واحد من اللمس والقبلة (**من دواعي الجماع، إذ هو**) أي الجماع (**محظور الاعتكاف، كما أنه محظور الإحرام**) فكانت الدواعي محرمة. فإن قيل: الجماع يفسد الصوم كما أنه يفسد الاعتكاف. أجاب بقوله (**بخلاف الصوم لأن الكف**) أي عن الجماع (**ركنه لا محظوره، فلم يتعدّ إلى دواعيه**) ولا زال في تحقيقه اصطكت الركب، وأقصى ما انتهى إليه القدر أن قالوا: الوطء محظور الاعتكاف لأن محظور الشيء ما نهى عنه بعد وجوده مما يفسده، والوطء في الاعتكاف كذلك لأنه اللبث في مسجد الجماعة مع الصوم والنية، هذا حقيقته. ثم نهى المعتكف أن يرتكب الوطء وهو معتكف بصريح قوله تعالى ﴿**ولا تباشروهنّ وأنتم عاكفون في المساجد**﴾ مقصوداً فتعدت الحرمة إلى الدواعي، لأن الشبهات في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة، كما قلنا في الإحرام: إن حقيقته التلبية باللسان والقلب، ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطء حراماً بقوله تعالى ﴿**فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج**﴾ فتعدّت الحرمة إلى الدواعي من المس والقبلة. أما الصوم فالوطء ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور، فإن ركن الصوم الكف عن الوطء ثبت بقوله تعالى ﴿**ثم أتموا الصيام**﴾ بعد قوله ﴿**فالآن باشروهن**﴾ إلى قوله ﴿**حتى يتبين لكم الخيط الأبيض**﴾ الآية. وثبت إذ ذاك حرمة الجماع المفوّت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالأمر ضمناً لا مقصوداً، ضرورة بقاء الركن، والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل. واعترض بأن ظاهر هذا الكلام يدل على أن النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي والقصدي يقتضيها، وهو منقوض بالنهي عن الوطء حالة الحيض، فإنه قصد إلى ذلك بقوله تعالى ﴿**ولا**

أيضاً قوله: (**ويجوز أن يجاب أيضاً بأن مبنى الكلام على أن ما كان محظوراً الخ**) أقول: فيه أن الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب المحرمات، وهو لا يفرق بين المحظور على التفسير المذكور وغيره قوله: (**فإن قيل الاعتكاف فرع عن الصوم الخ**) أقول: ولك أن تنازع في الفرعية، وكيف وهو مشروط به والمشروط أصل، ثم ما ذكره لا يكون جواباً عن هذا التقرير قوله: (**ولأن الاعتكاف معتبر بالصوم**) أقول: تأمل فإن حرمتها للاعتكاف بالنص فلا وجه لاعتباره بالصوم

---

(١) حسن. يأتي إن شاء الله في النكاح، وفي الجهاد باب السبي.

الاعتكاف على التتابع، لأن الأوقات كلها قابلة بخلاف الصوم، لأن مبناه على التفرق لأن الليالي غير قابلة للصوم

جماع أو غيره. هذا وإذا فسد الاعتكاف والواجب وجب قضاؤه إلا إذا فسد بالردة خاصة، فإن كان اعتكاف شهر بعينه يقضي قدر ما فسد ليس غير، ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور به في شهر بعينه إذا أفطر يوماً يقضي ذلك اليوم، ولا يلزمه الاستئناف أصله صوم رمضان وإن كان اعتكاف شهر بغير عينه يلزمه الاستقبال لزمه متتابعاً فيراعي فيه صفة التتابع، وسواء أفسده بصنعه من غير عذر كالخروج والجماع والأكل إلا الردة، أو لعذر كما إذا مرض فاحتاج إلى الخروج أو بغير صنعه كالحيض والجنون والإغماء الطويل، وأما الردة فلقوله تعالى **﴿إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾** [الأنفال ٣٨] وقوله عليه الصلاة والسلام «الإسلام يجبّ ما قبله»[1] كذا في البدائع قوله: **(ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام)** بأن قال بلسانه: عشرة أيام مثلاً **(لزمه اعتكافها بلياليها وكانت متتابعة)** ولا يكفي مجرد نية القلب، وكذا لو قال: شهراً ولم ينوه بعينه لزمه متتابعاً ليلة ونهاره يفتتحه متى شاء بالعدد لاهلالياً، والشهر المعين هلالي، وإن فرّق استقبل. وقال زفر: إن شاء فرّقه وإن شاء تابعه. والحاصل أن عشرة أيام وشهراً يلحق بالإجارات والأيمان في لزوم التتابع ودخول الليالي فيما إذا استأجره أو حلف لا يكلمه عشرة أيام، وبالصوم في عدم لزوم الاتصال بالوقت الذي نذر فيه، والمعين لذلك عرف الاستعمال، يقال: ما رأيتك منذ عشرة أيام، وفي التاريخ كتب لثلاث بقين، والمراد بلياليها فيهما وقال تعالى **﴿آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال﴾** [مريم ١٠] وقال في موضع آخر **﴿ثلاثة أيام﴾** [آل عمران ٤١] والقصة واحدة، وتدخل الليلة الأولى فيدخل قبل الغروب ويخرج بعد الغروب من آخر الأيام التي عدّها، وإنما يراد بياض النهار باليوم إذا قرن بفعل يمتدّ، وذكر اليوم بلفظ الفرد فلهذا إذا نذر اعتكاف يوم لم يدخل الليل بخلاف الأيام، ولو نذر اعتكاف ليلة لا يلزمه شيء لعدم الصوم. وعن أبي يوسف تلزمه بيومها، ولو نوى بالليلة اليوم لزمه وعلى المرأة أن تصل قضاء أيام حيضها بالشهر فيما إذا نذرت اعتكاف شهر فحاضت فيه، ولا ينقطع التتابع به، وعن لزوم التتابع قالوا: لو أغمي على المعتكف أو أصابه عته أو لمم استقبل إذا برأ لانقطاع التتابع، حتى لو كان في آخر يوم وفي الصوم لا يقضي اليوم الذي حدث فيه الإغماء ويقضي ما بعده، فأفادوا أن الإغماء إنما ينافي شرط الصوم وهو النية. والظاهر وجودها في اليوم الذي حدث فيه الإغماء فلا يقضيه، والذي يظهر من الفرق أن يقال: هو عبادة انتظار الصلاة، والانتظار ينقطع بالإغماء في الصلوات التي تجب بعد الإغماء بخلاف الإمساك المسبوق بالنية الذي هو معنى الصوم قوله: **(لأنه نوى حقيقة كلامه)** لأن حقيقة اليوم بياض

تقربوهن حتى يطهرن﴾ ولم تحرم الدواعي. وأجيب: بأنها لم تحرم فيها لئلا يفضي إلى الحرج بكثرة وقوع الحيض، ويجوز أن يجاب أيضاً بأن مبنى الكلام على أنه ما كان محظوراً على ما عرفت من تفسيره وهو الذي يتعدّى، والوطء حالة الحيض ليس كذلك، هذا، وليس وراء عباداان قرية. وقوله: **(فإن جامع ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً)** يعني أنزل أو لم ينزل **(بطل اعتكافه لأن الليل محل اعتكاف بخلاف الصوم)** فإن الليل ليس محلاً له. فإن قيل: الاعتكاف فرع عن الصوم والفرع ملحق بالأصل في حكمه، ولو جامع ناسياً في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف؟ أجاب بقوله **(وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان)** بخلاف الصوم فإنه لا مذكر فيه. فإن قيل: فكان الواجب أن يفسد بالأكل ناسياً كالجماع. أجيب بأن حرمة الأكل ليست لأجل الاعتكاف بل لأجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع، فإن حرمته لأجل الاعتكاف نصاً فكان كالجماع في الإحرام يستوي في القاصد وغيره **(ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل أو قبّل أو لمس فأنزل بطل اعتكافه لأنه في معنى الجماع ولهذا فسد به الصوم، ولو لم ينزل لا يفسد وإن كان حراماً لأنه ليس في معنى الجماع، ولهذا لا يفسد به الصوم)** فإن قيل: فهلا جعلت نفسَ المباشرة مفسدة من غير إنزال لظاهر قوله تعالى **﴿ولا تباشروهن﴾** وتلك تتحقق في الجماع فيما دون الفرج. أجيب: بأن المجاز وهو الجماع لما كان مراداً بطل أن تكون الحقيقة مرادة، ولأن

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١ وأحمد ٤/ ١٩٩ و٢٠٤، ٢٠٥ والحاكم ٣/ ٤٥٤ كلهم من حديث عمرو بن العاص، وله قصة طويلة.
ولفظ مسلم «يهدم» بدل «يجب».

فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع (وإن نوى الأيام خاصة صحت نيته) لأنه نوى الحقيقة (ومن أوجب على

النهار، وهذا بخلاف ما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه فنوى الأيام دون الليالي أو قلبه لا يصح لأن الشهر اسم لعدد ثلاثين يوماً وليلة، وليس باسم عام كالعشرة على مجموع الآحاد فلا ينطلق على ما دون ذلك العدد أصلاً، كما لا تنطلق العشرة على خمسة مثلا حقيقة ولا مجازاً، أما لو قال: شهراً بالنهر دون الليالي لزمه كما قال وهو ظاهر، أو استثنى فقال: شهراً إلا الليالي لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنية فكأنه قال: ثلاثين نهاراً، ولو استثنى الأيام لا يجب عليه شيء لأن الباقي الليالي المجردة، ولا يصح فيها لمنافاتها شرطه، وهو الصوم قوله: **(وقال أبو يوسف)** في النهاية: كان من حقه أن يقول: وعن أبي يوسف لا تدخل الليلة الأولى، كما هو المذكور في نسخ شروح المبسوط والجامع الكبير لما أن هذه الرواية غير ظاهرة عنه، والدليل على هذا ما ذكره في الكتاب في حجتهما بقوله: وجه الظاهر قوله: **(لأن المثنى غير الجمع)** فكان لفظه ولفظ المفرد سواء، ثم في لفظ المفرد بأن قال يوماً لا تدخل الليلة الأولى بالاتفاق فكذا التثنية، إلا أن المتوسطة تدخل لضرورة الاتصال، وهذه الضرورة منتفية في الليلة الأولى قوله: **(أن في المثنى معنى الجمع)** ولذا قال عليه الصلاة والسلام «الاثنان فما فوقهما جماعة»[1] ولو قال: ليلتين صح نذره إذا لم ينو الليلتين خاصة، بل نوى اليومين معهما، ثم خص المصنف الرواية عن أبي يوسف في المثنى، وعنه في الجمع مثل المثنى، والوجه الذي ذكره لا ينتهض على رواية عدم إدخال الليلة الأولى في الجمع أيضاً.

الاعتكاف معتبر بالصوم فيها ونفسها لم تفسد الصوم فكذا الاعتكاف. قال: **(ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام)** أي: ومن قال: عليّ أن أعتكف عشرة أيام **(تلزمه بلياليها متتابعة)** أما لزومها بلياليها فلما ذكر **(أن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي)** عرفاً **(يقال: ما رأيتك منذ أيام، والمراد بلياليها)** وإذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً أو عشرة أيام كان ذلك على الأيام والليالي، ألا ترى إلى قصة زكريا عليه السلام حيث قال: **﴿أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً﴾** وقال: أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً. والقصة واحدة، وتأويله ما ذكرنا. وقوله على سبيل الجمع يدفع ما يقال قد تقرر في أصول الفقه أن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة، والاعتكاف فعل ممتد فيجب أن يراد بالأيام النهر دون الليالي وإلا لانتقض القاعدة. ووجه ذلك أن العرف جار على ما ذكرنا، حتى لو قال: عليّ أن أعتكف يوماً اختص ببياض النهار، كذا في التحفة، وأما التتابع فلما ذكر أن مبنى الاعتكاف على التتابع الخ **(وإن نوى الأيام خاصه صحت نيته لأنه نوى الحقيقة)** فإن قيل: الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة أو نية فما وجه قوله لأنه نوى الحقيقة؟ قلت: كأنه اختار ما ذهب إليه بعض أن اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت، وأحد معنيي المشترك يحتاج إلى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة، وعلى تقدير أن يكون مختاره ما عليه الأكثرون، وهو أنه مجاز في مطلق الوقت فجوابه أن ذكر الأيام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم، فيحتاج إلى النية دفعاً للصارف عن الحقيقة لا للدلالة عليها. وقوله: **(ومن أوجب على نفسه اعتكاف**

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٩٧٢ والطحاوي ١/ ١٨٢ والبيهقي ٣/ ٦٩ والدارقطني ١/ ٢٨٠ والخطيب في تاريخه ٨/ ٤١٥ و١١/ ٤٥، ٤٦ كلهم من حديث أبي موسى الأشعري.
قال البوصيري في الزوائد: هذا إسناد ضعيف لضعف الربيع والده بدر بن عمرو اهـ.
وقال البيهقي: رواه جماعة عن الربيع بن بدر، وهو ضعيف اهـ.
قال ابن حجر في التقريب: بدر بن عمرو مجهول اهـ. فإسناد الحديث واهٍ.
وورد من طريق آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه الدارقطني ١/ ٢٨٠ في إسناده المدني متروك، وكذبه ابن معين كما في التقريب. والمدني هو عثمان بن عبد الرحمن.
وورد من حديث أمامة أخرجه أحمد ٥/ ٢٥٤، ٢٦٩ في إسناده عبيد الله بن زفر، وعلي بن يزيد الألهاني ضعيفان اهـ وللحديث طرق أخرى كلها ضعيفة.

نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما). وقال أبو يوسف رحمه الله: (لا تدخل الليلة الأولى لأن المثنى غير الجمع،

[فروع] لو ارتد عقيب نذر الاعتكاف ثم أسلم لم يلزمه موجب النذر، لأن نفس النذر بالقربة قربة فيبطل بالردة كسائر القرب ونذر اعتكاف رمضان لازم، فإن أطلقه فعليه في أيّ رمضان شاء، وإن عينه لزمه فيه بعينه فلو صامه ولم يعتكف لزمه قضاؤه متتابعاً بصوم مقصود للنذر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف. وعن أبي يوسف أنه تعذر قضاؤه فلا يقضي وهو قول زفر ولا يجوز أن يعتكف عنه في رمضان آخر باتفاق الثلاثة، ولو لم يصم لم يعتكف جاز أن يقضي الاعتكاف في صوم القضاء والمسألة معروفة في الأصول، وكل معين نذر اعتكافه كرجب ويوم الاثنين مثلاً فمضى ولم يعتكف فيه لزمه قضاؤه، فلو أخر يوماً حتى مرض وجب الإيصاء بإطعام مسكين عن كل يوم للصوم لا للبث نصف صاع من برّ أو صاع من غيره، ولو كان مريضاً وقت الإيجاب ولم يبرأ حتى مات فلا شيء عليه، ولو صح يوماً ينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق في الصوم، والنذر باعتكاف أيام العيدين والتشريق ينعقد، ويجب في بدلها لأن شرطه الصوم وهو فيها ممتنع، فلو اعتكفها صائماً أثم ولا يلزمه شيء آخر. ومن نذر اعتكاف شهر بعينه كرجب تعجل اعتكاف شهر قبله عنه يجوز من غير ذكر خلاف في غير موضع. وفي فتاوى قضيخان قال: يجوز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد رحمه الله. وعلى هذا الخلاف إذا نذر أن يحج سنة كذا فحج سنة قبلها، وكذا النذر بالصلاة في يوم الجمعة إذا صلاها قبلها. وفي الخلاصة قال: لله عليّ أن أصوم غداً أو أصلي غداً فصام اليوم أو صلى جاز عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله، فجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف. وأجمعوا أنه إذا نذر أن يتصدق بدرهم يوم الجمعة فتصدق يوم الخميس عنه أجزأه، وكذا لو قال: لله عليّ أن أصلي ركعتين في مسجد المدينة المنورة فصلاهما في مسجد آخر جاز بلا فرق[1] بين المضاف إلى الزمان والمضاف إلى المكان. وقال زفر: إن كان هذا المكان دون ذلك المكان لم يجز اهـ. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل ما عن زفر، والخلاف في التعجيل مشكل، ولعل ترك الخلاف أنسب للاتفاق على جواز التعجيل بعد السبب، وكل منذور فإنما سبب وجوبه النذر، ولا تعتكف المرأة والعبد إلا بإذن السيد والزوج، فإن منعهما بعد الإذن صح منعه في حق العبد، ويكون مسيئاً في فتاوى قضيخان، وفي الخلاصة: يكون آثماً، ولا يصح في حق الزوجة فلا يحل له وطؤها، ولو نذر المملوك اعتكافاً لزمه وللمولى منعه منه فإذا عتق يقضيه، وكذا إذا نذرت الزوجة صح، وللزوج منعها، فإن بانت قضت وليس للمولى منع المكاتب، ويصح

يومين) ظاهر. وقوله: (وقال أبو يوسف) قال في النهاية: كان من حقه أن يقول: وعن أبي يوسف، لما أن هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذه قوله بعده وجه الظاهر. وقوله: (لأن المثنى غير الجمع) ظاهر، ولما كان كذلك كان لفظ المثنى ولفظ المفرد سواء، ولو قال: عليّ أن أعتكف يوماً لم تدخل ليلته بالاتفاق، فكذا في التثنية إلا أن الليلة الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض بالبعض الآخر، وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الأولى. فإن قيل: لما كان المثنى غير الجمع وجب أن لا يكتفي في الجمعة بالاثنين سوى الإمام وقد اكتفى كما تقدم في باب الجمعة. أجيب: بأن الأصل ما ذكرت ههنا لأن فيه العمل بأوضاع الوحدان والجمع إلا أني وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيرها، وهو أنها سميت جمعة لمعنى الاجتماع، وفي الجماعة والتثنية كذلك، فكانت التثنية في تحقيق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها (وجه ظاهر الرواية أن في المثنى معنى الجمع) لاجتماع فرد وفرد فيه (فيلحق بالجمع احتياطاً لأمر العبادة) وفيه تلويح إلى أنهما إنما لم يلحقا المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك لأن الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين، وذلك في الإلحاق غير يقين، لأن الجماعة شرط على حدة بالاتفاق، وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب الفرد والجمع إذ هي بينهما، وفي اشتراط

---

(١) قوله (صاحب الفتح جاز بلا فرق) وقع في بعض النسخ إسقاط لفظ بلا ولا يستقيم بإسقاطه كما هو ظاهر اهـ كتبه مصححه.

وفي المتوسطة ضرورة الاتصال). وجه الظاهر أن في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطاً لأمر العبادة، والله أعلم.

الاعتكاف من الصبي العاقل كغيره من العبادات، ولا يبطل الاعتكاف سباب ولا جدال ولا سكر في الليل، ويفسد الاعتكاف الردة والإغماء إذا دام أياماً، وكذا صوم رمضان، وفي الاستحسان يقضي لأن سقوط القضاء في صوم رمضان إنما كان لدفع الحرج، لأن الجنون إذا طال قلما يزول فيتكرر عليه صوم رمضان فيحرج في قضائه، وهذا المعنى لا يتحقق في الاعتكاف، والله سبحانه وتعالى أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

الجمع لا تردد في الخروج فكان شرطاً، وأما في الاعتكاف ففي إلحاقه بالجمع خروج عنها بيقين، لأن إيجاب ليلتين مع يومين أحوط من إيجاب يومين بليلة واحدة وهو ظاهر.

كتاب الحج

كتاب الحج

أخره عن الصوم لأنه عبادة قهر النفس، إذ ليس حقيقته سوى منع شهواتها ومحبوباتها التي هي أعظمها عندها، كالأكل والشرب والجماع، بخلاف غيره من الصلاة والحج وغيرهما فإن حقيقتها أفعال هي غير ذلك، ثم قد تحرم تلك الشهوات فيها كالصلاة وقد لا إلا في البعض كالحج، وشتان ما بين المقامين. وأيضا فالحج يشتمل على السفر، وقد يكون السفر مشتهاها لما فيه من ترويحها وتفريج الهموم اللازمة في المقام، وأيضاً فالحج وجوبه مرة في العمر بخلاف ما تقدم من الأركان كالصلاة والزكاة والصوم فكانت الحاجة إليها أمسّ، ووجه أخر للأمسية وهو أن شروط لزوم الحج أكثر من غيره، وبكثرة شروط الشيء تكثر معانداته، وعلى قدر معاندات الشيء يقل وجوده وتقديم الأظهر وجوباً[1] أظهر. وقد رأيت أن أتبرك في افتتاح هذا الركن بحديث جابر الطويل، فإنه أصل كبير أجمع حديث في الباب، ثم نذكر مقدمة في آداب السفر، والمقصود إعانة الإخوان على تحصيل المقاصد تامة فنقول، ولا حول ولا قوّة إلا بالله العليّ العظيم: روى مسلم في صحيحه وغيره كابن أبي شيبة وأبي داود والنسائي وعبد بن حميد والبزار والدارمي في مسانيدهم عن جعفر بن محمد عن أبيه قال «دخلنا على جابر بن عبد الله رضي الله عنه فسأل عن القوم حتى انتهى إليّ فقلت: أنا محمد بن علي بن الحسين، فأهوى بيده إلى رأسي فنزع زرّي الأعلى، ثم نزع زرّي الأسفل، ثم وضع كفه بين ثديي وأنا يومئذ غلام شاب فقال: مرحباً بك يا ابن أخي. سل عما شئت فسألته وهو أعمى، وحضر وقت الصلاة فقام في نساجة ملتحفاً بها، كلما وضعها على منكبيه رجع طرفاها إليه من صغرها، ورداؤه إلى جنبه على المشجب فصلى بنا فقلت: أخبرني عن حجة رسول الله ﷺ فقال بيده فعقد تسعاً، فقال: إن رسول الله ﷺ مكث تسع سنين لم يحج، ثم أذن في الناس في العاشر إن رسول الله ﷺ حاج، فقدم المدينة بشر كثير كلهم يلتمس أن يأتمّ برسول الله ﷺ ويعمل مثل عمله، فخرجنا معه حتى أتينا ذا الحليفة، فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر رضي الله عنه، فأرسلت إلى النبي ﷺ كيف أصنع؟ فقال: اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي، فصلى رسول الله ﷺ ركعتين في المسجد، ثم ركب القصواء حتى إذا استوت به ناقته على البيداء نظرت إلى مدّ بصري بين يديه من راكب وماش، وعن يمينه مثل ذلك، وعن يساره مثل ذلك، ومن خلفه مثل ذلك، ورسول الله ﷺ بين أظهرنا وعليه ينزل القرآن وهو يعرف تأويله وما عمل به من شيء عملنا به فأهلّ بالتوحيد: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك، وأهلّ الناس بهذا الذي يهلون به، فلم يردّ رسول الله ﷺ عليهم منه شيئاً ولزم رسول الله ﷺ تلبيته. قال جابر لسنا ننوي إلا الحج لسنا نعرف العمرة، حتى إذا أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً، ثم تقدم إلى مقام إبراهيم عليه السلام فقرأ **﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾** [البقرة ١٢٥] فجعل المقام بينه وبين البيت فكان أبي يقول: ولا أعلمه ذكره إلا عن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الركعتين **﴿قل هو الله أحد﴾** [الإخلاص ١] و**﴿قل يا أيها الكافرون﴾** [الكافرون ١] ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا، فلما دنا من الصفا قرأ **﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾** [البقرة ١٥٨] ابدأوا بما بدأ الله به، فبدأ بالصفا فرقي عليه، حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له. له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، لا إله إلا الله وحده،

كتاب الحج

لما رتب العبادات المقدمة ذلك الترتيب لمعان ذكرت عند كل كتاب تأخر الحج إلى ههنا ضرورة، لأن ما بعده إنما

---

(١) قوله (وجوباً) كذا في جميع النسخ وجوباً بالباء الموحدة ولعل المناسب وجوداً بالدال ليلاً ثم ما قبله، كذا بهامش بعض النسخ كتبه مصححه.

. . . .

أنجز وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده. ثم دعا بين ذلك قال مثل هذا ثلاث مرات، ثم نزل إلى المروة، حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي رمل حتى إذا صعدها مشى حتى أتى المروة، ففعل على المروة كما فعل على الصفا، حتى إذا كان آخر طواف على المروة قال: لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة، فمن كان منكم ليس معه هدي فليحلّ وليجعلها عمرة، فقام سراقة بن جعشم رضي الله عنه فقال: يا رسول ﷺ ألعامنا هذا أم لأبد؟ فشبك رسول الله ﷺ أصابعه واحدة في الأخرى فقال: دخلت العمرة في الحج مرتين، لا بل لأبد أبد. وقدم عليّ رضي الله عنه من اليمن ببدن النبي ﷺ، فوجد فاطمة رضي الله عنها ممن حل ولبست ثياباً صبيغاً واكتحلت، فأنكر ذلك عليها فقالت: إن أبي أمرني بهذا، قال: فكان عليّ رضي الله عنه بالعراق يقول: فذهبت إلى رسول الله ﷺ محرّشاً على فاطمة للذي صنعت مستفتياً لرسولِ الله ﷺ فيما ذكرت عنه، فأخبرته أني أنكرت ذلك عليها فقال: صدقت صدقت ماذا قلت حين فرضت الحج؟ قال: قلت: اللهم إني أهلّ بما أهل به رسول الله ﷺ، قال: فإن معي الهدي فلا تحلّ، قال: فكان جماعة الهدي الذي قدم به عليّ رضي عنه من اليمن، والذي أتى به النبي ﷺ مائة قال: فحلّ الناس كلهم وقصروا إلا النبي ﷺ ومن كان معه هدي، فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج، وركب رسول الله ﷺ فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس فأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة، فسار رسول الله ﷺ ولا تشك قريش إلا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع في الجاهلية، فأجاز رسول الله ﷺ حتى أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها إذا زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له، فأتى بطن الوادي فخطب الناس وقال: إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا، ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع، ودماء الجاهلية موضوعة، وإن أوّل دم أضع من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحرث، كان مسترضعاً في بني سعد فقتلته هذيل، وربا الجاهلية موضوع وأوّل ربا أضعه ربانا ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله، فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهنّ بأمانة الله، واستحللتم فرجهنّ بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف، وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده إن اعتصمتم به كتاب الله، وأنتم تسألون عني فما أنتم قائلون؟ قالوا: نشهد أنك قد بلغت وأدّيت ونصحت فقال: بأصبعه السبابة يرفعها إلى السماء وينكبها إلى الناس: اللهم اشهد اللهم اشهد ثلاث مرات، ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر، ولم يصلّ بينهما شيئاً ثم ركب رسول الله ﷺ حتى أتى الموقف، فجعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات، وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلاً حتى غاب القرص[1] وأردف أسامة خلفه، ودفع رسول الله ﷺ وقد شنق للقصواء الزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله، ويقول بيده اليمنى: أيها الناس السكينة السكينة، كلما أتى حبلا من الحبال

يكون من المعاملات أو غيرها، والعبادة متقدمة. والحج في اللغة: القصد، وفي الشريعة: زيارة البيت على وجه التعظيم ثم

كتاب الحج

قوله: (وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم) أقول: فيه بحث، إذ ليس كل زيارة البيت حجاً، فإنه قد يزار في غير أشهر الحج ولا يسمى الزائر حاجاً، ثم ليس مجرد الزيارة فإن الوقوف بعرفة من أركانه.

---

(١) قوله (حتى غاب القرص) كذا في جميع نسخ مسلم، قال عياض: لعل صوابه حين غاب القرص اهـ. قال النووي: يحتمل أن قوله حتى غاب القرص بيان لقوله غربت الشمس وذهبت الصفرة، فإن هذه تطلق مجازاً على مغيب معظم القرص فأزال ذلك الاحتمال بقوله حتى غاب القرص اهـ كذا بهامش نسخة المحقق العلامة الشيخ البحراوي حفظه الله اهـ مصححه.

أرخى لها قليلاً حتى تصعد حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين، ولم يسبح بينهما شيئاً ثم اضطجع رسول الله ﷺ حتى طلع الفجر فصلى الفجر حين تبين له الصبح بأذان وإقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعاه وكبره وهلله ووحده، فلم يزل واقفاً حتى أسفر جداً، فدفع قبل أن تطلع الشمس، وأردف الفضل بن العباس وكان رجلاً حسن أبيض وسيما، فلما دفع رسول الله ﷺ مرت به ظعن يجرين فطفق الفضل ينظر إليهن، فوضع رسول الله ﷺ يده على وجه الفضل فحوّل الفضل وجهه إلى الشق الآخر ينظر، فحوّل رسول الله ﷺ يده من الشق الآخر على وجه الفضل وصرف وجهه من الشق الآخر ينظر، حتى أتى بطن محسر فحرّك قليلاً ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى، حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الحذف رمى من بطن الوادي، ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثاً وستين بدنة بيده ثم أعطي علياً فنحر ما غبر وأشركه في هديه، ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها، ثم ركب رسول الله ﷺ فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر، فأتى بني عبد المطلب، وهم يسقون على زمزم فقال: انزعوا بني عبد المطلب، فلولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت معكم، فناولوه دلواً فشرب منه. وفي زواية أخرى قال: نحرت ههنا ومنى كلها منحر، فانحروا في رحالكم، ووقفت ههنا وعرفة كلها موقف، ووقفت ههنا وجمع كلها موقف»[١] قال ابن حبان في صحيحه حين روى هذا الحديث: والحكمة في أن النبي ﷺ نحر بيده ثلاثاً وستين بدنه أنه كانت له يومئذ ثلاث وستون سنة فنحر لكل سنة بدنة ثم أمر علياً بالباقي فنحرها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[وهذه المقدمة الموعودة] يكره الخروج إلى الحج إذا كره أحد أبويه وهو محتاج إلى خدمته، لا إن كان ستغنياً والأجداد والجدات كالأبوين عند فقدهما. ويكره الخروج للحج والغزو لمديون إن لم يكن له مال يقضي به إلا أن يأذن الغريم، فإن كان بالدين كفيل بإذنه لا يخرج إلا بإذنهما، وإن بغير إذنه فبإذن الطالب وحده، ويشاور ذا رأى في سفره في ذلك الوقت لا في نفس الحج فإنه خير، وكذا يستخير الله تعالى في ذلك. وسننها أن يصلي ركعتين بسورتي ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ والاخلاص، ويدعو بالدعاء المعروف للاستخارة عنه عليه الصلاة والسلام «اللهم إني أستخيرك بعلمك»[٢] الخ. أخرج الحاكم عنه عليه الصلاة والسلام «من سعادة ابن آدم استخارة الله تعالى، ومن شقوة ابن آدم تركه استخارة الله تعالى»[٣] ثم يبدأ بالتوبة وإخلاص النية وردّ المظالم والاستحلال من خصومه، ومن كل من عامله، ويجتهد في تحصيل نفقة حلال، فإنه لا يقبل الحج بالنفقة الحرام مع أنه يسقط الفرض معها وإن كانت مغصوبة. ولا تنافي بين سقوطه وعدم قبوله فلا يثاب لعدم القبول ولا يعاقب في الآخرة عقاب تارك الحج، ولا بد له من رفيق صالح يذكره إذا نسي، ويصبره إذا جزع، ويعينه إذا عجز، وكونه من الأجانب أولى من الأقارب عند بعض الصالحين تبعداً من ساحة القطيعة، ويرى المكاري ما يحمله ولا يحمل أكثر

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وأبو داود ١٩٠٥ وابن ماجه ٣٠٧٤ وابن أبي شيبة ١/ ٣٧٧، ٣٨١ وابن حبان ٣٩٤٤، ٣٩٤٣ كلهم من حديث جابر مطولاً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١١٦٢، ٦٣٨٢، ٧٣٩٠ وأبو داود ١٥٣٨ والترمذي ٤٨٠ والنسائي ٦/ ٨٠ و٨١ وابن ماجه ١٣٨٣ والبيهقي ٣/ ٥٢ وأبو يعلى ٢٠٨٦ وأحمد ٣/ ٣٤٤ كلهم من حديث جابر بأتم منه.
وورد من حديث أبي سعيد أخرجه أبو يعلى ١٣٤٢ وغيره.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٥١٨ من حديث سعد بن أبي وقاص، وصححه. ووافقه الذهبي. مع أن فيه محمد بن أبي حميد المدني قال الذهبي في الميزان: ضعفوه. وذكر له هذا الخبر. وضعفه الحافظ في التقريب.

. . . .

منه إلا بإذنه، ويجرد سفره عن التجارة والرياء والسمعة والفخر، ولذا كره بعض العلماء الركوب في المحمل. وقيل لا يكره إذا تجرد عن قصد ذلك، وركوب الجمل أفضل، ويكره الحج على الحمار، والمشي أفضل من الركوب لمن يطيقه، ولا يسيء خلقه، ولا يماكس في شراء الأدوات، ولا يشارك في الزاد، واجتماع الرفقة كل يوم على طعام أحدهم أحلّ. ويستحب أن يجعل خروجه يوم الخميس اقتداء به عليه الصلاة والسلام[1]، وإلا فيوم الاثنين في أوّل النهار، والشهر، ويودّع أهله وإخوانه ويستحلهم ويطلب دعائهم، ويأتيهم لذلك وهم يأتونه إذا قدم وروى الترمذي أن ابن عمر رضي الله عنهما قال لقزعة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «قال لقمان الحكيم: إن الله إذا استودع شيئاً حفظه، وإني أستودع الله دينك وأمانتك وخواتيم عملك، وأقرأ عليك السلام»[2] ويقول له: من يودّعه عند ذلك: في حفظ الله وكنفه زوّدك الله التقوى، وجنبك الردى، وغفر ذنبك، ووجهك الخير أينما توجهت وروى ابن السني عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «من أراد أن يسافر فليقل لمن يخلفه أستودعك الله الذي لا يضيع ودائعه»[3] واستحب جماعة من العلماء أن يشيع المسافر بالمشي معه والدعاء له. وعن ابن عباس رضي الله عنه «مشى معهم رسول الله ﷺ إلى بقيع الغرقد حين وجههم ثم قال: انطلقوا على اسم الله اللهم أعنهم»[4] وليتصدق بشيء عند خروجه من منزله وبعده في ابتداء السفر، وأقله شبعة فإنه سبب السلامة. وإذا خرج من منزله فليقل «اللهم إني أعوذ بك أن أضل أو أضل، أو أزل أو أزل، أو أظلم أو أظلم، أو أجهل أو يجهل علي»[5] وعن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد الخروج إلى سفر قال: اللهم أنت الصاحب في السفر، والخليفة في الأهل، اللهم إني أعوذ بك من الضيعة في السفر، والكآبة في المنقلب، اللهم اقبض لنا الأرض، وهوّن علينا السفر»[6] وروى أبو داود عنه عليه الصلاة والسلام «إذا خرج الرجل من بيته فقال: باسم الله توكلت

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٩٤٨ و٢٩٥٠ من حديث كعب بن مالك «قال: لقلما كان رسول الله ﷺ يخرج إذا خرج في سفر إلا يوم الخميس» هذا لفظ الرواية الأولى. وفي الثانية لفظ: «وكان يحب أن يخرج يوم الخميس» اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه الديلمي في الفردوس ٥٩٦ والنسائي في عمل اليوم والليلة ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣ من حديث ابن عمر بهذا السياق. وذكر لقمان فيه ضعف.

وأخرجه الترمذي ٣٤٤٢، ٣٤٤٣ والبيهقي ٩/ ١٧٣ كلاهما من حديث ابن عمر. بألفاظ مختلفة ولفظ الترمذي في الرواية الأولى: «كان رسول الله ﷺ إذا ودع رجلاً أخذ بيده، فلا يدعها حتى يكون الرجل هو يدع يد النبي ﷺ، ويقول: استودع الله دينك، وأمانتك، وآخر عملك» وليس فيه ذكر لقمان وقال الترمذي عقب الرواية الأولى: غريب من هذا الوجه وعقب الرواية الثانية: حسن صحيح غريب.

(٣) حسن. أخرج النسائي من عمل اليوم والليلة ٥١٢ عن الحسن بن ثوبان أنه سمع موسى بن وردان يقول: «أتيت أبا هريرة أودعه، فقال: ألا أعلمك يا ابن أخي شيئاً علمنيه رسول الله ﷺ أقوله عند الوداع؟ قلت بلى قال: قال: أستودعك الله الذي لا تضيع ودائعه» ورجاله كلهم ثقات سوى موسى بن وردان، وهو صدوق ربما أخطأ كما في التقريب.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ١/ ٢٦٦ والحاكم ٢/ ٩٨ وابن هشام في السيرة ٣/ ٥٩ والبزار كما في المجمع ٦/ ١٩٦ كلهم من حديث ابن عباس، وزاد أحمد «يعني النفرالذين وجههم إلى كعب الأشرف».

قال الحاكم: صحيح غريب. ووافقه الذهبي.

وقال الهيثمي: رواه الطبرني وزاد «ثم رجع رسول الله ﷺ إلى بيته» وفيه ابن إسحاق مدلس، وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ.

لكن ابن اسحاق صرح بالتحديث في السيرة، فانتفت عنه الشبهة فبذلك يكون الحديث حسناً.

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ٥٠٩٤ والنسائي ٨/ ٢٦٨ وابن ماجه ٣٨٨٤ كلهم من حديث أم سلمة، وإسناده صحيح على شرط البخاري.

وورد من حديث ميمونة أخرجه الديلمي في الفردوس ١٨٨٧.

(٦) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٥٩٨ والترمذي ٣٤٣٨ والنسائي ٨/ ١٧٤ وفي الكبرى ٨٨٠٣، ١٠٣٣٧ وفي عمل اليوم والليلة ٥٠٤ كلهم من حديث أبي هريرة بألفاظ متقاربة، وقال الترمذي: حسن غريب.

وورد من حديث ابن عمر أخرجه مسلم ١٣٤٢.

وأبو داود ٢٥٩٩ والنسائي في الكبرى ١١٤٦٦ و١٠٣٨٢.

وورد بنحوه من حديث عبد الله بن سرجس أخرجه مسلم ١٣٤٣ والترمذي ٣٤٣٩ والنسائي في الكبرى ٨٨٠١، ١٠٣٣٣.

. . . .

على الله لا حول ولا قوة إلا بالله، يقال له: هديت وكفيت ووقيت [١] فيتنحى عنه الشيطان»[٢] الحديث. ومن الآثار «من قرأ آية الكرسي قبل خروجه من منزله لم يصبه شيء يكرهه حتى يرجع»[٣] قيل ﴿ولإيلاف قريش﴾ وروى الطبراني أنه عليه الصلاة والسلام قال «ما خلف أحد عند أهله أفضل من ركعتين يركعهما عندهم حين يريد سفراً، فإذا بلغ باب داره قرأ ﴿إنا أنزلناه في ليلة القدر﴾ فإذا أراد الركوب سمى الله، فإذا استوى على دابته قال: ما رواه مسلم «أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا استوى على بعيره خارجاً إلى سفر كبر ثلاثاً ثم قال: ﴿سبحان الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وإنا إلى ربنا لمنقلبون﴾ اللهم إنا نسألك في سفرنا هذا البر والتقوى، ومن العمل ما ترضي، اللهم هوّن علينا سفرنا هذا، واطو عنا بعده، اللهم أنت الصاحب في السفر، والخليفة في الأهل، اللهم إني أعوذ بك من وعثاء السفر، وكآبة المنظر، وسوء المنقلب في المال والأهل» وإذا رجع قالهنّ وزاد فيهن: آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون[٤]، وإذا أتى بلدة فليقل: اللهم إني أسألك من خيرها وخير ما فيها، وأعوذ بك من شرها شرّ أهلها وشر ما فيها، وإذا نزل منزلاً فليقل ﴿رب أنزلني منزلاً مباركاً وأنت خير المنزلين﴾ وإذا حط رحله فليقل ﴿بسم الله توكلت على الله، أعوذ بكلمات الله التامات كلها من شر ما خلق وذرأ وبرأ) (سلام على نوح في العالمين) اللهم أعطنا خير هذا المنزل وخير ما فيه، واكفنا شره وشر ما فيه، ويقول في رحيله عنه: الحمد لله الذي عافانا في منقلبنا ومثوانا، اللهم كما أخرجتنا من منزلنا هذا سالمين بلغنا غيره آمنين، وإذا أقبل الليل فليقل ما في أبي داود «كان عليه الصلاة والسلام إذا سافر فأقبل الليل قال: يا أرض ربي وربك الله، أعوذ بالله من شرك وشر ما فيك، وشر ما يدب عليك، وأعوذ بالله من شر أسد وأسود ومن الحية والعقرب ومن ساكن البلد ووالد وما ولد»[٥]. ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه «كان عليه الصلاة والسلام إذا كان في سفر وأسحر يقول سمع سامع بحمد الله، وحسن بلائه علينا، ربنا صاحبنا، وأفضل علينا عائذاً بالله من النار» رواه مسلم وزاد فيه أبو داود «بحمد الله ونعمته» ورواه الحاكم وزاد فيه: «يقول ذلك ثلاثاً يرفع بها صوته»[٦] وسمع بكسر الميم خفيفة أي شهد شاهد، وقيل: بفتحها مشددة: أي بلغ سامع قولي هذا لغيره تنبيهاً على طلب الذكر والدعاء، هذا وللحج مفهوم لغوي وفقهي، وسبب وشروط وأركان وواجبات وسنن ومستحبات.

[فمفهومه] لغة: القصد إلى معظم لا القصد المطلق. قال:

. . . .

(١) قوله (ووقيت) كذا في أكثر النسخ التي بأيدينا بالواو من الوقاية وهو المعروف من كتب الحديث كالترمذي وغيره ووقع في بعض النسخ: رقيت: بالراء مكان الواو وهو تحريف اهـ كتبه مصححه.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٥٠٩٥ والترمذي ٣٤٢٦ والنسائي في الكبرى ٩٩١٧ كلهم من حديث أنس بن مالك. ورجاله كلهم ثقات لكن ابن جريج مدلس وقد عنعنه. وقال الترمذي: حسن صحيح غريب..

وورد من حديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه ٣٨٨٥ وقال البوصيري في الزوائد: في إسناده عبد الله بن حسين ضعفه أبو زرعة والبخاري وابن حبان. لكنه شاهد لما قبله.

(٣) هذا الأثر لم أره صريحاً. ومعناه فيما أخرجه البخاري ٢٣١١ و٣٢٧٥ و٥٠١٠ والنسائي في اليوم والليلة ٩٥٨ و٩٥٩ من حديث أبي هريرة في خبر حراسته زكاة رمضان وفيه: إذا أويت إلى فراشك فاقرأ آية الكرسي لم يزل معك من الله حافظ ولا يقربك شيطان حتى تصبح. وفيه: فقال النبي ﷺ: صدقك وهو كذوب ذاك الشيطان اهـ ومن حديث أبي بن كعب. أخرجه ابن حبان ٧٨٤ والحاكم ١/٥٦٢ وصححه..

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٤٢ وأبو داود ٢٥٩٩ وعبد الرزاق ٩٢٣٢ وابن حبان ٢٦٩٥ و٢٦٩٦ والنسائي في اليوم والليلة ٥٥٢ والبيهقي ٥/٢٥١ - ٢٥٢ كلهم من حديث ابن عمر.

(٥) حسن: أخرجه أبو داود ٢٦٠٣ والنسائي في اليوم والليلة ٥٦٨ كلاهما من حديث الزبير بن الوليد عن ابن عمر وفي إسناده الزبير بن الوليد قال في التقريب: مقبول، وفي التهذيب: وثقه ابن حبان. وفيه بقية صرح بالتحديث فزالت شبهة التدليس.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ٢٧١٨ وأبو داود ٥٠٨٦ وابن خزيمة ١/٤٤٦ وابن حبان ٢٧٠١ وابن السني في اليوم والليلة ٥١٥.

واستدركه الحاكم ١/٤٤٦ من طريق مسلم! كلهم من حديث أبي هريرة.

. . . .

ألم تعلمي يا أم سعد إنما تخاطأني ريب الزمان لأكبرا
وأشهد من عوف حلولاً[1] كثيرة يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أي يقصدونه معظمين إياه. وفي الفقه: قصد البيت لأداء ركن من أركان الدين، أو قصد زيارته لذلك. ففيه معنى اللغة، والظاهر أنه عبارة عن الأفعال المخصوصة من الطواف الفرض، والوقوف في وقته محرماً بنية الحج، سابقاً. لأنا نقول: أركانه اثنان: الطواف والوقوف بعرفة، ولا وجود للشخص إلا بأجزائه الشخصية وماهيته الكلية إنما هي منتزعة منها، اللهم إلا أن يكون ما ذكروا مفهوم الاسم في العرف، وقد وضع لغير نفس الماهية فيكون تعريفاً اسمياً غير حقيقي، لكن الشأن في أن أهل العرف الفقهي وضعوا له الاسم لغير الماهية الحقيقية، فإن معرّف ذلك حيث لا نقل عن خصوص ناقل للاسم إلى ذلك هو ما يتبادر منه عند إطلاقه، والمتبادر منه الأعمال المخصوصة لا نفس القصد لأجل الأعمال المخرج لها عن المفهوم مع أنه فاسد في نفسه، فإنه لا يشمل الحج النفل لتقييده بأداء ركن الدين فهو غير جامع، والتعريف للحج مطلقاً لينطبق على فرضه ونفله كما هو تعريف الصلاة والصوم وغيرهما، ولأنه على ذلك التقدير يخالف سائر أسماء العبادات السابقة من الصلاة والصوم والزكاة فإنها أسماء للأفعال كما يقال: الصلاة عبارة عن القيام والقراءة والركوع والسجود الخ، والصوم هو الإمساك الخ، وهو فعل من أفعال النفس. والزكاة عند المحققين عبارة عن نفس أداء المال الذي هو فعل المكلف، فليكن الحج أيضاً عبارة عن الأفعال الكائنة عند البيت وغيره كعرفة، وقد اندرج فيما ذكرنا بيان أركانه.

[وسببه] البيت، لأنه يضاف إليه.

[وشرائطه نوعان] شرط الوجوب والأداء. والثاني الإحرام والمكان والزمان المخصوص حتى لا يجوز شيء من أفعاله قبل أشهر الحج. ومنهم من ذكر بدل الإحرام النية، وهذا أولى لاستلزامه النية وغيرها على ما سيظهر لك إن شاء الله تعالى. وشرط وجوبه: الإسلام، حتى لو ملك ما به الاستطاعة حال كفره ثم أسلم بعد ما افتقر لا يجب عليه شيء بتلك الاستطاعة، بخلاف ما لو ملكه مسلماً فلم يحج حتى افتقر حيث يتقرر الحج في ذمته ديناً عليه، والحرية والعقل والبلوغ والوقت أيضاً، فلا يجب قبل أشهر الحج، حتى لو ملك ما به الاستطاعة قبلها كان في سعة من صرفها إلى غيره، وأفاد هذا قيداً في صيرورته ديناً إذا افتقر، وهو أن يكون مالكاً في أشهر الحج فلم يحج. والأولى أن يقال: إذا كان قادراً وقت خروج أهل بلده إن كانوا يخرجون قبل أشهر الحج لبعد المسافة، أو قادراً في أشهر الحج إن كانوا يخرجون فيها ولم يحج حتى افتقر تقرر ديناً، وإن ملك في غيرها وصرفها إلى غيره لا شيء عليه، واقتصر في الينابيع على الأول فقال: لا يجب إلا على القادر وقت خروج أهل بلده، فإن ملكها قبل أن يتأهب أهل بلده للخروج فهو في سعة من صرفها حيث شاء لأنه لا يلزمه التأهب في الحال، وما ذكرناه أولى لأن هذا يقتضي أنه لو ملك في أوائل الأشهر وهم يخرجون في أواخرها جاز له إخراجها، ولا يجب عليه الحج. واعلم أن في المبسوط ما يفيد أن الوقت شرط الأداء عند أبي يوسف، فإنه نقل من اختلاف زفر ويعقوب: أن نصرانياً لو أسلم وصبياً لو بلغ فماتا قبل إدراك الوقت، وأوصى كل منهما أن يحج عنه حجة الإسلام فوصيتهما باطلة عند زفر، لأنه لم يلزمهما بأن يحج عنهما قبل إدراك الوقت، وعلى قول أبي يوسف: تصح لأن سبب الوجوب قد تقرّر في حقهما، والوقت شرط الأداء، وفيه نظر نذكره من بعد إن شاء الله تعالى.

إنه فرض على كل حرّ بالغ عاقل إذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه، وعن نفقة عياله إلى حين

---

(١) قوله (حلولاً) هكذا في معظم النسخ التي بأيدينا باللام بين الحاء المهملة والواو وهو الصواب الموافق لما في الصحاح وغيره من كتب اللغة ففي لسان العرب بعد أن ساق البيت: والحلول: الأحياء المجتمعة جمع حال مثل شاهد وشهود اهـ. فما وقع في بعض النسخ من رسمها حئولاً بهمزة بعد المهملة تحريف فليحذر كتبه مصححه.

(الحج واجب على الأحرار البالغين العقلاء الأصحاء إذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلاً عن المسكن وما لابد منه، وعن نفقة عياله إلى حين عوده وكان الطريق آمنا) (ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة) لأنه عليه الصلاة والسلام

[وواجباته] إنشاء الإحرام من الميقات أو ما فوقه ما لم يخش الوقوع في محظوره لكثر البعد، ومد الوقوف بعرفة إلى الغروب، والوقوف بمزدلفة، والسعي، ورمي الجمار، والحلق أو التقصير، وطواف الصدر للآفاقي.

[وأما سننه] فطواف القدوم، والرمل فيه، أو في الطواف الفرض، والسعي بين الميلين الأخضرين جرياً، والبيتوته بمنى ليالي أيام منى، والدفع من منى إلى عرفة بعد طلوع الشمس، ومن مزدلفة إلى منى قبلها، وغير ذلك مما ستقف عليه في أثناء الباب.

[وأما محظوراته فنوعان] ما يفعله في نفسه وهو الجماع، وإزالة الشعر، وقلم الأظفار، والتطيب، وتغطية الرأس والوجه، ولبس المخيط. وما يفعله في غيره وهو حلق رأس الغير، والتعرض للصيد في الحل والحرم. وأما قطع شجر الحرم كما في النهاية منقولاً فلا ينبغي عدّه فيما نحن فيه، فإن حرمته لا تعلق بالحج ولا الإحرام قوله: **(على الأحرار الخ)** وفي النهاية: إنما ذكر الأحرار وما بعده بلفظ الجمع مع أنه محلى باللام والمحلى يبطل فيه معنى الجمعية، ولم يفرد كما أفرد في قوله الزكاة واجبة على الحر، إخراجاً للكلام مخرج العادة في إرادة الجمعية، إذ العادة جرت وقت خروجهم بالجماعة الكثيرة من الرفقاء، بخلاف الزكاة فإن الإخفاء فيها خير من الإبداء. قال تعالى **﴿وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم﴾** أو لأن الوجوب هنا أعم على المكلفين نظراً إلى السبب، فإنه سببه البيت وهو ثابت في حق الكل، حتى قال بعض العلماء بالوجوب على كل صحيح مكتسب، بخلاف الزكاة فإن سببها النصاب النامي، وهو يتحقق في حق شخص دون شخص، فكانت إرادة زيادة التعميم هنا أوفق، فلذا أتى بصيغة الجمع مع حرف الاستغراق اهـ. وحاصل الأول أنه أراد معنى الجمع وإن كان مع اللام، والداعي إلى ذلك اجتماع المكلفين في الخروج، ولا يخفى أنه بلفظ الجمع لا يفاد معنى الاجتماع إذ ليس الاجتماع من أجزاء مفهوم لفظ الجمع ولا لوازمه، بل مجرد المتعدد من الثلاثة فصاعداً، ولذا لا يلزم في قولك جاءني الرجال اجتماعهم في المجيء فانتفى هذا الداعي، ثم قوله: إن الإخفاء في الزكاة أفضل يخالف ما ذكروه من أن الأفضل في الصدقة النافلة الإخفاء، والمفروضة كالزكاة الإظهار. وأما الثاني فثبوت السبب في حق الكل إن كان باعتبار وجوده في الخارج فالنصاب أيضاً ثابت لذلك لتحقق وجوده في الخارج، وإن كان باعتبار سببيته فلنا أن نمنع، فإن سببيته بموجبيته الحكم وهو لا يوجب الحكم في حق الكل بل في حق من اتصف بالشروط مع تحقق باقي الشروط التي يشترط وجودها في نفس الأمر كأمن الطريق، فحقيقة الوجوب شرط سببيته السبب للمتأمل، فكان كالنصاب بل محل الوجوب في الزكاة أوسع، لأن الشروط في الحج أكثر منها في الزكاة، وتوسعة التفصيل مما يوجب التطويل، وبالمتأمل غني عنه بعد فتح باب التأمل له، فكان على هذا إرادة زيادة التعميم في الزكاة أولى. ثم بعد التسليم كل ذلك فزيادة التعميم بالجمع المحلى باللام على المفرد المحلى باللام ممنوع على ما عرف من كلام المحققين من أن استغراق المفرد أشمل، وإن أراد بالاستغراق الاجتماع ففيه ما علمت مع أنه لا يصح إرادته على الوجه الثاني بأدنى تأمل. قوله: **(إذا قدروا على الزاد)** بنفقة وسط لا إسراف فيها ولا تقتير **(والراحلة)** أي بطريق الملك أو الإجارة دون الإعارة، والإباحة في الوقت الذي قدمنا ذكره. ولو وهب له مال ليحج به لا يجب عليه قبوله سواء كان الواهب ممن تعتبر منته كالأجانب، أو لا تعتبر كالأبوين والمولودين، وأصله أن القدرة بالملك هي الأصل في توجيه

عوده وكان الطريق آمناً، وإنما عدل المصنف عن الإفراد إلى الجمع الناس لا ينفكون عن عهدته إلا بالأداء **(ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة لأنه عليه الصلاة والسلام قيل له)** يعني لما نزلت هذه الآية وقال لهم: يا أيها الناس حجوا البيت **(الحج في كل عام أم مرة واحدة؟ فقال: لا بل مرة واحدة، فما زاد فهو تطوع، ولأن سببه البيت)** لإضافته إليه، يقال حج البيت

قيل له «الحج في كل عام أو مرة واحدة؟ فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوّع» ولأن سببه البيت وأنه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب، ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف رحمه الله. وعن أبي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه.

الخطاب فقبل الملك لما به الاستطاعة لا يتعلق به قوله: **(فاضلاً)** حال من كل واحد من الزاد والراحلة قوله: **(عن المسكن وما لا بد منه)** يعني من غيره كفرسه وسلاحه وثيابه مرتين خصوصاً، وفي ضمن الغموم، وعلى الإيضاح بعد الإبهام المفيد للتفخيم، وكذا وضع من كفر مكان من لم يحج إلى آخر ما عرف في الكشاف قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام الخ)** كان يكفي لنفي التكرر كون الدليل المذكور وهو الآية الكريمة لا يفيده فلا موجب للتكرر، لكن حاصله نفي الحكم الذي هو وجوب التكرر لنفي الدليل وهو وإن كفي في نفي الحكم الشرعي لكن إثبات النفي مقتضى النفي أقوى فلذا أثبته بالدليل المقتضي له، وهو قوله لأنه عليه الصلاة والسلام قيل له «الحج في كل عام» الخ. روى مسلم في صحيحة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا، فقال. رجل: أكل عام يا رسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً، فقال رسول الله ﷺ: لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم، ثم قال: ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه»[1] فقوله «لو قلت نعم لوجبت ولما استطعم» يستلزم نفي وجوب التكرر من وجهين لإفادة لو هنا امتناع نعم، فيلزمه ثبوت نقيضه وهو لا، والتصريح بنفي الاستطاعة أيضاً. وقد روي مفسراً ومبيناً فيه الرجل المبهم. أخرج أحمد في مسنده والدارقطني في سننه والحاكم في المستدرك وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين من حديث سليمان بن كثير عن الزهري عن أبي سنان يزيد بن أمية عن ابن عباس ولفظه قال «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: يا أيها الناس إن الله قد كتب عليكم الحج، فقام الأقرع بن حابس فقال: أفي كل عام يا رسول الله؟ قال: لو قلتها لوجبت ولم تستطيعوا أن تعملوا بها، الحج مرة فمن زاد فتطوّع»[2] ورواه من حديث سفيان بن حسين عن الزهري به وصححه قوله: **(وأنه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب)** وأما تكرر وجوب الزكاة مع اتحاد المال فلأن السبب هو النامي تقديراً وتقدير النماء دائر مع حولان الحول إذا كان المال معداً للاستنماء في الزمان المستقبل، وتقدير النماء الثابت في هذا الحول غير تقدير نماء حول آخر، فالمال مع هذا النماء غير المجموع منه ومن النماء الآخر فيتعدد حكماً فيتعدد الوجوب لتعدد النصاب قوله: **(وعن أبي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه)** وهو أنه سئل عمن ملك ما يبلغه إلى بيت الله تعالى أيحج أم يتزوّج؟ فقال: يحج، فإطلاق الجواب بتقديم الحج مع أن التزوّج قد يكون واجباً في بعض الأحوال دليل على أن الحج لا يجوز

والإضافة دليل السببية **(وإنه لا يتعدد)** البيت **(فلا يتكرر الوجوب، ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف)** حتى إن أخر بعد استجماع الشرائط أثم، رواه عنه بشر والمعلي **(وعن أبي حنيفة ما يدل عليه)** أي على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه أنه سئل عمن له مال أيحج به أم يتزوج؟ فقال: بل يحج به، وذلك دليل على أن الوجوب عنده على الفور. ووجه دلالته على

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٣٧ والنسائي ٥/ ١١٠. ١١١ وأحمد ٢/ ٥٠٨ وابن حبان ٣٧٠٤ و٣٧٠٥ والدارقطني ٢/ ٢٨١ والبيهقي ٤/ ٣٢٦ والطبري ١٢٨٠٥ و١٢٨٠٦ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ١٧٢١ وابن ماجه ٢٨٨٦ وأحمد ١/ ٣٥٢ والحاكم ١/ ٤٤١ كلهم من حديث ابن عباس. وصححه الحاكم، وسكت الذهبي مع أن في إسناده سفيان بن حسين غير قوي.
لكن تابعه عبد الجليل بن حُميد على الزهري. في رواية النسائي ٥/ ١١١.
وتابعهما سليمان بن كثير على الزهري كيفاً. أخرجه أحمد ١/ ٢٥٥ والحاكم ٢/ ٢٩٣ والبيهقي ٤/ ٣٢٦. وصححه الحاكم على شرطهما.
وتابعهم عبد الرحمن بن خالد بن مسافر. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧٠ وصححه على شرط البخاري.
وتابعهم يزيد بن هارون. أخرجه الحاكم ٢/ ٢٩٣.
وكل هذه الروايات من حديث ابن عباس، وفيه قصته الأقرع فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

(يكف ثوبه) لأنه نوع تجبر **(ولا يسدل ثوبه)** لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن السدل، وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه **(ولا يأكل ولا يشرب)** لأنه ليس من أعمال الصلاة **(فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته)** لأنه عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة **(ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق، ويكره أن يقوم في الطاق)** لأنه يشبه صنيع أهل الكتاب من حيث تخصيص الإمام وعند محمد والشافعي

تأخيره، وهو قول أبي يوسف. وذكر المصنف في التجنيس: أنه إذا عنه ﷺ «أمرت أن أسجد على سبعة وأن لا أكف شعراً ولا ثوباً»[1] وفي العقص كفه، ويتضمن كراهة كون المصلي مشمراً كميه قوله: **(لأنه ﷺ نهى عن السدل)** عن أبي هريرة رضي الله عنه «أنه ﷺ نهى عن السدل في الصلاة وأن يغطي الرجل فاه»[2] أخرجه أبو داود والحاكم وصححه قوله: **(وهو أن يضع الخ)** يصدق على أن يكون المنديل مرسلاً من كتفيه كما يعتاده كثير فينبغي لمن على عنقه منديل أن يضعه عند الصلاة ويصدق أيضاً على لبس القباء من غير إدخال اليدين كميه، وقد صرح بالكراهة فيه، ويكره اشتماله الصماء في الصلاة وهو أن يلفّ بثوب واحد رأسه وسائر بدنه ولا يدع منفذاً ليده، وهل يشترط عدم الإزار مع ذلك عن محمد يشترط وغيره لا يشترطه. ويكره الاعتجار أن يلف العمامة حول رأسه ويدع وسطها كما تفعله الدعرة ومتوشحاً لا يكره، وفي ثوب واحد ليس على عاتقه بعضه يكره إلا لضرورة العدم قوله: **وحالة الصلاة مذكرة)** فلا يكون الأكل فيها ناسياً كالأكل في الصوم ناسياً ليلحق به دلالة، ثم القدر الذي يتعلق به الفساد ما يفسد الصوم عزى إلى غريب الرواية لأبي جعفر وهو قدر الحمصة من بين أسنانه، أما من خارج فلو أدخل سمسمة فابتلعها تفسد، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا تفسد، ولو كانت بين أسنانه فابتلعها لا تفسد، ولو كان عين سكرة في فيه فذابت فدخل حلقه فسدت، ولو لم يكن عينها بل صلى على أثر ابتلاعها فوجد الحلاوة لا تفسد، ولو لاك هليلجة فسدت كمضغ العلك، ولو لم يلكها لكن دخل في جوفه منه شيء يسير لا تفسد. وذكر شيخ الإسلام أكل بعض اللقمة وبقي في فيه بعضها فدخل في الصلاة فابتلعه لا تفسد ما لم تكن ملء الفم قوله: **(في الطاق)** أي المحراب، وفيه طريقان: كونه يصير ممتازاً عنهم، وكي لا يشتبه على من عن يمينه ويساره حاله حتى إذا كان بجنبتي الطاق عمودان وراءهما فرجتان يطلع منها أهل الجهتين على حاله لا يكره، وإنما هذا بالعراق لأن محاريبهم مجوّفة مطوّقة، فمن اختار هذه الطريقة لا يكره عنده إذا لم يكن كذلك، ومن اختار الأولى يكره عنده مطلقاً، ولا كال له مال يكفي للحج وليس له مسكن ولا خادم أو خاف العزوبة فأراد أن يتزوّج ويصرف الدراهم إلى ذلك، إن كان قبل خروج أهل بلده إلى الحج يجوز لأنه لم يجب الأداء بعد، وإن كان وقت الخروج فليس له ذلك

ذلك أن في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال بالحج يفوته، ولو لم يكن وقوله **(فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته)** فرضاً كانت أو نفلاً، وعن سعيد بن جبير أنه شرب وعن طاوس يجوز شربه في النفل وهو رواية عن أحمد. وقوله**(لأنه)** أي لأن كل واحد من الأكل والشرب **(عمل كثير)** لا محالة وهو مفسدة وقوله **(وحالة الصلاة مذكرة)** جواب عما يقال ينبغي أن يكون النسيان عفواً كما في الصوم. ووجهه أنها ليست كالصوم لأن حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصيام، فإن أكل ما بين أسنانه فمنهم من يقول: إذا كان ما دون ملء الفم لا تفسد، ومنهم من يقول إن كان قليلاً فما دون الحمصة لا تفسد كما في الصوم، وإن كان أكثر من ذلك فسدت. قال **(ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد)** شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير، والطاق هو المحراب، والمذكور في الكتاب في وجه الكراهة أحد الطريقين، والطريق الآخر وهو المروي عن أبي جعفر أن حاله يشبه على من عن يمينه ويساره، وعلى هذا إن كان بجنبي

قال المصنف: (ولا يأكل ولا يشرب) أقول: كان الظاهر أن يذكر هذه المسئلة وما يليها قبل الفصل

---

(١) صحيح. مضى في الصلاة.
(٢) حسن. أخرجه أبو داود وغيره، وقد مضى في الصلاة وصفتها.

رحمهما الله على التراخي لأنه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة. وجه الأول أنه يختص بوقت

لأنه قد وجب عليه اهـ. ولا يخفي أن المنقول عن أبي حنيفة مطلق، فإن كان الواقع وقوع السؤال في غير أوان الخروج فهو خلاف ما في التجنيس[1] وإلا فلا يفيد الاستشهاد المقصود، ثم على ما أورده المصنف يأثم بالتأخير عن أوّل سني الإمكان، فلو حج بعده ارتفع الإثم ووقع أداء، وعند محمد هو على التراخي، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، فلا يأثم إذا حج قبل موته، فإن مات بعد الإمكان ولم يحج ظهر أنه آثم، وقيل: لا يأثم. وقيل: إن خاف الفوت بأن ظهرت له مخايل الموت في قلبه فأخره حتى مات أثم، وإن فجأه الموت فلا يأثم، وصحة الأول غنية عن الوجه. وعلى اعتباره قيل يظهر الإثم من السنة الأولى، وقيل الأخيرة، وقيل من سنة رأى في نفسه الضعف، وقيل يأثم في الجملة غير محكوم بمعين بل علمه إلى الله تعالى، وقد استدل على الفور بالمنقول والمعنى، فالأول حديث الحجاج بن عمرو الأنصاري «من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل»[2] وهذا بناء على أن لفظة قابل متعارف في السنة الآتية التي تلي هذه السنة، وإلا فهو أعم من ذلك فلا دليل فيه. والثاني: هو أن الحج لا يجوز إلا في وقت معين واحد في السنة، والموت في سنة غير نادر فتأخيره بعد التمكن في وقته تعريض له على الفوات فلا يجوز، ولذا يفسق بتأخيره ويأثم وتردّ شهادته، فحقيقة دليل وجوب الفور هو الاحتياط فلا يدفعه أن مقتضى الأمر المطلق جواز التأخير بشرط أن لا يخلى العمر عنه، وأنه عليه الصلاة والسلام حج سنة عشر، وفرضية الحج كانت سنة تسع، فبعث أبا بكر رضي الله عنه حج بالناس فيها ولم يحج هو إلى القابلة[3]، أو فرض سنة خمس، على ما روى الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضي الله عنه «بعثت بنو سعد بن بكر ضمام بن ثعلبة وافداً إلى رسول الله ﷺ فذكر له عليه الصلاة والسلام فرائض الإسلام: الصلاة والصوم والحج» قال ابن الجوزي: وقد رواه شريك بن أبي نمر عن كريب فقال: فيه «بعثت بنو سعد ضماماً وافداً في شهر رجب سنة خمس فذكر له ﷺ فرائض الإسلام: الصلاة، والصوم، والحج[4]»، أو سنة ست فإن تأخيره عليه الصلاة والسلام ليس يتحقق فيه

وجوبه على الفور لما أمر بما يفوّت الواجب مع إمكان حصوله في وقت آخر لما أن المال غاد ورائح **(وعند محمد والشافعي على التراخي لأنه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة)** فكما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمرة من أشهر الحج، وهذا الدليل لمحمد لأنه يقول بجواز تأخير مكيف، وهو أن لا يفوته بالموت، فإن فوّته أثم، وأما الشافعي فإنه يقول: لا يأثم بالتأخير، وإن مات فلم يكن عنده كوقت الصلاة **(وجه الأول)** يعني قول أبي يوسف إن الحج يختص

قوله: **(فلم يكن عنده كوقت الصلاة)** أقول: التشبيه بوقت الصلاة لا يلزم أن يكون من جميع الوجوه كما لا يخفى.

(١) قول صاحب الفتح **(في غير أوان الخروج فهو خلاف ما في التجنيس)** هكذا في بعض النسخ وسقط من بعضها لفظ غير وكتب عليه ما نصه: قوله فهو خلاف ما في التجنيس قال في النهر: وفيه نظر لظهور موافقته لما في التجنيس حيث كان السؤال أوان الخروج اهـ كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨٦٢ و١٨٦٣ والترمذي ٩٤٠ والنسائي ٥/ ١٩٩ وفي الكبرى ٣٨٤٤ وابن ماجه ٣٠٧٧ وأحمد ٣/ ٤٥٠ والحاكم ١/ ٤٧٠ . ٤٨٣ كلهم من حديث عكرمة عن الحجاج بن عمرو الأنصاري وعجزه: وعليه حجة أخرى. قال عكرمة: فذكرت ذلك لأبي هريرة، وابن عباس فقالا: صدق.

قال الترمذي: حسن صحيح. وأشار البخاري لصحته فيما نقله عنه الترمذي. وكذا صححه الحاكم على شرط البخاري، ووافقه الذهبي. وهو كما قالوا. رجاله كلهم ثقات وقوله «وعليه الحج من قابل» هذا عجزه عند الحاكم.

(٣) هذا ثابت كله سوى قوله «وفرضية الحج كان سنة تسع» وبيانه الآتي ففي البخاري ٤٦٥٧ عن أبي هريرة: أن أبا بكر أمّر في الحجة التي أمّره رسول الله ﷺ عليها قبل حجة الوداع. في رهط يؤذن في الناس أن لا يحجنّ بعد العام مشرك، ولا يطوف بالبيت عريان.

وجاء في الفتح ٣/ ٣٧٨ ما ملخصه: وفي وقت فرضه: فقيل قبل الهجرة. وهو شاذ. وقيل: بعدها، واختلف في سنته قبل الهجرة. وهو شاذ. وقيل: بعدها، واختلف في سنته فالجمهور على أنه سنة ست. لأن فيها نزل قوله تعالى **﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾**.

(٤) أخرجه أحمد ١/ ٢٦٤ من حديث ابن عباس بأتم منه وليس فيه ذكر العام. وفيه محمد بن الوليد بن نقيع مقبول كما في التقريب، وابن إسحق صرح بالتحديث. وأما ذكر التاريخ، فهو عند ابن سعد في الطبقات ١/ ٢٢٨ من طريق الواقدي عن كريب عن ابن عباس، وفيه: «في رجب سنة خمس...» الحديث. والواقدي غير قوي إلا أنه عالم بالسيرة، والتاريخ.

خاص، والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطاً ولهذا كان التعجيل أفضل، بخلاف وقت الصلاة لأن الموت في مثله نادر. وإنما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد حجّ عشر حجج ثم أعتق

تعريض الفوات وهو الموجب للفور لأنه كان يعلم أنه يعيش حتى يحج ويعلم الناس مناسكهم تكميلاً للتبليغ، وليس مقتضى الأمر المطلق جواز التأخير ولا الفور حتى يعارضه موجب الفور وهو هذا المعنى فلا يقوي قوّته، بل مجرد طلب المأمور به فيبقى كل من الفور والتأخير على الإباحة الأصلية، وذلك الاحتياط يخرج عنها، على أن حديث ابن عباس رضي الله عنه قد رواه أحمد وليس فيه ذكر تاريخ، وأما بالتاريخ المذكور فإنما وجدت معضلة في ابن الجوزي، وقد رواه شريك بن أبي نمر عن كريب فقال فيه: وذكر ما قدمناه. قال صاحب التنقيح: لا أعرف لها سنداً[1] والذي نزل سنة ست قوله تعالى ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ وهو افتراض الإتمام، وإنما يتعلق بمن شرع فيهما. فتلخص من هذا أن الفورية واجبة، والحج مطلقاً هو الفرض فيقع أداء إذا أخره ويأثم بترك الواجب على نظير ما قدمناه في الزكاة سواء، فارجع إليه وقس به قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد)[2] روى الحاكم من حديث محمد بن المنهال: حدثنا يزيد بن زريع حدثنا شعبة عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما صبي حج ثم بلغ الحنث فعليه أن يحج حجة أخرى، وأيما أعرابي حج ثم هاجر فعليه أن يحج حجة أخرى، وأيما عبد حج ثم أعتق فعليه أن يحج حجة أخرى»[3] وقال: صحيح على شرط الشيخين والمراد بالأعرابي الذي لم يهاجر من لم يسلم فإن مشركي العرب كانوا يحجون فنفي إجزاء ذلك الحج عن الحج الذي وجب بعد الإسلام، وتفرّد محمد بن المنهال برفعه، بخلاف الأكثر لا يضر إذ الرفع زيادة، وزيادة الثقة مقبولة وقد تأيد ذلك بمرسل أخرجه أبو داود في مراسيله عن محمد بن كعب القرظي قال: قال رسول الله ﷺ «أيما صبيّ حج به أهله فمات أجزأ عنه، فإن أدرك فعليه الحج، وأيما عبد حج به أهله فمات أجزأ عنه فإن أعتق فعليه الحج»[4] وهذا حجة عندنا، وبما هو شبيه المرفوع أيضاً في مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس قال: احفظوا عني ولا تقولوا قال ابن عباس «أيما عبد حج»[5] الخ، وعلى اشتراط

بوقت خاص من كل عام وهو أشهر الحج، وكل ما اختص بوقت خاص، وقد فات عن وقته لا يدرك إلا بإدراك ذلك الوقت بعينه وإلا لا يكون مختصاً به، وذلك مدة طويلة يستوي فيها الحياة والممات (**لأن الموت في سنة واحدة**) مشتملة على الفصول الأربعة المتضادة المزاج (**غير نادر فيتضيق احتياطاً**) لا تحقيقاً، وإنما قال ذلك لئلا يرد عليه أنه لو كان متضيقاً لوجب أن يكون بعد العام الأول قضاء وليس كذلك، فإن التضيق إذا كان احتياطاً لا يلزم ذلك، والدليل على هذا توضيحه بقوله (**ولهذا كان التعجيل أفضل**) يعني بالاتفاق، فإن الاستدلال بالأفضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح. وقوله (**بخلاف وقت الصلاة**) جواب عن قوله كالوقت في الصلاة، وثمرة الخلاف لا تظهر إلا في حق الإثم خاصة، وأما أن الواقع في العام الثاني أداء كما في الأول، وأن التطوّع في العام الأوّل جائز فلا ينكره أحد، وتمام هذا البحث موضعه أصول الفقه (**وإنما شرطت**

---

(١) بل هو عند أبي سعد كما تقدم.

(٢) ضعيف. أخرجه الطيالسي ١٧٦٧ والبيهقي ٥/ ١٧٩ بأتم منه وفيه: «ولو أن صبياً حجّ عشر حجج، ثم احتلم كانت عليه حجة إن استطاع إليه سبيلاً، ولو أن عبداً. . .» بمثله. وإسناده ضعيف لضعف حرام بن عثمان. ذكره الذهبي في الميزان مع هذا الحديث، وغيره، ونقل عن يحيى قوله: الحديث حرام حرام. وقال مالك: ليس بثقة. وقال أحمد: تركه الناس اهـ وضعفه البيهقي بحرام بن عثمان.

(٣) حسن. أخرجه الحاكم ١/ ٤٨١ والبيهقي ٥/ ١٧٩ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما. ووافقه الذهبي.
وهو كما قالا رجاله رجال البخاري، ومسلم إلا أن البيهقي صوب وقفه، وقال: تفرد برفعه محمد بن المنهال رواه غيره عن شعبة موقوفاً على ابن عباس لكن تابعه الحارث بن شريح كما في نصب الراية ٣/ ٧ وهو ضعيف، وتابعه أبو الوليد ومحمد بن كثير عند الحاكم على شعبة، فلم يتفرد به ابن المنهال، وله شواهد منها المرسل الآتي. فهو حسن، وقد صححه الحاكم، وأقره الذهبي.

(٤) مرسل. أخرجه أبو داود في المراسيل ١٢٠ من حديث محمد بن كعب القرظي، فهو يشهد لما قبله.

(٥) أثر ابن عباس. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٧. وفيه معنى الرفع، وإن لم يكن صريحاً.

فعليه حجة الإسلام، وأيما صبي حجّ عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام» ولأنه عبادة والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف. وكذا صحة الجوارح لأن العجز دونها لازم. والأعمى إذا وجد

الحرية الإجماع، والفرق بين الحج والصلاة والصوم بوجهين كونه لا يتأتى إلا بالمال غالباً بخلافهما، ولا ملك للعبد فلا يقدر على تملك الزاد والراحلة، فلم يكن أهلاً للوجوب فلذا لا يجب على عبيد أهل مكة، بخلاف اشتراط الزاد والراحلة في حق الفقير فإنه للتيسير لا الأهلية فوجب على فقراء مكة. والثاني أن حق المولى يفوت في مدة طويلة، وحق العبد مقدم بإذن الشرع لافتقار العبد وغنى الله تعالى لأنه تعالى ما شرع إلا لتعود المصالح إلى المكلفين إرادة منه لإفاضة الجود، بخلاف الصلاة والصوم فإنه لا يحرج المولى في استثناء مدتهما قوله: **(وكذا في صحة الجوارح)** حتى إن المقعد والزمن والمفلوج ومقطوع الرجلين لا يجب عليهم الإحجاج إذا ملكوا الزاد والراحلة، ولا الإيصاء به في المرض، وكذا الشيخ الذي لا يثبت على الراحلة: يعني إذا لم يسبق الوجوب حالة الشيخوخة بأن لم يملك ما يوصله إلا بعدها، وكذا المريض لأنه بدل الحج بالبدن، وإذا لم يجب المبدل لا يجب البدل. وظاهر الرواية عنهما يجب الحج على هؤلاء إذا ملكوا الزاد و راحلة ومؤنة من يرفعهم ويضعهم ويقودهم إلى المناسك، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهي الرواية التي أشار إليها المصنف بقوله: وأما المقعد إلا أنه خص المقعد ويقابل ظاهر الرواية عنهما ما نسبه المصنف إلى محمد بقوله: فرق محمد في هذه الرواية بين المقعد والأعمى. وإذا وجب على هؤلاء الإحجاج للزومهم الأصل وهو الحج بالبدن فيجب عليهم البدل، فلو أحجوا عنهم وهو آيسون من الأداء بالبدن ثم صحوا وجب عليهم الأداء بأنفسهم، وظهرت نفلية الأول لأنه خلف ضروري فيسقط اعتباره بالقدرة على الأصل، كالشيخ الفاني إذا فدي ثم قدر، وكذا من كان بينه وبين مكة عدوّ فأحج عنه، فإن أقام العدو على الطريق إلى موت المحجوج عنه جاز الحج عنه، وإن لم يقم حتى مات لا يجوز لزوال العذر قبل الموت، فيجب الأصل وهو الحج بنفسه، والأعمى إذا وجد من يكفيه مؤنة سفره وسفر قائده ففي المشهور عن أبي حنيفة لا يلزمه الحج. وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى أنه يلزمه وعنهما فيه روايتان، وذكر شيخ الإسلام إنه يلزمه عندهما على قياس الجمعة، وإن لم يجد قائداً لا يجب عليه في قولهم، وفي رواية أخرى: لا يلزمه فرقاً على إحدى الروايتين بين الحج والجمعة بأن وجود القائد في الجمعة غير نادر بخلافه في الحج والمريض والمحبوس والخائف من السلطان الذي يمنع الناس من الخروج والحج، كذلك لا يجب الحج عليهم. وفي التحفة: أن المقعد والزمن والمريض والمحبوس والخائف من السلطان الذي يمنع الناس من الخروج إلى الحج لا يجب عليهم الحج بأنفسهم لأنها عبادة بدنية، ولا بدّ من القدرة بصحة البدن وزوال الموانع حتى تتوجه عليهم التكاليف ولكن يجب عليهم الإحجاج إذا ملكوا الزاد والراحلة، وهو ظاهر في اختيار قولهما، ثم قال: وأما الأعمى إذا وجد قائداً بطريق الملك أو استأجر هل عليه أن يحج؟ ذكر في الأصل أنه لا يجب عليه أن يحج بنفسه، ولكن يجب في ماله عند أبي حنيفة، وروى الحسن عنه أنه يجب عليه أن يحج بنفسه اهـ. وهو خلاف ما ذكره غيره عن أبي حنيفة، وجه قولهما حديث الخثعمية «إن فريضة الحج أدركت أبي وهو شيخ كبير لا يستمسك على الراحلة أفأحج عنه؟ قال: أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزي عنه؟ قالت نعم، قال: فدين الله أحق»[1]

الحرية والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام: أيما عبد حج ولو **(عشر حجج ثم أعتق فعليه حجة الإسلام)** والفرق بين الحج والصوم والصلاة: أن الحج يحتاج إلى الزاد والراحلة، والعبد لا يملك من المال شيئاً، والصوم والصلاة ليسا كذلك، وأن حق المولى في الحج يفوت في مدة طويلة، فقدم حق العبد على حق الله تعالى بخلاف الصوم والصلاة. وقوله **(والعقل)** لبيان اشتراط العقل. وقوله **(وكذا صحة الجوارح)** لبيان اشتراط الصحة **(لأن العجز بدونها لازم)** وقوله **(والأعمى إذا وجد)** يعني أن

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٥٤، ١٥١٣ ومسلم ١٣٣٤، ١٣٣٥ وأبو داود ١٨٠٩ والنسائي ١١٦/٥، ١١٧، ١١٨، ١١٩ و٢٢٨/٨ والترمذي =

من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وقد مر في كتاب الصلاة. وأما المقعد؛ فعن أبي حنيفة رحمه الله. أنه يجب لأنه مستطيع بغيره فأشبه المستطيع بالراحلة. وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجب لأنه غير قادر على الأداء بنفسه، بخلاف الأعمى لأنه لو هدي يؤدي بنفسه فأشبه الضال عنه، ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة، وهو قدر ما يكتري به شق محمل أو رأس زاملة، وقدر النفقة ذاهباً

ولنا قوله تعالى ﴿من استطاع إليه سبيلا﴾ قيد الإيجاب به، والعجز لازم مع هذه الأمور لا الاستطاعة. فإن قيل: الاستطاعة ثابتة إذا قدروا على اتخاذ من يرفعهم ويضعهم ويقودهم بالملك أو الاستئجار. قلنا: ملاءمة القائد والخادم وحصول المقصود معه منهم من الرفق غير معلوم والعجز ثابت للحال، فلا يثبت الوجوب عليهم بالشك، على أن الاستطاعة بالبدن هي الأصل والمتبادر من قولنا فلان يستطيع عمل كذا فليكن محمل ما في النص، إلا أن هذا قد يدفع بأن هذه العبادة تجري فيها النيابة عند العجز لا مطلقاً توسطاً بين المالية المحضة والبدنية المحضة، لتوسطها بينهما على ما سيجيء تحقيقه في باب الحج عن الغير إن شاء الله تعالى، والوجوب دائر مع فائدته على ما تحقق في الصوم فيثبت عند قدرة المال ليظهر أثره في الإحجاج والإيصاء. ومن الفروع أنه لو تكلف هؤلاء الحج بأنفسهم سقط عنهم، ومعنى هذا أنهم لو صحوا بعد ذلك لا يجب عليهم الأداء. لأن سقوط الوجوب عنهم لدفع الحرج فإذا تحملوه وقع عن حجة الإسلام كالفقير إذا حج. هذا وفي الفتاوى تكلموا في أن سلامة البدن في قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمن الطريق، ووجود المحرم للمرأة من شرائط الوجوب أو الأداء، فعلى قول من يجعلها من شرائط الوجوب إذا مات قبل الحج لا يلزمه الإيصاء، وعلى قول من يجعلها من شرائط الإداء يلزمه اهـ. وهذا ظاهر في أن الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله لم يثبتا تنصيصاً بل تخريجاً، أو أن كل طائفة من هؤلاء المشايخ اختاروا رواية، وإذا آل الحال إلى اختلاف المشايخ في المختار من الروايتين أو تخريجهما فلنا نحن أيضاً أن ننظر في ذلك. والذي يترجح كونها شروط الأداء بما قلناه آنفاً أن هذه العبادة مما تتأدى بالنائب الخ. وعلى هذا فجعل عدم الحبس والخوف من السلطان شرط الأداء أولى، ومن قدر حال صحته ولم يحج حتى أقعد أو زمن أو فلج أو قطعت رجلاه تقرر في ذمته بالاتفاق حتى يجب عليه الإحجاج، وهنا قيد حسن ينبغي أن يحفظ، وهو أن وجوب الإيصاء إنما يتعلق بمن لم يحج بعد الوجوب إذا لم يخرج إلى الحج حتى مات، فأما من وجب عليه الحج فحج من عامه فمات في الطريق لا يجب عليه الإيصاء بالحج، لأنه لم يؤخر بعد الإيجاب، ذكره المصنف في التجنيس قوله: (لأنه عليه

الأعمى إذا ملك الزاد والراحلة، فإن لم يجد قائداً لا يلزمه الحج بنفسه في قولهم، وهل يجب الإحجاج بالمال؟ عند أبي حنيفة: لا يجب، وعندهما يجب وإن وجد قائداً، وقد عبر عنه المصنف بقوله (من يكفيه مؤنة سفره) لا يجب عند أبي حنيفة كما لا تجب الجمعة، وعن صاحبيه فيه روايتان فرقاً على إحدى الروايتين بين الحج والجمعة، وقالا: وجود القائد إلى الجمعة ليس بنادر بل هو غالب فتلزمه الجمعة، ولا كذلك القائد إلى الحج. وقوله **(وأما المقعد فعن أبي حنيفة رحمه الله)** ظاهر الرواية عنه في الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين أن الحج لا يجب عليهم وإن ملكوا الزاد والراحلة، حتى لا يجب عليهم الإحجاج بما لهم لأن الأصل لما لم يجب لم يجب البدل، وهو رواية عنهما. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه لأنه مستطيع بغيره فأشبه المستطيع بالراحلة. وقوله **(وعن محمد)** ظاهر. وقوله **(ولا بد من القدرة)** بيان لقوله: إذا قدروا على الزاد والراحلة، ويعني به القدرة بطريق الملك أو الاستئجار بأن يقدر على **(ما يكتري به شق محمل)** بفتح الميم الأول وكسر الثاني أي جانبه، لأن للمحمل جانبين، ويكفي للراكب أحد جانبيه. والزاملة البعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله، يقال لها بالفارسية: سرباري. وقوله **(وقدر النفقة ذاهباً وجائياً)** يعني بعد الراحلة نفقة وسط

= ٩٢٨ وأبو يعلى ٢٣٨٤ وابن ماجه ٢٩٠٧ وابن خزيمة ٣٠٤٢ وابن الجارود ٤٩٧ وابن حبان ٣٩٨٩، ٣٩٩٥ والدارمي ٢/ ٤٠ والبيهقي ٤/ ٣٢٨ وأحمد ١/ ٢١٩، ٢٥١، ٣٢٩ كلهم من حديث ابن عباس بألفاظ متقاربة.

وجائياً، «لأنه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل إليه فقال: الزاد والراحلة» وإن أمكنه أن يكتري عقبة فلا شيء عليه، لأنهما إذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر. ويشترط أن يكون فاضلاً عن المسكن وعما لابد

الصلاة والسلام سئل عن السبيل) روى الحاكم عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة «عن أنس رضي الله عنه في قوله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ قيل: يا رسول الله ما السبيل؟ قال: الزاد والراحلة»[1] وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرّجاه، وتابعه حماد بن سلمة عن قتادة، ثم أخرجه كذلك، وقال: صحيح على شرط مسلم. وقد روي من طريق أخرى صحيحة عن الحسن مرسلاً في سنن سعيد بن منصور: حدثنا هشام حدثنا يونس عن الحسن قال «لما نزلت ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ قال رجل: يا رسول الله وما السبيل؟ قالوا: زاد وراحلة»[2] حدثنا هشيم حدثنا منصور عن الحسن مثله حدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن مثله. ومن طرق عديدة مرفوعاً من حديث ابن عمر وابن عباس وعائشة وجابر وعبد الله عن يونس عن الحسن مثله. ومن طرق عديدة مرفوعاً من حديث ابن عمر وابن عباس وعائشة وجابر وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود رضي الله عنهم. وحديث ابن عباس رواه ابن ماجه: حدثنا سويد بن سعيد عن هشام بن سليمان القرشي عن ابن جريج قال: وأخبرنيه أيضاً عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال «الزاد والراحلة» يعني قوله ﴿من استطاع إليه سبيلاً﴾[3] قال في الإمام: وهشام بن سليمان بن عكرمة بن خالد بن العاص، قال أبو حاتم: مضطرب

بغير إسراف ولا تقتير، وهذا **(لأنه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل إليه فقال «الزاد والراحلة» وإن أمكنه أن يكتري عقبة)** أي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخاً بفرسخ أو منزلاً منزلاً **(فلا حجّ عليه)** لعدم الراحلة إذ ذاك في جميع السفر. وقوله **(ويشترط أن يكون)** أي ما يقدر به على الزاد والراحلة **(فاضلاً عن المسكن)** بيان لقوله في أوّل البحث فاضلاً، وهو هناك

قوله: **(يقال لها بالفارسيه سرباري)** أقول: فيه أن سرباري هو الحمل لا البعير.

---

(1) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٨١٣ وابن ماجه ٢٨٩٦ والدارقطني ٢/٢١٧ كلهم من حديث ابن عمر، ومداره على إبراهيم بن يزيد الخوزي.
قال الترمذي: حديث حسن، والعمل عليه عند أهل العلم والخوزي تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه اهـ. وورد في حديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه ٢٨٩٧ والدارقطني ٢/٢١٨ وطريق ابن ماجه أجود من طريق الدارقطني.
وورد عن الحسن مرسلاً أخرجه سعيد بن منصور في سننه كما في نصب الراية ٣/٨، ٩ وقال: هذه أسانيد صحيحة لكنها مرسلة، وقال ابن المنذر: لا يثبت كونه مسنداً، والصحيح رواية الحسن مرسلاً اهـ والمرسل أخرجه البيهقي ٤٠/٣٢٧ وقال الزيلعي: رويناه من أوجه كلها ضعيفة، ورويناه من أوجه صحيحة عن الحسن مرسلاً، وفيه قوة للمسند ورواه الحاكم ١/٤٤٢ والدارقطني ٢/٢١٦ من حديث أنس من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، وقد تابع حماد بن سلمة سعيداً في روايته عن قتادة.
ثم ساقه من طريق حماد وقال: صحيح على شرط مسلم اهـ وأقره الذهبي. وقد ذكر ابن كثير في تفسيره ١/ ٣٩٤ أن إسناد الحاكم حسن وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٢١ وذكر طرقه، وذكر ضعف رجالها، ثم قال: وقد رواه الحاكم من حديث حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس أيضاً إلا أن الراوي عن حماد هو أبو قتاده الحراني قال أبو حاتم: منكر الحديث اهـ
قلت: لم يفطن الحافظ ابن حجر إلى أن الحاكم إنما ذكر طريق الحراني متابعة، وشاهداً لطريق سعيد بن أبي عروبة والصواب أن طريق ابن أبي عروبة هو على شرط مسلم، والبخاري كما قال الحاكم.
وقد أخرجه الدارقطني أيضاً ٢/ ٢١٥ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص من ثلاثة وجوه، وأخرجه من حديث ابن مسعود ومن حديث عائشة، ومن حديث الحسن عن أنس مرفوعاً. ومن حديث علي، وكلها ضعيفة، وأجودها ما أخرجه الحاكم من حديث أنس، فهذا إسناد على أقل التقادير أنه حسن، ويليه رواية ابن ماجه من حديث ابن عباس، وفيه هشام بن سليمان المكي قال ابن حجر في التقريب ٢/٣١٩ مقبول.
قلت: فحديثه لا بأس به على مذهب ابن حجر. ويليها في القوة رواية الترمذي، وابن ماجه التي مدارها على الخوزي لاسيما، وقد حسنه الترمذي، فلعله من أجل شواهده، وإلا فطريق الترمذي وحده ضعيف.
أضف إلى ذلك الروايات عن الحسن، وهي مرسلة صحيحة كما قال الحافظ، والحديث صححه الحاكم، وأقره الذهبي، فهو حديث ينبغي أن يكون حسناً، وما ورد من موقوفات عن عمر وابن عباس، وغيرهما هي في الحقيقة تقوية له والله تعالى أعلم.
وقد حسنه ابن الهمام.

(2) تقدم تخريجه في الذي قبله.

(3) تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

منه كالخادم وأثاث البيت وثيابه، لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية، ويشترط أن يكون فاضلاً عن نفقة عياله إلى حين عوده، لأن النفقة حق مستحق للمرأة، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره. وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة، لأنه لا تلحقهم مشقة زائدة في الأداء فأشبه السعي إلى الجمعة ولابد من أمن الطريق لأن الاستطاعة لا تثبت دونه. ثم قيل: هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الإيصاء وهو مروي عن أبي

الحديث، ومحله الصدق ما أرى به بأساً، وباقي الأحاديث بطرقها عمن ذكرنا من الصحابة عند الترمذي وابن ماجه والدارقطني وابن عدي في الكامل لا يسلم من ضعف، فلو لم يكن للحديث طريق صحيح ارتفع بكثرتها إلى الحسن فكيف ومنها الصحيح، وهذا وينبغي أن يكون قول المصنف شق محمل أو رأس زاملة على التوزيع ليكون الوجوب يتعلق بمن قدر على رأس زاملة بالنسبة إلى بعض الناس، وبالنسبة إلى بعض آخرين لا يتعلق إلا بمن قدر على شق محمل هذا، لأن حال الناس مختلف ضعفاً وقوّة وجلداً ورفاهية، فالمرفه لا يجب عليه إذا قدر على رأس زاملة وهو الذي يقال له في عرفنا راكب مقتب، لأنه لا يستطيع السفر كذلك بل قد يهلك بهذا الركوب فلا يجب في حق هذا إلا إذا قدر على شق محمل، ومثل هذا يتأتى في الزاد فليس كل من قدر على ما يكفيه من خبز وجبن دون لحم وطبيخ قادراً على الزاد، بل ربما يهلك مرضاً بمداومته ثلاثة أيام إذا كان مترفها معتاد اللحم والأغذية المرتفعة، بل لا يجب على مثل هذا إلا إذا قدر على ما يصلح معه بدنه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الزاد والراحلة»[1] ليس معناه إلا الزاد الذي يبلغه والراحلة كذلك، وذلك يختلف بالنسبة إلى آحاد الناس، فكان المراد ما يبلغ كل واحد قوله: (**وإن أمكنه الخ**) العقبة أن يكتري الاثنان راحلة يعتقبان عليها يركب أحدهما مرحلة والآخر مرحلة، وليس يلزم لما في الكتاب، وقد تقدم أن الشرط أن يملكها في أشهر الحج أو وقت خروج أهل بلده، ونقلنا ما في الينابيع فارجع إليه قوله: (**وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة**) قدمنا فائدة اقتصاره على الراحلة وكلام صاحب النهاية والينابيع فارجع إليه قوله: (**ولا بد من أمن الطريق**) أي وقت خروج أهل بلده وإن كان مخيفاً في غيره، وهو أن يكون الغالب فيه السلامة. وما أفتى به أبو بكر الرازي من سقوط الحج عن أهل بغداد، وقول أبي بكر الإسكاف: لا أقول الحج فريضة في زماننا قاله سنة ست وعشرين وثلاثمائة. وقول الثلجي: ليس على أهل خرسان حج منذ كذا وكذا سنة كان وقت غلبة النهب والخوف في الطريق، وكذا أسقطه بعضهم من حين خرجت القرامطة وهم طائفة من الخوارج كانوا يستحلون قتل المسلمين وأخذ أموالهم، وكانوا يغلبون على أماكن ويترصدون للحجاج، وقد هجموا في بعض السنين على الحجيج في نفس مكة فقتلوا خلقاً كثيراً في نفس الحرم، وأخذوا أموالهم، ودخل كبيرهم بفرسه في المسجد الحرام، ووقعت أمور شنيعة، ولله الحمد على أن عافى منهم. وقد سئل الكرخي عمن لا يحج خوفاً منهم فقال: ما سلمت البادية من الآفات: أي لا تخلو عنها كقلة الماء، وشدّة الحر وهيجان السموم، وهذا إيجاب منه رحمه الله، ومحمله أنه رأى أن الغالب اندفاع شرهم عن الحاج، ورأى الصفار

منصوب على الحال من الزاد والراحلة، وقيد بالمسكن والخادم إشارة إلى ما ذكره ابن شجاع إذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه، وما أشبه ذلك يجب عليه أن يبيعه ويحج به. وقوله (**وأثاث البيت**) يعني كالفرش والبسط وآلات الطبخ (**وثيابه**) أي ثياب بدنه وفرسه وسلاحه (**لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية**) والمشغول بها كالمعدوم. وقوله (**وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره**) قال الله تعالى ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**﴾ وقوله (**وليس من شرط الوجوب على أهل مكة**) ظاهر (**ولا بدّ من أمن الطريق**) وهو أن يكون الغالب فيه السلامة، وتوسط البحر عذر لأن شرط وجوبه

قال المصنف: (**لأن النفقة حق مستحق للمرأة**) أقول: يعني للمرأة مثلاً، والأظهر أن يقول مستحق لهم

---

(١) تقدم تخريجه قبل حديثين.

حنيفة رحمه الله. وقيل: هو شرط الأداء دون الوجوب، لأن النبي عليه الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير. قال: **(ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به أو زوج، ولا يجوز لها أن تحج بغيرهما إذا**

عدمه فقال: لا أرى الحج فرضاً منذ عشرين سنة من حين خرجت القرامطة، وما ذكر سبباً لذلك، وهو أنه لا يتوصل إلى الحج إلا بإرشائهم فتكون الطاعة سبب المعصية، فيه نظر، بل إنما كان من شأنهم ما ذكرته، ثم الإثم في مثله على الآخذ لا المعطى على ما عرف من تقسيم الرشوة في كتاب القضاء، وكون المعصية منهم لا يترك الفرض لمعصية عاص. والذي يظهر أن يعتبر مع غلبة السلامة عدم غلبة الخوف حتى إذا غلب الخوف على القلوب في المحاربين لوقوع النهب والغلبة منهم مراراً أو سمعوا أن طائفة تعرضت للطريق ولها شوكة والناس يستضعفون أنفسهم عنهم لا يجب. واختلف في سقوطه إذا لم يكن بد من ركوب البحر، فقيل: البحر يمنع الوجوب. وقال الكرماني: إن كان الغالب في البحر السلامة من موضع جرت العادة بركوبه يجب وإلا فلا، وهو الأصح. وسيحون وجيحون والفرات والنيل أنهار لا بحار قوله: **(ثم قيل هو)** أي أمن الطريق نقدم الكلام فيه، إالقائل بأه شرط الوجوب حتى لا يجب الإيصاء ابن شجاع، وقد روي عن ابن حنيفة رحمه الله لأن الوصول بدونه لا يكون إلا بمشقة عظيمة. فصار من الاستطاعة وهي شرط الوجوب. والقائل بأنه شرط الأداء فيجب الإيصاء القاضي أبو خازم، لأنه عليه الصلاة والسلام إنما فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة حين سئل عنها[1]، فلو كان أمن الطريق منها لذكره وإلا كان تأخيراً للبيان عن وقت الحاجة، ولأنه مانع من العباد ولا يسقط العبادة الواجبة كالقيد من الظالم. واعلم أن الاختلاف في وجوب الإيصاء بالحج إذا مات قبل أمن الطريق، فإن مات بعد حصول الأمن فالاتفاق على الوجوب. تقدم لنا وجه آخر وهو المعوّل عليه يقتضي ترجيحه، وأنّ عدم الخوف من السلطان والحبس من شروط الأداء أيضاً فيجب على الخائف والمحبوس الإيصاء. واعلم أن القدرة على الزاد والراحلة شرط الوجوب لا نعلم عن أحد خلافه. وقالوا لو تحمل العاجز عنهما فحج ماشياً يسقط عنه الفرض، حتى لو استغنى لا يجب عليه أن يحج، وهو معلل بأمرين: الأول أن عدمه عليه ليس لعدم الأهلية كالعبد، بل للترفيه ودفع الحرج عنه، فإذا تحمله وجب ثم يسقط كالمسافر إذا صام رمضان. الثاني: أن الفقير إذا وصل إلى المواقيت صار حكمه حكم أهل مكة، فيجب عليه وإن لم يقدر على الراحلة، فالثاني يستلزم عدم السقوط عنه لو أحرم قبل المواقيت كدويرة أهله لأن إحرامه لم ينعقد للواجب لعدم الوجوب قبل المواقيت، فلا ينقلب له إلا بتجديد كالصبي إذا أحرم ثم بلغ، ولا يمكنه التجديد لأن الإحرام انعقد لازماً للنفل بخلاف الصبي على ما نذكر قريباً، وبخلاف من أطلق النية فلم ينو الواجب لأن إحرامه حينئذ انعقد للواجب، وإطلاق الجواب يخالفه، والأول يقتضي عدم ثبوت الوجوب إلا بعد الفراغ، لأن تحقق تحمله لا يتحقق إلا به لا بمجرد الإحرام، ومع الفراغ لو ثبت الوجوب لم يكن أثره إلا في المستقبل لا في المنقضي إذ لا يسبق فعل الواجب الوجوب، فمن أحرم قبل الميقات لا ينتهض في سقوط الحج عنه واحد من الوجهين، بخلاف من أحرم منه فإنه إن لم ينتهض فيه الأول انتهض فيه الثاني، وإنما خصصنا الإيراد بالفقير لأنا نرى أن سلامة الجوارح شرط الأداء لا الوجوب على ما بحثناه آنفاً قوله: **(ويعتبر في المرأة)** وإن كانت عجوزاً **(أن يكون لها محرم)** كابن أو عم، وكما يشترط المحرم كذا يشترط عدم العدة وقالوا في الصبية التي لم تبلغ

الاستطاعة ولا استطاعة بدون الأمن ثم اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة: أنه شرط نفس الوجوب، أو شرط الأداء، فمنهم من ذهب إلى الأول لما مر أن الاستطاعة لا تثبت بدونه (وهو مروي عنه) ومنهم من ذهب إلى الثاني **(لأنه عليه الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير)** وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الإيصاء على من مات قبل الحج، ولم يكن الطريق آمناً، فعند الأوّلين لا تلزمه الوصية، وعند الآخرين تلزمه. قال **(ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به)**

---

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

كان بينها وبين مكة مسيرة ثلاثة أيام) وقال الشافعي: يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تحجنّ امرأة إلا ومعها محرم» ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها إليها، ولهذا تحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها غيرها، بخلاف ما إذا كان بينها وبين

حد الشهوة تسافر بغير محرم، فإذا بلغت لا تسافر إلا به، وينبغي أن يكون معنى هذا لاتعان على السفر ولا تستصحب، فإنها غير مكلفة ما لم تبلغ، وبلوغها حد الشهوة لا يستلزمه. وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه ردّ المعتدات من النجف، فإن لزمتها العدة في السفر فإن كان رجعياً لا يفارقها زوجها أو بائناً، فإن كان إلى كل من بلدها ومكة أقل من مدة السفر تخيرت، أو إلى أحدهما سفر دون الآخر تعين أن تصير إلى الآخر، أو كل منهما سفر، فإن كانت في مصر قرّت فيه إلى أن تنقضي عدتها ولا تخرج وإن وجدت محرماً ما دامت العدة عنده خلافاً لهما، وإن كانت في قرية أو مفازة لا تأمن على نفسها فلها أن تمضي إلى موضع آخر آمن فلا تخرج منه حتى تمضي عدتها، وإن وجدت محرماً عنده خلافاً لهما، وهذه المسألة تأتي في كتاب الطلاق إلا أنا ذكرناها هنا لتكون أذكر لمن يطالع الباب قوله وقال الشافعي: **(يجوز لها الخ)** له العمومات مثل **﴿ولله على الناس حجّ البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾** وقوله ﷺ «حجوا»[1] في حديث مسلم السابق. ولحديث عدي بن حاتم أنه ﷺ قال «يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤمّ البيت لا جوار معها لا تخاف إلا الله تعالى» قال عديّ: رأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف إلا الله تعالى[2]. رواه البخاري، ولم يذكر لها زوجاً ولا محرماً. والقياس على المهاجرة والمأسورة إذا خلصت بجامع أنه سفر واجب. قلنا: أما العمومات فقد تقيدت ببعض الشروط إجماعاً كأمن الطريق فتقيد أيضاً بما في الأحاديث الصحيحة كما في الصحيحين «لا تسافر امرأة ثلاثاً إلا ومعها ذو محرم» وفي لفظ لهما «فوق ثلاث» وفي لفظ للبخاري «ثلاثة أيام»[3] فإن قيل: هذه عامة في كل سفر فإنما تنتظم المتنازع فيه، وهو سفر

الاختلاف المار في أمن الطريق في كونه شرط الوجوب، أو شرط الأداء ثابت في محرم المرأة، والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد بقرابة أو رضاع أو صهارة، ولا يجوز للمرأة أن تحج إذا لم يكن لها محرم أو زوج إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام، شابة كانت أو عجوزاً، وإن لم يكن لها محرم أو زوج لا يجب عليها التزوّج للحج، كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لأجل الحج والزكاة وقال الشافعي: **(لها أن تحج في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن من الفتنة بالمرافقة)**. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تحجنّ امرأة إلا ومعها محرم» ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها إليها) فضلا عن حصول الأمن. وعورض بأن المهاجرة تخرج إلى دار الإسلام بدونهما، والهجرة ليست من الأركان الخمسة فلأن تخرج إلى الحج وهو منها أولى. وأجيب: بأن ذلك ضرورة الخوف على نفسها، ألا ترى أنها إذا وصلت إلى جيش من المسلمين في دار الحرب، حتى صارت آمنة لم يكن لها بعد ذلك أن تسافر بدون المحرم. فإن قيل:

قوله: **(وإن لم يكن لها محرم الخ)** أقول: هذا على رأي من جعل المحرم شرط الوجوب، وأما من جعله شرط الأداء فيوجب ذلك، ذكره الزيلعي قال المصنف: **(ولنا قوله ﷺ «لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم»)** أقول: ظاهر الاستثناء يفيد عدم جواز الحج لهن مع أزواجهن إذا لم يكن محرم كما لا يخفى، وجوابه أنه يعلم جوازه معه بالدلالة.

---

(١) رواه مسلم من حديث أبي هريرة تقدم قبل قليل في المحظورات.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ومسلم.
وابن حبان ٦٦٧٩ وأحمد ٤/٣٧٧ و٣٧٨ والحاكم ٤/٥١٨ . ٥١٩ والبيهقي في الدلائل ٥/٣٤٢ من طرق كلهم من حديث عدي بن عاتم. مطولاً.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٣٩ وابن حبان ٢٧٢١ وأبو داود ١٧٢٥ وابن خزيمة ٢٥٢٧ كلهم من حديث أبي هريرة.
وورد من حديث ابن عمر أخرجه مسلم ١٣٣٨ وكذا البخاري ١٠٨٧ وأبو داود ١٧٢٧ وابن خزيمة ٢٥٢١ وأحمد ٢/١٤٣ وابن حبان ٢٧٣٠ والبيهقي ٣/١٣٨.

مكة أقل من ثلاثة أيام، لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير محرم. **(وإذا وجدت محرماً لم يكن للزوج**

الحاج بعمومه لكنه قد خص منه سفر المهاجرة والمأسورة فيخص منه سفر الحج أيضاً قياساً عليه بجامع أنه سفر واجب، ويصير الداخل تحت اللفظ مراداً السفر المباح. قلنا: لا يمكن إخراج المتنازع فيه لأن في عينه نصاً يفيد أنه مراد بالعام، وهو ما رواه البزار من حديث ابن عباس: حدثنا عمرو بن علي، حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج، أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع معبداً مولى ابن عباس رضي الله عنهما يحدث عن ابن عباس وأن رسول الله ﷺ قال «لا تحج امرأة إلا ومعها محرم، فقال رجل: يا نبيّ الله إني اكتتبت في غزوة كذا، وامرأتي حاجة، قال: ارجع فحج معها»[1] وأخرجه الدارقطني أيضاً عن حجاج عن ابن جريج به ولفظه «لا تحجنّ امرأة إلا ومعها ذو محرم»[2] فثبت تخصيص العمومات بما روينا على أنهم خصوها بوجود الرفقة، والنساء الثقات فيما روينا أولى، وبه يظهر فساد القياس الذي عينوه لأنه لا يعارض النص، بل نقول: الآية العامة لا تتناول النساء حال عدم الزوج والمحرم معها لأن المرأة لا تستطيع النزول والركوب إلا مع من يركبها وينزلها، ولا يحل ذلك إلا للمحرم والزوج، فلم تكن مستطيعة في هذه الحالة فلا يتناولها النص، وهذا هو الغالب فلا يعتبر ثبوت القدرة على ذلك في بعضهن، ولو قدرت فالقدرة عليه مع أمن انكشاف شيء مما لا يحل لأجنبي النظر إليه كعقبها ورجلها وطرف ساقها وطرف معصمها لا يتحقق إلا بالمحرم ليباشرها في هذه الحالة ويسترها، ولانتفاء وجود الجامع فيهما فإن الموجود من المهاجرة والمأسورة ليس سفراً لأنها لا تقصد مكاناً معيناً، بل النجاة خوفاً من الفتنة، فقطعها المسافة كقطع السابح، ولذا إذا وجدت مأمناً كعسكر من المسلمين وجب أن تقر ولا تسافر إلا بزوج أو محرم على أنها لو قصدت مكاناً معيناً لا يعتبر قصدها، ولا يثبت السفر به، لأن حالها وهو ظاهر قصد مجرد التخلص يبطل عزيمتها على ما عرف في العسكر الداخل أرض الحرب، ولو سلم ثبوت سفرها فهو للاضطرار لأن الفتنة المتوقعة في سفرها أخف من المتوقعة في إقامتها في دار الحرب، فكان جوازه بحكم الإجماع على أن أخف المفسدتين يجب ارتكابها عند لزوم إحداهما، فالمؤثر في الأصل السفر المضطر إليه دفعاً لمفسدة تفوق مفسدة عدم المحرج والزوج في السفر في دار الإسلام، وهو منتف في الفرع، ولهذا يجوز مع العدّة بخلاف سفر الحج تمنعه العدة فيمنعه عدم المحرم كالسفر المباح. وأما حديث عدي بن حاتم، فليس فيه بيان حكم الخروج فيه ما هو ولا يستلزمه، بل بيان انتشار الأمن، ولو كان مفيداً للإباحة كان نقيض قولهم فإنه يبيح الخروج بلا رفقة ونساء ثقات قوله: **(لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون مدة السفر بغير محرم)** يعني إذا كان لحاجة. ويشكل عليه ما في الصحيحين عن قزعة عن أبي سعيد الخدري

فسر النبي ﷺ السبيل بالزاد والراحلة، ولم يذكر المحرم. أجيب: بأن ذلك حجة من جعله شرط الأداء، ومن جعله شرط الوجوب قال: لم يذكره، لأن السائل كان رجلاً. فإن قيل: لا نسلم أن الفتنة تزداد بانضمام غيرها إليها، فإن المبتوتة إذا اعتدّت في بيت الزوج بحيلولة ثقة جاز، ولم يكن انضمامها إليها فتنة. أجيب: بأن انضمام المرأة إليها يعينها على ما تراود بمشاورتها، وتعليم ما عسى تعجز عنه بفكرها، وإنما لم يكن في المعتدة كذلك لأن الإقامة موضع أمن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر، لأن مثلها لا يعدّ ثقة والكلام فيها، ولأن جواب السند يناقض جواب المنع، والأولى أن يقال هن ناقصات دين وعقل، فلا يؤمن أن تنخدع فتكون عليها في الإفساد وتتوسط في التوطين والتمكين فتعجز هي عن دفعها في السفر، وهذا المعنى معدوم في الحضر لإمكان الاستغاثة. وقوله **(بخلاف ما إذا كان)** متصل بقوله: إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام وهو

قوله: **(فتعجز هي عن دفعها في السفر، وهذا المعنى معدوم في الحضر لإمكان الاستغاثة)** أقول: كيف تعجز عن الاستغاثة في السفر والمفروض خروجها في رفقة فليتأمل.

---

(١) هذا الحديث أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٢٢، ٢٢٣ والبزار من مسنده كما في نصب الراية ٣/ ١٠ كلاهما من حديث ابن عباس.
روياه من طريقين عن معبد مولى ابن عباس عن ابن عباس مرفوعاً، ومعبد ذكره ابن حبان في الثقات وقد توبع فقد أخرج الطبراني كما في نصب الراية ٣/ ١١ وكذا الدارقطني كلاهما من حديث أبي أمامة، وفيه أبو معشر غير قوي.

(٢) تقدم في الذي قبله.

منعها) وقال الشافعي: له أن يمنعها لأن في الخروج تفويت حقه. ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها، حتى لو كان الحج نفلاً له أن يمنعها، ولو كان المحرم فاسقاً قالوا: لا يجب عليها لأن المقصود لا يحصل به **(ولها أن تخرج مع كل محرم إلا أن يكون مجوسياً)** لأنه يعتقد إباحة مناكحتها، ولا عبرة بالصبي والمجنون لأنه لا تتأتى منهما الصيانة، والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم، ونفقة المحرم عليها لأنها تتوسل به إلى أداء الحج. واختلفوا في أن المحرم شرط الوجوب أو شرط الأداء

مرفوعاً «لا تسافر المرأة يومين إلا ومعها زوجها أو ذو محرم منها»[١] وأخرجا عن أبي هريرة مرفوعاً «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم عليها» وفي لفظ لمسلم «مسيرة ليلة» وفي لفظ «يوم» وفي لفظ لأبي داود «بريداً»[٢] وهو عند ابن حبان في صحيحه والحاكم، وقال: وقال صحيح على شرط مسلم. وللطبراني في معجمه «ثلاثة أميال» فقيل له: إن الناس يقولون: ثلاثة أيام، فقال: وهموا[٣]. قال المنذري: ليس في هذه تباين، فإنه يحتمل أنه ﷺ قالها في مواطن مختلفة بحسب الأسئلة. ويحتمل أن يكون ذلك كله تمثيلاً لأقل الأعداد، واليوم الواحد أوّل العدد وأقله، والاثنان أول الكثير وأقله، والثلاث أول الجمع فكأنه أشار أن مثل هذا في قلة الزمن لا يحل لها السفر مع غير محرم فكيف بما زاد اهـ. وحاصله أنه نبه بمنع الخروج أقل كل عدد على منع خروجها عن البلد مطلقاً إلا بمحرم أو زوج، وقد صرح بالمنع مطلقاً إن حمل السفرُ على اللغوي. في الصحيحين عن أبي معبد عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً «لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم»[٤] والسفر لغة ينطلق على ما دون ذلك. وقد روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف كراهة الخروج لها مسيرة يوم بلا محرم، ثم إذا كان المذهب إباحة خروجها ما دون الثلاثة بغير محرم فليس للزوج منعها إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام إذا لم تجد محرماً قوله: **(لأن في الخروج تفويت حقه)** وحق العبد مقدم على ما عرف، وصار كالحج الذي نذرته له منعها منه **(ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض)** وإن امتدت **(والحج منها)** كالصوم، وهذا لأن ملكه ملك ضعيف لا ينتهض سبباً في ذلك بخلاف ملك العبد، وإنما لا يظهر في الحج المنذور لأن وجوبه بسبب من جهتها فلا يظهر الوجوب في حقه فكان نفلاً في حقه، وإذا أحرمت نفلاً بغير إذنه فله أن يحللها، وهو بأن ينهاها ويصنع بها أدنى ما يحرم عليها كقص ظفرها ونحوه، ومجرد نهيها لا يقع به التحليل كما لا يقع بقوله: حللتك، ولا يتأخر إلى ذبح الهدي بخلاف الإحصار، ولها أن تخرج مع كل محرم سواء كان بنسب أو رضاع أو صهرية مسلماً أو كافراً أو عبداً إلا أن يعتقد حل مناكحتها كالمجوسي أو يكون فاسقاً إذ لا تؤمن معه الفتنة أو صبياً قوله: **(واختلفوا الخ)** ثمرته

واضح، وكذا قوله: وإن وجدت محرماً **(ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض)** ألا ترى أنه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلاة **(والحج منها، حتى لو كان الحج نفلاً له أن يمنعها)** ولهذا كان له أن يحللها من ساعته. وقوله **(وإن كان**

قال المصنف: **(ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الخ)** أقول: هذا الدليل إنما يصح إذا كان الوجوب على الفور، ولعل هذا الخلاف بنائي لا ابتدائي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٧ ومسلم ٢/ ٩٧٥، ٩٧٦ (٤١٦) وابن حبان ٢٧٢٣ والبيهقي ١٣٨،٣ وأحمد ٣/ ٧، ٤٥، ٦٢، ٧٧ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٠٨٨ ومسلم ١٣٣٩ وأبو داود ١٧٢٤ والترمذي ١١٧٠ وابن ماجه ٢٨٩٩ والبيهقي ٣/ ١٣٩ ومالك ٢/ ٩٧٩ وابن حبان ٢٧٢٦، ٢٧٢٧، ٢٧٢٨ والشافعي ١/ ٢٨٥ وابن خزيمة ٢٥٢٤، ٢٥٢٣ و٢٥٢٥، ٢٥٢٦ كلهم من حديث أبي هريرة لفظ التجاري: «مسيرة يوم، وليلة» ولفظ مسلم: «مسيرة ليلة» وفي أخرى «يوم» ورواية لأبي داود، وابن حبان «بريداً».

(٣) هذه زيادة شاذة ليست في الصحيحين. تفرد بها الطبراني كما في نصب الراية ٣/ ١٢.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠٦، ٥٢٣٣ ومسلم ١٣٤١ والطحاوي ٢/ ١١٢ والبيهقي ٣/ ٣٩، ٥/ ٢٢٦ وابن خزيمة ٢٥٢٩ والشافعي ١/ ٢٨٦ وابن حبان ٢٧٣١ وأحمد ١/ ٢٢٢ كلهم من حديث ابن عباس.

على حسب اختلافهم في أمن الطريق **(وإذا بلغ الصبي بعد ما أحرم أو عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الإسلام)** لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل فلا ينقلب لأداء الفرض **(ولو جدّد الصبي الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز، والعبد لو فعل ذلك لم يجز)** لأن إحرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية، أما إحرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره والله أعلم.

تظهر في وجوب الوصية بالحج إذا مات مثلاً قبل أمن الطريق، أو هي قبل وجود المحرم أو نفقته على القول باشتراطها، فمن قال: إن ذلك شرط الوجوب يقول: لا يجب الإيصاء لأن الموت قبل الوجوب، ومن قال: بأنها شرط الأداء قال: يجب لأن الموت بعد الوجوب، وإنما عذرت في التأخير وفي وجوب التزوّج عليها بمن يحج بها إن لم تجد محرماً، وأما وجوب نفقة المحرم وراحلته إذا أبى أن يحج إلا أن تقوم له بذلك وهو محمل الاختلاف في وجوب نفقته عليها، قال الطحاوي: لا تجب. وهو قول أبي حفص البخاري ما لم يحرج المحرم بنفقته، لأن الواجب عليها الحج لا إحجاج غيرها. وقال القدوري. تجب لأنها من مؤن حجها قوله: **(لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل فلا ينقلب لأداء الفرض)** أورد عليه أن الإحرام شرط عندكم. أجيب بأنه شرط يشبه الركن من حيث إمكان اتصال الأداء فاعتبرنا شبه الركن فيما نحن فيه احتياطاً في العبادة، وقال الشافعي: إذا بلغ قبل الوقوف أو عتق يقع عن الفرض. وأصل الخلاف في الصبي إذا بلغ بالسن في أثناء الصلاة يكون عن الفرض عنده، وعندنا لا قوله: **(لأن إحرام الصبي غير لازم)** لعدم أهلية اللزوم عليه، ولذا لو أحصر الصبي وتحلل لا دم عليه ولا قضاء ولا جزاء عليه لارتكاب المحظورات. وفي المبسوط: الصبي لو أحرم بنفسه وهو يعقل أو أحرم عنه أبوه صار محرماً، وينبغي أن يجرده ويلبسه إزاراً ورداء. والكافر والمجنون كالصبي، فلو حج كافر أو مجنون فأفاق أو أسلم فجدد الإحرام أجزأهما، وقيل: هذا دليل أن الكافر إذا حج لا يحكم بإسلامه بخلاف الصلاة بجماعة، وفي الذخيرة في النوادر: البالغ إذا جن بعد الإحرام ثم ارتكب شيئاً من محظورات الإحرام فإن فيه الكفارة، فرق بينه وبين الصبي.

المحرم فاسقاً) ظاهر **(وإذا بلغ الصبي بعد ما أحرم أو عتق العبد)** يعني بعد ما أحرم **(فمضيا لم يجزهما عن حجة الإسلام، لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل)** لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما **(فلا ينقلب لأداء الفرض)** واعترض بأن الإحرام شرط على ما نذكره كالطهارة، والشرط يراعي وجوده لا وجوده قصداً، ألا ترى أن الصبي إذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلاته، فما بال الحج لم يجز بذلك الإحرام. والجواب أن الإحرام عندنا إنما يكون بالنية على ما سيأتي، وبها يصير شارعاً في أفعال الحج، فصار كصبي توضأ وشرع في الصلاة وبلغ بالسن فنوى أن تكون تلك الصلاة فرضاً لا تنقلب إليها **(ولو جدد الصبي الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لأن إحرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية)** ولهذا لو تناول محظوراً لم يلزمه شيء، وإذا كان كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره **(وأما إحرام العبد فلازم)** لكونه مخاطباً ولهذا لو أصاب صيداً كان عليه الصيام لأنه صار جنياً على إحرامه بقتل الصيد، وهو ليس من أهل التكفير بالمال **(فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره)** وإنما طريق خروجه من ذلك الإحرام أداء الأفعال، فسواء جدّد التلبية أو لم يجددها، وهو باق على ذلك الإحرام فلا يجزيه عن حجة الإسلام.

فصـــل

(والمواقيت التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرماً خمسة: لأهل المدينة ذو الحليفة، ولأهل العراق ذات عرق. ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرن، ولأهل اليمن يلملم) هكذا وقت رسول الله ﷺ هذه المواقيت

فصل في المواقيت

جمع ميقات وهو الوقت المعين، استعير للمكان المعين كقلبه في قوله تعالى ﴿**هنالك ابتلى المؤمنون**﴾ لزم شرعاً تقديم الإحرام للآفاقي على وصوله إلى البيت تعظيماً للبيت، وإجلالاً كما تراه في الشاهد من ترجل الراكب القاصد إلى عظيم من الخلق إذا قرب من ساحته خضوعاً له، فكذا لزم القاصد إلى بيت الله تعالى أن يحرم قبل الحلول بحضرته إجلالاً، فإن في الإحرام تشبهاً بالأموات، وفي ضمن جعل نفسه كالميت سلب اختياره، وإلقاء قياده متخلياً عن نفسه فارغاً عن اعتبارها شيئاً من الأشياء فسبحان العزيز الحكيم قوله: **(ولأهل نجد قرن)** بالسكون موضع، وجعله في الصحاح محركاً، وخطىء بأن المحرك اسم قبيلة إليها ينسب أو يس القرني قوله: **(هكذا وقت رسول الله ﷺ)** أما توقيت ما سوى ذات عرق، ففي الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ وقت لأهل المدينة ذا الحليفة، ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرن المنازل، ولأهل اليمن يلملم، هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن أراد الحج والعمرة، ومن كان دون ذلك فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة» وروي «هن لهم»[(١)] والمشهور الأول. ووجهه أنه على حذف المضاف التقدير هن لأهلهن. وأما توقيت ذات عرق، ففي مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال: سمعت أحسبه رفع الحديث إلى رسول الله ﷺ قال «مهلّ أهل المدينة إلى أن قال: ومهل أهل العراق من ذات عرق»[(٢)] وفيه شك من الراوي في رفعه هذه المرة، ورواه مرة أخرى

فصل

لما فرغ من ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب، وما يتبعها شرع في بيان أوّل أمكنه يبتدأ فيها بأفعال الحج. وهي **(المواقيت التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرماً)** والمواقيت جمع ميقات، وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت في قوله تعالى ﴿**هنالك الولاية**﴾ والمواقيت خمسة، كما ذكر في الكتاب. وقوله: **(هكذا وقت رسول الله ﷺ هذه المواقيت لهؤلاء)** قيل عليه كيف كان التوقيت لأهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين؟ وأجيب بأنه عليه الصلاة والسلام علم بطريق الوحي إيمانهم فوقت لهم على ذلك. وقوله: **(وفائدة التأقيت)** واضح. وقوله: **(على قصد دخول مكة)** قيده بذلك لأنه لو لم يقصد ذلك ليس عليه أن يحرم. قال في النهاية: اعلم أن البيت لما كان معظماً مشرّفاً جعل

فصل المواقيت

قوله: **(شرع في بيان أول أمكنه)** أقول: زائد لا طائل تحته

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٢٨ و١٥٢٦ ومسلم ١١٨١ وأبو داود ١٧٣٨ والنسائي ٥/ ١٢٢ والطيالسي ٢٦٠٦ والدارمي ١٧٣٨ وأحمد ١/ ٢٣٨، ٢٤٩، ٢٥٢، ٣٣٢، ٣٣٩ كلهم من حديث ابن عباس.
وورد بنحوه من حديث ابن عمر أخرجه البخاري ١٥٢٥ ومسلم ١١٨٢ وأبو داود ١٧٣٧ والترمذي ٨٣٠١ والنسائي ٥/ ١٢٢ وابن ماجه ٢٩١٤ والدارمي ١٧٣٧ والطيالسي ١٩٢١ وأحمد ٢/ ٣، ٩، ١١.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١١٨٣ وأحمد ٣/ ٣٣٣ والطحاوي ٢/ ١١٨، ١١٩. عن أبي الزبير عن جابر قال: «سمعت أحسبه...» فذكره وقال النووي: لا يحتج بهذا الحديث مرفوعاً لكونه لم يجزم برفعه.
وأخرجه ابن ماجه ١٩١٥ من حديث جابر.
قال البوصيري في الزوائد: في إسناده إبراهيم الحريري قال فيه أحمد وغيره: متروك الحديث، وقيل: منكر الحديث، وقيل: ضعيف. وأصل الحديث رواه مسلم ولم يقل: «أقبل بوجهه» ولا ذكر مهلّ أهل الشام.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٢٩ تعليقاً على رواية مسلم: لكنه لم يصرح برفعه، ورواه أبو داود والنسائي من طريق المعافى بن عمران عن أفلح، والمعافى ثقة اهـ.

لهؤلاء. وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الإحرام عنها، لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق، ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجاوز

على ما أخرجه ابن ماجه عنه ولم يشك. ولفظه «ومهل أهل الشرق ذات عرق»[1] إلا أن فيه إبراهيم بن يزيد الجوزي لا يحتج بحديثه، وأخرج أبو داود عن عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ وقت لأهل العراق ذات عرق»[2] وزاد فيه النسائي بقية، وفي سنده أفلح بن حميد كان أحمد بن حنبل ينكر عليه هذا الحديث. وأخرج عبد الرزاق عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ وقت لأهل العراق ذات عرق»[3] ولم يتابعه أصحاب مالك فرووه عنه، ولم يذكروا فيه ميقات أهل العراق، وكذلك رواه أيوب السختياني وابن عون وابن جريج وأسامة ابن زيد وعبد العزيز بن أبي داود عن نافع، وكذا رواه سالم عن ابن عمر وابن دينار عن ابن عمر. وأخرج أبو داود عن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «وقت رسول الله ﷺ لأهل المشرق العقيق»[4] قال البيهقي: تفرد به يزيد بن أبي زياد عن محمد بن علي، وقال ابن القطان: أخاف أن يكون منقطعاً فإن محمداً إنما عهد يروي عن أبيه عن جده. وقال مسلم في كتاب التمييز: لا يعلم له سماع من جده، ولا أنه لقيه ولم يذكر البخاري ولا ابن أبي حاتم أنه يروي عن جده، وذكر أنه يروي عن أبيه. وأخرج البزار في مسنده عن مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما «وقت رسول الله ﷺ لأهل المشرق ذات عرق»[5] وقال الشافعي: أخبرنا سعيد بن سالم، أخبرني ابن جريج، أخبرني عطاء، أن رسول الله ﷺ فذكره مرسلاً وفيه «ولأهل المشرق ذات عرق» قال ابن جريج: فقلت لعطاء: إنهم يزعمون أن النبي ﷺ لم يوقت ذات عرق وأنه لم يكن أهل مشرق يومئذ فقال: كذلك سمعنا أنه عليه الصلاة والسلام وقت لأهل المشرق ذات عرق، ومن طريق

له حصن وهو مكة، وحمى وهو الحرم، وللحرم حرم، وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه أن يتجاوزه إلا بالإحرام تعظيماً للبيت، والأصل فيه أن كل من قصد مجاوزة ميقاتين لا يجوز إلا بإحرام، ومن قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير إحرام. بيانه أن من أتى ميقاتاً بنية الحج أو العمرة أو دخول مكة لحاجة لا يجوز دخوله إلا بالإحرام، لأنه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات أهل الآفاق، وميقات أهل الحل. والحيلة لمن أراد من الآفاقي دخوله بغير إحرام أن يقصد بستان بني عامر أو

---

(١) هو المتقدم في الذي قبله.

(٢) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٧٣٩ هكذا وأخرجه مطوّلاً النسائي ٥/ ١٤٥ والدارقطني ٢/ ٢٣٦ والبيهقي ٥/ ٢٨٠ كلهم من حديث عائشة ومداره على أفلح بن حميد.
قال الذهبي في الميزان ١/ ٢٧٤: أفلح وثقه يحيى وأبو حاتم. وقال ابن صاعد: وكان أحمد ينكر عليه قوله: «لأهل العراق ذات عرق» وقد أسنده ابن عدي في الكامل من طريقه ثم قال الذهبي: هو حديث صحيح غريب اهـ ووثقه الحافظ في التقريب ويشهد للحديث رواية مسلم المتقدمة لكن يبقى غريباً لأنه خلاف ما عليه الجمهور من أن ذات عرق لم توقت في عهده ﷺ، وإنما في عهد عمر وسيأتي.

(٣) أخرجه أبو داود ١٧٤٠ والترمذي ٨٣٢ والبيهقي ٥/ ٢٨ وأحمد ١/ ٣٤٤ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حديث حسن.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٤: قال ابن القطان: هذا حديث أضاف أن يكون متقطعاً فإن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس إنما عهد يروي عن أبيه عن جده ابن عباس كما جاء في صحيح مسلم في «صلاته عليه السلام من الليل وقال مسلم في كتاب التمييز: لا نعلم له سماعاً من جده، ولا أنه لقيه، ولم يذكر البخاري ولا ابن أبي حاتم أنه يروي عن جده، وذكر أنه يروي عن أبيه اهـ.
وفيه أيضاً يزيد بن أبي زياد، وهو الهاشمي ضعيف فتير صار يتلقن كما في التقريب.
والحديث منكر لمخالفته الأحاديث الصحيحة المتقدمة.

(٤) ضعيف. أخرجه الشافعي في كتاب الأم ١/ ١١٨ عن عطاء مرسلاً والبزار في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ١٤ من حديث ابن عباس موصولاً وفيه مسلم بن خالد الزنجي ضعيف ثم قال الشافعي نقلاً عن طاوس: لم يوقت النبي ﷺ ذات عرق، وقال الشافعي: لا أحسبه إلا كما قال طاوس اهـ نصب الراية ٣/ ١٤.

(٥) وأخرج الطحاوي ٢/ ١١٩ عن عمر موقوفاً «وقال الناس لأهل المشرق ذات عرق».

أحد الميقات إلا محرماً» ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه الحاج والمعتمر وغيرهما

الشافعي رواه البيهقي في المعرفة. وقال الشافعي رحمه الله، ومن طريق البيهقي أيضاً: أخبرنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه قال «لم يوقت النبي ﷺ ذات عرق ولم يكن أهل مشرق حينئذ فوقت الناس ذات عرق»[١] قال الشافعي: ولا أحسبه إلا كما قال طاوس، ويؤيده ما في البخاري بسنده عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال «لما فتح هذان المصران أتوا عمر رضي الله عنه فقالوا: يا أمير المؤمنين إن رسول الله ﷺ حدّ لأهل نجد قرناً وهي جور[٢] عن طريقنا، وإنا إذا أردنا قرنا شق علينا قال: انظروا حذوها من طريقكم، فحدّ لهم ذات عرق»[٣] قال الشيخ تقي الدين في الإمام: المصران هما البصرة والكوفة وحذوهما ما يقرب منها، قال: وهذا يدل على أن ذات عرق مجتهد فيها لا منصوصة اهـ والحق أنه يفيد أن عمر رضي الله عنه لم يبلغه توقيت النبي ﷺ ذات عرق، فإن كانت الأحاديث بتوقيته حسنة فقد وافق اجتهاده توقيته عليه الصلاة والسلام وإلا فهو اجتهادي قوله: **(وفائدة التأقيت المنع من التأخير لأنه يجوز التقديم بالإجماع)** على ما سنذكره، وقد يلزم عليه أن من أتى ميقاتاً منها لقصد مكة وجب عليه الإحرام سواء كان يمرّ بعده على ميقات آخر أم لا، لكن المسطور خلافه في غير موضع، وفي الكافي للحاكم الصدر الشهيد الذي هو عبارة عن جمع كلام محمد رحمه الله: ومن جاوز وقته غير محرم ثم أتى وقتاً آخر، وأحرم منه أجزأه، ولو كان أحرم من وقته كان أحب إليّ اهـ. ومن الفروع: المدني إذا جاوز إلى الجحفة فأحرم عندها فلا بأس به، والأفضل أن يحرم من ذي الحليفة. ومقتضى كون فائدة التوقيت المنع من التأخير أن لا يجوز التأخير عن ذي الحليفة، فإن مروره به سابق على مروره بالميقات الآخر، ولذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه دماً، لكن الظاهر عنه هو الأول لما روي من تمام الحديث من قوله عليه الصلاة والسلام «هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن»[٤] فمن جاوز إلى الميقات الثاني صار من أهله أي صار ميقاتاً له. وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت إذا أرادت أن تحجّ أحرمت من ذي الحليفة. وإذا أرادت أن تعتمر أحرمت من الجحفة، ومعلوم أن لا فرق في الميقات بين الحج والعمرة، فلو لم تكن الجحفة ميقاتاً لهما لما أحرمت بالعمرة منها، فبفعلها يعلم أن المنع من التأخير مقيد بالميقات الأخير، ويحمل حديث «لا يجاوز أحد الميقات إلا محرماً»[٥] على أن المراد لا يجاوز المواقيت. هذا ومن كان في بحر أو بر لا يمر بواحد من المواقيت المذكورة فعليه أن يحرم إذا حاذى آخرها، ويعرف بالاجتهاد فعليه أن يجتهد، فإن لم يكن بحيث يحاذي فعلى مرحلتين من

غيره من الحلّ فلا يجب الإحرام، لأنه قصد مجاوزة ميقات واحد. وقوله: (عندنا) إشارة إلى خلاف الشافعي فإن عنده أن الإحرام يجب عند الميقات على من أراد دخول مكة للحج والعمرة، فأما من أراد دخولها لقتال فليس عليه الإحرام قولاً واحداً، لأن النبي ﷺ دخلها يوم الفتح بغير إحرام، وله في الداخل للتجارة قولان. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام **(لا يجاوز أحداً لميقات إلا محرماً)** **(ولأنّ وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة)** لا لأنه شرط للحج بدليل أن من كان داخل

قوله: **(لأنه قصد مجاوزة ميقاتين الخ)** أقول: ظاهر الحديث إطلاق النهي عن مجاوزة الميقات بغير إحرام من غير تقييد بقصد مجاوزة ميقاتين وقصد دخول مكة كما لا يخفى.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) قوله (جور) هكذا هو بالجيم والراء في صحيح البخاري وكذلك ضبطه القسطلاني وفسره بالمائل ووقع في النسخ التي بأيدينا تحريف هذه اللفظة والصواب ما هنا فليعلم اهـ. كتبه مصححه.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ١٥١٤ والبيهقي ٥/٢٧ كلاهما عن عبد الله بن عمر قال: لما فتح هذان المصران أتو عمر، فقالوا:...» الأثر.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/١٥: قال الشيخ تقي الدين: وهذا الحديث يدل على أن ذات عرق مجتهد فيها لا منصوص عليها.

(٤) تقدم في أول حديث من هذا الفصل.

(٥) هو الآتي.

(ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته) لأنه يكثر دخوله مكة. وفي إيجاب الإحرام في كل مرة حرج بين فصار كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام لحاجتهم، بخلاف ما إذا قصد أداء النسك لأنه يتحقق أحياناً فلا حرج (فإن قدم الإحرام على هذه المواقيت جاز) لقوله تعالى ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ وإتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله، كذا قاله عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما. والأفضل التقديم عليها لأن إتمام الحج مفسر به والمشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر، وعن أبي حنيفة رحمه الله إنما يكون أفضل إذا كان يملك

مكة قوله: (أو لم يقصد) بأن قصد مجرد الرؤية والنزهة أو التجارة قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجاوز أحد الميقات إلا محرماً»)[1] روى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عبد السلام بن حرب عن خصيف عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا يجاوز الوقت إلا بإحرام»[2] وكذلك رواه الطبراني. وروى الشافعي في مسنده: أخبرنا ابن عيينة عن عمرو عن أبي الشعثاء أنه رأى ابن عباس رضي الله عنهما يردّ من جاوز الميقات غير محرم، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه. حدثنا وكيع عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عباس رضي الله عنهما فذكره. وروى إسحاق بن راهويه في مسنده: أخبرنا فضيل بن عياض عن ليث بن أبي سليم عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «إذا جاوز الوقت فلم يحرم حتى دخل مكة رجع إلى الوقت فأحرم، وإن خشي إن رجع إلى الوقت فإنه يحرم ويهريق لذلك دماً»[3] فهذه المنطوقات أولى من المفهوم المخالف في قوله ممن أراد الحج والعمرة إن ثبت أنه من كلامه عليه الصلاة والسلام دون كلام الراوي. وما في مسلم والنسائي «أنه عليه الصلاة والسلام دخل يوم الفتح مكة وعليه عمامة سوداء بغير إحرام»[4] كان مختصاً بتلك الساعة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في ذلك اليوم «مكة حرام لم تحلّ لأحد قبلي ولا لأحد بعدي، وإنما حلت لي ساعة من نهار ثم عادت حراماً»[5] يعني الدخول بغير إحرام لإجماع المسلمين على حل الدخول بعده للقتال قوله: (ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه القبعة) يعني وجوب الإحرام من الميقات المتقدم على البقعة لتعظيم البقعة على ما قدمنا في أول

الميقات يحرم من دويرة أهله، وتعظيمها لم يختلف بالنسبة إلى الحاج وغيره (فيستوي فيه الحاج والمعتمر وغيرهما) وما رواه الشافعي فمن خصوصياته عليه الصلاة والسلام، كما قال في خطبته يوم الفتح مكة «إن مكة حرام حرّمها الله تعالى يوم خلق السموات والأرض، وإنها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار ثم عادت حراماً إلى يوم القيامة» وقوله: (ومن كان داخل الميقات) ظاهر، والأصل أنه ﷺ للكعبة (كذا قاله عليّ وابن مسعود) يعني أن إتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله، وروي عن ابن عباس مثله، وقيل إتمامهما أن يفرد لكل واحد منهما سفراً كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل (والأفضل التقديم عليها لأن الإتمام مفسر به فيه أكثر والتعظيم أوفر) وقال الشافعي: الإحرام من

قوله: (ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة، إلى قوله: وما رواه) أقول: فيه بحث

---

(١) هو الآتي أيضاً.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ١٥ عن ابن عباس مرفوعاً وفيه خصيف واهٍ. ورواه الشافعي في الأم ٢/ ١١٨ والبيهقي ٥/ ٢٩ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً، وكذا ابن أبي شيبة. راجع نصب الراية.

(٣) موقوف. وتقدم في الذي قبله.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٥٨ وأبو داود ٤٠٧٦ والترمذي ١٧٣٥ والنسائي ٥/ ٢٠١ وابن ماجه ٢٧٢٢، ٣٥٨٥ والبيهقي ٥/ ١٧٧ والدارمي ٢/ ٧٤ والنسائي ٨/ ٢١١ وابن حبان ٣٧٢٢ وابن أبي شيبة ٨/ ٤٢٢ و١٤/ ٤٩٣ وأحمد ٣٠/ ٣٨٧ كلهم من حديث جابر وفي إسناده أبو الزبير لم يصرح بالتحديث. لكن الحديث في مسلم.

وللحديث شاهد عن ابن عمر مرفوعاً أخرجه ابن ماجه ٣٥٨٦ وفي سنده موسى بن عبيدة ضعيف.

(٥) صحيح. يأتي إن شاء الله مستوفياً، وقد رواه البخاري ومسلم مطولاً في خبر تحريم مكة.

نفسه أن لا يقع في محظور **(ومن كان داخل الميقات فوقته الحل)** معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله، وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد **(ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه رضي الله عنهم أن يحرموا بالحج من جوف مكة، وأمر

الفصل قوله: **(ومن كان داخل الميقات الخ)** المتبادر من هذه العبارة أن يكون بعد المواقيت لكن الواقع أن لا فرق بين كونه بعدها أو فيها نفسها في نص الرواية، قال: ليس للرجل من أهل المواقيت ومن دونها إلى مكة أن يقرن ولا يتمتع، وهو بمنزلة أهل مكة، ألا ترى أن له أن يدخل مكة بغير إحرام، كذا في كلام محمد، وصرح بأن ذلك عند عدم قصد النسك. أما إذا قصدوه وجب عليهم الإحرام قبل دخولهم أرض الحرم فميقاتهم كل الحل إلى الحرم، فهم في سعة من دارهم إلى الحرم وما عجلوه من دارهم فهو أفضل. وقال محمد: بلغنا عن عمر رضي الله عنه أنه خرج من مكة إلى قديد ثم رجع إلى مكة، قال: وكذا المكي إذا خرج من مكة لحاجة فبلغ الوقت ولم يجاوزه، يعني له أن يدخل مكة راجعاً بغير إحرام، فإن جاوز الوقت لم يكن له أن يدخل مكة إلا بإحرام قوله: **(كذا قاله علي وابن مسعود)** روى الحاكم في التفسير من المستدرك عن عبد الله بن سلمة المرادي قال: سئل علي رضي الله عنه عن قوله عز وجل **﴿وأتموا الحج والعمر لله﴾** فقال: أن تحرم من دويرة أهلك[1]، وقال: صحيح على شرط الشيخين اهـ. وقد روي من حديث أبي هريرة مرفوعاً[2] ونظر فيه، وحديث ابن مسعود ذكره المصنف وغيره، والله أعلم به. ثم هذا خلاف ما تقدم من كون المراد إيجاب الإتمام على من شرع في بحث الفور والتراخي أول كتاب الحج قوله: **(والأفضل التقديم عليها)** أي على المواقيت، بخلاف تقديم الإحرام على أشهر الحج أجمعوا أنه مكروه، كذا في الينابيع وغيره، فيجب حمل الأفضلية من دويرة أهله على ما إذا كان من داره إلى مكة دون أشهر الحج، كما قيد به قاضيخان. وإنما كان التقديم على المواقيت أفضل لأنه أكثر تعظيماً وأوفر مشقة، والأجر على قدر المشقة، ولذا كانوا يستحبون الإحرام بهما من الأماكن القاصية. وروي عن ابن عمر أنه أحرم من بيت المقدس، وعمران بن حصين من البصرة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أحرم من الشام، وابن مسعود من القادسية، وقال عليه الصلاة والسلام «من أهلّ من المسجد الأقصى بعمرة أو حجة غفر له ما تقدم من ذنبه» ورواه أحمد وأبو داود بنحوه. ثم هذه الأفضلية مقيدة بما إذا كان يملك نفسه، روي ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره المصنف رحمه الله. ثم إذا انتفت الأفضلية لعدم ملكه نفسه هل يكون الثابت الإباحة أو الكراهة؟ روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه مكروه. فالحاصل تقيد الأفضلية في المكان بملك نفسه، والمشهور في الكراهة في الزمان عدم تقيدها بخوف مواقعة المحظورات، فعلى هذا التقدير المناسب التعليل للكراهة قبل أشهر الحج بكون الإحرام قبل وقت الحج وهو أشهر الحج كما علل به الفقيه أبو عبد الله. وقيل في الزمان أيضاً التفصيل إن أمن على نفسه لا يكره قبل أشهر الحج

الميقات أفضل لأن الإحرام عنده من الأداء. وقوله **(وعن أبي حنيفة)** ظاهر. وقوله **(ومن كان داخل الميقات فوقته)** أي موضع إحرامه الحل الذي بين الميقات وبين الحرم لا الحل الذي هو خارج الميقات **(لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله)** لما تلونا،

قوله: وقال الشافعي: **(الإحرام من الميقات أفضل لأن الإحرام عنده من الأداء)** أقول: فينبغي أن لا يجوز التقديم عنده لأنه يكون كتقديم التحريمة على الوقت فليتأمل.

---

(١) موقوف. أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٢٧٦ والبيهقي ٥/ ٣٠ كلاهما عن علي موقوفاً وهو الصواب.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٦: حديث ابن مسعود غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧: لم أجده اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٥/ ٣٠ من حديث أبي هريرة بلفظ «من تمام الحج أن تحرم من دويرة أهلك».
في إسناده جابر بن نوح. ضعفه الحافظ في التقريب. ومحمد بن عمرو شيخه غير قوي.

أخا عائشة رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم وهو في الحل، ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الإحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر، وأداء العمرة في الحرم فيكون الإحرام من الحل لهذا، إلا أن التنعيم أفضل لورود الأثر به، والله أعلم بالصواب.

وإلا كره، ولا أعلمه مروياً عن المتقدمين، فالأولى ما روي عن أئمتنا المتقدمين إطلاق الكراهة وتعليلها إنما يكون بما ذكرناه من كونه قبل أشهر الحج من خالف إطلاقهم التعليل بذلك ففصلوا. والحق هو الإطلاق والتعليل بذلك بناء على شبه الإحرام بالركن، وإن كان شرطاً فيراعى مقتضى ذلك الشبه احتياطاً، ولو كان ركناً حقيقة لم يصح قبل أشهر الحج، فإذا كان شبيهاً به كره قبلها لشبهه وقربه من عدم الصحة، فهذا هو حقيقة الوجه ولشبه الركن لم يجز لفائت الحج استدامة الإحرام ليقضي به من قابل قوله: **(ومن كان داخل المواقيت)** أو في نفس المواقيت **(فوقته الحل)** معلوم إذا كان داخل المواقيت الذي هو الحل، أما إذا كان ساكناً في أرض الحرم فميقاته كميقات أهل مكة وهو الحرم في الحج والحل في العمرة قوله: **(لأن النبي ﷺ أمر أصحابه)** روى مسلم عن جابر رضي الله عنه قال «أمرنا رسول الله ﷺ لما أحللنا أن نحرم إذا توجهنا إلى منى، قال: فأهللنا من الأبطح»(١) وفي الصحيحين من قول عائشة رضي الله عنها «يا رسول الله تنطلقون بحجة وعمرة وأنطلق بحج؟ فأمر عبد الرحمن بن أبي بكر أن يخرج معها إلى التنعيم فاعتمرت بعد الحج»(٢).

فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز أن يحرم من دويرة أهله، وحيث جاز له ذلك جاز أن يحرم من أيِّ موضع شاء من الحل لأن ما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد. وقوله **(ومن كان بمكة)** ظاهر. وقوله **(لورود الأثر به)** أراد به قوله: وأمر أخا عائشة أن يعمرها من التنعيم.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٤ والطحاوي ٢/١٩٢ كلاهما من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٠، ١٧٨٨، ١٧٨٦، ١٧٨٣ ومسلم ١٢١١ والنسائي ٥/٤٥، ١٤٦ وفي الكبرى ٣٧٨٥ وابن ماجه ٣٠٠٠ وابن حبان ٣٧٩٢، ٣٧٩٥ وابن خزيمة ٣٩٠٧ كلهم من عائشة، وله قصة.

باب الإحرام

(وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «اغتسل لإحرامه» إلا أنه

باب الإحرام

حقيقته الدخول في الحرمة، والمراد الدخول في حرمات مخصوصة: أي التزامها، والتزامها شرط الحج شرعاً غير أنه لا يتحقق ثبوته شرعاً إلا بالنية مع الذكر أو الخصوصية على ما سيأتي، وإذا تم الإحرام لا يخرج عنه إلا بعمل النسك الذي أحرم به، وإن أفسده إلا في الفوات فبعمل العمرة وإلا الإحصار فبذبح الهدي، ثم لا بد من القضاء مطلقاً وإن كان مظنوناً، فلو أحرم بالحج على ظن أن عليه الحج ثم ظهر له أن لا حج عليه يمضي فيه وليس له أن يبطله، فإن أبطله فعليه قضاؤه، لأنه لم يشرع فسخ الإحرام أبداً إلا بالدم والقضاء، وذلك يدل على لزوم المضي مطلقاً، بخلاف المظنون في الصلاة على ما سلف قوله: (لما روي الخ) أخرج الترمذي عن خارجة بن زيد ابن ثابت «أنه رأى رسول الله ﷺ تجرد لإهلاله واغتسل»[1] وقال: حديث حسن غريب. قال ابن القطان: إنما حسنه ولم يصححه للاختلاف في عبد الرحمن بن أبي الزناد، والراوي عند عبد الله بن يعقوب المدني أجهدت نفسي في معرفته فلم أجد أحداً ذكره لكن تحسين الترمذي للحديث فرع معرفته حاله وعينه، وأخرج الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «اغتسل رسول الله ﷺ ثم لبس ثيابه، فلما أتى ذا الحليفة صلى ركعتين ثم قعد على بعيره، فلما استوى به أحرم بالحج»[2] وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. يعقوب بن عطاء ممن جمع أئمة الإسلام حديثه، وأخرج أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما قال «من السنة أن يغتسل إذا أراد أن يحرم»[3] وصححه على شرطهما وأخرجه ابن أبي شيبة والبزار. وقول الصحابي من السنة حكمه الرفع عند الجمهور، وينبغي أن يجامع زوجته إن كان مسافراً بها أو كان يحرم من داره لأنه يحصل به ارتفاق له أولها فيما بعد ذلك، وقد أسند أبو حنيفة رحمه الله

باب الإحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت، ذكر كيفية الإحرام الذي يفعل في تلك المواقيت. والإحرام لغة مصدر أحرم إذا دخل في الحرم كأشتى إذا دخل في الشتاء. وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لأداء هذه العبادة، فإن من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج، ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة (وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام اغتسل لإحرامه») وقوله: (إلا أنه) استثناء من قوله والغسل أفضل، وكأنه يدفع ما يتوهم أن

باب الإحرام

قوله: (وقوله إلا أنه استثناء من قوله والغسل أفضل) أقول: فيه بحث، بل هو استثناء منقطع من قوله لما روي الخ.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٨٣٠ والدارقطني ٢/ ٢٢٠ والعقيلي في الضعفاء ٤/ ١٣٨ (١٦٩٩) كلهم من حديث زيد بن ثابت.
قال الترمذي: حسن غريب اهـ.
وأعله العقيلي بأبي غزية حيث قال: سمعت البخاري يقول: قاضي عنده مناكير اهـ التاريخ الكبير ١/ ٢٣٨ وقال ابن القطان: إنما حسنه الترمذي، ولم يصححه للاختلاف في عبد الرحمن بن أبي الزناد والراوي عنه عبد الله بن يعقوب المدني أجهدت نفسي في معرفته فلم أجد أحداً ذكره اهـ نصب الراية ٣/ ١٧.
قلت: وكذا قال الحافظ في التقريب: مجهول. وختم العقيلي كلامه: لا يتابع يعني أبا غزية. إلا من طريق فيها ضعف.

(٢) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٤٤٧ من حديث ابن عباس، وصححه ووافقه الذهبي! مع أن في إسناده يعقوب بن عطاء ضعفه يحيى وأحمد كما ذكر الذهبي نفسه في الميزان وقال الحافظ في التقريب: ضعيف، واكتفى في الدراية ٢/ ٨ بقوله: فيه مقال.

(٣) موقوف. أخرجه الحاكم ١/ ٤٤٧ والدارقطني ٢/ ٢٢٠ وابن أبي شيبة والبزار كما في نصب الراية ٣/ ١٨ كلهم عن ابن عمر موقوفاً عليه، لكن له حكم الرفع صححه الحاكم وسكت عنه الذهبي وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢١٧: رواه البزار كلهم ثقات.

للتنظيف حتى تؤمر به الحائض، وإن لم يقع فرضاً عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة، لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أتم، ولأنه عليه الصلاة والسلام اختاره. قال: (**ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين إزارا ورداء**) لأنه عليه الصلاة والسلام ائتزر وارتدى عند إحرامه، ولأنه ممنوع عن لبس المخيط ولابد من ستر العورة ودفع الحرّ والبرد، وذلك فيما عيناه، والجديد أفضل لأنه أقرب إلى الطهارة. قال: (**ومس طيباً إن كان له**) وعن محمد رحمه الله: أنه يكره إذا تطيب بما تبقى عينه بعد الإحرام، وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله، لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام. ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم»

عن إبراهيم بن المنتشر عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت «كنت أطيب رسول الله ﷺ ثم يطوف في نسائه ثم يصبح محرماً» ورواه مرة «طيبت فطاف ثم أصبح»[1] بصيغة الماضي قوله: (**إلا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض**) قد تقدم في حديث جابر الطويل «فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر رضي الله عنهما فأرسلت إلى النبي ﷺ كيف أصنع؟ فقال: اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي»[2] ونحوه عن عائشة رضي الله عنها في صحيح مسلم ولفظها «نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبي بكر رضي الله عنهما بالشجرة»[3] وهو شاهد لمطلوبية الغسل للحائض بالدلالة إذ لا فرق بين الحائض والنفساء أو النفاس أقوى من الحيض لامتداده وكثرة دمه، ففي الحيض أولى. وفي أبي داود والترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن النفساء والحائض تغتسل وتحرم وتقضي المناسك كلها غير أن لا تطوف بالبيت»[4] وإذا كان للنظافة وإزالة الرائحة لا يعتبر التيمم بدله عند العجز عن الماء ويؤمر به الصبي. ويستحب كمال التنظيف في الإحرام من قص الأظفار ونتف الإبطين وحلق العانة وجماع أهله كما تقدم قوله: (**ولبس ثوبين الخ**) هذا هو السنة، والثوب الواحد الساتر جائز قوله: (**لأنه عليه الصلاة والسلام ائتزر**) في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما «انطلق النبي ﷺ من المدينة بعد ما ترجل وادّهن ولبس إزاره ورداءه هو وأصحابه فلم ينه عن شيء من الأردية والأزر تلبس إلا المزعفرة التي تردع على الجلد فأصبح بذي الحليفة راكب راحلته حتى استوت على البيداء أهلّ هو وأصحابه»[5] الحديث. وائتزر بهمزتين أولاهما همزة وصل ووضع تاء مشددة مكان الثانية خطأ قوله: (**وهو قول مالك والشافعي**) وكذا قول زفر قوله: (**وجهه المشهور**) في الصحيحين

الغسل إذا كان أفضل، وجب أن لا يقوم غير مقامه فقال: (**إلا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وإن لم يقع فرضاً عنها**) روي «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال لرسول الله ﷺ: إن أسماء قد نفست فقال: مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج» ومعلوم أن الاغتسال الواجب لا يتأدى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة، وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضوء مقامه (**كما في الجمعة**) والعيدين (**لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة أتم، ولأنه عليه الصلاة والسلام اختاره**) أي آثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتأمل (**ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين إزاراً ورداء**) وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الإحرام، والإزار من الحقو إلى الخصر، والرداء من الكتف (**لأنه ﷺ ائتزر وارتدى**) أي لبس الإزار

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٧، ٢٧٠ ومسلم ١١٩٢ كلاهما من حديث عائشة.

(٢) تقدم في أوائل كتاب الحج في حديث جابر الطويل.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٠٩ وأبو داود ١٧٤٣ والبيهقي ٥/ ٣٢.
كلاهما من حديث عائشة.
وأخرجه النسائي ٥/ ١٦٤ وابن ماجه ١٩١٢ كلاهما من حديث جابر.
وهو عند البخاري ١٧٦٢ طرف من حديث عائشة.

(٤) فيه ضعف. أخرجه أبو داود ١٧٤٤ والترمذي ٩٤٥ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حسن غريب من هذا الوجه اهـ.
وقال المنذري في مختصره ٢/ ٢٨٦: وفي إسناده خصيف وهو ابن عبد الرحمن الحراني كنيته أبو عون ضعفه غير واحد اهـ وقال عنه في التقريب: صدوق شيء الحفظ خلط بآخره اهـ وفيه مروان بن شجاع. قال في التقريب: صدوق له أوهام.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٤٥ بهذا اللفظ وأتم منه وكرره في ١٦٢٥ و١٧٣١ من حديث ابن عباس.

والممنوع عنه التطيب بعد الإحرام، والباقي كالتابع له لاتصاله به، بخلاف الثوب لأنه مباين عنه. قال: **(وصلى**

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم» وفي لفظ لهما «كأني أنظر إلى وبيص الطيب في مفرق رسول الله ﷺ وهو محرم» وفي لفظ لمسلم «كأني أنظر إلى وبيص المسك في مفرق رسول الله ﷺ وهو يلبي» وفي لفظ لهما قالت «كان عليه الصلاة والسلام إذا أراد أن يحرم يتطيب بأطيب ما يجد، ثم أرى وبيص الطيب في رأسه ولحيته بعد ذلك»[١] وللآخرين ما أخرج البخاري ومسلم عن يعلى بن أمية قال «أتى النبي ﷺ رجل متضمخ بطيب وعليه جبة فقال: يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضمخ بطيب؟ فقال له عليه الصلاة والسلام: أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات، وأما الجبة فانزعها ثم اصنع في عمرتك ما تصنع في حجك»[٢] وعن هذا قال بعضهم: إن حل الطيب كان خاصاً به عليه الصلاة والسلام لأنه فعله ومنع غيره. ودفع بأن قوله للرجل ذلك يحتمل كونه لحرمة التطيب، ويحتمل كونه لخصوص ذلك الطيب، بأن كان فيه خلوق، فلا يفيد منعه الخصوصية، فنظرنا فإذا في صحيح مسلم في الحديث المذكور «وهو مصفر لحيته ورأسه»[٣] وقد نهى عن التزعفر لما في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن التزعفر» وفي لفظ لمسلم «نهى أن يتزعفر الرجل»[٤] وهو مقدم على ما في أبي داود «أنه عليه الصلاة والسلام كان يلبس النعال السبتية ويصفر لحيته بالورس والزعفران»[٥] وإن كان ابن القطان صححه، لأن ما في الصحيحين أقوى خصوصاً، وهو مانع فيقدم على المبيح. وحينئذ فالمنع من خصوص الطيب الذي به في قوله «أما الطيب الذي بك»[٦] إذا ثبت أنه نهي عنه مطلقاً لا يقتضي المنع عن كل طيب، وقد جاء مصرحاً في الحديث في مسند أحمد قال له: «اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك هذا الزعفران» ومما يدل على عدم الخصوصية ما في أبي داود عن

والرداء، ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الأيسر ويبقى كتفه الأيمن مكشوفاً ولا يزرّه ولا يعقده ولا يخلله، فإن فعل ذلك كره ولا شيء عليه. وقوله: **(ولأنه ممنوع)** ظاهر. وقوله: **(لأنه أقرب إلى الطهارة)** لأنه لم تصبه النجاسة ظاهر **(ومس طيباً إن وجد)** أيّ طيب كان في ظاهر الرواية **(و)** روى المعلى **(عن محمد أنه يكره إذا تطيب بما تبقى عينه بعد الإحرام)** كالمسك والغالية قال محمد: كنت لا أرى بأساً بذلك حتى رأيت قوماً أحضروا طيباً كثيراً ورأيت أمراً شنيعاً فكرهته **(وهو قول مالك والشافعي لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام)** قيل: لأنه إذا عرق ينتقل إلى موضع آخر من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الإحرام في الموضع الثاني، يؤيده ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «رأى أعرابياً عليه خلوق فقال:

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧١، ١٥٣٨، ٥٩٢٣ و٥٩١٨ ومسلم ١١٩٠ والنسائي ٥/ ١٣٨، ١٣٩ و١٤٠ وأبو داود ١٧٤٦ وابن حبان ١٣٧٦ و١٣٧٧ والبيهقي ٥/ ٣٤، ٣٥ والطحاوي ٢/ ١٢٩ والطيالسي ١٣٨٥ وأحمد ٦/ ٢٥٠ و٤١، ٢٦٤، ١٩١، ٣٨ كلهم من حديث عائشة بألفاظ متقاربة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٨٩، ١٨٤٧ و٤٩٨٥، ٤٣٢٩ ومسلم ١١٨٠ وأبو داود ١٨١٩ والترمذي ٨٣٥ مختصراً و٨٣٦ والنسائي ٥/ ١٤٢، ١٤٣ والبيهقي ٥/ ٥٦ والدارقطني ٥/ ٢٣١، وابن الجارود ٤٤٧، ٤٤٩ وأحمد ٤/ ٢٢٢، ٢٢٤ كلهم من حديث يعلى بن أمية عن أبيه بألفاظ متقاربة، ورواية لمسلم «وهو مصفر لحيته ورأسه».

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٤٦ ومسلم ٢١٠١ وأبو داود ٤١٧٩ والترمذي ٢٨١٦ والنسائي ٨/ ١٨٩ والطيالسي ١٨٠٩ وأبو يعلى ٣٨٨٨، ٣٩٢٥، ٣٩٣٤ كلهم من حديث أنس.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٤٢١٠ والنسائي في الكبرى ٩٣٦٠ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال المنذري في مختصره ٦/ ١٠٦: في إسناد عبد العزيز بن أبي رواد استشهد به البخاري وقال ابن معين ثقة، كنا يعلن الإرجاء.
وقال المنذري: وكان مشهوراً بالإرجاء، وتكلم فيه غير واحد وذكر ابن حبان: أنه روى عن نافع أشياء لا يشكُ من سمعها أنها موضوعة حتى كثر منه ذلك وسقط الاحتجاج به اهـ وهذا فيه نظر ففي التقريب: صدوق ربما وهم.
وورد بنحوه مطوّلاً من حديث ابن عمر أخرجه البخاري ٥٨٥١ ومسلم ١٧٧٢ والنسائي ١/ ٨٠، ٨١ وأبو داود ١٧٧٢ والترمذي ٧٤ في الشمائل وابن حبان ٣٧٦٣. فهذا شاهد له.

(٥) هو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٦) هو المتقدم قبل أربعة أحاديث. ذكره المصنف بمعناه.

ركعتين) لما روى جابر رضي الله تعالى عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه» قال وقال: **(اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني)** لأن أداءها في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير، وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لأن مدتها يسيرة وأداءها عادة متيسر. قال: **(ثم يلبي عقيب صلاته)** لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لبى في دبر صلاته. وإن لبى بعد ما استوت به راحلته

عائشة رضي الله عنها «كنا نخرج مع النبي ﷺ إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام، فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراه النبي ﷺ فلا ينهانا»[1] وعن الشافعي أن حديث الأعرابي منسوخ، لأنه كان في عام الجعرانة وهو سنة ثمان، وحديث عائشة رضي الله عنها في حجة الوداع سنة عشر. ورئي ابن عباس رضي الله عنهما محرماً وعلى رأسه مثل الرب [2] من الغالية. وقال مسلم بن صبيح: رأيت ابن الزبير محرماً وفي رأسه ولحيته من الطيب ما لو كان لرجل أعد منه رأس مال. قال المنذري: وعليه أكثر الصحابة رضي الله عنهم. قال الحازمي: وما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر: أن عمر رضي الله عنه وجد ريح طيب من معاوية وهو محرم، فقال له عمر: ارجع فاغسله، فإن عمر رضي الله عنه لم يبلغه حديث عائشة رضي الله عنها وإلا لرجع إليه، وإذا لم يبلغه فسنة رسول الله ﷺ بعد ثبوتها أحق أن تتبع. وحديث معاوية هذا أخرجه البزار وزاد فيه فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول «للحاج الشعث التفل»[3] وللاختلاف استحبوا أن يذيب جرم المسك إذا تطيب به بماء ورد ونحوه قوله: **(والممنوع منه التطيب)** لأنه فعل المكلف والأحكام إنما تتعلق به ولم يتطيب بعد الإحرام لكن هم يقولون هذا الممنوع منه بعد الإحرام. وهناك منع آخر قبله عن التطيب بما يبقى عينه. وحاصل الجواب: منع ثبوت هذا المنع، فإن قستم على الثوب فهو في مقابلة النص لما ذكرنا من وروده به في البدن ولم يرد في الثوب فعقلنا أنه اعتبر في البدن تابعاً، والمتصل في الثوب منفصل عنه فلم يعتبر تبعاً، وهذا لأن المقصود من استنان الطيب عند الإحرام حصول الارتفاق به حالة المنع منه على مثال السحور للصوم إلا أن هذا القدر يحصل بما في البدن، فيغني عن تجويزه في الثوب إذ لم يقصد كما الارتفاق في حالة الإحرام لأن الحاج الشعث التفل وقد قيل: يجوز في الثوب أيضاً على قولهما قوله: **(لما روى جابر)** المعروف عن جابر رضي الله عنه في حديثه الطويل «أن النبي ﷺ صلى في مسجد ذي الحليفة»[4] ولم يذكر عدداً. لكن في مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما «كان عليه الصلاة والسلام يركع بذي الحليفة ركعتين»[5] وأخرج أبو داود عن ابن إسحاق عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «خرج رسول الله ﷺ حاجاً، فلما

اغتسل عنك هذا الخلوق» **(ووجه المشهور حديث عائشة قالت «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم»)** وفه نظر، لجواز أن يكون ذلك الطيب مما لا يبقى أثره بعد الإحرام والمكروه ذلك. والجواب: أن من جملة حديث عائشة «ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله ﷺ بعد الإحرام» ولما كان ذلك معلوماً من حديث عائشة رضي الله عنها اقتصر عن ذكره **(ولأن الممنوع عن المحرم التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله ببدنه)** ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم **(بخلاف الثوب المخيط)** إذا لبس قبل الإحرام، وبقي على ذلك بعده فإنه يكون ممنوعاً، ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء **(لأنه مباين عنه)** فلا يكون تابعاً، وعن هذا إذا حلف ولا يتطيب فدام على طيب كان بجسده لا يحنث، وإن حلف لا يلبس هذا الثوب

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٨٣٠ وأبو يعلى ٤٨٨٦ كلاهما من حديث عائشة في إسناد أبي يعلى مجاهد بن موسى وهو ثقة عن القاسم بن مالك الثقفي والقاسم بن مالك المزني وثقه ابن معين، والعجلي، وأحمد، وأبو داود، وجماعة. وقال أبو حاتم: صالح ليس بالمتين وقال الساجي: ضعيف. لكن توبع في رواية أبي داود على عمر الثقفي، وهو ثقة كما في التقريب، ومن فوقه عائشة بنت طلحة وهي ثقة كما قال في التقريب.

(٢) قوله (الرب) هو بالراء المضمومة والموحدة، قال ابن الأثير في النهاية: هو ما يطبخ من التمر وهو الدبس أيضاً اهـ كتبه مصححه.

(٣) أخرجه البزار في مسنده كما في المجمع ٣/٢١٨ عن عمر مرفوعاً، وقال الهيثمي: ورواه أحمد ورجاله رجال الصحيح لكن عطاء بن يسار لم يسمع من عمر. وهو عند البزار متصل لكن فيه الخوزي ضعيف اهـ فالحديث يقوي المرسل، وله شواهد.

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢١: غريب عن جابر، والذي في حديث جابر الطويل أنه صلى في مسجد ذي الحليفة، ولم يذكر عدداً.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١١٨٤ ح٢١ من حديث ابن عمر وكذا والنسائي ٥/١٥٩، ١٦٠ والبيهقي ٥/٤٤.

جاز، ولكن الأول أفضل لما روينا (فإن كان مفرداً بالحج ينوي بتلبيته الحج) لأنه عبادة والأعمال بالنيات (والتلبية

صلى في مسجده بذي الحليفة ركعتين أوجب في مجلسه»[1] ورواه الحاكم وصححه ولا يصليهما في الوقت المكروه، وتجزي المكتوبة عنهما كتحية المسجد، وعن أنس رضي الله عنه: «أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر ثم ركب على راحلته»[2] قوله: (والأول أفضل) أي التلبية دبر الصلاة قوله: (لما روينا) من أنه عليه الصلاة والسلام «لبى في دبر صلاته»[3] اعلم أنه اختلفت الروايات في إهلاله عليه الصلاة والسلام، وروايات أنه عليه الصلاة والسلام لبى بعد ما استوت به راحلته أكثر وأصح. في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام أهلّ حين استوت به راحلته قائمة»[4] وفي لفظ لمسلم «كان عليه الصلاة والسلام إذا وضع رجله في الغرز وانبعثت به راحلته قائمة أهلّ من ذي الحليفة»[5] وفي لفظ لمسلم أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما «لم أر رسول الله ﷺ يهلّ حتى تنبعث به راحلته»[6] مختصراً. وأخرج البخاري عن أنس رضي الله عنه «صلى النبي ﷺ بالمدينة أربعاً وبذي الحليفة ركعتين ثم بات حتى أصبح فلما ركب راحلته واستوت به أهلّ»[7] وكذا هو ظاهر حديث جابر الطويل المتقدم. وأخرجه البخاري أيضاً في حديث آخر، وأخرج مسلم عن ابن عباس وفيه «ثم ركب راحلته، فلما استوت على البيداء أهلّ بالحج»[8] فهذه تفيد ما سمعت. وأخرج الترمذي والنسائي عن عبد السلام بن حرب حدثنا خصيف عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أهلّ في دبر الصلاة»[9] وقال: حديث

فدام على لبسه حنث، وحديث الأعرابي محمود على أنه كان على ثوبه لا على بدنه. قال: (وصلى ركعتين) أي إذا أراد الإحرام صلى ركعتين لما روي جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه» وروى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق فقال: صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل: لبيك بحجة وعمرة معاً» ويقرأ فيهما ما شاء وإن قرأ في الأولى بفاتحة الكتاب، و﴿قل يا أيها الكافرون﴾ وفي الثانية بفاتحة الكتاب، ﴿وقل هو الله أحد﴾ تبركاً بفعله عليه الصلاة والسلام فهو أفضل» (قال) يعني محمداً (وقال) يعني الذي يريد الحج (اللهم إني أريد الحج فيسره لي

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٧٧٠ والحاكم ١/٤٥١ وأحمد ١/ ٢٦٠ كلهم من طريق خصيف الجزري عن ابن جبير قال: «قلت لابن عباس...» فذكره مطوّلاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢: ابن إسحاق فيه مقال وضعيف ذكره ابن حبان في الضعفاء وقال: كان فقيهاً صالحاً إلا أنه يخطىء، وأنا أستحيز الله في إدخاله في الثقات، واحتج به جماعة من أئمتنا، وتركه آخرون، والإنصاف قبول ما وافق الأثبات اهـ.
قلت: أما ابن إسحاق فقد صرح بالتحديث فزالت العلة الأولى.
وأما خُصيف فمختلف فيه، وقد وافق الأثبات في هذا الحديث حيث إن الإحرام الحقيقي كان عقب الصلاة كما في لفظ الحديث: «أوجب» وأما الباقي ففيها «أهل» والإهلال هو رفع الصوت بالتلبية فهذا الحديث حسن ولاسيما، وقد سكت عليه أبو داود، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، والحديث اعتمده أحمد كما تقدم، والحديث أكثر ما هنالك أنه يدل على سعة علم ابن عباس.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٧٧٤ والنسائي ٥/١٢٧ . ١٦٢ كلاهما من حديث أنس بن مالك ورجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم. وورد من حديث ابن عباس رواه مسلم وقد تقدم.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٨١٩ والنسائي ٥/ ١٦٢ والدارمي ٢/ ٣٣، ٣٤ وأبو يعلى ٢٥١٢ والبيهقي ٥/ ٣٧ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من طريق عبد السلام بن حرب. وهو الذي يستحبه أهل العلم أن يحرم الرجل في دبر الصلاة اهـ. وفي إسناده خصيف غير قوي لكن الحديث له شواهد كثيرة، فهو حسن في الجملة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٥٢ وكرره مراراً بنحوه وأتم منه ومسلم ١١٨٧ ح ٢٨، ٢٩ والنسائي ٥/ ١٦٣ وكرره كلهم من حديث ابن عمر.

(٥) هذه الرواية لمسلم ١١٨٧ ح ٢٧.

(٦) مسلم ١١٨٧ ح ٢٥.

(٧) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٥١، ١٧١٥، ١٧١٢، ٢٩٨٦ وأبو داود ١٧٩٦ وأحمد ٣/ ١٨٦، ٢٦٨ والطحاوي ١/ ٤١٨ والبيهقي ٥/ ٩ وابن خزيمة ٢٦١٨، ٢٦١٩ كلهم من حديث أنس بن مالك.

(٨) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٤٣ من حديث ابن عباس، وله قصة.

(٩) تقدم قبل ستة أحاديث.

أن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك) وقوله إن الحمد بكسر الألف لا بفتحها ليكون ابتداء لابناء إذ الفتحة صفة الأولى، وهو إجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه

حسن غريب لا يعرف أحد رواه غير عبد السلام بن حرب. قال في الإمام: وعبد السلام بن حرب أخرج له الشيخان وخصيف. قال ابن حبان في كتاب الضعفاء: كان فقيهاً صالحاً إلا أنه كان يخطىء كثيراً، والإنصاف فيه قبول ما وافق فيه الأثبات، وترك ما لم يتابع عليه، وأنا أستخير الله في إدخاله في الثقات، ولذلك احتج به جماعة من أئمتنا وتركه آخرون. وحاصل هذا الكلام أن الحديث حسن، فإن أمكن الجمع جمع وإلا ترجح ما قبله، وقد أمكن بل وقع فيما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق عن خصيف عن سعيد بن جبير قال «قلت لابن عباس رضي الله عنهما: عجبت لاختلاف أصحاب رسول الله ﷺ في إهلاله حين أوجب، فقال إني لأعلم الناس بذلك إنما كانت من رسول الله ﷺ حجة واحدة، فمن هناك اختلفوا. خرج رسول الله ﷺ حاجاً فلما صلى في مسجده بذي الحليفة ركعتيه أوجب في مجلسه فأهلّ بالحج حين فرغ من ركعتيه، فسمع ذلك منه أقوام فحفظته عنه ثم ركب، فلما استقلت به ناقته أهلّ وأدرك ذلك أقوام وذلك أن الناس إنما كانوا يأتون أرسالاً فسمعناه حين استقلت به ناقته، ثم مضى عليه الصلاة والسلام فلما علا على شرف البيداء أهلّ وأدرك ذلك أقوام فقالوا: إنما أهلّ حين علا على شرف البيداء، وايم الله لقد أوجب في مصلاه وأهلّ حين استقلت به ناقته، وأهلّ حين علا على شرف البيداء»[1] ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم اهـ. وأنت علمت ما في ابن إسحاق في أوائل الكتاب، وصححنا توثيقه، وما في خصيف آنفاً. وإنما جعله الحاكم على شرط مسلم لما عرف من أن مسلماً قد يخرّج عمن لم يسلم من غوائل الجرح. والحق أن الحديث حسن فيجب اعتباره وبه يقع الجمع ويزول الإشكال قوله: **(فإن كان مفرداً نوى بتلبيته الحج)** أي إن كان مفرداً بالحج نواه، لأن النية شرط العبادات، وإن ذكر بلسانه وقال: نويت الحج وأحرمت به لله تعالى لبيك الخ فحسن ليجتمع القلب واللسان، وعلى قياس ما قدمناه في شروط الصلاة إنما يحسن إذا لم تجتمع عزيمته، فإن اجتمعت فلا، ولم نعلم الرواة لنسكه عليه الصلاة والسلام فصلاً فصلاً قط روى واحد منهم أنه سمعه عليه الصلاة والسلام يقول: نويت العمرة ولا الحج قوله: **(بكسر الهمزة ولا بفتحها)** يعني في الوجه الأوجه،

وتقبله مني) قال في النهاية: وفي بعض النسخ لم يذكر قال الأول، وألحقه بحديث جابر: أي صلى النبي ﷺ بذي الحليفة، وقال: أي النبي ﷺ، والصحيح هو الأول، لأنه هو المثبت في الكتب المتقنة عن الأساتذة. وقوله: **(لأن أداها)** أي أداء هذه العبادة تعليل لسؤال التيسير. وقوله: **(ثم يلبي)** يريد من أراد الحجّ **(عقيب صلاته)** اختلف الرواة في وقت تلبية رسول الله ﷺ، فقال ابن عباس: «لبى دبر صلاته» وقال ابن عمر «لبى حين استوى على راحلته» وذكر جابر «أنه لبى حين علا البيداء» وابن عمر رضي الله عنهما ردّ هذا، فقال: يكذبون فيها على رسول الله ﷺ «وإنما لبى حين استوى على راحلته» وروي عن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس رضي الله عنهما كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله ﷺ وما حج إلا مرة واحدة، فقال «لبى رسول الله ﷺ في دبر صلاته» فسمع ذلك قوم من أصحابه فنقلوا ذلك، وكان القوم يأتونه أرسالاً فلبى حين استوت به راحلته فسمع قوم فظنوها أول تلبيته فنقلوا ذلك، ثم لبى حين علا البيداء، فسمعه قوم آخرون فظنوها أوّل تلبيته فنقلوا ذلك وايم الله ما أوجبها إلا في مصلاه» فقلنا: بأن الإتيان بقول ابن عباس لأنه أكد روايته باليمين، والإتيان بقول ابن عمر جائز. وقوله: **(وإن كان مفرداً بالحج)** ظاهر. وقوله: **(والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك)** وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى. واختلفوا في معناه فقيل: مشتق من ألبّ الرجل إذا أقام في مكان، فمعنى لبيك أقيم على

قوله: **(وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى)** أقول: الأظهر أن يقال: يجب حذف فعلها للمبالغة، وإلا فبدونها لا يجب حذف فعلها كقولك ضربت ضربتين. وفي شرح الرضي: ليس وقوعه مثني من الضوابط التي يعرف بها وجوب حذف فعله سواء

---

(١) تقدم تخريجه قبل ثمانية أحاديث.

على ما هو المعروف في القصة (ولا ينبغي أن يخلّ بشيء من هذه الكلمات) لأنه هو المنقول باتفاق الرواة فلا

وأما في الجواز فيجوز والكسر على استئناف الثناء وتكون التلبية للذات، والفتح على أنه تعليل للتلبية أي لبيك لأن الحمد والنعمة لك والملك، ولا يخفى أن تعليق الإجابة التي لا نهاية لها بالذات أولى منه باعتبار صفة. هذا وإن كان استئناف الثناء لا يتعين مع الكسر لجواز كونه تعليلاً مستأنفاً كما في قولك علم ابنك العلم إن العلم نافعه، قال الله تعالى ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ وهذا مقرر في مسالك العلة من علم الأصول لكن لما جاز فيه كل منهما يحمل على الأول لأولويته بخلاف الفتح ليس فيه سوى أنه تعليل. وقول المصنف: إنه صفة الأولى يريد متعلقاً به. والكلام في مواضع. الأول: لفظ لبيك ومعناها لفظها مصدر مثنى تثنية يراد بها التكثير كقوله تعالى ﴿ثم ارجع البصر كرتين﴾ أي كرات كثيرة وهو ملزوم النصب كما ترى والإضافة والناصب له من غير لفظه تقديره أجبتك إجابة بعد إجابة إلى ما لا نهاية له، وكأنه من ألب بالمكان إذا أقام به، ويعرف بهذا معناها فتكون مصدراً محذوف الزوائد، والقياسي منه إلباب ومفرد لبيك لب. وقد حكى سيبويه عن بعض العرب لبّ على أنه مفرد لبيك، غير أنه مبني على الكسر لعدم تمكنه هذا هو المشهور فيها. وقيل: ليس هنا إضافة والكاف حرف خطاب، وإنما حذفت النون لشبه الإضافة. وقيل: مضاف إلا أنه اسم مفرد وأصله لبي قلبت ألفه ياء للإضافة إلى الضمير كألف عليك الذي هو اسم فعل، وألف لدى فردّه سيبويه، بقول الشاعر:

دعـوت لـمـا نـابـنـي مـسـورا فـلـبـي فـلـبـي يـدي مـسـور

حيث ثبتت الياء مع كون الإضافة إلى ظاهر. الثاني: أنها إجابة فقيل لدعاء الخليل على ما أخرج الحاكم عن جرير عن قابوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «لما فرغ إبراهيم عليه الصلاة والسلام من بناء البيت قال: رب قد فرغت. فقال: أذن في الناس بالحج. قال: رب وما يبلغ صوتي؟ قال: أذن وعليّ البلاغ. قال: رب كيف أقول؟ قال: قل: يا أيها الناس كتب عليكم الحج، حج البيت العتيق، فسمعه من بين السماء والأرض ألا ترى أنهم يجيئون من أقصى الأرض يلبون»[1] وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وأخرجه من طريق آخر، وأخرجه

طاعتك إقامة بعد إقامة لأن التلبية ههنا للتكرير، والتكرير يراد للتكثير. وقيل: مشتق من قولهم: امرأة لبة أي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب. وقيل: من قولهم داري تلب دارك أي تواجهها فمعناه اتجاهي إليك مرة بعد أخرى والأول أنسب. وقوله: (إن الحمد بكسر الألف لا بفتحها) هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة تلبية رسول الله ﷺ. وقوله: (ليكون ابتداء) أي غير متعلق بما قبله (لا بناء إذ الفتحة صفة الأولى) قيل: مراده الحقيقة وهي المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية، وتقديره: ألبي إن الحمد والنعمة لك، أي وأنا موصوف بهذا القول. وقيل: المراد به التعليل لأنه يكون بتقدير اللام أي لبى لأن الحمد، وفيه بعد. وقيل: مراده أنه صفة التلبية أي ألبي تلبية هي أن الحمد لك، وعلى هذا قيل: من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها فقد خص. وقوله: (وهو) أي ذكر التلبية (إجابة لدعوة الخليل عليه الصلاة والسلام على ما هو المعروف في القصة) هي ما روي «أن الخليل عليه الصلاة والسلام لما فرغ من بناء البيت أمر بأن يدعو الناس إلى الحج، فصعد أبا قبيس وقال: ألا إن الله تعالى قد أمر ببناء بيت له وقد بني، ألا فحجوه فبلّغ الله صوته الناس في أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فمنهم من أجاب مرة ومرتين وأكثر من ذلك على حسب جوابهم يحجون» ويؤيد هذا قوله تعالى ﴿وأذن في

كان المراد بالتثنية التكرير كقوله تعالى ﴿فارجع البصر كرتين﴾ أي راجعاً كثيراً مكرراً، أو كان لغير التكرير نحو ضربت ضربين: أي مختلفين، بل الضابط لوجوب الحذف في هذا وأمثاله إضافته إلى الفاعل أو المفعول. ثم قال العلامة الرضى: لا لبيان النوع احترازاً عن قوله تعالى ﴿مكروا مكرهم﴾ وسعى لها سعيها اهـ كلام الرضى في شرح الكافية قوله: (إذ الفتحة صفة الأولى) أقول: أي المفتوح أو ذو الفتحة، والمراد هو ما في حيزه قوله: (وتقديره ألبي أن الحمد والنعمة لك) أقول: لعل استقامته بتضمين التلبية معنى الذكر: أي ألبي ذاكراً أن الحمد الخ أو بكونه مفعول ألبي، والمعنى أجيبك بأن الحمد والنعمة لك، بقي الكلام في كونه صفة للأولى إذ معناه للكلمة

---

(١) موقوف. أخرجه الحاكم ٢/٣٨٨ عن ابن عباس موقوفاً صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

ينقص عنه **(ولو زاد فيها جاز)** خلافاً للشافعي رحمه الله في رواية الربيع رحمه الله عنه. هو اعتبره بالأذان والتشهد من حيث إنه ذكر منظوم. ولنا أن أجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم زادوا على المأثور، ولأن المقصود الثناء، وإظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه. قال: **(وإذا لبى فقد أحرم)** يعني إذا

غيره بألفاظ تزيد وتنقص. وأخرج الأزرقي في تاريخ مكة عن عبد الله بن سلام: «لما أمر إبراهيم أن يؤذن في الناس قام على المقام فارتفع المقام حتى أشرف على ما تحته» الحديث. وأخرج عن مجاهد «قام إبراهيم عليه السلام على هذا المقام فقال: يا أيها الناس أجيبوا ربكم فقالوا: لبيك اللهم لبيك. قال: فمن حج البيت اليوم فهو ممن أجاب إبراهيم يومئذ»[١] قوله: **(لأنه هو المنقول باتفاق الرواة)** قيل: لا اتفاق بينهم. فقد أخرج البخاري حديث التلبية عن عائشة رضي الله عنها قالت «إني لأعلم كيف كان رسول الله ﷺ يلبي: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك»[٢] ولم تذكر ما بعده وأخرج النسائي عن عبد الله هو ابن مسعود مثله[٣]. وأما التلبية على الوجه المذكور في الكتاب فهو في الكتب الستة من حديث ابن عمر قال «وكان ابن عمر رضي الله عنهما يزيد فيها لبيك وسعديك، والخير بيديك والرغباء إليك والعمل»[٤] قوله: **(أن أجلاء الصحابة كابن مسعود الخ)** ذكرنا زيادة ابن عمر آنفاً وأخرجها مسلم من قول عمر أيضاً. وزيادة ابن مسعود في مسند إسحاق بن راهويه في حديث فيه طول وفي آخره وزاد ابن مسعود في تلبيته «فقال: لبيك عدد التراب»[٥] وما سمعته قبل ذلك ولا بعده، وزياد أبي هريرة الله أعلم بها، وإنما أخرج النسائي عنه قال «كان من تلبية النبي ﷺ: لبيك إله الخلق لبيك»[٦] ورواه الحاكم

الناس بالحج يأتوك رجالا﴾ فالتلبية إجابة لدعوة الخليل عليه الصلاة والسلام ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي. أما على قول أبي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح. وفرق محمد بينهما بأن غير الذكر ههنا وهو تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلاة، وبهذا فرق أبو يوسف أيضاً بين الصلاة والتلبية، ولكن العربية أفضل. وقوله: **(فلا ينقص عنه)** قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لو قال اللهم ولم

الأولى فينبغي أن يكون مراده أنه صفة لما أريد بالكلمة الأولى وهي ياء المتكلم في ألبي تأمل قوله: **(وقيل المراد به التعليل)** أقول: فيكون مجازاً، والعلاقة الاحتياج وعدم الاستقلال، فإن الصفة كما أنها محتاجة إلى الموصوف كذلك التعليل بالنسبة إلى المعلل ولا بعد فيه، بل هذا المنى أقرب من غيره فليتأمل قوله: **(وقيل مراده أنه صفة التلبية: أي ألبي تلبية هي أن الحمد لك)** أقول: التلبية مضاف إلى ضمير الخطاب فكيف تكون النكرة صفة للمعرفة قوله: **(وهو: أي ذكر التلبية إجابة لدعوة الخليل ﷺ)** أقول: ولك أن تقول كيف يجاب الخليل عليه الصلاة والسلام بلبيك اللهم الخ، فإنه لا يجاب به غير الله تعالى؟ والجواب أن المراد إجابة لدعوة الله تعالى الصادرة عن لسان الخليل عليه صلوات الجليل فتأمل قال المصنف: **(إذ الفتحة صفة الأولى)** أقول: أي متعلق بها محتاج إليها فإن التعليل محتاج إلى المعلل.

---

(١) انظر نصب الراية ٣/ ٢٢، ٢٣.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٥٠ من حديث عائشة ونص الزيلعي ٣/ ٢٣ على أن لفظ «والملك لا شريك لك» ليس في خبر عائشة.
وورد من حديث ابن مسعود أخرجه النسائي ٥/ ١٦١ بمثل حديث عائشة، ورجاله ثقات.

(٣) تقدم في الذي قبله.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩١٥، ١٥٤٩ ومسلم ١١٨٤ وأبو داود ١٨١٢ والترمذي ٨٢٥ والنسائي ٥/ ١٦٠، ١٩٥ وابن ماجه ٢٩١٨ والدارمي ٢/ ٣٤ وابن حبان ٣٧٩٩ وابن خزيمة ٢٢٦١ و٢٢٦٢ والطحاوي ٢/ ١٢٤، ١٢٥ والموطأ ١/ ٣٣١، ٣٣٢ والشافعي ١/ ٣٠٣ والدارقطني ٢/ ٢٢٥ والبيهقي ٥/ ٤٤ وأحمد ٢/ ٢٨ و٤١، ٤٧، ٤٨، ٧٧ كلهم من حديث ابن عمر.

(٥) هذا الأثر أخرجه إسحاق بن راهوية وأبو يعلى كما في نصب الراية ٣/ ٢٥ عن ابن مسعود موقوفاً.

(٦) حسن. أخرجه النسائي ٥/ ١٦١ والطحاوي ٣/ ١٢٥ والبيهقي ٥/ ٤٥ وابن خزيمة ٢٦٢٣ والشافعي ١/ ٣٠٤ وابن حبان ٣٨٠٠ وأحمد ١/ ٤٧٦، ٣٤١ كلهم من حديث أبي هريرة وفي رواية: «الحق» بدل «الخلق» وكذا رواه الحاكم ١/ ٤٤٩. ٤٥٠ وصححه على شرطهما، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

نوى لأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في قوله «اللهم إني أريد الحج» **(ولا يصير شارعاً في الإحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية)** خلافاً للشافعي رحمه الله لأنه عقد على الأداء فلا بد من ذكر كما

وصححه. وروى ابن سعد في الطبقات عن مسلم بن أبي مسلم قال «سمعت الحسن بن عليّ رضي الله عنهما يزيد في التلبية لبيك ذا النعماء والفضل الحسن»[1] وأسند الشافعي رحمه الله عن مجاهد مرسلاً «كان النبي ﷺ يظهر من التلبية لبيك» وساق المشهور. قال «حتى إذا كان ذات يوم والناس يصرفون عنه كأنه أعجبه ما هو فيه فزاد فيها لبيك، إن العيش عيش الآخرة»[2] قال ابن جريج: وحسبت أن ذلك يوم عرفة. وتقدم في حديث جابر الطويل[3] ما يفيد أنهم زادوا بمسمع من رسول الله ﷺ فلم يرد عليهم شيئاً. وأخرج أبو داود عنه قال «أهلّ رسول الله ﷺ فذكر تلبيته المشهورة وقال: والناس يزيدون لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي ﷺ يسمع فلا يقول لهم شيئاً»[4] فقد صرح بتقريره وهو أحد الأدلة، بخلاف التشهد لأنه في حرمة الصلاة، والصلاة يتقيد فيها بالوارد لأنها لم تجعل شرعاً كحالة عدمها، ولذا قلنا يكره تكراره بعينه حتى إذا كان التشهد الثاني قلنا لا تكره الزيادة بالمأثور لأنه أطلق فيه من قبل الشارع نظراً إلى فراغ أعمالها قوله: **(وإذا لبى فقد أحرم)** لم يعتبر مفهومه المخالف على ما عليه القاعدة من اعتباره في رواية الفقه، وذلك لأنه يصير محرماً بكل ثناء وتسبيح في ظاهر المذهب وإن كان يحسن التلبية ولو بالفارسية وإن كان يحسن العربية. والفرق لهما بين افتتاح الإحرام وافتتاح الصلاة مذكور في الكتاب، والأخرس يحرّك لسانه مع النية، وفي المحيط: تحريك لسانه مستحب كما في الصلاة، وظاهر كلام غيره أنه شرط، ونص محمد على أنه شرط. وأما في حق القراءة في الصلاة فاختلفوا فيه، والأصح لا يلزمه التحريك قوله: **(إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في قوله: اللهم إني أريد الحج)** قد يقال: لا حاجة إلى استنباط هذه الإشارة الخفية بل قد ذكرها نصاً، فإن نظم الكتاب هكذا: ثم يلبي عقيب صلاته فإن كان مفرداً نوى بتلبيته الحج ثم ذكر صورة التلبية. ثم قال: فإذا لبى فقد أحرم فلا يشكل[5] أن المفهوم إذا لبى التلبية المذكورة وهي المقرونة بنية الحج فقد أحرم بالحج. ثم لا يستفاد من هذه العبارة سوى أنه عند النية والتلبية يصير محرماً، أما أن الإحرام بهما أو بأحدهما بشرط ذكر الآخرة فلا. وذكر حسام الدين الشهيد: أنه يصير شارعاً بالنية لكن عند التلبية كما في الصلاة بالنية لكن عند التكبير، ثم لم يذكر سوى أن بنية مطلق الحج من غير تعيين الفرض ولا النفل يصير شارعاً في الحج. وكان من المهم ذكر أنه هل يسقط بذلك فريضة الحج أم لا بد فيه من التعيين والمذهب أنه يسقط الفرض بإطلاق نية الحج بخلاف تعيين النية للنفل، فإنه يكون نفلاً وإن كان لم يحج الفرض بعد. وعند الشافعي: إذا نوى النفل وعليه حجة

يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلاة. فمن قال: يصير به شارعاً في الصلاة قال: يصير به محرماً، ومن قال: لا فلا. وقوله: **(ولو زاد فيها جاز)** ظاهر. وقوله: **(زادوا على المأثور)** قال عبد الله بن مسعود: أجهل الناس أم طال بهم العهد؟ لبيك عدد التراب لبيك، وأراد بالعهد عهد رسول الله ﷺ، وزادوا في رواية «لبيك حقاً حقاً تعبداً ورقاً لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك إله الخلق لبيك لبيك والرغباء إليك لبيك لبيك من عبد آبق لبيك». وقوله: **(لأن المقصود الثناء)** ظاهر. والجواب عن التشهد والأذان أن التشهد في تعليمه زيادة التأكيد. قال ابن مسعود «كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن» فالزيادة تخل به، بخلاف التلبية لأنها للثناء من غير تأكيد في تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة، والأذان للإعلام وقد صار معروفاً بهذه الكلمات فلا يبقى إعلاماً بغيرها، وليس في المسألة كبير خلاف فإنه

---

(١) هذا الأثر. أخرجه ابن سعد في الطبقات. في ترجمة الحسن بن علي كما في نصب الراية ٣/ ٢٥.

(٢) مرسل. أخرجه الشافعي في الأم ٢/ ١٣٣ عن مجاهد مرسلاً، وكذا في مسنده ١/ ٣٠٤، ٣٠٥.

(٣) تقدم في أول كتاب الحج.

(٤) أخرجه أبو داود ١٨١٢ هكذا وابن ماجه ٢٩١٩ بدون هذه الزيادة كلاهما من حديث جابر.

(٥) قوله (فلا يشكل) هكذا هو في النسخ بالكاف واللام والكلام عليه مستقيم أي لا يلتبس ولا يخفى ولا حاجة إلى إصلاح الفعل يشك بإسقاط اللام كما وقع في بعض النسخ كتبه مصححه.

في تحريمة الصلاة، ويصير شارعاً بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت أو عربية، هذا هو المشهور عن أصحابنا رحمهم الله تعالى. والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما أن باب الحج أوسع من باب الصلاة، حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية. قال: (ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث

الإسلام يقع عن حجة الإسلام لما روى «أنه عليه الصلاة سمع شخصاً يقول: لبيك عن شبرمة فقال: أحججت عن نفسك أو معناه؟ قال: لا، قال: حج عن نفسك ثم عن شبرمة»[1] قلنا: غاية ما يفيد وجوب أن يفعل ذلك، ومقتضاه ثبوت الإثم بتركه لا تحوّله بنفسه إلى غير المنوي من غير قصد إليه، فالقول به إثبات بلا دليل، بخلاف قولنا مثله في رمضان، لأن رمضان حكمه تعيين المشروع فيه فيحتاج بعد هذا إلى مطلق نية الصوم لتتميز العبادة عن العادة، فإذا وجدت انصرف إلى المشروع في الوقت، بخلاف وقت الحج لم يتمحض للحج كوقت الصوم لما عرف بل يشبهه من وجه دون وجه، فللمشابهة جاز عن الفرض بالإطلاق ولأنه الظاهر من حال المسلم خصوصاً في مثل هذه العبادة المشق تحصيلها، والمطلق يحتمل كلا من الخصوصيات فصرفناه إلى بعض محتملاته بدلالة الحال، وللمفارقة لم يجز عن الفرض بتعيين النفل، وأيضاً فالدلالة تعتبر عند عدم معارضة الصريح، والمعارضة ثابتة حيث صرح بالضد وهو النفل بخلاف صورة الإطلاق إذ لا منافاة بين الأخص والأعم.

[فروع] إذا أبهم الإحرام بأن لم يعين ما أحرم به جاز، وعليه التعيين قبل أن يشرع في الأفعال، والأصل حديث عليّ رضي الله عنه حين قدم من اليمن فقال «أهللت بما أهل به رسول الله ﷺ فأجازه عليه الصلاة والسلام»[2] الحديث مر في حديث جابر الطويل[3]، فإن لم يعين حتى طاف شوطاً واحداً كان إحرامه للعمرة، وكذا إذا أحصر قبل الأفعال والتعيين فتحلل بدم تعين للعمرة حتى يجب عليه قضاؤها لا قضاء حجة، وكذا إذا جامع فأفسد ووجب عليه المضي في الفاسد فإنما يجب عليه المضي في عمرة، ولو أحرم مبهماً ثم أحرم ثانياً بحجة فالأول لعمرة أو بعمرة فالأول لحجة، ولو لم ينو بالثاني أيضاً شيئاً كان قارناً، وإن عين شيئاً ونسيه فعليه حجة وعمرة احتياطاً ليخرج عن العهدة بيقين، ولا يكون قارناً، فإن أحصر تحلل بدم واحد ويقضي حجة وعمرة، وإن

جعل المنقول أفضل في رواية. قال في شرح الوجيز: لا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ بل يكون مكروهاً، ونحن لا ننكر هذا، كذا في الأسرار. قال: (وإذا لبى فقد أحرم) من أراد الإحرام إذا نوى ولبى فقد أحرم ولا يصير شارعاً لا بمجرد التلبية، ولا بمجرد النية. أما الأول فلأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية إلا أن القدوري لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في قوله: اللهم إني أريد الحج، وأما الثاني فلأنه عقد على الأداء أي على أداء عبادة تشتمل على أركان مختلفة، وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كان تلبية أو غيرها عربياً أو غيره في المشهور كما ذكرنا، أو ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي، فإنه يقوم مقامه في حصول المقصود وهو إظهار الإجابة للدعوة. وقال الشافعي في أحد قوليه: يصير شارعاً بمجرد النية لأنه التزام الكف عن ارتكاب المحظورات، وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم.

---

(١) الراجح وقفه. أخرجه أبو داود ١٨١١ وابن ماجه ٢٩٠٣ وابن حبان ٣٩٨٨ والبيهقي ٢/ ٣٣٦ والدارقطني ٢/ ٢٧٠ وابن الجارود ٤٩٩ وابن خزيمة ٣٠٣٩ وأبو يعلى ٢٤٤٠ والطبراني ١٢/ ١٢٤١٩ كلهم من حديث ابن عباس.
وورد موقوفاً على ابن عباس أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٠، ٢٧١، ٢٦٧ والبيهقي ٤/ ٣٣٦ و١٧٩، ١٨٠، ٣٣٧ والشافعي ١/ (١٠٠٠) و(١٠٠١).
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٥٥ عن ابن القطان قوله: وحديث شبرمة علله بعضهم بأنه قد روي موقوفاً، والذي أسنده ثقة، فلا يضره اهـ.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٢٣، ٢٢٤ ما ملخصه:
رجح عبد الحق وابن القطان رفعه، وأما الطحاوي فقال: الصحيح أنه موقوف. وقال أحمد: رفعه خطأ، وقال ابن المنذر: لا يثبت رفعه، وقال الدارقطني: الموقوف أصح اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٥٨ ومسلم ١٢٥٠ والترمذي ٩٥٦ وابن حبان ٣٧٧٦ والبيهقي ٥/ ١٥ كلهم من حديث أنس «أن علياً قدم من اليمن فقال له النبي ﷺ: ...» فذكره.

(٣) تقدم في حديث جابر الطويل في صفة حجة النبي ﷺ في أوائل كتاب الحج.

والفسوق والجدال) والأصل فيه قوله تعالى ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع أو الكلام الفاحش، أو ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهو في حال الإحرام أشد حزمة، والجدال أن يجادل رفيقه، وقيل: مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره (ولا يقتل صيداً) لقوله

جامع مضى فيهما ويقضيهما إن شاء جمع، وإن شاء فرّق، وإن أحرم بشيئين ونسيهما لزمه في القياس حجتان وعمرتان.. وفي الاستحسان حجة وعمرة حملاً لأمره على المسنون والمعروف وهو القران، بخلاف ما قبله إذ لم يعلم أن إحرامه كان بشيئين. وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: خرج يريد الحج فأحرم لا ينوي شيئاً فهو حج بناء على جواز أداء العبادات بنية سابقة، ولو أحرم نذراً ونفلاً كان نفلاً أو نوى فرضاً وتطوّعاً كان تطوّعاً عنده وكذا عند أبي يوسف في الأصح، ولو لبى بالحج وهو يريد العمرة أو على القلب فهو محرم بما نوى لا بما جرى على لسانه، ولو لبى بحجة وهو يريد الحج والعمرة كان قارناً قوله: (خلافاً للشافعي رحمه الله)في أحد قوليه. وروي عن أبي يوسف رحمه الله كقوله قياساً على الصوم بجامع أنها عبادة كف عن المحظورات فتكفي النية لالتزامها. وقسنا نحن على الصلاة لأنه التزام أفعال لا مجرد كف بل التزام الكف شرط فكان بالصلاة أشبه، فلا بد من ذكر يفتتح به أو بما يقوم مقامه مما هو من خصوصياته. وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى ﴿فمن فرض فيهنّ الحج﴾ قال: فرض الحج الإهلال، وقال ابن عمر رضي الله عنهما: التلبية. وقول ابن مسعود رضي الله عنه: الإحرام لا ينافي قولهما كيف قد ثبت عنه أنه التلبية، كقول ابن عمر رواه ابن أبي شيبة، وعن عائشة «لا إحرام إلا لمن أهلّ أو لبى» إلا أن مقتضي بعض هذه الأدلة تعيين التلبية حتى لا يصير محرماً بتقليد الهدي وهو القول الأخير للشافعي رحمه الله، لك ثمة آثار أخر تدل على أن به مع النية يصير محرماً تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى، فالاستدلال بهذه على عدم صحة الاكتفاء بالنية صحيح، ثم إذا لبى صلى على النبيّ المعلم للخيرات ﷺ ودعا بما شاء، لما روي عن القاسم بن محمد أنه قال: يستحبّ للرجل الصلاة على النبي ﷺ بعد التلبية[١]. رواه أبو داود والدارقطني. ويستحب في التلبية كلها رفع الصوت من غير أن يبلغ الجهد في ذلك كي لا يضعف، والصلاة على النبي ﷺ بعدها إلا أنه يخفض صوته إذا ﷺ. وعن خزيمة بن ثابت عن رسول الله ﷺ «كان إذا فرغ من التلبية سأل رضوانه والجنة واستعاذ برحمته من النار»[٢] رواه الدارقطني. واستحب بعضهم أن يقول بعدها: اللهم أعني على أداء فرض الحج وتقبله مني، واجعلني من الذين استجابوا لك وآمنوا بوعدك واتبعوا أمرك واجعلني من وفدك الذين رضيت عنهم، اللهم قد أحرم لك شعري وبشري ودمي ومخي وعظامي قوله: (والرفث الجماع) قال الله تعالى ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾ (أو ذكر الجماع) ودواعيه (بحضرة النساء) فإن لم يكن بحضرتهن لا يكون رفثاً، روي أن ابن عباس رضي الله عنهما أنشد:

وهن يمشين بنا هميسا إن يصدق الطير ننك لميسا

والجواب: إنا لا نسلم أنه في الإحرام التزم الكف، بل التزم أداء الأفعال والكف ضمني لأنه من محظورات الحج، بخلاف الصوم فإن الكف فيه ركن فكان التزامه قصدياً. وقوله: (ويتقي ما نهي الله) ظاهر. وقوله: (فهذا نهي بصيغة النفي) إنما قاله

قال المصنف: (فارسية كانت أو عربية) أقول: التأنيث لكون الذكر في معنى العبارة قال المصنف: (والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما) أقول: أي في مجموع ما ذكر لا في كل واحد، فإن محمداً لا يحتاج إلى الفرق في غير التلبية بالعربية.

---

(١) هذا الأثر. أخرجه الدارقطني ٢/٢٣٨ ح ١١ عن القاسم بن محمد، ولم أره في أبي داود.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/٢٣٨ من حديث خزيمة بن ثابت، وفي إسناده صالح بن محمد ضعيف كما في التقريب، وقد تفرد به.

تعالى ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ (ولا يشير إليه ولا يدل عليه) لحديث أبي قتادة رضي الله عنه «أنه أصاب حمار

فقيل له: أترفث وأنت محرم؟ فقال: إنما الرفث بحضرة النساء. وقال أبو هريرة رضي الله عنه: كنا ننشد الأشعار في حالة الإحرام فقيل له: ماذا؟ فقال مثل قول القائل:

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة وكعبا أدرما

والبخنداة من النساء التامة، والدرم في الكعب أن يواريه اللحم فلا يكون له نتوء ظاهر قوله: (**وهي في حالة الإحرام أشد**) فإنها حالة يحرم فيها كثير من المباحات المقوّية للنفس فكيف بالمحرمات الأصلية قوله: (**والجدال أن يجادل رفيقه**) وهو المنازعة والسباب، وقيل: جدال المشركين في تقديم الحج وتأخيره. وقيل: التفاخر بذكر آبائهم حتى ربما أفضى إلى الحرب قوله: (**ولا يقتل صيداً الخ**) يحرم بالإحرام أمور: الأول الجماع ودواعيه. الثاني: إزالة الشعر كيفما كان حلقاً وقصاً وتنوّراً من أي مكان كان الرأسِ والوجهِ والإبط والعانة وغيرها، الثالث: لبس المخيط على وجه لبس المخيط إلا المكعب فيدخل الخف ويخرج القميص إذا اتشح به على ما سيأتي. الرابع: التطيب. الخامس: قلم الأظفار. السادس: الاصطياد في البر لما يؤكل لحمه وما لا يؤكل. السابع: الادّهان على ما يذكر من تفصيله قوله: (**لحديث أبي قتادة**) أخرج الستة في كتبهم عن أبي قتادة رضي الله عنه «أنهم كانوا في مسير لهم بعضهم محرم، وبعضهم ليس بمحرم، قال أبو قتادة: فرأيت حمار وحش فركبت فرسي وأخذت الرمح فاستعنتهم فأبوا أن يعينوني، فاختلست سوطاً من بعضهم وشددت على الحمار فأصبته فأكلوا منه واستبقوا. قال: فسئل عن ذلك النبي ﷺ فقال: أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا لا، قال: فكلوا ما بقي من لحمها» وفي لفظ لمسلم «هل أشرتم هل أعنتم؟ قالوا لا، قال: فكلوا»[1] وفيه دلالة نذكرها في جزاء الصيد إن شاء الله تعالى قوله: (**لما روي**) أخرج الستة عن ابن عمر رضي الله عنهما «قال رجل: يا رسول الله ما تأمرنا أن نلبس من الثياب في الإحرام؟ قال: لا تلبسوا القمص ولا السراويلات ولا العمائم ولا البرانس ولا الخفاف، إلا أن يكون أحد ليس له نعلان فليلبس الخفين، وليقطع أسفل من الكعبين ولا تلبسوا شيئاً مسه زعفران ولا ورس» زادوا إلا مسلماً وابن ماجه «ولا تنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين»[2] قيل: قوله ولا تنتقب المرأة الحرام مدرج من قول ابن عمر

لئلا يلزم الخلف في كلام الشارع لوجوده من بعض، وإنما قال بحضرة النساء لأن ذكر الجماع بغير حضرتهن ليس من الرفث، روي عن ابن عباس أنه أنشد في إحرامه:

وهن يمشين بنا هميسا إن يصدق الطير ننك لميسا

قال المصنف: (**والفسوق المعاصي**) أقول: تفسير الفسوق يشعر أن يكون الفسوق جمع فسق كعلم وعلوم، إلا أن المناسب من حيث اللفظ والمعنى أن يكون مصدراً كالدخول.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٢١، ١٨٢٢، ١٨٢٤ ومسلم ١١٩٦ وأبو داود ١٨٥٢ والترمذي ٨٤٨ والنسائي ٥/ ١٨٥، ١٨٦ وابن ماجه ٣٠٩٣ والدارمي ٣/ ٣٨، ٣٩ ومالك ١/ ٣٥١ وابن حبان ٣٩٦٦ وعبد الرزاق ٨٣٣٧ والدارقطني ٢/ ٢٩١ والبيهقي ٥/ ٣٢٢ والطحاوي ٢/ ١٧٣ وأحمد ٥/ ٣٠٥ و٣٠١،٣٠٦ كلهم من حديث أبو قتادة بألفاظ متقاربة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٤، ١٨٣٨، ٥٨٠٥ ومسلم ١١٧٧ وأبو داود ١٨٢٤ و١٨٢٣ والترمذي ٨٣٣، والنسائي ٥/ ١٣٣، ١٢٩، ١٣١، ١٣٢، ١٣٤ وابن ماجه ٢٩٢٩ والطحاوي ٢/ ١٣٥ والبيهقي ٥/ ٤٩ وابن الجارود ٤٦١ والدارقطني ٢/ ٢٣٠ والشافعي ١/ ٣٠٠ وابن خزيمة ٢٦٠١ والدارمي ٢/ ٣١، ٣٢ والطيالسي ١٨٣٩ وأحمد ٢/ ٢٩ و٣٢، ٧٧، ١١٩ وابن حبان ٣٧٨٤ كلهم من حديث عبد الله بن عمر.
ولفظ «ولا تنتقب المرأة المحرمة، ولا تلبس القفازين» أخرجه الجماعة إلا مسلم وابن ماجه.
وهذا اللفظ أخرجه أبو داود ١٨٢٥ عن نافع ابن عمر مرفوعاً. وقال: رواه موسى بن طارق عن موسى بن عقبة موقوفاً على ابن عمر، وكذلك رواه عبيد الله بن عمر ومالك وأيوب موقوفاً، وإبراهيم بن سعيد المديني عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ «المحرمة لا تنتقب، ولا تلبس القفازين» قال أبو داود: إبراهيم بن سعيد المديني شيخ من أهل المدينة ليس له كبير حديث.

وحش وهو حلال وأصحابه محرمون، فقال النبي عليه الصلاة والسلام لأصحابه: «هل أشرتم؟ هل دللتم؟ هل أعنتم؟ فقالوا: لا، فقال: إذا فكلوا» ولأنه إزالة الأمن عن الصيد لأنه آمن بتوحشه وبعده عن الأعين قال: **(ولا يلبس قميصاً ولا سراويل ولا عمامة[1] ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين)** لما وري أن

رضي الله عنهما. ودفع بأنه خلاف الظاهر وكأنه نظر إلى الاختلاف في رفعه ووقفه فإن بعضهم رواه موقوفاً لكنه غير قادح، إذ قد يفتي الراوي بما يرويه من غير أن يسنده أحياناً مع أن هنا قرينة على الرفع، وهي أنه ورد إفراد النهي عن النقاب من رواية نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما. وأخرج أبو داود عنه عن النبي ﷺ قال «المحرمة لا تنتقب ولا تلبس القفازين»[2] ولأنه قد جاء النهي عنهما في صدر الحديث. أخرج أبو داود بالإسناد المذكور أيضاً «أنه سمع النبي ﷺ ينهي النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مس الورس والزعفران من الثياب، ولتلبس بعد ذلك ما شاءت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو سراويل أو حلي أو قميص أو خف»[3] قال المنذري: رجاله رجال الصحيحين ما خلا ابن إسحاق اهـ. وأنت علمت أن ابن إسحاق حجة قوله: **(والكعب هنا)** قيد بالظرف لأنه في الطهارة يراد به العظم الناتىء ولم يذكر هذا الحديث لكن لما كان الكعب يطلعه عليه وعلى الناتىء حمل عليه احتياطاً وعن هذا قال المشايخ: يجوز للمحرم لبس المكعب لأن الباقي من الخلف بعد القطع كذلك مكعب، ولا يلبس الجوربين ولا البرنس، لكنهم أطلقوا جواز لبسه، ومقتضى المذكور في النص أنه مقيد بما إذا لم يجد نعلين قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها»)**[4] رواه الدارقطني والبيهقي موقوفاً على ابن عمر، وقول الصحابي عندنا حجة إذا لم يخالف وخصوصاً فيما لم يدرك بالرأي. واستدل الشافعي أيضاً بما أسنده من حديث إبراهيم بن أبي حرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ قال في الذي وقص: خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه»[5]. وإبراهيم هذا وثقه ابن معين وأحمد وأبو حاتم.

فقيل له أترفث وأنت محرم؟ فقال: إنما الرفث ما كان بحضرة النساء. ومعنى قوله تعالى **﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾** لا تقتلوا الصيد وأنتم محرمون. وقوله: **(ولا يشير إليه)** الإشارة تقتضي الحضرة، والدلالة تقتضي الغيبة. وقوله: **(ولأنه)** أي المذكور من الإشارة، والدلالة والإعانة **(إزالة الأمن عن الصيد لأنه آمن بتوحشه وبعده عن الأعين)** وهو حرام. وقوله: **(ولا يلبس قميصاً)** ظاهر. وقوله: **(قاله في محرم توفي)** هو الأعرابي الذي وقصته ناقته في أخافيق الجرذان وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والأخافيق شقوق في الأرض، والجرذان جمع جرذ وهو ضرب من الفأر. فإن قيل: كيف يتمسك

---

(١) في بعض نسخ المتن هنا زيادة (ولا قلنسوة ولا قباء) كتبه مصححه.
(٢) تقدم في الذي قبله.
(٣) أخرجه أبو داود ١٨٢٧ والبيهقي ٥/ ٤٧ كلاهما من حديث ابن عمر، وفي إسناده ابن إسحاق ثقة، وقد صرح بالتحديث، فانتفت شبهة التدليس.
(٤) موقوف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٩٤ والبيهقي ٥/ ٤٧ كلاهما من حديث ابن عمر لكن ليس عند البيهقي لفظ «وإحرام الرجل في رأسه».
وأخرجه أيضاً العقيلي في الضعفاء ١/ ١١٦ مختصراً وابن عدي مختصراً ١/ ٣٥٧.
وأخرجه موقوفاً علي ابن عمر البيهقي ٥/ ٤٧.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٧٢: في إسناده أيوب بن محمد أبو الجمل وهو ضعيف قال ابن عدي: تفرد برفعه وقال العقيلي: لا يتابع عنى رفعه إنما يروى موقوفاً، وقال الدارقطني في العلل: الصواب وقفه وقال البيهقي: قد روي من وجه آخر مجهول، والصحيح وقفه اهـ.
(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٣٩، ١٢٦٥، ١٢٦٦ و١٢٦٨ ومسلم ١٢٠٦ وأبو داود ٣٢٣٩، ٣٢٤٠ و٣٢٤١ والنسائي ٥/ ١٩٦ وابن حبان ٣٩٥٧ و٣٩٥٨ والبيهقي ٣/ ٢٩٣ والدارقطني ٢/ ٢٩٥، ٢٩٦ وابن الجارود ٥٠٧ وأحمد ١/ ٢٦٦، ٢٢١، ٢٨٦، ٣٣٣ كلهم من حديث ابن عباس وفي لفظ البخاري ومسلم: «اغسلوه بماء وسدر، وكفنوه في ثوبين ولا تحنطوه، ولا تخمّروا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً».
وفي لفظ للدارقطني ٢/ ٢٩٧ «خمروا وجوه موتاكم...».
ولفظ «خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه» أخرجه الشافعي في «الأم» في كتاب الجنائز ١/ ٢٣٩ وفي مسنده ١/ ٢٠٥ من حديث ابن عباس.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٧، ٢٨ وفي إسناده إبراهيم بن حرة وثقه أحمد، ويحيى، وأبو حاتم اهـ.

النبي عليه الصلاة والسلام «نهى أن يلبس المحرم هذه الأشياء» وقال في آخره «ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين» والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتىء فيما روى هشام عن محمد رحمه الله. قال: (ولا يغطي وجهه ولا رأسه) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه الصلاة والسلام «إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها». ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تخمروا وجهه ولا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً» قاله في محرم توفي، ولأن المرأة لا تغطي وجهها مع أن في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الأولى. وفائدة ما روى الفرق في تغطية الرأس. قال: (ولا يمس طيباً) لقوله عليه

وأخرج الدارقطني في العلل عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن أبان بن عثمان بن عفان عن عثمان رضي الله عنه «أن النبي ﷺ كان يخمر وجهه وهو محرم»[١] قال: والصواب أنه موقوف، وروى مالك في الموطأ عن القاسم بن محمد قال: أخبرني الفرافصة بن عمير الحنفي أنه رأى عثمان بن عفان رضي الله عنه بالعرج يغطي وجهه وهو محرم[٢] ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فيما أخرج مسلم والنسائي وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رجلاً وقصته راحلته، وفي رواية: فأقعصته وهو محرم فمات، فقال رسول الله ﷺ: اغسلوه بماء وسدر وكفنوه ولا تمسوه طيباً ولا تخمروا رأسه ولا وجهه فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»[٣] أفاد أن للإحرام أثراً في عدم تغطية الوجه وإن كان أصحابنا قالوا لو مات المحرم يغطى وجهه لدليل آخر نذكره إن شاء الله تعالى، ورواه الباقون ولم يذكروا فيه الوجه، فلذا قال الحاكم: فيه تصحيف فإن الثقات من أصحاب عمرو بن دينار على روايته عنه «ولا تغطوا رأسه»[٤] وهو المحفوظ. ودفع بأن الرجوع إلى مسلم والنسائي أولى منه إلى الحاكم، فإنه كان يهم رحمة الله كثيراً، وكيف يقع التصحيف ولا مشابهة بين حروف الكلمتين، ثم مقتضاه أن يقتصر على ذكر الرأس وهي رواية في مسلم، لكن في الرواية الأخرى جمع بينهما فتكون تلك اقتصاراً من الراوي، فيقدم على معارضه من مروي الشافعي، لأنه أثبت سنداً، وفي فتاوى قاضيخان: لا بأس بأن يضع يده على أنفه، ولا يغطي فاه ولا ذقنه ولا عارضه، فيجب حمل التغطية المروية عمن ذكرنا من الصحابة على مثله، يعني على أنه ﷺ إنما كان يغطي أنفه بيده فوارت بعض أجزائه إطلاقاً لاسم الكل على الجزء جمعاً قوله: (وفائدة ما روى الفرق) بين الرجل والمرأة (في تغطية الرأس) أي وإحرامه في رأسه فيكشفه وإحرامها في وجهها فتكشفه، ففي جانبها قيد فقط مراد، وفي جانبه معنى لفظ أيضاً مراد. وحديث «الحاج الشعث التفل»[٥] قدمناه من رواية عمر رضي الله عنه مما أخرج البزار، والشعث انتشار الشعير وتغيره لعدم تعاهده، فأفاد منع الادّهان، ولذا قال: وكذا لا يدّهن لما رويناه، والتفل ترك الطيب حتى توجد منه رائحة كريهة فيفيد منع التطيب قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يلبس المحرم»[٦] الخ)

أصحابنا بهذا الحديث، ومذهبنا على خلاف حكم هذا الحديث في محرم يموت في إحرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه بالكفن عندنا خلافاً للشافعي، وهو يتمسك هناك بهذا الحديث. أجيب: بأن الحديث فيه دلالة على

---

(١) الصواب موقوف: أخرجه الدارقطني في علله كما في نصب الراية ٣/ ٢٧ من حديث عثمان بن عفان وقال: والصواب موقوف اهـ وكذا في التلخيص ٢/ ٢٧١ وقد وافقه الزيلعيُّ الدارقطني على وقفه وكذا ابن حجر.

(٢) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٣٢٧ عن عثمان بن عفان.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٠٦ ح٩٨ والنسائي ٥/ ١٩٦ وابن ماجه ٣٠٨٤ وابن حبان ٣٩٦٨ والبيهقي ٣/ ٣٩٢ و٣٩٣ والطيالسي ٢٦٢٣ وأحمد ١/ ٢٨٧ كلهم من حديث ابن عباس رجاله ثقات رجال الشيخين سوى موسى بن عبد الرحمن المسروقي، وهو ثقة روى له النسائي، والترمذي، وابن ماجه كما في التقريب، وتوبع في رواية مسلم.

(٤) هو المتقدم.

(٥) تقدم قبل قليل.

(٦) تقدم قبل تسعة أحاديث.

الصلاة والسلام «الحاج الشعث التفل» **(وكذا لا يدهن)** لما روينا **(ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه)** لقوله تعالى **﴿ولا تحلقوا رؤوسكم﴾** الآية **(ولا يقص من لحيته)** لأنه في معنى الحلق ولأن فيه إزالة الشعث وقضاء التفث. قال: **(ولا يلبس ثوباً مصبوغاً بورس ولا زعفران ولا عصفر)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يلبس المحرم ثوباً مسه زعفران ولا ورس» قال: **(إلا أن يكون غسيلاً لا ينفض)** لأن المنع للطيب لا للون. وقال الشافعي رحمه الله: لا بأس بلبس

تقدم في ضمن الحديث الطويل قريباً قوله: **(إلا أن يكون غسيلاً لا ينفض)** أي لا تظهر له رائحة عن محمد، وهو المناسب لتعليل المصنف بأن المنع للرائحة لا للون، ألا ترى أنه يجوز لبس المصبوغ بمغزة لأنه ليس له رائحة طيبة، وإنما فيه الزينة والإحرام لا يمنعها حتى قالوا: يجوز للمحرمة أن تتحلى بأنواع الحلي وتلبس الحرير، وهو موافق لما قدمناه من حديث أبي داود، بخلاف المعتدة لأنها منهية عن الزينة، وعن محمد أيضاً أن معناه أن لا يتعدى منه الصبغ، وكلا التفسيرين صحيح، وقد وقع الاستثناء في نص حديث ابن عباس في البخاري قوله إلا المزعفرة التي تردع الجلد[1] وقال الطحاوي: حدثنا فهد وساقه إلى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلبسوا ثوباً مسه ورس ولا زعفران إلا أن يكون غسيلاً»[2] يعني في الإحرام. قال ابن أبي عمران. ورأيت يحيى بن معين يتعجب من الحماني أن يحدث بهذا الحديث فقال له عبد الرحمن: هذا عندي، ثم ذهب من فوره فجاء بأصله فخرج هذا الحديث عن أبي معاوية كما ذكر الحماني فكتبه عنه يحيى بن معين. قال: وقد روي ذلك عن جماعة من المتقدمين، ثم أخرج عن سعيد بن المسيب وطاوس والنخعي إطلاقه في الغسيل قوله: **(ولنا أن له رائحة طيبة)** فمبنى الخلاف على أنه طيب الرائحة أو لا فقلنا نعم فلا يجوز وعن هذا قلنا لا يتحنى المحرم لأن الحناء طيب ومذهبنا مذهب عائشة رضي الله عنها في هذا. ثم النص ورد بمنع المورس على ما قدمنا وهو دون المعصفر في الرائحة فيمنع المعصفر بطريق أولى، لكن تقدم في حديث أبي داود قوله عليه الصلاة والسلام «ولتلبس بعد ذلك ما شاءت من ألوان الثياب من معصفر»[3] الخ وكذا حديث ابن عباس رضي الله عنه حيث قال «فلم ينه عن شيء من الأردية والأزر تلبس إلا المزعفرة التي تردع الجلد»[4] قلنا: أما الثاني فقد ثبت تخصيصه فإنه قد ثبت منع المورس فيمنع المعصفر بدلالته أي بفحواه، بل التحقيق أنه لا تخصيص إذ لا تعارض أصلاً لأن النص لا يفيد أكثر من أن النهي كان وقع عن المزعفرة التي تردع وسكت عن غيرها، وذلك أن قوله لم ينه إلا عن المزعفرة التي تردع: إنما هو قول الراوي حكاية عن الحال وهو صادق إذا كان الواقع منه عليه الصلاة والسلام النهي عن المزعفرة من غير تعرض لغيرها بأن لم يكن المثير للجواب إلا في المزعفر، وليس في هذا أنه صرح بإطلاق غيره فيكون حينئذ نص

أن للإحرام تأثيراً في ترك تغطية الرأس والوجه، فإنه عليه الصلاة والسلام علل لترك التغطية بأنه يبعث ملبياً. والحجة لنا في تغطية رأس المحرم ووجهه إذا مات ما روى عطاء «أن النبي ﷺ سئل عن محرم مات فقال: خمروا رأسه ووجهه ولا تشبهوه باليهود». ولقائل أن يقول: لو كان للإحرام تأثير في ترك تغطية الرأس والوجه لما أمر بتخميرهما. وقوله. **(ولأن المرأة لا تغطي وجهها)** ظاهر. وقوله: **(وفائدة ما روي)** يعني إحرام الرجل في رأسه، وإحرام المرأة في وجهها **(الفرق في تغطية الرأس)** يعني الفرق بين إحرامي الرجل والمرأة بحيث يجوز للمرأة تغطية الرأس، ولا يجوز للرجل ذلك لا أن يغطي الرجل وجهه في الإحرام. وقوله: **(ولا يمس طيباً)** الطيب ما له رائحة طيبة **(لقوله عليه الصلاة والسلام «الحاج الشعث التفل»)** والشعث بالكسر نعت، وبالفتحة مصدر: وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رائحة كريهة **(وكذا لا يدّهن لما روينا)** يعني «الحاج الشعث التفل». قال: **(ولا يحلق رأسه)** المحرم لا يحلق شعره مطلقاً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٤٥ من حديث ابن عباس وقد تقدم.

(٢) أخرجه الطحاوي في المعاني ٢/١٣٧ من حديث ابن عمر.

(٣) تقدم قبل قليل.

(٤) قوله (تردع الجلد) تردع من الردع وهو اللطخ بطيب أو زعفران أو غيره وفي نهاية ابن الأثير: المزعفرة التي تردع على الجلد: أي تنفض صبغها عليه اهـ. والعين في هذه المادة مهملة كما في كتب الحديث واللغة وإعجامها كما وقع في بعض النسخ تحريف كتبه مصححه.

المعصفر لأنه لون لا طيب له. ولنا أن له رائحة طيبة. قال: **(ولا بأس بأن يغتسل ويدخل الحمام)** لأن عمر رضي

المورس، وفحواه في المعصفر خاليين عن المعارض وليس تخصيصاً أيضاً. وأما الأوّل ففي موطإ مالك «أن عمر رضي الله عنه رأى على طلحة بن عبيد الله ثوباً مصبوغاً وهو محرم، فقال: ما هذا الثوب المصبوغ يا طلحة؟ فقال: يا أمير المؤمنين إنما هو مدر، فقال عمر رضي الله عنه: أيها الرهط إنكم أئمة يقتدي بكم الناس، فلو أن رجلاً جاهلاً رأى هذا الثوب لقال إن طلحة بن عبيد الله كان يلبس الثياب المصبغة في الإحرام فلا تلبسوا أيها الرهط شيئاً من هذه الثياب المصبغة»[1] اهـ. فإن صح كونه بمحضر من الصحابة أفاد منع المتنازع فيه وغيره، ثم يخرج الأزرق ونحوه بالإجماع عليه، ويبقى المتنازع فيه داخلاً في المنع. والجواب المحقق إن شاء الله سبحانه أن نقول: ولتلبس بعد ذلك الخ مدرج فمن المرفوع صريحاً هو قوله «سمعته ينهي عن كذا» وقوله «ولتلبس» بعد ذلك ليس من متعلقاته ولا يصح جعله عطفاً على ينهي لكمال الانفصال بين الخبر والإنشاء فكان الظاهر أنه مستأنف من كلام ابن عمر رضي الله عنهما فتخلو تلك الدلالة عن المعارض الصريح، أعني منطوق المورس ومفهومه الموافق، فيجب العمل به قوله: **(لأن عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم)** أسند الشافعي رحمه الله إلى عمر رضي الله عنه أنه قال ليعلى ابن أمية «اصبب على رأسي، فقلت: أمير المؤمنين أعلم. فقال: والله ما يزيد الماء الشعر إلا شعثاً، فسمى الله ثم أفاض على رأسه»[2] ورواه مالك في الموطأ بمعناه. وفي الصحيحين ما يغني عن هذا وهو ما عن عبد الله بن حنين «أن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما والمسور بن مخرمة اختلفا بالأبواء، فقال ابن عباس: يغتسل المحرم، وقال المسور: لا يغتسل، فأرسله ابن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه فوجده يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب، قال: فسلمت عليه فقال: من هذا؟ قلت: أنا عبد الله بن حنين أرسلني إليك عبد الله بن عباس يسألك كيف كان رسول الله ﷺ يغتسل وهو محرم؟ قال: فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لإنسان يصب عليه: اصبب فصب على رأسه، ثم حرّك أبو أيوب رضي الله عنه رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر ثم قال

(لقوله تعالى ﴿ولا تحلقوا رءوسكم﴾ الآية) وهو بعبارته ينهي عن حلق الرأس، وبدلالته عن حلق شعر البدن لأن شعر الرأس مستحق الأمن عن الإزالة لكونه نامياً يحصل الاتفاق بإزالته، وهذا المعنى موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة. وقوله: **(ولا يقص من لحيته)** ظاهر. وقوله: **(قضاء التفث)** يعني إزالة الوسخ، والورس صبغ أصفر، وقيل: نبت طيب الرائحة، وفي القانون الورس شيء أحمر قانىء يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن. وقوله: **(لا ينفض)** أي لا يوجد منه رائحة الورس الزعفران والعصفر، وعن محمد أن لا يتعدى أثر الصبغ إلى غيره أو لا تفوح منه رائحة الطيب. والثاني: مختار المصنف لأنه قال: **(لأن المنع للطيب لا للون)** واعترض على المروي عن القدوري وهو ينفض على بناء الفاعل لأنهم يقولون نفضت الثوب أنفضه نفضاً إذا حركته ليسقط ما عليه، والثوب ليس بنافض وأنكر هذه الرواية وقيل: بل هي على بناء المفعول، ولئن كانت كان إسناداً مجازياً وقال الشافعي: **(لا بأس بلبس المعصفر لأنه لون لا طيب له)** فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به، وقلنا حديث الورس دليل في المعصفر بالأولوية لأنه فوق الورس في طيب الرائحة، وهو مذهب عائشة. وقوله: **(ولا بأس بأن يغتسل)** ظاهر، والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير، وسئلت عائشة رضي الله عنها: هل يلبس المحرم الهميان؟ فقالت: استوثق في نفقتك بما شئت، ولأنه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط. ونوقض بشدّ الإزار والرداء بحبل أو غيره فإنه مكروه بالإجماع، وليس في

قوله: **(المصنف لأن المنع للطيب لا للون)** أقول: فإن قلت: ما يقول المصنف في تفسير محمد النفض بأن لايتعدى

---

(١) موقوف. أخرجه مالك في موطئه ١/ ٣٢٦ عن عبد الله بن عمر: أن عمر... فذكره موقوفاً عليه.

(٢) موقوف. أخرجه الشافعي ١/ ٣٠٩ ومالك ١/ ٣٢٣ كلاهما عن عمر بن الخطاب موقوفاً عليه.

الله عنه اغتسل وهو محرم (و) لا بأس بأن (**يستظل بالبيت والمحمل**) وقال مالك: يكره أن يستظل بالفسطاط وما أشبه ذلك، لأنه يشبه تغطية الرأس. ولنا أن عثمان رضي الله تعالى عنه كان يضرب له فسطاط في إحرامه ولأنه لا يمس بدنه فأشبه البيت، ولو دخل تحت أستار الكعبة حتى غطته، إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لأنه استظلال (و) لا بأس بأن (**يشدّ في وسطه الهميان**) وقال مالك رحمه الله: يكره إذا كان فيه نفقة غيره لأنه لا ضرورة. ولنا أنه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان (**ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي**) لأنه نوع طيب، ولأنه يقتل هوام الرأس. قال: (**ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفاً أو هبط وادياً أو لقي ركباً وبالأسحار**) لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يلبون في هذه الأحوال، والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في

هكذا رأيته ﷺ يفعل»[1] والإجماع على وجوب اغتسال المحرم من الجنابة، ومن المستحبّ الاغتسال لدخول مكة مطلقاً، وإنما كره مالك رحمه الله أن يغيب رأسه في الماء لتوهم التغطية وقتل القمل، فإن فعل أطعم. ويجوز للمحرم أن يكتحل بما لا طيب فيه ويجبر الكسر ويعصبه وينزع الضرس ويختتن ويلبس الخاتم، ويكره تعصيب رأسه، ولو عصبه يوماً أو ليلة فعليه صدقة، ولا شيء عليه لو عصب غيره من بدنه لعلة أو لغير علة لكنه يكره بلا علة قوله وقال مالك رحمه الله: (**يكره أن يستظل**) وبه قال أحمد رحمه الله، وبقولنا قال الشافعي رحمه الله، وذكر المصنف رحمه الله عن عثمان رضيَ الله عنه «**أنه كان يضرب له فسطاط**» في مسند ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع حدثنا الصلت عن عقبة بن صهبان قال «**رأيت عثمان رضي الله عنه بالأبطح وإن فسطاطه مضروب وسيفه معلق بالشجرة**»[2] اهـ. ذكره في باب المحرم يحمل السلاح، والظاهر أن الفسطاط إنما يضرب للاستظلال. واستدل أيضاً بحديث أم الحصين في مسلم «**حججنا مع رسول الله ﷺ حجة الوداع فرأيت أسامة وبلالاً وأحدهما آخذ بخطام ناقته رسول الله ﷺ والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة**» الحديث. وفي لفظ مسلم «**والآخر رافع ثوبه على رأس النبي ﷺ يظله من الشمس**»[3] ودفع بتجويز كون هذا الرامي في قوله «**حتى رمى جمرة العقبة**»[4] كان في غير يوم النحر في اليوم الثاني أو الثالث فيكون بعد إحلاله، اللهم إلا أن يثبت من ألفاظه جمرة العقبة يوم النحر، وحينئذ

معنى لبس المخيط، وبما إذا عصب العصابة على رأسه فإنه مكروه، فلو فعله يوماً كاملاً لزمه الصدقة، وليس في معنى لبس المخيط. وأجيب على الأول: بأن الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه، وهو ما روي «أن النبي ﷺ رأى رجلاً قد شدّ فوق إزاره حبلاً، فقال: ألق هذا الحبل ويلك» وعن الثاني: بأن لزوم الصدقة إنما هو باعتبار تغطية بعض الرأس بالعصابة والمحرم ممنوع من ذلك إلا أن ما يغطيه جزء يسير يكتفى فيه بالصدقة. وقوله (**لأنه نوع طيب ولأنه يقتل هوامّ الرأس**) قيل: لوجود هذين

الخ فإن قوله لا للون يخالفه. قلنا لعله يدعي أن المقصود من نفي التعدية نفي أن تفوح الرائحة، فإنه إذا لم يتعد لونه لا تفوح رائحته فليتأمل. قوله: (**بل هي على بناء المفعول**) أقول: فيه بحث قوله: (**كان إسناداً مجازياً**) أقول: كقولك أقدمني بلدك حق لي على فلان على ما حقق في كتب البلاغة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٠ ومسلم ١٢٠٥ وأبو داود ١٨٤٠ والنسائي ٥/١٢٨، ١٢٩ وابن ماجه ٢٩٣٤ والدارمي ٢/٣٠ وابن خزيمة ٣٦٥٠ والدارقطني ٢/٢٧٢، ٢٧٣ وابن الجارود ٤٤١ والبيهقي ٥/٦٣ والشافعي ١/٣٠٨ وأحمد ٥/٤١٨ وابن الجارود ٤٤١ كلهم من حديث عبد الله، والمسور بن مخرمة.

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/٣٢ عن عقبة بن صبهان قال: رأيت عثمان... فذكره.

(٣) صحيح. إخرجه مسلم ١٢٩٨ وأبو داود ١٨٣٤ والنسائي في الكبرى ٤٠٦٦ وابن خزيمة ٢٦٨٨ وابن حبان ٣٩٤٩ والطبراني في الكبير ٢٥/(٣٨٠) وأحمد ٦/٤٠٢. كلهم من حديث أم الحصين.

(٤) هو المتقدم.

الصلاة، فيؤتى بها عند الانتقال من حال إلى حال (ويرفع صوته بالتلبية) لقوله عليه الصلاة والسلام «أفضل الحجّ

يبعد ويكون منقطعاً باطناً، وإن كان السند صحيحاً من جهة أن رميها يوم النحر يكون أول النهار في وقت لا يحتاج فيه إلى تظليل، فالأحسن الاستدلال بما في الصحيحين من حديث جابر الطويل حيث قال فيه «فأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فسار رسول الله ﷺ» إلى أن قال «فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزلها»[1] الحديث، ونمرة بفتح النون وكسر الميم موضع بعرفة. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عبدة بن سليمان عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن عامر قال «خرجت مع عمر رضي الله عنه فكان يطرح النطع على الشجرة فيستظل به»[2] يعني وهو محرم. قوله: **(إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه)** يفيد أنه إن كان يصيب يكره، وهذا لأن التغطية بالمماسة يقال لمن جلس في خيمة ونزع ما على رأسه جلس مكشوف الرأس، وعلى هذا قالوا: لا يكره له أن يحمل نحو الطبق والإجانة والعدل المشغول بخلاف حمل الثياب ونحوها، لأنها تغطي عادة فيلزم بها الجزاء قوله: **(ولنا أنه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان)** قد يقال: الكراهة ليس لذلك بل لكراهة شد الإزار والرداء بحبل أو غيره إجماعاً، وكذا عقده والهميان حينئذ من هذا القبيل. قلنا: ذاك بنص خاص سببه شبهه حينئذ بالمخيط من جهة أنه لا يحتاج إلى حفظه، وعن ذلك كره تخليل الرداء أيضاً، وليس في شد الهميان هذا المعنى لأنه يشد تحت الإزار عادة، وأما عصب العصابة على رأسه فإنما كره تعصيب رأسه لزمه إذا دام يوماً كفارة للتغليظ وقالوا: لا يكره شد المنطقة والسيف والسلاح والتختم، وعلى هذا فما قدمناه من كراهة عصب غير الرأس من بدنه إنما هو لكونه نوع عبث قوله: **(لأنه نوع طيب، ولأنه يقتل هوامّ الرأس)** فلوجود هذين المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا غسل رأسه بالخطمى فإن له رائحة ملتذة وإن لم تكن ذكية، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: عليه صدقة لأنه ليس بطيب، بل هو كالأشنان يغسل به الرأس، ولكنه يقتل الهوامّ قوله: **(كانوا يلبون الخ)** في مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن خيثمة قال: كانوا يستحبون التلبية عند ست: دبر الصلاة، وإذا استقلت بالرجل راحلته، وإذا صعد شرفاً أو هبط وادياً، وإذا لقي بعضهم بعضاً، وبالأسحار[3]. ثم المذكور في ظاهر الرواية في أدبار الصلوات من غير تخصيص كما هو النص وعليه مشى في البدائع فقال: فرائض كانت أو نوافل، وخصه الطحاوي بالمكتوبات دون النوافل والفوائت فأجراها مجرى التكبير في أيام التشريق، وعزى إلى ابن ناجية في فوائده عن جابر قال «كان رسول الله ﷺ يكبر إذا لقي ركباً وذكر الكل سوى استقلال الراحلة»[4] وذكره الشيخ تقي الدين في الإمام ولم يعزه. وذكر في النهاية حديث خيثمة، هذا وذكر مكان استقلت راحلته إذا استعطف

المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند أبي حنيفة، إذا غسل رأسه بالخطمى فإن له رائحة وإن لم تكن ذكية، وفي قوله أبي يوسف عليه صدقة لأنه ليس بطيب بل هو كالأشنان ولكنه يقتل الهوام. قال: **(ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفاً)** المحرم يكثر التلبية في خمسة أوقات على ما ذكره في الكتاب، وزاد الأعمش عن خيثمة سادساً وهو ما إذا استعطف الرجل راحلته، والتعليل في الكتاب ظاهر. وقوله: **(ويرفع صوته بالتلبية)** المستحب عندنا في الدعاء والأذكار الإخفاء إلا إذا تعلق بإعلانه مقصود كالأذان والخطبة وغيرهما، والتلبية للإعلام بالشروع فيما هو من أعلام الدين، فكان رفع الصوت بها

---

(١) تقدم في أول كتاب الحج من حديث جابر الطويل.

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٢، ٣٣ عن عمر موقوفاً.

(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٣ عن خيثمة.

(٤) ضعيف جداً. قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٣٩: وهذا الحديث ذكره الشيخ في المهذب، وبيض له النووي، والمنذري، وقد رواه ابن عساكر في تخريجه لأحاديث المهذب بإسناد له إلى جابر، وقال ابن حجر: في إسناده من لا يعرف اهـ. والمشهور في ذلك عن ابن عمر.

العج والثج» فالعج رفع الصوت بالتلبية، والثج إسالة الدم. قال: (فإذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد الحرام) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام كما دخل مكة دخل المسجد» ولأن المقصود زيارة البيت وهو فيه، ولا يضره ليلاً

الرجل راحلته. والحاصل أنا عقلنا من الآثار اعتبار التلبية في الحج على مثال التكبير في الصلاة، فقلنا: السنة أن يأتي بها عند الانتقال من حال إلى حال. والحاصل أنها مرة واحدة شرط والزيادة سنة، قال في المحيط: حتى تلزمه الإساءة بتركها. وروى الإمام أحمد رحمه الله عن جابر عن النبي ﷺ: «من أضحى يوماً محرماً ملبياً حتى غربت الشمس غربت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه»[1] وعن سهل بن سعد عنه عليه الصلاة والسلام «ما من ملبّ يلبي إلا لبى ما عن يمينه وعن شماله»[2] صححه الحاكم، وهذا دليل ندب الإكثار منها غير مقيد بتغير الحال، فظهر أن التلبية فرض وسنة ومندوب، ويستحب أن يكررها كلما أخذ فيها ثلاث مرات ويأتي بها على الولاء ولا يقطعها بكلام، ولو رد السلام في خلالها جاز ولكن يكره لغيره السلام عليه في حالة التلبية، وإذا رأى شيئاً يعجبه قال: لبيك إن العيش عيش الآخرة كما قدمناه عنه عليه الصلاة والسلام قوله: (ويرفع صوته بالتلبية) وهو سنة فإن تركه كان مسيئاً ولا شيء عليه ولا يبالغ فيه فيجهد نفسه كي لا يتضرر على أنه ذكر ما يفيد بعض ذلك. قال أبو حازم: كان أصحاب رسول الله ﷺ لا يبلغون الروحاء حتى تبحّ حلوقهم من التلبية[3]، إلا أنه يحمل على الكثرة مع قلة المسافة، أو هو عن زيادة وجدهم، وشوقهم بحيث يغلب الإنسانَ عن الاقتصاد في نفسه. وكذا العجّ في الحديث الذي رواه فإنه ليس مجرد رفع الصوت بل بشدة. وهو ما أخرج الترمذي وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال «قام رجل إلى النبي ﷺ فقال: من الحاج، قال: الشعث التفل، فقام آخر فقال: أيّ الحج أفضل يا رسول الله؟ قال: العج والثجّ، فقام آخر فقال: ما السبيل يا رسول الله؟ قال: الزاد والراحلة»[4] قال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن يزيد الجوزي المكي، وقد تكلم فيه من قبل حفظه. وأخرجا أيضاً عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه «أن النبي ﷺ سئل: أي الحج أفضل؟ قال: العج والثج»[5] ورواه الحاكم وصححه. وقال الترمذي:

مستحباً وقوله (فإذا دخل مكة) واضح وقوله (وإن تبرك بالمنقول منها) أي من الدعوات (فحسن) ومن المنقول أنه إذا وقع بصره

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد ٣/ ٣٧٣ والبيهقي ٥/ ٤٣ من وجوه وكذا ابن ماجه ٢٩٢٥ كلهم من حديث جابر.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف عاصم هذا، وعاصم بن حفص أيضاً اهـ. وفي إسناده البيهقي أيضاً عاصم ضعيف كما في التقريب، والميزان ٢/ ٣٥٤.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ٨٢٨ وابن ماجه ٢٩٢١ والبيهقي ٥/ ٤٣ والحاكم ١/ ٤٥١ من حديث سهل بن سعد وصدره: «ما من مؤمن يلبي...».
وصححه الحاكم، وسكت عنه الذهبي موافقاً له.
وفي إسناد الترمذي، وابن ماجه إسماعيل بن عياش متكلم فيه لكن توبع في مستدرك الحاكم، ومداره من الطريقين على عمارة بن غزية الأنصاري قال ابن حجر في التقريب: ٢/ ٥١: لا بأس به روى له مسلم وأصحاب السنن اهـ فالحديث إسناده جيد على شرط مسلم.

(٣) هكذا أورده. وقد أخرج البيهقي ٥/ ٤٣ عن عائشة وضعفه وفيه: «فلما بلغنا الروحاء سمعت عامة الناس قد بحت أصواتهم في التلبية وكذا أورده عن أنس، وضعفه أيضاً.

(٤) تقدم قبل قليل.

(٥) أخرجه الترمذي ٨٢٧ وابن ماجه ٢٩٢٤ والحاكم ١/ ٤٥١ والبيهقي ٥/ ٤٢، ٤٣ كلهم من حديث أبي بكر وصححه الحاكم وأقره الذهبي!.
وقال الترمذي: هذا حديث غريب، وابن المنكدر لم يسمع من ابن اليربوع.
ورواه ضرار عن ابن المنكدر عن سعيد بن عبد الرحمن بن يربوع عن أبيه عن أبي بكر فأخطأ فيه ضرار.
قال أحمد بن حنبل: من قال ابن المنكدر عن سعيد بن يربوع عن أبيه فقد أخطأ. ثم قال الترمذي:
وقال البخاري: حديث ضرار من هذا الوجه خطأ اهـ فقلت: يروونه عن ابن أبي فديك من وجه آخر فقال: لا شيء إنما رووه عن ابن أبي فديك ولم يذكروا فيه سعيداً ورأيت البخاري يضعف ضرار بن صُرَد.

دخلها أو نهاراً لأنه دخول بلدة فلا يختص بأحدهما (وإذا عاين البيت كبر وهلل) وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما يقول: إذا لقي البيت باسم الله والله أكبر. ومحمد رحمه الله لم يعين في الأصل لمشاهد الحج شيئاً من

لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي فديك عن الضحاك بن عثمان. ومحمد بن المنكدر وهو الذي روى عنه الضحاك لم يسمع من عبد الرحمن بن يربوع. وفي مسند ابن أبي شيبة: حدثنا أبو أسامة عن أبي حنيفة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب عن عبد الله عن النبي ﷺ قال «أفضل الحج والثج»(١) والعج: العجيج بالتلبية، والثج: نحر الدماء. وفي الكتب الستة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن آمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال، أو قال: بالتلبية»(٢) وفي صحيح البخاري عن أنس قال «صلى النبي ﷺ بالمدينة الظهر أربعاً، والعصر بذي الحليفة ركعتين، وسمعتهم يصرخون بهما جميعاً بالحج والعمرة في التلبية»(٣) وعن ابن عباس رضي الله عنهما «رفع الصوت بالتلبية زينة الحج» وعنه «خرجنا مع رسول الله ﷺ بين مكة والمدينة فمررنا بواد فقال: أيّ واد هذا؟ قالوا: وادي الأزرق، قال: كأني أنظر إلى موسى بن عمران واضعاً إصبعه في أذنه له جؤار إلى الله بالتلبية ماراً بهذا الوادي، ثم سرنا الوادي حتى أتينا على ثنية فقال: أيّ ثنية هذه؟ قالوا: هرشي أو لفت، فقال: كأني أنظر إلى يونس على ناقة حمراء خطام ناقته ليف خلبة وعليه جبة له من صوف ماراً بهذا الوادي ملبياً»(٤) أخرجه مسلم. ولا يخفى أنه لا منافاة بين قولنا لا يجهد نفسه بشدة رفع صوته وبين الأدلة الدالة على استحباب رفع الصوت بشدة إذ لا تلازم بين ذلك وبين الإجهاد، إذ قد يكون الرجل جهوري الصوت عاليه طبعا فيحصل الرفع

على البيت يقول: «اللهم زد بيتك تشريفاً وتكريماً وتعظيماً وبراً ومهابة وزد من شرّفه وكرمه وعظمه ممن حجة أو اعتمره

= قال الترمذي: العج: رفع الصوت بالتلبية والثج: نحر البدن اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد لم يخرجاه ووافقه الذهبي وقال البيهقي عقبه بعد أن أخرجه من طريق ابن المنكدر عن ابن يربوع مباشرة قال الترمذي سألت البخاري عنه فقال هو مرسل عندي ابن المنكدر لم يسمع ابن يربوع، ومن ذكر سعيداً فقد أخطأ اهـ باختصار وأورده ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٣٩، ٢٤٠ وذكر كلام الترمذي وأنه قال هو، وأحمد، والبخاري: حديث ضرار خطأ اهـ.

الحاصل: أن الحديث رجاله ثقات لأن ابن أبي فديك صدوق روى له الستة في كتبهم كما في الميزان ٣/ ٤٨٣ والتقريب لكن الحديث فيه إرسال كما تقدم فهو قريب من الحسن خصوصاً لم يذكر أحد من الأئمة أنه موضوع، ولا شديد الضعف فقط فيه إرسال.

ورأيت له شاهداً ذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٢٤ من حديث ابن مسعود، وقال: رواه أبو يعلى وفيه رجل ضعيف اهـ.

وفي نصب الراية ٣/ ٣٣: وأخرجه الترمذي بأتم منه والبزار كلاهما من حديث ابن عمر، وفيه الخوزي.

قال البزار: ليس بالقوي اهـ.

قلت هو في الترمذي ٢٩٩٨ فيصير حسناً بهذه الطرق الثلاث.

(١) حسن لشواهده: أخرجه أبو يعلى ٥٠٨٦ وأبو حنيفة في مسنده ص٨٢ كلاهما من حديث عبد الله بن مسعود.

وذكره ابن حجر في المطالب العالية ١/ ٣٥٥ (١٢٠٠) وعزاه إلى أبي بكر بن أبي شيبة.

وقال الهيثمي ٣/ ٢٢٤: رواه أبو يعلى وفيه رجل ضعيف اهـ.

قلت: لم يسمه الهيثمي لأنه إمام مشهور لكن قد توبع، فالحديث حسن، وتقدم في الذي قبله.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ١٨١٤ والترمذي ٨٢٩ والنسائي ٥/ ١٦٢ وابن ماجه ٢٩٢٢ والدارمي ٢/ ٣٤ والبيهقي ٥/ ٤١، ٤٢ وابن حبان ٣٨٠٢ وأحمد ٤/ ٥٥، ٥٦ والطبراني ٦٦٢٩ والدارقطني ٢/ ٢٣٨ وابن خزيمة ٢٦٢٥، ٢٦٢٧ ومالك ١/ ٣٣٤ والشافعي ١/ ٣٠٦ كلهم من حديث خلاد بن السائب عن أبيه. وهو ابن خلاد بن سويد، ورجاله رجال الشيخين غير خلاد بن السائب روعاً له أصحاب السنن، وهو ثقة.

وورد من حديث زيد بن خالد الجهني أخرجه ابن ماجه ٢٩٢٣ وابن خزيمة ٢٦٢٨ وابن حبان ٣٨٠٣ والطبراني ٥١٧٠ والحاكم ١/ ٤٥٠ وأحمد ٥/ ١٩٢ وفي إسناده المطلب بن عبد الله صدوق.

تنبيه: هذا الحديث لم يروه الشيخان، وقد نبه الحافظ في الدراية على ذلك، وإنما وقع للزيلعي وتبعه المصنف.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٤٨ من حديث أنس باب رفع الصوت بالإهلال، وكذا ابن حبان ٢٧٤٤ في صلاة المسافر.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦ وابن ماجه ٢٨٩١ وابن خزيمة ٢٦٣٢ وأحمد ١/ ٢١٦ كلهم من حديث ابن عباس

الدعوات لأن التوقيت يذهب بالرقة، وإن تبرك بالمنقول منها فحسن. قال: (ثم ابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر

العالي مع عدم تعبه به. والمعنى فيه أنها من شعائر الحج والسبيل فيما هو كذلك الإظهار والإشهار كالأذان ونحوه. ويستحب أن يصلي على النبي المعلم للخير ﷺ إذا فرغ من التلبية، ويخفض صوته بذلك قوله: (فإذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد) يخرج من عموم ما في الصحيحين «كان عليه الصلاة والسلام إذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين قبل أن يجلس ثم يجلس للناس»[١] وذكر المصنف فيه نصاً خاصاً عنه عليه الصلاة والسلام، ومعناه ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ أوّل شيء بدأ به حين قدم مكة أنه توضأ ثم طاف بالبيت»[٢] وروى أبو الوليد الأزرقي في تاريخ مكة بسنده عن عطاء مرسلاً «لما دخل رسول الله ﷺ لم يلو على شيء ولم يعرّج، ولا بلغنا أنه دخل بيتاً، ولا لها بشيء حتى دخل المسجد فبدأ بالبيت فطاف به»[٣] ولا يخفى أن تقديم الرجل اليمنى سنة دخول المساجد كلها. ويستحب أن يقول: اللهم اغفر لي ذنوبي، وافتح لي أبواب رحمتك. ويستحب أن يغتسل لدخول مكة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «كان لا يقدم مكة إلا بات بذي طوى حتى يصبح ويغتسل ثم يدخل مكة نهاراً»[٤]. ويذكر أنه عليه الصلاة والسلام فعله في الصحيحين. ويستحبّ للحائض والنفساء كما في غسل الإحرام، ويدخل مكة من ثنية كداء بفتح الكاف وبعد الألف همزة: وهي الثنية العليا على درب المعلى، وإنما سن لأنه يكون في دخوله مستقبل باب البيت وهو بالنسبة إلى قاصد البيت كوجه الرجل بالنسبة إلى قاصده، وكذا تقصد كرام الناس. وإذا خرج فمن السفلي لما سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى قوله: (ولا يضره ليلاً دخلها أو نهاراً) لما روى النسائي «أنه عليه الصلاة والسلام دخلها ليلاً ونهاراً. دخلها في حجه نهاراً وليلاً في عمرته»[٥] وهما سواء في حق الدخول لأداء ما به الإحرام، ولأنه دخول بلد. وما روي عن ابن عمر رضي الله عنه «أنه كان ينهي عن الدخول ليلاً» فليس تقريراً للسنة بل شفقة على الحاج من السرّاق. ويقول عند دخوله «اللهم أنت ربي وأنا عبدك، جئت لأؤدي فرضك، وأطلب رحمتك، وألتمس رضاك، متبعاً لأمرك راضياً بقضائك، أسألك مسألة المضطرين المشفقين من عذابك أن تستقبلني اليوم بعفوك، وتحفظني برحمتك، وتتجاوز عني بمغفرتك، وتعينني على أداء فرائضك. اللهم افتح لي أبواب رحمتك، وأدخلني فيها، وأعذني من الشيطان الرجيم» وكذا يقول عند دخول المسجد وكل مسجد وكل لفظ يقع به التضرع والخشوع. ويستحب أن يدخل من باب بني شيبة، منه

تشريفاً وتكريماً وتعظيماًوبراً ومهابة باسم الله والله أكبر» وعن عطاء «أن النبي ﷺ كان يقول: إذا لقي البيت: أعوذ برب البيت

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٨٨ ومسلم ٧١٦. كلاهما من حديث كعب بن مالك.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٦١٤، ١٦٤١ ومسلم ١٢٣٥ وابن حبان ٣٨٠٨ وابن خزيمة ٢٦٩٩ والبيهقي ٥/ ٧٧ كلهم من حديث عائشة.
«أن رجلاً من أهل العراق قال: سل لي عروة بن الزبير...». فذكره وإلى أن قال «وأخبرتني عائشة...».

(٣) مرسل. أخرجه البيهقي ٥/ ٧٧ وأبو الوليد الأرز في تاريخ مكة كما في نصب الراية ٣/ ٣٦ كلاهما عن عطاء مرسلاً.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٧٤ ومسلم ١٢٥٩ وأبو داود ١٨٦٥ والنسائي ٥/ ١٩٦ كلهم من حديث ابن عمر.
ولفظ البخاري: «أن ابن عمر قال: بات النبي ﷺ بذي طوى حتى أصبح، ثم دخل مكة وكان ابن عمر رضي الله عنهما يفعله».
وأخرجه الترمذي ٨٥٤ وابن ماجه ٢٩٤١ كلاهما من حديث ابن عمر مختصراً بلفظ «أن النبي ﷺ دخل مكة نهاراً»

(٥) ورد ما يدل على أنه دخل مكة نهاراً في الحديث المتقدم وما دل على أنه دخلها ليلاً، وورد من حديث مُحَرِّش الكعبي أخرجه الترمذي: ٩٣٥ ولفظ: «أن رسول الله ﷺ من الجعرانة ليلاً معتمراً فدخل مكة ليلاً فقضى عمرته ثم خرج عن ليلته...». وقال الترمذي: حسن صحيح.
وأخرج بنحوه أبو داود ١٩٩٦ والنسائي ٥/ ٢٠٠ والشافعي ١/ ٢٩٣، ٢٩٤ والبيهقي ٥/ ٧٢.
وقال ابن حجر في الفتح ٣/ ٤٣٦: إنه ﷺ أحرم من الجعرانة، دخل مكة ليلاً، فقضى أمر العمرة، ثم رجع ليلاً، وترجم عليه النسائي دخول مكة ليلاً اهـ.

وهلل) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل» **(ويرفع يديه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر» قال: **(واستلمه إن**

دخل عليه الصلاة والسلام[١] قوله: **(وإذا عاين البيت كبر وهلل)** ثلاثاً ويدعو بما بدا له، وعن عطاء «أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول إذا لقي البيت أعوذ برب البيت من الكفر والفقر، ومن ضيق الصدر، وعذاب القبر، ويرفع يديه»[٢] ومن أهم الأدعية طلب الجنة بلا حساب، فإن الدعاء مستجاب عند رؤية البيت قوله: **(ولم يعين محمد رحمه الله لمشاهد الحج شيئاً من الدعوات لأن توقيتها يذهب بالرقة)** لأنه يصير كمن يكرر محفوظه بل يدعو بما بدا له ويذكر الله كيف بدا له متضرعاً **(وإن تبرك بالمأثور منها فحسن)** أيضاً. ولنسق نبذة منها في مواطنها إن شاء الله تعالى. أسند البيهقي إلى سعيد بن المسيب قال «سمعت من عمر رضي الله عنه كلمة ما بقي أحد من الناس سمعها غيري، سمعته يقول: إذا رأى البيت: اللهم أنت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام»[٣] وأسند الشافعي عن ابن جريج «أن النبي ﷺ كان إذا رأى البيت رفع يديه وقال: اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتعظيماً وتكريماً وبراً ومهابة، وزد من شرفه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفاً وتعظيماً وتكريماً وبراً»[٤] ورواه الواقدي في المغازي موصولاً: حدثني ابن أبي سبرة عن موسى بن سعيد عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام دخل مكة نهاراً من كداء فلما رأى البيت قال»[٥] الحديث، ولم يذكر فيه رفع اليدين قوله: **(ثم ابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر وهلل لما روى الخ)** أما الابتداء بالحجر ففي حديث جابر الطويل[٦] المتقدم ما يدل عليه فارجع إليه، ولأنه لما كان أوّل ما يبدأ به الداخل الطواف لما قدمناه من قريب لزم أن يبدأ الداخل بالركن لأنه مفتتح الطواف، قالوا: أوّل ما يبدأ به داخل المسجد محرماً كان أولاً الطواف لا الصلاة، اللهم إلا إن دخل في وقت منع الناس من الطواف أو كان عليه فائتة مكتوبة أو خاف فوت المكتوبة أو الوتر أو سنة راتبة، أو فوت الجماعة في المكتوبة فيقدم كل ذلك على الطواف ثم يطوف، فإن كان حلالاً فطواف تحية أو محرماً بالحج فطواف القدوم وهو أيضاً تحية إلا أنه خص بهذه الإضافة، هذا إن دخل قبل يوم النحر، فإن دخل فيه فطواف الفرض يغني كالبداءة بصلاة الفرض تغني عن تحية المسجد أو بالعمرة فبطواف العمرة، ولا يسن في حقه طواف القدوم، وأما التكبير والتهليل ففي مسند أحمد رحمه الله عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال له: «إنك رجل

من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر». وقوله: **(ثم ابتدأ بالحجر)** ظاهر. وقوله: **(واستلمه)** يقال: استلم الحجر تناوله باليد أو بالقبلة أو مسحه بالكف، من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي الحجر وروي «أن رسول الله ﷺ قبّل الحجر

قال المصنف: **(واستلمه إن استطاع)** أقول: قال ابن الهمام: يعني بعد الرفع للافتتاح والتكبير والتهليل يستلمه، وكيفيته أن يضع يده على الحجر ويقبله ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت. وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته وقال: رأيت عمر رضي الله عنه قبله وسجد عليه ثم قال: رأيت رسول الله ﷺ فعل ذلك ففعلناه رواه

---

(١) وذلك لما أخرجه البيهقي ٥/٧٢ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/٢٣٨ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال البيهقي: إسناده غير محفوظ.
وقال الهيثمي: وفيه مروان بن أبي مروان قال السليماني: فيه نظر. وبقية رجاله ثقات. اهـ.
ولفظه «دخل رسول الله ﷺ ودخلنا معه من دار بني عبد مناف وهو الذي تسميه الناس باب بني شيبة، وخرجنا معه إلى المدينة من باب الحرورة، وهو باب الخياطين».

(٢) مرسل عطاء هذا. لم أره. لم يذكرو الزيلعي، ولا البيهقي مع أن البيهقي عقد فصلاً في القول عند رؤية البيت.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٥/٧٣ عن ابن المسيب قال: «سمعت من عمر...» فذكره موقوفاً.

(٤) مرسل. أخرجه الشافعي ١/٢٣٩ عن ابن جريج أن رسول الله ﷺ فذكره.

(٥) ضعيف. أخرجه الواقدي في المغازي كما في نصب الراية ٣/٣٧ من حديث ابن عباس، وهو معلول بالواقدي فإنه ضعيف.

(٦) تقدم في أول كتاب الحج.

استطاع من غير أن يؤذي مسلماً) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل الحجر الأسود ووضع شفتيه عليه،

قوّي لا تزاحم على الحجر فتؤذي الضعيف، إن وجدت خلوة فاستلمه وإلا فاستقبله وكبر وهلل»[١]. وعند البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار إليه بشيء في يده وكبر»[٢] وعند أبي داود «أنه ﷺ اضطبع فاستلم وكبر ورمل»[٣] وقال الواقدي: حدثني محمد بن عبد الله عن الزهري عن سالم بن عمر عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ لما انتهى إلى الركن استلمه وهو مضطبع بردائه وقال: باسم الله والله أكبر إيماناً بالله وتصديقاً بما جاء به محمد»[٤]. ومن المأثور عن الاستلام «اللهم إيماناً بك وتصديقاً بكتابك ووفاء بعهدك واتباعاً لسنة نبيك محمد ﷺ، لا إله إلا الله والله أكبر اللهم إليك بسطت يدي وفيما عندك عظمت رغبتي فاقبل دعوتي وأقلني عثرتي وارحم تضرعي وجد لي بمغفرتك وأعذني من مضلات الفتن» قوله: (ويرفع يديه) يعني عند التكبير لافتتاح الطواف لقوله: (عليه الصلاة والسلام: لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن»[٥]) تقدم في الصلاة، وليس فيه استلام الحجر ويمكن أن يلحق بقياس الشبه لا العلة، ويكون باطنهما في هذا الرفع إلى الحجر كهيئتهما في افتتاح الصلاة، وكذا يفعل في كل شوط إذا لم يستلمه قوله: (واستلمه) يعني بعد الرفع للافتتاح والتكبير والتهليل يستلمه. وكيفيته أن يضع يده على الحجر ويقبله لما في الصحيحين «أن عمر رضي الله عنه جاء إلى الحجر فقبله. وقال: إني لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك»[٦] وروى الحاكم حديث عمر رضي الله عنه وزاد فيه «فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: بلى يا أمير المؤمنين يضرّ وينفع، ولو علمت تأويل ذلك من كتاب الله لقلت إنه كما أقول: قال الله تعالى ﴿وإذا أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى﴾ فلما أقرّوا أنه الرب عز وجل وأنهم العبيد كتب ميثاقهم في رقّ وألقمه في هذا الحجر، وإنه يبعث يوم القيامة وله عينان ولسان وشفتان يشهد لمن وافاه فهو أمين الله تعالى في هذا الكتاب، فقال له عمر رضي الله عنه: لا أبقاني الله بأرض لست بها يا أبا الحسن»[٧] وقال:

الأسود ووضع شفتيه عليه» وروي أن عمر رضي الله عنه في خلافته أتى الحجر الأسود ووقف فقال: أما إني أعلم أنك حجر

ابن المنذر والحاكم وصححه، إلا أن الشيخ قوام الدين الكاكي قال: وعندنا الأولى أن لا يسجد لعدم الرواية من المشاهير، ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين في مناسكه اهـ. ونحن نقول: لكن ما رواه لا يدل على هذه الكيفية (قوله: وإنما جمعه باعتبار تكرر

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي ٥/ ٨٠ وأحمد ١/ ٢٨ وكلاهما عن سعيد بن المسيب عن عمر مرفوعاً.
قال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٤١: رواه أحمد وفيه راو لم يسمّ اهـ وفي إسناده مفضل بن صالح ضعيف كما في التقريب.
وأخرجه البيهقي ٥/ ٨٠ من طريق آخر عن أبي يعفور به وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٤١ وقال: مرسل، فإن هذا أبا يعفور الصغير، ولم يدرك الصحابة اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٦١٣، ١٦٣٢ بهذا اللفظ وأبو داود ١٨٨٩ بنحوه ١٨٨٩ كلاهما من حديث ابن عباس.

(٣) أبو داود ١٨٨٩. وتقدم في الذي قبله.

(٤) ضعيف. أخرجه الواقدي في مغازيه كما في نصب الراية ٣/ ٣٧ من حديث ابن عمر، وهو ضعيف لضعف الواقدي.

(٥) تقدم في كتاب الصلاة.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٩٧، ١٦١٠ ومسلم ١٢٧٠ وأبو داود ١٨٧٣ والترمذي ٨٦٠ والنسائي ٥/ ٢٢٧ وابن ماجه ٢٩٤٣ والدارمي ٢/ ٥٢، ٥٣ وأبو يعلى ١٨٩، ٢١٧ وأحمد ١/ ٢٦، ٣٥، ٤٦، ٥١ كلهم عن عمر بن الخطاب به.

(٧) باطل. أخرجه الحاكم في المستدرك ١/ ٤٥٧ من حديث أبي سعيد الخدري.
وقال الحاكم: ليس من شرط الشيخين، فإنها لم يحتجا بأبي هارون عمارة بن جوين العبدي.
وقال الذهبي: أبو هارون ساقط.
وقال ابن حجر في التقريب: متروك، ومنهم من كذبه.
وقال العقيلي في الضعفاء: قال حماد بن زيد: كان أبو هارون كذاباً يحدث بالغداة بشيء، وبالعشي شيئاً.
وجاء في الميزان ما ملخصه: كذبه حماد بن زيد، وقال أحمد: ليس بشيء. وقال صالح بن محمد: هو أكذب من فرعون.
وقال أحمد: ليس بشيء. وقال الجوزجاني: كذاب مفترٍ.

وقال لعمر رضي الله عنه: إنك رجل أيد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر، ولكن إن وجدت فرجة

ليس هذا الحديث على شرط الشيخين فإنهما لم يحتجا بأبي هارون العبدي. ومن غرائب المتون ما في ابن أبي شيبة في آخر مسند أبي بكر رضي الله عنه عن رجل رأى النبي ﷺ «وقف عند الحجر فقال: إني لأعلم أنك حجر لا تضرّ ولا تنفع ثم قبله، ثم حج أبو بكر رضي الله عنه فوقف عند الحجر فقال: إني لأعلم أنك حجر لا تضرّ ولا تنفع، ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك»[1] فليراجع إسناده، فإن صح يحكم ببطلان حديث الحاكم لبعد أن يصدر هذا الجواب عن عليّ رضي الله عنه، أعني قوله بل يضرّ وينفع بعد ما قال النبي ﷺ «لا يضرّ ولا ينفع» لأنه صورة معارضة، لا جرم أن الذهبي قال في مختصره عن العبدي إنه ساقط، وعمر رضي الله عنه إنما قال ذلك أو النبي ﷺ إزالة لوهم الجاهلية من اعتقاد الحجارة التي هي الأصنام، ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت. وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل؟ فعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته. وقال «رأيت عمر رضي الله عنه قبله ثم سجد عليه، ثم قال: رأيت رسول الله ﷺ فعل ذلك ففعلته»[2] رواه ابن المنذر والحاكم وصححه. وما رواه الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ سجد على الحجر»[3] وصححه يحمل على أنه مرسل صحابي لما صرح من توسط عمر، إلا أن الشيخ قوام الدين الكاكي قال: وعندنا الأولى أن لا يسجد لعدم الرواية في المشاهير، ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين في مناسكه قوله: **(وقال لعمر)** في رواية لابن ماجه عن ابن عمر قال «استقبل النبي ﷺ الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكي طويلاً ثم التفت فإذا هو بعمر بن الخطاب يبكي فقال يا عمر ههنا تسكب العبرات»[4] قوله: **(وإن أمكنه أن يمس الحجر شيئاً في يده)** أو يمسه بيده **(ويقبل ما مس به فعل)** أما الأول فلما أخرج الستة إلا الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن

لا تضرّ ولا تنفع، ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ استلمك ما استلمتك، فبلغ مقالته علياً رضي الله عنه فقال: أما إن الحجر ينفع فقال له عمر: وما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله يقول«إن الله تعالى لما أخذ الذرية من ظهر آدم عليه السلام وقررهم بقوله تعالى ﴿ألست بربكم قالوا بلى﴾ أودع إقرارهم الحجر، فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الإقرار والحجر يشهد له يوم القيامة». وقوله: **(إنك رجل أيد)** أي قوي. والعرجون أصل الكباسة. وقوله: **(واستلم الأركان)** يعني الحجر الأسود والركن اليماني، وإنما جمعه باعتبار تكرر الأشواط وإنما قلناه لأنه ذكر في الكتاب بعد هذا، فإنه لا يستلم

الأشواط) أقول: أو أطلق الجمع على المثنى.

---

(١) غريب. أخرجه ابن أبي شيبة من آخر مسند أبي بكر كما في نصب الراية ٣/ ٣٩ عن رجل رأى النبي ﷺ وقف... فذكره.
وقال الزيلعي: وهذا متن غريب، ويُراجع بقية إسناده. وكذا قال ابن الهمام. فلينظر.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه أبو يعلى ٢٢٠ من حديث ابن عمر وفي إسناده عمر بن هارون متروك.
وورد من طريق آخر عن جعفر بن محمد المخزومي قال: رأيت محمد بن عباد بن جعفر قبل الحجر وسجد عليه وقال: رأيت عمر بن الخطاب يُقبِّل الحجر...» فذكره.
أخرجه أبو يعلى ٢١٩ والبزار ١١١٤.
وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٤١ وقال: رواه أبو يعلى بإسنادين، وبقية رجاله رجال الصحيح ورواه البزار من الطريق الجيد اهـ.
قلت: ومحمد بن عباد لم يدرك عمر فهو منقطع، فقول الهيثمي: رواه البزار من الطريق الجيد. غير سديد، لكن يرتقع بهذا الفريضة قليلاً.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧٣ من حديث ابن عباس، وصححه، ووافقه الذهبي! مع أن فيه يحيى بن يمان صدوق يخطىء كثيراً، وقد تغير، فالخبر غير قوي وقد أشار ابن الهمام إلى أنه مرسل.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٩٤٥ والحاكم ١/ ٤٥٤ كلاهما من حديث ابن عمر صححه الحاكم! وسكت الذهبي وقال البوصيري: في إسناده محمد بن عون الخراساني ضعفه ابن معين، وأبو حاتم، وغيرهما.
وقال الذهبي في الميزان: محمد بن عون منكر الحديث قاله البخاري.

فاستلمه وإلا فاستقبله وهلل وكبر». ولأن الاستلام سنة والتحرز عن أذى المسلم واجب. قال: **(وإن أمكنه أن يمس الحجر شيئاً في يده)** كالعرجون وغيره **(ثم قبل ذلك فعل)** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام طاف على راحلته واستلم الأركان بمحجنه» وإن لم يستطع شيئاً من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي عليه الصلاة

النبي ﷺ طاف في حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه لأن يراه الناس وليشرف وليسألوه فإن الناس غشوه». وأخرجه البخاري عن جابر إلى قوله «لأن يراه الناس»(١). ورواه مسلم عن أبي الطفيل «رأيت النبي ﷺ يطوف بالبيت على راحلته يستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن»(٢). وههنا إشكال حديثي، وهو أن الثابت بلا شبهة «أنه عليه الصلاة والسلام رمل في حجة الوداع في غير موضع»(٣) ومن ذلك حديث جابر الطويل فارجع إليه، وهذا ينافي طوافه على الراحلة. فإن أجيب: بحمل حديث الراحلة على العمرة دفعه حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم «طاف عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع على راحلته يستلم الركن كراهية أن يصرف الناس عنه»(٤) ومرجع الضمير فيه إن احتمل كونه الركن: يعني أنه لو طاف ماشياً لانصرف الناس عن الحجر كلما جاء إليه رسول الله ﷺ توقيراً له إن يزاحم. لكنه يحتمل كون مرجعه النبي ﷺ: يعني لو لم يركب لانصرف الناس عنه، لأن كل من رام الوصول إليه لسؤال أو لرؤية لاقتداء لا يقدر لكثر الخلق حوله، فينصرف من غير تحصيل حاجته فيجب الحمل عليه لموافقة هذا الاحتمال حديث ابن عباس، فيحصل اجتماع الحديثين دون تعارضهما، والجواب: أن في الحج للآفاقي أطوفه فيمكن كون المروي من ركوبه كان في طواف الفرض يوم النحر ليعلمهم، ومشيه كان في طواف القدوم وهو الذي يفيده حديث جابر الطويل لأنه حكى ذلك الطواف الذي بدأ به أوّل دخوله مكة، كما يفيده سوقه للناظر فيه. فإن قلت: فهل يجمع بين ما عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم إنما طاف راكباً ليشرف ويراه الناس فيسألوه، وبين ما عن سعيد بن جبير أنه إنما طاف كذلك لأنه كان يشتكي. كما قال محمد: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان أنه سعى بين الصفا والمروة مع عكرمة فجعل حماد يصعد الصفا وعكرمة لا يصعد، ويصعد حماد المروة وعكرمة لا يصعدها، فقال حماد: يا أبا عبد الله ألا تصعد الصفا والمروة؟ فقال: هكذا كان طواف رسول الله ﷺ. قال حماد: فلقيت سعيد بن جبير فذكرت له ذلك، فقال «إنما طاف رسول الله ﷺ على راحلته وهو شاك يستلم الأركان بمحجن، فطاف بين الصفا والمروة على راحلته فمن أجل ذلك لم يصعد»(٥) اهـ. فالجواب بأن يحمل ذلك على أنه كان في العمرة. فإن قلت: قد ثبت في مسلم عن ابن عباس «إنما سعى رسول الله

غيرهما. والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم: عود معوج الرأس كالصولجان. وقوله: **(وإن لم يستطع شيئاً من ذلك استقبله وكبر وهلل)** قيل: يجعل باطن كفيه إلى الحجر دون السماء ولا يجعل باطن كفيه إلى السماء كما كان يفعل في سائر الأدعية، لأن في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه إلى الجمر هكذا في البدل. وقوله: **(ثم أخذ عن يمينه)** بيان لمبدإ الطواف وهو من الحجر. فإن افتتح من غيره لم يذكره محمد في الأصل. واختلف المتأخرون فيه، فقال بعضهم: لا يجوز وهكذا ذكر في الرقيات. ووجهه أن الأمر بالطواف مجمل في حق البداءة فالتحق فعل النبي عليه الصلاة والسلام بياناً له، فتفترض البداءة به.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٠٧ ومسلم ١٢٧٢ وأبو داود ١٨٧٧ والنسائي ٥/٢٣٣ وابن ماجه ٢٩٤٨ وابن حبان ٣٨٢٩ والشافعي ١/٣٤٥، ٣٤٦ وأحمد ١/ ٢١٤، ٢٣٧، ٢٤٨ كلهم من حديث ابن عباس لكن ليس فيه لفظ: «لأن يراه الناس وليشرف وليسألوه فإن الناس غشوه» هذه الرواية، وردت من حديث جابر أخرجه مسلم ١٢٧٣ وأبو داود ١٨٨٠.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٧٥ من حديث أبي الطفيل وكذا البيهقي ٥/ ١٠٠، ١٠١.

(٣) تقدم من حديث جابر الطويل في أوّل كتاب الحج.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٧٤ والبيهقي ٥/ ١٠٠ كلاهما من حديث عائشة.

(٥) مرسل. أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار كما في نصب الراية ٣/ ٤١ هكذا وأبو حنيفة في مسنده ص٨٩ دون ذكر القصة كلاهما عن سعيد بن جبير مرسلاً.

والسلام. قال: **(ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك فيطوف بالبيت سبعة أشواط)** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة أشواط» **(والاضطباع أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن ويلقيه على كتفه الأيسر)** وهو سنة، وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه الصلاة والسلام.

ﷺ ورمل بالبيت ليرى المشركين قوّته»[١] وهذا لازم أن يكون في العمرة إذ لا مشرك في حجة الوداع بمكة. فالجواب: نحمل كلاً منهما على عمره غير الأخرى، والمناسب حديث ابن عباس كونه في عمرة القضاء لأن الإراءة تفيده فليكن ذلك الركوب للشكاية في غيرها وهي عمرة الجعرانة. وسنسعفك بعد عُمَرِ رسول الله ﷺ في باب الفوات إن شاء الله تعالى، وأما الثاني ففي الصحيحين واللفظ لمسلم عن نافع قال «رأيت ابن عمر يستلم الحجر بيده ثم يقبل يده، وقال: ما تركته منذ رأيت رسول الله ﷺ يفعله»[٢] وذكر في فتاوى قاضيخان مسح الوجه باليد مكان تقبيل اليد قوله: **(فإن لم يستطع شيئاً من ذلك)** أي من التقبيل والمس باليد أو بما فيها **(استقبله)** ويرفع يديه مستقبلاً بباطنهما إياه **(وكبر وهلل وحمد الله وصلى على رسول الله ﷺ)** ويفعل في كل شوط عند الركن الأسود ما يفعله في الابتداء قوله: **(ثم أخذ عن يمينه الخ)** أما الأخذ عن اليمين ففي مسلم عن جابر «لما قدم عليه الصلاة والسلام مكة بدأ بالحجر فاستلمه، ثم مضى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً»[٣] وأما حديث الاضطباع ففي أبي داود عن ابن عباس «أن رسول الله ﷺ وأصحابه اعتمروا من الجعرانة فرملوا بالبيت، وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم، ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى»[٤]، سكت عنه أبو داود وحسنه غيره. وأخرج هو والترمذي وابن ماجه عن يعلى بن أمية «طاف رسول الله ﷺ مضطبعاً ببرد أخضر»[٥] حسنه الترمذي وسمي اضطباعاً افتعال من الضبع وهو العضد، وأصله اضتباع لكن قد عرف أن تاء الافتعال تبدل طاء إذا وقعت إثر حرف إطباق، وينبغي أن يضطبع قبل الشروع في الطواف بقليل، ويجب حمل الرمل في حديث الجعرانة على فعل الصحابة بتقدير ذلك الجمع الذي قدمناه. ويقول: إذا أخذ في الطواف عند محاذاة الملتزم وهو ما بين الحجر الأسود والباب من الكعبة: اللهم إليك مددت يدي، وفيما عندك عظمت رغبتي، فاقبل دعوتي، وأقلني عثرتي وارحم تضرعي، وجد لي بمغفرتك، وأعذني من مضلات الفتن. اللهم إن لك عليّ حقوقاً فتصدّق بها عليّ وعند محاذاة الباب يقول: اللهم هذا البيت بيتك، وهذا الحرم حرمك، وهذا الأمن أمنك، وهذا مقام العائذ بك من النار. يعني نفسه إبراهيم عليه الصلاة والسلام أعوذ بك من النار

وقال آخرون: يجوز لأن الأمر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب، وإنما قيد باليمين لأنه لو أخذ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة أشواط لا يعتد بطوافه عندنا، ويعيده ما دام بمكة، وإن رجع إلى أهله قبل الإعادة فعليه دم. وقال الشافعي: يعتد بطوافه، وقوله: **(وقد اضطبع رداءه)** قال في المغرب الصواب بردائه. وفي الصحاح: إنما سمي هذا الصنيع بذلك لإبداء الضبعين وهو التأبط أيضاً. وقوله: **(في حديث عائشة)** يعني ما روي «أن عائشة نذرت إن فتح الله مكة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٦٦ من حديث ابن عباس.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٩٧ ومسلم. ١٢٧٠ ح٢٥١ وأبو داود ١٨٧٣ كلهم من حديث عابس بن ربيعة عن عمر... فذكره.

وأخرجه بهذا اللفظ مسلم ١٢٦٨ وابن حبان ٣٨٢٤ والبيهقي ٥/ ٧٥ وابن خزيمة ٢٧١٥ وابن الجارود ٤٥٣ كلهم عن نافع عن عبد الله بن عمر به.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر الطويل وقد تقدم.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١٨٨٤ والبيهقي ٥/ ٧٩ وأحمد ١/ ٢٩٥، ٣٠٦ كلهم من حديث ابن عباس ونقل الزيلعي في ٣/ ٤٣ عن المنذري قوله: حديث حسن اهـ.

قلت: رجاله ثقات رجال مسلم.

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ١٨٨٣ والترمذي ٨٥٩ وابن ماجه ٢٩٥٤ كلهم من حديث ابن يعلى عن أبيه.

قال الترمذي: حسن صحيح. ونقله عنه المنذري في مختصره أيضاً ١٨٠٣ موافقاً له. ورجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم. وأبي يعلى هو صفوان.

قال: **(ويجعل طوافه من وراء الحطيم)** وهو اسم لموضع فيه الميزاب، سمي به لأنه حطم من البيت: أي كسر، وسمي حجراً لأنه حجر منه: أي منع، وهو من البيت لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عائشة رضي الله تعالى

فأعذني منها وإذا أتى الركن العراقي وهو الركن الذي من الباب إليه قال «اللهم إني أعوذ بك من الشك والشرك والشقاق والنفاق ومساوي الأخلاق وسوء المنقلب في المال والأهل والولد» وإذا حازى الميزاب قال «اللهم إني أسألك إيماناً لا يزول، ويقيناً لا ينفد، ومرافقة نبيك محمد ﷺ اللهم أظلني تحت عرشك يوم لا ظل إلا ظلك، واسقني بكأس محمد ﷺ شربة لا أظمأ بعدها أبداً» وإذا حاذى الركن الشامي وهو الذي من العراقي إليه قال «اللهم اجعله حجاً مبروراً، وسعياً مشكوراً، وذنباً مغفوراً، وتجارة لن تبور، يا عزيز يا غفور» وإذا أتى الركن اليماني وهو الذي من الشامي إليه قال «اللهم إني أعوذ بك من الكفر، وأعوذ بك من الفقر، وأعوذ بك من عذاب القبر، ومن فتنة المحيا والممات، وأعوذ بك من الخزي في الدنيا والآخرة» وأسند الواقدي في كتاب المغازي عن عبيد الله بن السائب المخزومي «أنه سمع النبي ﷺ يقول فيما بين الركن اليماني والأسود: ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾[1] واعلم أنك إذا أردت أن تستوفي ما أثر من الأدعية والأذكار في الطواف كان وقوفك في أثناء الطواف أكثر من مشيك بكثير، وإنما أثرت هذه في طواف فيه تأنّ ومهلة لارمل، ثم وقع لبعض السلف من الصحابة والتابعين أن قال في موطن كذا كذا، ولآخر في آخر كذا، ولآخر في نفس أحدهما شيئاً آخر، فجمع المتأخرون الكل لا أن الكل وقع في الأصل لواحد، بل المعروف في الطواف مجرد ذكر الله تعالى، ولم نعلم خبراً روي فيه قراءة القرآن في الطواف. وروى ابن ماجه عن أبي هريرة أنه سمع النبي ﷺ يقول «من طاف بالبيت سبعاً، ولا يتكلم إلا بسبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، محيت عنه عشر سيئات، وكتبت له عشر حسنات، ورفع له بها عشر درجات»[2] وسنذكر فروعاً تتعلق بالطواف نذكر فيها حكم قراءة القرآن قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** في الصحيحين واللفظ لمسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت «سألت رسول الله ﷺ عن الحجر أمن البيت هو؟ قال نعم، قلت: فما بالهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: إن قومك قصرت بهم النفقة، قلت: فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال: فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا، ولولا أن قومك حديث عهد بكفر وأخاف أن تنكره قلوبهم لنظرت أن أدخل الحِجْر بالبيت وأن ألزق بابه بالأرض»[3] وفي

على رسول الله ﷺ أن تصلي في البيت ركعتين، فأخذ رسول الله ﷺ بيدها وأدخلها في الحطيم وقال: صلي ههنا فإن الحطيم من البيت إلا أن قومك قصرت بهم النفقة فأخرجوه من البيت، ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء البيت وأظهرت قواعد الخليل عليه الصلاة والسلام، وأدخلت الحطيم في البيت، وألصقت العتبة بالأرض، وجعلت لها بابا شرقياً وباباً غربياً، ولئن عشت إلى قابل لأفعلن ذلك» ولم يعش ولم يتفرغ لذلك أحد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن

---

(١) حسن. أخرجه النسائي في الكبرى ٣٩٣٤ وكذا أبو داود ١٨٩٢ وابن خزيمة ٢٧٢١ والحاكم ١/ ٤٥٥ والبيهقي ٥/ ٨٤ وعبد الرزاق ٨٩٦٣ والشافعي ١/ ٣٤٧ وأحمد ٣/ ٤١١ وابن حبان ٣٨٢٦ كلهم من حديث عبد الله بن السائب وصححه الحاكم ووافقه الذهبي ورجاله ثقات.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٩٥٧ من حديث أبي هريرة. بهذا اللفظ.

وقال السندي: وذكر الدميري على أنه حديث غير محفوظ اهـ.

وورد من حديث ابن عمر بنحوه وفيه: «من طاف بهذا البيت أسبوعاً فأحصاه كان كعتق رقبة» وسمعته يقول: «لا يضع قدماً ولا يرفع أخرى إلا حط الله عنه خطيئة وكتب له بها حسنة» هذا لفظ الترمذي ٩٥٩ وهذا أخرجه ابن حبان ٣٦٩٧ والحاكم ١/ ٤٨٩ وابن خزيمة والطيالسي ١٩٠٠ وأحمد ٢/ ٩٥ وأبو يعلى ٥٦٨٧، ٥١٨٨.

وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٤٠، ٢٤١ وقال: رواه أحمد وفيه عطاء بن السائب قد اختلط.

وقال العقيلي في الضعفاء ٣/ ٤٠٠، ٤٠١: من سمع منه من الكبار صحيح مثل سفيان وشعبة وأما جرير وأشباهه فلا.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٨٣، ٣٣٦٨، ٤٤٨٤ و١٥٨٦، ١٥٨٤ ومسلم ١٣٣٣ والنسائي ٥/ ٢١٤ و٢١٥ وكذا الترمذي ٨٧٥ وابن ماجه ٢٩٥٥ والدارمي ٢/ ٥٣، ٥٤ وأحمد ٦/ ٢٣٩ والحاكم ١/ ٤٧٩، ٤٨٠ وأبو يعلى ٤٣٦٣ والطحاوي ٢/ ١٨٥ وابن خزيمة ٢٧٤١، ٣٠٢٣ وابن حبان ٣٨١٥، ٣٨١٦، ٣٨١٧ كلهم من حديث عائشة بألفاظ متقاربة، واللفظ لمسلم.

عنها «فإن الحطيم من البيت» فلهذا يجعل الطواف من ورائه، حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز. إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة لأن فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبتت بخبر الواحد احتياطاً، والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه. قال: **(ويرمل في الثلاثة الأول من الأشواط)** والرمل أن يهز

سنن أبي داود والترمذي عن عائشة رضي الله عنها «كنت أحبّ أن أدخل البيت وأصلي فيه، فأخذ رسول الله ﷺ بيدي فأدخلني في الحجر فقال: صلي في الحِجْر إذا أرادت دخول البيت فإنما هو قطعة من البيت، وإن قومك اقتصروا حين بنوا الكعبة فأخرجوه من البيت»[1] قال الترمذي: حسن صحيح. وكان عبد الله بن الزبير هدمه في خلافته وبناه على ما أحبّ عليه الصلاة والسلام أن يكون، فلما قتل أعاده الحجاج على ما كان يحبه عبد الملك بن مروان، قال عبد الملك: لسنا من تخليط أبي خبيب في شيء فهدمها وبناها على ما كانت عليه، فلما فرغ جاءه الحرث بن أبي ربيعة المعروف بالقباع، وهو أخو عمر بن أبي ربيعة الشاعر ومعه رجل آخر، فحدّثاه عن عائشة عن رسول الله ﷺ بالحديث المتقدم فندم، وجعل ينكت الأرض بمخصرة في يده ويقول: وددت أني تركت أبا خبيب وما عمل من ذلك، ذكر السهيلي هذا، وليس الحجر كله من البيت بل ستة أذرع منه فقط لحديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال «ستة أذرع من الحجر من البيت»[2] وما زاد ليس من البيت، رواه مسلم قوله: **(لا يجوز)** أي لا يحل له ذلك فتجب إعادة كله ليؤديه على وجهه المشروع، فإن لم يفعل بل أعاد على الحِجْر فقط ودخل الفرجتين جاز، وإن لم يفعل حتى رجع إلى أهله فسيأتي في باب الجنايات إن شاء الله تعالى. ولو طاف ولم يدخل الفرجتين بل كان يرجع كلما وصل إلى بابهما ففي الغاية لا يعدّ عوده شوطاً لأنه منكوس اهـ. وهو بناء على أن طواف المنكوس لا يصح لكن المذهب الاعتداد به، ويكون تاركاً للواجب، فالواجب هو الأخذ في الطواف من جهة الباب فيكون بناء الكعبة على يسار الطائف فتركه ترك واجب، فإنما يوجب الإثم فيجب إعادته ما دام بمكة، فإن رجع قبل إعادته فعليه دم، والافتتاح من غير الحجر اختلف فيه المتأخرون، قيل: لا يجزيه لأن الأمر بالطواف في الآية مجمل في حق الابتداء فالتحق فعله عليه الصلاة والسلام بياناً. وقيل: يجزيه لأنها مطلقة لا مجملة غير أن الافتتاح من الحجر واجب، لأنه عليه الصلاة والسلام لم يتركه قط قوله: **(لأن فرضية التوجه)** تقدم مثله في عدم جواز التيمم على أرض تنجست ثم جفت، وتقدم البحث فيه بأن قطعية التكليف بفعل يتعلق بشيء لا يتوقف الخروج عن عدته على القطع بذلك الشيء، بل ظنه كاف للقطع بالتكليف باستعمال الطاهر من الماء ثم يخرج عن عهدية القطع باستعمال ما يظن طهارته منه. ويجاب بأن الأصل عدم الانتقال عن الشغل المقطوع به إلا بالقطع به، غير أن ما لم يوجد فيه طريق للقطع يكتفي فيه بالظن ضرورة كحال الماء فإنه لا يتيقن بطهارته إلا حال نزوله من السماء، وكونه في البحر وما له حكمه، وليس يتمكن كل أحد من تحصيل ذلك في كل تطهير بخلاف التوجه

الزبير، وكان سمع الحديث منها ففعل ذلك وأظهر قواعد الخليل عليه الصلاة والسلام، وبنى البيت على قواعد الخليل بمحضر من الناس، وأدخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير فنقض بناءها وأعاده على ما كان عليه في الجاهلية، وإذا كان الحطيم من البيت فلا بدّ من دخوله في الطواف وباقي كلامه واضح. قال: **(ويرمل في الثلاثة الأول)** قال ابن عباس: لا رمل في الطواف، وإنما فعله رسول الله ﷺ في عمرة القضاء. وهو «أنه عليه الصلاة

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٠٢٨ والترمذي ٨٧٦ والنسائي ٥/ ٢١٩ كلهم من حديث عائشة.

قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال المنذري في مختصره ٢/ ٤٤٠: وعلقمة هذا مولى عائشة تابعي مدني احتج به البخاري ومسلم، وأمه حكى البخاري، وغيره أنها مرجانة اهـ.

قلت: ورجاله ثقات سوى مرجانة، وهي مقبولة كما في التقريب.

(٢) هو بعض حديث عائشة المتقدم قبل حديث ورواه مسلم ١٣٣٣ ح٤٠١ وفيه «وزدت فيها ستة أذرع من الحِجْر».

في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع. وكان سببه إظهار الجلد للمشركين حين قالوا: أضناهم حمى يثرب، ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه الصلاة والسلام وبعده. قال: **(ويمشي في الباقي على هينته)** على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عليه الصلاة والسلام **(والرمل من الحجر إلى الحجر)** هو المنقول من رمل النبي عليه الصلاة والسلام **(فإن زحمه الناس في الرمل قام. فإذا وجد مسلكاً رمل)** لأنه لابد له

والتيمم، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(وكان سببه الخ)** في الصحيحين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهم قال «قدم رسول الله ﷺ وأصحابه مكة وقد وهنتهم حمى يثرب، فقال المشركون إنه يقدم غداً عليكم قوم قد وهنتهم الحمى، ولقوا منها شدة، فجلسوا مما يلي الحج، فأمرهم النبي ﷺ أن يرملوا ثلاثة أشواط، ويمشوا بين الركنين ليرى المشركون جلدهم، فقال المشركون: هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم هم أجلد من كذا وكذا» وقال ابن عباس: ولم يمنعهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم[1] اهـ. ويعني بالركنين اليماني والأسود كما في أبي داود «كانوا إذا بلغوا الركن اليماني وتغيبوا عن قريش مشوا ثم يطلعون عليهم فيرملون يقول المشركون كأنهم الغزلان» قال ابن عباس: فكانت سنة[2]، فعن هذا ذهب الحسن البصري وسعيد بن جبير وعطاء إلى أنه لا رمل بين الركنين. وذهب ابن عباس رضي الله عنهما فيما نقل عنه إلى أنه لا رمل أصلاً، ونقله الكرماني عن بعض مشايخنا، وفي الصحيحين عن أبي الطفيل قال: «قلت لابن عباس: يزعم قومك أن رسول الله ﷺ قد رمل بالبيت وأن ذلك سنة، قال: صدقوا وكذبوا؟ قلت: ما صدقوا وكذبوا؟ قال: صدقوا أن رسول الله ﷺ قد رمل، وكذبوا ليس سنة، إن رسول الله ﷺ قدم مكة، فقال المشركون إن محمداً وأصحابه لا يستطيعون أن يطوفوا بالبيت من الهزال، وكانوا يحسدونه فأمرهم عليه الصلاة والسلام أن يرملوا ثلاثاً ويمشوا أربعاً»[3] فأشار المصنف إلى خلاف الفريقين بقوله: ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن رسول الله ﷺ وبعده، بقوله **(والرمل من الحجر إلى الحجر هو المنقول)** أما أنه بقي الحكم بعد زوال السبب في زمنه عليه الصلاة والسلام وبعده فلحديث جابر الطويل «أنه رمل في حجة الوداع»[4] وتقدم الحديث، وكذا الصحابة بعده والخلفاء الراشدون وغيرهم. وأخرج البخاري عن ابن عمر «أن عمر قال: ما لنا وللرمل، إنما كنا رأينا به المشركين وقد أهلكهم الله، ثم قال: شيء صنعه رسول الله ﷺ فلا نحب أن نتركه»[5] وأخرج أبو داود وابن ماجه عن زيد بن أسلم عن أبيه قال «سمعت عمر رضي الله عنه يقول: فيم الرمل؟ وكشف المناكب، وقد أعزّ الله تعالى الإسلام ونفى الكفر وأهله؟ ومع ذلك فلا ندع شيئاً كنا نفعله على عهد رسول الله ﷺ»[6] وأما أنه من الحجر إلى الحجر منقولاً ففي مسلم وأبي داود والنسائي

والسلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صدّه المشركون عن البيت، فصالحهم على أن ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج، فلما قدم في العام الثاني أخلوا له البيت ثلاثة أيام، وصعدوا الجبل، وطاف رسول الله ﷺ مع أصحابه، فسمع بعض المشركين يقول لبعض: أضناهم حمى يثرب، فاضطبع رسول الله ﷺ فرمل وقال لأصحابه: رحم الله امرأ أرى من نفسه قوّة، فإذا كان ذلك لإظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الآن فلا معنى للرمل. قلنا: ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله. روى جابر وابن عمر «أن النبي ﷺ

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٠٢ و٤٢٥٦ ومسلم ١٢٦٦ وأبو داود ١٨٨٦ والطحاوي ٢/ ١٧٩ والبيهقي ٥/ ٨٢ وأحمد ١/ ٢٩٤ و٢٩٥ و٣٧٣ كلهم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مرفوعاً.

(٢) هذه الرواية عند أبي داود ١٨٨٩ من حديث أبي الطفيل عن ابن عباس.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٦٤ وأبو داود ١٨٨٥ وابن ماجه ٢٩٥٣ وابن حبان ٣٨١١ و٣٨١٢ والطبراني ١٠٦٢٧ والطحاوي ٢/ ١٧٩، ١٨١ وأحمد ١/ ٢٢٩ كلهم عن أبي الطفيل عن ابن عباس به، ولم يعزه المنذري في مختصره ١٨٠٥ للبخاري وقد رواه ١٦٠٢ و٤٢٥٦ بنحوه.

(٤) تقدم حديث جابر في أوائل الحج.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٠٥ عن ابن عمر أن عمر فذكره.

وبنحوه أخرجه أبو داود ١٨٨٧ وابن ماجه ٢٩٥٢ كلاهما عن ابن عمر قال: سمعت عمر... فذكر.

(٦) هو المتقدم.

فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لأن الاستقبال بدل له. قال: **(ويستلم الحجر كلما مرّ به إن استطاع)** لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة، فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر، **وإن** لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا **(ويستلم الركن اليماني)** وهو حسن في ظاهر الرواية، وعن

وابن ماجه عن ابن عمر قال: «رمل رسول الله ﷺ من الحجر إلى الحجر ثلاثاً ومشى أربعاً»[1] وأخرج مسلم والترمذي عن جابر مثله[2]. وفي مسند الإمام أحمد عن أبي الطفيل عامر ابن واثلة «أنه عليه الصلاة والسلام رمل ثلاثاً من الحجر إلى الحجر»[3] وفي آثار محمد بن الحسن مرسلا: أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي «أن النبي ﷺ رمل من الحج إلى الحجر»[4] فهذه تقدم على ذلك لأنها مثبتة وذلك ناف. وأيضاً فإنما في ذلك الإخبار عن الصحابة رضي الله عنهم والمخبر عنه في هذه رسول الله ﷺ ثم ما فسر المصنف الرمل به هو ما فسر به في المبسوط. وقيل: هو إسراع مع تقارب الخطأ دون الوثوب والعدو. هذا والرمل بالقرب من البيت أفضل، فإن لم يقدر فهو بالبعد من البيت أفضل من الطواف بلا رمل مع القرب منه، ولو مشى شوطاً ثم تذكر لا يرمل إلا في شوطين، وإن لم يذكر في الثلاثة لا يرمل بعد ذلك قوله: **(ويستلم الحجر كلما مرّ به)** ذكر في وجهه المعنى دون المنقول وهو إلحاق الأشواط بالركعات فما يفتتح به العبادة وهو الاستلام يفتتح به كل شوط كالتكبير في الصلاة، وهو قياس شبه لإثبات استحباب شيء وفتح بابه قوله عليه الصلاة والسلام «الطواف بالبيت صلاة»[5] لكن فيه المنقول وهو ما في مسند أحمد والبخاري وغيره «أن النبي ﷺ طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار إليه بشيء في يده وكبر»[6] قوله: **(وإن لم يستطع الاستلام)** أي كلما مر **(استقبل وكبر وهلل)** ولم يذكر المصنف ولا كثير رفع اليدين في كل تكبير يستقبل به في كل مبدإ شوط، فإن لاحظنا ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن»[7] ينبغي أن ترفع للعموم في استلام الحجر وإن لاحظنا عدم صحة هذا اللفظ فيه وعدم تحسينه بل القياس المتقدم لم يفد ذلك إذ لا رفع مع ما به الافتتاح فيها إلا في الأول، واعتقادي أن هذا هو الصواب ولم أر عنه عليه الصلاة والسلام خلافه قوله: **(وعن محمد أنه سنة)** هذا هو مقابل ظاهر الرواية في قوله، وهو حسن في ظاهر الرواية، ويقبله مثل الحجر. وحديث ابن عمر من رواية الجماعة إلا الترمذي «لم أر النبي ﷺ يمسّ من الأركان إلا اليمانيين»[8] ليس حجة على ظاهر الرواية كما قد يتوهم، إذ ليس فيه

طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاث الأول، ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع». وقوله: **(ويمشي في الباقي على هينته)** أي على السكينة والوقار فعلة من الهون **(والرمل من الحجر إلى الحجر)** أي من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود **(فإن زحمه الناس في الرمل قام)** يعني وقف، ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث. وقوله: **(ويستلم الركن اليماني)** واليمن خلاف الشأم لأنها بلاد على يمين الكعبة، والنسبة إليها بمنى بتشديد الياء أو يمان بالتخفيف على تعويض الألف من إحدى ياءي النسبة، وقوله: **(حسن)** أي مستحب وقوله: **(ثم يأتي المقام)** أي مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٦٢ وأبو داود ١٨٩١ والنسائي ٥/ ٢٢٩ وابن ماجه ٢٩٥٠ كلهم من حديث ابن عمر، واللفظ لمسلم وابن ماجه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٦٣ والترمذي ٨٥٧ والنسائي ٥/ ٢٣٠ وابن ماجه ٢٩٥١ والدارمي ٢/ ٤٢ ومالك ١/ ٣٦٤ كلهم من حديث جابر، وهذا اللفظ تقدم في الحديث الطويل لجابر.

(٣) هذه الرواية أخرجها أحمد في مسنده ٥/ ٤٥٥ من حديث عامر بن واثلة.

(٤) مرسل. أخرجه محمد بن الحسن في آثاره عن إبراهيم النخعي أن النبي ﷺ... فذكره كما في نصب الراية ٣/ ٤٦.

(٥) تقدم في الصلاة.

(٦) تقدم قبل قليل.

(٧) تقدم في كتاب الصلاة.

(٨) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٠٩ ومسلم ١٢٦٧ وأبو داود ١٨٧٤ والنسائي ٥/ ٢٣٢ وابن ماجه ٢٩٤٦ والطحاوي ٢/ ١٨٣ وابن حبان ٣٨٢٧ وابن خزيمة ٢٧٢٥ والبيهقي ٥/ ٧٦ وأحمد ٢/ ٨٩، ١٢١ كلهم من حديث ابن عمر.

محمد رحمه الله أنه سنة، ولا يستلم غيرهما فإن النبي عليه الصلاة والسلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما (ويختم الطواف بالاستلام) يعني استلام الحجر. قال: (ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين أو حيث تيسر من المسجد) وهي واجبة عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: سنة لانعدام دليل الوجوب. ولنا قوله عليه الصلاة

سوى إثبات رؤية استلامه عليه الصلاة والسلام للركنين، ومجرد ذلك لا يفيد كونه على وجه المواظبة ولا سنة دونها غير أنا علمنا المواظبة على استلام الأسود من خارج، فقلنا باستنانه فيكون مجرد حديث ابن عمر دليل ظاهر الرواية. وكذا ما في مسلم عن ابن عمر «ما تركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر الأسود منذ رأيت رسول الله ﷺ يستلمهما»[(١)] فإنه لا يزيد على أنه رآه يستلمه فلم يتركه هو، وذلك قد يكون محافظة منه على الأمر المستحب، وكذا ما عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال «مسح الركن اليماني والركن الأسود يحط الخطايا حطاً»[(٢)] رواه أحمد والنسائي قال: هذا ندب، والمندوب من المستحب. نعم ما في الدارقطني عن ابن عمر «كان عليه الصلاة والسلام يقبل الركن اليماني ويضع يده عليه»[(٣)] وأخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما وقال «ويضع خدّه عليه»[(٤)] ظاهر في المواظبة. وأظهر منه ما عن ابن عمر «كان عليه الصلاة والسلام لا يدع أن يستلم الحجر والركن اليماني في كل طوافه»[(٥)] رواه أحمد وأبو داود وعن مجاهد: من وضع يده على الركن اليماني ثم دعا استجيب له وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال «وكل بالركن اليماني سبعون ألف ملك، فمن قال: اللهم إني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار قالوا: آمين»[(٦)]. ويستحب الإكثار من هذا الدعاء لأنه جامع لخيرات الدنيا والآخرة قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «وليصلّ الطائف لكل أسبوع ركعتين»)**[(٧)] لم يعرف هذا الحديث. نعم فعله عليه الصلاة والسلام لهما ثابت في الصحيحين

وهو الحجر الذي فيه أثر قدميه **(وهي واجبة)** أي الصلاة عند المقام واجبة **(عندنا. وقال الشافعي: سنة لانعدام دليل الوجوب. ولنا قوله ﷺ «وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين» والأمر للوجوب)** واعترض بوجهين: أحدهما أن هذا الحديث لا أصل له في كتب الحديث. والثاني أن حديث الأعرابي وهو «أنه عليه الصلاة والسلام حين علم الأعرابي الصلوات الخمس، وقال له: هل عليّ غيرهن؟ قال لا، إلا أن تطوّع» يعارضه، وهو أقوى منه، فكيف يفيد الوجوب. وأجيب عن الأول بأن الراوي إذا

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٦٨ من حديث ابن عمر.

(٢) حسن. أخرجه النسائي في الكبرى ٣٩٣٠ وأحمد ٢/ ٨٩ كلاهما من حديث ابن عمر واللفظ لأحمد. ومداره على عطاء بن السائب، وقد اختلط إلا أن حماداً سمع منه قبل الاختلاط.

(٣) لم يروه الدارقطني في سننه، فلعله في كتاب الآخر. وقد روى الدارقطني نحوه في ٢/ ٢٨٩. ٢٩٠ عن أبي سعيد وأبي هريرة وجابر وابن عمر: أنهم إذا استلموا الحجر قبلوا أيديهم، ومن حديث عمرو بن شعيب عن آبائه بنحوه.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٩٠ والبيهقي ٥/ ٧٦ والحاكم ١/ ٤٥٦ كلاهما عن ابن عباس.
قال البيهقي: تفرد به عبد الله بن مسلم بن هرمز وهو ضعيف، والأخبار الواردة عن ابن عباس هي في تقبيل الحجر الأسود والسجود عليه اهـ.
وصححه الحاكم، وتعقبه الذهبي بقوله: عبد الله بن مسلم ضعفه غير واحد، وقال أحمد: صالح الحديث اهـ.

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ١٨٧٦ وأحمد ٢/ ١٨ كلاهما من حديث ابن عمر وكذا النسائي ٥/ ٢٣١.
قال المنذري في مختصره ٢/ ٣٧٥: وفي إسناده عبد العزيز بن أبي رواد، وفيه مقال اهـ.
لكن توبع فقد أخرجه مسلم ١٢٢٧ عن ابن عمر قال: «لم أرى رسول الله ﷺ يمسح من البيت إلا الراكنين اليمانيين» ورواية «يستلم». وأخرجه أيضاً ١٢٦٩ عن ابن عباس.
والمراد بالركنين اليمانيين الحجر الأسود والركن اليماني.

(٦) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٩٥٧ من حديث أبي هريرة، وفيه حميد ضعيف.

(٧) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦: لم أجده.
وفي حديث جابر الطويل في صفة حجته ﷺ وفيه ثم نفذ إلى مقام إبراهيم عليه السلام، فقرأ ﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾ وفيه: وكان يقرأ في الركعتين ﴿قل هو الله أحد﴾ و﴿قل يا أيها الكافرون﴾...» الحديث.

والسلام «وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين» والأمر للوجوب (**ثم يعود إلى الحجر فيستلمه**) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر» والأصل أن كل طواف بعده سعي يعود إلى الحجر، لأن الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به، بخلاف ما إذا لم يكن بعده سعي. قال: (**وهذا الطواف طواف القدوم**) ويسمى طواف التحية (**وهو سنة وليس بواجب**) وقال مالك رحمه الله: إنه واجب لقوله عليه الصلاة

وجميع كتب الحديث، إلا أن مفيد الوجوب من الفعل أخص من مطلق الفعل إذ هو يفيد المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة، وقد يثبت استدلالاً بما يستقل بإثبات نفس المطلوب فيثبتان معاً، وهو بما تقدم من حديث جابر الطويل «أنه عليه الصلاة والسلام لما انتهى إلى مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام قرأ ﴿**واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى**﴾[1] نبه بالتلاوة قبل الصلاة على أن صلاته هذه امتثالاً لهذا الأمر، والأمر للوجوب، إلا أن استفادة من ذلك من التنبيه وهو ظني، فكان الثابت الوجوب أي بالمعنى المصطلح، ويلزمه حكمنا بمواظبته من غير ترك إذ لا يجوز عليه ترك الواجب. وفي الصحيحين من حديث ابن عمر «كان عليه الصلاة والسلام إذا طاف في الحج والعمرة أول ما يقدم فإنه يسعى ثلاثة أطواف ويمشي أربعاً ثم يصلي سجدتين»[2] وهو لا يفيد عموم فعله إياهما عقيب كل طواف. وروى عبد الرزاق مرسلاً أخبرنا مندل عن ابن جريج عن عطاء «أن النبي ﷺ كان يصلي لكل أسبوع ركعتين»[3] وفي البخاري تعليقاً قال إسماعيل: قلت للزهري: إن عطاء يقول تجزيه المكتوبة من ركعتي الطواف، فقال: السنة أفضل، لم يطف النبي ﷺ أسبوعاً قط إلا صلى ركعتين[4]. وقول شذوذ منا ينبغي أن تكونا واجبتين عقب الطواف الواجب لا غير ليس بشيء لإطلاق الأدلة. ويكره وصل الأسابيع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وسنذكر تمام هذا في فروع تتعلق بالطواف إن شاء الله تعالى. ويتفرع على الكراهة أنه لو نسيهما فلم يتذكر إلا بعد أن شرع في طواف آخر إن كان قبل إتمام شوط رفضه، وبعد إتمامه لا لأنه دخل فيه فيلزمه إتمامه وعليه لكل أسبوع منهما ركعتان آخراً، لأنه لو ترك الأسبوع الثاني بعد أن طاف منه شوطاً أو شوطين واشتغل بركعتي الأسبوع الأول لأخل بالسنتين بتفريق الأشواط في الأسبوع الثاني، لأن وصل الأشواط سنة وترك ركعتي الأسبوع الأول عن موضعهما، فإن الركعتين واجبتان، وفعلهما في موضعهما سنة، ولو مضى في الأسبوع الثاني فأتمه لأخل بسنة

كان عدلاً فذلك لا يوجب القدح فيه، وعن الثاني بأن حديث الأعرابي متروك الظاهر، فإنا أجمعنا على أن صلاة الجنازة وصلاة العيدين واجبة وليس في هذا الحديث بيانها، ويحتمل أن يكون حديث الأعرابي قبل هذا الحديث. وقوله: (**وهذا الطواف طواف القدوم**) هذا الطواف له أربعة أسماء: طواف القدوم، وطواف التحية، وطواف اللقاء، وطواف أوّل العهد. وقوله: (**وهو سنة**) ظاهر. وقوله: (**وفيما رواه سماه تحية**) جواب عن استدلال مالك بالحديث، وهذا لأن التحية في اللغة اسم لإكرام يبتدىء به الإنسان على سبيل التبرّع، فلا يدل على الوجوب، وإن كان على صيغة الأمر كما في قوله «أكرموا

قوله: (**وأجيب عن الأول بأن الراوي إذا كان عدلاً فذلك لا يوجب القدح فيه**) أقول: وسيجيء في أول أدب القاضي أيضاً.

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الحج في الحديث الطويل لجابر.
وهو عند مسلم ١٢١٨.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٥، ١٦٢٧، ١٦٤٥، ١٦١٦ ومسلم ١٢٣٤ والنسائي ٥/ ٢٢٥، وابن ماجه ٢٩٥٩ وابن حبان ٣٨٩ وأحمد ٥/ ٩١ والبيهقي ٥/ ٩٠ وكذا أبو داود ١٨٩٣.
كلهم من حديث ابن عمر بألفاظ متقاربة ورواية للبخاري: «قدم النبي ﷺ، فطاف بالبيت سبعاً، وصلى خلف المقام ركعتين، ثم خرج إلى الصفا وقال: لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة».

(٣) مرسل. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤٧ عن عطاء مرسلاً.

(٤) أثر الزهري. أخرجه البخاري معلقاً ٣/ ٤٨٤ بصيغة الجزم عن إسماعيل بن أبي أمية عن الزهري. وقال البخاري: وقال نافع: كان ابن عمر يصلي لكل أسبُوع ركعتين اهـ.

والسلام «من أتى البيت فليحيه بالطواف» ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف، والأمر المطلق لا يقتضي التكرار، وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع وفيما رواه سماه تحية، وهو دليل الاستحباب **(وليس على أهل مكة طواف القدوم)** لانعدام القدوم في حقهم. قال: **(ثم يخرج إلى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل. ويصلي على النبي ﷺ ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته)** لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام صعد الصفا حتى إذا نظر إلى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله» ولأن الثناء والصلاة يقدمان على الدعاء تقريباً إلى الإجابة كما في غيره من الدعوات، والرفع سنة الدعاء، وإنما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه، لأن الاستقبال هو المقصود بالصعود، ويخرج إلى الصفا من أي باب شاء، وإنما خرج النبي ﷺ من باب بني مخزوم، وهو الذي يسمى باب الصفا لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا لا أنه سنة. قال: **(ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فإذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الأخضرين سعياً، ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا)** لما روي

واحدة، فكان الإخلال بإحداهما أولى من الإخلال بهما، كذا في مناسك الكرماني ولو طاف بصبي لا يصلي ركعتي الطواف عنه، ويستحب أن يدعو بعد ركعتي الطواف بدعاء آدم عليه السلام «اللهم إنك تعلم سري وعلانيتي فاقبل معذرتي، وتعلم حاجتي فأعطني سؤلي. اللهم إني أسألك إيماناً يباشر قلبي، ويقيناً صادقاً حتى أعلم أنه لا يصيبني إلا ما كتبت عليّ، ورضّني بما قسمت لي. فأوحى الله إليه إني قد غفرت لك، ولن يأتي أحد من ذريتك يدعو بمثل ما دعوتني به إلا غفرت ذنوبه، وكشفت همومه، ونزعت الفقر من بين عينيه، وأنجزت له كل ناجز، وأتته الدنيا وهي راغمة وإن كان لا يريدها» قوله: **(لما روي «أن النبي ﷺ لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر»[1])** تقدم في حديث جابر الطويل قوله: **(والأصل الخ)** استنباط أمر كلي من فعله هذا، وهو ظاهر الوجه. ويستحب أن يأتي زمزم بعد الركعتين قبل الخروج إلى الصفا فيشرب منها ويتضلع، ويفرغ الباقي في البئر ويقول «اللهم إني أسألك رزقاً واسعاً وعلماً نافعاً وشفاء من كل داء» وسنعقد للشرب منها فصلاً عند ذكر المصنف الشرب منها عقيب طواف الوداع نذكر فيه إن شاء الله تعالى ما فيه مقنع، ثم يأتي الملتزم قبل الخروج إلى الصفا، وقيل: يلتزم الملتزم قبل الركعتين ثم يصليهما ثم يأتي زمزم ثم يعود إلى الحجر، ذكره السروجي. والتزامه أن يتشبث به ويضع صدره وبطنه عليه وخدّه الأيمن، ويضع يديه فوق رأسه مبسوطتين على الجدار قائمتين قوله: **(وهو سنة)** أي للآفاقي لا غير قوله: **(لقوله عليه الصلاة السلام «من أتى البيت فليحيه»[2])** هذا غريب جداً، ولو ثبت كان الجواب بأن هناك قرينة تصرف الأمر عن الوجوب وهو نفس مادة اشتقاق هذا الأمر وهو التحية، فإنه مأخوذ في مفهومها التبرع لأنها في اللغة عبارة عن إكرام يبدأ به الإنسان على سبيل التبرع كلفظ التطوع، فلو قال: تطوّع أفاد الندب، فكذا إذا قال: حيه بخلاف

الشهود». فإن قيل: قوله تعالى ﴿**فحيوا بأحسن منها**﴾ وارد بلفظ التحية، وردّ السلام واجب. أجيب: بأن المأمور به الأحسن، وهو ليس بواجب. سلمناه ولكن ذكر لفظ التحية وقع بطريق المشاكلة. وقوله: **(وليس على أهل مكة)** ظاهر. وقوله: **(ثم يخرج إلى الصفا)** ظاهر. وقال في التحفة: تأخير السعي بين الصفا والمروة إلى طواف الزيارة أولى، لكونه واجباً فجعله تابعاً للفرض أولى، لكن العلماء رخصوا في إتيان السعي عقيب طواف القدوم، لأن يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك، فكان في جعله تابعاً للسنة، وهو طواف القدوم تخفيف على الناس. وقوله: **(ثم ينحط)** أي ينزل **(نحو المروة ويمشي على هينته)** أي على السكينة والوقار **(فإذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الأخضرين)** روى جابر «لما صعد النبي ﷺ على الصفا قال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الحج في حديث جابر الطويل.
وهو عند مسلم ١٢١٨.

(٢) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٥١.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٧: لم أجده.

«أن النبي عليه الصلاة والسلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي، حتى إذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة أشواط» قال: (**وهذا شوط واحد فيطوف سبعة أشواط يبدأ**

قوله تعالى ﴿**فحيوا بأحسن منها**﴾ لأنه وقع جزاء لا ابتداء، فلفظة التحية فيه من مجاز المشاكلة مثل «جزاء سيئة سيئة» وهذا هو الجواب الثاني في الكتاب. وأما الجواب الذي تضمنه الدليل القائل: إن الأمر بالطواف لا يقتضي التكرار في قوله تعالى ﴿**وليطوّفوا**﴾ وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع، فلا يكون غيره كذلك، فإنما يفيد لو ادعى في طواف القدوم الركنية بدعوى الافتراض لكنه ليس مدعاه. قوله: (**ثم يخرج إلى الصفا**) مقدماً رجله اليسرى حال الخروج من المسجد قائلاً «باسم الله والسلام على رسول الله ﷺ: اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك وأدخلني فيها، وأعذني من الشيطان» (**قوله: يكبر ويهلل**) وفي الأصل قال «فيحمد الله ويثني عليه، ويكبر ويهلل ويلبي، ويصلي على النبي ﷺ، ويدعو الله لحاجته». وقدمنا من حديث جابر الطويل قوله «فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، لا إله إلا الله وحده أنجز وعده، ونصر عبده، وأعز جنده، وهزم الأحزاب وحده»[1] ثم دعا بين ذلك قال مثل ذلك ثلاث مرات، ومن المأثور أن يقول: لا إله إلا الله، ولا نعبد إلا إياه، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون، ويرفع يديه جاعلاً باطنهما إلى السماء كما للدعاء، ويصلي على النبي ﷺ ثم يدعو. وفي البدائع: الصعود على الصفا والمروة سنة فيكره تركه ولا شيء عليه، ويقول في هبوطه اللهم استعملني بسنة نبيك وتوفني على ملته، وأعذني من مضلات الفتن برحمتك يا أرحم الراحمين فإذا وصل إلى بطن الوادي بين الميلين الأخضرين قال «رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم، إنك أنت الأعز الأكرم» يؤثر ذلك عن ابن عمر ويقول على المروة مثل ما قال على الصفا، وأما أنه عليه الصلاة والسلام خرج من باب بني مخزوم فأسنده الطبراني عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ خرج من المسجد إلى الصفا من باب بني مخزوم»[2]. وأسند أيضاً عن جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ، إلى أن قال: ثم خرج من باب الصفا»[3] وروى ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلاً «أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى الصفا من باب بني مخزوم»[4] وأما عدد الأشواط ففي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما «قدم النبي ﷺ مكة فطاف بالبيت سبعاً، وصلى خلف المقام ركعتين، وطاف بين الصفا والمروة سبعاً»[5] هذا والأفضل للمفرد أن لا يسعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم، بل يؤخر السعي إلى يوم النحر عقيب رخصة

على كل شيء قدير، لا إله إلا الله وحده، أنجز وعده ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، ثم قرأ مقدار خمس وعشرين آية من سورة البقرة، ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة، فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى إزاره بساقيه وهو يقول: رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم إنك أنت الأعز الأكرم» وقوله: (**ويفعل كما فعل على الصفا**) أي من التكبير والتهليل والصلاة على النبي ﷺ والدعاء لحاجته. وقوله: (**وهذا شوط واحد فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة**) فيه إشارة إلى نفي قول الطحاوي: إنه يطوف بينهما سبعة أشواط من الصفا إلى الصفا، وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر الطويل، وقد تقدم في أوائل كتاب الحج.

(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢٤٨ من حديث ابن عمر.

قال الهيثمي: وفيه عبد الرحمن بن عبد الله أبو القاسم العمر قال أحمد: كذاباً اهـ وضعفه يحيى، وقال البخاري: سكتوا عنه.

(٣) حسن. أخرجه الطبراني في الصغير ١٨٧ من حديث جابر: تفرد به نصر بن علي الجهضمي اهـ وهو ثقة كما في التقريب ومعناه في حديث جابر الطويل عند مسلم ١٢١٨.

وورد ما يدل على ذلك عند النسائي ٥/ ٢٢٧ والطبراني ١٣٦٣٤ وابن حبان ٣٨٩ وأحمد ٢/ ٨٥ كلهم من حديث ابن عمر.

(٤) مرسل. أخرجه البيهقي ٥/ ٧٢ وابن أبي شيبة والأزرقي كما في نصب الراية ٣/ ٥٣ كلاهما عن عطاء مرسلاً، وقال البيهقي: وهذا مرسل جيد.

(٥) تقدم قبل سبعة أحاديث.

بالصفا ويختم بالمروة) ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا، وإنما يبدأ بالصفا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «ابدءوا بما بدأ الله تعالى به» ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن. وقال الشافعي رحمه الله: إنه

بسبب كثرة ما على الحاج من الأعمال يوم النحر، فإنه يرمي، وقد يذبح، ثم يحلق بمنى، ثم يجيء إلى مكة فيطوف الطواف المفروض، ثم يرجع إلى منى ليبيت بها، فإذا لم يكن من غرضه أن يسعى بعد طواف القدوم أخذاً بالأولى فلا يرمل فيه، لأن الرمل إنما شرع في طواف بعده سعي، ويرمل في طواف الزيارة على ما سنذكر. هذا وشرط جواز السعي أن يكون بعد طواف أو أكثره، ذكره في البدائع قوله: **(وهذا شوط)** ظاهر المذهب أن كلا من الذهاب إلى المروة والمجيء منه إلى الصفا شوط، وعند الطحاوي لا، فقيل: الرجوع إلى الصفا ليس معتبراً من الشوط بل لتحصيل الشوط الثاني، ويعطي بعض العبارات أنه من الصفا إلى الصفا لما ذكروا في وجه إلحاقه بالطواف، حيث كان من المبدإ أعني الحجر إلى المبدإ وعنده[1] في مراده من ذلك اشتباه، وأياماً كان فإبطاله بحديث جابر الطويل حيث قال فيه «فلما كان آخر طوافه بالمروة قال: لو استقبلت من أمري» الحديث لا ينتهض، أما على الأول فلأن آخر السعي عند الطحاوي لا شك أنه بالمروة ورجوعه عنها إلى حال سبيله، فإنه إنما كان يحتاج إلى الرجوع إلى الصفا ليفتتح الشوط وقد تم السعي. وعلى الثاني إذا كان الشوط الأخير صح أن يقال عند رجوعه فيه من المروة هذا آخر طوافه بالمروة، لأنه لا يرجع بعد هذه الواقفة بها إليها، وإن احتاج إلى رجوعه إلى الصفا لتتميم الشوط، وما دفع به أيضاً من أنه لو كان كذلك لكن الواجب أربعة عشر شوطاً، وقد اتفق رواة نسكه عليه الصلاة والسلام أنه إنما طاف سبعة فموقوف على أن مسمى الشوط ما من الصفا إلى المروة أو من الصفا إلى الصفا في الشرع وهو ممنوع، إذ يقول: هذا اعتباركم لا اعتبار الشرع لعدم النقل عنه عليه الصلاة والسلام في ذلك، وأقل الأمور إذا لم يثبت عن الشارع تنصيص في مسماه أن يثبت احتمال أنه كما قلتم، وكما قلت، فيجب الاحتياط فيه، وذلك باعتبار قولي فيه ويقوّيه أن لفظ الشوط أطلق على ما حوالي البيت، وعرف قطعاً أن المراد به ما من المبدإ إلى المبدإ، فكذا إذا أطلق في السعي إذ لا منصص على المراد، فيجب أن يحمل على المعهود منه في غيره، فالوجه أن إثبات مسمى الشوط في اللغة يصدق على كل من الذهاب من الصفا إلى المروة والرجوع منها إلى الصفا، وليس في الشرع ما يخالفه فيبقى على المفهوم اللغوي، وذلك أنه في الأصل مسافة يعدوها الفرس كالميدان ونحوه مرة واحدة، ومنه قول سليمان بن صرد لعليّ رضي الله عنه: إن الشوط بطيء: أي بعيد، وقد بقي من الأمور ما تعرف به صديقك من عدوّك، فسبعة أشواط حينئذ قطع مسافة مقدرة سبع مرات، فإذا قال: طاف بين كذا وكذا سبعاً صدق بالتردد من كل الغايتين إلى الأخرى سبعاً، بخلاف طاف بكذا فإن حقيقة متوقفة على أن يشمل بالطواف ذلك الشيء، فإذا قال: طاف به سبعاً، كان بتكريره تعميمه بالطواف سبعاً، فمن هنا افترق الحال بين الطواف بالبيت حيث لزم في شوطه كونه من المبدإ إلى المبدإ، والطواف بين الصفا والمروة حيث لم يستلزم ذلك.

شوطاً آخر. والأصح ما ذكر في الكتاب لأن رواة نسك رسول الله ﷺ اتفقوا على أنه عليه الصلاة والسلام طاف بينهما سبعة أشواط، وعلى ما قاله الطحاوي يصير أربعة عشر شوطاً، كذا في المبسوط. فإن قيل: ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهي دون السعي؟ أجيب بأن الطواف دوران لا يتأتى إلا بحركة دورية، فيكون المبدأ والمنتهي واحداً بالضرورة، وأما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه. وقوله: **(لما روينا)** إشارة إلى قوله «ويسعى في بطن الوادي» وقوله: **(وإنما يبدأ بالصفا)** ظاهر **(ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن)** عندنا وقال

قوله: **(وقوله لما روينا إشارة إلى قوله ويسعى في بطن الوادي)** أقول: فيه بحث

---

(١) قوله صاحب **(الفتح عنده)** كذا في جميع النسخ الحاضرة ولعل الظاهر وعندي بضمير التكلم فليحرر كذا بهامش نسخة العلامة الشيخ البحراوي حفظه الله.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وتقدم في أول الحج من حديث جابر.

ركن لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا». ولنا قوله تعالى ﴿فلا جناح عليه أن يطوّف بهما﴾ ومثله يستعمل للإباحة فينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنه في الإيجاب. ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد. ثم معنى ما روي كتب استحباباً كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ الآية.

[فرع] إذا فرغ من السعي يستحب له أن يدخل فيصلي ركعتين ليكون ختم السعي كختم الطواف، كما ثبت أن مبدأه بالاستلام كمبدئه عنه عليه الصلاة والسلام، ولا حاجة إلى هذا القياس إذ فيه نص وهو ما روى المطلب بن أبي وداعة قال «رأيت رسول الله ﷺ حين فرغ من سعيه جاء، حتى إذا حاذى الركن فصلى ركعتين في حاشيه المطاف، وليس بينه وبين الطائفين أحد» رواه أحمد وابن ماجه وابن حبان، وقال زوايته «رأيت رسول الله ﷺ يصلي حذو الركن الأسود والرجال والنساء يمرّون بين يديه ما بينهم وبينه سترة»[1] وعنه «أنه رآه عليه الصلاة والسلام يصلي مما يلي باب بني سهم والناس يمرون»[2] الخ وباب بني سهم هو الذي يقال له اليوم باب العمرة، لكن على هذا لا يكون حذو الركن الأسود، والله أعلم بحقيقة الحال قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام ابدءوا) اعلم أنه روي بصيغة الخبر «أبدأ» في مسلم من حديث جابر الطويل[3]، «ونبدأ» في رواية أبي داود والترمذي وابن ماجه ومالك في الموطأ[4]، وبصيغة الأمر وهو المذكور في الكتاب وهو عند النسائي والدارقطني[5]، وهو مفيد الوجوب خصوصاً مع ضميمة قوله عليه الصلاة والسلام «لتأخذوا عني مناسككم، فإني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتي هذه»[6] أخرجه مسلم. فعن هذا مع كون نفس السعي واجباً لو افتتح من المروة لم يعتبر ذلك الشوط إلى الصفا، وهذا لأن ثبوت شرط الواجب بمثل ما يثبت به أقصى حالاته وهو مما يثبت بالآحاد فكذا شرطه قوله وقال الشافعي: (إنه ركن الخ) قال الشافعي رحمه الله: أخبرنا عبد الله ابن المؤمل العابدي عن عمر بن عبد الرحمن بن محيصن عن عطاء بن أبي رباح عن صفية بنت شيبة عن حبيبة بنت أبي تجزأة[7] إحدى نساء بني عبد الدار قالت «رأيت رسول الله ﷺ

الشافعي: (إنه ركن لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله كتب عليكم السعي فاسعوا» ولنا قوله تعالى ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ ووجه الاستدلال بما ذكره أن مثله يستعمل للإباحة كما في قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرّضتم به من خطبة النساء﴾ وما يستعمل للإباحة (ينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنه) أي عن ظاهر الآية (في الإيجاب) أي تركنا العمل بظاهرها في نفي الإيجاب، ولم يذكر ما أوجب العدول. واختلف فيه الشارحون. فمنهم من قال: عملاً بما رواه لأنه خبر

قوله: (فمنهم من قال عملاً بما رواه الخ) أقول: فيه بحث أما أولاً فلأن قول المصنف ثم معنى ما روي كتب استحباباً يرد هذا القول: وأما ثانياً فلأن دلالة الآية لما كنت على الإباحة ودلالة الحديث على الوجوب فما الذي يرجح الثانية على الأولى إلا أن يدعي

---

(١) حسن. أخرجه النسائي ٥/ ٢٣٥ وأحمد ٢٣٦٤ وكذا ابن ماجه ٢٩٥٨ والطحاوي ١/ ٤٦١ والحاكم ١/ ٢٥٤ وابن خزيمة ٨١٥. وابن حبان ٢٣٦٣، ٢٣٦٤ كلهم من حديث المطلب بن أبي وداعة. صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، ورجاله ثقات رجال الصحيح غير كثير بن المطلب، وثقه الذهبي في الكاشف، وقال ابن حجر في التقريب: مقبول اهـ وقد صرح ابن جريج بسماعه من كثير عند أحمد.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٠١٦ والطحاوي ١/ ٤٦١ والبيهقي ٢/ ٢٧٣ وأحمد ٦/ ٣٩٩ كلهم من حديث كثير بن المطلب بن أبي وداعة عن بعض أهله عن جده. وكثير ثقة كما في التقريب. وهو تمام المعنى الحديث المتقدم.

(٣) صحيح. تقدم في الحديث الطويل لجابر رواه مسلم ١٢١٨ وغيره. وفيه لفظ «أبدأ».

(٤) لفظ «نبدأ» أخرجه أبو داود ١٩٠٥ والترمذي ٨٦٢ وابن ماجه ٣٠٧٤ كلهم من حديث جابر.

(٥) لفظ: «ابدءوا» أخرجه النسائي في الكبرى ٣٩٦٨ والدارقطني ٢/ ٢٥٤ كلاهما من حديث جابر.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٩٧ أبو داود ١٩٧٠ والنسائي ٥/ ٢٧٠ وابن ماجه ٣٠٢٣ وأحمد ٣/ ٣٠١، ٣١٨، ٣٣٢، ٣٣٧ وأبو يعلى ٢١٤٧ والبيهقي ٥/ ١٣٠ كلهم من حديث جابر.
ولفظ ابن ماجه «لتأخذ أمتي مناسكها...».

(٧) قوله (تجزأة) قال في القاموس في مادة «ج ز أ» وحبيبة بنت أبي تجزأة بضم التاء وسكون الجيم صحابية اهـ. فما وقع في بعض النسخ في رسمها شجرأة بالشين قبل الجيم وبالراء المهملة بعدها تحريف لا يعول عليه كتبه مصححه.

. . . .

يطوف بين الصفا والمروة والناس بين يديه، وهو وراءهم، وهو يسعى حتى أرى ركبتيه من شدة ما يسعى وهو يقول: اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي»[١] ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا محمد بن بشر حدثنا عبد الله بن المؤمل حدثنا عبد الله بن أبي حسين عن عطاء عن حبيبة بنت أبي تجزأة فذكره[٢]، وخطىء ابن أبي شيبة فيه حيث أسقط صفية بنت شيبة وجعل مكان ابن محيصن ابن أبي حسين. قال ابن القطان: نسبة الوهم إلى ابن المؤمل أولى، وطعن في حفظه مع أنه اضطرب في هذا الحديث كثيراً، فأسقط عطاء مرة وابن محيصن أخرى، وصفية بنت شيبة، وأبدل ابن محيصن بابن أبي حسين، وجعل المرأة عبدرية تارة ويمنية أخرى، وفي الطواف تارة، وفي السعي بين الصفا والمروة أخرى اهـ. وهذا لا يضر بمتن الحديث إذ بعد تجويز المتقنين له لا يضره تخليط بعض الرواة، وقد ثبت من طرق عديدة منها طريق الدارقطني عن ابن المبارك: أخبرني معروف بن مشكان أخبرني منصور بن عبد الرحمن عن أخته صفية قالت «أخبرني نسوة من بني عبد الدار اللاتي أدركن رسول الله ﷺ قلن «دخلنا دار ابن أبي حسين فرأينا رسول الله ﷺ يطوف»[٣] الخ، قال صاحب التنقيح: إسناده صحيح. والجواب: أنا قد قلنا بموجبه إذ مثله لا يزيد على إفادة الوجوب، وقد قلنا به، أما الركن فإنما يثبت عندنا بدليل مقطوع به، فإثباته بهذا الحديث إثبات بغير دليل، فحقيقة الخلاف في أن مفاد هذا الدليل ماذا؟ والحق فيه ما قلنا، لأن نفس الشيء ليس إلا ركنه وحده أو مع شيء آخر، فإذا كان ثبوت ذلك الشيء قطعياً لزم في ثبوت أركانه القطع لأن ثبوتها هو ثبوته، فإذا فرض القطع به كان ذلك للقطع بها، وتقدم مثل هذا في مسألة قراءة الفاتحة في الصلاة، وإذا تحققت هذا فجواب

واحد يوجب الإيجاب. ومنهم من قال: بأوّل الآية وهو قوله تعالى ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ فإن الشعائر جمع شعيرة وهي العلامة، وذلك يكون فرضاً، فأوّل الآية يدل على الفرضية، وآخرها على الإباحة، فعملنا بهما، وقلنا بالوجوب لأنه ليس بفرض علماً وهو فرض عملاً، فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب. وقيل: بالإجماع لأن الركنية

---

(١) حسن غريب. أخرجه أحمد ٦/ ٤٢١ والحاكم ٤/ ٧٠ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢٤٧ والبيهقي ٥/ ٩٨ والدارقطني ٢/ ٢٥٦ كلهم من حديث حبيبة بنت أبي تجزأة، ومداره على عبد الله بن المؤمل.
سكت عليه الحاكم: وقال الذهبي: لم يصح.
وقال الهيثمي: عبد الله بن المؤمل ضعفه بعضهم، ووثقه ابن حبان وقال: يخطىء.
وفي نصب الراية ٣/ ٥٥: ورواه أيضاً إسحاق وابن عدي في الكامل، وأعله بابن المؤمل، ونقل عن أحمد والنسائي وابن معين تضعيفه، ورواه ابن أبي شيبة من وجه آخر عن ابن المؤمل أيضاً.
قال ابن عبد البر: أخطأ ابن أبي شيبة فيه حيث أسقط صيغة بنت شيبة من السند، وجعله موضع ابن محيصن عبد الله بن أبي حسين.
قال ابن القطان: والوهم عندي من ابن المؤمل لأن ابن أبي شيبة حافظ كبير، وقد اضطرب فيه ابن المؤمل اضطراباً كثيراً، وذلك دليل على سوء حفظه، وقله ضبطه اهـ. نصب الراية قال ابن حجر في الفتح ٣/ ٤٩٨ بعد أن ذكر حديث ابن المؤمل: وله طريق أخرى في صحيح ابن خزيمة مختصرة، وعند الطبراني عن ابن عباس وإذا انضمت إلى الأولى قويت، والعمدة في الوجوب «خذوا عني مناسككم» اهـ.
ما أشار إليه ابن حجر من حديث ابن عباس.
قال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٤٨: رواه الطبراني في الكبير وفيه: المفضل بن صدقة متروك، ورواه أحمد عن صفية بنت شيبة أن امرأة أخبرتها، فذكرت الحديث قال الهيثمي: فيه موسى بن عبيدة ضعيف رواه الطبراني في عن تملك قالت: نظرت إلى رسول الله ﷺ وأنا في غرفة لي بين الصفا والمروة، وهو يقول: «إن الله عز وجل كتب عليكم السعي، فاسعوا» وفي إسناده المثنى بن الصباح وثقه يحيى في رواية وضعّفه جماعة اهـ وأخرجه أحمد كما في المجمع ٣/ ٢٤٧ من وجه آخر بسند ضعيف، وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٥٥ والبيهقي ٥/ ٩٧ من طريق آخر ليس فيه ابن المؤمل.
قال الزيلعي ٣/ ٥٦: قال صاحب التنقيح: إسناده صحيح، ومعروف ابن مشكاني بانّي الكعبة صدوق وقال الزيلعي: حديث تملك العبدرية تفرد به مهران بن أبي عمر قال البخاري: في حديثه اضطراب. وذكر الدارقطني في علله في هذا الحديث اضطراباً كثيراً اهـ فالحديث لا يتجاوز الحسن، وذلك لشواهده، وإلا فابن المؤمل قال عنه أحمد: صاحب مناكير، وكذا قال يحيى في رواية، وانظر الميزان.
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٥٦ وتقدم الكلام عليه في الذي قبله.
(٣) تقدم الكلام عليه قبل حديث واحد.

. . . .

المصنف بتأويله بمعنى كتب استحباباً كقوله تعالى **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾** مناف لمطلوبه، فكيف يحمل عليه بعض الأدلة؟ بل العادة التأويل بما يوافق المطلوب فكيف ولا مفيد للوجوب فيما نعلم سواه؟ فنحن محتاجون إليه في إثبات الدعوى، فإن الآية وهي **﴿فلا جناح عليه أن يطوّف بهما﴾** وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في مصحفه. فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما. لا يفيد الوجوب، والإجماع لم يثبت على الوجوب بالمعنى الذي يقول به، إذ ليس هو معنى الفرض الموجب فواته عدم الصحة فالثابت الخلاف، والفريقان متمسكهم الحديث المذكور فلا يجوز أن يصرف عن الوجوب مع أنه حقيقته إلى ما ليس معناه بلا موجب، بل مع ما يوجب عدم الصرف بخلاف لفظ «كتب» في الوصية للصارف هناك. واعلم أن سياق الحديث يفيد أن المراد بالسعي المكتوب الجري الكائي في بطن الوادي إذا راجعته، لكنه غير مراد بلا خلاف يعلم، فيحمل على أن المراد بالسعي التطوّف بينهما، اتفق أنه عليه الصلاة والسلام قاله لهم عند الشروع في الجري الشديد المسنون لما وصل إلى محله شرعاً أعني بطن الوادي، ولا يسن جري شديد في غير هذا المحل بخلاف الرمل في الطواف، إنما هو مشى فيه شدّة وتصلب. ثم قيل: في سبب شرعية الجري في بطن الوادي «إن هاجر رضي الله عنها لما تركها إبراهيم عليه الصلاة والسلام عطشت فخرجت تطلب الماء وهي تلاحظ إسماعيل عليه السلام خوفاً عليه، فلما وصلت إلى بطن الوادي تغيب عنها فسعت لتسرع الصعود فتنظر إليه» فجعل ذلك نسكاً إظهاراً لشرفهما وتفخيماً لأمرهما[1]، وعن ابن عباس رضي الله عنهما «أن إبراهيم عليه الصلاة والسلام لما أمر بالمناسك عرض الشيطان له عند السعي فسابقه فسبقه إبراهيم عليه الصلاة والسلام»[2] أخرجه أحمد. وقيل: إنما سعى سيدنا ونبينا عليه الصلاة والسلام إظهاراً للمشركين الناظرين إليه في الوادي الجلد ومحمل هذا الوجه ما كان من السعي في عمرة القضاء ثم بقي بعده كالرمل إذا لم يبق في حجة الوداع مشرك بمكة. والمحققون على أن لا يشتغل بطلب المعنى فيه، وفي نظائره من الرمي وغيره بل هي أمور توقيفية يحال العلم فيها إلى الله تعالى قوله: **(ثم يقيم بمكة حراماً لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله)** خلافاً للحنابلة والظاهرية وعامة أهل الحديث في قولهم: إنه يفسخ الحج إذا طاف للقدوم إلى عمرة، وظاهر كلامهم أن هذا واجب. وقال بعض الحنابلة: نحن نشهد الله أنا لو أحرمنا بحج لرأينا فرضاً فسخه إلى عمرة تفادياً من غضب رسول الله ﷺ، وذلك أن في السنن عن البراء بن عازب رضي الله عنه «خرج رسول الله ﷺ وأصحابه فأحرمنا بالحج، فلما قدمنا مكة قال: اجعلوها عمرة، فقال الناس: يا رسول الله قد أحرمنا بالحج فكيف نجعلها عمرة؟ قال: انظروا ما آمركم به فافعلوا، فردّوا عليه القول فغضب، ثم انطلق حتى دخل على عائشة

لا تثبت إلا بدليل مقطوع به، وما رويتم ليس كذلك. وقوله: **(ثم معنى ما روى)** تأويل للحديث. وقيل في قوله **(كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾** نظر، لأن الوصية للوالدين والأقربين كانت فرضاً ثم نسخت، فكان كتب دالاً على الفرضية. والجواب: أن ذلك ليس بمجمع عليه، بل قال بعضهم: ليست بمنسوخة بل يجمع للوارث بين الوصية والميراث، وللمانع يكفيه ذلك، فإن قيل: ما بال المصنف أعرض عن الاستدلال بحديثه، فإنه لكونه خبر واحد أدل على الوجوب من الركنية، فالجواب: أنه إنما أعرض عنه لأن رواية عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قاله النسائي ويحيى بن معين والدارقطني، وقال أحمد: أحاديثه منكرة. وقوله **(ثم يقيم بمكة حراماً)** أي محرماً **(لأنه محرم بالحج)** لشروعه فيه وكل من كان كذلك **(لا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله)** وهذا لم يأت بها. وقوله: **(والصلاة خير موضوع فكذا الطواف)** قيل: إلا أن

التأخر أو الشهرة فتأمل قوله: **(فالجواب أنه إنما أعرض عنه الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) ذكر البيهقي هذه القصة ٥/٩٨، ٩٩ عن أبي عباس موقوفاً.

(٢) موقوف. أخرجه أحمد ١/٢٩٧ من حديث ابن عباس وكذا الطبراني كما في المجمع ٣/٢٥٩ كلاهما من حديث أبي الطفيل عن ابن عباس موقوفاً، وقال الهيثمي: رجاله ثقات ورواه أحمد من طريق آخر، وفيه عطاء بن السائب اختلط.

قال: **(ثم يقيم بمكة حراماً)** لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله، قال: **(ويطوف بالبيت كلما بدا**

رضي الله عنها غضبان، فرأت الغضب في وجهه، فقالت: من أغضبك أغضبه الله؟ قال: وما لي لا أغضب وأنا آمر أمراً فلا أتبع»[١] وفي لفظ لمسلم «دخل عليّ رسول الله ﷺ وهو غضبان فقلت: ومن أغضبك يا رسول الله أدخله الله النار؟ قال: أو ما شعرت أني أمرت الناس بأمر فإذا هم يترددون»[٢] الحديث. وقال سلمة بن شبيب لأحمد: كل أمرك عندي حسن إلا خلة واحدة قال: وما هي؟ قال: تقول بفسخ الحج إلى العمرة، فقال: يا سلمة كنت أرى لك عقلاً، عندي في ذلك أحد عشر حديثاً صحاحاً عن رسول الله ﷺ أتركها لقولك؟ ولنورد منها ما في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما «قدم النبي ﷺ وأصحابه صبيحة رابعة مهلين بالحج، فأمرهم أن يجعلوها عمرة فتعاظم ذلك عندهم، فقالوا: يا رسول الله أيّ الحل؟ قال: الحل كله» وفي لفظ «وأمر أصحابه أن يحلوا[٣] إحرامهم بعمرة إلا من كان معه الهدي»[٤] وفي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه «أهلّ عليه الصلاة والسلام وأصحابه بالحج، وليس مع أحد منهم هدي غير النبي ﷺ وطلحة إلى أن قال «فأمرهم النبي ﷺ أن يجعلوها عمرة» الحديث. وفيه قالوا «ننطلق إلى منى وذكر أحدنا يقطر» يعنون الجماع جاء مفسراً في مسند أحمد «قالوا: يا رسول الله أيروح أحدنا إلى منى وذكره يقطر منياً؟ قال: نعم» عاد للحديث قبله فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما أهديت، ولولا أن معي الهدي لأحللت» وفي لفظ «فقام فينا فقال: قد علمتم أني أتقاكم لله وأصدقكم وأبرّكم، ولولا هديي لحللت كما تحلون»[٥] وفي لفظ في الصحيح أيضاً «أمرنا لما أحللنا أن نحرم إذا توجهنا إلى منى قال: فأهللنا من الأبطح. فقال سراقة بن مالك بن جعشم: يا رسول الله ألعامنا هذا أم للأبد» وفي لفظ «أرأيت متعتنا هذه لعامنا هذا أم للأبد»[٦] وفي السنن عن الربيع بن سبرة عن أبيه «خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى إذا كان بعسفان قال له سراقة بن مالك المدلجي: يا رسول الله اقض لنا قضاء قوم كأنما ولدوا اليوم، فقال: إن الله عزّ وجل قد أدخل عليكم في حجكم عمرة، فإذا قدمتم فمن تطوّف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة فقد حل إلا من كان أهدى»[٧] وظاهر هذا أن مجرد الطواف والسعي يحلل المحرم بالحج، وهو ظاهر مذهب ابن عباس رضي الله عنهما، قال عبد الرزاق: حدثنا معمر عن قتادة عن أبي الشعثاء عن ابن عباس قال «من جاء مهلاً بالحج فإن الطواف بالبيت يصيره إلى العمرة شاء أو أبى، قلت: إن الناس ينكرون ذلك عليك، قال: هي سنة نبيهم ﷺ وإن رغموا»

طواف التطوّع أفضل للغرباء. وصلاة التطوّع أفضل لأهل مكة، لأن الغرباء يفوتهم الطواف ولا تفوتهم الصلاة، وأهل مكة لا يفوتهم الأمران فعند الاجتماع الصلاة أفضل، وقوله: **(والتنفل بالسعي غير مشروع)** لأنه ثبت بالنص مرة فالتكرار لا يكون إلا

(١) حديث البراء. أخرجه ابن ماجه ٢٩٨٢ وأبو يعلى ١٦٧٢ وأحمد ٤/ ٢٨٦ كلهم من حديث البراء بن عازب.
وقال البوصيري في الزوائد: رجاله إسناده ثقات إلا أن فيه أبا إسحاق، واسمه عمرو بن عبد الله وقد اختلط بآخره، ولم يتبين حال ابن عياش هل روي عنه قبل الاختلاط، أو بعده، فيتوقف حديثه حتى يتبين حاله اهـ.
وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٣٣: رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح اهـ وأصل حديث البراء عند مسلم ١٢٤١ ح٢٠٢ مختصراً ولفظه: «قدم النبي ﷺ، وأصحابه لأربع خلون من ذي الحجة، وهو يلبون بالحج، فأمرهم أن يجعلوها عمرة».
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١١ ح١٣٠ من حديث عائشة بأتم منه.
(٣) قوله (يحلوا) كذا في النسخ التي بأيدينا والذي في صحيح مسلم يحولوا فليحرر لفظ الحديث كتبه مصححه.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٤ ومسلم ١٢٤٠ والنسائي ٥/ ١٨١ كلهم من حديث ابن عباس وفي لفظ النسائي: «وأمر من لم يكن معه الهدى أن يحل».
(٥) صحيح. أخرجه البخاري، ٢٥٠٥، ٤٣٥٢ و٧٣٦٧، ١٥٦٨، ١٦٥١، ١٧٨٥، ٧٢٣٠ ومسلم ١٢١٦، وأبو داود ١٧٨٨، ١٧٨٩ وابن ماجه ٢٩٨٠ والطيالسي ١٦٧٦ وأحمد ٣/ ٣٠٥، ٣٦٦ والبيهقي ٥/ ٤١ وابن حبان ٣٧٩١، ٣٩١٩، ٣٩٢١ كلهم من حديث جابر بألفاظ متقاربة.
(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٠٥، ٢٥٠٦ ومسلم ١٢١٦ كلاهما من حديث جابر بأتم منه.
(٧) حسن. أخرجه أبو داود ١٨٠١ من الربيع بن سبرة عن أبيه به، ورجاله كلهم ثقات.
وورد نحوه من حديث سراقة بن مالك أخرجه أحمد ٤/ ١٧٥ وابن ماجه ٢٩٧٧. ومن حديث جابر أخرج أحمد ٣/ ٣٦٦.

له) لأنه يشبه الصلاة. قال عليه الصلاة والسلام «الطواف بالبيت صلاة، والصلاة خير موضوع، فكذا الطواف» إلا

وقال بعض أهل العلم: كل من طاف بالبيت ممن لا هدي معه من مفرد أو قارن أو متمتع فقد حل إما وجوباً وإما حكماً، وهذا كقوله ﷺ «إذا أدبر النهار من ههنا وأقبل الليل من ههنا فقد أفطر الصائم»[(١)] أي حكماً أي دخل وقت فطره، فكذا الذي طاف إما أن يكون قد حل، وإما أن يكون ذلك الوقت في حقه ليس في وقت إحرام، وعامة الفقهاء المجتهدين على منع الفسخ. والجواب: أوّلاً بمعارضة أحاديث الفسخ بحديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين «خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنا من أهلّ بالحج ومنا من أهلّ بالعمرة ومنا من أهلّ بالحج والعمرة، وأهلّ رسول الله ﷺ بالحج، فأما من أهل بالعمرة فأحلوا حين طافوا بالبيت وبالصفا والمروة. وأما من أهلّ بالحج أو بالحج والعمرة فلم يحلوا إلى يوم النحر»[(٢)] وبما صح عن أبي ذر رضي الله عنه أنه قال «لم يكن لأحد بعدنا أن يصير حجته عمرة إنها كانت رخصة لنا أصحاب محمد ﷺ»[(٣)] وعنه كان يقول فيمن حجّ ثم فسخها عمرة «لم يكن ذلك إلا للركب الذين كانوا مع رسول الله ﷺ»[(٤)] رواه أبو داود عنه. وروى النسائي عنه بإسناد صحيح نحوه[(٥)]. ولأبي داود بإسناد صحيح عن عثمان رضي الله عنه «أنه سئل عن متعة الحج فقال: كانت لنا ليست لكم». وفي سنن أبي داود والنسائي من حديث بلال بن الحرث عن أبيه قال «قلت: يا رسول الله أرأيت فسخ الحج في العمرة لنا خاصة أم للناس عامة؟ فقال: بل لنا خاصة»[(٦)] ولا يعارضه حديث سراقة حيث قال: ألعامنا هذا أم للأبد؟ فقال له: للأبد»[(٧)] لأن المراد ألعامنا فعل العمرة في أشهر الحج أم للأبد، لا أن المراد فسخ الحج إلى العمرة، وذلك أن سبب الأمر بالفسخ ما كان إلا تقريراً لشرع العمرة في أشهر الحج، ما لم يكن مانع سوق الهدي. وذلك أنه كان مستعظماً عندهم حتى كانوا يعدونها في أشهر الحج من أفجر الفجور فكسر سورة ما استحكم في نفوسهم من الجاهلية من إنكارها بحملهم على فعله بأنفسهم، يدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور في الأرض ويجعلون المحرّم صفراً ويقولون: إذا برأ الدبر وعفا الأثر وانسلخ صفر حلت العمرة لمن اعتمر، فقدم رسول الله ﷺ وأصحابه لصبيحة رابعة مهلين بالحج، فأمرهم أن يجعلوها عمرة، فتعاظم ذلك عندهم فقالوا: يا رسول الله أيّ الحل؟ قال: الحل كله»[(٨)] فلو لم يكن

بالقياس على الطواف، ولا مجال له فيه. وقوله: (فإذا كان قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذي الحجة (خطب

---

(١) يأتي في الصيام إن شاء الله تعالى.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٢ ومسلم ١٢١١ ح١١٨ وأبو داود ١٧٧٩.
كلهم من حديث عائشة.
(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٢٤ وأبو داود ١٨٠٧ والنسائي في الكبرى ٣٧٩١، ٣٧٩٣، ٣٧٩٤ وابن ماجه ٢٩٨٥ كلهم من حديث أبي ذر.
(٤) تقدم في الذي قبله من رواية أبي داود ١٨٠٧.
(٥) رواية النسائي هي في الكبرى ٣٧٩٢. من حديث أبي ذر، وإسناده صحيح متصل.
(٦) حديث بلال. أخرجه أبو داود ١٨٠٨ والنسائي في الكبرى ٣٧٩٠ وابن ماجه ٢٩٨٤ كلهم من حديث بلال بن الحرث. وكذا الدارقطني ٢/ ٢٤١، ٢٤٢ قال البوصيري في الزوائد: حديث بلال عندي غير ثابت، ولا أقول به، ولا نعرف الحارث بن بلال، ولو عرف إلا أن أحد عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ يرورن ما يرورن من الفسخ أين يقوم الحارث بن بلال منهم اهـ.
قال المنذري في مختصره ٢/ ٣٣١: قال الدارقطني: تفرد به ربيعة بن عبد الرحمن عن الحارث، وتفرد به عبد العزيز الدراوردي عنه. قال المنذري: والحارث بن بلال هو شبه مجهول. وقال أحمد: حديث بلال لا يثبت اهـ لكن الحديث لشواهده يصير حسناً. وقد قال الحافظ في التقريب الحارث بن بلال: صدوق مقبول. وبلال بن الحارث المزني صحابي.
(٧) تقدم قبل تسعة أحاديث.
(٨) تقدم قبل ثلاثة عشر حديثاً.

أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في هذه المدة لأن السعي لا يجب فيه إلا مرة، والتنفل بالسعي غير مشروع، ويصلي لكل أسبوع ركعتين، وهي ركعتا الطواف على ما بينا. قال: (فإذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الإمام

حديث بلال بن الحرث ثابتاً كما قال الإمام أحمد حيث قال: لا يثبت عندي، ولا يعرف هذا الرجل، كان حديث ابن عباس هذا صريحاً في كون سبب الأمر بالفسخ هو قصد محو ما استقرّ في نفوسهم في الجاهلية بتقرير الشرع بخلافه، ألا ترى إلى ترتيبه الأمر بالفسخ على ما كان عندهم من ذلك بالفاء، غير أنه رضي الله عنه بعد ذلك ظن أن هذا الحكم مستمر بعد إثارة السبب إياه كالرمل والإضطباع فقال به، وظهر لغيره كأبي ذر وغيره أنه منقض بانقضاء سببه ذلك، ومشى عليه محققو الفقهاء المجتهدين، وهو أولى لو كان قول أبي ذر عن رأي لا عن نقل عنه عليه الصلاة والسلام، لأن الأصل المستمرفي الشرع عدم استحباب قطع ما شرع فيه من العبادات وإبدالها بغيرها مما هو مثلها، فضلاً عما هو أخف منها، بل يستمر فيما شرع فيه حتى ينهيه، وإذا كان الفسخ ينافي هذا مع كون المثير له سبباً لم يستمر وجب أن يحكم برفعه مع ارتفاعه. ثم بعد هذا رأيت التصريح في حديث سراقة[1] بكون المسؤول عنه العمرة لا الفسخ في كتاب الآثار في باب التصديق بالقدر. محمد بن الحسن قال: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا أبو الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري عن النبي ﷺ قال «سأل سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي قال: يا رسول الله أخبرنا عن عمرتنا هذه ألعامنا هذا أم للأبد؟ فقال: للأبد، فقال: أخبرنا عن ديننا هذا كأنما خلقنا له في أيّ شيء العمل، في شيء قد جرت به الأقلام وثبتت به المقادير أم في شيء يستأنف له العمل؟ قال: في شيء جرت به الأقلام وثبتت به المقادير»[2] وساق الحديث إلى آخره، فقول أحمد رحمه الله: عندي أحد عشر حديثاً الخ لا يفيد لأن مضمونها لا يزيد على أمرهم بالفسخ والعزم عليهم فيه، وغضبه على من تردد استشفاق لاستحكام نفرتهم من العمرة في أشهر الحج ونحن لا ننكر ذلك وإن كان حديث عائشة[3] الذي عارضنا به يفيد خلافه، وإنما الكلام أنه شرع في عموم الزمان ذلك الفسخ أولاً، وشيء منها لا يمسه سوى حديث سراقة بتلك الرواية، وقد بينا المراد به وأثبتناه مروياً، وثبت أنه حكم كان لقصد تقرير الشرع المستحكم في نفوسهم ضده، وكذا إعادة الشارع إذا أورد حكماً يستعظم لأحكام ضده المنسوخ في شريعتنا يزدّ بأقصى المبالغات ليفيد استئصال ذلك التمكن المرفوض كما في الأمر بقتل الكلاب لما كان المتمكن عندهم مخالطتها، وعدّها من أهل البيت، حتى انتهوا فنسخ، فكذا هذا لما استقر الشرع عندهم وانقشع غمام ما كان في نفوسهم من منعه، رجع الفسخ وصار الثابت مجرد جواز العمرة في أشهر الحج، والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال قوله: **(قال عليه الصلاة والسلام «الطواف بالبيت صلاة»[4]) إلا أن الله قد أحلّ فيه**

الإمام) يعني خطبة واحدة من غير أن يجلس بين الخطبتين بعد صلاة الظهر، وكذلك في الخطبة الثالثة التي تخطب بمنى،

(١) تقدم قبل حديثين.

(٢) تقدم قبل قليل.

(٣) تقدم من حديث جابر قبل قليل.

(٤) تقدم قبل قليل.

(٥) يشبه الحسن. أخرجه النسائي ٥/ ٢٢٢ وأحمد ٣/ ٤١٤ و٤/ ٦٤ كلاهما عن طاوس عن رجل أدرك النبي ﷺ بلفظ «إنما الطواف صلاة، فإذا طفتم، فأقلّوا الكلام»، وأخرجه الترمذي ٩٦٠ والدارمي ٢/ ٤٤ والبيهقي ٥/ ٨٧ وابن الجارود ٤٦١ والحاكم ٢/ ٢٦٧ وابن حبان ٣٨٣٦ وابن خزيمة ٢٧٣٩ كلهم من حديث ابن عباس.

وفي إسناده عطاء بن السائب قد اختلط، وقد سمع الفضيل بن عياض منه بعد الاختلاط لكن تابعه سفيان الثوري عند الحاكم والبيهقي، وهو ممن حدث عنه قبل الاختلاط.

ونقل ابن حجر في التلخيص ١/ ١٢٩ تصحيحه عن ابن السكن وابن حبان وابن خزيمة. ورجح الوقف النسائي وابن الصلاح والنووي وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء.

وروي عن ابن عباس موقوفاً اهـ.

وتقدم الحديث في كتاب الصلاة مستوفياً.

خطبة يعلم فيها الناس الخروج إلى منى والصلاة بعرفات والوقوف والإضافة) والحاصل أن في الحج ثلاث خطب: أوّلها ما ذكرنا، والثانية بعرفات يوم عرفة، والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر، فيفصل بين كل خطبتين بيوم. وقال زفر رحمه الله: يخطب في ثلاثة أيام متوالية أوّلها يوم التروية لأنها أيام الموسم ومجتمع الحاج. ولنا أن المقصود منها التعليم. ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال، فكان ما ذكرناه أنفع وفي القلوب أنجع **(فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة)** لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى

المنطق، فمن نطق فلا ينطق إلا بخير، هذا الحديث روي مرفوعاً وموقوفاً، أما المرفوع فمن رواية سفيان عن عطاء ابن السائب عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما أخرجها الحاكم وابن حبان، ومن رواية موسى بن أعين عن ليث بن أبي سليم عن عطاء عن طاوس مرفوعاً باللفظ المذكور، أخرجها البيهقي. ومن رواية الباغندي يبلغ به ابن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً، رواه البيهقي وقال: ولم يصنع الباغندي شيئاً في رفعه لهذا الحديث، فقد رواه ابن جريج وأبو عوانة عن إبراهيم بن ميسرة موقوفاً وبهذا عرف وقفه، ولا يخفى أن عطاء بن السائب من الثقات غير أنه اختلط، فمن روى عنه قبل الاختلاط فحديثه حجة، قيل: وجميع من روى عنه روى بعد الاختلاط إلا شعبة وسفيان، وهذا من حديث سفيان عنه. وأيضاً فقد تابعه على رفعه من سمعت فيقوي ظن رفعه لو لم يكن من رواية سفيان عنه. وأسنده الطبراني من حديث طاوس عن ابن عمر رضي الله عنهما لا أعلمه إلا عن النبي ﷺ، قال «الطواف بالبيت صلاة فأقلوا فيه الكلام»[1] وسنذكره من رواية الترمذي أيضاً قوله: **(فإذا كان قبل يوم التروية بيوم)** وهو اليوم السابع من ذي الحجة ويوم التروية هو الثامن، سمي به لأنهم كانوا يروون إبلهم فيه استعداداً للوقوف يوم عرفة. وقيل: لأن رؤيا إبراهيم كانت في ليلته فتروّى فيه في أن ما رآه من الله أولاً، من الرأي وهو مهموز ذكره في طلبه الطلبة. وقيل: لأن الإمام يروّي للناس مناسكهم من الرواية، وقيل غير ذلك. وهذه الخطبة خطبة واحدة بلا جلوس، وكذ خطبة الحادي عشر، وأما خطبة عرفة[2] فيجلس بينهما وهي قبل صلاة الظهر والخطبتان الأوليان بعده قوله: **(أوّلها يوم التروية)** قلنا خلاف المروي عنه ﷺ فإنه روى عنه أنه خطب في السابع وكذا أبو بكر، وقرأ عليّ رضي الله عنه عليهم سورة براءة. رواه ابن المنذر وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما، ولأن تلك الأيام أيام اشتغال على ما لا يخفي فيكون داعية تركهم الحضور فيفوت المقصود من شرع الخطب **(فكان ما ذكرناه أنفع وفي القلوب أنجع)** أي أبلغ قوله: **(فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى)** ظاهر هذا التركيب إعقاب صلاة الفجر بالخروج إلى منى وهو خلاف السنة. والحديث الذي ذكره المصنف في الاستدلال أخص من الدعوى ليفيد أن مضمونه هو السنة، ولم يبين في المبسوط خصوص وقت الخروج، واستحب في المحيط كونه بعد الزوال وليس بشيء. وقال المرغيناني بعد طلوع الشمس، وهو الصحيح لما عن ابن عمر رضي الله عنه «أنه عليه الصلاة والسلام صلى الفجر يوم التروية بمكة، فلما طلعت الشمس راح إلى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة»[3] وكأن مستند الأول ما في حديث جابر «أنه عليه الصلاة والسلام توجه قبل صلاة الظهر»[4] فإنه لا يقال في التخاطب لما بعد طلوع الشمس جئتك قبل صلاة الظهر، ولا لما

وأما في خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلاة الظهر، وقوله: **(والحاصل أن في الحج ثلاث خطب)** ظاهر.

---

(١) هو المتقدم. وانظر تلخيص الحبير ١/ ١٢٩ فقد أشار إلى حسنه.
وكذا نصب الراية ٣/ ٥٧ . ٥٨.

(٢) قوله **(وأما خطبة عرفة الخ)** عبارة الزيلعي: إلا خطبة يوم عرفة فإنها خطبتان فيجلس بينهما اهـ. كتبه مصححه.

(٣) غريب هكذا. وهو عند مسلم ١٢١٨ في حديث جابر الطويل وفيه: فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى.. وفيه: (فصلى بها الظهر والعصر، والمغرب والعشاء والفجر...) الحديث، وورد مثل هذا من حديث ابن عباس. أخرجه الترمذي ٨٧٩ والحاكم ١/ ٤٦١. وانظر نصب الراية ٣/ ٥٨.

(٤) تقدم في حديث جابر الطويل في أوائل الحج وهو عند مسلم ١٢١٨.

الفجر يوم التروية بمكة، فلما طلعت الشمس راح إلى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح إلى عرفات (ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومرّ بمنى أجزأه) لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك، ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله ﷺ. قال: (ثم يتوجه إلى عرفات فيقيم بها) لما روينا، وهذا بيان الأولوية. أما لو دفع قبله جاز لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم. قال في الأصل: وينزل بها مع

قبل الأذان ودخول الوقت، وإنما يقال إذ ذاك قبل الظهر أو أذان الظهر، فإنما يقال ذلك عرفاً لما بعد الوقت قبل الصلاة. لكن حديث ابن عمر رضي الله عنه[1] صريح فيقضي به على المحتمل. وفي الكافي للحاكم الشهيد: ويستحبّ أن يصلي الظهر بمنى يوم التروية، هذا ولا يترك التلبية في أحواله كلها حال إقامته بمكة في المسجد وخارجه إلا حال كونه في الطواف، ويلبي عند الخروج إلى منى، ويدعو بما شاء ويقول: اللهم إياك أرجو وإياك أدعو وإليك أرغب، اللهم بلغني صالح عملي وأصلح لي في ذريتي، فإذا دخل منى قال: اللهم هذا مني وهذا ما دللتنا عليه من المناسك، فمنّ علينا بجوامع الخيرات وبما مننت به على إبراهيم خليلك ومحمد حبيبك وبما مننت به على أهل طاعتك، فإني عبدك وناصيتي بيدك جئت طالباً مرضاتك، ويستحب أن ينزل عند مسجد الخيف قوله: (لما روي الخ) في حديث جابر الطويل قال «لما كان يوم التروي توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج، فركب رسول الله ﷺ فصلى بهم الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة»[2] الحديث. وذكر المصنف رحمه الله لهذا الحديث يفيد أن السنة عند الذهاب من منى إلى عرفة بعد طلوع الشمس، وصرح به في الإيضاح. وعن ذلك حمل في النهاية مرجع ضمير قبله على طلوع الشمس. ثم اعترضه بأنه كان من حق الكلام أن يقول قبل طلوع الشمس لأنه لم يتقدم ذكر طلوع الشمس لكنه تبع صاحب الإيضاح لأن طلوع الشمس مذكور في الإيضاح متقدماً اهـ. ولا يخفى أن قوله ثم يتوجه إلى عرفات متصل في المتن بقوله حتى يصلي الفجر من يوم عرفة، إما بناء على عدم توقيت وقت الخروج إلى منى أو توقيته بما بعد صلاة الفجر كما هو مقتضي التركيب الشرطي كما قدمناه. وقول المصنف: وهذا بيان الأولوية يتعلق به شرحاً، فمرجع ضمير قبله البتة صلاة الفجر من يوم عرفة، ولا شك أنه أخذ في بيان حكم هذا الجواز والجواز متحقق في التوجه قبل الصلاة كما هو متحقق فيه قبل الشمس. والإساءة لازمة في الوجهين، فلا حاجة إلى إلزامه أن مرجع الضمير طلوع الشمس ثم اعتراضه، وقد استفيد من مجموع ما قلنا إن السنة الذهاب إلى عرفات بعد طلوع الشمس أيضاً، ويقول عند التوجه إلى عرفات: اللهم إليك توجهت وعليك توكلت ووجهك أردت، فاجعل ذنبي مغفوراً وحجي مبروراً وارحمني ولا تخيبني، واقض بعرفات حاجتي إنك على كل شيء قدير، ويلبي ويهلل ويكبر لقول ابن مسعود رضي الله عنه حين أنكر عليه التلبية: «أجهل الناس أم نسوا؟ والذي بعث محمداً بالحق لقد خرجت مع رسول الله ﷺ فما ترك التلبية

وقوله: (فإذا صلى الفجر يوم التروية) وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل إنما سمي بذلك لأن إبراهيم عليه الصلاة والسلام رأى ليلة التروية كأن قائلاً يقول له: إن الله يأمرك بذبح ابنك هذا، فلما أصبح تروّي: أي تفكر في ذلك من الصباح إلى الرواح أمن الله تعالى هذا الحلم أم من الشيطان؟ فمن ثمة سمي يوم التروية. فلما أمسى رأى مثل ذلك، فعرف أنه من الله تعالى، فمن ثم سمي يوم عرفة. ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهمّ بنحره فسمي اليوم بيوم النحر. وقيل: إنما سمي يوم التروية بذلك لأن الناس يروون بالماء من العطش في هذا اليوم يحملون الماء بالروايات إلى عرفات ومنى. وإنما سمي يوم

قوله: (أمن الله هذا الحلم أم من الشيطان) أقول: قال السروجي. وفيه بعد من جهة أن رؤيا الأنبياء حق اهـ.

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وتقدم في أوائل كتاب الحج مستوفياً.

الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والإجابة في الجمع أرجى. وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كي لا يضيق على المارة. قال: (**وإذا زالت الشمس يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدىء فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة، يخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة**

حتى رمى جمرة العقبة إلا أن يخلطها بتكبير أو تهليل»[1] رواه أبو ذر. ويستحب أن يسير على طريق ضب ويعود على طريق المأزمين اقتداء بالنبي ﷺ كما في العيد إذا ذهب إلى المصلى، فإذا قرب من عرفات ووقع بصره على جبل الرحم قال: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر، ثم يلبي إلى أن يدخل عرفات قال في الأصل: (**وينزل بها مع الناس لأن الانتباذ**) أي الانفراد عنهم (**نوع تجبر والحال حال تضرع**) ومسكنه (**والإجابة في الجمع أرجى**) ولأنه يأمن بذلك من اللصوص (**وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كي لا يضيق على المارة**) والسنة أن ينزل الإمام بنمرة[2]، ونزول النبي ﷺ بها لا نزاع فيه قوله: (**وإذا زالت الشمس**) ظاهر هذا التركيب الشرطي إعقاب الزوال بالاشتغال بمقدمات الصلاة من غير تأخير، ويدل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما في أبي داود ومسند أحمد «غدا عليه الصلاة والسلام من منى حين طلع الصبح في صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة فنزل بنمرة وهو منزل الإمام الذي ينزل به بعرفة، حتى إذا كان عند صلاة الظهر راح عليه الصلاة والسلام مهجراً فجمع بين الظهر والعصر، ثم خطب الناس»[3] الحديث، وظاهره تأخير الخطبة عن الصلاة. وعن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما جاء إلى الحجاج يوم عرفة حين زالت الشمس وأنا معه فقال: الرواح إن كنت تريد السنة فقال: هذه الساعة؟ قال نعم، قال سالم: فقلت للحجاج: إن كنت تريد السنة فاقصر الخطبة وعجل الصلاة، فقال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: صدق[4] رواه البخاري والنسائي رحمهما الله قوله: (**فيخطب خطبتين ويجلس بينهما كالجمعة**) ثم قال المصنف: (**هكذا فعله رسول الله ﷺ**) ولا يحضرني حديث فيه تنصيص على خطبتين كالجمعة، بل ما أفاد أنه خطب قبل صلاة الظهر من حديث جابر الطويل[5] وحديث عبد الله بن الزبير[6] من

عرفة به لأن جبريل عليه السلام علم إبراهيم عليه الصلاة والسلام المناسك كلها يوم عرفة فقال له: أعرفت في أيّ موضع تطوف؟ وفي أي موضع تسعى؟ وفي أيّ موضع تقف؟ وفي أيّ موضع تنحر وترمي؟ فقال عرفت، فسمي يوم عرفة وسمي يوم الأضحى به لأن الناس يضحون فيه بقرابينهم. وقوله: (**ثم يتوجه إلى عرفات**) أي يتوجه من منى بعد صلاة الفجر يوم

قوله: (**وهذا بيان الأولوية الخ**) أقول: وفي غاية السروجي قوله هذا بيان الأولوية: يعني أن التوجه إلى عرفات بعد ما صلى الفجر بمنى أولى باقتداء النبي ﷺ. أما لو توجه إليها قبل أن يصلي الفجر بمنى أو بمكة ومر بمنى جاز لأنه لا يتعلق بهذا اليوم نسك اهـ.

---

(١) حديث ابن مسعود. أخرجه البيهقي ٥/١٣٨ من حديث ابن مسعود وله شاهد من حديث الفضل بن عباس وفيه «لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة» أخرجه مسلم ١٢٨٢ والنسائي ٥/٢٥٨ وابن حبان ٣٨٧٢ وغيرهم وسيأتي مستوفياً إن شاء الله في باب رمي الجمار.

(٢) يدل عليه الحديث الآتي وكذا حديث جابر الطويل المتقدم في أول الحج.

(٣) غير قوي. أخرجه أبو داود ١٩١٣ من حديث ابن عمر وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٩: ابن إسحاق لا يحتج بما ينفرد به من الأحكام، فضلاً عما إذا خالفه من هو أثبت منه والله أعلم اهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٦٠: قال عبد الحق في أحكامه وفي حديث جابر أنه عليه السلام خطب قبل الصلاة. وهو المشهور الذي عمل به الأئمة والمسلمون. قال الزيلعي: وأعله هو وابن القطان بعده بابن إسحاق اهـ.

فالمستنكر في هذا الحديث فقط قول ابن إسحق «فخطب بعد الصلاة».

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٦٠، ١٦٦٢، ١٦٦٣ والنسائي في الكبرى ٤٠٠٣ ومالك ١/٣٩٩ كلهم عن سالم قال: «كتب عبد الملك إلى الحجاج لا يخالف ابن عمر في الحج...» فذكره.

(٥) صحيح. تقدم في أول كتاب الحج، وقد أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر وفيه: «فخطب الناس...» إلى أن قال «ثم أذن، ثم أقام فصلى الظهر، ثم أقام فصل العصر، ولم يصل بينهما شيئاً».

(٦) جيد. حديث ابن الزبير. أخرجه الحاكم ١/٤٦١ موقوفاً. صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كذلك وله حكم الرفع لقوله: من السنة.

كما في الجمعة) هكذا فعله رسول الله عليه الصلاة والسلام. وقال مالك رحمه الله: يخطب بعد الصلاة، لأنها خطبة وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد. ولنا ما روينا، ولأن المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها. وفي ظاهر المذهب: إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يؤذن قبل خروج الإمام. وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة. والصحيح ما ذكرنا لأن النبي عليه الصلاة والسلام لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه[1]. ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة. قال: **(ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين)** وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلاتين، وفيما روى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ صلاهما بأذان وإقامتين، ثم بيانه أنه يؤذن للظهر

المستدرك، وحديث أبي داود عن ابن عمر رضي الله عنهما يفيد أنهما بعد الصلاة وقال فيه «فجمع بين الظهر والعصر ثم خطب الناس ثم راح فوقف على الموقف من عرفة»[2] وهو حجة لمالك في الخطبة بعد الصلاة. قال عبد الحق: وفي حديث جابر الطويل أنه خطب قبل الصلاة، وهو المشهور الذي عمل به الأئمة والمسلمون، وأعلّ هو وابن القطان حديث ابن عمر رضي الله عنه بابن إسحاق. نعم ذكر صاحب المنتقى عن جابر قال «راح النبي ﷺ إلى الموقف بعرفة فخطب الناس الخطبة الأولى، ثم أذن بلال، ثم أخذ النبي ﷺ في الخطبة الثانية، ففرغ من الخطبة الثانية وبلال من الأذان، ثم أقام بلال فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر»[3] رواه الشافعي، وهذا يقتضي أنه عليه الصلاة والسلام ساوق الأذان بخطبته فكأنها والله أعلم إذا كان الأمر على ظاهر اللفظ كانت قصيرة جداً كتسبيحة وتهليلة وتحميدة بحيث كانت قدر الأذان، ولا بعد في تسمية مثله خطبة، والخطبة الأولى الثناء كالتهليل والتكبير والتحميد والصلاة على النبي ﷺ والوعظ، ثم تعليم المناسك التي ذكرها المصنف. ثم ظاهر المذهب عندنا إذا صعد الإمام المنبر جلس وأذن المؤذن كما في الجمعة، فإذا فرغ أقام. وعن أبي يوسف رحمه الله: يؤذن والإمام في الفسطاط ثم يخرج فيخطب. قال في المبسوط: هذا ظاهر قوله الأول. وروى الطحاوي عنه أن الإمام يبدأ بالخطبة قبل الأذان، فإذا مضي صدر خطبته أذنوا ثم يتم الخطبة بعده، فإذا فرغ أقاموا، وهذا على مساوقة ما روى الشافعي رحمه الله. والصحيح أنه معهم لحديث جابر الطويل ذكر فيه «أنه عليه الصلاة والسلام خطب الناس

عرفة إلى عرفات **(فيقيم بها لما روينا)** أنه عليه الصلاة والسلام راح إلى عرفات **(وهذا بيان الأولوية أما لو دفع قبله)** أي قبل طلوع الشمس، وهذا إضمار قبل الذكر، وكان من حق الكلام أن يقول: ثم يتوجه إلى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يصح بناء قوله وهذا: أي التوجه بعد طلوع الشمس. وقوله أما لو دفع قبله. عليه قال بعض الشارحين: ترك هذا القيد سهو من الكاتب. وقوله: **(لأنه)** الضمير للشأن. وقوله: **(لا يتعلق بهذا المقام)** يعني منى **(حكم)** من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس إلى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الأعظم. لا يقال: لم لا يجوز أن يكون المكث نفسه إلى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة، لأن ذلك إنما يثبت بدليل منقول ولم يوجد. وقوله: **(وينزل بها)** أي بعرفة **(مع الناس لأن الانتباذ)** أي الانفراد **(تجبر)** وقوله: **(وقيل مراده)** يعني من قوله مع الناس **(أن لا ينزل على الطريق)** وقوله: **(وإذا زالت**

فاندفع ما ذكره الشيخ أكمل الدين بحذافيره قوله: **(وقوله أما لو دفع قبله عليه)** أقول: قوله عليه متعلق بقوله بناء في قوله حتى يصح بناء قوله الخ قوله: **(قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب)** أقول: القائل هو الإتقاني قال المصنف: **(ولأن المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها)** أقول: فلم لم يذكره في قوله ويعلم الناس الوقوف الخ؟ قوله: **(قال بعض الشارحين: وهذا أصح عندي الخ)**

---

(١) هو الحديث المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٢) صحيح. أخرجه الشافعي ١/ ٣٥٢، ٣٥٣ والبيهقي ٥/ ١٩٤ كلاهما من حديث جابر هكذا وقد تقدم في الحديث الطويل لجابر وقد أخرجه مسلم ١٢١٨.

(٣) استغربه الزيلعي في ٣/ ٦٠. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٩: لم أجده صريحاً.

ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاماً للناس **(ولا يتطوّع بين الصلاتين)** تحصيلاً لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته، فلو أنه فعل مكروهاً وأعاد الأذان للعصر **في ظاهر** الرواية، خلافاً لما روي عن محمد رحمه الله لأن الاشتغال بالتطوّع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده للعصر **(فإن صلى بغير خطبة أجزأه)** لأن هذه الخطبة ليست بفريضة. قال: **(ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته)** عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقالا: يجمع بينهما المنفرد لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد

وهو راكب على القصواء، إلى أن قال: ثم أذن ثم أقام»[1] والوجه في ذلك الحديث أي يحمل أذان بلال ذلك على الإقامة، فيكون عليه الصلاة والسلام ساوق الإقامة بخطبة ثانية خفيفة قدر الإقامة تمجيداً وتسبيحاً. وفي حديث جابر رضي الله عنه «أنه عليه الصلاة والسلام صلاهما بأذان وإقامتين ولم يصلِّ بينهما شيئاً»[2] وعنه قلنا لا يتطوّع بين الصلاتين وما في الذخيرة والمحيط من أنه يصلي بهم العصر في وقت الظهر من غير أن يشتغل بين الصلاتين بالنافلة غير سنة الظهر ينافي حديث جابر الطويل، إذ قال «فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً»[3] وكذا ينافي إطلاق المشايخ رضي الله عنهم في قولهم: ولا يتطوّع بينهما فإن التطوّع يقال على السنة قوله: **(خلافاً لما روي عن محمد رحمه الله)** وجه قوله إنه قد جمعهما وقت واحد فيكفيهما أذان واحد. قلنا: الأصل أن كل فرض بأذان ترك فيما إذا جمع بينهما على وجه معين فعند عدمه يعود الأصل قوله: **(فرض بالنصوص)** لقوله تعالى ﴿**إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً**﴾ أي فرضاً موقتاً وفي حديث «من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى باباً من أبواب الكبائر»[4] قوله: **(والتقديم الخ)** لا حاجة إلى تعليل الجمع الوارد بأنه لصيانة الجماعة

الشمس) يعني في عرفات **(ليصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدىء فيخطب خطبة)** يعني قبل الصلاة ولفظ يبتدىء يشير إلى ذلك. وقوله: **(وكذا فعله رسول الله ﷺ)** روى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له فركب حتى أتى بطن الوادي فخطب للناس، ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر» وقوله: **(ولنا ما روينا)** إشارة إلى قوله هكذا فعله رسول الله ﷺ **(وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة، وعن أبي يوسف أنه يؤذن قبل خروج الإمام)** من الفسطاط، فإذا فرغ المؤذن خرج الإمام لأن هذا الأذان لأداء الظهر كما في سائر الأيام **(وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة)** قال بعض الشارحين: وهذا أصح عندي وإن كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر. قال المصنف **(والصحيح ما ذكرنا)** يعني ظاهر الرواية **(لأن النبي ﷺ لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه)** ووجه الصحة أن رواية جابر تقتضي الأذان بعد خطبة، وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا إلى ما بعدهما من الحجة وهو القياس على الجمعة **(ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة)** قال: **(ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر)** أي يصلي الإمام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر **(بأذان وإقامتين)** أما نفس الجمع بين الصلاتين فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما، وأما كونه بأذان وإقامتين فلما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام صلاهما بأذان وإقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب **(ولا يتطوّع بين الصلاتين)** يعني لا الإمام ولا القوم. وقوله: **(خلافاً لما روي عن محمد)** فإنه يقول: لا يعيد الأذان لأن الوقت قد جمعهما فيكتفي بأذان واحد كما في العشاء مع الوتر. ووجه الظاهر ما ذكره **(أن الاشتغال بالتطوّع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأوّل)** وقطع فور الأذان الأول يوجب إعادته للعصر لأن الأذان للإعلام وكل صلاة أصل بنفسها، إلا أنه إذا جمع بينهما استغنيا عن الإعلام، وإذا قطع عاد

أقول القائل هو الإتقاني قوله قال المصنف: **(والصحيح ما ذكرنا الخ)** أقول: المصنف جعل وجه الصحة هذه الرواية، وعلى ما ذكره الشارح يكون القياس فلا تطابق بين الشرح والمشروح.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر وقد تقدم مستوفياً في أول كتاب الحج.

(٢) تقدم معناه في الحديث الطويل لجابر، وقد أخرجه مسلم ١٢١٨ وغيره، وأخرجه أبو داود ١٩٠٦ هكذا مختصراً.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وأبو داود ١٩٠٥ من حديث جابر وقد تقدم في أول كتاب الحج.

(٤) تقدم في الصلاة وهو حديث غير قوي.

الوقوف والمنفرد محتاج إليه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به، وهو الجمع بالجماعة مع الإمام والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد

إبطالاً لتعليلهما، بل يكفي في بيان أنه لا يجوز ارتكابه في غير مورد من حالة الانفراد بيان ثبوته على خلاف القياس، ثم إنه يتراءى أن ما أبداه سبباً للجمع مناف لما ذكره آنفاً من قوله ولهذا: أي لتحصيل مقصود الوقوف قدم العصر على وقته، إلا أن يدعي أن ذلك خرج على قولهما لا قوله ثم ما عينه أولى لما ذكر من أنه لا منافاة: أي بين الوقوف والصلاة فإنه واقف بعرفة حال كونه نائماً أو مغمى عليه فكيف لا يكون حال كونه مصلياً. وإن أراد الوقوف المتوجه فيه إلى الدعاء وكل ذلك فضيلة وامتداده وعدم تفريقه. قلنا تفريقه بالنوم والحديث ليس بمكروه وترك الجماعة مكروه لأنها واجبة أو في حكم الواجب على ما أسلفناه في باب الإمامة وعدم خروج الصلاة عن وقتها فرض، فإذا ثبت بلا مردّ إخراجها في صورة فالحكم بأنه لتحصيل واجب أو ما هو قريب منه أولى من جعله لتحصيل فضيلة، ولذا لم يختلف فيه مع الجماعة بخلافه مع الانفراد فيه اختلاف روي عن ابن مسعود رضي الله عنه منعه قوله: **(وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج)** الحاصل أن جواز الجمع مشروط عند أبي حنيفة بالإحرام بالحج في الصلاتين جميعاً، وعندهما في العصر فقط، وبالجماعة فيهما عنده، وهذا قول زفر رحمه الله أيضاً غير أنه يشترطهما

حكمه الأصلي. وقوله: **(فإن صلى بغير خطبة)** ظاهر. وقوله: **(ومن صلى الظهر في رحله)** أي في منزله **(وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة. وقالا: المنفرد وغيره سيان في الجمع بينهما)** ومبنى الاختلاف على أن تقديم العصر على وقته لأجل محافظة الجماعة أو لامتداد الوقوف، فعنده للأول وعندهما للثاني. لهما أن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف بدليل أنه لا جمع على من ليس عليه الوقوف، وأن الحاجّ يحتاج إلى الدعاء في وقت الوقوف، فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء. والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع **(ولأبي حنيفة أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص)** قال الله تعالى ﴿**حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى**﴾ وقال تعالى ﴿**إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً**﴾ وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه إلا بدليل قطعي، وذلك فيما ورد عن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين مع وفور الصحابة من الجمع بالجماعة مع الإمام فلا يجوز بدونه. وقوله: **(والتقديم لصيانة الجماعة)** جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم أن جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصياغة الجماعة، لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لأن الموقف موضع واسع ذو طول وعرض فلا يمكنهم إقامة الجماعة إلا بالاجتماع وأنه يتعذر مرتين في العادة فعجلوا العصر لئلا تفوتهم فضيلة الجماعة لحق الوقوف لأن الجماعة تفوت لا إلى خلف، وحق الوقوف يتأدى قبل وبعد ومعه، إذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لأن الوقوف، لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالأكل والشرب والتوضي وغير ذلك، وفي كلامه تسامح لأنه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال: ولهذا قدم العصر على وقته، وههنا جعل علته صيانة الجماعة صح الكلام، لكن ليس كذلك لأن المقصود منه أداء أعظم ركني الحج، وإن كان غير ذلك تناقض كلامه وتوارد علتان على معلول واحد بالشخص وذلك غير جائز. ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود من الوقوف شيئان أحدهما عاجل والثاني آجل. والأول هو امتداد المكث لأجل الدعاء لمصالح دينه ودنياه. والثاني أداء الركن وصيانة الجماعة، فيجوز أن يكون تقديم العصر معلولاً لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الأول، ولصيانة الجماعة من حيث الثاني، وإذا اختلفت الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين. والحاصل أنهم اتفقوا على أن المقصود منه للمكلف هو الامتداد في المكث

قوله: **(وفي كلامه تسامح، إلى قوله: لأن المقصود منه أداء أعظم ركني الحج)** أقول: ولك أن تقول تعليل التقديم بتحصيل مقصود الوقوف خرج على مذهبهما فلا غبار قوله: **(وإن كان غير ذلك تناقض كلامه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إنما يلزم التناقض والتوارد لو جعل كل منهما علة مستقلة للتقديم لم يجوز أن يكون جزء علة قوله: **(ولكنهم اختلفوا في وجود غيره إلى آخر قوله: وقال بل ثمة غيره)** أقول: قوله إذ لا منافاة لا يناسب هذا الكلام إذ مفاده عدم توقف هذا المقصود على التقديم مطلقاً قوله: **(وهو ماله من صيانة الجماعة الخ)** أقول: ولك أن تقول إذا فات المقصود ينبغي أن يجتهد في تحصيل المقصود الأول حتى لا يخلو الوقوف عن مقاصده بالكلية، فإن

ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه إذ لا منافاة، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: الإمام شرط في الصلاتين جميعاً. وقال زفر رحمه الله: في العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته، وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج. ولأبي حنيفة

في العصر ليس غير قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله)** تقريره ظاهر. وفي المبسوط وجه قول أبي حنيفة أن العصر في هذا اليوم كالتبع للظهر لأنهما صلاتان أديتا في وقت واحد والثانية مرتبة على الأولى فكانا كالعشاء مع الوتر. وينبغي أن يزاد بعد قوله صلاتان واجبتان. قال: ولما جعل الإمام شرطاً في التبع كان شرطاً في الأصل بطريق الأولى. ودليل التبعية لغيره أنه لا يجوز العشر في هذا اليوم إلا بعد صحة الظهر، حتى لو تبين لغيم أنهم صلوا الظهر قبل الزوال والعصر بعده لزمهم إعادة الصلاتين، وكذا لو جدد الوضوء بين الصلاتين ثم ظهر أن الظهر صلى بغير وضوء لزمه إعادة الصلاتين، بخلاف الوتر[1] فيما تقدم لا يعيده عند الإمام. والفرق أن الوتر أداؤه في وقته بخلاف العصر، ولما كان في لزوم الأولوية خفاء اقتصر المصنف على ما ذكره قوله: **(عقيب انصرافهم من الصلاة)** ظرف ليتوجه **(لأنه عليه الصلاة والسلام راح إلى الموقف عقيب الصلاة)** هو في حديث جابر[2]. واعلم أن أوّل وقت الوقوف إذا زالت الشمس ويمتد إلى طلوع فجر يوم النحر. فالوقوف قبل ذلك وبعده عدم، والركن ساعة من ذلك، والواجب إن وقف نهاراً يمدّه إلى الغروب أو ليلاً فلا واجب فيه قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «عرفة كلها موقف»)** روي من طرق عديدة من حديث جابر عند ابن ماجه قال عليه الصلاة والسلام «كل عرفة موقف وارتفعوا عن بطن عرنة، وكل المزدلفة موقف وارتفعوا عن بطن محسر، وكل منى منحر إلا ما وراء العقبة»[3] وفيه القاسم بن عبد الله بن عمر العمري متروك. ومن حديث جبير بن مطعم، وفيه «وكل فجاج منى منحر» ولم يستثن «وكل أيام التشريق ذبح»[4] رواه أحمد عن سليمان بن موسى الأشدق عن جبير بن مطعم وهو منقطع، فإن ابن الأشدق لم يدرك جبيراً. ورواه ابن حبان في صحيحه وأدخل فيه بين سليمان وجبير عبد الرحمن بن أبي حسين، وكذا رواه

لأجل الدعاء، ولكنهم اختلفوا في وجود غيره فقالا: ما ثمة غيره، وفيه المنفرد والجماعة سواء، وقال: بل ثمة غيره، وهو

ما لا يدرك كله لا يترك كله قوله: **(وشرط الشيء يسبقه الخ)** أقول: منقوض بالوضوء فإنه شرط جواز الصلاة وشرط الشيء يسبقه، وجواز الصلاة يتحقق إذا زالت الشمس مقارناً له مع أنه لا يلزم أن يتقدم الزوال قال المصنف: **(ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه)** أقول: في غاية السروجي عن طلحة بن عبد الله بن كريز أن رسول الله ﷺ قال «أفضل الأيام يوم عرفة وافق يوم جمعة، وهو أفضل من سبعين حجة في غير جمعة» خرجه رزين بن معاوية في تجريد الصحاح بعلامة الموطأ، وفي مناسك النووي، وقيل إذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل أهل الموقف اهـ. قال ابن جماعة في مناسكه الكبير: وسأل بعض الطلبة والدي رحمه الله تعالى فقال: قد جاء أن الله تعالى يغفر لجميع أهل الموقف مطلقاً، فما وجه تخصيص ذلك بيوم الجمعة في هذا الحديث؟ فأجابه بأنه يحتمل أن الله تعالى يغفر لجميع أهل الموقف في يوم الجمعة بغير واسطة، وفي غير يوم الجمعة يهب قوماً لقوم والله أعلم اهـ.

---

(١) قوله (بخلاف الوتر، إلى قوله: بخلاف العصر) هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ وسقطت من غالبها اهـ مصححه.

(٢) صحيح. تقدم حديث جابر في أول كتاب الحج، وقد أخرجه مسلم ١٢١٨ وغيره.

(٣) ضعيف هكذا أخرجه أبو داود ١٩٣٧ وابن ماجه ٣٠٤٨ والدارمي ٢/ ٥٦، ٥٧ كلهم من حديث جابر.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٦٠: القاسم بن عبد الله بن عمر العمري متروك قال ابن حبان في الضعفاء: كان أحمد يرميه بالكذب وقال ابن معين: ليس بشيء اهـ.
لكن للحديث شواهد ترقى به إلى الضعف.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ٤/ ٨٢ والبيهقي ٥/ ٢٩٥، ٢٩٦ والبزار ١١٢٦ والطبراني في الكبير ١٥٨٣ وابن حبان ٣٨٥٤ كلهم من حديث جبير بن مطعم.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٦١: قال البزار: رواه سويد بن عبد العزيز وهو رجل ليس بالحافظ وحديث ابن أبي حسين هو الصواب مع أن ابن أبي حسين لم يلق جبير بن مطعم اهـ ولم يروه الترمذي وإنما تبع المصنف الزيلعي على هذا. ولعله سبق قلم وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٥١: رجاله موثقون اهـ وهو حسن لشواهده ومنها الآتي.

رحمه الله أن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه، ثم لابد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديماً للإحرام على وقت الجمع، وفي أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لأن المقصود هو الصلاة. قال: **(ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام راح إلى الموقف عقيب الصلاة، والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الأعظم. قال: **(وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة)** لقوله

الترمذي، لكن قال البزار: ابن ابي حسين لم يلق جبير بن مطعم، قال: وإنما ذكرنا هذا الحديث، لأنا لا نحفظ عنه عليه الصلاة والسلام في كل أيام التشريق ذبح إلا فيه فذكرناه، وبينا العلة فيه اهـ. وروي أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنهما فرواه الطبراني والحاكم وقال على شرط مسلم عنه مرفوعاً «عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة، والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر»[١] اهـ. ومن حديث ابن عمر[٢] أخرجه ابن عدي في الكامل بلفظ حديث ابن عباس، وفي سنده عبد الرحمن بن عبد الله العمري المضعف. ومن حديث أبي هريرة[٣] رضي الله عنه أخرجه ابن عدي أيضاً نحوه سواء وأعله بيزيد بن عبد الملك فثبت بهذا كله ثبوت هذا الحديث وعدم ثبوت تلك الزيادة: أعني كل أيام التشريق دبح للانفراد بها مع الانقطاع والاتفاق على ما سواها سوى ذلك الاستثناء قوله: **(لأن النبي ﷺ وقف على ناقته)** هو في حديث جابر الطويل[٤] فارجع إليه قوله: **(وقال عليه الصلاة والسلام الخ)** روى الحافظ أبو نعيم في تاريخ أصبهان من حديث محمد بن الصلت عن ابن شهاب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً «خير المجالس ما استقبل به القبلة وأما خير المواقف فالله سبحانه أعلم به»[٥]. وروى الحاكم في الأدب حديثاً طويلاً وسكت عنه أوّله عنه عليه الصلاة والسلام «إن لكل شيء شرفاً، وإن شرف المجالس ما استقبل به القبلة»[٦]

ماله من صيانة الجماعة، وليس المنفرد فيه كالجماعة **(ثم عند أبي حنيفة: الإمام شرط في الصلاتين جميعاً. وقال زفر: في**

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه البيهقي ٥/ ١١٥ والحاكم ١/ ٤٦٢ والطبراني ١١٢٣١ والبزار ١١٢٧ كلهم من حديث ابن عباس صححه الحاكم! ووافقه الذهبي!
مع أن في إسناده محمد بن كثير الصنعاني: كثير الغلط لكن تابعه أحمد بن المقدام العجلي عند الطحاوي في المشكل ١/ ١١٩.
وفي إسناد الطبراني عبد الرحمن بن أبي بكر المليكي: ضعيف وفي إسناد البزار حوثرة بن محمد صدوق كما في التقريب، وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٥١: رواه البزار ورجاله ثقات اهـ لكن له شواهد وطرق أخرى ترقى به إلى الحسن. والله أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/ ٢٧٩ من حديث ابن عمر. وأعله بعبد الرحمن بن عبد الله العمري، وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وأحمد وابن معين ووافقهم. لكن الحديث شاهد لما قبله.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٧/ ٢٦١ من حديث أبي هريرة. وأعله بيزيد بن عبد الملك.
وقال: عامة ما يرويه غير محفوظ، وقال النسائي فيه: متروك اهـ. لكنه شاهد لحديث جبير بن مطعم وحديث ابن عباس وتقدما.

(٤) صحيح. تقدم في أوائل كتاب الحج وقد أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر الطويل..

(٥) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٦٢ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٠: لم أجده هكذا.

(٦) ضعيف. أخرجه الحاكم ٤/ ٢٧٠ مطوّلاً وابن عدي في الكامل ٧/ ١٠٦ والعقيلي ٤/ ٣٤٠ كلهم من حديث ابن عباس سكت الحاكم عنه أو تعقبه الذهبي في مختصره بقوله: وهشام بن زياد متروك، وكذا أعله ابن عدي، والعقيلي، بزياد بن هشام، وأسند ابن عدي تضعيفه عن البخاري والنسائي وأحمد وابن معين ووافقهم.
وقال: إن الضعف على رواياته بين اهـ.
وقال العقيلي: ليس لهذا الحديث طريق يثبت اهـ.
وأخرجه العقيلي: ليس لهذا الحديث طريق يثبت اهـ وأخرجه العقيلي ١/ ١٧٠ مختصراً من طريق تمام بن يزيع ونقل عن البخاري قوله: الناس يتكلمون فيه.
ثم أخرجه ٣/ ٣٨٧ مختصراً من طريق عيسى بن ميمون وقال: عيسى عن محمد بن كعب القرظي منكر الحديث. نقلاً عن البخاري. ثم قال العقيلي: رواه أبو المقدام وعيسى بن ميمون ومصارف القرشي، وكل هؤلاء متروك.

عليه الصلاة والسلام «عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة، والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر». قال: (**وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته**) لأن النبي عليه الصلاة والسلام وقف على ناقته (**وإن وقف على قدميه جاز**) والأول أفضل لما بينا (**وينبغي أن يقف مستقبل القبلة**) لأن النبي عليه الصلاة والسلام وقف كذلك، وقال النبي عليه الصلاة والسلام «خير المواقف ما استقبلت به القبلة» (**ويدعو ويعلم الناس المناسك**) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يدعو يوم عرفة مادًا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء» وإن ورد الآثار ببعض الدعوات، وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم [بعدّة الناسك في عدّة من المناسك] بتوفيق الله تعالى. قال:

وأعل بهشام بن زياد. وعن ابن عمر يرفعه «أكرم المجالس ما استقبل به القبلة»[1] وهو معلول بحمزة النصيبيني ونسب للوضع قوله: (ويدعو) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال «كان أكثر دعاء رسول الله ﷺ يوم عرفة» لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت بيده الخير وهو على كل شيء قدير» رواه أحمد والترمذي عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال «خير دعاء يوم عرفة، وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير»[2] وقيل لابن عيينة: هذا ثناء فلم سماه رسول الله ﷺ دعاء؟ فقال: الثناء على الكريم دعاء لأنه يعرف حاجته. وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «ما من مسلم يقف عشية عرفة بالموقف مستقبلاً بوجهه ثم يقول لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير مائة مرة، ثم يقرأ ﴿قل هو الله أحد﴾ مائة مرة، ثم يقول: اللهم صل على محمد كما صليت على إبراهيم وآل إبراهيم إنك حميد مجيد وعلينا معهم مائة مرة، إلا قال الله تعالى: يا ملائكتي ما جزاء عبدي هذا سبحني وهللني وكبرني وعظمني وعرفني وأثنى عليّ وصل على نبي؟ اشهدوا يا ملائكتي أني قد غفرت له وشفعته في نفسه، ولو سألني عبدي هذا لشفعته في أهل الموقف»[3] رواه البيهقي وهو متن غريب في إسناده من اتهم

العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته) واشتراط الإمام للتغير (**ولأبي حنيفة أن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدي بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج**) وكل ما كان شرعه خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده (**وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج**) قال أبو حنيفة: الإحرام شرط فيهما جميعاً، وقال زفر: هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر في حلال مكي صلى الظهر مع الإمام ثم أحرم بالحج فصلى العصر معه، أو المحرم بالعمرة صلى الظهر ثم أحرم فصلى العصر مع الإمام لم يجزه العصر إلا في وقتها عند أبي حنيفة. وعند زفر تجوز (**ثم لابد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية**) لأن الإحرام شرط جواز الجمع وشرط الشيء يسبقه، وجواز الجمع يتحقق إذا زالت الشمس مقارناً، والمتقدم على أحد المتقارنين متقدم على الآخر (**وفي**) رواية (**أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لأن المقصود هو الصلاة**) قال: (**ثم يتوجه الإمام إلى الموقف**) أي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الإمام إلى الموقف (**فيقف بقرب الجبل لأن**

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو يعلى والطبراني في الأوسط، وأبو نعيم الأصبهاني كما في نصب الراية ٣/ ٦٣ وابن عدي في الكامل ٢/ ٣٧٦ كلهم من حديث ابن عمر، وفي إسناده حمزة النصيبي، ومداره عليه، وقد قال عنه ابن عدي: يضع الحديث وقال الهيثمي في المجمع ٨/ ٥٩: حمزة متروك

(٢) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٣٥٨٥ وأحمد ٢/ ٢١٠ بنحوه كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ومداره على محمد بن أبي حميد ويقال: حماد.

قال عنه الترمذي عقب الحديث: ليس بالقوي عند أهل الحديث، وهو مدني أنصاري.

وقال ابن حجر في التقريب ٢/ ١٥٦: ضعيف.

وقال الذهبي في الميزان ١/ ٥٨٩: ضعيف قال البخاري: منكر الحديث. وقال يحيى: ليس حديثه بشيء. وقال النسائي: ليس بثقة اهـ.

وقال الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٥٢: رجاله موثقون اهـ. وليس كذلك كما تقدم في الكلام على محمد بن أبي حميد.

وقد أشار إليه ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٥٤ وقال: رواه أحمد والترمذي في إسناده حماد بن أبي حميد ضعيف، وله شاهد من حديث علي أخرجه البيهقي ٥/ ١١٧ بنحوه. وقال: موسى بن عبيدة ضعيف وفيه انقطاع أيضاً، وقد روي من طريق مالك مرسلاً وموصولاً، والموصول ضعيف، ورويناه عن أبي شعبة أن عمر كان يقول ذلك يوم عرفة.

وله طرق أخرى واهية راجع التلخيص ٢/ ٢٥٤ وكشف الخفاء ٤٥٦ فهو حسن لشواهده إن شاء الله تعالى أعلم.

(٣) ذكره العلامة ابن الهمام، ونسبه للبيهقي وإن في إسناده من اتهم بالوضع، وهذا هو الظاهر على هذا المتن والله تعالى أعلم.

(وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام) لأنه يدعوا ويعلم فيعوا ويسمعوا **(وينبغي أن يقف وراء الإمام)** ليكون مستقبل القبلة، وهذا بيان الأفضلية لأن عرفات كلها موقف على ما ذكرنا. قال: **(ويستحبّ أن يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء)** أما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب، ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الإحرام. وأما الاجتهاد فلأنه ﷺ اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم **(ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة)** وقال مالك رحمه الله تعالى: يقطع التلبية كما يقف بعرفة لأن الإجابة باللسان قبل الاشتغال

بالوضع. وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال «جاء رجل من الأنصار إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله كلمات أسأل عنهنّ، فقال عليه الصلاة والسلام: اجلس، وجاء رجل من ثقيف فقال: يا رسول الله كلمات أسأل عنهنّ، فقال عليه الصلاة والسلام: سبقك الأنصاري، فقال الأنصاري: إنه رجل غريب وإن للغريب حقاً فابدأ به، فأقبل علي الثقفي» وساق الحديث، إلى أن قال» ثم أقبل علي الأنصاري فقال: إن شئت أخبرتك عما جئت تسألني، وإن شئت تسألني فأخبرك، فقال: لا يا نبيّ الله أخبرني عما جئت أسألك، فقال: جئت تسأل عن الحاجّ ماله» وساق الحديث، إلى أن قال «فإذا وقف بعرفة فإن الله عز وجل ينزل إلى سماء الدنيا فيقول: انظروا إلى عبادي شعثاً غبراً، اشهدوا أني قد غفرت لهم ذنوبهم وإن كانت عدد قطر السماء ورمل عالج، وإذا رمى الجمار لا يدري أحد ما له حتى يتوفاه الله تعالى، وإذا قضي آخر طوافه بالبيت خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»[1] رواه البزار وابن حبان في صحيحه واللفظ له. وروى أحمد بإسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما «كان فلان ردف النبي ﷺ يوم عرفة، فجعل الفتى يلاحظ النساء وينظر إليهن، فقال له رسول الله ﷺ: ابن أخي إن هذا يوم من ملك فيه سمعه وبصره ولسانه غفر له»[2].

النبي ﷺ راح إلى الموقف عقيب الصلاة) وقوله: **(والجبل يسمى جبل الرحمة)** ظاهر. وقوله: **(بطن عرنة)** واد بحذاء عرفات. قيل رأى النبي ﷺ فيه الشيطان، فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاث. **(والمزدلفة)** إنما سميت بها لاجتماع الناس فيها ومنه قوله تعالى **﴿وأزلفنا ثم الآخرين﴾** أي جمعناهم، وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب، ومنه قوله تعالى **﴿وأزلفت الجنة للمتقين﴾** أي قربت، وسميت بها لاقتراب الناس إلى منى بعد الإضافة من عرفات **(ووادي محسر)** بكسر السين وتشديدها هو بين مكة وعرفات. وقوله: **(كالمستطعم المسكين)** في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة في تحقيق المد، فإنه التشبيه حينئذ إنما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج. وقوله: **(وإن ورد الآثار ببعض الدعوات)** عن عليّ أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن أكثر دعائي ودعاء الأنبياء من قبلي عشية عرفة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير. اللهم اجعل في قلبي نوراً وفي سمعي نوراً وفي بصري نوراً. اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري، وأعوذ بك من وسواس الصدر وشتات الأمر وفتنة القبر. اللهم إني أعوذ بك من شرّ ما يلج في البحر وشرّ ما تهب به الرياح». وقوله: **(إلا في الدماء والمظالم)** أي إلا في حق الدم الذي

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه ابن حبان ١٨٨٧ والبزار ١٠٨٢ والبيهقي في الدلائل ٦/ ٢٩٤ كلهم من حديث ابن عمر واللفظ بطوله لابن حبان وقد اختصر المصنف بعضه بسبب طوله.
وفي إسناده يحيى بن عبد الرحمن الأرحبيّ عن عبيدة بن الأسود قال أبو حاتم: يحيى شيخ لا أرى في حديثه إنكاراً. يروي عن عبيدة بن الأسود غرائب اهـ وهو من هذا القبيل. فهذه علة، وعلته الثانية عبيدة بن الأسود. قال في التقريب: صدوق ربما دلّس اهـ وقد رواه عنعنة فحديثه ليس بحجة، وعلته الثالثة القاسم بن الوليد وهو صدوق يغرب كما في التقريب وهذا حديث غريب. وشيخه سنان بن الحارث. لم يوثقه غير ابن حبان. وهو يوثق المجاهيل كما عرف عنه. فهذا الحديث مسلسل بالمجاهيل والضعفاء لا حجة فيه.
وورد من طرق أخرى من حديث أنس وعبادة بن الصامت ذكرها الهيثمي في المجمع ٣/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ وبين عللها وهي أشد ضعفاً من رواية ابن حبان والبزار، مع أن الشيخ شعيب الأرناؤوط حكم بضعف إسناد ابن حبان والبزار. فهو يشبه الحسن.
(٢) حسن. أخرجه أحمد ١/ ٣٢٩ من حديث ابن عباس. وفيه سُكين بن عبد العزيز ضعفه أبو داود ولينه النسائي، لكن وثقه ابن معين. كما في الميزان، وأبوه عبد العزيز بن قيس العبدي. مقبول كما في التقريب. أما الذهبي فقال في الميزان: مجهول هو وابنه.
قلت: فكيف يكون الإسناد صحيحاً. فأعلى مراتبه أنه حسن مع المجازفة والله أعلم.

بالأركان. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة» ولأن التلبية فيه كالتكبير

ومن مأثورات الأدعية: اللهم اجعل لي في قلبي نوراً وفي سمعي نوراً وفي بصري نوراً. اللهم اشرح لي صدري ويسرّ لي أمري. اللهم إني أعوذ بك من وساوس الصدر وشتات الأمر وعذاب القبر. اللهم إني أعوذ بك من شرّ ما يلج في الليل وشرّ ما يلج في النهار وشرّ ما تهب به الرياح وشرّ بوائق الدهر. اللهم إني أعوذ بك من تحوّل عافيتك وفجأة نقمتك وجميع سخطك، وأعطني في هذه العشية أفضل ما تؤتي أحداً من خلقك، وكل حاجة في نفسه يسألها فإنه يوم إفاضة الخيرات من الجواد العظيم. وحديث «كان عليه الصلاة والسلام يدعو مادًّا يديه كالمستطعم» رواه البزار بسنده عن ابن عباس عن الفضل قال «رأيت رسول الله ﷺ واقفاً بعرفة ماداً يديه كالمستطعم، أو كلمة نحوها»[(١)] وأعل بحسين بن عبد الله ضعفه النسائي وابن معين. قال ابن عدي: هو حسين بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي وهو ممن يكتب حديثه فإني لم أر له حديثاً منكراً جاوز المقدار. وأخرجه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما «رأيته عليه الصلاة والسلام يدعو بعرفة يداه إلى صدره كالمستطعم المسكين»[(٢)] قوله: (وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام) وكلما كان إلى الإمام أقرب فهو أفضل وغسل عرفة تقدم في باب الغسل قوله: (فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم) روى ابن ماجه في سننه عن عبد الله بن كنانة بن عباس ابن مرداس أن أباه أخبره عن أبيه «أن رسول الله ﷺ دعا لأمته عشية عرفة، فأجيب: إني قد غفرت لهم ما خلا من المظالم فإني آخذ للمظلوم منه، فقال: أي رب إن شئت أعطيت المظلوم الجنة وغفرت للظالم فلم يجب عشية عرفة، فلما أصبح بالمزدلفة أعاد الدعاء فأجيب إلى ما سأل، قال: فضحك رسول الله ﷺ، أو قال فتبسم، فقال له أبو بكر رضي الله عنه: بأبي أنت وأمي إن هذه لساعة ما كنت لتضحك فيها فما الذي أضحكك، أضحك الله سنك؟ قال: إن عدوّ الله إبليس لما علم أن الله قد استجاب دعائي وغفر لأمتي أخذ التراب فجعل يحثوه على رأسه ويدعو بالويل والثبور فأضحكني ما رأيت من جزعه»[(٣)] ورواه ابن عدي وأعله بكنانة، وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء:

وجب لبعضهم على بعض قصاصاً وعجزوا عن استيفائه، وفي حق المظلمة التي وجبت لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف. وقيل: قد استجيب له في ذلك أيضاً في المزدلفة وقوله: (ويلبي في موقفه) يعني يستديم ذلك إلى أن يرمي أول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك: (يقطعها كما يقف بعرفة لأن التلبية إجابة باللسان، والإجابة باللسان قبل الاشتغال بالأركان) كتكبيرة الافتتاح في الصلاة ولنا ما روي أن النبي ﷺ أردف الفضل فأخبر الفضل أنه (لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة، ولأن التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة) في كونه ذكراً مفعولاً في افتتاح العبادة ويتكرر في أثنائها، فكان القياس أن

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي ٥/ ١١٧ من طريق البزار، وكذا ابن عدي في الكامل ٢/ ٣٤٩ كلاهما من حديث ابن عباس. ومداره على حسين بن عبد الله الهاشمي.
نقل ابن عدي عن يحيى قوله: ضعيف. وقال البخاري: قال علي المديني: تركت حديثه. وكذا تركه أحمد. وقال النسائي: متروك اهـ وأعله الحافظ في الدراية ٢/ ٢٠ بضعف حسين هذا، وجاء في التقريب: ضعيف اهـ وهو الصواب ولم يتابع عليه والله أعلم.

(٢) هو المتقدم.

(٣) باطل. أخرجه ابن ماجه ٣٠١٣ وابن عدي في الكامل ٦/ ٧٤ والبيهقي ٥/ ١١٨ كلهم من حديث عبد الله بن كنانة عن أبيه عن جده عباس بن مرداس به مطولاً.
ومن هذا الوجه أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢١٤ ونقل عن ابن حبان قوله: كنانة روى عنه ابنه عبد الله. منكر الحديث جداً، فلا أدري التخليط منه أو من ابنه. وقال ابن عدي نقلاً عن البخاري: لم يصح حديثه.
وكذا نقل البوصيري في زوائد ابن ماجه عن البخاري مثل ذلك. وذكر له ابن الجوزي طرقاً أخرى وحكم بوضعها وكذا حكم الذهبي في الميزان بوصفه حيث قال: هذا حديث كذب اهـ وهو يعارض الأحاديث الصحيحة: من اقتطع شبراً من أرض طوقه الله بسبع أرضين يوم القيامة، وكذا حديث: يغفر الله يوم عرفة للحاج إلا المظالم وحديث: لتؤدن الحقوق إلى أهلها يوم القيامة، حتى إن الشاة الجلحاء ليقتضي لها من الشاة القرناء. الخ والأحاديث في ذلك كثيرة فالخبر باطل.

في الصلاة فيأتي بها إلى آخر جزء من الإحرام. قال: (فإذا غربت الشمس أفاض الإمام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة) لأن النبي عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس، ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين، وكان

كنانة بن عباس بن مرداس السلمي يروى عن أبيه، وروى عنه ابنه منكر الحديث جداً، فلا أدري التخليط في حديثه منه أو من أبيه، ومن أيهما كان فهو ساقط الاحتجاج وذلك لعظم ما أتى من المناكير عن المشاهير. ورواه البيهقي وفيه «فلما كان غداة المزدلفة أعاد الدعاء فأجابه الله تعالى إني قد غفرت لهم، قال: فتبسم» الحديث ثم قال: وهذا الحديث له شواهد كثيرة، وقد ذكرناها في كتاب الشعب، فإن صح بشواهده ففيه الحجة، وإن لم يصح فقد قال الله تعالى ﴿ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾ وظلم بعضهم بعضاً دون الشرك اهـ. قال الحافظ المنذري: وروى ابن المبارك عن سفيان الثوري عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك قال «وقف النبي ﷺ بعرفات وقد كادت الشمس أن تئوب فقال: يا بلال أنصت الناس، فقام بلال رضي الله عنه فقال: أنصتوا لرسول الله ﷺ، فنصت الناس فقال: معاشر الناس أتاني جبريل آنفاً فأقرأني من ربي السلام وقال: إن الله عز وجل قد غفر لأهل عرفات وأهل المعشر وضمن عنهم التبعات، فقام عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يا رسول الله هذا لنا خاصة؟ قال: هذا لكم ولمن أتى من بعدكم إلى يوم القيامة، فقال عمر بن الخطاب: كثر خير ربنا وطاب»[(١)]. وفي كتاب الآثار قال محمد: أخبرنا أبو حنيفة رضي الله عنه قال: حدثنا محمد بن مالك الهمداني عن أبيه قال: خرجنا في رهط نريد مكة حتى إذا كنا بالربذة رفع لنا خباء فإذا فيه أبو ذر فأتينا فسلمنا عليه، فرفع جانب الخباء فردّ السلام فقال: من أين أقبل القوم؟ فقلنا: من الفجّ العميق، قال: فأين تؤمون؟ قلنا: البيت العتيق، قال: آلله الذي لا إله إلا هو ما أشخصكم غير الحج؟ فكرر ذلك علينا مراراً، فحلفنا له فقال: انطلقوا إلى نسككم ثم استقبلوا العمل. وفي موطإ مالك عن طلحة ابن عبيد الله أن رسول الله ﷺ قال «ما رئي الشيطان يوماً هو أصغر ولا أدحر ولا أغيظ منه في يوم عرفة، وما ذاك إلا لما يرى من تنزّل الرحمة وتجاوز الله عزّ وجل عن الذنوب العظام، إلا ما رئي يوم بدر فإنه قد رأى جبريل يزع الملائكة»[(٢)] قوله: (ولنا ما روي) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن الفضل بن العباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة»[(٣)] وقد قدمناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وحلفه عليه فزاد فيه ابن ماجه «فلما رماها قطع التلبية»[(٤)] والوجه الذي ذكره المصنف من المعنى يقتضي أن لا يقطع إلا عند الحلق لأن الإحرام باق قبله، والأولى أن يقول: فيأتي بها إلى آخر الأحوال المختلفة في الإحرام فإنها كالتكبير وآخره مع القعدة لأنها آخر الأحوال قوله: (فإذا غربت الشمس أفاض الإمام والناس معه على هينتهم) أخرج الإمام أبو داود

يكون إلى آخر جزء من الإحرام، وذلك إنما يكون عند الرمي. وقيل: كان القياس أن يكون إلى آخره كالتكبير في الصلاة، إلا أن القياس ترك فيما بعد الرمي بالإجماع فيبقى فيما وراءه على أصل القياس. وقوله: (والناس معه على هينتهم) إنما هو اتباع للسنة. قال رسول الله ﷺ «أيها الناس ليس البرّ في إيجاف الخيل وفي إيضاع الإبل، عليكم بالسكينة والوقار» (والنبي

---

(١) هذا الخبر. ذكره المنذري في الترغيب ٢/ ٢٠٣ في وقوف عرفات معلقاً. حيث قال: روى ابن المبارك عن الثوري عن الزبير عن عدي عن أنس مرفوعاً. . فذكره اهـ.

وهذا إسناد على شرط البخاري ومسلم. لو ثبت عن ابن المبارك. ولكن أين رواه ابن المبارك وكيف لم يأخذه أحد من أصحابه على كثرتهم. مع أهمية هذا الحديث ولو وجد لذكره ابن الجوزي أو غيره ممن يخرج الضرائب والمناكير. والله تعالى أعلم.

(٢) مرسل. أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٤٢٢ ح٢٤٥ بسنده عن طلحة بن عبيد الله بن كريز مرسلاً. لأن طلحة هذا تابعي من الطبقة الثالثة، وهو ثقة كما في التقريب.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٤٣ أو ١٥٤٤ و١٦٨٦ ومسلم ١٢٨١ والترمذي ٩١٨ والنسائي ٥/ ٢٦٩. وابن ماجه ٣٠٤٠ وأحمد ١/ ٢١٠، ٢١٣ وابن خزيمة ٢٨٤٣ و٢٨٦٠ و٢٨٧٣ وابن حبان ٣٨٥٥ و٣٨٧٢ من طرق كلهم عن ابن عباس عن أخيه الفضل به.

(٤) حديث ابن مسعود متفق عليه. وهذه الزيادة لابن ماجه. هي عنده برقم ٣٠٤٠ من حديث الفضل لا من حديث ابن مسعود.

النبي عليه الصلاة والسلام يمشي على راحلته في الطريق على هينته، فإن خاف الزحام فدفع قبل الإمام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه لأنه لم يفض من عرفة، والأفضل أن يقف في مقامه كي لا يكون آخذاً في الأداء قبل وقتها، ولو

والترمذي وابن ماجه عن علي رضي الله عنه قال «وقف رسول الله ﷺ إلى أن قال: ثم أفاض حين غربت الشمس وأردف خلفه أسامة بن زيد وجعل يشير بيده على هينته والناس يضربون يميناً وشمالاً، فجعل يلتفت إليهم ويقول: أيها الناس عليكم السكينة، ثم أتى جمعاً فصلى بهم الصلاتين جميعاً، فلما أصبح أتى قزح فوقف عليه»[1] صححه الترمذي. وفي حديث جابر الطويل «فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس، إلى أن قال: ودفع رسول الله ﷺ وقد شنق للقصواء الزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله وهو يقول بيده اليمنى: أيها الناس السكينة السكينة، كلما أتى حبلاً أرخى لها حتى تصعد»[2] وأخرج مسلم أيضاً عن الفضل بن العباس رضي الله عنهما «وكان رديف رسول الله ﷺ أنه قال عشية عرفة وغداة جمع للناس حين أفاض: عليكم بالسكينة، وهو كاف ناقته حتى دخل محسراً وهو من منى فقال: عليكم بحصى الحذف»[3] فما في الصحيحين «أنه عليه الصلاة والسلام كان يسير العنق فإذا وجد فجوة نَصَّ»[4] وفسر بأن العنق خطا فسيحة محمول على خطا الناقة، لأنها فسيحة في نفسها إذا لم تكن مثقلة جداً قوله: (ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين) فإنهم كانوا يدفعون قبل الغروب على ما روى الحاكم في المستدرك عن المسور بن مخرمة قال «خطبنا رسول الله ﷺ بعرفات فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد، فإن أهل الشرك والأوثان كانوا يدفعون من هذا الموضع إذا كانت الشمس على رءوس الجبال كأنها عمائم الرجال على رءوسها وإنا ندفع بعد أن تغيب الشمس، وكانوا يدفعون من المشعر الحرام إذا كانت الشمس منهبطة[5]»[6] وقال: صحيح على شرط الشيخين، قال: وقد صح بهذا سماع المسور بن مخرمة من رسول الله ﷺ لا كما يتوهم رعاع أصحابنا أن له

عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس) ومشى على هينته في الطريق (ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين) فإنه روي «أنه ﷺ خطب عشية عرفة فقال: أيها الناس إن أهل الجاهلية والأوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس إذا تعممت بها رءوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم، وإن هدينا ليس كهديهم، فادفعوا بعد غروب الشمس» فقد باشر ذلك عليه الصلاة والسلام وأمر به إظهاراً لمخالفة المشركين فليس لأحد أن يخالف ذلك، وقوله: (ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه) إشارة إلى أنه لو جاوزها قبل الإمام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم، ولكن إن عاد إلى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الإمام منها بعد الغروب سقط عنه الدم، وإن عاد بعد الغروب لم يسقط. قال: (وإذا أتى مزدلفة فالمستحبّ أن يقف بقرب الجبل الذي عليه

قوله: (ليس البر في إيجاف الخيل الخ) أقول: الإيجاف الإسراع، وكذا الإيضاع.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١١٩٢٢ والترمذي ٨٨٥ وابن ماجه ٣٠١٠ واللفظ للترمذي. كلهم من حديث علي. قال الترمذي: حسن صحيح.
وفي إسناده عبد الرحمن بن الحارث بن عياش صدوق. وبقية رجاله ثقات.

(٢) تقدم مراراً.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٨٢ والنسائي ٥/ ٢٥٨ وابن حبان ٣٨٧٢ كلهم من حديث ابن عباس عن أخيه الفضل.
ومن وجه آخر. أخرجه أحمد ١/ ٢١٠ والنسائي ٥/ ٢٦٩ وابن خزيمة ٢٨٤٣ وابن حبان ٣٨٥٥.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٦٦ و٢٩٩٩ و٤٤١٣ ومسلم ١٢٨٦ ح٢٨٣ وأبو داود ١٩٢٣ وابن ماجه ٣٠١٧ كلهم عن عروة عن أسامة بن زيد به.
قال النووي في شرح مسلم: العَنَقُ بفتح العين والنون. والنَّص. بفتح النون والتشديد، هما نوعان من إسراع السير، وفي العنق نوع من الرفق.

(٥) قوله (منهبطة) هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها: منبسطة وليحرر لفظ الحديث كتبه مصححه.

(٦) حسن. أخرجه الحاكم ٣/ ٥٢٤ من حديث محمد بن قيس بن مخرمة عن أبيه المسور وآخره «منبسطة» لا منهبطة كما وقع في الفتح.
قال الحاكم: صحيح على شرطهما، وقد ثبت سماع المسور من النبي ﷺ. الخ.
ووافقه الذهبي. وقال الحافظ في التقريب: المسور له ولأبيه صحبة اهـ. فالحديث حسن رجاله ثقات. وروى الشافعي مرسلاً في مسنده ١/ ٣٥٥ عن محمد بن قيس بن مخرمة به.
ورواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢٥٥ من حديث المسور. وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح. وذكر الهيثمي له شاهداً عن ابن عمر.

مكث قليلاً بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف الزحام فلا بأس به، لما روي أن عائشة رضي الله عنها بعد إفاضة الإمام دعت بشراب فأفطرت ثم أفاضت. قال: **(وإذا أتي مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام وقف عند هذا الجبل، وكذا عمر رضي الله تعالى عنه، ويتحرز في النزول عن الطريق كي لا يضر بالمارة فينزل عن يمينه أو يساره. ويستحب أن يقف وراء الإمام لما بينا في الوقوف بعرفة. قال: **(ويصلي الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة)** وقال زفر رحمه الله: بأذان وإقامتين اعتباراً بالجمع بعرفة. ولنا رواية جابر رضي الله تعالى عنه «أن النبي ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة»

رؤية بلا سماع قوله: **(فإن خاف الزحام فدفع قبل الإمام)** أي قبل الغروب **(ولم يجاوز حدود عرفة)** قيد به لأنه لو جاوزها قبل الإمام وقبل الغروب وجب عليه دم. وحاصله أنه إذا دفع قبل الغروب وإن كان لحاجة بأن ندّ بعيره فتبعه، إن جاوز عرفة بعد الغروب فلا شيء عليه، وإن جاوز قبله فعليه دم، فإن لم يعد أصلاً أو عاد بعد الغروب لم يسقط الدم، وإن عاد قبله فدفع مع الإمام بعد الغروب سقط على الصحيح لأنه تداركه في وقته. وجه مقابله أن الواجب مدّ الوقوف إلى الغروب وقد فات ولم يتدارك فيتقرر موجبه وهو الدم. قلنا: وجوب المد مطلقاً ممنوع بل الواجب مقصود النفر بعد الغروب ووجوب المد ليقع النفر كذلك فهو لغيره، وقد وجد المقصود فسقط ما وجب له كالسعي للجمعة في حق من في المسجد. وغاية الأمر فيه أن يهدر ما وقفه قبل دفعه في حق الركن، ويعتبر عوده الكائن في الوقت ابتداء وقوفه، أليس بذلك يحصل الركن من غير لزوم دم. ولو تأخر الإمام عن الغروب دفع الناس قبله لدخول وقته، ويكثر من الاستغفار والذكر من حين يفيض، قال الله تعالى ﴿فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله﴾ وقال تعالى ﴿ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس واستغفروا الله إن الله غفور رحيم﴾ قوله: **(لما روى أن عائشة)** روى ابن أبي شيبة بسنده عنها: أنها كانت تدعو بشراب فتفطر ثم تفيض، فحمله المصنف على أن فعلها كان لقصد التأخير لخفة الزحام، ويجوز أنه كان للاحتياط في تمكن الوقت، وفيه دليل على عدم كراهة صوم يوم عرفة لمن يأمن على نفسه سوء خلقه. وقزح غير منصرف للعلمية والعدل من قازح اسم فاعل من قزح الشيء إذا ارتفع، وهو جبل صغير في آخر المزدلفة، والمستحب أن يدخل المزدلفة ماشياً والغسل لدخولها قوله: **(ولنا رواية جابر)** روى ابن أبي شيبة: حدثنا حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ صلى المغرب والعشاء بجمع بأذان واحد وإقامة ولم يسبح بينهما»[1] وهو متن غريب، والذي في حديث جابر الطويل الثابت في صحيح مسلم وغيره «أنه صلاهما بأذان وإقامتين»[2] وعند البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه أيضاً: «جمع النبي ﷺ بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما بإقامة ولم يسبح بينهما ولا على إثر واحدة

الميقدة) كلامه واضح. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه يدعو ويعلم. وقوله: **(ويصلي الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة)** أي في وقت العشاء. وقوله: **(ثم تعشى)** أي أكل العشاء. وقوله: **(ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع)** أي لجمع المزدلفة **(عند أبي حنيفة لأن المغرب مؤخرة عن وقتها)** وأداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لأن القضاء مشروع في

قوله: **(وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه يدعو الخ)** أقول: فيه بحث، بل هو إشارة إلى قوله ليكون مستقبل القبلة، إذ أولوية الوقوف وراء الإمام كان معللاً به، وأما قوله لأنه يدعو الخ فإنه كان علة الأولوية الوقوف بقرب الإمام.

---

(١) حسن غريب. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٦٨: حدثنا حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن جابر. فذكره.
قال الزيلعي عقبة غريب. ووافقه ابن الهمام. قلت: حاتم بن إسماعيل من رجال البخاري ومسلم وجاء في التقريب: صدوق لا يهم.
وأما جعفر عن أبيه عن جابر هكذا رواه مسلم والجماعة أصحاب السنن وفيه: «وإقامتين».

(٢) صحيح. رواه مسلم ١٢١٨ مد رواية جعفر عن أبيه عن جابر وتقدم مراراً.

ولأن العشاء في وقته فلا يفرد بالإقامة إعلاماً، بخلاف العصر بعرفة لأنه مقدم على وقته فأفرد بها لزيادة الإعلام **(ولا يتطوّع بينهما)** لأنه يخلّ بالجمع، ولو تطوع أو تشاغل بشيء أعاد الإقامة لوقوع الفصل، وكان ينبغي أن يعيد الأذان كما في الجمع الأوّل بعرفة، إلا أنا اكتفينا بإعادة الإقامة، لما روي «أن النبي ﷺ صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الإقامة للعشاء». ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المغرب مؤخرة عن وقتها، بخلاف الجمع بعرفة لأن العصر مقدم على وقته. قال: **(ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر)** وقال أبو يوسف رحمه الله: يجزيه وقد أساء، وعلى هذا الخلاف إذا صلى بعرفات. لأبي يوسف أنه أدّاها في وقتها فلا تجب إعادتها كما بعد طلوع الفجر، إلا أن

منهما»[١] وفي صحيح مسلم عن سعيد بن جبير «أفضنا مع ابن عمر رضي الله عنهما فلما بلغنا جمعاً صلى بنا المغرب ثلاثاً والعشاء ركعتين بإقامة واحدة، فلما انصرف قال ابن عمر: هكذا صلى بنا رسول الله ﷺ في هذا المكان»[٢] وأخرج أبو الشيخ عن الحسين بن حفص: حدثنا سفيان عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ صلى المغرب والعشاء بجمع بإقامة واحدة»[٣] وأخرج أبو داود عن أشعث بن سليم عن أبيه قال: أقبلت مع ابن عمر من عرفات إلى المزدلفة، فلم يكن يفتر عن التكبير والتهليل حتى أتينا مزدلفة فأذّن وأقام، أو أمر إنساناً فأذن وأقام فصلى المغرب ثلاث ركعات، ثم التفت إلينا فقال الصلاة، فصلى العشاء ركعتين، ثم دعا بعشائه. قال: وأخبرني علاج بن عمرو بمثل حديث أبي عن ابن عمر رضي الله عنه فقيل لابن عمر في ذلك فقال: صليت مع رسول الله ﷺ هكذا[٤]. فقد علمت ما في هذا من التعارض، فإن لم يرجح ما اتفق عليه الصحيحان على ما انفرد به صحيح مسلم وأبو داود حتى تساقطا كان الرجوع إلى الأصل يوجب تعدد الإقامة بتعدّد الصلاة كما في قضاء الفوائت، بل أولى لأن الصلاة الثانية هنا وقتية، فإذا أقيم للأولى المتأخرة عن وقتها المعهود كانت الحاضرة أولى أن يقام لها بعدها. وينبغي أن يصلي الفرض قبل حط رحله بل ينيخ جماله ويعقلها، وهذه ليلة جمعت شرف المكان والزمان فينبغي أن يجتهد في إحيائها بالصلاة والتلاوة والذكر والتضرع قوله: **(لما روي أنه عليه الصلاة والسلام الخ)**[٥] لا أصل لهذا عن رسول الله ﷺ، بل هو في البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه فعله، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة عنه ولفظه قال: «فلما أتى جمعاً أذن وأقام فصلى المغرب ثلاثاً ثم تعشى ثم أذن وأقام فصلى العشاء ركعتين»[٦]. وكيف يسوغ للمصنف أن يعتبر هذا حديثاً حجة عن رسول الله ﷺ وهو مصرح

جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد النص، فالنص وإن ورد في تأخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا يشترط فيه الجماعة، وأما تقديم الصلاة على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه جميع ما ورد فيه النص، وإنما خص أبا حنيفة بالذكر لأن الجماعة كانت شرطاً عنده في الجمع بعرفات. وقوله: **(ومن صلى المغرب في الطريق)** أي في طريق المزدلفة وحده **(لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر. وقال أبو يوسف: يجزيه وقد أساء)** وكذلك

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٧٣ ومسلم ١٢٨٨ وأبو داود ١٩٢٨ و١٩٢٧ والنسائي ٥/ ٢٦٠ والدارمي ١٨٢٤ وابن ماجه ٣٠٢١ كلهم من حديث ابن عمر واللفظ للبخاري.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٢٨٨ وأبو داود ١٩٣٠ والترمذي ٨٨٧ و٨٨٨ كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) حسن: أخرجه أبو الشيخ كما في نصب الراية ٣/ ٦٩ من حديث ابن عباس. بإسناد حسن رجاله ثقات في بعضهم كلام لا يضر. ويقويه لشواهده المتقدمة والآتية.

(٤) صحيح. أخرجه أ. داود ١٩٣٣ من حديث ابن عمر ورجاله كلهم ثقات رواه أشعث من طريقين عن ابن عمر، وهو ثقة من رجال البخاري ومسلم، وكذا أبوه روى له الجماعة.

(٥) استغربه الزيلعي. في نصب الراية ٣/ ٧٠ وكذا وافقه ابن الهمام. والصواب أنه من فعل ابن مسعود وهو الآتي.

(٦) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ١٦٧٥ وكذا ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٧٠ كلاهما عن ابن مسعود موقوفاً من فعله.

التأخير من السنة فيصير مسيئاً بتركه. ولهما ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قال لأسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة: الصلاة أمامك» معناه: وقت الصلاة. وهذا إشارة إلى أن التأخير واجب، وإنما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة فكان عليه الإعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعاً بينهما، وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع

بصدور تعدد الإقامة منه عليه الصلاة والسلام في هاتين الصلاتين، والمصنف قريب يناضل على أنه صلاهما بإقامة واحدة ولم يكن منه عليه الصلاة والسلام إلا حجة واحدة، فإن كان قد ثبت عند المصنف الأول فقد اعتقد أنه صلاهما من غير تخلل عشاء بينهما بإقامة واحدة فيستحيل اعتقاد الثاني، وإلا لزم اعتقاد أنه تعشى ولا تعشى وأفرد الإقامة ولا أفردها، وهذا لأن رواية الحديث للاحتجاج فرع اعتقاد صحته قوله: **(لأن المغرب مؤخرة عن وقتها)** وأداء صلاة بعد وقتها على وفق القياس قوله: **(لم يجزه)** الخارج من الدليل والتقرير صريحاً أن الإعادة واجبة وهو لا يستلزم الحكم بعدم الإجزاء وإلا وجب الإعادة مطلقاً بل لم تكن إعادة بل أداء في الوقت وقضاء خارجه. وحاصل الدليل أن الظني أفاد تأخر وقت المغرب في خصوص هذا اليوم ليتوصل إلى الجمع بجمع، وإعمال مقتضاه واجب ما لم يلزم تقديم على القاطع، وهو بإيجاب أداء المغرب بعد الكون بمزدلفة ما لم يطلع الفجر، فإذا طلع الفجر انتفى إمكان تدارك هذا الواجب وتقرر المأثم، إذ لو وجب بعده كان حقيقة عد الإجزاء فيما هو موقت قطعاً وفيه التقديم الممتنع، وعن ذلك قلنا إذا بقي في الطريق طويلاً حتى علم أنه لا يدرك مزدلفة قبل الفجر جاز له أن يصلي المغرب في الطريق. وإذ قد عرفت هذا فلولا تعليل ذلك الظني بأن التأخر والتأخير للجمع لوجب أن الإعادة لازمة مطلقاً لكن ما وجب لشيء ينتفي وجوبه عند تحقق انتفاء ذلك الشيء. بقي الكلام في إفادة صورة ذلك الظني وهو ما في الصحيحين عن أسامة بن زيد قال «دفع عليه الصلاة والسلام من عرفة حتى إذا كان بالشعب نزل فبال ثم توضأ ولم يسبغ الوضوء، فقلت له الصلاة، فقال: الصلاة أمامك، فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزلة ثم أقيمت الصلاة فصلاها ولم يصل

لو صلاها بعرفات، وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها **(لأبي يوسف أنه أداها في وقتها)** ومن أدى الصلاة في وقتها **(لا تجب عليه إعادتها كما بعد طلوع الفجر إلا أن التأخير من السنة فيصير مسيئاً بتركه. ولهما ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قال لأسامة)** بن زيد حين أفاض من عرفة ومال إلى الشعب فقضى حاجته وتوضأ، وقال له أسامة: يا رسول الله أتصلي **(الصلاة أمامك)** يعني وقت الصلاة أمامك، لأن الصلاة فعل المصلي فلا يتصوّر أن تكون أمامه ولكنها تذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى **﴿فخلف من بعدهم خلف أضاعوا الصلاة﴾** وفسره بعضهم بأن معناه: مكان الصلاة أمامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وإرادة المحل **(وهذا)** أي قول النبي ﷺ **(إشارة إلى أن التأخير واجب)** لأنه لو لم يكن كذلك كان معناه القضاء بعد خروج الوقت. وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلاً عنه عليه الصلاة والسلام، فيجب النظر في سببه، فإما أن يكون اتصال السير أو إمكان الجمع بين الصلاتين في المزدلفة، لا سبيل إلى الأوّل لأن ميله عليه الصلاة والسلام إلى الشعب وقضاء حاجته يأباه فتعين الثاني، فمهما كان ممكناً لا يصار إلى غيره، والإمكان ما لم يطلع الفجر فتجب الإعادة ما لم يطلع، وأما إذا طلع فقد فات الإمكان فسقطت الإعادة. واعترض بأن هذا الحديث من الآحاد فكيف يجوز أن يبطل به قوله تعالى **﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً﴾** وأجاب شيخ شيخي العلامة بأن من المشاهير تلقته

قوله: **(ولهما ما روي أنه ﷺ قال لأسامة إلى قوله وقال: يا رسول الله أتصلي؟ الصلاة أمامك)** أقول: قوله الصلاة أمامك مقول قال لأسامة قوله: **(يعني وقت الصلاة الخ)** أقول: يلزم من هذا نفي كون ذلك الوقت وقته، ألا ترى إلى قول سبحان لمعاوية رضي الله عنه يوم الجمعة وقد بالغ في الوعظ وقرب العصر فقال له معاوية الصلاة الصلاة: الصلاة أمامك فتأمل: ثم اعلم أن قوله الصلاة أمامك مقول قول سبحان قوله: **(وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلاً عنه ﷺ)** أقول: يعني بلا عذر، وإلا فقد شغل ﷺ وسلم يوم الخندق عن الصلاة ثم قضاها قوله: **(فيجب النظر في سببه)** أقول: أي في سبب وجوب التأخير قوله: **(لا يصار إلى غيره)** أقول: الضمير في

فسقطت الإعادة. قال: **(وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس)** لرواية ابن مسعود رضي الله عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام صلاها يومئذ بغلس» ولأن في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة **(ثم وقف ووقف معه الناس ودعا)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن

بينهما شيئاً»[1] اهـ. وقوله «الصلاة أمامك» المراد وقتها، وقد يقال: مقتضاه وجوب الإعادة مطلقاً لأنه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث، فتعليله بأنه للجمع فإذا فات سقطت الإعادة تخصيص للنص بالمعنى المستنبط منه، ومرجعه إلى تقديم المعنى على النص، وكلمتهم على أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص. لا يقال: لو أجريناه في إطلاقه أدى إلى تقديم الظني على القاطع. لأنا نقول: ذلك لو قلنا بافتراض ذلك، لكنا نحكم بالإجزاء ونوجب إعادة ما وقع مجزياً شرعاً مطلقاً، ولا بدع في ذلك فهو نظير وجوب إعادة صلاة أديت مع كراهة التحريم حيث يحكم بإجزائها وتجب إعادتها مطلقاً، والله تعالى أعلم قوله: **(وإذا طلع الفجر)** أي فجر يوم النحر قوله: **(لرواية ابن مسعود رضي الله عنه)** في الصحيحين عنه «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة إلا لميقاتها إلا صلاتين صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلى الفجر يومئذ قبلها ميقاتها» يريد قبل وقتها الذي اعتاد صلاتها في كل يوم، لأنه غلس بها يبينه لفظ البخاري «والفجر حين بزغ الفجر» وفي لفظ لمسلم «قبل ميقاتها بغلس»[2] فأفاد أن المعتاد في غير ذلك اليوم الإسفار بالفجر. وأخرجا «أنه صلى بجمع الصلاتين جميعاً وصلى الفجر حين طلع الفجر»[3] قوله: **(لأن النبي ﷺ الخ)** تقدم في حديث جابر الطويل قوله «فصلى الفجر حين تبين له الصبح بأذان وإقامة، ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعاه وكبره وهلله ووحده فلم يزل واقفاً حتى أسفر جداً فدفع قبل أن تطلع الشمس»[4] الحديث. وقول المصنف حتى روي في حديث ابن عباس[5] الخ قالوا: هو وهم، وإنما هو في حديث العباس بن مرداس. ولو اتجه أن يقال الحديث من رواية كنانة بن العباس بن مرداس فيصدق أنه من رواية ابن عباس

الأمة بالقبول في الصدر الأول وعملوا به فجاز أن يزاد به على كتاب الله تعالى. وأقول: قوله تعالى **﴿إن الصلاة كانت﴾** الآية ونحوها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الأوقات، وإنما دلالتها على أن للصلاة أوقاتاً، وتعيينها ثبت إما بخبر جبريل عليه الصلاة والسلام، أو بغير من الآحاد، أو بفعله عليه الصلاة والسلام، مثل ذلك لا يفيد القطع فجاز أن يعارضه خبر الواحد، ثم يعمل بفعله عليه الصلاة والصلاة والسلام، وهو أنه جمع بينهما بالمزدلفة، ولا يجوز أن يكون قضاء فتعين أن يكون ذلك

غيره راجع إلى الجمع في قوله أو إمكان الجمع في قوله أو إمكان الجمع قوله: **(والإمكان ما لم يطلع الفجر)** أقول: يعني والإمكان ثابت ما لم يطلع الفجر قوله: **(وتعيينها ثبت إما بحديث جبريل أو بغيره من الآحاد الخ)** أقول: بل النقل المتواتر المستفيض عن رسول الله ﷺ بل بنظم القرآن إذا فسر دلوك الشمس بغروبها قوله: **(ثم يعمل بفعله عليه الصلاة والسلام)** أقول: المعلوم من فعله ﷺ كون الوقت الذي صلى المغرب فيه وقته أيضاً، ولا يدل على كون وقته المعهود وقتاً وما المطلوب إلا ذلك قوله: **(وفي بعض الشروح ناقلاً عن الديوان)** أقول: يعني غاية البيان قوله: **(أما المنقول فلأنه يدل الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٧٢ ومسلم ١٢٨٠ ح٢٨١ وأبو داود ١٩٢٥ والنسائي ٥/٢٦١ وابن ماجه ٣٠١٩ والدارمي ١٨٢٢ والطيالسي ١٨٦٩ و١٨٧٠ و١٨٩٧ وأحمد ٥/٢٠٢ كلهم من حديث أسامة بن زيد به.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٨٢ و١٦٨٣ ومسلم ١٢٨٩ كلاهما من حديث ابن مسعود وتقدم.

(٣) هو بعض المتقدم.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وتقدم. وهو خبر طويل.

(٥) هو حديث كنانة بن عباس بن مرداس عن أبيه عن جده، وتقدم أنه خبر باطل، قاله ابن الجوزي وابن حبان والذهبي في الميزان. حيث فيه «مغفرة المظالم».

قوله «قالوا هو وهم» يعني إطلاقه المصنف صاحب الهداية ابن عباس. مع أن المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق عبد الله وليس كذلك. بل ابن عباس بن مرداس.

عباس رضي الله عنهما «فاستجيب له دعاؤه لأمته حتى الدماء والمظالم» ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن، حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم. وقال الشافعي رحمه الله: إنه ركن لقوله تعالى ﴿فاذكروا الله عند المشعر الحرام﴾ وبمثله تثبت الركنية. ولنا ما روي أنه ﷺ قدّم ضعفة أهله بالليل، ولو كان ركناً لما فعل ذلك، والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالإجماع، وإنما عرفنا الوجوب بقوله عليه الصلاة والسلام «من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه» علق به تمام الحج، وهذا يصلح أمارة للوجوب، غير أنه إذا تركه

اندفع، لكن ابن عباس إذا أطلق لا يراد به إلا عبد الله الملقب بالبحر رضي الله عنه قوله وقال الشافعي: (إنه ركن) هذا سهو فإن كتبهم ناطقة بأنه سنة. وفي المبسوط ذكر الليث بن سعد مكان الشافعي. وفي الأسرار ذكر علقمة. وجه الركنية قوله تعالى ﴿فاذكروا الله عند المشعر الحرام﴾ قلنا غاية ما يفيد إيجاب الكون في المشعر الحرام بالالتزام لأجل الذكر ابتداء، وهذا لأن الأمر فيها إنما هو بالذكر عنده لا مطلقاً فلا يتحقق الامتثال إلا بالكون عنده، فالمطلوب هو المقيد فيجب القيد ضرورة لا قصداً، فإذا أجمعنا على أن نفس الذكر الذي هو متعلق الأمر ليس بواجب انتفى وجوب الأمر فيه بالضرورة فانتفى الركنية والإيجاب من الآية، وإنما عرفنا الإيجاب بغيرها، وهو ما رواه أصحاب السنن الأربعة عن عروة بن مضرّس قال: قال رسول الله ﷺ «من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى يدفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه»[1] قال الحاكم: صحيح على شرط كافة أهل الحديث، وهو قاعدة من قواعد أهل الإسلام[2] ولم يخرجاه على أصلهما، لأن عروة بن مضرّس لم يرو عنه إلا الشعبي، وقد وجدنا عروة بن الزبير قد حدث عنه ثم أخرج: عن عروة بن الزبير عن عروة بن مضرّس قال «جئت رسول الله ﷺ بالموقف فقلت: يا رسول الله أتيت من جبل طيىء أكللت مطيتي وأتعبت نفسي، والله ما بقي جبل من تلك الجبال إلا وقفت عليه، فقال: من أدرك معنا هذه الصلاة: يعني صلاة الصبح وقد أتى عرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه»[3] علق به تمام الحج، وهو يصلح لإفادة الوجوب لعدم القطعية، فكيف مع حديث البخاري عن

وقته، وشكك عن أبي يوسف بأن صلاة المغرب التي صلاها في الطريق إما أن وقعت صحيحة أو لا، فإن كان الأول لا تجب الإعادة لا في الوقت ولا بعده، وإن كان الثاني فيه وبعده لأن ما وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً بمضي الوقت. وأجيب بأن الفساد موقوف يظهر أثره في ثاني الحال كما مر في مسئلة الترتيب. قال: (وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس) أي إذا طلع الفجر يوم النحر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة آخر الليل، وفي بعض الشروح ناقلاً عن الديوان آخر ظلمة الليل وهو أوفق لما نحن فيه على ما سيظهر. قوله (لرواية ابن مسعود) قال: «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة إلا لوقتها إلا بجمع، فإنه عليه الصلاة والسلام جمع المغرب والعشاء وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها»: ولقائل أن يقول: الدليل المنقول والمعقول اللذان ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول. أما المنقول فلأنه يدل على أنه عليه الصلاة والسلام صلاها بغلس، والمدلول قوله وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس. وأما المعقول فلأن تقريره في التغليس دفع حاجة الوقوف، ودفع الحاجة يجوّز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته، فيكون ههنا كذلك تصحيحاً للتشبيه وهو خلاف المطلوب. والجواب عن الأول أن الراوي عن ابن مسعود هو عبد الرحمن بن يزيد. وقد

قوله: (لأن ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر) أقول: منقوض بالركن الزائد كالإقرار في الأيمان قال المصنف: (علق به تمام الحج)

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٥٠ والنسائي ٥/٢٦٤ وابن ماجه ٣٠١٦ والدارمي ٢/٥٩ والدارقطني ٢/٢٣٩ والطحاوي ٢/٢٠٧. ٢٠٨ والحاكم ١/٤٦٣ وأحمد ٤/٢٦١ وابن حبان ٣٨٥١ كلهم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن عروة بن مضرس. وإسناده صحيح رجاله رجال البخاري ومسلم، وقد توبع إسماعيل، فقد أخرجه الترمذي ٨٩١ والحميدي ٩٠١ وأحمد ٤/١٥ والطحاوي ٢/٢٠٨ وابن خزيمة ٢٨٢١ وابن حبان ٣٨٥١ من طرق أخرى عن الشعبي عن عروة به وقال الترمذي: حسن صحيح. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

(٢) قوله (أهل الإسلام) هكذا في النسخ ولعل لفظ أهل من زيادة الناسخ كتبه مصححه.

(٣) صحيح. أخرجه الحاكم ١/٤٦٣ وتقدم في الذي قبله.

بعذر بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا. قال: **(والمزدلفة كلها موقف**

ابن عمر أنه «كان يقدم ضعفه أهله فيقفون عند المشعر الحرام بالمزدلفة بليل فيذكرون الله ما بدا لهم ثم يرجعون قبل أن يقف الإمام وقبل أن يدفع، فمنهم من يقدم منى لصلاة الفجر، ومنهم من يقدم بعد ذلك، فإذا قدموا رموا الجمرة، وكان ابن عمر يقول: رخص في ذلك رسول الله ﷺ»[1]. وما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس «كان رسول الله ﷺ يقدم ضعفة أهله بغلس ويأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس»[2] فإن بذلك تنتفي الركنية لأن الركن لا يسقط للعذر، بل إن كان عذر يمنع أصل العبادة سقطت كلها أو أخرت، أما إن شرع فيها فلا تتم إلا بأركانها وكيف وليست هي سوى أركانها؟ فعند عدم الأركان لم يتحقق مسمى تلك العبادة أصلاً قوله: **(والمزدلفة الخ)** وهي تمتد إلى وادي محسر بكسر السين المشددة قبلها حاء مهملة مفتوحة. والمستحب أن يقف وراء الإمام بقزح، قيل هو المشعر الحرام. وفي كلام الطحاوي أن للمزدلفة ثلاث أسماء: المزدلفة، والمشعر الحرام، وجمع. والمأزمان بوادي محسر، وأول محسر من القرن المشرف من الجبل الذي على يسار الذاهب إلى منى، سمي به لأن فيل أصحاب الفيل أعيا فيه، وأهل مكة يسمونه وادي النار. قيل لأن شخصاً اصطاد فيه فنزلت نار من السماء فأحرقته، وآخره أوّل منى، وهي منه إلى العقبة التي يرمي بها الجمرة يوم النحر، وليس وادي محسر من منى ولا من المزدلفة، فالاستثناء في قوله ومزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر منقطع. واعلم أن ظاهر كلام القدوري والهداية وغيرهما في قولهم مزدلفة كلها موقف، إلا وادي محسر، وكذا عرفة كلها موقف إلا بطن عرنة أن المكانين ليسا مكان وقوف، فلو وقف فيهما لا يجزيه كما لو وقف في منى سواء قلنا إن عرنة ومحسراً من عرفة ومزدلفة أولا، وهكذا ظاهر الحديث الذي قدمنا تخريجه، وكذا عبارة الأصل من كلام محمد. ووقع في البدائع: وأما مكانه: يعني الوقوف بمزدلفة فجزء من أجزاء مزدلفة، إلا أنه لا ينبغي أن ينزل في وادي محسر. وروى

روى البخاري عنه في صحيحه أنه قال: خرجت مع عبد الله إلى مكة ثم قدمنا جمعاً فصلى الصلاتين، ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر. وهذا يدل على أن المراد بقوله قبل وقتها المستحبّ لأن الظاهر أن الراوي لا يعمل على خلاف ما روي. ويؤيده حديث جابر في الصحيحين «فصلى الفجر حين تبين الصبح» وعن الثاني بأن معناه: لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة إلى الوقوف بعدها فلأن يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها أولى. وقوله: **(ثم وقف ووقف معه الناس)** ظاهر. وقوله: **(حتى الدماء والمظالم)** بالرفع: أي حتى يدخل في المستجاب بأن يرضي الخصوم بالازدياد في مثوباتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدماء والمظالم. وقوله وقال الشافعي: **(إنه ركن)** قال في النهاية: ونسبة هذا القول إليه سهو وقع من الكاتب لما أنه ذكر في كتبهم أن الوقوف بالمزدلفة سنة. وذكر في المبسوط الليث بن سعد رضي الله عنه مكان الشافعي، وذكر في الأسرار علقمة مكان الشافعي، وذكر في فتاوى قاضيخان مالكاً مكان الشافعي. ويجوز أن يكون المصنف قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل **(بقوله تعالى ﴿فاذكروا الله عند المشعر الحرام﴾ وبمثله تثبت الركنية)** لأن الله تعالى أمر بالذكر عند المشعر الحرام، ولا يمكنه ذلك فيه إلا بعد حضوره والوقوف فيه، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب **(ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قدّم ضعفة أهله بالليل، ولو كان ركناً لما فعل ذلك)** لأن ما هو ركن لا يجوز

أقول: لا يرد عليه ما سيجيء في فصل عقيب هذا الباب قوله ﷺ «فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه» لأن صدر الحديث يدل على الركنية هو قوله ﷺ «الحج عرفة» قال المصنف: **(وهذا يصلح أمارة للوجوب)** أقول: لعدم القطعية، أو لأنه علق به تمام الحج لا الحج نفسه قوله: **(فعلم من هذا الحديث أن المراد من تعليق تمام الحج الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا حاجة لنا إلى ضم هذا الحديث لإفادة أن المراد منه ما ذكره، بل يفيده تعليق تمام الحج لا الحج نفسه على ما يفهم من تقرير المصنف.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٧٦ عن سالم عن ابن عمر وعجزه: وكان ابن عمر يقول: أرخص في أولئك رسول الله ﷺ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٤٠ والترمذي ٨٩٣ والنسائي ٥/ ٢٧٠ . ٢٧١ . ٢٧٢ وابن ماجه ٣٠٢٥ وأحمد ١/ ٣٢٦ . ٣٤٤ والحميدي ٤٦٥ والبيهقي ٥/ ١٣٢ من طرق عدة عن ابن عباس به.

وهذه الطرق في إسنادها مقال، إلا أن تعددها يفيد قوة الحديث. بل إن بعضها حسن بمفرده.

إلا وادي محسر) لما روينا من قبل. قال: **(فإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والناس معه حتى يأتوا منى)** قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى: هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط. والصحيح أنه إذا أسفر أفاض الإمام والناس، لأن النبي عليه الصلاة والسلام دفع قبل طلوع الشمس. قال: **(فيبتدىء بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع**

الحديث ثم قال: ولو وقف به أجزأه مع الكراهة، وذكر مثل هذا في بطن عرنة: أعني قوله إلا أنه لا ينبغي أن يقف في بطن عرنة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك وأخبر أنه وادي الشيطان[١] اهـ. ولم يصرح فيه بالإجزاء مع الكراهة كما صرح به في وادي محسر. ولا يخفى أن الكلام فيهما واحد، وما ذكره غير مشهور من كلام الأصحاب، بل الذي يقتضيه كلامهم عدم الإجزاء، وأما الذي يقتضيه النظر إن لم يكن إجماع على عدم إجزاء الوقوف بالمكانين وهو أن عرنة ووادي محسر إن كان من مسمى عرفة والمشعر الحرام يجزي الوقوف بهما، ويكون مكروهاً لأن القاطع أطلق الوقوف بمسماهما مطلقاً، وخبر الواحد منعه في بعضه فقيده، والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز فيثبت الركن بالوقوف في مسماهما مطلقاً، والوجوب في كونه في غير المكانين المستثنيين وإن لم يكونا من مسماهما لا يجزي أصلاً، وهو ظاهر والاستثناء منقطع. هذا وأوّل وقت الوقوف بمزدلفة إذا طلع الفجر من يوم النحر، وآخره طلوع الشمس منه، فلا يجوز قبل الفجر عندنا، والمبيت بمزدلفة ليلة النحر سنة قوله: **(وهذا غلط)** هو كما قال، وقد تقدم في غير حديث «أنه عليه الصلاة والسلام أفاض حين أسفر قبل طلوع الشمس» كحديث جابر الطويل[٢] وغيره، فارجع إلى استقرائها. وعن محمد في حده إذا صار إلى طلوع الشمس قدر ركعتين دفع، وهذا بطريق التقريب، وهو مروي عن عمر هذا حال الوقوف. أما المبيت بها فسنة جاز ولا شيء عليه لحصول الوقوف ضمن المرور كما في عرفة، ولو مرّ بها بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بها جاز ولا شيء عليه لحصول الوقوف ضمن المرور كما في عرفة. ولو وقف بعد ما أفاض الإمام قبل طلوع الشمس أجزأه ولا شيء عليه كما لو وقف بعد إفاضة الإمام. ولو دفع قبل الناس أو قبل أن يصلي الفجر بعد الفجر لا شيء عليه إلا أنه خالف السنة إذ السنة مدّ الوقوف إلى الأسفار والصلاة مع الإمام قوله: **(فيرميها من بطن الوادي الخ)** في حديث جابر الطويل «فدفع قبل أن تطلع الشمس حتى أتى بطن محسر فحرّك قليلاً، ثم سلك الطريق الوسطى التي تحرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة»[٣] وفي سنن أبي داود عن سليمان بن عمرو بن الأحوص عن أمه قالت «رأيت رسول الله ﷺ يرمي الجمرة من بطن الوادي وهو راكب يكبر مع كل حصاة ورجل من خلفه يستره، فسألت عن الرجل فقالوا: الفضل بن عباس، وازدحم الناس فقال عليه الصلاة والسلام: يا أيها

تركه لعذر. وقوله: **(والمذكور فيما تلا الذكر)** جواب عن استدلاله بالآية. وتقريره أن المأمور به في الآية وهو الذكر ليس بركن بالإجماع، فكذا ما كان وسيلة إليه وهو الحضور والوقوف. وقوله: **(وإنما عرفنا)** ظاهر. وقوله: **(لما روينا)** يعني به قوله «إنه عليه الصلاة والسلام قدم ضعفه أهله بالليل» فعلم من هذا الحديث أن المراد من تعليق تمام الحج في قوله عليه الصلاة والسلام «من وقف معنا هذا الموقف» الخ من حيث الكمال وهو الإتيان بالواجب لا من حيث الجواز. وقوله: **(لما روينا من قبل)** يعني به قوله عليه الصلاة والسلام «والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر». وقوله: **(هكذا وقع في نسخ المختصر)** أي في نسخ مختصر القدوري **(وهذا غلط)** لأن النبي ﷺ دفع قبل طلوع الشمس. رواه جابر وابن عمر قالا «إن النبي ﷺ وقف بالمشعر الحرام حتى إذا كادت الشمس تطلع دفع إلى منى». وأقول معنى قوله وإذا طلعت الشمس: إذا قربت إلى الطلوع، وفعل ذلك اعتماداً على ظهور المسألة. وقوله: **(فيبتدىء بجمرة العقبة)** الكلام في الرمي في اثني عشر

---

(١) تقدم تخريج هذا الحديث. بدون لفظ «وأخبر أنه وادي الشيطان» فهذا لم أره صريحاً. والله أعلم.

(٢) تقدم مراراً. رواه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر.

(٣) هو بعض حديث أخرجه مسلم ١٢١٨ تقدم مراراً.

حصيات مثل حصى الخذف) لأن النبي ﷺ لما أتى منى لم يعرّج على شيء حتى رمى جمرة العقبة. وقال ﷺ «عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضاً» ولو رمى بأكبر منه جاز لحصول الرمي، غير أنه لا يرمي بالكبار من الأحجار كي لا يتأذى به غيره **(ولو رماها من فوق العقبة أجزأه)** لأن ما حولها موضع النسك، والأفضل أن يكون

الناس لا يقتل بعضكم بعضاً، وإذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الحذف»[1] وعن جابر قال «رأيت رسول الله ﷺ رمى الجمرة بمثل حصى الحذف»[2] رواه مسلم. وفي الصحيح عن ابن مسعود «أنه رمى جمرة العقبة من بطن الوادي بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة، فقيل له: إن ناساً يرمونها من فوقها، فقال عبد الله: هذا والذي لا إله غيره مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة»[3] وفي البخاري عن ابن عمر عن النبي ﷺ «أنه كان إذا رمى الجمرة الأولى رماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ثم ينحدر أمامها فيستقبل القبلة رافعاً يديه يدعو، وكان يطيل الوقوف ويأتي الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رمى بحصاة، ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي فيقف مستقبل البيت رافعاً يديه يدعو، ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رماها بحصاة ثم ينصرف ولا يقف عندها»[4] قوله: **(إلا أنه لا يرمي بالكبار من الأحجار)** أطلعه في منع الكبار بعد ما أطلق في تجويز الكبار بقوله ولو رمى بأكبر منها جاز، فعلم إرادة تقييد كل منهما، فالمراد بالأوّل الأكبر منها قليلاً، والمراد بالثاني الأكبر منها كثيراً كالصخرة العظيمة ونحوها وما يقرب منها، ويجب كون المنع على وجه الكراهة وذلك لأن مقتضى ظاهر الدليل منع الأكبر من حصى الحذف مطلقاً وهو ما رويناه آنفاً، فلما أجازوا الأكبر قليلاً، ولو كان مثل حصاة الحذف علم أن الأمر بحصى الحذف محمول على الندب نظراً إلى تعليله بتوهم الأذى، ويلزمه الإجزاء برمي الصخرات فيكون المنع منها منع كراهة لتوقع الأذى بها قوله: **(ولو رماها من فوق العقبة أجزأه)** إلا أنه خلاف السنة ففعله عليه الصلاة والسلام من أسفلها سنة لا لأنه المتعين، ولذا ثبت رمي خلق كثير في زمن الصحابة من أعلاها كما ذكرناه آنفاً من حديث ابن مسعود[5] رضي الله عنه ولم يأمروهم بالإعادة ولا أعلنوا بالنداء بذلك في الناس. وكان وجه اختياره عليه الصلاة والسلام لذلك هو وجه اختياره حصى الحذف فإنه يتوقع الأذى إذا رموا من أعلاها لمن أسفلها فإنه لا يخلو من مرور الناس فيصيبهم، بخلاف الرمي من أسفل مع المارين من فوقها إن كان قوله: **(ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر)**[6] تقدم الرواية عنهما آنفاً، وقدمناه أيضاً من حديث جابر وأم سليمان[7]. وظاهر المرويات من ذلك الاقتصار على: الله أكبر، غير أنه روي عن الحسن بن زياد أنه يقول: الله

موضعاً: أحدها الوقت وهو يوم النحر وثلاثة أيام بعده، والثاني في موضع الرمي وهو بطن الوادي، يعني من أسفله إلى أعلاه، والثالث في محل الرمي إليه وهو ثلاثة: جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى، والرابع في كمية الحصيات وهو سبعة عند كل جمرة، والخامس في المقدار وهو أن يكون مثل حصى الحذف، والسادس في كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب،

---

(١) حسن أخرجه أبو داود ١٩٦٦ وابن ماجه ٣٠٢٨ وأحمد ٣/ ٥٠٣ والبيهقي ٥/ ١٢٨ وإسحق كما في نصب الراية ٣/ ٧٥ كلهم من حديث الأحوص عن أمه به.
ومداره على يزيد بن أبي زياد، وهو غير قوي لكن للحديث شواهد منها حديث مسلم الآتي، فهو حسن. والله أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ مطولاً، وتقدم مراراً. وكرره برقم ١٢٩٩ من حديث جابر أيضاً باختصار.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٤٧ و١٧٤٨ و١٧٤٩ ومسلم ١٢٩٦ من وجوه عدة والبيهقي ٥/ ١٢٩ كلهم عن ابن مسعود به.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٥١ و١٧٥٢ عن ابن عمر موقوفاً لكن في آخره: ثم ينصرف فيقول: هكذا رأيت النبي ﷺ يفعله. فهذا الحديث له حكم الرفع.

(٥) تقدم قبل حديث واحد.

(٦) هما المتقدمان.

(٧) حديث جابر تقدم قبل ثلاثة أحاديث.
وحديث أم سليمان تقدم قبل أربعة أحاديث. وهو قبل حديث جابر.

من بطن الوادي لما روينا **(ويكبر مع كل حصاة)** كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم **(ولو سبح مكان التكبير أجزأه)** لحصول الذكر وهو من آداب الرمي **(ولا يقف عندها)** لأن النبي ﷺ لم يقف عندها **(ويقطع التلبية مع أوّل حصاة)** لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه. وروى جابر «أن النبي ﷺ قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها

أكبر رغماً للشيطان وحزبه. وقيل: يقول أيضاً: اللهم اجعل حجي مبروراً وسعي مشكوراً وذنبي مغفوراً قوله: **(ولو سبح مكان التكبير أجزأه)** وكذا غير التسبيح من ذكر الله تعالى كالتهليل للعلم بأن المقصود من تكبيره ﷺ الذكر لا خصوصه. ويمكن حمل التكبير في لفظ الرواة على معناه من التعظيم كما قلنا في تكبير الافتتاح، فيدخل كل ذكر لفظاً لا معنى فقط، لكن فيه بعد بسبب أن المعروف من إطلاقهم لفظ كبر الله ونحوه إرادة ما كان تعظيماً بلفظ التكبير. فإنه إذا كان غيره قالوا سبح الله ووحده أو ذكر الله، فهذا المعتاد يبعد هذا الحمل قوله: **(ولا يقف عندها)** على هذا تظافرت الروايات عنه عليه الصلاة والسلام، ولم تظهر حكمة تخصيص الوقوف والدعاء بغيرها من الجمرتين، فإن تخايل أنه في اليوم الأول لكثرة ما عليه من الشغل كالذبح والحلق والإفاضة إلى مكة فهو منعدم فيما بعده من الأيام، إلا أن يكون كون الوقوف يقع في جمرة العقبة في الطريق فيوجب قطع سلوكها على الناس وشدة الزحام الواقفين والمارين، ويفضي ذلك إلى ضرر عظيم، بخلافه في باقي الجمار فإنه لا يقع في نفس الطريق بل بمعزل منضمّ عنه، والله أعلم قوله: **(ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود)**[١] يحتمل أن المراد لما ثبت لنا رفع روايته عن ابن مسعود: أي لما اشتملت عليه روايتنا له وإن لم يكن رواه في هذا الكتاب، وهذه عناية دعا إليها أنه لم يتقدم له رواية ذلك عنه في الكتاب. وقد تقدم في حديث الفضل بن العباس في بحث الوقوف بعرفة «أنه عليه الصلاة والسلام لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة»[٢] أخرجه الستة. وقدمناه قبل ذلك من حديث ابن مسعود وإقسامه عليه[٣]. وفي البدائع: فإن زار البيت قبل أن يرمي ويحلق ويذبح قطع التلبية في قول أبي حنيفة. وعن أبي يوسف أنه يلبي ما لم يحلق أو تزول الشمس من يوم النحر. وعن محمد ثلاث روايات، رواية كأبي حنيفة. ورواية ابن سماعة: من لم يرم قطع التلبية إذا غربت الشمس من يوم النحر، ورواية هشام: إذا مضت أيام النحر، وظاهر روايته مع أبي حنيفة. وجه أبي يوسف أنه لم يتحلل له بهذا الطواف شيء فكان كعدمه فلا يقطعها إلا إذا زالت الشمس لأن أصله أن رمي يوم النحر يتوقت بالزوال فيفعل بعده قضاء فصار فواته عن وقته كفعله في وقته، وعند فعله فيه يقطعها كذا عند فواته، بخلاف ما إذا حلق قبل الرمي لأنه خرج عن إحرامه باعتبار الغالب ولا تلبية في غير الإحرام. ولهما أن الطواف وإن كان قبل الرمي والحلق والذبح لكن وقع به التحلل في الجملة عن النساء حتى يلزمه بالجماع بعده شاة لا بدنة فلم يكن الإحرام قائماً مطلقاً، ولم تشرع التلبية إلا في الإحرام المطلق. ولو ذبح قبل الرمي وهو متمتع أو قارن يقطعها في قول أبي حنيفة لا إن كان مفرداً لأن الذبح محلل في الجملة في حقهما بخلاف المفرد. وعند محمد لا يقطع إذ لا تحلل به بل بالرمي والحلق قوله: **(ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه ويستعين بالمسبحة)** هذا التفسير يحتمل كلا من تفسيرين قيل بهما: أحدهما أن يضع طرف

وقيل يأخذ الحصى بطرف إبهامه وسبابته، والسابع مقدار الرمي، وقد ذكره في الكتاب، والثامن في صفة الرامي وهو أن يكون راكباً أو ماشياً لا فرق بينهما. والتاسع في موضع وقوع الحصيات، والعاشر في الموضع الذي يؤخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب، والحادي عشر فيما يرمي به وهو ما كان من جنس الأرض، والثاني عشر أنه يرمي في اليوم الأول

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث. أخرجه البخاري ١٧٥١ و١٧٥٢ عن ابن مسعود. وله حكم الرفع.

(٢) متفق عليه وقد تقدم.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

جمرة العقبة». ثم كيفية الرمل أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة. ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع فصاعداً، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن ما دون ذلك يكون طرحاً. ولو طرحها طرحاً أجزأه لأنه رمي إلى قدميه إلا أنه مسيء لمخالفته السنة، ولو وضعها وضعاً لم يجزه لأنه ليس برمي، ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة يكفيه لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه، ولو وقعت بعيداً منها لا يجزيه لأنه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص، ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لأن المنصوص عليه تفرّق الأفعال، ويأخذ الحصى من أيّ موضع شاء إلا من عند الجمرة فإن ذلك يكره لأن ما عندها

إبهامه اليمنى على وسط السبابة ويضع الحصاة على ظهر الإبهام كأنه عاقد سبعين فيرميها وعرف منه أن المسنون في كون الرمي باليد اليمنى. والآخر أن يحلق سبابته ويضعها على مفصل إبهامه كأنه عاقد عشرة، وهذا في التمكن من الرمي به مع الزحمة والوهجة عسر. وقيل: يأخذها بطرفي إبهامه وسبابته، وهذا هو الأصل لأنه أيسر والمعتاد، ولم يقم دليل على أولوية تلك الكيفية سوى قوله عليه الصلاة والسلام «فارموا مثل حصى الخذف»[1] وهذا لا يدل ولا يستلزم كون كيفية الرمي المطلوبة كيفية الخذف، وإنما هو تعيين ضابط مقدار الحصاة إذا كان مقدار ما يخذف به معلوماً لهم. وأما ما زاد في رواية صحيح مسلم بعد قوله «عليكم بحصى الخذف»[2] من قوله ويشير بيده كما يخذف الإنسان: يعني عند ما نطق بقوله «عليكم بحصى الخذف»[3] أشار بصورة الحذف بيده، فليس يستلزم طلب كون الرمي بصورة الخذف لجواز كونه ليؤكد كون المطلوب حصى الخذف كأنه قال: خذوا حصى الخذف الذي هو هكذا ليشير أنه لا تجوّز في كونه حصى الخذف، وهذا لأنه لا يعقل في خصوص وضع الحصاة في اليد على هذه الهيئة وجه قربة، فالظاهر أنه لا يتعلق به غرض شرعي بل بمجرد صغر الحصاة. ولو أمكن أن يقال فيه إشارة إلى كون الرمي خذفاً عارضه كونه وضعاً غير متمكن واليوم يوم زحمة يوجب نفي غير المتمكن قوله: **(ولو طرحها طرحاً أجزأه)** يفيد أن المروي عن الحسن تعيين الأولى، وإن مسمى الرمي لا ينتفي في الطرح رأساً بل إنما فيه معه قصور فتثبت الإساءة به، بخلاف وضع الحصاة وضعاً فمنه لا يجزي لانتفاء حقيقة الرمي بالكلية قوله: **(ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة)** قدر ذراع ونحوه، ومنهم من لم يقدره كأنه اعتمد على اعتبار القرب عرفاً وضده البعد في العرف، فما كان مثله يعد بعيداً عرفاً لا يجوز، وهذا بناء على أنه لا واسطة بين البعيد والقريب، حتى إن ما ليس بعيداً فهو قريب وما ليس قريباً فهو البعيد ولعله غير لازم، إذ قد يكون الشيء من الشيء بحيث يقال فيه ليس بقريب منه ولا بعيد، والظاهر على هذا التعويل على القرب وعدمه، فما ليس بقريب لا يجوز لا على القرب والبعد. ولو وقعت على ظهر رجل أو محمل وثبتت عليه حتى طرحها الحامل كان عليه إعادتها، ولو وقعت عليه فنبت عنه

جمرة العقبة لا غير وفي بقية الأيام يرمي الجمار كلها. وكلامه في الكتاب واضح. وقوله: **(فيتشاءم به)** ولا يتبرك، بيانه في حديث سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه الصلاة والسلام ولم تصر هضاباً تسدّ الأفق؟ فقال: أما علمت أنه من يقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه، حتى قال مجاهد: لما سمعت من ابن عباس جعلت على حصياتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميته من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيئاً من

---

(١) هو الآتي.

(٢) ورد هذا اللفظ في حديث الأحوص عن أمه تقدم قبل ثمانية أحاديث. رواه أصحاب السنن وفيه: «فارموا بمثل حصى الخذف». وهو بعض حديث الفضل في مسلم ١٢٧٢ وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٣/٢٥٧ من حديث ابن عمر وإسناده لا بأس به.

وأما حديث مسلم فهو برقم ١٢٩٩ عن جابر قال: رأيت رسول الله ﷺ: رمى الجمرة. بمثل حصى الخذف اهـ هذا لفظ مسلم وقد أشار إلى ذلك ابن حجر في الدراية ٢/٢٤ ـ ٢٥ حيث ذكر أكثر هذه الروايات.

(٣) هو المتقدم.

من الحصى مردود، هكذا جاء في الأثر فيتشاءم به، ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي. ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لأن المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر، بخلاف ما إذا رمى بالذهب أو الفضة لأنه يسمى نثاراً لا رمياً. قال: **(ثم يذبح إن أحبّ ثم يحلق أو يقصر)** لما روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال «إن أوّل نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم

ووقعت عند الجمرة بنفسها أجزأه. ومقام الرامي بحيث يرى موقع حصاة. وما قدر به بخمسة أذرع في رواية الحسن فذاك تقدير أقل ما يكون بينه وبين المكان في المسنون، ألا ترى إلى تعليله في الكتاب بقوله لأن ما دون ذلك يكون طرحاً قوله: **(ولو رمى بسبع جملة فهي واحدة)** فيلزمه ست سواها والسابع وأكثر منها واحد قوله: **(ويأخذ الحصى أيّ موضع شاء إلا من عند الجمرة فإنه يكره)** يتضمن خلاف ما قيل إنه يلتقطها من الجبل الذي على الطريق من مزدلفة، قال بعضهم: جرى التوارث بذلك، وما قيل يأخذها من المزدلفة سبعاً رمى جمرة العقبة في اليوم الأول فقط فأفاد أنه لا سنة في ذلك يوجب خلافها الإساءة. وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يأخذها من جمع، بخلاف موضع الرمي لأن السلف كرهوه لأنه المردود. وقوله وبه ورد الأثر كأنه ما عن سعيد بن جبير. قلت لابن عباس رضي الله عنهما: ما بال الجمار ترمي من وقت الخليل عليه الصلاة والسلام ولم تصر هضاباً تسدّ الأفق؟ فقال: أما علمت أن من تقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل ترك حصاه؟ قال مجاهد: لما سمعت هذا من ابن عباس رضي الله عنه جعلت على حصياتي علامة، ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيئاً[1] قوله: **(ومع هذا لو فعل)** وأخذها من موضع الرمي **(أجزأه)** مع الكراهة وما هي إلا كراهة تنزيه. ويكره أن يلتقط حجراً واحداً فيكسر سبعين حجراً صغيراً كما يفعله كثير من الناس اليوم، ويستحب أن يغسل الحصيات قبل أن يرميها ليتيقن طهارتها فإنه يقام بها قربة، ولو رمى بمتنجسة بيقين كره وأجزأه قوله: **(ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض)** كالحجر والطين والنورة والكحل والكبريت والزرنيخ وكف من تراب. وظاهر إطلاقه جواز الرمي بالفيروزج والياقوت لأنهما من أجزاء الأرض، وفيهما خلاف منعه الشارحون وغيرهم بناء على أن كون المرمي به يكون الرمي به استهانة شرط، وأجازه بعضهم بناء على نفي ذلك الاشتراط وممن ذكر جوازه الفارسي في مناسكه. وقوله بخلاف ما لو رمى بالذهب والفضة لأنه يسمى نثاراً لا رمياً جواب عن مقدر من جهة الشافعي: لو

الحصى. وقوله: **(ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا)** اعترض عليه بالفيروزج والياقوت فإنهما من أجزاء الأرض حتى جاز التيمم بهما، ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لم يقع معتداً بهما في الرمي. وأجيب بأن الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما. وقال الشافعي: لا يجوز الرمي إلا بالحجر اتباعاً لما ورد به الأثر لعدم كونه معقولاً. وقلنا: سلمنا أنه غير معقول. ولكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر، والأصل فيه فعل الخليل عليه الصلاة والسلام، ولم يكن في الحجر له بعينه مقصود إنما مقصوده فعل الرمي إما إعادة للكبش أو لطرد

قوله: **(فقال: أما علمت أن من يقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه)** أقول: لك أن تقول أهل الجاهلية كانوا على الإشراك ولا يقبل عمل المشرك فبقي إشكال لم لم تصر هضاباً؟ قوله: **(وأجيب بأن الجواز مشروط بالاستهانة برميه الخ)** أقول: لا نسلم ذلك، فإنه قال في الغاية يجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض كالحجر والمدر والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والأحجار النقية كالياقوت والزمرد والبلخش ونحوها والملح الجبلي والكحل وقبضة من تراب وبالزبرجد والبلور والعقيق والفيروزج، بخلاف الخشب والعنبر واللؤلؤ والذهب والفضة والجواهر، أما الخشب واللؤلؤ والجواهر وهي كبار اللؤلؤ والعنبر فإنها ليست من أجزاء الأرض، وأما الذهب والفضة فإن فعلهما يسمى نثاراً لا رمياً اهـ. ومثله في شرح الكنز للإمام الزيلعي: فإذا علمت ذلك علمت ما في كلام الشارح رحمه الله.

---

(١) أثر ابن عباس. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/٧٩ باختصار. وقال: رواه إسحق في مسنده عنه مختصراً، باختصار، وقال: رواه إسحق في مسنده عنه مختصراً، ورواه ابن أبي شيبة بنحوه، ورواه الأزرقي في تاريخ مكة عن عطاء عن ابن عباس نحوه اهـ.
وأخرجه الحاكم ١/٤٧٦ من حديث أبي سعيد مرفوعاً بنحوه وضعفه الذهبي.

نحلق» ولأن الحلق من أسباب التحلل، وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما، ثم الحلق من محظورات الإحرام فيقدم عليه الذبح، وإنما علق الذبح بالمحبة لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوّع والكلام في المفرد **(والحلق أفضل)** لقوله عليه الصلاة والسلام «رحم الله المحلقين» الحديث، ظاهر بالترحم عليهم. لأن الحلق أكمل في قضاء التفث وهو المقصود، وفي التقصير بعض التقصير فأشبه الاغتسال مع الوضوء. ويكتفى في الحلق

تم ما ذكرتم في تجويز الطين من كون الثابت معه فعل الرمي وهو المقصود من غير نظر إلى ما به الرمي لجاز بالذهب والفضة، بل وبما ليس من أجزاء الأرض كاللؤلؤ والمرجان والجوهر والعنبر والكل ممنوع عندكم. فأجاب بأنه بالذهب والفضة يسمى نثاراً لا رمياً فلم يجز لانتفاء مسمى الرمي. ولا يخفى أنه يصدق اسم الرمي مع كونه يسمى نثاراً، فغاية ما فيه أنه رمي خص باسم آخر باعتباره خصوص متعلقه، ولا تأثير لذلك في سقوط اسم الرمي عنه ولا صورته. وأيضاً فهو جواب قاصر إذ لا يعم ما ذكرنا مما ليس من أجزاء الأرض، اللهم إلا أن يدعي ثبوت اسم النثار أيضاً فيما باللؤلؤ والعنبر أيضاً وهو غير بعيد، وحينئذ يكون فيه ما ذكرنا من أنه يصدق اسم الخ، ولو غير أصل الجواب إلى اشتراط الاستهانة اندفع الكل لكنه يطاب بدليل اعتباره، وليس فيه سوى ثبوت فعله عليه الصلاة والسلام بالحجر إذ لا إجماع فيه، وهو لا يستلزم بمجرده التعيين كرميه من أسفل الجمرة لا من أعلاها وغيره، ولو استلزمه تعين الحجر وهو مطلوب الخصم، ثم لو تم نظر إلى ما أثر من أن الرمي رغماً للشيطان إذ أصله رمي نبيّ الله إياه عند الجمار لما عرض له عندها للإغواء بالمخالفة استلزم جواز الرمي بمثل الخشبة والرثة والبعرة وهو ممنوع، على أن أكثر المحققين على أنها أمور تعبدية لا يشتغل بالمعنى فيها. والحاصل أنه إما أن يلاحظ مجرد الرمي أو مع الاستهانة أو خصوص ما وقع منه عليه الصلاة والسلام والأول يستلزم الجواز بالجواهر، والثاني بالبعرة والخشبة التي لا قيمة لها والثالث بالحجر خصوصاً، فليكن هذا أولى لكونه أسلم والأصل في أعمال هذه المواطن إلا ما قم دليل على عدم تعينه كما في الرمي من أسفل الجمرة مما ذكرنا قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إن أوّل نسكنا» الخ)** [(١)] غريب، وإنما أخرج الجماعة إلا ابن ماجه عن أنس «أن رسول الله ﷺ أتى منى فأتى الجمرة فرماها، ثم أتى منزله بمنى فنحر، ثم قال للحلاق خذ وأشار إلى جانبة الأيمن ثم الأيسر، ثم جعل يعطيه الناس» [(٢)]، وهذا يفيد أن السنة في الحلق البداءة بيمين المحلوق رأسه وهو خلاف ما ذكر في المذهب وهذا الصواب قوله: **(فيقدم عليه الذبح)** حتى يصير كأنه الحلق لم يقع في محض الإحرام قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** في الصحيحين أنه ﷺ قال «اللهم ارحم المحلقين، قالوا: والمقصرين يا رسول الله، قال: اللهم ارحم المحلقين، قالوا: والمقصرين يا رسول الله، قال: اللهم ارحم المحلقين قالوا: والمقصرين يا رسول الله، قال والمقصرين» وفي رواية البخاري «فلما كانت الرابعة قال: والمقصرين» [(٣)] وقوله ظاهر هو بفتح الهاء من فعل ماض، ومن لا شعر على رأسه يجري الموسى على رأسه وجوباً لأن الواجب شيئان إجراؤه مع الإزالة فما عجز عنه سقط دون ما لم يعجز

الشيطان على حسب اختلاف الرواة، فقلنا بأي شيء حصل فعل الرمي أجزأه، ولا يرد بالذهب والفضة ولا الجواهر لأنه يسمى نثاراً لا رمياً. قال: **(ثم يذبح إن أحبّ ثم يحلق أو يقصر)** كلامه واضح. وقوله: **(ظاهر بالترحم عليهم)** أي كرر

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٦: لم أجده. وسبقه الزيلعي إلى ذلك حيث قال: غريب. ووافقهما ابن الهمام.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٠٥ وأبو داود ١٨٨١ و١٨٨٢ و١٨٨٢ وأحمد ٣/ ١١١ وابن الجارود ٤٨٤.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٢٧ ومسلم ١٣٠١ وأبو داود ١٩٧٩ والترمذي ٩١٣ وابن ماجه ٣٠٤٤ والدارمي ١٨٤٣ والطيالسي ٣٨٣٥ وابن الجارود ٤٨٥ وأحمد ٢/ ١٦ . ٢٤ . ٧٩ . ١١٩ والبيهقي ٥/ ١٣٤ من طرق كلهم عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ١٧٢٨ وابن ماجه ٣٠٤٣ وأحمد ٢/ ٢٣١.
ومن حديث أم حصين. أخرجه الطيالسي ١٦٥٥ وأحمد ٤/ ٧٠ و٦/ ٤٠٢ . ٤٠٣.
ومن حديث ابن عباس. أخرجه ابن ماجه ٣٠٤٥ وأحمد ١/ ٣٥٣.
ومن حديث أبي سعيد أخرجه الطيالسي ٢٢٢٤ وأحمد ٣/ ٢٠ . ٨٩ وله شواهد أخرى فهو متواتر على رأي قوم. والله أعلم.

بربع الرأس اعتباراً بالمسح، وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله عليه الصلاة والسلام. والتقصير أن يأخذ من رءوس شعره مقدار الأنملة. قال: **(وقد حل له كل شيء إلا النساء)** وقال مالك رحمه الله: وإلا الطيب أيضاً لأنه من دواعي الجماع. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فيه «حل له كل شيء إلا النساء» وهو مقدم على القياس. ولا يحل

عنه وقيل استحباباً لأن وجوب الإجراء للإزالة لا لعينه فإذا سقط ما وجب لأجله سقط هو. على أنه قد يقال بمنع وجوب عين الإجراء وإن كان للإزالة، بل الواجب طريق الإزالة، ولو فرض بالنورة أو الحرق أو النتف، وإن عسر في أكثر الرءوس أو قاتل غيره فنتفه أجزأ عن الحلق قصداً، ولو تعذر الحلق لعارض تعين التقصير أو التقصير تعين الحلق كأن لبده بصمغ فلا يعمل فيه المقراض، ومن تعذر إجراء آلة على رأسه صار حلالاً كالذي لا يقدر على مسح رأسه في الوضوء لآفة. قال محمد رحمه الله فيمن على رأسه قروح لا يستطيع إمرار الموسى عليه ولا يصل إلى تقصيره حلّ بمنزلة من حلق. والأحسن له أن يؤخر الإحلال إلى آخر الوقت من أيام النحر ولا شيء عليه إن لم يؤخره، ولو لم تكن به قروح لكنه خرج إلى البادية فلم يجد لآلة أو من يحلقه لا يجزيه إلا الحلق أو التقصير، وليس هذا بعذر، ويعتبر في سنة الحلق البداءة بيمين الحالق لا المحلوق ويبدأ بشقه الأيسر، وقد ذكرنا آنفاً أن مقتضى النص البداءة بيمين الرأس. ويستحب دفن شعره ويقول عند الحلق: الحمد لله على ما هدانا وأنعم علينا. اللهم هذه ناصيتي بيدك فتقبل مني واغفر لي ذنوبي. اللهم اكتب لي بكل شعرة حسنة وامح بها عني سيئة وارفع لي بها درجة، اللهم اغفر لي وللمحلقين والمقصرين يا واسع المغفرة آمين. وإذا فرغ فليكبر وليقل: الحمد لله الذي قضى عنا نسكنا، اللهم زدنا إيماناً ويقيناً، ويدعو لوالديه والمسلمين قوله: **(ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتباراً بالمسح وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله ﷺ)** قال الكرماني: فإن حلق أو قصر أقل من النصف أجزأ وهو مسيء، ولا يأخذ من شعر غير رأسه ولا من ظفره، فإن فعل لم يضره لأنه أوان التحلل، وهذا كله مما يحصل به التحلل لأنه من قضاء التفث كذا علله في المبسوط. في المحيط: أبيح له التحلل فغسل رأسه بالخطمي أو قلم ظفره قبل الحلق عليه دم لأن الإحرام باق لأنه لا تحلل إلا بالحلق فقد جنى عليه بالطيب. وذكر الطحاوي: لا دم عليه عند أبي يوسف ومحمد لأنه أبيح له التحلل فيقع به التحلل. واعلم أنه اتفق كل من الأئمة الثلاثة أبي حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله على أنه يجزي في الحلق القدر الذي قال منه يجزي في المسح في الوضوء. ولا يصح أن يكون هذا منهم بطريق القياس كما تفيده عبارة المصنف، لأنه يكون قياساً بلا جامع يظهر أثره، وذلك لأن حكم الأصل على تقدير القياس وجوب المسح ومحله المسح، وحكم الفرع وجوب الحلق ومحله الحلق للتحلل، ولا يظن أن محل الحكم الرأس إذ لا يتحد الأصل والفرع، وذلك أن الأصل والفرع هما محلا الحكم والمشبه به والمشبه، والحكم هو الوجوب مثلاً، ولا قياس يتصور عند اتحاد محله إذ لا اثنينية، وحينئذ فحكم الأصل وهو وجوب المسح ليس فيه معنى يوجب جواز قصره على الربع، وإنما فيه نفس النص الوارد فيه وهو قوله تعالى **﴿وامسحوا برءوسكم﴾** بناء إما على الإجمال والتحاق حديث المغيرة بياناً أو على عدمه، والمفاد بسبب الباء إلصاق

الترحم على المحلقين. وروى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال «اللهم ارحم المحلقين، قالوا: والمقصرين؟ فقال: والمقصرين» وفي رواية أخرى «كرّر عليه الصلاة والسلام ثم قال في الرابع: والمقصرين» وذلك دليل على أن الحلق أفضل. وقوله: **(مقدار الأنملة)** قيل هذا التقدير مروي عن ابن عمر ولم يعلم فيه خلاف، ومن لا شعر له أمرّ الموسى على رأسه، لأنه إن عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه. واختلفوا في كونه واجباً أو مستحباً. وقوله: **(لأنه من دواعي الجماع)** يعضده أن المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى، والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة والمس بشهوة. ولنا

قوله: **(واختلفوا في كونه واجباً أو مستحباً)** أقول: وفي الغاية وإجراء الموسى على رأس الأقرع واجب، وهو المختار عندنا وعند مالك وفي المحيط: وقيل سنة، وعند الشافعي وابن حنبل مستحب اهـ.

له الجماع فيما دون الفرج عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله لأنه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال **(ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا)** خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يقول: إنه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون

اليد كلها بالرأس لأن الفعل حينئذ يصير متعدياً إلى الآلة بنفسه فيشملها، وتمام اليد يستوعب الربع عادة فتعين قدره، لا أن فيه معنى ظهر أثره في الاكتفاء بالربع أو بالبعض مطلقاً أو تعين الكل، وهو متحقق في وجوب حلقها عند التحلل من الإحرام ليتعدى الاكتفاء بالربع من المسح إلى الحلق، وكذا الآخران، وإذا انتفت صحة القياس فالمرجع في كل من المسحة وحلق التحلل ما يفيده نصه الوارد فيه، والوارد في المسح دخلت فيه الباء على الرأس التي هي المحل فأوجب عند الشافعي التبعيض، وعندنا وعند مالك لا، بل الإلصاق، غير أنا لاحظنا تعدي الفعل للآلة فيجب قدرها من الرأس، ولم يلاحظه مالك رحمه الله فاستوعب الكل أو جعله صلة كما في **﴿فامسحوا بوجوهكم﴾** في آية التيمم، فاقتضى وجوب استيعاب المسح. وأما الوارد في الحلق فمن الكتاب قوله تعالى **﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رءوسكم﴾** من غير باء. والآية فيها إشارة إلى طلب تحليق الرءوس أو تقصيرها وليس فيها ما هو الموجب لطريق التبعيض على اختلافه عندنا وعند الشافعي رحمه الله وهو دخول الباء على المحل. ومن السنة فعله عليه الصلاة والسلام[1] وهو الاستيعاب، فكان مقتضى الدليل في الحلق وجوب الاستيعاب كما هو قول مالك وهو الذي أدين الله به، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(وهو مقدم على القياس)** يفيد أم ما استدل به مالك قياس وإن لم يذكر أصله على ما ذكرنا من أنه قد يترك ذكره كثيراً إذا كان أصله ظاهراً أو له أصول كثيرة وهنا كذلك. وحاصله: الطيب من دواعي المحرم وهو الجماع فيحرم قياساً على المس بشهوة في الاعتكاف والاستبراء فأجاب بأنه في معارضة النص لكن قد استدل لمالك بحديث رواه الحاكم في المستدرك عن عبد الله بن الزبير قال «من سنة الحج إن رمى الجمرة الكبرى حل له كل شيء حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يزور البيت»[2] وقال على شرطهما اهـ. وقول الصحابي من السنة حكمه الرفع. وعن عمر رضي الله عنه بطريق منقطع أنه قال «إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم ما حرم إلا النساء والطيب»[3] ذكره وانقطاعه في الإمام. ولنا ما أخرج النسائي وابن ماجه عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن الحسن العرني عن ابن عباس قال «إذا رميتم الجمرة فقد حلّ لكم كل شيء إلا النساء فقال رجل والطيب فقال أما أنا فقد رأيت رسول الله ﷺ يضمغ رأسه بالمسك أفطيب هو أم لا»[4] وأما ما في الكتاب فهو ما أخرج ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام: «إذا رمى أحدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء» ورواه أبو داود بسند فيه الحجاج بن

ما روت عائشة «إذا حلق الحاجّ حلّ له كل شيء إلا النساء» وقالت: «طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه ولإحلاله قبل أن يطوف بالبيت» وهذا لا يشك في تقديمه على القياس **(ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافاً للشافعي)** قال: الجماع فيما

قوله: **(لأن دواعي الجماع ملحقة به الخ)** أقول: لا حاجة إلى هذا، بل ثبتت الحرمة بلفظ الحديث وهو قوله «إلا النساء» فإنه يعم لأمثاله قال المصنف: **(ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غير أوانه)** أقول: للشافعي أن ينازع فيه، كيف وهو أول المسئلة قال

---

(١) تقدم وهو مستفيض. من جهة الحث عليه وأما كونه من فعله ﷺ، فتقدم قبل حديث من رواية أنس وغيره وهو صحيح.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه الحاكم ١/ ٤٦١ عن القاسم عن ابن الزبير موقوفاً. وإسناده صحيح رجاله رجال البخاري ومسلم. قاله الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كذلك.
وله حكم الرفع لقوله «من السنة» وهو ما ذهب إليه ابن الهمام رحمه الله.

(٣) موقوف. ذكره ابن دقيق العيد في الإمام كما في نصب الراية ٣/ ٨٢ عن عمر موقوفاً. وقال ابن دقيق العيد: هو منقطع عمرو بن دينار لم يسمع من عمر.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه النسائي ٥/ ٢٧٧ وابن ماجه ٣٠٤١ وأحمد ١/ ٢٣٤ . ٣٤٤ كلهم عن الحسن العرني عن ابن عباس موقوفاً. ورجاله كلهم ثقات.

بمنزلته في التحليل. ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غير أوانه كالحلق، والرمي ليس بجناية في غير أوانه، بخلاف الطواف لأن التحلل بالحلق السابق لا به. قال: **(ثم يأتي مكة من يومه ذلك أو من الغد أو من بعد الغد،**

أرطاة والدارقطني بسند آخر هو فيه أيضاً وقال «إذا رميتم وحلقتم وذبحتم»[١] وقال لم يروه إلا الحجاج بن أرطأة. وفي الصحيحين عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها قالت «طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ويوم النحر قبل أن يطوف بالبيت بطيب فيه مسك» وأخرجه مسلم عن عمرة عنها قالت «طيبته عليه الصلاة والسلام لحرمه حين أحرم ولحله[٢] قبل أن يفيض»[٣] قوله: **(ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غير أوانه كالحلق)** يعني هذا هو الأصل لأن التحلل من العبادة هو الخروج منها ولا يكون ذلك بركنها بل إما بمنافيها أو بما هو محظورها هو أقل ما يكون، بخلاف دم الإحصار لأنه على خلاف الأصل للحاجة إلى التحلل قبل أوان إطلاق مباشرة المحظور تحللاً، فإن قيل: يرد الطواف فإنه محلل من النساء وليس من المحظورات؟ أجاب بمنع كونه محللاً بل التحلل عنده بالحلق السابق لا به غاية الأمر بعض أحكام الحلق يؤخر إلى وقته. ولا يخفى أن ما ذكرناه آنفاً من السمعيات يفيد أنه هو السبب للتحلل الأول. وعن هذا نقل عن الشافعي أن الحلق ليس بواجب، والله أعلم. وهو عندنا واجب لأن التحلل الواجب لا يكون إلا به، ويحملون ما ذكرنا على إضمار الحلق: أي إذا رمى وحلق جمعاً بينه وبين ما في بعض ما ذكرناه من عطفه على الشرط في رواية الدارقطني[٤]. وقوله تعالى **﴿ثم ليقضوا تفثهم﴾** وهو الحلق واللبس على ما عن ابن عمر، وقول أهل التأويل إنه الحلق وقص الأظفار، وقوله تعالى **﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين﴾** الآية، أخبر بدخولهم محلقين فلا بد من وقوع التحليق وإن لم يكن حالة الدخول في العمرة لأنها حال مقدرة، ثم هو مبني على اختيارهم فلا بد من الوجوب الحامل على الوجود فيوجد المخبر به ظاهراً وغالباً لتطابق الأخبار، غير أن هذا التأويل ظني فيثبت به الوجوب لا القطع. ولو غسل رأسه بالخطمي بعد الرمي قبل الحلق لزمه دم على قول أبي حنيفة رضي الله عنه على الأصح، لأن إحرامه باق لا يزول إلا بالحلق قوله: **(لما روي الخ)** هذا دليل يخص يوم النحر بالإفاضة، لا أنه يفيد ما ذكره من أنه يفيض في أحد الأيام الثلاثة فكان الأحسن أن يقدم عليه قوله وأفضل هذه الأيام أولها ليكون دليل السنة، ويثبت الجواز في اليومين الأخيرين بالمعنى

دون الفرج يرتفع بالحلق لأنه لا يفسد الإحرام بحال **(ولنا أنه قضاء شهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال)** بالطواف، وهذا لأن دواعي الجماع ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق. وقوله: **(ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا)** يعني إذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق. وقال الشافعي: يتحلل ويحل له كل شيء إلا النساء **(هو يقول إنه يتوقت بيوم النحر)** وكل ما هو كذلك فهو محلل كالحلق **(ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غير أوانه كالحلق،**

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٩٧٨ وأحمد ٦/١٤٣ والدارقطني ٢/٢٧٧ والبيهقي ٥/١٣٦ كلهم من حديث عائشة مرفوعاً. وفيه حجاج بن أرطأة.
قال أبو داود: هذا حديث ضعيف. الحجاج لم ير الزهري ولم يسمع منه.
وقال البيهقي: هو من تخليطات الحجاج، ورجح البيهقي الوقف، وكذا الدارقطني ذكر أن ابن أبي شيبة رواه موقوفاً.
قال الحافظ في الدراية ٢/٢٧: الموقوف صحيح. وانظر نصب الراية ٣/٨١.

(٢) قوله (ولحله) كذا في صحيح مسلم وغيره بلام الجر وهو الصواب ووقع في بعض النسخ التي بأيدينا ومحله بميم وهو تحريف فليحذر اهـ. كتبه مصححه.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٥٤ ومسلم ١١٨٩ من وجوه وأبو داود ١٧٤٥ والترمذي ٩١٧ والنسائي ٥/١٣٧ وابن ماجه ٢٩٢٦ والدارمي ١٧٤٩ والبيهقي ٥/٣٤ ـ ١٣٦ والطيالسي ١٤١٨ و١٤٣١ وأحمد ٦/١٨١ ـ ١٨٦ ـ ١٩٢ ـ ٢٠٠ ـ ٢١٤ ـ ٢١٦ ـ ٢٣٨ ـ ٢٤٤ كلهم من حديث عائشة. زاد البخاري «بيديّ هاتين» في وسطه وآخره «وبسطت يديها».
قال الترمذي: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم، وهو قول الشافعي وأحمد وإسحق اهـ.

(٤) تقدم مستوفياً قبل حديث واحد.

فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط) لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى. ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال **﴿فكلوا منها﴾** ثم قال **﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾** فكان وقتهما واحداً. وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر، لأن ما قبله

وهو ما ذكره بقوله ووقته أيام النحر الخ، وأما حديث «أفضلها أوّلها»[1] فالله سبحانه وتعالى أعلم به. ثم الحديث الذي ذكره أخرجه مسلم عن ابن عمر «أنه عليه الصلاة والسلام أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى» قال قال نافع: وكان ابن عمر يفيض يوم النحر ثم يرجع فيصلي الظهر بمنى ويذكر أن النبي ﷺ فعله[2]. والذي في حديث جابر الطويل الثابت في مسلم وغيره من كتب السنن خلاف ذلك حيث قال «ثم ركب رسول الله ﷺ فأفاض إلى البيت فصلى الظهر بمكة»[3] ولا شك أن أحد الخبرين وهم. وثبت عن عائشة رضي الله عنها[4] مثل حديث جابر الطويل بطريق فيه ابن إسحاق وهو حجة على ما هو الحق، ولهذا قال المنذري في مختصره: هو حديث حسن. وإذا تعارضا ولا بد من صلاة الظهر في أحد المكانين ففي مكة بالمسجد الحرام أولى لثبوت مضاعفة الفرائض فيه. ولو تجشمنا الجمع حملنا فعله بمنى على الإعادة بسبب أطلع عليه يوجب نقصان المؤدي أولاً قوله: **(فكان وقتهما واحداً)** يعني فكانت وقت الذبح وقتاً للطواف لا وقت الطواف، فإن الطواف لا يتوقت بأيام النحر حتى يفوت بفواتها بل وقته العمر إلا أنه يكره تأخيره عن هذه الأيام، وحينئذ فوجه الاستدلال بالعطف أنه عطف طلب الطواف على الأكل من الأضحية الملزوم للذبح في قوله تعالى **﴿فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير، ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوّفوا بالبيت العتيق﴾** فكان على الذبح اللازم. ومن ضرورة جمع طلبهما مطلقاً إطلاق الإتيان بكل منهما من حين يتحقق وقت أحدهما، والذبح يتحقق وقته من فجر النحر فمنه يتحقق وقت الطواف.

والرمي ليس بجناية في غير أوانه) ونوقض بدم الإحصار فإنه محلل وليس بمحظور الإحرام. وأجيب بأن المراد ما كان محللاً في الأصل ودم الإحصار ليس كذلك، وإنما صير إليه لضرورة المنع. وقوله: **(بخلاف الطواف)** جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الإحرام وإنما هو ركن. وتقريره أن التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق. قوله **(ثم يأتي مكة من يومه)** يعني أوّل أيام النحر. وقوله: **(ووقته أيام النحر)** أي وقت طواف الزيارة. وقوله: **(فكان وقتهما واحداً)** أي وقت الأضحية ووقت طواف الزيارة إلا أن الأضحية لم تشرع بعد أيام النحر، والطواف مشروع بعد ذلك إلا أنه يكره تأخيره عن هذه الأيام على ما يجيء. وقوله: **(وأوّل وقته)** ظاهر وقوله: **(والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي)**

المصنف: **(لأن التحلل بالحلق السابق)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(ثم قال ﴿وليطوفوا﴾ فكان وقتهما واحداً)** أقول: كيف يكون واحداً، وقد عطف الثاني على الأول بكلمة التراخي. تأمل. قال ابن الهمام: يعني فكان وقت الذبح وقتاً للطواف لا وقت الطواف، فإن الطواف لا يتوقت بأيام النحر حتى يفوت بفواتها بل وقته العمر إلا أنه يكره تأخيره عن هذه الأيام وحينئذ فوجه الاستدلال بالعطف أنه عطف طلب الطواف على الأكل من الأضحية الملزوم للذبح في قوله تعالى **﴿فكلوا منها﴾** الآية فكان على الذبح اللازم ومن ضرورة جمع طلبهما مطلقاً إطلاق الإتيان بكل منهما من حين يتحقق وقت أحدهما والذبح يتحقق وقته من فجر النحر فمنه يتحقق وقت الطواف. والحاصل أن وقت الطواف أوله طلوع الفجر من يوم النحر لا من ليلته كما يقوله الشافعي لأن ذلك وقت الوقوف ولا آخر له بل مدة وقته العمر اهـ ففي قوله ومن ضرورة جمع طلبهما الخ بحث لأنه عطف بكلمة التراخي.

---

(١) لا أصل له. ذكره الزيلعي ٣/ ٨٣ وقال: غريب جداً. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٧: لم أجد هذا الحديث.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٠٨ وأبو داود ١٩٩٨ وابن الجارود ٤٨٦ وابن حبان ٣٨٨٢ و٣٨٨٣ وأحمد ٢/ ٣٤ واستدركه الحاكم ١/ ٤٧٥ وصححه على شرطهما، والبيهقي ٥/ ١٤٤ من طرق كلهم عن ابن عمر به.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ من حديث جابر الطويل.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ١٩٣٧ والطحاوي ٢/ ٢٢٠ وابن خزيمة ٢٩٥٦ و٢٩٧١ وابن حبان ٣٨٦٨ والحاكم ١/ ٤٧٧. ٤٧٨ وابن الجارود ٤٩٢ وأحمد ٦/ ٩٠ والبيهقي ٥/ ١٤٨ كلهم من حديث عائشة. وإسناده جيد ابن إسحق صرح بالتحديث فانتفت شبهة التدليس: ومن فوقه ثقات رجال البخاري ومسلم. وصدره: أفاض رسول الله ﷺ حين صلى الظهر ثم رجع إلى منى... الحديث. صححه الحاكم، وأقره الذهبي، وحسنه المنذري في مختصره. وانظر نصب الراية ٣/ ٨٣. ٨٤.

من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه، وأفضل هذه الأيام أوّلها كما في التضحية. وفي الحديث **«أفضلها أوّلها» (فإن كان قد سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعى عليه.**

والحاصل أن وقت الطواف أوّله طلوع الفجر من يوم النحر لا من ليلته كما يقوله الشافعي لأن ذلك وقت الوقوف ولا آخر له، بل مدة وقته العمر، إلا أنه يجب فعله قبل مضي أيام النحر عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بل ذلك عندهما للسنة يكره خلافها وستأتي المسألة.

[وهذه فروع تتعلق بالطواف] مكان الطواف داخل المسجد، فلو طاف من وراء السواري أو من وراء زمزم أجزأه، وإن طاف من وراء المسجد لا يجوز وعليه الإعادة. وفي موضع: إن كانت حيطانه بينه وبين الكعبة لم يجزه، يعني بخلاف ما لو كانت حيطانه منهدمة، والأول أصوب. يعني وقع ذكر الحيطان في ظاهر الرواية لكنه اتفاقي لا معتبر المفهوم لما يفهم من التعليل في أصل المبسوط، فأما إذا طاف من وراء المسجد فكانت حيطانه بينه وبين الكعبة لم يجزه لأنه طاف بالمسجد لا بالبيت، أرأيت لو طاف بمكة كان يجزيه، وإن كان البيت في مكة، أرأيت لو طاف بالدنيا أكان يجزيه من الطواف بالبيت لا يجزيه شيء من ذلك فهذا مثله اهـ. ولا شك أن الطائف بمكة يقال فيه طائف بمكة وإن لم تكن حيطان سور، وكذا بالمسجد، وهذا لأن النسبة: أعني نسبة الطواف إلى الكعبة إنما تثبت بقرب منها مناسب، ولولا أن المسجد له حكم البقعة الواحدة وإن انتشرت أطرافه لكان يناسب القول بعدم الإجزاء بالطواف في حواشيه تحت الأبنية للبعد الذي قد يقطع النسبة إليه، حتى إن من دار هناك إنما يقال: كان فلان يدور في المسجد كأنه يتأمل بقعة وأبنيته، ولا يقال في العرف: كان يطوف بالبيت. وأول ما يبدأ به داخل المسجد الطواف محرماً أو غير محرم دون الصلاة، إلا أن يكون عليه صلاة فائتة أو خاف فوت الوقتية ولو الوتر أو سنة راتبة أو فوت الجماعة فيقدم الصلاة في هذه الصور على الطواف، كما لو دخل في وقت منع الناس الطواف فيه، فإن لم يكن محرماً فطواف تحية، وإن كان بالحج فطواف القدوم إن كان دخوله قبل يوم النحر، وإن كان فيه فطواف الفريضة يغني عنه، ولو نواه وقع عن الفرض، وإن كان بالعمرة فبطواف العمرة، ولا يسن طواف القدوم له، ولو نواه وقع عن العمرة. وينبغي أن يكون قريباً من البيت في طوافه إذا لم يؤذ أحداً. والأفضل للمرأة أن تكون في حاشية المطاف، ويكون طوافه من وراء الشاذروان كي لا يكون بعض طوافه بالبيت بناء على أنه منه. وقال الكرماني: الشاذروان ليس من البيت عندنا، وعند الشافعي منه حتى لا يجوز الطواف عليه، والشاذروان هو تلك الزيادة الملصقة بالبيت من الحجر الأسود إلى فرجة الحجر. قيل بقي منه حين عمرته قريش وضيقت. ولا يخفى أن ما لم يثبت ذلك بطريق لا مردّ له كثبوت كون بعض الحجر من البيت، فالقول قولنا لأن الظاهر أن البيت هو الجدار المرئي قائماً إلى أعلاه. وينبغي أن يبدأ بالطواف من جانب الحجر الذي يلي الركن اليماني ليكون ماراً على جميع الحجر بجميع بدنه فيخرج من خلاف من يشترط المرور كذلك عليه، وشرحه أن يقف مستقبلاً على جانب الحجر بحيث يصير جميع الحجر عن يمينه ثم يمشي كذلك مستقبلاً حتى يجاوز الحجر، فإذا جاوزه انفتل وجعل يساره إلى البيت وهذا في الافتتاح خاصة، وإذا أقيمت الصلاة المكتوبة أو الجنازة خرج من طوافه إليها، وكذا إذا كان في السعي، ثم إذا فرغ وعاد بنى على ما كان طافه ولا يستقبله، وكذا إذا خرج لتجديد وضوء. ولا يكره الطواف في الأوقات التي تكره فيها الصلاة، إلا أنه لا يصلي ركعتي الطواف فيها بل يصبر إلى أن يدخل ما لا كراهية فيه. ويكره وصل الأسابيع وهو مذهب عمر وغيره. وعند أبي يوسف رحمه الله لا بأس به بشرط أن ينفصل عن وتر منها. ومع الكراهة لو طاف أسبوعاً ثم شوطاً أو شوطين من آخر ثم ذكر أنه لا ينبغي له أن يجمع بين أسبوعين لا يقطع الأسبوع الذي شرع فيه بل يتمه. ولا بأس بأن يطوف منتعلاً إذا كانتا طاهرتين أو بخفه، وإن كان

. . . .

وإن كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده) لأن السعي لم يشرع إلا مرة والرمل ما شرع إلا مرة في

على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم كرهت له ذلك ولم يكن عليه شيء. والركن في الطواف أربعة أشواط، فما زاد إلى السبعة واجب نص عليه محمد رحمه الله وسنذكر ما عندنا فيه. وقيل: الركن ثلاثة أشواط وثلثا شوط. وافتتاح الطواف من الحجر سنة، فلو افتتحه من غيره أجزأ وكره عند عامة المشايخ، ونص محمد في الرقيات على أنه لا يجزيه فجعله شرطاً. ولو قيل إنه واجب لا يبعد لأن المواظبة من غير ترك مرة دليله فيأثم به ويجزيه. ولو كان في آية الطواف إجمال لكان شرطاً كما قاله محمد رحمه الله لكنه منتف في حق الابتداء فيكون مطلق التطوّف هو الفرض، وافتتاحه من الحجر واجب للمواظبة، كما قالوا في جعل الكعبة عن يساره حال الطواف أنه واجب، حتى لو طاف منكوساً بأن جعلها عن يمينه اعتد به في ثبوت التحلل وعليه الإعادة، فإن رجع ولم يعد فيه فعليه دم. وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد: يكره أن ينشد الشعر في طوافه أو يتحدث أو يبيع أو يشتري، فإن فعله لم يفسد طوافه، ويكره أن يرفع صوته بالقرآن فيه، ولا بأس في قراءته في نفسه اهـ. وفي المنتقى عن أبي حنيفة رحمه الله «لا ينبغي للرجل أن يقرأ في طوافه، ولا بأس بذكر الله. وصرح المصنف في التجنيس بأن الذكر أفضل من القراءة في الطواف، وليس ينبو عما ذكر الحاكم لأنه لا بأس في الأكثر لخلاف الأولى، ومنهم من فصل في الشعر بين أن يعرى عن حمد أو ثناء فيكره وإلا فلا. وقيل يكره في الحالين. كما هو ظاهر جواب الرواية. والحاصل أن هدى النبي ﷺ هو الأفضل ولم يثبت عنه في الطواف قراءة بل الذكر وهو المتوارث عن السلف والمجمع عليه فكان أولى. وأما كراهة الكلام فالمراد فضوله إلا ما يحتاج إليه بقدر الحاجة. ولا بأس بأن يفتي في الطواف ويشرب ماء إن احتاج إليه، ولا يلبي حالة الطواف في طواف القدوم، ومن طاف راكباً أو محمولاً أو سعى بين الصفا والمروة كذلك إن كان بعذر جاز ولا شيء عليه، وإن كان بغير عذر فما دام بمكة يعيد، فإن رجع إلى أهله بلا إعادة فعليه دم لأن المشي واجب عندنا. على هذا نص المشايخ وهو كلام محمد. وما في فتاوى قاضيخان من قوله الطواف ماشياً أفضل تساهل أو محمول على النافلة. لا يقال: بل ينبغي في النافلة أن تجب صدقة لأنه إذا شرع فيه وجب فوجب المشي، لأن الفرض أن شروعه لم يكن بصفة المشي والشروع إنما يوجب ما شرع فيه. ولو طاف زحفاً لعذر أجزأه ولا شيء عليه، وبلا عذر عليه الإعادة أو الدم، ولو كان الحامل محرماً أجزأه عن طوافه الموقت في ذلك الوقت فرضاً كان أو سنة، قيل إلا أن يقصد حمل المحمول فلا يجزيه بناء على أن نية الطواف الواقع جزء نسك ليست شرطاً، بل الشرط أن لا ينوي شيئاً آخر، ولذ لو طاف طالباً لغريم أو هارباً من عدوّ لا يجزيه، بخلاف الوقوف بعرفة، وسنذكر الفرق إن شاء الله تعالى في الفصل الآتي. والحاصل أن كل من طاف طوافاً في وقته وقع عنه بعد أن ينوي أصل الطواف نواه بعينه أولاً، أو نوى طوافاً آخر لأن النية تعتبر في الإحرام لأنه عقد على الأداء فلا يعتبر في الأداء، فلو قدم معتمر وطاف وقع عن العمرة، وإن كان حاجاً قبل يوم النحر وقع للقدوم، وإن كان قارناً وقع الأول للعمرة والثاني للقدوم، ولو كان في يوم النحر إذا طاف فهو للزيارة، وإن طاف بعد ما حل النفر فللصدر ولو كان نواه للتطوّع. قيل لأن غير هذا الطواف غير مشروع فلا يحتاج إلى نية التعيين، ويلغو غيرها كصوم رمضان ويحتاج إلى أصلها. وتحقيقه أن خصوص ذلك الوقت إنما يستحق خصوص ذلك الطواف بسبب أنه في إحرام عبادة اقتضت وقوعه في ذلك الوقت فلا يشرع غيره كمن سجد في إحرام الصلاة ينوي سجدة شكر أو نفل أو تلاوة عليه من قبل تقع عن سجدة الصلاة لذلك الاستحقاق فكان مقتضى هذا أن لا يحتاج إلى نية أصلاً كسجدة الصلاة، لكن لما كان هذا الركن لا يقع في محض إحرام العبادة الذي اقترن به النية بل بعد انحلال أكثره

. . . .

طواف بعده سعي (**ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف**) لأن ختم كل طواف بركعتين فرضاً كان الطواف أو نفلاً لما بينا. قال: (**وقد حل له النساء**) ولكن بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف، إلا أنه أخر عمله في حق النساء. قال: (**وهذا الطواف هو المفروض في الحج**) وهو ركن فيه إذ هو المأمور به في قوله تعالى ﴿**وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾

وجب له أصل النية دون التعيين لأنه لم يخرج عنه بالكلية، بخلاف الوقوف بعرفة.

واعلم أن دخول البيت مستحبّ إذا لم يؤذ أحداً، ثبت دخوله عليه الصلاة والسلام إياه على ما أسلفناه في باب الصلاة في الكعبة، وأنه دعا وكبر في نواحيه[(١)]. وعن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «من دخل البيت دخل في حسنة وخرج من سيئة مغفوراً له»[(٢)] رواه البيهقي وغيره. وينبغي أن يقصد مصلاه عليه الصلاة والسلام. وكان ابن عمر رضي الله عنه إذا دخلها مشى قبل وجهه وجعل الباب قبل ظهره حتى يكون بينه وبين الجدار الذي قبل وجهه قريب من ثلاثة أذرع، ثم يصلي يتوخى مصلى رسول الله ﷺ. وقالت عائشة رضي الله عنها: عجباً للمرء المسلم إذا دخل الكعبة كيف يرفع بصره قبل السقف يدع ذلك إجلالاً لله تعالى وإعظاماً، دخل رسول الله ﷺ ما خلف بصره موضع سجوده حتى خرج منها، وكان البيت في زمنه على ستة أعمدة وليست البلاطة الخضراء بين العمودين مصلاه عليه الصلاة والسلام، فإذا صلى إلى الجدار يضع خده عليه ويستغفر ويحمد ثم يأتي الأركان فيحمد ويهلل ويسبح ويكبر ويسأل الله تعالى ما شاء ويلزم الأدب ما استطاع بظاهره وباطنه وما تقوله العامة من العروة الوثقى وهو موضع عال في جدار البيت بدعة باطلة لا أصل لها، والمسمار الذي وسط البيت يسمونه سرّة الدنيا يكشف أحدهم سرّته ويضعها عليه فعل من لا عقل له فضلاً عن علم قوله: (**ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي**) لأنه عليه الصلاة والسلام إما سعى في طواف العمرة المفردة: أعني عمرة القضاء والعمرة التي قرن إلى حجته[(٣)]، فإنه عليه الصلاة والسلام حج قارناً على ما نبين في باب القران إن شاء الله تعالى قوله: (**لما بينا**) ولم يقل لما روينا: أعني قوله عليه الصلاة والسلام «وليصلّ الطائف لكل أسبوع ركعتين»[(٤)] لأنه ذكر هناك وجه التمسك به للوجوب حيث قال: والأمر للوجوب، فقوله لما بينا يشمل جميع المروي مع ما ذكر من وجه الاستدلال قوله: (**إذ هو المأمور به في قوله تعالى ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾**) على ذلك إجماع المسلمين قوله: (**كما روينا**) يعني من

لأن النبي ﷺ إنما رمل في طواف العمرة وهو طواف بعده سعي. وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «وليصلّ الطائف لكل أسبوع ركعتين» والأمر للوجوب وإنما لم يقل لما روينا لأنه ذكر فيه وجه التمسك به للوجوب، فكان قوله بيناً أشمل وأعم من قوله روينا، وقوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه. وقوله: (**إلا أنه آخر عمله في حقه النساء**) جوابٌ عما يقال إذا كان الحلق السابق محللاً فكيف بقيت النساء محرمة. وتقريره أن عمله تأخر في حق النساء ليقع الطواف الذي هو ركن في الإحرام لئلا يقع التهاون في أمره. وقوله: (**وهذا الطواف**) أي طواف الزيارة (**هو المفروض في الحج**) وقوله: (**ثم**

قال المصنف: (**إذ هو المحلل لا بالطواف الخ**) أقول: للشافعي أن يمنعه ويستند بظاهر الاستثناء في الحديث، لكن في شرح الكنز للزيلعي ما يصلح جواباً عنه وهو قوله والدليل على ذلك أنه لو لم يحلق حتى طاف بالبيت لم يحل له شيء حتى يحلق اهـ. إلا أنه يبقى احتمال كون كل منهما جزء علة فليتأمل.

---

(١) تقدم في الصلاة. باب الصلاة في الكعبة.

(٢) غير قوي. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٣/ ٢٩٣ كلاهما من حديث ابن عباس واللفظ للطبراني.
قال الهيثمي: فيه عبد الله بن المؤمل وثقه ابن سعد وغيره وفيه ضعف اهـ وقال الحافظ في التقريب ابن المؤمل: ضعيف.

(٣) يأتي في القران إن شاء الله.

(٤) غريب بهذا اللفظ وذكر البخاري في ٣/ ٤٨٤ عن الزهري قال: لم يطف النبي ﷺ سُبوعاً قط إلا صلى ركعتين. ذكره عن الزهري معلقاً.
قال الحافظ: وصله ابن أبي شيبة عن الزهري: مضت السنة أن مع كل أسبوع ركعتين اهـ.
تنبيه: وأما سياق المصنف فغريب لا وجود له ولو وجد لذكره البخاري، أو ابن حجر في الفتح، أو الزيلعي.

ويسمى طواف الإفاضة وطواف يوم النحر **(ويكره تأخيره عن هذه الأيام)** لما بينا أنه موقت بها **(وإن أخره عنها لزمه دم عند أبي حنيفة رحمه الله)** وسنبينه في باب الجنايات إن شاء الله تعالى. قال: **(ثم يعود إلى منى فيقيم بها)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام رجع إليها كما روينا، ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى **(فإذا زالت الشمس من اليوم الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها، ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها، ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها)** هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه الصلاة والسلام مفسراً، ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه الصلاة والسلام، ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن» وذكر من جملتها عند الجمرتين. والمراد رفع

قريب من قوله «إن النبي ﷺ لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت»[1] الخ قوله: **(وإذا زالت الشمس الخ)** أفاد أن وقت الرمي في اليوم الثاني لا يدخل إلا بعد الزوال، وكذا في اليوم الثالث وسيتبين قوله: **(فيبتدىء بالتي تلي مسجد الخيف الخ)** هل هذا الترتيب متعين أو أولي؟ مختلف فيه، ففي المناسك لو بدأ في اليوم الثاني بجمرة العقبة ثم بالوسطى ثم بالتي تلي مسجد الخيف، فإن أعاد على الوسطى ثم على العقبة في يومه فحسن لأن الترتيب سنة وإن لم يعد أجزأه. وفي المحيط: فإن رمى كل جمرة بثلاث أتم الأولى بأربع ثم أعاد الوسطى بسبع ثم العقبة بسبع، وإن كان رمي كل واحدة بأربع أتم كل واحدة بثلاث ثلاث ولا يعيد لأن للأكثر حكم الكل وكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الأولى، وإن استقبل رميها فهو أفضل. وعن محمد: لو رمى الجمرات الثلاث فإذا في يده أربع حصيات لا يدري من أيتهن هن يرميهن على الأولى ويستقبل الباقيتين لاحتمال أنها من الأولى فلم يجز رمي الأخريين، ولو كن ثلاثاً أعاد على كل جمرة واحدة، ولو كانت حصاة أو حصاتين أعاد كل واحدة واحدة ويجزيه لأنه رمى كل واحدة بأكثرها اهـ. وهذا صريح في الخلاف، والذي يقوّي عندي استنان الترتيب لا تعينه، والله سبحانه وتعالى أعلم. بخلاف تعيين الأيام كلها للرمي، والفرق لا يخفى على محصل. ولو ترك حصاة من البعض لا يدري من أيتها أعاد لكل واحدة حصاة ليبرأ بيقين، ولو رمىٰ في اليوم الثاني الوسطي والثالثة ولم يرم الأولىٰ فإنه رمىٰ الأولىٰ وأعاد الباقيتين فحسن وإن رمى الأولى وحدها جاز، والله أعلم قوله: **(ويقف عندها)** أي عند الجمرة بعد تمام الرمي لا عند كل حصاة، وقوله هكذا روى جابر. الذي في حديث جابر الطويل[2] إنما هو التعرض لرمي جمرة العقبة ليس غير، وغير ذلك لم يعرف في حديث جابر. وحديث ابن عمر الذي قدمناه من البخاري وهو قوله «كان النبي ﷺ إذا رمى الجمرة الأولى»[3] الخ يبين كيفية الوقوف وموضعه، وأنه ﷺ كان يطيله رافعاً يديه، فارجع إليه تستغن

يعود إلى مني) يعني بعد طواف الزيارة **(فيقيم بها لأن النبي ﷺ رجع إليها كما روينا)** يعني ما تقدم «أن النبي عليه الصلاة والسلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى» **(ولأنه بقي عليه الرمي)** ظاهر. وقوله: **(ويقف عند الجمرتين)** يعني الجمرة الأولى والوسطى **(في المقام الذي يقف فيه الناس)** وهو أعلى الوادي وقوله عليه

---

(١) صحيح. أخرجه الإمام مسلم ١٣٠٨ وأبو داود ١٩٩٨ وغيرهما من حديث ابن عمر وقد تقدم.

(٢) حديث جابر أخرجه مسلم ١٢١٨ مطولاً وتقدم مراراً.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٥١ و١٧٥٢ و١٧٥٣.

عن ابن عمر: أنه كان يرمي الجمرة الدُّنيا بسبع حصيات يكبر بإثر كل حصاة، ثم يتقدم حتى يُسْهِلَ، فيقوم طويلاً ويدعو ويرفع يديه، ثم يرمي الوسطى، ثم يأخذ ذات الشمال فيستهلّ ويقوم مستقبل القبلة، فيقوم طويلاً ويدعو ويرفع يديه، ويقوم طويلاً، ثم يرمي جمرة ذات العقبة من بطن الوادي، ولا يقف عندها، ثم ينصرف. فيقول: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله اهـ فهذا مرفوع فعلاً للنبي ﷺ. ويفي بما أراده صاحب الهداية. ويغني عن الحديث الآتي فإنه واهٍ جداً.

الأيدي بالدعاء. وينبغي أن يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لقول النبي عليه الصلاة والسلام «اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج»[1] ثم الأصل أن كل رمي بعده رمي يقف بعده لأنه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه، وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لأن العبادة قد انتهت، ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضاً.

قال: **(فإذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك، وإن أراد أن يتعجل النفر إلى مكة نفر، وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس)** لقوله تعالى: **﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه، ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى﴾** والأفضل أن يقيم لما روي **«أن النبي عليه الصلاة والسلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع»**. وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع، فإذا طلع الفجر لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله **(وإن قدم الرمي في هذا اليوم)** يعني اليوم الرابع **(قبل الزوال بعد طلوع**

به عنه وعن حديث «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»[2] مع زيادات أخر. وقوله في المقام الذي يقف فيه الناس تعيين لمحله وإفادة أنه لم يتغير بل الناس توارثوه فما هم عليه هو الذي كان. وقال في النهاية نقلاً: يريد بالمقام الذي يقوم فيه الناس أعلى الوادي، والذي صرح به حديث ابن عمر أنه ينحدر في الأولى أمامها فيقف، وينحدر في الثانية ذات اليسار مما يلي الوادي، وكان ابن عمر يفعله في حديث البخاري[3]. وفي البخاري أيضاً عن سالم عن ابن عمر أنه كان يرمي الجمرة الدنيا بسبع حصيات يكبر على إثر كل حصاة، ثم يتقدم فيسهل ويقوم مستقبل القبلة قياماً طويلاً يدعو ويرفع يديه، ثم يرمي الجمرة الوسطى كذلك فيأخذ ذات الشمال فيسهل ويقوم مستقبل القبلة قياماً طويلاً فيدعو ويرفع يديه، ثم يرمي الجمرة ذات العقبة من بطن الوادي ولا يقف عندها ويقول هكذا رأيته عليه الصلاة والسلام يفعل هذا[4]. وإنما يرفع يديه حذاء منكبيه قيل يقف قدر سورة البقرة. ومن كان مريضاً لا يستطيع الرمي يوضع في يده ويرمي بها أو يرمي عنه غيره، وكذا المغمى عليه. ولو رمى بحصاتين إحداهما لنفسه والأخرى لآخر جاز ويكره، ولا ينبغي أن يترك صلاة الجماعة من الإمام بمسجد الخيف، ويكثر من الصلاة فيه أمام المنارة عند الأحجار. قوله: **(فإذا كان من الغد)** هو اليوم الثالث من أيام النحر وهو الملقب بيوم النفر الأول فإنه يجوز له أن ينفر فيه بعد الرمي واليوم الرابع آخر أيام التشريق يسمى يوم النفر الثاني قوله: **(لما روي أنه عليه الصلاة والسلام الخ)**[5] وروى أبو داود من حديث ابن إسحاق يبلغ به عائشة رضي الله عنها قالت «أفاض رسول الله ﷺ من آخر يوم

الصلاة والسلام **(لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن)** حديث مشهور، والمواطن هي: عند افتتاح الصلاة، والقنوت في الوتر، وفي العيدين، وعند استلام الحجر الأسود، وعلى الصفا والمروة، وبعرفات، وجمع، وعند المقامين عند الجمرتين. وذكر

---

(١) غريب جداً بهذا اللفظ. وقد ورد بدون لفظ «لا».
أي: «ترفع الأيدي... الخ. موقوفاً على ابن عمر وابن عباس، وتقدم في سنن الصلاة، ولما كان المتن ضعيفاً قال ابن الهمام: ويغني عنه حديث ابن عمر المتقدم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد رواه البخاري ٧٥١ وغيره.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٥٣ عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً. وتقدم مراراً.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ١/٤٤١ والطبراني في الصغير ١٠٨٩ كلاهما من حديث أبي حازم عن أبي هريرة مرفوعاً.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي ٣/ ٨٥: وجدت في نسخة للحاكم رواه بسند آخر عن ابن وهب عن مخرمة بن بكير عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً به.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم اهـ.
وهو كما قال. رجال كلهم ثقات فهذا الطريق يقوي الأول.

(٥) هذا ذكره صاحب الهداية بمعناه، وهو مستفاد من الحديث الآتي كما نبه على ذلك الحافظ في الدراية ٢/٢٨. ولذا أعرفت عنه ابن الهمام، وذكر الحديث الآتي.

الفجر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) وهذا استحسان، وقالا لا يجوز اعتباراً بسائر الأيام، وإنما التفاوت في رخصة النفر، فإذا لم يترخص التحق بها، ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى، بخلاف اليوم الأول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية، لأنه لا يجوز تركه فيهما فبقي على أصل المروي. فأما يوم النحر فأوّل وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: أوله بعد نصف الليل لما روي

حين صلى الظهر. يعني يوم النحر، ثم رجع إلى منى فمكث بها ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس»[1] الحديث. قال المنذري: حديث حسن، رواه ابن حبان في صحيحه قوله: **(وفيه خلاف الشافعي)** فإن عنده إذا غربت الشمس من اليوم الثالث ليس له أن ينفر حتى يرمي، قال: لأن المنصوص عليه الخيار في اليوم وإنما يمتد اليوم إلى الغروب. وقلنا: ليس الليل وقتاً لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر باقياً فيه كما قبل الغروب من الثالث فإنه خير فيه في النفر لأنه لم يدخل وقت رمي الرابع وهذا ثابت في ليلته قوله: **(اعتباراً بسائر الأيام)** أي باقي الأيام التي يرمي فيها الجمرات كلها وهما الثاني والثالث قوله: **(ومذهبه)** أي مذهب أبي حنيفة رحمه الله **(مرويّ عن ابن عباس رضي الله عنهما)** أخرج البيهقي عنه: إذا انتفخ النهار من يوم النفر فقد حل الرمي والصدر. والانتفاخ الارتفاع، وفي سنده طلحة بن عمرو ضعفه البيهقي قوله: **(أولى)** مما يمنع لجواز أن يرخص في تركه ما لم يطلع الفجر، فإذا طلع منه من تركه أصلاً ولزمه أن يقيمه في وقته. ولا شك أن المعتمد في تعيين الوقت للرمي في الأول من أوّل النهار وفيما بعده من بعد الزوال ليس إلا فعله عليه الصلاة والسلام كذلك أنه غير معقول، فلا يدخل وقته قبل الوقت الذي فعله فيه عليه الصلاة والسلام كما لا يفعل في غير ذلك المكان الذي رمى فيه عليه الصلاة والسلام، وإنما رمى عليه الصلاة السلام في الرابع من الزوال فلا يرمي قبله. وبهذا الوجه يندفع المذكور لأبي حنيفة لو قرر بطريق القياس على اليوم الأول لا إذا قرّر بطريق الدلالة، والله سبحانه وتعالى أعلم

الجمرتين يدل على أنه لا يقيم عنده جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد رحمه الله، وفي سائر الأدعية لا يفعل كذلك لأن الرفع ينافي السكينة والوقار فيسن في موضع ورد فيه النص ويترك في الباقي على أصل الدليل. قال: **(فإذا كان من الغد رمي الجمار الثلاث بعد الزوال)** يعني إذا زالت الشمس من اليوم الثالث من أيام النحر رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى في اليوم الثاني **(وإن أراد أن يتعجل النفر)** أي الذهاب والخروج من منى **(إلى مكة)** في اليوم الثالث من أيام النحر فعل ذلك **(وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه﴾)** أي فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث من أيام النحر ومن تأخر إلى اليوم الرابع فلا إثم عليه **(لمن اتقى)** وقوله «لمن اتقى» يتعلق بهما جميعاً: أي ذلك التخيير ونفي الإثم في الحالين لأجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شيء منهما فيحسب أن أحدهما يؤثم صاحبه في الإقدام عليه، وإنما خص المتقي لأنه هو الحاج عند الله في الحقيقة. وقوله: **(وفيه خلاف الشافعي)** فإنه ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لأن المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد إلى غروب الشمس. وقلنا: الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر ثابتاً فيه كقبل الغروب من اليوم الثالث، بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فإنه وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك. وقوله: **(اعتباراً بسائر الأيام)** أراد بالأيام اليومين: أعني الثاني والثالث، لأن رمي جمرة العقبة في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف. وقوله: **(بخلاف**

قوله: **(فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث الخ)** أقول: لكن النفر يكون في اليوم الثالث ويصدق تعجيل في يومين فتأمل. قال ابن الهمام: يوم النفر الأول هو اليوم الثالث من أيام النحر فإنه يجوز أن ينفر فيه بعد الرمي، واليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق ويسمى يوم النفر الثاني اهـ قال المصنف: **(في الأوقات كلها أولى)** أقول: فيه بحث.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ١٩٣٧ وابن خزيمة ٢٩٥٧ وابن حبان ٣٨٦٨ والطحاوي ٢/ ٢٢٠ والحاكم ١/ ٤٧٧ وأحمد ٦/ ٩٠ كلهم من حديث عائشة. وابن إسحق صرح بالتحديث، ومن فوقه ثقات فهو حديث جيد، وتقدم الكلام عليه.

«أن النبي ﷺ رخص للرعاء أن يرموا ليلاً» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين» ويروى «حتى تطلع الشمس» فيثبت أصل الوقت بالأول والأفضلية بالثاني. وتأويل ما روي الليلة الثانية والثالثة، ولأن ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة. ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت إلى غروب الشمس لقوله عليه الصلاة والسلام «إن أوّل نسكنا في هذا اليوم الرمي»، جعل اليوم وقتاً له وذهابه بغروب الشمس. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يمتد إلى وقت الزوال، والحجة عليه ما روينا. وإن أخر إلى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الدعاء. وإن أخر إلى الغد رماه لأنه وقت جنس الرمي، وعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه. قال: (**فإن رماها راكباً أجزأه**) لحصول فعل الرمي (**وكل رمي بعده رمي فالأفضل أن يرميه ماشيا وإلا فيرميه راكباً**) لأن الأول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشياً ليكون أقرب إلى

قوله: (**بخلاف اليوم الأوّل**) أي من أيام التشريق لا الرمي (**والثاني**) منها فإنهما الثاني من أيام الرمي والثالث منه قوله: (**في المشهور من الرواية**) احتراز عما عن أبي حنيفة رحمه الله قال: أحبّ إليّ أن لا يرمي في اليوم الثاني والثالث حتى تزول الشمس، فإن رمي قبل ذلك أجزأه وحمل المروي من قوله عليه الصلاة والسلام[١] على اختيار الأفضل. وجه الظاهر ما قدمناه من وجوب اتباع المنقول لعدم المعقولية ولم يظهر أثر تخفيف فيها بتجويز الترك لينفتح باب التخفيف بالتقديم، وهذه الزيادة يحتاج إليها أبو حنيفة وحده قوله: (**لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام رخص للرعاء أن يرموا ليلاً**) أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ، فذكره. ورواه أيضاً في مصنفه عن عطاء «مرسلاً»، ورواه الدارقطني بسند ضعيف وزاد فيه «وأية ساعة شاءوا من النهار»[٢] وحمله المصنف على الليلة الثانية والثالثة لما عرف أن وقت رمي كل يوم إذا دخل من النهار امتدّ إلى آخر الليلة التي تتلو ذلك النهار فيحمل على ذلك، فالليالي في الرمي تابعة للأيام السابقة لا اللاحقة، بدليل ما في السنن الأربعة عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنها قال «كان رسول الله ﷺ يقدّم ضعفاء أهله بغلس ويأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس»[٣] وما روى البزار من حديث الفضل بن العباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أمر ضعفه بني هاشم أن يرتحلوا من جمع بليل ويقول: أُبَيْنِيّ لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس»[٤] وقال الطحاوي: حدثنا ابن

اليوم الأول والثاني) يعني الأول والثاني مما يرمي في الجمار الثلاث، لا الأوّل والثاني من أيام النحر. وقوله: (**في المشهور**

---

(١) يأتي بعد حديث واحد.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٨٦ والطبراني كما في المجمع ٣/ ٣٦٠ كلاهما من حديث ابن عباس.
قال الهيثمي: فيه إسحق بن أبي فروة وهو متروك.
قلت: وسقط من مصنف ابن أبي شيبة إسحق هذا حيث وقع عنده: عبد الرحمن بن إسحق عن عطاء. والصواب عبد الرحمن عن إسحق بن أبي فروة عن عطاء. وابن إسحق هذا لم يسمع من عطاء كما ذكر الحافظ في الدراية ٢/ ٢٩.
ولذا أخرجه البيهقي ٥/ ١٥١ من طريق ابن أبي شيبة، وكذا ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلاً.
لكن ورد من وجه آخر. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٦ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وفيه إبراهيم بن يزيد إن كان هو الخوزي فهو ضعيف وإلا فلا يدري. والراوي عنه بكر بن بكار. قال يحيى: ليس بالقوي فقال ابن القطان ونقله الزيلعي في ٣/ ٨٥ ـ ٨٦.
وأخرجه البزار كما في المجمع ٣/ ٢٦٠ ومن طريق البيهقي ٥/ ١٥١ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال الهيثمي: فيه مسلم بن خالد الزنجي ضعيف وقد وثق ونقل الزيلعي ٣/ ٨٦ عن ابن القطان أن هذا الإسناد أحسن من إسناد عبد الله بن عمرو المتقدم.
وورد من حديث ابن عمر من وجه آخر فيه عمر بن قيس. عند البيهقي ٥/ ١٥١، ورواه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن مرسلاً، فهذا الحديث بتعدد طرقه واختلاف مخارجه يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٤٠ والترمذي ٨٩٣ والنسائي ٥/ ٢٧٠ . ٢٧٢ كلهم من حديث ابن عباس بإسناد حسن وتقدم مستوفياً.

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٨٧ ونسبه للبزار من حديث الفضل وسكت عليه هو وابن حجر في الدراية ٢/ ٢٩.
وذكره الترمذي بأثر حديث ابن عباس ٨٩٣ فقال: وزاد مُشاشُ الفضل فيه وهذا خطأ اهـ والله أعلم.

التضرّع، وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف رحمه الله. ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي لأن النبي عليه الصلاة والسلام بات بمنى، وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها. ولو بات في غيرها متعمداً لا يلزمه شيء عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله لأنه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه فلم يكن من أفعال الحج فتركه لا يوجب

أبي داود قال: حدثنا المقدمي، حدثنا فضيل بن سليمان، حدثني موسى بن عقبة، أخبرنا كريب عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ كان يأمر نساءه وثقله صبيحة جمع أن يفضوا مع أوّل الفجر بسواد ولا يرموا الجمرة إلا مصبحين» حدثنا محمد بن خزيمة، حدثنا حجاج، حدثنا حماد، حدثنا الحجاج عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ بعثه في الثقل وقال: لا ترموا الجمار حتى تصبحوا»[1] فأثبتنا الجواز بهذين والفضيلة بما قبله. وفي النهاية نقلاً من مبسوط شيخ الإسلام أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر وقت الجواز مع الإساءة، وما بعد طلوع الشمس إلى الزوال وقت مسنون، وما بعد الزوال إلى الغروب وقت الجواز بلا إساءة، والليل وقت الجواز مع الإساءة اهـ. ولا بد من كون محمل ثبوت الإساءة عدم العذر حتى لا يكون رمي الضعفة قبل الشمس ورمي الرعاء ليلاً يلزمهم الإساءة، وكيف بذلك بعد الترخيص، ويثبت وصف القضاء في الرمي من غروب الشمس عند أبي حنيفة إلا أنه لا شيء فيه سوى ثبوت الإساءة إن لم يكن لعذر قوله: **(وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف رحمه الله)** حكي عن إبراهيم بن الجراح قال: دخلت على أبي يوسف رحمه الله في مرضه الذي توفي فيه، ففتح عينيه وقال: الرمي راكباً أفضل أم ماشياً؟ فقلت: ماشياً، فقال: أخطأت، فقلت: راكبا، فقال: أخطأت، ثم قال: كل رمي بعده وقوف، فالرمي ماشياً أفضل، وما ليس بعده وقوف فالرمي راكباً أفضل، فقمت من عنده فما انتهيت إلى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته، فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة. وفي فتاوى قاضيخان: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: الرمي كله راكباً أفضل اهـ، لأنه روي ركوبه عليه الصلاة السلام فيه كله، وكأن أبا يوسف يحمل ما روى من زكوبه عليه الصلاة والسلام في رمي الجمار كلها على أنه ليظهر فعله فيقتدي به ويسأل ويحفظ عنه المناسك كما ذكر في طوافه راكباً، وقال عليه الصلاة والسلام «خذوا عني مناسككم، فلا أدري لعلي لا أحج بعد هذا العام»[2] وفي الظهيرية أطلق استحباب المشي، قال: يستحب المشي إلى الجمار،

من الرواية) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة إنه إن كان من قصده أن يتعجل في النفر الأول فلا بأس بأن يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال، وإن رمى بعده فهو أفضل، وإن لم يكن ذلك من قصده لا يجوز أن يرمي إلا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لأنه إذا نفر بعد الزوال لا يصل إلى مكة إلا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول. ووجه الظهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يرم فيه إلا بعد الزوال. وقوله: **(ثم عند أبي حنيفة)** حاصله أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى طلوع الشمس وقت الجواز مع الإساءة، وما بعده إلى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال إلى الغروب وقت الجواز من غير إساءة والليل ومن الجواز بالإسناد كذا في مبسوط شيخ الإسلام **(وعن أبي يوسف أنه يمتد)** أي وقت الرمي في اليوم الأول **(إلى وقت الزوال)** لأن الوقت يعرف بتوقيت الشرع والشرع ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتاً له **(والحجة عليه ما روينا)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «إن أوّل نسكنا في هذا اليوم». وقوله: **(وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف)** يعني به ما حكي عن إبراهيم بن الجراح قال: دخلت على أبي يوسف رضي الله عنه في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال: الرمي راكباً أفضل أم ماشياً؟ فقلت: ماشياً، فقال: أخطأت، فقلت راكباً، فقال: أخطأت، ثم قال: كل رمي بعده وقوف فالرمل فيه ماشياً أفضل، وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكباً أفضل، فقمت من عنده فما انتهيت إلى باب الدار حتى سمعت الصراخ

---

(١) حسن. أخرجه الطحاوي في المعاني ٢١٦ و٢١٧ من طريقين عن ابن عباس. الأول إسناده حسن، والطريق الثاني فيه حجاج وهو ابن أرطاة غير قوي. لكن الحديث يتقوى بطريقين.
وحمل الطحاوي قوله «مصبحين» على أن المراد طلوع الشمس.

(٢) صحيح. هو بعض حديث جابر الطويل رواه مسلم ١٢١٨. وغيره.

الجابر. قال: **(ويكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة ويقيم حتى يرمي)** لما روي أن عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه، ولأنه يوجب شغل قلبه **(وإذا نفر إلى مكة نزل بالمحصب)** وهو الأبطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله ﷺ وكان نزوله قصداً هو الأصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي أنه ﷺ قال لأصحابه «إنا نازلون

وإن ركب إليها فلا بأس به والمشي أفضل. وتظهر أولويته لأنا إذا حملنا ركوبه عليه الصلاة والسلام على ما قلنا يبقى كونه مؤدياً عبادة، وأداؤها ماشياً أقرب إلى التواضع والخشوع، وخصوصاً في هذا الزمان فإن عامة المسلمين مشاة في جميع الرمي فلا يأمن من الأذى بالركوب بينهم للزحمة قوله: **(خلافاً للشافعي)** فإنه واجب عنده، ثم قيل: يلزمه بتركه مبيت ليلة مدّ ومدان لليلتين ودم لثلاث قوله: **(لأنه وجب)** أي ثبت إذ هو سنة عندنا يلزم بتركه الإساءة على ما يفيده لفظ الكافي حيث استدل بأن العباس رضي الله عنه استأذن النبي عليه الصلاة السلام في أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته فأذن له[١]، ثم قال: ولو كان واجباً لما رخص في تركها لأجل السقاية اهـ. فعلم أنه سنة، وتبعه صاحب النهاية، وبحديث العباس هذا استدل ابن الجوزي للشافعي على الوجوب وقال: ولولا أنه واجب لما احتاج إلى أذن وليس بشيء إذ مخالفة السنة عندهم كان مجنباً جداً خصوصاً إذا انضم إليها الانفراد عن جميع الناس مع الرسول عليه الصلاة والسلام، فاستأذن لإسقاط الإساءة الكائنة بسبب عدم موافقته عليه الصلاة والسلام مع مرافقته فإنه أفظع منه حال عدم المرافقة، بل هو جفاء لما فيه من إظهار المخالفة المستلزمة لسوء الأدب، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام كان يبيت بمنى على ما قدمناه من حديث عائشة رضي الله عنها «أنه عليه الصلاة والسلام مكث بمنى ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس»[٢] ونفس حديث العباس[٣] رضي الله عنه يفيده، وما ذكره المصنف من أن عمر رضي الله عنه يؤدب على ترك المبيت بمنى الله سبحانه أعلم به. نعم أخرج ابن أبي شيبة عنه أنه كان ينهي أن يبيت أحد من وراء العقبة، وكان يأمرهم أن يدخلوا منى. وأخرج أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما نحوه. وأخرج أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كره أن ينام أحد أيام منى بمكة.

وأخرج في تقديم الثقل عن الأعمش عن عمارة قال: عمر رضي الله عنه: من قدم ثقله من منى ليلة ينفر فلا حج له. وقال أيضاً: حدثنا وكيع عن شعبة عن الحكم عن إبراهيم عن عمرو بن شرحبيل عن عمر قال: من قدم ثقله قبل النفر فلا حج له[٤] اهـ: يعني الكمال قوله: **(وهو الأبطح)** قال في الإمام: وهو موضع بين مكة ومنى وهو إلى منى أقرب، وهذا لا تحرير فيه. وقال غيره: هو فناء مكة حدّة ما بين الجبلين المتصلين بالمقابر إلى الجبال المقابلة

بموته، فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة. والذي روى جابر أن النبي ﷺ رمى الجمار كلها راكباً فإنما فعله. ليكون أشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه. وقوله: **(ولو بات في غيره)** أي في غير منى **(متعمداً لا يلزمه شيء عندنا خلافاً للشافعي)** فإنه قال: إن ترك البيتوتة ليلة فعليه مد، وإن تركها ليلتين فعليه مدان، وإن ترك ثلاث ليال فعليه دم. وقاس ترك البيتوته في وجوب الجزاء بترك الرمي: ولنا **(أنه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه)** يعني أن المقصود من البيتوته غيرها وهو أن يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي، فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من أفعال الحج فلم يوجب تركها جابراً كالبيتوته بمنى ليلة العيد. قال: **(ويكره أن يقدّم الرجل ثقله إلى مكة)** الثقل بفتحتين: متاع المسافر وحشمه والجمع أثقال، والمحصب: اسم موضع ويسمى الأبطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله ﷺ قصداً، وهو الأصح حتى يكون سنة. وقوله: **(هو الأصح)** احتراز عن قول ابن عباس إن النزول به ليس بسنة، لكنه

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٣٤ و١٧٤٣ و١٧٤٤ و١٧٤٥ ومسلم ١٣١٥ وأبو داود ٥٩٥٩ والدارمي ١٨٧٨ وابن ماجه ٣٠٦٥ والبيهقي ٥/١٥٣ وأحمد ٢/١٩ . ٢٨ . ٨٨ كلهم عن نافع عن ابن عمر به.

(٢) تقدم قبل سبعة أحاديث وإسناده قوي.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد.

(٤) راجع هذه الآثار في نصب الراية ٣/٨٧ . ٨٨. والدراية ٢/٢٩.

غداً بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم» يشير إلى عهدهم على هجران بني هاشم، فعرفنا أنه نزل به إراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به، فصار سنة كالرمل في الطواف. قال: **(ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر)** ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهده بالبيت لأنه يودّع البيت ويصدر به **(وهو واجب عندنا)** خلافاً للشافعي، لقوله ﷺ «من حجّ هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت

لذلك مصعداً في الشق الأيسر وأنت ذاهب إلى منى مرتفعاً من بطن الوادي، وليست المقبرة من بالمحصب، ويصلي فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء، ويهجع هجعة ثم يدخل مكة قوله: **(هو الأصح)** يحترز به عن قول من قال: لم يكن قصداً فلا يكون سنة لما أخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ليس المحصب بشيء إنما هو منزل نزله رسول الله ﷺ[١]. وأخرج مسلم عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ قال: «لم يأمرني رسول الله ﷺ أن أنزل الأبطح حين خرج من منى، ولكن جئت وضربت قبته فجاء فنزل»[٢]. وعن عائشة رضي الله عنها أنه قصده وليس بسنة لأنه قصده لمعنى التسهيل. روى الستة عنها قالت: إنما نزل رسول الله ﷺ المحصب ليكون أسمح لخروجه وليس بسنة، فمن شاء نزله ومن شاء لم ينزله[٣]. وجه المختار ما نقله المصنف وهو ما أخرجه الجماعة عن أسامة بن زيد قال: «قلت: يا رسول الله اين تنزل غداً في حجته؟ فقال: هل ترك لنا عقيل منزلاً؟ ثم قال: نحن نازلون بخيف بني كنانة حيث تقاسمت قريش على الكفر: يعني المحصب»[٤] الحديث. وفي الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ ونحن بمنى «نحن نازلون غداً بخيف بني كنانة حيث تقاسموا على الكفر» وذلك أن قريشاً وبني كنانة تحالفت على بني هاشم وبني المطلب أن لا يناكحوهم ولا يبايعوهم حتى يسلموا إليهم رسول الله ﷺ: يعني بذلك المحصب[٥] اهـ. فثبت بهذا أنه نزله قصداً ليرى لطيف صنع الله به وليتذكر فيه نعمته سبحانه عليه عند مقايسة نزوله به الآن إلى حاله قبل ذلك: أعني حال انحصاره من الكفارة في ذات الله تعالى، وهذا أمر يرجع إلى معنى العبادة، ثم هذه النعمة التي شملته عليه الصلاة والسلام من النصر والاقتدار على إقامة التوحيد وتقرير قواعد الوضع الإلهي الذي دعا الله تعالى إليه عباده لينتفعوا به في دنياهم ومعادهم لا شك في أنها النعمة العظمى على أمته لأنهم مظاهر المقصود من ذلك المؤزر، فكل واحد منهم جدير بتفكرها والشكر التام

موضع نزل به رسول الله ﷺ اتفاقاً. والأصح عندنا أنه سنة ونزل فيه رسول الله ﷺ قصداً **(على ما روي أنه قال لأصحابه بمنى: إنا نازلون غداً بالخيف خيف بن كنانة الخ)** والخيف بسكون الياء المكان المرتفع، وخيف بني كنانة هو الحصب. وقوله: **(ويسمى طواف الوداع)** الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كسلام وكلام **(وهو واجب عندنا خلافاً للشافعي)** فإنه عنده سنة لأنه بمنزلة طواف القدوم، ألا ترى أن كل واحد منهما يأتي به الآفاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالآفاقي والمكي فيه سواء **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف» وأنه رخص للنساء الحيض)** وذلك أيضاً دليل الوجوب وإلا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة والمكي والآفاقي في واجبات الحج سواء فيما إذا كانت العلة مشتركة وهنا ليست كذلك لأن علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في المكي ولا في حق من هو فيما وراء الميقات ولا في حق من اتخذ مكة داراً ثم بدا له أن يخرج. لا يقال: لو كان واجباً للوداع لوجب على المعتمر الآفاقي لأن ركن العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعاً له؟ وقوله: **(لما قدمنا)** يعني في موضعين من قوله عليه الصلاة والسلام

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ١٧٦٦ ومسلم ١٣١٢ كلاهما عن ابن عباس.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣١٣ عن أبي رافع بهذا اللفظ.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٦٥ ومسلم ١٣١١ وأبو داود ٢٠٠٨ والترمذي ٩٢٣ وابن ماجه ٣٠٦٩ وأحمد ٦/ ٤١ . ١٩٠ . ٢٠٧ . ٢٢٥ . ٢٣٠ . ٢٤٥ وابن حبان ٣٨٩٦ والبيهقي ٥/ ١٦١ من طرق عدة كلهم عائشة به.
ووقع في رواية أحمد الأخيرة: والله ما نزلها إلا من أجلي.

(٤) صحيح. أخرجه الجماعة يأتي في المواريث في بحث هل يرث المسلم الكافر، والكفر المسلم.

(٥) صحيح أخرجه البخاري ومسلم ١٣١٤ بهذا السياق كلاهما من حديث أبي هريرة.

الطواف» ورخص للنساء الحيض تركه. قال: (إلا على أهل مكة) لأنهم لا يصدرون ولا يودعون، ولا رمل فيه لما بينا أنه شرع مرة واحدة، ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا (ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها) لما روي «أن النبي

عليها لأنها عليه أيضاً فكان سنة في حقهم لأن معنى العبادة في ذلك يتحقق في حقهم أيضاً. وعن هذا حصب الخلفاء الراشدون. أخرج مسلم عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانوا ينزلون بالأبطح»[1] وأخرج عنه أيضاً أنه كان يرى التحصيب سنة وكان يصلي الظهر يوم النفر المحصب، قال نافع: قد حصب رسول الله ﷺ والخلفاء بعده اهـ[2]. وعلى هذا الوجه لا يكون كالرمل. ولا على الأول لأن الإراءة لم يلزم أن يراد بها إراءة المشركين ولم يكن بمكة مشرك عام حجة الوداع. بل المراد إراءة المسلمين الذين كان لهم علم بالحال الأول قوله: (لأنه يودّع البيت) ولهذا كان المستحب أن يجعله آخر طوافه. وفي الكافي للحاكم: ولا بأس بأن يقيم بعد ذلك ما شاء. ولكن الأفضل من ذلك أن يكون طوافه حين يخرج. وعن أبي يوسف والحسن: إذا اشتغل بعده بعمل بمكة يعيده لأنه للصدر، وإنما يعتدّ به إذا فعله حين يصدر. وأجيب بأنه إنما قدم مكة للنسك، فحين تم فراغه منه جاء أوان الصدر فطوافه حينئذ يكون له إذ الحال أنه على عزم الرجوع. نعم روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا طاف للصدر ثم أقام إلى العشاء قال: أحبّ إليّ أن يطوف طوافاً آخر كي لا يكون بين طوافه ونفره حائل، لكن هذا على وجه الاستحباب تحصيلاً لمفهوم الاسم عقيب ما أضيف إليه، وليس ذلك بحتم إذ لا يستغرب في العرف تأخير السفر عن الوداع بل قد يكون ذلك. والحاصل أن المستحب فيه أن يوقع عند إرادة السفر، وأما وقته على التعيين فأوله بعد طواف الزيارة إذا كان على عزم السفر، حتى لو طاف لذلك ثم أطال الإقامة بمكة ولو سنة ولم ينو الإقامة بها ولم يتخذها دار جاز طوافه ولا آخر له وهو مقيم، بل لو أقام عاماً لا ينوي الإقامة فله أن يطوفه ويقع أداء. ولو نفر ولم يطف يجب عليه أن يرجع فيطوفه ما لم يجاوز المواقيت بغير إحرام جديد، فإن جاوزها لم يجب الرجوع عيناً، بل إما أن يمضي وعليه دم، وإما أن يرجع فيرجع بإحرام جديد لأن الميقات لا يجاوز بلا إحرام فيحرم بعمرة، فإذا رجع ابتدأ بطواف العمرة ثم بطواف الصدر ولا شيء عليه لتأخيره وقالوا: الأولى أن لا يرجع ويريق دماً لأنه أنفع للفقراء وأيسر عليه لما فيه من دفع ضرر التزام الإحرام ومشقة الطريق «قوله لقوله عليه الصلاة والسلام» أخرج الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام «من حج البيت فليكن آخر عهده بالبيت، إلا الحيض» فرخص لهن رسول الله ﷺ[3] وقال حسن صحيح. وفي الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا أنه خفف عن المرأة الحائض»[4] لا يقال: أمر ندب بقرينة المعنى وهو أن

«وليصلّ الطائف لكل أسبوع ركعتين. وقوله لأن ختم كل طواف بركعتين فرضاً كان الطواف أو نفلاً. وقوله: (ويأتي زمزم) أي بعد تقبيل العتبة وإتيانه الملتزم وإلصاقه خده بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول:

قوله: (وإلا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة) أقول: وأنت خبير بأن مآله الاستدلال بمفهوم المخالفة ونحن لا نقول به.
قوله: (وقوله ويأتي زمزم: أي بعد تقبيل العتبة وإتيانه الملتزم وإلصاقه خده بجدار الكعبة) أقول: فيحتاج ما في البداية من عطف إتيان الملتزم على إتيان زمزم بكلمة ثم إلى تأويل، ونص عبارته: ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها ثم يأتي الملتزم. قال الزيلعي: واختلفوا هل

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣١٠ والترمذي ٩٢١ وابن ماجه ٣٠٦٩ وابن خزيمة ٢٩٩٠ وابن حبان ٣٨٩٥ كلهم عن نافع عن ابن عمر.
(٢) أثر ابن عمر. أخرجه مسلم ١٣١٠ ح٣٣٨.
(٣) صحيح. أخرجه الترمذي ٩٤٤ وابن ماجه ٣٠٧١ والطحاوي ٢/ ٢٣٥ وابن خزيمة ٣٠٠١ وابن حبان ٣٨٩٩ والحاكم ١/ ٤٦٩. ٤٧٠ والطبراني في الكبير ١٣٣٩٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر.
ورواية ابن ماجه فيها اختلاف يسير. صححه الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله رجال البخاري ومسلم، وشاهده الآتي.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٢٩ و١٧٥٥ ومسلم ١٣٢٨ والشافعي ١/ ٣٦٤ والحميدي ٥٠٢ والدارمي ٢/ ٧٢ والطحاوي ٢/ ٢٣٣ والبيهقي ٥/ ١٦١ كلهم عن ابن عباس به.

عليه الصلاة والسلام استقى دلواً بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر» ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة

المقصود الوداع. لأنا نقول: ليس هذا يصلح صارفاً عن الوجوب لجواز أن يطلب حتماً لما في عدمه من شائبة عدم التأسف على الفراق، وشبه عدم المبالاة به على أن معنى الوداع ليس مذكوراً في النصوص، بل أن يجعل آخر عهدهم بالطواف فيجوز أن يكون معلولاً بغيره مما لم نقف عليه، ولو سلم فإنما تعتبر دلالة القرينة إذا لم يفقها ما يقتضي خلاف مقتضاها، وهنا كذلك فإن لفظ الترخيص يفيد أنه ختم في حق من لم يرخص له لأن معنى عدم الترخيص في الشيء هو تحتيم طلبه إذ الترخيص فيه هو إطلاق تركه فعدمه عدم إطلاق تركه، ومما يفيد أيضاً أن الأمر على حقيقته من الوجوب ما وقع في صحيح مسلم «كان الناس ينصرفون في كل وجه، فقال رسول الله ﷺ: لا ينصرفنّ أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت»[1] فهذا النهي وقع مؤكداً بالنون الثقيلة. وهو يؤكد موضوع اللفظ، والله سبحانه أعلم قوله: **(وليس على أهل مكة)** من كان داخل الميقات وكذا من اتخذ مكة داراً ثم بدا له الخروج ليس عليهم طواف صدر، وكذا فائت الحج لأن العود مستحق عليه. ولأنه صار كالمعتمر، وليس على المعتمر طواف الصدر ذكره في التحفة. وفي إثباته على المعتمر حديث ضعيف رواه الترمذي. وفي البدائع قال أبو يوسف رحمه الله: أحبّ إليّ أن يطوف المكي طواف الصدر لأنه وضع لختم أفعال الحج. وهذا المعنى يوجد في أهل مكة. وفصل فيمن اتخذ مكة داراً بين أن نوى الإقامة بها قبل أن يحل النفر الأول فلا طواف عليه للصدر، وإن نواه بعده لا يسقط عنه في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يسقط عنه في الحالين إلا إذا كان شرع فيه قوله: **(ويأتي زمزم)** أي بعد تقبيل العتبة والتزام الملتزم فيشرب منه ويفرغ على جسده باقي الدلو ويقول: اللهم إني أسألك رزقاً واسعاً وعلماً نافعاً وشفاء من كل داء كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، وسنضم إلى هذا ما يتيسر من قريب إن شاء الله تعالى، ثم ينصرف راجعاً إلى أهله مقهقراً. وإذا خرج من مكة يخرج من الثنية السفلى من أسفل مكة لما روى الجماعة إلا الترمذي «أنه عليه الصلاة والسلام كان يدخل من الثنية العليا ويخر من الثنية السفلى»[2] قوله: **(لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام استقى» الخ)** الذي في حديث جابر الطويل[3] يفيد أنهم نزعوا له كذا في مسند أحمد ومعجم الطبراني عن ابن عباس رضي الله عنه قال «جاء النبي ﷺ إلى زمزم فنزعنا له دلواً فشرب ثم مجّ فيها ثم أفرغناها في زمزم. ثم قال: لولا أن تغلبوا عليها لنزعت بيدي»[4] وما رواه المصنف من أنه عليه الصلاة والسلام

اللهم إني أسألك رزقاً واسعاً وعلماً نافعاً وشفاء من كل داء وقوله: **(فهذا بيان تمام الحج)** يعني الحج الذي أراد عليه الصلاة

يبدأ بالملتزم أو بزمزم؟ والأصح أنه يبدأ بزمزم اهـ وظاهر كلام المصنف[5]: اختيار البداءة بالملتزم كما لا يخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٢٧ وأبو داود ٢٠٠٢ والدارمي ٢/ ٧٢ وابن خزيمة ٢٩٩٩ و٣٠٠٠ والطحاوي ٢/ ٢٣٣ وابن حبان ٣٨٩٧ وابن الجارود ٤٩٥ والبيهقي ٥/ ١٦١ كلهم عن ابن عباس به.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٧٥ و١٥٧٦ ومسلم ١٢٥٨ وأبو داود ١٨٦٦ والنسائي ٥/ ٢٠٠ وابن ماجه ٢٩٤٠ والدارمي ١٨٦٣ وأحمد ٢/ ١٤ . ٢١ . ٢٩ . ٥٩ كلهم من حديث ابن عباس.

وورد نحوه من حديث عائشة. أخرجه البخاري ١٥٧٧٧ و١٥٧٨ ومسلم ١٢٠٥٨ وأبو داود ١٨٦٩ والترمذي ٨٥٣ وأحمد ٦/ ٤٠ كلهم عن عائشة.

(٣) تقدم مراراً.

(٤) جيد. أخرجه أحمد ١/ ٣٧١ والطبراني كما في نصب الراية ٣/ ٩٠ كلاهما من حديث ابن عباس.

سكت عليه الزيلعي وابن حجر، وإسناده جيد رجاله رجال مسلم. فيه قيس بن سعد فيه كلام لا يضر، وهو من رجال مسلم. وأخرجه أحمد ١/ ٧٦ من حديث علي بإسناد ضعيف، ورواه ابن سعد عن عطاء مرسلاً كما ذكر الزيلعي ٣/ ٩٠ وأخرجه البزار كما في المجمع ٣/ ٢٨٧ من حديث أبي الطفيل.

وقال الهيثمي: فيه محمد بن مهزم وثقه يحيى. قال: ورواه البزار من حديث عثمان وفيه سعيد بن عبد الملك فيه كلام اهـ.

فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح، والله أعلم.

(٥) قوله المحشي (وظاهر كلام المصنف) يعني بالمصنف صاحب العناية كما ترى كتبه مصححة.

(ثم يأتي المتلزم، وهو ما بين الحجر إلى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالأستار ساعة ثم يعود إلى أهله)

استقى بنفسه دلواً رواه في كتاب الطبقات مرسلاً. أخبرنا عبد الوهاب عن ابن جريج عن عطاء «أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أفاض نزع بالدلو: يعني من زمزم لم ينزع معه أحد، فشرب ثم أفرغ باقي الدلو في البئر وقال: لولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لم ينزع منها أحد غيري، قال: فنزع هو بنفسه الدلو فشرب منها لم يعنه على نزعها أحد»[١] وقد يجمع بأن ما في هذا كان بعقب طواف الوداع. وما في حديث جابر رضي الله عنه وما معه كان عقيب طواف الإفاضة، ولفظه ظاهر فيه حيث قال «فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر، فأتى بني عبد المطلب يسقون على زمزم فقال: انزعوا»[٢] الحديث. وطوافه للوداع كان ليلاً كما رواه البخاري عن أنس بن مالك «أن النبي ﷺ صلى بمكة الظهر والعصر والمغرب والعشاء، ورقد رقدة بالمحصب ثم ركب إلى البيت فطاف به»[٣] ولكن قد يعكره ما رواه الأزرقي في تاريخ مكة: حدثني جدّي أحمد بن محمد بن الوليد الأزرقي، حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أفاض في نسائه ليلاً فطاف على راحلته يستلم الركن بمحجنه ويقبل طرف المحجن، ثم أتى زمزم فقال: انزعوا، فلولا أن تغلبوا لنزعت معكم ثم أمر بدلو فنزع له منها فشرب»[٤] إلا أن يحمل على أن أزواجه أفضن لطواف الإفاضة ليلاً فمضى معهن عليه الصلاة والسلام، والله سبحانه أعلم.

فصل في فضل ماء زمزم، تكثيراً للفائدة وترغيباً للعابدين

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «خير ماء على وجه الأرض ماء زمزم، فيه طعام طعم وشفاء سقم، وشرّ ماء على وجه الأرض ماء بوادي برهوت بقبة حضرموت كرجل الجراد يصبح يتدفق وتمسي لا بلال فيها»[٥] رواه الطبراني في الكبير، ورواته ثقات، ورواه ابن حبان أيضاً. وبرهوت بفتح الباء الموحدة والراء وضم الهاء وآخره تاء مثناة. وعن أبي ذر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «زمزم طعام طعم وشفاء سقم»[٦] رواه البزار بإسناد صحيح. وطعم بضم الطاء وسكون العين: أي طعام يشبع. وعن ابن عباس رضي الله عنه «كنا نسميها شباعة: يعني زمزم، وكنا نجدها نعم العون على العيال»[٧] رواه الطبراني في الكبير وإسناده صحيح. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ «ماء زمزم لما شرب له، إن شربته تستشفي شفاك الله، وإن شربته لشبعك أشبعك الله، وإن شربته لقطع ظمئك قطعه الله، وهي هزمة جبريل وسقيا الله إسماعيل»[٨] رواه

---

(١) مرسل. تقدم في الذي قبله.

(٢) هو بعض حديث جابر الطويل أخرجه مسلم ٨/ ١٢ وغيره وتقدم مراراً.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٦٤ بهذا اللفظ من حديث أنس.

(٤) مرسل. تقدم قبل حديث. وهذا لا يقوم به حجة في معارضته لحديث مسند يرويه البخاري. والله أعلم.

(٥) حديث ابن عباس. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢٨٦ عن ابن عباس مرفوعاً.
وقال الهيثمي: رواته ثقات، وصححه ابن حبان.

(٦) صحيح. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٣/ ٢٨٦ كلاهما من حديث أبي ذر.
قال الهيثمي: رجال البزار رجال الصحيح. وكذا صححه المصنف ابن الهمام رحمه الله.

(٧) موقوف صحيح. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢٨٦ عن أبي الطفيل عن ابن عباس موقوفاً. وقال الهيثمي: رجاله ثقات.

(٨) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٨٩ والحاكم ١/ ٤٧٣ كلاهما من حديث مجاهد عن ابن عباس به.
قال الحاكم: صحيح إن سلم من الجارودي. وسكت الذهبي وقال في الميزان. يعني الذهبي -: الجارودي محمد بن حبيب غمزه الحاكم أتى بخبر باطل اتهم بسنده اهـ ومراده هذا الحديث.
وقال الحافظ في اللسان ٥/ ١١٥، ١١٦: هذا الخبر في المستدرك، ورواه الدارقطني وهو حديث ماء زمزم، وأخطأ الجارودي فيه حيث وصله، وإنما رواه ابن عيينة موقوفاً على مجاهد. هكذا حدث به حفاظ أصحابه كالحميدي وسعيد بن منصور وابن أبي عمر اهـ وأعله ابن القطان بالراوي عن الجارودي ذكره في التعليق المغني على الدارقطني ٢/ ٢٨٩ هذا. فالصواب أنه من قول مجاهد.

هكذا روي أن النبي عليه الصلاة والسلام فعل بالملتزم ذلك. قالوا: وينبغي أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه

الدارقطني وسكت عنه مع أن شيخه فيه عمر بن حسن الأشناني، تأثمه الذهبي في الميزان بسكوته مع أن عمر بن الحسن الأشناني القاضي كبا الحسين قد ضعفه الدارقطني، وجاء عنه أنه كذبه وله بلايا قال: وهو بهذا الإسناد باطل لم يروه ابن عيينة، بل المعروف حديث جابر من رواية عبد الله بن المؤمل. ودفع بأن الأشناني لم ينفرد[١] به حتى يلزم الدارقطني شرح حاله وقد سلم الذهبي ثقة من بين الأشناني وابن عيينة ولهذا انحصر القدح عنه فيه لكن قد رواه الحاكم في المستدرك قال: حدثنا علي بن هشام العدل، حديث محمد بن هشام به وزاد فيه «وإن شربته مستعيذاً أعاذك الله» قال: وكان ابن عباس رضي الله عنه إذا شرب ماء زمزم قال: اللهم إني أسألك علما نافعاً ورزقاً واسعاً وشفاء من كل داء[٢] وقال: صحيح الإسناد إن سلم من الجارود، وقيل قد سلم منه فإنه صدوق. وقال الخطيب في تاريخه والحافظ المنذري: لكن الراوي محمد بن هشام المروزي لا أعرفه اهـ. وقال غيره ممن يوثق بسعة حاله وهو قاضي القضاة شهاب الدين العسقلاني هو ابن حجر علي بن حمشاد من الإثبات، وهو بفتح الحاء المهملة أوّل الحروف ثم ميم ساكنة بعدها شين معجمة، وشيخه محمد بن هشام ثقة. والهزمة بفتح الهاء: أن تغمر موضعاً بيدك أو رجلك فيصير فيه حفرة، فقد ثبت صحة هذا الحديث إلا ما قيل إن الجارود تفرد عن ابن عيينة بوصله، ومثله لا يحتج به إذا انفرد فكيف إذا خالف؟ وهو من رواية الحميدي وابن أبي عمر وغيرهما ممن لازم ابن عيينة أكثر من الجارود فيكون أولى[٣]. واعلم أن الذي نحتاج إليه الحكم بصحة المتن عن رسول الله ﷺ، ولا علينا كونه من خصوص طريق بعينه. وهنا أمور تدل عليه: منها أن مثله لا مجال للرأي فيه فوجب كونه سماعاً، وكذا إن قلنا العبرة في تعارض الوصل والوقف والإرسال للواصل بعد كونه ثقة لا للأحفظ ولا غيره، مع أنه قد صح تصحيح نفس ابن عيينة له في ضمن حكاية حكاها أبو بكر الدينوري في الجزء الرابع من المجالسة قال: حدثنا محمد ابن عبد الرحمن، حدثنا الحميدي قال: كنا عند سفيان بن عيينة فحدثنا بحديث «ماء زمزم لما شرب له» فقال رجل من المجلس ثم عاد فقال: يا أبا محمد أليس الحديث الذي قد حدثتنا في ماء زمزم صحيحاً؟ قال: نعم، قال الرجل: فإني شربت الآن دلواً من زمزم على أنك تحدثني بمائة حديث، فقال له سفيان: اقعد فقعد فحدّث بمائة حديث(٤). فبجميع ما ذكرنا لا يشك بعد في صحة هذا الحديث سواء كان على اعتباره موصولاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه أو حكما بصحة المرسل لمجيئه من وجه آخر مما سنذكره، أو حكماً بأنه عن النبي عليه الصلاة والسلام بسبب أنه مما لا يدرك بالرأي. وأعني بالمرسل ذلك الموقوف على مجاهد بناء على أنه إذا كان لا مجال للرأي[٥] فيه بمنزلة قول مجاهد قال رسول الله ﷺ، وعلى ما رواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة في السنن كذلك. وأما مجيئه من وجه آخر، فروى أحمد في مسنده وابن ماجه عن عبد الله بن المؤمل أنه سمع أبا الزبير يقول: سمعت جابر بن عبد الله يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول «ماء زمزم لما شرب له» هذا لفظه عند ابن ماجه ولفظه

والسلام بقوله «من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه» كذا في المبسوط.

---

(١) نعم لم ينفرد به الأشناني وإنما علته الجارودي حيث أخطأ فيه كما ذكر الحافظ في اللسان، تقدم في الذي قبله، ثم إن ابن القطان أعله كما تقدم بشيخ الأشناني وهو في طريق الحاكم والدارقطني معاً واسمه محمد بن أبي هشام والمروزي، وأشار إلى أنه مجهول لا يعرف حاله.

(٢) هو بعض المتقدم.

(٣) ذكر ذلك ابن حجر في اللسان ٥/ ١١٥ ـ ١١٦ وحكم بخطأ الجارودي فيه وأن الصواب وقفه على مجاهد. وقد ذكرت كلامه قبل حديث واحد.

(٤) ذكر المصنف هذه القصة لتأكيد هذا الحديث. مع أن الوهن في الحديث إنما هو بسبب الزيادات في ألفاظه أما أصل الحديث فهو قريب من الحسن. وسيأتي.

(٥) يستثنى من ذلك: ما إذا كان التابعي أو الصحابي يروي عن أهل الكتاب، ومجاهد مشهور بالرواية عن أهل الكتاب، فحديثه ليس له حكم الرفع ولا هو في معنى المرسل كما ذهب إليه المصنف، والله أعلم.

إلى البيت متباكياً متحسراً على فراق البيت حتى يخرج من المسجد. فهذا بيان تمام الحج.

عند أحمد «ماء زمزم لما شرب منه»[١] وقال الحافظ المنذري: وهذا إسناد حسن، وإنما حسنه مع أنه ذكر له علتان ضعف ابن المؤمل وكون الراوي عنه في مسند ابن ماجه الوليد بن مسلم وهو يدلس وقد عنعنه لأن ابن المؤمل مختلف فيه، واختلف فيه قول ابن معين قال مرة ضعيف، وقال مرة لا بأس به، وقال مرة صالح. ومن ضعفه فإنما ضعفه من جهة حفظه كقول أبي زرعة والدارقطني وأبي حاتم فيه: ليس بقويّ، وقال ابن عبد البر: سيىء الحفظ ما علمنا فيه ما يسقط عدالته، فهو حينئذ ممن يعتبر بحديثه، وإذا جاء حديثه من غير طريقه صار حسناً، ولا شك في مجيء الحديث المذكور كذلك. وأما العلة الثانية فمنتفية، فإن الحديث معروف عن عبد الله بن المؤمل من غير رواية الوليد فإنه في رواية الإمام أحمد هكذا: حدثنا عبد الله بن الوليد، حدثنا عبد الله بن المؤمل عن أبي الزبير الخ، فقد ثبت حسنه[٢] من هذا الطريق، فإذا انضمّ إليه ما قدمناه حكم بصحته. وفي فوائد أبي بكر بن المقرىء من طريق سويد بن سعيد المذكور قال: رأيت ابن المبارك دخل زمزمَ فقال: اللهم إن ابن المؤمل حدثني عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال «ماء زمزم لما شرب له» اللهم فإني أشربه لعطش يوم القيامة. وما عن سويد عن ابن المبارك في هذه القصة أنه قال: اللهم إن ابن المؤمل حدثنا عن محمد بن المنكدر عن جابر محكوم بانقلابه على سويد في هذه المرة بل المعروف في السند الأول[٣]. وهذه زيادات عن السائب أنه كان يقول: اشربوا من سقاية

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه ابن ماجه ٣٠٦٢ وأحمد ٣/٣٠٧ ٣٧٢٠ وابن عدي في الكامل ٤/١٣٦ والخطيب في تاريخ بغداد ٣/١١١٩ وابن حبان في المجروحين ٢/٢٨ كلهم من حديث جابر.

ومداره على عبد الله بن المؤمل.

قال ابن عدي: هذا الحديث يعرف بابن المؤمل، وعامة حديثه الضعف عليه بين.

وقال العقيلي: لا يتابع على كثير من حديثه.

وقال ابن حبان: كان قليل الحديث منكر الرواية لا يجوز الاحتجاج بخبره إذا انفرد.

وقال ابن حجر في التقريب: ضعيف.

وقال الذهبي في الميزان: ضعفوه. قال يحيى ضعيف.

ورواية: ليس به بأس. وقال أحمد: أحاديثه مناكير وقال الدارقطني والنسائي: ضعيف.

وقال الحافظ العراقي في الإحياء ٣/٢٢٨: رواه ابن ماجه من حديث جابر بسند ضعيف.

وجاء في تلخيص الحبير ٢/٢٦٨ ما ملخصه: قال البيهقي: تفرد بن ابن المؤمل. ثم رواه البيهقي عن إبراهيم بن طهمان عن أبي الزبير عن جابر به وقال ابن حجر: ولا يصح عن ابن طهمان عن أبي الزبير وإنما سمعه من ابن المؤمل ورواه البيهقي والخطيب في تاريخ بغداد من حديث سويد ابن سعيد عن ابن المبارك عن أبي الموال عن ابن المنكدر عن جابر به. وقال البيهقي: تفرد به سويد.

قال ابن حجر: هو ضعيف جداً. وكذلك رويناه في فوائد ابن المقرىء هذا الطريق وقد اغتر الدمياطي بهذا الإسناد فحكم بأنه على رسم الصحيح. وغفل أن سويداً روى له مسلم متابعة وقد أخرج عنه قبل عماه وقبل أن يفسر حديثه.

ورواه الدارقطني والحاكم عن الجارودي عن ابن عيينة به والجارود صدوق إلا أن حفاظ أصحاب ابن عيينة رووه عن مجاهد من قوله اهـ باختصار.

وجاء في فتح الباري ٣/٤٩٣ ما يدل على توهين ابن حجر لهذا الحديث.

الخلاصة: وإن نقل المصنف عن المنذري تحسين هذا الحديث لكن، خالفه غيره كابن حبان وابن عدي والعقيلي والذهبي وابن حجر والعراقي والبيهقي وآخرون وأكدوا كونه تفرد به ابن المؤمل وهو ضعيف. ومع شيء من التجاوز وكونه صحيح المعنى ربما يصير محتمل الضعف أو هو يشبه الحسن والله أعلم.

تنبيه: وقد وهم الألباني في هذا الحديث حيث ذكره في الإرواء ٤/٣٢٠ وحكم بصحته وهذا فيه تساهل ظاهر فمثل هذا الحديث ينفرد به ابن المؤمل ويسرقه بعض الهلكى ثم نحكم بصحته. فهذا شيء عجيب غريب!!! والله تعالى أعلم. ومع ذلك فالشرب من زمزم مستحب لكن رسول الله ﷺ فعله.

(٢) كيف يصير حسناً وابن المؤمل في الطريق. وهو الذي يعرف به وقد قال الحافظ في ترجمته في التقريب: ضعيف.

(٣) هذه القصة يرويها سويد بن سعيد وهو الذي قال فيه يحيى: لو كان عندي فرس ورمح غزوت سويداً. لما يرويه من مناكير. ثم في الطريق ابن المؤمل أيضاً.

العباس رضي الله عنه فإنه من السنة[1]. رواه الطبراني وفيه رجل مجهول. وعن جماعة من العلماء أنهم شربوه لمقاصد فحصلت، فمنهم صاحب ابن عيينة المتقدم. وعن الشافعي أنه شربه للرمي فكان يصب في كل عشرة تسعة، وشربه الحاكم لحسن التصنيف ولغير ذلك فكان أحسن أهل عصره تصنيفاً. قال شيخنا قاضي القضاة شهاب الدين العسقلاني الشافعي. ولا يحصى كم شربه من الأئمة لأمور نالوها، قال: وأنا شربته في بداية طلب الحديث أن يرزقني الله حالة الذهبي في حفظ الحديث، ثم حججت بعد مدّة تقرب من عشرين سنة وأنا أجد من نفسي المزيد على تلك الرتبة[2]، فسألت رتبة أعلى منها وأرجو الله أن أنال ذلك منه اهـ. وجميع ما تضمنه هذا الفصل غالبه من كلامه وقليل منه من كلام الحافظ عبد العظيم المنذري، والعبد الضعيف يرجو الله سبحانه شربه للاستقامة والوفات على حقيقة الإسلام معها قوله: (هكذا روي) روى أبو داود عن عمرو بن شعيب قال: طفت مع عبد الله، فلما جئنا دبر الكعبة قلت: ألا تتعوّذ؟ قال: أتعوّذ بالله من النار، ثم مضى حتى استلم الحجر وقام بين الركن والباب، فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا، وبسطهما بسطاً ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله[3]. ورواه ابن ماجه وقال فيه عن أبيه عن جده قال المنذري: فيكون شعيب ومحمد قد طافا مع عبد الله اهـ. وهو مضعف بالمثنى بن الصباح، والمراد بعبد الله عبد الله بن عمرو بن العاص جد عمرو بن شعيب الأعلى، صرح بتسميته عبد الرزاق في روايته بسند أجود منه. وأما تعيين محل الملتزم فأسند البيهقي في شعب الإيمان عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه ﷺ قال «ما بين الركن والباب ملتزم»[4] وأخرجه ابن عدي في الكامل عن عباد بن كثير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً، ووقفه عبد الرزاق قال: حدثنا ابن عيينة عن عبد الكريم الجزري عن مجاهد قال: قال ابن عباس: هذا الملتزم ما بين الركن والباب، وكذا هو في الموطإ بلاغاً[5]، ولمثله حكم المرفوع لعدم استقلال العقل به، هذا والملتزم من الأماكن التي يستجاب فيها الدعاء نقل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: فوالله ما دعوت قط إلا أجابني. وفي رسالة الحسن البصري أن الدعاء مستجاب هناك في خمسة عشر موضعاً: في الطواف، وعند الملتزم وتحت الميزاب، وفي البيت، وعند زمزم، وخلف المقام، وعلى الصفا، وعلى المروة، وفي السعي، وفي عرفات، وفي مزدلفة، وفي منى، وعند الجمرات. وذكر غيره أنه يستجاب عند رؤية البيت وفي الحطيم، لكن الثاني هو تحت الميزاب، ويستحب أن يدخل البيت وقد قدمنا آدابه في الفروع التي تتعلق في الطواف فارجع إليها.

---

(١) موقوف: أخرجه الطبراني كما في المجمع ٣/ ٢٨٦ عند السائب موقوفاً. وقال الهيثمي: فيه راوٍ لم يسم اهـ.
قلت: وكون الشرب منه سنة هذا أكيد فقد جاء في أحاديث صحاح شربه عليه الصلاة والسلام من زمزم بعدما أفاضت من عرفات قادماً مكة. ولكن هذا لا يعني تقوية الحديث.

(٢) قلت: ما زال للذهبي تفوق على ابن حجر في أشياء عديدة. ويكفي الذهبي مؤرخ الإسلام وأحد النقاد المتأخرين الذين ندر وجودهم بل ربما لم يوجد والله تعالى أعلم.

(٣) يشبه الحسن: أخرجه أبو داود ١٨٩٩ وابن ماجه ٢٩٦٢ والبيهقي ٥/ ٩٢ ـ ٩٣ كلهم من طريق المثنى بن الصّبّاح عن عمرو بن شعيب به. ورواه الدارقطني ٢/ ٢٨٩ باختصار.
قال المنذري في مختصره: فيه المثنى لا يحتج به وقد سمع شعيب من جده على الصحيح اهـ.
وفي التقريب: المثنى ضعيف اختلط بآخره.
لكن توبع. قال الزيلعي ٣/ ٩١: ورواه عبد الرزاق وإسحق في مسنده والبيهقي والدارقطني كلهم عن عمرو بن شعيب به. لكن باختصار. ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بأتم منه وهو أصلي إسناداً من طريق المثنى اهـ كلامه.
لكن قال البيهقي عقب رواية ابن جريج: لا أدري هل سمعه ابن جريج من عمرو بن شعيب أم لا والحديث مشهور بالمثنى اهـ كلامه.
قلت: ابن جريج مدلس وقد عنعنه فليس ببعيد أن يكون سمع هذا الحديث من المثنى والله أعلم.

(٤) ضعيف. أخرجه البيهقي في الشعب كما في نصب الراية ٣/ ٩١ عن حديث ابن عباس.
قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٣١: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع وهو ضعيف اهـ.
وأخرجه ابن عدي في الكامل ٤/ ٣٣٥ من حديث ابن عباس وفيه عباد بن كثير.
قال ابن عدي: عباد لا يكتب حديثه قاله يحيى بن معين وقال أحمد: روى أحاديث كذب لم يسمعها اهـ باختصار فالخبر واهٍ والصواب الموقوف وهو الآتي.

(٥) موقوف. أخرجه عبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٩١ ومالك في الموطأ لكن من رواية أبي مصعب كما نبه على ذلك ابن حجر في الدراية ٢/ ٣١ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً. وهي في رواية مالك بلاغاً بلا سند.

فصــل

(فإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ووقف بها) على ما بينا **(سقط عنه طواف القدوم)** لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال، فلا يكون الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة **(ولا شيء عليه بتركه)** لأنه سنة، وبترك السنة لا يجب الجابر **(ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج)** فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام وقف بعد الزوال، وهذا بيان أوّل الوقت. وقال عليه الصلاة والسلام «من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج، ومن

فصــل

حاصله مسائل شتى من أفعال الحج هي عوارض خارجة عن أصل الترتيب، وهي تتلو الصورة السليمة، وهي ما أفاده من ابتداء الحج بقوله فإن كان مفرداً نوى بتلبيته الحج، إلى أن قال: فهذا بيان تمام الحج قوله: **(لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام وقف بعد الزوال)** تقدم في حديث جابر الطويل[(١)]، وقال «من أدرك عرفة» الخ رواه الدارقطني عنه ﷺ «من وقف بعرفة بليل فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج، فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل»[(٢)] وفي سنده رحمة بن مصعب قال الدارقطني: ولم يأت به غيره. وفي ذكر الجملتين معاً أحاديث أخر لم تسلم، وأخرجه الأربعة مقتصراً على الجملة الأولى عن عبد الرحمن بن يعمر الديلي «أن ناساً من أهل نجد أتوا رسول الله ﷺ وهو بعرفة فسألوه، فأمر منادياً ينادي: الحج عرفة، فمن جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج»[(٣)]. الحديث، وما أظن أن في معنى الجملة الثانية خلافاً بين الأئمة فيحتاج إلى اثباته. ورواه الحاكم وصححه، وعبد الرحمن هذا ذكره البغوي في الصحابة وروى له الترمذي والنسائي حديثاً آخر في النهي عن المزفت، وبه بطل قول ابن عبد البر لم يرو عنه غير هذا الحديث قوله: **(فهو محجوج عليه بما روينا)** حجة مالك الحديث الذي سنذكره من قوله عليه الصلاة والسلام «الحج عرفة، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم

فصــل

لما ذكر أفعال الحج على الترتيب وأتمها ألحق مسائل شتى من أفعال الحج في فصل على حدة **(فإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ووقف بها على ما بينا)** من أحكام الوقوف بعرفة **(سقط عنه طواف القدوم)** على ما ذكره في الكتاب وهو واضح، وكذلك قوله ومن أدرك الوقوف بعرفة **(ومالك رحمه الله تعالى كان يقول: إن أوّل وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس)** مستدلاً بقوله عليه الصلاة والسلام «الحج عرفة، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهاراً فقد تم حجه» والنهار

(فصل فإن لم يدخل المحرم مكة إلخ)

قوله: **(وكان مبيناً وقت الوقوف بفعله)** أقول: فيه بحث، إذ لا إجمال في الحديث الذي رواه مالك حتى يحتاج إلى البيان فتأمل، والحديث «الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه» قوله: **(وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة الخ)** أقول: سبق من الشارح في الباب السابق، وسيجيء في أول أدب القاضي أن مثل ذلك لا يضر إذا كان رجاله عدولاً. وأيضاً استدل الأصحاب بهذا

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١٨ وتقدم مراراً.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٤١ من حديث ابن عمر وقال: رحمة بن مصعب ضعيف ولم يأت به غيره.
وأعله ابن حجر في الدراية ٢/ ٣١ أيضاً بشيخ ابن مصعب وهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فهو صدوق سيىء الحفظ كما في التقريب.
وما بعده أحسن منه.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ١٩٩٩ والترمذي ٨٨٩ والنسائي ٥/ ٢٦٤. ٢٦٥ والدارمي ١٨٢٧ وابن ماجه ٣٠١٥ والطيالسي ١٣٠٩ و١٣٠١ وأحمد ٤/ ٣٠٩. ٣٣٥ والطحاوي ٢/ ٢١٠ وابن حبان ٣٨٩٢ والدارقطني ٢/ ٢٤١ والحاكم ٢/ ٢٧٨ وابن خزيمة ٢٨٢٢ والبيهقي ٥/ ١٥٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي. ورجاله ثقات كلهم مشهورون.
قال الترمذي: قال ابن عيينة: هذا أجود حديث رواه الثوري: قال ابن عيينة: هذا الحديث أم المناسك. وصححه الحاكم وأقره الذهبي ورواته كلهم ثقات.

فاته عرفة بليل فقد فاته الحج» وهذا بيان آخر الوقت. ومالك رحمه الله إن كان يقول: إن أوّل وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا (ثم إذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه) عندنا لأنه ﷺ ذكره بكلمة أو فإنه قال «الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه» وهي كلمة التخيير. وقال مالك: لا يجزيه إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل، ولكن الحجة عليه ما رويناه (ومن اجتاز بعرفات نائماً أو

حجه»[1] وتقدم من حديث عروة بن مضرّس وليس فيه لفظ الحج عرفة، وهو في حديث الديلي[2]، فمجموع هذا اللفظ يتحصل من مجموع الحديثين. وحاصل حجة المصنف أن فعله عليه الصلاة والسلام كان من الزوال، وهو وقع بياناً لوقت الوقوف الذي دلت الإشارة على افتراضه في قوله تعالى ﴿فإذا أفضتم من عرفات﴾ وعليه أن يقال: إنما يلزم لو لم يثبت غير ذلك الفعل، فأما إذا ثبت قول أيضاً فيه يصرح بأن وقته لا يقتصر على ذلك القدر عرف به أن فعله كان بياناً لسنة الوقوف، والأولى فيه ويثبت بالقول بيان أصل الوقت المباح وغيره، فقول ابن عمر رضي الله عنهما للحُجاج حين زالت الشمس: الساعة إن أردت السنة، مراد به السنة الاصطلاحية في عرف الفقهاء، ألا ترى أنه لا يتعين الذهاب إلى الموقف من ذلك الوقت بل لو أخره جاز قوله وقال مالك رحمه الله: (لا يجزيه إن وقف من النهار إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل) التحرير في العبارة أن يقال: وقال مالك: لا يجزيه إن وقف من النهار إلا أن يقف معه جزءاً من الليل، وهذا لأنه إذا لم يقف إلا من الليل أجزأه عنده. والحاصل أنه يلزم الجمع بين جزء من الليل مع جزء من النهار لمن وقف بالنهار وهو بأن يفيض بعد الغروب، وملجؤه فعله ﷺ. ووجه الاستدلال به مثل ما قلنا معه في أن أول الوقت من الزوال. ويرد عليه هنا مثل ما أوردناه علينا من جهته هناك، وهو أنه قد ثبت قول يفيد عدم تعين ذلك، وبه يقع البيان كالفعل فتحمل الإفاضة بعد الغروب على أنه السنة الواجبة، وقبله على أنه الركن بالقول المذكور مع ترك الواجب قوله: (لأن ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف) والمشي وإن أسرع لا يخلو عن قليل وقوف على ما قرر في فنه، والوقوف بمزدلفة على هذا يجزيه الكون بها ولو نائماً أو ماراً لا يعلم أنها مزدلفة قوله: (وهي ليست بشرط لكل ركن) إلا أن يكون ذلك الركن مما يستقل عبادة مع عدم إحرام تلك العبادة فيحتاج فيه إلى أصل النية، وعن هذا وقع الفرق بين الوقوف والطواف، فإنه لو طاف هارباً أو طالباً لهارب أو لا يعلم أنه البيت الذي يجب الطواف به لا يجزيه لعدم النية. ولو نوى أصل الطواف جاز. ولو عين جهة غير الفرض مع أصل النية لغت، حتى لو طاف يوم النحر عن نذر وقع عن طواف الزيارة ولم يجزه عن النذر. ولأن

اسم للوقت من طلوع الشمس (وهو محجوج بما روينا) أنه وقف بعد الزوال وكان مبيناً وقت الوقوف بفعله عليه الصلاة والسلام. فدل على أن ابتداء الوقوف بعد الزوال. وقوله: (ثم إذا وقف بعد الزوال) ظاهر وقال مالك: (لا يجزيه إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل) وذلك بأن تكون إفاضته بعد الغروب، واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام «من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج» وقلنا: هذه الزيادة غير مشهورة، وإنما المشهور: «من فاته عرفة فقد فاته

الحديث آنفاً على مطلوبهم فتأمل، ولعل الأولى في الجواب أن يخص حديث مالك بمن فاته الوقوف بعرفة نهاراً. والمعنى والله أعلم: ومن فاته عرفة بليل وقد فاته نهاراً، دفعاً للتعارض الواقع بينه وبين حديث «الحج عرفة» الخ فليتأمل.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٥٠ الترمذي ٨٩١ والنسائي ٥/ ٢٦٤ وابن ماجه ٣٠١٦ والدارمي ٢/ ٥٩ والحميدي ٩٠١ وابن حبان ٣٨٥١ والحاكم ١/ ٤٦٣ كلهم من حديث عروة بن مضرّس.
وقال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم على شرطهما وأقره الذهبي. وقد تقدم تخريجه.
تنبيه: وليس فيه لفظ «الحج عرفة» وإنما هو من المتقدم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد.

مغمى عليه أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف) لأن ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف، ولا يمتنع ذلك بالإغماء والنوم كركن الصوم. بخلاف الصلاة لأنها لا تبقى مع الإغماء، والجهل يخلّ بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن **(ومن أغمي عليه فأهلّ عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة)** رحمه الله وقالا: **(لا يجوز، ولو أمر إنساناً بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح)** بالإجماع. حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز. لهما

الوقوف يؤدي في إحرام مطلق فأغنت النية عند العقد عن الأداء عنها فيه، بخلاف الطواف يؤدي بعد التحلل من الإحرام بالحلق فلا يغني وجودها عند الإحرام عنها فيه، وهذا الفرق لا يتأتى إلا في طواف الزيارة لا العمرة والأوّل يعمهما قوله: **(ومن أغمي عليه فأهلّ عنه رفقاؤه جاز)** الرفيق قيد عند بعضهم وليس بقيد عند آخرين، حتى لو أهلّ غير رفقاؤه عنه جاز وهو الأولى لأن هذا من باب الإعانة لا الولاية، ودلالة الإعانة قائمة عند كل من علم قصده رفيقا كان أولاً. وأصله أن الإحرام شرط عندنا اتفاقاً كالوضوء وستر العورة وإن كان له شبه الركن فجازت النيابة فيه بعد وجد نية العبادة منه عند خروجه من بلده، وإنما اختلفوا في هذه المسألة بناء على أن المرافقة هل تكون أمراً به دلالة عند العجز عنه أولاً، فقالا: لا، لأن المرافقة إنما تراد لأمور السفن لا غير فلا تتعدى إلى الإحرام، بل الظاهر منع غيره عنه ليتولاه بنفسه فيحَرز ثواب ذلك، ولأن دلالة الإنابة فيه إنما تثبت إذا كان معلوماً عند الناس. وصحة الإذن بالإحرام عن غيره لا يعرفه كثير من المتفقهة فكيف بالعامي وهذا الوجه يعم منع الرفيق وغيره نصاً والأوّل دلالة. وله أن عقد الرفقة استعانة كل منهم بكل منهم فيما يعجز عنه في سفره، وليس المقصود بهذا السفر إلا الإحرام، وهو أهمها إن كان مثلاً يقصد التجارة مع الحج فكان عقد السفر استعانة فيه إذا عجز عنه كما هو في حفظ الأمتعة والدواب أو أقوى، فكانت دلالة الإذن ثابتة والعلم بجوازه ثابت نظراً إلى أن الدليل الذي دل على جواز

الحج» وفيما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ساعة من ليل أو نهار» دليل على أن بنفس الوقوف في جزء من وقته يصير مدركاً فكان حجة عليه. وقوله **(ومن اجتاز بعرفات نائماً أو مغمى عليه)** ظاهر. وقوله **(والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن)** جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة، والإخلال بها إخلال بالحج لكونها شرطاً، وتقريره: سلمناه أن الجهل يخل بالنية ولا نسلم أن الإخلال بها إخلال به، وإنما كان كذلك أن لو كانت شرطاً لكل ركن وليس كذلك، بل إذا كانت موجودة عند أصل هذه العبادة وهو الإحرام حقيقة أو دلالة استغنى عنها عند وجود كل ركن إذا لم يكن ثمة صارف. وإنما قلنا إذا لم يكن ثمة صارف احترازاً عما إذا طاف بالبيت هارب أو طالب غريم ولم ينو الطواف عن الحج فإنه لم يجزه، وإن كانت النية موجودة عند الإحرام لأن قصده الهروب أو اللحوق، وذلك صارف له عن النية السابقة لأنها لكونها باقية بالاستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف. وقوله **(ومن أغمي عليه فأهلّ عنه رفقاؤه)** اتفق علماؤنا أن الإحرام يقبل النيابة حتى لو أمر إنساناً أن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام ففعل صح عندهم لأنه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج البيت. واختلفوا في أن عقد الرفقة استنابة كالإذن به أولاً، فذهب أبو حنيفة إلى أنه استنابة كالإذن به وقالا: ليس باستنابة. وصورة ذلك أن يحرم عنه الرفقاء نيابة مع أنهم أحرموا عن أنفسهم أيضاً فيصير الرفيق محرماً عن نفسه بطريق الأصالة ومحرماً عنه أيضاً بطريق النيابة كالأب يحرم عن ابن صغير معه فكان المحرم حكماً في إحرام النيابة هو المنوب لا النائب، وعبادة النائب فيه كعبادة المنوب، حتى لو أصاب النائب صيداً كان عليه الجزاء من قبل إهلاله عن نفسه وليس عليه من جهة إهلاله عن المغمى عليه شيء. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن الرفيق إذا كان محرماً عن نفسه فبإحرامه عن غيره يلزم تداخل الإحرامين والثاني أنهم شبهوا الإحرام بالوضوء في قبول النيابة، وليس مثله لأن الإنسان إذا توضأ لا يكون غيره به متوضئاً وإن نوى التوضي عنه، وههنا يصير غير محرماً بإحرامه. والجواب عن الأول أن التداخل إنما يلزم أن لو كان المحرم هو النائب في الإحرامين من كل وجه، وليس كذلك بل المحرم في إحرامه النيابة هو المغمى عليه لا النائب على ما ذكرنا. وعن الثاني أن التشبيه بالوضوء في أن كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة، ولكن النيابة في الوضوء بالتوضئة بأن يجري الماء على أعضاء المنوب فيصح له أن يصلي بذلك الوضوء، وفي هذا يتولى النائب الإحرام بنفسه، ثم فائدة ذلك أنه **(إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز)** عنده كما لو أمر به **(لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن**

أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به، وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة تقف على العلم، وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام، بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك صريحاً. وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه. والإحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الإذن به ثابتاً دلالة،

الاستنابة في الإحرام وهو كونه شرطاً والشرط تجري فيه النيابة، كمن أجرى الماء على أعضاء محدث فإنه يصير بذلك متوضئاً، أو غطى عورة عريان فإنه يصير بذلك محصلاً للشرط، وذلك أن الدليل الشرعي منصوب فيقام وجوده مقام العلم به في حق كل من كلف بطلب العلم، ولذا لا يعذر بالجهل في دار الإسلام، بخلاف من أسلم في دار الحرب فجهل وجوب الصلاة مثلاً لا قضاء عليه. فإن قيل: ينبغي أن يجرّدوه ويلبسوه الإزار والرداء لأن النيابة ظهر أن معناها إيجاد الشرط في المنوب عنه كالتوضئة، لكن الواقع أن ليس معنى الإحرام عنه ذلك، بل أن يحرموا هم بطريق النيابة فيصير هو محرماً بذلك الإحرام من غير أن يجرّدوه، حتى إذا أفاق وجب عليه الافعال والكف عن المحظورات من غير أن يحرم بنفسه. فالجواب التجريد وإلباس غير المخيط ليس وزان التوضئة التي هي الشرط، إذ ليس ذل الإحرام بل كف عن بعض المحظورات، أعني لبس المخيط، وإنما الإحرام وصف شرعي هو صيرورته محرماً عليه أشياء موجباً عليه المضي في أفعال مخصوصة. وآلة ثبوت هذا المعنى الشرعي المسمى بالإحرام نية التزام نسك مع التلبية أو ما يقوم مقامها. ونيابتهم إنما هي بذلك المعنى في الشرط، فوجب كون الذي هو إليهم أن ينوا ويلبوا عنه فيصير هو بذلك محرماً، كما لو نوى هو ولبى، وينتقل إحرامهم إليه حتى كان للرفيق أن يحرم عن نفسه مع ذلك. وإذا باشر محظور الإحرام لزمه جزاء واحد، بخلاف القارن لأنه في إحرامين وهذا في إحرام واحد لانتقال ذلك الإحرام إلى المنوب عنه شرعاً. واعلم أنهم اختلفوا فيما لو استمر مغمى عليه إلى وقت أداء الأفعال، هل يجب أن يشهدوا به المشاهد فيطاف به ويسعى ويوقف أو لا بل مباشرة الرفقة لذلك عنه تجزيه، فاختار طائفة الأولى، وعليه يمشي التقرير المذكور، واختار آخرون الثاني وجعله في المبسوط الأصح وإنما ذلك أولى لا متعين. وعلى هذا يجب كون الدليل الذي دل على جواز الاستنابة في الإحرام الذي أقيم وجوده مقام العلم به هو كون هذه العبادة: أعني الحج عن نفسه مما تجري فيه النيابة عند العجز كما في استنابة الذي زمن بعد القدرة وأدركه الموت فأوصى به، غير أنه إن أفاق قبل الأفعال تبين أن عجزه كان في الإحرام فقط فصحت نيابتهم على الوجه الذي قلنا فيه ثم يجري هو بنفسه على موجبه، فإن لم يفق تحقق عجزه عن الكل فأجرواهم على موجبه، غير أنه لا يلزم الرفيق بفعل المحظورات شيء عن هذا الإحرام، بخلاف النائب في الحج عن الميت، ولأنه يتوقع إفاقة هذا في كل ساعة، وحينئذ يجب الأداء بنفسه لعدم العجز فنقلنا الإحرام إليه، لأنا لو لم ننقل الإحرام إليه مع هذا

لغيره به) وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة، أما أنه لم يحرم بنفسه فظاهر، وأما أنه لم يأذن لغيره فلأن الإذن إما أن يكون صريحاً أو دلالة وهو لم يصرح بالإذن إذ هو المفروض، وما ثمة دلالة لأنها تقف على العلم بجواز الإذن بالإحرام لأنه إذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه **(وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام، بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك صريحاً.** ولأبي حنيفة أن الإذن ثابت دلالة، **لأنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه)** وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الإحرام فكان مستعيناً بهم على تحصيله، والاستعانة إذن بالإعانة لا محالة **(فكان الإذن به ثابتاً دلالة)** وقوله: **(والعلم ثابت)** جواب عن قولهما والدلالة تقف على العلم. وتقريره أن العلم إذا كان شرط الدلالة فهو ثابت نظراً إلى الدليل وهو عقد الرفقة، والحكم يدار على الدليل فيثبت الإذن دلالة، والدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يخالفها صريح. فإن قلت: هذا حكم الإحرام في حكم سائر المناسك؟ قلت: الأصح أن نيابتهم عنه في أدائه صحيحة، إلا أن الأولى أن يقفوا به وأن يطوفوا به ليكون أقرب إلى أدائه لو كان مفيقاً. ومنهم من فرق فقال: إنما صحت النيابة في الإحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الأفعال، لأنهم إذا أحضروه المواقف كان هو الواقف، وإذا طافوا به كان هو الطائف. فإن قلت: هل لتقييد الإهلال بالرفقاء فائدة؟ قلت اختلف فيه. قال الشيخ أبو عبد الله الجرجاني:

والعلم ثابت نظراً إلى الدليل والحكم يدار عليه. قال: (والمرأة في جميع ذلك كالرجل) لأنها مخاطبة كالرجل (غير

الاحتمال لفاته الحج إذا أفاق في بعض الصور، وهو أن يفيق بعد يوم عرفة لعدم العجز عن باقي الأفعال مع العجز عن تجديد الإحرام للأداء في هذه السنة. وما جعل عقد الرفقة أو العلم بحاله دليل الإذن إلا كي لا يفوت مقصوده من هذا السفر، بخلاف الميت انتفى فيه ذلك فانتفى موجب النقل عن المباشرة للإحرام. وذكر فخر الإسلام: إذا أغمي عليه بعد الإحرام فطيف به المناسك فإنه يجزيه عند أصحابنا جميعاً لأنه هو الفاعل وقد سبقت النية منه، فهو كمن نوى الصلاة في ابتدائها ثم أدّى الأفعال ساهياً لا يدري ما يفعل أجزأه لسبق النية اهـ. ويشكل عليه اشتراط النية لبعض أركان هذه العبادة وهو الطواف. بخلاف سائر أركان الصلاة ولم توجد منه هذه النية. والأولى في التعليل أن جواز الاستنابة فيما يعجز عنه ثابت بما قلنا، فتجوز النيابة في هذه الأفعال. ويشترط نيتهم الطواف إذا حملوه فيه كما تشترط نيته، إلا أن هذا يقتضي عدم تعين حمله والشهود، ولا أعلم تجويز ذلك عنهم. في المنتقى. روى عيسى بن أبان عن محمد رحمه الله: رجل أحرم وهو صحيح ثم أصابه عته فقضى به أصحابه المناسك ووقفوا به فلبث بذلك سنين ثم أفاق أجزأه ذلك عن حجة الإسلام. قال: وكذلك الرجل إذا قدم مكة وهو صحيح أو مريض إلا أنه يعقل فأغمي عليه بعد ذلك فحمله أصحابه وهو مغمى عليه فطافوا به فلما قضي الطواف أو بعضه أفاق وقد أغمي عليه ساعة من نهار ولم يتم يوماً أجزأه عن طوافه. وفيه أيضاً: لو أن رجلاً مريضاً لا يستطيع الطواف إلا محمولاً وهو يعقل نام من غير عته فحمله أصحابه وهو نائم فطافوا به، أو أمرهم أن يحملوه ويطوفوا به فلم يفعلوا حتى نام ثم احتملوه وهو نائم فطافوا به أو حملوه حين أمرهم بحمله وهو مستيقظ فلم يدخلوا به الطواف حتى نام فطافوا به على تلك الحالة ثم استيقظ. روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنهم إذا طافوا به من غير أن يأمرهم لا يجزيه، ولو أمرهم ثم نام فحملوه بعد ذلك وطافوا به أجزأه، وكذلك إن دخلوا به الطواف أو توجهوا به نحوه فنام وطافوا به أجزأه. ولو قال لبعض من عنده: استأجر لي من يطوف بي ويحملني ثم غلبته عيناه ونام ولم يمض الذي أمره بذلك من فوره بل تشاغل بغيره طويلاً ثم استأجر قوماً يحملونه وأتوه وهو نائم فطافوا به قال: استحسن إذا كان على فوره ذلك أنه يجوز. فأما إذا طال ذلك ونام فأتوه وحملوه وهو نائم لا يجزيه عن الطواف، ولكن الإحرام لازم بالأمر. قال: والقياس في هذه الجملة أن لا يجزيه حتى يدخل الطواف وهو مستيقظ ينوي الدخول فيه، لكنا استحسنا إذا حضر ذلك فنام وقد أمر أن يحمل فطاف به أنه يجزيه. وحاصل هذه الفروع الفرق بين النائم والمغمى عليه في اشتراط صريح الإذن وعدمه، ثم في النائم قياس واستحسان. استأجر رجالاً فحملوا امرأة فطافوا بها ونووا الطواف أجزأهم ولهم الأجرة وأجزأ المرأة. وإن نوى الحاملون طلب غريم لهم والمحمول يعقل وقد نوى الطواف أجزأ المحمول دون الحاملين، وإن كان مغمى عليه لم يجزه لانتفاء النية منه ومنهم. أما جواز الطواف فلأن المرأة حين أحرمت نوت الطواف ضمناً، وإنما تراعى النية وقت الإحرام لأنه وقت العقد على الأداء. وأما استحقاق الأجر فلأن الإجارة وقعت على عمل معلوم ليس بعبادة وضعاً، وإذا حملوها وطافوا ولا ينوون الطواف بل طلب غريم لا يجزيها إذا كانت مغمى عليها لأنهم ما أتوا بالطواف وإنما أتوا بطلب الغريم والمنتقل إليها إنما هو فعلهم فلا يجزيها

كان يقول الجصاص: لا يجوز إحرام غير الرفقاء، ثم رجع وقال: الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لأن هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الإعانة، وقد قال الله تعالى ﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى﴾ والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء. قال (والمرأة في جميع ذلك كالرجل) المرأة في جميع مناسك الحج كالرجل لأن الخطاب بقوله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجل إلا أشياء ذكرها في الكتاب: لا تكشف رأسها وتكشف وجهها ولا

قوله: (وهو عقد الرفقة) أقول: فيه بحث.

أنها لا تكشف رأسها) لأنه عورة **(وتكشف وجهها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إحرام المرأة في وجهها» **(ولو سدلت شيئاً على وجهها وجافته عنه جاز)** هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها، ولأنه بمنزلة الاستظلال بالمحمل **(ولا ترفع صوتها بالتلبية)** لما فيه من الفتنة **(ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين)** لأنه مخلّ بستر العورة **(ولا تحلق ولكن تقصر)** لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير»[1] ولأن حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل **(وتلبس من المخيط ما بدا لها)** لأن في لبس غير المخيط كشف العورة.

إلا إذا كانت مفيقة ونوت الطواف قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إحرام المرأة في وجهها»)**[2] تقدم في باب الإحرام ولا شك في ثبوته موقوفاً، وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أبو داود وابن ماجه قالت: «كان الركبان يمرّون بنا ونحن مع رسول الله ﷺ محرمات، فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها، فإذا جاوزونا كشفناه»[3]. قالوا: والمستحب أن تسدل على وجهها شيئاً وتجافيه، وقد جعلوا لذلك أعواداً كالقبة توضع على الوجه ويسدل فوقها الثوب، ودلت المسألة على أن المرأة منهية عن إبداء وجهها للأجانب بلا ضرورة، وكذا دل الحديث عليه[4] قوله: **(وتلبس من المخيط ما بدا لها)** كالدرع والقميص والخفين والقفازين، لكن لا تلبس المورّس والمزعفر والمعصفر قوله: **(أو جزاء صيد)** إما بأن يكون عليه جزاء صيد في حجة سابقة فقلده في السنة الثانية أو جزاء صيد الحرم اشترى بقيمته هديا قوله: **(وتوجه معها يريد الحج)** أفاد أنه لا بد من ثلاثة: التقليد والتوجه معها ونية النسك. وما في شرح الطحاوي: لو قلد بدنة بغير نية الإحرام لا يصير محرماً، ولو ساقها هدياً قاصداً إلى مكة صار محرماً بالسوق نوى الإحرام أو لم ينو مخالف لما في عامة الكتب فلا يعوّل عليه، وما في الإيضاح من قوله السنة أن يقدّم التلبية على التقليد لأنه إذا قلدها فربما تسير فيصير شارعاً في الإحرام والسنة أن يكون الشروع بالتلبية يجب حمله على ما إذا كان المقلد ناوياً قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «من قلد بدنة الخ»)**[5] غريب مرفوعاً، ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه على ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قال: حدثنا ابن

ترفع صوتها بالتلبية، ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين، ولا تحلق ولكن تقصر، وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٩٨٤ والدارقطني ٢/ ٢٧١ كلاهما من حديث ابن عباس بلفظ: ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير.
ثم روياه من وجه آخر عن ابن عباس مرفوعاً أيضاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٩٦ ما ملخصه: قال ابن القطان: هذا ضعيف ومنقطع. فالأول انقطاعه من جهة ابن جريج حيث قال: بلغني عن صفية. فلم يذكر من حدثه به.
وأما الثاني ففيه أبو يعقوب إن كان إسحق بن إبراهيم فذاك رجل متروك.
وكلا الطريقين مدارهما على أم عثمان بنت أبي سفيان لا يعرف حالها اهـ كلام ابن القطان.
قال الزيلعي: ورواه الدارقطني موقوفاً على ابن عمر بنحوه وفيه ليث بن أبي سليم وهو ضعيف اهـ.
قلت: وهو حديث غريب غير مشهور إلا أن في كلام ابن القطان نظر. فإن أم عثمان قال عنها ابن حجر في التقريب: روى لها أبو داود. لها صحبة وحديث اهـ.
وقال في تلخيص الحبير ٢/ ٢٦١، إسناده حسن قواه أبو حاتم في العلل والبخاري في التاريخ، وأعله ابن القطان ورد عليه ابن المواق فأصاب اهـ

(٢) الراجح وقفه. كذا صوبه الدارقطني وابن عدي والعقيلي نقله الحافظ في الدراية ٢/ ٣٢ ووافقهم. وتقدم في باب الإحرام. وثبت موقوفاً على ابن عمر.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ١٨٣٣ وابن ماجه ٢٩٣٥ والدارقطني ٢/ ٢٩٤ والبيهقي ٥/ ٤٨ كلهم عن يزيد بن أبي زياد عن مجاهد عن عائشة به وإسناده غير قوي.
قال الزيلعي ٣/ ٩٤: قال ابن دقيق: يزيد تكلم فيه غير واحد اهـ وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٧٢: ورواه ابن خزيمة وقال: في القلب من يزيد اهـ. وقال ابن حجر: وذكر الخطابي عن الشافعي أنه علق القول فيه بصحة الحديث اهـ كلام ابن حجر باختصار، وقال عنه في التقريب: ضعيف.

(٤) هو المتقدم.

(٥) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ : غريب ووافقه ابن الهمام. ثم ذكراه موقوفاً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٣٢: لم أجده مرفوعاً وإنما هو من قول ابن عمر وابن عباس.

قالوا: ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع، لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال إلا أن تجد الموضع خالياً. قال: **(ومن قلد بدنة تطوّعاً أو نذراً أو جزاء صيد أو شيئاً من الأشياء وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من قلد بدنة فقد أحرم» ولأن سوق الهدي في معنى التلبية في إظهار الإجابة لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة، وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرماً لاتصال النية بفعل وهو من خصائص الإحرام. وصفة التقليد أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة **(فإن قلدها وبعث**

نمير، حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: من قلد فقد أحرم. حدثنا وكيع عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عباس قال: من قلد أو جلل أو أشعر فقد أحرم. ثم أخرج عن سعيد بن جبير أنه رأى رجلاً قلد فقال: أما هذا فقد أحرم. وورد معناه مرفوعاً أخرجه عبد الرزاق، ومن طريقه البزار في مسنده عن عبد الرحمن بن عطاء بن أبي لبيبة أنه سمع ابني جابر يحدّثان عن أبيهما جابر بن عبد الله قال «بينما النبي ﷺ جالس مع أصحابه رضي الله عنهم إذ شق قميصه حتى خرج منه فسئل فقال: واعدتهم يقلدون هديي اليوم فنسيت»[1] وذكره ابن القطان في كتابه من جهة البزار قال: ولجابر بن عبد الله ثلاث أولاد عبد الرحمن ومحمد وعقيل، والله أعلم من هما من الثلاثة. وأخرجه الطحاوي أيضاً عن عبد الرحمن بن عطاء، وضعف ابن عبد الحق وابن عبد البر عبد الرحمن بن عطاء ووافقهما ابن القطان. وروى الطبراني: حدثنا محمد بن علي الصائغ المكي، حدثنا أحمد بن شبيب بن سعيد، حدثني أبي عن يونس عن ابن شهاب، أخبرني ثعلبة بن أبي مالك القرظي: أن قيس بن سعد بن عبادة الأنصاري رضي الله عنه كان صاحب لواء رسول الله ﷺ أراد الحج فرجل أحد شقي رأسه، فقام غلامه فقلد هديه، فنظر إليه قيس فأهلّ وحل شق رأسه الذي رجله ولم يرجل الشق الآخر. وأخرجه البخاري في صحيحه مختصراً عن ابن شهاب بأن قيس بن سعد الأنصاري وكان صاحب لواء رسول الله ﷺ أراد الحج فرجل اهـ قوله: **(أو لحاء شجرة)** هو بالمد قشرها، والمعنى بالتقليد إفادة أنه عن قريب يصير جلداً كهذا اللحاء والنعل في اليبوسة لإراقة دمه، وكان في الأصل يفعل ذلك أي لا تهاج عن الورود والكلإ ولتردّ إذا ضلت للعلم بأنها هدي قوله: **(لما روي عن عائشة رضي الله عنها)** أخرج الستة عنها «بعث رسول الله ﷺ بالهدي فأنا فتلت قلائدها بيدي من عهن كان عندنا ثم أصبح فينا حلالاً يأتي ما يأتي الرجل من أهله» وفي لفظ «لقد رأيتني أفتل القلائد لرسول الله ﷺ فيبعث به ثم يقيم

والدرع والخمار والخفين والقفازين، ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع إلا أن تجد الموضع خالياً. ووجه جميع ذلك مذكور في الكتاب. وقوله **(ومن قلد بدنة تطوّعاً أو نذراً أو جزاء صيد)** يعني صيداً قتله في إحرام ماض **(أو شيئاً من الأشياء)** كبدنة المتعة أو القران **(وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عليه الصلاة والسلام «من قلد بدنة فقد أحرم»)** وهذا بناء على ما ذكرنا أن الإحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية، بل لا بدّ من انضمام شيء آخر إليها كتكبيرة الافتتاح في الصلاة، وتقليد البدنة والتوجه معها إلى الحج يقوم مقام التلبية **(ولأن سوق الهدي في معنى التلبية في إظهار إجابة دعاء إبراهيم عليه الصلاة والسلام لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة)** قيل قوله وإظهار الإجابة معطوف على اسم إنّ إن قرىء منصوباً، وعلى محله إن قرىء مرفوعاً، فهو دليل آخر على كون السوق في معنى التلبية. وأقول: هو من تمام الأوّل. وتقريره: المقصود من التلبية إظهار الإجابة، وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول. ألا ترى أن من قال يا فلان فإجابته تارة تكون بلبيك

قوله: (معطوف على اسم إن) أقول يعني في قوله لأنه لا يفعله.

---

(١) ضعيف. أخرجه البزار وعبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٩٧ كلاهما من حديث جابر.
وكذا الطحاوي في معاني الآثار ٢/ ١٣٨ ومداره على عبد الرحمن بن عطاء بن أبي لبيبة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٩٧: عبد الرحمن هذا ضعفه عبد الحق في أحكامه ووافقه ابن القطان.
وقال ابن عبد البر: لا يحتج بما انفرد به، وقد تركه مالك وكان جاره.

بها ولم يسقها لم يصر محرماً) لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت: «كنت أفتل قلائد هدي رسول الله عليه الصلاة والسلام فبعث بها وأقام في أهله حلالاً» **(فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرماً حتى يلحقها)** لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية، ومجرد النية لا يصير محرماً، **فإذا أدركها**

فينا حلالاً»[1] وأخرجا واللفظ للبخاري عن مسروق «أنه أتى عائشة رضي الله عنها فقال لها: يا أم المؤمنين إن رجلاً يبعث بالهدي إلى الكعبة ويجلس في المصر فيوصي أن تقلد بدنته فلا يزال من ذلك اليوم محرماً حتى يحل الناس، قال: فسمعت تصفيقها من وراء الحجاب فقالت: لقد كنت أفتل قلائد هدي رسول الله ﷺ فيبعث هدية إلى الكعبة، فما يحرم عليه ما أحلّ للرجل من أهله حتى يرجع الناس»[2] اهـ. وفي الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «من أهدي هدياً حرم عليه ما يحرم على الحاج، فقالت عائشة رضي الله عنها: ليس كما قال، أنا فتلت قلائد هدى رسول الله ﷺ بيدي ثم قلدها ثم بعث بها مع أبي فلم يحرم عليه ﷺ شيء أحله الله حتى نحر الهدي»[3] وهذان الحديثان يخالفان حديث عبد الرحمن بن عطاء صريحاً فيجب الحكم بغلطه. والحاصل أنه قد ثبت أن التقليد مع عدم التوجه معها لا يوجب الإحرام. وأما ما تقدم من الآثار مطلقة في إثبات الإحرام فقيدناها به حملاً لها على ما إذا كان متوجهاً جمعاً بين الأدلة وشرطنا النية مع ذلك لأنه لا عبادة إلا بالنية فكل شيء روي من التقليد مع عدم الإحرام فما كان محله إلا في حال عدم التوجه والنية فلا يعارض المذكور شيء منها. وما في فتاوي قاضيخان: لو لبى ولم ينو لا يصير محرماً في الرواية الظاهرة مشعر بأن هناك رواية بعدم اشتراطها مع التلبية، وما أظنه إلا نظر إلى بعض الإطلاقات، ويجب في مثلها الحمل على إرادة الصحيح وأن لا تجعل رواية قوله: **(فإذا أدركها وساقها أو أدركها)** ردّد بين السوق وعدمه لاختلاف الرواية فيه. شرط في المبسوط السوق مع اللحوق، ولم يشترطه في الجامع الصغير. وقال في الأصل: ويسوقه ويتوجه معه وهو أمر اتفاتي: فلو أدرك فلم يسق وساق غيره فهو كسوقه لأن فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل قوله: **(إلا في هدي المتعة)** استثناء من قوله لم يصر محرماً حتى يلحقها يعني حين خرج على إثرها وإن لم يدركها استحساناً. وهنا قيد لابد منه وهو أنه إنما يصير محرماً في هدي المتعة بالتقليد، والتوجه إذا حصلا في أشهر الحج، فإن حصلا في غيرها لا يصير محرماً مالم يدركها ويسر معها، كذا في الرقيات، وذلك لأن تقليد هدي المتعة قبل أشهر الحج لا عبرة به لأنه من أفعال المتعة، وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوّعاً. وفي هدي التطوّع ما لم يدركه ويسر معه لا يصير محرماً. وذكر أبو اليسر: دم القران يجب أن يكون كالمتعة، وجه القياس ظاهر. وحاصل وجه الاستحسان زيادة خصوصية هدي المتعة

وتارة بالحضور والامتثال بين يديه (فيصير به) أي بالسوق (محرماً لاتصال النية بفعل هو من خصائص الإحرام) فحصل الإجابة لبى أو لم يلبّ، وإنما قال بدنة لأن الغنم لا تقلد، وهذا لأن التقليد لئلا يمنع من الماء والعلف إذا علم أنه هدي، وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالإبل والبقر والغنم ليس كذلك، فإنه إذا لم يكن معه صاحبه يضيع. وقوله (فإن قلدها وبعث بها) ظاهر

قوله: **(وقلنا إذا أدركها)** أقول: على رواية المبسوط، والأولى أن يقول، أو أدركها، وفيه شيء.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٠٢ و١٧٠٣ ومسلم ١٣٢١ والنسائي ٥/ ١٧٣. ١٧٤ وابن ماجه ٣٠٩٥ والطحاوي ٢/ ٢٦٥ وابن حبان ٤٠١١ كلهم عن الأسود عن عائشة به.
وأخرجه البخاري ١٦٩٦ و١٦٩٨ و١٦٩٩ و١٧٠٠ و٢٣١٧ ومسلم ١٣٢١ وأبو داود ١٧٥٧ و١٧٥٩ والترمذي ٩٠٨ والنسائي ٥/ ١٧١ وابن ماجه ٣٠٩٨ ومالك ١/ ٣٤٠ وأحمد ٦/ ٧٨. ٨٥. ٢١٦ والحميدي ٢٠٩ وابن حبان ٤٠٠٩ و٤٠١١ و٤٠١١ و٤٠١٢ وأبو يعلى ٤٦٥٩ والطحاوي ٢/ ٢٦٥ والبغوي ١٨٩٠ والبيهقي ٥/ ٢٣٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة مع اختلاف يسير في بعض الألفاظ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٦٦ ومسلم ١٣٢١ ح٣٧٠ والنسائي ٥/ ١٧١ وأبو يعلى ٤٦٥٨ والطحاوي ٢/ ٢٦٥ كلهم عن مسروق عن عائشة به واللفظ للبخاري.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٠٠ ومسلم ١٣٢١ ح٣٦٩ كلهما من حديث عمرة عن عائشة به.

وساقها أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام فيصير محرماً كما لو ساقها في الابتداء. قال: **(إلا في بدنة المتعة فإنه محرم حين توجه)** معناه إذا نوى الإحرام وهذا استحسان. وجه القياس فيه ما ذكرنا. ووجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكاً من مناسك الحج وضعاً لأنه مختص بمكة، ويجب شكراً للجمع بين أداء النسكين، وغيره قد يجب بالجناية وإن لم يصل إلى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه، وفي غيره توقف على حقيقة الفعل **(فإن جلل بدنة أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرماً)** لأن التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم

بالحج، فالتوجه إليه توجه إلى ما فيه زيادة خصوصية بالحج حتى شرط لذبحه الحرم ويبقى بسبب سوقه الإحرام، فلما ظهر أثره في الإحرام بقاء أظهرنا له في ابتدائه نوع اختصاص، وهو أن بالتوجه إليه مع قصد الإحرام يصير محرماً، بخلاف غيره لأنه قد يجب بالجناية وإن لم يصل إلى مكة ويذبح قبل مكة ولم يظهر له أثر شرعاً في الإحرام أصلاً قوله **(وقال الشافعي الخ)** هذا خلاف في مفهوم لفظ البدنة إما في أنه هل هو في اللغة كذلك أو لا فقلنا نعم ونقلنا كلام أهل اللغة فيه. قال الخليل: البدنة ناقة أو بقرة تهدى إلى مكة. قال النووي: هو قول أكثر أهل اللغة. وقال الجوهري: البدنة ناقة أو بقرة. وإما في أنه في اللغة كذلك اتفاقاً، ولكنه هل هو في الشرع على المفهوم منه لغة؟ لم ينقل عنه أولا فقلنا نعم، وقال الشافعي: لا. فإذا طلب من المكلف بدنة خرج عن العهدة بالبقرة كما يخرج بالجزور. وعنده لا يخرج إلا بالجزور. له قوله عليه الصلاة والسلام «من اغتسل يوم الجمعة ثم راح في الساعة الأولى فكأنما قرّب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة»[1] الحديث متفق عليه. فقول المصنف والصحيح من الرواية في الحديث «كالمهدي جزوراً» غير صحيح، بل هي[2] أصح لأنها متفق عليها، ورواية الجزور في مسلم فقط ولفظه أنه عليه الصلاة والسلام قال «على كل باب من أبواب المسجد ملك يكتب الأوّل فالأوّل مثل الجزور، ثم صغر إلى مثل البيضة»[3] الحديث. بل الجواب أن التخصيص باسم خاص لا ينفي الدخول باسم عام، وغاية ما يلزم من الحديث أنه أراد بالاسم الأعم في الأوّل وهو البدنة خصوص بعض ما يصلح له وهو الجزور، لا كل ما يصدق عليه بقرينة إعطاء البقرة لمن راح في الساعة الثانية في مقام إظهار التفاوت في الأجر للتفاوت في المسارعة، وهذا لا يستلزم أنه في الشرع خصوص الجزور إلا ظاهر بناء على عدم إرادة الأخص بخصوصه بالأعم لكن يلزمه النقل. والحكم باستعمال لفظ في خصوص بعض ما صدقاته مع الحكم ببقاء ما استقر له على حاله أسهل من الحكم بنقله عنه بسبب استعمال من الاستعمالات من غير كثرة فيه عن تعارض الحكمين

وكانت الصحابة مختلفين في هذه المسألة على ثلاثة أقوال: فمنهم من قال إذا قلدها صار محرماً، ومنهم من قال إذا توجه في أثرها صار محرماً، ومنهم من قال إذا أدركها وساقها صار محرماً، فأخذنا بالمتيقن وقلنا إذا أدركها وساقها صار محرماً لاتفاق الصحبة في هذه الحالة. وقوله **(فإذا أدركها وساقها أو أدركها)** ردد بين السوق وعدمه لأن الرواية قد اختلفت فيه. شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير، والمصنف جمع بين الروايتين. وقوله **(فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام)** أما إذا ساق الهدي فظاهر وأما إذا أدرك ولم يسق وساق غيره فلأن فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل. وقوله **(إلا في بدنه المتعة)** استثناء من قوله لم يصر محرماً حتى يلحقها. قال في النهاية: ههنا قيد لا بد من ذكره وهو أنه في بدنة المتعة إنما يصير محرماً بالتقليد والتوجه إذا حصلا في أشهر الحج، فإن حصلا في غير أشهر الحج لا يصير محرماً ما لم يدرك الهدي ويسر معه. هكذا في الرقيات لأن تقليد هدي المتعة في غير أشهر الحج لا

---

(١) متفق عليه تقدم في الجمعة.

(٢) يعني: المتفق عليه بلفظ «فكأنما قدم بدنة...» الخ.

والذي انفرد به مسلم لفظ «مثل الجزور...» الخ.

فصاحب الهداية رحمه الله رجح رواية مسلم واعترضه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٩٩ ووافقه ابن الهمام رحمهما الله تعالى.

(٣) صحيح. رواه مسلم وتقدم مستوفياً في الجمعة.

يكن من خصائص الحج. والإشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يكون من النسك في شيء. وعندهما إن كان حسناً فقد يفعل للمعالجة، بخلاف التقليد لأنه يختص بالهدي، وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة أيضاً. قال: **(والبدن من الإبل والبقر)** وقال الشافعي رحمه الله: من الإبل خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الجمعة «فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة، والذي يليه كالمهدي بقرة» فصل بينهما. ولنا أن البدنة تنبىء عن البدانة وهي الضخامة، وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة. والصحيح من الرواية في الحديث «كالمهدي جزوراً» والله تعالى أعلم.

ولزوم أحدهما مع أنه قد ثبت من لسان أهل العرف الذي يدعي نقله إليه خلافه في حديث جابر «كنا ننحر البدنة عن سبعة، فقيل: والبقرة؟ فقال: وهل هي إلا من البدن»[1] ذكره مسلم في صحيحه.

[فرع] اشترك جماعة في بدنة فقلدها أحدهم صاروا محرمين إن كان يأمر البقية وساروا معها. ويستحب التجليل والتصدق بالجل لأنه أعمل في الكرامة، وهداياه عليه الصلاة والسلام كانت مجللة مقلدة. وقال لعليّ رضي الله عنه «تصدّق بجلالها وخطامها»[2] والتقليد أحبّ من التجليل لأن له ذكراً في القرآن، إلا في الشاة فمنه ليس بسنة على ما ذكره المصنف رحمه الله.

يعتدّ به لأنه فعل من أفعال المتعة، وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوّعاً، وفي هدي التطوّع ما لم يدرك ويسر معه لا يصير محرماً، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان. وقوله **(وجه القياس ما ذكرناه)** يريد به قوله لم يوجد منه إلا مجرد النية الخ. ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله **(على الابتداء)** احتراز عما وجب جزاء. وقوله **(لأنه مختص بمكة)** دليل كونه نسكاً. وقوله **(ويجب شكراً للجمع بين أداء النسكين)** بيان اختصاصه بمكة لأن الجمع بين النسكين لا يكون إلا بمكة فكان هدي المتعة مختصاً بمكة **(وغيره قد يجب بالجناية)** بأن أصاب صيداً قبل وصوله إلى مكة. وقوله **(فإن جلل بدنة أو أشعرها)** التجليل: إلباس الجل، وإشعار البدنة: إعلامها بشيء أنها هدي، من الشعائر: وهو العلامة، وكلامه واضح. وقوله **(والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزوراً)** يعني في موضع البدنة: ولئن ثبتت تلك الرواية التي رواها. قلنا: التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية، وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى **﴿من كان عدوّاً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾**.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣١٨ ح٣٥٣ ومالك ٢/٤٨٦ والدارمي ٢/٧٨ وأبو داود ٢٨٠٩ والترمذي ٩٠٤ وابن ماجه ٣١٣٢ وابن حبان ٤٠٠٦ والبغوي ١١٣٠ والبيهقي ٥/١٦٨ . ٢١٦ و٩/٢٩٤ كلهم من حديث جابر: واللفظ لمسلم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٧١٦ و١٧١٧ و١٧١٨ ومسلم ١٣١٧ من وجوه وأبو داود ١٧٦٤ و١٧٦٩ وابن ماجه ٣١٥٧ و٣٠٩٩ وابن الجارود ٤٨٢ و٤٨٣ والدارمي ٢/٧٤ وابن خزيمة ٢٩١٩ وابن حبان ٤٠٢١ و٤٠٢٢ وأحمد ١/١٤٣ . ١٥٩ . ١٦٠ والبغوي ١٩٥١ والبيهقي ٥/٢٤١ كلهم عن ابن أبي ليلى عن علي: أن النبي ﷺ بعث معه بهدية وأمره أن يتصدق بلحومها وجلودها وأجلتها. ورواية: وجلالها ولا يعطي في جزارتها منها شيئاً.

باب القران

(القران أفضل من التمتع والإفراد)

باب القران

المحرم إن أفرد الإحرام بالحج فمفرد بالحج، وإن أفرد بالعمرة فإما في أشهر الحج أو قبلها إلا أنه أوقع أكثر أشواط طواها فيها أولاً. الثاني مفرد بالعمرة، والأول أيضاً كذلك من لم يحج من عامه، أو حج وألمّ بأهله بينها إلماماً صحيحاً، وإن حج ولم يلم بأهله بينهما إلماماً صحيحاً فمتمتع، وسيأتي معنى الإلمام الصحيح إن شاء الله تعالى. وإن لم يفرد الإحرام لواحد منهما بل أحرم بهما معاً، أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف للعمرة أربعة أشواط فقارن بلا إساءة، وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج قبل أن يطوف للقدوم ولو شوطاً فقارن مسيء، لأن القارن من يبني الحج على العمرة في الأفعال فينبغي أن يبنيه أيضاً في الإحرام أو يوجدهما معاً، فإذا خالف أساء وصح لتمكنه من أن يبني الأفعال إذا لم يطف شوطا، فإن لم يحرم بالعمرة حتى طاف شوطاً رفض العمرة وعليه قضاؤها ودم للرفض لأنه عجز عن الترتيب، وهذا بناء على ما تقدم من أنه لا طواف قدوم للعمرة. هذا كلام في القارن، ومقتضاه أن لا يعتبر في القران إيقاع العمرة في أشهر الحج. ويشكل عليه ما عن محمد: لو طاف في رمضان لعمرته فهو قارن، ولكن لا دم عليه إن لم يطف لعمرته في أشهر الحج، وسيأتيك تحقيق المقام إن شاء الله تعالى في باب التمتع قوله: **(القران أفضل الخ)** المراد بالإفراد في الخلافية أن يأتي بكل منهما مفرداً خلافاً لما روي عن محمد من قوله: حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندي من القران، اما مع الاقتصار على إحداهما فلا إشكال أن القران أفضل بلا خلاف. وحقيقة الخلاف ترجع إلى الخلاف في أنه عليه الصلاة والسلام كان في حجته قارناً أو مفرداً أو متمتعاً، فالذي يهمنا النظر في ذلك، ولنقدم عليه استدلال المصنف لنوفي بتقرير الكتاب ثم نرجع إلى تحرير النظر في ذلك. استدل للخصوم بقوله عليه الصلاة والسلام «القران رخصة»[1] ولا يعرف هذا الحديث. وللمذهب بقوله ﷺ «يا أهل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً»[2] رواه الطحاوي بسنده،

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع، إلا أن القران أفضل من التمتع فقدمه في الذكر..

اعلم أن المحرم على أربعة أنواع: مفرد بالحج وقد ذكرناه، ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك بعمرة ثم يأتي بأفعالها، وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الإحرام فينويهما ويقول: لبيك بحجة وعمرة ويأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج من غير أن تحلل بينهما، ومتمتع وهو من يأتي بأفعال العمرة في أشهر الحج أو بأكثر طوافها ثم

باب القران

قال المصنف: (القران أفضل من التمتع والإفراد) أقول: ثم المراد بالإفراد يحتاج فيه إلى البيان، هل هو إفراد الحجة أو العمرة أو إفراد كل واحد منهما بإحرام؟ قال في النهاية: المراد الثالث دون الأولين استدلالاً بمواضع الاحتجاج، فإنه قال من جهة الشافعي رحمه الله: لأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق، وهذا لا يكون إلا بإحرام لكل واحد منهما، وكذا روي عن محمد رحمه الله أنه قال: حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندي من القران، فعلم بذلك أن الاختلاف الواقع فيه إنما هو في أن الحج والعمرة كل واحد منهما على الانفراد أفضل ~~أو~~ الجمع بينهما أفضل. وأما كون القران أفضل من الحج وحده فمما لا خلاف فيه، لأن في القران الحج وزيادة، وجعل

---

(١) لا أصل له. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/٩٩ فقال: غريب جداً. ووافقه ابن الهمام.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٣٣: لم أجده.

(٢) جيد. أخرجه الطحاوي في المعاني ٢/١٥٤ وأحمد ٢٩٧١٦ من حديث أم سلمة. وفيه أسلم بن يزيد المصري وهو كما في التقريب، وبقية رجال البخاري ومسلم.

وقال الشافعي رحمه الله: الإفراد أفضل.

وسنذكره عند تحقيق الحق إن شاء الله. ونقول: اختلف الأمة في إحرامه عليه الصلاة والسلام. فذهب قائلون إلى أنه أحرم مفرداً ولم يعتمر في سفرته تلك، وآخرون إلى أنه أفرد واعتمر فيها من التنعيم، وآخرون إلى أنه تمتع ولم يحل لأنه ساق الهدي، وآخرون إلى أنه تمتع وحل، وآخرون إلى أنه قرن فطاف طوافاً واحداً وسعى سعياً واحداً لحجته وعمرته، وآخرون إلى أنه قرن فطاف طوافين وسعى سعيين لهما وهذا مذهب علمائنا. وجه الأول ما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت «خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع، فمنا من أهلّ بعمرة ومنا من أهل بحجة، وأهلّ رسول الله ﷺ بحجة»[1] فهذا التقسيم يفيد أن من أهلّ بالحج لم يضم إليه غيره. ولمسلم عنها «أنه عليه الصلاة والسلام أهلّ بالحج مفرداً»[2]. وللبخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه ﷺ أهل بالحج وحده»[3] وفي سنن ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه «أنه ﷺ أفرد الحج»[4] وللبخاري عن عروة بن الزبير قال «حج رسول الله ﷺ فأخبرتني عائشة أنه أوّل شيء بدأ به الطواف بالبيت، ثم لم تكن عمرة، ثم عمر مثل ذلك، ثم حج عثمان فرأيته أوّل شيء بدأ به حين قدم مكة أنه توضأ ثم طاف بالبيت، ثم حج أبو بكر فكان أوّل شيء بدأ به الطواف بالبيت، ثم لم تكن عمرة، ثم معاوية وعبد الله بن عمر، ثم حججت مع أبي الزبير بن العوام وكان أوّل شيء بدأ به الطواف بالبيت، ثم لم تكن عمرة، ثم رأيت المهاجرين والأنصار يفعلون ذلك، ثم لم تكن عمرة، ثم آخر من رأيت يفعل ذلك ابن عمر، ثم لم ينقضها بعمرة ولا أحد ممن مضى، ما كانوا يبدءون بشيء حين يضعون أقدامهم أوّل من الطواف ثم لا يحلون وقد رأيت أمي وخالتي حين تقدمان لا تبدءان بشيء أوّل من البيت تطوفان به ثم لا تحلان»[5]. فهذه كلها تدل على أنه أفرد، ولم ينقل أحد مع كثر ما نقل أنه اعتمر بعده، فلا يجوز الحكم بأنه فعله، ومن ادعاه فإنما اعتمد على ما رأى من فعل الناس في هذا الزمان من اعتمارهم بعد الحج من التنعيم فلا يلتفت إليه ولا يعوّل عليه، وقد تم بهذا مذهب الإفراد. وجه القائلين أنه كان متمتعاً ما في الصحيحين عن ابن عمر «تمتع رسول الله ﷺ وأهدى فساق معه الهدي من ذي الحليفة، فلما قدم مكة قال للناس من كان منكم أهدى فلا

يحرم بالحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير أن يلمّ بأهله إلماماً صحيحاً. والقران أفضل من هذه الأقسام عندنا وقال الشافعي: **(الإفراد)** أي إفراد كل واحد من الحج والعمرة بإحرام على حدة **(أفضل، وقال مالك: التمتع أفضل من القران لأنه له ذكراً في القرآن)** قال الله تعالى **﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾** **(ولا ذكر للقران فيه)** وللشافعي حديث عائشة: «إنما

نظير هذا الاختلاف اختلافهم في أن يصلي أربع ركعات بتحريمة واحدة أفضل بتحريمتين أفضل، ولم ينقل فيه شيئاً وإنما قاله حزراً واستدلالاً بمواضع الاحتجاج. وإطلاقهم أن القران أفضل من الإفراد يرده لأن ظاهره يراد به الإفراد بالحج. وأيضاً لو كان كما قاله لكان محمد مع الشافعي أو كلهم كانوا معه لأن محمداً لم يبين أن قولهما خلاف ذلك فيحتمل أن يكون مجمعاً عليه اهـ. أقول: قوله لأن محمداً لم يبين الخ ليس بسديد لأن محمداً بينه بقوله عندي، ثم قوله لكان محمد مع الشافعي يمكن أن يجاب عنه بأن يقال: يجوز أن يكون معه على هذه الرواية قوله: **(وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الإحرام)** أقول: أو يدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قوله: **(أي إفراد كل واحد من الحج والعمرة بإحرام على حدة)** أقول: وفيه بحث، بل المراد إفراد الحج.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٢ ومسلم ١٢١١ ح١١٨ كلاهما من حديث عائشة بأتم منه. وقد تقدم.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢١١ ح١٢٢ ومالك ٢/٣٣٥ ح٣٧ كلاهما عن عائشة: أن رسول الله ﷺ أفرد الحج. وكرره مالك ح٣٨ من طريق آخر عنها.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٣١ بهذا اللفظ وأخرجه أيضاً بلفظ: أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج. مفرداً اهـ. ولم أره في البخاري. والله أعلم.

(٤) صحيح. أخرجه ابن ماجه ٢٩٦٦ من حديث جابر بهذا اللفظ. وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح. وهو كماقال رجاله ثقات رجال مسلم.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٤١ عن عروة بهذا اللفظ بتمامه. وصدره مرفوع حيث رواه عن عائشة.

وقال مالك رحمه الله: التمتع أفضل من القران لأن له ذكراً في القرآن ولا ذكر للقران فيه.

يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجة، ومن لم يكن أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليحلل ثم يهل بالحج وليهد، ولم يحلل من شيء حرم منه حتى قضى حجة ونحر هدية»[١] وعن عائشة «تمتع رسول الله ﷺ وتمتعنا معه»[٢] بمثل حديث ابن عمر متفق عليه. وعن عمران بن حصين «تمتع رسول الله ﷺ وتمتعنا معه»[٣] رواه مسلم والبخاري بمعناه. وفي رواية لمسلم والنسائي: أن أبا موسى كان يفتي بالمتعة، فقال له عمر: قد علمت أن النبي ﷺ قد فعله وأصحابه، ولكني كرهت أن يظلوا معرّسين بهن في الأراك ثم يروحون في الحج تقطر رءوسهم[٤] فهذا اتفاق منهما على أنه عليه الصلاة والسلام كان متمتعاً. وقد علمت من هذا أن الذي رووا عنه الإفراد عائشة وابن عمر رووا عنه أنه كان متمتعاً. وأما رواية عروة بن الزبير فقوله في الكل ثم لم تكن عمرة، يعني ثم لم يكن إحرام الحج يفعل به عمرة بفسخه، فإنما هو دليل ترك الناس فسخ الحج إلى العمرة لما علموا من دليل منعه مما أسلفناه في كتاب الحج، والدليل عليه قوله ثم لم ينقضها بعمرة الخ. ثم صرح في حديث ابن عمر السابق بأنه لم يحل حتى قضى حجه فثبت المطلوب. وأما ما استدل به القائلون بأنه كحل من حديث معاوية «قصّرت عن رأس رسول الله ﷺ بمشقّص»[٥] قالوا: ومعاوية أسلم بعد الفتح والنبي عليه الصلاة والسلام لم يكن محرماً في الفتح فلزم كونه في حجة الوداع وكونه عن إحرام العمرة لما زاده أبو داود في روايته من قوله عند المروة والتقصير في الحج إنما يكون في منى، فدفعه بأن الأحاديث الدالة على عدم إحلاله جاءت مجيئاً متظافراً يقرّب القدر المشترك من الشهرة التي هي قريبة من التواتر كحديث ابن عمر السابق، وما تقدم في الفسخ من الأحاديث وحديث جابر الطويل[٦] الثابت في مسلم وغيره وكثير، وسيأتي شيء منها في أدلة القران. ولو انفرد حديث ابن عمر كان مقدماً على حديث معاوية، فكيف والحال ما أعلمناك فلزم في حديث معاوية الشذوذ عن الجم الغفير، فإما هو خطأ، أو محمول على عمرة الجعرانة، فإنه كان قد أسلم إذ ذاك، وهي عمرة خفيت على بعض الناس كانت ليلاً على ما في الترمذي والنسائي «أنه عليه الصلاة والسلام خرج من الجعرانة ليلاً معتمراً فدخل مكة ليلاً، فقضى عمرته ثم خرج من ليلته»[٧] الحديث. قال: فمن أجل ذلك خفيت على الناس، وعلى هذا فيجب الحكم على الزيادة التي في سنن النسائي وهي قوله «في أيام العشر» بالخطأ، ولو كانت بسند صحيح، إما لنسيان من معاوية أو من بعض الرواة عنه. ونحن نقول. وبالله التوفيق: لا شك أن تترجح رواية تمتعه لتعارض الرواية عمن روى عنه الإفراد، وسلامة رواية غيره ممن روى التمتع دون الإفراد، ولكن التمتع بلغة القرآن الكريم وعرف الصحابة أعم من القران كما ذكره غير

أجرك على قدر نصبك» وإنما القران رخصة والإفراد عزيمة والأخذ بالعزيمة أولى **(ولأن في الإفراد زيادة الإحرام والسفر والحلق)** فإن القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق مرّة واحدة، والمفرد يؤدي كل نسك بصفة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٩١ بأتم منه ومسلم ١٢٢٧ كلاهما من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٩٢ هكذا باختصار ومسلم ١٢١١ كلاهما من حديث عروة عن عائشة والسياق للبخاري.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٧١ ومسلم ١٢٢٦ح ١٧١ بهذا اللفظ كلاهما من حديث عمران بن حصين، وكذا أخرجه النسائي ١٤٩/٥ وابن ماجه ٢٩٧٧ وأحمد ٤٢٧/٤.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٢٢ والنسائي ١٥٣/٥ كلاهما عن إبراهيم بن أبي موسى عن أبي موسى.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٣٠ ومسلم ١٢٤٦ وأبو داود ١٨٠٢ كلهم من حديث ابن عباس عن معاوية زاد الإمام مسلم وأبو داود «عند المروة»

(٦) هو بعض حديث جابر الطويل أخرجه مسلم ١٢١٨ وتقدم مراراً.

(٧) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٩٦ والترمذي ٩٣٥ والنسائي ١٩٩/٥ . ٢٠٠ كلهم من حديث محرّش الكعبي واللفظ للترمذي والنسائي.
قال الترمذي: حسن غريب. كذا نقل المنذري في مختصر أبي داود ١٩١٣ وهو في نسخة الترمذي: غريب. وليس فيه لفظ «حسن» ورجاله كلهم ثقات سوى مزاحم بن أبي مزاحم وهو مقبول كما في التقريب.

وللشافعي قوله عليه الصلاة والسلام «القران رخصة»

واحد، وإذا كان أعم منه احتمل أن يراد به الفرد المسمى بالقران في الاصطلاح الحادث وهو مدّ عانا، وأن يراد به الفرد المخصوص باسم التمتع في ذلك الاصطلاح، فعلينا أن ننظر أولاً في أنه أعم في عرف الصحابة أولاً، وثانياً في ترجيح أيّ الفردين بالدليل، والأول يبين في ضمن الترجيح وثم دلالات أخر على الترجيح مجردة عن بيان عمومه عرفاً. أما الأوّل فما في الصحيحين عن سعيد بن المسيب قال: اجتمع عليّ وعثما بعسفان فكان عثمان ينهي عن المتعة، فقال عليّ: ما تريد إلى أمر فعله رسول الله ﷺ تنهى عنه؟ فقال عثمان: دعنا منك، فقال عليّ: إني لا أستطيع أن أدعك، فلما رأى عليّ ذلك أهلّ بهما جميعاً. هذا لفظ مسلم. ولفظ البخاري: اختلف عليّ وعثمان بعسفان في المتعة فقال عليّ ما تريد إلا أن تنهي عن أمر فعله رسول الله ﷺ فلما رأى ذلك عليّ أهل بهما جميعاً[(١)] فهذا يبين أن رسول الله ﷺ كان مهلاً بهما، وسيأتيك عن عليّ التصريح به، ويفيد أيضاً أن الجمع بينهما تمتع، فإن عثمان كان ينهي عن المتعة وقصد عليّ إظهار مخالفته تقريراً لما فعله عليه الصلاة والسلام، وأنه لم ينسخ فقرن، وإنما تكون مخالفة إذا كانت المتعة التي نهى عنها عثمان هي القران فدل على الأمرين اللذين عيناهما وتضمن اتفاق عليّ وعثمان على أن القران من مسمى التمتع، وحينئذ يجب حمل قول ابن عمر: «تمتع رسول الله ﷺ[(٢)] على التمتع الذي نسميه قراناً» لو لم يكن عنه ما يخالف ذلك اللفظ، فكيف وقد وجد عنه ما يفيد ما قلناه، وهو في صحيح مسلم عن ابن عمر «أنه قرن الحج مع العمرة وطاف لهما طوافاً واحداً، ثم قال: هكذا فعل رسول الله ﷺ»[(٣)] فظهر أن مراده بلفظ المتعة في ذلك الحديث الفرد المسمى بالقران، وكذا يلزم مثل هذا في قول عمران بن حصين «تمتع رسول الله ﷺ وتمتعنا معه» لو لم يوجد عنه غير ذلك فكيف وقد وجد، وهو ما في صحيح مسلم عن عمران ابن حصين قال لمطرّف: أحدثك حديثاً عسى الله أن ينفعك به «إن رسول الله ﷺ جمع بين حج وعمرة ثم لم ينه عنه حتى مات ولم ينزل قرآن يحرمه»[(٤)] وكذا يجب مثل ما قلنا في حديث عائشة: تمتع رسول الله ﷺ، إلى آخر ما تقدم، لو لم يوجد عنها ما يخالفه فكيف وقد وجد ما هو ظاهر فيه، وهو ما في سنن أبي داود عن النفيلي: حدثنا زهير بن معاوية، حدثنا أبو إسحاق عن مجاهد، سئل ابن عمر رضي الله عنهما: كم اعتمر رسول الله ﷺ فقال: مرتين، فقالت عائشة رضي الله عنهما: لقد علم ابن عمر أن رسول الله ﷺ اعتمر ثلاثاً سوى التي قرن بحجته[(٥)]. وكذا في مسلم من أن أبا موسى كان يفتي بالمتعة: يعني بقسميها. وقول عمر رضي الله عنه له: قد علمت أنه ﷺ فعله وأصحابه[(٦)]. أي فعلوا ما يسمى متعة فهو عليه الصلاة والسلام فعل النوع المسمى بالقران وهم فعلوا النوع المخصوص باسم المتعة في عرفنا بواسطة فسخ الحج إلى عمرة. ويدل على اعتراف عمر به عنه ﷺ ما في البخاري عن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ بوادي العقيق يقول «أتاني الليلة آت من ربي عز وجل فقال صلّ

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٩ ومسلم ١٢٢٣ كلاهما عن ابن المسيب به والسياق الأول لمسلم والثاني للبخاري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٩١ ومسلم ١٢٢٧ عن ابن عمر بأتم منه وتقدم قبل قليل.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٤٠ و١٧٠٨ ومسلم ١٢٣٠ من وجوه ح١٨١ كلاهما عن ابن عمر وليس فيه لفظ «قرن» وإنما «جمع بين حجته وعمرته».
ورواية «قد أوجبت حجة مع عمرة».

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٧١ و٤٥١٨ باختصار ومسلم ١٢٢٦ من وجوه اللفظ له والنسائي ٥/ ١٤٩ والدارمي ٢/ ٣٥ وابن ماجه ٢٩٧٧ وأحمد ٤/ ٢٢٨ والطيالسي ٨٢٧ وابن حبان ٣٩٣٧ و٣٩٣٨ والبيهقي ٥/ ٢٠ كلهم من حديث مطرّف بن عبد الله عن عمران.

(٥) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٩٢ من حديث مجاهد عن ابن عمر بهذا اللفظ وإسناده حسن رجاله ثقات لكن هو في البخاري ١٧٧٦.
قال ابن عمر: اعتمر رسول الله ﷺ أربع عمرات إحداهنّ في رجب...

(٦) تقدم هذا الأثر قبل ثمانية أحاديث.

ولأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً»

في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل عمرة في حجة»[1] ولا بد له من امتثال ما أمر به في منامه الذي هو وحي وما في إلى داود والنسائي عن منصور وابن ماجه عن الأعمش كلاهما عن أبي وائل عن الصبي بن معبر التغلبي. قال: أهللت بهما معاً، فقال عمر: هديت لسنة نبيك محمد ﷺ[1]. وروي من طرق أخرى وصححه الدارقطني قال: وأصحه إسناد حديث منصور والأعمش عن أبي وائل عن الصبي عن عمر. وأما الثاني ففي الصحيحين عن بكر بن عبد الله المزني عن أنس قال «سمعت رسول الله ﷺ يلبي بالحج والعمرة جميعاً، قال بكر فحدثت ابن عمر فقال لبى بالحج وحده، فلقيت أنساً فحدثته بقول ابن عمر فقال أنس رضي الله عنه: ما تعدونا إلا صبياناً، سمعت النبي ﷺ يقول: لبيك حجاً وعمرة»[3] وقول ابن الجوزي إن أنساً كان إذ ذاك صبياً لقصد تقديم رواية ابن عمر عليه غلط، بل كان سن أنس في حجة الوداع عشرين سنة أو إحدى وعشرين أو اثنتين وعشرين سنة أو ثلاثاً وعشرين سنة، وذلك أنه اختلف في أنه توفي سنة تسعين من الهجرة أو إحدى وتسعين أو اثنتين وتسعين أو ثلاث وتسعين، ذكر ذلك الذهبي في كتاب العبر، وقدم النبي ﷺ المدينة وسنة عشر سنين فكيف يسوغ الحكم عليه بسن الصبا إذ ذاك مع أنه إنما بين ابن عمر وأنس في السن سنة واحدة أو سنة وبعض سنة. ثم إن رواية ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام الإفراد معارضة بروايته عنه التمتع كما أسمعناك وعلمت أن مراده بالتمتع القران كما حققته، وثبت عن ابن عمر فعله ونسبته إلى رسول الله ﷺ كما ذكرناه آنفاً، ولم يختلف على أنس أحد من الرواة في أنه عليه الصلاة والسلام كان رسول الله ﷺ كما ذكرناه آنفاً، ولم يختلف على أنس أحد من الرواة في أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً، قالوا: اتفق على أنس ستة عشر راوياً أنه عليه الصلاة والسلام قرن مع زيادة ملازمته لرسول الله ﷺ لأنه كان خادمه لا يفارقه، حتى إن في بعض طرقه «كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله ﷺ وهي تقصع بجرّتها ولعابها يسيل على يديّ وهو يقول: لبيك بحجة وعمرة معاً»[4] وفي صحيح مسلم عن عبد العزيز وحميد ويحيى بن أبي إسحاق أنهم سمعوا أنساً يقول «سمعت رسول الله ﷺ أهلّ بهما لبيك عمرة وحجاً»[5] وروى أبو يوسف عن يحيى بن سعيد الأنصار عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لبيك بحجة وعمرة معاً» وروى النسائي من حديث أبي أسماء عن أنس «أن النبي ﷺ

الكمال والأخذ بصفة الكمال أولى (ولنا) ما روى الطحاوي في شرحه للآثار أنه ﷺ قال: («يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً» ولأن في القران جمعاً بين العبادتين) وذلك أفضل كما إذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله لحماية

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٣٤ و١٥٣٥ و٢٣٣٦ و٢٣٣٧ و٧٣٤٣ و٧٣٤٥ ومسلم ١٣٤٦ وأبو داود ١٨٠٠ وابن ماجه ٢٩٧٦ وابن خزيمة ٢/ ١٤٦ وأحمد ١/ ٢٤ والحميدي ١٩ والبغوي ١٨٨٣ والبيهقي ٥/ ١٤ وكذا ابن حبان ٣٧٩٠ كلهم من حديث عمر بن الخطاب.

(٢) جيد، أخرجه أبو داود ١٧٩٨، ١٧٩٩ والنسائي ٥/ ١٤٦ . ١٤٧ . ١٤٨ وابن ماجه ٢٩٧٠ وأحمد ١/ ١٤ . ٣٤ . ٣٧ . ٥٣ وابن خزيمة ٣٠٦٩ وابن حبان ٣٩١٠ و٣٩١١ والبيهقي ٤/ ٣٥٢ . ٣٥٤ من طرق عن شقيق بن سلمة عن الصَّبيّ بن معبد عن عمر وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم سوى الصُّبيّ وقال عنه في التقريب: ثقة مخضرم.
روى له أبو داود والنسائي وابن ماجه اهـ وصححه الدارقطني.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٣٢ والنسائي ٥/ ١٥٠ وأحمد ٣/ ٩٩ . ١٠٠ وابن حبان ٣٩٣٣ وابن الجارود ٤٣١ والبيهقي ٥/ ٩ . ٤٠ كلهم عن أنس به ولم أره في البخاري.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٥١ وأبو داود ١٧٩٥ والترمذي ٨٢١ والنسائي ٥/ ١٥٠ وابن ماجه ٢٩٦٩ و٢٩١٧ والطيالسي ٢١٢١ وأحمد ٣/ ٢٨٢ . ٢٨٠ وابن الجارود ٤٣٠ وابن حبان ٣٩٣٠ و٣٩٣١ و٣٩٣٢ والحاكم ١/ ٤٧٢ والبيهقي ٥/ ٢٩ والبغوي ١٨٨١ و١٨٨٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أنس بألفاظ متقاربة.

(٥) هذا اللفظ في رواية عند مسلم ١٢٥١ وتقدم في الذي قبله.

ولأن فيه جمعاً بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل. والتلبية غير

أهل بالحج والعمرة حين صلى الظهر»[١] وروى البزار من حديث زيد بن أسلم مولى عمر بن الخطاب عن أنس مثله. وذكر وكيع: حدثنا مصعب بن سليم قال: سمعت أنساً مثله قال: وحدثنا ثابت البناني عن أنس مثله. وفي صحيح البخاري عن قتادة عن أنس «اعتمر رسول الله ﷺ أربع عمر» فذكرها وقال «عمرة مع حجة»[٢] وذكر عبد الرزاق: حدثنا معمر عن أيوب عن أبي قلابة وحميد بن هلال عن أنس مثله، فهؤلاء جماعة ممن ذكرنا فلم تبق شبهة من جهة النظر في تقديم القران. وفي أبي داود عن البراء بن عازب قال «كنت مع عليّ رضي الله عنه حين أمره رسول الله ﷺ على اليمن» الحديث، إلى أن قال فيه: قال: فأتيت النبي ﷺ، يعني علياً فقال لي: كيف صنعت؟ قلت: أهللت بإهلال النبي ﷺ، قال: فإني سقت الهدي وقرنت»[٣] وذكر الحديث. وروى الإمام أحمد من حديث سراقة بإسناد كله ثقات قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول«دخلت العمرة في الحج يوم القيامة» قال: وقرن رسول الله ﷺ في حجة الوداع[٤]. وروى النسائي عن مروان بن الحكم: كنت جالساً عند عثمان فسمع علياً يلبي بحج وعمرة فقال: ألم تكن تنهي عن هذا؟ بلى، ولكنني سمعت رسول الله ﷺ يلبي بهما جميعاً فلم أدع فعل رسول الله ﷺ لقولك[٥]. وهذا ما وعدناك من الصريح عن عليّ رضي الله عنه. وروى أحمد من حديث أبي طلحة الأنصاري «أن رسول الله ﷺ جمع بين الحج والعمرة»[٦] ورواه ابن ماجه بسند فيه الحجاج بن أرطاة، وفيه مقال، ولا ينزل حديثه عن الحسن ما لم يخالف أو ينفرد. قال سفيان الثوري: ما بقي على وجه الأرض أحد أعرف بما يخرج من رأسه منه وعيب عليه التدليس وقال: من سلم منه. وقال أحمد: كان من الحفاظ. وقال ابن معين، ليس بالقوي وهو صدوق يدلس. وقال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب في حفظه، وهذه العبارات لا توجب طرح حديثه. وروى أحمد من حديث الهرماس بن زياد الباهلي «أن رسول الله ﷺ قرن في حجة الوداع بين الحج والعمرة»[٧] وروى البزار بإسناد صحيح إلى ابن أبي أوفى قال: إنما جمع رسول الله ﷺ بين الحج والعمرة لأنه علم أن لا يحج

الغزاة بالليل والصلاة فيه. وقوله: (والتلبية غير محصورة) جواب عن قوله ولأن فيه زيادة التلبية، وتقريره أن المفرد كما يكرر

---

(١) صحيح. أخرجه النسائي ٥/١٢٧ من حديث أنس وإسناده صحيح على شرط مسلم وله شواهد كثيرة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٧٨ و١٧٧٩ و١٧٨٠ و٣٠٦٦ و٤١٤٨ ومسلم ١٢٥٣ وأبو داود ١٩٩٤ من حديث أنس به.

(٣) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٧٩٧ مطولاً وكذا النسائي ٥/١٤٨ . ١٤٩ كلاهما من حديث البراء.
قال المنذري في مختصره ١٧٣٣: وهذه القصة في حديث جابر الطويل وسيأتي. وهذا الحديث فيه يونس بن أبي إسحق السبيعي احتج به مسلم وتكلم فيه جماعة. وقال أحمد:
حديثه فيه زيادة على حديث الناس. وقال البيهقي: كذا في هذه الرواية «وقرنت» وليس ذلك في حديث جابر وحديث جابر أصح سنداً وأحسن سياقة اهـ.

(٤) صحيح. أخرجه أحمد ٤/١٧٥ من حديث سراقة وإسناده صحيح. وهو عند مسلم ١٢١٨ وأحمد ٣/ ٣٢٠ كلاهما من حديث جابر مطولاً وفيه: فقال سراقة بن مالك فقال: رسول الله ألعامنا هذا أم لأبد فشبّك النبي ﷺ أصابعه واحدة في الأخرى وقال: دخلت العمرة في الحج مرّتين. لا بل لأبد أبد.. الحديث.
هذا سياق مسلم وليس فيه لفظ «وقرن..».

(٥) جيد. أخرجه النسائي ٥/١٤٨ بهذا اللفظ عن مروان بن الحكم ورجاله كلهم ثقات رجال مسلم. وهو عند البخاري ١٥٦٣ عن علي بن حسين عن مروان بنحوه.

(٦) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٩٧١ وأحمد ٤/٢٨ . ٢٩ كلاهما من حديث أبي طلحة الأنصاري ومداره على حجاج بن أرطاة.
قال البوصيري في الزوائد: فيه حجاج مدلس وضعيف وقد عنعنه اهـ. لكن للحديث شواهد تقدمت فهو حسن كما قال ابن الهمام.

(٧) جيد. أخرجه أحمد ٣/ ٤٨٥ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٣/ ٢٣٥ من حديث الهرماس بن زياد. وقال الهيثمي: رجاله ثقات. وهو كما قال رجاله رجال مسلم لكن هو عند أحمد بلفظ: كنت ردف أبي فرأيت رسول الله ﷺ على بعير وهو يقول: لبيك بحجة وعمرة معاً اهـ ليس فيه لفظ «قرن» لكن المعنى واحد.

محصورة والسفر غير مقصود، والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر. والمقصد بما روي نفي قول أهل الجاهلية إن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور. وللقران ذكر في القرآن لأن المراد من قوله تعالى ﴿**وأتموا الحج والعمرة لله**﴾ أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما روينا من قبل. ثم فيه تعجيل الإحرام واستدامة إحرامهما من

بعد عامه ذلك[١]. وروى أحمد من حديث جابر «أن رسول الله ﷺ قرن الحج والعمرة فطاف لهما طوافاً واحداً»[٢] وروي أيضاً من حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أهلوا يا آل محمد بعمرة في حج»[٣] وهو الحديث الذي ذكره المصنف في الكتاب. وفي الصحيحين واللفظ لمسلم عن حفصة «قالت: قلت يا رسول الله ما بال الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك؟ قال: إني قلدت هديي»[٣] الحديث. وهذا يدل على أنه كان في عمرة يمتنع منها التحلل قبل تمام أعمال الحج، ولا يكون ذلك على قول مالك والشافعي إلا للقارن فهذا وجه إلزامي، فإن سوق الهدي عندهما لا يمنع المتمتع عن التحلل، والاستقصاء واسع، وفيما ذكرنا كفاية إن شاء الله تعالى. هذا ومما يمكن الجمع به بين روايات الأفراد والتمتع أن يكون سبب روايات الإفراد سماع من رواه تلبيته عليه الصلاة والسلام بالحج وحده، وأنت تعلم أنه لا مانع من إفراد ذكر نسك في التلبية وعدم ذكر شيء أصلاً وجمعه أخرى مع نية القران فهو نظير سبب الاختلاف في تلبيته عليه الصلاة السلام أكانت دبر الصلاة أو استواء ناقته أو حين علا على البيداء على ما قدمناه في أوائل باب الإحرام. هذا وأما أنه حين قرن طاف طوافين وسعى سعيين فسيأتي الكلام فيه، ولنرجع إلى تقرير الترجيحات المعنوية التي ذكرها المصنف رحمه الله قوله: (**ولأنه**) أي القران (**جمع بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل**) وأنت تعلم أن الجمع بين النسكين في الأداء متعذر، بخلاف الصوم مع الاعتكاف والحراسة مع الصلاة، وإنما الجمع بينهما حقيقة في الإحرام وليس هو من الأركان عندنا بل شرط فلا يتم التشبيه. وأيضاً علمت أن موضع الخلاف ما إذا أتى بالحج والعمرة، لكن أفرد كلاً منهما في سفرة واحدة يكون القران وهو الجمع بين إحراميهما أفضل، فملاقاة التشبيه تكون على تقدير أن الإنسان إذا صام يوماً بلا اعتكاف ثم اعتكف يوماً آخر بلا صوم أو حرس ليلة بلا صلاة وصلى ليلة بلا حراسة يكون الجمع بينهما في يوم وليلة أفضل، وهذا ليس بضروري فيحتاج إلى البيان ولا يكون إلا بسمع لأن تقدير الأثوبة والأفضلية لا يكون إلا به قوله: (**والتلبية الخ**) دفع لترجيح الإفراد بزيادة التلبية والسفر والحلق، فقال: (**التلبية غير محصورة**) يعني لا يلزم زيادتها في الإفراد على القران لأنها غير محصورة، ولا مقدر لكل نسك قدر منها فيجوز زيادة تلبية من قرن على من أفرد كما يجوز قلبه قوله: (**غير مقصود**) إلا للنسك فهو في نفسه غير عبادة

التلبية مرة بعد أخرى، فكذلك القارن فيجوز أن تقع تلبية القارن أكثر من تلبية المفرد. وقوله: (**والسفر غير مقصود**) جواب عن قوله والسفر. ووجهه أن المقصود هو الحج والسفر وسيلة إليه فلا يوجب عدمه نقصاً في الحج، وذلك لأنه يتقدم على الإحرام فعدمه لا يوجب نقصاً فيه. وقوله: (**والحلق خروج عن العبادة**) يعني فلا يؤثر فيها ليترجح به. وقوله: (**والمقصد بما روي**) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «القران رخصة» (**نفي قول أهل الجاهلية: إن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور**) أي من أسوأ السيئات، وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لأن القران عزيمة، وإنما المراد به التوسعة وذلك لأن أشهر

---

(١) حسن. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٣/ ٢٣٦ عن ابن أبي أوفى. وفيه يزيد بن عطاء وثقه أحمد وغيره وفيه كلام.

(٢) حسن أخرجه البزار كما في المجمع ٣/ ٢٢٦ وكذا أخرجه البزار كما في المجمع ٣/ ٢٣٦ من حديث جابر: قدم رسول الله ﷺ فقرن بين الحج والعمرة وساق الهدي... الحديث وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح اهـ.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٦٦ و١٦٩٧ و١٧٢٥ و٤٣٩٨ و٥٩١٦ ومسلم ١٢٢٩ من وجوه وأبو داود ١٨٠٦ والنسائي ٥/ ١٣٦ وابن ماجه ٣٠٤٦ ومالك ١/ ٣٩٤ والشافعي ١/ ٣٧٥ وابن حبان ٣٩٢٥ وأحمد ٦/ ٢٨٣. ٢٨٥ والبيهقي ٥/ ١٢. ١٣. ١٣٤ من طرق عن نافع عن ابن عمر عن حفصة. وعجزه عند البخاري: قال: إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر.

فائدة: قال العلامة ابن القيم في تعليقه على أبي داود ١٧٢٣: من تأمل هذه الأحاديث جزم جزماً لا ريب فيه أن النبي ﷺ أحرم في حجته قارناً ولا تحتمل الأحاديث غير ذلك بوجه من الوجوه أصلاً قال الإمام أحمد: لا أشك أن النبي ﷺ كان قارناً اهـ باختصار.

الميقات إلى أن يفرغ منهما، ولا كذلك التمتع فكان القران أولى منه. وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين، وعنده طوافاً واحداً وسعياً واحداً. قال: **(وصفة القران أن يهلّ بالعمرة والحج معاً من الميقات ويقول عقيب الصلاة: اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني)** لأن القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء إذا جمعت بينهما، وكذا إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط لأن الجمع قد تحقق إذ الأكثر منها قائم، ومتى عزم على أدائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه ولذلك يقول: لبيك بعمرة وحجة معاً لأنه يبدأ بأفعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها، وإن أخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لأن الواو للجمع، ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية أجزأه اعتباراً بالصلاة **(فإذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة أشواط يرمل في الثلاث الأول منها، ويسعى بعدها بين الصفا والمروة، وهذه أفعال العمرة، ثم يبدأ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط ويسعى بعده كما بينا في**

وإن كان قد يصير عبادة بنية النسك به فلا يبعد أن يعتبر نفس النسك الذي هو أقل سفراً أفضل من الأكثر سفراً لخصوصية فيه اعتبرها الشارع، فإن ظهرنا عليها وإلا حكمنا بالأفضلية تعبداً، وقد علمنا الأفضلية بالعلم بأنه قرن لظهور أنه لم يكن ليعبد الله تعالى هذه العبادة الواجبة التي لم تقع له في عمره إلا مرة واحدة إلا على أكمل وجه فيها **(والحلق خروج عن العبادة)** فلا يوجب زيادته بالتكرر زيادة أفضلية ما لم يتكرر فيه كما قلنا فيما قبله **(والمقصد بما روي)** أي بالرخصة فيما روى القران رخصة لو صح **(نفي قول أهل الجاهلية: العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور)** فكان تجويز الشرع إياها في أشهر الحج حتى لا يحتاج إلى وقت آخر البتة رخصة إسقاط فكان أفضل، فإن رخصة الإسقاط هي العزيمة في هذه الشريعة حيث كانت نسخاً للشرع المطلوب رفضه، وأقل ما في الباب أن يكون أفضل لأن في فعله بعد تقرر الشرع المطلوب إظهاره ورفض المطلوب رفضه. وهو أقوى في الإذعان والقبول من

الحج قبل الإسلام كانت للحج، فأدخل الله تعالى العمرة في أشهر الحج إسقاطاً للسفر الجديد عن الغرباء، فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة. ويجوز أن يراد بها المصطلح ويكون رخصة إسقاط كشطر الصلاة في السفر، والرخصة في مثله عزيمة عندنا. وقوله: **(وللقران ذكر في القرآن)** جواب عن قول مالك **(لأن المراد بقوله تعالى ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما روينا من قبل)** يعني في فصل المواقيت. وقوله: **(ثم فيه)** أي في القران شروع في الترجيح بعد تمام الجواب. فإن قيل: المأمور بالحج إذا قرن يصير مخالفاً، ولو كان القران أفضل لما كان مخالفاً، لأنه أتى بالمأمور به مع زيادة، أجيب بأنه مأمور بصرف النفقة إلى عبادة تقع للآمر على الخلوص وهي إفراد الحج له وقد صرفها إلى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفاً. ولقائل أن يقول هل دخل في المأمور به نقص بالقران أو لا؟ فإن كان الأول فليس القران أفضل، وإن كان الثاني فلا يكون مخالفاً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه دخل نقص، والقران الأفضل الذي كان العبادتان فيه لشخص واحد لأن فيه الجمع بين النسكين حقيقة. وقوله: **(وقيل الاختلاف بيننا)** يعني أن النزاع لفظي. قال: **(وصفة القران أن يهلّ بالعمرة والحج معاً من الميقات)** كلامه واضح. وقوله: **(وكذا إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط)** يعني يكون قارناً في هذه الصورة أيضاً لوجود الجمع بين الحج والعمرة، وصورته أن يحرم بعمرة فيطوف لها أقل من أربعة أشواط ثم أحرم بحجة، ولو طاف لها أربعة لا يصير قارناً بالإجماع. وقوله: **(وإن أخر ذلك)**

قوله: **(ويكون رخصة إسقاط الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لو حمل على رخصة الإسقاط لزم أن لا يثاب المفرد، إذ لا تبقى العزيمة مشروعة إذا كانت الرخصة للإسقاط كما فيما ذكره من قصر الصلاة فليتأمل، فإن لك أن تقول: نعم لم تبق مشروعة في حق القارن كالتعيين في السلم، وتفصيله في الأصول قوله: **(شروع في الترجيح)** أقول: أي ترجيح القران على التمتع قوله: **(بعد تمام الجواب)** أقول: أي الجواب عن مالك قوله: **(فإن قيل المأمور بالحج الخ)** أقول: معارضة لدليل أفضلية القران. قوله: **(وإن كان الثاني لا يكون مخالفاً)** أقول: لا نسلم ذلك فإنه مأمور بصرف النفقة إلى عبادة تقع للآمر خاصة ولم يفعل المأمور فصار مخالفاً تأمل قوله: **(يعني أن النزاع لفظي)** أقول: مبني على نزاع معنوي قوله: **(لأن الله تعالى قدم ذكرها)** أقول: ولكن قدم ذكر الحج في القرآن وهو قوله تعالى **﴿وأتموا الحج والعمرة﴾**.

المفرد) ويقدم أفعال العمرة لقوله تعالى ﴿**فمن تمتع بالعمرة إلى الحج**﴾ والقران في معنى المتعة. ولا يحلق بين العمرة والحج لأن ذلك جناية على إحرام الحج، وإنما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد، ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا. وقال الشافعي رحمه الله: يطوف طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً لقوله عليه الصلاة والسلام «دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة» ولأن مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الأركان. ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له

مجرد اعتقاد حقيته وعدم فعله، وهذا من الخصوصيات، وكثير في هذا الشرح من فضل الله تعالى مثله إذا تتبع، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم قوله: **(وللقران ذكر في القرآن)** جواب عن قول مالك للتمتع ذكر في القرآن ولا ذكر للقران فيه فقال بل فيه وهو قوله تعالى ﴿**وأتموا الحج والعمرة لله**﴾ على ما روينا من قول ابن مسعود رضي الله عنه: إتمامها أن تحرم بهما من دويرة أهلك وعلى ما قدمناه من الخلافية نفس ذكر التمتع ذكر القران لأنه نوع منه فذكره ذكر كل من أنواعه ضمناً، وقول تعالى ﴿**فمن تمتع بالعمرة إلى الحج**﴾ على هذا معناه من ترفق بالعمرة في وقت الحج ترفقاً غايته الحج، وسماه تمتعاً لما قلنا إنها كانت ممنوعة عند الجاهلية في أشهر الحج تعظيماً للحج بأن لا يشرك معه في وقته شيء، فلما أباحها العزيز جل جلاله فيه كان توسعة وتيسيراً لما فيه من إسقاط مؤنة سفر آخر أو صبر إلى أن ينقضي وقت الحج فكان الآتي به متمتعاً بنعمة الترفق بهما في وقت أحدهما قوله: **(وعنده طوافاً واحداً الخ)** فلما كان في الجمع بينهما نقصان أفعال بالنسبة إلى إفراد كل منهما كان إفراد كل منهما أولى من الجمع قوله: **(عقيب الصلاة)** أي سنة الإحرام على ما قدمناه قوله: **(والقران في معنى التمتع)** وعلى ما قلناه في قوله تعالى ﴿**فمن تمتع بالعمرة إلىٰ الحج**﴾ يفيد تقديم العمرة في القران بنظم الآية لا بالإلحاق قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «دخلت العمرة في الجمع إلىٰ يوم القيامة»)**[(١)] تقدم غير مرة، وتقدم من حديث ابن عمر الثابت في الصحيحين «أنه قرن فطاف طوافاً واحداً لهما ثم قال هكذا فعله رسول الله ﷺ»[(٢)] أجاب في المصنف بقوله: ولنا أنه لما طاف صبيّ ابن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه: هديت لسنة نبيك[(٣)]. ثم حمل الدخول على الدخول في الوقت، وذلك أن ظاهره غير مراد اتفاقاً، وإلا كان دخولها في الحج غير متوقف على نية القران بل كل من حج يكون قد حكم بأن حجة تضمن عمرة وليس كذلك اتفاقاً. بقي أن يراد الدخول وقتاً أو تداخل الأفعال بشرط نية

أي ذكر العمرة **(في الدعاء والتلبية)** بأن يقول، اللهم إني أريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة **(لا بأس بذلك لأن الواو للجمع)** ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعاً أولى لأن الله تعالى قدّم ذكرها في قوله ﴿**فمن تمتع بالعمرة إلى الحج**﴾ وكلمة إلى للغاية **(ولأنه يبدأ بأفعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها)** وقوله: **(اعتباراً بالصلاة)** يعني أن الذكر باللسان لم يكن شرطاً فيها وإنما الشرط أن يعلم بقلبه أيّ صلاة هي فكذلك هذا. وقوله: **(فإذا دخل)** يعني القارن بيان لكيفية العمل. وقوله: **(والقران في معنى المتعة)** يعني أن النص ورد بتقديم أفعال العمرة على أفعال الحج في التمتع والقران في معناه لأن في كل منهما جمعاً بين النسكين في سفر فيكون وارداً فيه أيضاً دلالة. وقوله: **(عندنا)** احتراز عن مذهب الشافعي فإنه يتحلل عنده بالذبح. وقيل ليس هذا بمشهور عن الشافعي وإنما المشهور عنه أنه يتحلل برمي جمرة العقبة. وقوله: **(ثم هذا مذهبنا)** أي إتيان القارن بأفعال العمرة وأفعال الحج جميعاً هو مذهبنا وقال الشافعي: **(يطوف طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً لقوله عليه الصلاة**

قال المصنف: **(لأن ذلك جناية على إحرام الحج)** أقول: وهذا يوهم أنه لا يكون جناية على إحرام العمرة، وليس كذلك لأنه لا يتحلل إلا بالحلق بعد الذبح، كالمتمتع الذي يسوق الهدي ولهذا يجب عليه دمان. ذكره محمد في المنتقى، وتمام التفصيل في شرح الكنز للعلامة الزيلعي.

---

(١) هو بعض حديث جابر الطويل أخرجه برقم ١٢١٨ وورد من حديث سراقة بن مالك وقد تقدما.
(٢) متفق عليه قد تقدم قبل قليل.
(٣) رواه أصحاب السنن سوى الترمذي وتقدم.

عمر رضي الله تعالى عنه: هديت لسنة لبيك، ولأن القران ضم عبادة إلى عبادة وذلك إنما يتحقق بأداء عمل كل واحد على الكمال، ولأنه لا تداخل في العبادات. والسفر للتوسل، والتلبية للتحريم، والحلق للتحلل، فليست هذه

القران والدخول وقتاً ثابت اتفاقاً وهو محتمله وهو متروك الظهر فوجب الحمل عليه، بخلاف المحتمل الآخر لأنه مختلف فيه ومخالف للمعهود المستقرّ شرعاً في الجمع بين عبادتين وهو كونه بفعل أفعال كل منهما، ألا ترى أن شفعي التطوع لا يتداخلان إذا أحرم لهما بتحريمه واحدة؟ وأنت خبير بأن هذا الجواب متوقف على صحة حديث صبي ابن معبد على النص الذي ذكره المصنف، والذي قدمناه من تصحيحه في أدلة القران إنما نصه عن الصبي قال: أهللت بهما معاً، فقال عمر رضي الله عنه: هديت لسنة نبيك، وفي رواية أبي داود والنسائي عن الصبي ابن معبد قال: كنت رجلاً أعرابياً نصرانياً فأسلمت، فأتيت رجلاً من عشيرتي يقال له هذيم بن ثرملة فقلت: يا هناه إني حريص على الجهاد وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبتين عليّ فكيف لي بأني أجمع بينهما؟ فقال لي: اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدي، فأهللت فلما أتيت العذيب لقيني سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهلّ بهما معاً، فقال أحدهما للآخر: ما هذا بأفقه من بعيره، قال: فكأنما ألقي عليّ جبل حتى أتيت عمر بن الخطاب فقلت: يا أمير المؤمنين إني كنت رجلاً أعرابياً نصرانياً وإني أسلمت وإني حريص على الجهاد، وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبتين عليّ، فأتيت رجلاً من قومي فقال لي اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدي، وإني أهللت بهما جميعاً، فقال عمر رضي الله عنه: هديت لسنة نبيك ﷺ[1] اهـ. وليس فيه أنه قال له ذلك عقيب طوافه وسعيه مرتين. لا جرم أن صاحب المذهب رواه على النص الذي هو حجة، وإنما قصره المصنف. وذلك أن أبا حنيفة رضي الله عنه روى عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن الصبي ابن معبد قال: أقبلت من الجزيرة حاجاً قارناً فمررت بسلمان ابن ربيعة وزيد بن صوحان وهما منيخان بالعذيب، فسمعاني أقول: لبيك بحجة وعمرة معاً، فقال أحدهما: هذا أضل من بعيره، وقال الآخر: هذا أضل من كذا وكذا، فمضيت حتى إذا قضيت نسكي مررت بأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، فساقه إلى أن قال فيه: قال يعني عمر له: فصنعت ماذا؟ قال: مضيت فطفت طوافاً لعمرتي وسعيت سعياً لعمرتي ثم عدت ففعلت مثل ذلك لحجي، ثم بقيت حراماً ما أقمنا أصنع كما يصنع الحاج حتى قضيت آخر نسكي، قال: هديت لسنة نبيك ﷺ. وأعاده، وفيه: كنت حديث عهد بنصرانية فأسلمت فقدمت الكوفة أريد الحج، فوجدت سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان يريدان الحج، وذلك في زمان عمر بن الخطاب، فأهلّ سلمان وزيد بالحج وحده وأهلّ الصبي بالحج والعمرة فقالا: ويحك تمتع وقد نهى عمر عن المتعة، والله لأنت أضل من بعيرك[2] فساقه، وفيه ما قدمنا أن التمتع في عرف الصدر الأول وتابعيهم يعم القران والتمتع بالعرف الواقع الآن.

والسلام «دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة» فيكتفي بأفعال الحج عن أفعال العمرة وإلا لا تكون العمرة داخلة (**ولأن مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد**) وهذا بناء على أن الإحرام عنده من أركان الحج والركنان من عبادتين لا يتصور تأديهما في وقت واحد في حالة واحدة، وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل، فكما وجد التداخل في الإحرام يجب أن يكون في الطواف والسعي أيضاً موجوداً دفعاً للتحكم، وعلى هذا التقرير يكون معنى قوله فكذلك في الأركان: أي في بقية الأركان. وقوله: (**ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد**) ظاهر. وقوله: (**ولأنه لا تداخل في العبادات**) منقوض بسجدة التلاوة فإنها عبادة وفيها التداخل. وأجيب بأن المراد العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك، وبأن التداخل فيها لدفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج، لأنه ليس في معناها في وجود الحرج. وقوله: (**والسفر للتوسل**) جواب عن قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة الخ. لا يقال: قوله والسفر للتوسل والتلبية للتحرّم

---

(١) تقدم كالذي قبله. وهو موقوف له حكم الرفع.
(٢) رواه أبو حنيفة في مسنده ص ٩٢ . ٩٣ . ٩٤ من طرق عدة وبألفاظ مختلفة. وتقدم رواية أصحاب السنن.

الأشياء بمقاصد، بخلاف الأركان، ألا ترى أن شفعي التطوّع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج. قال: **(فإن طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه)** لأنه أتى بما هو المستحق عليه وقد أساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء. أما عندهما فظاهر لأن

وأيضاً المعارضة بين أقوال الصحابة ورواياتهم عنه عليه الصلاة والسلام الاكتفاء بطواف واحد وسعي واحد ثابتة، فتقدم عن ابن عمر رضي الله عنه فعلاً ورواية الاكتفاء بواحد وكذا من غيره. وصح عن غير واحد عدمه، فمن ذلك عن عليّ رضي الله عنه: أخرج النسائي في سننه الكبرى عن حماد بن عبد الرحمن الأنصاري عن إبراهيم بن محمد ابن الحنفية قال: «طفت مع أبي وقد جمع الحج والعمرة، فطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين، وحدثني أن علياً رضي الله عنه فعل ذلك، وحدّثه أن رسول الله ﷺ فعل ذلك»[1]. وحماد هذا إن ضعفه الأزدي فقد ذكره ابن حبان في الثقات فلا ينزل حديثه عن الحسن. وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة رضي الله عنه، حدثنا منصور بن المعتمر عن إبراهيم النخعي عن أبي نصر السلمي عن عليّ رضي الله عنه قال: إذا أهللت بالحج والعمرة فطف لهما طوافين واسع لهما سعيين بالصفا والمروة، قال منصور. فلقيت مجاهداً وهو يفتي بطواف واحد لمن قرن، فحدثته بهذا الحديث فقال: لو كنت سمعته لم أفت إلا بطوافين، وأما بعده فلا أفتي إلا بهما. ولا شبه في هذا السند مع أنه روي عن عليّ رضي الله عنه بطرق كثيرة مضعفة ترتقي إلى الحسن، غير أنا تركناها واقتصرنا على ما هو الحجة بنفسه بلا ضم. ورواه الشافعي رحمه الله بسند فيه مجهول وقال: معناه أنه يطوف بالبيت حين يقدم ويالصفا وبالمروة ثم يطوف بالبيت للزيارة اهـ. وهو صريح في مخالفة النص عن عليّ رضي الله عنه. وقول ابن المنذر: لو كان ثابتاً عن عليّ رضي الله عنه كان قول رسول الله ﷺ أولى «من أحرم بالحج والعمرة أجزأه عنهما طواف واحد وسعي واحد»[1] مدفوع بأن علياً رضي الله عنه رفعه إلى رسول الله ﷺ كما أسمعناك فوقعت المعارضة، فكانت هذه الرواية أقيس بأصول الشرع فرجحت وثبت عن عمران بن الحصين أيضاً رفعه. وهو ما أخرج الدارقطني عن محمد بن يحيى الأزدي: حدثنا عبد الله بن داود عن شعبة عن حميد بن هلال عن مطرف عن عمران بن حصين «أن النبي ﷺ طاف طوافين وسعى سعيين»[2]، ومحمد بن يحيى هذا قال الدارقطني ثقة، وذكره ابن حبان في كتاب الثقات، غير أن الدارقطني نسب إليه في خصوص هذا الحديث الوهم فقال: يقال إن يحيى حدّث به من حفظه فوهم. والصواب بهذا الإسناد أنه ﷺ قرن الحج والعمرة، وليس فيه ذكر الطواف ولا السعي. ويقال: إنه رجع عن ذكر الطواف والسعي وحدّث به على الصواب، ثم أسند عنه به أنه عليه الصلاة والسلام قرن.

والحلق للتحلل وقع تكراراً في دليل الخصم وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في أول الباب مرة لأنه ذكر هناك باعتبار كون الإفراد

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي في الكبرى في مسند علي كما في نصب الراية ٣/ ١١٠ عن إبراهيم بن محمد ابن الحنيفة به. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: حماد هذا ضعفه الأزدي وذكره ابن حبان في الثقات وقال بعض الحفاظ هو مجهول والحديث من أجله لا يصح اهـ. والمراد بحماد هو ابن عبد الرحمن الأنصاري وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٣ والبيهقي ٥/ ١٠٧ من وجه آخر عن علي به. وقال الدارقطني: الحسن بن عمارة متروك. وكرره من طريق آخر أعله بابن أبي ليلى وأنه رديء الحفظ.

وكذا أعله بحفص بن أبي داود. وكرره من وجه ثالث وأعله بعيسى بن عبد الله الهاشمي وقال: هو متروك. ونقله البيهقي عنه ووافقه.

وجاء في الدراية ٢/ ٣٥: ما رواه الدارقطني في الحسن بن عمارة وهو متروك. والوارد عن ابن مسعود مرفوعاً. أيضاً فيه الحسن بن عمارة متروك وكذا عمرو وبن يزيد اهـ. والراجح وقفه على علي بل أعل ابن المنذر الموقوف أيضاً كما في نصب الراية ٣/ ١١٠. والله أعلم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٩٤٨ ·ابن ماجه ٢٩٧٥ والدارمي ١٧٨٨ والبيهقي ٥/ ١٠٧ كلهم من حديث ابن عمر. وقال الترمذي حسن صحيح غريب رواه غير واحد عن عبيدالله بن عمر فلم يرفعوه.

لكن له شواهد ففي مسلم ١٢١١ عن عائشة: أن النبي ﷺ لما قرنت بين الحج والعمرة. قال لها: يسعك طوافك لحجك وعمرتك.

وأخرجه البخاري ١٥٥٦ ومسلم ١٢١١ عن عائشة قالت: فأما الذين كانوا جمعوا بين الحج والعمرة فإنما طافوا لهما طوافاً واحداً.

التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما. وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه أولى. والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف. قال: **(وإذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران)** لأنه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها، والهدي من الإبل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه إن شاء الله تعالى، وأراد بالبدنة ههنا البعير وإن كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا، وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة **(فإذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج آخرها يوم عرفة، وسبعة أيام إذا رجع إلى أهله)** لقوله تعالى **﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة**

قال: وقد خالفه غيره فلم يذكروا فيه الطواف. ثم أسند إلى عبد الله بن داود وبذلك الإسناد أيضاً أنه قرن اهـ. وحاصل ما ذكر أنه ثقة ثبت عنه أنه ذكر زيادة على غيره، والزيادة من الثقة مقبولة. وما أسند إليه غاية ما فيه أنه اقتصر مرة على بعض الحديث وهذا لا يستلزم رجوعه واعترافه بالخطإ، فكثيراً يقع مثل هذا. وثبت عن ابن مسعود رضي الله عنه مثل ذلك أيضاً. قال ابن أبي شيبة: حدثنا هشيم عن منصور بن زاذان عن الحكم عن زياد بن مالك أن علياً وابن مسعود رضي الله عنهما قالا في القران: يطوف طوافين ويسعى سعيين[1]، فهؤلاء أكابر الصحابة وعليّ وابن مسعود وعمران بن الحصين رضي الله عنهم. فإن عارض ما ذهبوا إليه رواية ومذهباً رواية غيرهم ومذهبه كان قولهم وروايتهم مقدمة مع ما يساعد قولهم وروايتهم مما استقر في الشرع من ضم عبادة إلى أخرى أنه بفعل أركان كل منهما، والله تعالى أعلم بحقيقة الحال قوله: **(فإن طاف طوافين وسعى سعيين)** أي والى بين الأسبوعين للحج والعمرة وبين سعيين لهما قوله: **(لأنه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها)** فيلحق بها فيه دلالة لأن وجوبه في المتعة لشكر نعمة إطلاق الترفق بهما في وقت الحج بشرطه على ما نذكر، وعلى ما هو الحق مما قررناه إيجاب الهدي بالنص في المتعة إيجاب في القران وغيره، وهو المسمى بالمتعة عرفاً، ويجب الدم بعد الرمي قبل الحلق، فإن حلق قبله لزمه دم عند أبي حنيفة رحمه الله قوله: **(فإن لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام الخ)** شرط إجزائه وجود الإحرام بالعمرة في أشهر الحج وإن كان في شوّال، وكلما أخرها إلى آخر وقتها فهو أفضل لرجاء أن يدرك الهدي، ولذا كان الأفضل أن يجعلها السابع من ذي الحجة ويوم التروية ويوم عرفة. وأما صوم السبعة فلا يجوز تقديمه على الرجوع عن منى بعد إتمام أعمال الواجبات لأنه معلق بالرجوع، قال تعالى **﴿وسبعة إذا رجعتم﴾** والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده، فتقديمه عليه تقديم على وقته، بخلاف صوم الثلاثة فإنه تعالى أمر به في الحج، قال تعالى **﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾** والمراد وقته لاستحالة كون أعماله ظرفاً له، فإذا صام بعد الإحرام بالعمرة في أشهر الحج فقد صام في وقته فيجوز، فإن قدر على الهدي في خلال الثلاثة أو بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدي

أفضل، وههنا باعتبار إفراد الطواف والسعي فيحتاج إلى الجواب عنه بالاعتبارين، ومثله من التكرار ليس بمنكر. وقوله: **(ومعنى ما رواه)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «دخلت العمرة في الحج» **(دخل وقت العمرة)** لما ذكرنا أنهم كانوا يجعلون أشهر الحج قبل الإسلام للحج فأدخل الله وقت العمرة في وقت الحج إسقاطاً للسفر الجديد عن الغرباء توسعة. وقوله: **(وإن طاف طوافين)** ظاهر. وقوله: **(والسعي بتأخيره)** يعني أن تأخير سعي العمرة **(بالاشتغال بعمل آخر)** كالأكل والنوم، وإن كان يوماً **(لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بطواف التحية)** قال: **(وإذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران لأنه في معنى المتعة لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها)** بقوله تعالى **﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما**

قوله: **(لأنه ذكر هناك الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال قوله والسفر الخ قال المصنف: **(ومعنى ما رواه دخل وقت العمرةق)** أقول: لا حاجة إلى تقدير الوقت هنا قال المصنف: **(وتقديم طواف التحية عليه)** أقول: قال الإتقاني: ينبغي أن يكون المراد به طواف الزيارة، والتفصيل في شرحه فراجعه متأملاً قوله: **(على كل واحد من معنييه)** أقول: كلمة كل ليست في موضعها، ثم الظاهر أن البدنة مشتركة بينهما اشتراكاً معنوياً فلا يكون واحد منهما معنى له قوله: **(ولكن ثبت جواز سبع البدنة أو البقرة بحديث جابر الخ)** أقول: فتكون السنة

إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾ فالنص وإن ورد في التمتع فالقران مثله لأنه مرتفق بأداء النسكين. والمراد بالحج والله أعلم وقته لأن نفسه لا يصلح ظرفاً، إلا أن الأفضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لأن الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره إلى آخر وقته رجاء أن يقدر على الأصل **(وإن صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز)** ومعناه بعد مضي أيام التشريق لأن الصوم فيها منهي عنه. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يجوز لأنه

وسقط الصوم لأنه خلف، وإذا قدر على الأصل قبل تأدي الحكم بالخلف بطل الخلف، وإن قدر عليه بعد الحلق قبل أن يصوم السبعة في أيام الذبح أو بعدها لم يلزمه الهدي لأن التحلل قد حصل بالحلق، فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلف كرؤية المتيمم الماء بعد الصلاة بالتيمم، وكذا لو لم يجد حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدي لأن الذبح مؤقت بأيام النحر، فإذا مضت فقد حصل المقصود وهو إباحة التحلل بلا هدي وكأنه تحلل ثم وجده، ولو صام في وقته مع وجود الهدي ينظر، فإن بقي الهدي إلى يوم النحر لم يجزه للقدرة على الأصل، وإن هلك قبل الذبح جاز للعجز عن الأصل فكان المعتبر وقت التحلل قوله: **(إذ الفراغ سبب الرجوع)** هذا تعيين للعلاقة في إطلاق الرجوع على الفارغ في الآية فذكر المسبب وأريد السبب، وبه صرح الكافي، لكن الشأن في دليل إرادة المجاز. ويمكن أن يكون الإجماع على أنه لو رجع إلى مكة غير قاصد للإقامة بها حتى تحقق رجوعه إلى غير أهله ووطنه ثم بدا له أن يتخذها وطناً كان له أن يصوم بها مع أنه لم يتحقق منه الرجوع إلى وطنه بل إلى غيره، وإنما عرض الاستيطان بعد ذلك القدر من الرجوع ثم لم يتحقق بعد صيرورتها وطناً رجوع ليكون رجوعاً إلى وطنه. وعلى أنه لو لم يتخذ وطناً أصلاً ولم يكن له وطن بل مستمر على السياحة وجب عليه صومها بهذا النص، ولا يتحقق في حقه سوى الرجوع عن الأعمال، فعلم أن المراد به الرجوع عنها. وقول المصنف فيكون أداء بعد السبب فيجوز على هذا معناه بعد سبب الرجوع. وفيه نظر، فإن ترتب الجواز إنما هو على وجود سبب الحكم لا سبب شيء آخر، والحكم هنا وجوب الصوم وجوازه عن الواجب، وسبب الأوّل وهو وجوب الصوم إنما هو التمتع، قال الله تعالى **﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾** أي كاملة في كونها قائمة مقام الهدي عند العجز عنه. والثاني مسبب عن نفس الأداء في وقته بشرطه وهو العجز عن الهدي، لما عرف من أن المأمور إذا أتى به كذلك يثبت له صفة الجواز وانتفاء الكراهة بنفس الإتيان به فلم يكن حاجة إلى ذكره، بل إذا أتى به بعد الفراغ قبل الرجوع فقد أتى به في وقته بالنص فيجوز قوله: **(فيتقيد به)** أي بالنهي المشهور عن صوم هذه الأيام **(النص)** وهو قوله تعالى **﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾** لأن المشهور يتقيد إطلاق الكتاب به فيتقيد وقت الحج المطلق بما لم ينه عنه قوله: **(أو يدخله النقص)** أي يدخل الصوم النقص للنهي عنه فلا يتأدى به الكامل الذي هو مطلوب المطلق، وهذا يرجع إلى الأوّل لأن دخول النقص إنما

استيسر من الهدي﴾ ولهذا عين الذبح ههنا، وقال في المفرد: ثم يذبح إن أحب **(والهدي من الإبل والبقر والغنم على ما يذكره في بابه)** وأراد بالبدنة ههنا البعير، وكأنه جواب عما يقال: أنتم تقولون البدنة تطلق على البعير والبقرة فكيف قال ههنا بدنة أو بقرة؟ وتقريره: نحن لا ننكر جواز إطلاق البدنة على كل واحد من معنييه مفرداً وههنا كذلك. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدي: أي ينقل إلى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك، ولهذا لو قال: إن فعلت كذا فعليّ هدي ففعل كان عليه ما استيسر من الهدي وهو شاة. فالجواب أن القياس ما ذكرتم، ولكن ثبت جواز سبع البدنة أو البقرة بحديث جابر رضي الله عنه قال: اشتركنا حين كنا مع النبي ﷺ في البقرة سبعة، وفي البدنة سبعة، وفي الشاة واحد» وأما في

المشهورة ناسخة للكتاب قوله: **(قلت إطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الأهل)** أقول: في صحة كون ما ذكره قرينة صارفة بحث قال المصنف: **(رجاء أن يقدر على الأصل)** أقول: قوله رجاء بالنصب على أنه مفعول له قال المصنف: **(لأنه معلق بالرجوع)** أقول: ولك أن تقول برجوع المتمتع أو برجوع الناس الأول ممنوع، يظر ذلك من التأمل في النظم. والثاني مسلم، ولا يفيد إذ المعنى وعليه صيام سبعة أيام وقت رجوعكم فإن إذا للتوقيت ووقت الفراغ عن أعمال الحج وقت الرجوع للناس قوله: **(يعني لو لم يقيد به الخ)** أقول: نص

معلق بالرجوع، إلا أن ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع. ولنا أن معناه رجعتم عن الحج: أي فرغتم، إذ الفراغ سبب الرجوع إلى أهله فكان الأداء بعد السبب فيجوز **(فإن فاته الصوم حتى أتى يوم النحر لم يجزه إلا الدم)**

يعرف بالنهي فهو المقيد. وغاية ما هناك أن يكون تقييد النهي بعلة دخول النقص للنهي عنه، فعلى هذا فالأول إبدال «أو» بإذ فيقال فيتقيد به النص إذ يدخله النقص. هذا وأما ما في البخاري عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا «لم يرخص في أيام التشريق أن يضمن[1] إلا لمن لم يجد الهدي[2]». قيل: وهذا شبيه بالمسند. قال الشافعي: وبلغني أن ابن شهاب يرويه عن رسول الله ﷺ مرسلاً. وأخرج البخاري أيضاً من كلام ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: الصوم لمن تمتع بالعمرة إلى الحج إلى يوم عرفة، فإن لم يجد هدياً ولم يصم صام أيام التشريق. فعلى أصلنا لو صح رفعه لم يعارض النهي العام لو وازنه فكيف وذلك أشهر؟ وعلى أصلهم لا يخص ما لم يجزم برفعه وصحته، والمرسل عندهم من قبيل الضعيف لو تحقق، فكيف وإنما ذكره الشافعي بلاغاً وغيره موقوفاً، ولو تم على أصلهم لم يلزمنا اعتباره قوله: **(فقد صار رافضاً لعمرته)** أطلعه فيه، وفي كافي الحاكم قال محمد: لا يصير رافضاً لعمرته حتى يقف بعرفة بعد الزوال اهـ. وهو حق لأن ما قبله ليس وقتا للوقوف فحلوله بها كحلوله بغيرها قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرفضها بمجرد التوجه لأن من خصائص الحج فيرتفض به كما ترتفض الجمعة بعد الظهر بالتوجه إليها عنده، والصحيح ظاهر الرواية. والفرق أن إقامة ما هو من خصوصيات الشيء مقامه إنما هو عند كون ذلك الشيء مطلوباً مأموراً به، وهنا القارن مأمور بضد الوقوف بعرفة قبل أفعال العمرة، فهو مأمور بالرجوع ليرتب الأفعال على الوجه المشروع فلا يقام التوجه مقام نفس الوقوف لأنه على ذلك التقدير احتياطاً لإثبات المنهي عنه، بخلاف الجمعة على ما هو ظاهر من الكتاب، وكذا إذا وقف بعد أن طاف ثلاثة أشواط فإنه يرفض العمرة، ولو كان طاف أربعة أشواط لم يصر رافضاً للعمرة بالوقوف وأتمها يوم النحر وهو

المنذر إذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه، وعلى تقدير التسليم فالفرق أن النذر ينصرف إلى المتعارف كاليمين وبعض الهدي ليس بهدي عرفا **(فإذا لم يجد ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج)** أي في وقته بعد أن أحرم بالعمرة، والأفضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة كما ذكر في الكتاب **(وسبعة إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾ وهذا النص. وإن ورد في التمتع لكن القران في معناه)** كما مرّ غير مرة، والمراد بالرجوع إلى الأهل الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب وهو الرجوع وإرادة السبب وهو الفراغ **(فكان الأداء بعد السبب فيجوز)** ولقائل أن يقول: ذكر المسبب وإرادة السبب لا يصح في المجاز كما عرف في الأصول. والجواب أنه إذا لم يكن مختصاً والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز. فإن قيل: لا مجاز إلا بقرينة فما هي؟ قلت: إطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الأهل، وقوله ثلاثة أيام في الحج فكأنه قال: وسبعة إذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه فيه. قيل وفائدة الفذلكة نفي الإباحة التي تتوهم من كلمة الواو في قوله ﴿وسبعة إذا رجعتم﴾ كما في قولك: جالس الحسن وابن سيرين. وقيل: معناه كاملة في وقوعها بدلا من الهدي، وكلامه واضح. قوله وقال مالك: **(يصوم فيها)** يعني في أيام التشريق دون يوم النحر لأن الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق. وقوله: **(ولنا النهي المشهور)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «إلا لا تصوموا في هذه الأيام» وقد تقدم، وفي التعرض بلفظ المشهور إشارة إلى الجواب عما يقال: النص يدل على مشروعية الصوم في هذه الأيام» بقوله في الحج فلا يجوز تقييده بغير أيام التشريق بالخبر لأنه نسخ للكتاب، وتقرير الجواب أن الخبر مشهور فيجوز التقييد به. وقوله: **(أو يدخله**

الكتاب فلا أقل من أن يورث النقص في صوم هذه الأيام قوله: (وفيه بحث من أوجه: أحدها أن البدل إنما يجب إذا كان الأصل متصوراً وههنا ليس كذلك الخ) أقول: الأصل هو الذبح يوم النحر والبدل بدل عنه، ولا شك في كونه متصوراً ومن أين ثبت وجوب كونه متصوراً في أوقات البدل قوله: **(فكيف يجوز البدل عنه قبله)** أقول: جاز بالنص، فإن قلت: لا يصدق عليه حد البدل. قلت: بل يحكم

وقال الشافعي رحمه الله: يصوم بعد هذه الأيام لأنه صوم موقت فيقضى كصوم رمضان. وقال مالك رحمه الله: يصوم فيها لقوله تعالى **﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾** وهذا وقته. ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الأيام فيتقيد به النص أو يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملاً، ولا يؤدى بعدها لأن الصوم بدل والأبدال لا تنصب إلا شرعاً، والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الأصل. وعن عمر أنه أمر في مثله بذبح الشاة، فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان: دم التمتع، ودم التحلل قبل الهدي **(فإن لم يدخل القارن مكة وتوجه إلى عرفات فقد صار رافضاً لعمرته بالوقوف)** لأنه تعذر عليه أداؤها لأنه يصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج، وذلك خلاف المشروع. ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أيضاً، والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة إذا توجه إليها أن الأمر هنالك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر، والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل أداء العمرة فافترقا. قال: **(وسقط عنه دم القران)** لأنه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق بأداء النسكين **(وعليه دم لرفض العمرة)** بعد الشروع فيها **(وعليه قضاؤها)** لصحة الشروع فيها فأشبه المحصر، والله أعلم.

قارن. وإن لم يطف لعمرته حين قدم مكة بل طاف وسعى ينوي عن حجته ثم وقف بعرفة لم يكن رافضاً لعمرته، وكان طوافه وسعيه لها وهو رجل لم يطف للحج فيرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده، وهذا بناء على ما تقدم من أن المأتي به إذا كان من جنس ما هو متلبس به في وقت يصلح له ينصرف إلى ما هو متلبس به. وعن هذا قولنا: لو طاف وسعى للحج ثم طاف وسعى لعمرة لا شيء عليه، وكان الأول عن العمرة والثاني عن الحج، وهذا كمن سجد في الصلاة بعد الركوع ينوي سجدة تلاوة عليه انصرف إلى سجدة الصلاة، والله سبحانه أعلم.

(النقص) يعني لو لم يقيد به فلا أقل من أن يورث نقصاً، وما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً فلا يتأدى فيها **(ولا يؤدي بعدها)** أي بعد أيام التشريق **(لأن الصوم بدل والأبدال لا تنصب إلا شرعاً)** لأن القياس لا مدخل له في معرفة المماثلة بين إراقة الدم والصوم **(والنص خصه)** بدلاً **(بوقت الحج)** فلا يجوز بعده، وفيه بحث من أوجه: أحدها أن البدل إنما يجب إذا كان الأصل متصوّراً وههنا ليس كذلك، لأنه إن قدر على الهدي لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسألة الغموس. والثاني أن البدل إنما يصار إليه عند العجز عن المبدل، والعجز عنه إنما يتحقق إذا مضى يوم النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله. والثالث أن الدم واجب عليه عندنا إذا فات صوم الثلاثة قبل يوم النحر، وهو غير معقول لأنه فات بنفسه وببدله فكيف يجب بعد ذلك؟ والجواب أن الصوم بدل عن الهدي إذا لم يجده بعد ما أحرم بالعمرة بالنص، وأصل من حيث إنه موقت بوقت

معين، ولو كان بدلاً من كل وجه كان كالمبدل في الإطلاق بعد أيام النحر لأن حكم البدل حكم الأصل في الإطلاق كالتيمم مع الوضوء، فبالنظر إلى أصالته جاز بغير تصوّر الأصل وقبل تحقق تمام العجز عنه، وبالنظر إلى البدلية يلزم الهدي إذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف. وأما وجوب الدم بعد مضي أيام النحر إذا لم يصم الثلاثة فبناء على الاصل. قيل لأن الدم هو الأصل، وليس مقيداً بأيام النحر لقوله تعالى **﴿فما استيسر من الهدي﴾** غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في يوم النحر وفيما بعده. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن ذبح هدي المتعة موقت بأيام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص. ولو لم يكن مقيداً لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك. والثاني أن الدم واجب إذا فاته صوم الثلاثة عن وقته فكيف عبر المصنف عنه بقوله وجواز الدم؟ والجواب عن الأول أن هدي المتعة والقران يختص ذبحه بيوم النحر بدليل يقتضيه على ما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى فلا يجوز قبله. والمراد بالأصل المذكور في الكتاب ما هو

بتحقق العجز يوم النحر بحكم الاستصحاب قوله: **(والجواب عن الأول الخ)** أقول: فيه أنه لا يكون جواباً عن البحث المورد على ذلك القائل قوله: **(فإنه لا يجوز في يوم النحر)** أقول: الأولى أن يقول بعد يوم النحر أو بعد أيام التشريق إذ الكلام في عدم جوازه عندنا فيه. وقوله وجواز الدم لدفع سؤال مقدر: يعني فكيف جاز بعده الدم وهو أيضاً بدل عن الصوم والأبدال لا تنصب إلا شرعاً؟ فأجاب بأن جوازه لكونه أصلاً لا للبدلية قوله: **(ويقضيها لصحة الشروع فيها)** أقول: قوله ويقضيها عطف على قوله ويلزم عليه دم.

المعهود أن الشيء إذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به لم يسقط عن ذمته، ويجوز أن يأتي به بعد ذلك في أي وقت كان، وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتي به في أي وقت قدر عليه. وعن الثاني أنه عبر عنه بالجواز نظراً إلى الصوم فإنه لا يجوز في يوم النحر وهذا جائز فيه في غيره فعبر عنه بالجواز. هذا الذي سنح لي في هذا الموضع، والله أعلم بالصواب. وقوله: (وعن عمر) اعتضاد لإيجاب الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر. وقوله: (وذلك خلاف المشروع) يعني أن المشروع أن يكون الوقوف مرتباً على أفعال العمرة. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يصير رافضاً للعمرة بالتوجه إلى عرفات قياساً على التوجه إلى الجمعة. ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب من الفرق بينهما وهو بين. ووجه كونه منهياً عنه أن الله تعالى أمر بابتداء أفعال العمرة بقوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ والأمر بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة إلا بالنهي. وقال الشافعي رحمه الله: لا يكون رافضاً لعمرته بناء على أن طواف العمرة يدخل في طواف الحج عنده فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة، والفائدة تظهر في وجوب الدم. فعندنا يسقط عنه دم القران الذي هو نسك، ويلزم عليه دم لرفض العمرة لأن رفع الإحرام قبل أداء الأفعال يوجب ذلك كما في الإحصار، وعنده لا يجب عليه دم ويقضيها لصحة الشروع فيها، والله أعلم.

تم الجزء الثاني من كتاب شرح فتح القدير،
ويليه الجزء الثالث، وأوله: باب التمتع

فهرس الجزء الثاني
من شرح فتح القدير على الهداية

كتاب الزكاة

كتاب الصوم

كتاب الحج

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري

المعروف بابن الهمام الحنفي

المتوفى سنة ٨٦١هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة كتاب الحج - النكاح - الرضاع - الطلاق

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون القبة مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

«مَنْ يُرِدِ الله بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ»
«حديث شريف»

باب التمتع

(التمتع أفضل من الإفراد عندنا) وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الإفراد أفضل لأن المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته. وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعاً بين العبادتين فأشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهي

باب التمتع

(قوله وجه الظاهر أن في التمتع جمعاً بين العبادتين فأشبه القران) حقيقة هذا الوجه أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حج قارناً [(١)]، ومعلوم أن ما ارتكبه أفضل خصوصاً في عبادة فريضة لم يفعلها إلا مرة واحدة في عمره، ثم رأينا المعنى الذي به كان القران أفضل متحققاً في التمتع دون الإفراد فيكون أفضل منه، وذلك المعنى هو ما يلزم كونه جمعاً بين العبادتين في وقت الحج من زيادة التحقق بالإذعان والقبول للمشروع الناسخ لشرع الجاهلية في المطلوب رفضه، ثم هذا أرفق فوجب دم للشكر على أمرين: أحدهما إطلاق الارتفاق بالعمرة في وقت الحج حتى خفت المؤنة بالنسبة إلى لزوم إنشاء سفر آخر للعمرة أو للتأخير بعد قضاء الأفعال لينشىء أخرى من أدنى الحل، وهذا شكر على أمر دنيوي. وثانيهما توفيقه للتحقق بهذا الإذعان الشرعي المطلوب تحقيقه وإظهاره وجعله مظهراً له. فإنه أكمل من مجرد اعتقاد الحقبة من غير تحقق به بالفعل، وهذا يرجع إلى أمور أخرى، ولهذا تسمعهم يقولون تارة وفق لأداء النسكين ومرة ترفق بأدائهما في سفرة واحدة، فزادت الفضيلة بشرعية هذا الدم لأنه زاد في النسك عبادة أخرى شكراً لا جبراً لنقصان متمكن فيه، غير أن القران زاد عليه باستدامة الإحرام إلى يوم النحر بهما والمسارعة إلى إحرام الحج، فبالأمرين يفضل على تمتع لم يسق فيه هدي حتى حل التحلل. وبالثاني على التمتع الذي سيق فيه الهدي فوجب استدامة الإحرام فيه **(قوله وسفره واقع لحجته الخ)** جواب عن قوله لأن سفره واقع لعمرته وهو ظاهر من الكتاب **(قوله**

باب التمتع

وجه تأخيره عن باب القران قد سبق هناك فلا نعيده، وكلامه واضح. قال بعض الشارحين: عرّف المصنف التمتع بقوله: ومعنى التمتع الترفق الخ. واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بأدائهما والعمرة في غير أشهر الحج في سفر واحد، ومن

باب التمتع

(قوله قال بعض الشارحين عرف المصنف) أقول: أراد الإتقاني **(قوله واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بأدائهما والعمرة في غير أشهر الحج الخ)** أقول: المضاف مقدر: أي لدخول عمل من ترفق الخ أو ترفق من ترفق، وكذا في قوله ومن ترفق به فيه كما لا يخفى، وقوله والعمرة الواو للحالية. ثم أقول: هذا التعريف غير جامع أيضاً لعدم تناوله من ترفق بهما وقد ألم بينهما إلماماً غير صحيح، فإن ترفقه ليس في سفر واحد مع أنه متمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وجوابه أن المراد في سفر واحد حقيقة أو حكماً فتأمل. ثم أقول: هذا التعريف يصدق على القارن أيضاً، إلا أن يقال ذلك ليس بمحذور **(قوله فكان الواجب أن يقول هذا الترفق)** أقول: الظاهر أن يقول هو

---

(١) تقدم في القران.

إراقة الدم وسفره واقع لحجته وإن تخللت العمرة لأنها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها **(والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي)** ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفر واحد من غير أن يلمّ بأهله بينهما إلماماً صحيحاً، ويدخله اختلافات نبينها إن شاء الله تعالى **(وصفته أن يبتدىء من الميقات في أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته)** وهذا هو تفسير العمرة، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا، هكذا فعل رسول الله ﷺ في عمرة القضاء. وقال مالك: لا حلق عليه، إنما العمرة

ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين) وينبغي أن يزاد في أشهر الحج ولم يقل أن يحرم بهما بل ذكر أداءهما، فعلم أنه ليس من شرط التمتع وجود الإحرام بالعمرة في أشهر الحج، بل أداؤها فيها أو أداء أكثر طوافها، فلو طاف ثلاثة أشواط في رمضان ثم دخل شوّال فطاف الأربعة الباقية ثم حج في عامه كان متمتعاً فتحرير الضابط للتمتع أن يفعل العمرة أو أكثر طوافها في أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها ثم حج من عامه بوصف الصحة من غير أن يلم بأهله بينهما إلماماً صحيحاً. والحيلة لمن دخل مكة محرماً بعمرة قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لا يطوف بل يصبر إلى أن تدخل أشهر الحج ثم يطوف، فإنه متى طاف طوافاً ما وقع عن العمرة على ما سبق من قبل. ولو طاف ثم دخلت أشهر الحج فأحرم بعمرة أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعاً في قول الكل لأنه صار حكمه حكم أهل مكة بدليل أنه صار ميقاته ميقاتهم. وقولنا ثم حج من عامه: يعني من عام الفعل، أما عام الإحرام فليس بشرط بدليل ما في نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن أحرم بعمرة في رمضان وأقام على إحرامه إلى شوّال من قابل ثم طاف لعمرته في العام القابل ثم حج من عامه ذلك أنه متمتع لأنه باق على إحرامه وقد أتى بأفعال العمرة والحج في أشهر الحج، بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمرة كفائت الحج فأخر إلى قابل فتحلل بها في شوّال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً لأنه ما أتى بأفعالها عن إحرام عمرة بل للتحلل عن إحرام الحج فلم تقع هذه الأفعال معتدّاً بها عن العمرة فلم يكن متمتعاً، وهذا فائدة القيد الذي ذكرناه آخراً. أعني قولنا عن إحرام بها **(قوله فيطوف لها ويسعى الخ)** لم يذكر طواف القدوم لأنه ليس للعمرة طواف قدوم ولا صدر وذكر من الصفة الحلق أو التقصير فظاهره لزوم ذلك في التمتع وليس كذلك، بل لو لم يحلق حتى أحرم بالحج وحلق بمنى كان متمتعاً وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط للعمرة على ما ذكرناه آنفاً **(قوله هكذا فعل الخ)** أما أن أفعال العمرة ما ذكر غير الحلق أو التقصير فضروري لا يحتاج إلى بيان.

ترفق به فيه في أشهر الحج في عامين وهما ليسا بمتعتين، فكان الواجب أن يقول: هو الترفق بأداء النسكين في أشهر الحج في عام واحد في سفر واحد الخ. والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره وأما كون الترفق في أشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره. والإلمام هو النزول، يقال: ألمّ بأهله: إذا نزل، وهو على نوعين صحيح وفاسد. والأول عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الإحرام، وهذا إنما يكون في المتمتع الذي لم يسق الهدي، والثاني ما يكون على خلافه وهو إنما يكون فيمن ساقه، فقوله إلماماً صحيحاً احتراز عن الإلمام الفاسد فإنه لا يمنع صحة التمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف على ما يأتي. وقوله **(ويحلق أو يقصر)** قال شيخ الإسلام في مبسوطه: هذا التخيير إنما كان له إذا لم يكن شعره ملبداً أو معقوصاً أو مضفراً. وأما إذا كان ملبداً فإنه لا يتخير لأن التقصير لا يتهيأ إلا بالقص وذلك متعذر فيتعين الحلق. وقوله **(وهذا هو تفسير العمرة)** أي ليس لها طواف القدوم والصدر لأن معظم الركن فيها هو الطواف، وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف في الحج. وقوله **(وتتم به)** أي تتم

الترفق الخ **(قوله والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره الخ)** أقول: إن أراد ليس من لوازم التفسير المساواة ففيه ما فيه، وقوله وأما كون الترفق الخ فلا يفيد شيئاً، فإن المعرف يجامع ما انتفى فيه الشرط ولا يجامعه المعرف فليتأمل **(قوله فهو شرطه)** أقول: وكذا عدم الإلمام بأهله شرط التمتع وقد تعرض له **(قال المصنف: وسفره واقع لحجته)** أقول: أي سفر المتمتع واقع لحجته مع أن السفر غير مقصود على ما أسلفه المصنف في القران **(قال المصنف: في سفر واحد من غير أن يلم بأهله)** أقول: أنت خبير بأن قوله في سفر واحد يغني غناء هذا القيد في الاحتراز **(قوله ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان على خلاف القياس كيف يصير مقيساً عليه **(قوله حيث اعتبر رمله)** أقول: فيه بحث لمخالفته قوله آنفاً سواء رمل أو لم يرمل، وقوله وسعيه بحث فيه ابن الهمام مانعاً وجوب كون السعي بعد طواف التحية، نعم يجب كونه بعد الطواف إلا أن الكلام في طواف مقيد بكونه طواف التحية فليتأمل **(قوله وسعيه فيه)**.

الطواف والسعي، وحجتنا عليه ما روينا. وقوله تعالى محلقين رؤوسكم ـ الآية، نزلت في عمرة القضاء، ولأنها لما كان لها تحرّم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج **(ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف)** وقال مالك رحمه الله: كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتتم به. ولنا «أن النبي ﷺ في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر» ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه، ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي. قال **(ويقيم بمكة حلالا)** لأنه

وأما أن منها الحلق أو التقصير خلافاً لمالك رحمه الله فيدل عليه ما قدمناه في بحث القران من حديث معاوية «قصرت عن رأس رسول الله ﷺ بمشقص»[1] ومعلوم أن التقصير عند المروة لا يكون إلا في عمرة غير أن عند البخاري ومسلم: «قصرت أو رأيته يقصر عن رأسه[2]» فإن كان الواقع الأول تعين كونها عمرة الجعرانة كما قدمناه، وإن كان الثاني لم يلزم وهو حجة على مالك رحمه الله **(قوله وقال مالك كما وقع بصره على البيت)** وعنه كما رأى بيوت مكة. ولنا ما روى الترمذي عن ابن عباس «أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم[3]» وقال: حديث صحيح. ورواه أبو داود ولفظه أن النبي ﷺ قال «يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر[4]» **(قوله ولهذا يقطعها الحاج الخ)** إنما تتم هذه الملازمة لو كان الرمي هو المقصود في الحج وهو منتف، بل المقصود الوقوف والطواف. فالصواب في التقرير على ما رأينا أن يقال: كما لم تقطع التلبية في الحج قبل الشروع في الأفعال، كذا لا تقطع في العمرة قبله فبطل قولكم بقطعها قبل الطواف. وعلى رأيه بطريق الإلزام أن يقال: كما أنها لم تقطع في الحج إلا عند الشروع في المقاصد وهو الوقوف عندك يجب في العمرة أن لا تقطع إلا عند الشروع في مقاصدها وهو الطواف **(قوله والمسجد ليس بلازم)** بل هو أفضل، ومكة أفضل من غيرها من الحرم، والشرط الحرم **(قوله وفعل ما يفعله الحاجّ المفرد)** إلا

زيارة البيت بوقوع البصر على البيت، ولأن الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج، فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا **(ولنا)** حديث ابن مسعود **(أن النبي ﷺ في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر)** الأسود. وقوله **(ولأن المقصود هو الطواف)** بيانه أن هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكاً مقصوداً في ذلك اليوم، فكما أن التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع أن كلا منهما أوّل نسك مقصود في يوم. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يقطع المفرد بالحج التلبية إذا ابتدأ بطواف القدوم لأنه أوّل نسك مقصود في هذا اليوم. فالجواب أنا لا نسلم أنه مقصود لأن المراد به ما يكون واجباً، وطواف القدوم ليس كذلك. سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أردف الفضل من مزدلفة إلى منى، فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة» قال **(ويقيم بمكة حلالاً)**

أقول: فيه أن السعي بعد الطواف إلا أن يكون «في» بمعنى «عن» كما قالوا في حصول صورة الشيء في العقل **(قال المصنف: وهذا أفضل)** أقول: قال الإتقاني: أي المتمتع الذي يسوق الهدي أفضل من المتمتع الذي لا يسوق الهدي، أو معناه سوق الهدي بعد الإحرام بالتلبية أفضل من الإحرام بتقليد البدنة وسوقها بعده لبى أو لم يلب، والمراد من المتمتع الذي أراد التمتع لأنه قبل الإحرام لا يكون متمتعاً اهـ. ولا يخفى عدم ملاءمته لسياق الكلام وإفضائه إلى التكرار.

---

(١) تقدم في القران. وقوله: مشقص. هو بكسر الميم كمنبر وهو النصل العريض.

(٢) تقدم أيضاً في القران.

(٣) حسن أخرجه الترمذي ٩١٩ بهذا اللفظ وأبو داود ١٨١٧ كلاهما من طريق ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً.
قال الترمذي: حسن صحيح. وبه يقول: الشافعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق. اهـ. ولفظ أبي داود هو ما ذكره الكمال ثانياً.
وقال أبو داود عقب حديثه: رواه عبد الملك بن أبي سليمان، وهمّام عن عطاء عن ابن عباس موقوفاً اهـ.
قلت: والموقوف مثله لا يقال بالرأي فهو يؤكد الحديث المرفوع. إلا أن إسناد الحديث المرفوع غير قوي فيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى: سيء الحفظ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١١٥: فيه مقال اهـ.
وقال ابن حجر عنه في التقريب: صدوق سيء الحفظ جداً اهـ.
وورد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. رواه الواقدي في المغازي كما في نصب الراية ٣/ ١١٥ والواقدي ضعيف.
فالحديث حسن لهذا الشاهد ولعل الترمذي حسنه لأجل ذلك.

(٤) تقدم في الذي قبله.

حل من العمرة. قال (فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) والشرط أن يحرم من الحرم أما المسجد، فليس بلازم، وهذا لأنه في معنى المكي، وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) لأنه مؤدّ للحج إلا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج، بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة. ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة (وعليه دم التمتع) للنص الذي تلوناه (فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله) على الوجه الذي بيناه في القران (فإن صام ثلاثة أيام من شوّال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة) لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه (وإن صامها) بمكة (بعد ما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا) خلافاً للشافعي رحمه الله. له قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ـ ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه، والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا (والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم

طواف التحية لأنه في حكم أهل مكة ولا طواف قدوم عليهم (قوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) أي للتحية (وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة) سواء كان رمل في طواف التحية أو لا (ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بالسعي مرة) قيل: هذا دليل على أن طواف التحية مشروع للتمتع حتى اعتبر سعيه عقيبه اهـ ولا يخلو من شيء، فإن الظاهر أن المراد أنه إذا طاف ثم سعى أجزأه عن السعي لا أنه يشترط للإجزاء اعتباره طواف تحية، بل المقصود أن السعي لا بد أن يترتب شرعاً على طواف، فإذا فرضنا أن المتمتع بعد إحرام الحج تنفل بطواف ثم سعى بعده سقط عنه سعي الحج، ومن قيد إجزاءه بكون الطواف المقدم طواف تحية فعليه البيان (قوله فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه) فالشرط فيها أن يكون محرماً بالعمرة في أشهر الحج مثل ما ذكرناه في القران وإلى آخر ما ذكرناه فيه (قوله خلافاً للشافعي) فإنه لا يجزئه إلا بعد إحرام الحج (قوله لأنه أدّاه بعد انعقاد سببه) لا شك أن سببه التمتع اللغوي الذي هو الترفق لترتيبه على التمتع في النص، ومأخذ الاشتقاق علة للمرتب، والعمرة في أشهر الحج هي السبب فيه لأنها التي بها يتحقق الترفق الذي كان ممنوعاً في الجاهلية وهو معنى التمتع لا أن الحج معتبر جزء السبب بناء على إرادة التمتع في عرف الفقه لوجهين: أحدهما جعل الحج غاية لهذا التمتع حيث قال ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ [البقرة: ١٩٦] فكان المفاد ترفق بالعمرة في أشهر الحج ترفقاً غايته الحج، وإلا كان ذكر التمتع ذكراً للحج من عامه فلم يحتج إلى ذكره. والثاني أنه على ذلك التقرير كان يلزم أن لا يجوز صوم الثلاثة إلا بعد الفراغ كالسبعة لكنه سبحانه فصل بينهما فجعل الثلاثة في الحج: أي وقته والسبعة بعد الفراغ، فعلم أنه لم يعتبر في السبب المجوّز للصوم تحقق حقيقة التمتع بالمعنى الفقهي بل الترفق بالعمرة في أشهر الحج لكن لا مطلقاً، بل المقيد بكونه غايته الحج من عامه لا على

المتمتع إذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالاً (فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) ولكن ليس كل مما ذكرنا شرطاً، فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لأن فيه إظهار المسارعة والرغبة في العبادة، ولأنه أشق فكان أفضل، وكذا لو أحرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكره في الكتاب. وقوله (على ما بينا) أراد به ما ذكره في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل، وقوله (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) يعني خلا أنه لا يطوف طواف التحية لأنه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي. و(يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أوّل طواف له في الحج) وقوله (ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) يعني طواف القدوم (وسعى قبل أن يخرج إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه أتى بذلك مرة) ولا تكرار فيه، ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية أو لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره، فلم يقل طاف ورمل لأن الرمل إنما شرع في طواف بعده سعي، ولا سعي ههنا لأنه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه. وقوله (وعليه دم التمتع)ظاهر .وقوله (خلافاً للشافعي) يعني أنه يقول لا يجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم بالحج لقوله تعالى﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾(ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه) وهو الإحرام بالعمرة لأنه طريق يتوسل به إلى التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز. وقوله (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكر في القران أن نفس الحج لا يصلح أن

عرفة) لما بينا في القران **(وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدي أحرم وساق هديه)** وهذا أفضل لأن النبي ﷺ ساق الهدايا مع نفسه، ولأن فيه استعداداً ومسارعة **(فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل)** لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه. والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب ولأنه للإعلام والتجليل للزينة. ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرماً بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق. والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدي. وهو أفضل من أن يقودها لأنه ﷺ أحرم بذي الخليفة وهداياه تساق بين يديه، ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها، قال **(وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد)** رحمهما الله **(ولا يشعر عند أبي حنيفة)** رحمه الله **(ويكره)** والإشعار هو الإدماء بالجرح لغة **(وصفته أن يشق سنامها)** بأن يطعن في أسفل السنام **(من الجانب الأيمن أو الأيسر)** قالوا: والأشبه هو الأيسر لأن

اعتبار القيد جزءاً من السبب أو شرطاً في ثبوت سببيته وإلا لزم ما ذكرنا من امتناع الصوم قبل الفراغ وهو منتف، فكان السبب المقيد لا يشترط قيده في السببية فإذا صام بعد إحرام العمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه ظهر أنه صام بعد السبب وفي وقته، بخلاف ما إذا لم يحج من عامه لأنه لم يظهر وقوعه بعد المقيد، ومثل هذا جائز إذا أمكن وقد أمكن، وسببه تراخي القيد عنه في الوجود، أما السبعة فإن السبب وإن تحقق بعد إحرام العمرة لكن لم يجيء وقتها لأن الإيجاب معلق بالجوع، فالصوم قبله قبل وقته وإن كان بعد السبب. واعلم أن مقتضى هذا عدم الجواز قبل الفراغ من العمرة لأن التمتع: أعني الترفق بالعمرة لا يتحقق بمجرّد الإحرام بها، لكن الحكم هو الجواز بمجرّد الإحرام كأنه لثبوت عدم القدرة على الخروج عن الإحرام بلا فعل وفيه إقناع إلا أن يستلزم خلافه إحداث قول ثالث فيتم المراد **(قوله إلا إذا كانت لا تنقاد)** أي للسوق، وفي بعض النسخ لا تنساق **(قوله لأن النبي ﷺ طعن الخ[1])** قالوا لأنها كانت تساق إليه وهو يستقبلها فيدخل من قبل رؤوسها والحربة بيمينه لا محالة والطعن حينئذ إلى جهة اليسار أمكن وهو طبع هذه الحركة فيقع الطعن كذلك مقصوداً ثم يعطف طاعناً إلى جهة يمينه بيمينه وهو متكلف بخلافه إلى الجهة الأولى،

وهذا بناء على أنه عليه الصلاة والسلام أشعر من جهة اليمين واليسار، وعلى أن صفته حالة الإشعار كان ما ذكر.

فأما الأول فالذي في مسلم عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بذي الخليفة ثم دعا ببدنة فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن[2]» وروى البخاري الإشعار، فلم يذكر فيه الأيمن ولا الأيسر[3] إلا أن ابن عبد البر ذكر أنه رأى في كتاب ابن علية بسنده إلى أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنة من الجانب الأيسر ثم سلت الدم عنها وقلدها نعلين[4]» قال ابن عبد البر: هذا منكر من

يكون ظرفاً. وقوله **(وهذا أفضل)** يعني من متمتع لم يسق الهدي. وقوله **(على ما روينا)** يريد به قوله قالت عائشة رضي الله عنها «كنت أفتل قلائد هدي رسول الله ﷺ» وقوله **(لأن له ذكرا في الكتاب)** يريد قوله تعالى ﴿ولا الهدي ولا القلائد﴾ **(ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرماً بالتقليد والتوجه معه على على ما سبق)** في فصل قبيل القران، والشروع في الإحرام بالتلبية أولى لأنه الأصل، والتقليد يقوم مقامه، والعمل بالأصل أولى عند الإمكان لا محالة، ثم السوق في الهدي أفضل من القود لأن النبي ﷺ سيقت هداياه إذ أحرم بذي الخليفة بين يديه. وقوله **(قالوا والأشبه)** يعني إلى الصواب في الرواية **(هو الأيسر)** وذلك أن الهدايا كانت

---

(١) سيأتي مفصلاً فيما بعده.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٤٣ وأبو داود ١٧٥٢ والترمذي ٩٠٦ كلهم من حديث ابن عباس بزيادة: وسَلَتَ الدمَ، وقلدها نعلين، ثم ركب راحلته، فلما استوت به على البيداء أهلّ بالحج. هذا لفظ مسلم.

(٣) ما أخرجه البخاري تقدم في حديث المسور بن مخرمة، ومروان معاً، ولم يقيد في الأيمن أو الأيسر.

(٤) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، وأبو يعلى كما في نصب الراية ٣/ ١١٦ كلاهما من طريق أبي حسان الأعرج عن ابن عباس به.

وقال ابن عبد البر: هذا عندي منكر. والمعروف رواية مسلم وغيره في الجانب الأيمن.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١١٦ عن عبد الحق صحة ما ذهب إليه ابن عبد البر، وكذا وافقه ابن القطان وقال: أخاف أن يكون تصحف لفظ الأيمن إلى الأيسر، وأقره الزيلعي.

النبي ﷺ طعن في جانب اليسار مقصوداً وفي جانب الأيمن اتفاقاً، ويلطخ سنامها بالدم إعلاماً، وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما حسن، وعند الشافعي رحمه الله سنة لأنه مروي عن النبي ﷺ وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم. ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلأ أو يردّ إذا ضل وإنه في الإشعار أتم لأنه ألزم، فمن هذا الوجه يكون سنة، إلا أنه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه. ولأبي حنيفة أنه مثلة وأنه منهى عنه. ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم وإشعار النبي ﷺ كان لصيانة الهدي لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرّضه إلا به. وقيل

حديث ابن عباس، بل المعروف ما رواه مسلم وغيره عنه في الجانب الأيمن، وصحح ابن القطان كلامه، لكن قد أسند أبو يعلى إلى أبي حسان عن ابن عباس بطريق أخر «أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنة في شقها الأيسر ثم سلت الدم بأصبعه» الحديث. وفي موطإ مالك عن نافع «أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا أهدى هديا من المدينة يقلده بنعلين ويشعره في الشق الأيسر[١]» فهذا يعارض ما في مسلم من حديث ابن عباس إذ لم يكن أحد أشدّ اقتفاء لظواهر فعل رسول الله ﷺ من ابن عمر، فلولا علمه وقوع ذلك من فعله ﷺ لم يستمر عليه. فوجه التوفيق حينئذ هو ما صرنا إليه من الإشعار فيهما حملا للروايتين على رؤية كل راء الإشعار من جانب وهو واجب ما أمكن وأما الثاني فلا نعلم صريحاً في وصفه كيف كان لكنه حمل على ما هو الظاهر، إذ الظاهر من قاصدها لإثبات فعل فيها وهي تساق إليه ذلك. والله أعلم بجلية كل حال **(قوله لأنه ألزم)** لأن القلادة قد تنحل أو تنقطع فتسقط **(قوله ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم)** قد يقال: لا تعارض فإن النهي عنه كان بأثر قصة العرنيين[٢] عقيب غزوة أحد ومعلوم أن الإشعار كان بعده، فعلم أنه إما مخصوص من نص نسخ المثلة ما كان هديا أو أنه ليس بمثلة أصلاً وهو الحق، إذ ليس كل جرح مثلة بل هو ما يكون تشويهاً كقطع الأنف والأذنين وسمل العيون[٣]، فلا يقال لكل من جرح مثل به، والأولى ما حمل عليه الطحاوي من أن أبا حنيفة إنما كره إشعار أهل زمانه لأنهم لا يهتدون إلى إحسانه وهو شق مجرد الجلد ليدمي، بل يبالغون في اللحم حتى يكثر الألم ويخاف منه السراية **(قوله لأن المشركين لا يمتنعون إلا به)** قد يقال: هذا يتم في إشعار عام الحديبية وهو مفرد بالعمرة لا في إشعاره هدايا حجة الوداع، لأن المشركين كانوا قد أجلوا[٤] قبل ذلك في فتح مكة في الثامنة،

مقبلة إلى رسول الله ﷺ، وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤوس، وكان الرمح بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة أوّلاً على يسار البعير، ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقاً للأوّل لا قصداً إليه فصار الأمر الأصلي أحق بالاعتبار في الهدي إذا كان واحداً. وقوله **(ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج)** أي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلإ **(أو يرد إذا ضل، وإنه في الإشعار أتم لأنه ألزم)** لأن القلادة قد تحل وقد يحتمل أن تسقط منها والإشعار لا يفارقها **(فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أن عارضه جهة كونه مثلة)** والمثلة هي أن يصنع بالحيوان ما يصير به مثلاً، وقيل هي إيلام ما وجب قتله أو أبيح قتله **(فقلنا بحسنه ولأبي حنيفة أنه)** أي الإشعار **(مثلة وإنه)** أي فعل المثلة **(منهى عنه. ولو وقع التعارض)** بين كونه سنة وبين كونه مثلة **(فالترجيح للمحرّم)** فإن قيل: النهي عن المثلة كان بأحد والإشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فأين التعارض؟ أجيب بأن عمران بن

(قال المصنف: فمن هذا الوجه يكون سنة) أقول: فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة.

(قال المصنف: حتى يحرم بالحج) أقول: قال الإتقاني برفع الميم لا النصب، لأن حتى ليست غاية لفساد المعنى اهـ. وفيه بحث لأن حتى لا يفارقها معنى الغاية سواء كانت جارة أو عاطفة أو ابتدائية على ما صرحوا به، والظاهر أنه منصوب ولا يلزم الفساد، فإن مفهوم الغاية لو سلم اعتباره فلا يعارض المنطوق، وعدم جواز تحلل المحرم بالحج إلى وقت معلوم معلوم مما سبق فتأمل.

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٣٧٩ ح ١٤٥ ومن طريقه محمد بن الحسن في الموطأ ٣٩٩ و٤٠١ وكذا البيهقي ٥/ ٢٣٢ كلهم عن نافع عن ابن عمر وهو إسناد صحيح.
ورواه محمد والبيهقي عن ابن عمر من وجه آخر.

(٢) خبر العرنيين. صحيح. وقد تقدم في كتاب الطهارة قوله النهي عنه: أي عن المثلة.

(٣) سَمَلَ أعينهم: قلعها وفقأها.

(٤) أي خرجوا من مكة بل طردوا منها في فتح مكة سنة ثمان راجع ابن هشام ٤/ ١٠.

إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية، وقيل: إنما كره إيثاره على التقليد. قال **(فإذا دخل مكة طاف وسعى)** وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي **(إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية)** لقوله ﷺ «لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها» وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي **(ويحرم بالحج يوم التروية)** كما يحرم أهل مكة على ما بينا **(وإن قدّم الإحرام قبله جاز، وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل)** لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة، وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق **(وعليه دم)** وهو دم التمتع على ما بينا**(وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين)** لأن

ثم بعث علياً رضي الله عنه في التاسعة يتلو عليهم سورة براءة وينادي: لا يطوف بهذا البيت مشرك ولا عُريان[1] والجواب أن يراد تعرضهم للطريق حال السفر لتسامعهم بمال لسيد المسلمين **(قوله وهذا[2] ينفي التحلل عند سوق الهدي)** يعني لما كان المقصود من هذا الكلام وتقدم تخريجه إظهار التأسف على تأتي الإحلال ليشرح صدر أصحابه بموافقته لهم كما كان دأبه عليه الصلاة والسلام كان قوله «لو استدركت ما فاتني لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة[3]» أي مفردة لم أقرن معها الحج. وتحللت يفيد أن التحلل لا يتأتى إلا بما يتضمنه كلامه من إفراد العمرة وعدم سوق الهدي، فلو كان التحلل يجوز مع سوق الهدي لاكتفى بقوله لجعلتها عمرة وتحللت، وإنما احتاج إلى هذا لأنه لو استدل بأنه لما ساق الهدي امتنع عليه التحلل من العمرة كان معترفاً بأنه عليه الصلاة والسلام حج متمتعاً، والثابت عندنا أنه حج قارناً على ما قدمناه **(قوله وهذه الأفضلية)** أي أفضلية تعجيل المتمتع الإحرام بالحج **(قوله فقد حل من الإحرامين)** فيه دليل على بقاء إحرام العمرة إلى الحلق. وأورد عليه في النهاية: لو كان كذلك لزم القارن دمان إذا جنى قبل الحلق. وقال

حصين روى «أن النبي ﷺ ما قام خطيباً إلا نهانا عن المثلة» فكان الإشعار منسوخاً فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرّم للاحتياط أو للاحتراز عن تكرار النسخ. وقوله **(وإشعار النبي ﷺ)** جواب عما قال الشافعي إنه مروي عن النبي ﷺ وهو ظاهر. وقوله عليه الصلاة والسلام **(«لو استقبلت من أمري ما استدبرت»)** أي لو علمت أوّلاً ما علمت آخراً **(لما سقت الهدي)** وقصة ذلك «أن النبي ﷺ أمر أصحابه بأن يفسخوا إحرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقاً لمخالفة الكفرة، وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله ﷺ هل يحلق أولاً؟ فاعتذر النبي ﷺ وقال: لو استقبلت» الخ، وبين فيه أن سوق الهدي يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل. وقوله **(ويحرم بالحج)** ظاهر. وقوله **(على ما بينا)** إشارة إلى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا: يعني قوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ وقوله **(وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين)** يعني إحرام العمرة وإحرام الحج. فإن قيل: التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق، ولو كان إحرام العمرة باقياً عنده لزم القارن دمان إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد، ولو كان الإحرام باقياً لزم قيمتان كما قبل الوقوف. أجيب بأن إحرام العمرة باق للتحلل لا غير لأن التحلل لا يتصوّر بدونه، وأما بالنسبة إلى ما عداه فليس بباق لأن الله تعالى جعل غاية إحرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها إلا لضرورة وهي بالنسبة إلى التحلل لا غير، وإذا كان كذلك لم تقع الجناية على إحرام العمرة فلا يجب لأجله شيء كإحرام المفرد بالحج بعد الحلق فإنه لا يبقى في حق سائر المحظورات ويبقى في حق

....

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٦٥٥ و٤٦٥٦ من حديث أبي هريرة: بعثني أبو بكر في تلك الحَجَّة في مؤذنين بعثهم يوم النحر يؤذنون بمنى أن لا يحجّ بعد العام مشرك، ولا يطوف بالبيت عُريان. قال حميد بن عبد الرحمن: ثم أردف رسول الله ﷺ بعلي بن أبي طالب، وأمره أن يؤذّن ببراءة قال أبو هريرة: فأذّن معنا علي يوم النحر في أهل منى ببراءة وأن لا يحج بعدَ العام مشرك. ولا يطوفَ بالبيت عُريان. هذا لفظ البخاري في الرواية الأولى وأخرجه مسلم ١٣٤٧ وأحمد ٢/ ٢٩٩.

(٢) يعو. الضمير في هذا على حديث: لو استقبلت من أمري... ساقه صاحب الهداية. وهو صحيح وقد تقدم تخريجه. وسيأتي.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وقد ورد في حديث جابر الطويل وفيه: لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي، ولجعلتها عمرة. أخرجه مسلم ١٢١٨ ومن حديث عائشة ١٢١١ وورد في حديث جابر بلفظ آخر. وفيه: ولولا هَدْيي لحللت كما يَحلّون، ولو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي. أخرجه البخاري ١٥٦٨ ومسلم ١٢١٦.

الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما. قال (**وليس لأهل مكة تمتع ولا قران، وإنما لهم الإفراد**

علماؤنا: إذا قتل القارن صيداً بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة، ولو بقي بعد الوقوف لزمه دمان، وأجاب بأن إحرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق إلا في حق التحلل، لأن الله تعالى جعل الحج غاية إحرام العمرة، ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها إلا ضرورة وهي ما ذكرنا، وإذا لم يبق في غير ذلك لم تقع الجناية عليه اهـ. قال في شرح الكنز: وهذا بعيد فإن القارن إذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اهـ. وما نقله في النهاية إنما هو قول شيخ الإسلام ومن تبعه، وقد صرح به عنه بخصوصه في النهاية في آخر فصل جزاء الصيد، وأكثر عبارات الأصحاب مطلقة وهي الظاهرة، إذ قضاء الأعمال لا يمنع بقاء الإحرام، والوجوب إنما هو باعتبار أنه جناية على الإحرام لا على الأعمال. والفرع المنقول في الجماع يدل على ما قلنا، بل سنذكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم أن فيما بعد الحلق البدنة والشاة أيضاً بالجماع، وعن بعضهم البدنة فقط، ونبين الأولى منهما. ثم إن شيخ الإسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال: إن في الجماع بعد الوقوف شاتين، فلا يخلو من أن يكون إحرام العمرة بعد الوقوف توجب الجناية عليه شيئاً أولاً، فإن أوجبت لزم شمول الوجوب وإلا فشمول العدم(**قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران**) يحتمل نفي الوجود: أي ليس يوجد لهم، حتى لو أحرم مكي بعمرة أو بهما وطاف للعمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً ولا قارناً، ويوافقه ما سيأتي في الكتاب من قوله: وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً وذلك يبطل التمتع. فأفاد أن عدم الإلمام شرط لصحة التمتع فينتفي لانتفائه. وعن ذلك أيضاً خص القران في قوله بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان قالوا: خص القران لأن التمتع منه لا يصح لأنه ملمّ بأهله بعد العمرة. ويحتمل نفي الحل كما يقال: ليس لك أن تصوم يوم النحر ولا أن تتنفل بالصلاة عند الطلوع والغروب، حتى لو أن مكياً اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه أو جمع بينهما كان متمتعاً أو قارناً آثماً بفعله إياهما على وجه منهي عنه. وهذا هو المراد بحمل ما قدمناه من اشتراط عدم الإلمام للصحة على اشتراطه لوجود التمتع الذي لم يتعلق به نهي شرعاً المنتهض سبباً للشكر. ويوافقه ما في غاية البيان: ليس لأهل مكة تمتع ولا قران، ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جناية لا يأكل منه. وصح عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ليس لأهل مكة تمتع ولا قران[(١)]. وقال في التحفة: ومع هذا لو تمتعوا جاز وأساؤوا وعليهم دم الجبر. وسنذكر من كلام الحاكم صريحاً اهـ.

الجماع ضرورة طواف الزيارة. وقوله (**وليس لأهل مكة تمتع ولا قران**) اعلم أن أهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند أبي حنيفة وأصحابه وإمامهم في ذلك عليّ وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، ولو تمتعوا جاز وأساءوا ولزمهم دم الجبر. وقال الشافعي: لهم التمتع والقران ولكن لا دم عليهم، واستدل على ذلك بقوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ فإنه بإطلاقه لا يفصل بين الآفاقي وغيره. فإن قيل: ذلك لمن لم يكن إشارة إلى التمتع المفهوم من تمتع وهو

(**قوله ولو تمتعوا جاز وأساءوا**) أقول: كذا قال صاحب تحفة الفقهاء، وأما الذي يدل عليه كلام المصنف في هذا الباب فبطلان تمتعهم كما لا يخفى على الناظر المتأمل (**قوله ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم، وما ذكرتم من الهدي قريب لا يصلح حقيقة له**) أقول: يجوز أن يكون من قبيل ﴿الم ذلك الكتاب﴾.

---

(١) المشهور عن عمر أنه نهى عن ذلك مطلقاً لأهل مكة وغيرهم كما رواه مسلم عن أبي نضرة عن جابر. برقم ١٢١٧ وأما ما ذكره المصنف فقد ورد عن ابن عباس.

قال السيوطي في الدر المنثور ١/٢١٧: أخرج عبد الرزاق، وابن جرير، وعبد بن حميد، وابن المنذر من طرق عن ابن عباس قوله: يا أهل مكة لا متعة لكم أُحِلَّت لأهل الآفاق.

وأخرجه ابن المنذر، وابن أبي حاتم عن ابن عمر بنحوه. وأخرجه ابن أبي شيبة عن طاوس من قوله اهـ.

. . . .

ومن حكم هذا الدم أن لا يقوم الصوم مقامه حالة العسرة، فإذا كان الحكم في الواقع لزوم دم الجبر لزم ثبوت الصحة لأن لا جبر إلا لما وجد بوصف النقصان لا لما لم يوجد شرعاً. فإن قيل: يمكن كون الدم للاعتمار في أشهر الحج من المكي لا للتمتع منه، وهذا فاش بين حنفية العصر من أهل مكة، ونازعهم في ذلك بعض الآفاقيين من الحنفية من قريب وجرت بينهم شئون. ومعتمد أهل مكة ما وقع في البدائع من قوله ولأن دخول العمرة في أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾ [البقرة: ١٩٧] قيل في بعض وجوه التأويل: أي للحج أشهر معلومات، واللام للاختصاص فاختصت هذه الأشهر بالحج، وذلك بأن لا يدخل فيها غيره، إلا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقي ضرورة تعذر إنشاء سفر للعمرة نظراً له، وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن بمعناهم، فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم، فبقيت العمرة في أشهر الحج في حقهم معصية اهـ. وفيه بعض اختصار والذي ذكره غير واحد خلافه، وقد صرحوا في جواب الشافعي لما أجاز التمتع للمكي. وقال في بعض الأوجه: نسخ منع العمرة في أشهر الحج عام فيتناول المكي كغيره، فقالوا: أما النسخ فثابت عندنا في حق المكي أيضاً حتى يعتمر في أشهر الحج، ولا يكره له ذلك ولكن لا يدرك فضيلة التمتع إلى آخر ما سنذكره إن شاء الله تعالى. فإنكار أهل مكة على هذا اعتمار المكي في أشهر الحج إن كان لمجرد العمرة فخطأ بلا شك، وإن كان لعلمهم بأن هذا الذي اعتمر منهم ليس بحيث يتخلف عن الحج إذا خرج الناس للحج بل يحج من عامه فصحيح بناء على أنه حينئذ إنكار لمتعة المكي لا لمجرد عمرته. فإذا ظهر لك صريح هذا الخلاف منه في إجازة العمرة من حيث هي مجرد عمرة في أشهر الحج ومنعها وجب أن يتفرّع عليه ما لو كرر المكي العمرة في أشهر الحج وحج من عامه هل يتكرر الدم عليه؟ فعلى من صرح بحلها له وأن المنع ليس إلا لتمتعه لا يتكرر عليه لأن تكرره لا أثر له في ثبوت تكرره تمتعه فإنما عليه دم واحد لأن تمتع مرة واحدة. وعلى من منع نفس العمرة منه وأثبت أن نسخ حرمتها إنما هو للآفاقي فقط ينبغي أن يتكرر الدم بتكرر، والله أعلم. وإنما النظر بعد ذلك في أولى القولين، ونظر هؤلاء إلى العمومات مثل «دخلت العمرة في الحج[1]». وصريح منع المكي شرعاً لم يثبت إلا بقوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة ١٩٦] وهو خاص بالجمع تمتعاً فيبقى فيما وراءه على الإباحة، غير أن للآخر أن يقول دليل التخصيص مما يصح تعليله ويخرج به معه، وتعليل منع الجمع المتبادر منه أن يحصل الرفق ودفع المشقة الآتية من قبل تعدد السفر أو إطالة الإقامة وذلك خاص، فيبقى المنع السابق على ما كان ويختص النسخ بالآفاقي، وللنظر بعد ذلك مجال، والله سبحانه الموفق ثم ظهر لي بعد نحو ثلاثين عاماً من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج سواء حج من عامه أولاً، لأن النسخ خاص لم يثبت، إذ المنقول من قولهم العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور لا يعرف إلا من كلام الجاهلية دون أنه كان في شريعة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أو غيره، ولم يبق إلا النظر في الآية، وحاصله عام مخصوص فإن قوله ذلك الخ تخصيص من تمتع بالعمرة إلى الحج لأنه

يقتضي أن لا يكون لأهل حاضري المسجد الحرام تمتع. أجاب الشافعي بأن ذلك إشارة إلى الهدي المعلوم من قوله تعالى ـ فما استيسر من الهدي﴾ ولأجل هذا قلت إنه لا دم عليهم. ولنا قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام﴾ ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقران نزل على لسانهم، وما ذكرتم من الهدي قريب لا يصلح ذلك حقيقة له، والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار إليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لا يصار إلى المجاز بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه. فإن قيل: فما الجواب عن استدلاله بإطلاقه؟ قلت: لا إطلاق ثمة بل كلمة من عامة خصت بقوله ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٢٤١ وأبو داود ١٧٩٠ والدارمي ١٧٩٨ والترمذي ٩٣٢ والبيهقي ٥/ ١٨ وأحمد ١/ ٢٣٦، ٢٤١ كلهم من طريق مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: هذه عمرة استمتعنا بها فمن لم يكن عنده الهدي فليَحِلَّ الحِلَّ كلَّه فإن العمرة قدْ دَخَلَت في الحج إلى يوم القيامة.

خاصة) خلافاً للشافعي رحمه الله، والحجة عليه قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام﴾ ولأن

مستقل مقارن. واتفقوا في تعليله بأن تجويزه للآفاقي لدفع الحرج كما عرف ومنعه من المكي لعدمه. ولا شك أن عدم الحرج في عدم الجمع لا يصلح علة لمنع الجمع لأنه إذا لم يحرج بعدم الجمع لا يقتضي أن يتعين عليه عدمه، بل إنما يصلح عدم الحرج في عدم الجمع أن يجوز له كل من عدم الجمع والجمع لأنه كما لم يحرج في عدم الجمع لا يحرج في الجمع، فحين وجب عدم الجمع لم يكن إلا لأمر زائد، وليس هنا سوى كونه في الجمع موقعاً العمرة في أشهر الحج. ثم لا شك أن منع نفس العمرة في أشهر الحج للمكي متعين على الاحتمال الأول الذي أبديناه في قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران الخ، وهو أن العمرة لا تتحقق منه أصلاً لأن إذا لم يتحقق منه حقيقة التمتع الشرعية لا يكون منعه من التمتع إلا للعمرة، فكان حاصل منع صورة التمتع إما لمنع العمرة أو الحج، والحج غير ممنوع منه فتعينت العمرة غير أني رجحت أنها تتحقق، ويكون مستأنساً بقول صاحب التحفة لكن الأوجه خلافه لتصريح أهل المذهب من أبي حنيفة وصاحبيه في الآفاقي الذي يعتمر ثم يعود إلى أهله ولم يكن ساق الهدي ثم حج من عامه بقولهم بطل تمتعه وتصريحهم بأن من شرط التمتع مطلقاً أن لا يلّم بأهله بينهما إلماماً صحيحاً ولا وجود للمشروط قبل وجود شرطه. ولا شك أنهم قالوا بوجود الفاسد مع الإثم ولم يقولوا بوجود الباطل شرعاً مع ارتكاب النهي كبيع الحر ليس ببيع شرعي. ومقتضى كلام أئمة المذهب أولى بالاعتبار من كلام بعض المشايخ، وإنما لم نسلك في منع العمرة في أشهر الحج مسلك صاحب البدائع لأنه بناه على أمر لم يلزم ثبوته على الخصم، وهو قوله جاء في بعض الأوجه أن المراد للحج أشهر واللام للاختصاص، وهذا مما للخصم منعه، ويقول: بل جاز كون المراد أن الحج في أشهر معلومات فيفيد أنه يفعل فيها لا في غيرها وهو لا يستلزم أن لا يفعل فيها غيره، والله أعلم (**قوله والحجة عليه**) مدار احتجاج الشافعي على أن نسخ ترك العمرة في أشهر الحج عام في حق المكي وغيره، ومعلوم شرعية الحج في حق الكل فجاز التمتع للكل، وقوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة ١٩٦] لا ينفيه، إذ مرجع الإشارة إلى الهدي لا التمتع فثبت بذلك جواز المتعة لهم وسقوط الهدي عنهم قلنا: بل مرجع الإشارة التمتع لوصلها باللام، وهي تستعمل فيما لنا أن نفعله، والتمتع لنا أن نفعله، بخلاف الهدى فإنه علينا، فلو كان مراداً لجيء مكان اللام بعلى فقيل ذلك على من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام فإن قيل: شرع العمرة في أشهر الحج عام. قلنا ممنوع بل ذلك على القول الذي رددناه. وعلى تقديره أيضاً لا يفيد لأنا نجيز للمكي العمرة في أشهر الحج، فإن أريد المجموع من العمرة مع الحج من عامه وهو المعبر عنه بالتمتع بالعمرة إلى الحج في النص فهو أوّل المسألة ومحل النزاع. ثم إن عللنا دليل التخصيص أعني

. . . .

(**قال المصنف: والحجة عليه قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾**) أقول: قال النسفي في تفسيره: اختلفوا في المراد بحاضري المسجد الحرام. فعند أبي حنيفة رحمه الله هم أهل المواقيت وهي ذو الخليفة والجحفة وقرن ويلملم وذات عرق، فكل من كان من أهل هذه المواضع أو من أهل ما وراءها إلى مكة فهو من حاضري المسجد الحرام لأنه لم يكن من المسافرين حينئذ اهـ وفيه بحث، لأنه يلزم على هذا أن يكون كل من كان بينه وبين مكة أقصر من مدة السفر من حاضري المسجد الحرام وإن كان مكانه دون الميقات كما هو مذهب الشافعي رحمه الله (**قوله لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه**) أقول: الاستدلال ليس بالمفهوم حتى يرد ما ذكره بل بمنطوق قوله تعالى ﴿لمن لم يكن﴾ فإن اللام الاختصاصية تدل على النفي عمن كان من حاضري المسجد الحرام فتأمل وبعد ما كتبت هذا راجعت البدائع فوجدته قد استدل على المطلوب بهذا الوجه فشكرت الله تعالى (**قوله والأصل فيه العدم**) أقول: غير مسلم، ومن أين ثبت ذلك (**قوله لأن الإلمام قطع متعته**) أقول: أنت خبير بأن قوله إن الإلمام قطع متعته إن كان صحيحاً في نفسه يلزم بطلان المتعة ولا يصح ما قاله، ولو تمتعوا جاز وأساءوا وإن لم يكن صحيحاً فلا بد من بيان وجه عدم صحته وأنى له ذلك؟ (**قوله وفيه نظر لأنه يستدل الخ**) أقول: لك أن تقول إضافة الفضيلة إلى التمتع بيانية.

شرعهما للترفه بإسقاط إحدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي، ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة

قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة ١٩٦] بكونه ملماً بأهله بين أدائهما فلم يكمل معنى الارتفاق في حق أهل مكة بشرعهما في أشهر الحج، بخلاف الآفاق فتقاصر عن إيجاب الشكر بإراقة الدم بالنسبة إلى الآفاق فعدّيناه إلى كل من ألمّ بأهله بنى النسكين حتى إذا اعتمر الآفاق في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله فأقام ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً، وصار شرط التمتع المأذون فيه شرعاً أن لا يلم بأهله بهذا المأخذ، إلا أن أبا حنيفة فرق بين كون العود مستحقاً على الآفاقي بأن كان ساق الهدي أوّلاً فجعل الإلمام عند استحقاق العود شرعاً كعدمه وسيأتي. وإذا علمت هذا فمقتضاه مع ما قدمنا من الحق من أن التمتع بإطلاق القرآن الكريم وألفاظ الصحابة يعم القران لأنه تمتع للارتفاق بالعمرة في أشهر الحج اشتراط عدم الإلمام للقران المأذون فيه أيضاً، فيقتضي في المكي إذا خرج إلى الكوفة ثم عاد فأحرم بهما من الميقات في أشهر الحج ثم فعلهما أن لا يكون القران الشرعي المستعقب الحكم المعلوم من إيجاب الدم شكراً، وهو خلاف ما ذكروه مما نص عليه المصنف، بقوله: بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة الخ. قالوا: خص المكي بالقران لأنه لا تمتع له في مثل الصورة لأنه ملمّ بأهله بعد العمرة ولو ساق الهدي لأن العود غير مستحق عليه، ومقتضى الدليل ما أعلمتك، بل ويقتضي أيضاً بأدنى تأمل وجوب الدم جبراً على الآفاقي إذا عاد وألم ثم رجع وحج من عامه إذا كانوا أوجبوه على المكي إذا تمتع لارتكابه النهي، وأنت علمت أن مناط نهيه وجود الإلمام وهو ثابت في الآفاقي الملم، والله سبحانه وتعالى أعلم. وقوله **(لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فكان كالآفاقي)** قالوا يشير إلى أن عدم صحة التمتع منه إذا كان بمكة لإخلاله بميقات أحد النسكين لأنه إن أحرم بهما من الحرم أخل بميقات العمرة، أو من الحل فبميقات الحج للمكي فيكره ويلزمه الرفض، ولا يخفى أن ترك الإحرام من الميقات لا يوجب عدم صحة النسك المعين، ألا ترى لو أن آفاقياً جاوز الميقات ثم أحرم بهما وفعلهما أنه يكون قارناً ويلزمه دم القران مع دم الوقت كما لو جنى على إحرامه بل أولى إذا تأملت. على أن المانع لو كان هذا لصح قران كل مكي بطريق أن يخرج إلى أدنى الحل كالتنعيم فيحرم بعمرة ثم يخطو خطوة فيدخل أرض الحرم فيحرم بالحج، لكن المنع عام وسببه ليس إلا الآية والقران من التمتع، وقد صرح

المسجد الحرام﴾ وقوله **(ولأن شرعهما)** دليل معقول لنا، وتقريره شرع المتعة والقران لأجل الترفه **(بإسقاط إحدى السفرتين)** وهو ظاهر، والترفه بذلك في حق الآفاقي لأن غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه. واعترض بوجهين: أحدهما أن النص إن كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه. والثاني أن الله تعالى شرع القران والمتعة إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريمهم العمرة في أشهر الحج، والنسخ يثبت في حق الناس كافة، ورجوع الإشارة إلى ما ذكرتم ينافي ذلك. وأجيب عن الأوّل بأن تخصيص الشيء بالذكر كما أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له أيضاً، والأصل فيه العدم فيبقى إلى أن يدل الدليل على خلافه. وعن الثاني بأن النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضاً، حتى لو اعتمر في أشهر الحج جاز بلا كراهة، ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لأن الإلمام قطع متعته كما قطع متعة الآفاقي إذا رجع بين النسكين إلى أهله، وفيه نظر لأنه يستدل به على بطلان المتعة لا على عدم إدراك الفضيلة. والصواب أن يقال: لأن متعته نقصت عن متعة الآفاقي بصيرورة دمه دم جبر. وقوله **(ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران)** هذا راجع إلى تفسير ﴿حاضري المسجد الحرام﴾ فعندنا هم أهل مكة، ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لم يكن، وعند الشافعي: هم أهل مكة ومن حولها إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر، كذا في مبسوط شيخ الإسلام، وقوله **(بخلاف المكي)** متصل بقوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران: يعني ليس له ذلك ما دام بمكة، بخلاف ما **(إذا خرج إلى**

. . . .

الآفاقي **(وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه)** لأنه ألمّ بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً وبذلك يبطل التمتع، كذا روي عن عدّة من التابعين، وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحاً ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله. وقال محمد رحمه الله: يبطل لأنه أداهما بسفرتين. ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعاً لأن العود هناك غير مستحق عليه فصح إلمامه بأهله **(ومن أحرم بعمرة**

به المصنف فقال في آخر الباب: والقران منه: أي من التمتع. هذا ثم قيد المحبوبي قران المكي بأن يخرج من الميقات إلى الكوفة مثلاً قبل أشهر الحج. أما إذا خرج بعد دخولها فلا قران له، لأنه لما دخلت أشهر الحج وهو داخل المواقيت فقد صار ممنوعاً من القران شرعاً فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات، هكذا روي عن محمد. وقد يقال: إنه لا يتعلق به خطاب المنع مطلقاً، بل ما دام بمكة، فإذا خرج إلى الآفاق التحق بأهله لما عرف أن كل من وصل إلى مكان صار ملحقاً بأهله، كالآفاقي إذا قصد بستان بني عامر حتى جاز له دخول مكة بلا إحرام وغير ذلك، وأصل هذه الكلية الإجماع، على أن الآفاقي إذا قدم بعمرة في أشهر الحج إلى مكة كان إحرامه بالحج من الحرم وإن لم يقم بمكة إلا يوماً واحداً فإطلاق المصنف حينئذ هو الوجه هذا وأما على ما قدمناه من البحث فلا يصح منه القران الجائز ما لم ينقض وطنه بمكة للزوم اشتراط عدم الإلمام فيه كالتمتع، فإن قرن لزمه دم كما لو قرن وهو بمكة لما علمت من أن القران من ما صدقات التمتع بالنظم القرآني ويلزم فيه وجود أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج لأنه التمتع بالعمرة إلى الحج في أشهر الحج. ووجوب الشكر بالدم ما كان إلا لفعل العمرة فيها ثم الحج فيها، وهذا في القران كما هو في التمتع. وما عن محمد فيمن أحرم بهما وطاف لعمرته في رمضان أنه قارن ولا دم عليه مراد به القارن بالمعنى اللغوي، إذ لا شك في أنه قرن: أي جمع، ألا ترى أنه نفي لازم القران بالمعنى الشرعي المأذون فيه وهو لزوم الدم ونفي اللازم الشرعي نفي الملزوم الشرعي. والحاصل أن النسك المستعقب للدم شكراً هو ما تحقق فيه فعل المشروع المرتفق به الناسخ لما كان في الجاهلية وذلك بفعل العمرة في أشهر الحج، فإن كان مع الجمع في الإحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران وإلا فهو التمتع بالمعنى العرفي وكلاهما التمتع بالإطلاق القرآني وعرف الصحابة، وهو في الحقيقة إطلاق اللغة لحصول الرفق بهذا النسخ. هذا كله على أصول المذهب، وأما ما أعتقده مقتضى الدليل فسأذكره من قريب إن شاء الله تعالى **(قوله وإذا عاد)** الحاصل أن عود الآفاقي الفاعل للعمرة في أشهر الحج إلى أهله ثم رجوعه وحجه من عامه إن كان لم يسق الهدي بطل تمتعه باتفاق

الكوفة وقرن حيث يصح) بلا كراهة **(لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي)** قال المحبوبي: هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج.

وأما إذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات، وإنما خص القران بالذكر لأنه إذا خرج المكي إلى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعاً على ما نذكره، قوله **(وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه)** باتفاق أصحابنا **(لأنه ألمّ بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً)** وقد تقدم تفسيره **(وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن)** ابن عباس و**(عدّة من التابعين)** وهذا لأن حدّ التمتع ليس بصادق عليه حيث أنشأ لكل نسك سفراً من أهله، والمتمتع من يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة **(وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحاً)** على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله **(بخلاف المكي)** متصل بقوله وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحاً: يعني الآفاقي إذا فعل ذلك لا يكون إلمامه صحيحاً بخلاف المكي **(إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعاً لأن العود هناك غير مستحق عليه)** لأن المراد بالعود هو ما يكون عن الوطن إلى الحرم أو إلى مكة وليس ههنا بموجود لكونه في الحرم أو في مكة فلا يتصوّر العود، وإذا ساق الهدي لا يكون متمتعاً فلأن لا يكون إذا لم يسق كان أولى. وقوله **(ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج)** فيه ثلاثة مذاهب: ذهب الشافعي إلى أنه إذا

. . . .

قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعاً) لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج، وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل **(وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً)** لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج، وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج. ومالك رحمه الله يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا، ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في

علمائنا، وإن كان ساق الهدي فكذلك عند محمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يبطل إلحاقاً لعوده بالعدم بسبب استحقاق الرجوع شرعاً إذا كان على عزم المتعة. والتقييد بعزم المتعة لنفي استحقاق العود شرعاً عند عدمه فإنه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج من عامه لا يؤاخذ بذلك فإنه لم يحرم بالحج بعد، وإذا ذبح الهدي أو أمر بذبحه يقع تطوّعاً، ثم استدل المصنف عليه بقول التابعين، وقول من نعلمه قاله منهم مطلق، والظاهر أنهم أيضاً أخذوه من قوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة ١٩٦] إذ لا سنة ثابتة في ذلك من روايتهم: روى الطحاوي عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاووس ومجاهد والنخعي أن المتمتع إذا رجع بعد العمرة بطل تمتعه، وكذا ذكر الرازي[١] في كتاب [أحكام القرآن] والذي يظهر من مقتضى الدليل أن لا تمتع لأهل مكة ولا قران، وأن رجوع الآفاقي إلى أهله ثم عوده وحجة من عامه لا يبطل تمتعه مطلقاً، وهذا لأن الله تعالى قيد جواز التمتع بعدم الإلمام بالأهل القاطنين بالمسجد الحرام: أي مكة ومن ألحق بأهلها بقوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة ١٩٦] فأفاد مانعية الإلمام عن التمتع وعليه لعدم الجواز بقيد كونه في مكة، فتعدية المنع بتعدية الإلمام إلى ما بغير حاضري المسجد الحرام من الأهل تبتنى على إلغاء قيد الكون بالمسجد الحرام واعتبار المؤثر مطلق الإلمام وصحته تتوقف على عقلية عدم دخول القيد في التأثير وكونه طردياً، والواقع خلافه للعلم بأن حصول الرفق التام بشرعية العمرة في أشهر الحج المنتهض مؤثراً في إيجاب الشكر إذا حج في تلك الأشهر التي اعتمر فيها إنما هو للآفاقي لا لحاضري المسجد الحرام القاطنين فيه لأنهم لا يلحقهم من المشقة نحو ما يلحق الآفاقي بمنع العمرة في أشهر الحج، بخلاف الآفاقي فكان فائدة شرعية العمرة فيها في حق الآفاقي هو الظاهر فناسب أن يخص هو بشرعية التمتع فكان قيد حضور الأهل في الحرم ظاهر الاعتبار في المنع من التمتع فلا

أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لا يكون متمتعاً وإن أدى الأعمال فيها. وقال مالك: هو متمتع وإن لم يؤدّ فيها إذا كان التحلل عن إحرام العمرة فيها. وقلنا: إن أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعاً وإلا فلا. وجه قول الشافعي إنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الإحرام، ووجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الإتمام وهو التحلل فيها، ولنا ما ذكر في الكتاب أن الإحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة، والاعتبار بأداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل. قيل: إذا لم يعارضه نص فإن ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر. قوله **(فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج)** ظاهر مما ذكرناه. قوله **(وهذا)** إشارة إلى أنه لم يكن متمتعاً، وأراد بالنسك العمرة، ومعناه أن نسك العمرة يفسد إذا جامع بعد ما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعد ما طاف أربعة أشواط، فإن طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج، ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعاً فكذا هذا، وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لأنه يعتبر الإتمام وهذا في حكم الإتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق

(قال المصنف: ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة) أقول: فيه بحث، لأن طواف الإفاضة يجوز في الحادي عشر والثاني عشر على ما سبق **(قوله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك)** أقول: أي كيفية دلالة لفظ الأشهر على شهرين وبعض الثالث، لا كيفية دلالة ما روي عن العبادلة وما ذكر من المعقول **(قوله والظرف لا يستلزم الاستغراق)** أقول: الأصوب أن يقال: لا يجامع الاستغراق **(قوله فكان البعض مراداً الخ)** أقول: فيه بحثان.

---

(١) ويعرف بالجصاص وهو صاحب أحكام القرآن.

أشهر الحج. قال **(وأشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة)** كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عنهم أجمعين، ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات، وهذا

يجوز إلغاؤه، والله سبحانه أعلم **(قوله ومالك يعتبر الإتمام في أشهر الحج)** أي في كونه متمتعاً إذا حج من عامه. فالمذاهب ثلاثة: مذهبنا: يصير متمتعاً إذا أدى أكثر أفعال العمرة في أشهر الحج وإن أحرم بها قبلها. ومذهب مالك: إذا أتمها فيها وإن فعل الأكثر خارجها. ومذهب الشافعي: لا يصير متمتعاً حتى يحرم بالعمرة في أشهر الحج وهو بناء على أن الإحرام ركن. وعندنا هو شرط فلا يكون من مسمى العمرة. هذا وهل يشترط في القران أيضاً أن يفعل أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج؟ ذكر في المحيط أنه لا يشترط، وكأنه مستند في ذلك إلى ما قدّمناه عن محمد رحمه الله فيمن أحرم بهما ثم قدم مكة وطاف لعمرته في رمضان أنه قارن ولا هدي عليه، وتقدّم أنه غير مستلزم لذلك، وأن الحق اشتراط فعل أكثر العمرة في أشهر الحج لما قدمناه **(قوله كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير)** العبادلة في عرف أصحابنا عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، وفي عرف غيرهم[1] أربعة أخرجوا ابن مسعود وأدخلوا ابن عمرو بن العاص وابن الزبير، قاله أحمد بن حنبل وغيره. وغلطوا صاحب الصحاح إذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن عمرو بن العاص، قيل: لأن ابن مسعود تقدمت وفاته وهؤلاء عاشوا حتى احتيج إلى علمهم، ولا يخفى أن سبب غلبة لفظ العبادلة في بعض من سمى بعبد الله من الصحابة دون غيرهم مع أنهم نحو مائتي رجل ليس إلا لما يؤثر عنهم من العلم وابن مسعود أعلمهم، ولفظ عبد الله إذا أطلق عند المحدثين انصرف إليه فكان اعتباره من مسمى لفظ العبادلة أولى من الباقين، ولو سلم أنه لا غلبة في اعتباره جزء المسمى فلا مشاحة في وضع الألفاظ. ثم حديث ابن عمر أخرجه الحاكم وصححه وعلقه البخاري[2]، وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطني[3] وكذا أخرجه أيضاً عن ابن مسعود[4] وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً. وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطني عنه قال: أشهر الحج شوّال وذو القعدة وذو الحجة[5] إن هذه الأشهر ليست أشهر

كونه غير متمتع **(ولأن الترفق)** إنما يكون **(بأداء الأفعال، والمتمتع هو المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج)** فلا بد أن توجد الأفعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعاً. والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لأن الإحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط **(قال: وأشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة)** لما ذكر أن المتمتع هو الذي يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج احتاج إلى أن يبين الأشهر فقال: أشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فإن قلت: هل للمتمتع اختصاص بذلك أو القارن أيضاً لا بدّ له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج. قلت: قال صاحب النهاية: وجدت رواية في المحيط أنه لا يشترط لصحة القران ذلك. قال في المنتقى: رجل جمع بين حجة وعمرة: أي أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارناً ولكن لا هدي عليه. قوله **(كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير)** إنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لأنه ما كان يفهم في عرفهم من إطلاق العبادلة إلا هؤلاء الثلاثة، وأما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم لأن كان تقدم موته **(ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات)** وفي هذا

. . . .

---

(١) المراد بغيرهم أهل الحديث.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم في كتاب الحج باب ٣٣ عند حديث ورقمه ١٥٦١ موقوفاً على ابن عمر وأخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٢٧٦ عن ابن عمر موقوفاً وصححه، وأقره الذهبي.
وقال ابن حجر في الفتح ٣/ ٤٢٠ إسناده صحيح.
ولفظ الحاكم عن نافع عن ابن عمر قال: الحج أشهر معلومات.
قال: شوال، وذو القعدة، وعشر ذي الحجة.

(٣) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني في سننه ٢/ ٢٢٧ من طريقين وكلاهما ضعيف. وأخرجه من وجه آخر ورجال ثقات وهو موقوف.

(٤) موقوف جيد أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٢٦ عن ابن مسعود ورجاله ثقات. وانظر نصب الراية ٣/ ١٢٢.

(٥) موقوف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٢٦ عن ابن الزبير موقوفاً وإسناده حسن.

يدل على أن المراد من قوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾ شهران وبعض الثالث لا كله **(فإن قدّم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجا)** خلافاً للشافعي رحمه الله، فإن عنده يصير محرماً بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط

العمرة إنما هي للحج وإن كان عمل الحج قد انقضى بانقضاء أيام منى. وعن أبي يوسف أنه أخرج يوم النحر عنها فهي شوّال وذو القعدة وعشر ليال من ذي الحجة، واستبعد باستبعاد أن يوضع لأداء ركن عبادة وقت ليس وقتها ولا هو منه. وفائدة كونه من أشهر الحج تظهر فيما لو قدم المحرم بالحج يوم النحر فطاف للقدوم وسعى وبقي على إحرامه إلى قابل فإنه لا سعي عليه عقيب طواف الزيارة لوقوع ذلك السعي معتداً به، وأيضاً لا يكره الإحرام بالحج فيه مع أنه يكره الإحرام بالحج في غير أشهر الحج، وأيضاً لو أحرم بعمرة يوم النحر فأتى بأفعالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقي محرماً إلى قابل فحج كان متمتعاً، وهذا يعكر على ما تقدم ويوجب أن يوضع مكان قولهم وحج من عامه ذلك في تصوير التمتع وأحرم بالحج من عامه ذلك **(قوله فإن قدّم الإحرام بالحج عليها جاز)** لكنه يكره، فقيل: لأنه يشبه الشرط لعدم اتصال الأفعال والركن، ولذا إذا أعتق العبد بعد ما أحرم لا يتمكن من أن يخرج بذلك الإحرام عن الفرض، فالجواز للشبه الأول والكراهة للثاني. وقيل: هو شرط والكراهة للطول المفضي إلى الوقوع في محظوره **(قوله أما**

إشارة إلى نفي قول مالك إن وقت الحج جميع الأشهر الثلاثة، وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالاً بقوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾ وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة. وفائدة ذلك إنما تظهر في حق جواز تأخير طواف الزيارة إلى آخر ذي الحجة. فإن قلت: الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج. قلت: هو متمسك أبي يوسف في غير ظاهر الرواية، ولكنا نقول: فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لأن الوقوف وهو الركن الأعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لأنه خرج وقت الحج، ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز أن يكون في غير وقته. ولقائل أن يقول: إن اعتبرتم الفوات يلزم أن لا يكون يوم النحر من وقت الحج، وإن اعتبر تم أداء الأركان وجب أن يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لأن طواف الزيارة يجوز فيهما، وحينئذ جاز أن يكون ذو الحجة إلى آخره من وقت الحج كما قال مالك، والحق أن يقال: المعوّل في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة، وفيه نظر لأن المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقت الحج. والجواب أن ذكر أحد العددين من الليالي والأيام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوّال وذي القعدة في وقته وأداء الحج لا يصح فيهما؟ أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيهما، ألا ترى أن الآفاقي إذا قدم مكة في شوّال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فإن هذا السعي يكون السعي الواجب في الحج فإنه لا يجب إلا مرة واحدة، ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب في الحج. وقوله **(وهذا)** أي ما روي عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول **(يدل على أن المراد من قوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾ شهران وبعض الشهر الثالث لا كله)** ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك. ومن الشارحين من قال: لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعض وليس بشيء لأن ما ينتهي إليه الخصوص إذا كان العام جمعاً الثلاثة، ولأن الخصوص إنما يكون بإخراج بعض أفراد العام لا بإخراج بعض كل فرد. ومنهم من قال: اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ فإن المراد بالجمع التثنية. ورد بأن ذلك عند عدم الإلباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملبس. وأقول: هو من باب ذكر الكل وإرادة الجزء. فإن قلت: فيكون مجازاً فلا بد له من قرينة. قلت: سياق الكلام لأنه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر. فكان تقديره والله أعلم: الحج في أشهر، والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مراداً، وعينه ما روي عن العبادلة وغيرهم. وقوله **(فإن قدم الإحرام عليها)** أي على أشهر الحج **(جاز إحرامه)** عندنا **(وانعقد حجاً خلافاً للشافعي، فإن عنده يصير محرماً بالعمرة لأنه ركن عنده)** فلا يتحقق قبل أوانه. فإن قيل: المذكور في الكتاب يدل على أنه لا يقع عن الحج والمدعي وقوعه إحراماً للعمرة. فالجواب أن الإحرام إذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف إلى ما يصلح له حذراً عن الإلغاء كمن نوى صوم القضاء من

(قال المصنف: فإن قدم الإحرام عليها جاز إحرامه) أقول: ومن تقرير الدليل يظهر وجه التفريع فإنه شرط منفصل يتقدم على الحج لأنه يكون يوم عرفة وما بعده فيجوز التقديم على وقته أيضاً، وهذا ليس كالتحريمة فإنه شرط متصل **(قوله فإن قيل المذكور الخ)** أقول: يعني قوله

عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت، ولأن الإحرام فإن عنده يصير محرماً بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت تحريم أشياء وإيجاب أشياء، وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان. قال **(وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامة ذلك فهو متمتع)** اما الأول فلأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج. وأما الثاني فقيل

الأول) وهو ما إذا اتخذ مكة داراًحتى صار متمتعاً بالاتفاق **(وأما الثاني)** وهو ما إذا اتخذ البصرة داراً **(فقيل هو بالاتفاق)** كالأول، قاله الجصاص لأنه ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف **(وقيل هو قول أبي حنيفة)** وفي قولهما: لا يكون متمتعاً، قاله الطحاوي. والمسألة التي تأتي بعد هذه وهي ما إذا أفسد العمرة ترجح قول الطحاوي، ومبنى الخلاف فيها على أن سفره الأول انتقض بقصد البصرة والنزول بها ونحوها كالطائف وغيره مما هو خارج المواقيت أولاً، فعندهما نعم، فلا يكون متمتعاً في الأولى لأنه لم يترفق بالنسكين في سفرة ويكون متمتعاً في الثانية، وهي ما إذا أفسد العمرة ثم اتخذ البصرة داراً ثم قدم بعمرة قضاء وحج من عامه لأن ذلك السفر انتهى بالفاسدة، وهذا سفر آخر حصل فيه نسكين صحيحين. وعنده لا فيكون متمتعاً في الأولى لحصولهما صحيحين في سفرة ولا يكون متمتعاً في الثانية لأنه لم يحصلهما صحيحين في السفرة الواحدة، وتقييدهم بكونه اتخذ البصرة ونحوها داراً اتفاقي، بل لا فرق بين أن يتخذها داراً أولاً، صرح به في البدائع فقال: فأما إذا عاد إلى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لأهله القران والتمتع كالبصرة مثلاً واتخذ هناك داراً أو لم يتخذ توطن بها أو لم يتوطن الخ، وإذا رجعت إلى ما سمعت من قريب من أن من وصل إلى مكان كان حكمه حكم أهله إذا كان قصده إليه زال الريب.

[فروع] لو عاد إلى أهله بعد ما طاف لعمرته قبل أن يحلق ثم حج من عامه فهو متمتع لأن العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله إن لم يكن مستحقاً فهو مستحب كذا في البدائع. وذكر بعده بنحو ورقتين فيمن اعتمر في أشهر الحج فقال: وإن رجع إلى أهله بعد طاف أكثر طواف العمرة أو كله ولم يحل وألم بأهله محرماً ثم عاد وأتمّ عمرته وحج من عامه فهو متمتع في قول أبي حنيفة

النهار فإنه يكون شارعاً في النفل **(وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت)** فإن قيل: لو كان شرطاً لما كره قبل أشهر الحج لكنه مكروه. أجيب بأن الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع في المحظور بطول الزمان. وقوله **(ولأن الإحرام تحريم أشياء)** أي يستلزمه كتحريم قتل الصيد وليس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك **(وإيجاب أشياء)** كالسعي والرمي وأمثالهما **(وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان)** يعني الميقات. لا يقال: هذا كله تعليل في مقابلة النص، وهو ما روي أنه ﷺ قال «المهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة» وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه. لأنا نقول: هذا الحديث شاذ جداً فلا يعتمد على مثله. قال **(وإذا قدم الكوفي بعمرة)** هذه المسألة على أربعة أوجه: الأول هو ما ذكره في الكتاب بقوله **(ثم اتخذ مكة داراً)** يعني أقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني ما ذكره ثانياً بقوله **(أو البصرة داراً وحج من عامه ذلك)** وقال هو متمتع وهو ينصرف إلى الوجهين جميعاً وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافاً. والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك، وفيه أيضاً متمتع، ولم يذكره لأن حكمه يعلم من الوجه الأول. والرابع هو أن يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك، وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لأنه ألمّ بأهله إلماماً صحيحاً ومثله لا يكون متمتعاً ولم يذكره لكونه معلوماً مما تقدم وقوله **(أما الأول)** أي الوجه الأول وإنما صار فيه متمتعاً **(لأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج)** من غير أن يلم بأهله إلماماً صحيحاً ومثله متمتع **(وأما الثاني فقيل هو بالاتفاق)** ذكر الجصاص أنه لا يكون متمتعاً على قول الكل، ذكره في المحيط، وقول المصنف ملبس لأنه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل أن يكون في كونه متمتعاً وفي كونه لا يكون متمتعاً. والثاني هو المراد على ما ذكره الجصاص. وروى الحاكم الشهيد عن أبي عصمة سعد بن معاذ أن ما ذكر في الكتاب: يعني الجامع الصغير قول أبي حنيفة، وعلى

لأنه ركن عنده **(قوله وقول المصنف ملبس لأنه الخ)** أقول: لا إلباس فيه لظهور أن مراد المصنف هو الأول، والاتفاق الذي ذكره الجصاص

هو بالاتفاق. وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يكون متمتعاً لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان. وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه، وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع **(فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة)** رحمه الله **(وقالا هو متمتع)** لأنه إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين. وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه **(فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعاً في قولهم جميعاً)** لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه، ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعاً بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأوّل

وأبي يوسف خلافاً لمحمد. له أنه أدى العمرة بسفرتين وأكثرها حصل في السفر الأول وهذا يمنع التمتع. ولهما أن إلمامه لم يصح بدليل أنه يباح له العود بذلك الإحرام لا بإحرام جديد فصار كأنه أقام بمكة. ولو عاد بعد ما طاف ثلاثة أشواط ثم رجع فأتمها وحج من عامه كان متمتعاً ولو أفسد العمرة ومضى فيها حتى أتمها ثم رجع إلى أهله ثم عاد وقضاها وحج من عامه فهو متمتع، لأنه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به. ولو أنه لما فرغ من الفاسدة لم يخرج أو لم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وحج لا يكون متمتعاً لأنه حينئذ كواحد من أهل مكة، حتى لو حج من عامه كان مسيئاً وعليه لإساءته دم، ولو خرج بعد إتمام الفاسدة إلى خارج المواقيت كالطائف ونحوه مما لأهله المتعة ثم رجع فقضى عمرته الفاسدة وحج من عامه فهو على الخلاف. عنده ليس بمتمتع لأنه على سفره الأول فكأنه لم يخرج من مكة فحين فرغ من الفاسدة لزمه أن يقضيها من مكة لأن من أهل مكة. فلما خرج ثم أحرم بها فقضاها صار ملماً بأهله كما فرغ فيبطل تمتعه، كالمكي إذا خرج ثم عاد فاعتمر ثم حج من عامه. وعندهما متمتع لانتهاء سفره الأول، فهو حين عاد آفاقي فعلهما في أشهر الحج، هذا إذا اعتمر في أشهر الحج وأفسدها، فأما إذا كان اعتمر قبل أشهر الحج وأفسدها وأتمها على الفساد، فإن لم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج فقضى عمرته فيها ثم حج من عامه

قولهما لا يكون متمتعاً، وهكذا ذكر الطحاوي لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية، وهذا ليس كذلك لأن نسكيه ميقاتيان لأنه بعد ما جاوز الميقات حلالاً وعاد يلزمه الإحرام من الميقات فكان كالملمّ بأهل. ولأبي حنيفة أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى أهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج. والحاصل أن الأصل عنده أنه ما لم يصل إلى أهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات. وعندهما أن من خرج من الميقات بمنزلة من وصل إلى أهله وإنما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لأن فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم، فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا حل له التناول منه فيصار إلى إيجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطاً. وقوله **(فإن قدم بعمرة)** أي بإحرام عمرة **(فأفسدها)** بأن جامع امرأته قبل أعمال العمرة **(وفرغ منها)** يعني مضى **(وقصر)** وتحلل **(ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج)** أي قضى العمرة التي أفسدها **(وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة)** يعني إذا كان خروجه إلى البصرة في أشهر الحج، وأما إذا خرج قبل أشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فإنه يكون متمتعاً بلا خلاف، كذا في النهاية ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام والفوائد الظهيرية.

في كونه متمتعاً. قال الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في كوفي أتى بعمرة في أشهر الحج فطاف لها وسعى بين الصفا والمروة ثم حلق أو قصر ثم اتخذ مكة داراً أو أتى البصرة فاتخذها داراً ثم حج من عامه، قال هو متمتع. وذكر الطحاوي في هذه المسئلة أن عند أبي يوسف ومحمد لا يصير متمتعاً. قال الجصاص: وهذا سهو، والصواب أنه بلا خلاف كما ذكر في الكتاب وفي شرح الإمام قاضيخان للجامع الصغير. وأما الوجه الثالث إذا اعتمر في أشهر الحج ثم رجع إلى غير بلده إلى البصرة أو إلى الطائف ونحو ذلك ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع. وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله. أما على قول أبي يوسف ومحمد لا يكون متمتعاً. وذكر الجصاص أن المذكور في الكتاب قول الكل لا خلاف لهما فيه، وهكذا في شرح الصدر الشهيد نعم ذكر في المحيط على ما نقله الشارح إلا أن المصنف اختار قول شراح الجامع الصغير فلا وجه للاعتراض عليه بأن قوله ملبس فتبصر، والله الموفق **(قوله لأنها قد حلت قبل الذبح)** أقول: فيه بحث، إلا إذا فرض حلقها.

انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة **(ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه)** لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال **(وسقط دم المتعة)** لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة **(وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة)** لأنها أتت بغير الواجب، وكذا الجواب في الرجل **(وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر)**

فليس بمتمتع اتفاقاً وهو كمكي تمتع فيكون مسيئاً وعليه دم. فلو عاد إلى غير أهله إلى موضع لأهله المتعة ثم عاد بإحرام العمرة ثم عاد فقضاها في أشهر الحج ثم حج من عامه، ففي قول أبي حنيفة هذا على وجهين: في وجه يكون متمتعاً وهو ما إذا رأى هلال شوّال خارج المواقيت. وفي وجه لا يكون متمتعاً وهو ما إذا رأى هلال شوّال داخل المواقيت، لأن في الوجه الأول أدركه أشهر الحج وهو من أهل التمتع، وفي الثاني أدركه وهو ممنوع منه لأنه لا يزول المنع حتى يلحق بأهله. وعندهما هو متمتع في الوجهين بناء على انقضاء السفرة الأولى بلحوقه بذلك الموضع فهو كما لو لحق بأهله. هذا وكلام الأصحاب كله على أن الخروج إلى الميقات من غير مجاوزة بمنزلة عدم الخروج من مكة لأن أهل المواقيت في حكم حاضري المسجد الحرام حتى إنه ليس لهم تمتع ولا قران، ويحل لهم دخول مكة بغير إحرام إذا لم يريدوا النسك إلا ما ذكر الطحاوي أنه بمنزلة العَوْدِ إلى الأهل. قال: لو فرغ من عمرته وحل ثم ألم بأهله أو خرج إلى ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه لا يكون متمتعاً بالإجماع لأن العود إلى ميقات نفسه ملحق بالأهل من وجه. ولو خرج إلى غير ميقات نفسه ولحق بموضع لأهله المتعة اتخذ داراً أولاً توطن أولاً، ثم أحرم من هناك وحج من عامه يكون متمتعاً عند أبي حنيفة لعدم الإلحاق بالأهل من كل وجه، وقالا: لا يكون متمتعاً اهـ. والمعوّل عليه ما هو المشهور **(قوله لحديث عائشة رضي الله عنها)** في الصحيحين عنها قالت: «خرجنا لا نرى إلا الحج، فلما كنا بسرف حضت فدخل رسول الله ﷺ وأنا أبكي فقال: مالك أنفست؟ قلت: نعم، قال: إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم، فاقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري[1]» وأخرجا عن جابر رضي الله عنه قال: «أقبلنا مهلين مع رسول الله ﷺ بحج مفرد، وأقبلت عائشة بعمرة حتى إذا كنا بسرف عركت عائشة، حتى إذا قدمنا طفنا بالكعبة وبالصفا والمروة، فأمرنا رسول الله ﷺ أن يحل منا من لم يكن معه هدي، قال: فقلنا حل ماذا؟ قال: الحل كله، فواقعنا النساء وتطيبنا ولبسنا ثيابنا وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال، ثم أهللنا يوم التروية ثم دخل

وقال أبو يوسف ومحمد: هو متمتع، والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب. وقوله **(وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت بغير الواجب عليها)** إذ الواجب عليها دم المتعة والأضحية ليست بواجبة، ولئن كانت واجبة بأن اشترت بنية الأضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع **(وكذلك الجواب في الرجل)** وإنما خصت المرأة لأن السائلة كانت امرأة فوضعت المسألة على ما وقع وإما لأن الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية في هدي المتعة لا تكون إلا عن جهل. ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت: دم المتعة الذي كان واجباً عليها، ودم آخر لأنها قد حلت قبل الذبح **(وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة حين حاضت بسرف)** وهو ما روي أن النبي ﷺ دخل عليها وهي تبكي فقال: ما يبكيك لعلك نفست؟ فقالت: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: هذا شيء كتبه الله على بنات آدم، دعي عنك العمرة، أو قال: ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت» والاستدلال إنما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج، وليس فيه ما يدل على الاغتسال، ولكن فيما روى أبو داود في السنن بإسناده إلى عائشة قالت «نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبي بكر، فأمر النبي ﷺ أبا بكر فأمرها أن تغتسل وتهر» دليل على ذلك **(ولأن الطواف في المسجد)** والحائض منهية عن دخوله **(والوقوف في**

. . . .

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٨٨ ومسلم ١٢١١ ح ١٢٠ وأحمد ٦/ ٢٧٣ كلهم من حديث عائشة بأتم منه.

لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولأن الطواف في المسجد والوقوف في المفازة، وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيداً **(فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر)** لأنه عليه الصلاة والسلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر **(ومن اتخذ مكة دار فليس عليه طواف الصدر)** لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دار بعد ما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله، لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك، والله أعلم بالصواب.

رسول الله ﷺ على عائشة وهي تبكي فقال لها ما شأنك؟ قالت: شأني أني حضت وقد حل الناس ولم أحلل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون إلى الحج الآن، قال: إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلي ثم أهلي بالحج، ففعلت ووقفت المواقف، حتى إذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة، ثم قال: قد حللت من حجتك وعمرتك جميعاً، قالت: يا رسول الله إني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت، قال: فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم[1] اهـ، وقد يتمسك به من يكتفي لهما بطواف واحد وهو غير لازم، ومعنى «حللت من حجتك وعمرتك» لا يستلزم الخروج منهما بعد قضاء فعل كل منهما، بل يجوز ثبوت الخروج من العمرة قبل إتمامها ويكون عليها قضاؤها، ألا ترى إلى قولها في الرواية الأخرى في الصحيحين «ينطلقون بحج وعمرة وأنطلق بحج» فأقرّها على ذلك ولم ينكر عليها، «وأمر أخاها أن يعمرها من التنعيم[2]» وهذا لأنها إذا لم تطف للحيض حتى وقفت بعرفة صارت رافضة للعمرة، وسكوته ﷺ إلى أن سألته إنما يقتضي تراخي القضاء لا عدم لزومه أصلاً **(قوله ولأن الطواف في المسجد)** يعني ولا يحل للحائض دخوله. والحاصل أن حرمة الطواف من وجهين: دخولها المسجد وترك واجب الطواف، فإن الطهارة واجبة في الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر، فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله تعالى ولزمها الإعادة، فإن لم تعده كان عليها بدنة وتم حجها، والله سبحانه أعلم وأحكم.

(المفازة) وليست بمنهية عنها. فإن قيل: لا فائدة في هذا الاغتسال لأنها لا تطهر به مع قيام الحيض. أجاب بقوله **(وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيداً)** للنظافة. وقوله **(ولا شيء)** عليها **(لطواف الصدر)** أي لترك طواف الصدر **(لأنه ﷺ رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر)** روت عائشة «أن صفية بنت حيي حاضت، فقال النبي ﷺ: عقري حلقي إنك لحابستنا، أما كنت طفت يوم النحر؟ قالت بلى، قال عليه الصلاة والسلام: فلا بأس انفري» فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لأن الأصل أن كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة، وعقرى وحلقي عند المحدثين فعلى، ومعناه: عقر جسدها وأصابها في حلقها وجع. وقوله **(ومن اتخذ مكة داراً)** ظاهر. وقوله **(بعد ما حل النفر الأول)** يعني اليوم الثالث من أيام النحر **(لأنه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنيته الإقامة بعد ذلك)** كمن أصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له أن يفطر. فأما إذا اتخذ مكة داراً قبل أن يحل النفر الأول فلا يجب عليه طواف الصدر لأنه صار كمقيم سافر قبل أن يصبح فإنه يباح له الأفطار وعلى قول أبي يوسف يسقط عنه طواف الصدر إلا أن يكون عزم على الإقامة بعد ما افتتح الطواف لأن وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الأول، وما بقي الوقت لا يصير ديناً في ذمته فيسقط بالعارض المعتبر كالمرأة التي حاضت في وقت الصلاة يلزمها قضاء تلك الصلاة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٥١ ومسلم ١٢١٣ وأبو داود ١٧٨٥ والنسائي ٥/ ١٦٤، ١٦٥ كلهم من حديث جابر واللفظ لهم دون البخاري.
(٢) صحيح هو بعض حديث أخرجه البخاري ١٥٦١ ومسلم ١٢١١ ح ١٢٨ كلاهما من حديث عائشة فيه: فلما كانت ليلة الحَصْبَةِ قالت: يا رسول الله يرجع الناس بعمرة، وحَجَّة، وأرجع أنا بحجَّة.. الحديث. وفيه: فاذهبي مع أخيك إلى التنعيم، فأهلّي بعمرة، ثم موعدك كذا وكذا وللحديث تتمة.

باب الجنايات

(وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فإن طيب عضواً كاملاً فما زاد فعليه دم) وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما

باب الجنايات

بعد ذكر أقسام المحرمين شرع في بيان أحكام عوارض لهم وللحرم الجناية فعل محرم، والمراد هنا خاص منه وهو ما تكون حرمته بسبب الإحرام أو الحرم (قوله وإذا تطيب) يفيد مفهوم شرطه أنه إذا شم الطيب لا كفارة عليه إذ ليس تطيباً، بل التطيب تكلف جعل نفسه طيباً وهو أن يلصق ببدنه أو ثوبه طيباً وهو جسم له رائحة طيبة، والزعفران والبنفسج والياسمين والغالية[1] والريحان والورد والورس[2] والعصفر طيب. وعن أبي يوسف رحمه الله: القسط طيب، وفي الخطمى اختلافهم، ولا فرق في المنع بين بدنه وإزاره وفراشه. وعن أبي يوسف رحمه الله: لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوباً مصبوغاً بالزعفران ولا ينام عليه. ثم إن لم يكن على المحرم شيء بشم الطيب والرياحين لكن يكره له ذلك، وكذا شم الثمار الطيبة كالتفاح وهي مختلفة بين الصحابة، كرهه عمر وجابر، وأجازه عثمان وابن عباس، ولا يجوز له أن يشدّ مسكاً في طرف إزاره، ولا بأس بأن يجلس في حانوت عطار. ولو دخل بيتاً قد أجمر فيه فعلق بثوبه رائحة فلا شيء عليه، بخلاف ما لو أجمره هو. قالوا إن أجمر ثوبه: يعني بعد الإحرام فإن تعلق به كثير فعليه دم وإلا فصدقه، وكان المرجع في الفرق بين الكثير والقليل العرف إن كان، وإلا فما يقع عند المبتلي. وما في المجرد: إن كان في ثوبه شبر في شبر فمكث عليه يوماً يطعم نصف صاع، وإن كان أقل من يوم فقبضة، يفيد التنصيص على أن الشبر في الشبر داخل في القليل، وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان. ولا بأس بشم الطيب الذي تطيب به قبل إحرامه وبقائه عليه. ولو انتقل بعد الإحرام من مكان إلى مكان من بدنه لا جزاء عليه اتفاقاً، إنما الخلاف فيما إذا تطيب بعد الإحرام وكفر ثم بقي عليه الطيب، منهم من قال: ليس عليه بالبقاء جزاء، ومنهم من قال: عليه لأن ابتداءه كان محظوراً فكان كله محظوراً فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بخلاف الأول، والرواية توافقه، في المنتقى هشام عن محمد: إذا مس طيباً كثيراً فأراق له دماً ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لتركه دم آخر، ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب (قوله فما زاد) يفيد أنه لا فرق في وجوب الدم بين أن يطيب عضواً. قال في المبسوط: كاليد والساق ونحوهما، وفي الفتاوى: كالرأس والساق والفخذ أو أزيد إلى أن يعم كل البدن، ويجمع الفرق فإن بلغ عضواً فدم، وإلا فصدقه. فإن كان قارناً فعليه كفارتان للجناية على إحرامين. ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن إذا كان في مجلس واحد، فإن كان في مجالس فلكل طيب كفارة كفر للأول أولاً عندهما. وقال محمد: عليه

باب الجنايات

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والإحصار والفوات، وهي جمع جناية، والجناية اسم لفعل محرم شرعاً سواء حل بمال أو نفس، ولكنهم أعني الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والأطراف، فأما الفعل في المال فسموه غصباً، والمراد ههنا فعل ليس للمحرم أن يفعله، وإنما جمع لبيان أنها ههنا أنواع (قوله وإذا تطيب المحرم) التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم أو بعضو منه، فلو شم طيباً ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكر أو، لا أن تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله ﷺ «الحاج الشعث التفل» والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية، ففصل ذلك بقوله (فإن طيب عضواً كاملاً فما زاد فعليه دم) وقوله فما زاد فصل في البين. وقوله (وذلك مثل الرأس) ظاهر. والفاصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة، فإن العادة في استعمال الطيب لقضاء التفث عضو

---

(١) الغاليةُ: أخلاط من الطيب.

(٢) الوَرْسُ: نبت أصفر يزرع باليمن يصبغ به وهو بسكون الراء.

أشبه ذلك، لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق، وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب **(وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة)** لقصور الجناية. وقال محمد رحمه الله: يجب بقدره من الدم اعتباراً للجزء بالكل. وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتباراً بالحلق، ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله. ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى، وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة، هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. قال **(فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم)** لأنه طيب، قال ﷺ: «الحناء طيب» وإن صار ملبداً فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية،

كفارة واحدة ما لم يكفر للأول. وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الأولى فليس عليه إلا كفارة واحدة ما لم تبرء الأولى، ولا فرق بين قصده وعدمه. وفي المبسوط: استلم الركن فأصاب يده أو فمه خلوق كثير فعليه دم، وإن كان قليلاً فصدقة. وهل يشترط بقاؤه عليه زماناً أولاً؟ في المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا أصاب المحرم طيباً فعليه دم، فسألته عن الفرق بينه وبين لبس القميص لا يجب الدم حتى يكون أكثر اليوم قال: لأن الطيب يعلق به، فقلت: وإن اغتسل من ساعته؟ قال: وإن اغتسل من ساعته. وفيه هشام عن محمد: خلوق البيت والقبر إذا أصاب ثوب المحرم فحكه فلا شيء عليه وإن كان كثيراً، وإن أصاب جسده منه كثير فعليه الدم اهـ. وهذا يوجب التردد. وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد: إن مس طيباً فإن لزق به تصدق بصدقة، فإن لم يلزق به فلا شيء عليه إلا أن يكون ما لزق به كثيراً فاحشاً فعليه دم. وفي الفتاوي: لا يمس طيباً بيده وإن كان يقصد به التطيب. واعلم أن محمداً قد أشار إلى اعتبار الكثرة في الطيب والقلة في الدم والصدقة. قال في باب: إن كان كثيراً فاحشاً فعليه دم، وإن كان قليلاً فصدقة، كما صرح باعتبارها في العضو وبعضه. ووفق شيخ الإسلام وغيره بينهما بأنه إن كان كثيراً ككفين من ماء الورد وكف من الغالية وفي المسك ما يستكثره الناس ففيه الدم، وإن كان في نفسه قليلاً وهو ما يستقله الناس فالعبرة لتطييب عضو به وعدمه، فإن طيب به عضواً كاملاً ففيه دم وإلا فصدقة، وإنما اعتبر الهندواني الكثرة والقلة في نفسه، والتوفيق هو التوفيق **(قوله ونحن نذكر الفرق)** أي بين حلق ربع الرأس وتطييب ربع العضو وهو ما ذكر قريباً وسننبه عليه عند ذكره. وما في النوادر عن أبي يوسف: إن طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته فعليه دم تفريع على ما في المنتقى **(قوله إلا في موضعين)** مواضع البدنة أربعة: من طاف الطواف المفروض جنباً أو حائضاً أو نفساء، أو جامع بعد الوقوف بعرفة. لكن القدوري اقتصر على الأول والأخير كأنه اعتمد على استعلام لزوم البدنة في الحائض والنفساء بالدلالة من الجنب، إما لأن الأحداث متساوية في الغلظ، أو لأنهما أغلظ، ألا ترى أنهما يمنعان قربان الزوج بخلاف جنابتها **(قوله إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة)** فإنه يتصدق بما شاء **(قوله فإن خضب رأسه بحناء)** منوّناً لأنه فعال لا فعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث **(فعليه دم)** وكذا إذا خضبت امرأة يدها لأن له رائحة مستلذة وإن لم تكن ذكية **(قال عليه الصلاة والسلام «الحناء طيب»)** رواه البيهقي وغيره[1]، وفي سنده عبد الله بن لهيعة، وعزاه صاحب الغاية إلى

كامل فتتم به الجناية وفيما دونه في جنايته نقصان فتكفيه الصدقة. وقوله **(ونحن نذكر الفرق بينهما)** هو قوله ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ، وقوله **(إلا في موضعين)** يعني إذا طاف طواف الزيارة جنباً، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة. وقوله **(إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة)** يعني أن التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء، وقوله عليه الصلاة والسلام **(الحناء طيب)** قاله حين نهى المعتدة أن تختضب بالحناء **(وإن صار ملبداً)** بأن كان الحناء جامداً غير مائع **(فعليه دمان: دم للتطيب، ودم**

(قوله أو بعضو منه) أقول: لعله تكرار لأن قوله ببدن المحرم يغني عنه، ولذا لم يذكره في قوله ولم يلتصق ببدنه الخ **(قوله والتطيب يزيل هذه الصفة)** أقول: فيه كلام.

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/ ١٢٤ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ٢١٨ كلاهما من حديث أم سلمة.
وقال البيهقي: فيه ابن لهيعة لا يحتج به، وإسناده ضعيف.
وقال الهيثمي: في إسناده ابن لهيعة فيه كلام.

ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنها ليست بطيب. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح. ثم ذكر محمد في الأصل رأسه ولحيته، واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون **(فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالا: عليه الصدقة)** وقال الشافعي رحمه الله: إذا استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه. ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقاً بمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب، ولا يخلو عن نوع طيب، ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث

النسائي ولفظه «نهى المعتدة عن التكحل والدهن والخضاب بالحناء، وقال: الحناء طيب[1]» وهذا إذا كان مائعاً، فإن كان ثخيناً فلبد الرأس ففيه دمان للطيب والتغطية، ولا يخفي أن ذلك إذا داوم يوماً أو ليلة على جميع رأسه أو ربعه، وكذا إذا غلف الوسمة **(قوله وهذا صحيح)** أي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف لأن التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج، فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم. وعلى هذا فما في الجوامع: إن لبد رأسه فعليه دم، والتلبيد أن يأخذ شيئاً من الخطمى والآس والصمغ فيجعله في أصول الشعر ليتلبد. وما ذكر رشيد الدين البصروي في مناسكه من قوله: وحسن أن يلبد رأسه قبل الإحرام للتغطية مشكل، لأنه لا يجوز استصحاب التغطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف التطيب. وفي سين الوَسمة الإسكان والكسر: وهو نبت يصبغ بورقه، فإن لم يغلف فلا شيء عليه كالغسل بالأشنان والسدر. وعن أبي حنيفة فيه صدقة لأنه يلين الشعر ويقتل الهوام **(قوله فإن ادّهن بزيت)** خصه من بين الأدهان التي لا رائحة لها ليفيد بمفهوم اللقب نفي الجزاء فيما عداه من الأدهان كالشحم والسمن.

ولا بد على هذا من كونه عمم الزيت في الحل فإنه ذكر الحل كالزيت في المبسوط **(قوله ولأبي حنيفة أنه أصل الطيب، ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام الخ)** لما كان الواجب الدم عيناً باعتبار أن وضع المسألة فيما إذا دهن كله أو عضواً لم يكتف بالتعليل بأنه أصل الطيب إلحاقاً بكسر بيض الصيد فإن الواجب فيه قيمته فاحتاج إلى جعله جزء علة في لزوم الدم، ومن اكتفى بذلك كصاحب المبسوط فقصد الإلحاق في لزوم الدم في الجزاء في الجملة احتجاجاً على الشافعي فيما إذا استعمله في غير الشعر من بدنه فإنه حكى خلافه ثم أعقبه بهذا الاستدلال وفيه نظر، فإنه ذكر وجه قول أبي حنيفة بعد حكاية قول الصاحبين في لزوم الصدقة وقول الشافعي وقال فيه: فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب

للتغطية) يعني إذا غطاه يوماً إلى الليل، فإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة، وكذا إذا غطى ربع الرأس، أما إذا كان أقل من ذلك فعليه صدقة. وقوله **(باعتبار أنه يغلف رأسه)** أي يغطيه، والوسمة بكسر السين وهو أفصح وسكونها: شجرة ورقها خضاب. وقوله **(وهذا)** أي تأويل أبي يوسف بالتغليف **(صحيح)** لأن تغطية الرأس توجب الجزاء وقوله **(ثم ذكر محمد في الأصل)** يعني في مسألة الحناء **(رأسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الرأس)** خاصة وفي ذلك دلالة على أن كل واحد منهما مضمون. وقوله **(وإن ادّهن بزيت)** يعني بزيت خالص، أما المطيب بغيره فيجيء ذكره **(فعليه دم)** إذا بلغ عضوا كاملاً وكلامه ظاهر.

وقوله **(إنه أصل الطيب)** فإن الروائح تلقى فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد في الأصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا

(قوله يعني إذا غطاه يوماً إلى الليل) أقول: أو ليلاً كاملاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٦/ ٢٠٤، ٢٠٥ من حديث أم سلمة قالت: دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت علي عينيَّ صَبراً فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ قلت: إنماهو صَبرٌ يا رسول الله ليس فيه طيب قال: إنه يشبُّ الوجه، فلا تجعليه إلا بالليل، ولا تمتشطي، بالطيب، ولَا بالحنّاء فإنه خضّاب، قلت: بأي شيء أمتشط؟ قال: بالسِّدر تُغلفين به رأسك. هذا لفظ النسائي وأما سياق المصنف فقريب لذا ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٢٤ بقوله: عزاه السروجي في الغاية إلى النسائي اهـ.

وإسناد النسائي باللفظ الذي أوردته فيه أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن أم سليمة.

قال ابن حجر في التقريب: أم حكيم لا يعرف حالها اهـ.

قلت: وأمها مجهولة فالحديث غير قوي له علتان.

لذا قال البيهقي في سننه ٥/ ٦١: باب الحناء ليس بطيب. ثم ذكر خبراً عن عن عائشة استدل به على صحة ما ذهب إليه. وإسناده غير قوي أيضاً.

فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم، وكونه مطعوماً لا ينافيه كالزعفران، وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت. أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو

باستعمال الطيب ككسر بيض الصيد، ومعنى كونه أصل الطيب أنه يلقى فيه الأنوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيباً **(قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت)** أي الخالص **(والحل البحت)** هو بالمهملة الشيرج **(أما المطيب منه)** وهو ما ألقى فيه الأنوار **(كالزنبق)** بالنون وهو الياسمين ودهن البان والورد **(فيجب باستعماله بالاتفاق الدم)** إذا كان كثيراً **(قوله وهذا إذا استعمله)** أي الزيت الخالص أو الحل، لما لم يكن طيباً كاملاً اشترط في لزوم الدم بهما استعمالها على وجه التطيب، فلو أكلهما أو داوى بهما شقوق رجليه أو أقطر في أذنيه لا يجب شيء ولذا جعل المنفي الكفارة لينتفي الدم والصدقة، بخلاف المسك وما أشبهه من العنبر والغالية والكافور حيث يلزم الجزاء بالاستعمال على وجه التداوي، لكنه يتخير إذا كان لعذر بين الدم والصوم والإطعام على ما سيأتي، وكذا إذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلزق بأكثر فمه فعليه الدم وهذه تشهد بعدم اعتبار العضو مطلقاً في لزوم الدم، بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما ذكرناه آنفاً. ثم الأكل الموجب أن يأكله كما هو، فإن جعله في طعام قد طبخ كالزعفران والأفاويه من الزنجبيل والدارصيني يجعل في الطعام فلا شيء عليه، فعن ابن عمر أنه كان يأكل السكباج الأصفر وهو محرم، وإن لم يطبخ بل خلطه بما يؤكل بلا طبخ كالملح وغيره، فإن كانت رائحته موجودة كره، ولا شيء عليه إذا كان مغلوباً فإنه كالمستهلك، أما إذا كان غالباً فهو كالزعفران الخالص لأن اعتبار الغالب عدماً عكس الأصول والمعقول فيجب الجزاء وإن لم تظهر رائحته. ولو خلطه بمشروب وهو غالب ففيه الدم، وإن كان مغلوباً فصدقة إلا أن يشرب مراراً فدم. فإن كان الشرب تداوياً تخير في خصال الكفارة. وفي المبسوط: فيما إذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صدقة إلا أن يكون كثيراً فعليه دم. وما في فتاوى قاضيخان: إن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه الدم، في قول أبي حنيفة يفيد تفسير المراد بقوله إلا أن يكون كثيراً أنه الكثرة في الفعل لا في نفس الطيب المخالط فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطيب كثيراً في الكحل ويشعر بالخلاف، لكن ما في كافي الحاكم من قوله فإن كان فيه طيب: يعني الكحل ففيه صدقة إلا أن يكون ذلك مراراً كثيرة فعليه دم، لم يحك فيه خلافاً، ولو كان لحكاه ظاهراً كما هو عادة محمد رحمه الله، اللهم إلا أن يجعل موضع الخلاف ما دون الثلاث كما يفيده تنصيصه على المرة والمرتين وما في الكافي المرار الكثير، هذا فإن كان الكحل عن ضرورة تخير في الكفارة، وكذا إذا تداوى بدواء في طيب فألزقه بجراحته أو شربه شرباً. وفي الفتاوي: لو غسل بأشنان[1] فيه طيب فإن كان من رآه سماه أشناناً فعليه الصدقة، وإن سماه طيباً فعليه الدم اهـ. ولو غسل رأسه بالخطمى[2] فعليه دم عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الصدقة لأنه ليس طيباً لكنه يقتل الهوام. وله منع نفي الطيب مطلقاً بل له رائحة وإن لم تكن ذكية فكان كالحناء مع قتله الهوام فتتكامل الجناية فيلزمه الدم. وعن أبي يوسف: ليس فيه شيء، وأوّل بما إذا غسل به بعد الرمي يوم النحر لأنه أبيح له حلق رأسه. وعنه في أخرى أن عليه دمين للتطيب والتغليف، قيل قول أبي حنيفة في خطمى العراق وله رائحة، وقولهما في خطمى الشام ولا رائحة له فلا

باستعماله قوله **(وهذا الخلاف في الزيت البحت)** أي الخالص **(والحل)** أي دهن السمسم **(أما المطيب منه كالبنفسج)** وهو معروف **(والزنبق)** على وزن العنبر دهن الياسمين **(وما أشبههما)** كدهن البان والورد **(فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر. وقوله (بخلاف ما إذا تداوى بالمسك**

---

(١) الأشنان: كان يستعمل قديماً كمنظف. وهو معرّب ويقال له بالعربية: الحُرُضُ.

(٢) نبت معروف والعامة في الشام تقول له: ختمية ـ بالتاء بدل الطاء.

طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه (وإن لبس ثوباً مخيطاً أو غطى رأسه يوماً كاملاً فعليه دم، وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لبس أكثر من

خلاف. وقيل: بل الخلاف في العراقي. ولو غسل بالصابون أو الحرض[1] لا رواية فيه، وقالوا لا شيء فيه لأنه ليس بطيب ولا يقتل (قوله وإن لبس ثوباً مخيطاً الخ) لا فرق في لزوم الدم بين ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام أو أحرم وهو لابسه فدام يوماً أو ليلة عليه، بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص فيه ولولاه لأوجبنا فيه أيضاً. ولا فرق بين كونه مختاراً في اللبس أو مكرهاً عليه أو نائماً فغطى إنسان رأسه ليلة أو وجهه حتى يجب الجزاء على النائم لأن الارتفاق[2] حصل له، وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه لا الموجب على ما عرف تحقيقه في مواضع. والتقييد بثوب في قوله وإن لبس ثوباً مخيطاً ليس بمعتبر المفهوم، بل لو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين يوماً كان عليه دم واحد كالإيلاجات في الجماع لأنه لبس واحد وقع على جهة واحدة، وعلى القارن دمان فيما على المفرد فيه دم، وكذا لو دام على ذلك أياماً أو كان ينزعها ليلاً ويعاود لبسها نهاراً أو يلبسها ليلاً للبرد وينزعها نهاراً ما لم يعزم على الترك عند الخلع، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء وإن كان كفر للأول بالاتفاق، لأنه لما كفر للأول التحق بالعدم فيعتبر اللبس الثاني لبساً مبتدأ، وإن لم يكن كفر للأول فعليه كفارتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي قول محمد: كفارة واحدة بناء على أنه ما لم يكفر فاللبس على حاله فهو واحد، بخلاف ما إذا كفر على ما قررنا، وهما يقولان لما نزع على عزم الترك نقطع حكم اللبس الأول فتعين الثاني مبتدأ. فالحاصل أن النزع مع عزم الترك يوجب اختلاف اللبسين عندهما وعنده التكفير. ولو لبس يوماً فأراق دماً ثم دام على لبسه يوماً آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف، لأن الدوام على اللبس كابتدائه بدليل ما لو أحرم وهو مشتمل على المخيط فدام عليه بعد الإحرام يوماً إذ عليه الدم. واعلم أن ما ذكرناه من اتحاد الجزاء إذا لبس جميع المخيط محله ما إذا لم يتعدد سبب اللبس، فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين، فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها، وكذلك نحو أن يضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصاً وجبة أو اضطر إلى لبس قلنسوة فلبسها مع عمامة، وإن لبسهما على موضعين موضع الضرورة وغيرهما كالقلنسوة مع القميص في الوجه الأول والثاني كان عليه كفارتان يتخير في إحداهما وهي ما للضرورة، والأخرى لا يتخير فيها وهي ما لغيرها، ومن صور تعدد السبب واتحاده ما إذا كان به مثلاً حمى يحتاج إلى اللبس لها ويستغني عنه في وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس ما لم تزل عنه. فإن زالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها وعرف ذلك فعليه كفارتان سواء كفر للأولى أولا عندهما. وعند محمد كفارة واحدة ما لم يكفر للأولى، فإن كفر فعليه أخرى، وكذا إذا حصره عدوّ فاحتاج إلى اللبس للقتال أياماً يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو، فإن ذهب وجاء عدوّ غيره لزمه كفارة أخرى. والأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى ضرورة اللبس كيف كانت. ولو لبس للضرورة فزالت فدام بعدها يوماً أو يومين فما دام في شك من زوال الضرورة ليس عليه إلا كفارة واحدة، وإن تيقن زوالها فاستمر كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها (قوله وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) في خزانة الأكمل: في ساعة نصف صاع، وفي أقل من ساعة قبضة من بر

وما أشبهه) كالعنبر والكافور لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوي. وقوله (وإن لبس ثوباً مخيطاً أو

(قوله لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوي) أقول: قال ابن الهمام: إذا كان استعماله لعذر يتخير بين الدم والصوم والإطعام اهـ. ونحن نقول: وهو الصحيح كما سيجيء في آخر هذا الباب.

---

(١) هو الأشنان كما ذكر صاحب المصباح المنير.
(٢) الارتفاق بالشيء: الانتفاع به.

نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أوّلاً. وقال الشافعي رحمه الله: يجب الدم بنفس اللبس لأن الاتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه. ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس، فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم، فقدّر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة، غير أن أبا يوسف رحمه الله أقام الأكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اتتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافاً لزفر لأنه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه. والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه، ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوماً كاملاً يجب عليه الدم لأنه ممنوع

(قوله فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال) يتضمن منع قول الشافعي: إن الارتفاق يتكامل بالاشتمال بل مجرد الاشتمال، ثم النزع في الحال لا يجد الإنسان به ارتفاقاً فضلاً عن كماله وقوله في وجه التقدير بيوم (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) يفيد أنه لا يقتصر على اليوم بل لبس الليلة الكاملة كاليوم لجريان المعنى المذكور فيه ونص عليه في الأسرار وغيره (قوله غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) كما اعتبره في كشف العورة في الصلاة. وعن محمد في لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه، وعلى هذا الاعتبار يجري (قوله لأنه لم يلبسه لبس المخيط) لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك، فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط، ولذا قلنا فيما لو أدخل منكبيه في القباء دون أن يدخل يديه في الكمين أنه لا شيء عليه. وكذا إذا لبس الطيلسان[1] من غير أن يزرّه عليه لعدم الاستمساك بنفسه فإن زر القباء أو الطيلسان يوماً لزمه دم لحصول الاستمساك بالزر مع الاشتمال بالخياطة. بخلاف ما لو عقد الرداء أو شد الإزار بحبل يوماً كره له ذلك للشبه بالمخيط ولا شيء عليه لانتفاء الاشتمال بواسطة الخياطة. وفي إدخال المنكبين القباء خلاف زفر. ولا بأس أن يفتق السراويل إلى موضع التكة فيأتزر به وأن يلبس المكعب الذي لا يبلغ الكعب إذا كان في وسط القدم، لأن الحاصل حينئذ هو الحاصل من قطع الخفين أسفل من

غطى رأسه يوماً كاملاً فعليه دم) حكم الليلة أيضاً كذلك. وقوله (ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس) لأنه أعد لذلك، قال الله تعالى ﴿سرابيل تقيكم الحر﴾ وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملاً، وقد يقصر فيصير ناقصاً، فلا بد من حد، فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء بحسب ذلك فقدر باليوم أو الليلة (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) فإنه من لبس ثوباً يليق بالنهار ينزعه بالليل، ومن لبس ثوباً يليق بالليل ينزعه بالنهار، فإذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم، وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الاتفاق فتجب الصدقة (غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) لأن المرء قد يرجع إلى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس، فكان اللبس في أكثر اليوم ارتفاقاً مقصوداً، ولكن هذا غير مضبوط فإن أحوال رجوع الناس إلى بيوتهم قبل الليل مختلفة، بعضهم يرجع في وقت الضحى، وبعضهم قبله، وبعضهم بعده، فكان الظاهر هو الأول.

وقوله (ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به) الاتشاح هو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الأيسر. وقوله (خلافاً لزفر) هو يقول القباء مخيط، فإذا أدخل فيه منكبيه صار لابساً للمخيط، فإن القباء يلبس هكذا عادة. وقلنا: ما لبس لبس القباء لأن العادة في ذلك الضم إلى نفسه بإدخال المنكبين واليدين لأنه مأخوذ من القبو وهو الضمن ولم يوجد (ولهذا يتكلف في حفظه) وعلى هذا لو زرّه ولم يدخل يديه في الكمين كان لابساً لأنه لا يتكلف إذ ذاك في حفظه وإنما أعاد قوله (والتقدير في تغطية الرأس) ليبني عليه الفروع. وقوله (ما بيناه) هو ما قال أو غطى رأسه يوما كاملا. وقوله (ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه)

(قوله لأن المرء قد يرجع إلى بيته) أقول: فيه كلام.

(قال المصنف: لأنه لم يلبسه لبس المخيط) أقول: لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط (قوله وقوله يعتاده بعض الناس كالأتراك والأكراد فإنهم يغطون رءوسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقاً كاملاً) أقول: فيه كلام.

---

(١) الطَّيْلَسان: من لباس العجم. والجمع طيالسة.

عنه، ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اعتبر الربع اعتباراً بالحلق والعورة، وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة **(وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعداً فعليه دم، فإن كان أقل من الربع فعليه صدقة)** وقال مالك رحمه الله: لا يجب إلا بحلق الكل. وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتباراً بنبات الحرم. ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه

الكعبين، وقد ورد النص بإطلاق ذلك، بخلاف الجورب فإنه كالخف فلبسه يوماً موجب للدم **(قوله ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبي حنيفة اعتبار الربع)** إن بلغ قدر الربع فدام يوماً لزمه دم **(اعتباراً بالحلق والعورة)** حيث يلزم الدم بحلق ربع الرأس أو اللحية وفساد الصلاة بكشف ربع العورة. وقوله **(وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس)** يصلح إبداء للجامع: أي العلة التي بها وجب في حلق الربع الدم وهي الارتفاق به على وجه الكمال وإن كان هناك أكمل منه ثابتة في تغطية البعض ولذا يعتاده بعض الناس، وإنما يعتاده تحصيلاً للارتفاق وإلا كان عبثاً، وإن كان الجامع هذا فلا يصح اعتبار العورة أصلا لانتفاء هذا الجامع. إذ ليس فساد الصلاة بانكشاف الربع لذلك بل لعدّه كثيراً عرفا وليس الموجب هذا هنا؛ ألا ترى أن أبا حنيفة لم يقل بإقامة الأكثر مقام الكل في اليوم أو الليلة الواقع فيهما التغطية واللبس، لأن النظر هنا ليس إلا لثبوت الارتفاق كاملاً وعدمه، وكذا إذا غطى ربع وجهه أو غطت المرأة ربع وجهها **(قوله وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة)** ولم يذكر لمحمد قولاً. ونقل في البدائع عن نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله. عين هذا القول، ولم يحك خلافاً في الأصل. وهذا القول أوجه النظر لأن المعتبر الارتفاق الكامل، واعتياد تغطية البعض دليل على تحصيله به، لكن ذلك البعض المعتاد ليس هو الربع، فإن ما يفعله من نعلم من اليمانيين الذين يلبسون السرقوج يشدّونه تحت الحنك تغطية البعض الذي هو الأكثر، فإن البادي منهم هو الناصية ليس غير، ولعل تغطية مجرد الربع فقط على وجه يستمسك مما لم يتحقق إلا أن يكون نحو جبيرة تشد. وحينئذ ظهر أن ما عينه جامعاً في الحلق غير صحيح لأن العلة في الأصل حصول الارتفاق كاملاً بحلق الربع بدليل القصد إليه على وجه العادة، والثابت في الفرع الاعتياد بتغطية البعض الذي هو الأكثر لا الأقل، وهو الدليل على الارتفاق به فلم يتحد في الأصل والفرع، ولذا لم يعين المصنف رحمه الله في الفرع سوى مطلق البعض، فإن عني به الربع منعنا وجوده في الفرع. ومن فروع اعتبار الربع ما لو عصب المحرم رأسه بعصابة أو وجهه يوما أو ليلة فعليه صدقة، إلا أن يأخذ قدر الربع. ولو عصب موضعاً آخر من جسده لا شيء عليه وإن كثر، لكنه يكره من غير عذر كعقد الإزار وتخليل الرداء لشبه المخيط، بخلاف لبس المرأة القفازين لأن لها أن تستر بدنها بمخيط وغيره فلم يكره لها. ولا بأس أن يغطي أذنيه وقفاه ومن لحيته ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه. ولا بأس أن يضع يده على أنفه دون ثوب. وعلى القارن في جميع ما تقدم أن فيه دماً أو صدقة دمان أو صدقتان لما سنذكر **(قوله ولنا أن حلق بعض الرأس الخ)** هذا هو الفرق الموعود بين حلق الربع وتطييب الربع. وقوله لأنه معتاد صريح في أن الحكم بحصول كمال الارتفاق بذلك البعض مستدل عليه بالقصد إليه على وجه الاعتياد، وقدمنا ما يغني فيه، وممن يفعله بعض الأتراك والعلوية فإنهم يحلقون

ظاهر، وقوله **(يعتاده بعض الناس)** كالأتراك والأكراد فإنهم يغطون رءوسهم بالقلانس الصغار ويعدّون ذلك رفقاً كاملاً **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة)** أي لحقيقة الكثرة، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها والربع والثلث كثير حكماً لا حقيقة. وقوله **(وإذا حلق ربع رأسه)** ظاهر **(وقال مالك: لا يجب إلا بحلق الكل)** عملاً بظاهر قوله تعالى ﴿ولا تحلقوا رءوسكم﴾ فإن الرأس اسم للكل **(وقال الشافعي: يجب بحلق القليل)** وهو ثلاث شعرات، وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأدى بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم **(ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد)** فإن الأتراك يحلقون أوساط رءوسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة، والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم

. . . .

معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لأنه غير مقصود، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب **(وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم)** لأنه عضو مقصود بالحلق **(وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم)** لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة. ذكر في الإبطين الحلق ههنا وفي الأصل النتف وهو السنة **(وقال أبو يوسف ومحمد)** رحمهما الله **(إذا حلق عضواً فعليه دم، وإن كان أقل فطعام)** أراد به الصدر

نواصيهم فقط، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بأرض العراق والعرب وبعض أهل المغرب، إلا أن في هذا احتمال أن فعلهم للراحة أو الزينة فتعتبر فيه الكفارة احتياطاً لأن هذه الكفارة مما يحتاط في إثباتها بدليل لزومها مع الأعذار وقوله لأنه غير مقصود، يعني العادة أن كل من مس طيباً لقصد التطيب كماء ورد أو طيب عمم به يديه مسحاً بل ويمسح بفضله وجهه أيضاً، بخلاف الاقتصار على بعضه فإنما يكون غالباً عند قصد مجرد إمساكه للحفظ أو للملاقاة من غير قصد أو لغاية القلة في الطيب نفسه فتتقاصر الجناية فيما دون العضو فتجب الصدقة. ثم ما ذكر من أن في حلق ربع الرأس أو اللحية دماً من غير خلاف موافق لعامة الكتب وهو المصحح لا ما في جامعي شمس الأئمة وقاضيخان أن على قولهما في الجميع الدم وفي الأقل منه الطعام. وعن أبي يوسف أن في حلق الأكثر الدم. وعن محمد رحمه الله: يجب الدم بحلق العشر لأنه يقدر به الأشياء الشرعية فيقام مقام الكل احتياطاً. هذا فلو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع شعرها فإنما فيه صدقة، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره، وإن كان عليه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملاً ففيه دم، وعلى هذا يجيء مثله فيمن بلغت لحيته الغاية في الخفة. وفي المرغيناني: حلق رأسه وأراق دماً ثم حلق لحيته وهو في مقام واحد فعليه دم آخر، ولو حلق رأسه ولحيته وإبطيه وكل بدنه في مجلس واحد فدم واحد، وإن اختلفت المجالس فلكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما. وعند محمد دم واحد وإن اختلفت المجالس ما لم يكفر للأول، وتقدم في الطيب مثله. اعتبره بما لو حلق في مجلس ربع رأسه وفي آخر ربعاً آخر حتى أتمها في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقاً ما لم يكفر للأوّل. والفرق لهما أن هذه جناية واحدة وإن تعددت المجالس لاتحاد محلها وهو الرأس. هذه فأما ما في مناسك الفارسي من قوله وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الوضوء لزمه كفّ من طعام إلا أن تزيد على ثلاث شعرات، فإن بلغ عشراً لزمه دم. وكذا إذا خبز فاحترق ذلك غير صحيح لما علمت من أن القدر الذي يجب فيه الدم هو الربع من كل منهما نعم في الثلاث كف من طعام عن محمد، وهو خلاف ما في فتاوى قاضيخان قال: وإن نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات ففي كل شعرة كف من طعام، وفي خزانة الأكمل في خصلة نصف صاع **(قوله لأنها عضو مقصود بالحلق)** يفعل ذلك كثير من الناس للراحة والزينة **(قوله وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم)** المعروف هذا الإطلاق. وفي فتاوي قاضيخان في الإبط إن كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا

(وتتقاصر فيما دونه) وفي قوله فتتكامل به الجناية إشارة إلى دفع قول مالك فإنه قال بحلق كل الرأس تتكامل الجناية، فأشار إلى أن الجناية تتكامل بالبعض أيضاً. وفي قوله وتتقاصر فيما دونه إشارة إلى نفي قول الشافعي رحمه الله إنه يجب الجزاء بالقليل، فأشار إلى أن الجناية في القليل قاصرة فكيف توجب الدم. وأما حلق اللحية فهو متعارف، فإن الأكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم، وكذلك الأخذ من اللحية مقدار الربع ومايشبهه معتاد بالعراق وأرض العرب، فكان مقصوداً بالارتفاق كحلق الرأس فألحق به احتياطاً لإيجاب الكفارة في المناسك فإنها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالأعذار، بخلاف تطييب ربع العضو لأنه غير مقصود، إذ العادة في الطيب ليست في الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق الكفارة **(وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم)** لأنه عضو مقصود بالحلق **(وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم، لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة)** قيل إذا كان كل واحد من الإبطين مقصوداً بالحلق وجب أن يجب بحلقهما دمان. وأجيب بأن جنايات المحرم إذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد، ألا ترى أنه إذا أزال شعر جميع بدنه بالتنوّر لم يلزمه إلا دم واحد **(ذكر في الإبطين الحلق ههنا)** يعني في الجامع الصغير **(وفي الأصل)** أي المبسوط **(والنتف وهو السنة)** بخلاف

. . . .

والساق وما أشبه ذلك، لأنه مقصود بطريق التنوّر فتتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه (وإن أخذ من شاربه فعليه) طعام (حكومة عدل) ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك،

فالأكثر (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) تخصيص قولهما ليس لخلاف أبي حنيفة بل لأن الرواية في ذلك محفوظة عنهما. وقوله أراد به الساق والصدر وما أشبه ذلك تفسير المراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منها الدم، بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط ففيه متى حلق عضواً مقصوداً بالحلق فعليه دم، وإن حلق ما ليس بمقصود فصدقه، ثم قال: ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق، ومما هو مقصود حلق الرأس والإبطين وهذا أوجه. وقوله لأنه مقصود بطريق التنوّر مدفوع بأن القصد إلى حلقهما إنما هو في ضمن غيرهما إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالحلق. نعم كثيراً ما يعتادون تنوير الفخذ مع ما فوقه دون الساق وقد يقتصر على العانة أو مع الصلب، وإنما يفعل هذا للحاجة، أما الساق وحده فلا، فالحق أن يجب في كل منهما الصدقة، واعلم أنه يجمع المتفرق في الحلق كما في الطيب (قوله فإن أخذ من شاربه) أو أخذه كله أو حلقه (فعليه طعام هو حكومة عدل) بأن ينظر إلى المأخوذ ما نسبته من ربع اللحية فيجب بحسابه، فإن كان مثل ربع ربعها لزمه قيمة ربع الشاة أو ثمنها فثمنها وهكذا، وفي المبسوط خلاف هذا قال: ولم يذكر في الكتاب ما إذا حلق شاربه، وإنما ذكر إذا أخذ من شاربه فعليه الصدقة، فمن أصحابنا من يقول: إذا حلق شاربه يلزمه الدم لأنه مقصود بالحلق تفعله الصوفية وغيرهم، والأصح أنه لا يلزمه الدم لأنه طرف من اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد، وإذا كان الكل عضواً واحداً لا يجب بما دون الربع منه الدم والشارب دون الربع من اللحية فتكفيه الصدقة في حلقه اهـ. وما في الهداية إنما يظهر تفريعه على قول محمد في تطييب بعض العضو حيث قال: يجب بقدره من الدم، أما على ما عرف من جادّة ظاهر المذهب وهو أن ما لم يجب فيه الدم تجب فيه الصدقة مقدرة بنصف صاع إلا فيما يستثنى فلا، ثم على تقدير التفريع على قول محمد فالواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من ربع اللحية معتبراً معها الشارب كما يفيده ما في المبسوط من كون الشارب طرفاً من اللحية هو معها عضو واحد لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع

العانة، فإن السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث «عشر من الفطرة، منها الاستحداد» وتفسيره حلق العانة بالحديد (وقال أبو يوسف ومحمد: إذا حلق عضواً فعليه دم) قيل: قولهما بيان لقول أبي حنيفة رحمه الله لا أنه خالفهما في ذلك، وإنما خصا بالذكر لأن الرواية محفوظة عنهما. وقوله (أراد به) أي بقوله عضواً (الصدر والساق وما أشبه ذلك) مثل الفخذ والعضد فإن قيل: الجناية بالحلق إنما تتكامل إذا كان العضو مقصوداً بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك. قلت: هذا الذي ذكرت هو ما ذكر في المبسوط. قال بعد ما ذكر حلق الرأس: ثم الأصل بعد هذا أنه متى حلق عضواً مقصوداً بالحلق من بدنه قبل أوان التحلل فعليه دم، وإن حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة، ثم قال: ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق، ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر الإسلام نظراً إلى أنه مقصود بالتنوّر: أي إزالته بالنورة، ولا فرق عند الأئمة الأربعة في إزالة الشعر بين الحلق والنتف والتنوّر فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة. وقوله (وإن أخذ من شاربه) ظاهر. وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق، فإن من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية، فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه وأجيب بأنه مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم أعضاء متفرقة كالرأس: فإن من العلوية من عادته حلق

(قال المصنف: أراد به الصدر والساق) أقول: تفسير للمراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منهما الدم بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط، ففيه متى حلق عضواً مقصوداً بالحلق فعليه دم، وإن حلق ما ليس بمقصود فصدقة.

حتى لو كان مثلاً مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة، ولفظة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق، والسنة أن يقص حتى يوازي الإطار. قال (وإن حلق موضع المحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا: عليه صدقة) لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة إليها، إلا أن فيه إزالة شيء من التفث فتجب الصدقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حلقه مقصود لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به، وقد وجد إزالة التفث

الشارب لا دونه، وإذا أخذ المحرم من شارب حلال أطعم ما شاء (قوله ولفظة الأخذ تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) يشير إلى خلاف ما ذكر الطحاوي في شرح الآثار حيث قال: القص حسن، وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الإطار وهو بكسر الهمزة ملتقى الجلدة واللحم من الشفة، وكلام المصنف على أن يحاذيه. ثم قال الطحاوي: والحلق أحسن، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص اهـ. فالمصنف إن حكم بكون المذهب القص أخذا من لفظ الأخذ في الجامع الصغير فهو أعم من الحلق لأن الحلق أخذ، والذي ليس أخذ هو النتف، فإن ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه منعناه، وإن سلم فليس المقصود في الجامع هنا بيان أن السنة هو القص أولاً بل بيان ما في إزالة الشعر على المحرم، ألا ترى أنه ذكر في الإبط الحلق ولم يذكر كون المذهب فيه استنان الحلق، فعلم أن المقصود ذكر ما يفيد الإزالة بأيّ طريق حصلت لتعيين حكمه، وأما الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الفطرة: الختان، والاستحداد، وقص الشارب، وتقليم الأظفار، ونتف الآباط[1]» فلا ينافي ما يريده بلفظ الحلق، فإن المراد منه المبالغة في الاستئصال عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين «أحفوا الشوارب[2]» وهو المبالغة في القطع، وبأي شيء حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالمقصة، وقد يكون بالمقصة أيضاً مثله، وذلك بخاص منها يضع للشارب فقط. فقول الطحاوي: الحلق أحسن من القص يريد القص الذي لم يبلغ ذلك المبلغ في المبالغة، فإن عند أهل الصناعة قصا يسمونه قص حلاقة (قوله لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به) يفيد أنه إذا لم تترتب الحجامة على حلق موضع المحاجم لا يجب الدم لأنه أفاد أن كونه مقصوداً إنما هو للتوسل به إلى الحجامة، فإذا لم تعقبه الحجامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصوداً فلا يجب إلا الصدقة. وعبارة شرح الكنز واضحة في ذلك حيث قال في دليلهما: ولأنه قليل فلا يوجب الدم، كما إذا حلقه لغير الحجامة،

مقدم الرأس وذلك لا يدل على أن كله ليس بعضو واحد، وقوله (تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «عشرة من فطرتي وفطرة إبراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب» وقوله (حتى يوازي الإطار) قال في المغرب: إطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من إطار المنخل والدف. قال (وإن حلق موضع المحاجم فعليه دم) المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر اسم الموضع فلا يصح أن يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة، ودليلهما ظاهر. وأما دليل أبي حنيفة ففيه اشتباه لأنه جعل حلقه مقصوداً ووسيلة وهما متنافيان، وأجيب بأنه لم يقل بأن حلقه مقصود لذاته بل قال مقصوداً، وما لا يتم المقصود لذاته إلا به فهو مقصود،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٨٩ و ٥٨٩١ و ٦٢٩٧ ومسلم ٢٥٧ وأبو داود ٤١٩٨ والترمذي ٢٧٥٦ والنسائي ١/ ١٤، ١٥ وأحمد ٢/ ٢٣٩، ٢٨٣، ٤١٠ والطيالسي ٦٤١ كلهم عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً وهذا إسناد كالشمس. والاستحداد: استعمال الحديدة في العانة: أفاده السندي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٩٢ ومسلم ٢٥٩ والترمذي ٢٧٦٣ والنسائي ١/ ١٦ وأحمد ٢/ ١٦ كلهم من حديث ابن عمر. خالفوا المشركين، ووفروا اللِّحى، وأحفوا الشوارب.

كان ابن عمر إذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذ. هذا لفظ البخاري.

ولفظ مسلم والباقين: أحفوا الشوارب، وأعفوا اللِّحى.

وأخرجه البخاري ٥٨٩٣ من حديث ابن عمر بلفظ: أنهكوا الشوارب، وأعفوا اللحى. وبنحوه أبو داود ٤١٩٩ وورد من حديث أبي هريرة بنحوه أخرجه مسلم ٢٦٠.

فائدة: جاء في فتح الباري ١٠/ ٣٤٧ ما ملخصه: قال النووي: المختار قص الشارب حتى يبدو طرف الشفة، ولا يحفه من أصله. وقال النووي في =

عن عضو كامل فيجب الدم **(وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائماً لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذاً بحكم الفعل والنوم أبلغ منه. وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه، وهو ما نال من

وفي دليله أن حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها، فظهر لك أن التركيب الصالح في وجه قولهما عبارة شرح الكنز، بخلاف تركيب الكتاب حيث قال: الحجامة ليست بمحظورة، فكذا ما يكون وسيلة إليها فإنه يفيد نفي حظر هذا الحلق للحجامة إذ لا تفعل الحجامة إلا للحاجة إلى تنقيص الدم فلا يكون الحلق محظوراً، ولازم هذا ليس إلا عدم وجوب الصدقة عيناً بل يتخير بين ذلك والصوم، وليس المقصود هذا بل لزوم الصدقة عيناً بمعنى عدم دخول الدم في كفارة هذا الحلق خلافاً لأبي حنيفة، وعدم الحظر لا يستلزمه، وقوله في وجه قول أبي حنيفة رحمه الله **(وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل)** يريد أن هذا الموضع في حق الحجامة كامل **(قوله وإن حلق رأس محرم)** الفاعل ضمير المحْرم لأن الضمائر في الأفعال كلها مثل فإن خضب رأسه بالحناء، فإن ادّهن بزيت وإن لبس ثوباً مخيطاً أو غطى رأسه للمحرم بعد ما صرح به في أول الباب إذ قال إذا تطيب المحرم ولهذا قال بعده وكذا إذا كان الحالق حلالاً لا يختلف الجواب في المحلوق رأسه، إلا أن تعيين المحلوق رأسه بنفي اختلاف الجواب غير مفيد. والحاصل أنه إما أن يكونا محرمين أو حلالين، أو الحالق محرماً والمحلوق رأسه حلالاً أو قلبه، وفي كل الصور على الحالق صدقه إلا أن يكونا حلالين وعلى المحلوق دم إلا أن يكون حلالاً ولا يتخير فيه وإن كان بغير إرادته بأن يكون مكرهاً أو نائماً لأنه عذر من جهة العباد، بخلاف المضطر فإذا حلق الحلال رأس محرم فقد باشر قطع ما استحق الأمن بالإحرام، إذ لا فرق بين لا تحلقوا حتى تجلوا وبين لا تعضدوا شجر الحرم، فإذا استحق الشجر نفسه الأمن من هذه العبارة استحق الشعر أيضاً الأمن فيجب بتفويته الكفارة بالصدقة، وإذا حلق المحرم رأس حلال فالارتفاق الحاصل له برفع تفث غيره، إذ لا

وإن كان لغيره فلا تنافي بينهما. بقي الكلام في أن المراد بالمقصود أعم من أن يكون لذاته أو لغيره. وقوله **(عن عضو كامل)** يعني أن هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل، قوله **(وإن حلق)** يعني المحرم **(رأس محرم بأمره أو بغير أمره)** الحالق والمحلوق رأسه إما أن يكون حلالين أو محرمين، أو الحالق حلال والمحلوق محرم أو بالعكس من ذلك، فالأول لا كلام فيه، والثاني على الحالق فيه صدقة سواء حلق بأمر المحلوق أو بغير أمره، خلافاً للشافعي فيهما فإنه يقول: لا شيء على الحالق مطلقاً لأن الموجب هو الارتفاق، وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره، ولا على المحلوق **(إذا كان بغير أمره بأن كان نائماً لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم أبلغ منه)** لأن القصد يفسد باكراه وينعدم بالنوم، وقلنا في الحالق: إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأنسان بمنزلة نبات الحرم، وتناول محظورات الإحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه أو في غير بدنه كما في نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره، إلا أن الجناية في شعره متكاملة فيلزما فيه الدم وفي غيره الصدقة، وفي المحلوق رأسه تقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والإكراه لا يصلحان مانعين لأن المأثم ينتفي بها دون الحكم. قيل: ذكر المصنف ههنا أن بحلق الشعر تحصل الزينة فتجب الكفارة، وذكر في الديات من هذا الكتاب أن في شعر الرأس الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لأن الجمال هو الزينة. وأجيب بأنه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره، ويحصل بحلقه زينة إزالة الشعث والتفل، وإذا اختلفت الجهة زال التناقض، وقوله

= شرح المهذب: هذا مذهبنا.

وقال الطحاوي: لم أر عن الشافعي في هذا الأمر نصّاً. ورأينا أصحابه المزني والربيع يحفون. وكان أبو حنيفة وأصحابه يقولون: الإحفاء أفضل من التقصير.

وقال ابن القاسم عن مالك: إحفاء الشارب عندي مثلة والمراد بالحديث المبالغة. وقال أشهب: سألت مالكاً عمن يحفي شاربه فقال: أرى، أن يوجه ضرباً. وقال فيمن يحلق شاربه: هذه بدعة ظهرت في الناس.

وقال الأثرم كان أحمد يحفي شاربه ونص على أنه أولى من القص.

وذهب الطبري إلى التخيير في ذلك. ويرجح قول الطبري في ثبوت كلا الأمرين اهـ.

ونقل ابن الهمام عن الطحاوي قوله: والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص. وهذا ما تميل إليه النفس والله تعالى أعلم.

الراحة والزينة فيلزمه الدم حتماً، بخلاف المضطر حيث يتخير لأن الآفة هناك سماوية وههنا من العباد، ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق، لأن الدم إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر، وكذا إذا الحالق حلالاً لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه، وأما الحالق تلزمه الصدقة في مسألتنا في الوجهين. وقال الشافعي

شك في تأذي الإنسان بتفث غيره يجده من رأى ثائر الرأس شعثها وسخ الثوب تفل الرائحة، وما سن غسل الجمعة بل ما كان واجباً إلا لذلك التأذي إلا أنه دون التأذي بتفث نفسه فقصرت الجناية فوجبت الصدقة. والمصنف أجرى الوجه الأول في هذا، وقد يمنع بأن استحقاق الشعر الأمن إنما هو بالنسبة إلى من قام به الإحرام حالقاً أو محلوقاً، فإن خطاب لا تحلقوا للمحرمين فلذا خصصنا به الأول. بقي أن المحرم إذا حلق رأس المحرم اجتمع فيه تفويت الأمن المستحق، والارتفاق بإزالة تفث غيره، وقد كان كل منهما بانفراده موجباً للصدقة، فربما يقال تتكامل الجناية بهذا الاجتماع فتقضي وجوب الدم على الحالق كما قال أبو حنيفة في الادهان بالزيت البحت حيث أوجب الدم لاجتماع أمور لو انفرد كل منها لم يوجبه كتليين الشعر وأصالته للطيب وقتل الهوام فتكاملت الجناية بهذه الجملة فوجب الدم. وتقرير الخلاف مع الشافعي ظاهر من الكتاب، فمبنى عدم إلزام المحرم شيئاً أذا كان غير مختار بالتقدم غير مرة في الصلاة والصوم من أن عدمه يسقط الحكم عنده وعندنا لا. ومبنى عدمه عنده على الحالق مطلقاً عدم الموجب، أما إن كان حلالاً فلأن الحلق غير محرّم عليه، وإن كان محرماً فكذلك لأن الارتفاق لم يحصل له وهو الموجب عليه. فإن قيل: قد باشر أمراً محظوراً وهو إعانة المحلوق المحرم على المعصية إن كان باختياره وبغير اختياره أولى. قلنا: المعاصي إنما هي أسباب لعقوبة الإحلال، وليس كل معصية توجب جزاء في أحكام الدنيا إلا بالنص وهو منتف في الحالق فنقول: أما الحلال فألحقناه بقاطع شجر الحرم بجامع تفويت أمن مستحق مستعقب للجزاء. والواجب اتباع الدليل لا بقيد كونه نصاً. وأما المحرم فلأن المؤثر للجزاء في حقه هو نيل الارتفاق بقضاء التفث، فإن كان على وجه الكمال كان الجزاء دماً وإلا فصدقه. وقيد الإضافة إلى نفسه ملغى إذا لم يثبت اعتباره وعقلية استقلال ما سواه ثابتة. والحاصل أن نفسه محل والمحل لا يدخل في التعليل وإلا امتنع القياس،. فالأصل إلغاء المحال إلا أن يدل على قصد تخصيص الحكم به دليل لا مردّ له، خصوصاً إذا لم يتوقف عليه مناسبة المناسب فيتعدى من نفسه إلى غيره إذا وُجد فيه تمام المؤثر وقصورها ردّها إلى الصدقة. وقد يقال: مباشرة الفعل الذي به قضاء التفث إن كان جزء العلة ولو حكما بأن يأذن المحرم في حلق رأسه لزم عدم الجزاء على النائم بحلق رأسه وإلا لزم الجزاء إذا نظر إلى ذي زينة مفضى التفث، فإن اختير الثاني وادعى أن الارتفاق لا يحصل بمجرد رؤية كما قلنا بنفي الجزاء في مجرد اللبس لذلك عكره ما لو فرض طولها يوماً مع محادثته وصحبته واستنشاق طيبه، ولو كان إلى شيء لقلت باختيار الأول ونفي الجزاء عن النائم والمكره، ولا يلزمني هذا في كل موضع كالصلاة وغيرها لأن الفساد فيها مثلاً علق بمجرد وجود الكلام مثلاً، وهنا قد فرض تعليق الجزاء بالارتفاق الكائن عن مباشرة السبب ولو حكماً (**قوله فصار كالمغرور**) يعني كما لا يرجع بالعقر[1] مَنْ غَرَّهُ بحرية من تزوج بها إذا ظهرت أمة بعد الدخول لأن بدله وهو ما ناله من اللذة والراحة حصل للمغرور فيكون البدل الآخر عليه دون الغارّ،

(**بخلاف المضطر**) متصل بقوله حتماً: أي بخلاف المحرم المضطر إلى حلق رأسه، فإنه إذا حلقه يخير إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين وإن شاء صام ثلاثة أيام (**لأن الآية هنالك سماوية، وفي صورة النزاع من العباد ثم المحلوق رأسه لا يرجع على الخالق بما وجب عليه من الدم**) وقال بعض العلماء: يرجع لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكأنه أخذ هذا القدر من ماله. وقلنا (**الدم إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور**) إذا ضمن العقر لا يرجع على الغارّ لأنه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع. وقوله (**وكذا إذا كان الحالق حلالا**) هو الوجه الثالث من الأقسام العقلية وليس فيه على الخالق شيء بالاتفاق وفي

. . . .

---

(١) العقر: بضم العين. صداق المرأة إذا أتيت بشبهة.

رحمه الله: لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأس حلال. له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب. ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجناية في شعره **(فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء)** والوجه فيه ما بينا. ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفث غيره وإن كان أقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام **(وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم)** لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وإزالة ما ينمو من البدن، فإذا قامها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم، ولا يزاد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجناية من نوع واحد، فإن كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لأن مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة

كذلك لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق بغير إذن لأن سببه اختص به **(قوله فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء)** أما في الشارب فلا شك، وأما في قلم الأظافير فمخالف لما في المبسوط، فأصل الجواب في قص الأظفار هنا كالجواب في الحلق، وفي المحيط أيضاً قال: عليه صدقة. هذا وعن محمد رواية لا يضمن في قص الأظفار واعلم أن صريح عبارة الأصل في المبسوط. وفي الكافي للحاكم في الحالق هكذا: وإن حلق المحرم رأس حلال تصدق بشيء، وإذا حلق المحرم رأس محرم آخر بأمره أو بغير أمره فعلى المحلوق دم وعلى الحالق صدقة اهـ. وهذه العبارة إنما تقتضي لزوم الصدقة المقدرة بنصف صاع فيما إذا حلق رأس محرم، وأما في الحلال فتقتضي أن يطعم: أي شيء شاء كقولهم: من قتل قملة أو جرادة تصدق بما شاء، وإرادة المقدرة في عرف إطلاقهم أن يذكر لفظ صدقة فقط، والله أعلم بحقيقة الحال. ثم بعد التفصيل المذكور في الحالق قال: والجواب في قص الأظفار كالجواب في الحلق وإن كان ما ذكرناه أنه مقتضى عرفهم في التعبير واقعاً فيكون ذلك الفصيل أيضاً جارياً في قص الأظفار فيصدق ما في الهداية لأنه فرض الصورة في قلم أظفار الحلال **(قوله فإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم)** لأنه أكمل ارتفاق يكون بالقص، وقص يد واحدة ارتفاق كامل ففيه الدم أيضاً، فقص الكل في مجلس واحد كلبس كل الثياب وحلق شعر كل البدن في مجلس لا يوجب غير دم واحد **(فإن كان في مجالس فكذا عند محمد)** أي دم واحد لأن مبني هذه الكفارة على التداخل حتى لزم المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة مع الجناية على الإحرام والحرم فأشبهت كفارة الفطر في رمضان في أنه إذا تكررت الجنايات بالفطر ولم يكفر لواحدة منها لزمه كفارة واحدة، وإن كفر للسابقة كفر

المحلوق الخلاف المذكور. وقوله **(في مسئلتنا)** أراد به ما إذا كان الحالق محرماً. وقوله **(في الوجهين)** أراد به ما كان بأمره أو بغير أمره. وقوله **(فإن أخذ)** يعني المحرم **(من شارب حلال أو قص أظافيره أطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا)** يعني قوله: إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام. وقوله **(ولا يعرى عن نوع ارتفاق)** إشارة إلى الجواب عما قال الشافعي رحمه الله حلق رأس غيره والأخذ من شاربه بمنزلة أن يلبس غيره مخيطاً في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب في الإلباس عليه شيء فكذلك ههنا، وذلك لأن في الحلق وأخذ الشارب ارتفاقاً له لأن الإنسان يتأذى بتفث غيره، وليس في إلباس المخيط ذلك لكن التأذي بتفث غيره أقل من التأذي بتفث نفسه **(فيلزمه الطعام)** وقوله **(وإن قص)** أي المحرم **(أظافير يديه ورجليه)** ظاهر. وقوله **(لأن الجناية من نوع واحد)** يعني تسمية ومعنى، أما تسمية فلأن الكل يسمى قصاً، وأما معنى فلأن الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد. وقوله **(لأن مبناها على التداخل)** يعني أن المحرم إذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وإن كانت الجناية في حق الحرم والإحرام جميعاً فكان مبناها على ذلك **(فأشبه كفارة الفطر)** وهما يقولان: كفارة الإحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل أنها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطىء والناسي والمضطر، وبالنظر إلى ذلك لا تتداخل فقلنا بتقيد التداخل باتحاد المجلس لأنه إذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحالّ مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس، وأما إذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم عملاً بالوجهين، فإن قيل: الجنايات إذا كانت من جنس

(قوله بمنزلة أن يلبس غيره مخيطاً في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب عليه في الإلباس شيء فكذلك ههنا) أقول: وجوابه أن الفارق ظاهر لأن بمجرد لبس المخيط لا يلزمه شيء بل بدوامه يوماً ولدوامه حكم الابتداء فيكون في إبقائه عليه مقصراً بخلاف الحلق.

لارتفاع الأولى بالتكفير. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: تجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يداً أو رجلاً لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة **(وإن قص يداً أو رجلاً فعليه دم)** إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق **(وإن قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة)** معناه تجب بكل ظفر صدقة. وقال زفر رحمه الله: يجب الدم بقص ثلاثة منها، وهو قول أبي حنيفة الأول لأن في أظافير اليد الواحدة دماً والثلاث أكثرها. وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه وقد أقمناها مقام الكل، فلا يقام أكثرها مقام كلها

للاحقة كذا هنا **(قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه أربعة دماء إن قص في كل مجلس طرفاً من اربعته لأن الغالب فيه معنى العبادة)** خرج الجواب عن كفارة الإفطار فيتقيد التداخل باتحاد المجلس، غير أنه لا بدّ من إثبات هذه المقدمة، والمثبت لها لزوم الكفارة شرعاً مع الأعذار. ومن المعلوم أن الأعذار مسقطة للعقوبات، وعلى هذا فلا يخفى أنّ لازم ترجح معنى العبادة عدم التداخل لأنه اللائق بالجود، إلا أن يوجبه موجب آخر كما أوجبه في آي السجدة لزوم الحرج لو لم يعتبر ولا موجب هنا. والإلحاق بآي السجدة في الكتاب إنما هو في تقيد التداخل بالمجلس لا في إثبات التداخل نفسه وإلا كان بلا جامع لأن موجبه في الأصل: أعني آي السجدة لزوم الحرج، وذلك لأن العادة مستمرة بتكرار الآيات للدراية والدراسة والتدبر للاتعاظ للحاجة إلى ذلك، فلو لم يتداخل لزم الحرج، غير أن ما تندفع هذه الحاجات به من التكرار يكون غالباً في مجلس واحد فتقيد التداخل به، وليس سبب لزوم الحرج لولا التداخل هنا قائماً، إذ لا داعي لمن أراد قص أظفار يديه ورجليه إلى تفريق ذلك في مجلس فلا عادة مستمرة في ذلك فلا حرج يلزم بتقدير عدم التداخل على تقدير قص كل طرف في مجلس فلا يثبت هذا الحكم إلا أن يكون فيه إجماع. وفي المبسوط: لو قص إحدى يديه ثم الأخرى في مجلس أو حلق رأسه ولحيته وإبطيه أو جامع مراراً قبل الوقوف في مجلس واحد مع امرأة واحدة أو نسوة فعليه دم واحد، وإن اختلفت المجالس يلزمه لكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما. وقال محمد: عليه دم واحد في تعدد المجالس أيضاً ما لم يكفر عن الأولى وتقدم نظيره في الطيب اعتبره بما لو حلق في مجلس واحد ربع رأسه ثم في مجلس آخر ربعه ثم وثم حتى حلق كله في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقاً ما لم يكفر للأول. والفرق لهما أن الجناية في الحلق واحدة لاتحاد محلها وهو الرأس **(قوله إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق)** أي حلق الرأس واللحية لأن حلق ربع غيرهما من الأعضاء إنما فيه الصدقة. فإن قيل: إلحاق الربع من الرأس بكله بناء على أنه معتاد والمعتاد في قلم الأظفار ليس الاقتصار على طرف واحد فكيف هذا الإلحاق مع انتفاء الجامع؟ فالجواب أن الجامع إنما هو كمال الارتفاق لا الاعتياد، إلا أنه لما كان قد يتردد في حصوله بحلق ربع الرأس أثبته بالعادة إذ

واحد لا تتعدد الكفارة كما إذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فإن عليه كفارة واحدة لذلك، فالجواب أن ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكذا اختلافهما، فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم، ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعدّدة، ومتى اتحد المقصود واختلف المحال، فإن اتحد المجلس تقوّى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة، ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة فإذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده، ولا يلزم حلق الرأس عليه لأن المحل متحد والمقصود كذلك، بخلاف محل النزاع لأن المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الإبطين فإن المقصود متحد والمحالّ مختلفة، ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحداً أو مختلفاً لأن ذلك لا رواية فيه، ولأن كانت فثمة ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير، فإنه لو نوّر جميع البدن لم يلزمه إلا كفارة واحدة، وقد تقدم أن الحلق مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك. وقوله **(وإن قص يداً أو رجلاً)** ظاهر. وقوله **(وجه المذكور في الكتاب)** أي القدوري **(أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه)** وكل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه، أما أنها أقل ما يجب الدم بقلمه فلأنه إنما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل، وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة إلا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال، وقد أشار إلى هذا التعليل بقوله **(وقد أقمناها مقام الكل)** وهو في موضع الحال: أي أنها أقل ما يجب الدم بقلمه

لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى (**وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) رحمهما الله تعالى (**وقال محمد**) رحمه الله (**عليه دم**) اعتباراً بما لو قصها من كف واحد، وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة، ولهما أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك، بخلاف الحلق لأنه معتاد على ما مر. وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقاً لأن أن يبلغ ذلك دماً فحينئذ ينقص عنه ما شاء. قال (**وإن انكسر ظفر المحرم وتعلق فأخذه فلا شيء عليه**) لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم (**وإن تطيب أو لبس مخيطاً أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة أيام**) لقوله تعالى ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله ﷺ بما ذكرنا، والآية نزلت في المعذور ثم الصوم

القصد إليه على وجه العادة لمن يقصده ليس إلا لنيل الارتفاق لا أنها هي المناط للزوم الدم. ولا شك أن أدنى كمال الارتفاق يحصل بقلم تمام يد وإن كان في اليدين أكمل وفي الكل أكمل من هذا فيثبت به الدم ولا يبالي بكونه غير معتاد (**قوله لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى**) كلام خطابي لا تحقيقي: أي كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضاً كالظفرين ثم يقام أكثرهما وهكذا إلى أن يجب بقطع جوهرين لا يتجزآن من قلامة ظفر واحد (**قوله وبالقلم على هذا الوجه يتأذى**) بخلاف ما قست عليه من الطيب والحلق في مواضع متفرقة إذ يرتفق بهما متفرقين فانتفى الجامع. قالوا: لو قص ستة عشر ظفراً من كل طرف أربعة وجب عليه لكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ ذلك دماً فينقص ما شاء هذا، وكل ما يفعله العبد المحرم مما فيه الدم عيناً أو الصدقة عيناً فعليه ذلك إذا عتق لا في الحال ولا يبدل بالصوم (**قوله أو لبس من عذر**) بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو للمرض أو لبس السلاح للحرب فعليه كفارة واحدة يتخير فيها بين أن يذبح شاة أو يطعم ستة مسكين لكل مسكين نصف صاع من طعام أو بصوم ثلاثة أيام، وإن كان ينزعه ليلاً ويلبسه نهاراً ما لم يذهب العدوّ مثلاً ويأتي غيره، وتقدم لهذا زيادة تفصيل فارجع إليه (**قوله وقد فسرها**) أي فسر الكفارة المتخير فيها بقوله تعالى ﴿**ففدية من صيام أو صدقة أو نسك**﴾ [البقرة: ١٩٦] بما ذكرنا، وذلك في حديث كعب بن عجرة في الصحيحين قال «حملت إلى رسول الله ﷺ والقمل يتناثر على وجهي فقال: ما كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى، أو ما كنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى، أتجد شاة؟ فقلت لا، فقال: صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف

حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية إلى آخر ما ذكرنا وأما أن كل ما هو كذلك لا يقام أكثر مقامه فلما قال (**لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى**) لأنه إذا أقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة، ثم الظفر والنصف مقام الظفرين، ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرّاً دفعاً للتحكم، والمراد بقوله إلى ما لا يتناهى. إلى ما يتعسر اعتباره، لأن الجسم عندنا أهل السنة والجماعة يتناهى إلى الجزء الذي لا يتجزأ فلا بدّ له من تأويل وذلك ما قلنا (**وإن قص خمسة أظافير متفرقة**) بالجرّ صفة للمعدود كما في قوله تعالى ﴿سبع بقرات سمان﴾ (**من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: عليه دم اعتباراً بما لو قصها من كف واحد**) بجامع أنه قص خمسة أظافير ولا تفرقة في ذلك بين أن تكون من يد واحدة أو من يد ورجل (**وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة، ولهما أن الدم إنما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة و**) هذا ليس كذلك لأنه (**بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك، بخلاف الحلق لأنه معتاد**) فإن من يأخذ شيئاً من مقدم رأسه وشيئاً من مؤخره فإذا جمع الجميع يصير مقدار الربع (**وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة**) ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين (**وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقاً إلا أن يبلغ ذلك دماً فينقص منه ما شاء**) حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفراً من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دماً فينقص منه ما شاء. وقوله (**وإن انكسر ظفر المحرم**) ظاهر. وقوله (**والآية نزلت في المعذور**) قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم «مرّ بي رسول الله ﷺ والقمل يتهافت على وجهي وأنا أوقد تحت قدر لي، فقال: أيؤذيك هوامّ رأسك؟ فقلت نعم، فأنزل الله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك، فقلت: ما الصيام يا رسول الله؟ فقال: ثلاثة

يجزيه في أيّ موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان، وكذلك الصدقة عندنا لما بينا. وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان، وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان، ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بكفارة اليمين. وعند محمد رحمه الله لا يجزيه لأن الصدقة تنبىء عن التمليك وهو المذكور.

صاع» وفي رواية «فأمره أن يطعم فرقاً بين ستة أو يهدي شاة أو يصوم ثلاثة أيام[1]» وفسر الفرق بثلاثة أصوع. وقوله في الرواية الأولى «أتجد شاة» في الابتداء محمول على أنه سأله هل تجد النسك، فإن وجده أخبره أنه مخير بينه وبين الخصلتين وإن كان خلاف المتبادر كي لا تقع المعارضة بينه وبين الكتاب وهو قوله تعالى ﴿**ففدية من صيام أو صدقة أو نسك**﴾ [البقرة: ١٩٦] والرواية الأخرى (**قوله وأما النسك فيختص بالحرم**) قال الله تعالى في جزاء الصيد ﴿**هدياً بالغ الكعبة**﴾ [المائدة: ٩٥] وهو واجب بطريق الكفارة فكان أصلاً في كل هدى وجب كفارة في اختصاصه بالحرم، وقوله لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان يعطى أن القربة هنا تعلقت بالإراقة، ولازمه جواز الأكل منه كهدي المتعة والقران والأضحية، لكن الواقع لزوم التصدق بجميع لحمه لأنه كفارة، ثم لازم هذا بحسب المتبادر أنه لو سرق بعد ما ذبح يلزمه إقامة غيره مقامه، لكن الواقع أن لا يلزمه ذلك وغيره فكان القربة فيه لها جهتان: جهة الإراقة، وجهة التصدق. فللأولى لا يجب غيره إذا سرق مذبوحاً، وللثانية يتصدق بلحمه ولا يأكل منه (**قوله وهو**) أي الصدقة على تأويل التصدق (**المذكور**) في الآية، قيل قول أبي حنيفة كقول محمد، وقال أبو يوسف: الحديث الذي فسر الآية فيه لفظ الإطعام فكان ككفارة اليمين، وفيه نظر، فإن الحديث ليس مفسر المجمل بل إنه مبين للمراد بالإطلاق، وهو حديث مشهور[2] عملت به الأمة فجازت الزيادة به، ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك، فيجب أن يحمل في الحديث الإطعام على الإطعام الذي هو الصدقة وإلا كان معارضاً، وغاية الأمر أنه يعتبر بالاسم الأعم، والله أعلم.

أيام كما ذكر في الكتاب» ولولا تفسيره عليه الصلاة والسلام لقدّرناه بستة أيام لأنه لما تقدر الطعام بستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام والحكم في كل ما اضطر إليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه أحد الأشياء المذكورة قوله (**وكذلك الصدقة عندنا**) يعني خلافاً للشافعي فإنه يقول: لا يجزئه الطعام إلا في الحرم لأن المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة إليهم. وقوله (**لما بينا**) إشارة إلى قوله لأنه عبادة في كل مكان. وقوله (**وأما النسك**) يقال نسك لله نسكاً ومنسكاً: إذا ذبح لوجهه، ثم قالوا: لكل عبادة نسك، ومنه قوله تعالى ﴿قل إن صلاتي ونسكي﴾ والمراد به ههنا الهدي الذي يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الإحرام كالطيب والحلق في حالة العذر، وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق (**لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان**) كالأضحية وهدي المتعة والقران في أيام النحر (**أو في مكان**) كما في دماء الكفارات، قال الله تعالى في جزاء الصيد ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾ وذلك واجب بطريق الكفارة (**وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان**) وهو الحرم، وليس المعنّى بالاختصاص إراقة الدم لا غير لأنه تلويث الحرم إنما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح، فعليه أن يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا. وقوله (**ولو اختار الطعام أجزأه**) ظاهر، وأبو يوسف نظر إلى كفارة اليمين في القران فإنه ذكر بلفظ الإطعام وهو يفيد الإباحة وإلى تفسير النبي ﷺ فإنه قال «أطعم ستة مساكين» ومحمد نظر إلى قوله أو صدقة فإنها تنبىء عن التمليك، بخلاف كفارة اليمين فإن المذكور فيها الإطعام لا الصدقة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨١٤ و١٨١٥ و١٨١٦ و١٨١٧ و٤١٥٩ و٤١٩٠ و٤١٩١ و٥٦٦٥ ومسلم ١٢٠١ وأبو داود ١٨٥٦ و١٨٥٧ والترمذي ٢٩٧٣ و٢٩٧٤ والنسائي ٥/ ١٩٥ وابن ماجه ٣٠٧٩ و٣٠٨٠ والطيالسي ١٠٦٢ و١٠٦٥ وأحمد ٤/ ٢٤١، ٢٤٢ كلهم من حديث كعب بن عجرة بألفاظ متقاربة وروايات عدة.
قوله: أطعم فرقاً. والفرقة ثلاثة آصُع كما في رواية مسلم.
(٢) أي حديث كعب بن عجرة.

فصل

(فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شيء عليه) لأن المحرّم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى (وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) وفي الجامع الصغير يقول: إذا مس بشهوة فأمنى، ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الأصل. وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج. وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم.

فصل

قدم النوع السابق على هذا لأنه كالمقدمة له، إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهيجات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة (قوله ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل) مخالف لما صحح في الجامع الصغير لقاضيخان من اشتراط الإنزال. قال: ليكون جماعاً من وجه، موافق لما في المبسوط حيث قال: وكذلك إذا لم ينزل: يعني يجب الدم عندنا خلافاً للشافعي في قول قياساً على الصوم فإنه لا يلزمه شيء إذا لم ينزل بالتقبيل، لكنا نقول: الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهياً عنه بسبب الإحرام، وبالإقدام عليه يصير مرتكباً محظور إحرامه اهـ. وقد يقال: إن كان الإلزام للنهي فليس كل نهي يوجب كالرفث، وإن كان للرفث فكذلك إذ أصله الكلام في الجماع بحضرتهن وليس ذلك موجباً شيئاً (قوله في جميع ذلك) ظاهره إرادة المس بشهوة والقبلة بشهوة والجماع فيما دون الفرج، والمفاد حينئذ بالتركيب المذكور: أعني قوله إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل أنه إذا أنزل يفسد إحرامه وإذا لم ينزل لم يلزمه دم، وهذا لأنه لو أريد مجرد معنى الجملة الأوّل وهو إذا أنزل يفسد كان لفظ إنما لغوا، إذ هذا المعنى ثابت مع الاقتصار على قوله وقال الشافعي يفسد في جميع ذلك إذا أنزل، فالمعنى ما ذكرنا، وتحقيقه أنه قصر الصور المذكورة على حكم هو الفساد إذا أنزل، وفيه تقديم وتأخير، والأصل إنما في جميع تلك الصور فساد الإحرام بالإنزال، وهو معنى قولنا: لا حكم فيها إلا الفساد بالإنزال، فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال، وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال لأنه لم يجعل فيها حكماً سوى ما ذكر، ثم مذهب الشافعي هو مجموع الأمرين في قول بالصوم صالح لإثباتهما معاً فيحمل عليه، وعادتهم نصب الخلاف باعتبار قول ثم قصد المصنف اتباع ما في المبسوط، والذي فيه ما علمت من قوله خلافاً للشافعي في قول قياساً على الصوم فإنه لا يلزمه شيء إذا لم ينزل، ثم ذكر المصنف الفرق الذي ذكره، وعلى المصنف

فصل

قدم جناية الطيب ونحوها على جناية الجماع ودواعيه، لأن الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم، ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه (فإن نظر) المحرم (إلى فرج امرأته) أي إلى داخل فرجها وهو موضع البكارة، وإنما يتحقق ذلك عند كونها منكبة (بشهوة فأمنى) أي أنزل المني (لا شيء عليه) من الكفارة (لأن المحرّم هو الجماع) وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الإيلاج ومعنى وهو الإنزال (ولم يوجد) ذلك (فصار كما لو تفكر فأمنى) فإنه لا يجب عليه شيء لما قلنا (فإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الأصل (وفي الجامع الصغير) شرط الإنزال حيث قال (إذا مس بشهوة فأمنى) ولهذا ذكر رواة الجامع الصغير (وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج) من الإدخال بين الفخذين والسرّة فإن الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرناه. (و) روى (عن الشافعي رحمه الله أنه إذا أنزل فسد إحرامه في جميع ذلك) يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج (واعتبر ذلك بالصوم) فإنه إنما يفسد بهذه الأشياء إذا أنزل لأنه مواقعة

فصل فإن نظر إلى فرج امرأته

(قال المصنف: وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه) أقول: يعني لا حكم في تلك الصور إلا الفساد بالإنزال، فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال، وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال، ويظهر أن كلمة إنما في موقعها (قوله وروي عن الشافعي أنه إذا أنزل الخ) أقول

ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم.

لأن المحرّم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج (وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة، ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده وعليه القضاء) والأصل فيه ما روي «أن

على هذا أن يتعرض في تقرير المذهب للطرفين ويمكن تحميله لكلامه، فالتعرض للأول بقوله (ولنا أن فساد الإحرام يتعلق بالجماع) يعني إنما يتعلق به استدل على هذا بعدم فساد شيء من المحظورات بقوله (ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات) وتفصيله أن المعلوم أن سائرها لا يفسد بمباشرتها الإحرام، والنص ورد به في الجماع بصورته، فإنه ﷺ إنما سئل عن الجماع ومطلقه ينصرف إلى ما هو بالصورة الخاصة فيتعلق الجواب بالفساد بحقيقته، ولولا ذلك النص لم نقل بأن الجماع أيضاً مفسد، ولأن أقصى ما يجب في الحج القضاء وفي الصوم الكفارة فكانا متوازيين، والكفارة في الصوم لا تجب بالإنزال مع المس، فكذا قضاء الحج، وعدم وجوب القضاء حكم عدم الفساد فيثبت عدمه وهو المطلوب، والتعرض للثاني بقوله (إلا أن فيه معنى الاستمتاع الخ)وجهه أن مرجع ضمير فيه لفظ جميع ذلك، والمراد به ما قلنا من المس بشهوة والتقبيل والجماع فيما دون الفرج لا بقيد الإنزال كما يفيده لفظ النهاية، وإلا لم يكن لقوله بعد ذلك إذا أنزل معنى، وكان ينحلّ إلى قولنا في المس بشهوة مع الإنزال إذا أنزل. فالحاصل من العبارة إلى قوله فيما دون الفرج إلا أن في المس بشهوة والتقبيل والوطء فيما دون الفرج استمتاعاً بالمرأة أعم من كونه مع إنزال أولاً وذلك محظور أحرامه فيلزمه الدم، بخلاف الصوم الذي قست عليه عدم لزوم شيء إذا لم ينزل والفساد إذا أنزل، لأن المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل المحرم فيه فيما دون الفرج إلا بالإنزال، ثم إنما يفسد عنده لأن تحريمه بسبب كونه تفويتاً للركن الذي هو الكف عن قضاء الشهوة من المرأة وقبله لم يوجد محرم أصلاً، بل الثابت فعل مكروه فلا يجب شيئاً بخلاف ما نحن فيه فإن بالاستمتاع بلا إنزال يحصل محظور الإحرام فيستعقب الجزاء، ومع الإنزال يثبت الفساد بالنص (قوله فسد حجة وعليه شاة) وكذا إذا تعدد الجماع في مجلس واحد لامرأة أو نسوة، والوطء في الدبر كهو في القبل عندهما، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وفي أخرى عنه: لا يتعلق به فساد والأول أصح، فإن جامع في مجلس آخر قبل الوقوف ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو نوى بالجماع الثاني رفضن الفاسدة لا يلزمه بالثاني شيء كذا في خزانة الأكمل وقاضيخان. وقدمنا من المبسوط قريباً لزوم تعدد الموجب لتعدد المجالس عندهما من غير هذا القيد. وقال محمد: يلزمه كفارة واحدة إلا أن يكون كفر عن الأولى فيلزمه أخرى، والحق اعتباره على أن تصير الجنايات المتعدّدة بعده متحدة، فإنه نص في ظاهر الرواية على أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يصنع ما يصنعه الحلال من الجماع وقتل الصيد فعليه أن يعود حراما كما كان قال في المبسوط: لأن بإفساد الإحرام لم يصر خارجاً عنه قبل الأعمال، وكذا بنية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله إلا أن عليه بجميع ما صنع دماً واحداً لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال فيكفيه لذلك دم واحد اهـ. فكذا لو تعدد جماع بعد الأول لقصد الرفض فيه دم واحد. وما يلزم به الفساد والدم على الرجل

معنى (ولنا) على أن الإحرام لا يفسد وأن الإنزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور (أن فساد الحج يتعلق بالجماع لأنه لا يفسد بغيره من المحظورات) بالإجماع (وهذا ليس بجماع) فلا يتعلق به فساد الحج إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الإحرام، لما تقدم أن دواعي الجماع ملحقة به (فيلزمه الدم) وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن اعتباره بالصوم (لأن المحرّم فيه قضاء الشهوة) حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الإنزال فيما دون الفرج لا يتحقق (وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجة وعليه شاة ويمضى في الحج) بأداء أفعاله (كما يمضي: من لم يفسد حجة. والأصل فيه

على شرحه تكون كلمة إنما في كلام المصنف زائدة كما لا يخفى (قال المصنف: فلا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج) أقول: أما في

رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال: يريقان دماً ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل» وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم. وقال الشافعي رحمه الله: تجب

يلزم مثله على المرأة، وإن كانت مكرهة أو ناسية إنما ينتفي بذلك الإثم. ولو كان الزوج صبياً يجامع مثله فسد حجها دونه، ولو كانت هي الصبية أو مجنونة انعكس الحكم. ولو جامع بهيمة وأنزل لم يفسد حجة وعليه دم، وإن لم ينزل فلا شيء عليه، والاستمناء بالكف على هذا. ثم إذا كانت مكرهة حتى فسد حجها ولزمها دم هل ترجع على الزوج؟ عن ابن شجاع لا، وعن القاضي أبي خازم نعم. والقارن إذا جامع قبل الوقوف وقيل أن يطوف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه وعمرته وعليه أن يمضي فيهما ويتمهما على الفساد وشاتان وقضاؤهما، فلو جامع بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط فسد حجة دون عمرته، وإذا فسد الحج سقط دم القران لأنه لم يجتمع له نسكان صحيحان، وعليه دمان لفساد الحج وللجماع في إحرام العمرة لأنه باق فيقضي الحج فقط، ولذا لو أحرم بعمرة فأفسدها ثم أهلّ بحجة ليس بقارن لهذا (**قوله والأصل الخ**) روى أبو داود في المراسيل عن يحيى بن أبي كثير: حدثنا يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم شك فيه أبو توبة «أن رجلاً من جذام جامع امرأته وهما محرمان، فسأل الرجل النبي ﷺ فقال: «اقضيا حجكما وأهديا هديا[(١)]» قال ابن القطان: لا يصح فإن زيد بن نعيم مجهول، ويزيد بن نعيم بن هزال ثقة، وقد شك أبو توبة في أيهما حدثه به اهـ. قلنا: قد رواه البيهقي وقال: إنه منقطع، وهو يزيد بن نعيم بلا شك. وقوله منقطع بناء على الاختلاف في سماع يزيد هذا من جابر بن عبد الله وفي صحبة أبيه فإنه سمع من أبيه. واختلف في صحبة أبيه، فمن قال إنه صحابي وإنه سمع من جابر جعله مرسلاً وعليه مشى أبو داود، فإنه أورد هذا الحديث في المراسيل ومن قال لم يسمع من جابر وليس لأبيه صحبة يجعله منقطعاً فإنه لم يعلم سماعه من صحابي آخر، وليس في سند أبي داود انقطاع[(٢)] فإنه رواه عن أبي توبة الربيع بن نافع عن معاوية بن سلام عن يحيى بن أبي كثير قال: أخبرني يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم، وهذا سند متصل كله ثقات بتقدير يزيد، ولا شك فيه في طريق البيهقي[(٣)] فيحصل اتصاله وإرساله، وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وروى ابن وهب بسند فيه ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب «أن رجلاً من جذام الحديث، وفيه: حتى إذا كنتما في المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فأحرما وتفرّقا» الحديث إلى أن قال: وأهديا[(٤)] وضعف بابن لهيعة، ويشد المرسل والمذكور منه ما سوى الزيادة. وروى بالزيادة عن جماعة من الصحابة في مسند ابن أبي شيبة إلى من سأل مجاهداً عن المحرم يواقع امرأته فقال: كان ذلك على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يقضيان حجهما ثم يرجعان حلالين، فإذا كان من قابل حجاً وأهديا وتفرّقا من المكان الذي أصابها فيه[(٥)]. وروى الدارقطني عن ابن عمر

ما روي «أن النبي ﷺ سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دماً ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل» ولا فرق في ذلك بين أن يكون عامداً أو ناسياً أو هي نائمة أو مكرهة **(وهكذا)** يعني مثل ما روي عن النبي ﷺ **(نقل عن جماعة من**

---

(١) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ١٢٥ ومن طريقه البيهقي ٥/ ١٦٦، ١٦٧ كلاهما عن يزيد بن نُعيم بن هزَّال الأسلمي.
وشك فيه أبو توبة حيث قال: أو زيد بن نعيم فتعقبه البيهقي بقوله: هو يزيد بلا شك. وهذا منقطع.
قال ابن حجر في التقريب: يزيد بن نُعيم بن هَزَّال مقبول. وروايته عن جده مرسلة اهـ. فالحديث مرسل وغير قوي لأن ابن حجر لم يوثق يزيد بن نُعيم هذا.

(٢) مراد البيهقي بقوله: منقطع. أي بين يزيد والنبي ﷺ أي أنه مرسل ولم يقصد الإنقطاع في السند إلى يزيد.

(٣) بل في رواية البيهقي أيضاً وقع الشك من أبي توبة إلا أن الذي جزم بعدم الشك هو البيهقي. وذلك نتيجة لدرايته بالأسانيد والرجال.

(٤) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٢٥: قال ابن القطان: روى ابن وهب من طريق ابن لهيعة عن ابن المسيب أن رجلاً من جذام جامع امرأته . . . الحديث.
قال ابن القطان: وهذا ضعيف بابن لهيعة وفيه: أنه أمرهما بالتفرق في العودة لا في الرجوع. وحديث المراسيل على العكس منه اهـ.
قلت: فللحديث ثلاث علل. ضعف ابن لهيعة ومخالفته لحديث أبي داود وكونه مرسلاً.

(٥) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ١٢٦ وكذا البيهقي ٥/ ١٦٧ من هذا الطريق عن مجاهد فذكره وأخرجه البيهقي من وجه آخر عن =

بدنة اعتباراً بما لو جامع بعد الوقوف، والحجة عليه إطلاق ما روينا. ولأن القضاء لما وجب ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفي بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء. ثم سوّى بين السبيلين. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان (**وليس عليه أن يفارق امرأته في**

رضي الله عنهما قال فيه: بطل حجه، قال له السائل فيقعد؟ قال لا، بل يخرج مع الناس فيصنع ما يصنعون، فإذا أدركه من قابل حج وأهدى ووافقه على هذا ابن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص[1]، وصحح البيهقي إسناده عنهم. وفي موطإ مالك من بلاغاته عن علي وعمر وأبي هريرة رضي الله عنهم نحوه، إلا أن علياً قال فيه: يفترقان حتى يقضيا حجهما [2] (**قوله اعتباراً بما لو جامع بعد الوقوف**) بل أولى لأن الجماع قبله في مطلق الإحرام بخلافه بعده (**قوله والحجة عليه ما رويناه**) يعني لفظ الشاة[3]، وعلى ما خرّجنا إطلاق لفظ الهدي وهو يصدق بالتناول على الشاة كان في البدنة أكمل، والواجب انصراف المطلق إلى الكامل في الماهية لا إلى الأكمل، وماهية الهدي كاملة فيها، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ما ستعرف إن شاء الله تعالى، ثم بين المقامين فرق، وهو وجوب القضاء فإنه لا يجب إلا ليقوم مقام الأول وهو معنى استدراك المصلحة، فبعد قيامه

الصحابة رضي الله عنهم. وقال الشافعي رحمه الله: تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف) والجامع تغلظ الجناية (**والحجة عليه إطلاق ما روينا**) وهو قوله عليه الصلاة والسلام «يريقان دماً» ذكره مطلقاً، فيتناول الشاة لأنه متيقن. فإن قيل: المطلق ينصرف إلى الكامل والجزور كامل فينصرف إليه. فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل إذا لم يكن ما يمنعه، وهو ههنا موجود لأن الجماع قبل الوقوف لما كان سبباً للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء، فلو أوجبنا البدنة لزم إيجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة، بخلاف ما إذا كان بعد الوقوف فإن الجناية لم تخفّ لعدم وجوب القضاء، فإيجاب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله بقوله: ولأن القضاء لما وجب الخ (**وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الجماع في غير القبل منهما**) أي من السبيلين، وقيل من الرجل والمرأة (**لا يفسده لتقاصر معنى الوطء**) ولهذا لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالإجماع. وفي رواية: يفسده لأنه كامل من حيث إنه ارتفاق. وعندهما يفسده لأنه يوجب الحد. وقوله (**وليس عليه أن يفارق امرأته**) الأصل فيه أن الصحابة رضي الله عنهم قالوا: إذا رجعا للقضاء يفترقان، معناه يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه، فمالك رحمه الله أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال: كما خرجا من بيتهما فعليهما أن يفترقا. وقال زفر رحمه الله: يفترقان من وقت الإحرام لأن الافتراق نسك بقول الصحابة رضي الله عنهم، ووقت أداء النسك بعد الإحرام، وهذا المعنى ليس بشيء لأن القضاء يحكي الأداء، فما لم يكن نسكاً في الأداء لا يكون نسكاً في القضاء، وقال الشافعي رحمه الله: إذا قربا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لأنهما لا يأمنان إذا وصلا إلى ذلك الموضع أن تهيج بهما الشهوة فيواقعها. والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لأقوالهم وهو واضح، ونقول: مراد الصحابة رضي الله عنهم أنهما يفترقان على سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة. كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم إذا كان لا يأمن على

الفرج فيحصل بدونه (**قوله فإن قيل المطلق ينصرف إلى الكامل**) أقول: وفي فتح القدير: الواجب انصراف المطلق إلى الكامل في الماهية لا إلى الأكل، وماهية الهدي كاملة في الشاة، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ما ستعرف (**قوله لأن الجماع قبل الوقوف الخ**) أقول: فعلى هذا يكون الوجه الثاني من تتمة الأول وينتفي استقلال كل منهما.

= عطاء أن عمر فذكره وهو مرسل أيضاً لكنه يعتضد به.

(١) موقوف صحيح. أخرجه البيهقي ٥/ ١٦٧ عن عمرو بن شعيب عن أبيه شعيب فذكره وقال البيهقي: هذا إسناد صحيح وفيه دليل على صحة سماع شعيب من جده عبد الله بن عمرو بن العاص.
وقال الزيلعي ٣/ ١٢٧: قال ابن دقيق العيد: رجاله كلهم ثقات مشهورون.

(٢) هذا الخبر أخرجه مالك ١ / ٣٨١ ح ١٥١ أنه بلغه عن عمر وعلي وأبي هريرة: سُئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج. فقالوا: ينفذان يمضيان لوجههما حتى يقضيا حجَّهما، ثم عليهما حجُّ قابل والهدي. وقال علي: فذكر ما ذكره ابن الهمام ومن طريق مالك أخرجه البيهقي ٥/ ١٦٧ بلاغاً أيضاً.

(٣) ليس في الحديث لفظ شاة وإنما فيه أهديا هدياً. لكن الكمال استنبطه من خلال بحثه في أصول الفقه كما سنرى.

قضاء ما أفسداه) عندنا خلافاً لمالك رحمه الله إذا خرجا من بيتهما. ولزفر رحمة الله إذا أحرما. وللشافعي رحمه الله: إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه. لهم أنهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان. ولنا أن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع ولا بعده لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندماً وتحرزاً فلا معنى للافتراق **(ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجة وعليه بدنة)** خلافاً للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله ﷺ «من وقف بعرفة فقد تمّ حجة» وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس

مقامه لم يبق إلا جزاء تعجيل الإحلال، ويكفي فيه الشاة كالمحصر، بل أولى لأن الإحلال لم يتم بالجماع ولهذا يمضي فيه، ولا يحل إلا مع الناس غير أنه أخر المعتد به إلى قابل ثم لا تجب عمرة لعدم فوات حجه بخلاف المحصر **(قوله فلا معنى للافتراق)** وهذا لأن الافتراق ليس بنسك في الأداء فكذا في القضاء، فلم يكن أمر من روى عنه من الصحابة الأمر بالافتراق أمر إيجاب بل أمر ندب مخافة الوقوع لظهور أنه لا يصبر أحدهما عن الآخر لما ظهر منهما في الإحرام الأول فكان كالشاب في حق القبلة في الصوم لا لأنهما يتذاكران فيقعان لأنه معارض بأنهما يتذاكران فلا يقعان لتذكرهما ما حصل لهما من المشقة للذة يسيرة، ونحن نقول باستحباب الافتراق لذلك **(قوله ومن جامع بعد الوقوف بعرفة)** يعني قبل الحلق لأنه سيذكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة. هذا والعبد إذا جامع مضى فيه وعليه هدي وحجة إذا أعتق سوى حجة الإسلام، وكل ما يجب فيه الماء يؤاخذ به بعد عتقه، بخلاف ما فيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال، ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الإحصار، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا أعتق فعليه حجة وعمرة **(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام «من وقف بعرفة فقد تم حجه[1]»)** تقدم هذا الحديث وتقدم أنه عليه الصلاة والسلام علق التمام بالوقوف بعرفة والمزدلفة على ما أسلفناه[2]، ثم لا شك أن ليس التمام باعتبار عدم بقاء شيء عليه فهو باعتبار أمن الفساد والفوات، وإنما أوجبنا البدنة بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة[3]» رواه مالك في الموطإ عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عنه. وأسنده ابن أبي شيبة عن عطاء أيضاً قال: سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قضى المناسك كلها غير أنه لم يزر البيت حتى وقع على امرأته، قال: عليه بدنة[4] ولأنه لا قضاء هنا ليخف أثر الجناية بجبر القضاء بخلاف ما قبل الوقوف، وهو أرجح مما عن ابن عمر مما أخرجه ابن أبي شيبة عنه: جاء رجل إليه فقال: يا أبا عبد الرحمن إني رجل جاهل بالسنة بعيد الشقة قليل ذات اليد، قضيت المناسك كلها غير أني لم أزر البيت حتى وقعت على امرأتي، فقال: عليك بدنة وحج من قابل[5] فإنه متروك بعضه، وقال عليه الصلاة والسلام «من وقف بعرفة فقد تم حجه[6]» بخلاف قول ابن عباس هذا. ولو جامع مرة ثانية فعلى كل واحد شاة مع البدنة لأنه وقع في حرمة مهتوكة فصادف إحراماً ناقصاً فيجب الدم. ولو جامع القارن بعد الوقوف لزمه بدنة لحجته وشاة

نفسه ما سواه **(ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافاً للشافعي رحمه الله فيما إذا جامع قبل رمي جمرة العقبة)** فإن حجه يفسد لأن إحرامه قبل الرمي مطلق، أي كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم، والجماع في الإحرام المطلق مفسد للحج كما إذا كان قبل الوقوف، بخلاف ما بعد الرمي فإنه قد جاء أوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراماً على المحرم، وقوله **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** دليلنا. ووجه ذلك أنه ﷺ قال «من وقف بعرفة فقد تم حجة» وليس المراد

---

(١) تقدم تخريجه وإسناده صحيح.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٣٨٤ ح ١٥٥ بسنده عن ابن عباس.

(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٥/ ١٢٧ بسنده عن ابن عباس موقوفاً.

(٥) أثر ابن عمر. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ١٢٧ وإسناده غير قوي، ووهنه ابن الهمام فقال: إنه متروك بعضه. أي لفظ: حج من قابل. وتمسك الكمال بحديث: من وقف عرفة فقد تم حجُّه.

(٦) تقدم تخريجه.

رضي الله عنهما أو لأنه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ موجبه (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة (ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت

لعمرته (قوله وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) ما لم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة فلا شيء عليه.

ولو كان لم يحلق حتى طاف للزيارة أربعة أشواط ثم جامع كان عليه الدم. وذكر في الغاية معزياً إلى المبسوط والبدائع والاسبيجاني: لو جامع القارن أوّل مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة، لأن القارن يتحلل من إحرامين بالحلق إلا في حق النساء فهو محرم بهما في حقهن، وهذا مخالف لما ذكره في الكتاب وشروح القدوري، فإنهم يوجبون على الحاج شاة بعد الحلق. وذكر فيها أيضاً معزياً إلى الوبري في هذه المسألة إنما عليه بدنة للحج ولا شيء للعمرة لأنه خرج من إحرامها بالحلق وبقي في إحرام الحج في حق النساء، واستشكله شارح الكنز لأنه إذا بقي محرماً بالحج فكذا في العمرة. والذي يظهر أن الصواب ما في الوبري لأن إحرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق في غير النساء ويبقى في حقهن، بل إذا حلق بعد أفعالها حل بالنسبة إلى كل ما حرم عليه، وإنما عهد ذلك في إحرام الحج، فإذا ضم إلى إحرام الحج إحرام العمرة استمر كل على ما عهد له في الشرع، إذ لا يزيد القران على ذلك الضم فينطوي بالحلق إحرام العمرة بالكلية فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل الحج فقط، ثم يجب النظر في الترجيح بين قول من قال بوجوب الشاة أو البدنة، وقول موجب البدنة أوجه لأن إيجابها ليس إلا بقول ابن عباس[1]، والمروى عنه ظاهر فيما بعد الحلق فارجع إليه وتأمله، ثم المعنى يساعده، وذلك أن وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجناية على الإحرام، ومعلوم أن الوطء ليس جناية عليه إلا باعتبار تحريمه له لا لاعتبار تحريمه لغيره، فليس الطيب جناية على الإحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الحلق بل باعتبار تحريمه للطيب، وكذا كل جناية على الإحرام ليست جناية عليه إلا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها، فيجب أن يستوي ما قبل الحلق وما بعده في حق الوطء لأن الذي به كان جناية قبله بعينه ثابت بعده، والزائل لم يكن الوطء جناية باعتباره، لا جرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده ثم ذكر فيها أيضاً فقال: وإذا طاف أربعة أشواط من

به التمام من حيث أداء الأفعال بالاتفاق لبقاء بعض الأركان، فكان المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده لتأكد حجه بالوقوف، ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف، فكما يثبت حكم التأكد في الأمن عن الفوات كذلك يثبت في الأمن عن الفساد، فإن قيل: لو كان كذلك لما وجبت البدنة لأن الشيء بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء. أجاب بقوله (وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ما روي عنه أنه قال: إذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم، وإذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة. وروي أنه قال: لا تجب البدنة في الحج إلا في موضعين: من جامع بعد الوقوف بعرفة، ومن طاف طواف الزيارة جنباً أو لم يعرف له مخالف فحل محل الإجماع وقيل: مثله لا مدخل للرأي فيه فكان مسموعاً. وقوله (أو لأنه) قيل إنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فأتى بها ليكون متمسكاً بأحدهما، وفيه نظر لأن المطلوب إثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار، ولعله أتى بأحد الجائزين فلا يسأل عن كميته. وتقريره أن الجماع أعلى الارتفاقات لوفور لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة. قوله (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) ظاهر. وقوله (ومن جامع في العمرة) بيان الجناية على إحرام العمرة وهو واضح،

(قوله قيل أنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور الخ) أقول: فيه أن المستفاد من تلك الكلمة جواز التمسك بأثره مستقلاً كما لا يخفى (قوله وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار) أقول: وهذا مبنى على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال بأثره وأما على الوجه الأول فلا حاجة إليه، فإنه إذا حل محل الإجماع يكون من قبيل المشتهر.

---

(١) أثر ابن عباس تقدم قبل أثر ابن عمر.

عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة. وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته).

وقال الشافعي: تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتباراً بالحج إذ هي فرض عنده كالحج. ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهاراً للتفاوت **(ومن جامع ناسياً كان كمن جامع متعمداً)** وقال الشافعي رحمه الله: جماع الناسي غير مفسد للحج. وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة. هو يقول: الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية. ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقاً مخصوصاً، وهذا لا ينعدم بهذه العوارض، والحج ليس في معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم والله أعلم.

طواف الزيارة وقد قصر ثم جامع فليس عليه شيء، وإن لم يكن قصر فعليه دم. فمن هنا والله أعلم أخذ التفصيل من أخذه إن كان إذ خف الموجب بعد وجود أحدهما بعد الوقوف. ولقائل أن يستشكله بأن الطواف قبل الحلق لم يحل به من شيء فكان ينبغي أن يجب الجزور، وإن كان سؤال ابن عباس وفتواه به إنما كان فيمن لم يطف للعلم بأن فتواه بذلك لوقوع الجناية على إحرام أمن فساده. ولو كان قارناً: أعني الذي طاف للزيارة قبل الحلق ثم جامع قال في البدائع: عليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعاً. وروى ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف للزيارة جنباً ثم جامع قبل الإعادة قال محمد: أما في القياس فليس عليه شيء، ولكن أبا حنيفة استحسن فيما إذا طاف جنباً ثم جامع ثم أعاد طاهر أن يوجب عليه دماً، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله. وجه القياس أن الجماع وقع بعد التحلل لما عرف من أن الطهارة ليست بشرط لصحة الطواف. وجه الاستحسان أن بالإعادة طاهراً ينفسخ الطواف الأول عند بعض مشايخ العراق، ويصير طوافه المعتبر هو الثاني لأن الجنابة توجب نقصاناً فاحشاً فيتبين أن الجماع كان قبل الطواف فيوجب الكفارة، بخلاف ما إذا طاف على غير وضوء: يعني ثم جامع ثم أعاده متوضئاً لا شيء عليه لأن النقصان يسير فلم ينفسخ الأول فيقع جماعة بعد التحلل، كذا في البدائع وفيه تأمل، فإن الانفساخ إن قال به بعض المشايخ فقد قال آخرون بعدمه وصحح فلم يلزم، وعلى تقديره فوقوعه شرعاً قبل التحلل إنما موجبه البدنة لا مطلق الدم، اللهم إلا أن يقال: إنه قبله من وجه دون وجه، وسنوجه عدم الانفساخ إن شاء الله تعالى.

لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فإنه إذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة أربعة أشواط لم يجب عليه شيء، فإن فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب، وأجيب بأن ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية، وذلك لأن طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب إنما يؤتى به بعد التحلل بالحلق أو التقصير. غاية ما في الباب أن حكمه تأخر في حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الإحرام فقام أكثر أشواطه مقام كله، بخلاف العمرة فإن طوافها قبل التحلل، فكان ارتكاب المحظور في محض الإحرام فيجب الدم ولهذا قلنا «إن لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك. وقوله **(وقال الشافعي رحمه الله: تفسد في الوجهين)** أي فيما إذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط وبعده لأنهما سيان في إفساد الحج عند فكذلك في العمرة لأنها عنده فريضة كالحج. وقوله **(وقال الشافعي: جماع الناسي غير مفسد للحج)** لو قال للإحرام كان أشمل ليتناول العمرة، جعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في الصوم، وجعل الإكراه والنوم كالنسيان بناء على أن الإكراه لما أباح الإقدام وأعدم أصل الفعل مع كونه قاصداً كان النوم أولى لانتفاء القصد، وإذا انعدم الفعل لم يكن جناية **(ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقاً مخصوصاً)** وهو أن يكون بعين الجماع لقوله تعالى ﴿فلا رفث﴾ الآية، والرفث اسم للجماع **(وهو لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم)** لوجود المذكر وهو حالة الإحرام **(بخلاف الصوم)** فإنه لا مذكر له.

(قوله وجعل الإكراه والنوم كالنسيان الخ) أقول: كان المناسب لمساق كلامه أن يبين وجه إلحاق الإكراه بالنسيان ولم يفعل.

فصـل

(ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقة) وقال الشافعي رحمه الله: لا يعتد به لقوله ﷺ «الطواف بالبيت صلاة» إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه. ولنا قوله تعالى ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ من غير قيد

فصـل

(قوله ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقة) موافق لما في عامة النسخ وصرح به عن محمد، ومخالف لما في مبسوط شيخ الإسلام قال: ليس لطواف التحية محدثاً ولا جنباً شيء، لأنه لو تركه لم يكن عليه شيء فكذا تركه من وجه. والوجهان اللذان أبطل بهما المصنف كون الطهارة سنة: أعني قوله لأنه يجب بتركها الجابر، ولأن الخبر يوجب العمل كافلان بإبطاله، ولما استشعر أن يقال على الأوّل لزوم الجابر مطلقاً ممنوع وهو أوّل المسألة فإنا ننفيه في غير الطواف الواجب دفعه بتقرير أن كل ترك لا يخلو من كونه في واجب، فإن التطوّع إذا شرع فيه صار واجباً بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه. غاية الأمر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الحط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طاف محدثاً ومن البدنة إلى الشاة إذا طاف جنباً (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام «الطواف بالبيت صلاة») روى الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال «الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه، فمن تكلم لا يتكلم إلا بخير[1]» وجه الاستدلال أنه تشبيه في الحكم بدليل الاستثناء من الحكم في قوله إلا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم، فكأنه قال هو مثل الصلاة في حكمها إلا في جواز الكلام فيصير ما سوى الكلام داخلاً في الصدر ومنه اشتراط الطهارة. واستدل ابن الجوزى بما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «أنها حاضت فقال لها عليه الصلاة والسلام: اقضى ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت[2]» فرتب منع الطواف على انتفاء الطهارة. وهذا

فصـل

لما فرغ من بيان الجناية على الإحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الإحرام في فصل على حدة قوله (ومن طاف طواف القدوم محدثاً) طواف القدوم محدثاً معتد به عندنا وعليه صدقة (وقال الشافعي رحمه الله: لا يعتد به) ولا يجبر بشيء (لقوله ﷺ «الطواف بالبيت صلاة») وجه الاستدلال أنه ﷺ شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من مشابهة لأن ذات الطواف وهو الدوران مما ينتفي به ذات الصلاة، فيكون المراد أن حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة (ولنا قوله تعالى وليطوّفوا بالبيت العتيق) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن

فصل ومن طاف

(قال المصنف: ولنا قوله تعالى ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾) أقول: المأمور به في الآية هو طواف الزيارة على ما سبق لا ما يعم طواف القدوم فما وجه دلالته على عدم اشتراط الطهارة في طواف القدوم؟ والجواب أنه يعلم منه ذلك بطريق الدلالة والأولوية فليتأمل (قوله قال

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٩٦٠ وابن خزيمة ٢٧٣٩ والحاكم ١/ ٤٥٩ والبيهقي ٥/ ٨٧ كلهم من حديث ابن عباس. وفيه عطاء بن السائب اختلط بآخره. لكن في الإسناد الثوري وهو سمع من عطاء قبل اختلاطه. وأخرجه الدارمي ١٧٩١ وابن حبان ٣٨٣٦ وابن الجارود ٤٦١ والحاكم ٢/ ٢٦٧ والبيهقي ٥/ ٨٥، ٨٧ كلهم من طريق الفضيل بن عياض عن ابن السائب عن طاوس عن ابن عباس مرفوعاً. وهذا ضعيف لأن سماع الفضيل من ابن السائب بعد الاختلاط. وأخرجه الدارمي ١٧٩١ من وجه آخر عن جرير عن ابن السائب له. وله وجه آخر أخرجه النسائي ٥/ ٢٢٢ وأحمد ٣/ ٤١٤ و٤/ ٦٤ و٥/ ٣٧٧ عن طاوس عن رجل أدرك النبي ﷺ مرفوعاً: إنما الطواف صلاة فإذا طفتم فأقلّوا الكلام.

قلت: ورجاله ثقات معروفون ولا يضر جهالة الصحابي وعلى هذا فقد توبع ابن السائب.

لكن أشار الترمذي إلى الوقف حيث قال: وقد روي عن طاوس عن ابن عباس موقوفاً. والعمل علىَ هذا عند أكثر أهل العلم.

وقال الحاكم عقب روايته: وهو صحيح وقد أوقفه جماعة. وأقره الذهبي. فالحديث حسن في أقل مراتبه لأن الوقف هنا لا يقال بالرأي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٩٤ و٣٠٥ و١٥١٦ و١٥١٨ ومسلم ١٢١١ ح ١١٩، ١٢٠ وأبو داود ١٧٨٢ والبيهقي ٥/ ٣ وابن حبان ٣٨٣٥ كلهم عن القاسم عن عائشة وفي البخاري وغيره: حتى تطهري. وفي مسلم: حتى تغتسلي.

. . . .

حكم وسبب، وظاهر أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد للحائض ولنا في الجواب عن الأول طريقان: أحدهما ينتظم الجواب عن هذا، وهو تسليم أنه تشبيه في الحكم لكنه خبر واحد لو لم يلزم نسخه لإطلاق كتاب الله تعالى لثبت به الوجوب لا الافتراض لاستلزامه الإكفار بجحد مقتضاه، وليس ذلك لازم مقتضاه بل لازمه التفسيق به، فكيف ولوثبت به افتراض الطهارة كان ناسخاً له، إذ قوله تعالى ﴿وليطوّفوا﴾ [الحج: ٢٩] يقتضي الخروج عن عهدته بالدوران حول البيت مع الطهارة وعدمها، فجعله لا يخرج مع عدمها نسخ لإطلاقه وهو لا يجوز فرتبنا عليه موجبه من إثبات وجوب الطهارة حتى أثمنا بتركها وألزمنا الجابر، وليس مقتضى خبر الواحد غير هذا لا الاشتراط المفضي إلى نسخ إطلاق كتاب الله تعالى. ويؤيد انتفاء الاشتراط ما ذكره الشيخ تقي الدين في الإمام روى سعيد بن منصور: حدثنا أبو عوانة عن أبي بشر عن عطاء قال: حاضت امرأة وهي تطوف مع عائشة أم المؤمنين فأتمت بها عائشة سنة طوافها. وقال روى أحمد بن حنبل: حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة قال: سألت حماداً ومنصوراً عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به بأساً[1] وقد انتظم ما ذكرناه الجواب عما أورده ابن الجوزي. ثانيهما منع ذلك التقرير، ونقول: بل التشبيه في الثواب لا في الأحكام وقوله إلا أنكم تتكلمون فيه كلام منقطع مستأنف بيان لإباحة الكلام فيه وجب المصير إلى هذا، لأنه لو كان كما قالوا لكان المشي ممتنعاً لدخوله في الصدر، وكأنه الشيخ رحمه الله استشعر فيه منعاً وهو أن يقال: المشي قد علم إخراجه قبل التشبيه فإن الطواف نفس المشي، فحيث قال صلاة فقد قال المشي الخاص كالصلاة فيكون وجه التشبيه ما سوى المشي فلذا اقتصر على الأوّل لكن يبقى الانحراف مؤيداً للوجه الثاني. فإن قيل: الأصح هو الأول لأن الوجوب ثابت عندنا ولا بد له من دليل، وحمله على الوجه الثاني ينفيه، وما أورده ابن الجوزي ظاهر فيه، والحديث المذكور يحتمله على الوجه الأول فوجب المصير إليه، ويخص الانحراف أيضاً بإجماع المسلمين وباتفاق رواة مناسكه عليه الصلاة والسلام أنه جعل البيت عن يساره حين طاف، ولاعتباره وجب ستر العورة في الطواف، فلو طاف مكشوف العورة لزم الدم إن لم يعده. فالجواب لو كان الأول هو المعتبر لكان مقتضاه وجوب طهارة الثوب والبدن فيه لكنهم صرحوا بعدم وجوبها. وفي البدائع أنها ليست بشرط بالإجماع، فلا يفترض تحصيلها ولا يجب لكنه سنة، حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لا يلزمه شيء لكنه يكره اهـ، فيحمل الحديث على أن التشبيه في الثواب، ويضاف إيجاب الطهارة عن الحدث إلى ما أورده ابن الجوزي، وإيجاب ستر العورة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يحجنّ بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان[2]» قال محمد رحمه الله: ومن طاف تطوُّعاً على شيء من هذه الوجوه فأحب إلينا إن كان بمكة أن يعيد الطواف، وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صدقة سوى الذي طاف وعلى ثوبه نجاسة. هذا وما ذكر في بعض النسخ من أن في نجاسة البدن كله الدم لا أصل له في الرواية، والله أعلم. وقد يقال: فلم لم تلحق الطهارة عن النجس بالطهارة عن الحدث وهو الأصل المنصوص عليه قياساً أو بستر العورة، وليس هذا قياساً في إثبات شرط بل في إثبات الوجوب. وقد يجاب بحاصل ما في المبسوط من أن حكم النجاسة في الثوب أخف حتى جازت الصلاة مع قليل النجاسة في الثوب ومع كثيرها حالة الضرورة فلا يتمكن بنجاسة الثوب نقصان في الطواف وهذا يخص الفرق بطهارة الحدث دون الستر، ثم أفاد فرقاً بين الستر وبينه بأن وجوب الستر لأجل الطواف أخذاً من قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت

. . . .

(١) خبر عائشة. رواه سعيد بن منصور في سننه كما في نصب الراية ٣/١٢٨ ونقل الزيلعي عن ابن دقيق العيد رواية أحمد بن حنبل عن منصور وحماد.

(٢) صحيح. تقدم في باب التمتع. بأتم منه.

الطهارة فلم تكن فرضاً، ثم قيل: هي سنة، والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر، ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب، فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة، يصير واجباً بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله وهو طواف الزيارة، وكذا الحكم في كل طواف هو تطوّع.

(ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة) لأنه أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول فيجبر بالدم **(وإن كان جنباً فعليه بدنة)** كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها

عريان[1] فبسبب الكشف يتمكن نقصان في الطواف واشتراط طهارة الثوب ليس للطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان فيه، ولم يبين الجهة المشاركة للطواف في سببية المنع، وأفادها في البدائع فقال: المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لأجل الطواف بل لصيانة المسجد عن إدخاله النجاسة وصيانته عن التلويث فلا يوجب ذلك نقصاً في الطواف فلا حاجة إلى الجبر إلا أنه نفي سببية الطواف بالكلية. وقوله المنع من الطواف مع الثوب النجس إما أن يكون معناه أنه لو كان منع لكان لصيانة المسجد، أو أن المنع ثابت مع النجاسة ولذا تثبت الكراهة به إلا أنه لا يبلغ إلى الوجوب فلا ينتهض موجباً للجابر، والله سبحانه أعلم ولم يكن في ظاهر الرواية تنصيص سوى على الثوب، والتعليل يفيد تعميم البدن أيضاً **(قوله فكان أفحش)** فإن قيل: لم اختلف الجابر في الفرض والنفل في الطواف دون الصلاة؟ فالجواب أن الأصل أن يختلف الجابر باختلاف الجناية اعتباراً للمسبب على وزان سببه فلا يترك إلا للتعذر الشرعي، وقد أمكن في الحج لشرع الجابر فيه متنوّعاً إلى بدنة وشاة وصدقة فاعتبر تفاوت الجابر بتفاوت الجناية وتعذر في

فرضاً بالآية، ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لأنها نسخ **(ثم قيل هي سنة)** وهو قول ابن شجاع **(والأصح أنها واجبة)** وهو قول أبي بكر الرازي **(لأنه يجب بتركها الجابر)** وهو إما الدم على ما قال به بعض مشايخ العراق أو الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد، وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب **(ولأن الخبر يوجب العمل)** دون العلم **(فيثبت به الوجوب)** دون الفرضية قال **(فإذا شرع في هذا الطواف)** دليل على وجوب الصلاة على تقدير كونها سنة، وذلك لأن الشروع في النفل ملزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجباً **(ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة من حيز النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني أنه منقوض بالصلاة النافلة، فإنه إذا دخلها نقص تنجبر بسجدة السهو كما ينجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا أيضاً كذلك، والجواب عن الأول أن ترك السنة يوجب نقصاً وينجبر بالكفارة، ألا ترى أن من أفاض من عرفات قبل الإمام وجب عليه دم. قال محمد رحمه الله لأنه ترك سنة الدفع وعن الثاني بأن الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعاً واحداً فلا مصير إلى غيره وفي الحج جعله متنوعاً فأمكن المصير إلى ما تبين به رتبة النفل عن الفرض، وهذا كله على رواية القدوري اختارها المصنف، وأما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الإسلام أنه إذا طاف طواف التحية محدثاً فلا شيء عليه لأنه لو تركه أصلاً لم يجب عليه شيء فكذا إذا أتى به محدثاً فلا يحتاج إلى شيء من هذه التكلفات **(ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة)** لأنه أدخل النقص في الركن وإدخال النقص في الركن أفحش من إدخاله على الواجب **(وإن كان جنباً فعليه بدنة)** وكلامه

فإذا شرع في هذا الطواف دليل، إلى قوله: وفيه بحث من وجهين) أقول: فيه بحث، بل ما ذكره جواب ما عسى يورد ههنا من أن طواف القدوم سنة لو ترك لا يلزم شيء، فأولى أن لا يلزم بترك الطهارة فيه، وظهر بما ذكرنا أنه لا وجه لما قاله الشارح على تقدير كونها سنة إذ ليس بناء الكلام على مسنونية الطهارة بلى على مسنونية الطواف، ويندفع بحثه الأول فتأمل فإنه كلام واه نشأ عن سهو متناه.

---

(١) تقدم في الذي قبله. رواه الشيخان وغيرهما.

تنبيه: أورد صاحب الهداية ههنا أثراً عن ابن عباس وهو: من طاف جنباً فعليه بدنة.

قال الزيلعي ٣/١٢٨: غريب.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/٤١: لم أجده.

بالبدنة إظهار للتفاوت، وكذا إذا طاف أكثره جنباً أو محدثاً، لأن أكثر الشيء له حكم كله **(والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه)** وفي بعض النسخ: وعليه أن يعيد.

والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً وفي الجنابة إيجاباً لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث. ثم إذا أعاده وقد طافه محدثاً لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا يبقى إلا شبهة النقصان، وإن أعاده وقد طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته، وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي

الصلاة إذ لم يشرع الجابر للنقص الواقع سهواً إلا السجود **(قوله والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً)** وإنما لم يؤمر مطلقاً كما هو تلك الرواية مع أن الطهارة في الطواف مطلقاً واجبة لأنه لم يتعين الطواف جابراً، فإن الدم والصدقة مما يجبر بهما فالواجب أحدهما غير عين واستحباب المعين: أعني الطواف ليكون الجابر من جنس المجبور، بخلاف ما إذا رجع إلى أهله ولم يطف فإن البعث بالشاة أفضل لأن النقصان كان يسيراً وفي الشاة تقع للفقراء **(قوله لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر)** إن هذه وصلية، وعدم وجوب الشيء إذا أعاده بعد أيام النحر دليل أن العبرة للأول في الحدث وإلا لوجب عند أبي حنيفة رحمه الله دم للتأخير عن أيام النحر. وقوله في فصل الجنابة[1] وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير أخذ منه الرازي أن العبرة في فصل الجنابة للطواف الثاني وينفسخ الأول به وذهب الكرخي إلى أن المعتبر الأول في الفصلين[2] جميعاً، وصححه صاحب الإيضاح إذ لا شك في وقوع الأوّل معتداً به حتى حل به النساء، وتقرير ما علم شرعاً باعتداده حال وجوده أولى. واستدل الكرخي بما في الأصل: لو طاف للعمرة جنباً أو محدثاً في رمضان وحجّ من عامه لم يكن متمتعاً إن أعاده في شوال أو لم يعده، واعتذر عنه السرخسي في المبسوط بأنه إنما لم يكن متمتعاً لوقوع الأمن له عن فساد العمرة، فإذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج لا يكون بها متمتعاً. قال: والطواف الأول كان حكمه مراعى لتفاحش النقصان، فإن أعاده انفسخ وصار المعتد به الثاني، وإن لم يعد كان معتداً به في التحلل، كمن قام في صلاته ولم يقرأ حتى ركع كان قيامه وركوعه مراعى على سبيل التوقف، فإن عاد فقرأ ثم ركع انفسخ الأول، حتى إن من أدرك معه الركوع الثاني مدرك للركعة، وإن لم يعد فقرأ في الركعتين الأخريين كان الأول معتداً به، وهذا بخلاف المحدث لأن النقصان يسير فلا يتوقف به حكم الطواف بل بقي معتداً به على الإطلاق، والثاني جابر للتمكن فيه من النقصان، ولو طافت المرأة للزيارة حائضاً فهو كطواف الجنب سواء اهـ،

ظاهر. وقوله **(لأن أكثر الشيء له حكم الكل)** يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فإن الأكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه، ونزيد ههنا بياناً وهو أن النبي ﷺ قال «من وقف بعرفة فقد تم حجه» وليس ذلك إلا بإقامة الأكثر مقام الكل، فإن الحج له فروض ثلاثة شوط وركنان، وعند ما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط: أعني الإحرام وأحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك. وقوله **(والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة)** وجه ذلك أن فيه تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان أفضل. وقوله **(وفي بعض النسخ)** يريد به نسخ المبسوط. وقوله **(ثم إذا أعاده)** يعني طواف الزيارة، وقوله **(وإن أعاده بعد أيام النحر)** إن هذه للوصل، وقوله **(لا ذبح عليه)** بناء على أنه الطواف الأول وإن كان بغير طهارة معتد به، وإلا لزم الدم على قول أبي حنيفة بالتأخير، فإذا كان معتداً به بنقصان وقد أعاده لم يبق إلا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحديث وهي لا توجب شيئاً. وقوله **(وإن أعاده وقد طاف جنباً ظاهر)** وقوله **(وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم)** أي الشاة لأن البدنة سقطت بالإعادة بالاتفاق، وإنما هذا دم يلزمه على قول أبي حنيفة لتأخير الطواف عن أيام النحر على ما عرف من مذهبه أن من أخر نسكاً عن وقته يجب عليه الدم، وهذا الذي ذكره إنما هو على اختيار أبي بكر الرازي رحمه الله في أن المعتد به من الطوافين إذا طاف الأول جنباً إنما هو الثاني وأن الأول ينفسخ بالثاني، إذ لو كان الأول لما لزمه دم التأخير لأن الأول مؤدى في وقته، بخلاف ما إذا طاف الأول محدثاً فإن المعتد به هو الأول لقلة النقصان فكان الثاني جابراً للنقصان المتمكن فيه. فإن قيل:

. . . .

---

(١) **(قوله الجنابة)** بالباء الموحدة لا بالياء المثناة كما لا يخفى.

(٢) **(قوله في الفصلين)** أي فصل الجنابة وفصل الحدث، كذا بخط العلامة المحقق الشيخ البحراوي حفظه الله. كتبه مصححه.

حنيفة رحمه الله بالتأخير على ما عرف من مذهبه. ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنباً عليه أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكاً له ويعود بإحرام جديد. وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له، إلا أن الأفضل هو العود. ولو رجع إلى أهله وقد طافه محدثاً إن عاد وطاف جاز، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبداً حتى يطوف (ومن طاف طواف الصدر محدثاً فعليه صدقة) لأنه دون طواف الزيارة، وإن كان واجباً فلا بد

وقول الكرخي أولى، وجعل عدم التمتع في شاهده للأمن عن فساد العمرة قبل أشهر الحج ليس بأولى من جعل الدم لتأخير الجابر لجعله كنفس الطواف بسبب أن النقصان لما كان متفاحشاً كان كتركه من وجه فيكون وجد جابره كوجوده. أو نقول: الواجب عليه فعل الطواف في أيامه خالياً عن النقص الفاحش الذي ينزل منزلة الترك لبعضه، فبإدخاله يكون موجداً لبعضه ووجب عليه البعض الآخر أعني صفة الكمال، وهو تكامل الصفة وهو الطواف الجابر فوجب في أيام الطواف، فإذا أخره وجب دم كما إذا أخر أصل الطواف (قوله ويرجع بإحرام جديث) بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنباً وهو آفاقي يريد مكة فلا بد له من إحرام بحج أو عمرة، وقيل: يعود بذلك الإحرام، حكاه الفارسي، ثم إذا عاد فأحرم بعمرة يبدأ بها، فإذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته وقد تقدم. ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثاً عاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بجنسه في وقته، فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثاً وقد فات وقت القضاء ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحباباً ليحصل الرمل والسعي عقيب طواف كامل، وإن لم يعد لا شيء عليه لأنه سعى عقيب طواف معتدّ به، إذ الحدث الأصغر لا يمنع الاعتداد، وفي الجنابة إن لم يعد فعليه دم للسعي وكذا الحائض (قوله ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً الخ) وكذا إذا رجع إلى أهله وقد ترك منه أربعة أشواط يعود بذلك الإحرام وهو محرم أبداً في حق النساء، وكلما جامع لزمه دم إذا تعددت المجالس إلا أن يقصد رفض الإحرام بالجماع الثاني وتقدم أوائل الفصل من ذلك شيء (قوله ومن طاف طواف الصدر الخ) ذكر في حكمه روايتين، وفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه تجب عليه الصدقة لأن طواف الجنب معتد به حتى يتحلل به إلا أنه ناقص، والواجب بترك طواف الصدر الدم فلا يجب بالنقصان ما يجب بالترك، والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجناية وهو متحقق في الطواف مع الجناية فيجب به كما يجب بتركه، ولذا حققنا وجوب الدم بطواف القدوم جنباً، ولا يلزم بتركه شيء أصلاً لثبوت الجناية في فعله جنباً وعدمها في تركه فالمدار الجناية. فإن قلت: ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة محدثاً والصدقة في طواف القدوم محدثاً، وإن كان فيه إدخال النقص في الواجب بالشروع أنه إظهار التفاوت بين ما وجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وبين ما يتعلق وجوبه بإيجاب العبد، وهذا الفرق ثابت بين طواف القدوم والصدر فلم اتحد حكمهما؟ فالجواب منع قيام الفرق فإن وجوبه مضاف إلى الصدر الذي هو فعل العبد كوجوب طواف القدوم بفعله وهو الشروع، ولهذا لو اتخذ مكة داراً لم يجب لعدم فعل الصدر. وفي المحيط لو طاف للعمرة جنباً أو محدثاً فعليه شاة،

فما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنباً ثم أعاد طوافه في أشهر الحج وحج من عامه ذلك فإنه لا يكون متمتعاً، قاله محمد رحمه الله في الكتاب، ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعاً. أجيب بأن المعتمر لما طاف في رمضان وقع الأمن عن فساد العمرة، وإذا أمن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعاً. فإن قيل: التحلل يحصل بالطواف الأول فيكون هو المعتد به. أجيب بأن الأول مراعي الحكم لتفاحش النقصان فيه، فإن أعاده انفسخ الأول واعتد بالثاني وإلا كان هو المعتد به في التحلل. وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر وقوله (إلا أن الأفضل هو العود) لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف. وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر وقوله (لأن النقصان بترك الأقل يسير) إنما كان كذلك لأن جانب الوجود راجح.

(قال المصنف: ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة، إلى قوله: ولو طاف جنباً فعليه شاة) أقول: قال العلامة الزيلعي: فإن قيل: فعلى هذا سويتم بين الواجب والنفل فإنكم أوجبتم في طواف القدوم ما أوجبتم في طواف الصدر. قلنا: طواف القدوم يجب بالشروع فيه فاستويا اهـ. ونحن نقول نعم إلا أنه يجب بإيجاب العبد فلا بد أن لا يسوي بينه وبين ما يجب بإيجاب الله تعالى على ما مر آنفاً فتأمل.

من إظهار التفاوت. وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة، إلا أن الأول أصح **(ولو طاف جنباً فعليه شاة)** لأنه نقص كثير، ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفي بالشاة **(ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة)** لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة. فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبعث بشاة لما بينا **(ومن ترك**

ولو ترك من طواف العمرة شوطاً فعليه دم لأنه لا مدخل للصدقة في العمرة **(قوله يسير)** لرجحان جانب الوجود بالكثرة. وعن هذا ما ذكر من أن الركن عندنا هو الأربعة الأشواط والثلاثة الباقية واجبة لأن تركها يجبر بالدم، وأنما يجبر به الواجب وهذا حكم لا يعلل به لأنه محل النزاع إذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون، بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل. وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم إذ لا يقام الأكثر منهما مقام الكل قوله عليه الصلاة والسلام «الحج عرفة، ومن وقف بعرفات فقد تم حجة[1]» مع العلم ببقاء ركن آخر عليه، وحكمنا لهذا بالأمن من فساد الحج إذا تحقق بعد الوقوف ما يفسده قبله، فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعاً هذا الاعتبار والطواف منه فأجرينا فيه ذلك، وهذا هو الأوجه في إثبات الإقامة المذكورة. وإنما قلنا إن هذا الوجه أوجه لأن الوجه الآخر غير منتهض، وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل بمرة، فلما فعله عليه الصلاة والسلام سبعاً احتمل كونه تقديراً للكمال ولما لا يجزى أقل منه فيثبت المتيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتداد، ويقام الأكثر مقام الكل كإدراك الركوع يجعل شرعاً إدراكاً للركعة، وكالنية في أكثر النهار للصوم تجعل شرعاً في كله، ولا يخفى أن المأمور به التطوّف وهو أخص يقتضي زيادة تكلف، وهو يحتمل كونه من حيث الإسراع ومن حيث التكثر، فلما فعله عليه الصلاة والسلام متكثراً كان تنصيصاً على أحد المحتملين، ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتداد على السواء لا يستلزم كون المتيقن كونه للكمال فإنه محض تحكم في أحد المحتملين المتساويين، بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتداد ليقع اليقين بالخروج عن العهدة، وعلى اعتبار كونه للاعتداد يكون إقامة أكثره مقام كله منافياً له في التحقيق، إذ كون السبع للاعتداد معناه أنه لا يجزي أقل منها. وإقامة الأكثر لازمه حصول الإجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازماً على شيء وهو مناف للملزوم، ثم بتقديره فإثباته بإلحاق مدرك الركوع والنية باطل. أما إدراك الركعة بالركوع فبالشرع على خلاف القياس، ولذا لم يقل بإجزاء ثلاث ركعات عن الأربع قياساً. وأما النية فبعد أنه من رد المختلف إلى المختلف فإنا نعتبر الإمساكات السابقة على وجود النية متوقفة على وجودها، فإذا وجدت بأن ينوي أنه صائم من أول النهار تحقق صرف ذلك الموقوف كله لله تعالى، فإنما تعلقت النية بالكل لوجدها في الأكثر بالأكثر، وكان سبب تصحيح تعلقها بالكل من غير قران وجودها بالكل الحرج اللازم من اشتراط قران وجودها للكل بسبب النوم الحاكم على ما أسلفنا إيضاحه في كتاب الصوم وليس ما نحن فيه كذلك. هذا وأما الوجه الأول فهو وإن كان أوجه لكنه غير سالم مما يدفع به، وذلك أن إقامة الأكثر في تمام العبادة إنما هو في حق حكم خاص وهو أمن الفساد والفوات ليس غير، ولذا لم يحكم بأنَّ ترك ما بقي: أعني الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص، فلا يلزم جواز إقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه، فكما لم يجز ذلك في نفس مورد النص: أعني الحج، فلا ينبغي التعويل على هذا الحكم، والله أعلم، بل الذي ندين به أن لا يجزي أقل من السبع ولا يجيز بعضه بشيء غير أنا نستمر معهم في التقرير على أصلهم هذا **(قوله ويبعث بشاة)** يعني عن الباقي من طواف الزيارة وبشاة أخرى لترك طواف الصدر، وهذا لأن بعث الشاة لترك بعض طواف الزيارة لا يتصوّر إلا إذا لم يكن طاف للصدر، فإنه لو طاف للصدر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكمله ثم

. . . .

---

(١) تقدم مراراً في الوقوف بعرفة وغيره.

أربعة أشواط بقي محرماً أبداً حتى يطوفها) لأن المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلاً **(ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة)** لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته **(ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة، (ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر، فإن كان بمكة أعاده)** لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه. والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم، فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصاً في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤدياً للطواف على الوجه المشروع **(وإن أعاد على الحجر)** خاصة **(أجزأه)** لأنه تلافى ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات **(فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم)** لأنه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من من الربع ولا تجزيه الصدقة **(ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهراً فعليه دم)** فإن كان طاف طواف الزيارة جنباً فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقالا عليه دم واحد)** لأن في الوجه الأول لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه. وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحق الإعادة فيصير تاركاً لطواف الصدر مؤخراً لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا **(ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه)** أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث. وأما السعي فلأنه تبع للطواف، وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان **(وإن رجع إلى**

ينظر في الباقي من طواف الصدر إن كان أقله لزمه صدقة له وإلا فدم، ولو كان طاف للصدر في آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمل من الصدر ولزمه دمان في قول أبي حنيفة: دم لتأخير ذلك، ودم آخر لتركه أكثر الصدر، وإن كان قد ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر مع ذلك الدم. وجملته أن عليه في ترك الأقل من طواف الزيارة دماً، وفي تأخير الأقل صدقة، وفي ترك الأكثر من طواف الصدر دم، وفي ترك أقله صدقة. ومبنى هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة، والنية ليست بشرط لكل ركن إلا أنه يستقل عبادة في نفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين. فلو طاف في وقته ينوي النذر أو النفل وقع عنه، كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت نيته ووقعت عن الركن وإن توالي الأشواط ليس بشرط لصحة الطواف، كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ففعل

وقوله **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء. وقوله **(أو أربعة أشواط منه)** يعني من طواف الصدر. وقوله **(ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة)** يعني لاظهار التفاوت بين ترك الأقل من طواف الصدر والأقل من طواف الزيارة، والمراد بالصدقة ههنا هو أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة. والحاصل أن أكثر طواف الصدر بمنزلة أقل طواف الزيارة في وجوب الشاة، وإذا كان في أكثره شاة فلا بد أن يكون في أقله صدقة. قال **(ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء)** ما ذكر من المسألتين والفرق بينهما واضح وفائدة نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه، وها هنا أصل وهو أن كل من وجب عليه طواف وأتى به في وقته وقع عنه سواء نواه بعينه أو لم ينوه أو نوى به طوافاً آخر، فالمحرم إذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئاً أو نوى التطوّع، فإن كان معتمراً وقع عن العمرة وإن كان حاجاً وقع عن طواف القدوم، وإن كان قارناً كان الطواف الأول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع أو طوافاً آخر، وإنما كان كذلك لأن الإحرام قد انعقد لأدائه، فإذا أتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته، كما إذا سجد ينوي به تطوعاً لم يتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه. وقوله **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة، إلى قوله وما دام بمكة يؤمر بالإعادة وقوله **(ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء)** واضح. وقوله **(وأما السعي)** يعني إنما يعيد السعي وإن لم يفتقر إلى الطهارة

(قال المصنف: فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) أقول: في شرح الكنز: ولو عاد إلى أهله ولم يعد الطواف يلزمه دم في الفرض لأن ترك شوط منه يوجب الدم، وهذا أولى لأنه قريب من الربع وإن كان في الواجب ينبغي أن تجب فيه الصدقة على ما قدمناه اهـ. فعلى هذا يكون الواجب في قول المصنف ومن طاف الطواف الواجب بمعنى الفرض.

أهله قبل أن يعيد فعليه دم) لترك الطهارة فيه، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير، وليس عليه في السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتدٍّ به، وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح **(ومن ترك السعي**

ثم رجع بنى **(قوله وليس عليه لترك السعي شيء)** عطف على قوله فعليه دم، والمراد ليس عليه لترك جابر السعي بشيء: أي لا يجب باعتبار مجرد السعي محدثاً شيء لأنه لا تجب الطهارة فيه، بل الواجب فيه الطهارة في الطواف الذي هو عقيبه وقد جبر ذلك بالدم إذ فوّت، وقدمنا أن شرط جواز السعي كونه بعد أكثر طواف، والله أعلم. وما في البدائع من قوله لا يشترط له الطهارة لأنه نسك غير متعلق بالبيت، إلا أنه يشترط أن يكون الطواف على طهارة من الجنابة والحيض، إلى أن قال: والحاصل أن حصول الطواف على الطهارة عن الحيض والجنابة من شرائط جواز السعي تساهل وهذا بالاتفاق، بخلاف ما إذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف وصحح عدم الوجوب وهو قول شمس الأئمة والمحبوبي. وذهب كثير من شارحي الجامع الصغير إلى وجوب الدم بناء على انفساخ الأول بالثاني وإلا كانا فرضين أو الأوّل فلا يعتد بالثاني ولا قائل به فيلزم كون المعتبر الثاني فحينئذ وقع السعي قبل الطواف فلا يعتد به، بخلاف ما إذا لم يعد فإنه لا يوجب انفساخ الأول. والجواب منع الحصر بل الطواف الثاني معتد به جابراً كالدم، والأول معتد به في حق الفرض، وهذا أسهل من الفسخ خصوصاً وهو نقصان بسبب الحدث الأصغر، ومن واجبات الطواف ستر العورة والمشي، وأن لا يكون منكوساً بأن يجعل البيت عن يمينه لا يساره. وكلها وإن تقدم ذكرها لكن لا قصداً بل في ضمن التعاليل. أما الستر فلما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لايطوفن بهذا البيت بعد العام مشرك ولا عريان[1]» وأما المشي فلأن الراكب ليس طائفاً حقيقة بل الطائف حقيقة مركوبه وهو في حكمه إذ كان حركته عن حركة المركوب، وطوافه عليه الصلاة والسلام راكباً فيما ركب فيه قدّمنا ما روي فيه من كلام الصحابة أنه كان ليظهر فيقتدى بفعله وهذا عذر أيّ عذر، فإنه كان مأموراً بتعليمهم، وهذا طريق ما أمر به فيباح له. ونحن نقول: إذا ركب من عذر فلا شيء عليه وإلا أعاده وإن لم يعده لزمه دم، وكذا إذا طاف زحفاً. ولو نذر أن يطوف زحفاً وهو قادر على المشي لزمه أن يطوف ماشياً لأنه نذر العبادة بوجه غير مشروع فلغت وبقي النذر بأصل العبادة كما إذا نذر أن يطوف للحج بلا طهارة، ثم إن طاف زحفاً أعاده، فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم لأنه ترك الواجب كذا ذكر في الأصل. وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا طاف زحفاً أجزأه لأنه أدى ما أوجب على نفسه كمن نذر أن يصلي في أرض مغصوبة أو يصوم يوم النحر فإنه يجب عليه أن يصلي في موضع آخر ويصوم يوماً آخر، ولو صلى في المغصوبة أو صام يوم النحر أجزأه وخرج عن عهدة النذر، كذا هذا، هكذا حكى في البدائع. وسوقه يقتضي أن المذكور في شرح القاضي مخالف لما في الأصل، وليس كذلك إلا لو صرح بنفي الدم وهو لم يذكر سوى الإجزاء، وما في الأصل لا ينفيه، ولو كان خلافاً كان ما في الأصل هو الحق لأن الأصل أن العبادة متى شرع فيها جابر لتفويت شيء من واجباتها ففوّت وجب الجبر، وإن كان لو لم يجبر صحت كالصلاة بالسجود في السهو وبالإعادة في العمد، فقد قلنا: كل صلاة أديت مع كراهة التحريم

السرخسي والإمام المحبوبي والمصنف رحمهم الله أن الطهارة ليست بشرط في السعي، وإنما الشرط فيه أن يكون على إثر طواف معتدّ به، وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به، فإذا أتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود، فإن أعاد تبعاً للطواف فهو أفضل وإلا فلا شيء عليه، وقوله **(ومن ترك السعي)** ظاهر. وقوله **(ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم)** قال في النهاية: كان من حق الرواية أن يقال: ومن أفاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما أن المحظور عليه الإفاضة قبل غروب الشمس. وأقول: قوله هذا يستلزم ذلك لأن الاستدامة إذا كانت واجبة إلى غروب الشمس فالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب لأن الظاهر أن الإمام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة. وقوله **(بخلاف ما إذا وقف ليلاً)** متصل

. . . .

(١) متفق عليه تقدم مراراً.

بين الصفا والمروة فعليه دم وحجة تام) لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد **(ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم)** وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة

يجب إعادتها، وباب الحج مما تحقق فيه ذلك فيجب الجبر أوّلاً بجنسه إذا فوّت واجبه، فإن لم يعد وجب الجابر الآخر وهو الدم، بخلاف الصوم فإنه لم يتحقق فيه جبر، وبخلاف الصلاة في الأرض المغصوبة فإن عدم حلّ الصلاة فيها ليس من واجبات الصلاة بل الواجب عدم الكون فيه مطلقاً في الصلاة وغيرها. وأما جعل البيت عن يساره فاختلف فيه، والأصح الوجوب بفعله عليه الصلاة والسلام كذلك على سبيل المواظبة من غير ترك في الحج وجميع عمره مع ما ذكرنا أن ما فعله عليه الصلاة والسلام في موضع التعليم يحمل على الوجوب إلى أن يقوم دليل على عدمه خصوصاً اقتران ما فعله في الحج بقوله «خذوا عني مناسككم[1]» فعليه أن يعيد، فإن لم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم. وأما الافتتاح من الحجر ففي ظاهر الرواية هو سنة يكره تركها. وذكر محمد في الرقيات: لا يعتد بذلك الشوط إلى أن يصل إلى الحجر فيعتبروا ابتداء الطواف منه، وقدمنا فيما سلف أنه ينبغي أن يكون واجباً إذ لا فرق بينه وبين جعل البيت عن يساره في الدليل، وجعل البيت عن يسار الطائف واجب، فكذا ابتداء الطواف من الحجر واجب ألبتة **(قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام)** لأن السعي من الواجبات عندنا، وقد تقدم نصب الخلاف فيه مع الشافعي وغيره، وأقمنا دليل الوجوب وأبطلنا ما جعله دليلاً للركنية فارجع إليه في أثناء باب الإحرام. قال في البدائع: وإذا كان السعي واجباً فإن تركه لعذر فلا شيء عليه، وإن تركه لغير عذر لزمه دم لأن هذا حكم ترك الواجب في هذا الباب. أصله طواف الصدر، وأصل ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف[2]» ورخص للحيض فأسقطه للعذر، وعلى هذا فإلزام الدم في الكتاب بترك السعي يحمل على عدم العذر، وكذا يلزم الدم بترك أكثره، فإن ترك ثلاثة أشواط منه لزمه صدقة: أي يطعم لكل شوط مسكيناً نصف صاع من بر أو قيمته إلا أن يبلغ ذلك دماً فهو بالخيار، وكما يلزمه بتركه الدم فكذلك يلزم بركوبه فيه من غير عذر إلا إن ركب لعذر، وتقدم في الهداية أن في ترك الوقوف بمزدلفة لغير عذر دماً لا لعذر **(قوله ومن أفاض قبل الإمام)** قد تركنا مواضع من هذا الفصل لأنها مفصلة واضحة في الكتاب فتراجع فيه. ثم الأولى أن يقول قبل أن تغرب الشمس لأنه المدار إلا أن الإفاضة من الإمام لما لم تكن قط إلا على الوجه الواجب أعني بعد الغروب وضع المسألة باعتبارها، وأشار في الدليل إلى خصوص المراد بقوله: ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة. والحديث الذي ذكره وهو قوله عليه الصلاة والسلام «فادفعوا بعد غروب الشمس[3]» غريب، ولا شبهة في أنه عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس.

بقوله ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة. فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام «من وقف بعرفة بليل أو نهار فقد أدرك الحج» يقتضي أن لا يكون الامتداد شرط لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطاً في النهار دون الليل؟ قلت: ترك ظاهره في حق النهار بقوله ﷺ «فادفعوا بعد غروب الشمس» فبقي الليل على ظاهره **(وإن عاد إلى عرفة بعد غروب**

(قوله فالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب) أقول: يجوز أن يفيض بعد الغروب قبل الإمام، إذ لا يجب على الإمام أن يفيض مع

---

(١) صحيح. هو بعض حديث جابر الطويل في صفة حجة النبي ﷺ أخرجه مسلم ١٢١٨ وأبو داود ١٩٠٥ والنسائي ٥/ ٢٧٠ وابن ماجه ٣٠٧٤ والدارمي ١٧٩٣ وأحمد ٣/٢١٨، ٣٦٦ كلهم من حديث جابر مطولاً.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ٩٤٤ وابن خزيمة ٣٠٠١ والحاكم ١/٤٦٩، ٤٧٠ من عدة طرق عن عيسى بن يونس عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بزيادة: إلا الحُيَّض رخص لهنّ رسول الله ﷺ.

أخرجه ابن ماجه ٣٠٧١ من طريق طاوس عن ابن عمر بنحوه.

وأخرجه ابن حبان ٣٨٩٩ من حديث ابن عمر ورجاله رجال الصحيحين سوى الوليد بن عبد الملك بن مسرح وقد وثقه ابن حبان وقال أبو حاتم. صدوق. فالحديث صحيح. وقد صححه الحاكم، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في ٣/ ١٢٨ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤١: لم أجده بصيغة الأمر. وتقدم في حديث جابر الطويل وفيه: فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس اهـ والأحاديث كثيرة تقدمت في الوقوف بعرفة.

شيء. ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام «فادفعوا بعد غروب الشمس» فيجب بتركه الدم، بخلاف ما إذا وقف ليلاً لأن استدامة الوقوف على من وقف نهاراً لا ليلاً، فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية، لأن المتروك لا يصير مستدركاً. واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب **(ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم)** لأنه من الواجبات **(ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم)** لتحقق ترك الواجب، ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما في الحلق، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف

ويمكن أن يقال: كل ما وقع من قوله عليه الصلاة والسلام في الحج يحمل على الوجوب إلا أن يقوم دليل خلافه لقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عني مناسككم[1]» وأيضاً ما تقدم من حديث الحاكم عن المسور «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: أما بعد، فإن أهل الشرك كانوا يدفعون من هذا الموضع إذا كانت الشمس على رؤوس الجبال مثل عمائم الرجال في وجوهها، وإنا ندفع بعد أن تغيب[2]»، فإن هذا السوق يفيد الوجوب بأدنى تأمل فيه. ومسائل الإفاضة قبل الغروب ذكرناها في بحث الوقوف بعرفة فارجع إليها تستغن عن إعادتها هنا.

وقوله في ظاهر الرواية يحترز به عما قدمناه هناك من رواية ابن شجاع **(قوله واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب)** ذكر الكرخي أنه يسقط لأن الواجب الإفاضة بعد الغروب وقد وجد وتقدم ما عليه وجوابه وأنه الحق فارجع إليه **(قوله كما في الحلق)** حيث يجب دم واحد بحلق شعر كل البدن في مجلس واحد لاتحاد الجناية باتحاد الجنس، فكذا ترك رمي الجمار في كل الأيام يلزمه به دم واحد **(قوله والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي)** وهو آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة ولا يبقى في ليلة الرابع عشر بخلاف الليالي التي تتلو الأيام التي قبلها،

الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية) وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط عنه الدم لأنه استدرك ما فاته لأن الواجب عليه الإفاضة بعد الغروب وقد أتى به، فكان كمن جاوز الميقات حلالاً ثم عاد إلى الميقات وأحرم. وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المتروك لا يصير مستدركاً، معناه أن المتروك سنة الدفع مع الإمام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده لا محالة. وإذا عاد قبل غروب الشمس حتى أفاض مع الإمام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه: فمنهم من قال: لا يسقط عنه الدم لأن استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي عليه الدم. ومنهم من قال: يسقط لأنه استدرك سنة الدفع مع الإمام. قال **(ومن ترك الوقوف بالمزدلفة)** قد تقدم أن الوقوف بالمزدلفة ورمى الجمار من الواجبات، فإذا تركهما يجب عليه الدم، لكن إذا ترك رمي الجمار في الأيام كلها وهي أربعة أيام: نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد. وقال بعض المشايخ: يلزمه بترك رمي كل يوم دم لأن الجنايات وإن كانت جنساً واحداً لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص أظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم. ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله **(لأن الجنس متحد)** وكل ما كان كذلك لا تتعدد فيه الكفارة **(كما في الحلق)** فإنه إن حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد، وإن كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس أو ربعه. وقوله **(والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي)** جواب ما قال ذلك البعض من المشايخ أن المجالس مختلفة. ووجه ذلك أن أيام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس **(لأنه لم يعرف قربة إلا فيها)** على خلاف القياس فلا يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية في أيام النحر **(فيرميها على التأليف)** أي على الترتيب الذي شرع ما دامت الأيام باقية، بخلاف قص الأظافير فإن تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس **(ثم بتأخيرها)** عن هذه الأيام **(يجب الدم)** وهو شاة **(عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن ترك رمي يوم واحد فعليه دم لأنه نسك**

الغروب بحيث لا يتخلل بين إفاضته والغروب زمان ما مع أنه لا يلزم على ذلك المفيض بعد الغروب قبل الإمام شيء، ومقتضى ظاهر الكتاب أن يلزمه، فإيراد صاحب النهاية على حاله **(قوله قلت ترك ظاهره الخ)** أقول: لا نسلم ذلك، فإن إدراك الحج غير مشروط بالاستدامة

---

(١) تقدم قبل حديثين.

(٢) صحيح. أخرجه الحاكم ٢/ ٢٧٧ وكرره في ٣/ ٥٢٤ من طريق محمد بن قيس بن مخرمة عن المسور بن مخرمة فذكره.
وصححه الحاكم على شرط الشيخين في الرواية الأولى والثانية وزاد في الثانية: قد صحَّ وثبت بما ذكرته سماع المسور من رسول الله ﷺ. ووافقه الذهبي. وهو كما قالا. رجاله كلهم ثقات.

قربة إلا فيها، وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافاً لهما **(وإن ترك رمي يوم واحد فعليه دم)** لأنه نسك تام **(ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة)** لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر **(وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم)** لأنه كل وظيفة هذا اليوم رمياً وكذا إذا ترك الأكثر منها **(وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثاً تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دماً فينقص ما شاء)** لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة **(ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة، وكذا إذا أخر طواف الزيارة)** حتى مضت أيام التشريق **(فعليه دم عنده وقالا: لا شيء عليه في الوجهين)** وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح، لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء

وتقدم بيان ذلك في بحث الرمي، وقوله فيرميها على التأليف: يعني على الترتيب كما كان يرتب الجمار في الأداء. واعلم أن إطلاق إلزام الدم والصدقة بترك الرمي على الاتفاق فيما إذا لم يقضه، أما إن قضى رمي اليوم الأول في الثاني أو الثالث أو الثاني في الثالث، فالإيجاب على قول أبي حنيفة رحمه الله لا على قولهما، لأن تأخير النسك وتقديمه غير موجب عندهما شيئاً **(قوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف)** بأن يترك إحدى عشرة حصاة في غير اليوم الأول وأربع حصيات من جمرة العقبة في يوم النحر. وتفاصيل مسائل الرمي ظاهرة من الكتاب، وتقدم شيء منها في بحث الرمي فلا نعيده وارجع إليه **(قوله وكذا إذا أخر طواف الزيارة)** يعني عن أيام النحر، بخلاف ما إذا أخر السعي عن طواف الزيارة حتى مضت أيام النحر لا شيء عليه لأنه أتى به بعده **(قوله كالحلق قبل الرمي الخ)** وفي موضع إن رمى قبل أن

تام) فإن قيل: هذا بظاهره يدل على أنه إذا نفر النفر الأول يجب عليه دم لأنه ترك رمي يوم، وليس كذلك فإنه مخير بين الإقامة والنفر وذلك آية التطوّع فكيف يجب عليه دم؟ أجيب بأن التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع، فأما إذا طلع فقد وجب عليه الإقامة والرمي، فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوّع يخير فيه قبل الشروع ويجب بعده. وقوله **(ومن ترك رمي إحدى الجمار)** مبناه على أن ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم، وما كان بعضه الأقل فتركه يوجب الصدقة، فعلى هذا إذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم، وإن تركها في بقية الأيام يلزمه صدقة، وهذا إذا لم يقضه في أيام الرمي، فأما إذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند أبي حنيفة رحمه الله. وقوله **(فكان المتروك أقل)** يعني إذا ترك رمي إحدى الجمار لأن المتروك حينئذ سبع حصيات والمأتي به أربع عشرة حصاة. وقوله **(إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف)** استثناء منقطع من قوله: ومن ترك رمي إحدى الجمار: أي لكن إذا ترك أكثر من رمي إحدى الجمار وبلغ المتروك أكثر من نصف مثل أن يترك إحدى عشرة حصاة ويرمي عشر حصيات **(فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر)** والأكثر يقوم مقام الكل. وقوله **(لأنه كل وظيفة هذا اليوم رمياً)** نصب رمياً على التمييز لأن فيه وظائف غيره كالذبح والحلق والطواف، فلو اقتصره على قوله لأنه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي. وقوله **(وكذا إذا ترك الأكثر منها)** أي من جمرة العقبة. وقوله **(إلا أن يبلغ دماً)** استثناء من قوله تصدّق لكل حصاة نصف صاع: يعني إذا بلغ قيمة ما تصدّق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ **(ينقص من الدم ما شاء)** حتى لا يلزم التسوية بين الأقل والأكثر. وقوله **(لأن المتروك هو الأقل)** دليل قوله تصدق. قال **(ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر)** هذا بناء على ما تقدم أن أبا حنيفة يوجب الدم بالتأخير خلافاً لهما. وقوله **(وكذا الخلاف في تأخير الرمي)** أي في تأخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتأخير رمي الجمار من اليوم الثاني إلى الثالث أو من الثالث إلى الرابع. وقوله **(وفي تقديم نسك على نسك)** أي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك **(كالحلق قبل الرمي)** سواء كان مفرداً أو غيره **(ونحر القارن)** والمتمتع **(قبل الرمي وحلق القارن)** والمتمتع **(قبل الذبح)** وإنما خص القارن بذلك لأن المفرد إذا ذبح قبل الرمي أو حلق قبل الذبح فإنه لا شيء عليه لأن تأخير النسك لا يتحقق في حقه ههنا لكون الذبح غير واجب عليه. فإن قيل: تقديم نسك على نسك يستلزم تأخير نسك. عن نسك فكان في كلامه تكرار. فالجواب أنه أراد بالتأخير ما يكون بحسب الأيام

بل المشروط بها تمامه، فليس ظاهره متروكاً فتأمل **(قوله أن المتروك سنة الدفع مع الإمام)** أقول: بل واجب الدفع بعد الغروب، وإنما قال سنة الدفع لأن وجوبه ثابت بها، وقوله مع الإمام بمعنى بعد الغروب على ما أسلفه **(قوله وقوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف استثناء منقطع الخ)** أقول: فيه بحث.

شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «من قدم نسكاً على نسك فعليه دم» لأن التأخير عن المكان

يطوف ورجع إلى أهله فعليه دم بالاتفاق، وليس على الحائض لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر شيء بالاتفاق للعذر، حتى لو طهرت في آخر أيام النحر ويمكنها أن تطوف أقبل الغروب أربعة أشواط فلم تفعل كان عليها الدم لا إن أمكنها أقل منها. ولو طاف قبل الرمي يقع معتداً به وإن كان مسنوناً بعد الرمي (قوله لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء الخ) ولهما أيضاً من المنقول ما في الصحيحين «أنه عليه الصلاة والسلام وقف في حجة الوداع فقال رجل: يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح، قال اذبح ولا حرج، وقال آخر: يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي، قال: ارم ولا حرج، فما سئل يومئذ عن شيء قُدِّم ولا أُخِّرَ إلا قال افعل ولا حرج[١]» والجواب أن نفي الحرج يتحقق بنفي الإثم والفساد فيحمل عليه دون نفي الجزاء، فإن في قول القائل لم أشعر ففعلت ما يفيد أنه ظهر له بعد فعله أنه ممنوع من ذلك، فلذا قدم اعتذاره على سؤاله وإلا لم يسأل أو لم يعتذر. لكن قد يقال: يحتمل أن الذي ظهر له مخالفة ترتيبه لترتيب رسول الله ﷺ فظن أن ذلك الترتيب متعين فقدم ذلك الاعتذار وسأل عما يلزمه به، فبين عليه الصلاة والسلام في الجواب عدم تعينه عليه بنفي الحرج، وأن ذلك الترتيب مسنون لا واجب. والحق أنه يحتمل أن يكون كذلك، وأن يكون الذي ظهر له كان هو الواقع إلا أنه عليه الصلاة والسلام عذرهم للجهل وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم، وإنما عذرهم بالجهل لأن الحال كان إذ ذاك في ابتدائه، وإذا احتمل كلاً منهما فالاحتياط اعتبار التعيين والأخذ به واجب في مقام الاضطراب فيتم الوجه لأبي حنيفة، ويؤيده ما نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه «من قدم نسكاً على نسك فعليه دم[٢]» بل هو دليل مستقل عندنا. وفي بعض النسخ[٣] ابن عباس وهو الأعرف رواه ابن أبي شيبة عنه ولفظه «من قدم

وبالتقديم ما يكون بحسب الآنات في يوم واحد فلا تكرار. لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء، وهو ظاهر، وكل ما هو مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في أحكام الشرع (ولأبي حنيفة حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال «من قدم نسكاً على نسك فعليه دم») فإن قيل: ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أنه ﷺ وقف للناس بمنى يسألونه، فجاء رجل وقال: نحرت قبل الرمي، فقال عليه الصلاة والسلام: افعل ولا حرج، فما سئل عليه الصلاة والسلام عن شيء قدم أو أخر إلا قال: افعل ولا حرج» وذلك دليل واضح على أن لا شيء في التقديم والتأخير. فالجواب أنه متروك الظاهر لأنه يدل على ترك القضاء أيضاً، ويجوز أن يكون السائل مفرداً وتقدم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئاً كما ذكرنا، وكذا غير ذلك مما ذكر، ويجوز أن يكون مما ليس بمؤقت فلا يوجب التأخير فيه شيئاً. سلمناه ولكن يكون معارضاً بما روينا من حديث ابن مسعود وقيل: الصحيح أن روايه ابن عباس رضي الله عنهما فيصار إلى ما بعدهما، والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله (ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام) فإن الحاج إذا جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم وجب عليه الدم (فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان) بجامع تمكن نقصان التأخير

(قوله فكان في كلامه تكرار) أقول: فيه بحث، إذ لا يلزم التكرار لظهور أن المراد في تقديم نسك على نسك سوى ما ذكر أولاً، ولم يكتف بهذا مع إمكان الاكتفاء بعمومه جميع ما ذكر إرادة التفصيل والتوضيح.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٣٦ بهذا اللفظ و١٧٣٧ و١٧٣٨ ومسلم ١٣٠٦ من طرق كثيرة. وأبو داود ٢٠١٤ والترمذي ٩١٦ وابن ماجه ٣٠٥١ وابن الجارود ٤٨٧ و٤٨٨ ومالك ١/ ٤٢١ والبيهقي ٥/ ١٤٠ ١٤١ ١٤٢ وأحمد ٢/ ١٩٢ ـ ١٥٥ ـ ١٦٠ ـ ٢٠٢ ـ ٢١٠ ـ ٢١٧ والدارمي ١٨٤٤ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وورد من حديث ابن عباس أخرجه البخاري ١٧٣٤ و١٧٣٥ ومسلم ١٣٠٧ وابن حبان ٣٨٧٦ والبيهقي ٥/ ١٤٣ وورد من حديث جابر. أخرجه ابن حبان ٣٨٧٨ وأحمد ٣/ ١٨٥ والبيهقي ٥/ ١٤٣ وكلها صحاح.
فهذا حديث مشهور في غاية الصحة.

(٢) غريب عن ابن مسعود. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤١: لم أجده عنه وإنما ورد عن ابن عباس موقوفاً عليه. وإسناده حسن.
رواه عنه ابن أبي شيبة. ورواه الطحاوي من وجه آخر بإسناد أحسن من الأول. لكن يعارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وابن عباس: فما سئل رسول الله ﷺ عن شيء قُدم ولا أخر إلا قال: افعل ولا حرج اهـ.

(٣) أي نسخ الهداية.

يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان **(وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم، ومن اعتمر فخرج من الحرام وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد)** رحمهما الله تعالى **(وقال أبو يوسف)** رحمه الله **(لا شيء عليه)** قال رضي الله عنه: ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج. قيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم. والأصح أنه على الخلاف، هو يقول: الحلق غير مختص بالحرم لأن النبي ﷺ وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم. ولهما أن الحلق لما جعل محللاً صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من واجباتها، وإن كان محللاً، فإذا صار نسكاً اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه. فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان، وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان. وهذا

شيئاً من حجة أو أخره فليهرق دماً» وفي سنده إبراهيم بن مهاجر مضعف وأخرجه الطحاوي بطريق آخر ليس ذلك المضعف: حدثنا ابن مرزوق، حدثنا الخصيب، حدثنا وهيب عن أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مثله[1] قال: فهذا ابن عباس أحد من روى عنه عليه الصلاة والسلام «افعل ولا حرج» لم يكن ذلك عنده على الإباحة، بل على أن الذي فعلوه كان على الجهل بالحكم فعذرهم وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم. ومما استدل به قياس الإخراج عن الزمان بالإخراج عن المكان. وأما الاستدلال بدلالة قوله تعالى **﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية﴾** الآية، فإن إيجاب الفدية للحلق قبل أوانه حالة العذر يوجب الجزاء مع عدم العذر بطريق أولى فمتوقف على أن ذلك التأقيت الصادر عنه عليه الصلاة والسلام بالقول كان لتعينه لا لاستنانه. ونص المصنف على صور التقديم والتأخير يغني عن ذكرنا لها، وتخصيص القارن في قوله ونحر القارن قبل الرمي ليس بلازم بل المتمتع مثله وذلك لأن ذبحه واجب بخلاف المفرد **(قوله قيل هو بالاتفاق)** أي الاتفاق على لزوم الدم للحاج لأن التوارث من لدن النبي عليه الصلاة والسلام وجميع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين جرى على الحلق في الحج في الحرم من منى وهو إحدى الحجج **(قوله فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان)** وهو أيام النحر **(والمكان)** وهو الحرم **(عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما، وعند محمد)** بالمكان لا الزمان، وعند زفر عكسه.

فيهما. فإن قيل: معهما أيضا قياس، وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض. فالجواب أن قياسنا مرجح بالاحتياط، فإن فيه الخروج عن العهدة بيقين. وقوله **(وإن حلق في أيام النحر)** ظاهر **(قال المصنف رحمه الله: ذكر محمد في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر)** أنه لا شيء عليه **(ولم يذكره في الحاج)** إذا حلق خارج الحرم **(فقيل)** إنما لم يذكره لأنه **(بالاتفاق)** في وجوب الدم **(لأن السنة جرت في الحج بأن يكون الحلق بمنى وهو من الحرم)** فبتركه يلزم الجابر **(والأصح أنه على الخلاف)** عندهما يجب الدم، وعند أبي يوسف لا يجب شيء، ووجه الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح. وقوله **(فالحاصل أن الحلق)** يعني في الحج **(يتوقت بالمكان والزمان)** أي بيوم النحر والحرم **(عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان، وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان)** وإنما قلنا: يعني في الحج لأن الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالإجماع. فإن قيل: إذا كان مؤقتاً بهما كان كالوقوف فينبغي أن لا يعتدّ به إذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت. فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم، ولكنه جاز بالتأخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته، بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فإن محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز. وجه قول أبي حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولهما أن الحلق لما جعل محللاً الخ. وأما على اختصاصه بالزمان فلأن الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق، وكل ما هو كذلك

(قال المصنف: فالحاصل أن الحلق يتوقت) أقول: يجوز أن يكون من قبيل * علفتها تبنا وماء بارد * فإن التوقت لا يكون بالمكان بل

---

(١) أثر ابن عباس أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار ١/٤٢٤ باب تقديم نسك على نسك وإسناده حسن كما تقدم وهو موقوف.

الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم. وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق. والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لأنه موقت به. قال **(فإن لم يقصر حتى رجع**

(**وهذا الخلاف في التضمين بالدم لا في التحلل**) يعني أنه لا خلاف في أنه في أيّ مكان أو زمان أتى به يحصل به التحلل، بل الخلاف في أنه إذا حلق في غير ما توقت به يلزم الدم عند من وقته ولا شيء عليه عند من لم يوقته. ثم هو أيضاً في حلق الحاج، أما المعتمر فلا يتوقت في حقه بالزمان بالاتفاق بل بالمكان عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. لأبي يوسف ومحمد في نفي توقته بالزمان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال «اذبح ولا حرج[1]» لمن قال حلقت قبل أن أذبح، فدل على أنه غير موقت به، وتقدم الجواب عن هذا، ولأبي يوسف وزفر في نفي توقته بالمكان حلقه عام الحديبية بها وهي من الحل، ولا فرق بين العمرة والحج في هذا الحكم بالاتفاق. والجواب ما ذكر في الكتاب من أن بعض الحديبية من الحرم فيجوز كون الحلق كان فيه، فلا حجة إلا أن ينقل صريحاً أن الحلق كان في البعض الذي هو حل مع ما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نزل بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم[2]» فالظاهر أنه

يوقت بالزمان كالطواف، ووجه قول أبي يوسف أما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو بقول الحلق غير مختص بالحرم الخ. وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذي هو نسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل أوانه، فكما أن ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا، ولو أردت أن تجعله دليلاً للشقين، قلت: فكما أن ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا، إذ لو كان مختصاً بهما لما وقع معتداً به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة، وقد عرفت جواب ذلك آنفاً. ووجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما أن الحلق الخ، وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان. ووجه قول زفر أن التحلل عن الإحرام معتبر بابتداء الإحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم إحرام الحج على أشهره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات، فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان، فلو أخر عن أيام النحر لزمه الدم، ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شيء. وقوله (**وهذا الخلاف**) أي ما ذكرناه بين علمائنا في التوقيت (**إنما هو في حق التضمين بالدم، وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق**) وقوله (**لأن أصل العمرة لا يتوقت به**) أي بالزمان فإن ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان، وفيه نظر لأنها في أيام النحر مكروهة فكانت موقتة، والجواب أن كراهتها فيها ليست من حيث أنها موقتة بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها، فلو اعتمر فيها لربما أخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك. وقوله (**بخلاف المكان لأنه موقت به**) متصل بقوله غير موقت بالزمان وإليه ذهب صاحب النهاية، ويكون معناه: لأن مؤقت به عند أبي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الأصح. ويجوز أن يكون متصلاً بقوله لأن أصل العمرة لا يتوقت به أي بالزمان، بخلاف المكان لأنه: أي أصل العمرة يتوقت به فلا حاجة إلى التأويل (**فإن لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع إلى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعاً**

بالزمان، ويجوز أن يراد بالتوقت التعين مجازاً (**قوله فالجواب أن محل الفعل هو الرأس الخ**) أقول: فإن محل الفعل في الذبح هو الهدي، ولا يجوز في خارج الحرم كما سيجيء في باب الهدي، ولعل قول المصنف وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين الخ يكفي مؤنة الجواب.

---

(١) تقدم قبل قليل مستوفياً.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٥/٢١٥ من طريق ابن إسحاق حدثني الزهري عن عروة عن مروان والمسور فذكر الحديث وفيه: وكان مضطر به في الحل وكان يصلي في الحرم.

وإسناده حسن إلا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين.

قال ابن التركماني في الجوهر ٥/٢١٧: وكذا رواه الطحاوي وقال الطحاوي: فلما ثبت أنه ﷺ كان يصلي في الحرم استحال أن يكون نحر الهدي في غيره، وأخرج ابن أبي شيبة عن عطاء قال: كان منزل النبي ﷺ يوم الحديبية في الحرم.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: قال عطاء وابن إسحاق لم ينحر النبي ﷺ هدية يوم الحديبية إلا في الحرم. اهـ.

وقد أخرج البيهقي ٥/٢١٧ أثر عطاء وأجاب عنه الشافعي بقوله. لم نقل أنه نحر في الحرم لأن الله تعالى يقول وهم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفاً أن يبلغ محله والحرم كله محله عند أهل العلم. لذا قلنا نحر في الحلّ.

وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعاً) معناه: إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به في مكان فلا يلزمه ضمانه **(فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان)** عند أبي حنيفة رحمه الله: دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق. وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا.

لم يحلق في الحل وهو بسبيل من أن يحلق في الحرم فيبقى التوارث الكائن في الزمان والمكان خالياً عن المعارض، وكذا ما قدمناه آنفاً من قول ابن عباس[1] في الزمان ثم يلحق به المكان **(قوله فإن لم يقصر حتى رجع)** متصل بقوله فخرج من الحرم وقصر غير أنه فصل بالتقرير ونقل الأصل الخلافي **(قوله وإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله: دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح، ودم بتأخير الذبح عن الحلق)** هذا سهو من القلم بل أحد الدمين لمجموع التقديم والتأخير والآخر دم القران، والدم الذي يجب عندهما دم القران ليس غير لا للحلق قبل أوانه، ولو وجب ذلك لزم في كل تقدم نسك على نسك دمان لأنه لا ينفك عن الأمرين ولا قائل به، ولو وجب في حلق القارن قبل الذبح لوجب ثلاثة دماء في تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف، وفي تفريع من لا يراه كما قدمنا خمسة دماء لأن جنايته على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان فيهما أربعة دماء ودم القران.

لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان) ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله. وقوله **(فإن حلق القارن قبل أن يذبح)** يعني إذا قدم القارن الحلق على الذبح **(فعليه دمان عند أبي حنيفة: دم للقران، ودم بتأخير الذبح عن الحلق. وعندهما يجب عليه دم واحد)** وهو دم القران **(ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا)** أن التأخير عنده يوجب الدم خلافاً لهما. هذا تقرير المسألة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير، فإن محمداً قال فيه: قارن حلق قبل أن يذبح، قال: عليه دمان: دم القران، ودم آخر لأنه حلق قبل أن يذبح. يعني على قول أبي حنيفة، وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لأنه قال: عليه دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح، ودم بتأخير الذبح عن الحلق، وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دماً جناية ولم يذكر دم القران، وقال وعندهما: يجب عليه دم واحد وهو الأول: يعني الذي يجب بالحلق في غير أوانه لأنه لم يذكر أولاً سواه، ولم يذكر أيضاً دم القران، ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعاً إلى أن قال: والحلق قبل الذبح، وعلى هذا كان الحق أن يقول: فعليه دمان عند أبي حنيفة: دم للقران، ودم بتأخير الذبح، فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب، ولا عيب في السهو على الإنسان. فإن قيل: قد وقع في عبارة بعض المشايخ: دم القران واجب إجماعاً ودم أخر سبب الجناية على الإحرام لأن الحلق لا يحل إلا بعد الذبح واجب أيضاً إجماعاً، ودم آخر عند أبي حنيفة بسبب تأخير الذبح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين، وإنما ذكر الآخر وأشار إليه بقوله وهو الأول وذكر المختلف فيه. قلت: يأباه قوله فيما تقدم، وقالا لا شيء عليه في الوجهين، فإنه

(قوله وفيه نظر لأنها في أيام النحر مكروهة فكانت موقتة) أقول: فيه أنها إذا كانت جائزة فيها لا تخرج من أن تكون وقتها **(قوله وقوله بخلاف المكان، إلى قوله: وإليه ذهب صاحب النهاية، ويكون معناه لأنه موقت به عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على ما تقدم من الأصح، ويجوز أن يكون متصلاً الخ)** أقول: أنت خبير بأنه ينبغي أن يكون المعنى على ما أفاده صاحب النهاية، فإن المصنف لما بين الاختلاف في توقت الحلق في الحج بالزمان والمكان أراد أن يبين حال توقته في العمرة بهما، وعلى ما ذكره الشارح يبق توقته بالمكان متروك الذكر هنا فتأمل **(قال المصنف: فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله: دم بالحلق في غير أوانه الخ)** أقول: قال الإتقاني: قد خبط صاحب الهداية لأنه جعل الدمين جميعاً هنا للجناية، وجعل في باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية اهـ. ولقائل أن يقول لا خبط إذ الواجب هناك دم الجناية على الإحرام بالحلق في غير أوانه، وأما في تأخير الذبح فهو مرخص لا يجب به الدم عنده، إذ الفرض أنه لم يقدر على الهدي ولهذا لم ينقل هناك الخلاف بين أئمتنا، ولو كان الواجب دم جناية لكان لهما خلاف كما لا يخفى. فإن قلت: فكذلك في الجناية على الإحرام؟ قلت: نعم ولكن بالكفارة كما في اليمين على المعصية، وأما التأخير فإنه لما كان محل الاختلاف كان أدون وأمره أهون، فتأمل **(قوله وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له)** أقول: بل مطابق له على رواية الصدر الشهيد **(قوله ومع عدم مطابقته فهو مناقض الخ)** أقول: لا مناقضة، إذ المنفي فيما سبق دم التأخير والذي أثبته هنا دم الجناية على الإحرام فتأمل.

---

(١) أثر ابن عباس: من قدم نسكاً على نسك فعليه دم.

فصـل

اعلم أن صيد البرّ محرّم على المحرم، وصيد البحر حلال لقوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ إلى آخر الآية، وصيد البرّ ما يكون توالده ومثواه في البر، وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء. والصيد هو الممتنع المتوحش

فصل في جزاء الصيد

(قوله اعلم أن صيد البرّ محرم الخ) أي قتله وإن لم يأكله وأكله وإن ذكاه المحرم. وعن هذا لو اضطر محرم إلى أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمته عليه. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤدي الجزاء لأن حرمة الميتة أغلظ، ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الإحرام فهي موقتة، بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما. والصيد وإن كان محظور الإحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدي الجزاء، هكذا في المبسوط. وفي فتاوى قاضيخان أن المحرم إذا اضطر إلى ميتة وصيد فالميتة أولى في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والحسن: يذبح الصيد. ولو كان الصيد مذبوحاً فالصيد أولى عند الكل. ولو وجد صيداً ولحم آدمي كان ذبح الصيد أولى، ولو وجد صيداً وكلباً فالكلب أولى لأن في الصيد ارتكاب المحظورين. وعن محمد: الصيد أولى من لحم الخنزير، ففي هذا خلاف ما ذكرناه من المبسوط **(قوله وصيد البرّ الخ)** ليس ما ذكره تعريفاً لصيد البرّ بل للبري من الأشياء، ومراده تعريف البرّي مطلقاً ثم الصيد مطلقاً فيعرف منهما صيد البر ولذا أفرد بعده الصيد فقال: والصيد هو الممتنع الخ فينتظم منهما تعريف صيد البر، هكذا هو ما توالده ومثواه في البر مما هو ممتنع لتوحش الكائن في أصل الخلقة، فيدخل الظبي المستأنس ويخرج البعير والشاة المتوحشان لعروض الوصف لهما، وكون ذكاة الظبي المستأنس بالذبح والأهلي المتوحش بالعقر لا ينافيه، لأن الذكاة بالذبح والعَقْر دائران مع الإمكان وعدمه لا مع الصيدية وعدمها، ويخرج الكلب لأنه ليس بصيد

تصريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة أصلاً، على أنه مخالف لما هو الأصل في وضع هذه المسألة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله فإن قيل: فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لأن جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الإمام المحبوبي. فالجواب أن ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان، ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن.

فصـل

لما كانت الجناية على الإحرام بالصيد نوعاً آخر فصل عما قبله في فصل على حدة **(الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في أصل الخلقة)** فقوله الحيوان بمنزلة الجنس. وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده إما بقوائمه أو بجناحيه يخرج الحيوانات الأهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط. وقوله المتوحش في أصل الخلقة يدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستأنس، وتخرج الإبل المتوحشة لأن الاستئناس في الأول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به، وهو على نوعين: بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر، وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء، والاعتبار للمولد لأنه الأصل، فالبط والإوز برّي لأن مولدهما البر، والضفدع بحري لأن مولده البحر **(وصيد البحر حلال للمحرم)** سواء كان مأكولاً أو لم يكن **(وصيد البر محرم**

(قوله ودم آخر، إلى قوله: واجب أيضاً) أقول: قوله دم مبتدأ وقوله واجب خبره **(قوله فإنه تصريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة أصلاً الخ)** أقول: لا نسلم ذلك، بل المراد لا يجب شيء بسبب تأخير النسك إذ كان الكلام فيه **(قوله لم يجب عليه شيء)** أقول: فيه بحث، فإنه إنما لم يجب عليه شيء لأنه لا جناية منه على إحرامه لعدم توقت الحلق في حقه بكونه قبل الذبح، وأما القارن فليس كذلك، والأولى أن يقال في الجواب: إنه لم يجن إلا على إحرام الحج لفراغه عن أفعال العمرة فيلزمه دم واحد فتأمل.

فصل اعلم أن صيد البر

(قال المصنف: وصيد البر ما يكون توالده الخ) أقول: الموصول عبارة عن الصيد فلا يلزم عموم التعريف عن المعروف **(قوله إما**

. . . .

سواء كان أهلياً أو وحشياً، لأن الكلب أهلي في الأصل، لكن ربما يتوحش، وكذا السنور الأهلي ليس بصيد لأنه مستأنس، أما البري منه ففيه روايتان عن أبي حنيفة هذا. والمعوّل عليه في كونه برياً وبحرياً التوالد في البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظاهر عبارة الكتاب، كذا في النهاية. وعلى اعتباره لا يجب الجزاء بقتل كلب الماء والضفدع المائي لأنه يعيش في البر وهو مائي المولد. واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ ففي المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ. قال بعضهم: كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء. وفي مناسك الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة، والأصح هو الأول لأن قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ [المائدة: ٩٦] يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي البدائع: أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعاً مأكولاً أو غير مأكول، واستدل بالآية. وأما ما في الأصل من قوله: والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة، فأما طير البحر فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة، وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالضفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقاً، وكذا قاضيخان. وينبغي قبل الحكم بالحل بناء على أن مولده في البحر وإن كان يعيش في البر تحقيق ذلك، ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة هذا. ويستثنى من صيد البرّ بعضه كالذئب والغراب والحدأة، وأما باقي الفواسق فليست بصيود، وأما باقي السباع فالمنصوص عليه في ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لا يجاوز شاة إن ابتدأها المحرم، فإن ابتدأته بالأذى فقتلها فلا شيء عليه، وذلك كالأسد والفهد والنمر والصقر والبازي. وأما صاحب البدائع فقسم البري إلى مأكول وغيره، والثاني إلى ما يبتدىء بالأذى غالباً كالأسد والذئب والنمر والفهد، وإلى ما ليس كذلك كالضبع والثعلب، فلا يحل قتل الأول والأخير إلا أن يصول، ويحل قتل الثاني ولا شيء فيه وإن لم يصل. وجعل ورود النص في الفواسق وروداً فيها دلالة، ولم يحك خلافاً بل ذكره حكماً مبتدأ مسكوتاً فيه، ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف. قال في فتاوي قاضيخان: وعن أبي يوسف الأسد بمنزلة الذئب، وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيد إلا الكلب والذئب اهـ. وسنذكر إن شاء الله تعالى ما هو الأسعد بالوجه فيما يأتي هذا، ولا فرق في وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب إذا كان متعدياً فيه، فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فعطب صيد ضمن لأنه متعد. ولو نصب فسطاطاً لنفسه فتعقل به فمات، أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها لا شيء عليه، وكذا لو أرسل كلبه على حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسله إلى صيد في الحل وهو حلال فتجاوز إلى الحرم فقتل صيداً لا شيء عليه لأنه غير متعدّ في التسبيب، وكذا لو طرد الصيد حتى أدخله في الحرم فقتله فيه فلا شيء عليه، ولا يشبه هذا الرمي: يعني لو رمى إلى صيد في الحل فأصابه في الحرم فإن عليه الجزاء لأنه تمت جنايته بالمباشرة. قال الشهيد: وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم، وفيه كلام نذكره في صيد الحرم إن شاء الله تعالى. ولا ما لو انقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء، ذكره في المحيط لأن المباشرة لا يشترط فيها عدم التعدي[1] ومثله الكلب لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه استحساناً، ومثله لو أرسل مجوسي كلباً على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل. واعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحرامه في الأصل. ولو أصاب المحرم صيداً كثيراً على قصد الإحلال والرفض لإحرامه فعليه لذلك كله دم. وقال الشافعي: عليه جزاء كل صيد لأنه مرتكب محظور إحرامه

. . . .

بقوائمه أو بجناحيه) أقول: فيخرج مثل السمك **(قوله أي بين عدم دخولها إلى قوله استعاره له)** أقول: ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء، إذ يجوز أن يستثني الله تعالى بوحي غير متلو فيظهره ﷺ **(قوله وسيأتي العذر عن ذلك)** أقول: لا يصلح ما ذكره عذراً على ما سيشير إليه، ويذكر العذر الصحيح إن شاء الله تعالى **(قوله وقيل لخروجهن الخ)** أقول: فإن الفسق بمعنى الخروج.

(١) **(قوله عدم التعدي)** كذا في النسخ، ويظهر أن الصواب حذف لفظة عدم اهـ. كذا بخط العلامة البحراوي حفظه الله. كتبه مصححه.

في أصل الخلقة، واستثنى رسول الله ﷺ الخمس الفواسق وهي: الكلب العقور، والذئب، والحدأة، والغراب، والحية، والعقرب، فإنها مبتدئات بالأذى. والمراد به الغراب الذي يأكل الجيف. هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله. قال **(وإذا قتل المحرم صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء)** أما القتل فلقوله تعالى **﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء﴾** الآية نص على إيجاب الجزاء، وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله. هو يقول: الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل، فأشبه دلالة الحلال حلالاً. ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.

بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الإحرام، وهذا لأن قصده هذا ليس بشيء لأنه لا يرتفض به الإحرام فوجوده كعدمه. وقلنا إن قتل الصيد من محظورات الأحرام، وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة، إلا أن الشرع جعل الإحرام لازماً لا يخرج عنه إلا بأداء الأعمال، ألا ترى أنه حين لم يكن في الابتداء لازماً كان يرتفض بارتكاب المحظور، وكذا الأمة إذا أحرمت بغير إذن سيدها والمرأة إذا أحرمت بغير إذن زوجها بحجة التطوّع لما لم يكن ذلك لازماً في حق الزوج كان له أن يحللها بفعل شيء من المحظورات فكان هو في قتل الصيد هنا قاصداً إلى تعجيل الإحلال إلى الجناية على الإحرام، وتعجيل الإحلال يوجب دماً واحداً كما في المحصر، بخلاف ما إذا لم يكن على قصد الإحلال لأنه قصد الجناية على الإحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد، وقد بينا أن جزاء الصيد في حق المحرم ينبني على قصده، حتى إن ضارب الفسطاط لا يكون ضامناً للجزاء، بخلاف ناصب الشبكة، كذا في المبسوط، ولو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلهما وجب عليه قيمتهما، وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فأتلفها لزماه جميعاً. وروى أن جماعة نزلوا بيتاً بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمروا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها، فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشاً، فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الآمرين تسببوا بالأمر والمغلق بالإغلاق. ولو نفر صيداً فقتل صيد آخر ضمنهما، وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن **(قوله فأشبه دلالة الحلال حلالاً)** كون المدلول حلالاً اتفاقي، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالاً أو

عنه لقوله تعالى **أحل لكم صيد البحر الآية واستثنى رسول الله ﷺ)** أي بين عدم دخولها في الآية لأن حقيقة الاستثناء لا تتصوّر، ولكنه لما كان عندنا لبيان أنه لم يدخل استعارة له **(الخمس الفواسق وهي: الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب)** على ما ذكر في الكتاب، وهي ستة، وسيأتي العذر عن ذلك، وسميت فواسق استعارة لخبثهن، وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالأذى، ولما كان مشهوراً جازت الزيادة به على الكتاب، ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله.

قال **(وإذا قتل المحرم صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء)** أما القتل فلما ذكره في الكتاب وهو واضح، وأما الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام: إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين، أو الدال حلالاً والمدلول محرماً أو بالعكس من ذلك والأول ليس مما نحن فيه، والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا، وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدالّ كذلك، وفي الرابع عكسه. وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء على الدال أصلاً لأن الجزاء يتعلق بالقتل بالنص **(والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال وحلالا)** وقوله حلالا ليس بقيد فإن المدلول إن كان محرماً فالحكم كذلك **(ولنا ما روينا من حديث أبي**

(قال المصنف: فلقوله تعالى ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ الآية) أقول: قال الله تعالى **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف، ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام﴾** قال في تفسير المدارك: قوله تعالى هديا حال من الهاء في به: أي يحكم به في حال الهدي اهـ ونحن نقول: ينبغي أن يكون حالاً مقدرة: أي صائراً هديا، وقوله أو كفارة معطوف على جزاء.

وقوله طعام بدل من كفارة أو خبر مبتدإ محذوف: أي هي طعام، وقوله صياماً تمييز للعدل **(قال المصنف: فأشبه دلالة الحلال حلالا)** أقول: قال ابن الهمام: كون المدلول حلالا اتفاقي، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا كان أو محرماً فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقاً الأمن بالإحرام، فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجبه اهـ. والوجه عندي أن قوله والذئب عطف تفسيري للكلب العقور ترجيحاً لقول من قال المراد بالكلب العقور الذئب كما

وقال عطاء رحمه الله: أجمع الناس على أن على الدالّ الجزاء، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ولأنه تفويت الأمن على الصيد إذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف، ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لأنه لا التزام من جهته، على أن فيه الجزاء على ما روي عن أبي يوسف وزفر

محرماً فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقاً الأمن بالإحرام، فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجبه (قوله ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) أي في باب الإحرام، وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دللتم بل قال عليه الصلاة والسلام «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا لا، قال: «فكلوا ما بقي من لحمها[1]» وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم الإشارة، وهي تحصل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لا يحل إذا دله باللفظ فقال هناك صيد ونحوه. قالوا: الثابت بالحديث حرمة اللحم على المحرم إذا دل. قلنا: فيثبت أن الدلالة من محظورات الإحرام بطريق الالتزام لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور إحرام هو جناية على الصيد فنقول حينئذ: إنه جناية على الصيد بتفويت الأمن على وجه اتصل قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل، وهذا هو القياس الذي ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على الحديث لأن الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل محل الحكم، ثم ثبوت الوجوب المذكور في المحل إنما هو بالقياس على القتل. وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذي سنذكره وهو إلحاق الدال بالمودع وقول عطاء: أجمع الناس على أن على الدال الجزاء وليس الناس إذ ذاك إلا الصحابة والتابعين يجب أن يحمل ما عن ابن عمر أن لا جزاء على الدال على دال لم يقع عن دلالته قتل دفعاً لتوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء. هذا وحديث عطاء غريب[2]،

قتادة) رضي الله عنه «هل دللتم عليه؟ هل أشرتم إليه» على ما تقدم في باب الإحرام فإنه يدل على أن الدلالة من محظورات الإحرام. فإن قيل: خبر واحد لا يقاوم النص الصريح. قلت: ما تقدم في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهما (أجمع الناس على أن على الدالّ الجزاء) قال الطحاوي: ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك إجماعاً وردّ بأنه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: ليس على الدال الجزاء. وأجيب بأنه ليس بثابت، ولئن كان حمل على ما إذا دل ولم يقتله المدلول فإن الإجماع فيما إذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الإجماع (ولأن الدلالة من محظورات الإحرام) والإقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة (ولأنه) أي الدلالة، وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو (تفويت الأمن من الصيد) أي الدلالة تفوّت الأمن من الصيد (لأنه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه) عن أعينهم، وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالإتلاف) وقوله (ولأن المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال. وتقريره أن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض لأنه عقد خاص يتضمن ذلك شرعاً، والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فإنه لم يلتزم شيئاً (على أن فيه) أي فيما إذا دل الحلال على صيد الحرم (الجزاء على ما روي عن أبي يوسف وزفر

سيجيء»، ووجهه أنه ليس بصيد فلا يحتاج إلى الاستثناء فتأمل (قال المصنف: ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه) أقول: أي في باب الإحرام، وفيه أنه لا يدل على الجزاء الخ (قوله فإنه يدل على أن الدلالة الخ) أقول: المقصود بالإثبات إنما هو وجوب الجزاء على هذا التفصيل الواقع في النظم لا مجرد كونه من محظورات الإحرام (قوله ولأن الدلالة من محظورات الإحرام الخ) أقول: جعل كل واحد من قولي المصنف ولأن الدلالة الخ ولأنه تفويت الأمن الخ إشارة إلى دليل مستقل على المطلوب، ولا يخفى عليك وهنه فإن الإقدام على محظور الإحرام لا يوجب الجزاء الذي نحن بصدد إثباته ألبتة فلا بد من بيان كون هذا المحظور في معنى الإتلاف حتى يتم المرام، ويؤيد كون الثاني من تتمة الأول ترك اللام التعليلية فيه في كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظراً إلى الخبر وهو تفويت الأمن من الصيد) أقول: أو تكون

---

(١) حديث أبي قتادة متفق عليه وتقدم في باب الإحرام.

(٢) حيث قال عطاء: أجمع أهل العلم أو الناس على أن الدال على الصيد عليه جزاء. قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤٣: لم أجده. وقال الزيلعي ٣/ ١٣٢: غريب. ثم ذكر كلام ابن قدامة اهـ. وأما الوارد عن ابن عمر: ليس على الدال الجزاء. فلم يثبت عنه.

رحمهما الله، والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد وأن يصدّقه في الدلالة، حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب (**ولو كان الدالّ حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء**) لما قلنا (**وسواء في ذلك العامد**

وذكره ابن قدامة في المغني عن علي وابن عباس، على أن قول الطحاوي هو مروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يرو عن غيرهم خلافه فكان إجماعاً يتضمن رد الرواية عن ابن عمر (**قوله كالمودع**) هذا هو القياس الآخر. وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن ترك ما التزمه، كالمودع فإنه التزم الحفظ كذلك فيضمن لو دل سارقاً على الوديعة فسرقها، بخلاف الحلال الذي قاس هو عليه لأنه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولا للمسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الإسلام، وترك ذلك يوجب استحقاق عذاب الآخرة، فلهذا لو دل سارقاً على مال مسلم أو نفسه فقتله تأخر جزاؤه الأعظم إلى الآخرة، ويعزّر في الدنيا من غير تضمين وإن كانت جنايته أعظم من دلالة المحرم على الصيد (**قوله لا ضمان على المكذب**) يفيد لزوم الضمان على المصدق. وفي الكافي: لو أخبر محرماً بصيد فلم يره حتى أبصره محرم آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء، ولو كذب الأول لم يكن عليه جزاء، ومن شرائطها أيضاً أن يتصل بها القتل، وأن يبقى الدال محرماً إلى أن يقتله الآخذ، وأن لا ينفلت، فلو انفلت ثم أخذه فلا شيء على الدال لانتهاء دلالته بالانفلات والأخذ ثانياً إنشاء لم يكن عن عين تلك الدلالة، ولو أمره بقتله بعدما أخذه ينبغي أن يضمن وعلى هذا إذا أعاره سكيناً ليقتله بها وليس مع الآخذ ما يقتله به أو قوساً أو نشاباً يرميه به، وقد قدمنا من روايات الحديث في باب الإحرام عند مسلم هل أعنتم، ولا شك أن إعارة السكين إعانة عليه، وما في الأصل من أنه لا جزاء على صاحب السكين حمل على ما إذا كان المستعير يقدر على ذبحه بغيرها، وصرح في السير بأن على صاحب السكين الجزاء، وكذا لو دل على قوس ونشاب من رآه ولا يقدر على قتله لبعده. واعلم أن صريح عبارة الأصل في الإعارة أنه لا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك. قال شمس الأئمة في المبسوط: أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسألة أنه إذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل به لأنه متمكن من قتله، فأما إذا لم يكن معه ما يقتل به ينبغي أن يجب الجزاء لأن التمكن بإعارته له، وإلى هذا أشار في السير. قال شمس الأئمة والأصح عندي أنه لا يجب الجزاء على المعير على كل حال لوجهين حاصل الأول أن معنى الصيدية تلف بأخذ المستعير للصيد فأخذه قتل حكماً ثم يقتله حقيقة، وإعارة السكين ليس بإتلاف حقيقة ولا حكماً، بخلاف الدلالة فإنه إتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لا يقدر الصيد على الامتناع منه. والثاني أن إعارة السكين تتم بالسكين لا بالصيد فإنها صحيحة وإن لم يكن صيد إذ لا يتعين استعماله في قتل الصيد، بخلاف الإشارة إلى قتل الصيد فإنها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك، ولا يتم ذلك إلا بصيد هناك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها. ولو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الأمر الثاني لأنه لم يتمثل أمر الأول لأنه لم يأمره بالأمر، بخلاف ما لو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثاني ثالثاً بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة، وكذا الإرسال، فلو أرسل محرم محرماً إلى محرم يدله على صيد فقتله المرسل إليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء. وعن أبي يوسف: لو قال خلف هذا الحائط صيد فإذا صيد كثير فأخذه ضمن الدال كله، فلو رأى واحداً فدل عليه فإذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان

رحمهما الله، **والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد**) لأنه إذا علمه لم يكن زوال الأمن بدلالته فلا يكون في معنى الإتلاف (**وأن يصدّقه في الدلالة**) ليكون في معنى الإتلاف (**أما إذا كذبه وصدّق غيره فلا ضمان على المكذب**) وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرماً، وههنا شروط أخر لم يذكرها: أحدها أن يتصل القتل بهذه الدلالة لأن مجرد الدلالة لا يوجب شيئاً. والثاني أن يبقى الدال محرماً عند أخذ المدلول لأن فعله إنما يتم جناية إذا بقي محرماً إلى وقت القتل. والثالث أن يأخذه المدلول قبل أن ينفلت، فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لأن ذلك بمنزلة جرح اندمل (**ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا**) إنه لا التزام من جهته. فإن قيل: بل من جهته التزم بعقد

الدلالة في تأويل أن مع الفعل (**قوله والثالث أن يأخذه المدلول**) أقول: والأولى أن يقال أن يقتله المدلول.

والناسي) لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فأشبه غرامات الأموال **(والمبتدىء والعائد سواء)** لأن الموجب لا يختلف **(والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوّم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقوّمه ذوا عدل، ثم هو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هديا وذبحه إن بلغت هديا، وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير، وإن شاء صام)** على ما نذكر، وقال محمد والشافعي: يجب في الصيد النظير فيما له نظير، ففي الظبي شاة، وفي الضبع شاة، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع

على الدال جزاء الأول فقط. كما لو دله على واحد تنصيصاً والباقي بحاله. ولو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد، وإن كان لا يراهما فعليه جزاءان لأنه بالأمر بأخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم المأمور بهما **(قوله فأشبه غرامات الأموال)** من حيث أن الضمان يدور مع الإتلاف غير مقيد بالعمد لا مطلقاً، فإن هذا الضمان يتأدى بالصوم **(قوله وقال محمد والشافعي الخ)** ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول: الأول أن الواجب

الإسلام أن لا يتعرض لصيد الحرم. أجيب بأن عقد الإسلام ليس بكاف في ذلك، بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الوديعة، ألا ترى أن المسلم التزم بعقد الإسلام أن لا يتعرض لأموال الناس، ثم لو دل سارقاً على مال إنسان فأخذه لا ضمان على الدال **(والعامد والناسي في وجوب الجزاء سواء)** كانا قاتلين أو دالين **(لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف)** لقوله تعالى ﴿ومن قتله منكم﴾ وكل ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات الأموال. فإن قيل: ليس هذا كغرامات الأموال، ألا ترى أن رجلين لو اشتركا في إتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة، وإن اشتركا في قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل. فالجواب أن مناط الإلحاق مدار به الإتلاف للضمان وقد وجدت، والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس. فإن قيل: هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ﴿ومن قتله منكم متعمداً﴾ نص على التعمد وهو يخالف النسيان، فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل اخر وهو قوله ﷺ «الضبع صيد وفيه شاة» من غير فصل بين عمد ونسيان، وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم. فإن قيل: فما فائدة قوله متعمداً؟ أجيب بأنها التنبيه لأن الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد في القتل تمنع وجوب الكفارة فأعلم الله تعالى ههنا بأنها إذا وجبت في العمد فلأن تجب في الخطإ أولى **(والمبتدىء والعائد)** في وجوب الكفارة **(سواء)** لأن العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء في المرة الثانية، فلو تخلف الحكم عنه بطلت، فإن قيل: قال الله تعالى ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ جعل كل جزائه بالفاء انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواه كما عرف. فالجواب أن هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهري في أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك، ولكنا نقول: إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقابه كما في قوله تعالى في باب الربا ومن عاد فأولئك أصحاب النار الآية، وأما إذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملاً بدلالة النص. وقوله **(والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوّم الصيد)** يعني يقوّمه ذوا عدل من حيث أنه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة، فإذا قتل المحرم بازيه المعلم وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا قتله لغيره فإنه يجب قيمته معلما. وأجيب بأن وجوب باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس، وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل في الجزاء. وأما وجوب القيمة في الإتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع، وذكل يزداد بكونه معلماً فيدخل في الضمان، وإنما قيد صنعة لأنه إذا كانت الزيادة بأمر خلقي كما إذا كان طير يصوّت فازداد قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزء رويتان: في رواية لا يعتبر لأنه ليس من معنى الصيدية في شيء، وفي أخرى يعتبر لأنه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام إذا كان مطوّقاً، وقوله **(ثم هو)** يعني القاتل **(مخير في الفداء)** ظاهر **(وقال محمد والشافعي رحمهما الله: يجب في الصيد النظير فيما له نظير)** أي في المنظر لا في القيمة **(ففي**

(قوله فالجواب أن مناط الإلحاق، إلى قوله: ويبطل القياس) أقول: فيه بحث **(قوله فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله ﷺ)** قول: وبالقياس المار أيضاً **(قوله على أن صفة التعمد في القتل تمنع الخ)** أقول: مسلم في الآدمي، ولكن قتل البهيمة سيما إذا كان مباح الأصل لا يشبهه فلا يكون خطؤه أولى بها كما لا يخفى **(قوله ولكنا نقول: إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقاً به الخ)** أقول: لهما أن يقولا: ما الدليل على هذا التقييد، ولم لا يجوز أن يكون العود متعمداً يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب وإلحاق العائد بالمبتدي بالدلالة كإلحاق المخطىء بالمتعمد عندهما فإن العائد أعظم جرماً من المبتدىء، ألا ترى أن الصغيرة بالإصرار تصير كبيرة **(قال المصنف: والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه)** أقول: فيه تسامح لظهور أن الجزاء ليس التقويم بل أحد الأشياء الثلاثة.

جفرة، وفي النعامة بدنة، وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن القيمة لا تكون نعماً. والصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والأرانب على ما بينا. وقال ﷺ «الضبع صيد وفيه شاة» وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما. وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما. والشافعي رحمه الله يوجب

عندهما القيمة، وعند محمد والشافعي النظير فيما له نظير. الثاني أن الذي إلى الحكمين تقويم المقتول، فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى القاتل بين أن يشتري بها هدياً يهديه أو طعاماً يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوماً، وعند محمد والشافعي إلى الحكمين، فإذا عينا نوعاً لزمه اهـ. وقال غيره: الخيار في تعيين الهدي والإطعام والصيام إلى الحكمين، فإذا حكما بالهدي فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثله ففي الضبع شاة الخ. والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الطحاوي عنه أن الخيار إلى الحكمين، فإن حكماً عليه بالهدي نظر القاتل إلى نظيره من النعم من حيث الخلقة إن كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر إلى القيمة فيجب، وإن لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالا. وحكى الكرخي قول محمد أن الخيار إلى القاتل غير أنه إن اختار الهدي تعين النظير فيما له نظير، وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد، وله أن يطعم ويكون الطعام بدلاً عن النظير لا عن الصيد كذا في البدائع. وعن زفر رحمه الله عدم جواز الصوم حالة القدرة على الهدي والإطعام، قاسه على كفارة اليمين والظهار وهدي المتعة، وقال حرف «أو» لا ينفي الترتيب كما في قطاع الطريق. ودفع بأن شرط القياس عدم النص في الفرع، والنص الكائن فيه يوجب التخيير بحقيقة «أو» وإعمالها في موضع في مجازيها لدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعدم الدليل فيها (قوله ففي الأرنب عناق الخ) العناق: الأنثى من أولاد المعز، والجدي الذكر، وهما دون الجذع، والجفر: ما يبلغ أربعة أشهر من العناق، والأنثى جفرة بالجيم (قوله فلقوله تعالى) ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] بناء على حمل المثل على المماثل في الصورة، ولفظ ـ من النعم ـ بيان للجزاء أو للمثل، والقيمة ليست نعماً ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة في موطإ مالك، أخبرنا أبو الزبير عن جابر «أن عمر قضى في الضبع بكبش، وفي الغزال بعنز، وفي الأرنب بعناق، وفي اليربوع بجفرة[١]» وروى الشافعي حديثاً «أن عمر وعثمان وعلياً وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا: في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الإبل، وفيه ضعف وانقطاع، فلذا قال عقيبه: إنما نقول إن في النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الأثر لأنه غير ثابت عند أهلِ العلى بالحديث اهـ[٢] لكن أخرج البيهقي عن ابن عباس قال «في حمامة الحرم شاة، وفي بيضتين درهم، وفي النعامة جزور، وفي البقرة بقرة، وفي الحمار بقرة[٣]» (وقال ﷺ «الضبع صيد وفيه شاة») رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال «سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو؟ قال نعم، ويجعل فيه كبش إذا أصابه المحرم[٤]» وأخرجه أيضاً الحاكم عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «الضبع صيد،

الظبي شاة) ظاهر، واستدلا على ذلك بقوله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ ووجهه أن مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن من النعم بيان للمثل **(والقيمة لا تكون نعماً، وبأن الصحابة رضي الله عنهم)** وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود **(أوجبوا النظير على ما بينا)** يعني قوله ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي بلغت أربعة أشهر الخ **(وما ليس له نظير)** من حيث الخلقة **(مثل العصفور والحمام وما أشبههما يجب فيه القيمة عند محمد، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقول أبي**

---

(١) موقوف جيد. أخرجه مالك في الموطأ ٤١٤ ح ٢٣٠ وهو عنده بإسقاط جابر وقد رواه محمد في الموطأ ٥٠٣ من طريق مالك عن أبي الزبير عن جابر فذكره وكذا أخرجه الشافعي ١ ح ٨٥٧ من هذا الوجه والبيهقي ٥/ ١٨٤ كلهم عن جابر عن عمر.

(٢) هذا الأثر أخرجه البيهقي ٥/ ١٨٢ من طريق الشافعي سنده. عن عطاء الخراساني عنهم وقال: قال الشافعي: هذا غير ثابت وبالقياس قلنا: في النعامة بدنة وبقية كلامه ذكره الكمال. قال البيهقي: لأنه منقطع. عطاء الخراساني لم يدرك هؤلاء الصحابة. وهو متكلم فيه.

(٣) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٥/ ١٨٢ من طريق عطاء عن ابن عباس.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٨٠١ والترمذي ٨٥١ والنسائي ٥/ ١٩١ والدارمي ١٨٧٧ وابن ماجه ٣٢٣٦ والحاكم ١/ ٤٥٢ وابن حبان ٣٩٦٥ وابن =

في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعبّ ويهدر. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهوداً في الشرع كما

فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسنّ ويؤكل[1]» وقال صحيح، ولم يخرجاه (قوله ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك في النوع، وهو غير مراد هنا بالإجماع، فبقي أن يراد المثل معنى وهو القيمة، وهذا لأن المعهود في الشرع في إطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك في النوع أو القيمة، قال تعالى في ضمان العدوان ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] والمراد الأعم منهما. أعني المماثل في النوع إذا كان المتلف مثلياً والقيمة إذا كان قيمياً بناء على أنه مشترك معنوي، والحيوانات من القيميات شرعاً إهداراً للمماثلة الكائنة في تمام الصورة فيها تغليباً للاختلاف الباطني بين أبناء نوع واحد، فما ظنك إذا انتفى المشاركة في النوع أيضاً فلم يبق إلا مشاكلة في بعض الصورة كطول العنق والرجلين في النعامة مع البدنة ونحو ذلك في غيره، فإذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة في تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه في تمام نوعه بل بالمثل المعنوي فعند عدمها وكون المشاكلة في بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر، إلا أن لا يمكن وذلك بأن لا يكون للفظ محمل يمكن سواه، فالواجب إذا عهد المراد بلفظ في الشرع وتردد فيه في موضع يصح حمله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود، وما نحن فيه كذلك فوجب المصير إليه، وأن يحمل حكم الصحابة بالنظير على أنه كان باعتبار تقدير المالية: أي بيان أن مالية المقتول كمالية الشاة الوسط لا على معنى أنه لا يجزي غيره. بقي أن يبين احتمال لفظ الآية لذلك، وفيها قراءتان مشهورتان ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء﴾ [المائدة: ٩٥] مرفوع منوّن ﴿مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] يرفع مثل، والأخرى ﴿فجزاء مثل﴾ بإضافة الجزاء إلى مثل وهي إضافة بيانية فالمعنى واحد: أي فجزاء هو مثل ما قتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ما قتل: أي قيمة ما قتل أو فعليه جزاء. ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد إليها: أعني المنصوب المحذوف أي ما قتله من النعم الوحشي، والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الأهلي فيتعلق بمحذوف لأنه في موضع الحال. وقوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة: ٩٥] جملة واقعة صفة لجزاء الذي هو القيمة أو لمثل الذي

حنيفة وأبي يوسف) والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات فأوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما (من حيث إن كل واحد منهما يعبّ ويهدر) العب من باب طلب: أي يشرب الماء بمرة من غير أن يقطع الجرع، قاله أبو عمرو، والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فإنها تشرب شيئاً فشيئاً، ويقال هدر البعير والحمام إذا صوّت من باب ضرب (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن) الله تعالى أطلق المثل و(المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه) لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص، وفي ذلك إهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهوداً في الشرع كما في حقوق العباد أو لكون المثل المعنوي مراداً بالإجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مراداً وإلا لزم عموم المشترك، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا، واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى، ولا هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم، بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصوري

(قوله ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل) أقول: قيل لا يتناول النص حينئذ شيئاً من الصيود لانتفاء المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى.

= الجارود ٤٣٨ والدارقطني ٢/ ٢٤٥ والبيهقي ٥/ ١٨٣ وأحمد ٣/ ٢٩٧ والشافعي ١/ ٣٣٠ من عدة طرق كلهم من حديث جابر واللفظ لأبي داود وغيره. وإسناده صحيح لمجيئه من عدة طرق ورجالها ثقات. وصححه البخاري فيما نقله البيهقي عنه. ولفظ النسائي وابن حبان: قال ابن أبي عمار: سألت جابراً عن الضبع فأمرني بأكلها. قلت: أصيدٌ هي قال: نعم قلت: أسمعته من رسول الله ﷺ قال: نعم.

والحديث: قال عن الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وأشار على المديني لصحته فيما نقله الترمذي.

(١) صحيح. أخرجه الحاكم ١/ ٤٥٣ بهذا اللفظ والبيهقي ٥/ ١٨٣ كلاهما من حديث جابر.

قال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. مع أن الإسناد غير قوي إلا أن شاهده المتقدم يقويه.

في حقوق العباد أو لكونه مراداً بالإجماع، أو لما فيه من التعميم، وفي ضده التخصيص. والمراد بالنص والله أعلم، فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي. واسم النعم ينطلق على الوحشي والأهلي، كذا قاله أبو عبيدة والأصمعي رحمهما الله. والمراد بما روى التقدير به دون إيجاب المعين.

هو هي، لأن مثلاً لا تتعرف بالإضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف إليها بالجملة، وهدياً حال من ضمير به وهو الراجع إلى ما يجعل موصوفا منهما وهي حال مقدرة: أي صائراً هدياً به وذلك في نفس الأمر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك ﴿**بالغ الكعبة**﴾ [المائدة: ٩٥]صفة لأن إضافته لفظية فتوصف به النكرة ﴿**أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً**﴾ [المائدة ٩٥] معطوفان على الجزاء لأنهما مرفوعان، وتمام مؤدى التركيب على هذا، فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتله من النعم الوحشي يحكم به: أي بذلك الجزاء الذي هو القيمة عدلان حال كونه صائراً هدياً بواسطة القيمة ﴿**أو كفارة طعام مساكين**﴾ [المائدة ٩٥] **إلى** آخرها: أي الواجب أحد الأمرين من القيمة الصائرة هدياً ومن الإطعام والصيام المبنيين على تعرّف القيمة، فقد ظهر تأدّي المعنى الذي ذهبنا إليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها، وكون الحال مقدرة كثير بثير، وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكعبة فإنه لا يصح حكمها بالهدي موصوفاً ببلوغه إلى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق، بل المراد يحكمان به مقدراً بلوغه، فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين، ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار إلى الحكمين، بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدإ إليه: أعني ما قدرناه

والمعنوي كما في قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ دخل ماله مثل صورة ومعنى كما في المثليات، وما ليس له مثل إلا معنى كالقيميات. والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتملة، فلو كان دالاً على ذلك لوجب النعامة عن النعامة، وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره، والمجاز ههنا مراد بالإجماع فلا يكون غيره مراداً، وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى، أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة، ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترده» وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة، وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه. وقوله (**أو لما فيه من التعميم**) دليل آخر: يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لأنه يتناول ما له نظير وما ليس له نظير (**وفي ضده**) أي في اعتبار المثل صورة (**تخصيص**) لتناوله ما له نظير فقط، والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة. وقوله (**والمراد بالنص**) جواب عن قوله لأن القيمة لا تكون نعماً، وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا، ومن النعم بيان لما قتل، والمراد من النعم النعم الوحشي لأن الجزاء إنما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي، وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي، قاله أبو عبيدة والأصمعي. فإن قيل: ما تصنع بقوله هدياً وهو حال من جزاء، فإذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هدياً بالغ الكعبة؟ أجيب بأن معناه إذا قوم فبلغت قيمته هدياً بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الأمور الثلاثة (**وقوله والمراد بما روي**) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام «الضبع صيد وفيه شاة»

(**قوله دخل ماله مثل صورة ومعنى كما في المثليات الخ**) أقول: المثلان هما الموجودان المشتركان في جميع الصفات النفسية، وهي التي لا يحتاج في وصف الشيء بها إلى تعقل أمر زائد عليه ويقابلها الصفات المعنوية (**قوله لا بالنفي ولا بالإثبات**) أقول: كما بين في الأصول (**قوله والمجاز ههنا مراد بالإجماع الخ**) أقول: المعنى المجازي للفظ المثل يعم المثل الصوري والمعنوي، فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (**قوله وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى الخ**) أقول: الآية دلت على إيجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى في غصب المثليات كما سيجيء في كتاب الغصب، وعلى إيجاب الضمان بالمثل معنى في غصب القيميات إذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانتظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض، ورد العين أمر آخر ليس من إيجاب ضمان المثل فتأمل (**قوله فإن قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ**) أقول: بل من الضمير في به فإن جزاءاً إما مبتدأ أو خبر، والحال إنما يكون من الفاعل أو المفعول به على الأشهر (**قوله أجيب بأن معناه الخ**) أقول: لم يحصل مما ذكره الجواب عن السؤال، والأولى أن يقال: قوله تعالى هديا حال مقدرة، أي صائراً هديا بواسطة الشراع أو إعطائه بدلا عنه.

ثم الخيار إلى القاتل في أن يجعله هديا أو طعاماً أو صوماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد والشافعي رحمهما الله: الخيار إلى الحكمين في ذلك، فإن حكماً بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا، وإن حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف. لهما أن التخيير شرع رفقاً بمن عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين. ولمحمد والشافعي قوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هدياً﴾ الآية، ذكر الهدي منصوباً لأنه تفسير لقوله تعالى - يحكم به - ومفعول لحكم الحكم، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار إليهما.

قلنا: الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل أنه مرفوع، وكذا قوله تعالى ﴿أو عدل ذلك صياماً﴾ مرفوع، فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين، وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه، ويقوّمان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب

من قولنا فالواجب عليه أو فعليه والله جلت عظمته أعلم (قوله لأنه تفسير لقوله تعالى) ﴿يحكم به﴾ [المائدة: ٩٥] سماه تفسيراً لأنه أزال الإبهام عنه في الجملة حتى سماه بعض تمييزاً لكونه حالاً وكل حال تكشف عن إبهام في الجملة: أعني اعتبار أحوال ما هي له لهذا، ويقوّم الصيد بما فيه من الخلقة لا بما زاده التعليم، فلو كان بازياً صيود أو حماً ما يجيء من بعيد قوّم لا باعتبار الصيودية والمجيء من بعيد، فإذا كان مملوكاً كان عليه قيمته لمالكه يعتبر فيها ما يزيده التعليم وقيمته للجناية لا يعتبر فيها ذلك. أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته ففي اعتبارها روايتان: في رواية لا تعتبر لأنه ليس من أصل الصيدية، وفي أخرى تعتبر لأنه ثابت بأصل الخلقة كالحمام المطوّق، أما في الغصب فيضمن بما يشتري به.

وعن أثر الصحابة: يعني أن إيجاب النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها إذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان الأداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول عليّ رضي الله عنه في ولد المغرور: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة. قال (ثم الخيار إلى القاتل) يعني إذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا، فالخيار (و في أن يجعله هديا أو طعاماً أو صوماً) إلى القاتل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي: الخيار إلى الحكمين) في تعيين أحد الأشياء (فإن حكماً بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا، وإن حكماً بالطعام أو الصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن التخيير شرع رفقاً بمن عليه فيكون الخيار إليه) ليرتفق بما يختار (كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هدياً﴾ الآية) ووجه ذلك أنه ذكر الهدي منصوباً تفسيراً لقوله يحكم به تفسيرا لقوله (يحكم به) فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصباً على التفسير. وقيل أي التمييز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أي على أن يكون بدلاً من الضمير محمولاً على محله كما في قوله تعالى قل ﴿إنني هداني ربي إلى صراط مستقيم ديناً قيماً﴾ وفي ذلك تنصيص على أن التعيين إلى الحكمين، ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولأنه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهي للتخيير (فيكون الخيار إليهما) وفي توجيه هذا الكلام إشكال لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوباً على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي شاذة، والشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف في الأصول. وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما، وتقريره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا، وليس كذلك لاختلاف إعرابهما، وإنما هي معطوفة على قوله فجزاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى ﴿أو عدل ذلك صياماً﴾ مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين) في الطعام والصيام، وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل (وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) رفقاً له (ويقوّمان) أي الحكمان (في المكان الذي أصابه) المحرم. قال شيخ الإسلام: وكذا يعتبر الزمان الذي

(قوله وقيل: أي التمييز) أقول: يعني الإتقاني (قوله فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين الخ) أقول: فإن قلت: عدم الدلالة لا يستلزم الدلالة على العدم وقد بين الخصم ثبوت الاختيار في الهدي فيثبت في الآخرين بالإجماع المركب ولا يفيد ما ذكره بدون إبطال متمسكة.

المواضع إليه مما يباع فيه ويشتري. قالوا: والواحد يكفي والمثنى أولى لأنه أحوط وأبعد عن الغلط كما في حقوق العباد. وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص (**والهدي لا يذبح إلا بمكة**) لقوله تعالى ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ (**ويجوز الإطعام في غيرها**) خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم، ونحن نقول: الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان أو زمان. أما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان (**والصوم يجوز في غير مكة**) لأنه قربه في كل مكان فإن ذبح الهدي بالكوفة أجزأه عن الطعام. معناه إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لأن الإراقة لا تنوب عنه. وإذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الأضحية لأن مطلق اسم الهدي منصرف إليه. وقال محمد

في البلد إلا إذا كان المحرم من اللهو كقيمة الديك لنقاره والكبش لنطاحه والتيس للعبه (**قوله وقيل يعتبر المثنى**) أي في الحكم المقوّم. والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الأولوية لأن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان، والظاهر الوجوب وقصد الإحكام والإتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته (**قوله ونحن نقول الخ**) وذلك أنه لما عين الهدي أحد الواجبات علم أنه ليس المراد مجرد التصدق باللحم وإلا لحصل التصدق بالقيمة أو بلحم يشتريه، بل المراد التقرب بالإراقة مع التصدق بلحم القربان وهو تبع متمم لمقصوده فلا ينعدم الإجزاء بفواته عن ضرورة، فلذا لو سرق بعد الإراقة أجزأه، بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لا يجزيه لأن القربة هناك لا تحصل إلا بالتصدق لاختصاص قربة الإراقة بمكان مخصوص أعني الحرم، ولا يتصدق بشيء من الجزاء على من لا تقبل شهادته له ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب، ولو أكل من الجزاء غرم قيمة ما أكل (**قوله وإذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزى في الأضحية**) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقاً أو حملاً كفر بالإطعام أو الصوم لا بالهدي، ولا يتصور التكفير بالهدي إلا أن تبلغ قيمته جذعاً عظيماً من الضأن أو ثنياً من غيره، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدي وإن لم يبلغ ذلك، ومنهم من جعل قول أبي يوسف كقول محمد لأن الصحابة أوجبوا عناقاً وجفرة على ما ذكرناه من قريب. وأبو حنيفة يقول: المنصوص عليه الهدي ومطلقه في الشرع ينصرف إلى ما يبلغ ذلك السن لأنه المعهود من إطلاقه في هدي المتعة والقران والأضحية فيحمل عليه. وإنما يراد به غير ما ذكرنا مجازاً فيتقيد جواز اعتباره بالقرينة كما لو قال ثوبي هدي لزمه الثوب لتقيد الهدي بذكره، ولذا لو قال: إن فعلت كذا فعليّ

أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن والأزمان. وقوله (**فإن كان الموضع براً**) ظاهر.

وقوله (**وقيل يعتبر المثنى ههنا**) في جزاء الصيد (**بالنص**) وهو قوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل﴾ قال في الكشاف عن قبيصة أنه أصاب ظبياً وهو محرم، فسأل عنه عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم أمره بذبح شاة، فقال قبيصة لصاحبه: والله ما علم أمير المؤمنين حتى سأل غيره، فأقبل عليه ضرباً وقال: أتغمص الفتيا وتقتل الصيد وأنت محرم؟ قال الله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هديا﴾ فأنا عمر وهذا عبد الرحمن. وقوله (**ويجوز الإطعام في غيرها**) يعني سواء كان طعام الإباحة أو التمليك. وقوله (**والصوم يجوز في غير مكة**) يعني بالإجماع. وقوله (**إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام**) بأن يصيب كل مسكين من اللحم ما تبلغ قيمته نصف صاع من بر قياساً على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق، بخلاف ما إذا ذبح بمكة فإنه إذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لأن جوازه من حيث الهدي لا من حيث الصدقة. وقوله (**لأن الإراقة لا تنوب عنه**) أي لأن الإراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدي، حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصدق به بقي الواجب عليه كما كان، بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وإن سرق أو ضاع قبل التصدق به. قال (**وإذا وقع الاختيار على الهدي**) إذا اختار القاتل الهدي (**يهدي ما يجزيه في الأضحية**) وهو الجذع الكبير من الضأن أو الثنيء من غيره عند أبي حنيفة (**لأن مطلق اسم الهدي ينصرف إليه**) كما في هدي المتعة والقران فإنه ينصرف إلى ما يجزىء في الأضحية. واعترض عليه بأن اسم الهدي قد ينصرف إلى غيره كما إذا قال: إن فعلت كذا فثوبي هذا هدي فليكن في محل النزاع كذلك. وأجيب بأن الكلام في مطلق الهدي وما ذكرت

قلت: أشار إليه بقوله وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف (**قوله وقال أتغمص**) أقول: بالصاد المهملة: أي أتحتقرها وتطعن فيها (**قوله وقوله لأن الإراقة لا تنوب عنه الخ**) أقول: والأظهر عندي أن ضمير عنه عائد إلى الطعام: يعني أن مجرد الإراقة بدون التصدق لا تنوب عن الإطعام، وأما نفي نيابتها عن الهدي فقد علم من قوله والهدي لا يذبح إلا بمكة.

والشافعي: يجزي صغار النعم فيها لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقاً وجفرة. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام: يعني إذا تصدق. وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوّم المتلف بالطعام عندنا لأنه هو المضمون فتعتبر قيمته (وإذا اشترى بالقيمة طعاماً تصدّق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير، ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لأن الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع (وإن اختار الصيام يقوّم المقتول طعاماً ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير يوما) لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن إذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام، والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية (فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير إن شاء تصدق به وإن شاء صام عنه يوماً كاملاً) لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوماً كاملاً لما قلنا (ولو جرح صيد أو نتف شعره أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه) اعتباراً للبعض بالكل كما في حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أو قطع

هدي لزمه شاة. ثم إذا اختار الهدي وبلغ ما يضحى به قال المصنف لا يذبح إلا بمكة، يريد الحرم مطلقاً، ولو ذبحه في الحل لا يجزيه من الهدي بل من الإطعام فيشترط أن يعطي كل فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها، فإن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه وإلا فيكمل، ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما في هدي المتعة (قوله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يجوز الصغار على وجه الإطعام الخ) يتضمن جوابهما: يعني أن المنفي وقوع الصغار هديا تتعلق القربة فيه بنفسه بمجرد الإراقة لا جوازها مطلقاً بل نجيزها باعتبار القيمة إطعاماً فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار في الصغار، فمجرد فعلهم ذلك حينئذ لا ينافي ما ذهب إليه فلا ينتهض عليه، وأما صيرورة ولد الهدي هدياً فللتبعية كولد الأضحية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفي قول محمد إنه يقوّم النظير على ما ذكر لأنه الواجب عيناً إذا كان للمقتول نظير. وقوله (لأنه) راجع إلى التلف: يعني المتلف (هو المضمون) فلا معنى لتقوّم غيره لجبره، ولو سلم أن النظير هو الواجب عيناً عند اختيار الهدي لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام، غير أنه إن فعل أجزأ عن إطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكمل بحسابه ويقع الباقي تطوّعاً، بخلاف الشاة في الهدي بناء على أن أصل القربة قد حصلت بالإراقة وإطعامه تبع متمم له (قوله ضمن ما نقصه) وإن برأ وبقي له أثر، وإن لم يعلم أمات وأبرأ ففي القياس يضمن ما نقص. وفي الاستحسان يضمن قيمته احتياطاً كمن أخرج صيداً من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته. ولو قلع سن ظبي أو نتف شعر صيد فنبت مكانها أو ضرب عينها فابيضت ثم انجلت فلا شيء عليه عند أبي حنيفة، وعليه صدقة عند أبي يوسف باعتبار ما وصل إليه من لألم. وقد روي

ليس كذلك لأن الإشارة إلى الثوب قيدته بذلك. (وقال محمد والشافعي: يجزىء صغار النعم) قال في النهاية: وذكر في المبسوط والأسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان قول أبي يوسف مثل قول محمد (لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقاً وجفرة) فدلّ على جواز ذلك في باب الهدي (وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام) فيجوز أن يكون إيجاب الصحابة على ذلك الوجه (وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا) وقال الشافعي: وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوّم المثل بالطعام، وأما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته. وقوله (وإذا اشترى بالقيمة طعاماً) إشارة إلى أنه يجوز أن يقوم المتلف بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاماً.

قوله (ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع) يعني نصف صاع من برّ كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار. وقوله (وإن اختار الصيام) ظاهر. وقوله (وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين) بأن قتل يربوعاً أو عصفوراً ولم تبلغ قيمته إلا مدّاً من الحنطة (يطعم ذلك القدر أو يصوم يوماً كاملاً لما قلنا) إن الصوم أقل من يوم غير مشروع. وقوله (ولو جرح صيداً) ظاهر وقوله (ما

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) أقول: صاحب القيل هو حميد الدين الضرير، ولكن أنكره الإتقاني بناء على ما في شرح مختصر الكرخي والإيضاح وشرح الأقطع وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام من أنه يعتبر قيمة المتلف عند محمد رحمه الله.

قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة) لأنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه **(ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته)** وهذا مروى عن عليّ وابن عباس رضي الله عنهم، ولأنه أصل الصيد، وله عرضية أن يصير صيداً فنزل منزلة الصيد احتياطاً ما لم يفسد **(فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حياً)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة. وجه الاستحسان أن البيض معدّ ليخرج منه الفرخ الحي، والكسر قبل

عن أبي يوسف أيضاً اعتبار الألم في الجناية على العباد حتى أوجب على الجاني ثمن الدواء وأجرة الطبيب إلى أن يندمل. وفي مناسك الكرماني: لو ضرب صيداً فمرض فانتقصت قيمته أو زادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمة وقت الجرح أو وقت الموت. ولو جرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى، فلو لم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الأولى ساقط. وفي الجامع: محرم بعمرة جرح صيداً غير مستهلك ثم أضاف إلى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته صحيحاً وللحج قيمته وبه الجرح الأول، ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانياً فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الأوّل. ولو حل من العمرة ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللقران قيمتان وبه الجرح الأول، ولو كان الأول مستهلكاً بأن قطع يده والثاني غير مستهلك.وباقي المسألة بحالها فعليه للعمرة قيمته صحيحاً للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الأول، ولو كان الثاني قطع يد أخرى فهي وما لو كان جرحاً غير مستهلك سواء لأنه لا يمكنه استهلاكه مرة ثانية **(قوله لأنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع)** يعني وكان كالإتلاف، فهذا كالقياس الجاري في الدلالة مما قدمته، فإن أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر، وإن لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد **(قوله عن علي وابن عباس رضي الله عنهم)** قال عبد الرزاق: حدثنا سفيان الثوري عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال: في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه. وروى ابن أبي شيبة عنه قال: في كل بيضتين درهم وفي كل بيضة نصف درهم. وروى ابن أبي شيبة عن ابن مسعود قال: حدثنا ابن الفضيل عن خصيف عن أبي عبيدة عن عبد الله قال: في بيض النعام قيمته. وقال عبد الرزاق: أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به، وأخرج ابن أبي شيبة مثله عن عمر منقطعاً[1]، وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبي والنخعي وطاوس، وفيه حديث[2] مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطني وهو ضعيف **(قوله ما لم يفسد)** الأوجه وصله بكسر بيض نعامة: أي ومن كسر بيض نعامة ما لم يفسد: أي في زمن عدم فسادها فعليه قيمته، وما مصدرية نائبة عن ظرف الزمان، وإنما لم يجب في البيضة المذرة لأن ضمان البيضة ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وليست المذرة

لم يفسد) إشارة إلى أنها إذا كانت مذرة فلا شيء عليه لأنه لم يتلف صيداً ولا ما هو بعرضية أن يصير صيداً. وقوله **(فإن خرج من البيض فرخ ميت)** هذه المسألة لا تخلو، أما إن علم أنه كان حياً ومات بالكسر، أو علم أنه كان ميتاً، أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولاً، فإن كان الأول ضمن قيمته، وإن كان الثاني فلا شيء عليه، وإن كان الثالث **(فالقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة)** وفي الاستحسان: تجب عليه قيمة الفرخ حياً لما ذكر في الكتاب. وتقريره: البيض معدّ ليخرج منه الفرخ

---

(١) هذه الآثار أوردها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٣٥، ١٣٦ وكذا البيهقي ٥/ ٢٠٨ فهذا شبه إجماع من الصحابة.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٠٨٦ والدارقطني ٢/ ٢٥٠ والبيهقي ٥/ ٢٠٨ كلهم من حديث أبي هريرة قال رسول الله ﷺ في بيض النّعام يصيبه المحرم ثمنه.

قال البوصيري في الزوائد: فيه علي بن عبد العزيز مجهول. وأبو المهزم ضعيف.

وقال ابن حجر في التقريب: علي بن غراب واسمه عبد العزيز.

صدوق كان يدلس ويشيع، وأفرط ابن حبان في تضعيفه.

قلت: فالرجل معروف لا مجهول كما ذكر البوصيري. إلا أنه غير قوي.

وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٤٧ والبيهقي ٥/ ٢٠٨ كلاهما من حديث كعب بن عجرة.

قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٧٤: في إسناده حسين بن عبد الله ضعيف اهـ قلت: والراوي عنه إبراهيم بن أبي يحيى وهو ساقط أضعف من حسين.

أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطاً، وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنيناً ميتاً وماتت فعليه قيمتهما **(وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء)** لقوله ﷺ «خمس من الفواسق يقتلن في

بعرضية أن تصير صيداً، فانتفى بهذا ما قال الكرماني: إذا كسر بيض نعامة مذرة[1] وجب الجزاء لأن لقشرتها قيمة، وإن كانت غير نعامة لا يجب شيء وذلك لأن المحرّم بالإحرام ليس التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية **(قوله والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه)** يفيد أن هذا الحكم فيما إذا جهل أن موته من الكسر أولاً، فاما إذا علم أن موته قبل الكسر لا يجب فيه شيء لانعدام الإماتة ولا في البيض لعدم العرضية، وإذا ضمن الفرخ لا يجب في البيض شيء لأن ما ضمانه لأجله قد ضمنه، ولو أخذ البيضة فحضنها تحت دجاجة ففسدت لا يختلف الجواب، ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار لا شيء عليه، وكذا لو نفر صيداً عن بيضه ففسد ضمنه إحالة للفساد عليه لأنه السبب الظاهر. ولا يخفى عليك إذا تذكرت أن التعليل المذكور كالتعليل في مسألة الفأرة التي توجد في البئر ميتة لا يدري متى وقعت حيث حكم أبو حنيفة بإضافة موتها إلى وقوعها في البئر ورتب عليها حكم البئر التي ماتت فيها فأرة إحالة على السبب الظاهر، وهما قد خالفاه هناك ووافقاه هنا فيطالبان بالفرق المؤثر لا كل فرق. وعلى هذا لو جرح صيداً فغاب فوجده ميتاً إن علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح، وإن لم يعلم يجب الضمان احتياطاً للسببية الظاهرة، كمن أخرج صيداً من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته **(قوله على هذا)** أي هذا الأصل وهو النسبة إلى ما هو سبب الظاهر **(إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الأم فعليه ضمانهما)** أما الأم فظاهر، وأما الجنين فلأن ضرب البطن سبب ظاهر لموته وقد ظهر عقيبه ميتاً فيحال عليه **(قوله وليس في قتل الغراب)** لم يقل ليس في قتل المحرم الخ جزاء، بل أطلق نفي الجزاء في قتلهن ليفيد أنه لا يستعقب جزاء في الحرم ولا في الإحرام، فلهذا استدل بما يفيد إباحة قتلهن في الحرم وبما يفيد في الإحرام، فالأول هو ما في الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم: الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وفي

الحي، وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحي كسره قبل أوانه سبب لموت ذلك الفرخ، وذلك اتلاف له والإتلاف يوجب الضمان. وقوله **(فيحال به عليه)** أي بالموت على الكسر والباء صلة كان أصله يحال الموت على الكسر: أي يضاف إليه. فإن قيل: بيض النعامة كبطن الظبية، ولو ضرب بطن ظبية فألقت جنيناً ميتاً وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجيء فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعاً؟ أجيب بأن ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان إذا كانت البيضة مذرة، فإذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض وقوله **(وعلى هذا)** أي على القياس والاستحسان **(إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنيناً ميتاً وماتت فعليه قيمتهما)** فإن قيل: قد تقدم أن ضمان الصيد يشبه غرامات الأموال، ومن ضرب بطن جارية فألقت جنيناً ميتاً وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين، فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين؟ أجيب بأن الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه، والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك، فأما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية في الجنين ووجب الجزاء **(وليس في قتل الفواسق الخمسة شيء لأن النبي ﷺ استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم: الحدأة، والحية، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور)** وذكر الذئب في بعض الروايات، فقيل فيما إذا ذكر الكلب العقور فمراده الذئب، أو يقال: إن الذئب في معنى الكلب العقور. وذكر المصنف رحمه الله في أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة. وقوله **(والمراد بالغراب: الذي**

(قال المصنف: الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) أقول: اتفقت الروايات على ذكر الفأرة في المستثنيات فلا وجه لتركها فيما سبق. والجواب أنه إنما لم يذكرها لأنها ليست من الصيود فلا معنى لذكرها في سياق المستثنيات منها، وليس في الحديث لفظ الاستثناء حتى يرد عليه شيء فتأمل **(قوله وذكر المصنف في أول هذا الفصل الستة بناء الخ)** أقول: فكان الوجه أن لا ينص على الخمس كما لا يخفى، والأولى أن يقال: ذكر الذئب بعد الكلب العقور على سبيل العطف التفسيري ترجيحاً من المصنف كون المراد من الكلب العقور الذئب، فإن الكلب ليس من الصيود فلا حاجة إلى استثنائه من الآية فليتأمل **(قال المصنف: والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف)** أقول: ولعل

(١) مَذِرَتِ البيضة: فسدت من باب تعب. وأمذرتها الدجاجة أفسدتها.

الحل والحرم، الحدأة، والحية والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وقال ﷺ «يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة

لفظ لمسلم «الحية» عوض العقرب، وقال فيه: «الغراب الأبقع[١]» والثاني ما في الصحيحين عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح: العقرب، والفأرة، والكلب العقور، والغراب، والحدأة[٢]» وأخرجاه أيضاً عن ابن عمر قال: حدثتني إحدى نسوة رسول الله ﷺ قال «يقتل المحرم» فذكر الخمسة، وزاد فيه مسلم «والحية» قال: وفي الصلاة أيضاً[٣]. وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري «سئل رسول الله ﷺ عما يقتل المحرم؟ قال: يقتل الحية، والعقرب، والفويسقة، والكلب العقور، والحدأة والسبع العادي، ويرمي الغراب ولا يقتله[٤]» ولم يذكر فيه الترمذي السبع العادي، وقال: حديث حسن، وحمل الغراب المنهي عن قتله هنا على غير الأبقع وهو الذي يأكل الزرع كما ذكره المصنف، وإنما يرميه لينفره عن الزرع. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر قال «أمر رسول الله ﷺ المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب» وفيه الحجاج بن أرطاة[٥]، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه مقتصراً على الذئب، وأخرج نحوه عن عمر وابن عمر[٦]، وأخرج عن عطاء قال: يقتل المحرم الذئب وكل عدوّ، ولم يذكر في الكتاب، وهذا ما قال المصنف، وذكر الذئب في بعض الروايات. وأخرج الطحاوي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ نحو حديث مالك والليث إلا أنه قال فيه: والحية والذئب والكلب العقور[٧]. وقال السرقسطي في غريبه:

يأكل الجيف ويخلط) أي النجاسات مع غيرها أي يأكل الحب تارة والنجاسة أخرى، وقع تكراراً لأنه ذكره في أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مروياً عن أبي يوسف فكان مستغنى عن ذكره. وقوله الذي يأكل الجيف خبر لا صفة فكان موضع ضمير

التخصيص المستفاد من التفسير لأنه روى أبو داود عن الخدري رضي الله عنه «سئل ﷺ عما يقتل المحرم؟ قال: يقتل المحرم الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادي ويرمي الغراب ولا يقتله» فلا بد من حمل الغراب المأمور بقتله على ما ذكره أبو يوسف، والمنهى عن قتله على الغراب الغير الأبقع وهو الذي يأكل الزرع لدفع التعارض (قوله وقع تكراراً لأنه ذكره، إلى قوله: فكان مستغنى عن ذكره) أقول: فيه زيادة الخلط فلا يكون تكراراً محضاً. ثم أقول: إنه ذكر ذلك في هذا الباب قبل ورقتين ونصف ورقة تخميناً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٢٩ و ٣٣١٤ ومسلم ١١٩٨ وابن حبان ٥٦٣٣ والبيهقي ٥/ ٢٠٩ والترمذي ٨٣٧ والنسائي ٥/ ٢١٠ والدارمي ١٧٦٢ وأحمد ٦/ ١٦٤، ٢٥٩ من عدة طرق كلهم من حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣١٥ وساق بعضه في ١٨٢٦ ومسلم ١١٩٩ ومالك ١/ ٣٥٦ وأبو داود ١٨٤٦ وابن الجارود ٤٤٠ والنسائي ٥/ ١٩٠ والطيالسي ١٨٨٩ والبيهقي ٥/ ٢٠٩، ٢١٠، والدارمي ١٧٦١ وأحمد ٢/ ٣، ٣٢، ٤٨، ٥٤، ٦٥، ٨٢، ١٣٨ من عدة طرق كلهم من حديث ابن عمر. وكذا ابن حبان ٣٩٦٢ والطحاوي ٢/ ١٦٦.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٢٧ و ١٨٢٨ ومسلم ١٢٠٠ وأحمد ٦/ ٢٨٥ كلهم من حديث ابن عمر. وفي رواية: قال: قال حفصة: قال رسول الله ﷺ فذكره. فتبين أن حفصة هي التي حدثت ابن عمر به.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ١٤٤٨ وابن ماجة ٣٠٨٩ والطحاوي ١/ ٣٨٥ والبيهقي ٥/ ٢١٠ وأحمد ٣/ ٣، ٣٢، ٧٩ كلهم من طريق يزيد بن أبي زياد عن أبي سعيد به. واللفظ لأبي داود والبيهقي.

وأخرجه الترمذي ٣٣٨ من هذا الوجه دون لفظ: سُئل. وقال الترمذي: حديث حسن. والعمل عليه عند أهل العلم قالوا: المحرمُ يقتل السبع العادي.

ولعل الترمذي حسنه لشواهده وإلا فيزيد قال عنه ابن حجر في التقريب: ضعيف كبر فصار يتلقّن.

تنبيه: ذكر ابن الهمام أن الترمذي لم يذكر لفظ: السبع العادي ولعله سبق قلم كما ترى. حيث ذكره في أول حديثه ونص على ذلك لكن الترمذي لم يذكر: الفُوَيْسقة.

والحديث حسن علىَ كل حال لشواهده.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٣٢ والبيهقي ٥/ ٢١٠ كلاهما من حديث ابن عمر وفيه الحجاج مدلّس، وقد عنعنه وهو غير قوي قال البيهقي: فيه الحجاج بن أرطاة لا يحتج به، وكذا قال الزيلعي ٣/ ١٣١.

(٦) هذه الآثار الثلاثة عند ابن أبي شيبة في المصنف كما في نصب الراية ٣/ ١٣٢.

(٧) حسن. أخرجه الطحاوي ١/ ٣٨٤ من حديث أبي هريرة.

وفيه محمد بن عجلان ثقة إلا أنه اختلطت عليه أحاديث أبي هريرة.

ذكر ذلك ابن حجر في التقريب. فالحديث غير قوي.

وقول المصنف: بنحو حديث مالك والليث. أي ما تقدم في الصحاح: فمن من الدواب يُقتلن في الحرم.

والعقرب والحية والكلب العقور» وقد ذكر الذئب في بعض الروايات.

وقيل المراد بالكلب العقور الذئب، أو يقال إن الذئب في معناه، والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لأنه يبتدىء بالأذى، أما العقعق فغير مستثنى لأنه لا يسمى غراباً ولا يبتدىء بالأذى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس، وكذا الفأرة الأهلية والوحشية

الكلب العقور يقال لكل عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الأسد، أسنده السرقسطي عن أبي هريرة قال: حدثنا محمد بن عليّ قال: حدثنا سعيد بن منصور، حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن أسلم عن ابن سيلان عن أبي هريرة أنه قال: الكلب العقور: الأسد[١] (قوله أو يقال إن الذئب في معناه) يعني فيلحق به دلالة، ولا بد من تعيين ذلك الموجب للإلحاق في الدلالة. والذي يدور عليه كلامه هو كونهن مبتدئات بالأذى، وضم غيره إلى ذلك مخالطتها: يعني كونها تعيش بالاختطاف والانتهاب، وسنذكر لهذا إتماماً إن شاء الله تعالى (قوله لأن المعتبر في ذلك الجنس) وإن كان وصفه بالعقور إيماء إلى العلة لما روى أبو داود في المراسيل[٢]، وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور فعلم أن المراد الجنس، والذي ذكر وصفه بالعقورية يراد به الكلب الوحشي لأنه يكون عقوراً مبتدئاً بالأذى، فأفاد أنه وإن كان صيداً لا شيء فيه لكونه عقوراً، ويكونُ ما في المراسيل تعميم النوع بنفي الجزاء لأن أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والآخر ليس بصيد أصلاً، إلا أن هذا يقتضي أن يكون بعض النوع الواحد وحشياً وبعضه لا. فإنِ استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته في الوحشية وعدمها شاملة، لكل أفراده ثم يعرض لبعضها خلاف الطبع الأصلي من التوحش والاستئناس. قلنا على التنزل نختار أنَ جنس الكلب غير وحشي، وإن وجد منه وحشي فالتوحش عارض له فاقتضى أن لا يجب بقتل شيء منه جزاء. وفائدة التنصيص على وصف بخصوصه بنفي الجزاء: أعني ما هو معروض التوحش دفع توهم أنه وحشي بالأصالة فيجب بقتله الجزاء، وأنه لو كان وحشياً لم يكن فيه شيء لكونه عقوراً، على أن الحق جواز الانقسام. وقولهم الفأرة الوحشية والأهلية يفيده، وهذا كله إذا حكم بإرادة حقيقة الكلب، أما إذا قيل بأن المراد من الكلب العقور: الذئب أو الأسد فلا إشكال حينئذ، إلا أنه يجب أن يحمل الأسد المحكوم عليه بأنه هو المراد بالكلب العقور على الأسد العادي عندهم لأنهم يوجبون الجزاء بقتل الأسد إذا لم يصل، ويدل على هذه الإرادة ما ذكرناه من حديث الترمذي وأبي داود[٣] (قوله وكذا الفأرة الأهلية والوحشية) لوجود المبيح في الوحشية وهو فسقها، والسنور كذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي رواية هشام عن محمد: ما كان منه برياً فهو

الفصل، واحترز به عن الغراب الذي يأكل الزرع فإنه يجب الضمان بقتله وقوله (لأنه يبتدىء بالأذى) قيل لأنه يقع على دبر الدابة، وقيل فعلى هذا يكون في قوله في العقعق ولا يبتدىء بالأذى نظر لأنه يقع على دبر الدابة (وعن أبي حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أي من الكلب العقور وغير العقور (سواء) أما العقور فظاهر لأنه ورد فيه الحديث، وأما غيره فإنما لم يجب فيه الجزاء لأنه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة. وقوله (لأن المعتبر هو الجنس) يعني الحقيقة التي تسمى كلباً لا فرداً دون فرد، وهذا لأن هذا الجنس ليس بصيد، وفيه نظر لأنه يفضي إلى إبطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقوراً.

وهو قوله الخمس الفواسق إلى قوله وهي ستة، وسيأتي العذر عن ذلك (قوله وقيل فعلى هذا الخ) أقول يعني الإتقاني (قوله لأن هذا الجنس ليس بصيد) أقول: فلا يحتاج إلى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول: لو صح هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم الصفة بل سائر

---

(١) موقوف. أخرجه السرقسطي في غريبه من قول أبي هريرة.
وفيه جابر بن سيلان ويقال: عبد ربه بن سيلان وهو مقبول كما في التقريب اهـ وانظر نصب الراية ٣/ ١٣٢.

(٢) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ١٣٢ عن ابن المسيب مرسلاً فذكره، ومرسلات ابن المسيب قوية. وقال الزيلعي: ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه.
قلت: وهو عند البيهقي ٥/ ٢١٠ بسند صحيح عن ابن المسيب مرسلاً: يقتل المحرم الحية، والذئبَ. وقال البيهقي: هذا مرسل جيد.

(٣) تقدم قبل قليل وهو حديث أبي سعيد.

سواء. والضب واليربوع ليساً من الخمس المستثناة لأنهما لا يبتدئان بالأذى **(وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء)** لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها، والمراد بالنمل السود أو الصفر الذي يؤذي، وما لا يؤذي لا يحل قتلها، ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى **(ومن قتل قملة تصدّق بما شاء)** مثل كف من طعام لأنها متولدة من التفث الذي على البدن **(وفي الجامع الصغير أطعم شيئاً)** وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكيناً شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعاً **(ومن قتل جرادة تصدق بما شاء)** لأن الجراد من صيد البر فإن

متوحش كالصيود يجب بقتله الجزاء **(قوله وليست بمتوالدة من البدن)** احتراز عن القملة **(قوله وما لا يؤذي لا يحل قتلها)** وإن كان لا يجب بقتلها الجزاء، وهكذا الكلب الأهلي إذا لم يكن مؤذياً لا يحل قتله لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ فتقيد القتل بوجود الإيذاء **(قوله للعلة الأولى)** يعني كونها ليست بصيود ولا متولدة من البدن، وهما وإن كانا علتين للحكم الذي هو وجوب الجزاء لكن نفيهما معاً علة لنفيه لأن الحكم إذا كان يثبت بعلل شتى يكون نفيه معلولاً بعدم الكل، إذ لو ثبت شيء منها لم ينتف. وعن أبي يوسف في قتل القنفذ روايتان: في رواية جعله نوعاً من الفأرة، وفي أخرى جعله كاليربوع ففيه الجزاء. وفي الفتاوى: لا شيء في ابن عرس خلافاً لأبي يوسف، وأطلق غيره لزوم الجزاء في الضب واليربوع[1] والسمور[2] والسنجاب والدلق[3] والثعلب وابن عرس والأرنب من غير حكاية خلاف في شيء **(قوله لأنها متولدة من التفث الذي على البدن)** يفيد أن الجزاء باعتبار أنه قضاء التفث، فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجد قملة على الأرض فقتلها لا شيء عليه. واعلم أن الإلقاء على الأرض كالقتل تجب به الصدقة، ولو قال محرم لحلال ارفع هذا القمل عني أو دفع ثوبه إليه ففلى ما فيه من القمل فقتله كان على الآمر الجزاء، وكذا إذا أشار إلى قملة فقتلها الحلال كان عليه جزاؤها لأن الدلالة موجبة في الصيد فكذا ما في حكمه، كذا في التجنيس. والقملتان والثلاث كالواحدة. وفي الزائد على الثلاث بالغاً ما بلغ نصف صاع، وهذا إذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه في الشمس لقصد قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه، ولو ألقاه لا للقتل فماتت لا شيء عليه **(قوله لأن الجراد من صيد البر)** عليه كثير من العلماء. ويشكل عليه ما في أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال «خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة أو عمرة، فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بسياطنا وقسينا[4] فقال لنا رسول الله ﷺ: كلوه فإنه من صيد البحر[5]»

والجواب أنه ليس للقيد بل لإظهار نوع أذاه فإن ذلك طبع فيه. وقوله **(لأنها ليست بصيود)** يعني أنها ليست بمتوحشة عن الآدمي بل هي طالبة له **(وليست بمتولدة من البدن)** يعني حتى تكون من باب قضاء التفث كالقملة **(ثم هي مؤذية بطباعها)** فلا يجب بقتلها شيء وقوله **(ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى)** يعني قوله لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن، سماهما علة وإن كانا في معنى علتين لأنه ذكر في موضع السلب، وفي موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في أن الحكم ينتفي بالجميع كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة. وقوله **(ومن قتل قملة تصدق بما شاء)** وقد أوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصراً في القتل بل الإلقاء في الأرض كالقتل سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر. وقيل في القملتين والثلاث كف من حنطة، وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة. وقوله **(شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعاً)** قال في الجامع الصغير: ككسرة

المفاهيم **(قال المصنف: والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة)** أقول: يعني ليسا حكماً من قبيل الخمسة المتثناة، وإنما أولنا به ليستقيم التعليل الذي ذكره بقوله لأنهما ألخ فتأمل **(قوله كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة)** أقول: يعني إذا انحصرت علة الثبوت فيها. أما إذا ثبت الحكم بعلل شتى، فلو ثبت شيء منها لم ينتف الحكم.

---

(١) اليربوع: دويبة نحو الفارة لكن ذنبه وأذناه أطول والعامة تقول له: جربوع. ويطلق على الذكر، والأنثى اهـ مصباح.

(٢) السَّمُّور: حيوان ببلاد الروس يشبه النِّمس ومنه أسود لامع.

(٣) الدَّلق: دُوَيْبَة نحو الهرة طويلة الظهر يعمل منها الفرو.

(٤) **(قوله وقسينا)** هكذا في النسخ التي بيدنا. والذي في سنن أبي داود: وعصينا ولعله الأنسب. وليحرر اهـ مصححه.

(٥) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٨٥٤ والترمذي ٨٥٠ كلاهما من حديث أبي هريرة واللفظ للترمذي ومداره على أبي المهَزِّم. وقال الترمذي: حديث غريب.

الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الأخذ **(وتمرة خير من جرادة)** لقول عمر رضي الله عنه: تمرة خير من جرادة **(ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة)** لأنه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات، ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيداً **(ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته)** لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله **(ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء)** إلا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في الفواسق المستثناة، وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة.

ولنا أن السبع صيد لتوحشه، وكونه مقصوداً بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه، والقياس على الفواسق

وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا، لكن تظاهر عن عمر إلزام الجزاء فيها. في الموطإ أنبأنا يحيى بن سعيد أن رجلاً سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب: تعال حتى نحكم، فقال كعب: درهم، فقال: عمر: إنك لتجد الدراهم، لتمرة خير من جرادة[1]. ورواه ابن أبي شيبة عنه بقصته، ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم أن كعباً سأل عمر فذكر معناه، وقال: حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن الجراد يقتله المحرم فقال: تمرة خير من جرادة، وتبع عمر أصحاب المذاهب، والله أعلم، وفي المحيط: مملوك أصاب جرادة وهو محرم إن صام يوماً فقد زاد وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جراد ثم يصوم يوماً **(قوله كالسباع ونحوها)** فالسباع كالأسد والفهد والنمر والفيل. ففي المحيط: إن قتل خنزيراً أو قرداً أو فيلاً تجب القيمة خلافاً لهما اهـ. وقول العتابي: الفيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغي فإن المستأنس يجب كونه صيداً أيضاً لعروض الاستئناس كما قالوا في الظبي وحمار الوحش: إنهما صيد وإن تألفا. وغاية الأمر أن يجري في الفيل المتألف روايتان كما أنّ في الطيور المصونّة روايتين، ولكن المختار فيها أنها صيد، والمراد بنحوها سباع الطير كالبازي والصقر معلماً وغير معلم **(قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها)** ويدل عليه «أنه ﷺ قال داعياً على عتبة بن أبي لهب: «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك، فافترسه سبع[2]» **(قوله وكونه مقصوداً بالأخذ)** هذا زيادة قيد على ما قدمناه في معنى الصيد لم يذكره في تعريفه السابق فيلزم إما

خبز. وقول عمر رضي الله عنه **(تمرة خير من جرادة)** قصته أن أهل حمص أصابوا جراداً كثيراً في إحرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم، فقال عمر رضي الله عنه: أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص، تمرة خير من جرادة قال **(ومن حلب صيد الحرم)** اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى **﴿نسقيكم مما في بطونه﴾** وكلمة من للتبعيض. وقوله **(كالسباع)** أي سباع البهائم **(ونحوها)** أي سباع الطير. وقوله **(وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة)** يعني أن النبي ﷺ استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فإنه أهلي وليس بصيد، فكان المراد ما يتكلب: أي يشتد فيتناول الأسد والفهد والنمر وغيرها، فكان كأن الله تعالى قال: لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم إلا ما كان مؤذياً، ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول إلا مأكول اللحم فكذا هذا **(ولنا أن السبع صيد لتوحشه)** وتنفره من الناس **(وكونه مقصوداً بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه)** وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله **(والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد)** وكذلك الإلحاق بها دلالة لأن الفواسق مما

. . . .

= وقال أبو داود: أبو المُهَزِّم ضعيف، ورواه أبو داود من وجه آخر من حديث أبي هريرة بلفظ: الجراد من صيد البحر.
وقال: الحديثان جميعاً وَهْمٌ. ثم أسنده برقم ٢٨٥٥ عن كعب الأحبار من قوله.

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/ ٢٣٦ عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن عمر. وهذا منقطع لأن يحيى لم يدرك عمر.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٣٧: ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن إبراهيم النخعي عن كعب فذكره وفيه إرسال.
وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم عن الأسود عن كعب فذكره بنحوه اهـ. وهذا إسناد جيد متصل.

(٢) حسن. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٣٩ من حديث أبي عقرب بأتم منه. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وأخرجه أبو نُعيم في دلائل النبوة ١٦٢ ـ ١٦٣ من عدة طرق عن طاووس اليماني وكذا أسنده عبد الرزاق في تفسيره ٣٠٢١ عن طاووس قال: فذكره بنحوه.
وأخرجه عبد الرزاق ٣٠٢٠ عن قتادة بنحوه. فهذه الروايات تقوي رواية الحاكم. لكن في بعض ألفاظهم اختلاف فهو حسن فالقصة واحدة.

ممتنع لما فيه من إبطال العدد، واسم الكلب لا يقع على السبع عرفاً والعرف أملك (ولا يجاوز بقيمته شاة) وقال زفر

فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من إبطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الإلحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعاً أكثر من خمس فيبطل العدد: أي ينتفي فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الأعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الإطلاق: أعني ذكره باسم عام مثل أن يقول: يقتل كل عاد متهب، وفيه نظر من وجوه: أما أوّلا فإن مثله يلزم في مفهوم الصفة فيقال مثلاً: لو جاز نكاح الأمة الكتابية لم يبق لذكر المؤمنات في قوله تعالى ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء ٢٥] فائدة، وكذا في المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة، فما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد. وأما ثانياً فإن عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعاً وفرغ من ذلك، فإنه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضاً في أحاديث[١] لم ينص في صدرها على عدد بل قال: يقتل المحرم وكذا وكذا إلى آخر ما رويناه من قريب، فثبت عدم إرادة قصر ذلك الحكم على الخمس فانفتح باب القياس، إذ حديث الفواسق تخصيص للآية، ودليل التخصيص يعلل ويلحق بما أخرجه ما تخرجه العلة أيضاً بالاتفاق. وأما ثالثاً فإن المصنف رحمه الله جوّز إلحاق الذئب بطريق الدلالة، وعلى تقديره يبطل أيضاً العدد، وكون الثابت دلالة ثابتاً بالنص لا يخرج به الحال عن أنه بطل خصوص الخمس. ويجيء فيه عين ما تقدم من أنه لو أراده لذكر عدد يحيط به معها فيقول ست من الفواسق. سلمناه لكن الإلحاق بالدلالة لا بد فيه على ما عرف من معنى جامع غير أنه لا يتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلي ونسميه نحن الثابت بمعنى النص لغة، وإذا كان كذلك فلا بد من تعيينه فما عينتموه من قولكم لأنها مبتدئات بالأذى ونحوه أو غيره في إلحاق الذئب فهو الذي يلحق باعتباره سائر السباع، فإن سميتم ذلك دلالة فهذا أيضاً دلالة. وأما رابعاً فإنا لم نخرجه بالقياس بل بالنص، وهو ما قدمناه من حديث أبي داود والترمذي من قوله عليه الصلاة والسلام «وكل سبع عاد[٢]» وقال الترمذي: حسن. فإن قيل: نقول من الرأس يخرج مجموع ما نص على إخراجه وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحدأة والسبع العادي، على أن المراد به في حالة اعتدائه وهو ما إذا صال على المحرم فإنه حقيقة اسم الفاعل، وبه نقول: إنه إذا صال فقتله فلا شيء عليه كما سنذكره، ثم نمنع الإلحاق لأنه حينئذ ناسخ على أصولنا لا مخصص لاشتراطنا المقارنة في المخصص الأوّل، فما لم يقارن به يكون العموم مراداً، فإذا أخرج بعضه بعد الحكم بإرادة الكل كان نسخاً لأنه بعد تعلق الحكم بالفرد المخرج والتخصيص بيان عدم إرادة المخرج، وإذا كان ناسخاً عندنا فلا يلحق إذ لا نسخ بالقياس، قلنا: لا نخرج بالقياس بل بالدلالة، فإن أخذتم في الجامع الدلالي كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاب كما ذكر بعضهم منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه بإخراج الذئب وهو لا يعيش مخالطاً. والحق أن الوجه المذكور يصلح إلزامياً للخصم لأن الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور، فهم منع الضرب من منع التأفيف، ولا تظهر أولوية السباع بإباحة القتل من الفواسق بل غايته المماثلة، وأما إثبات منع قتلها على أصولنا ففيه ما سمعت، ولعل لعدم قوّة وجهه كان في السباع روايتان كما هو في المحيط حيث قال وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيود. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الأسد كالكلب العقور والذئب. وفي العتابي: لا شيء في الأسد،

تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا، والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها، واسم الكلب وإن تناوله لغة لم يتناوله عرفاً (والعرف أملك) أي أقوى وأرجح في هذا الموضع كما في الأيمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في إيجاب الجزاء. وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسنداً إليه، ومعناه: لا يجاوز بقيمة الذي لا يؤكل

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها) أقول: وهذا يدل على امتناع القياس أيضاً.

(١) تقدمت أحاديث ما يجوز قتله للمحرم.

(٢) تقدم تخريجه وهو من حديث أبي سعيد. وقوله: عاد الأحسن فيه: عادي. كذا جاء في سنن الترمذي وأبي داود بذكر الياء.

رحمه الله: تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللحم. ولنا قوله ﷺ «الضبع صيد وفيه الشاة» ولأن اعتبار قيمته

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجب، وقدمنا من البدائع التصريح بحل قتل الأسد والفهد والنمر أوّل الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لا يقع على السبع عرفاً) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة، وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعي رحمه الله، فإن الخطاب كان مع أهل اللغة ولم يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع، بل ثبت استعماله فيه على ما سمعته عنه عليه الصلاة والسلام من قوله «اللهم سلط عليه كلباً، فافترسه سبع[1]» فالأولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب في دعائه عليه الصلاة والسلام مستعمل في المعنى المجازي العام: أعني المفترس الضاري. لا يقال: ادعاؤنا أنه في كل السباع حقيقة هو دعوى أنه في كل مفترس ضار حقيقة، والأفراد حينئذ أفراد المعنى الكلي، فدار الأمر بين كونه في العام مجازاً كما قلتم أو مشتركاً معنوياً، والاشتراك المعنوي أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز، لأنا نقول: ذلك عند التردد وهو عند عدم دليل عدمه. وتبادر النوع المخصوص المعروف عند إطلاق لفظ الكلب دليل عدمه، إذا لو كان للمعنى الأعم لم يتبادر خصوص بعضها، وإذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهراً في أن الوضع كان لذلك المعين فيجب اعتباره لذلك وإن جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لأن الظاهر هو الذي يجب المصير إليه لا المجوّز إلا أن يدل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الضبع صيد وفيه شاة»[2]) وفي بعض النسخ سبع، وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال «سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو؟ قال: نعم، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم» رواه أبو داود وانفرد بزيادة فيه كبش، والباقون رووه ولم يذكروها فيه[3] ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «الضبع صيد، فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل» وهذا دليل أكله عند الخصم وسيأتي في موضعه. والمصنف إن استدل بلفظ السبع فغير ثابت، وإن استدل بلفظ الضبع بناء على أنه سبع عندنا وغير مأكول تقديماً للنهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فنقول: يجب حمله على أنه كان قدر المالية وفي وقت التنصيص وإلا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة ٩٥] على أن المراد قيمة ما قتل من النعم، وإذا كنتم قلتم في حديث جابر[4] إن ما بين السنين في الزكاة من كونه مقدراً بشاتين أو عشرين درهماً مع أنه ثابت في الصحيح من كتاب الصديق[5] أن التقدير به كان لأنه قدّر التفاوت في ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم في كل زمان فلأن تقولوا مثله في هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث في الصحة وكون ذلك مخلصاً من المعارضة التي ذكرناها أولى، وقوله في

لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية، وروى الكرخي أنه ينقص من الدم (وقال زفر: تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللحم) والجامع الضمان (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الضبع صيد وفيه الشاة») فلما ورد الشرع بتقدير لا يزاد عليه برأي

(قوله وقال زفر: تجب قيمته الخ) أقول: الظاهر ما قاله زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية معه على ما مر تفسيرها، وكل السباع لا يقاس إلى الضبع فإن منها ما يباع بأعلى الأثمان كالفيل والأسد والبر، ولا نسلم أن جلد كل منها لا يزداد على قيمة الشاة، وجواب الأول يعلم من قوله لأنه محارب الخ فتأمل.

---

(١) تقدم قبل قليل وإسناده حسن.

(٢) غريب بهذا اللفظ ذكره الزيلعي ٣/ ١٣٧ وقال: غريب جداً اهـ. لذا أعرض عنه الكمال وذكر الوارد.

(٣) تقدم تخريج حديث جابر برواياته وطرقه مستوفياً راجع تخريجه.

(٤) هو المتقدم برواية الحاكم.

(٥) كتاب أبي بكر تقدم في مقادير الزكاة. أخرجه البخاري وغيره وهو عند البخاري برقم ١٤٥٣ من رواية أنس أن أبا بكر كتب له فريضة الصدقة التي أمر بها النبي ﷺ: من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة، فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له، أو عشرين درهماً. . . الحديث.

فمراد المصنف: أن أبا بكر جعل شاتين، أو عشرين درهماً إذا اختلف سنٌّ ما وجب عما أودي تعويضاً عن فرق السن وذلك بين الجذعة والحقة.

لمكان الانتفاع بجلده لأنه محارب مؤذ، ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهراً **(وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه)** وقال زفر: يجب الجزاء اعتباراً بالجمل الصائل. ولنا ما روي عن عمر أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً وقال: إنا ابتدأناه، ولأن المحرم ممنوع عن التعرّض لا عن دفع الأذى، ولهذا كان مأذوناً في دفع المتوهم من الأذى كما في «الفواسق» فلأن يكون مأذوناً في دفع المتحقق منه أولى، ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقاً له، بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد **(فإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء)** لأن

الوجه المعقول **(ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذ)** يعني لأنه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله بأسطر **(وكونه مقصوداً بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه)** حيث زاد باعثاً آخر معارض بعموم قوله تعالى **﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾** [المائدة: ٩٥] أوجب قيمة المقتول مطلقاً فتعين قيمة مجرد جلده في بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذه لم ينحصر في طلب جلده كما ذكره هنا، بل قد يكون لغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله، ومن هذا الوجه تجب قيمته **(قوله وقال: إنا ابتدأناه[1])** هذا غريب لا يعرف، وبتقدير ثبوته فإنما يفيد عدم الجزاء إذا كان المبتدى السبع بمفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندهم، ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه إلى العدم الأصلي لأن العدم الأصلي قد نسخ بإيجاب الجزاء في الصيد على العموم، فما لم يخرجه دليل صحيح فهو داخل في الحكم العام فالأوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذي ذكر فيه السبع العادي، والوجه الذي ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل الفواسق فإنه أباحه لتوهم الأذى له: أي للقاتل أو لأبناء نوعه، فمع تحقق الإيذاء له نفسه أولى، وإذا ثبت الإذن من صاحب الحق سقط الضمان إلا أن يقيد الإذن به، فما لم يقيد الإذن بالضمان لا يجب، فلذا قلنا بوجوب الجزاء إذا اضطر المحرم إلى قتل الصيد لمأكله عند عدم صياله لتقيد الإذن فيه بالكفارة، وهو قوله تعالى **﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية﴾** [البقرة: ١٩٦] الآية **(قوله بخلاف الجمل الصائل فإنه لا إذن من صاحب الحق)** فيضمنه له. وطولب بالفرق بينه وبين العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه لا يضمنه مع أنه لا إذن أيضاً من مالكه. أجيب بأن العبد مضمون في الأصل حقاً لنفسه بالآدمية لا للمولى

لأن المقادير تعرف سماعاً **(ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده)** إذ اللحم غير مأكول **(لا لأنه محارب)** كما في بعض السباع والفيل يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر، وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر، ولا لأجل معنى الإيذاء فيه لأن الإيذاء معنى لا تقوّم له شرعاً فبقي اعتبار الجلد **(ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهراً)** وقوله **(وإذا صال السبع على المحرم)** أي وثب **(فقتله لا شيء عليه. وقال زفر: يجب الجزاء)** عليه **(اعتباراً بالجمل)** إذا صال على إنسان فقتله الإنسان فإنه يجيب قيمته وإن قتله دفعاً عن نفسه **(ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً، وقال إنا ابتدأناه)** علل الإهداء بالابتداء، فدل على أن الدافع لا يجب عليه شيء وإلا لم يبق للتعليل فائدة. واعترض بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال. وأجيب بأن ذلك في خطابات الشرع، أما في الروايات فيدل، وفيه نظر لأن قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لأنه في حيز الاستدلال به فلا يفيده. والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله، وقوله رواية فيفيده. وقوله **(ولأن المحرم ممنوع عن التعرّض)** استدلال بدلالة حديث الفواسق. ووجهه أن قتلها أبيح دفعاً للأذى الموهوم، فلأن يباح قتل السبع دفعاً للأذى المحقق أولى فكان مأذوناً بقتله من الشرع **(ومع وجود الإذن منه لا يجب الجزاء حقاً له)** لسقوطه بإذنه. فإن قيل: الإذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء، فإن المحرم إذا حلق رأسه أو تطيب لعذر فهو مأذون

(قوله وفيه نظر، لأن قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع الخ) أقول: والجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفي الحكم عما عداه إنما هو في كلام الله تعالى وكلام نبيه ﷺ، وأما كلام غيرهما فليس كذلك بل بمنزلة الروايات كما يعلم من الأصول، وهذا هو مراد المجيب ولا شك في صحته **(قوله والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله الخ)** أقول: كيف يستدل بفعله ولا تعلق له بالمدعي. **(قوله والثانية كثيرة)** أقول: وإذا كان الثاني أكثر كان إلى شرع الزاجر أحوج ليمتنع الناس **(قال المصنف: ومع وجود الإذن من الشارع لا**

---

(١) أثر عمر. ذكره صاحب الهداية فقال الزيلعي ٣/ ١٢٧: غريب جداً اهـ ولذا أعرض عنه الكمال حيث قال: غريب لا يعرف.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤٤: لم أجده.

الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل (**ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الأهلي**) لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش، والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة (**ولو ذبح حماماً مسرولاً فعليه الجزاء**) خلافاً لمالك رحمه الله. له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه، ونحن نقول: الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر (**وكذا إذا قتل ظبياً مستأنساً**) لأنه صيد في الأصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم (**وإذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها**) وقال الشافعي رحمه الله: يحل ما ذبحه المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل فعله إليه. ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي، وهذا لأن المشروع هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيراً فينعدم بانعدامه.

لأنه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه، ألا ترى أنه لو ارتدّ أو قتل بقتل، وإذا كان ضمان نفسه في الأصل له سقط بمبيح جاء من قبله وهو المحاربة، ومالية المولى فيه وإن كانت متقوّمة مضمونة له فهي تبع لضمان النفس فيسقط التبع في ضمن سقوط الأصل (**قوله مُسَرْوَلاً**) بفتح الواو: أي في رجليه ريش كأنه سراويل (**قوله الحمام متوحش بأصل الخلقة**) والاستثناء عارض، بخلاف البط الذي يكون في الحياض[1] والبيوت فإنه ألوف بأصل الخلقة (**قوله لأنه عامل لغيره**) يقتضي ظاهراً أن اللام في لغيره يتعلق بذبحه لا بيحل، ولفظ المبسوط: وقال الشافعي: لا يحل للمحرم القاتل ويحل لغيره من الناس يقتضي تعلقه بيحل وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قوليه. ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بأنه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملاً لنفسه بل لغيره فصار عاملاً لغيره شرعاً وإن لم يقصد هو ذلك فانتقل فعله إليهم فحل لهم سواء ذبح لأجلهم أو لنفسه.

(**قوله وهذا لأن المشروع الخ**) حاصله إثبات الملازمة بين المشروعية والإقامة مقام الميز، ثم نفى الثاني فينتفي

من الشرع ولم يسقط الجزاء. فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (**لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه**) وهو قوله تعالى ﴿**فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه**﴾ الآية، فكان فائدة الإذن دفع الحرمة لا غير، وتقريره أن بقاء الجزاء مع إذن صاحب الحق ثابت بالنص، فلا يقاس عليه غيره. لا يقال: فليلحق بطريق الدلالة لأن الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الرأس، لأن الأولى نادرة والثانية كثيرة (**بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد**) ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والإذن لم يوجد من مالكه، وأجيب بأن العبد مضمون في الأصل بأنه آدمي حقاً للعبد لاحقاً للمولى لكونه مكلفاً كمولاه وغيره، فإذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما إذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى إنما كان في ضمن سقوط الأصل وهو نفسه فلا معتبر به كما إذا ارتد. وقوله (**وإن اضطر المحرم**) ظهر معناه لما ذكرناه آنفاً، وقوله (**والمراد بالبط**) يعني المذكور في القدوري البط (**الذي يكون في المساكن**) وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطء، ويجوز ذبحه للمحرم. والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كأنه سراويل، من سرولته إذا ألبسته السراويل. وقوله (**ونحن نقول الحمام متوحش**) تقريره الحمام متوحش (**بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه**) وكل ما هو كذلك فهو صيد (**والاستئناس عارض**) جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الأصلية دون العوارض وعورض بأن الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار، حتى لو رمى سهماً إلى برج الحمام فأصاب حماماً مسرولاً ومات قبل أن تدرك ذكاته لم يحل، ولو كان صيد الحل. وأجيب بأن مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية، ألا ترى أن البعير إذا ندّ حلّ بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار، والعجز في الحمام غير موجود لأنه يأوي في الليل إلى برجه. وقوله (**وكذا إذا قتل ظبياً**) ظاهر. قال (**وإذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها، وقال الشافعي رحمه الله**) في أحد قوليه (**إذا ذبحه المحرم لغيره حل لأنه عامل له**) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل إليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كأنه هو الذي ذبحه، ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن

يجب الجزاء حقاً له) أقول: منقوض بقوله ﷺ «فليكفر وليحنث» ويجوز أن يقال ذلك على خلاف القياس «(**قال المصنف: والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض**) أقول: وأما البط الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله، كذا في الكافي فيكونان من جنسين مختلفين،

---

(١) الحياض: جمع حوض، ويجمع علىَ أحواض أيضا.

. . . .

الأول: أعني المشروعية وهو المفاد بقوله فينعدم المشروع لانعدامه: أي لانعدام الفعل الذي أقيم ونحن إلى غير هذا الكلام أحوج في إثبات المطلوب. فإن حاصل هذا إثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام، وهي إن كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعي لم يحتج إليه، وإن كانت ممنوعة عنده لا ينتهص المذكور مثبتاً لها عليه، فإنه إذا منع الحرمة منع عدم الإقامة مقام المميز لكنها مسلمة، ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل إلى أمر زائد، فإن مجرد حرمته لا يوجب حرمة اللحم مطلقاً، كما لو ذبح شاة الغير لا بإذنه لا يصير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال: وهذا فعل حسي محرم فيكون ذلك لقبح اعتبر في عينه على ما هو الأصل عندنا في إضافة التحريم إلى الأفعال الحسية أنه يضاف القبح إلى عينها لعدم المانع بخلاف الشرعية إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما في ذبح شاة الغير، ونعني بثبوت القبح لذاته مع أنه إنما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كون الشرع اعتبره قبيحاً لعينه لأنه جعله عبثاً حيث أخرج الذابح عن الأهلية والمذبوح عن المحلية فصار فعلاً في غير محله فكان عبثاً باعتبار الشارع، كما لو اشتغل عاقل بذبح حجر ونحوه فإنه يعدّ جنوناً أو سخرية، بخلاف شاة الغير فإنه لم يثبت إخراجها عن محلية الذبح شرعاً للأجنبي وإخراجه عن الأهلية بالنسبة إليها فلم يعدّ عبثاً شرعاً، وإذا صار ذبح المحرم عبثاً شرعاً صار قبيحاً لعينه فلا يفيد حكم الحل فيما كان محرم الأكل: أعني الصيد قبل ذبحه. بقي دليل الإخراجين، وذلك أن قوله تعالى ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ [المائدة: ٩٦] يفيدهما، وقوله تعالى ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة: ٩٥] يفيد إخراج المحرم عن أهلية الذبح فقط، وهذا لأن الأول أضاف التحريم إلى العين وهي تفيد المبالغة، فإن الأصل أن تضاف الأحكام إلى أفعال المكلفين، فإذا أضيفت إلى العين كان أخراجاً له عن محلية الفعل الذي هو متعلق الحرمة بالأصالة، فإنه جعل نفس هذا العين حراماً ونفس الحرام لا يقترب منه فكان منعاً عن الاقتراب منه نفسه، وهذا إخراجه عن المحلية. ولو قلنا إن إضافته إلى العين يجب أن تكون مجازاً عقلياً لم يضرنا، إذ العدول عن إضافته إلى الفعل إلى إضافته إلى نفس العين سببه ما قلنا. وأفاد الثاني أن التحريم بمعنى من جهة الذابح وهو الإحرام فأوجب إخراجه عن الأهلية، والإحرام هو السبب في الأمرين معاً على التحقيق فلذا قال في المسألة التي تلي هذه: لأن الإحرام هو الذي أخرج الصيد عن

يأكله، فكذا إذا ذبحه له المحرم. فإن قلت: عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره، وذلك لأن التعليل إنما يستقيم إذا كان قوله لغيره متعلقاً بذبحه لأنه حينئذ يكون عاملاً له، وإذا كان متعلقاً به بقي يحل على إطلاقه، وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضاً قولاً واحداً قلت: أرى أن يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعاً، وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره. وتخرج نفسه من ذلك لأن التقييد في الروايات مقيد بالاتفاق، فإن قلت: تعليله هذا لا يخلو إما أن يكون صحيحاً أو لا، فإن كان الثاني لم تتم الدعوى، وإن كان الأول لزم أن يحل له لأن الفعل قد انتقل إليه. ولو ذبح حلال صيداً حل أكله للمحرم إن لم يدل عليه أو يشر إليه قلت: التعليل صحيح، ولكن لم يحل له لأن الدلالة إذا كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وإن انتقل الفعل إلى غيره حكماً (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق، وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله تعالى ﴿لا تقتلوا الصيد﴾ سماه قتلاً دون الذبح أو الذكاة إشارة إلى أنه لا يوجب الحل ونهاهم عنه، وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفي، ونوقض بذبح شاة الغير بغير إذنه فإنه حرام لا محالة، فكان الواجب أن لا يقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك. والجواب أن المصنف رحمه الله أشار إلى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لأن المشروع) أي من الذبح (هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيراً) وبيانه أن الدم منجس للحيوان فلا بدّ من تمييزه عن اللحم ليصلح للأكل وذلك أمر متعسر خفي، وله سبب

وإلا لشمل الوجود أو العدم (قوله فإن قلت: عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره) أقول: فإن قيل: مقتضى هذا التعليل أن لا يحل لغيره إذا كان ذلك الغير محرماً لأنه لما انتقل فعل الذابح إليه كان ذابحاً وذبيحة المحرم تحرم عليه. قلنا: ذلك أمر حكمي لم تقع منه مباشرة حقيقة فلا يكون سبباً للحرمة عليه (قوله وذلك لأن التعليل إنما يستقيم الخ) أقول: ممنوع، بل إذا تعلق بيحل يستقيم أيضاً، وكونه عاملاً له إنما هو في حكم الشرع، فإنه لما حرم عليه لم يجعله لم يجعله الشرع عاملاً لنفسه بل لغيره فتأمل (قوله حرام عليه عنده أيضاً قولاً واحداً) أقول: ممنوع، بل إذا حل من الإحرام يحل له أيضاً عنده صرح به الزيلعي.

(قوله ونهاهم عنه إلى قوله بمعنى النفي) أقول: إذ النهي في الأفعال الحسية بمعنى النفي كما حقق في علم الأصول.

(فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئاً فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله **(وقالا: ليس عليه جزاء ما أكل، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعاً)** لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار كما إذا أكله محرم غيره ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا، وباعتبار أنه محظور إحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرجه الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه **(ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده)** خلافاً لمالك رحمه الله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم، له

المحلية والذابح عن الأهلية **(قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة)** يعني سواء أدى ضمان المذبوح قبل الأكل أو لا، غير أنه إن أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغاً ما بلغ، وإن كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شيء بانفراده. وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: لا رواية في هذه المسألة، فيجوز أن يقال: يلزمه جزاء آخر، ويجوز أن يقال: يتداخلان، وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه. ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم لأنه انتفع بمحظور إحرامه **(قوله فصارت حرمة التناول الخ)** يعني أن حرمة التناول بواسطة أنه ميتة وكونه ميتة بواسطة خروجه عن الأهلية والصيد عن المحلية وثبوتهما معاً بواسطة الإحرام، فكان الأكل من محظورات إحرامه بواسطة، وسبب السبب سبب خصوصاً وهذه حرمة يحتاط في إثباتها لما تقدم من شرع الكفارة مع العذر فيجب به الجزاء، وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن إيراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد الحرم بعد أداء قيمته، لأن الأكل ليس من محظورات الحرم بل تفويته الأمن الذي استحقه بحلوله في الحرم فقط وقد ضمنه إذ فوته فكان حرمته لكونه ميتة فقط. وعن هذا ما في خزانة الأكمل: لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله، ويكره بيعه قبل ذلك، فإن باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء إن شاء، وكذا شجر الحرم واللبن، وكذا لو شوى جراداً أو بيضاً ضمنه، ثم إن أكله لاجزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد **(قوله خلافاً لمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم)** يعني بغير أمره، أما إذا اصطاد الحلال لمحرم صيداً بأمره اختلف فيه عندنا، فذكر الطحاوي

ظاهر وهو قطع عروق الذبح فأقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيراً، والذبح الذي قام مقامه معدوم ههنا لأن المقيم لذلك هو الشرع، ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلية بالنسخ يعني بقوله تعالى ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ كما قال حرّمت عليكم أمهاتكم فأخرجهن عن محلية النكاح، بخلاف ذبح شاة الغير بغير أمره فإن الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهياً، والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الأصل. وقوله **(فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئاً فعليه قيمته عند أبي حنيفة)** قال الإمام التمرتاشي **(إذا أكل بعد ما أدى الجزاء)** وأما إذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء، وقوله **(وقالا)** ظاهر. وقوله **(فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط)** يريد أن حرمة التناول باعتبار كونه ميتة، وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الأهلية وذلك باعتبار الإحرام فكانت الحرمة **(مضافة إلى الإحرام)** بهذه الوسائط فكان متناولاً محظور إحرامه فيجب عليه الجزاء. وظهر من هذا الجواب عما إذا ذبح الحلال صيداً في الحرم فأدّى جزاءه ثم أكل منه فإنه لا يلزمه شيء آخر لأنه لم يتناول محظور إحرامه، وإنما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر، فإن استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله فإنه تناول محظور إحرامه ولم يلزمه شيء آخر أجيب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى. وقوله **(فيما إذا اصطاده لأجل المحرم)** يعني أن ينوي أن يكون الاصطياد له سواء أمره

(قوله أجيب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول: توضيحه أنه لا مجال في البيض أن يجعل ميتة إذ ليس محلاً للذبح حتى يجري فيه ما قيل في ذبيحة المحرم **(قال المصنف: له قوله ﷺ «لا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده أو يصاد له»)** أقول: قال الفاضل الطيبي في المشكاة: فيه إشكال لأن الظاهر يقتضي الجزم وغاية ما يتكلف فيه أن يقال إنه عطف على المعنى، فإنه لو قيل ما لا تصيدون أو يصاد لكم لكان ظاهراً فيقدر هذا المعنى اهـ **(قوله وقوله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم الخ)** أقول وفي فتح القدير: يعني بغير أمره. أما إذا اصطاد الحلال لمحرم صيداً بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم. وقال الجرجاني: لا يحرم. قال القدوري: هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي اهـ **(قوله سواء أمره بذلك)** أقول: فيه بحث، فإنه على الوفاق لا على الخلاف كما يدل

قوله ﷺ «لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده أو يصاد له» ولنا ما روي أن الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم

تحريمه على المحرم. وقال الجرجاني: لا يحرم. قال القدوري: هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي **(قوله له قوله عليه الصلاة والسلام)** الحديث على ما في أبي داود والترمذي والنسائي عن جابر «لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم[1]» هكذا بالألف في يصاد، فعارضه المصنف ثم أوّله دفعاً للمعارضة. أما المعارضة فيما روى محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال «تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم والنبي ﷺ نائم، فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله ﷺ فقال: فيم تتنازعون فقلنا: في لحم الصيد أيأكله المحرم؟ فأمرنا بأكله» أخرجه في الآثار[2]. وروى الحافظ أبو عبد الله الحسين بن خسرو البلخي في مسند أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال: كنا نحمل الصيد صفيفاً وكنا نتزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله ﷺ» واختصره مالك في موطئه[3]. وأما التأويل فبوجهين، كون اللام للملك والمعنى أن يصطاد ويجعل له فيكون تمليك عين الصيد من المحرم وهو ممتنع أن يتملكه فيأكل من لحمه، والحمل على أن المراد أن يصاد بأمره وهذا لأن الغالب في عمل الإنسان لغيره أن يكون بطلب منه فليكن محمله هذا دفعاً للمعارضة. وقد يقال: القواعد تقتضي أن لا يحكم هنا بالمعارضة والترجيح لأن قول طلحة «فأمرنا بأكله» مقيد عندنا

بذلك أو لم يأمره. وقوله **(تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم)** يريد به ما روي عن طلحة أنه قال: «تذاكرنا لحم الصيد في حق

عليه كلام المصنف **(قوله واعلم أن هذا الحديث روي بالرفع، إلى قوله: لأن صار معطوفاً على المغيا لا على الغاية)** أقول: فينبغي أن يكون منصوباً إلا أن يقال: هو معطوف على أن مع الفعل فلما حذف أن في المعطوف رفع كما في * ألا أيهذا الزاجري أحضر الوغى * أو يقال: قد تهمل أن الناصبة حملا على أختها ما المصدرية كما في قراءة ابن محيصن لمن أراد أن يتم الرضاعة وقول الشاعر:

أن تقــرآن علــى أسمــاء ويحكمــا … منــي الســلام وأن لا تشعــرا أحــدا

على ما هو قول البصريين نص عليه ابن هشام في مغني اللبيب، لكن الخصم يقول، هو عطف على المجزوم على المعنى.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ١٨٥١ والترمذي ٨٤٦ والنسائي ٥/ ١٨٧ والطحاوي ٢/ ١٧١ والدارقطني ٢/ ٢٩٠ والحاكم ١/ ٤٥٢ والبيهقي ٥/ ١٩٠ والشافعي ١ح ٨٣٩ من طرق كثيرة كلهم من رواية عمرو بن أبي عمرو عن المطلب بن حنطب المخزومي عن جابر به. ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان ٣٩٧١ وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٩٠ والطحاوي ٢/ ١٧١ والشافعي ١ح ٨٤١ كلهم عن عمرو بن أبي عمرو عن رجل من بني سلمة عن جابر.
وأخرجه الطحاوي ٢/ ١٧١ من طريق عمرو هذا عن المطلب عن أبي موسى مرفوعاً بمثله.
قال الترمذي: والمطلب. لا نَعْرِفُ له سماعاً من جابر. قال الشافعي: هو أحسن حديث روى في هذا الباب اهـ.
وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، ووافقه الذهبي.
قلت: وللحديث علتان الإرسال بين المطلب وجابر وكلام في عمرو بن أبي عمرو.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٣٧ ـ ١٣٨ ما ملخصه: قال الترمذي: والمطلب لا نعرف له سماعاً من جابر. وقال النسائي: عمرو بن أبي عمرو ليس بالقوي.
وقال صاحب التنقيح ابن عبد الهادي: عمرو هذا تكلم فيه بعضهم لكن روى له الشيخان. والمطلب ثقة لكن لم يسمع من جابر فيما قيل وقال ابن أبي حاتم في المراسيل: المطلب عامة أحاديثه مراسيل لم يدرك من الصحابة سوى سهل بن سعد، وأنساً، وسلمة بن الأكوع لم يسمع من جابر اهـ.
وقال ابن التركماني في الجوهر: فالحديث في نفسه معلول وعمرو بن أبي عمرو مع اضطرابه في هذا الحديث متكلم فيه.
وانظر تلخيص الحبير ٢/ ٢٧٦ فالحديث غير قوي لذا حكم الشيخ شعيب الأرناؤوط في تعليق وتخريجه لصحيح بن حبان بأنه ضعيف لانقطاعه
الخلاصة: عمرو ثقة كما في التقريب وفيه كلام لا يضر وشيخه ثقة فالحديث يقرب من الحسن.
(٢) حسن. رواه أبو حنيفة فى مسنده ص٨٧ عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله ومن طريق أخرج محمد في الآثار كما في نصب الراية ٣/ ١٤١.
(٣) حسن. أخرجه الحافظ البلخي في مسند أبي حنيفة كما في نصب الراية ٣/ ١٤٠ من طريق أبي حنيفة بسنده عن الزبير بن العوام وأخرجه مالك ١/ ٣٥٠ وكذا محمد في الموطأ ٤٤٦ من طريق مالك عن هشام عن عروة أن الزبير كان يتزود ضعيف الظباء في الأحرام. وهذا إسناد جيد. وخبر أبي حنيفة حسن.
والضعيف: ما صُفَّ في الشمس ليجفَّ. ويسمى قديداً.
قال محمد عقب روايته: وبهذا نأخذ إذا صاد الحلال الصيد فذبحه فلا بأس بأن يأكل المحرم من لحمه ولو صيد من أجل المحرم.

الصيد في حق المحرم، فقال ﷺ «لا بأس به» واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على أن يهدي إليه الصيد دون اللحم، أو معناه أن يصاد بأمره. ثم شرط عدم الدلالة، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرّمة،

بما إذا لم يدله المحرم ولا أمره بقتله على ما هو المختار للمصنف إعمالاً لحديث أبي قتادة[1]، فيجب تخصيصه بما إذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية في دلالته. وحديث الزبير حاصله نقل وقائع أحوال لا عموم لها، فيجوز كون ما كانوا يحملونه من لحوم الصيد للتزوّد مما لم يصد لأجل المحرمين، بل هو الظاهر لأنهم يتزودونه من الحضر ظاهراً، والإحرام بعد الخروج إلى الميقات، فالأولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما في الصحيحين، فإنهم لما سألوه عليه الصلاة والسلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا، فقال ﷺ «أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا لا، قال: فكلوا إذاً[2]» فلو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسأل عنه منها في التفحص عن الموانع ليجيب بالحكم عند خلوه عنها، وهذا المعنى كالصريح في نفي كون الاصطياد للمحرم مانعاً فيعارض حديث جابر ويقدم عليه لقوّة ثبوته، إذا هو في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة، بخلاف ذلك، بل قيل في حديث جابر[3] لحم الصيد الخ انقطاع، لأن المطلب ابن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد، وكذا في رجاله من فيه لين. وبعد ثبوت ما ذهبنا إليه بما ذكرنا يقوم دليل على ما ذكره المصنف من التأويل هذا. ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة في مسلم «أنه أهدى للنبي ﷺ لحم حمار، وفي لفظ: رجل حمار، وفي لفظ: عجز حمار، وفي لفظ: شقّ حمار فردّه عليه، فلما رأى ما في وجهه قال: إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم[4]» فإنه يقتضي حرمة أكل المحرم لحم الصيد مطلقاً سواء صيد له أو بأمره أو لا، وهو

المحرم، فارتفعت أصواتنا ورسول الله ﷺ نائم في حجرته، فقال: فيم أنتم؟ فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام: لا بأس به») وقوله (واللام فيما روى) يعني مالكاً من قوله أو يصاد له (لام تمليك فيحمل على أن يهدي إليه الصيد دون اللحم) وهذا لأن تمليك الصيد إنما يتحقق فيما إذا أهدى الصيد إلى المحرم لا فيما إذا أهدى إليه اللحم لأن اللحم لا يسمى صيداً حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم، وبه نقول لأنه ثبت «أن الصعب بن جثامة الليثي أهدي لرسول الله ﷺ حماراً وحشياً وهو بالأبواء فردّ عليه، فلما رأى ما في وجهه قال: إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم» (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد بأمره)

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٢١ و١٨٢٢ ومسلم ١١٩٦ ح ٦٤ والنسائي ٥/ ١٨٥ ـ ١٨٦ والدارمي ١٧٧١ وابن ماجه ٣٠٩٣ والدارقطني ٢/ ٢٩١ من طرق عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبي قتادة.
وأخرجه البخاري ١٨٢٤ وأحمد ٥/ ٣٠٢ ومسلم ١١٩٦ ح ٦٠ والنسائي ٥/ ١٨٦ والطحاوي ٢/ ١٧٣ وابن الجارود ٤٣٥ كلهم عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه عن أبيه. وكذا ابن حبان ٣٩٦٦.
وأخرجه مالك ١/ ٣٥١ من طريق عطاء بن يسار عن أبي قتادة ومن طريقه أحمد ٥/ ٣٠١ والبخاري ٥٤٩١ ومسلم ١١٩٦ ح ٥٨ والترمذي ٨٤٨ والطحاوي ٢/ ١٧٣ كلهم من هذا الوجه. وأخرجه أبو داود ١٨٥٢ من رواية نافع مولى أبي قتادة عن أبي قتادة. وألفاظهم متقاربة.
وأحد ألفاظ البخاري ومسلم وغيرهما: عن عبد الله بن أبي قتادة أن أباه أخبره أن رسول الله ﷺ خرج حاجاً، فخرجوا معه، فَصَرَفَ طائفةً منهم فيهم أبو قتادة فقال: خذوا ساحل البحر حتى نلتقي، فأخذوا ساحل البحر، فلما انصرفوا أحرموا كلهم إلا أبو قتادة لم يُحرم، فبينما هم يسيرون إذا رأوا حُمُرَ وحش، فحمل أبو قتادة على الحُمُر فعقر منها أتاناً، فنزلوا فأكلوا من لحمها وقالوا: أنأكل لحم صيد ونحن محرمون؟ فحملنا ما بقي من لحم الأتان. فلما أتوا رسول الله ﷺ قالوا: يا رسول الله إنا كنا أحرمنا وقد كان أبو قتادة لم يُحرم وفيه: قال: منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا: لا قال: فكلوا ما بقي من لحمها. ورواية: إنما هي طعمة أطْعَمَكَمُوهَا الله ورواية للبخاري وغيره: قال هل معكم منه شيء؟ فقلت: نعم. فناولته العَضُد فأكلها وهو محرم. وكذا رواه ابن حبان ٣٩٧٧ ورواية لمسلم: قالوا: معنا رجله. قالوا: فأخذها، فأكلها.

(٢) تقدم مستوفياً. وأخرجه ابن حبان ٣٩٧٦ من حديث أبي سعيد.

(٣) تقدم قبل ثلاثة أحاديث وفيه إرسال.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٢٥ و٢٥٧٣ ومسلم ١١٩٣ ح ٥٠ ومالك ١/ ٣٢٥ والشافعي ٢/ ٢٥ وأحمد ٤/ ٣٨ وابن الجارود ٤٣٦ والنسائي ٥/ ١٨٣، ١٨٤ والبيهقي ٥/ ١٩١ كلهم من حديث ابن عباس عن الصَّعب بن جثّامة وابن حبان ٣٩٦٩ وأخرجه البخاري ٢٥٩٦ في الهبة ومسلم ١١٩٣ ح ٥١ والترمذي ٨٤٩ وابن ماجه ٣٠٩٠ والنسائي ٥/ ١٨٥ وأحمد ١/ ٣٣٢ و٤/ ٧٢ والبيهقي ٥/ ١٩٢ من طرق عن ابن عباس عن الصعب بن جثّامة بألفاظ متقاربة.

قالوا: فيه روايتان. ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه وقد ذكرناه **(وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال قيمته يتصدّق بها على الفقراء)** لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم.

مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبيد الله وعائشة رضي الله عنهم، أخرج عنهم ذلك الطحاوي رحمه الله. وقول الشافعي رحمه الله حديث مالك وهو أنه أهدى له حماراً أثبت من حديث من قال إنه أهدى له من لحم حمار: يعني فيكون ردّه امتناع تملك المحرم الصيد منع بأن الروايات كلها على ما ذكرنا أول الحديث تدل على البعضية. ولا تعارض بين رجل حمارٍ وعجزه وشقه على ما لا يخفى، إذ يندفع بإرادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حماراً على أنه من إطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا ولتعينه لامتناع عكسه، إذ إطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود، لا يطلق على زيد إصبع ونحوه، لأنه غير جائز لما عرف من أن شرط إطلاق اسم البعض على الكل التلازم كالرقبة على الإنسان والرأس فإنه لا إنسان دونهما، بخلاف نحو الرجل والظفر. وأما إطلاق العين على الربيئة فليس من حيث هو إنسان بل من حيث هو رقيب، وهو من هذه الحيثية لا يتحقق بلا عين على ما عرف في التحقيقات، أو هو أحد معاني المشترك اللفظي كما عدّه لأكثر منها. ثم إن في هذا الحمل ترجيحاً للأكثر أو بحكم بغلط تلك الروايات بناء على أن الراوي رجع عنها تبيناً لغلطه. قال الحميدي: كان سفيان يقول في الحديث: أهديث لرسول الله ﷺ لحم حمار وحش، وربما قال: يقطر دماً، وربما لم يقل ذلك، وكان فيما خلا: قال حمار وحش، ثم صار إلى لحم حتى مات[1]، وهذا يدل على رجوعه وثباته على ما رجع إليه، والظاهر أنه لتبينه غلطه أوّلاً قال الشافعي رحمه الله: وإن كان أهدى له لحماً فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فردّه عليه اهـ فإن قيل: إن التعليل ما وقع إلا بالإحرام، فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بأنك صدته لأجلي. قلنا: كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك. يعني علم أنه قد صيد لأجله وهو محرم فردّه عليه معللاً بالإحرام بسبب أنه يمنع من أكل ما صيد للمحرم، وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديثي أبي قتادة وجابر[2] السابق على رأي من يقول: يحرم على المحرم ما صيد لأجله. أما على رأينا وهو إباحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة، فإنا قلنا: إنه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لأجله على ما ذكرنا، فإن حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لأجله تعارضا فإنما يصار إلى الترجيح فيترجح حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلاً، بخلاف حديث الصعب فإنه قال في بعض رواياته: إنه عليه الصلاة والسلام أكل منه. رواه يحيى بن سعيد عن جعفر بن عمرو ابن أمية الضمرى عن أبيه «أن الصعب بن جثامة أهدى لرسول الله ﷺ عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم[3]

واعلم أن هذا الحديث روي بالرفع أو يصاد، وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لأنه يقتضي الحل إذا صاد غيره لأجله لأنه صار

---

(١) خبر الحميدي عن سفيان بن عيينة. ذكره البيهقي ١٩٢/٥ وبين البيهقي أن لسفيان رواية موافقة للجماعة ثم اضطرب أخيراً فيه وسبب ذلك أن ابن عيينة تغير بأخره كما في التقريب فالعبرة بروايته موافقاً للجماعة.

(٢) الأحاديث الثلاثة تقدمت.

(٣) منكر. أخرجه البيهقي ١٩٣/٥ من حديث عمرو بن أمية الضمري أن الصّعب بن جثامة. . الخبر.
قال البيهقي: وهذا إسناد صحيح فإن كان محفوظاً فكأنه ردّ الحيّ وقبل اللحم.
وتعقبه ابن التركماني في الجوهر فقال: في سنده يحيى بن سليمان الجعفي ذكر الذهبي في الميزان والكاشف عن النسائي قوله: ليس بثقة.
وقال ابن حبان: ربما أغرب.
قال ابن التركماني: وفيه أيضاً يحيى بن أيوب الغافقي. قال النسائي: ليس بذاك القوي. وقال أبو حاتم: لا يحتج به. وقال أحمد: كان سيء الحفظ يخطىء خطأً كثيراً، وكذبه مالك في حديثين.
وعلى هذا فلا يشتغل بتأويل هذا الحديث لأجل سنده ولمخالفته للحديث الصحيح، وأما قول البيهقي: قبل اللحم. يَرُدُّه ما في الصحيح أنه عليه السلام ردَّه اهـ كلامه.
قلت: فالحديث إسناده ضعيف والمتن منكر. والعجب كيف يصححه البيهقي.

. . . .

وما قيل: هذه الرواية منكرة، فإن في جميع الروايات أنه لم يأكل منها إلا في هذه الرواية، أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة[1] هذه الرواية بأن الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه ردّه، وعلل بالإحرام، ثم سكت الكل على هذا القدر، فمن الجائز أن يكون لما رده معللاً بذلك بناء على ظن أنه صيد لأجله ذكر له أنه لم يصده لأجله فقبله بعد الرد وأكل منه، وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطياد لأجله، وعلى قول لكل ما قال البيهقي بعد ما ذكر الرواية التي ذكرناها قال: وهذا إسناد صحيح، فإن كان محفوظاً فكأنه رد الحي وقيل اللحم اهـ[2]. إلا أن هذا جمع بإنشاء إشكال آخر وهو ردّ رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوي ورجع عما سواها على ما قدمناه، إلا أن يدعى أنه عبر بالبعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ما قدمناه. وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكان هو أولى. فإن قيل: إن حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الحديبية، وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون ناسخاً لما قبله. قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا، وإنما ذكره الطبري وبعضهم ولم نعلم لهم فيه ثبتا صحيحاً. وأما حديث أبي قتادة فإنه وقع في مسند عبد الرزاق عنه قال: «انطلقنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم[3]» فساق الحديث. ففي الصحيحين عنه خلاف ذلك، وهو ما روي عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام خرج حاجاً فخرجوا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم: خذوا ساحل البحر حتى نلتقي[4]» الحديث ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام لم يحج بعد الهجرة إلا حجة الوداع فكان بالتقديم أولى. ومما يدل على ما ذهبنا إليه حديث البهزي: أخرج الطحاوي عن عمير بن سلمة الضَّمْري قال: «بينما نحن نسير مع رسول الله ﷺ وسلم ببعض أفناء الروحاء وهو محرم إذا حمار معقور فيه سهم قد مات، فقال عليه الصلاة والسلام: دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه، فجاء رجل من بهز هو الذي عقر الحمار، فقال: يا رسول الله هو رميتي

معطوفاً على المغيا لا على الغاية، ورواية كتب الحديث مثل سنن أبي داود والترمذي والنسائي بالألف هكذا، وإنما يصح له التمسك به على ما روي أو يصد له ليصير معطوفاً على الغاية وهي ضعيفة. وقوله (قالوا) أي المشايخ (فيه) أي في شرط عدم الدلالة لإباحة الأكل (روايتان) في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي، وفي رواية لا يحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني، قال (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال) إذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (وقيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر في الكتاب وهو واضح. فإن قيل: الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكذلك استحقه بسبب الإحرام، فإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك. قلت: وجوب الكفارتين وجه القياس، صرح بذلك في الإيضاح. ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الإحرام أقوى لأن المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعاً فاستتبع الأقوى الأضعف.

(قوله قلت وجوب الكفارتين وجه القياس إلى آخر قوله فاستتبع الأقوى الأضعف) أقول: في قوله وجه القياس بحث، والوجه جواب القياس.

---

(1) تبين أنها لم تثبت ولم تصح. فلا حاجة للجمع.

(2) إلى هنا كلام البيهقي. والحديث غير صحيح كما تَقدَّم.

(3) جيد. أخرجه ابن ماجه ٣٠٩٣ من طريق عبد الرزاق وكذا أحمد ٥/ ٣٠٤ والبيهقي ٥/ ١٩٠ والدارقطني ٢/ ٢٩١ كلهم من حديث أبي قتادة وفيه: خرجت مع رسول الله ﷺ زمن الحديبية. الحديث وإسناده جيد. رجاله كلهم ثقات، وأكد صحة هذه الرواية ابن حجر. وسيأتي كلامه.

(4) حديث أبي قتادة رواه الجماعة وقد تقدم مستوفياً. وأما لفظ: حاجّاً كما وقع في الصحيحين فجوابه ما يأتي.
قال ابن حجر في الفتح ٤/ ٢٩: قوله: خرج حاجاً. قال الاسماعيلي: هذا غلط فإن القصة كانت في عمرة. وأما الخروج إلى الحج فكان في خلق كثير وكلهم على الجادة لا على ساحل البحر ولعل الراوي أراد خرج محرماً فعبَّر عن الإحرام بالحج غلطاً.
قال ابن حجر: لا غلط. بل هو من المجاز السائغ والحج في الأصل قصد البيت فكأنه قال: خرج قاصداً البيت ولهذا يقال للعمرة الحج الأصـ
رأيت أبا عوانة رواه بلفظ: خرج حاجاً أو معتمراً. أخرجه البيهقي فتبين أن الشك من أبي عوانة.
وقد جزم يحيى بن أبي كثير بأن ذلك كان في عمرة الحديبية وهذا هو المعتمد اهـ.

قال ﷺ في حديث فيه طول «ولا ينفر صيدها» (ولا يجزيه الصوم) لأنها غرامة وليست بكفارة، فأشبه ضمان الأموال، وهذا لأنه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الأمن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه، والصوم يصلح جزاء الأفعال لا ضمان المحالّ. وقال زفر: يجزيه الصوم

فشأنكم به، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون[1]» وجه الاستدلال أن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقال (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما فتح الله على رسول الله له مكة قام النبي ﷺ فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال: فإن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنما أحلت لي ساعة من النهار، ثم بقيت حرمتها إلى يوم القيامة، لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل ساقطتها، فقال العباس: إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا، فقال عليه الصلاة والسلام إلا الإذخر[2]» والخلى بالمعجمة مقصورا الحشيش إذا كان رطباً واختلاؤه قطعة (قوله والواجب على المحرم الخ) حاصل ما هنا أن حرمة القتل ثابتة في الصورتين، غير أن سببها في الإحرام وجوب الجري على موجبه، فإنه عبارة عن الدخول في حرمة عبادة الحج أو العمرة بالتزام ما يمنع منه حال التلبس بها كالدخول في حرمة الصلاة، ومنه عدم التعرض للصيد فكان حكمة منعه، والله سبحانه أعلم كونه يهيج النفس إلى حالة تنافي حالة الإحرام التي هي التصوّر بصورة الموت والفاقة فإن فيه ضراوة، وحالة الإحرام ضراعة قد ظهر أثرها أكثر من ظهوره في سائر العبادات، ألا ترى إلى كشف الرأس والتلفف بثياب الموت فإذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجر على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضة فدخله الصوم. وأما في الحرم فسببها إبقاء أمنه الحاصل له شرعاً بسبب الإيواء إلى حمى الله تعالى، فإذا فوّته وجب الجزاء لتفويت ذلك الوصف الكائن في المحل لا لجناية على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخل الصوم فيه كتفويت أمن كائن لمملوك رجل في ماله لاستهلاكه لا يكون بصوم ونحوه بل جبر الأمن الفائت بإثبات أمن للفقير عن بعض الحاجات أنسب لأنه من جنس المجبور، وعلى

وقوله (ولا يجزيه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم، في جواز الصوم في الأول دون الثاني بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله، ولهذا تعدد إذا قتل المحرمان الصيد واحداً، وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الأمن، والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لا بدل المحل. فإن قلت: هذا يناقض ما ذكرت آنفاً أنه يؤدي في ضمن أداء جزاء الإحرام إذا قتل المحرم صيد الحرم لأن بدل المحل لا يؤدّي في ضمن أداء جزاء الإحرام كما إذا قتل صيداً مملوكاً. فالجواب أن ما قلنا من الاستتباع إنما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى، وما ذكرتم ليس كذلك لأن ما وجب فيه بإزاء الفعل لله تعالى وما وجب بإزاء المحل وجب للعبد، ولا يمكن أن يقضي بما لله ما للعبد لأن افتقار العبد مانع بخلاف الأول. وعورض بأنه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون والكافر إذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك. وأجيب بأنه وإن كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى إن حلالاً إن أصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال آخر فعل كل واحد منهما جزاء كامل لما أن

(١) حسن. أخرجه الطحاوي في شرح الآثار ١/ ٣٨٨ باب لحم الصيد الذي يذبحه الحلال. وفيه تغير يسير. رواه من حديث عمير بن سلمة الضمري ورجاله معروفون بالعدالة فهو حسن.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٣٤ و١١٢ و٦٨٨٠ ومسلم ١٣٥٥ وأبو داود ٢٠١٧ و٤٥٠٥ والترمذي ١٤٠٥ و٢٦٦٧ والنسائي ٨/ ٣٨ وابن ماجه ٢٦٢٤ والبيهقي ٨/ ٥٣، ٥٢ وأحمد ٢/ ٢٣٨ وابن حبان ٣٧١٥ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه.

ومن حديث ابن عباس. أخرجه البخاري ١٥٨٧ و١٨٣٤ و٢٧٨٣ و٢٨٢٥ و٣١٧٩ ومسلم ١٣٥٣ وأبو داود ٢٠١٨ والترمذي ١٥٩٠ والنسائي ٥/ ٢٠٣ و٢٠٤ و٧/ ١٤٦ وابن الجارود ٥٠٩ والبيهقي ٥/ ١٩٥ و٩/ ١٦ وأحمد ١/ ٣١٥ ـ ٣١٦ وابن حبان ٣٧٢٠ من عدة طرق كلهم عن منصور عن طاووس عن ابن عباس مرفوعاً مع تغير يسير في بعض ألفاظه.

لا يُعضد شجرها: لا يُقطع.

الإذخر: نبت معروف طيب الريح له أصل مندفن، وقضبانهُ دقاق ينبت في السهل وغيره وأجوده الذي بمكة وأهل مكة يسقفون به البيوت بين الخشب ويسدون به بين اللبنات في القبور اهـ أفاده ابن حجر في الفتح ٤/ ٤٩.

اعتبار بما وجب على المحرم، والفرق قد ذكرناه، وهل يجزيه الهدي؟ ففيه روايتان **(ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن**

وفق هذا وقع في الشرع، إلا أن مستحق هذا الضمان هو الله سبحانه، فتجاذبه أصلان: شبه الغرامات اللازمة لتفويت المحال، وكونه حقاً من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين في الترتيب المذكور فقلنا: لا يدخله الصوم نظراً إلى أنه ضمان محل. ولا ضمان على الصبي لو قتل صيد الحرم. ولو قتل الصيد حلال في يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتفويت كل الأمن الواحد الثابت للصيد، أحدهما بالأخذ، والثاني بالقتل بعد ما كان بعرضية أن يطلقه، وفي مثليهما من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الآخذ. واتفقوا هنا على رجوع الآخذ على القاتل، أما على قول أبي حنيفة فظاهر لأنه في الإحرام يقول يرجع الآخذ على القاتل مع جناية ليس ضمان محل فهنا أولى، وهما منعاً الرجوع هناك وأثبتاه هنا لأنه ضمان محل من وجه، وفي ضمان المحل يرجع على من يقرر الضمان. وإذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار في كل مسئلة من هذه بجهة دون الجهة الأخرى لأنه اللائق فيها فتأمل مستعيناً بالله تعالى ترشد إن شاء الله تعالى. ثم يدخل جزاء صيد الحرم في جزاء صيد الألإحرام، فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للإحرام خاصة. وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكابه حرمة واحدة، وذلك لأن المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع لهذه الحرمة سببين: حلوله في الحرم، ووجود الإحرام، فأيهما وجد استقل بإثارة الحرمة، فإذا وجدا معاً وهو الإحرام في الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة، وثبوت الأمن إنما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فهنا أمر واحد عن حرمة واحدة فوّتت، غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الإحرام جزاء يدخله الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد في الحرم على وجوب جزاء لا يدخله، فإذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعاً بأن كان محرماً في الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر في الجزاء اللازم اعتباره في الوجهين جميعاً فلزم اعتباره على أحدهما فرأينا اعتباره على الوجه الذي اعتبره صاحب الشرع وهو ما إذا كان القتل مع الإحرام هو الوجه لأنه أقوى السببين فقلنا بذلك. وإنما كان أقوى لأن كونه سبباً للضمان منصوص عليه بالنص القطعي، قال تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] بخلاف الكون في الحرم فإن النصوص إنما أفادت سببيته لحرمة التعرض، ولم يصرح بلزوم الجزاء ذاك التصريح فظهر العلماء على أنه تفويت أمن مستحق كالقتل في الإحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه: أعني على وجه لا يدخل فيه الصوم وعليه ترديد نورده في جناية القارن، والله سبحانه أعلم **(قوله وهل يجزيه الهدي؟ فيه روايتان)** في رواية لا فلا يتأدى بالإراقة بل لا بد من التصدق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد لا إذا كان دونه، ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لأنه لا مدخل للإراقة في غرامات الأموال. وفي أخرى يتأدى فتكون الأحكام المذكورة على عكسها، وإنما يشترط كون قيمة الهدي قبل الذبح قيمة المقتول لأن الحق لله تعالى والهدي مال يجعل لله تعالى، وإراقة الدم طريق صالح شرعاً لجعل المال له خالصاً كالتصدق، ألا ترى أن المضحي يجعل الأضحية خالصة له سبحانه بإراقة دمها **(قوله ومن دخل الحرم بصيد)** أي وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله، فإنه لو كان محرماً وجب إرساله بمجرد الإحرام اتفاقاً **(قوله خلافاً للشافعي)** قاسه على الاسترقاق فإن الإسلام يمنعه حقاً لله تعالى ولا يرفعه، حتى إذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الإسلام لا يرتفع، علم من هذا أن حق الشرع لا يظهر في محلول العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضلاً من تعالى لحاجة العبد وغناه: وهذا كذلك، وهذا ما ذكره

كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالأخذ المفوّت والثاني للأمن بالإتلاف حقيقة، فلم يلزم على من ذكرتم نظراً إلى الجزاء **(وهل يجزئه الهدي؟ فيه روايتان)** أحداهما أن الواجب لا يتأدى بإراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط أن تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد، وإن سرق المذبوح عاد الواجب كما كان، والأخرى أنه يتأدى بها إذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد، فإن سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لأن الهدي مال يجعل لله تعالى، وإراقة الدم طريق صالح لذلك شرعاً كالتصدّق، ألا ترى أن المضحي يجعل الأضحية لله خالصة بإراقة دمها فكذلك بالهدي. وقوله **(ومن دخل الحرم بصيد)** قال في النهاية: وهو حلام حتى

يرسله فيه إذا كان في يده) خلافاً للشافعي رحمه الله، فإنه يقول: حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد. ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرّض لحرمة الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما روينا **(فإن باعه ردّ البيع فيه إن كان قائماً)** لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرّض للصيد وذلك حرام **(وإن كان فائتاً فعليه الجزاء)** لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه **(وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال)** لما قلنا **(ومن أحرم وفي بيته**

المصنف. وحاصله تقرير الجامع وترك المقيس عليه، وتلخيصه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وإن كان يمنعه في هذه الحالة إذا لم يكن تحقق كالاسترقاق، ولك في اعتبار القياس أن تجعله ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد المملوك على المرقوق **(قوله ولنا الخ)** حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس. تقريره هذا صيد الحرم وما كان كذلك لا يحل التعرّض له بالنص فهذا لا يحل التعرض له بالنص. أما الأولى فلأنه ليس يراد بصيد الحرم إلا ما كان حالاً فيه. وأما الثانية فلإطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله في الرق بل ثبت شرعاً بقاؤه بعد الإسلام بل عدّاه إلى أولاد الإماء من أزواجهن وإن لم يتصف الزوج بالكفر قط، ويمكن كون سرّ هذا الفرق التغليظ على من أمر فخالف لأن الرق حكم هذه المخالفة، بخلاف من لم يخالف وهو الصيد **(قوله فإن باعه)** يعني بعد ما أدخله الحرم **(رد البيع فيه إن كان قائماً)** ووجبت قيمته إن كان هالكاً سواء باعه في الحرم أو بعد ما إخرجه إلى الحل لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه بعد ذلك، ولو تبايع الحلالان وهما في الحرم الصيد وهو في الحل جاز عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد لأنه ليس بتعرض يتصل به بساحل حكماً، وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد، بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسي **(قوله ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه)** قيد المسألة به، لأنه لو كان في يده حقيقة وجب الإرسال اتفاقاً، ولو هلك وهو في يده وجب الجزاء وإن كان مالكاً له للجناية على الإحرام بعدم تركه، فلذا اختلفوا فيما إذا كان القفص في يده هل يجب عليه تركه وإن كان على وجه لا يضيع أولاً بناء على كون الصيد في يده بكون القفص فيها ولهذا يصير غاصباً له بغصب القفص أو ليس فيها بل يكون القفص فيها، ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه **(قوله وبذلك جرت العادة الفاشية)** من لدن الصحابة إلى الآن، وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفي بيوتهم حمام في أبراج وعندهم دواجن والطيور لا يطلقونها **(وهي إحدى الحجج)** فدلت على أن استبقاءها في الملك محفوظة بغير اليد ليس هو التعرض الممتنع **(قوله ولا معتبر ببقاء الملك)** أي لا يعتبر بقاء الملك جناية على الصيد وإلا لم يكن الواجب عليه الإرسال لأنه لا يفيد إخراجه عن ملكه بل كان الواجب عليه تمليكه والعادة الفاشية تنفيه **(قوله وله أنه ملك الصيد بالأخذ حلالاً ملكاً محترماً)** حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فأرسله ثم وجده بعد الإحلال في يد شخص كان له أن يأخذه منه لأنه ما أرسله عن اختيار، كذا علل التمرتاشي، فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير إحرام يكون إباحة، أما لو كان صاده في إحرامه ثم أرسله ثم حل فوجده في يد رجل فليس له أن يأخذه منه لأنه

يظهر خلاف الشافعي رحمه الله، فإن في المحرم لا يتوقف وجوب الإرسال على دخول الحرم فإنه يجب عليه الإرسال بمجرد الإحرام بالاتفاق. قال الشافعي رحمه الله الصيد الذي في يده مملوكه، وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته **(ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرّض لحرمة الحرم)** وبين الملازمة بقوله **(إذ صار)** يعني الصيد **(من صيد الحرم)** بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الأمن **(لما روينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث طويل «ولا ينفر صيدها» وقوله **(فإن باعه)** ظاهر. وقوله **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرّض للصيد.

(قال المصنف: خلافاً للشافعي فإنه يقول حق الشرع الخ) أقول: ولا ينتقض ما ذكره الشافعي بالمحرم، فإن عليه أن يرسل الصيد عنده كما يجيء بعد سطرين، لأن ذلك لالتزامه بإحرامه أن لا يتعرض للصيد لا لحق الشرع بمجرده فتأمل **(قال المصنف: إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن)** أقول: إذ لدوام الأمور المستمرة حكم الابتداء، كذا قيل وفيه بحث **(قوله وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز الخ)** أقول: وهو أيضاً إشارة إلى قوله لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن، فإن قوله وكذلك إشارة إلى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه.

أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعي رحمه الله: يجب عليه أن يرسله لأنه متعرّض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان في يده ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن، ولم ينقل عنهم إرسالهم وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج. ولأن الواجب ترك التعرّض وهو ليس بمتعرّض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه في ملكه، ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك، وقيل: إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع. قال **(فإن أصاب حلال صيداً ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة)** رحمه الله **(وقالا لا يضمن)** لأن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل، وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكاً محترماً فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه، بخلاف ما إذا

ما ملكه بالأخذ في الإحرام، والله أعلم **(قوله والواجب عليه ترك التعرض)** جواب عن قولهما المرسل آمر بمعروف. فأجاب بأن الواجب الذي يجب الأمر به ترك التعرض وذلك يحصل بتفويت يده الحقيقية لا مطلق يده، فإن ادعيا الثاني منعناه، أو الأول سلمناه، وذلك يحصل بإرساله ولو في قفص **(قوله ولنا أنّ الأخذ إنما يصير سبباً للضمان إذا اتصل به القتل)** والمتوجه قبل قتله خطاب إرساله وتخليته **(فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه)** وإن لم يفوّت بهذا القتل يداً محترمة ولا ملكاً فإن المتعلق بهما ضمان يجب لذي اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده، وهنا الواجب عليه ليس إلا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فإنه منوط بتفويته يداً معتبرة، كما في غصب المدبر، إذا قتله إنسان في يد غاصبه فأدى الغاصب قيمته، وهنا قد تحقق ذلك فإنه فوّت يداً معتبرة في حق التمكين بها من إسقاط ما عليه من الإرسال ودفع وجوب الجزاء فهو مورّطه في ذلك. وإذا وجب الرجوع بنصف المهر[1] على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا فالرجوع هنا أولى لأن الشهود قرروا ما كان متوهم السقوط بعد تحقق الوجوب بسبب مباشرة الزوج باختياره. والقاتل هنا هو الذي حقق سبب الوجوب على وجه لا يتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الأخذ سبب لوجوب الإرسال، وإنما يكون سبباً للجزاء إذا اتصل به القتل، وإنما قال: فيكون في معنى مباشرة علة العلة لأن الأخذ ليس علة العلة، فإن العلة القتل والأخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سبباً، بل القتل مستقل بسببية إيجاب الجزاء، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فالأخذ قد يكون شرطاً حسيا للقتل وقد لا يكون، إلا أن مباشرة الشرط في الإتلاف سبب للضمان، كحفر البئر فإنه شرط

وقوله **(ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله)** يشير إلى أنه لو كان في يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله **(كما إذا كان في يده)** وقوله **(ولنا أن الصحابة)** ظاهر. وقوله **(وبذلك جرت العادة الفاشية)** فإن الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم إرسالها. وقوله **(ولأنّ الواجب ترك التعرّض)** دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي، ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل إذا لم يكن بيده **(لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به)** والتعرض بالإمساك في الملك ليس بمناف، لأنه لو أرسله في المفازة فهو على ملكه، فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك وإلا لزم الجزاء أرسل أو لم يرسل **(وقيل إذا كان القفص في يده وجب عليه إرساله)** لأنه متعرض له بمسكه **(لكن على وجه لا يضيع)** بأن يخليه في بيته لأن إضاعة المال منهى عنها. وقوله **(فإن أصاب حلال صيدا)** ظاهر. وقوله **(ملك الصيد بالأخذ ملكاً محترماً)** احتراز عما أخذه المحرم فإنه لا يملك الصيد، والملك المحترم لا يبطل بالإحرام، وإنما قلنا إنه ملكه ملكاً محترماً بدليل أن الحلال إذا أخذ الصيد ثم أحرم فأرسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له الأخذ منه، بخلاف ما إذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من

(قال المصنف: وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع) أقول: ومنه يعلم أن ما يفعله الناس من اشتراء الطيور من الصيادين ثم إطلاقها منهى عنه لأنها ملكه، وتضييع الملك منهي.

---

(١) صورة المسألة: أن تأتي المرأة مثلاً بشهود يشهدون أن زوجها طلقها فعلى هذا يلزم الزوج نصف المهر، وذلك قبل الدخول. فدفع المبلغ لها بإلزام الحاكم ثم بعد ذلك رجع الشهود عن تلك الشهادة فيرجع الزوج بنصف المهر على الشهود.

أخذه في حالة الإحرام لأنه لم يملكه، والواجب عليه ترك التعرّض ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته، **فإذا قطع يده عنه كان متعدياً**، ونظيره الاختلاف في كسر المعازف (**وإن أصاب محرم صيداً فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق**) لأنه لم يملكه بالأخذ، فإن الصيد لم يبق محلاً للتملك في حق المحرم لقوله تعالى ﴿**وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً**﴾ فصار كما إذ اشترى الخمر (**فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه**) لأن الآخذ متعرّض للصيد الآمن، والقاتل مقرر لذلك، والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا (**ويرجع الآخذ على القاتل**) وقال زفر: لا يرجع لأن الآخذ مؤاخذ بصنعة فلا يرجع على غيره. ولنا أن الأخذ إنما يصير سبباً للضمان

للوقوع والعلة ثقل الواقع، وبهذا التقرير يسقط سؤالان: كيف يرجع ولم يفوّت يداً محترمة ولا ملكاً. وأيضاً أنّ الشيء إذا خرج عن محلية الملك لا يضمن مستهلكه وإن جنى من كان في يده. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين المسلم إذا غصب خمر الذمي فاستهلكه مسلم آخر في يده يضمن الآخذ للذمي ولا يرجع على المستهلك، فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقوّمها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك. هذا وقد أورد في النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو إنما يرجع بضمان يحبسه به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه. وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الابن أباه فإنه لا يحبسه. وللأب أن يحبس من قتله في يده، ولا فرق بين ضمان يفتي به وضمان يقضي به، فإن زكاة السائمة تدخل تحت القضاء، بخلاف زكاة سائر الأموال فحق الله تعالى إذا كان له طالب معين يكون له المطالبة، وإذا لم يكن لا تتعين المطالبة، وهذا قد يوهم أن له الرجوع وإن كفر بغير المال، وقد صرح في المنتقى بأنه إنما يرجع إذا كفر بالمال. ونقل عن أبي عبد الله الجرجاني أنه قال: ولا فرق بين كون القاتل صبياً أو نصرانياً أو مجوسياً في ثبوت الرجوع عليه. وأصل المسائل كلها أن تفويت الأمن على الصيد يوجب الجزاء، والأمن يكون بثلاثة أشياء: بإحرام الصائد أو دخوله في أرض الحرم، أو دخول الصيد فيه. وأنه إذا تحقق التفويت لا يبرأ بالشك فلذا قلنا: يجب الجزاء في إرسال الحلال الصيد في أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم، وبإرسال المحرم إياه في جوف البلد، لأنه لم يصر بهذا الإرسال ممتنعاً ظاهراً، ولذا لو أخذه إنسان حلال كره أكله اهـ (**قوله فعليه قيمته**) جعله جواب المسألة ليفيد أنه لا يدخله الصوم. وحاصل وجوه المسألة أن النابت في الحرم إما إذخر وغيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحداً منها فلا شيء في الأول. وأما الثاني وهو ما ليس واحداً منها إما أن يكون أنبته الناس أولاً، فالأول لا شيء فيه أيضاً سواء كان من جنس ما يستنبت عادة أولاً، والثاني وهو ما لا ينبته الناس بل نبت بنفسه، إما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولاً، فلا شيء في الأول، والثاني هو الذي فيه الجزاء، فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ولا منكسراً ولا جافاً ولا إذخرا، ولا بد في إخراج ما خرج عن

إحرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه، وإذا كان ملكاً محترماً وقد أتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فإن قيل: سلمنا أنه ملكه ملكاً محترماً ولكن وجب إخراجه من الملك تركاً للتعرض الواجب الترك. أجاب بقوله (**والواجب عليه ترك التعرض**) لا الإخراج عن ملكه (**ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع عنه يده**) بالإرسال (**كان متعدياً**) فيضمن (**ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعارف**) فإنه لا ضمان فيه عندهما لأنه آمر بالمعروف ناه عن المنكر. وعند أبي حنيفة يجب الضمان لغير لهو. وقوله (**وإن أصاب محرم صيداً**) ظاهر. وقوله (**فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لأن الآخذ متعرض للصيد الآمن**) والتعرض له من محظورات الإحرام الموجبة للجزاء (**والقاتل مقرّر لذلك**) لأنه كان بعد الأخذ متمكناً من الإرسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (**والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا**) فإنهم يضمنون بما قرورا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف (**ثم يرجع الآخذ على القاتل**) بما ضمن من الجزاء (**وقال زفر: لا يرجع**) لأن الآخذ إنما أخذ بصنعه، ومن أخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم، كمسلم غصب خنزير ذمي فأتلفه في يده آخر فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء (**ولنا أن الأخذ إنما يصير سبباً للضمان عند اتصال الهلاك به فهو**) أي القاتل (**بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون**) قتله (**في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان إليه**) كغاصب الغاصب إذا أتلف المغصوب

عند اتصال الهلاك به، فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه (فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته إلا فيما جفّ منه) لأن حرمتهما ثبتت بسبب

حكم الجزاء من دليل، فأشار المصنف إلى أن الإذخر خرج بالنص وما أنبتوه بقسميه بالإجماع، وأما الجاف والمنكسر ففي معناه، فاعلم أن الألفاظ التي وردت في هذا الباب الشجر والشوك والخلى، فالخلى والشجر قدمناهما في حديث أبي هريرة، والشوك في الصحيحين أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم الفتح «إن هذا البلد حرّمه الله، إلى أن قال: لا يعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرّفها ولا يختلى خلاها[1]» الحديث، فالخلى هو الرطب من الكلإ، وكذا الشجر اسم للقائم الذي بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب، والشوك لا يعارضه لأنه أعم يقال على الرطب والجاف فليحمل على أحد نوعيه دفعاً للمعارضة. وأما الذي نبت من غير أن ينبته الناس وهو من جنس ما ينبتونه فلا أدري ما المخرج له، غير أن المصنف علل إخراج أهل الإجماع ما ينبته الناس بأن إنباتهم يقطع كمال النسبة إلى الحرم، فإن صح أن يقال: إن كونه من جنس ما ينبتونه يمنع كمال النسبة إليه ألحق بما ينبتونه، وإلا فيحتاج إلى وجه آخر والله أعلم. هذا وكل ما جاز الانتفاع به في الحرم جاز إخراجه، ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها إلا أن يبالغ في ذلك فيحفر كثيراً يضر بالأرض أو الدور فيمنع (قوله والفرق ما نذكره) أي الفرق بين نبات الحرم إذا أدى قيمته حيث يصح بيعه، ويكره لأنه ملكه بسبب محظور وبين الصيد حيث لا يصح بيعه وإن أدى ضمانه ما سيذكره من قوله لأن بيعه حيا تعرّض للصيد إلى آخر ما يجيء (وقوله فعلى قاطعه قيمتان) هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سوائب عنده على ما سيأتي إن شاء الله تعالى (قوله ولنا ما روينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «لا يختلى خلاها»[2] أي لا يقطع، خلاه واختلاه قطعه ولا يعضد شوكها والعضد: قطع الشجر من حد ضرب فقد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمناجل أو المشافر فلا يحل الرعي والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل، ومشفر كل شيء حرفه، ومن ذلك شفرة السيف حده، وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه، ومشفر البعير شفته (قوله وبخلاف الكمأة) لأنها ليست من جنس النبات لأنه اسم لما يظهر على وجه الأرض، والكمأة تخلق في باطنها لا

وضمنه الغاصب، فإن حاصل الضمان يستقر عليه. واعترض بأن الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون وإلزام أكثر مما لزمه، فإن ما لزمه كفارة يفتي بها ويجزئه الصوم فيه، وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز. وأجيب عن الأول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون في مقابلة إزالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لأن الآخذ كان متمكناً بيده من الإرسال وإسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوّتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر إذا أتلفه إنسان في يده فأدى الغاصب قيمته فإنه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وإن كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك. وعن الثاني بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع، كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر، ثم الابن ضمن الأب رجع الأب على الغاصب ويحبسه وإن كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه. والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لأن خروجه عن محلية التملك لإهانته، بخلاف الصيد لأن ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم بإحرامه كحرمة الآدمي فتثبت له يد محترمة فيه وإن لم يثبت له ملك. قال (فإن قطع حشيش الحرم) اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين: شجر أنبته الإنسان، وشجر ينبت بنفسه، وكل واحد منهما على نوعين لأنه إما أن يكون من جنس ما ينبته الناس أو لا

(قال المصنف: فإن قطع حشيش الحرم أو شجره وليس بمملوك ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته، إلا فيما جف منه لأن حرمتهما ثبتت بسبب الحرم، قال عليه الصلاة والسلام «لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها») أقول: قوله ﷺ «لا يختلي» أي لا يقطع، يقال خلاء وأختلاه قطعه، ثم بقي ههنا بحث لأن الخلى اسم للنبات الرطب والحشيش اسمه إذا يبس. في الصحاح: ولا يقال له رطباً حشيش، وجوابه أنه مجاز على طريقة أعصر خمراً بقرينة وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه.

---

(١) تقدم مستوفياً رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

(٢) تقدم أيضاً مستوفياً رواه الجماعة.

الحرم، قال عليه الصلاة والسلام «لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها» ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدّق بقيمته على الفقراء، وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد. ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محظور شرعاً، فلو أطلق له في بيعه لتطرّق الناس إلى مثله، إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة، بخلاف الصيد، والفرق ما نذكره. والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع، ولأن المحرّم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات. وما لا ينبت عادة إذا أنبته إنسان التحق بما ينبت عادة. ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان: قيمة لحرمة الحرم حقاً للشرع، وقيمة أخرى ضماناً لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جفّ من شجر الحرم لا ضمان فيه لأنه ليس بنام **(ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الإذخر)** وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بالرعي لأن فيه ضرورة،

يظهر منها شي. وأيضاً لا تنمو ولو قدر كونها نباتاً كانت من الجاف **(قوله وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دماً فعليه دمان: دم لحجته، ودم لعمرته. وقال الشافعي: دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين)** فالجناية عليهما مجتمعين كالجناية عليهما منفردين. وأورد فلم لم يتداخلا كحرمة الإحرام والحرم فيما إذا قتل المحرم صيد الحرم إذ كان عليه جزاء واحد؟ أجيب بأن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم لأنها توجب حرمات كثيرة غير الصيد، بخلاف حرمة الحرم فاستتبعت أقوى الحرمتين الأخرى لأن الأصل إذا اجتمع موجبان لحكم واحد إضافة الحكم إلى أقواهما وجعل الآخر تبعاً له كالعدم، وهذا كالحافر مع الدافع والحازّ للرقبة مع الجارح، وإحرام الحج مساو لإحرام العمرة، فإن جميع ما يحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل كل كأن ليس معه غيره،

يكون. والأول بنوعيه لا يوجب الجزاء، والأول من الثاني كذلك، وإنما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس، ويستوي فيه أن يكون مملوكاً لإنسان بأن ينبت في ملكه أو لم يكن، حتى قالوا في رجل نبتت في ملكه أم غيلان فقطعها إنسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع، فقوله فإن قطع حشيش الحرم إلى أن قال فعليه قيمته إشارة إلى هذا النوع الأخير لأنه أضافه إلى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس. وقوله **(لا يختلي خلاها)** أي لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها. وقوله **(لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام)** لأن المحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم. وقوله **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنها غرامة وليست بكفارة. وقوله **(بخلاف الصيد)** يعني أنه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم أو بيع صيد الحرم أصلاً **(والفرق ما نذكره)** يريد قوله لأن بيعه حياً تعرّض للصيد الآمن. وقوله **(والذي ينبته الناس عادة)** متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس. وقوله **(وما لا ينبت عادة إذا أنبته إنسان)** معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة: يعني ما لا ينبته الناس عادة إذا أنبته إنسان التحق بما ينبته الناس فكان غير مستحق الأمن إلحاقاً بمحل الإجماع بجامع انقطاع كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإنبات. وقوله **(ولو نبت بنفسه)** يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه **(في ملك رجل)** قد ظهر مما ذكرناه آنفاً. واعترض عليه بوجهين: أحدهما أن النبات يملك بالأخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك، والثاني أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصوّر قوله وقيمة أخرى ضماناً لمالكه. وأجيب عن الأول بأن قوله ﷺ «الناس شركاء

(قال المصنف: وقيمة أخرى ضماناً لمالكه) أقول: قال ابن الهمام هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سوائب عنده اهـ يعني على ظاهر الرواية عنه، وأما على رواية الحسن فقوله كقولهما وعليه الفتوى كما نصوا عليه **(قوله ولنا ما روينا، إلى قوله: وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه)** أقول: فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون القطع بالمشافر في معنى القطع بالمناجل حتى يلحق به. ثم أقول: بقي في قوله ولنا ما روينا الخ بحث، إذ الأولى أن يقال: ولهما لأن المخالف منا **(قوله يعني سلمنا أن النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة الخ)** أقول: حق هذا المنع هو التقديم، وتقريره على الترتيب الطبيعي أن يقال: لا نسلم الضرورة لأن حمل الحشيش من الحل ممكن، ولو سلم فاعتبارها فيما لا نص فيه، ثم أقول: أي حاجة إلى إثبات الضرورة إذا لم يتناول النص الرعي.

(قوله وقد ذكرنا أن لا ضرورة في الرعي) أقول: وكذلك في الإذخر إذ يجوز إتيانه من الحل **(قال المصنف: إلا أن يتجاوز الميقات بغير إحرام)**.

فإن منع الدواب عنه متعذر. ولنا ما روينا، **والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة، بخلاف الإذخر** لأنه استثناه رسول الله ﷺ فيجوز قطعه ورعيه، وبخلاف الكمأة لأنها ليست من جملة النبات **(وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دماً فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته)** وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده، وعندنا بإحرامين وقد مرّ من قبل. قال **(إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد)** خلافاً لزفر رحمه الله لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزاء واحد **(وإذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل)** لأن كل واحد منهما

كما لو جرح اثنان آخر فمات. ويرد عليه ما ذكره المصنف في دفع إيجاب الشافعي البدنة على من جامع في العمرة بعد ما طاف أربعة أشواط قياساً على وجوبها إذا جامع في الحج بعد الوقوف بعرفة من أنها سنة ومنع افتراضها فيجب عليه شاة إظهاراً للتفاوت فأظهر التفاوت في الأجزية للتفاوت في المجنى عليه، فلو اتحد رتبة إحرامي الحج والعمرة لم يصح ما ذكره، وإذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وإن لم يبلغ إلى درجة عدم الإيجاب، ألا ترى أن حرمة الحرم موجبة بانفرادها ما يوجبه الإحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع، وعند هذا نورد ما كنا وعدنا، وهو أن قتل الصيد محرم واقع جناية على الإحرام فموجب الجزاء إن كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لا يتعدد لأنه لا تعدد في الحرمة بل التعدد في السبب على ما حققناه في مسألة قتل المحرم صيد الحرم، وإن كان الجناية على الإحرام والإحرام متعدد فيتعدد الجزاء وجب التعدد في قتل المحرم صيد الحرم لتعدد الجناية بتعدد المجني عليه وهو الإحرام والحرم، إذ لا شك أن منع قتل الصيد فيه لإثبات الله تعالى له حرمة وجعله حماه والقتل فيه جناية على حرم الله، وكون إحدى الحرمتين فوق الأخرى لم يعرف في الشرع سبباً لإهدار الحرمة وجعلها تبعاً، بل الأصل أن كل حرمة تستتبع موجبها سواء ساوت غيرها أو لا، ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات تتفاوت بالآكدية وقوّة الثبوت ولم يسقط اعتبار شيء منها خصوصاً وهذه الكفارة ظهر من الشارع الاحتياط في إثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار في قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط في إسقاطها إلا لموجب لا مردّ له كثبوت الحاجة إلى تكرير السبب كثيراً كما قلنا في تكرير آية سجدة التلاوة، وليس ذلك بلازم إذ لا حاجة متحققة في تكثير القتل مع الإحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الحرج فيدفع بالتداخل لطفاً ورحمة فيلزم التداخل. والجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لإدخال النقص في العبادة لا لكونه جناية. والقارن بالجناية على الإحرامين مدخل للنقص في عبادتين، بخلاف قتل المحرم صيد الحرم، وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجناية قبل الوقوف في الجماع وغيره، أما بعد الوقوف ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد وتقدم ما فيه **(قوله لأن المستحق عليه الخ)** هذا وجه المذهب واقتصر عليه، ولم يذكر وجه قول زفر لضعف كلامه في هذه

في ثلاث: الماء والكلإ، والنار» محمول على خارج الحرم، وأما حكم الحرم فبخلافه لأن حرام التعرض بالنص كصيده. وعن الثاني بأنه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. وقوله **(وما جفّ من شجر الحرم)** بيان الاستثناء في مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر. وقوله **(لا بأس بالرعي لأن فيه ضرورة)** يعني أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة **(ولنا ما روينا)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «لا يختلي خلاها» وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه. فإن قيل: النص في القطع لا في الرعي. أجاب بقوله **(والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل)** شفرة كل شيء حرفه، ومشفر البعير شفته، والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع. وقوله **(وحمل الحشيش)** يعني سلمنا أن النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لأن حمل الحشيش **(من الحل ممكن فلا ضرورة)** فإن قيل: ما بال الإذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه؟ أجاب بقوله **(بخلاف الإذخر)** لأن رسول الله ﷺ استثناه فيجوز رعيه. وروي «أن العباس رضي الله عنه لما قال رسول الله ﷺ لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها قال: إلا الإذخر يا رسول الله فإنه لقبورهم وبيوتهم، فقال عليه الصلاة والسلام: إلا الإذخر» وتأويله أنه عليه الصلاة والسلام كان من قصده أن يستثنى إلا أن العباس سبقه

بالشركة يصير جانياً جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية **(وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد)** لأن الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل، كرجلين قتلا رجلاً خطأً تجب عليهما دية واحدة، وعلى كل واحد منهما كفارة **(وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل)** لأن بيعه حياً تعرض

المسألة، وأما الصورة التي يجب بسببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهي فيما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يدخل إلى الحل محرماً فليس كلاهما للمجاوزة بل الأول لها والثاني لترك ميقات العمرة، فإنه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم في العمرة الحل **(قوله وإذا اشترك محرمان الخ)** وجهها ظاهر من الكتاب، وكذا الفرق بين اشتراك المحرمين في قتل الصيد والحلالين في صيد الحرم فارجع إليه، ولو اشترك محرمون ومحلون في قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم، ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك جزاء كامل، وإن كان معهم من لا يجب عليه كصبي وكافر يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل. واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم إن كان بضربة فلا شك في لزوم كل نصف الجزاء، أما إذا كان كل منهما ضربه ضربة فإنه يجب على كل منهما ما نقصته ضربته، ثم يجب على كل نصف قيمته مضروباً بضربتين لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفاً بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء، وعند الاختلاف الجزاء الذي تلف بضربة كل هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فعليهما ضمانه، كذا في المبسوط **(قوله فالبيع باطل)** لا شك في حقيقة البطلان إن باعه بعد الذبح لأنه ميتة، وأما إذا كان حياً فلا شك فيه إذا كان هو المشتري لأنه محرّم العين في حقه لقوله تعالى ﴿وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً﴾ [المائدة: ٩٦] أضاف التحريم إلى العين فيكون ساقط التقوّم في حقه كالخمر، وهذا هو النهي الذي أراد المصنف بقوله لأنه منهى التعرض[1] وإطلاق اسم النهي

بذلك. أو كان أوحى الله إليه أن يرخص فيما يستثنيه العباس. فإن قيل: على هذا التقرير كان قوله لا يختلي خلاها عاماً مخصوصاً بمقارن فليخص الرعي بالقياس عليه. قلت: الاستثناء ليس بتخصيص، ولئن سلمناه كان الإذخر مخصوصاً بالضرورة، وقد ذكرنا أن لا ضرورة في الرعي. وقوله **(وبخلاف الكمأة)** معطوف على قوله بخلاف الإذخر: يعني أنها ليست بداخلة في المحرمات لأنها ليست من جملة نبات الأرض بل هي مودعة فيها. قال **(وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دماً فعليه دمان)** كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان **(دم لحجته ودم لعمرته. وقال الشافعي رحمه الله: دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم بإحرام واحد وعندنا بإحرامين وقد مر ذلك من قبل)** فإن قيل: إحرام الحج أقوى لكونه فرضاً دون **العمرة**، وإذا اجتمع أمران في إيجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فإن الحكم يضاف إليه ويجعل الأضعف كالمعدوم، كما ذكرتم في المحرم إذا قتل صيد الحرم فإنه لا يجب عليه إلا جزاء واحد لأن حرمة الإحرام أقوى. فالجواب أن ذلك الأصل صحيح ولكن ليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة فإن إحرام العمرة على انفراده يحرّم على المحرم بها جميع ما يحرّم إحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع أحدهما الآخر فإن قيل: فعلى هذا يجب أن يختص وجوب الدمين على القارن بما إذا كان قبل الوقوف بعرفة. فأما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان، وفي سائر المحظورات دم واحد لما أن إحرام العمرة إنما بقي في حق التحلل لا غير. قلت بعد ذلك: وإن كان شيخ الإسلام ذكر مثل ما ذكرت. ووجه البعد أن إحرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق إلا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء. وقوله **(إلا أن يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان)** وقوله **(خلافاً لزفر)** يعني أنه يقول عليه دمان لكل إحرام دم كما في سائر المحظورات ولنا **(أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد)** ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزاً ولا شيء عليه مع أنه قارن أيضاً **(وبتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزاء واحد. وإذا اشترك محرمان في قتل صيد)** واحد **(فعلى كل واحد منهما جزاء كامل)** وقال الشافعي

أقول: استثناء منقطع، لأن ذلك ليس مما ذكره بل يذكره **(قال المصنف: وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد)**.
أقول: **فإن قيل**: ما الفرق بين هذه المسئلة وما إذا أخرج جماعة من المحرمين صيداً واحداً من الحرم فإنه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل.

---

(١) ذكر صاحب الهداية قبل ثمانية ورقات لفظ: ولأن المحرم ممنوع عن التعرض اهـ أي للصيد وهذا ما أراده ابن الهمام.

للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة (**ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاد فماتت هي وأولادها فعليه جزاؤهن**) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحقاً للأمن شرعاً ولهذا وجب ردّه إلى مأمنه، وهذه صفة شرعية فتسري إلى

على التحريم إطلاق اسم السبب على المسبب، وأنت علمت أن إضافة التحريم إلى العين تفيد منع سائر الانتفاعات والكل مندرج في مطلق التعرض. وحاصله إخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون تعليق تصرف ما بها عبثاً فيكون قبيحاً لعينه فيبطل، وما ذكر من أنه إذا هلك بعد البيع في يد المشتري فعليهما جزاءان لأنهما جنيا عليه صحيح إذا كان المتبايعان محرمين، فإن كان البائع حلالا خص المشتري وقوله ويضمن[(١)(٢)] أيضاً المشتري للبائع لفساد البيع، قال: وعلى هذا إذا وهب محرم صيداً من محرم فهلك عنده يجب عليه جزاءان ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقاً لله تعالى محله ما إذا كان البائع والواهب حلالين. أما البيع فظاهر كذمي باع خمراً من مسلم فهلكت عنده يضمنها له، فإن قامت بينه على أنه أخذ هذا الصيد محرماً فباعه يجب أن لا يضمن له لأنه لم يملكه بهذا الأخذ فلا يجب الضمان، بخلاف ما إذا أخذه حلالا ثم أحرم فباعه. وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكاً بالطريق الذي ذكرنا فيه نظر. ولو تبايعا صيداً في الحل ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيباً رجع بالنقصان وليس له الرد، وقد قدمنا أنه إذا أصاب المحرم صيوداً كثيرة على قصد التحلل والرفض للإحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الإحرام وإن أخطأ، وإن لم يكن على وجه التحلل ورفض الإحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الإحرام (**قوله ومن أخرج ظبية من الحرم**) وهو حلال أو محرم (**قوله وهذه**) أي كونها مستحقة الأمن

رحمه الله: عليهما جزاء واحد لأن من أصله أن الاعتبار للمحل، وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء، والمحل ههنا واحد فلا يلزمه إلا جزاء واحد، وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد، ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جانياً جناية تفوق الدلالة أما أنه يصير جانياً فلأن الفعل الذي لا يقبل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل، وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها، وإذا كان كل واحد منهما جانياً تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعدّدها يوجب تعدّد الجزاء لا محالة. وقوله (**وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم**) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (**وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل**) قال المصنف (**لأن بيعه حياً تعرّض للصيد الآمن**) والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف إلى غير محله باطل (**وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة**) وبيع الميتة باطل لعدم المحل. وقوله (**ومن أخرج ظبية من الحرم**) حلالا كان أو محرما (**فولدت أولاداً فماتت هي وأولادها فعليه جزاؤهن لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحقاً للأمن شرعاً**) يعني أن الصيد بعد الإخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاقه للأمن شرعاً، وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك

قلنا: إن ذلك جناية على الإحرام كما مر (**قال المصنف: ومن أخرج ظبية من الحرم**) أقول: وفي كتاب الغصب تفصيل متعلق بهذه المسئلة. (**قوله وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري إلى الأولاد**) أقول: قوله صفته تلك مبتدأ، وقوله تسري إلى الأولاد خبره، والضمير في قوله صفته راجع إلى «ما» في قوله وكل ما (**قوله ونوقض بولد المغصوبة فإنها الخ**) أقول: الضمير في قوله فإنها راجع إلى المغصوبة.

(**قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها**) أقول: لا نسلم ذلك فإن ولدها واجب الرد أيضاً، ولهذا لو منع بعد طلب المالك ضمن، وكذا إذا تعدى فيه، والتفصيل في كتاب الغصب (**قوله فإن زوائد الغصب غير مضمونة**) أقول: لا يدل على عدم السراية (**قوله لأنها ليست بصفة شرعية**) أقول: أنت خبير بأنه إنما يمنع سريان المغصوبية لا سريان وجوب الرد، ولا يمكن أن يقال: خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستنداً لجواز أن يمنع منه مانع فيئول ما ذكرتم إلى الكلام على السند لما لا يخفى على المتأمل (**قوله ولأن تصورها لا يتحقق الخ**) أقول: عدم تصور المغصوبية لا يستلزم عدم تصور وجوب الرد إلى المالك وفيه الكلام، ثم اعلم أن قوله ولأن تصورها معطوف على قوله لأنها ليست بصفة شرعية.

---

(١) (**قول صاحب الفتح وقوله ويضمن**) لم يتضح من كلامه مرجع الضمير، وكذا في قوله قال، ولعل في العبارة سقطاً فليحرر اهـ من خط العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه.

(٢) تقدم في ص ٦٤ كلام بنحو هذا الكلام ارجع إليه وفي العبارة غموض ههنا.

الولد، (فإن أدى جزاءها ثم ولدت عليه جزاء الولد) لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لأن وصول الخلف كوصول الأصل، والله أعلم.

بالرد إلى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هي هدية إليك، ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه لأنه هنا مما لا يصح حذفه وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى لأنه ضمير الظبية، ولا يصح الظبية صفة شرعية، بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم، والحاصل أن صفة استحقاق الأمن صفة شرعية كالرق والحرية فتسري إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمراً، وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمساك تعرضاً له ممنوعاً، فإذا اتصل الموت به ثبت الضمان، بخلاف ولد المغصوب لأن سبب الضمان الغصب وهو إزالة اليد ولم توجد في حق الولد، حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضاً. قالوا: وهذا إذا لم يؤدّ ضمان الأم قبل الولادة، فإن كان فعل لا يضمن الولد لأن الولد حينئذ لا يسري إليه استحقاق الأمن بالرد إلى المأمن لانتفاء هذه الصفة عن الأم قبل وجوده، حتى لو ذبح الأم والأولاد حل لأنه صيد الحل، ولكنه يكره ذكره في الغاية، وكل زيادة في هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور، والذي يقتضيه النظر أن التكفير: أعني أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة أمنها بالرد إلى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها، بل حرمة التعرض لها قائمة وإن كان حال العجز عنه بأن هربت في الحل عند ما أخرجها إليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا متن، وله أن يصطادها، وهذا لأن المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجهاً ما كان قادراً لأن سقوط الأمن إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد، فإذا عجز توجه خطاب الجزاء، وقد صرح هو بأن الأخذ ليس سبباً للضمان بل القتل بالنص، فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا نفلاً، فإذا ماتت بعد هذا الجزاء لزمه الجزاء لأنه الآن تعلق به خطاب الجزاء، هذا الذي أدين به، وأقول: يكره اصطيادها إذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة إلا إذا اصطادها ليردها إلى الحرم.

(فروع) غصب حلال صيدَ حلالٍ ثم أحرم الغاصب والصيد في يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه، فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى برأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء. وهذا لغز يقال غاصب يجب عليه عدم الردّ بل إذا فعل يجب به الضمان، فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعلى كل واحد منهما الجزاء إلا إن عطب قبل وصوله إلى يده. ولو كان المغصوب منه اصطاده وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الغاصب له على قول أبي حنيفة خلافاً لهما، ويلزم الجزاء برمي الحلال من الحرم صيداً في الحل كما يلزم في عكسه لقوله تعالى ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة: ٩٥] يقال: أحرم إذا دخل في أرض الحرم كأشأم إذا دخل في أرض الشأم كما يقال أحرم إذا دخل في حرمة الشيء فبعمومه يفيده، وكذا إرسال الكلب. وقدمنا في أول فصل الجزاء أن الحلال إذا رمى صيداً في الحل فأصابه في الحرم بأن هرب إلى الحرم فأصابه السهم فيه أن عليه الجزاء، والذي صرح به في المبسوط أنه لا يلزمه جزاء ولكن لا يحل تناوله لأنه في الرمي غير مرتكب للنهي. قال: وهذه المسألة هي المستثناة من أصل أبي حنيفة، فإن عنده المعتبر حالة الرمي إلا في هذه المسألة خاصة فإنه اعتبر في التناول حالة الإصابة احتياطاً لأن الحل بالذكاة يحصل، وإنما يكون ذلك عند الإصابة، فإذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل، وعلى هذا إرسال الكلب، والله أعلم.

تسرى إلى الأولاد. أما اتصافه ببقاء الاستحقاق للأمن شرعاً فلأن الرد إلى مأمنه واجب. وأما أن كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسري إلى الأولاد فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها، ونوقض بولد المغصوبة فإنها واجبة الرد إلى مالكها، وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها، فإن زوائد المغصوب غير مضمونة، والجواب أن الصفة الشرعية تسري إلى الأولاد إذا لم يكن مانع، وصفة المغصوبية تمنع عن ذلك لأنها ليست بصفة شرعية، ولأن تصورها لا يتحقق في الأولاد لأن الغصب إزالة اليد المحقة، وهي في الأولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب، والله أعلم.

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

(وإذا أتى الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة، فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت، وإن رجع إليه ولم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم) وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إن رجع إليه محرماً فليس عليه شيء لبى

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

فصله عن الجنايات وأخره، لأن المتبادر من اسم الجنايات في كتاب الحج ما يقع جناية على الإحرام وهي ما تكون مسبوقة به، وهذه الجناية قبله ولا تبادر أيضاً. ثم تحقيق ما تقع عليه هذه الجناية أمران: البيت، والإحرام لا الميقات، فإنه لم يجب الإحرام منه إلا لتعظيم غيره. فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالإحرام من المكان الذي عينه، فإذا لم يحرم منه كان مخلاً بتعظيمه على الوجه الذي أوجبه فيكون جناية على البيت ونقصا في الإحرام، لأنه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الأقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصاً **(قوله فإن رجع إلى ذات عرق)** ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنما يرجع إلى ميقاته الذي جاوزه، وإلا فظاهر الرواية أنه لا فرق بين أن يرجع إلى ميقاته أو إلى ميقات آخر من مواقيت الآفاقيين. وعن أبي يوسف: إن كان الذي رجع إليه محاذياً لميقاته أو أبعد منه فكميقاته، وإلا لم يسقط الدم بالرجوع إليه، والصحيح ظاهر الرواية لما قدمناه أن كلا من المواقيت ميقات لأهله ولغير أهله بالنص مطلقاً بلا اعتبار المحاذاة والحاصل أن الآفاقي إذا وصل إلى ميقات من مواقيت الآفاقيين فإما أن يكون بعد ميقات آخر في طريقه أو لا، فإن كان جاز له مجاوزته إلى الميقات الأخير، وإن لم يكن وجب عليه الإحرام منه كالميقات الأخير، فإن لم يحرم حتى جاوزه، فإن عاد قبل استلام الحجر إلى الميقات فلبى عنده سقط عنه دم المجاوزة اتفاقاً، وإن لم يلبّ لا يسقط عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط وإن لم يلبّ، وعند زفر لا يسقط وإن لبى فيه **(قوله بخلاف الإفاضة فإن لم يتدارك المتروك)** لأن الواجب عليه إذا وقف نهاراً إما الكون بها وقت الغروب أو مدّه إلى الغروب على حسب اختلافهم على ما قدمناه. وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحداً منهما، أما ما نحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرماً في الميقات ليقطع المسافة التي بينه وبين مكة متصفاً بصفة الإحرام، وهذا حاصل بالرجوع محرماً إليه. وعلى هذا الوجه لا تجب التلبية فيه، إلا أن أبا حنيفة ألزم لسقوط الدم التلبية تحصيلاً للصورة بالقدر الممكن، وفي صورة إنشاء الإحرام لا بد من التلبية أو ما يقوم مقامها، وكذا إذا أراد أن يجبره، بخلاف ما إذا رجع

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

قال صاحب النهاية رحمه الله: لما ذكر باب الجنايات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير إحرام لأن هذا من الجنايات أيضاً، إلا أن هذا قبل الإحرام، وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الإحرام، ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الإحرام فكان كاملاً في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب. فإن قيل: كان الواجب أن لا يجب على من جاوز الميقات بغير إحرام شيء لأن المحرّم للأشياء الموجبة للكفارة هو الإحرام والإحرام غير موجود في ذلك الوقت. فالجواب أن من جاوز الميقات بغير إحرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجة نقصان، ونقصانه يجبر بالدم إلا إذا تدارك ذلك في أوانه بالرجوع إلى الميقات ملبياً قبل أن يطوف **(وإذا أتى الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة، فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت)** وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي وإلا فالرجوع إليه وإلى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية. وعن أبي

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

أقول: استعمل الوقت بمعنى مكان الإحرام مجاز.

أو لم يلب. وقال زفر: لا يسقط لبى أو لم يلبّ لأن جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب. ولنا أنه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم، بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك على ما مر، غير أن التدارك عندهما بعوده محرماً لأنه أظهر حق الميقات كما إذا مر به محرماً ساكتاً. وعنده رحمه الله بعوده محرماً ملبياً لأن العزيمة في الإحرام من دويرة أهله، فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب

محرماً حتى جاوز الميقات فلبى ثم رجع ومر به ولم يلبّ يجوز لأنه فوق الواجب عليه في تعظيم البيت (**قوله ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف**) ولو شوطا (**لا يسقط بالاتفاق**) لأن السقوط بالرجوع باعتبار مبتدإ الإحرام عند الميقات، وهذا الاعتبار بعد الشروع في الأفعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه الطواف، ولا سبيل إليه بعد وقوعه معتداً به فكان اعتباراً ملزوما للفاسد وملزوم الفاسد فاسد، وكذا إذا لم يعد حتى شرع في الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (**قوله وهذا إذا أراد الحج أو العمرة**) يوهم ظاهره أن ما ذكرنا من أنه إذا جاوز غير محرم وجب الدم إلا أن يتلافاه محله ما إذا كان الكوفي قاصداً للنسك، فإن لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لا شيء عليه بعد الإحرام وليس كذلك، بل يجب أن يحمل على أنه إنما ذكره بناء على أن الغالب في قاصدي مكة من الآفاقيين قصد النسك، فالمراد بقوله إذا أراد الحج أو العمرة: إذا أراد مكة، وذلك أنه إنما يريد بيان أن ما ذكره من لزوم الإحرام من الميقات إنما هو على من قصد مكة، أما من قصد مكاناً آخر من الحلّ داخل الميقات فلا يجب عليه الإحرام منه لتعظيم مكة لأن الإحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات، ولذا قابل قوله وهذا إذا أراد الحج بقوله فإن دخل البستان لحاجة الخ، ثم موجب هذا الحمل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الإحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أو لا، ويطول تفصيل المنقولات في ذلك، وقد صرح به المصنف في فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يجاوز أحد الميقات إلاّ محرماً» ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما، ولا أصرح من هذا شيء بل ينبغي أن يعلم قصد الحرم في كونه موجباً للإحرام كقصد مكة (**قوله فإن دخل البستان الخ**) اعلم أن عند أبي يوسف أنه إنما يجوز له المجاوزة بغير إحرام إذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوماً، وإلا لم يجز بغير إحرام لأنه يبقى على حكم السفر الأول ولذا يقصر الصلاة، والأول أوجه للمتأمل (**قوله ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه**) حاصل الأحكام الكائنة هنا أربعة: أحدها أنه لا يجوز للآفاقي دخول مكة بغير إحرام. ثانيها أن من دخلها بلا إحرام يجب عليه إما حجة أو عمرة. قال في البدائع، فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد

يوسف أنه قال: ينظر إن عاد إلى ميقات، وذلك الميقات يحاذي الميقات الأول أو أبعد إلى الحرم سقط عنه الدم وإلا فلا (**وإن رجع إليه لكن لم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن رجع محرماً فلا شيء عليه لبى أو لم يلبّ. وقال زفر رحمه الله: لا يسقط لبى أو لم يلب لأن جنايته لم ترتفع بالعود**) لأن حق الميقات إنشاء الإحرام، والراجع إليه ليس بمنشىء (**وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب، ولنا أنه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الأفعال**) وتدارك المتروك في أوانه يسقط الكفارة (**بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك**) لأن المتروك هناك استدامة الوقوف إلى غروب الشمس، وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر، وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (**عندهما بعوده محرماً لأنه أظهر حق الميقات**) وهو المرور به محرماً فإنه إذا أحرم من دويرة أهله ومر به ساكتاً صح (**وعنده بعوده محرماً ملبياً لأن العزيمة أن يحرم من دويرة إهله**) فإذا أحرم منها صارت موضع إحرامه فتشترط التلبية هناك، فإذا لبى ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء عليه، وليس الكلام فيه وإنما الكلام فيما إذا ترخص بالتأخير إلى الميقات فإنه يجب قضاء حقه بإنشاء التلبية والإحرام، فإذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد، فإن لبى فقد أتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم، وإن لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه، والخلاف في إحرام الحج بعد

(**قوله بناء على ظاهر حال الكوفي**) أقول: من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنه يرجع إلى ميقاته الذي جاوزه.

عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبياً، وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا، ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق، ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق **(وهذا)** الذي ذكرنا **(إذا كان يريد الحج أو العمرة، فإن دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير إحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء)** لأن البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده، وإذا دخله التحق بأهله، وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل، فكذا وقت الداخل الملحق به **(فإن أحرم من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء)** يريد به البستاني والداخل فيه لأنهما أحرما من ميقاتهما **(ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه)** ذلك **(من دخوله مكة بغير إحرام)** وقال زفر رحمه الله: لا يجزيه، وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب

قضاء ما وجب عليه بدخول مكة بغير إحرام أجزأه فى ذلك ميقات أهل مكة في الحج بالحرم وفي العمرة بالحل، لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها فيجزيه إحرامه من ميقاتهم اهـ. وتعليله يقتضي أن لا حاجة إلى تقييده بتحويل السنة. ثالثها أنه إذا خرج من عامه ذلك إلى الميقات وحج حجة الإسلام سقط ما وجب عليه بدخول مكة بلا إحرام. رابعها أنه إذا خرج بعد مضي تلك السنة لا يسقط، وقول المصنف بحجة عليه أعم من كونها منذورة أو حجة الإسلام، وكذا إذا أحرم بعمرة منذورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير إحرام: يعني من آخر دخول دخله بغير إحرام، فإنه لو دخلها مراراً بغير إحرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة، فإذا خرج فأحرم بنسك أجزأه عن دخوله الأخير لا عما قبله، ذكره في شرح الطحاوي قال: لأن الواجب قبل الأخير صار ديناً في ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية. وفي المبسوط: إذا دخل مكة بلا إحرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهلّ به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه، قال: يجزيه ذلك ولا شيء عليه، لأنه في السنة الأولى لو أهلّ منه أجزأه عما يلزمه من دخولها **(قوله اعتباراً بما لزمه بالنذر)** أي اعتبار لما لزمه بالدخول بغير إحرام بما لزمه بالنذر، وفي المنذور لا يخرجه عن عهدته إلا أن ينويه عنه، فكذا ما بالدخول **(ولنا)** وهو وجه الاستحسان **(أنه تلافى المتروك في وقته الخ)** معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون محرماً عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيماً للبقعة لا لذات دخول مكة من حيث هو دخولها، فإذا لم يفعل ودخل هو بلا إحرام وجب عليه قضاء حقها الذي لم يفعله، وذلك بأن يدخلها على ذلك الوجه الذي فوّته، فإذا خرج إلى

المجاوزة كالخلاف في إحرام العمرة في جميع ما ذكرنا، وقوله **(ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف)** متصل بقوله وإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته. وحاصله أن مسئلة العود على ثلاثة أوجه: في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق. وفي وجه يسقط به بالاتفاق، وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه. وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لا يجوز له أن يتجاوز الميقات بغير إحرام، فإن جاوز فإما أن يعود إليه أو لا، فإن لم يعد وجب عليه الدم، وإن عاد فإما أن يعود قبل الإحرام أو بعده، فإن عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام، وإن عاد بعده فإما أن يعود بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر أو قبله، فإن عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لأنه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطاً معتداً به، وذلك ينافي إسقاط الدم عنه لأن الإسقاط إنما هو باعتبار أنه مبتدىء من الميقات تقديراً وبعد ما وقع منه شوط معتدّ به لا يتصور كونه مبتدئاً، وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط وإن عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور.

وقوله **(فإن دخل البستان)** ظاهر. وقوله **(التحق بأهله)** يعني سواء نوى مدة الإقامة أو لم ينو في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه شرط نية الإقامة خمسة عشر يوماً. وقوله **(وقد مر من قبل)** أراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم. وقوله **(ومن دخل مكة بغير إحرام)** معناه من دخل مكة بغير إحرام فلزمه حجة أو عمرة **(ثم خرج من عامه ذلك)** وحج حجة الإسلام أو حجة أو عمرة فإنها تنوب عما وجب عليه بدخوله مكة

(قوله وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط) أقول: فيه بحث، إذ الاستلام يكون أيضاً قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة للواو على الترتيب. نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه.

النذر، وصار كما إذا تحولت السنة، ولنا أنه تلافى المتروك في وقته لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام، كما إذا أتاه محرماً بحجة الإسلام في الابتداء، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديناً في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني **(ومن جاوز الوقت فأحرم بعمرة وأفسدها مضى فيها وقضاها)** لأن الإحرام يقع لازماً فصار كما إذا أفسد الحج **(وليس عليه دم لترك الوقت)** وعلى

الميقات فأحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ما تركه، وذلك لأن وجوب أحد النسكين فيما إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا لوجوب الإحرام، إلا أنه لما كان الإحرام لا يتحقق إلا بأحدهما قلنا وجب عليه أحدهما، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بما عليه فقد فعل ما كان واجباً عليه بالدخول وهو الإحرام في ضمن ما وجب عليه بسبب آخر، وصار كما إذا أتاها محرماً ابتداء بما عليه من حجة الإسلام من الميقات لم يلزمه شيء آخر لحصول المقصود في ضمن ما عليه، بخلاف ما إذا تحولت السنة، فإنه لما لم يقض حقها في تلك صار بتفويته ديناً عليه فصار تفويتاً مقصوداً محتاجاً إلى النية، كما إذا نذر أن يعتكف هذا الرمضان فاعتكف فيه جاز، وإن لم يعتكفه لا يجوز أن يعتكفه في رمضان الآتي لأنه لما فاته المنذور المعين تقرر اعتكافه في الذمة ديناً فلا يتأدى إلا بصوم مقصود لعود شرطه: أعني الصوم إلى الكمال الأصلي فلا يتأدى في ضمن صوم آخر. ولقائل أن يقول: لا فرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى، فإن مقتضى الدليل إذا دخلهابلا إحرام ليس إلا وجوب الإحرام بأحد النسكين فقط، ففي أي وقت فعل ذلك يقع أداء لأن الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بفواتها ديناً يقضى. فمهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه، وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغي أن لا يحتاج إلى التعيين وإن كانت أسباباً متعددة الأشخاص دون النوع، كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام ينوي مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الأول ولا غيره جاز، وكذا لو كانا من رمضانين على الأصح، فكذا نقول إذا رجع مراراً فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه **(قوله وليس عليه دم لترك الوقت)** لأن المراد بقوله وقضاها كون القضاء بإحرام من الميقات، وهذا نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بلا إحرام ثم أحرم بالحج ومضى ففاته فتحلل بعمرة وقضاه من الميقات أو جاوز فأحرم بالحج فأفسده وقضاه من الميقات لا دم عليه **(قوله وهو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات)** كالتطيب والحلق، إذ لو تطيب أو حلق في إحرام نسك ثم أفسده وقضاه واجتنب المحظورات في القضاء لا يسقط عنه الدم فكذا هذا **(ولنا أنه**

بغير إحرام وقال زفر: لا يجزئه وهوالقياس اعتباراً بما لزمه بسبب النذر) فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الإسلام فإنه لا يسقط بها المنذورة كذلك ههنا، والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الأخرى، فإن ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في أن الشروع ملزم كالنذر، فكما لا تتأدى المنذورة بحجة الإسلام فكذا المشروع فيها **(وصار)** ذلك **(كما إذا تحولت السنة)** ثم حج حجة الإسلام فإنه لا يقوم مقام ما لزمه بدخوله مكة بلا خلاف **(ولنا)** وهو وجه الاستحسان **(أنه تلافى المتروك في وقته)** وهو السنة التي دخل فيها مكة **(لأن الواجب عليه تعظم هذه البقعة بالإحرام)** لا غير على أي وجه كان وقد حصل ذلك **(كما إذا أتاه محرماً بحجة الإسلام في الابتداء)** فإنه يجزئه عن حجة الإسلام التي نوى وعما لزمه بدخوله مكة **(بخلاف ما إذا تحوّلت السنة لأنه صار ديناً في ذمته)** بمضي وقت الحج **(فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثاني)** فإن قيل: سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير ديناً، ولكن لا نسلم أن العمرة تصير ديناً لعدم توقتها بوقت معين، فينبغي أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير إحرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الأولى. أجيب بأن تأخير العمرة إلى أيام النحر والتشريق مكروه، فإذا أخرها إلى وقت مكروه صار كالمفوّت لها فصارت ديناً. قال **(ومن جاوز الميقات)** بغير إحرام، ذكر في هذه المسئلة ثلاثة أحكام: المضي فيها، وقضاؤها بإحرام من الميقات، وسقوط الدم. أما المضي فلأن الإحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه إلا بأداء الأفعال. وأما القضاء فلأنه التزم الأداء على وجه الصحة ولم يفعل. وأما سقوط الدم فلأنه إذا قضاها بإحرام من الميقات ينجبر به ما نقص من حق

(قوله بالعمرة المنذورة) أقول: الظاهر أنها زائدة.

قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته، هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات. ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه في القضاء، وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق **(وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة)** لأن وقته الحرم وقد جاوزه بغير إحرام، فإن عاد إلى الحرم ولبى أو لم يلبِّ فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاق **(والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم)** لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي، وإحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه **(فإن رجع إلى الحرم فأهلّ فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه)** وهو الخلاف الذي تقدم في الآفاق، والله تعالى أعلم.

يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت) فينجبر به، وهذا لأن النقص حصل بترك الإحرام من الميقات ويصير قاضياً حقه بالقضاء، بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محظور إحرام فيه لا ينعدم به فعل محظور في آخر (قوله وإذا خرج المكي) يعني إلى الحل (يريد الحج) لأنه لو خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شيء عليه، كالآفاقي إذا جاوز الميقات قاصداً البستان ثم أحرم منه، هذا وإذا أحرم المكي للعمرة من الحرم فعليه دم إن لم يعد إلى ميقاته على ما عرف (قوله لأنه لما دخل إلى مكة الخ) ظاهر مسألة ذكرت في المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهل مكة في الميقات، وهي أن من جاوزه بغير إحرام فأحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان: دم لترك الميقات، ودم لترك ميقات العمرة، لأنه في حق من صار من أهل مكة الحل اهـ. ولم أر تقييد مسألة المتمتع بما إذا خرج على قصد الحج، وينبغي أن يقيد به، وأنه لو حرج لحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شيء كالمكي. هذا وفي مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا إحرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة دم يؤخذ به بعد العتق، وإن جاوزه صبي أو كافر فأسلم أو بلغ الصبي فلا شيء عليهما، والله أعلم.

الميقات بالمجاوزة من غير إحرام فسقط عنه الدم كمن سها في صلاته ثم أفسدها فقضاها سقط سجود السهو. وقال زفر: لا يسقط عنه الدم، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاه فإنه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافاً لزفر. ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فإن دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافاً لزفر، قال: لأن الدم بمجاوزة الميقات صار واجباً عليه فلا يسقط بفوات الحج، كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو ليس المخيط فإنه لا يسقط عنه بفوات الحج (ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه) أي من الميقات (في القضاء وهو) أي القضاء (يحكي الفائت) أي يفعل مثل فعل ما فات وهو الإحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لأجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير إحرام بخلاف غيره من المحظورات فإنه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه. وقوله (وإذا خرج المكي من الحرم الخ) ظاهر.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

(قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطاً ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج، وعليه لرفضه دم، وعليه حجة وعمرة).

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

(**قوله قال أبو حنيفة الخ**) حاصل وجوه: ما إذا أحرم المكي بعمرة فأدخل عليها إحرام حجة ثلاثة: إما أن يدخله قبل أن يطوف فترتفض عمرته اتفاقاً، ولو فعل هذا آفاقي كان قارناً على ما أسلفناه في باب القران، أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الأشواط فترتفض حجته اتفاقاً، ولو فعل هذا آفاقي كان متمتعاً إن كان الطواف في أشهر الحج على ما قدمناه، أو بعد أن طاف الأقل فهي الخلافية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من إبطال العمل. وعندهما العمرة لأنها أدنى حالاً إذ ليس من جنسها فرض، بخلاف الحج وأقل أعمالاً وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيتها وقلة أعمالها، ولو فعل هذا آفاقي كان قارناً على ما استوفيناه في صدر باب القران، وكل من رفض نسكاً فعليه دم لما روى أبو حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ أمر لرفضها العمرة بدم[1]، ولو مضى المكي عليهما ولم يرفض شيئاً أجزاه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما، غير أنه منهى عنه بقوله تعالى **﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾** [البقرة: ١٩٦] يعني التمتع، وقد قدمنا أن القران داخل في مفهومه، وسماه المصنف نهيا

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

إضافة الإحرام إلى الإحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية، وكذلك إضافة إحرام العمرة إلى إحرام الحج في حق الآفاقي، بخلاف إضافة أحرام الحج إلى إحرام العمرة، فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات، وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة (**قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطاً ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة**) قيد بالمكي لأن الآفاقي إذا أهلّ بالعمرة أوّلاً وطاف لها شوطاً ثم أهل بالحج مضى فيهما، ولا يرفض الحج لأن بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح في حق الآفاقي، إلا أنه لو طاف لها أقل الأشواط كان قارناً، وإن طاف لها الأكثر كان متمتعاً لأن المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة، ولأكثر الطواف حكم الكل، والقارن من يجمع بينهما، وقيد بالعمرة لأن المكي إذا أهل بالحج فطاف له شوطاً ثم أهل بالعمرة فإنه يرفض العمرة لأن إحرامه للحج قد تأكد، وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعده أولى. وقيد بالشوط: يعني الواحد لأنه إذا طاف لها أربعة أشواط لا خلاف في رفض الحج، وأما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الإسلام بوجود الخلاف الذي ذكر إذا طاف لها شوطاً (**وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحبّ إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بدّ من رفض أحدهما**) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

(**قوله فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة**) أقول: وأيضاً ما يذكر في هذا الباب تضاعف الإحرام، وفي الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أشد المقابلة فذكر عقيبه في باب على حدة، ولعل هذا الوجه أولى.

---

(١) هذا الخبر في مسند أبي حنيفة ص٨٦ عن الهيثم عن رجل عن عائشة وهو مكرر في المسند من هذا الوجه أيضاً.
وله طريق آخر عن عبد الملك عن ربعي بن خراش عن عائشة.
أما الطريق الأول ففيه راوٍ مجهول والهيثم فيه كلام.
وأما الثاني فهو إسناد جيد إن صحت نسبة هذا المسند لأبي حنيفة وهو بعيد فقد أنكر ابن عدي بعض أحاديث فيه منسوبة فيه لأبي حنيفة ومنها في قراءة الفاتحة. فقد نفى ابن عدي أن يكون من رواية أبي حنيفة وانظر نصب الراية ١/ ٣٦٧ ومن دقق في هذا المسند علم أنه ليس يصح عن أبي حنيفة بسبب أن فيه تخليطاً وأسانيد سيقت عشواء مع متون بعض هذه المتون في الصحيحين إلا أنها مختلفة في ألفاظها عما في الصحيحين. والخبر غريب على كل حال مع أن خبر عائشة بدون أمره ﷺ لها بدم في الكتب الستة وغيرها. وقوله: رفضت عمرتها أي تركتها.

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم) لأنه لا بدّ من رفض أحدهما لأن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع، والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالاً وأقل أعمالاً وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة، وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا، فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف، لأن للأكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما إذا فرغ منها، ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وله أن إحرام العمرة تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد، ورفض

باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعي فلا يمنع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يتحمل إثمه كصيام يوم النحر بعد أن يكون نذره، ثم عليه دم لتمكن النقصان في نسكه بارتكاب المنهى عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيئاً، أما إن كان المضي عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الأقل فظاهر لأنه قارن، وإن كان بعد فعل الأكثر في أشهر الحج فكذلك لأنه متمتع، وليس لأهل مكة تمتع ولا قران، فلو كان طواف الأكثر منه للعمرة في غير أشهر الحج ففي المبسوط أن عليه الدم أيضاً، قال: لأنه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة، وليس للمكي أن يجمع بينهما، فإذا صار جامعاً من وجه كان عليه الدم (قوله وله) أورد وجهين: الثاني منهما دافع لما يتوهم مما أورده بعض الطلبة على الأول. وهو أنه لما كان الأكثر كالكل في اعتبار الشرع لزمه أن الأقل ليس له حكم الوجود في اعتباره بل حكم العدم، وهذا لأنه ليس معنى الكل إلا نفس الشيء، فعدم اعتبار الأقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشيء موجوداً فيكون معتبراً عدماً، فيلزم اعتبار هذا البعض عدماً إذ لا عبرة به إلا إذا كان في ضمن الكل إذ لا تصح العبادة ما لم تتم فصار فعل البعض كعدم فعل شيء، وإذا لم يفعل شيئاً ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكذا إذا فعل الأقل، وجوابه منع كون الأقل إذا لم يعتبر تمام الشيء فإنه يعتبر عدماً لجواز أن لا يعتبر عدماً ولا كالكل بل يعتبر بمجرد وجوده عبادة منتهضاً سبباً للثواب بنفسه إن كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال، وبواسطة إتمامه إن لم يصلح مع إيجاب الإتمام، وحينئذ هذا البعض إن كان من الأول فلا إشكال، وإن كان من الثاني فقد ثبت بمجرد وجوده اعتباره وتعليق خطاب الإتمام به وهو قوله تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد:

مشروع فلا بد من رفض أحدهما حذراً من الاستدامة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالاً) لكونه فرضاً دونها (وأقل أعمالاً) لأن أعمالها الطواف والسعي لا غير (وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة) هذا إذا كان الحج فرضاً. وأما إذا كان تطوّعاً فيعلل بالوجهين الأخيرين. وقوله (وكذا إذا أحرم) يعني رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) يعني من الأمور الثلاثة، وفي عبارته تسامح لأنه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة. وقوله (فإن طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آنفاً. وقوله (ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلفت النسخ ههنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند أبي حنيفة، وفي بعضها: وكذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك. قال صاحب النهاية رحمه الله: ذكر الإمام مولانا حسام الدين الإخسيكتي رحمه الله. والصواب وكذلك يعني النسخة الأخيرة قال: وهكذا أيضاً وجدته بخط شيخي، ولكل واحدة من هذه النسخ وجه، أما وجه الأولى والثالثة فظاهر، وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال: لما أخذ الأكثر حكم الكل يكون الأقل معدوماً حكماً، فينبغي أن يرفض العمرة عند أبي حنيفة حينئذ لأنه لم يأخذ حكم الموجود فصار كأنه لم يطف للعمرة شيئاً وهناك يرفض العمرة كما مر، فكذلك في المعدوم الحكمي، فقال ليس كذلك، لأنه لما أتى بشيء من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلاً فكان رفع غير المتأكد أسهل، وهذا هو أحد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه، والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله (ولأن في رفض العمرة والحالة هذه) يعني والحال أنه أتى بشيء من أفعال العمرة (إبطال العمل) أي الطواف الذي أتى به (وفي رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من إبطال ما

(قوله وأما إذا كان تطوعاً فيعلل بالوجهين الأخيرين) أقول: فيه بحث: فإن ما من جنسه واجب أعلى حالاً مما ليس من جنسه واجب (قوله وقوله ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما إلى قوله: وهذا هو أحد الوجهين) أقول: ويجوز أن تكون لا زائدة بقرينة السباق والسياق.

غير المتأكد أيسر، ولأن في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل. وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لأنه في معنى فائت الحج (وإن مضى عليهما أجزأه) لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما، غير أنه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا (وعليه دم لجمعه بينهما) لأنه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه، وهذا في حق المكي دم جبر، وفي حق الآفاق دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر

---

[٣٣] وفي رفض العمرة إبطاله فوجب إتمامه. ولنذكر تقسيماً ضابطاً لفروع الباب ثم ننتقل في كلام المصنف فنقول: الجمع إما بين إحرامي حجتين فصاعداً كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الأول إما أن يجمع بينهما معاً أو على التعاقب أو على التراخي، فإما بعد الحلق في الأول أو قبله، وفي هذا إما أن يفوته الحج من عامه أو لا، ففيما إذا أحرم بهما معاً أو على التعاقب لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد في المعية يلزمه إحداهما، وفي التعاقب الأولى فقط، وإذا لزماه عندهما ارتفضت إحداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض. واختلفا في وقت الرفض، فعند أبي يوسف عقيب صيرورته محرماً بلا مهلة. وعند أبي حنيفة: إذا شرع في الأعمال، وقيل إذا توجه سائراً، ونص في المبسوط على أنه ظاهر الرواية. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرامين ودم عند أبي يوسف رحمه الله لارتفاض إحداهما قبلها اهـ.

وقع معتداً به. وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعني الحج عنده والعمرة عندهما (لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان في معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما يأتي. فإن قيل: هلاّ لزمه دمان لحرمة كل واحد من الإحرامين دم؟ أجيب بأنه غير ممنوع عن أحدهما بالنقصان حيثما تمكن وإنما تمكن في أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة) أما الحج فلأنه صح شروعه فيه ثم رفضه، وأما العمرة فلأنه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث، وقد تعذر التحلل بأفعالها ههنا لأنه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعاً (وإن مضى عليهما) يعني إذا لم يرفض المكي ومن بمعناه العمرة أو الحج ومضى عليهما وأدّاهما (أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما) أي عن إحرام إحرام الحج وإحرام العمرة جميعاً. قال صاحب النهاية: وفي نسخة شيخي بخطه منهيّ عنها أي عن العمرة إذ هي المتعينة للرفض إجماعاً فيما إذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لأنها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع العصيان. وقوله (والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا) أن النهي يقتضي المشروعية دون النفي في أصول الفقه قبل ذكر المصنف في أول المسألة أن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع، ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق الفعل، ومعناه كما قلنا أنه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه. وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملاً كما في حق الآفاقي وبه يندفع التناقض. وقوله (وعليه دم) واضح. قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن إضافة الإحرام إلى الإحرام أربعة أقسام بالقسمة العقلية: إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة، وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة، وإدخال إحرام العمرة على إحرام الحج. وقدم إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة على الأقسام الباقية لكونه أدخل في كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم. ولما فرغ من ذلك ذكر إدخال إحرام الحج على إحرام الحج مقدماً على غيره لقوّة حاله إذا كان أحدهما فرضاً، ثم إدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية وكمية الأفعال. والأصل في ذلك أن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة، لكن إذا جمع بينهما لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد والشافعي يلزمه أحدهما، ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على أن الإحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين، وعندنا شرط للأداء، لكن محمداً يقول: وهو وإن كان شرطاً للأداء إلا أنه ما شرع إلا للأداء فلا يتحقق إلا على الوجه الذي يتصور فيه الأداء. وأداء حجتين أو عمرتين معاً غير متصور فلا يتصور الإحرام لهما كالتحريمة في الصلاة، وهما يقولان الإحرام بالحج التزام محض في الذمة بدليل أنه يصح منفصلاً عن الأداء والذمة تسع حججاً كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة الصلاة لأنها لا تصح منفصلة عن الأداء إلا أنه لا بد له من رفض أحدهما إما احترازاً عن ارتكاب المنهي عنه، وإما لأن البقاء للأداء لا للالتزام والجمع أداء غير متصور، فبعد هذا قال أبو حنيفة: إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضاً للأخرى. وقال أبو

بحجة أخرى، فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه، وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو

(ومن الفروع) لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للفرض، فإنه يرفض إحداهما ويمضي في الأخرى ويقضي التي مضى فيها وحجة وعمرة مكان التي رفضها. ولو قتل صيداً فعليه قيمتان أو أحصر فدمان، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعند أبي يوسف دم سوى دم الرفض. وإذا تراخى فأدخل بعد الحلق في الأولى لزمته الثانية، ولا يلزم رفض شيء ولا دم عليه ثم يتم أفعال الأولى ويستمر محرماً إلى قابل فيفعل الثانية، وإن أحرم بها قبل الحلق ولا فوات لزمه، ثم إن وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضها وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانها ويمضي فيما هو فيها، وهذا قولهما. أما عند محمد فإحرامه باطل، وإنما يرفضها لأنه لو لم يرفضها ووقف لها كان مؤدياً حجتين في سنة واحدة، وكذا في ليلة المزدلفة لو لم يرفضها وعاد إلى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين في سنة واحدة. وإن كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيئاً لأن وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الإحرام مؤدياً حجتين في سنة فيتم أعمال الحجة الأولى ويقيم حراماً، ثم إن حلق في الأولى لزمه دم الجناية على إحرام الثانية اتفاقاً، وإن لم يحلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافاً لهما، وهل يلزم دم آخر للجمع؟ قيل فيه روايتان، وقيل ليس إلا رواية الوجوب وهو الأوجه، وإن أحرم بالثانية بعد ما فاته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة، لأن فائت الحج وإن تحلل بأفعال عمرة هو محرم بالحج فيصير جامعاً بين إحرام حجتين فيرفض الثانية. وأما الثانية وهو بعمرتين ففي المعية والتعاقب: أعني بلا فصل عمل ما في الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض إذا لزم، وفيما إذا طاف للأولى شوطاً رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء، وكذا هذا ما لم

يوسف: كما فرغ من الإحرامين يصير رافضاً أحدهما. وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا قتل صيداً قبل أن يتوجه إلى أحدهما، فإنه على قول أبي حنيفة يلزمه قيمتان، وعلى قول أبي يوسف يلزمه قيمة واحدة، وكذلك إذا أحصر في هذه الحالة يحتاج إلى هديين للتحلل عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف، إذا عرفت هذا نعود إلى تطبيق ما في الكتاب على هذا الأصل، فإذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى **(فإن حلق في)** الحجة **(الأولى)** ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى **(لزمته الأخرى)** لما ذكرنا أنه التزام محض **(ولا شيء عليه)** لأن الأولى قد انتهت نهايتها **(وإن لم يحلق في الأولى)** وأحرم بحجة أخرى صار جامعاً بين إحرامي الحج، فبعد ذلك إما أن يحلق للأولى في هذه السنة أو يؤخر الحلق إلى السنة الثانية، فإن حلق فقد تحلل عن الأولى، ولكن جنى على الثانية بالحلق، وإن أخر فقد أخر الحلق في الأولى عن وقته، والتأخير عن الوقت مضمون في قول أبي حنيفة ولهذا قال في الكتاب **(وعليه دم قصر أو لم يقصر)** أي حلق أو لم يحلق، وإنما عبر عنه بالتقصير لأن وضع المسألة في قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والأنثى، فذكر أوّلاً لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل في حق الرجال الحلق، وفي حق النساء التقصير **(وقالا: إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة)** إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق، لكن يرد عليه شيء وهو أن المذكور من مذهب محمد في هذا الأصل أنه إذا جمع بين إحرامين إنما يلزمه أحدهما وهو المروى عن الإمام التمرتاشي والفوائد الظهيرية، وحينئذ ينبغي أن لا يلزمه دم، وإن قصر لعدم لزوم الآخر، فإما أن يكون سهواً في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما، وإنما أن يكون عنه في ذلك روايتان **(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بعمرة أخرى فعليه دم)** يعني بالاتفاق **(لإحرامه قبل الوقت)** لأن وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد **(لأنه جمع بين إحرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة)** لا يحل التناول منه، وهذه المسألة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين، وسكت محمد بيان وجوبه للجمع بين إحرامي الحج في الجامع الصغير وأوجبه في مناسك المبسوط. وقال بعض مشايخنا: في ذلك روايتان. وأما وجوبه في الجمع بين إحرامي العمرة فذلك رواية واحدة، وهذه المسألة أيضاً تدل على أن مذهب محمد في لزوم الإحرامين كمذهبهما، وإلا لما لزم عنده شيء لأن الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما، إلا إذا أراد بالجمع إدخال الإحرام على الإحرام وإن لم يلزم إلا أحدهما فيستقيم. وقوله **(ومن أهلّ بالحج)** أي رفع صوته بالتلبية **(ثم أحرم بعمرة لزماه لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارناً)** لأنه قرن بين النسكين **(لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئاً لأن السنة إدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج. قال الله تعالى فمن تمتع**

لم يقصر عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا: إن لم يقصر فلا شيء عليه) لأن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة، فإذا حلق فهو وإن كان نسكاً في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني لأنه في غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع، وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه

يفرغ من السعي، فإن كان فرغ منه إلا الحلق لم يرفض شيئاً وعليه دم للجمع، وهذه تؤيد رواية لزومه في الجمع بين الحجتين على الوجه الذي ذكرناه، فإن حلق للأولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية، ولو كان جامع في الأولى قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها ويمضي في الأولى حتى يتمها لأن الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الإتمام، ولو كانت الأولى صحيحة كان عليه أن يمضي فيها ويرفض الثانية فكذا بعد فسادها، وإن نوى رفض الأولى والعمل في الثانية لم يكن عليه إلا الأولى، ومن أحرم ولا ينوي شيئاً فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمرة رفضها لأن الأولى تعينت عمرة حيث أخذ في الطواف لما أسلفناه، فحين أهلّ بعمرة أخرى صار جامعاً بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية. وأما الثالث وهو بحجة وعمرة، فإما أن يجمع بينهما المكي ومن بمعناه كأهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقي، فإن كان الأوّلين ففي الكافي للحاكم أنه لا يقرن بينهما ولا يضيف العمرة إلى الحج ولا الحج إلى العمرة، فإن قرن بينهما رفض العمرة ومضى في الحج، وكذا أهل المواقيت ومن دونهم إلى مكة، قال: وكذلك إن أحرم المكي أوّلاً بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته، فإن مضى عليهما حتى يقضيهما أجزأه وعليه لجمعه بينهما دم، فإن طاف للعمرة شوط أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج في قول أبي حنيفة، وقالا: يرفض العمرة وإن كان طاف أربعة أشواط ثم أهلّ بالحج قال: هذا يفرغ مما بقي من عمرته ويفرغ من حجته[1] وعليه دم لأنه أهلّ بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكي ولا ينبغي لأهل مكة أن يجمعوا بينهما، ولو كان كوفياً لم يكن عليه هذا الدم اهـ. ولفظه أظهر في عدم رفض الحج منه في الرفض، وصرح بذلك صاحب المبسوط شمس الأئمة فقال: لا يرفض واحد منهما لأن للأكثر حكم الكل، فكأنه أحرم به بعد التحلل من العمرة، واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج إن تعذر رفض العمرة، ولو كان المكي أهل أولاً بالحج فطاف شوطاً ثم أهلّ بالعمرة رفض العمرة، وإن لم يرفضها وطاف لها وسعى وفرغ منها أجزأه وعليه دم لأنه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته. وفي الكافي: إذا خرج المكي إلى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمتعاً، وإن قرن من الكوفة كان قارناً، ألا ترى أن كوفياً لو قرن وطاف لعمرته في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارناً ولم يبطل عنه دم القران لرجوعه إلى أهله كما يبطل عنه دم المتعة اهـ. وحاصله أن عدم الإلمام بالأهل شرط التمتع المشروع دون القران على ما أسلفنا نقله وقررناه بالبحث في باب التمتع من أن النظر

بالعمرة إلى الحج) جعل الحج آخر الغايتين، لكن لما لم يؤد الحج صح لأن الترتيب وجد في الأفعال، وإن فات في الإحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج، حتى (لو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة كان رافضاً لعمرته لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة، وقوله مبنية نصب على الحال. قال في النهاية: والعامل فيها معنى الإشارة في هي فلذا كانت مقيدة بقيد سيجيء وفيه نظر (فإن توجه إليها لم يكن رافضاً) حتى لو بدا له فرجع من الطريق إلى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارناً (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة الخ (فإن طاف للحج) يعني طواف التحية (ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما) وتفسير المضيّ أن يقدّم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المسنون في القران (لزماه وعليه دم لجمعه

(قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضاً للأخرى) أقول: فيه بحث فإنه لا يصير بمجرد التوجه إلى عرفات رافضاً كما بينه المصنف، إلا أن يقال: المراد بالتوجه هو الشروع في الأفعال (قوله فذكر أولاً لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل في حق الرجل الحلق) أقول: لا يفهم من تلك العبارة هذا التفضيل، والأولى أن يقال: ذكر تارة لفظ الحلق وتارة لفظ التقصير إيذاناً بجواز كل منهما (قوله فإما أن يكون سهواً في نقل مذهب محمد رحمه الله) أقول: بأنه إذا جمع بينهما يلزمه أحدهما.

---

(١) (قوله ويفرغ من حجته) في بعض النسخ: ويرفض حجته، وتأمل وحرر، كتبه مصححه.

لله، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا، فلهذا سوّى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما (ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأنه جمع بين إحرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم

يقتضي اشتراط عدم الإلمام للقران كالمتعة. وإن كان الثاني وهو الآفاقي، فإن جمع بينهما أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط، أو إن لم يطف شيئاً فهو قارن وعليه دم شكر. وهل يشترط في كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارناً أن يؤدي طواف عمرته أو أكثره في أشهر الحج؟ تقدم ما نقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقدم معه ما أوردناه عليه وإن أدخل فيه بعد أربعة، فإن كان فعلها في أشهر الحج من غير إلمام صحيح على ما تقدم في باب التمتع فهو متمتع إن حج من عامه، وإلا فهو مفرد بهما، وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج، فإن كان قبل أن يطوف شيئاً من طواف القدوم فهو قارن مسيء وعليه دم شكر، وإن كان بعد ما شرع فيه ولو قليلاً فهو أكثر إساءة وعليه دم، اختلف فيه، فعند صاحب الهداية وفخر الإسلام أنه دم جبر فلا يأكل منه، وعند شمس الأئمة دم شكر، وقولهم رفض العمره في هذه الصورة مستحب يؤنس به في أنه دم شكر، وكذا إن أهلّ بالعمرة بعرفة، وإن أهلّ بها يوم النحر وجب رفضها إن كان قبل الحلق اتفاقاً والدم والقضاء، وإن كان بعده اختلف فيه، والأصح وجوب الرفض، ولو لم يرفض في الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضي، وكذا إذا أحرم بها بعد ما فاته الحج قبل أن يتحلل بأفعال العمرة يجب رفض العمرة، وكل شيء رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه، فإن كان عمرة لم يلزمه في قضائها سوى عمرة، وإن كان حجة لزمه حج وعمرة، أما الحجة فللقضاء، وأما العمرة فلأنه في معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضي الحج شرعاً، ولذا قلنا: لو أحرم بالحجة في سنته لا عمرة عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم. ولنرجع لنحلّ كلام المصنف

بينهما لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر) يعني قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي (فصح الإحرام بهما) وكلامه ظاهر، وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره شمس الأئمة وقاضيخان والإمام المحبوبي أن ذلك دم القران فيكون دم شكر. وذكر الإمام فخر الإسلام مثل ما ذكر في الكتاب لأنه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكي. وقوله (ويستحب) ظاهر. وقوله (ومن أهلّ بعمرة في يوم النحر) يعني قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لأن حكم من أهلّ بها بعد ما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية، والظاهر الإطلاق على ما ذكره، وقوله (لزمته لما قلنا) يريد قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي. وقوله (ويرفضها) قالوا معناه: يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج، وهو الوقوف فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر في لزوم الرفض (على ما نذكر) إشارة إلى ما يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها، وقوله (وعمرة مكانها) أي قضاء للمرفوضة. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الجمع بينهما مشروع. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء إذا أفسده وهنا يلزم؟ أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم فيه تحصل به المعصية وهي ترك إجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالإفطار ولا يلزمه القضاء، وأما بمجرد الإحرام للعمرة في هذه الأيام فلا تحصل لأن المعصية أداء أفعالها في هذه الأيام فيلزم القضاء لصحة الشروع (وإن مضى عليها) أي على العمرة التي أحرم لها يوم النحر وفي

(قوله لأن السنة إدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج، إلى قوله: لأن الترتيب وجد في الأفعال) أقول: فيه بحث، فإنه استدل بالآية على كونه سنة والسنة ما استند إلى النبي ﷺ لا إلى نظم القرآن فتأمل. وقوله جعل الحج آخر الغايتين: يعني المبدأ والمنتهى. وقوله وجد في الأفعال. الأولى أن يقال: يوجد في الأفعال (قوله والعامل فيها معنى الإشارة في هي، إلى قوله: وفيه نظر) أقول: فإن هي ليست من أسماء الإشارة بل العامل فيها هو انتساب الخبَر إلى المبتدإ كما صرحوا به (قوله والظاهر الإطلاق على ما ذكره) أقول: يرشدك إليه قول المصنف إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية (قوله لما بينا إشارة إلى قوله: لأن الجمع بينهما مشروع) أقول: والظاهر أنه إشارة إلى قوله لصحة الشروع فيها (قوله أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم الخ) أقول: وإن أردت زيادة التفصيل فراجع قبيل باب الاعتكاف من الهداية وشروحه (قال المصنف: لأن الكراهة لمعنى في غيرها) أقول: لم يبين وجه الخلاص عن بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة، إلى قوله: أو في الأعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول: يجوز أن يذكره لتأكيد معنى الجمع فحينئذ لا يكون قول الشارح لا سيما في محله (قوله لأن معناه يلزمه الرفض مطلقاً) أقول: وفي أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل يرفضها تكراراً، فلا دلالة لقوله وقيل إذا حلق على ما ذكره، بل دلالته على التقييد ظاهرة.

وهو دم جبر وكفارة (**ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه**) لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاق والمسألة فيه فيصير بذلك قارناً لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئاً (**ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته**) لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة (**فإن توجه إليها لم يكن رافضاً حتى يقف**) وقد ذكرناه من قبل (**فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما**) لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر فيصح الإحرام بهما، والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (**ويستحب أن يرفض عمرته**) لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله، بخلاف ما إذا لم يطف للحج، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (**وعليه دم**) لرفضها (**ومن أهلّ**

رحمه الله (**قوله فعليه دم لإحرامه قبل الوقت**) لأن وقته بعد الحلق، ولم يذكر محمد دماً في الجمع بين الحجتين في الجامع الصغير، وذكره في الجمع بين العمرتين، وأوجبه في المناسك من المبسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين، وذكر بعضهم أنه لا فرق، وسكوته في الجامع ليس نفياً بعد وجود الموجب لأن الموجب له في العمرتين وهو عدم المشروعية ثابت في الحجتين، وما ذكر في الفرق من أنه في الحجتين لا يصير جامعاً فعلاً لأنه لا يؤدي أفعال الأخرى إلا في سنة أخرى، بخلاف العمرة فإنه يؤدي الثانية في هذه السنة فيصير جامعاً فعلاً لا يتم لأن كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجمع فعلاً فاستويا، فالأوجه أنه ليس فيه إلا رواية الوجوب (**قوله وقد ذكرناه**) يعني في باب القران (**قوله والمراد بهذا الطواف**) يعني في قوله فإن طاف للحج (**قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح**) فلا فرق في وجوب الدم بين الصورة الأولى والثانية، غير أن الدم في الأولى دم القران للشكر اتفاقاً وفي الثانية مختلف فيه. ومختار المصنف وفخر الإسلام أنه دم جبر لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القدوم، واختار شمس الأئمة السرخسي أنه شكر وإن كان هو أكثر إساءة من الأولى، فإن هذا الطواف لما لم يكن ركناً ولا واجباً أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبرا، ولا نسلم بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن، ولو سلم منعنا كون هذا القدر من الوجه الاعتباري يوجب الجناية الموجبة للدم، ولو قال قائل: إن طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلاً ولا من سنن نفس عبادة الحج بل هو سنة لقدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت، حتى لو لم يدخل المحرم بالحج مكة إلا يوم النحر بعد الوقوف سقط استنانه بفعل طواف الإفاضة وكذا المعتمر لا يسن في حقه لإغناء طواف العمرة عنه، كما تسقط الركعتان بإقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيماً في ضمن الفرض، ولو كان معتبراً سنة نفس العبادة تابعاً لها لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر في الدفع لأنه حينئذ لا يكون تقدمه موجباً بناء العمرة من ذلك الوجه أيضاً، وهذا الوجه الذي ذكرناه هو من كلامهم في توجيه سقوطه إذا لم يدخل المحرم مكة

بعض النسخ عليهما: أي على الحج والعمرة (**أجزأه**) ودليله ظاهر. وقوله (**وعليه دم لجمعه بينهما، إما في الإحرام**) يعني إن كان إحرام العمرة قبل التحلل بالحلق (**أو في الأعمال الباقية**) يعني إذا كان بعد الحلق، وهذا يرشدك إلى أن كلام المصنف على إطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية، لأنه إذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الإحرامين فلا حاجة إلى قوله أو في الأعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة أو، وكذا قوله وقيل إذا حلق يدل على ذلك لأن معناه يلزمه الرفض مطلقاً (**وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل**) قال الإمام فخر الإسلام: لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير، وجوابه في الأصل مشتبه ظاهر ذلك أنه لا يرفضها (**وقيل يرفضها احترازاً عن النهي**) يعني النهي عن العمرة في هذه الأيام كما ذكرنا (**قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله: على هذا**) القول وهو رفض العمرة. ومعنى ما ذكر في الأصل أنه لا يرفضها: أي لا ترتفض من غير رفض، وقوله (**فإن فاته الحج**) يعني فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة إذا أحرم بحجة أو عمرة فإنه يرفض التي أحرم بها. أما إذا كانت عمرة فلأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً

بعمرة في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته) لما قلنا **(ويرفضها)** أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضاً على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها، فإن رفضها فعليه دم لرفضها **(وعمرة مكانها)** لما بينا **(فإن مضى عليها أجزأه)** لأنّ الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولاً في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيماً **(وعليه دم لجمعه بينهما)** إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية، قالوا: وهذا دم كفارة أيضاً، وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل، وقيل يرفضها احترازاً عن النهي، قال الفقيه أبو جعفر: ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا**(فإن فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها)** لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعاً بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين، وإن أحرم بحجة يصير جامعاً بين الحجتين إحراماً فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه، والله أعلم.

وتوجه إلى عرفات، ويستلزم أن طواف القدوم لا يسن للقارن لأنه يبدأ بطواف العمرة إذا دخل فيحصل المقصود في ضمنه. فإن قيل: قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى. قلنا فيلزم بطلان سقوطه فيما إذا لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف يوم النحر، فالحاصل أن أحد الأمرين لازم. والحق أن دلالة الآثار على استنان طوافين للقارن لا يلزمه كون أحدهما للقدوم، فادعاء أنه طواف القدوم ادعاء أمر زائد على مقتضى الدليل، واعتقادي أن استنانه لإيقاع سعي الحج، فإن السعي لم يشرع إلا مرتباً على طواف، ومعلوم أنه رخص في تقديم السعي على يوم النحر فكان الثابت في الآثار بيان طريق تقديم سعي الحج للقارن، وعن هذا قلنا في المتمتع إذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة له أن يطوف طوافاً يتنفل به ثم يسعى بعده للحج وليس هو طواف القدوم. نعم يقتضي أن القارن لو لم يرد تقديم السعي لا يسن في حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال، وغاية ما يلزم إذا دل دليل على استنان طوافين مطلقاً: أعني غير مقيد بقصد تقديم السعي كون تقديم السعي سنة للقارن ولا ضرر في التزامه **(قوله قال الفقيه أبو جعفر: ومشايخنا على هذا)** أي على وجوب الرفض وإن كان بعد الحلق، وصححه بعض المتأخرين لأنه بقي عليه واجبات من الحج كالرمي وطواف الصدر وسنة المبيت، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضاً فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب.

لأبي يوسف رحمه الله. وفائدته تظهر في حق لزوم الرفض إذا أحرم بحجة أخرى، فعندهما يرفضها كي لا يصير جامعاً بين إحرامي الحج، وعند أبي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها. وقوله **(على ما يأتيك)** أراد به قوله لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لا قوله من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة لأن هذا غير مذكور هناك. وقوله **(فيصير جامعاً)** أي فائت الحج الذي أحرم بعمرة يصير جامعاً **(بين العمرتين)** أفعالاً فيجب أن يرفض العمرة التي أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين. وأما إذا كانت حجة فإنه يصير جامعاً بين الحجتين إحراماً فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه، والله أعلم.

باب الإحصار

(وإذا أحصر المحرم بعدوّ أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل) وقال الشافعي رحمه الله: لا يكون الإحصار إلا بالعدوّ لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدوّ لا من المرض. ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر

باب الإحصار

هو من العوارض النادرة وكذا الفوات فأخرهما. ثم إن الإحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على الفوات. والإحصار يتحقق عندنا بالعدوّ وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق، وفي التجنيس في سرقة النفقة إن قدر على المشي فليس بمحصر وإلا فمحصر لأنه عاجز، ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهي محصرة لاتحل إلا بالدم لأنها منعت شرعاً آكد من المنع بسبب العدو. وقال الشافعي رحمه الله: لا إحصار إلا بالعدو **(قوله لأن التحلل شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة)** من السبب المانع **(وبالإحلال ينجو من العدوّ لا المرض)** ولا يخفى أنه يرد على هذا ببادىء النظر أن يقال إن قلت إنه لم يشرع إلا للنجاة من السبب منعنا الحصر، وإن أردت أنه من أسباب شرعيته لم يفد نفي شرعيته في محل النزاع، فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنياً على الاستدلال بالآية، هكذا الآية وردت لبيان حكم إحصاره ﷺ وأصحابه وكان بالعدوّ، وقال في سياق الآية ﴿فإذا أمنتم﴾ [البقرة: ١٩٦] إلى آخرها، فعلم أن شرعية الإحلال في العدو كان لتحصيل الأمن منه، وبالإحلال لا ينجو من المرض ولا يكون الإحصار بالمرض في معناه، فلا يكون النص الوارد في العدوّ وارداً في المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياساً لأن شرعية التحلل قبل أداء الأفعال بعد الشروع في الإحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه **(قوله فإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر بالعدو)** أفاد هذا أن مراده بقوله: وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة أن إجماعهم على أن مدلول لفظ الإحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيلزم إجماعهم على أن معناها ذلك إلا بناف، وهذا لأن ذلك نقل عن الفراء والكسائي والأخفش وأبي عبيدة وابن السكيت والقتبي وغيرهم. وقال أبو جعفر النحاس: على ذلك جمع أهل اللغة. ثم المقابلة في نقله قولهم الإحصار بالمرض والحصر بالعدوّ ظاهر في أن الإحصار خاص بالمرض والحصر خاص بالعدوّ، ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ما صدقات الإحصار، فإن أراد الأول ورد

باب الإحصار

لما كان من الإحصار ما هو جناية على المحرم أعقبه باب الجنايات بباب على حدة، تقول العرب: أحصر إذا منعه خوف أو عدو أو مرض من الوصول إلى إتمام حجته أو عمرته، وإذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر، فالمحصر محرم ممنوع عن المضي إلى إتمام أفعال ما أحرم لأجله **(فإذا أحصر بعدوّ أو مرض فمنع من المضي جاز له التحلل)** والشافعي رحمه الله حصر الإحصار في العدوّ وقال: المريض ليس له أن يتحلل إلا أن يكون شرط ذلك عند إحرامه، ولكنه يصير إلى أن يبرأ **(لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة)** بالإحلال والنجاة بالإحلال لا تكون إلا من العدوّ ولأن ما به من المرض لا يزول بالتحلل، بخلاف المحصر بالعدوّ فإن ما ابتلى به يزول بالتحلل لأنه يرجع إلى أهله فيندفع عنه شر عدوّه **(ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة، فإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر بالعدوّ)** وإذا وردت فيه كانت دلالته على الإحصار بالمرض أقوى، وفيه بحث من وجهين: الأول كان من حق الكلام أن يقول بإجماع أهل التفسير لأن أهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها. والثاني أنها نزلت في رسول الله ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم وكان الإحصار بالعدوّ. والجواب

باب الإحصار

بالعدوّ والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام، والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم، وإذا

عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التي وقعت للرسول ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم[1]، واحتاج إلى جواب صاحب الأسرار. وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظاً وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة، وهذه الآية كذلك إذ يعلم منها حكم منع العدوّ بطريق أولى لأن منع العدوّ حسي لا يتمكن معه من المضي، بخلافه في المرض إذ يتمكن منه بالمحمل والمركب والخدم، فإذا جاز التحلل مع هذا فمع ذلك أولى إلا أنه مناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهو قوله: ولأن التحلل إنما شرع لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام، والصبر عليه مع المرض أعظم، فإنه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدوّ فلا يكون النص عليه مع المرض يفيده مع العدوّ بطريق الدلالة، ولا تندفع المنافاة بقولنا: إن هذا مذكور بطريق التنزل في معنى الآية: أي لو سلمنا أنها في الإحصار بالعدوّ فيثبت في المرض بطريق أولى لأن المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقته، وعلى تقديره يلزم ما ذكرنا، والأولى إرادة الأولى وهو محمل قول أهل اللغة الإحصار بالمرض لقوله تعالى.﴿للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله﴾ [البقرة: ٢٧٣] والمراد منعهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع إلى العدو، أو المراد أهل الصفة منعهم تعلم القرآن أو شدة الحاجة والجهد عن الضرب في الأرض للتكسب. وقال ابن ميادة:

وما هجر ليلى أن تكون تباعدت عليـــك ولا أن أحصـــرتـــك شغـــول

وليس هو بالمرض. وفي الكشاف يقال: أحصر فلان إذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز، وحصر إذا حبسه عدوّ عن المضي أو سجن، ومنه قيل للمحبس الحصير وللملك الحصير، هذا هو الأكثر في كلامهم اهـ. وفي نهاية ابن الأثير يقال: أحصره المرض أو السلطان إذا منعه من مقصده فهو محصر، وحصره إذا حبسه فهو محصور، والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة. والأقرب حينئذ كلام المصنف لأن الظاهر كون الآية تنتظم الحادثة لفظاً ولو بعمومها، وعلى التقدير انتفى نفي الشافعي إلحاق المرض بالعدوّ وقصر إفادة الآية على شرعيته للنجاة من العدوّ ثم وجدناه. واقعاً في الحديث. روى الحجاج بن عمرو الأنصاري أنه ﷺ قال «من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل» فذكر ذلك لابن عباس وأبي هريرة فقالا: صدق[2]، رواه الخمسة. قال الترمذي: حديث حسن، وفي شرح الآثار: حدثنا فهد حدثنا عليّ بن معبد بن شداد العبدي صاحب محمد بن الحسن قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور

عن الأول أن معناه بدلالة إجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة في الإحصار بمرض. وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على إطلاقها من غير حمل على الأسباب الواردة هي لأجلها. وقوله **(والتحلل قبل أوانه)** استدلال بمعقول فيه شائبة التنزل كأنه قال: سلمنا أن آية الإحصار وردت في الحصر بالعدو. ولا فرق بين الإحصار والحصر، لكن المرض ملحق به بالدلالة لأن التحلل قبل أوانه **(لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار على الإحرام مع المرض أعظم)** لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة إلى ما هو جناية على الإحرام، وقوله **(وإذا جاز التحلل)**

---

(١) وهو خبر الحديبية المشهور. أخرجه البخاري ١٨١٢ و١٨٠٦ ومسلم ١٢٣٠ من حديث ابن عمر وكذا مالك ١/ ٣٦٠ وأخرجه البخاري ١٨٠٩ من حديث ابن عباس بلفظ: قد أحصر رسول الله ﷺ فحلق رأسه، وجامع نساءه، ونحر هدية حتى اعتمر عاماً قابلاً.
وأخرجه البخاري من حديث المسور بن مخرمة ومروان في خبر طويل وفيه صلح الحديبية، وقصة الإحصار.
وهو برقم ٢٧٣١ و٢٧٣٢ من عدة ورقات.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨٦٢ والترمذي ٩٤٠ والنسائي ٥/ ١٩٩ وابن ماجه ١٨٦٢ والدارقطني ٢/ ٢٧٨ وأحمد ٣/ ٤٥٠ والحاكم ١/ ٤٧٠ كلهم من حديث عكرمة عن الحجاج بن عمرو الأنصاري وفيه الحجاج بن عثمان الصواف وهو ثقة وبقية رجاله ثقات معروفون.
وقد توبع فقد أخرجه الحاكم ١/ ٤٨٣ من طريق معمر عن الحجاج بن عمرو الأنصاري.
وقد أشار الترمذي لهذه الرواية وقال: هذا حديث حسن صحيح، ونقل عن البخاري قوله: رواية معمر أصح اهـ وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري، وأقره الذهبي، وهو كما قالوا.
قوله فذكر ذلك لابن عباس وأبي هريرة فقالا: صدق السائل لهما هو عكرمة صاحب ابن عباس وراوي الحديث.

جاز له التحلل (**يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل**) وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مرّ فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل،

عن إبراهيم عن علقمة قال: لدغ صاحب لنا وهو محرم بعمرة فذكرناه لابن مسعود فقال: يبعث بهدي ويواعد أصحابه موعداً، فإذا نحر عنه حل، وبه إلى جرير عن الأعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال: قال عبد الله: ثم عليه عمرة بعد ذلك(١) وهذا يفيد أن شرعيته لدفع أذى امتداد الإحرام مع الحابس عن الأعمال. وقد يقال: حديث «من كسر» غير مصرح بجواز الإحلال فيجوز كون المراد أنه إذا حبس بذلك حتى فاته الحج فعليه الحج من قابل، فإذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقاً استفيد جوازه لمن سرقت نفقته ولا يقدر على المشي لا إن قدر كذا عن أبي يوسف. ولا يبعد أن لا يجب المشي في الابتداء ويلزم بعد الشروع، كالفقير إذا شرع في الحج والمرأة إذا مات محرمها في الطريق أو زوجها في غير محل إقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على ما يعرف في باب العدّة إن شاء الله تعالى. وأما الذي ضل الطريق فهو محصر إلا أنه يزول إحصاره بوجود من يبعث معه هدي التحلل فإنه به يذهب المانع إذ يمكنه الذهاب معه إلى مكة، فهو كالمحصر الذي لا يقدر على الهدي فيبقى محرماً إلى أن يحج إن زال الإحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعي إذا استمر الإحصار حتى فاته الحج. هذا إذا ضل في الحلّ، أما إن ضل في أرض الحرم فعلى قول من أثبت الإحصار في الحرم إذا لم يجد أحداً من الناس له أن يذبح إن كان معه الهدي ويحل، كذا ذكر. والذي يظهر من تعليل منع الإحصار في الحرم تخصيصه بالعدوّ أما إن أحصر فيه بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل، والله أعلم وأحكم (**قوله وواعد**) الاحتياج إلى المواعدة على قول أبي حنيفة لأنه يجوّز ذبح هدي الإحصار قبل يوم النحر، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما عينا يوم النحر وقتاً له، وقوله ثم تحلل يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدي قد ذبح في يوم المواعدة ففعل من محظورات الإحرام ثم ظهر عدم الذبح إذ ذاك كان عليه موجب الجناية، وكذا لو ذبح في الحل على ظن أنه ذبح في الحرم وما أكل منه الذي معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر إن كان غنياً (**قوله وإليه**) مرجع الضمير التوقيت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان، والآية وهي قوله تعالى ﴿**ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله**﴾ [البقرة: ١٩٦] إما في الإحصار بخصوصه أو فيه وفي غيره، أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الحلق قبل الأعمال في الإحصار وبعدها في غيره إلى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى ﴿**ثم محلها إلى البيت العتيق**﴾ [الحج: ٣٣] وعنها قلنا: إذا لم يجد المحصر الهدى يبقي محرماً حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعي إن لم يجده حتى فاته الحج، فإن استمر لا يقدر على الوصول إلى مكة ولا إلى الهدي بقي محرماً أبداً هذا هو المذهب المعروف. ولو سرق الهدي بعد ذبحه لا شيء عليه، فإن لم يسرق تصدّق به، فإن أكل منه الذابح ضمن قيمة ما أكل إن كان غنياً يتصدق به عن المحصر، وعن أبي يوسف في المحصر إن لم يجد هدياً قوّم الهدي طعاماً وتصدّق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوماً فيتحلل به، رواه عن عطاء. قال في الأمالي: وهذا أحبّ

يعني إذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر (**يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل**) وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن دم الإحصار عنده غير مؤقت فيحتاج إلى المواعدة ليعرف وقت الإحلال، وأما عندهما فدم الإحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة إلى المواعدة فيه، وإنما يحتاج إليها في العمرة، فإذا بعث فهو بالخيار إن شاء أقام بمكانه وإن شاء رجع لأنه لما صار ممنوعاً من الذهاب يخير بين المقام والانصراف. قال في النهاية: إنما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لأنه إذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات الإحرام لبقاء إحرامه، كذا ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله (**وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة لم**

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي ١/ ٤٣٢ عن ابن مسعود ورجاله ثقات.

وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم، وقال الشافعي رحمه الله: لا يتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف. قلنا: المراعى أصل التخفيف لا نهايته،

إليّ، قلنا: هذا قياس يخالف النص في عين المقيس فلا يقبل. وقال التمرتاشي: إن لم يجد بقي محرماً. وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل، وقيل: ثلاثة أيام، وقيل: بإزاء كل نصف صاع يوماً. ومن أحصر فوصل إلى مكة لم يبق محصراً على قول الإمام على ما سيأتي، فإن لم يقدر على الأعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بأفعال العمرة. وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا في الإحصار بالعدوّ، وكذا قيل: لو قدم قارن فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج إلى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فإنه يبعث بهدي ويحل به ويقضي حجة وعمرة لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع أنه طاف وسعى لحجته، ولا يحل بذلك لأن ذلك إنما يجب بعد الفوات. ولو أحصر عبد أحرم بغير إذن مولاه بعث المولى الهدي ندباً، ولو كان أحرم بإذنه اختلفت الرواية في وجوب بعث المولى وعدمه بل يجب على العبد عند العتق **(قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لا نهايته)** لم يذكر في كلام الشافعي أنه اعتبر نهاية التخفيف، لكن دعواه القائلة أن التوقيت يبطل التخفيف، وحاصل الجواب أن يقال: إن قلت إن المراعي نهاية التخفيف منعناه أو أصله، فبالتوقيت لا ينتفي أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدي عادة من المسافرين. وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بأنه لو لم يجد هديا يبقى محرماً أبداً فلا يرد عليه لأن الشافعي لا يقول به، بل إذا لم يجده عنده قومت شاة وسط فيصوم عن كل مد من قيمتها يوماً، وفي قول: عشرة أيام كما في العجز عن هدي المتعة عنده، والجواب ما تقدم والمعوّل عليه الترديد الذي ذكرناه **(قوله إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير)** وإلا قال ثم احلق ونحوه، فلما عدل إلى المعنى الأعم استفدنا عدم تعين الحلق. وقوله وهو قول أبي حنيفة ومحمد أطلقه عنهما، وفي الكافي: إنما لا يحلق إذا أحصر في الحل، أما إذا أحصر في الحرم فيحلق لأن الحلق موقت بالحرم عندهما، فعلى هذا كان حلقه ﷺ لكونه في الحرم لأن بعض الحديبية من الحرم على ما قدمه المصنف، ولما لم يقل المصنف في جواب أبي يوسف عن حلقه ﷺ[1] لأنه

تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر) فدم الإحصار لا يعرف قربة بدون أحد هذين **(فلا يقع به التحلل)** وقد عين الشارع المكان بإشارة **(قوله ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم)** والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس، نهى عن الحق حتى يبلغ الهدي موضع حله، ثم فسر المحل بقوله ثم محلها إلى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لأنه لا تراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم، وهذا واضح **(وقال الشافعي رحمه الله: لا يتوقت بالحرم لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف، قلنا: المراعي أصل التخفيف لا نهايته)** ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدي بل يبقى محرماً أبدا، ولأن نهايته لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه. وقوله **(وتجوز الشاة)** ظاهر، وذكر في المحيط أنه إذا كان معسراً لا يجد قيمة شاة أقام حراماً حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج، وقوله

(قال المصنف: وإليه الإشارة) أقول: مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان **(قوله فإن قيل: هذا الذي ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي ﷺ الخ)** أقول: قال علماء الأصول: إذا نقل عن النبي ﷺ فعل فإن كان سهواً أو طبعاً أو خاصاً به فلا إيجاب إجماعاً، وإن كان بياناً لمجمل يجب اتباعه إجماعاً، وإن كان غير ذلك فهل يجب اتباعه أم لا؟ قال البعض من الشافعية نعم، وقال الأكثرون لا، وهو المختار إذا عرفت هذا عرفت أن قوله إن مجرد فعل النبي ﷺ الخ يتطرق إليه المنع، ثم إن أمره لهذا لو كان للوجوب لما خالفه الصحابة على ما نقل في الصحاح **(قوله أجيب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف، إلى قوله: والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ)** أقول: فيكون في عبارة المصنف إلباس حيث يفهم منه أن الثاني من تتمة الأول وهو الظاهر. وقوله عليه ذلك: أي يستحب، وقد استعمل عليه في هذا المعنى في فصل المحرمات من النكاح. وقوله ولو لم يفعل لا شيء عليه قرينة لذلك **(قوله فلا يحتاج إلى تعليل)** أقول: مع أن تعليله ظاهر وهو عدم توقت العمرة فلا يتوقت التحليل منه أيضاً فضلا عن تحليل المحصر **(قوله قال رسول الله ﷺ: من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل)** أقول: قوله فليحل بعمرة يدل على أن المراد هو فائت الحج بغير الإحصار، إذ تحلل المحصر بالهدي لا بالعمرة فتأمل.

---

(١) أي يوم الحديبية. وفيه: فحلق رسول الله ﷺ. وقد تقدم تخريج أحاديث الحديبية قبل قليل.

وتجوز الشاة لأن المنصوص عليه الهدي والشاة أدناه، وتجزيه البقرة والبدنة أو سبعهما كما في الضحايا، وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر، بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه. وقوله ثم تحلل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: عليه ذلك، ولو لم يفعل لا شيء عليه لأنه ﷺ حلق عام الحديبية وكان محصراً بها وأمر أصحابه رضي الله عنهم بذلك. ولهما أن الحلق إنما عرف قربة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكاً قبلها وفعل النبي ﷺ وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف.

كان في الحرم بل إن حلقه كان ليعرّف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبيناً للمفعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أي ليعرّف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بأمر الحرب كان ظاهرا في اعتقاده إطلاق الجواب فلا يجب عندهما الحلق سواء أحصر في الحل أو الحرم (**قوله لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة**) أي ليس غير، قال ﷺ «**فلا أحل حتى أحل منهما جميعاً**» في الصحيح (**قوله وربما يعتبر أنه إلخ**) أما اعتبارهما إياه بالحلق فبجامع أنه محلل وهو إلزامي، فإنهما لا يقولان بتوقت الحلق في الحرم بل من حيث السنية، والملحق هنا عندهما اللزوم، والإلزامي لا يفيد في المطلوب شيئاً، لأنه لو اعترف الخصم بالخطأ في أحدهما فقال أعترف بالخطإ في أحد الأمرين من عدم توقيت الذبح بالزمان أو توقيت الحلق به لم يلزم خطؤه في محل النزاع عيناً. وأما اعتبارهما بهدي المتعة والقران فبجامع أنه هدي تتعلق القربة فيه بنفس الإراقة، وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات، وهذا أولى لأن الجامع في قياسهما إنما هو أثره في توقته بالمكان بسبب أنه اسم إضافي، إذ معناه ما يهدي إلى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنص، وهو قوله تعالى ﴿**ثم محلها إلى البيت العتيق**﴾ [الحج: ٣٣] وتوقته بالزمان ليس معلولاً لكونه هدياً، بل اتفق معه اتفاقاً حكماً شرعياً لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفاً طردياً في حق هذا الحكم فلا يعلل به، بخلاف دماء الكفارات فإن الكفاره مؤثرة في ستر الجناية، وهذا كذلك فإنه يمنع التأثيم في مباشرة محظورات الإحرام كما أن ذلك يرفعه، ومعنى ستر الجناية مؤثر في عدم التأخير ما أمكن، ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب، مع أن قوله تعالى ﴿**فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي**﴾ مطلق فلا ينسخ إطلاقه بما ذكراه لو صح (**قوله هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر**[1])وذكره الرازي عن ابن عباس وابن مسعود، ثم ذكر وجهه من القياس وهو على فائت الحج. وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على

(**وقال أبو يوسف: عليه ذلك**) أي الحلق (**ولو لم يفعل لا شيء عليه لأن النبي ﷺ حلق عام الحديبية وكان محصراً بها وأمر أصحابه بذلك**) فإن قيل: هذا الذي ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي ﷺ في الذي لا يفعل قربة دليل الوجوب فكيف إذا أمر غيره بذلك، وحينئذ لا يكون دليلاً على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فأين دليله؟ أجيب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف فيها روايتان: في رواية يجوز، وفي أخرى واجب، والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الأخرى، لأن دليل أبي حنيفة ومحمد يصلح دليلاً لها. وقوله (**ولهما أن الحلق إنما عرف قربة**) يعني أن كون الحلق قربة عرف بالنص، بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الأوصاف ومن جملتها كونه (**مرتباً على أفعال الحج**) فلا يكون في غير المرتب قربة، وأما حلق النبي ﷺ وأصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح. قوله (**وإن كان**) المحصر (**قارناً بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلل عن إحراميه، فإن بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة**) لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت «خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع فأهللنا بعمرة، ثم قال رسول الله ﷺ: من كان معه هدي فليهلّ بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً» وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلاً. فإن قيل: دم الإحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الإحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد؟

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٤٤: ذكره أبو بكر الرازي عن ابن عباس وابن مسعود لا غير اهـ.
أي ليس فيه ذكر ابن عمر.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤٦: ذكره الرازي عن ابن مسعود وابن عباس بغير إسناد.

(وإن كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل من إحرامين، فإن بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة **(ولا يجوز ذبح دم الأحصار إلا في الحرم، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر، ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء)** اعتباراً بهدي المتعة والقران، وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل واحد منهما محلل.

فائت الحج إنما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدي فلا تجب العمرة عليه. والجواب أن الهدي لتعجيل الإحلال قبل الاعمال، وهذا لأنه قد تحقق من الشرع أنه متى صح الشروع في الإحرام انعقد لازماً ولا يخرج عنه إلا بأداء الأفعال: أي أفعال حج أو عمرة، حتى أنه إذا فاته ما أحرم به من الحج لم يسوغ خروجه إلا بأفعال هي أفعال عمرة، وإذا أحرم بالحج ينوي الفرض ثم ظهر له أنه كان أداه لزمه المضي فيه، بخلاف الصلاة والصوم حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب. وإذا أفسده وجب المضي في الفاسد ولا يخرج عن عهدته إلا بالأفعال بخلاف سائر العبادات، وإذا صح شروع المحصر لا يتحلل بمقتضى ما ذكرنا إلا بأفعال عمرة، كفائت الحج فإنه عجز عن الإتمام بعد الشروع، فإذ لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها ردّا إلى ما عهد من أمر الحج في الشرع وأن الدم وجب عليه بتعجيل الإحلال قبل الأعمال وهو لا ينفي بقاء ذلك الواجب، وعن هذا قلنا: لو لم يحل حتى تحقق بوصف الفوات تحلل بالأفعال بلا دم ولا عمرة في القضاء، ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة في القضاء على المحصر هو فيما إذا قضاها من قابل، فلو قضى الحجة من عامه لا تجب معها عمرة لأنه لا يكون كفائت الحج كذا عن أبي حنيفة. وعنه لا يحتاج إلى نية التعيين إذ قضاها في تلك السنة، ذكرهما محمد في الأصل. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه عليه حجة وعمرة في الوجهين وعليه نية القضاء، وهو قول زفر، وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما إذا أحرمت المرأة بحجة تطوّع فمنعها زوجها وحللها ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة، وإذا قضاهما من قابل إن شاء قرن بهما وإن شاء أفردهما. واعلم أن نية القضاء إنما تلزم إذا تحولت السنة اتفاقاً فيما إذا كان الإحصار بحج نفل، أما إذا كان بحجة الإسلام فلا لأنها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينوي حجة الإسلام من قابل (قوله لأنها لا تتوقت) فلا يتحقق خوف الفوات. قلنا خوف الفوات ليس هو المبيح للتحلل وإلا لم يجز التحلل، لأنه إذا فاته الحج يتحلل بأفعال العمرة وذلك لا يفوت، فعلم أن التحلل إنما أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الإحرام مع ظهور عجزه عن الأداء.

أجيب بجوابين: أحدهما أن الحلق في الأصل محظور الإحرام، وإنما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفي لصلوات كثيرة، وأما الهدي فإنه شرع للتحلل إلا أنه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز النذر به، وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كأفعال الصلاة، والثاني أن الحلق محظور الإحرام، وإنما يصير قربة بسبب التحلل. فإن تكرر فلا يخلو إما أن يكون التحلل واقعاً بالأول أو بالثاني، فإن وقع بالأول كان الثاني لغوا، وإن وقع بالثاني كان الأول جناية، فأما الذبح فليس بمحظور الإحرام فصح الجمع، وقوله **(ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم)** إنما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان أن دم الإحصار أعرف في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لأنه مختلف فيه، وقوله **(اعتباراً بهدي المتعة والقران)** تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر وأما قوله **(ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء)** فبالاتفاق فلا يحتاج إلى تعليل **(وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل واحد منهما محلل)** فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح. وقوله **(ولأبي حنيفة)** ظاهر. وقوله **(بخلاف دم المتعة والقران)** جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما **(لأنه)** أي دم المتعة والقران **(دم نسك)** وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا. وقوله **(وبخلاف الحلق)** جواب عن اعتبارهما الآخر. وبيانه أن التحلل على نوعين: تحلل في أوانه وهو الذي يترتب على أفعال ما أحرم لأجله، وتحلل قبل أوانه وهو ما ليس كذلك، والأوّل لا بد له من التوقيت بيوم النحر لأن الركن الأصلي هو الوقوف بعرفة **(وهو ينتهي به)** أي بوقت **الحلق** لأن وقته يمتد إلى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع **الحلق في يوم النحر**، وأما الثاني فإنه لا يتوقف على أداء الأفعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية إلى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الأول قياساً مع وجود الفارق وهو باطل. قال صاحب الأسرار: قال الله تعالى **﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾** من غير اشتراط زمان، فاشتراطه بالقياس نسخ. قال **(والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا**

ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك، وبخلاف الحلق لأنه في أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهي به. قال

ومن فروع الإحصار بالعمرة: رجل أهلّ بنسك مبهم فأحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدي واحد ويقضي عمرة استحساناً. وفي القياس حجة وعمرة، لأن إحرامه إن كان للحج لزماه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسن المتيقن وهو العمرة فتصير هي دينا في ذمته، وفيه نظر، ولأنه كان متمكناً من الخروج عن هذا الإحرام بأداء عمرة فكذا بعده. وعن هذا أيضاً قلنا: لو جامع قبل التعيين لزمه دم الجماع والمضي في أفعال العمرة وقضاؤها، بخلاف ما لو كان عين نسكاً فنسيه ثم أحصر لأن هناك تيقناً عدم نية الحج وهنا جاز كون المنوي كان الحج فيحل بهدي وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط. ولو أحرم بشيئين والباقي بحاله فأحصر بعث بهديين ويقضي حجة وعمرتين استحساناً وقد قدمنا هذه (**قوله وعلى القارن حجة وعمرتان**) يقضيهما بقران أو إفراد، وهذا إذا لم يقض في سنة الإحصار، وأما إذا زال الإحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الإحرام والأداء ففعل فإنما عليه عمرة القران على ما هو رواية الأصل (**قوله فإن بعث القارن هديا**) الصواب المحصر مكان القارن، وهذا غلط ظاهر في النسخ، أما أوّلاً فلأن هذا الحكم لا يخص القارن فالحاجة إلى بيانه مطلقاً لا على خصوص القارن، وأما ثانياً فلأن القارن إنما يبعث بدمين (**قوله فإن كان لا يدرك الخ**) حاصل وجوه المسألة أنه زال الإحصار بعد البعث، فإما أن يكون بحيث يدرك الهدي والحج أو لا يدركهما، أو يدرك الحج فقط أو الهدي فقط، وهذا التقسيم على قول أبي حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الأقسام وهي ظاهرة

روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم) قالا: قال رسول الله ﷺ «من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل» والحديث عام في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالإحصار لأن كل واحد منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة، وأما الحجة فإنها تجب قضاء لصحة الشروع فيها. فإن قيل: العمرة في فائت الحج للتحلل، والتحلل هاهنا حصل بالهدي فلا حاجة إلى إيجاب العمرة. قلنا: هذا رأي في مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهم أنه كان يقول: حسبكم سنة رسول الله ﷺ، إن حبس أحدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاماً قابلاً. وقوله (**وعلى المحصر بالعمرة القضاء**) يدل على أن الإحصار عن العمرة متصوّر وقال مالك: هو غير متحقق في العمرة (**لأنها لا تتوقت. ولنا أن النبي ﷺ وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحديبية وكانوا عماراً**) صح في كتب الحديث أن رسول الله ﷺ وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (**ولأن التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج، وعلى القارن حجة وعمرتان، أما أما الحج وإحداهما فلما بينا**) يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج (**وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها**) وقوله (**فإن بعث القارن هديا**) قال صاحب النهاية: ذكر القارن هاهنا وقع غلطاً ظاهراً من الناسخ، فالصواب أن يقال: فإن بعث المحصر. وبيان الغلط من وجهين: أحدهما أنه ذكر فإن بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فإنه لا يتحلل بالواحد لأنه ذكر قبل هذا في هذا الباب، فإن كان قارناً بعث بدمين، والثاني أن المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج. وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال: فإن بعث القارن هديا، والهدي اسم لما يهدى إلى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دماً واحداً أو ثوباً، وكان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن، فكأنه قال: فإن بعث المحصر كان ملبساً في حق القارن، ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم

(**قوله قلنا هذا رأي في مقابلة النص الخ**) أقول: غرض المعترض أن قياسكم على فائت الحج لا يصح لوجود الفارق وقد حصل، والحديث الذي رواه يدل على أن التحلل إنما يكون في المحصر بالعمرة، وليس الأمر كذلك، إلا أن يقال: للحديث دلالتان: وجوب العمرة على المحصر وكون التحلل بعد العمرة، والنظم يدل على كون التحلل بالهدي فلا يعمل بالدلالة الثانية (**قوله وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال فإن بعث القارن هديا**) أقول: هذا عذر بارد (**قوله بل ربما لو قال فإن بعث المحصر كان ملبساً في حق القارن، ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الخ**) أقول: فيه بحث.

(والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة) هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، ولأن الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما أنه في معنى فائت الحج (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والإحصار عنها يتحقق عندنا. وقال مالك رحمه الله: لا يتحقق لأنها لا تتوقت. ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عماراً، ولأن شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان) أما الحج وأحداهما فلما بينا، وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فإن بعث القارن هديا وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار، فإن كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج (وإن كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف، وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه (وإن كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل) لعجزه عن الأصل (وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل) استحساناً، وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر، فمن يدرك الحج يدرك الهدي، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم

(قوله وإن توجه ليحل بأفعال العمرة له ذلك) وله في هذا فائدة هي أنه لا يلزمه عمرة في القضاء. فإن قيل: إذا كان المحصر قارناً ينبغي أن يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القران لأنه قادر عليها. قلنا: إنه لا يقدر على أدائها على الوجه الذي تلزمه وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج إذ بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدي لأن ذلك كان لعجزه عن إدراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الأصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله ولو خاف على نفسه الا يلزمه التوجه فكذا على ماله)[1] فإنا رأينا الشرع في كثير من المواضع أنه أنزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس وفي البدائع لأنه إذا كان لا يقدر على إدراك الهدي صار كأن الإحصار زال عنه بالذبح فيحل به، ولأن الهدي قد مضى لسبيله بدليل أنه لا يجب الضمان على المبعوث معه بالذبح فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه اهـ.

ولا يتلج الخاطر شيء من ذلك، والأفضل أن يتوجه لأن فيه الإيفاء بما التزمه كما التزمه (قوله ومن أحصر) بعد الوقوف بعرفة (لا يكون محصراً لوقوع الأمن من الفوات) بتحقق الفعل فلا يرد النقض بالعمرة، فإن الأمن من الفوات متحقق فيها مع تحقق الإحصار بها؛ لأن المراد هنا أنه قد وقع الفعل بحيث لا يتصور بعده فساد ولا فوات، وسقط به

لجنس ما يهدى فلا يثنى إلا إذا قصد الأنواع وليس بمقصود أو العدد، وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال: فإن بعث القارن هدياً (وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار) ثم إن ههنا وجوهاً أربعة بحسب القسمة العقلية، لأنه إما أن لا يدرك الحج والهدي أو يدركهما أو يدرك الهدي دون الحج أو بالعكس، والكل مذكور في الكتاب. ففي الوجه الأول (لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة فله ذلك لأنه فائت

(قال المصنف: وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما، إلى قوله: وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول: لكن لا يستقيم القسم الأول والثالث فيها لأنه إذا زال الإحصار والعمرة غير موقتة كيف لا يدركها؟.

(قوله فإن المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما الخ) أقول: المساواة في الحرمة لا تستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا التعليل، بل الأولى أن يقول: فإن وجه الشبه يكون في المشبه به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرحوا به (قوله أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحق إلا في حق النساء) أقول: وأمر النساء هين.

---

(١) (قول الفتح قوله ولو خاف على نفسه الخ) هذا على ما في نسخ من الهداية، وفي نسخ لا وجود لذلك اه. كذا بخط العلامة البحراوي حفظ الله، كتبه مصححه.

توقت الدم بيوم النحر، وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي. وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده، وحرمة المال كحرمة النفس، وله الخيار إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد (**ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا**

الفرض إذا انضم إليه الطواف في أيّ وقت اتفق من عمره، بخلاف معنى عدم الفوات في العمرة فلم يصدق عليه معنى الإحصار عن الحج، فإن معناه المنع عن أفعاله، وهذا قد فعل ماله حكم الكل فلم يلزم امتداد الإحرام الموجب للحرج لأنه متمكن من الإحلال بالحلق يوم النحر عن كل محظور سوى النساء، ثم إن حلق في غير الحرم لزمه دم. والحاصل أنه لم يتحقق العذر المجوّز للإحلال على ذلك الوجه لتمكنه منه على سنن المشروع الأصلي، غير أنه يبقى المنع في يسير وهو النساء فيزول بالطواف، ولا يعجز المحصر عن ساعة من ليل أو نهار يجد بها فرصة قدر الطواف مختفياً في زمان قدر شهر، والمنع من النساء في هذا المقدار لا يستلزم حرجاً يبيح الإحلال مطلقاً بغير الطريق الأصلي: أعني الحلق، بخلاف الإحصار بالعمرة وهو محرم بها، هذا وإذا تحقق الإحصار بعد مجرد الوقوف كان عليه دم لوقوف المزدلفة ودم الرمي ودمان لتأخير الحلق عن المكان وتأخير الطواف عند أبي حنيفة إن أخرهما ودم آخر إن حلق في الحل. واختلف هل له ذلك أم لا؟ قيل: ليس له أن يحلق في مكانه في غير الحرم، ولو أخره حتى يحلق في الحرم تأخر عن زمانه، وتأخيره عن الزمان أهون منه في غير المكان. وقيل له، إذ ربما لو أخره ليحلق في الحرم يمتد الإحصار فيحتاج إلى الحلق في الحل فيفوت المكان والزمان (**قوله وقد قيل في هذه المسألة خلاف**) وهو ما ذكر عليّ ابن الجعد عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر بالحرم فقال: لا يكون محصراً، فقلت: أليس أن النبي ﷺ أحصر بالحديبية وهي من الحرم؟ فقال: إن مكة كانت يومئذ دار الحرب، وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها، قال أبو يوسف: أما أنا فأقول: إذا غلب العدوّ على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر. والأصح أن التفصيل[1] المذكور قول الكل. وفيه أن الحديبية من الحرم، وهو خلاف ما ذكره البخاري أنها من الحل[2]، وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم، ولو صحت هذه الرواية فلا خلاف في المعنى إذا لاحظت تعليل أبي حنيفة، وبملاحظته أيضاً يتضح ما ذكرنا من حمل منعه الإحصار بالحرم على ما بالعذر، إذ لا يخفى إمكان تحقق العجز عن الذهاب إلى مكة بشدة المرض في بعض الصور مع تحقق الإضرار ببقاء الإحرام مع المرض، والله سبحانه أعلم.

الحج) فإن قيل: إذا كان في معنى فائت الحج وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتماً كفائت الحج، أجيب بأن الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه، ولكن المقصود هو التحلل، وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه لينحر عنه، فله أن يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة، وله أن يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة، وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه (**لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف**) كالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة به (**وإذا أدرك هدية صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه**) وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الأصل، وفي الوجه الرابع جاز له التحلل (**وهذا التقسيم**) يعني الوجه الرابع (**لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج**) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله (**وحرمة المال كحرمة النفس**) يعني كما أن خوف النفس كان عذراً له في التحلل فكذلك الخوف على ماله، لكن الأفضل أن يتوجه فإن قلت: هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قاله فخر الإسلام والأصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز أن يكون وقاية للنفس، فإذا أكره بالقتل على إتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه. فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لأنه

---

(١) وهو تفصيل أبي يوسف.

(٢) جاء في صحيح البخاري كتاب ٢٧ باب ٤ والحديبية خارج الحرم.
قال ابن حجر في الفتح: وهو قول الشافعي في الأم: الحديبية خارج الحرم. وعن الشافعي أن بعضها في الحل، وبعضها الآخر في الحرم.

يكون محصراً) لوقوع الأمن عن الفوات **(ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر)** لأنه تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل **(وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر)** أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل، وأما على الوقوف فلما بينا، وقد قيل في هذه المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، والصحيح ما أعلمتك من التفصيل، والله تعالى أعلم.

[تقسيم] المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما محصر أو فائت الحج أو غيرهما وتحلل الأول في الحال بالدم والثاني بأفعال العمرة والثالث بلا شيء يتقدمه وهو كل من منع من المضي شرعاً لحق العبد، كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى إذا أحرما بغير إذن فإن للزوج والمولى أن يحللاهما في الحال بلا شيء، ثم على المرأة أن تبعث بهدي يذبح عنها في الحرم، وعلى العبد إذا أعتق هدي الإحصار، وعليهما معاً قضاء حجة وعمرة، وسنذكر تمامه إن شاء الله تعالى في المسائل المنثورة.

مملوك مبتذل فأين يماثل المالك المبتذل، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلماً لقيام عصمة صاحبه فيه، وإلى هذا أشار المصنف بكاف التشبيه، فإن المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات وإلا لارتفع التشبيه. وقوله **(وله الخيار)** يعني على وجه الاستحسان، لما جاز له التحلل كان له الخيار **(إن شاء صبر)** إلى أن ينحر عنه الهدي في الميعاد فيتحلل **(وإن شاء توجه لأداء النسك)** لزوال العجز **(وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد، ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصراً)** لأن سبب حكم الإحصار خوف الفوات وقد وقع الأمن عنه لقوله ﷺ «من وقف بعرفة فقد تم حجه» لكنه محرم من النساء حتى يطوف طواف الزيارة، وعليه عند أبي حنيفة أربعة دماء: دم لترك الوقوف بالمزدلفة، ودم لترك رمي الجمار، ودم لتأخير الطواف، ودم لتأخير الحلق، وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والحلق شيء. فإن قيل: قد تقدم أن ازدياد مدة الإحرام يثبت حكم الإحصار كما في إحصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه. أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحلق إلا في حق النساء، وإن كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل. وقوله **(ومن أحصر بمكة)** ظاهر. وقوله **(فلما بينا)** يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصراً، وقوله **(وقد قيل في هذه المسئلة)** يعني قوله ومن أحصر بمكة **(خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف)** وهو ما ذكر عليّ بن الجعد عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال: لا يكون محصراً، فقلت: أليس أن النبي ﷺ أحصر بالحديبية وهي من الحرم؟ فقال: إن مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها. قال أبو يوسف: وأما أنا فأقول: إذا غلب العدوّ على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر. قال المصنف **(والصحيح)** من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصراً باتفاق أصحابنا، وإذا قدر على أحدهما لا يكون محصراً وهو معنى قوله **(وما أعلمتك من التفصيل)** والله أعلم.

باب الفوات

(ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد إليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام «من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل» والعمرة ليست إلا الطواف والسعي، ولأن الأحرام بعد ما انعقد

باب الفوات

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام: من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) رواه الدارقطني من حديث ابن عمر وابن عباس، فحديث ابن عمر في سنده رحمة بن مصعب، قال الدارقطني: ضعيف وقد تفرد به، ورواه ابن عدي في الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وضعفه عن جماعة[1]. وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى النهشلي ضعفه ابن حبان وأسند تضعيفه عن ابن معين. وقال صاحب التنقيح: روى مسلم [2] واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفي لزوم الدم، فإن ما سواه من الأحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف. ووجهه أنه شرع في بيان حكم الفوات، وكان المذكور جميع ما له من الحكم وإلا نافى الحكمة، وليس من المذكور لزوم الدم، فلو كان من حكمه لذكره (قوله كما في الإحرام المبهم) وهو أن لا يزيد في النية على مجرد الإحرام ثم يلبي فإنه يصح، ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين، وله أن يعين ما شاء ما لم يشرع في الطواف، فإذا

باب الفوات

معنى الإحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب، لأن الإحصار إحرام بلا أداء في الفوات إحرام وأداء فلا جرم آثر تأخيره، (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر. (وقوله ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحاً) أي نافذاً لازماً لا يرتفع برافع، فهو احتراز عن إحرام الرقيق بغير إذن المولى، وإحرام المرأة في التطوّع بغير إذن الزوج، فإن للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام الفاسد، كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعاً فإن حكمه حكم الصحيح وقوله (لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين) منقوض بالمحصر فإن الهدي طريق له للخروج عنه كما تقدم، وأجيب بأنه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسئلة الإحصار من العوارض ثبتت بالنص على خلاف القياس. وقوله (كما في الإحرام المبهم) أي المبهم من النسكين الحجة والعمرة بأن أبهم في الإحرام وقال: لبيك اللهم لبيك، ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئاً فإنه يصح

باب الفوات

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٤١ من طريق رحمة بن مصعب عن ابن عمر مرفوعاً.
قال الدارقطني: رحمة بن مصعب ضعيف ولم يأت به غيره.
وفيه أيضاً محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ١٨٦ من طريقه وأعله به ونقل عن أحمد قوله: ابن أبي ليلى ضعيف يروي عن عطاء وأكثر خطأ.
وقال شعبة: ما رأيت أسوأ حفظاً منه.
قلت: رواه عن عطاء ونافع عن ابن عمر. وهذا إسناد كالشمس لو ثبت لكنه وهم لذا لم يروه أحد غير الدارقطني وابن عدي ووهناه.

(٢) ضعيف أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٤١ من طريق ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً وابن أبي ليلى واه خاصة بروايته عن عطاء كما ذكر أحمد وقد تقدم وفيه يحيى بن عيسى النهشلي ضعفه ابن حبان وابن معين وأما قول ابن عبد الهادي روى له مسلم فهو ضعيف. وإن أخرج له مسلم لذا أورده الذهبي في الضعفاء ومع ذلك فابن أبي ليلى أضعف منه بكثير.
والراجح في هذا الخبر الوقف. وهم ابن أبي ليلى فرفعه.
فقد أخرجه البيهقي ٥/ ١٧٥ من طريق إبراهيم عن الأسود أنه سأل عمر عن رجل فاته الحج قال: يهل بعمرة وعليه الحج من قابل وأسنده من رواية الأسود عن زيد بن ثابت بمثل كلام عمر.
وكلا الإسنادين صحيح.

صحيحاً لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين كما في الأحرام المبهم، وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما **(والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيها فعلها،**

شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا: لو لم يعين حتى طاف أقل الأشواط ثم أحرم بعمرة رفضها ولزمه حكم الرفض على ما ذكرناه في إضافة الإحرام إلى الإحرام، لأنه حينئذ صار جامعاً بين عمرتين، وقد أسلفنا في الإحرام المبهم شيئاً في باب الإحرام، والمراد بالصحيح في قوله لأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحاً اللازم[١] ليخرج به العبد والزوجة بغير إذن لا مقابل ما فسد **(قوله ولا دم عليه)** وقال الحسن بن زياد: عليه الدم كقول الشافعي ومالك رحمهما الله. ولنا فيه ما ذكرنا من الحديث آنفاً، وهو حجة لأن مسلماً روى للنهشلي[٢]، وما رواه مالك في الموطإ عن عمر أنه قال لأبي أيوب الأنصاري حين فاته الحج: اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت، فإذا أدركك الحج من قابل فاحجج وأهد ما استيسر من الهدي[٣] وكذا روى عنه أنه قال لهبار بن الأسود ومن معه حين فاتهم الحج[٤] وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضي الله عنهما[٥]رواه الشافعي عنه فمحمول[٦] على الندب لما قدمنا من الحديث المرفوع أنه ﷺ لم يأمر به حين بيانه لحكم الفوات، أو لم يعلما فيه عن رسول الله ﷺ شيئاً، وتأيد بما ذكره من المعنى في الكتاب وهو أن العمرة لفائت الحج جعلت شرعاً شرطاً للتحلل وكانت كالدم في المحصر فلا يجمع بينهما. وقوله لأن التحلل الخ المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الإحلال قبل الأعمال، وهذا قد حل بالأعمال فلا يجب عليه الدم لا ما يتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة في قضاء الحجة حينئذ **(قوله لما روي عن عائشة)** أخرج البيهقي عن شعبة عن يزيد الرشك[٧]عن معاذة عن عائشة قالت. حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، ويومان بعد ذلك اهـ[٨]. وهو يشير إلى أن الكراهة كراهة تحريم وفي كلام المصنف ما يفيده. وقال الشيخ تقي الدين في الإمام: روى إسماعيل بن عياش عن إبراهيم ونافع عن طاوس قال: قال البحر: يعني ابن عباس: خمسة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، والثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أو بعدها ماشئت اهـ[٩].

إحرامه ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين، لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لأنها أقل أفعالاً وأيسر مئونة **(وههنا عجز عن الحج)** لفوات ركنه الأعظم **(فيتعين عليه العمرة)** فكان المناسبة بين الإحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الإحرام بأفعال العمرة. وقوله **(ولا دم عليه)** يعني عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه يوجب الدم عليه قياساً على المحصر، وقلنا: التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما، ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه. وقوله **(والعمرة لا تفوت)** أي لأنها غير مؤقتة **(وهي جائزة في جميع السنة)** يدل على جوازها في أشهر الحج.

---

(١) أي نافذاً لازماً لا يرتفع برافع فهو احتراز عن إحرام الرقيق بغير إذن المولى والمرأة في التطوع بغير إذن الزوج فإن للزوج وللمولى أن يُحلِّلاهما.

(٢) لا ليس بحجة. فإن في الإسناد أيضاً ابن أبي ليلى شديد الضعف.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك ١/ ٣٨٣ ومن طريق البيهقي ٥/ ١٧٤ من طريق سليمان بن يسار عن أبي أيوب عن عمر.

(٤) موقوف جيد. أخرجه مالك ١/ ٣٠٣ ومن طريق الشافعي ١/ ٣٨٤ والبيهقي ٥/ ١٧٤ كلهم عن عطاء بن يسار عن هَبّار بن الأسود عن عمر. وهذا إسناد صحيح.

(٥) أثر ابن عمر. أخرجه البيهقي ٥/ ١٧٤ من طريق الشافعي عن ابن عمر بنحو كلام أبيه عمر وإسناده صحيح وكذا صححه ابن حجر في الدراية ٢/ ٤٧.

(٦) أي أن الهدي غير واجب وإنما هو للندب. حيث أن الحديث المرفوع لا ذكر فيه للهدي. والحديث المرفوع غير قوي كما تقدم.

(٧) الرشك: بكسر الراء وسكون المعجمة: الكبير اللحية، ولقب يزيد بن أبي يزيد الضبعي أحسب أهل زمانه، أفاده القاموس. كتبه مصححه.

(٨) موقوف. أخرجه البيهقي ٤/ ٣٤٦ من طريق يزيد الرِّشك عن معاذة العدوية عن عائشة. وقال البيهقي عقبه: موقوف.

(٩) أورده الزيلعي في ٣/ ١٤٧ عن ابن دقيق العيد في الإمام فذكره وقال الزيلعي: لم يعزه اهـ أي لكتاب أو مصدر حديثي.

وهي يوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق) لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة، ولأن هذه الأيام أيام الحج فكانت متعينة له، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنها لا تكره في يوم عرفة قبل

هذا وأما أفضل أوقاتها فرمضان. وعن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «عمرة في رمضان تعدل حجة» وفي طريق لمسلم «تقضي حجة» أو «حجة معي» وفي رواية لأبي داود «تعدل حجة معي[1]» من غير شك. وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الأصغر.

هذا وقد قدمنا في أوائل كتاب الحج الوعد بعدد عمراته عليه الصلاة والسلام فنقول: قد اعتمر النبي ﷺ أربع عمرات كلهن بعد الهجرة، ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوّة شيئاً، وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة في العمرة أن تفعل داخلاً إلى مكة لا خارجاً، بأن يخرج المقيم بمكة إلى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وإن لم يكن ذلك ممنوعاً، ثم المراد بالأربعة، إحرامه بهن، فأما ما تم له منها فثلاث، ولهذا قال البراء بن عازب: «اعتمر النبي ﷺ عمرتين قبل أن يحج[2]» فلم يحتسب بعمرة الحديبية، كذا في الصحيحين وكلهن في ذي القعدة على ما هو الحق.

[الأولى] عمرة الحديبية سنة ست فَصُدَّ بها فنحر الهدي بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة.

[الثانية] عمرة القضاء في العام المقبل، وهي قضاء عن الحديبية، هذا مذهب أبي حنيفة، وذهب مالك إلى أنها مستأنفة لا قضاء عنها، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمرة القضاء ظاهر في خلافه، وتسمية بعضهم إياها عمرة القضية لا ينفيه، فإنه اتفق في الأولى مقاضاة النبي ﷺ أهل مكة على أن يأتي من العام المقبل فيدخل مكة بعمرة ويقيم بها ثلاثاً، وهذا الأمر قضية تصح إضافة هذه العمرة إليها، فإنها عمرة كانت عن تلك القضية فهي قضاء عن تلك القضية فتصح إضافتها إلى كل منهما فلا تستلزم الإضافة إلى القضية نفي القضاء، والإضافة إلى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض. وأيضاً فالحكم الثابت فيمن شرع في إحرام بنسك فلم يتمه لإحصار فحل أن يقضي وهذه تحتمل القضاء فوجب حملها عليه، وعدم نقل أنه عليه الصلاة والسلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد ذلك، بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل. نعم هو مما يؤنس به في عدم الوقوع لأن الظاهر أنه لو كان لنقل، لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء في مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائها من غير تعيين طريق علمهم.

[الثالثة] عمرته التي قرنها مع حجته على ما أسلفنا إثباته من أنه ﷺ حج قارنا أو التي تمتع بها إلى الحج على قول

وقد اختلف السلف في ذلك، وكان عمر ينهي عنها ويقول: الحج في الأشهر والعمرة في غيرها أكمل لحجكم وعمرتكم. والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى رسول الله ﷺ «أنه اعتمر في ذي القعدة أربع عمر إلا

(قوله وكان عمر رضي الله عنه ينهي عنها ويقول الخ) أقول: أي يقول بعد النهي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٨٢ و١٨٦٣ ومسلم ١٢٥٦ وأبو داود ١٩٩٠ والنسائي ٤/ ١٣٠ ـ ١٣١ وابن ماجه ٢٩٩٣ وابن خزيمة ٣٠٧٧ وأحمد ١/ ٢٢٩ ـ ٣٠٨ كلهم من حديث ابن عباس وله قصة. وكذا رواه ابن حبان ٣٧٠٠ ورواية لمسلم: تقضي حجة. ورواية: حجة معي ورواية لأبي داود: تعدل حجة معي.

وأخرجه أبو داود ١٩٨٨ و١٩٨٩ والترمذي ٩٣٩ كلاهما من حديث أم معقل ولفظ الترمذي: عمرة في رمضان تعدل حجة.

قال الترمذي: قال أحمد وإسحاق: قد ثبت عن النبي ﷺ أن عمرة في رمضان تعدل حجة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٨١ من حديث البراء بن عازب بلفظ: اعتمر رسول الله ﷺ في ذي العقدة قبل أن يحج مرتين.

وظاهر كلام المصنف أن مسلماً رواه وليس كذلك ولعله أراد أن في الصحيحين ما يفهم منه أن عمرة الحديبية لم تحتسب، وهذا قريب جداً.

الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله، والأظهر من المذهب ما ذكرناه، ولكن مع هذا لو أدّاها في هذه

القائلين بأنه حج متمتعاً، أو التي اعتمرها في سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر، ولا عبرة بقول الرابع.

[الرابعة] عمرته من الجعرانة لما خرج ﷺ إلى حنين ودخل بهذه العمرة إلى مكة ليلاً وخرج منها ليلاً إلى الجعرانة فبات بها، فلما أصبح وزالت الشمس خرج في بطن سرف حتى جامع في الطريق، ومن ثمة خفيت هذه العمرة على كثير من الناس. وأما أنهن كلهن في ذي القعدة فلما ثبت عن عائشة[١] وابن عباس[٢] رضي الله عنهم «لم يعتمر رسول الله ﷺ إلا في ذي القعدة». وأما ما في الصحيحين من حديث أنس رضي الله عنه أنه قال: «اعتمر رسول الله ﷺ أربع عمر كلهن في ذي القعدة، إلا التي مع حجته»: عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية في ذي القعدة، وعمرة من العام المقبل في ذي القعدة، وعمرة في الجعرانة حيث قسم غنائم حنين في ذي القعدة، وعمرة مع حجته[٣] فلا ينافيه لأن مبدأ عمرة القران كان في ذي القعدة وفعلها كان في ذي الحجة فصح طريقاً الإثبات والنفي، وأما قول ابن عمر إن النبي ﷺ اعتمر أربعاً إحداهن في رجب، فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك: يرحم الله أبا عبد الرحمن ما اعتمر رسول الله ﷺ عمرة قط إلا وهو شاهد، وما اعتمر في رجب قط[٤] وأما ما رواه الدارقطني عن عائشة «خرجت مع رسول الله ﷺ في عمرة في رمضان[٥]» فقد حكم الحفاظ بغلط هذا الحديث، إذ لا خلاف أن عمره كلها لم تزد عن أربع، وقد عينها أنس وعدّها وليس فيما ذكر شيء منها في غير ذي القعدة سوى التي مع حجته، وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح، فلو كانت له عمرة في رجب وأخرى في رمضان لكانت ستا، ولو كانت أخرى في شوّال كما هو في سنن أبي داود عن عائشة «أنه عليه الصلاة والسلام اعتمر في شوّال»[٦] كانت سبعاً. والحق في ذلك أن ما أمكن الجمع فيه وجب ارتكابه دفعاً للمعارضة، وما لم يمكن الجمع فيه حكم فيه بمقتضي الأصح والأثبت، وهذا أيضاً يمكن فيه الجمع

التي اعتمر مع حجته». وأما كراهتها في الأيام الخمسة فهي مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا تكره، وما ذكره في الكتاب ظاهر، وقوله (**والأظهر من المذهب ما ذكرناه**) يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده. وقوله (**والعمرة سنة**) أي سنة

---

(١) صحيح. أخرجه ابن ماجه ٢٩٩٧ من حديث عائشة. قال ابن حجر في الفتح ٣/ ٦٠٠: إسناده صحيح. قال ابن حجر: وروى سعيد بن منصور في سننه عن الدراوردي عن هشام عن أبيه عن عائشة: اعتمر رسول الله ﷺ ثلاث عمر. عمرتين في ذي العقدة وعمرة في شوال. وإسناده قوي. لكن قولها في شوال مغاير لقولها في ذي العقدة. ويجمع بينهما أن يكون وقع في آخر شوال وأول ذي العقدة ويؤيده رواية ابن ماجه المتقدمة.

(٢) ضعيف أخرجه ابن ماجه ٢٩٩٦ من حديث ابن عباس وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى. أعله البوصيري في الزوائد به وقال: ضعيف. وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البيهقي ٤/ ٣٤٥ وإسناده جيد.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٧٨ بهذا التمام وكرره ١٧٧٩ و١٧٨٠ و٣٠٦٦ و٤١٤٨ ومسلم ١٢٥٣ وأبو داود ١٩٩٤ والترمذي ٨١٥ وأحمد ٣/ ١٣٤، ٢٥٦ والبيهقي ٤/ ٣٤٥ كلهم من حديث أنس.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٧٦ و١٧٧٧ و٤٢٥٤ ومسلم ١٢٥٥ والترمذي ٩٣٦ وابن ماجه ٢٩٩٨ والبيهقي ٥/ ١١ وأحمد ٦/ ٥٥ ١٥٧ كلهم من طريق عروة عن عائشة.

وأخرجه البخاري ١٧٧٥ ومسلم ١٢٥٥ ح ٢٢٠ والبيهقي ٥/ ١٠ ـ ١١ وابن حبان ٣٩٤٥ كلهم من طريق مجاهد عن عائشة به مع تغير يسير فيه والقصة واحدة.

(٥) صحيح شاذ. أخرجه الدارقطني ٢/ ١٨٨ من طريق عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه عن عائشة ورجاله ثقات رجال الصحيحين.

وقال الدارقطني: إسناده متصل وهو حسن الإسناد.

ثم أخرجه عن عبد الرحمن عن عائشة فلم يذكر فيه رمضان.

قال ابن حجر في الفتح ٣/ ٦٠٣: قال صاحب الهدي ـ ابن قيم ـ هذا حديث غلط لأن النبي ﷺ لم يعتمر في رمضان.

قال ابن حجر: يمكن حمله على أن قولها في رمضان متعلق بقولها خرجت، ويكون المراد سفر فتح مكة فإنه كان في رمضان واعتمر ﷺ في تلك السنة من الجعرانة لكن في ذي القعدة كما تقدم. لذا رواه الدارقطني عن عبد الرحمن فلم يذكر فيه عن أبيه الأسود. ولا ذكر في رمضان اهـ.

قلت: ذكر رمضان في هذا الحديث شاذ. فقد ذكر أنس العمر الأربع وفصّلها وليس في شيء منها ذكر رمضان فالصواب ما قاله ابن قيم.

(٦) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٩٩١ من حديث عائشة وإسناده حسن لكن ذكر شوال فيه غرابة فقد أخرج ابن ماجه ٢٩٩٧ بسند جيد عن عائشة: لم يعتمر رسول الله ﷺ إلا في ذي القعدة. وتقدَّم في ١/ ١٣٨ وقد صححه ابن حجر وجمع بين الحديثين.

الأيام صح ويبقى محرماً بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع **(والعمرة سنة)** وقال الشافعي رحمه الله: فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام «العمرة فريضة كفريضة الحج» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الحج فريضة والعمرة تطوّع» ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج، وهذه أمارة النفلية.

بإرادة عمرة الجعرانة فإنه خرج إلى حنين في شوّال والإحرام بها في ذي القعدة فكان مجازاً للقرب، هذا إن صح وحفظ وإلا فالمعوّل عليه الثابت، والله أعلم: ولما ثبت أن عمره ﷺ كانت كلها في ذي القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم في أن أفضل أوقات العمرة أشهر الحج أو رمضان، ففي رمضان ما قدمناه[1] مما على يدل الأفضلية، ولكن فعله لما لم يقع إلا في أشهر الحج كان ظاهراً أنه أفضل إذا لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنبيه إلا ما هو الأفضل، أو أن رمضان أفضل بتنصيصه ﷺ على ذلك. وتركه لذلك لاقترانه بأمر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى في رمضان تبتلاً وألا يشق على أمته، فإنه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ولقد كان بهم رحيماً، وقد أخبر في بعض العبادات أن تركه لها لئلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام في رمضان بهم ومحبته لأن يسقي بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كي لا يغلبهم الناس على سقايتهم، ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام في السنة إلا مرة، وما ظنه بعضهم من حديث في أبي داود عن عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ اعتمر عمرتين عمرة في ذي القعدة وعمرة في شوّال»[2] وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه الصلاة والسلام للعلم بأنه اعتمر أكثر، فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك في سنة يجب أن يحكم فيه بالغلط، فإنه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأنس وغيرهم على أنها أربع[3] ومعلوم أن الأولى كانت في ذي القعدة عام الحديبية سنة ست، ثم لم يعتمر إلا من قابل سنة سبع سوى التي في ذي القعدة عمرة القضاء، ثم لم يخرج إلى مكة حتى فتحها سنة ثمان في رمضان ولم يعتمر في دخوله في الفتح، ثم أخرج إلى حنين في شوّال من تلك السنة ثم رجع منها فأحرم بعمرة في ذي القعدة، فمتى اعتمر في شوّال[4]؟ والله سبحانه وتعالى أعلم، ولا علم إلا ما علم **(قوله والعمرة سنة)** أي من أتى بها مرة في العمرة

مؤكدة. وقوله **(ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمارة النفلية)** استشكل بالإيمان وصلاة الجنازة فإنهما فرضان وليسا بمؤقتين، وبالصوم فإنه يتأدّى بنية غيره وهو فرض. وأجيب بأنا قد قلنا إن كل ما هو غير مؤقت ونعني بذلك ما هو غير مؤقت بوقت معين من أوقات العمر إذا وقع فيه انتفى الفرضية، والإيمان فرض دائم فلا يرد نقضاً وصلاة الجنازة مؤقتة بوقت حضورها، وإن الكلام فيما يكون غير مؤقت وصوم رمضان ليس كذلك. وأقول: منشأ هذا الاستشكال الذهول عن كلام

(قوله وصلاة الجنازة موقتة الخ) أقول: وإذا استشكل بالجهاد إذا لم يكن النفير عاماً لم يكن ما ذكره في صلاة الجنازة جواباً كما لا يخفى **(قوله وإن الكلام فيما يكون غير موقت الخ)** أقول: فلا يكون كل واحد منهما أمارة مستقلة.

---

(١) وهو ما رواه الجماعة من حديث ابن عباس: عمرة في رمضان تعدل حجة. تقدم تخريجه.

(٢) تقدم قبل حديث واحد.

(٣) خبر عائشة تقدم قريباً في معرض رَدِّها على ابن عمر وسكوت ابن عمر، وهذا منه اعتراف فإنه كان يقول: إحداها في رجب وحديث أنس روّاه البخاري ومسلم وغيرهما.

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو داود ١٩٩٣ والدارمي ١٨٠٠ والترمذي ٨١٦ وابن ماجه ٣٠٠٣ وابن حبان ٣٩٤٦ والبيهقي ٥/ ١٢ من عدة طرق كلهم عن داود بن عبد الرحمن العطار عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس قال: اعتمر رسول الله ﷺ أربع عمر. عمرة الحديبية، وعمرة القضاء، وعمرة الجِعْرانَةِ وعمرته التي مع حجته.

قال الترمذي: حسنٌ غريب ورواه ابن عيينة فلم يذكر فيه ابن عباس. بل عن عكرمة قوله.

قلت: احتج ابن حبان بهذا الحديث ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم وهو يوافق حديث أنس وعائشة وغيرهما. فهو صحيح. فقد يتكلم التابعي بكلام يسقط منه الصحابي مع سماعه له منه.

(٤) أجاب ابن حجر عن ذلك أنه كان في أواخر شوال وأول ذي القعدة وتقدم كلامه في هذا الشأن.

وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال كالحج إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار.

فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهي عنها فيه، إلا أنها في رمضان أفضل، هذا إذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا إلى العمرة، فالحاصل أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففي رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة **(قوله وقال الشافعي رحمه الله: فريضة)** وقال محمد بن الفضل من مشايخ بخارى: فرض كفاية، وقيل هي واجبة. وجه قول الشافعي رحمه الله ما رواه الحاكم في المستدرك والدارقطني عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ «الحج والعمرة فريضتان لا يضرّك بأيهما بدأت[1]» قال الحاكم: الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اهـ. وفيه إسماعيل بن مسلم المكي ضعفوه. قال البخاري: منكر الحديث، وقال أحمد: حذفنا حديثه، ورواه البيهقي عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين موقوفاً وهو الصحيح. وأخرج الدارقطني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أن رجلاً قال: يا رسول الله ما الإسلام؟ قال: أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وأن تقيم الصلاة، وتؤتي الزكاة، وأن تحج وتعتمر[2]» قال الدارقطني: إسناده صحيح. ورواه الحاكم في كتابه المخرَّج على صحيح مسلم. قال صاحب التنقيح: الحديث مخرج في الصحيحين ليس فيه وتعتمر، وهذه الزيادة فيها شذوذ، وفيه أحاديث أخر لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة. وأخرج الحاكم أيضاً عن ابن عمر: «ليس أحد من خلق الله تعالى إلا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع إلى ذلك سبيلاً[3]» وعلقه البخاري وأخرج عن ابن عباس: «الحج والعمرة فريضتان على الناس كلهم إلا أهل مكة فإن عمرتهم طوافهم، فليخرجوا إلى التنعيم ثم ليدخلوها[4]» الحديث، وقال على شرط مسلم. وقال البيهقي: قال الشافعي رحمه الله في مناظرة: من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لأنه قرنها بالحج. ولنا ما أخرجه الترمذي عن حجاج بن أرطاة عن محمد بن

(قال المصنف: أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) أقول: وفي بعض النسخ: إذ لا تثبت ولا يظهر له معنى صحيح، وما قاله الإتقاني في شرحه تعليل لقوله مقدرة بأعمال كالحج، وهذا لأن الأصل في الدلائل المتعارضة الجمع بينها إذا أمكن اهـ في غاية السخافة، فإن عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر، وكون الأصل في النصوص المتعارضة الجمع أمر آخر لا يصلح الثاني شرحاً للأول كما لا يخفى على من يتأمل.

---

(١) الراجح وقفه. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧١ والدارقطني ٢/ ٢٨٤ كلاهما من حديث زيد بن ثابت.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٤٧: قال ابن القطان: فيه محمد بن سعيد أبو يحيى العطار. قال البخاري: منكر الحديث وقال أحمد: خرقنا حديثه اهـ.
وقد ورد موقوفاً وهو الصحيح. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧١ والبيهقي ٤/ ٣٥١ والدارقطني ٢/ ٢٨٥ كلهم عن زيد بن ثابت موقوفاً.
قال الحاكم: والصحيح أنه عن زيد بن ثابت من قوله.
وقال البيهقي: وقد ورد مرفوعاً والصحيح موقوف.

(٢) شاذ. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣ والبيهقي ٤/ ٣٥٠ كلاهما من حديث عمر في خبر جبريل.
قال الدارقطني: إسناد ثابت صحيح أخرجه مسلم بهذا الاسناد.
وقال البيهقي: رواه مسلم بهذا الاسناد إلا أنه لم يسق متنه.
ونقل الزيلعي في ٣/ ١٤٧ عن ابن عبد الهادي قوله: الحديث مخرج في الصحيحين ليس فيهما لفظ: وتعتمر. وهذه الزيادة فيها شذوذ وعزاه ابن دقيق العيد للحاكم في كتابه المخرج على صحيح مسلم ولأبي بكر الجوزقي في صحيحه. وعزاه عبد الحق للدارقطني وحده. اهـ.
فالحديث بهذه الزيادة شاذ رواه الجماعة بدونها بل زاد الدارقطني ألفاظاً أخرى ليست في الصحاح ففيه: وتحج، وتعتمر، وتغتسل من الجنابة، وتتم الوضوء. وآخره قال جبريل: فإن فعلت هذا فأنا مسلم. قال نعم. فهذه الألفاظ ليستْ في الصحاح.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧١ والدارقطني ٢/ ٢٨٥ والبيهقي ٤/ ٣٥١ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر موقوفاً.
ورجاله ثقات. وهو عند البخاري أول كتاب العمرة معلقاً بصيغة الجزم.

(٤) موقوف حسن. أخرجه الحاكم ١/ ٤٧٠ ـ ٤٧١ والدارقطني ٢/ ٢٨٤ كلاهما من طريق عطاء عن ابن عباس موقوفاً وتمامه: ثم ليدخلوها فوالله ما دخلها رسول الله ﷺ إلا حاجاً أو معتمراً.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.

قال (وهي الطواف والسعي) وقد ذكرناه في باب التمتع، والله أعلم.

المنكدر عن جابر رضي الله عنه قال «سئل رسول الله ﷺ عن العمرة أواجبة هي؟ قال لا، وأن تعتمر فهو أفضل[(١)]» قال الترمذي: حديث حسن صحيح، هكذا وقع في رواية الكرخي، ووقع في رواية غيره: حديث حسن لا غير، قيل: هو الصحيح، فإن الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال، وقد ذكرنا في باب القران ما فيه وأنه لا ينزل به عن كون حديثه حسناً والحسن حجة اتفاقاً، وإن قال الدارقطني: إن الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فقد اتفقت الرواة عن الترمذي على تحسين حديثه هذا، وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكدر عن جابر، وأخرجه الطبراني في الصغير والدارقطني بطريق آخر عن جابر فيه يحيى بن أيوب وضعفه[(٢)] وروى عبد الباقي بن قانع عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الحج جهاد والعمرة تطوّع[(٣)]» وهو أيضاً حجة، وقول ابن حزم إنه مرسل رواه معاوية بن إسحاق عن أبي صالح ماهان الحنفي عنه عليه الصلاة والسلام، وتضعيف عبد الباقي وماهان اعترضه الشيخ تقي الدين في الإمام بأن عبد الباقي بن قانع من كبار الحفاظ وباقي الإسناد ثقات، مع أن المرسل حجة عندنا، وإنما كلامنا على التنزل. قال: وتضعيف ماهان غير صحيح، فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم، وقد روي أيضاً من حديث ابن عباس وفي سنده

المصنف، فإنه جعل مجموع قوله ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها أمارة واحدة، وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحيتئذ لا يرد عليه ذلك، أما الإيمان فلأنه لا غير ثمة حتى يتأدى بنيته إذ هو لا يتنوع إلى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة، وأما صوم رمضان فلأنه مؤقت بوقت معين. وقوله (وتأويل ما رواه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «العمرة فريضة» (أنها مقدرة بأعمال كالحج أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) فإن ما روي يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة، وإذا

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ٩٣١ والدارقطني ٢/ ٢٨٥ والبيهقي ٤/ ٣٤٩ كلهم من حديث جابر قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الدارقطني: وروي عن جابر موقوفاً.
وقال البيهقي: هذا هو المحفوظ عن جابر موقوفاً، والمرفوع ضعيف. ونقل الزيلعي ٣/ ١٥٠ عن صاحب الإمام قوله: وقع في رواية الكرخي عن الترمذي: حسن صحيح. ووقع في رواية غيره حسن لا غير.
قال المنذري: وفي تصحيحه نظر فإن فيه الحجاج بن أرطاة قال ابن حبان: تركه ابن المبارك، والقطان، وابن مهدي، ويحيى، وأحمد. ورواه الدارقطني، والبيهقي، وضعفاه بالحجاج.
وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٨٦ من وجه آخر عن أبي الزبير عن جابر والسائل هنا هو جابر. وفي إسناده يحيى بن أيوب ضعيف. وأبو الزبير مدلس وقد عنعنه. وكذا رواه البيهقي ٤/ ٣٤٩ وقال: هذا المتن يعرف بالحجاج.
وأخرجه البيهقي في ٤/ ٣٤٩ عن الحجاج وابن جريج عن ابن المنكدر عن جابر موقوفاً.
وقال: هذا هو المحفوظ.
قلت: فيه نوح بن أبي مريم متهم والمحفوظ عن الحجاج رفعه.
وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: وفي تصحيح هذا الحديث نظر كثير من أجل الحجاج فالأكثر على تضعيفه والاتفاق على أنه مدلس.
وقال النووي: ينبغي أن لا يُغتبر بكلام الترمذي. فقد اتفق الحفاظ على تضعيفه وقد نقل الترمذي عن الشافعي قوله: ليس في العمرة شيء ثابت أنها تطوع.
قال ابن حجر: وأفرط ابن حزم فقال: إنه مكذوب باطل.
ورواه الطبراني من طريق عبد الله بن مغيرة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً، ورواه ابن المنكدر عن جابر أخرجه ابن عدي وفيه أبو عصمة كذبوه.
ثم ذكر ابن حجر حديث ابن ماجه الآتي. وقال: لا يصح في هذا الباب شيء اهـ ابن حجر ٢/ ٢٢٦ تنبيه: وقع في التلخيص الكروخي بدل الكرخي.
(٢) تقدم في الذي قبله.
(٣) حديث أبي هريرة من رواية ماهان الحنفي أبو صالح.
قال الزيلعي ٣/ ١٥٠: قال ابن حزم: هذا كذب من بلايا عبد الباقي بن قانع والصواب أنه مرسل. واعترضه ابن دقيق العيد بأن ابن قانع هذا من كبار الحفاظ اهـ.
وقد أخرجه البيهقي ٤/ ٣٤٨ عن ماهان الحنفي مرسلاً لم يذكر فيه أبا هريرة.
قلت: وهذا مرسل جيد. قال في التقريب: ماهان الحنفي ثقة عابد اهـ فقول ابن حزم إنه ضعيف ليس بصواب.

. . . .

مجاهيل[1]، وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول «الحج جهاد والعمرة تطوّع[2]» وفيه عمر بن قيس. قال في الإمام: متكلم فيه اهـ. وهذا القدر لا يخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية. وأخرج ابن أبي شيبة من حديث أبي أسامة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن إبراهيم قال: قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «الحج فريضة والعمرة تطوّع[3]» وكفى بعبد الله قدوة. فبعد إرخاء العنان في تحسين حديث الترمذي تعدّد طرقه يرفعه إلى درجة الصحيح[4] على ما حققناه، كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه إلى الحسن لضعف الاحتمال بها، وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة، والافتراض لا يثبت مع المعارضة لأن المعارضة تمنعه عن إثبات مقتضاه، ولا يخفى أن المراد من قول الشافعي رحمه الله الفرض الظني وهو الوجوب عندنا، ومقتضى ما ذكرناه أن لا يثبت مقتضى ما رويناه أيضاً للاشتراك في موجب المعارضة. فحاصل التقرير حينئذ تعارض مقتضيات الوجوب والنفل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله ﷺ وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية فقلنا بها[5]، والله سبحانه وتعالى أعلم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

[فروع] وإن استفيد شيء منها مما تقدم فإني لا أكره تكرارها، فإن تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود إحرام فائت الحج حال التحلل بالعمرة إحرام الحج عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله يصير إحرام عمرة، وعند زفر المفعول أيضاً أفعال الحج من الطواف والسعي لأنه حين عجز عن الكل فإنه يتحلل بما يقدر عليه. الثابت شرعاً التحلل بعد الوقوف لا قبله، ولا تحلل إلا بطواف بعد فوات وقت الوقوف، فلو قدم محرم بحجة فطاف وسعى ثم خرج إلى الزبذة[6] مثلاً فأحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمرة، ولا يكفيه طواف التحية والسعي في التحلل حتى لو كان قارناً، والمسئلة بحالها لا يجب عليه قضاء عمرته التي قرنها لأنه أداها، وإن كان قارناً ولم يطف شيئاً حتى فاته يطوف الآن لعمرته لأنها لا تفوت ويسعى، ولا يقطع التلبية عندها وإنما يقطعها إذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الإحرام في الحج. ومن فاته الحج فمكث حراماً حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمرة ثم حج

تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لأنها لا تثبت إلا بدليل مقطوع به. فإن قيل: هو ثابت بقوله تعالى ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ عطف العمرة على الحج، والحج فريضة، وأمر بالإتمام والأمر للوجوب. أجيب بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم،

---

(١) ضعيف جداً. قال الزيلعي ٣/ ١٥١: قال ابن دقيق العيد: رواه ابن قانع من حديث ابن عباس بنحوه. وفيه ثلاثة مجاهيل لا يعرفون قال ابن حزم اهـ. قلت: أخرجه البيهقي ٤/ ٣٤٨ وقال: فيه محمد بن عطية متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٩٨٩ من حديث طلحة بن عبيد الله قال البوصيري في الزوائد: فيه عمر بن قيس المعروف بمندل ضعفه أحمد ويحيى وغيرهما. وفيه الحسن بن يحيى الخشني ضعيف أيضاً.
وجاء في التقريب: عمر بن قيس المكي المعروف بسندل: متروك.
واكتفى الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٥٠ بقول: متكلم فيه. قاله ابن دقيق العيد.

(٣) موقوف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ١٤٩ عن إبراهيم عن ابن مسعود من قوله.
وهو منقطع إبراهيم لم يدرك ابن مسعود. لكن مرسلاته قوية. عند أهل الحديث.

(٤) لا يصل إلى درجة الصحة. نعم حسنه الترمذي لكن عقبه بقول الشافعي: ليس في العمرة شيء ثابت أنها تطوع. والوارد عنه ﷺ في ذلك ضعيف لا تقوم بمثله حجة اهـ.
الخلاصة: فلعل الترمذي حسنه لشواهده وهو قريب وذلك بأنه ورد من طرق وإن كانت واهية، فإنها تتقوى ببعضها، فيعلم أنه له أصلاً، وأنه يرقى إلى الحسن، وأما الصحة فلا.

(٥) وهذا الذي قاله الكمال هو الأقرب للصواب لا سيما وقد نقل الترمذي عن الشافعي قول: العمرة سنة. لا نعلم أحداً رخص في تركها. انظر سنن الترمذي ٣/ ٢٧١

(٦) الربذة: بالذال المعجمة بعد الموحدة كما في كتب اللغة ومعجم ياقوت، لا كما وقع في بعض نسخ الفتح من ضبطها بالدال المهملة فليحذر، كتبه مصححه.

. . . .

من عامه ذلك لا يكون متمتعاً، وهذا مما يدل على أن إحرام حجه باق، إذ لو انقلب إحرام عمرة كان متمتعاً إذ لا يمنع من التمتع تقدم إحرام العمرة على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها في أشهر الحج، وليس لفائت الحج أن يحج بذلك الإحرام وإن قلنا ببقائه إحرام حج، حتى لو مكث محرماً إلى قابل لم يفعل أفعال عمرة التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لأن موجب إحرام حجه تغير شرعاً بالفوات فلا يترتب عليه غير موجبه، فلا يتمكن أبو يوسف في الاستدلال بهذا على صيرورتها إحرام عمرة، ولا فرق في وجوب التحلل بعمرة بين كون الفوات حال الصحة أو بعد ما فسد بالجماع، ولو فاته الحج فأهلّ بأخرى طاف للفائتة وسعى ورفض التي أدخلها، لأنه قبل التحلل بالعمرة جامع بين إحرامي حجتين، وعليه فيها ما على الرافض، ولو نوى بهذه التي أهل بها قضاء الفائتة لم يلزمه بهذا الإهلال شيء سوى التي هو فيها لأن إحرامه بعد الفوات باق، ونية إيجاد ما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعي ويقضي الفائت فقط، فلو كان أهلّ بعمرة رفضها أيضاً لأنه جامع بين عمرتين إحراماً على قول أبي يوسف وعملاً على قولهما. ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمرة واحدة لا بعمرتين لأنه بالترك والشروع رفض إحداهما، والتحلل بالعمرة إنما يجب لغير ما رفض وذلك واحدة.

والأمر إنما هو بالإتمام، والإتمام إنما يكون بعد الشروع، ونحن نقول به وإن كانت في الابتداء سنة. وقوله **(وهي الطواف والسعي)** ظاهر.

باب الحج عن الغير

الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة، لما روي عن النبي ﷺ «أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقرّ بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ» جعل تضحية إحدى الشاتين لأمته. والعبادات أنواع: مالية محضة كالزكاة، وبدنية محضة

باب الحج عن الغير

إدخال اللام على غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الإضافة، ولما كان الأصل كون عمل الإنسان لنفسه لا لغيره قدم ما تقدم (**قوله أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً عند أهل السنة والجماعة**) لا يراد به أن الخلاف بيننا وبينهم في أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره، بل في أنه ينجعل بالجعل أولاً بل يلغو جعله (**قوله أو غيرها**) كتلاوة القرآن والأذكار (**قوله عند أهل السنة والجماعة**) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة، فإن مالكاً والشافعي رضي الله عنهما لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج، بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ما ليس لغيرهم، فعبر عنهم باسم أهل السنة فكأنه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفاً عبر عنهم به. وخالف في كل العبادات المعتزلة وتمسكوا بقوله تعالى ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ [النجم: ٣٩] وسعي غيره ليس سعيه، وهي وإن كانت مسوقة قصا لما في صحف إبراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب بإنكار كان شريعة لنا على ما عرف. والجواب أنها وإن كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة، وقد ثبت ما يوجب المصير إلى ذلك وهو ما رواه المصنف وما في الصحيحين «أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته[1]» والملحة بياض يشوبه شعرات سود، وفي سنن ابن ماجه بسنده عن

باب الحج عن الغير

لما كان الأصل في التصرفات أن تقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقاً بأن يؤخر في باب على حدة واعلم أن من صلى أو صام أو تصدّق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة. وقال بعض أهل العلم: لا يجوز لقوله تعالى ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ وهذا ليس من سعيه، ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد تمليكها لغيره لأنه ليس بمالك لها. وقلنا: لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير، وله ولاية أن يصير ساعياً لغيره وأن يجعل استحقاقه للجنة لغيره. وإذا ظهر هذا فقوله (**الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله**) إشارة إلى أن ثواب الحج للآمر بجعل المأمور كذلك، وأما نفس الحج هل يقع عن الآمر أو عن المأمور فيذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله (**بكبشين أملحين**) يقال كبش أملح فيه ملحة: وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من لون الملح، وكلامه واضح. وقوله (**في حالتي الاختيار والضرورة**) أي حالة الصحة والمرض

باب الحج عن الغير

(**قوله وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير الخ**) أقول: وأنت خبير بأنه لا يسند السعي إلى ذلك الغير إذا سعى أحد له فلم يحصل الجواب.

---

(١) غريب هكذا أخرجه البخاري ٥٥٦٥ ومسلم ١٩٦٦ كلاهما من حديث أنس قال: ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبّر ووضع رجله على صفاحهما. وكرره البخاري ٥٥٦٤ و١٧١٢ وكذا مسلم.

وليس فيه ذكر: أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته.

بل نقل الزيلعي في ٣/ ١٥٤ عن البيهقي في المعرفة قوله: ورد بلفظ: فقال في أحدهما: اللهم عن محمد وآل محمد، وقال في الآخر: اللهم عن محمد وأمة محمد. وهذا لا يثبت مثله.

قلت: لكن أخرج مسلم ١٩٦٧ من حديث عائشة: أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن وفيه: ثم أخذه فأضجعه ثم ذبحه ثم قال: بسم الله اللهم تقبل من محمد، وآل محمد، ومن أمة محمد ثم ضحى به اهـ وسيأتي في الأضحية.

كالصلاة، ومركبة منهما كالحج، والنيابة تجري في النوع الأول في حالتي الاختبار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب، ولا تجري في النوع الثاني بحال لأن المقصود وهو إتعاب النفس لا يحصل به، وتجري في النوع الثالث عند

عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما «أنه ﷺ كان إذا أراد أن يضحي يشتري كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوءين، فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد لله بالوحدانية وله بالبلاغ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد[1]» ورواه أحمد والحاكم والطبراني في الأوسط عن أبي هريرة رضي الله عنه. وأخرج أبو نعيم في ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول «ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أقرنين أملحين موجوءين فلما وجههما قال: ﴿إني وجهت وجهي﴾ الآية، اللهم لك ومنك عن محمد وأمته، باسم الله والله أكبر، ثم ذبح[2]» ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم بنقص في المتن. ورواه ابن أبي شيبة عن جابر «أنه ﷺ أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوءين، فأضجع أحدهما وقال: بسم الله والله أكبر، اللهم عن محمد وآل محمد، ثم أضجع الآخر وقال: باسم الله والله أكبر، اللهم عن محمد وأمته ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ[3]» وكذا رواه إسحاق وأبو يعلى في مسنديهما. وروى هذا المعنى من حديث أبي رافع رواه أحمد وإسحاق والطبراني والبزار والحاكم[4] ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أخرجه الحاكم في الفضائل[5] ومن حديث أبي طلحة الأنصاري رواه ابن أبي شيبة ومن

(قال المصنف: والآخر عن أمته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ) أقول: احتزاز عن أمة الدعوة.

---

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٣١٢٢ وأحمد ٦/ ١٣٦ وكذا الحاكم ٤/ ٢٢٧ كلهم من حديث عائشة وأبي هريرة. ووقع عند أحمد ـ عائشة أو أبي هريرة على الشك.

ورواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٢ من حديث عائشة.

وقال الهيثمي: إسناده حسن اهـ وسكت عليه الحاكم والذهبي.

وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه: في الاسناد عبد الله بن محمد مختلف فيه.

قلت: وهو ابن عقيل. قال في التقريب: صدوق فيه لين تغير بآخره اهـ. لكن للحديث شواهد فهو حسن والله أعلم.

(٢) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٥٢: أخرجه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن المبارك من طريقه عن أبي هريرة فذكره.

وقال أبو نعيم: غريب من هذا الوجه وهو مشهور من وجه آخر.

تنبيه: لم يروه الحاكم من حديث أبي هريرة وإنما رواه من حديث جابر ولعل المصنف أراد بقوله: ورواه الحاكم عطف كلامه على رواية ابن أبي شيبة عن جابر. وهذا هو الصواب كما في نصب الراية ٣/ ١٥٢ وهو الآتي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٩٥ وابن ماجه ٣١٢١ والدارمي ١٨٨٠ والحاكم ١/ ٤٦٧ والبيهقي ٩/ ٢٦٨ وأبو يعلى كما في المجمع ٤/ ٢٢ كلهم من حديث جابر واللفظ لابن أبي شيبة في المصنف. كما في نصب الراية ٣/ ١٥٢ قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٤٨: رواية إسحاق، وابن أبي شيبة، وأبي يعلى من طريق ابن عقيل اهـ. وكذا رواية البيهقي اهـ.

قلت: ورواية أبي داود، وابن ماجه، والحاكم من طريق أبي عياش عن جابر وعلى هذا فقد توبع ابن عقيل لكن لفظ أبي داود ومن معه مختلف. ورواه الدارقطني ٢/ ٢٨٥ من وجه ثالث عن جابر.

قال الحاكم عقب حديثه: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

وقال الهيثمي عقب رواية أبي يعلى: إسناده حسن.

(٤) حسن. أخرجه أحمد ٦/ ٨ والحاكم ٢/ ٣٩١ والبزار والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٢ كلهم من طريق عبد الله بن عقيل عن علي ابن حسين عن أبي رافع وكذا البيهقي ٩/ ٢٦٨ قال الهيثمي: إسناد أحمد والبزار حسن.

وقال الحاكم: صحيح، وتعقبه الذهبي بقوله: سهيل ذو مناكير، وابن عقيل ليس بقوي.

وذكر الزيلعي ٣/ ١٥٣ قولهما.

تنبيه: وقع في مختصر الذهبي: سهيل ـ والصواب: زهير وهو ابن محمد العنبري. كذا في المستدرك ونصب الراية.

قلت: وزهير تابعه شريك في رواية أحمد وغيره فالحديث مداره على أبي عقيل وهو مقبول لا بأس به.

(٥) حسن أخرجه الحاكم ٣/ ٥٩٤ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ٢٣ كلاهما من حديث حذيفة بن أسيد.

وفية: يحيى بن نصر بن حاجب. وقد سكت عليه الحاكم والذهبي. وأما الهيثمي فقال: يحيى هذا وثقه ابن عدي، وضعفه جماعة.

قلت: وللحديث شواهد فهو حسن. ويحيى هذا لا بأس به أنكروا عليه كونه يرى رأي أبي الجهم. راجع ميزان الاعتدال.

العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال، ولا تجري عند القدرة لعدم إتعاب النفس، والشرط العجزالدائم إلى

طريقه، رواه أبو يعلى والطبراني(١) ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبي شيبة أيضاً والدارقطني(٢)، فقد روي هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجوه، فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهوراً يجوز تقييد الكتاب به بما لم يجعله صاحبه، أو ننظر إليه وإلى ما رواه الدارقطني «أن رجلاً سأله ﷺ فقال: كان لي أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد موتهما؟ فقال له ﷺ: إن من البرّ بعد الموت أن تصلي لهما مع صلاتك، وتصوم لهما مع صيامك(٣) وإلى ما رواه أيضاً عن علي عنه ﷺ أنه قال «من مر على المقابر وقرأ ـ قل هو الله أحد إحدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطي من الأجر بعدد الأموات(٤)» وإلى ما عن أنس أنه سأله ﷺ فقال «يا رسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك إليهم؟ قال نعم، إنه ليصل إليهم وإنهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق إذا أهدي إليه(٥)» رواه أبو حفص الكبير العكبري، وعنه ﷺ «اقرءوا على موتاكم(٦)» رواه أبو داود. فهذه الآثار وما قبلها وما في السنة أيضاً من نحوها عن كثير قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل، وهو أن من جعل شيئاً من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ التواتر، وكذا ما في كتاب الله تعالى من الأمر بالدعاء للوالدين في قوله تعالى **﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾** [الإسراء: ٢٤] ومن الإخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى **﴿والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن في الأرض﴾**[الشورى: ٥] وقال تعالى في آية أخرى **﴿الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا﴾**[غافر: ٧] وساق عبارتهم **﴿ربنا وسعت كل شيء رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك﴾** إلى قوله **﴿وقهم السيئات﴾**[غافر: ٧] قطعي في حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التي استدلوا بها، إذ ظاهرها أنه لا ينفع استغفار أحد لأحد بوجه من الوجوه لأنه ليس من سعيه فلا يكون له منه شيء فقطعنا بانتفاء إرادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما لم يهبه العامل وهو أولى من النسخ، أما أوّلاً فلأنه أسهل إذ لم يبطل بعد الإرادة، وأما ثانياً فلأنها من قبيل الإخبارات ولا يجري النسخ في الخبر،

(لحصول المقصود) وهي إيصال النفع إلى الفقراء. وقوله **(لا يحصل به)** أي بفعل النائب. وقوله **(وهي المشقة بتنقيص المال)** يعني أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضاً عند فعل غيره إذا كان بماله **(والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت**

---

(١) ضعيف. قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٢: روى أبو يعلى، والطبراني في الكبير، والأوسط من رواية إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي طلحة. ورجاله رجال الصحيح إلا أن إسحاق لم يدرك أبا طلحة.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٨٥ وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ١٥٣ كلاهما من حديث أنس.
وفي إسناد ابن أبي شيبة حجاج بن أرطاه وهو واه.
وأما رواية الدارقطني فإن فيه المبارك بن سحيم قال البخاري: منكر الحديث

(٣) غريب. أخرجه الدارقطني كما ذكر المصنف ولكن ليس في سننه فهو إما في الإفراد أو في غرائب مالك ولا يصح لأن الحنفية متفقون على أنه لا يصلي أحد عن أحد ولو صح عندهم لما خالفوه اهـ.

(٤) باطل. أخرجه الديلمي في الفردوس ٥٦٠٨ والدارقطني كما ذكر المصنف كلاهما من حديث علي وفي إسناده عبد الله بن أحمد بن عامر الطائي عن أبيه عن علي بن موسى الرضا عن آبائه.
قال الذهبي في الميزان: عبد الله بن أحمد بن عامر عن أبيه عن علي الرضا عن آبائه بتلك النسخة الموضوعة الباطلة ما تنفك عن وضعه أو وضع أبيه.

(٥) ذكره المصنف ونسبه لأبي حفص العكبري الكبير ولمْ أقف على إسناده. والدعاء والصدقة ثابتان في حديث: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث. . الحديث وأما الحج فثابت أيضاً في حديث الخثعمية وغيرها.

(٦) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٢١ وابن ماجه ١٤٤٨ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٣٧ وأحمد ٥/ ٢٦ ـ ٢٧ والحاكم ١/ ٥٦٥ وابن حبان ٣٠٠٢ والبيهقي ٣/ ٣٨٣ والنسائي في عمل اليوم والليلة ١٠٨٢ كلهم من طريق سليمان التيمي عن أبي عثمان عن معقل بن يسار مرفوعاً. وأبو عثمان هذا غير أبي عثمان النهدي المشهور وأخرجه الطيالسي ٩٣١ والنسائي في اليوم والليلة ١٠٨٣ عن التيمي عن رجل عن أبيه عن معقل مرفوعاً. قال في تلخيص الحبير ٢/ ١٠٤ ما ملخصه: أعله ابن القطان بالوقف والاضطراب وجهالة أبي عثمان وأبيه ونقل ابن العربي عن الدارقطني: هذا حديث ضعيف الاسناد مجهول المتن ولا يصح في الباب حديث اهـ وحمله ابن حبان على الاحتضار.

وقت الموت لأن الحج فرض العمر، وفي الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة لأن باب النفل أوسع، ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه ﷺ قال فيه «حجي عن

وما يتوهم جواباً من أنه تعالى أخبر في شريعة إبراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه إلى تقييد الإخبار لا إلى النسخ إذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع إرادته، وهذا تخصيص بالإرادة بالنسبة إلى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم، ولم يرد الإخبار أيضاً في حقنا ثم نسخ. وأما جعل اللام في للإنسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضاً، فإنها وعظ للذي تولى وأعطى قليلاً وأكدى، وقد ثبت في ضمن إبطالنا لقول المعتزلة انتفاء قول الشافعي ومالك رحمهما الله في العبادات البدنية بما في الآثار، والله سبحانه هو الموفق **(قوله لحصول المقصود)**المقصود الأصلي من التكاليف الابتلاء ليظهر من المكلف ما سبق العلم الأزلي بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركاً هوى نفسه لإقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب، أو المخالفة فيعفى عنه، أو يعاقب فتتحقق بذلك آثار صفاته تعالى ـ فإنه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكمال فضله وإحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف. ثم من التكاليف العبادات وهي بدنية ومالية ومركبة منهما، والمشقة في البدنية تقيد الجوارح والنفس بالأفعال المخصوصة في مقام الخدمة. وفي المالية في تنقيص المال المحبوب للنفس، وفيها مقصود آخر وهو سدّ خلة المحتاج، والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ما تضمن المشقة لا يخرج عن عهدته إلا بفعله بنفسه إذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختبار فلذا لم تجز النيابة في البدنية لأن فعل غيره لا يتحقق به الإشقاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه. وأما المالية فما فيه المشقة من أحد مقصود بها وهو تنقيص المال بإخراجه لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره إذ لا بد من إذنه. والواقع من النائب ليس إلا المناولة للفقير، وبه يحصل المقصود الآخر الذي هو من حيث هو لا مشقة به على المالك. وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لا تجري النيابة في الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية، والأولى لم تقم بالآمر لكنه تعالى رخص في إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى: أعني إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلاً، وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعذره لأن تركه فيها ليس إلا لمجرد إيثار راحة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف في طريق الإسقاط وإنما شرط دوامه إلى الموت لأن الحج فرض العمر، فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه في أوّل أعوام الإمكان، فإذا لم يفعل أثم وتقرر القيام بها بنفسه في ذمته في مدة عمره وإن كان غير متصف بالشروط، فإذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه في مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلاً منه، فحيث قدر عليه وقتاماً من عمره بعد ما استناب فيه لعجز لحقه.

(لأن الحج فرض العمر) وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين، وكلتا المقدمتين ظاهرة، فالحج لا يتعين بوقت معين، فإن لم يكن العجز دائمياً وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادراً على أصله في وقته وذلك يبطل النيابة. فإن قيل: القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال. فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف. وإنما قلنا بأن الحج مركب من أمرين: أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها، فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها، لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائمياً لما مر. واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلاً على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر. والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس، فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه

(قوله فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف) أقول: مسلك الأصل والخلف طريق مسلوك للأصحاب إذا سلك هنا فما وجه سد الباب؟ **(قوله لا يصلح دليلاً على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الخ)** أقول: ضمير فإنه راجع إلى العجز **(قوله والجواب أن الدليل يستلزم المدلول الخ)** أقول: أي نوعه.

أبيك واعتمري» وعن محمد رحمه الله: أن الحج يقع عن الحاج، وللآمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية، وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال (ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهلّ بحجة عنهما فهي

ظهر انتفاء شرط الرخصة، فلذا لو أحج عنه غيره لمرض يرجى زواله أولا، أو كان محبوساً كان أمره مراعى إن استمر بذلك المانع حتى مات ظهر أنه وقع مجزياً، وإن عوفي أو خلص من السجن ظهر أنه لم يقع مجزياً وظهر وجوب المباشرة بنفسه، ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لا يجزيه، كذا في فتاوى قاضيخان وهو الصحيح لأنه أذن قبل وجود سبب الرخصة. ولا يتخايل خلاف هذا مما في الفتاوى أيضاً، قال: إذا قال رجل لله عليّ ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفساً في سنة واحدة، إن مات قبل أن يجيء وقت الحج جاز عن الكل لأنه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجيء وقت الحج فجاز، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لأنه يقدر بنفسه عليها فانعدم شرط صحة الإحجاج في هذه السنة. وعلى هذا كل سنة تجيء وفيها المرأة إذا لم تجد محرماً لا تخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يحج عنها، أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم، فإن بعثت رجلاً إن دام عدم وجود المحرم إلى أن مات فذلك جائز كالمريض إذا أحج عنه رجلاً ودام المرض إلى أن مات. واعلم أن ما تقدم في أول كتاب الحج من كون شرط الإحجاج عن الفريضة مجيء الوقتِ وهو قادر فلا يحج حتى يعرض المانع ويدوم إلى الموت، فلو أوصى قبل الوقت فمات لا يصح. وقدمنا من اختلاف زفر ويعقوب في نصراني أسلم أو صبي بلغ فمات قبل إدراك الوقت وأوصيا بحجة الإسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا، وجائزة على قول أبي يوسف لأن السبب تقرر في حقهما والوقت شرط الأداء، وفيه نظر أوّلاً في كونه شرط الأداء بل هو شرط الوجوب. والسبب وإن كان هو البيت لكن الموصي به ليس مطلق الحج ليلزم الورثة إن وسع الثلث بل الحج الفرض وقد تحققنا عدمه عليهما إلى أن ماتا، فقول زفر أنظر. وفي البدائع: لو كان فقيراً صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لأن المال شرط الوجوب، فإذ لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيره في أداء الواجب ولا واجب حينئذ، وهذا يؤيد ما ذكرناه، والله سبحانه أعلم. أما الحج النفل فلا يشترط فيه العجز لأنه لم يجب عليه واحدة من المشقتين، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل إحداهما تقرّبا إلى ربه عز وجل فله الاستنابة فيه صحيحاً. ثم إن وجوب الإيصاء إنما يثبت ابتداء إذا كان صحيح البدن عند أبي حنيفة رحمه الله، فمن لم يكن صحيحه لم يتعلق به فلا يجب عليه الإحجاج. وعندهما إذا كان له مال تعلق به وإن كان زمناً أو

العجز الدائم، ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم تكون وظيفة العمر. وقوله (وفي الحج النفل تجوز الإنابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه) يعني الأمر (وبذلك تشهد الأخبار الواردة في هذا الباب) فإنه ﷺ قال للخثعمية حين قالت «إن أبي شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفيجزيني أن أحج عنه؟ قال: نعم حجي عن أبيك واعتمري» (وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج) يعني المأمور (وللآمر ثواب النفقة) وصار إنفاق المأمور كإنفاق الآمر بنفسه، ولكن يسقط أصل الحج عن الامر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله، وكل ما كان كذلك قام الإنفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني، فإنه لما عجز عن الصوم قامت الفدية مقام الصوم.

(قوله فإنه ﷺ قال للخثعمية إلى قوله: حجي عن أبيك) أقول: قوله حجي عن أبيك واعتمري مقول قول النبي ﷺ (قال المصنف: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه الخ) أقول: قال الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير: قال السرخسي هذه المسألة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن يحج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه، ولا يسقط به فرض الحج عن الحاج. وعن محمد للمحجوج عنه ثواب النفقة، فأما الحج يكون عن الحاج، وفي التفاريق عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مثله، ولفظ الكتاب يوهم خلافه. وفي الكفاية ظاهر رواية الأصل أن الحج عن المحجوج عنه، وفي شرح بكر عن الحاج على قول علمائنا. وقال الشافعي عن الآمر. وفي زيادات برهان قيل عن المحجوج عنه، وإليه مال السرخسي رحمه الله، وقيل عن الحاج وإليه مال بكر، ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نفلاً منه لأن فرض الحج لا يتأدى إلا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم توجد وإنما وجدت النية عن الآمر اهـ. قال الشارح أكمل الدين: قال شيخ الإسلام: إلى هذا القول. مال عامة المتأخرين اهـ. وقال العلامة الزيلعي: والصحيح الأول، ولهذا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج اهـ.

. . . .

مفلوجاً على ما سلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح خلافاً لهما، وأسلفنا في أوّل كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنه وأنها أوجه وذكرنا الوجه ثمة فليراجع. ثم اختلف في أن نفس الحج يقع عن الآمر أو عن المأمور. فعن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الإنفاق على الحاج مقام نفس الفعل شرعاً كالشيخ الفاني حيث أقيم الإطعام في حقه مقام الصوم، قالوا: إن بعض الفروع ظاهرة في هذا وسيأتي وعليه جمع من المتأخرين صدر الإسلام الإسبيجابي وقاضيخان، حتى نسب شيخ الإسلام هذا لأصحابنا فقال على قول أصحابنا: أصل الحج عن المأمور. ومختار شمس الأئمة السرخسي وجمع من المحققين أنه يقع عن الآمر وهو ظاهر المذهب، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع. فمن الآثار حديث الخثعمية، وهو «أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخا كبيراً لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه؟ قال نعم» متفق عليه[1]، فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه، وكذا قوله للرجل «حج عن أبيك واعتمر[2]» رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه. وأما الفروع فإن المأمور لا يسقط عنه حجة الإسلام بهذه الحجة، فلو كانت عنه لسقطت، إذ الفرض أن حجة الإسلام تتأدى بإطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير، وفيه تأمل. ولم يستدل في البدائع بعد حديث الخثعمية سوى باحتياج النائب إلى إسناد الحج إلى المحجوج عنه في النية، ولو لم يقع نفي الحج عن الآمر لم يحتج إلى نيته. واعلم أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر، والقياس كون الكل من ماله إلا أن في التزام ذلك حرجاً بيناً لأن الإنسان لا يستصحب المال ليلاً ونهاراً في كل حركة، وقد يحتاج إلى شربة ماء وكسرة خبز في بغتة فأسقطنا اعتبار القليل استحساناً واعتبرنا الأكثر إذ له حكم الكل، فإن أنفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء لحجه رجع به فيه، إذ قد يبتلي بالإنفاق في مال نفسه لبغتة الحاجة ولا يكون المال حاضراً فيجوز ذلك، كالوصي والوكيل يشتري لليتيم ويعطي الثمن من مال نفسه ثم يرجع به في مال اليتيم، وحينئذ لا يشكل ما في الكافي للحاكم الشهيد لو قال: أحجوا فلاناً حجة ولم يقل عني ولم يسم كم يعطي؟ قال: يعطى قدر ما يحج به، وله أن لا يحج به إذا أخذه ويصرفه إلى حاجة أخرى. قال في المبسوط لأنه لما أمر بذلك إنما جعل الحج عياراً لما أوصى له به من المال، ثم أشار عليه أن يحج به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة، فإن شاء حج وإن شاء لم يحج اهـ. والحاصل أنه إنما أوصى له بمال يبلغ أن يحج به. وفي غريب الرواية للسيد الإمام ابن شجاع: رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع في التركة، فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه. ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت، ويتخايل خلافه. في عيون المسائل قال: إذا أوصى أن يحج عنه بعض ورثته فأجاز سائر الورثة وهم كبار جاز، وإن كانوا صغاراً أو غيباً كباراً لم يجز لأن هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة فلا تجوز إلا بإجازة الورثة اهـ فيحمل الأوّل على ما إذا أمره باقي الورثة بذلك. والنفقة المشروطة ما تكفيه لذهابه وإيابه لأنه في ذلك عامل للميت. ولو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوماً

فإن قيل: الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها. فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة، فإن الإنفاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي أولى. قال شيخ الإسلام: وإلى هذا القول

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥١٣ و٤٣٩٩ و٦٢٢٨ و١٨٥٣ ومسلم ١٣٣٤ و١٣٣٥ وأبو داود ١٨٠٩ والترمذي ٩٢٨ والنسائي ٥/ ١١٩ و٨/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩ وابن ماجه ٢٩٠٩ والدارمي ١٧٧٥ و١٧٧٦ و١٧٧٧ و١٧٧٨ ومالك ١/ ٣٥٩ والشافعي ١/ ٩٩٣ وأحمد ١/ ٣٤٦ ـ ٣٥٩ وابن خزيمة ٣٠٣١ و٣٠٣٣ و٣٠٣٦ والبيهقي ٤/ ٣٢٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عباس في خبر الخثعمية ورووه أيضاً من طريق ابن عباس عن أخيه الفضل والخبر واحد.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨١٠ والترمذي ٩٣٠ والنسائي ٥/ ١١١ ـ ١١٧ وابن ماجه ٢٩٠٦ والحاكم ١/ ٤٨١ وكذا البيهقي ٤/ ٣٢٩ وابن خزيمة ٣٠٤٠ وابن الجارود ٥٠٠ وأحمد ٤/ ١٠ ـ ١١ ـ ١٢ وابن حبان ٣٩٩١ كلهم من حديث أبي رزين العقيلي: أنه سأل النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة، ولا الظعن؟ فقال: حُجَّ عن أبيك واعتمر.
قال الترمذي: حسن صحيح، مصححه الحاكم وأقره الذهبي ورجاله ثقات كلهم.

. . . .

بطلت نفقته في مال الميت لأنه توطن حينئذ لحاجة نفسه، بخلاف ما إذا أقام أقل فإنه مسافر على حاله. وقال بعض المشايخ: إذا أقام أكثر من ثلاث فهي في مال نفسه لتحقق الحاجة إلى الثلاث للاسترحة لا للأكثر قالوا: هذا في زمانهم، إذ كان يقدر على الخروج متى شاء، أما في زماننا فلا إلا مع الناس، فعلى هذا إذا كان مقامه بمكة أو غيرها لانتظار قافلته فنفقته في مال الميت وإن كان أكثر من خمسة عشر يوماً لأنه لا يقدر على الخروج إلا معهم فلم يكن متوطناً لحاجة نفسه، فإن أقام بعد خروجها فنفقته في مال نفسه، فإن بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لأنه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت، فهو كالناشزة إذا عادت إلى المنزل، والمضارب إذا أقام في بلدته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوماً لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة، فإن خرج مسافراً بعد ذلك عادت فيه. وقد روي عن أبي يوسف أنه لا تعود نفقته في مال الميت لأنه في الرجوع عامل لنفسه لا للميت، لكنا قلنا: إن أصل سفره كان للميت فما بقي ذلك السفر بقيت النفقة كذا في المبسوط. وذكر غير واحد من غير ذكر خلاف أنه إن نوى الإقامة خمسة عشر يوماً سقطت، فإن عاد عادت، وإن توطنها سواء قل أو كثر لا تعود. وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الإقامة خمسة عشرة يوماً. والظاهر أن معناه أن يتخذها وطناً، ولا يحدّ في ذلك حدا فتسقط النفقة. ثم العود إنشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت، والله سبحانه أعلم وصرح في البدائع بعد نقل الرواية عن أبي يوسف فقال: وهذا إذا لم يتخذ مكة داراً فأما إذا اتخذها داراً ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف، ولو كان أقام بها أياماً من غير نية الإقامة قالوا: إن كانت إقامة معتادة لم تسقط، وإن زاد على المعتاد سقطت، ولو تعجل إلى مكة فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الآمر، ولو سلك طريقاً أبعد من المعتاد إن كان مما يسلكه الناس ففي مال الآمر وإلا ففي مال نفسه وما دام مشغولاً بالعمرة بعد الحج فنفقته في مال نفسه لأنه عامل لنفسه، فإذا فرغ عادت في مال الميت، ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا: يضمن جميع النفقة لأنه خالف الأمر، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى. في فتاوى قاضيخان: لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم تبق: يعني فنيت فأنفق من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت وإن فعله بغير قضاء، لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن ينفق عنه، ثم ذكر بعده بأسطر إذا قطع الطريق على المأمور وقد أنفق بعض المال في الطريق فمضى وحج وأنفق من مال نفسه يكون متبرعاً فلا يسقط الحج عن الميت لأن سقوطه بطريق التسبب بإنفاق المال في كل الطريق، ولا فرق في ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الأولى بكون ذلك الضياع بمكة أو قريباً منها، لكن المعنى الذي علل به يوجب اتفاق الصورتين في الحكم وهو أن يثبت له الرجوع، فإن لم يرجع وتبرع به، إن كان الأقل جاز وإلا فهو ضامن لما له، والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثياب إحرامه، وليس له أن يدعو أحداً إلى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحداً ولا يصرف الدراهم بالدنانير إلا لحاجة تدعو إلى ذلك، ولا يشتري منها ماء الوضوء بل يتيمم ولا يدخل الحمام. وفي فتاوى قاضيخان: له أن يدخلها بالمتعارف: يعني من الزمان، ويعطي أجرة الحارس من مال الآمر، وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال. واختلف في شراء دهن السراج والادّهان، قيل لا، وقيل يشتري دهناً يدّهن به لإحرامه وزيتاً للاستصباح، ولا يتداوى منه ولا يحتجم ولا يعطي أجرة الحلاق إلا أن يوسع عليه الميت أو الوارث. وقياس ما في الفتاوى أن يعطي أجرة الحلاق ولا ينفق على من يخدمه إلا إذا كان ممن لا يخدم نفسه، وله أن يشتري دابة يركبها ومحملاً وقربة وإداوة وسائر الآلات ومهما فضل من الزاد والأمتعة يردّه على الورثة أو الوصي إلا أن يتبرع به الوارث أو أوصى له به الميت، وهذا لأن النفقة لاتصير ملكاً للحاج بالإحجاج ينفق في ذهابه وإيابه على حكم ملك الميت، لأنه لو ملكه لكان بالاستئجار، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات. وعن هذا قلنا: لو أوصى أن يحج

مال عامة المتأخرين. قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة، وذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول لأن

عن الحاج ويضمن النفقه) لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام، وكل واحد منهما أمره أن

عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج عنه بنفسه، إلا أن يكون وارثاً أو دفعه إلى وارث ليحج فإنه لا يجوز إلا أن يجير الورثة وهم كبار، لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين. ولو قال الميت للوصي: ادفع المال لمن يحج عني لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقاً. وإذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله: إذا أستأجر المحبوس رجلاً ليحج عنه حجة الإسلام جازت الحجة عن المحبوس إذا مات في الحبس وللأجير أجرة مثله مشكل، لا جرم أن الذي في الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل في هذه المسئلة قال: وله نفقة مثله هي العبارة المحررة، وزاد أيضاحها في المبسوط فقال: وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر به، هذا ا جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله. وإذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له: وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك، فإن كان على موت قال: والباقي مني لك وصية. وفي الفتاوى: لو حج المأمور بالحج ماشياً وأمسك مئونة الكراء كان ضامناً مال الميت والحج لنفسه لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة. ولو أوصى أن يعطى بعيره هذا إلى رجل يحج عنه فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشياً جاز عن الميت استحساناً هو المختار لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا يملك أن يؤجره، ولأنه لو لم يملك ذلك كانت الأجرة له ولا يضمن كالغاصب، ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظراً للميت ثم يؤدي البعير إلى الورثة لأنه ملك مورثهم. قال أبو الليث في النوازل: وعندي أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن يكون الميت فوّض إليه ذلك، ألا ترى أن رجلاً لو وكل رجلاً بأن يبيع بعيره بمائة فآجرة بمائة لا يجوز فكذا هذا اهـ. ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أحجوا عنه غيره. ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن، إلا أن يكون أمراً ظاهراً يشهد على صدقه لأن سبب الضمان قد طهر فلا يصدق في دفعه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه. ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده، ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج. نظيره: قال المودع دفعتها إليك بمكة وأقام ربّ الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة، بخلاف ما إذا أقامها على إقراره أنه كان بالكوفة. أما لو كان الحاج مديوناً للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسئلة بحالها فإنه لا يصدّق إلا ببينة لأنه يدعي قضاء الدين. وفي خزانة الأكمل: القول له مع يمينه، إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة. وفي فتاوى أهل سمرقند: أوصى رجلاً أن يحج عنه ولم يقدّر فيه شيئاً والوصي إن اعطى للحاج في محمل احتاج إلى ألف ومائتين أو راكباً لا في محمل يكفيه الأقل والأكثر يخرج من الثلث يجب الأقل لأنه المتيقن. ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال إلى غيره ليحج به، إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت: فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تتميماً أو تكميلاً لفائدته. ولنرجع إلى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الإبهام هنا أربعة: أن يهل بحجة عنهما، أو عن أحدهما على الإبهام، أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه، أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به. ففي الأولى قال: هي عن الحاج ويضمن النفقة. وفي الثانية قال: إن مضى على ذلك الخ. وحاصله أنه ما لم يشرع في الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الآمرين، فإن عين أحدهما قبل الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة. وفي الثالثة قال في الكافي: لا نص فيه، وينبغي أن يصح التعيين هنا إجماعاً لعدم المخالفة. وفي الرابعة يجوز بلا خلاف. ومبنى الأجوبة على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لا يتحوّل بعد

المدلول قوله (فهي) أي الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة) ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى. ثم قال صاحب النهاية: ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور، وتقدير الكلام: ويضمن النفقة لأنه خالفهما، وإنما لا يضمن النفقة

يخلص الحج له من غير اشتراك، ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور، ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك، بخلاف ما إذا حج عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سبباً لثوابه، وهنا يفعل بحكم الآمر، وقد خالف أمرهما فيقع عنه. ويضمن لنفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه، وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين،

ذلك إلى الآمر، وأنه بعد ماصرف نفقة الآمر إلى نفسه ذاهباً إلى الوجه الذي أخذ النفقة له لا ينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعاً عن التعيين. إذا عرفنا هذا فلا إشكال في تحقق المخالفة إذا أحرم بحجة واحدة عنهما وهو غنيّ عن الإطناب. وما يتخايل من جعل الحجة الواحدة عن أبويه مضمحل بأن الكلام فيما إذا كان مأموراً بفعل بحكم الآمر على وزانه لا فيما إذا حج متبرعاً فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء فيحتمل التعيين في الانتهاء لأن حقيقته جعل الثواب ونقول: لو أمره كل من الأبوين أن يحج عنه حجة الإسلام فأحرم بها عنهما كان الجواب كالجواب المذكور في الأجنبيين، فلا إشكال أن مخالفة كل منهما فيما إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لأن كلاً منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه، ولا منافاة بين العام الخاص، ولا يمكن أن تصير للمأمور لأنه نص على إخراجها عن نفسه بجعلها لأحد الآمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد أحد

إذا وافق أمر الامر (لأن الحج) حينئذ (يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام) وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور، فكان هذا التعليل تعليلاً لما إذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للآمر، وتابعه على ذلك بعض الشارحين، ولا إخال ذلك مقصود المصنف لأنه قال بعد هذا (ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه) فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركاً. وقال بعضهم: زلّ فيه أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا: لا مطابقة بين الدليل والمدلول، ولا يوافق التعليل المدعي، ونقل تقرير الكلام كما قلنا ثم قال: فأقول ليس الأمر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان أولى، بل المطابقة حاصله بين الدليل والمدلول بأن يقال هي عن الحاج: أي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور، ويضمن النفقة لكل واحد منهما إن أنفق من مالهما لأن الحج المؤدي في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام، ولكن كل واحد من الآمرين أمر بأن يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك، فلما نوى عنهما جميعاً خالف الأمر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه: وأقول بتوفيق الله تعالى: في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام، ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الآمر لأن الآمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور، لكن في كلامه إغلاق كما لا يخفي، وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج، وأما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعيد هذا. فإن قيل: إذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما إذا أهل عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء، أجاب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح. وقوله (وإن أبهم الإحرام) ظاهر. وقوله (لأن الملتزم هناك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين، وأما جهالة من له الحق فهي مانعة، ألا ترى أن الإقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصوداً) بدليل صحة تقديمه على وقت الأداء وهو أشهر الحج (فاكتفى به) أي بالإحرام المبهم من حيث إنه شرط لأن الشروط يراعى وجودها كيفما كان، ألا ترى أن الإنسان إذا توضأ للتبرد جاز له أن يصلي به. وحاصله أن المقصود الأصلي هو أداء الأفعال والتعيين في ابتدائه ممكن لأنه يقع على ما عين لا على الإبهام، بخلاف ما إذا أدّى ثم عين فإنه يقع على الإبهام ابتداء، ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيئاً قال (فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) رجل أمر رجلاً أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور (لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين، والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل) صدرت (منه، وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد أن الحج يقع عن المأمور) وفيه نظر

(قوله ثم قال صاحب النهاية، إلى قوله: وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه الخ) أقول: لا قرينة على هذا التقدير (قوله وقال بعضهم: زل فيه أقدام الشارحين) أقول: القائل هو الإتقاني (قوله ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الآمر) أقول: يعني لا يمكن أصلاً، وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الإتقاني فإنه زعم أن الحج في هذه الصورة يقع عن الأمر من وجه.

فإن مضى على ذلك صار مخالفاً لعدم الأولوية، وإن عين أحدهما قبل المضي فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين، والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق. وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصوداً بنفسه. والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطاً، بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإبهام لأن المؤدي لا يحتمل التعيين فصار مخالفاً.

الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكنة التعيين ما لم يشرع في الأعمال، بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطاً لأن الأعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره وإنما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضاً. ولا خفاء في أن إحرامه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه. وأما الرابع فأظهر من الكل. ولو أمره رجل بحجة فأهل بحجتين إحداهما عن نفسه والأخرى عن الآمر فهو مخالف لتضمن الإذن بالحج مع كون نفقة السفر هي المحققة للصحة إفراد السفر للآمر، فلو رفض التي عن نفسه جازت الباقية عن الآمر كأنه أحرم بها وحدها ابتداء، إذ لا إخلال في ذلك المقصود بالرفض. والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه. والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجاً من الخلاف، وسنقرره إن شاء الله تعالى. ويجوز أحجاج الحرّ والعبد والأمة والحرّة. وفي الأصل نص على كراهة المرأة. في المبسوط: فإن أحج امرأته جاز مع الكراهة لأن حج المرأة أنقص فإنه ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي ولا رفع صوت بالتلبية ولا الحلق اهـ. والأفضل إحجاج الحرّ العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه حجة الإسلام. وذكر في البدائع كراهة إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج والعبد لأنه ليس أهلاً لأداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره، وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الآمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ما شئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحاً، وفيه لو أحج رجلاً يحج ثم يقيم بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدي، والأفضل أن يحج ثم يعود إليه **(قوله بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة)** هذه هي الصورة الرابعة فيما ذكرناه من صور الإبهام توهمها واردة عليه فدفع الإيراد بالفرق لأن الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه. وجهالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الإقرار بمجهول لمعلوم حيث يصح ويلزمه البيان، بخلافه بمعلوم لمجهول فإنه لا يصح أصلاً **(قوله وإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم)** وهو المأمور لا في مال الآمر، وقرن يقرن من باب نصر ينصر **(لأنه وجب شكراً للجمع بين النسكين، والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا: إن هذه تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور)** للآمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن

لجواز أن يكون المأخذ في كون الدم واجباً على المأمور كونه نسكاً كسائر المناسك، وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا، لا كونه شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لأنه مشترك الإلزام من حيث أنه لو كان كذلك لوجب على الآمر لأنه هو المنتفع بمتعة القران بسقوط حجة الإسلام عن ذمته مع فضيلة القران **(وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا)** يعني قوله لأنه وجب شكراً الخ، وإنما قيد بقوله وأذنا له بالقران لأنه إذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما لأجلهما، فلو قرن كان مخالفاً. واعترض بأنه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد بإذنهما، فإنه لو قرن بغير إذنهما فالدم واجب عليه أيضاً، وبأنه إن خالف عند عدم الإذن خالف إلى ما هو خير وهو القران لأنه أفضل عندنا، والمخالفة إلى خير غير ضائرة، وأجيب بأنه إذا أذنا له بذلك كان مما يوهم أنه ضرر مرضي فيكون عليهما، بخلاف ما إذا لم يأذنا فأزال الوهم بقوله وأذنا له بالقران وبأن خيرية القران إنما هو بالنسبة إلى الجامع بين النسكين لا إلى الآمر، ولهذا إذا كان مأموراً بالحج وقرن عدّه أبو حنيفة مخالفاً ولم يعتبر ذلك **(ودم الإحصار على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: على الحاج)** ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح. واعترض على قوله إن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة بأن الآمر إذا أمر بالقران فهو الذي أدخل المأمور في عهدة الدم ولا يجب عليه. وأجيب بأن دم القران نسك، وقد دفع

قال (فإن أمره غيره عنه فالدم على من أحرم) لأنه وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه، وهذه المسألة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله أن الحج يقع

الآمر شرعاً. وقد يقال: لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعاً. ووجوب هذا الدم شكراً مسبب عن الوجود الحقيقي، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدي والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكذا إذا أمره واحد بأن يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذنا له في القران) يعني يكون الدم في ماله (لما قلنا) وقيد بإذنهما له بالقران لأنهما لو لم يأذنا له فقرن عنهما كان مخالفاً فيضمن نفقتهما، لا لأن إفراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قدمناه من أن أمر الآمر بالنسك يتضمن إفراد السفر له به لمكان النفقة أعني تضمن الأمر بانفاق ماله في جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب، وفي القران عدم إفراد السفر فقلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفاً، هذا ولو كان واحد أمره بالحج فقرن عنه ضمن النفقة عند أبي حنيفة خلافاً لهما. لهما أن القران أفضل، فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفاً، كالوكيل إذا باع بأكثر مما سمى له الموكل. ولأبي حنيفة أنه مأمور بإنفاق المال لسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كما لو تمتع، ولم يندفع بعد هذا قولهما أنه خلاف إلى خير فكان صحيحاً إذ يثبت الإذن دلالة، بخلاف التمتع فإن السفر وقع للعمرة بالذات، ولأن الأمر بالحج تضمن السفر له وقوع إحرامه من ميقات أهل الآفاق، والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة. والأوجه ما في المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الآمر لأنه لم يأمره بها ولا ولاية للحاج في إيقاع نسك عنه لم يأمره به، ألا ترى أنه لو لم يأمر بشيء لم يجز أداؤه عنه، فكذا إذا لم يأمره بالعمرة، وإذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كأنه نواها عن نفسه ابتداء، وبمثله امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت، وما إذا أمره بعمرة فقرن عند أبي حنيفة على ما ذكر في البدائع أنه يضمن أيضاً عنده كالحج إذا قرن عنده، ولو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقاً فكذا هذا. قال في المبسوط: إلا أنه ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه وإن نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفاً، ولكن يردّ من النفقة بقدر حصة العمرة لأنه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع النفقة، فإذا ضم إليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض النفقة وهو خلاف إلى خير كالوكيل بشراء عبد بألف إذا اشتراه بخمسمائة. قال شمس الأئمة وليس هذا بشيء فإنه مأمور بتجريد السفر للميت ثم، ويحصل للميت ثواب النفقة فبتنقيصها ينقص الثواب بقدره، فكان هذا الخلاف ضرراً عليه، ولا إشكال أنه إذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الإسلام عن نفسه لأنها أقل ما يقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية، وفيه نظر. ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج، فعند العامة لا يكون مخالفاً على قول أبي حنيفة، ولو أمره بعمرة فقرن فهو على الخلاف بين الثلاثة، إلا أن على قولهما بقية ما بقي من الحج بعد

الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها، بخلاف دم الإحصار فإنه ليس بنسك ولم يكن معلوماً عند الآمر أيضاً. وقوله (لأنه صلة) الصلة عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالي. وقوله (وغيرها) يعني النذور والكفارات. وقوله (لأنه وجب حقاً للمأمور) يعني بإدخاله الآمر في هذه العهدة ديناً على الميت والدين محله جميع المال. وقوله (لأن الصحيح هو المأمور به) أي الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد، فإذا أفسده لم يقع مأموراً به فكان واقعاً عن المأمور فيضمن ما أنفق

(قال المصنف: وهذه المسألة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله) أقول: قال ابن الهمام: قد يقال لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعاً، ووجوب هذا الدم شكراً مسبب عن الوجود الحقيقي، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدي والصوم، غير أن كل واحد يجب على تقدير، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم، وكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل اهـ، وفيه تأمل (قوله وفيه نظر إلى قوله فكذا هذا الخ) أقول: نعم إلا أنه حينئذ يجب أن يكون من مال الآمر. وقد يقال وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي والأفعال وجدت من المأمور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة.

عن المأمور (**وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران**) فالدم عليه لما قلنا (**ودم الإحصار على الآمر**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (**وقال أبو يوسف: على الحاج**) لأنه وجب للتحلل دفعاً لضرر امتداد الإحرام، وهذا راجع إليه فيكون الدم عليه. ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه (**فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدم في مال الميت**) عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، ثم قيل: هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكاة وغيرها. وقيل من جميع المال لأنه وجب حقاً للمأمور فصار ديناً (**ودم الجماع على الحاج**) لأنه دم جناية وهو

أداء العمرة تكون نفقته فيه على نفسه لأنه في ذلك عامل لنفسه. ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفاً لأنه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر، وإنما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها ونفقته مقدار مقامه للحج من ماله. وروى ابن سماعة عن محمد: إذا حج المأمور بالحج عن الميت فطاف لحجة وسعى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفاً لأن هذه العمرة واجبة الرفض فكانت كعدمها، ولو كان جمع بينهما: أي قرن ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف، لأنه لما أحرم بهما جميعاً فقد صار مخالفاً على ما ذكرناه عن أبي حنيفة فوقعت الحجة عن نفسه فلا تحتمل النقل بعد ذلك برفض العمرة (**قوله ودم الإحصار الخ**) الدماء الواجبة في الحج إما دم الإحصار وهو على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف على المأمور، فإن كان المحجوج عنه ميتاً ففي ماله عندهما، ثم هل هو من الثلث أومن كل المال؟ خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا نطيل به، ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وإما دم القران وقد تقدم، قالوا: هذا ودم القران يشهدان لمحمد رحمه الله، وقد تكلمنا في دم القران، وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلأنه لم يتم الأفعال بسبب الإحصار، وإنما يقع ما هو مسمى الحج عنه ولم يتحقق، وإما دم الجناية كجزاء صيد وطيب وشعر وجماع ففي مال الحاج اتفاقاً لأنه هو الجاني عن اختيار، والأمر بالحج لا ينتظم الجناية بل ينتظم ظاهراً عدمها فيكون مخالفاً في فعلها فيثبت موجبها في ماله، ثم إن كان الجماع قبل الوقوف حتى فسد الحاج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه في مال نفسه، وإن كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة، ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالمحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه، ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة، غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضي ما بقي عليه لأنه جان في هذه الصورة، أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الآمر لأنه أدى الركن الأعظم، وإما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق

على حجة من مال غيره، ثم إذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لأنه لما خالف في السنة الماضية بالإفساد صار الإحرام واقعاً عن المأمور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعاً عن المأمور أيضاً. وقوله (**لما بينا**) إشارة إلى قوله لأنه دم جناية وهو الجاني عن اختيار. ومما ذكرنا علم أن الدماء ثلاثة أنواع: دم نسك كدم القران والتمتع، ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه، ودم مئونة كدم الإحصار. قال في المبسوط: كل دم يلزم المجهز: يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله، لأنه إن كان نسكاً فإقامة المناسك عليه، وإن كان كفارة فالجناية وجدت منه، وإن كان دماً بترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجباً فلهذا كانت هذه الدماء عليه إلا دم الإحصار فإنه في مال الآمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد ذكرناه. وقوله (**لما قلنا**) إشارة إلى قوله وهو الجاني عن اختيار قال (**ومن أوصى بأن يحج عنه**) صورة هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بأن يحج عنه فمات وكان مقدار الحج ألف درهم فدفعها الوصي إلى من يحج عنه فسرق في الطريق، قال أبو حنيفة رحمه الله: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم، فإن سرق ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى

(**قوله ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وقرن عده أبو حنيفة رحمه الله مخالفاً**) أقول: لأن العمرة وقعت للمأمور إذا لم يتنظمها الآمر فللآمر الحج الضمني، والحج المفرد خير من الضمني فتأمل (**قوله وأجيب بأن دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة إلى قوله بخلاف دم الإحصار**) أقول: فحينئذ يكون من مال الآمر، والمنصوص خلاف ذلك.

الجاني عن اختيار (**ويضمن النفقة**) معناه: إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجة لأن الصحيح هو المأمور به، بخلاف ما إذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره. أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر، وعليه الدم في ماله لما بينا، وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاجّ لما قلنا (**ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي**) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (**وقالا: يحج عنه من حيث مات الأول**) فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج. أما الأوّل فالمذكور تول أبي حنيفة رحمه الله. أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع إليه إن بقي شيء وإلا بطلت الوصية اعتباراً بتعيين الموصى إذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية. ولأبي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل فيحج بثلث ما بقي.

إلا في مال الحاج، ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين معاً ففعل حتى ارتفضت إحداهما كونه على الآمر ولم أره، والله تعالى أعلم (**قوله ومن أوصى بأن يحج عنه الخ**) لا خلاف أن إطلاق الوصية بالحج إذا كان الثلث يحتمل الإحجاج من بلده راكباً ولم يكن الموصى حاجاً عن نفسه مات في الطريق ولم يعين المكان الذي مات فيه، أو مكاناً آخر يوجب تعيين البلد والركوب، وقد قدمنا في مقدمة الباب أنه لو حج المأمور ماشياً وأمسك مئونة الكراء لنفسه يقع عن نفسه ويضمن النفقة، فأما إذا كان الثلث لا يبلغ إلا ماشياً فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشياً جاز وعن محمد لا يجزيه ويحج عنه من حيث يبلغ راكباً وروى الحسن عن أبي حنيفة إن أحجوا عنه من بلده ماشياً جاز، ومن حيث يبلغ راكباً جاز، لأن في كل نقصاً من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا، ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكباً من موضع أبعد يضمن الوصي ويحج عنه من حيث يبلغ إلا إذا كان الفاضل شيئاً يسيراً من زاد وكسوة لا يكون مخالفاً كذا في البدائع. هذا إذا لم يعين كمية، فإن عين بأن قال أحجوا عني بألف أو بثلث مالي، فإن لم يبلغ من بلده جاء ما قلناه وإن بلغ واحدة لزمت وإن بلغ حججاً كثيرة. فأما مسئلة الألف فذكرها في المبسوط قال: الوصي بالخيار إن شاء دفع عنه كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه رجالاً في سنة واحدة، وهو أفضل لأن الوصية بالحج بمال مقدر كالوصية بالتصدق به، وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتأخير، والتعجيل أفضل لأنه بعد من فوات المقصود بهلاك المال. وأما مسئلة الثلث فذكرها في البدائع، وذكر الجواب على نحو مسئلة الألف نقلاً عن القدوري، إلا أنه حكى فيها خلافاً، فقيل: إن القاضي: يعني الاسبيجابي قد ذكر في شرح الطحاوي أن يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهي حجة الإسلام، إلا إذا قال بجميع الثلث. قال: وما ذكره القدوري أثبت لأن الوصية بجميع الثلث وبالثلث واحدة لأنه اسم لجميع السهم، وذكرها في المبسوط أيضاً وأجاب بصرفه إلى الحج إذا لم يقل حجة ولم يذكر خلافاً، قال: لأنه جعل الثلث مصروفاً إلى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده في جميع الثلث، كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى، ولو ضم إلى الحج غيره والثلث يضيق عن الجميع، إن كانت متساوية بدىء بما بدأ به الموصى كالحج والزكاة، وعن أبي يوسف تقديم الزكاة لأن فيها حقين، والحج والزكاة يقدمان على الكفارات، والكفارات على صدقة الفطر وهي على النذر، وهو والكفارات على الأضحية، والواجب على النفل، والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت. وحكم الوصية بالعتق إذا لم يعين عن كفارة حكم النفل والوصية لآدمي كالفرائض: أعني المعين، فإن قال

وهكذا، وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فإن سرقت ثانياً لا يؤخذ مرة إخرى. وقال محمد: إذا سرقت الألف التي دفعها أوّلاً بطلت الوصية، وإن نفى منها شيء يحج به لا غير لأن تعيين الوصي كتعيين الموصى لكونه نائباً عنه، ولو أفرزها الموصى ثم هلكت بطلت الوصية، فكذلك هذا، ولأبي يوسف أن الوصية محل

وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا، قال ﷺ «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث» الحديث، وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه

للمساكين فهو كالنفل، ومن الصور المنقولة أوصى بحجة الفرض وعتق نسمة ولا يسعهما الثلث يبدأ بالحجة، ولو أوصى بالحجة ولأناس ولا يسعهما الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج بأدنىٰ ما يكون من نفقة الحج ثم ما خص الحج يحج به من حيث يبلغ لأنه هو الممكن، ولو أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف وأن يحج عنه بألف وثلثه ألفان يقسم بينهم أثلاثاً ثم ينظر إلى حصة المساكين فيضاف إلى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكميل الحج لأن الصدقة تطوّع والحج فرض، إلا أن يكون زكاة فيتحاصصون في الثلث ثم ينظر إلى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ به الميت، ولو أوصى بكفارة إفساد رمضان ولا يخرج من الثلث العتق ولم تجز الورثة يطعم ستين مسكيناً. هذا وأما ما يرجع إلى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان، فإن اتحد تعين. ومن فروعه ما عن محمد في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان، وما عن أبي يوسف في مكي قدم إلى الريّ فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة. أما لو أوصى أن يقرن عنه فإنه حينئذ يقرن عنه من الري لأنه لا قران لأهل مكة فيحمل عليه من حيث هو، وإن كانت له أوطان في بلدان يحج عنه من أقربها إلى مكة، ولو عين مكاناً جاز منه اتفاقاً، وكذا إذا عين مكاناً مات فيه، فلو لم يعين مكان موته وقد مات في سفر، إن كان سفر الحج فهو على الخلاف الذي ذكر في الكتاب بقوله: وأصل الخلاف في الذي يحج عن نفسه: يعني إذا مات في الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عنده إلا إن عجز الثلث، وعندهما من حيث مات. ولو كان سفر تجارة حج عنه من بلده اتفاقاً لأن تعين مكان موته في سفر الحج عندهما بناء على أنه لا تبطل عبادة سفره من بلده إلى محل موته، فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده، ولا عبادة في سفر التجارة ليعتبر البعض الذي قطع عبادة مع البعض الذي بقي فيجب إنشاء السفر من البلد تحصيلاً للواجب، فإن الخطاب يتوجه عليه وهو في بلده بالخروج إلى الحج وهو العادة أيضاً أن يخرج الإنسان من بلده مجهزاً فينصرف المطلق إليه ولهذا وافقا أبا حنيفة في الحاج الذي مات في الطريق فيما لو أقام في بعض البلاد في طريقه حتى تحوّلت السنة ثم مات فأوصى مطلقاً أن يحج عنه من بلده لأن ذلك السفر لمىٰ لم يتصل به الحجة التي خرج لها في تلك السنة لم يعتدّ به عن الحج إذا حصلنا على هذا، فلو أوصى على وجه انصرفت إلى بلده ولم يعين مالاً ففعل الواجب فأحجوا منها ومات في أثناء الطريق وقد أنفق بعضها أو سرقت كلها قال أبو حنيفة: يحج عنه ثانياً من بلده من ثلث ما بقي. وقالا: من حيث مات. وأما في جانب المال فقال محمد: ينظر إن بقي من المدفوع شيء حج به وإلا بطلت الوصية. وقال أبو يوسف. إن كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد، وإن كان بعضه يكمل، فإن بلغ باقيه ما يحج به وإلا بطلت. وقال أبو حنيفة: من ثلث ما بقي ثم وثم إلى أن لا يبقى ما يبلغ فحينئذ تبطل، مثلاً: كان المخلف أربعة آلاف دفع الوصي ألفاً فهلكت يدفع إليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف، فلو هلكت الثانية دفع إليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة إلا أن لا يبقى ما ثلثه يبلغ الحج فتبطل. وعند أبي يوسف: يأخذ

نفاذها الثلث **(ولأبي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل)** وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا. هذا ما يتعلق بما يحج به، وأما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو أيضاً واضح. واعترض بأن الحديث

(قوله واعترض بأن الحديث الذي استدل به، إلى قوله: وما هو كذلك لا يكون منقطعاً) أقول: لا يتوجه هذا الاعتراض بعد ما قال أبو حنيفة رحمه الله إن المراد هو الانقطاع في حكم الدنيا، فإن الثواب حكم أخروي فليتأمل **(قوله فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه)** أقول: وعلى هذا ففي استثناء العلم والولد تأمل، ثم المراد ليس انقطاع نفس العمل، إذ النبي ﷺ ليس مبعوثاً إلا لبيان الأحكام، بل انقطاع ثوابه يعني أنه لا يتجدد له ثواب إلا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة، ونظيره حديث «الأعمال بالنيات» فتأمل **(قوله والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك)** أقول: الظاهر أن يقال: والماضي وجد بجميع أجزائه الخ.

كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله﴾ الآية، وقال ﷺ «من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة» وإذا لم يبطل سفره اعتبرت

ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثاً فإنها مع تلك الألف ثلث الأربعة الآلاف، فإن كفت وإلا بطلت الوصية. وعند محمد: إن فضل من الألف الأولى ما يبلغ وإلا بطلت. فالخلاف في موضعين فيما يدفع ثانياً وفي المحل الذي يجب الأحجاج منه ثانياً. أما الأول فلمحمد أن تعيين الوصي كتعيين الموصى، ولو عين الموصى مالاً فهلكت بطلت الوصية، فكذا إذا عين الوصي، وأبو يوسف يقول: محل الوصية الثلث فتعيين الوصي إياه صحيح وتعيينه فيه غير صحيح لأن جميع الثلث محل الوصية، فما بقي شيء منه يجب تنفيذ الوصية فيه. وأبو حنيفة يقول: المال ليس بمقصود للموصى بل مقصوده الحج به، فإذا لم يفد هذا التعيين هذا المقصود صار كعدمه، وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما إذا هلك قبل هذا الإفراز والوصية باقية بعد بالإحجاج مطلقاً فينصرف إلى ثلث الباقي إذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه. وأما الثاني فمبناه على أن السفر هل بطل بالموت أو لا فقالا لا وهو استحسان، وقال نعم وهو قياس، وقوله في الأول أوجه وهما هنا أوجه، له قوله عليه الصلاة السلام «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث. صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له[1]» رواه مسلم وأبو داود والنسائي. ولهما في أنه لم يبطل ما أخرجه الطبراني في الوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الإيمان عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة، ومن خرج معتمراً فمات كتب له أجر المعتمر إلى يوم القيامة، ومن خرج غازياً في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة» قال الحافظ المنذري[2] رواه أبو يعلى من رواية محمد بن إسحاق، وبقية رواته ثقات، وأنت قد أسمعناك أن الحق في ابن إسحاق أنه ثقة أيضاً، ثم ما رواه إنما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازمه، لأن انقطاع العمل لفقد العامل لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله، وقال تعالى ﴿وما كان الله ليضيع إيمانكم﴾[البقرة: ١٤٣] فيما كان معتداً به حين وجد ثم طرأ المنع منه. وجواب أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي يوجبه هنا كمن صام إلى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصى بفدية ذلك اليوم وإن كان ثواب إمساك ذلك اليوم باقياً.

[فرع] مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر، فإن كان حج بأمر الوصي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لأنه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثاً بينهما، وإن حج بغير أمر الوصي يحج مرة أخرى

الذي استدل به لأبي حنيفة ظاهره متروك لأنه يقتضي أن يكون غير هذه الثلاثة من الأعمال منقطعاً، وليس كذلك لأنها يثاب عليها، وما هو كذلك لا يكون منقطعاً. وأجيب بأن الأعمال كلها على ثلاثة أنواع: أعمال عملها فمضت، وأعمال لم يشرع فيها فهي بعد معدومة، وأعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع. أما الأول فلأن الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك، وكذلك الثاني لأنه غير موجود، وهذا لأن الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه،

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٣١ وأبو داود ٢٨٨٠ والبخاري في الأدب المفرد ٣٨ والترمذي ١٣٧٦ والنسائي ٦/ ٢٥١ والبيهقي ٦/ ٢٧٨ وأحمد ٢/ ٣٧٢ وابن حبان ٣٠١٧ كلهم من حديث أبي هريرة.
رواية ابن حبان: إذا مات الإنسان بدل ابن آدم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو يعلى كما في المطالب العالية ١٨٩١ و١٠٩٤ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩ كلاهما من حديث أبي هريرة وكره الهيثمي في ٥/ ٢٨٣ وقال: في إسناد أبي يعلى ابن إسحاق مدلس وبقية رجاله ثقات.
وقال البوصيري في الزوائد: رواه أبو يعلي بسند ضعيف لتدليس ابن إسحاق اهـ قلت: وقد عنعنه.
وقال الهيثمي: في إسناد الطبراني جميل بن أبي ميمونة ذكره ابن حبان في الثقات وأما ابن أبي حاتم فلم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً اهـ.

الوصية من ذلك المكان، وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه، وينبنى على ذلك المأمور بالحج. قال (ومن أهل

بثلاثمائة (قوله ومن أهل بحجة عن أبويه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه إذا أهلّ عن أحدهما على الإبهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى، ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة. وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما، ولا إشكال في ذلك إذا كان متنفلاً عنهما، فإن كان على أحدهما حج الفرض، فإما أن يكون أوصى به أولاً، فإن أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لا يسقط عن المورّث، وإن لم يوص فتبرع عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه. قال أبو حنيفة. يجزيه إن شاء الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام للخثعمية «أرأيت لو كان على أبيك دين[(1)]» الحديث، شبهه بدين العباد، وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه فكذا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعاً فإن قيل: فلماذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ما صح الحديث؟ قلنا: لأن خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن، فما كان من الأمور التي طريقها العمل لا يحتاج إلى ذكر المشيئة فيه لأن الظن طريقه فقد تطابقا، وسقوط الفرض عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم، فإنه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل الذمة به فلهذا قيده به. واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جداً لما أخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام قال «من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرماً بعث يوم القيامة مع الأبرار[(2)]» وأخرج أيضاً عن جابر أن عليه الصلاة والسلام قال «من حجّ عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج[(3)]» وأخرج أيضا عن زيد ابن أرقم قال: قال رسول الله ﷺ «إذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله براً[(4)]» هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير، والصرورة يراد به الذي لم يحج عن نفسه فمنعه الشافعي رحمه الله لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ سمع رجلاً يقول: لبيك عن شبرمة، فقال: من شبرمة؟ قال: أخ لي أو قريب لي، قال: حججت عن نفسك؟ قال لا، قال: حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة[(5)]» رواه أبو داود

والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوحد بجميع أجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه. وأما جواب أبي حنيفة عما استدل به من الكتاب والسنة فهو أنه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لأن الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا، فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة، كما إذا نوى الصوم في رمضان وصامه إلى نصف النهار ومات وجب عليه الإيصاء بفدية صوم هذا اليوم كاملاً من حيث حكم الدنيا وإن كان هو مثاباً في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم، وكذلك إذا أدركه الموت في خلال الصلاة، وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه، وكذا الجواب عن الحديث الذي روياه. وقال في النهاية: ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أبي حنيفة يحتمل أن يكون لكون قولهما مختار

---

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٠ من حديث ابن عباس وفي إسناده صِلَةَ بن سليمان العطار قال الذهبي عنه في المغني: يروي عن ابن جريج. تركوا حديثه.
قلت: هذا رواه عن ابن جريج.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٠ من حديث جابر وإسناده ضعيف لضعف عثمان بن عبد الرحمن الطرائفي المؤدب قال ابن عدي: عنده عجائب عن المجاهيل. واتهمه ابن نمير بالكذب انظر ميزان الاعتدال ٣/ ٤٥ وفيه أيضاً محمد بن عمرو البصري.
وهو ضعيف أيضاً.

(٤) ضعيف أخرج الدارقطني ٢/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠ من حديث زيد بن أرقم وإسناده ضعيف.
فيه أبو سعد البقال اسمه سعيد بن المَرْزُبان قال عنه الذهبي في المغني: مشهور ليس بالحجة. قال ابن معين: لا يكتب حديثه وقال أبو زرعة: صدوق مدلس وقال الفلاس: متروك.

(٥) الراجح وقفه. أخرجه أبو داود ١٨١١ وابن ماجه ٢٩٠٣ وابن حبان ٣٩٨٨ وأبو يعلى ٢٤٤٠ وابن الجارود ٤٩٩ وابن خزيمة ٣٠٣٩ والدارقطني=

بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعله عن أحدهما) لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجة له، وذلك بعد أداء

ابن ماجه. قال البيهقي: هذا إسناد ليس في الباب أصح منه. وعن هذا لم يجوّز الشافعي النفل للصرورة. قلنا: هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفعه، والرواة كلهم ثقات، فرفعه عبدة بن سليمان قال ابن معين: عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة، وتابعه محمد بن عبد الله الأنصاري ومحمد بن مُيَسَّر[1] وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد، ووقفه غندر عن سعيد، ورواه أيضاً سعيد بن منصور. حدثنا سفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلاً يلبي عن شبرمة فذكره موقوفاً، وليس هذا مثل ما ذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لأنه زيادة تقبل من الثقة فإن ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي يرفعه وآخر عن نفسه فقط، فإن هذا يتقدم فيه الرفع لأن الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه إعطاء حكم شرعي أو جواباً لسؤال، ولا ينافي هذا كون ما ذكره مأثوراً عنده عن النبي ﷺ أما في مثل هذه وهي حكاية قصة: هي أن النبي ﷺ سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ما قال، أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبى عن شبرمة فقال له ذلك، فهو حقيقة التعارض في شيء وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن آخر بحضرة النبي ﷺ أو غيره، وتجويز أن يكون وقع في زمنه عليه الصلاة والسلام ثم وقع بحضرة ابن عباس سماعه رجلاً آخر يلبي عن شبرمة فقال له من شبرمة؟ فقال أخ أو قريب يعين ذلك، فهو وإن لم يمتنع عقلاً لكنه بعيد جداً في العادة فلا يندفع به حكم التعارض الثابت ظاهراً طالباً لحكمه فيتهاتران. أو يرجح وقوعه في زمن ابن عباس لأن أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح[2]» وكثير، وإنما تركوا السؤال

. . . .

= ٢/ ٢٧٠ والبيهقي ٤/ ٣٣٦ كلهم من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عزرة عن ابن عباس مرفوعاً. ورجاله رجال البخاري ومسلم سوى عزرة فإنه من رجال مسلم وحده.

وورد موقوفاً على ابن عباس. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٠ والبيهقي ٤/ ٣٣٦ كلاهما من هذا الوجه عن عزرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس موقوفاً.

وأخرجه الشافعي ١/ ١٠٠٠ و١٠٠١ والبيهقي ٤/ ٣٣٧ من طريق أبي قلابة عن ابن عباس موقوفاً. وإسناده صحيح رواته ثقات مشهورون، وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨ ٢٦٩ والبيهقي ٣٣٧٤ من طريق عطاء عن ابن عباس مرفوعاً.

وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٦٩ وكذا الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣/ ٢٨٣ كلاهما من حديث جابر وضعفه الهيثمي لضعف ثمامة بن عبيدة

وأخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٠ وأبو يعلى كما في المجمع ٣/ ٢٨٣ كلاهما من حديث عائشة.

قال الهيثمي: فيه ابن أبي ليلى فيه كلام اهـ.

قلت: واسمه محمد وهو ضعيف.

وجاء في نصب الراية ٣/ ١٥٥ ما ملخصه: قال ابن القطان: حديث شبرمة علله بعضهم بالوقف، والذي أسنده ثقة فلا يضره لأن أصحاب سعيد بن أبي عروبة قوم منهم يرفعونه وقوم يوقفونه والرافعون ثقات. وقال ابن دقيق العيد: عَبَدة بن سليمان رفعه وتابعه محمد بن مبشر وغيره وعبدة لوحده محتج به في الصحيحين. قال البيهقي: هذا إسناد صحيح ليس في الباب أصح منه.

ورواه غندر من أصحاب ابن أبي عروبة فوقفه وكذا وقفه أبو قلابة قال الشيخ تقي الدين: وللمرفوع علة وهي أن قتادة لم يقل حدثنا أو سمعت وهو إمام في التدليس.

وقال ابن المفلس: ضعف بعض العلماء هذا الحديث فإن ابن أبي عروبة كان يحدث به في البصرة فيجعله موقوفاً ويحدث به في الكوفة فيجعله مرفوعاً اهـ الزيلعي.

وأورده ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٢٣ فذكر نحو كلام الزيلعي وزاد: ورجح عبد الحق وابن القطان رفعه. وأما الطحاوي فقال: الصحيح أنه موقوف. وقال أحمد: رفعه خطأ. وقال ابن المنذر: لا يثبت رفعه. وقال الدارقطني: الموقوف أصح اهـ.

الخلاصة: روي مرفوعاً وموقوفاً بأسانيد جيدة لكن اضطراب العلماء فيه يرجح الوقف لا سيما وقد رجح وقفه إمام هذا الفن أحمد بن حنبل حيث قال: رفعه خطأ.

(١) (محمد بن ميسر) هكذا هو في بعض النسخ التي بيدنا، وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح المثناة التحتية المهملة المشددة فليعلم كتبه مصححه.

(٢) تقدم في مسألة من قدم نسكاً على نسك في خبر طويل رواه البخاري ومسلم.

الحج فلغت نيته قبل أدائه، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء، بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل، والله تعالى أعلم.

ابتداء ظناً منهم بأن لا ترتيب معيناً في هذه فإنها ليست أركاناً لعلمهم أن الحج عرفة عنه عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذي فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب فزعوا إلى السؤال فعذرهم بالجهل في ذلك الوقت، فأما حجّ الإنسان عن غيره فأمر يأباه القياس فإن العقل لا يقتضي جوازه إذا خلى والنظر في مقصود التكاليف على ما قدمناه أوّل الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال، ثم يتفق أن النبي ﷺ يطلع عليه فيخبره بالحكم، بخلافه في زمن ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قد ظهرت الأحكام وعرف جواز النيابة باشتهار حديث الخثعمية وغيره بعلك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة أن يعلم أصل جواز النيابة فيفعل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضي الله عنهما رأيا منه ولأن ابن المفلس ذكر في كتابه أن بعض العلماء ضعف هذا الحديث بأن سعيد بن أبي عروبة كان يحدّث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده إلى النبي ﷺ وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد عنعنه قتادة ونسب إليه تدليس فلا تقبل عنعنته، ولو سلم فحاصله أمر بأن يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل الندب فيحمل عليه بدليل وهو إطلاقه عليه الصلاة والسلام قوله للخثعمية: «حجي عن أبيك[(١)]» من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك. وترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير مطلقاً. وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وبذلك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم الفرض على النفل مع جوازه والذي يقتضيه النظر أن حج الصرورة عن غيره إن كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لأنه يتضيق عليه والحالة هذه في أوّل سنى الإمكان فيأثم بتركه، وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن النهي ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض، إذ الموت في سنة غير نادر، فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «حج عن نفسك ثم عن شبرمة» على الوجوب، ومع ذلك لا ينفي الصحة ويحمل ترك الاستفصال في حديث الخثعمية على علمه بأنها حجت عن نفسها أوّلاً وإن لم يرو لنا طريق علمه بذلك جمعاً بين الأدلة كلها: أعني دليل التضييق عند الإمكان وحديث شبرمة والخثعمية، والله سبحانه أعلم.

المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أبي حنيفة قياس، والمأخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان. وقوله (على ما فرقنا من قبل) يريد به قوله لأنه متبرع يجعل ثواب عمله لأحدهما الخ، والله أعلم.

---

(١) خبر الخثعمة تقدم مستوفياً.

باب الهدي

(**الهدي أدناه شاة**) لما روى «**أنه** ﷺ سئل عن الهدي فقال: أدناه شاة» قال (**وهو من ثلاثة أنواع: الإبل والبقر والغنم**) لأنه ﷺ لما جعل الشاة أدنى فلا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور، ولأن الهدي ما يهدى إلى الحرم ليتقرب به فيه، والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى (**ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا**) لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد (**والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين: من طاف طواف الزيارة جنباً. ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة**) وقد بينا المعنى فيما سبق (**ويجوز الأكل من هدي التطوع والمتعة والقران**) لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية، وقد صح «**أن النبي** ﷺ أكل من لحم هدية وحسا من المرقة» ويستحب له أن يأكل منها لما روينا، وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا (**ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا**) لأنها دماء كفارات، وقد صح «**أن النبي** ﷺ لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على

باب الهدي

هذا الباب تتعلق به الأبواب السابقة، فإن الهدي إما لمتعة أو قران أو إحصار أو جزاء صيد أو كفارة جناية أخرى، فأخره عنها لأن معرفة هدي المتعة والقران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقي، والمقصود أنه يتضمن حالات تستدعي سبق تصوّره مفهومات متعلقاتها وتصديقات ببعض أحكام منها (**قوله أدناه شاة**) يفيد أن له أعلى. وعندنا أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم (**قوله لما روي أنه عليه الصلاة والسلام**) هذا بهذا اللفظ لا يعرف إلا من كلام عطاء، أخرجه الشافعي قال: حدثنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء أنه قال: أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة[1] وما في البخاري من باب ﴿**فمن تمتع بالعمرة إلى الحج**﴾ [البقرة: ١٩٦] عن أبي جمرة نصر بن عمران الضبعي قال: سألت ابن عباس عن المتعة فأفتاني بها، وسألته عن الهدي فقال: فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم[2] الحديث فخاص بهدي المتعة (**قوله إلا في موضعين**) تقدّم ثالث[3]، وهو ما إذا طافت امرأة حائضاً أو نفساء (**قوله بعد الوقوف بعرفة**) يعني قبل الحلق على ما أسلفه من أن الجماع بعده فيه شاة (**قوله فيما سبق**) يعني قوله ولأن الجناية

باب الهدي

لما كثر دور لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكاً وجزاء ومئونة احتاج إلى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل، ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الأشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الأشياء وكلامه واضح.

وقوله (**وقد بينا المعنى فيما سبق**) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما ولأن الجناية أغلظ من الحدث. وقوله ولأنه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجبه. وقوله (**ويجوز الأكل من هدي التطوع**) يعني للمهدي والأغنياء إذا ذبح في محله على ما نذكره، وأما الفقراء فيجوز لهم الأكل من جميع الهدايا. وقوله (**وحسا من المرقة**) أي شرب. وقوله (**ويستحب له أن يأكل منها**) لأنه لما لم يكن الجواز مستلزماً للاستحباب ذكره ثانياً بياناً للاستحباب، ولو ذكر الاستحباب أولاً استغنى عن بيان

باب الهدي

---

(١) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٦٠: لم أجده إلا من قول عطاء رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي عن عطاء قوله.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ١٦٨٨ عن أبي جمرة عن ابن عباس موقوفاً. وتمامه: قال أبو جمرة: فكأن ناساً كرهوها، فنمت فرأيت في المنام كأن إنساناً ينادي: حجٌّ مبرور، ومتعة متقبلة، فأتيت ابن عباس، فحدثته فقال: الله أكبر سنة أبي القاسم ﷺ.

(٣) العبارة غير واضحة ولعل الصواب: إلا في موضعين تقدماً.
والثالث: وهو ما إذا طافت المرأة حائضاً، ونفساء.
قلت: والعبارة هذه مستقيمة وتفهم من كلام صاحب الهداية حيث قال: إلا في موضعين ثم أشار إلى أنهما قد تقدم بيان معناهما. والله تعالى أعلم.

يدي ناجية الأسلمي قال له: لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً» (ولا يجوز ذبح هدي التطوّع والمتعة والقران إلا في يوم النحر) قال العبد الضعيف (وفي الأصل يجوز ذبح دم التطوّع قبل يوم النحر، وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم، فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر، وفي أيام النحر أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر، أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية

أغلظ من الحدث. وقوله (ولأنه) يعني الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم في حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الكل، فإنه قال فيه «ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت» الحديث[(١)]، فارجع إليه، ومعلوم أنه كان قارناً، وكذا أزواجه على ما رجحه بعضهم، وهدي القران لا يتفرق مائة بدنة، فعلم أنه أكل من هدي القران والتطوّع إلا أنه إنما أكل من هدي التطوّع بعد ما صار إلى الحرم، أما إذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه في الطريق فلا يجوز له الأكل منه لأنه في الحرم تتم القربة فيه بالإراقة، وفي غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلا بدّ من التصدق ليحصل المقصود، ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الأكل منه ضمن ما أكله، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال مالك: لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شيء من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الأكل منه، فإن باع شيئاً أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته، وحيثما جاز الأكل للمهدي جاز أن يأكل الأغنياء أيضاً (قوله وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا) وهو أن يتصدق بثلثها ويهدي ثلثها وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه التصدّق بعد الذبح لتمام القربة به وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان: ما يجوز لصاحبه الأكل منه وهو دم المتعة والقران والأضحية وهدي التطوّع إذا بلغ محله، وما لا يجوز وهو دم النذر والكفارات والإحصار، وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه التصدّق به بعد الذبح، لأنه لو وجب لبطل حق الفقراء بالأكل، وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح، ولو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين لأنه لا صنع له في الهلاك، وإن استهلكه بعد الذبح، فإن كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته للفقراء لتعدّيه على حقهم، وإن كان مما لا يجب لا يضمن شيئاً لأنه لم يتعدّ، ولو باع اللحم يجوز له بيعه في النوعين لقيام ملكه إلا أن مالاً يجوز له أكله عليه التصدّق بثمنه كذا في البدائع (قوله وقد صح أن النبي ﷺ) روى أصحاب السنن الأربعة عن ناجية الخزاعي «أن رسول الله ﷺ بعث معه بهدي وقال له: إن عطب فانحره ثم اصبغ نعله في دمه ثم خلّ بينه وبين الناس[(٢)]» قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وليس فيه «لا تأكل أنت ولا رفقتك» وقد أسند الواقدي في أوّل غزوة الحديبية القصة بطولها، وفيها «أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمي وأمره أن يتقدمه بها، قال: وكانت سبعين بدنة، فذكره إلى أن قال: وقال ناجية بن جندب: عطب معي بعير من الهدي فجئت رسول الله ﷺ بالأبواء فأخبرته، فقال: انحرها واصبغ قلائدها في دمها ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئاً وخلّ بينها وبين الناس[(٣)]»

الجواز لاستلزم الاستحباب إياه. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله أنه عليه الصلاة والسلام أكل من لحم هديه. وإنما أنث الضمير في منها للرجوع إلى هدي المتعة والقران والتطوع. وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر، وقوله عليه الصلاة والسلام (لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً إنما نهاهم عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء وقوله، ولا يجوز ذبح هدي التطوّع) ظاهر ووجه الاستدلال

---

(١) تقدم مستوفياً في بيان صفة حجة النبي ﷺ.
رواه مسلم وغيره من حديث جابر.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٧٦٢ والترمذي ٩١٠ وابن ماجه ٣١٠٦ ومالك ١/ ٣٨٠ والحميدي ٨٨٠ وابن حبان ٤٠٢٣ وابن خزيمة ٢٥٧٧ والحاكم ١/ ٤٤٧ والبيهقي ٥/ ٢٤٣ وأحمد ٤/ ٣٣٤ كلهم من حديث ناجية الخزاعي.
قال الترمذي: حسن صحيح. وكذا صححه الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي وهو كما قالوا.

(٣) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٦١: أخرجه الواقدي في مغازيه عن عبد الحميد بن جعفر وعاصم بن عمر ومحمد بن يحيى فذكره اهـ.
قلت: الواقدي ضعيف والخبر معضل.

(ويجوز ذبح بقية الهدايا في أيّ وقت شاء) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا في يوم النحر اعتباراً بدم المتعة والقران، فإن كل واحد دم جبر عنده. ولنا أن هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك. قال (ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) لقوله تعالى في جزاء الصيد ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ فصار أصلاً في كل دم هو كفارة، ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم. قال ﷺ «منى كلها منحر، وفجاج مكة كلها منحر» (ويجوز أن يتصدّق بها على

وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيباً الخزاعي أبا قبيصة حدّثه «أن رسول الله ﷺ كان يبعث بالبدن معه ثم يقول: إن عطب منها شيء فخشيت عليه موتاً فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك[1]» وأعل بأن قتادة لم يدرك سنانا. والحديث معنعن في مسلم وابن ماجه، إلا أن مسلماً ذكر له شواهد ولم يسم ذؤيباً بل قال إن رجلاً، وإنما نهى ناجية ومن ذكر عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء. قال شارح الكنز: لا دلالة لحديث ناجية على المدعي لأنه ﷺ قال ذلك فيما عطب منها في الطريق، والكلام فيما إذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أولاً اهـ. وقد أوجدنا في هدي التطوّع إذا ذبح في الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه إذا بلغ محله. والمعنى الذي ذكره المصنف في أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح الخ) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدي التطوّع يجوز قبل أيام النحر، ولا يجوز دم المتعة والقران والأضحية إلا فيها، ودم الإحصار يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى ﴿فكلوا منها﴾[الحج: ٢٨، ٣٦] الآية، إلى قوله ﴿ثم ليقضوا تفثهم﴾[الحج: ٢٩]) قد بينا في كون وقت الطواف وقت الذبح ما يفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت قضاء التفث فارجع تأمله. وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفي الجواز قبلها وبعدها بالإجماع، وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر، والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبي حنيفة، وإلا لو ذبح بعدها أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزىء بالإجماع، وعلى قولهما كذلك في القبلية وكونه فيها هو السنة، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شيء عليه عندهما، وعنده عليه دم، وتقدم تفصيل ذلك. وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدي المتعة والقران إلا في يوم النحر فيه نوع إيهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهي هدي الكفارات والنذر والإحصار على قوله، والوجه ظاهر في الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) سواء كان تطوّعاً أو غيره، قال تعالى في جزاء الصيد ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥] فكان أصلاً في كل دم وجب كفارة، وقال تعالى في دم الإحصار ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾[البقرة: ١٩٦] وقال في الهدايا مطلقاً ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾[الحج: ٢٣] ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان فالإضافة ثابتة في مفهومه وهو الحرم بالإجماع، ويجوز

بقوله تعالى ﴿فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم﴾ أن الله تعالى عطف قضاء التفث على الأكل من بهيمة الأنعام التي نحروها (وقضاء التفث مختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك. واعترض بأن ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه. وأجيب بأن موجب ثم في التراخي يتحقق بالتأخير ساعة، فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك. وقوله (ولأنه دم نسك) أي كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالأضحية. وقوله

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٢٦ وابن ماجه ٣١٠٥ وابن خزيمة ٢٥٧٨ والبيهقي ٥/ ٢٤٣ كلهم من طريق قتادة عن سنان بن سلمة عن ابن عباس أن ذئيباً أبا قبيصة حدثه أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه بالبدن. . . الحديث.
وأخرجه مسلم ١٣٢٥ وأبو داود ١٧٦٣ والبيهقي ٥/ ٢٤٢ ـ ٢٤٣ وابن حبان ٤٠٢٥ من طرق عن عبد الوارث عن أبي التياح.
قال حدثني موسى بن سلمة قال: كنت أنا وسنان وفيه: قال ابن عباس: بعث رسول الله ﷺ بست عشرة بدنة مع رجل. الحديث. فهذه متابعة لقتادة على سنان وأخرجه أبو داود ١٧٦٣ وأحمد ١/ ٢٤٤ وابن حبان ٤٠٢٤ كلهم عن ابن عباس ورواية ابن حبان وغيره عن موسى بن سلمة عن ابن عباس مباشرة وهذه الأسانيد كلهم صحاح.

مساكين الحرم وغيرهم) خلافاً للشافعي رحمه الله لأن الصدقة قربة معقولة، والصدقة على كل فقير قربة. قال **(ولا يجب التعريف بالهدايا)** لأن الهدي ينبيء عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلايجب، فإن عرّف بهدي المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرّف به، ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر.

الذبح في أيّ موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى. ومن الناس من قال: لا يجوز إلا بمنى، والصحيح ما قلنا، قال عليه الصلاة والسلام «كل عرفة موقف وكل منى منحر، وكل المزدلفة موقف، وكل فجاج مكة طريق ومنحر[١]» رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر. فتحصل أن الدماء قسمان ما يختص بالزمان والمكان وما يختص بالمكان فقط **(قوله ولا يجب التعريف بالهدايا)** سواء أريد بالتعريف الذهاب بها إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والإشعار كل ذلك لا يجب. وقوله **(فعسى أن لا يجد من يمسكه)** يشير إلى الأول وقوله **(فيكون مبناه على التشهير)** إلى الثاني **(قوله والأفضل الخ)** أما نحر الإبل فحديث جابر الطويل فيه «فنحر ثلاثاً وستين بيده[٢]» الحديث. وأما ذبح البقر والغنم ففي الصحيحين عن عائشة «فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا؟ قالوا: ذبح رسول الله ﷺ عن أزواجه[٣]» وأخرج الستة حديث التضحية بالغنم بما يفيد الذبح. ومن قريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الأملحين[٤] وأما أنه نحر الإبل قياماً وأصحابه، ففي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه مرّ برجل ينحر بدنة وهي باركة فقال: ابعثها قياماً مقيدة سنة محمد ﷺ[٥]» وفيهما أيضاً عن أنس «أنه ﷺ صلى الظهر بالمدينة أربعاً والعصر

(ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر. والفجاج جمع الفج: وهو الطريق الواسع بين الجهلين. وقوله **(ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم)** يعني بعد ما ذبحها في الحرم. وقوله **(ولا يجب التعريف بالهدايا)** أي الإتيان بها إلى عرفات. وقوله

(قال المصنّف: ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر) أقول: يعني لا يجوز قبله، فالقصر إضافي، فإنه لو ذبح بعده أجزأه إلا أنه تارك للواجب، وقبلها لا يجزيء بالإجماع، أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قولهما كونه فيها هو السنة، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحق لا شيء عليه، وعنده عليه دم. وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدي المتعة الخ فيه نوع إيهام **(قوله وأجيب، إلى قوله: فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الخ)** أقول: غايته أن يثبت الاحتمال، وقد علم بالدلالة أنه لا يكون إلا يوم النحر فتعين لذلك.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٣٧ وابن ماجه ٣٠٤٨ والدارمي ١٨٢٠ كلهم من حديث جابر ورواية ابن ماجه على التقديم والتأخير.
قال الزيلعي ٣/ ١٦٢: فيه أسامه بن زيد الليثي. قال صاحب التنقيح ابن عبد الهادي ـ روى له مسلم متابعة فيما أرى ووثقه ابن معين في رواية.
قال الزيلعي: فالحديث حسن.
قلت: الليثي مختلف فيه ذكره الذهبي في الميزان وأشار إلى رواية مسلم عنه وكذا أصحاب السنن، وكذا ذكر ابن حجر في التقريب وقال: صدوق يهم.
وله شاهد من حديث جبير بن مطعم. أخرجه ابن حبان ٣٨٥٤ والبيهقي ٩/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦ والبزار ١١٢٦ وأحمد ٤/ ٨٢ بنحوه وإسناده غير قوي لكن يقويه على الأقل.
(٢) حديث جابر الطويل تقدم تخريجه. رواه مسلم وأصحاب السنن.
(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٧٠٩ ومسلم ١٢١١ من حديث عائشة بأتم منه.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٦٥ و٥٥٦٤ و١٧١٢ ومسلم ١٩٦٦ وأبو داود ٢٧٩٤ والترمذي ١٤٩٤ والنسائي ٧/ ٢٢٠ وابن ماجه ٣١٥٥ والدارمي ١٨٧٩ والبيهقي ٥/ ٢٣٨ والطيالسي ١٩٦٨ وأحمد ٣/ ٩٩ ـ ١١٥ ـ ١٧٠ ـ ١٨٣ ـ ١٨٩ ـ ٢١٤ ـ ٢٢٢ ـ ٢٥٥ ـ ٢٥٨ ـ ٢٧٢ ـ ٢٧٩ ـ كلهم من حديث أنس بن مالك قال: ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده، وسمي، وكبّر، ووضع رجله على صفاحهما.
هذا لفظ البخاري في روايته الأولى وكذا مسلم وبعض روايات أحمد.
(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٧١٣ ومسلم ١٣٢٠ وأبو داود ١٧٦٨ والدارمي ١٨٥٠ وأحمد ٢/ ٣ ـ ٨٦ ـ ١٣٩ كلهم عن زياد بن جبير قال: رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته. . . الخبر.
قال النووي في شرح مسلم: يستحب نحر الإبل وهي قائمة معقولة اليد اليسرى، وهو مذهب الشافعي، ومالك، وأحمد، والجمهور. وقال الثوري، وأبو حنيفة، يستوي نحرها قائمة، وباركة.

قال **(والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح)** لقوله تعالى **﴿فصلّ لربك وانحر﴾** قيل في تأويله الجزور، وقال الله تعالى **﴿أن تذبحوا بقرة﴾** وقال الله تعالى **﴿وفديناه بذبح عظيم﴾** والذبح ما أعدّ للذبح، وقد صح «أن النبي ﷺ نحر الإبل وذبح البقرة والغنم، ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياماً وأضجعها، وأيّ ذلك فعل فهو حسن، والأفضل أن ينحرها قياماً لما روي أنه ﷺ نحر الهدايا قياماً، وأصحابه رضي الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياماً معقولة اليد اليسرى، ولا يذبح البقر والغنم قياماً لأن في حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما، قال **(والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك)** لما روي أن النبي ﷺ ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفاً وستين بنفسه، وولى الباقي علياً رضي الله عنه، ولأنه قربة والتولي في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع، إلا أن الإنسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره. قال **(ويتصدّق بجلالها وخطامها ولا يعطي أجرة الجزار**

بذي الحليفة ركعتين ونحن معه، إلى أن قال: ونحر رسول الله ﷺ سبع بدنات قياماً[(١)]» وأخرج أبو داود عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: وأخبرني عبد الرحمن بن سابط «أن النبي ﷺ وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها[(٢)]» وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وإن كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو في رواية ابن أبي شيبة عنه. هذا وإنما سن النبي ﷺ النحر قياماً عملا بظاهر قوله تعالى **﴿فإذا وجبت جنوبها﴾** [الحج: ٣٦] والوجوب السقوط، وتحققه في حال القيام أظهر **(قوله نيفا وستين)** ذكرنا آنفاً من حديث جابر أنها ثلاث وستون[(٣)]، والنيف من واحد إلى ثلاث **(قوله إلا أن الإنسان)** عن أبي حنيفة: نحرت بدنة قائمة فكدت أهلك فئاما[(٤)] من الناس لأنها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر الإبل بعد ذلك إلا باركة معقولة وأستعين بمن هو أقوى عليه مني. وفي الأصل: ولا أحبّ أن يذبحه يهودي ولا نصراني، فإن ذبحه جاز، ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول: اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام «جردوا التسمية» ويكفي عن هذا أن ينويه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر، كذا في المبسوط **(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي)** روى الجماعة إلا الترمذي عن عليّ رضي الله عنه قال «أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها، وأمرني أن لا أعطي الجزار منها شيئاً، وقال: نحن نعطيه من عندنا» وفي لفظ «وأن أتصدق بجلودها وجلالها» ولم يقل فيه البخاري «ونحن نعطيه من عندنا» وفي لفظ «وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها في المساكين ولا يعطي في جزارتها منها شيئاً[(٥)]» قال السرقسطي: جزارتها بضم الجيم وكسرها فبالكسر المصدر،

(على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به. وقوله **(والأفضل في البدن النحر)** ظاهر. وقوله **(قيل في تأويله الجزور)** يعني أنحر الجزور وكلامه في الباقي واضح. وقوله **(فنحر نيفاً وستين)** النيف

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٧١٤ و١٧١٢ و١٥٥١ وأبو داود ١٧٩٦ و٢٧٩٣ وأبو يعلى ٢٨٢١ وابن حبان ٤٠١٩ والبيهقي ٥/ ٢٣٧ كلهم من حديث أبي قلابة عن أنس. تنبيه: لم أره في مسلم بهذا اللفظ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٧٦٧ من رواية ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال ابن جريج: وأخبرني عبد الرحمن بن سابط فذكره. وابن سابط تابعي فعلى هذا روي مرسلاً ومتصلاً. سكت عليه أبو داود، والمنذري في مختصره.

وقال الزيلعي ٣/ ١٦٤: جهل من قال هذا حديث مرسل. فالحديث من مسند جابر كما ذكره أصحاب الأطراف وكتب الأحكام وغيرها لكن رواه ابن أبي شيبة مرسلاً عن ابن سابط. وقال ابن القطان: فيكون ابن جريج سمعه من تابعيَّين وصلهُ أحدهما وهو أبو الزبير وأرسله ابن سابط اهـ.

قلت: ابن جريج مدلس وكذا أبو الزبير وقد روياه معنعناً فالحديث حسن لا صحيح.

(٣) تقدم قبل بضعة أحاديث.

(٤) **(قوله فئاماً)** الفئام ككتاب: الجماعات من الناس كما في القاموس وما في بعض النسخ قياماً بالقاف تحريف. كتبه مصححه.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٧١٦ و١٧١٧ ومسلم ١٣١٧ ح٣٤٨ـ ٣٤٩ وأبو داود ١٧٦٩ وابن ماجه ٣٠٩٩ وابن الجارود ٤٨٢ و٤٨٣ وابن خزيمة ٢٩٢٢، ٢٩٢٣ والبيهقي ٥/ ٢٤١ وأحمد ١/ ٧٩ـ ١٢٣ ـ ١٣٢ ـ ١٥٤ وكذا الدارمي ١٨٧٥ كلهم من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي. وكذا ابن حبان ٤٠٢٢.

وأخرجه البخاري ١٧٠٧ و١٧١٦ و٢٢٩٩ ومسلم ١٣١٧ ح ٣٤٨ وأبو داود ١٧٦٤ وابن خزيمة ٢٩١٩ والبيهقي ٤/ ٢٣٣ وأحمد ١/ ١٤٣ ـ ١٥٩ ـ ١٦٠ كلهم من طريق مجاهد عن ابن أبي ليلى عن علي. مع تغير يسير في بعض ألفاظه.

منها) لقوله ﷺ لعلي رضي الله عنه «تصدق بجلالها وبخطمها ولا تعط أجر الجزار منها» **(ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها)** لأنه جعلها خالصة لله تعالى، فما ينبغي أن يصرف شيئاً من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله، إلا أن يحتاج إلى ركوبها لما روي «أن النبي ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنة فقال اركبها

وبالضم اسم لليدين والرجلين والعنق، وكان الجزارون يأخذونها في أجرتهم **(قوله لما روي)** في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنة فقال له: اركبها، قال: إنها بدنة، قال اركبها، قال: فرأيته راكبها يساير النبي ﷺ(١)» قال ابن العطار في شرح العمدة: لم نر اسم هذا المبهم. وقد اختلف في ركوب البدنة المهداة، فعن بعضهم أنه واجب لإطلاق هذا الأمر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهي مجانبة السائبة والوصيلة والحامي. وردّ هذا بأنه عليه الصلاة والسلام لم يركب هديه ولم يركبه ولا أمر الناس بركوب هداياهم. ومنهم من قال: له أن يركبها مطلقاً من غير حاجة تمسكاً بإطلاق هذا. وقال أصحابنا والشافعي رحمهم الله: لا يركبها إلا عند الحاجة حملاً للأمر المذكور، على أنه كان لما رأى عليه الصلاة والسلام من حاجة الرجل إلى ذلك، ولا شك أنه في واقعه حال فاحتمل الحاجة به واحتمل عدمها، فإن وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيده وهو أنه جعلها كلها لله تعالى فلا ينبغي أن يصرف منها شيئاً لمنفعة نفسه فيجعل محمل تلك الواقعة. ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتاً بالسنة وهو ما في صحيح مسلم عن أبي الزبير قال: سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنهما يسأل عن ركوب الهدي فقال: سمعت النبي ﷺ يقول «اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها(٢)» فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقاً والسمع ورد بإطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى فيما وراءه على المنع الأصلي الذي هو مقتضى المعنى لا بمفهوم الشرط. وفي الكافي للحاكم: فإن ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك: يعني إن نقصها شيء من ذلك ضمنه **(قوله وينضح ضرعها)** أي يرشه بالماء وهو بكسر الضاد المعجمة من باب ضرب **(قوله لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات)** أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير فإنها تطوّع عليه، وإذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد ما لا يتعين على الغني، حتى إن الغني إذا اشترى أضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى في أيام النحر كان له أن يضحي بأيهما شاء، ولو كان معسراً فالواجب عليه أن يضحي بهما. أجيب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه في كل من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية، أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شيء بمجرد الشراء، ذكره في النهاية. واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان: لو اشترى الفقير الأضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى، وكذا لو ضلت، واعلم أن معنى الإيراد أنهم ذكروا في غير موضع مسئلة أضحية الفقير مطلقة عن الإيجاب بلسانه فردّها إلى التقييد به

بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف، وعن المبرد أنه من واحدة إلى ثلاث، والنضح الرش والبل، ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد.

---

(١)**(قوله قتاماً)** القتام ككتاب: الجماعات من الناس كما في القاموس، وما في بعض النسخ قياماً بالقاف تحريف كتبه مصححه.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٦٨٩ و٢٧٥٥ و٦١٦٠ ومسلم ١٣٢٢ ح ٣٧١ ـ وأبو داود ١٧٦٠ والنسائي ٥/ ١٧٦ وابن الجارود ٤٢٨ ومالك ١/ ٣٧٧ والبيهقي ٥/ ٢٣٦ كلهم من حديث أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة.
وأخرجه مسلم ١٣٢٢ح ٣٧٢ وأحمد ٢/ ٣١٢ والبيهقي ٥/ ٢٣٦ وابن حبان ٤٠١٤ كلهم من حديث معمر عن همام عن أبي هريرة.
وأخرجه البخاري ١٧٠٦ وأحمد ٢/ ٤٧٣ ـ ٥٠٥ من حديث عكرمة عن أبي هريرة.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٢٤ ح ٣٧٥ وأبو داود ١٧٦١ والنسائي ٥/ ١٧٧ والبيهقي ٥/ ٢٣٦ وأحمد ٣/ ٣١٧ وابن حبان ٤٠١٥ وأبو يعلى ٢١٩٩ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.
وقد صرح أبو الزبير في رواية مسلم وغيره بالتحديث فزالت تهمة التدليس.

ويلك» وتأويله أنه كان عاجزاً محتاجاً ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك **(وإن كان لها لبن لم يحلبها)** لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه **(وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن)** ولكن هذا إذا كان قريباً من وقت الذبح فإن كان بعيداً منه يحلبها ويتصدق بلبنها كي لا يضرّ ذلك بها، وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدّق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون عليه **(ومن ساق هديا فعطب، فإن كان تطوّعاً فليس عليه غيره)** لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات **(وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه)** لأن الواجب باق في ذمته **(وإن أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه)** لأن المعيب بمثله لا يتأدّى به الواجب فلا بدّ من غيره **(وصنع بالمعيب ما شاء)** لأنه التحق بسائر أملاكه **(وإذا عطبت البدنة في الطريق، فإن كان تطوّعاً نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء منها)** بذلك أمر رسول الله ﷺ ناجية الأسلمي رضي الله عنه، والمراد بالنعل قلادتها، وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء.

لازم، وإلا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا إيجاب من الشرع أو العبد، ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لأن الواجب كان في ذمته شاة غير معينة، وبشراء شاة للإسقاط لا تتعين عن ذلك الواجب ما لم تذبح عنه والذمة ما عنه يثبت في الآدمي أهلية الإيجاب والاستيجاب **(قوله وإن أصابه عيب كبير)** بأن ذهب أكثر من ثلث الأذن مثلاً على قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: إذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف في كتاب الأضحية إن شاء الله تعالى **(قوله وإذا عطبت البدنة)** أي قربت من العطب حتى خيف عليها الموت أو امتنع عليها السير لأن النحر بعد حقيقة الهلاك لا يكون. والحاصل أن المراد بالعطب الأول حقيقته وبالثاني القرب منه، ذكره لبيان ما شرع فيه إذا بلغ هذه الحالة **(قوله وبذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام[1])** تقدم قريباً **(قوله وفائدة ذلك)** أي فائدة صبغ نعلها بدمها وضرب صفحتها به ليعلم أنه هدي **(قوله جزر للسباع)** الجزر بفتحتين: اللحم الذي تأكله السباع. قال الشاعر:

وتــركتــه جــزر السبــاع ينشنــه ... مــا بيــن قلــة رأســه والمعصــم

وقال آخر:

إن يفعــلا فلقــد تــركــت أبــاهمــا ... جــزر الخــامعــة ونســر قشعــم

(قوله وصنع بها ما شاء) من بيع وغيره **(قوله ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها)** أي بجنس الدماء الجابرة وهي دماء الجنايات فلا يقلدها هدي الإحصار كما لا يقلد هدي الجنايات **(قوله ومراده)** يعني أن قوله يقلد هدي التطوّع

وقوله **(ومن ساق هديا فعطب)** ظاهر، واعترض بأنه لم لا يكون كأضحية الفقير فإن عليه تطوّع ومع ذلك وجب عليه إعادته إذا ضلت الشاة المشتراة لها، حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها. وأجيب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية، حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للأضحية قال في فتاوى قاضيخان: لو اشترى الفقير شاة للأضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت. والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة، وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها، والعطب بفتحتين: الهلاك، ومعنى

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول: التخصيص بالأذن لم يظهر لي وجهه وإن قدر لفظ مثلاً، إلا أن يقال: وجهه وقوع العيب فيها غالباً **(قال المصنف: لأن المعيب بمثله)** أقول: لفظ المثل مقحم **(قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكرراً)** أقول: وبدون هذا التأويل لا تكرار أيضاً، إذ لم يذكر في الأول صبغ النعل بالدم وغيره كما لا يخفى.

(قال المصنف: لأن الأذن يتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلاً) أقول: فيه بحث، لأن مفهوم الشرط لا يعتبر عندنا **(قال المصنف: فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها الخ)** أقول: كان الأنسب أن يقال: وإن كانت بالواو.

---

(١) تقدم خبر ناجية الأسلمي في ١/ ١٦٢ وهو صحيح.

وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله، فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلاً، إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزراً للسباع، وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود **(فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء)** لأنه لم يبق صالحاً لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه **(ويقلد هدي التطوّع والمتعة والقران)** لأنه دم نسك، وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به **(ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات)** لأن سببها الجناية والستر أليق بها، ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها. ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة. ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم، والله أعلم.

والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدنة فيدخل البقر دون الشاء **(قوله على ما تقدم)** يريد ما ذكره قبل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد، ولم يذكر هناك عدم الفائدة التي هي عدم الضياع، فإن الغنم تضيع إذا لم يكن معها صاحبها.

[فروع من ظاهر الرواية من الأصل مشروحة في المبسوط] كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وإن اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك. ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب إليّ، فإن اشترى بدنة لمتعة مثلاً ثم اشترك فيها ستة بعدما أوجبها لنفسه خاصة لا يسعه ذلك لأنه لما أوجبها صار الكل واجباً عليه قدر ما يجزى في هدي المتعة كان واجباً عليه، وما زاد على ذلك وجب بإيجابه. وليس له أن يبيع شيئاً مما أوجبه هديا، فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن، وإن كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء، فإن لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة جاز، والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة في الابتداء، وإذا ولدت البدنة بعد ما اشتراها لهديه ذبح ولدها معها لأنه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعد ما سرى إليه حق الله تعالى فعليه أن يذبحه معها. ولو باع الولد فعليه قيمته، فإن اشترى بها هديا فحسن، وإن تصدق بها فحسن اعتباراً للقيمة بالولد، فإن الأفضل أن يذبح، ولو تصدّق به كذلك أجزأ فكذلك بالقيمة، وإذا مات أحد الشركاء فرضي وارثه أن ينحرها معهم عن الميت أجزأهم استحساناً وفي القياس لا يجزيهم لأن الميت لم يوص به فقد انقطع حق القربة عن نصيبه فصار ميراثاً، وهذا التقرب تقرب بطريق الإتلاف وذلك لا يجوز عن الميت إلا بأمره كالعتق ولكنه استحسن فقال: يجوز لأن المقصود هو التصدّق وتقرّب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا إيصاء، فكذا تقرّبه بإبقاء ما قصد المورث بنصيبه بإراقة الدم والتصدق به يكون صحيحاً، ولو كان أحد الشركاء كافراً أو مسلماً يريد به اللحم دون الهدي لم يجزهم لأن الإراقة واحدة، فلا يتصور أن يجتمع فيها القربة وعدمها، وأيّ الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل، وإذا غلط رجلان فذبح كل منهما هدي صاحبه أجزأهما استحساناً لا في القياس لأن كلا غير مأمور من جهة الآخر فصار ضامناً، لكنه استحسن فقال: كل مأذون فيما صنع دلالة لأن صاحب الهدي يستعين بكل أحد عادة فكان كالإفصاح بالإذن ويأخذ كل منهما هديه من صاحبه. وعن أبي يوسف: كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه، وبين أن يضمنه فيشتري بالقيمة هديا آخر يذبحه في أيام النحر وإن كان بعدها تصدق بالقيمة، وجميع ما ذكرناه في الهدي مثله في الأضحية. ومن اشترى هديا فضلّ فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الأول، فإن نحرهما فهو أفضل، وإن نحر الأول وباع الثاني جاز لأن الثاني لم يكن واجباً عليه، وإن باع الأول وذبح الثاني أجزأه إلا أن تكون قيمة الأول أكثر فيتصدق بالفضل. وهدي المتعة والتطوّع في هذا سواء لأنهما صارا لله تعالى إذ جعلهما هديا في الوجهين جميعاً، وإن ساق بدنة لا ينوي بها الهدي قال: إن كان ساقها إلى مكة فهي هدي، وأراد بهذا إذا قلدها وساقها لأن هذا لا يفعل عادة إلا بالهدي فكان سوقها بعد إظهار علامة الهدي عليها بمنزلة جعله إياها بلسانه هديا.

عطبت البدنة: أي قربت إلى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكرراً بما قال أوّلاً ومن ساق هديا فعطب لأن ذاك في حقيقة العطب وهذا في الإشراف عليه، والجزر بفتحتين: اللحم الذي يأكله السباع، وقوله **(على ما تقدم)** إشارة إلى ما ذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة.

مسائل منثورة

(أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزيهم اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما. وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفي حجهم، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل، ولأن

مسائل منثورة

من عادة المصنفين أن يذكروا عقيب الأبواب ما شذّ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم تارة بمسائل منثورة وتارة بمسائل شتى **(قوله وشهد قوم)** صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كذا اليوم يكون الوقوف منه العاشر، وذكر للاستحسان أوجها: أحدها أنها قامت على النفي: أي نفي جواز الوقوف وما لا يدخل تحت الحكم، وليس هذا بشيء لأنها قامت على الإثبات حقيقة وهو رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف، ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم، ولا حاجة إلى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط الفرض فيخاطب به، وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف. ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا، لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه في وقته بل قد وقع في وقته شرعاً، وهو اليوم الذي وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرّفون وأضحاكم يوم تضحون[1]» أي أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهاد ورأى أنه يوم

مسائل منثورة

من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة تكثيراً

مسائل منثورة

(قال المصنف: أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم. والقياس أن يجزئهم اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية الخ) أقول: قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية: لفظ الهداية اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية. وقد كتب في الحواشي: شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية. أقول: صورة هذه المسئلة مشكلة، لأن هذه الشهادة لا تكون إلا بأن الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثين بل روي ليلة بعده وكان شهر ذي القعدة تماماً، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لاحتمال كون ذي القعدة تسعة وعشرين.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٢٤ والترمذي ٦٩٧ والدارقطني ٢/ ١٦٤ والبيهقي ٤/ ٢٥١ ـ ٢٥٢ وابن ماجه ١٦٦٠ من طرق عدة كلهم من حديث أبي هريرة الصوم يوم تصومون، والفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحون. هذا لفظ الترمذي والدارقطني في رواية وفي إسنادهما عثمان بن محمد الأخنسي.

قال الحافظ في التقريب: صدوق له أوهام اهـ لذا حسن الترمذي واستغربه. وأما إسناد أبي داود ففيه ابن المنكدر عن أبي هريرة.

قال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٥٦: لم يسمع من أبي هريرة.

وأما رواية ابن ماجه فهي عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وهذا جيد لو ثبت إلى ابن سرين لكن شيخ ابن ماجه وهو محمد بن عمر المقري لا يعرف كما في التقريب.

وورد من حديث عائشة. أخرجه الترمذي ٨٠٢ والدارقطني ٢/ ٢٢٥ كلاهما عن ابن المنكدر عن عائشة به.

قال الترمذي: سألت البخاري سمع ابن المنكدر من عائشة؟ قال: نعم يقول في حديثه: سمعت عائشة.

قال الترمذي: حسن غريب صحيح من هذا الوجه اهـ.

فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجه الحسن.

تنبيه: ليس في شيء من طرقه التي ذكرتها لفظ: عرفتكم يوم تعرفون وإنما أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٢٤ من طريق الواقدي عن زيد بن طلحة التيمي مرفوعاً بلفظ: عرفة يوم يعرف الناس.

وفي إسناده الواقدي. وهو ضعيف. لكن أخرجه الدارقطني من وجه آخر وهو مرسل وإسناده ضعيف لكن الحديث حسن باعتبار طرقه. وانظر تلخيص الحبير ٢/ ٢٥٦.

فيه بلوى عاماً لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن، وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفي به عند الاشتباه، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه يوم عرفة، ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم، قالوا: ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة، وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم

عرفة. ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لأن هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه، فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغني عن العالمين، وهذا الوجه يصلح بياناً بالحكمة الدليل السمعي المذكور فيما قبله، وإذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للإمام فلا يسمعها لأن سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم، فإذا جاؤوا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لا نسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس. وهل يجوز وقوف الشهود؟ روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحجهم. قال محمد رحمه الله: وإذا كان من رأى الهلال وقف يوم عرفة: يعني في اليوم الذي شهد لم يجز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الإمام لأن يوم النحر جاز أن يكون يوم الحج في حق الجماعة، ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فيه فلا يعتد بما فعله بانفراده، وكذا إذا أخر الإمام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله. فإن شهد شاهدان بهلال ذي الحجة فردّت شهادتهما لأنه لا علة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الإمام لم يجز وقوفهم لأنه أخره بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه **(قوله بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن)** يعني إذا ظهر لهم خطؤهم والكلام في تصوير ذلك، ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لأن اعتقاده أنه الثامن إنما يكون بناء على أن أوّل ذي الحجة ثبت بإكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رئي قبل الثلاثين من ذي العقدة فهذه شهادة على الإثبات. والقائلون إنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض، وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة مقبولة لا معارض لها **(قوله وكذا إذا شهدوا عشية عرفة)** بأن شهدوا في الليلة التي هم بها في منى متوجهين إلى عرفات أن اليوم الذي خرجنا به من مكة المسمى بيوم التروية كان التاسع لا الثامن، ولا يمكنه الوقوف بأن يسير إلى عرفات في تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لأنهم وإن شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر الوقوف فيما بقي من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت، وإن كان الإمام يمكنه الوقوف في الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضعفة الناس لزمه الوقوف ثانياً، فإن لم يقف فات حجه لترك الوقوف في وقته مع القدرة عليه **(قوله ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها)** فلا يتعلق جواز رمي أحداها برمي أخرى، هذا هو الأصل في القرب المتساوية الرتب. ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا: لا يلزم فيها أيضاً، بخلاف ترتيب السعي على الطواف لأنه اعتبر تبعاً حتى لا يشرع إلا

للفائدة، ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل في الأبواب، وصورة المسئلة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر، وكلامه واضح لا يقبل الشرح. وقوله (وكذا إذا

وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا في الحساب وكان الوقوف يوم التروية، فإن علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدارك فإن الإمام يأمر الناس بالوقوف، وإن علم ذلك في وقت لا يمكن تداركه فبناء على الدليل الأول وهو إمكان التدارك ينبغي أن لا يعتبر هذا المعنى، ويقال: قد تم حج الناس، أما بناء على الدليل الثاني وهو أن جواز المقدم لا نظير له لا يصح الحج اهـ. وفيه بحث، فإن الدليل الأول هو عدم إمكان التدارك أصلاً، وفي الوقوف يوم التروية كان ممكناً في الجملة كما أشار إليه في الكتاب، ولا يضر انسداد باب الإمكان بأن لا يعلم ذلك إلا بعد الوقت لسانح الحال. قال في الجامع الصغير للإمام قاضيخان: لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لا يجزئهم وإن لم يعلموا بذلك إلا يوم النحر **(قوله فإن اقتصر على رمي التي تركها الخ)** أقول: أي على رمي الجمرة التي تركها.

يعمل بتلك الشهادة. قال (ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى، فإن رمى الأولى ثم الباقيتين فحسن) لأنه راعى الترتيب المسنون (ولو رمى الأولى وحدها أجزأه) لأنه تدارك المتروك في وقته، وإنما ترك الترتيب. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجزيه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتباً فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا. ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض، بخلاف السعي

عقيب طواف، وبخلاف المروة فإن البداءة من الصفا قد ثبتت بالنص وهو قوله ﷺ «ابدءوا بما بدأ الله به[1]» بصيغة الأمر على ما قدمناه من تخريجه، فالترتيب الواقع فعلاً منه ﷺ محمول على السنة إذ مجرد الفعل لا يفيد أكثر من ذلك. وقد تضمن هذا التقرير منع ما قيل من قبل الشافعي إن رمي الجمار قربة واحدة بدليل لزوم دم واحد في ترك كلها. قلنا: إقامتها في أماكن مختلفة ظاهر في التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب، وتماثل الأعمال لا يوجبه بل هي أولى بالتعدد من الأسابيع المتعددة من الطواف لأنها تقام في محلٍ واحد، واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعاً بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس في الجنايات رحمة وفضلاً على ما عرف في شرب الخمر وزناً غير المحصن مراراً إذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد، فكذا الدم لأن لزومه موجب جناية، ولو سلم اعتبارها واحدة في حق حكم لا يلزم اعتبارها كذلك في حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقي بل في خصوص ذلك المحل، هذا مع أن المعقول في محل اعتبارها واحدة وهو موضع الجناية الحكم بتداخلها فضلاً وهو منتف في ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشياً فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كالتزام التتابع في الصوم (وفي الأصل خيره بين أن يركب وبين أن يمشي، وهذا) أعني ما في الجامع وهو قوله لا يركب حتى يطوف (إشارة إلى الوجوب) وهو الظاهر لما قلنا، وإنما انتهى المشي بالطواف لأنه منتهى أعمال الحج. فإن قيل: فقد كره أبو حنيفة الحج ماشياً فكيف يكون صفة كمال؟ قلنا إنما كرهه إذا كان مظنة سوء خلق الفاعل له كأن يكون صائماً مع المشي أو ممن لا يطيق المشي فيكون سبباً للمأثم من مجادلة الرفيق والخصومة، وإلا فلا شك أن المشي أفضل في نفسه لأنه أقرب إلى التواضع والتذلل. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما كفّ بصره: ما أسفت على شيء كأسفي على أن لم أحج ماشياً، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى ﴿يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر﴾ [الحج: ٢٧][2] وعنه ﷺ أنه قال: «من حجّ ماشياً كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل: ما حسنات الحرم؟ قال: كل حسنة بسبعمائة[3]» لا يقال: لا نظير للمشي في الواجبات، ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ما ذكرته في كتاب الصوم. لأنا نقول: بل له نظير، وهو مشي المكي الذي لا يجد الراحلة وهو قادر على المشي،

شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا: رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع، فإن كان الإمام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع أكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال

---

(١) هو بعض حديث جابر الطويل رواه مسلم وغيره وهذا اللفظ عند النسائي. ورواه مسلم بصيغة الخبر لا الأمر: أبْدَأُ.

(٢) موقوف جيد. قال السيوطي في الدر المنثور ٤/ ٣٥٥ أخرجه ابن أبي شيبة وابن سعد وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم في التفاسير كلهم عن ابن عباس موقوفاً.

وأخرجه الخطيب في تاريخه عن محمد بن كعب القرظي عن ابن عباس اهـ وهو في سنن البيهقي ٤/ ٣٣١.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ١/ ٤٦٠ ـ ٤٦١ ومن طريقه البيهقي ٤/ ٣٣١ كلاهما من حديث ابن عباس بنحوه.

قال الحاكم: صحيح الإسناد. وتعقبه الذهبي بقوله: ليس بصحيح أخشى أن يكون كذباً وعيسى بن سوادة ـ قال أبو حاتم: منكر الحديث اهـ ورواه الطبراني، والبزار بإسناد واهٍ كما في المجمع ٣/ ٢٠٩.

قلت: فالصواب أنه ضعيف. كذا حكم عليه البيهقي بالضعف وهذا يدل على أن البيهقي متثبت أكثر من شيخه الحاكم في الحكم على الأحاديث.

فائدة: قال البيهقي في ٤/ ٣٣٢: باب من اختار الركوب لما فيه من زيادة النفقة والاجمام للدعاء وإن رسول الله ﷺ حج راكباً والخير في كل ما صنع رسول الله ﷺ اهـ.

وقال ابن كثير في تفسيره ٣/ ٢٢٦: الذي عليه الأكثرون أن الحج راكباً أفضل اقتداء برسول الله ﷺ فإنه حج راكباً مع قوته عليه السلام.

لأنه تابع للطواف لأنه دونه، والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداءة. قال (ومن جعل على نفسه أن

فإنه يجب عليه أن يحج ماشياً ونفس الطواف أيضاً. ثم اختلف المشايخ في محل ابتداء وجوب المشي لأن محمداً لم يذكره قيل: من الميقات، والأصح أنه من بيته لأن المراد عرفاً، ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة: لو أن بغدادياً قال: إن كلمت فلاناً فعليّ أن أحج ماشياً فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد، ولو أحرم من بيته فالاتفاق على أنه يمشي من بيته، وقد عرف من هذا أن لا فرق في الوجوب بين أن ينجز النذر أو يعلقه كإن شفى الله مريضي أو قدم زيد فعليّ حجة أو عمرة، ولا فرق بين قوله لله عليّ حجة في الإيجاب، ولو قال: عليّ المشي إلى بيت الله ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنث فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحساناً. وفي القياس لا شيء عليه. وجه الاستحسان أنه قد تعورف إيجاب النسك بهذا اللفظ، فكان كقوله عليّ أحد النسكين، فإن جعلها حجة مشي فلم يركب حتى يطوف أو عمرة مشي حتى يحلق، ولو قرنها بحجة الإسلام جاز، فإن ركب فعليه دم مع دم القران لأنه ترك واجباً، ولو نذر حجة ماشياً ثم أحرم من الميقات بعمرة تطوّعاً ثم أضاف إليها الحجة أجزأه ما لم يطف لعمرته وهو قارن، ولو أحرم بعد ما طاف لعمرته لم يجز وعليه دم، وكل من نذر وقال إن شاء الله تعالى متصلاً لم يلزمه شيء.

واعلم أن مقتضى الأصل أن لا يخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعاً فقطع التتابع، ولكن ثبت ذلك في الحج نصاً فوجب العمل به، وهو ما عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت، فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدي هديا[1]» رواه أبو داود وسنده حجة. وما في رواية مسلم أنه قال ﷺ فيها «لتمش ولتركب[2]» ولم يزد في هذه الرواية على ذلك، فمحمول على ذكر بعض المروي بدليل ما صرحت به الرواية الأخرى، ثم إطلاق الركوب في الروايتين محمول على علمه بعجزها عن المشي بدليل ما في الرواية الأخرى لأبي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وإنها لا تطيق المشي، فقال النبي ﷺ: إن الله لغنيّ عن مشي أختك، فلتركب ولتهد بدنة[3]» إلا أنه عمل بإطلاق الهدي من غير تعيين بدنة لقوة روايتها. وإذا عرف أن إيجاب النسك بنذر المشي إلى بيت الله تعالى لتعارف إرادة ذلك عرف أنه مقيد بما إذا لم تكن له نية غيره، فلو نوى به المشي إلى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيرهما لم يلزمه شيء. أما صحة نيته فلمطابقتها للفظه إذ المساجد كلها بيوت الله تعالى، وإذا صحت لم يلزمه شيء لأن سائر المساجد يجوز الدخول فيها بلا إحرام فلا يصير به ملتزماً للإحرام وقوله على المشي إلى مكة أو الكعبة فهو كقوله إلى بيت الله. ولو قال عليّ المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام لا شيء عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف في التزام النسك به، وقالا: يلزمه النسك أخذاً بالاحتياط لأنه لا يتوصل إلى الحرم ولا المسجد الحرام إلا بالإحرام فكان بذلك ملتزماً للإحرام، كذا في المبسوط. وقوله أوجه إن لم يكن عرف فإن الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولاً وضعياً بل عرفياً، فكون التوصل في الخارج

لأنهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس، ولكن لا يلحق

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٩٦ من حديث ابن عباس ورجاله ثقات مشهورون رجال البخاري ومسلم إلا أن قتادة مدلس وقد عنعنه فالحديث حسن. مع أن ابن حجر قال في التلخيص ٤/ ١٧٨: إسناده صحيح. فلعله نظر إلى ثقة رجاله فقط والله أعلم. لا سيما وقد رواه البخاري ومسلم من حديث عقبة وليس فيه وتهدي هدياً وهو الآتي فالأولى أنه حسن صحيح.

(٢) أخرجه البخاري ١٨٦٦ ومسلم ١٦٤٤ وأبو داود ٣٢٩٩ والنسائي ٧/ ١٩ كلهم من حديث عقبة بن عامر. قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله الحرام حافية، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله ﷺ فقال: لتمشي، ولتركب. هذا لفظ البخاري ومسلم.
وزاد أبو داود: ولتصم ثلاثة أيام رواه برقم ٣٢٩٣ وكذا الترمذي ١٥٤٤ والدارمي ٢٢٤٦ وابن ماجه ٢١٣٤ والنسائي ٧/ ٢٠ والبيهقي ١٠/ ٨٠ وأحمد ٤/ ١٤٣ ١٤٥ - ١٤٩ - ١٥١ كلهم من حديث عقبة وإسناده حسن. فيه عبيد الله بن زحر غير قوي. قال في التقريب: صدوق يخطىء.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٩٣ والترمذي ١٥٤٤ وغيرهما من طريق ابن زحر عن عقبة وابن زحر غير قوي. وتقدم في الذي قبله، وبقية رجاله ثقات.

يحج ماشياً فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الأصل خيره بين الركوب والمشي، وهذا إشارة إلى

بالفعل إلى المسجد الحرام ليس إلا بالإحرام لا يوجب أن نفس اللفظ يفيده إذا تأملت قليلاً. وأما كون التوصل إلى الحرم أيضاً يستدعي الإحرام فليس بصحيح لأنه لو لم ينو الآفاقي إلا مكاناً في الحرم لحاجة أو لا جاز له الوصول إليه بلا إحرام. واتفقوا على أن لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام، مع أنه لا يتوصل إليها بالفعل إلا بالإحرام شرعاً، فعرف أن المدار تعارف الإيجاب باللفظ الخاص، وكذا لو قال مكان المشي غيره والباقي بحاله لا يلزم كقوله عليّ الذهاب إلى بيت الله أو الخروج أو السفر لا شيء عليه. بخلاف قوله لله عليّ أو عليّ إحرام حيث يلزم أحد النسكين وإن لم يتعارف الإيجاب به لإفادته التزام الإحرام وضعاً، وكذا إذا قال عليّ الركوب أو الإتيان لا شيء فيه، وكذا الشدّ والهرولة، وكذا لو قال عليّ المشي إلى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله ﷺ لعدم تعارف إيجاب النسك به، وفي موضع إلى الحجر الأسود إلى مقام إبراهيم إلى الركن يلزمه، وإلى أسطوانة البيت أو زمزم لم يلزمه، وما قدمناه آنفاً في مقام إبراهيم من عدم اللزوم مذكور في المبسوط. ولو قال عليّ نصف حجة فعليه حجة عند محمد. وعن أبي يوسف فيه روايتان. وفي المبسوط: لو قال: إن فعلت كذا فأنا أحرم فإن نوى به العدة فلا شيء عليه أو الإيجاب لزمه إذا فعل ذلك حجة أو عمرة وإن لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شيء وفي الاستحسان يلزمه للعرف في إرادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤذن والشاهد أشهد، ومثله ما ذكر فيه لو قال: أنا أمشي إلى بيت الله إن نوى العدة لا شيء عليه ولكن يندب الوفاء بالوعد، وإن نوى النذر كان نذراً، وكذا إذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اهـ. وهذا يتوقف على ثبوت العرف في النذر بذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم. وفي الخلاصة: لو قال: أنا أحج لا حج عليه، ولو قال إن دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه علقه لأن تعارف الإيجاب به إنما هو في التعليق، ولو قال: إن عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعلّي حجة فبرأ لزمته، فإذا حج جاز ذلك عن حجة الإسلام إلا أن ينوي غيرها، لأن الغالب أن يريد به المريض الذي فرّط في الفرض حتى مرض ذلك. وفي بعض الكتب فرق بين قوله فعلّي حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الإسلام، إلا أن يعني به ما وجب عليه وبين قوله فعليّ أن أحج حيث يجزي عن حجة الإسلام إلا أن ينوي غيرها، وما ذكرناه قبل في الخلاصة. ومنهم من حكى خلافاً في مثله بينهما قال ألتزم حجة ثم حج من عامه حجة الإسلام سقط عنه ما التزم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه هل تلزمه كلها فيلزمه الإيصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش؟ ففي الخلاصة نص على لزوم الكل. وذكر غيره عن أبي يوسف ومحمد الثاني واختاره السروجي وقبله شداد. ألحق بما لو قال عليّ أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لا يلزمه شيء. وقد يعكر عليه ما عن أبي يوسف: لو قال لله عليّ أن أحج وذلك في غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة. والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء وإضافته ولو قال عشر حجج في هذه السنة لزمه عشر في عشر سنين، ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلاً في سنة جاز، وكلما عاش الناذر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لأنه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة إحجاجها، فإن لم يحج لزمه الإيصاء بقدر ما عاش من بعد الإحجاج، ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم فارجع إليه ولا بد من نية المنذور إن لم يكن قصده حجة الإسلام على ما ذكرنا في نذر المريض. وما في المنتقى: نذر أن يحج فحج ولا نية له فهو تطوّع عن أبي يوسف، وقال هشام: عن حجة الإسلام لا يستلزم خلافاً، إذ لا خلاف في تأدي فرض الحج بإطلاق النية عندنا، وما عن أبي يوسف فيما إذا لم يكن عليه حجة الإسلام، وما عن هشام فيما إذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لا يتصرف إلى المنذور بلا نية. ومن قال إن كلمت فلاناً فعليّ حجة يوم أكلمه فكلمه لا يصير محرماً بها بل لزمته

الضعفة فإن وقف جاز وإلا فات الحج لأنه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لأن المعتبر قدرة الأكثر دون الأقل (ومن رمى

الوجوب، وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة، كما إذا نذر بالصوم متتابعاً وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه. ثم قيل: يبتدىء المشي من حين يحرم، وقيل من بيته لأن الظاهر أنه هو المراد، ولو ركباً أراق دماً لأنه أدخل نقصاً فيه، قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق عليه المشي، وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب (**ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاها في ذلك فللمشتري أن يحللها ويجامعها**) وقال زفر: ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوحة. ولنا أن المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها، فكذا المشتري إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من

يفعلها متى شاء، كما لو قال عليّ حجة اليوم إنما تلزمه في ذمته يحرم بها متى شاء. ولو قال لرجل: عليّ حجة إن شئت فقال شئت لزمته، وكذا إن شاء فلان فشاء، وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر؟ اختلف فيه، والأصح أن لا تقتصر، بخلاف تعليق الطلاق بمشيئته لأن الطلاق يقبل التمليك إذا كان مملوكاً للحالف فكان تمليكاً في ذي المشيئة فاستدعى جوابه في المجلس لأن التمليكات تستدعي جواباً في المجلس وليس ما نحن فيه من ذلك فانتفى موجب الاقتصار عليه. ومن قال: إن فعلت كذا فعليّ أن أحج بفلان، فإن نوى أحج وهو معي فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به، وإن نوى أن يحجه فعليه أن يحجه لأن الباء للإلصاق فقد ألصق فلاناً بحجة، وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطي فلاناً ما يحج به من المال، والتزام الأول بالنذر غير صحيح والثاني صحيح لأن الحج يؤدي بالمال عند اليأس من الأداء فكان هذا في حكم البدل وحكم البدل حكم الأصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالأصل، فإذا نوى الوجه الأول عملت نيته لاحتمال كلامه، ولكن المنوي لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وإنما عليه أن يحج بنفسه خاصة، وإن نوى الثاني لزمه فإما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحجه مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر، فإن لم يكن له نية أصلاً فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج فلاناً لأن لفظه في حق فلان يحتمل الوجوب وعدمه، والمعين للوجوب فيه ليس إلا النية وقد فقدت، ولو كان قال فعليّ أن أحج فلاناً فهذا محكم والنذر به صحيح، ومن نذر أن يطوف زحفاً فطاف كذلك قيل لا يلزمه شيء، كما لو نذر أن يصلي قاعداً، وقيل عليه الإعادة، فإن رجع قبل أن يعيد فعليه دم، وهذا أوجه لأن الصلاة عهد شرعيتها قائماً وقاعداً فعلا في الاختيار فالتزامها قاعداً التزام أحد صنفيها، بخلاف الطواف النفل فالتزامه حالة القدرة على المشي كالتزام الصلاة إيماء حالة القدرة على الركوع والسجود. وسنذكر خاتمة في نذر الهدي والمجاورة وزيارة قبر النبي ﷺ تسليماً (**قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ**) الأصل أن العبد والأمة إذا أحرم أحدهما بغير إذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا هدي، وذلك بأن يصنع به أدنى ما يحرم عليه بالإحرام كقلم ظفره ونحوه، وعليه بعد العتق هدي الإحصار وحجة وعمرة إن كان الإحرام بحجة، وإن أحرم بإذن المولى كره له تحليله، ولو حلله حل، ولو أحصر فعلى المولى أن يبعث دم الإحصار ويتحلل لأنه وجب عن إحرام مأذون فيه فكان كالنفقة عليه، وقد قدمنا فيه خلافاً في باب الإحصار، وإذا أحرم العبد أو الأمة بإذن المولى ثم باعهما نفذ البيع وللمشتري منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافاً لزفر قال: ليس له ذلك فله الردّ بالعيب، وعلى هذا الخلاف إذا أحرمت الحرة بحج نفل ثم تزوّجت فللزوج أن يحللها عندنا خلافاً له. وجه قوله ما ذكره المصنف بقوله (**لأن هذا عقد سبق ملكه**) بنصب ملكه مفعولاً لسبق: أي سبق وجوده ملك المشتري فليس له أن

في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى) يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمي في يومه، فإن اقتصر على رمي التي تركها أجزأه لأنه أتى بأصل الرمي في وقته، وإنما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئاً، وإن أعاد الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب، وهذا نظير ما سبق أن الطائف إذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك، فإن أعاد

(قوله لأن الحج ماشياً يكره وراكباً أفضل لكنه ورد فيه النص الخ)ل: إذا ورد فيه النص كيف يكره؟

(قوله فما وجه ذكره في الكتاب) أقول: التزم القربة بصفة الكمال.

خلف الوعد، وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري، بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه

ينقضه **(كما إذا اشترى جارية منكوحة)** ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذا هذا. قلنا: المشتري في ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية إبطال النكاح وله التحليل وإن كره فكذا المشتري، إلا أنه لا كراهة على المشتري لأنها في حق البائع بمكان خلف الوعد وهو منتف في المشتري. ثم في أصل المسئلة خلاف الشافعي، فعنده ليس للسيد التحليل بعد الإذن، واتفقنا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة إذا أحرمت بنفل بإذنه، وإنما له إذا أحرمت بلا إذن فقاس الشافعي على ذلك بجامع الإذن فيسقط حقه، وقياساً على إبطال عمر نفسه بجامع الرضا بواسطة الإذن هنا، ونحن نمنع عمل الإذن في السقوط مطلقاً، بل إن كان الثابت مجرد حق كما في الزوجة فإنه لا يملك منافعها، وإنما له حق فيها فيسقط بالإذن. أما إن كان الثابت حقيقة الملك فلا إذ لا شك في أن الملك لا يسقط به. وإنما عمله في التبرع بمنافعه وذلك لا يلزم دائماً في المستقبل بل عمله في رفع المخالفة والمشاقة فيما أتاه، فمتى نهاه كان ذلك منتهى عمل الإذن لما قلنا إنه لم يعمل في دوام السقوط في المستقبل وصار كالإذن في استخدام العبد لغيره وكتبوتتها مع الزوج له فيهما الرد إلى الاستخدام والمنع مما أذن فيه، وهذا لأن لا دليل على أنه جل جلاله أسقط الملك وآثاره بالإذن بالإحرام فبقي على ما عهد له من اللوازم، بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التعارض لفقره وغنى العزيز العظيم. هذا، وإذا أحرمت الحرة بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم عندنا، فإن لم يكن لها فله منعها، فإن أحرمت فهي محصرة لحق الشرع، فلذا إذا أراد الزوج تحليلها فإنها لا تتحلل إلا بالهدي، بخلاف ما لو أحرمت بنفل بلا إذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدي بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الإحلال وحجة وعمرة لأن هناك لا حق للزوج في منعها لو وجدت محرماً، وإنما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم شرعاً فلا تتحلل إلا بالهدي، وهنا قد تعذر الخروج لحق الزوج، فكما لا يكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضاً أن تؤخره، كذا في باب الإحصار من المبسوط والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى ما يحرم بالإحرام كقص ظفر وتقبيل أو معانقة، وهو أولى من التحليل بالجماع لأنه أعظم محظورات الإحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيماً لأمر الحج، ولا يقع التحليل بقوله: حللتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره لأنه ﷺ قال لعائشة: «امتشطي وارفضي عمرتك» حين حاضت في العمرة[1]. ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلاً وفسد حجها، وإن علمه كان تحليلاً، ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن فأحرمت بالحج ولو بعدما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء، ولو أذن لها بعد مضي السنة كان عليها عمرة مع الحج. وقال زفر: عليها العمرة فيهما ونية القضاء لأنهما تقررا في ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدتهما إلا بهما مع نية القضاء، فلو لم تنو لم تخرج عن العهدة، وفي هذا لا فرق بين عام الإحلال والعام القابل. قلنا: إن قلت بمجرد التحليل تقرراً منعناه، بل اللازم عين تلك الحجة ما لم يمض الوقت، فإذا مضى بلا إيقاع فيه حينئذ لزمه مثلها وهو القضاء لأنه أداء مثل الواجب وذلك لا يتحقق إلا بعد خروج الوقت، وصار كما إذا شرع في صلاة في وقتها ثم قطعها فيه ثم أداها فيه أيضاً، وإذا كان اللزوم ما لم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوي القضاء. وعن هذا قلنا: لو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مراراً ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات تلك الحجة الواحدة، ولو لم تحج بعد التحليلات إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة. هذا وقدمنا في باب الإحصار أنه إذا كان الإحصار في حجة الإسلام لا ينوي القضاء، ولو تحوّلت السنة لأنها باقية في ذمته ما لم يؤدها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لأن وقتها العمر والتضيق في أوّل سني الإمكان لا ينفيه لما حققنا في أوّل كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا افتراض. وقد أجمعوا أن بالأداء

على الحطيم وحده أجزأه، وإن أعاد الطواف كله كان حسناً **(وقال الشافعي: لا يجزئه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتباً)** ترتيباً صار

---

(١) تقدم تخريجه ـ متفق عليه.

فكذا لا يكون ذلك للمشتري، وإذا كان له إن يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا، وعند زفر يتمكن لأنه ممنوع عن

بعد التأخير بلا عذر وتحمل الإثم يقع أداء، وإذا أذن لأمته المتزوّجة في الحج فليس لزوجها منعها لأن منافعها للسيد.

وهذه الخاتمة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد:

[المقصد الأول: في إيجاب الهدي وما يتبعه] يثبت لزوم الهدي بنذره تنجيزاً وتعليقاً، ولا فرق بين قوله لله عليّ أو عليّ هدي؛ لأنه لا يكون إلا لله، ولا يلزم إلا فيما يملك، فلو قال: إن فعلت كذا فهذا هدي لغير مملوك له ففعل لا شيء عليه إلا أن يكون ذلك المشار إليه ابنه ففيه القياس والاستحسان على ما سنذكر في نذر ذبح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل، ولو قال: فهذا حرّ يوم أشتريه ففعل ثم اشتراه عتق، ولو اشتراه قبل الفعل ثم فعل لا يعتق، ولو قال إن فعلت فأنا أهدي كذا لزمه إذا فعل، ويلزمه من إطلاق لفظ الهدي أمران: جواز ما يجزى في الأضحية من الشاة الضأن أو المعز أو الإبل أو البقر إلا أن ينوي بعيراً أو بقرة فيلزمه ذلك، وأن لا يذبح إلا في الحرم، فإن كان في أيام النحر فالسنة ذبحه بمنى وإلا ففي مكة، وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم. ولو قال: عليّ أن أهدي جزوراً تعين الإبل والحرم، ولو قال جزور فقط. جاز في غير الحرم كمصر والشأم لأنه لم يذكر الهدي، ولو قال: بدنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء إلا أن ينوي معيناً من البدن. وعن أبي يوسف يتعين الحرم. فرق بينه وبين الجزور بأن اسم البدن لا يذكر في مشهور الاستعمال إلا في معنى المهداة، ولو صرح بالهدي يتعين الحرم فكذا البدنة، وظاهر المذهب خلافه إلا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله، ويمنع أن فيه نقلاً شرعياً أو عرفياً بل كل منهما مشترك فيها، وإذا ذبح الهدى في الحرم يتصدق به على مساكين الحرم، وإن تصدق به على غيرهم أيضاً جاز لأن معنى اسم الهدي لا يعين فقراء محل أصلاً بل إنما ينبيء عن النقل إلى مكان وذلك هو الحرم إجماعاً، فتعين الحرم إنما هو لإفادة مأخذ اسم النقل، ثم تعين المكان بالكتاب والإجماع فتعيين فقراء الحرم قول بلا دليل، وهذا لأن القربة بالإهداء تتم بالنفل إلى الحرم والذبح به تعظيماً له، ولذا لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحماً. وجه القربة فيه شيء آخر هو التصدق، وفي هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء. وهل يجوز التصدق بالقيمة في الحرم في نذر الهدي كأن يقول هذه الشاة هدي؟ في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدي قيمتها، وفي رواية أبي حفص لا يجوز. وجه الأولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به الغنم والإبل في الزكاة. وجه رواية أبي حفص أن في اسم الهدي زيادة على مجرّد اسم الشاة وهو الذبح، فالقربة فيه تتعلق بالذبح ثم التصدق بعد ذلك تبع، بخلاف الزكاة فإن القربة إنما تتعلق في الشاة بالصدقة وهو ثابت في القيمة فيجوز، وليس الذبح ثابتاً في قيمة الهدي فلا يجوز وهذا حسن. ومن نذر شاة فأهدى مكانها جزوراً فقد أحسن، وليس هذا من القيمة لثبوت الإراقة في البدن الأعلى كالأصل. وقالوا: إذا قال: لله عليّ أن أهدي شاتين فأهدى شاة تساوي شاتين قيمة لم يجزه، فلو عين الهدي مما لا يذبح فما يقبل النقل كالعبيد والقدور والثياب فقال: إن فعلت فثوبي هذا هدي أو هذا القدر هدي أو هذا العبد جاز إهداء قيمته إلى مكة أو عينه، ويجوز أن يعطي لحجبة البيت إذا كانوا فقراء، وإن تصدق به أو بقيمته في غير مكة كالكوفة ومصر جاز لأن معنى القربة في الأمتعة ليس إلا التصدّق وهو في حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدي بما يشرع ذبحه لأن معنى القربة فيه بالإراقة ولم تعرف قربة إلا في الحرم فيتعين الحرم، وغاية ما فيه أنه نذر التصدّق في مكان فتصدق في غيره، وذلك جائز عندنا لأن النذر بما هو قربة والقربة إنما هي بالتصدق فينعقد النذر مجرد التصدّق، وإن كان مما لا ينقل كالدار والأرض تتعين القيمة إذا أراد الإيصال إلى مكة. وقوله: فهذه الشاة هدي إلى البيت أو مكة أو الكعبة موجب، ولو قال: إلى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف في التزام المشي إلى الحرم، والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبي حنيفة لا. وقوله هدي إلى الصفا والمروة لا يجب اتفاقاً على ما سبق في المشي. فإن قيل: ينبغي أن يلزم هنا على قوله أيضاً لأن مجرد ذكر الهدي

به الثاني كالجزء من الأول بدليل أنه إذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم

غشيانها، (و) ذكر (في بعض النسخ أو يجامعها) والأول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم

موجب فزيادة ذكر الحرم لا ترفع الوجوب بعد الثبوت، بخلاف المشي إلى الحرم لأن مجرد قوله عليّ المشي غير موجب بل مع ما يمشي إليه أجيب بأن اسم الهدي إنما يوجب باعتبار ذكر مكة مضمراً بدلالة العرف، فإذا نص على الحرم أو المسجد تعذر إضمار مكة في كلامه، إذا قد صرح بمراده فلا يجب شيء به. وقوله فثوبي هذا ستر للبيت أو أضرب به حطيم البيت ملزم استحساناً، لأنه يراد بهذا اللفظ هديه، ولو قال كل مالي أو جميعه هدي فعليه أن يهدي ماله كله ويمسك منه قدر قوته، فإذا أفاد مالاً تصدّق بقدر ما أمسك. وأورد هذه المسألة في كتاب الهبة أن الأصل فيما إذا قال مالي صدقة فقال في القياس ينصرف إلى كل مال له، وهو قول زفر. وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة بخلاف ما إذا قال جميع ما أملك، فمن المشايخ من قال ما ذكره هنا جواب القياس لأن التزام الهدي في كل مال كالتزام الصدقة في كل مال. والأصح الفرق بأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة، فكذا ما يوجبه العبد على نفسه، وهنا إنما أوجب بلفظ الهدي، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدي لا يختص بمال الزكاة. وفي نوادر ابن سماعة: لله عليّ أن أذبح ولم يقل صدقة لا شيء عليه. وعندي فيه نظر لأنه التزم بما من جنسه واجب إلا أن يقصد الذبح بنفسه. ومن قال لله عليّ أن أنحر ولدي ففي القياس لا شيء عليه، وفي الاستحسان يلزمه شاة، ولو كان له أولاد لزمه مكان كل ولد شاة، وكذا إذا نذر ذبح عبده عند أبي حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة في الولد لا العبد، وعند أبي يوسف لا يلزمه في واحد منهما.

[المقصد الثاني: في المجاورة] اختلف العلماء في كراهة المجاورة بمكة وعدمها، فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها إلا أن يغلب على ظنه الوقوع في المحذور، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله إلى كراهها، وكان أبو حنيفة يقول: إنها ليست بدار هجرة، وقال مالك وقد سئل عن ذلك: ما كان الناس يرحلون إليها إلا على نية الحج والرجوع وهو أعجب، وهذا أحوط لما في خلافه من تعريض النفس على الخطر إذ طبع الإنسان التبرم والملل من توارد ما يخالف هواه في المعيشة وزيادة الانبساط المخل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره إليه. وأيضاً الإنسان محل الخطإ كما قال عليه الصلاة والسلام «كل بني آدم خطّإ[1]» والمعاصي تضاعف على ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه إن صح[2]، وإلا فلا شك أنها في حرم الله

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٤٩٩ والحاكم ٤/ ٢٤٤ وابن عدي في الكامل ٥/ ٢٠٧ وابن حبان في المجروحين ٢/ ١١١ كلهم من طريق علي بن مسعدة عن قتادة عن أنس وتمامه: وخير الخطائين التوابون.

قال الحاكم: صحيح الإسناد. وتعقبه الذهبي فقال: علي فيه لين.

قلت: لم يصب الحاكم في تصحيحه. فقد قال ابن حبان في ترجمة علي هذا كان ممن يخطىء على قلة روايته وينفرد بما لا يتابع عليه فاستحق ثم ذكر له هنا الحديث مع حديث آخر على أنه من منكراته.

ونقل ابن عدي عن البخاري قوله: فيه نظر ثم ذكر له هذا الحديث مع حديث آخر وقال ابن عدي: وله غير ما ذكرت عن قتادة وكلها غير محفوظة.

قلت: فالحديث غير محفوظ لنفرد به علي هذا ولم يتابع عليه وقد قال العراقي في الإحياء ٤/ ٤٤: أخرجه الحاكم وصححه والترمذي واستغربه قلت: فيه ابن معدة ضعفه البخاري اهـ.

(٢) يشير المصنف لما أخرجه ابن أبي شيبة، وابن المنذر، وابن جرير، وعبد بن حميد في التفاسير كلهم عن مجاهد قال: تضاعف السيئات بمكة كما تضاعف الحسنات.

وأخرج عبد الرزاق في تفسيره، وعبد بن حميد عن مجاهد قال: رأيت ابن عمر بعرفة ومنزله في الحل ومسجده في الحرم فقلت له: لم تفعل هذا؟ قال: لأن العمل فيه أفضل، والخطيئة فيه أعظم.

وأما الوارد عن ابن مسعود فهو: من هم بخطيئة فلم يعملها في سوى البيت لم تكتب عليه، ومن همّ بخطيئة في البيت لم يمته الله حتى يذيقه من عذاب أليم.

أخرجه سعيد بن منصور والطبراني عن ابن مسعود موقوفاً وإسناده جيد وورد عنه بلفظ: من هم فيه بسيئة كُتبت عليه. ذكر هذه الآثار السيوطي في دره ٤/ ٣٥١ وأما الأخير فذكره ابن كثير ٣/ ٢٢٥ وأشار لقوته.

يجامع، والثاني يدل على أنه يحللها بالمجامعة لأنه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل، والأولى أن يحللها بغير

أفحش وأغلظ فتنهض سبباً لغلظ الموجب وهو العقاب. ويمكن كون هذا هو محمل المروى من التضاعف كي لا يعارض قوله تعالى ﴿ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها﴾[الأنعام: ١٦٠] أعني أن السيئة تكون فيه سبباً لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها في غير الحرم إلى أن يصل إلى مقدار عقاب سيئات منها في غيره، والله أعلم. وكل من هذه الأمور سبب لمقت الله تعالى، وإذا كان هذا سجية الشر فالسبيل النزوح عن ساحته، وقلّ من يطمئن إلى نفسه في دعواها البراءة من هذه الأمور إلا وهو في ذلك مغرور.

ألا يرى أن ابن عباس رضي الله عنهما من أصحاب رسول الله ﷺ المحببين إليه المدعوّ له كيف اتخذ الطائف داراً وقال: لأن أذنب خمسين ذنباً بِرُكْبَةٍ[١] وهو موضع بقرب الطائف، أحبّ إليّ من أن أذنب ذنباً واحداً بمكة. وعن ابن مسعود رضي الله عنه: ما من بلدة يؤاخذ العبد فيها بالهمة قبل العمل إلا مكة، وتلا هذه الآية ﴿ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم﴾ [الحج: ٢٥] وقال سعيد بن المسيب للذي جاء من أهل المدينة يطلب العلم: ارجع إلى المدينة فإنا نسمع أن ساكن مكة لا يموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحلّ من حرمها. وعن عمر رضي الله عنه قال: خطيئة أصيبها بمكة أعز عليّ من سبعين خطيئة بغيرها. نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار الفائزون بفضيلة من تضاعف الحسنات والصلوات من غير ما يحبطها من الخطيئات والسيئات. في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي[٢]» وفي رواية لأحمد عن ابن عمر سمعته: يعني النبي ﷺ يقول «من طاف أسبوعاً بالبيت وصلى ركعتين كان كعدل رقبة» وقال سمعته يقول «ما رفع رجل قدماً ولا وضعها إلا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات[٣]» وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام «من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام منه ما تيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان فيما سواها، وكتب الله له بكل يوم عتق رقبة، وبكل ليلة عتق رقبة، وكل يوم حملان فرس في سبيل الله[٤]»

---

(١) ركبة: بضم فسكون كما في القاموس كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٠ ومسلم ١٣٩٤ ومالك ١/ ١٩٦ والترمذي ٣٢٥ وابن ماجه ١٤٠٤ وابن حبان ١٦٢٥ والنسائي ٢/ ٣٥ و٥/ ٢١٤ والدارمي ١٣٩ و١٣٩٢ والبيهقي ٥/ ٢٤٦ وأحمد ٢/ ٢٧٨ ـ ٣٧٦ ـ ٤٦٨ ـ ٤٨٥ ـ ٢٥١ ـ ٤٧٣ ـ ٣٩٧ ـ ٥٢٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة. بألفاظ متقاربة والمعنى واحد.

وأخرجه مسلم ١٣٩٥ والطيالسي ١٨٢٦ وابن ماجه ١٣٩٥ والدارمي ١٣٩١ والبيهقي ٥/ ٢٤٦ وأحمد ٢/ ١٦ ـ ٢٩ ـ ٥٣ ـ ٥٤ ـ ٦٨ ـ ١٠٢ كلهم من حديث ابن عمر.

وأخرجه مسلم ١٣٩٦ وأحمد ٦/ ٣٣٤ والنسائي ٢/ ٣٢ كلهم من حديث ميمونة.

ومن حديث ابن الزبير أخرجه الطيالسي ١٣٦٧ وابن حبان ١٦٢٠ وأحمد ٤/ ٥ والبيهقي ٥/ ٢٤٦ كلهم من حديث ابن الزبير. وأخرجه أحمد ٣/ ٣٤٣ ـ ٣٩٧ وابن ماجه ١٤٠٦ من حديث جابر وأخرجه الطيالسي ٩٥٠ وأحمد ٤/ ٨٠ من حديث جبير بن مطعم.

وأخرجه أحمد ١/ ١٨٤ من حديث سعد فهو حديث متواتر.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ٢/ ٣ بهذا التمام وزاد في أوله: استلامهما أي الركنين يحط الخطايا. . . الحديث. وكرره في ٢/ ٩٥ وكلا الطريقين من حديث عبيد بن عمير عن ابن عمر.

ومدارهما على عطاء بن السائب. قال في المجمع ٣/ ٢٤١: ثقة لكنه اختلط وقال في التقريب: عطاء صدوق اختلط.

لكن توبع فقد أخرجه ابن ماجه ٢٩٥٦ عن العلاء بن المسيب الكاهلي عن عطاء عن ابن عمر بلفظ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من طاف بالبيت وصلى ركعتين كان كعتق رقبة.

والكاهلي صدوق وعطاء هو ابن أبي رباح إمام وشيخ ابن ماجه علي بن محمد صدوق فالحديث حسن.

(٤) ضعيف جداً. أخرجه ابن ماجه ٣١١٧ من حديث ابن عباس.

وفيه: عبد الرحيم بن زيد العَمِّي عن أبيه. وعبد الرحيم ساقط.

قال في الميزان: قال البخاري: تركوه. وقال يحيى: كذاب.

قلت: والحديث يدل على شدة ضعف عبد الرحيم هذا فهو منكر.

. . . .

ولكن الفائز بهذا مع السلامة من إحباطه أقل القليل، فلا يبني الفقه باعتبارهم ولا يذكر حالهم قيداً في جواز الجوار لأن شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمبادرة إلى دعوى الملكة والقدرة على ما يشترط فيما تتوجه إليه وتطلبه، وإنها لأكذب ما يكون إذا حلفت فكيف إذا ادعت، والله أعلم. وعلى هذا فيجب كون الجوار في المدينة المشرّفة كذلك، فإن تضاعف السيئات أو تعاظمها وإن فقد فيها فمخافة السآمة وقلة الأدب المفضي إلى الإخلال بواجب التوقير والإجلال قائم. وهو أيضاً مانع إلا للأفراد ذوي الملكات فإن مقامهم وموتهم فيها هي السعادة الكاملة. في صحيح مسلم «لا يصبر على لأواء المدينة وشدتها أحد من أمتي إلا كنت له شفيعاً يوم القيامة أو شهيداً»[1] وأخرج الترمذي وغيره عن ابن عمر عن النبي ﷺ «من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فإني أشفع لمن يموت بها»[2].

[المقصد الثالث: في زيارة قبر النبي ﷺ] قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: من أفضل المندوبات وفي مناسك الفارسي وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة. روى الدارقطني والبزار عنه عليه الصلاة والسلام «من زار قبري وجبت له شفاعتي»[3] وأخرج الدارقطني عنه عليه الصلاة والسلام «من جاءني زائرا لا تعمله حاجة إلا زيارتي كان حقاً عليّ أن أكون له شفيعاً يوم القيامة»[4] وأخرج الدارقطني أيضاً «من حجّ وزار قبري بعد موتي كان كمن زارني في حياتي»[5] هذا والحج إن كان فرضاً فالأحسن أن يبدأ به ثم يثني بالزيارة، وإن كان تطوّعاً كان بالخيار، فإذا نوى زيارة القبر فلينو معه زيارة المسجد: أي مسجد رسول الله ﷺ فإنه أحد المساجد الثلاثة التي تشدّ إليها الرحال. في الحديث

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٧٨ والترمذي ٣٩٢٤ والحميدي ١١٦٧ وابن حبان ٣٧٣٩ و٣٧٤٠ وأحمد ٢/ ٢٨٧، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٩٧، ٤٣٩، من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
واللأواء: الشدة.
وورد هذا الحديث عن ابن عمر أخرجه مالك ٢/ ٨٨٥ و٨٨٦ ومسلم ١٣٧٧ والترمذي ٣٩١٨ وأحمد٢/ ١١٣ و١١٩، ١٣٣ وأخرجه مسلم ١٣٧٤ من حديث أبي سعيد فهو مشهور.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٣٩١٧ وابن ماجه ٣١٢ وأحمد ٤/ ٧٤ و٤/ ١٠٤ وابن حبان ٣٧٤١ كلهم من حديث ابن عمر.
وقال الترمذي: حسن غريب.
قلت: رجاله ثقات كلهم رجال البخاري ومسلم إلا أن معاذ بن هشام الدستوائي قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق ربما وهم.
وتابعه الحسن بن أبي جعفر الجُفْري في رواية أحمد إلا أن الجفري هذا ضعيف فالحديث حسن.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٨ وابن عدي ٦/ ٣٥١ والعقيلي ١٧٤٤ كلهم من طريق موسى بن هلال العبدي ومداره عليه رواه عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
قال العقيلي: لا يصح حديثه ـ هذا ـ ولا يتابع عليه.
قال الذهبي: هو صالح الحديث وأنكر ما عنده: من زار قبري وجبت له شفاعتي.
رواه ابن خزيمة في مختصر المختصر عنه اهـ الميزان ٤/ ٢٢٦ وقال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٦٧: رواه ابن خزيمة في صحيحه وقال: إن صح الخبر فإن في القلب من إسناده ثم رجح أنه من رواية العبدي عن عبد الله العمري المكبر الضعيف لا المصغر الثقة وصرح بأن الثقة لا يروي هذا الخبر المنكر اهـ.
وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢: رواه البزار من حديث ابن عمر وفيه عبد الله بن إبراهيم الغفاري ضعيف.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢ من حديث ابن عمر.
قال الهيثمي: فيه مسلمة بن سالم ضعيف اهـ وكذا ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٦٧ ونسبه للطبراني وحده. ولم يروه الدارقطني.

(٥) ضعيف جداً: أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧٨ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢ وابن عدي في الضعفاء ٢/ ٣٨٢ كلهم من حديث ابن عمر. ورواه الطبراني من وجه آخر عن ابن عمر.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ٢٦٦: وهذان الطريقان ضعيفان.
أما الأول ففيه حفص بن أبي داود ضعيف وأما رواية الطبراني ففيها من لا يعرف.
قلت: حفص بن أبي داود شديد الضعف أورده الذهبي في الميزان ونقل عن البخاري قوله: تركوه وقال أبو حاتم: متروك.

....

«لا تشد الرحال إلا لثلاثة مساجد، المسجد الحرام، ومسجدي هذا، والمسجد الأقصى[(١)]» وإذا توجه إلى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبي ﷺ مدة الطريق، والأولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبي ﷺ ثم إذا حصل له إذا قدم زيارة المسجد أو يستفتح فضل الله سبحانه في مرة أخرى ينويهما فيها لأن في ذلك زيادة تعظيمه ﷺ وإجلاله، ويوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعمله حاجة إلا زيارتي[(٢)]» وإذا وصل إلى المدينة اغتسل بظاهرها قبل أن يدخلها أو توضأ والغسل أفضل، ولبس نظيف ثيابه والجديد أفضل، وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشي على أقدامه إلى أن يدخلها حسن، وكل ما كان أدخل في الأدب والإجلال كان حسناً. وإذا دخلها قال: باسم الله ﴿ربِّ أدخلني مدخل صدق﴾ [الإسراء: ٨٠] الآية، اللهم افتح لي أبواب رحمتك وارزقني من زيارة رسولك ﷺ ما رزقت أولياءك وأهل طاعتك، واغفر لي وارحمني يا خير مسئول، وليكن متواضعاً متخشعاً معظماً لحرمتها لا يفتر عن الصلاة على النبي ﷺ مستحضراً أنها بلدته التي اختارها الله تعالى دار هجرة نبيه ومهبطاً للوحي والقرآن ومنبعاً للإيمان والأحكام الشرعية. قالت عائشة رضي الله عنها: كل البلاد افتتحت بالسيف إلا المدينة فإنها افتتحت بالقرآن العظيم. وليحضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه، ولذا كان مالك رحمه الله ورضي عنه لا يركب في طرق المدينة، وكان يقول: أستحي من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله ﷺ بحافر دابة. وإذا دخل المسجد فعل ما هو السنة في دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول: اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك، ويدخل من باب جبريل أو غيره، ويقصد الروضة الشريفة وهي بين المنبر والقبر الشريف، فيصلي تحية المسجد مستقبلاً السارية التي تحتها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حذاء منكبه الأيمن إن أمكنه، وتكون الحنية التي في قبلة المسجد بين عينيه، فلذلك موقف رسول الله ﷺ فيما قيل قبل أن يغير المسجد. وفي بعض المناسك: يصلي تحية المسجد في مقامه عليه الصلاة والسلام وهو الحفرة. قال الكرماني وصاحب الاختيار: ويسجد لله شكراً على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول. وقيل: ذرع ما بين المنبر وموقفه عليه الصلاة والسلام الذي كان يصلي فيه أربعة عشر ذراعاً وشبر، وما بين المنبر والقبر ثلاث وخمسون ذراعاً وشبر، ثم يأتي القبر الشريف فيستقبل جداره ويستدبر القبلة على نحو أربعة أذرع من السارية التي عند رأس القبر في زاوية جداره. وما عن أبي الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: من السنة أن تأتي قبر النبي ﷺ من قبل

السعي على الطواف أو الابتداء بالمروة قبل الصفا، بخلاف الصلوات فإن كل واحدة منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجباً (ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج أصل فكان ما شرع فيه أصلاً فلا يتعلق جواز البعض ببعض، ألا ترى أنه لو أعاد مرتباً كان مؤدياً لا قاضياً، بخلاف الصلوات فإن النص فيها ناطق بأن من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز. وقوله (لأنه دونه) أي لأن السعي دون الطواف يعني أحط منزلة من الطواف لأن الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس الفرض كطواف القدوم، وأما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعاً للطواف. وقوله (والمروة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ابدءوا بما بدأ الله به» أراد به قوله تعالى ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ (فلا تتعلق بها البداءة) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشياً) أي من نذر أن يحج

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٨٩ ومسلم ١٣٩٧ وأبو داود ٢٠٣٣ والنسائي ٢/ ٣٧ وابن حبان ١٦١٩ والبيهقي ٥/ ٢٤٤ والحميدي ٩٤٣ وأحمد ٢/ ٢٣٤ ـ ٢٣٨ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
وأخرجه البخاري ١١٩٧ و١٩٩٥ ومسلم ٨٢٧ ح ٤١٥ والترمذي ٣٢٦ وابن حبان ١٦١٧ وأحمد ٣/ ٣٤ ـ ٥١ ـ ٥٢ ـ ٧١ ـ ٧٨ ـ ٤٥ ـ ٧٨ والبيهقي ٢/ ٤٥٢ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.

(٢) تقدم قبل قليل وإسناده واهٍ. ومن أراد المزيد في هذا المقام فليراجع كتب الموضوعات والأحاديث الضعيفة.
والحق ليس في هذا الباب حديث حسن وإنما ضعيف أو شديد الضعف والله تعالى أعلم.

. . . .

القبلة وتجعل ظهرك إلى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته(١)، إلا أن يحمل على نوع ما من استقبال القبلة، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام في القبر الشريف المكرّم على شقه الأيمن مستقبل القبلة. وقالوا في زيارة القبور مطلقاً: الأولى أن يأتي الزائر من قبل رجل المتوفى لا من قبل رأسه فإنه أتعب لبصر الميت، بخلاف الأول لأنه يكون مقابلاً بصره لأن بصره ناظر إلى جهة قدميه إذا كان على جنبه فعلى هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه الصلاة والسلام، بخلاف ما إذا كان من جهة وجهه الكريم، فإذا أكثر الاستقبال إليه عليه الصلاة والسلام لا كل الاستقبال بكون استدباره القبلة أكثر من أخذه إلى جهتها فيصدق الاستدبار ونوع من الاستقبال. وينبغي أن يكون وقوف الزائر على ما ذكرنا، بخلاف تمام استدبار القبلة واستقباله ﷺ فإنه يكون البصر ناظراً إلى جنب الواقف، وعلى ما ذكرنا يكون الواقف مستقبلاً وجهه عليه الصلاة والسلام وبصره فيكون أولى، ثم يقول في موقفه: السلام عليك يا رسول الله، السلام عليك يا خير خلق الله، السلام عليك يا خيرة الله من جميع خلقه، السلام عليك يا حبيب الله، السلام عليك يا سيد ولد آدم، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يا رسول الله، إني أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأنك عبده ورسوله وأشهد أنك يا رسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الأمانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة، فجزاك الله عنا خيراً، جازاك الله عنا أفضل ما جازى نبياً عن أمته. اللهم أعط سيدنا عبدك ورسولك محمداً الوسيلة والفضيلة، والدرجة العالية الرفيعة، وابعثه المقام المحمود الذي وعدته، وأنزله المنزل المقرب عندك، إنك سبحانك ذو الفضل العظيم. ويسأل الله تعالى حاجته متوسلاً إلى الله بحضرة نبيه عليه الصلاة والسلام. وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخاتمة والرضوان والمغفرة، ثم يسأل النبي ﷺ الشفاعة فيقول. يا رسول الله أسألك الشفاعة، يا رسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك إلى الله في أن أموت مسلماً على ملتك وسنتك، ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف، والرفق به، ويجتنب الألفاظ الدالة على الإدلال والقرب من المخاطب فإنه سوء أدب. وعن ابن أبي فديك قال: سمعت بعض من أدركت يقول: بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي ﷺ فتلا هذه الآية ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبي﴾ [الأحزاب: ٥٦] الآية، ثم قال: صلى الله عليك وسلم يا محمد سبعين مرة، ناداه

ماشياً وجب عليه أن لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخير في الأصل) يعني المبسوط (بين الركوب والمشي) بعد النذر لأن الحج ماشياً يكره وراكباً أفضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان مخيراً، وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لا يركب، يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لأنه أخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع وهو الأصل أي الموافق للقواعد لأن من أوجب على نفسه شيئاً على وجه الكمال

---

(١) هذا الأثر في مسند أبي حنيفة ص ٩٥ عن نافع عن ابن عمر. فإن صحت نسبة هذا المسند لأبي حنيفة فهو صحيح أبو حنيفة ثقة. وإن تكلم فيه غير واحد.

وأخرج البيهقي ٥/ ٢٤٥ من طريقين عن مالك عن عمرو بن دينار قال: رأيت ابن عمر يقف على قبر النبي ﷺ ثم يسلم عليه، ويدعو، ثم يدعو لأبي بكر وعمر والطريق الثاني عن نافع عن ابن عمر: كان إذا أتى من سفر دخل المسجد ثم أتى القبر فقال: السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا أبا بكر السلام عليك يا أبتاه.

قلت: وليس في هذه الروايات ما نسب لأبي حنيفة.

فائدة: قال ابن تيمة في التوسل والوسيلة ص ١٥٠: ومذهب الأئمة الأربعة: مالك، وأبي حنيفة، والشافعي، وأحمد، وغيرهم من أئمة الإسلام أن الرجل إذا سلم على النبي ﷺ وأراد أن يدعو لنفسه، فإنه يستقبل القبلة. واختلفوا في أثناء السلام عليه فقال مالك، والشافعي، وأحمد: يستقبل الحجرة. ويسلم عليه من تلقاء وجهه، وقال أبو حنيفة: لا يستقبل الحجرة وقت السلام. وباتفاقهم لا يستقبلها وقت الدعاء.

ثم في مذهب أبي حنيفة قولان. قيل: يستدبر الحجرة. وقيل يجعلها عن يساره. فهذا نزاعهم في وقت السلام أما وقت الدعاء فهم متفقون على استقبال القبلة لا الحجرة اهـ.

قلت: وعلى هذا إن صح خبر المسند عن أبي حنيفة يكون له قولان في هذه المسألة.

وإلا فكما نقل ابن تيمة عنه. فقول ابن الهمام عنه: مردود فيه نظر والله تعالى أعلم لأنه مروى عن أبي حنيفة.

. . . .

ملك ﷺ وعليك يا فلان ولم تسقط له حاجة[1]. هذا وليبلغ سلام من أوصاه بتبليغ سلامه فيقول: السلام عليك يا رسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يا رسول الله. يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصى بذلك ويرسل البريد من الشأم إلى المدينة الشريفة بذلك، ومن ضاق وقته عما ذكرناه اقتصر على ما يمكنه. وعن جماعة من السلف الإيجاز في ذلك جداً، ثم يتأخر عن يمينه إذا كان مستقبلاً قيد ذراع[2] فيسلم على أبي بكر رضي الله عنه، فإن رأسه حيال منكب النبي ﷺ، وعلى ما ذكرنا يكون تأخره إلى ورائه بجانبه فيقول: السلام عليك يا خليفة رسول الله ﷺ، وثانيه في الغار أبا بكر الصديق، جزاك الله عن أمة محمد ﷺ خيراً، ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضي الله عنه، لأن رأسه من الصديق كرأس الصدّيق من النبيّ ﷺ فيقول: السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذي أعزّ الله به الإسلام، جزاك الله عن أمة محمد ﷺ خيراً، ثم يرجع إلى حيال وجه النبي ﷺ فيحمد الله ويثني عليه ويصلي ويسلم على نبيه ويدعو ويستشفع له ولوالديه ولمن أحبّ، ويختم دعاءه بآمين والصلاة والتسليم. وقيل ما ذكر من العود إلى رأس القبر الشريف: لم ينقل عن الصحابة ولا التابعين. وأخرج أبو داود عن القاسم بن محمد قال: دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت: يا أم المؤمنين اكشفي لي عن قبر رسول الله ﷺ وصاحبيه فكشفت عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء، رواه الحاكم، وزاد: فرأيت رسول الله ﷺ مقدماً، وأبا بكر رأسه بين كتفي رسول الله ﷺ، وعمر رأسه عند رجل النبي ﷺ[3]، صححه الحاكم. وإذا فرغ من الزيارة يأتي الروضة فيكثر فيها من الصلاة والدعاء إن لم يكن وقت تكره فيه الصلاة، ففي الصحيحين «ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة[4]» وفي رواية «قبري ومنبري» ويقف عند المنبر ويدعو، ففي الحديث «قواعد

لا يتأدى ناقصاً، والمشي في الحج صفة كمال قال ﷺ «من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل وما حسنات الحرم؟ قال: كل حسنة بسبعمائة» وروي عن ابن عباس أنه قال بعد ما كفّ بصره: ما تأسفت على شيء كتأسفي على أني لم أحج ماشياً، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى ﴿يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر﴾ فصار كما إذا نذر بالصوم متتابعاً لا يتأدى متفرقاً. واعترض بوجهين: أحدهما أن النذر لا يصح إلا بما له نظير في المشروعات المفروضة أو الواجبة، وليس للمشي نظير، والثاني

---

(١) لا حجة في هذا الخبر لجهالة قائله وهو ليس بحديث على كل حال.

(٢) (قوله قيد ذراع) بعض النسخ (قدر ذراع) والقيد بكسر القاف والقدر بمعنى واحد كما في كتب اللغة كتبه مصححه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٢٠ والحاكم ١/ ٣٦٩ كلاهما من رواية القاسم عن عائشة فذكره.
قال الحاكم: صحيح الاسناد وأقره الذهبي. مع أن في إسناده عمرو بن عثمان بن هانيء.
قال عنه في التقريب: مستور روى له أبو داود وابن ماجه اهـ.
قلت: فحديثه حسن. وبقية رجاله رجال البخاري.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٦ و١١٨٨ و٦٥٨٨ و٧٣٣٥ ومسلم ١٣٩١ والترمذي ٣٩١٦ والنسائي ٢/ ٣٥ وابن حبان ٣٧٥٠ والبيهقي ٥/ ٢٤٦ وأحمد ٢/ ٤٠١ ـ ٣٩٧ ـ ٤١٢ ـ ٣٧٦ ـ ٤٣٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة بزيادة: ومنبري على حوضي.
وأخرجه البخاري ١١٩٥ ومسلم ١٣٩٠ ومالك ١/ ١٩٧ والنسائي ٢/ ٣٥ وأحمد ٤/ ٤١ كلهم من حديث عبد الله بن زيد المازني.
وأخرجه مالك ١/ ١٩٧ عن أبي هريرة أو عن أبي سعيد الخدري على الشك. لكن جزم البخاري ومسلم بروايتيهما كونه من حديث أبي هريرة. ومن حديث جابر أخرجه أحمد ٣/ ٣٨٩ وأخرجه الترمذي ٣٩١٥ من حديث علي.
وحديث أبي سعيد أخرجه أبو نعيم في أخبار أصفهان ١/ ٩٢ فهذا حديث مشهور في غاية الصحة.
وأما لفظ: قبري ومنبري. فقد وقع في رواية أحمد ٣/ ٦٤ من حديث أبي سعيد.
قال ابن حجر في الفتح ٤/ ١٠٠: وقع في حديث سعد بن أبي وقاص عند البزار بسند رجاله ثقات والطبراني من حديث ابن عمر بلفظ القبر أيضاً. وعلى هذا فالمراد بيت عائشة وحده لا كل بيوته ﷺ اهـ.
وقد بوب البخاري به حيث قال: باب فضل ما بين القبر والمنبر. وكذا بوب به مسلم بقوله: فضل ما بين قبره ومنبره ﷺ قال ابن حجر في الفتح ٣/ ٧٠: وقع في بعض طرقه: القبر بدل البيت قال القرطبي: الرواية الصحيحة بيتي.

المجامعة تعظيماً لأمر الحج، والله أعلم.

منبري رواتب في الجنة[(١)] وعنه عليه الصلاة والسلام «منبري على ترعة من ترع الجنة[(٢)] وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة المنبر النبوي التي كان عليه الصلاة والسلام يضع يده عليها عند الخطبة، وهناك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من طاقة في المنبر إليها يتبركون بها يقال إنها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام، ويجتهد أن لا يفوته مدة مقامه صلاة في المسجد فقد ثبت أن صلاة في مسجده تعدل ألف صلاة في غيره على ما قدمنا، وهذا التفضيل مختص بالفرائض. وقيل في النفل أيضاً، ولعلنا قدمنا ما ينفيه في كتاب الصلاة، وقد اشتهر عليه الصلاة والسلام «أن أفضل صلاة الرجل في منزله إلا المكتوبة[(٣)]» وهذا قاله وهو في المدينة يشافه به الحاضرين عنده في المسجد والغائبين، ثم هو ﷺ لم يؤثر عنه التنفل في المسجد بل في بيته من التهجد وركعتي الفجر وغيرها، ولو كان كذلك لم يصل نافلة إلا في المسجد، أو يكون ذلك هو الأكثر، وخلافه قليل في بعض الأحايين خصوصاً ومن بيته إلى المسجد نقل قدم واحدة. وقد يقال أيضاً: إن ذلك إنما هو في حق الرجال لأنه ﷺ أمر المرأة التي سألته الحضور والصلاة معه أن تصلي في بيتها مع أن الخروج لهن كان مباحاً إذ ذاك، وقد قدمنا تخريج هذا الحديث في باب الإمامة من كتاب الصلاة، فعلم أن إطلاق الخروج لهن إذ ذاك كان ليتعلمن ما يشاهدنه من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغيره ذلك من العلم ويتعودن المواظبة ولا يستقللن الصلاة في البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم. ويستحب أن يخرج كل يوم إلى البقيع بقيع الغرقد، فيزور القبور التي بها خصوصاً يوم الجمعة، ويبكر كي لا تفوته صلاة الظهر مع الإمام في المسجد، فقد كان ﷺ يزوره «وقال لأم قيس بنت محصن لما أخذ بيدها فذهبا إليه: ترين هذه المقبرة؟ قلت نعم. قال: يبعث منها سبعون ألفاً على صورة القمر ليلة البدر ويدخلون الجنة بغير حساب[(٤)]» وإذا انتهى إليه قال: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون، اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد اللهم اغفر لنا ولهم. ويزور القبور

أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشي في طريق الحج، فما وجه ما ذكره في الكتاب فإنه يناقض ذلك. وأجيب عن الأول بأن له أصلاً وهو أن المكي الفقير إذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشي إلى عرفات وجب عليه الحج ماشياً. وعن الثاني بأن أبا حنيفة ما

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٢/ ٣٥ ـ ٣٦ وابن حبان ٣٧٤٩ وعبد الرزاق ٥٢٤٢ والحميدي ٢٩٠ والبيهقي ٥/ ٢٤٨ وأحمد ٦/ ٢٨٩ ـ ٣١٨ ـ ٢٩٢ كلهم من طريق عمار الدُّهْني عن أبي سلمة عن أم سلمة. والأكثر بلفظ: قوائم بدل: قواعد. وهو صحيح رجاله رجال البخاري ومسلم سوى عمار الدهني وهو من رجال مسلم فالحديث قوي. وله شاهد بنفس المتن.
وأخرجه الحاكم ٣/ ٥٣٢ من حديث أبي واقد الليثي وإسناده ضعيف لضعف عبد الرحمن بن أمين.
ذكره الذهبي في الميزان فقال: عبد الرحمن بن أمين ـ قال أبو حاتم منكر الحديث.
قلت: الحجة في حديث الجماعة وأما هذا فهو معاً يستأنس به.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي في سننه ٥/ ٢٤٧ من حديث سهل بن سعد وقال البيهقي: رواه هشام بن سعد عن أبي حازم عن سهل هكذا مرفوعاً.
ورواه عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه عن سهل قال: كنا نقول: إن المنبر على ترعة من ترع الجنة. قال سهل: هل تدرون ما الترعة قلنا: نعم الباب.
قال: نعم الباب.
قلت: هشام بن سعد صدوق له أوهام قاله في التقريب.
وقال عن ابن أبي حازم: صدوق فقيه.
لكن رواه البيهقي ٥/ ٢٤٧ من حديث أبي هريرة مرفوعاً بمثله ورجاله ثقات سوى محمد بن عمرو الليثي وهو مقبول. قال ابن عدي: لا بأس به.
وعلى هذا فقد توبع هشام في رفعه للحديث.

(٣) رواه الجماعة وقد تقدم مستوفياً في صلاة الجماعة والإمامة.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٣ من حديث أم قيس قالت: لو رأيتني ورسول الله ﷺ أخذ بيدي . . . الحديث.
وقال الهيثمي: فيه من لم أعرفه اهـ.
قلت: فالحديث فيه مجاهيل وأمارة الوهن بادية عليه لأن النبي ﷺ لا يأخذ بيد امرأة لا تحل له. ولو صح الحديث لأوّلناه لكن لم يصح فلا حاجة للتكلف والتأويل.

. . . .

المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقبر العباس وهو في قبته المشهورة، وفيها قبران الغربي منهما قبر العباس رضي الله عنه والشرقي قبر الحسن بن علي وزين العابدين وولده محمد الباقر وابنه جعفر الصادق رضي الله عنهم كلهم في قبر واحد، وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية أم الزبير عمة رسول الله ﷺ، وفية قبر فاطمة بنت أسد أم علي رضي الله عنهما، ويصلي في مسجد فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الأحزان، وقيل: قبرها فيه، وقيل: بل في الصندوق الذي هو أمام مصلى الإمام في الروضة الشريفة، واستبعده بعض العلماء. وقيل إن قبرها في بيتها وهو في مكان المحراب الخشب الذي خلف الحجرة الشريفة داخل الداربزين قال: وهو الأظهر. وبالبقيع قبة يقال إن فيها قبر عقيل بن أبي طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبي طالب والمنقول أن قبر عقيل في داره، وفيه حظيرة مستهدمة مبنية بالحجارة يقال إن فيها قبور من دفن من أزواج رسول الله ﷺ ورضي الله عنهن، وفيه قبر إبراهيم ابن سيدنا رسول الله ﷺ وهو مدفون إلى جنب عثمان بن مظعون، ودفن إلى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين. وعثمان هذا أوّل من دفن بالبقيع في شعبان على رأس ثلاثين شهراً من الهجرة، ويأتي أحدا يوم الخميس مبكراً كي لا تفوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد، ويبدأ بقبر حمزة عم النبي ﷺ، ويزور جبل أحد نفسه، ففي الصحيح عنه ﷺ أنه قال «أحد جبل يحبنا ونحبه[(١)]» وفي رواية لابن ماجه «أنه على ترعة من ترع الجنة. وأن عيراً على ترعة من ترع النار[(٢)]» وعن ابن عمر رضي الله عنهما «مر رسول الله ﷺ بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال: أشهد أنكم أحياء عند الله فزوروهم وسلموا عليهم، فوالذي نفسي بيده لا يسلم عليهم أحد إلا ردو عليه السلام إلى يوم القيامة[(٣)]» ويستحب أن يأتي مسجد قباء يوم السبت اقتداء به ﷺ لأنه كان يأتيه في كل سبت راكب

كره المشي مطلقاً وإنما كره الجمع بين الصوم والمشي لأنه إذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهى عنه في الحج. وقوله (**وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة**) يريد بالأفعال الأركان لا مطلق الأفعال، فإن رمى الجمار وغيره من أفعال الحج، وقوله (**ثم قيل**) يعني أن محمداً لم يذكر في شيء من الكتب من أي موضع يبدأ. واختلف المشايخ فيه، فقيل: يبتدىء من حين يحرم وعليه الإمام فخر الإسلام والإمام العتابي وغيرهما (**وقيل من بيته**) وعليه شمس الأئمة السرخسي ومال إليه المصنف، وقال (**لأن الظاهر أنه هو المراد**) يعني أنه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر، فإذا ثبت أنه واجب (**فلو ركب أراق دماً لأنه أدخل نقصاً فيه**) يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني «أنه جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: إن أختي نذرت أن تحج ماشية حافية، فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله تعالى لغنيّ عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتذبح لركوبها شاة» وفي بعض الروايات «ولترق دماً» وقوله (**قالوا**) يعني المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الأصل ورواية الجامع. روى الإمام فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر أنه قال (**إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي، وأما إذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب**) وقوله (**ومن**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٨٩ و٣٣٦٧ و٤٠٨٤ و٤٠٨٣ و٢٨٩٣ و٥٤٢٥ و٦٣٦٣ و٧٣٣٣ ومسلم ١٣٩٣ ومالك ٢/ ٨٨٩ والترمذي ٣٩٢٢ وابن ماجه ٣١١٥ وعبد الرزاق برقم ١٧١٧٠ وأحمد ٣/ ١٤٩ ـ ٢٤٠ ـ ٢٤٢ ـ ٢٤٣ وأبو يعلى ٣١٣٩ وابن حبان ٣٧٢٥ كلهم من حديث أنس من طرق كثيرة. رواه البخاري ومالك مطولاً ومختصراً.

أما ابن ماجه فزاد فيه: وهو على ترعة من تُرع الجنة، وعير علىَ ترعة من ترع النار اهـ.

وعير اسم جبل أيضاً. لكن إسناد ابن ماجه ضعيف فيه عبد الله بن مكنف قال البخاري في حديثه نظر.

وفيه ابن اسحاق يدلس وقد عنعنه.

وورد حديث أحد من حديث أبي حميد الساعدي في أثناء حديث أخرجه البخاري ١٤٨١ ومسلم ١٣٩٢ روياه في خبر غزوة تبوك وله قصة.

وأخرجه أحمد ٢/ ٣٣٧ ـ ٣٨٧ من حديث أبي هريرة. فهذا حديث مشهور في غاية الصحة. والعبرة من ذلك والله أعلم أن النبي ﷺ أراد أن يجعل بين المؤمنين وبين الشؤم والتشاؤم حاجزاً وذلك لما تعرضوا له من المحنة والابتلاء يوم أحد فأراد أن يربطهم بالله وحده وأن الأمور بيده وحده سبحانه.

(٢) تقدم في الذي قبله، وهذه الزيادة لابن ماجه وإسناده ضعيف.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ٢/ ٢٤٨ من طريق عبيد بن عمير عن أبي هريرة به وقال الحاكم: صحيح على شرطهما وتعقبه الذهبي فقال: كذا قال. وأنا أحسبه موضوعاً وقطن بن وهب لم يرو له البخاري، وعبد الأعلى لم يرويا له اهـ. ويؤكد وهنه حيث أخرجه ابن سعد ٣/ ١٢١ عن عبيد بن عمير مرسلاً وعبيد هذا مداره عليه وهو غيره مشهور.

. . . .

وماشياً[1] متفق عليه، وهو أول مسجد وضع في الإسلام، وأوّل من وضع فيه حجراً رسول الله ﷺ ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم[2] وينوي زيارته والصلاة فيه، فقد صح عنه ﷺ أن الصلاة فيه كعمرة[3] ويأتي في قباء بئر أريس التي تفل فيها رسول الله ﷺ وفيها سقط خاتمه ﷺ من عثمان رضي الله عنه[4]، فيتوضأ ويشرب ويزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركع فيه ويدعو. روى جابر أنه ﷺ دعا فيه ثلاثة أيام على الأحزاب فاستجيب له يوم الأربعاء بين الصلاتين[5]. والمساجد التي هناك منها مسجد يقال: له مسجد بني ظفر وفيه حجر جلس عليه النبي ﷺ، ويقال: ما جلست عليه امرأة تريد الولد إلا حبلت، ويقال: إن جميع المساجد والمشاهد المفضلة التي بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة، ويقصد الآبار التي كان ﷺ يتوضأ منها ويشرب وهي سبعة منها بئر بضاعة، والله أعلم.

باع جارية محرمة) ظاهر. قوله (وقد كان للبائع) يعني على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن المولى إذا أذن للعبد في الحج فليس له أن يحلله لأنه أسقط حقه بالإذن فصار العبد كالحر إلا أن المشتري له أن يحلله لأن الإحرام لم يقع بإذنه. وقوله (بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع فسخه جواب عن قياس زفر، وإنما لم يكن له أن يفسخ إذا كان بإذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به) بإذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وإن بقي ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن بإذنه، والمشتري قام مقامه بعد الشراء، فكذلك لا يكون له حق الفسخ أيضاً، وأما ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان: حق الله تعالى في الإحرام، وحق المشتري في الاستمتاع، فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى لغناه. وقوله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ الجامع الصغير (أو يجامعها) يعني قال: فللمشتري أن يحللها أو يجامعها، وباقي كلامه ظاهر. وهذا آخر العبادات، والله تعالى هو المعين على الإتمام.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٣ و١١٩١ باب من أتى قباء كل سبت. و١١٩٤ و٧٣٢٦ ومسلم ١٣٩٩ ح ٥١٥ و٥١٦ وأبو داود ٢٠٤٠ والطيالسي ١٨٤٠ وابن حبان ١٦١٨ و١٦٢٨ والبيهقي ٥/٢٤٨ وأحمد ٢/ ٤، ٥، ٣٠، ٧٢، ١٠٨، ٥٨، ٦٥، ١٥٥ والنسائي ٢/ ٣٧ ومالك ١/ ١٦٧ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عمر.

وقع في رواية البُخاري الأولى لفظ: كلِّ سبت. وبوب به البخاري كما ذكرت. وهذه من طريق ابن دينار وهو ثقة ثبت.

ووقع في رواية البخاري الثانية أن ابن عمر كان يأتيه كل سبت وكان ابن عمر يحدث أن رسول الله ﷺ كان يزوره راكباً وماشياً.

وهذه الطريق عن نافع وعلى هذا توبع ابن دينار من ذكر السبت. لأن ابن عمر كان شديد التمسك بهدى النبي ﷺ واقتفاء أثره.

وكذا وقع لفظ: السبت عند مسلم من رواية ابن دينار لكن أكثر الطرق بعدم ذكرها.

قال النووي في شرح مسلم. قوله: كل سبت فيه جواز، تخصيص بعض الأيام بالزيارة، وهو قول الجمهور.

(٢) ذكر ابن هشام في السيرة ٢/ ٨١ باب: مسجد قباء.

قال ابن إسحاق: فأقام النبي ﷺ أي عندما جاء من مكة مهاجراً بقباء في بني عمرو بن عوف يوم الإثنين، والثلاثاء، والأربعاء والخميس، وأسس مسجده اهـ.

(٣) حسن. أخرجه الترمذي ٣٢٤ وابن ماجه ١٤١١ وابن أبي شيبة ٢/ ٣٧٣ و١٢/ ٢١٠ والبيهقي ٥/ ٢٤٨ والحاكم ١/ ٤٨٧ كلهم من حديث أسيد بن ظهير بالتصغير وهو أنصاري ولفظ: الصلاة في مسجد قباء كعمرة قال الترمذي: حسن غريب ولا نعرف لأسيد شيئاً يصح غير هذا الحديث اهـ ومداره عن أبي الأبرد.

قال الحاكم: صحيح الإسناد إلا أن أبا الأبرد مجهول وسكت الذهبي فالخبر ضعيف من هذا الوجه.

وأخرجه النسائي ٢/ ٣٧ وابن ماجه ١٤١٢ وابن أبي شيبة ٢/ ٣٧٣ و١٢/ ٢١٠ وأحمد ٤٨٧ كلهم من حديث سهل بن حنيف فهذا شاهد له.

وأخرجه ابن حبان ١٦٢٧ من حديث ابن عمر وطريقه فيه ضعف. وأخرجه ابن سعد في الطبقات ١/ ٢٤٤ من حديث أبي سعيد. فهذه الطرق بمجموعها وإن كان في إسنادها مقال إلا أنها تتقوى ببعضها فهو حسن وقد صححه ابن كثير في تفسيره ٢/ ٤٠٣.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٦٦ ومسلم ٢٠٩١ح ٥٤ والنسائي ٨/ ١٧٨، ١٧٩ وكذا أبو داود ٤٢١٥ وأحمد ٢/ ٢٢، ١٤١ كلهم من حديث ابن عمر: «اتخذ النبي ﷺ خاتماً من ورق فكان في يده ثم كان في يد أبي بكر ثم كان في يد عمر ثم كان في يد عثمان حتى وقع منه في بئر أريس نقشه «محمد رسول الله» هذا لفظ مسلم زاد النسائي: «وفي يد عثمان ست سنين».

وأريس بفتح الهمزة وكسر الراء حديقة بالقرب من مسجد قباء.

(٥) حسن. أخرجه أحمد ٣/ ٣٣٢ والبزار كما في المجمع ٤/ ١٢ كلاهما من حديث جابر وقال الهيثمي: ورجال أحمد ثقات اهـ.

قلت: فيه كثير بن زيد الأسلمي. جاء في التقريب: صدوق يخطىء اهـ وفي الميزان حوله كلام وإن وهنه النسائي لكنه ثقة.

. . . .

فصل

وإذا عزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة ويدعو بعدها بما أحب، وأن يأتي القبر الكريم فيسلم ويدعو بما أحب له ولوالديه وإخوانه وأولاده وأهله وماله، ويسأل الله تعالى أن يوصله إلى أهله سالماً غانماً في عافية من بليات الدنيا والآخرة ويقول: غير مودع يا رسول الله، ويسأل الله تعالى أن يردّه إلى حرمه وحرم نبيه في عافية، وليكثر دعاءه بذلك في الروضة الشريفة عقيب الصلوات وعند القبر، ويجتهد في خروج الدمع فإنه من أمارات القبول، وينبغي أن يتصدق بشيء على جيران النبي ﷺ ثم ينصرف متباكياً متحسراً على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها. ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الأرض ويقول «آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون، صدق الله وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده[١]» وهذا متفق عليه عنه ﷺ ﴿كل شيء هالك إلا وجهه له الحكم وإليه ترجعون﴾[القصص: ٨٨].

وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من إظهار التندم على السفر والعزم على عدم العود، وقوله لغيره احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرّض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت في الحال. وإذا أشرف على بلده حرّك دابته ويقول: آيبون أيضاً الخ وروى النسائي «أنه عليه الصلاة والسلام لم ير قرية يريد دخولها إلا قال حين يراها: اللهم رب السموات السبع وما أظللن، وربّ الأرضين السبع وما أقللن، وربّ الشياطين وما أضللن، وربّ الرياح وما ذرين، فإنا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها، ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها، ويقول: اللهم اجعل لي فيها قراراً ورزقاً حسناً[٢]» ويرسل إلى أهله من يخبرهم ولا يبغتهم بمجيئه داخلاً عليهم، فإنه نهى عن ذلك، وإذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين إن لم يكن وقت كراهة، ثم يدخل منزله ويصلي فيه ركعتين ويحمد الله تعالى ويشكره على ما أولاه من إتمام العبادة والرجوع بالسلامة، ويديم حمده وشكره مدة حياته، ويجتهد في مجانبة ما يوجب الإحباط في باقي عمره. وعلامة الحج المبرور أن يعود خيراً مما كان قبل.

(قال المصنف متع الله المسلمين بوجوده): وهذا تمام ما يسر الله سبحانه لعبده الضعيف من ربع العبادات. أسأل الله رب العالمين ذا الجود العميم أن يحقق لي فيه الإخلاص ويجعله نافعاً لي يوم القيامة، إنه على كل ما يشاء قدير وبالإجابة جدير. والآن أشرع بريئاً من الحول والقوّة مفتتحاً كتاب النكاح، سائلاً من فضله تعالى أن يمن عليّ بختم الربع الثاني وإكمال مقاصده على وجه يرضاه ويرضى به عن عبده، ولا حول ولا قوّة إلا بالله العليّ العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم[٣].

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٨٤ ومسلم ١٣٤٤ وأحمد ٢/ ١٠ ـ ١٥ ـ ١٥٠ كلهم من حديث ابن عمر: كان النبي ﷺ إذا قفل كبّر ثلاثاً قال: آيبون إن شاء الله تائبون عابدون حامدون لربنا ساجدون صدق الله وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده. هذا لفظ البخاري.
وأخرجه البخاري ٣٠٨٥ ومسلم ١٣٤٥ وأحمد ٣/ ١٨٧، ١٨٩ كلهم من حديث أنس في أثناء قصة وآخره فلم يزل يقولها حتى دخل المدينة وأخرجه الترمذي ٣٤٤٠ من حديث البراء بن عازب.
فهذا حديث مشهور.

(٢) حسن. أخرجه النسائي في «اليوم والليلة» ٥٤٧، ٥٤٨ وابن خزيمة ٢٥٦٥ والطبراني ٧٢٩٩ والحاكم ١/ ٤٤٦ و٢/ ١٠٠، ١٠١ والبيهقي ٥/ ٢٥٢ كلهم من حديث صهيب قال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.
وقال الهيثمي في المجمع ١٠/ ١٣٥: رجاله رجال الصحيح غير عطاء بن أبي مروان وأبيه وكلاهما ثقة فالحديث أقل درجاته أنه يكون حسناً.
وأخرج ابن السّنّي في اليوم والليلة ٥٢٨ من حديث عائشة نحوه اهـ.
تنبيه: ولم يروه النسائي في سننه خلافاً لما أطلقه المصنف.

(٣) في نسخة المحقق العلامة البحراوي حفظه الله بعد هذا ما نصه: هذا آخر الجزء الأول من تجزئة شيخ الإسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه وأعاد علينا من بركاته آمين: وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وأول الجزء الثاني كتاب النكاح اهـ. كتبه مصححه.

كتاب النكاح

(النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي) لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة **(وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل، مثل أن يقول زوجني**

كتاب النكاح

هو أقرب إلى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين إن شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات. والجهاد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام، والجهاد سبب لوجود الإسلام فقط، كذا قيل. والحق أن الجهاد أيضاً سبب لهما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة: أعني من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام، فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك، فإن ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال، إذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون إسلام أهل الدار فقدّم للأكثرية في ذلك. وأما من أولى العبادات البيوع فنظر إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس أحد يعجز في إبداء وجه تقديم معنى على معنى، فإن كل معنى له خصوصية ليست في الآخر، فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما أخره، والعاكس يعكس ذلك النظر، وإنما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق، وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضي أو أكثر اقتضاء للتقديم، وقد يفضي إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلاً مع قلة الجدوى، فالاقتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل، ولا بد في تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور: الأمر الأول مفهومه لغة، قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكاً لفظياً، وقيل: حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل: بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة في الضم، ولا منافاة بين كلاميهم لأن الوطء من أفراد الضم، والموضوع للأعم حقيقة في كل من أفراده كإنسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا إلى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه، يعني يجعل خصوص عوارضه المشخصة مراداً مع المعنى الأعم بلفظ الأعم فيكون مجازاً وإلا فحقيقة، وكأن هذه الإرادة قلما تخطر عند الإطلاق حتى ترك الأقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد: يا إنسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما.

واعلم أن المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطء قوله ﷺ «ولدت من نكاح لا من سفاح[1]» أي

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لأن فيه مصالح الدين والدنيا، وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار، وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع. فأما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والإجماع فظاهرة.

كتاب النكاح

---

(١) حسن. أخرجه أبو نعيم في أعلام النبوة ١/ ١١ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨/ ٢١٤ كلاهما من حديث ابن عباس قال الهيثمي: فيه محمد ابن جعفر العلوي صحح له الحاكم في المستدرك وقد تكلم فيه، وبقية رجاله ثقات وأخرجه الطبري في تفسيره ١١/ ٥٦ والبيهقي ٧/ ١٩٠ وابن سعد ١/ ٣١ كلهم عن محمد الباقر مرسلا وهو مرسل جيد.

. . . .

من وطء حلال لا من وطء حرام. وقوله «يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح(1)» وقول الشاعر:

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا   وأخرى على خال وعم تلهف

وقوله:

* ومنكوحة غير ممهورة *

وقوله الآخر:

التاركين على طهر نساءهم   والناكحين بشطي دجلة البقرا

وفي العقد قول الأعشى:

ولا تقربن جارة إنّ سرّها   عليك حرام فانكحن أو تأبدا

وفي المعنى الأعم قول القائل:

ضممت إلى صدري معطر صدرها   كما نكحت أم الغلام صبيها

أي ضمته، وقول أبي الطيب:

أنكحت صم حصاها خف يعملة   تغشرمت بي إليك السهل والجبلا

فمدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازاً في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة، ففي الحديث الأول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وإن كان الولادة بالذات من الوطء، وفي الحديث الثاني إضافة المرأة إلى ضمير الرجل، فإن امرأته هي المعقود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء إلا العقد، وفي الأبيات الإضافة إلى البقر ونفي المهر والإسناد إلى الرماح، إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسبيات. والجواب منع تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي. ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة، إذ وجود قرينة يؤيد إرادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع إرادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازياً بل

وأما دواعي العقل فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه، وما ذاك غالباً إلا ببقاء النسل. وأما الطبع فإن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع وإن كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه، بخلاف سائر المشروعات. والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء، ثم قيل للتزوّج نكاح مجازاً لأنه سبب له، وقيل هو مشترك بينهما.

(قوله إلا ببقاء النسل) أقول: والنكاح طريقة **(قوله ولا مزجرة فيها الخ)** أقول: ينتقض بالأكل والشرب.

---

(1) صحيح. أخرجه مسلم ٣٠٢ وأبو داود ٢٥٨ والترمذي ٢٩٧٧ والنسائي ١/ ١٥٢ وابن ماجه ٦٤٤ والدارمي ١٠٤٣ وابن حبان ١٣٦٢ والطيالسي ٢٠٥٢ والبيهقي ١/ ٣١٣ وأحمد ٣/ ٢٤٦ كلهم من حديث أنس: «أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة فيهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوهنّ في البيوت، فسأل أصحاب النبي ﷺ النبي ﷺ فأنزل الله تعالى ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ إلى آخر الآية فقال رسول الله ﷺ: اصنعوا كل شيء إلا النكاح» وله تتمة.

هذا سياق مسلم وغيره وعند النسائي وابن ماجه. «إلا الجماع».

وأخرجه البيهقي ٧/ ١٩٠ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٨/ ٢١٤ كلاهما من حديث ابن عباس وقال الهيثمي: فيه المدينّي لا أعرفه وكذا شيخه.

وأخرجه ابن سعد في الطبقات ١/ ٣٢ من حديث عائشة.

وفيه الواقدي ضعيف هو شيخ ابن سعد.

وللحديث طرق أخرى كلها واهية انظر تلخيص الحبير ٣/ ١٧٦ لكن معناه صحيح وبمجموع طرقه يتقوى فهو حسن إن شاء الله.

. . . .

المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا، ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقروناً بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى. ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضاً، فإن قوله فلا تقربنّ جارة نهي عن الزنا بدليل إنّ سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد: أي فتزوّج إن كان الزنا عليك حراماً أو تأبد، أي توحش: أي كن منها كالوحش بالنسبة إلى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي، ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت، وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيستلزم التجوّز في نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب، ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجوح لو كانا سواء، فكيف والأنسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح، إذ يصير المعنى من وطء حلال لا من وطء حرام فيكون على خاص من الوطء، والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضاً فثبت إلى هنا أنا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيئاً يجب اعتباره، وقد علم ثبوت الاستعمال أيضاً في الضم، فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركاً معنوياً من أفراده الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازاً في العقد لأنه إذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحاً خلافه، ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا: نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم، ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني، فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازاً في العقد، ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك. الأمر الثاني مفهومه اصطلاحاً وهو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً، والقيد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسري، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة. واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعاً. ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذي عبرنا به لا أن الشارع نقله فإنه لم يثبت، وإنما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرائن نحمله على الوطء كما في قوله ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ـ حتى أثبتوا بها حرمة من زنا بها الأب على الابن. وقول قاضيخان: إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقول صاحب المجتبى: هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا. والمراد بالعقد مطلقاً سواء كان نكاحاً أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما: أعني المتولي الطرفين. وقول الورشكي: إنه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الأمر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الأنساب، بخلافه على الوجه المشروع. الأمر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر، وأما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كمحلية المبيع للبيع والأنثى للنكاح. الأمر الخامس: شرطه الذي لا يخصه الأهلية بالعقل والبلوغ، وينبغي أن يراد في الولي لا في الزوج والزوجة

وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع. وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه. وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد إلا به، بخلاف بقية الأحكام فإن الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد. وشرطه العام الأهلية بالعقل والبلوغ والمحل، وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي. وركنه الإيجاب والقبول كما في سائر العقود، والإيجاب هوالمتلفظ به أوّلاً من أيّ جانب

. . . .

ولا في متولي العقد، فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز، وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع، فصحته هنا أولى لأنه محض سفير، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد. الأمر السادس ركنه. وهو الجنس المقيد في التعريف. الأمر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً، فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الأشياء مما سيرد في أثناء الكتاب. الأمر الثامن صفته، أما في حال التوقان قال بعضهم: هو واجب بالإجماع لأنه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع في الحرام، وفي النهاية: إن كان له خوف الوقوع في الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به كان فرضاً اهـ. ويمكن الحمل على اختلاف المراد فإنه قيد الخوف الواقع سبباً للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به ولم يقيد به في العبارة الأولى، وليس الخوف مطلقاً يستلزم بلوغه إلى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضاً وإلا فواجب. هذا ما لم يعارضه خوف الجور، فإن عارضه كره. قيل: لأن النكاح إنما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى. والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين اهـ. وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا، فإن بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم وإلا كره كراهة تحريم، والله أعلم. وفي البدائع: قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والنفقة، فإن من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم، وصرح قبله بالافتراض في حالة التوقان. وأما في حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والإنفاق تمسكاً بقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[النساء: ٣] الآية، وقوله ﷺ لعكاف بن وداعة الهلالي: «ألك زوجة يا عكاف؟ قال لا، قال: ولا جارية؟ قال لا، قال: وأنت صحيح موسر؟ قال: نعم والحمد لله، قال: فأنت إذا من إخوان الشياطين، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، وإن من سنتنا النكاح، شراركم عزّابكم، وأراذل موتاكم عزّابكم، ويحك يا عكاف تزوّج، قال: فقال عكاف: يا رسول الله إني لا أتزوّج حتى تزوّجني من شئت، قال: فقال ﷺ: فقد زوّجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري[(١)]» رواه أبو يعلى في مسنده من طريق بقية، وقوله ﷺ «تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة[(٢)]» واختلف مشايخنا،

كان والقبول جوابه. وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الأختين، وهو في حالة التوقان واجب لأن التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم إلا بالنكاح، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وفي حالة الاعتدال مستحب، وفي حالة خوف الجور مكروه قال (النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول) قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو يعلى في مسنده كما في المجمع ٤/ ٢٥٠ ـ ٢٥١ والطبراني كلاهما من حديث عطية بن بشر المازني قال: جاء عكاف بن وداعة الهلالي . . . فذكره وكذا رواه ابن الجوزي ٩٩٩ في الواهيات قال الهيثمي: فيه أبو معاوية بن يحيى الصدفي وهو ضعيف.
وأخرجه أحمد من حديث أبي ذر أن عكاف بن بشر التميمي . . . الحديث.
وفيه راو لم يسمَّ وبقية رجاله ثقات اهـ وقال ابن الجوزي: لا يصح.
قلت: رواية أحمد هي في المسند ٥/ ١٦٣ من طريق محمد بن راشد عن مكحول عن رجل عن أبي ذر به.
وهذا إسناد ضعيف لجهالة الراوي عن أبي ذر.
وأما إسناد أبي يعلى فهو ضعيف جداً بسبب معاوية الصدفي قال عنه يحيى: ليس بشيء، وقال أبو زرعة: أحاديثه كلها مقلوبة.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه البيهقي ٧/ ٧٨ من حديث أبي أمامة بلفظ: تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة، ولا تكونوا كرهبانية النّصارى. وإسناده ضعيف لضعف محمد بن ثابت البصري.
وأخرجه الديلمي ٢٤٨٥ من حديث ابن عمر: حجوا تستغنُوا وسافروا تصحوا فإني مباه بكم الأمم.
كذا وقع في مسنداً لفردوس. وقد ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١١٦ فقال: أخرجه الديلمي في الفردوس من حديث ابن عمر وفيه: تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم.
قال ابن حجر: والمحمدان ضعيفان اهـ.
أي محمد بن الحارث ومحمد البيلماني.

. . . .

فقيل: فرض كفاية للدليل الأول والأخير، وتعليق الحكم بالعام لا ينفي كونه على الكفاية لأن الوجوب في الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته، فإن كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية، وقد عقلنا أن المقصود من الإيجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم، ولذا صرح بالعلة حيث قال ﷺ «تزوّجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم[1]» رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض. وأما حديث عكاف فإيجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه. وقيل: واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق إلا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الأصول. وقيل: مستحب. وقيل: إنه سنة مؤكدة وهو الأصح، وهو محمل قول من أطلق الاستحباب، وكثيراً ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة. ونقل عن الشافعي رحمه الله: أنه مباح، وأن التجرد للعبادة أفضل منه، وحقيقة أفضل ينفي كونه مباحاً إذ لا فضل في المباح. والحق أنه إن اقترن بنية كان ذا فضل، والتجرد أفضل لقوله تعالى ﴿وسيدا وحصوراً ونبياً من الصالحين﴾ [آل عمران: ٣٩] مدح يحيى عليه السلام بعدم إتيان النساء مع القدرة عليه لأن هذا معنى الحصور. وحينئذ فإذا استدل عليه بمثل قوله ﷺ «من أراد أن يلقى الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر[2]» رواه ابن ماجه، وبقوله ﷺ «أربع من سنن المرسلين: الحنّاء، والتعطر، والسواك، والنكاح[3]» رواه الترمذي وقال: حسن غريب، وبقوله ﷺ «أربع من أعطيهن فقد أعطي خير الدنيا

وقوله (يعبر بهما) أي بلفظ ويبين لأن التعبير البيان، قال الله تعالى ﴿إن كنتم للرؤيا تعبرون﴾ أي تبينون، وإنما اختير لفظ الماضي للإنشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٠٥٠ وابن حبان ٤٠٥٧ والنسائي ٦/ ٦٥ ـ ٦٦ والحاكم ٢/ ١٦٢ والبيهقي في ٧/ ٨١ كلهم من حديث معاوية بن قرة عن معقل بن يسار: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد أفأتزوجها؟ قال: لا ثم أتاه الثانية فنهاهُ ثم أتاه الثالثة فقال: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم.

قال الحاكم: صحيح الإسناد وأقره الذهبي وهو كما قالا. رجاله ثقات وأخرج سعيد بن منصور في سننه ٤٩٠ وأحمد ٣/ ١٥٨ ـ ٢٤٥ وابن حبان ٤٠٢٨ والبيهقي ٧/ ٨١ ـ ٨٢ كلهم من حديث أنس.

وفيه: (تزوجوا الودود. .) وإسناده حسن فيه خلق بن خليفة صدوق وهو من رجال مسلم لكن اختلط بآخره وباقي رجاله ثقات. وللحديث شواهد تقدمت فهو صحيح.

(٢) منكر. أخرجه ابن ماجه ١٨٦٢ وابن عدي ٣/ ٣١١ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٦١ كلهم من حديث أنس قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف كثير بن سليم وفيه سلام بن سليمان بن سوار قال ابن عدي: عنده مناكير. وقال العقيلي: في حديثه مناكير.

وقال ابن الجوزي ما ملخصه: رواه ابن عدي من حديث علي وفيه جويبر قال يحيى: ليس بشيء.

وفيه عمرو بن جميع قال عنه يحيى: كذاب خبيث. وأما ما رواه ابن عدي من حديث ابن عباس. ففيه نهشل بن سعيد قال إسحاق بن راهوية: كان كذاباً. وفيه أيضاً محمد بن معاوية رماه أحمد ويحيى والدارقطني بالكذب.

وأما حديث أنس ففيه كثير بن سليم قال النسائي عنه: متروك وجرحه ابن حبان وفيه سلاّم. قال ابن عدي منكر الحديث.

(٣) حسن غريب. أخرجه الترمذي ١٠٨٠ وأحمد ٥/ ٤٢١ كلاهما من رواية الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب هذا إسناد الترمذي.

أما أحمد فرواه من طريقين عن حجاج عن مكحول قال: قال أبو أيوب قال رسول الله . فذكره وهذا منقطع بين مكحول وأبي أيوب.

قال الترمذي عقب حديثه: حسن غريب. ثم أسنده الترمذي عن عباد بن عوام عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب مرفوعاً بنحوه.

قلت: والحجاج ضعيف إلا أنه توبع في الاسناد الثاني الذي ساقه الترمذي.

وله طريق ثالث أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٥٣ من حديث ابن عباس وقال فيه: خمسة من سنن المرسلّين . . . الحديث.

زاد فيه: الحلم والحجامة. وحذف منه السّواك.

وقال الهيثمي: فيه إسماعيل بن شيبة قال عنه الذهبي: واهٍ وذكر له هذا الحديث اهـ وذكر له ابن حجر في التلخيص ١/ ٦٦ طريقاً رابعاً وإسناده ضعيف.

قلت: فالحديث ورد من عدة طرق وهو يرقى إلى درجة الحسن تنبيه: وقع في رواية الترمذي وأحمد: الحياء. بدل الحنّاء.

وكذا وقع في المجمع في حديث ابن عباس: الحياء وهو الصواب.

. . . .

والآخرة: قلباً شاكراً، ولساناً ذاكراً، وبدنا على البلاء صابراً، وزوجة لا تبغيه حوباً في نفسها ولا ماله[١]» رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وإسناد أحدهما جيد. له أن يقول في الجواب: لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وإنما أقول: التخلي للعبادة أفضل. فالأولى في جوابه التمسك بحاله ﷺ في نفسه وردّه على من أراد من أمته التخلي للعبادة، فإنه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين «أن نفراً من أصحاب النبي ﷺ قد سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم: لا أتزوج النساء، وقال بعضهم: لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وقال: ما بال أقوام قالوا: كذا وكذا، لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوّج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني[٢]» فرد هذا الحال رداً مؤكداً حتى تبرأ منه. وبالجملة فالأفضلية في الاتباع لا فيما يخيل للنفس أنه أفضل نظراً إلى ظاهر عبادة وتوجه، ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال، وكان حاله إلى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على ترك الأفضل مدة حياته، وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل في تلك الشريعة، وقد نسخت الرهبانية في ملتنا، ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي ﷺ وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «تزوّجوا فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء[٣]» ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الأقارب والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مئونة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي أيضاً سبباً لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة، فإن هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي، بخلاف ما إذا عارضه خوف الجور إذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن. وذكرنا أنه إذا لم يقترن به نية كان مباحاً عنده لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه. وأقول: بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكناً من قضائها بغير الطريق المشروع، فالعدول إليه مع ما يعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى لاستحسان حالته، قال ﷺ «ثلاثة حق على الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف[٤]» صححه

وقوله (على ما نبينه) يعني في أول فصل الوكالة في النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح **(وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج)** لأنه إن انعقد بغيره مثل التمليك مثلاً، فإما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لا سبيل إلى الأول لأنه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين، وليس كذلك إذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا إلى الثاني لعدم المناسبة بينهما **(لأن التزويج للتلفيق)** يقال: لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر، إذا لاءمت بينها بالخياطة

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٤/ ٢٧٣ من حديث ابن عباس وقال الهيثمي: ورجال الأوسط رجال الصحيح. وورد من حديث أبي أمامة نحوه رواه الطبراني وفيه ضعف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٦٣ ومسلم ١٤٠١ والنسائي ٦/ ٦٠ وأحمد ٣/ ٢٤١ ـ ٢٥٩ ـ ٢٨٥ والبيهقي ٧/ ٧٧ كلهم من حديث أنس قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عباد النبي ﷺ فلما أخبروا كأنهم تَقَالُّوها فقالوا: وأين نحن من النبي ﷺ وقد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر. قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر.
وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً، فجاء النبي ﷺ فقال: أنتم الذين قلتم: كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكنّي أصوم، وأفطر، وأصلي، وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني اهـ لفظ المصنف الكمال لمسلم. وهذا لفظ البخاري. وأخرجه ابن ماجه ١٨٤٦ من حديث عائشة باختصار.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الحاكم ٢/ ١٦٠ عن سعيد بن جبير عن ابن عباس موقوفاً وصححه الحاكم وأقره الذهبي.
ثم كرره الحاكم من وجه آخر عن سعيد عن ابن عباس موقوفاً أيضاً وسكت عليه الحاكم وصححه الذهبي. فالحديث موقوف كما ترى والله أعلم.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ١٦٥٥ والنسائي ٦/ ٦١ وابن ماجه ٢٥١٨ وابن حبان ٤٠٣٠ والحاكم ٢/ ١٦٠ و٢١٧ والبيهقي ٧/ ٨٧ والبغوي ٢٢٣٩ من عدة طرق كلهم عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً قال الترمذي: حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي والطواب أنه حسن كما قال الترمذي. لأن محمد بن عجلان صدوق وحديث حسن.

. . . .

الترمذي والحاكم. أما إذا لم يتزوّج المرأة إلا لعزّها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعاً، قال ﷺ «من تزوّج امرأة لعزّها لم يزده الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقراً، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه[(١)]» رواه الطبراني في الأوسط وقال ﷺ «لا تتزوّجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهنّ أن يرديهنّ، ولا تتزوجوهنّ لأموالهنّ فعسى أموالهن أن تطغيهنّ، ولكن تزوّجوهن على الدين، فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل[(٢)]» رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن ابن زياد بن أنعم، وعن معقل بن يسار قال «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه، ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك، ثم أتاه الثالثة، فقال: تزوّجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم[(٣)]» رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه. هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لأنه عبادة، وكونه في يوم الجمعة، واختلفوا في كراهة الزفاف، والمختار أنه لا يكره إذا لم يشتمل على مفسدة دينية. وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف[(٤)]» وفي البخاري عنها قالت «زفقنا امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال

---

(١) باطل. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٥٤ ومن طريقه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٥٨ وابن حبان في المجروحين ٢/ ١٩١ كلهم من طريق عبد السلام بن عبد القدوس عن إبراهيم بن أبي عبلة عن أنس مرفوعاً بهذا اللفظ قال الهيثمي: عبد السلام هذا ضعيف.
وقال ابن حبان: يروي عن ابن أبي عبلة الأشياء الموضوعة.
وقال ابن الجوزي: هذا حديث موضوع على رسول الله ﷺ وهو ضد ما في الصحيحين: تنكح المرأة لما لها ولحسنها ولجمالها ولدينها. وقال ابن حبان: عبد السلام يروي الموضوعات قال ابن الجوزي: وفي الاسناد أيضاً عمرو بن عثمان متروك الحديث قاله النسائي اهـ ولذا حث رسول الله ﷺ المغيرة في النظر لمخطوبته.
وصدق ابن الجوزي فالحديث باطل ولا مانع أن يتزوج المسلم المرأة لحسنها ولذا أباح الشرع نكاح الكتابيات مع أنهن مشركات فالذي يتزج كتابية إنما يتزوجها لحسنها لا لدينها. وعلى كل حال الحديث لم يصح له علتان عمرو بن عثمان متروك، وعبد السلام متهم بالوضع وقد اتهمه ابن حبان بوضعه.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٨٥٩ والبيهقي ٧/ ٨٠ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. ونقل عبد الباقي عن البوصيري قال البوصيري في الزوائد: في إسناده الإفريقي عبد الله بن زياد بن أنعم. ضعيف اهـ.
قلت: والصواب عبد الرحمن بن زياد بن أنعم. وهو ضعيف على كلٍ.

(٣) تقدم قبل قليل وإسناده صحيح.

(٤) منكر. أخرجه الترمذي ١٠٨٩ والبيهقي ٧/ ٢٩٠ وابن الجوزي في الواهيات ١٠٣٤ وكذا ابن عدي في الكامل ٥/ ٢٤٠ كلهم من حديث عيسى بن ميمون المدني عن القاسم بن محمد عن عائشة مرفوعاً بهذا اللفظ.
وإسناده ضعيف لضعف عيسى المدني. ضعفه البيهقي به.
وقال الترمذي: غريب حسن، وعيسى يُضعف في الحديث.
ونقل ابن عدي عن البخاري قوله: عيسى صاحب مناكير. وقال الفلاس: متروك. وقال ابن عدي: وعامة ما يرويه لا يتابعه أحد عليه.
وقال ابن حبان: يروي عن الثقات أشياء كأنها موضوعات روينا عن ابن مهدي قال: استعديت على عيسى فقلت: هذه الأحاديث التي تحدث بها عن القاسم عن عائشة؟ فقال: لا أعود.
قلت: فالحديث بهذا اللفظ مع ذكر المساجد تفرد به عيسى ولم يتابعه عليه أحد، ولم ينقل عن الأئمة، أو الصحابة، أو غيرهم من أصحاب القرون الثلاثة إعلان النكاح في المساجد، الضرب عليه بالدف، فحديث عيسى هذا منكر لم يعمل به العلماء فهو منكر بهذا اللفظ.
وورد بلفظ: أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال.
أخرجه ابن ماجه ١٨٩٥ والبيهقي ٧/ ٢٩٠ كلاهما من حديث عائشة وكذا ابن الجوزي في الواهيات ١٠٣٣ وفي الإسناد خالد بن إياس. ضعيف.
والغربال: الدُّف.
قال البوصيري في الزوائد: اتفقوا على ضعفه بل نسبه ابن حبان، والحاكم، والنقاش للوضع.
وقال البيهقي عقبه: ضعيف.
قال ابن الجوزي عقبه: قال أحمد: خالد هذا متروك، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات.
قلت: فهذا الحديث واه أيضاً وسيأتي ما هو أحس منه.

. . . .

النبي ﷺ: يا عائشة أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو[١]» وروى الترمذي والنسائي عنه ﷺ أنه قال «فصل ما بين الحلال والحرام الدفّ والصّوت[٢]» وقال الفقهاء: المراد بالدفّ ما لا جلاجل له، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول) قدمنا أن النكاح في عرف الفقهاء هو العقد، وهذا بيان لأن هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقداً مستعقباً لأحكامه، فلفظ النكاح في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد: أي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه، والكلامان هما الإيجاب والقبول. فما قيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أوّلا والقبول هي بقيد وقوعها ثانياً من أيّ جانب كان كل منهما، فما ذكر في الدراية وغيرها من قوله: لو قدم القبول على الإيجاب، بأن قال: تزوجت بنتك فقال: زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول، بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع، وكان الحامل على جعله الإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد آليتهما لهما فكانا خلافيهما. والحق ما أعلمتك ووصلهما إبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول في العرف فيعمم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة، فلو كتبا الإيجاب والقبول لا ينعقد، والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولي الطرفين أو ما يخص الحقيقة، وليس هذا بحدّ بل إخبارات منسوق بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال: وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لأنه توكيل، والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين، ولا إشكال في شيء من هذا، وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما

(والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً) فلا مناسبة بينهما. وقلنا المناسبة بينهما موجودة لأن **(التمليك سبب لملك المتعة في محلها)** يعني أن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة لإفضائه إليه (و) ملك المتعة **(هو**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٦٢ من حديث عائشة بهذا اللفظ.

وأخرج البخاري ٥١٤٧ باب ضرب الدف في النكاح والوليمة وأبو داود ٤٩٢٢ والترمذي ١٠٩٠ وابن ماجه ١٨٩٧ كلهم من حديث الرُّبَيِّع بنت مُعَوِّذ ابن عفراء قالت: جاء النبي ﷺ يدخل حين بُنِيَ عليّ ـ ورواية: بُني بيّ ـ ورواية: صبيحة عرسي ـ فجلس على فراشي فجعلت جويريات لنا يضربْنَ بالدف، ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إذ قالت إحداهنّ: وفينا نبيٌّ يعلم ما في غد، فقال: دعي هذه، وقولي بالذي كنت تقولين. قلت: فهذا شاهد صحيح لا مغمز فيه البتة.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٠٨٨ والنسائي ٦/ ١٢٧ وابن ماجه ١٨٩٦ والحاكم ٢/ ١٨٤ والبيهقي ٧/ ٢٨٩ وأحمد ٣/ ٤١٨ و٤/ ٢٥٩ كلهم من حديث محمد بن حاطب بهذا اللفظ زاد النسائي: في النكاح.

قال الترمذي: حديث حسن ومحمد بن حاطب قد رأى النبي ﷺ وهو غلام صغير.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي والراجح قول الترمذي: أنه حسن. فيه يحيىء به سليم فيه كلام لا يضر وللحديث شواهد فهو جيد، تنبيه: ولم يروه أبو داود.

فائدة: قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٢٢٦: الأحاديث القوية فيها الإذن في ذلك للنساء فلا يلتحق بهنّ الرجال لعموم النهي عن التشبه بهنّ اهـ.

الخلاصة: يتبين من الأحاديث المتقدمة أن النبي ﷺ أقر النساء اللاتي يغنين في يوم الفرح فاللهو، والفرح بالنسبة للنساء جائز بالاتفاق طالما كُنّ بعيداً عن أعين الرجال وأسماعهم. وأما بالنسبة للرجال قالوا رد في حقهمّ حضور الوليمة فقط. وأما ما يجري في أيامنا بما يسمى المولد. فهذا جائز إن لم يكن فيه منكر. فهناك من المنشدين من يمدح النبي ﷺ مدائح قد نهى ﷺ عنها كما أنه نهى المغنية في بيت الرُّبَيِّع في حديث البخاري، بقولها: وفينا نبي يعلم ما في غد. وللأسف يقع أكثر المنشدين في مثل هذا في أيامنا والاثم يقع عليهم وعلى العلماء الذين يسمعون هذا ولا يتكرون فهو سكوت عن الحق.

وأما الاجتماع عليه في المسجد والضرب بالدف. فالحديث لم يصح ولا هو حسن بل هو منكر لم يعمل به أحد من سلف الأمة. والله تعالى أعلم.

. . . .

اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية، وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لأن الحذف لدليل جائز في كل لسان، وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج، فعن هذا قلنا: إذا قالت زوّجتك نفسي فقال: قبلت، أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيراً ولا مفعول ولم يضفه إلى الموكل نفذ عليه. في التجنيس: رجل خطب لابنه الصغير امرأة، فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبي الزوج: دادم بزنى اين دختررابهزا ردرم[1]، فقال أبو الزوج: بزيرفتم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه، بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة: زوّجت بنتي من ابنك، فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لإضافة المزوّج النكاح إلى الابن بيقين، وقول القابل: قبلت جواب له، والجواب يتقيد بالأوّل فصار كما لو قال: قبلت لابني، ونظير الأوّل في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا بألف ولم يقل منك، فقال الآخر: اشتريت صح ولزم، وكذا لو قالت المرأة بالفارسية: خويشتن خريدم بعده وكآبين، فقال الزوج: فروختم صح ولزم وإن لم يقل منك **(قوله يعبر بهما عن الماضي)** مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت. وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف، وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول، ولو قالت عرّستك نفسي فقبل ينعقد، ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعاً فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه، والمراد **(بقوله جعلت للإنشاء شرعاً)** تقرير الشرع ما كان في اللغة، وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار فأفيد بها ما يلزم وجوده وجود اللفظ، ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى **﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** [النساء: ٢٩] عدّينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة أتزوجك فقالت زوّجت نفسي انعقد، وفي المبدوء بالتاء نحو تزوّجني بنتك؟ فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال، بخلاف الأول لأنه لا يستخبر نفسه عن الوعد. وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا: لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال. في شرح الطحاوي: لو قال: هل أعطيتنيها فقال أعطيت، إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح، فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهى ليس بشيء على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهراً، ولو قال باسم الفاعل فكذلك. عن أبي حنيفة: إذا قال جئتك خاطباً بنتك أو لتزوجني ابنتك فقال الأب زوّجتك فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا، والانعقاد بقوله أنا متزوّجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء، وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل: يعني الأمر، فلو قال زوّجني بنتك فقال زوجتك انعقد، ومنه كوني امرأتي ينعقد إذا قبلت. وفي النوازل: قال زوّجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح، غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائماً بالمجيب، وصرح غيره بأنها نفسها إيجاب فيكون قائماً بهما. في فتاوى قاضيخان قال: ولفظة الأمر في النكاح إيجاب، وكذا في الطلاق إذا قالت طلقني

الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله في محلها احترازاً عن تمليك الغلمان والبهائم والأخت الرضاعية والأمة المجوسية فإنها ليست بمحل لملك المتعة. واعترض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به.

---

(١) فارسي.

. . . .

على ألف فطلق كان تاماً، وكذا في الخلع، وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة، وكذا لو قال هب لي هذا العبد فقال وهبت في مسائل أخر ذكرها، وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أوّلاً وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً. ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس. وجوابه بأنه في ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس، والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلاً وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب، إذ جوابه ما ذكره المصنف في البيع بأنه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فصح دون البيع، وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، فلذا قيل: المثال الصحيح أتزوّجك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال، وعرف من هذا أن شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافاً للشافعي رحمه الله. وقد يوهم ما ذكر في المنية قال: زوجتك بنتي بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول، وقيل لا أن فيه خلافاً وإن كان المختار الصحة، وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفاً بكونه خاطباً، فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهراً في رجوعه فيحكم به أوّلاً، فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لأن الفور شرط مطلقاً، والله سبحانه أعلم. وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قيل لا ينعقد لأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكماً، فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز، وإن كانا في سفينة سائرة جاز، وستعرف الفرق في البيع إن شاء الله تعالى.

[فروع] تزوّج باسمها الذي تعرف به، حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالأخير لأنها صارت معروفة به، ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوّجتك بنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة، ولو قال زوّجتك بنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على إحداهما ولو قال: زوّجت بنتي فلانة[1] من ابنك فقبل وليس لهما إلا ابن واحد وبنت صح، وإن كان لهما ابنتان أو ابنان لا، إلا أن يسميا البنت والابن. ولو زوّج غائبة وكيل فإن كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز، وإن لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها، أما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوّجت هذه وقبلت جاز لأنها صارت معروفة بالإشارة، وأما الغائبة فلا تعرف إلا بالاسم والنسب. وقيل: يشترط في الحاضرة كشف النقاب، وسنذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح إن شاء الله تعالى. وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب. وفي التجنيس: له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد: زوجتك بنتي عائشة ولم تقع الإشارة إلى شخصها لا يصح، فإنه إذا لم يشر إليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم. وفي النوازل: قال أبو بكر: خنثى مشكل زوّج من خنثى مشكل برضا الولي فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لأن قوله زوجتك يستوي من الجانبين. وفي صغيرين قال أبو أحدهما: زوّجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز لذلك أيضاً. وقال العتابي: لا يجوز. وفي المنية: زوّجت وتزوّجت يصلح من الجانبين. وفي التجنيس: رجل قال لامرأة بحضرة الشهود: راجعتك فقالت المرأة: رضيت يكون نكاحاً. فإنه نص في الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً إن راجعتك فعبدي حرّ

وأجيب بأن إفساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لا محالة، بل من حيث إبطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل، وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة. وقوله (وينعقد بلفظ البيع) يعني بأن تقول المرأة بعتك نفسي أو قال أبوها بعتك بنتي بكذا وكذا بلفظ الشراء بأن قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا

---

(١) الأولى حذف فلانة. لأنه إن ذكر فلانة وسماها. فقد صحح ولو كان عنده أكثر منه واحدة. وهذا ما أراده المصنف.

. . . .

تنصرف الرجعة إلى النكاح لأن الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر إلى المحل والمحل هنا لا يقبل-الرجعة المعروفة فانصرفت إلى النكاح، وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى. ثم قال: وذكر في الأجناس لو طلق امرأة بائناً ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فإن هذا نكاح جائز. وإن لم يذكر مالاً فليس بنكاح إلا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحاً فكان نكاحاً، فتبين بهذا أن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اهـ. وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلاً بين المبانة والأجنبية. ففي المبانة يكون نكاحاً وفي الأجنبية لا وسكت عليه وهو الأحسن. فإن التزوّج بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها. رجل وامرأة أقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وأنا زوجها، وقالت: هو زوجي وأنا امرأته وقال الآخر: نعم لا ينعقد النكاح بينهما، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت، ولهذا لو أقر لإنسان بمال كذباً لا يصير ملكاً له، وكذا لو قالا: أجزناه أو رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه. ولو قال الشهود: جعلتما هذا نكاحاً فقالا نعم انعقد لأنه ينعقد الجعل، حتى لو قالت: جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفاً على أن تكوني امرأتي فقبلت ثم قال زوّج بنتك فلانة مني بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد. في التجنيس كأنه لأنه كالمضاف إلى ما بعد الدفع ولا ينعقد بالمضاف. لو قال: زوجتكها غداً فقبل لا يصح، فعدم صحة المعلق أولى. وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل: يكون ذلك نكاحاً ولم يذكر خلاف قوله، ويجوز النكاح المعلق إذا كان على أمر مضى لأنه معلوم للحال. وعليه فرّع ما لو قال: خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال: زوّجتها من فلان قبل هذا فلم يصدّقه الخاطب فقال: إن لم أكن زوّجتها من فلان قبل فقد زوّجتها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوّجها من أحد صح النكاح، لأن التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز، وإذا أضاف النكاح إلى نصفها مثلاً فيه روايتان، والأصح عدم الصحة، كذا في فتاوى قاضيخان. وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق (**قوله وينعقد الخ**) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام: قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب. وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد. وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد. وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به. والأوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو أقرب إليه، وهكذا فعل المصنف إلا في لفظ الوصية.

[القسم الأول] ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بألف خلافاً للشافعي، وجوازه عندنا بطريق المجاز، فإن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية بلا خلاف، وإنما الكلام في تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعي بناء على انتفاء ما يجوّز التجوّز. أما إجمالاً فإنه لو وجد لصح أن يتجوّز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مراداً به ملكتك، كما يقال ملكتك نفسي أو بنتي مراداً به أنكحتك، وليس فليس. وأما تفصيلاً فلأن التزويج هو التلفيق وضعاً والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به، وإن صح هذا الوجه عنه كان معترفاً بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه العقد إلا أن يعني فيما تقدم أنه في لسان الشرع بناء على النقل (**ولنا أن التمليك**) أي معناه الحقيقي (**سبب لملك المتعة في محلها بواسطة**) كونه سبب (**ملك الرقبة و**) ملك في محلها (**هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز**) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه في الأصول من أنه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا إلا إذا كان المقصود من شرعية السبب

. . . .

فيقول زوجتك) لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى **(وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة)** وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازاً عنه لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا. ولنا أن

شرعيته كالبيع لملك الرقبة، وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة. والجواب عن الثاني منع أنه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة. وقوله ولذا يفسد النكاح الخ. قلنا: فساده للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكاً لكل الآخر، وكون ذلك الآخر مالكاً بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على ما نبين إن شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج، وللشافعي أيضاً أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة إظهاراً لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعاً، والجواب منعها، بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص. قال الله تعالى **﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي﴾** [الأحزاب: ٥٠] عطفاً على المحللات في قوله تعالى **﴿إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك﴾** [الأحزاب: ٥١] والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها، وقوله تعالى **﴿خالصة لك من دون المؤمنين﴾** [الأحزاب: ٥٠] يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفي الحرج، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصاً بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة وقوعه في مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهراً خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين. أما هم فقد علمنا ما فرضناه عليهم في أزواجهم من المهر وغيره، وأبدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقاً بأحللنا قيداً في إحلال أزواجه له لإفادة عدم حلهن لغيره ﷺ، وله أيضاً أن الشهادة شرط في النكاح، والكناية لا بد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها. قال في شرح الكنز: قلنا ليست شرطاً مع ذكر المهر، وذكر السرخسي أنها ليست بشرط مطلقاً لعدم اللبس كقولهم للشجاع: أسد، وكما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اهـ. ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعي أمرين: أحدهما انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازي، ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسي منك أو آجرت نفسي منك وقبل لا ينعقد. والآخر وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازي، ولذا لو قال أبو البنت: وهبت بنتي منك لتخدمك وقبل لا ينعقد هذا في الحكم به، أما في جواز التجوّز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها، وذلك لأن اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنسبته إلى غيره، فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له أو إرادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه فالإرادة لازمة في المحلين، غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفتقر إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه، وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه، بخلاف حكمه بإرادة ما لم يوضع له حيث يفتقر إلى دليل إرادته، فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به، ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أو لا يجيزه: أن يقول آجرت بنتي ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ. بخلاف ما إذا قال

فأجابت بنعم، أشار إليه محمد في كتاب الحدود. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول أبي بكر الأعمش إنه لا ينعقد بلفظ البيع لأنه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال، ووجه الصحيح وجود طريق المجاز. وقوله **(ولا ينعقد بلفظ الإجارة في الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي إنه ينعقد بها لأن المستوفي بالنكاح منفعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين، وقد سمي الله تعالى العوض أجراً في قوله تعالى فآتوهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة. ووجه الصحيح أن الإجارة لا تنعقد شرعاً إلا مؤقتة، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة، فقال المصنف **(لأنه ليس بسبب لملك المتعة)** لعدم إفضائها إليه **(ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا)** يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة، وذلك لأن لفظ الإباحة

التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز. وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز (ولا ينعقد بلفظ الإجارة) في الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة (و) لا بلفظ (الإباحة والإحلال والإعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت.

بعتك بنتي بحضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو البيع للحرية يوجب الحمل على المجازي فهو القرينة فيكتفي بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة. في البدائع: لو قال لرجل: وهبت أمتي منك، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلاً أو معجلاً ينصرف إلى النكاح، وإن لم يكن الحال يدل على النكاح، فإن نوى وصدّقه الموهوب له فكذلك، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة اهـ. والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره. وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال: ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفي عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية، إذ عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى ضهورها وفهمها. وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بإرادة المجازي نظرا إلى تعذر الحقيقي وكونه متكلماً واعياً، وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم. نعم قد يقال في عقد الملجإ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلجاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازي إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط، أو مريداً حقيقته للتخلص وهي متعذرة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها. والذي أقيم مقام المعنى في قوله ﷺ «ثلاث جدّهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة[1]» هو الحقيقة دون المجاز، والله أعلم، وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه تقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أما أوّلاً فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في التزوج فإنه يقع به الفرقة إذا نوى بقوله تزوجّي، والحق أن الهبة فيها علاقة السببية لملك فيتجوز بها، غير أنه إذا أضاف

والإحلال لا يوجب ملكاً أصلاً، فإن من أحل لغيره طعاماً أو أباحه له لا يملكه فإنما يتلفه على ملك المبيح (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت) ولو صرح بلفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٩٤ والترمذي ١١٨٤ وابن ماجه ٢٠٣٩ والطحاوي ٢/ ٥٨ وابن الجارود ٧١٢ والحاكم ٢/ ١٩٨ والدارقطني ٣/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧ كلهم من طريق عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال الترمذي: حسن غريب.
وقال الحاكم: صحيح وعبد الرحمن بن حبيب بن أردك من ثقات المدنيين.
وقال الذهبي عقبه: قلت: فيه لين يعني ابن أردك.
قلت: وكذا قال الحافظ ابن حجر في التقريب عن ابن أردك: لين الحديث.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٤: ورواه الحارث ابن أبي أسامة في مسنده من طريق ابن لهيعة عن عبادة بن الصامت مرفوعاً بلفظ: لا يجوز اللعب في ثلاث. الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهنّ: وجَبْنَ اهـ.
وإسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة وفيه انقطاع.
وأخرج عبد الرزاق من حديث أبي ذر نحوه وإسناده واهٍ.
كما في نصب الراية ٣/ ٢٩٤.
وأخرج ابن أبي شيبة ٧/ ١٠٤/ ٢ وابن أبي حاتم في تفسيره ١/ ٤٧ والطبري ٥/ ١٣ من طرق عن الحسن قال: كان الرجل في الجاهلية يراجع ويطلق ويقول: كنت لاعباً. ويعتق ثم يراجع ويقول: كنت لاعباً فأنزل الله تعالى ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾ فقال رسول الله ﷺ: من طلق أو حرر أو أنكح أو نكح فقال: إني كنت لاعباً فهو جائز اهـ. وقوله جائز: أي وجب واستحق ولزم. وللحديث شواهد عن عمر وعلي ذكرهما الزيلعي في نصب الراية. فالحديث بمجموع طرقه مع مرسل الحسن تتقوى ويرقى الحديث إلى درجة الحسن. لذا قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١٠: فهو حسن.
تنبيه: قال الزيلعي: من الفقهاء من يجعل بدل الرجعة اليمين وهو غريب، ومنهم من يجعل: العتاق وهو غريب اهـ أي ضعيف والصواب كما وقع عند الجماعة: الرجعة.

. . . .

الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا، وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحاً، فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير لملك الرقبة إذ لم يجي الطلاق إلا باعتبار استعارتها له.

[القسم الثاني] ما اختلفوا في الانعقاد به، والصحيح الصحة نحو: بعت نفسي منك بكذا أو ابنتي أو اشتريتك بكذا فقالت: نعم ينعقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبي بكر الأعمش، وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح، وجهه ما قدمنا في تقرير التمليك. واختلف في الانعقاد بلفظ السلم فقيل: لا لأن السلم في الحيوان لا يصح. وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقبة. والمنقول عن أبي حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد، حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسداً لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما، وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان. وفي البدائع: قيل لا ينعقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين، والمعقود عليه هنا يتعين. وقيل ينعقد لأنه يثبت به ملك العين في الجملة. وظاهر هذا أنهما قولان، وكأن منشأهما الروايتان، وأما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به، وقيل لا لأنه في معنى الإعارة. قيل الأول قياس قولهما، والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ثبوت الملك به في العين وعنده لا. وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا ينعقد به، وذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح: ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز.

[القسم الثالث] لا ينعقد بالإجارة في الصحيح احترازاً عن قول الكرخي، وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك. وجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد إلا مؤقتة، والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادّا، فلا يستعار أحدهما للآخر. وقد يقال: إن كان المتضادّان هما العرضان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لأنه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به. والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعاً خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض، غير أنه إذا وقع مجرداً لا يعتبر شرعاً على مثال الصلاة هي القيام الخ، ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر، ولا يقال: إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة، ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفي السببية التي هي العلاقة، فإن الإجارة ليست سبباً لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإعارة، وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة. أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتي هذه أو أسلمتها إليك في كر حنطة ينبغي أن لا يختلف في جوازه، فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب. قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت) وعن الطحاوي ينعقد لأنه يثبت به ملك الرقبة في الجملة. وعن الكرخي إن قيد الوصية بالحال بأن قال: أوصيت لك ببنتي هذه الآن ينعقد للحال لأنه به صار مجازاً عن التمليك اهـ. وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذ. والحاصل أنه إذا قيدت بالحال يصح، أو بما بعد الموت بأن قال: أوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحاً، ولو قال: أوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحاً، وعن الطحاوي ينعقد، ثم كون الإضافة إلى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه، وإلا فمجرد الإضافة يستقل بعدم الصحة لو قال زوّجتكها غداً لم يصح وحاصل الوجه أن الإضافة مأخوذة في مفهوم الوصية وعدمها في النكاح فتضادّا، ولا يتجوّز بلفظ أحد الضدين عن الآخر، بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الإضافة إلى ما بعد القبض، بل هي تمليك العين بلا بدل، ثم هو يتأخر فيما إذا كان الموهوب ليس في يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض، ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ.

. . . .

. . . .

[القسم الرابع] لا ينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المتعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار إليه بقوله لما قلنا، ولا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت.

[فروع: الأول] كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد، ويجب له الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن دخل بها، الثاني: لو لقنت المرأة زوّجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أولا يعلمون صح كالطلاق، وقيل: لا كالبيع كذا في الخلاصة. ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه، وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع، فالثلاثة الأول واقعة في الحكم، ذكره في عتاق الأصل في باب التدبير، وإذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان: ينبغي أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل، بخلاف البيع ونحوه. وأما في الخلع إذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدّتي فقالته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه، قيل لا يصح وهو الصحيح. قال القاضي: وينبغي أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة، وكذا لو لقنت أن تبرئه، وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لا يبرأ. الثالث: إذا سمى المهر مع الإيجاب بأن قال: تزوّجتك بكذا فقالت: قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا: لا يصح، ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها، لأنه ما أوجب النكاح إلا بذلك القدر المسمى. فلو صححناه إذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه، بخلاف ما إذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لا زم فيلزمه ما التزمه، ولو قالت: قبلت النكاح ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى. وقد يخالفه ما في المنتقى: عبد تزوّج على رقبته بغير إذن المولى فبلغه فقال: أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الأقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع: أمة تزوجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال: أجزت النكاح على خمسين ديناراً ورضي به الزوج جاز لأن هذه مقرونة برضا الزوج فهي ملحقة بإجازته. والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وإن خالف ما عن محمد. الرابع: ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب، وصورته أن يكتب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً قد كتب إليّ يخطبني فاشهدوا أني زوّجت نفسي منه، أما لو تقل بحضرتهم سوى: زوّجت نفسي من فلان لا ينعقد لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح. وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا، ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوّجيني نفسك فإني رغبت فيك ونحوه، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً فقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف، ثم رجع وجوّزه من غير شرط إعلام الشهود بما فيه وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال في المصفى: هذا يعني الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج، أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوّجي نفسك مني لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل. قال: وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضي بالنكاح، وعنده تقبل ويقضي به، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد، وهذا الإشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل. وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. واعلم أن ما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لا شبهة فيه على

. . . .

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولاً

قول المصنف والمحققين، أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجاباً كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار أعلامها إياهم بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكاتب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف، وعلى هذا ما صدّرنا به المسئلة. الخامس: ينعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة. السادس: ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلاميهما، وسنفصله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح. السابع: لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة، فلو قال أتزوّجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجباً لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد. الثامن: لا يجوز تعليق النكاح بالخطر، لو قال إذا جاء فلان فقد زوّجتك بنتي فلانة فقبل فجاء فلان لا ينعقد، وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إلزام. والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو إسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر، إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس. في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها: إذا قال تزوّجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحاً بغير مشيئة، كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال: لكن إذا بدأت المرأة، أما إذا بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح، ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة اهـ. وهذا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر، وما من جانب الرجل إيجاب تقدم أو تأخر، وقد قدمنا قريباً أن الحق أن الأول إيجاب من أيّ جهة كان، والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل، كما لو قال تزوّجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له، بخلاف ما لو قال إن رضي أبي لا يجوز، بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال زوّجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق، كذا أجاب بعض المشايخ، وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر إن شاء الله تعالى. التاسع: إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه، حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح، كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد، لأن أوّل الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير أوّله، وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله. العاشر: ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله ﷺ «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق، والرجعة[1]» رواه الترمذي من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ، ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكره (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين إذ سيأتي أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك. وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي، ونقل عن أبواب الأمان من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعوا، وعلى هذا جوزوه بالأصمين والنائمين، والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من الحضور وسيأتي تمامه. أما اشتراط الشهادة فلقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود[2]» قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد) وظاهر أنه حجة عليه في الأمرين: اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد، لكن المقصود أنه

. . . .

---

(١) تقدم في الذي قبله وهو حسن. وقول المصنف: في رواية أبي داود بدل الرجعة العتق. غير سديد. فإن رواية العتق ليست في السنن كلها كما تقدم.

(٢) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٦٧: غريب بهذا اللفظ. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٥٥.

وتعقبهما القاسم بن قطلبغا في تعليقاته فقال: أخرجه محمد بن الحسن في الأصل بلاغاً، ووصله الخطيب.

قلت: وهذا ليس بشيء حيث لم يوجد في كتب المحدثين وقد ذكر الدارقطني عشرات الروايات دون أن يذكره بهذا اللفظ. ووصل الخطيب إياه لا يثبته فإن كتبه مشحونة بالأحاديث الضعيفة والموضوعة وأحياناً ينبه على ذلك هو نفسه.

كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف) اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود» وهو

حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الإشهاد، وإنما زاد ذكر الإعلان تتميماً لنقل مذهبه. ونفي اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبي ثور وأصحاب الظواهر. قيل وزوّج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود[1]» رواه الدارقطني. وروى الترمذي من حديث ابن عباس «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود[2]» ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير، ووقفه في الطلاق، لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه ﷺ قال «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدى عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له[3]» قال ابن حبان: لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا، وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام: إن حديث

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولاً كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بشهود» واعترض بأنه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به. وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح، ولو أمر الشاهدين أن لا يظهروا العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام «أعلنوا النكاح ولو بالدف» والجواب أن الإعلان

(قوله وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور الخ) أقول: فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح) أقول: يعني عنده.

---

(١) لم يروه الدارقطني بهذا اللفظ مع كثرة الروايات في هذا الباب وإنما أخرجه من عدة طرق عن جماعة من الصحابة مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل. راجع سنن الدارقطني ٣/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ ـ ٢٢٧ ـ وسيأتي الكلام عليه.

(٢) الصواب وقفه. أخرجه الترمذي ١١٠٣ و١١٠٤ من حديث ابن عباس.
وقال الترمذي: رفع عبد الأعلى هذا الحديث في التفسير وأوقفه في كتاب الطلاق. ثم أسنده الترمذي من وجه آخر موقوفاً وقال: هذا أصح. والمرفوع غير محفوظ كذا رواه أصحاب قتادة موقوفاً. وأخرجه البيهقي ٧/ ١١٠ من حديث أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً. ورجح الوقف. حيث جعل لفظ أبي هريرة: وكنا نعد التي تُزَوِّج نفسها زانية.
وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٨٦: رواه الطبراني في الأوسط من حديث ابن عباس وفيه الربيع بن بدر: متروك.
قلت: فالمرفوع وهم وإنما ورد عن ابن عباس وأبي هريرة موقوفاً. وهو الصحيح.

(٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٤٠٧٥ من حديث عائشة بهذا اللفظ وقال ابن حبان: ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر. ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٦ والبيهقي ٧/ ١٢٥ قال الشيخ شعيب الأرناؤوط في تخريجه لابن حبان: إسناده حسن.
قلت: وهو كما قال: رجاله ثقات فيه سليمان بن موسى روى له مسلم وأصحاب السنن، وقال ابن حجر في التقريب: صدوق في حديثه بعض لين اهـ.
وله شواهد منها ما أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٧ والبيهقي ٧/ ١٢٥ كلاهما من حديث هشام عن عروة عن عائشة مرفوعاً ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.
وأخرجه الدارقطني من حديث ابن مسعود في ٣/ ٢٢٥ وهو ضعيف وورد من حديث عمران بن حصين.
أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٨٧ قال الهيثمي: فيه عبد الله بن محرز متروك.
ومن حديث ابن عمر. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٥. وفيه ثابت بن زهير منكر الحديث قاله البخاري ومن حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ وكذا الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٨٦ وفي إسناد البيهقي المغيرة بن موسى واهٍ وفي الطبراني سليمان بن أرقم قال الهيثمي: متروك.
وورد من حديث أبي موسى. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط وقال الهيثمي: فيه أبو بلال الأشعري ضعيف.
ومن حديث جابر أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٧٦ وقال الهيثمي: فيه محمد بن عبد الملك الواسطي إن كان الكبير فهو ثقة وإلا لا أعرفه.
ومن حديث ابن عباس. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٨٦ وقال الهيثمي: فيه الربيع بن بدر متروك.
قلت: وأخرجه البيهقي ٧/ ١٢٦ عن ابن عباس موقوفاً.
فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق وإن كانت واهية بل أكثرها شديد الضعف إلا أنه يستأنس بها فالحديث حسن.
لذا نقل ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٥٦ عن الشافعي قوله: هذا وإن كان منقطعاً، فإن أكثر أهل العلم يقولون به اهـ.
ذكر ذلك الشافعي عقب روايته عن الحسن البصري مرسلاً.
ومن طريقه الشافعي أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ فالحديث حسن إن شاء الله والعمل عليه عن عامة الفقهاء، وأهل الحديث.

حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الشهادة، ولا بدّ من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية، ولا بدّ من اعتبار العقل والبلوغ، لأنه لا ولاية بدونهما، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا

الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به: أعني قوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** [النساء: ٣] الآية، فيندفع به الإيراد المعروف، وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد. وجواب آخر، وهو أنه خص منه المحرّمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانياً، ولو عدل إلى النص في قوله تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** [النساء: ٢٤] فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمشركة ونحوها.

واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين: في الشهادة على ما ذكرنا، وفي الإعلان. واستدلوا لمالك في إثباته بالمنقول من قوله ﷺ في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه ﷺ «أعلنوا بالنكاح[1]» رواه الترمذي وقال: حسن غريب. وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سراً فضده يكون جهراً لتنتفي التهمة. والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع، يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره، وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الإعلان وادعاء العمل بها باشتراط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان، وكلام المبسوط حيث قال: ولأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعاً وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سراً. وقول الكرخي: نكاح السرّ ما لم يحضره شهود، فإذا حضروا فقد أعلن قال:

وسرك ما كان عند امرىء وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه: فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر، فقلنا نعم وقالوا لا. ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح. فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد **(قوله لعدم الولاية)** يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لأن تلك يحتاج إليها الأداء، وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وإن لم يكن من شرط هذه الشهادة الأداء، فإذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه. والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم. ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج إلى الأداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضوره جازت شهادتهما وإن لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما. هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقاً، واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة ولا إجماع في نفيها. وحكي عن أنس أنه قال: ما علمت أحداً ردّ شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا، وتقبل شهادته على النبي ﷺ في رواية الأخبار. والذي ذكر من

يحصل بحضور الشاهدين حقيقة، وأما اشتراط الحرية فلأن العبد لا شهادة له **(لعدم الولاية)** والشهادة من باب الولاية. واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبي، وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء، وكلامنا في حالة الانعقاد، فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين إذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال. وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدّية وليست بمرادة ههنا، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيماً لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة، وكذلك اعتبار العقل والبلوغ **(لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام)** قال المصنف **(لأنه لا شهادة للكافر على المسلم)** يعني أنه من باب الولاية، ولا ولاية له على المسلم، وفيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطاً. والجواب أنا قد ذكرنا

---

(١) تقدم مستوفياً في ٦/ ١٨٩ وهو حديث قوي بهذا اللفظ.

شهادة للكافر على المسلم، ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين» وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى، وستعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة. ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل

المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فإنه لا تلازم عقلاً بين تصديق مخبر في إخباره بما شاهده بعد كونه عدلاً تقياً وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعاً لم لا يجوز أن يبتلي عبد من عباد الله بالرق ويقبل إخباره؟ كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه، ولذا جاز بعدوّي الزوجين ولا أداء لهما، وغاية ما يلمح فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعاً ولم يصحح له التصرف التحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور. وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال: ولأن النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور. فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر ولا خطر في إحضار مجرد العبيد والصبيان، وكذا أهل الذمة في أنكحة المسلمين، وكذا النساء منفردات عن الرجال، فشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل. وعلى اعتباره الأولى أن ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو، وهذا الذي أدين الله به **(قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي. له أن الشهادة من باب الكرامة)** حقيقته الرجوع إلى الوجه الأول القائل بأنها شرطت إظهاراً للخطر وهو معنى التكرمة **(والفاسق من أهل الإهانة)** فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره. عارضة المصنف بقوله **(ولنا أنه)** أي الفاسق **(من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة)** تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فأطال: أي لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة، فهذه دعوى ملازمة شرعية. وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى في حيز المنع كالأولى فعللها بقوله لأنه من جنسه: أي لأن الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه. وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ. وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل، فكل مسلم يتعلق به من خطابات الأحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعاً فسقه سالباً لأهلية الولاية مطلقاً فجاز ثبوتها على غيره لأنه كنفسه، إلا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه، وإذا استشهده فقد استولاه ورضي به فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لأحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه: أي سماعه. أما الأداء فمتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضي. وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهداً فتثبت شهادته لعدم النافي. والوجه السابق من اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة. والحق أن هذا الوجه إنما ينفي ما ذكرناه من إحضار الفساق حال سكرهم على ما فرعوا من أنه إذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وإن كانوا بحيث ينسونه إذا صحوا وهو الذي قدمناه آنفاً. أما من كان في نفسه فاسقاً وله مروءة وحشمة فإن

أن الشهادة وصفة الشاهدين إنما كانت تعظيماً ولا تعظيم لشيء بسبب حضوره للكفار **(ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي)** ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك، وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافاً للشافعي، هو يقول **(الشهادة من الكرامة)** لأن في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير إكراماً له لا محالة **(والفاسق من أهل الإهانة)** لجريمته، ودليله يتم بأن يقول: والفاسق ليس من أهل الكرمة، ولكن عدل عنه إلى ما ذكر لأنه يستلزم ذلك، وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة **(ولنا أن الفاسق من أهل الولاية)** على نفسه لأن له أن يزوّج نفسه

(قوله والجواب، إلى قوله: إنما كانت تعظيماً) أقول: فيه بحث **(قوله ولنا أن الفاسق، إلى قوله: ويفر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره)** أقول فيه بحث.

الشهادة، وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه، ولأنه صلح مقلداً فيصلح مقلداً وكذا شاهداً. والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملاً، وإنما الفائت ثمرة الأداء،

إحضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور، فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فسقهم، والله أعلم (قوله ولأنه صلح مقلداً) بكسر اللام المشددة. وجه ثان ذكره المصنف في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو أنه صلح مقلداً: أي سلطاناً وخليفة (فيصلح مقلداً) بفتح اللام: أي قاضياً (وكذا شاهدا) بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ، فعلى الأول هي ملازمة واحدة. حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التي هي أعم ضرراً ونفعاً صلح للصغرى التي هي الأقل وهي القضاء والشهادة بطريق الأولى. بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فإنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم إنكار السلف ولا يتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره. وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة، والأول سبب للثاني في كل منهما. فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة. وأجيب بأن قوله فكذا شاهداً عطف على مقلداً بكسر اللام وإن تخلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر، ومسببيته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ، وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر.

[فرع] في فتاوى النسفي: للقاضي أن يبعث إلى شفعوي ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى، وكذا لو كان بغير وليّ فطلقها ثلاثاً فبعث إلى شافعي يزوجها منه بغير محلل ثم يقضي بالصحة، وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئاً ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد، كذا في الخلاصة، ثم قال: قال الإمام ظهير الدين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في اليمين المضافة، أما لو فعلوا فقضى ينفذ (قوله لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم) ينتج لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال: فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته، وإذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه، فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم، وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر، فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري، وقدمنا أن ممن قال به السغدي والإسبيجابي لم يتم. ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصمّين على ما هو الأصح، وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتابة من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة

وعبده وأمته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره، وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية. فإن قيل: الولاية على نفسه ولاية قاصرة، ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية

(قال المصنف: وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يجوز، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم) أقول: وكان الظاهر أن يستدلا على مطلوبهما، بأن يقال: لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالي باطل، إلا أنهما عدلا عنه (قال المصنف: والشهادة شرطت على العقد)أقول: يعني على اعتبار إثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله إن الشهادة شرطت في النكاح الخ فليتأمل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت الخ) أقول: ينبغي أن يصور تركيب الحجة هكذا: الشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها، وكل شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول: فيه بحث، فإن حصر شرط إثبات ملك المتعة عليها في الشهادة مما لا تمس الحاجة إليه أصلاً، وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لا صريحاً ولا التزاماً، ويكفي في إثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة.

بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين. قال (وإن تزوّج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: لا يجوز) لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم

عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول: إن فلاناً كتب إليّ يخطبني ثم تشهدهم أنها زوّجته نفسها، أم لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع. ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص في فتاوى قاضيخان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معاً كلامهما مع الفهم. أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح، قال وبه أخذ عامة العلماء اهـ. إذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد، وعن أبي يوسف: إن اتحد المجلس جاز استحساناً وإلا فلا، وعنه: لا بد من سماعهما معاً، وأما الثاني فعن محمد: لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهمها لم يجز. وعنه: إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز وإلا فلا، وحكى في فتاوي قاضيخان خلافاً فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) أي ملكه عليها (لوروده على حمل ذي خطر) وهو بضع أنثى ليست مملوكة له محللة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم، وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار السامعين العقلاء إظهاراً لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من المحافل، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك. فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع بكل وإلا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه، إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في موضع، ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشترك لأنه ثبت تبعاً لملك البضع ولا تشترط للتوابع وإلا وجب الإشهاد على شراء الأمة للوطء فإن ملكه من توابع ملك رقبتها. وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز بذميين فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعاً، ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته، حتى لو أسلما بقي على الصحة (بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج) لأن الشهادة اشترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم بهما فلا بد من سماعهما. هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لا عليه إذا أنكر. وعند محمد لا تقبل إلا أن يقولا كان معناً مسلمان. وعنه لا تقبل مطلقاً لإثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما. ولو أسلما ثم أدّيا تقبل على كل حال عندهما لأن سماعها كلام المسلم معتبر وامتناع الأداء للكفر. وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالا كانا معنا مسلمان عند العقد. ولو كان الشاهدان ابنيها قبلا عليها فقط، أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما، كما لو كانا أعميين أو أخرسين سميعين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم، والعدوّان على التفصيل، فعدوّاه يقبلان عليها لا عليه، وعدوّاها يقبلان عليه لا عليها، وعدوّاهما لا يقبلان مطلقاً أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا، وأما الأخوان بأن يزوّج الأب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه الأب والبنت كبيرة أو المرأة فشهد لا تقبل. ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة أو الأب قبلت، هذا قول أبي يوسف. وعند محمد تقبل وإن كان المدعي الأب أو المرأة أيضاً. والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة له لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه. وقال محمد: كل شيء للأب فيه منفعة جحداً وادعاء، فشهادة ابنيه فيه باطلة، وكذا كل شيء وليه مما يكون خصماً فيه كالبيع ونظائره، ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة، ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقاً لأنها للأب. قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره: يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة، وكذا في حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعى اهـ. وفسر في المبسوط جحوده بأن المراد عند جحوده إن كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل لعدم الدعوى، فأما إذا كان الآخر مدّعياً فمقبولة، وإن كان للأب

إلى غيره أجاب بقوله (وهذا) إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية: يعني (لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لم يحرم على غيره لأنه من جنسه) كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لأن

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم. ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد، قال **(ومن أمر رجلاً بأن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها**

منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بألف والمشتري يدّعيه، وهذا لأن هذه منفعة غير مطلوبة للأب فلا تمنع من قبول شهادتهما، وكذلك إذا قال لعبده إن كلمك فلان فأنت حر فشهد ابناً فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الأب جاحداً أو مدعياً. وعند أبي يوسف لا تجوز إلا أن يكون جاحداً. ولو زوّج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهي تنكر لا تقبل لأن الشهادة على فعل نفسه مطلقاً لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أولاً.

[فرعان] لو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه، والأصح أنهما إن سميا المهر ينعقد نكاحاً مبتدأ كذا في الدراية. وقدمنا أنهما إذا أقرّا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا إن قال الشهود جعلتما هذا نكاحاً فقالا نعم فينعقد لأن النكاح ينعقد بالجعل. قال قاضيخان: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهم عقد لا يكون نكاحاً، وإن أقرّت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحاً ويتضمن إقرارهما الإنشاء، بخلاف إقرارها بماض لأنه كذب كما قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك. ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض اهـ. يعني إذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحاً والحق هذا التفصيل. وفي الفتاوى: بعث أقواماً للخطبة فزوّجها الأب بحضرتهم قيل: لا يصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا، لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهداً. وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطباً فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقي شهود **(قوله ومن أمر رجلاً أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح)** وكذا إذا زوّج الأب ابنته البالغة بحضورها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين جاز النكاح. ثم إنما تقبل شهادة المزوج إذا لم يقل أنا زوّجتها بل يقول هذه زوجة هذا، وإنما صح بحضور

من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء، وفيه الإلزام، فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى **(ولأنه صلح مقلداً)** كالحجاج وغيره، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق **(فيصلح مقلداً)** أي قاضياً **(فكذا شاهدا)** لأن الشهادة والقضاء من باب واحد. وفي عبارته تسامح لأنه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء، وقد ذكر في كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة، ولو قال بالواو كان أحسن. لا يقال: يجوز أن يكون مرتباً على مقلداً بكسر اللام لأن أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لأن عكسه كذلك. والجواب أن معنى كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي أعم ضرراً فلأن لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى، والترتيب على هذا الوجه غير خافي الصحة. ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهداً على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتياً، وينعقد بحضور المحدود في القذف لأنه **(من أهل الولاية)** على ما مر **(فيكون من أهل الشهادة تحملاً)** لا أداء. فإن قلت: النكتة المذكورة في الفاسق أوّلاً تقتضي أن يكون للمحدود في القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة قلت: كان كذلك لولا النص القاطع. وقوله **(وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان)** معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاسق، ويجوز أن يكون جواباً عن السؤال الذي ذكرته آنفاً، والطريق الذي ذكرته في الفاسق أسهل مأخذاً قال **(وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر لا يجوز لأن السماع)** أي سماع كلام العاقدين من الإيجاب والقبول **(في النكاح شهادة)** وهذا ظاهر لأنا لا نريد من الشهادة على النكاح إلا ذلك **(ولا شهادة للكافر على المسلم)** وهذا بالاتفاق **(فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج، ولهما أن الشهادة، شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك)** وتركيب الحجة، هكذا الشهادة في النكاح، شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها، وكل ما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها. وبين المصنف

والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لأن الأب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً فيبقى المزوّج شاهداً **(وإن كان الأب غائباً لم يجز)** لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب

الواحد لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل، فإذا كان من يعبر عنه حاضراً والفرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشرا لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس وليس المباشرة سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائباً لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشراً لأنه مأخوذ في مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق إلى الوكيل، ولهذا لو زوّج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لأن العبارة إنما تنتقل إلى مقيد الولاية وهو السيد وهو غائب. فظهر من هذا التوجيه أن إنزاله مباشراً مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة إلى اعتباره. فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهداً فلا حاجة إلى اعتباره مباشراً إلا في المسئلة الأخيرة في الكتاب، وهي ما إذا زوّج الأب بنته البالغة بحضرة واحد لأنها لا تصلح شاهدة على نفسها فأنزلت مباشرة ضرورة التصحيح، ولو أذن السيد لعبده أو أمته في التزوج فعقدا بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال إلى السيد لأنهما وكيلان عنه، والأصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده بأهليتهما لا بطريق النيابة. ومما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما إذا زوّج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر، لأن مباشرة السيد ليس فكاً للحجر عنهما في التزوّج مطلقاً وإلا لصح في مسئلة وكيله ولذا خالف في صحتها المرغيناني، قال: وقال أستاذي: فيهما روايتان: أي في وكيل السيد والسيدة.

[فروع] إذا جحد أحد الزوجين النكاح فإما أصله أو شرطه، ففي أصله لو جحده الزوج فأقامت بينة به أو على إقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقاً، ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا نقص وأما إنكار الشرط

المقدمة الأولى بقوله **(لوروده على محل ذي خطر)** وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد، إما أن تكون لإثبات ملك المتعة عليها إبانة لخطر المحل، أو لإثبات ملك المهر عليه. والثاني منتف لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلاً، وأما المقدمة الثانية فلأنا قد علمنا بالاستقراء أنه لا شيء يشترط في إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة، فإن الولي ليس بشرط عندنا، وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة. وقوله **(بخلاف ما إذا لم يسمعا)** جواب عن قياس محمد وزفر. وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما، فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد **(ومن أمر رجلاً أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها)** بحضرة رجل واحد فلا يخلو إما أن يكون الأب حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً **(جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل)** شاهداً لأن المجلس متحد، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكماً لكون الوكيل في في باب النكاح **(سفيراً ومعبراً، وإن كان غائباً لم يجز لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا)** مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية: هذا تكلف غير محتاج إليه في المسئلة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهداً في باب النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الآمر حكماً، وإنما يحتاج إليه في المسألة الأخيرة، وهي ما **(إذا زوّج ابنته البالغة بمحضر** شاهد واحد، **فإن كانت حاضرة جاز)** بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها **(وإن كانت غائبة لم يجز)** لأن الشيء إنما يقدّر أن لو تصوّر تحقيقاً. وأقول: أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف، وذلك لأن الأب إذا كان حاضراً لا يصلح أن يكون شاهداً في نكاح أمره به، لأن الوكيل سفير ومعبر فكان الأب هو المزوّج، ولا يجوز أن يكون المزوج شاهداً، وإذا انتقل إليه

(قال المصنف: لأن الأب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس، إلى قوله، لأن المجلس مختلف) أقول: فيه بحث إذ الأظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره في المجلس وبدل قوله لأن المجلس مختلف لعدم حضوره في المجلس **(قوله لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا الخ)** أقول: فيه بحث **(قوله وأقول أرى أنه لا فرق، إلى قوله: لأن الأب إذا كان حاضر الخ)** أقول: يؤيد كلام صاحب النهاية ما سيجيء في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر مراجعة **(قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ)** أقول: هذا الكلام جار في المسئلة السابقة أيضاً.

مباشراً، وعلى هذا إذا زوّج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز، وإن كانت غائبة لم يجز، والله أعلم.

كإنكار الشهادة، فإن كانت هي المنكرة بأن قالت: تزوّجني بلا شهود وقال الزوج: بشهود فالنكاح صحيح، وإن كان هو القائل ذلك فرّق بينهما لإقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرية من قبله فلها نصف المهر إن كان قبل الدخول وإلا فكله ونفقة العدة، وهذا بخلاف إنكاره أصل النكاح لأن القاضي كذبه بالحجة في زعمه فلا يبقى زعمه معتبراً، وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الأصل والاتفاق على الأصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبراً في حق نفسه ولذا فرق بينهما، وكذا لو قال تزوّجها وهي معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو وأختها عندي أو ولها زوج أو أمة بلا إذن لأن هذه المواقع كلها في محل العقد والمحال في حكم الشروط، بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره بمباشرته لأنه منكر لأصل النكاح معنى، وإذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها قبل البلوغ، فإن دخل بها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف، وإن كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح، وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذي عقد له قبله جاز، والتمكين من الدخول إجازة، ولو كانت هي القائلة تزوّجني وأنا معتدة وما بعدها إلى آخر الصورة التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة، والله سبحانه أعلم. شهد شاهد أنه تزوّجها أمس وآخر اليوم فهي باطلة، فإن النكاح وإن كان قولاً فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور، فكان كالأفعال في الاختلاف، واختلاف الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع القبول، ولأن كلا شهد بعقد حضره واحد، والله أعلم.

المباشرة أيضاً صار هو المزوّج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهداً، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وكل رجلاً أن يزوّج عبده فزوّجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فإنه لا يجوز مع إمكان جعل العبد مباشراً للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين، كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز. وأجيب بأن العبد لم يكن موكلاً حتى تنتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهداً فبقي الوكيل على حاله مزوّجاً، بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد، فإن العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين. لا يقال: المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل، بخلاف ما إذا كان العبد غائباً لعدم إمكانه مباشرا لما قلنا إن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقاً.

فصل في بيان المحرمات

قال (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى ﴿حرّمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ والجدّات أمهات، إذ الأم هي الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع. قال (ولا ببنته) لما تلونا (ولا ببنت ولده وإن سفلت) للإجماع (ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته) لأن حرمتهن منصوص عليها في

فصل في بيان المحرمات

المحلية الشرعية من شرائط النكاح

وإنما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعاً بأسباب: الأول النسب، فيحرم على الإنسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون، وفروع أبويه وإن نزلن، فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن، وفروع أجداده وجداته لبطن واحد، فلهذا تحرم العمات والخالات، وتحل بنات العمات والأعمام والخالات والأخوال. الثاني المصاهرة، يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن، وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخل بالزوجات، وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح، وتحرم موطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنا، والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح. الثالث الرضاع، يحرم كالنسب، وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع إن شاء الله تعالى. الرابع الجمع بين المحارم والأجنبيات كالأمة مع الحرة السابقة عليها. الخامس حق الغير، كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب. السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة.

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة إلى بعض بني آدم احتاج إلى ذكرها في فصل على حدة. وأسباب حرمتهن تتنوع إلى تسعة أنواع: القرابة، والمصاهرة، والرضاع، والجمع، وتقديم الحرة على الأمة، وقيام حق الغير من نكاح أو عدة، والشرك، وملك اليمين، والطلقات الثلاث، وكل ذلك مذكور في الكتاب (لا يحل للرجل أن يتزوّج بأمه ولا بجدّاته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾) ودلالته على حرمة الأم ظاهرة، أما على حرمة الجدة فباعتبار أن الأم في اللغة هي الأصل كما يقال لمكة أم القرى، فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز (أو ثبتت حرمتهن بالإجماع) وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية أيضاً كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك، والأخت وبناتها وبنات الأخ والعمات والخالات متفرّقة كن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم، هذا ما يتعلق

فصل في بيان المحرمات

(قال المصنف: لقوله تعالى حرمت عليكم) أقول: قال الله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً. والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليماً حكيماً﴾ الآية. قال القاضي في تفسير قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ما سوى المحرمات الثمان المذكورة، وخص عنه بالسنة ما في معنى المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها اهـ (قوله وأسباب حرمتهن تتنوع إلى تسعة أنواع، إلى قوله: والجمع الخ) أقول: فيه أن الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن لا أنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول: فيه بحث.

هذه الآية، وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة. قال (**ولا بأم امرأته التي دخل بها أو لم يدخل**) لقوله تعالى ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ من غير قيد الدخول (**ولا ببنت امرأته التي دخل بها**) لثبوت قيد الدخول بالنص (**سواء كانت في حجره أو في حجر غيره**) لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا

السابع: التنافي كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها (**قوله إذ الأم هي الأصل لغة**) قال الله تعالى ﴿**وعنده أم الكتاب**﴾ [الرعد: ٣٩] وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث، فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك (**قوله أو ثبتت حرمتهن بالإجماع**)أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات. والتحقيق أن الأم مراد بها الأصل على كل حال، لأنه إن استعمل فيه حقيقة فظاهر، وإلا فيجب أن يحكم بإرادته مجازاً فتدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهن، ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع، وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال: وكذا الاستدلال في البنات، فإن بنت البنت تسمى بنتاً حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازاً عند البعض. وقوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوّزونه إذا كان في محلين. وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازاً عند الكل. ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت، ففي الأول لأن الأشقاء منهن أولاد الجدات، فتحريم الجدات وهن أقرب أولى، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة.

[فرعان: الأول] لبنت الملاعنة حكمْ البنت، فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوّجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه. الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولاً شرعياً (**قوله لأن جهة الاسم عامة**) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها، فاسم الأخ مثلاً وضع لذات باعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم، والأحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رحم كي لا يقتصر على التوءم وبهذه الجهة تعم المتفرّقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ، ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آباء أعلون[١] وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات علييات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن (**قوله ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل**) إذا كان نكاح البنت صحيحاً أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطىء بنتها، ويدخل في أم امرأته جداتها (**قوله من غير قيد الدخول**) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور[٢]، وإليه رجع ابن مسعود بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية، فإن قوله ﴿من

بالقرابة. وتحرم أم امرأته إن كانت مدخولاً بها أو لم تكن لقوله تعالى ﴿وأمهات نسائكم﴾ من غير قيد بالدخول. وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ﴾ وليس كونها في الحجر شرطاً. (**قال المصنف لأن ذكر الحجر**) يعني في قوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ (**خرج مخرج العادة**) فإن العادة أن تكون البنات في

(**قوله في كل ما فيه معنى الفرعية**) أقول: فيه بحث، فإن إطلاق البنت على الفرع مطلقاً ممنوع (**قوله كالبنات**) أقول: حرمة البنات ثبتت بالنص.

---

(١) (**قوله أعلون**) هكذا في النسخ، والمناسب أعلين بالياء بالواو لأنه صفة آباء المجرور كما لا يخفى كتبه مصححه.

(٢) هذه الآثار في سنن البيهقي ٧/١٥٩ ـ ١٦٠ وقد صحت الرواية في ذلك عن عمر، وكذا رجوع ابن مسعود وموافقته لعمر حين التقيا. واضطرب زيد ابن ثابت فتارة وافق الجماعة تارة أباح ذلك. وأما أثر علي فلم يذكره البيهقي.

مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول (قال ولا بأمرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما

نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع، ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علماً فجعلا الدخول قيداً في حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسي ومحمد بن شجاع. ووجهه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة انصرف إلى الكل. وردّ بأن المذكور في الآية ليس شرطاً بل صفة، ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف، ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين، وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات مخفوض بالإضافة والمجرور بمن بها، فلو كان الموصول وهو قوله ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء: ٢٣] صفة لهما لزم ذلك، وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط، وأبطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملاً في معنيين متخالفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الربائب لأنه المناسب فيهما. قال الشيخ سعد الدين في حواشيه: وما يقال إن الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التأويل والتشبيه، ثم قال: نعم قد يستعمل في إيصال شيء فيتناول إيصال الأمهات بالنساء لأنهن والدات وبالربائب لأنهن مولودات، فحينئذ يصح جعل ﴿من نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] متعلقاً بالأمهات والربائب جميعاً حالا منهما. وفائدة إيصال الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليها في زيادة قيد الدخول، لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات يأبى هذا المعنى، فمن هنا جعل متعلقاً بربائبكم فقط اهـ. ويمكن أن يجعل حالا من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الربائب إلا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف إليه، وإنما جوّزه من جوّزه بمسوّغ من كون المضاف صالحاً للعمل في الحال أو جزءاً للمضاف إليه، وزاد بعضهم شبه الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف إليه نحو ﴿ملة إبراهيم حنيفاً﴾ [البقرة: ١٣٥] (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه عليّ، ورجع ابن مسعود إلى قول الجمهور لأن قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب، إذ الغالب كون البنت مع الأم عند زوج الأم وهو المراد بالحجر هنا، ولولا هذا لثبتت الإباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة، وبالرجوع إلى الأصل وهو الإباحة عند من لا يعتبر المفهوم، لأن الخروج عنه إلى التحريم مقيد بقيد فإذا انتفى القيد رجع إلى الأصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أي ولكونه لم يعتبر قيداً في الحرمة اكتفى في وضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] فحيث خصه في موضع النفي بالذكر علمنا أنه المعتبر في إضافة الحرمة، وإلا لقيل فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم، أو فإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لسن في حجوركم جرياً على العادة في إضافة نفي الحكم إلى نفي تمام العلة المركبة أو أحد جزءيها الدائر وإن صح إضافته إلى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال. هذا ويدخل في الحرمة بنات المربيبة والربيب وإن سفل لأن الاسم يشملهن، بخلاف حلائل الأبناء والآباء لأنه اسم خاص فلذا جاز التزويج بأم زوجة الابن وبنتها، وجاز للابن التزوّج بأم زوجة الأب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من

حجر زوج أمها غالباً: أي في تربيتها لا على وجه الشرط، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل: فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ ولسن في حجوركم، فإن الإباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة. واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين، وهما الدخول، والحجر.

(قال المصنف: لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾) أقول: قال الزيلعي: يتناول منكوحة الأب وطأ وعقداً صحيحاً، وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفي، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في النفي اهـ. وسيجيء في وصايا الهداية جواز الجمع بين معاني المشترك في النفي (قوله وأما بالإجماع) أقول: فيه أن كون دلالة قوله تعالى على الجد بالإجماع لا معنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول: يعني في قوله تعالى ما نكح.

نكح آباؤكم من النساء﴾ (ولا بامرأة ابنه وبني أولاده) لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ وذكر الأصلاب

النساء﴾) [النساء: ٢٢] اعلم أن امرأة الأب والأجداد تحرم بمجرد العقد عليها، والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطء بالنكاح، فإن أريد من حرمة امرأة الأب والجد ما يطابقها من إرادة الوطء قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال: ولا بامرأة أبيه، وتصدق امرأة الأب بعقده عليها وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل، فإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازى يعم العقد والوطء، ولك النظر في تعيينه، ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازى، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالإجماع، لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مراداً منه بلا شبهة، فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون، ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله **(قوله لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم﴾)** [النساء: ٢٣] إن اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا، كما تحرم المزني بها ومن ذكرنا للآباء على الأبناء، ولا تتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وإن سفلوا قبل الوطء، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء، وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الأب، وهو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل، ثم يراد من الأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى من النسب، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع. وذكر الأصلاب في الآية لإسقاط حليلة المتبني. وذكر بعضهم فيه خلافاً للشافعي، والمنقول عنهم أن ذكر الأصلاب لإحلال حليلة المتبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف **(قوله ولا بأمه من الرضاعة)** تنبيه وكل من ذكرنا أنه يحرم من أوّل الفصل إلى هنا يحرم من الرضاع، حتى لو أرضعت امرأة صبياً حرم عليه زوجة زوج الظئر[1] الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة، وسنستوفي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الرضاع **(قوله ولا يجمع بين أختين نكاحاً)** أي عقداً **(ولا**

ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينتفي بانتفاء الجزء، فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر. وأجيب بأن العادة في مثله نفي الوصفين جميعاً أو نفي العلة مطلقاً، لا نفي أحدهما والسكوت عن الآخر. لا يقال: لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لأنه لم يوجد فيه الجنسية أو لم يوجد القدر، بل يقال: لم يوجد القدر مع الجنس، أو يقال: لم توجد علة الربا وليس بقوي، وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ فإن دلالته على الأب ظاهرة وعلى الجدّ بأحد الطريقين: إما أن يكون المراد بالأب الأصل فيتناول الآباء الأجداد كما تتناول الأم الجدّات، وإما بالإجماع. وأما المراد بالنكاح إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتاً بالإجماع، وإن كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الأولى. وتحرم امرأة الابن نسباً ورضاعاً وبني أولاده لقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص على الدخول، وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال: وحلائل فروعكم، وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع. فإن قيل: قوله تعالى ﴿من أصلابكم﴾ يأبى ذلك أجاب بأن **(ذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من**

(قال المصنف: وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني) أقول: ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه **(قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»)** أقول: فيه أن الحديث إن لم يكن مشهوراً لا يزاد به على الكتاب على ما تقرر في الأصول، وإن كان مشهوراً يجوز نسخ الكتاب به فما الحاجة إلى جعل من أصلابكم احترازاً عن التبني **(قال المصنف: ولا بملك يمين وطأ)** أقول: متعلق بوطأ المقدر بقرينة المذكور.

---

(١) الظئر: الحاضنة والحاضن والجمع: أظآر.

لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (ولا يجمع بين أختين نكاحاً ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعنّ ماءه في رحم أختين» (فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح

بملك يمين وطأ) وهذان تمييزان لنسبة إضافية، والأصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين، ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما. وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط، واستدل بقوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٣] بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أعم من كونه عقداً أو وطأ. وعن عثمان رضي الله عنه إباحة وطء المملوكتين قال: لأنهما أحلتهما آية وحرمتهما آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى ﴿وما ملكت أيمانكم﴾ فرجع الحل[1] قيل: الظاهر أن عثمان رضي الله عنه رجع إلى قول الجمهور، وإن لم يرجع فالإجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وإنما يتم إذا لم يعتدّ بخلاف أهل الظاهر. وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة. والحديث الذي ذكره وهو قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر[2]» الخ غريب. وفي الباب أحاديث كثيرة: منها ما في الصحيحين عن أم حبيبة قالت: «يا رسول الله انكح أختي» الحديث، إلى أن قال «إنها لا تحل لي[3]» وحديث أبي داود عن الترمذي عن أبي وهب الجيشاني أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز

الرضاعة) والدليل على ذلك أن التبني انتسخ بقوله تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ وقصته أن رسول الله ﷺ تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد، فطعن المشركون وقالوا: إنه تزوّج حليلة ابنه، فنسخ الله التبني بقوله ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ ودفع طعن

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٥٣٨ ومن طريقه الشافعي ٢/ ١٦ ـ ١٧ والبيهقي ٧/ ١٦٣ ـ ١٦٤ عن الزهري عن قبيصة بن ذُؤيب أن رجلاً سأل عثمان عن الأختين من ملك اليمين هل يُجمع بينهما؟ فقال: أحلتهما آية، وحرمتهما آية. فأما أنا، فلا أحب أن أصنع ذلك. قال: فخرج من عنده فلقي رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ فسأله عن ذلك فقال: لو كان لي من الأمر شيء ثم وجدت أحداً فعل ذلك لجعلته نكالاً. قال مالك: قال الزهري: أُراه علي بن أبي طالب.

قلت: هذا إسناد صحيح. لكن يستبعد كون الرجل المنكر علي لأن البيهقي روى عن علي من عدة طرق مثل قول عثمان وقال: ولكن لا أفعله أنا ولا أهل بيتي.

لكن الصواب قول الجمهور كما قال الكمال وهو الراجح والله أعلم.

(٢) لا أصل له. ذكره الكمال باختصار وتمامه في الهداية في الأعلى قال الزيلعي ٣/ ١٦٨: غريب اهـ وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٦٦: لا أصل له وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٥٥: لم أجده. ووافقهما الكمال.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٠٦ و٥١٢٣ ومسلم ١٤٤٩ والحميدي ٣٠٧ والشافعي ٢/ ٢٠ وأبو داود ٢٠٥٦ والنسائي ٦/ ٩٤ ـ ٩٥ وابن ماجه ١٩٣٩ وابن الجارود ٦٨٠ والبيهقي ٧/ ١٦٢ ـ ١٦٣ ـ ٤٥٣ والبغوي ٢٢٨٢ وأحمد ٦/ ٢٩١ ـ ٤٢٨ كلهم من حديث أم حبيبة وكرره البخاري ٥١٠١ و٥١٠٧ وكذا ابن حبان ٤١١٠ و٤١١١ والحديث بتمامه: قالت أم حبيبة: قلت: يا رسول الله انكح أختي بنت أبي سفيان قال: وتحبيِّن؟ قلت: نعم لست لك بمخلية، وأحبُّ من يشاركني فيك أختي فقال رسول الله ﷺ: إن ذلك لا يحل لي.

قلت: يا رسول الله فوالله إنا لنتحدث أنك تريد أن تنكح دُرَّة بنت أبي سلمة. قال: بنت أم سلمة؟ فقلت: نعم قال: فوالله لو لم تكن في حجري ما حلت لي. إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبا سلمة ثُويبةُ، فلا تعرضنن بناتكنّ، ولا أخواتكنّ. رووه كلهم مع تغير يسير في ألفاظه زاد البخاري في الرواية رقم ٥١٠١ قال عروة وثُويبة مولاةٌ لأبي لهب وكان أبو لهب أعتقها فأرضعت النبي ﷺ، فلما مات أبو لهب أُريه بعض أهله بشرِّ حِيبةٍ. قال له: ماذا لقيت؟ قال أبو لهب: لم ألق بعدكم غير أني سُقيت في هذه بعتاقتي ثُويبة.

قال ابن حجر في الفتح ٩/ ١٤٥: بشر حِيبةٍ بكسر الحاء وسكون الياء أي: سوء حال.

وفي رواية الإسماعيلي: لم ألق بعدكم راحة. قال ابن بطال: سقط المفعول من رواية البخاري ولا يستقيم الكلام إلا به وقوله سقيت في هذه وقع في رواية عبد الرزاق: وأشار إلى النقرة التي تحت إبهامه.

قال ابن حجر: وفي ذلك حقارة ما سقي من الماء.

وذكر السهيلي أن العباس قال لما مات أبو لهب رأيته في منامي بعد حَوْلٍ في شر حال فقال: ما لقيت بعدكم راحة غير أني يخفف عني العذاب كل يوم اثنين قال: وذلك أن النبي ﷺ ولد يوم الإثنين، وكانت ثويبة بشرت أبا لهب بمولده فأعتقها. اهـ ابن حجر.

النكاح) لصدوره من أهله مضافاً إلى محله (و) إذا جاز (لا يطأ الأمة وإن كان لم يطإ المنكوحة) لأن المنكوحة موطوءة

الديلمي قال «قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان، قال: طلق أيهما شئت[1]» قال الترمذي: حسن غريب، وصححه البيهقي وابن حبان، ولفظ أبي داود «اختر أيهما شئت» (قوله فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافاً لبعض المالكية. وجه قولهم إن المنكوحة موطوءة حكماً باعترافكم فيصير بالنكاح جامعاً وطأ حكماً وهو باطل باعترافكم لأنكم عللتم عدم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطيء المنكوحة بلزوم الجمع وطأ حكماً، وقد قلتم إن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها، وما قيل حالة صدور العقد لا يكون جامعاً وطأ بل بعد تمامه، فإن ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع، فإن صدوره من أهله مضافاً إلى محله وإن كان ليس جمعاً في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه، وهو لازم باطل شرعاً وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل، وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله. وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازماً على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعدها لقيامه إذا ذاك (قوله ولا يطأ الأمة) الحاصل أنه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرّم الأمة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والتزويج. وعن أبي يوسف: لا تحل المنكوحة بالكتابة. وعنه: لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملاً منه، فعلى هذا لو حاضت بعد الوطءِ قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك. وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود، ومن هنا قال الشافعي ومالك وأحمد: تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر. وأجيبوا بأن حكم وطء المرقوقة قائم، حتى لو أراد بيعها استحبّ له استبراؤها، فبالوطء يكون جامعاً وطأ حكماً وإطلاق الآية يمنعه، هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفاً، وهذا إذا كان النكاح صحيحاً، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر تترتب الأحكام عليه (قوله لأن المرقوقة ليست موطوءة حكماً) لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح، ولهذا لا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة.

المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة، وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ ولقوله عليه الصلاة واللام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» هذا ما يتعلق بالرضاع. ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك يمين وطأ لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين على الإطلاق، وسرى حكمهما إلى كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت الأخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب أو الرضاع. ومن له أمة فتزوج أختها جاز، سواء كان وطيء

(قال المصنف: فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول: وأنت خبير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب عقيب نكاح أختها كي لا يلزم الجمع بينهما فليتأمل فإنه يجاب عنه بأنهما وطئان حكميان لا معتبر بهما (قوله من باب الاستخدام) أقول: لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول: فيه أن ذلك مذهب بعض المالكية.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤٣ والترمذي ١١٢٩ و١١٣٠ وابن ماجه ١٩٥١ وابن أبي شيبة ٤/ ٣١٧ وعبد الرزاق ١٢٦٢٧ والدارقطني ٣/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤ والبيهقي ٧/ ١٨٤ ـ ١٨٥ وابن حبان ٤١٥٥ من طرق عدة كلهم من حديث أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه فيروز الديلمي به. وكذا رواه أحمد ٤/ ٢٣٢ من هذا الوجه.

قال الترمذي: حديث حسن. وصحح البيهقي إسناده أيضاً. والراجح أنه حسن. ونقل الدارقطني عن الأوزاعي إثباته للحديث وعمله به. قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٧٦: صححه البيهقي، وأعله العقيلي وغيره اهـ.

قلت: مداره على الجيشاني واسمه عبيد بن شرحبيل قاله ابن يونس وقيل: دَيْلم بن هوشع وهو مقبول. قاله ابن حجر في التقريب. وذكره ابن حبان في الثقات ٦/ ٢٩١ وشيخه الضحاك بن فيروز قال في التقريب: مقبول.

وذكره ابن حبان في الثقات ٤/ ٣٨٧ وبقية رجال الاسناد رجال البخاري ومسلم. فالحديث كما قال الترمذي: حسن إن شاء الله.

حكماً، ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه لسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع، ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطىء المملوكة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً (**فإن تزوّج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما**) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم

[فرع] لو اشترى أختين ليس له وطؤهما، فإن وطىء أحداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرّم الموطوءة بسبب، ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب، ولو باع إحداهما أو وهبها أو زوّجها ثم ردت إليه المبيعة أو رجع في الهبة أو طلقت المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرّم الأخرى بسبب كما كان أوّلاً (**قوله فإن تزوّج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرّق بينه وبينهما**) هذا تفريع على حرمة الجمع، وقيد بعقدتين إذ لو كانا في عقدة واحدة بطلا يقيناً وبعدم علم الأولية، إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثاني، وله وطء الأولى إلا أن يطأ الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية، كما لو وطىء أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة. وفي الدراية عن الكامل: لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل، والله سبحانه أعلم.

(**قوله ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية**) طولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل. وأجيب بإمكانه هناك لا هنا لأن نكاحهن كان متيقن الثبوت، فله أن يدعي نكاح من شاء معينة منهن تمسكاً بما كان متيقناً ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (**قوله ولا إلى التنفيذ مع التجهيل**) أي تنفيذ نكاحها مع جهل المحللة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأختين أو تنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيله بأن ينفذ الأحد الدائر بينهما (**لعدم الفائدة**) وهو حل الاستمتاع إذا لا يقع إلا في معينة ولا حل في المعينة (**أو للضرر**) عليه بإلزامه النفقة وسائر المواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطء ولا مطلقة ولتضرر الأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لوقوعها في الوطء الحرام، وفي هذا نظر إذ لا ضرر عليها في الدنيا وهو ظاهر، ولا في الآخرة لعدم قصد التجانف لإثم، ولو قال وللضرر بالواو كان

الأمة أو لم يطأها لأنه صدر من أهله وهو واضح (**مضافاً إلى محله**) لأن الأخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام، وهو لا يمنع نكاح الأخت، ثم إن كان وطىء الأمة لا يطؤها بعد ذلك وإن لم يطأ المنكوحة بعد لأن المنكوحة موطوءة حكماً فوطء الأمة يكون جمعاً بين الأختين بوطء أحدهما حقيقة والأخرى حكماً، واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائماً مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكماً وجب أن لا يجوز هذا النكاح كي لا يصير جامعاً بين الأختين وطأ كما قال به مالك. وأجيب بأن نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعاً بينهما، وإنما يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطء الأمة مانعاً عن النكاح (**ولا يطأ المنكوحة**) أيضاً (**للجمع**) بينهما (**إلا إذا حرّم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب**) كالبيع والتزويج، لأن ذلك الوطء قائم حكماً، حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة، وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً، ألا ترى أنه يحل لزوجها أن يغشاها فيحل له أن يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع، وإن لم يكن وطىء المملوكة جاز له أن يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطأ إذ المرقوقة ليست موطوءة حكماً. قوله (**فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرّق بينه وبينهما**) قيد بعقدتين، لأنه لو تزوّجهما بعقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئاً من المهر، وقيد بقوله ولا يدري أيتهمَا أولى لأنه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية. وقوله (**لأن نكاح إحداهما باطل بيقين**) يعني من كانت أخرى في الواقع (**ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ**) يعني إلى تصحيحه في

(**قوله فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة**) أقول: فيه شيء (**قوله وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء**) أقول: فيه بحث، فإنه كان ينبغي أن يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الأسباب كي لا يلزم الجمع فليتأمل فإنهما وطئان حكميان في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (**قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً**) أقول: فإن قيل: لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع. قلنا ذاك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصله صدر الشريعة في آخر باب الكراهية.

الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق **(ولهما نصف المهر)** لأنه وجب للأولى منهما، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما، وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة **(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها)** لقوله عليه الصلاة

أولى لأن كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك، فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتهما. وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوّج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كي لا يصير جامعاً، وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها **(قوله ولهما نصف المهر)** المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنساً وقدراً سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط، أما لو قالتا لا ندري السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملاً. وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدراً وجنساً، أما إذا اختلفا فيه فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمى فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل، ولو اختلفا جنساً أو قدراً قضي لكل واحدة بربع مهرها، وإن لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر. وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم، والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما: أي دعواها أنها الأولى أو يصطلحان بأن يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه، وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبي يوسف إنه لا شيء لهما لجهالة المقضيّ لها، فهو كما لو قال لأحد هذين عندي ألف لا يقضي بشيء لجهالة المقضى له. وعن محمد أن عليه مهراً كاملاً بينهما نصفان، لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل. وجوابه إنه يستلزم إيجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه، فإن إيجاب كماله حكما الموت أو الدخول **(قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها)** تكرار لغير داع إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع، بخلاف ما في الحديث من قوله ﷺ «لا تنكح المرأة

إحداهما بغير عينها **(لعدم الفائدة)** وهي حل القربان للزوج لأنه لا يثبت مع الجهالة **(أو للضرر)** يعني في حقهما لأن كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة **(فتعين التفريق)** وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فإنه يؤمر بالبيان ولا يفرّق. وأجيب بأن الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن بأعيانها، لأن نكاح كل واحدة منهنّ كان ثابتاً بيقين، وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في إحداهما تمسكاً باليقين فيفرق بينهما. وقوله **(ولهما نصف المهر)** يعني بينهما نصفان **(لأنه وجب للأولى منهما)** أما أنه وجب فلأن الفرقة وقعت بسبب مضاف إلى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر ألبتة، وأما أنه للأولى فلأن نكاحها صحيح دون الأخرى، وتقرير كلامه المهر للأولى منهما لما قلنا وليست إحداهما لكونها أولى أولى **(للجهل بالأولوية)** وفي بعض النسخ بالأولية **(فيصرف إليهما)** وقوله **(وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما)** قال الفقيه أبو جعفر: لا بد أن تدعي كل واحدة منهما أنها هي الأولى، وأما إذا قالت لا ندري أيّ النكاحين كان أوّلاً لا يقضي لهما بشيء حتى يصطلحا، لأن الحقّ للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضي لهما: وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضي: لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضي القاضي. قال **(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها)** رواه ابن عباس وجابر، كذا في النهاية. وذكر الترمذي في جامعه أنه رواه عليّ وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الأشعري وسمرة بن جندب **(وهو مشهور)** تلقته الأمة بالقبول والعمل. فإن قيل: فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين، فإن المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح، ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت

والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» وهذا مشهور، يجوز الزيادة

على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها[1]» رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة، قال ﷺ «الخالة بمنزلة الأم[2]» في الصحيحين. ويؤنسه حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر، وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها[3]» انتهى في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعني الحديث المذكور[4] ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان، ورواه أبو داود والترمذي والنسائي، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من

أخيها، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها. أجيب بأن شمس الأئمة السرخسي قال: ذكر هذا النفي من الجانبين، إما للمبالغة في بيان التحريم، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة ويجوز نكاح الحرة على

(قال المصنف: ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول: تكرار لغير داع، إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع، بخلاف ما في الحديث فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليها دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة. قال ﷺ: «الخالة بمنزلة الأم» ويؤنسه حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم، وهذا ظاهر **(قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الإيراد الثاني لا يرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص **(قوله لئلا يتكرر النسخ)** أقول: حتى لا يلزم حل المشركات المعلوم الانتفاء.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٨ وأبو داود ٢٠٦٥ والترمذي ١١٢٦ والنسائي ٦/ ٩٨ وابن الجارود ٦٨٥ والبيهقي ٧/ ١٦٦ وابن حبان ٤١١٧ وعبد الرزاق ١٠٧٥٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٤٦ وأحمد ٢/ ٤٢٦ كلهم من حديث الشعبي عن أبي هريرة مرفوعاً: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنْت أُختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى. وكرره ابن حبان ٤١١٨: وهذا لفظ أصحاب السنن أما مسلم فرواه منجماً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٤ و٢٦٩٩ و٤٢٥١ والترمذي ١٩٠٤ وابن حبان ٤٨٧٣ والبيهقي ٨/ ٥ ـ ٦ كلهم من حديث البراء بن عازب في خبر صلح الحديبية وآخره: فلما دخلها ومضى الأجل أتوا علياً فقالوا: قل لصاحبك: اخرج عنا، فقد مضى الأجل، فخرج النبي ﷺ، فتبعتهم ابنة حمزة يا عمّ يا عم ـ فتناولها علي، فأخذ بيدها، وقال لفاطمة: دونَكِ ابنة عمك احمليها، فاختصم فيها علي، وزيد، وجعفر فقال علي: أنا أحق بها، وهي ابنة عمي، وخالتها تحتي. قال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: الخالةُ بمنزله الأم. وقال لعلي: أنت مني، وأنا منك وقال الجعفر: أشبهت خَلقي وخلقي وقال لزيد: أنت أخونا، ومولانا هذا اللفظ للبخاري في روايته برقم ٢٦٩٩ عقب الكلام على عمرته ﷺ وصلح الحديبية.

قلت: ورواية البخاري هذه فيها تحريف وتغيير لأن فاطمة ليست خالة ابنة حمزة والعجب من الشيخ ابن باز ومن الشيخ محب الدين الخطيب حيث عملا في تصحيح صحيح البخاري ولم ينبها على ذلك.

والصواب ما في الرواية برقم ٤٢٥١ من حديث البراء أيضاً وفيه: فاختصم علي، وزيد، وجعفر. قال علي: أنا أخذتها، وهي بنت عمي. وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي ﷺ وقال: الخالة بمنزلة الأم . . . بمثل الحديث المتقدم.

قال ابن حجر في الفتح ٧/ ٥٠٦: أما مطالبة زيد بها فللأخوة بينه وبين حمزة أبيها، وأما علي فلأنه ابن عَمها وحملها مع زوجته وأما جعفر فلكونه ابن عمها، وخالتها عنده فيترجح جانب جعفر باجتماع قرابة الرجل والمرأة دون الآخرين اهـ.

وورد حديث: الخالة بمنزله الأم. من حديث علي أخرجه أحمد ١/ ٩٨ ـ ٩٩ وهو مختصر عن حديثه البراء المطول في عمره القضاء وكذا أبو داود ٢٢٨٠ والحاكم ٣/ ١٢٠.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٠٩ ومسلم ١٤٠٨ وأبو داود ٢٠٦٦ والنسائي ٦/ ٩٦ ـ ٩٧ وسعيد بن منصور ٦٥٤ والبيهقي ٧/ ١٦٦ والبغوي ٢٢٧٧ ومالك ٢/ ٥٣٢ والشافعي ٢/ ١٨ وأحمد ٢/ ٤٦٢ وابن حبان ٤١١٣ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

وورد من حديث جابر. أخرجه البخاري ٥١٠٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ والنسائي ٦/ ٩٨ وابن حبان ٤١١٤ وكذا عبد الرزاق ١٠٧٥٩ والطيالسي ١٧٨٧ والبيهقي ٧/ ١٦٦ وأحمد ٣/ ٣٣٨ ـ ٣٨٢ كلهم عن جابر بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وورد من حديث ابن عباس أخرجه الترمذي ١١٢٥ وغيره فهذا حديث بلغ حد الشهرة وله روايات أخرى ستأتي.

(٤) يعود الضمير على ما ذكره صاحب الهداية، أولاً.

على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) لأن الجمع بينهما

الصحابة والتابعين، ورواه الجم الغفير منهم أبو هريرة[١] وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة، فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به أيضاً غير متوقف على كونه مشهوراً، والظاهر أنه لا بد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص، لأن قوله تعالى ﴿ولا تَنكِحُوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] ناسخ لعموم قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] إذا لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الأصل. بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلي يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين، وذلك أن يتزوّج كل من رجلين أمّ الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للأخرى، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما. والدليل على اعتبار الأصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم[٢]» وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال «نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة[٣]» فأوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الأصل

الأمة، فبين النبي ﷺ ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لإزالة الإشكال. ولقائل أن يقول: في عبارة المصنف تسامح لأنه قال: وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ عام، وهذا الحديث يخصصه. سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة، لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أوّلاً وليست بمعلومة. ويمكن أن يجاب عنه بأن الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وإرادة مطلق النسخ لأن ذكر الأخص وإرادة الأعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به، ولا نزاع في ذلك لا سيما أنه تطرق إليها الاحتمال بالنسخ مرة فإن قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ نسخ عموم قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ بتقديره متأخراً لئلا يتكرر النسخ، فجاز أن ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه، ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين إن كانت القواعد الأصولية على ذكر منك. وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى) ظاهر، وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لأن الجمع بين المرأة

---

(١) حديث أبي هريرة، وجابر، وابن عباس الثلاثة قد تقدمت. وأما حديث ابن عمر. فأخرجه الطبراني والبزار كما في المجمع ٤/ ٢٦٣ وقال الهيثمي: رجالهما رجال الصحيح.

وأما حديث ابن مسعود فقد أخرجه البزار كما في المجمع ٤/ ٢٦٣ وقال الهيثمي: فيه انقطاع.

وأما حديث أبي سعيد فقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عطية العوفي ضعيف.

وذكره الهيثمي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ومن حديث سمرة ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث أبي الدرداء وذكر عللها وأنها واهية اهـ.

لكن المعتمد ما صح عنه أبي هريرة وجابر، وابن عباس وقد تقدمت، وهذه شواهد.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١١٦ والطبراني ١١/ ١١٩٣١ و١١/ ١١٩٣٠ كلاهما من حديث ابن عباس. إلا أن رواية ابن حبان فيها نون النسوة بدل ميم الجماعة.

ومداره على عبد الله بن حسين أبو حريز قال في التقريب: صدوق يخطىء.

قلت: يعضده مرسل أبي داود الآتي فيصير حسناً.

وقد قال الشيخ شعيب الأرناؤوط في تخريج ابن حبان: حسن لشواهده وقد توبع أبو حريز اهـ. ولذا أشار ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٦٨ لحسنه. لم ذكر طرقه لكن ليس فيها زيادة: فإنكم...

(٣) تقدم في الذي قبله.

يفضي إلى القطيعة والقرابة المحرّمة للنكاح محرّمة للقطع، ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

وقال زفر: لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدّرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه. قلنا: امرأة الأب لو صوّرتها ذكرا جاز له التزوّج بهذه والشرط أن يصوّر ذلك من كل جانب.

المذكور، وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في إباحة الجمع بين غير الأختين، وقد روي في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه كره أن يجمع بين العمة[1] والخالة وبين العمتين والخالتين وإن تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقرابة المحرّمة للنكاح) أي بمقتضى آية المحرّمات (محرّمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل. وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أي إنما حرمت للقطع فإنه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي إلى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية أعني ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ [النساء: ٢٣] إلى آخرها على الرجل، وإن كان في بعضها غير ذلك أيضاً كمنافاة الاحترام الواجب للأمهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن إدراجه في القطيعة، ولا شك أن الجمع أفضى إليه لأكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الأقارب (قوله ولو كانت المحرمية بينهما) أي بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2]» فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع، أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها عمتها، أو امرأة وابنة أختها من الرضاع لأنها خالتها من الرضاع (قوله لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعني أن الموجب لاعتبار ذلك الأصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه، حتى لا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو عمة أو خالة وابنة أخ أخت من الرضاع، وكذا كل

وعمتها محرّم لإفضائه إلى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه، ولا عليك أن تجعله ثابتاً بدلالة قوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ كما قدمته وهو أولى. وقوله (ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع) ظاهر. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع» الحديث. وقوله (ولا بأس بأن بين يجمع بين امرأة) ظاهر، ونسب في المبسوط قول زفر هذا إلى ابن أبي ليلى. وقوله (والشرط أن يصوّر ذلك من كل جانب) يعني كما كان في الأختين كذلك لأن ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل. وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة عليّ وبنته،

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٠٦٧ من طريق خطاب بن القاسم عن عن خُصَيف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ وله علتان. الأولى خَطّاب هذا قال عنه في التقريب: ثقة اختلط قبل موته.
والثانية خصيف مصغراً قال في التقريب: صدوق سيء الحفظ خلط بآخره اهـ. ولم يتابع على هذا اللفظ.
قلت: فهذا الحديث جاء بسبب سوء حفظه واختلاطه. والصواب في الألفاظ ما رواه الجماعة فيما تقدم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٠٥٥ والدارمي ٢١٦٧ وابن ماجه ١٩٣٧ وأحمد ٦/ ٤٤ ـ ٥١ كلهم من حديث عائشة هكذا باختصار.
وأخرجه البخاري ٢٦٤٦ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه والنسائي ٦/٩٩ كلهم من حديث عائشة وله قصة وفي آخره: يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة.
وكذا رواه مالك ٢/٦٠٢ وابن حبان ٤١٠٩ من هذا الوجه وفيه قصة عائشة: جاء عمي من الرضاعة فاستأذن عليَّ فأبيتُ حتى أسأل النبي ﷺ... فذكره.
وأخرجه البخاري ٢٦٤٥ ومسلم ١٤٤٧ ح ١٢ والنسائي ٦/٩٩ وابن ماجه ١٩٣٨ وأحمد ١/ ٢٧٥ ٢٩٠ كلهم من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ أُريد على ابنة حمزة فقال: إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب. أي: لأن النبي ﷺ أخو حمزة من الرضاعة.
والحديث ذكره صاحب الهداية قبل قليل لذا قال: لما روينا.

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها) وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال

محرمية بسبب الرضاع، وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الأب فكان تحريم الجمع بينهما قولاً لا بدليل. وهذه أعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الأئمة الأربعة، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة عليّ وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون، وهو دليل ظاهر على الجواز، أخرجه الدارقطني عن قثم مولى عباس قال: تزوج عبد الله بن جعفر بنت عليّ وامرأة علي، وذكره البخاري تعليقاً. قال: وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقاته صحيحة[1]. قال ابن سيرين: وكرهه الحسن مرة. ثم قال: لا بأس به وقدمنا قريباً أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوّج ابنه أمها أو بنتها لأنه لا مانع. وقد تزوّج محمد ابن الحنفية امرأة وزوّج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أي وإن علت، فتدخل الجدات بناء على ما قدمه من أن الأم هي الأصل لغة (وابنتها) وإن سفلت، وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا هذا إذا لم يفضها الزاني، فإن أفضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه. وعن أبي يوسف قال: أكره له الأم والبنت. وقال محمد: التنزّه أحب إليّ ولكن لا أفرّق بينه وبين أمها. وقد يقال: إذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرّماً يجب القول بالتحريم إذا أفضاها إن لم ينزل، وإن أنزل فعلى الخلاف الآتي، وإن انتشر معه أو زاد انتشاره كما في غيره. والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء، ولم يتحقق في صورة الإفضاء ذلك إذا لم يتحقق كونه في القبل، ولا بد من كونها مشتهاة حالاً أو ماضياً وعن أبي يوسف: إذا وطيء صغيرة لا تشتهي تثبت الحرمة قياساً على العجوز الشوهاء. ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى، بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه[2] كإبراهيم وزكريا عليهما السلام. وله أن يقول الإمكان العقلي ثابت فيهما والعاديّ منتف عنهما فتساويا، والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادي ولا تخرجان العادة عن النفي. ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافاً لما عن الأوزاعي وأحمد. ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور. وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد خلافاً للشافعي ومالك في أخرى، وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبيّ وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والأوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري وإسحاق بن راهويه. ولو ولدت منه بنتاً بأن زنى ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتاً حرمت عليه هذه البنت لأنها بنته حقيقة وإن لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم

وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع. قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أوّلاً وذكر الخلاف (وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة) فإنها تلحق الأجنبيات بالمحارم، وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن الوطء سبب الجزئية) وتقريره: الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام: أما أن الولد جزء من هو منه فلأن سبب الجزئية موجود وهو الوطء فإنه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة، وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا) يقال ابن

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول: فكان الأنسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيره لكونه مكان الاختلاف.

---

(١) موقوف صحيح أخرجه الدارقطني ٣/ ٣١٩ ـ ٣٢٠ عن قُثَم مولىَ عباس قال. . ..فذكره وذكره البخاري عند حديث ٥١٠٥ بصيغة الجزم معلقاً.
وقال ابن حجر في الفتح ٩/ ١٥٥: وصله البغوي في الجعديات عن عبد الرحمن بن مهران قال: جمع عبد الله بن جعفر بين زينب بنت علي وامرأة علي ليلى بنت مسعود.
وكذا أخرجه سعيد بن منصور من وجه آخر فقال: بنت علي أم كلثوم، وليلى النهشلية بنت مسعود.
(٢) يعود الضمير في وقوعه على الولد.

بالمحظور. ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فتصير آصولها وفروعها

تصر أمهاتها أمهات أولاد لقوله ﷺ «الولد للفراش[(١)]» فإن المراد به الولد الذي يترتب عليه أحكام الشرع إلا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ [النساء: ٢٣] والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة، ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعاً، والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه، فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة، ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في أمر الخروج، وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور وأحمد خلافاً للشافعي، وعلى هذا الخلاف أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتاً فإنها تحرم على الأخ والعم والخال والجد. ووجه قوله ظاهر من الكتاب **(قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية)** اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياساً على الوطء الحلال بناء على إلغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشأ الافتراق. ونحن نبين إلغاءه شرعاً بأن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أو حراماً. وما رواه من قوله ﷺ «لا يحرّم الحرام[(٢)]» غير مجرى على ظاهره، أرأيت لو بال أو صبّ خمراً في ملء قليل مملوك له لم يكن حرماً مع أنه

فلان وابن فلانة **(فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه)** وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها. فإن قيل: لو كان كذلك

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٥٠ و٦٨١٨ ومسلم ١٤٥٨ والترمذي ١١٥٧ والنسائي ٦/ ١٨٠ وابن ماجه ٢٠٠٦ والدارمي ٢١٥٤ والطيالسي 2488 وأحمد ٢/ ٢٨٠ ـ ٤٧٥ ـ ٢٣٩ ـ ٣٨٦ كلهم من حديث أبي هريرة. بزيادة: وللعاهر الحجر.
وأخرجه البخاري ٢٠٥٣ و٢٧٤٥ و٤٣٠٣ و٦٧٤٩ و٧١٨٢ ومسلم ١٤٥٧ وأبو داود ٢٢٧٣ والنسائي ٦/ ١٨٠ وابن ماجه ٢٠٠٤ ومالك ٢/ ٧٣٩ والحميدي ٢٣٨ والطيالسي ١٤٤٤ والشافعي ٢/ ٣٠ وأحمد ٦/ ٣٧ ـ ١٢٩ ـ ٢٣٧ والدارقطني ٤/ ٢٤١ والبيهقي ٦/ ٨٦ و٧/ ٤١٢ و١٠/ ١٥٠ ـ ٢٦٦ من عدة طرق كلهم من حديث عائشة وله قصة. وكذا رواه ابن حبان ٤١٠٥.
قال في النهاية: الولد للفراش ـ أي لمالك الفراش وهو الزوج والمولى.
وقوله للعاهر الحجر: أي الزاني لاحظ له في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش الزوج، أو المولى، وللزاني الخيبة والحرمان اهـ.
وأخرجه أبو داود ٢٢٧٤ وأحمد ٢/ ٢٠٧ من حديث أبي داود وأخرجه ابن ماجه ٢٠٠٧ من حديث أبي أمامة: وأخرجه أحمد ٤/ ١٨٧ ـ ٢٣٨ ـ ٢٣٩ من حديث عمرو بن خارجة.
وأخرجه أحمد ١/ ٦٥ من حديث عثمان.
وأخرجه أحمد ١/ ١٠٤ من حديث علي.
وأخرجه أحمد ٢/ ٢٥ من حديث ابن عمر وكذا ابن ماجه ٢٠٠٥ وأخرجه النسائي ٦/ ١٨١ وابن حبان ٤١٠٤ من حديث ابن مسعود وله طرق وروايات لو جمعت في جزء لبلغت حد التواتر. وهو حديث مستفيض على كل حال عند علماء المصطلح حيث زادت عن ثمانية.
(٢) ضعيف بطرقه. أخرجه ابن ماجه ٢٠١٥ والدارقطني ٣/ ٢٦٨ والبيهقي ٧/ ١٦٨ كلهم من حديث ابن عمر بلفظ: لا يحرم الحرام والحلال.
قال البوصيري في الزوائد: فيه عبد الله بن عمر ـ العمري ـ ضعيف.
قلت: وفيه إسحاق بن محمد الفروي قال الذهبي في الميزان: هو صدوق في الجملة صاحب حديث قال أبو حاتم: ذهب بصرُه فربما لُقِّن.
وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨ والبيهقي ٧/ ١٦٩ كلاهما من حديث عائشة. وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو ضعيف قاله ابن معين. والصحيح عن ابن شهاب عن الزهري عن علي مرسلاً موقوفاً.
وأسنده البيهقي عن الزهري قال وقد سئل عن رجل وطيء أم امرأته فقال: قال علي: لا يحرم الحرام والحلال.
وأخرجه البيهقي ٧/ ١٦٨ عن ابن عباس قوله.
وقال البخاري في ٩/ ١٥٣: وعن عكرمة عن ابن عباس: إذا زنى بها لا تحرم عليه امرأته أي زنى بالأم ـ وقال عكرمة عن ابن عباس: إذا زنى بأخت امرأته لا تحرم عليه امرأته قال ابن حجر: أما الأخت فهو قول الجمهور، وقد أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس من طريق عطاء اهـ ٩/ ١٥٦ الفتح.
وقال ابن حجر عن أثر ابن عباس عن عكرمة عنه إذا زنى بأمها لا تحرم عليه امرأته. وصله البيهقي وإسناده صحيح عنه.
ونقل ابن حجر عن ابن عبد البر قوله: أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنى بها فنكاح أمها وابنتها أجوز.
قال ابن حجر: قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا زنى بالمرأة حرمت عليه أمها وابنتها. وبه قال من أهل العراق الثوري، ومن غير أهل العراق: عطاء، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق وهي رواية عن مالك. وأين ذلك الجمهور اهـ الفتح ٩/ ١٥٧.
قلت: رحم الله ابن حجر وهل بقي من جمهور الفقهاء غير الشافعي فالصواب أن قول أبي حنيفة هو الذي عليه الجمهور والله أعلم.

كأصوله وفروعه وكذلك على العكس، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة، والوطء محرم

يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يحرّم باعتبار كونه حراماً، وحينئذ نقول بموجبه إذا لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ، هذا لو صح الحديث، لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيىٰ بن معين بالكذب، وقال البخاري والنسائي وأبو داود: ليس بشيء، وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال: في إسناده إسحاق بن أبي فروة وهو متروك، وحديث عائشة[١] ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الإمام أحمد، وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة، وقد استدل بقوله تعالى ﴿**ولا تنكِحُوا ما نكح آباؤكم من النساء**﴾ [النساء: ٢٢] بناء على أن المراد بالنكاح الوطء، إما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى ﴿**إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً**﴾ [النساء: ٢٢] وإنما الفاحشة الوطء لا نفس العقد. ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء: أي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحاً قبيح، وقدمنا للمصنف اعتبار الآية دليلاً على تحريم المعقود عليها للأب. وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها «قال رجل: يا رسول الله إني زنيت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها؟ قال: لا أرى ذلك، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها[٢]» وهو مرسل ومنقطع، وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم. ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج «أن النبي ﷺ قال في الذي يتزوّج المرأة فيغمز ولا يزيد على ذلك لا يتزوج ابنتها» وهو مرسل ومنقطع، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات. فالحاصل أن المنقولات تكافأت، وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة، فإن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضييق، ولذا اتسع الحل لرسول الله ﷺ من الله سبحانه، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة، فحقيقة النعمة هي المصاهرة لأنها هي التي تصير الأجنبي قريباً وعضداً وساعداً يهمه ما أهمك ولا مصاهرة بالزنا، فالصهر زوج البنت مثلاً لا من زنى ببنت الإنسان فانتفى الصهرية. وفائدتها أيضاً إذا الإنسان ينفر عن الزاني ببنته فلا يتعرّف به بل يعاديه فأنى ينتفع به؟ فالمرجع القياس، وقد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطأ، وظهر أن حديث الجزئية وإضافة الولد إلى كل منهما كملاً لا يحتاج إليه في تمام الدليل، إلا أن الشيخ ذكره بياناً لحكمة العلة: يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سبباً للجزئية بواسطة الولد المضاف إلى كل منهما كملاً، وهو إن انفصل فلا بد من اختلاط مّا، ولا يخفى أن الاختلاط لا يحتاج تحققه إلى الولد وإلا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزءه (**والاستمتاع بالجزء حرام**) لقوله ﷺ «ناكح اليد ملعون[٣]» (**إلا في موضع الضرورة وهي**

لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لأنها حينئذ جزء الواطيء أجاب بقوله (**والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع**

(**قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام**) أقول: النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس إلا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للآخر أيضاً، والصواب تركيب القياس الاستثنائي بحيث يعم الكل (**قال المصنف: ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد**) أقول: فإن الولد جزء من الأب وهو جزء من الأم أيضاً متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (**قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد**) أقول: فيه بحث (**قوله فإن قيل لو كان الخ**) أقول: محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لا يخفى (**قوله بعد ما ولدت**) أقول: بل بعد الوطء، وهذا أولى في إثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (**قوله فهو الأصل في حرمة الجزء**) أقول: أي حديث آدم عليه السلام.

---

(١) تقدم تخريج الأحاديث الثلاثة ولا يتقوى بمجموعها لشدة ضعف رجالها.

(٢) ضعيف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٢٧٦١ عن ابن جريج قال: أُخبرت عن أبي بكر بن عبد الرحمن قال: فذكره وهو منقطع كما ذكر ابن الهمام وابن جريج مدلس فالذي أخبره لا بد أنه ضعيف لذا لم يذكره وفيه إرسال أبي بكر هذا تابعي. وأثر ابن جريج الثاني لم أره حتى عند عبد الرزاق مع كثرة ما أورده من الآثار.

(٣) لا أصل له. ذكره علي القاري في الكبرى ١٠٢٢ وقال: لا أصل له كما صرح به الرهاوي في حاشيته على المنار.
وكذا ذكر العجلوني في الكشف ٢٨٣٨ مثل كلام القاري في موضوعاته.

من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا **(ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)** وقال الشافعي رحمه الله: لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة. له أن المس والنظر ليسا

المنكوحة) وإلا لاستلزم البقاء متزوّجاً حرجا عظيماً تضيق عنه الأموال والنساء، وإذا تضمنت جزءه صارت أمهاتها كأمهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة. أو نقول وهو الأوجه: إن بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار، وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرفه **(قوله ومن مسته امرأة بشهوة)** أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن إلى اليد. وقيل المدار وجود الحجم، وفي مس الشعر روايتان، ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك، ويشترط كونها مشتهاة حالاً أو ماضياً، فلو مس عجوزاً بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة، وكذا إذا كانت صغيرة تشتهى، قال ابن الفضل: بنت تسع سنين مشتهاة من غير تفصيل، وبنت خمس سنين فما دونها لا بلا تفصيل، وبنت ثمان أو سبع أو ست إن كانت عبلة كانت مشتهاة إلا فلا. وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة، وهذا ما وعدناه من قريب. ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامداً أو ناسياً أو مكرها أو مخطئاً، حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة، ولك أن تصوّرها من جانبها بأن أيقظته هي كذلك فقرصت ابنه من غيرها[1] وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس، فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه. وما ذكر في حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً اهـ قول السرخسي وشيخ الإسلام. وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها، وفرّع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الأم ما لم يزدد الانتشار. ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعنين فحدّها تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركاً لا مجرد ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لا شهوة له أصلاً كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ، حتى لو مس وأقرّ أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه. وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لأنه لا يعتبر إلا تحرك الآلة. ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدّ الحد المحرّم منها في حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوّش الخاطر. هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدّقها أو يقع في أكبر رأيه صدقها. وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه إياها: لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدّقاه أو يغلب على ظنهما صدقه. ثم رأيت عن أبي يوسف أنه ذكر في الأمالي ما يفيد ذلك، قال: امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة، إن كذبها الزوج لا يفرّق بينهما، ولو صدّقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر إن كان قبل الدخول ويرجع به الأب على الابن إن تعمد الفساد. ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لأنه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس والتقبيل بشهوة. ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الأصل والمنتقى يصدّق. وفي مجموع النوازل: لا يصدّق لو قبلها على الفم. قال صاحب الخلاصة: وبه كان يفتي الإمام خالي. وقال القاضي الإمام: يصدق في جميع

الضرورة وهي الموطوءة) لأنها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لأنه ما شرع إلا للتوالد، فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها فيهما وذلك خلف باطل، وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الإنسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الأصل في حرمة الجزء، واستثنى موضع الضرورة وهي امرأته. وقوله **(والوطء محرّم من حيث إنه سبب الولد)** جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور. وبيانه أن الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية، ولا من حيث أنه زنا وإنما هو سبب لها من حيث أنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة، ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك. لا يقال: ولد عصيان أو عدوان والشيء إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم. وقوله **(ومن مسته امرأة بشهوة)** بيان أن الأسباب الداعية إلى الوطء في إثبات الحرمة كالوطء في إثباتها. قال الفقيه أبو الليث: تأويل المسئلة إذا صدق الرجل المرأة أنها

---

(١) **(قوله من غيرها)** قيد بذلك ليعلم ما إذا كان منها بالأولى اهـ نهر، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه.

في معنى الدخول، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به. ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط، ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً هو الصحيح،

المواضع، حتى رأيته أفتى في المرأة إذا أخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اهـ. ولا إشكال في هذا، فإن وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة، بخلاف ما إذا قبلها منتشراً فإنه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة. والحاصل أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدّق بلا خلاف، وفي المباشرة إذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم، وفي التقبيل إذا أنكر الشهوة اختلف فيه، قيل لا يصدق لأنه لا يكون إلا عن شهوة غالباً فلا يقبل إلا أن يظهر[(١)] خلافه بالانتشار ونحوه، وقيل يقبل، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد، فيصدق أو على الفم فلا، والأرجح هذا إلا أن الخد يتراءى إلحاقه بالفم، ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما تقام عليه البينة أن هذا المدعي تزوّج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على إرادة القبلة على الفم ونحوه أو في اللمس فقط إن أريد غير الفم ونحوه. والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردّت فيراعى الظهور. وفي المحيط: لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه، وإن كانت في غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي: لا تحرم) قيل عليه أن ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلا حاجة إلى نقله مرة أخرى. أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة. وحينئذ لا بد من فرض كون الممسوس أمته على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها: يعني التي فيها خلاف الشافعي الأمة: يعني أمته، لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة، لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس، لا أن حرمتهما جميعاً بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة إلا فائدة التحريم في الربيبة دون الأم، ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي (قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل) وعن أبي يوسف: النظر إلى منابت الشعر محرم، وقال محمد: أن ينظر إلى الشق. وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم تعلق بالفرج، والداخل فرج من كل وجه، والخارج فرج من وجه، وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اهـ. ولقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول: قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أوّل الكتاب ما إذا نقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجباً للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله: ولنا أنه متى وجب الغسل من وجه فالاحتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط. وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط.

مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها. فإن قيل: ذكر مسئلة الدواعي تكرار لأن نفس الوطء الحرام إذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى. أجيب بأنه إنما كانت تكراراً أن لو كانت مصوّرة في الحرام فقط، وليس كذلك بل هي في الحلال مثل أن مست أمة مولاها كذلك، غير أنا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم (له) في الحلال ما ذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول، لأن الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق (ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء) والسبب الداعي إلى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط، وهذا لأنا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الأبضاع، ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعي

(قوله فإن قيل: ذكر مسئلة الدواعي) أقول: أي ذكر خلاف الشافعي فيها، فإن الأولوية في جانبه كما لا يخفى، ففي عبارته قصور.

(١) (قوله إلا أن يظهر الخ) حق هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اهـ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه.

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها، ولو مس فأنزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة، والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء، وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر **(وإذا طلق امرأة**

[فروع] النظر من وراء الزجاج إلى الفرج محرّم، بخلاف النظر في المرآة، ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة، ولو كانت على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم، كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرآة مثاله لا هو، وبهذا عللوا الحنث فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرآة أو الماء. وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى، بخلاف المرآة والماء، وهذا ينفي كون الإبصار من المرآة ومن الماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما، بخلاف المرئى في الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافياً فيرى نفس ما فيه، وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها في ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر. ثم شرط الحرمة بالنظر أو المسْ أن لا ينزل، فإن أنزل قال الأزوجندي وغيره: تثبت لأن بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة، والإنزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت، والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الأئمة والبزدوي بناء على أن الأمر موقوف خال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا، والاستدلال واضح في الكتاب إلا أن إقامة السبب إذا نيط الحكم بالسبب إنما تكون لخفاء المسبب، وإلا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة، والأولى ادعاء كون المناط شرعاً نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظراً إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه. وقد روى في الغاية السمعانية حديث أم هانيء عنه ﷺ أنه قال «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها[1]» وفي الحديث «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها[2]» وعن عمر: أنه جرّد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال: أما إنها لا تحل لك. وهذا إن تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كافياً. وعن ابن عمر قال: إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها

مقام المدعو احتياطا، وفساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء. ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحاً قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سبباً داعياً إليه، والجواب أن النظر إلى الفرج المحرم هو ما يكون نظراً إلى داخل الفرج بأن كانت متكئة وهو لا يحل إلا في الملك، والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة إلا في خلوة عن الأجانب، فانظر بعد هذا في أن النظر إلى الجمال في الحلال في الملك وغيره خلاء وملأ هل يكون داعياً إلى الوطء دعوة النظر إليه أولاً؟ لا أراك قائلاً بذلك إلا مكذباً. وعرّف المس بشهوة بأن تنتشر الآلة: يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس **(أو تزداد انتشاراً)** إذا كانت منتشرة قبل ذلك. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة: وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حدّ الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام. قال في النهاية: هذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع، فإن كان شيخاً أو عنيناً فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركاً قبل ذلك أو يزداد الاشتهاء إن كان متحركاً وهذا إفراط. وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وإنما يعتبر تحرك الآلة، وكان. لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين

---

(١) واهٍ بمرة. أورده البيهقي في سننه ٧/ ١٧٠ فقال: رواه الحجاج بن أرطاة عن أبي هانيء أو أم هانيء عن النبي ﷺ.
قال البيهقي: هذا منقطع، ومجهول، وضعيف، والحجاج لا يحتج بما يسنده فكيف بما يرسله. عمن لا يُعرف اهـ.
قلت: الانقطاع فيه أن الحجاج لم يدرك أم هانيء. والجهالة هو أنه شك بقوله: أم هانيء أو أبي هانيء. والحجاج ضعيف وهو مدلس فالحديث ضعيف جداً.

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩ والبيهقي ٧/ ١٧٠ كلاهما عن ابن مسعود موقوفاً وصدره: لا ينظر الله إلى رجل.. بدل ملعون قال الدارقطني: هو موقوف. وحماد وليث ضعيفان. ونقله البيهقي عنه.
وكذا ذكره السيوطي في الدر المنثور ٢/ ١٣٧ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود موقوفاً. قال: وروى عبد الرزاق، وابن أبي شيبة، وابن الضريس عن وهب بن منبه قال: في التوراة ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها اهـ.

طلاقاً بائناً أو رجعياً لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله: إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد. ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد، والحدّ لا يجب على

وابنتها. وعن مسروق أنه قال: بيعوا جاريتي هذه، أما إني لم أصب منها إلا ما يحرّمها على ولدي من المس والقبلة **(قوله لم يجز له أن يتزوّج بأختها حتى تنقضي عدتها)** وفي المبسوط: لا تتزوّج المرأة في عدّة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن **(وقال الشافعي: إن كانت العدّة عن طلاق بائن جاز)** وعلى هذا الخلاف تزوّج أربع سوى المعتدّة عن بائن، وبقوله قال مالك، وبقولنا قال أحمد وهو قول عليّ وابن مسعود وابن عباس، ذكره سليمان بن يسار عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي، وروى مذهبه عن زيد بن ثابت إلا أن أبا يوسف ذكر في الأمالي رجوع زيد عن هذا القول، وكذا ذكره الطحاوي. حكى أن مروان شاور الصحابة في هذا فاتفقوا على التفريق بينهما، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم. وقال عبيدة: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة على أربع قبل الظهر. ثم إن محل النزاع يتجاذبه أصلان: الطلاق الرجعي، وما بعد انقضاء العدة، فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح إعمالاً للقاطع وهو الطلاق البائن. ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالماً بالحرمة حدّ. وقسنا على الأوّل بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية، وهذا لأنه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلاً عن حالة وقوع الطلاق الرجعي إلا قيام أحكامه، لأن لفظ تزوّجت وزوّجت تلاشى بمجرد انقضائه، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلى الاختصاص استماعاً وإمساكاً، وقد بقي الإمساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقى النكاح من وجه، وإذا كان قائماً من وجه حرم تزوّج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقاً إلحاقاً بالرجعي أو بما لا يحصى من الأصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج. ويخص تزوج الأخت في عدة الأخت دلالة النص المانع من الجمع بين الأختين، فإنه علل فيه بالقطيعة وهي هنا أظهر وألزم، فإن مواصلة أختها في حال حبسها بلا استمتاع أغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة. والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع، فإن الحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه: معتدّة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا أنكره. ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت، ويستلزم أن الوطء في عدّة الثلاث ليس زنا مستعقباً لوجوب الحد وإلا لم يثبت نسبه، فكان ذلك رواية في عدم الحد، وإن سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه. وإنما قلنا: إن أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه[1] وبه تحرم الأخت من وجه وبه تحرم مطلقاً. وفي المجتبى جواز نكاح الأخت في عدة الأخت يؤدي إلى جمع مائه في رحم

الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو أقرب إلى الفقه. وقوله **(والمعتبر النظر)** ظاهر **(ولو مس فأنزل فقد قيل يوجب الحرمة)** وبه كان يفتي شيخ الإسلام الأوزجندي ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة، فهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة الحرمة لا توجب خلافها. والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام. وقد نص محمد في باب إتيان المرأة في غير مأتاها من الزيادات أن الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة، وكذا النظر إلى موضع الجماع من الدبر بشهوة **(وهذا أصح لما تبين أنه)** أي المس **(بالإنزال غير مفض إلى الوطء)** والمس المفضي إليه هو المحرّم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالإنزال: هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفاً إلى أن تبين بالإنزال، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبتت، لا أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس، ثم بالإنزال سقط ما ثبت من الحرمة لأن موجب المصاهرة إذا ثبت لا يسقط أبداً. قال **(وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً لم يجز له أن يتزوّج بأختها حتى تنقضي عدتها. وقال الشافعي: إن كانت العدة عن طلاق بائن)** كالطلاق على مال **(أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية)** لأن القاطع وهو طلاق موجود على الكمال إذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من إعماله، وإعمال

---

(١) **(قوله وبه يقوم هو من وجه)** سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرر كتبه مصححه.

إشارة كتاب الطلاق، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال في حق الملك فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق

أختين لجواز العلوق بعد النكاح، ويثبت في المعتدة النسب إلى سنتين وهو ممتنع بالحديث اهـ. يعني قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعنَّ ماءه في رحم أختين[1]» ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ما ذكر أيضاً.

[فروع: الأول] إذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فإما تحتمله المدة أو لا، لا يصح نكاحه أختها في الثاني لأنه لا يقبل قولها ولا قوله إلا أن يفسره بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق. وفي الأوّل يصح نكاحه أختها سواء سكتت المخبر عنها أو صدّقته أو كذبته أو كانت غائبة. وقال زفر: إذا كذبته لا يصح نكاحه أختها لأنها أمينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها إذا أتت به. ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح، ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع إلا في حقها فقلنا ببقاء النفقة، بخلاف نكاح الأخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه، ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعاً بقيام العدة والفراش كالأختين المملوكتين، بخلاف ما إذا ولدت فإن من ضرورة القضاء بنسبه الحكم بإسناد العلوق فيتيقن بكذبه، ثم قال في الأصل هنا إن مات لم ترثه وكان الميراث للأخرى. وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للأولى دون الأخرى، ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضاً حين قال أخبرتني أن عدتها انقضت وكذبته، وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعياً، فأما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للأولى وإن لم يخبر الزوج بها. وفي كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في إبطال حقها كما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولاً في إبطال إرثها. توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع يعني الطلاق صار بائناً، فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها، ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث. وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن عندهما يجوز جعل الرجعي بائناً خلافاً لمحمد، ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية. الثاني: لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوّج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده، وعندهما تحل الأخت أيضاً قياساً على تزوّج الأربع، ولأن حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وإنما هي أثره، وأبو حنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوّته بعده، ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوّجها قبله لا بعده حتى تنقضي، فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقاً نسب ولدي أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الأربع سواها، إذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به. الثالث: لزوج المرتدّة إذا لحقت بدار الحرب تزوّج أختها قبل انقضاء عدتها كما إذا ماتت لأنه لا عدة عليها من المسلم للتباين، فإن عادت مسلمة فإما بعد تزوّج الأخت أو قبله، ففي الأول لا يفسد نكاح الأخت لعدم عود العدة، وعند أبي يوسف تعود العدة، وفي إبطال نكاح أختها عنه روايتان، وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لأن العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد، وعندهما ليس له تزوّج الأخت وعودها مسلمة يصير شرعاً لحاقها كالغيبة، ألا ترى أنه يعاد إليها مالها

القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله **(ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد. ولنا)** أنا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية، فإن **(النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع)** عن الخروج **(والفراش)** وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت نسبه منه فإن هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الأحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح، فلو لم يكن النكاح قائماً حال العدّة تخلف الحكم عن علته وهو باطل، وإذا كان النكاح قائماً كان عمل القاطع متأخراً كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد، فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام.

(قوله كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد) أقول: حتى لا يجوز لها أن تتزوج بغيره.

---

(١) لا أصل له. تقدم في ١/١١٣ وقد قال الزيلعي: غريب ووافقه الكمال هناك وقال ابن حجر في الدراية: لم أجده وفي الحبير قال: لا أصل له اهـ فلعله سبق قلم من الكمال.

ما ذكرنا فيصير جامعاً **(ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها)** لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً ثمرات مشتركة بين

فتعود معتدّة **(قوله ولا يتزوّج المولى أمته)** ولو ملك بعضها **(ولا المرأة عبدها)** وإن لم تملك سوى سهم واحد منه. وقد حكى في شرح الكنز الإجماع على بطلانه، وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية **(قوله لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين)** أي في الملك منها ما تختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقذف والمنع من العزل إلا بإذنها، ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره، ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركاً كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في حق الإضافة **(والمملوكية تنافي المالكية)** فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم مناف للملزوم. ولا وجه إذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الأمور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه. ولو اشترت زوجها أو شيئاً منه فسد النكاح ويسقط المهر، كما لو داين عبداً ثم اشتراه سقط الدين لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين **(قوله ويجوز تزويج الكتابيات)** والأولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة. وتكره الكتابية الحربية إجماعاً لانفتاح باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعي

وقوله **(والحد لا يجب)** جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد. ووجهه أنا لا نسلم وجوبه على إشارة كتاب الطلاق. قال: معتدّة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا إنكره، ففي قوله لا يثبت نسبه منه إذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه إشارة إلى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا، إذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وإن ادعى. ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال: إن من طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدّع الشبهة فذاك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك، ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لأنا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش، ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق التزوّج بالأخت احتياطاً في التفادي عن الجمع بين الأختين. قال **(ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها)** خلافاً لنفاة القياس، استدلوا بقوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** وقوله تعالى **﴿فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾** **(ولنا أن النكاح ما شرع إلا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين)** يعني أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها

(قال المصنف: ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول: قال السروجي في شرحه: لأن مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق، قال الله تعالى **﴿الرجال قوامون على النساء﴾** والاسترقاق يقتضي قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبدها وسيدة لتنافي البابين اهـ. ونحن نقول: ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أجمله المصنف **(قوله استدلوا بقوله تعالى إلى قوله وقوله تعالى)** أقول: الآية الأولى والثانية في سورة النساء **(قوله لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما، إلى قوله: وبينهما منافاة)** أقول: لا يخفى عليك ما في تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين المتنافين، والأولى أن يقول: فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدها لكان المملوك المحض لشخص مالكاً له، وبينها منافاة فليتأمل. فإن قلت: بم يتخلص في النكاح عن هذا؟ قلنا: باختلاف الجهتين، فإنه ظاهر فيه، ولا يمكن أن يرتكب ذلك في العبد وسيدته لأن العبد مقهور محض لها للرق فلا يمكن أن يكون قاهرها فليتأمل **(قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين)** أقول: لأن كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة **(قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنها لو كانت مالكة منافع بضعه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها، والمتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع، وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت استقلالاً وأصالة، على أن ذلك ليس بصحيح أيضاً، فإنه تقرر في الأصول أن الرقيق ليس بمملوك في حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على أصل الحرية ولهذا يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة. قال في التلويح: لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى إتلافهما اهـ **(قوله فبأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الخ)** أقول: هذه الآية في سورة النور **(قوله فإن قيل: الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ)** أقول: غير المنطوق لا يعارض المنطوق على ما فصل في موضعه وهذا بعد تسليم ما ذكره، وذلك أيضاً فيه ما فيه **(قال المصنف: ويجوز تزويج الكتابيات)** أقول: أي تزوجها، أو المراد تزويجها من نفسه **(قال المصنف: لقوله تعالى والمحصنات الآية)** أقول: هذه الآية في سورة المائدة.

المتناكحين، والمملوكية تنافى المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة **(ويجوز تزويج الكتابيات)** لقوله تعالى -

---

للمقام معها في دار الحرب، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهي حبلى فيولد رقيقاً وإن كان مسلماً. والكتابي من يؤمن بنبي ويقرّ بكتاب. والسامرية من اليهود. أما من آمن بزبور داود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا. ثم قال في المستصفى: قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقدوا المسيح إلهاً، أما إذا اعتقدوه فلا. وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيراً إله. ولا يتزوّجوا نساءهم. وقيل عليه الفتوى، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أن يجوز الأكل والتزوّج اهـ وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الأئمة في الذبيحة قال: ذبيحة النصراني حلال مطلقاً سواء قال بثالث ثلاثة أولاً وموافق لإطلاق الكتاب هنا. والدليل وهو قوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] فسره بالعفائف احترازاً عن تفسير ابن عمر بالمسلمات، ولذلك امتنع ابن عمر رضي الله عنه من تزوج الكتابية مطلقاً لاندراجها في المشركة، قال تعالى ﴿وقالت اليهود عزير ابن الله وقالتِ النصاري المسيح ابن الله﴾ إلى أن قال ﴿سبحانه عما يشركون﴾ [التوبة: ٣٠] قلنا: وقد قيل إن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا كلهم ويهود ديارنا يصرّحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد. وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالابنية قبحهم الله، لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في أهل الكتاب، فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان الشارع فلا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة بل وطوائف، وأطلق لفظ الفعل: أعني يشركون على فعلهم، كما أن من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصح في حقه أنه مشرك لغة، ولا يتبادر عند إطلاق الشارع لفظ المشرك إرادته لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى ﴿لم يكن الذي كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾ [البيّنة: ١] ونصص على حلهم بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] أي العفائف منهن. وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى، أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فإن كن قد انقرضن فلا فائدة، إذ لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء، وإن كن أحياء ودخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله ﷺ فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين، بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ [المائدة: ٥] ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف. ثم المراد من ذكره حث الإنسان على التخير لنطفته، ألا ترى أن العفة ليست شرطاً في المؤمنات اتفاقاً وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن، ولو سلم فهي منسوخة، أعني ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] نسخت في حق أهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة

من وطئها ودواعيه شرعاً والمنع عن الخروج والبروز والتحصين، فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبراً والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة إلى الزوجية، فكان النكاح مشروعاً لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما، فكان كل واحد منهما مالكاً ومملوكاً، وبينهما منافاة لأن المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما. واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين، ولا تنافي حينئذ. وأجيب بمنع اختلاف الجهة بأن كون المرأة مالكة لجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد، وكونها مملوكة أيضاً إنما هو بالنسبة إلى العبد فلم تختلف الجهة. ولقائل أن يقول: المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعة، فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعة مملوكاً، ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزائها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي. والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه فإنها تقدر على إتلافه بالإخصاء والجب من غير ضمان يلحقها، فكان العبد مملوكاً من حيث فرضته مالكاً فاتحدت الجهة وتحقق التنافي. وأما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى ﴿وأنكحوا

﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ أي العفائف، ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما نبين من بعد إن شاء الله

وبقي من سواهم تحت المنع، ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط، على أن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير إرادة لا لغة. ويدل على الحل تزوّج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم، فمن المتزوّجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين، وإنما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لأنه في صغره ألزم لأمه، ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل، ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره، ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه. وخطب المغيرة بن شعبة هنداً بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبت وقالت: أيّ رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء؟ ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر، فقال: صدقت، وأنشأ يقول:

أدركت ما منيت نفسي خالياً ... لله درّك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة ذهنه ... إن الملوك ذكية الأذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها، فقالت في أبيات:

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا ... إذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأفّ لدنيا لا يدوم نعيمها ... تقلب تارات بنا وتصرّف

قولها نتنصف: أي نستخدم، والمنصف الخادم، فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين إلى تفسير المحصنات بالعفائف، ثم ليست العفة شرطاً بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفاً. والأئمة الأربعة على حل الكتابية الحرة، وأما الأمة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها **(قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات)** عليه الأربعة، ونقل الجواز عن داود وأبي ثور، ونقله إسحاق في تفسيره عن عليّ رضي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأسرى بكتابهم فنسوه، وليس هذا الكلام بشيء، لأنا نعني بالمجوس عبدة النار، فكونهم كان لهم كتاب أولا لا أثر له. فإن الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى **﴿إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾** [الأنعام: ١٥٦] من غير تعقيب بإنكار، وعدّهم المجوس يقتضي أنهم ثلاث طوائف، وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي «أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» قال ابن القطان: هو مرسل، ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء. ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر» الحديث، إلى أن قال «بأن لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم. وفي سنده الواقدي. وروى مالك في موطئه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن

الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ خاطب الله تعالى الموالي بإنكاح الإماء لا بنكاحهن. فإن قيل: الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة. فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتجن إليه من أمر النكاح، والسكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان **(ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾)** قال المصنف **(أي العفائف)** فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فإنه فسرها بالمسلمات، وليست العفة شرطاً الجواز النكاح وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض. ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال **﴿اليوم أحل لكم الطيبات﴾**، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أي وأحل المحصنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل **(ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما**

تعالى (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ (ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبي

الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس فقال: ما أدري ما أصنع في أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول «سنوا بهم سنة أهل الكتاب[1]» اهـ. وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية إن شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالإجماع والنص، ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية. وفي شرح الوجيز: وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً. وقال الرستغفني: لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضلى[2] ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية، واختلف فيها هكذا، قيل يجوز، وقيل يتزوّج بنتهم ولا يزوّجهم بنته. ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن إن شاء الله تعالى فإنما يريد إيمان الموافاة صرحوا به: يعنون الذي يقبض عليه العبد لأنه إخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله﴾ [الكهف: ٢٣] وعلى هذا فيكون قوله إن شاء الله شرطاً لا كما يقال إنه لمجرد التبرّك، وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الأولى، لأن تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد في أنه هل يكون مؤمناً عند الموافاة أو لا. وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاماً في المباحث، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون، وأقول: وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفي الاختيار.

نبين من بعد) يعني بعد أسطر حيث قال: ويجوز تزويج الأمة. (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب») أي اسلكوا بهم طريقتهم: يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم، رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (ولا) يجوز تزويج (الوثنيات لقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها. واعترض بأن أهل الكتاب مشركون، قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله، ﴿وقالت النصارى المسيح ابن الله﴾ إلى قوله ﴿سبحانه عما يشركون﴾ وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات، وقد بين المصنف جوازه مستدلاً بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى ﴿ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذي أشركوا أذى كثيراً﴾ وفي قوله ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب﴾ والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة. وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية،

(قال المصنف: لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ الآية) أقول: هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون، إلى قوله: والجواب) أقول: وأجاب في الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيء قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزيز ابن الله . الآية) أقول: هذه الآية في سورة التوبة. (قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب إلخ)أقول: إنما يصار إلى ارتكاب المجاز في الآية لو كانت العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد، مع أن قوله تعالى. إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك.

---

(١) صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٢٧٨ عن محمد الباقر وهو مرسل لأنه لم يدرك عمر ولا عبد الرحمن بن عوف.
ورواه ابن سعد وفيه شيخه الواقدي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص والواقدي ضعيف.
لكن أخرجه البخاري ٣١٥٧ وأبو داود ٣٠٤٣ والترمذي ١٥٨٧ والدارمي ٢٤٠٦ وابن الجارود ١١٠٥ والبيهقي ٩/ ١٨٩ وأحمد ١/ ١٩٠، ٩٤ كلهم عن بجاله بن عبده قال: «لم يكن عمر يأخذ الجزية من المجوس حتى حدثه ابن عوف أن رسول الله ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر» فهذا إسناد صحيح متصل.

(٢) (قوله والفضلى) معطوف على الرستغني كما هو ظاهر، كذا بخط العلامة البحراوي.

ويقرون بكتاب) لأنهم من أهل الكتاب **(وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم)** لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب على ما وقع عنده، وعلى هذا حل ذبيحتهم. قال **(ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الإحرام)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز، وتزويج الوليّ المحرم وليته على هذا الخلاف.

[فرع] تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية والمجوسي يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم، فتجوز مناكحة بعضهم بعضاً كأهل المذاهب من المسلمين. وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطء المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الإطلاق في سبايا العرب كأوطاس[1] وغيرها وهنّ مشركات، والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى **﴿ولا تنكحوا المشركات﴾** [البقرة: ٢٢١] فإما أن يراد الوطء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الأمرين، ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن **(قوله ويجوز**

وذلك لأنه شبه اتخاذهم الأحبار والرهبان أرباباً بإشراك المشركين، وسرى ذلك إلى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان. فإن قيل: اتخاذهم ذلك أرباباً عين الشرك لا مشبه به. قلت: فيه الاستعارة التصريحية، فإنهم لم يجعلوهم أرباباً حقيقة وإنما كانوا يعظمونها تعظيم الأرباب. فإن قلت: فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ باللاتي أسلمن من أهل الكتاب؟ قلت: لسنا نأخذ به لعرائه إذ ذاك عن الفائدة، فإن غير الكتابية أيضاً إذا أسلمت حل نكاحها، وقد جاء عن حذيفة أنه تزوج يهودية، وكذا عن كعب بن مالك. قال **(ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبي)** الصابئات، من صبأ: إذا خرج من الدين، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب، والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين. وقوله **(والخلاف المنقول فيه)** يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده خلافاً لهما **(محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب بما وقع عنده)** وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرءون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها. ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الأوثان، فإذا لا خلاف بينهم في الحقيقة، لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت مناكحتهم عندهما أيضاً، وإن كانوا كما قالا فلا تجوز مناكحتهم عنده أيضاً. وحكم ذبيحتهم على هذا. قال **(ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الإحرام، وقال الشافعي لا يجوز، وتزويج الوليّ المحرم وليته على هذا الخلاف)** له ما روى عن عثمان بن عفان قال: قال رسول الله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب **(ولنا ما روى ابن عباس «أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم»)** قال أبو عيسى الترمذي: حديث ابن

(قوله فإن قلت: النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء الخ) أقول: إذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد **(قوله قلت ما رواه محمول على الوطء، إلى قوله: وهو فاسد)** أقول: مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لأنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الإحرام. قال الإتقاني: قوله ما رواه محمول على الوطء: أي لا يطأ المحرم ولا تمكنه المحرمة من نفسها لتوطأ، ولا يخطب: أي لا يلتمس الوطء اهـ. ولا يلزم أن يكون ولا تنكح بالتاء لأن المحرم يتناول المحرمة أيضاً لكونه في تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل.

---

(١) حسن. يُشير المصنف لما أخرجه أبو داود ٢١٥٥ من حديث أبي سعيد قال: «بعث رسول الله ﷺ يوم حنين بعثاً إلى أوطاس فلقوا عدوهم فقاتلوهم، فظهرو عليهم، وأصابوا لهم سبايا، فكأن أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهنّ من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ أي فهنّ لهم حلال إذا انقضت عدتهن».

ورد خبر أوطاس بسياق مختصر رواه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢٢١٠ والحاكم ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٥/ ٣٢٩ كلهم من حديث أبي سعيد مرفوعاً: «قال في سبايا أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة».

وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي وإسناده حسن. وله طرق وشواهد فالحديث حسن في أقل درجاته وأوطاس وحنين مكانان في الطريق إلى هوازن.

له قوله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» ولنا ما روي «أنه ﷺ تزوّج بميمونة وهو محرم» وما رواه محمول على

تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرؤن بكتاب) وإن عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة، بهذا فسرهم أبو حنيفة فبنى عليه الحل، وفسراهم بعبدة الكواكب فبنيا عليه الحرمة، وقيل فيهم الطائفتان، وقيل فيهم غير ذلك، فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والمحرمة أن يتزوجا حالة الإحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف) تمسكوا بقوله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» رواه الجماعة إلا البخاري عن أبان بن عثمان بن عفان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول: قال رسول الله ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح» زاد مسلم وأبو داود في رواية «ولا يخطب» وزاد ابن حبان في صحيحه «ولا يخطب عليه[1]» وفي موطإ مالك عن داود بن الحصين: أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفاً تزوّج امرأة وهو محرم، فرد عمر بن الخطاب نكاحه[2]. ولنا ما رواه الأئمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم[3]» زاد البخاري في جامعه في باب عمرة القضاء في كتاب المغازي: «وبني بها وهو حلال وماتت بسرف[4]» وله أيضاً عنه ولم يصل سنده به قال: «تزوّج النبي ﷺ ميمونة رضي الله عنها في عمرة القضاء[5]» وما عن يزيد بن الأصم أنه تزوّجها وهو حلال[6] لم يقو قوّة هذا فإنه مما اتفق عليه الستة. وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي، وأيضاً لا يقاوم بابن عباس حفظا وإتقانا، ولذا قال عمرو بن دينار للزهري: وما يدري ابن الأصم أعرابي كذا وكذا لشيء قاله أتجعله مثل

عباس حسن صحيح. فإن قلت: النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء إذا كان الحديثان متعارضين. قلت: ما رواه محمول على الوطء: أي لا يطأ ولا تمكنه المرأة أن يطأها كما هو فعل البعض،

لمن يشاء وقوله تعالى لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد يدل على أنهم مشركون، وتقرير النهاية أوضح منه

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٩ ومالك ١/ ٣٤٨ وأبو داود ١٨٤١ والترمذي ٨٤٠ والنسائي ٥/ ١٩٢ وابن ماجه ١٩٦٦ والدارمي ١٧٦٧ والطيالسي ٧٤ وابن حبان ٤١٢٣ وابن الجارود ٤٤٤ والبغوي ١٩٨٠ والبيهقي ٥/ ٦٥ وأحمد ١/ ٥٧ ـ ٦٤ ـ ٦٨ من عدة طرق كلهم من حديث عثمان بن عفان وعنه أبان بن عثمان.
زاد ابن حبان في رواية برقم ٤١٢٤: ولا يَخْطُبُ ولا يُخْطَبُ عليه.

(٢) موقوف. أخرجه مالك ٣٤٩ ح ٧١ عن داود بن حصين فذكره. وداود ثقة إلا أنه لم يدرك عمر فهو منقطع.

(٣) صحيح. أخرجه ٥١١٤ و١٨٣٧ و٤٢٥٨ ومسلم. ١٤١٠ ح ٤٦ ـ ٤٧ وأبو داود ١٨٤٤ والترمذي ٨٤٢ و٨٤٣ و٨٤٤ والنسائي ٥/ ١٩١ وابن ماجه ١٩٦٥ والدارمي ١٧٦٦ والبيهقي ٧/ ٢١٠ والطحاوي في شرح الآثار ٢/ ٢٦٩ وابن سعد في الطبقات ٨/ ١٣٥ ـ ١٣٦ وأحمد ١/ ٢٥٢ ـ ٢٢١ ـ ٢٢٨ وابن حبان ٤١٢٩ و٤١٣١ من عدة طرق عن أبي الشعثاء، وعكرمة عن ابن عباس.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٥٨ من طريق عكرمة عن ابن عباس بهذا اللفظ.

(٥) جيد. أخرجه البخاري ٤٢٥٩ بقوله: زاد ابن إسحاق حدثني ابن أبي نجيح، وأبان بن صالح عن عطاء، ومجاهد عن ابن عباس بهذا اللفظ.
وهذا معلق لأن البخاري لم يذكر الواسطة بينه وبين ابن إسحاق. ثم ابن إسحاق ليس من شرط البخاري حيث لا يروي عنه حديثاً مسنداً. وإنما ذكره شاهداً.
وهذا المعلق وصله ابن حبان ٤١٣٣ والنسائي ٥/ ١٩٢ والبيهقي ٧/ ٢١٢ والبغوي ١٩٨١.
وقد توبع ابن إسحاق مع أنه صرح بالتحديث. فقد أخرجه ابن سعد ٨/ ١٣٥ والطحاوي ٢/ ٣٦٩ من وجه آخر عن عطاء عن ابن عباس. فالحديث قوي.
وعمرة القضاء هي في السنة الثانية من صلح الحديبية حيث صده المشركون عن البيت فاعتمر في السنة الثانية وسميت عمرة القضاء.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ١٤١١ وأبو داود ١٨٤٣ والترمذي ٨٤٥ والدارمي ١٧٦٨ والدارقطني ٣/ ٢٦٢ وابن ماجه ١٩٦٤ وابن سعد ٨/ ١٣٣ والطحاوي ٢/ ٢٧٠ والبيهقي ٧/ ٢١٠ و٥/ ٦٦ وابن حبان ٤١٣٤ و٤١٣٦ و٤١٣٧ و٤١٣٨ وأحمد ٦/ ٣٣٣ من عدة طرق عن يزيد بن الأصم عن ميمونة: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال.
ورواية: وبنى بها حلالاً. وماتت بسرفٍ فدفنّاها في الظُّلَّة التي بني بها فيها فنزلت في قبرها أنا وابن عباس . . . الحديث وفيه قصة الدفن.
ورجاله ثقات أثبات إلى يزيد الأصم وهو ثقة قال في التقريب: هو ابن أخت ميمونة أم المؤمنين وهو ثقة روى له مسلم وأصحاب السنن اهـ.
قلت: فالحديث صحيح. وهو مفسر، وموضح لحديث ابن عباس. وسيأتي ما يقويه.

. . . .

ابن عباس[1]، وما روي عن أبي رافع «أنه ﷺ تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما[2]» لم يخرّج في واحد من الصحيحين وإن روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة، ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن. قال: ولا نعلم أحداً أسنده غير حماد عن مطر. وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ﷺ تزوّج ميمونة وهو حلال[3] فمنكر عنه لا يجوز النظر إليه بعدما اشتهر إلى أن كان أن يبلغ اليقين عنه في خلافه. ولذا بعد أن أخرج الطبراني ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه من خمسة عشر طريقاً «أنه تزوجها وهو محرم» وفي لفظ «وهما محرمان[4]» وقال: هذا هو الصحيح. وما أوّل به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو في الحرم، فإنه يقال أنجد إذا دخل أرض نجد، وأحرم إذا دخل أرض الحرم[5] بعيد. ومما يبعده حديث البخاري «تزوّجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال»[6] والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الأصم وأبان بن عثمان بن عفان، وحديث ابن عباس أقوى منهما سنداً[7]، فإن رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا، ويعضده ما قال الطحاوي روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت: «تزوّج رسول الله ﷺ بعض نسائه وهو محرم» قال: ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم اهـ[8]. وهذا الحديث أخرجه أيضاً البزار، قال السهيلي: إنما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها، وبقوّة ضبط الرواة وفقههم فإن الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقهاً وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد، وإن تركناها تتساقط للتعارض وصرنا إلى القياس فهو معنا لأنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة

. . . .

حيث قال: علم من العطف أن معنى الإشراك صار مغلوباً فيهم ولم يلتفت لوجوده. وفي فتح القدير: المعهود من إرادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم في قوله تعالى لم يكن الذي كفروا من أهل الكتاب الآية **(قوله فإن قلت: فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنهما)** أقول: فيه بحث، فإن تأويل ابن عمر رضي الله عنهما ليس في قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات بل في قوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب.

---

(١) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي ١/ ٤٤٢ وعبارته قال عمر وبن دينار وما يدري ابن الأصم؟ أعرابي بوّال على عقبيه أتجعله مثل ابن عباس؟!.
قلت: يزيد بن الأصم هو ابن أخت ميمونه كما ذكر ابن حجر في التقريب وهو إمام ثقة. وقد حكى في إحدى روايتيه قصة دفن ميمونة وكان هو وابن عباس فهذا يدل على إتقانه وفهمه، وتثبته في هذا الأمر. وقد قال في إحدى رواياته: حدثتني ميمونة. والإنسان أدرى بنفسه من غيره يعني ميمونة.
بل أخرج أبو داود ١٨٤٥ عن ابن المسيب قال: وهم ابن عباس في تزويج ميمونة وهم محرم. وإسناده إلى ابن المسيبْ غير قوي.
فيه رجل مجهول. لكن أثبته أحمد كما سيأتي آخر الكلام على هذه المسألة.

(٢) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١٣٠ و٤١٣٥ بسنده عن سليمان بن يسار عن أبي رافع فذكره. ومن هذا الوجه أخرجه الترمذي ٨٤١ والبيهقي ٥/ ٦٦.
وقال الترمذي: حديث حسن. ورواه مالك مرسلاً.
قلت: أخرجه مالك ٢/ ٣٤٨ عن ابن يسار مرسلاً وهذا مرسل قوي قال في التقريب: سليمان بن يسار مولى ميمونة وقيل أم سلمة ثقة فاضل اهـ.

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٢٦٨ من حديث ابن عباس وقال: فيه عثمان بن مخلد الواسطي ذكره بن أبي حاتم ولم يجرحه وبقية رجاله ثقات. اهـ.

(٤) صحيح. ذكر الهيثمي في المجمع بعض هذه الطرق وصحح أسانيدها. راجع مجمع الزوائد ٤/ ٢٦٧.

(٥) لفظ: ما أوّل به حديث ابن عباس. . إلى لفظ: الحرم. هذا ذكره ابن حبان في صحيحه بأتم منه لكن استبعده الكمال.

(٦) تقدم تخريجه مع باقي الطرق عن ابن عباس قبل أحاديث.

(٧) الثلاثة صحاح وحديث ابن عباس مهما اشتدت قوته يبقى فرداً وكما تقدم أن يزيد الأصم لم يقل الكلام من تلقاء نفسه بل قال في بعض رواياته: حدثتني ميمونة. والمرء أعرف بخصوصياته.

(٨) حسن. أخرجه ابن حبان ٤١٣٢ والطحاوي في شرح الآثار ٢/ ٢٦٩ والبيهقي ٧/ ٢١٢ كلهم عن عائشة وأعله البيهقي بالارسال وردّه ابن التركماني بأن أبا عوانة رواه موصولاً.
قلت: لكن نقل البيهقي عن الترمذي عن إمام هذه الصنْعة البخاري أنه قال: يروونه مرسلاً. ومع ذلك مال ابن حجر في الفتح ٩/ ١٦٦ إلى وصله.

الوطء (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز للحرّ أن يتزوّج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق، وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول

للتسرّي وغيره، ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الإحرام، ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطء وأثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد نفسه. وأيضاً لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقاً لطروّ الإحرام لأن المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطارىء على العقد، وإن رجحنا من حيث المتن كان معنا لأن رواية ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة، لما عرف أن المثبت هو الذي يثبت أمراً عارضاً على الحالة الأصلية والحل الطارىء على الإحرام كذلك، والنافي هو المبقيها لأنه ينفي طروّ طارىء، ولا شك أن الإحرام أصل بالنسبة إلى الحل الطارىء عليه، ثم إن له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفياً من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الإثبات فيرجع بخارج وهو زيادة قوّة السند وفقه الراوي على ما تقدم. هذا بالنسبة إلى الحل اللاحق، وأما على إرادة الحل السابق على الإحرام كما في بعض الروايات «أنه ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوّجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يحرم» كذا في معرفة الصحابة للمستغفري، فابن عباس مثبت ويزيد ناف، فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لترجح المثبت على النافي، ولو عارضه بأن كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لأن حالة الحل تعرف أيضاً بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوّة السند وفقه الراوي لا بذات المتن. وإن وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزوّج في حديث ابن الأصم على البناء بها مجازاً بعلاقة السببية العادية، ويحمل قوله ﷺ «لا ينكح المحرم» إما على نهي التحريم والنكاح للوطء. والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص: أي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها. والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكين من الوطء لا يسمى نكاحاً مع أن اللازم الإنكاح لا النكاح. وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لأن غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر، وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل، أو على نهي الكراهية جمعا بين الدلائل وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله «ولا يخطب» ولا يلزم كونه ﷺ باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة، وهو عليه الصلاة والسلام منزّه عنه. ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه، كالوصال نهانا عنه وفعله[1] **(قوله ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية الخ)** قيد الحر غير مفيد لأن الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الأمة الكتابية فكان الصواب

وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد **(ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية. وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوّج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق)** إذ الولد يتبع الأم في الرق وما

---

(١) هذه أدلة السادة الحنفية ولتمام الفائدة أذكر أدلة المخالفين قال النووي في شرح مسلم ٩/ ١٩٤ ما ملخصه: اختلف العلماء في نكاح المحرم فقال: مالك، والشافعي، وأحمد، والجمهور من العلماء، والصحابة، فمن بعدهم لا يصح نكاح المحرم واعتمدوا أحاديث الباب أي حديث عثمان كونه عاماً وحديث يزيد عن ميمونة وقال أبو حنيفة وأصحابه: يصح نكاحه لقصة ميمونة.

وأجاب الجمهور بأجوبة أصحها.

أولاً: أن النبي ﷺ تزوجها حلالاً هكذا رواه أكثر الصحابة. قال عياض وغيره: انفرد ابن عباس بقوله: تزوجها محرماً، وروت ميمونة، وأبو رافع وغيرهما أنه تزوجها حلالاً وهم أعرف بالقضية بخلاف ابن عباس ولأنهم أضبط وأكثر.

الثاني: تأويل حديث ابن عباس على أنه تزوجها في الحرم وهو حلال. يقال لمن هو في الحرم محرم وإن كان حلالاً وهي لغة شائعة معروفة ومنه البيت المشهور: قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً. أي في حرم المدينة.

الثالث: أنه تعارض القول والفعل والراجح عند الأصوليين القول لأنه يتعدى إلى الغير والفعل قد يكون مقصوراً عليه.

الرابع: وهو جواب أصحابنا أنه خصوصية له ﷺ اهـ كلامه. =

الحرة مانعاً منه. وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضى، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله أن لا يحصل

إبداله بالمسلم. وعن مالك وأحمد كقوله، وعنهما كقولنا له قوله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات﴾ [النساء: ٢٥] الآية استفيد منها عدة أحكام: عدم جواز نكاح الأمة مطلقاً عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز النكاح الأمة مطلقاً حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥] فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسباً وهو ما في نكاح الأمة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكماً. وعدم جواز الأمة الكتابية مطلقاً بمفهوم الصفة في قوله ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] وأيضاً إذا لم تجز الأمة إلا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة. وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لإطلاق المقتضى من قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] فلا يخرج منه شيء إلا بما يوجب التخصيص، ولم ينتهض ما ذكروا حجة مخرجة. أما أوّلاً فالمفهومان: أعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الأصول، وأما ثانياً فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح. وعدم الإباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة، ولا دلالة للأعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة، كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها، وبالكراهة صرح في البدائع. وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعيين أحد فردي الأعم الذي هو عدم الإباحة وهو التحريم مراداً بالأعم، فإن عنوا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة، ولكن وجود الوصف ممنوع، إذ ليس هنا متصف بحرّية عرّض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أمه، إن كانت حرة فحر أو رقيقه فرقيق، وإن أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لأن يقارنه الرق في الوجود لا إرقاقه

يثبت لضرورة يتقدّر بقدرها، والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة إلى الكتابية **(ولهذا)** أي ولكونه ضرورياً عنده **(جعل طول الحرة مانعاً منه)** أي تزوّج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة **(وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق)** مسلمة كانت أو كتابية **(لإطلاق المقتضي)** وهو قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ وقوله ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ وانتفاء المانع الذي هو أبداه وهو تعريض الجزء على الرق **(لأن فيه)** أي في الإقدام على نكاح الأمة **(امتناعاً عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه)** لأنه لم يوجد بعد، وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية، والامتناع عنه ليس

(قال المصنف: ولهذا جعل طول الحرة مانعاً منه) أقول: وفيه بحث، لأن ذلك لمفهوم الشرط عنده.

= وجاء في فتح الباري ٩/ ١٦٥ ما ملخصه: قال الأثرم: قلت لأحمد: إن أبا ثور يقول: بأي شيء يدفع حديث ابن عباس أي مع صحته.
قال: فقال: الله المستعان. ابن المسيب يقول: وهم ابن عباس وميمونة تقول: تزوجني وهو حلال اهـ.
ويجمع بين حديث عثمان، وحديث ابن عباس بحمل حديث ابن عباس على الخصوصية. وقال ابن عبد البر: جاء من طرق شتى أنه ﷺ تزوجها وهو حلال. وحديث ابن عباس صحيح لكن الوهم إلى الواحد أقرب اهـ.
وأما من حمل حديث عثمان على الوطأ فجوابه أنه جاء في رواية: ولا يخطب. ورواية: ولا يخطب عليه. ويترجح حديث عثمان بأنه تقعيد قاعدة.
وحديث ابن عباس واقعة تحتمل الخصوصية وتحتمل: أي داخل الحرم، أو الشهر الحرام. قال الأعشى: قتلوا كسرى بليلٍ محرماً أي في الشهر الحرام. وعارض حديث ابن عباس حديث يزيد. الأصم، وميمونة خالته كما هي خالة ابن عباس.
والحديث رواه مسلم عن الزهري عن الأصم.
وقال الطبري: الصواب من القول عندنا أن نكاح المحرم فاسد لصحة حديث عثمان، وأما قصة ميمونة، فتعارضت الأخبار.
وساق عن أيوب قوله: قد ثبت أن عمر وعلياً وغيرهما من الصحابة فرقوا بين محرم نكح وبين امرأته ولا يكون ذلك إلا عن ثبت. اهـ كلام ابن حجر.
وأثر عمر وعلي عند البيهقي ٥/٦٦ ـ وأسانيدهما صحيحة عنهما. هذا واللغة في النكاح أو الزواج تقع أحياً على مجرد العقد.
الخلاصة: فهذه أدلة الجانبين وكلها قوية إلا أن الأحسن أن يحتاط المرء لدينه والاحتياط في ذلك ترك النكاح في حالة الإحرام والله تعالى هو المستعان وآخر دعوانا أن الحمدلله رب العالمين.

الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف (**ولا يتزوّج أمة على حرة**) لقوله ﷺ «لا تنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد، وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة، ولأن للرق أثراً في

سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة. وهذا لأنه كان له أن لا يحصل الولد أصلاً بنكاح الآيسة ونحوها، فلأن يكون له أن يحصله رقيقاً بعد كونه مسلماً أولى، إذ المقصود بالذات من التناسل إنما هو تكثير المقرّين لله تعالى بالوحدانية والألوهية وما يجب أن يعترف له به، وهذا ثابت بالولد المسلم، والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره إلى أمر دنيوي، وقد جاز للعبد أن يتزوّج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة، وكون العبد أباً لا أثر له في ثبوت رق الولد، فإنه لو تزوّج حرة كان ولده حراً، والمانع إنما يعقل كونه ذات الرق لأنه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرماً لا مع قيد حرية الأب فوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم، لو صح ذلك التعليل: أعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوّج الأمة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط أن لا تكون جارية ابنه: أي ملك الابن، قال في خلاصتهم: لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فنزل ملك ولده منزلة ملكه، وعندنا لا ملك للأب من وجه أصلاً وإلا لحرمت على الابن (**قوله ولا يتزوّج أمة على حرة لقوله ﷺ «لا تنكح الأمة على الحرة»**) أخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنه قالت: قال رسول الله ﷺ «طلاق العبد اثنتان» الحديث، إلى أن قال «وتتزوّج الحرة على الأمة، ولا تتزوّج الأمة على الحرة[1]» وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف. وأخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده إلى الحسن «أن رسول الله ﷺ نهى أن تنكح الأمة على الحرة. قال: وتنكح الحرة على الأمة» قال: وهذا مرسل الحسن. ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضاً مرسلاً[2]، وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه. وأخرج عبد الرزاق، أخبرنا ابن جريج، أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: «لا تنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة[3]» وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه. وأخرج ابن أبي شيبة عن عليّ رضي الله عنه: لا تنكح الأمة على الحرة[4]. «وأخرج عن ابن مسعود نحوه، وأخرج ابن أبي شيبة: حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: «تتزوّج الحرة على الأمة، ولا تتزوّج الأمة على الحرة[5]» وعن مكحول نحوه. فهذه

بمانع شرعاً لأن له أن لا يحصل الأصل بالعزل برضا المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوّج الأمة أولى (**ولا يتزوّج أمة على حرة**) سواء كان حراً أو عبداً، وقال الشافعي: يجوز ذلك للعبد. وقال مالك: يجوز برضا الحرة. وجه قول الشافعي أن تزوّج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوّج إذا كان حراً وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه، ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فإذا رضيت فقد أسقطت حقها. ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال «لاتنكح الأمة على الحرة» وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر. فإن قلت: جوزتم نكاح الأمة مسلمة كانت أو كتابية بإطلاق

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٩ من حديث عائشة وكذا رواه البيهقي ٧/ ٣٧٠ ولفظ الدارقطني: طلاق العبد تطليقتان، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً، وقرء الأمة حيضتان، وتتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة.
وفي إسناده مظاهر بن أسلم.
لم أسند الدارقطني عن أبي عاصم قوله: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هذا.

(٢) مرسل. أخرجه البيهقي ٧/ ١٧٥ عن الحسن مرسلاً وإسناده إلى الحسن قوي وأسنده من وجه آخر عنه أيضاً.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ١٧٥ عن جابر موقوفاً وصحح إسناده. والصواب أنه حسن فيه أبو الزبير مدلس وقد عنعنه وعنه ليث بن أبي سليم وهو غير قوي. وكذا الحجاج بن أرطاة.
لكن صحيح الزيلعي في ٣/ ٧٥ رواية عبد الرزاق.

(٤) موقوف أخرجه البيهقي ٧/ ١٧٥ عن علي موقوفاً وفيه ضعف لضعف الحجاج بن أرطاة وأسنده البيهقي من طريق الشافعي عن مالك بلاغاً عن ابن عمر، وابن عباس: سُئلا عن رجل تحته حرة وأراد أن ينكح عليها أمة فكرها له أن يجمع بينهما.

(٥) ذكر هذه الآثار كلها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٧٥.

تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم تقوّي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله، ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم، فإن الثلاثة أضافوه إلى مفهوم قوله تعالى **﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً﴾** [النساء: ٢٥] الآية، وذلك أن تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقاً. وقوله **(وهو حجة على الشافعي في إجازة ذلك للعبد)** يعني حجة جبراً لأنا أقمنا الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله، ولأنه يرى حجيته إذا اقترن بأقوال الصحابة، وهنا كذلك فإنه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الإطلاق كما بينا، وكذا يرى حجيته إذا أفتى به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك، وهذا كله نصي الشافعي في الرسالة فإنه قال: وإن لم يوجد ذلك: يعني تعدد المخرج نظر إلى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله ﷺ قولاً له، فإن وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ كانت هذه دلالة على أنه لم يرسل إلا عن أصل يصح إن شاء الله، وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله ﷺ اهـ. وبه يخص قوله تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** [النساء: ٢٤] إذ قد أخرج منه ما قدمنا. وفيه نظر، فإن إخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد أو قياس. وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فغلط، لأن قوله تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** [النساء: ٢٤] لم يتناول الجمع ليتحقق إخراجه لأنه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** [النساء: ٢٤] أي ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلاً، وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فإخراجه يستدعي ثبتا ولم يثبت إذ إضافة إخراجه إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها، لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول **(قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة)** مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل إذا صح طريقه إلى التابعي، لكنه علله بإغاظة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها، فإذا رضيت انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص، فإن لم يكن منصوصاً ولا مومى إليه كان تقديماً للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه، ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى، فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في أحوال نكاح الأمة. بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة، وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل، على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضاً وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لأمكن، فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جرياً على ما استقر منوطاً بالرق، وذلك أن لنكاحها حالتي انضمام إلى نكاح

المقتضي على ما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك؟ قلت: جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وإن كان المقتضي موجوداً لكن المانع غير منتف، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله **(ولأن للرق أثراً في تنصيف النعمة على ما تقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام)** ولا علينا أن نقرره ههنا. وتقريره أن الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال والنساء جميعاً، وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو يشملهما، ولا يمكن إظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد، فظهر التنصيف باعتبار الحالة، فبعد ذلك نقول: الأحوال ثلاث: حال ما قبل نكاح الحرة، وحال ما بعده، وحال المقارنة، ولكن الحال الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها، وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل

(قوله وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله ولأن للرق أثراً في تنصيف النعمة الخ) أقول: فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفاً دليلاً واحداً على المطلوب، وظاهر كلام المصنف خلافه **(قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف، إلى قوله: فتأمل فإنه غريب)** أقول: فيه بحث.

(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله ﷺ «وتنكح الحرة على الأمة» ولأنها من المحللات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها **(فإن تزوّج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز عندهما)** لأن هذا ليس بتزوّج عليها وهو المحرم، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطاً، بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها

حرة سابقة وانفراد عنه، فالتنصيف إذا كان إمكان الحالتين قائماً بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة، وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك. ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضاً، أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضاً على الأمة. وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا أدخل الحرة أيضاً على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها. ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم. ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس. وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية، وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته، فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك. هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوّج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم، واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس، ويستدعي أصلاً يلحق به منصوصاً أو مجمعاً عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة **(قوله فإن تزوّج أمة على حرة الخ)** وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقاً، وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوّج الأمة على الحرة وهو منتف. لا يقال: تزوج عليها إذا تزوّج وهي مبانة معتدة، ولذا لو حلف لا يتزوّج على امرأته فتزوّج وهي معتدة عن بائن لم يحنث، وكذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة. ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائماً من وجه كان بالتزوّج فيها متزوّجاً عليها من وجه فكان حراماً لأن الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطاً. وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما هو قولهما لا قوله، ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتاً بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه. وأما مسئلة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم، ولأن العرف أن لا يسمى متزوجاً عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة **(قوله من الحرائر والإماء)** أي جمعا وتفريقاً، إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا أخر الحرائر **(قوله وليس له أن يتزوّج أكثر من ذلك)** اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين، وأما الجواري فله ما شاء منهن. وفي الفتاوى: رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر. وقالوا: إذا ترك أن يتزوج كي لا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجوراً. وأجاز الروافض تسعاً من الحرائر. ونقل عن

القطعي مانع عن العمل بإطلاق المقتضي فتأمل فإنه غريب **(ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام «وتنكح الحرة على الأمة» ولأنها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها)** فجاز العمل بإطلاق المقتضي عند انتفاء المانع **(فإن تزوّج أمة على حرة في عدّة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما)** ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر، ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوّج امرأة في عدّة أختها من طلاق بائن فإنهما لم يجوزاه كأبي حنيفة وقالوا في الفرق لهما: إن المحرم هناك الجمع فإذا تزوجها في عدة أختها صار جامعاً بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز، وأما هذه المنع فليس لأجل الجمع، فإنه لو تزوّج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما، ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة. ولقائل أن يقول: نكاح الأولى قائم ما دامت في العدة أولاً، فإن كان الأول ورد عليهما هذه المسئلة، وإن كان الثاني فتلك المسئلة. وقد نقل في النهاية عن المبسوط والأسرار فرق آخر

(وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء، وليس له أن يتزوّج أكبر من ذلك) لقوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾** والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه.

النخعي وابن أبي ليلى، وأجاز الخوارج ثماني عشرة. وحكي عن بعض الناس إباحة أيّ عدد شاء بلا حصر. وجه الأول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع. وجه الثاني ذلك، إلا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر. وكأن وجه الثالث العمومات من نحو **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** [النساء: ٣] ولفظ مثنى إلى آخره تعداد عرفي له لا قيد، كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثاً. ويخص الأولين تزوجه ﷺ تسعاً، والأصل عدم الخصوصية إلا بدليل. والحجة عليهم أن آية الإحلال ههنا وهي قوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** [النساء: ٣] لم تسق إلا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل، لأنه عرف من غيرها قبل نزولها كتاباً وسنة فكان ذكره هنا معقباً بالعدد ليس إلا لبيان قصر الحل عليه، أو هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقاً، كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الإحلال المفهوم من فانكحوا، ثم إن مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا إلى ما لا يقف، وكذا ثلاث في ثلاثة ثلاثة، ومثله رباع في أربعة أربعة، فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثاً ثلاثاً جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك، ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فانتهى الحل إلى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق. وأما حل الواحدة فقد كان ثابتاً قبل هذه الآية بحل النكاح لأن أقل ما يتصوّر بالواحدة. فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوماً، وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك، وبه يتم جواب الفريقين. أو نقول: عرف حل الواحدة بقوله تعالى **﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة﴾** [النساء: ٣] فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللاً عند عدم خوف الجور، ثم أفاد أن عند خوفه بقصر الحل على واحدة وإنما لم يعطف بأو فيقال أو ثلاث أو رباع، لأنه لو ذكر بأو لكان الإحلال مقتصراً على أحد هذه الأعداد وليس بمراد، بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الأعداد إن شاءوا بطريق التثنية وإن شاءوا بطريق التثليث وإن شاءوا بطريق التربيع، فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة، ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر «أن غيلان بن

أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره. قال **(وللحر أن يتزوّج أربعاً من الحرائر والإماء)** أو منهما إذا قدم الأمة على الحرة **(ولا يجوز أكثر من ذلك، قال الله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾)** نص على العدد **(والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه)** وفيه بحث لأن هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر، وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لأنه عليه الصلاة والسلام قال «إنما يغسل الثوب من خمس: من بول، وغائط، وقيء، ومنيّ، ودم» وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضاً مع أنه عليه الصلاة والسلام نص على العدد مع كلمة الحصر. والجواب عن الأول أنه بحسب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفاً، وعن الثاني بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي، لأن هذا الحديث خرج جواباً لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد. فإن قيل: سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع. أجيب بأن هذا الوهم هو الذي أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوّة أو ازديادهم عليه، فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع، ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظرا إلى معنى العدول وحرف الجمع، ولكن ليس الأمر على ما توهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد. قال الفرّاء: لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك، وقد صح «أن رسول الله ﷺ فرّق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة» ولم ينقل عن أحد في حياة النبي ﷺ ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحاً **(وقال الشافعي: لا يتزوّج إلا أمة واحدة لأنه)** أي نكاح الإمة **(ضروري)** في حق الحر **(عنده)** كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة **(والحجة عليه ما تلونا)** يعني

وقال الشافعي رحمه الله: لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده. والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة يتنظمها اسم النساء كما في الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوّج أكثر من اثنتين) وقال مالك: يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى.

سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً[١]» ومثله وقع لفيروز الديلمي[٢] وقيس بن حارثة[٣] والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور: يعني التنصيص على هذا العدد، فكان اللام للعهد الذكري أو الحضوري، وإنما كان هذا العدد يمنع الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله ﷺ «ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة[٤]» حيث ألحق بها اليمين والنذر والعتق لوقوعه حالاً قيدا في الإحلال على ما قررنا، وبه يندفع الإيراد بأنه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا. والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى ﴿استغفر لهم﴾ [التوبة: ٨٠] الآية، وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما في أقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات

قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ فإن اسم النساء يتنظم الأمة المنكوحة، كما في الظهار فإن آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الأمة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوّج أكثر من ثنتين. وقال مالك: يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأنه

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١١٢٨ والشافعي ١٦٠٤ وابن ماجه ١٩٥٣ والحاكم ٢/ ١٩٢ ـ ١٩٣ والدارقطني ٣/ ٢٧٠ والبيهقي ٧/ ٤٩ ـ ١٨١ والبغوي ٢٢٨٨ كلهم من حديث الزهري عن سالم عن ابن عمر. وكذا ابن حبان ٤١٥٦ وإسناده صحيح ورجاله ثقات إلا أن غير واحد من الأئمة حكموا بوهم معمر في هذا الحديث لأن مالكاً وغيره رووه عن الزهري مرسلاً وقد أخرجه مالك ٥٨٢ ح ٨٦ عن الزهري قال: بلغني فذكره، وكذا رواه عبد الرزاق في المصنف ١٢٦٢١ هكذا وكرره ابن حبان ٤١٥٨ لكن من طريق معمر أيضاً.

وتوبع معمر فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٦٩ عن مروان بن معاوية الفزاري عن الزهري عن سالم عن ابن عمر.

ورواه الطبراني ١٣٢٢١ من طريق النعمان بن المنذر عن سالم عن أبيه.

قال الترمذي: سمعت البخاري يقول: هذا حديث غير محفوظ والصحيح عن الزهري مرسلاً وعن محمد بن سويد الثقفي: أن غيلان. فذكره اهـ لكن رواه البيهقي ٧/ ١٨٢ ـ ١٨٣ من طرق عن غير معمر.

وجابر في تلخيص الحبير ٣/ ١٦٨ ما ملخصه: وقال البزار: جوده معمر في البصرة ـ بوصله ـ وأفسده في اليمن فأرسله اهـ.

وقال مسلم، وأبو زرعة، وأبو حاتم: المرسل أصح.

ونقل الأثرم عن أحمد قوله: هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه وقال ابن عبد البر طرقه كلها معلولة.

ثم قال ابن حجر فائدة: ورواه النسائي أيضاً ومن طريق الدارقطني عن أيوب عن نافع وسالم عن ابن عمر ورجاله ثقات واستدل ابن القطان بهذا على صحة حديث معمر. اهـ ابن حجر.

وقال الترمذي: والعمل على هذا الحديث عند أصحابنا منهم الشافعي وأحمد وإسحاق اهـ.

قلت: وهو قول الحنفية أيضاً فالعمل عليه عند عامة أهل العلم من أهل السنة والجماعة ولا عبرة بمن شذ.

الخلاصة: روي مرسلاً من أكثر من وجه، وكذا موصولاً. فالحديث لا ينحط عن رتبة الحسن والله تعالى أعلم.

(٢) تقدم في ٣/ ٢١٣ وإسناده حسن. لكن سبب التفريق في حديث فيروز كونهما أختين.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤١ وابن ماجه ١٩٥٢ والدارقطني ٣/ ٢٧١ والبيهقي ٧/ ١٨٣ كلهم من حديث قيس بن الحارث. وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف. وتابعه الكلبي في رواية الدارقطني والكلبي واهٍ.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧١ من طريق هشيم عن مغيرة عن رجل من ولد الحارث عن الحارث بن قيس فذكره وهذا إسناد مجهول. ومن هذا الطريق كرره البيهقي ٧/ ١٨٣.

وكرره الدارقطني والبيهقي عن الربيع بن قيس عن جده قيس. وفرق هذه الحديث غير قوية لكن تتقوى بمجموعها فيرقى إلى درجة الحسن لا سيما وله شاهد وهو حديث غيلان المتقدم قبل قليل.

تنبيه: رجح أبو داود أن الصحابي اسمه قيس بن الحارث وخالفه البيهقي فرجح كونه الحارث بن قيس وتعقبه ابن التركماني فنقل عن المزي وغيره تصويب ما ذهب إليه أبو داود، وهو الذي جنح إليه ابن حجر في التقريب فقال: قيس بن الحارث.

ويقال: الحارث بن قيس صحابي له حديث واحد اهـ.

وهو هذا وخبر قيس أنه كان عنده ثمانية من النساء فأمره صلى الله عليه وسلم أن يختار منهنّ أربعاً.

(٤) تقدم تخريجه مستوفياً في ١/ ١٩٥ فصل النكاح.

ولنا أن الرق منصف فيتزوّج العبد اثنتين والحر أربعاً إظهاراً لشرف الحرية. قال (**فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوّج رابعة حتى تنقضي عدتها**) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت. قال (**فإن تزوّج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو

العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (**قوله والحجة عليه ما تلوناه**) وهو عموم ﴿**ما طاب لكم من النساء**﴾ [النساء: ٣] مقتصراً على العدد المذكور، وقوله إذ الأمة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة، وإلا فالمنكوحة لا تنافي الأمة مع أن المراد هنا بالأمة ليس إلا الأمة المنكوحة، وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة. واعترض بأن المراد الاستدلال بجواز تزوّج الإماء أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك. وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح، فكان ينبغي أن لا يذكر المنكوحة أصلاً، والعناية به أن يراد المنكوحة بالقوّة: أي التي يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (**قوله لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده**) لأن السبي لا يوقع الفرقة بين المسبي وزوجته فعلم أنه لا يملك إلا من حيث هو مال وبدليل أنه يملك أصل النكاح بالإذن[1] فلو كان مملوكاً في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه. وجواب الأول أن السبى أحد أسباب ملك الرقبة فمحله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة. وجواب الثاني أن ملك أصل الشيء لا يمنع التنصيف إذا تحقق ما يوجبه كالأمة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (**قوله ولنا أن الرق منصف**) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى إن المرأة المطالبة بالاستمتاع، وقد نصف الرق للمرأة مالها من ذلك الحل حتى إذا كانت تحت الرجل حرة، وأمة يكون للحرة ليلتان وللأمة ليلة، فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله وللحرّ تزوج أربع وللعبد ثنتان. بقي أن يستدل له بقوله تعالى ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**﴾ [النساء: ٣] نظراً إلى عموم المخاطبين في الأحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في إطلاق الزائد على الأمة نظراً إلى العموم في الحرائر والإماء، لكن قد يقال: إن المخاطبين هم الأحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى ﴿**فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم**﴾ [النساء: ٣] فإن المخاطب بهداهم المخاطبون الأولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الأحرار (**قوله فإن تزوج حبلى من زنا**) من غيره (**جاز النكاح**) خلافاً لأبي يوسف، وقول الشافعي رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبي يوسف. أما لو كان الحبل من زنا منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا إلى النوازل. قال: رجل تزوج حاملاً من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل، ويحل وطؤها عند الكل. وإذا جاز في الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة؟ ذكر التمرتاشي لا نفقة لها، وقيل لها النفقة، والأول أوجه لأن النفقة وإن وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن إذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها، بخلاف الحائض فإن عذرها سماوى وهذا يضاف إلى فعلها الزنا، وعن محمد كقول أبي يوسف، وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه، وقيل لا بأس بوطئها، ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوّجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق، فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء وإلا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لأن الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعاً لورود عموم النهي في المحقق، وهو ما روى رويفع ابن ثابت الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ

يملك أصل النكاح بالإجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه، كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوّج بغير إذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير إذنه (**ولنا أن الرق منصف**) على ما سيجيء في الطلاق كما وعده المصنف (**فيتزوّج العبد اثنتين والحرّ أربعاً إظهاراً لشرف الحرية**) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فإنها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها. وقوله (**فإن طلق الحر**) ظاهر قال (**فإن تزوج حبلى من الزنا**) الحامل إذا تزوجت فإما أن يكون الحمل ثابت

---

(١) (**قوله بالإذن**) الموافق لما في المصنف بغير إذن، ولعله تحريف تأمل. فالحاصل أن الصواب بلا إذن بدليل ما بعده اهـ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه.

يوسف رحمه الله: النكاح فاسد (**وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع**) لأبي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه. ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره، والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة

«لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره» يعني إتيان الحبالى(١). رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن (**قوله أن الامتناع في الأصل**) يعني ثابت النسب. حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الأصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله، وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز إسقاطه وأنه لا جناية منه فيمنع الملك. واستدل المصنف رحمه الله بعموم ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] وحين علم أنه يرد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج إلى منع علته فقال: لا نسلم أن علة المنع في الأصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع إذ لا حرمة للزاني. ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الأصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام، وقد يزاد أيضاً فيقال: فيصان عن سقيه، ولما لم يجز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لأن كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح، وهي زيادة توجب النقص إنما يحتاج إليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال: إن قلت لا يترتب مطلقاً منعناه أو في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان وإلا لم يصح نكاح الحائض والنفساء، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بأنه لو كان لحقه لجاز بأمره، فالأولى تعليل المنع في الأصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا. وقد يقال: إن هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق، وليس كذلك فإن معنى حرمته أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائماً، وحرمته لا تسقط بإذنه في العقد، إلا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وأما على ظاهر المذهب فلا، فالمطرد ما ذكرنا على ما هو رواية الحسن(٢) أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء. واعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الأنصار يقال له نضرة بن أكتم من أصحاب رسول الله ﷺ قال «تزوّجت امرأة على أنها بكر في سترها، فدخلت عليها فإذا هي حبلى، فقال لي رسول

النسب أو لا، فإن كان الأول فالنكاح باطل في قولهم جميعاً، وإن كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد: جاز النكاح، ولا يطؤها حتى تضع حملها (**وقال أبو يوسف: النكاح فاسد لأن الامتناع في الأصل**) أي في الحمل الثابت بالنسب إنما كان (**لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه**) والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل (**ولهما أنها من المحللات بالنص**) وهو قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ وكل من كانت كذلك جاز نكاحها. فإن قلت: ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص؟ قلت: لمكان قوله تعالى ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ فإن قيل: لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها. أجاب بقوله (**وحرمة الوطء كي لا يسقى ماءه زرع غيره**) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس. وقوله (**والامتناع في ثابت النسب**)

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٥٨ وأحمد ٤/١٠٨ والترمذي ١١٣١ وابن حبان ٤٨٥٠ والطحاوي ٣/ ٢٥١ والبيهقي ٩/ ٦٢ كلهم من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري وأخرجه ٢١٥٩ و٢٧٠٨ وسعيد بن منصور ٢٧٢٢ وابن أبي شيبة ١٢/ ٢٢٢ و١٤/ ٤٦٥ وابن سعد في الطبقات ٢/ ١١٤ ـ ١١٥ وأحمد ٤/ ١٠٨ ـ ١٠٩ والطبراني في الكبير ٤٤٨٢ و٤٤٨٣ و٤٤٨٤ و٤٤٨٥ و٤٤٨٦ من طرق كلهم من حديث رويفع بن ثابت رووه مطولاً، ومختصراً بألفاظ متقاربة، ورجال إسناد به ثقات. وسياق المصنف لأبي داود وأتم منه وأما لفظ الترمذي فهو: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره.

قال الترمذي: حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد روي من غير وجه اهـ.

قلت: رواية أبي داود وغيره من غير وجه ذكرتها والحمدلله. وفي الباب حديث سبايا أوطاس وقد تقدم تخريجه وإسناده حسن.

(٢) (**قوله على ما هو رواية الحسن، إلى قوله واعلم**) هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ فحررها كتبه مصححه.

للزاني **(فإن تزوّج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد)** لأنه ثابت النسب **(وإن زوّج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل)** لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل.

الله ﷺ: لها الصداق بما استحللت من فرجها، والولد عبد لك، وفرّق بيننا. وقال: إذا وضعت فحدّوها[1]» وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله «وفرّق بيننا» إلا أن يحمل على تفريق الأبدان فقط بأن منعه من الخلوة بها إلى أن تلد، مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبداً، إلا أن يحمل على إرادة أنه يصير يخدمك، وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد إرادة جعل الولد عبداً يبيعه الزوج بالنسبة إلى مقابله لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة إرادة التفريق عن المخالطة لا في العقد. وهذا لأن الظاهر أنه إنما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه إذا كان مع أمه عنده، وهذا كله إذا ثبت هذا الحديث **(قوله فالنكاح باطل)** وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **(قوله لأنها فراش لمولاها)** لثبوت حدّ الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به، فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **(قوله إلا أنه غير متأكد الخ)** جواب عما قد يقال: لو كانت فراشاً لم يجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل. فأجاب بأن فراشها غير متأكد، ويتأكد باتصال الحبل بها منه، فإن الحبل مانع في الجملة، وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سبباً للمنع، بخلاف حالة عدمه. واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان، فظهر أن المانع ليس مطلقاً بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكوحة أو بالحبل. قالوا: الفرش ثلاثة: قويّ وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها إلا باللعان. ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي. وضعيف لا يثبت نسب الولد منه إلا بدعوة وهو فراش الأمة التي لم يثبت لها أمومية الولد. والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الأمة ليست بفراش أصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه، وعلله بعدم صدق حدّ الفراش عليها بقوله **(فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة)** فيلزم إما انحصاره في الفراش القوي والضعيف، وإما اعتبار الفرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحة، فأم

جواب عن قياس أبي يوسف. وتقريره: لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل إنما هو **(لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني)** وقوله **(فإن تزوّج حاملاً من السبي)** صورته أن تسبي الحربية حاملاً فيريد السابي أن يتزوّجها لا يجوز ما لم تضع الحمل، لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترماً واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة. وقوله **(وإن زوّج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها)** لوجود حدّه وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه، وكل من كانت فراشاً لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء. فإن قيل: لو كانت فراشاً لبطل نكاحها حائلاً أيضاً. أجاب بقوله **(إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان)** وكان فراشاً ضعيفاً **(فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل)** لأن الحمل مانع في الجملة، وكذلك الفراش، فعند اجتماعهما يحصل التأكد. فإن قيل: إذا كان غير متأكد وينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفياً للنسب فإنه يقبل النفي دلالة، كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة

(قوله لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترماً) أقول: فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغي أن يجوز النكاح **(قوله لأنها فراش لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه)** أقول: فينبغي التأويل في قوله لأنها فراش.

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢١٣١ والدارقطني ٣/ ٢٥٠ وابن أبي حاتم في علله ١٢٥٩ كلهم من حديث ابن المسيب عن رجل من الأنصار يقال له: نضرة وفيه ابن جريج مدلس وقد عنعنه وأشار أبو حاتم إلى أن ابن جريج أسقط إبراهيم بن أبي يحيى وإبراهيم واهٍ لكن ورد من طرق عدة عن ابن المسيب مرسلاً وكذا صوّب إرساله أبو حاتم وقال: هو ليس بمتصل وكذا أشار أبو داود إلى أنه روي مرسلاً وأشار ابن قيّم في تعليقه على أبي داود إلى أن فيه اضطراباً اهـ لكن مرسلات سعيد قويّة.

قال **(ومن وطيء جاريته ثم زوّجها جاز النكاح)** لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه، وإذا جاز النكاح **(فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب

الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها، والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع، وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي، والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الأوجه. وأورد إذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفياً دلالة، فإن النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم. أجيب بأن النفي دلالة إنما يعمل إذا لم يكن صريح بخلافه، وهنا كذلك. إذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال: رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية. وعلى هذا لو زوّج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفياً **(قوله ومن وطيء جاريته ثم زوّجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها)** هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلاً عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقاً يمنع وإلا لمنع في أم الولد الحائل لأن علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه أو بالتأكد لا مطلق الفراش، ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لأنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **(قوله إلا أن عليه أن يستبرئها)** أي بطريق الاستحباب لا الحتم، وليس استبراء المولى مذكوراً في الجامع الصغير بل في كلام المصنف، وصرح الولوالجي بالاستحباب **(قوله وإذا جاز)** يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى، فإن خلاف محمد في استبراء الزوج إنما هو فيه، ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد: لا أحب له: أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها، لأنه احتمل الشغل بماء المولى. هذا الخلاف فيما إذا زوّجها المولى قبل أن يستبرئها، فلو استبرأها قبل أن يتزوّجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقاً. وقد وفق بعض المشايخ بأن محمداً رحمه الله نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع، فإن لفظه في الجامع: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطيء جاريته ثم زوّجها قال للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها. وقال محمد: أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اهـ. وليس فيه استبراء المولى أصلاً، وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج. قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة، وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق. وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً يخالفه. ثم القياس المذكور لمحمد إنما مقتضاه وجوب الاستبراء فإن أصل قياسه الشراء، وإنما يتعدى بالقياس حكم الأصل وحكمه وجوب الاستبراء، فإن كان المصنف أخذه من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب. وغاية الأمر أن قوله أحبّ إليّ ظاهر في الاستحباب، ودليله يوجب أن مراده الوجوب، فاعتباره أولى لأن الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من

أولاد في بطون مختلفة هذا الأكبر مني، فإنه ينتفي نسب الباقين، وإذا انتفى نسبه كان حملاً غير ثابت النسب، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم. أجيب بأن هذه دلالة، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح، والصريح ههنا موجود لأن المسئلة فيما إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا أقرّ به، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضاً على ما ذكره فخر الإسلام وقال: لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون، أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر،

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول: أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب، إلا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح من الشراح بوجوب الاستبراء وجوباً ضعيفاً **(قوله إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ)** أقول: فيه نوع مخالفة لما سبق آنفاً حيث أجابا عن أبي يوسف رحمه الله في مسئلة نكاح الحامل من الزنا، ويجوز أن يقال: المراد احترامه لصاحب الماء **(قوله لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب)** أقول: ممنوع كما لا يخفى.

التنزّه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً. بخلاف

إطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب، وكثيراً ما يطلق المتقدمون: أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله، فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب. ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بأن ذلك في غير الفروج، أما فيها فالمعهود شرعاً جعله متعلق الوجوب، ومنه نفس أصل هذا القياس، فإن علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس إلا توهم الشغل بالماء الحلال. واعتبار استحداث الملك علة إنما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف، وإن كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة **(قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ)** أورد عليه أنه ممنوع، فإن الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنا، ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة: جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض، فإن جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾** [النساء: ٢٤] إلا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كي لا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل، أما هنا لا حمل حقيقة، فلو كان إنما كان حكماً وشرعاً فكان جواز النكاح شرعاً أمارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكماً. وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى، فإن مرادنا أنه أمارة الفراغ عن حمل ثابت النسب. أو نقول: هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده، وإليه يرجع جواب صاحب النهاية إذا تأملت وهو الأولى: أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل، ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعاً فلا موجب لاستحباب الاستبراء، لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمارة الفراغ عنه لأن حاصله ادعاء وضع شرعي، والإجماع إنما عف على مجرد الصحة، أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا. واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لأنه أحوط. هذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يتزوّجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للتزوّج بعد كل وطء ولو زنا **(قوله وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها)** وعند زفر: لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه، وقيل يكفي حيضة **(قوله والمعنى)** أي في حل وطء الزانية إذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده **(ما ذكرنا) لهما** من أن الصحة أمارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب، وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة **(قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة)** خالية من الموانع **(أتمتع بك كذا مدة)** عشرة أيام مثلاً أو يقول أياماً أو متعيني نفسك أياماً أو عشرة أيام أو لم يذكر أياماً **(بكذا من المال)** قال شيخ الإسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اهـ. يعني ما اشتمل على مادة متعة. والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط

وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها **(ومن وطىء جاريته ثم زوّجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها)** لعدم حدّ الفراش الذي ذكرناه **(فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه)** أي على المولى أن **(يستبرئها)** قال الشارحون: معنى عليه الاستحباب دون الوجوب، وذلك لأن اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير، وإنما ذكره المصنف فيقال: إنه أراد به الاستحباب صيانة لمائة، وقد صرح في فتاوى الولواجي بالاستحباب **(وإذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء الولي)** ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراماً، فإذا احتمل ذلك ثبت التنزه **(كما في الشراء)** فإن الموجب فيه احتمال الشغل، لكن جواز الإقدام على النكاح أورث ضعفاً في السبب فيكون مستحباً، ولهما أنا قد اتفقنا عل جواز النكاح من غير حبل زان، والحكم بجواز النكاح في مثله أمارة فراغ الرحم لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم، وإن كان الرحم فارغاً لا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً إذ الحكم لا يثبت بلا سبب، وإنما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب، إما لأن

الشراء لأنه يجوز مع الشغل (وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما، وقال محمد: لا أحبّ له أن يطأها ما لم يستبرئها) والمعنى ما ذكرنا. قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمه الله: هو جائز لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. قلنا: ثبت النسخ بإجماع

الشهود في المتعة وتعيين المدة، وفي الموقت الشهود وتعيينها، ولا شك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي أباحه ﷺ ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لهم في المتعة، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق ويراد معناه، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجد عقداً على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد. والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضاً فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى. ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة رضي الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسبته إلى مالك غلط. وقوله (لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضي الله عنهما[1] (قلنا قد ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم) هذه عبارة المصنف، وليست الباء سببية فيها فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخاً، اللهم إلا أن يقدر محذوف: أي بسبب العلم بإجماعهم: أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة: أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ.

الخصم يقول به فكان نفيه أهم، وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فإن الاستبراء فيه واجب. ومن تذكر ما سلف من المسائل يفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف، وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح، فالحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ وإلا لكان حكماً بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله (وكذا إذا رأى امرأة تزني) ظاهر. وقيل ينبغي أن لا تحل لأن احتمال الشغل قائم، ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح. وأجيب بأنه تعارض الاحتمال لأن احتمال وجود الحل وعدمه، فعند ذلك رجحنا جانب العدم لأصالته ولتقوّي الأصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء. قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ما ذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خذي مني هذه العشرة لأستمتع بك أياماً، أو متعيني نفسك أياماً أو عشرة أيام أو لم يقل أياماً، وهذا عندنا باطل (وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لأنه كان مباحاً) بالاتفاق (فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. قلنا: قد ظهرنا نسخه بإجماع الصحابة) وبيان ذلك أنه وردت الأحاديث

(قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمالان) أقول: ويجوز أن يجاب أيضاً بأنا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على ما مر، ويدل على ذلك قول المصنف والمعنى ما ذكرنا (قال المصنف: قلنا ثبت النسخ بالإجماع) أقول: قال ابن الهمام: ليست الباء سببية، فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخاً إلا أن يقدر محذوف أي بسبب العلم بإجماعهم: أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ اهـ. ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلمي (قوله فإن قيل: أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفاً الخ) أقول: هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة ابن عباس. قلنا: نعم، لكن مراد المصنف أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله، ولا يتم ذلك بمخالفته فليتأمل.

---

(١) موقوف ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٢٢ والبيهقي ٧/ ٢٠٥ كلاهما عن محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شَيْئَهُ حتى إذا نزلت الآية ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ قال ابن عباس فكل فرج سوى هذين حرام. هذا لفظ الترمذي. وزاد البيهقي: فحرمت المتعة.

ومداره على موسى بن عبيدة وهو ضعيف.

وقال ابن حجر في الفتح ٩/ ١٧٢: خبر الترمذي هذا ضعيف وهو شاذ مخالف لما تقدم من علة إباحتها اهـ.

قلت: فلم يصح هذا عن ابن عباس والمشهور عنه إصراره على ذلك لذا هاجمه وانتقده جماعة من الصحابة ولكل جواد كبوة.

الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع، (والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوّج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام.

وأما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم «أنه ﷺ حرمها يوم الفتح[١]» وفي الصحيحين «أنه ﷺ حرمها يوم خيبر[٢]» والتوفيق أنها نسخت مرتين. قيل ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة، ولحوم الحمر الأهلية، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة. وقيل لا يحتاج إلى الناسخ لأنه ﷺ إنما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهي الإباحة، وذلك لما قال محمد بن الحسن في الأصل: «بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها[٣]» وهذا لا يفيد أن الإباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها. وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال: «أذن لنا رسول الله ﷺ بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عيطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت: ما تعطيني؟ فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي وكنت أنا أشبّ منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إليّ أعجبتها، ثم قالت: أنت ورداؤك تكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم إن رسول الله ﷺ قال: من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخلّ سبيلها[٤]» فهذا مثله من حيث أنه إنما يدل على أن الإباحة أقامت ثلاثاً لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ. وفي صحيح مسلم عنه ﷺ «كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة[٥]»

الدالة على نسخها: منها ما روى محمد ابن الحنفية عن علي بن أبي طالب «أن منادى رسول الله ﷺ نادى يوم خيبر: ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة» ومنها حديث الربيع بن سبرة قال: «أحل رسول الله ﷺ المتعة عام الفتح ثلاثة أيام، فجئت مع ابن عم لي إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة، وكانت بردة ابن عمي أحسن من بردتي، فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر إلى شبابي وإلى بردته، فقالت: هلا بردة كبردة هذا أو شباباً كشباب هذا؟ ثم آثرت شبابي على بردته، فبتّ عندها، فلما أصبحت إذا منادي رسول الله ﷺ ينادي: ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة، فانتهى الناس عنها» ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي ﷺ فكانت الأحاديث ناسخة والإجماع مظهراً لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢٥ مختصراً وكرره مطولاً وأبو داود ٢٠٧٣ دون قوله: عام الفتح والدارمي ٢١١٦ بمثل لفظ مسلم كلهم من حديث الربيع بن سَبْرَةَ الجُهَني عن أبيه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢١٦ و٥٥٢٣ و٥١١٥ و٦٩٦١ ومسلم ١٤٠٧ وسعيد بن منصور ٤٤٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٩٢ والترمذي ١٧٩٤ و١١٢١ والنسائي ٦/ ١٢٦ و٧/ ٢٠٢ وابن ماجه ١٩٦١ والدارمي ٢١١٧ وأبو يعلى ٥٧٦ وابن حبان ٤١٤٣ ومالك ٢/ ٥٤٢ والبيهقي ٧/ ٢٠١ وأحمد ١/ ١٤٢ ـ ١٠٣ كلهم من حديث علي بن أبي طالب.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم ٩/ ١٧٩ ما ملخصه: قال المازري: ثبت أن نكاح المتعة كان جائزاً في أول الإسلام، ثم ثبت بالأحاديث الصحيحة، وانعقد الاجماع على تحريمه، ولم يخالف في ذلك إلا طائفة من المبتدعة.

وقال عياض: اتفق العلماء أن المتعة كانت نكاحاً إلى أجل لا ميراث فيها، وفراقها يحصل بانقضاء الأجل من غير طلاق، ووقع الاجماع بعد ذلك على تحريمها من جميع العلماء إلا الروافض وقال أصحاب مالك: لا يحد في نكاح المتعة لشبه العقد اهـ.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٥ ح ١٨ عن إياس بن سلمة عن أبيه قال: رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى عنها. وأخرج مسلم ١٤٠٤ عن ابن مسعود نحوه.

وصدره عنده: كنا فقلنا ألا نستخصي اهـ.

وأوطاس: وادٍ في الطائف.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ وأبو داود ٢٠٧٢ و٢٠٧٣ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٩٢ وسعيد بن منصور ٨٤٧ وابن الجارود ٦٩٨ والدارمي ٢١١٥ وابن حبان ٤١٤٦ وأبو يعلى ٩٣٨ وعبد الرزاق ١٤٠٣٤ والحميدي ٨٤٦ والبيهقي ٧/ ٢٠٤ والطبراني ٦٥٢٧ و٦٥٢٨ و٦٥٢٩ و٦٥٣٠ من طرق عدة كلهم عن الزهري عن الربيع بن سَبْرَة عن أبيه.

وأخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢١ وأحمد ٣/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥ والحميدي ٨٤٧ وابن ماجه ١٩٦٢ وأبو يعلى ٩٣٩ وابن الجارود ٦٩٩ والطحاوي ٣/ ٢٥ والبيهقي ٧/ ٢٠٣ من طرق عن عمر بن عبد العزيز عن الربيع بن سَبْرَة عن أبيه مع تغير يسير فيه وقوله: عَيْطاء: بسكون الياء هي الطويلة العنق في اعتدال وحسن قوام والعيط: طول العنق. وقوله: بكرة: أي فتية شابة اهـ أفاده النووي في مسلم.

(٥) صحيح أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢١ وتقدم في الذي قبله.

. . . .

والأحاديث في ذلك كثيرة شهيرة. وأما ظاهر الألفاظ التي تعطي الإجماع فما أخرجه الحازمي بسنده إلى جابر «خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى غزوة تبوك، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يطعنّ في رحالنا، فجاء رسول الله ﷺ فنظر إليهن وقال: من هؤلاء النسوة؟ فقلنا: يا رسول الله نسوة تمتعنا منهن، فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرّت وجنتاه وتمعر وجهه، وقام فينا خطيباً فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود إليها أبداً[1]» وابن عباس صح رجوعه بعدما اشتهر عنه من إباحتها[2]، فمما ذكر من رجوعه أن علياً قال له: إنك رجل تائه «إن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء[3]» وفي صحيح مسلم «أن علياً رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال: مهلاً يا ابن عباس، فإني سمعت رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية[4]» وهذا ليس صريحاً في رجوعه بل في قوله عليّ له ذلك، ويدل على أنه لم يرجع حين قال له عليّ ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير «أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال: إن ناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة يعرّض برجل فناداه فقال: إنك لجلف جاف، فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد إمام المتقين، يريد رسول الله ﷺ، فقال له ابن الزبير: فجرّب نفسك، فوالله لئن فعلتها لأرجمنك بأحجارك[5]» الحديث، ورواه النسائي أيضاً، ولا تردد في أن ابن عباس هو الرجل المعرّض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره، فلذا قال ابن الزبير: كما أعمى أبصارهم، وهذا إنما كان في خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة عليّ، فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها ولم يرجع إلى قول علي، فالأولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه أنه قال: إنما كانت المتعة في أوّل الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوّج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه، حتى إذا نزلت الآية، ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ قال ابن عباس:

على مذهب الصحيح. فإن قيل: أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفاً؟ أجاب بقوله (وابن عباس صح رجوعه إلى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة (فتقرر الإجماع) وقيل في نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر لأنه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن عليّ عن أبيهما عن عليّ بن أبي طالب «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية» وقال في المدونة: ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقاً وهذه المتعة. وأقول: يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على قوله له على خلاف ما في المدوّنة، وليس كل من يروي حديثاً يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يرجح عليه (والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوّج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام) والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيئان: أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفاً في نكاح المتعة. والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة (وقال زفر هو صحيح لازم) لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفاً

---

(١) ضعيف. أخرجه الحازمي في الناسخ والمنسوخ ص ١٧٩ وفيه عباد بن كثير ضعيف وشيخه عبد الله بن محمد بن عقيل غير قوي أيضاً.

(٢) تقدم قبل قليل رجوع ابن عباس رواه أبو داود وضعفه ابن حجر.

(٣) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٢٤ بإسنادين أحدهما صحيح وفيه: إنك رجل تائه اهـ.
أي مبتكر أو متحيّر وهو عند مسلم عن محمد ابن الحنفية أنه سمع علياً يقول لفلان: إنك رجل تائه اهـ.
ولم يسمه مسلم وهو عنده برقم ١٤٠٧ ومثله النسائي ٦/ ١٢٦.

(٤) صحيح. هو بعض حديث مسلم ١٤٠٧ عن ابن الحنفية عن علي وتقدم تخريجه مستوفياً.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٠٦ ح ٢٧ والبيهقي ٧/ ٢٠٥ كلاهما عن عروة بن الزبير أن عبد الله بن الزبير قام بمكة.. فذكره وزاد البيهقي: يعرّض بابن عباس.
تنبيه: ولم يروه النسائي كما وقع للمصنف.

وقال زفر رحمه الله: هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في

فكل فرج سواهما فهو حرام[١] اهـ. فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه أو حكاه، وقد حكي عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطرار والعنت في الأسفار. أسند الحازمي[٢] من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال: وما قالوا؟ قلت قالوا:

قد قلت للشيخ لما طال محبسه ... يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في رخصة الأطراف آنسة ... تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال: سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر اهـ. ولهذا قال الحازمي: إنه ﷺ لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم، وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرَّمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع، وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة[٣] **(قوله وقال زفر هو جائز)** يعني النكاح الموقت هو أن يتزوّج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح، فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط. أما لو تزوّج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح، ولا بأس بتزوّج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهاراً دون الليل **(قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني)** ولذا لو قال: جعلتك وكيلاً بعد موتي انعقد وصية، أو جعلتك وصياً في حياتي انعقد وكالة، ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضاً أو لرب المال كان بضاعة: ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج إلى غير إبداء الناسخ في دفع قول زفر. هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ، لكن نقول: المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى، وأنا لا أقول به كذلك، وإنما أقول ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت، فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ. وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوّج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون بضع كل مهراً لمولية الآخر صح النهي عنه، وقلنا: إذا عقد كذلك صح موجباً لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأنا لم نقل به كذلك موجباً للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي، فقول زفر مثل هذا سواء. وأما قياسه على ما لو تزوّجها على أن يطلقها

لمقتضى عقد النكاح، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **(ولنا أنه أتى بمعنى المتعة)** بلفظ النكاح لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لأنها لا تحصل في مدة قليلة **(والعبرة في العقود للمعاني)** دون الألفاظ،

---

(١) ضعيف تقدم تخريجه قبل قليل انفرد به موسى بن عبيدة وهو واهٍ وقد خالف فيه المشهور عن ابن عباس.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الحازمي في الناسخ والمنسوخ ص ١٨٠ وكذا البيهقي ٧/ ٢٠٥ كلاهما عن سعيد بن جبير عن ابن عباس به.
وفي إسناده الحسن بن عمارة متروك كما في التقريب. لكن توبع فالخبر حسن.
الخلاصة: ورد عن ابن عباس في هذه المسألة ثلاثة أقوال.
الأول: الإباحة مطلقاً.
الثاني: الإباحة حالة الاضطرار.
الثالث: المنع مطلقاً.
أما الأولان فثابتان عنه وأما الأخير فضعيف وهو شبه لا شيء.

(٣) إلى هنا كلام الحازمي ص ١٧٧.

العقود للمعاني، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد (ومن

بعد شهر فأصل منضم إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد. وكونه غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبداً ولذ إذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها يندفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في إبطاله موقتاً لا في إبطاله مطلقاً. فإن قلت: فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أو لا؟ وإذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة؟ فالجواب لا ينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود، وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد، وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازاً عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالإحلال. قال: فإن من أحل لغيره طعاماً أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيح، فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك اهـ. يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في أول كتاب النكاح، والله سبحانه أعلم (**قوله ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت**) نفى لرواية الحسن عن أبي حنيفة أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى. قلنا: ليس هذا تأبيداً معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت، وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة. هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح، فإذا تزوّج على أنه بالخيار أو هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهازل قاصد لسبب غير راض بحكمه أبداً وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص، فإذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة[1]» وقد أسلفنا تخريجه، فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه، وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل. وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع، بل إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطاً فاسداً فيبطل، وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الآخر إذا وجد معيباً ببرص أو جذام أو رتق أو قرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص. ولمحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ. لنا ما روي عنه ﷺ «أنه قال للتي تزوّجها فوجد بكشحها بياضاً الحقي بأهلك[2]» وهذا من كنايات الطلاق، بل لا يبعد عدّه من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب وحجتنا أيضاً قول ابن مسعود: لا ترد الحرة عن عيب. وعن عليّ قال: إذا وجد

ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة. وقوله (**ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت**) احتراز عن قول الحسن بن زياد إنهما إن ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحاً لأنه في معنى التأبيد، وهو رواية عن أبي حنيفة. وجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة، فإن قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لأنه لم يوضع شرعاً إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة، فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء، واستشكل هذه المسئلة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل، ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه. وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد

(١) تقدم تخريجه في وإسناده قوي.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٧/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧ وتقدم في ٢١٤ في سنن البيهقي باب جماع العيب في المنكوحة رواه من حديث ابن عمر، وقال البيهقي هناك: تفرد به جميل بن زيد. واضطراب الرواة عنه لهذا الحديث. وقال البخاري: لم يصح حديثه.
وقال ابن التركماني ٧/ ٢١٤: جميل بن زيد قال عنه ابن معين: ليس بثقة. وقال ابن الجوزي: كان يقول: ما سمعت من ابن عمر شيئاً وكذا قال ابن حبان.

تزوّج امرأتين في عقدة واحدة وإحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى) لأن المبطل في إحداهما، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط

بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك. والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم[١]، فعن عمر أنه أثبت الخيار، وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه، وقول محمد أرجح فيما يظهر، فإن ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل، فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار قال ﷺ «فر من المجذوم فرارك من الأسد[٢]» والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره يحتمل أنظاراً لسنا بصددها إذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة، وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له في الفسخ. ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوّجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب فلا خيار له، بل إن شاء طلق، وتثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده **(قوله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحداهما لا تحل له)** لرضاع أو قرابة محرّمة **(صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع)** حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله، وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **(قوله ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة. وعندهما يقسم على مهر مثليهما)** كأن يكون المسمى ألفاً ومهر مثل المحرّمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي، ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الأصل أن لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ والألف كلها للمحللة، قال في المبسوط: وهو الأصح على قول أبي حنيفة. وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف، ولو كان صح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثليهما اتفاقاً **(قوله وهي مسئلة الأصل)** مثل هذا اللفظ يقصد به الإحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه. وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما، وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلما فاللازم حصة السالم. بيان تقرر الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبدين بألف. فإذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الأخرى بل ما نحن فيه أولى فإن المحرّمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحدّ بوطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل. وله منع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحللة إما محل أو لا،

شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً. وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة. قال **(ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة)** هذه المسئلة من الأصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة، ومسئلة البيع تأتي في البيوع. وقوله **(وعندهما يقسم على مهر مثليهما)** يعني إذا كان المسمى ألفاً مثلاً ينظر إلى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما، فما أصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج، وما أصاب حصة الأخرى يثبت عليه. لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلاً بشيئين فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته، كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحداهما دون الأخرى. ولأبي حنيفة أن ضم ما لا يحل إلى ما يحل في النكاح كضم الجدار إلى المرأة فيه في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح، ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة، فكذلك ههنا لمن تحل، بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لأنهما قد استويا في الإيجاب، حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعاً فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الإيجاب. فإن قيل: إذا لم

---

(١) راجع هذه الآثار في سنن البيهقي ٧/ ٢١٤ ـ ٢١٥ ذكرها مفصلةً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٧٠٧ وأحمد ٢/ ٤٤٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.

وهو عجز حديث وصدره: لا عدوى، ولا طيرة، ولا هامة، ولا صَفَر وفرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد. هذا لفظ البخاري.

وروى مسلم ٢٢٣١ عن عمرو بن الشَّرِيد عن أبيه قال: كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع فهذا شاهد للحديث.

فيه، ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الأصل **(ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوّجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوّجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها)** وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه أن يطأها وهوقول الشافعي لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة

ففي الأول ينقسم وفي الثاني لا، كما لو ضم جداراً أو حماراً فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك، فإن حكم النكاح الحل، فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل، ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية، وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد، وسنبين وجهه إن شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد. والانقسام في المخاطبتين للاستواء في الإيجاب للمحلية، فإنهما لو أجابتا صح نكاحهما معاً وانقسم عليهما. هذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الألف قول أبي حنيفة، فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد، ودفع بأنه قولهما لا قوله في الأصح، وقوله يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ، وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد. فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد، فالتي تحل هي المختصة بذلك فالكل لها. وقد يورد أيضاً على قوله إن لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنبيتها عنه، فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد؟ ويجاب بأن وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد. ويورد على قولهما أيضاً كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد، ولا يجتمع الحد والمهر، ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد **(قوله ومن ادعت عليه امرأة)** لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهراً وباطناً إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه، فلو ادعى نكاح امرأة أو هي ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذباً وبرهنا زوراً فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهراً، فتطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة، وباطناً فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال، ولها أن تمكنه. وقولنا إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثاً فادعى أنه تزوّجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على إنشاء العقد فيه. أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطناً روايتان إذا ادعيا كذباً. وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض، وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر

تكن محلا للنكاح أصلاً ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحد إن دخل بها ولا يحد عنده. أجيب بأن عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد. وقوله **(ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها)** هذه المسئلة من الجامع الصغير، وهي ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهراً وباطناً. ومعنى نفوذه ظاهراً نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك، ومعنى نفوذه باطناً ثبوت الحل عند الله تعالى. وأما في الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهراً لا باطناً بالإجماع. وأما في الهبة والصدقة، فعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية ألحقها بالأشربة والأنكحة من حيث أنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالأملاك المرسلة، وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح. قالوا **(القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة)** والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطناً كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار **(ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي)** لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرّحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع **(لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة)** لأن ذلك أمر باطني لا يعلمه إلا الله، فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلاً، وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهراً وباطناً **(بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر)** بالأمارات فإن قيل: القضاء إظهار ما كان ثابتاً لا إثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتاً فكيف ينفذ القضاء باطناً؟ أشار إلى الجواب بقوله **(بتقديم النكاح)** يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك **(قطعاً للمنازعة)** فيحل له أن يطأها لئلا تنازعه طلب الوطء ثانياً.

عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر، وإذا ابتنى القضاء

وهو قول محمد لا ينفذ باطناً فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذباً، وإذا كان مدّعي عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لا تحل للثاني لا تحل للأوّل فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذباً فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطليق على الغير أحياناً، بخلاف المعتدّة وأختها، وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادّعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذباً وبرهن زوراً فبفسخ القاضي ينفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة، وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فقضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له، وكذا في دعوى العتق والنسب. وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر. وأيضاً القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لا يصح الأول لعدم سابق، ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود. ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه، وإنما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ، ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطناً إذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطناً إذا كان مخالفاً للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (**وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ**) فأفاد اختيار أحد شقي ترديدهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه يثبت الإنشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه، وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود، فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنياً، ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات، على أن كثيراً من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطناً ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه، ولو أنهما أبطلاً هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك، ولما كان المقتضى ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطناً وليس مفتقراً إليه لثبوته مع انتفائه في الأملاك المرّسلة حيث يصح ظاهراً لا باطناً زاد قوله (**قطعاً للمنازعة**) يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة، ولا تنقطع فيما نحن فيه إلا بتنفيذه باطناً، إذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكأن القاضي قال زوّجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع منه. وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها، قال فأوجبته ما تريد بالطلاق، الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح. قال شيخنا سراج الدين: ليس بجواب صحيح، إذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع، وكونه لا عبرة به في كونه طلاقاً صحيحاً لا يضر، إذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطناً ليجب التنفيذ باطناً بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطناً حينئذ لأنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر. والحق أن قطع المنازعة ينتهض سبباً للتنفيذ باطناً فيما إذا كان هو المدعي لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما إذا كانت هي المدعية لما ذكر، ففيه

وسألني بعض أذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجاً سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعناً في المذهب. فأجبته بقولهم هذا قطعاً للمنازعة، فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فيطلقها فإنه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل، فقلت: تعني بالطلاق طلاقاً مشروعاً أو غير مشروع، لا سبيل إلى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الأول وهو يقتضي النكاح لا محالة، وإمامنا في هذه المسئلة عليّ. فإنه روى أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً بين يدي علي وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة: إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه، فقال عليّ: شاهداك زوّجاك. ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور. فإن قيل: هذا إنما يتم إذا جعل قضاؤه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بشهود» أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك وإليه مال شمس الأئمة السرخسي. وآخرين منهم قالوا: إنشاء النكاح لا يثبت مقصوداً وإنما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا تراعى شرائطه التي

على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة، بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحماً فلا إمكان.

قصور عن صور المدعي وهو النفاذ باطناً في العقود والفسوخ. والذي روي عن عليّ رضي الله عنه وهو أن رجلاً أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي عليّ فقضى عليّ بذلك. فقالت المرأة: إن لم يكن لي منه بدّ يا أمير المؤمنين فزوّجني منه، فقال: شاهداك زوّجاك، يخص ما إذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطناً فإنه لو لم ينعقد باطناً لأجابها فيما طلبت للحقيقة التي عندها. والأوجه أن يراد بالمنازعة في قوله قطعاً للمنازعة اللجاج المؤدّي إلى الضرر أعم من كونه عند القاضي أولاً فتناول ما إذا ولج الأول في طلبها باطناً بأن يأتيها لقصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن. وفي هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه قبح اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سر والآخر جهراً، وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذي ذكرناه من الأعمية إلا بالحكم بالنفاذ باطناً وثبوت الحرمة في نفس الأمر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدىء بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل إثم يا له من إثم غير أن الوطء بعد ذلك في حل، وقول أبي حنيفة أوجه، وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذباً وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشترى مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله لأنه ابتلى بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه (**قوله بخلاف الأملاك المرسلة**) أي المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سبباً فإن القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الأسباب: أي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض إذ لم تقم حجة بخصوصه، بخلاف ما عين السبب فيه ووقعت الشهادة على تعيينه، والله سبحانه أعلم.

يثبت بها لو كان مقصوداً كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب والقبول. وقوله (**بخلاف الأملاك المرسلة**) أي المطلقة عن إثبات سبب الملك بأن ادعى ملكاً مطلقاً في الجارية أو الطعام من غير تعيين بشراء أو إرث حيث لا ينفذ القضاء إلا ظاهراً بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطؤها (**لأن في الأسباب تزاحماً**) فلا يمكن تنفيذه. بيانه أن في الأسباب كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطباً بالقضاء بالملك وإنما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك نافذ منه ظاهراً، فأما أن ينفذ باطناً بمنزلة إنشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي، بخلاف النكاح فإن طريقه متعين في الوجه الذي قلنا فيمكنه إثباته وتنفيذه.

باب الأولياء والأكفاء

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وإن لم يعقد عليها ولي بكراً كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله **(في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف)** رحمه الله **(أنه لا ينعقد إلا بولي. وعند محمد ينعقد وقوفاً)** وقال مالك والشافعي رحمهما الله. لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها، إلا أن محمداً رحمه الله يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولي.

باب الأولياء والأكفاء

أولى الشرائط المتفق عليها غالباً الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي. والولي العاقل البالغ الوارث، فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة. الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيباً، وولاية إجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيباً، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة[1]. وتثبت الولاية بأسباب أربعة: بالقرابة، والملك، والولاء، والإمامة. وافتتح الباب بالولاية المندوبة نفياً لوجوبها لأنه أمر مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الأصحاب فيه واختلافها.

وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات: روايتان: عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالاً لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له. وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتي به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعاً لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفء وغيره. وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفاً على إجازة الولي إن أجازه نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفأ وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية. فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقاً من

باب الأولياء والأكفاء

أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرّمات وإن كانا شرطي النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق، بخلاف **الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم**، وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوّزه بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال **(لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخلّ بها)** لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان. وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد فإن الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به. وأيضاً المدعي أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء، فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل أن لا يفوض إليهن أمرَ النكاح مطلقاً من غير نظر إلى أن يأذن الولي أو لا غير دافع لانتفاء

باب الأولياء والأكفاء

(قوله لأن حل محل النكاح) أقول: دليل لقوله أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات **(قوله بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم)** أقول: ويجوز أن يقال بيان المحرمات مآله إلى رفع الموانع والعدم له تقدم.

---

(١) مرقوقة: أي مملوكة.

ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال

الكفء وغيره، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السخرسي، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولي وهو قوله الأخير فلا، ورجح قول الشيخين لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ. وعلى المختار للفتوى لو زوّجت المطلقة ثلاثاً نفسها بغير كفء ودخل بها لا تحل للأوّل. قالوا: ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء، وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأوّل، وإذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولي أن يفرق بينهما على ما نذكره في فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة(قوله لأن النكاح) شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك، وهو أن النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج، والتفويض إليهن مخل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة، ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فإنها لو عقدت بإذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم، والوجه المذكور لا يشمله، ونحن نمنع علية الأنوثة ونهيها عن المباشرة ندب كي لا تنسب إلى الوقاحة، بل العلة ليست إلا الصغر على ما سنبين، والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزومة دائماً ولا غالباً كما هو شأن المظنة، ومجرد الوقوع أحياناً لا يوجب المظنة، وإذا وجد فللولي رفعه، وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة إلى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه، فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة، وبقي أنها تصرفت في

المطابقة. وأما وجه من جوّزه فهو (أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج) بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف. فإن قلت: لا نسلم أنها تصرفت خالص حقها بل في حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكفء. في رواية. قلت: لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للأولياء. فإن قيل: هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ نهى الولي عن العضل وهو المنع، وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده. وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل» فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه، وأن قوله تعالى

(قال المصنف: وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول: أي بعقدها الدال على رضاها (قال المصنف: وإن لم يعقد عليها ولي) أقول: ولم يأذن ولا يبعد أن يراد لم يعقد عليها تسبيباً ومباشرة تأمل (قوله وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله) أقول: قال ابن حجر في شرح البخاري: وتعقب بأن إذن الولي لا يصح إلا لمن ينوب عنه، والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها، ولو أذن لها في إنكاح نفسها صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها ولا يصح اهـ ولا يخفى عليك وهن هذا الكلام، فإن النكاح عقد على منافع البضع فتصير هي بالأذن كالمأذون له بأن يؤجر نفسه فتأمل. قال الجلال المحلي الشافعي في شرح المنهاج «لا تزوج المرأة نفسها» بإذن من وليها ولا دون إذنه «ولا غيرها بوكالة» عن الولي ولا بولاية «ولا تقبل نكاحاً لأحد» بولاية ولا بوكالة قطعاً لها عن هذا الباب، إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً، وقد قال الله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ وتقدم حديث «لا نكاح إلا بولي» وروى ابن ماجه حديث «لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» وأخرجه الدارقطني بإسناد على شرط الشيخين اهـ أقول: في قوله قطعاً لها الخ بحث (قوله وأيضاً المدعي أن النكاح لا ينعقد الخ) أقول: إذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لا يغاير الأول في المال هكذا قيل.

ولها اختيار الأزواج، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة، ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء

خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوّج ممن لا ترضاه. ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها وإلا لم يطالب الولي به. فأجاب بأنه إنما يطالب الولي به كي لا تنسب إلى الوقاحة. وهذا كلام على السند وهو غير مفيد إلا لو ساوى وهو منتف، فإن له أدلة أخرى سمعية هي المعوّل عليها وهي قوله تعالى ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] نهى الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه، وإنما يتحقق

فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجاً غيره وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها. وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه، وفي رواية فأنكره، ولأن عائشة عملت بخلافه زوّجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وذلك يدل على نسخه، ولأنه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «الأيم أحق بنفسها من وليها» والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول، وهو مروى عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود. وقوله **(وإنما يطالب الولي بالتزويج)** جواب عما يقال إذا تصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج إذا طالبته، وأي حاجة لها إلى طلب التصرف من الولي في خالص حقها. ووجهه أنها بمباشرة هذا التصرف تنسب إلى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجباً عليه صيانة لها عن النسبة إليها. وقوله **(ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء)** يعني إذا لم تلد من الزوج. وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عمن يربيه. قال في النهاية: ولكن في مبسوط شيخ الإسلام: وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت أولاداً ثم بدا له أن يخاصم في ذلك فله أن يفرّق بينهما، لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصاً بخلاف القياس، قال: كذا كان مكتوباً بخط شيخي. وقوله **(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفء)** يعني لدفع ضرر العار عن الأولياء. قال شمس الأئمة: وهذا أقرب إلى الاحتياط، فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل، وهو معنى قوله **(لأن كم من واقع لا يرفع ويروي رجوع محمد إلى قولهما)** يعني ينعقد نكاحها عنده أيضاً بلا ولي ولا يوقف على الإجازة قال **(ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح)** إجبار البكر

ولكن لا يخفى عليك أن نفي الجواز بدون الولي أمر ونفيه بعبارتهن أمر آخر، فالرد الأول يرد على أبي يوسف رحمه الله أيضاً بخلاف الثاني **(قوله لانتفاء المطابقة)** أقول: فيه بحث، فإنه إن أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا ضير، وإن أراد انتفاءها على ما وضعه المعلل فغير مسلم **(قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله الخ)** أقول: أنت خبير بأن الخصم يمنع وينازع في أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يجعلها الشارع أهلاً له، وقوله لكونها عاقلة الخ لا يدل عليه، فإن العبد العاقل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات، وبين المال والبضع فرق **(قوله قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه)** أقول: أنت خبير بأن المنع متوجه إلى الروايتين ظاهرها وغير ظاهرها، ولا يقدح في ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فإنه تنوير للسند والمنع يتم بدونه، ألا يرى أن للولي حق الفسخ في ظاهر الرواية، فلو لم يتعلق به حق لما كان كذلك **(قوله فإن قيل هذا استدلال، إلى قوله: وأما الكتاب فقوله تعالى ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ نهى الولي عن العضل وهو المنع الخ)** أقول: وهذا الاستدلال منهم إنما يصح إذا كان الخطاب في لا تعضلوهن للأولياء وهو ممنوع، بل الخطاب للأزواج كي لا يبقى الشرط بلا جزاء، والتفصيل المشبع في التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي **(قوله وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده)** أقول: إن أراد إذا كان الممنوع في يده شرعاً فليس كذلك عند الخصم، فإن النهي عندهما يقتضي المشروعية على ما يجيء تفصيله في البيع الفاسد، إلا أن يكون مرادهم الإلزام وهو بعيد، وإن أراد غير ذلك فلا يفيده ولا يضرنا **(قوله فالجواب أن الآية مشترك الإلزام)** أقول: ويرد أيضاً أن واحداً من هذين الاستدلالين لا يدل على مطلوب الخصم من عدم الانعقاد بعبارتهن **(قوله وإن قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن)** أقول: أي فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف، وتزويجها نفسها من الكفء فعل بالمعروف فوجب أن يصح **(قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها)** أقول: فإن الله تعالى أضاف النكاح إليهن إضافة الفعل إلى فاعله والتصرف إلى مباشره **(قوله ولأن عائشة عملت بخلافه)** أقول: قال الشيخ الإمام علاء الدين التركماني في كتابه المسمى بالجوهر النقي في الرد على البيهقي: ثم إن عائشة الراوية للحديث خالفته على ما سيذكره البيهقي في هذا الباب وكذلك الزهري أيضاً روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاستذكار: كان الزهري يقول: إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها جاز، وهو قول الشعبي وأبي حنيفة وزفر اهـ **(قوله وذلك يدل على نسخه)** أقول: بل يدل على ضعفه ووهنه.

وغيره الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء.

المنع ممن في يده الممنوع وهو الإنكاح، وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل[(١)]» حسنه الترمذي. وقوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي[(٢)]» رواه

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٠٨٣ والترمذي ١١٠٢.
وابن ماجه ١٨٧٩ والدارمي ٢١٠٦ وابن الجارود ٧٠٠ وعبد الرزاق ١٠٤٧٢ وابن أبي شيبة ٤/ ١٢٨ والطيالسي ١٤٦٣ والشافعي ٢/ ١١ وأحمد ٦/ ٤٧ ـ ٦٥ ـ ١٦٦ والدارقطني ٣/ ٢٢١ ـ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ والطحاوي ٣/ ٧ ـ ٨ وابن حبان ٤٠٧٤ والحاكم ٢/ ١٦٨ والبيهقي٧/ ١٠٥ ـ ١١٣ ـ ١٢٤ ـ ١٢٥ ـ ١٣٨ والبغوي ٢٢٦٢ من طرق كثيرة كلهم عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعاً وتمامه: فإنه دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها، فإنه اشتجروا فالسلطان ولي من لا وليَّ له.
قال الترمذي: حديث حسن. وقد روى الثوري، ويحيى بن سعيد الأنصاري، ويحيى بن أيوب، وغير واحد عن ابن جريج نحو هذا وقد تكلم في هذا الحديث وهو أن إسماعيل بن عُلَيَّة روى عن ابن جريج قال: لقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه. وقد ضعف ابن معين رواية ابن عُلية عن ابن جريج وقال: لم يذكر هذا غيره اهـ أي حكاية نسيان الزهري لهذا الحديث. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ١٥٧ ما ملخصه: وذكر ابن منده أن عشرين من الرواة رووه عن ابن جريج وأن ابن جريج لم ينفرد به تابعه معمر وعبيد الله بن زحر.
ولم ينفرد به سليمان بن موسى، بل تابعه موسى بن عقبة، وابن إسحاق، وأيوب بن موسى، وهشام بن سعد، وقرة كلهم تابعوا سليمان على الزهري.
ورواه جعفر بن برقان، ومندل، ونوح بن درَّاج، وأبو مالك الجنبي عن هشام بن عروة. وعلى هذا فقد توبع الزهري أيضاً على عروة.
وقد أثنى ابن معين على سليمان بن موسى وهو الراوي عن الزهري. وقد ضعف ابن عبد البر، وابن حبان، وابن عدي، والحاكم وغيرهم حكاية ابن عُلَيَّة عن ابن جريج في نسيان الزهري لهذا ولحديث. وقالوا: وعلى تقدير صحتها لا يلزم من نسيان الزهري له وهم سليمان بن موسى لذا ذكر الدارقطني في جزء من حدث ونسي هذا الحديث، وكذا الخطيب، وأطال البيهقي الكلام عليه في السنن، والخلافيات، واستنبط الماوردي في الحاوي أدلة، وأحكاماً من هذا الحديث فأفاد اهـ كلام ابن حجر.
وانظر البيهقي في السنن ٧/ ١٠٧ والكامل لابن عدي ٣/ ١١١٥ وسليمان لم ينفرد به كما ذكر ابن مندة فقد تابعه على الزهري جعفر بن ربيعة. أخرجه أحمد ٦/ ٦٦ وأبو داود ٢٠٨٤ والطحاوي ٣/ ٧ والبيهقي ٧/ ١٠٦.
وتابعه أيضاً عبيد الله بن جعفر عند الطحاوي ٣/ ٧ وحجاج بن أرطاة عند ابن ماجه ١٨٨٠ وأحمد ١/ ٢٥٠ و٦/ ٢٦٠ وابن أبي شيبة ٤/ ١٣٠ والطحاوي ٣/ ٧ والبيهقي ٧/ ١٠٦ ـ ١٠٧.
وتابعه يزيد بن سنان عند الدارقطني ٣/ ٢٢٧ وتابعه زمعة بن صالح في علل الترمذي الكبير ١/ ٤٣٠ كلهم تابعوا سليمان بن موسى على الزهري.
فالحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.
وانظر كلام ابن حبان في ٩/ ٣٨٥ والحاكم في ٢/ ١٦٩ ونصب الراية ٣/ ١٨٥ حول هذا الحديث.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٠٨٥ والترمذي ١١٠١ والدارمي ٢١٠٤ و٢١٠٥ وابن الجارود ٧٠٤ والدارقطني ٣/ ٢١٩ ـ ٢٢٠ والحاكم ٢/ ١٧٠ والبيهقي ٧/ ١٠٧ وابن حبان ٤٠٧٧ والطيالسي ٥٢٣ والطحاوي ٣/ ٩ وعبد الرزاق ١٠٤٧٥ وأحمد ٤/ ٤١٣ ـ ٤١٨ ـ ٣٩٤ من عدة طرق كلهم عن أبي إسحاق السبيعي عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً.
وأخرجه ابن ماجه ١٨٨٠ والبيهقي ٧/ ١٠٩ ـ ١١٠ وأحمد ١/ ٢٥٠ والدارقطني ٣/ ٢٢١ ـ ٢٢٢ والطبراني ١١٢٩٨ و١١٣٤٣ و١١٩٤٤ كلهم من حديث ابن عباس وفيه ضعف وأخرجه ابن حبان ٤٠٧٦ من حديث أبي هريرة. وفيه صالح بن رستم غير قوي.
وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٥ من حديث ابن مسعود وفيه عبد الله بن محرز متروك.
وأخرجه البيهقي ٧/ ١١١ من حديث علي وفيه الحارث الأعور غير قوي.
وأخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر في ٣/ ٢٢٥ وفيه ثابت بن زهير واهٍ.
وقد جاء في خبر عائشة الذي تقدم تخريجه قبل هذا الحديث وذلك في بعض رواياته عند ابن حبان ٤٠٧٥ وأحمد ٦/ ٢٦٠ وإسناده حسن. وصدره: لا نكاح إلا بولي.
أقوى هذه الروايات رواية أبي بردة عن أبي موسى وهو المعتمد في هذا الأحاديث، وقد صححه ابن حبان وقال الترمذي عقب حديث أبي موسى: ورواه شعبة، والثوري عن أبي بردة مرسلاً دون ذكر أبي موسى. ورواية الجماعة عن السَّبيعي عندي أصح لأن سماعهم من السبيعي كان في أوقات مختلفة وإن كان شعبة، والثوري أحفظ من هؤلاء ثم قال الترمذي: وهو قول ابن المسيب، والحسن، وشريح، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم. وبه يقول: الثوري، والأوزاعي وابن المبارك، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق اهـ.
وقال الحاكم بعد أن ذكر كلاماً طويلاً حوله: وهذه الأسانيد كلها صحيحة، ثم نقل عن علي المديني قوله: حديث إسرائيل عن أبي بردة في: لا نكاح إلا بولي صحيح. وكذا صححه محمد بن يحيى الذهلي، والطيالسي، وابن مهدي، ووافقهم الحاكم عقب حكايته عنهم وكذا الذهبي وكذا البخاري وكذا صححه أحمد فيما حكاه البهاء المقدسي في كتاب العدة شرح العمدة ص ٣٩١ وانظر نصب الراية ٣/ ١٨٣ ـ ١٨٤ وشاهده حديث عائشة المتقدم قبله فهذا حديث صحيح.

. . . .

أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحاديث أخر في ذلك. والجواب، أما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن أن ينكحن أزواجهن إذا أريد بالنكاح العقد. هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء وإلا فقد قيل للأزواج فإن الخطاب معهم في أول الآية ﴿وإذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] أي لا تمنعوهن حبساً بعد انقضاء العدة أن يتزوّجن، ويوافقها قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[البقرة: ٢٣٠] لأنه حقيقة إسناد الفعل إلى الفاعل. وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الأحاديث فمعارضة بقوله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها[١]» رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطإ. والأيم: من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً. في كتاب الأمثال لأبي عبيدة في أمثال أكثم بن صيفي: كل ذات بعل ستئيم. يضرب لتحوّل الزمن بأهله، وأنشد قول الأول:

أفاطم إني هالك فتثبتي ... ولا تجزعي كل النساء تئيم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولي حقاً في ضمن قوله أحق، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به، فبعد هذا إما أن يجري هذا الحديث، وما رووا حكم المعارضة والترجيح[٢] أو طريقة الجمع، فعلى الأول يترجح هذا بقوّة السند وعدم الاختلاف في صحته، بخلاف الحديثين فإنهما إما ضعيفان فحديث «لا نكاح إلا بولي» مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وإرساله[٣] قال الترمذي: هذا حديث فيه اختلاف، وسمى جماعة منهم إسرائيل وشريك، رووه عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن النبي ﷺ. ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى. ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة ولم يذكر فيه عن أبي إسحاق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه. وقد روى شعبة وسفيان الثورى عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن النبي ﷺ، وهذا اضطراب في إرساله لأن أبا بردة لم يَرَ النبي ﷺ وشعبة وسفيان أضبط من كل من تقدم. قال: وأسنده بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسند إلى شعبة قال: سمعت سفيان الثوري يسأل أبا إسحاق أسمعت أبا بردة يقول: قال رسول الله ﷺ «لا نكاح إلا بولي» قال نعم ولا يخفى أن هذا الكلام إلزامي، أما على رأينا فلا يضر الإرسال، وحديث عائشة[٤] رضي الله عنها عن ابن جريج

البالغة على النكاح لا يجوز عندنا **(خلافاً للشافعي)** وهو مذهب ابن أبي ليلى. له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوّج كرها فكذا البالغة، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة **(ولهذا)** أي ولكونها جاهلة بأمر النكاح **(يقبض الأب صداقها بغير**

(قوله لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح) أقول: سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لئلا يضيع الولد عمن يرى كما لا يخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٢١ ح ٦٦ وأبو داود ٢٠٩٨ والترمذي ١١٠٨ والنسائي ٦/ ٨٤ والدارمي ٢١٠٩ وابن ماجه ١٨٧٠ وابن الجارود ٧٠٩ ومالك ٢/ ٥٢٤ والشافعي ٢/ ١٢ وسعيد بن منصور ٥٥٦ وأحمد ١/ ٢١٩ ـ ٢٤١ ـ ٢٤٢ والدارقطني ٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤١ وابن حبان ٤٠٨٤ والطبراني ١٠٧٤٣ و١٠٤٤ و١٠٧٤٥ والبغوي ٢٢٥٤ كلهم من حديث ابن عباس.

(٢) والجواب: أنه لا معارضة فحديث: لا نكاح إلا بولي. صحيح صححه أئمة هذا الشأن ومعناه والله أعلم: لا نكاح إلا بحضور الولي. وأما حديث ابن عباس فهو يعطيها زمام الأمر لكن بحضور وليها. وهكذا يجمع بين الحديثين. فلا حاجة لتوهين الأحاديث الصحيحة.

(٣) أجاب العلماء عن هذا فيما تقدم وقال ابن حبان أيضاً عقب حديث أبي موسى: سمع هذا الخبر أبو بردة عن أبي موسى مرفوعاً. فمرة كان يحدث به عن أبيه مسنداً، ومرة يرسله، وسمعه أبو إسحاق من أبي بردة مرسلاً ومسنداً معاً فحدث به مسنداً ومرسلاً، فالخبر صحيح مرسلاً ومسنداً معاً لا شك فيه، ولا ارتياب في صحته اهـ ابن حبان حديثه ٤٠٨٣ وتقدم فيما أوردته تصحيح الذُهلي له وكذا ابن المديني والبخاري والترمذي والذهبي.

(٤) حديث عائشة تقدم تخريجه مستوفياً قبل حديث أبي موسى المتقدم، وإسناده جيد وتقدم الجواب عن رواية ابن جريج عن الزهري وأنه لم يعرف الحديث، فراجعه إن شئت.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز في غير الكفء لأن كم من واقع لا يرفع. ويروى رجوع محمد إلى قولهما **(ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح)** خلافاً للشافعي رحمه الله. له الاعتبار بالصغيرة

عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وقد أنكره الزهري. قال الطحاوي: وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه، حدثنا بذلك ابن أبي عمران: حدثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك. وإما حسنان بناء على أن الأصح في الأول وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والإرسال عند التعارض على الأصح وإن كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرهما، لكن حكاية شعبة تفيد أنهم سمعاه من أبي إسحاق في مجلس واحد ظاهراً وغيرهما سمعوه منه في مجالس. وفي الثاني أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحاً في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته. ولذلك نظائر أشهرها ما روي أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبي صالح حديثاً فأنكره، فقال له ربيعة: أنت حدثتني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني، اللهم إلا أن يقال هذا في عدم التكذيب، أما إذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فنصوا في الأصول على رده. وفي حكاية ابن جريج إيماء إلى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل إياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال: قال ابن جريج: فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه، فقلت له: إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك، قال: فأثنى على سليمان خيراً وقال: أخشى أن يكون وهم عليَّ اهـ. فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي. وأما ما ضعفه به من أن عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها زوّجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشأم فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يفتات عليه في بناته، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال: إن ذلك بيد عبد الرحمن، وقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ أمراً قضيته، فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً[(١)] فأُوّلَ على معنى أنها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه، فلما لم يبق إلا العقد أشارت إلى من يلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد، يدل على ذلك ما روى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوّج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح. وفي لفظ: فإن النساء لا ينكحن[(٢)]. أسنده البيهقي عنه. وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح، وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطإ وهو ما استدللنا به[(٣)]. وعلى الثاني وهو إعمال طريقة الجمع فبأن يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ، وهذا يخص حديث أبي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة، وهو محمل قوله فإن النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي. وبأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه، أي لا نكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضاً، لأن النكاح في الحديث عام غير مقيد. وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة، ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء، والمراد بالباطل حقيقته

أمرها، ولنا **أنها حرة مخاطبة)** لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك **(لا يكون للغير عليها ولاية)** وقوله **(والولاية على الصغيرة)** جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت **(لقصور عقلها)** وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام، فإن كان صغيراً جاز لقصور العقل،

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٨ والبيهقي ٧/ ١١٢ كلاهما من القاسم عن عائشة به وإسناده حسن رجاله ثقات.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠ وكذا البيهقي ٧/ ١١٢ كلاهما عن القاسم عن عائشة به.

ورواية البيهقي من طريق الشافعي: حدثنا الثقة عن ابن جريج به. فتعقبه ابن التركماني بقوله: قوله الثقة: ليس بحجة. وأيضاً أفسده الطحاوي في اختلاف العلماء فرواه عن ابن القاسم مرسلاً ليس فيه القاسم اهـ.

قلت: هو في شرح معاني الآثار وفيه ذكر القاسم فهو متصل ورجاله ثقات والخبر قوي عن عائشة.

(٣) وهو حديث ابن عباس: الأيم أحق بنفسها. وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها. ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في

على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه، ويثبت للولي حق الخصومة في فسخة، كل ذلك سائغ في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها، على أنه يخالف مذهبهم، فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحاً وهو خلاف مذهبهم، والله سبحانه أعلم. فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو أنها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الأولى (قوله ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أهو الصغر أو البكارة؟ فعندنا الصغر، وعند الشافعي البكارة، فانبنى على هذه ما إذا زوّج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للأب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة. وعندنا له تزويجها لوجود الصغر. وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة، مع أن الجهل منتف لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم، لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة إن وجدت على المختار، بل تعليق الحكم في الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه في رأي أو يلتفت إليه في أمر ونهي، وهذا الذي ظهر أثره في التصرفات من البيع والشراء والإجازة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقاً، على أن الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة، وظاهر كلام الفريقين هناك أن ذلك لم يتحقق في الشرع بعد. ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلا، بل المظنة والكلام فيها أهي البكارة أو الصغر فقلنا الصغر. أما البكارة فمعلوم إلغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع. أما الصريح ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسند الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن جارية بكراً أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباها زوّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ[(١)]» وهذا حديث صحيح، فإنه عن حسين: حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس، وحسين هو ابن محمد المروزي أحد المخرج لهم في الصحيحين. وقول البيهقي إنه مرسل لرواية أبي داود إياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا، ونقل ابن أبي حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه، وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً، ونسبة الوهم في الوصل إلى حسين لأنه لم يروه عن جرير غيره مردود. أما أولاً فبحجية المرسل الصحيح. وأما ثانياً فقد تابع حسيناً على الوصل عن جرير سليمان بن حرب،

وإن كان بالغاً لا يجوز وصار كالتصرف في المال: أي في مال البكر البالغة فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه. وقوله **(وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة)** جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها. ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض

---

(١) حسن أخرجه أبو داود ٢٠٩٦ وابن ماجه ١٨٧٥ والدارقطني ٣/ ٢٣٥ والبيهقي ٧/ ١١٧ كلهم من حديث جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس.
قال أبو داود بعد أن أسنده في ٢٠٩٧ عن حماد بن زيد عن أيوب عكرمة مرسلاً. وكذلك رواه الناس مرسلاً معروف اهـ وقال الدارقطني: والصحيح أنه مرسل. وكذا البيهقي حيث قال: روي من أوجه عن عكرمة موصولاً وهو خطأ ثم ساق أسانيدها وبين عللها ونقل عن الأثرم قوله: ذكرت هذا الحديث لأحمد وأنكره أي كونه موصولاً اهـ وتعقبه ابن التركماني فذكر له طرقاً ستأتي وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩١ ـ ١٩٠ ونقل عن ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هو خطأ والصحيح أنه مرسل.
ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: حديث ابن عباس صحيح. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: قال الخطيب البغدادي: قد رواه سليمان بن حرب عن جرير عن أيوب به، ورواه أيوب بن سويد عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذا معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب اهـ وعلى هذا فقد توبع جرير. فالحديث أقل درجاته أنه حسن ورجح ابن حجر وصله في التلخيص ٣/ ١٦١.

. . . .

كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال: فبرئت عهدته، يعني حسيناً وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال: ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة: إن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فأرسل، وذكر مرة أو مراراً الواسطة بينه وبين النبي ﷺ ولا بدع في ذلك. قال ابن القطان: حديث ابن عباس هذا صحيح، وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها أبوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي ﷺ نكاحه، فإن هذه بكر وتلك ثيب اهـ. على أنه روي أن خنساء أيضاً كانت بكراً، أخرج النسائي في سننه حديثها وفيه أنها كانت بكراً[1] ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت: أنكحني أبي وأنا كارهة وأنا بكر، فشكوت ذلك إلى النبي ﷺ. الحديث، لكن رواية البخاري تترجح[2]. قال ابن القطان: والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان[3]. قال ابن القطان: وتزوّجت خنساء بمن هويته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر، صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبي لبابة اهـ[4]. وهذا الحديث[5]وإن كان فيه إسحاق بن إبراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه أيضاً أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني. وَوَهَّمَ الدارقطني الذماري نفسه عن الثوري وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلاً، وعلى كل حال يتم به المقصود الذي سقناه له. وأخرج الدارقطني عن شعيب بن إسحاق عن الأوزاعي عن عطاء عن جابر «أن رجلاً زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها، فأتت النبي ﷺ ففرّق بينهما[6]» فهذا عن جابر، ووهم شعيباً في رفعه قال: والصحيح أنه مرسل، وبه يتم

---

(١) يأتي في الذي بعده.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٨ و٥١٣٩ و٦٩٤٥ و٦٩٦٩ وأبو داود ٢١٠١ والنسائي ٦/٨٦ والداومي ٢١١٣ كلهم من حديث خنساء بنت خذام الأنصارية: أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فردَّ نكاحها. رووه كلهم بهذا اللفظ، وذكروا أنها كانت ثيباً وكذا رواية النسائي مثل رواية الجماعة.

تنبيه: وأما ما نُسب للنسائي من كونها بكراً. فلعله في السنن الكبرى. وهي رواية شاذة كما صرح به الكمال وغيره والمعتمد عند النسائي ما يرويه في الصغرى ولذا أعله ابن حجر في الفتح ٩/١٩٦.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٣٤ والطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٢٧٩ كلاهما من حديث ابن عباس.

وقال الهيثمي: في إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جوثي لم أعرفه وبقية رجاله ثقات.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٢: قال صاحب التنقيح ابن عبد الهادي ـ إسحاق هو الجوتي ـ بالتاء ـ ضعيف لكن لم ينفرد به عن الذماري فقد تابعه مسلم بن محمد الصنعاني عن الذماري وقال الدارقطني: وهم فيه الذماري عن الثوري والصواب عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلاً.

وقال البيهقي: هو في عن الثوري والصواب عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلاً. وقال البيهقي: هو في جامع الثوري مرسلاً اهـ راجع كلام البيهقي ٧/ ١١٧.

(٤) جيد. أخرجه ابن ماجه ١٨٧٣ والدارمي ٢١١٢ والبيهقي ٧/ ١١٩ كلهم من حديث عبد الرحمن بن يزيد، ومجمع بن يزيد الأنصاريَّيْن: أن رجلاً منهم يدعي خذاماً أنكح ابنة له، فكرهت نكاح أبيها، فأتت رسول الله ﷺ، فذكرت له، فرد نكاحها، فنكحت أبا لُبَابة بن عبد المنذر وذكر يحيى أنها كانت ثيباً.

وإسناده قوي رجاله رجال البخاري ومسلم.

وأما قوله: فولدت له السائب بن أبي لبابة.

فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٣١ من حديث أبي سلمة وإسناده حسن.

(٥) الضمير يعود على رواية الدارقطني عن ابن عباس لا على رواية ابن ماجه.

(٦) مرسل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٣٣ والبيهقي ٧/ ١١٧ كلاهما من رواية عطاء عن جابر.

وقال الدارقطني وكذا البيهقي: هذا وهم وقد رواه الأوزاعي عن عطاء مرسلاً كذلك رواه ابن المبارك وعيسى بن يونس عن الأوزاعي عن عطاء مرسلاً. وقال البيهقي: وإن صحح فهو محمول على أنه وضعها في غير كفء.

. . . .

مقصودنا إما لأنه حجة وإما لأنا ذكرناه للاستشهاد والتقوية، وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر [١] وعائشة[٢] وإن تكلم فيها. وأما ما استدلوا به من قوله ﷺ «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها[٣]» باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق، فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من ردّه، ولو سلم فنفس نظم باقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله ﷺ «والبكر يستأمرها» الخ، إذ وجوب الاستئمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للإجبار لأنه طلب الأمر أو الإذن، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه، هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه. والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقاً، ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال: الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضاً، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجه في صمن إثبات حق الاستئمار لها. وسببه أن البكر لا تخطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها، بخلاف الثيب، فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بإيجاب استئماره إياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب، ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة في صحيح مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطإ «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها[٤]» والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً على ما ذكرناه قريباً فإنها صريحة في إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان، بخلاف ما مشوا عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لإعمال المفهوم، مع أن باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذي صح عنه ﷺ كما مر، فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه في تقرير الحديث خصوصاً وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها «أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة، فقالت اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها، فقالت:

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٣٦ من حديث ابن عمر وقال: لا يثبت هذا. والصواب حديث ابن أبي ذئب، وهو أن المزوج للفتاة كان عمها قدامة ابن مظعون لا أبيها. لذا رد رسول الله ﷺ النكاح وقال: اليتيمة أحق بنفسها اهـ وأما كون المزوج عمها فصحيح.

(٢) حسن. أخرجه النسائي ٦/ ٨٦ ـ ٨٧ وابن ماجه ١٨٧٤ والدارقطني ٣/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣ والبيهقي ٧/ ١١٨ من طرق عن ابن بريدة عن عائشة قالت: إن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة قالت: اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ فجار رسول الله ﷺ، فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أَعْلَمَ أَللنسّاء من الأمر شيء؟!

تنبيه: وقع في ابن ماجه: ابن بريدة عن أبيه. والباقون ابن بريدة عن عائشة. وكونه عن بريدة غريب.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٢ ـ ١٩٣: قال البيهقي عقبه: هذا مرسل ابن بريدة لم يدرك عائشة وإن صح فهو محمول على أنه زوجها من غير كفء.

وقال ابن الجوزي: حمله الجمهور على أنه زوجها من غير كفء. اهـ.

قلت: وذكر الدارقطني له طرقاً عن ابن بريدة عن عائشة وقال: هذه كلها مراسيل ابن بريدة لم يسمع من عائشة شيئاً اهـ.

والحاصل أن ابن بريدة ثقة فلعله سمعه بواسطة وهو غير بعيد. فالحديث حسن. وهو مرسل صحيح بكل حالٍ. كيف وهو عند ابن ماجه عن ابن بريدة عن أبيه.

وقال البوصيري: إسناده صحيح وقد رواه غير المصنف ـ أي ابن ماجه ـ من حديث عائشة وغيرها اهـ.

فهذه الأحاديث تتقوى ببعضها ويعلم أن له أصلاً.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٢١ ح ٦٧ ـ ٦٨ والحميدي ٥١٧ وأبو داود ٢٠٩٩ والنسائي ٦/ ٨٥ والدارقطني ٣/ ٢٤٠ ـ ٢٤١ والطبراني ١٠٧٤٥ وابن حبان ٤٠٤٨ وأحمد ١/ ٢١٩ كلهم من حديث ابن عباس وتمامه: وإذنها صُماتها.

(٤) تقدم قبل قليل تخريجه في ١/ ٢٥٩.

. . . .

يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء[1]» وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقاً ثابتاً بل استحباب. وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ قولها ذلك أيضاً، وهو حديث حجة، وما قيل هو مرسل ابن أبي بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم[2] فليس بصحيح فإن سند النسائي قال: حدثنا زياد بن أيوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة، ورواه ابن ماجه: حدثنا هناد بن السري حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال: جاءت فتاة، وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها. وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها، وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسراً إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقها، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع. وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة «لا تنكح البكر حتى تستأذن[3]» الحديث، وسيأتي لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف، فلو كان الإجبار ثابتاً لزم ذلك وعزى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الإحالة، ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهوراً لا مرد له أن إيجاب استئذانها صريح في نفي إجبارها والولاية عليها في ذلك. وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة. فإذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهراً، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهراً ثم يطرأ بعد العقد والله. سبحانه أعلم **(قوله وإنما يملك الخ)** يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن، ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الإذن منهن ثابتاً دلالة نظرا إلى ما ذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه إلا أن يوجد نهيها صريحاً لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها. ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لا يملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يلي قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه. قال الحلواني: هذا مذهب علمائنا. وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس. وفي الفتاوى الصغرى: وإن قبض الضياع: يعني بدل المسمى لا يجوز إلا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون ببعض المهر ضياعاً، هذا إذا كانت كبيرة بكرا، فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة. وفي النوازل: وإن كان في بلد يتعارفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة، وللأب أن يطالب بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها، بخلاف النفقة لأنها جزاء الاحتباس، ووجوب المهر حكم نفس العقد. والجد عند عدم الأب كالأب، ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الأم إلا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة، حتى لو قبضت الأم بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الأم، كذا ذكر. وفي جوامع الفقه زاد: للقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا زفت. ولو طلب الأب

صداقها وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها إلى زوجها فكان ذلك إذناً دلالة **(ولهذا لا يملك مع نهيها)** لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها. وقوله **(وإذا استأذنها الولي)** ظاهر.

---

(١) تقدم قبل حديث مسلم المتقدم.

(٢) أي وبعد التسليم أن المرسل حجة عندنا. فلم يثبت كونه مرسلاً بل جاء مرفوعاً من وجه آخر وهذا يؤكد كونه مسنداً متصلاً اهـ هذا منها كلام المصنف وتقدم في تخريجي للحديث ما يدل على ذلك والله أعلم.

(٣) صحيح. سيأتي بعد حديث واحد أو حديثين.

المال، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها. قال (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت

مهرها، أعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها: يعني فلا تملك قبضه، لأنها خرجت عن حكم الأبكار وقال الأب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الأب لأن الزوج يدعي حادثاً بلا بينة، فإن قال الزوج حلفه أنه لم يعلم أني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لأن الأب لو أقرّ بذلك صح إقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيداً. قال: ورأيت في أدب الخصاف بأنه لا يحلف، ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للأب ولا بينة غير أن الأب أقرّ أنه قبضه إن كانت البنت بكرا وقت الإقرار صدق أو ثيبا فلا، لأن إقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة، ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة إذا كانت كبيرة، فلو كانت صغيرة صدق، ولو تزوّجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته إلى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الأب لا يصح إقراره عليها اليوم، ولها أن تأخذ المهر من الزوج، وليس للزوج أن يرجع على الأب لأنه أقرّ باستحقاقه القبض إلا إن قال عند القبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صداق بنتي، فحينئذ له أن يرجع عليه إذا أنكرت (قوله وإذا استأذنها فسكتت الخ[1]) ظاهر حكماً ودليلاً، والمراد بالسكوت الاختياري، فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فمها فخلصت فردّت ارتد، ولا فرق بين العلم والجهل. في التجنيس: حتى لو زوّجها أبوها فسكتت وهي لا تعلم أن السكوت رضا جاز، ولو تبسمت يكون إذناً في الصحيح، وما حكاه بقوله وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا، وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره، وإذا بكت بلا صوت لا يكون رداً اختير للفتوى. وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا لأنه لشدة الحياء. وعن محمد رد لأن وضعه لأظهار الكراهة. والمعوّل عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها إن كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا، لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه، إذ الإحساس بكيفيتي الدمع لا يتهيأ إلا لخد الباكي، ولو ذهب إنسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب، إلا أنه كذا ذكر. وذكر شيخ الإسلام وغيره مسائل اعتبرت السكوت فيها رضا منها هذه، وضممت إليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الأبيات تسهيلاً لحفظها:

سكــوت بكــر فــي النكــاح وفــي ... قبــض الأبيــن صــداقهــا إذن
قبــض المملــك والمبيــع ولــو ... فــي فــاســد وإذا اشتــرى قــن
وكــذا الصبــيّ وذو الشــراء إذا ... كــان الخيــار لــه كــذا سنــوا
مــولــى الأسيــر يبــاع وهــو يــرى ... وأبــو الــوليــد إذا انقضــى الــزمــن
وعقيــب شــق الــزق أو حلــف ... ينفــى بــه الإسكــان إذا ضنــوا
وعقيــب قــول مــواضــع نمضــي ... أو وضــع مــال ذا لــه يــرنــو
وبلــوغ جــاريــة وزوّجهــا ... غيــر الأبيــن بــذاك قــد منــوا
وكــذا الشفيــع وذو الجهــالــة فــي ... نســب شــراه مــن بــه ضغــن
وإذا يقــول لغيــره فسكــت ... هــذا متــاعــي بعــه يــا معــن
وإذا رأى ملكــا يبــاع لــه ... وتصــرفــوا زمنــاً فلــم يــدنــو

. . . .

---

(١) ذكر صاحب الهداية ههنا حديثاً غريباً لا وجود له في كتب الحديث لذا قال الزيلعي في ٣/ ١٩٤ غريب بهذا اللفظ. ووافقه الكمال فأعرض عنه حيث لم يذكره أصلاً والحديث: البكر تُستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت. لكن معناه الحديث الذي سيأتي بعد قليل وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٢: لم أره بهذا اللفظ.

فهو إذن) لقوله ﷺ «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت» ولأن جنبة الرضا فيه راجحة، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت، بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة. وقيل

قولي سكوت بكر يشتمل ما قبل النكاح وما بعده: أعني إذا زوّجها فبلغها فسكتت، وقبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدّق به إذا قبض بمرأى من المملك فسكت كان قبضاً معتبراً يثبت به الملك، وكذا المبيع ولو في بيع فاسد إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع إياه إلى استيفاء الثمن فليس له أن يستردّه بل يطالب بالثمن. وفي كتاب الإكراه لا يكون إذناً صحيحاً في الفاسد. وإذا اشترى قن: يعني إذا اشترى العبد شيئاً بحضرة سيده فسكت كان إذناً. قال الحلواني: لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده، والصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد، وذو الشراء: أي المشتري عبداً إذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشتري فسكت سقط خياره لأن الإذن فرع نفاذ البيع. ومولى الأسير: أي العبد الذي أسر إذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة، فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه. وأبو الوليد إذا سكت ولم ينفه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف في مقدار زمنه أهو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد، والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقَيب الحلف على أن لا أسكن فلاناً وفلان ساكن فيحنث، فإن قال عقبه اخرج فأبى لم يحنث. وعقيب قول مواضع أي رجل واضع غيره على أن يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لي أن أجعله بيعاً نافذاً بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذاً. وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر إليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه. والشفيع إذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليماً، وذو الجهالة: أي مجهول النسب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة، زاد الطحاوي في اعتبار سكوته رضا. وقيل له قُمْ مع سيدك فقام. وإذا يقول رجل لغيره بعْ متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولاً للوكالة فلا يكون بيع فضولي، وليس في فروع هذه ما في الجوامع: لو استأمر بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوّجها من نفسه جاز، لأنه صار وكيلاً بسكوتها. وإذا رأى ملكاً له منقولاً أو عقاراً يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زماناً سقط دعواه إياه ذكره في منية الفقهاء وغيرها، بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فإنه لا يكون رضا اعترافا بأن لا حق فيه عندنا خلافاً لابن أبي ليلى. والتي زدتها مسئلة الوديعة، والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة المحصورة **(قوله وإن فعل هذا)** أي الاستئذان **(غير ولي)** بأن كان الأب كافراً أو عبداً أو مكاتباً **(أو ولي غيره أولى منه)** كالأخ مع الأب **(لم يكن)** سكوتها ولا ضحكها **(رضا)** بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فأخرجه آخر بقوله، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا. وعن الكرخي: يكفي سكوتها وإن كان المستأمر أجنبياً لأن استحياءها منه أكثر منه مع الولي قلنا: السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات إلى كلامه فصار محتملاً على السواء فلم يقع دلالة على الرضا إلا للحاجة وهي تندفع باعتباره مع الأولياء لأنهم هم المزوّجون غالباً فكان اعتباره في محل الحاجة، بخلاف غيرهم إذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة، وإنما كان حاجة لأنها لا تنطق، فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها، وهذا يقتضي أنه مع الأولياء أيضاً محتمل على السواء، وينافيه قوله لأن جنبة الرضا فيه غالبة فكان الأولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا. وقول

وقوله **(وإن فعل هذا)** يعني الاستئمار والاستئذان **(غير ولي)** وهو الأجانب أوقريب ليس بولي بأن كان كافراً أو عبداً أو مكاتباً **(أو ولي غيره أولى منه)** كاستئذان الأخ مع وجود الأب **(لا يكون رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا)** وقوله **(ولو وقع)** أي السكوت دليلاً **(فهو)** دليل **(محتمل)** يحتمل الإذن والرد **(والاكتفاء بمثله)** في الدلالة **(للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء)** لأنه فضولي، أو في حق ولي غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه **(بخلاف ما إذا المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه)** وقوله **(ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج)** يعني إذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه

إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً. قال (وإن فعل هذا غير ولي) يعني استأمر غير الولي (أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به) لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان

المصنف: ولو وقع كان محتملاً، ظاهر العبارة: ولو وقع دلالة كان محتملاً إن أراد احتمالاً مساوياً لم يصح جعله دلالة، وإن أراد مرجوحاً كان الرضا مظنوناً فهو دلالة فيكون كافياً مطلقاً لا يتقيد بحالة كون المستأمر ولياً. فإن قيل: يشكل على هذا الحكم المذكور إطلاق قوله ﷺ «إذنها أن تسكت[1]» ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر ولياً. يتقيد بالعرف والعادة وهي أن المستأذن للبكر ليس إلا الولي بل لا يخلص إليها غيره (قوله ويعتبر في الاستئمار) أي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستئمار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزوّجك من فلان أو فلان أو في ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني أو بني عمي وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض، بخلاف من بني تميم أو من رجل لأنه لعدم تسميته يضعف الظن. ولوزوّجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه، والأصح الصحة، وينبغي تقييده بما إذا كان الزوج حاضراً أو عرفته قبل ذلك ولو زوجها[2] بحضرتها بغير كفء فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة، وهو قول أبي يوسف ومحمد. قال الفقيه أبو الليث: وهو يوافق قولهما في الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أي في كون السكوت رضا، وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة، والصحيح الأوّل لأن النكاح صحة بدونه. وصحح في شرح الوافي أن المزوّج إن كان الأب أو الجد لا يشترط وإلا اشترط، لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تربو عليه، فإن سمى المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا اهـ. والأوجه الإطلاق، وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لأن ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر، والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورته لها والأب في ذلك كالأجنبي لا يصدر عن شيء من أمرها إلا برضاها، غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا. ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى إلا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة، فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى، وصحة العقد بلا تسمية هو فيما إذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت، وكون الظاهر من الأب أن لا يتركه إلا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك، والكلام في البكر الكبيرة، والمسئلة المعروفة فيه من قول أبي حنيفة إنما هو في الصغيرة، أما الكبيرة فنفاذ تزويج الأب موقوف على رضاها كالوكيل، غير أن سكوتها

تعرفه، أما إذا أبهم وقال إني أزوّجك رجلاً فسكتت لا يكون السكوت رضا (ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستئمار لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة. وجه الصحيح ما ذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج إلى ذكره (ولو زوّجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) من كونه رضا. وكان محمد بن مقاتل يقول: إذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص، فأما إذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لأن الحاجة ههنا إلى الإجازة، والسكوت لا يكون إجازة لأن هذا ليس في معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزماً لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزماً فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت، لكنا نقول هذا معنى المنصوص لأن لها عند الاستئمار جوابين: لا، ونعم. فيكون سكوتها دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما إذا بلغها العقد، وهو معنى قوله لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف.

---

(١) صحيح هو الآتي.

(٢) (قوله ولو زوجها) إلى آخر العبارة: هذه زيادة ثبتت في نسخة وسقطت من أخرى فحررها كتبه مصححه.

المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه **(ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح)** لأن النكاح صحيح بدونه، ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على

جعل دلالة شرعاً، فإذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملاً على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به، وفي غيره ليس الاحتمال متساوياً بل الراجح جنبة الرضا، فما اكتفى إلا بالمظنون على ما ذكرناه آنفاً. وقد يقال: سكوتها إذا لم يسم لها الولي مهراً مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر، لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها. وفي التجنيس في باب ما يكون رضا وإجازة: إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت، إن وهبها يعني إن فوّضها ينفذ النكاح، وإن زوّجها بمهر مسمى لا ينفذ، لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به، وإذا سمى مهراً فتمامه به أيضاً. وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت رضا، ويجب كون الجواب في المسئلة الأولى مقيداً بما إذا علمت بالتفويض تفريعاً على القول الآخر **(قوله ولو زوّجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا)** من أنها إن سكتت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا اهـ. وقال ابن مقاتل: لا يكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة لأنه ليس في معنى المنصوص، فإن السكوت عند الاستئمار ليس ملزماً وبعده إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت. وعن أبي يوسف: السكوت بعد العقد ردّ ذكره في البدائع، قال: وهو قول محمد، والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده، فكما كان إذناً قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه، ولا أثر للفرق بكونه ملزماً وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما، غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن. فإن قيل. يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبي هريرة عنه ﷺ قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت[1]» فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقاً جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي، فعلم أن اللاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذنها، وإنما الخلاف في أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون، فقلنا: دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله، ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق، على أن المراد منه ما ذكرنا، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين

وقوله **(ثم المخبر إن كان فضولياً)** اعلم أن محل الخبر إذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة اقسام: ما فيه إلزام محض كالبيوع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها، وما ليس فيه إلزام أصلاً كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والإذن في التجارات ما أشبه ذلك، وما فيه إلزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيها وأخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار المولى بجناية عبده ونحوها. فالأول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والإسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة. والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة. والثالث إن كان المبلغ رسولاً أو وكيلاً لم يشترط فيه العدالة لأنه قائم مقام غيره، فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق، وإن كان فضولياً يشترط فيه أحد شطري الشهادة: إما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة، وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط أن يكون المخبر مميزاً سواء كان عدلاً أو لم يكن، وموضع ذلك أصول الفقه (ولو

(قوله وإخبار المولى بجناية عبده) أقول: الأظهر أن يقول: وجناية العبد.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٦ و٦٩٦٨ و٦٩٧٠ ومسلم ١٤١٩ وأبو داود ٢٠٩٣ و٢٠٩٢ والترمذي ١١٠٧ والنسائي ٦/ ٨٥ وابن ماجه ١٨٧١ والدارمي ٢١٠٨ وابن الجارود ٧٠٧ والدارقطني ٣/ ٢٣٨ والبيهقي ٧/ ١١٩ وعبد الرزاق ١٠٢٨٦ وأحمد ٢/ ٢٥٠ ـ ٢٧٩ ـ ٤٢٥ ـ ٤٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

ما ذكرنا لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف، ثم المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، ولو كان رسولاً لا يشترط إجماعاً وله نظائر (**ولو استأذن الثيب فلا بدّ من رضاها بالقول**) لقوله ﷺ «**الثيب تشاور**» ولأن النطق لا يعد عيباً منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها (**وإذا زالت**

فردّت ثم زوّجها منه فسكتت جاز على الأصح، بخلاف ما لو بلغها فردّت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالردّ فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوّج قبل الاستئذان، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع. هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها.

[فروع] ولو زوّجها وليان مستويان كل من واحد فسكتت، فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معاً وهو القياس لأن سكوتها رضا. وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل، ونقله في البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان. ولو زوّجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواماً يخطبونك: أنا راضية بما تفعل فزوّجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن تقدير كلامه إذا رغبت عن فلان فإن أقواماً آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما يعم الأول، وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل إني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوّجه المطلقة لا يصح. وكذا إذا باع عبداً ثم وكل رجلاً بشراء عبد فاشترى له الأول لا يصح، ولو زوّجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح، وقولها غيره أحب إليّ قبل العقد رد، وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك، كذا في الواقعات. وقولها ذلك إليك إذن، وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية «توبه دان» ولو استأذنها فقالته لا يكون إذناً لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه. وحقيقة توبه دان أنت بالمصلحة أخبر أو بالأحسن أعلم، وهذا اختيار الفقيه أبي الليث، بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل، ولا يخفى أن مسئلة: غيره أحبّ إليّ مشكلة، ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهي بعد الإذن (**قوله وله نظائر**) كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيار للفداء والشفيع يبيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولاً لا يشترط اتفاقاً ولو فاسقاً أو عبداً لأنه قائم مقام المرسل فإخباره، كإخباره وإن كان فضولياً فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد، فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد (**قوله وإذا استأذن الثيب**) أي

استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام «الثيب تشاور») وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين، وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب. وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالإشارة إلى الصواب وذلك لا يكون إلا بالنطق (**ولأن النطق**) في النكاح من الثيب (**لا يعد عيباً**) وإذا لم يعد عيباً لم يكن بمعنى النطق في البكر لأنه يعد منها عيباً، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به، ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء، فإن عائشة لما أخبرت أن البكر تستحي قال عليه الصلاة والسلام «سكوتها رضاها» والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة (**فلا مانع من النطق في حقها. وإذا زالت البكارة بوثبة**) وهو الوثوب من فوق (**أو حيضة أو جراحه أو تعنيس**) عنست الجارية وعنست عنوساً: إذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوّج (**فهي في حكم الأبكار**) في كونه إذنها سكوتها (**لأنها بكر**) إذ البكر هي التي يكون

(قوله وذلك لا يكون إلا بالنطق) أقول: في الحصر كلام لجواز أن يكون بالإشارة والكتابة **(قوله وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به)** أقول: في عدم لزومه وقيام السكوت مقامه **(قوله ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء)** أقول: الظاهر أنه لا فرق بين ذينك التعليلين إلا في العبارة ألا يرى إلى قوله فيما يجيء فيعيبونها بالنطق فتستحي فليتأمل.

بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار) لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أوّل مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحي لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفي بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب، ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحها، بخلاف ما إذا

الكبيرة، أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلاً كالبكر الصغيرة (فلا بد من رضاها بالقول لقوله ﷺ «الثيب تشاور»[١]) ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأي، ثم هي مفاعلة فتقتضي وجوده من الجانبين، وفي كل من الحكم والدليل نظر. أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يشترط في إفادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة، وحينئذ فكون المشاورة تستدعي جواباً باللفظ ممنوع، واستدل بقوله ﷺ في حديث أبي هريرة السابق «لا تنكح الأيم حتى تستأمر[٢]» والأمر يكون بالقول لا بغيره، ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «والبكر تستأمر في نفسها وإذنها[٣] صماتها». وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله «وإذنها صماتها» ويوجد مثلها في الثيب فتجب حقيقته. وأصرح من هذا قوله في حديث آخر «والثيب يعرب عنها لسانه» لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني، بل إما به كنعم أو رضيت أو بارك الله لنا أو أحسنت، وبالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سروراً لا استهزاء، وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا، بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت. والحق أن الكل من قبيل القول، إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول (قوله وإذا زالت بكارتها الخ) أي إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانساً: أي نصفاً لم تتزوّج، أو خرق استنجاء أو عود أو حمل ثقيل تزوّج كالأبكار اتفاقاً، وكذا إذا فارقها الزوج لجب أو عنة طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة، وهذا مما تخالف حكم الخلوة والدخول، وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصبها مصيب، ولهذا لو أوصى بأبكار بني فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على

مصيبها أوّل مصيب، وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أوّل الثمار ومن البكرة وهي أول النهار. ورد بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لأنها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردها. وأجيب بأن الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر، ولأن النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لأنها تستحي لعدم الممارسة، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يكتفي بسكوتها لأنها

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول: بالاشتقاق الكبير، ثم إن الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه الباكورة، ولعله أراد التنبيه على جواز القول في الاشتقاق الكبير باشتقاق كل منهما من الآخر فتدبر (قوله مشتق من المثوبة) أقول: اشتقاقاً كبيراً (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها) أقول: روى ذلك قبل عشرة أسطر تخميناً، وهو قوله «فإن عائشة رضي الله عنها لما أخبرت أن البكر تستحي قال ﷺ: سكوتها رضاها» (قوله لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته) أقول: لا يخرج بكون العلة منصوصاً عليها عن كونه تعليلاً في مقابلة النص كما لا يخفى على من نظر في كتب الأصول، ثم إذا خالف الدلالة العبارة فالتقدم للعبارة كما بين في الأصول (قوله لأن المنصوص عليها حياء يكون من كرم، إلى قوله: فليس من إفراده الخ) أقول: فيه تأمل، فإن الظاهر أن ذلك أيضاً من كرم الطبيعة، ولولاه لما امتنعت عن الإظهار والإعلان، ولا يجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فإن قيل يجب أن يكتفي بسكوتها في هاتين الصورتين أيضاً) أقول: يعني في صورة إقامة الحد وصورة صيرورته عادة.

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ، . وقد تقدم معناه لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٥. غريب بهذا اللفظ ووافقه ابن حجر فقال في الدراية ٢/ ٦٢: لم أجده بهذا اللفظ وتقدم معناه.

(٢) هو حديث أبي هريرة تقدم قبل قليل رواه الجماعة.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه البيهقي ٧/ ١٢٣ من حديث العرس بن عميرة مرفوعاً وفيه: الثيب تُعْرِبُ عن نفسها. وإسناده لا بأس به. وكذا أورده الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٧٩ وقال: روى الطبراني عن عدي ابن عدي الكندي فلم يذكر العرس بن عميرة وقال الطبراني: زاد سفيان ذكر العرس بن عميرة أما الليث بن سعد فلم يجاوز في روايته عدي بن عدي ورجاله ثقات.

وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاماً، أما الزنا فقد ندب إلى ستره، حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها **(وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها)** وقال زفر رحمه الله: القول قوله

أنها بكر حيث تردّ إذا وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها، فلو كانت بكرا لم ترد. والجواب أن البكر يقال على من لم يصبها مصيب، ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول النهار، وعلى العذراء وهي أخص أو هي من لم يصبها مصيب ومن أفراده قائمة العذرة فهو متواطىء، وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاححة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الأعم الأوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الأمر، بخلاف البيع. على أنه قد قيل إذا اعترف المشتري بأن زوالها بوثبة لا ترد، ولأن العادة إرادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها. وأيضاً لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه، وأيضا الاستحياء قائم وإنها علة منصوصة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص، وفيه نظر إذ الاستحياء حكمة نص عليها لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها، ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لا تزوج كالبكر، وهذا لأن الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء في تحققها في بعض المحال، ولا يناط إلا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات إلى الحكمة وجدت أو عدمت، ولو اعتبر هنا حياء البكر لأنه هو المنضبط اتحد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم، وإن زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوّجت كالثيبات اتفاقاً، وإن زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف، فعندهما والشافعي تزوّج كالثيب وعنده كالبكر. وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فإن مصيبها عائد إليها، ومنه المثوبة لأنها جزاء عمله يعود إليه، ولمثابة الموضع الذي يرجع إليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان. وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره، وذلك أشد من حيائها بكرا من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر، وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقاً هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه. وبه يندفع جواب ما أورد من قوله ﷺ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، والثيب يعرب عنها لسانها[1]» من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والأمة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزنية، ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الأيم من لا زوج لها وإن كانت بكرا بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأيامى بني فلان لا تدخل الأبكار وصحح دخولهن كقول الكرخي اهـ. والأولى أن الفرض أن الزنا غير

ثيب حقيقة) إذ الثيب من يكون مصيبها عائداً إليها مشتق من المثوبة وهي الثواب، وإنما سمي بها لأنها مرجوع إليها في العاقبة، ومن المثابة وهو الموضع الذي يثاب: أي يرجع إليه مرة بعد أخرى، ومن التثويب: وهو الدعاء مرة بعد أخرى، وإذا كانت ثيباً فلا يكتفي بسكوتها **(ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرا)** وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة. وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها. وههنا قد وجدت لما بينه بقوله إن الناس عرفوها بكرا **(فيعيرونها)** وفي بعض النسخ فيعيبونها **(بالنطق)** فتستحي **(فتمتنع)** من النطق وكانت العلة موجودة **(فيكتفي بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحها)** وإذا ظهر هذا سقط ماقيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الثيب تشاور» وهو باطل لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته. فإن قيل: لا نسلم أن هدم عمل بعلة منصوص عليها لأن المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود، وهذا الحياء حياء معصية فليس من أفراده حتى يدخل تحت النص. أجيب بأن هذا الحياء أشد لأن في الاستنطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به. قوله **(بخلاف ما إذا وطئت بشبهة)** متصل بقوله فيكتفي بسكوتها: يعني أن من وطئت بشبهة **(أو بنكاح فاسد)** لا يكون إذنها سكوتها لعدم الحياء ثمة **(لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاماً)** من لزوم العدة والمهر وإثبات النسب **(أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها)** بإقامة الحد عليها أو لصيرورته عادة **(لا يكتفي بسكوتها)** فإن قيل: يجب أن يكتفي بسكوتها في هاتين الصورتين أيضاً لأنها داخلة تحت اسم البكر في

---

(١) تقدم في الذي قبله وأنه غريب بهذا اللفظ.

لأن السكوت أصل والرد عارض، فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة، ونحن نقول إنه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة، بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم

مشهور، ففي إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة، والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه، وأيضاً الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهراً كما هو في أمثاله لا في نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها، أهي بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا؟ اكتفى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه، والكلام هنا في ثيوبة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعاً، ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها (**قوله وإذا قال الزوج بلغك الخ**) صورتها: ادعى على بكر بالغة أن وليها زوّجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا. وقال زفر: له لتمسكه بالأصل وهو عدم الكلام. ونظير هذا الخلاف فيما إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا، وعنده قول العبد، وهذه العبارة أولى من قوله في المبسوط: إن الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد إذا ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف في الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معاً ابتداء. ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر .وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياساً على المتفق عليه من أن المشتري بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فإن القول للبائع اتفاقاً لتمسكه بالأصل، والشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري، أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له، والمزوجة صغيرة من الولي غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له. وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر، سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى، ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار، وإذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر، والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الأصل فكانت هي متمسكة بأصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي ردّ الوديعة والمودع ينكر فإن القول لمدعي الرد وإن كان مدعياً صورة لتمسكه بالأصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهراً لا لكونه

لسان الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البكر بالبكر جلد مائة» أجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فإن في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضاً، ولا يكتفي بسكوتها بالإجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء. وقوله (**لأن السكوت أصل والرد عارض**) بناء على أن السكوت عدم الكلام، ولا شك في تقدّمه على عروض الكلام (**فصار كالشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة**) فإنه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالإجماع، لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت. وقوله (**ونحن نقول**) ظاهر. وحاصله أنه يعتبر الإنكار المعنوي وزفر يعتبر الإنكار الصوري. وقوله (**بخلاف**) جواب عن قياس زفر، ووجهه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا كان القول للساكت (**وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح**) فإن قيل: هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة.

أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما، لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وإن أقاما البينة. قال الإمام التمرتاشي: بينتها أولى لأنها تثبت الرد وهو يثبت عدماً وهو السكوت، حتى لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استوتا في الإثبات ترجحت بينته لإثباته اللزوم (**وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي**

(**قوله أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به الخ**) أقول: مخالف لما سيقوله المصنف في باب اليمين في الحج والصلاة من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقاً أحاط به علم الشاهد أو لا. والأولى أن يجاب بمنع كون السكوت عدماً على ما يجيء من الشارح نقلاً عن قاضيخان (**قوله فإن أقاما البينة قال الإمام التمرتاشي الخ**) أقول: وهكذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان.

قد ظهر بمضي المدة، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نوّر دعواه بالحجة، وإن لم تكن له بينّة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى **(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبة)** ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الأب، والشافعي رحمه الله في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضاً. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به.

أصلاً، بخلاف مسئلة الخيار لأن العقد ثبت صحيحاً في الأصل وقد لزم بمضي المدة ظاهراً فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر، وكذا المزوّجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقيناً والزوج ينكر ومثله الشفيع. ثم إن أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لأنها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه، أو هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل، كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردّة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك، كذا في الجوامع. وإن أقاماها فبينتها أولى لإثبات الزيادة: أعني الردّ فإنه زائد على السكوت، ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم. كذا في الشروح. وعزاه في النهاية للتمرتاشي، وكذا هو في غير نسخة من الفقه، لكن في الخلاصة نقلاً عن أدب القاضي للخصاف في هذه المسئلة: لو أقام الأب أو الزوج البينة على الإجازة والمرأة على الردّ فبينتها أولى، فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الإثبات. وهذا كله إذا كان قبل الدخول، فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك إلا إن كانت مكرهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقرّ عليها بثبوت الملك، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لأنه لا يملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره في لزومه أيضاً كذا في المبسوط. ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من عصمته من غير يمين تلزم به عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عليها، فإن نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وزيد عليها دعوى الأمة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد، وجمعتها في هذين البيتين:

نكـــــاح وفيئـــــة إيـــــلائـــــه ... ورق ورجـــــع ولاء نســـــب
ودعـــــوى الإمـــــاء أمـــــوميـــــة ... فليـــــس بهـــــا مـــــن يميـــــن وجـــــب

حنيفة رحمه الله، وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى) قال **(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة)** يجوز نكاح الصغير والصغيرة **(إذا زوّجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبة)** على ترتيب العصبات في الإرث، وقال مالك: وليهما الأب ليس إلا، حتى لو زوّجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرا، وإن كانت ثيباً فلا ولاية عليها، حتى لو زوّجها الأخ أو العم، أو زوّج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح **(وجه قول مالك أن الولاية على الحرة)** مع قيام المنافي **(باعتبار الحاجة ولا حاجة)** في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما **(غير أن ولاية الأب ثبتت نصاً على خلاف القياس)** فإن أبا بكر زوّج عائشة من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين، وصحح النبي ﷺ ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه لأن الولد جزء الأب فكانت

(قال المصنف: والولي هوالعصبة) أقول: هذا جواب القياس، أو المراد هو العصبة وما يلحق بهم لئلا يخالف لما سيجيء **(قوله أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرهاً)** أقول: قوله كرهاً مستدرك، فإنه لو زوجها طوعاً لا يجوز أيضاً عنده، فإن إذنها قبل البلوغ غير معتبر **(قوله لا ينفذ النكاح)** أقول: الظاهر لا ينعقد **(قوله ولا يقاس عليه غيره)** أقول: لأنه على خلاف القياس.

قلنا: لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان، فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازاً للكفء. وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة، فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى وأولى. ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد، وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية

وسيأتي في الدعوى صورها، والفتوى على قولهما فيها. وقيل يتأمل القاضي في حال المدعي، فإن ظهر له منه التعنت قضى بقوله وإلا بقولهما. وفي الغاية معزياً إلى فتاوى الخاصي أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوّجه بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكبيرة لا اعتبار بالإقرار فيهما. واستشكل على قوله لأن امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالأشبه أن يكون هذا قولهما (**قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي**) لقوله تعالى ﴿**واللائي لم يحضن**﴾ [الطلاق: ٤] فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصوّر نكاحها شرعاً فبطل به منع ابن شبرمة وأبي بكر بن الأصم منه، وتزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست[(١)] نص قريب من المتواتر، وتزوّج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم[(٢)] نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة (**قوله والولي هو العصبة، ومالك يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة**) فعنده لا يلي عليها أحد حتى تبلغ فتزوّج بإذنها وقد ذكرناها. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة إنما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس لأن أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست، والجد ليس في معنى الأب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة إليه ولذا يقدم .وصي الأب عليه فيقتصر على مورد النص. قلنا: بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة، ولا يتفق الكفء في كل زمان، فإثبات ولاية الأب بالنص بعلة إحراز الكفء إذا ظفر به للحاجة إليه، إذ قد لا يظفر بمثله إذا فات بعد حصوله فيتعدى إلى الجد. وجه قول الشافعي أن التفويض إلى غيرهما مخل بها لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الإجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالباً للولاية وهو الإجماع على عدم ولايته في المال إلا بوصية وهو

الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه، والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقته قد نقصت فلا يكون في معناه (**قلنا لا**) نسلم أن الولاية على الحر على خلاف القياس (**بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح**) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (**ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازاً للكفء**) لكل من يتأتى منه الإحراز أبا كان أو غيره. ووجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته (**ولهذا**) أي ولقصور شفقته (**لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبه**) لكونه وقاية للنفس (**فلأنه لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى أولى. ولنا أن**) الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب، لأن (**القرابة داعية إليه كما في الأب والجد**) فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة، وغاية ما في الباب أنه متفاوت كمالاً وقصوراً بقرب القرابة وبعدها، لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك **فأظهرناه** في سلب ولاية الإلزام فجعلنا لهما خيار البلوغ، فإذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغي مضياً على النكاح، وإن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٣٣ و٥١٣٤ و٥١٥٨ ومسلم ١٤٢٢ وأبو داود ٢٢٢١ والنسائي ٦/ ٨٢ وابن ماجه ١٨٧٦ وأحمد ٦/ ٤٢ ـ ١١٨ ـ ٢١١ ـ ٢٨٠ والطيالسي ١٤٥٤ كلهم من حديث عائشة: أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعاً.

وأخرج البخاري ٥٠٨١ عن عروة أن النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر فقال أبو بكر: إنما أنا أخوك فقال له: أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال.

وهذه الرواية تفي بما أراده المصنف.

(٢) هذا الأثر ذكره بهاء الدين المقدسي في كتاب العدة شرح العمدة ص ٣٦٤ وقال: رواه الأثرم اهـ.

قلت: ولم أقف على إسناده حيث إن كتاب الأثرم لم يُطبع بعد.

الإلزام، بخلاف التصرف في المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام. وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً.

أدنى من النفس فسلبها في النفس أولى. ولما روي عنه ﷺ أنه قال «لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر[(١)]» واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها لقوله ﷺ «لا يتم بعد الحلم[(٢)]» وفي الحديث «أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر، فردّها ﷺ وقال: إنها يتيمة، وإنها لا تنكح حتى تستأمر[(٣)]» وتأثير هذا الوصف أن مزوّجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس أولى أن لا تثبت. ولنا قوله تعالى ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف. ولا يقال دّلك بمفهوم الشرط لأن الأصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقاً، فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن، فعند عدمه يثبت الجواز بالأصل الممهد لا مضافاً إلى الشرط، ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة: إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سُنّتهن[(٤)] في الصداق، وقالت في قوله تعالى ﴿في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كُتِبَ لهن﴾ [النساء: ١٢٧] الآية، نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوّجها من غيره كي لا يشاركه في مالها، فأنزل الله تعالى هذه الآية[(٥)]، فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزوجهن مع الإقساط. وزوّج ﷺ بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة[(٦)]، وإنما زوّجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوّة لأنه ﷺ لم يزوّج بها قط، ولو فعل لم يتزوّج أحد إلا عنه[(٧)]، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر «أنه ﷺ سأله

وجدا قد أوقعا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخاً النكاح، بخلاف التصرف في المال لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم، وقد يغيب بعضهم، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ (فلا تفيد الولاية إلا ملزمة) ولا إلزام مع القصور، بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالباً، فكان التدارك بالتوقف ممكناً. وقوله (وجه قوله) أي الشافعي (في المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي) وتقريره أن الرأي أمر

---

(١) هو بعض حديث قدامة بن مظعون يأتي بعد حديث واحد.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٨٧٣ والطحاوي في مشكل الآثار ١/ ٢٨٠ والطبراني في الصغير ٢٦٦ كلهم من حديث علي.
ولفظ أبي داود: لا يتم بعد احتلام ولا صُمات يوم إلى الليل. وقال الهيثمي: رجاله ثقات اهـ.
والصواب أنه غير قوي تفرد به عبد الله بن خالد بن سعيد عن أبيه وهما مجهولان.
لذا قال ابن حجر في الحبير ٣/ ١٠١: أعله العقيلي، وعبد الحق، وابن القطان، والمنذري وغيرهم. وحسنه النووي تمسكاًبسكوت أبي داود عليه اهـ.
وأخرجه الطيالسي ١٦٦٧ من حديث جابر وإسناده واهٍ وأخرج أحمد ١/ ٢٢٤ عن ابن عباس موقوفاً بسند صحيح: وينقطع اليُتْمُ عن الصبي إذا احتلم فالحديث بمجموع هذه الروايات يرقى إلى درجة الحسن.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ٢/ ١٣٠ والدارقطني ٣/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠ والبيهقي ٧/ ١٢٠ كلهم من حديث ابن عمر بأتم منه.
والسياق للدارقطني والبيهقي ففيهما لفظ: لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهنَّ. أما أحمد فذكر: تُستأذن بدل تستأمر.
وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات فيه ابن إسحاق مدلس وقد صرح بالتحديث.
وكذا قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٨٠: رجاله ثقات.
تنبيه: قول المصنف الكمال وفي الحديث يوهم أن خبر قدامة بن مظعون معطوف على الحديث الذي قبله وهو: لا يتم بعد حلم. وليس كذلك بل هو معطوف على ما قبله.

(٤) سُنّتَهُنَّ: أي طريقتهنَّ والمراد أن يبلغ الصداق مثيلاتهنَّ.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٧٦ عروة عن عائشة بهذا الخبر.

(٦) ضعيف. أخرجه البيهقي ٧/ ١٢١ ـ ١٢٢ عن ابن عباس وله قصة. وقال البيهقي: هذا إسناد ضعيف، وليس فيه: أنَّها كانت صغيرة. وللنبي ما ليس لغيره، فهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولذا تولى تزويجها دون عمها العباس إن كان صحَّ عنه ذلك.
قلت: ضعفه البيهقي لأنه فيه الواقدي صاحب المغازي وهو واهٍ.

(٧) تقدم جواب البيهقي وأن لو كان الأمر في العصوبة فقط لكان العباس أولى في ذلك والله تعالى أعلم. هذا ما قصده البيهقي في رده على الحنفية.

ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة، ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر، ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله ﷺ «النكاح إلى العصبات» من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح

عن تزوجه فذكر أنها ثيب، فقال: هلا بكرا[1] الحديث. ورأى على عبد الرحمن عوف الصفرة فقال مهيم؟ قال تزوّجت، وسأله كم ساق لها[2] والآثار في ذلك وجوازه شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة. والمعنى أن الحاجة إلى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه، وإنما يظفر به في وقت دون وقت، والولاية لعلة الحاجة فيجب إثباتها إحرازاً لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية إلى الشفقة، غير أن في هذه القرابة قصوراً أظهرناه في إثبات الخيار لها إذا بلغت، وإذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازاً باعتبار ما كان، ألا ترى أنه ﷺ غيا المنع بالاستئمار «وإنما تستأمر البالغة[3]» وحديث قدامة تأويله أنه خيرها ﷺ فاختارت الفسخ، ألا ترى إلى ما روي عن ابن عمر أنه قال: والله لقد انتزعت مني بعد أن ملكتها[4]. وأما المال فإنه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حباً يفضي إلى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر إحضاره بالتداول الأيدي عليه أو لحمولته أو نسيانه أو التوى في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر إثبات الولاية. وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وأمكن في النفس فثبتت فيها، وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة أنها للحاجة ولا حاجة لحدوث الرأي في أمر النكاح لممارسته، ويدل عليه قوله ﷺ «الثيب تشاور[5]» أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب. ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفء، والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس إلا لتحصيله، ولا رأي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها إلى البلوغ، فكان حاصل هذا الكلام تناقضاً، فإن سلب الولاية بعلة حدوث الرأي تصريح بحدوث الرأي، وتأخير نكاحها نعدم أهلية المشاورة يناقضه، فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر إلا بعد البلوغ،

باطن والثيابة سبب لحدوثه **(لوجود الممارسة)** فتقام مقامه وبدار الحكم عليه تيسيراً **(ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة)** يعني أن المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لأن الشفقة في الأب والجد متوافرة، وإذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم، ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لأن الرأي والعلم بلذة

(قوله بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالباً الخ) أقول: أنت خبير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضاً بالنسبة إلى زوجها الذي بلغت تحت نكاحه، بخلاف المال إذ لا يمكن فيه أصلاً لتغيب من في يده المال **(قال المصنف: ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة)** أقول: إنما يثبت هذا الدليل ولاية إنكاح الأب والجد وكان الأولى هو التعميم.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٩٧ ومسلم ١٠٨٩ ح ٥٧ وأحمد ٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦ وابن حبان ٧١٤٣ كلهم من حديث جابر مطولاً وأخرجه البخاري ٥٠٧٩ و٥٠٨٠ والترمذي ١١٠٠ والدارمي ٢١٣٦ كلهم من حديث جابر: تزوجت امرأة فأتيت النبي ﷺ فقال: أتزوجت يا جابر؟ فقلت: نعم فقال: بكراً أم ثيباً؟ فقلت: لا. بل ثيباً. فقال: هلا جارية تلا عبها وتلا عبك فقلت يا رسول الله: إن عبد الله ـ أي والد جابر ـ مات وترك سبع بنات أو تسعاً فجئت بمن يقوم عليهنّ. هذا لفظ الترمذي.

وأخرجه أبو داود ٢٠٤٨ وأحمد ٣/ ٣١٤ من حديث جابر باختصار شديد.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٥٥ و٦٣٨٦ ومسلم ١٤٢٧ ح ٧٩ وأبو داود ٢١٠٩ والترمذي ١٠٩٤ وابن ماجه ١٩٠٧ وابن حبان ٤٠٩٦ وأبو يعلى ٣٣٤٨ كلهم من حديث أنس وسيأتي في المهر.

قوله: مَهْيَم ـ بفتح الميم وسكون الهاء أي: ما هذا أو ما شأنك.

(٣) تقدم: لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر. وهو صحيح رواه الجماعة، والأيم من لا زوج لها صغيرة كانت أم كبيرة. وأما سياق المصنف فقريب.

(٤) حديث قدامة بن مظعون هو نفسه حديث ابن عمر إسناده حسن وقد تقدم قبل قليل.

(٥) غريب. تقدم قبل قليل.

كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب. قال **(فإن زوّجهما الأب والجد)** يعني الصغير والصغيرة **(فلا خيار لهما بعد بلوغهما)** لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتها كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ **(وإن زوّجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ)** وهذا عند أبي حنيفة

فإذا لم يحدث الرأي قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا فمدار الولاية الصغر. قال المصنف **(ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم)** يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي العصبة مطلقاً بعد ما كفينا مئونة إثباته بما تقدم **(قوله ﷺ «النكاح إلى العصبات**[1]**)** من غير فصل بين الأب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر أو لا. روي عن علي موقوفاً ومرفوعاً وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الإنكاح وتقدم تزويجه ﷺ أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار إذا بلغت[2] هذا **(والترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب)** فتقدم عصبة النسب. وأولاهم الابن وابنه وإن سفل، ولا يتأتى إلا في المعتوهة وهذا قولهما خلافاً لمحمد فإنه يرى أن الأب مقدم على الابن وستأتي المسئلة، وهل يثبت الخيار للأم المعتوهة إذا أفاقت وقد زوّجها الابن؟ في الخلاصة: ولو زوّجها الابن فهو كالأب بل أولى، ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم الأب. وذكر الكرخي أن الأخ والجد يشتركان في الولاية عندهما، وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث. والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقاً، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب، كذلك الشقيق ثم أبناؤه ثم لأب ثم أبناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب ثم أبناؤه وإن سفلوا، كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جُنّا. مثلاً غلام بلغ عاقلاً ثم جنّ فزوّجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً، ولم يقدّر أبو حنيفة في الجنون المطبق قدراً على ما سنذكره، فإن أفاق فلا خيار له، وإذا زوّجه أخوه فأفاق فله الخيار. ثم المعتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب، وإذا عدم العصبات هل يثبت لذوي الأرحام؟ يأتي **(قوله وقال أبو يوسف)** يعني آخر، وقوله الأول كقولهما، ثم رجع إلى أن لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتباراً بالأب والجد، وهذا لأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر، وإذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد

الجماع إنما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها، وإذا لم تكن الثيابة سبباً لحدوث الرأي لا تصلح مداراً. وأما الصغر فإنه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مداراً، فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية **(ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم)** يعني من إطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي **(قوله ﷺ النكاح إلى العصبات من غير فصل)** وقوله **(والترتيب في العصبات)** ظاهر. وقوله **(اعتباراً بالأب والجد)** بجامع داعية القرابة **(ولهما أن قرابة الأخ)** خصصت الأخ ليعلم

(قال المصنف: ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله ﷺ «النكاح إلى العصبات») أقول: فيه بحث، لأن هذا الحديث يدل على أن لا ينعقد نكاح المرأة بدون الولي فيكون حجة للشافعي علينا. وجوابه أنه لما دلت الدلائل على جواز إنكاح المرأة نفسها ولو بلا ولي يحمل هذا على النكاح بطريق الإجبار دفعاً للتعارض.

---

(١) لا أصل له مرفوعاً ذكره الزيلعي فبيض له. انظر نصب الراية ٣/ ١٩٥ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٢: لم أجده اهـ.
ولذا انتقل الكمال فقال: ورد عن عليٍ موقوفاً، ومرفوعاً اهـ.
وجوابه أما الموقوف فأخرجه البيهقي ٧/ ١٢١ من طريق سلمة بن كُهيل عن معاوية بن سويد قال: وجدت في كتاب أبي عن علي قال: فذكره بنحوه لا بلفظه.
قلت: وسلمة بن كهيل ثقة وكذا شيخه معاوية لكن الخبر وجادة وهو غير حجة كما ذكر العلماء في فصل التحمل والأداء للحديث فالموقوف أيضاً ضعيف. وأما سبط ابن الجوزي فلم يذكر له إسناداً ليكون حجة.
(٢) تقدم قبل قليل وإسناده ضعيف لضعف الواقدي.
وليس فيه لفظ: وقال لها الخيار إذا بلغت بل ليس فيه أنها كانت صغيرة.

ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيار لهما اعتبار بالأب والجد. ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى[1] والتدارك ممكن بخيار الإدراك، وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير. قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل

البلوغ، وقولهما[2] قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم لأن قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل في المقاصد، وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب إظهاره في النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك ولما قدمنا من تزويجه ﷺ بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار إذا كان المزوّج القاضي لليتيمة لأن ولايته أتم من ولاية العم لأنها في النفس والمال جميعاً، وعما روي عن أبي حنيفة أنه لا خيار فيما إذا زوّجت الأم لأن شفقتها فوق شفقة الأب. ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفاً ونشراً مرتباً (قوله ويشترط فيه) أي في الفسخ. ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع: هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ، والفرقة بالجبّ والعنة واللعان وكلها طلاق، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافاً لأبي يوسف. وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله:

في خيار البلوغ والإعتاق ... فرقه حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر ... ونكاح فساده باتفاق

به حكم سائر الأولياء بالطريق الأولى لأنه أقرب الأولياء بعد الجد. وقوله (فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى) يعني أن وراء الكفاءات والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها، وهذه المقاصد أهم من الكفاءة، ولا يوقف عليها إلا بجد بليغ ونظر صائب، فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا

(قال المصنف: ويشترط فيه القضاء) أقول: قال ابن الهمام: أي في الفسخ، ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه، والفرقة بعدم.

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ، والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافاً لأبي يوسف، وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله:

في خيار البلوغ والأعتاق ... فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر ... ونكاح فساده باتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج ... وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جب وعنة ولعان ... وإبا الزوج فرقة بطلان
وقضاء للقاضي في الكل شرط ... غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفه محمد، فاسد عند أبي يوسف. فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده. وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة، وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها اهـ.
قوله فقد كفء كذا: يعني في تزويج المرأة نفسها. قوله قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد، فاسد عند أبي يوسف، فالفرقة منه طلاق عندهما الخ. أقول: لك أن تقول إذا كان جائزاً عندهما فالفرقة لماذا فتأمل. قوله وفسخ عنده، يعني أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخاً عنده (قال المصنف: وهو تمكن الخلل) أقول: مخالف لما سيقول بعد أسطر.

---

(١) يعود الضمير على أبي حنيفة، ومحمد حيث قالا: للصغير الخيار إذا بلغ، وذلك إذا زوجه غير الأب، والجد، وكذا الصغيرة.
(٢) عسى: كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر، والتقدير: عسى الخلل إلى المقاصد يتطرق، وأهل العربية يأبون ذلك. كذا قال العيني في كتاب الإجارات اهـ من هامش بعض النسخ كتبه مصححه.

الذكر والأنثى فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء. وخيار العتق لدفع ضرر جلّي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً والدفع لا يفتقر إلى القضاء، ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو

ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج — وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جبّ وعنة ولعان — وإبا الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاضي في الكل شرط — غير ملك وردّة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فاسد عند أبي يوسف، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده. وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة، كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها. ووجه الاحتياج إلى القضاء بقوله لأن الفسخ لدفع ضرر خفي. وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت. فالأولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظر إلى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة، وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من كون الزوج كفأ والمهر تاماً والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها، فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لا يصادف محلا فاحتيج إلى القضاء لإلزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته، ولا بدع في خلوّ المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تنزها يجوز له القصر، ولأن في سببه ضعفاً وخلافاً بين العلماء، بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالأنثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها، بخلاف العبد إذا أعتق فاعتبر خيارها دفعاً لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج إلى القضاء. واعترض بأن دفعها هذه الزيادة التابعة لأصل النكاح برفعه، وفيه جعل التابع متبوعاً وهو نقض الأصول لأنه عكس المعقول. لا يقال: الشيء إذا كان تابعاً لشيء باعتبار الوجود يكون متبوعاً في النفي، ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده، فاستتباع الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه. لأنا نقول: المراد أنه لا يجوز أن ينفي التابع إذا كان

يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الإدراك. وقوله **(وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي)** يعني في إثبات الخيار عند البلوغ، وأراد بالإطلاق قوله فإن زوّجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لليتيمة إذا زوّجها القاضي لأن له الولاية في المال والنفس وكان في قوّة ولاية الأب والجد. ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب **(بقوله لقصور الرأي في أحدهما)** يعني الأم **(ونقصان الشفقة في الآخر)** يعني القاضي، ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى. وقوله **(ويشترط فيه)** أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ **(القضاء لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل)** بسبب قصور شفقة المزوج **(ولهذا)** أي لتمكن الخلل **(يشمل)** الفسخ **(الذكر والأنثى)** لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام، وإذا كان الضرر خفياً لا يطلع عليه، لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاماً فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام. وأما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها، فإن الزوج قبل عتقها

بل لتوهم الخلل ويجوز أن يقال: المراد تمكن الخلل المتوهم إلا أنه لا يلائم قوله لدفع ضرر خفي فليتأمل **(قوله لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاماً الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يكن الزوج كفأ ولم يكن المهر تاماً تحتاج الفرقة إلى القضاء أيضاً كما صرحوا به فينتقض كلا الدليلين على ما ذكره. والجواب أن ذلك فيما إذا زوجت المرأة نفسها، وأما إذا زوجها الأولياء فليس العقد بنافذ حتى يحتاج إلى الفسخ، وسيجيء في فصل الكفاءة **(قوله لأنه بعد العتق يستلزمها)** أقول: أي يستلزم الزيادة **(قوله عالماً لها بخيار العتق الخ)** أقول: خيار العتق ثابت بالنص **(قوله وقوله ثم عندهما، إلى قوله: خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف الخ)** أقول: هذا مسلم إلا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيره إلى هنا إلى نوع تأمل، ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشتراط وقوع الفسخ بالقضاء لأنه قضاء في المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ.

رضا(**وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت**) شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به، والولي ينفرد به فعذرت بالجهل، ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل، بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (**ثم خيار البكر يبطل بالسكوت، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ**)

مستلزماً لنفي المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع الأقوى لغرض رفع الأدنى. والجواب أنه إذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص، فالوجه في السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره؟ والجواب أن دفع ضررها يبطل حقاً مشتركاً بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقاً عليها فدفعها أولى ولأنه رضي بهذا الضرر حيث تزوّجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعاً (**قوله فتعذر**) أي الأمة المعتقة (**بالجهل بثبوت الخيار**) لها إذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم، بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها (**قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت**) إنما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو إذا كانت بكرا فإن العبارة هناك أعم من ذلك، وليمهد الفرق بينهما ولين الغلام والثيب حيث قال (**ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا**) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة، ويحتمل كون دفع المهر رضا إذا لم يكن دخل بها، أما إن كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لا بد منه، أقام أو فسخ (**وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ**) يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم نقل رضيت، أو يجيء منها ما يعلم أنه رضا كالتمكين من الوطء وطلب المهر والمواجب (**اعتبارا لهذه الحالة**) أي حالة ثبوت الاختيار (**بحالة ابتداء النكاح**) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوّجت ثيباً بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة، ولو زوّجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا إذا ثبت لها الخيار العلم بالنكاح وهي بكر بالغة، ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت إنما يقتضي أن خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرّض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ (**قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس**) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكراً بالغة، وجعل الخصاف خيار البكر ممتداً إلى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو إليه، وهو خلاف

كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرءين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلي ليس للإنكار فيه مجال حتى يحتاج إلى الإلزام، لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لأنه بعد العتق يستلزمها، ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال، فكان لها أن تدفع أصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة. واعترض بأن دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتاً من حق الزوج المستتبع الزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعاً وهو عكس المعقول ونقض الأصول. وأجيب بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعاً، وإنما هو من باب الالتزام للضرر المرضي، فإن الزوج حين تزوّج الأمة عالماً لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر، بخلاف الأمة فإنها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرض فكان ضائراً، وإذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره. وقوله (ثم عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد، خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا لأنه لا يرى خيار البلوغ، وإن كان المزوّج غير الأب والجد. وحاصل ما ذكره ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة: الأول أن خيار البلوغ في الفرقة يحتاج إلى القضاء دون خيار العتق. والثاني أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما. والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن، أما إذا كانت عالمة فظاهر، وأما إذا لم تكن فلأنها لم تعذر بالجهل بالخيار (**لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم**) بخلاف ما إذا لم

(**قال المصنف: وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت**) أقول: فيه بحث.

اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا، بخلاف خيار

رواية المبسوط فإن فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة إذا كانت عالمة بالنكاح، وعلى هذا قالوا ينبغي أن تطلب مع رؤية الدم فإن رأته ليلاً تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن. وقيل لمحمد كيف وهو كذب، وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها، ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب. وما ذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي أن يحمل على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت. وما قيل: لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه. وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها، وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف، فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر، والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنها يتوقف رضاها على معرفة كميته، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا، كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ. ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ، ولو زوّج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يغني عنه، والعبد الصغير إذا بلغ كذلك في الأصح إلا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق إن شاء **(قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام)** ووجهه ظاهر من الكتاب. والحاصل أنها إذا بلغت ثيباً فوقف خيارها العمر لأن سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح، وكذا الغلام، وعلى هذا تظافرت كلماتهم. وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكراً

تكن عالمة بالنكاح فسكتت فإنها على خيارها لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به، والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل، وأما المعتقة فإنها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها، أما الأول فلأن المولى ينفرد به. وأما الثاني فلأن الأمة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة. وقوله **(ثم خيار البكر)** تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى، وتقريره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاماً فبلغ لم يبطل خياره **(ما لم يقل رضيت أو يجيء منه)** بالجزم **(ما يعلم أنه رضا)** وإن كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت **(اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح)** فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والجارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لا بدّ من الرضا صريحاً أو دلالة، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك. وقوله **(وخيار البلوغ)** تفريع آخر على خيار البلوغ، ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق. وتقريره خيار البلوغ **(في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس)** يعني مجلس بلوغها بأن رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت، بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً، وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد إلى ما وراء المجلس. وقوله **(لأنه ما ثبت)** دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة. وتقريره خيار بلوغها لم يثبت بإثبات الزوج وهو ظاهر، وما لا يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فإن التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء. وقوله **(بل لتوهم الخلل)** دليل يشمل البكر والغلام. وتقريره: خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل،

(قوله فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول: الأظهر أن يقول البكر البالغة إذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا **(قوله وقوله لأنه ما ثبت عدم البطلان في حق الثيب خاصة)** أقول: أنت خبير بأنه ينتهض دليلاً على عدم امتداد خيار البكر إلى آخر المجلس، بل على عدم البطلان في حق الغلام أيضاً لأن صدقه يكون بانتفاء الزوج كما يظهر بأدنى توجه، فالتخصيص بالثيب مما لا وجه له **(قوله وما لم يثبت بإثبات الزوج الخ)** أقول: منقوض بخيار العتق على ما سيجيء بعد أسطر، وكان الأصواب أن يقول: ما ثبت بإثبات الغير **(قوله دليل يشمل البكر والغلام)** أقول: كما يشمل الثيب **(قوله دون سكوت الغلام)** أقول: ودون سكوت الثيب أيضاً.

العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، وكذا بخيار العتق لما بينا، بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو

وإن كانت ثيباً لم يبطل به، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل إلا بصريح الإبطال أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل، إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكماً يستلزمه ظاهراً. وفي الجوامع: وإن كانت ثيباً حين بلغها أو كان غلاماً لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أياماً، إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعاً أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدّقت ولا يبطل خيارها، وفي الخلاصة: لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها. لا يقال: كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر يصدّقها **(قوله بخلاف خيار العتق)** متصل بقوله لا يمتد إلى الآخر المجلس: أي فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس. ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتق الثابت بإثباته فاقتضى جواباً في المجلس كالتمليك في المخيرة. وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة أوجه: احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر. وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به، بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها، ولا يبطل خيار العتق بالسكوت إلى آخره، ويبطل خبار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهي بكر، بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل في حقهما رضا. ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والأنثى، بخلاف خيار العتق لو زوّج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر، وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال: الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار، وما ثبت الخيار إلا للحاجة. لأنا نقول: لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق وإن كان قبل الدخول بل يلزمه. وهنا إذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء، وأما بعده فيلزمه كله، لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث. وفي الجوامع: إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن، وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا أحسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق. والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعاً معتبر في خيار العتق دون البلوغ. والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس، ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولِيين على اختيار أمتهما التي زوّجاها نفسها إذا أعتقاها، ولا تقبل شهادة العاصبين المزوّجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق **(قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق)** بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جددا بعده ملك الثلاث **(وكذا بخيار العتق لما بينا)** من أنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، ومن أنه يثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ **(بخلاف خيار المخيرة)** لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو

وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه، غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس فانظر إلى هذا الإدراج في ضمن الإيجاز الذي هو قريب إلى حد الإعجاز، جزاه الله عن المحصلين خيراً. وقوله (**بخلاف خيار العتق**) للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره: خيار العتق ثبت بإثبات غيره وهو المولى لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار، وكل خيار ثبت بإثبات غيره اقتصر على المجلس (**كما في خيار المخيرة**) فيكون القيام دليل الإعراض. وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر

(قال المصنف: لأنه يصح من الأنثى) أقول: إن أعيد الضمير إلى الفرقة فهذا الكلام في الفرقة بخيار العتق مسلم دون ما نحن فيه لأنه يفرق القاضي كما في الجب والعنة، وإن أرجع إلى الخيار ففي التفريق كلام مع أنه منتقض بالجب والعنة والجواب أن الفسخ في خيار البلوغ يقع من المرأة، ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضي بصحته بخلافه في الجب والعنة.

مالك للطلاق (**فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر**) وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت، بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به. قال (**ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون**) لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء (**ولا**) ولاية (**لكافر على مسلم**) لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان، أما الكافر فتثبت

وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى، بخلاف الطلاق قبل الدخول. وهل يقع الطلاق في العدّة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول: أي الصريح أولا؟ لكل وجه، والأوجه الوقوع (**قوله ولا ولاية لعبد**) لأن الولاية بإنفاذ القول على الغير إذا كانت متعدية، والقاصرة منتفية في هؤلاء فالمتعدية أولى. فإن قيل: صحة إقرار العبد تدل على ولايته القاصرة. فالجواب أنها في المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص. وأما هما فمستثنيان عندنا. والإجماع على نفي ولايته في النكاح لعجزه، وإلا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاماً، وكذا أمانه إذا كان مأذوناً له في القتال وشهادته بهلال رمضان وإن أجيب عن هذه فالمشاححة ممكنة في الأجوبة. والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد: أي في النكاح لا نفي الولاية مطلقاً لأنه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية، فلو أريد الأعم كان مستدلاً ببعض الدعوى ولا المتعدية مطلقاً، إذ قد يشاحح بأن له شيئاً من المتعدية لولايته على زوجته الحرة في أمور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فإنه يصدق في الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة. والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة، وقيل أكثر السنة، وقيل شهر وعليه الفتوى. وفي التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في الجنون المطبق شيئاً كما هو دأبه في التقديرات فيفوّض إلى رأي القاضي، وغير المطبق تثبت له الولاية في حالة إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقاً تسلب ولايته فتزوّج ولا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالنائم. ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوّج وإن لم يكن مطبقاً وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره (**قوله ولهذا**) أي لهذا الدليل (**لا تقبل شهادته عليه**) لأنه لا سبيل له عليه (**ولا يتوارثان**) لأن الوارث يخلف الموّرث فيما يليه ملكاً ويداً وتصرفاً، والظاهر أن الوارثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعاً بعد انقضاء ولاية أخرى فنفي المتعدية ليس نفي الوراثة فليس نفيها بهذا الدليل. وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر: أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال. قيل وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطاناً، وقائله صاحب الدراية ونسبه إلى الشافعي ومالك قال: ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذي ينبغي أن يكون مراداً. ورأيت في موضع معزوّ إلى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة

رضا. يعني والرضا يسقط خيار البلوغ، وخيار الإعتاق إنما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالإعراض والسكوت ليس بإعراض وهو خفي جداً. وقوله (**ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق**) يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده (**لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها**) والفائدة تظهر في شيئين: أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقاً لوجب، والثاني أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (**وكذا بخيار العتق لما بينا**) أنه يصح من الأنثى. وقوله (**بخلاف خيار المخيرة**) ظاهر إلى آخر المسئلة. قال (**ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون**) الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن يكون له ولاية على غيره، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء، أما إلى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفء، وأما إلى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى (**ولا ولاية لكافر على مسلم**) يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها. وقوله (**لغير العصبات من الأقارب**) يعني كالأخوال والخالات والعمات (**ولاية التزويج عند عدم العصبات**) أي

(**قوله ثم ذوو الأرحام الخ**) أقول: ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوي، فإن البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض وكذا الأخوات.

له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ ولهذا تقبل شهادته عليه ويجزى بينهما التوارث **(ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة)** معناه عند عدم العصبات، وهذا استحسان، وقال محمد: لا تثبت وهو القياس، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد. لهما ما روينا، ولأن الولاية إنما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة. ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة **(ومن لا ولي لها)** يعني

والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء. فأما الفسق فهو يسلب الأهلية كالكفر، المشهور أن عندنا لا وهو المذكور في المنظومة. وعن الشافعي اختلاف فيه. أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع أن الأب إذا كان فاسقاً فللقاضي أن يزوّج الصغيرة من غير كفؤ غير معروف. نعم إذا كان متهتكاً لا ينفذ تزويجه إياها بنقص ومن غير كفء وستأتي هذه **(قوله ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة معناه عند عدم العصبات)** النسبية والسببية. والحاصل أن الولاية تثبت أوّلاً لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبي حنيفة تثبت للأم ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم لولد الأم يستوي ذكورهم وإناثهم في ذلك ثم أولادهم. قال المصنف في التجنيس معلماً بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي: غاب الأب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها والأم حاضرة يجوز إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت، وليست الأم أولى من الأخت من الأب لأنها من قبل الأب، والنساء اللواتي من قبل الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا، وهي الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ونحو ذلك، ثم قال المصنف: هكذا ذكر هنا، وذكر في غيره من المواضع أن الأم أولى من الأخت الشقيقة لأنها أقرب اهـ. قيل هذا يستقيم في الأخت لا العمة وبنت العم وبنت الأخ لأنهن من ذوي الأرحام وولايتهن مختلف فيها، ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسفي منقول في المصفى عن شيخ الإسلام خواهر زاده، ومقتضاه تقدم الأخت على الجد الفاسد وبعد أولاد الأخوات العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات، والجد الفاسد أولى من الأخت عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث، كذا في المستصفى. وقياس ما صحح في الجد والأخ من تقدم الجد الفاسد على الأخت ثم مولى الموالاة وهو الذي أسلم على يد أبي الصغيرة ووالاه لأنه يرث فتثبت له ولاية التزويج، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار، ثم من نصبه القاضي وإن لم يشرط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان. وقال محمد: لا ولاية لذوي الأرحام ولا لمولى الموالاة، وهو القياس ورواية الحسن عن أبي حنيفة **(وقول أبي يوسف مضطرب فيه والأشهر أنه مع محمد)** على ما في الهداية. وقال في الكافي: الجمهور أن أبا يوسف مع أبي حنيفة، وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات **(لهما ما روينا)** يعني من قوله ﷺ «الإنكاح إلى العصبات[1]» أثبت لهم الجنس، وليس من وراء الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم **(قوله ولأن الولاية إنما**

عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات، ثم عند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده ومنشوره، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له. وقال محمد: لا ولاية لغير العصبات، وقوله أبي يوسف مضطرب ذكره مع أبي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء. وقوله **(لهما ما روينا)** يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام

---

(١) غريب جداً. وتقدم قول ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٢: لم أجده. وكذا بيض الزيلعي له وقد روى البيهقي بنحوه عن علي موقوفاً وإسناده ضعيف أيضاً انظر ٢/ ٢٧٧.

العصبة من جهة القرابة (إذا زوّجها مولاها الذي أعتقها جاز) لأنه آخر العصبات، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام

ثبتت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها) أي إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على المعنى المصدري (وإلى العصبات الصيانة) عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوي الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة) إذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وذوو الأرحام بهذه المثابة فإنا نرى شفقة الإنسان على ابنة أخته كشفقته على ابنة أخيه، بل قد تترجح على الثانية، ولا شك أن شفقة ذوي الأرحام ليست كشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم. وأما قولهما إنما ثبتت الولاية صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها فالحصر ممنوع، بل ثبوتها بالذات تحصيلاً لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفء لأنها بالذات لحاجتها لا لحاجتهم، وكل من ذوي الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار، وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته وستزداد وضوحاً في مسئلة الغيبة. ويدل عليه إجازة ابن مسعود تزويج امرأته بنتها وكانت من غيره على الأصح، وما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو حال وجودهم، ولا تعرّض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا إثباتهم فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود، وأيضاً لا شك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات لقوله «السلطان وليّ من لا ولي له[1]» أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى. وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وحجيته، وقوله في قول محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد، وبالمعنى الصرف لأبي حنيفة يناقش فيه بأن الاستحسان هو الذي يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص. ويجاب بأنه على بابه، والمراد أن ما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياس يقابله الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة وأن محمداً ظنه خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث، وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يجيب به المصنف. وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح[2] وقالوا: العصبات تتناول الأم لأنها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فتثبت لأهلها، إلا أن أقارب الأب مقدمون (قوله وإذا عدم الأولياء) أي كل من العصبات وذوي الأرحام ومولى الموالاة (فالولاية إلى الإمام والحاكم) أي القاضي بشرط أن يكتب ذلك في منشوره، فلو زوّج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحساناً.

في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوّض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل، ولأن الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفء والصيانة إلى العصبات (ولأبي حنيفة أن هذه الولاية نظرية، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز أجيب بوجهين: أحدهما أن معنى قوله الإنكاح إلى العصبات إذا وجدت العصبات والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي. والقول بتوريث ذوي الأرحام مع القول بعدم ولاية الإنكاح غير مستحسن لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ ولكون التوريث مبنياً على الولاية. قوله (إذا عدم الأولياء) يعني على الوجه المذكور (فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام «السلطان وليّ من لا وليّ له») أما الحاكم وهو القاضي فإنما يملك الإنكاح إذا كان ذلك في عهده ومنشوره، كذا في فتاوي قاضيخان. قوله (وإذا غاب الولي الأقرب) يعني كالأب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد أن يزوّج. (وقال زفر: ليس له ذلك) وقال الشافعي:

(قوله والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول: القول بإثباتها بطريق الدلالة مشكل، وليس رأي النسوان كرأي الرجال في الكمال وقد سبق (قوله والقول بتوريث ذوي الأرحام) أقول: الأنسب لدليله أن يقول: والقول بأنهم ذوو أرحام وتوريثهم مع القول بعدم النكاح الخ كما لا يخفى.

(قوله لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها) أقول: ضمير لأنها راجع إلى ولاية.

---

(١) هو بعض حديث تقدم في ١/٢٥٨ وإسناده جيد. راجعه في أول فصل الأولياء.

(٢) (قوله قبل الترجيح) كذا في نسخ، ووقع في أخرى: قبل التزويج، وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه.

والحاكم لقوله ﷺ «السلطان وليّ من لا وليّ له» (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوّج)

[فروع] الأول ليس لوليّ الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصي عين رجلاً في حياته للتزويج فيزوّجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها، وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل، وليس بلازم لأن السلطان يزوجها إلا إذا كان الوصي قريباً فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب. قلنا: إنما قام مقامه في المال. وقال مالك: إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة. الثاني لو زوّج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز. كالوكيل مطلقاً إذا زوّج موكلته من ابنه، بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي، ذكره في التجنيس معلماً له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبي شجاع، والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه، وكذا إذا باع مال يتيمه من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين، والأوجه ما ذكرنا، بخلاف ما لو نصب وصياً على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي. الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا ببينة أو يدرك الصغير فيصدقه، معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الأب، وعندهما يثبت النكاح بإقراره. قال في المصفى عن أستاذه: يعني الشيخ حميد الدين: إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرهما فإن إقراره موقوف إلى بلوغهما، فإذا بلغا وصدقاه ينفذ إقراره وإلا يبطل، وعندهما ينفذ في الحال وقال: إنه أشار إليه في المبسوط، قال: هو الصحيح. وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولي، أما لو أقر بالنكاح في صغره صح إقراره، كذا في المغني. وفي مبسوط شيخ الإسلام: إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدّق إلا ببينة، وإن صدقه الزوج في ذلك أو المرأة، وعلى قولهما يصدق من غير بينة، فإن قيل: على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي، ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقرّان؟ قلنا: ينصب القاضي خصماً عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اهـ كله من المصفى. والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا بلغا فأنكرا النكاح، أما إذا أقر عليهما في صغرهما يصح بالاتفاق أوجه. وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجهما وأقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف، فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقاً. الرابع في النوازل: امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن اتزوّج ولا وليّ لي، فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها ولياً. وبمثله أجاب أبو الحسن السغدي، وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور، وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء، وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط الخامس لا يملك الوصي ولا الأب تزويج عبد الصغير، وكذا تزويج عبده من أمته، كذا في الاستحسان وهو قول محمد ويملكان تزويج أمته **(قوله وقال زفر: إذ غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجها أحد حتى تبلغ)** بناء على أنه على ولايته لأن الولاية ثبتت حقاً له على ما تقدم في دليل محمد وقدمنا جوابه. وقال الشافعي رحمه الله: يزوجها السلطان لا الأبعد. وعندنا يزوجها الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظراً لليتيمة لحاجتها إليها، ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقربية زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية، فحيث لا ينتفع برأيه أصلاً سلبت إلى الأبعد، إذا لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها. أما الولي فحقه في الصيانة عن

يزوّج السلطان. لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها، والحق القائم بشخص لا يبطل بغيبته **(ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز)** بالاتفاق، وإذا كانت ولاية الأقرب في غيبته قائمة لا يكون للأبعد ولاية **(ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه)** وكلتا المقدمتين ظاهرة **(ففوّضناه)** أي النظر **(إلى الأبعد)** وقوله **(وهو**

وقال زفر: لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأبعد مع ولايته. ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب، ولو زوّجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة

غير الكفء يكون مقتضيا لأثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له، فحيث ثبتت فإنما هي لحاجتها حقاً لها. ولو سلم ففوات حقه بسبب من وجهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت إذا يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه تلوه في نفي غير الكفء والاحتراس عن التلطخ بنسبته فتضافرا على مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان، ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان، فكذا إذا سلبت بعارض آخر. فالحاصل في علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره. وقال ﷺ «السلطان وليّ من ولا وليّ له[1]» وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو فخلاف المعتاد في الغائب والخاطب فلا يفرّع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه، ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الأقرب، فإذا تزوجت القربى وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدى، وكذا النفقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت في مال الأبعد **(قوله ولو زوّجها حيث هو فيه منع)** جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته أنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقاً فدل على أنه لم يسلب الولاية، شرعاً بغيبته. أجاب بمنع صحة تزويجه. قال في المحيط: لا رواية فيه، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته. وفي المبسوط: لا يجوز، ولو سلم فلأنها انتفعت برأيه وهذا تنزل، ووجهه أن للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة واحدة، فأيهما عقد جاز لأنه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها. ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه، فلما زوّجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتاً بل القائم مناط ثبوتها. وفي شرح الكنز: لا رواية فيه، فلنا أن نمنع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوّجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلاً في صلاة الجنازة فللأبعد منعه، ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه، كما لو كان حاضراً وقدم غيره. وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوّج نفذ ومن العلماء من قال: لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا، فإن زوّجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معاً بطلاً لعدم الأولوية بالتصحيح، ولو زوّجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوّجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرّت بملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة تامة عليها، وإن قالت لا أدري الأول ولا يعلم من غيرها فرّق بينها وبينهما، وكذا لو زوجها وليان بأمرها **(قوله ولا يد الخ)** يفيد أنه لو حضر الأقرب بعد عقد الأبعد لا يرد عقده وإن عادت ولايته بعوده **(قوله والغيبة المنقطعة أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري)** وعن أبي يوسف من جابلقا إلى جابلسا: وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب، وهذا رجوع إلى قول زفر، وإنما ضرب هذا مثلاً، وعنه في رواية أخرى من بغداد إلى الريّ، وهكذا عن محمد، وفي رواية من الكوفة إلى الريّ. ومن المشايخ من قال: حدّ الغيبة المنقطعة أن

مقدّم على السلطان) إشارة إلى جواب الشافعي **(كما إذا مات الأقرب)** فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب فكذا بغيبته. وقوله **(ولو زوّجها حيث هو فيه)** جواب عن قول زفر ولهذا زوّجها حيث هو جاز بالمنع: يعني لا نسلم جوازه **(وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد)** يعني إذا حضر الأقرب وقد زوج الأبعد لا يرد النكاح، ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر، وقوله **(وهو اختيار بعض المتأخرين)** منهم القاضي

---

(١) هو كالذي قبله تقدم في أول هذا الفصل.

وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين **فأيهما** عقد نفذ ولا يرد **(والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة)** وهو اختيار القدوري. وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين. وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ **(وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أبوها)** لأنه أوفر شفقة من الابن. ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة، وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبات.

يكون متحوّلاً من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره، أو يكون مفقوداً لا يعرف خبره. وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة أو بدفعات فمنقطعة، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السغدي وأبو اليسر والصدر الشهيد، قالوا: وعليه الفتوى. وقال الإمام السرخسي في مبسوطه: والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء، وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير: لو كان مختفياً في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة، وهذا حسن لأنه النظر. وفي النهاية: عليه أكثر المشايخ منها القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وفي شرح الكنز: أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر، ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ **(قوله وإذا اجتمع في المجنونة)** جنوناً أصلياً بأن بلغت مجنونة أو عارضياً بأن طرأ الجنون بعد البلوغ **(أبوها)** أو جدّها **(مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أبوها)** وقال زفر في العارضي: لا يزوّجها أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء فلا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي أحوج إلى الولاية بالجنون منها إليها بالصغر لأن الحاجة إليها في الصغر لتحصيل الكفء وفي الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة، وكذا **المجنون** يجتمع فيه أبوه وابنه أو جدّه على هذا الخلاف. وعن أبي يوسف رواية أخرى: أيهما من الأب والابن زوّج جاز، وهي رواية الْمُعلّى جعلهما في مرتبة، ولا يبعد إذ في الابن قوّة العصوبة وفي الأب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة **(قوله)** في وجه قولهما **(وهذه الولاية مبنية على العصوبة)** بالنص السابق، والابن هو المقدّم في العصوبة شرعاً لانفراده بالأخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه. ثم إذا زوّج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدهما لا خيار لهما إذا أفاقا لتمام شفقتهما، ولو زوّج الرجل المجنون أو المرأة ابنهما فلا رواية فيه عن أبي حنيفة، وينبغي أن لا يكون لهما خيار لأنه يقدم على الأب والجد ولا خيار لهما في تزويجها فالابن أولى.

الإمام علي السغدي والقاضي الإمام أبو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي. وقوله **(لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ)** يعني لعدم الانتفاع به، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفياً في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة. وقوله **(لأنه أوفر شفقة من الابن)** بدليل أن ولاية الأب نعم النفس والمال، والابن ليس له الولاية في المال **(ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة)** ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط، وقوله **(ولا معتبر بزيادة الشفقة)** جواب محمد.

(قال المصنف: فنزلا منزلة وليين متساويين) أقول: قال ابن الهمام: قد استفيد مما ذكره أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ، ومن العلماء من قال: لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل، فإن زوجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معاً بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح اهـ. ويدل على ذلك ما سيجيء في باب ما يوجب القصاص، وما لا يوجبه أن ولاية الإنكاح تثبت لكل من الأولياء كملا.

فصل في الكفاءة

(الكفاءة في النكاح معتبرة) قال ﷺ «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء» ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها، بخلاف جانبها لأن

فصل في الكفاءة

الكفء المقاوم ويقال: لا كفَاءَ لَهُ[1] بالكسر. ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي إذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية، فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة **(قوله معتبرة)** قالوا: معناه معتبرة في اللزوم على الأولياء حتى إن عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله ﷺ «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوّجن إلا من الأكفاء[2]» فههنا نظران في إثبات حجيته، ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها. أما الأول فهو حديث ضعيف لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد إلى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة[3] بالتضافر والشواهد، فمن ذلك ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لأمنعن فروج[4] ذوات الأحساب إلا من الأكفاء[5]، ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث عليّ أنه عليه الصلاة

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكرها في فصل على حدة، والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأة إذا ساواه فهي معتبرة في النكاح. قال ﷺ «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء» رواه جابر.

(ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين **(لأن الشريفة تأبى أن تكون**

فصل في الكفاءة

(قال المصنف: ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول: قوله بين المتكافئين خبر إن في قوله ولأن.

---

(١) قوله (ويقال لا كفاء له) كذا في بعض نسخ الفتح، ومثله في كتب اللغة. قال في الأساس: وتقول لا كفاء له بالكسر وهو في الأصل مصدر وضع موضع المكافىء. قال حسان * وروح القدس له ليس له كفاء * أي مكافىء اهـ.
ووقع في بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه.

(٢) باطل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٥ والبيهقي ٧/ ١٣٣ كلاهما من حديث جابر وإسناده ضعيف جداً.
قال الدارقطني والبيهقي: مبشّر بن عُبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها. وزاد البيهقي: ضعيف بمرة.
وقال الزيلعي ٣/ ١٩٦: أسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل قوله: أحاديث مبشر عن عبيد موضوعة كذب.
وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات اهـ.
قلت: ومما يدل على بطلانه أنه رواه عن عطاء، وعمر بن دينار عن جابر وهو إسناد كالشمس لكنه مركب.

(٣) قلت: لا. لأنه الحديث إذا كان في سنده متهم بالكذب يترك ويعمل بغيره ولا يعتد به البتة ولا يعتبر هذا ما عليه الفقهاء وأهل الحديث يقولون: فلان يعتبر به أو يعتبر بحديثه. إذا لم يكن متهماً بأن كان ضعفه محتملاً.

(٤) قوله (فروج) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها: تزوج، وكلاهما صحيح فحرر الرواية كتبه مصححه.

(٥) موقوف ضعيف: أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٨ والبيهقي ٧/ ١٣٣ كلاهما عن عمر موقوفاً. لكنه منقطع بين عمر وإبراهيم بن محمد بن طلحة حيث لم يدرك عمر.
ورواية محمد في الآثار فيها مجهول وأظنه هو ابن طلحة المذكور وإلا فرواية المجاهيل واهية.

والسلام قال له: «يا عليّ ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤا[١]»، وقول الترمذي فيه لا أرى إسناده متصلاً منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه[٢] وما عن عائشة عن النبي ﷺ «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء[٣]» روي ذلك من حديث عائشة وأنس[٤] وعمر[٥] من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ، وفي هذا كفاية، ثم وجدنا في شرح البخاري للشيخ برهان الدين الحلبي ذكر أن البغوي قال إنه حسن، وقال فيه رواه ابن أبي حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودي بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضي القضاة العسقلاني الشهير بابن حجر. قال ابن أبي حاتم: حدثنا عمرو بن عبد الله الأودي، حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال: حدثنا القاسم بن محمد قال: سمعت جابراً رضي الله عنه يقول: قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «ولا مهر أقل من عشرة[٦]» من الحديث الطويل. قال الحافظ: إنه بهذا الإسناد حسن

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٧١ وكرره ١٠٧٥ والحاكم ٢/ ١٦٣ والبيهقي ٧/ ١٣٢ ـ ١٣٣ والبخاري في تاريخه الكبير ١/ ١٧٧ وأحمد ١/ ١٠٥ كلهم من حديث سعيد الجهني عن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب عن أبيه عن علي مرفوعاً واختصره ابن ماجه ١٤٨٦ والجهني هو سعيد بن عبد الله.
وقد وقع عند الحاكم فيه تصحيف حيث جعله: سعيد بن عبد الرحمن الجمحي لذا صححه ووافقه الذهبي.
أما الترمذي فقال: هذا حديث غريب حسن اهـ وقال ذلك عقب روايته الأولى. أما عند الثانية فقال: حديث غريب وما أرى إسناده بمتصل اهـ. ولذا ضعفه ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٣ وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ١٨٦ بعد أن ذكر كلام الترمذي: وسعيد الجهني مجهول وقد ذكره ابن حبان في الضعفاء فقال: سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله.
ورواه الحاكم من هذا الوجه فجعل مكانة سعيد بن عبد الرحمن الجهني وهو من أغلاطه الفاحشة ورواه ابن ماجة مقتصراً على قوله: لا تؤخر الجنازة إذا حضرت. ويعارضه ما في مسلم: ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهنّ أو أن نقبر فيهن موتانا .. الحديث اهـ.
وذكره ابن حبان في المجروحين ١/ ٣٢٣ فقال: سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله الجمحي يروي عن الثقات أشياء موضوعة وذكره مع هذا الحديث.
قلت: وعليّ هذا وافق ابن حبان الحاكم في اسمه وكنيته لكن وهاه. حيث اتهم رواية برواية الموضوعات.
(٢) تقدم أن صوابه ما ذكره الترمذي وكذا هو عند أحمد وغيره.
(٣) ضعيف أخرجه ابن ماجه ١٩٦٨ والدارقطني ٣/ ٢٩٩ والخطيب ١/ ١٦٤ والحاكم ٢/ ١٦٣ والبيهقي ٧/ ١٣٣وابن حبان في المجروحين ١/ ٢٢٥ وابن الجوزي في العلل المتناهية ١٠٠٩ ـ ١٠١٢ وابن أبي حاتم في علله ١٢٠٨ كلهم من حديث عائشة.
قال الحاكم: صحيح الاسناد ولم يتفرد به الحارث الجعفري عن هشام عن عروة بل تابعه عكرمة بن إبراهيم علىَ هشام.
وتعقبه الذهبي فقال: الحارث متهم. وعكرمة ضعفوه.
وقال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذا الحديث رواه الجعفري عن هشام فقال: ليس له أصل. قلت لأبي: ورواه أبو أمية عن هشام فقال: هذا حديث باطل لا يحتمل هشام هذا. قلت: فمعن هذا قال: من راويه قلت: ما حال أبي أمية فقال: ضعيف اهـ.
وذكره ابن الجوزي وقال له أربع طرق عن عائشة ثم انتقد رجالها وبين أنه واهٍ.
(٤) ضعيف. أخرجه ابن الجوزي في الواهيات ١٠٠٨ عن أنس وقال: فيه مجاهيل.
(٥) واه بمرة. أخرجه ابن الجوزي في العلل ١٠٠٦ وأبو نعيم في أخبار أصبهان ٢/ ١١٥ وابن عدي في الضعفاء ٣/ ٢٨٦ كلهم من حديث عمر ومداره على سليمان بن عطاء وهو واهٍ قال ابن عدي: قال البخاري: في حديثه بعض المناكير.
وقال ابن الجوزي: حديث عمر هذا فيه سليمان بن عطاء عن مسلمة الجهني يروي أشياء موضوعة لا أدري التخليط منه أو من مسلمة قاله ابن حبان.
وكذا ذكر الذهبي في الميزان كلام ابن حبان، والبخاري فيه. فالخبر واه بمرة وقد أخرج البيهقي ٧/ ١٣٣ عن إبراهيم بن محمد بن طلحة قال: قال عمر: لا ينبغي لذوات الأحساب تزوجُهُنّ إلا من الأكفاء.
وهذا منقطع إبراهيم لم يدرك عمر. والخبر موقوف. ولو صحح عند البيهقي ما ورد عن عمر موقوفاً لما تركه فلعل بعض الضعفاء جعله مرفوعاً.
(٦) غريب. فهذا الطريق لم يذكر وابن أبي حاتم في علله ١٢٠٨ عندما سأل أباه عن هذا الحديث وطرقه وتقدم كيف أبطله أبو حاتم.
فلو كان عند هذا الاسناد الحسن لذكره.
وهذا الحديث يعرف عن جابر من طريق مبشر بن عبيد كذا رواه غير واحد وإليك الخبر. أخرج الدارقطني ٣/ ٢٤٥ والبيهقي ٧/ ١٣٣ كلاهما من حديث جابر: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهنّ إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم. =

. . . .

ولا أقل منه. وأغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال: إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر أولى. وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة، وخرج إليهم عوف ومعوّذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم: من أنتم؟ قالوا: رهط من الأنصار، فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكنا نريد أكفاءنا من قريش، فقال ﷺ: «صدقوا، ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث» الخ. فأما قوله ﷺ «صدقوا» فلم أره، والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم: أنتم أكفاء كرام، ولكنا نريد بني عمنا. وفي رواية: «ما لنا بكم من حاجة، ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش، فقال ﷺ: قم يا حمزة وقم يا عليّ الخ[1]» ونحن نقطع أن عدوّ الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكوراً عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب إلا بعداً. نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدّة فينبغي أن يخرج إليه كفؤه فيه لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبداً، وكلامه إنما يفيد في النسب، وإنما أجابهم ﷺ لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أوّلاً أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن، أو دفعاً لما قد يظن أهل النفاق من أنه يضن بقرابته دون الأنصار. النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله «لا يزوجن إلا من الأكفاء[2]» أن الخطاب للأولياء نهياً لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء، ولا دلالة فيه على أنها إذا زوّجت نفسها من غير الكفء يثبت لهم حق الفسخ. فإن قلت: يمكن كون فاعل يزوّجن المحذوف أعم من الأولياء، ومنها أن لا يزوجهن مزوّج هي لنفسها أو الأولياء لها. فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفء فإذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا المعنى الصرف[3] وهو أنها أدخلت عليه ضرراً فله دفعه، وهذا ليس مدلول النص، ولو علل نهيها التضمني للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص. وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء، فبالنسبة إليهم إنما يعلل بترك النظر لها، وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي، وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ. ولا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللولي فسخه لقوله ﷺ «لا يزوجهنّ أحد من الأكفاء[4]» نبوة للدليل عن المدعي. فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب. فإن قلت: كون الشيء معتبراً في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص: أعني معتبراً على أنه واجب أو مندوب. قلنا: نعم لكنه لم تقصد الخصوصية. فإن قلت: فما هو؟ قلنا: مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب: أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه. ثم لا يستلزم كونه أوّل كفء خاطب إلا ما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، عنه ﷺ أنه قال

. . . .

= قال الدارقطني والبيهقي: في إسناده مبشر بن عبيد وهو متروك وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٦٣ وقال: قال ابن عدي: هذا حديث باطل لا يرويه إلا مبشر بن عبيد.
قال أحمد: أحاديثه موضوعات كذب اهـ.
ومعاً يدل على ذلك أن ابن حجر خرَّج حديث الكفاءة في الكشاف ١/ ٤٦٣ مستوفياً فذكره من جميع طرقه دون كونه من حديث جابر ثم أذعن لقول أبي حاتم: هذا الحديث ضعيف من جميع طرقه اهـ. ولذا قال الزيلعي في ٣/ ١٩٧: طرقه كلها ضعيفة استوفيناها في الإسعاف بتخريج الكشاف.

(١) هذا الخبر في سيرة ابن هشام ٢/ ١٩٦ ـ ١٩٧ عن ابن إسحاق وهو معاً يستأنس به.

(٢) تقدم قبل حديث واحد في أثناء خبر ثانٍ. وهو واهٍ.

(٣) (إلا المعنى الصرف) كذا في نسخة، وفي أخرى: إلا لمعنى الضرر، وحرر كتبه مصححه.

(٤) تقدم قبل حديثين مع حديث آخر وهو واهٍ.

الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش (وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرّقوا بينهما) دفعا لضرر

«إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير[1]» ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة. ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقاً لها وبها حقاً لهم على ما تبين مما ذكرناه، لكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها: فهي تاركة لحقها، كما إذا رضى الولي بترك حقه حيث ينفذ. هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها، وعلى اعتبارها يشكل قول أبي حنيفة في أن الأب له أن يزوّج بنته الصغيرة من غير كفء. فإن قلت: خطب ﷺ فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشياً[2]، وزوّجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي[3]، وزوّج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاه[4]، وكل ذلك بعلم الصحابة وبعضه بفعل النبي ﷺ. فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بأنهن كبائر خصوصاً بنت قيس كانت ثيباً كبيرة حين تزوّجها أسامة، وإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن. هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك الثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه ﷺ «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربيّ على عجميّ إنما الفضل بالتقوى[5]» قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلّة (قوله ولأن انتظام الخ) يعني أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في مدة العمر لأنه وضع لتأسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً يسرّه ويسوءه ما يسوءك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك، ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح إذا ورد ملك اليمين لها عليه وإن كان معللاً أيضاً بعلة أخرى عامة للطرفين على ما مر في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافىء قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده، وإذا كان إياه فسد، وإذا كان طريقه كره ولم يلزم لموليه إذا انفرد به الولي لظهور الاضرار بها (قوله وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء) وإن لم يكونوا محارم كابن العم (أن يفرقوا بينهما

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٠٨٥ والبيهقي ٧/ ٨٢ كلاهما من حديث أبي حاتم المزني.
وقال الترمذي: حسن غريب وأبو حاتم المزني له صحبة.
وأخرجه برقم ١٠٨٤ وكذا ابن ماجه ١٩٦٧ كلاهما من أبي هريرة.
وقال الترمذي: ورواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مرسلاً ـ أي ليس فيه واسطة بين ابن عجلان وأبي هريرة. وهذا يسميه علماء المصطلح بالمنقطع ـ وقال الترمذي: قال البخاري حديث الليث أرجح ولم يعدَّ حديث عبد الحميد محفوظاً.
قلت: رواية الترمذي هي من طريق عبد الحميد بن سليمان عن ابن عجلان.
قال في التقريب عنه: ضعيف الحديث اهـ.
لكن يعتضد بحديث أبي حاتم المزني فيتقوى ويرقى إلى درجة الحسن.
وعجز الحديث: وفساد عريض كذا في الترمذي، وابن ماجه، وعند البيهقي ذكر الروايتين.
(٢) هو بعض حديث فاطمة بنت قيس يأتي في باب العدة رواه الشيخان.
(٣) هذا الأثر. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٢ والبيهقي ٧/ ١٣٧ عن حنظلة الجمحي عن أمه.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٨٨ وكذا البيهقي ٧/ ١٣٧ كلاهما عن عروة عن عائشة: أن أبا حذيفة بن عتبه بن ربيعة وكان ممن شهد بدراً مع النبي ﷺ تبنى سالماً، وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار اهـ فقول الكمال: مولى لأبي حذيفة فيه نظر كما ترى.
(٥) باطل. أخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٧١٣٤ وابن عدي في الضعفاء ٢/ ١٥٣ وأبو الشيخ في الأمثال ٤٦ ـ ٤٧ ـ ١٦٦ مقطعاً وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٨٠ كلهم من طريق سليمان بن عمرو النخعي عن أنس مرفوعاً وكذا رواه الشهاب القضاعي ١٨٦ ـ ١٩٥ مقطعاً من هذا الطريق رووه بألفاظ مختلفة. والسياق للديلمي دون لفظ: سواسية.
قال ابن عدي: هذا الحديث وضعه سليمان النخعي هذا وأجمعوا أنه كان يضع الحديث اهـ وافقه ابن الجوزي حيث نقل كلامه.
ولذا أعرض عنه الحافظ ابن كثير في تفسير قوله تعالى ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ وذكر أحاديث كثيرة تغني عنه وبعضها بمعناه راجع تفسير ابن كثير ٤/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

العار عن أنفسهم (**ثم الكفاءة تعتبر في النسب**) لأنه يقع به التفاخر (**فقريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء**

دفعاً للعار عن أنفسهم) ما لم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه، كما لو زوّجها على السكت فظهر عدمها، بخلاف ما إذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق، أما إذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوّجت نفسها مما لا يعلم حاله فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لها الفسخ بل للأولياء، أو زوّجها الأولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ. ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ، ولا يكون سكوت الولي رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق. وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضاً، وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعده لها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة. ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع إلا بفصل القاضي، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء، هذا على ظاهر الرواية، أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلاً إذا كانت زوّجت نفسها من غير كفء. وهل للمرأة إذا زوّجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها؟ مختار الفقيه أبي الليث نعم. قال في التجنيس: هذا وإن كان خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوّجتك على رجاء أن يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأً بشبهة. ورضا بعض الأولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافاً لأبي يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضا الكل، كالدين المشترك، قلنا: هو حق لهم لكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الأمان، فإذا أبطله أحدهم لا يبقى كحق القصاص، أما لو رضي الأبعد كان للأقرب الاعتراض. ولو زوّجها الولي بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوّجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولي التفريق، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني لأن الإنسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية، وكذا لو زوّجها هو من غير كفء فطلقها فتزوّجت آخر غير كفء ولو تزوّجته ثانياً في العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستأنفت العدة وإن كان قبل الدخول في الثاني، وستأتي هذه المسئلة في باب العدّة إن شاء الله تعالى (**قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب**) جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده، إلا الكفاءة في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا، قال بعضهم: لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة. واختلف فيه، فقيل يعتبر لأنه يفوت بعدمه مقصود النكاح، وقيل لا لأنه مرض، ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام[1] والجنون والبرص والبخر[2] والدفر[3] إلا عند محمد في الثلاثة الأول: أعني الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد، إلا أن الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي وكذا في أخويه عنده.

مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبه بخلاف جانبها لأنه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش (**وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم**) يعني ما لم تلد منه كما تقدم. فإن قيل: الحديث يدل على عدم الجواز، ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له. قلت: جاز أن يكون نهياً وهو يقتضي المشروعية عندنا (ثم

(**قوله قلت: جاز أن يكون نهياً الخ**) أقول: لا يخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح، فهو صلح من غير تراضي الخصمين لأن النكاح الفاسد لا يفيد حكمه وهو الملك، بخلاف البيع الفاسد فإنه يفيد حكمه كما صرح به ابن الهمام في الفصل الثاني، ثم لو صح ما ذكره

---

(١) الجُذام: هو تشقق الجلد، وتقطع اللحم، وتساقطه.

(٢) البَخَرُ: كل شيء يسطع من الماء الحار فهو بخار وبَخِرَ الفم من باب تَعِبَ أنتنت ريحه.

(٣) الدَّفْرُ: النَّتْنُ. ويقال للجارية إذا شُتمت يا دَفار. أي منتنة. لها رائحة.

لبعض) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض

[فرع] انتسب إلى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك، فإن لم يكافئها به كقرشية انتسب لها إلى قريش ثم ظهر أنه عربي غير قرشي فلها الخيار، ولو رضيت كان للأولياء التفريق وإن كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها إلى قريش فظهر أنه عربي غير قرشي فلا حق للأولياء، ولها هي الخيار عندنا إن شاءت فارقته خلافاً لزفر. ولنا أنه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحاً لخلافة، فإذا لم تنل كان لها الخيار، كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه. وأيضاً الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها، فإذا ظهر خلافه فقد غرّها وتبين عدم رضاها بالعقد فثبت لها الخيار، ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها ولتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير، وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى **(قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض)** روى الحاكم بسند فيه مجهول، فإن شجاع بن الوليد قال: حدثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال: قال رسول الله ﷺ «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكاً أو حجاماً[(١)] » ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الإيلي، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات. وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً «الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكاً أو حجاماً[(٢)]» وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل إن عنعن الحديث ليس غير، وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه. ورواه ابن عدي في الكامل من حديث عليّ[(٣)] وعمر باللفظ الأول، وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث[(٤)] وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من

لكان تزويج الأولياء من غير الأكفاء مشروعاً منعقداً بعين ما ذكره، وليس كذلك على ما يجيء تفصيله، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولي وبين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا إلى القياس على ما سبق تفصيله.

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه البيهقي ٧/ ١٣٤ من طريق الحاكم بهذا الإسناد من حديث ابن عمر.
وقال البيهقي: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج حيث لم يسمّ بعض أصحابه اهـ ولم أره في المستدرك وذكره ابن أبي حاتم في علله ١٢٣٦ من هذا الطريق فقال: قال أبي: هذا كذب لا أصل له يعني حديث ابن جريج اهـ.
وأخرجه أبو يعلى كما في الزيلعي ٣/ ١٩٨ وابن حبان في المجروحين ٢/ ١٢٤ وابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٢٤ وابن الجوزي في الواهيات ١٠١٧ والبيهقي ٧/ ١٣٤ ـ ١٣٥ كلهم من طريق عمران بن أبي الفضل عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
قال البيهقي: ضعيف بمرة اهـ وقال أبو حاتم: هذا حديث منكر.
وقال ابن حبان: عمران هذا يروي الموضوعات، ووافقه الزيلعي وغيره.
(٢) ضعيف جداً. أخرجه ابن الجوزي في الواهيات ١٠١٩ من طريق الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً.
وقال ابن الجوزي: فيه بقية وهو مغموز فيه وشيخه محمد بن الفضل مطعون فيه اهـ.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٦٤: محمد بن الفضل متروك اهـ
وقول الكمال: وهو مُخيل.. معناه مظنون ذلك من جهة بقية إن عنعنه. قلت: لكن صرح بالتحديث، فالحمل فيه على محمد بن الفضل.
(٣) لم يروه الحافظ ابن عدي من حديث عمر ولا من حديث علي فلعله سبق قلم من المصنف، أو هو تحريف من النسّاخ، والمصنف إنما نقله من نصب الراية، وسيأتي كلام الزيلعي بحرفيته، وهو الآتي.
(٤) منكر. أخرجه ابن عدي في الكامل ٥/ ٢٠٩ ومن طريقه ابن الجوزي في الواهيات ١٠١٨ كلاهما عن عثمان بن عبد الرحمن عن علي بن عروة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: العرب بعضها لبعض أكفاء، الموالي بعضها البعض أكفاء، إلا حائك أو حجام قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٨: أعله ابن عدي بعلي بن عروة وقال: إنه منكر الحديث.
وقال صاحب التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ وعثمان هو الطرائفي يروي عن المجاهيل. وقد روي هذا الحديث من وجه آخر من حديث عائشة وهو ضعيف بمرة اهـ.
قلت فلم يذكر الزيلعي، ولا غيره كونه من حديث عمر أو علي، ولعله انقلب علي بن عروة أحد الرواة ـ إلى ـ علي وعُمر. فتنبه. وهذا محتمل وقول المصنف: يروي المجاهيل ـ أيضاً صوابه: يروي عن المجاهيل كما تقدم في الزيلعي.

قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل» ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا. وعن محمد كذلك

أهل حران يروي المجاهيل، وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اهـ كلامه. وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه «العرب بعضهم أكفاء لبعض[١]» اهـ. وابن معدان لم يسمع من معاذ، وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان: لم أجد له ذكرا وبالجملة فللحديث أصل، فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك، خصوصاً وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك[٢]، فقد كان شعبة معظماً لبقية وناهيك باحتياط شعبة، وأيضاً تعدّد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن[٣]، ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينسب إلا إلى أب فوقه فهو عربي غير قرشي، وإنما سميت أولاد النضر قريشاً تشبيهاً لهم بدابة في البحر تدعى قرشاً[٤][٥] تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخراً ونسباً، وعلى هذا قال اللهبي:

وقـريـش هـي الـتـي تسكـن البحـر ... بهـا سميـت قـريـش قـريشـا

وقيل لأن النضر كان يسمى قريشاً وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرّش عن خلة الناس ليسدّ حاجاتهم بما له والتقريش التفتيش، قال الحرث:

أيهـا النـاطـق المقـرّش عنـا ... عنـد عمـرو فهـل لنـا إبقـاء

وقيل لأنه خرج يوماً على نادي قومه فقال بعضهم: انظر إلى النضر كأنه جمل قريش، وقيل سميت بقريش بن الحرث بن مخلد كان صاحب غيرهم فكانوا يقولون قدمت غير قريش وخرجت غير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى بدراً وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به، وقيل لتجارتهم والقرش الكسب، وقيل سميت به لأن فهر بن مالك: قيل إن اسمه قريش، وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك، وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشياً إلا من كان من

الكفاءة) عندنا **(تعتبر في)** خمسة أشياء **(النسب)** والحرية، والدين، والمال، والصنائع. أما النسب فلأنه يقع به التفاخر، وكان سفيان الثوري يقول: لا تعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث، قال ﷺ «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربيّ

---

(١) ضعيف. أخرجه البزار في مسنده كما في المجمع ٤/ ٢٧٥ من حديث معاذ وقال الهيثمي: فيه سليمان بن أبي الجون لم أجد من ذكره وبقية رجاله رجال الصحيح.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٧: ذكره عبد الحق في أحكامه وقال: إنه منقطع فإن خالد بن معدان لم يسمع من معاذ.

ووافقه ابن القطان وزاد: سليمان بن أبي الجون لم أجد له ذكراً.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٣: فيه انقطاع.

ونقل ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٦٤ كلام ابن القطان وزاد: روى أبو داود والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً: يا بني بياضة أنكحوا أبا هند، وأنكحوا عليه وكان حجاماً ـ اهـ. وإسناده حسن قاله ابن حجر. واستدل به على رد الأحاديث المتقدمة.

الخلاصة: هذا الحديث بمجموع طرقه لا يصير حسناً لشدة ضعف أسانيده بل حكم أبو حاتم الرازي وغيره على وضعها فالقلب لا يطمئن إلى تحسينه والله تعالى أعلم.

(١) هذا صواب لو كان علته بقية فقط لكن فيه محمد بن الفضل شيخ بقية وهو واهٍ.

(٢) هذا صواب لو كان علته بقية فقط لكن فيه محمد بن الفضل شيخ بقية وهو واهٍ. بل قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٦٤: محمد بن الفضيل بن عطية متروك اهـ. فلو كان الأمر يتعلق ببقية لكان ما ذكره الكمال محتملاً.

(٣) هذا إذا لم يشتد الضعف كما هو عليه علماء مصطلح الحديث، وقد تقدم بيان شدة ضعف هذه الأحاديث بل أكثرها موضوعة نص على ذلك الأئمة النقاد.

(٤) راجع هذا البحث في سيرة ابن هشام ١/ ٩٧.

(٥) **(قوله تدعى قرشاً)** أي فسميت قريش بمصغره كما في القاموس، فدابة البحر هي القرش مكبراً، والتصغير في بيت اللهبي لإقامة الوزن كما هو ظاهر، ولا عبرة بما وقع في بعض نسخ الفتح من إصلاح اسم الدابة قريشاً بالتصغير كتبه مصححه.

إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة، كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة. وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة

أبناء فهر، وقيل هو من الجمع، والتقريش التجميع لأن قصياً جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم، وقيل لما نزل قصيّ الحرم فعل أفعالاً جميلة فقيل له القرش فهو أوّل من سمى به، وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي، والظاهر الأول، ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال:

أبـوكـم قصـي كـان يـدعـى مجمعـاً ... بـه جمـع الله القبـائـل مـن فهـر

لأنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك، وإلا فبعد نقل أن قصيا سمي مجمعاً لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر. هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه. ومرة ومن مرّة تيم ومنهم الصدّيق رضي الله عنه. ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهما فخذان. وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله ﷺ «في قريش بطن ببطن، وفي العرب قبيلة بقبيلة»[1] ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات فقال:

قبيلـة فـوقهـا شعـب وبعـدهمـا ... عمـارة ثـم بطـن تلـوه فخـذ
وليـس يـؤوي الفتـى إلا فصيلتـه ... ولا سـداد لسهـم مـالـه قـذذ

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال:

اقصـد الشعـب فهـو أكثـر حـيّ ... عـدداً فـي الحـواء ثـم القبيلـه
ثـم يتلـوهمـا العمـارة ثـم البطـن ... والفخـذ بعـدهـا والفصيلـه
ثـم مـن بعـدهـا العشيـرة لكـن ... هـي فـي جنـب مـا ذكـرنـا قليلـه

(قوله والموالي) هم العتقاء، والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسهم رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما نذكره. ففي الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل في أنساب قريش، فهو حجة على الشافعي في أن الهاشمي والمطلبي أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم. قالوا: وزوّج النبي ﷺ بنتيه من عثمان وهو أموي[2]، وزوّج أم كلثوم من عمر رضي الله عنه وهو عدوي[3] وفيه نظر، إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه في الكفاءة نظر إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا، وعلى أكثر أصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم، وعلى محمد في اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافىء أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين، هذا إن قصد بذلك عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة. وفي الجامع لقاضيخان: قالوا الحسيب يكون كفأ للنسيب، فالعالم العجمي كفء للجاهل العربي والعلوية[4]، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب ومكارم الأخلاق. وفي المحيط عن صدر

---

(١) تقدم تخريجه في أحاديث الكفاءة المتقدمة وهو واهٍ.

(٢) هذا ثابت. وقد ذكر ابن حجر في الإصابة نبذة عن عثمان بن عفان ومعاً قاله: قال ابن إسحاق وزوج النبي ﷺ ابنتيه أما رقية فماتت عنده أيام بدر ثم زوجه أم كلثوم فلذلك كان يلقب بذي النورين اهـ ملخصاً من الإصابة ٥٤٤٨.

(٣) قوله: وزوج أم كلثوم من عمر.. غير سديد لأن عمر تزوج أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب في خلافته لا في عهده ﷺ. ولو قال. المصنف: وَزُوِّجَتْ ـ في البناء للمجهول لاستقام الخبر.

(٤) هم من ينتسب إلى علي بن أبي طالب حقيقة نسباً وتقوى وورعاً لا مجرد كلام وخصوه بكونه من فاطمة رضي الله عنهما دون غيرها، من تَزَوجهنَّ بعدها.

العرب لأنهم معروفون بالخساسة **(وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء)** يعني لمن له آباء

الإسلام: الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب. وفي الينابيع: والأصح أنه ليس كفأ للعلوية. وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفأ له ولا يعتبر بالبلاد. في تتمة الفتاوى أن القروي كفء للمدني **(قوله وبنو باهلة الخ)** استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض، وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان[1] فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة. قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية، وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا قيل:

ولا ينفع الأصل من هاشم   إذا كانت النفس من باهله

وقيل:

إذا قيل للكلب يا باهلي   عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر، فإن النص لم يفصل مع أنه ﷺ كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق، وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد، وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلو ذلك لا يسري في حق الكل **(قوله وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء: يعني لمن له آباء فيه، ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد، وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف)** أي في الشهادات والدعاوى، قيل كأن أبا يوسف إنما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيباً بعد أن كان الأب مسلماً، وهما قالاه في موضع بعد عيباً. والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعاً إن ذلك ليس عيباً في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينتفي الخلاف، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة، فلو زوّجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفأ لم يفرّق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض. قال في الأصل: إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرّق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة، والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين **(قوله والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام)** يعني أن من كان له أبوان حرّان كافأ من كان له آباء أحرار، ومن له أب واحد حرّ لا يكافىء من له أبوان حرّان، ومن عتق بنفسه لا يكافىء من له أب حر. وفي التجنيس: لو كان أبوها معتقاً وأمها حرّة الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء، والمرأة لما كانت أمها حرّة الأصل كانت هي

على عجميّ، إنما الفضل بالتقوى» وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ ولنا قوله ﷺ **(قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل)** والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض **(ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا)** يعني من قوله عليه الصلاة والسلام «**قريش بعضهم أكفاء لبعض**» قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم، ألا يرى أن النبي ﷺ زوّج ابنته رقية من عثمان وكان من بني عبد شمس، وإنما قال في الموالي رجل برجل إشارة إلى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه: أبي الإسلام لا أب لي سواه. قوله **(وعن محمد كذلك إلا أن يكون)** يعني قال محمد: لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش **(إلا أن يكون)** النسب **(نسبا مشهوراً)** في الحرمة **(كأهل بيت الخلافة)** فحينئذ يعتبر

(قوله ألا يرى أن النبي ﷺ) أقول: هذا التنوير لا يدل على تمام المدعي، فإن نسب عثمان رضي الله عنه من أشرف أنساب قريش وإن لم يبلغ رتبة بني هاشم.

---

(١) **(قوله ابن عيلان)** بعين مهملة كما في كتب اللغة لا معجمة كما وقع في النسخ فليعلم كتبه مصححه.

فيه. ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد، وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف. ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام. والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة.

أيضاً حرة الأصل. وفي المجتبي: معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع، واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه (**قوله وتعتبر أيضاً في الدين: أي الديانة**) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافئاً بإسلام نفسه أو أبيه أو جدّه لأنه مر قبلهما (**قوله هو الصحيح**) أي أن الصحيح اقتران قولي أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه روي عن أبي حنيفة أنه مع محمد، ورجحه السرخسي وقال: الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة، وقيل هو احترازاً عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال: إذا كان الفاسق ذا مروءة كأعوان السلطان والمباشرين المكسة، وكذا عنه إن كان يشرب المسكر سراً ولا يخرج وهو سكران يكون كفأ وإلا لا، وحينئذ الأولى كون هو الصحيح احتراز عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر، والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما، فلو تزوّجت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء فسخه وإن كان من مباشري السلطان(**قوله وقال محمد: لا تعتبر إلا إذا كان يسخر منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا**) وفي كون هذا قاعدة ممهدة نظر إذ لم يظهر وجه الملازمة والحق أنه قد، وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه، على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعف نسبه: يعني يعيرها أشكالها إن كانت من بنات الصالحين. وفي المحيط: الفتوى على قول محمد، وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن أبي حنيفة. ولو تزوّجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعراً لا يفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح (**قوله وهو**) أي اعتبار الكفاءة في المال

التفاضل، حتى لو تزوّجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض. قال المصنف (**كأنه يعني محمداً (قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة)**) لا لانعدام أصل الكفاءة.

وقوله (**وبنو باهلة**) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهي في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها إليها، والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى، والواحد عربي، والأعرابي واحد الأعراب وهم أهل البدو (**وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة**) لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية، ولأنهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها. قال قائلهم:

ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهله

وقوله (**وأما الموالي**) ظاهر. وقوله (**كما هو مذهبه في التعريف**) أي في تعريف الشخص في الشهادة، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف. ولا حاجة إلى ذكر الجد، وعندهما لا بد من ذكر الجد. وقوله (**ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد في الإسلام**) نقل في النهاية عن الإمام المحبوبي أن هذا في الموالي، وأما في العرب فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له آباء في الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدّون النسب كفأ لنسب آخر إذا كانا مسلمين، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم، ومفاخرتهم بالإسلام، فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعدّه كفأ له (**والكفاءة في الحرية نظيرها**) أي نظير الكفاءة (**في الإسلام في جميع ما ذكرنا**) من الوفاق والخلاف فإن العبد لا يكون كفأ لمن هي حرة الأصل، وكذلك المعتق لا يكون كفأ لها والمعتق أبوه لا يكون كفأ لمن لها أبوان في الحرية (**لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة**) بسببه وروي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفأ له.

قال **(وتعتبر أيضاً في الدين)** أي الديانة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه.

هو **(أن يكون مالكاً للمهر والنفقة)** وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بما نسبه إلى قول أبي حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره، وبين أن المراد من المهر ملك ما تعارفوا تعجيله وإن كان كله حالا. وفي المجتبى: قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه، ولم يبين المراد بملك النفقة. واختلف فيه: قيل المعتبر ملك نفقة شهر، وقيل نفقة ستة أشهر، وفي جامع شمس الأئمة سنة، وفي المجتبى: الصحيح أنه إذا كان قادراً على النفقة عن طريق الكسب كان كفأ، ومعناه منقول عن أبي يوسف قال: إذا كان قادراً على إيفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوماً بيوم كان كفأ لها. وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر. وفي الذخيرة: إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لا يكون كفأ وإن كانت فقيرة اهـ. وفيه نظر، ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح، فإن كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لا نفقة لها **(قوله ويعد المرء قادراً بيسار أبيه)** وأمه وجدّه وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الأب **(قوله فأما الكفاءة في الغنى)** يعني بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافأته إياها في غناها، قال: معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد، لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الأصح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال مذمومة. وفي شرح الكنز: لا معتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح. وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة في الغنى وليس بشيء، فنص على أن ما في الهداية غير رواية الأصول، وكذا في الدراية قال: وهذا القول منهما في غير رواية الأصول. وفي كتاب النكاح: لا تشترط القدرة إلا على المهر والنفقة، وفي بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية، ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الأوائل، قال: وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صرح عن أبي يوسف بنفيه **(قوله وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان)** أظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفأ للعطار وهو رواية عن محمد، وعنه في أخرى: الموالي بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام، وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف، وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان: الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار، والظاهر عن محمد كذلك إلا أن تفحش وهو الرواية عن أبي يوسف. وفيما قدمناه من حديث بقية حيث

قال **(وتعتبر أيضاً في الدين)** أي وتعتبر أيضاً الكفاءة في الدين **(أي في الديانة)** وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق، وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام، ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة، وإنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة **(وهذا)** أي اعتبار الكفاءة في الديانة **(قوله أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه)** أي الدين بمعنى الديانة **(من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب)** فلما كان النسب معتبراً فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار. وقوله **(وأبو يوسف معه هو الصحيح)** أي قران قول أبي يوسف مع أبي حنيفة حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعاً هو الصحيح، واحترز بذلك عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفأ، وقال في شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس **(وقال محمد لا تعتبر)** الكفاءة في الديانة **(لأنه من أمور الآخرة، فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع)** أي يضرب على قفاه بعرض الكف **(ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان)** فإنه لا يكون حينئذ كفأ لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعليه الفتوى **(لأنه مستخف به)** أي بذلك الصفع **(وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية)** عن علمائنا **(حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ)** أما المهر

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول: لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف، فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه **(قوله هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى الخ)** أقول: قال ابن الهمام: هو احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه مع محمد، ورجحه السرخسي وقال: الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة اهـ.

وقال محمد: لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. قال (و) تعتبر **(في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة)** وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى أن من لا يملكها أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا. وعن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهر ويعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه.

فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر. وقال أبو يوسف: لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح (و) تعتبر **(في الصنائع)** وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان. وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ. وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها. وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة، ويمكن التحول عن الخسيسة إلى النفيسة منها، قال **(وإذا تزوجت**

قال فيه إلا حائكاً أو حجاماً، ما يفيد اعتبارها في الصنائع، لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزار والعطار، بخلاف المتباعدة، وعدّ الخياط مع الدَّبَّاغ والحجام والكناس قال: فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافاً فكان ظاهراً في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفاءة، وإليه ذهب بعض الشارحين قال: وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها، وعن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وإنما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي لأن حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلا بكونهما من من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره: وههنا خساسة هي أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكر باه تابعاً وإن كان ذا مروءة ومال. قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر، وفي زمنهما تعد فتعتبر. والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا، فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفأ للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدّها نقصاً البتة، اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **(قوله وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها)** فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما، فعن هذا ما في فتاوى النسفي: لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ. واعلم أن المدار على التسمية حتى لو

فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه، وأما النفقة فلأن قوام الازدواج ودوامه بها **(والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا)** ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة. وقوله **(وعن أبي يوسف)** هو غير ظاهر الرواية. روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: الكفء هو الذي يقدر على المهر والنفقة. قلت: فإن كان يملك المهر دون النفقة، قال: ليس بكفء قلت: فإن كان يملك النفقة دون المهر، قال: يكون كفؤا. قال الصدر الشهيد في تعليله: لأن المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب لأن الآباء في العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة. وقوله **(فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة)** ظاهر. وقوله **(وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان)** في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفأ للعطار. وفي رواية قال الموالي بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام **(وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ)** ووجه الروايتين ما ذكره في الكتاب وهو واضح.

(قال المصنف فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) أقول: قال ابن الهمام في التفريع: تأمل على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوي، وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه اهـ. ونحن نقول: إن فساد التفريع لا يحتاج إلى تأمل، بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة: ألا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا ويبتنى على الديانة.

المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا: ليس لهم ذلك. وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه. لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية. ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة، بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به **(وإذا زوّج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما، ولا يجوز ذلك لغير**

سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها. ثم قال المصنف **(وهذا الوضع)** أي قولنا إذا تزوّجت ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض، وقال محمد مع أبي يوسف: ليس لهم ذلك، ومعناه يجب تنقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم، عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي، قال: وهذه شهادة صادقة على رجوعه. وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك، فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد، وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما اهـ. ولا شك أن قولنا إذا تزوّجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط، فباعتبار عمومه يكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف، وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا يكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه. فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا للصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير، ورجوعه مروى أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قوله المصنف وقد صح ذلك، ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **(قوله وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما)** ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله في ذمة الصغيرة في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسراً أو معسراً فيقضيه

قال **(وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها)** إذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها **(فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك)** قال المصنف **(وهذا الوضع)** أي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه **(إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك، وهذه شهادة صادقة عليه)** فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض، وأقول: هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير وليّ، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول، وكذلك فإنه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول، وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله **(فأشبه الكفاءة)** يعني في تعير الأولياء بكل واحد منهما. واعترض بأن الشرع قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة، وكذلك النبي ﷺ لم يضع بناته في غير الأكفاء وزوّجهن بأدنى الصداق، فإنه ما زاد على أربع أواق ونش: أي نصف أوقية، ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لأن الزيادة بقدر الشرف، ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما. والجواب بأن وجه الشبه ما ذكرناه من تعير الأولياء، وهو وصف مؤثر في الباب، وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول: ولك أن تقول: إن بتبدل الأزمان والأوقات تتغير الرسوم والعادات، فلعل ذلك المقدار من المال كان بعد مهر المثل في تلك الأحوال فتأمل، ثم كون بناته ﷺ حين زوجهن صغائر غير ثابت **(قوله وهو وصف مؤثر في الباب الخ)** أقول: إنما يظهر تأثيره لو لم يكن خلافه منصوصاً عليه وإلا يكون تعليلاً في مقابلة النص فكان يجب التعرض له في الجواب.

الأب والجد، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع، ولهذا لا يملك ذلك غيرهما. ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة،

من مال الصغير **(وقالا: لا تجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه الناس)** وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته من غير كفء، ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا، لما قالوا: لو كان الأب معروفاً بسوء الاختيار مجانة وفسقاً كان العقد باطلاً على قول أبي حنيفة على الصحيح. ومن زوّج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره، ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظراً إلى شفقة الأبوّة. وما في النوازل زوّج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح: يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوّج على ظن أنه كفء يفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرفه الأب أنه يشربه فالنكاح نافذ، وهو ينافي ما قرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفء. والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفاً به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفاً بمثله **(قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما)** أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل، قيل بالأول وقيل بالثاني، واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهراً بإيجاب المال عوض نفسها ناقصاً أو إبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء بغبن فاحش في مالهما، فإيجاب المال عوض نفسها ناقصاً أولى بعدم النفاذ، وإذا كان بحيث لو زوج أمتها بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز، ولأبي حنيفة أن النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا، فإذا كان باطناً يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه، ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهراً، بخلاف غير الأب والجد من العصبات والأم لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الأم، وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف: لو زوّج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن عقداً موقوفاً إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء، وكذا لو كان الأب معروفاً بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلاً على قول أبي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح. أما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا في أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال، فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش لأنه إضاعة

بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من ذوي التحصيل. وقوله **(بخلاف الإبراء بعد التسمية)** جواب قولهما كما بعد التسمية، وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضرباً من اللؤم في العادات. وقوله **(وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة)** ظاهر. وقوله **(ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد)** بيانه أن هذا الكلام وهو قوله. وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح، كما لو تركها أصلاً أو زوّجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا. وقال آخرون: معناه أن نفس النكاح لا يجوز، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف **(لأن الولاية مقيدة بشرط النظر)** ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلاً، كما إذا باع الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منها بذلك **(ولهذا لا يملك ذلك غيرهما، ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر)** تقريره: النظر والضرر في هذا العقد باطنان، لكن للنظر دليل يدل عليه

وفي النكاح مقاصد تربو على المهر. أما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما **(ومن زوّج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوّج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز)** قال رضي الله عنه **(وهذا عند أبي حنيفة أيضاً)** لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز.

ما لهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه فلا يعوّل عليه، ويدل على ذلك تزويج النبي ﷺ فاطمة من عليّ بأربعمائة درهم[1] ولا شك في أنه دون مهر مثلها لأنها أشرف النساء فيلزم أن الامهر أكثر منه بل إلا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والأول منتف فلزم الثاني، وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه ﷺ إياها كان قبل بلوغها وإلا لا يفيد. وقد يقال: إذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة: أعني قرابة الأب والجد فلا يعتبر كونه معروفاً بسوء الاختيار لأن المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك. والجواب أن المظنة ما يغلب معها الحكمة إن لم تلزم فالمعروف بذلك حينئذ ليس مظنة. والحاصل إما تخصيص العلة أو القوم بأن العلة مجموع قرابة الأب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه. ومسئلة تزويج الأب بنته من غير كفء عبداً أو غيره قدمناها، والوجه من الجانبين واحد، والله أعلم.

(وهو قرب القرابة) الداعية إليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه، وإنما قلنا بأن النظر والضرر في هذا العقد باطنان لأن المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الإختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الأب في الحط والزيادة إلى ذلك ويجوز أن لا يكون، فكان النظر والضرر باطنين فأدير الحكم على الدليل، بخلاف البيع فإن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر، وأما في غير الأب فالدليل الدال على النظر معدوم. قوله **(ومن زوّج ابنته)** نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر، وكلامه ظاهر.

(قال المصنف: وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول: إن قيل هذا مخالف لما سبق في أول الفصل من أن الكفاءة من جانبها غير معتبرة. قلنا: فرق ما بين كفاءة وكفاءة، فلعلها يعتبر أن الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لأن رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها، ألا يرى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة في الديانة وبينها في غيرها على ما ذكره ابن الهمام في شرحه. هذا ولك أن تقول ما سبق في أول الفصل هو مذهب أبي حنيفة، ومذهبهما أنها معتبرة من جانبها أيضاً، وسينتقل الشارح عن الكاشاني في آخر الفصل الثاني ذلك، وفيه تأمل، والله أعلم.

---

(١) يشير المصنف لما أخرجه البيهقي من طريق محمد بن إسحاق عن علي في قصة خطبة فاطمة وفيه: قال النبي ﷺ هل عندك من شيء تستحلها به؟ قال: لا والله يا رسول الله قال: فما فعلت في درعك الحطمية التي كنت سَلّمْتُكَهَا قال علي: إنها لدرع ما ثمنها إلا أربعمائة درهم قال: اذهب فابعث بها.
قال البيهقي: كذا في كتابي أربعمائة درهم. ورواه يونس بن بكير عن ابن إسحاق فقال: أربعة دراهم.
قلت: والخبر ضعيف على كل الأحوال. لأن ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه وهو منقطع أيضاً مجاهد بن جبر لم يدرك علياً.
ورواه البيهقي من وجه آخر عن رجل عن علي فذكر خبر الدرع ولم يذكر ثمنها. والاسناد ضعيف لجهالة الرجل وسيأتي مفصلاً في باب المهر إن شاء الله تعالى.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه) وقال زفر: لا يجوز **(وإن أذنت المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز)** وقال زفر والشافعي: لا يجوز.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

من أحكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد إن شاء الله تعالى. ولما كانت الوكالة نوعاً من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الأصلية فأوردها ثانية في التعليم لباب الأولياء، ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنهما لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب إلى الولي المجيز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الأصل في السبب، غير أن ابتداءه بالولي إن نظر فيه إلى أنه أقوى ناسب الابتداء به، وإن نظر إلى أن عقد الفصل للوكيل أوّلاً وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **(قوله ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه)** الصغيرة بغير إذنها والبالغة بإذنها، فيقول اشهدوا أني تزوّجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان أو زوّجتها من نفسي **(وقال زفر: لا يجوز، وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوّجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز، وقال زفر والشافعي: لا يجوز)** وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني أن أزوّجها من نفسي وقد فعلت ذلك، فلو لم ينسبها إلى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها. وفي النوازل قال: لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية، ألا يرى أنه لو قال تزوّجت امرأة وكلتني لا يجوز، وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها. وذكر الخصاف: رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها إلى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعاً من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب أن يذكرها في باب الأولياء في **فصل** على حدة. وقوله **(وغيرها)** أي غير الوكالة كنكاح الفضولي. قوله **(ويجوز لابن العم)** صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر، وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى وهو أن الواحد لا يكون مملكاً ومتملكاً لشيء واحد في زمان واحد. واستثنى الشافعي الولي لأن مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة، وبناه على الضرورة **(ولنا أن**

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(قال المصنف: إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة الخ) أقول: قال ابن الهمام: هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسألة الأولى بالجواز كقولنا، ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجد، فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه، والذي يجيزه الشافعي من تولى الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملكاً متملكاً فلا يصلح مستثنى، ولو جعل منقطعاً لم يصح تعليله بالضرورة، فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكاً ومتملكاً شرعاً إلا في الولي، صح ذلك ضرورة لكنه منتف اهـ. لا تمسنا الحاجة إلى ولاية الإجبار، فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه بإذنها ضرورة فليتأمل، إلا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضاً إلا في وجه أبعد كما صرح به في كتبهم **(قوله بأن يقول تزوجت بنت عمي فلانة الخ)** أقول: هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية **(قال المصنف: ولا ترجع الحقوق إليه الخ)** أقول: قال السروجي: قوله ولا ترجع الحقوق إليه، قلت: تعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم، فإن الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه اهـ. ويمكن أن يقال: معنى كلام المصنف لا ترجع إليه الحقوق بمجرد كونه عاقداً وجعل عبد نفسه مهراً زائداً على العقد فتأمل.

لهما أن الواحد لا يتصوّر أن يكون مملكاً وممتلكاً كما في البيع؛ إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه، ولا ضرورة في حق الوكيل.

قال: يقول إني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت أمرها إليّ بأن أتزوجها فأشهدكم أني تزوّجت المرأة التي أمرها إليّ على صداق كذا فينعقد النكاح. قال شمس الإئمة الحلواني: الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به. وقال في التجنيس: وذكر في المنتقى أن مثل هذا التعريف يكفي، ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود، فعن الحسن وبشر يجوز، وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود، والأول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لأن الشرط ليس شهادة تعتبر للأداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم، ثم رأيت في التنجيس أنه هو المختار لأن الحاضر يعرف بالإشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها، وهذا كله إذا لم يعرفها الشهود، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التي يعرفونها لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اهـ. وبقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور والظاهرية. وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوّجها مطلقاً فإنه لو زوّجها من نفسه لا يجوز، وكذا لو وكلت أجنبياً أو وكل امرأة بأن تزوجه فزوّجته من نفسها لا يصح أيضاً **(لزفر والشافعي أن الواحد لا يتصور)** على البناء للفاعل **(أن يكون مملكاً ومتملكاً كما في البيع)** لا يجوز كونه وكيلاً من الجانبين لتضادّ حكمي التمليك. والتملك، ويوافقه الأثر، وهو ما روي عنه ﷺ «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب، ووليّ، وشاهدا عدل»[1] **(إلا أن الشافعي يقول)** على أحد الوجهين **(في الولي ضرورة إذ لا يتولاه غيره)** فلو منع من تولي شطريه امتنع أصلاً لأنه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائماً مقامه وانتقلت عبارته إليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق في التحقيق. وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضاً لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجد فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه، والذي يجيزه الشافعي من تولى الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكاً ومتملكاً فلا يصلح مستثنى، ولو جعل منقطعاً لم يصح تعليله بالضرورة، فإن معنى الكلام أنه لا يصح المباشر مملكاً ومتملكاً شرعاً إلا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف **(ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر)** حتى لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل على ما نذكر، ولا ترجع حقوق العقد إليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة، بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلاً من جهة البائع والمشتري فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغني عن الإضافة والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين والتمانع إنما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ، فالذي يرجع إليه لا امتناع فيه، والذي فيه الامتناع لا يرجع إليه، وللانتقال لكونه معبراً بعبارة يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الأثر. واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب، فإنه لو باع مال ابنه

الوكيل في النكاح سفير ومعبر) وكل من هو كذلك لا يمتنع أن يكون مملكاً ومتملكاً لأنه لا تمانع في التعبير بأن يقول تزوّجت بنت عمي فلانة على صداق كذا، وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء وهي لا ترجع إليه

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٢٥ من حديث عائشة مرفوعاً.
بلفظ: لا بد في النكاح من أربعة الولي، والزوج، والشاهدين وقال الدارقطني: فيه أبو الخصيب مجهول.
وأخرجه البيهقي ٧/ ١٢٥ من حديث عائشة بهذا السياق وقال: فيه المغيرة بن موسى البصري قال البخاري عنه: منكر الحديث وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٦٣: ورواه البيهقي في الخلافيات عن ابن عباس موقوفاً عليه وصححه اهـ.
وأما لفظ: فهو سفاح فقريب.

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر، والتمانع في الحقوق دون التعبيز ولا ترجع الحقوق إليه، بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وإذا تولى طرفيه فقوله زوّجت يتضمن الشرطين فلا يحتاج إلى القبول. قال (وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف فإن أجازه المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوّج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلاً بغير رضاه) وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة.

من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح، ولا يخفى أن هذا على التشبيه وإلا فبيع الأب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والأصالة. ثم إذا تولى طرفيه قال المصنف فقول زوّجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده، وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره، والوكيل من الجانبين يقول زوّجت فلانة من فلان. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: هذا إذا ذكر لفظاً هو أصيل فيه، أما إذا ذكر لفظاً هو نائب فيه فلا يكفي، فإن قال تزوّجت فلانة كفى، وإن قال زوجتها من نفسي لا يكفي لأنه نائب فيه. وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفاً صريحة في نفس هذا الاشتراط، وصرح بنفيه في التجنيس أيضاً في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال: رجل زوّج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوّجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج إلى أن يقول قبلت، وكذا كل من يتولى طرفي العقد إذا أتى بأحد شطري الإيجاب يكفيه، ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلاً من الجانبين (قوله فإن كل عقد) كالبيع والإجارة ونحوهما (صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة) فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستنداً إلى العقد. فسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصيلاً. وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية: الأصل عندنا أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وإن لم يكن تبطل. والشراء إذا وجد نفاذاً نفذ على العاقد وإلا توقف. بيانه: الصبي إذا باع ماله أو اشترى أو تزوّج أو زوّج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر، فلو بلغ قبل أن يجيزه الولي فأجاز بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه، ولو طلق الصبي امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدّق أو زوّج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مالاً يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة، ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أو أوقعت ذلك الطلاق والعتاق اهـ. وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقاً ولا بالولي، إذا لا توقف في هذه الصور، وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضائها، ولو أراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقاً كان ينبغي أن يقول وله مجيز ومن يقدر على إنفاذه ليصح جواب المسئلة: أعني قوله انعقد موقوفاً لأن الصبي في الصور المذكورة فضولي، ولو قيل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على إنفاذه، وعلى هذا لا يكون العقد شاملاً لليمين لأنها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة إمضائه فقط، وصورته أن يقول آجنبي لامرأة رجل إن دخلت الدار مثلاً فأنت طالق، فإنه يتوقف على إجازة الزوج، فإن أجاز تعلق فتطلق بالدخول، ولو دخلت قبل الإجازة لا تطلق عند الإجازة، فإن عادت ودخلت بعدها طلقت، كذا في الجامع. وفي المنتقى، إذا دخلت قبل الإجازة فقال الزوج أجزت الطلاق عليّ فهو جائز، ولو قال أجزت هذه اليمين عليّ لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الإجازة. وعرف مما ذكرنا أن الصبي إذا تزوج يتوقف على إجازة وليه لأن الصبي العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج إلى رأي الولي، فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الإمضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فإن اسم العقد لا يتم إلا بالشطرين أو ما يقوم مقامهما، فعلى هذا قوله وما لا مجيز له، أي ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوّجه الفضولي أمة أو أخت

لأنه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وإذا تولى طرفيه فقوله زوّجت يتضمن الشطرين) أي شطري الإيجاب والقبول لأن الوحد لم قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين (فلا يحتاج إلى القبول) وقوله (وتزويج العبد والأمة) ظاهر. وقوله (وبه مجيز) أي قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً آخر أو وكيلاً أو أصيلاً.

وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلهاباطلة لأن العقد وضع لحكمه، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله، ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفاً. حتى إذا رأى

امرأته أو خامسة أو زوّجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان فإنه أيضاً يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتي لا عواصب لهن فوقع باطلاً، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ، أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء. ولا يلزم على هذا المكاتب إذا تكفل بمال ثم أعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها، وكذا إذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة، وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لأن كفالته التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام، لكن لا يظهر للحال لحق المولى، فإذا زال المانع بالإعتاق ظهر موجبه. أما التوكيل والوصية فالإجازة فيهما إنشاء لأنهما يعقدان بلفظ الإجازة والإنشاء لا يستدعي عقداً سابقاً ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتي أو أن تعتق عبدي أو أن تكون وكيلي أو أن يكون مالي وصية كان توكيلاً ووصية، بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبدي أو أن تكون فلانة زوجتي أو أن يكون مالي لفلان لا يتم ذلك. ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال إن ركن العقد وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافاً إلى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر في انعقاده على التوقف، إنما الضرر في إبرامه بدون اختيار من له الإجازة فوجب أن ينعقد موقوفاً على الإجازة حتى إذا رأى من له الإجازة المصلحة فيه ينفذه وإلا يتركه، فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد، وما فيه مصلحة وهو توقفه على الإجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة[1] له هو الثابت، فكان تصرف الفضولي هذا من باب الإعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذي قلناه لأنه داخل في عموم فعل الخيرات (وقد يتراخى حكم العقد عن العقد) كما في البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشتري إلى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه في الحال على عقد الفضولي لا يوجب بطلانه. والأولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى الخ، فقوله لا يقدر على إثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل إذا أيس من مصلحته. وإنما قلنا هذا لأن قوله صدر من أهله مما يمنع، ويقول الشافعي إن أريد أهل العقد في الجملة فمسلم ولا يفيد، وإن أريد هذا العقد الذي هو فيه فضولي فممنوع بل أهله من له ولاية إثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة) يعني الغائبة من غير إذن سابق منها له (فبلغها فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوّجتها منه فقبل آخر فبلغها فأجازت جاز) وإن يقبل أحد لم يجز (وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) يعني يكون العقد باطلاً إذا قالت اشهدوا أني قد تزوّجت فلاناً: يعني الغائب من غير إذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز، وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوّجته منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فأجاز جاز، وإن

وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الأصلية هو الحكم والأسباب والعلل وسائل إليه (والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم) إلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفي، وإذا لم يكن قادراً كان كلامه لغواً (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوّجت وتزوّجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافاً إلى محله) وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرّمات (ولا ضرور في انعقاده) لكونه غير لازم موقوفاً على الإجازة (فينعقد موقوفاً، فإن رأى فيه مصلحة نفذه) وإلا أبطله. وقوله (وقد يتراخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب: يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تأخر إلى الإجازة، والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه متراخ إلى سقوط الخيار. وقوله (ومن قال اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة) ظاهر. والفرق بين المسئلتين أن الأولى لا مجيز لها فلا

---

(١) (وجه وجود المصلحة) كذا في الأصول، ولعل لفظ وجود مزيد من النساخ كما هو ظاهر كتبه مصححه.

المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد **(ومن قال اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل، وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوّجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز. وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا زوّجت نفسها غائباً فبلغه فأجازه جاز. وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندهما خلافاً له.

لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وإن أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل، وقال أبو يوسف فيهما يجوز إذا أجاز الغائب وإن لم يقبل أحد. وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل زوّجت فلانة من فلان فيكون فضولياً من الجانبين إن قبل منه فضولي آخر توقف اتفاقاً وإلا فعلى الخلاف فتحصل ست صور: ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوّجت فلانة أو المرأة تزوجت فلاناً أو الفضولي زوّجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها، وثلاث خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد، ثم قال: وحاصل الخلاف الخ: يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لايصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب أو وكيلاً أو ولياً. وقيده بعضهم بما إذا تكلم بكلام واحد. أما إذا تكلم بكلامين فإنه يتوقف بالاتفاق، ذكره في شرح الكافي والحواشي، ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب، بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه، وأصل المبسوط خال عنه. قال: ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين إذا كان ولياً لهما أو وكيلاً عنهما، ولا يجوز ذلك إذا كان ولياً أو وكيلاً لأحدهما دون الآخر، أو لم يكن ولياً ولا وكيلاً لواحد منهما، وعبارة المبسوط أيضاً كذلك، وإنما هو من التصرفات والظاهر أن منشأ ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وقال آخراً لا يتوقف، فأخذ منه أن الفضولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق: يعني لأنه حينئذ عقد لا شطر، وأن الخلاف فيما إذا تكلم بكلام واحد، وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الإطلاق، وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضولياً من الجانبين، وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشطر اتفاقي لأن الإلزام لا يقع إلا بمتفق وإلا لم يصح فيخالف ما في المبسوط، وهو الراجح لأنه لا يعلم خلاف في أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق، على أن شطر العقد لا يتوقف وإلا لجاز أن يقبل في مجلس آخر، ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك، فالحق أن مبنى الخلاف في أن ما يقوم بالفضولى عقد تام أو شطره، فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين **(قوله وهو يقول لو كان مأموراً من الجانبين نفذ اتفاقاً)** وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاماً وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين، فإذا كان فضولياً من الجانبين يتوقف لأنه لا فارق إلا وجود الإذن وعدمه، وأثره ليس إلا في النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقداً تاماً فيتوقف. وحاصله قياس صورة عدم الإذن على صورة الإذن في كونه عقداً تاماً ويثبت بثبوته لازمه وهو التوقف بإلغاء الفارق وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والإعتاق على مال) قياس على صور أخر هي ما إذا قال خلعت أمرأتي أو طلقتها على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز، وكذا أعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالأولى. ولهما أن القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف، أما الثانية فبالاتفاق، وأما الأولى فلأنه

تتوقف، والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المجيز. وقوله (وهذا) أي مجموع ما ذكر (قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا زوّجت نفسها فبلغه) يعني بغير مجيز (كأجازه جاز) قوله (وحاصل ذلك) قال الإمام المحبوبي: ههنا ست مسائل، ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف: إحداها أن الفضولي إذا قال زوّجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر، أو قال الرجل تزوّجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك وقالت المرأة زوّجت نفسي من فلان الغائب وقيل عن فلان فضولي توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاماً موقوفاً على

(قوله وهذا: أي مجموع ما ذكر) أقول: أو التفصيل المذكور.

ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع. هو يقول لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ، فإذا كان فضولياً يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال. ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما جرى بين الفضوليين عقد تام، وكذا الخلع وأخناه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم

شطر حالة الحضرة: أي خطاب الحاضر وقبوله، فكذا حالة الغيبة لأنه لا فرق بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة، وذلك لا يوجب صيرورته عقداً تاماً لأن كون كلامي الواحد عقداً تاماً هو أثر كونه مأموراً من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر، وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين، وكلام الواحد ليس كلام اثنين إلا حكماً لإذنهما له أو ولاية له، ولا إذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به، فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقداً تاماً، وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك، ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقداً تاماً لأن كون الكلام عقداً تاماً لازم شرعي مساو للنفاذ ولا إذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي، بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لأنه تعليق الطلاق والعتق بقبولهما المال فيتم به إذ ليس عقداً حقيقاً، ولذا لو كانت هي المخالعة بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها مبادلة. وعورض بأنه لو كان تعليقاً لما بطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل، وليس لها أن تقبل بعده. أجيب لا يلزم من كونه تعليقاً أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله.

[فروع] للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبي يوسف، حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد. ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح. هذا وتثبت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف، وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت على المختار، واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الإجازة، وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه، وكذا إذا هنأه فقبل التهنئة لأنه دليل الرضا، وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لأن تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسيأتي الكلام فيه. ولو زوّجه الفضولي أربعاً في عقدة وثلاثاً في عقدة

الإجازة. وفي ثلاث منها اختلاف: إحداها ما ذكر أوّلاً وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة، والثانية أن تقول المرأة زوّجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر. والثالثة أن يقول الفضولي زوّجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب، وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وعلى قوله آخراً يتوقف **(وهو يقول في الفضولي من الجانبين (لو كان مأموراً من الجانبين نفذ، فإذا كان فضولياً توقف)** لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال، فإن الزوج إذا قال خالعت امرتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول **(ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شطر حالة الحضرة)** حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقداً تاماً لم يكن كذلك والجامع **(فكذا عند الغيبة)** لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف **(وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينقل كلامه إلى العاقدين)** فيصير ككلامين **(وما جرى بين الفضوليين عقد تام)** لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف **(وكذا الخلع وأخناه)** أي الطلاق على مال والإعتاق عليه **(لأنه تصرف يمين من جانبه)** ولهذا كان لازماً لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقداً تاماً، وإنما

(قوله والجامع احتياج الكل) أقول: فيه بحث: فإن هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف **(قال المصنف: ولهما أن الموجود شطر انعقد)** أقول: يعني أن الموجود المعتبر شرعا هو شرط العقد، وهذا يشمل ما إذا تكلم الفضولي بكلام واحد أو كلامين إيجاب وقبول، فإن قبوله غير معتبر شرعاً كما في حالة الحضرة، فكذا في الغيبة فيلغو فيلحق بالعدم، والله أعلم.

فيتم به **(ومن أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة فزوّجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما)** لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق **(ومن أمره أمير بأن يزوّجه**

فطلق واحدة من فريق كان إجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح، وكذا لوادعت على رجل نكاحاً فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون إقراراً بالنكاح الصحيح لأن دعواها لم يظن كونها كذباً وتمرداً ليكون ظاهراً في المتاركة، بخلاف ما لو باشره العبد بلا إذن سيده. وقوله بالفارسية مال انيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهراً، ومثل ذلك في المرأة، وقبول المهر إجازة، وقبول الهدية ليس بإجازة لأنه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر **(قوله ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما)** هذا شروع في مسائل الوكيل، ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل، وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها. وقوله لم يلزمه واحدة منهما: يعني إذا لم يعينها للوكيل، وكأنه إكتفى بالتنكير دلالة على ذلك، أما إذا عاينها فزوّجه إياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة، ولو زوّجه إياهما في عقدتين لزمته الأولى وتتوقف الثانية لأنه فضولي فيه، ولو أمره بثنتين في عقدة فزوّجه واحدة جاز، بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده، وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر إلا إن قال: لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة، ثم أفاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله ولا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى تنفيذ إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ له أن يجيز نكاحها أو نكاح إحداهما، ولا هو لازم مما ذكره، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقاً وهو المطلوب. وكان أبو يوسف يقول أولاً: يصح نكاح إحداهما بغير عينها والبيان إلى الزوج، ثم رجع لأنه إنما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط. وإذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيئاً من فروعه، فالوكيل إذا خالف

قال من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء. قوله **(ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين)** لا يخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها، والثاني مسألة الكتاب وهو على ما ذكره واضح. وكان أبو يوسف يقول أوّلاً لا يصح نكاح إحداهما بغير عينها والبيان إلى الزوج لأن المأمور ممتثل أمره في إحداهما، ولا يبعد أن تكون إحداهما بغير عينها منكوحة، كما لو طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً بغير عينها فالبيان إلى الزوج. قال شمس الأئمة السرخسي: وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح، وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لأنه تعليق بالبيان، بخلاف الطلاق وفي الأوّل وهو أن أمره أن يزوجه فلانة فزوّجها وأخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للأمر به وتوقف نكاح الأخرى على الإجازة لأنه

(قوله وكان أبو يوسف، إلى قوله: لأنه ليس كالطلاق الخ) أقول: الظاهر من تقرير تعليل أبي يوسف أنه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقائه لا النكاح بالطلاق، فكان الأولى في بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت استقلالاً **(قوله وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول الخ)** أقول: قال السروجي. قلت: يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدين، على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء على ما يأتي في أول البيع إن شاء الله تعالى اهـ. ويجوز أن يقال: جواز ما ذكرتم إنما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه في معنى ما ورد به الشرع وهو منتف هنا **(قال المصنف: فتعين التفريق)** أقول: يعني بينه وبين كل منهما. قال ابن الهمام: وهذا غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق ولا يساويها، إذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح إحداهما، ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم إمكان تنفيذها وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقاً وهو المطلوب اهـ. ويمكن أن يقال: مراد المصنف فتعين التفريق إذا لم يجز تزويجهما، ورده بقرينة سياق كلامه فليتأمل **(قوله وإما لما قيل الخ)** أقول وإما ليعلم جواز النكاح فيمن دونه بطريق أولى **(قوله قال الكشاني دلت المسئلة الخ)** أقول: إن أراد دلت على اعتبارها في الوكالة عندهما فسلم بالنظر إلى دليلهما، وإن أراد مطلقاً فممنوع **(قال المصنف: قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً)** أقول: فيه بحث **(قوله فلا يصلح مقيداً لإطلاق اللفظ، إلى قوله: والتقييد يقابله، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المقيد أيضاً هو اللفظ غايته أن الباعث للتقييد شيء غيره، ولا ينتفي بذلك اتحاد المحل كما لا يخفى على من يتأمل، ثم كيف يصح أن يقال: إن العرف العملي لا يصلح مقيداً، وقد اتفقوا على أن المتبايعين إذا أطلقا الثمن ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيجيء.

امرأة فزوّجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة) رجوعاً إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة **(وقالا: لا يجوز إلا أن يزوّجه كفأ)** لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأكفاء. قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً. وذكر في

إلى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده، وليس منه ما إذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحاً، بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلاً لأن النكاح الفاسد ليس نكاحاً لأنه لا يفيد حكمه وهو الملك. وأما العدّة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكماً له بل للفعل إذا لم يتمحض زنا، بخلاف البيع الفاسد فإنه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه إلى البيع الصحيح خلافاً إلى خير فيلزم، وليس منه ما إذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوباً من مال نفسه فإنه لا ينفذ، والنكاح موقوف على إجازة الزوج لأنه خلاف إلى ضرر لأن الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لأنه متبرع، ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك إلا بعد الدخول فهو بالخيار، ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لأنه لم يعلم فإن فارقها بعد الدخول فلها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك، بخلاف ما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز، ولو أمره ببيضاء فزوّجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوّجه من أخرى أو بأمة فزوّجه حرة لا يجوز، ولو زوّجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز **(قوله ومن أمره أمير أن يزوّجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعاً إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة، وقالا: لا يجوز إلا أن يزوّجه كفأ)** والتقييد بالأمير مطلقاً وإن كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى. فحاصل المسئلة إذا أمره غيره بتزويجه فزوّجه امرأة لا تكافئه ولا تهمة، ولو زوّجه أمة لغيره أو عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافاً لهما، ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقاً، وقيل هو قوله خلافاً لهما. ولو زوّج وكيل المرأة غير كفء، قيل هو على الخلاف، وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقاً. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن المرأة تعير بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فإنه لا يعيره أحد بعدم كفاءتها له لأنه مستفرش واطىء لا يغيظه دناءة الفراش، أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة، ولهذا لو وكل امرأة فزوّجته نفسها أو وكلت رجلاً فزوّجها من نفسه لا يجوز، وكذا إذا زوج وكيل الرجل بنته ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة. ولهما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء **(قلنا العرف مشترك)** أي الواقع من أهل العرف تزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصاً بتزويج المكافئات لينصرف الإطلاق إليه **(أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً)** للفظ إذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم إليه لفظ يقيده، ولا يخفى ما في هذا الوجه. وقولهم في الأصول الحقيقة تترك بدلالة العادة ينفيه، إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً، فالأولى الأول. قال الاسبيجابي: قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث، وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله **(وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوّج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوّج بالمكافئة)** إشارة إلى اختياره قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومة. والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياساً لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أيّ الاستحسانين أولى. وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ إن هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال، إذ ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لا تقصد إلا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم، لأن كل أحد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير إجماعاً، والفاحش عنده خلافاً لهما. والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقاً أن التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن إضافة العقد إلى موكله فيجوز منه

فضولي فيها. وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالأمير وحكم غيره كذلك. قال الإمام المحبوبي: وعلى هذا الخلاف إذا لم يكن أميراً فزوّجه الوكيل أمة أو حرة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة، إما اتفاقاً، وإما لما قيل قيده بذلك لتظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما، وقيد بقوله أمة لغيره لأنه لو زوّجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة، وأشار إليه في الدليل بقوله وعدم التهمة. وأما إطلاق اللفظ فإن لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة، كما إذا حلف لا يتزوّج امرأة يقع على الحرة والأمة جميعاً. وقوله (وهو التزوّج بالأكفاء) قال الكشاني: دلت المسئلة على أن الكفاءة

الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوّج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوّج بالكفء، والله أعلم.

بالغبن الكثير، بخلاف الشراء فإنه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسراً فجعله لموكله، ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح إلا أن يجيزه، وكذا إن سمى للوكيل ألفاً مثلاً فزوّجه بأكثر، فإن دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لأن هذا الدخول ليس رضا لأنه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف إذ لم يعلم بخلافه، بخلاف ما لو علم فدخل بها، فإن فارقها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل، فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر، وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لأنه لما لم يمتثل صار فضولياً، ولو كانت هي الموكلة وسمت ألفاً مثلاً فزوّجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوّجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار، إن شاءت أجازت النكاح بدينار وإن شاءت ردته، ولها مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة عدة لها لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة، وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها، فإن ردت فباقي الجواب بحاله. قال المصنف رحمه الله في التجنيس: يجب أن يحتاط في مثل هذا الأمر لأنه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوّجها به الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح، وكذا هذا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة، وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال: إذا أرسل إلى المرأة رسولاً حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء إذا بلغ الرسالة فقال إن فلانا يسألك أن تزوّجيه نفسك فأشهدت أنها زوّجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة، فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضولياً ولم يرض الزوج بصنعه، ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل. ثم ذكر في الرسول فروعاً كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها لفوائدها. قال: فإن كان الرسول زوّجها وضمن لها المهر وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج إن أقر بذلك أو ببينة، والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان، فإن جحد ولا بينة بالأمر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لأنه مقر بأنه أمر بذلك وأن النكاح جائز وأن الضمان قد لزمه، وإقراره على نفسه صحيح قال: وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله: على الوكيل المهر كله لأن جحود الزوج ليس بفرقة، وهذا يبين لك أن لا فرق في هذه الأحكام بين الرسول والوكيل، ثم قال في المبسوط: فقيل إن ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأوّل، وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً عنده، فنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر، وعلى قول محمد رحمه الله: لا ينفذ باطناً فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لإقراره به، وقيل بل فيه روايتان: وجه تلك الرواية أن الزوج منكر لأصل النكاح، وإنكاره للنكاح ليس طلاقاً فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه. هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك إسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه. قال: فإن كان الرسول قال لم يأمرني ولكني أزوّجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لأن الإجازة كالإذن في الابتداء، وإن لم يجز لم يكن على الرسول شيء لأن أصل السبب قد انتفى بردّه، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، والله أعلم.

تعتبر في النساء للرجال أيضاً عندهما، وكذا ذكره في الأصل (قلنا العرف مشترك) يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا، فإن الأشراف كما يتزوّجون الحرائر يتزوّجون الإماء للتسهيل (أو هو عرف عملي) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ. وبيانه أن العرف على نوعين: لفظي نحو الدابة تقيد لفظاً بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل. وعملي أي عرف من حيث العمل: أي من حيث أن عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيداً) لإطلاق اللفظ لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه. وقوله (وذكر) يعني محمداً (في وكالة الأصل) إشارة إلى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح.

باب المهر

(**ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً**) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعاً إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا، وفيه خلاف مالك

باب المهر

المهر حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه إياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي (**قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً**) لا خلاف في ذلك (**لأن النكاح عقد انضمام**) يعني ليس مأخوذاً في مفهومه المال جزءاً فيتم بدونه، إلا أن قوله عقد لا يستلزمه إلا إذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف إذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعاً على الدعوى، ويرد حينئذ أن المهر أيضاً واجب شرعاً فيه فأجاب بأنه وجب شرعاً حكماً له حيث أفاده بقوله (**فلا يحتاج إلى ذكره**) إذا لم يسم إبانة لشرف المحل. أما أنه وجب شرعاً فلقوله تعالى ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم**﴾ [النساء: ٢٤] فقيد الإحلال به، وأما اعتباره حكماً لقوله تعالى ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾ [البقرة: ٢٣٦] فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجباً ليس متقدماً وهو الحكم، وأما أنه إبانة لشرفه فلعقلية ذلك إذ لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البدل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستهان به، وإذن فقد تأكد شرعاً بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه، كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (**قوله وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لا مهر لها**) أي فيصح النكاح (**وفيه خلاف مالك**) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح، فكذا النكاح بشرط أن لا مهر، وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضاً، إلا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود[1] في المفوّضة وسنذكره. قلنا: حديث ابن مسعود على أن المهر اعتبر

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لأنه حكمه، فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكماً له والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو بالعقد. وله أسامٍ: المهر، والصداق، والنحلة، والأجر، والفريضة، والعقر. لا خلاف لأحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر، قال الله عز وجل ﴿فانكحوا﴾ والنكاح لغة لا ينبيء إلا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين، فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص. فإن قيل: المهر واجب شرعاً فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه؟ أجاب بقوله (**ثم المهر واجب شرعاً**) يعني أن وجوبه ليس لصحة النكاح، وإنما هو لإبانة شرف المحل (**فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح**) فإن قيل: هذا دعوى فلا بد لها من دليل قلت: دل عليه قوله تعالى ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾ حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (**وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا**) أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين.

باب المهر

(**قوله فإن ظهر المثل يجب بالعقد الخ**) أقول: لا أدري لم خص مهر المثل بالذكر، والحال أن وجوب المهر مطلقاً مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الأولى هو الإجراء على العموم (**قوله فإن قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل**) أقول: أقيم الدليل عليها بأنه يلزم الزيادة على النص، إلا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه ما فيه.

---

(١) خبر ابن مسعود وفيه قصة بروع بنت واشق بكسر الباء سيأتي بعد ورقات وفيه أن الرجل إذا لم يسم الصداق وجب مهر المثل.

(وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعي: ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها. ولنا قوله ﷺ «ولا مهر أقل من عشرة» ولأنه حق الشرع وجوباً إظهاراً لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب

حكماً شرعاً، وإلا لما تم بدون التنصيص عليه إذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه، فحيث كان واجباً ولم يتوقف عليه الوجود كان حكماً، وإذا ثبت كونه حكماً كان شرط عدمه شرطاً فاسداً، وبه لا يفسد النكاح، بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه، وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت. هذا ويصح الرهن بمهر المثل لأنه كالمسمى في كونه ديناً، فإن هلك وبه وفاء كانت مستوفية، فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المتعة، ولو كان الرهن قائماً وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة في قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لأنها خلفه، والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة. وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهي غير الدراهم، والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلاً بالمتعة. ويتفرع على القولين ما إذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام قيمته؟ ففي قوله الأوّل لا ضمان عليها لأنها حبسته بحق، وفي الآخر تضمن تمامه لأنها غاصبة، ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها، ولكنها في قوله الأوّل تصير مستوفية للمتعة، وفي قوله الآخر لها أن تطالبه بها **(قوله وأقل المهر عشرة دراهم)** فضة وإن لم تكن مسكوكة بل تبراً، وإنما يشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلاً لوجود الحد، وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار، وعند النخعي أربعون درهماً. وقال الشافعي وأحمد: ما يجوز ثمناً لأنه حقها إذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه إبراء واستيفاء **(فيكون التقدير إليها)** ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه: كم سقت إليها؟ قال: وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أولم ولو بشاة[1]» رواه الجماعة. والنواة خمسة دراهم عند الأكثر، وقيل ثلاث وثلث، وقيل النواة فيه نواة التمر. وعن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً أو تمراً فقد استحل[2]» رواه أبو داود، ولأن قوله تعالى **﴿أن تبتغوا بأموالكم محصنين﴾** [النساء: ٢٤] يوجب وجود المال مطلقاً، فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه. ولنا قوله ﷺ من حديث جابر رضي الله عنه «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم[3]» رواه الدارقطني والبيهقي، وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض

وقوله **(وفيه)** أي فيما إذا تزوّجها بشرط أن لا مهر لها **(خلاف مالك)** يعني أنه لا يجوزه، قال: لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لا يكون مهر، والقياس على البيع يقتضي شمول العدم، وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجيء. قلنا: دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفي المهر كدلالته على جواز ترك ذكره لأن ما يكون عوضاً يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ذكره ونفيه كالبيع **(وأقل المهر عشرة دراهم. وقال الشافعي: ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع لأنه حقها)** شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٥٥ و٦٣٨٦ ومسلم ١٤٢٧ ح ٧٩ وأبو داود ٢١٠٩ والترمذي ١٠٩٤ وابن ماجه ١٩٠٧ وابن حبان ٤٠٩٦ وأبو يعلى ٣٣٤٨ و٣٤٦٣ والبيهقي ٧/ ٢٣٦ والبغوي ٢٣٠٩ وعبد الرزاق ١٠٤١٠ وأحمد ٣/ ١٦٥ ـ ٢٢٧ ـ ٢٧١ والدارمي ٢١٢٤ كلهم من حديث أنس رووه مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه. وكرره البخاري بلفظ: أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله ﷺ، فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار قال: كم سقت إليها؟ قال: زِنَةَ نواةٍ من ذهب قال رسول الله ﷺ: أولم ولو بشاة.
هذا لفظ البخاري برقم ٥١٥٣ والرواية الثانية فقال له: بارك الله لك أولم ولو بشاة.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١١٠ والبيهقي ٧/ ٢٣٨ كلاهما من حديث جابر.
قال أبو داود: رواه ابن مهدي عن صالح بن رومان عن أبي الزبير عن جابر موقوفاً.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٠: قال عبد الحق: لا يعوّل على من أسنده اهـ قال الذهبي في الميزان: المسند فيه إسحاق بن جبريل البغدادي وهو لا يعرف وضعفه الأزدي ومسلم بن رومان ويقال اسمه صالح بن رومان وهو مجهول اهـ الزيلعي.

(٣) تقدم في بحث الكفاءة وفيه مُبَشِّر بن عُبيد اتهمه أحمد وغيره بوضع الحديث فالخبر واهٍ وكذا حكم الزيلعي بضعفه في ٣/ ١٩٩.

السرقة (ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة) عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كانعدامه.

المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلا أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئاً لها. نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة تمسكاً بمنعه ﷺ علياً فيما رواه ابن عباس «أن علياً لما تزوّج بنت رسول الله ﷺ أراد أن يدخل بها، فمنعه ﷺ حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله ليس لي شيء، فقال: أعطها درعك، فأعطاها درعه ثم دخل بها[1]» لفظ أبي داود، ورواه النسائي. ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهي فضة، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت «أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً[2]» رواه أبو داود، فيحمل المنع المذكور على الندب: أي ندب تقديم شيء إدخالاً للمسرة عليها تألفاً لقلبها، وإذا كان ذلك معهوداً وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعاً بين الأحاديث، وكذا يحمل أمره ﷺ بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شيء تألفاً، ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك[3] رواه أبو داود، وهو محمل رواية الصحيح «زوّجتكها بما معك من القرآن[4]» فإنه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات. قيل لا تعارض ليحتاج إلى الجمع، فإن حديث جابر فيه مبشر بن عبيد

مجاناً (**فيكون التقدير إليها. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة»**) إنما ذكره بالواو لكونه معطوفاً على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم». وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا قطع في أقل من عشرة دراهم، ولا مهر أقل من عشرة دراهم» وفيه بحث من أوجه: الأول أنه خبر واحد فلا يجوز تقييد إطلاق قوله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ به لأنه نسخ. الثاني أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي ﷺ وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج، فقال عليه الصلاة والسلام «كم سقت إليها فقال:

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٢٦ عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن علياً . . . فذكره بهذا اللفظ. وكذا البيهقي ٧/ ٢٣٤ لكن من وجه آخر عن أبي نجيح عن رجل عن علي وقد أخرجه أبو داود ٢١٢٥ عن عكرمة عن ابن عباس بنحوه. وإسناده جيد رجاله ثقات.

تنبيه: ولم أجده عند النسائي فلعله في الكبرى أو في خصائص علي.

(٢) مرسل قوي. أخرجه أبو داود ٢١٢٨ والبيهقي ٧/ ٢٥٣ كلاهما من حديث طلحة بن مُصَرِّف عن خيثمة عن عائشة.

قال أبو داود: خيثمة لم يسمع من عائشة.

وقال البيهقي: وصله شريك وأرسله غيره وساقه البيهقي من طريق ابن مهدي عن خيثمة مرسلاً دون ذكر عائشة ثم ساقه من طريق آخر أيضاً عن خيثمة ابن عبد الرحمن: أن رجلاً تزوج امرأة، وكان معسراً، فأمر نبي الله ﷺ أن يرفق به، فدخل بها، ولم ينقدها شيئاً، ثم أيسر بعد ذلك فساق.

قلت: والمرسل، والمسند مدارهما على طلحة بن مُصَرِّف وهو ثقة فالراجح فيه الإرسال أما لو توبع على وصله لحكمت بوصله والمرسل حجة عند الأئمة الأربعة دون الشافعي والله تعالى أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١١٢ من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ وفي إسناده عِسْل بكسر العين وسكون السين أبو قرة البصري ضعيف قاله ابن حجر في التقريب.

والمشهور في هذا الحديث رواية الجماعة.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣١٠ و٥١٣٥ و٧٤١٧ و٥٠٢٩ و٥٠٣٠ و٥١٢١ و٥١٢٦ و٥١٣٢ و٥١٤١ و٥١٤٩ و٥٨٧١ ومسلم ١٤٢٥ وأبو داود ٢١١١ والترمذي ١١١٤ والنسائي ٦/ ١١٣ وابن ماجه ١٨٨٩ وابن الجارود ٧١٦ وابن ماجه ٤٠٩٣ والطحاوي ٣/ ١٧ ومالك ٢/ ٥٢٦ والشافعي ٢/ ٧ ـ ٨ وأحمد ٥/ ٣٣٦ ؛ ٣٣٠ وعبد الرزاق ٧٥٩٢ والطبراني ٥٧٥٠ و٥٧٨١ والبيهقي ٧/ ١٤٤، ٢٣٦، ٢٤٢، والبغوي ٢٣٠٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعَّد النظر فيها، وصوَّبه، ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه، فلما رأت أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة، فزوِّجنيها فقال: فهل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله! فقال رسول الله ﷺ: انظر ولو خاتما من حديدٍ، فذهب، ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتما من حديد، ولكن هذا إزاري، فقال رسول الله ﷺ: ما تصنع بإزارك؟ إن لبسْته لم يكن عليها فيه شيء وإن لبسَتْه لم يكن عليك منه شيء فجَلس الرجل حتى طال مجلسه ثم قام. فرآه رسول الله ﷺ مولّياً، فأمر به، فدُعِيَ، فلما جاء قال: ماذا معك من القرآن؟ قال: معي سورة كذا، وسورة كذا عَدَّدَها فقال: أتقرؤهُنَّ عن ظهر قلبك؟ قال: نعم. قال: اذهب فقد ملَّكْتُكَها بما معك من القرآن، هذا السياق لمسلم وللبخاري في روايته ٥١٢٦ وغيرهما وقد رووه يزيد بعضهم على بعض فيه والقصة واحدة.

وفرقه البخاري فذكره برقم ٥١٥٠ عن سهل بلفظ: تزوج ولو بخاتم من حديد. مختصر.

وروايته برقم ٥١٢١ وفيه: قال: اذهب فالتمس ولو خاتماً من حديد وآخره: أملكناكها بما معك من القرآن.

....

والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين، قلنا[١] له شاهد يعضده وهو ما عن عليّ رضي الله عنه قال: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم[٢]» رواه الدارقطني والبيهقي. وقال محمد: بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وإبراهيم، ورواه بإسناده إلى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله ﷺ[٣]، وهذا من المقدرات، فلا يدرك إلا سماعاً لكن فيه رواه الأودي عن الشعبي عن علي، وداود هذا ضعفه ابن حبان. والحق أن وجود ما ينفي بحسب الظاهر[٤] تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث «التمس ولو خاتماً من حديد[٦]» وحديث جابر «من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً[٥]» الحديث، وحديث الترمذي وابن ماجه «أنه ﷺ أجاز نكاح امرأة على نعلين[٧]» صححه الترمذي، وحديث الدارقطني والطبراني عنه ﷺ «أدّوا العلائق، قيل وما العلائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيباً من أراك[٨]» وحديث الدارقطني عن الخدري عنه ﷺ قال «لا يضر

زنة نواة من ذهب، فقال عليه الصلاة والسلام: أولم ولو بشاة» رواه الجماعة. والنواة خمسة دراهم عند الأكثر، وقيل ثلاثة دراهم وثلث، وبما روي «أن امرأة قامت وقالت: وهبت نفسي منك يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: لا حاجة لنا اليوم

---

(١) هذا القول مرجوح لأن أثر علي موقوف ولم يصحّ عنه أيضاً، والنبي ﷺ لم يطلب من الرجل في حديث سهل بن سعد المتقدم عشرة دراهم وإنما قال له: التمس شيئاً ـ ورواية: ولو خاتماً من حديد ـ وهذان ينفيان تخصيص المهر بعشرة دراهم والله تعالى أعلم.

(٢) موقوف ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٠٠ من طريق النَّزَّال بن سبرة عن علي موقوفاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٩: فيه محمد بن مروان الاصفر.
قال الذهبي: لا يكاد يُعرف اهـ وفيه أيضاً جويبر وهو ضعيف اهـ.
وأخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٦، ٢٤٧ والبيهقي ٧/ ٢٤٠، ٢٤١.
كلاهما من طريق داود الأودي عن الشعبي عن علي موقوفاً.
قال الدارقطني: قال أحمد بن حنبل: لقن غياثُ بن إبراهيم داود الأودي هذا الخبر عن علي.
وقال البيهقي: قال ابن معين: غياث بن إبراهيم كذاب، وداود الأودي ليس بشيء.
وقال الزيلعي ٣/ ١٩٩: قال ابن الجوزي في التحقيق: قال ابن حبان: الأودي ضعيف كان يقول برجعة علي، والشعبي لم يسمع من علي.

(٣) وكذا أخرجه الدارقطني والبيهقي وغيرهما وأعلوه بمبشر بن عبيد وأنه تفرد به وقد قال أحمد بن حنبل: أحاديثه كذب. وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٩: فيه مبشر بن عبيد وهو ضعيف وتقدم تخريجه.

(٤) بل في الحقيقة هناك ما ينفيه وهذا هو الحق وهذا هو الذي أتى به رسول الله ﷺ فينبغي أن نقول سمعنا وأطعنا.

(٥) هو بعض حديث سهل بن سعد وتقدم قبل قليل مستوفياً.

(٦) تقدم في ٢/ ٣١٨ وإسناده ضعيف.

(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١١٣ وابن ماجه ١٨٨٨ وأحمد ٣/ ٤٤٥ والبيهقي ٧/ ١٣٨ ـ ٢٣٩ كلهم من حديث عامر بن ربيعة: أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ: أرضيتِ من نفسك ومالكِ بنعلين؟ قالت: نعم. قال: فأجازه.
قال الترمذي: حسن صحيح. واختلف أهل العلم في ذلك فقال بعضهم: على ما تراضوا عليه. وهو قول الثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقال مالك: لا يكون أقل من ربع دينار وقال بعض أهل الكوفة: لا يكون أقل من عشرة دراهم.
وقال ابن الجوزي في التحقيق: في إسناده عاصم بن عبيد الله قال ابن معين: ضعيف لا يحتج به، وقال ابن حبان: كان فاحش الخطأ فترك اهـ قاله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٠ وقال ابن أبي حاتم في علله ١٢٧٦: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هو منكر، وعاصم منكر الحديث اهـ.
قلت: وكذا ضعفه ابن حجر في التقريب، والذهبي في الميزان، فلعل الترمذي حسنه لأجل شواهده والله أعلم.

(٨) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٤ والطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٢٨٠ كلاهما من حديث ابن عباس وصدره: أنكحوا الأيامى ثلاثاً قيل: ما العلائق بينهم. . الحديث وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٧/ ٢٣٩ قال الزيلعي في ٣/ ٢٠٠: قال ابن القطان: قال البخاري: البيلماني منكر الحديث، ورواه أبو داود في مراسيله عن عبد الرحمن البيلماني بنحوه، وقال ابن القطان: مع إرساله البيلماني لم تثبت عدالته وهو ظاهر الضعف اهـ.
تنبيه: وقع للزيلعي في حديث البيلماني عن ابن عمر وتبعه ابن حجر في الدراية على ذلك وصوابه ابن عباس كما في الدارقطني والمجمع لكن للبيهقي رواية ثانية عن ابن عمر.

ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضياً بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما

أحدكم بقليل ماله تزوّج أم بكثيره بعد أن يشهد[(١)] » إلا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث «التمس» فحديث «من أعطى» فيه إسحاق بن جبريل قال في الميزان: لا يعرف وضعفه الأودي[(٢)] ومسلم بن رومان مجهول أيضاً. وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح لأنه فيه عاصم بن عبيد الله، قال ابن الجوزي: قال ابن معين: ضعيف لا يحتج به، وقال ابن حبان: فاحش الخطإ فترك، وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال ابن القطان: قال البخاري: منكر الحديث. ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فيه ضعف. وحديث الخدري فيه أبو هارون العبدي قال ابن الجوزي: قال حماد بن زيد: كان كذاباً[(٣)] وقال السعدي مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان عشرة دراهم، وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها إلا أنه أعم من ذلك، واحتمال «التمس خاتماً» في المعجل وإن قيل إنه خلاف الظاهر لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده «زوّجتكها بما معك من القرآن» فإن حمل على تعليمه إياها ما معه أو نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عدّ المحرّمات ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين﴾ [النساء: ٢٤] فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعية في دلالتها لأنه نسخ للقطعي فيستدعي أن يكون قطعياً، فأما إذا كان خبر واحد فلا، فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شيء أو ندبه كان واقعاً فوجب الحمل على ذلك، لكن يبقى كون الحمل على ذلك إعمالاً لخبر واحد لم يصح

بالنساء، فقال رجل: لي حاجة، زوّجنيها يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: هل عندك شيء تصدقها؟ فقال: ما عندي إلا إزاوى، فقال عليه الصلاة والسلام: لا فالتمس شيئاً ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال عليه الصلاة والسلام: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وكذا، قال عليه الصلاة والسلام: زوّجتكها بما معك من القرآن» الثالث أن هذا الحديث متروك العمل في حق الأولياء فيكون في حق المهر كذلك لأنه إن كان صحيحاً وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحاً وجب ترك العمل به كذلك. وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض. والجواب عن الأول أن التقييد ثبت بإشارة قوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ لأن الفرض بمعنى التقدير، وكان المراد بأموالكم في قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم مالا مقدراً، وبين في الحديث مقداره وهذا لأن كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر. وعن الثاني بأن الأحاديث تدل على ما يعجل بالسوق إليها، أما في حديث عبد الرحمن فلأنه مصرح به، وأما في الحديث الآخر فلأنه أمر ذلك الرجل بالالتماس، وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه، وإنما كلامنا في الذي يثبت في الذمة. وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه، ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الأولياء دون غيرها، ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم. وقوله (ولأنه حق الشرع) أي المهر حق الشرع من

(قوله لأن الفرض بمعنى التقدير) أقول: فيه بحث.

(قوله وعن الثالث إلى قوله: ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك الخ) أقول: في الملازمة كلام، فإنه كثيراً ما يقع العمل من الصحابة، بخلاف الحديث، إما لعدم وصول الحديث إليه، وإما لضعفه، وإما لوجود معارض أقوى منه، أو يتركان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الأخص.

---

(١) واهٍ بمرة. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٤٤ والبيهقي ٧/ ٢٣٩ كلاهما من حديث أبي سعيد. رواه الدارقطني من طرق كثيرة ومداره على أبي هارون العبدي. سكت الدارقطني عليه واكتفى البيهقي بقوله: غير محتج به قال الزيلعي ٣/ ٢٠٠ ـ ٢٠١: قال ابن الجوزي: العبدي اسمه عمارة بن جوين. قال حماد بن زيد: كان كذاباً، وقال السّعْدي كذاب مفتر.

(٢) الأودي بالواو قبل المهملة في نسخة، وفي أخرى: الأزدي بالزاي بدل الواو، فحرر كتبه مصححه.

(٣) تقدم الكلام على هذه الأحاديث وبيان حالها والحمدلله. وحديث العشرة دراهم واهٍ بمرة لم يصح مرفوعاً، ولا موقوفاً على علي كما تقدم مستوفياً فتنبه والله يهدي من يشاء إلى صراطه المستقيم.

دونها، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرُّماً، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير. ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وعنده تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئاً (ومن سمى

عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لأنه يقتضي تقييد الإحلال بمطلق المال، فالقول بأنه لا يحل إلا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وأنه لا يجوز فإن قيل: قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم﴾ [الأحزاب: ٥٠] ثم ذلك المعين محمل فيلتحق بياناً بخبر الواحد. قلنا: إنما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعاً. وكون المهر أيضاً مراداً بالسياق لأنه عقيب قوله ﴿خالصة لك﴾ [الأحزاب: ٥٠] يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم﴾ [الأحزاب: ٥٠] من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المصنف في تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية، وسببه إظهار الخطر للبضع على ما تقدم، ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة، وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بما له خطر وذلك عشرة دراهم في حد السرقة فيقدّر به في استباحة البضع، وهذا من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه، فإن حكم الأصل ممنوع فإنهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة، وأيضاً المقدر في الأصل عشرة مسكوكة أو ما يساويها، ولا يشترط في المهر ذلك، فلو سمي عشرة تبر تساوي تسعة مسكوكة جاز، اللهم إلا أن يجعل استدلالا على أنه مقدر خلافاً للشافعي في نفيه (قوله ولو سمي أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل) قياساً على عدم التسمية هكذا تسمية الأقل تسمية لا يصلح مهراً، وتسمية ما لا يصلح مهراً كعدمها، فتسمية الأقل كعدم التسمية، وعدم التسمية فيه مهر المثل، فتسمية الأقل فيه مهر المثل. وقولنا استحسان، وله وجهان: أحدهما أن العشرة في كونها صداقاً لا تتجزأ شرعاً، وتسمية بعض ما لا يتجزأ ككله، فهو كما تزوّج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة، فكذا تسمية بعض العشرة. والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله أن في المهر حقين: حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها، وحق الشرع وهو العشرة، وللإنسان التصرف في حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره. فإذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الإسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه، فإيجاب الزائد بلا موجب. فإن قيل: القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لأنه معارضة. قلنا: إبطاله أن التشبيه المذكور إما في الحكم ابتداء بأن يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها، فثبوت الحكم فيه أعني وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والإجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج، وإما في الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع إذ قياس الشبه الطردي باطل، ولا يعلم ما هو إلا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شيء إذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لأن عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشاً، وإن عينه فوات الخطر

حيث وجوبه عملاً بقوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ على ما عرف في الأصول، وكان ذلك لإظهار شرف المحل (فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة) لأن يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى (ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر: لها مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كانعدامه) كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس. ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضياً بالعشرة) إما باعتبار أن العشرة في كونها صداقاً لا تتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح في جميعها، وأما حقها وهو ما زاد على

(قوله لأنه يتلف به عضو محترم، فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى) أقول: أنت خبير بأن هذا التعليل على تقديره لا يكون إلزاماً إلا على النخعي القائل بأن أقل المهر أربعون درهماً، وليس الكلام معه بل مع الشافعي.

مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها) لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل،

الذي وجب لأجله المهر على ما قررتم. قلنا: فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب، وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعني لا نسلم أن كل ما يصلح مهراً يكون كعدم التسمية في إيجاب مهر المثل لأن عدمها قصاراه أن يكون لرضاها بغير مهر فإنه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لأنها قد ترضى بعدمه تكرماً على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعاً فبعيد عن المبنى. ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد إلى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك وإلا لتركوا التسمية رأساً لأن زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل، بل الظاهر أنها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الأصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يمس المبنى. ثم فرّع على الخلاف فقال **(ولو طلقها قبل الدخول)** أي في صورة تسمية ما دون العشرة **(فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة)** لأن موجب هذه التسمية عشرة **(وعنده المتعة)** وفي المبسوط: وكذا لو تزوّجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافاً له. ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة، وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوّج عليه، وكذا لو سمى مكيلاً أو موزوناً لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض، وفي المكيل والموزون يوم العقد، لأن المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً بنفس العقد، والثوب لا يثبت ثبوتاً صحيحاً بل يتردد بينه وبين القيمة فلذا تعتبر قيمته وقت القبض اهـ. وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فإنها تملكه بنفس العقد كما ستعلم **(قوله فلها المسمى إن دخل بها الخ)** هذا إذا لم تكسد الدراهم المسماة، فإن كان تزوّجها على الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فإنما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار، بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف **(قوله وبه يتأكد البدل)** أي يتأكد لزومه فإنه كان قبل لازماً، لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **(قوله والشيء بانتهائه يتقرر)** لأن انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والإرث والنسب بخلاف النفقة، ويعلم من هذا الدليل أن موتها أيضاً كذلك، فالاقتصار على موته اتفاق، ولا خلاف للأربعة في هذه سواء كانت حرة أو أمة **(قوله وإن طلقها قبل الدخول والخلوة)** أي بعد ما سمى **(فلها نصف المهر)** ثم إن كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الآخر إلى ملك الزوج. وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو أعتق الزوج الجارية: أي المهمورة بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده، وعندنا لا ينفذ في شيء منها. ولو قضى القاضي بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد، ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ في الكل، وكذا إن باعت أو وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي

العشرة فقد رضيت بسقوطه لأن الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة. وإما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه، فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها، وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه. وقوله **(ولا معتبر بانعدام التسمية)** جواب عن قوله كانعدامه: يعني ليس هذا القياس صحيحاً **(لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرماً ولا ترضى فيه بالعوض اليسير)** فلا يكون عدم التسمية دليلاً على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لا محالة **(ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم)** ووجبت المتعة عندهم كما إذا لم يسم شيئاً. وقوله **(ومن سمى مهرا عشرة)** اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت، أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع **(وبه)** أي بتسليم المبدل

وبالموت ينتهي النكاح نهايته، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه **(وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى)** لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ الآية، والأقيسة متعارضة، ففيه تفويت الزوج

عندنا، وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها زد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت. ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرش لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة. وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوّج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة، وعند محمد يجب كماله، واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد، وقيل مع أبي حنيفة **(قوله والأقيسة متعارضة)** جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] عام في المفروض أعطى حكم التنصيف، وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الخمر وما إذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد، وهو أن في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كإعتاق المشتري العبد المبيع أو إتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى. أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالماً فكان كما إذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن، فقال: الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا، ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلاً فتساقطا فبقي النصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه، وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك في نص لا يعارضه القياس، ومن أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص يرجع إليه، لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لأن تمام الآية هو انتصاف المسمى

(يتأكد تسليم البدل) وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكداً لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري، وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد. وأما الموت فلأن النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلاً للرفع **(والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه)** الممكن تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالإرث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازاً على النفقة وحل التزوّج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوّج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح، وأما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة، ويعلم حكمه من قوله **(فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾)** وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله **(والأقيسة متعارضة)** جواب عما يقال: ينبغي أن يسقط كل البدل، لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها فيجب أن يسقط كل البدل كما إذا تبايعا ثم تقابلا ووجهه أن الأقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت، وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه فوّت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا أتلف المبيع قبل القبض، وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص. وفيه بحث من أوجه: الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة والثاني أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين كان المصير إلى ما بعدهما لا إلى ما قبلهما. والثالث أن القياسين لا يتعارضان، ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا. بل يعمل المجتهد بأيهما شاء. وأجيب عن الأول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص، فصار كأنه قال: فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع

(قال المصنف: والأقيسة متعارضة) أقول: مراده القياسان، وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل: من الأحكام الشرعية ما ثبت بالأدلة الأربعة، ومنها بثلاث منها، ومنها باثنين، فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضاً كما يثبت بالنص؟ فأجاب بأن الأقيسة متعارضة مع مخالفتها للنص أيضاً، فلا يمكن العمل بها، فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا ما لاح لي **(قوله لأنه فوت ما ملكه الخ)** أقول: إن أراد أنه فوّته عن نفسه فمسلم، ولكن لا يستقيم القياس بإتلاف المبيع، فإن الواقع هنا ليس إتلاف البضع بل تسليمه إلى صاحبه سالماً، وإن أراد أنه

الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه إليه سالماً فكان المرجع فيه النص، وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله تعالى. قال **(وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً أو تزوّجها على أن لا مهر لها فله مهر**

بالطلاق قبل الدخول، قال الله تعالى **﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾** [البقرة: ٢٣٧] فتوجيه السؤال بأن النص قد خص، وقياس الطلاق قبل الدخول على إتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شيء باطل لأنه حينئذ نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص إذا لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء، وليس بنسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الإخراج، وتقريره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص إلا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الأمر **(قوله وشرط)** يعني القدوري في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول **(أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا)** في تأكد تمام المهر بها **(قوله وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً الخ)** الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو َسمى في العقد وشرط ردها مثله من جنسه، وصورة هذا تزوّجها على ألف على أن تردّ إليه ألفاً صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لأن الألف بمقابلة مثلها فبقي النكاح بلا تسمية، بخلاف ما لو تزوّجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز، وتنقسم الألف على مائة دينار ومهر مثلها، فما أصاب الدنانير يكون صرفاً مشروطاً فيه التقابض، وما يخص مهر المثل يكون مهراً، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة، ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم. وفي هذه الوجوه إن كانت حصة مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة. ومن صور وجوبه أن يتزوّجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لأنه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل، إلا أن في الإضافة إلى نفسه إن حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح، أو دونه فلا إلا إن ترضى، وإليها إن حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا إلا أن يرضى، وإلى الأجنبي إن حكم لها بمهر المثل جاز لا بالأقل إلا أن ترضى، ولا بالأكثر إلا أن يرضى، وكذا إذا تزوّجها على ما في بطن جاريته أو أغنامه لا يصح، بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح، لأن ما في البطن بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال وإن لم يكن مالاً في الحال والعوض في الخلع يحتمل الإضافة كالخلع، بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله، ومثله ما يخرجه نخله وما يكسبه غلامه **(قوله أو مات عنها)** وكذا إذا ماتت هي فإنه يجب أيضاً مهر المثل لورثتها **(قوله وقال الشافعي)** يعني في قول عنه **(لا يجب في الموت شيء)** للمفوّضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا **(قوله وأكثرهم)** أي أكثر أصحابه **(قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء)** أي بعد التسمية، ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر، ولأن عمر وابنه وعلياً وزيداً رضوان الله عليهم قالوا في المفوّضة نفسها: حسبها

إلى القياس والمعقول، فإنا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعاً وعملنا بالنص، وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الأخيرين، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض، هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى. وقوله **(وشرط أن يكون قبل الخلوة)** قد ظهر معناه مما تقدم قال **(وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً)**

أتلفه فقد عرفت حاله، والأظهر جعل المقيس عليه إعتاق المبيع فليتأمل **(قوله وفيه بحث من أوجه: الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة)** أقول: أي لا وجود له شرعاً بحيث يترتب عليه الآثار بأن يعمل به. ومورد السؤال ما يفهم من كلام المصنف من أنه لو تعارض القياسين لعمل بأحدهما، وأنت خبير أن قوله فضلاً عن الأقيسة محل بحث **(قوله وأجيب عن الأول الخ)** أقول: المجيب صاحب النهاية **(قوله غير ممكن لتعارضهما)** أقول: صورة **(قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ)** أقول: هذا لا يدل عليه كلام المصنف

مثلها إن دخل بها أو مات عنها) وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت، وأكثرهم على أنه يجب في الدخول. له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء. ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع على ما مر،

الميراث. ولنا أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال: بعد شهر أقول فيه بنفسي، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله، وإن يك خطأ فمن نفسي، وفي رواية: فَمِنْ ابن أم عبد، وفي رواية: فمني ومن الشيطان، والله ورسوله عنه بريئان. أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعيين فقالا: نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في امرأة منا يقال لها برْوَع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا، فسرّ ابن مسعود سروراً لم يسرّ مثله قط بعد إسلامه[1]. وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروي بفتحها هكذا رواه أصحابنا. وروى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخضر، وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوّج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق: لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث. فقال معقل بن

للمفوّضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها، وكذا إذا ماتت **(وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت، وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء. ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع كما مر، وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي)** لأن الأصل أن يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه **(ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾)** ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر: أي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس، وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقاً وهو على

(قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار الخ) أقول: وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكنز: لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجعه **(قوله للمفوضة الخ)** أقول: قال الإتقاني: المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر **(قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ)** أقول: قال ابن الهمام: لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر اهـ فيه تأمل **(قوله إن الله تعالى قال ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾** أقول: قال القرطبي في تفسيره: إن لفظة ما موصولة في قوله تعالى ما

---

(١) صحيح. أخرجه النسائي ٦/ ١٢٢ ـ ١٢٣ وابن حبان ٤١٠١ والحاكم ٢/ ١٨٠ والبيهقي ٧/ ٢٤٥ كلهم من طريق داود بن أبي هند عن الشعبي عن علقمة عن ابن مسعود مطولاً بأتم منه. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

وأخرجه أبو داود ٥/ ٢١ والنسائي ٦/ ١٢٢ وابن ماجه ١٨٩١ وابن الجارود ٧١٨ وابن حبان ٤٠٩٩ والبيهقي ٧/ ٢٤٥ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٠٠ كلهم من طريق ابن مهدي عن الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود لنحوه وإسناده صحيح على شرط البخاري، ومسلم.

وأخرجه عبد الرزاق ١٠٩٨ و١١٧٤٥ ومن طريق الترمذي ١١٤٥ وابن الجارود ٧١٨ والطبراني ٢٠/ ٥٤٣ والبيهقي ٧/ ٢٤٥ وأخرجه الترمذي ١١٤٥ والنسائي ٦/ ١٩٨ والبيهقي ٧/ ٢٤٥ من طريق زيد بن الحباب، ويزيد بن هارون، ومعهم عبد الرزاق في الرواية المتقدمة الثلاثة عن الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود بهذا الخبر. وهذا إسناد في غاية الصحة.

وتوبع سفيان فقد أخرجه النسائي ٦/ ١٢١ وابن حبان ٤١٠٠ كلاهما عن زائدة عن منصور به. وهو على شرط مسلم.

وتوبع إبراهيم وعلقمة. فقد أخرجه ابن أبي شيبة ٤/ ٣٠٠ وأبو داود ٢١١٤ وابن ماجه ١٨٩١ وابن حبان ٤٠٩٨ والحاكم ٢/ ١٨٠ ـ ١٨١ والبيهقي ٧/ ٢٤٥ كلهم من طريق الثوري عن فراس الهمْداني عن الشعبي عن مسروق عن ابن مسعود مختصراً وإسناده صحيح على شرطهما وكذا صححه الحاكم على شرطهما.

وأخرجه أبو داود ٢١١٦ والبيهقي ٧/ ٢٤٦ كلاهما من طريق قتادة عن أبي حسان وخلاس بن عمرو كلاهما عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن مسعود. وإسناده جيد.

وقال الترمذي عقب حديثه: حسن صحيح. وبه يقول: الثوري، وأحمد، وإسحاق، وقال الشافعي: إذا ثبت حديث بَرْوَع لكانت الحجة بما روي عنه ﷺ وروي عن الشافعي أنه رجع بمصر بعد هذا القول وقال: بحديث بَرْوَع اهـ.

قلت: والعجب أن الترمذي لم يذكر أنه مذهب أبي حنيفة أيضاً؟!

وقال ابن حبان مُحْتجاً بهذه الأخبار: باب ذكر الخبر المدحض قول من نفى تصحيح هذه السنة التي ذكرناها من جهة النقل اهـ وأما الحاكم فصححه مراراً، وأقره الذهبي.

وأما البيهقي فقال: هذه الروايات أسانيدها صحاح ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٢ كلاماً طويلاً عن البيهقي في تصحيح هذا الحديث.

وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى ـ ﴿ومتعوهن على الموسع قدره﴾ الآية.

سنان: «سمعت رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثله[١]» هذا لفظ أبي داود، وله روايات أخر بألفاظ أخر. قال البيهقي: جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح. والذي رُوِيَ من رَدِّ علي رضي الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي إلا أبا بكر الصديق[٢] ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك، وممن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري (قوله ولنا أن المهر وجب حقاً للشرع) أي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمنا آنفاً، وإنما يصير حقها في حالة البقاء: أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعاً حق أخذه فتتمكن حينئذ من الإبراء لمصادفته حقها دون نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعي وأحمد وخصها احترازاً عن غيرها من النساء فإن المتعة لغيرها مستحبة إلا لمن سنذكر. وقوله (رجوعاً إلى الأمر) هو قوله تعالى ﴿ومتعوهن﴾ عقيب قوله ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦] أي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف إلى المطلقات قبل الفرض والمسيس، بخلاف المدخول بها فإن المتعة مستحبة لها فرض لها أولاً (قوله وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور. ووجه قوله تعليقه بالمحسن: أعني الأمر المذكور لقوله سبحانه عقيبه ﴿حقاً على المحسنين﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهم المتطوعون، فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب. والجواب منع قصر المحسن على المتطوّع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقاً وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدّر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلي وتخرج غالباً فيها. وفي المبسوط: أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروها به مع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة، وهو المتبادر إلى الفهم أيضاً فلا تقدر بالدراهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضاً لأن الشأن في المتبادر من اللفظ، وعن الشافعي تقديرها بثلاثين، ولا باجتهاد الحاكم وإنما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأثواب معتبرة بحالهما على ما هو الأشبه بالفقه لأن في اعتبار

الوجوب وقال حقاً وذلك يقتضيه أيضاً وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعاً إلى الأمر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فإنها عنده مستحبة في جميع الصور لأن الله تعالى سماها إحساناً بقوله تعالى ﴿حقاً على المحسنين﴾ وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التي لها مهر أو نصف مهر لئلا يعارض الأمر، وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكد لقوله تعالى ﴿متعوا﴾ والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب والأولى أن يقال: الأمر وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ و ـ متاعاً ـ و ـ حقا

لم تمسوهن (قوله وهو على الوجوب) أقول: قوله هو راجع إلى الأمر: يعني أن أمره على الوجوب (قوله لأن الله تعالى سماها إحساناً الخ) أقول: والإحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكد الخ) أقول: فيه أن للمجيب أن يقول المصروف إلى التي مهر أو نصفه هو قوله تعالى حقاً على المحسنين فقوله تعالى حقاً مصدر مؤكد: أي حق حقا، فالمراد من ضمير حق تمتيع من سمى لها مهر لدفع التعارض، ولا يتوجه عليه أن متاعاً مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك إحساناً منهم) أقول: فيه بحث، فإنه يوهم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك

---

(١) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٢) أي أن مذهب الصديق ومذهب علي تحليف الراوي إذا أخبرهما خبراً عن النبي ﷺ وهما لم يسمعاه منه ﷺ. ولذا رد علي بن أبي طالب هذا الخبر لكن أنكر المنذري ثبوت هذا عن عليٍ رضي الله عنه صحابة رسول الله أجمعين.

قوله: وَكْس: أي نقص والمعنى في: لا وَكْس ولا شطط لا نقصان، ولا زيادة.

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر، وفيه خلاف مالك **(والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها)** وهي درع وخمار وملحفة. وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما. وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها

حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس. وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القدوري من كسوة مثلها، وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنها إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه، وهكذا في النفقة والكسوة، فإن كان من السفل فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم. وإطلاق الذخيرة كونها وسطاً لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأياً من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما. وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف، وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى **﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾** [البقرة: ٢٣٦] وقد يقال: إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه، فإن كان سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة، وهذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى المتعة خلفاً عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة. ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك. أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لا تسميه فيه. وفي الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجباً قبله، فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه، ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة، وإن جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها الإسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة، وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضاً لجنايتها، ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها فينبغي أن يقال لجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لإيحاشها بالطلاق، وكذا لو فسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة، وفي كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها، وفي كل موضع تجب فيه يجب، والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر

وكلمة ـ على ـ في قوله ـ على المحسنين ـ كلها تقتضي الوجوب وتأكيده، فإما أن تبطل ذلك كله لأجل لفظ الإحسان أو تؤوله لا أراك تعدل عن التأويل فتؤوّل بأن معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم، والله أعلم **(والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وملحفة وخمار)** فإن كانت من السفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم **(وهذا التقدير)** أي تقدير العدد **(مروى عن عائشة وابن عباس)** وذلك لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك. وقوله **(لقيامها مقام مهر المثل)** قال في النهاية: كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لأن المهر التام لم يجب في صورة من الصور إذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه، وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه. وقوله

وليس كذلك. والأحسن أن يقال: المراد الذين يحسنون إلى أنفسهم بالمسارعة إلى الامتثال أو إلى المطلقات بالتمتيع، وسماهم محسنين للمشارفة ترغيباً وتحريضاً كذا في تفسير القاضي، وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضاً **(قال المصنف: والمتعة ثلاثة أثواب، إلى قوله: مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما)** أقول: تقييد إطلاق الآية لا يكون إلا بالخبر المشهور لا أقل فليتأمل **(قوله قال في النهاية، إلى قوله: فكذا فيما قام مقامه)** أقول: إلى هنا كلام النهاية **(قوله ولكن تعذر تنصيفه لجهالته الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا تعذر تنصيفه للجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص، فإن ذلك فرع معلومية النصف، ثم كيف يصار إلى خلفه وقد علم وزالت الجهالة قبل المصير إلى الخلف فهذا خلف **(قوله فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم إلى قوله فكان معارضها لآية المتعة)** أقول: فيه بحث،

وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل. والصحيح أنه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى - ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم، ويعرف ذلك

المثل إن لم يسم، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه، وقيل كله، ثم يجب النصف بطريق المتعة **(قوله وعلى قول أبي يوسف الأول)** إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما **(قوله فيتنصف بالنص)** يعني قوله تعالى **﴿فنصف ما فرضتم﴾** [البقرة: ٢٣٧] فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي فإن لها أن ترفعه إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد **(قوله إن هذا الفرض تعيين لمهر المثل)** وذلك لأن هذا العقد حين انعقد كان موجباً لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر، وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم، فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف إجماعاً فلا يتنصف ما فرض بعد العقد. والفرض المنصف في النص: أعني قوله تعالى **﴿فنصف ما فرضتم﴾** [البقرة: ٢٣٧] يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة، لأنا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض في العقد، على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه في العقد فيقيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد، وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال: أو هو عرف عملي، ولا يصلح مقيداً للفظ، وقدمنا أن الحق التقييد به. وفي الغاية والدراية: لا يتناول غيره: أي غير المفروض في العقد إذ المطلق لا عموم له وليس بشيء، لأن المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو عبده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لو رافعته ليفرض لها. فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل، وأن الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه، وهو لا ينتف إجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا، ولأن غيره غير متبادر لندرة وجوده.

(والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبي بكر الرازي **(عملاً بالنص، وهو قوله تعالى ﴿على الموسع قدره﴾)** أي على الغني بقدر حاله **﴿وعلى المقتر﴾** أي على الفقير المقل بقدر حاله. ثم المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا، فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لأن مهر المثل هو العوض الأصلي، ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى خلفه وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل وإن لم تكن، فإما أن تكون مساوية له أو لا، فإن كانت مساوية فلها المتعة اتباعاً للنص، وإن لم تكن، فإما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا، فإن كانت فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل والمتعة خلفه، ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم، وإن لم تكن فلها المتعة بالنص. فإن قيل: نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ. فالجواب أن قوله تعالى ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ دل على أن المهر مقدر شرعاً، والإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة دراهم» فكان معارضا لآية المتعة، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما، فتأمل إن كان القواعد الأصولية على ذكر منك **(وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية مهر فهي لها إن دخل بها أو مات عنها)** بالاتفاق **(وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض)** والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى **﴿فنصف ما فرضتم﴾ (ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل)** إذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه إذا دخل بها

فإن الإشارة لا تعارض العبارة، ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون إيجاب المتعة المقدرة بما قدر بياناً لذلك المقدر المجمل في خصوص المفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها إذا طلقت قبل الدخول والخلوة الصحيحة، ولو سلم فلا دلالة في التي تلاها على عموم الأحوال والأزمان، فيتأتى التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية، وما تلاه على ما عداه، وعليك بالتأمل فإن للكلام مجالاً **(قوله أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد)** أقول: لم لا يجوز أن يكون تأكد وجوبه موقوفاً على عدم التسمية بعد العقد؟ فإذا تراضيا على تسمية المهر لا يبقى مهر المثل واجباً فليتأمل، فإنه يقال أصالة مهر المثل تعينه، إلا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الأصالة للمسمى كما سيجيء بعد ثلاث ورقات.

في الأصل (**وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة**) وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض فيتنصف بالنص. ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته، والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف. قال (**وإن زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة**) خلافاً لزفر، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى (و) إذا صحت الزيادة (**تسقط بالطلاق قبل الدخول**) وعلى قول أبي يوسف أوّلاً تنتصف مع الأصل لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما

[فرع] لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها داراً بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعده تقرير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه، ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة، بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر، وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (**قوله لزمته الزيادة خلافاً لزفر**) والشافعي لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه. قلنا: اللزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد، وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها، والدليل على الصحة قوله تعالى ﴿**ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة**﴾ [النساء: ٢٤] فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه. ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمت وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم. ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها، هذا إن اتحد الجنس، فإن اختلف فإنه ينعقد بمهر المثل. ولو عقدا في السر بألف وأظهر ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر، أو اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية، إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوّجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السرّ بألف ثم عقدا في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر، وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد: عند أبي حنيفة المهر مهر السر، وعند محمد مهر العلانية. وذكر القاضي الإمام أبا يوسف مكان محمد، وجعل محمداً مع أبي حنيفة قال: لو تزوّج امرأة بألف ثم جدد النكاح بألفي درهم اختلفوا فيه، ذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الألف الثانية، وعلى قول أبي يوسف تلزمه الألف الثانية، وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة. وفي شرح الطحاوي: لو تزوّجها على ألف ثم ألفين لا يثبت الثاني خلافاً لأبي يوسف، وعلل عدم الثبوت بأنهما قصدا إثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة، فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني، وعلى عكس هذا حكي الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال: تزوّجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوّجها في العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم، ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف المهر هو الأول، وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل، وعليه مشى شمس الأئمة أن عند أبي حنيفة: المهر مهر العلانية. قال في المبسوط: إذا توافقا في السر بألف وأشهد أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأوّل لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه، وإن لم يشهدا على ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب المهر مهر العلانية، ويكون هذا منه زيادة لها

مهر المثل والمفروض جميعاً، أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية، وأما المفروض فبحكم التسمية وكان كما إذا سمى لها مهراً ثم زاد لها شيئاً فإنهما يلزمان على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعييناً له، ومهر المثل لا يتنصف (**فكذا ما نزل منزلته، والمراد بما تلا**) يعني قوله تعالى ﴿**فنصف ما فرضتم**﴾ (**الفرض في العقد**) لأنه هو المتعارف. وقوله (**وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافاً لزفر**) فإنه يقول: الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد

مر (**وإن حطت عنه من مهرها صح الحط**) لأن المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (**وإذا خلا الرجل بامرأته وليس**

في المهر، قالوا: هذا عند أبي حنيفة، فأما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو، فما ذكر فيه أيضاً من الزيادة يلغو. وعند أبي حنيفة: العقد الثاني إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر منه سناً هذا ابني لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبراً في حق العتق اهـ كلام شمس الأئمة. وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني. قوله أشار في الكتاب إلى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم بإطلاق اعتبار العلانية في الأصل، فإن عبارته فيه: إذا تزوّجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسميع في العلانية يشمل ما إذا أشهدا على أن العلانية هزل غير مقصود، وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسميع ليس في ضمن عقد بل مجرّد إظهاره على ما هو عكس أوّل صور المواضعة ونبهنا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي، ولا اختلاف في اعتبار الأول إذا أشهدا على هزلية الثاني أو اعترافاً به مطلقاً فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مراداً قطعا، وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم، ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافاً، وإن ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الإقرار أنه لا تثبت الزيادة، فإذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لأنه وضع الأصل لإفادة قوله وكأن القاضي الإمام قاضيخان إنما أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء إلا إذا عنى به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما إذا جدّدا ولم يشهدا كونه زيادة، لكن الأوجه الإطلاق، فإن ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم، وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك، لأنه إذا كان الثابت شرعاً جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه، بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك. نعم ويخال أيضاً أنه يجب الألفان مع الألف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف، لأن الأوّل قد ثبت وجوبه ثبوتاً لا مردّ له، والمفروض له كون الثاني زيادة فيجب بكماله مع الأول. ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الإسبيجابي: جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة، وعندهما لا تثبت الثانية، وكذا لو راجع المطلقة بألف. وفي النوازل عن الفقيه أبي الليث: إذا جدد يجب كلا المهرين. ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار إرادة الأول في ضمن الكلام الثاني لأن الظاهر كون المقصود تغيير الأول إلى الثاني. والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المتضافر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم، ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الأمر، ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصدا الزيادة، فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الأمر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة، ويلزم ذلك في حكم القاضي لأنه يؤاخذه بظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه. وما قيل من أنه لا يجب المهر الثاني إلا إذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الأول أو أبرأته، ثم قالت: لا أقيم معك بدون مهر. فأما إذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي، وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيما إذا كان التجديد بعد

إن قبضت ملكت وإلا فلا، ووعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك. وقوله (**لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد**) يعني بناء على ما ذكره أنه ينصرف إلى المتعارف (**وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه**) عملاً بظاهر قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ من غير فصل. وقوله (**على ما مر**) يعني في المسئلة المتقدمة. قال (**وإذا خلا الزوج بامرأته**) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كما المهر وغيره عندنا، خلافا للشافعي فإنه يقول: لها نصف

(**قوله وقوله لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض الخ**) أقول: فيه تأمل، فإن المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا، والمقتضى وهو الالتحاق بأصل العقد موجود، لكنهما يقولان المقتضى هو التسمية عند العقد، وفيه بحث.

هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي: **لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفي بالوطء فلا يتأكد المهر دونه.**

هبتها المهر الأول أنه هل يكون وجوب الثاني على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد، إذ قد يخال كون الزيادة تستدعي قيام المزيد عليه، وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه. وقد يقال: إنما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه إلى وقت الزيادة فصلح منشأ للخلاف في ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق.

وفي الفتاوى: امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم إن زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه، والمختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت. ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها في المهر، وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة اهـ. والخلاف المشار إليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لأنه في صورة هبتها المهر. والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبي حنيفة، وذلك لأن المنقول هو ما إذا حددا وعقدا ثانياً بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الأمر الثاني، وذلك يفيد قبولها الثاني بلا شبهة، بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك **(قوله لأن المعقود عليه)** وهو منافع بضعها **(إنما يصير مستوفى بالوطء)** ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا يجب كمال المهر قبله **(قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ)** يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم **(قوله اعتباراً بالبيع)** والإجارة، يعني أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلاً، فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى. وأما قوله تعالى **﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهن فريضة﴾** [البقرة: ٢٣٧] فالمجاز فيه متحتم، لأنه إن حمل المس على الوطء كما يقول فهو من إطلاق اسم السبب على المسبب. والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه، وإن حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب إذ المسُّ مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن. ويرجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله ﷺ «من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل» رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه وقد يقال: يجب أن لا يعتبر هنا خلاف الأوّل مجاز إلا مجاز يعم الحقيقة، والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازاً فيها، وإلا لزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لأنه طلقها قبل الخلوة، والفرض أنها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة. ويجاب بأن ثبوت الكمال في الصورة المذكورة بالإجماع للإجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الإجماع على وجوب كماله بالخلوة، كما نقله الشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه حيث قال: هو اتفاق الصدر الأوّل. وحكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة. وقال ابن المنذر: هو قول عمر وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أجمعين. ويوافقه قوله تعالى **﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾** [النساء: ٢١] أوجب جميع المهر بالإفضاء وهو الخلوة لأنه من الدخول في الفضاء قاله الفراء. وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصاً أخرج منه الصورة التي أوردناها، والدليل على وجود المخصص الإجماع المذكور. ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوّجها وهو على بطنها فعليه مهران: مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالتزوّج قبل تمام الزنا، والمهر المسمى بالنكاح

المهر **(لأن المعقود عليه)** وهو منافع البضع إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دون لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد **(ولنا أنها سلمت)** وتقريره أن الواجب لا يكون إلا مقدوراً والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع، فإن التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري،

ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع **(وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة)** حتى لو

لأن هذا يزيد على الخلوة **(قوله وإن كان أحدهما مريضاً)** شروع في بيان موانع صحة الخلوة، وعبارة شرح الطحاوي فيه جامعة، قال: الخلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترة، وكذا إذا كان الستر رقيقاً أو قصيراً بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراهما، وأن لا يكون مانع من الوطء حسا ولا طبعاً ولا شرعاً[١] اهـ. وَمَنْ فَصَّلَ الموانع، ذَكَرَ منها الرتق[٢] والقرن[٣] والعفل[٤] وأن تكون شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه. وقال بعضهم: إن كان يشتهي وتتحرّك آلته ينبغي أن يجب عليه كمال المهر، وإذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيراً أو أعمى يقظان أو نائماً بالغاً أو صبيا يعقل، لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم، فإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه لا يمنع. وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان، وزوجته الأخرى مانعة إليه رجع محمد، والجواري لا تمنع. وفي جوامع الفقه: جاريتها تمنع بخلاف جاريته. وفي شرح المجمع: في أمته روايتان. والكلب العقور مانع، وغير العقور إن كان لها منع أوله لا يمنع، وعندي أن كلبه لا يمنع وإن كان عقوراً، لأن الكلب قط لا يتعدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه. ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة، ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام. وقال شداد: إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر، وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة. والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس، ولا تصح في بستان ليس له باب، وتصح في محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهاراً والحجلة[٥] والقبة[٦] كذلك. ولو كانا في مخزن من خان يسكنه الناس فردّ الباب ولم يغلقه والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت، وإن كانوا مترصدين لا تصح، وهذه الموانع من قبيل الحسي. ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث، وتصح عند الفقيه أبي بكر، وكذا لو كانت نائمة، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح.

وأما ما ذكر أن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك. وقوله **(وإن كان أحدهما مريضاً)** بيان لما يكون مانعاً عن الخلوة حسياً كان أو شرعياً. وقوله **(وقيل مرضه)** حاصله أن المرض في جانبها يتنوع بلا خلاف، وأما المرض من جانبه فقد قيل إنه أيضاً يتنوع، وقيل إنه غير متنوع وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال، وجميع أنواعه في ذلك على السواء. قال الصدر الشهيد: هو الصحيح. ووجهه ما قال المصنف مرضه **(لا يعري عن تكسر وفتور)** وقوله **(وإن كان أحدهما صائماً تطوّعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار)** اعترض عليه بأنه ينبغي أن لا يلزمه كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان. وأجيب بأن لزوم القضاء في التطوّع

---

(١) قال في الدر المختار ٢/٣٣٨: المانع الحسّي للخلوة: كمرض لأحدهما يمنع الوطأ، والطبيعي: كوجود ثالث عاقل والشرعي: كإحرام الفرض أو نفل.
قال: ومن الحسّي الرتق، والقرن، والعَفَل، والصغر اهـ.
(٢) امرأة رتْقاء: إذا لم يكن لها خرق إلا المبال اهـ مغرب.
(٣) القَرْن: مثل فَلْس ـ هو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظيماً اهـ مصباح.
(٤) العَفَل: شيء يخرج في الفرج يشبه الأدرة. وقيل: شيء مُدَوَّر يخرج بالفرج ولا يكون في الأبكار بل يصيب المرأة بعد ما تلد. اهـ مغرب.
والأُدرة: فتق في إحدى خصيبه.
(٥) الحَجَلَة بفَتْحتَين: ستر العروس في جوف البيت والجمع: حِجال، وفي الصحّاح: بيت يزين بالثياب والأسرَّة اهـ. مغرب.
(٦) القبة: من البنيان معروفة. وتطلق على البيت المدوّر.
وهو معروف عند التركمان والأكراد ويسمى: الخرقاهة اهـ مصباح.

طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر، وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور، وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء، والحيض مانع طبعاً وشرعاً **(وإن كان أحدهما صائماً تطوعا فلها المهر كله)** لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح. وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في

[فرعان] الأول: لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر. الثاني: للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير، وقد قدر بالبلوغ وبالتسع. واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان، وحلها للأوّل والرجعة والميراث، وحرمة البنات. يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعاً، وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة للاحتياط الواجب في هذه الأحكام. وفي شرح الشافي ذكر تزوّج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان، والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطاً **(قوله وهذا التفصيل في مرضها)** قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح **(قوله وهذا القول)** أي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعاً للضرر عنها، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها، وهو أنه لا يباح إلا بعذر، وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثاً أن رواية المنتقى في جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنعه الجماع ويجعله آثماً لما فيه من إبطال العمل **(قوله أدير على سلامة الآلة)** يعطى أن خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق **(قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل)** أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطاً لتوهم الشغل نظراً إلى التمكن الحقيقي، وكذا في المجبوب[1] لقيام احتمال الشغل بالسحق[2]، ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سلمان. وذكر التمرتاشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة، والأوّل أحسن، وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر، أو يتعسر. قال العتابي: تكلم مشايخنا في

عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطلان، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعد وإلى إفساد الخلوة، بخلاف قضاء رمضان فإن لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاماً. وقوله **(وهذا القول في المهر هو الصحيح)** أي الأخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعاً للضرر عنها هو الصحيح. وأما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير روياة المنتقى، وهو أنه لا يباح الإفطار بغير عذر. وحاصله أن المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى، وفي حق جواز الإفطار الرواية الأخرى، واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لأنه يمنعه عن الوطء شرعاً لما فيه من إبطال العمل المؤثم. وقوله **(وإذا خلا المجبوب)** المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع إذا خلا المجبوب **(بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالا: عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض)** لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب، والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى **(بخلاف العنين)** فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة في الوصف أيضاً فيدار الحكم عليه **(ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق)** لأنه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها، وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم **(وعليها العدة في جميع هذه المسائل)** يعني فيما إذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة **(احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد)** أما أنها حق الشرع فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها والتداخل يجري فيها، وحق العبد لا يتداخل، وأما أنها حق.

(قوله وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح، إلى قوله: دفعاً للضرر عنها هو الصحيح، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عذر) أقول: لعل هذا يجعل عذراً في إباحة الإفطار، فليتأمل في هذا المقام فإنه لا يخلو عن الكلام.

---

(١) المجبوب: هو مقطوع الذكر.
(٢) سَحَقَ الدواء: أي دقه ومنه: المجبوب يُسْحَق فيُنْزِل. اهـ مغرب.

رواية لأنه لا كفارة فيه، والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه نفلها كنفله **(وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة، وقالا عليه نصف المهر)** لأنه أعجز من المريض، بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة. ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به. قال **(وعليها العدة في جميع هذه المسائل)** احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل، والعدة حق الشرع والولد فلا يصدّق في إبطال حق الغير، بخلاف المهر لأنه

العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقية، فقيل لو تزوّجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء. وقوله **(والعدة حق الشرع)** ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج، وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد **(والولد)** أي وحق الولد ولذا قال ﷺ «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماء زرع غيره[1]» فلا يصدّقان في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء **(بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط في إيجابه)** غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملاً **(قوله وذكر القدوري في شرحه)** لمختصر الكرخي **(أن المانع إن كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة)** فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل، وما قاله قال به التمرتاشي وقاضيخان، ويؤيد ما ذكر العتابي إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف[2] لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما. واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح، أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول **(قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهراً)** وفي كل من الصدر والاستثناء إشكال. أما الأوّل فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهراً داخلة في عمومه والمتعة واجبة لها. وأما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها. وأجيب عن الأوّل أن الاستحباب مستعمل في أعم من الوجوب: يعني أنه بالمعنى اللغوي أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة، وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال: وتستحب لكل مطلقة غير تلك، وعن الثاني أنه قول القدوري تبعه فيه. وفي بعض مشكلات القدوري المتعة أربعة أقسام: واجبة وهي ما تقدم، ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهراً، وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها المهر، والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً لأن نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة. وقيل الصحيح أن هنا تغييراً وقع من الكاتب، فذكر بعضهم أن في بعض النسخ ولم يسم لها مهراً، ونقل في

الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقينّ ماءه زرع غيره» والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه **(فلا يصدق)** المرأة **(في إبطال حق الغير)** بقولها لم يطأني، وقيل معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله لم أطأها **(بخلاف المهر)** فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة**(لأنه مال لا يحتاط في إيجابه)** قوله **(وذكر القدوري في شرحه)** أي شرح مختصر الكرخي وكلامه واضح، قال **(وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهراً)**. وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة إلا لهذه**)** التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها، وهو كما ترى يقتضي أن لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقص ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة، ويقتضي أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لأنه استثناها من الاستحباب، وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر. وزاد الفقهاء وجامع الإسبيجابي، ويقتضي أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لأنه

(قوله فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله الخ) أقول: فيه أنه لا يناسب القياس، والأظهر عندي فلا يصدق واحد منهما في إبطال حق الغير وهو الشرع والولد.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٥٨ وأحمد ٤/١٠٨ ـ ١٠٩ والترمذي ١١٣١ وابن حبان ٤٨٥٠ والبيهقي ٩/ ٦٢ والطحاوي ٣/ ٢٥١ كلهم من حديث رُويفع بن ثابت الأنصاري بأتم منه وكرره أبو داود ٢١٥٩ وهو حديث حسن رجاله ثقات سوى ربيعة بن سليم التّجيبي، وهو صدوق وثقه وابن حبان، وقد تابعه الحارث بن يزيد في رواية أحمد المتقدمة وكذا الطبراني ٤٤٨٨ فالحديث حسن وله شواهد.

(٢) دَنِفَ من باب تعب، وأدنفه المرض إذا لازمه.

مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة. قال (**وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهراً**) وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها بالفراق. إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ

الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (**قوله وقال الشافعي رحمه الله: تجب لكل مطلقة إلا لهذه**) وعن أحمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك. وجه قول الشافعي أنها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقاً بالنص. وأما في المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للإيحاش بالطلاق[1]، وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فتجب دفعاً للإيحاش. وأما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر الثابت لها بقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] بطريق المتعة: أي بطريق إيجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الإيحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى وإلا تكررت. وقوله فسخ مجازاً لأنه وقع طلاقاً حتى انتقص به عدد الطلاق، لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالماً إليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لأنه فسخ، ثم يجب بطريق المتعة مخالفاً لقول المحققين إنه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله أيضاً قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾ [البقرة: ٢٤١] خص منها تلك المطلقة بنص ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] جعل تمام حكمها، وبه يحمل قوله تعالى ﴿إذا نكحتم المؤمنات﴾ إلى قوله ﴿فمتعوهن﴾ [الأحزاب: ٤٩] على غير المفروض لها لعقلية أن نصف مهرها بطريق المتعة (**قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل**

استثناها من الوجوب، وذكر في الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضاً، وإذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه: وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الخ. وهو اختيار القدوري. فإنه ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة، فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والتسمية، والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً وقد وقع اختياره موافقاً لرواية التحفة ومخالفاً للكتب المذكورة. وأما الشافعي فله في المستثناة قولان: في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر. وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو أصح القولين، فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام: واجبة، ومستحبة، وغير مستحبة. لأن المطلقة إما أن تكون ملموسة أو لا، فإن لم تكن فإما أن يكون مهرها مسمى أو لا، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة، وإن كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة، وإن كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة. وعند الشافعي هي تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها. واستدل له في الكتاب بقوله (**لأنها وجبت**) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة. وتقريره: المتعة وجبت صلة من الزوج لإيحاشها بالفرق، وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوحشت به، فالمتعة تجب لكل مطلقة لأنها أوحشت بالفرق (**إلا أن في هذه الصورة**) يعني المستثناة (**نصب المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ**) معنى (**في هذه الحالة**) لعود مالها إليها سالما، وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع، لكن الشرع أوجب نصب المهر بطريق المتعة (**والمتعة لا تتكرر**) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها، وإنما قال: وجبت صلة احتراز عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه. والفائدة تظهر في مسئلتين: إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لأنها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره، وعنده تستحق لأنها وجبت صلة بسبب الإيحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق. والثانية أن المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الأصل. وعنده تزاد. (**ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة**) لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة، والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ على ما عرف في الأصول، فكان وجوب المتعة مضافاً إلى العقد بعد مهر المثل، ولا يعني

---

(١) الوَحْشَة بين الناس: الانقطاع وبُعدُ القلوب عن المودات اهـ مصباح.

في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر **(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوّضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة، والعقد يوجب العوض فكان خلفاً والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر، وهو غير**

في المفوضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لأنها مفوّضة أمر نفسها لوليها وللزوج، ويجوز فتحها: أي فوّضها وليها للزوج وهي التي زوّجت بلا مهر مسمى. وحاصله منع كون علة الوجوب في الأصل وهي المفوّضة الإيحاش، وأبطل مناسبته للعلية آخراً بقوله وهو غير جان في الإيحاش لأنه بإذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجباً لها من نصف مهر المثل لأنه أقرب إلى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجباً لها ثم أوجب لها شيئاً آخر مكانه، وعلم أن لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحباً في التي لا تصلي والفاجرة، ولا سقوط في المدخول بها مطلقاً فلا تجب لانتفاء العلة المساوية، ولا نسلم أن ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ﴿**أن تبتغوا بأموالكم محصنين**﴾ [النساء: ٢٤] ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول، غير أن بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى ﴿**وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين**﴾ [البقرة: ٢٤١] إما أن اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن مهر لأنهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثم قال ﴿**ومتعوهن**﴾ أو يراد بمتعوهنّ إيجاب نفقة العدة وكسوتها، وأما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وإنما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى ﴿**أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلاً**﴾ [الأحزاب: ٢٨] وهن مدخولات **(قوله وإذا زوّج الرجل ابنته على أن يزوّجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر)** أي صداقاً فيه، وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للأخرى أو معناه بل قال زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شعاراً. ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوّجه بنته ولم يجعلها صداقاً كان نكاح الثاني صحيحاً اتفاقاً والأوّل على الخلاف، ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل. وقال الشافعي رحمه الله: بطل العقد بالمنقول والمعقول أما الأوّل فحديث ابن عمر رضي الله عنه أخرجه الستة «أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوّج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوّجه ابنته أو أخته وليس

بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت أنها خلف **(والخلف لا يجامع الأصل)** فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئاً متصلاً به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله. واعلم أنه قيل في توجيه كلامه: إن المراد بالأصل كل المفروض، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية، وبقوله شيئاً منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية، وفيه نظر لأنه حينئذ يكون منقطعاً عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل، فإن قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل، والخلف لا يجامع الأصل فالمتعة لا تجامع الأصل وهو مهر المثل، وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى، وليس المدعي إلا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل. فالصواب أن يقال: الأصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوباً. والمراد بقوله ولا شيئاً منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى ﴿والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض﴾ أي بعضهم متصل ببعض، فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجامع الأصل وجوباً وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيئاً متصلاً بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله، ويكون قوله ولا شيئاً منه ملحقاً بالثابت بالقياس المتقدم لا أنه من نتيجة لأنه لم يذكر في مقدماته، لكنه لما كان متصلاً به ألحق بحكمه، ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى أن كلا منهما يعق أمثالاً لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الأصول، ويعضد هذا قوله في آخر كلامه **(فلا تجب مع وجوب شيء من المهر)** لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه، هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع، والله أعلم. وقوله **(وهو غير جان)** جواب عن قوله أوحشها بالفراق.

(قال المصنف: ولا شيئاً منه) أقول: لفظة من في قوله منه هي الاتصالية: أي ولا شيئاً متصلاً به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله **(قال المصنف: ليكون أحد العقدين عواضاً عن الآخر)** أقول: أراد بالعقد المعقود عليه والبضع. قال ابن

جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل (وإذا زوّج الرجل بنته على أن يزوّجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي: بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب. ولنا أنه سمي مالاً يصلح صداقاً

بينهما صداق[1]. والنهي يقتضي فساد المنهى عنه، والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقاً. وعنه ﷺ أنه قال «لا شغار في الإسلام[2]» والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل وليّ يزوّج موليته على أن يزوّجه الاخر موليته، كسيد الأمة يزوّج أمته على أن يزوّجه الآخر موليته كذلك. وأما الثاني فإن كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركاً بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل، والإطناب في تقريره مستغنى عنه، والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار ومأخوذ في مفهومه خلوّه عن الصداق وكون البضع صداقاً، ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعاً فلا نثبت النكاح كذلك، بل نبطله فيبقى نكاحاً سمى فيه مالاً يصلح مهراً فينعقد موجباً لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير، فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته: أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصح مهراً، فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه ولم نوجب البضع مهراً. وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته إذا لا شركة بدون الاستحقاق، وقد أبطلنا كونه صداقاً فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقي كله منكوحاً في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح، بخلاف ما لو زوّجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لا يستلزم بطلان النكاح وإنما

وتقريره: سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الإيحاش جانياً لأنه فعل ما فعل بإذن الشرع **(فلا تلحقه الغرامة)** بوجوب المتعة **(فكان)** المتعة بتأويل المتاع **(من باب الفضل)** أي الاستحباب. قال **(وإذا زوّج الرجل ابنته)** وإذا زوج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء، وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه. وقال الشافعي: النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة، لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها

الهمام: وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للأخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شغاراً، ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقاً كان نكاحاً الثاني صحيحاً اتفاقاً، والأول على الخلاف اهـ. فعلى هذا كان الظاهر أن يقول: ليكون كل من العقدين عوضاً عن الآخر وقبله الزوج كما لا يخفى **(قال المصنف: وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز)** أقول: الأولى تأخير قوله بإذن مولاه عن قوله على

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١١٢ و٦٩٦٠ ومسلم ١٤١٥ وأبو داود ٢٠٧٤ والترمذي ١١٢٤ والنسائي ٦/ ١١٢ ومالك ٢/ ٥٣٥ والدارمي ٢١٠٢ والبيهقي ١٩٩٧ ـ ٢٠٠ وابن حبان ٤١٥٢ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر والتفسير الشغار قبل: من ابن عمر وقيل: من نافع لأن في رواية مسلم عن عبيد الله قال: قلت لنافع: ما الشغار فذكره وأخرجه مسلم ١٤١٦ من حديث أبي هريرة وفيه: زاد ابن نُمير: والشغار أن يزوج الحديث. وكذا النسائي ٦/ ١١٢ وأخرجه مسلم ١٤١٧ من حديث جابر.

وأخرجه أبو داود ٢٠٧٥ وأحمد ٤/ ٩٤ وابن حبان ٤١٥٣. والطبراني ١٩/ ٨٠٣ والبيهقي ٧/ ٢٠٠ كلهم من حديث معاوية وله قصة.

فهذا حديث مشهور.

قال النوّوي في شرح مسلم: أجمع العلماء على أن نكاح الشغار منهى عنه لكن اختلفوا هل هو نهي إبطال أم لا؟ فعند الشافعي يقتضي إبطاله، وحكاه الخطابي عن أحمد، وإسحاق وأبي عبيد. وقال مالك: يفسخ قبل الدخول، وبعده وفي رواية عنه: قبله لا بعده. وقال أبو حنيفة: يصح بمهر المثل، وهو رواية عن أحمد، وإسحاق وبه قال: أبو ثور، وابن جرير وأجمعوا: على أن غير البنات من الأخوات، والعمات، وبنات الأخ كالبنات. وصورته الواضحة: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ويضع كل واحدة صداقاً للأخرى فيقول قبلت اهـ النووي.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٥/ ١٤ح ٦٠ من حديث ابن عمر بهذا اللفظ.

وأخرجه ابن ماجه ١٨٨٥ وابن حبان ٤١٥٤ والبيهقي ٧/ ٢٠٠ وأحمد ٣/ ١٦٥ كلهم من حديث أنس وإسناده صحيح على شرط البخاري.

وأخرجه أحمد ٤/ ٤٤٣ من حديث عمران بن حصين.

وأخرجه أحمد ٢/ ٢١٥ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فهذا حديث مشهور أيضاً ولو انضم إلى ما قبله لصار مستفيضاً وهو فوق المشهور ودون المتواتر.

فيصح العقد ويجب مهر المثل، كما إذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق **(وإن تزوّج حر امرأة خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها، وقال محمد: لها قيمة خدمته، وإن تزوّج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته)** وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة، وصار كما إذا تزوّجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها. ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه

استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية **(قوله وإن تزوّج حر امرأة على خدمته شهراً أو سنة فلها مهر مثلها. وقال محمد في الجامع: لها قيمة خدمته سنة)** ولم يذكر القدوري خلافاً. واختلف في قوله أبي يوسف، فقال الهندواني: ينبغي أن يكون مع محمد، وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة، وهو الأظهر وإلا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **(قوله وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين)** أي وجهي حرية الزوج وعبديته **(قوله وكذا المنافع على أصلنا)** قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع، وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر، ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر، وهذا موافق لما في جامع قاضيخان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي. وما قال في البدائع: لو تزوّجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه: يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه لمنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعاً في سائر العقود لمكان الحاجة إليها والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح. وفي الغاية معزياً إلى المحيط: لو تزوّجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته، وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها، فإما لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه. وأنت إذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه ألحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر، ثم بعد هذا يجب أن ينظر، فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها، وإن كان بأمره، فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها، وإن كانت غير معينة بل تزوّجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجير وحد، فإن

عليهما نصفين، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك، والاشترك في هذا الباب مبطل للإيجاب **(ولنا أنه سمى ما لا يصح صداقاً)** وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل **(كما إذا سمى الخمر والخنزير)** وقوله **(ولا شركة بدون الاستحقاق)** جواب الخصم. وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الاشتراك لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطاً فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **(وإن تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل، وقال محمد: لها قيمة خدمته سنة وإن تزوّج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة، وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين)** يعني سواء كان عبداً أو حراً **(لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً)** لأن المعاوضة تتحقق بذلك، والتعليم والخدمة كذلك لأنه إذا استأجر شخصاً على تعليم القرآن أو الأذان أو الإقامة جاز عنده **(فصار كما إذا تزوّجها على خدمة حر آخر أو على رعى الزوج غنمها. ولنا أن المشروع)** عقد النكاح **(هو الابتغاء بالمال)** لقوله تعالى **﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (والتعليم ليس بمال)** فلا يكون الابتغاء به مشروعاً **(وكذلك المنافع على أصلنا)** لأنها لا تبقى زمانين، والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعاً **(وخدمة**

خدمته سنة **(قوله لتضمنه تسليم رقبة العبد)** أقول: الذي هو المال **(قوله ولا كذلك الحر)** أقول: فإن رقبته ليست بمال **(قوله وعلى هذه النكتة تمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم)** أقول: ويدل على ذلك إطلاق قوله ولا كذلك الحر.

تسليم رقبته ولا كذلك الحر، ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع، بخلاف خدمة حر آخر برضاة لأنه لا مناقضة، وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره، وبخلاف رعي الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية، ثم على قول محمد تجب

صرفته في الأول فكالأول، أو في الثاني فكالثاني، وقد أزال المصنف آخراً[1] **(بقوله بخلاف خدمة آخر فإنه لا مناقضة)** والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعاً يجوز التزوّج عليها، وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج. وعند الشافعي: يجوز أخذ الأجرة على هذه فصح تسميتها، واختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه، وكون الأوجه الصحة لقَصِّ الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **(قوله وبخلاف رعي الأغنام الخ)** يعني أنه لم يتمحض خدمة لها إذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما: أي بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر **(على أنه ممنوع في رواية)** في الدراية، بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الأصل والجامع وهو الأصح: يعني على أن يزرع لها أرضها، ويجوز على رواية ابن سماعة لأنه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا، ألا يرى أن الابن إذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز، ولو استأجره للرعي والزراعة يصح اهـ.

[فروع] وإذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوّجه، فإن تزوّجته فلها مهر مثلها خلافاً لأبي يوسف. له الحديث الصحيح «أنه ﷺ تزوّج صفية وجعل عتقها صداقها[2]» قلنا: نص كتاب الله تعالى يعين المال فإنه بعد عدَّ المحرمات أحل ما وراءهن مقيداً بالابتغاء بالمال، قال الله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين﴾ [النساء: ٢٤] الآية، وقول الراوي[3] ذلك كناية عن عدم المهر: يعني أنه أعتقها وتزوّجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوّج بلا مهر جائز للنبي ﷺ دون غيره. وغاية ما فيه أن ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعاً للمعارضة بينه وبين الكتاب، وإن أبت أن تتزوّجه ألزمناها بقيمتها، ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة: لا يجب عليها قيمتها لأن رقها غير متقوّم عنده. ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوّجني بألف أو على أن تعطيني ألفا فقبل عتق، فإن أبي تزوّجها فعليه قيمة نفسه، وإن تزوّجها بألف قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها، فما أصاب الرقبة فهو قيمته،

العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد) كما في الإجارة **(ولا كذلك الحر)** وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم، ولأن خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح **(لما فيه من قلب الموضوع)** لأن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً لقوله عليه الصلاة والسلام «النكاح رق» وفي جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف **(بخلاف خدمة حر آخر برضاه)** فإنه يصح أن يكون مهراً لأنه يسلم فيه رقبته كالمستأجر، ولا مناقضة فيه على أنه ممنوع في إحدى الروايتين **(وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم المولى معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره)** بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهراً لأنه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال. ويمكن أن يقال: ذكر المصنف

---

(١) (قوله آخراً) كذا في بعض الأصول، وفي بعضها أولاً والأمر سهل كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٦٥ ح ٨٥ وأبو داود ٢٠٥٤ والترمذي ١١١٥ والنسائي ٦/ ١١٤ والدارمي ٢١٦١ والطيالسي ١٩٩١ وعبد الرزاق ١٣١٠٧ وابن سعد ٨/ ١٢٥ وأحمد ٣/ ١٦٥ ـ ١٧٠ ـ ١٠٣ ـ ١٧٦ ـ ٢٣٩ ـ ٢٤٢ وابن حبان ٤٠٩١ والدارقطني ٣/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦ والبيهقي ٧/ ٢٨ والبغوي ٢٢٧٣ من عدة طرق كلهم من حديث أنس: أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها.

تنبيه: رواية مسلم المذكورة أعلاه هي في شرح مسلم ٩/ ٢٢٣ ـ ٢٢١ في خبر طويل في قصة غزوة خيبر.

(٢) وهو أنس: جعل عتقها صداقها.

قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوّج على عبد الغير، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير، وهذا لأن تقوّمه بالعقد للضرورة، فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل (**فإن تزوّجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة**) لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ، وكذا إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً

وما أصاب المهر فمهرها، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول (**قوله فإن تزوّجها على ألف**) حاصل وجوهها إذا تزوّجها على مسمى، فإما أن يكون من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين، بخلاف المعين منهما فإنه كالعرض، وإما من العروض أو الحيوان معيناً أو في الذمة، ففي الأوّل إن وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقاً، أو قبله لم يرجع بشيء خلافاً لزفر، أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافاً لهما، وقال: لا يرجع بنصف المقبوض كائناً ما كان من النسبة، حتى لو كانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض، وعنده يرجع إلى تمام نصف الصداق، وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقاً قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض. وجه الاتفاقية في الأوّل أن المقبوض ليس نفس المهر لأن وصف في الذمة بل مثل تقع به المقاصة، فظهر أن الواصل إليه غير ما يستحقه بالطلاق: أعني نصف المهر، ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض، وتقرير المصنف ناظر إلى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست إلا معينة، ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق. ووجه قول زفر في ثاني شقي الأول أن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن وصل إليه بسبب غير الطلاق وهو الإبراء وهو مسبب عن الإبراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات شرعاً. أصله حديث لحم تصدق به على بريرة[1]، فبواسطة لزوم الاختلاف شرعاً لم يصل إليه عين ما يستحق فصارت كالأولى. وجه الاستحسان

على المدّعي دليلين: أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني قوله ولأن خدمة الزوج الحر، فذكر العبد مرة باعتبار الأول وأخرى باعتبار الثاني (**وبخلاف رعي الغنم لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية**) وفي عبارة المصنف تسامح لأنه قال في الدليل: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا، فإن كان محمد داخلاً في قوله ولنا قوله (**ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال**) يناقض ذلك، وإن لم يكن داخلاً كان المناسب ولهما دفعاً للالتباس. ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة إلى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (**إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة**) أي خدمة الحر (**ليست بمال إذ لا تستحق فيه**) أي لا تستحق الخدمة في النكاح(**بحال**) ولو كانت مالاً لاستحقت لأنه وجد المقتضي وهو العقد

(**قوله ويمكن أن يجاب، إلى قوله: ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ**) أقول: فكان المناسب حينئذ أن يقول: وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس، ولعل الأولى أن يقال: محمد متفق معهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد، وإنما ثبتت لها المالية بالعقد وهما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده، فإن الضرورة إنما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (**قوله وذكر بعض الشارحين**) أقول: أراد الإتقاني (**قوله والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ**) أقول: ولو جعل قوله وهذا إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا تستحق فيه بحال على عدم المالية لا ندفع ما ذكره، ثم المراد من نفي مالية الخدمة نفي تقومها على ما يدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخنزير، وقوله لأن تقومه الخ فليتأمل (**قال المصنف: وهذا لأن تقومه بالعقد**) أقول: أي لأن تقوم المسمى وهو الخدمة (**قوله وهذا: أي وجوب مهر المثل**) أقول: وعندي هو إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا تستحق الخ على عدم

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٧٥ ح ١٧٢ و١٥٠٤ ح١٠ والنسائي ٦/ ١٦٢ ـ ١٦٣ وأحمد ٦/ ٤٥ ـ ٤٦ وابن حبان ٤٢٦٩ كلهم من حديث عائشة في خبر تخيير بريرة وآخره: وكانت يُتصدق عليها فتُهدي لنا منه فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: كلوا، فإنه عليها صدقة، وهو لكم هدية.

آخر في الذمة لعدم تعينها **(فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء)** وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر، لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول. وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي بالخلاف السبب عند حصول المقصود **(ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقالا: رجع عليها بنصف ما قبضت)** اعتبارا للبعض بالكل، ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق. والحط لا يلتحق بأصل العقد في

أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالإبراء، فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيئاً لعدم مصادقته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لأنه إنما يؤثر في شغل الذمة بالإسقاط، فلو أوجب شيئاً آخر كما قال إنه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجبه في محله وصار كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله ثم حل الأجل لا يجب شيء آخر. وإذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالأعيان لأنها تقبل التغير بتغيير صفاتها، بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة، وهو دفع فاسد لأن ثبوت التغير شرعاً لا يتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعي، وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالاً على ما عرف في التحقيقات الكلامية. ثم يمكن حمل قوله في الكتاب أنه وصل إليه عين ما يستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه: أي عين ما يستحقه ذاتاً لا من حيث هو بسبب الإبراء، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقاً فإنه لم يؤثر شيئاً حينئذ. وجه قولهما في قبض النصف إلحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الأصح: يعني لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه، ولا يخفى أن الملازمة تحكم، فإن رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق، وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق إلى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما يعني يتبين ذلك وإلا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهراً، فإذا قبضت النصف انصرف إلى حقها كمكيل أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان

الصادر من الأهل المضاف إلى المحل، وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال. وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أو لا تستحق فيه بحال، وهو حسن لمعنيين: أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال، وقوله لا تستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل، ويكون الأول إشارة إلى قوله: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح، والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له

المالية لمكان التناقض **(قوله فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد، إلى قوله: ولو قال فإذا لم يجز تسليمه كان أولى)** أقول: وإنما قال لم يجب إشارة إلى أنه لو كان مالاً متقوماً لوجب تسليمه في عقود المعاوضة **(قوله كالنقود الخ)** أقول: وسائر الموزونات والمكيلات إذا كانتا في الذمة **(قوله كالعروض والحنطة)** أقول: إذا أشير إليهما حيث جعلا مهراً **(قوله إما أن يكون الصداق مقبوضاً لها)** أقول: كلا أو بعضاً **(قوله وهو ألف درهم)** أقول: يعني مثلاً **(قال المصنف: لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه)** أقول: لأن ما قبضته ليس عين ما جعل مهراً فإنه وصف في الذمة ومقبوضها عين **(قوله لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهراً بالطلاق قبل الدخول فإنه بنصف الصداق بالنص)** أقول: قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب، وضمير فإنه راجع إلى الطلاق **(قوله لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ)** أقول: وبالله أستعين لا شك أن التي وهبتها هي التي قبضتها، ألا يرى أنها لو وهبتها للأجنبي فما دامت عينها باقية ولم يعوض عنها **لها الرجوع**، فلو لم تكن متعينة في الهبة لم يكن الأمر كذلك لكن الألف التي قبضتها ليست عين ما جعل مهراً لكونه وصفاً في الذمة، والألف التي قبضتها عين فليتأمل، فإنه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضاً، ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر فتدبر، ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل **(قوله ووجه ذلك أن الحط، إلى قوله: يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك الخ)** أقول: فيه تأمل، فإنه يجوز أن يكون الحط لكون المسمى زائداً على مهر المثل، والزيادة لكونه ناقصاً عنه، نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح.

النكاح، ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف، ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي، فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف. وعندهما بنصف المقبوض **(ولو كان تزوّجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء)** وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره. وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل

المقبوض حقه، فإذا أبرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل إليه عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه، فظهر أن إلحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر، وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب. وقوله **(والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح)** يؤيده أنها لو حطت حتى بقي أقل من عشرة صح ولا تستحق غيره، وتسمية ما دون العشرة في أصل العقد لا تصح، وقيد بالنكاح لأنه يلتحق في البيع بأصل العقد. ووجه الفرق أن البيع عقد مغابنة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة إلى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق بأصل العقد، ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه. وقوله **(ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق)** بأصل العقد **(حتى لا تتنصف)** استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل، فإن عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضاً عن ملكه، فإذا لم تلتحق بقي إبطالهم ذلك بلا جواب، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ، وإنما لا تتنصف لأن الانتصاف خاص بالفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف إليها على ما مرا، وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به، ولأن وجه إلحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسراً أو زائداً مضراً بالمشتري فيرد إلى العدل يجري في النكاح، وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة إليه فإن تزويجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلاً يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له. وجه قول زفر في العرض المعين وهو أحد قولي الشافعي في الجديد واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه ردّ نصف عين المهر على ما مر تقريره من أن السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه، ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه، كما لو تزوّج على عبد الغير فأبى سيده. ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك إليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلاً ذمتها ليؤثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق، وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم **(قوله بخلاف ما إذا كان المقبوض ديناً)** أي دراهم وإخوتها فإن

على أن الخدمة ليست بمال إلا بما ينفيه من وجود المقتضى وانتفاء المانع، وهو لا يتم لأن للخصم أن يقول لا تسلم أنها لو كانت مالاً لاستحقت فيه، وقوله لأنه وجد المقتضى وانتفع المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضياً إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة إذ. ولقائل أن يقول: قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث. ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيداً لبيان التعليل بقوله **(وهذا)** أي وجوب مهر المثل **(لأن تقومه بالعقد للضرورة)** أي لأن تقوّم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي إنما تندفع بالتسليم إلى المحتاج **(فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد)** لمكان التناقض **(لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل)** ولو قال لم يجز تسليمة كان أولى فتأمل. قال **(فإن تزوجها على ألف)** هذه المسألة تنقسم بالقسمة الأولية على ضمين: إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير، ثم كل واحد منهما على وجهين: إما أن يكون الصداق مقبوضاً لها، أو لم يكن، وكل واحد منهما على وجهين: إما أن تهب المرأة الكل أو البعض، فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهراً بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل إليه عين ما يستوجبه بالهبة لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فى العقود والفسوخ فكانت هبة، هذه الألف كهبة ألف أخرى، وإذا لم يصل إليه

(قوله وقوله ولهذا: أي ولأن حقه عند الطلاق الخ) أقول: بل هو إشارة إلى التعيين المعلوم من سياق الكلام.

إليه ببدل. ولو تزوّجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد، وهذا لأن

الواصل إليه حينئذ ليس عين ما تستحقه لعدم تعينها، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها العرض المذكور فإنه وإن وصل إليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكأنه لم يصل إليه شيء، ولو كان العرض أو الحيوان في الذمة فكذلك الجواب: أي لا يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض، أما إذا لم تقبض فتقريره ديناً، وأما إن قبضته ثم وهبته فلأن المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره، بخلاف المقبوض من الدراهم، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن الأصل أن لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لأنه غير المقصود منه، فإذا عين بالتسليم يصير كأنّ العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه إذا استحق كما لو كان معيناً في الابتداء فيعطى حكمه، ويتأتي خلاف زفر في هذه أيضاً لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله إليه من الجهة المستحقة. وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فيما يتعين. وإذ قد انجرّ الكلام إلى شيء مما يتعلق بإمهار العرض المعين فهذه فوائده تتعلق به كلها من المبسوط فنقول: لا يثبت فيه خيار الرؤية، فلو تزوّجها على شيء بعينه لم تره فأتاها به ليس لها ردّه ويثبت فيه خيار العيب فلها رده إذا كان العيب فاحشاً وهو ما ينقص عن القيمة قدراً لا يدخل تحت تقويم المقوّمين بخلاف العيب اليسير. أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في إثباته إذ الفائدة في إثباته التمكن من إعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل في البيع لأنه ينفسخ بالرد، بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضاً غير مرئية. وأما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحاً لأن السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق، فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحاً، ولكن بالردّ بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته، كالعبد المغصوب إذا أبق، وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله إن كان مثلياً وإلا فقيمته وكذا لو استحق. هذا إذا كان العيب قائماً وقت العقد، فإن تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيراً فليس لها غيره، وعن زفر لها الخيار، أو فاحشاً فأما بفعل الزوج فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوّجها أو تأخذه تضمن الزوج النقصان لأنه أتلف جزءاً من الصداق، ولو أتلفه ضمنه، فإذا أتلف بعضه لزمه قدره. وعن أبي حنيفة: إذا اختارت أخذه لا تضمنه النقصان وأما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير أنها لا تضمنه النقصان إذا اختارت أخذه. وأما بفعل الصداق نفسه، ففي

عين ما استوجبه كان له الرجوع **(وكذا إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر في الذمة)** غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت **(فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء)** وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه **(فلا تبرأ)** المرأة **(عما يستحقه)** وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء **(ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود)** لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر: لك عليّ ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، وقال الآخر: الجارية جاريتك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية **(ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل)** فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا إذا قبضت

(قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر) أقول: أي بقيمته.

. . . .

ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لأن فعله بنفسه هدر. وعن أبي حنيفة أنه كتعييب الزوج. وأما بفعلها فتصير قابضة له كله. وأما بفعل أجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجاني نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني، وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لأنه لا صنع منه بذلك، هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها، فإن طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول، فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول، ففي السماوي إن شاءت ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها إياه كما قبضته، وإن شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان، والتعيب بفعل الصداق كالسماوي، وكذا بفعلها لأنه صادف ملكاً لها صحيحاً فلا يوجب ضمان نقصان عليها، وإذا كان بفعل أجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق، وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه. وكذا إذا تعيب بفعل الزوج لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبي في إيجاب الأرش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق، فلو كان إنما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوي لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب، وإن كان بفعل أجنبي فالأرش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها. ووقع في مختصر الحاكم أبي الفضل أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء. قال شمس الأئمة في المبسوط: وهو غلط، بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا، فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لأن الاستيلاء في ملك المرأة غير صحيح، إلا أن الحد يسقط عنه للشبهة لأن الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر، وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الأصل لأن المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله، فإذا طلقها قبل الدخول تنصف

البعض **(ولأن هبة البعض)** الذي لم يقبضه **(حط)** والحط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة **(ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج)** وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض **(قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق)** كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل، وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما إذا باعت من زوجها، وقوله **(والحط)** جواب عن قولهما ولأن هبة البعض حط ووجه ذلك أو الحط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله **(ألا ترى أن الزيادة)** يعني أن الحط والزيادة سيان في الالتحاق بأصل العقد، والزيادة في النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق، فكذلك الحط **(ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي)** مثل ما إذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي؛ فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم لأن عنده ما سلم الزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة **(ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء. وفي القياس وهو قول: زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره)** يعني في قوله لأنه سلم له المهر بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه **(وجه الاستحسان)** ما ذكره **(أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه)** لأنه يتعين بالتعيين. وقوله **(ولهذا)** أي ولأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها **(لم يكن لها أن تدفع شيئاً آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً)** وهي المسئلة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين، ولهذا لو دفعت مكانه شيئاً آخر جاز **(بخلاف ما إذا باعت)** يعني الصداق العرض من زوجها **(لأنه وصل إليه ببدل)** وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر **(ولو تزوجها على حيوان)** يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه **(أو عروض في الذمة)** بأن قال عليّ ثوب هروي بين جنسه ونوعه فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمى ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود **(فكذلك**

الجهالة تحملت في النكاح فإذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه **(وإذا تزوّجها على ألف على أن لا يخرجها من**

الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت ولدها منه، ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية، ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامناً لأنه ما صنع في الولد شيئاً إنما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لإعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكماً لملكه. وإن ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليا نصف القيمة يوم قبضت لأنه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له، ولا سبيل للزوج على القاتل لأن فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئاً. وإذ قد انجرّ الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفه. وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضة متصلة كالسمن وانجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة، وذلك كله يسلم لها إذا دخل بها أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالماً لها، وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة، فأما إذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الأصل لأنها في حكم جزء من العين، والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض. وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول أبي حنيفة، وفي قولهما تتنصف مع الأصل، وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة وعندهما يدور الكسب مع الأصل، وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري، وعندهما هو للبائع. لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها إذا بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا، وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل لانفساخ السبب فيه، والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو لا، فإذا انفسخ سبب الملك في الأصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة. وحقيقة الوجه لأبي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الأصل بل ملك الأصل يصير شرطاً، فسبب ملك الأصل مثلاً قبول عقد النكاح، وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو إما احتطاب العبد أو إجارته نفسه أو قبوله الهبة، وهذه الأسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب إذا لم يكن أهلاً للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب، وببطلان ملكه في الأصل لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب، وليس الكسب كالزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسري إليه ملك الأصل لا أن يكون مملوكاً بسبب حادث، ألا يرى أن ولد المكاتبة يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً، وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعاً ولا يقابله شيء من الثمن وإن قبض مع الأصل، ولو قبضت الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة لأن حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها، ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول، فإما أن تكون غير متولدة أو متولدة من

الجواب) يعني إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها شيء قبضت أو لم تقبض **(لأن المقبوض متعين في الرد)** يعني أنها لو قبضته تعين عليه رده بعينه، وكل ما كان المقبوض منه متعيناً في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه لأن اختلاف السبب غير معتبر، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا معتبر باختلاف السبب. وقوله **(وهذا لأن الجهالة)** إشارة إلى شيئين إلى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، إلى المقبوض متعين في الرد. وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح، فإذا شرط ذلك في العقد صح، ولا بد من تعيين ليتحقق الإيفاء عند الحاجة إليه، فإذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه، ولو كان كذلك كان متعيناً فكذلك إذا عين بالقبض. وفائدة الأولى صحة العقد وإن كان المسمى مجهولا ومنع

. . . .

العين وهي إما منفصلة أو متصلة، فإن كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردّت نصف الأصل على الزوج لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها، وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الأصل بعيب يبقى الكسب سالماً له، وهذا لقوله ﷺ **«الخراج بالضمان»**(١) وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة، وإن كانت متولدة من العين، فإن كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الأصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها، وإنما للزوج في الطلاق نصف قيمة الأصل، وفي ردّتها جميع قيمته يوم دفع إليها في ظاهر المذهب، وعلى قول زفر يتنصف لأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها، بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسداً إذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردّها بزيادتها. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلاً قال في الطلاق: يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل، وعند ردّتها يستردّ منها الأصل مع الزيادة لأن الردّة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الردّ بفساد البيع، وفيه يثبت الرد في الأصل والزيادة، أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل، فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده، ويتعذر نصف الزيادة بتعذر نصف الأصل. وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها، والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد، وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكماً إذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها تعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع، فإذا رجع في الأصل بقيت

وجوب مهر المثل، وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء إن وهبته له وعدم ولاية الاستبدال إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير، قال **(وإذا تزوّجها على ألف أن لا يخرجها من البلدة)** قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوّج امرأة على ألف على **أن لا يخرجها** من البلدة **(أو على أن لا يتزوّج عليها)** أو على **أن يطلق** فلانة فالنكاح صحيح وإن كان

---

(١) حسن لشواهده أخرجه أبو داود ٣٥١٠ وابن ماجه ٢٢٤٣ وابن حبان ٤٩٢٧ وابن الجارود ٦٢٦ والطحاوي ٢/٢٠٨ كلهم من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام عن عروة عن عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فردَّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان.
وفيه الزنجي وهو صدوق، وفقيه إلا أنه سيء الحفظ كثير الوهم كما في التقريب لكن صححه الحكم، وأقره الذهبي، وابن القطان كما في الحبير وأخرجه البيهقي ٥/ ٣٢٢ من طريق عمر بن علي المقدمي عن هشام به فهذه متابعة لكن المقدمي مدلس وقد عنعنه فلعله سمعه من الزنجي وانظر تلخيص الحبير ٣/ ٢٢.
وله طريق آخر توبع فيه الزنجي وهشام فقد أخرجه أبو داود ٣٥٠٨ و٣٠٥٩ والترمذي ١٢٨٥ والنسائي ٧/ ٢٥٤، ٢٥٥ وابن ماجه ٢٢٤٢ وابن الجارود ٦٢٧ والدارقطني ٣/ ٥٣ والحاكم ٢/ ١٥ والبيهقي ٥/ ٣٢١ وابن حبان ٤٩٢٨ والطحاوي ٤/ ٢١ والبغوي ٢١١٩ والشافعي ٢/ ١٤٣ ـ ١٤٤ وابن الجعد ٢٩١٢ و٢٩١٣ والطيالسي ١٤٦٤ وأحمد ٦/ ٤٩ ـ ١٦١ ٢٠٨ ـ ٢٣٧ من عدة طرق كلهم من حديث مَخْلد بن خُفاف قال: كانت بيني، وبين شركاء لي عبد . . . فذكره بنحوه.
ومخلد قال عنه في التقريب: مقبول. وباقي رجاله ثقات. وقد وثقه، ابن حبان وابن وضاح. فالحديث بمجموع طريقيه حسن صحيح وقد تلقاه العلماء القبول.
فائدة: قال البغوي في شرح السنة ٨/ ١٦٣ ـ ١٦٤: المراد بالخراج: الدخل، والمنفعة، ومعنى الحديث: أن من اشترى شيئاً، فاستغله بأن كان عبداً، فأخذ كسبه، أو داراً فسكنها، أو أجّرها، فأخذ غلّتها، أو دابة، فركبها، أو أكراها، فأخذ الكراء، فله أن يردها إلى بائعها إن وجد بها عيباً قديماً، وتكون الغلة للمشتري لأن المبيع كان مضموناً عليه.
فقوله: الخراج بالضمان أي: ملك الخراج بضمان الأصل اهـ.

البلدة أو على أن لا يتزوّج عليها أخرى، فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به **(وإن تزوّج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها)** لأنه سمى مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهداية مع الألف **(ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها، فإن أقام بها فلها الألف، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: الشرطان جميعاً جائزان)** حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر: الشرطان جميعاً فاسدان، ويكون لها مهر

الزيادة للموهوب له بغير عوض، وقد كان الأصل سالماً له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضاً بغير عوض. فأما البيع والنكاح فمعاوضة، فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل، ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة، وإذا تعذر تنصف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه. ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض، وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. هذا والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه، وعند محمد وزفر: يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة، والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات، كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها، بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة، وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر، ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها لزيادة السعر فكذا في الصداق، بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان، فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة، وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها، بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع. ولهما أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة، وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الأصل لما قال محمد، والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضاً عن مال، والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب، وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع. فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة، وما ذكر في المأذون فهو قول محمد، وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة، وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار ردّ الأصل مستحقاً عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسداً ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة، بخلاف ما قبل الطلاق **(قوله وإذا تزوّجها الخ)** للمسئلة صورتان: الأولى أن يسمي لها مهراً ويشترط لها معه مالها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوّج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرّتها. والثانية أن يسمي لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر، أما الأولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا

شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرّة فاسد لأن فيه المنّع عن الأمر المشروع **(فإن وفى بالشرط فلها المسمى)** لأنه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به) وإن لم يوف به فلها مهر مثلها، وصورة المسئلة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف **(لأنه سمى ما لها فيه نفع)** حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل **(فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة)** بأن شرط مع الألف أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة وما تتعب به، وكما لو سمى الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة **(ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها)** صورة المسئلة ظاهرة. ووجه قول زفر أنه ذكر

(قوله لأنه سمى مالها فيه نفع) أقول: هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها.

مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على ألفين وأصل المسألة في الإجارات في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم، وسنبينها فيه إن شاء الله **(ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس**

المسمى وإلا فلها مهر مثلها، فإن كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لا تستحق شيئاً آخر. وقال زفر: إن كان ما ضم إلى المسمى مالاً كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوّم بالإتلاف، فكذا بمنع التسليم إذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوّم فلا يلزم. وقال الإمام أحمد: إذ فات ثبت لها الخيار في الفسخ لأنها لم تتزوّجه إلا على ملك المرغوب فيه فصار كما إذا باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه، ولقوله ﷺ «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[(١)] وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للتقوّم في المضموم بل لعدم رضاها بالألف إلا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل. وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالا»[(٢)] وهذه الشروط تمنع التزوّج والتسري لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ، بل إن وفى تمت التسمية لرضاها بها وإلا لا تتم لعدم الرضا، وفساد العقد ليس لازماً لعدم تمام التسمية ولا لعدمها رأساً إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط، بخلاف البيع. فإن قيل: ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوّج ما دامت تحته مختاراً لعدم دخول خيار الفسخ في يديها وأين عدم التزوّج مختاراً لأمر من تحريمه شرعياً؟ فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلاً لا يتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام، إذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعاً لم يكن باطلاً، وإذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عيناً. بقي أن يقال: إذا ظهر عدم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحاً بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوّضة، بل إنما

بمقابلة شيء واحد هو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الألف والألفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل. ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعاً. ولأبي حنيفة أن الشرط الأول قد صح لعدم الجهالة فيه. فيتعلق العقد به، ثم لم يصح الشرط الثاني لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جميلة وعلى ألف إن كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعاً بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره. وأجيب بأن في الأولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لأنها لا تدري أن الزوج يخرجها أولاً، وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢١ و٥١٥١ ومسلم ١٤١٨ وأبو داود ٢١٣٩ والترمذي ١١٢٧ والنسائي ٦/ ٩٢ والدارمي ٢١٢٣ وابن ماجه ١٩٥٤ وابن حبان ٤٠٩٢ وعبد الرزاق ١٠٦١٣ وأبو يعلى ١٧٥٤ والطبراني ١٧/ ٧٥٣ ـ ٧٥٨ والبيهقي ٧/ ٢٤٨ والبغوي ٢٢٧٠ وأحمد ٤/ ١٥٠ ـ ١٤٤ ـ ١٥٢ من عدة طرق كلهم عن أبي الخير عن عقبة بن عامر مرفوعاً ولفظ البخاري: أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ والبيهقي ٦/ ٧٩ وابن عدي في الكامل ٦/ ٦١ والدارقطني ٣/ ٧٢ كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً.

هذا لفظ الترمذي. واقتصر ابن ماجه على شطره الأول في حين اقتصر ابن عدي على شطره الأخير.

وأما المصنف ابن الهمام فقدم في آخره وأخر كما ترى.

قال الترمذي: حسن صحيح.

مع أن مداره على كثير المزني.

قال عنه في التقريب: ضعيف عند الأكثر لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوُّون أمره.

أما الذهبي فذكره في الميزان بهذا الحديث وجرحه وقال: صحّح الترمذي حديثه هذا فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي. لكن له شاهد أخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ٤٢ من حديث رافع بن خديج وإسناده ضعيف لضعف جبارة بن مغلّس وللحديث شواهد يرقى بها إلى درجة الحسن إن شاء الله.

وسيأتي في البيوع.

. . . .

رضيت بتسمية صحيحة معينة، وقد قالوا: إذا سمى للبكر عند استئذانها مهراً فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافراً ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه، وكون مهر مثلها أصلاً لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوّضة أو تصرح بالرضا به وإلا فقد لا ترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار، كما إذا زوّجت نفسها من غير كفء فإنه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ، وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق في الحديث على ما ذكر فبلا موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لأنه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختاراً لأحب الأمرين إليه وهو صحبة الزوجة، ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرماً وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله. وأما الثانية فكأن يتزوّجها على ألف بأن أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيباً على ألفين إن كان أضدادها فإن وفى بالأوّل أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة، وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أوّلا بناء على أنه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط، وقالا: الشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها. وقال زفر: الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين. وجه قول أبي حنيفة إنه لا خطر في التسمية الأولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة، فإذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلاً ثبت لها ذلك المسمى، وقد كان ذلك المسمى الأوّل ثابتاً لأن المنجز لا يعدم وجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة. ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد. ووجه قول زفر إنه لا تعليق أصلاً بل هما منجزان لأن ما يضم مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا ففسدا للجهالة، وأصلها في الإجارات وستزداد هناك وضوحاً إن شاء الله تعالى. واعلم أنه نقل عن الدبوسي: لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً، غير أن الزوج بجهله وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه. واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوّجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما، والأولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف، فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما. واعلم أنه لو كان تزوّجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد، بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلانة فإنه ما لم يطلقها لم تطلق. وفي المبسوط: لو تزوّجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن تردّ عليه عبداً فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثمناً للعبد ونصفها صداقاً لها، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك، وإن دخل بها نظر، إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك، وإن كان أكثر فإن وفى بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة، وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمه فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها، ولو كان تزوّجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبداً وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد، والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخر، فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقاً لها، فإذا

لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعاً. والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحالها على باب الإجارة على أحد الشرطين، ولم يذكر هناك هذه المسئلة وإنما ذكر المسئلة

والآخر أرفع، فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها) وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لها الأوكس في ذلك كله **(فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع)** لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى، وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل

طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون، والطلاق الواقع على الضرّة بائن لأن بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطاً على المطلقة، وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة. ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد أيضاً لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق، واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزماً تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف. وها هنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما إذا تزوّجها على دار على أن ترد عليه ألفاً تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف، حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع، وإن تفاوتا تفاوتا وهذا بالاتفاق، ثم هل تثبت الشفعة لجار هذه الدار فيها مثلاً؟ عند أبي حنيفة لا، وعندهما نعم اعتباراً لبعض المبيع بالكل، وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه، والبيع ههنا في ضمن النكاح إذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه، ولا شفعة في الدار التي يتزوّج عليها فكذا في هذه، ولو اعتبر البيع أصلاً فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطاً فيه. وفي فتاوى الخاصي من علامة النون: رجل تزوّج امرأة ولم يسم لها مهراً على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهراً لها. وذكر في علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شيء من العبد، أما أنه لا شيء له من العبد فلأن هذا شرط فاسد، وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة اهـ. وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول **(قوله ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد)** أو على هذه الألف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين **(فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما)** أو مثله **(فلها الأوكس)** إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس **(وإن كان أكثر من أرفعهما)** أو مثله **(فلها الأرفع)** إلا أن ترضى بالأوكس **(وإن كان)** مهر مثلها **(بينهما)** أي فوق الأوكس ودون الأرفع **(فلها مهر مثلها، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لها الأوكس في ذلك كله، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع)** فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقاً، وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح، فعنده مهر المثل لأنه أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوّم بحالة الدخول، بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو. وعندهما الواجب الأصلي المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل

الخياطة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى **(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد)** أصل هذا أن الضمان الأصلي أبي حنيفة مهر المثل، ، وإنما يصار إلى التسمية إذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة. وعندهما الضمان الأصلي هو المسمى، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه، وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقناً كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين، وما في الكتاب واضح وإنما قال في مهر المثل **(إذ هو الأعدل)** لأنه لا يقبل

(قال المصنف: ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول: قال الزيلعي: وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين، ومنشأ الخلاف أن البدل الأصلي هو مهر المثل عنده، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية. وعندهما المسمى هو الأصلي، ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن إيجاب المسمى اهـ. وسيصرح المصنف في بيان اختلاف الزوجين في المهر حيث نقل دليل أبي حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الأصلي في باب النكاح.

متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال. ولأبي حنيفة أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل، والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البدل، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة، والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة **(وإذا تزوّجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه، والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته)** قال

وجه، وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياساً على ما لو خالعها على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقاً، وهذا إن كان منقولاً عنهم فلا كلام فيه، وإن كان تخريجاً فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل، ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة، فعنده فسدت لإدخال أو فصير إلى مهر المثل، وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوتا ورضيت هي بأيهما كان فقد رضيت بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس. وإذا تعين مالها لم يصر إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة، وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فإنه يجب الأوكس فيهما. وهو يفرق بأن تعين الأوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البدل، وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لا يلغو كلامهما بالكلية، ولا ضرورة هنا لأن للنكاح موجباً أصلياً، فإذا لم يتعين أحد ما ردّد فيه لا يلزم الإلغاء إذ يصان بتصحيحه بمهر المثل، وهذا بخلاف ما لو خيرها بأن

قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلا لأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحققت المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر، بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبدّ بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لا يجوز، ولو سمى لكل ثمناً وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز، وبخلاف ما لو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة، بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والأصل براءة الذمة وهو في شك في اشتغالها بالألفين لم يجزم بهما فلا يلزمانه، بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها، ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها، وإن كان كالأقل فله، وإن كان بينهما يجب مهر المثل، وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه **(قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ)** وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تحكم صرح به في الدراية فالمحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس إلا متعة مثلها **(قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ)** المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان، فإذا كان عرضا أو حيواناً فإما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكاً له، وكذا لو لم يكن مشاراً إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدي وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته. ولو استحق نصف الدار

الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة النقصان، بخلاف التسمية لأنها تقبلهما. وقوله **(إلا مهر المثل)** جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجباً في الأحوال الثلاث. ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل **(إذا كان أكثر من الأربع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة)** فعملنا برضاهما. وقوله **(والواجب بالطلاق قبل الدخول)** جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهر لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة **(ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة)** قال **(وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف)** صورة

(قوله لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول: فيه أن التسمية فاسدة، فكيف يجب نصف المسمى؟

رحمه الله: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف، بأن يتزوّجها على فرس أو حمار. أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوّجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل.

خيرت في النصف الباقي في يدها، إن شاءت ردّته بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار، وإن شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها، ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة، ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها، ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيراً، وإن كان فاحشاً فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً، وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوّجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان. فإذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره، وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة، ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده، فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافي الحاكم بأن عليه تمام ذلك. قال شمس الأئمة: وهو غلط، فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان، ولكن إن كان يسيراً فلا خيار لها، وإن كان فاحشاً فلها الخيار كما قلنا، ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة، غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروي[(١)] ولم يكن هروياً فليس لها غيره، وعلى قول أبي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط، وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمة الهروي الوسط لأنها وجدته على خلاف شرطه، ولكنا نقول المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه، وسنقرره إن شاء الله تعالى. وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما، ففي غيرهما إن لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأن بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لأنه إنما يتحقق في الأفراد المماثلة وذلك باتحاد النوع، بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضاً والدار التي تحتها ما يختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى. وإن عينه بأن قال عبد أمة فرس حمار بيت صحت التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط من ذلك، وكذا باقيها وهذا في عرفهم، أما البيت في عرفنا فليس خاصاً بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار، وتجبر على قبول قيمته لو أتاها بها، وبقولنا قال مالك وأحمد خلافاً للشافعي. له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع. ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة أصله إيجاب الشرع مائة من الإبل في الدية وفي الجنين[(٢)] غرّة عبد أو أمة في الذمة وليس فيها معلوم إلا الوسط من الأسنان الخاصة. وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوّج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى تقويم وتخمين، بل جهالة مهر المثل فوق جهالة

المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس. قال المصنف (**معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف**) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو رديء إلى غير ذلك من أوصافه. وردّ بأن الفرس والحمار نوع لا جنس. وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه. ويرد عليه قوله أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوج على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فإنه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية.

---

(١) ثوب هروي: أي نسبة إلى هراة وهي مدينة عظيمة من مدن خراسان خربها التتار أثناء غزوهم لديار الإسلام راجع معجم البلدان لياقوت الحموي ٥/٣٩٦.

(٢) أي دية الجنين غُرةً، والغرة هي الرقيق عبداً كان، أو أمة. وغُرة المال خياره كالفرس ونحوها.

وقال الشافعي: يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً، لأن عنده ما لا يصلح ثمناً في البيع لا يصلح مسمى في النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة. ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير، وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين، وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما. بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معاني الأجناس، وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماسكة، أما النكاح فمبناه على المسامحة، وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف

العبد لأن جهالته في الصفة وجهالة المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية أولى **(قوله وشرطنا أن يكون الخ)** جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الإقرار في كونه التزام مال ابتداء ينبغي أن يصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالاً له وسط وطرفان فقال: شرطنا ذلك رعاية لجانبي المرأة والزوج، إذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة أصلاً، لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعي: أعني إيجاب الشرع للوسط في حيوان الزكاة رعاية لجانبي الفقراء وأرباب الأموال، وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة، ولا يتعدى إلا حكم الأصل، ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالإلحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه **(قوله وإنما يتخير الزوج)** جواب عن سؤال مقدر أن ما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط، والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها. أجاب لما كان الوسط لا يعرف إلا بتقويمه صارت القيمة أصلاً مزاحماً للمسمى كأنها هو فهي أصل من وجه فتجبر على قبول أيّ أتاها به. وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال: إذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوّجها على عبد أو قيمته، وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عيناً والقيمة مخلص، ألا يرى إلى التشبيه في قولنا كأنها هو. وفي المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضاً راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانين ولكونه مالاً يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام. قال: ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين. هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء وبالرخص، ويختلف ذلك بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة في العبيد السود بأربعين دينار أوفى العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه **(قوله وإن تزوّجها على ثوب الخ)** تقدم الكلام فيه **(قوله وكذا إذا بالغ في وصف الثوب)** بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب، وجعله ظاهر الرواية احترازاً عما عن أبي حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر، وعما عن أبي يوسف

والحق أن يقال: أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم. قوله **(وقال الشافعي: يجب مهر المثل)** واضح. وقوله **(ولنا أنه معارضة مال بغير مال)** معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة، أما معنى المعاوضة فظاهر، وأما معنى التزام المال ابتداء: يعني بغير عوض فلأنه معارضة مال بغير مال وكان الدية والأقارير حيث يلزم فيهما أيضاً مال من غير أن يكون في مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء، وقلنا: لا يفسد بأصل الجهالة في مثله لأن الجهالة في مثله متحملة، كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما في الأقارير، فإن من أقر لإنسان بشيء صح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة **(وشرطنا أن يكون المسمى مالا)** معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير **(وذلك)** إنما يتصور **(عند إعلام الجنس لأنه يشتمل عن الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما، بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له حينئذ لاختلاف معاني الأجناس)** فإنه إذا قال على دابة لم يجد نوعاً يتوسط فيلزمه. قوله **(وبخلاف البيع)** جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح، ووجهه أن **(مبناه على المضايقة والمماكسة)** أي المنازعة لأنه معارضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة **(أما النكاح فمبناه على المسامحة)** فلا يفسد

(قوله والحق أن يقال: أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول: فيه بحث، فإن كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعاً باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لا يخفى.

إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما **(وإن تزوّجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه)** ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس، ولو سمى جنساً بأن قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من زوال الأمثال، وكذا إذا سمى مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته، وإن سمى جنسه وصفته لا يخير لأن الموصوف منهما يثبت في

أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن موصوفه إذا كان مؤجلاً يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً في السلم، وإن لم يؤجل تخير الزوج. وعبارته في المبسوط، فإن عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة إذا أتاها بها، وعلى قول أبي يوسف إن ذكر الأجل إلى آخر ما ذكرناه، ثم قال: وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفاً ثبوتاً صحيحاً لأنه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه، واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه. وأجاب بأن قال: لكنا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز إلا مؤجلاً وإن لم يكن العقد سلماً، فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتاً صحيحاً لا مؤجلاً اهـ. وظاهره ترجح قول أبي يوسف، وقد يقال: بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه، ولا يخفى ترجح قول زفر إذ لم يندفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته في الذمة وهو ظاهر. وأما المكيل والموزون فإن سمى جنسه كعلي أردب[1] قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإجبارها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج، بل يتعين المسمى لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة صحيحاً حالا كالقرض ومؤجلاً كما في السلم. وعن أبي حنيفة: لا تجبر على القيمة فيما إذا

بالجهالة ما لم تفحش. وقوله **(وإنما يتخير)** متعلق بقوله والزوج مخير، ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة، أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء. وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بأيهما أتى. وقوله **(وإن تزوجها على ثوب غير موصوف)** يعني لم يذكر نوعاً منه. وقوله **(إذ الثياب أجناس)** يعني أنها تكون قطناً وكتاناً وإبريسما وغيرها. وقوله **(وكذا إذا بالغ في وصف الثوب)** معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم. وقوله **(في ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط، وهو قول زفر لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم. وعن أبي يوسف أنه إن ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم. وجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد **(وكذا إذا سمى مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه)** مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيراً بين الوسط وقيمته **(وإن سمى جنسه وصفته لا يخير)** بل يجبر على الوسط **(لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً)** حالاً أو مؤجلاً ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه. قوله **(وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد)** معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر، هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلاً وذلك لا يفسده فهذا أولى **(بخلاف البيع)** لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده، وفي قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عيناً بهما، وقلنا: لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال: أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم تمنع وجوب الغير

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمداً مع أبي يوسف الخ) أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا الكلام لا يكاد يصح أبداً لأن محمداً لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، ولم يعتبر هذه الجهة أصلاً، وإنما اعتبر كون المسمى من جنس المشار إليه أم لا، فإن كان من جنسه يتعلق بالمشار إليه، وإن كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم اهـ. ألا يرى أنه إذا تزوجها على هذه الشاة فإذا هو خنزير، أو هذه الجارية فإذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس. وإذا تزوجها على هذا الدن

---

(١) الإِرْدَبُّ: كيل معروف بمصر وهو أربعة وستون مَنّاً وذلك أربعة وعشرون صاعاً بصاع النبي ﷺ اهـ مصباح.

الذمة ثبوتاً صحيحاً (**وإن تزوّج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها**) لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط، بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل (**فإن تزوّج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة. وقالا: لها مثل وزنه خلا، وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تجب القيمة**) لأبي يوسف أنه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم. وأبو حنيفة يقول: اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف، فكأنه تزوّج على خمر أو حر.

لم يسم الصفة أيضاً لأن صحة التسمية إنما توجب الوسط مخيراً بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط (**قوله وإن تزوّج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها**) وبه قال الثلاثة، وقالوا في رواية عن كل منهم: يفسد النكاح لامتناع العوض إذ المسمى يمنع عوضاً آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم. قلنا: امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية، وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدماً مع اشتراط قبوله، والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد، بخلاف البيع يفسد بالأوّل لأنه ركنه وبالثاني لأن الشرط الفاسد يصير ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح (**قوله فإن تزوّج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر**) أو على هذا العبد فإذا هو حر، فعند أبي حنيفة لها مهر مثلها فيهما: وقال أبو يوسف: لها مثل وزن الخمر خلا، وقيمة الحر المشار إليه لو كان عبداً، وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول أبي يوسف في الخمر. وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الأوّل في الحر كقولهما. وظاهر كلام الهداية في التعليلات مقتضى

فوجب مهر المثل، قال (**فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل**) صورة المسئلة ظاهرة. وحاصل اختلافهم أن محمداً مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون دون مهر المثل، ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون القيمة. ثم الأصل أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها، والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والأشارة في الجنس الواحد، والتسمية في الجنسين عند محمد، والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر، ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه (**لكونها**) يعني الإشارة (**أبلغ في المقصود وهو التعريف**) لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء، ويحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء واردة غير ممتنعة، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ، ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختيار مذهبه، ودليله موقوف على تقديم مقدمتين: إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح أن يكون مشاراً إليه إشارة حسية. والثانية أن المراد بالجنس ما يكون

من الخل فإذا هو متنجس يعتبر الإشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس، وإن أردت زيادة التفصيل انظر إلى الكافي والزيلعي (**قوله ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له**) أقول: فإن من قال هذه الكلبة طالق لامرأته، أو هذا الحمار حر لعبده يقع الطلاق والعتاق، وإطلاق الكلبة والحمار تجوز (**قوله إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي**) أقول: أي بلا اعتبار الوجود الخارجي لا بلا اعتبار صفة مطلقاً، فلا ينافي كلامه هنا لما سيذكره في كتاب البيع، ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وإنما يدل على صفة فتأمل (**قوله وبالذات الخ**) أقول: في قوله والإشارة تعرف الذات لا في قوله موجود في المشار ذاتاً، فإن لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هي بدون الصفة (**قوله فيكون التفاوت يسيراً كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والأنثى في غير الإنسان**) أقول: والمالية في العبد وحل الانتفاع في الذكية من الأحكام دون الأوصاف، إلا أن في الذكر والأنثى كلاماً لا يخفى (**قوله والمعنى كالإسكار الخ**) أقول: عطف على الصفة (**قوله والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق**) أقول أي في استحقاق الإرادة (**قوله لأنه هو المشار إليه الخ**) أقول: لم يظهر مما ذكره وجه ترجيح جانب الإشارة على جانب التسمية، فإن دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة، كما أن المشار إليه ذات موصوفة بصفة (**قوله لولا الصفة**) أقول: التي في المشار إليه (**قوله ولم تعتبر الصفة**) أقول: التي تدل عليها التسمية (**قوله تعرف الماهية**) أقول: التي هي الأصل (**قوله فإن صفة كونه عبداً إذا ارتفعت عاد حراً لعدم الواسطة**) أقول: فيه بحث لجواز أن يكون جارية، كما يجوز أن تكون عبداً إذا ارتفع كونها جارية، ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال: المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف، وهو في العبد هو الإنسان الذكر وفي الميتة هي الشاة، وكذا في الذكر والأنثى منها، وفي الخل ماء العنب، وفي الجارية هو الإنسان الأنثى فليتأمل (**قال المصنف: لأبي يوسف أنه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه**

ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس بتابع له،

افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمى لها مالاً وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلى، والعبد قيمي والخمر مثلى. ثم قال وأبو حنيفة يقول: لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه ففي الإيضاح: لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى. وفي إشارات الأسرار قال: هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه إلى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر، ولأن هذا الأصل متفق عليه في البيوع والإجارات وسائر العقود. وتفصيله من الكافي قال: هذه المسائل مبنية على أصل، وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرّف الماهية والإشارة تعرّف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار. وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفاً فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا، والوصف يتبعه: أي يتبع الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس، ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاده، والشأن في التخريج على هذا الأصل، فأبو يوسف يقول: الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوّم يصلح صداقاً والآخر لا، فالحكم حينئذ بالمسمى وكأن الإشارة تبين وصفه كأنه قال: عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر. ومحمد يقول: العبد مع الحر جنس واحد، إذ معنى الذات لا يفترق فيهما، فإن منفعتهما تحصل على نمط واحد، فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنساً واحداً، فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهراً فوجب مهر المثل، أما الخل مع الخمر فجنسان، إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل، فالحكم فيه كما قال أبو يوسف. وأبو حنيفة يقول: لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين إلا بتبدل الصورة والمعنى، لأن كل موجود من الحوادث موجود بها، وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس، فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل اهـ. وغاية الأمر أن يكون سمى الخمر خلاً والحر عبداً تجوّزا، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق، فظهر أن لا اختلاف بينهم في الأصل بل في اختلاف الجنس واتحاده، فلزم أن ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف، وعند محمد المختلفين بالمقاصد، وعند أبي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى. ثم لا

الفاصل بين آحاده أمراً واحداً فيكون التفاوت يسيراً كالعبد والحر والميتة والمذكاة، والذكر والأنثى في غير الإنسان، وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة، فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة في العقد، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك

فتجب القيمة) أقول: قال ابن الهمام: ظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله سمى لها مالاً وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلى والعبد قيمي والخل مثلى. ثم قال: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لما اجتمعت الخ، والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه اهـ. أضاف المصنف في كتاب البيع هذا الأصل إلى محمد واستدل به على مسئلة وفاقية، فالإضافة إليه تدل على للتخصيص، والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق، والظاهر هو الثاني، والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتأمل **(قال المصنف: ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه)** أقول: هذا الأصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول: العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجعله مهراً والحر والخمر لا يصلحان فكانا جنسين في المهر. وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنيان الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور إثباتهما لذات واحدة على التعاقب، فلم يتصور اختلاف الجنس باختلاف المعنيين، وباقي التفصيل في شرح الكافي، فعلى هذا إذا تزوجها على هذه الجارية فإذا هي غلام ينبغي أن تعتبر التسمية عند أبي حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضاً كما سيجيء في البيع، بخلاف تقرير المصنف فعليك بالتأمل والتتبع **(قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ)** أقول: وكذا عند أبي حنيفة فلا وجه التخصيص ظاهراً **(قوله يجب العبد وتمام مهر المثل)** أقول: لانعدام رضاها بالباقي.

والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرّف الماهية، والإشارة تعرّف الذات؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، ولواشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس. وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد **(فإن تزوّجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند**

يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لأن إلغاء الإشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوّجها على عبد وحكمه ما قلنا، ولو تزوّجها على عكس ما ذكرنا: أي على هذا الدن من الخمر فإذا هو خل، أو على هذا الحر فإذا هو عبد، أو على على هذه الميتة فإذا هي ذكية، فلها المشار إليه في الأصح عند أبي حنيفة، وإن روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله. وبالأصح عن أبي حنيفة قال أبو يوسف: فأوجب الذكية وما معها، وأوجب محمد الذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على أصله، وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بأنه جمع بين الإشارة والتسمية، وصحت إحداهما وبطلت الأخرى، فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن. وكذا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل. ووجه بأنه يقول الموجب الأصلي مهر المثل، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك لتجب، ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل **(قوله فإن تزوّجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة إلا الباقي إذا ساوى عشرة)** فإن لم يساو عشرة كملت العشرة **(لأنه مسمى، ووجوب المسمى)** المستحق بأصل العقد **(وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر)** لو كان **(عبداً)** لأنها ما رضيت إلا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة. وقال محمد: لها الباقي وتمام مهر مثلها إن لم يبلغ الباقي مهر المثل، وهو رواية عن أبي حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فيتحد بقول أبي حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فإذا كان أحدهما حراً ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعاً للضرر عنها. فهنا مقامان لهما: مقام اختلفا فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفقا فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الإلحاق بالمسئلة السابقة: أعني ما إذا تزوّجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط، وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه. والجواب الفرق بأن الفائت في السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل، غير أن الفائت هناك لما لم يتقوم صير إلى مهر المثل، وهنا يتقوّم بمعنى يقوّم هذا الحر عبدا فتجب قيمته، وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه. وقد يجاب بأن جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به، أما هنا فهي المقصرة في

لا تدل على ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مراداً ولا يكون تابعاً له لأن المقتضى لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق، والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرف الماهية، والإرادة إنما تعرف ذاتاً مشاراً إليه من غير دلالة على حقيقته. هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل، وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد، فإن صفة كونه عبداً إذا ارتفعت عاد حراً لعدم الواسطة، وكذا في الميتة والذكية والذكر والأنثى، وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان، فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون خمراً لجواز أن يكون عصيراً، وكذا إذا ارتفع كونها جارية لا يلزم أن تكون عبداً لجواز أن تكون حرة، وعلى هذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك، ولا يجب مهر المثل لأنهما لا يجتمعان. ووجه أبي يوسف ظاهر، وكذا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة، ولو

أبي حنيفة) لأنه مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل **(وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر عبداً)** لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته **(وقال محمد)** وهو رواية عن أبي حنيفة **(لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد)** لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فإذا

الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى. هذا وقد خرّجت هذه المسئلة على ما يليها من الأصل الذي ذكرناه، فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو، وإذا لغا تسمية أحد العبدين صار كأنه تزوّجها على عبد فليس لها غيره. وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر، فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته. ومحمد يقول: الأمر كما قال أبو حنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو، لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع الضرر، ولا جواب إلا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت إن تم، وإلا فالأوجه قول أبي يوسف، وكونها مقصرة بذلك ممنوع إذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد. وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساوت مهر مثلها أو زادت وإلا كمل لها مهر مثلها، وفي فتاوي الخاصي: من علامة العين تزوّجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر، فإن كان مهر مثلها أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى، لأن المهر إحدى العشرتين أجودهما أو أردأهما فصار كما إذا تزوّج على أحد هذين العبدين، أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى، فرق بين هذا وبين ما إذا تزوّجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأن في الأولى المنطوق به الثوب المطلق، والثوب المطلق لا يجب مهراً ألا ترى أنه لو تزوّجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل، وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وهذا يجب مهراً. وشرح العبارة الأولى أن التزوّج إنما وقع على عشرة، وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشتمل غالباً على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أراد الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها، وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل، فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان، وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين، أعني مهر المثل، كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما، وإن كان أقل من أرْدَإِ العشرتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أوكس العبدين أو مثله، هذا قياس قوله، وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤهما مطلقاً كما عينا أوكس العبدين كذلك. وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوّجها

كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبداً يجب العبد وتمام مهر المثل، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثاني. وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجها فلها مهر المثل، وبما قال في الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها ثم إن لم يف بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر مثلها، وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل. وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح، ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل. وأما الحر فلم يستحق أصلاً، وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود، فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه، أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالتفحص، فلو لزمها

(قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول: كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث أنه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل **(قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى)** أقول: والأنسب أن يقول وجوب المسمى **(قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ)** أقول: جواب عن السؤال الثاني لأن شرط عدم الإخراج فاسد لا يستحق بالنكاح. ويرد عليه أنه إذا كان مستحقاً فلم لا يجبر على إيفائه **(قوله يوجب فوات رضاها)** أقول: بالألف **(قوله وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ)** أقول: فيه بحث، فإن إتمام التعليل بقيد لم يذكره أو لا يعد انقطاعاً ذكره الشارح في السلم فراجعه **(قوله فلو لم يجب لها الخ)** أقول: الزائد على الألف.

كان أحدهما عبداً يجب العبد وتمام مهر المثل (**وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها**) لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (**وكذا بعد الخلوة**) لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (**فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى**) عندنا خلافاً لزفر. هو يعتبره بالبيع الفاسد. ولنا أن المستوفي ليس بمال إنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية، بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله

على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط، بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوّجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل تسميته، غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته، والله أعلم (**قوله وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد**) وهو كتزوّج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول، وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعاً، بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعاً وحساً. فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد، ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوّم بالتسمية، فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية. وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة فشمول الوجود. وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه، صحيحة من حيث أن المسمى مال، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها. والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة، وقد صرح المصنف ببطلانها، إذا ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها ويفسادها وجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعاً. وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية: أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه. وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقاً بيننا وبين زفر رحمه الله، غير أنه يوجبه بالغاً ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا. فوجه الاستدلال أن يقال: سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها، ونترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح، لأن قوله إنما يتقوّم بالتسمية، إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل، وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خالياً عن التسمية ووجب مهر المثل، غير أنه اعتبر حطها فإن قيل: لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل؟ فالجواب أنا لو أوجبناه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها، ومجرد الرضا بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض، بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد، وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من قوله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل[1]» الحديث، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فكان وجوب مهر المثل أصلاً في كل نكاح فاسد، هذا بعد ما فيه مما قدمنا في باب الأولياء والأكفاء.

ضرر لزمها بضرب من تقصيرها. قال (**وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد**) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح. وقوله (**هو يعتبره البيع الفاسد**) يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وإن زادت على الثمن، فكذلك مهر المثل وإن زادة على المسمى

---

(١) تقدم تخريجه في أول بحث الأولياء وإسناده قوي لشواهده.

بقيمته وعليها العدة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزاً عن اشتباه النسب. ويعتبر ابتداؤها من وقت

[فروع] لا يصير محصناً بهذا الدخول إلا عند أبي ثور. وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصناً في العقد الصحيح إلا بالدخول، ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء مهر والأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره، وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده، ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره. وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبة إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك، وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته. وأما إذا وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة مراراً قال الشيخ حسام الدين: لم يذكره في الكتاب، وكان الشيخ برهان الدين والدي يقول: يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن، ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة. ولو زنى بامرأة فتزوّجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران: مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوّجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة. وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر: لو

لكون كل واحد منهما موجباً أصلياً، فإذا اعترض الفساد يرجع إلى الموجب الأصلي (ولنا أن المستوفي) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمتقوم، فالمستوفي به ليس بمتقوم (وإنما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت، ولا بد من تقوم المستوفي من منافع البضع شرعاً فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحاً وذلك مهر المثل فيبطل، ما زاد عليه، وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى. فإن قلت: هل هذا إلا تناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه وهي إن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود؟ قلت: هي صحيحة من وجه دون وجه، صحيحة من حيث أن المسمى مال متقوم لأن فرض المسئلة فيه، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا انتقصت لانضمام رضاها إليها، وهذا الحل من خواص هذا الشرع. وإنما قيدت المستوفي بقولي بهذا العقد لأن الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فإن المستوفي هناك أيضاً ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد. وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول زفر وهو واضح. وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد إذا دخل

(قوله لكون كل واحد منهما موجباً أصلياً الخ) أقول: هذا الكلام لا يفيد الإلزام على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الموجب الأصلي عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفي أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول: أي العقد الفاسد الذي سمى فيه المهر، وإلا فالنكاح الفاسد إذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغاً ما بلغ على ما صرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم الخ) أقول: يشير إلى أنه معدولة حتى يوجد إيجاب الصغرى (قال المصنف: لعدم صحة التسمية) أقول: أي من كل وجه، وهذا التعليل على هذا التقرير يختص بمذهب أبي حنيفة، وإلا فعندهما الموجب الأصلي هو المسمى، إلا أن لا تصح التسمية أصلاً فيعدل إلى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف: لانعدام التسمية) أقول: أي تسمية الزيادة على المسمى، قال ابن الهمام: لعدم التسمية: أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه إلى آخر ما ذكره فراجعه فإنه مفيد جداً (قوله ولا بد من تقوم المستوفي الخ) أقول: لا يخفى عليك مناقضة آخر كلامه لأوله فإن المستفاد من أوله أنه غير متقوم لا في نفسه ولا بالتسمية لبطلانها، ومن آخره أنه متقوم في نفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولاً في كونه بالتسمية فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: إنه قصر إضافي بالنسبة إلى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لا يتقوم في الزنا ولا كذلك المبيع، ويجوز أن يقال: مراده في الأول أنه غير متقوم في عرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره، أو المراد أنه غير متقوم بتنصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره، وفيه بحث (قوله فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول: قوله هو راجع إلى مثل في قوله في مثل هذا العقد.

(قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول: فعلى هذا يكون التعليل مختصاً بأبي حنيفة، وإلا فعندهما إذا صحت التسمية من وجه لا يصار إلى مهر المثل كما سبق غير بعيد، إلا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وإنما قيدت المستوفي الخ) أقول: لا يفيد ذلك التقييد في دفع الانتقاض، إذ المنتقض هو الكبرى وهي على حالها.

التفريق لا من آخر الوطآت، هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق **(ويثبت نسب ولدها)** لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه. وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه

وطيء المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر؟ قيل: إن كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر. وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: اشترى جارية فوطئها مراراً ثم استحقت فعليه مهر واحد، وإن استحق نصفها فعليه نصف المهر. وفي آخر حدود خواهر زاده: الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر، وإن أقر بذلك لا مهر عليه، وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر، وإن دعته إلى نفسها لا مهر عليه، ولو دعت صبية صبياً عليه المهر، وكذا لو دعت أمة صبياً، والمراد من المهر العقر[1] **(قوله وعليها العدة)** يعني إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد، وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد. في الأصل فيما إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر. قال في الكتاب: وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه، ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى[2] رضي الله عنه، ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدّة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى، ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لأنه هو المستوفي للبدل، ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها **(قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح)** احترازاً عن قول زفر لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا، ولا تتحقق المتاركة إلا بالقول بأن يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها، أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوّج بآخر. قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضيخان: هذا في المدخول بها أما في غيرها فيتفرق الأبدان بأن لا يعود إليها، ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر. وقيل بعد الدخول ليس له ذلك إلا بحضور الآخر. وعلم غير المتارك ليس شرطاً لصحة المتاركة على الأصح، وإنكار النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا. روى ذلك عن أبي يوسف. واختار الصفار قول زفر، حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة، وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض، ويجب أن يكون هذا كله في القضاء، أما فيما بينها وبين الله تعالى فإذا

بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة، ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفياً للمعقود عليه. وقوله **(إلحاقاً للشبهة بالحقيقة)** أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه **(في موضع الاحتياط)** وكان قوله **(وتحرزا عن اشتباه النسب)** تفسيراً للاحتياط بطريق العطف **(ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت)** وقال زفر: يعتبر من آخر الوطآت حتى إذا وطيء في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول زفر. وقوله **(لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح)** يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و) شبهة النكاح **(رفعها بالتفريق)** وقوله التفريق في موضعين يشير إلى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفاً على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم إن لم يدخل

(قوله تفسيراً للاحتياط بطريق العطف) أقول: فيه شيء.

---

(١) العُقْرُ: بضم العين وسكون القاف صَداق المرأة إذا أُتيت بشبهة اهـ مغرب.

(٢) هكذا بياض ببعض النسخ، وكتب عليه انظر من القاضي اهـ كتبه مصححه.

الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره. قال **(ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها)** لقول ابن مسعود: «لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط» وهن أقارب الأب، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه **(ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها)** لما بينا، فإن كانت الأم

علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثاً ينبغي أن يخل لها التزوّج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي. وفي الفتاوى: لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **(قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد، وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء والإقامة)** أي إقامة العقد مقام الوطء **(باعتباره)** وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح. وذكر في الأصل: تزوّجت الأمة بغير إذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوّجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافاً، قال شيخ الإسلام: تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة. قال في الغاية: قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضاً لا من وقت النكاح لأن العدة للنسب. قال شارح الكنز: هذا وهم لأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء، حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح، ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه، ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت، وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير، ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه، ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف. وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر، وإن لم يخل بها لا يلزمه الولد اهـ. والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف **(قوله لقول ابن مسعود: لها مهر مثل نسائها)** قاله في المفوّضة، وقدمنا تخريجه[1]، وقوله **(وهن أقارب الأب)** ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبو قرشياً، وعلى هذا كان الأولى إسقاط الواو في قوله ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الإضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الأب ظاهراً، وهذا لأن جعله وجهاً مستقلاً يصح إلا أنه حينئذ لا يكون الدليل الأول مستلزماً للمطلوب لأن مجرد إضافة النساء إليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الأب، بل كما يصح أن يقال لعماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضاً وأخواتها لأمها فإنما يرجح جهة إرادة الأب المقدمة المذكورة **(قوله ويعتبر في مهر المثل أن تتساويا في الجمال)** يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وبكارة وأدباً وكمال

بها فكذلك الجواب، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض؛ فإما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما، وإما أن يكون وضع المسئلة فيما إذا وقعا حكمهما إلى الحاكم. وقوله **(ويثبت نسب ولدها)** ظاهر مما تقدم. قوله **(وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد)** وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد **(لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره)** أي إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إليه فلا يقام مقامه، وفي تعليله هذا إشارة إلى فساد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف. قال **(ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها)** اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل أبيها كالأخوات والعمات وبنات الأعمام. وقال ابن أبي ليلى: يعتبر بأمها وقوم أمها كالخالات ونحوها لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء. ولنا قول ابن مسعود **(لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الأب)** لأنه أضاف إليها وإنما يضاف إلى أقارب

---

(١) تقدم مستوفياً في قصة بَرْوَع بنت واشق وإسناده قوي.

من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها **(ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر)** لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا: ويعتبر التساوي أيضاً في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة **(وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه)** لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح **(ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها)** اعتباراً

خلق وعدم ولد وفي العلم أيضاً، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلهما في المهر في غلائه ورخصه، فلو زوّجت في غير البلد الذي زوّج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن، وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط الناس وهذا جيد. وقالوا: يعتبر حال الزوج أيضاً أي بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما، فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه الصفات فأجنبية موصوفة بذلك. وفي الخلاصة: ينظر في قبيلة أخرى مثلها، أي مثل قبيلة أبيها. وعن أبي حنيفة: لا يعتبر بالأجنبيات ويجب حمله على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل. وفي المنتقى: يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه. وفي شرح الطحاوي: مهر مثل الأمة على قدر الرغبة **(قوله وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه)** بقيد كون الضمان في الصحة أما في مرض الموت فلا لأنه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير إذا زوّجه وضمن عنه وولي الصغيرة إذا زوّجها وضمن لها. وقوله **(ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها)** هو على التقدير الثاني. وقوله **(ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بإذنه)** يفيد أن الزوج أجنبي أو في حكمه كولده الكبير، وهذا لأنه لا يرجع إذا أدى عن ابنه الصغير فيما إذا زوّجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار، اللهم إلا أن يشهد أنه دفع ليرجع في أصل الضمان **(قوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها)** يعني إذا بلغت **(زوجها)** يعني إذا كان بالغاً، وإن لم يكن بالغاً فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة، وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان، ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال. هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي، وذكر في المصفى جوابه فقال: قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال إنما ينفك عن إيفاء المهر في الحال، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه، فهذا هو المعوّل عليه، وإن ضمن الوصي يرجع مطلقاً، فلو لم يؤد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها، فإن اختارت التركة فأخذت أجزنا لباقي

الأب لأن النسب إليه، ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه؛ ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعاً لأبيها **(ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها)** بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالتها تكون من قبيلتها. وقوله **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه. وقوله **(ويعتبر في مهر المثل)** ظاهر .خ وقوله **(باختلاف الدار)** أي البلد. وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته. والمراد بالسن السن وقت التزوج **(وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه)** يعني إذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح **(لأنه من أهل الالتزام، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبل الضمان)** وهو المهر لأن المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه. فإن قلت: يجوز أن يكون مراده أن الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة. قلت: ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وإن كانا في الصحة سواء؛ وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطالب بالمهر من أب الزوج فيؤدي الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الأب باللفظ صريحاً، بخلاف الوكيل إذا زوج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن. وقوله **(ثم المرأة بالخيار)** ظاهر. وقوله **(ويصح إبراؤه)** أي إبراء الأب

(قوله ذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة الخ) أقول: قال صاحب المنظومة في باب فتاوى مالك رحمه الله: ومنكح الابن الصغير يغرم صداقه حين الصبي معدم وفي شرحه: زوج ابناً له صغيراً امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمهر على الأب عنده، وعندنا لا إلا أن يضمن الأب اهـ. وفي شرح الكاكي: الصغير إذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه

بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت المزوّجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح، وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك قبضه بعد بلوغه، فلو صح الضمان يصير ضامناً لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد، ألا ترى أنه لا

الورثة الرجوع في نصيب الصغير. وقال زفر: ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه، إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن. وعن أبي يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجي. قلنا: بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذن الأب إذن منه معتبر، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته، بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون، وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته، والمجنون كالصبي في جميع ذلك، لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، وإنما صح ضمان وليها إذا كان أبا أو جدّاً مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشر سفير كالوكيل به، بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمان الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الردّ بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وإبراؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله، فلو صح ضمانه كان ضامناً لنفسه مقتضياً مقتضى. فإن قيل: لا نسلم عدم رجوعها إليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها. أجاب المصنف بقوله **(وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوّة لا باعتبار أنه عاقد)** لأنه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته صريحاً، أما إذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي. ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا، خلافاً لزفر وأبي يوسف في قوله الأخير. وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافاً. وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعاً استوفيناها في باب الأولياء والأكفاء فارجع إليها، ومما لم نذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج، إن كانت بكراً لم يصدق إلا ببينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد، وإن كانت ثيباً صدق لأن حق القبض ليس له، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعة **(قوله وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل)** يعني ولا يتعين حقها إلا بالتسليم، وهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الدين، أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه. وقوله **(أي المعجل منه)** يتناول المعجل عرفاً وشرطاً، فإن كان قد شرط

المشتري وكذلك الوصي **(ويملك قبضه)** أي يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير. وقوله **(وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة)** جواب عما يقال إن الأب يملك قبض الصداق أيضاً كالوكيل يملك قبض الثمن، فلو صح الضمان صار ضامناً لنفسه، وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الأب. وقوله **(وللمرأة أن تمنع نفسها)** أي إذا تزوج امرأة على مهر فإما أن يكون المهر كله معجلاً أو مؤجلاً، أو بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً؛ فإن كان الكل معجلاً فإما أن دخل بها أو لم يدخل، فإن لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها **(حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن إخراجها)** إلى السفر **(ليتعين حقها في البدل)** وهو المهر **(كما تعين حقه في البدل)** وهو البضع **(فصار كالبيع)** في أن البائع له أن يحبس بالمبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين **(وليس للزوج أن يمنعها من**

باللفظ، ذكره في شرح الطحاوي والتتمة اهـ. وظن بعضهم المخالفة بين ما في المنظومة وما نقله الكاكي من إطلاق شرح الطحاوي، والظاهر أن ما أجمله وأطلقه الكاكي هو ما فصله الشارح أكمل الدين في النقل فلا يتوجه حديث المخالفة حينئذ **(قوله قال موجب النكاح عند الإطلاق الخ)** أقول: يعني عن التعجيل والتأجيل **(قوله تسليم المهر أولاً عيناً كان أو ديناً)** أقول: ممنوع، فإن صاحب الغاية نقل عن المحيط، أنه إن كان المهر عيناً يتقابضان كما في بيع المقايضة. ثم أقول: إن كان المراد بالدين في قوله أو ديناً هو الدراهم والدنانير كما هو الظاهر، فلا يقاس حال شرط التأجيل على حال الإطلاق **(قوله فإن قلت: فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه؟ قلت: يجب حالاً الخ)** أقول: وفي الغاية في الواقعات: تزوجها على مهر فأرادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها في عرفنا لأن البعض

يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامناً لنفسه. قال (**وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها**) أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله: أي المعجل منه لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء، ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع.

تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه، وإن لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله، فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس إلا إلى تسليم ذلك القدر. قال في فتاوي قاضيخان: فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطاً، بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل إذا لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه، ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه، فما وقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعني المهر بشرط التعجيل أو مسكوتاً عنه يجب حالاً، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع، بل المعتبر في المسكوت العرف. هذا وللأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه. في الفتاوى: رجل زوّج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحوّل إلى بلد آخر بعياله فله أن يحملها معه وإن كره الزوج، فإن أعطاها المهر كان له أن يحبسها (**قوله وليس له حق الاستيفاء**) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء، فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها إيفاء منافع بضعها، وحينئذ فقد يقلب هذا الدليل فيقال: ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع. والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه إياها لأن ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طولب بإيفاء ما عليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود، مثلاً لو طالبها بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفي المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا. والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا، ومثله لا يتأتى في النكاح إذا كان المهر عبداً معيناً مثلاً ولا في معية الخلوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض. هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج إلى أن يعطي المهر، ولو زوّجها غير الأب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض، فإن سلمها فالتسليم فاسد وتردّ إلى بيتها لأنه ليس للعم ولاية إبطال حقها، كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي. ولو ذهبت الصغيرة إلى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بإمساكها قبل التزوّج أن يمنعها حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا.

[فرع] إذا كان يسكن في بيت الغصب لها أن تمتنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به نفقتها (**قوله ولو كان المهر كله مؤجلاً**) مدة معلومة ألا قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه، بخلاف ذلك في البيع، وبخلاف المتفاحشة كإلى ميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالاً (**ليس لها أن تمنع نفسها**) قبل الحلول ولا بعده لأن هذا العقد ما أوجب لها حق

السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء) وإن دخل بها فتذكره وإن كان الكل مؤجلاً، فإما أن دخل بها أو لم يدخل، فإن لم يدخل بها فليس لها أن تمنع نفسها لأنها أسقطت حقها بالتأجيل، وفيه خلاف أبي يوسف قال: موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر أولاً عيناً كان أو ديناً، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفي المهر بعد حلول الأجل؛ وبه فارق البيع لأن تسليم الثمن أولاً ليس من موجبات البيع لا محالة؛ ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البدلين أولا فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفي الثمن. وقوله (**لإسقاطها حقها بالتأجيل**) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول

معجل والبعض مؤجل في عرفنا والمعروف كالمشروط، وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر، وكم يكون المؤجل منه فيقضي بالعرف إلا أن يشترط تعجيل الكل في العقد، وهكذا في فتاوى قاضيخان وغيره. وفي الإسبيجابي: إن كان المهر معجلاً أو

وفيه خلاف أبي يوسف، وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وقالا: ليس لها أن تمنع نفسها. والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها. ويبتني على هذا استحقاق النفقة. لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس، كالبائع إذا سلم المبيع. وله أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض إبانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحماً للمعلوم. ثم إذا وجد آخر وصار معلوماً تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل، كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها، ثم إذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها، وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء

الحبس فلا يثبت بعده، وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لإسقاطها حقها بالتأجيل) كما في البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض (وفيه خلاف أبي يوسف) فيما رواه المعلى عنه لأن موجب النكاح تسليم المهر أو لا، فلما رضي بتأجيله كان راضياً بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد، بخلاف البيع فإن تسليم الثمن أوّلاً ليس من موجباته كما في المقايضة. واختار الولوالجي الفتوى به، وهذا إذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول، فإن شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق (قوله وإن دخل بها) قبل الإيفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها (فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) أي لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافاً لهما. وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافاً لهما (قوله وإذا أوفاها مهرها) أو كان مؤجلاً (نقلها إلى حيث شاء) من بلاد الله، وكذا إذا وطئها برضاها عندهما (وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث، قال ظهير الدين المرغيناني: الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه: يعني قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ [الطلاق: ٦] وأفتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى ﴿ولا تضاروهن﴾ بعد ﴿أسكنوهن﴾ والنقل إلى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ [الطلاق: ٦] مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه، والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر إلى القرية ومن القرية إلى المصر. وقال بعض المشايخ: إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلاً مأموناً فله نقلها (قوله ومن تزوّج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف في المهر إما في أصله أو في قدره وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل، فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالف ويعطى مهر المثل، هذا قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ويحكم مهر

الأجل ولا بعده، وهو ظاهر الرواية، أما قبل الحلول فظاهر، وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده، وفي هذا الوجه إذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلأن لا يكون لها ذلك بعده أولى. قوله (وإن دخل بها) يعني في الوجه الأول (فكذلك الجواب عند أبي حنيفة) يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر، وقالا: ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها، أما إذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبني على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع بحق ولا تستحقها عندهما لأنها ناشزة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة

مسكوتاً عنه فإنه يجب حالاً، لأن النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه في الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اهـ. ثم أقول: فظهر أن جواب الشارح موافق لما ذكره الإسبيجابي ومخالف لسائر الكتب (قال المصنف: ولهما، إلى قوله: لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح) أقول: هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجعه، ويجيء في أول فصل: والصلح جائز عن دعوى الأموال أن مهر المثل هو الموجب الأصلي.

لقوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ من وجدكم، وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة. قال **(ومن تزوّج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء قليل، ومعناه مالاً يتعارف مهراً لها هو الصحيح لأبي

المثل. وقال أبو يوسف: القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها.

وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول من قال أن يذكر مالا يصلح مهراً شرعا: أعني أن يذكر ما دون العشرة لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما إذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي. وقد يقال: ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصوّر المستنكر بطريق آخر، أما هنا فكما يتصوّر المستنكر عرفاً يتصور شرعاً. ويجاب بأن المستنكر شرعاً داخل في المستنكر عرفاً، فإن ما يستنكر شرعاً يستنكر عرفاً ولا عكس، فحيث اعتبرناه عرفاً فقد اعتبرناه شرعاً وزيادة، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقاً لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفاً أو شرعاً، ولأنه لو كان شرعاً لم يتحقق لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لأن العشرة في كونه مهراً شرعاً لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعاً كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر، وليس هذا بشيء لأن عدم تصحيح الخمسة مثلاً وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإتيانه بما يستنكر فقد تصور. ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوّجها على مائة وهي تدعى ألفاً ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف، لأنه لولا الشهادة لكان القول قوله، ولم تجعل المائة مستنكراً في حقها: يعني مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها. وإن اختلفا بعد الطلاق قبل

(ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع. وقوله **(وله أنها منعت منه)** جاز أن يكون مناقضة، وتقريره: إنا لا نسلم أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة إنها منعت منه **(ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم)** وإذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله، وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم، والتصرف فيه لا يخلى عن البدل إبانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح. وقوله **(والتأكيد بالواحدة)** أي بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح، وإن كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلاً كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل، فإذا أدى لم يكن لها ذلك إلا بإذنه. فإن قلت: فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه؟ قلت: يجب حالاً وقد أشير إلى ذلك في دليل أبي يوسف آنفاً فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله **(وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث لقوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها)** وهو قول الفقيه أبي الليث **(لأن الغريب يؤذى)** قال ظهير الدين المرغيناني: الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث. وردَّ بأن الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى لأن قوله ﴿من حيث سكنتم﴾ دليل مخصوص ببدل مستقل مقارن وهو قوله ﴿ولا تضاروهن﴾ **(وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة)** سئل أبو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة إلى القرية ومن القرية إلى المدينة فقال: ذلك تبوئة وليس بسفر، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس بتبوئة. قال **(ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر)** هذه المسئلة على وجوه، لأن الاختلاف إما أن يكون في حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون الاختلاف في أصل التسمية أو في مقدار المسمى، أما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد، وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف: إن المراد به ما يكون دون العشرة فإنه مستنكر شرعاً لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم، والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوّج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضاً إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة، فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعاً. وقوله **(لا يصار إليه)** أي إلى مهر المثل.

يوسف أن المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه، وهذا لأن تقوّم منافع البضع ضروري، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه. ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح، وصار كالصباغ مع ربّ الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه القيمة الصبغ. ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل، وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو. ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها، والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل.

الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير، ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه على ما في الأصل والجامع الصغير. وقال أبو يوسف: القول للزوج إلا أن يأتي على ما مر، ولا خلاف بينهم في أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع، وكما يفيده قول المصنف في التعبير عن أبي يوسف إلا أن يأبى بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول لانتفاء الظاهر معه، وإنما اختلفوا الاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من فقالا مع من يشهد له مهر المثل لأن الغالب في المسمى في الأنكحة أن لا يكون أقل منه، وهذا أوجه من قول المصنف لأنه الموجب الأصلي لأن كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا. وقل أبو يوسف مع من يشهد له الأصل ببراءة الذمة وإنما اعتبر الشاهد هنا بمهر المثل لأن القيمة الضرورية للبضع إذ كان ليس مالاً، وإنما يتقوّم إظهاراً لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما إذا لم يتيقن يثبوت مسمى، وهنا تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له، ويحلف على نفي دعواها، وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الإجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار إلى تحكيم أجرة المثل لأن تقوّم المنافع ضروري فلم يصر إليه حيث أمكن المصير إلى المسمى فكان القول لمن يدعي الأقل فكذا هذا، وهما يقولان تقومه شرعاً إظهاراً للخطر يوجب الرجوع إلي عند التردد في المسمى لا ينفيه، بل هو أحق من التقوّم الذي يثبت بسبب المالية لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا، وأما القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجرة فليس لعمله موجب في الأجر بدون التسمية ليصار إلى اعتباره وللنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر وفيه تحكم قيمة الصبغ. وأما قوله تيقنا التسمية وهي ما أقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع، إذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عيناً **(قوله ثم ذكر هنا)** أي في الجامع الصغير أن القول للزوج في نصف المهر إذا طلقها قبل الدخول وكذا في الأصل. وفي الجامع الكبير تحكم المتعة وقد قدمناه. ووجه التوفيق ظاهر من الهداية. وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المتعة إلا في موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل. ووجه ما ذكر أن المتعة موجبه بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل، وقد يمنع بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج، ويحلف على نفي دعواها الزائد، وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل

وقوله **(وهو قياس قولهما)** أي قول أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور. وقوله **(لأن المتعة موجبة بعد الطلاق)** أي موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول **(كمهر المثل قبله)** أي قبل الطلاق **(فتحكم)** المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله. وقوله **(ووجه التوفيق)** أي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح. وقوله **(فالقول قوله)** يعني مع اليمين لأن الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، وإن نكل يقضى عليه بألفي درهم كما لو أقر لأن النكول إقرار **(وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها)** أي مع يمينها لأن الزوج

(قوله لأن النكول إقرار) أقول: عند أبي يوسف ومحمد فلا يناسب قول أبي حنيفة، والأظهر أن يقال إقرار أو بذل.

وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين، فإن كان من مهر مثلها ألفاً أو أقل فالقول قوله، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها، وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل. وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة. وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط، وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفا، وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة.

يتحقق الخلاف. ولهذا قيل: في المسئلة روايتان، لكن ما ذكر في جواب قول أبي يوسف آنفاً يدفعه (**قوله وشرح قولهما**) إذا ادعى ألفاً وهي ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوّجتها على ألفين، فإن حلف لزمه ما أقر به تسمية: أي لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهباً، وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوّجته على ألف، وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به، وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقربه تسمية لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو، ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه هو تسمية، فإن أقاماها فبينتها أولى في الوجه الأول لإثباتها الزيادة، وبينته في الثاني لإثباتها الحط. ونص محمد في هذا أن بينتها أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول، كذا في جامع قاضيخان. وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل، وإنما أثبتت بينتها تعينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة، بخلاف الظاهر وهو الحط فهي المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتاً من المثبتة للوصف، وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألفاً وخمسمائة، فإن لم يكن لها بينة تحالفا وأيهما نكلا لزمه دعوى الآخر. وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ. وإن حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه، فإن أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى، وإن أقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الإثبات والدعوى، ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لأن بينة كل منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل، بخلاف التحالف لأن وجوب قدر ما يقرّ به الزوج بحكم الاتفاق. وذكر قاضيخان أنه كفصل التحالف، هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك. والأحسن أن يقال: يتحالفان ثم يعطي مهر المثل. واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية، وبالتحالف ينتفى يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل.

يدعي عليها الحط وهي تنكر، فإن نكلت يقضي بألف درهم لأنها أقرت بالحط، وإن حلفت يقضي لها بألفي درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف وألف باعتبار مهر المثل، وفائدة هذا أنه يخير الزوج في هذا الألف إن شاء أعطى الدراهم، وإن شاء أعطى الدنانير (**وأيهما أقام البينة في الوجهين**) أي فيما إذا شهد مهر المثل للزوج وفيما إذا شهد مهر المثل للمرأة (**تقبل، وإن أقاما البينة في الوجه الأوّل**) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للزوج (**تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني**) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهداً للمرأة تقبل (**بينته لأنها تثبت الحط**) والأصل في هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهراً (**وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفا**) لأن الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر، والمرأة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر، وينبغي أن يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما، فإن نكل الزوج يقضي بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحاً، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالحط، وإن حلفا جميعاً وجب ألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج، وأيهما أقام البينة قبلت بينته. وإن أقاما يقضي بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لأن البينتين بطلتا لمكان التعارض، ونص محمد في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة. وذكر الإمام المحبوبي عبد ذكر وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفا فقال ثم إذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لأنه أبينهما إنكاراً وإن أقاما البينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات (**هذا تخريج الرازي. وقال الكرخي**:

(**قوله فإن نكل الزوج يقضي بألف وخمسمائة**) أقول: بل يقضي بألفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر.

هذا تخريج الرازي. وقال الكرخي: يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك، ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما، وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت

وقال قاضيخان: ما قاله الرازي أولى لأنا لا نحتاج إلى مهر المثل للإيجاب، بل ليتبين من يشهد الظاهر فيكون القول مع يمينه فلا حاجة إلى التحالف، ويقرع في التحالف للابتداء استحباباً، ولو بدأ بأيهما كان جاز. وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف: يبدأ بيمين الزوج لأنه كالمشتري والمهر كالثمن، وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري وإليه ذهب الإسبيجابي **(قوله ولو كان الاختلاف في أصل المسمى)** في حال الحياة بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر **(يجب مهر المثل بالإجماع)** ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق **(لأنه هو الأصل عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تعذر القضاء بالمسمى لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل. واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الأصل على ما صرح هو به في مسئلة ما إذا تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس. وما ذكر من إيجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل إلا نادراً، لكنا منعنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه، ولا ينتفي بذلك الخلاف، فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة، بل الأولى أن يعلل للكل به والمسئلة اتفاقية **(قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب في حياتهما)** أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار، ومن كان القول له لو كان حياً يكون القول لورثته وفي الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق **(قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة)** كأبي يوسف حال الحياة، إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل، وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتهما عند أبي حنيفة **(وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحياة، وإن كان في أصل المسمى، فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره)** ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى، لكن الشافعي يقول بعد التحالف: وعندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف **(قوله على ما نبينه)** يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل، وهي ما إذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، هذا إذا علم أن الزوج مات أوّلاً أو علم

يتحالفان في الفصول الثلاثة) على قول أبي حنيفة ومحمد، وهو أن يكون مهر المثل شاهداً له أو شاهداً لها أو كان بينهما، ثم يصار إلى مهر المثل لأنهما اتفقا على أصل التسمية، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل. قيل قول أبي بكر أصح لأن تحكيم المهر ليس لإيجاب مهر المثل، وإنما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه **(ولو كان الاختلاف في أصل المسمى)** بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية **(ويجب مهر المثل بالإجماع)** المركب، أما عندهما فلأنه الأصل في التحكيم، وأما عند أبي يوسف فلأنه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوّجها ولم يسمّ لها مهراً **(ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما)** بين الحي وورثة الميت **(فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الأصل**، والمقدار في الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله، وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، ألا ترى إلى مسئلة المفوّضة إذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم **(ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول**

(قال المصنف: هذا تخريج الرازي وقال الكرخي الخ) أقول: وصحح في النهاية تخريج أبي بكر. وفي شرح تاج الشريعة قول الكرخي أصح **(قال المصنف: ولو كان، الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع)** أقول: الظاهر شاهد لمدعي التسمية عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده **(قوله كالجواب في حياتهما في الأصل)** أقول: أي في أصل التسمية**(قوله والمتعة قبله)** أقول يعني بعد الطلاق

أحدهما، ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة، ولا يستثنى القليل، وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة، وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره، فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله. قال **(وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، وإن لم يكن سمى له مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالا: لورثتها المهر في الوجهين)** معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الوجه الثاني، أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته، إلا إذا علم أنها ماتت أوّلاً فيسقط نصيبه من ذلك. وأما الثاني فوجه قولهما أن

أنهما ماتا معاً أو لم تعلم الأوّلية لأن المهر كان معلوم الثبوت، فلما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أوّلاً الا يسقط، وأما إذا علم أنها ماتت أوّلا فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث ديناً على نفسه، فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في قوله إلا إذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التي ذكرناها، كذا في النهاية. والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور إلا في صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام، ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة إنما هو في بعض الثلاث لا كلها **(قوله وإن لم يسم لها مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالا لهم مهر المثل)** واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال: أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت عليّ أكنت أقضي فيه بشيء؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما لا يقضي به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره، وأيضاً يؤدي إلى تكرر القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهوراً وهو مما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة به، فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك بزمان به أيضاً يقضي به أيضاً ثم وثم فيفضى إلى ما قلنا، أما إذا لم يتقادم فيقضي بمهر المثل. وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الأوّل لا يسقط أصلاً، وللشبه الثاني يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالاً لشبه النفقة، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً لشبه المسمى توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً وما قبله أوجه. وقال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقري بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا **(قوله ومن بعث إلى امرأته شيئاً ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول له لأنه المملك فكان أعرف بجهه التمليك)** إلا فيما يكون مهياً للأكل لأن الظاهر يتخلف عنه فيه، والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر، والظاهر في المتعارف مثله أن يبعثه هدية، والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ، فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة والحية فالقول فيه قوله. وإذا حلف والمرسل قائم، إن كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق يأخذه، وإن كان هالكاً لا ترجع بالمهر بل بما بقي إن كان يبقى بعد قيمته شيء، ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ثم قام هو من المهر فللأب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه وكان قائماً، وإن كان هالكاً لا يرجع، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها. وفي فتاوى أهل سمرقند: بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يستردّه وأرادت هي أن تسترد العوض فالقول قوله في الحكم لأنه أنكر التمليك. وإذا استرده تسترد هي ما عوضته. هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا أن

ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافاً لأبي يوسف فإنه يستثنيه كما تقدم **(وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة)** بحكم مهر المثل وهو قياس قول أبي حنيفة لكنه تركه استحساناً لما نذكره وإن كان الاختلاف بعد موتهما في أصل التسمية، فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل. وقوله **(لما نبينه من بعد)** إشارة إلى دليل أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة قال **(وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، وإن لم يكن سمى لها**

مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما. ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل **(ومن بعث إلى أمرأته شيئاً فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر**

جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية، وفيما إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعويضاً يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وكذا البنت فيما إذا أذنت في بعثه تعويضاً، هذا إذا كان بعثها عقيب بعث الزوج، فإن تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج إلا إن كان قائماً، والله سبحانه أعلم **(قوله فالقول قوله)** أي مع يمينه **(قوله وقيل ما يجب الخ)** بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه إذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما سنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى، ويجب عليه الخف والملاءة لأمتها، ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار إنما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة.

[فروع] زوّج بنته وجهزها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تمليكاً أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السغدي، واختار الإمام السرخسي كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهراً بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرهما، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب، وقيل إن كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكاً فالقول للزوج وإلا فله. ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له. وقيل ينبغي أن يكون القول للورثة لأن الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتاً وهم ينكرون. وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وإنما كان لها وهم يدّعونه لأنفسهم والزوج ينكر فالقول له. وفي البدائع في كتاب النفقات: أعطاها مالاً وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم هي البينة لأن التمليك منه. وفي الخلاصة: أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوّجها إذا انقضت عدتها، فلما انقضت أبت، إن شرط في الانفاق التزوّج: يعني كأن يقول أنفق عليك بشرط أن تتزوّجيني يرجع زوّجت نفسها أولا لأنه رشوة. والصحيح أنه لا يرجع لو زوّجت نفسها وإن لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا، والأصح أنه لا يرجع إذا زوّجت، قاله الصدر الشهيد. وقال الشيخ الإمام: الأصح أنه يرجع عليها زوّجت نفسها منه أو لا لأنه رشوة، واختاره في المحيط، وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها، أما إذا أكل معها فلا يرجع بشيء اهـ ولم يذكر ما إذا أبت أن تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحاً إلا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد، ومن بعده أنه يرجع إذا لم

مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالا: لورثتها المهر في الوجهين معناه) أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين **(المسمى في الوجه الأوّل)** وهو ما إذا سمى **(ومهر المثل في الوجه الثاني)** وهو ما إذا لم يسم **(أما الأول)** وهو وجوب المسمى **(فلأن المسمى دين في ذمته)** إما بثبوته بالبينة أو بالتصادق **(وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته)** إذا علم أنهما ماتا معاً أو لم يعلم أيهما

(قال المصنف: ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول: فيه إشارة إلى أنه إنما لا يقضي به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره، وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى، ويجب بغير شرط فيشبه النفقة، فللشبه الأول لا يسقط أصلاً وللشبه الثاني يسقط بموتهما وموت أحدهما فقلنا: يسقط بموتهما إعمالاً للشبه الأول، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً للشبه الثاني توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً: قال ابن الهمام: وما قبله أوجه، ثم قال: وقال مشايخنا: هذا إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقري بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا اهـ **(قال المصنف: فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل)** أقول: لم لا يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة كما في الوجه الأول **(قوله فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر رضي الله عنهما الخ)** أقول: المهر في تلك القصة مسمى، وأبو حنيفة رحمه الله متفق معهما في صورة كونه مسمى في أنه يأخذه ورثة الزوجة فما تقريب هذا التعليل هنا **(قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى الخ)** أقول: والظاهر أنه إشارة إلى مجموع الدليلين.

فالقول قوله) لأنه هو المملك فكان أعرف بجهة التمليك، كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. قال **(إلا في**

تتزوّجه. وحكى في فتاوى الخاصي فيما إذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفا أنه ينفق للتزوج ثم لم تتزوج به خلافاً، منهم من قال يرجع لأن المعروف كالمشروط، ومنهم من قال لا. قال: وهو الصحيح لأنه إنما أنفق على قصده لا شرطه. وفيها: ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفاً من مهرها تصدق في الدعوى إلى مهر مثلها في قول أبي حنيفة لأن عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله قوله مع يمينه. وفي النوازل: اتخذت لأبويها مأتماً فبعث الزوج إليها بقرة فذبحتها وأطعمتها أيام المأتم فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه بعث بها إليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لأنها فعلت بإذنه من غير شرط القيمة، وإن اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وإن اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لأن حاصل الاختلاف راجع إلى شرط الضمان وهي منكرة.

[تتمة فيها مسائل] الأولى: مسألة تعورف ذكرها في باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها إنما يتعلق بالميراث فأحببنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها. تزوّج ثنتين في عقدة وواحدة في عقدة وثلاثاً في عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحاً من غيرها، فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن، والثمن مع الولد أو ولد الابن بينهن على أربعة وعشرين: سبعة للتي تزوّجها وحدها اتفاقاً، والباقي نصفه للثنتين، ونصفه للثلاث عند أبي حنيفة، وقالا: ثمانية أسهم من الباقي للثنتين، وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما. وإنما قلنا المسألة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر وكان إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث، وكذا إذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فتقع هي ثالثة أو رابعة، ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال، ثم تقول: إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث، وإن صح مع الثلاث فلها ربعه فنحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر، أو نقول: مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة، فثلاثة ثابتة بيقين، والرابع يجب في حال دون حال فينصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين، أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين، ثم نقول: للتي تزوّجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث في حال ثمانية، والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين لأنهما يسقطان في حال ويثبتان في حال، فيثبت أحدهما ويضم إلى ستة صار لها سبعة ومما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما. أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول: لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لأنهما لا تدعيان إلا ثلثي الميراث ستة عشر، فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لأنهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقى ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية. وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح نكاح الثلثين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه، وإن لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية. والثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف

مات أوّلاً أو علم أن الزوج مات أولاً، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك **(وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما)** وهو قياس قوله لكن استحسن فقال **(إن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدّر القاضي مهر المثل)** وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة في صورة التقادم، وقد روي عنه أنه استدل فقال: أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنت أقضي فيه بشيء؟ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا إذا لم يكن العهد متقادماً بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها. وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى، ومن حيث إنه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة، فباعتبار الشبه الأول لم يسقط فلا يسقط

الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها) والمراد منه ما يكون مهيأ للأكل لأنه يتعارف هدية، **فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا، وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه، والله أعلم.**

ذلك وهو تسعة، فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين: أي لمحمد الأحوال ويعقوب المنازعة. وعند أبي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصف الآخر للثلاث لأن الفريقين في علة الاستحقاق سواء، لأن كل فريق يستحق في حال وهو ما إذا كان سابقاً على الفريق الآخر دون حال التأخير، فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين، كذا هنا، فللتنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو نضرب مخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرؤوس الاستقامة أو الموافقة أو المباينة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضاً فحصل معنا اثنان وثلاثة فنطلب بين الرؤوس والرؤوس الأحوال الأربعة: التداخل، والتماثل، والتوافق، والتباين، فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة في اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريق معرفة ما لكل أن تضرب ما كان له في هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فتضربها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون فإن قيل: ما ذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطي الثنتين ما لا تدعيانه أجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحقت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء. هذا الاختلاف في الإرث، أما المهور فالزوج إن كان حياً يؤمر بالبيان جبراً والقول قوله في الثلاث والثنتين أيهن الأول لأن نكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الأمر، والزوج هو الذي باشر العقود، فإن قال لا أدري الأول حجب عنهن إلا الواحدة لأنه أقر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري. وإن مات أحد الفريقين والزوج حي فقال هن الأول ورثهن وأعطى مهورهن وفرّق بينه وبين الآخر، وإن كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لأحد الفريقين ذلك فهو الأول، ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الأقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد والدخول بهن لا يؤثر في البيان إذا لم تعلم السابقة في الوطء. وأما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمى لها بكماله لأن نكاحها صحيح بيقين، وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يمرّان على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال. وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال: ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لأنهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما، فأما هنا فالثنتان لا تدعيان النصف الزائد على المهرين والثلاث يدعينه فسلم لهن، وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما. أو نقول: أكثر ما لهن ثلاثة مهور بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل ما لهن مهران بأن يكون نكاح الثنتين سابقاً فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف، ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد. ومحمد يقول: إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهور، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف، وأما الثنتان فلهما مهران إن صح وإلا

بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لأن المسقط تأكد بالموت. وقوله **(ومن بعث إلى امرأته شيئاً)** ظاهر. وقوله **(فالقول قوله)** أي مع يمينه فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن تردد وترجع بما بقي من المهر وإن كان هالكاً لم ترجع. وقوله **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. وقوله **(وقيل ما يجب عليه)** إنما قيد بالوجوب لأنه إذا بعث الخف والملاءة كان له أن يحتسبه من المهر لأن ذلك لا يجيبه عليه. وقوله **(وغيرهما)** قيل كمتاع البيت.

. . . .

فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد. وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر، وعلى الفريقين كذلك لأن الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهراً وميراثاً والعدة مما يحتاط فيها، فإن كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الأول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعاً، أعني أربعة أشهر وعشراً يستكمل فيها ثلاث حيض.

المسئلة الثانية: تزوّج امرأة وابنتيها في ثلاثة عقود ولا تدري الأولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لأن الصحيح نكاح إحداهن ليس غير لأنه إن تزوّج الأم أوّلاً لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذلك، ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق. ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة: للأم النصف من كل من المهر والميراث، وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم بينهن أثلاثاً ولو كان تزوّج الأم في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للأم بالاتفاق المتيقن ببطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الأم للجمع بين الأختين في عقدة، ولو كان تزوّج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهن أثلاثاً اتفاقا. وقيل على الخلاف، والصحيح الأول. والأصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق، ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الأصل، لكنه يقول: الأم لا يزاحمها إلا إحدى البنتين لأنا تيقنا ببطلان نكاح إحدى البنتين والابنتان في النصف استوتا لأنه ليست إحداهما بتعيين جهة البطلان أولى من الأخرى.

المسئلة الثالثة: قال لأجنبية كلما تزوّجتك فأنت طالق فتزوّجها في يوم ثلاث مرات ودخل بها كل مرة فهي امرأته، وعليه مهران ونصف مهر، ووقع عليه تطليقتان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه لما تزوّجها أولاً وقع تطليقة ووجب نصف مهر، فلما دخل بها وجب مهر كامل لأنه وطء عن شبهة في المحل، إذ الطلاق غير واقع عند الشافعي بناء على أن هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة، فإذا تزوّجها ثانياً وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى، فإن من تزوّج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة، خلافاً لمحمد في إيجابه نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر، فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعاً فلا يجب بالوطء شيء، فإذا تزوّجها ثالثاً لا يصح النكاح لأنه تزوّجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح. وعلى قول محمد بالتزوّج الأوّل والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزوّج، والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضاً مهر ونصف، وكذا بالتزوّج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر، وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعاً بالوطء عقيب النكاح الثاني لأن الطلاق الثاني لم يقع على مدخول بها. وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولاً في الثاني كان الطلاق عقيب الثاني عقيب الدخول. ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطأ بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وإن كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسبوقاً بطلاق. ولو قال كلما تزوّجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد، وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل، فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له آنفاً ظاهر. وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلأنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف، وبالنكاح الثاني طلقت بائناً ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما، ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعاً لأن الطلاق بائن، وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثاً ولها مهر، وبالدخول بعد مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصفا، ثلاثة بالدخول ثلاث مرات، ونصف مهر بالتزوّج الأول، ومهران بالتزوّجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما.

. . . .

فصل

(وإذا تزوّج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر، وكذلك الحربيان في دار الحرب) وهذا عند أبي حنيفة وهو قولهما في الحربيين. وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها. وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين أيضاً. له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال، وهذا الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم. ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام ومنقطعة لتباين الدار، بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا

فصل

لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار (قوله وإذا تزوّج نصراني) المراد إذا تزوّج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر، ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوّجها على دم لأنهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه، وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة، وكذا في الحربيين (هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربيين) أي لو أسلما أو ترافعا (أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول) لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه، وبهذا قال زفر في الحربيين أيضاً لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال، وهذا الشرع وقع عاماً فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها، غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة في حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام) وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين، بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموها في المعاملات، وولاية الإلزام ثابتة فنعزره إذا زنى وننهاه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها، ولذا تجري عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثاً ونكاح المحارم. وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب، حتى إذا ترافعا إلينا نقضي عليهما بما لزمهما حال كونهما حرباً وأنا إنما أخرنا الوجوب ليظهر عند إمكان إلزامهم أثره (قوله ولأبي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه منها إلا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم، كذا في بعض كتب الفقه، وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا

فصل

لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الأصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (وإذا تزوّج النصراني نصرانية) قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي. وأقول يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضاً (وذلك في دينهم) أي النكاح بغير مهر في دينهم (جائز) والواو للحال (فليس لها مهر) وإن أسلما (وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا) أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين (عند أبي حنيفة) ووافقاه في الحربيين. وأما في الذمية، فإن دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في

فصل إذا تزوج

(قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول: الظاهر أن يقول أحكام المهر، لكن مراد الشارح بأحكام النكاح المهر أيضاً (قوله وإذا تزوج النصراني نصرانية، إلى قوله: ليتناول المستأمن أيضاً) أقول: ولو قال إذا تزوج الكافر كافرة لكان أعم وأشمل (وقوله وذلك في دينهم: أي النكاح بغير مهر الخ) أقول: ولعل الأولى أن يجعل ذلك إشارة إلى مجموع ما ذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولاً للنكاح بالميتة أيضاً.

أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا، وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار. ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات، وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة، فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب، بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها، والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت. وقد قيل: في الميتة والسكوت روايتان، والأصح أن الكل على الخلاف **(فإن تزوج الذميّ ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير)** ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض، وإن كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل، وهذا عند

تنافي، فمحمل أحدهما من تدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لا يتدين بحرمتهن كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بإلزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدمها، والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريرها. بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم. قال ﷺ «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»[1] روى معناه القاسم بن سلام بسنده في كتاب الأموال عن أبي المليح الهذلي «أن رسول الله ﷺ صالح أهل نجران فكتب لهم كتاباً وساقه، وفيه: ولا تأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتي منهم بريئة»[2] وفي مصنف ابن أبي شيبة بسنده إلى الشعبي «كتب رسول الله ﷺ إلى نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له» وهو مرسل وهو حجة عندنا. وإذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الإسلام إلا المستثنى فبعد الإسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطاً لبقائه. والذي يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات إن تم تم المطلوب لزفر هنا لأن الأمر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى أن لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا أو يسلموا، وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعاً في ذمتهم. وحالة الإسلام وإن كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطاً فيها ولا حكماً لا يمنع القضاء بالتقرر في الذمة أوّل الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم **(قوله وقد قيل في الميتة والسكوت)** عن المهر **(روايتان)** بخلاف نفيه صريحاً، ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل. وذكر الكرخي أنه لا فرق على قياس قول أبي حنيفة بين السكوت والنفي. ووجهه ما في المبسوط أن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه إلا بالشرط. وجه الظاهر أن النكاح معاوضة، فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقاً لها والميتة كالسكوت لأنها ليست مالاً عندهم فذكرها لغو، وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر **(قوله فإن تزوّج ذمي ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما ثم أسلما أو أسلم أحدهما)** قبل

الحربيين أيضاً، وقال **(الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال)** لقوله تعالى **﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾** **(وهذا الشرع وقع عاماً)** لأن النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم، وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم، وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم، وقالا: أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الإسلام وهو ظاهر، ولا يكون الحكم عليهم إلا بالإلزام ولا إلزام إلا بالولاية، وقد انقطع الولاية بتباين الدارين **(بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات)** لأن الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فإنهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد، ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار **(ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا)** في الديانات كالصوم والصلاة **(وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات)** أيضاً كبيع الخمر والخنزير **(وولاية الإلزام بالسيف والمحاجة)** وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة **(فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب)** في عدم الالتزام وانقطاع الولاية. وقوله **(بخلاف الزنا)** جواب عن قولهما كالزنا والربا. ووجهه أن الزنا حرام في جميع الأديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه

---

(١) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٣: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٤: لم أجده بهذا اللفظ.

(٢) مرسل قوي. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٣: رواه أبو عبيد في كتاب الأموال ـ ص ١٨٨ ـ عن أبي المُلَيْح الهذلي مرسلاً.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفة عن الشعبي مرسلاً اهـ الزيلعي. فإذا انضم هذا المرسل إلى هذا اكتسبا قوة وعُلِمَ أن له أصلاً وانظر الدراية ٢/ ٦٤.

أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين. وقال محمد: لها القيمة في الوجهين. وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا بغير أعيانها. وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد، فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم، إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض. ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لايمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة، وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام، بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه إنما يستفاد بالقبض، وإذا تعذر

قبض الصداق المذكور فليس لها إلا الخمر أو الخنزير (وإن كان بغير أعيانهما) وأسلما قبله (فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبي حنيفة (وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال محمد: لها القيمة في الوجهين) وهو قول أبي يوسف الأول، ولما اشترك قولهما في عدم إيجاب عين الخمر والخنزير إذا كانا بأعيانهما جمع بينهما في دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) المعين، ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عيباً فاحشاً يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله إن كان مثلياً وإلا فقيمته، وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول، وبعد القبض إذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف إلا بقضاء أو تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر، وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا (فيكون له شبهاً بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالإسلام كما يمتنع ابتداء

(والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد») ألا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان) يعني عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا، وفي رواية لا يجب شيء، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى فرق، وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل فيحتاج إلى الفرق بين النفي والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العرض كالتنصيص على البيع بين المسلمين، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقاً لها، وأما الميتة فإنها ليست بمتقوّمة عند أحد فكان التزوّج عليها كالنفي وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين، ووجه الرواية الأخرى أن أحدا لما لم يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهم وما يدينون» فيجب حكم الشرع (والأصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شيء، وعندهما يجب مهر المثل. وقوله (فإن تزوّج الذمي ذمية) ظاهر. وقوله (وهذا كله) أي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين) أي في المعين وغير المعين (وقال محمد: لها القيمة في الوجهين. وجه قولهما) إنما جمع بين قولهما وإن كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل. وقال محمد: فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضاً، وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضا أو القضاء، وإذا مرّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها، بخلاف ما بعد القبض، ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده، والمؤكد للملك شبيه بالعقد لإفادته ما لم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الإسلام) كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الإسلام إلحاقاً لشبهة العقد

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول: ضمير عليه راجع إلى النكاح (قوله وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل، إلى قوله: كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقاً لها) أقول: فإنه إذا باع بلا تسمية ثمن ينعقد البيع فاسداً ويملك بالقبض، وتجب القيمة على ما صرحوا به في فصل أحكام البيع الفاسد.

(قوله وجه قولهما) أقول: مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك في المقبوض الخ (قوله لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير) أقول: فإن قيل فإنهما يتفقان في عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضاً فلم لم يتعرض له؟ قلنا: لأن دليلهما الاتفاقي لا يلزم منه ذلك فتأمل. ثم اعلم أن قوله لأنهما يتفقان الخ تعليل لقوله إنما جمع بين قولهما الخ (قوله إلا بالرضا أو القضاء) أقول:

القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه، ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال؛ ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر، ولو طلقها

التمليك بالعقد إلحاقاً لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض **(وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد)** فامتنع فقد افترقا **(فقال أبو يوسف: لو كانا مسلمين وقت العقد)** فعقدا على الخمر والخنزير **(يجب مهر المثل)** فكذا إذا كانا مسلمين وقت القبض **(ومحمد يقول: صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم ثم امتنع التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض)** تجب القيمة لامتناع إعطاء مثل الخمر **(قوله ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه)** قبل القبض ببدل وبغير بدل، فقبضه ليس موجباً لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكداً بل ناقلاً لمجرد الضمان من الزوج إلى المرأة في الهلاك **(وذلك)** أي انتقال الضمان **(لا يمتنع بالإسلام)** لأن موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره والذمي إذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب، فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه، فإن كان مرادكم من كون القبض مؤكداً غير هذا منعنا كونه مؤكداً، وإن كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكداً ومنعنا منافاة الإسلام إياه. وفي الأسرار: ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا نسلم أن الإسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبداً بخمر وقبض الخمر فإن الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم إليه، وبالتسليم إليه يتقرر الملك، وهذا التسليم لا يمتنع بالإسلام وإن كان فيه تأكد الملك في الخمر، ولو اشترى خمراً وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان في سقوطه تأكد ملك الخمر، فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكد الملك **(قوله بخلاف المشتري)** متصل بقوله يتم بنفس العقد: أي أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا نملك التصرف فيه بالبيع وغيره، وبخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه، والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والإسلام مانع منه، فلذا لو باع الذمي الخمر والخنزير أو اشتراهما ثم أسلم ينفسخ البيع لامتناع إفادة ملك فيهما مع الإسلام، وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالإجماع. وظن بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشتري ناقل لضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط، وإنما معناه أن بالهلاك في يد البائع يعود إلى ملكه، فإذا هلك على ملكه لا يضمن لأحد شيئاً بل يسقط الثمن، وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن، وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك

بحقيقته في المحرمات **(وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما)** لأن القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما في إفادة ما لم يكن، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانهما كالعقد **(وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا)** ووجه محمد ظاهر. ووجه قول أبي حنيفة **(أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه)** ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه إلى القبض للتملك **(وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك)** أي الانتقال **(لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة)** وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لأنه يفيد وجوب الدين في ذمته، والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالإسلام عن تملك الخمر والخنزير. وقوله **(بخلاف المشتري)** متصل بقوله إن الملك في الصداق المعين الخ: يعني

يعني بالقضاء بالإعادة إليه **(قال المصنف: فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد)** أقول: قال ابن الهمام أي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام، فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض اهـ ولعل الأولى أن يقال: أطلق العقد وأراد تسميتها في العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب حكمها، ووجه الأولوية ظاهر **(قوله والقبض فيما إذا كنا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما**

قبل الدخول بها، فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها، والله أعلم.

المغصوب، ولهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال: ولهذا وجب لها القيمة **(قوله ولو طلقها قبل الدخول بها)** ففي المعين لها نصفه عند أبي حنيفة، وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة، وفي الخنزير المتعة. وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتنصف. وعند أبي يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف، والله أعلم.

بخلاف ما إذا باع الذمي الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والإسلام مانع منه. وقوله **(وإذا تعذر القبض في غير المعين)** ظاهر. وقوله **(ولو طلقها الخ)** يعني قول أبي حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق. وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال، وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال.

فكذلك الخ) أقول: لا يخفى عليك ما في هذه العبارة، وكان الأولى أن يقول: والقبض فيما إذا كانا بأعيانهما ممتنع فكذلك الخ **(قوله ثم أسلم قبل القبض)** أقول: يعني أسلم البائع أو المشتري **(قوله فإنه لا يجوز له القبض الخ)** أقول: لا يترتب لقبض المشتري حكمه وهو الملك، فإنه إن كان الذي أسلم هو البائع يلزم من ترتبه عليه تمليك الخمر والإسلام مانع وإن كان المشتري يلزمه تملكه **(قال المصنف: فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه)** أقول: قال الزيلعي: قال في الغاية: يرد عليه ما لو اشترى ذمي داراً من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب ثمنه بشيء، والجواب أن قيمة الخنزير إنما تكون كعينه أن لو كان بدلاً عن الخنزير كما في مسئلة النكاح، أما إذا كان بدلاً عن غيره فلا. وفي مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة، وإنما صير إليها للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه اهـ. ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع، وإنما صير إليها للتقدير بها فليتأمل. فجوابه يظهر من تقرير قاضيخان في شرح الجامع الصغير **(قال المصنف: ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال)** أقول: قال الإتقاني: ذكر الضمير الراجع إلى الخمر على تأويل الشراب اهـ. وفي القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة قد يذكر.

باب نكاح الرقيق

(**لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما**) وقال مالك: يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر» ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب

باب نكاح الرقيق

الرقيق: العبد، ويقال للعبيد.

لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب، فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك. وأما ما تقدم من فصل النصراني فإنما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تتمة له (**قوله لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده**) أي لا ينفذ فإنه ينعقد موقوفاً عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد، وما نسبه إلى مالك في الكتاب وليس مذهبه. وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعاً فقد تبين بأن من ملك رفع شيء ملك وضعه وتمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعاً على نفسه ولذا ملك التطبب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤذى على البدن. والأوجه بيانها بأن ملكه الطلاق لأنه من خواص الآدمية فكذا النكاح. ويجاب بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله ﷺ «أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر»[(١)] رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال: حديث حسن. والعاهر الزاني. وفي الحديث أيضاً في السنن عن ابن عمر عنه ﷺ قال «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل»[(٢)] (**ولأن في تنفيذ**

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق، والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (**لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما**) أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه، وأما العبد ففيه خلاف مالك فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق

باب نكاح الرقيق

(**قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح، إلى قوله: وغيرهم الخ**) أقول: فيه أن نكاح غيرهم سيجيء في باب على حدة، وما ذكر قبيل هذا مما يتعلق بمهر الكفار كان على سبيل الاستطراد (**قوله أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى الخ**) أقول: قد سبق من

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٠٧٨ والترمذي ١١١١ ـ ١١١٢ والدارمي ٢١٥٢ وابن ماجه ١٩٥٩ والحاكم ٢/ ١٩٤ والطحاوي في المشكل ٣/ ٢٩٧ وأبو نعيم ٧/ ٣٣٣ والبيهقي ٧/ ١٢٧ وأحمد ٣/ ٣٠١ ـ ٣٧٧ ـ ٣٨٢ وابن عدي في الكامل ٢/ ٣١٥ و٣/ ٥٦ من عدة طرق كلهم من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر مرفوعاً.

قال الترمذي عقب الرواية الأولى: حديث حسن. ورواه بعضهم عن ابن عقيل عن ابن عمر مرفوعاً، والصواب عن جابر مرفوعاً.

وقال الترمذي عقب حديثه الثاني عن جابر: حسن صحيح.

وأما ما أشار إليه الترمذي، فقد وقع في ابن ماجه أخرجه برقم ١٩٥٩ كما ذكرت آنفاً وقد قال البوصيري في الزوائد: هذا إسناد حسن والحديث رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر اهـ.

وهذا خطأ انقلب إسناده والصواب من حديث جابر لكن شيخ ابن ماجه أزهر بن مروان انفرد بكونه عن ابن عمر.

وقد بين الترمذي ذلك بقوله: لم يصح عن ابن عمر إنما هو حديث جابر وقد أخرجه أبو داود ٢٠٧٩ وابن ماجه ٢٠٧٩ كلاهما من وجه آخر عن ابن عمر مرفوعاً وضعفه أبو داود وقال: هو موقوف.

وأخرجه ابن عدي في الكامل ٧/ ٩٦ من حديث أبي هريرة، وهو وهم أيضاً، وأعله ابن عدي بالوازع بن نافع العقيلي ونقل عن يحيى قوله: ليس بثقة.

الخلاصة: حديث جابر حسنه الترمذي وصححه، وكذا صححه الحاكم، وأقره الذهبي. والصواب قول الترمذي أنه حسن لأن ابن عقيل فيه كلام لكن لا يضر، وهو ثقة، وسكت أبو داود على حديثه جابر.

(٢) تقدم في الذي قبله وأنه عن ابن عمر واه. وقول المصنف في السنن في تجوز حيث انفرد به أبو داود، وابن ماجه وضعفّه أبو داود أيضاً ورجح وقفه.

فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاهما **(وكذا المكاتب)** لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق. ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا (و) كذا **(المدبر وأم الولد)** لأن الملك فيهما قائم؛

نكاحهما تعييبهما) أما في العبد فتشغل ماليته بالمهر والنفقة، وأما في الأمة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح، وهذا تصرف في ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاه. وبهذا يجاب عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح، فالطلاق إزالة عيب عن نفسه، بخلاف النكاح لا يقال: يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع أن فيه إهلاكه فضلاً عن تعييبه. لأنا نقول: هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمراً ونهياً كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج. ثم هذه الأحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعاً فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجراً عن الفساد وأعاظم العيوب **(وكذا المكاتب)** ليس له أن يتزوّج إلا بإذن المولى **(لأن الكتابة)** إنما **(أوجبت فك الحجر)** في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق **(ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب)** بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية، وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يملكون، وإنما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما نذكره **(قوله وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا)** من بقاء ذات المكاتب على الرد والاكتساب الذي أوجبت الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خللاً في ذاته المملوكة، والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد، إذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالأرش، ولأن هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته إلا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقبة لجواز التعجيز والردّ إلى الرق فتردّ مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد **(قوله وكذا المدبر)** والمدبرة لا ينفذ نكاحهما إلا بإذن المولى، وكذا ابن أم الولد: يعني لو زوّج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمة فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه، وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب، وعندهما يجوز لأنه حر مديون.

[فرع مهمّ للتجار] ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلاً أذن له مولاه أو لم يأذن، لأن حل الوطء لا يثبت شرعاً إلا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح **(قوله وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه)** بخلاف ما إذا تزوّج بغير إذنه فدخل بها. ثم فرق بينهما فإنه لا مهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن فيه. وقوله يباع فيه: إن لم يفده المولى، وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه. أما وجوبه فللمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق

وهو ظاهر، وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح، ومن ملك شيئاً ملك سببه الموصل إليه **(ولنا قوله ﷺ «أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر»)** رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال: هذا حديث حسن ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما، ولهذا إذا اشترى عبداً أو أمة فظهر مزوّجاً جاز له أن يردّه وليس لهما تعييب أنفسهما رعاية لحق المولى **(فلا يملكانه بدون إذنه)** وفي هذا التعليل جواب لمالك، فإن الطلاق إزالة العيب، ولا يلزم من جواز إزالة العيب جواز تعييبهما أنفسهما. واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص، فإن وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضاً أقوى العيوب فكيف جاز ذلك؟ وأجيب بأن الرقيق في حقوق

الشارح في باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فما وجه الاقتصار على الأمة هنا **(قوله وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق هو أيضاً أقوى العيوب الخ)** أقول: تفصيله في باب خيار العيب.

(وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه) لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما (وإذا تزوّج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة) لأنه

المولى للإذن. وأما كونه في رقبته فلإذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون: يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة. والحاصل أن الدين إنما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على إذنه، فإنه لو باشر إتلافاً ونحوه ترتب في ذمته فحين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الإذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد، غير أنه إن فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون. وإذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانياً ويطالب بالباقي بعد العتق، وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئاً فشيئاً. وإذا مات العبد سقط المهر والنفقة، ذكره التمرتاشي. وإذا زوّج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد، ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع. والأوّلون يقولون: لا فائدة لهذا الوجوب لأنه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى (قوله والمدبر والمكاتب يسعيان) إذا أذن لهما المولى فتزوّجا ثم امتنع عن الأداء عنهما يسعيان (لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما إلا إن عجز الكاتب فردّ في الرق فإنه حينئذ يباع في المهر (قوله وإذا تزوّج العبد بغير إذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك بإجازة) تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على إذن المولى، وإذنه يثبت تارة صريحاً وطوراً[1] دلالة، فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت، والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه، وسكوته لا يكون إجازة وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها، فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها. قال الفقيه أبو القاسم: ليس شيء منها إجازة. واختيار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد أنه إجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء إذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح، لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد، وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعييبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فإنه معين والإعانة تنتهض سبباً لإمضاء تصرفه وعدم إلغائه، ولذا لو قال للفضولي طلقها كان إجازة على ما هو الأوجه، وإن قلنا أول المسئلة في العبد أنه فضولي في الجملة، وإذا كان

الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها، فإن لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الأصول. وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر. وقوله (لما بينا) يعني قوله لأنه من باب الاكتساب. وقوله (فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الأصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم إليها مالية الرقبة. واستدل المصنف بقوله (لأن هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب. وتقريره: هذا دين وجب في الرقبة، وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه. أما أنه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الإذن من جهته، وأما أنه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه. وقوله (دفعاً للمضرة عن أصحاب الديون) يعني النساء. وقوله (فليس هذا بإجازة، لأنه) أي قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى

(قوله وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب إلى آخر قوله: وتقريره) أقول: لا يخفى عليك أن قوله فيتعلق برقبته في معرض النتيجة يأبى عما ذكره كل الإباء ولا يصلحه ما ذكره، والأولى أن يقال: أراد بالرقبة ذمة العبد مجازاً فلا يلزم المصادرة ويستقيم الكلام، وسيجيء من الشارح تفسير الذمة بالرقبة في باب نكاح أهل الشرك.

---

(١) الطَّوْرُ: التَّارةُ وجمعه أطوار.

يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (**وإن قال: طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة**) لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين

حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الردّ والإجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهراً في قصد الردّ ما لم يعلم قصد الإجازة لظاهر يقترن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق الذي يملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته، بخلاف قوله طلقها فإنه لا يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازاً فصلحت هذه المسئلة متمسكاً لأبي القاسم ومن قال بقوله. والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيراً في المتاركة في العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والردّ، بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فإنه لم يستعمل للأمرين على السواء بل الظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لا يتحقق إلا بواسطة جعله استهزاء، وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لأن حقيقته فعل الجاهلين، ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم ﴿أتتخذنا هزوا﴾ ﴿أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين﴾ [البقرة: ٦٧] فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الإجازة بلا معارض، بخلاف مسئلة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح، ولذا لم يستعمل المقيد: أعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق في المتاركة جعل إجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء، لكن المصنف لما لم يوجبه إلا بأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر عن يمينك بالمال أو تزوّج أربعاً لا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون إلا بعد الحرية. وأجيب بأن إثبات الشرائط التي هي أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والأهلية للمتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته تبعاً للآدمية والعقل، وإنما توقف لاستلزامه تغييب مال الغير، فقوله طلقها رجعياً يتضمن رفع المانع اقتضاء لا إثبات ملك النكاح بطريق الأصالة، والمملوكية شرط العتق. وقوله أعتق عبدك عني بألف يثبت به تحويل المملوكية إليه لا أصلها في العبد، ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته. وعلى تقريرنا لا يحتاج إلى تكلف هذا السؤال وجوابه. ولو أذن له السيد بعد ما تزوّج لا يكون إجازة، فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحساناً كالفضولي إذا وكل فأجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد إذا زوّجه فضولي فأذن له مولاه في التزوّج فأجاز ما صنعه الفضولي. ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن فللمشتري الإجازة. وقال زفر: يبطل، وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على إجازة الوارث، أما إذا كانت أمة فتزوّجت بلا إذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها كأن ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الأب وطئها توقف على إجازة الوارث. وعلى هذا قالوا في أمة تزوّجت بغير إذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الإجازة لأنه لا يحل له وطؤها لأن وطء الزوج يحرمها لأنها صارت معتدّة، فإذا حاضت بطل العقد لحلها للمشتري، ولو كان الزوج

طلاقاً ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة، وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة لأنه أليق بحال العبد المتمرد. وقوله **(أو هو)** أي الرد **(أدنى)** لأنه دفع والطلاق رفع، والدفع أسهل من الرفع **(فكان الحمل عليه أولى)** فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز. أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى **(وإن قال طلقها تطليقة)** رجعية أو تطليقة **(تملك الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة)** فإن قيل: إذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوّج أربعاً من النساء لا يثبت به العتق وإن كان التكفير بالمال وتزوّج الأربع من النساء لا يكون إلا بعد الحرية. أجيب بأن ما كان أصلاً في إثبات الأهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الأصول وفي إثبات الإعتاق ذلك، بخلاف ما نحن فيه فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية له. وقوله **(ومن قال لعبده تزوّج هذه الأمة)** صورة

. . . .

لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل الباتّ على الموقوف. وقال زفر: يبطل بالموت وبالبيع. وأصله أن الموقوف على إجازة إنسان يحتمل الإجازة من غيره، وعنده لا لأنه إنما كان موقوفاً على الأول فلا يفيد من الثاني. قلنا: إنما يتوقف على الأول لأن الملك له لا لأنه هو والثاني مثله في ذلك، فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله **(قوله تزوّج هذه الأمة)** التقييد بالأمة والإشارة اتفاقي، فإن الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **(قوله وأصله)** أي أصل الخلاف الاختلاف في أن الإذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والكاسد عنده، وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد، وعلى أن التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فألحقاه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح، ولهذا لو حلف لا يتزوّج ينصرف إلى الجائز فلا يحنث بالفاسد لأن المراد في المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح، بخلاف ما لو حلف ما تزوّجت حيث يحنث بالفاسد لأن المراد في الماضي العقد، وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة، وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه، فينبني على هذا أنه يباع في المهر في الفاسد إذا دخل بها فيه عنده، وعندهما لا، وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الإذن بالفاسد وعندهما له ذلك لأن الإذن لم ينته به **(قوله ومسئلة اليمين على هذه الطريقة)** أي طريقة إجراء اللفظ على عمومه **(ممنوعة)** والطريقة الأخرى أن العبد في النكاح مبقى على الحرية لأنه من خواص الآدمية، والحاجة إلى إذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير، فكأنه قال له إذ قال تزوّج اشغل رقبتك بمهر، وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره، وليست هذه الطريقة صحيحة لما سيذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمساك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك، فالمعوّل عليه طريقة الإطلاق. ويجاب عن مسئلة اليمين بأن الأيمان مبنية عل العرف، والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الإعفاف والتحصين وهو الصحيح: لا الإعفاف بالفعل فبطل ما يقال الإعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه، والله أعلم.

[فروع] الأوّل: تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثاً ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد، ومع الكراهة عند أبي يوسف. الثاني: زوّج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لا يفسد النكاح عندنا إلا إن عجز

المسئلة والأصل المذكور ظاهران، وتقييده بالإشارة والأمة اتفاقي. فإن الحكم في غير المعينة وفي غير الإماء كذلك، وينبني على هذا الأصل المذكور حكمان: أحدهما ما ذكره أنه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما. والثاني أنه إذا تزوّجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لانتهاء الإذن بالعقد الأوّل، ويصح عندهما. ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر، وإنما قيد بالمستقبل: لأنه لو حلف ما تزوّج امرأة في الماضي وكان تزوّج صحيحاً أو فاسداً حنث في يمينه، كذا في المبسوط. وقوله **(كما في البيع)** يعني أنه إذا أمره بالبيع مطلقاً يتناول الجائز والفاسد. وقوله **(على هذه الطريقة)** يريد طريقة إجزاء اللفظ المطلق على إطلاقه، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف **(ومن زوّج عبداً مأذوناً له مديوناً أمرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء)** إذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقول **(ووجهه)** وتقريره لأن المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصوداً بالإبطال منتف. وإذا تحقق المقتضي

(قوله أن مبنى الأيمان على العرف) أقول: قد سبق في فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العملي لا يصلح مقيداً للفظ **(قال المصنف: والمرأة أسوة للغرماء)** أقول: في القاموس الإسوة بالكسر وتضم: القدوة وما يأتسي به الحزين الجمع أسى بالكسر ويضم اهـ وأنت خبير بأن هذا المعنى لا يناسب المقام، فإن المرأة تأخذ معهم لا قبلهم **(قوله وتقريره لأن المقتضي موجود وهو ولاية المولى الخ)** أقول: فيه مسامحة إذ المقتضي هو التزويج بولاية المولى، وولاية المولى مصححه للتزويج، لكن المراد مقتضي صحة النكاح **(قوله لأن محلية النكاح بالآدمية)** أقول: لا بالمالية **(قوله وحق الغرماء لا يلاقيها)** أقول: وإنما يلاقي المالية **(قوله بل يؤخر)** أقول: أي الزائد.

. . . .

ورد في الرق. وعند الشافعي يفسد للحال لملك زوجته شيئاً منه ولذا يحل إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها. وقلنا: لم تملكه لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ما لم يعجز، وعند ذلك قلنا بفساد النكاح، وإنما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة، وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أوّلاً ثم يعتق. الثالث: إذا غر عبد بحرية أمة فتزوّجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد حرّ بالقيمة كالمغرور الحر **(قوله ومن زوّج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء)** إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل، فلو زوّجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض، وهذا الوجود المقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع، وما يخال من أنه إبطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لأن النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكماً له بسبب لا مردّ له وهو صحة النكاح لصدوره من الأهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الأمر فكان ضمنياً فلا يعتبر في إثباته ونفيه إلا حال المتضمن له لا حاله، وصار كالمريض المديون إذا تزوّج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **(قوله ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوئها)** وكذا إذا زوّج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوئة لأنه شرط لا يقتضيه العقد على الأمة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد. ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها، فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوئه. وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهاراً ويسلمها للزوج ليلاً. وعند مالك يسلمه للزوج ليلة بعد ثلاث. قلنا: ملك السيد ثابت في الرقبة ليلاً ونهاراً وفيما بعد الثلاث والتبوئة إبطال له فيكون إبطال الحق الأعلى بالأدنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوئة بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه، وهذا القدر ثابت، فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل. لا يقال: لما ملك منافع بضعها لزمها تسليمها. لأنا نقول: التسليم بالتخلية والتبوئة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها، وإذا بوّأها ثم بدا له أن يردّها إلى خدمته كان له ذلك، وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج، وكلما أعادها سقطت. فإن قلت: ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوئة فيزوّجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوئة وبين أن يشترط الحر المتزوّج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتى من الأولاد، وهذا أيضاً شرط لا يقتضيه نكاح الأمة. فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة.

وتعليق ذلك صحيح، وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبراً من غير اختيار، بخلاف اشتراط التبوئة فإن بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فإذا امتنع لو توجد. فالحاصل أن المعلق هنا وعد يجب الإيفاء به، غير أنه إن لم يف به لم يثبت متعلقه: أعني نفس الموعود به، ولو طلقها بائناً وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة، ولو لم تكن مبوأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد إلى استخدامها لا تجب، والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة إذا لم تحبس نفسها ظلماً، ولو جاءت الأمة بولد فنفقته على مولى الأمة لأنه ملكه لا على الأب **(قوله قال)** أي صاحب الهداية **(ذكر)** أي محمد **(تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما)** أي لم يشترطه **(وهذا يرجع إلى مذهبنا)** لأن المذهب

وانتفى المانع ثبت الحكم البتة، وإنما قال مقصوداً لأن المانعية إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان ضمنياً فلا معتبر به وههنا كذلك لأن محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها، لكن إذا صح النكاح بولاية المولى تحصيناً لملكه وجب الدين بسبب لا مردّ له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك **(وصار كالمريض المديون إذا تزوّج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء)** وإذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض. قال **(ومن زوّج أمته)** بوأت للرجل منزلاً وبوأته منزلاً: أي هيئته ومكنت له فيه. ومن زوّج أمته **(فليس عليه أن يبوّئها)** أي يهيىء لها بيتاً للزوج يبيت إليها **(لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها)** وإنما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح. وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج إنما هو فيها، ولا يلزم إبطال الكثير للقليل مع إمكان تحصيله من غير إبطال الكثير

الإجازة **(ومن قال لعبده تزوّج هذه الأمة فتزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة، وقالا: يؤخذ منه إذا عتق)** وأصله أن الإذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده، فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير فلا يكون ظاهراً في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز، بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات. وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع. وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء، ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة **(ومن زوّج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها)** ومعناه إذاكان النكاح بمهر المثل.

(أن للمولى إجبارهما) أي أن يعقد لهما فينفذ عليهما علماً ورضيا أو لا كإجبار الولي الصغيرة على ما سلف **(وعند الشافعي لا إجبار في العبد)** بل في الأمة **(وهو رواية)** ذكرها **(عن أبي حنيفة)** صاحب الإيضاح والطحاوي عن أبي يوسف، وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان: أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالأجنبي وكتزويجه مكاتبه ومكاتبته، بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه. ثانيهما أنه لا يفيد إذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود، ونحن نقول مناط نفاذ إنكاحه عليه ملكه له المقتضى لتمكنه من إصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وهو تزويجه ذلك لأنه طريق تحصينه عن الزنا الذي هو طريق الهلاك أو النقصان به أو في ماليته لتعيبه. وأما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لأنها منتقضة طرداً في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكساً بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها. وأما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء، بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين: أحدهما أن عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالباً وتدعو إليه فالظاهر عدم طلب قطعه. والثاني أن حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة إلى نقض ما فعله، فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها. وأما إلحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لأنهما التحقا بالأحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما إلا برضاهما وعن هذا استطرقت مسئلة نقلت من المحيط هي أن المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة، فاعتبر التوقف على إجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق، هكذا تواردها الشارحون. والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف، فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته، وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافذاً من جهته وإنما توقف على السيد، فكذا السيد هنا فإنه ولي مجبر، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد، فهذا هو الوجه، وكثيراً ما يقلد الساهون الساهين، وهذا بخلاف الصبي إذا زوّج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه، فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لأن العقد حين صدر منه لم يكن نافذاً من جهته إذ لا نفاذ في حالة الصبا أو عدم أهلية الرأي، بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة. والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة، بخلاف البالغ،

فله أن يبوّئها وأن يبوّئها وأن يستخدمها بعد التبوئة، لكنه يسقط نفقتها لما أشار إليه بقوله **(لأن النفقة تقابل الاحتباس)** فإن قيل: انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق. أجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزمه، وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى، فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها، فإن بوأها معه بيتاً فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لأنه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك. قوله **(ذكر تزويج المولى)** يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى **(عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح)** ومعنى الإجبار أن المولى لو باشر

ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره، والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مردّ له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوّج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء **(ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها)** لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة إبطال له **(فإن بوّأها معه بيتاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا)** لأن النفقة تقابل الاحتباس، ولو بوّأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال **(ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما)** وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح. وعند الشافعي لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث أنه مال فلا يملك إنكاحه، بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها. ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتباراً بالأمة، بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما. قال **(ومن زوّج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر**

وسيأتي زيادة في ذلك. وأما الاستدلال بقوله تعالى **﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾** [النحل: ٧٥] وقدرة إبطال ما أمضاه سيده شيء فيكون منتفياً فضعيف، لأن المراد والله أعلم على شيء من المال لسياقه في مقابلة **﴿ومن رزقناه منا رزقا حسناً فهو ينفق منه سراً وجهراً هل يستوون﴾** [النحل: ٧٥] وللقطع بأنه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال **(قوله ومن زوّج أمته ثم قتلها الخ)** السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج أمته هو المستحق له، فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبي حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه. وقالا: لا يسقط، والاتفاق على عدم سقوطه بقتله إياها بعد الدخول وبقتل أجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها. لهما أن المقتول ميت بأجله، ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يتقرر بالموت إذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله إياها بعد لزومه كقتل الأجنبي إياها، ولأبي حنيفة أنه منع البدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل إذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج. والقتل وإن كان موتاً لكنه جعل في أحكام الدنيا إتلافاً حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وإن كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطأ، وإنما سقطت الدية والقود للاستحالة، ولهذا لو كانت الأمة رهناً عند إنسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له، ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبياً زوّج أمته وصيه

النكاح بدون رضاهما نفذ. وقوله **(لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان)** يعني أنه إذا حد ربما يقع الحد مهلكاً أو جارحاً، ففي الأول هلاك ماله، وفي الثاني نقصانه، فإنه إذا اشترى عبداً قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الإنكاح جبراً اعتباراً بالأمة، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان، وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبراً تملك منافع بضعها لأنه لا يطرد مع الإجبار ولا ينعكس، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها، والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسداً. فإن قيل: لو كان الإجبار باعتبار تحسين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز، أجاب بقوله **(بخلاف المكاتب والمكاتبة)** فإن الملك لما كان فيهما ناقصاً بواسطة تمليكهما اليد **(التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما)** وههنا فرع لطيف. وهو أن المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم إنها لو لم تردّ حتى أدّت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة، قال في النهاية: وهذه من ألطف المسائل وأعجبها، حيث اعتبر إجازة المكاتبة في حال رقها، ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق **(ومن زوّج**

(قوله فإنه إذا اشترى عبداً قد حد في الزنا الخ) أقول: فيه تأمل، فإن قوله فإنه إذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية في الزنا عيب سواء كان جارحاً أو لا **(قوله وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبراً تملك منافع بضعها الخ)** أقول: مخالف لما سبق في فصل المحرمات، وقد نبهنا في أول الباب **(قوله فكان التعليل به فاسداً)** أقول: ولو قيل مراد الشافعي أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا يرد عليه ما ذكره.

لها عند أبي حنيفة، وقالا: عليه المهر لمولاها) اعتباراً بموتها حتف أنفها، وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي: وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة، والقتل في أحكام الدنيا جعل إتلافاً حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر **(وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر)** خلافاً لزفر، هو يعتبره بالردّة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه. ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام

مثلاً قالوا يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها. أما الأمة فلا رواية في ردتها. واختلف المشايخ قيل لا يسقط لأن المنع وهو المسقط لم يجيء ممن له الحق وهو المولى، وقيل يسقط لأن المهر يجب أوّلاً لها ثم ينتقل إلى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه. وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **(قوله وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها)** يستحقه ورثتها **(خلافاً لزفر)** ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له، وله قول آخر بالسقوط، وإنما قيده بالحرة لأن في قتل الأمة نفسها روايتين عن أبي حنيفة. وفي رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لأن المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعي، وفي رواية يسقط وهو مذهب الشافعي لأن فعل المملوك يضاف إلى مالكه في موجبه، ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها أو فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها، والأوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أوّلا لها ثم ينتقل إلى المولى. وفائدة الأولية ما ذكر أنه إذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى إلا ما فضل. لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبي حنيفة **(والجامع)** بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها **(ما بينا)** من منع المبدل قبل التسليم. ولنا أن جناية المرء على نفسه هدر في أحكام الدنيا إنما يؤاخذ بها في الآخرة، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد في قاتل نفسه، إنه يغسل ويصلي عليه، ولم يعتبراه باغياً على نفسه، بخلاف ردتها فإنها معتبرة في أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر، بخلاف قتل المولى أمته لأنه اعتبر في أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة. ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها، أما الأمة فمهرها ملك المولى فكأنه فعله إبطالاً لحق نفسه وهو يملكه، كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته، ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لأنه في الأول مبطل لحق نفسه، وفي الثاني مبطل لحق الورثة. واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر. أجيب بأنه صار محروماً بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلاً حق نفسه في المهر **(قوله وإذا تزوّج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة)** مطلب في العزل العزل جائز عند عامة العلماء، وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جدامة[1] بنت وهب أخت عكاشة قالت «حضرت رسول الله ﷺ في أناس

أمته) فماتت قبل الدخول بها، فإن ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق، وإن قتلها أجنبي فكذلك، وإن قتلها مولاها فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا مهر عليه للمولى، قالا: المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث **(وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة)** تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل، وفي قوله يجازى إشارة إلى الجواب عما يقال الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة إذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لأنهما ليستا من أهل المجازاة. ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافي الصغر المجازاة. وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما يكون على أفعال غير محظورة، والردة محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس. وقوله **(والقتل في أحكام الدنيا)**

---

(١) جدامة: بضم الجيم بعدها دال مهملة كما في القاموس لا معجمة كما في بعض النسخ كتبه مصححه.

الدنيا فشابه موتها حتف أنفها، بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه. قال (وإذا تزوّج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) عند أبي حنيفة. وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن في العزل إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة، وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة، بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر

فسألوه عن العزل، قال: ذاك الوأد الخفي»[١] وكذا ذكر شعبة عن عن عاصم عن زرعة[٢] وصح عن ابن مسعود أنه قال «هو الموؤدة الصغرى»[٣] وصح عن أبي أمامة أنه سئل عنه فقال: ما كنت أرى مسلماً يفعله، وقال نافع عن ابن عمر: ضرب عمر على العزل بعض بنيه[٤] وعن عمر وعثمان أنهما: كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز، ففي الصحيحين عن جابر «كنا نعزل والقرآن ينزل[٥]» وفي مسلم عنه: «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبي ﷺ فلم ينهنا[٦]» وفي السنن عن أبي سعيد الخدري «أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال، وإن اليهود تحدّث أن العزل هو الموؤدة الصغرى، قال: كذبت يهود، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه[٧]» وفي صحيح مسلم عن جابر قال «سأل رجل النبي ﷺ فقال: إن عندي جارية وأنا أعزل عنها، فقال ﷺ: إن ذلك لا يمنع شيئاً أراده الله تعالى، قال: فجاء الرجل فقال: يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت، فقال ﷺ: أناعبد الله ورسوله[٨]» فهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل. وقد روي عن عشرة من الصحابة: عليّ وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وأبي أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن عليّ وخباب بن الأرت وأبي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود وروي أيضاً عن ابن عباس[٩]، وحديث السنن يدفع حديث جدامة، وهو وإن كان في

جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله (فإن قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافاً لزفر. هو يعتبره بالردّة وقتل المولى أمته لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم وقوله (ولنا أن جناية المرء) ظاهر. وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعني إذا قتلها خطأ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين. قال (وإذا تزوّج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) في

---

(١) صحيح غريب. أخرجه مسلم ١٤٤٢ ح ١٤١ عن جُدَامة بنت وهب أخت عكّاشة قالت: حضرت رسول الله ﷺ في أناس وهو يقول: لقد سمعت أن أنهى عن الغيلة فنظرت في الروم، وفارس، فإذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر أولادهم ذلك شيئاً ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله ﷺ ذلك الوأدُ الخفي.

قال مسلم: أما خلف ـ أحد الرواة ـ فقال: جُذامة الأسدية. والصحيح ما قاله يحيى بالدالْ: جُدامة اهـ.

وقد أخرجه مالك ٢/ ٦٠٧ ـ ٦٠٨ ومن طريق مسلم ١٤٤٢ ح ١٤٠ وأبو داود ٣٨٨٢ والنسائي ٦/ ١٠٦ كلهم من طريق مالك عن جُدامة وليس فيه ما زاده مسلم: ثم سألوه عن العزل.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم: العزل مكروه عندنا في كل حال وكل امرأة سواء رضيت به أم لا، لأنه طريق إلى قطع النسل.

والغيلة: أن يجامع الرجل زوجته وهي مرضع قاله مالك وغيره اهـ النووي ملخصاً. وأكثر الأحاديث على إقراره لهم في العزل فالحديث غريب.

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاي في بعض النسخ، وفي بعض آخر: زمعة، بالميم بدل الراء وليحرر، كتبه مصححه.

(٣) موقوف. وقد قال البيهقي في سننه ٧/ ٢٣١: روينا عن ابن مسعود وعلي أنهما كرها العزل، وروينا عنهما الإباحة.

(٤) موقوف جيد. أخرجه البيهقي ٧/ ٢٣١ بسند جيد عن نافع عن ابن عمر: أنه كان يضرب بنيه على العزل أي ينهى عنه اهـ.

وأخرج البيهقي عن سالم أن عمر كان ينهى عن العزل، وكذا عبد الله بن عمر.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٠٨ ومسلم ١٤٤٠ والترمذي ١١٣٧ والطحاوي ٣/ ٣٥ وابن ماجه ١٩٢٧ كلهم عن جابر.

(٦) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٤٠ ح ١٣٨ وأبو داود ٢١٧٣ والبيهقي ٧/ ٢٢٨ والطحاوي ٣/ ٣٥ وأبو يعلى ٢٢٥٥ وابن حبان ٤١٩٥ كلهم عن جابر به.

(٧) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٧١ والترمذي ١١٣٦ والطحاوي ٣/ ٣٢ والبيهقي ٢٣٠٧ كلهم من حديث أبي سعيد سوى الترمذي جعله من حديث جابر مع أن الاسناد عنده هو نفسه عند الباقين. ورجاله ثقات كلهم.

وقد أخرجه البيهقي ٧/ ٢٢٨ من وجه آخر من حديث أبي هريرة وقال ابن حجر في الفتح ٩/ ٣٠٩: هذه الأحاديث يقوي بعضها بعضاً.

(٨) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٣٩ ح ١٣٥ والبيهقي ٧/ ٢٢٩ كلاهما من حديث جابر. وكرره مسلم والبيهقي وكذا أبو داود ٢١٧٣ من حديث جابر بنحوه.

(٩) انظر عمدة القاري للعيني ٢٠/ ١٩٥ والمغني لابن قدامة ٧/ ٢٣ وفتح الباري ٩/ ٣٠٥.

. . . .

السنن فهو حديث صحيح، وإن وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبي كثير، فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر، وقيل فيه عن أبي مطيع بن رفاعة، وقيل عن رفاعة، وقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة، فإن الطرق كلها صحيحة، وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق، لكن بقي أنهما إذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لأنه مخرّج عن الأصل: أعني الإباحة الأصلية، إلا أن كثرة الأحاديث تدل على اشتهار خلافه، وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما أنها لا تكون مؤودة حتى تمرّ عليها التارات السبع. أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال: جلس إليّ عمر وعليّ والزبير وسعد في نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به، فقال رجل منهم: إنهم يزعمون أنها المؤودة الصغرى، فقال عليّ: لا تكون مؤودة حتى تمرّ عليها التارات السبع: حتى تكون سلالة من طين، ثم تكون نطفة، ثم تكون علقة، ثم تكون مضغة، ثم تكون عظاماً، ثم تكون لحماً، ثم تكون خلقاً آخر، فقال عمر: صدقت، أطال الله بقاءك[1] وفيه خلاف ما عن عليّ وعمر من المنع المتقدم، ثم في بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمها، ثم على الجواز في أمته لا يفتقر إلى إذنها، وفي زوجته الحرة يفتقر إلى رضاها، وفي منكوحته الأمة يفتقر إلى الإذن والخلاف في أنه للسيد أو لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى: إن خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الأعذار مسقطاً لإذنها. ثم في بعض نسخ الهداية: وقال أبو يوسف ومحمد: وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعتابي وفي بعضها: وعن أبي يوسف ومحمد وهي النسخة الصحيحة، لأنه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير أنه لمولاها من غير حكاية خلاف، وبقرينة قوله في وجه قول أبي حنيفة وجه ظاهر الرواية. ووجه المروى عنهما أن الوطء حقها حتى إن لها المطالبة به، وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر آن حقها في نفس الوطء قد تأدى بالجماع، فإن قضاء الشهوة به، وأما سفح الماء فإنما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لأنه عبده ومستفاده فيشترط إذنه. ثم إذا عزل

هذه المسئلة دلالة على جواز العزل. وسئل ابن مسعود عنه فقال: لا بأس به، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها في صخرة تخلق فيها. وروى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ مثله. وهو على ثلاثة أقسام: عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد. وعزل عن المرأة الحرة والإذن فيه إليها وهذان بالاتفاق. وعزل عن الأمة المنكوحة وفي تعيين الآذن اختلاف كما ذكره في

---

(١) موقوف جيد. أخرجه الطحاوي ٣/ ٣٢ من رواية يزيد بن أبي حبيب عن معمر بن أبي حبيبة قال: سمعت عبيد بن رفاعة الأنصاري.. فذكره.
وفي إسناده ابن لهيعة لكن الراوي عنه عبد الله بن يزيد المقري، وهو أحد العبادلة الثلاثة الذين أخذ عن ابن لهيعة قبل اختلاطه.
وقد توبع فقد أخرجه الطحاوي من وجه آخر عن معمر عن عبد الله بن عدي بن الخِيَار فذكره بنحوه، ورجاله ثقات كلهم.
قال الطحاوي: وروينا عن ابن عباس نظير ما قاله علي. ثم أسنده ورجاله ثقات عن ابن عباس قال الطحاوي: وتابع علياً على ذلك عمر ومن حضر من الصحابة ففي هذا دليل أن العزل غير مكروه من هذه الجهة.
خاتمة: قال البيهقي في سننه ٧/ ٢٣٢: رواة الإباحة أكثر وأحفظ فهو أولى وتحتمل كراهية من كرهه منهم التنزيه دون التحريم والله أعلم اهـ.
وقال ابن حجر في الفتح ٩/ ٣٠٨: قال الغزالي بجوازه وهو المصَحَّحْ عند المتأخرين من الشافعية.
وقال في ٩/ ٣١٠: اختلفوا في علة النهي عن العزل: فقيل: لتفويت حق المرأة، وقيل: لمعاندة القدر، وهذا الأخير هو الذي يقتضيه معظم الأخبار.
ويُنتزع من حكم العزل حكم معالجة المرأة إسقاط النطفة قبل نفخ الروح، فمن قال بالمنع هناك كان في هذه أولى، ومن قال بالجواز: يمكن أن يلتحق به هذا، ويمكن أن يُفرق بأنه أشد لأنه العزل لم يقع فيه تعاطي السبب ومعالجة السقط تقع بعد تعاطي السبب، ويلتحق بهذه المسألة تعاطي المرأة ما يقطع الحبل من أصله، وقد أفتى بعض متأخري الشافعية بالمنع وهو مشكل على قولهم بإباحة العزل مطلقاً اهـ.
فائدة: قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٩٧: عن ابن مسعود: قال في العزل هو المؤودة الصغرى الخفية. رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح وقد رجع عنه اهـ.
وقد ذكر الكمال ههنا في الفتح: وهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل ثم قال بعد أسطر. وهل يباح الاسقاط بعد الحبل؟ وأجاب: يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير موضع قالوا: ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح، وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اهـ كلامه نقله عن فتاوى قاضيخان.

رضاه وبهذا فارقت الحرة **(وإن تزوّجت بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً)** لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت «ملكت بضعك فاختاري» فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين، والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً وهو محجوج به، ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات

بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا؟ قالوا: إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يبل لم يحل، كذا روي عن علي لأن بقية المني في ذكره يسقط فيها، ولذا قال أبو حنيفة فيما إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه إعادة الغسل. وفي فتاوى قاضيخان: رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لأنه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل، ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف، وهل يباح الإسقاط بعد الحبل؟ يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير موضع، قالوا: ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة **(قوله وإذا تزوجت أمة بإذن مولاها)** أو زوّجها هو برضاها أو بغير رضاها **(ثم اعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً)** أما إذا زوّجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقها فسيأتي أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها **(والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً)** فلا خيار لها وهو قول مالك، ومنشأ الخلاف في ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة أكان حين أعتقت حراً أو عبداً؟ وفي ترجيح المعنى المعلل به. أما الأول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ خيرها وكان زوجها عبداً[١]» رواها القاسم، ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبداً[٢]، وثبت في الصحيحين أنه كان حراً حين أعتقت[٣]، وهكذا روى في السنن الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة ترجيح أنه كان حراً، وذلك أن رواة هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الأسود وعروة والقاسم، فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حراً[٤]، وأما عروة فعنه روايتان

الكتاب وهو واضح **(وإن تزوّجت بإذن مولاها)** أو زوّجها مولاها **(ثم أعتقت فلها الخيار)** إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته، سواء كان زوجها حراً أو عبداً. وقال الشافعي: إن كان عبداً فلها الخيار، وإن كان حراً فلا خيار لها، واستدل على ذلك بما روي «أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبي ﷺ عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام» قال: وإنما أمرها بذلك

(قوله قال وإنما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار) أقول: يعني قال الشافعي: وإنما أمر لها الخ.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٠٤ ح ١١ والنسائي ٦/ ١٦٢ ـ ١٦٣ وأحمد ٦/ ٤٥ ـ ٤٦ وابن حبان ٤٢٦٩ كلهم من حديث القاسم عن عائشة واللفظ لمسلم وفيه: وكان زوجها عبداً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٨٠ و٥٢٨١ و٥٢٨٢ و٥٢٨٣ والنسائي ٨/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ والدارمي ٢/ ١٦٩ وابن ماجه ٢٠٧٥ وابن حبان ٤٢٧٣ والبيهقي ٧/ ٢٢٢ والبغوي ٢٢٩٩ كلهم من طريق عكرمة عن ابن عباس: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث وله قصة ذكرها.
ورواية البخاري الأولى: قال ابن عباس: رأيته عبداً ـ يعني زوج بريرة.
وفي روايته الثانية: عبد لبني فلان ـ يعني زوج بريرة.
وكذا في روايته الثالثة. فالروايات عن ابن عباس متفقة على أنه كان عبداً. وهذا يرجح الاختلاف في روايات عائشة.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٥٤ وأبو داود ٢٩١٦ والترمذي ١٢٥٦ والنسائي ٣/ ١٦٣ و٧/ ٣٠٠ وابن حبان ٤٢٧١ والبيهقي ٧/ ٢٢٣ و١٠/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩ وأحمد ٦/ ١٨٦ ـ ١٨٩ ـ ١٩٠ كلهم من رواية الأسود عن عائشة: أنها اشترت بريرة لتعتقها، واشترط أهلُها ولاءها، فقالت: يا رسول الله إني اشتريت بريرة، وإن أهلها يشترطون ولاءها.
فقال: أعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق قال: فاشترتْها فأعتقتها قال: وخُيِّرَت، فاختارت نفسها، وقالت: لو أعطيت كذا وكذا ما كنت معه. قال الأسود: وكان زوجها حراً.
رواه البخاري بهذا السياق وقال: وهذا منقطع ـ أي قول الأسود، وقوله ابن عباس رأيته عبداً أصح اهـ وقال ابن حبان الأسود واهم في ذلك.

(٤) هذا صواب لكن من كلام الأسود كما فصل في ذلك البخاري، وابن حبان وغيرهما، وأعله البخاري بالانقطاع لأن الأسود تابعي.

فتملك رفع أصل العقد دفعاً للزيادة **(وكذلك المكاتبة)** يعني إذا تزوّجت بإذن مولاها ثم عتقت، وقال زفر: لا خيار لها

صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى أنه كان عبداً[1] وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضاً روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى الشك[2] ووجه آخر من الترجيح مطلقاً لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية «خيرها ﷺ وكان زوجها عبداً[3]» يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال. وحاصله أنه إخبار بالأمرين، وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازاً باعتبار ما كان وهو شائع في العرف. والذي لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حرا أنص من كان عبداً لما قلنا، وتثبت زيادة فهي أولى وأيضاً فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حالته الأصلية الرق والنافي هو المبقيها والمثبت هو المخرّج عنها. وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوتها إنما يعتبر في الابتداء لا في البقاء، ألا ترى أنه لو أعسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار. وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها، وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء، وكأنه اعتماد على إثبات الأصل المختلف فيه. وأورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد. وأجيب بأنها لا تتمكن إلا به مع أنه رضي به حيث تزوّج أمة مع علمه بأنها قد تعتق، ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها، فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلاً إلى الموت فلا ضابط لذلك، وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها. روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله ﷺ أنه قال لها حين أعتقت «ملكت بضعك فاختاري[4]» وروى ابن سعد في الطبقات: أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن

لئلا يثبت لها الخيار، ولأن الخيار فيما إذا كان عبداً لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر. ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله ﷺ («ملكت بضعك فاختاري» **فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين**) الحر والعبد، وإنما قال فالتعليل لأنه من باب قوله سها فسجد فالشافعي محجوج به. فإن قيل: روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة «أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبداً» وروى أيضاً بإسناده إلى عكرمة عن ابن عباس «أن زوج بريرة كان عبداً أسود يسمى مغيثاً فخيرها رسول الله ﷺ وأمرها أن تعتد» فأنى يكون الشافعي به محجوجاً؟ قلت: روى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد «أن بريرة أعتقت وزوجها حر» وإذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا إلى ما يدل عليه لفظ

---

(٥) الراجح عن عروة كونه عبداً. فقد أخرجه البخاري ٢٥٦٣ و٢١٥٥ ومسلم ١٥٠٤ ح ٩ - ١٣ وأبو داود ٢٢٣٣ والترمذي ١١٥٤ وابن حبان ٤٢٧٢ والنسائي ٦/ ١٦٤ - ١٦٥ وابن ماجه ٢٥٢١ والبيهقي ٧/ ١٣٢ من عدة طرق كلهم عن عروة عن عائشة وفي آخره: قال عروة: فلو كان حراً ما خيَّرها رسول الله ﷺ من زوجها.

هكذا رواه مسلم وغيره وأما البخاري فلم يذكر عن عروة شيئاً.

(٢) صحيح. أما رواية القاسم وأنه كان عبداً فتقدم في أول حديث أي قبل أربعة أحاديث فقط. رواه مسلم وغيره.

وأما رواية الشك فهي عند مسلم ١٥٠٤ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة الحديث وفي آخره: فقال عبد الرحمن: وكان زوجها حراً. قال شعبة - الراوي عنه - ثم سألته عن زوجها فقال: لا أدري.

(٣) تقدم قبل ستة أحاديث.

فائدة: أما البخاري فجزم كونه كان عبداً حيث بوّب في مواضع عدة بذلك فقال عند الحديث رقم ٥٠٩٧: باب الحرة تحت العبد.

ثم ذكر حديث بريرة.

وقال عند حديث ابن عباس ورقمه ٥٢٨٠ باب: خيار الأمة تحت العبد.

(٤) هذا الخبر. ذكره المصنف ونسبه لأبي بكر الرازي، ولم أقف على إسناده لأن كتاب الرازي هذا لم يطبع حتى الآن، وأما مرسل الشعبي فقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٤: رواه ابن سعد في الطبقات في ترجمة بريرة عن الشعبي مرسلاً اهـ. انظر طبقات ابن سعد ٨/ ١٨٩.

قلت: وشيخ ابن سعد عبد الوهاب بن عطاء هو الخفاف قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق ربما أخطأ اهـ.

فهو مرسل حسن والمرسل حجة عند الحنفية، والمالكية. ضعيف عند المحدثين.

لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار، بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها. ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها قرءان وطلاقها ثنتان **(وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح**

أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت «**قد عتق بضعك معك فاختاري**» وهذا مرسل وهو حجة. وأخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال لبريرة لما عتقت «اذهبي، فقد عتق بضعك معك[1]» وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر لا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها، وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه ﷺ قال لها «ملكت نفسك فاختاري» فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة، وإذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة، ويكون من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوصة، ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما إذا كان زوجها حراً أو عبداً وفيما إذا كانت مكاتبة عتقت بأداء الكتابة بعد ما زوجّها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب، واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها، ولو صح لزم أن سيد الأمة لو زوّجها برضاها ومشاورتها في ذلك لا خيار لها وليس بصحيح. والأوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ملكت بضعك فاختاري» إذ المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق. وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها. ولقائل أن يقول إن قوله ﷺ «ملكت بضعك» ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لأكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص، وترجح قول زفر. وفي المبسوط: لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معاً ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف لأنها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها. وقال محمد: لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها، ثم انتقص الملك بعارض الرق فإذا عتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **(قوله وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح)** أي نفذ بمجرد العتق، ولا فرق بين الأمة والعبد في هذا الحكم، وإنما فرضها في الأمة ليرتب عليها المسئلة التي تليها تفريعاً. وعن زفر أنه يبطل النكاح لأن توقفه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره، ولا يمكن إبقاؤه موقوفاً على إجازته بعد بطلان ولايته، وإذا بطل تنفيذ وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة إذ لا واسطة وصار كما إذا

الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجاً به، وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بأن المثبت أولى من النافي فليطلب ثمة. وقوله **(ولأنه يزداد الملك)** دليل معقول وقد تقدم بيانه. وردَّ بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حراً. وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة إذا أعتقت وإن كان حراً، ولا نسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداءة بالغلام لذلك، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء، فإنها لو أعتقتهما معاً لثبت الخيار أيضاً عنده، وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء، ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وإنما الخيار لزيادة الملك عليها، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد **(وكذلك المكاتبة**: يعني إذا **تزوّجت بإذن مولاها ثم أعتقت)** كان لها الخيار، سواء كان الزوج حراً أو عبداً لزيادة الملك عليها **(وقال زفر: لا خيار لها)** لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا، فإن المهر لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم **(وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح ولا خيار لها)** أما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع، لأن امتناع النفوذ كان لحق

(قوله وقد تقدم بيانه) أقول: في باب الأولياء والأكفاء.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٠ من حديث عائشة وفي إسناده محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه. وشيخه أبان بن صالح ثقة لكن تكلم فيه ولفظ الحديث فيه نكارة لأن ألفاظ الصّحاح: خيرها رسول الله ﷺ فاختارت اهـ فلا حاجة لذكر البضع لذا تفرد به الدارقطني ولم يروه أحد من أصحاب الأصول الستة ولا غيرهم.

النكاح) لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال **(ولا خيار لها)** لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما إذا زوّجت نفسها بعد العتق **(فإن كانت تزوّجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى)** لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى **(وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها)** لأنه استوفى منافع مملوكة لها. والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية

اشترت ثم عتقت فإنه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين. ولنا أن الأمة والعبد من أهل العبارة ولذا صح إقرارهما بالديون ويطالبان بعد العتق، وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهي مبقاة فيهما على أصل الحرية **(وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال)** بالعتق. وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها، ويجب أن ينفذ من جهة المولى ما دام حقه، فإذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف. وأما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فإنه انعقد موجباً لملك المولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجباً للملك لها. وأورد على التعليل النقض بصور، وهي ما لو تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع، وما إذا زوّج فضولي شخصاً ثم وكله توقف على إجازة الفضولي بعد الوكالة، وما إذا زوّج ولي أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أو مات فتحولت الولاية إلى المزوج توقف على إجازة مستأنفة منه، وكذا سيد المكاتبة الصغيرة إذا زوّجها بلا إذنها توقف على إجارتها، فإذا أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبلة من السيد مع أنه المزوج. أجيب عن الأول والثاني بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتهما فلا يعملان فيما قبلهما، وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالإجازة أيضاً إلا أنا استحسناه، وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن ولياً حين زوّج ومن ليس ولياً في شيء لا يتأنى في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالاً على رأي الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح ظاهراً فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته ولياً ليثبت كونه أصلح. قال في الفوائد الظهيرية: وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع: يعني سيد المكاتبة الصغير. وقد يفرق بأن الولي الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الأقرب، أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **(قوله ولا خيار لها)** لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك. وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق. والجواب أن الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده **(قوله فإن كانت تزوّجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها**

المولى وقد زال، وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما لو زوّجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك، وإنما خصص الأمة بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لأنها لا تتأتى في حق العبد، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسئلة الخيار عليها لأنها تختص بالإماء دون العبيد. وقوله **(فإن كانت تزوّجت بغير إذنه)** ظاهر، وإنما قال في صورة المسئلة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة، لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه، وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله **(والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى)** للمولى إن أعتقها بعد الدخول والأمة إن أعتقها قبله. فإن قيل: كيف يستند الجواز إلى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول: يعني قوله ولا خيار لها **(قوله وكان ينبغي، إلى قوله: لا الزائد على قيمة ملكه)** أقول: فيه بحث، فإن المرأة تأخذ ما تأخذه بدل منافع البضع أيضاً، فما وجه أخذ المرأة ما زاد إذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليتأمل **(قوله وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ)** أقول: والأظهر عندي أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل عند أبي حنيفة لأنه الأصل عنده على ما مر، والتسمية غير صحيحه لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية **(قوله فإن قيل: كيف**

ووجب المسمى، ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهراً واحداً **(ومن وطىء أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه)** ومعنى المسألة أن يدعيه الأب. ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطاً له إذ

مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل، والجواب على التفصيل، إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها. وكان يتبادر أن في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حينئذ فكان دخولاً في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفي منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافاً لما قيل والزيادة لها، لأن الزيادة إنما تثبت باعتبار صحة التسمية. وهذا التوجيه على اعتبار عدمها، والثابت بهذا الاعتبار ليس إلا مهر المثل وهو كله للسيد، ثم إذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لأنه يصح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لأن النافذ ليس إلا ذلك العقد، وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لأنه لا يجب معه. لا يقال: فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد. لأنا نقول: الاستناد يظهر أثره في القائم لا في الفائت، ومنافع البضع فائتة. وحين فاتت فاتت على ملك المولى فكان بدلها له. وقد يورد فيقال: لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوّجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فإنها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم. هذا إذا كانت الأمة كبيرة، فإن كانت صغيرة فأعتقها يبطل النكاح عند زفر، وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبة سواه، فإذا أجاز جاز، فإذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ إلا إذا كان المجيز أباها أو جدها، وقدمنا في باب الأولياء أنه يستغني بخيار الإدراك عن خيار العتق لأنه المنجز **(قوله ولهذا)** أي الاتحاد بالاستناد **(لم يجب مهر آخر)** أي مهر المثل **(بالدخول في نكاح موقوف)** وقد ذكرناه **(قوله ومن وطىء جارية ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه، ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب)** وليس عبداً ولا مكاتباً ولا كافراً ولا مجنوناً، فإن كان الأب واحداً من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر تصح استحساناً لا قياساً، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الأب. ويشترط أيضاً كون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى الدعوة، فلو حبلت في غير ملكه أو فيه

بالعتق مقتصراً، ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لا تحل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق. أجيب بأن ما ذكرته قياس، فإن القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد، لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجباً بالدخول مضافاً إلى العقد، فإيجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع، وهذا كما ترى لا يجدي لأن المانع من الاستناد على ما ذكره من المسائل لم يزل، والأولى أن يقال: ليس

يستند الجواز) أقول: المراد من الجواز النفاذ **(قوله لأن المانع من الجواز هو الملك الخ)** أقول: ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى، ولا يمنع استناداً رعاية لحقه أيضاً حيث يستحق حينئذ المسمى وهو أكثر على ما فرض، وفيه شيء لا يخفى جوابه، أما الشيء فهو كونه أقل ٧ وأما الجواب فهو أنه **(قوله إذا حرمت حرمة غليظة)** أقول: بأن طلقها اثنتين **(قوله وتزوجت بغير إذن المولى)** أقول: أي تزوجت بزوج آخر **(قوله والمستوفي بالوطء متلاش الخ)** أقول: إذا كان المستوفي بالوطء متلاشياً فكيف يلزم باعتباره مهر كامل للمولى إذا كان الوطء قبل الإعتاق، ولعل الأولى أن يقال: النكاح منصوص في التحليل فيراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا في قبض المهر والرهن، وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتأمل **(قوله لأن المستحق زمان الثبوت الخ)** أقول: أي ثبوت النكاح ونفاذه.

المصحح حقيقة الملك أو حقه، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوّج بها فلا بدّ من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي: يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة. قال (**ولو كان الابن زوّجها إياه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر**) لأنه صح التزوّج عندنا خلافاً للشافعي لخلوها عن ملك الأب، ألا يرى أن الابن

وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعي قيام وقت التملك من حين العلوق إلى التملك، ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لأب كالأب. ولا تصح دعوة الجد لأم اتفاقاً. وشرط دعوة الجد لأب أن تكون حال عدم ولاية الأب لموت أو جنون أو رق أو كفر، وأن تثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب (**قوله ووجهه**) أي وجه هذا المجموع (**أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه**) لما سنذكر فكذا إلى صون نسله لأنه كنفسه إذ هو جزؤه لكن الحاجة إلى إبقاء النفس أشد منها إلى حفظ النسل (**فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة**) ويحل له الطعام عند الحاجة إليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة إليه، كذا عند الأئمة إلا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلى، ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية إليه للتسري، فللحاجة جاز له التملك، ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلاً للمقصودين الأب والابن إذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال: أي ما يرغب به في مثلها جمالاً فقط. وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل للعادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً لأن الثاني للبقاء، بخلاف الأول والعادة زيادته عليه، خلافاً لزفر والشافعي فإنهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء لصحة الاستيلاد عندنا، وعنده قبيل العلوق لأن ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة بإثباته كذلك دون إثباته قبل الوطء. قلنا: لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعاً، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي وإلا فلا لزوم، فظهر أن الضرورة لا تندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غيره من العقر، وقيمة باقيها إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل إذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد، وإذا صح ثبت الملك في باقيها حكماً لا شرطاً، ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقاً لأن شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الإيلاج أو بعده تسقط إحصانه (**قوله ولو كان الابن زوّجها**) أي زوّج أمته (**إياه فولدت منه لا تكون أم ولد للأب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر**) وهذا لأنه صح النكاح له خلافاً للشافعي لأن عنده لا يجوز تزوّج الأب جارية الابن. ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للأب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزويجه إياها كأمة مكاتبه والأمة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه. واستدل عليه بأنه أي الابن يملك من التصرفات فيها مالاً يبقى معه ملك الأب، ولو قال مالا يجامعه ملك الأب كان أولى فلا يكون للأب فيها ملك من

المانع من الجواز في الاستحسان الملك، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى، فمتى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الأضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الخ. وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشى، والمستوفى بالوطء متلاش. فإن قيل: القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى، كما لو تزوّجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها. أجيب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقة لا فيما يختلف، وههنا يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى، فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت.

ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجه، وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له، ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه

وجه، فهذه التصرفات هي وطؤه إياها وانفراده بتزويجها وإعتاقها من غير أن يضمن للأب شيئاً، فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الأب من كل وجه. وإذا ثبتت هذه الأحكام إجماعاً لزم كون المراد بما رواه الإمام أحمد «أنت ومالك لأبيك» إثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح، ألا يرى أن الواهب يملك التزوّج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد، وأصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن لي مالاً ووالداً وإن والدي يحتاج إلى مالي، قال: «أنت ومالك لأبيك» وروي «لوالدك، إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم[(١)]» وأما ما روي فيه من حديث عائشة عنه ﷺ «ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه، فكلوا من أموالهم[(٢)]» فتعلقه بمجرد الأكل. فإن قيل: لا نسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في أم الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم إجزائهما عن الكفارة. قلنا: بل هما مملوكتان من كل وجه، وعدم الإجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصاناً في رقهما لا في ملك السيد. واعلم أن المجاز لا بد منه في التركيب لأنه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لأنه حقيقة الإضافة في مثله، ثم أضافه مع الابن للأب

قال (ومن وطىء أمة ابنه) ومن وطىء جارية ابنه (**فولدت منه ولداً فهي أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر**) وإنما قال (**ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب**) لأن محمداً لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير (**ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء**) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم» وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم» وغير ذلك، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء (**فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء**) فإن قيل: لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام. أجاب بقوله (**غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه**) ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري (**فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة**) فإن عورض بأن الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود. أجاب بقوله (**ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له، إذ المصحح**) يعني الاستيلاد إما حقيقة الملك أو حقه على ما ذكرنا (**وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوّج بها فلا بد من تقديمه**) لأنه بعد ما علق الولد احتاج الأب إلى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب، ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط، وإذا قدم كان الوطء واقعاً في ملكه (**فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي: يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد**) فإنه يسقط الإحصان بهذا الوطء، ولو كان في الملك لما سقط وجدّ قاذفه، وقاساه بالجارية المشتركة فإنه إذا استولدها وجب عليه العقر (**والمسئلة معروفة**) يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له، وعنده بعده حكماً له. والذي ذهبنا له هو الصواب لأنا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح،

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٣٠ وابن ماجه ٢٢٩٢ وابن الجارود ٩٩٥ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٥٨ وأحمد ٢/١٧٩ ـ ٢١٤ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهذه السلسلة من نوع الحسن.
وورد من حديث جابر أخرجه ابن ماجه ٢٢٩١ والطحاوي ٤/١٥٨ وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح على شرط البخاري ورجاله ثقات.
ومن حديث ابن مسعود أخرجه الطبراني في الكبير ١٠٠١٩ وسنده حسن لشواهده. وسيأتي حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٢٨ و٣٥٢٩ والترمذي ١٣٥٨ والنسائي ٧/ ٢٤٠ ـ ٢٤١ وابن ماجه ٢٢٩٠ و٢١٣٧ والدارمي ٢/٢٤٧ والطيالسي ١٥٨٠ وابن حبان ٤٢٥٩ والبخاري في التاريخ الكبير ١/٤٠٦ ـ ٤٠٧ والبيهقي ٧/ ٤٨٠ والحاكم ٢/٤٦ وأحمد ٦/ ٣١ ـ ٤١ ـ ١٢٧ ـ ١٦٢ ـ ١٧٣ ـ ١٩٣ ـ ٢٠١ ـ ٢٠٢ ـ ٢٠٣ ـ كلهم من حديث عمارة بن عمير عن عائشة مرفوعاً واللفظ عند المصنف لأبي داود في روايته الثانية.
ورواية الجماعة وكذا رواية أبي داود الأولى: إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه. وله قصة.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي مع أن عمارة ابن عمير غير مشهور لكن صححاه لأنه توبع. فقد أخرجه النسائي ٧/٢٤١ وأحمد ٦/٤٢ وابن ماجه ٢١٣٧ والبغوي ٢٣٩٨ وابن حبان ٤٢٦٠ و٤٢٦١ من عدة طرق عن الأسود عن عائشة مرفوعاً وهذا إسناد صحيح على شرطهما. وله شواهد تقدمت.

أخوه فيعتق عليه. قال **(وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح)** وقال زفر رحمه الله: لا يفسد، وأصله أن يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له، ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها، وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور. ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير

باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد، ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال أيضاً نفي حقيقة الملك وإلا كانت اللام لمعنيين مختلفين في إطلاق واحد. بقي تعيين المعنى المجازي أهو حق الملك أو حق التملك؟ فقد يقال: حق الملك أقرب إلى الحقيقة والمجاز الأقرب إليها أولى، ولكن الأحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لأنه ملك من وجه وهي تمنعه، وإذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصوناً فلا تصير به أم ولد للأب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه. وما عن زفر أنها تكون أم ولد له لأنها لما كانت أم ولد له بالفجور فأولى بالحل بعيد صدوره عنه فإن أمومية الولد فرع لملك الأمة وملكها ينافي النكاح، وإنما يصح تفريعاً على عدم صحة النكاح **(قوله وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح)** وكذا إذا كانت الأمة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه **(وقال زفر: لا يفسد، وأصل الخلاف أن العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له، ولو نوى به الكفارة تسقط عنه، وعنده يقع عن المأمور، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور. ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء)** والمقتضى هو تصحيح كلامها صوناً له عن اللغو إذ لا مانع منه، بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحاً لكلام السيد لأن الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعاً لفرعه، ولو ثبت اقتضاء لصار تبعاً له فامتنع لذلك. لا يقال: ملك الآمر غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل إذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أوّلاً له. لأنا نقول: الملك ملزوم للانفساخ، فإذا ثبت ثبت، ألا يرى أن من قال لامرأته الأمة إذا إشتريتك فأنت حرة فاشتراها عتقت وفسد

ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك، حتى لو خلا عنه أصلاً لم يصح كما في جارية الأجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق. وعورض بأن الجارية المشتركة بين الأب والابن إذا ولدت فادعاء الأب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقاً على الوطء، وبأنه إذا وطئها غير معلق وجب العقر، ولو ثبت الملك قبله لما وجب، وبأنه إذا قذفه إنسان لا يحد، ولو ثبت الملك قبله الحدّ. وأجيب عن الأولى بأنا نقدم الملك احترازاً عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكماً، وفي تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج إلى تقديمه. وعن الثانية بأن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق، وهذا المجموع ليس بموجود هنا. وعن الثالثة بأن تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندرىء بها الحد **(ولو كان الولد زوّج جاريته إياه)** أي أباه **(فولدت لم تصر أمَّ ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزويج عندنا)** وقال الشافعي: لا يصح لأنَّ للأب حق الملك في مال ولده، حتى لو وطىء جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يلزمه الحد، وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوّجه إياها كالمولى إذا تزوّج أمة من كسب مكاتبه لأن حق الملك في مال ولده أظهر، ألا يرى أن استيلاده جارية الابن صحيح، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح. ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة **(فمن المحال أن يملكها الأب بوجه)** من الوجوه، وإلا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل **(وكذا يملك)** الابن **(من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل على انتفاء ملكه)** وقوله **(إلا أنه يسقط الحد للشبهة)** جواب عن قول الخصم لو وطىء جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب، وإذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح، وإذا صح النكاح صار ماؤه مصوناً به **(فلم يثبت ملك اليمين)** لعدم الحاجة إليه **(فلا تصير أم ولد له)** وقال زفر: تصير أم ولد له لأنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول: ليس فيما ذكره ما يدل على نفي حق الملك، إلا أن

قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الآمر عنه، وقوله أعتقت تمليكاً منه ثم الإعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين **(ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالاً لم يفسد النكاح والولاء للمعتق)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه، ويسقط

النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك أوّلاً له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لولاه ابتداء وإن وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته، ومثله لا يوجب الفسخ إذ لم يخلص ثبوته ليخلص ثبوت الملزوم فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه، **(وقوله أعتقت تمليكاً منه)** ضمنياً للإعتاق الصريح الواقع جواباً، واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمناً في هذه المسئلة ولا يثبت صريحاً كبيع الأجنة في الأرحام، وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشروط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المأمور، فإذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **(قوله ولو قالت)** ما تقدم كان إذا ذكر[1] مالاً مع الأمر. فلو اقتصر على قوله أعتقه عني ففعل المأمور، فعند أبي يوسف يقع عن الامر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لا قبض هنا منه، وعندهما عنه المأمور، وحاصل وجههما أن فيه شرطاً لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول، والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول، ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصوّر أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجوداً

له، فإذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له. ولنا ما ذكرنا أن ماءه صار مصوناً بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك اليمين لأن إتيانه لم يكن إلا لصيانة الماء. وقوله **(ولا قيمة عليه فيها)** ظاهر. وقوله **(وإذا كانت الحرة تحت عبد)** واضح إلا ألفاظاً ننبه عليها. قوله **(لصحة العتق عنه)** أي عن الآمر. وقوله **(أعتق طلب التمليك منه)** تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي إياه بطريق الوكالة عني فيكون أمراً باعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعته منك وأعتقته عنك. فإن قيل: لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضي أقوى من التصريح به. أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت صريحاً، كبيع الأجنة في أرحام الأمهات يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مرّ في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها. فإن قيل: وجب أن لا يبطل النكاح ههنا وإن ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى إلى فساد النكاح. والثاني أن الملك ههنا كما ثبت يزول حكماً للإعتاق، ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال. أجيب عن الأوّل بأن الشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم. وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الأئمة وأبي طاهر الدباس. سلمنا أن الملك يثبت للوكيل، لكن إنما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك. وقوله **(لأنه)** يعني أبا يوسف **(يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه)** أي لتصرف الآمر لما تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا بإسقاط اعتبار القبض لأنه شرط، وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذي هو الركن، فلأن يمكن بإسقاط الشرط أولى، فصار **(كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه)** ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغيره **(ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص)** وهو قوله ﷺ «لا تصح الهبة إلا مقبوضة»

يقال: حق الملك يستدعي نوع ملك، وإلا فلا يكون حق ملك بل حق التملك **(قوله تقديره أعتق، إلى قوله: بطريق الوكالة عني)** أقول: قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق **(قوله فإن قيل: لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور)** أقول: لانتفاء القبول.

(قال المصنف ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالاً لم يفسد النكاح) أقول: فإن قيل: لم لم يقدموا البيع في هذه المسئلة، فإن ذكر الثمن لا يلزم في انعقاد البيع. قلنا المقصود تصحيح التصرف، وإذا لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً على ما صرحوا به **(قوله وقد أمكن ذلك**

---

(١) الضمير في قوله (ذكر) واقتصر مذكر باعتبار الشخص، فإن الذاكر والمقتصر في هذه المسئلة هي المرأة كما لا يخفى، كتبه مصححه.

اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه. ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي، بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي، وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض، أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه.

بوجوده، بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر. وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر، بخلاف ما قاس عليه لأن الفقير يكون نائباً عن الآمر فيكون قابضاً له، ثم بالاستيفاء يصير قابضاً لنفسه، أما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتباره قابضه نيابة أولاً بل بالعتق تتلف ماليته، والله أعلم.

(**فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء**) وقوله إسقاطه ولا إثباته إشارة إلى أن فيه طريقين: أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القبول. والثاني أن يجعل القبض موجوداً تقديراً. وقوله (**لأنه فعل حسي**) يعني أنه ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتاً في ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة إلى الإثبات، وأما بالنسبة إلى الإسقاط فيقال لأنه فعل حسي، والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فإنه تصرف شرعي فيصح أن يثبت في ضمنه. قوله (**وفي تلك المسئلة**) أي مسئلة الأمر بالإطعام (**الفقير ينوب عن الآمر في القبض**) كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضاً لنفسه (**أما العبد فلا يقع في يده شيء**) لأن الإعتاق إتلاف للملك، وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير.

بإسقاط القبول الذي هو الركن) أقول: القبول ركن زائد يوجد البيع بدونه كما في البيع بالتعاطي.

باب نكاح أهل الشرك

(وإذا تزوّج الكافر بلا شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال

باب نكاح أهل الشرك

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه من الأحرار والأرقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقاً كتابيين أو غيرهم، وهو المراد بأهل الشرك إما تغليباً وإما ذهاباً إلى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه في فصل المحرّمات. وإما إطلاقاً للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله، تعالى الله ربّ العزة والكبرياء عن ذلك. وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميماً لباب المهر تبعاً. واعلم أن كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: لا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين. واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر، ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم، قال: ولو قلنا إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة. قال: فينبغي أن يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح ومالاً ففاسد ولنا قوله تعالى ﴿وامرأته حمالة الحطب﴾ [المسد: ٤] وقوله ﷺ «ولدت من نكاح لا من سفاح[1]» وأسلم فيروز على أختين فقال ﷺ «اختر إحداهما[2]» وأسلم ابن عيلان على عشر فقال له ﷺ «أمسك أربعاً[3]» الحديث. ومن حين ظهرت دعوته ﷺ والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفي ﷺ على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء، ولم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف، ولو كان لقضت العادة بنقله، فعلم أنه قول باطل (**وقوله وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين**) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر (**إلا**

باب نكاح أهل الشرك

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التي ذكرنا من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم(**فإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه**) قيد بعدة كافر لأنه لو كان في عدة مسلم كان

باب نكاح أهل الشرك

(**قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق، إلى قوله: وأخس منهم رتبة الخ**) أقول: قال الله تعالى ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ (**قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم**) أقول: بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقاً بطريق التغليب لعموم الأحكام المذكورة.

---

(١) حسن بطرقه. أخرجه أبو نعيم في أعلام النبوة ١/ ١١ وكذا الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨/ ٢١٤ كلاهما من حديث علي.
قال الهيثمي: فيه محمد بن جعفر صحّحَ له الحاكم في المستدرك وقد تكلم فيه وبقية رجاله ثقات اهـ.
وقال الذهبي في تاريخ الإسلام ١/ ٢٩ وهذا منقطع إن صح عن جعفر بن محمد لكن معناه صحيح اهـ وواه ابن جرير ١١/ ٥٦ مرسلاً.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٧٦: هذا الحديث رواه عبد الرزاق عن جعفر الصادق مرسلاً، ووصله الطبراني، وابن عدي وفيه نظر اهـ أي للانقطاع بين زين العابدين وعلي.
وقال الهيثمي ٨/ ٢١٤: ورواه الطبراني عن المديني عن أبي الحويرث من حديث ابن عباس ولم أعرف المديني ولا شيخه. وبقية رجاله وُثقوا اهـ.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٧٦: إسناده ضعيف: ثم قال: ورواه الحارث بن أبي أسامة، ومحمد بن سعد من حديث عائشة وفيه الواقدي ورواه البيهقي من حديث أنس وإسناده ضعيف اهـ.
فالحديث بمجموع هذه الطرق يصير حسناً وهو في البيهقي في ٧/ ١٩٠.
(٢) تقدم في فصل بيان المحرّمات ٢/ ٢١٣ وإسناده جيد.
(٣) تقدم في فصل المحرمات أيضاً وإسناده حسن.

زفر: النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرّض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام. وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني كما قال زفر. له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق. ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات.

أنا لا نتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام) فالواو بمعنى أو **(وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول)** وهو النكاح بلا شهود **(كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني)** وهو ما في عدة كافر **(كما قال زفر. لزفر أن الخطابات عامة على ما مر)** في الفصل الذي بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها **(وإنما لا يتعرّض لهم لذمتهم إعراضاً لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق)** لقوله تعالى **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾** [المائدة: ٤٩] ولهما وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك أيضاً من أن مذهبهما أن أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقاً **(قوله ولأبي حنيفة أن الحرمة)** أي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة **(لا يمكن إثباتها حقاً للشرع)** أي الشارع **(لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت)** الكتابية **(تحت مسلم)** طلقها فإنه تجب العدة حقاً له **(لأنه يعتقده)** فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها **(وإذا صح النكاح)** حال صدوره **(فحال المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها)** بل في ابتداء العقد لصحته **(وكذا العدة لا تنافيها)** أي لا تنافي حالة بقاء العقد **(كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة)** حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه، وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلاً عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لأنه إنما يملكها في العدة، ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ. وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد. وقيل الأليق الأول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به، وفيه نظر لأن تركهم تحرزاً عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو

النكاح فاسدا بالإجماع كذا قيل، وفيه نظر لأن كلامنا في أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته، ويجوز أن يصوّر بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم **(وهذا عند أبي حنيفة. وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام. وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول)** وهو التزوّج بغير شهود **(كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني)** وهو التزوّج في عدة كافر آخر **(كما قال زفر)** قال زفر **(الخطابات)** كقوله ﷺ «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه **(عامة كما مر من قبل فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً)** كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضاً **(لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملاً بقوله تعالى ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها)** فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوّزانه **(ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات)** ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة، فإذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير

(قوله وفيه نظر لأن كلامنا الخ) أقول: النظر مدفوع بما قلنا **(قوله ويجوز أن يصور الخ)** أقول: ويمكن أن يتصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتاب له في عدته وذلك في دينه جائز فإنه فاسد **(قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ)** أقول: فإن قيل: فحينئذ تكون مرتدة لا يجوز نكاحها. قلنا: لا يضرنا، غايته أن يكون عدم جوازه معللاً بعلتين **(قوله كما مر من قبل)** أقول: في فصل بذيل باب المهر **(قال المصنف: فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة)** أقول: قال تاج الشريعة: أي العدة باقية حالة المرافعة، أما إذا كانت العدة منقضية لا يفرق بالإجماع اهـ. فيه بحث، فإنه إذا انعقد فاسداً لا ينقلب جائزاً على ما علم من أصل زفر في البيع الفاسد وغيره. قال المصنف **(ولهما أن حرمة نكاح المعتد مجمع عليها)** أقول: قال الزيلعي: والخلاف في صحة نكاحهم في العدة بناء على أن العدة تجب عندهما، وعنده لا تجب حتى لا يثبت له الرجعة، ولا يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر. وقيل تجب عنده لكنها لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اهـ.

ولأبي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة **(فإذا تزوّج المجوسي أمه أو ابنته ثم**

الباطل الأعظم، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا تجب، وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح، ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلتحق به وهم لم ينقلوا عن أبي حنيفة ثبوته ولا عدمه، بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولاً فلا، فلنا أن نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة. وفي المبسوط أن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة، أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع. ثم هنا نظران: الأول مقتضى توجيه أبي حنيفة أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات، وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الأصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا، والمسألة ليست محفوظة عن المتقدمين وإنما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم، كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك، والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل. وإنما قلنا إنه خلافه لأن النكاح من المعاملات، وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح، غير أن حكم الخطاب إنما يثبت في حق المكلف ببلوغه إليه، والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني أن نفى أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما إذا كانوا يعتقدون عدمها، ومقتضاه إذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لا يصح، ويجب التجديد بعد الإسلام لأنه حين وقع كان باطلاً فيلزم في المهاجرة لزوم العدة إذا كانوا يعتقدون لأن المضاف إلى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة. وتعليل النفي هناك بقول المصنف لأنها وجبت إظهاراً لخطر النكاح السابق، ولا خطر لملك الحربي بالآية. قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح إذا سبي الزوجان معاً، وسنذكر له تتمة **(قوله فإذا تزوّج مجوسي أمه أو بنته)** أو مطلقته ثلاثاً أو جمع بين خمس أو أختين في عقدة **(ثم أسلما)** أو أحدهما **(فرق بينهما)** إجماعاً **(لأن نكاح المحارم)** وما معه **(له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا)** يعني في قوله في المسألة التي قبلها أن أهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا، وهذه الأنكحة

منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم. وأما إذا كان الإسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما بالإجماع. ولأبي حنيفة أن حرمة النكاح إنما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه. وثبوت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل إلى الأول **(لأنهم لا يخاطبون بحقوقه)** ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير، ولا إلى الثاني **(لأنه لا يعتقده)** لأن هذا الوضع على ذلك الفرض وكأن النكاح وقع ابتداء صحيحاً للوجود المقتضي وهو صدور الركن من أهله مضافاً إلى محله وانتفاء المانع **(بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم)** فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صح ابتداء لا يرتفع بالإسلام والمرافعة لأن ذلك حالة البقاء **(والشهادة ليست شرطاً فيها)** ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح **(وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة)**

وأنت خبير بأن لا يظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الأول **(قال المصنف: لأنهم لا يخاطبون بحقوقه الخ)** أقول: قال ابن الهمام: وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلاً عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها، لأنه إنما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ، وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد اهـ. وأشار المصنف إلى هذا أيضاً في تتمة التعليل، لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل، ثم في قوله لأقل من ستة أشهر بحث **(قال المصنف: لأنه لا يعتقده)** أقول: قال الإتقاني: أي لا يعتقد الكافر العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اهـ. والأحسن أن يقال: الضمير راجع إلى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام **(قال المصنف: وإذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ)** أقول: قال الزيلعي: وفي النهاية معزياً إلى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة غير منقضية، وأما إذا كانت المرافعة والإسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالإجماع اهـ. وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ إشارة إلى ذلك **(قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم الخ)** أقول: يلزم على ما اختاره الشارح أن

أسلما فرّق بينهما) لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرّق. وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق، بخلاف العدة لأنها لا تنافيه، ثم

مجمع على بطلانها فيلزم حكمها، وعلى ما حققنا من أن الكفار إما مخاطبون بالكل كقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الأحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم، إذ ليس في وسع المبلغ سوى إشاعته دون أن يوصله إلى كل واحد، غير أنا تركناهم وما يدينون بأمر الشرع، فإذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق. وأما على ما اختاره القاضي أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة إذا طلبت ولا يسقط إحصانه بالدخول فيه، حتى لو أسلم فقذفه إنسان يحد خلافاً لمشايخ العراق القدوري وغيره فإنهم لا يوجبون النفقة والإحصان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم لإنكارهم مع عدم ولاية الإلزام، فلأن المحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل، وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه المختار، وإنما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولأنه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه. وأما إذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرّق بينهما لأنهما رضيا بحكم الإسلام فالقاضي كالمحكم. وأما بمرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كإسلام أحدهما. وعند أبي حنيفة لا للفرق بين إسلام أحدهما ورفعه لأن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده **(واعتقاد المصرّ لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى[1])** بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به

يجب عليها العدة صيانة لحق الواطىء ولا يبطل النكاح القائم، وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر وهو الأصح. وقال بعضهم: تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحاً في الابتداء وحالة الإسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا. فإن تزوّج المجوسي إحدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما، وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق، لكن عندهما باعتبار أن لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعاً عليه كما في المعتدة، وإذا أسلم وجب التعرض به والتفريق، وكذلك بالمرافعة، وأما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أو للزوج الخ. وقوله **(في الصحيح)** احتراز عن قول مشايخ العراق إن له حكم الفساد عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء. وقوله **(إلا أن المحرمية)** جواب عن هذا التشكيك. ووجهه أن المحرمية **(تنافي بقاء النكاح)** كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة **(فيفرق)** بينهما **(بخلاف العدة لأنها لا تنافيه)** كما مر **(ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما)** بالاتفاق (و)

تكون المشركة تحت المسلم **(قوله وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر الخ)** أقول: يعني قوله إن الحرمة لا يمكن إثباتها، إلى قوله: بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم. ثم أقول: أنت خبير بأن قوله وكذا العدة الخ يشير إلى وجوبها، فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وأتم آخره بتعليل البعض الآخر، كذا في النهاية، وقد سنح لخاطري قبل أن أراه ولله المنة

---

(١) ضعيف. ذكر المرغيناني صاحب الهداية خبراً دون نسبة لقائل حيث قال: لأن الإسلام يعلو ولا يعلى.
وقد أخرجه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ٦/ ٢٠٥ كلاهما من حديث عائذ بن عمر المزني.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢١٣: قال الدارقطني فيه عبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان.
وقال: ورواه نهشل في تاريخ واسط من حديث معاذ.
وسكت عليه الزيلعي مع أن فيه عمران بن أبان وهو ضعيف، وأخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٣/ ٢١٣ من حديث عمر وفي إسناده محمد بن عبد الأعلى وسكت عليه الزيلعي مع أن في الحديث تكلم الضب وشهادته للنبي ﷺ بالنبوة لذا أورده البيهقي في الدلائل من هذا الوجه وقال: الحمل في هذا الحديث على محمد بن علي السلمي.
وأورده الذهبي في الميزان ٣/ ٦٥١ وقال: صدق والله البيهقي، فإنه خبر باطل.
وأخرجه البخاري في كتاب الجنائز ٢٣ باب ٧٩ بصيغة الجزم معلقاً عن ابن عباس موقوفاً.
ووصله الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٢٥٧ عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس من قوله.
وإسناده قوي رجاله ثقات. ويعلم من هذا، ومن جزم البخاري أنه موقوف أن الراجح فيه الوقف، والمرفوع ضعيف.

بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافاً لهما. والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصرّ لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ولو ترافعا يفرّق بالإجماع، لأن مرافعتهما كتحكيمهما **(ولا يجوز أن يتزوّج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة)** لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه **(وكذا المرتدة لا يتزوّجها مسلم ولا كافر)** لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه **(فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه)** لأن في جعله تبعاً

اعتقاد الآخر فبقي الأمر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض. والأوجه تخريج الخلاف في مرافعة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلاً عندهما، لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة، فإذا انقاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحاً، ورفع أحدهما لا يرجحه على الآخر في إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة، هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة، أما إذا لم يكن أحدهما فلا تفريق إلا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق إذا علم ذلك. لما روي: أن عمر كتب إلى عماله: أن فرّقوا بين المجوس ومحارمهم. أجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري: ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير، فكتب إليه: إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام. ولأن الولاة والقضاة من وقت الفتوحات إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الإجماع. وفي الغاية معزياً إلى المحيط: لو طلبت المطلقة ثلاثاً التفريق يفرق بينهما، وكذا في الخلع: يعني إذا اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إمساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم، وكذا في المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يعتقدوا خصوص عدد. وفي النهاية لو تزوج أختين في عقدة ثم فارق إحداهما ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرا عليه اهـ. وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسداً ووجب التعرض بالإسلام **(قوله ولا يجوز أن يتزوّج المرتد مسلمة ولا كافرة)** أما المسلمة فظاهر لأنها لا تكون تحت كافر، وأما الكافر فلأنه مقتول معنى، وكذا المرتدة لا تزوج أصلاً لأنها محبوسة للتأمل، ومناط المنع مطلقاً عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوّج المرأة عبدها وبالعكس **(قوله فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه)** يتحقق من الطرفين في الإسلام العارض بأن كانا كافرين

كذلك **(بمرافعة أحدهما)** وطلب حكم الإسلام عندهما لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام كما إذا أسلم. وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لأن الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر **(إذ لا يتغير به اعتقاده)** بل يعارضه بخلاف الإسلام فإن اعتقاد المصرّ لا يعارض إسلام المسلم إذ الإسلام يعلو ولا يعلى، وأما إذا ترافعا فلا بدّ من التفريق بينهما بالإجماع **(لأن مرافعتهما كتحكيمهما)** ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته. وقوله **(لا يجوز أن يتزوّج المرتد)** واضح.

(قوله وقال بعضهم: تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول: لكن صرح الشارح وغيره في باب المحرمات بأن استبراء السيد ليس بواجب بل مستحب، وأن لفظة على بمعنى الاستحباب، إلا أن يقال: التشبيه بالاستبراء ليس إلا في عدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل **(قوله أو للزوج الخ)** أقول: فيه أن هذا غير محتمل هنا **(قال المصنف: إذ لا يتغير به)** أقول: ذكر ضمير المرافعة على تأويل الرفع **(قوله وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ)** أقول: هذا الحكم يستفاد من قوله وكذا إذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لا يخفى، ولا يبعد أن يقال: محمل المسئلة ما إذا تزوج الكافر بالمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع في الفتن التتارية، عليهم لعائن الله تترى **(قوله إذا الكفر ملة واحدة الخ)** أقول: فيه بحث، فإن ذلك عندنا، وأما عنده فملل شتى، والتفصيل في باب المرتدين من الكافي وغيره على أن إثبات المدعي لا يتوقف عليه حتى يعلل به، فإنه لا يمكن أن يقال: أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به.

له نظراً له **(ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولد كتابي)** لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر، والشافعي

فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلماً، هذا إذا كانا في دار واحدة، أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب في دار الإسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلماً بإسلام أبيه، وسنذكرها في السير في فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى. وأما في الإسلام الأصلي فإنه إنما يتحقق بأن تكون الأم كتابية والأب مسلم، فما جاءت به فهو مسلم، وحينئذ لا حاجة إلى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك إذا أسلم أحدهما الخ، فإنها داخلة في عموم الأولى ومن أفرادها، وهذه إجماعية فقسنا عليها ما إذا كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً، أماً أو أباً فحكمنا بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة، وفي الأخرى بنقصان العقاب إذ الكتابية أخف شراً من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الأحكام **(والشافعي يخالفنا فيه)** أي فيما إذا كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فيقول فيما إذا كان الأب كتابياً والأم مجوسية إنه مجوسي في أصح قوليه، وبه قال أحمد تغليباً للتحريم. وقوله الآخر إنه كتابي تبعاً لأبيه، وبه قال مالك لأن الانتساب إلى الأب ولو كانت الأم كتابية والأب مجوسي فهو تبع له قولاً واحداً فلا تحل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسياً مطلقاً. وقوله للتعارض، أي تعارض الإلحاقين: أي الإلحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسي **(ونحن بينا الترجيح)** بالقياس بجامعه، وهذه الأحكام إنما تثبت تبعاً، والمقصود الأصلي إثبات ديانته على وجه النظر له على ما بينا. وأيضاً قوله ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهوّدانه[1]» الحديث، جعل اتفاقهما ناقلاً له عن الفطرة، فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل، ولا يخفى ما فيه. وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن

وقوله **(بل لمصالحه)** يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل. وقوله **(فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه)** قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أيّ كافر كان. وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بولد.

وقوله **(والشافعي يخالفنا فيه)** أي في جعل الولد تبعاً للكتابي **(للتعارض)** جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح، وجعله تبعاً للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض إذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم **(ونحن بينا الترجيح)** وهو قوله لأن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٥٨ و١٣٥٩ و١٣٨٥ و٤٧٧٥ و٦٥٩٩ ومسلم ٢٦٥٨ ومالك ١/ ٢٣٩ وأبو داود ٤٧١٤ والترمذي ٢٣١٨ والطيالسي ٢٤٣٣ وأحمد ٢/ ٢٥٣ ـ ٤٨١ ـ ٣٩٣ ـ ٢٣٣ ـ ٣١٥ والبغوي في شرح السنة برقم ١٤ وعبد الرزاق ٢٠٠٨٧ والحميدي ١١١٣ والبيهقي الإعتقاد ص ١٠٧ ـ ١٠٨ وابن حبان ١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة: ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يُمَجِّسَانِه كما تُنْتَجُ البهيمةُ جمعاءَ هل يُحَسُّون فيها من جدعاء؟ ثم يقول أبو هريرة: فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم هذا لفظ إحدى روايات البخاري، ومسلم وغيرهما.

وفي رواية: كل مولود.

وفي رواية فيه ذكر: حتى بمثل سياق المصنف وأتم.

وورد من حديث الأسود بن سريع بنحو حديث أبي هريرة.

أخرجه عبد الرزاق ٢٠٠٩٠ وابن أبي شيبة ٢/ ٣٨٦ وأحمد ٣/ ٣٣٥ و٤/ ٢٤ والدارمي ٢/ ٢٢٣ وابن حبان ١٣٢ والبيهقي في سننه ٩/ ٧٧ ـ ٧٨ ـ ١٣٠ والحاكم ٢/ ١٢٣ وصححه، ووافقه الذهبي، وذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٣١٦ وقال: بعض روايات أحمد رجالها رجال الصحيح: اهـ.

وقال ابن حبان عقب حديثه: معناه لا تبديل لتلك الخلقة التي خلقهم لها إما لجنة وإما لنار حيث أخرجهم من صلب آدم.

فقال: هؤلاء للجنة، وهؤلاء للنار ألا ترى أن غلام الخضر قال ﷺ «طبعه الله يوم طبعه كافراً» وهو بين أبوين مؤمنين فأعْلَمَ الله ذلك عبده الخضر، ولم يُعلم ذلك كليمه موسى ﷺ اهـ.

والحديث الذي استدل به ابن حبان أخرجه مسلم ٢٣٨٠ ح ١٧٢ و٢٦٦١ وأبو داود ٤٧٠٥ و٤٧٠٦ والترمذي ٣١٥٠ كلهم من حديث أبي بن كعب.

وقال ابن حجر في الفتح ٣/ ٢٤٨: أشهر الأقوال على أن المراد بالفطرة: الإسلام.

يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح **(وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبي فرّق القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فرّق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً)** وقال أبو يوسف؛ لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين، أما العرض فمذهبنا، وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق.

ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت. واعلم أن التعارض هنا تجوّز، فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار، وضده على تقدير آخر، فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضاً، وإلا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلاً عن ثنتين **(قوله وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر)** سواء كان كتابياً أو غيره، إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقاً مسلمة، ولو وقع عوقب وعوقبت أيضاً إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضاً امرأة أو رجلاً، ولا يصير به ناقضاً لعهده إن كان ذمياً فلا يقتل خلافاً لمالك، قاسه على ما إذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله. قلنا: كإلزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظوره، وبفعله لا يصير شرعاً ناقضاً لإيمانه فبفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضاً لأمانه، وقتل الطليعة لأنه محارب معنى، ولو أسلم بعد النكاح لا يقرّان عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلاً. وقال في إسلام الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقاً لا يمنع تزوج المسلم بل غير الكتابية فلهذا فرضها في المجوسية. وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابياً أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصرّ الإسلام إذا كان بالغاً أو صبياً يعقل الأديان لأن ردّته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم، فإن أبى فرّق بينهما، وإن كان الصبي مجنوناً عرض على أبويه، وينبغي أن يكون معنى هذا أن أيّ الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنوناً لكنه لا يعقل الأديان بعد انتظر عقله لأن له غاية معلومة، بخلاف الجنون، هذا على قولهما. أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إباء الصبي، قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده، وقيل يعتبر، وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردّة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائماً ويتقرر بالموت. وقال الشافعي: لا يعرض على المصرّ لأنه تعرّض منهى عنه، بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار. وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأتى على مذهبه في العدّة، فإن لم يسلم تزوّجت قلنا: اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياساً بجامع صحيح ولا سمعي يفيده، بل الثابت شرعاً اعتبار العدة بعد الفرقة. ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم. قال ﷺ «فإذا قالوها

فيه نوع نظر. فإن قلت: على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة؟ قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لأن كم من واقع لا يرفع. قال **(وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر)** أطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان، وقيد الزوجة بالمجوسية لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح. وقوله **(كما في الطلاق)** يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة. وقوله **(إلى انقضاء ثلاث حيض)** ليس بصواب لأن العدة عنده بالأطهار، وقيل معناه: وكان الشافعي يقول ينبغي أن

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول: فيه بحث، فإنه يقول: إذا حاضت بعد إسلام من أسلم منهما ثلاث حيض انقضت عدتها فيحل لها التزوج بمن شاءت، صرح به الزيلعي في شرح الكنز، فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر للعدة **(قوله ولنا أن المقاصد**

ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بدّ من سبب يبتني عليه الفرقة، والإسلام طاعة لا يصلح سبباً فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء. وجه قول أبي يوسف أنّ الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون

فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم[١]» واختلاف الدين منتقض بتزوّج المسلم كتابية، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم لأنه الذي به حصل الاختلاف، وكفر المصرّ لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعاً فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب. وفي الموطإ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الاسلام فلم يفرّق رسول ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح[٢] والتعرض الممتنع الجبر، أما نفس الكلام معه تخييراً لا يمتنع ولأنه استعلام حكم شرعي هل نزل بالمرأة أو لا، ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وبين نصرانية بإبائه عن الإسلام[٣]. وذكر أصحابنا أن رجلاً من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت إلى عمر بن الخطاب فقال له أسلم وإلا فرّقت بينكما فأبى، ففرق بينهما، وظهر حكمه بينهم، ولم ينقل خلاف أحد له (**قوله وكان ذلك**) يعني تفريق القاضي عند إباء الزوج (**طلاقاً**) بائناً. والحاصل أن أبا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخاً لا ينقص شيئاً من عدد الطلاق، وأبو حنيفة ومحمد يجعلان الفرقة بإباء الزوج طلاقاً وبإباء المرأة فسخاً. لأبي يوسف أن الفرقة بسبب يشتركان فيه. يعني الإباء فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن

يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض، ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء (**ولنا أن المقاصد**) بالنكاح (**قد فاتت**) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها، وهو حادث لا بد له من سبب، فإما أن يكون هو الإسلام أو كفر من بقي عليه لا سبيل إلى الأول لأنه طاعة لا يصلح سبباً لفوات النعم ولا إلى الثاني لأن كفر من بقي على كفره قد كان موجوداً قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (**فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد به**) إن أسلم أو يثبت ما يصلح لذلك وهو الإباء، فإن الإباء عنه صالح لسلب النعم، وإذا

بالنكاح قد فاتت وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح الخ) أقول: أنت خبير بأن فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الإباء سبباً له، ثم ليت شعري ما الحاجة إلى توسيط فوات المقاصد، فإنه لو ردد في سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام، والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة، والألف واللام في الفرقة للعهد فليتأمل، فإن ذلك بعيد غاية البعد، ألا يرى إلى قول المصنف لتحصل المقاصد بالإسلام (**قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما**) **أقول**: يجوز أن يقال: السبب هو اختلاف الدين المستلزم لذل المسلم في الكتابي، وفي غيره هو الاختلاف في ذلك الدين فليتأمل (**قوله وإذا أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٩٩ و١٤٥٦ ومسلم ٢١ ح ٣٣ والنسائي ٧/ ٧٨ وعبد الرزاق ١٨٧١٨ وأحمد ٢/ ٥٢٨ كلهم من حديث أبي هريرة: أمرت أن أقاتل الناس، حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله، عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله. وفيه قصه حوار أبي بكر، وعمر في قتال المرتدين.

وأخرجه البخاري ٧٢٨٤ و٧٢٨٥ في كتاب الاعتصام ومسلم ٢٠ في الإيمان وأبو داود ١٥٥٦ في الزكاة والترمذي ٢٦٠٧ في الإيمان والنسائي ٥/ ١٤ في الزكاة و٧/ ٧٧ في تحريم الدم والبيهقي ٧/ ٤ و٤/ ١٠٤ و٨/ ١٧٦ وكذا ابن حبان ٢١٧ و٢١٦ كلهم من حديث أبي هريرة في خبر أبي بكر، وعمر، والحوار في قتال المرتدين وآخره قال أبو بكر: والله لأقاتلنّ من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه.

قال عمر: فوالله ما هو إلا أن رأيت شرح الله صدر أبي بكر للقتال عرفت أنه الحق.

وورد هذا الحديث من حديث ابن عمر أخرجه البخاري ٢٥ ومسلم ٢٢ وابن حبان ١٧٥ والدارقطني ١/ ١٣٢ والبيهقي ٣/ ٩٢ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) مرسل صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٤٣ و ٥٤٤ مطولاً والبيهقي.

٧/ ١٨٦ وكذا ابن هشام في السيرة ٤/ ٢٧ عن ابن إسحاق كلاهما عن الزهري بلاغاً وآخره: واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير، وابن شهاب إمام أهلها وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله اهـ كلامه.

(٣) موقوف ـ أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٢٥٩ عن عمر.

طلاقاً كالفرقة بسبب الملك. ولهما أن بالإباء امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة، أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند إبائها **(ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها)** لتأكده بالدخول **(وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها)** لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة **(وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها)** وهذا لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد فأقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما في حفر البئر، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام، وإذا وقعت

الإسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحققه من كل منهما، فإذا وجد منه لا يكون طلاقاً فإنه يوجد منها ولا يكون طلاقاً، والفرض وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فإنهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سبباً من كل منهما فكان فسخاً. ولهما أنه فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان، فإن طلق وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عمن إليه الطلاق، لأنه إنما ينوب عنه فيما إليه التفريق به والذي إليه الطلاق. وأما المرأة فالذي إليها عند قدرتها على الفرقة شرعاً الفسخ، فإذا أبت ناب القاضي منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة إلا فسخاً فالقاضي نائب منابهما فيهما، بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فإن الفرقة فيهما لا يهذا المعنى بل للتنافي. وأما خيار البلوغ فإن ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته. وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون للنكاح انعقاد من الأصل، فالوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخاً، وبخلاف ردته أيضاً على قول أبي حنيفة لأن الفرقة فيها للتنافي: أي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء، ولذا لا يحتاج في ذلك كله إلى حكم الحاكم، وإنما احتيج إليه في خيار البلوغ لأنه لدفع ضرر خفي، والضرر في هذه جلي ولا يحتاج إليه في الإباء، فعلم أن الإباء غير مناف للنكاح.

[فرع] يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة، أما في الإباء فلأن الفرقة بالطلاق، وأما في الردّة فلأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعاً فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر، بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **(قوله وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض)** إن كانت ممن تحيض وإلا فثلاثة أشهر، فإن أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على

أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء، وفي كلام المصنف نوع إغلاق لأنه يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سبباً ينبني عليه الفرقة فلا حاجة إلى العرض، لكن إذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل أزال عنك الشبهة. ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع أبي يوسف في أن الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقاً، ووجه قوله ما ذكره **(أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان)** على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإباء، وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقاً كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية. ولهما أن الزوج امتنع بالإباء عن الإمساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد، ومن امتنع عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بإحسان كما في الجب والعنة. وقوله **(مع قدرته عليه بالإسلام)** زيادة تأكيد، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطاً بطل قياسه على الجب والعنة. وقوله **(أما المرأة فليست بأهل للطلاق)** واضح. وقوله **(فأشبه الردة والمطاوعة)** بفتح الواو: يعني أنها إذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها، فإن كان ذلك

مضافة إلى الإباء) أقول: الفوات مقدم على الإباء، فكيف يكون المتأخر سبباً للمتقدم **(قوله ووجه قوله ما ذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ)** أقول: الأولى أن يقرر هكذا: هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان. قال ابن الهمام: على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإباء، أو يكون المراد أن الإباء يشتركان فيه فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الإسلام اهـ. إلاأن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين المعنى الأول، ويجوز أن يقال: الملك نسبة يشترك فيه المنتسبان **(قوله وقوله مع قدرته عليه بالإسلام زيادة تأكيد، وأرى أن تركه كان**

الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وسيأتيك إن شاء الله تعالى (**وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما**) لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى. قال (**وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما**) وقال الشافعي لا تقع (**ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة**

نكاحهما، وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة، ثم قال المصنف (**وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية**) بأن كان الذي أسلم هو الزوج (**فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما**) قال (**وسيأتيك**) يعني في مسئلة المهاجر. فالحاصل أنه لا عدة بعد البينونة عند أبي حنيفة في الصورتين، وعندهما إذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الأئمة، وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الأول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلاث الحيض الأواخر، ثم قال محمد: وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا يكون عليها عدة. وأما الطحاوي فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال: ومن أسلمت امرأته في دار الحرب إلى أن قال: فإذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك، ثم علل الحكم المذكور فقال: وهذا: أي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لأنه لا بد من سبب تضاف إليه الفرقة والإسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لأنه يرجع إلى إسلام المسلم، ولأنه منقوض كما ذكرنا، وكذا كفر المصرّ فليس إلا الإباء وهو متعذر في دار الحرب فأضيف إلى شرط البينونة، وذلك لأن سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة، وللإضافة إلى الشرط عند تعذرها إلى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه إلى الحفر، وهو شرط لأن العلة ثقل الواقع. وقوله والعرض على الإسلام الوجه فيه، وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب[1]، ونظيره في اللغة: عرضت الناقة على الحوض، وخرق الثوبُ المسمارَ بنصب المسمار (**قوله وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما**) ظاهر (**قوله وإذا خرج أحد الزوجين إلينا**

بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول، وإن كان قبله فلا مهر لها. وقوله (**وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب**) ظاهر. وقوله (**والعرض على الإسلام متعذر**) من باب: عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه إلا أفراد البلغاء. وقوله (**فأقمنا شرطها**) أي شرط الفرقة (**وهو مضي الحيض**) الثلاث إن كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تحض (**مقام سبب الفرقة**) قال في النهاية: وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء وقوله (**كما في حفر البئر**) يعني في قيام الشرط مقام السبب، وذلك لأن الأصل إضافة التلف إلى فعل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لأنه هو العلة، لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعياً لا تعدّي فيه، ثم إضافته إلى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لأن المشي في الطريق مباح لا محالة فأضيف إلى الشرط وهو حفر البئر لأنه لم تعارضه العلة والسبب، وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجوداً وفيه تعد لأنه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة إذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي حكم المهاجرة، وإذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (**ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها**) عندنا (**والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام**) من قوله فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وإن كان بعده بعد انقضاء العدة. ولنا أن هذه الحيض لأجل الفرقة لا للعدة فتستوي فيها المدخول بها وغيرها، وهذا لأن الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال إذا كان قبل الدخول فلا يحتاج إلى مضي الحيض، وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج إلى مضيها للفرقة فيستويان فيها (**وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها**) بالإجماع لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها. وقوله (**وإن كانت هي المسلمة**) ظاهر. وقوله (**فلأن يبقى أولى**) لأن البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في

أفضل لأنه لو كان شرطاً بطل قياسه على الجب والعنة) أقول: إنما ذكر ذلك لإظهار أن تفريق القاضي هنا بالطريق الأولى حيث ينحل بمقدوره بالإمساك بمعروف، بخلاف العنين والمحبوب فليتأمل (**قوله قال في النهاية: وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام**، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة، وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء) أقول: الإباء سبب لحكم القاضي بالفرقة كالشهادة العادلة في القضاء بالحقوق، فالفرقة حقيقة بتفريق القاضي (**قوله ولنا أن هذه الحيض، إلى قوله: فيستويان فيها**) أقول: فيه تأمل.

---

(١) فالأصل: عُرِض هو على الإسلام ومثله في مثال الثوب والمسمار الأصل أن المسمار هو الذي خرق الثوب.

بينهما، وإن سبيا معاً لم تقع) وقال الشافعي: وقعت، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه. له أن التباين أثره في انقطاع الولاية، وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن، أما السبي

مسلماً وقعت البينونة) حكم المسئلة لا يتوقف علىٰ خروجه مسلماً بل وذمياً كما سنذكر **(قوله فالحاصل أن السبب الخ)** اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكماً بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما؟ فقلنا نعم. وقال الشافعي: لا، وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا؟ فقلنا لا، وقال نعم. وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان، وهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقاً، ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين. وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تقع، فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام، وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معاً، فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء، وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما. وفي المحيط: مسلم تزوّج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين، إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً. وجه قوله أن تباين الدارين **(أثره في انقطاع الولاية)** أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجاً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقاً بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه **(وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي)** والصفاء هنا بالمد: أي الخلوص **(ولا يتحقق)** صفاؤه له **(إلا بانقطاع النكاح لهذا)** أي لثبوت الصفاء بالسبي **(يسقط، ما على السبي من دين)** إن كان لكافر عليه لعدم احترامه، فكذا يسقط حق الزوج الحربي، وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فإنها تذهب. ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله ﷺ بمرّ الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله ﷺ بتجديد نكاحهما[1]. ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد

النكاح حالة البقاء وإن لم يتحمل في الابتداء، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء. قال **(وإذا خرج أحد الزوجين إلينا)** صورة المسئلة ظاهرة، والحاصل كذلك. وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية، وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة، كالحربي إذا دخل دارنا بأمان فإن ولايته قد سقطت إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فإن ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة، وهذا لإبطال دليل الخصم، وقوله **(أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق)** الصفاء له **(إلا بانقطاع النكاح ولهذا)** أي ولأن السبي يقتضي الصفاء **(يسقط الدين عن ذمة المسبي)** لإثبات المذهب **(ولنا أن المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكماً)** وتقريره تباين

(قوله فإن ولايته قد سقطت، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول: لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث **(قوله وهذا الإبطال دليل الخصم)** أقول: فيه تأمل، فإن ذلك أيضاً لإثبات مذهبه أن التباين ليس سبباً للفرقة، ولا تعلق له بدليل الخصم. والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فإنه كبراه فإبطاله إبطال الدليل **(قال المصنف: وأما السبي فيقتضي الصفاء)** أقول: هذا الكلام من الشافعي يخالف لما ذكره في تعليل عدم جواز إجبار العبد على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح الكنز وغيرهما **(قوله وقوله وأما السبي الخ)** أقول: هو مبتدأ، وخبره بعد سطرين وهو قوله لإثبات المذهب

---

(١) خبر إسلام أبي سفيان ذكره ابن هشام في السيرة ٤/ ١٣ ـ ١٤ ١٥ في باب إسلام أبي سفيان ذكره مطولاً.

فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح، ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي. ولنا أن مع التباين حقيقة

نكاحهما(١) وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله ﷺ ورَضِيَ عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه، ثم جاء وأسلم بعد سنين، قيل ثلاث سنين، وقيل ست، وقيل ثمان فردّها عليه بالنكاح الأول(٢) فهذه كلها نقوض لما عللنا به. واستدل الشافعي أيضاً على إثبات علته بأن قوله تعالى

---

(١) المشهور في هذا الخبر اقتران عكرمة وصفوان معاً كذا ذكره ابن هشام في سيرته ٤/ ٢٧ باب إسلام عكرمة وصفوان.
وفي آخره: فلما أسلم عكرمة، وصفوان أقرهما رسول الله ﷺ عندهما على النكاح الأول.
أما مالك فقد أخرج خبر صفوان وحده كما تقدم، وأما خبر عكرمة فهو عنده في الموطأ ٢/ ٥٤٥ عن الزهري أن أم حكيم بنت الحارث، وكانت تحت عكرمة.. وآخره: فثبتا على نكاحهما.
وانظر سنن البيهقي ٧/ ١٨٦ ـ ١٨٧.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٤٠ والترمذي ١١٤٣ وابن ماجه: ٢٠٩ والطحاوي ٢/ ١٤٩ والحاكم ٢/ ٢٠٠ و٣/ ٢٣٧ ـ ٦٣٨ ـ ٦٣٩ وابن سعد في الطبقات ٨/ ٢١ والبيهقي ٧/ ١٨٧ من عدة طرق عن ابن إسحاق عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس.
وفي رواية الترمذي: بعد ست سنين ولم يحدث نكاحاً.
وفي أبي داود: رواية بعد ست سنين ورواية: بعد سنتين.
وفي ابن ماجه بعد سنتين. وفي المستدرك: بعد ست سنين ورواية لم يذكر المدة.
قال الترمذي: هذا حديث ليس بإسناده بأس، ولكن لا نعرف وجه هذا الحديث، ولعله قد جاء من قبل حفظ داود بن حصين.
قلت: سكت الحاكم عقب الرواية الأولى، ووقع عند الذهبي في التلخيص: صحيح. وأظنه تحريف لأن الذهبي لا يصحِّحُ لداود بن حصين هذا وسكتا عن الرواية الثانية.
وأما الثالثة فقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.
وتعقبه الذهبي فقال: لا.
قلت: لأن داود بن حصين قال عنه ابن حجر في التقريب: ثقة إلا في عكرمة.
وقال في الميزان: قال علي المديني: ما رواه عن عكرمة فمنكر. وقال أبو داود: أحاديثه عن عكرمة مناكير وعن غيره مستقيمة اهـ.
وهذا الحديث من هذا القبيل حيث رواه عن عكرمة فهو منكر ضعيف ومع ذلك فقد نقل البيهقي عن الدارقطني قوله: حديث عمرو بن شعيب أي ردها بنكاح جديد ـ لا يثبت وبلغني عن البخاري وقد سأله الترمذي فقال: حديث ابن عباس في هذا الباب أصح من حديث عمرو بن شعيب.
وحكى أبو عبيد عن يحيى القطان أن حجاجاً لم يسمعه من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبد الله العزرمي عن عمرو فهذا وجه لا يُعبأ به أحد يدري ما الحديث اهـ.
قلت: حديث عمرو بن شعيب سيأتي بعد قليل.
ولنعد إلى حديث ابن عباس وقد صححه الألباني وهماً منه في إرواء الغليل ١٩٢١ استند على روايات مرسلة وواهية في تقويته وهذا لا شيء.
ثم إنه نقل عن الذهبي أنه وافقه الحاكم وليس كذلك بل هناك خطأ انتقل تصحيح الحاكم إلى التلخيص كما بينت ذلك والله أعلم.
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ما ملخصه في ٧/ ١٨٨: قال ابن حزم: أسلمت زينب أول بعثة النبي ﷺ بلا خلاف، ثم هاجرت، وبين إسلامها، وإسلام زوجها أَزْيَدُ من ثمان عشرة سنة، وولدت في خلال ذلك ابنها علياً، فأين العدة.
قال ابن التركماني: وقال صاحب التمهيد أي ابن عبد البر حديث ابن عباس إن صح فهو متروك منسوخ عند الجميع لأنهم لا يجيزون رجوعه إليها بعد العدة، وإسلام زينب كان قبل أن ينزل كثير من الفرائض وقال آخرون: قصة أبي العاص هو أنه رد النبي ﷺ عليه زينب، وكان كافراً فمن ههنا قال الزهري: كان ذلك قبل أن تنزل الفرائض وقال آخرون: قصة أبي العاص منسوخة بقوله تعالى ﴿فإن علمتموهنّ مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ ويدل على أنها منسوخة إجماع العلماء على أن أبا العاص كان كافراً وأن المسلمة لا يحل أن تكون زوجة لكافر وكيفما كان فحديث ابن عباس متروك لا يعمل به عند الجميع.
وقال ابن عبد البر في الاستذكار: ردها بنكاح جديد وكذا قال الشعبي مع علمه بالمغازي، ولا خلاف بين العلماء أن الكافرة تسلم فيأبى زوجها الإسلام، ثم تنقضي عدتها أنه لا سبيل له عليها إلا بنكاح جديد، فإن صح حديث ابن عباس فهو محمول أنه أراد به على مثل الصداق الأول، وحديث عمرو عندنا صحيح.
وفي صحيح البخاري عن ابن عباس قال: إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه فكيف يخالف ابن عباس ما رواه عن النبي ﷺ في زينب اهـ باختصار وتصرف في بعض العبارات. وسيأتي مزيد من الأجوبة للكمال بعد قليل.
الخلاصة: حديث ابن عباس لم يروه ثقة متقن إنما رواه داود وهو منكر الحديث عن عكرمة وظاهر القرآن يعارضه فهو منسوخ متروك كما قال ابن عبد البر هذا إن صحح أما إن لم يصح فمن باب أولى والله تعالى أعلم.

وحكماً لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية، والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح. وفي المستأمن لم تتباين الدار حكماً

﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن، وقد علم أن منادي رسول الله ﷺ نادى «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يحضن[1]» فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات، فظهر أن السبي يوجب الفرقة. وقوله كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلماً من دار الحرب أو ذمياً، والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببهما فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي، وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع، لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في الفرقة لتخلفه في المستأمن الخ **(قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكماً لا تنتظم المصالح)** التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلماً أو ذمياً لا يعود، والكائن هناك لا يخرج إلينا فكان التباين منافياً له، فكان اعتراضه قاطعاً، كاعتراض المحرمية بالرضاع، وتقبيل ابن الزوج بشهوة مثلاً لما نافته كان اعتراضها قاطعاً. ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال **(والسبي يوجب ملك الرقبة)** يعني يمنع أن يكون موجباً غير ذلك، وإذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعاً لملكها، وما لا فلا، وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح إلا إذا ورد على خال عن مملوكيته أو مالكيته، وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والإرث وزوال أملاك المسبي لثبوت رقه، والعبد لا ملك له في المال، بخلاف النكاح فإنه من خصائص الآدمية فيملكه إذا ابتدأ وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه، وإنما توقف في الابتداء على إذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته. وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحر ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه، لأنه إنما يبقى ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لا شاغلاً لمالية رقبته. ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي إلا شاغلاً لها فيصير الباقي غيره، ولذا لو كان المسبي عبداً مديوناً كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي. نص عليه محمد في المأذون. فإن قيل: بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته، ولذا يثبت الدين بإقراره به ولا يباع فيه. أجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك، وإنما لا يطالب بإقراره لأن إقراره لا يسري في حق المولى، حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعاً معاينة بيع فيه. وأما ما استدل به من قصة أبي

الدارين حقيقة وحكماً ينافي انتظام المصالح، وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية، فتباين الدارين بقطع النكاح، والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصاً، وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لإثبات المذهب. وقوله **(والسبي يوجب ملك الرقبة)** لردّ دليل الخصم. وتقريره: السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء، ولهذا لو زوّج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع

(قال المصنف: ولنا الخ) أقول: قوله أن مع التباين حقيقة وحكماً إشارة إلى الجواب عن قياسه على الحربي المستأمن. وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة معارضة. وقوله ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله الخ مناقضة: يعني أن أردت أن يقتضي الصفاء في محل عمله فمسلم، ولكن لا نسلم أنه لا يتحقق إلا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وإن أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضاً فغير مسلم **(قوله ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي الخ)** أقول: قال ابن الهمام: وفي المحيط: مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين. يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً اهـ. ثم أقول: وفي كلام ابن الهمام: أعني قوله وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً بحث فتأمل. ثم على تقرير ابن الهمام ينبغي أن يكون مراد الشارح أكمل الدين لو كانت

---

(١) خبر سبايا أوطاس تقدم في فصل بيان المحرمات وإسناده حسن.

لقصده الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز لها أن تتزوّج ولا عدّة عليها) عند أبي حنيفة. وقالا: عليها العدة،

سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح، وهو شاهد حنيناً على ما تفيده السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون: لا ترجع هزيمتهم إلى البحر. وما نقل أن الأزلام حينئذ كانت معه[١] وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بحنين، وإنما حسن إسلامه بعد ذلك رضي الله عنه، والذي كان إسلامه حسناً حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث، وأما عكرمة وحكيم فإنما هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم[٢] وأما أبو العاص فإنما ردّها عليه ﷺ بنكاح جديد، روى ذلك الترمذي وابن ماجه والإمام أحمد[٣]، والجمع إذا أمكن أولى من إهدار أحدهما، وهو بحمل قوله على النكاح الأول على معنى بسبب

تقرر السبي. والمنافي إذا تقرر فالمحترم وغيره سواء كما إذا تقرر بالمحرمية والرضاع. وقوله (وصار) أي صار السبي (كالشراء)

المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي وخرجا معها إلى دار الإسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين

(١) هذا الخبر أورده ابن هشام في السيرة ٤/ ٥١ عن ابن إسحاق لما انهزم المسلمون قال أبو سفيان: لا تنتهي هزيمتهم دون البحر وإن الأزلام لَمَعَهُ في كنانته وله تتمة.

(٢) تقدم قبل قليل.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٤٢ وابن ماجه ٢٠١٠ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٢٥٦ والحاكم ٣/ ٦٣٩ وأحمد ٢/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨ وابن سعد ٨/ ٢١ كلهم من حديث الحجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال عبد الله بن أحمد: قال أبي: هذا حديث ضعيف، أو قال: واهٍ ولم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبيد الله العرزمي والعرزمي لا يساوي شيئاً.

وقال الترمذي: في إسناده مقال وفي الحديث الآخر أي ابن عباس ـ أيضاً مقال. والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها ثم أسلم زوجها وهي في العدة فهو أحق بها ما كانت في العدة وهو قول: مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق.

وقال الترمذي أيضاً: قال يزيد بن هارون: حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب اهـ.

قلت: وحديث عمرو بن شعيب واهٍ فيه حجاج بن أرطاة واه وهو مدلس، وقد عنعنه لذا قال أحمد: لم يسمعه من عمرو إنما سمعه من العرزمي وهذا ساقط.

الخلاصة: كلا الحديثين لا يحتج به وإنما لعمل أخذه الجمهور من القرآن الكريم وما فيه من أحكام العدة وعدم حل المؤمنة للكافر وحديث ابن عباس ينقضه ما صح عن ابن عباس وهو خلاصه فيعلم أنه من منكرات داود عن عكرمة وإليك صحيح البخاري كتاب ٦٨ الطلاق باب ٢٠ إذا أسلمت المشركة أو النصرانية تحت الذمي أو الحربي.

وقال عبد الوارث عن عكرمة عن ابن عباس: إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه.

وقال داود بن أبي الفرات عن ابن صائغ عن ابن صائغ سئل عطاء عن امرأة من أهل العهد أسلمت، ثم أسلم زوجها في العدة أهي امرأته؟ قال: لا إلا أن تشاء هي بنكاح جديد، وصداق.

وقال مجاهد: إذا أسلم في العدة يتزوجها وقال الله تعالى ﴿لا هنّ حلٌ لهم ولا هم يحلون لهنّ﴾ وقال قتادة والحسن في مجوسيَّيْن أسلما هما على نكاحهما وإذا سبق أحدهما الآخر وأبى الآخر بانت لا سبيل له عليها اهـ كلام البخاري.

قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٤٢١: الوارد عن ابن عباس أخرج ابن أبي شيبة نحوه عن ابن عباس، وأخرجه الطحاوي موصولاً عنه وفيه وقال ابن عباس: يفرق بينهما الإسلام يعلو ولا يعلى.

وسنده صحيح. وأما أثر عطاء فقد وصله ابن أبي شيبة بنحوه.

وهو ظاهر أن الفرقة تقع بمجرد إسلام أحدهما دون انتظار انقضاء العدة. ثم ذكر البخاري الآية: استدلالاً منه لتقوية قول عطاء وبظاهر قول ابن عباس هذا، قال: طاووس، والثوري، وفقهاء الكوفة، وأبو ثور، وابن المنذر، وإليه جنح البخاري.

وبقول مجاهد قال: قتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق وأبو عبيد.

وقال ابن حجر: أثر الحسن وصله ابن أبي شيبة بسند صحيح عنه ومن وجه آخر عن الحسن ولفظه: فقد بانت منه.

وأثر قتادة وصله ابن أبي شيبة أيضاً بسند صحيح.

وأخرج أيضاً عن عكرمة وكتاب عمر بن عبد العزيز نحو ذلك اهـ كلام ابن حجر ملخصاً.

وهذا يعطي قوة لما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه وإن كان الحديث ضعيفاً فالعمل بظاهر القرآن ثم بأقوال وفتاوى هؤلا التابعين ومن بينهم صحابي كاف في هذا الباب ومن أراد المزيد يراجع هذه الأبحاث في مظانها كما تقدم وكذا في معاني الآثار للطحاوي فقد أطال الكلام في هذا البحث في ٣/ ٢٥٦ ـ ٢٦٠ وذكر آثاراً كثيرة في ذلك.

لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام. ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت

سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على إساءته، وقيل قوله ردّها على النكاح الأول لم يحدث شيئاً معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تأويل حسن. هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل. وأيضاً يقطع بأن الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين، فإنها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا ﷺ زوجته خديجة وبناته، ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مراراً وولدت. وروي أنها كانت حاملاً فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة، وروّعها هبار بن الأسود بالرمح. واستعمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ما قبيل الفتح فخرج تاجراً إلى الشام، فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هرباً ثم دخل بليل على زينب فأجارته، ثم كلم رسول الله ﷺ السرية فردّ إليه ماله، فاحتمل إلى مكة فأدّى الودائع وما كان أهل مكة أبضعوا معه، وكان رجلاً أميناً كريماً، فلما لم يبق لأحد عليه علقه قال: يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه؟ قالوا: لا، فجزاك الله عنا خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً، قال: فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، والله ما منعني من الإسلام عنده إلا تخوّف أن تظنوا أني إنما أردت أن آكل أموالكم، فلما أدّاها الله إليكم وفرغت منها أسلمت، ثم خرج حتى قدم على رسول الله ﷺ. وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من حين فارقته بالأبدان وذلك بعد غزوة بدر. وأما البينونة فقبل ذلك بكثير، لأنها إن وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة إلى إسلامه، وإن وقعت من حين نزلت ﴿**ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**﴾ [البقرة: ٢٢١] وهي مكية فأكثر من عشر. هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك إلى أن أسر فيمن أسر ببدر وهو ﷺ كان مغلوباً على ذلك قبل ذلك، فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة أعطتها إياها، فلما رآها رسول الله ﷺ رقّ لها فردها عليها وأطلقه لها، فلما وصل جهزها إليه ﷺ لأنه ﷺ كان شرط عليه ذلك عند اطلاقه واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود[1]. وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه[2]، ووجب تأويل رواية

من حيث أن النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة. وقوله (**ثم هو**) أي السبي (**يقتضي الصفاء**) أي سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية. وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة. وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن، وكان قد احترز بقوله وحكماً عن ذلك، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكماً لقصده الرجوع(**وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة**) أي تركت أرض الحرب إلى أرض الإسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع إلى ما هاجرت عنه أبدا (**جاز لها أن تتزوّج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة**. وقالا: **عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام**) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية. ولأبي حنيفة أن العدة

عن ذمة المسبي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة) أقول: فيه بحث بل الذمة وصف في الأنسان على ما بين في الأصول، ثم لو صح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين إذا كان المسبي عبداً وليس كذلك نص عليه الزيلعي وغيره (**قوله ولو مات وجبت العدة الخ**) أقول: لا نسلم ذلك فإن الحربي لا يلتزم أحكام الإسلام، وأيضاً اعتقاده وجوب العدة غير معلوم.

---

(١) هذا الخبر بطوله وأتم ساقه الحاكم في المستدرك ٣/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧ من طريقين عن ابن إسحاق وقد صرح بالتحديث، وحديثه قوي إن صرح بالتحديث ومن فوقه ثقات فرواه عن يزيد بن رومان عن عروة عن عائشة.

(٢) تقدم أن الخبر واهٍ لكن تقوى بظاهر القرآن، وأقوال التابعين، وفتوى لابن عباس بأن الفرقة بين المسلمة والمشرك تقع في الحال. وقال بعضهم هو أحق بها ما دامت في العدة.

إظهاراً لخطره، ولا خطر لملك الحربي، ولهذا لا تجب على المسبية (وإن كانت حاملاً لم تتزوّج حتى تضع حملها)

«على النكاح الأول[(١)]» كما ذكرنا. واعلم أن بنات رسول الله ﷺ لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة، فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبياً قط أشرك بالله طرفة عين، والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة، نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم عليه السلام، ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة، ومن أوّل ذكره ﷺ لأولاده لم تتوقف واحدة منهن. وأما سبايا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن، ورواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال: «أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺفنزلت ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾[(٢)] [النساء: ٢٤] لكن بقي أن يقال: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقاً سواء سبيت وحدها أو مع زوج، وأما المشتراة متزوّجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلاً تحت العموم على الإباحة. والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضاً بدليلنا وبما نذكره تبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم. وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن. فالجواب منع وجود التباين لأن المدعي علة منه هو التباين حقيقة وحكماً وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه، والكائن في دارنا ممنوعاً من الرجوع، وهذا منتف في المستأمن. وإذا كافأ ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالماً عن المعارض فوجب اعتباره، ودليل السمع أيضاً وهو قوله تعالى ﴿إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات﴾ إلى قوله ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو قوله تعالى ﴿فلا ترجعوهن﴾ (قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية. هذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجراً وقعت الفرقة، وهذه إذا كان الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقاً، هل عليها عدة؟ فيها خلاف. عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملاً فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع، وعندهما عليها العدة: ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه؟ قال أبو يوسف: لا يقع عليها، وقال محمد: يقع. والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلاً للطلاق عند أبي يوسف، وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه، وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثاً لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف، وعند محمد يحتاج إليه. وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقاً للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات، بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هناك، وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات، غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه، بخلاف أهل دارنا منهم.

لإظهار خطر ملك النكاح (ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية) بالاتفاق. فإن قيل: لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت إذا خرجت حاملاً. أجيب بأنها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوّج لأن في بطنها ولداً ثابت النسب. فإن قيل: الهجرة أو ورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها أيضاً. أجيب بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكماً فلزمتها العدة بحكم الملك، وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكماً فيزول ملكه لا إلى أثر.

---

(١) أي تأويل حديث ابن عباس: على النكاح الأول أي: دون إحداث زيادة في الصداق قاله الكمال قبل أسطر.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٥٦ من وجوه عدة والرواية الأخيرة بمثل سياق المصنف وأبو داود ٢١٥٥ والترمذي ١١٣٢ كلهم من حديث أبي سعيد.

وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا. وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً. قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام

ولأبي حنيفة أن العدة إنما وجبت إظهاراً لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي، بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] بعد قوله ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ [الممتحنة: ١٠] فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا يتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة، فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن، وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كي لا تختلط المياه، واستغنينا به عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له الأثر. فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضاً، وهو منتف لأنه في النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لا ينفيها عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع، لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهم أن يتزوّجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها يتمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها، فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا أوطاس[1]، فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص، وإذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة إجماعاً لعدم القائل بالفصل، وحينئذ فإبطاله الوجوب للخطر لا يفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لا يخلي فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أكثر كما هو دأب الشرع في إظهار التفاوت بين الحرة والأمة في مثله (قوله وإن كانت) يعني المهاجرة (حاملاً لم تتزوّج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا. وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطاً، وإنما قال احتياطاً لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضي ظاهراً أن لا توطأ لأن به يصير ساقياً ماءه زرع غيره فتعديه المنع إلى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأن به يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الأربع (قوله وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده، وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك، وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة

وحاصله أن التباين يربو على الموت، ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجبه، ولو خرجت حاملاً لم تتزوّج حتى تضع حملها، رواه محمد عن أبي حنيفة لأن حملها ثابت النسب من الغير، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع أيضاً احتياطاً كأم الولد إذا حبلت من مولاها لا يزوّجها حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لأنه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى (كما في الحبلى من الزنا) فإنه لا حرمة لماء الزاني. قيل والأول أصح لأنه حمل ثابت النسب، بخلاف الحمل من الزنا. وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقاً وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضاً دون غيره. قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعياذ بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل. وعند الشافعي إن لم يدخل بها فكذلك، وإن دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرنا له من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقص عدد الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كانت

(قوله لأنه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى) أقول: فيه أن جزءه إما مسلم أو ذمي كأمها فلا يكون مساوياً للحربي فضلاً عن الأولوية.

---

(١) مراد المصنف حديث سبايا أوطاس: ألا لا تنكح الحبالى، حتى يضعن، ولا الحبالى، حتى يستبرأنَ بحيضة.
وهو حديث حسن أخرجه أبو داود وغيره وله شواهد وقد تقدم في باب بيان المحرمات.

وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق، هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه، وأبو يوسف مرّ على ما أصلنا له في الإباء، وأبو حنيفة فرّق بينهما. ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقاً، بخلاف الإباء لأنه يفوّت الإمساك

فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها يستمر النكاح وإلا تبين الفراق من وقت الردّة. قلنا: هذه الفرقة للتنافي فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة، والمنافي لا يحتمل التراخي، بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة، هذا جواب ظاهر المذهب. وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردّتها بعدم الفرقة حسماً لاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر، وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل، ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا، وتعزر خمسة وسبعين، ولا تسترق المعتدة ما دامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية، وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة تسترق، وهذا الكلام في الفرقة. وأما كونها طلاقاً فاتفق الإمامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ، وقال محمد هي في ردّة الزوج طلاق وفي ردّتها فسخ مر على أصله في الإباء، وكذا أبو يوسف، وفرق أبو حنيفة بين الردّة والإباء. وجه قول محمد اعتباره بالإباء (والجامع ما بيناه) وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه، وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أنه سبب يشتركان فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه، ومنها ملك النكاح، كذا قرر. والحق أن منافاتها لعصمة الأملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس، إذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا تقع البينونة بمجرده بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ، بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرّق القاضي لأنها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتي من قبل الزوج، فالقاضي يأمره بالإمساك بمعروف بالإسلام أو التسريح بإحسان، فإذا امتنع ناب عنه. وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تمس المطلوب، وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لأن

الردة من الزوج فهي فرقه بطلاق) وإن كانت من المرأة فهي بغير طلاق **(هو يعتبرها بالإباء والجامع ما بيناه)** يعني قوله امتنع عن الإمساك بالمعروف **(وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء)** وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج **(وأبو حنيفة فرق)** بين الإباء والارتداد فجعل الفرقة بإباء الزوج طلاقاً دون الردة **(ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة)** لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح **(والطلاق)** ليس بمناف للنكاح لأنه **(رافع)** له بعد تحققه مسبباً عنه، والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقاً **(بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف)** وليس بمناف للنكاح **(فيجب التسريح بالإحسان على ما مر)** واعترض بوجهين: أحدهما أن الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفاً فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك. والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق. والجواب عن الأوّل أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء، وتوقف

(قال المصنف: والجامع ما بيناه) أقول: من أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف إلا أنه لا يجري هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على قضاء **(قوله لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ)** أقول: وفيه بحث: فإن ملكه للمال لا يبطل بل يتوقف، والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذلك إشارة إلى ما مر من إن النكاح ما شرع إلا لمصالحة، والمصالح لا تنتظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل. ويجوز أن يكون مراده بالإبطال ما يعم الزوال الموقوف **(قال المصنف: ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح الخ)** أقول: تصوير القياس من الشكل الثاني هكذا: الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها إياه ولا شيء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شيء من الردة بطلاق، ويجوز تصويره من الشكل الأول **(قال المصنف: والطلاق رافع)** أقول: يعني الطلاق رافع كلما وجد، بخلاف الردة فإنها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء **(قوله مسبباً عنه الخ)** أقول: مستغني عنه في إتمام الدليل مع أنه محل كلام، ويتم الدليل بأن يقال: الردة منافية لابتداء النكاح ولا شيء من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شيء من الردة بطلاق **(قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة)** أقول: يعني في العدة.

بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان على ما مر، ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردّة **(ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة)** لأن الفرقة من قبلها. قال **(وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما)** استحساناً. وقال زفر: يبطل لأن ردّة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردة أحدهما.

الرافع يجامع المنافي بالضرورة، نعم هو أعم يثبت مع النافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه **(ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها)** ونفقة العدة أيضاً **(ونصفه إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها)** لا نفقة العدة لأن الفرقة من جهتها، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **(قوله وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً)** هذا إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما، فإن لحق فسد للتباين. والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح **(ولنا)** وهو وجه الاستحسان **(أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة[1])** ولما لم يأمروهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردّتهم وقعت معاً، إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد. وعلمنا من هذا أن الردّة إذا كانت معاً لا توجب الفرقة. واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة أما جميعهم فلا لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته، فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهراً لا حملاً عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى. وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمراً تكون قرينته فيه قرينته. هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهما الزكاة، وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم. وقتال أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقاً شرعياً وعطلوه، والله أعلم. وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره، والأوجه الاستدلال بوقوع ردّة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة وما نعى الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا **(قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معاً فسخ النكاح)** لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء لها إن كان قبل الدخول، وإن كانت هي التي أسلمت، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن دخل بها فلها كل المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول ديناً في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردّة.

تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء. وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لإمكان ظهور أثره، وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبراً، بخلاف المحرمية فإن المحلية غير متصورة أبداً فلا يمكن ظهور أثره. وعن هذا قالوا: إذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لأن تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافياً للطلاق الذي هو من أحكام النكاح، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لأن المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع. وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية، لأن من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود إلا بعود سببها، بخلاف الفصل الأول لأن العدة هناك باقية ببقاء محلها لأنها في دار الإسلام، إلا أن تباين الدارين كان مانعاً من

(قال المصنف: ولهذا تتوقف الفرقة) أقول: أي لكون الإباء مفوتاً للإمساك لا منافياً للنكاح، بخلاف الارتداد **(قوله والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء)** أقول: وقد سبق دليل عدم التنافي ابتداء في هذا الباب، إلا أن هذا الجواب منقوض بالمعتدة فإن العدة تنافي النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على ما مر في أوائل الباب **(قوله لأن تباين الدارين مناف للنكاح)** أقول: بتكرر المنافي يخرج العهود من حيز التصور، ولعل

---

(١) ما ذكره صاحب الهداية قال عنه ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٦ خبر بني حنيفة هذا مأخوذ بالاستقراء اهـ.

ولنا ما روي أنّ بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا، ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة، والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ. ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معاً فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها.

[فروع] الأول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فإحداثها ما تحرم به كالردة فقد ارتدا معاً فلا تقع الفرقة. ولأبي يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده، وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهوّدا فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد يفرق بأن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فإحداثها كالارتداد. بخلاف اليهودية، ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة، ولو تهوّدت لا تقع فافترقا. الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضاً فيتزوّج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم كأهل المذاهب، ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث ـ إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان تزوّجهن في عقدة واحدة فرّق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل.

وقوع الطلاق، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع. وقال أبو يوسف: يقع الطلاق لأن العدة باقية عنده. وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة) توضيح لكون الردة منافية الطلاق دون الإباء. وقوله (ثم إن كان الزوج) ظاهر. وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وإن كانت هي المرتدة فلها كل مهرها إن دخل بها لا إلى ما يليه، لأن المسلمة إذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحينئذ لا يرتاب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة إذا كانت غير مدخول بها. وقوله (لأن الفرقة من قبلها) يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها. وقوله (وإن ارتدا معاً) واضح. ووجهه ما روي أن بني حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الإجماع يترك به القياس. فإن قيل: الارتداد لم يقع منهم دفعة. أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معاً حكماً لجهالة التاريخ) فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وإنما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة (ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أي بعد ارتدادهما (فسد النكاح لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها) على ما تقدم، ثم إن كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا، وإن كان الزوج فلا شيء لها لأن الفرقة جاءت من جانبها بالإصرار على الردة فإن الإصرار بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة، والله أعلم.

الأولى أن يقال: باللحاق يلحق بالأموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة) أقول: جاحداً افتراضها (قوله فإن قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول: وكان الكلام فيه (قوله فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء) أقول: كما في الغرقى والحرقى.

باب القسم

(وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً) لقوله عليه الصلاة والسلام «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل» وعن عائشة رضي الله عنها «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه. وكان يقول: اللهم هذا قسْمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك: يعني زيادة المحبة» ولا فصل فيما روينا. والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا،

باب القسم

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم، وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه. والقسم بفتح القاف مصدر قسم، والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهن أيضاً، وحقيقته مطلقاً ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال **﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾** [النساء: ١٢٩] وقال تعالى **﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾** [النساء: ٣] بعد إحلال الأربع بقوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾** [النساء: ٣] فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه، فعلم إيجابه عند تعددهن. وأما قوله ﷺ «استوصوا بالنساء خيراً[(١)]» فلا يخص حالة تعددهن ولأنهن رعية الرجل وكل راع مسؤل عن

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة، لكن اعتراض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره. والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء: فرّقه بينهم وعين أنصباءهم، ومنه القسم بين النساء، وقد وقع في أكثر النسخ **(وإذا كان للرجل امرأتان)** بتذكير كان مع إسناده إلى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة، وكلامه واضح. وقوله **(ولا فصل فيما روينا)** يعني بين البكر والثيب **(والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا)** من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة. وقال الشافعي: إن كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيباً فبثلاث، ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث» والحاصل أن الاختلاف في موضعين: في الفرق بين البكر والثيب، وفي تفضيل الجديدة على القديمة، فنفى المصنف الأول بقوله ولا فصل فيما روينا، والثاني بقوله لإطلاق ما روينا، وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن شئت سبعت لك وسبعت لهن» ونحن نقول للزوج أن يبتدىء

باب القسم

(قال المصنف: وعن عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه») أقول: فيه بحث، فإن فعل رسول الله ﷺ لا يدل على الوجوب، وقد صرحوا بأن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم، وتتمة الحديث لا تدل

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣٣١ و٥١٨٦ ومسلم ١٤٦٨ ح ٦٠ والبيهقي ٧/ ٢٩٥ كلهم من حديث أبي هريرة:
واستوصوا بالنساء خيراً، فإنهنَّ خلقن من ضِلَع، وإن أعوج شيء في الضِّلَعِ أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً.
هذا لفظ البخاري في روايته الثانية. زاد مسلم في أوله: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فإذا شهد أمراً فليتكلم بخير أو ليسكت. واستوصوا.. بمثل سياق البخاري.
وأخرجه الترمذي ١١٦٣ وابن ماجه ١٨٥١ كلاهما من حديث عمرو بن الأحوص عن أبيه في خبر حجة الوداع وفيه: واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هنَّ عوان عندكم.. الحديث.

ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك، والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه، والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لأنها تبتني على النشاط، (وإن كانت أحداهما

رعيته وإنه في أمر مبهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجبه، وصرح بأنه مطلقاً لا يستطاع، فعلم أن الواجب منه شيء معين، وكذا السنة جاءت مجملة فيه. روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك: يعني القلب[1]» أي زيادة المحبة، فظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه، ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعاً، وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم من حديث أبي هريرة عنه ﷺ أنه قال «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل[2]» أي مفلوج، ولفظ أبي داود والنسائي «فمال إلى إحداهما على الأخرى» فلم يبين في ماذا، وأما ما في الكتاب من زيادة قوله في القسم[3] فالله أعلم بها لكن لا نعلم خلافاً في أن

بالجديدة ولكن بشرط أن يسوّي بينهما (ولأن القسم من حقوق النكاح) كالنفقة، ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة، كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح، وكذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم إذا دخل

على الوجوب أيضاً وإلا يلزم أن تجب التسوية في الوطآت والقبلات لأنها مما يملك. ويمكن أن يقال: المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف: ولا فصل فيما روينا) أقول: قال الإتقاني: أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا، ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لأن عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لإطلاق ما روينا وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعاً اهـ. وجوابه لا يخفى، فإنه استدل أولاً على المسئلة المذكورة في المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضاً، وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية، لكن كان الأولى أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بدل قوله لإطلاق ما روينا.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٤ والترمذي ١١٤٠ والنسائي ٧/ ٦٤ والدارمي ٢١٢٧ وابن ماجه ١٩٧١ وابن حبان ٤٢٠٥ والحاكم ٢/ ١٨٧ والبيهقي ٧/ ٢٩٨ وأحمد ٦/ ١٤٤ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧ كلهم من حديث حماد بن سلمة عن أيوب عن أبي قلابة عن عبد الله بن يزيد عن عائشة مرفوعاً. وإسناده على شرط مسلم إلا أنه أُعِلّ بالإرسال.
قال النسائي: أرسله حماد بن زيد.
وقال الترمذي: هكذا رواه حماد بن سلمة مسنداً. ورواه حماد بن زيد عن أبي قلابة مرسلاً، وهو أصح أي المرسل.
أما الحاكم فقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم، وأقره الذهبي وقال ابن أبي حاتم في علله ١٢٧٩: صوب أبو زرعة كونه مرسلاً. وقال: لا أعلم أحداً تابع ابن سلمة على وصله اهـ.
وأخرجه البيهقي ٧/ ٢٩٨ عن الشافعي بلاغاً.
ومع ذلك فحماد بن سلمة ثقة روى له مسلم، وأصحاب السنن، وَوَصْلِهِ الحديث زيادة من الثقة، وهي مقبولة فالحديث حسن إن شاء الله والله تعالى أعلم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٣ والترمذي ١١٤١ والنسائي ٧/ ٦٣ وابن ماجه ١٩٦٩ والدارمي ٢١٢٦ وابن الجارود ٧٢٢ وابن حبان ٤٢٠٧ والطيالسي ٢٤٥٤ والحاكم ٢/ ١٨٦ والبيهقي ٧/ ٢٩٧ وأحمد ٢/ ٤٧١ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٨٨ من عدة طرق كلهم عن همام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة مرفوعاً. وإسناده على شرطهما لكن له علة.
قال الترمذي: إنما أسند هذا الحديث همام عن قتادة، ورواه هشام الدستوائي عن قتادة: كان يقال. ولا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، وهمام ثقة حافظ وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، وأقره الذهبي.
وقال ابن حجر في الحبير ٣/ ٢٠١: وإسناده على شرط الشيخين قاله الحاكم، وابن دقيق العيد، واستغربه الترمذي مع تصحيحه. وقال عبد الحق: هو خبر ثابت لكن علته أن هَمّاماً تفرد به وفي الباب عن أنس أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصفهان اهـ.
والجواب أن هماماً ثقة ثبت، وحديث أنس هو عند أبي نعيم في ٢/ ٣٠٠ وفيه الحارثي ضعيف كما في التقريب.
لكن يشهد له فالحديث حسن في أقل درجاته والله أعلم.

(٣) وقع في الهداية في أثناء الحديث لفظ: في القسم فقال الكمال: فالله أعلم بها اهـ.
وهذا العبارة لم تذكر في شيء من طرق الحديث.

حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد

العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة، وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة، وأما النهار ففي الجملة **(قوله وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما)** التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين. ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فإنه يعطي أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح، لكن معنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور، فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما، وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما: أي لا يسوّي بل يعدل بمعنى لا يجور، وهو أن يقسم للحرّة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ **(قوله والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا)** وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا: يعني من قوله ولا فصل الخ: يعني أن ما رويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة، وكذلك ما تلونا من الآية فنحتج به. وعند الشافعي أنه يقيم عند البكر الجديدة أوّل ما يدخل بها سبعاً يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثاً إلا إن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة، لما روي عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود إلى أهله[1]» أخرجه الدارقطني عنه. وروى البزار من طريق أيوب السختياني عن أبي قلابة عن أنس «أن النبي ﷺ جعل للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً[2]» وعنه قال: «من السنة إذا تزوّج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ثم قسم، وإذا تزوّج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم[3]» رواه الشيخان في الصحيحين. وفي صحيح مسلم عن أم سلمة «لما تزوّجها رسول الله ﷺ فدخل عليها أقام عندها ثلاثاً ثم قال: إنه ليس بك على أهلك هوان، وإن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي[4]» وهذا دليل استثناء الشافعي ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلاث ولأنها لم تألف صحبته، وقد يحصل لها في أول الأمر نفرة فكان في الزيادة إزالتها. ولنا ما روينا من غير فصل وما تلونا وما ذكر من المعنى وهو قوله **(ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك)** فلا تفاوت بينهن في القسم. وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة

بامرأته يجب عليهم القسم. وقوله **(والاختيار في مقدار الدور للزوج)** ظاهر. وقوله **(بذلك ورد الأثر)** يعني ما روي عن عليّ أنه قال: للحرة ثلثان من القسم وللأمة الثلث، ولم يرو عن أحد خلافه فحل محل الإجماع. وقوله **(ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة)** يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وإنما يحل قبلها وموضعه أصول الفقه **(فلا بد من إظهار النقصان في**

(قال المصنف: لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى التسوية لكونها مصدراً أو كونها مصدراً أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق.

---

(١) حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٨٣ من حديث أنس وفي إسناده ابن إسحاق مدلس، وقد عنعنه فحديثه غير قوي.

وورد من حديث ابن عباس. قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٣٢٣: رواه الطبراني وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي ضعيف اهـ لكن يشهد لحديث ابن إسحاق.

(٢) لم يذكره الهيثمي في مجمع الزوائد. والأحاديث كثيرة في هذا الباب منها ما يأتي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٢١٣ و١٢١٤ ومسلم ١٤٦١ وأبو داود ٢١٢٤ والترمذي ١١٣٩ وابن الجارود ٧٢٤ والبيهقي ٧/ ٣٠١ كلهم من حديث أبي قلابة عن أنس وقال أبو قلابة في آخره: ولو شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبي ﷺ هذا عقب رواية البخاري الثانية أما في الأولى فجعل صدر حديثه.

ورواية مسلم وكذا رواية للبخاري قال خالد أي الحذاء: ولو شئت لقلت رفعه إلى النبي ﷺ.

تنبيه: وقولهم من السنة كذا وكذا وهذا له حكم الرفع لأن المراد بذلك سنة رسول الله ﷺ.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٦٠ وأبو داود ٢١٢٢ وابن ماجه ١٩١٧ والدارمي ٢١٣٠ والبيهقي ٧/ ٣٠٠ ـ ٣٠١ وأحمد ٦/ ٢٩٢ كلهم من حديث أم سلمة. وكذا الدارقطني ٣/ ٢٨٣.

من إظهار النقصان في الحقوق. والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم. قال **(ولا حق لهن في**

متوهمة، وإزالة تلك النفرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولم تنحصر في تخصيصها. واعلم أن المروى إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية، والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعياً وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما روينا وتلونا[1] لأن مقتضاهما العدل، وإذا ثبت التخصيص شرعاً كان هو العدل فإنا نراه لم ينحصر في التسوية بل يتحقق مع عدمها لعارض وهو رق إحدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لإحداهما يوماً وللأخرى يومين، فليكن أيضاً بتخصيص الجديدة الدهشة بالإقامة سبعاً إن كانت بكراً وثلاثاً إن كانت ثيباً لتألف بالإقامة وتطمئن. هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلاتهن، وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابليهم. قال مالك: ويدور ولي الصبي به على نسائه لأن القسم حق العباد وهم من أهله، وصح «أن رسول الله ﷺ لما مرض استأذن نساءه أن يمرض في بيت عائشة فأذنّ له[2]» **(قوله والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه)** إن شاء يوماً يوماً وإن شاء يومين يومين أو ثلاثاً ثلاثاً أو أربعاً أربعاً. واعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به والله أعلم **(قوله والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لأنها تبتنى على النشاط)** ولا خلاف فيه. قال بعض أهل العلم: إن تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته، فإن أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية. وأعلم أن ترك جماعها مطلقاً لا يحل له، صرح أصحابنا بأن جماعها أحياناً واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدّروا فيه مدة، ويجب أن لا يبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به. هذا والمستحب أن يسوّي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة، وكذا بين الجواري وأمهات الأولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنا والميل إلى الفاحشة، ولا يجب شيء لأنه تعالى قال ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] فأفاد أن العدل بينهن ليس واجباً. هذا فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن لها يوماً وليلة من كل أربع ليال وباقيها له لأن له أن يسقط حقها في الثلاث بتزوّج ثلاث حرائر، فإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة في كل سبع، وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لأن القسم معنى نسبي وإيجابه طلب إيجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحياناً من غير توقيت، والذي يقتضيه الحديث أن التسوية في المكث أيضاً بعد البيتوتة، ففي السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت «كان النبي ﷺ لا يفضل بعضاً على بعض في القسم في مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من

الحقوق) لأن الحكم يثبت بقدر دليله **(والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم)** فيكون لهن الثلث من القسم كالأمة. وقوله **(ولا حق لهن في القسم حالة السفر)** هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل: إحداها أن القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة، والثانية أنه إذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا؟ عندنا ليس لهن

---

(١) أي قوله تعالى: ﴿فلا تميلوا كل الميل﴾ الآية من سورة النساء.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٩٨ و٦٦٥ و٥٢١٧ ومسلم ٤١٨ ح ٩٢ وابن ماجه ١٦٨ كلهم من حديث عائشة: لما ثَقُل رسول الله ﷺ واشتدَّ به وجعه استأذن أزواجَهُ أن يمرَّض في بيتي، فأَذِنَّ له . . . الحديث وفيه قصة. خروجه ﷺ إلى المسجد، واقتداء أبي بكر به، ورواه أبو داود ٢١٣٧ باختصار.

القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها) وقال الشافعي: القرعة مستحقة، لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفر أقرع بين نسائه» إلا أنا نقول: إن القرعة

كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو في يومها فيبيت عندها[1]» وعلم من هذا أن النوبة لا تمنع أن يذهب إلى الأخرى لينظر في حاجتها ويمهد أمورها. وفي صحيح مسلم «أنهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها[2]» والذي يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة النوبة إذ قد تتضيق لذلك وتنحصر له. ولو ترك القسم بأن أقام عند إحداهن شهراً مثلاً أمره القاضي بأن يستأنف العدل لا بالقضاء، فإن جار بعد ذلك أوجعه عقوبة، كذا قالوا. والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمي وله قدرة على إيفائه **(قوله وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر)** قضى به أبو بكر وعليّ رضي الله عنهما[3]، وبالقضاء عن عليّ احتج الإمام أحمد،

. . . .

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٣٥ والحاكم ٢/١٨٦ والبيهقي ٧/ ٧٤ كلهم من حديث عائشة.
وقال الحاكم: صحيح، ووافقه الذهبي، ورجاله ثقات كلهم.
فيه: عبد الرحمن بن أبي الزناد صدوق تغير حفظه لما قدم بغداد وكان فقيهاً، وهو من رجال مسلم كما في التقريب فالحديث حسن.
تنبيه: ولم يروه أصحاب السنن كلهم كما يفهم من كلام المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٦٢ من حديث ثابت عن أنس قال: كان للنبي ﷺ تسع نسوة فكان إذا قسم بينهنّ لا ينتهي إلى المرأة الأولى إلا في تسع فكنّ، يجتمعن كل ليلة في بيت التي يأتيها، فكان في بيت عائشة، فجاءت زينب فمدَّ يده إليها فقالت: هذه زينب، فكف النبي ﷺ يده، فتقاولتا حتى اسْتَخَبَتَا، وأقيمت الصلاة، فمرَّ أبو بكر على ذلك فسمع أصواتهما فقال: اخرج يا رسول الله، واحثُ في أفواههن التراب، فخرج النبي ﷺ، فقالت عائشة: الآن يقضي النبي صلاته، فيجيء أبو بكر، فيفعل بي، ويفعل، فلما قضى النبي ﷺ صلاته أتاها أبو بكر، فقال لها قولاً شديداً وقال: أتصنعين هذا؟!
قال النووي: استخَبَتَا بفتح الخاء والباء من السَّخَب وهو اختلاط الأصوات، وارتفاعها.
ويقال أيضاً: صَخَب بالصاد.
والتسعة هنَّ: عائشة، وحفصة، وسودة، وزينب، وأم سلمة، وأم حبيبة، وميمونة، وجويرية، وصفية رضي الله عنهُنَّ. ويقال نَسوة بضم النون وكسرها والكسر أفصح اهـ.

(٣) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٨٥ والبيهقي ٧/ ٢٩٩ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما كما في نصب الراية ٣/ ٢١٥ ـ ٢١٦ كلهم من طريق ابن أبي ليلى عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله الأسدي عن علي قال: إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث.
قال الزيلعي في ٣/٢١٦: في إسناده المنهال بن عمر وفيه مقال، وعباد الأسدي ضعيف، وحكى ابن الجوزي عن علي المديني أنه ضعفه، وقال صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال البخاري: فيه نظر اهـ.
وفي إسناده أيضاً محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو واهٍ قال ابن حجر في التقريب: صدوق سيء الحفظ جداً. وقال ابن حجر عن المنهال بن عمرو: صدوق ربما وهم.
وقال عن عباد الأسدي هو ابن عبد الله كوفي ضعيف اهـ.
لكن ورد من وجه آخر فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥ من طريق حجاج عن المنهال عن زر بن حُبَيْش عن علي قال: إذا تزوجت الحرة على الأمة قسم لها يومين، وللأمة يوماً، وهذا الاسناد أصلح من الأول لأن رواته ثقات سوى حجاج بن أرطاة ضعيف لكن يتقوى بشاهده وأما زر بن حبيش الراوي عن علي فقال عنه ابن حجر في التقريب: ثقة جليل مُخضرم.
ويشهد له ما أخرجه البيهقي ٧/ ٣٠٠ بسنده عن ابن المسيب بمثله وإسناده قوي. وأخرج عن سليمان بن يسار مثل قول علي.
فالخبر عن علي حسن لا أقل من ذلك.
وقد قال المصنف الكمال: احتج أحمد بن حنبل بقضاء علي هذا.
قلت: وجاء في كتاب العدة شرح العمدة ص ٤٠٣ في فروع الحنابلة ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين لما روى الدارقطني عن علي فذكره وقال: احتج به الإمام أحمد رحمه الله.
تنبيه: وقد وهم الألباني في إرواء الغليل ٢٠٢٢ عند هذا الأثر وأخطأ عدة أخطاء.
الأول: نقل عن صاحب منار السبيل قوله: عن علي: لزوجة أمة مع حرة ليلة من ثلاث ليال رواه الدارقطني اهـ.
قال الألباني: ضعيف. أخرجه الدارقطني، والبيهقي عن علي: إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث.

=

. . . .

وتضعيف ابن حزم إياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبي ليلى ليس بشيء لأنهما ثبتان حافظان[1]، وإذا كانت الأمة مدبرّة رجل أو مكاتبته أو أم ولد له فهي كالأمة لقيام الرق فيهن (**قوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها**. وقال الشافعي: **القرعة مستحقة لما روى**) الجماعة من حديث عائشة (**كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه**) فمن خرج سهمها خرج بها معه»[2] مختصراً ومطولاً بحديث الإفك. قلنا ذلك كان استحباباً لتطييب قلوبهن، وهذا لأن مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب، وذلك أنه لم يكن القسم واجباً عليه ﷺ قال تعالى ﴿**ترجي من تشاء منهن وتؤوي إليك من تشاء**﴾ [الأحزاب: ٥١] وممن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة[3]، ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري، وممن آوى عائشة والباقيات رضي الله عنهنّ ولأنه قد يثق بإحداهما في السفر وبالأخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة، أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر

ذلك خلافاً له، وهذه بناء على الأولى لأن الإقراع إذا كان مستحقاً ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الأخرى مثل ذلك ليتحقق العدل، ولكننا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق

(**قوله وهذه بناء على الأولى**) أقول: فيه بحث، فإنهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا في الحضر ورافعته الأخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى، وإنما يؤمر أن يسوي بينهما في المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكنا نقول الخ فليتأمل (**قال المصنف: فكذا له أن يسافر بواحدة منهن**) أقول: في صحة التفريع كلام (**قال المصنف: لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله ﷺ أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها**) أقول: قد صرحوا أن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ، فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتأمل لجواز أن يكون جعلها إياه لعائشة رضي الله عنها لعدم وجوب القسم.

= ثم ضعفه بعباد الأسدي وابن أبي ليلى وقال: وخالفه حجاج فرواه عن علي: إذا تزوجت الحرة على الأمة قسم لها يومين وللأمة يوماً اهـ.

قلت: الخطأ الأول للألباني أنه لم ينبه على أن عبارة صاحب منار السبيل وقعت سهواً منه ألا ترى في قول علي ثلثان وثلث يساوي قوله: يومان ويوم.

فكان عليه أن ينبه على ذلك الشيء الثاني: ظن أن الرواية الثانية تعارض الأولى وليس كذلك بل أخرجه البيهقي وبوب به فقال: باب الحر ينكح حرة على أمة فيقسم للحرة يومين وللأمة يوماً.

ثم ذكر البيهقي حديث علي وفيه لفظ: الثلثان والثلث وهكذا فهمه صاحب العدة من الحنابلة كما ذكرت آنفاً وكذا صاحب الهداية والكمال بن الهمام وغيرهم. ولعل ذلك بسبب عدم اهتمام الألباني بالفقه.

الشيء الثالث: لما ظن تعارض الروايتين حكم بضعفه عن علي. اهـ فتدبر.

(١) أما تضعيف ابن حزم له فمردود لأنه له طريقاً آخر كما ذكرت آنفاً.

وأما قول الكمال: المنهال وابن أبي ليلى ثقتان. فغير سديد أيضاً. وأظن الكمال ذهب نظره إلى عبد الرحمن بن أبي ليلى فهو ثقة ثبت لكن طبقته أعلى فهو عاصر الصحابة.

أما ههنا فهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وتقدم كلام ابن حجر عنه في التقريب أنه: صدوق سيء الحفظ جداً. فكيف يكون ثبتاً.

وأما المنهال فهو صدوق ربما وهم قاله ابن حجر في التقريب فكيف يكون ثبتاً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٦١ و٢٦٦٢ و٢٨٧٩ و٢٦٣٧ و٤٠٢٥ و٤٦٩٠ و٤١٤١ و٤٧٥٠ و٦٦٦٢ و٦٦٧٩ و٧٣٦٩ و٧٥ ومسلم ٢٧٧٠ وأبو داود ٤٧٣٥ وعبد الرزاق ٩٧٤٨ وأحمد ٦/ ١٩٧ ـ ١٩٤ وابن حبان ٤٢١٢ والبيهقي٧/ ٣٠٢ والطبراني في الكبير ٢٣/ ١٣٤ و١٣٥ و١٣٩ و١٤٠ و١٤١ و١٤٢ و١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و١٤٦ وأبو يعلى ٤٩٢٧ و٤٩٣٣ و٤٩٣٥ من عدة طرق كلهم من حديث عائشة في خبر الإفك الطويل عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها رسول الله ﷺ معه . . . الحديث ورواه البخاري مطولاً ومُنَجَّماً.

(٣) هذا الأثر. ذكره السيوطي في الدر المنثور ٥/ ٢١١ وقال: أخرج ابن سعد، وابن أبي شيبة، وعبد بن حميد، وابن جرير، وابن المنذر، وابن أبي حاتم عند أبي زيد قال: كان معن أرجىء ميمونة، وجويرية، وأم حبيبة، وصفية، وسودة.

وكان معن آوى عائشة، وحفصة، وأم سلمة، وزينب.

وأخرجه ابن مردويه عن مجاهد لكن جعل أم حبيبة من المؤويات اهـ وانظر تفسير الطبري ٢٢/ ١٩.

لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب، وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج؛ ألا يرى أن له أن لا يستصحب

بخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج. وأما قول المصنف: ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة، إذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لأن في ترك السفر بالكل تسوية، بخلاف تخصيص إحداهن، وهذا لأن اللازم التسوية وهو أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائماً، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك. (**قوله وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز**) هذا إذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها في مهرها لتفعل أو تزوّجها بشرط أن يتزوّج أخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوماً فإن الشرط باطل، ولا يحل لها المال في الصورة الأولى فله أن يرجع فيه، وأما إذا دفعت إليه أو حطت عنه مالاً ليزيدها فظاهر أنه لا يلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع في مالها (**قوله لأن سودة بنت زمعة**) بفتحتين (**سألت رسول الله ﷺ أن يراجعها الخ**) هذا يقتضي أنه طلقها. قال محمد: بلغنا عن رسول الله ﷺ «أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدي، فسألته بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه[(١)]» والذي ورد في الصحيحين لا يتعرض له[(٢)]، بل إنها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها، والذي في المستدرك يفيد عدمه، وهو عن عائشة قالت «قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ: يا رسول الله يومي لعائشة، فقبل ذلك منها» قالت عائشة رضي الله عنها: ففيها وفي أشباهها أنزل الله تعالى ﴿**وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح**﴾ [النساء: ١٢٨] الآية[(٣)] وقال صحيح الإسناد، ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة: «أن رسول الله ﷺ طلق سودة، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت: والله ما لي إلى الرجال من حاجة، ولكني أريد أن أحشر في أزواجك، قال: فراجعها وجعل يومها لعائشة» اهـ وهو مرسل[(٤)]. ويمكن الجمع بأنه ﷺ كان طلقها طلقة رجعية فإن الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة، فمعنى قول عائشة رضي الله عنها: فرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ:

فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها، والثالثة أن بعضهن إن رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز، وإن رجعت

---

(١) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢١٦: مفهوم هذا الخبر أنه ﷺ طلق سودة. ولم نجد ذلك في الحديث.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٧: لم أجده هكذا، ولم أقف على أن سودة طلقت في خبر قط إلا ما رواه العطاردي في زيادات السيرة عن حفص بن غياث عن هشام عن عروة أن رسول الله ﷺ طلق سودة وفيه: فراجعها. وهذا مرسل أخرجه البيهقي اهـ.
قلت: هذا الخبر لا شيء. فليس في الصحاح ذكر الطلاق ولا المراجعة بل وقع في مستدرك الحاكم: فَرِقَتْ أن يفارقها. أي خاضت وخبر العطاردي هذا أخرجه البيهقي في سننه ٧/ ٧٥ من طريق العطاردي عن عروة. وهو مرسل. ومع إرساله فيه العطاردي واه لا شيء.
جاء في الميزان ما ملخصه: ضعفه غير واحد وكذبه مُطيَّن اهـ وسيأتي الصحيح.

(٢) صحيح. أخرج البخاري ٥٢١٢ ومسلم ١٤٦٣ وأبو داود ٢١٣٥ وابن ماجه ١٩٧٢ وابن حبان ٤٢١١ والبغوي ٢٣٢٤ والبيهقي ٧/ ٧٤ ـ ٧٥ كلهم من حديث عائشة وكرره البخاري برقم ٢٥٩٣ رووه مع اختلاف يسير فيه: قالت عائشة ما رأيت امرأة أحب إليَّ أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زَمْعة من امرأة فيها حدّة قالت: فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين يومها، ويوم سودة.
قالت النووي في شرح مسلم: المسلاخ بكسر الميم هو الجلد ومعناه: أن أكون أنا هي.

(٣) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٢١٣٥ والحاكم ٢/ ١٨٦ والبيهقي ٧/ ٧٤ كلهم من حديث عائشة.
قال الحاكم: صحيح الاسناد وأقره الذهبي.
قلت: ورجاله ثقات رجال البخاري ومسلم سوى عبد الرحمن بن أبي الزناد فهو من رجال مسلم فالحديث على شرط مسلم وهو من طريق عروة عن عائشة وعلى هذا فالوارد.
عن عروة وهو الآتي ضعيف مخالف لهذا الاسناد القوي.

(٤) هو مع إرساله فيه العطاردي واه لا يحتج به كما تقدم قبل حديثين. والعجب أنه رواه عن عروة أيضاً.
تنبيه: قوله: يوافق ما في الكتاب ـ أي ما في الهداية حيث وقع في حديثه ذكر المراجعة.

واحدة منهن فكذا له أن يساقر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة **(وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز)** لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها» **(ولها أن ترجع في ذلك)** لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط، والله أعلم.

خافت أن يستمر الحال إلى انقضاء العدّة فتقع الفرقة فيفارقها، ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فإنه إنما ذكر في الكنايات اعتدّي، والواقع بهذه الرجعي لا البائن. وفرّع بعض الفقهاء أنها إذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه، وإذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها فإذا صرفته لواحدة تعين. وفرّعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين، وإن كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة. والأظهر عندي أن ليس له ذلك إلا برضا التي تليها في النوبة لأنها قد تتضرر بذلك **(قوله ولها أن ترجع)** قال بعض علماء الحنابلة: ليس لها المطالبة به فإنه خرج مخرج المعاوضة: يعني عن الطلاق، وقد سماه الله تعالى صلحا: يعني قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا﴾** [النساء: ١٢٨] فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق، ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه ولم يكن صلحاً بل من أقرب أسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك اهـ. وهو إنما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول، إذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الإعراض. أما فيما بعده فلا لأنه لم يجب فكيف يسقط؟ فإن قيل: يلزم ثبوت الضرر والمعاداة، قلنا: لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه، فإذا أتلفت ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص، والله سبحانه أعلم.

[فروع نختم بها كتاب النكاح] لا يجوز أن يجمع بين الضرائر إلا بالرضا، ويكره وطء إحداهما بحضرة الأخرى فلها أن لا تجيبه إذا طلب، وله أن يمنعها من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل، وعلى هذا له أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضرّ ونحوه، وله ضربها بترك الزينة إذا كان يريدها وترك الإجابة وهي طاهرة والصلاة وشروطها، إلا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا، ويضربها على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم، وما لم تقع حاجة إلى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج إلى مجلس العلم، وإلا أن يكون أبوها زمناً وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافراً فإن عليها أن تعصي الزوج في المنع، ولو كان له أم شابة تخرج إلى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الأمر إلى القاضي، فإن أذن له بالمنع منعها لقيامه مقامه، والله أعلم.

في ذلك فكذلك وكلامه واضح. وقوله **(لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط)** توضيحه أن الإسقاط إنما يكون في القائم لأن ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعاً لا إسقاطاً فكان بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا، والله تعالى أعلم.

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعي رحمه الله: لا يثبت

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالباً في ابتداء نشأته إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهي من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره إلى آخر أحكامه. قيل: وكان ينبغي أن يذكره في المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه. والحق أنه ذكر في المحرمات ما تتعلق المحرمية به، وإنما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة. والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة، وأنكر الأصمعي الكسر مع الهاء، وفعله في الفصيح من حد علم يعلم، وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولي يذم علماء زمانه: *وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها* ثم قيل: كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله إنما ألفه بعض أصحابه ونسبه إليه ليروّجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه إيراد كلام محمد رحمه الله في جميع كتبه محذوفة التعاليل. وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته، وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك في كتاب النكاح. وهو في اللغة: مصّ اللبن من الثدي، ومنه قولهم لئيم راضع: أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن. وفي الشرع: مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص: أي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **(قوله قليل الرضاع وكثيره سواء إذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم)** وبه قال مالك، أما لو شك فيه بأن أدخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك، وهو كما لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هي فتزوّجها رجل من أهل تلك القرية صح لأنه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة، والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة، وإذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطاً. وقال الشافعي رحمه الله: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة عرفاً. وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله ﷺ «لا تحرّم المصة والمصتان» الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنه أنه ﷺ قال «لا تحرّم المصة

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما أن له أحكاماً جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره. وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وإنبات اللحم كالجزئية بالإعلاق في حرمة المصاهرة، وكما أن الإعلاق أمر خفي وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وإنبات اللحم أمر خفي وله سبب ظاهر وهو الإرضاع فأقيم مقامه، والرضاع بفتح الراء وهو الأصل، وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي. وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص، وهو أن يكون صبياً رضيعاً من ثدي مخصوص وهو ثدي الآدمية في وقت مخصوص على ما نذكر بعد **(وقليل الرضاع وكثيره إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم)** عندنا. وقال الشافعي: لا يثبت الرضاع إلا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها. لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان» والمصة فعل الرضيع والإملاجة فعل المرضع وهو الإرضاع. ووجه الاستدلال به أنه يدل على أن القليل منه غير محرم، وأما أن يكون منحصراً في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل، وفيه نظر لأن من

كتاب الرضاع

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول: يعني شبهة الجزئية.

التحريم إلا بخمس رضعات، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان».

والمصتان[1]» وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت «دخل أعرابيّ على رسول الله ﷺ وهو في بيتي فقال: يا رسول الله إني كانت لي امرأة فتزوّجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت الحدثي رضعة أو رضعتين، فقال ﷺ: لا تحرم الإملاجة والإملاجتان[2]» وأخرج ابن حبان في صحيحه حديثا واحداً عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تحرّم المصة والمصتان ولا الإملاجة والإملاجتان[3]» فقول شارح في قوله ولا الإملاجة والإملاجتان إنه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح. والإملاجة: الإرضاعة، والتاء للوحدة، والإملاج: الإرضاع، وأملجته أرضعته، وملج هو أمه: رضعها، وهذا الحديث لا يصلح لإثبات مذهبه، وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو أن المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الإملاجتان، فنفى التحريم عن أربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشيء. أما أوّلاً فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في أوقات، وأما ثانياً فلأن المصة غير الإملاجة، فإن المصة فعل الرضيع، والإملاجة الإرضاعة فعل المرضعة. فحاصل المعنى أنه ﷺ نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها، وعلى هذا فالتحقيق أنه لا يتأتى حديثاً واحداً لأن الإملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع، فنفي تحريم الإملاج نفي تحريم لازمه، فليس الحاصل من «لا تحرم الإملاجتان» إلا لا تحرم لازمهما: أعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد إلا المصتان لا الأربع. فإن قلت: فقد ذكرت آنفاً حديثاً واحداً في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضي الله عنه. قلت: يجب كون الراوي وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه ﷺ التي سمعها منه في وقتين كأنه قال: قال ﷺ «لا تحرّم المصة ولا المصتان» وقال أيضاً «لا تحرّم الإملاجة ولا الإملاجتان[4]» وقيل بطريق آخر وهو أنه ناف لمذهبنا

أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات، ولو تمسك بحديث عائشة «كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله ﷺ» كان أدل على المطلوب، لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله ﷺ بضعفه لأنه لا نسخ بعده، ولنا قوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من

قال المصنف (لقوله ﷺ «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة» الحديث) أقول: الإملاجة: الإرضاعة، والتاء للوحدة (قوله لكن

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٥٠ بهذا اللفظ وأبو داود ٢٠٦٣ والترمذي ١١٥٠ والنسائي ٦/ ١٠١ وابن ماجه ١٩٤١ والدارقطني ٤/ ١٧٢ ـ ١٨٠ والبيهقي ٧/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥ وأحمد ٦/ ٣١ ـ ٩٥ ـ ٩٦ ـ ٢١٦ من عدة طرق كلهم عن عبد الله بن الزبير عن عائشة مرفوعاً هكذا باختصار وأخرجه ابن حبان ٤٢٢٧ عن عروة عن عائشة مرفوعاً.

تنبيه: ذكر المصنف في مقدمة هذا الحديث: رواه مسلم في حديثين صدره ـ ثم قال عقبه: وآخره. ثم ذكر حديث أم الفضل.

قلت: ولا يخفى أن في العبارة ركاكة لأنه إن قال في حديثين.

فينبغي أن يقول: صدرهما بدل: صدره ـ وآخرهما بدل: آخره.

ثم إن القارىء قد يتوهم أنهما في حديث واحد معاً. وليس كذلك.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٥١ ح ١٨ والنسائي ٦/ ١٠٠ ـ ١٠١ وابن ماجه ١٩٤٠ والدارمي ٢١٦٩ والدارقطني ٤/ ١٨٠ والبيهقي ٧/ ٤٥٥ وأحمد ٦/ ٣٣٩ ـ ٣٤٠ وابن حبان ٤٢٢٩ كلهم من حديث أم الفضل.

(٣) حسن أخرجه ابن حبان ٤٢٢٦ وابن عدي ٦/ ٢٢٠٥ وعلقه الترمذي بإثر حديث ١١٥٠ كلهم من حديث ابن الزبير عن أبيه مرفوعاً بهذا اللفظ. ومداره على محمد بن دينار.

قال الترمذي: زاد فيه ابن دينار: الزبير وهو غير محفوظ والصحيح ابن الزبير عن عائشة عن النبي ﷺ.

وقال الحافظ المزي في التحفة ٤/ ٣٢٨: لم يتابع محمد بن دينار الطاحي على هذا الحديث بذكره الزبير. وباقي رجاله ثقات.

وقال ابن حجر في التقريب عن الطاحي: صدوق سيء الحفظ، وتغير قبل موته. اهـ. فالحديث عن الزبير ضعيف والمحفوظ عن عائشة ومع ذلك ليس ببعيد كون عبد الله سمعه من أبيه الزبير فالحديث حسن في الجملة.

(٤) هو المتقدم.

. . . .

فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فإنه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث، قالوا: المحرّم ثلاث رضعات، اللهم إلا أن لا يعتبر قولهم، وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة إلى وجهه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرّمن، فتوفي النبي ﷺ وهنّ فيما يقرأ من القرآن[1]» قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى إن من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم إلا على إرادة نسخ الكل وإلا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض، وإلا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ، فدار الأمر بين الحكم ينسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض: ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله ﷺلم تثبته الصحابة رضي الله عنهم، وإذا بطل التمسك به وإن كان إسناده صحيحاً لانقطاعه باطناً وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث. وما روي عنها أنه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات ﷺ تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ: يعني كان مكتوباً ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن[2]، وإلا فالقرآن، لا تجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده ﷺ،

. . . .

قولها مما يتلى بعد رسول الله ﷺ يضعفه لأنه لا نسخ بعده) أقول: قال الرافعي في شرح الوجيز: وحمل ذلك على قراءة حكمهما انتهى، يعني قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله ﷺ محمول على قراءة الحكم، وبه يندفع ما ذكره الشارح.

---

(١) صحيح غريب. أخرجه مالك ٢/ ٦٠٨ ومن طريقه الشافعي ٢/ ٢١ ومسلم ١٤٥٢ ح ٢٤ وأبو داود ٢٠٦٢ والترمذي بإثر حديث ١١٥٠ والنسائي ٦/ ١٠٠ والدارمي ٢١٧٠ وابن حبان ٤٢٢١ والبيهقي ٧/ ٤٥٤ كلهم من طريق مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة.

وتوبع مالك وشيخه فقد أخرجه مسلم ١٤٥٢ ح ٢٥ والشافعي ٢/ ٢١ والبيهقي ٧/ ٤٥٤ من طرق عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن عمرة به.

قال ابن حجر في التقريب: عمرة الأنصارية أكثرت عن عائشة ثقة روى عنها الجماعة.

تنبيه: بقي أن أنبه على أن لفظ يحيى بن سعيد الأنصاري عن عمرة عن عائشة أرجح من حديث ابن حزم عن عمرة وإليك بيانه قال مسلم: حدثنا القَعْنَبي حدثنا سليمان بن بلال عن يحيى وهو ابن سعيد عن عمرة أنها سمعت عائشة تقول وهي تذكر الذي يحرم من الرضاعة قالت عمرة: فقالت عائشة: نزل في القرآن عشر رضعات معلومات، ثم نزل أيضاً خمس معلومات.

وحدثناه محمد بن المثنى حدثنا عبد الوهَّاب قال: سمعت يحيى قال: أخبرتني عمرة أنها سمعت عائشة تقول مثله اهـ.

قلت: فلم يذكر يحيى في روايته: فتوفي رسول الله ﷺ وهنَّ فيما يقرأ من القرآن.

ورواية يحيى هي المقدمة لأن يحيى أثبت وأفقه في الحديث من ابن حزم وفيه أيضاً ذكر سماع الرواة منه وهو يقول: أخبرتني وعمرة تقول: سمعت عائشة.

وليس في رواية ابن حزم ذكر السماع في كل طرقه.

على أن حديث ابن حزم فيه غرابة.

لذا جاء في حاشية نصب الراية ٣/ ٢١٨ نقلاً عن المختصر ص ٢٠٣ فإن قيل: في حديث عائشة توفي رسول الله ﷺ وهنَّ معاً يقرأ من القرآن.

والجواب: أن هذا معاً رواه عبد الله بن أبي بكر بن حزم وقد خالفه القاسم ويحيى وهما أولى بالحفظ منه لو استوى معهما، فكيف وهما أعلى منه في الحفظ والعلم، مع أنه محال لأنه يلزم أن يكون بقي من القرآن ما لم يجمعه الراشدون المهديون، ولو جاز ذلك لاحتمل أن يكون ما أثبتوه فيه منسوخاً، وما قصروا عنه ناسخاً فيرتفع فرض العمل به، ونعوذ بالله من هذا القول وقائليه مع أن جلّة الصحابة على التحريم بقليل الرضاع وكثيره.

منهم: علي، وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر اهـ.

راجع مشكل الآثار للطحاوي ٣/ ٦.

الخلاصة: لم يتابع ابن حزم على زيادته، وخالفه من هو أحفظ منه، وأثبت، وأتقن، فحديثه غريب، والمحفوظ حديث الأنصاري. وإلا يكون الروافض لهم حجة في أن القرآن غير تام، وأن الصحابة غيَّروا فيه وبدلوا، نعوذ بالله أن نكون من الجاهلين.

(٢) جاء في تفسير الكشاف للزمخشري ٣/ ٥١٨ في أول سورة الأحزاب ما نصه: وأما ما يحكى أن تلك الزيادة كانت في صحيفة في بيت عائشة فأكلتها الداجن فمن تأليفات الملاحدة، والروافض اهـ.

=

. . . .

قال تعالى ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾ [الحجر: ٩] وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون السخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا مما لا جواب عنه فليس بشيء، لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل، وإلا فالأصل أن نسخ الدالّ يرفع حكمه، وأما ما نظر به من «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما[1]» فلولا ما علم بالسنة والإجماع لم يثبت به وإذا احتاج إلى ثبوت كون المحرّم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتاً له فالدليل عليه مستأنف، وما ذكر له أولاً قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلاث أظهر من متمسكه في الخمس ونحن إلى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر؟ نعم أحسن الأدلة له حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت «جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه، فقال ﷺ: أرضعي سالماً خمساً تحرمي بها عليه[2]» إلا أن مسلماً لم يذكر عدداً، وكذا السنن المشهورة، بل نقل في مسند الشافعي رحمه الله مخالفاً لها على ما فيه. والجواب أن التقدير مطلقاً منسوخ صريح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له: إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم، فقال: كان ذلك ثم نسخ[3] وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال: آل أمر الرضاع إلى

. . . .

= وتعقبه ابن حجر في الشافِ الكاف فقال: راويها ثقة غير متهم قال إبراهيم الحربي في الغريب: حدثنا هرون بن عبد الله أن الرجم أنزل في سورة الأحزاب مكتوباً في خوصة في بيت عائشة، فأكلتها شاتها.

وروى أبو يعلى، والدارقطني، والبزار، والطبراني، والبيهقي في المعرفة كلهم من طريق ابن إسحاق عن عبد الله بن أبي بكر عن عائشة، وعن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة.

قال ابن حجر: وكأن المصنف فهم من هذه الزيادة ثبوت ما تدعيه الروافض أن القرآن ذهب منه أشياء وليس بلازم بل هذا معاً نسخت تلاوته وبقي حكمه، وأكل الدواجن لها وقع بعد النسخ اهـ.

والجواب: قول ابن حجر راويها ثقة. ثم ذكر إبراهيم الحربي عن هارون اهـ وهذا منقطع لا حجة فيه لأن إبراهيم الحربي من المتأخرين وشيخه دون التابعين وتابعيهم.

وأما رواية ابن إسحاق فلا حجة فيها لأنه مدلس، وقد عنعنه فخبره ضعيف ولم يتابع عليه، وما ذهب إليه الزمخشري قريب محتمل والله تعالى أعلم.

(١) حسن. أخرج عبد الرزاق ١٣٣٦٣ والطيالسي ٥٤٠ وعبد الله بن أحمد في زيادات المسنده ٥/ ١٣٢ وابن حبان ٤٤٢٨ و٤٤٢٩ والبيهقي ٨/ ٢١١ كلهم من رواية عاصم بن أبي النجود عن زر بن حُبَيْش عن أبي بن كعب قال: كانت سورة الأحزاب توازي سورة البقرة، فكان فيها: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله ورسوله.

وعاصم صدوق له أوهام وباقي الإسناد ثقات.

لكن يشهد لذلك ما جاء في البخاري ومسلم عن عمر قام خطيباً، فحمدالله، وأثنى عليه ثم قال: أما بعد أيها الناس، فإن الله بعث محمداً بالحق، وانزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم، فقرأناها، ووعيناها، فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده.. الخبر. وهو في الموطأ ٢/ ٨٢٤ وانظر تفسير ابن كثير ٣/ ٢٧١ ـ ٢٧٢ وسيأتي في الحدود.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٥٣ وأبو داود ٢٠٦١ والنسائي ٦/ ١٠٥ ـ ١٠٤ وعبد الرزاق ١٣٨٨٤ والحميدي ٢٧٨ وابن ماجه ١٩٤٣ وابن حبان ٤٢١٣ والبيهقي ٧/ ٤٥٩ والطبراني في الكبير ٦٣٧٣ و٦٣٧٤ و٦٣٧٦ وأحمد ٦/ ٣٥٦ـ ٣٨ـ ٣٩ ـ ٢٠١ من طرق كلهم عن القاسم عن عائشة قالت: جاءت سهلة بنت سُهيل إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفة فقال النبي ﷺ: أرضعيه.

وتابع القاسم على هذه الرواية زينب بنت أم سلمة وفيه: أرضعيه. فقالت: إنه ذو لحية فقال: أرضعيه يذهب ما في وجه أبي حُذيفة فقال: والله ما عرفته في وجه أبي حذيفه. هذه ألفاظ مسلم وغيره وأما سياق المصنف الكمال فهو عند الشافعي في مسنده ٢/ ٢٢ بمثله عن مالك عن الزهري عن عروة مرسلاً.

ورواه مالك في الموطأ ٢/ ٦٠٥ ومن طريقه الشافعي ٢/ ٢٣ كلاهما عن الزهري عن عُرْوة مطولاً وفيه: أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها الحديث.

ووقع عند الشافعي: فيما بلغنا فذكر فيه الخمس. وعروة لم يذكر عائشة في ذكر الخمس. وهو عند مسلم وغيره دون ذكر الخمس.

(٣) أثر ابن عباس هذا لم أجده. وقد ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٤٥٩ عن ابن أبي شيبة بسنده عن طاوس عن ابن عباس.

قال: المرة الواحدة تحرم اهـ لكن في إسناده حجاج وهو ضعيف.

لكن توبع فقد نقل ابن التركماني عن البيهقي في المعرفة من وجه آخر عن ابن عباس: أن قليل الرضاعة وكثيرها يحرم في المهد.

ولنا قوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ الآية، وقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» من غير فصل، ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق

أن قليله وكثيره يحرّم[1]. وروي عن ابن عمر أن القليل يحرم، وعنه أنه قيل له: إن ابن الزبير رضي الله عنه يقول: لا بأس بالرضعة والرضعتين، فقال: قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير، قال تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾[2] [النساء: ٢٣] فهذا إما أن يكون ردّ للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل، وهذا ما قال المصنف رحمه الله، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به، ثم الذي يحرم به في حديث سهلة أنه ﷺ لم يرد أن يشبع سالماً خمس شبعات[3] في خمسة أوقات متفاصلات جائعاً لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه؟ هذا محال عادة، فالظاهر أن معدود خمساً فيه المصات، ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيئاً مقداره خمس مصات فيشربه وإلا فهو مشكل. هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضاً كما سيأتي بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾) [النساء: ٢٣] تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما[4] وأما قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[5]» فحديث في الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو أن الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لا يتحقق بأدنى شيء. أجاب بأن ذلك حكمة لأنه خفي والأحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع، فلو قال: الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به. قلنا: ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده، فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها. والحق أن الرضاع وإن قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقاً مظنة بالنسبة إلى الصغير. وقولنا قول جمهور الصحابة منهم عليّ وابن مسعود، وأسند الرواية عنهما به النسائي[6] وابن عباس رضي الله عنهما وجمهور التابعين[7]» هذا والأولى أن يقال

الرضاع ما يحرم من النسب» من غير فصل: يعني في الكتاب والسنة، والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على ما عن (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب: سؤال مقدر تقديره: تحريم الرضاع باعتبار إنشار العظم

---

(١) موقوف حسن. أخرجه البيهقي عن النخعي عن شريح القاضي وأخرجه الدارقطني ٤/ ١٧١ عن مجاهد عن علي، وابن مسعود قالا فذكره وهو منقطع مجاهد لم يدركهما، لكن يعتضد بما روى البيهقي فالخبر عنهما قوي. وهو عند النسائي ٦/ ١٠١ عن شريح.

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٥٨ عن ابن عمر بإسناد حسن رجاله ثقات وكرره من وجه آخر وإسناده قوي.

(٣) هذا سياق الشافعي ومالك وقد تقدم قبل الآثار الثلاثة.

(٤) أي فهم ابن عمر من الآية يُحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٤٦ و٣١٠٥ ومسلم ١١٤٤ وأبو داود ٢٠٥٥ والترمذي ١١٤٧ والنسائي ٦/ ٩٨ ـ ٩٩ والدارمي ٢١٦٥ و٢١٦٦ و٢١٦٧ وابن ماجه ١٩٣٧ وابن الجارود ٦٨٧ وابن حبان ٤٢٢٣ ومالك ٢/ ٦٠٧ والشافعي ٢/ ١٩ ـ ٢٠ وأحمد ٦/ ٤٤ ـ ٥١ ـ ١٧٨ والبيهقي ٧/ ١٥٩ ـ ٤٥١ من طرق عدة كلهم من حديث عائشة رووه مطولاً ومختصراً وفيه: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة. هذه رواية الأكثر وكرره البخاري ٥٠٩٩ وفي الباب عن جابر بن زيد قال: قال النبي ﷺ في ابنة حمزة: لا تحل لي يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب هي ابنة أخي من الرضاعة ـ أي حمزة هذا عند النسائي ٦/ ١٠٠ وأخرجه البخاري ٥١٠١ وابن ماجه ١٩٣٨ وأحمد ١/ ٢٧٥ ـ ٢٩٠ ـ ٣٢٩ ـ ٣٣٩ ـ ٣٤٦ كلهم من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس به وكذا مسلم ١٤٤٧.

(٦) تقدم قبل قليل موقوفاً عليهما.

(٧) جاء في الجوهر النقي ٧/ ٤٥٨ قلت: ذكر صاحب الاستذكار أي ابن عبد البر أنه قول علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وابن المسيب والحسن ومجاهد وعروة وعطاء وطاووس ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد وأبي حنيفة ومالك وأصحابهما والثوري والليث والأوزاعي والطبري وقال الليث: أجمع المسلمون على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المدة. قال ابن عبد البر: لم يقف الليث على الخلاف في ذلك اهـ بن التركماني.

فهذا يدل على أنه قول الجمهور حقا والله تعالى أعلم.

الحكم بفعل الإرضاع، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به، وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا سنتان) وهو قول الشافعي رحمه الله.

للبعضية لأن الحرمة لشبهة البعضية وإقامة السبب مقام المسبب إنما هي حرمة المصاهرة، أما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة، لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها: أي ما يئول إلى الجزئية. وينبغي أن يكون الرضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي إذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: سنتان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، وقال زفر: ثلاثة أحوال، وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر، وفي أخرى شهران، وفي أخرى ما دام محتاجا إلى اللبن غير مستغن عنه. وقال بعضهم: لا حد له للإطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر، وعن بعضهم إلى خمس عشرة سنة، وقال آخرون إلى أربعين سنة، ولا عبرة بهذين القولين (قوله لأن الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله. وحاصله أنه لا بد من مدة يتعوّد فيها الصبي غير اللبن لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعوّد فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحوّل من حال إلى حال لاشتماله على الفصول الأربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين: أي في دليل أبي حنيفة رحمه الله. ولهما قوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف: ١٥] ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان. وقال ﷺ «لا رضاع بعد حولين» رواه الدارقطني عن ابن عباس يرفعه هكذا «لا رضاع إلا ما كان من حولين[1]» وظاهر أن المراد نفي الأحكام وقال: لم يسنده عن ابن عيينة إلا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اهـ. وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد، وروي موقوفاً على ابن عباس رضي الله عنهما بلا ريب، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على ابن

وإنبات اللحم وليس ذلك في القليل. وتقرير الجواب الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع. وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم إما مردود بالكتاب لأن العمل به أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله أو منسوخ إن كان بعده. والإنشار بالراء: الإحياء، وفي التنزيل ثم إذا شاء أنشره ومنه «لا رضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم» أي قوّاه وشدّه كأنه أحياه، ويروى بالزاي كذا في المغرب. قوله (وينبغي أن يكون في مدة الرضاع) ظاهر.

وقوله (لأن الحول حسن للتحوّل من حال إلى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع، ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين: يعني في وجه قول أبي حنيفة: فتقدر، أي الزيادة به: أي بالحول. ولهما قوله تعالى وحمله ﴿وفصاله ثلاثون شهراً﴾ ووجه الاستدلال ما ذكره أنه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهراً، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان.

(قال المصنف: لما نبين فيقدر به) أقول: بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول: بل لا احتمال لتلك الدلالة وإلا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال.

---

(١) الصواب وقفه. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٧٤ والبيهقي ٧/ ٤٦٢ وابن عدي ٧/ ١٠٣ كلهم من حديث ابن عباس مرفوعاً.
قال ابن عدي: هذا يعرف بالهيثم بن جميل عن ابن عيينة مسنداً، وغيره يوقفه على ابن عباس، والهيثم كان يسكن أنطاكية ويقال: هو البغدادي، ويغلط الكثير على الثقات كما يغلط غيره، وأرجو أنه لا يتعمد الكذب.
ونقل البيهقي كلام ابن عدي وقال: الصحيح موقوف.
وأخرجه الدارقطني ٤/ ١٧٣ ـ ١٧٤ والبيهقي ٧/ ٤٦٢ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما كما في نصب الراية ٣/ ٢١٩ من طرق عدة عن ابن عباس موقوفاً، من طريق الزهري وابن عيينة وقال الزيلعي ما ملخصه: وقال صاحب التنقيح ـ ابن عبد الهادي: الهيثم بن جميل وثقه أحمد وغير واحد إلا أنه وهم في رفع الحديث، والصحيح وقفه هكذا رواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة اهـ.
قال الزيلعي: وكذا معمر عن ابن عيينة رووه موقوفاً اهـ.
وأخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٠٢ عن ثور بن زيد عن ابن عباس موقوفاً ومن طريق البيهقي ٧/ ٤٦٢.
وقال الزيلعي ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على ابن مسعود، وعلي.

وقال زفر: ثلاثة أحوال، لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال، ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به. ولهما قوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان. وقال النبي عليه الصلاة والسلام «لا رضاع بعد حولين» وله هذه الآية. ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين، إلا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره،

مسعود وعليّ[1] والدارقطني على عمر[2] وأظهر الأدلة لهما قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة: ٢٣٣] فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام. ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية. ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها لكل، أو على شخص فيقول لفلان على عليّ ألف درهم وعشرة أقفزة إلى سنة فصدقه المقر له في الأجل، فإذا مضت السنة يتم أجلهما جميعاً إلا أنه أقام المنقص في أحدهما: يعني في مدة الحمل، وهو قول عائشة رضي الله عنها: «الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل» وفي رواية: «ولو بقدر ظل مغزل» ومثله مما لا يقال إلا سماعاً لأن المقدرات لا يهتدي العقل إليها وسنخرّجه في موضعه إن شاء الله تعالى[3]، وروي عن النبي ﷺ «الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين» فتبقى مدة الفصال على ظاهرها، غير أن هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملاً في إطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي أربعة وعشرين، وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد، وكونه بالنسبة إلى شيئين لا ينفي كونه كذلك وهو الممتنع، وإلا لم يمتنع لأنه ما من جمع إلا بالنسبة إلى شيئين. وإشكال آخر وهو أن أسماء العدد لا يتجوز بشيء منها في الآخر، نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الإعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع

وقوله (عليه الصلاة والسلام «لا رضاع بعد حولين» ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعني قوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ (ووجهه ما ذكره أن الله تعالى ذكر شيئين) يعني الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ﴿ثلاثون شهراً﴾ وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الإجل المضروب للدينين مثل أن يقول لفلان عليّ ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة إلى شهرين يكون الشهران أجلاً لكل واحد من الدينين بكماله إلا أنه قام المنقص في أحدهما: يعني الحمل وهو حديث عائشة: «الولد لا يبقى في بطن أمة أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل» فإن قلت: هذا المنقص على تقدير كونه حديثاً يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بأن الكتاب مؤول. فإن عامة أهل التفسير جعلوا الأجل المضروب للدينين متوزعاً عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية، ويؤيده ما روي أن رجلاً تزوّج امرأة فولدت لستة أشهر، فجيء بها إلى عثمان فشاور في رجمها، فقال ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم، قالوا كيف؟ قال: إن الله تعالى يقول ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة شهر وفصاله حولان، فتركها. وإذا لم تكن دلالتها عنى ذلك كذلك لم يلزم التغيير وإنما يلزم إثبات مسئلة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه، ولأنه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن ويحصل تغير إبقاء لحياته، وذلك أي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك، وهذا هو الذي وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما في العنين، وقدرناه بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء الجنين

(قوله وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول: يعني إذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه) أقول: إمكان الإثبات لا يكون إلا بإمكان الحمل على ذلك المعنى، وذلك منتف.

---

(١) الوارد عن علي تقدم في الذي قبله. وأما عن ابن مسعود فقد أخرجه أيضاً البيهقي ٧/ ٤٦٢ وكذا مالك في الموطأ عن يحيى الأنصاري مرسلاً عن ابن مسعود.
قال البيهقي: وإن كان مرسلاً فله شواهد عنه ثم أسنده عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود مرسلاً لكن مرسلات النخعي صحيحة.
(٢) موقوف صحيح. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٧٤ والبيهقي ٧/ ٤٦٢ كلاهما عن عمر موقوفاً وإسناده صحيح ورجاله ثقات.
(٣) سيأتي تخريجه إن شاء الله.

ولأنه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعوّد الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم، والحديث محمول على مدة الاستحقاق، وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب. قال **(وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم)** لقوله عليه الصلاة

سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين، ومما ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق، إلا أنه يقتضي أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية، وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقاً ومختار طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضي أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول. ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى **﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾** [البقرة: ٢٣٣] الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهنّ﴾**[البقرة: ٢٣٣] فإن الفائدة في جعله نفقتها من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره إيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة، ومن قوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة﴾** [الطلاق: ٧] الآية ولأن نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية، بخلاف اعتبارها نفقة الظئر[1] ويكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة لها باعتبارها ظئر غير زوجة لا تكون إلا أجرة لها، واللام من **﴿لمن أراد﴾** متعلق بيرضعن: أي يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين، وإذا كانت الواو من **﴿وعلى المولود له﴾** للحال من فاعل **﴿يتم﴾** كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين، وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوباً إليه وأن النسبة إلى الآباء. والحاصل حينئذ: يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة، وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقاً بالحولين، بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع، ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى **﴿فإن أرادا فصالا﴾** [البقرة: ٢٣٣] عطفاً بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما. وقد يقال: كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين، فأين الدليل على انتهائها لستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم. وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود فيها غير اللبن قليلاً قليلاً لتعذر نقله دفعة. فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعاً فليس بلازم مما ذكر من الأدلة، ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما، فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع، فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي، وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر، وحينئذ فقوله تعالى

يغاير غذاء الرضيع، فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبناً خالصاً، كما أن غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لأن غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطم اللبن مرة والطعام أخرى لأنه يفطم تدريجاً، فكان الحاصل أنه لا بد من تغيير الغذاء لستة أشهرٍ فلا بد من ستة أشهر. وقوله والحديث محمول: يعني قوله عليه الصلاة والسلام «لارضاع بعد حولين» محمول على مدة الاستحقاق، وأبهم المصنف الاستحقاق لأن بعضهم قال: المراد من: لا رضاع بعد حولين: لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين. وقال بعضهم: نفي استحقاق الأجرة، وكثير منهم قالوا: إن مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام «لا رضاع» لنفي الجنس، وعينه قد توجد بعد حولين، فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة، وعليه: أي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب: يعني قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ بدليل قوله تعالى بعده ﴿فإن أرادا فصالاً عن تراض﴾ فإنه ذكر بحرف الفاء معلقاً له بالتراضي، ولو كان الرضاع بعده حراماً لم يعلق به لأنه لا أثر للرضا في إزالة المحرم شرعاً **(قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم)** سواء فطم أو لم يفطم، وإذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام إلا في رواية عن أبي

---

(١) الظئر: بهمزة ساكنة الناقة تعطف على ولد غيرها ومنه قيل للمرأة الأجنَبية تحضن ولد غيرها: ظئر. وللرجل الحاضن، ظئر اهـ مصباح.

والسلام «لا رضاع بعد الفصال» ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به.

﴿فإن أرادا فصالاً عن تراض منهما وتشاور﴾ [البقرة: ٢٣٣] المراد منه قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولاً فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه. وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث أنه فطام بل إن كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أو لم يفطم، حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافاً لمن قال بالتحريم أبداً للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به، وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها فكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمساً[(١)]، ولحديث سهلة المتقدم[(٢)]. والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي ﷺ والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه. فمنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله ﷺ «لا رضاع إلا ما كان من حولين[(٣)]» وقدمنا تخريجه مرفوعاً وموقوفاً على ابن عباس وعليّ وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين، وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام «لا رضاع بعد الفصال[(٤)]» والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبت هويته بعده، وما في الترمذي من حديث أم سلمة أنه ﷺ قال «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام[(٥)]» قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشر العظم[(٦)]» يروى بالراء المهملة: أي أحياه. ومنه قوله تعالى ﴿ثم إذا شاء

حنيفة، حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل أن تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه، وما في الكتاب ظاهر، ومن الناس من سوّى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثاً بظواهر النصوص وهو فاسد لأن المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعاً لا محالة والكبير لا يسمى رضيعاً. روى أن أبا موسى الأشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة، ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال: أترون هذا الأشمط رضيعاً فيكم؟ فلما بلغ أبا موسى قال: لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم. وقد اتفقت

(قوله والكبير لا يسمى رضيعاً الخ) أقول: قد سبق أن الرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي مطلقاً، ولا نسلم أنه يقتضي رضيعاً بل راضعاً ويطلق على الكبير في اللغة الراضع، يقال لئيم راضع، أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه مالك ٢/ ٦٠٣ ومن طريقه الشافعي ٢/ ٣٢ وكذا البيهقي ٧/ ٤٥٧ كلهم عن نافع عن سالم بن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق فقالت: أرضعيه عشر رضعات، حتى يدخل علي قال سالم: فأرضعتني ثلاث رضعات، ثم مرضَتْ، فلم ترضعني غير ثلاث، فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات.
وأخرج مالك ٢/ ٦٠٣ والشافعي ٢/ ٢٢ عن حفصة أرسلت بعاصم إلى أختها فاطمة. بنحوه خبر عائشة.

(٢) خبر سهلة تقدم وهو خبر سالم مولى أبي حذيفة.

(٣) تقدم قبل قليل والصواب وقفه وأما الآثار الآتية. فتقدم أيضاً تخريجها.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الصغير ٩٥٢ والبيهقي ٧/ ٤٦١ وابن عدي في الكامل ٢/ ١٢٢ كلهم من حديث علي وإسناده ضعيف.
قال ابن عدي. هذا الحديث رواه جماعة عن عبد الرزاق فمنهم من قال: عن معمر عن جويبر، ومنهم من قال: الثوري عن جويبر، ومنهم من أوقفه، ومنهم من رفعه.
ثم قال في ترجمة جويبر: والضعف على حديثه بيِّن.
وأخرجه ابن عدي ٣/ ٣٨٥ من حديث جابر وفي إسناده سعيد بن المرزبان قال يحيى: ليس بشيء، ولا يكتب حديثه.

(٥) حسن. أخرجه الترمذي ١١٥٢ بهذا اللفظ وابن حبان ٤٢٢٤ دون آخره كلاهما من حديث أم سلمة.
وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ واحتج به ابن حبان حيث قال: ذكر الخبر الدال على أن الرضعة والرضعتين لا تحرمان اهـ.
وإسناده حسن رجاله ثقات وشاهده الآتي.

(٦) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٠٦٠ والبيهقي ٧/ ٤٦٠ ـ ٤٦١ والدارقطني ٤/ ١٧٢ ـ ١٧٣ وأحمد ١/ ٤٣٢ كلهم من حديث ابن مسعود وعنه الهلالي وعنه ابنه أبو موسى الهلالي. قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٤: في إسناده أبو موسى الهلالي عن أبيه وهما مجهولان اهـ.
قلت: ولذا أخرجه أبو داود أيضاً ٢٠٥٩ عن ابن مسعود موقوفاً وزاد في إسناده عن الهلالي عن ابن لعبد الله بن مسعود. وهذا يعني أن الحديث المرفوع فيه انقطاع بين الهلالي وابن مسعود.

ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة؟ فقيل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي. قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم

أنشره﴾ [عبس: ٢٢] وبالزاي: أي رفعه وبزيادة الحجم يرتفع. وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «دخل عليّ رسول الله ﷺ وعندي رجل، فقال: يا عائشة من هذا؟ قلت: أخي من الرضاعة، فقال: يا عائشة انظرن من إخوتكن فإن الرضاعة من المجاعة[١]» يعني اعرفن إخوتكن لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر. فإن قلت: عرف من أصلكم أن عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ، وحديث الصحيحين وهو قوله «إنما الرضاعة من المجاعة[٢]» روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوماً بنسخ كون رضاع الكبير محرماً. قلنا: المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الأمر ظاهراً لأن الظاهر أنه لا يخطىء في ظن غير الناسخ ناسخاً لا قطعاً. فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك أنه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لأن ذلك ما كان إلا لإحسان الظن بنظره، فأما إذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه. وفي الموطإ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد أن رجلاً سأل أبا موسى الأشعري فقال: إني مصصت عن امرأتي من ثديها لبناً فذهب في بطني، فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك، فقال عبد الله بن مسعود: انظر ما تفتي به الرجل، فقال أبو موسى: فما تقول أنت؟ فقال عبد الله: «لا رضاعة إلا ما كان في حولين» فقال أبو موسى: لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم[٣] هذه رواية الموطإ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لا يكون إلا لذكره للناسخ له أو لتذكره عنده، وغير عائشة من نساء النبي ﷺ يأبين ذلك ويقلن: لا نرى هذا من رسول الله ﷺ إلا رخصة لسهلة خاصة[٤]، ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فحكمن بأن ذلك خصوصية. وقيل سببه أن عائشة رجعت. وفي الموطإ عن ابن عمر: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال: كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها

الصحابة على هذا. قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» إلا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح. وقوله (إلا أم أخته من الرضاع) جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٠٢ ومسلم ١٤٥٥ والدارمي ٢١٧٣ وأحمد ٦/ ٩٤ ـ ١٣٨ ـ ١٧٤ ـ ٢١٤ كلهم من حديث مسروق عن عائشة. وقع في مسلم: إخوتكنّ. ورواية البخاري والدارمي: إخوانكنّ وكذا أبو داود ٢٠٥٨.

ولفظ البخاري: عن عائشة: أن النبي ﷺ دخل عليها، وعندها رجل، فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك فقالت: إنه أخي فقال: انظرن ما إخوانكنّ، فإنما الرضاعة من المجاعة.

قال ابن حجر في الفتح ٩/١٤٨: فيه تعليل الباعث على إمعان النظر، والفكر لأن الرضاعة تثبت النسب، وتجعل الرضيع محرماً.

وقوله: من المجاعة ـ أي الرضاعة التي تثبت بها الحرمة وتحل بها الخلوة هي حيث يكون الرضيع طفلاً لِسَدِّ اللبن جوعته لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن، وينبت بذلك لحمه، فيصير كجزء من المرضعة، فيشترك في الحرمة مع أولادها. فكأنه قال: لا رضاعة معتبرة إلا المغنية عن المجاعة، أو المطعمة من المجاعة اهـ ابن حجر.

(٢) هو المتقدم.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٦٠٧ وأبو داود ٢٠٥٩ والبيهقي ٧/ ٤٦٠ ـ ٤٦١ والدارقطني ٤/ ١٧٣ كلهم عن ابن مسعود بهذا الخبر واللفظ لمالك والبيهقي والدارقطني وهو عند مالك فيه إرسال لأن يحيى الأنصاري لم يدرك أبا موسى لكن وصله الدارقطني، والبيهقي من أكثر من وجه وكذا عند أبي داود موصول إلا أنه اختصره، ومع ذلك فالقصة واحدة.

(٤) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مسلم ١٤٥٤ وابن ماجه ١٩٤٧ والبيهقي ٧/ ٤٦٠ وأحمد ٦/ ٣١٢ كلهم من حديث أم سلمة قالت: أبى سائر أزواج النبي ﷺ أن يُدخِلْنَ عليهنَّ أحداً بتلك الرضاعة، وقلن لعائشة: والله ما نرى هذا إلا رخصة أرخصها رسول الله ﷺ لسالم خاصة، فما هو بداخلٍ علينا أحد بهذه الرضاعة ولا رائينا.

وهو عجز حديث لعروة بن الزبير أخرجه مالك ٢/ ٦٠٥ ـ ٦٠٦ والمراد بسالم: هو مولى أبي حذيفة وتقدم خبره.

من النسب) للحديث الذي روينا (**إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوّجها ولا يجوز**) أن يتزوّج أم أخته (من النسب) لأنها تكون أمة أو موطوءة أبيه، بخلاف الرضاع، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك من

فدخلت عليها فقالت: دونك قد والله أرضعتها، قال عمر: أوجعها وأت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغير[١].
(**قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة**) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم إلا في رواية عن أبي حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذا رضع فيها، رواها الحسن عنه. وفي واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية، أنها تثبت ما لم تمض إقامة للمظنة مقام المئنة، فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (**وهل يباح الإرضاع بعد المدة؟ قيل لا لأنه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به إلا للضرورة**) وقد اندفعت، وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي، وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعاً لوجع العين. واختلف المشايخ فيه، قيل لا يجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد، ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذرة فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع (**قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه**)[٢] وهو بهذا اللفظ (**قوله إلا أم أخته من الرضاع**) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الأم والأخت وبهما من جهة المعنى. فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له. والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له إذا لم تكن هي المرضعة. والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة ولأخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبي تلك الأم، أما من جهة الصناعة فإنما يتعلق بالأم حالاً منه لأن الأم معرفة فيجيء الجار والمجرور حالاً منه لا متعلقاً بمحذوف وليس صفة لأنه معرفة: أعني أم أخته، بخلاف أخته لأن مضاف إليه، وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه، ومثل هذا يجيء في أخت ابنه، ولو قال أخت ولده كان أشمل، فالأول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته، والثاني له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب، والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لأبيه من الرضاعة. وعلل استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه، وكذا في تعليله إخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لأنه لما وطىء أمها حرمت عليه، وإنما اقتصر على هذا بناء على أنها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين أن المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ليفيد أنه إذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد أنه لا حصر فيما ذكر، وقد ثبت كذلك الانتفاء في صور أخرى: الأولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوّج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتاً

للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب، فإنه يجوز له أن يتزوّج أم أخته التي كانت أمها من النسب، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فإنه يجوز له أن يتزوّج أم أخته التي كانت أمها من الرضاعة، وجاز أن يتعلق بهما جميعا، مثل أن يجتمع الصبي والصبية الأجنبيان على ثدي امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فإنه يجوز لذلك الصبي أن يتزوّج أم أخته التي كانت الأم من الرضاعة التي انفردت بها رضيعاً. وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

(**قوله جاز أن يتعلق بالأخت الخ**) أقول: يعني بحسب المعنى وإلا فهو بحسب الصناعة حال من الأم.

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٦٠٦ والبيهقي ٧/ ٤٦١ من طريق مالك عن ابن دينار عن ابن عمر عن عمر. وهذا إسناد كالشمس.
(٢) متفق عليه تقدم.

النسب لأنه لما وطىء أمها حرمت عليه، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع **(وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز**

أو حليلة الابن. الثانية جدّة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أمّ يجوز تزوّجك بالأم لأنها ليست أمك، وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة، وكذا عمة ولدك، لأنها من النسب أختك وليست أختاً من الرضاع، وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخي ولدها وبأبي حفيدها منه ويجدّ ولدها منه وخاله، ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل، وقد جمعت في قوله:

يفـارق النسـب الرضـاع فـي صـور كـأم نـافلـة وجـدة الـولـد
وأم عـم وأخـت ابـن وأم أخ وأم خـال وعمـة ابـن اعتمـد

واستشكل إلحاق أم العم وأم الخال بأنهما إما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب، إلا إن أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه، وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم. ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله، ثم قالت طائفة: هذا الإخراج تخصيص للحديث: أعني «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1]» بدليل العقل، والمحققون على أنه ليس تخصيصاً لأنه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب، وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الأمهات والبنات **﴿وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾** [النساء: ٢٣] فما كان من مسمى هذه الألفاظ متحققاً في الرضاع حرم فيه، والمذكورات ليس شيء منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهي غير متناولة؟ ولذا إذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح، كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منها بنت جاز لكل منهما أن يتزوّج بنت الآخر وإن كانت أخت ولده من النسب. وأنت إذا حققت مناط الإخراج أمكنك تسمية صور أخرى، والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعاً: أعني قوله «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2]» إلا أم أخته الخ، وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الأب والابن من الرضاع بقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» مشكل لأن حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية، فإن المحرّمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفاً كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها فمحرمات بالرضاع والصهرية، ومقتضى الحديث أن من كانت أماً من الرضاعة أو بنتاً أو أختاً أو بنت أخ الخ تحرم، فإثبات تحريم حليلة كل من الأب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الأصلاب في الآية وكونه لإخراج حليلة المتبني لا ينفي أن يكون لإخراج حليلة الأب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لإخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه، بخلاف حرمة الجمع بين الأختين من الرضاع فإن الحديث المذكور يفيد منعه لأنه يحرم من النسب الجمع بين الأختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع. فإن قلت: فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية. فالجواب أن الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النشوء وإنبات اللحم لا مطلق الجزئية، وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة إذ لا إنبات للحم من المنّي المنصب في الرحم لأنه غير واصل من الأعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيئاً فشيئاً حتى لا يبقى منها شيء ولا يستحيل إلى جوهر الإنسان كما يخرج المني ولداً فلا يبقى منه في المرأة شيء استحال إلى جوهرها **(قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من**

. . . .

---

(١) متفق عليه تقدم مراراً.
(٢) متفق عليه تقدم مراراً.

أن يتزوّجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا، وذكر الأصلاب في النص لإسقاط اعتبار التبني على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم، وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للمرضعة) وفي أحد قولي الشافعي: لبن الفحل لا يحرم لأن الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا

الرضاع لا يجوز أن يتزوّجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أي كما لا يجوز تزوّج امرأة أبيه أو ابنه من النسب، كذا لا يجوز تزوّج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع. فإن قيل: ذكر الأصلاب في آية المحرمات يخرجهما. أجيب بأنها نزلت لإسقاط طعنهم بسبب تزوّجه ﷺ زوجة المتبني فالقيد لإسقاط حرمة زوجته. بقي أن يقال: فمن أين يثبت تحريمهما؟ ويجاب بعموم حديث «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1]» وقد علمت ما في الجوابين. ومن فروعهما فرع لطيف: وهو رجل زوّج أم ولده من رضيع ثم أعتقها فاختارت نفسها ثم تزوّجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت إلى الرضيع الذي كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لأن الصغير صار ابناً له، فلو بقي النكاح صار متزوّجاً بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أي في فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من إضافة الشيء إلى سببه (يتعلق به التحريم) يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أباً للرضيع، فلا تحل له إن كانت صبية لأنه أبوها ولا لإخوته لأنهم أعمامها ولا لآبائه لأنهم أجدادها ولا لأعمامه لأنهم أعمام الأب ولا لأولاده وإن كانوا من غير المرضعة لأنهم إخوتها لأبيها ولا لأبناء أولاده لأن الصبية عمتهم، وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوّج أباها لأنه جدها لأمها ولا أخاها لأنه خالها ولا عمها لأنها بنت بنت أخيه ولا خالها لأنها بنت بنت أخته ولا أبناءها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لأنهم إخوتها لأمها. ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتاً لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان من الرضاع لأب، بخلاف ما لو تزوّجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فإنها ربيبة للثاني وبنت للأوّل فيحل تزوّجها بأبناء الثاني، ولو كان المرضع صبياً حل له تزوّجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني، فإذا ولدت من الثاني فإن أرضعت رضيعاً فهو ولد للثاني، وإن حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الأول فما لم تلد اللبن من الأول والرضيع به ولد له عند أبي حنيفة رضي الله عنه تثبت منه الحرمة خاصة، وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين. وقال أبو يوسف: إن علم أن اللبن من الثاني بأمارة كزيادة فهو ولد الثاني، وإلا فهو ولد الأول. وعنه: إن كان اللبن من الأوّل غالباً فهو له، وإن كان من الثاني غالباً فهو للثاني، وإن استويا فلهما، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد، وقد حكى الخلاف هكذا: إن زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الأول عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقاً أنسب بقول محمد رحمه الله فيما إذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها، وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم درّ لها فأرضعت به صبية، فإن لولد زوج المرضعة من غيرها التزوّج بهذه الصبية لأن هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أباها، كما لو لم تلد من الزوج أصلاً ونزل لها لبن فإنه لا يثبت بإرضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لأنها ليست بنته لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه، فإذا انتفت النسبة فكان كلبن البكر، ولبن الزنا كالحلال فإذا أرضعت به بنتاً حرمت على الزاني وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وإن سفلوا.

وقوله (لإسقاط اعتبار التبني) فإن حليلة الابن المتبني كانت حراماً في الجاهلية. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلة ابن الرضاع أو لإسقاطهما جميعاً، وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبني في الإسقاط؟ أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فحملناه على حليلة الابن المتبني لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة. وقوله (ولبن الفحل) من باب إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب اللبن إنما هو الفحل وكلامه واضح. وقوله (عليه الصلاة والسلام لعائشة «ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة») دليل واضح

---

(١) تقدم مراراً.

بعضه. ولنا ما روينا، والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع. وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها: «ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة» ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً (ويجوز أن يتزوّج الرجل بأخت أخيه من الرضاع) لأنه يجوز أن يتزوّج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوّجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى) هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوّج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) لأنه أخوها

وفي التجنيس: من علامة أجناس الناطفي عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس: لا يجوز للزاني أن يتزوّج بالصبية المرضعة ولا لأبيه ولا لأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم، ولعم الزاني أن يتزوّج بها، كما يجوز له أن يتزوّج بالصبية التي ولدت من الزاني لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة، والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم، وإذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا. قال في الخلاصة: وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب. وذكر الوبري أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب حينئذ تثبت من الأب، وكذا ذكر الإسبيجابي وصاحب الينابيع، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن، إذ ليس اللبن كائناً عن منيه لأنه فرع التغذي بخلاف الولد، والتغذي لا يقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة، بخلاف ثابت النسب لأن النص وهو قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1]» أثبت الحرمة منه، وبه يستدل على إبطال قول ضعيف للشافعي أنه لا تثبت الحرمة من الزوج. ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم لأنه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته، ولأنه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه. ولنا النظر المذكور، وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين «أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليّ بعد ما نزل الحجاب وقلت: والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ، وإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعتني امرأة أبي القعيس، فدخل عليّ رسول الله ﷺ

على ذلك، فإن عائشة ارتضعت من امرأة أبي القعيس وكان اسم أخي أبي قعيس أفلح، فلما كانت تلك المرأة أماً لها كان زوجها أباً لها وأخو الزوج عماً لها لا محالة. وروي أنها قالت «يا رسول الله إن أفلح أخا أبي القعيس دخل عليّ وأنا في ثياب فضل، فقال: ليلج عليك فإنه عمك من الرضاعة، فقالت: إنما أرضعتني المرأة لا الرجل، فقال: عمك من الرضاعة» وذلك لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً. فإن قيل: ما قام مقام الشيء في إثبات الحكم إما أن يكون مثل ذلك أو دونه لا محالة، وههنا لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع، فكيف يثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه؟ أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف، وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل، فإن ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به إنبات اللحم، وهو نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجوداً، وإنما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فإنها توهم أن المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم أن المراد ما ينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها، حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها. وليس حل الوطء في الإحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا أن يتزوّج بهذه الصبية ولا لأبيه ولا لابنه ولا لأبناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني. وقوله (ويجوز أن يتزوّج الرجل) واضح. وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة: أي ثدي امرأة واحدة، لأنهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء، وهذا لأن ثبوت هذه

(قوله وكان اسم أخي أبي قعيس أفلح) أقول: أفلح أخو أبي قعيس على ما يشهد عليه كتب الأحاديث وغيرها.

---

(١) تقدم مراراً.

(ولا ولد ولدها) لأنه ولد أخيها **(ولا يتزوّج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاعة وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم)** وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول: إنه

فقلت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته، فقال: ائذني له فإنه عمك تربت يداك» وفي رواية «تربت يمينك[1]» إلى غير ذلك من الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول. على أنه قد قيل أنه لا يتغذى الولد به، وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله، وإذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى، بخلاف ما في الخلاصة، ولأنه يخالف المسطور في الكتب المشهورة إذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى، وتقدم البحث في دلالة حديث «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2]» على حرمة الربيبة من الرضاع **(قوله ولأنه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة إليه احتياطاً)** كالمصاهرة، وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الأبنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد **(قوله وكل صبيين)** يريد صبياً وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة في العمرين فإن عمر أخف من أبي بكر، ولو ثنى نحو أبي بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبو بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوا بكرين، والشهرة كالأقرعين للأقرع ابن حابس وأخيه **(قوله ولا يتزوّج المرضعة)** بفتح الضاد توورث، ويجوز كونها فاعلاً فينصب أحد ومفعولاً فيرفع، وما في الكتاب ظاهر، ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقاً بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقاً بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين، وكذا لا يتزوّج أخت المرضعة لأنها خالته **(قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله)** فإن الأصح عنده أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم وإلا فلا، وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد. واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكاً **(قوله هو)** أي الشافعي رضي الله تعالى عنه **(يقول إنه)** أي اللبن على ظاهر

الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الأنعام. وقوله **(ولا يتزوّج المرضعة أحدا من ولد التي أرضعت)** قال في النهاية: المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحداً على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة وهذا هو الأصل من النسخ، وفي نسخة أخرى: ولا يتزوّج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضاً صحيح وكان كلاهما بخط شيخي، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن هذان التقديران لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معرفاً باللام، وكلامه ظاهر. وقوله **(وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب)** فسر محمد الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وإن غير لا تثبت. وقال أبو يوسف: إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعاً، وإن غير أحدهما يكون رضاعاً. وقوله **(خلافاً للشافعي)** فإن عنده إذا اختلط

(قوله لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معرفاً باللام) أقول: وأنت خبير بأنه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفاً باللام، فإن امرأة إذا أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها **(قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ)** أقول: فيه أن وضع المسألة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا، بخلاف ما فعله صاحب النهاية **(قوله ولا ترجيح إلا بعد التعارض)** أقول: لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فإنه نبه أنه لا يريد به التعارض المصطلح، وكأنه يقول: إنما ترجح الحرمة أن لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل **(قوله لأن الحقيقة الخ)**.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٩٦ و٥١٠٣ و٥٢٣٩ و٦١٥٦ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه وأبو داود ٢٠٥٧ والترمذي ١١٤٨ والنسائي ٦/ ٩٩ ـ ١٠٣ ـ ١٠٤ وابن ماجه ١٩٤٩ والدارمي ٢١٦٦ ومالك ٢/ ٦٠١ ـ ٦٠٢ والشافعي ٢/ ٢٤ والحميدي ٢٢٩ وعبد الرزاق ١٣٩٣٧ و١٣٩٣٨ و١٣٩٤٠ و١٣٩٤١ و١٣٩٤٢ والدارقطني ٤/ ١٧٧ ـ ١٧٨ وابن حبان ٤٢١٩ و٤٢٢٠ وأبو يعلى ٤٥٠١ والبيهقي ٧/ ٤٥٢ والبغوي ٢٢٨٠ وأحمد ٦/ ٣٣ ـ ٣٦ ـ ٣٧ ـ ١٧٧ ـ ٢٧١ ـ ١٩٤ من طرق كثيرة كلهم عن عروة عن عائشة بهذا الخبر. وتابعه القاسم بن محمد في رواية لأحمد ٦/ ٢١٧.

(٢) متفق عليه تقدم مراراً.

موجود فيه حقيقة، ونحن نقول المغلوب غير موجود حكماً حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين **(وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم)** وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم. قال رضي الله عنه: قولهما فيما إذا لم تمسه النار، حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً. لهما أن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود

نقل المصنف عنه، وعلى ما هو الأصح فمرجع الضمير القدر المحرم **(موجود فيه حقيقة)** فيستلزم حكمه من التحريم **(قوله ونحن نقول)** حاصله القياس على اليمين على أن لا يشرب لبناً فإنه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوباً بالماء لأن الظاهر حكم الغالب، فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك، والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعاً لا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الأصل والفرع لأنه في الأصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى. وفي الفرع حل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح، وحينئذ للشافعي رحمه الله أن يقول: بل هناك فارق وهو بناء الأيمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب، فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبناً إلا أن يقال مخلوطاً فيقيدونه، وأما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا، إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوباً بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته، ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلوّ عن المئنة هذا إذا اختلط بالماء، أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه، وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء. وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تمسه النار، أما إن طبخ فلا تحريم مطلقاً بالاتفاق **(لهما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود)** وهو التغذي، وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع إلا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به، وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت وأحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكاً فلا يثبت التحريم، فإن قيل: فرض المسئلة أن اللبن غالب في القصعة، أما عند رفع اللقمة إلى فيه فأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقاً يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة، ثم قال المصنف: ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازاً من قول من قال من المشايخ إن عدم إثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطراً عند رفع اللقمة، أما معه فيحرم اتفاقاً لأن تلك القطرة إذا

مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حقيقة فيكون معتبراً، لأن المحسوس لا ينكر. ونحن نقول مغلوب، والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكماً، كما في اليمين. حلف لا يشرب لبناً فشرب لبناً مخلوطاً بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث. فإن قيل: فعلى هذا إن اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لأن اللبن موجود حقيقة وإن قل، فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطاً أجيب بأن التعارض لم يثبت لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء، وههنا لم تثبت المساواة بينهما لأن للغالب فضلاً ذاتياً، وللمغلوب فضلاً حالياً وهو جهة الحرمة، وكان الترجيح لمعنى راجع إلى الذات لا لمعنى راجع إلى الحال، وهذا كما يرى متناقض لأنه نفي التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح إلا بعد التعارض. والصواب أن يقال: لا تعارض لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكمي، فما لم يكن في الحكم موجوداً لا مدخل له فيه. سلمناه ولكن تعارض ضرباً ترجيح أحدهما راجع إلى الذات والآخر إلى الحال، والأول أولى وموضعه الأصول. ويؤيد ما ذكرنا ما إذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في جب من الماء نجسه وإن غلب الماء حقيقة لأنه لم يكن غالباً حكماً، لأن غلبة الماء في الحكم هو أن يكون

أقول: أي الحقيقة المجردة عن الحكم إلا ان الخصم ينازع فيه **(قوله وموضعه الأصول)** أقول: في باب المعارضة والترجيح **(قوله ويؤيد ما ذكرنا)** أقول: يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم **(قوله فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكماً الخ)** أقول: يريد المصنف أنه يصير، كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكماً، وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق، وجعل الكاف زائدة لا يفيد لأنه إن أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أريد أنه مغلوب حكماً من حديث أنه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضاً يئول إليه.

فصار كالمغلوب، ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل **(وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم)** لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه، إذ الدواء لتقويته على الوصول، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم **(وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم)** اعتباراً للغالب كما في الماء **(وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله)** لأن الكل صار شيئاً واحداً فيجعل الأقل تابعاً للأكثر

دخلت الجوف أثبتت التحريم، والصحيح إطلاق عدم الحرمة لأن التغذي حينئذ بالطعام والتغذي مناط التحريم **(قوله فإن اختلط)** أي اللبن بالدواء. حاصله أنه كالماء لأن اللبن إذا كان غالباً مع الدواء ظهر قصدان الدواء لتنفيذه وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط **(قوله وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير إياه)** أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب، ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكاً **(قوله وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله)** وبه قال الشافعي. وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعاً وهو قول زفر. وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد وجه قول أبي يوسف جعل الأقل تابعاً للأكثر. ووجه قول محمد أن الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعاً للآخر فيثبت التحريم من كل منهما استقلالاً. قال **(وأصل المسئلة في الأيمان)** إذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا. وقال شارح: عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث. ولا يخفى أنه إنما يكون أصلاً للخلاف إذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف إلى قول محمد حيث أخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر، وأصله أن السكوت ظاهر في الانقطاع، ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضاً وهو ظاهر **(قوله وإذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء)** وعليه الأربعة إلا في رواية عن الشافعي رحمه الله، ورواية عن أحمد لأنه نادر فأشبه لبن الرجل.

عشراً في عشر وما دونه في حكم القليل، فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه. وقوله **(وإذا اختلط اللبن بالطعام)** واضح. وقوله **(لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً)** يعني سواء كان غالباً أو مغلوباً، أما إذا كان مغلوباً فظاهر، وأما إذا كان غالباً فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعاً للطعام وإن كان غالباً حتى لا يسمى لبناً مطلقاً. وقوله **(فصار كالمغلوب)** فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكماً، أما ما لم يكن مغلوباً أو يكون كالمغلوب فلا نسلم أنه ليس بموجود. والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة. وقوله **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة، فأما إذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة. والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده لأن التغذي بالطعام هو الأصل دون اللبن، والمعتبر لما يقع به التغذي الموجب لإنبات اللحم، وإن خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه حيث جعل غالباً والدواء يخلط به ليقويه على الوصول إلى ما لا يصل إليه بانفراده. فإن قلت: إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوي الغالب والمغلوب لأن وصول قطرة منه يحرم. قلت: النظر ههنا إلى المقصود، فإن كان غالباً كان القصد إلى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول، وإذا كان مغلوباً كان القصد إلى التداوي واللبن لتسوية الدواء، يلوّح إلى هذا قوله وإذا خلط دون اختلط، وقوله لأن اللبن يبقى مقصوداً. قال **(وإذا اختلط اللبن بلبن شاة)** صورة المسئلة ظاهرة، وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا أن المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته. كما إذا صبّ كوز من الماء العذب في البحر. ووجه قول محمد وزفر أن الغلبة ههنا غير متصوّرة لأن الجنس لا يغلب الجنس، إذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه لأن الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك، وذلك يقتضي اختلاف المقصود، والمقصود هنا متحد، وإذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعاً، وعن أبي حنيفة في هذا روايتان: في رواية قول كقول أبي

(قوله لأن وصول قطرة منه يحرم) أقول: الأظهر أن يقول بدله لأن اللبن هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب إذا كان مغلوباً.

في بناء الحكم عليه (**وقال محمد**) وزفر (**يتعلق التحريم بهما**) لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه لاتحاد المقصود. وعن أبي حنيفة في هذا روايتان، وأصل المسألة في الأيمان (**وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبياً تعلق به التحريم**) لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (**وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم**) خلافاً للشافعي، هو يقول: الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطتها، وبالموت لم تبق محلا لها، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة. ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن، وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفناً وتيمماً. أما الحرمة في الوطء

قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد، وسنذكر له تتمة (**قوله وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم**) وبه قال مالك وأحمد (**خلافاً للشافعي، هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلاً لها، ولهذا**) أي لعدم المحلية (**لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة. ولنا أن السبب الجزئية**) وحاصله إلغاء الفارق بين الإجماعية وهي ما إذا كانت حية، والخلافية وهي ما إذا كانت ميتة وهو موتها، لأن حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله ﷺ «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم[1]» الخ، وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة، وموتها غير مانع لأن ما نعيته إن أضيفت إلى انتفاء محليتها مطلقاً للحكم منعناه لثبوت بعضها، كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة ويممها لأنها محرمه أم زوجته، وأيضاً بالنسبة إلى غيرها، حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لأنهما أختان، أو بالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في إفادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقاً، فإن بين المانعية بأن الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولاً فيها ثم يتعدى. قلنا إن أردت أنه لا يتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه، بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع أن الحرمة إنما تثبت في الكل معاً شرعاً، والتقدم في الأم ذاتي لا زماني، فإذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها، ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس، فإن أراد عيناً منعناه، بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة، وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهراً فيبقى كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر، والمتيقن من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه، بخلاف البول، وأبو يوسف ومحمد إنما قالا: تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة، كما لو حلب في إناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة، وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه. والوجور: الدواء يصب في الحلق قسراً بفتح الواو والسعوط صبه في الأنف. ويقال أوجرته ووجرته (**قوله أما الحرمة في الوطء**) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو أن سبب الحرمة في الرضاع الإنبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة

يوسف وبه قال الشافعي في قول، وفي رواية كقول محمد وزفر. وأصل المسئلة في الأيمان فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف، عند أبي يوسف لا يحنث لأن المغلوب كالمستهلك، وعند محمد يحنث لأن الشيء يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكاً. وقوله (**وإذا نزل للبكر لبن**) ظاهر. قوله (**وإذاحلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافاً للشافعي**) قيد بالموت، لأنه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة لأن الحرمة ثبتت بينهما ثم تتعدى منها إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق محلاً لها لعدم الفائدة، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة ولم تبق محلاً لها حتى

(**قوله وبالموت لم تبق محلاً لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة الخ**) أقول: ولك أن تقول: لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده إلا أن يقال يثبت بالإسناد، وفيه بحث.

---

(١) تقدم أن هذا الخبر الراجح كونه عن ابن مسعود موقوفاً. لكن ورد بلفظ آخر من حديث أم سلمة وهو حسن.

لكونه ملاقياً لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا **(وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم)** وعن محمد أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم. ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد في الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك في

الجزئية الحاصلة بواسطة الولد، ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية، بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لأنها واقعة في ارتضاع لبن الميتة **(قوله وإذا احتقن)** قال في المغرب: الصواب حقن إذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم. قال في النهاية: لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كَرُدْته فجعله متعدياً، فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى. يريد أن منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد أنه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ، وهذا غلط لأن ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال: إذا احتقن الصبي بل إلى الحقنة[1] وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي، ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد، وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول، بل إذا كان متعدياً إليه بنفسه، ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة، وكذا لا يثبت بالإقطار في الإحليل والأذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم، ونص آخرون على أنه إذا وصل إلى الجوف ثبتت الحرمة، وبعضهم ذكر أنه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة. وجه الظاهر أن المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل إلى المعدة وذلك من الأعلى فقط، والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي، وكذا في الأذن لضيق الثقب، وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار الدهن في الأذن لسريانه فيصل إلى باطنه ولا يمنعه ضيق. والأوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وإن حصل به رفق من ترطيب ونحوه، والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقاً **(قوله وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو، وهذا لأن اللبن إنما يتصوّر ممن يتصوّر منه الولادة)** وقد يذكر في بعض الحكايات أنه اتفق لرجل إرضاع صغير، فإن صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره، وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم، ويحكم بأنه ليس لبناً، كما لو نزل للبكر ماء أصفر لا يثبت من إرضاعه تحريم. والوجه الفرق بعدم التصوّر مطلقاً، فإذا تحقق لبناً تثبت الحرمة، بخلاف الرجل لأن الحكم لازم دائماً بأنه ليس بلبن **(قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها)** اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق، ولهذا روي عنه ﷺ قال «النكاح

تتعدى إلى غيرها. ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشار والإنبات، وهو قائم باللبن لأن الموت لم يخرجه عن كونه مغذياً كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفناً وتيمماً بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمم الميتة لأنه صار محرماً لها حيث صارت أم امرأته. وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة: يعني أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله **(وإذا احتقن باللبن)** قال في النهاية: صوابه حقن لا احتقن، يقال حقن المريض داواه بالحقنة، واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع، واحتقن مبنياً للمفعول غير جائز فتعين حقن، ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنة كردن فجعله متعدياً فعلى هذا يجوز استعماله مبنياً

(قوله قال في النهاية: صوابه، إلى قوله: في استعمال الفقهاء) أقول: إلى هنا كلام النهاية.

---

(١) الحَقْنة: بفتح الحاء وسكون القاف وجع البطن والجمع أحقان. وبضم الحاء كل دواء يُحقن به المريض.

الدواء. فأما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغذى وصوله من الأعلى (**وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبياً لم يتعلق به التحريم**) لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنموّ، وهذا لأن اللبن إنما يتصوّر ممن يتصوّر منه الولادة (**وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم**) لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها (**وإذا تزوّج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج**) لأنه يصير

رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته[1] ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء بنفسه وحياته لمفيدها إذا كان الرضيع صبياً بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها، وجعلت في الشرع أماً له بسبب أن جزأها صار جزأه كما أن الأم من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الأب، والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها لابتذال الأدمي لها على إنحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه، قال تعالى ﴿**والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع**﴾ [النحل: ٦] وفي آية أخرى ﴿**فمنها ركوبهم ومنها يأكلون**﴾ [يسٓ: ٧٢] وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي، فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها، بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الإكرام والاحترام، فلم تعتبر الشاة أم الصبي وإلا لكان الكبش أباه، والأختية فرع الأمية، وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لا جزء في الرضيع منه، بخلاف الأب من النسب لأن جزأه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء، والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا مما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن إرضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الأبوة وحين لا أم ولا أب فلا إخوة ولا تحريم. ونقل أن الإمام محمد ابن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها، والله سبحانه أعلم. ومن لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فإنهما معاً ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (**قوله وإذا تزوّج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعاً بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً**) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته، والعقد على البنت يحرم الأم. وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضاً مؤبدة

للمفعول وهو الأكثر في استعمال الفقهاء، وكلامه ظاهر (**قوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة**) بيانه أن الله تعالى خلق اللبن في الأصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب، فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية. وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة إذا تأملت لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذوناً لا صموخاً في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف، وهو دليل على أن ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك (**وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها**) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي أن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الأخبار كان يقول: تثبت به حرمة الرضاع، فإنه دخل بخارى في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل

(**قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة**) أقول: لأنه هو المربي لا الذكور (**قوله لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذوناً لا صموخاً في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف**) أقول: قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع إلى الولود قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المفرغ: العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرقاء تلد، السكاء التي لا أذن لها، والشرقاء، التي لها أذن طويلة. والضابط عندهم فيه أن كل حيوان له أذن ظاهرة فإنه يلد، وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فإنه يبيض (**قوله وهو دليل على أن ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن**) أقول: في دلالة ما ذكره عليه بحث، إلا أن يراد للدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضاً، ثم اعلم أن قوله هو راجع إلى الاستقراء.

---

(١) الراجح وقفه قال العراقي في إحياء علوم الدين ٢/ ٤١: رواه أبو عمر التوقاني في معاشرة الأهلين موقوفاً على عائشة، وأسماء ابنتي أبي بكر الصديق. وقال البيهقي: وروي مرفوعاً والموقوف أصح اهـ.

جامعاً بين الأم والبنت رضاعاً وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت

كالكبيرة لأنه صار أباً لها، وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوّجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأوّل جاز له أن يتزوّجها ثانياً لانتفاء أبوّته لها، إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضاً لأن الدخول بالأم يحرّم البنت، وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردّتها وتقبيلها ابن الزوج، وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها، وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدّة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها. وأما الصغيرة فلا يتصوّر الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها، والاتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر فيَ إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورّثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجباً لحرمانها شرعاً، ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع، والكبيرة في إلقامها الثدي مختارة فصار كمن ألقى حية على إنسان فلسعته ضمن لأن اللسع لها طبع فأضيف إليه. وأورد عليه ما لو ارتدّ أبوا صغيرة منكوحة ولحقاً بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلاً فضلاً عن كونه وجد ولم يعتبر. أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضاً على ما مر، وإضافة الحرمة إلى ردّتها التابعة لردّة أبويها، بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر. وهل يرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد؟ يرجع به عليها وإلا لا يرجع، وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وأن الرضاع منها مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك، فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسداً أو علمته مفسداً ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع، والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لأنه لا يعرف إلا من جهتها. وعن محمد أنه يرجع في الوجهين ما إذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده. والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لأنها: أي الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه، وذلك أي تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة، لأن إلقام الثدي شرط للفساد لا علة له، بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي، وهذا ظاهر، غير أن المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الإرضاع ليس موضوعاً لإفساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته، وإنما يثبت الفساد باتفاق صيرورتهما أماً وبنتاً تحت رجل. وإما لأن إفساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لإلزام المهر شرعاً بل لإسقاطه، ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من أن وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبراً للإيحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة، لكن من شرطه بطلان النكاح، وقد وجد فيما نحن فيه، ولا يخفى أن هذا الترديد بعينه يجري في مباشرة العلة بأن يقال: الارتضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً، والإفساد ليس بسبب لإلزام المهر شرعاً بل لإسقاطه الخ، وليس هو مسبباً فالمعوّل عليه في كونه سبباً ما بيناه، وإذا كانت مسببة يشترط فيه: أي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب للهلاك، فإن كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو في غيره ضمنه للتعدي فيه، وإنما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم. واعلم أن توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد إذا كان من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجباً للضمان لأن حاصل هذا أنه مسبب فيشترط التعدي، وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه وإنما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر. هذا واستشكل التغريم بقصد

فإنك لست هناك، فأبي أن يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى. قال **(وإذا تزوّج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعاً وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً)** فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة، وإن لم يدخل بها جاز التزوّج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها **(ثم إنه إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها)** إن تعمدت الفساد أو لم تتعمد **(لأن الفرقة جاءت من**

من قبلها قبل الدخول بها (**وللصغيرة نصف المهر**) لأن الفرقة وقعت لا من جهتها، والارتضاع وإن كان فعلاً منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها (**ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد، وإن لم تتعمد فلا شيء عليها، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته**) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين، والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه؛ إما

الفساد بما إذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فإنه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل. والجواب أن قتله مستعقب لوجوب القصاص أو الدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد، وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه، وبما إذا أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيئاً وإن تعمدتا الفساد. وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالإفساد فيضاف الإفساد إليها، وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف إلى واحدة منهما لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما، بخلاف الحرمة هنا لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة، وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لأن في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لأن كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (**قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ**) جواب سؤال هو أن الجهل بالأحكام في دار الإسلام عندكم ليس عذراً، فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير أنه إذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لأنه لا يثبت إلا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصوّر قصده مع الجهل بما ذكرنا، فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة، وبهذا يندفع قول من قال تضمن

قبلها) قبل الدخول بها وللصغيرة قبل الدخول بها (**وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة لم تجيء من قبلها**) فإن قيل: العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فإن لم تضف الفرقة إليها؟ أجاب بقوله (**والارتضاع وإن كان فعلاً منها لكن فعلها غير معتبر شرعاً في إسقاط حقها**) ألا ترى أنها لو قتلت مورثها لم تحرم من الميراث. واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضي لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها. والجواب: إنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم أن كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الأبوين أسقط حقها (**ويرجع به**) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (**على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد**) بأن قصدت بالإرضاع إفساد النكاح (**وإن لم تتعمد**) بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعاً فلا شيء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأة زوجها. (**وعن محمد أنه يرجع عليها في الوجهين**) جميعاً يعني في تعمد الفساد وعدمه لأن من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجباً للضمان على ما عرف في الأصول، وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبب (**والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر**) بتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حداً تشتهي (**وذلك يجري مجرى الإتلاف**) في إيجاب الضمان (**لكنها مسببة في ذلك**) بالتأكيد لا مباشرة (**إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً**) لأن وضعه لتربية الصغير لا لإفساد النكاح، وإنما يثبت الإفساد باتفاق الحال لتأديته إلى

(**قوله واعترض عليه، إلى قوله: ولا يقضي لها بشيء من المهر الخ**) أقول: لو صح ما ذكرتم يلزم أن يقضي لها بالمهر هنا بطريق الأولى (**قوله والجواب أنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ**) أقول: فيه بحث، والأصوب لا يسقط حقها، ويجوز أن يقال الضمير في قوله من جهتها وحقها راجع إلى المرأة الكبيرة دون الصغيرة، إذ لا فعل منها شرعاً لعدم اعتباره فليتأمل (**قوله وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج**) أقول: قوله هو راجع إلى ما، وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (**قوله إذا بلغت حداً تشتهي**) أقول: يعني الصغيرة المرضعة (**قال المصنف: لكنها مسببة فيه، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح الخ**) أقول: كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله أن المسبب كالمباشر فتأمل. قال الإتقاني: ما كان يحتاج المصنف إلى كلمة الاستدراك بين اسم أن وخبرها لأنه لا يصح أن يقال: إن زيداً لكنه منطلق، وهذا لأن قوله مسببة وقع خبر إن في قوله لأنها وإن إكدت الخ اهـ. وأنت خبير بأن مسببة خبر لكن وخبر إن محذوف: أي ليست بمباشرة (**قوله أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإتلاف لكونه، إلى قوله: وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه**) أقول: الضمير في لأنه راجع إلى النكاح أيضاً، وقوله هو في قوله هو ملك راجع إلى النكاح أيضاً، وقوله بل هو ناظر إلى قوله ليس بسبب، وضمير سقوطه راجع إلى المهر (**قال المصنف: إلا أن نصف**

لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعاً وإنما ثبت ذلك باتفاق الحال، أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه، إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف، لكن من شرطه إبطال النكاح، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد، أما إذا لم تعلم

إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الإرضاع مفسد لأنها لا تعذر بجهل الحكم، ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما أجنبية معاً أو على التعاقب حرمتا، فلو كن ثلاثاً فأرضعتهن بأن ألقمت ثنتين ثدييها وأوجرت الأخرى ما حلبته حرمن أو على التعاقب بانت الأوليان والثالثة امرأته لأنهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها، ولو كن أربعاً فأرضعتهن معاً أو واحدة ثم الثلاث معاً حرمن، وكذا لو أرضعتهن على التعاقب لأنها حين أرضعت الأخريين لم يكن في نكاحه غيرهما، ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فأرضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لأنها حين أرضعتها ليس في نكاحه غيرها، والسابق عقد مجرد على الأم فلا يوجب حرمة البنت، ولو كن كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الأربع للزوم الجمع بين الأمين وبنتيهما، ولو أرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الأخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين، فالكبرى الأولى مع الصغرى الأولى بانتا منه لما قلنا، والصغرى الثانية لم تبن بإرضاع الكبرى الأولى، والكبرى الثانية إن ابتدأت بإرضاع الصغرى الثانية بانتا منه، أو بالصغرى الأولى فالصغرى الثانية امرأته لأنها حين أرضعت الأولى صارت أماً لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الأولى فيما تقدم، والعقد على البنت يحرم الأم ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها (**قوله ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات**) أي عن الرجال، وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك: يثبت بشهادة امرأة واحدة إن كانت موصوفة بالعدالة، ونقل عن أحمد وإسحاق والشافعي بأربع نسوة. والذي في كتبهم إنما يثبت بشهادة امرأتين، وكذا عند ملك بناء على أنه مما لا يطلع عليه الرجال لأنه لا يحل النظر إلى ثدي الأجنبية. والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو أن الحرمة من حقوق الشرع

الجمع بين الأم والبنت في ملك رجل نكاحاً، أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوّم في نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإيجاره، وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء، بل هو سبب لسقوطه لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضاً، وتقرير كلامه: الكبيرة بإرضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً كما تقرر. سلمنا أن الإرضاع إفساد النكاح لكن إفساده ليس بسبب لإلزام المهر لما تقرر أيضاً. فإن قيل: إذا لم يكن سبباً لإلزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر. أجاب بقوله إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ﴿ومتعوهن﴾ لأن المعقود عليه عاد إليها سالماً، لكن من شرط وجوبه: أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر، وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وعلمت أن الإرضاع مفسد وقصدت به الفساد، وأما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعاً لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك: أي بالإرضاع لدفع الهلاك. فإن قيل: الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذراً في حق عدم وجوب الضمان عليها. أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم. وتقريره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي بما يحصل بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد، فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد، وكان اعتبار الجهل

المهر يجب بطريق المتعة) أقول: قال الإتقاني: ولقائل أن يقول: لا تسلم أن طريقه طريق المتعة لأن المتعة إنما تجب في الطلاق قبل الدخول إذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة، ولهذا يجب نصف المهر، ولأنه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل إلزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لا نصف المهر انتهى. ونحن نقول: مراد المصنف أن وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة في كونه على خلاف القياس بالنص لا أنه متعة كما فهمه المعترض **(قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء)** أقول: يعني لا بالعقد.

بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك، ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضاً، وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم **(ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهاده رجلين أو رجل وامرأتين)** وقال مالك رحمه الله:

فهي أمر ديني يثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة مجوسي فإنه تثبت الحرمة عليه بإخباره، ثم يثبت زوال الملك في ضمنه، وكم من شيء يثبت ضمناً بطريق لا يثبت بمثلها قصداً، ولحديث عقبة بن الحرث في الصحيحين «أنه تزوّج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، قال: فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، قال: فأعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له، قال: وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما[١]» وعقبة هذا يكنى أبا سِرْوَعَة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة، وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقاً يوجب جواز قبول الأمة وروي مطولاً في الترمذي، وفيه «فجاءت امرأة سوداء» وفيه قول عقبة «أتيت النبي ﷺ فقلت: تزوّجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهي كاذبة، فأعرض عني، قال: فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة، قال: وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك»[٢] ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح لأنها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والأملاك لا تزال إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكيته محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك، وإذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقاً لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد، وأما الحديث فكان للتورع، ألا يرى أنه أعرض عنه في المرة الأولى وقيل في الثانية أيضاً، وإنما قال له ذلك في الثالثة، ولو كان حكم ذلك الإخبار وجوب التفريق لأجابه به من أول الأمر، إذ الإعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم، فعلم أنه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها لا من باب الحكم، وكونها كاذبة حمقاء على ما قيل لا ينفي اطمئنان النفس بخبرها، بل قد يكون معه لأن بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون. وقد قلنا: إنه إذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح، وكذا إذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال. قلنا: لا نسلم فإن المحارم من الرجال يطلعون عليه، وأيضاً الرضاعة لا تتوقف على إلقام الثدي لجواز حصولها بالوَجور والسعوط[٣]. وروي عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا[٤]. وفي

لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم. فإن قلت: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم. قلت: لزم ذلك ضمناً فلا معتبر به. وقوله **(ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات)** أي عن الرجال أجنبيات كنّ أو أمهات أحد الزوجين

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٥٢ و٥١٠٤ وأبو داود ٣٦٠٣ و٣٦٠٤ والترمذي ١١٥١ والنسائي ٦/ ١٠٩ والدارقطني ٤/ ١٧٧ ـ ١٧٦ ـ ١٧٥ وابن حبان ٤٢١٦ وأحمد ٤/ ٧ ـ ٣٨٣ ـ ٣٨٤ وعبد الرزاق ١٣٩٦٦٨ و١٥٤٣٥ والحميدي ٥٧٩ والطبراني ١٧/ ٩٧٢ ـ ٩٧٦ ـ ٩٧٤ من عدة طرق كلهم من حديث عقبة بن الحارث بزيادة: دعها عنك وفي رواية للبخاري: ففارقها ونكحت زوجاً غيره.
ورواه الترمذي مطولاً.

(٢) هو بعض المتقدم عند الترمذي.

(٣) الوَجور: بفتح الواو الدواء يصب في الحلق قسراً.
والسُّعُوط: بتشديد السين وضمها وضم العين دواء يصب في الأنف.

(٤) موقوف مرسل. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٦٣ عن زيد بن أسلم أن رجلاً وامرأتهُ أتيا عمر، وجاءت المرأة فقالت: إني أرضعتكما، فأبى عمر أن يأخذ بقولها فقال: دونك امرأتك.
قال البيهقي: هذا مرسل. وروي من وجه آخر.
ثم أخرجه عن عكرمة بن خالد مرسلاً أيضاً.
وهذا الثاني يعتضد بالأول ويعلم أن له أصلاً.

تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي. ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم لأن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمراً دينياً، والله أعلم بالصواب.

المحيط: لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد، قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية.

[فروع] قال لامرأته هذه أمي من الرضاعة أو أختي أو بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت، إن كان بعد أن ثبت على الأول بأن قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك، وإن قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافاً للشافعي والنكاح باق، لأن مثله إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات، وتفسير الثبات ما ذكرنا، ومثل هذا في الإقرار بالنسب، وذلك لأن ثبوت النسب والرضاع مما يخفي عن الإنسان فالتناقض فيه مطلقاً لا يمنع، بخلاف ما إذا ثبت بعد التروّي فيعذر قبله ولا يعذر بعده، وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف، ولو أقرت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت أخطأت فالنكاح باق بالإجماع، وعند الشافعي يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول، ولو تزوّجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها. بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوّج وثبت على ذلك لا يحل له تزوّجها. قال في الفتاوى الصغرى: هذا دليل على أن المرأة إذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوّج نفسها منه انتهى. وكان وجهه أن الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الإقرار به قبل التروي، والله أعلم.

واحدة كانت أو أكثر. وقال الشافعي: تقبل شهادة أربع منهن. وقال مالك: تقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعدالة. وجه قول الشافعي إن الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر إليه، وعنده أن شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل. وقلنا: هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر إلى ثديها. ووجه قول مالك أن الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع. ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج إلى بيان، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول: فيه تأمل.

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لأنه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه، وأيضاً بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا منهما يوجب الحرمة إلا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة، وما بالطلاق مغياً بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الأشد اهتماماً بشأنه، ثم ثنى بالأخف، وأيضاً الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي، والنكاح سابق في الوجود بأحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده في التعليم كذلك. والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح، ومنه قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي التطليق، أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقاً كالفساد. وعن الأخفش نفي الضم. وفي ديوان الأدب إنه لغة، والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقاً، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال أطلقت بعيري وأسيري، وفيه من التفعيل طلقت امرأتي، يقال ذلك إخباراً عن أول طلقة أوقعها، فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد، أما إذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الأبواب. وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحاً كأنت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كأنت ط ا ل ق على ما سيأتي وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عند إباء الزوج الإسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في إبائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكماً وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فإنها ليست طلاقاً، فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة إليه، فإن كونه من الأهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لمجردها وركنه نفس اللفظ. وأما سببه فالحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى. وشرطه في الزوج أن يكون عاقلاً بالغاً مستيقظاً، وفي الزوجة أن تكون منكوحته أو في عدته التي تصلح معها محلاً للطلاق. وضبطها في المحيط فقال: المعتدّة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق، والمعتدّة بعدّة الوطء لا يلحقها الطلاق. وقد يقال: إنه غير حاصر إذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم إلا أن تلحق الخلوة بالوطء، فكأنها هو وفيه تساهل، ثم يقتضي أن كل عدّة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة، كما إذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فإنه لا فائدة حينئذ في اعتباره لأنه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته. وأما في الفسخ بغيرها فالمصرّح به في العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لأنه فسخ فيجعل كأنه لم يكن، وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر، وعلى هذا إذا سبى أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدّة لأن المسبى إذا كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية، وإن كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء، ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلماً أو ذمياً لا يقع طلاق، لأنه إن كان الرجل فلا عدة على الحربية، وإن كانت المرأة

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخراً عن النكاح طبعاً أخره عنه وضعاً ليوافق الوضع الطبع. والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد. وفي

كتاب الطلاق

(قوله لما كان الطلاق متأخراً الخ) أقول: كان الأنسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الأشد لكنه نظر إلى أن الإرضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفي عرف الفقهاء الخ) أقول: لعله منقوض بالفسخ فإن القاضي إذا فسخ النكاح يكون في بعض المواد طلاقا وفي بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل.

. . . .

فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما، وإن كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد إذ لا يد للحربي، وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد، وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذمياً فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض، فإذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لأن المصرّ منهما كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع، إلا أنه منقوض بما إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرّق بينهما بإباء الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هي الآبية مع أن الفرقة هناك فسخ، وبه ينتقض ما قيل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه، وينتقض أيضاً بالمرتد يقع عليها طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقاً، ويقع طلاقه عليها في العدّة. واختلف في محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه. قال في المبسوط: وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد، فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه، وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدّة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد. وفي قول أبي يوسف الآخر يقع، وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها: يعني فأعتقته، فحكى الخلاف في هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية، ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقاً. فلو عاد وهي بعد في العدّة فطلقها فهو على هذا الخلاف، وما ذكر من أنه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما إذا أسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما إلى مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، فإذا مضت وقعت الفرقة. قال محمد: وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق، ولهذا يقع عليها طلاقه لأن تلك الفرقة ليست للتباين بل للإباء إلا أن المدة أقيمت مقام إبائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه. وأما وصفه فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه ﷺ أنه قال «إن أبغض المباحات عند الله الطلاق[1]» فنص

عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة. وسببه الحاجة المحوجة إليه. وشرطه كون المطلق عاقلاً بالغاً والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلاً للطلاق، وحكمه زوال الملك عن المحل. وأقسامه ما يذكره.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٢١٧٨ وابن ماجه ٢٠١٨ وابن عدي ٦/ ٤٦١ والبيهقي ٧/ ٣٢٢ وابن أبي حاتم في علله ١٢٩٧ والحاكم ٢/ ١٩٦ وابن الجوزي في علله ١٠٥٦ وابن حبان في المجروحين ٢/ ٦٤ من عدة طرق كلهم عن محارب بن دثار عن ابن عمر مرفوعاً: أبغض الحلال إلى الله الطلاق.

هذا اللفظ عند الأكثر. صححه الحاكم وكذا الذهبي فقال: قلت: هو على شرط مسلم.

وأخرجه أبو داود ٢١٧٧ عن محارب بن دثار مرسلاً ليس فيه ابن عمر وهو الراجح صوبه غير واحد وقال المنذري: المرسل أشبه. قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٢٠٥ ما ملخصه: رجح أبو حاتم والدارقطني في العلل، والبيهقي المرسل. وأورده ابن الجوزي في الواهيات من طريق ابن ماجه وضعفه بعبيد الله الوصافي.

وتابعه معروف بن واصل إلا أن الراوي عنه محمد بن خالد الوهبي يعني ـ واه ـ ورواه الدارقطني من حديث مكحول عن معاذ إلا أنه ضعيف، ومنقطع أيضاً اهـ.

وأما تصحيح الحاكم له وكذا قول الذهبي: هو على شرط مسلم ففيه نظر. فهو وإن كان على شرط مسلم لكن الراوي عن أحمد بن يونس هو محمد بن عثمان بن أبي شيبة وقد ذكره الذهبي في الضعفاء وقال: كذبه عبد الله بن أحمد ووثقه صالح جزرة اهـ وقد حكم غير واحد بوهمه في وصله.

وقد أطال السخاوي في المقاصد الحسنة برقم: ١٠ في تخريجه وملخصه: وهو وإن أخرجه الحاكم من جهة محمد بن أبي شيبة، فوصله بذكر ابن عمر، فقد أخرجه ابن المبارك في البر والصلة، وكذا الفضل بن دُكين كلاهما عن محارب عن محارب مرسلاً.

ولذا قال الدارقطني في علله: المرسل أشبه، وكذا قال البيهقي ومثله أبو حاتم اهـ.

ورواية الدارقطني عن معاذ هي في ٤/ ٣٥ وهو ضعيف كما قال ابن حجر فيما تقدم وكذا السخاوي فإن مكحولاً لم يسمع معاذاً وفيه حميد اللخمي واهٍ.

لذا اضطرب فيه فقال السخاوي عند ذلك في مقاصده (١٠): والحمل فيه كما قال ابن الجوزي على حميد فيه.

الخلاصة: أما أنه مرسل فثابت وأما وصله فواهٍ وقد حكمَ الأئمة بأنه مرسل، ولذا رواه غير واحد كذلك مرسلاً فلا يصل إلى الحسن.

. . . .

على إباحته وكونه مبغوضاً وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي إلا لو كان مكروهاً بالمعنى الاصطلاحي، ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالإباحة لكنه وصفه بها لأن أفعل التفضيل بعد ما أضيف إليه، وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه، ودليل نفي الكراهة قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٦] وطلاقه ﷺ حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فإنها صوّامة قوّامة[١]، وبه يبطل قول القائلين لا يباح إلا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فإن طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما. وأما ما روى «لعن الله كل ذوّاق مطلاق[٢]» فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله ﷺ «أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين[٣]» ولا يخفى أن كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بأنه

. . . .

(١) حسن. أخرجه ابن سعد في الطبقات ٨/ ٥٨ والحاكم ٤/ ١٥ وابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨ كلهم عن قيس بن زيد وسكت الحاكم وكذا الذهبي.
وأخرجه الحاكم أيضاً ٤/ ١٥ من حديث أنس.
وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عن حديث رواه أبو قدامة عن الجوني عن أنس ثم ذكره.
ورواه حماد بن سلمة عن الجوني عن قيس بن زيد فقال أبي: الصحيح حديث حماد، وأبو قدامة لزم الطريق اهـ.
قلت: وقد توبع أبو قدامة في روايته عن أنس فقد أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٧ ـ ٣٦٨ عن هشيم عن حميد الطويل عن أنس قال: لما طلق النبي ﷺ حفصة أُمر أن يراجعها، فراجعها وهذا إسناد جيد وهو مُختصر ليس فيه ذكر جبريل لكن فيه معناه.
وأصل حديث طلاق حفصة. أخرجه أبو داود برقم ٢٢٨٣ والدارمي ٢١٨١ وابن ماجه ٢٠١٦ والنسائي ٦/ ٢١٣ وأبو يعلى ١٧٣ وابن حبان ٤٢٧٥ والحاكم ٢/ ١٩٧ والبيهقي ٧/ ٣٢١ ـ ٣٢٢ كلهم من حديث ابن عباس عن عمر أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها.
وأخرجه ابن حبان ٤٢٧٦ والطبراني في الكبير ٢٣ (٣٠٥) كلاهما من حديث ابن عمر وله قصة.
وقال الهيثمي في المجمع ٩/ ٢٤٤: رجال الطبراني رجال الصحيح.
وأخرجه البزار ١٥٠٢ ـ ١٥٠٣ وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٣٣٣: رواه أبو يعلى، والبزار، ورجال أبي يعلى رجال الصحيح اهـ وقد صحح الحاكم حديث ابن عباس عن عمر، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات.
(٢) غريب جداً بهذا اللفظ. وقد أخرجه الديلمي في مسند الفردوس برقم ٢١١٢ عن علي مرفوعاً: تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله عز وجل لا يجب الذوّاقين والذواقات.
وأخرجه أبو يعلى من حديث أبي أمامة كما في المطالب العالية ١٦٧٠ وقال حبيب الرحمن الأعظمي: فيه بشر بن نمير متروك الحديث اهـ.
وأخرجه البزار في مسنده، والطبراني في الكبير، والأوسط كما في المجمع ٤/ ٣٣٥ من حديث أبي موسى.
وقال الهيثمي: أحد أسانيد البزار فيه عمران القطان وثقه أحمد، وابن حبان، وضعفه يحيى بن سعيد وغيره.
وعن عبادة بن الصامت قال: إن الله عز وجل لا يحب الذواقين، ولا الذواقات. رواه الطبراني في معجمة وفيه راوٍ لم يسمَّ.
وبقية إسناده حسن اهـ.
وهذا الأخير موقوف على عبادة.
وذكر السخاوي في المقاصد ١٢٨١ حديث أبي موسى ونسبه للطبراني وسكت عليه وذكر حديث أبي هريرة وقال: رواه الدارقطني في الأفراد اهـ.
الخلاصة: هذا الحديث تفرد به الضعفاء والمتروكون، وليس له طريق محتمل يقرب من الحسن، وأما بسياق المصنف فغريب جداً.
(٣) غريب. وقد ذكره الترمذي تعليقاً بصيغة التمريض إثر حديث ١١٨٦ فقال: وروي عن النبي ﷺ: أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة.
والمشهور في هذا الخبر ما أخرجه أبو داود ٢٢٢٦ والترمذي ١١٨٧ والدارمي ٢١٨٧ وابن ماجه ٢٠٥٥ وابن الجارود ٧٤٨ وابن حبان ٤١٨٤ والبيهقي ٧/ ٣١٦ والحاكم ٢/ ٢٠٠ وأحمد ٥/ ٢٧٧ ـ ٢٨٣ وابن أبي شيبة ٥/ ٢٧٢ كلهم من حديث ثوبان عن النبي ﷺ.
قال: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة.
قال الترمذي: حديث حسن. وصححه الحاكم وأقره الذهبي. وهو كما قالا فرجاله رجال مسلم وله شواهد.
تنبيه: وأما بسياق المصنف فغريب.

. . . .

محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما، وإنما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع، والأصح حظره إلا لحاجة للأدلة المذكورة، ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات: أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة، وهو ظاهر في رواية لأبي داود «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق[1]» وإن الفعل لا عموم له في الزمان، غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة، فمن الحاجة المبيحة أن يلقى إليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها، فهذا إذا وقع فإن كان قادراً على طول غيرها مع استبقائها ورضيت بإقامتها في عصمته بلا وطء أو بلا قِسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله ﷺ وسودة[2]، وإن لم يكن قادراً على طولها أو لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لأن مقلب القلوب رب العالمين. وأما ما روي عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوّجه وطلاقه فقال: أحب الغنى، قال الله تعالى ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] فهو رأي منه إن كان على ظاهره، وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة فقال لهن: أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأطواق طويلات الأعناق اذهبن فأنتن طلاق. فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا، وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره، والله سبحانه وتعالى أعلم. وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلاً بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن. وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية، ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى، وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وإفشاء سر الأزواج وغير ذلك، ومنها شرعه ثلاثاً لأن النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة إليها أو الحاجة إلى تركها وتسوّله، فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر، فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثاً ليجرب نفسه في المرة الأولى، فإن كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة وإلا أمكنه التدارك بالرجعة، ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضاً فيما يحدث له فما يوقع الثالثة إلا وقد جرّب وفقه في حال نفسه، وبعدد الثلاث تبلى الأعذار.

---

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث وهو غير قوي.

(٢) خبر سودة متفق عليه حيث وهبت ليلتها لعائشة تقدم تخريجه في أواخر بحث القَسَم.

باب طلاق السنة

قال (**الطلاق على ثلاثة أوجه**: حسن، وأحسن، وبدعي. **فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها**) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولأنه أبعد من

باب طلاق السنة

وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (**الطلاق على ثلاثة أوجه: حسن، وأحسن وبدعى**) اعلم أن الطلاق سني وبدعى، والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت، والبدعي كذلك، فالسني حسن وأحسن (**فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه**) ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه، وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي (**ويتركها حتى تنقضى عدتها**) لما أسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. وقال محمد: بلغنا عن إبراهيم النخعي (**أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد عن الندامة**) حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوّج بها في العدّة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (**وأقل ضرراً بالمرأة**) حيث لم تبطل محليتها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاش (**ولا خلاف لأحد في الكراهة**) أنها واقعة أولاً، بل الإجماع على انتفائها، بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك، ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن. واعلم أن السني المسنون وهو كالمندوب في استعقاب الثواب، والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتاباً. نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضاً أو ثلاثاً فمنع نفسه من الطهر إلى الطهر الآخر والواحدة نقول إنه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعاً عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع، وليس المسنون يلزم تلك الحالة، لأنه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله كل ذوّاق مطلاق» والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾ وقوله تعالى ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن ولعدتهن﴾ وأمثالهما. وأقسامه ثلاثة: حسن، وأحسن، وبدعي على ما ذكره في الكتاب، وهو ظاهر. (**قوله ولأنه أبعد من الندامة**) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال، وأقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظراً إليه لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاش. وقوله (**ولا خلاف لأحد في الكراهة**) أي في عدم الكراهة يعنى لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق. وقوله (**لأن الأصل في الطلاق هو الحظر**) لأنه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون

باب طلاق السنة

أقول: فيكون ذكر التداعي استطراداً.

(**قال المصنف: الطلاق على ثلاثة أوجه**) أقول: قال العلامة النسفي في الكنز: الطلاق رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح انتهى. فيه بحث لأنه منقوض بالفسخ. قال العلامة الزيلعي في شرحه: وهذا في الشريعة. وقوله شرعاً يحترز به عن رفع القيد الثابت حساً وهو حل الوثاق. وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لأنه رفع قيد ثابت شرعاً لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح، وفي اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقاً، يقال أطلق الفرس والأسير، ولكن استعمل في النكاح بالتفعيل وفي غيره بالأفعال، ولهذا في قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها إلى النية وبتخفيفها يحتاج اهـ (**قوله حيث لم تبطل محليتها نظراً إليه لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن**) أقول: فيه مخالفة لما سبق في إثبات خيار العتق في باب نكاح الرقيق على ما فصل في الشروح (**قال المصنف: والحسن هو طلاق السنة**) أقول: تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له، إذ الأحسن أيضاً هو طلاق السنة.

الندامة وأقل ضرراً بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة **(والحسن هو طلاق السنة، وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار)** وقال مالك رحمه الله: إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة

سميناه طلاقاً مسنوناً مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيء أسبابها وقيام داعيتها، وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه، ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافياً عن المعصية أثيب **(قوله والحسن طلاق السنة)** وأنت حققت أن كلاً منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة. قال **(وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار)** سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك، ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق، وإن كنت حائضاً فإذا طهرت فأنت طالق. وقال مالك: هذا بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة **(ولنا قوله ﷺ)** فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور، حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراساني، حدثهم عن الحسن قال: حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرءين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، قد أخطأت السنة، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء، فأمرني فراجعتها. فقال: إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك، فقلت: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ فقال لا، كانت تبين منك وكانت معصية[1]» أعله البيهقي بالخراساني قال: أتى بزيادات لم يتابع عليها، وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به. وردّ بأنه رواه الطبراني: حدثنا علي بن سعيد الرازي، حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي، حدثنا أبي: حدثنا شعيب بن زريق سنداً ومتناً. وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر، وكذلك قال أبو حاتم. وقيل لأبي زرعة الحسن لقي ابن عمر؟ قال نعم. وأما إعلال عبد الحق إياه بمعلى

محظوراً. وقوله **(والإباحة لحاجة الخلاص)** الضرورة التخليص عنها بتباين الأخلاق وتنافر الطباع، وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسنداً إلى نافع عن عبد الله ابن عمر **«أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ،** فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء» وأشار به إلى قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدّتهن﴾ قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق، خير بين الإمساك والطلاق، ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك، كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب، وإنما شرحه ما روي «أن رسول الله ﷺ قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض: ما هكذا أمرك الله تعالى، إنما السنة أن تستقبل الطهر

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣١ والبيهقي ٧/ ٣٣٠ كلاهما من حديث الحسن عن ابن عمر.

وقال البيهقي: فيه زيادات أتى بها شعيب بن رُزيق عن عطاء الخراساني ليست في رواية غيره وقد تكلموا فيه.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٠ عن البيهقي في المعرفة قوله: إن عطاء الخراساني أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف الحديث لا يقبل ما تفرد به.

قال الزيلعي: ورواه الطبراني في معجمه من طريق شعيب بن رُزيق به سنداً ومتناً.

وقال صاحب التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ قال ابن حبان عن عطاء الخراساني: كان صالحاً غير أنه كان رديء الحفظ كثير الوهم فبطل الاحتجاج به.

وأما عبد الحق فأعله في الدارقطني من جهة معلى بن منصور وقال: ومراه أحمد بالكذب. اهـ.

وحديث الطبراني ذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ٣٣٥ وقال: فيه علي بن سعيد الرازي قال الدارقطني: ليس بذاك، وعظمه غيره، وبقية رجاله ثقات اهـ مع أن فيه الخراساني وهو مدلس وقد عنعنه.

قلت: ومع ذلك فإن شعيب بن رُزيق قال عنه في التقريب: صدوق يخطىء اهـ ولينه الأزدي كما في الميزان.

وشعيب لم يتابع في رواية الطبراني، وعطاء الخراساني أيضاً لم يتابع، وقد تقدم أنه كثير الخطأ، ثم إنه خالف الثقات من أصحاب ابن عمر، فقد ورد عن نافع. وسالم، وغيرهما دون هذه الزيادات وهي قوله: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان.. إلخ.

الخلاص وقد اندفعت بالواحدة. ولنا قوله ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما «إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة» ولأالحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع، فالحاجة كالمتكررة نظراً إلى دليلها، ثم قيل: الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة، والأظهر أن يطلقها كما طهرت، لأنه لو أخر ربما يجامعها، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع **(وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً)**

ابن منصور فليس بذاك، ولم يعله البيهقي إلا بالخراساني، وقد ظهرت متابعته، ولأنَ الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة، ودليلها الإقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لرسوخ الأخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة، وإن قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام، ثم إذا أوقع الثلاثة في ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة، فإذا حاضت حيضة انقضت، وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان **(قوله ثم قيل الأولى أن يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة)** عليها. وقال المصنف: والأظهر أي الأظهر من قول محمد حيث قال: إذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة إذا طهرت، ورجحه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلي بالإيقاع عقيب الوقاع. ولا يخف أن الأول أقل ضرراً فكان أولى، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله **(قوله وطلاق البدعة)** ما خالف قسمي السنة، وذلك بأن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً، وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف، فعن الإمامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة الحيض لأنه

استقبالاً ويطلقها لكل قرء تطليقة» **(وقوله ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة)** بيانه أن الأصل في الطلاق الحظر كما قال مالك. والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق، والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فأقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه، وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار **(وقوله ثم قيل)** اختلف المشايخ في هذا الطلاق، فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، واختاره بعض المشايخ، وقال بعضهم: يطلقها كا طهرت، لأنه لو أخر ربما يجامعها، ومن قصده التطليق فيبتلي بالإيقاع عقيب الوقاع. قال المصنف: والأظهر أن يطلقها كما طهرت، جعل هذا أظهر لأن محمدا قال في الأصل: وإذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض. **(وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد وهو حرام عندنا، لكنه إذا فعل وقع الطلاق** وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصياً. وقال الشافعي: **كل طلاق مباح)** يعني في حد ذاته، وإنما قلت ذلك لئلا يرد على

(قال المصنف: كل الطلاق مباح) أقول: من حيث أنه طلاق.

(قال المصنف: احترازاً عن تطويل العدة) أقول: لا يقال ما ذكر موهوم لا يعارض المحقق الذي هو تطويل العدة لأنه لا تطويل للعدة هنا لأنها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شيء، بخلاف ما إذا طلقها حائضاً فإن الحيض الذي وقع فيه الطلاق لا يحتسب من العدة مع أنه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة، ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به في كتب الأصول، وعلى هذا فتطويل العدة في غاية الظهور **(قال المصنف: وطلاق البدعة أن يطلقها)** أقول: قال ابن الهمام: طلاق البدعة ما خالف قسمي السنة، وذلك بأن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك، أو واحدة في الحيض، أو في طهر قد جامعها فيه، أو جامعها في الحيض الذي يليه هو اهـ: يعني الطهر الذي أوقع فيه الطلاق.

وقال الشافعي رحمه الله: كل الطلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر،

بدعة محرمة، وقال ﷺ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»[١] وفي أمره ﷺ ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض[٢] دليل على بطلان قولهم في الحيض، وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الإمامية. وقال قوم: يقع به واحدة، وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، وبه قال ابن إسحاق. ونقل عن طاوس وعكرمة أنهم يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة. وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر؟ قال نعم[٣]. وفي رواية لمسلم أن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم[٤]. وروى أبو داود عن ابن عباس قال: إذا قال

تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه، فإن الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضاً. قال في تعليله: **(لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم)** وهو وقوع الطلاق، وكل ما هو مشروع لا يكون محظوراً لأن المشروعية لا تجامع الحظر. فإن قيل: فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام؟ أجاب بقوله **(بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرّم تطويل**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٩٧ ومسلم ١٧١٨ وأبو داود ٤٥٨٢ وابن ماجه ١٤ والدارقطني ٤/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥ ـ ٢٢٧ والبيهقي ١١٩/١٠ وأحمد ١٤٦/٦ ـ ١٨٠ ـ ٢٤٠ ـ ٢٥٦ ـ ٢٧٠ والقضاعي في الشهاب ٣٥٩ كلهم من حديث عائشة. وهو عند مسلم: من عمل...) وعند البخاري: من أحدث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣٢ و٤٩٠٨ و٥٢٥٨ و٥٢٣٣ و٥٢٥٢ و٧١٦٠ ومسلم ١٤٧١ من وجوه وأبو داود ٢١٧٩ و٢١٨٥ والترمذي ١١٧٦ ـ ١١٧٥ والنسائي ٦/ ١٣٧ ـ ١٣٨ ـ ٢١٢ ـ ٢١٣ وابن ماجه ٢٠١٩ و٢٢٢٢ وابن الجارود ٧٣٦ ـ ٧٣٥ و٧٣٣ والدارمي ٢١٧٩ و٢١٨٠ ومالك ٥٧٦/٢ والشافعي ٢/ ٣٢ ـ ٣٣ وعبد الرزاق ١٠٩٥٢ و١٠٩٥٣ و١٠٩٥٤ وابن أبي شيبة ٥/ ٢ ـ ٣ والطيالسي ١٨٥٣ و١٩٤٢ و٦٨ وأحمد ٢/ ٦ ـ ٦٤ ـ ١٢٤ ـ ٢٦ ـ ٥٨ ـ ٨١ ـ ١٣٠ ـ ٤٣ ـ ٥١ ـ ٧٩ ـ ١٠٢ والطحاوي ٣/ ٥٣ ـ ٥٢ والدارقطني ٤/ ٩ ـ ٨ ـ ٧ والبيهقي ٧/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤ ـ ٣٢٥ وابن حبان ٤٢٦٣ و٤٢٦٤ من عدة طرق رواه بعضهم من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر، وبعضهم من طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر، وبعضهم عن سالم عن ابن عمر، وآخرون عن يونس بن جبير عن ابن عمر، وآخرون عن أنس بن سيرين عن ابن عمر كلهم في خبر تطليق ابن عمر امرأته وهي حائض.

وإحدى روايات الجماعة عن ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فأمره أن يرجعها، ثم يهملها حتى تحيض حيضة أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر، ثم يطلقها قبل أن يمسّها، فتلك العدة التي أمر الله أن يُطلّق لها النساء.

ورواية: فذكر ذلك له فجعلها واحدة.

ورواية: فطلقها عبد الله وآخره: وكان عبد الله طلقها تطليقة واحدة، فحُسبت من طلاقها.

فهذا حديث مشهور وهو أصل في هذا الباب.

(٣) موقوف صحيح لكن لم يروه البخاري وإنما أخرجه مسلم ١٤٧٢ ح ١٦ وأبو داود ٢٢٠٠ والنسائي ٦/ ١٤٥ والدارقطني ٤/ ٤٦ والبيهقي ٧/ ٣٣٦ كلهم من طريق طاووس أن أبا الصهباء قال.. فذكره بهذا اللفظ عند الجميع وأخرجه مسلم ١٤٧٢ ح ١٧ والبيهقي ٧/ ٣٣٦ كلاهما عن طاووس عن أبي الصهباء قال لابن عباس: هات من هَنَاتِكَ ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر واحدة فقال: قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر تتابعَ الناس في الطلاق، فأجازه عليهم. هذا لفظ مسلم. وتتابع بالمثناة: أكثروا منه.

وهو من طريق أيوب عن إبراهيم بن ميسرة عن طاووس وهو إسناد في غاية الصحة.

والطريق الأول عن ابن طاووس عن طاووس وهو صحيح أيضاً. وكرره أبو داود ٢١٩٩ بأتم منه عن جماعة عن طاووس.

تنبيه: وقد أخرج هذا الحديث من وجه آخر الحاكم في المستدرك ٢/ ١٩٦ وكذا الدارقطني ٤/ ٥٢ ـ ٥٣ كلاهما عن ابن أبي مُليكة أن أبا الجوزاء قال لابن عباس...) فذكره.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

واعترض الذهبي فقال: ابن المؤمل وهو عبد الله ضعفوه اهـ.

قلت: وحديثه وهم والصواب أنه القائل إنما هو أبو الصهباء.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٧٢ والبيهقي ٧/ ٣٣٦ وأحمد ١/ ٣١٤ كلهم عن عن معمر عن ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس به. وهو عند أبي داود ٢١٩٩ مطولاً.

بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق. ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه

أنت طالق ثلاثاً بمرة واحدة فهي واحدة(١). وروى ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك(٢)، وقال الإمام أحمد: حدثنا سعيد بن إبراهيم قال: أنبأنا أبي عن محمد بن إسحاق قال: حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله النبي ﷺ كيف طلقتها؟ قال: طلقتها ثلاثاً في مجلس واحد، قال: إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها(٣). ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثاً وفي غيرها واحدة، لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال: أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة؟ الحديث(٤). قال ابن عباس: بل كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: أجيزوهن عليهم(٥). هذا لفظ أبي داود. وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث. ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم «قلت: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ قال: إذاً قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك(٦)» وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت حتى ظننت أنه رادّها إليه، ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس؟ فإن الله عز وجل قال ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾ [الطلاق: ٢] عصيت ربك وبانت منك امرأتك(٧). وفي موطأ مالك: بلغه أن رجلاً

---

(١) ضعيف. ذكره أبو داود بإثر حديث ٢١٩٧ فقال: وروى حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً بفم واحد فهي واحدة.

ورواه إسماعيل بن إبراهيم عن أيوب عن عكرمة من قوله لم يذكر فيه ابن عباس، وجعله قول عكرمة اهـ.

وهذا الخبر ضعيف لأن إسماعيل جعله من قول عكرمة فهناك اختلاف.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٣٩ من طريق ابن إسحاق عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس.

وقال البيهقي: هذا إسناد لا تقوم به حجة فقد روى جماعة الثقات عن ابن عباس فتواه بخلاف ذلك اهـ.

قلت: وفي التقريب: داود بن حصين. ثقة إلا في عكرمة اهـ وهو من هذا القبيل هنا.

(٣) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ٢٦٥ والبيهقي ٧/ ٣٣٩ كلاهما عن ابن إسحاق حدثني داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس به.

قال البيهقي: هذا إسناد لا تقوم به حجة مع ثمانية رووا عن ابن عباس فتياه بخلاف ذلك، ومع رواية أولاد ركانة نفسه أن طلاق ركانة كان واحدة وبالله التوفيق اهـ كلامه.

وتقدم أن داود ثقة إلا في عكرمة وهو هنا عن عكرمة فهو واهٍ.

(٤) تقدم قبل قليل.

(٥) تقدم قبل قليل أيضاً وهذا التمام لأبي داود ٢١٩٩

(٦) تقدم وإسناده واه.

(٧) موقوف صحيح. أخرجه أبو داود ٢١٩٧ عن عبد الله بن كثير عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فذكره.

قال أبو داود: روى هذا الحديث حميد الأعرج وغيره عن مجاهد عن ابن عباس، ورواه شعبة عن عمرو بن مرة عن ابن جبير عن ابن عباس، وأيوب وابن جريج جميعاً عن عكرمة عن ابن جبير عن ابن عباس، وعطاء عن ابن عباس والأعمش عن مالك بن الحارث عن ابن عباس، وابن جريج عن عمرو بن دينار عن ابن عباس كلهم قالوا في الطلاق: إنه أجازها. قال: وبانت منك.

ثم أسند أبو داود حديثاً آخر ٢١٩٨ عن ابن عباس وقال أبو داود في آخره: وقول ابن عباس هو أن طلاق الثلاث تبين من زوجها مدخولاً بها، وغير مدخول بها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

هذا مثل خبر الصرف. قال فيه، ثم إنه رجع عنه يعني ابن عباس اهـ كلام أبي داود.

ومقصد أبي داود إثبات فتوى لابن عباس رواها أصحابه الثقات كلهم عنه بمثل ما عليه الجمهور من الأئمة الأربعة وغيرهم. وله قول تفرد به كان يفتي به أحياناً.

قلت: ومسألة الصرف هي عن ابن عباس ما ذكره البيهقي في سننه ٧/ ٣٣٨ عن الشافعي قال: قد علمنا أن ابن عباس يُخَالفُ عمر في المتعة، وبيع الدينار بالدينارين، وفي بيع أمهات الأولاد، وغيره، فكيف يوافقه في شيء يروي فيه عن النبي ﷺ خلافه اهـ.

ومقصد الشافعي عدم الاحتجاج بما رواه مسلم عن طاووس عن أبي الصهباء في الخبر الذي فيه أن الثلاث كانت واحدة.

لأن ابن عباس له مخالفات تفرد بها، وأفتى بها، وأصرَّ على ذلك رغم انتقاد الصحابة له ومن أشدها مسألة نكاح المتعة. والله تعالى أعلم.

من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى دليلها، والحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها، والمشروعية في ذاته من حيث أنه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه، وكذا إيقاع الثنتين في طهر

قال لعبد الله ابن عباس: إني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى عليّ؟ فقال ابن عباس: طلقت منك ثلاثاً وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا [(١)]، وفي الموطإ أيضاً: بلغه أن رجلاً جاء إلى ابن مسعود فقال: إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات، فقال: ما قيل لك. فقال: قيل لي بانت منك، قال: صدقوا، هو مثل ما يقولون [(٢)] وظاهره الإجماع على هذا الجواب. وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال: طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي، فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا: لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجاً غيرك، قال: فإنما كان طلاقي إياها واحدة، فقال ابن عباس: إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل [(٣)]. وهذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس. وفي موطإ مالك مثله عن ابن عَمْرو [(٤)] وأما إمضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ. هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فإنا نرى الصحابة تتابعوا على هذا الأمر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبداً، فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروي أيضاً عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال: جاء رجل إلى ابن مسعود فقال: إني طلقت امرأتي تسعاً وتسعين، فقال له ابن مسعود: ثلاث تبينها وسائرهن عدوان. وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت قال: جاء رجل إلى عليّ بن أبي طالب فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً، فقال له عليّ: بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك. وروى وكيع أيضاً عن معاوية بن أبي يحيى قال: جاء رجل إلى عثمان بن عفان فقال: طلقت امرأتي ألفاً فقال بانت منك بثلاث. وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت «أن أباه طلق امرأته ألف تطليقة، فانطلق عبادة فسأله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: بانت بثلاث في معصية الله تعالى، وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدواناً وظلماً، إن شاء عذبه الله وإن شاء غفر له [(٥)]» وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب: توفي رسول الله ﷺ عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفساً باطل، أما أوّلاً فإجماعهم ظاهر، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله

. . . .

---

(١) موقوف جيد. أخرجه مالك ٢/ ٥٥٠ بلاغاً، ووصله البيهقي ٧/ ٣٣٧ من طريق الشافعي بسنده عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، ووصله عن مجاهد عنه، وعن عطاء عنه، وعن ابن دينار عنه فالخبر عنه صحيح.

(٢) موقوف جيد. رواه مالك ٢/ ٥٥٠ بلاغاً ووصله البيهقي ٧/ ٣٣٥ عن سفيان عن أيوب عن ابن سيرين عن علقمة عن ابن مسعود ورواه من طرق أخرى عنه وأسانيده جيدة.

(٣) موقوف جيد. أخرجه مالك ٢/ ٥٧٠ وأبو داود ٢١٩٨ والشافعي ٢/ ٣٥ عن محمد بن إياس بن البكير وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات. وكرره مالك والشافعي من وجه آخر عن عطاء بن يسار بهذا الخبر.

(٤) موقوف جيد. رواه مالك ٢/ ٥٧٠ وعنه الشافعي ٢/ ٣٦ وكذا البيهقي ٧/ ٣٣٥ كلهم عن عطاء بن يسار قال: جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاص عن رجل طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال عطاء: فقلت: إنما طلاق البكر واحدة فقال لي عبد الله: إنما أنت قاصٌّ الواحدة تبينها، والثلاثة تحرّمها، حتى تنكح زوجاً غيره.

تنبيه: وقع في الأصل عند المصنف: عن ابن عمر مثله. وصوابه ما أثبته وهو ابن عمرو بن العاص.

(٥) الآثار المتقدمة عن الصحابة تقدم أكثرها وهي مستوفاة في معاني الآثار للطحاوي ٣/ ٥٥ ـ ٥٩ وسنن البيهقي ٧/ ٣٣٤ ـ ٣٣٩ وأما ما رواه عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت مرفوعاً.

. . . .

عنه حين أمضى الثلاث، وليس يلزم في نقل الحكم الإجماعي عن مائة ألف أن يسمي كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على أنه إجماع سكوتي. وأما ثانياً فإن العبرة في نقل الإجماع ما نقل عن المجتهدينَ إلا العوام والمائة الألف الذين توفي عنهم رسول الله ﷺ لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقون يرجعون إليهم وستفتون منهم، وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحاً بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق إلا الضلال. وعن هذا قلنا: لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف، والرواية عن أنس بأنها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره. وغاية الأمر أن يصير كبيع أمهات الأولاد أجمع على نفيه، وكن في الزمن الأول يبعن، وبعد ثبوت إجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة إلى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على[1] والوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثاً مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا تحتمل مخرجاً عن الإبطال لمخالفته الإذن، والمكلفون وإن كانوا أيضاً إنما يتصرفون بإذن الشرع لكن إذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والإجماع حجة قطعية كان مقدماً بأمر الشرع على ذلك الظاهر، قلنا: أن لا نشتغل معه بتأويل، وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته، هذا وإن حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعاً لمعارضة إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل عنهم واحداً واحداً، وعدم مخالف لعمر في إمضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه[2]، فتأويله أن قول الرجل أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الأول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان، ثم صاروا يقصدون التجديد فألزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم. وما قيل في تأويله أن الثلاث التي يوقعونها الآن إنما كانت في الزمان الأول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل إذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه. وأما حديث ركانة فمنكر[3]، والأصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه «أن ركانة طلق زوجته البتة، فحلفه رسول الله ﷺ أنه ما أراد إلا واحدة، فردها إليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه، والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه[4]» قال أبو داود: وهذا أصح وأما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أو لا فحكي فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالإطلاقات من نحو قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾ [البقرة:

. . . .

(١) قال الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٥٥: استدل المخالفون على الوكالة في الطلاق. أي إذا أمر رجل رجلاً أن يطلق امرأته في وقت على صفة، فطلقها في غيره، أو على غير صفة. لا يقع ذلك فأجاب الطحاوي: ليس ذلك كالوكالات لأن الوكلاء إنما يفعلون ذلك للموكِّلين، فإن فعلوا كما أمروا لزم وإلا فلا، والعباد في طلاقهم إنما يفعلونه لأنفسهم لا لغيرهم، فلما كان كذلك لزمهم ما فعلوا، ولو كانوا نُهوا عنه اهـ أي سواء في الحيض أو الثلاث معاً.

(٢) هو موقوف على ابن مسعود وقد تقدم تخريجه قبل قليل وظاهره الإجماع لأن ابن مسعود قال للرجل: هو كما يقولون، وأخبره بأن امرأته بانت منه بذكره: ثماني تطليقات اهـ.

(٣) تقدم في ٧/ ٤٦٩ عن ابن عباس عن ركانة وإسناده واهٍ لا يحتج به وقد تمسك به المخالفون اهـ.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٠٨ والترمذي ١١٧٧ والدارمي ٢١٨٩ وابن ماجه ٢٠٥١ وأبو يعلى ١٥٣٨ وابن حبان ٤٢٧٤ والحاكم ٢/ ١٩٩ وابن أبي شيبة ٥/ ٦٥ والطيالسي ١١٨٨ والدارقطني ٤/ ٣٤ والبيهقي ٧/ ٣٤٢ كلهم من حديث الزبير بن سعيد عن عبد الله بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده بهذا اللفظ.

وفي إسناده الزبير بن سعيد ضعيف.

قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسألت البخاري عنه فقال: فيه اضطراب اهـ.

وفي إسناده عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة واهٍ أيضاً قال العقيلي في الضعفاء ٨٤٧: لا يتابع على حديثه مضطرب الاسناد اهـ وأبوه علي مجهول قال البخاري: لم يصح حديثه وقال صاحب العدة في شرح العمدة ص ٤١٤ في فروع الحنابلة: هذا الحديث ضعفه الإمام أحمد. =

واحد بدعة لما قلنا. واختلفت الرواية في الواحدة البائنة. قال في الأصل: إنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة

٢٣٦] وما روى أن عويمرا العجلاني لما لا عن امرأته وقال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً[١]، ولم ينكر عليه ﷺ. وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس: «طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يجعل لي النبي ﷺ نفقة ولا سكنى[٢]» وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلاثاً في مرضه[٣]، وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهباء ثلاثاً لما هنته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه[٤]، ولأن الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر، ألا ترى أنه لو طلق نساءه الأربع دفعة جاز، فكذا الواحدة ثلاثاً بطريق الأولى، بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأنه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق، وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالأقراء أو الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى أن قال ﴿فإن طلقها﴾ [البقرة: ٢٣٠] فلزم أن لا طلاق شرعاً إلا كذلك، لأنه ليس وراء الجنس شيء، وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثاً بمرة واحدة وكان يتبادر أن لا يقع شيء كما قال الإمامية، لكن لما علمنا أن عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وإمكان التدارك عند الندم، وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا، وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر إلى آخره على ما نبين. ولنا أيضاً ما قدمناه من قول ابن عباس رضي الله عنهما للذي طلق ثلاثاً وجاء يسأل: عصيت ربك. وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال ﷺ «بانت بثلاث في معصية الله تعالى[٥]» وكذاما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن أبي حذيفة عن سفيان عن الأعمش عن مالك بن الحرث قال: جاء رجل إلى ابن عباس فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً، فقال: إن عمك عصى الله فأثم، وأطاع

....

= لكن للحديث طريق آخر فقد أخرجه الشافعي ٢/ ٣٧ ـ ٣٨ ومن طريقه أبو داود ٢٢٠٦ و٢٢٠٧ والحاكم ٢/ ١٩٩ ـ ٢٠٠ والبيهقي ٧/ ٣٤٢ والدارقطني ٤/ ٣٣ والبغوي ٢٣٥٣ كلهم من طريق الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن عبد الله بن علي بن السائب عن نافع بن عُجير عن ركانة بهذا السياق.

قال الحاكم: فهذه متابعة للزبير بن سعيد وقد صح بهذه الرواية فإن الإمام الشافعي قد أتقنه، وحفظه عن أهل بيته، والسائب بن عبد بن يزيد هو أبو الشافع بن السائب وهو أخ ركانة، ومحمد بن علي بن شافع عم الشافعي شيخ قريش في عصره. اهـ ولم يذكر الذهبي كلاما. وخلاصة القول أن هذه متابعة حسنة ونافع بن عُجير قال عنه في التقريب: قيل له صحبة وذكره ابن حبان وغيره في التابعي اهـ.

وقد وثقه ابن حبان وبقية الاسناد ثقات فالحديث يرقى إلى درجة الحسن. وقواه أبو داود حيث قال: وهذا أصح اهـ يعني أصح معاً ورد عن ابن عباس وفيه: طلقها ثلاثاً . . فذكره.

(١) صحيح. هو طرف حديث أخرجه البخاري ٥٢٥٩ ومسلم ١٤٩٢ وأبو داود ٢٢٤٥ النسائي ٦/ ١٤٣ والدارمي ٢١٤٩ وابن ماجه ٣٠٦٦ ومالك ٢/ ٥٦٦ والشافعي ٢/ ٤٤ وأحمد ٥/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧ والبيهقي ٧/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩ وابن حبان ٤٢٨٤ كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي وآخره: قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبْتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.

ورواية: إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً.

(٢) صحيح. حديث فاطمة بنت قيس مشهور أخرجه مسلم وغيره وفي مسلم ١٤٨٠ ح ٣٨ عن فاطمة أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً. . . الحديث.

هكذا وقع في رواية لمسلم لكن أكثر الروايات أنه طلقها البتة وقد جاء مفسراً في مسلم في رواية ح ٤٠ عن فاطمة أنه طلقها أي زوجها ـ آخر ثلاث تطليقات.

قال النووي في شرح مسلم ١٠/ ٩٥: فالجمع بين هذه الروايات أنه طلقها قبل هذا طلقتين، ثم طلقها الثالثة، فمن روى أنه طلقها آخر ثلاث فهو ظاهر، ومن روى أنه طلقها ألبتة، فمراده طلقها طلاقاً صارت فيه مبتوتة بالثلاث. ومن روى ثلاثاً ـ أراد تمام الثلاث اهـ.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٢٩ من طريق الشافعي معلقاً بصيغة الجزم.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٣٦ من أكثر من وجه عن سويد بن غفلة عن الحسن.

(٥) تقدم قبل قليل.

. . . .

الشيطان فلم يجعل له مخرجاً[١]، وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال «أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثاً جميعاً فقام غضبان فقال: أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله[٢]» وأما ما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور إلى محمود بن لبيد فغير معروف، وحينئذ فيجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثاً أنهم قالوا ثلاثاً للسنة، وأيضاً لنا ما ذكر المصنف من أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والأدلة السمعية التي ذكرناها، وإنما يباح للحاجة إلى الخلاص من المفاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الأطهار فإنها ثابتة نظرا إلى دليلها، وقد قدمنا أن الحاجة باطنة، فأنيط الحكم بالحل على دليلها وهو الإقدام عليه في زمن الرغبة، فإذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة إلى الثلاث كذلك فورد عليه أن دليل الحاجة إنما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة، فأجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من أن الحاجة قد تتحقق إلى فطام النفس على وجه يأمن ظاهراً عروض الندم، وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الأطهار لا مجموعة لما وجهنا به **(قوله والمشروعية في ذاته)** جواب عن قوله مشروع فلا ينافي الحظر:

يعني أن مشروعيته باعتبار ذاته، فإنه في ذاته إزالة الرق لما قدمنا من أن النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من أن فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز إثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح إذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب إذا لم يكن مسوّغ للحظر الحالي كالصلاة في الأرض المغصوبة. والوجه في تقريره أنه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا، ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث إنه إضرار وكفران بلا حاجة، وهذا أحسن من قوله مشروع في ذاته الخ إذا تأملت لأن هذا التفصيل هو الواقع في نفس الأمر، وسيصرح به في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال: ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة **(قوله وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا)** من أنه لا حاجة إلى الزيادة على الواحدة **(قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة، قال في الأصل)** يعني أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل أخطأ السنة، وهو ظاهر الرواية لأنه لا حاجة في الخلاص إلى إثبات صفة البينونة، ولأنه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة. وفي الزيادات: لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً، والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة إطلاق الزيادات عليها،

العدة عليها لا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيما إذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فإنه إذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لا يدري أهي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء، ثم قال: لا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح **(ولنا أن الطلاق الأصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية)** من تحصين الفرج عن

(قال المصنف: ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر) أقول: قال الكافي: فإن قال إنه مأمور به فأنى يكون محظوراً؟ قلنا: الأمر به لا ينفي الحظر، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره اهـ. قوله كالحنث في اليمين: يعني قول النبي ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه» وقوله وقطع الصلاة: يعني لإدراك الجماعة.

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه الطحاوي ٣/ ٥٧ بسند جيد عن ابن عباس. وله شواهد كثيرة تقدمت فهو صحيح.

(٢) حسن. أخرجه النسائي ٦/ ١٤٢ عن محمود بن لبيد وهو صحابي صغير جُلُّ روايته عن الصحابة مات سنة ست وتسعين قاله ابن حجر في التقريب اهـ وإسناده إليه حسن، والمشهور عن محمود أنه عقل مجة مجها رسول الله ﷺ في وجهه. وأما وقع لبعضهم أنه محمود هو الذي طلق فغير صحيح لأنه كان طفلاً لم يبلغ السبع سنوات آنذاك فلعله سمعه من غيره.

زائدة في الخلاص وهي البينونة، وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً (**والسنة في الطلاق من وجهين: سنة في الوقت، وسنة في العدد. فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها**) وقد ذكرناها (**والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه**) لأن المراعى دليل الحاجة وهو الإقدام

ومما يدل على صحة هذه أن أبا ركانة[(١)] طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر ﷺ عليه، والقياس على الخلع. والجواب تجويز أن يكون أبو ركانة[(٢)] طلق امرأته قبل الدخول أو أنه أخر الإنكار عليه لحال اقتضت تأخيره إذ ذاك، والخلع لا يكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية، ولهذا روي عن أبي حنيفة أن الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين: في الوقت والعدد، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة، فإذا طلق غير المدخول بها ثلاثاً كان عاصياً، ففي التي خلا بها أولى أن يكون معصية، ولا يخفي أن الاستواء بينهما مطلقاً متعذر، فإن السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وأن يلحقها بأخريين عند الطهر، ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها إذ لا عدة لها، وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها في التي خلا بها فإنها أيضاً يجب مراعاة السنة في طلاقها، وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين، فلو أخل بإحداهما لزمت المعصية، وإنما لزمتا لأن المراعى في تحقق إباحة الطلاق دليل الحاجة إليه وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض، ولا الطهر الذي جومعت فيه. أما زمان الحيض فلأنه زمان النفرة الطبيعية والشرعية، وأما الطهر الذي جومعت فيه فلأن بالجماع مرة تفتر الرغبة. وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها، فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلاً على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها في حال الطهر والحيض جميعاً، خلافاً لزفر. هو يقيسها على المدخول بها بجامع أنه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح، وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول

الزنا المحرم في جميع الأديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والأزدواج واكتساب الولد، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث. فإن قيل: فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة إلى المفرق على الأطهار. أجاب بقوله (وهي) أي الحاجة (في المفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى دليلها) وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدّد الرغبة وهو الطهر كما تقدم، والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمراً مبطناً. فإن قيل: دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور. أجاب بقوله (والحاجة في نفسها باقية) يعني لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب إمكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم. قال فخر الإسلام: وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر، وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ فإنه يدل على أنه مفرّق، ويجوز أن يراد قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر «إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً» الحديث (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر. ووجهه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظوراً لذاته أما إذا كانت المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي إذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة وقد قررناه في التقرير، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا إنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث. وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر. قال (والسنة في الطلاق من وجهين: أحدهما في الوقت، والآخر في العدد، فالسنة في العدد يستوي فيها

(قوله وسمى للواحد عدداً مجازاً لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه) أقول: قوله هو راجع إلى العدد

---

(١) صوابه: ركانة دون ذكر ـ أبا ـ وتقدم تخريجه قبل قليل.

(٢) صوابه: ركانة بحذف ـ أبو ـ كذا في كتب الحديث.

على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع، أما زمان الحيض فزمان النفرة، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض) خلافاً لزفر رحمه الله، هو يقيسها على المدخول بها. ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها، وفي المدخول بها تتجدد بالطهر. قال (وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أو يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة. فإذا مضى شهر

بها صادقة لا تقلّ بالحيض فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله ﷺ لابن عمر «ما هكذا أمرك الله» فالجواب أن الإشارة من قوله هكذا إلى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولاً بها ولأنه قال في رواية في هذا الحديث «فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء[1]» والعدة ليست إلا للمدخول بها (قوله وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر) أي بأن لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار، وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر أولا لهما بأن بلغت بالسن ولم ترد ما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى، فإذا مضى شهر طلقها أخرى، قال الله تعالى ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] أي لم يحضن بعد فيما مضى لأن لم تقلب معنى المضارع إلى المضي فأقام الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها. وأيضاً نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى ﴿فعدّتهن ثلاثة أشهر﴾ [الطلاق: ٤] والعدة في ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع، فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فإنه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر، ويجوز كون الإقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف إلى كل حيضة. ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لأنها أكثر الحيض المجعول عدة، والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهما غالباً شهراً، وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها أطهار وقولنا بدل عن الحيض والأطهار المتخللة، فالطهر ضرورة تحققها لا من مسماه، وما ألزم به من أنه لو كان مقام الحيض والطهر جميعاً لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لأنه في الحيض حكماً مدفوع بأنه مقامه في أنه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر، ألا يرى أن الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم، فكذا الطلاق في الشهر الثاني، وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع (قوله إن كان الطلاق وقع في أوّل الشهر) هو أن يقع في أوّل ليلة رئى فيها الهلال (تعتبر

المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمي الواحد عدداً مجازاً لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة، والمراعى دليلها (وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع، أما زمان الحيض فزمان النفرة، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه، وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئاً فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في أي وقت كان (خلافاً لزفَر فإنه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح. وعورض بأن ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص، فإن قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر «إنما السنة أن تستقبل الطهر» بإطلاقه يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب. وأجيب بأن الخصوص لم يثبت لخصوص السبب، بل لقوله عليه الصلاة والسلام لعمر «مره

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت إلى قوله بل بقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه «مره فليراجعها») أقول: فإن الرجعة تكون في العدة ولا عدة على غير المدخول بها (قال المصنف: وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) أقول: قوله أو كبر: يعني بأن كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر، أولا تحيض بأن كانت حاملة (قال المصنف: فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول: هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وسيجيء بعد سطور بدليله الخاص.

---

(١) خبر ابن عمر رواه الجماعة وقد تقدم مستوفياً.

طلقها أخرى، فإذا مضى شهر طلقها أخرى) لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض، قال الله تعالى ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾ إلى أن قال ﴿واللائي لم يحضن﴾ والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو

الشهور بالأهلة) اتفاقاً في التفريق والعدة **(وإن كان وقع في وسطه فبالأيام في التفريق)** أي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأوّل بل في الحادي والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوماً، فلو طلقها في اليوم الموفى ثلاثين كان جامعاً بين طلاقين في شهر واحد **(وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة)** تعتبر بالأيام، وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضي عدتها إلا بمضي تسعين يوماً **(وعندهما يكمل الأول بالأخير والشهران المتوسطان بالأهلة)** وقوله في الفتاوى الصغرى: تعتبر في العدة بالأيام بالإجماع يخالف نقل الخلاف **(قوله وهي مسئلة الإجارات)** يعني إذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبرت بالأهلة اتفاقاً ناقصة كانت أو كاملة وإن استأجرها في أثناء شهر تعتبر الأشهر الثلاثة بالأيام عنده، وعندهما يكمل الشهر الأوّل بالأخير وفيما بين ذلك بالأهلة. وقيل الفتوى على قولهما لأنه أسهل وليس بشيء. ووجه بأن الأصل في الأشهر الأهلة فلا يعدل عنه إلا لضرورة، وهي مندفعة بتكميل الأول بالأخير. ويمكن أن يقول ذلك في الأشهر العربية وهي المسماة بالأسماء، وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلاً وليس يلزم من ذلك الأهلة، وحينئذ فلا بد من تسعين لأنه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الأهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الأول فيلزم كذلك في الثلاثة **(قوله ويجوز أن يطلقها)** أي يطلق التي لا تحيض من صغر أو كبر **(ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)** وبه قالت الأئمة الثلاثة. وقال زفر: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر. وفي المحيط قال الحلواني: هذا في صغيرة لا يرجى حبلها، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر. ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزم الفصل، لأن الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة، ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر، ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان **(قوله ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها)** أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر **(الكراهية)** أي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع

فليراجعها» **(وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾)** يعني إن أشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكمهن هذا. وقوله **(واللائي لم يحضن)** مبتدأ خبره محذوف: أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر. وقوله **(والإقامة في حق الحيض خاصة)** قيل هو إشارة إلى ما اختار بعض أصحابنا أن الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعاً كما اختاره آخرون. وقال شمس الأئمة: ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة، وهذا لأن المعتبر في حق ذوات الأقراء الحيض، ولكن لا يتصور تجدد الحيض إلا بتخلل الطهر، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما ذكره صاحب النهاية أن الشهر لما أقيم مقام الحيض، فإذا أوقع الطلاق في أي شهر كان من الأشهر الثلاثة كان موقعاً للطلاق في الحيض فكان حراماً كما في حالة الحيض. والثاني ما ذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفي بإقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لأن الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم. وأجيب عن الأول بأن هذه المدة طهر حقيقة، ولكن أقيمت مقام الحيض، وما قام مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه وإلا كان عينه لا قائماً مقامه فكان قائماً مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة، ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام، ولو كان الأشهر بدلاً عن الأقراء في جميع الأحكام لكان محرماً كما في ذوات الأقراء، كذا ذكره شيخ الإسلام والجواب عن الثاني أن الشرع أقام الأشهر مقام حيض تنقضي بها العدة، وهي إنما تكون في ثلاثة أشهر غالباً، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت

بالحيض لا بالطهر، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجارات. قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام

فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع، وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا لكبر بل اتفق امتداد طهرها متصلاً بالصغر، وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما. ولما كان ظاهراً أن يقال قد عللتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آنفاً بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الأمر أن الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين: لاشتباه العدة، ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة. وفي الصغيرة والآيسة إن فقد الأول فقد وجد الثاني فيمتنع. أجاب بقوله والرغبة الخ. وحاصله منع عدم الرغبة مطلقاً بجماع هذه، بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقاً إلا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فراراً عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل، وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقي الأصل وهو حضر الطلاق، وتكلف جوابه لأن حاصل الوجه أن للرغبة سببين: عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة، وكون الوطء غير معلق، فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة. هذا ثم يمكن أن يقال: ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء أن الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فإنه تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق متربصة على كل حال إلى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لأمر الله، فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه، فظهر أن التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له، إذ لم يبق فرق بين اعتدادها إذا جومعت في الطهر وعدمه إلا بتجويز أنها حملت أولاً وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها. لا يقال: إنه على أصل الشافعي من أن الحامل تحيض يصح التعليل به لأنها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وإن رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثاً إلا إذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لأنا لا نمنع من رؤية الحامل الدم، بل نقول: إن ما تراه فهو استحاضة، فمع

توجد فيها ولم تقم الأشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفي بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف. وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته تظهر في حق إلزام الحجة، فإنهم لما أجمعوا على أن في الاستبراء يكتفي بالحيض لا غير من غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل، واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط، ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا إلى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى، لأن إلزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف، إذ البديهة تشهد بأن غرض الإنسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون إلزام الحجة على الخصم. قال (ثم إن كان الطلاق في أول الشهر) إذا كان إيقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق بين طلاقي السنة وذلك ثلاثون يوماً بالاتفاق، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة (وهي مسئلة الإجارات) على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال (ويجوز أن يطلقها) أي الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الأئمة الحلواني: وكان شيخنا يقول هذا إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض

(قوله والثاني ما ذكره بعض الشارحين) أقول: أراد الإتقاني (قوله لكان محرماً كما في ذوات الأقراء) أقول: سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولاً (قوله وما ذكره صاحب النهاية، إلى قوله: ليس بشيء) أقول: قوله وما ذكره مبتدأ، وقوله ليس بشيء خبره (قوله ويجوز أن يطلقها: أي الآيسة والصغيرة) أقول: والأظهر أن ما ذكره بيان حاصل المعنى، وإلا فالضمير راجع إلى من لا تحيض لصغر أو كبر (قال المصنف: ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول: قد سبق في باب المهر أنه تجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة في التي لا

الحيض، ولأن بالجماع تفتر الرغبة، وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر: ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها، والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق فراراً عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل **(وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع)** لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقلّ الرغبة بالجماع **(ويطلقها للسنة ثلاثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد)** وزفر **(لا يطلقها للسنة إلا واحدة)** لأن الأصل في الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها. ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في

تجويز الحبل لا يتيقن بأن ما رأته حيض أو استحاضة وهي حامل إلى أن تذهب مدة لو كانت حاملاً فيها لظهر الحبل. لأنا نقول: هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق، فلو اعتبر مانعاً منع الوطء فيه أيضاً خصوصاً في آخره. والحقَ أن كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيضَ لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه **(قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة)** إن اعتبر حاظراً، ولأنه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق لأنه اتفق أنها قد حبلت أحبه أو سخطه فبقي آمناً من غيره فيرغب فيه لذلك، أو لمكان ولده منها لأنه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر أنه لا حاجة إلى قوله فيها بل الرغبة في الوطء لكل من الأمرين **(قوله ويطلقها ثلاثاً للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله. وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يطلقها للسنة إلا واحدة)** وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري **(ولأن الأصل في الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث مفرقاً على فصول العدة في ذوات الحيض)** وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة أو الآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر **(والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها)** وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل، وقول محمد رحمه الله

والحبل، وأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لأن الأفضلية لا تنافي الجواز **(وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض)** فيمن لا تحيض، وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر، ولأن الرغبة تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جومعت في الطهر وإنما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر **(ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها)** أي في التي نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة **(الكراهية)** أي كراهية الطلاق بعد الجماع **(وفي ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة)** فلا يدري أن انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة **(قوله والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر)** جواب قول زفر أن الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر. واعترض بأن جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا إلى الأصل وهو أن الأصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها، وهو فاسد لأن الأصل لا مدخل له في إيجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته، وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق أصلاً أو لا يتكرر كما تقدم. وإنما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الشرعي الدائر على الدليل وهو الفصل **(قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع)** واضح.

تحيض أولاً لتوهم الشغل (قال المصنف: لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول: قال ابن الهمام: هذا تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق متربصة على كل حال إلى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها فتصبر إلى أمر الله، فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها اهـ. وسنح هذا للخاطر الفاتر قبل النظر إلى هذا المقام من الشرح، ثم قال الشارح: والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق الخ) أقول: مستعيناً بالله تعالى: تأثير ذلك الأصل أن لا يقع الطلاق إلا حيث يوجد دليل الحاجة إليه، فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك هو الشهر، والأولى أن يحمل قوله والرغبة وإن كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه، فإنها وإن انتفت من الجهة التي ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول: إذا سقطت جهة الرغبة وإباحة الطلاق كان الإقدام عليه في زمان تجددها لا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل.

حق الآيسة والصغيرة، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علماً ودليلاً، بخلاف الممتد طهرها لأن العلم في حقها إنما هو الطهر وهو مرجوّ فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل **(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق)** لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته **(ويستحب له أن يراجعها)** لقوله عليه الصلاة والسلام لعمر «مر ابنك فليراجعها» وقد طلقها في حالة الحيض. وهذا يفيد الوقوع والحثّ على

قول الأئمة الثلاثة **(ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة)** وقدمنا أنها لا تنتفي مطلقاً بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولاً فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا، فكونها فصلاً من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالته كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان، وحين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزاً علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أوّل طهر يليه وذلك في الغالب شهر، فأدرنا الإباحة على الشهر، وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولاً لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضاً بالقياس لا بالنص ودلالته، بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجوّ في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك، وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدّة بقوله سبحانه وتعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] لما بيناه من إلغاء كونه فصلاً من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم، على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلاً بل على استقبال العدة بالطلاق، والعدة مجموع الأقراء، وإنما يفيد تفريقه قوله ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم «إن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء[1]» وأريد بالقرء الطهر، وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع[2]، وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن

وقوله **(وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة)** يعني قوله تعالى ﴿فطلقوهنّ لعدتهنّ﴾ قال ابن عباس: أي لأطهار عدتهن، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار، وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض، والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لأن مدة الحمل وإن طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكماً، ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالممتد طهرها فإن طهرها وإن امتد شهوراً فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه. ولهما أن إباحة الطلاق للحاجة لما تقدم أن الأصل فيه الحظر، وإنما أبيح عند الحاجة إلى الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق الزوجية، والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة، وهذا أي كون الشهر دليلاً في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح أن يكون علماً ودليلاً على وجود الحاجة **(والحكم يدار على دليلها)** فإذا وجد وجد ما أبيح لأجله الطلاق فيكون مباحاً. وقوله **(بخلاف الممتد طهرها)** جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لا يصلح الشهر أن يكون علماً لأن العلم على الحاجة في حقها الطهر: أي تجدده وهو موجود فيها في كل زمان لأنه يمكن أن تحيض فتطهر، ولا

(قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة: يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس: أي لأطهار عدتهن، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض) أقول: قال ابن العميد الإتقاني: والأصح عندي مذهب محمد لأن الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ وهنا في مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الأشهر، فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لا بالشهر اهـ **(قال المصنف ولهما أن الإباحة والشهر دليلها)** أقول: لا يقال هذا مخالف لما مر في الدرس السابق من أن دليلها هو الإقدام عليه في زمان تجدد الرغبة لأن الظاهر أن الإسناد مجازي.

---

(١) خبر ابن عمر تقدم في الجزء الثاني رواه الجماعة.
(٢) ذكر هذه الآثار السيوطي في الدر المنثور ٦/ ٢٣٠.

الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ. والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة. قال (فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها. قال: وهكذا ذكر في الأصل. وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى. قال أبو الحسن) الكرخي

مفهوم ﴿طلقوهن﴾ أوجدوا طلاقهن لعدتهن، فيستلزم عمومين: عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف، وكذا عدتهن، فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن، وجميعه بفم واحد حرام، فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها، وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة، فالمعنى: أوجدوا طلاقاً عليهن لعدتهن: أي لاستقبالها. وأيضاً فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء، ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقاً، وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث، وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول عدة الحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافاً لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية، ونقل أيضاً عن إسماعيل بن علية من المحدثين، وهذا (لأن النهي عنه لمعنى في غيره) يعني أن النهي الثابت ضمن الأمر: أي قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] وهو المراد بالأمر في قوله ﷺ «ما هكذا أمرك الله[١]» وقوله وهو ما ذكرنا: أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله ﷺ لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين «مر ابنك فليراجعها»[٢] حين طلقها في حالة الحيض، وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافي الوقوع (والحثّ على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد رحمه الله في الأصل، وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب (والأصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملاً بحقيقة الأمر) فإن حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم. واعلم أن قول الشافعية إن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة، فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره، فإذا لم يتعين يثبت كونه مطلوباً في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب، ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب، وأما عندنا فمسمى الأمر الصيغة الموجبة،

يرجى تجدد الطهر مع الحمل لأن الحامل لا تحيض قال (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا: يعني من قوله لأن المحرّم تطويل العدة فإن الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها. نقل صاحب النهاية عن شيخه أن المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الأمر المذكور في قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ أي لأطهار عدتهن أو الأمر المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام لعمر «مر ابنك فليراجعها» لما أنه كان مأموراً برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لأجل الحيض كان منهيا عن إيقاعه في حالة الحيض. وقال بعض الشارحين: المراد بالنهي قوله تعالى ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ والنهي إذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الأصول. وأما الاستحباب فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر «مر ابنك فليراجعها» وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته. قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه أن أدنى الأمر الاستحباب فيصرف إليه بقرينة أن الرجعة حق له ولا وجوب على الإنسان فيما هو حقه (والأصح أنه واجب عملا

(قوله وهو ما ذكرنا يعني من قوله لأن المحرم تطويل العدة) أقول: ولعل الأولى أن يقال: يعني من كونه زمان النفرة فإن المصنف علل به عدم جوازه في زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين: المراد بالنهي الخ) أقول: يعني تاج الشريعة.

(قوله بقرينة أن الرجعة حق له) أقول: بل حق لله تعالى، فإن الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده.

---

(١) هو بعض حديث ابن عمر تقدم مراراً.

(٢) تقدم وهو مكرر.

(ما ذكره قول أبي حنيفة، وما ذكر في الأصل قولهما) ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل. وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه **(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض**

كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وإن كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي ﷺ لأنه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة، فاشتمل قوله «مر ابنك» على وجوبين: صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر. وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه. والقائلون بالاستحباب ههنا إنما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها. والجواب أن ذلك لا يصلح صارفاً للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها، إذ بقاء الأمر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة. قيل عليه ما حاصله أن هذا يصلح بحثاً يوجب الوجوب، لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع أن محمداً في الأصل إنما قال لفظاً يدل على الاستحباب، ومرجع هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحاً بل ذلك بحث، فإذا تحقق النقل اندفع، وقوله والأصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب، وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض **(قوله وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها)** هذا لفظ القدوري، وهكذا ذكر في الأصل. ولفظ محمد فيه: فإذا طهرت في حيضة أخرى راجعها. وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها. وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في الأصل قولهما، والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة إلا أن يحكى الخلاف ولم يحك خلافاً فيه، فلذا قال في الكافي: إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد، وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية **(وجه المذكور في الأصل)** وهو ظاهر المذهب. لأبي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله ﷺ لعمر «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فيطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل» وفي لفظ «حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها» ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر «مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً[1]» رواه مسلم وأصحاب السنن والأولى أولى لأنها أكثر تفسيراً بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة. وظهر من لفظ الحديث حيث قال «يمسكها حتى تطهر» أن استحباب الرجعة أو إيجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا تؤمل، فعلى هذا إذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية. وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ: أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع، والأولى أن يقول: ولا

بحقيقة الأمر) قيل الأمر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك، ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه. وأجيب بأن فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي ﷺ أمره بذلك فثبت الوجوب، ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة. وقوله **(ورفعاً للمعصية)** معطوف على قوله عملاً، وذلك لأن رفع المعصية واجب، ورفعها بعد وقوعها إنما هو برفع أثره: أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة. وقوله **(قال)** يعني القدوري **(فإذا طهرت)** يعني بعد المراجعة **(وحاضت ثم طهرت، فإن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها)** قال المصنف **(وهكذا ذكر في الأصل، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة)** ووفق الكرخي بين الروايتين فقال: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في الأصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع إلى الحديث المروى في الباب لأن كل واحدة من الروايتين مروية في

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٧١ ح ٤ والترمذي ١١٧٦ وابن الجارود ٧٣٦ والدارمي ٢/ ١٦٠ والطحاوي ٣/ ٥٣ عن سالم عن ابن عمر.

وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه **(وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى)** سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر. وقال زفر: لا تصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة. ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سني وقوعاً من

يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها، إذ لا يتصور حيضة إلا الثانية فلغا بعض الأولى. ووجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق انعدام بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها، وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة أنه إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك، ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة، وعلى هذا فرع ما لو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعاً بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني، وكذا الثالث، وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع إلا الأولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى، فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه. هذا إذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس، أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت، فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر، وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر إنما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد إذا حبلت وظهر الحبل، هذا في تخلل الرجعة. فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائناً، فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقاً، وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقاً. والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه **(قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة)** فإن نوى ذلك فأظهر ثم إن لم يكن جامعها في الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى، وإن كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر. وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لأنه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد، ولو كانت من ذوات الأشهر يأتي، ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وإن كانت حائضاً، ثم لا يقع شيء إلا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية،

الحديث. روى البخاري مسنداً إلى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال لعمر «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس» وهذا يدل على رواية الأصل. وروى الترمذي في جامعه مسنداً إلى سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال لعمر «مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت» وهذا يدل على رواية الطحاوي، وإذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف إلى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **(قوله ومن قال لامرأته)** اعلم أن من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثاً للسنة، فإما أن تكون من ذوات الأقراء أو الأشهر، وكل واحد منهما على وجهين: إما أن يذكر ذلك ولا نية له، أو نوى شيئاً، فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة، وإن نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى، سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر، وكذا رأس كل شهر. وقال زفر: لا تصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به. ولنا أن اللام فيه: أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة إيقاعاً ووقوعاً وتارة وقوعاً فقط فكان كل منهما محتملاً، فإذا لم يكن له نية كان مطلقاً، والمطلق ينصرف إلى

(قوله فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول: وإن نوى ذلك كان أظهر **(قال المصنف: لأن اللام فيه للوقت، ووقت السنة طهر لاجماع فيه)** أقول: قال ابن الهمام: وجه المسألة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السني عددا ووقتاً، فوجب جعل الثلاث مفرقاً على الأطهار ليقع واحدة في كل طهر. وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب، لأن المعنى حينئذ ثلاثاً لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتاً وحينئذ فمؤداه ثلاثاً في وقت السنة، ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتها بخلاف ما قررنا اهـ. ولك أن تقول: وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة أطهار لإجماع فيها وذلك مآل ما قال المصنف فليتأمل **(قوله فإذا صح**

حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعاً فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (**وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى**) لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما

فإن تزوجها أيضاً وقعت الثالثة. ووجه المسئلة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السني عدداً ووقتاً فوجب جعل الثلاث مفرقاً على الأطهار لتقع واحدة في كل طهر. وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لأن المعنى حينئذ ثلاثاً لوقت السنة، وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتاً، وحينئذ فمؤداه ثلاث في وقت السنة، ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها، بخلاف ما قررنا، وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فإنه يصح خلافاً لزفر، قال فإنه بدعة ضد السنة، ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه. قلنا: بل يحتمله لأن سني وقوعاً: أي وقوعه بالسنة فتصح إرادته وتكون اللام للتعليل: أي لأجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث، بخلاف ما لو صرح بالأوقات فقال أنت طالق ثلاثاً أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية إنما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل، وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف إلى التعليل بالنية وإلى الوقت عند عدمها، بخلاف لفظ أوقات، وكذا إذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهي على ما نوى، سواء كانت عند رأس الشهر حائضاً أو طاهرة لأن رأس الشهر إما أن يكون زمان حيضها أو طهرها، فعلى الثاني هو سني وقوعاً وإيقاعاً وعلى الأول سني وقوعاً، فنيته الثلاث، عند رأس كل شهر مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضاً فيه نية الأعم من السني وقوعاً وإيقاعاً معاً أو أحدهما (**قوله وإن كانت**) أي امرأته: أي التي قال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة (**آيسة أو من ذوات الأشهر**) التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (**وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا**) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (**قوله وإن نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا**) خلافاً لزفر (**لما قلنا**) من أنه سنيٌّ وقوعاً فيصح منوياً. ولقائل أن يقول: ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لأن هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة، وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع، كما لو مسها بشهوة وقال أنت طالق ثلاثاً للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لأن وقت كل واقع منها وقت السنة وإن اختلف الوجه، وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثاً بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر، بل غايته أن يكون أولى، وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضاً (**قوله بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة الخ**) إذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثاً وقعت واحدة في الحال إن كانت في طهر لم يجامعها فيه، وإن كانت قد جامعها أو حائضاً لم يقع شيء حتى تطهر فتقع واحدة لأن

الكامل وهو السنة إيقاعاً ووقوعاً فيقع عند كل طهر لاجماع فيه تطليقة، وإذا نوى صرف لفظه إلى السنة وقوعاً لأن وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه، ومن حيث أنه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «من طلق امرأته ألفاً بانت منه بثلاث والباقي ردّ عليه» فإن قيل: الوقوع لا يتحقق إلا بالإيقاع لأنه انفعاله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع فكان سنياً وقوعاً وإيقاعاً وليس كذلك. أجيب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة لأنه ليس فعل المكلف، ولأنه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والإيقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة

الوقوع صح الإيقاع الخ) أقول: فيه بحث (**قال المصنف: وينتظمه عند نيته**) أقول: قال ابن الهمام: ويكون اللام للتعليل: أي لأجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى. وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (**قوله أجيب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ**) أقول: يعني أن قول أنت طالق ثلاثاً فيه جهتان: البدعية، والسنية، فإن تكلمه بهذا الكلام يقصد إيقاع الثلاث جملة بدعة وحرام، واتصافه بكونه إيقاعاً للثلاث سني عرف بالسنة، والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (**قوله لم يقع الساعة**) أقول: إذا لم ينو ذلك (**قوله فيفيد تعميم الوقت**) أقول: يعني إذا نوى ذلك (**قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف**) أقول: فيه أن زيداً مثلاً موجود اليوم واليوم الذي قبله وهكذا، فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر.

بينا (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافاً لزفر لما قلنا) بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن

اللام فيه للاختصاص: أي الطلاق المختص بالسنة. ولو نوى ثلاثاً مفرقاً على الأطهار صح لأن المعنى في أوقات طلاق السنة، ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح، ولو نوى ثلاثاً جملة اختلف فيه، فذهب المصنف وفخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات إلى أنه لا يصح وإنما يقع به واحدة في الحال. وذهب القاضي أبو زيد وشمس الأئمة وشيخ الإسلام إلى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الأطهار لأن للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما إذا صرح بلفظ الثلاث، وحققه بعضهم بأن التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وإن اقتران أحدهما بالنهي فأيهما نواه صح فإذا نوى البدعي صح لأن محتمل كلامه، ومختار المصنف أوجه لأن مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم، وما وقع الثلاث إلا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لأن مجرد طالق لا تصح فيه الثلاث على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. فإذا فقد تعميم الأوقات لم يبق ما يصلح لإيقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها، وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي، فأيهما نواه صح، إن أرادوا أنه إذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صح منعناه لأن طالقاً لا يراد به الثلاث أصلاً بلا خلاف في المذهب على ما سيأتي لعدم احتماله إياه فلا يراد به، وإن أرادوا أنه إذا نوى فردا من الطلاق البدعي أو المستحب صح فمسلم ولا يفيد وقوع الكل، وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير. وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الأوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه إذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقاً كل يوم، وكذا بطلاق في وقت من أوقات السنة تصير به طالقاً في جميع أوقاتها المستقبلة، وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لأن الكلام فيما إذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لا فيما إذا لم تكن له نية، وقد ذكرنا أنه إذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية. ولو نوى فيه تجدد الواقع في الأيام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة أيام. نعم هذا يصلح إشكالاً على صحة وقوع الثلاث مفرقاً على الأطهار في هذه المسئلة ومفرقاً على الأيام في المسئلة الموردة بناء على ذكرنا من أن طالقاً لا يقبل التعميم، وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت، لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق في جميع أوقات السنة المستقبلة وفي كل الأيام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته، وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل إضافة الطلاق إن شاء الله تعالى.

المرضية فلهذا قال سني وقوعاً (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما بينا قبل هذا أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافاً لزفر لما قلنا) إنه سني وقوعاً، وإذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث، إن كانت طاهرة لم يجامعها وقع في الحال، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة، فإذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرّفة باللام وهي تلك، وإن نوى ثلاثاً جملة قال المصنف لا تصح، قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي، لأن نية الثلاث إن صحت فإنما تصح من حيث أن اللام فيه للوقت، ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت، ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لأنه جعل الوقت ظرفاً للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لأن بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثاً لأن الثلاث مذكور صريحاً فتصح نيته. وذكر صاحب الأسرار وشمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أن نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثاً لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان: حسن، وأحسن، فالأحسن أن يطلقها في طهر لا جماع فيه. والحسن أن يطلق الثلاث في ثلاثة أطهار، فإذا نوى الثلاث فقد نوى

ضرورته تعميم الواقع فيه، فإذى نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث.

[فروع] ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبي يوسف: للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقاً عدلاً وطلاق الدين والإسلام، وأحسن الطلاق وأجمله، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لأن كل ذلك لا يكون إلا في المأمور به. ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه، فإن نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها، وإلا وقع في الحال لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية. ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء، فإن نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين فإذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لأنه غير ظاهر. ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبي يوسف للسنة، ولو قال حسنة أو جميلة وقع في الحال. وقال محمد في الجامع الكبير: وقع في الحال في كليهما لأن هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال، واعتبر أبو يوسف الغالب وباقي هذا الفصل تشبيه الطلاق. ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لأنها محتمل كلامه، وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع، وإن لم تكن له نية. فإن كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته، وإن كانت في طهر لاجماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر.

أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته، كما لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة أو طلاقاً للسنة. كذا في بعض الشروح. وفيه نظر لأن المدعي وقوعها جملة، ودليله يدل على التفريق على الأطهار كما ترى. ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الأصل أنه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثاً، وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب، فإن المقتضي لا عموم له عندنا، ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة، والله أعلم.

(قوله وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء) أقول: إن شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الأصول وانظر مباحث الاقتضاء (قال المصنف: ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول: قال الإتقاني: ولنا فيه نظر لأن تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه، ألا يرى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع إلا طلقة واحدة عندنا خلافاً لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى. ولك أن تقول: وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد إذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق للسنة فإنه يفيد اختصاص الطلاق لأوقات السنة إذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا مختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام في قوله تعميم الوقت للعهد، يعني وقت السنة، ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل.

فصل

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلاً بالغاً، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون» ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

فصل

(قوله ولا يقع طلاق الصبي) وإن كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون، قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم، بخلاف المجنون. وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادراً والمجنون ضده، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء، وهذا يؤدي إلى أن لا يحكم بالعته على أحد، والأول أولى. وما قيل من يكون كل من الأمرين منه غالباً معناه يكثر منه. وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحياناً. والمبرسم[1] والمغمى عليه والمدهوش كذلك، وهذا (لقوله ﷺ «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»[2]) والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله[3]» وضعفه وروى ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما: لا يجوز طلاق الصبي والمجنون. وروي أيضاً عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه. وعلقه البخاري أيضاً عن عليّ رضي الله عنه[4]،

فصل

لما ذكر طلاق السنة لأنه الأصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون») والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات، والنفوذ بالوقوع.

فصل

(قال المصنف: ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق) أقول: أي قصد التكلم بما هو موضوع لإيقاع الطلاق كذا قيل، وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول: وأيضاً لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعي حلالاً وليس كذلك (قوله والمخبر عنه إذا كان كذباً) أقول: أي غير واقع (قوله لا يصير صدقاً) أقول: أي واقعاً.

---

(١) البِرسام: بكسر الباء داء معروف وفي بعض الكتب الطبية هو ورم حارٌّ يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ. قال ابن دريد: البِرْسام: معرَّب اهـ مصباح.
وفي القاموس: عِلةٌ يُهذَى فيها بُرسم بضم الباء فهو مَبرُسم. اهـ.
والهَذَيان: هو الكلام بغير ما يتكلم به العقلاء لمرض، أو غيره وعلى هذا: فالبرسام داء يؤثر على الدماغ حتى يتكلم الرجل فيخلط في كلامه والله تعالى أعلم.

(٢) لا أصل له. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢١ فقال: غريب.
وذكره ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٩ فقال: لم أجده.

(٣) باطل. أخرجه الترمذي ١١٩١ وابن الجوزي في الواهيات ١٠٦٩ كلاهما من حديث أبي هريرة وفيه عطاء بن عجلان قال الترمذي: لا نَعْرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ضعيف ذاهب الحديث والعمل على هذا عند أهل العلم وذكر ابن الجوزي كلام الترمذي وزاد: ليس بشيء كذاب كان يوضع له الحديث، فيحدث به قال الرازي ـ أبو حاتم ـ متروك.
وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات لا يحل كتب حديثه اهـ.
وأخرجه ابن عدي في الكامل ٥/ ٣٦٥ من طريق عطاء هذا عن ابن عباس مرفوعاً، ونقل ابن عدي عن يحيى قوله: هو كذاب. وقال البخاري: منكر الحديث.
قلت: فالحديث انفرد به كذاب فحديثه باطل.

(٤) موقوف صحيح. ذكره البخاري معلقاً بصيغة الجزم في ٩/ ٣٨٨ ووصله البيهقي ٧/ ٣٥٩ وكذا وصله البغوي كما في الفتح ٩/ ٣٩٣ وكذا سعيد بن منصور في سننه عن جماعة من أصحاب الأعمش عن عابس بن ربيعة عن علي موقوفاً.
قال ابن حجر: صرح الأعمش بسماع عابس من علي اهـ وإسناده متصل ورجاله ثقات وعابس هذا ثقة مخضرم روى عنه الشيخان كما في التقريب.

(وطلاق المكره واقع) خلافاً للشافعي، هو يقول إن الإكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي، بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق. ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتباراً بالطائع، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما، وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه غير راض بحكمه

والمراد بالجواز هنا النفاذ. وروى البخاري أيضاً عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق[1]. لكن معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف وأدرناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فإنه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الأمر، ولم يكف عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال، بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الإيمان حتى صح من الصبي العاقل، ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لأن المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم، وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظانّ الكلية، وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه. وعن ابن عمر رضي الله عنهما: جواز طلاق الصبي وَمُرادُهُ العاقل، ومثله عن الإمام أحمد، والله أعلم بصحة هذه النقول **(قوله وطلاق المكره واقع)** وبه قال الشعبي والنخعي والثوري[2] **(خلافاً للشافعي)** وبقوله قال مالك وأحمد فيما إذا كان الإكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه، وهو مروى عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[3]» ولأن الإكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف

فمعناه كل طلاق نافذ إلا طلاق الصبي والمجنون، ولأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون، أما المجنون فظاهر، وأما الصبي فلأن المراد به ما هو المعتدل منه، والصبي وإن اتصف بالعقل حتى صح إسلام الصبي العاقل لكنه ليس

---

(١) موقوف حسن. ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم ٩/ ٣٨٨ وقال ابن حجر ٩/ ٣٩١: وصله ابن أبي شيبة عن شبابة ورويناه في الجزء الرابع من تاريخ أبي زرعة الدمشقي اهـ وساق ابن حجر سنده إلى أبان عن عثمان.

(٢) قال ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٣٥٨: وفي الاستذكار: كان الشعبي والنخعي والزهري وابن المسيب وأبو قلابة وشريح في رواية يرون طلاق المكره جائزاً وبه قال: أبو حنيفة وأصحابه والثوري.

قال ابن التركماني: وكذا ذكرهم ابن المنذر في الأشراف إلا أنه بدّل شريحاً بقتادة اهـ.

والاستذكار لابن عبد البر المالكي صاحب التمهيد.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٥ والبيهقي ٧/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧ كلاهما عن الوليد بن مسلم حدثنا الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً.

قال البوصيري: هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع. وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليد فإنه كان يدلس التسوية اهـ.

وهو كما قال. فقد أخرجه ابن حبان ٧٢١٩ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٩٥ والدارقطني ٤/ ١٧٠ ـ ١٧١ والبيهقي ٧/ ٣٥٦ كلهم من طريق الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس.

وأخرجه الحاكم ٢/ ١٩٨ من هذا الوجه عن ابن عباس مرفوعاً ولفظه عند الأكثر: إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه اهـ

وأما سياق المصنف فغريب جداً لم يوجد ورواية: إن الله وضع. ورواية بدون: إنّ.

ورواية: إن الله عفا..

ورواية: عفي لأمتي..

قلت: وهذا الحديث وهم غير واحد من المتأخرين فصححه الألباني في الإرواء ١/ ١٢٣ وهماً منه ونقل تصحيحه عن أحمد شاكر في تعليقه على ابن حزم قال الألباني: وكذا حسنه النووي وأقره ابن حجر في الحبير وهو كما قالوا: رجاله ثقات وليس منهم مدلس ثم ذكر الألباني كلاما طويلا حوله وحكم بصحته فلم يصنع شيئاً. وعندي أن الاسناد الذي تمسكوا فيه هو رواية بشر بن بكر حدثنا الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس.

وظنوا أن عبيد هذا هو الليثي فإن كان كذلك فهو صحيح ولكن لا إنما هو رجل مجهول يقال إنه مولى لابن عباس، ذكره في التقريب.

ويؤكد صحة ما قلته أن الوليد بن مسلم رواه عن الأوزاعي فأسقط منه عبيد بن عمير وهذا لأنه يدلس التسوية والوليد هو أعرف وأجمع الناس لحديث الأوزاعي فلو عرف أن عبيد بن عمير هو الليثي الثقة الذي روى له الأئمة الستة لما أسقطه من الاسناد.

ويؤيد صحة ما قلته أيضاً: أنه لم يتجرأ أحد في جميع طرقه التي ظاهرها الصحة أو الواهية أن ينسب عبيد بن عمير هذا فيقول هو الليثي، فهذا لم يقع عند أحد وأما ضعف الجديث من كل طرقه، فهو يفهم من كلام ابن حجر في تلخيص الحبير ١/ ٢٨١ حيث قال: قال النووي في الروضة: حسن. =

وذلك غير مخلّ به كالهازل (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع، وهو أحد قول الشافعي لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء.

الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه. قلنا: وكذلك المكره مختار في التكلم اختياراً كاملاً في السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرّين فاختار أهونهما عليه، غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم، يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون، فقال لهما ﷺ «نفى لهم بعدهم

بمعتدل قيل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي، هو يقول إن الإكراه لا يجامع الاختيار) لإفساده إياه واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار (بخلاف الهازل

= وكذا قال في أواخر الأربعين.

قال ابن حجر: اختلف فيه على الأوزاعي. فقيل: عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس. ورواه الوليد فلم يذكر ابن عمير.

قال البيهقي: جوده بشر بن بكر ـ حيث زاد فيه ـ ابن عمير.

وقال الطبراني في الأوسط: لم يروه عن الأوزاعي مجوداً إلا بشر بن بكر.

وروي عن ابن المصفى عن مالك عن نافع عن ابن عمر وعن ابن لهيعة من حديث عقبة بن عامر.

ثم قال ابن حجر: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن هذه الأحاديث فقال: هذه الأحاديث منكرة كأنها موضوعة وقال في موضع آخر: لم يسمعه الأوزاعي من عطاء وإنما سمعه من رجل لم يسمه أتوهم أنه عبد الله بن عامر الأسلمي أو إسماعيل بن مسلم ولا يصح هذا الحديث ولا يثبت إسناده.

وقال عبد الله بن أحمد في العلل: سألت أبي عنه فأنكره جداً وقال: ليس يروي هذا إلا عن الحسن مرسلاً.

ونقل الخلّال عن أحمد قول: من زعم أن الخطأ، والنسيان مرفوع عن الأمة فقد خالف كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، فإن الله عز وجل أوجب في قتل النفس خطأ ـ الكفارة.

وقال محمد بن نصر المروزي في كتاب الاختلاف: ليس له إسناد جيد يحتج بمثله.

ورواه العقيلي في تاريخه من طريق الوليد عن مالك.

وقال البيهقي: ليس بمحفوظ عن مالك.

ورواه الخطيب في رواة مالك وقال: فيه سوادة بن إبراهيم مجهول، والخبر منكر عن مالك.

ورواه ابن ماجه من حديث أبي ذر وفيه ابن حوشب وفي الاسناد انقطاع أيضاً.

ورواه الطبراني من حديث ثوبان وأبي الدرداء وإسنادهما ضعيف والأصل في هذا حديث أبي هريرة في الصحيحين.

تنبيه: تكرر في كتب الفقهاء بلفظ: رفع عن أمتي..

وهذا اللفظ لم نره عند جميع من أخرجه نعم في كامل ابن عدي: رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً.

وفي إسناده ضعيفان اهـ كلام ابن حجر.

قلت: فتبين أن هذا الخبر واهٍ أبطله أبو حاتم الرازي إمام الجرح والتعديل والعلل. وأبطله الإمام أحمد إمام هذا الفن بلا منازع وكذا محمد بن نصر المروزي كما نقل ابن حجر.

ومما يدل على وهنه إهمال أئمة الحديث المعتبرين له حيث لم يخرجوه فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة سوى ابن ماجه. وقد قال الذهبي: في سنن ابن ماجه ألف حديث لا يحتج بها اهـ.

بل إن البخاري ذكر في صحيحه كتاب ٦٨ باب (١١).

فقال: باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران الخ ثم ذكر آثاراً الصحابة والتابعين في هذا الشأن.

ثم قال: وقال علي: ألم تعلم أن القلم رفع عن ثلاثة عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يُدرك وعن النائم حتى يستيقظ.

ثم أخرج البخاري ٥٢٦٩ من حديث أبي هريرة مرفوعاً: إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم.

وكذا أخرجه مسلم ١٢٧٠ وأبو داود ٢٢٠٩ والترمذي ١١٨٣ والنسائي ١/١٥٦ وابن ماجه ٢٠٤٠ وغيرهم كلهم من حديث أبي هريرة ذكروه في باب الطلاق لاحتياجهم له ولو صح ذاك الخبر أي حديث الباب بل لو كان حسناً لذكره البخاري ولو تعليقاً. ولكن لما كان عنده واهياً لا شيء لم يذكره البتة.

الخلاصة: لم يروه أحد من أصحاب الكتب المعتبرة رغم احتياجهم له في كثير من الأبحاث، والأبواب، وكذا لم يصححه أحد من المتقدمين بل على العكس. فإني أوزع بقول الإمام أحمد، وبقول أبي حاتم الرازي، وبقول محمد بن نصر المروزي، وكذا ابن عدي، والعقيلي، والخطيب، وغيرهم من الأئمة ممن حكم بضعفه، ووهنه والله تعالى أعلم. وانظر نصب الراية ٢/ ٦٤ ـ ٦٦.

. . . .

ونستعين الله عليهم[١]»فبين أن اليمين طوعاً وكرهاً سواء، فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار، بخلاف البيع لأن حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالإكراه. وحديث «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[٢]» من باب المقتضى ولا عموم له، ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة. والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه وإلا عمم. وروى محمد بإسناده عن صفوان بن عمرو الطائي «أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً، فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك، فناشدها الله فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى رسول الله ﷺ فسأله عن ذلك فقال ﷺ «لا قيلولة في الطلاق[٣]» وروي أيضاً عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن ردّ النكاح، والطلاق، والعتاق، والصدقة. وأما الوجه القائل إن الإكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الإقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل أو وجب الإقدام عليه إذا كان تلفظاً، ولا يلزم من حل التلفظ دفعاً للضرر عن نفسه ترتب حكمه إذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الإكراه أحكامه عشرة وتصرفات: النكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، والفيء، والظهار، والعتاق، والعفو عن القصاص، واليمين، والنذر، وجمعتها ليسهل حفظها في قولي:

فإنه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجوداً وقيد بقوله في التكلم بالطلاق إشارة إلى أن المتعبر ذلك، ألا ترى أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني فقال أنت طالق وقع وإن لم يكن مختاراً لحكمه لكونه مختاراً في التكلم (ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق من منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته. وقوله قصد إيقاع الطلاق احتراز عن الإقرار به مكرهاً فإنه لغو لكونه خبراً يحتمل الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه، والمخبر عنه إذ كان كذباً فبالإخبار عنه لا يصير صدقاً. وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون. وتقرير حجته أن المكره قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لأنه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار أهونهما، واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر، وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع إذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح. وقوله إلا أنه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرهاً من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك. ووجهه أنه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود، وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخلّ به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم. فإن قيل: بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لأن المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره. أجيب بأن للهازل اختياراً كاملاً في السبب، أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلاً فكان اختيار الهازل أيضاً غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزاً (وطلاق السكران

(قوله إذ العلة فيه) أقول: أي في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول: أي من تلك الجهة.

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٥/ ٣٩٥ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٩٧ كلاهما من حديث حذيفة بن اليمان وكرره الطحاوي من وجه آخر عنه ومداره على الوليد بن جُميع قال في التقريب عنه: صدوق يهم روى له مسلم وأصحاب السنن اهـ وبقية رجاله ثقات كلهم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد وأنه ضعيف بغير هذا اللفظ وأما بهذا اللفظ فلم يوجد عند أحد.

(٣) منكر. أخرجه العُقيلي في الضعفاء ١٤٨٩ وابن الجوزي في الواهيات ١٠٧٤ وابن حزم في المحلى ١٠/ ٢٠٣ وابن أبي حاتم في علله ١٣١٢ كلهم من طريق الغاز بن جبلة الجبلاني عن صفوان الأصم الطائي. ووالد صفوان هو غزوان.

قال العقيلي: قال البخاري: الغاز بن جبلة حديثه منكر في طلاق المكره. وكذا ذكر ابن الجوزي عن البخاري وزاد: ولا يتابع عليه.

وأما ابن أبي حاتم فقال: قال أبو زرعة: هذا حديث واهٍ جداً، وزاد الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٢ عن ابن القطان قال: لا يعرف هذا الحديث إلا بالغازي بن جبلة، ولا يدري ممن الجناية فيه أمنه أم من صفوان الأصم اهـ.

تنبيه: وقع عند المصنف: عن صفوان بن عمرو الطائي. وهذا تحريف لعله من النسّاخ والصواب: غزوان كما في كتب الحديث ونصب الراية.

ولنا أنه زال (**بسبب هو معصية فجعل باقياً حكماً زجراً له**)حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا

يصح مع الإكراه عتق ورجعة — نكاح وإيلاء طلاق مفارقي
وفيء ظهار واليمين ونذره — وعفو لقتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الإكراه على غير الإسلام، وإلا فبالإكراه على الإسلام تتم أحد عشر لأن الإسلام يصح معه (**قوله وطلاق السكران واقع**) وكذا عتاقه وخلعه، وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض، ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي. وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق إذا قال نويت به الطلاق: يعني المكره والسكران فليس مذهباً لأصحابنا لأنه إذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالإجماع. وفي شرح بكر: السكر الذي يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة. وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم. فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي في الأصح وأحمد في رواية، وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاووس وربيعة بن عبد الرحمن والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وزفر، وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا. ووجهه أن أقل ما يصح التصرف معه وإن كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك، وهو أسوأ حالاً من النائم لأنه إذا أوقظ يستيقظ، بخلاف السكران، وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الأفيون، وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له وإلا صحت ردته ولا تصح. قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالأمر والنهي بحكم فرعي عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديداً عليه في الأحكام الفرعية، وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه فأدرنا عليه واعتبرنا أقواله، **مطلب في تحريم الحشيش**: وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها، فأفتى المزني بحرمتها، وأفتى أسد بن عمرو بحلها لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم، فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيراً وفشا عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها، وهذا الوجه من الجانبين يفيد أن الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الأول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة إلى

واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن في كلامه تسامحاً لأنه جعل العقل زائلاً بالسكر، وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب، ولما كان المغلوب كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك. واعترض بوجهين: أحدهما أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سبباً للتخفيف دون شرب المسكر والثاني أنه لما جعل العقل باقياً في الطلاق حكماً زجراً له كانت الردة والإقرار بالحدود الخالصة أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم. وأجيب عن الأول بأن الشرب نفسه معصية ليس فيه إمكان انفصال ولاجهة إباحة تصلح لإضافة التخفيف إليها فجعل باقياً زجراً، بخلاف سفر المعصية فإن نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة إباحته تصلح لإضافة التخفيف والترخص إليها. وعن الثاني بأن الركن في الردة الاعتقاد، والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب. وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء

(**قوله وليس في إمكان انفصال**) أقول: يعني نظراً إلى نفسه وإن كان الانفصال نظراً إلى الإكراه وحالة الاضطرار لا يضر ذلك، بخلاف السفر فإنه نظر إلى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية إنما هو بالنظر إلى الغير (**قوله وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء فجعل راجعاً عما أقر به الخ**) أقول: إذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجراً فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعاً فإن ذلك ليس بمناسب للزجر.

. . . .

آخره، وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف إنما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة، والعجب ما صرح به في بعض العبارات من أن معه من العقل ما يقوم به التكليف، إذ لا شك أن على هذا التقدير لا يتجه لأحد أن يقول لا يصح تصرفاته، أما ذلك الخطاب فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء: ٤٣] لأنه إن كان خطاباً له حال سكره فنص، وإن كان قبل سكره يستلزم أن يكون مخاطباً في حال سكره، إذ لا يقال إذا جننت فلا تفعل كذا، وبدلالات النصوص والإجماع، فإنه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل إذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى، وإنما لم يعتبر إقراره بما يوجب الحد لأن حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه راجعاً عما أقر به عقيبه، وعدم صحة ردته لأن صريح النص ما اعتبر عقله باقياً إلا فيما هو من فروع الدين، فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس، ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب إكفاره التشديد فيما يوجبه، ولأن الإكفار والحالة هذه إنما يكون احتياطاً، ولا يحتاط في الإكفار بل يحتاط في عدمه، ولأن ركنها الاعتقاد وهو منتف. لا يقال: يلزم عدم إكفار الهازل لأنه أيضاً لا يعتقد ما قاله من الكفر هزلاً والواقع إكفاره. لأنا نقول: إكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لأن زائل العقل لا يوصف بأنه مستخفّ بشيء، وفي جمل الفقه لأن إبقاء عقله للزجر والحاجة إلى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولأن جهة زوال العقل تقتضي بقاء الإسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، وعدم الوقوع بالبنج والأفيون لعدم المعصية فإنه يكون للتداوي غالباً فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وإدخال الآفة قصداً ينبغي أن نقول يقع. فإن عبد العزيز الترمذي قال: سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا: إن كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته، وإن لم يعلم لم تطلق ومعلوم أن الضرورة مبيحة، فكان محمل هذا ما قلنا، وعن ذلك قلنا: إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع، والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة: أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الأخير، ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع بل يثبت الصداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل إليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية، وعلى هذا لو شربها مكرهاً أو لإساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة، وبه قال بعض مشايخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرهاً، والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف. . والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه، ومن سكر منها مختاراً

فيجعل راجعاً عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع. وفي قوله بسبب هو معصية إشارة إلى شيئين: أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا. والثاني أن هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظوراً. وأما غيره فهو أن يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر إذا أكره على شربها بالقتل فهو كالإغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه) لأنه لم يكن زواله بمعصية. واعترض بأن الصداع أثر الشرب فكان علة العلة، والحكم يضاف إليها كما يضاف إلى العلة، فما باله لم يكن كذلك؟ وأجيب بأن الإضافة إلى العلة العلة إنما تكون إذا لم تكن العلة صالحة للإضافة، وههنا صالحة لذلك لأن زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما إذا جنّ. وقوله (وطلاق الأخرس واقع) ظاهر. وقوله (وطلاق الأمة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر. ووجه الاستدلال له بقوله عليه الصلاة والسلام «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة، ثم اعتبار العدة

يقع طلاقه (وطلاق الأخرس واقع بالإشارة) لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة، وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى (وطلاق الأمة ثنتان حراً كان زوجها أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً) وقال الشافعي: عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام «الطلاق بالرجال والعدّة بالنساء»،

اعتبرت عباراته. وأما من شرب من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، ويفتى بقول محمد لأن السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحساناً فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا، وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعاً وعطشاً وعرياً، ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات، ألا ترى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحاً معتبراً فكذا في المعاملات. وقال بعض الشافعية: إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن، وبه قال بعض مشايخنا. ولا يخفى أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بياناً لما أجمله الأخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والأخرس فيها كالصحيح، فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب، فهو والصحيح في الكتاب سواء، وسنفصله إن شاء الله تعالى موصولاً بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الأمة ثنتان حراً كان زوجها أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً. وقال الشافعي: عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فإن كان الزوج عبداً وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين، وإن كان حراً وهي أمة لا تحرم عليه إلا بثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له: أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثاً كيف يطلقها للسنة؟ قال: يوقع عليها واحدة، فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى، فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك. قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، وبقولنا قال الثوري وهو مذهب عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما. له

بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقاً للمقابلة ولأن صفة المالكية كرامة، وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرّماً بتكريم الله، قال الله تعالى ﴿ولقد كرّمنا بني آدم﴾ الآية، ومعنى الآدمية في الحر أكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوزاً (فكانت مالكيته أبلغ) فإن قلت: الدليل أخص من المدعي، لأن المدعي أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حراً كان مالكاً. قلت: إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل، ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان») ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس، وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس. فإن قيل: يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت عبد عملاً بالحديثين. أجيب بأنه يفضي إلى أن يكون الهاء في «وعدتها» عائدة إليها فيكون تخصيصاً لها بكون عدتها حيضتين، إذ لا مرجع للضمير سواها، وليس كذلك فإن عدة الأمة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق. وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالأمة الأمة تحت عبد، والضمير عائد إلى مطلق الأمة. والجواب أن ذلك خطابة لا تجدي في مقام الاستدلال (ولأن حل المحلية) أي حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لأنها تتوصل بذلك إلى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها،

(قوله فإن قلت: الدليل أخص من المدعي لأن المدعي أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حراً كان مالكاً الخ) أقول: فيه أن حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر، فإن الأفعل يقتضي التشريك في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الإماء) أقول: يعني لا يكون لكل الإماء (قوله أجيب بأنه يفضي، إلى قوله: فيكون تخصيصاً لها الخ) أقول: مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقاً وعند الشافعية أيضاً إذا كان في مقابلة المنطوق، وهنا كذلك وهو قوله ﷺ «العدة بالنساء» (قوله

ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها، ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان» ولأن حل المحلية نعمة في حقها، وللرق أثر في تنصيف النعم

ما روى عنه ﷺ «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء[1]» قابل بينهما، واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقاً للمقابلة فإنه حينئذ أنسب من أن يراد به الإيقاع بالرجال، ولأنه معلوم من قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] وفي موطأ مالك أن نفيعاً مكاتباً كان لأم سلمة زوج النبي ﷺ أو عبداً لها كان تحته امرأة حره فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتداره جميعاً فقالا حرمت عليك حرمت عليك[2] (ولنا قوله ﷺ «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان[3]») رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت، بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله ﷺ بطريق يعرف. وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي: موقوف علي ابن عباس، وقيل من كلام زيد بن ثابت، وحديث الموطإ موقوف عليه وعلى عثمان[4] وهو لا يرى تقليد الصحابي، والإلزام إنما يكون بعد الاستدلال لأن حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحاً، ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل، وهذا لا يكون إلا إذا كان ما نقض به مما يعتقده صحيحاً وهو منتف عنده في مذهب الصحابي، فهو في مذهبه وفي معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا. فإن قلت: قد ضعف أيضاً ما رويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث. قلنا أوّلاً تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم، وثانياً بأن ذلك التضعيف ضعيف، فإن ابن عدي أخرج له حديثاً آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه ﷺ «أنه كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران[5]» وكذا رواه الطبراني، ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط، ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال: ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بجرح[6]، فإذن إن لم يكن الحديث صحيحاً كان حسناً، ومما يصحح الحديث أيضاً

وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق، فإن للرق أثراً في تنصيف النعم في الرجال، فإن العبد لا يملك من التزوّج ما فوق الاثنتين فكذا في حق النساء فإنها لا تتزوّج مع الحرة ولا بعدها، وكان ذلك يقتضي أن لا يملك الزوج عليها إلا عقدة ونصفاً: أي طلقة

والجواب أن ذلك خطابة) أقول: أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من أنه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقاً للمقابلة.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٩ بسنده عن زيد بن ثابت موقوفاً. وأخرجه في ٧/ ٣٧٠ عن ابن مسعود موقوفاً من وجهين وكذا أسنده عن علي، وابن عباس موقوفاً وأما المرفوع فلا يوجد عند أحد. لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٥ عن الحديث المرفوع: غريب. وهو موقوف علي ابن مسعود وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٠ هو موقوف وكذا في تلخيص الحبير ٣/ ٢١٢.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٥٧٤ ومن طريقه الشافعي ٢/ ٣٩ والبيهقي ٧/ ٣٦٨ عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار فذكره بهذا اللفظ.

(٣) ضعيف. ويأتي في أوائل باب العدة مستوفياً ٢/ ٣١١.

(٤) حديث الموطأ تقدم قبل حديث واحد وهو موقوف.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ٤٥٠ من طريق مظاهر عن المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً.
ونقل ابن عدي عن البخاري أن أبا عاصم ضعف مظاهر.
وقال ابن حجر في التقريب: مظاهر بن أسلم ضعيف.

(٦) هذا ممنوع فقد جرحه أئمة أعظم من مشايخ الحاكم.
قال الذهبي في الميزان: قال البخاري: ضعفه أبو عاصم.
وقال يحيى: ليس بشيء له تطليق الأمة تطليقتان.
قال الترمذي: لا يعرف له سواه وقال النسائي: ضعيف وأما ابن حبان فذكره في الثقات اهـ الذهبي.
وجاء في تهذيب التهذيب لابن حجر: ضعفه النسائي وأبو حاتم وأبو عاصم وقال إسحاق بن منصور عن يحيى: مجهول وذكره ابن حبان في الثقات
وقال أبو داود: حديثه في طلاق الأمة منكر اهـ واختصره في التقريب فقال عنه: ضعيف.
فالضعيف من جهته لا من جهة أبي عاصم بل إن أبا عاصم توبع في رواية ذكرها ابن عدي.

إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان، وتأويل ما روي أن الإيقاع بالرجال **(وإذا تزوّج العبد امرأة)** بإذن مولاه وطلقها **(وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته)** لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

عمل العلماء على وفقه. وقال الترمذي عقيب روايته: حديث غريب، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم. وفي الدارقطني: قال القاسم وسالم: عمل به المسلمون، وقال مالك: شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده[1] انتهى، والله أعلم **(قوله ولأن حل المحلية نعمة)** تزيد بزيادته، ولذا اتسع حله ﷺ عند زيادة فضله **(وللرق أثر في تنصيف النعمة)** في الشرع كما عرف **(إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان)** يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوّجها مرة ونصفاً عقيب طلاقه إياها، لكن العقدة لا تتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة في حقها، ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال، لأن لو كان احتمالاً للفظ مساوياً لتأيد بما رويناه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **(قوله وإذا تزوّج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد)** لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقاً برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه، فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان إليه دفعه لا إلى غيره. وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما «جاء إلى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله سيدي زوّجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، فصعد النبي ﷺ المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوّج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[2]» ورواه الدارقطني أيضاً من غيرها، والله أعلم.

[فرع] الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائناً أو رجعياً فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة، وإذا انقضت عدتها ينعزل، حتى لو تزوّجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها، بخلاف ما لو تزوّجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائناً فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها، والله أعلم بالصواب.

ونصف طلقة تنقيصاً لحل المحلية **(إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان)** ومذهبنا قول عليّ وابن مسعود. وقوله **(وتأويل ما روي)** يعني قوله «الطلاق بالرجال» أن الإيقاع بالرجال. فإن قيل: هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره خاصة. أجيب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقاً منها فرفع ذلك بقوله «الطلاق بالرجال» **(وإذا تزوّج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد)** لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح دون إذن مولاه، لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لأجله.

---

(١) هذا إذا اشتهر لكن يروه غير مظاهر ولا يعرف إلا به فهذه ليست شهرة ولو اشتهر فى المدينة لأورده مالك في الموطأ ولو معلقاً وأما عمل المسلمون بذلك، فلا يعني صحة الحديث لأن خبر الحيضتين ورد عن عمر موقوفاً وكذا عن ابن عباس وغيرهما ولم يعرف لهم مخالف.

(٢) يشبه الحسن أخرجه ابن ماجه ٢٠٨١ من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس مرفوعاً.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة اهـ وقد توبع.
فقد أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٧ من طريق المهري عن موسى بن أيوب الغافقي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً. لكن المهري هذا واهٍ. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٠ وأخرجه الدارقطني من حديث الفضل بن المختار عن عصمة بن مالك مرفوعاً، وكذا الطبراني كما في المجمع ٤/ ٣٣٤ وضعفه بالفضل وقال الحافظ في الإصابة في ترجمة عصمة بن مالك الخُطَمي: له أحاديث رواها الدارقطني، والطبراني، ومدارها على الفضل بن المختار وهو ضعيف جداً اهـ.
ومع ذلك فالحديث يعضده عمل الفقهاء به فهو يقرب من الحسن. والله تعالى أجل وأعلم وآخر دعوانا أنه الحمدلله رب العالمين.
تم بحمدالله ومنه وكرمه تخريج الأحاديث والآثار الواردة في الجزء الثالث من فتح القدير وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

انتهى الجزء الثالث من كتاب شرح فتح القدير: ويليه الجزء الرابع، وأوله: باب إيقاع الطلاق

فهرس الجزء الثالث

من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

كتاب النكاح

كتاب الرضاع
كتاب الطلاق

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الرابع

المحتوى:
تتمة كتاب الطلاق - كتاب العتاق

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O:Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

9782745140463 90000

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمٰن الرحيم

«من يُرِدِ الله به خيراً يُفَقِّهْهُ في الدين»
«حديث شريف»

باب إيقاع الطلاق

(الطلاق على ضربين: صريح، وكناية. فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحاً وأنه يعقب الرجعة بالنص (ولا

باب إيقاع الطلاق

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات، وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات، فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالاً، فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع، لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجاً قوله: **(فالصريح قوله أنت طالق إلخ)** ظاهر الحمل يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس بمراد، فسيذكر منه التطليق بالمصدر، ولفظ الكنز: كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر، وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال: الوقوع بالمصدر لتأوّله بطالق قوله: **(فكان صريحاً)** فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازاً صريح، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله: فكان صريحاً على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره، إلا أن في قوله: في تعليل عدم افتقارها إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعاً لأن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره، والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلاً للتقابل بين الغلبة والاختصاص، وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيراً. قلنا: المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعاً مراداً هو بهما قوله: **(وأنه يعقب الرجعة)** ذكر للصريح

باب إيقاع الطلاق

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال **(الطلاق)** أي التطليق **(على ضربين: صريح، وكناية، فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي)** لكون هذه الألفاظ صريحة، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** وهو يشير بتسميته بعلاً إلى أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية. وردّ بأنه قال **﴿أحق بردهن﴾** والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه. وأجيب بأن البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك إلا بدليل. وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار وللمشتري فإنه لم يثبت الملك فيها للمشتري، ثم إذا فسخه

باب إيقاع الطلاق

قال المصنف: **(ولا يستعمل في غيره)** أي غالباً بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندنع التدافع بين كلاميه.

. . . .

حكمين: كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية. أما الأول فمقيد بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتي. وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد، واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن﴾ [البقرة: ٢٢٨] فعلم أن الصريح يستعقبها للإجماع. على أن المراد بالبعولة في الآية المطلقون صريحاً حقيقة كان أو مجازاً غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعياً بعلاً حقيقة فلا حاجة إلى إثباته في ذلك. وأما قولهم سماه بعلاً فعلم أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية، ثم إيراد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجاً إلا مجازاً، وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه. ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك، بل قد يقال أيضاً بعد انعقاد سبب زواله معلقاً بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع، فإن معناه: رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال، وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه، كما يقال متعلقاً به بعد تأثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب: يعني إلى قديم الملك الزائل فإنما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه في الأول حقيقة مما يمنعه الخصم، ويدل عليه أيضاً قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه يعقب الرجعة بالنص، وذلك لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل، فدل على إبقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر. وأما الثاني وهو كونه لا يفتقر إلى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء. إلا داود فإنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح. قلنا: هذا احتمال يعزب إخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى. وحديث ابن عمر[1] حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوي أم لا؟ يدل على ذلك، فإن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال كالعموم في المقال، ولا يخفى أن قرائن إرادة الإيقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه، ودلالة إطلاق قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد. ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينو شيئاً أصلاً يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئاً آخر، لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء. وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر، ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالماً بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيده فروع: هو أنه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوي طلاقاً لا تطلق، وفي متعلم يكتب ناقلاً من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه. ولو قال لقوم: تعلمت ذكراً بالفارسية فقولوه معي فقال: رن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة، وكذا لو لم يعتقدوه ذكراً واعتقدوه شيئاً آخر، كذا نقل من فتاوى المنصوري. وما في الخلاصة: لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق، وقيل: لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر، وفيها في الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذي أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع. وفي النسفي قال أبو حنيفة: لا يجوز الغلط في الطلاق، وهو ما إذا أراد أن يقول: اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين. وقال أبو يوسف: لا يجوز الغلط فيهما. وفي الخلاصة أيضاً: قالت لزوجها اقرأ عليّ اعتدي أنت

يقال رد الجارية وإن لم يزل عنها ملك البائع **(ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه)** والصريح ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً بكثرة

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً في طلاق الحائض فصل طلاق السنة.

يفتقر إلى النية) لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة

طالق ثلاثاً ففعل طلقت ثلاثاً في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو، وهذا يوافق ما في المنصوري، ويخالف مقتضى ما ذكره آنفاً من مسئلة التلقين بالعربية. والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى. وقوله فيمن سبق لسانه واقع: أي في القضاء، وقد يشير إليه قوله: ولو كان بالعتاق يدين، بخلاف الهازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ، وسيذكر في أنت طالق إذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله: ولا يحتاج إلى النية لأن المعنى لا يحتاج إلى النية: يعني اللفظ بعد القصد إلى اللفظ. والحاصل أنه إذا قصد السبب عالماً بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده إلا إن أراد ما يحتمله. وأما أنه إذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعاً وهو غير راضٍ بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع، وقد قال تعالى **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾** [البقرة: ٢٢٥] وفسر بأمرين: أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فإلغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه، والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد إلى اليمين كلا والله بلى والله، فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده إليه، فهذا تشريع لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التي لم تقصد، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث أنه لا قصد له إلى اللفظ ولا حكمه وإنما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي. وفي الحاوي معزوا إلى الجامع الأصغر أن أسداً سئل عمن أراد أن يقول: زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق، فقال في القضاء: تطلق التي سماها، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما، أما التي سماها فلأنه لم يردها، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح. وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه قوله: **(وكذا إذا نوى الإبانة)** أي بالصريح يقع رجعياً وتلغو نيته **(لأنه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة)** عند وجوده بقوله تعالى **﴿إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾** [البقرة: ٢٣١] والإجماع على ذلك **(فيرد عليه)** لأنه استعجل ما أخر الشرع كما رد إرث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه قوله: **(ولو نوى الطلاق)** أي بقوله: أنت طالق **(عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر)** إلا أن يكون مكرهاً. ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله **(ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى)** لأنه لا يحتمله لأن الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ. وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال: أنت متخلصة عن العمل، ولو صرح فقال: أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة

الاستعمال وهذا كذلك، والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية. قوله: **(وكذا إذا نوى الإبانة)** معطوف على قوله وأنه يعقب الرجعة: يعني إن لم ينو شيئاً، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة، قال الله تعالى **﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** والإمساك بالمعروف هو الرجعة، والتسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضي العدة، وتحقيقه أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً والإمساك إبقاء الشيء على ما كان، فما

قال المصنف: **(الغلبة الاستعمال)** أقول: قال ابن الهمام: لا يخفى عليك أن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلاً، ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى. يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل في غيره غالباً بقرينة كلامه الثاني كما أشرنا إليه قوله: **(وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه)** أقول: وأيضاً يستعمل الرد في الوديعة والعارية ولا زوال ملك فيهما قوله: **(وقوله وكذا إذا نوى الإبانة)** معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة. أقول: فيكون في كلامه تسامح حيث جعله معطوفاً على قوله وإنه يعقب الرجعة مع أنه معطوف على محذوف وهو قوله إن لم ينو شيئاً.

فيردّ عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل. وعن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال

لا قضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكاً، بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدّق قضاء لأنه يستعمل فيه قليلاً، وكل ما لا يدينه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لأنها كالقاضي لا تعرف منه إلا الظاهر قوله: **(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها)** أي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه: أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفاً بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحاً فيه فيتوقف على النية.

[فروع] لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع، ولو قال: أردت الشتم لم يصدق لأن النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ، بخلاف قوله يا ابني لعبده. ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال: أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن، وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقاً، ثم ناداها به لا تطلق. وقد روى وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن أن امرأة قالت لزوجها: سمني فسماها الطيبة فقالت ما قالت شيئاً فقال: هات ما أسميك به فقالت سمني خلية طالق قال: فأنت خلية طالق فجاءت إلى عمر فقالت له إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص

دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية، وإذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا. ولقائل أن يقول: إن سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه، ولو قال لأن الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة إلى البائن كان أسلم، وموضعه أصول الفقه. وقوله: **(فيرد عليه)** يعني قصده وتقرير الحجة لأنه قصد تقديم ما أخر الشرع إلى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بني إسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة **(لم يدين في القضاء)** أي لم يصدق، وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته إلى دينه فاستعمل في التصديق مجازاً لأنه خلاف الظاهر لأنه صرف الكلام عما هو صريح فيه إلى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف. وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك **(ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله)** إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل في الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازاً (ولو نوى به) أي بقوله طالق **(الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو)** قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح. وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فإن الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية. وروى الحسن **(عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق يستعمل في التخليص)** فكان معناه أنت مخلصة من العمل، وهذا إذا لم يصرح بذكره، أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولاً صدق ديانة رواية

قوله: **(جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة)** أقول: التقييد بعدم إرادة البينونة يقتضي دليلاً قوله: **(وهو قيل: أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح. وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل إلخ)** أقول: فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل، ثم أقول: لكن الأولى من جهة المعنى هو أن يعود إلى المرأة: أي هي غير مقيدة بالعمل لا حساً وهو ظاهر إذ هو ليس بقيد محسوس، وأما شرعاً فلأن المرأة لا يجب عليها العمل.

أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً. قال: (ولا يقع به

القصة فأوجع عمر رأسها وقال له: خذ بيدها وأوجع رأسها. ولو قال: طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقاً في القضاء ولو قال: فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء، بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الإعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لا ما هو فلان بن فلان. ولو قال: هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة، كذا في الكافي للحاكم. ولو قال: امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته إلا بالنية. وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك حقك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق إذا خرج قبله. ولو قال: لإحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة. ولو قال: أردت زينب طلقتا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار. هذا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع. ولو قال: أنت زينب فقالت: عمرة نعم فقال: إذن أنت طالق لا تطلق. ولو قال: عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية. ولو قال: قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها. ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداهما فاسد فقال: فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء. وكذا لو قال: إحداكما أو إحدى امرأتي طالق، ويقع أيضاً بالتهجي كأنت ط ا ل ق، وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م إذا نوى صرح بقيد النية في البدائع، ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب في الحال. ولو قالت: أنت طالق فقال: نعم طلقت. ولو قال له في جواب طلقني لا تطلق وإن نوى. ولو قيل له: ألست طلقتها فقال: بلى طلقت أو نعم لا تطلق. والذي ينبغي عدم الفرق، فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفي ولو قال: خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها، ويقع بطلقك الله أطلقها في النوازل مرة ثم أعادها وشرح النية وهو الحق، وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ: تلاق، وتلاغ، وطلاغ، وطلاك، وتلاك. ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتي تطلب مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول: هذا ويصدق ديانة، وكان ابن الفضل يفرق أولاً بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني، ثم إلى هذا وعليه الفتوى. ولو قال: نساء أهل الدنيا أو الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته إلا إن نواها، رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى. وعن محمد روايتان. ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح. وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق. ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار، ومنهم من ألحقها بالمصر. ولو قال: طلاقك عليّ لا يقع، ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل: تطلق رجعية نوى أولاً، وقيل: لا يقع وإن نوى، وقيل في قول أبي حنيفة: يقع، وفي قولهما: لا يقع في واجب ويقع في لازم، وقيل: بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله إلى نيته، وقيل: يقع في واجب للتعارف به، وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف. وفي الفتاوى الكبرى للخاصي: المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجباً أو ثابتاً بل حكمه، وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع، وفرق بينه وبين العتاق، وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحاً فلا يصدق

واحدة (ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلا يكون صريحاً) وإذا لم يكن صريحاً كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج إلى النية، قوله: (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به

إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي: يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة

قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا، فإنه قد يقال هذا الأمر عليّ واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكأنه قال: ينبغي أن أطلقك، وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا: يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع، فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله: إن فعلت كذا فأنت طالق، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله: عليّ الطلاق لا أفعل، ولو قال: طال بلا قاف قاف يقع، قيل لأنه ترخيم وهو غلط، إذ الترخيم اختياراً في النداء، وفي غيره إنما يقع اضطراراً في الشعر. ولو قال: أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو قال: لم أنو لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد وإلا صدق، ومثله بالفارسية توبسه على ما هو المختار للفتوى خلافاً للصفار. ولو قال: أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة، فإن عنى به الطلاق وقع وإلا فلا لأنه نوى ما يحتمله لفظه، والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحاً، وهذا بخلاف ما إذا قالت: له مثلاً فلان طلق زوجته فقال لها: ذلك فإنه يقع وإن لم ينو، وكذا لو قال: أنت أزنى من فلانة لا يحد لأنه ليس صريحاً في القذف، وعن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقاً أو اطلقي يقع لأن قوله كوني ليس أمراً حقيقة لعدم تصور كونها طالقاً منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقاً كقوله تعالى ﴿كن فيكون﴾ [يس: ٨٢] ليس أمراً بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقاً يقتضي إيقاعاً قبل فيتضمن إيقاعاً سابقاً، وكذا قوله: أطلقي ومثله قوله: للأمة كوني حرة قوله: **(ولا يقع به)** أي بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق **(إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك)** لا الصريح مطلقاً لأن منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية **وقال الشافعي: (يقع ما نوى)** وهو قول: الأئمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور: أنه نوى محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقاً **(ولهذا)** أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير **(صح قران العدد به تفسيراً حتى ينصب على التمييز)** وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات للفظ، ويدل عليه حديث ركانة «أنه أتى النبي ﷺ فقال: طلقت امرأتي البتة، قال ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فردها النبي ﷺ»[(1)] وأيضاً إذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الأقوى أولى قوله: **(ولنا أنه نعت فرد)** قيل: غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة أنها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته. وتحرير التقرير أنّ أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق، والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقاً عند هذا الكلام، فإما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحاً

الطلاق: أي لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة **(إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك. وقال الشافعي: يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق)** لكونه نعتاً وهو لا يتحقق بدون المشتق منه **(ولهذا)** أي لكونه محتمل لفظه **(يصح قران العدد به ويكون نصباً على التفسير)** وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته **(ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاثة طوالق)** وكل ما هو نعت فرد **(لا يحتمل العدد لأنه ضده)** والضد لا يحتمل الضد. قوله: **(وذكر الطالق)** جواب عن

---

(1) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٠٨ والترمذي ١١٧٧ والدارمي ٢١٨٩ وابن ماجه ٢٠٥١ والحاكم ٢/١١٩ والبيهقي ٧/٣٤٢ والطيالسي ١١٨٨ كلهم من حديث ركانة، وفي إسناده الزبير بن سعيد ضعيف.
قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسألت البخاوي عنه، فقال: فيه اضطراب ويُروى عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثاً.
وأخرجه أبو داود ٢٢٠٦، ٢٢٠٧ والطيالسي ١١٨٨ والحاكم ٢/١٩٩ والبيهقي ٧/٣٤٢ من وجه آخر وفي إسناده نافع بن عجير مجهول.
والحديث: أعله البخاري بالاضطراب، وضعفه أحدكما ذكر المصنف، وانظر تلخيص الحبير ٣/٢١٣.

كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التميز. ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى

لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتفٍ لأن جعله موقعاً لا يستلزم نقله لأن بإثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الإخبار، إذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل، وبه يندفع ما قيل: إنه إخبار من وجه إنشاء من وجه، بل هو إنشاء من كل وجه لما قلنا. ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعاً واحدة فعلم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله موقعاً به ما شاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة الاستعمال اللغوي ونقله إلى الإنشاء يباينه لأنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة، على أن المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها، وذلك لا يتعدد، أصلاً بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعاً وما لا لافي الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا، وفي البيع حيث جعل المصنف بعت إنشاء حيث قال: لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لأنه صار إنشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثاً لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره: أي طلاقاً أي تطليقاً ثلاثاً كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل ﴿أنبتكم من الأرض نباتاً﴾ [نوح: ١٧] أو يضمر له فعل على الخلاف فيه، بخلاف طلقها وطلقي نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح إرادة منه لأنه لا نقل فيه إلى إيقاع واحدة، هذا ونقض بطالق طلاقاً فإنه يصح إرادة الثلاث مع أن المنتصب هو مصدر طالق. ويدفع بأن طلاقاً المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ، فصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق به معمولاً لفعل محذوف تقديره طالق لأني طلقتك تطليقاً ثلاثاً. بقي أن يرد إرادة الثلاث بأنت الطلاق وهو صفة المرأة. والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث. ونوقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليكِ التطليق وجاز في المصدر. وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف. فإن قلت: ظاهر ما ذكرت أنه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت إرادة الثلاث. والفرض أن صريح اسم المفعول كأنت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به؟ فالجواب أن الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للإنشاء على ما التزمنا الجواب به، والذي يراد بطالق ليس للإنشاء فتأمل. ويدل على أنه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين أنه

قوله فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة. وتقريره أن الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم، ومحل النية هو الثاني لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحاً له وكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضًى ولا عموم له

قال المصنف: (ويكون نصباً على التفسير) أقول: أي نصباً على التميز، وفي التلويح في مبحث الأمر لا نسلم أنه تفسير بل تغيير إلى ما يحتمله مطلق اللفظ، ولهذا قالوا: إذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الإيقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثاً أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى قال المصنف: (ولنا أنه نعت فرد) وأقول: فيه نظر لأن قوله نعت فرد لا يناسب المقام لأن الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل، كذا قال الزيلعي. والظاهر أن مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالأولوية فليتأمل قال المصنف: (معناه طلاقاً ثلاثاً) أقول: وانتصابه بعمل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لأني طلقتك ثلاثاً.

طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده، وذِكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق، والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقولك أعطيته جزيلاً: أي عطاء جزيلاً **(وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثاً فثلاث)** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر، لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق، فإن ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى. وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم، يقال رجل عدل: أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضاً ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعياً لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه، وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم

طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي ﷺ[1]، ولو كان مما تصح إرادة الثلاث منه لاستفسره. يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن أبي داود «أنه طلق امرأته سهيمة البتة فقال ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال: والله ما أردت إلا واحدة»[2] الحديث، فظهر أنه لا يمضي حكم المحتمل حتى يستفسر عنه، وثبت لنا مطلوب آخر وهو أن الكنايات عوامل بحقائقها لا أنها يراد بها الطلاق وإلا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر، ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسألها، وإنما احتملت حقائقها: أعني معنى البينونة التي تفيده البتة كلاً من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين. غير أنه إذا لم يكن له نية ثبت الأخف للتيقن قوله: **(ووقوع الطلاق باللفظة الثانية)** يعني طالق الطلاق وبالثالثة وهي طالق طلاقاً، وما في الكتاب ظاهر، غير أن وقوع الثلاث بطالق طلاقاً لم يكن إلا بالمصدر، ويلغو طالق في حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد فإن الواقع هو العدد وإلا يشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف، وهذا يقوي المروي عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة وإن نوى الثلاث، ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وإن لم يذكر إلا في المنكر قوله: **(وأما وقوعه باللفظة الأولى)** وهي الطلاق **(فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم. يقال رجل عدل: أي عادل فصار كقوله أنت طالق)** ويرد أنه إذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه قوله: **(ولا يحتاج فيه إلى النية)** أي في أنت الطلاق إلى نية لأنه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية أن التطليق بالمصدر بالكناية لأنه لم يغلب استعماله فيه، وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لأن الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر. قلنا: المراد أن المصدر حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحاً في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق. لا يقال: فيلزم في سائر الكنايات أنها صرائح. لأنا نمنع أنها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن. فإن قيل: فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق؟ قلنا: لأنه كما قلنا صريح في طالق، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف: أي ذات طلاق، وعلى هذا التقدير تصح إرادة الثلاث. ولما كان محتملاً توقف على النية، وهذا أوجه إن شاء الله تعالى مما قيل إنه وإن أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدراً فيصح إرادة الثلاث به لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه لا ذاته التي هي هواء مضغوط، فإذا فرض أن معناه الذي أريد به ليس إلا ما لا تصلح إرادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح؟ ويمكن أن يراد به أنها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضاً إرادة الثلاث، وعليه قول الخنساء:

* فإنما هي إقبال وإدبار *

قوله: **(والعدد الذي يقرن به)** جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح. قوله: **(وإذا قال أنت الطلاق)** واضح. وقوله: **(فصار بمنزلة قوله أنت طالق)** اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما

---

(١) تقدم تخريجه في فصل طلاق السنة رواه الجماعة.

(٢) تقدم تخريجه في ٩/١ أي قبل حديث واحد.

والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل، ولا تصح نية الثنتين فيها خلافاً لزفر. هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة. ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً، حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة فعدد، واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد يراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية

يعني الناقة، لا على أن المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة، وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافاً لزفر والشافعي إلا أن تكون المرأة أمة لهما أن المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث. قلنا: نية الثلاث لم تصح باعتبار أنها كثرة بل باعتبار أنها فرد من حيث أنه تمام جنس واحد، بخلاف الثنتين في الحرة لأنه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد، وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها، وقد ذكر الطحاوي أنه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام إلا واحدة، وأما المحلى فيقع به الثلاث. قال الجصاص: هذه التفرقة لا يعرف لها وجه إلا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقاً أن تكون واحدة وإن نوى ثلاثاً لأن المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للإيقاع. أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق. وفي المغني لابن هشام نقلاً عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب إلى أبي يوسف: ما قول القاضي الإمام فيمن قال لامرأته:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف: هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها، فأتى الكسائي فسأله، فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطاً بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لأن الاجتهاد يقع في الأدلة السمعية العربية. والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا. وأن المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لأبي يوسف أصلاً ولا للرشيد، ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الألفاظ. ففي المبسوط: ذكر ابن سماعة أن الكسائي بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إليّ فقرأتها عليه فقال: ما قول قاضي القضاة الإمام فيمن قال لامرأته:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه؟ فكتب في جوابه، إن قال: ثلاث مرفوعاً يقع واحدة، وإن قال: ثلاثاً منصوباً يقع ثلاث، لأنه إذا ذكره مرفوعاً كان ابتداء حال فيبقى قوله: أنت طلاق فيقع واحدة، وإذا قال: ثلاثاً منصوباً على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة، لأن الثلاث تفسير لما وقع، فاستحسن الكسائي جوابه. ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور: الصواب أن كلاً من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة، أما الرفع فلأن أل في الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل: أي المعتد به، وإما للعهد الذكرى: أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الإخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع. إذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث، فعلى العهدية يقع الثلاث، وعلى الجنسية واحدة، وأما النصب فيحتمل

لم تصح في أنت طالق. وأجيب بأن نية الثلاث إنما لا تصح في طالق لأنه نعت فرد كما تقدم، وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وإن وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث، وبقية كلامه واضح. وقوله: **(ولو قال أنت طالق الطلاق**

والمثنى بمعزل منهما **(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدّق)** لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها **(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق)** لأنه أضيف إلى محله، وذلك **(مثل أن يقول أنت طالق)** لأن التاء ضمير المرأة **(أو)** يقول **(رقبتك طالق أو عنقك)** طالق أو رأسك طالق **(أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك)** لأنه يعبر بها جميع البدن. أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما، قال الله تعالى **﴿فتحرير رقبة﴾** وقال

كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث، إذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثاً ثم اعترض بينهما بالجملة، وكونه حالاً من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لأن المعنى: والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثاً، فإنما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ، وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث، لأنه قال بعده:

فبيني بها إن كنت غير رفيقة ... وما لامرىء بعد الثلاث مقدّم

وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها[1] والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق، ولا يخفى أن الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثاً، وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر. بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهدُ الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الأخير، فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال قوله: **(ولو قال أنت طالق الطلاق، وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدّق)** تقدم أنه إذا أراد بطالق طلاقاً أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح. ووجهه قوله: **(لأن كلاً منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها)** وهذا منقول عن أبي يوسف والفقيه أبي جعفر، ومنعه فخر الإسلام لأن طالقاً نعت وطلاقاً مصدره فلا يقع إلا واحدة، وكذا في أنت طالق الطلاق. ويؤيد أن طلاقاً نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الإرادة به إلا بإهدار لزوم صحة الإعراب في الإيقاع من العالم والجاهل، وظهر أن الأولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وإن صح الآخر من جهة المعنى قوله: **(وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع)** ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق، ولا يخفى أن الإضافة فيهما معاً إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك إلخ، والتحقيق أن ما يعبر به عن الجملة إما بالوضع أو التجوز. وقوله: لأن التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال: في أنت أنه برمته ضمير أو التاء وأن عماد أو إن واللواحق حروف تدل على خصوص المراد قوله: **(أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك)** هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الإنسان وذكر استعمالاتها

فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فإن لم تكن موطوءة لغا الثاني، وإن كانت موطوءة **(يصدق)** ويقع طلقتان رجعيتان **(لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع)** بتقدير المبتدأ في الثاني كما قال أنت طالق وطالق **(ولو أضاف الطلاق إلى جملتها)** مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيداً لذكر ما بعده **(أو إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق)** قال الله تعالى **﴿فتحرير رقبة﴾** ولم يرد الرقبة بعينها، وكذلك العتق قال الله تعالى

قوله: **(لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدأ في الثاني)** أقول: فحينئذ كان الأليم للمصنف أن يقول: فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق. ثم أقول: فإن قيل: كيف يصح تقدير المبتدأ في الثاني وهو منصوب لأنه قد لا يلتفت إلى الإعراب خصوصاً في العامي قال المصنف: **(أو إلى ما يعبر به عن الجملة)** أقول: يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن جملة الإنسان من حيث هو الإنسان، فلا يرد اليد والعين لأن التعبير فيهما من حيث أنه تاجر وجاسوس فليتأمل. والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة قال

---

(١) قوله: **(مضارع خرق بكسرها)** كذا في النسخ، والذي في كتب اللغة أن المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه.

﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ وقال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الفروج على السروج» ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر **(وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك)** طالق لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة **(ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق)** وقال زفر والشافعي يقع، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن.

فيها. وأما قوله ﷺ «لعن الله الفروج على السروج»[1] فغريب جداً، وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج»[2] وضعفه، وأين لفظ ذات الفرج. من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقاً للبعض على الكل قوله: **(رأس القوم)** أي أكبرهم **(ويا وجه العرب)** يعني يا أوجههم. وبه يندفع ما أورد أن الاستدلال به فاسد لأن معناه أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أن فلاناً يعبر به عن القوم كلهم. وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب أنك في العرب بمنزلة الوجه لا أنه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به، على أن الوجه يعبر به عن الجملة إلا إذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اهـ. ومبنى كلامه على أن التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض، فأثبت له الوجه. ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كونه مجازاً استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم: أي أشرفهم. وقوله تعالى ﴿كل شيء هالك إلا وجهه﴾ [القصص: ٨٨] ﴿ويبقى وجه ربك﴾ [الرحمن: ٢٧] أي ذاته الكريمة، وأعتق رأساً ورأسين من الرقيق أو إنا بخير ما دام رأسك سالماً يقال مراداً به الذات أيضاً قوله: **(ومن هذا القبيل الدم)** يعني في رواية تطلق ويراد به الكل، وهي رواية كتاب الكفالة، قال: لو كفل بدمه يصح، ورواية كتاب العتق لا تصح، **فإنه قال**: إذا قال دمك حر لا يعتق. وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع قوله: **(وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً)** يعني يقع عليها كنصفها وربعها

﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح. ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق، وقال زفر والشافعي: يقع، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالإصبع والشعر والسن والظفر. لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح، وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلاً لحكم النكاح، وما كان محلاً لحكم النكاح كان محلاً للطلاق لأنه رافعه فيكون حالاً محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسري

المصنف: **(ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب)** أقول: والكلام وإن كان على التشبيه إلا أنه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه، إلا أنه لا يدل هذا على جواز إرادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى ضمير الخطاب كما في سيد القوم وسيدك، والأظهر أن يستدل بقولهم:

* أمري حسن ما دام رأسك سالماً*

وقولهم في الدعاء يعيش رأسك، وقوله تعالى ﴿ويبقى وجه ربك﴾ قوله: **(كالأصبع والشعر والظفر)** أقول: فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف إلى المختلف.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٨: غريب جداً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٧١: لم أجده.
وقال علي القاري في الموضوعات الكبرى ٧١٥: لا أصل له.

(٢) منكر. أخرجه ابن عدي ٥/١٨٣، ١٨٤ من رواية بقية عن علي القرشي عن ابن عباس مرفوعاً.
قال ابن عدي: علي هذا مجهول، ومنكر الحديث.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٧١ أخرجه ابن عدي بسند ضعيف وليس في لفظه المقصود.

لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب. ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها، وهذا لأنه محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبىء عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه، بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه

وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالإجارة قوله: **(ولو قال يدك طالق أو رجلك)** وهذا يقابل معنى الأول: أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فإنه جزء معين لا يعبر به عن الجملة، ومنه الأصبع والدبر لا يقع الطلاق بإضافته إليه خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع، والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف، فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم، وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف قوله: **(لهما)** حاصله قياس مركب نتيجة الأول أنه: أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم إليها، وما كان محلاً لحكم النكاح يكون محلاً للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق، وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق كالجزء الشائع، وهذا على قول طائفة من الشافعية، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين، فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق. قال الغزالي: هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق، وقيل: يجعل الجزء معبراً به عن الكل فيقع باللفظ، قالوا: وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت، إن قلنا بالسراية لا يقع، وإن قلنا بالعبارة عن الكل يقع قوله: **(ولنا إلخ)** حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلاً للحل لكونه محلاً للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه: أي تسليمها نفسها، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعاً له حكماً لهذا الحكم، والطلاق ينبىء عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك، ويرتفع الحل تبعاً لرفعه كما ثبت تبعاً لثبوته، وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك، بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلاً للنكاح فكذا الطلاق، ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبراً به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصراً، ولذا نقول: لو قال

إلى الكل كما في الجزء الشائع فإن قيل: لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح لا نعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسري إلى الكل. أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السراية ممتنعة إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان **(وفي الطلاق الأمر على القلب)** يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء قوله: **(ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله)** ظاهر، وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع لا محالة، فإذا ورد عليهما دخل الأتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكراً للتبع، وأما ذكر التبع فلا يكون ذكراً للأصل. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن عبر النبي ﷺ باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترده» أجيب بأن المراد به

قوله: **(أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت)** أقول: يمكن أن يدعي مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات، وكذا في قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾ وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عز تقدير المضاف، ولا يخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه، والشرط موجود لأن الأخذ يسند إلى اليد أيضاً قوله: **(وإنما الكلام من حيث الحقيقة)** أقول: يعني بدون الإضمار.

فكذا يكون محلاً للطلاق. واختلفوا في الظهر والبطن، والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن **(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت)** طالقاً **(تطليقة واحدة)** لأن الطلاق لا يتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا **(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً)** لأن

الزوج: عنيت الرأس مقتصراً قال الحلواني: لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفاً مشتهراً لا يصدق ولو قال: عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلاً في قوله عز قائلاً ﴿ذلك بما قدمت يداك﴾ [الحج: ١٠] أي قدمت وعناه ﷺ في قوله «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع، ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع، ولا مناقشة في هذا، إنما الخلاف في أن ما يملك تبعاً هل يكون محلاً لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل، فأما على مجازه في الكل لا إشكال أنه يقع يداً كان أو رجلاً بعد كونه مستقيماً لغة أو لغة قوم قوله: **(واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن)** وكذا لو قال: ظهرك عليّ أو بطنك عليّ كظهر أمي: أي لا يكون مظاهراً، وقوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[2] الظهر مقحم فيه، أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع، ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع، وما في بعض النسخ: لو قال بضعك طالق يقع. قال شمس الأئمة الحلواني: تصحيف، إنما هو بعضك أو نصفك. وفي الخلاصة: استك طالق كفرجك طالق، بخلاف الدبر، قال شارح: عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لأن البضع بمعنى الفرج أيضاً ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر. والأوجه أن محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل، وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الإست كذلك. وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال: يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به. هذا وقد يقال على المصنف إن كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان، فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه، وأيضاً ظاهر الكلام أن

صاحب اليد على حذف المضاف، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت، وإنما الكلام من حيث الحقيقة. قال شمس الأئمة الحلواني: إذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بأنها لا تطلق، ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما، بخلاف اليد والرجل. قال المصنف **(والأظهر أنه لا يصح)** أي الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك عليّ كظهر أمي لا يكون مظاهراً **(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة)** لأنه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق، إذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليباً للمحرم على المبيح وإعمالاً للدليل بقدر الإمكان، لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجة ٢٤٠٠ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣ كلهم من حديث سمرة.
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط البخاري. وسكت الذهبي والصواب أنه غير قوي حيث رواه الحسن عن سمرة.
قال ابن حجر التلخيص ٣/ ٥٣: والحسن مختلف في سماعه عن سمرة وزاد فيه أكثرهم: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه.
فالحديث حسن لا يتعداه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٥٥ و ١٤٢٦ و ٥٣٥٦ وأحمد ٢/ ٢٧٦. ٢٧٨ والنسائي ٥/ ٦٩ وابن حبان ٣٣٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه وصدره: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنىً واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول.

نصف التطليقتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة. ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل، وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه

المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال، ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك قوله: **(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة)** وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال: جزء من ألف جزء من تطليقة. وقال نفاة القياس: لا يقع به لأن بعض الشيء غيره، والمشروع الطلاق لا غيره، ولا يخفى أن المراد بغيره ما ليس إياه، وإلا فالبعض عند المتكلمين ليس نفساً ولا غيراً. والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن، ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفواً عنه، فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحاً كالعفو قوله: **(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً لأن نصف التطليقتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة)** وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها شكاً لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفاً، لأن الطلقتين إذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منهما طلقة ونصف فتكمل طلقتين، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلاً من طلقتين، والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين قوله: **(ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل)** وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي والعتابي، وعرف منه أنه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة **(وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثاً)** والثلاث كالجمع اختصاراً للمتعاطفات، فكأنه قال: نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة، ولو قيل: إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشيء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه لأن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير، بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى فأوقع من كل تطليقة جزءاً ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الأخير من أخرى، وعلى هذا لو قيل: يقع ثلاث إذا قال: نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد، إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط، والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ، ولو قال لأربع نسوة له: بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال:

أوجب إكماله وإلا لزم إبطال الدليل **(وكذا الجواب في كل جزء سماه)** والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها **(لما بينا)** أنه لا يتجزأ **(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً لأن نصف تطليقتين تطليقة)** فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة، وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير. قال فخر الإسلام: إنما أورد: يعني محمداً هذه المسئلة لإشكال وهو أن كل عدد لا يكون إلا نصفين، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغو. والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات. ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لا معنى له. ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغواً فبقي قوله أنت طالق. ولقائل أن يقول: هذا الكلام أما إن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازاً، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال. والجواب أنه مجاز، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل. وطولب بالفرق بين

قوله: **(وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: فينبغي أن تكون المسألة خلافية قوله: **(لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل إلخ)** أقول: فيه أنه لا يعقل كون ثلاثة أنصاف جزء الشيء إلا أن يكتفي بجزئية النصف.

فتصير ثلاثاً (**ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة، وقال في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث**) وقال زفر: الأولى لا يقع شيء، وفي الثانية تقع واحدة، وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية، كما

بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعاً فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث، ولو قال: بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين، وكذا ما زاد إلى ثمان، فإن زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثاً ولا يخفى الوجه، وكذا لو قال: أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء. بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لأنه شركها في كل تطليقة. وفي آخر باب الطلاق من المبسوط: لو قال: فلانة طالق ثلاثاً ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلاث، بخلاف ما تقدم، لأن هناك لم يسبق وقوع شيء فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئاً مما أوقع عليها بإشراك الثانية، وإنما يمكنه أن يسوّي الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها، ولأنه أوقع الثلاث على الأولى فكلامه في حق الثانية إشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات، وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما. وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً وقال لأخرى أشركتك فيما أوقعت عليها ولثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما، وبعد أن كتبنا تطلق الثلاث ثلاثاً ثلاثاً قلنا: إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها في ست. وفي المبسوط أيضاً: لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثاً ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لأنه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثاً، وكذا لو قال لأربع: أنتن طوالق ثلاثاً ينوي أن الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثاً قوله: (**أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان**) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة، وقالا: في الأولى وهي قوله: من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله: من واحدة إلى ثلاث وما بين واحدة إلى ثلاث يقع ثلاث. وقال زفر في الأولى: لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين، والثانية ما كان مدخولها ثلاثاً. ثم قال المصنف في قول زفر: وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. واعلم أن زفر لا يدخل الحدين لا الأول ولا الثاني، والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة إلى وحتى لأنها المنتهى. فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد: أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو

ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق إلا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة. ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثاً. وأجيب بأن جواب هذا اللفظ غير محفوظ. وبعد التسليم فالفرق واضح بين، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره، وههنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (**ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان**) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي في الأجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير. وقال العتابي: هو الصحيح لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة. وقال بعض المشايخ: يقع ثلاثة لأن كل نصف يكون طلقة واحدة لأن الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة. قال: (**ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين**) إذا

لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. وجه قولهما وهو الاستحسان أنّ مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المراد به الأكثر

البيع مثلاً فلا يدخل الحدان فيه، فكذا في الطلاق. وقد صرح بتسمية الأولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال: ثم الغاية الأولى. والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصولي، لأن زفر إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للأصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث فقال: تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، وكذلك من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال: من ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون إيراد مسئلة البيع ذكر محل بإعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل إعماله ليبين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها. والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل، ثم قد نسب إلى أبي حنيفة ما نسب إلى الأصمعي غير أنه قال له في الإلزام كم سنك؟ فقال له زفر: ما بين ستين إلى سبعين فقال له أبو حنيفة: سنك إذا تسع سنين، وهذا بعيد إذ يبعد أن يجيب فيما بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حينئذ إلا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع. على أنه روى أنه قال عند إلزام الأصمعي: استحسن في مثل هذا، والذي يتبادر في وجه استحسانه أن في قول الرجل: سِنّي ما بين الستين إلى السبعين عرفاً في إرادة الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل، ولا عرف في الطلاق إذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره، وقد قيل من طرفه غير هذا، وهو أن ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة، وهذا بناء على أن ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنان وستون إلى تسع وستين لا واحدة إلى تسعة، وإنما يصح إذا لم يعتبر الحد الأول خارجاً عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا، والظاهر أنه خارج، وجواب زفر حيث قال: لا يتناول الحدين صريح فيه، والأوجه ما ذكرنا له والله أعلم قوله: **(وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل)** كقول الرجل: خذ من مالي من عشرة إلى مائة وبع عبدي بما بين مائة إلى ألف وكل من الملح إلى الحلو. له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو قوله: **(ولأبي حنيفة أن المراد في العرف الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل)** ولا يخفى أن المراد أن ذلك إنما هو إذا كان بين الحدين متخلل فإنه لا يتحقق في نحو من درهم إلى درهمين إرادة مجموع الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر، ففي نحو طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب إعمال طالق فيقع واحدة. ولا يعترض بأنه لا يتأتي في من واحدة إلى ثنتين لأنه لم يذكر إلا لما يصدق عليه ولم يدع أنه جار في غيره ليعترض بأنه

طلقها مشتملاً كلامه على الغايتين، فإما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لا تدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة، والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد. وجه قول زفر أن غاية الشيء لا تدخل فيه وإلا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، وهو قياس محض. وروي أن أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين، فقال له إذن أنت ابن تسع سنين فتحير.

وروى فخر الإسلام أن الأصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له: ما تقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث؟ قال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين يكون ابن تسع سنين، فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله أن من قال من واحدة إلى واحدة لا يقع شيء، وقيل يقع واحدة لأنه لما جعل الشيء الواحد حداً ومحدوداً لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق.

قوله: (لغا آخر كلامه) أقول: يعني قوله من واحدة إلى واحدة.

من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه،

لم يصدق في عدم متخلل مع أنه مسوق لنفي قولهما يجب الأكثر. والحاصل أن قول: كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة إلى قول زفر: إلا أنهما أطلقا فيه، وأبو حنيفة يقول: إنما وقع كذلك فيما مرجعه إباحة كالمثل المذكورة، أما ما أصله الحظر حتى لا يباح إلا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل، غير أن الغاية الأولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة إيقاعها وهي صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه، بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة، أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لأنها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو منتفٍ، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح في قوله: من واحدة إلى واحدة أنه يقع واحدة عند زفر خلافاً لما قيل: لا يقع عنده شيء لعدم التخلل. ووجه بأنه يلغو قوله: من واحدة إلى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة، كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة إلى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة، وأورد إذا قيل: طالق ثانية لا يقع إلا واحدة. أجيب بأن ثانية لغو فيقع بأنت طالق واحدة، بخلاف قوله: هنا من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الثانية فلا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى. فإن قيل: لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الأمرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث. والجواب أن ذلك في المحسوسات، أما ما نحن فيه من الأمور المعنوية فإنما يقتضي الأول واحتمال وجود الثاني عرفاً، ففي من الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئاً في التحكم به لإفادة ذلك القدر. بقي أن يقال: إن هذا إن انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم أنه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم إدخال الغاية الأولى لأن ما بين إنما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج إلى إدخالها ضرورة إيقاع الثانية في من واحدة إلى ثلاث. ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدي أجزاء لفظه وهي لا توجب إلا دخول ما بين الحدين ولا مخلص إلا بادعاء أن العرف أفاد أن مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر قوله: (**بخلاف**) جواب عن قياس زفر

ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام في العرف يراد الكل، كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو ما بينهما، فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه: يعني الأكثر من الأقل أو الأقل من الأكثر، قيل فيه نظر لأنه لا يتمشى في قوله من واحدة إلى ثنتين. وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضاً لأن الأكثر فيه الثلاث والأقل الواحد، والأكثر من الأقل والأقل من الأكثر الثنتان، وليس بشيء لأن قوله لأن الأكثر فيه: يعني في الطلاق، وليس الكلام في الأكثر في الطلاق وإنما الكلام في الأقل والأكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه. وأقول: قوله إن المراد به الأكثر من الأقل: معناه إذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة إلى ثلاث. وقوله سني من ستين إلى سبعين. وقوله والأقل من الأكثر معناه: إذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة إلى ثنتين، وعلى هذا يسقط الاعتراض. قوله: (**وإرادة الكل**) جواب عن قولهما يراد به الكل

قوله: (**وأجيب بأنه يتمشى إلى قوله والأقل من الأكثر ثنتان**) أقول: فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة إلى اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك قوله: (**وإنما الكلام في الأقل والأكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه**) أقول: لا نسلم ذلك، ألا يرى: أنه لو قال من واحدة إلى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسألة في شرح الكنز للزيلعي وفتح القدير قوله: (**وأقول قوله إن المراد به الأكثر من الأقل، معناه إذا كان بينهما عدد إلخ**) أقول: فيه بحث: فإنه إذا تخلل بينهما شيء يراد الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل، فلا وجه للتخصيص الذي ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فإنهم يقولون سني من ستين فليتأمل قوله: (**معناه إذا لم يكن بينهما ذلك**) أقول: لا بد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله.

وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر، إذ الأصل في الطلاق هو الحظر، ثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية، ووجودها بوقوعها، بخلاف البيع ولأن الغاية موجودة قبل البيع؛ ولو نوى واحدة يدين

على مسئلة من هذا الحائط إلى هذا الحائط بالفرق بأن التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة، بخلاف الغاية في البيع فإنها لم تدع ضرورة إلى إدخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين، وأنت علمت أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بقضية اللفظ، ومسئلة البيع لإظهار أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة: أن العرف فيه إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فاقتضى في من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فلزم وقوع الأول، بخلاف بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط لأن التعارف إنما وقع في الأعداد نحو من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان. وبه اندفع سؤال أن ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فإن العرف أعطى أن قضيته عدم وقوع الثانية.

[فرعان] لو قال: من واحدة إلى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة، وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر في الطلاق، حتى لو قالت: طلقني ستاً بألف وطلقها ثلاثاً وقعت الثلاث بخمسمائة، ولو قال: ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف، بخلاف ما إذا كان غاية، وكذا يجب عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن في الغاية قوله: **(ولو نوى واحدة)** أي في من واحدة إلى ثلاث وفي ما بين واحدة إلى ثلاث إذا كان فيه عرف الغاية قوله: **(لأنه خلاف الظاهر)** وفيه تخفيف عليه قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب)** عالماً بعرف الحساب **(فهي واحدة)** ففيما إذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة. وقال زفر والحسن بن زياد: يقع ثنتان بعرف الحساب، وهو قول مالك والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب، فلو كان

كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم إلى مائة وهو ظاهر. قوله: **(ثم الغاية الأولى)** جواب عن قول زفر. ووجهه أن القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت، إلا أن الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة لأنه أوقع الثانية، ولا يصح إلا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها. قوله: **(بخلاف البيع)** جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط. ووجه ذلك أنه قياس فاسد لأن الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في إدخالها، وأما في صورة النزاع فإنها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل أنا لم نقل بأن الغاية داخلة، وإنما قلنا إنه لا بد من وجودها لضرورة الثانية. ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع إلا واحدة ولم يضطر فيه إلى الأولى لوقوع الثانية. وأجيب بأن قوله ثانية صار لغواً، بخلاف قوله من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى. ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لأنه محتمل كلامه لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر

قوله: **(ولا بد من وجودها إلخ)** أقول: إذا كانت الطلقة الأولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عند قوله: **(وأجيب بأن قوله ثانية صار لغواً إلخ)** أقول: لم لا تثبت الطلقة الأولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل؟ ينبغي أن يتأمل فيه، ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة، فإن إيقاع الطلقتين معاً مكروه كما سبق، وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية، وتفصيله أن صون كلامه عن الإلغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضاً فبقي الأصل وهو عدم الاقتضاء قوله: **(في إيقاع الطلاق بالاتفاق)** أقول: يعني منا ومن زفر قوله: **(ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثنتين إلخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا قال من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام؟ ويجوز أن يقال: مراده يصدق عندهما، وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فإن بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأبى عن هذا.

ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (**ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة**) وقال زفر: تقع ثنتان لعرف الحساب، وهو قول الحسن بن زياد. ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (**فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث**) لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين، وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن كلمة «في» تأتي بمعنى «مع» كما في قوله تعالى:

ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجهاً واحداً، وبه قال أحمد. وعندنا يقع واحدة بكل حال. وجه قول زفر: أن عرفهم فيه تضعف أحد العددين بعدد الآخر، فقوله: واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين في ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال: طالق أربعاً فيقع الثلاث، فالإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلاً، لأن ضربه درهمه مثلاً في مائة ألف إن كان على معنى الإخبار كقوله: عندي درهم في مائة فهو كذب، وإن كان على الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا ينجعل بقوله: ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشيء قوله: (**أثره في تكثير المضروب لا زيادة العدد**) والطلقة التي جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة، ولا يخفى أن هذا لا معنى له بعد قولنا إن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفاً بعدد الآخر، فإن العرف لا يمنع، والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها قوله: (**فإن نوى واحدة وثنتين**) بقوله: واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمله، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو، ولو كانت غير مدخول بها وقعت كما لو قال لها: أنت طالق واحدة وثنتين، وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، كما لو قال لغير المدخول بها: طالق واحدة مع ثنتين، وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى: ﴿**فادخلي في عبادي**﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي. وفي الكشاف أن المراد في جملة عبادي، وقيل: في أجساد عبادي، ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا، ولا يخفى أن تأويلها مع عبادي ينبو عنه ﴿**وادخلي جنتي**﴾ [الفجر: ٣٠] فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى: ﴿**ونتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة**﴾ [الأحقاف: ١٦] وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الإقرار بأن قال له: عليّ عشرة في عشرة وادعي الخصم الجميع: أي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي أنه ما أراد الجميع، أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع إلا المذكور أوّلاً، ففي واحدة في ثنتين واحدة وفي ثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقاً، لأن الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثاني قوله: (**ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر: بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول**) وأورد عليه أنه لو قال: طالق طلقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول؟ أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحاً فيوقع به الرجعي وكناية فيوقع به البائن لأن الإثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لأنه إثبات من الجواد لأنه إثبات الجود له ببينة: أعني كثرة الرماد، وأنه تعليل على مذهبنا إلزاماً كأنه قال لما قال: من هنا إلى الشام فقد وصفه بالطول، ولو وصفه

(**ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة. وقال زفر: يقع ثنتان لعرف الحساب**) فيما بينهم أن واحدة في ثنتين ثنتان (**ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب**) لأن الغرض به إزالة كسر يقع عند القسمة، فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين، (**وتكثر أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها**) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع إلا واحدة (**فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله لأن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف**) وقوله: (**ولو كانت غير مدخول بها**) واضح (**وإن نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث**) سواء

﴿فادخلي في عبادي﴾ أي مع عبادي، ولو نوى الظرف تقع واحدة، لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني **(ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان)** وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعا، لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث. وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة بملك الرجعة)** وقال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول قلنا: لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها **(ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، وكذلك لو قال أنت طالق**

بالطول صريحاً بأن قال: طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالأولى لما قلنا، وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب إذا دفعه إلى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع أن الزكاة لا تسقط عنده إذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك، أو أن عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لأن بعض المشايخ قال: في دليله لأنه وصفه بالطول. ولو قال: أنت طالق طلقه طويلة كان بائناً كذا هنا، ولأن قوله: من هنا إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لأنه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل، لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله: لأنه وصفها بالطول بل يقول: وصفها بالطول والعرض قوله: **(قلنا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات)** ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلاً فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة. وقال التمرتاشي: إنه إنما مد المرأة لا الطلاق. ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق قوله: **(ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال)** وكذا في الدار وإن لم يكن في مكة ولا الدار، وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان، فلو قال: طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن قال: عنيت إذا لبست وإذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه، كما إذا قصد بقوله بمكة أو في مكة إذا دخلت مكة فإنه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء قوله: **(لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان)** المعنى أن الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لأن الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في

كانت مدخولا بها أو لم تكن **(لأن كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾)** عند بعض أهل التأويل، وهذا لأن أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفاً للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له **(ولو نوى الظرف تقع واحدة)** لأن الطلاق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير فيلغو ذكر الثاني **(ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب)** والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالأربعة في الخمسة يحصل عشرون لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات **(فهي ثنتان)** وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعاً بعرف الحساب **(لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث. وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه)** يعني في قوله إن عمل الضرب في تكثير

قال المصنف: **(كما في قوله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾)** أقول: أنت خبير بأنه لا منع هنا عن حمل «في» على الظرفية بل هي الظاهرة قال ابن الهمام: ولا يخفى أن تأويله «مع» ينبو عنه ﴿وادخلي جنتي﴾. فإن دخولها معهم ليس إلا إلى الجنة، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ﴿ونتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة﴾ انتهى قال المصنف: **(لأنه وصف الطلاق بالطول)** أقول: قال الزيلعي: لا يقال إنه لو صرح بالطول لا يكون بائناً عنده فكيف يمكن إيقاع البائن عنده بهذا القول؟ لأنا نقول: الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف، ألا يرى أن قولهم فلان كثير الرماد أبلغ في الوصف بالكرم من قولهم جواد، ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض فيجاز أن تقع به البينونة عنده، بخلاف ما إذا وصفه بالطول لأنه لا يستعظم عادة ذكره في الكافي، وجائز أن يكون له روايتان، وفي الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا إلى الشام المبالغة في الطول: أي بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى ﴿يأخذ كل سفينة غصباً﴾ أي كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى. وفي قوله صاحب الكافي ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض بحث، لأن العرض غير مذكور في دليله على ما ذكر في هذا الكتاب.

في الدار) لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان، وإن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لاقضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن نوى إن مرضت لم يدين في القضاء **(ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة)** لأنه علقه بالدخول. ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية.

الحال، وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه تعالى سبباً لذلك أن يعلق وجوده أمر معدوم حتى إذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعاً شرعياً لا لزوماً عقلياً، والزمان والأفعال هما الصالحان لذلك لأن كلاً منهما معدوم في الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما، بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فلا يتصور الإناطة به، ولو أناط به قبل وجوده فالمناط إنما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والأفعال، ثم الزمان في الإضافة والتعليق يكون مستقبلاً. أما الحال فإنما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق. وأما إضافته إلى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق سيقع به الحال، وإنما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب أن يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لأن الفعل لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود ما علق لتوقفه على فعل الفاعل له، وإنما يصح ذلك في أثره الشرعي لأن حاصلة تعلق خطابه بالحرمة عنده، وهذا يمكن اعتباره شرعاً، فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق، والله سبحانه أعلم قوله: **(ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل)** أي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط لمقارنة بين معني الشرط والظرف من حيث أن المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه: أعني الظرف، وكذا إذا قال: في لبسك أو ذهابك، وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك، ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلاً اختيارياً أو غيره، حتى لو قال: في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي.

الأجزاء لا في زيادة المضروب **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة. وقال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول)** والطول يستعمل في القوة وقوّة الشيء إنما تظهر بامتناعه عن قبول الإبطال، وذلك في البائن دون الرجعي. فإن قيل: إذا صرح الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعياً عنده فكيف صح تعليله بالطول؟ أجيب بأنه إذا قال إلى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان. وأقول: هذه خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال، وقيل يجوز أن يكون عنده في هذه المسألة روايتان، وهذا أقرب **(وقلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه إذا وقع وقع في الأماكن كلها)** فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه **(ولو قال أنت طالق بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، وكذا لو قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر)** قوله: **(وإن عنى به)** ظاهر. قوله: **(عند تعذر الظرفية)** إنما تعذر الظرفية لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلاً له فيحمل على الشرط لمقاربة: أي لمناسبة بين الشرط والظرف يسبق المظروف كما أن الشرط يسبق المشروط. قال شمس الأئمة: وقيل لأن الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط.

فصـل
في إضافة الطلاق إلى الزمان

(ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه، ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم، وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوّه به)** فيقع في الأوّل في اليوم

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ذكر في باب إيقاع الطلاق فصولاً متعددة باعتبار تنوع الإيقاع: أي ما به الإيقاع على ما قدمناه إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخول به وغير مدخول بها، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتاباً، والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال. والعلم مطلقاً بمعنى الإدراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع، والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه، وقطعية كالكلام والحساب والهندسة، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفاً، وقيل: للواضع صنف العلم، أي جعله صنفاً فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضاً فيهم وعلم بما ذكرنا أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وأن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب قوله: **(ولو قال أنت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد)** لأن جميعه هو مسمى الغد، ولو نرى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه خلاف الظاهر وقوله: **(لأنه نوى التخصيص في العموم)** تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد، وإلا فلفظ غداً نكرة في الإثبات فليس من صيغ العموم قوله: **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يقع في أول الوقتين الذي تفوه به)** أما الأول فلأنه نجزه فلا يرجع متأخراً إلى وقت في المستقبل. وأورد عليه أنه لم لم يعتبر لإضافة أخرى لا لإضافة عين ما نجز؟ والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعاً للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى، فإنها إذا طلقت اليوم كانت

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ذكر ههنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه، وتشبيهه إضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط **(ولو قال أنت طالق غداً)** على ما ذكره في الكتاب واضح. قوله: **(ونوى التخصيص في العموم وهو)** أي العموم **(يحتمل التخصيص)** فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة **(لكنه مخالف للظاهر)** لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء. ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفراداً متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك، وما يتوهم فيه من الأول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده، وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصاً فلا عموم ولا تخصيص. والجواب أن المراد به الحقيقة والمجاز فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً)** ظاهر. واعترض بأنه لم لا يجعل غداً ظرفاً لطلاق آخر؟ وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق، والأصل

فصل في إضافة الطلاق

قال المصنف: **(لأنه نوى التخصيص في العموم)** أقول: فيه تجوز، والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الإجزاء منزلة الإفراد، وإلا فلفظ غداً نكرة في سباق الإثبات فلا تعم قوله: **(لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار)** وأقول: وهذا لا يوافق كلام المصنف، والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس كما قاله الإتقاني.

وفي الثاني في الغد، لأنه لما قال اليوم كان تنجيزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة، وإذا قال غداً كان إضافة والمضاف

غداً كذلك، حتى لو كانت بالعطف بأن قال: أنت طالق اليوم وغداً أو أول النهار وآخره لا يقع إلا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غد فإنها لا تطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز؟ فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر، وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع، وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بياناً لوقت الوقوع وهو ظاهر، وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع في الحال، وإذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافي واعتبار المعلق أولى لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم، وفي اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهي قوله: إذا جاء غد لأنه لم يقع الفرق في الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيزاً مع اتصال الغير الشرطي ولم لم يتوقف فكان تنجيزاً مع اتصال المغير الإضافي. فإن قيل لم لم يجعل الثاني ناسخاً؟ أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره، وتقرر الطلاق الأول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره. وأما الثاني وهو قوله طالق غداً اليوم فلأنه وقع مستقيماً مضافاً وبعد ما صح مضافاً إلى غد لا يكون بعينه منجزاً بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى، وإنما وصفها بتطليقة واحدة لأنها لزمت إضافتها إلى الغد فلزم إلغاء اللفظ الثاني ضرورة، ولا يمكن جعله ناسخاً للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مستبد في نفسه متراخ وهو منتف هنا. فإن قلت: فما وجوه المسئلة إذا وسطت الواو؟ فالجواب إذا قدم المتقدم من الوقتين كأنت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغداً أو في ليلك ونهارك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلاقها في أول الوقتين تكون طالقاً في آخرهما، ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغداً واحدة صح ووقعت ثنتان، وكذا طالق اليوم وغداً وبعد غد يقع واحدة بلا نية، فإن نوى ثلاثاً متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك، وإن قدم المتأخر كطالق غداً واليوم أو في نهارك وليلك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان، لأن الأول وقع مضافاً صحيحاً والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما في الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غداً وأنت طالق اليوم، وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال: أنت طالق كل يوم، فعند زفر يقع الطلاق في ثلاثة أيام لأنه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقاً في كل يوم يحصل بإيقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعاً كل يوم، ولا يخفى أن نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غداً واليوم يقع واحدة مشكل، لأن كل يوم إما أن يتعين اليوم وغداً وبعد غد إلى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غداً وما بعده واليوم فكذلك، وكذا لو قال: أنت طالق أبداً لم تطلق إلا واحدة، فلو نوى أن يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته، وفي هذه المسئلة ما قدمناها من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق للسنة. وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه أو صحة نية الثلاث إما باعتبار إضمار التطليق كأنه قال: طالق كل يوم تطليقة أو بإضمار في كأنه قال: في كل يوم، ولو قال: في كل يوم طلقت ثلاثاً في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر. وفرقوا بأن في للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع،

خلافه فلا يصير إليه في غير موضع الضرورة، وفيه نظر لأن صون كلام العاقل عن الإلغاء نوع ضرورة. والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغداً وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة إلى غيرها، وعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الإلغاء. فإن قيل: هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غداً اليوم لأنه وصفها بالطلاق غداً والموصوف به غداً لا يكون موصوفاً به اليوم. أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهي إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لإثباتها

لا يتنجز لما فيه إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين **(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالا: لا يدين في القضاء خاصة)** لأنه وصفها بالطلاق «في» جميع الغد فصار بمنزلة قوله غداً على ما بيناه ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية، وهذا لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري، بخلاف قوله غداً لأنه يقتضي الإستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد. نظيره إذا قال والله لأصومنّ عمري، ونظير

بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع قوله: **(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة، وقالا: لا يصدق في القضاء خاصة)** ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله: طالق غداً وفيه لا يصدق في نيته آخره، ولهذا أي ولأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقاً عند عدم النية، وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غداً لأن حذف لفظة في مع إرادتها وإثباتها سواء فإذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي إثباته كذلك. ولأبي حنيفة أن ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونها متصلاً بجزء آخر أو كله أو لا، وإنما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فإذا نوى جزءاً من الزمان خاصاً فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك جزء من أفراد المتواطىء، بخلاف ما إذا لم يذكروا وصل الفعل إليه بنفسه فإن المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخاً وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، ومثل قوله: في غد قوله: في شعبان مثلاً، فإذا قال: طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب، وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف قوله: **(ولو قال أنت طالق أمس)** أو في الشهر الذي خرج **(وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء)** بإجماع الفقهاء لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكيه الطلاق فكان حاصلة إنكاراً للطلاق فيلغو فكان كقوله: أنت

فيكون الثاني لغواً **(ولو قال أنت طالق في غد)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. قوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفاً للظاهر وقد علمت ما فيه. قوله: **(ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه)** قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفاً للظاهر وقد علمت ما فيه. قوله: **(ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه)** قيل فيه إشارة إلى جواب عن قولهما مخالفاً للظاهر. وتقريره أن خلاف الظاهر إنما لا يدين في القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه، وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة، ألا ترى أن من حلف لا يتزوّج ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وإن كان مخالفاً للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه. وفيه نظر لأن الحقيقة لا تحتاج إلى النية وإنما يحتاج إليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز. ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته، وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى **﴿إنا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد﴾** فإنه لا استيعاب فيما فيه الحرف، وهو ثابت فيما لا حرف فيه، وبيانه أن الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل والمرسل إليهم في الدنيا مقرونة بحرف «في» وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لأن نصرة الله إياهم في الآخرة دائمة، وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الأوقات لأنها دار الابتلاء، وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر. وإذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما

قوله: **(أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعر لإثباتها إلخ)** أقول: وهذا يجري في الصورة الأولى أيضاً قال المصنف: **(وهذا لأن حذف في إلخ)** أقول: أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غداً قوله: **(قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفاً للظاهر إلخ)** أقول: الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف: **(حيث وصفها بهذه الصفة)** أقول: تنبيه ليس بدليل إذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة.

الأول: والله لأصومنّ في عمري، وعلى هذين الدهر وفي الدهر **(ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء)** لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو، كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه يمكن

طالق قبل أن أخلق، ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء أمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أي طالق أمس عن قيد النكاح إذا لم تنكحي بعد أو عن طلاق زوج كان لها إن كان بخلاف ما لو قال: للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان، لأن الظاهر في التركيب الإيقاع والإنشاء فلا يعدل عنه إلا لتعذره والصارف عنه إلى محتمله وهو عدم صحة الإنشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الأولى، إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول: طائفة من المشايخ، أو لبقائه متوقفاً إلى انقضاء العدة كقول المحققين، ويشهد لهم أنهم قالوا: إذا قال: كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لأنه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها، بخلاف ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الإخبار ثانياً أو التأكيد إلا أن يقصد التجديد لأن الإيقاع في المنكر ليس غالباً، ولا الداعي إلى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجوداً فيه لأن تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة، ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية، ولا يمكن تصحيحه إخباراً لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان إنشاء في الحال فيقع الساعة، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً بوقوع الطلاق، وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجيز طلاقها لأنه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثاً ووقوع الثلاث سابقاً على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضاً: إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الأجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله، ولحكم العقل أيضاً لأن مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه، ولا يقع تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغواً البتة فبقي الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث: الواحدة النجزة وثنتان من المعلقة، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثاً وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو، ولو كان قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك قوله: **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله: إذا طلقتك وأنا صبي أو نائم)** أو مجنون وكان جنونه معهوداً، فإن لم يكن معهوداً طلقت للحال لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الإضافة **(أو يصحح أخباراً على ما ذكرناه)** من كونه إخباراً عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم قوله: **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت)** باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان، وكذا «ما» تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان، قال تعالى قاصاً لكلام عيسى عليه السلام **﴿وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حياً﴾**

يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فإذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه **(ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة)** أي معلومة **(منافية لمالكية الطلاق)** لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف إليه الطلاق **(فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق)** أو تخلقي **(ولأنه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح)** فكأنه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي، وإذا أمكن ذلك صير إليه لكونه موضوعاً له دون الإنشاء، وفيه نظر لأن الطالق من اتصف بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لأن المطلق إن كان هذا الزوج فليس بمستقيم لأنها لم تكن في قيد نكاحه، وإن

قوله: (فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب) أقول: إذا كان الاستيعاب معنى مجازياً لفي غد ينبغي أن لا يتعين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى النية كما لا يخفى.

تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج **(ولو تزوجها أوّل من أمس وقع الساعة)** لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شيء)** لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم، أو يصحح إخباراً على ما ذكرنا **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم**

[سورة مريم: ٣١] أي مدة دوامي حياً، فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها، وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف إليه فيقع. فلو قال: موصولاً أنت طالق برّ، حتى لو قال: متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثاً ثم وصل قوله: أنت طالق قال: أصحابنا برّ ووقعت واحدة، وقال زفر: ثلاث، ولو قال: أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لا جملة لأنها تقتضي عموم الإفراد لا عموم الاجتماع، فإن لم تكن مدخولاً بها بانت بواحدة فقط. ولو قال: حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك. وإن قال: زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لأن لم تقلب المضارع ماضياً مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع، وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق، وكلمة لا للاستقبال غالباً، فإن لم تكن له نية لا يقع في الحال، وإنما يراد بحين ستة أشهر لأنه أوسط استعمالاته إذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى: ﴿**حين تمسون وحين تصبحون**﴾ [الروم: ١٧] وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى ﴿**تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها**﴾ [إبراهيم: ٢٥] وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره ﴿**هل أتى على الإنسان حين من الدهر**﴾ [الإنسان: ١] والزمان كالحين لأنهما سواء في الاستعمال قوله: **(ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)** باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة لأنه متى طلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه طلقها، واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدّره المتقدمون بل قالوا: تطلق قبيل موته، فإن كانت مدخولاً بها وورثته بحكم الفرار وإلا لا ترثه. وقوله وهو الشرط: يعني العدم قوله: **(كما في إن لم آت البصرة)** إعطاء نظير، والمراد أن كل شرط بأن منفى حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا، وزاد قيداً حسناً في المبتغى بالغين المعجمة، قال: إذا قال لامرأته: إن لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثاً فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى. ومن ثمة قالوا: لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات قوله: **(وموتها بمنزلة موته هو الصحيح)** احترز به عن رواية النوادر أنها لا تطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها، وإنما عجز بموتها وصار كقوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع

كان غيره فهو المذكور قوله: **(أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج)** فيكون تكراراً، وأيضاً قوله أنت طالق موضوع للإخبار لغة، ولا نسلم أن إمكان المصير إلى المفهوم اللغوي يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي فإن ذلك يفضي إلى إبطال كثير من المفهومات الشرعية. والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق، أو هو محمول على الإخبار عن عدم النكاح مجازاً فإن رفع النكاح يستلزم عدمه، وإمكان المصير إلى المفهوم اللغوي إنما لا يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي إذا لم يفض إلى اللغو، فأما إذا أفضى إليه منعه صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. وقوله: **(أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج)** يعني أن هذه المرأة إما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لا، فإن كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس إخباراً عن عدم النكاح مجازاً، وإن كان الأول جعل إخباراً عن كونها مطلقة ذلك الزوج **(ولو تزوّجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية)** وهو واضح **(ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً)** وهذا على الوجه الأول واضح أيضاً. وأما على الوجه الثاني فإنما يستقيم إذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج، وأما إذا كانت مطلقة فلا يستقيم إلا إذا جعل نكاح هذا الزوج رافعاً لتلك النسبة وفيه ما فيه. قوله: **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك)** وما بعده

أطلقك وسكت طلقت) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان، وكذا كلمة «ما» قال الله تعالى: **﴿ما دمت حياً﴾** أي وقت الحياة **(ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)** لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة، وموتها بمنزلة موته هو الصحيح **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة، وقالا: تطلق حين سكت)** لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى: **﴿إذا الشمس كوّرت﴾** وقال قائلهم:

وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس

بموته لا بموتها. وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموته، بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع. أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس منه بموتها، وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحاً لانتفاء العدة كغير المدخول بها لأن الفرض أن الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ فلم يله إلا الموت وبه تبين قوله: **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة، وقالا: تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى ﴿إذا الشمس كوّرت﴾ [التكوير: ١] وقال قائلهم)** وهو ابن أحمر أو حرى بن ضمرة:

(وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعني أخاه الصغير، وما قيل إنه لعنترة العبسي فخطأ عند أهل المعرفة بالشأن لانتقائه من ديوانه، ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلاً وإنما له أخ من أمه اسمه شيبوب، ثم لم تكن أمه بحيث تواكل إياه شداداً حيساً لأنها أبعد من ذلك عند من أطلع على قصته، وقبل البيت المذكور:

هل في القضية أن إذا استغنيتم ... وأمنتهم فأنا البعيد الأجنب
وإذا الشدائد بالشدائد مرة ... أشجتكم فأنا المحب الأقرب
وإذا تكون كريهة ادعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه ... لا أم لي إن كان ذاك ولا أب
عجب لتلك قضية وإقامتي ... فيكم على تلك القضية أعجب

واضح. وقوله **(كما في قوله إن لم آت البصرة)** يعني كما قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا **(وموتها بمنزلة موته)** يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضاً. قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لأن الزوج قادر على أن يطلقها ما لم تمت، وإنما عجز بموتها، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة. وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه لا يعقبه الوقوع، كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها. والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق إن لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه، وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو أن في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط، بخلاف قوله إن لم آت البصرة لأنه لا يتحقق الشرط بموتها لأنه قادر على إتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق. قال: **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)**

كما في قوله متى شئت. ولأبي حنيفة أن كل كلمة إذا تستعمل في الشرط أيضاً، قال قائلهم:

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

واعترض بعض المحشين بأن كلاً من الآية والبيت فيه معنى الشرط، وجواب الأول علمت وجواب الثاني أدعى ويدعى، وأيضاً تنظيره لها بمتى غير صحيح لأنها لا تتمحض للوقت أبداً، وهما مبنيان على أن قوله: للوقت يعني المحض، ولا حاجة تدعو إلى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه، بل المنقول لهما أنه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد في المجازاة، فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط، وليس لهما حاجة أن يبينها أنها للوقت المجرد عن الشرط، بل حاجتهما في إثبات الاجتماع ليكون دفعاً ظاهراً لقول الكوفيين قوله: **(ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضاً)** يعني الشرط المجرد عن معنى الظرفية وإلا لا يفيد، وهذا مذهب نقل عن الكوفيين، واستشهد بقوله:

وإذا تصبك خصاصة فتجمل

حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف، والظرف إما على حد سواء، وإما على أنها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل، ولذا صدقه القاضي في دعواه إرادة الشرط المجرد، وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها إلى الشرب بالآنية وكرعا لأن المجاز هناك غالب. واحتاج أبو حنيفة إلى الفرق لأنه جزم هناك أنها بالمعنى الحقيقي لا هنا، وفرقه أن حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لأن حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافاً فكان حكم الحقيقة ثابتاً يقيناً على كل حال فاعتبرت لذلك: أي للتيقن بحكمها، بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فإنه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز، وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطاً كمتى، فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع، وأما كونها مجازاً في جزء معناها فلم يسمع يقيناً، وبتقدير إحداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع. ثم لا يخفى أنه يجب على قولهما: إذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما

أقول: إذا قال لها أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك. فأما إن نوى شيئاً ولم ينو، فإن كان الأول، فإن نوى الوقت وقع في الحال، وإن نوى الشرط وقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة، وإن كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء. قال أبو حنيفة: لم تطلق حتى يموت، وقالا: طلقت حين سكت الزوج لأن كلمة إذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين، واستدل لهما بقوله تعالى ﴿**إذا الشمس كوّرت**﴾ لإفادة الوقت الخالص في أمر مترقب: أي منتظر لا محالة، وبقوله:

وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لإفادته في أمر كائن في الحال، وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما إلى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً، واستوضح كونه بمعنى متى قوله: **(ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام)** كما في قوله متى شئت، ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في إن. **(ولأبي حنيفة أن كلمة إذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل)** فيهما وهو مذهب الكوفيين، واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه:

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة وهي ليست موضع إذا فكانت بمعنى إن، واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلها، وإذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة **(فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال، وإن أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال، بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه**

قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة إذا مشتركة، إلى قوله: واستدل على ذلك بقول الشاعر إلخ)** أقول: وفيه أن ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك، فإنه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازاً، والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم، وسيجيء بعد سطور قوله: **(ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة إلخ)** أقول: فيه كلام قال المصنف: **(وإذا تصبك خصاصة فتحمل)** أقول: الجزم في قوله تصبك يدل على أنه للشرط.

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال، وإن أريد به الوقت تطلق فلا بالشك والاحتمال، بخلاف مسئلة المشيئة لأنه

ظهورها في الظرف، فمراده خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي جبيلاً ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها:

أجبيل إن أباك كارب يومه … فإذا دعيت إلى المكارم فاعجل
أوصيك إيصاء امرىء لك ناصح … ظن بريب الدهر غير مغفل
الله فاتقه وأوف بنذره … وإذا حلفت ممارياً فتحلل
والضيف تكرمه فإن مبيته … حق ولا تك لعنة للنزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله … بمبيت ليلته وإن لم يسأل
ودع القوارص للصديق وغيره … كي لا يروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده … واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لا تحلل به … وإذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره … أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك في أمورك كلها … وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى … وإذا تصبك خصاصة فتجمل
وإذا هممت بأمر شر فاتئد … وإذا هممت بأمر خير فاعجل
وإذا أتتك من العدو قوارص … فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
وإذا افتقرت فلا تكن متخشعاً … ترجو الفواضل عند غير المفضل
وإذا تشاجر في فؤادك مرة … أمران فاعمد للأعف الأجمل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم … حتى يروك طلاء أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهشين إلى الندى … غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وأيسر بما يسروا به … وإذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فيها للشرط في اثني عشر موضعاً بالجزم ودخول فاء الجزاء، ومعقل من عقلت الناقة بالعقل، يريد عقلي بريب الدهر غير ممنوع، وتجمل: أي أظهر جميلاً ولا تظهر جزعاً، وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب، وأين هذا من الأول في التأديب. وفي المنتفى: لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لأنه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق، وهذا الطلاق يصلح شرطاً في اليمين الأولى، لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولى فحنث في اليمينين فيقع طلاقان. ولو قلب فقال: إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطليق صار حانثاً في اليمين الأولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطاً في الثانية لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية، فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافاً. وإنما هذا على قول أبي حنيفة. أما على قولهما: فيقعان بعد زمان يسير في الأولى للوجه الأول بعينه، وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لأنه حنث في قوله: إذا لم أطلقك فأنت طالق، وكذا لو لم يسكت حتى مات لأن زمان قوله: إذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه. وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوّجك،

للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لأن الأمر صار بيدها بقوله إذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجاً للامر عن يدها، وإلا لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين. والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة (ولو قال لها أنت وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوّجك، وإذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوّجك، ففي الصورتين الأوليين يقع عند التزوّج

على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال، وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له النية البتة، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة)** معناه قال ذلك موصولاً به، والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها، وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها. وجه الاستحسان أن زمان البرّ مستثنى عن

اتفاقاً، وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف، وعندهما لا يقع. والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا يصح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وإن الآخر ينسخ الأوّل، وقبل وإذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق، وإذا تقبله فأضيف إليها. ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء، فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال: عند التزوّج أنت طالق قبل أن أتزوّجك فلا يقع، أو لأن الآخر وهو الإضافة إلى قبل نسخ الأوّل وقوله: **(بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنها للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنها للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك)** إعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال، ولأنه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديماً للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا. وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الأمر، فإنه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه أن على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحلّ ومع هذا لا تترجح الحرمة وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط لأن الشك لا يوجب شيئاً إنما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك، وهناك يقع العمل بالدليل، والله سبحانه أعلم. واعلم أن ما ذكره المصنف يشكل لأنه سيذكر أن الخلاف فيما إذا لم تكن له نية، وحينئذ فمقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما: لا يخرج من يدها وعلى قوله: يخرج، وكذا إذا علم أنه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه، وأما إذا عرفت بأن استفسر فقال: أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما: ولا يخرج الأمر من يدها، وكذا على قوله: لأنه مقر على نفسه. وإن قال: أردت الشرط صدق على قوله: ولا يصدق على قولهما: لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه. وأما في مسئلة الطلاق: أعني قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك، فإن قال: عنيت الزمان صدق عندهما، وإن قال: عنيت الشرط لا يصدق عندهما لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه. وعلى قوله: يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتها مع أن في الثاني تشديداً على نفسه قوله: **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة)** المنجزة فقط، حتى لو كان قال: أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة. وعند زفر ثلاث **(معناه أنه قال ذلك موصولاً به)** فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعاً **(والقياس أن يقع المضاف أيضاً فيقعان إن كانت مدخولاً بها)** فإن لم تكن مدخولاً بها يقع المضاف وحده **(وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل، وهو زمان قوله: أنت طالق قبل أن يفرغ منها. وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف)** لأن اليمين إنما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان **(أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته)** بر عندنا خلافاً لزفر، فالمراد بالأصل هنا النظير لا أصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر قوله: **(ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوّجها ليلاً طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار)** وهو ظاهر **(ويطلق ويراد به مطلق الوقت)** كقوله تعالى: **﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾[الأنفال: ١٦]** والفرار من الزحف حرام ليلاً ونهاراً. والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له

طالق ما لم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله: **(موصولاً)** لأنه إذا قال ذلك مفصولاً وقعتا قياساً واستحساناً لأنه واجد الزمان الخالي عن التطليق.

اليمين بدلالة الحال لأن البرّ هو المقصود، ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى، أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى **(ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت)** لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه وإذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار، وهذا أليق به، ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى: **﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾** والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار.

كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار، فلو قدم فلان ليلاً لا خيار لها أو نهاراً دخل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديراً وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك: أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو. ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوّج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له لغو إذ لا يحتمله **(والطلاق من هذا القبيل)** فيقع ليلاً تزوجها أو نهاراً، كذا في عامة النسخ، وفي الأصل التزوّج من هذا القبيل قيل: كأنه غلط، والصحيح الطلاق من هذا القبيل. وفي النهاية: الصحيح التزوّج من هذا القبيل، قال: كذا وجدته بخط شيخي، ولأنه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء، قال في الإيمان: لو قال: يوم أكلم فلاناً فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار، إلى أن قال: والكلام لا يمتد، ولأن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أتزوّجك لا في أنت طالق، ولأن ذكر القران في قوله: إذا قرن يدل على إرادة التزوّج لا الطلاق لأن مقارنته اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى. والأصوب الاعتبار الأول: أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه. بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظروفاً أيضاً لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف، بل إنما ذكر المضاف إليه لتعيين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب. ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حالة، إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب: أعني ما يكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان، أو لا يمتد كأنت حرّ يوم يقدم وطالق يوم أتزوّجك فعللوا بامتداد المضاف إليه وعدمه، والمحققون ارتفعوا عن ذلك الإيهام. ومن الشارحين من حكى خلافاً في الاعتبار ويشبه كونه وهماً، ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما

وقوله: **(وأخواته)** يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول. قوله: **(ومن قال لامرأته يوم أتزوّجك فأنت طالق)** ههنا ثلاثة ألفاظ: النهار والليل واليوم، أما النهار فللبياض خاصة، وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية، وأما اليوم فإنه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض، والصحيح وهو مذهب الأكثر أن إطلاقه على مطلق الوقت مجاز لأن حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة، وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به. فإن كان ممتداً وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبستُ يوماً أو ركبت يوماً أو سكنت يوماً يحمل على بياض النهار لأنه يراد به المعيار، وهذا أليق به وإن كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان، إذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوماً يحمل على مطلق الوقت اعتباراً للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى **﴿ومن يولهم يومئذ دبره إلا محترفاً لقتال﴾** الآية والمراد به مطلق الوقت لأن الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلاً كان أو نهاراً. قوله: **(والطلاق من هذا القبيل)** يعني أنه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير إلى أنه اعتبر المظروف دون المضاف إليه لأنه لتميز المضاف بين سائر الأيام،

قوله: **(فيرجح أحد معنييه إلخ)** فيه أن هذا على تقدير الاشتراك قوله: **(يلحقه الوعيد ليلاً كان إلخ)** أقول: يعني الفرار.

ولو قال عنيت بع بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة.

يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان.

[فروع] قال: أنت طالق إلى شهر تطلق إذا انقضى شهر، وأوقعه أبو يوسف للحال، أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصراً. وقال زفر: مستنداً أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستنداً عند أبي حنيفة وقالا مقتصراً على الموت. وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة، فعند أبي حنيفة تعتبر من أوّل الشهر ولو كان وطؤها في الشهر يصير مراجعاً إن كان الطلاق رجعياً، ولو كان ثلاثاً وطؤها في الشهر غرم العقر، وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعاً بذلك الوطء ولا يلزمه عقر، وقيل: تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقاً احتياطاً، وكذا إذا طلقها بائناً أو ثلاثاً أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد، وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثاً. ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولاً بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند، كذا في الجامع الكبير والأسرار. هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح، وقد قيل: يثبت عنده بطريق التبيين. ولو قال: أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصراً كما هو قولهما بعد الموت، وعنده يقع مستنداً حتى إذا كان صحيحاً في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض. أما إذا مات مضى تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث. ولو قال: آخر امرأة أتزوّجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوّج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبداً ثم عبداً ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستنداً إلى وقت الملك والتزوّج، وعندهما مقتصراً حتى يعتبر العتق من جميع المال إذا كان صحيحاً وقت الشراء، فإن كان مريضاً فمن الثلث وفي الزوجة الأخيرة تطلق من حين تزوّجها حتى لا تلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها، وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث. والفرق لأبي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف، كما لو قال: إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم، وهذا لأن الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه، ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله: أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا: بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد، ولو قال: قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقاً، ولو قال لهما: أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما، فإذا ماتت طلقت الأخرى مستنداً عنده ومقتصراً عندهما.

ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة، وكذلك إذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختاري يوم يقدم يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلاً كان أو نهاراً لعموم المجاز، ولم يكن الأمر والاختيار بيدها بقدومه ليلاً مع اتحاد المضاف إليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الأول، وفي اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فأنت طالق، ولهذا لم يعتبر كلهم فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف. فإن قيل: اعتبر المصنف المضاف إليه في مسئلة يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لأن الكلام مما يمتد. أجيب بأن ذلك إنما هو باعتبار أن الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ، وحينئذٍ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود **(ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه)** وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها.

فصل

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً، ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق). وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى. لأن ملك النكاح مشترك بين

فصل

فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد قوله: (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقها ولو قال: أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق) وبقولنا: قال أحمد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى لأن ملك النكاح: أي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين، وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصبح مضافاً إلى كل منهما. وقوله: وضع لإزالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله: مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه، وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه، قالوا: لو كان كذلك لم يحتج إلى نية كالإضافة إليها، والمختار عندهم أن على الزوج حجراً من جهتها حتى أنه لا ينكح أختها وأربعاً سواها فتصبح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد، لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتيج إلى نية. ولا يخفى أنه يندفع ما أورده على الأول بالنكته الأخيرة إذ يقال: تتميماً للأوّل، وإنما احتاج إلى نية في الإضافة إليه لأنه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد، فمحل

فصل

لما كانت إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل آخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت. وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى) لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين، فإن الحلّ مشترك بينهما وهو ظاهر، وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافاً إليه كما في الإبانة والتحريم. وقلنا: لا نسلم أن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها الممنوعة عن التزوج والبروز. سلمنا

فصل ومن قال لامرأته

قال المصنف: (لأن ملك النكاح مشترك) أقول: أي الملك الذي يوجبه النكاح قال المصنف: (والطلاق وضع لإزالتهما) أقول: قال ابن الهمام: الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى. وفيه أن الظاهر أنه راجع إلى الملك والحل قوله: (وكذلك النكاح) أقول: أي ملك النكاح قوله: (ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما إلخ) أقول: هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده، فإن المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك قوله: (في عقد النكاح والطلاق) أقول: قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف: (ولنا أن الطلاق لإزالة القيد) أقول: كما ينبىء عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب إيقاع الطلاق قال المصنف: (وهو فيها دون الزوج) أقول: قيل أن الزوج مقيد من جهتها أيضاً حتى لا يتزوج أختها ولا أربعاً سواها، وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي. ولك أن تقول: لو كان الزوج مقيداً من جهتها لكان إزالته في يدها، وليس كذلك مع أنه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح قوله: (لأن ملك النكاح له عليها إلخ) أقول: وإذا كان الملك له عليها فرفعه يكون بإضافته إلى المملوك، كما في الإعتاق فإن العتق إذا أضيف إلى المولى يلغو إجماعاً قوله: (ولا يمكن أن يجمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول: لعلها مغالطة فإن المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها، فلو ملكت منافع الزوج أيضاً لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد، وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل، والأولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور.

الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافاً إليه كما صح مضافاً إليها كما في الإبانة والتحريم. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوّج والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها **(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس**

الطلاق محلها وهي محلهما دونه فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيان أنها المحل أنها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه، وملكها عليه إنما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لأمور ترجع إلى نفسها فهي المملوكة دونه، ولهذا ملك هو التزوّج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه إياها، والحل الذي يثبت **لها تبع للحل الذي يثبت له، فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به، وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق**، بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعي إلخ، والثابت أثر النكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت تبعاً هل يكون محلاً للطلاق، بخلاف الإبانة لأنها أي لفظها موضوع لإزالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عاملة بحقيقتها، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملاً بحقيقته، وسيأتي تمامه في الكنايات. وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لا حكماً للنكاح، ولهذا لو تزوّجها مع أختها معاً أو ضم خمساً معاً لا يجوز قوله: **(ولو قال: أنت طالق واحدة أو لا)** فليس بشيء وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا، وبه قالت الأئمة الأربعة. قال المصنف: هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف، وهذا قول: أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أوّلاً تطلق واحدة رجعية، كذا ذكر قول: محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما إذا قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء أو ثلاثاً أو لا شيء إنما لا يقع عليها شيء عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية **(ولا فرق بين المسئلتين)** وهما طالق وواحدة أو لا واحدة أو لا شيء، وخص الخلاف في الأصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة: لكن صاحب

أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة والزوج مالك، وهذا لأنها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد قوله: **(ولهذا)** أي لأنها مملوكة **(سميت منكوحة)** أي وارداً عليها ملك النكاح **(بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح إضافتهما إلى الزوجين، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها)** قيل لو كان الزوجان في الإبانة والحل مشتركين لاتحدا في حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما واللازم باطل فكذا الملزوم، فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع، ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك. وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها، وإن كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعييناً للجهة. قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء)** ظاهر. قوله: **(ولا فرق بين المسئلتين)** يعني بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع. قوله: **(ولو كان المذكور ههنا)** أي في الجامع الصغير **(قول الكل فعن محمد روايتان)** لأنه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شيء فكان عند محمد أيضاً لا

قال المصنف: **(ولا فرق بين المسألتين)** أقول: يعني به فرقاً يثبت به حكم مخالف لحكم المسألة الأخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق قوله: **(قيل لو كان الزوجان في الإبانة)** أقول: والظاهر أن يقال في الوصلة قوله: **(وأما الزوج فله ملك على غيرها)** أقول: يعني على غيرها من النساء قوله: **(وقوله ولا فرق بين المسألتين، إلى قوله في حق التشكيك)** أقول: ظاهره لا يلائم كلام محمد

بشيء). قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف، وهذا قوله أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أوّلاً تطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء، ولا فرق بين المسئلتين. ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان، له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة «أو» بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق، بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع. ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث، وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما

الأجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات، ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب أنه لم يذكر خلافاً، فعن محمد روايتان. والأوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد: في مسئلة أو لا شيء فدل على وفاقه في هذه المسئلة وهي مسئلة أو لا، وإذ لا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في أو لا شيء وخلافه هناك رواية في مسئلة أو لا قوله: **(له)** أي لمحمد في إيقاعه به واحدة على هذه الرواية **(أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق)** يقع به واحدة **(بخلاف قوله أنت طالق أولا)** أو طالق أو غير طالق فإنه لا يقع به بالاتفاق **(لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع. ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد)** واستدل على هذا بآثار إجماعية: منها أنه لو قال: لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تبق محلاً لوقوع الزائد. ومنها أنه لو قال: أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شيء، ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله: واحدة فاصلاً بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل. ومنها ما لو ماتت قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شيء وقوله: **(وهذا لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف)** أي طالق تطليقة واحدة أو ثلاثاً أو تطليقاً ثلاثاً كما قرره في أول الباب. أما على الإنشاء فلا، وقد رجع المصنف إلى

يقع شيء. ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه. قوله: **(له)** أي لمحمد **(أنه أدخل الشك)** ظاهر قوله: **(ولهما)** أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن الوصف)** يعني: أنت طالق **(متى قرن بالعدد)** مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً **(كان الوقوع بذكر العدد)** وأطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث أنه أصل العدد، ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاماً واحداً في الإيقاع، فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلاً في الإيقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولاً، وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك قوله: **(ألا ترى)** وهو واضح. قوله: **(على ما مر)** أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد قوله: **(فللاجتماع بين المالكية والمملوكية)** قد تقدم تقريره مستوفى. قوله: **(فلأن ملك النكاح ضروري)** بيانه أن ملك النكاح إثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري، فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينفي الحل الضروري لضعفه. فإن قيل: هذا مسلم فيما إذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين،

رحمه الله. التشكيك عنده في تينك المسألتين إنما هو في العدد دون الإيقاع، إلا أن يقال: المراد وجوداً وعدماً قوله: **(وذلك يستلزم ورود الروايتين)** أقول: يعني في كل من المسألتين قال المصنف: **(ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع)** أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف في القاعدة القائلة إن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقاً على ما ظن به خلافه فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم إلغاء كلام العاقل مطلقاً فليتأمل قوله: **(وقوله على ما مر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد)** أقول: والظاهر أنه إشارة إلى ما مر في باب إيقاع الطلاق قوله: **(بيانه، إلى قوله: فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين إلخ)** أقول: ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضاً فإنه خلق مملكاً فالكبرى ممنوعة. والحق أن مراد المصنف غير ما ذكره فليتأمل، ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالماً قوله: **(فقام مقامه تيسيراً)** أقول: الأولى احتياطاً.

مر، وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع فلا يقع شيء **(ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء)** لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما **(وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصاً منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة)** للمنافاة بين الملكين، أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء)** لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح، ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه، وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة. وعن

طريقة الإنشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوّجها أوّل من أمس فارجع إليه، والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الإجماعية الدالة على أن الواقع العدد عند ذكره لا الوصف قوله: **(ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له)** وهو موته وموتها، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الأهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها، وإنما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لأنها حالة ارتفاع النكاح، ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره، أو المعنى على تعليقه بالموت وإن كان حقيقة مع للقران؛ ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل قوله: **(وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصاً منها)** أي سهماً بأن كان تزوّج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهماً منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه بأن تزوّجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سهماً منه أو وهبه لها أو ورثته **(وقعت الفرقة)** بينهما فسخاً للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح، أما في ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها، وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع إليه، وأما في ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري لأن إثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة، وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الأقوى به فيرتفع الأضعف الضروري للاستغناء عنه، وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها، وأما في ملك بعضها فأقيم ملك اليمين مقام الحل لأنه سببه احتياطاً، وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك، وهو لا يمنع بقاء النكاح قوله: **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي، لا من وجه)** كما في ملك البعض **(ولا من كل وجه)** كما في ملك الكل **(وكذا إذا ملكته أو شقصاً منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة، وعن محمد يقع)** وإنما قلنا: وعن محمد لأنه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما إذا أعتقته، أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق، وتفصيل محمد على هذا أنه لا عدة هناك عليها: يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به: نقله في الكافي. قال: لو زوّجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال: والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال: فعلم أنه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي

فأما إذا ملك شقصاً منها فينبغي أن لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف. أجيب بأن ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيراً **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه)** يعني من حيث العدة لأنها أثر من آثاره فلا يجب مع وجود المنافي وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه **(ولا من كل وجه)** يعني من حيث ملك النكاح، وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقاً بقوله ولا بقاء. وقيل لا من وجه: يعني إذا ملك الشقص ولا من كل وجه: يعني إذا ملك الجميع، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي. قوله: **(لا عدة هناك)** يعني في حق مولاها الذي كان زوجها: أي لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها. وأما العدة في نفسها فواجبة،

محمد أنه يقع لأن العدة واجبه، بخلاف الفصل الأول لأنه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له **(ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة)** لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق

حق غيره روايتان، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم عن الماء، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل. وإذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد، إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضاً قائمة غير أنها لا تظهر في حقه. وجه قول أبي يوسف: أن الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من أن تكون محلاً للطلاق، وإذا خرجت من المحلية فحاجتنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد. واعلم أن شمس الأئمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما إذا ملكته بل إجراء في الفصلين، فإنه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما: لم يقع طلاقه. فقال في المبسوط: وقيل هذا قول أبي يوسف: الأول وهو قول محمد: ، فأما على قول أبي يوسف: الآخر يقع طلاقه. ثم قال: وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد، وفي قول أبي يوسف: الآخر يقع، وكذا الخلاف فيما لو اشترى المرأة زوجها: يعني فأعتقته فحكي الخلاف في الصورتين قوله: **(وإن قال)** أي الزوج لها **(وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطليق)** إذ هو السبب **(حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ)** أعني العتق **(ينتظمهما)** أي ينتظم الإعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها أثر له، ومعنى الانتظام ههنا صحة. إرادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي في إطلاق واحد، والإعتاق معنى مجازي للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة، وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيداً، وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فمشكل لأنه قاصر، وإنما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل العتق اسماً للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصيراً معبراً به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط. والوجه الثاني هو أن لا يكون. كذلك، بل عن العتق، هذا معنى الإشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين، والعجب مما نقل في جوابه من قول من قال: ليس بمشكل لأنه لما علق التطليق

حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوّج بآخر قبل انقضاء عدتها. قال: **(وإذا قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق)** وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شيء من أداته وأنه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وأنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق. أما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور: يعني بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطاً ووقوع الطلاق مشروطاً. وأما أنه تعليق التطليق فلأن تصرف المرء إنما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمراً شرعياً ليس داخلاً تحت قدرته، وأشار إلى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع عليه العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول. وأما أنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق فلما قال لأن اللفظ ينتظمهما: أي يتناولهما على سبيل البدل. أما الإعتاق فعلى طريق الإستعارة لما أن العتق لما لم يتصوّر في غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علته. وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت أنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق، وإذا كان التطليق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده لأن الجزاء يعقب الشرط، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة. بقي عليه شيء وهو أن كلمة مع للمقارنة فيكون منافياً لمعنى الشرطية. وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى **﴿فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا﴾** فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام. وفيه بحث من وجهين: أحدهما

لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا، وإذا كان التطليق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين. بقي شيء وهو أن كلمة مع للقران. قلنا: قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى: **﴿فإن مع العسر يسراً﴾** فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط **(ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة)** عليها، لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق،

بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال. وأيضاً كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق، والعتق بالواو لا بأو. وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر تنزيلاً له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية **﴿إن مع العسر يسرا﴾** فصارت إن محتملة لذلك وإن كانت حقيقتها خلافه فيصار إليه بموجب وقد تحقق، وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائناً على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطاً للتطليق، فإن كان الإعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارناً للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق فأظهر، هذا تقرير المصنف. وقيل: عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج، فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان، بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقروناً بالعتق وهو ضد الرق، ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر، ولا ينبني زواله على وجود الآخر، إذ لا يصح أن يقال: وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين، بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق، فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة، وهذا ينبني على أحد القولين: في أن المعلول مع العلة يقترنان في الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى أن حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة، وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه إذ ليس هو علة، فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده، وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول. وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية: أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوّجها. وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك اليمين، فإذا لزم بذكر حروفه: أعني أن ونحوه بأن قال إن تزوّجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين، ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح، بخلاف ما بعده. ولقائل أن يقول: الدليل إنما قام على ملكه اليمين المضافة إلى الملكف فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية: هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك

أن قوله مع عتق مولاك إياك لا يصح إلا بمعنى الإعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد؟ والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قيل لها وهي أجنبية أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لا يقع. والجواب عن الأول أن جهة النظر إلى لفظة العتق ليتبين أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب. وعن الثاني بأن العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزاً أو تعليقاً مطلقاً، وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط. ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقاً صيانة كلام من ليس كذلك **(وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فانت حرة**

وإنما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، بخلاف المسئلة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط،

تعليق الطلاق بالنكاح، ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه قوله: **(ولو قال: أي لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، وقال لها المولي: إذ جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتي تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة)** ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان بل على رواية الشيخ أبي حفص. وجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها، والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط **(والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل)** الذي يقام بها فيقترنان في الخارج **(فيكون التطليق الذي هو السبب مقارناً للعتق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة، فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة. بخلاف المسئلة الأولى فإنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة)** ثم رد المصنف قول محمد بقوله: **(ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان)** أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم، وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد: من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله: والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط: يعني فلا ينعقد التطليق سبباً إلا عند وجود العتق المقارن للإعتاق، لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الإعتاق، فإن كان العلة مع المعلول يلزم أن عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والإعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة. وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر: أحدها أنه اعتبر قول: القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الإعتاق مندوباً فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه إلى القبض للحظر، وتوضيحه أنه ينزل عند وجود الغد التطليق والإعتاق والعتق مقترنة، وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين. اعلم أن العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول، فذهبت طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل، والجمهور على أنهما معاً في الخارج، وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثر على الأثر، بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقي الفعل بلا قدرة، والذي

فجاء الغد حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة. واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الإصلاح بالعناية، وأنا أذكره بتوضيح تبعاً للمصنف. قال: **(لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى)** معنى يعني على وجه التعليق **(حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى)** فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سبباً عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمها أيضاً **(والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته)** والحكم لا يتأخر زماناً عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية **(أصله الاستطاعة مع الفعل)** كما عرف **(فيكون التطليق مقارناً للعتق)** لأن التطليق مقارناً للإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا أنه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق، وهذا كله صحيح. قوله: **(فتطلق بعد العتق)** فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الإعتاق

وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط، ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان.

نختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج، غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آنياً لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما، وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتاً فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثراً، والله أعلم. وثانيها أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكأن المولي والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الأوجز وأنت حرة أوجز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما. وثالثها لم تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجوداً، ولأن الملك كان ثابتاً بيقين فلا يزول بالشك. قلنا: التعلق بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الأخير. وإطباق العقلاء على أن الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفي ما قبله، والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في أول آن يعقبه لأنه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الأثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعاً أخر إلى غاية يناسب التأخير إليها أعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر. أما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته إليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الأول.

والإعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق، فإن المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده. فإذا كان العلتان والمعلولان معاً، فكما أن الإعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد أيضاً أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنتِ طالق ثنتين وهما: أي الإعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب، إلا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما.

قال المصنف: (فتطلق بعد العتق) أقول: قيل أي معه، كما أن المراد بقوله مع عتق مولاك إياك: أي بعد عتق مولاك، أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم، قال عليه الصلاة والسلام «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» الحديث، وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة منها، وقيل إذا أشار

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله: **(ومن قال لامرأته: أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث)** طعن على محمد في لفظ السبابة إذ الاسم الشرعي المسبحة. وأجيب بأن في بعض النسخ السباحة، وبأنه ورد أيضاً في رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طهوره ﷺ «أدخل السبابتين في أذنيه»[1] كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف، فإن الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي إلى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ، وإلا لو قيل: كون الاسم الشرعي في المسبحة يوجب كون الحديث نقلاً من بعض الرواة بالمعنى حملاً على تحامي ابن عباس عنه، فالأولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها إلى التصحيف وإن كانت هي أيضاً غلطاً لغة من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح، وأما سباح فإنما هو من سبح في الماء سباحة، ثم شرع في الوجه فقال: **(لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم)** يعني لفظ هكذا، وهذا غلط لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلأن التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الأجزاء نحو ﴿أهكذا عرشك﴾ [النمل: ٤٢] يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفي الحديث، فقوله: أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا، بخلاف كذا الكناية فإنها لم تقصد فيها معاني الإجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعاً **(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث، لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا قرنت بالعدد المبهم)** لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما **(قال النبي ﷺ «الشهر هكذا وهكذا وهكذا»)** وخنس الإبهام في الثالثة»: يعني أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً، ومعنى خنس قبض **(فإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان)** وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بأنه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة. وأجيب بأنه جاء في الحديث السبابة، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: كيف الطهور؟ فدعا رسول الله ﷺ بماء فتوضأ، فأدخل أصبعيه السباتين أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه» رواه الطحاوي في شرح الآثار. وقوله **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. وقوله: **(والإشارة تقع بالمنشورة منها)** ظاهر. قوله: **(ولنا أنه وصفه)** أي وصف الطلاق **(بما يحتمله، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول**

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قال المصنف: **(إذا اقترنت بالعدد المبهم)** أقول: اعترض بأن الذي يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا، والتفصيل في شرح ابن الهمام، ويؤيد ما ذكره عنونة الفصل بقوله في تشبيه الطلاق.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب الوضوء.

بظهورها فبالمضمومة منها، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة، وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق **(وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة)** وقال الشافعي: **يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول** بها لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على

أو غيره كما في الخبر، يقال للعبد: أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا، ثم مميز هذه ليس إلا ما يبين الجنس لا الكمية لأنها وضعت لقصد إبهام الكمية نحو ملكت كذا عبداً ولا يقال: كذا درهماً عشرين ولا كذا عشرين درهماً فليس هذا استعمالاً عربياً، وهذا هو غلط المعنى قوله: **(قال رسول الله ﷺ «الشهر هكذا» إلخ)** عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا»، يعني: تمام ثلاثين[1] متفق عليه **(وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة، ولو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف)** في الدراية الإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة، فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الأصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر. وقيل: إن أشار بظهورها بأن جعل باطنها إليه وظاهرها إلى المرأة فبالمضمومة. وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء فبالمنشورة، وإن كان إلى الأرض فبالمضمومة. وقيل: إن كان نشراً عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه إطلاق المصنف، ولا يخفى أن قوله: بالإبهام والسبابة والوسطى ليس بقيد قوله: **(ولو لم يقل هكذا)** يعني قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم، وعرفت أن الصواب أن يقال: لأنه لم يقترن بالتشبيه المتقدم قوله: **(وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة. وقال الشافعي: يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول)** وبقوله قال مالك وأحمد، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لأنه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو، وكقوله: وهبتك على أن يثبت ملكك قبل: القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك. ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول

وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به**(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين)**. واعترض عليه بأنه لو كان محتملاً لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك. وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع، ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة. وردّ بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيراً للمشروع. وأجيب بأن الفرق بينهما الوصف الملفوظ أقوى في اعتبار الشرع من النية، بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع

قوله: **(وأجيب بأن الفرق، إلى قوله: بدليل أنه لو قال أنت طالق الخ)** أقول: هذا مبني على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض.

قوله: **(وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعياً ابتداء فينقلب بائناً الخ)** أقول: وفيه بحث، والظاهر إن إطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر رجعي قال المصنف: **(أما الأول فلأنه وصفه بالشدة)** أقول: فيه إشارة إلى أن الأشد بمعنى الشديد قال المصنف: **(لذكره المصدر)** أقول: يعني تقديراً إذ المعنى طالق طلاقاً أشد الطلاق.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٩١٣، ٥٣٠٢ ومسلم ١٠٨٠ ح ١٥ وأبو داود ٢٣١٩ كلهم من حديث ابن عمر.

أن لا رجعة لي عليك. ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين، ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل، ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق)** لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن، وكذا إذا قال أخبث الطلاق **(أو أسوأه لما ذكرنا، وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة)** لأن الرجعي هو السني فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائناً. وعن أبي

في الحال، وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض، ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحاً بل يلزم ضمناً. ويرد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطالق وتقدم في إيقاع الطلاق عدم صحتها. وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره، ولفظ بائن ما صار ملفوظاً بالنية، بخلاف طالق بائن، وفيه نظر إذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ إلا توجيهه إلى بعض محتملاته، فإذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه، وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية، ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة إلى النية وليس كذلك وإن قلنا: في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة، وبه علله المصنف هناك، وردّ عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ إذا كان مغيراً. نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على أنه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق، لكن ذلك منتفٍ لأنه إذا عناها وصفاً للمرأة تقع ثنتان، وهو ما ذكره المصنف بقوله: ولو عنى بأنت طالق واحدة وبقوله: بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان، على أن التركيب خبر بعد خبر لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع، ولو أمكن أن يقال: الإيقاع ببائن وصفاً لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية، إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصاله البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية، وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان قوله: **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق)** معطوف على أنت طالق بائن في الأحكام الأربعة وقوع الواحدة بائنة إذا لم ينو شيئاً أو نوى ثنتين والثلاث بالنية، ولو عنى بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان، وإنما وقع البائن لأنه أي الطلاق إنما يوصف بهذا

ذلك طلاقاً وغير به مشروعاً وهو عدم اعتبار الكذب، ولو نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقاً لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق. قوله: **(ومسئلة الرجعة ممنوعة)** أي لا نسلم أنه لا يقع بائناً بل تقع واحدة بائنة، ولئن سلم فالفرق أن في قوله أن لا رجعة تصريحاً بنفي المشروع، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحاً فيلزم منها نفي الرجعة ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً، كذا أفاده شيخ شيخي العلامة. وقوله: **(فتقع واحدة بائنة)** يعني فيما إذا قال أنت طالق بائن **(إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل)** أي في باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً. وقوله: **(تطليقتان بائنتان)** يعني عندنا. وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان. وقوله: **(لأن هذا الوصف)** يعني قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق، وكذا إذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبر بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون أحدهما رجعياً عملاً بقوله أنت طالق إلا أنا جعلناه بائناً لعدم الإمكان لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لا يتصور بقاء الأول رجعياً إذا صار الثاني بائناً، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعياً ابتداء فينقلب بائناً بوقوع الثاني بائناً لعدم تصوّر بقائه رجعياً. وهذا صحيح ظاهر، ومن الناس من ذهب إلى أن الأوّل يقع رجعياً، فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه، وإن أراد بقاءه رجعياً فليس بصحيح. وقوله: **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش**

يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون بائناً إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية. وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك **(وكذا إذا قال كالجبل)** لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا، وقال أبو يوسف: يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به في توحده **(ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثاً)** أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر، وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوّة تارة وفي العدد أخرى، يقال هو كألف رجل

الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن ومؤجلاً بالانقضاء في الرجعي. وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فإنه أفحش مما يثبت به مؤجلاً: أعني الرجعي فصار كقوله: بائن، وكذا إذا قال: أخبث الطلاق أو أسوأه. أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه، وسنذكر جواب أنه لم لم يقع ثلاث، وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لأن الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن، وفي عبارته تساهل إذ ليس الرجعي هو السني بل أعم، لأنه لو طلقها في الحيض كان رجعياً وليس سنياً. وعن أبي يوسف في قوله: أنت طالق للبدعة لا يكون بائناً إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية. ولو قال: أقبح الطلاق، فعند أبي يوسف رجعي لاحتماله القبح الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعاً، كذا ذكر، وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فتجمع الكراهة الطبيعية والشرعية، أو يراد وقت تتفتى نفرة الطباع فيه عن الطلاق، وعند محمد بائن حملاً له على المنهي عنه قوله: **(وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً)** لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف قوله: **(وكذا إذا قال كالجبل)** لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة **(وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا، وقال أبو يوسف: يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحيده)** يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك. قلنا: المعروف الذي هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضيةً للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى، أما القاضي فلا يصدقه فيها قوله: **(ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثاً أما الأوّل)** وهو قوله: أشد الطلاق **(فلأنه وصفه بالشدة)** فإن قيل: بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث، وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق. أجيب بأن أفعل يراد به أيضاً الوصف كقولهم: الأشج والناقص أعدلا بني مروان: أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال، ولا يخفى أن الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة، والأوجه أن هذا الاحتمال يجعل ظاهراً لحرمة الثلاث فيصار إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية. قوله: **(وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر)** فإن المعنى طالق طلاقاً هو أشد الطلاق. والحاصل أن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبراً به عن المصدر الذي هو الطلاق قوله: **(وأما الثاني وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه في القوة)** كما يقال: زيد كألف رجل: أي بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه

الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن في الأحكام الأربعة وهي قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، ولو نوى الثلاث فثلاث، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان، وكذا الجواب في قوله أخبث الطلاق أو أشرّه أو أشدّه أو أكبره أو أسوأه، لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس، وما هو غير محسوس فإنما يعرف بأثره فصار كأنه قال أنت بائن. فإن قيل: أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضي فاحشاً وأفحش، والفاحش هو البائن، والأفحش منه هو الثلاث فينبغي أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو. أجيب بأن أفعل قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله: الناقص والأشج أعدلا بني مروان

ويراد به القوّة فتصح نية الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما. وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف، وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه وقد يملؤه لكثرته، فأي ذلك نوى صحت نيته، وعند انعدام النية يثبت الأقل. ثم الأصل عند أبي حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً: أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة

في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقاً فتصبح نية كل من الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما، وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً فيصير كقوله: طالق كعدد ألف، ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية، وإلا لقال: أنت طالق ألفاً إذ لا معنى لقوله: ألف تشبه هذه الألف فإنه يستقيم في الكثرة: أي طالق عدداً كثيراً ككثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقاربها فلا بد أن يزيد على إثنين فيقع الثلاث. قلنا: كون التشبيه به في القوّة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية، بخلاف عدد الألف، وعلى هذا الخلاف مثل ألف، أما لو قال واحدة كألف فهي واحدة بائنة بالإجماع. ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية، واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب. وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة كما مر. أما لو قال: مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد، وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم وثلاث. والفرق له بين هذا وبين قوله: كألف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة، بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور. ولو قال: كثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال: كعدد ثلاث، وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفاً. وفي كافي الحاكم! لو قال: أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال: نويت واحدة ا هـ. ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي أو مجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلاً وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقي أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط قوله: **(وأما الثالث)** هو قوله: ملء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر قوله: **(ثم الأصل)** الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعياً نحو طلاقاً لا يقع عليك أو علي أني بالخيار وإن كان يوصف به، فإما أن لا ينبىء عن زيادة في أثره كقوله: أحسن الطلاق أسنه أجمله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعياً وتكون طالقاً للسنة في وقت السنة، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة. وفي مختصر الطحاوي: لو قال: أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت

وهو مشهور سمي للإضافة بالمعنى الثاني، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح، وذكر الأصل الذي يبتني عليه أقوالهم وهو أيضاً واضح. وقوله: **(وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة)** يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع

قال المصنف: **(يقال هو كألف ويراد به القوة)** أقول: فيه أن قوة الألف أن لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره قال المصنف: **(ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر)** أقول: قال الإمام التمرتاشي: لأن الشيء قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته والحقير مكروه عادة والبائن مكروه، فيكون عبارة عن البائن انتهى. فيه أن الشكل الثاني لا ينتج إذا لم يختلف مقدمتاه في الكيف مع أن الحقير قليل الأثر عادة والرجعي كذلك فيكون عبارة عن الرجعي قال المصنف: **(لما مر أن التشبيه الخ)** أقول: قبل ثمانية أسطر قال المصنف: **(وعند أبي يوسف رحمه الله أن ذكر العظم يكون بائناً وإلا فلا أي شيء كان المشبه به)** أقول: قال ابن الهمام: وفي شرح الكنز للزيلعي: كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما إن أراد به بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن انتهى. وهذا يقتضي أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى. وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ إلى توجيه.

وصف. وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائناً وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد. أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً وإلا فهو رجعي. وقيل محمد مع أبي حنيفة، وقيل مع أبي يوسف. وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل **(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة)** لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض. وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوّع البينونة على ما مر والواقع بها بائن.

طالقاً ويملك رجعتها حائضاً كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة. قال: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنة، كما لو قال: أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبيء كأشده وأطوله يقع به بائناً، وأما تشبيهه فكلمتهم على أنه بائن عند أبي حنيفة أي شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة. وعند أبي يوسف إن ذكر العظم فكذلك وإلا فرجعي أي شيء كان المشبه به ولو كان عظماً لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعي ذكر العظْم أو لا. وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة بائن وعند أبي يوسف رجعي إلا أن يقول: كعظم رأس إبرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية. وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة وزفر، رجعي عند أبي يوسف إلا يقول: كعظم الجبل، ولو قال: مثل عظمه فهو بائن عند الكل. وقول محمد: قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف، هذا كله عند عدم النية. أما لو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة. وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة، وعندهما إن أراد به بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن ا هـ. وهذا يقتضي أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال: أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه، والله سبحانه أعلم قوله: **(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض)** فهو البائن أيضاً **(وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو)** وفي الكافي للحاكم: لو قال: أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثاً وإن نواها لأن الطول والعرض يدلان على القوّة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال: طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث قوله: **(ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة إلخ)** أراد بالفصول ما ذكره من قوله: طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة، وكذا ذكر الصدر الشهيد، وقال العتابي: الصحيح أنه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة وإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجع بأن النية إنما تعمر في المحتمل، وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث.

أبي يوسف، وقيل مثل عظم رأس الإبرة يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. وقوله: **(مثل الجبل)** يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة. قوله: **(مثل عظم الجبل)** يقع به واحدة بائنة بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه، وأما عند أبي يوسف فلذكر العظم، وأما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في الطلاق قبل الدخول

(وإذا طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها) لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة فيقعن جملة **(فإن فرّق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة)** وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً)** أي تطليقاً ثلاثاً على ما بيناه في الفصل، وفي باب إيقاع الطلاق أن الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره، وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه لا يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئاً. ونص محمد قال: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً جميعاً فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل سواء، ثم قال: بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ وعن عليّ وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين[1]، ولا ينافي قول: الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفاً لمحذوف، أما لو قال: أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع عند الكل. قوله: **(وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية)** وذلك كقوله: أنت طالق طالق طالق لأنه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوّله فلم يقع بطالق الأول شيء. فإن قيل: لو قال: بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثاً، وحكمها مختلف لأن في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد. قلنا: الجمع الذي يباين التفريق حكماً هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثاً ونحوه، وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الأصل وله أحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الأصل **(إذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثاً وقعن)** وقال الحسن البصري: يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها لا إلى عدة. وقوله ثلاثاً يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء، كما لو قال أنت طالق طالق طالق. ولنا ما ذكر في الكتاب وهو لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بينا: يعني قبل هذا أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد إلخ، وإنما يقدر المصدر محذوفاً لأن الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد، والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه، فإذا كان الواقع مصدراً محذوفاً لم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاماً واحداً، ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملاً فيكون كل واحد إيقاعاً على حدة وتبين بالأولى، ولا تقع الثانية إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لأن الثانية

فصل في الطلاق قبل الدخول

قال المصنف: **(لأن الواقع مصدر محذوف)** أقول: فيه تسامح، والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته قوله: **(لدلالة الوصف**

---

(١) تقدم مستوفياً في باب طلاق السنة.

صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة **(وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة)** لما ذكرنا أنها بانت بالأولى **(ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً)** لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل **(وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً)** لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى **(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة)** والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة

تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه أفراده، ولا دلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة وذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية، ولأن الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية، وإذا علمت أنها لا تتعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للمعية للفرد الذي هو المعية بعينه، وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل، وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب. فاندفع ما قيل: لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب. وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها قال: أنت طالق إحدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها: أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه الطريقة، وهو مختار في التعبير لغة وإن لم يكن مختاراً في إحدى وعشرين شرعاً إلا أن الشرع لم ينف حكمه إذا تكلم به. وذكر شمس الأئمة في المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الأول، أما لو قال: أنت طالق إحدى عشر فإنه يقع الثلاث بالإتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بآخر كلامها، وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء. واعلم أن شمس الأئمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافاً في نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطاً أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف: أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل، فلو توقف وقوع الأولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعاً لوجود

صادفتها وهي مبانة، كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة **(ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل، وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً لما بينا)** أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد **(وهذه)** أي هذه المسائل الثلاث وهي قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة، وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثاً **(توافق ما قبلها)** وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن **(من حيث الدليل)** وهو أن الواقع فيهما جميعاً ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده، إلا أن

عليه) أقول: يعني بطريق الاقتضاء قوله: **(وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع)** أقول: قيل إن إريد الزيادة وقوعاً فلا نسلم ذلك، لأن الواقع ثلاث لا غير كما إذا قال للمدخول بها أنت طالق ألفاً، وإن أريد الزيادة لفظاً فلا نسلم كونه محذوراً قوله: **(ولا كذلك أنت طالق طالق لكونها جملاً إلخ)** أقول: ولك أن تقول: لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله ﷺ «فنكاحها باطل باطل باطل» واحتمال كونها جملاً لا يجدي نفعاً إذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الأصل، واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث في وقت، ثم فائدة ما قلناه تظهر في المدخولة فتأمل قال المصنف: **(إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره)** أقول: سيأتي في هذه الصحيفة أمثلته. قال المصنف: **(وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى)** أقول: قال ابن الهمام: وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى. وهذا مبني على أن يكون ما قبلها إشارة إلى ما في حيز فإن فرق الطلاق قوله: **(توافق ما قبلها إلى قوله من حيث الدليل)** أقول: قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله: **(وهو أن الواقع فيهما جميعاً ذكر العدد)** أقول: المراد من الذكر المذكور: أي العدد المذكور.

للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أوّلاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو، وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى **(ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان)** لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال، غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضاً فيقترنان فيقعان، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان **(ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان)** لأن كلمة مع للقران. وعن أبي يوسف

المحل للثلاث حال التكلم بها. ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد بتجويز أن يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه إنما هو أنه إذا ألحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول، وهذا لا ينفيه أبو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما قوله: **(وهذه)** أي المسائل الثلاث **(تجانس ما قبلها من حيث المعنى)** وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شيء غير أن فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال: أنت طالق إن شاء الله فماتت قبل أن يقول إن شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة، والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفاً إن قرنها بهاء الكناية)** أي أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير الأول كانت صفة للمذكور آخراً كجاءني زيد قبله عمرو، وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنها حينئذ خبر عنه. أما إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدإ، وحينئذ القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ: أعني المضاف إليها لفظة قبل قد يلحقها الثانية، وفي قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها، ولا يقدر عليه إذ لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقترنان فيقعان. وإذا كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو قبلية أخرى لها، ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود على الموجود فيقترنان بحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقعان، وفي واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الأولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها. وأما إذا قال: واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لأن مع للقران فيتوقف الأول على الثاني تحقيقاً لمعناها. وعن أبي يوسف في قوله: معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكنى عنه، قلنا: وقد وجد وهي واحدة التي هو مرجع الضمير إذ قد سبق لفظها غير أنه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من

الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق أصلاً، وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة)** اعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فإذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة، وإذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان، وذلك مبني على أصلين ذكرهما المصنف في الكتاب: أحدهما أن الظرف إذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده، وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله. والثاني أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في سعته، فإذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية، وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال، والإيقاع في الماضي

في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة، وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى **(ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة، وقالا: تقع ثنتان، ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين)** بالاتفاق. لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط. وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف الأول

انفراد السابق الحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظاً وإن عنى سبق وجوده فممنوع، ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوماً:

في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث: لأنه إما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما. ففي الجمع كالبيت يلغي قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال، وفي نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لأنه لا يخلو من أنه إذا كرر لفظة قبل مرة واحدة أن يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه، أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو في شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة، ومن أنه إذا كرر لفظة بعد مرة واحدة أن يتخلل بينهما قبل قلب البيت. وحكمه أنه يلغي بعد بقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع في شعبان، أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادي الآخرة قوله: **(وفي المدخول بها)** يعني أن ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها. أما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها: أي في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة. واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو قوله تعالى: **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٣] **﴿لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي﴾** [الكهف: ١٠٩] وقول النبي ﷺ «خللوا أصابعكم قبل أن يتخللها نار جهنم»[(١)] وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل

إيقاع في الحال فيقترنان في الوقوع، والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي إيقاع الأولى في الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر. وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالأولى وتلغو الثانية لفوات المحلية **(ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان)** لأن كلمة مع للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقعا معاً. وعن أبي يوسف في قوله معها أنها تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجوداً، وذلك في الطلاق بالوقوع. وقوله: **(وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها)** أي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى. قال: **(ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة)** أقول: إذا علق بالشرط عدداً من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو، فإما إن قدم الشرط أو أخره، فإن كان الثاني كما إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق، وإن كان الأول كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة

قال المصنف: **(وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها)** أقول: قال ابن الهمام: واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود الغير على ما ذكره في الزيادات نحو **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** **﴿لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي﴾** وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر، واجب ما أمكن انتهى، وفيه تأمل.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب الوضوء.

عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف. ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر

غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لا محالة، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن قوله: **(ولو قال لها)** أي لغير المدخول بها **(إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبي حنيفة، وقالا ثنتان)** ولو قدم الجزاء فقال: أنت طالق واحدة وواحدة، فإن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق. لهما أن الواو للجمع المطلق: أي لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملاً كجاء زيد وعمرو أو لا كزيد وعمرو وبكر جاءوا مطلقاً: أي بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثنتين، وكما إذا أخر الشرط والمسئلة بحالها، وهذا التفريق اللفظي لا أثر له لأنه في حال التكلم يتعلق الطلاق لا في حال التطليق تنجيزاً، بخلاف قوله: لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لأنه في حال الإيقاع ولا موجب لتوقف الأول فيقع، أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل، ولو سلم التعاقب في التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بأيمان تتخللها أزمنة، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال إن دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقاً، وقول المصنف: كما إذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن قوله: **(وله أن الجمع المطلق)** الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال أن يراد من حيث هو في ضمن القران أو الترتيب، وهذا لأنه لا يراد في الاستعمال الخاص الأعم إلا من حيث هو في ضمن أحد أخصائه، وعلى الاعتبار الثاني وهو أن يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع إلا واحدة. كما إذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل، فهكذا هذا لأنه حينئذ يكون المراد إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالأولى، وعلى اعتبار إرادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لأحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك. وتقرير الأصول أن الأول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه، وتعلق الثاني بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعلق، بخلاف مسئلة تكرار الشرط لأن تعلق الثاني بغير شرط الأول ليس بواسطة الأول لأن كلاً منهما جملة مستقلة، فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شيء بواسطة شيء فينزلن جميعاً عند الشرط، وبخلاف ما إذا تقدم الجزاء لأن تأخر الشرط موجب لتوقف الأول لأنه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة. ونقض بما لو قال: لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث، ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة. وأجيب بأن لا بل لاستدراك الغلط بإقامة الثاني بدل الأول. ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الأول ويصح تعلق الثاني لبقاء محل التعليق بعد تعلق الأول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين، فإذا وجد الشرط وقع الكل جملة، بخلاف ما إذا نجز لأنها بانت بالأولى فلم تبق محلاً لإيقاع الثنتين وقولهما: أرجح. وقوله: تعلق الثاني بواسطة تعلق الأول، إن أريد أنه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو إياه إلى الشرط، وإن أريد كونه سابق التعلق سلمناه، ولا يفيد كالأيمان المتعاقبة؛ ولو سلم أن تعلق الأول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعلق، وليس نزوله علة لنزوله، بل إذا تعلق الثاني بأي سبب كان صار مع الأول متعلقين

فكذلك عندهما. وقال أبو حنيفة يقع واحدة **(لهما أن الواو للجمع المطلق)** وقد دخلت بين الأجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعاً وينزلن جملة، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاث لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع، وكما لو أخر الشرط فإن تأخيره لا يغير موجب الكلام. وله أن الجمع المطلق يحتمل القرآن والترتيب لأن تحققه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين. وعلى اعتبار الأول تقع الجملة، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة، كما إذا نجز بهذه اللفظة بأن قال

الكرخي، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح. **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال)** لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين

بشرط، وعند نزول الشرط ينزل المشروط. وتقرير المصنف رحمه الله أقرب، ولا يرد عليه مسئلة الأيمان. فإن قيل: قوله: لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لا شك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالأيمان المتعاقبة بشرط واحد. قلنا: الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه أن وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر؛ فإن معناه: إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر إلا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر، بخلاف الترتيب الذي اتفق في الأيمان فإنه ليس الشرط في الكل إلا شرط الأول فقط، فإذا وجد الدخول مثلاً فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث. وعلى هذا الخلاف ما لو قال: لغير المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلاً للظهار والإيلاء. وعندهما هو مطلق مظاهر مول. ولو قال لأجنبية: إن تزوّجتك فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوّجها فعلى الخلاف، بخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء فقال والله لا أقربك وأنت عليّ كظهر أمي وأنت طالق فتزوّجها وقع الكل، أما عندهما فلا إشكال، وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق قوله: **(ولو عطف بحرف الفاء)** فقال: أي لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت **(فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي)** فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها، وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما **(وذكر الفقيه أو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح)** لأن الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة، ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما، وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لأبي حنيفة، وهذا لأنه يصير المعنى إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى، ولو عطف بثم وأخر الشرط كأنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت. فإن كانت مدخولاً بها، فعنده يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لأنها للتراخي، وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت، ولو سكت وقع الأول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا. وإذا وقع الأول بقيت محلاً فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار، وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها، وإن قدم الشرط فقال: إن دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الأول ووقعت الثانية والثالثة، وإن لم تكن مدخولاً بها تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث. والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر، وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره، إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولاً بها، وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره، فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم، وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلاً بأن قال: إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق، لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه قوله: **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات)** لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيانا

لها أنت طالق واحدة وواحدة فإنه لا يقع إلا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام عن التنجيز إلى التعليق، وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالأولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لأنه لا يحتمل الترتيب. وقوله: **(ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي)** فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاماً واحداً فتعلقا كما في صورة الواو، وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما

قوله: **(وقع على الترتيب وبانت بالأولى)** أقول: لعل المراد أنه يحتمل ذلك فلا يقع الشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله.

أو دلالته. قال: **(وهي على ضربين: منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة)** أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى، فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة. وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله، والطلاق يعقب الرجعة، ويحتمل غيره وهو أن تكون

الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام، فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلاً بالنسبة لما وضع له، وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه، وإنما لم يعرّف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال: **(وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية)** إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح، وحين عرّفه علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال: إنها تحتمله وغيره، فكأن الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به، أما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء فإنه ينصرف إلى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها مما يحكم بإرادة مقتضاها شرعاً كما في البيع بالدراهم المطلقة فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال، وكذا إذا أطلق الضرورة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض. والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال. فقول المصنف: لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع، أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقاً، ألا ترى أن أنت طالق إذا قال: أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه قوله: **(لأنها غير موضوعة للطلاق)** بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه، والأعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلاً مما صدقاته، ولا يتعين أحدهما إلا بمعين، والمعين في نفس الأمر هو النية، وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال، فإن لم تكن فدعواه ما أراد، وإنما قلنا: أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية اعتدي استبرئي أنت واحدة الطلاق أصلاً بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح، وعلى هذا فقول المصنف: بل تحتمله وغيره تساهل لأن محتملات اللفظ تستعمل فيها، وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقرره. والجواب أن المراد تحتمله متعلقاً لمعناها أو واقعاً عنده فتدخل الثلاث الرجعية قوله: **(وهي)** أي الكنايات **(على ضربين)** هذا تقسيم للكنايات، وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه، وثانياً باعتبار الواقع بها، وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية. أما الأولى فتنقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختياري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها إلا بنية الطلاق فلا يقع إلا بقولها: بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي، والأول ما سواهما وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ما سوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه، وإلى ما يقع به الرجعي وهي الألفاظ الثلاثة اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة. أما الأولى: أي كون الأولى وهي كلمة اعتدي كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى، فإن نوى الأول تعين ويقتضي طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة. ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قاله: بعد الدخول، أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقاً باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب، والعدة لا

خلافاً له **(وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح)**. قال: **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات)** لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات. الكناية: ما استتر المراد به. وحكمها أنه لا يجب العمل بها إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله

واحدة عنده أو عند قومه، ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر، ولو كان مظهراً لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمراً أولى، وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكوراً لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب. قال: **(وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة،**

تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا عتقت. ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص. واعلم أنه كما يجب كونها مجازاً عن كوني طالقاً في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة، وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة: يعني أنه ﷺ قال لها «اعتدي ثم راجعها»[١] والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لأن علية البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه أصلاً. نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الأخف لعدم الدلالة على الزائد عليه. وأما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لأني طلقتك أو لأطلقك: يعني إذا علمت خلوّه عن الولد، وعلى الأول يقع وعلى الثاني فلا بد من النية، ولا يخفى أنها أيضاً قبل الدخول مجاز عن كوني طالقاً كاعتدي، وكذا في الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه. وأما الثالثة وهي أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة، فإذا نواه فكأنه قاله: يعني إذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله: لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندي أو في قومك مدحاً وذماً، فقد ظهر أن الطلاق في هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو في اعتدي استبرئي رحمك لأنه يقع شرعاً بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر في واحدة، ولو كان مظهراً لا يقع إلا في واحدة، فإذا كان مضمراً وأنه أضعف منه أولى أن يقع إلا واحدة، وفي واحدة إن صار المصدر مذكوراً بذكر صفته لكن التنصيص على الواحد يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة. واعتراض بعضهم على قوله: يحتمل أن يكون نعتاً لمصدر محذوف: أي تطليقة واحدة بأن فيه تكلفاً غير محتاج إليه، بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لأنه لا يدفع احتماله

وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته **(ثم الكناية على ضربين)** ما يكون الواقع به واحدة رجعية، وما يكون واحدة بائنة، فالأول ثلاثة ألفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة، ولا بد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج إلى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال، وقد ذكر المصنف في كل واحدة منها ذلك وكلامه فيه واضح. وقوله: **(لأن قوله أنت طالق فيها)** أي في هذه الألفاظ الثلاثة **(مقتضى)** أي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدى واستبرئي كما أشار إليه في قوله فيقتضي طلاقاً سابقاً، لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقاً. وقوله: **(أو مضمر)** يعني في قوله أنت واحدة. وقوله: **(ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ)** يعني سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون، فقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة

قوله: **(لأنها غير موضوعة)** أقول: أي غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف: **(فيقتضي طلاقاً سابقاً)** أقول: يعني إن كان بعد الدخول وإن كان قبله يكون مستعاراً عن الطلاق لأنه سببه في الجملة وإن لم يكن سبباً له في هذه الحالة قال المصنف: **(وتحتمل الاستبراء ليطلقها)** أقول: يعني إذا علم خلوه من الولد قال المصنف: **(لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر)** أقول: قوله مقتضى يعني في الأولين، وقوله مضمر يعني في الثالثة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢١٢ ومسلم ١٤٦٣ وابن حبان ٤٢١١ وأبو داود ١٢٣٥ وابن ماجه ١٩٧٢ والبيهقي ٧/ ٧٤،٧٥ كلهم من حديث عائشة وليس فيه ذكر «اعتدي وراجعها» وتقدم في القسم ٣/ ٤٣٦ وهو بهذا اللفظ ضعيف.

وإن نوى ثلاثاً، وإن نوى ثنتين كانت واحدة، وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرّحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج) لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية. قال: **(إلا أن يكون في**

لما ذكر المصنف، والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل:

* فأنت طلاق والطلاق عزيمة إلى آخره، *

ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع: اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير، بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان إحتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها لمنفردة عن الزوج فضلاً عن تعين الثاني قوله: **(ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح)** احتراز عما قال بعضهم: إن رفع الواحدة لا يقع شيء وإن نوى، وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها حينئذ نعت للمصدر: أي أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن سكن احتيج إلى النية. وجه الصحيح أن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة عليه، ولأن الرفع يجوز لكونه نعتاً لطلقة: أي أنت طلقة واحدة، والنصب يجوز لكونه نعتاً لمصدر آخر: أي أنت متكلمة كلمة واحدة، وهذا الوجه يعم العوام والخواص، ولأن الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الإعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم، ولذا ترى أهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه قوله: **(وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة، فإن نوى الثلاث كانت ثلاثاً، وإن نوى ثنتين كانت واحدة)** وفي هذا الإطلاق نظر، بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلاث، فقد ذكر في أنا بريء من طلاقك يقع رجعي إذا نوى، بخلاف ما إذا قال من نكاحك، قاله ابن سلام. وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك إذا نوى، والأصح يقع رجعياً، والأوجه عندي أن يقع بائناً لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلاً وبذلك صار كناية، فإذا أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهي التي دون الثلاث، وكذا في قوله: الطلاق عليك يقع بالنية وفي وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعياً، وكذا قالوا: في بعتك طلاقك إذا قالت: اشتريت من غير بدل، ثم في الهبة إذا لم تكن نية تطلق في القضاء. ولو قال: نويت أن يكون في يدها لا يصدق، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت وإلا فهي زوجته. هذا إذا ابتدأ الزوج، فلو ابتدأت فقالت: هب لي طلاقي تريد أعرض عنه فقال: وهبت لا يقع وإن نوى، لأنه جوابها فيما طلبت كذا قيل، وفيه نظر، بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتدأ به ونوى وقع، فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب، وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته، ويقع رجعياً في خذي طلاقك وأقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعي قوله: **(وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك)** بوصل الهمزة **(وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة)** وأعتقتك مثل أنت حرة **(وتقنعي وتخمري واستتري واغربي)** بالغين المعجمة والراء

للطلقة، أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها حينئذ تكون صفة شخصها، وقيل هو قول محمد. وعند أبي يوسف يقع في الأحوال كلها لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ في الإعراب، وإن أسكن فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين، والصحيح أن الكل سواء **(لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب)** والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب **(إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى ثنتين كانت واحدة)** أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فإن القاضي يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية. وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائناً فالبينونة تتصل بالمرأة للحال، ولاتصالها وجهان: انقطاع يرجع إلى الملك، وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك. قال المصنف **(سوّى)**

حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه). قال رضي الله عنه **(سوّى بين هذه الألفاظ وقال: ولا يصدق في القضاء إذا كان في حال مذاكرة الطلاق)**. قالوا **(وهذا فيما لا يصلح**

المهملة وبالعين المهملة والزاي **(واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره)** وتحرير المحتملات غير خاف، وحبلك على غاربك تمثيل لأنه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهي هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرعي وهي ذات رسن فألقي الحبل على غاربها: وهو ما بين السنام والعنق كي لا تتعقل به إذا كان مطروحاً، فشبه بهذه الهيئة الإطلاقية إطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والإجارة والاستئجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الإطلاق، وفي وهبتك لأهلك إذا نوى يقع وإن لم يقبلوها لأنه يجب كون وهبتك لأهلك مجازاً عن رددتك عليهم فيصير إلى الحالة الأولى وهي البينونة فلا يحتاج إلى قبولهم إياها في ثبوت البينونة، والحقي بأهلك مثله في صيرورتها إلى الحالة الأولى، وقوله: وهبتك لأبيك أو لابنك مثله بخلاف الأجانب **(فلا بد من النية)** أي في الحكم بوقوع الطلاق **(إلا أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق)** وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبي **(فيقع في القضاء)** وإن قال: أردت غير الطلاق **(ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه)** ويستثني منها اختاري لما نذكر وأمرك بيدك. قال المصنف: **(سوّى)** أي القدوري **(بين هذه الألفاظ وقال: لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء)** إذا قال: نويت غير الطلاق من المحتملات، وهكذا فعل شمس الأئمة في المبسوط والمشايخ كفخر الإسلام وغيره **(قالوا وهذا)** أي كونه لا يصدق إذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق إنما هو **(فيما لا يصلح رداً)** أما ما يصلح له فيصدق إذا ادعى الرد. ثم استأنف تقسيماً ضابطاً فقال: الأحوال هنا ثلاثة: حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا. وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمناه. وحالة الغضب. والكنايات ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق: أي التطليق ويصلح رداً له. وما يصلح جواباً ولا يصلح رداً له. وما يصلح جواباً وشتماً. ففي حالة الرضا يصدق في الكل إذا قال: لم أرد الطلاق لأنه لا ظاهر يكذبه، وفي حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جواباً لا رداً كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استتري اختاري أمرك بيدك، ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي افلحي، تقول العرب افلح عني: أي اذهب عني، وغربي قومي تقنعي، ومرادفها كاستتري وتخمري، ومعنى الرد في هذه: أي اشتغلي بالتقنع الذي هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه، ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جواباً ورداً، وما يصلح جواباً وشتيمة لا رداً كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه، وإذا يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة: أي مقطوعة عنه، ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري أمرك بيدك استتري. وعرف مما قدمناه أن اختاري أمرك بيدك لا يقع بهما الطلاق إلا بإيقاعها بعده، وإنما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الأمر في يدها إلا بالنية. واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال قسمان: حالة الرضا، وحالة الغضب. وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما، بل لا يتصور سؤالها الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان ولا واسطة بينهما، فتحرر التقرير أن في

يعني القدوري **(بين ألفاظ الكنايات)** في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق، وليس على إطلاقه بل إنما ذلك **(فيما لا يصلح رداً)** فلا بد من بيان، وبين بقوله: **(والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة وهي حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق)** بأنه تسأله عن ذلك **(وحالة غضب الزوج. والكنايات على ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً ورداً)** وهو سبعة: اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري، أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فإن يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي. وأما تقنعي فمن القناعة، وقيل من القناع وهو الخمار؛ ومعنى الرد فيه هو أن ينوي واقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق، وكذا قوله استتري وتخمري لأنهما من الستر والخمار **(وما يصلح جواباً لا رداً)** ثمانية ألفاظ: خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتيمة أيضاً. إذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين، والقول قوله في إنكار النية مع يمينه وفي

ردًا) والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة وهي حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب. والكنايات ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً ورداً، وما يصلح جواباً لا رداً، وما يصلح جواباً وسباً وشتيمة. ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية، فالقول قوله في إنكار النية لما قلنا، وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق

حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق، وفي حالة الرضا المسؤول فيها طلاق يصدق فيما يصلح رداً أنه لم يرده، وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً أو رداً أنه لم يرد به إلا السب أو الرد، ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط، وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يجتمع في عدم تصديقه في المتمحض جواباً سببان: المذاكرة والغضب، وكذا في قبول قوله: فيما يصلح رداً لأن كلاً من المذاكرة والغضب يستقل بإثبات قبول قوله: في دعوى عدم إرادة الطلاق. وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب بإثباته فلا تتغير الأحكام، وحينئذ فالأولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة قوله: (وعن أبي يوسف إلخ) ألحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألفاظاً أخرى وهي: لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك، فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولواجي، وذكرها العتابي خمسة: لا سبيل، لا ملك خليت سبيلك الحقي بأهلك حبلك على غاربك. وفي الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هي هذه، إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتتم ستة ألفاظ. ووجه احتمالها السب أن لا ملك لي: يعني أنت أقل من أن تنسبي إليّ بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي بأهلك وحبلك على غاربك: أي أنت مسيئة لا يشغل أحد بتأديبك إذ لا طاقة لأحد بممارستك. وفي رواية جامع فخر الإسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة، وهي اعتدي اختاري أمرك بيدك. وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة: لا سبيل لي عليك تقنعي استتري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد، وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه، وكذا في حال ذكر الطلاق، وهذا لأن لا سبيل لي عليك يحتمل عليّ طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في أعرتك طلاقك ظاهرة. وعن أبي يوسف يقع خلافاً لمحمد، وفي النوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق إن شاءت كما كان للزوج، ولو قال: طلاقك عليّ لا يقع أصلاً، وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو قال: وهبتك لأبيك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة، ولو قال: لأختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الأجنبي ونحوه لم يكن طلاقاً وإن نوى لأنها لا ترد بالطلاق عليهم، ولو زاد على اذهبي فقال: اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافاً لزفر لأن اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق. ولأبي يوسف أن معناه عادة لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي. ومن الكنايات تنحي عني. واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل، قيل: يقع إذا نوى

حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جواباً ولا يصلح رداً وهو الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، والحاكم إنما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً وهو الألفاظ السبعة المتقدمة. وقوله: (وما يجري هذا المجرى) يريد به مثل اغربي واستتري لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه، وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك: يعني أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم، وهو ثلاثة ألفاظ: اعتدي واختاري وأمرك بيدك، فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبي

قال المصنف: (وأمرك بيدك) أقول: لا يخفى عليك أن قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالاً: نعوذ بالله تعالى.

فيما يصلح جواباً، ولا يصلح رداً في الفضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري، لأن

وقيل: لا، ومثله لم يبق بيني وبينك شيء. وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية إلا أن يقول: خذي أيها شئت، ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث، وقال ابن سلام: أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يعطي الأمر بسلوك أحدها. والأوجه أن يقع واحدة بائنة، ومنها نجوت مني. وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك: لا يقع، وقيل: يقع، ولا يقع في أبحتك طلاقك وإن نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وإن نوى، وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام: يحتاج إلى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً لأنه بلا قاف ليس صريحاً لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفاً فيصدق قضاء مع اليمين، هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق، أما في أحدهما فيقع قضاء أسكتها أو لا، وفيه أيضاً النظر المذكور لأنه إيقاع بلا لفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه، وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلاً وإن نوى، ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كأنت ط ا ل ق لأنه ليس طلاقاً ولا كناية لأن موضوعها يحتمل أشياء، وأوضاع هذه المسميات هي حروف، ولذا لو قرأ آية السجدة تهجياً لا يجب السجود لأنه ليس قرآناً، ولا مخلص إلا بعدم اشتراط غلبة الاسعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالاً عليه وضعاً أو عرفاً وحينئذ يقع بالتهجي في القضاء، ولو ادعى عدم النية، وكذا بطال بلا قاف، وفي قوله: لآخر احمل إليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لأن الحمل لا يتحقق قبل المحمول، ومنها أنت عليّ كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية. وفي الكافي للشهيد: إذا قال لامرأته: هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما، ولو قال: مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحساناً. والقياس أن يفرق مطلقاً ولا يصدق لأنه أقر بالتحريم. وجه الاستحسان أن هذا إيجاب تحريم فلا يقع إلا بالدوام عليه، ولو قال: هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه، وكذا في هي أمي وله أم معروفة وإن لم يكن لها لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه عليه فرق وكذا هي أختي. واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة، وقالا: لا لأن نفي النكاح ليس طلاقاً بل كذب فهو كقوله: لم أتزوجك أو والله ما أنت لي امرأة، أو لو سئل هل لك امرأة فقال: لا ونوى الطلاق ولا يقع كذا هنا. وله أنها تحتمله: أي لست لي بامرأة لأني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة، وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم أنه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لأن الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في إنشاء النفي في الحال. وقوله لم أتزوجك جحود لا يحتمل الإنشاء إذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح، وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النفي في الماضي.

وفي فتاوى صاحب النافع: إذا قالت لزوجها: لست لي بزوج فقال: صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعلى هذا الخلاف إذا قال: لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه، ويتصل

يوسف أنه إذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب، وهذه أربعة ألفاظ. وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقي بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسبّ من حيث احتمالها السبّ، فإن قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لأنك أقل من أن تنسبي إلى ملكي أو أنسب إليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشرّ فيك وخليت سبيلك لقذارتك

الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه. وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك

بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقاً أو عتاقاً على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى له أو لم ينو، وكذا إذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب إلا أنه لا يستبين لا يقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف، فلو وقع وقع بمجرد النية، فإن كان مستبيناً لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوي فيه، كالكلام المكني لا يقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط، فإن كان صحيحاً يبين نيته بلسانه، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا إذا لم يكن خطاباً أو رسالة، فإن كان على رسم كتب الرسالة بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعتاق، ولا يصدق في عدم النية، كما لو قال: أنت طالق ثم قال: نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة، بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لا يقع بدون الوصول إليها، وقالوا: فيمن كتب كتاباً على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع إذا وصل، ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع، وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب. وعليه الأئمة الثلاثة، وما وقع في تفصيل بعضهم من أنه إذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لا يقع فمبني على أن الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتاباً، وفيه نظر. وما قيل من أنه لو محا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الأمر كذلك. ولو كتب الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته، ولو كتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى، إن كان موصولاً بكتابته لا تطلق، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالملفوظ، كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة. وفيها معزواً إلى المنتقى: إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى. وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقاً بوصول الكتاب، وأما إذا لم يكن معلقاً فلا إشكال في أنه يقع ثنتان قضاء لا ديانة إلا أن ينوي به طلاقاً آخر، وكل ما ذكرناه ثابت في حق الأخرس نحوه إن كان يكتب، وإنما يعرف ذلك منه بأن يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية، فإن كان لا يكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه، وإن لم يعرف منه ذلك أو شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان. والقياس في جميع ذلك أنه باطل لأنه لا يتكلم، وقد ذكر المصنف أحكام الأخرس في هذه في آخر الكتاب قوله: **(ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا. وقال الشافعي: يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق)** والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على أن الواقع طلاق والثاني بالنص. فإن

وفارقتك في المضجع لذفرك وعدم نظافتك، والحقي بأهلك لأنك أوحش من أن تكوني خليلتي. قال: **(ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا)** وهو مذهب عامة الصحابة **وقال الشافعي: (يقع بها رجعي)** وهو مذهب عمر وابن مسعود **(لأن الواقع بها طلاق)** واحد **(لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية)** والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد **(والطلاق يعقب الرجعة كالصريح)** فإنه إنما يكون معقباً للرجعة لكونه طلاقاً **(ولنا أن تصرف الإبانة صدر عن أهله مضافاً إلى**

لاحتمال الرد والسب، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم فقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبي يوسف في قوله: لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب، ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا، وقال الشافعي: يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق، لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد، والطلاق معقب للرجعة كالصريح. ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد، وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها،

قيل: النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لأن قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة:٢٢٩] المعقب بقوله: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة:٢٢٨] أعم من الطلاق الصريح وغيره لأن النسبة إلى معنى اللفظ لا إلى اللفظ، غير أنه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من أن الافتداء لا يتحقق إلا بالبينونة وإلا يذهب مالها ولا يفيد. والحاصل أن الكتاب يفيد أن الطلاق يعقب الرجعة إلا ما كان على مال أو ثلاثاً. واستدل المصنف بقوله: ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعاً أثبتها بقوله الحاجة ماسة إلى إثبات الإبانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج إلى الإبانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعاً لحاجته، لأنه لو أبانها بالثلاث عصى، ولو طلقها رجعياً ربما تتراءى له مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانياً وثالثاً فيؤدي إلى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك، فشرع له الإبانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوّج ولا يخفى بعده عن اللفظ. والأوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج إلى الإبانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم أن تشرع له الإبانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة. والأقرب إلى اللفظ ما قيل: إنه قد يحتاج إلى الإبانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعاً وهو لا يريدها فيحتاج إلى طلاق ثانٍ وثالث فينسد باب

محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحاً لا محالة. أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام في الأهل، وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلاً للبينونة الغليظة بالاتفاق، وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعاً وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المصنف: أحدهما قوله: **(كي لا ينسد باب التدارك)** والثاني قوله: **(ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد)** وقوله: **(باب التدارك)** أي تدارك دفع المرأة عن نفسه لأنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها، كذا في النهاية، وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجهاً واحداً لأنه بعينه تفسير الوجه الثاني، فإن جعلت الثاني تفسيراً للأوّل بالعطف

قال المصنف: **(ولنا أن تصرف الإبانة إلخ)** أقول: ولا بد في هذا المقام من المراجعة إلى ما ذكره العلامة ابن الهمام لينجلي عليك غياهب الأوهام قوله: **(وأما المحلية فثابتة)** أقول: كما في الخلع والطلاق على مال بالاتفاق قوله: **(دال على ولاية الإبانة بوجهين إلخ)** أقول: وأنت خبير أنه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين بإثبات المطلوب، فالوجه عدهما وجهاً واحداً كما لا يخفى قوله: **(فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه إلخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لا حاجة إلى جعل الكلام إلزامياً، ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لا محالة إذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل قوله: **(ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة، إلى قوله: فلا بد من إثباته إلخ)** أقول: فيه بحث، إذ يعلم ذلك من قوله وليست كنايات إلخ قوله: **(وتقريره أن الكناية عن الطلاق)** أقول: قيل بل تقريره لا نسلم أنها كنايات عن الطلاق حقيقة فإنها عوامل في حقائقها فإطلاق الكناية عليها مجاز. وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه، ويجوز أن يجاب عما ذكر لا فساد في ذلك، فإن الأمر كذلك لكنه مجاز على ما ينادي عليه كلامه

والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية يثبت الأدنى، ولا تصح نية الاثنتين عندنا خلافاً لزفر

التدارك، فهو لأجل ذلك محتاج إلى أن تشرع له الإبانة كذلك كي لا تفوت هذه المصلحة. ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها إذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع أن الإنسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة، إذ كثيراً ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده إلى مراجعة، ومع الإبانة لها أن تمتنع فيحصل له ضرر شديد، وهذه لا تترتب إلا على عدم الإبانة فاقتضت عدم شرعيتها، بخلاف تلك إذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الإبانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه، فكان اعتبار منع الإبانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الأخرى، فإن أردت تخصيص نص إعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصاً لأن التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه. ولم يلزم، لأن حاجته إلى الخلاص بالإبانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الإبانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفريق الثلاث على الأطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة إلى الإبانة من الفطام. وهذا ولا يخفى أن المعنيين أعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة إذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة. والوجه في الاستدلال أن يقال: لما أثبت الشرع الإيقاع بهذه الألفاظ فقد أثبت الإبانة لأنها معناها، وقوله: ﴿**الطلاق مرتان**﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصاً عنده فإنه غير مكروه وأيضاً لفظ بائن مثلاً يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع بالغليظة وقع به الخفيفة. وأيضاً خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مراداً فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك، وحين ثبت شرع الإيقاع بلفظ بائنة ثبت أيضاً إخراج الواحدة البائنة بلا مال لأن شرع الإيقاع به هو جعل اللفظ سبباً لوجوب معناه ومعناه البينونة، والدلالة على إيقاع الثلاث شرعاً به تحليفه ﷺ أبا ركانة حين طلقها البتة أنه ما أراد إلا واحدة، وشرح قوله: (**وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها**) يعني لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد، وكذا البت والبتل: القطع، والتردد إنما هو في متعلقها: أعني

فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه، وإذا فسد التفسير فسد المفسر. والأولى أن يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بأن الرجل قد يكون نافراً عن المرأة جداً بسبب من الأسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له، فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثاً ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك، وأما إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح، وأما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية. ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة قد صدر من أهله إلخ فيكون صحيحاً، والمدعي أن هذا التصرف تصرف إبانة فلا بد من إثباته ليصح أن يقال

قوله: (**وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم وليس كذلك، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة إلخ**) أقول: فيه بحث، فإن المستفاد من كلامه أن البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك، ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة في حالة الرضا بلا نية لأنها الأدنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل قوله: (**كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه**) أقول: فيه أن عدم صحة النية ليس لكونه عاملاً بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذي هو صفة المرأة كذلك كما سبق قال المصنف: (**حال مذاكرة الطلاق**) أقول: قد ظهر مما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال، وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال الأجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع قال المصنف: (**فتعين الباقيان**) أقول: من قبيل إطلاق الجمع على المثنى.

لأنه عدد وقد بيناه من قبل **(وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقاً وبالباقي حيضاً دين في القضاء)** لأنه نوى حقيقة كلامه، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداً له **(وإن قال لم**

الوصلة وهي أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر، فإذا تعين بالنية عمل بحقيقته، وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة إليه أو إلى غيره من الرجال، فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه، وإنما أطلق عليه كناية مجازاً للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ. والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لأنها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها، وقد حقق في نحو: طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد، لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف، فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق. وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك، فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلاً من زيد وعمرو وغيرهما. والوجه أن يقول إنها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه، وهذا لأن نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة، وكذا وهبتك لأهلك لتعذر حقيقة الهبة: أعني التمليك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه، وقياس الباقي سهل، وبهذا ظهر أنه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لأنها هي معنى اللفظ الدائر في الإفراد وهي متنوعة إلى غليظة وهي المترتبة على الثلاث، وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح، ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثاً. وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعاً لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الألفاظ والخلع، فقولنا: يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعاً، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله في ذلك وبإرسال لفظ الثلاث، بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لأنه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه في فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها، فالواقع بالكناية هو الطلاق بل تأويل. وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة. وهذا جواب عن قول الشافعي: وينتقص به وهو بناء على أنه غيره، وأنت تعلم أنه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق. والجواب أن زوال الوصلة لا بد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان، والاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسخاً فلزمه نقصان العدد قوله: **(ولا تصح نية الثنتين)** أي بالكنايات عندنا خلافاً لزفر، وقد بيناه من قبل في باب إيقاع الطلاق في التطليق بالمصدر قوله: **(ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي)** هذه المسئلة تحتمل وجوهاً: أن ينوي بكل من هذه الألفاظ طلاقاً، أو بالأولى طلاقاً لا غير، أو بالأولى حيضاً لا غير، وبالأوليين طلاقاً لا غير، أو بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير، أو بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً. وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثاً. أو ينوي بالثانية طلاقاً لا غير، أو بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير، أو بالأولى طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير، أو بالأخريين طلاقاً لا غير، أو بالأوليين حيضاً لا غير، أو بالأولى والثالثة حيضاً لا غير، أو بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً، أو بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً، أو بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً أو بالأولى والثالثة حيضاً والثانية طلاقاً أو بالثانية حيضاً لا غير وفي هذه الأحد عشر تطلق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضاً، أو بالثالثة طلاقاً لا غير أو بالثالثة حيضاً لا غير، أو بالثانية طلاقاً، أو

تصرف الإبانة صدر من أهله. والجواب أن هذا الدليل يدل على أن الإبانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج إليها لا بد منها، وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة. وقوله: **(وليست كنايات على التحقيق)** جواب عن قوله لأنها كنايات عن الطلاق. وتقريره أن الكناية عن الطلاق الصريح إنما تكون كالصريح في العمل أن لو كانت حقيقة، وليست كذلك لأنها عوامل في حقائقها وقوله: **(والشرط تعيين أحد نوعي البينونة)** جواب عن قوله ولهذا يشترط النية. وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل

أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث) لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه،

بالثالثة حيضاً لا غير، أو بالثانية والثالثة حيضاً، وبالأولى طلاقاً أو بالأخريين حيضاً لا غير، وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة، أو لم ينو بكل منها شيئاً فلا يقع في هذا الوجه شيء. والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها، ويصدق في نية الحيض لظهور الأمر باعتداد الحيض عقيب الطلاق، وإذا لم ينو الطلاق بشيء صح، وكذا كل ما قبل المنويّ بها، ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منويّ بها الطلاق يقع بها الطلاق، وتثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها، بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق. ولا يخفى التخريج بعد هذا، وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع من هي من ذوات الحيض، فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأوّل طلاقاً وبالباقي تربصاً بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه، ولو قال: نويت بهنّ واحدة فهو كما قال: ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأنت طالق طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه، وقد ظهر مما ذكر أن حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبي طلاقها، بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع، ثم على هذا لقائل أن يقول: المذاكرة التي تصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية الصالحة للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق، بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة، فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهراً في الإيقاع حتى لا يقبل قوله: في عدم إرادته بالكناية قوله: **(وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليمين إلخ)** قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين، والأقرب أنه لنفي التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم.

[فروع] طلقها واحدة ثم قال: جعلتها بائنة صارت بائنة، وقال محمد: لا تكون إلا رجعية. ولو قال: جعلتها ثلاثاً صارت ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا تكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثاً. ولمحمد في الأوّل أن جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه. قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريباً، لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعياً باعتبار عدم حصول البينونة، فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكاً لأصله ووصفه وملك إلحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولي. واعلم أن الصريح يلحق والبائن عندنا، والبائن يلحق الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقاً، فلو قال لها بعد الخلع: أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافاً للشافعي، ولو قال: بائن لم يقع اتفاقاً، ولو قال: إن دخلت

الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم، وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد. وقوله: **(وانتقاص العدد)** جواب عن قوله وينتقص به العدد. وتقريره أن الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد، وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً. وقوله: **(وإنما تصح نية الثلاث)** جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلاً كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه، وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث أنه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية يثبت الأدنى وهو الواحد البائن **(ولا تصح نية الثنتين عندنا**

ويخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال

فأنت بائن ينوي الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافاً لزفر. أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] يعني الخلع، ثم قال تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[البقرة: ٢٣٠] والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع. وعن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله وسلم «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة»[1] وهنا القيد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح، وإنما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض، ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع، وأما عدم لحوق البائن البائن فلإمكان جعله خبراً عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضروري، حتى لو قال: عنيت به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر ويثبت الحرمة الغليظة لأنها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخباراً عن أنها ثابتة فنجعل إنشاء ضرورة، ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لأنه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبراً حين صدر. وأورد عليه أن مثله لازم في أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح. أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء شرعاً. ولو قال: أردت به الإخبار لا يصدق قضاء. وفي مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ليجعل خبراً بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق، وقد عرف من استدلالهم الذي أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهراً في إنشاء الطلاق، وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت بائن، ولأنهم جعلوه مقابل الصريح، ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه ما لا يحتاج إلى نية بائناً كان الواقع به أو رجعياً، والكناية ما يحتاج إليها، غير أنه لا يقع بها في غير الألفاظ الثلاثة اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة إلا بائن. وفي الخلاصة نقلاً من الزيادات: الذي يلحق البائن لا يكون رجعياً، والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعياً. وقوله: الذي يلحق البائن لا يكون رجعياً لأنه لا يتصور لأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بإبانة ما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها: أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء، وما زاد في تعليل الإلغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحاً لكلامه لا معنى له، وعلى مجرد الإلغاء اقتصر في الخلاصة ومحله ما ذكرنا. وعلى هذا فما وقع في حلب من الخلاف في واقعة، وهي أن رجلاً أبان امرأته ثم طلقها ثلاثاً في العدة ألحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائناً يلحق البائن، ومن أن المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه. وفي الحقائق: لو قال: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام، ثم قال: هكذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن، ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين: ينبغي أن يقع آخر، وقال: هذا ينبغي أن يحفظ.

خلافاً لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل) يعني في أوائل باب إيقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً إلخ. وقوله: (وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) وقال نويت بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوهاً هذا تفصيلها: نوى بالجميع طلاقاً وقعت ثلاث. نوى بالجميع حيضاً وقعت واحدة. لم ينو شيئاً لم يقع شيء. نوى بالأولى طلاقاً لا غير وقع ثلاث. نوى بالثانية طلاقاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى حيضاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالثانية حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالثالثة حيضاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأولى طلاقاً بالثالثة حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا

---

(١) موقوف. أشار إليه البيهقي ٧/٣١٧ وقال: طلبته من كتب كثيرة صنعت في الحديث فلم أجده. أي كونه مرفوعاً إليه ﷺ. وقال ابن التركماني: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمران بن حصين وابن مسعود موقوفاً عليهما وهو على شرط الجماعة. فهو موقوف.

مذاكرة الطلاق، وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين.

[تتمة] في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه، لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما، ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة، ولو شهد أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استحساناً، وفي القياس هو كالأول، ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة، وعندهما تجوز على طلقتين، وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة، وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها، فإن كان الطلاق بائناً وادعت أن بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل، فإن أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن، وإن دفعها للزوج لا بأس به، ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً والآخر أنه قال: أنت عليّ حرام ينوي الطلاق فهي باطلة، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلاناً وأنها كلمته، وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات، وكذا في مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الأجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها، وإذا شهد أنه قال: إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر أنه قال: وحدها وقد دخلت ففلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة، ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية، وكذا إذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف، والأصل عنده أنها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه، بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافاً لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها، وسيأتي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة، ولو شهد أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على أنه سمي الأولى فقط جازت على الأولى، ولو شهد أنه قال: طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال: بعد الطلاق لم تجز الشهادة عنده، وعندهما تطلق واحدة، ولو شهدا أنه قال: طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت، وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما، ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة، ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها، وإذا قال رجل لامرأتيه: أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل ببينة أنها أكلته تطلقان جميعاً، وإن جاءت إحداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها، وإن كانتا أكلتا لم تطلقا.

غير وقعت واحدة. نوى بالأوليين طلاقاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالأخريين طلاقاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأوليين حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأخريين حيضاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالأولى والثالثة حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً وقعت ثنتان. نوى بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً وقعت ثلاث. نوى بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثالثة حيضاً وبالثانية طلاقاً وقعت ثنتان. نوى بالثانية والثالثة حيضاً وبالأولى طلاقاً وقعت واحدة. وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك، والله الموفق **(وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين)** والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

(وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها) لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره، وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف: التفويض بلفظ التخيير وبلفظ المشيئة قوله: **(إذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق)** يعني ينوي تخييرها فيه **(أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك)** وإن طال يوماً أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال **(فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها، لأن المخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم)** قال ابن المنذر: واختلفوا في الرجل يخير زوجته، فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها، روينا هذا القول: عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين[1]، وفي أسانيدها مقال، وبه قال: جابر بن عبد الله، وقال: به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وفيه قول ثان: وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره، وهذا قول: الزهري وقتادة وأبي عبيد وإبن نصر وبه نقول، ويدل على صحته قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها «لا تعجلي حتى تستأمري أبويك»[2] وحكى صاحب المغني هذا القول: عن

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة، وأخره لأن الأصل تصرف المرء لنفسه.

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح. وحاصله أن فيه قياساً واستحساناً. القياس يقتضي أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء، ومن لا يملك شيئاً لا يملك تمليكه لغيره، لكن استحسنوا ترك القياس لإجماع الصحابة. روي عن عمر

باب تفويض الطلاق

قال المصنف: **(ينوي بذلك الطلاق)** أقول: أي تفويض الطلاق، فالمضاف محذوف.

---

(١) موقوفات. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٩:
حديث ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه. قال البيهقي: فيه انقطاع بين مجاهد وابن مسعود.
وحديث جابر رواه عبد الرزاق أيضاً.
وحديث عمر وعثمان رواه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفيهما. قال البيهقي: المثنى بن الصباح ضعيف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٨٥، ٤٧٨٦، ومسلم ٢٤٧٥ حـ ٢٢ والنسائي ٦/ ١٥٩ والترمذي ٣٢٠٤ كلهم من حديث عائشة بأتم منه في خبر تخييره عليه الصلاة والسلام نساءه.

الله عنهم أجمعين، ولأنه تمليك الفعل منها، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع، لأن ساعات

علي فاعترض على نقل الإجماع. والجواب أن الرواية عن علي لم تستقر، فقد روي عنه كقول الجماعة، ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاقتصار على المجلس قال: بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعاً سكوتياً من قول المذكورين: وسكوت غيرهم، وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثاني. وقوله: في أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الأمة بالقبول، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة. وأما التمسك بقوله ﷺ لعائشة «لا تعجلي إلخ»[1] فضعيف، لأنه ﷺ لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهي أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها، ألا ترى إلى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه ﷺ **﴿إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾** [الأحزاب: ٢٨] قوله: **(ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جواباً في المجلس)** أورد لو كان تمليكاً لم يبق الزوج مالكاً للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكاً كله لأكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف، فإنه لو طلقها بعد التخيير وقع. وأيضاً لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث. وقد نص محمد على أنه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه لا مالكة، وأيضاً يصح عندنا توكيل المديون بإبراء نفسه، وهذا يرد على تعليل كونه تمليكاً بأنها عاملة لنفسها. وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل لاختياره بحيث لا يلحقها إثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله، بخلاف الوكيل فإنه مخلف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تمليك الفعل هكذا، ولزوم انتفاء الملك بالتمليك

وعثمان وعليّ وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة أنهم قالوا: إذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت فلا خيار لها. ولم يقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع. وقوله: **(لأنه تمليك)** دليل معقول على أن الأصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع، وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية أن القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لأن التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد، لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة، والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكاً، ثم لا يخلو إما أن يكون البيع مما يتأبد، ومما لا يتأبد، فإن كان الأول بطل القياس: أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه مما يقتصر على المجلس، ان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية. ثم فرق بين التمليك والتوكيل بأن التمليك يقتضي أن يكون المملك له عاملاً لنفسه، والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملاً لغيره، والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكاً لا توكيلاً. وأورد على ذلك شبهاً: أحدها أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل وإن كان عاملاً لنفسه في إبراء ذمته عن الدين، والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس، ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء. والثانية أن التخيير لو كان تمليكاً توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح. والثالثة أنه لو قال طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه، ولو ملكت طلاقها لما حنث. وأجاب عن الأول بما حاصله أن تصرف المديون

قوله: **(وهو مخالف لما ذكر إلخ)** أقول: يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ قوله: **(أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه إلخ)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى التخيير قال المصنف: **(لأن ساعات المجلس)** أقول: هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله: **(وهو لا يصح)** أقول: ولك أن تمنع ذلك في الأفعال قوله: **(وقع في ضمن صحة وكالته إلخ)** أقول: أي في ضمن عملة للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الإبراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل.

---

(١) هو الحديث المتقدم. وقوله ضعيف يعني التمسك بظاهره.

المجلس اعتبرت ساعة واحدة، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر، إذا مجلس

في الأعيان لا في ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملاً وهو الاقتصاص، ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد، والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط، وأما المديون فوكيل، وإنما وقع عمله في الإبراء لرب الدين باعتبار أمره، وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته، وفي هذا نظر نبريه في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمناً، ولو التزم كون المديون مملكاً لم يصح لانتقاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسنذكر ما هو الأوجه. واعلم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزماً للمطلوب، ولهذا قال في الذخيرة: إن هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس إن كانت غائبة، ولا يتوقف على القبول، فظهر أن هذا التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات، ولكونه تمليكاً يتم بالمملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمناً معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إن بعته فقد أجزته، والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة إليه لهذا المعنى لابتنائه على ما ذكرنا، لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس، بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها، وإنما خالفها بما ذكرنا وبإعتبار إقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة. واعلم أن الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق، أما لو قال: طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره، وإذا فوض وهي غائبة أعتبر مجلس عملها، ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم أعتبر مجلس عملها في ذلك اليوم، فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الأمر من يدها، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس، وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى اليمين، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق قوله: (إذ مجلس إلخ) لو كانا يتحدثان فأخذا في الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل، فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس وجاء مجلس المناظرة، ولو خيرها فلبست ثوباً أو شربت لا يبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديداً يمنع التأمل، ولبس الثوب قد يكون لتدعوَ شهوداً، بخلاف ما لو أكلت ما ليس قليلاً أو

لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله في التخيير بأنها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها، وكذا بقية كلامه في الأجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره. وأقول: التمليك هو الإقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الإقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الأولى. والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها إلا بالقبول، فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده. وعن الثالثة بأن المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات. ثم إن المرأة إما أن تختار زوجها أو نفسها، فإن اختارت زوجها لم يقع شيء. وقال عليّ رضي الله عنه: تقع تطليقة رجعية، كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً. وإنما نأخذ بقبول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنه لا يقع في ذلك شيء، قالت عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، ولم يكن ذلك طلاقاً،

قوله: (والجواب في الثانية إلخ) أقول: فيه بحث، إذا ما ذكره يجر إلى أن يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للمتملك كما لا يخفى قوله: (قالت عائشة رضي الله عنها «خيرنا رسول الله ﷺ») لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو أن توقع نفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها، ألا يرى إلى قوله تعالى ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ ففي صحة النقل كلام، وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام.

الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما. ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض، ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره **(فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة)** والقياس أن لا يقع بهذا شيء، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم، ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن **(ولا يكون ثلاثاً**

امتشطت أو أقامها الزوج قسراً فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به. ووجه بأن في الإقامة أنها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختصارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض، وكذا إذا خاضت في كلام آخر، قال تعالى ﴿**حتى يخوضوا في حديث غيره**﴾ أفاد أنه إعراض عن الأول قوله: **(ثم لا بد من النية)** أي نية الطلاق فهو قوله: **(اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها)** بالإقامة على النكاح وعدمه **(ويحتمل تخييرها في غيره)** من نفقة أو كسوة، فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق والقول له مع يمينه، أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال: لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء، وكذا إذا كانا في غضب أو شتيمة، وإذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل قوله: **(والقياس أن لا يقع بها شيء)** لأن التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة، لو قال: اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناوياً لا يقع، إلا أنا استحسنا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(ولأنه بسبيل إلخ)** ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة، وهو لا يقتضي ذلك وإنما يقتضي جوازاً إقامتها مقامة في الفراق ولا تلاقي بينهما، بل يقتضي أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس قوله: **(ثم الواقع بها بائن)** روي عن زيد بن ثابت أنه ثلاث، وبه أخذ مالك في المدخول بها، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة، وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد، وثبت عن علي رضي الله عنه أن الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين. ورجح قول: عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة، وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي، بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبيء عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة، وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت. وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية، فاختلفت الرواية عنهما. وقد ترجح بما ذكرنا قول عليّ وعمر وابن مسعود، ثم هو غير متنوع لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم، بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله: اختاري وإن نواها بخلاف التفويض بقوله: أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظاً والمصدر يحتمل نية العموم. وقيل: الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل: أي بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى

وإن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة عندنا وهو قول عليّ لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها، وذلك في البائن، ولا يقع ثلاث وإن نوى الزوج لأن الاختيار لا يتنوع، بخلاف الإبانة فإنها تتنوع كما تقدم وقوله: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها)** قال في النهاية: هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق إرادة الطلاق البائن من التخيير، فإن البينونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة. وهو واضح.

وإن نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوّع، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوّع. قال: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها، حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل)** لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام **(ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة)** لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جواباً له فيتضمن إعادته **(وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت)** لأن الهاء في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد والانفراد، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار

نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمناه من قول زيد بن ثابت: أن الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص قوله: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها)** يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة، وكذا إذا قالت: اخترت أبي وأمي أو الأزواج أو أهلي بعد قوله: اختاري يقع لأنه مفسر في الأزواج ظاهر، وكذا أهلي لأن الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقي بأهلك، بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع، وينبغي أن يحل على ما إذا كان لها أب أو أم، أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين، وإنما أكتفى بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لأنها إن كانت في كلامه تضمن جوابها إعادته كأنها قالت: فعلت ذلك، وإن كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج، فإن فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت، بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لأن المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم، ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره. وأيضاً الإجماع إنما هو في المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه، لولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلاً كاسقني، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه، ولو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي لا بل زوجي يقع، ولو قدمت زوجي لا يقع. والوجه عدم صحة الرجوع في الأوّل وخروج الأمر من يدها في الثاني، ولو قالت: اخترت نفسي أو زوجي لم يقع، ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده، ولو خيرها ثم جعل لها ألفاً على أن تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة قوله: **(وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ)** يعني أن ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها، فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة. ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي

وقوله: **(حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل)** قيل إذا لم يصدقها الزوج بأنها اختارت نفسها، أما إذا صدقها طلقت، وإن كان الكلامان مبهمين. وقوله: **(ولا تعيين مع الإبهام)** يعني أن اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعين ولا تعيين مع الإبهام، وقوله: **(ولو قال اختاري نفسك)** ظاهر. وقوله: **(فيتضمن إعادته)** أي إعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس. وقوله: **(وكذا لو قال اختاري اختيارة)** بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير **(لأن الهاء)** أي التاء **(في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد)** لكونها للمرة والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها لأنه يتحد مرة بأن قال لها

قال المصنف: **(لأنه عرف بالإجماع)** أقول: أي لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف: **(وهو في المفسرة)** أقول: أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ قوله: **(يعني إن أرادت الاستقبال أو يحتمله إن لم ترده)** أقول: فيه تأمل، فإنه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد، ولعل الأولى أن يقال مجرد وعد إن وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب إليه بعضهم، أو يحتمله إن كانت مشتركة قوله: **(بدأ رسول الله ﷺ بعائشة رضي الله عنها إلى آخر الحديث)** أقول: فيه بحث لقد مر وجهه. ولك أن تقول: لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل إلى

مفسراً من جانبه (**ولو قال اختاري فقالت: قد اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج**) لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه (**ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق**) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد أو يحتمله، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي. وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها، فإنها قالت «لا بل أختار الله ورسوله» اعتبره النبي ﷺ جواباً منها، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال

يتحد مرة بأن قال لها: اختاري فقالت: اخترت نفسي فإنه إنما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها: اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت: اخترت يقع الثلاث، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسراً، فإلزام التناقض بأنه أثبت هنا إمكان تعدد الواقع ولو ثلاثاً ونفاه فيما تقدم بقوله: لأن الاختيار لا يتنوع مندفع لأنه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر. فإن قيل: إجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي أن لا يجوز بقولها: اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فإن هذه لم يجمع عليها. قلنا: عرف من إجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظاً من جانب فيقتصر عليه فينبغي غير المفسر، وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الإلغاء، واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينه غير لفظية يوجب ما ذكرناه من الوقوع بلا لفظ صالح، ولو اختارت زوجها لا يقع شيء. وعن عليّ تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ إيقاعاً، لكن قول: عائشة رضي الله عنها «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم يعدده علينا شيئاً»[1] رواه الستة، وفي لفظ في الصحيحين «فلم يعدد» يفيد عدم وقوع شيء قوله: (**فقالت أنا أختار نفسي**) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أو لا، ففي القياس لا يقع لأنه وعد، كما لو قال: طلقي نفسك فقالت: أنا أطلق حيث لا تطلق، وكذا لو قال لعبده: أعتق رقبتك فقال: أنا أعتق لا يعتق. وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت: «لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال: إني ذاكر لك أمراً ولا

اختاري نفسك بتطليقة (**ويتعدد أخرى**) بأن قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (**فصار مفسراً من جانبه**) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد. وقوله: (**ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي**) ظاهر، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسراً بذكرها الاختيارة، كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة، والحكم فيهما سواء لأن ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة إليه سواء، فكذا بالنسبة إلى ذكر الاختيارة (**ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق، والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد**) يعني إن أرادت

جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف: (**ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال**) أقول: أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارىء على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فإن ذلك بحسب الوضع الأصلي قال المصنف: (**لأنه ليس حكاية عن حالة قائمة إلخ**) أقول: فإن قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مراداً به الحال إذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فإن الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب. قلنا: هو حكاية عما في حيز أشهد من قولنا لا إله إلا الله مع الاعتقاد لمضمونه، وذلك القول وإن كان موجوداً بعد أشهد إلا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالاً على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا» فراجعه.

قوله: (**ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكى عنه**) أقول: الأولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي، وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هف. ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا، ومراده أن الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه إن حالاً فحالاً وإن

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٥٢٦٢ والترمذي ١١٧٩ وكذا ومسلم ١٤٧٥ وأبو داود ٢٢٠٣ والنسائي ٦/ ١٦١ وابن ماجه ٢٠٥٢ كلهم من حديث عائشة.

وتجوّز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة، وأداء الشاهد الشهادة، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة، ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها، ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة رحمة

عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك، وقد علم أن أبويّ لم يكونا يأمراني بفراقه، ثم قال: إن الله تعالى قال لي ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى قوله ﴿أجراً عظيماً﴾[1] [الأحزاب: ٢٩] فقلت: ففي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل الذي فعلت» وفي لفظ مسلم «بل أختار الله ورسوله»[2] واعتبره ﷺ جواباً. لا يقال: قد ذكرت أن التخيير الذي كان منه ﷺ ليس هذا المتكلم فيه بل إنهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لأن المقصود بالاستدلال به اعتداده ﷺ جواباً يفيد قيام معناه في الحال، وقول المصنف: (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوّز في الاستقبال) هو أحد المذاهب، وقيل: بالقلب، وقيل: مشترك بينهما، وعلى اعتبار جعله للحال خاصاً أو مشتركاً لفظياً يرجح هنا إرادة أحد مفهوميه: أعني الحال بقرينة بكونه إخباراً عن أمر قائم في الحال، وذلك يمكن في الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة، بخلاف قولها: أطلق نفسي لا يمكن جعله إخباراً عن أمر قائم لأنه يقوم باللسان، فلو جاز قام به الأمران في زمن واحد وهو محال، وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق! لأنه لا تعارف فيه، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن تعورف لأنه إنشاء لا إخبار قوله: (ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر نفسها ذكره في الدراية لأن في لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد، وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج، وهذا يفيد عدم الاحتياج إليها في القضاء، حتى لو قال: لم أنو لم يلتفت إليه، ويفرق بينهما لإعدام الاحتياج إليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح، ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وإن كرر. وما في الجامع قال: اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلاً عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط، لكن في شرح الزيادات لقاضيخان: لو كرر فقال: أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت: اخترت نفسي وقال الزوج: لم أنو الطلاق كان القول قوله: لأن التكرار لا يزيل الإبهام، وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه. وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ، وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد

الاستقبال (أو يحتمله) إن لم ترده، (فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فإنه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي «أنه لما نزل قوله تعالى ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ بدأ رسول الله ﷺ بعائشة فقال: أني مخبرك بأمر فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك، ثم أخبرها بالآية فقالت: أفي هذا أستأمر أبويّ؟ لا، بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة». واعتبره رسول الله ﷺ جواباً منها وإن كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الإستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيماناً لا وعداً بالإيمان، وكذا الشاهد إذا قال: أشهد بكذا فلا يصير إلى المجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن

استقبالاً فاستقبالاً قوله: (وهذا كما ترى ليس بدافع إلخ) أقول: لا يخفى أن جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبمثله الكتب مشحونة، بل لنا أن نقول قول المصنف ولأن هذه الصيغة إلخ إشارة إلى منع المقدمة القائلة في وجه القياس إن هذا مجرد وعد إلخ مع السند، فجواب صاحب النهاية حاصله أن ما ذكر كلام على السند الأخص فإن تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل قوله: (وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول: فيه بحث، فإن المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك أنه بحث لغوي وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها لا كونها حقيقة ومجازاً فليتأمل.

---

(١) الأحزاب: ٢٨

(٢) تقدم تخريجه قبل حديثين.

الله تعالى عليه، ولا يحتاج إلى الزوج (**وقالا: تطلق واحدة**) وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما إن ذكر الأولى، وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب

والعتابي وغيرهما، وشرط أبو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان: ومنهم من استشهد بما استشهدنا به لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقاً ولو في القضاء، ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير، لأن ذكر المال ظاهر في إرادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي إذا أنكر إرادة الطلاق. وأما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الأمر: أي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا: يقع لا يقع يجب لا يجب إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر وليس كل ما يشترط في نفس الأمر يشترط للقضاء، غير أنا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من أنه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله: لانتهاض الوجه به لأن تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهراً في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه، وهو كاعتدي اعتدي اعتدي حيث يصدقه في إنكار نية الطلاق لإمكان إرادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونعمي. وما في البدائع: لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقاً وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقاً ظاهراً، ومثله في المحيط ظاهر. وقال في الكافي في مسئلة الكتاب: قيل: لا بد من ذكر النفس، وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب، وعلى هذا فينبغي أن حذف النية في الجامع الصغير كذلك قوله: (**إن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب**) يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة، فإن بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك، أعني الثلاث التي ملكتها بقوله: اختاري ثلاث مرات، إذ حقيقة الترتيب في أفعال الأعيان كما يقال: صام حج لم يحز إبطال الآخر فيجب اعتبار قوله: (**والكلام للترتيب**) ذكر في المبسوط لأبي حنيفة وجهين: أحدهما أن الأولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكوراً يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة، فكأنها قالت: اخترت الاختيارة أو المرة الأولى، ولو قالت: ذلك طلقت ثلاثاً. والآخر أنها أتت بالترتيب لا فيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها: اخترت فيكون جواباً للكل، وهذا تتم الإشارة إليه بقوله: إن هذا وصف لغو إلى قوله: في المكان، فقوله: والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما: إن كان لا يفيد الترتيب إلخ لا يطابق الوجه الأول. والمراد بالكلام لفظ الأولى، فإن كثيراً من الأصوليين يطلقه على المفرد، وبعضهم ينسبه إلى كلهم، ثم يرد عليه منع أن الإفراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الأولى، بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعاً للآخر، حتى إذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء وهو الإفراد، وإذا لغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جواباً للكل فيقعن، ولذا اختار الطحاوي قولهما. والجواب بعد تسليم أن الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزأي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعاً كما هو المراد هنا من قوله والإفراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك، لأنه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقياً أو اعتبارياً كالطائفة الأولى والجماعة الأولى إلا من حيث هو متصف بتلك النسبة، فإذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وإن لم يكن ثابتاً في

الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكى عنه (**ولا كذلك أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها**) لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة. واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات. وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة إرادة الحال به. إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة، وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس

يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد. وله أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضروراته، فإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء (**ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً**) لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث

المعنى، فصدق وصفها بالأولى والوسطى إلى آخره باعتبار أن قوله: اختاري اختاري جملة بعد جملة. والحاصل من هذا اخترت لفظتك الأولى أو كلمتك الأولى، ولا معنى له أصلاً بعد فرض إهدار وصف الطلاق به. وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الإيقاع بكلمتك الأولى لأن الإيقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق. ولو قال لها: اختاري ثلاثاً فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقاً لأنه جواب الكل، حتى لو كان بمال لزم كله قوله: (**فهي واحدة يملك الرجعة**) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والأوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الإسلام فإن فيه ما في الهداية. وجه الصحيح أن الواقع بالتخيير بائن لأن التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وإيقاعها وإن كان بلفظ الصريح، لكن إنما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به إليها، والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به لأنها لا

بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل. وأقول: بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف، ومنهم من قال بالعكس، ومنهم من قال بالاشتراك، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف. قال: (**ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس، وعندهما تطلق واحدة، وإنما لا يحتاج إلى النية**) وإن كانت من الكنايات (**لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر**) فكان متعيناً فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام، قال: الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد، وكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار إليّ بالكلمة الأولى، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا. ولأبي حنيفة أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال هذا جاء أولاً وهذا جاء آخراً وكل مالا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الأولى وأختاها، وإذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضاً لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والإفراد من ضروراته، وإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء. وإذا لغا في حقهما بقي قولهما اخترت وهو يصلح جواباً للكل فيقع الثلاث، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاماً. والثاني أن الأولى اسم لفرد سابق فكان الإفراد أصلاً والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه. والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم يكن مفيداً، وهذا على ذلك الاصطلاح، ويجوز أن يكون مجازاً من باب ذكر الكل وإرادة الجزء، وعن الثاني بأن كلاً من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالاً على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لا تقوم إلا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيراً (**ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً**) وهو واضح (**ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة**) يعني في جواب من قال اختاري (**فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ**) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة (**يوجب الانطلاق**) أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً فهذا اللفظ

قوله: (قال الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب، إلى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيراً) أقول: آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب، وفي أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فإنه لا

فمع التأكيد أولى **(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة)** لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة **(وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة)** لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص.

تملك إلا ما ملكت، ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته. فإن قيل: ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصح جواباً لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر. وسنذكر جوابه في فصل الأمر باليد قوله: **(لكن بتطليقة)** قيل: عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله: طلقي نفسك، وقد ذكرنا أنه لا يقع باخترت جواباً لطلقي نفسك. أجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان العامل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخيير، وقولها: اخترت يصلح جواباً له.

[فروع] قال: أنت طالق إن شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار. ولو قال: اختاري اختاري اختاري بألف فقالت: اخترت جميع ذلك وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف لأنها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط، وكذا لو قالت: اخترت نفسي اختيارة أو واحدة أو بواحدة. ولو قالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثاً بألف على قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: وقعت واحدة بغير شيء إن قالت: اخترت الأولى أو الوسطى، وبألف إن قالت: اخترت الأخيرة. ولو قالت: نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جواباً عن الكل بل البعض، وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك، فإن قالت: عنيت الأولى أو الثانية وقعتا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف. ولو قال: اختاري واختاري واختاري بالعطف بألف فالألف مقابل بالثلاث للعطف، فلو قالت: اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه. ولو قالت: اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده، وعندهما لا يقع لأنه لو وقع وقع بثلث الألف. ولو قال لها: اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لأن من للتبعيض، وعندهما تملك أن تطلق نفسها ثلاثاً لأنها للبيان وهي معروفة.

يوجب الرجعي. فإن قيل: إذن لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار إلى الجواب بقوله: **(فكأنها اختارت نفسها بعد العدة)** فكان مطابقاً من حيث أن الاختيار قد وجد منها.

قال الشارحون: وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تتصرف حكماً للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الإبانة لا غير، والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا، سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب، والدليل أيضاً يساعد ما ذكر في عامة النسخ، فإنه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان، أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة، وإنما تكون بائناً لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس **(وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة)** قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك، وقولها اخترت لا يصلح جواباً لقوله طلقي نفسك بل يلغو. والجواب أن قولها اخترت إنما لا يصلح جواباً لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار، ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى، وههنا لم يكن أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون ما يؤول إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار، فجاز أن يقع قولها اخترت جواباً له.

يوافق المشروح أيضاً، ولا يدفعه ما ذكر في معرض الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف: **(والكلام للترتيب)** أقول: إشارة إلى الجواب عن قولهما قال المصنف: **(ولأن الاختيارة للتأكيد)** أقول: فيه تأمل.

قوله: **(قال الشارحون: قوله يملك الرجعة غلط. وقع من الكاتب)** أقول: كيف يكون غلطاً من الكاتب وقد علل بما علل به. والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل.

فصل في الأمر باليد

(وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير، والواحدة صفة للاختيارة، فصار كأنها قالت: اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث **(ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة)** لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأولى الاختيارة، وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها

فصل في الأمر باليد

قدم التخير لتأيده بإجماع الصحابة، والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فإنها تصح ههنا لا في التخيير. واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف، وصحته قياس واستحسان، وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه، ولفظ اختاري نفسك يفيده، فعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم نصاً، بخلافه بلفظ الأمر باليد، فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحاً، وإنما افترق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع بلفظ الاختيار، فإن إيقاعها به إنما يجوز استحساناً بإجماع الصحابة لا قياساً لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما في ملكه أوسع مما في ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان، فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسي يصح في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري. وأما الإيقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياساً ولا استحساناً فلا يحم حول الحمى وتترك النزول مخافة قوله: **(وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً)** أي ينوي التفويض في ثلاث **(فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد)** وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثاً والوقوع مبني على صحته جواباً، فأفاده بقوله: لكونه أي الأمر باليد تمليكاً كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض

فصل في الأمر باليد

أخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، إذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل. قال في النهاية: إلا أن هذا صحيح قياساً واستحساناً لأن الزوج مالك لأمرها فإنما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتباراً بإيقاع الطلاق. وفيه نظر لأنه ذكر في الاختيار أنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ، حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الأمر باليد كذلك، فينبغي أن لا يصح قياساً كما في الاختبار إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع **(وإذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث)** وبيانه يحتاج إلى إثبات

فصل في الأمر باليد

قوله: **(كالحكم في التخيير في المسائل)** أقول: يعني من اشتراط ذكر النفس أو ما يقام مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما إذا قالت اخترت نفسي بتطليقة في جواب الأمر باليد على ما ذكره المصنف قوله: **(إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضاً، إذ مخالفة القياس في التخيير من حيث أن المرأة تطلق بقولها اخترت نفسي في جواب التخيير، ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما في ملكها أوسع مما في ملك مملكها وذلك كذلك هنا إذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضاً بلفظ الاختيار، ولو قالت في الجواب أمري بيدي لا تطلق فليتأمل قوله: **(لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف)** أقول: فيه أن التخيير مؤيد بالإجماع فيكون أقوى قوله: **(أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده)** أقول: تعليل لتفسيره.

أمرها، وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاري لأنه لا يحتمل العمول وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل

بطلقي نفسك فإنه تمليك كالتخيير، ولا يصلح اخترت نفسي جواباً له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله. وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق، ولذا لو قالت: طلقت نفسي فأجازه مبدأ جاز، ولو قالت: اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جواباً للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف، ثم كون الأقوى يصلح جواباً للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه. ويمكن كونه لأن الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقاً أو مساوياً. وفرق قاضيخان في شرح الزيادات بأن قولها: اخترت مبهم، وقوله: طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جواباً للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين، ثم أفاد الثاني بقوله: (والواحد) أي التي نطقت بها (صفة

صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاثة، أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جواباً له، وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلأن الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة) أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الأولى الاختيارة، وإنما عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها، وبذلك: أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع ما فوّضت إلى اختياره واحدة، وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض إليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق، وهو في الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها، وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها، ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الأولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف، وكأنه قال وهو في الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية، والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة أنه ملكها أمرها، فقوله في البائن خبر إن وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة أنه ملكها أمرها، وأن تمليكه إياها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في إيقاع المرأة كلامها مطابقاً لكلامه. فإن قيل: ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قوله ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الأول رجعياً كما تقدم وفي الثاني بائناً كما ذكره، وهل هذا إلا دليل على أن ما تقدم كان سهواً من الكاتب كما ذكره الشارحون. فالجواب أن الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وإن نوى الزوج، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة، والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياساً واستحساناً على ما نقلنا عن صاحب النهاية في أول هذا الفصل (وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لأنه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الإسلام: الأمر اسم عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى ﴿والأمر يومئذ

قوله: (لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف إلخ) أقول: فيه تأمل، إلا أن يقال: يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة قوله: (لكون الأمر باليد إلخ) أقول: محل بحث، والأصوب أن يقول وإلا لم تملك أمرها قوله: (والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول: فيه بحث، ألا يرى إلى ما قاله المصنف من أن الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها قوله: (قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام يتناول كل شيء إلخ) أقول: قبل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين، وهل هذا إلا خبط؟ والجواب أن مراده بقوله اسم عام يتناول كل شيء هو التناول على سبيل البدل وإرادة الأشياء كلها من قوله تعالى ﴿والأمر يومئذ لله﴾ بواسطة الألف واللام الاستغراقية، والمراد من قوله صلح اسماً لكل فعل صلح إطلاقه لكل فعل.

أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد) لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر. وقال زفر رحمه الله: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت، والأمر باليد يحتمله، فيوقت الأمر بالأول وجعل الثاني

الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة لأنه جعلها وصفاً لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث وصرحت بقولها: اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة، فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار، وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده، وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث، ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة، وما لا يحصى من هذا لا يراد به إلا بلوغ ما قيد به من الترك مثلاً والكراهة والإعراض منتهاه. وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة يحتمل كونه صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها: اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون إرادة الموصوف طلقة أو اختيارة، فإذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة. والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا، فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها: اخترت نفسي بواحدة، بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضاً، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث يقع ثلاث، وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالبائن لا بالرجعي، وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث، فإذا قال الزوج: نويت التفويض في واحدة بعد ما طبقت نفسها ثلاثاً في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلاث قوله: **(وقد حققناه من قبل)** أي في فصل الاختيار بقوله: الاختيار لا يتنوع قوله: **(ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه والليل إلى آخره)** حاصله أن قوله: اليوم وبعد غد واليوم وغداً يفترقان في حكمين: أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد، والثاني عدم ملكها في الليل، وفي اليوم وغداً لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غداً: أي نهاراً وتملكه ليلاً، والفرق مبني على أنه تمليك واحدة في اليوم وغداً وتمليكان في اليوم وبعد غد. وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكاً واحداً في اليوم وبعد غد، فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردته اليوم قياساً على طلقي نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحداً فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغداً. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت، وإذا وقع تصير به طالقاً في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقاً آخر، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهراً في قصد الأمر المذكور بالأول، وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم تكن لهذه الطفرة معنى، وإذا كان كذلك يصير لفظ

﴿ أراد به الأشياء كلها، وإذا كان الأمر اسماً عاماً صلح اسماً لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم **(بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل)** يعني في فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لا يتنوع. وقوله: **(ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل)** حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق **(وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين)** يعني اليوم وبعد غد **(بينهما وقت من جنسهما)** يعني الغد **(لم يتناوله الأمر)** فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا أمرين **(فبرد أحدهما لا يرتد الآخر)** وهذا دليل كون الأمر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم. وقوله: **(إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول اليوم)** دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى الإدلاج ملبس وإن كان ظاهراً. وقال زفر: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر. وقلنا: الفرق بينهما ظاهر، وهو أن الطلاق لا يحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقاً غداً وبعد غد وغيره، وأما الأمر باليد فإنه يحتمله، وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيؤقت بالأوّل، وجعل الثاني أمراً مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك

أمراً مبتدأ (**ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك، فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد**) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع. وجه الظاهر أنها إذا اختارت

يوم مفرداً غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة: أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد. ولو قال: أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل، بخلاف اليوم وغداً فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعاً بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله: أمرك بيدك في يومين، وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالاً لغوياً وعرفياً، على أن على ما روي ابن رستم من أنه إذا قال: أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين، بخلاف اليوم وغداً يمتنع قياسه. وأيضاً في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضاً، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه، وقول المصنف: وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلاً لدخول الليل في التمليك المضاف إلى اليوم وغد لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى: أعني أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع قوله: (**وعن أبي حنيفة في مسئلة أمرك بيدك اليوم وغداً أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً**) رواه أبو يوسف عنه، ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو نجز، فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضاً فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغداً واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها. وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعاً بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك، ويضاف توقيت التمليك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعاً كما في الإجارة. والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين: كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض. والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية إذ قد يمتد يوماً ويوماً أو أكثر، وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة. وأما تقريره بأن المخير بين أمرين إنما له اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها: أعني أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إنما يرتد شطر التمليك، وقد قلنا: إن هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول، وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها، ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول: عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق، ويكون هذا إعطاء لنفس هذا الحكم هو مستند ما فرّع في الذخيرة حيث قال: لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازماً فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا، وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الأمر باليد حيث صرح في الرواية أنه لا يرتد بالرد، وفي الكتاب أنه يرتد: أعني في قوله: أمرك بيدك اليوم وغداً،

بعد غد (**ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك**) وكلامه ظاهر. وقوله: (**لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع**) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بأن تقول لا أقبل كما أنه ليس لها أن ترد الإيقاع الذي

قوله: (**معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد إلخ**) أقول: هذا لا يدل على أنه ليس لها أن ترد إذا اختارت زوجها، والكلام فيه فليتأمل.

نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر لأن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً أنهما أمران لما أنه ذكر

وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها، فإن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم، وحقيقته انتهاء ملكها، وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع، لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا أنه لا يرتد ونقلوا أنه يرتد بالرد. ووفقوا بأنه يرتد بالرد عند التفويض، وأما بعده فلا يرتد كما إذا أقرّ بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يصح. وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط أو التمليك. أما الإسقاط فظاهر، وأما التمليك فقال تعالى ﴿وأن تَصَدَّقوا خير لكم﴾ [البقرة: ٢٨٠] سمي الإبراء تصدقاً. ومما وقع في هذا الباب من المتناقضة ما ذكر في الفصول: لو قال لامرأته: أمرك بيدك ثم طلقها بائناً خرج الأمر من يدها، وقال في موضع آخر: لا يخرج وإن كان الطلاق بائناً. ووفق بأن الخروج فيما إذا كان منجزاً وعدمه إذا كان معلقاً مثل أن قال: أكرترابز نم فأمرك بيدك ثم طلقها بائناً أو خالعها ثم تزوّجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها، ولو طلقها ثلاثاً ثم تزوّجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة إضافته كما في المسئلة الآتية إذا قال: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، وسيأتي الكلام فيها قوله: (**وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً أنهما أمران**) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غداً، لأنه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج. قال السرخسي: وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت خبراً عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد، والأصل استقلال كل كلام. وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافاً، فلم يبق تخصيص أبي يوسف إلا لأنه مخرج الفرع المذكور. واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلاً فلا تغفل عنه لأنه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل، والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله: أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط، بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم إنما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الأصل في أنت طالق غداً وفي غد. وفي جامع التمرتاشي: أمرك بيدك اليوم غداً بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة، فصار كقوله: أمرك بيدك أبداً فيرتد بردها مرة، وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لأنها أوقات حقيقة قوله: (**وإذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح**) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم، وهذا أيضاً مما يفارق به سائر التمليكات فإنها لا تصح إضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الأعيان كما تقدم، وقد يخرج على أنه في معنى التعليق. فإن قيل: يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان: لو قال: أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثاً للسنة أو ثلاثاً إذا جاء غد فقالت في المجلس: اخترت نفسي طلقت ثلاثاً للحال، ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئاً بطل لأن قوله فطلقي فسك ثلاثاً تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلاث، أما لا يحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنة لأن الأمر باليد يقتضي المالكية، والأمر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال فلا تثبت المالكية، ولهذا لو قال: أمرك بيدك ونوى السنة أو التعلق لا يصح، فإذا ألحقه بما كان تفسيراً يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق. فالجواب أن معنى هذا الاحتمال لفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفراده ولا متعلقاً به بعد ما ذكر أن قوله: فطلقي نفسك ثلاثاً للسنة أو إذا جاء غد تفسيراً لذلك التفويض فكان التعليق مراداً بلا لفظ، ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقاً. وقد حققناه

أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق، وإذا كان كذلك كان الأمر باقياً في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غداً. وقوله: (**وجه الظاهر**) ظاهر وكذا قوله: (**وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم**) قال شمس الأئمة: هذه هي الرواية الصحيحة، وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد، وقوله: (**وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم**

لكل وقت خبراً بخلاف ما تقدم **(وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها)** لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر)** لأن هذا تمليك التطليق منها **(لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس**

من قبل: يعني في آخر فصل إضافة الطلاق، وإنما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقاً لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود قوله: **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر، لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)** أي في أوّل فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو أن التمليك يستدعي جواباً في المجلس، ولم يستدل على أنه تمليك، واستدل هنا عليه بقوله: لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه. والوجه المشهور فيه قولهم: هو الذي يتصرف لنفسه، وإلا فالوكيل يتصرف برأي نفسه، وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه، وسنحقق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى، وقدمنا ما في قوله: يستدعي جواباً في المجلس، فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة حيث قالوا لها في المجلس: قوله: **(ثم إن كانت تسمع)** أي تسمع لفظه بالتخيير **(اعتبر مجلسها ذلك)** أي مجلس سماعها **(وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها)** على ما ذكرناه **(لأن هذا تمليك يفيد معنى التعليق)** أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها، وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن

تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل إضافة الطلاق وإليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل. وقوله: **(فيتوقت به)** أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه)** وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس **(وقد بيناه)** يعني في فصل الاختيار من قوله: التمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع. قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك، وذلك يقتضي أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين وإن قامت عن المجلس، لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة، لأن المرأة إذا لم تقم من مجلسها يوماً أو أكثر لا يخرج الأمر من يدها، وهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف **(ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك)** أي الذي سمعت فيه **(وإن كانت لا تسمع)** لغيبة أو لصمم **(فمجلس علمها)** وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق، وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق، وفيه نظر لأن التمليك لا يحتمل التوقيف والتعليق كذلك، والأمر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملاً له؟ وأجيب بأن التمليك الذي هو معتبر فيه من باب التمليك المنافع

قال المصنف: **(لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة)** أقول: قال ابن الهمام: منقوض بالوكيل فإنه أيضاً يتصرف برأي نفسه. والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا ينصرف لنفسه انتهى وفيه بحث قوله: **(وهذا يقتضي الخ)** أقول: يعني قوله هناك والتمليك يقتصر على المجلس قوله: **(وبينهما تناف)** أقول: وبالله المستعان أن في قول المرأة اخترت نفسي مثلاً في جواب التفويض جهتين: جهة كونه جواباً لقول الزوج، وجهة كونه ملكاً له، فإن الذي يملكها الزوج هو هذا القول، فإن كان التفويض مطلقاً اعتبر كونه جواباً فلا بد منه في المجلس، وإذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكاً ولم يقتصر على المجلس توفيراً للجهتين حظهما فليتأمل، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه في أوائل فصل الاختيار قوله: **(وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق)** أقول: الأصوب أن يقول: إن طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق، وإلا فعلى ما ذكره الشارح إذا قالت في الجواب أردت طلاقي ينبغي أن تطلق، إلا أن يكون مراده الإرادة المقارنة للفعل وتلك لا تكون إلا بتلفظها بالطلاق قوله: **(يشتمل على معنييهما)** أقول: يعني التمليك والتعليق قوله: **(فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ)** أقول: هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس إذ يجوز أن يتأبد كما في البيع فإن حكمه متأبد، ولا مخلص إلا بما ذكرنا.

وقد بيناه) ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك، وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس، ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه، بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار، ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، إذ القيام يفرق الرأي، بخلاف ما إذا مكثت يوماً لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الإعراض. وقوله مكثت يوماً ليس للتقدير به. وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع

الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال: إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق، والظاهر أن كلها مما يمكن ترتبها على التمليك، فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة، وقدمنا أن إلحاقه بالعارية أقرب. ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول: أمرك بيدك شهراً أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي تحقق في الحال، وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أوّل الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول، وأما اقتصار على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف: أنه تمليك وهو يستدعي جواباً في المجلس، وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه، بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده، ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة. فإن قلت: قد وقع في كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول، قلنا: لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له. أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلاً من التعليق والتمليك، لأنه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا، فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا، ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق، وقولهم: كأنه قال: إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال: إذا بعت متاعي فقد أجزت بيعك، والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا، والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة في دائرة الإمكان قوله: **(وقوله)** أي قول محمد: رحمه الله تعالى **(ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به أنه عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه)** فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلاً أو شربت أو قرأت قليلاً أو سبحت أو قالت ادع إلي أبي استشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أو تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها، وما ذكر من هذا مثله في قوله: اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت، وكذا إذا قال لأجنبي: أمر امرأتي بيدك أو طلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت، بخلاف قوله: بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق. ولو اغتسلت أو امتشطت أو جامعها أو اختضبت أو جامعها يبطل، وذكر المرغيناني إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم

كالإجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت، وإذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الأمر بيدها في المدة التي وقتها، فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة، وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضاً. وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت، فإذا كان الأمر باليد مطلقاً عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك، فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين، واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، ولا يعتبر مجلسه، حتى لو قال وهي جالسة، فالخيار باق لأن التعليق حينئذ لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه، بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسها جميعاً، فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز إذا اعتبر مجلسها، فالمجلس تارة يتبدل بالتحول: يعني إلى مجلس آخر، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار، يعني في قوله إذ مجلس الأكل

لما كان فيه لا مطلق العمل **(ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها)** لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي **(وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت)** لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً، كما إذا كانت محتبية فتربعت. قال رضي الله عنه: هذا رواية الجامع الصغير، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضاً، والأول هو الأصح. ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله **(ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهود أشهدهم فهي على خيارها)** لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض **(وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها، وإن سارت بطل خيارها)** لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها **(والسفينة بمنزلة البيت)** لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر.

تنتقل، قيل: لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض، وقيل: يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرهاً، وقيل: إذا لم تنتقل لم يبطل، وإن انتقلت ففيه روايتان، ولو نامت وهي قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها، ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح، ولو قال: أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس رداً فتملك بعده الطلاق. قيل: فيه نظر لأن قولها: لم إلخ كلام زائد فيتبدل به المجلس، وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضته في غيره، وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد الطلاق قوله: **(والأوّل أصح)** أي ما ذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل، لأن من حز به أمر قد يستند لأجل التفكر لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس قوله: **(وإن سارت بطل)** قيل: لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكماً، وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلاً بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل، ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا، ولو كانت راكبة فنزلت أو تحوّلت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها، وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة قوله: **(والسفينة كالبيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها)** بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس. وعن أبي يوسف أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها.

غير مجلس المناظرة إلى آخره. قوله: **(ويخرج الأمر من يدها)** ظاهر. قوله: **(وليس للتقدير به)** أي باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض فهو باق، والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير. وقوله: **(ولو كانت قائمة فجلست)** ظاهر وقوله: **(والأول)** أي رواية الجامع **(أصح)** لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود. وقوله: **(ففيه روايتان عن أبي يوسف)** في رواية الحسن عنه لا تبطل، وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر. ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه، قيل خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلا عنه. وقوله: **(ولو قالت ادع أبي أستشيره)** ظاهر. وقوله: **(والسفينة بمنزلة البيت)** يعني أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر.

فصل في المشيئة

(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق، وهو اسم جنس فيقع

فصل في المشيئة

قوله: **(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها)** سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقاً وإنما صح إرادة الثلاث **(لأن قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق)** فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الأمة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت)** أي رجعياً، ولو قالت: اخترت نفسي لم تطلق. وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت أن المفوّض الطلاق، والإبانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوّض إليها. بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحاً ولا كناية، ولهذا لو قالت: أبنت نفسي توقفت على إجازته، ولو قالت: اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه إجازة، وإنما كناية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما إذا جعل جواباً للتخيير، غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل. لا يقال: قد صح جواباً للأمر باليد. لأنا نقول: الأمر باليد هو التخيير معنى فيثبت جواباً له بدلالة نص إجماعهم على التخيير، وهذا لأن قوله: أمرك بيدك ليس معناه إلا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه، فحيث جعل جواباً للتخيير بلفظ التخيير كان جواباً للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى، بخلاف طلقي لأنه وضعا طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه، ثم إذا أجابت باخترت نفسي خرج الأمر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها في ذلك الأمر. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بجوابها بأبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها، لأن الإبانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر، ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها: اخترت، وصار كما لو قال: طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال: ثلاثاً فطلقت ألفاً لا يقع شيء. والجواب أنها خالفته فيهما في الأصل، في الأولى ظاهر وكذا في الثانية، لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على تقدم فيكون خلافاً معتبراً، بخلاف ما نحن فيه لأنها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الأصل فلا يعد خلافاً إذ الوصف تابع. واعلم أن المسئلتين ذكرهما التمرتاشي، والخلاف فيهما في الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره، إذ لو أوقعت على الموافقة: أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف، والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن، وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافاً نظراً إلى أنه الأصل

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دوري فيسقط **(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن)** سواء طلقت جملة أو متفرقة. وقوله: **(لأن قوله طلقي)** ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت، ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق)** والفرق بينهما ما

فصل في المشيئة

قوله: **(لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى)** قول: إنما ابتدأ به لأن ما ذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد، وبه أيضاً يظهر وجه ذكر هذه المسألة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل قوله: **(فكان الابتداء**

على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث، وينصرف إلى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوّض إليها صريح الطلاق، ولو نوى الثنتين لا تصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة لأنه جنس في حقها **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت)** ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته أبنتك ينوي بها الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال

في الإيقاع، والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى قوله: **(ولو قال لها طلقي نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق، ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق، بخلاف قوله طلقي ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع)** وكذا قوله لأجنبي: طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها، وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له: أبرىء ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمناً على ما قدمناه، والتوكيل استعانة، فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئي ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر، وإن عدم الرجوع أيضاً يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعاً على ما صرح به في الذخيرة، وأنه لا حاجة إلى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات، فلوْ صح لزم أن لا يصح الرجوع عن التوكيل وولاية. وأما الاقتصاد على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده)** وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم. ويرد على قول: أبي حنيفة في «إذا» أنها عنده بمنزلة «إن» فلا تقتضي بقاء الأمر في يدها، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطاً وأن تعمل ظرفاً والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك، وصار كما إذا قال: في أيّ وقت شئت، ولأنها إنما تملك ما ملكت، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لا تنجيز. ومن فروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطاً لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها، وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطاً على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى قوله: **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله)** أي للقائل **(أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم)** وله أن يرجع ولا يقتصر، وللوكيل أن يفعله بعد المجلس، بخلاف قوله لها: طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر: هذا والأول)** وهو قوله للرجل: طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة **(سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه)** وكيلاً كان أو مالكاً **(يتصرف عن مشيئته)** فصار كما إذا قال له: بع عبدي هذا إن شئت لا يقتصر وله الرجوع. أجيب بأن ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في أنه إذا أثبت له المشيئة لفظاً صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل، لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئة ذلك الغير وإن كان امتثاله

ذكره في الكتاب أنّ الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح؛ ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق ما فوّض إليها لكونه تطليقاً فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل، وإذا كان الجواب موافقاً للسؤال من حيث الأصل كان صحيحاً من حيث الأصل إلا أنها زادت فيه: أي في الجواب وصفاً وهو تعجيل الإبانة لأن الرجعة إنما تفيد الإبانة بعد انقضاء العدة، فإما أن يبطل الأصل لأجل ما زيد فيه من الوصف، أو يلغو الوصف لرعاية الأصل، وإلغاء الوصف لتصحيح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت في جواب طلقي

فيه بمسألة إلخ) يعني ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد قوله: **(لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح)** أقول: فيه بحث قوله: **(وألفاظ الطلاق توافق ما فوض إليها لكونه إلخ)** أقول: ضمير لكونه راجع إلى ما.

الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفاً وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل، **كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية، بخلاف الاختيار** لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع، ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخيير، وقوله طلقي نفسك ليس بتنجيز فيلغو. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق (**ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه**) لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم، ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك، بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك لأنه توكيل

بمشيئة نفسه، بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالاً، فإذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئة كان ذلك تمليكاً فيستلزم حكم التمليك، بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس. قيل: فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق، وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل، وذلك لأن التوكيل هو قوله: بع فكيف يتصور كون نفس قوله: معلقاً بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد. وإلى هنا تم من المصنف إناطة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة واحداً، فإن العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية في متعلقها بل هي والإرادة يخصصان الشيء بوقت وجوده، والأول نقضناه بالوكالة، وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يقيده في فعل ولا ترك، والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إذا لم يفعل فإنه إذا وكله فرضي كان واعداً بفعل ما استعان به فيه، فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخلفة بترك الطلاق إذا لم يقسرها عليه قاسر شرعي، فظهر أن الوكيل ليس عاملاً برأي نفسه مطلقاً، والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه، وقدمنا ما في جوابه من النظر، ولو تم انتقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعاً ليس بتطليق زوجة غيره عاملاً لنفسه، والثالث

نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة. وقوله: (**وينبغي أن تقع تطليقة رجعية**) إنما قال هكذا تفسيراً لكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر، وأرى أنه مستغنى عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل. وقوله: (**بخلاف الاختيار**) متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (**وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوّض إليها**) حيث كان المفوّض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لا محالة، وفي هذه الرواية إبطال الأصل للوصف وهو ضعيف. وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقاً بائناً لأن الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقاً وهو يملك إيقاع البائن والرجعي فكذا هي، وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب، والفقه هو الأول: أعني ظاهر الرواية (**وإن قال لها طلقي نفسك**) ظاهر. وحكمه اللزوم نظراً إلى اليمين والاقتصار على المجلس نظراً إلى التمليك: وفيه مطالبتان

قوله: (**وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا، إلى قوله: ويثبت الأصل**) أقول: قيل بل لا وجه له لأن ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو قوله: (**وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب**) أقول: إذا كان المفوض الطلاق والإبانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة، والجواب أن الطلاق إذا أطلق لا يكون رجعياً.

وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده)** لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أيّ وقت شئت **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده)** وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة)** وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر رحمه الله: هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة

أقرب والله أعلم فالمعوّل عليهما قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت)** كالزوج نفسه **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً)** وكقولها: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة وأبنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي وضرّتي، وقول العبد: في جواب أعتق نفسك أعتقت نفسي وفلاناً حيث يقع ثلاث في الأولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي ويعتق وهو دون من قرناه **(ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها مبتدئة)** فيتوقف على إجازة الزوج، وبهذا يخرج الجواب عما بعد الأولى من الصور لامتثالها بدءاً، ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر. ووجهها في أبنت نفسي أن معناه طلقت نفسي بائناً والباقي ظاهر. وقوله: بخلاف الزوج جواب عن الأول: أي أن الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث، وكما إذا صرح بما الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه، وكذا هي في المسئلة الأولى وهي قوله لها: طلقي نفسك ثلاثاً ملكتها بجميع أجزائها **(أما هنا فلم تملك الثلاث)** لأنه إنما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوّض إليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة، وحقيقة الفرق أنها ملكت الواحدة وهي شيء بقيد الوحدة، بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فإنها بقيد ضده، وهذا معنى قوله: الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا ترتيب فيه فكان بينهما تضاد، بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث، أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا، وهذا التقرير لا يستعقب إيراد. ووقع في لفظ المصنف قوله: والثلاث غير الواحدة: يعني فلم تكن بإيقاعها موافقة لما ملكها. فاعترض بأن مذهب أهل السنة الجزء من العشرة ليس عنها ولا غيرها. وأجيب بأن ذلك في الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق، وأنت تعلم أن مجرد اصطلاح للمتكلمين كما أن اصطلاح الفلاسفة أن ما ليس عيناً فهو غير، ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلاً بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف إثبات المطلوب عليه، إذ يكفي فيه أن يقال فوّض إليها الثلاث والواحدة ليست إياها فلا تكون مفوضة إليها فإيراد مثله إلزام بمجرد الاصطلاح، وغاية ما

إحداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك إن طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك إن أردت طلاقها فهي طالق. والثانية ما وجه اختصاص الأول بالتمليك والثاني بالتوكيل؟ والجواب عن الأولى أن اليمين بالتعليق إنما يكون فيما يكون وجوده متردد، ووجود طلاق الضرة إذا فوّض إليها أمر كائن لا محالة طبعاً وعادة فلا يصلح شرطاً. وأجيب عن الثانية بما تقدم، أن المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره، والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج. وفيه نظر، لأنها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها، ولأن الصورتين إما أن يكونا من باب المشيئة أولاً. والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت)** واضح. ولقائل أن يقول التمليك في هذه الصورة موجود أولاً، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك.

قوله: **(والحكم قد يتأخر لمانع)** أقول: الظاهر أن يقال: والحكم قد يختلف، وقد سبق أن في الأمر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس.

كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله **(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة)** لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وقالا: تقع واحدة)** لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً. ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوّض إليها فكانت مبتدئة، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة، بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك، وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث، أم ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوّض إليها فلغت **(وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن**

يلزم بعد التزامه أن المصنف عبر عما ليس إياه بلفظ غير مجازاً قوله: **(ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائناً أو أمرهاً بالبائن فطلقت رجعياً وقع ما أمر به، ومعنى الأول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لأن قولها رجعية لغو لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك إلى أصل الإيقاع)** لا إلى ذكر وصفه. فذكرها إياه موافقاً أو مخالفاً لا عبرة به لأن الوقوع بإيقاعها ليس إلا بناء على التفويض، فذكرها كسكوتها عنه، وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض. وحاصل هذا كله أن المخالفة إن كانت في الوصف لا يبطل الجواب، بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوّض به، بخلاف ما إذا كانت في الأصل حيث يبطل، كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثاً على قول أبي حنيفة، أو فوض ثلاثاً فطلقت ألفاً، وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله: طلقي نفسك قوله: **(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إلخ)** تقدم أنه إذا قال: طلقي نفسك ثلاثاً تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثاً، فلو أنه زاد قوله: إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقاً بشرط هو مشيئتها إياها ولم يوجد الشرط لأنها لم تشأ إلا واحدة،

والجواب أن الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك، والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الأصول. قوله: **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي)** واضح، ومناطه ما ذكرناه في التمليك والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر: هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لأنه يتصرف عن مشيئته)** لأن الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري، وإذا تساويا كان الثاني توكيلاً كالأول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع إن شئت، فإن ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل إلى التمليك **(ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته)**. لا يقال: قد

قوله: **(يترتب عليها استحسان الفعل وتركه)** أقول: ضمير تركه راجع إلى الفعل قوله: **(والأولى ثابتة في الوكيل إلى قوله: والثانية إنما تكون في الملاك)** أقول: فيه أن الظاهر أن الثانية أيضاً ثابتة للوكيل، ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمراً لذمي وكالة عنه قوله: **(سقط هذا الاعتراض)** أقول: فيه بحث، فإن الإقرار في المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضاً فكيف يكون تمليكاً قوله: **(وإن ذكرها كان تمليكاً)** أقول: كيف يكون تمليكاً والإقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد قوله: **(أجيب بأنه اعتبر التوكيل إلخ)** أقول فيه: أن الأول قابل للتعليق، بخلاف الثاني فكيف يعتبر به قوله: **(والواحد الموجود إلخ)** أقول: من أين ثبت وجوده، وهل الكلام إلا فيه. ثم إن تعليل المصنف بقوله لأن الثلاث اسم لعدد مركب إلخ يدل على تغايرهما مطلقاً كما لا يخفى والأولى أن يقال: مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف: **(أما ههنا لم تملك الثلاث)** أقول: الزوج أيضاً لا يملك الألف فلا بد من الفرق.

فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الأول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائناً أو رجعياً **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء)** لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً فكذلك عند أبي حنيفة)** لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها **(وقالا: تقع واحدة)** لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما أن إيقاعها للواحدة فوجد الشرط **(ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الأمر)** لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها، والنية لا تعمل في غير المذكور حتى

وتقدم أنها لو قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وتقع واحدة عندهما، فلو زاد قوله: إن شئت فالخلاف على ما هو عليه، فأبو حنيفة يقول: مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط، وهما يقولان: مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة، وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك قوله: **(ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت: شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة)** منها **(وهي قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى لأنه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها)** لأنها لم تقل شئت طلاقي إن شئت ليكون الزوج بقوله: شئت شائياً طلاقها لفظاً بل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور الصالح للإيقاع ولا في المذكور الذي ليس بصالح للإيقاع به نحو اسقني **(حتى لو قال شئت طلاقك ينويه وقع لأن المشيئة تنبىء عن الوجود)** لأنها من الشيء وهو الموجود **(بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لأنه لا ينبىء عن الوجود)** بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل، وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة في صفة العباد مختلفان، وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقاً فلا يدخلهما وجود: أي لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا ما أراده، لأن تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا لذات الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية

بين آنفاً أن الوكيل أيضاً يتصرف بمشيئته. لأنا نقول: المشيئة نوعان: مشيئة تفتقر إليها الحركة الإرادية وهي ثابتة في كل متحرك بها، ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه، والأولى ثابتة في التوكيل مع جهة حظر يرفعها قوله طلقها إيقاعاً للفعل الموكل، والثانية إنما تكون في الملاك وقد فوّضها إليه بقوله إن شئت فكان تمليكاً، هذا ما أمكنني تلخيصه من كلام المشايخ. ولقائل أن يقول: كونه عاملاً لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة. وأقول: إذا بنى الكلام

قوله: **(وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ)** أقول: إذا كان الطلاق مذكوراً صريحاً في كلام المرأة قوله: **(لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو إلخ)** أقول: كونه لغواً لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدراً في كلامها وأن يلغو ما يبتنى عليه، ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت إذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق قوله: **(وعن الثاني، إلى قوله: فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً)** أقول: مخالف لما في حيز قيل بعد سطر قوله: **(بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب)** أقول: فإن قيل إذا كان الإرادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقاً كما في أوامر الله تعالى، قلنا: الطلب الذي هو مدلول الأمر طلب تكليفي والإرادة طلب تكويني وبينهما فرق، وقد يكون مدلول بعض الأوامر طلباً تكوينياً أيضاً كما في قول الله تعالى ﴿كن﴾.

لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة تنبىء عن الوجود، بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبىء عن الوجود (**وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجيء بعد**) لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر (**وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت**) لأن التعليق بشرط كائن تنجيز (**ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن رداً ولا يقتصر على المجلس**) أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها، كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع، ولو ردت الأمر لم يكن رداً لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة

القدرة، بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية، ثم القدرة تؤثر على وفق الإرادة، غير أنه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا: في المشيئة بخلاف العباد، وعن هذا لو قال: أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال: شاء الله، بخلاف أحب لله طلاقك أو رضيه لا يقع لأنهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود. ولو قيل: التحصيص بالوقت الإرادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام. نعم فرق بين الطلبين أنه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه، ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفاً دائماً كما في الطلب المعبر عنه بكن. ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الأفعال، وإذ قد ظهر الفرق بين الإرادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين المشيئة والإرادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى. بقي الشأن في كون المشيئة تنبىء عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشيء وهو الموجود فيه نظر، فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارىء على اللغة فإنه لغة يقال للمعدوم والموجود، وكون الإرادة نسبت إلى ما لا يعقل بخلاف المشيئة، كما ذكر شمس الأئمة لا أثر له إلا لو لم يكن مجازاً عقلياً أو مجازاً لغوياً في لفظ الإرادة، على أنه سمع نسبة المشيئة أيضاً إلى ذلك. أنشد ابن السكيت في إصلاح المنطق:

يا مرحباه بحمار عقرا ... إذا أتى قربته لما يشا
من الشعير والحشيش وألما

وهو من شواهد قصر الممدود، فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه: يعني يكون العرف العام أنه الشيء الموجود والمشيئة منه بأن يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدراً لشاء، فإنه يقال: شاء شيئاً على إرادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه. ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج إلى البنية فلزم الوجود فيها، فإذا قال: شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار، بخلاف أردت كذا مجرداً يفيد عرفاً عدم الوجود، وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته، ولو قال: شأني طلاقك ناوياً للطلاق فقالت شئت وقع، ولو قال: أريديه أو أهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت: أردته أحببته هويته رضيته لا يقع، بخلاف ما لو قال: إن أردت أو أحببت إلى آخرها فقالت: أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لا يفتقر إلى النية، وهو كقوله: إن كنت تحبيني يتعلق بإخبارها فإذا قالت: أحببت وقع قوله: (**وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى**) كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء، أو لأمر كائن كشئت إن كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز. قيل: يلزم عليه أنه لو قال: هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو

على ما قد ثبت أن التمليك إقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل إقرار شرعي على نفس التصرف لا على أن المالك يعمل لنفسه والوكيل سقط هذا الاعتراض، والنظر الأول في طلاق الضرّة على ما مر. ثم أقول: والوكيل في الطلاق كالرسول، وحيث لا يتصوّر أن يكون الشخص رسولاً إلى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكاً، وأما قوله طلقي ضرتك وقوله لأجنبي طلق امرأتي فيحتملان الرسالة، فإن لم يذكر كلمة إن شئت كان توكيلاً، وإن ذكرها كان تمليكاً صوناً للزيادة عن

حتى يرتد بالرد، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقاً بعد تطليق، وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما. وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر قبل **(ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً)** لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم **(حتى لو عادت بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء)** لأنه ملك مستحدث **(وليس لها**

منتف. أجيب بأن من المشايخ من قال: بكفره فاللازم حق، وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل، فكذا إذا جعله بماض تحامياً عن تكفير المسلم. والأوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله وغير واقع مع ذلك الفعل. فإن قيل: لو قال: هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ كافر وإن لم يتبدل اعتقاده. قلنا: النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلماً بقوله هو كافر حقيقة قوله: **(ولو قال: أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت)** بأن قالت: لا أشاء لا يكون رداً ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس، أما كلمة متى فإنها لعموم الأوقات كأنه قال: في أي وقت شئت، وإنما لم يرتد بردها لأنه لم يملكها في الحال شيئاً بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكاً قبله فلا يرتد بالرد. وقد يقال: ليس هذا تمليكاً في حال أصلاً لأنه صرح بطلاقها معلقاً بشرط مشيئتها، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه، وإنما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك إذا شئت لأنها تتصرف بحكم الملك، بخلاف ما لو قالت: طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها: طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد، ثم لا تملك طلاق نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كلما قوله: **(وأما كلمة إذا وإذا ما فهي كمتى عندهما)** فما كان حكماً لمتى يكون حكماً لإذاً **(وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط)** المجرد عن معنى الزمان كما تقدم **(لكنها تستعمل للوقت)** أيضاً مجرداً عن معنى الشرط ومقروناً به، وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك، ففي قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت، وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها. نعم لو صرح فقال: أردت مجرد الشرط لنا أن نقول: يتقيد بالمجلس كما إذا قال: أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم أنه إياً، أراده وقوله وقد مر: يعني في فصل إضافة الطلاق. هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله: إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه، وعلى كل من التقديرين لا يرتد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت: شئت ذلك الطلاق أو قالت: طلقت نفسي وقع معلقاً كان أو مضافاً لا ما قال: المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد بإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى، وقد صرح آنفاً في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة

الإلغاء، إذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص. وقوله: **(والطلاق يحتمل التعليق)** جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع. فإن قيل: هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق. أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال: **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً)** هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في إيقاع ما فوّض إليها، والمسئلة الأولى ظاهرة، وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح، كما لو قال لها طلقي نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي فإنه يقع عليها طلقة رجعية، ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدماً

أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً **(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها)** لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق ولا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس، بخلاف الزمان لأن له تعلقاً به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموماً وخصوصاً **(وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة)** ومعناه قبل المشيئة، فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً وقال

لأنه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكاً قبله حتى يرتد بالرد. وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه. وعلى هذا فقولهم في قوله: أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوز بالتطليق عنه بأن تقول: شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عنه تحقق الشرط، وإنما يصح كلامهم في قوله: طلقي نفسك كلما شئت قوله: **(إلا أن التعليق إلخ)** جواب عن مقدر هو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبداً، ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً وعادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضاً وليس لها ذلك. أجاب بأنها وإن كانت كذلك لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم، فلو انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك، فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرار ينتهي به التفويض، وذلك القدر هو الثلاث، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضاً خلافاً لمحمد فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم قوله: **(وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً)** بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعاً، وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين، فلو طلقت ثلاثاً أو ثنتين وقع عندهما واحدة. وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن الإيقاع الواحدة عندهما خلافاً له قوله: **(ولو قال: أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس، ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس)** أورد عليه أنه إذا لغا المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كقوله: أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازاً عن الشرط لأن كلاً منهما يفيد ضرباً من التأخير وهو خير من إلغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته ما لا يبطل به كمتى، وإذا أجيب بأن الحمل على أن أولى لأنها أمّ الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام. واعترض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازاً عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى. فإن أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان، وإن أراد معنى الظرفية مطلقاً فليس معناهما أصلاً، بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه الزمان والمكان بالأوعية للأمتعة وهي الظروف لغة قوله: **(فوجب اعتباره عموماً)** كما في أنت طالق في أي وقت شئت **(وخصوصاً)** في أنت طالق غداً قوله: **(ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت)** إن كانت غير مدخول بها طلقة بائنة، وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة، وإن كانت مدخولاً بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله:

للمطابقة في أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثاً **(ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها)** ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على إجازته، وكلامه فيه ظاهر. فإن قيل: قد ثبت من مذهب أهل الحق أن الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها، فما وجه إثبات المغايرة بينهما؟ أجيب بأن ذلك في العشرة الموجودة أو المتصوّرة، وأما الثلاث ههنا فمعدوم، والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة. فإن قيل: سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثاً وقعت الواحدة وقد أتت بغير ما فوّض إليها إذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر. أجيب بأن التفويض هناك لم يتعرض

الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته. أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر

ذلك شاءت أو لا، ثم إن قالت: شئت بائنة أوْ ثلاثاً وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائناً ولا ثلاثاً، ولو لم تحضر الزوج نية لم تذكره في الأصل، ويجب أن تعتبر مشيئتها، حتى لو شاءت ثلاثاً أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الأصلين. أما على أصله فلأنه أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف لأن كيف للحال، والزوج لو أوقع رجعياً يملك جعله بائناً وثلاثاً عند أبي حنيفة، فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك، وأما عندهما فكذلك تملك إيقاع البائن والثلاث لأنه تفويض أصل الطلاق إليها على أي وصف شاءت، كذا في «الكافي»، وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة، أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء **(وعلى هذا الخلاف أنت حرّ كيف شئت)** يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة. والحاصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل بصفته وعندهما يتعلقان معاً بمشيئتها. وما قيل: إن العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقاً ومنجزاً على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقاً عما يأتي من الزمان ومقيداً به قوله: **(فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها)** لأنه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفاً البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها، وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا أخلف، وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله: أنت طالق تنجيز لأصل الطلاق جاعلاً صفته على مشيئتها، ومن ضرورة إثبات أصله إثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصاً بعض الأوصاف من عمومها. بقي أيّ الأمرين أولى؟ تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز

لشيء، فقد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصاً وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثاً فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله: **(وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة)** ظاهر، وكذا قوله إن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت لأن معنى قوله إن شئت إن شئت الثلاث إذ الشرط لا بد له من جزاء، فإما أن يكون متقدماً عليه أو يقدر مثله متأخراً، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة، وكذا عكسه عند أبي حنيفة لأن الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة، كما أن إيقاع الثلاث ليس بإيقاع للواحدة فيما إذا قالت طلقت نفسي ثلاثاً، ووجه قولهما ظاهر **(ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر)** وكلامه ظاهر، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ. والثاني أنه إذا قال شئت طلاقك: أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج إلى النية. وأجيب عن الأول بأن كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وإنما فيه ذكر المشيئة فيكون شائياً بمشيئتها لا بطلاقها. لا يقال كلامها مبني على كلامه الأول وفيه ذكر الطلاق لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما يبتني عليه. وعن الثاني

قال المصنف: **(لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته)** أقول: أطلق المشيئة في جانبها إذ بها يثبت وجود الطلاق والإرادة في جانبه حيث لا يقع بها الطلاق، وكذا الكلام في قوله أما إذا أردت ثلاثاً فليتأمل، فإنه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا: وإن اختلفا بأن شاءت بائنة قوله: **(وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق إلخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وهي مشتركة بين الكم والكيف)** أقول: فيه بحث.

قوله: **(وهو أن المفوض ههنا متنوع إلخ)** أقول فيه: أن التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة ككون المفوض متنوع لا يفيده.

مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير قال رضي الله تعالى عنه: وقال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله **(وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثاً)** وعلى هذا الخلاف العتاق، لهما أنه فوّض التطليق

أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقاً للمحافظة على حقيقة العموم؟ والنظر في ترجيح الأول لأن تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقاً لأنه لا يكاد يثبت. وأما ما رجح به في «الكافي» من أن بتقدير قولهما: يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فإنما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف، ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلاً، بل تركيب كيف شئت مجازاً عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى **﴿أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت﴾** [الغاشية: ١٧] أي ينظرون إلى كيفية خلقها. فإن قلت: فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما: لأن تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ. فالجواب لا يجوز لأن شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظاً ومعنى نحو كيف تصنع أصنع. وما قيل في توجيه قولهما: أن غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض، فليس أحدهما قائماً بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجوداً بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته ساء في الأصلية والفرعية، فإن تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر، فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الأصل على ما ذكرنا وهو ضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما يثبت لأحدهما يثبت للآخر، ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير ما قررناه قوله: **(ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق، بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله، وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار في نفس الواقع فلا يقع شيء ما لم تشأ. والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح لها في التخيير. ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية. قال: لو طلقت نفسها ثلاثاً على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة: لا يكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك، وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله: إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً ما لم تقم من مجلسها لا يحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة، ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره. وأورد أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت. أجيب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس، ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس، فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا، وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتاً، وإنما يكون لو

بأن قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكاً وقد يقصد وجوده وقوعاً فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً وقوله: **(إذ المشيئة تنبيء عن الوجود)** قيل لأن المشيئة في الأصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود، فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وإيجاد الطلاق بإيقاعه، بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب، قال عليه الصلاة والسلام «الحمي رائد الموت» أي طالبه، فإن قيل: ذهب علماؤنا في أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة؟ فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى، لأن ما شاء الله كائن لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد. وقوله: **(وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي)** ظاهر. وقوله: **(لأن التعليق بأمر كائن تنجيز)** قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي إن فعل كذا وهو يعلم أنه فعله وليس كذلك. وأجيب بأن بطلان الثاني ممنوع، وبعد التسليم نقول: هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل، فكذا إذا حصل بفعل في الماضي تحامياً

إليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال: أعني قبل الدخول وبعده. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف للاستيصاف، يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه

كانت معتبرة بمعنى العدد ولأنه المتبادر من ذلك، بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدام ثم **(إن ردت الأمر)** بأن قالت: لا أطلق **(كان رداً)** لأن هذا أمر واحد بخلافه بكلما. قوله: **(خطاب في الحال)** احتراز عن إذا ومتى: يعني هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل فاقتضى جواباً في الحال قوله: **(وإن قال: لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين)** بالاتفاق. واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثاً، وبه قال: الشافعي وأحمد. وتطلق عندهما إن شاءت **(لأن كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز)** أي للبيان كما في قوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] وغيره صلة **﴿ليغفر لكم من ذنوبكم﴾** [نوح: ٤] وتبعيضاً نحو أكلت من الرغيف **(فيحمل على تمييز الجنس)** محافظة على عموم ما: أي بيان الجنس؛ بخلاف ما لو حملت على التبعيض: يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعاً، أما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه في الشرع المنع، فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الأعداد. وعلى قولهما: يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلاثاً **(كما لو قال كل من طعامي ما شئت)** له أكل الكل **(وطلق من نسائي من شاءت)** فشئن كلهن له أن يطلقن، بخلاف ما إذا حملناها على التبعيض فإنه حينئذ يبطل عموم ما **(ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة في التبعيض)** إذا دخل على ذي أبعاض والطلاق منه **(وما للتعميم فيعمل بهما)** بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة إعمال من في معناها في مثله، بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل، **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] أي الرجس الذي هو الأوثان، ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلاث، فإن ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فانحل إلى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء إنما هو في الثلاث، وإنما تملك أن تطلق نفسها واحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله: طلقي نفسك ثلاثاً لها أن تطلق واحدة، وليس على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة إذ المعنى طلقي نفسك عدداً شئته، على أن ما نكرة موصوفة، فالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مزيل من إبهامه.

عن تكفير المسلم. وقوله: **(ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إلخ)** واضح. وقوله: **(فلا يخرج بالشك)** يعني لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله إن شئت، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك. وقوله: **(وقد مر من قبل)** يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. وقوله: **(ولو قال لها أنت طالق كلما شئت)** ظاهر.

وقوله: **(فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً)** قيل معناهما واحداً. وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثاً، والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة هذا هو الظاهر **(ولو قال أنت طالق حيث شئت)** ظاهر. فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان. بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فإنه يقع الساعة. أجيب بأن حيث وأين تفيدان ضرباً من التأخير، وحرف الشرط أيضاً يفيد ضرباً من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط. فإن قيل: إذا جعلا مجازاً عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وإنما يبطل بالقيام عن المجلس إذا جعلا مجازاً عن حرف إن، وأما إذا جعلا مجازاً عن كلمة إذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازاً عن كلمة إذا أو متى؟ أجيب بأن جعلهما مجازاً عن إن أولى لما أنها لمحض الشرط فكانت أصلاً في الباب، والاعتبار بالأصل أولى من غيره،

يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه **(وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أيّ عدد شاءت **(فإن قامت من المجلس بطل، وإن ردت الأمر كان رداً)** لأن

[فروع] قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة. وقال محمد: لا يقع شيء لأن معناه إن لم تشائي واحدة فأنت طالق ثلاثاً، فإذا شاءت واحدة لا يقع شيء. ولأبي يوسف أنه أثبت لها مشيئة الواحدة فإذا شاءتها تقع. ولو قال: طلقها إن شاء الله وشئت وأنت طالق إن شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شيء لأنه عطف على باطل فيبطل، ولو قال: حين شئت فهو بمنزلة قوله: طلقها إذا أو متى شئت لأن حين للوقت، ولو قال: إن شئت فأنت طالق إذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال، لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقاً معلقاً في أي وقت شاءت، فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال: أنت طالق إذا شئت لأن المعلق كالمرسل عند الشرط. ولو قال لامرأتيه: إذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد. ولو قال لاثنتين: إن شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شيء، لأن الشرط مشيئتهما الثلاث، بخلاف ما لو قال لهما: طلقاها ثلاثاً فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لأن كل واحد ينفرد بإيقاع الثلاث فيصح إيقاعه لبعضها. ولو قال: إن شئت فأنت طالق ثم قال: لأخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا فلا، لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك: أي كلاهما مملوكان لي فأيهما

بخلاف الزمان لأن للطلاق تعلقاً به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعاً في مكان كان واقعاً في جميع الأمكنة فوجب اعتباره: أي اعتبار الزمان خصوصاً، كما لو قال أنت طالق غداً أو عموماً كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت.

قال: **(وإن قال أنت طالق كيف شئت)** اختلف علماؤنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا، فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها إن لم يدخل بها، وإن دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك. ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيئاً أو لم ينو، فإن كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جرياً على التخيير. وإن كان الأول، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذاك، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً أو بالعكس وقعت واحدة رجعية، وقالا: لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإن شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لأنه فوّض التطليق إليها على أي صفة شاءت، لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقاً فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الأحوال، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت. ولأبي حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل، يقال كيف أصبحت: أي على أي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك، فكان التفويض في وصف الطلاق، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر. وههنا سؤال مشهور وهو أن المعقول أن لا يحتاج إلى نية الزوج، لأنه لما فوّض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات ما فوّض إليها اعتباراً بعامة التفويضات. وجوابه أنه فوّض إليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف: يعني العدد والبينونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما. وقد روى عن الطحاوي أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائناً أو ثلاثاً في قول أبي حنيفة. قال صاحب النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية: وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي. ولقائل أن يقول: لا مناسبة لهذا التفويض لعامه التفويضات إلا في كونه تفويضاً وذلك ليس بجامع لوجود الفارق، وهو أن المفوض ههنا متنوع دونها فيكون وجوب التعويل نظر. توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالأصل أصلاً فيكون منجزاً أصل الطلاق ومفوضاً لوصفه المتنوع. وتفويض وصف الشيء مبهماً قبل وجود الأصل ممتنع إلا أن في غير

قال المصنف: **(وهو خطاب في الحال)** أقول: احتراز عن إذا ومتى: يعني أن هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل.

هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال **(وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تطلق ثلاثاً إن شاءت)** لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز الجنس، كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو

نوى صدق. ولو قال: طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشائي لم تطلق أبداً لأنه جعل المشيئة والإباء شرطاً واحداً ولا يمكن اجتماعهما. ولو قال: إن شئت وإن لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت، ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضاً كما لو قال: إن دخلت أو لم تدخلي. أما لو أخر الطلاق فقال: إن شئت وإن لم تشائي فأنت طالق لا تطلق أبداً. ولو قال: أنت طالق إن شئت وإن أبيت، فإن شاءت يقع وإن أبت يقع، وإن سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع. وكذا إن شئت أو أبيت. وفي طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت: أبيت تطلق. ولو قال: إن لم تشائي طلاقك فأنت طالق فقالت: لا أشاء لا تطلق لأن لفظ أبيت لإيجاد الفعل الذي هو الإباء وقد وجد، وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا للإيجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها: لا أشاء لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف. ولو قال لها: طلقي نفسك وقال لها آخر: أعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الأمر من يدها، ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها في الطلاق. وعنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر، فإن شاءت الساعة وقعت عند الطهر. وعلى قياس قول أبي حنيفة: إن كانت حائضاً فلها المشيئة حين تطهر على إحدى الروايتين عنه فإنه ذكر في باب المشيئة في طلاق الأصل: لو قال: إن شئت فأنت طالق غداً فالمشيئة إليها للحال، بخلاف أنت طالق غداً إن شئت فإن المشيئة إليها في الغد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: المشيئة إليها في الغد في الفصلين. وقال زفر: المشيئة للحال فيهما. وذكر في الأمالي الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس. وفي المنتقى برواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق غداً إن شئت أو أنت طالق إن شئت غداً لها المشيئة غداً، وقالا: إن قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال، وإن أخرها فلها المشيئة غداً. وفرّع على هذا لو قال: اختاري غداً إن شئت أو اختاري إن شئت غداً، أو أمرك بيدك غداً إن شئت أو أمرك بيدك إن شئت غداً فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة، وكذا إذا قال: طلقي نفسك غداً إن شئت أو طلقي نفسك إن شئت غداً أو إن شئت فطلقي نفسك غداً لم يكن لها أن تطلق نفسها إلا في الغد عنده، وقالا: إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غداً. والمذكور في «الكافي» و «شرح الصدر الشهيد»

المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة إلى مشيئتها، وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف العتاق)** يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه. وعندهما لا يعتق حتى يشاء وإنما قال في الكتاب قال: **(في الأصل هذا قول أبي حنيفة)** لأن ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين أن ما ذكره في الجامع الصغير إنما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الأصل **(وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** ذكر في أصل رواية الجامع الصغير: إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً ما لم تقم من مجلسها، فإن قيل: كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثاً؟ أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شاءت طلقت نفسها ثلاثاً مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة: يعني أنها تقدر على ذلك كقوله تعالى **﴿فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾** على أنه روي عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك مباح لها في التخيير. ووجه الاختصاص اضطرارها، فإن التفريق يخرج الأمر من يدها. وقوله: **(لأنهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أيّ عدد شاءت)** فإن قيل: هذا في «كم» مسلم، وأما في «ما» فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى **﴿ما دمت حياً﴾** فقد وقع الشك في تفويض العدد إليها فلا يثبت العدد بالشك. أجيب بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو أن هذا

طلق من نسائي من شاءت. ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما، وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة، حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف، والله تعالى أعلم بالصواب.

أنت غداً طالق إن شئت فقالت الساعة: شئت كان باطلاً، إنما لها المشيئة في الغد، بخلاف قوله: إن شئت فأنت طالق غداً فإن لها المشيئة في مجلسها لأن في الثاني علق بالمشيئة طلاقاً مضافاً إلى غد، ولو علق بالمشيئة طلاقاً منجزاً تعتبر المشيئة حالاً حتى لو قامت بطلت مشيئتها، فكذا إذا علق بها طلاقاً مضافاً. وفي الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد ثم جعل ذلك معلقاً بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن في الفصلين تراعي المشيئة في غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالاً. ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت. وعند أبي يوسف إن أخر قوله: إن شئت فكذلك وإن قدمه تعتبر المشيئة في الحال، فإن شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شاءت. ولو قامت من المجلس قبل أن تقول: شيئاً بطل. وقال «شمس الأئمة»: فيما قدمنا من أن إن شئت فأنت طالق إذا شئت هنا مشيئتان الأولى على المجلس والأخرى مطلقة إليها معلقة بالمؤقتة، فمتى شاءت بعد هذا طلقت، قال: وإن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها، ولا فرق بين أن يقول: إن شئت الساعة أو لم يذكر الساعة. ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد: شئت واحدة لا يقع شيء لأنه ما شاء الثلاث، وكذا لو قال: شئت أربعاً. ولو قال: أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت: شئت وقع الثلاث. ولو قال: اخرجي إن شئت ينوي به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها: طلقني وطلقني وطلقني فقال: الزوج طلقت فهي ثلاث. ولو قالت: طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق، فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فثلاث. ولو قالت لزوجها: تريد أن أطلق نفسي؟ فقال الزوج: نعم فقالت: طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض وقع وإن نوى الرد: يعني طلقي إن استطعت لا يقع.

تفويض بمعنى التمليك لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت، وفيه نظر لأن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح. والجواب أنه تمليك فيه معنى التعليق، والأول كالأصل فالترجيح به أولى. **(فإن قامت عن المجلس بطل الأمر)** لما ذكرنا أنه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس **(وإن ردت الأمر كان رداً لأن هذا أمر واحد)** إذ ليس فيه ما يدل على التكرار، قيل وهو احتراز عن كلما، وكل ما هو أمر واحد يقتضي جواباً واحداً ليكون الجواب مطابقاً للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي أن يكون في الحال، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مراداً. قيل وهو احتراز عن إذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فإذا ردت الأمر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار، وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة، وقالا: لها أن تطلق **(ثلاثاً لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من تكون للتمييز)** يعني للبيان كما في قوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحتمل المحتمل على المحكم ويجعل بياناً **(كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت. ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن)** من حيث أن يجعل المراد بعضاً عاماً، والثنتان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وبالنسبة إلى ثلاث بعض فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد لأنه ليس بعام. أجيب بأنه يتناوله دلالة، وإذا كان العمل بهما ممكناً لا يهمل أحدهما **(وفيما استشهد به ترك التبعيض)** بدليل خارجي **(وهو إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة)** فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم لما عرف وههنا كذلك **(حتى لو قال من شئت كان على الخلاف)** قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع شيء عند أبي حنيفة، لأن مذهبه أن المفوض إليها الواحدة إذا طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع، فكذا التي فوض إليها ثنتان إذا طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع وقد مر، والله أعلم.

باب الأيمان في الطلاق

(وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يقع لقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح» ولنا أن هذا تصرف

باب الأيمان في الطلاق

اليمين في الأصل القوة. قال الشاعر:

إن المقادير بالأوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير

أي لا قوة، وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة إلى الأخرى، وسمي الحلف بالله يميناً لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه، ولا شك في إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعاً عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يميناً قوله: **(وإذا أضاف إلخ)** استعملها في المفهوم اللغوي وإلا فالمثال لا يطابق لأنه تعليق لا إضافة قوله: **(وقال الشافعي: لا يقع)** ونقل عن عليّ وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد. وقال مالك: إن خص بلداً أو قبيلة أو صنفاً أو امرأة صح، وإن عمم مطلقاً لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح، وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى. أما لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي عليّ كظهر أمي فإنه يصير مظاهراً مع العموم لأن الحرمة ترتفع بالتفكير. وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص إلا أن صحته في العموم مطلق، يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط

باب الأيمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحاً وكناية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركباً من ذكر الطلاق، والشرط والمركب مؤخر عن المفرد. واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء، سمي يميناً مجازاً لما فيه من معنى السببية. إضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص، كما إذا قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق، أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوّجها فهي طالق، وهو قول عمر روى ذلك عنه في الظهار. وقال الشافعي: لا يصح وهو قول ابن عباس، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «لا طلاق قبل النكاح» روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه، فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً، فسئل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال «لا طلاق قبل النكاح» ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء، وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط إذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف

باب الأيمان في الطلاق

قوله: **(لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحاً إلخ)** أقول: وفي أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزاً قوله: **(عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل إلخ)** أقول: الباء في بما متعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد، ولك أن تمنع اتحاد المعنى فإن الثاني للإستعانة وللملابسة والأول للإلصاق قوله: **(واستدل على ذلك بقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح»)** روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً، فسئل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال «لا طلاق قبل النكاح» أقول: فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز، إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقاً منجزاً حتى يسألوا من رسول الله ﷺ. والحق أن ما في الكتاب إشارة إلى ما أخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة قال ﷺ «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل الملك» والجواب عن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل قال المصنف: **(ولنا أن هذا تصرف يمين)** أقول: إضافة بيانية: أي تصرف هو يمين قوله: **(وهو منقوض إلخ)** أقول: في توجيه النقض ما لا يخفى.

يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف، والحديث محمول على نفي التنجيز، والحمل مأثور عن السلف

أو بمعناه، وفي المعينة يشترط أن يكون بصريح الشرط، فلو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة: أعني أتزوجها، بل الصفة فيها لغو فكأنه قال: هذه طالق، بخلاف قوله: إن تزوجت هذه فإنه يصح، ولا بد من التصريح بالسبب. في المحيط: لو قال: كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق، وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك. ولو قال: نصف المرأة التي تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح. ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعذر جعله بدلاً أو شرطاً. وكذا لو اشترى عبداً على أنه حرّ لم يعتق. ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر. تمسك الشافعي بقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح»[1] أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة، قال ﷺ «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل ملك»[2] وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه يرفعه «لا طلاق قبل النكاح»[3] انتهى، وفيه جويبر وهو ضعيف. وأخرج أبو داود والترمذي عنه ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»[4] قال الترمذي حسن، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر «أن النبي ﷺ سئل عن رجل قال: يوم أتزوّج فلانة فهي طالق ثلاثاً، قال: طلق ما لا يملك»[5] وأخرج أيضاً عن أبي ثعلبة الخشني قال «قال عم لي: اعمل لي عملاً حتى أزوجك ابنتي، فقلت: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثاً ثم بدا لي أن أتزوجها، فأتيت رسول الله ﷺ فسألته فقال لي: تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح، قال فتزوجتها فولدت لي سعداً وسعيداً»[6]. ولنا أن هذا تعليق لما

في الأصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط، وإذا كان متيقناً به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط، وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء، وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب أن الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج إلى اشتراطه في الحال، بخلاف صورة النقض فإنه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لأن الظاهر عدم ما يحدث فضلاً عن التيقن به، وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به. وقوله: (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لأنه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطاً في ذلك الوقت، ومجال الكلام في هذه

---

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٨ من حديث المسور بن مخرمة قال البوصيري: هذا وإسناد حسن علي بن الحسين وهشام بن سعد مختلف فيهما». وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١١: حسن الإسناد.

(٢) هو المتقدم.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٩ من حديث علي قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعيف جويبر بن سعيد.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٩٠، ٢١٩١، ٢١٩٢ والترمذي ١١٨١ وابن ماجه ٢٠٤٧ والطحاوي في مشكل الآثار ١/ ٢٨٠، ٢٨١ والدارقطني ٤/ ١٤، ١٥ والحاكم ٢/ ٣٠٥ والبيهقي ٧/ ٣١٨ والطيالسي ٢٢٦٥ وأحمد ٢/ ١٨٩، ١٩٠، ٧٠٢ من طرق كثيرة كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً.

قال الترمذي: حسن صحيح وهو أحسن شيء في هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم اهـ باختصار.

قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١١: قال البيهقي في «الخلافيات»:

قال البخاري: أصح شيء فيه وأشهر حديث عمرو بن شعيب.

(٥) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٦ من حديث ابن عمر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣١: قال صاحب التنقيح: حديث باطل وأبو خالد الواسطي هو عمرو بن خالد وهو وضاع وقال أحمد، ويحيى: كذاب.

(٦) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٦ من حديث أبي ثعلبة الخشني.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٣: قال صاحب التنقيح: وهذا أيضاً باطل وعلي بن قرين كذبة يحيى بن معين، وغيره، وقال ابن عدي: يسرق الحديث، ويذهب أحمد كمذهبنا.

كالشعبي والزهري وغيرهما **(وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق)** وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فيصح يميناً أو إيقاعاً **(ولا**

يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والإبراء، وما ظن مانعاً من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو، وذلك لأن النكاح شرع سبباً لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سبباً لانقطاعها، بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب. أما الطلاق فمحظور، وإنما شرع للحاجة بتباين الأخلاق غلط لأن الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوّج، فإن النفس قد تدعو إلى تزوّجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجتها وغلبتها عليه فيؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاماً لها عن مواقع الضرر، فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع، بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر. والجواب عن الأحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الأخيرين فمحمول على نفي التنجيز لأنه هو الطلاق، أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقاً وذلك عند الشرط **(والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري)** قال عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال: في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال، فقال له معمر: أو ليس قد جاء «لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك»[1] قال: إنما ذلك أن يقول الرجل: امرأة فلان طالق وعبد فلان حر. وقول المصنف: **(وغيرهما)** تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصاً بعد قوله مأثور عن السلف يعطي أنه مأثور عن غيرهما أيضاً. أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والأسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوّجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوّجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا: هو كما قال. وفي لفظ: يجوز عليه ذلك. وقد نقل مذهبنا أيضاً عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين. وأما الحديثان الأخيران فلا شك في ضعفهما. قال «صاحب تنقيح التحقيق»: إنهما باطلان، ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع، وقال: أحمد وابن معين كذاب، وفي الأخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره، وقال ابن عدي: يسرق الحديث، بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي، فما قيل: لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أو لا، كيف ومع عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه. فإن قيل: لا معنى لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهراً بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله، فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوّج تنجيزاً

المسئلة واسع وقد ذكرناه في الأنوار والتقرير. وقوله: **(والحديث)** يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز، فإن المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه أنهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقاً فقال «لا طلاق قبل النكاح» وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في أن تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز، وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو إثباته **(والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما)** كمكحول وسالم بن عبد الله **(وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط)** لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال. لا يقال: المحتاج إليه ثبوت الملك عند الشرط

قوله: (وتحقيقه أنهم سألوا رسول الله ﷺ، إلى قوله: فقال «لا طلاق قبل النكاح») أقول: فيه بحث مرت الإشارة إليه.

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً

ويعدون ذلك طلاقاً إذا وجد النكاح فنفى ذلك ﷺ في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها. بقي لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقاً ليخرج عن تناول النص، بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار. والجواب أن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه، وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعاً. ومما يؤيد ذلك ما في موطإ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوّجها، فقال القاسم: إن رجلاً جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوّجها، فأمره عمر إن هو تزوّجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر. فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً والكل واحد. والخلاف فيه أيضاً وكذا في الإيلاء إذا قال: إن تزوّجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فمتى تزوّجها يصير مولياً. فإن قيل: هذا التعليق إنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال: إذا بلغت فزوجته طالق، وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك. قلنا: لا بد أولاً من بيان المراد بقولنا: هو طلاق أو ليس به إذ لا شك في أنه لفظ الطلاق، والمراد أنه ليس سبباً في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار. وحينئذ نقول: لا إشكال في أن كون الشيء سبباً شرعاً لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعاً: أعني أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سبباً للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فإن سببيته ليست إلا بإيجابه الحكم في محل حلوله ملزوماً للحكم فيحل حيث حل، ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن، بل إذا كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن، فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سبباً، بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال، غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقاً به، وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب. وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز، بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال، وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر: أعني منع نفسه من تزوّجها، وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفاً في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سبباً وهو يستدعي المحلية وهما معاً يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده. ثم رأينا الشرع صححه مكتفياً بظهور قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة: إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك، وبهذا حصل الجواب عن الأخير: أعني تطليقه في الأجنبية بغير الملك. ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة: إذا ولدت ولداً فهو حرّ حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة، فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطاً لصحة التعليق، ولعمري إن جلّ هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الألفاظ. وقوله: وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن لا يقع كقوله: أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفياً، ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية: أي تصرف هو يمين، وكذا هو في قوله: وهو قائم بالمتصرف، أي فلا حاجة إلى

والاستصحاب حجة دافعه لا مثبتة، لأن الاستصحاب لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه، قوله: (فيصح يميناً) يعني عندنا على ما مر (أو إيقاعاً) يعني عند الشافعي، فإن عنده كونه طلاقاً معلق لا التطليق فكان إيقاعاً في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً) للمحلوف عليه (أو يضيفه إلى ملك) لأن

فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند

اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في ذلك كافٍ. وقول مالك: إنه سد على نفسه باب النكاح. قلنا: فماذا يلزم إذ قد يكون علم مصلحة في ذلك ديناً لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه لجاج فيؤنسها، على أنه يتصور تزوّجه عندنا بأن يعقد له فضولي ويجيز هو بالفعل كسوق الواجب إليها أو الوطء. واعلم أن مقضتى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سبباً في الحال كالمعلق، لكنهم جعلوه سبباً في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان، ولا فرق إلا ظهور إرادة المضيف الإيقاع، بخلاف المعلق فإن قصده البر، فكأن هذا المعنى المعقول صارفاً للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع إن نحو أنت طالق غداً وإذا جاء غد واحد في قصد الإيقاع. وهم يجعلون إذا جاء غد تعليقاً غير سبب في الحال والآخر سبباً في الحال. وأما قولهم: إنه ينزل سبباً عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجيزاً فالمراد الإيقاع حكماً، ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق، ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته.

[فروع] في المنتقى: إن تزوّجت فلانة: فهي طالق وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجها منه طلقت لأنهما يمينان إحداهما على الأمر والأخرى على التزوّج. ولو قال: إن تزوّجت فلانة وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجها منه فتزوّجها بنفسه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا، بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الأمر حيث لا تنحل اليمين، وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحداً لا تطلق لأنه بعض الشرط، فإن أمر بعد ذلك رجلاً فقال: زوّجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط. ولو قال: إن تزوّجت فلانة أو أمرت إنساناً أن يزوّجنيها فهي طالق فأمر غيره فزوّجه تلك المرأة لم تطلق لأنه حنث بالأمر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده. وعن أبي يوسف: إذا قال: إن تزوّجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوّجها لا تطلق، قال في الكتاب لأنه حنث بالخطبة، فهذا يدل على أن اليمين منعقدة، وهو ردّ على من قال: اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما، وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فإنه نص على الحنث، حتى لو تزوّج قبل الأمر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوّجتك بألف فقبلت طلقت. وفي فوائد «شمس الأئمة الحلواني»: لو قال: إن تزوّجت فلانة فهي طالق إن تزوّجت فلانة فتزوّج فلانة لا تطلق، فإن طلقها ثم تزوّجها تطلق. ووجهه أنه اعتراض الشرط على الشرط كقوله: إن تزوّجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين. رجل له مطلقة فقال: إن تزوّجتها فحلال الله عليّ حرام فتزوجها تطلق. ولو قال لامرأته: إن تزوّجت عليك ما عشت فحلال الله عليّ حرام، ثم قال: إن تزوّجت عليك فالطلاق عليّ واجب ثم تزوّج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منها باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء، هذا في «النوازل». قال في المحيط: وفيه نظر، وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزويج وإنه لا يصح، بخلاف تعليق نفس الطلاق، وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما يصرف إلى أيتهما شاء، ولأن اليمين الأولى لما انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال: زن ويرا طلاق، ومن قال: ذلك وله امرأتان يقع على إحداهما انتهى وفي نظره نظر. أما قوله: وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية إلخ فبناء على أن التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح،

الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً أي غالب الوجود **(والظهور بأحد هذين)** الأمرين: أما أن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً **(فليكون مخيفاً بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة)** فإن الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لأجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء، والخوف إنما يكون إذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط، وأما أن ظهوره بأحد هذين الأمرين فلأنه إذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين: أعني الحمل أو المنع **(والإضافة إلى سبب**

سببه **(فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق)** لأن الحالف ليس بمالك ولا

وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف، وأن المختار وقوع الطلاق، والمذكور في النوازل بناء عليه. وأما قوله: وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما إلخ فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراقي لا بدليّ فيشمل الزوجتين معاً فقد حرمهما وزن ويرا طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته، وهو إنما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها، وإذا قال: كل امرأة أتزوّجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق، بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه قوله: **(فيصح يميناً أو إيقاعاً)** أي فيصح التعليق المذكور يميناً عندنا لأنه لا يعمل عندنا في الحال، أو إيقاعاً عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال قوله: **(ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملكه لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهر الوجود)** أي ظاهراً وجوده عند الفعل، وقوله وهو القوّة: أي على الامتناع هنا قوله: **(والظهور بأحد هذين)** لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي كذا لفظ ظاهر المذكور آنفاً، وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع. والحاصل أن قوله للأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله إيقاعاً لعدم المحل ولا يميناً لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملاً على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفاً لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط. لا يقال: لم لم يكن الأمر فيه موقوفاً على العاقبة، إن تزوّجها ظهر كونه يميناً وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما. لأن نقول: تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فإنه لم يقع مخيفاً فلم يقع يميناً فلا تتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر، ومعنى الإخافة هنا إخافة لزوم نصف المهر إن تزوّجها لأنه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوّج خوفاً من ذلك. وقد أورد على هذا قوله: إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حمل فيه ولا منع بإخافة. وأجيب بأن العبر للغالب لا للشاذ قوله: **(والإضافة إلى سبب الملك)** يعني التزوّج **(بمنزلة الإضافة إليه)** وقال بشر المريسي: لا يصح لأن الملك يثبت عقيب مسببه، فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي، بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه حينئذ يتقدم الملك. والجواب ما قال محمد: حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب، فتقدير قوله: إن تزوّجتك إن ملكتك بالتزوّج، لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا، إلا أن يجعل بيان وجه التجوّز بالسبب عن المسبب وهو بعيد إذ ليس هذا موضعه، بل هو في هذا القنّ من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه أنهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوّجها فدخلت لا تطلق من أنه لم يعتبر تمام الكلام مضمراً تصحيحاً، والتقدير إن تزوّجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به: ابن أبي ليلى لأن اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال في تصحيحه، وهذا ينافي ذلك الجواب. ويكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف، لكن لا يخفى ورود أن يقال إما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته، والأول تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى، وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي. والأولى أن يدفع ما قال: ابن أبي ليلى بأنه لا طريق إلى تحقيق تلك الإرادة لانتفاء الحقيقة وطريق

الملك) كقوله إن اشتريتك فأنت حر بمنزلة الإضافة إلى الملك كقوله إن ملكتك فأنت حر **(لأنه)** أي الجزاء **(ظاهر عند سببه)** يعني سبب الملك قوله: **(فإن قال لأجنبية)** تفريع على ما مهد من الأصل وهو ظاهر. واعترض بأنه لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يتول معناه إن تزوّجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الإلغاء. وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته، كذا قال عامة الشارحين، وفيه نظر لأن التعليق ليس بيمين حقيقة. ولئن كان فقد يقع فيما يكون محموداً شرعاً، كما إذا قال إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ فإن لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية.

أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا **(وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما)** لأن

المجاز، بخلاف ما نحن فيه، وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضاً، بل الأولى أن يقال: الإضافة إلى سبب الملك مراد بها الإضافة إلى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله.

[فروع] لو قال: إن تزوّجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لأنه علقه بالنكاح وذكر معه وقتاً لا يقدر على إيقاعه فيه فلغا ذكره الوقت وبقي التعليق. وقالا: لا يقع لأن المعلق كالملفوظ عند الشرط. ولو قال: وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا. ولو قال لوالديه: إن زوّجتماني امرأة فهي طالق ثلاثاً فزوّجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح لأن تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح. ولو قال رجل لأجنبية: ما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوّجها ثم تزوّج غيرها لا تطلق، أما إذا قال لها: إن تزوّجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوّج غيرها تطلق قوله: **(وألفاظ الشرط إلخ)** ومن جملتها لو ومن وأيّ وأيان وأين وأنى وجميعها تجزم إلا لو وإذا، وقيل: يجزم بها إذا زيد بعدها ما، والمشهور أنه إنما يجزم بإذا في الشعر وكذا بلو، قال:

* لو يشأ طار به ذو ميعة *

قوله: **(لأن الشرط مشتق من العلامة)** يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك، قال تعالى ﴿**فقد جاء أشراطها**﴾ [محمد: ١٨] أي علاماتها، وهذا لأن الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط قوله: **(فتكون علامات)** أي يكون وجود الأفعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء. فالحاصل أن معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء: أي تدل على ذلك بالذات، وإلا فكل من هذه ولفظ لو أيضاً كذلك في الجملة، فإنه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب، نحو لو جاء زيد لأكرمتك فيعرف أن ذلك الفعل إذا وجد استلزم وجود الجواب، لأن اللازم يثبت عند الملزوم، وعلى هذا فجميع الأدوات تفيد الوجود للوجود إلا أنّ لما لما كانت أدخل حيث وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا: حرف وجود لوجود، ولو وضعت لإفادة امتناع الملزم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع، ولم يذكرها المصنف لأن مقصوده ينافيه: أعني التعليق على ما على خطر الوجود لأنها أفادت تحقق عدمه

والصواب أن يقال: المقدر إما أن يكون محذوفاً أو مقتضى، وليس بمحذوف لأن المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر، والشرطان منتفيان، أما الأول فظاهر لأن التزوج أعلى رتبة من دخول الدار، وأما الثاني فلأن الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوّج والدخول، فما كان شرطاً صار بعضه وموضعه أصول الفقه قال: **(وألفاظ الشرط)** عبر بألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لأن عامتها أسماء، ولم يورد أحد حرفي الشرط وضعاً وهو لو قال في النهاية: لأن كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظاً، وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظاً ومعنى، فإنها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن، بخلاف كلمة لو، وهذا لا مدخل له في علم الفقه. والصواب أن يقال: قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع، وذلك إنما يكون في المستقل، ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فأنى له مدخل في ذلك. قوله: **(لأن الشرط مشتق من العلامة)** قال في الصحاح: الشرط بالتحريك العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، فعلى هذا

قوله: **(وفيه نظر لأن التعليق، إلى قوله: والصواب أن يقال)** أقول: فيه بحث.

قال المصنف: **(لأن الشرط مشتق من العلامة)** أقول: يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك، وقال الله تعالى ﴿**قد جاء أشراطها**﴾ أي علاماتها قوله: **(فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه)** أقول: فيه بحث، فإن ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية.

الشرط مشتق من العلامة، وهذه الألفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث، ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها، وكلمة كل ليست شرطاً حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بالأفعال إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو

فلا يحصل معنى اليمين، ولعدم حصوله لم تذكر لما، وإن كان لو قال: لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي. ويروي عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الأصلي ولا المشهور، ولذا قال: بعضهم لا يتعلق. وفي الحاوي في فروعنا: لو قال: أنت طالق أو تزوّجتك تطلق إذا تزوّجها، وقد ورد في قوله ﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية﴾[النساء: الآية ٩]. فذهب بعض النحويين إلى تجويزه، وأكثر المحققين أنها ليست إلا للتعليق في الماضي. وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم، وكذا لعدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلاً وليست شرطاً لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيف إليه.

[فروع] قال: أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع، وكذا في الإخبار بأن قال: طلقت بالأمس لولا كذا. واعلم أن موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق إلا بها إلا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في أنه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله. وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب. فإذا قال: إن دخلت الدار أنت طالق وقع للحال، فإن نوى تعليقه دين، وكذا إن نوى تقديمه. وعن أبي يوسف لا يتنجز حملاً لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله:

* من يفعل الحسنات الله يشكرها *

ودفع بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين. وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية. قال في «الدراية»: ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء، وفيه ضعف لأن واو الابتداء لا يستعمل إلا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد في بيت هو هذا:

طـلـبـيـة وأسـمـيـة وبـجـامـد ... وبـمـا ولـن وبـقـد وبـالـتـنـفـيـس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه ليفهم فنظمتها في ثلاثة أبيات وهي هذه:

تـعـلـم جـواب الـشـرط حـتـم قـرانـه ... بـفـاء إذا مـا فـعـلـه طـلـبـاً أتـى

كـذا جـامـداً أو مـقـسـمـاً كـان أو بـقـد ... ورب وسـيـن أو بـسـوف أدر يـا فـتـى

أو اسـمـيـة أو كـان مـنـفـي مـا وإن ... ولـن مـن يـحـد عـمـا حـددنـاه قـد عـتـى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بأن قال: أنت طالق فإن دخلت لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة، ويمكن أن يقال: يتعلق لأن الفاء حرف تعليق. وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها، وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول

يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة، لأن المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير، وهو أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم. قوله: (**وهذه الألفاظ مما تليها الأفعال**) يعني غير كلمة كل فإنه يذكر فيما يليها اسم، وفي كلامه لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية، وليس ذلك طريق معرفتها وإنما طريق ذلك السماع، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال، ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لأن مطلوبه أن هذه ألفاظ الشرط ودليله، لأن الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه، وهذه الألفاظ مما يليها الأفعال، وهذا أيضاً مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين، وهو ظاهر وكلامه واضح. وقوله: (**إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال**،

حر. قال رضي الله تعالى عنه: **(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين)** لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه **(إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال)** قال الله تعالى **﴿كلما نضجت جلودهم﴾** الآية، ومن ضرورة التعميم التكرار. قال: **(فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط**

اللفظ فلا يثبت إلا بالنية، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر له هنا. ولو قال: أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به، وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق. ولو قال: أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لأن ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوّجها طالق، أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب. ولو قال: أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور: لأنها للتعليل، ولا يشترط وجود العلة. وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي أنها بمعنى إذا استدلالاً بقوله تعالى **﴿يمنون عليك أن أسلموا﴾** [الحجرات: ١٧] وبقوله تعالى **﴿تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمٰن ولداً﴾** [مريم: ٩٠ . ٩١] وقول محمد: أولى إذ لا أصل لجعلها كإذا، وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما. ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت بكل حال لأن الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه، تقديره إن لم تدخلي وإن دخلت، وإن هذه هي الوصلية، ويقع في الحال بقوله: أنت طالق إذ دخلت وبقوله: ادخلي الدار، وأنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أدّ إلى ألفاء وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي قوله: **(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط)** وإذا تم وقع الحنث فلا يتصوّر الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس. وقال بعضهم في متى: إنها تفيد التكرار كقوله:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات بمعنى أنّ أي وقت تأتي تجد ذلك، ففي متى خرجت فأنت طالق، المفاد أن أيّ وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق، فإذا تحقق في وقت وقع، ثم لا يقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار، وإن مع لفظ أبداً مؤدي لفظ متى بانفراده، فإذا قال: إن تزوجت فلانة أبداً فهي طالق فتزوّجها فطلقت ثم تزوجها ثانياً لا تطلق، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي. ومن غرائب المسائل ما في الغاية: من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مراراً طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عمومه عرفاً مرة بعد أخرى، واستشهد له بقوله تعالى **﴿ومن قتله منكم متعمداً﴾** [المائدة: ٩٥] أفاد العموم، ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد، وبما ذكر محمد في السير الكبير: إذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما. واستشكل بأن العموم في الأول لعموم الصيد المحلي باللام، ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر. وعموم الثاني بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل. قيل: والأولى الاستشهاد بقوله تعالى **﴿وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا﴾**[الأنعام: ٦٨] الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت إذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط. والأوجه أن العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به. وفي المحيط وجوامع الفقه: لو

قال الله تعالى ﴿كلما نضجت جلودهم﴾ الآية، ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين: أحدهما أنه عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين، فإن من قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت، ولو تزوج أخرى طلقت كذلك، فكان الواجب أن يقول في الاستثناء إلا في كل وكلما. والثاني أنه قال ومن ضرورة التعميم التكرار، والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفاً ولا تكرار فيه، حتى لو تزوّج التي طلقت ثانياً لم يقع الجزاء. والجواب عن

لم يقع شيء) لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط. وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر)** لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوّج

قال: أيّ امرأة أتزوّجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة، بخلاف كل امرأة أتزوّجها حيث تعم بعموم الصفة، واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوّجها بعموم الصفة قوله: **(إلا في كلما فإنه يتكرر)** ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها: كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان. ولو قال: كلما وقع طلاقي عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث. والفرق أن الشرط في الثاني اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها، وفي الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه. ولا يقال طلقها: إذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان: إحداهما بحكم الإيقاع، والأخرى بحكم التعليق قوله: **(ومن ضرورة التعميم التكرار)** أورد في كل عموم ولا تكرار، فإنه لو قال: كل امرأة أتزوجها طالق فتزوّج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق، وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوّجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط. وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد قوله: **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة)** أبداً لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور، وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه. وعن أبي يوسف في «المنتقى»: إذا قال: كلما تزوّجت امرأة فهي طالق فتزوّج امرأة طلقت، فإن تزوّجها ثانياً لا تطلق إلا مرة واحدة. ولو قال ذلك لمعينة: كلما تزوجتك أو تزوّجت فلانة تكرر دائماً، واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوباً أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة. والحاصل أن كلما عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة. وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر. فإن قلت: بينهما فرق، فإن كلاً يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة، وكلما يقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة، فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء، وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الأول أو لا. قلنا: قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه، إذ المقصود أنه يثبت العموم في الأفعال

الأول أن شرطية هذه الألفاظ إنما هي باعتبار ما يليها من الأفعال لأن الخطر إنما يحصل باعتبار وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين، ولهذا لو تزوّجها ثانياً لم تطلق، وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشإ الشرط فلا يكون مناقصاً. وعن الثاني أن المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال، لأن الكلام فيه، والتعميم في الأفعال إنما يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار، فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي إلى الثلاث، فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها، وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتفى الجزاء ينتفي الكل، وفيه خلاف زفر وسيجيء **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لما ذكرنا أن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوّج)** وهو غير محصور. قال: **(وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها)** إذا قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء. والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق، والجزاء أيضاً باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف. فإن قيل: سلمنا أن محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود. فالجواب أن الكلام

قوله: **(إنما هي باعتبار ما يليها إلخ)** أقول: أي بالذات أو بواسطة اسم قوله: **(قد انتهت اليمين)** أقول: في كلمة كل أيضاً.

وذلك غير محصور. قال **(وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها)** لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين **(ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق)** لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا **(وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين)** لوجود الشرط **(ولم يقع شيء)** لانعدام المحلية **(وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة)** لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه **(فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها**

والأسماء فصار الحاصل كل تزوّج لكل امرأة، وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهراً على ما قرروا في ركب القوم دوابهم و **﴿جعلوا أصابعهم في آذانهم﴾** [نوح: ٧] فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة، وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين. ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتفٍ لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيراً من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط. والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب قوله: **(وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها)** حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوّجها فدخلت طلقت، وكذا إذا قال لعبده: إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال، ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث، أما إذا طلقها ثلاثاً فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي. ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب، هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافاً لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافاً لهما، حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافاً لهما. وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائباً مسلماً فتزوجها ثانياً لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينقص عندهما قوله: **(وإن اختلفا في جود الشرط فالقول قول الزوج، إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق)** وعلى هذا لو قال: إن لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت: لم أدخل وقال: دخلت فالقول له: وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول. ولو قال: إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت: لم يجامعني وقال: فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح. لو قال: بلغك الخبر فسكت وقالت: رددت القول قوله، خلافاً لزفر لهذا أيضاً فهذا أصل كلي، بخلاف ما لو قال. وهي في طهر خالٍ عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال: جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها: إن كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه، أما الأول فلأن المضاف سبب في الحال، وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض قوله: **(فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها)** عليه الأربعة رحمهم الله تعالى. وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بإدخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك. ودفع بأنها أمينة مأمورة بإظهار ما في رحمها بقوله تعالى **﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] تحريم كتمانها أمر بالإظهار. وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر، وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطنة لا يوصل إلى علم

ليس في الوقوع وإنما هو في بقائه يميناً واليمين لا يحتاج إلى الملك ابتداء بدليل جواز إن تزوجتك فأنت طالق، ففي البقاء أولى إذ البقاء أسهل من الابتداء. ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط في الملك كما إذا تزوجها ثانية ثم وجد الشرط أو في غيره كما إذا وجد قبل التزوّج، فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت اليمين. أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به، وأما انحلال اليمين فلأن اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين، وإن كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية **(وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج)** على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله: **(ولم تطلق فلانة)** ليس على ظاهره بل فيما إذا كذبها الزوج في قولها حضت، وأما إذا

في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان، والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول. وجه الإستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حرّ

ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به قوله: **(ولم تطلق فلانة)** هذا إذا كذبها، أما إذا صدقها طلقت فلانة أيضاً، وكذا في جميع نظائره قوله: **(كما قبل في حق العدة)** أي انقضائها، حتى لو طلقها طلاقاً رجعياً ثم لم يراجعها فقالت له: بعد مدة تحتمل صدقها: قد انقضت عدتي انقطع حق الرجعة، أو قالت: لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها **(والغشيان)** أي حل الوطء وحرمته، فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل، أو قالت للمطلق ثلاثاً: تزوجت بثانٍ وغشيني حلت له. لا يقال: إما أن تكون حاضت أو لا، فعلى الأول يقع عليهما، وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما. لأنا نقول: المنظور إليه في حقها شرعاً الإخبار به لأنها أمينة وفي حق ضرتها حقيقته، وشهادتها عل ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب، ولا بعد في أن يقبل قول الإنسان: في حق نفسه لا غيره، كأحد الورثة إذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباقون، والمشتري إذا أقرّ بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع، هذا وإنما يقبل قولها: إذا أخبرت بالحيض وهو قائم، أما بعد الانقطاع فلا لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط، بخلاف قوله: إن حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده، حتى لو قالت بعد مدة: حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها: ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه، ولا يقع إلا إذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع، وهذا لأنها جعلت أمينة شرعاً فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج. ولو قال لامرأتيه: إذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما، فإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة، وإن كن ثلاثاً فقال ذلك فقلن: حضنا لم تطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن، وكذا إن صدق إحداهن فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات. ولو كنّ أربعاً والمسئلة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن. وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين، وإن صدق ثلاثاً فقط طلقت المكذبة دون المصدقات. والأصل أن حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعاً، وإن حاض بعضهن يكون ذلك. بعد ما يثبت به الحكم فلا يثبت، وإن قلن: جميعاً حضنا لا يثبت حيض كل واحدة إلا في حق نفسها إلا أن يصدقها فيثبت في حق الكل، وإن صدق البعض وكذب البعض نظر، فإن كانت المكذبة واحدة طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها لأن قولها: مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لا يقبل قولها: في غيرها فلم يتم الشرط في الغير، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعاً

صدقها فإنه يقع. وقوله: **(كما قبل في حق العدة والغشيان)** أما قبولها في العدة فبأن تقول قد انقضت أو لم تنقض. وأما في الغشيان فيحتمل معنيين: أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني. والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها أنا طاهر أو حائض. وقوله: **(لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها)** وفيه بحث وهو أنها لا تخلو من الحيض وعدمه، والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه، لأنها إن كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعاً، وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما. فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجوداً ومعدوماً في حالة واحدة وهو محال. وأجيب بأن

فقالت أحبه، أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت: أحبك طلقت هي **(ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها)** لما قلنا، ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب، وفي حقها وإن تعلق

قوله: **(وكذلك إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله، إلى قوله: لما بينا)** يريد أنها أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها. قوله: **(ولا يتيقن بكذبها)** جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها، فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط. أجاب بمنع تيقنه، فإن الإنسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب. ولو قال: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق فقالت: أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب. وقال محمد: لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا إن صدقت لأن الأصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه، وتقييده بالأصل يبطل الخلقية. قلنا: بل عدم إمكان الوقوف على ما في قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقاً فاستوى التقييد وعدمه. وفي الظهيرية ما يدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها، وهو قال لامرأته: أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال: لست أحبه كاذباً فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى. واستشكل السرخسي هذا بأنه إن لم يعلم ما في قلبها فإنه يعلم ما في قلب نفسه، لكن الطريق ما قلنا إذ القلب متقلب لا يثبت على شيء، فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر، والأحكام إنما تناط بالأمور الظاهرة لا الخفية، كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين، ولا يخفى ما فيه بالنسبة إلى قلبه. واعلم أن التعليق بالمحبة إنما يفارق التعليق بالحيض في أنه يقتصر على المجلس لكونه تخييراً، حتى لو قامت وقالت: أحبك لا تطلق، وأنها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى، وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات، ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة.

[فرع] في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر: إذا قالت المرأة لزوجها شيئاً من السبّ نحو قرطبان وسفلة فقال: إن كنت كما قلت: فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت: أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته. وقال الإسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها: إن كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق، وإن قال: أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى. ونص بعضهم على أن فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط قوله: **(فكان حيضاً من الابتداء)** ويجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول: طلقت حين رأت الدم، وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقاً

الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين: الأمانة والشهادة، ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما، وليس ذلك ببدع في الشرع فإنه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره، وفيه نظر لأن الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم، بخلاف ما نحن فيه. والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض نفسه، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفي لا يطلع عليه، وإنما الكلام في الأمر الدال عليه وهو قولها حضت، وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه. وقوله: **(وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم)** ظاهر. وقوله: **(لما بيننا)** إشارة إلى قوله أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها. وقوله: **(ولا يتيقن بكذبها)** جواب عما يقال إخبارها عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلاً. ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها

قوله: **(والآخر العدم)** أقول: عن محل وجود الحل مثلاً قوله: **(بخلاف ما نحن فيه)** أقول: فإنه يقتضي عدم الحيض عما وجد فيه في حق طلاق الضرة وعتاق العبد.

الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة، ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهي المحبة **(وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام)** لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضاً **(فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت)** لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء **(ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها)** لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها، ولهذا حمل عليه

فجنى العبد أو جني عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر، فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الأحرار، ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها قوله: **(ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر)** أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لا يكون الأول بدعياً لأنه إنما يقع في الطهر بخلاف الثاني، ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة ديناً في ذمتها، وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع قوله: **(لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة)** عن هذا لو قال: نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لأنه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافاً لزفر في قوله: تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف. قلنا: هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور، ولو كانت حائضاً لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض. وإذا قال لطاهرة: أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأن اليمين يقتضي شرطاً مستقبلاً وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه، وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي، بخلاف قوله: أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر، والمراد بحديث الاستبراء قوله ﷺ في سبايا أو طاس «ألا لا تنكح الحبالى حتّى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة»[1] وسنتكلم عليه في موضعه إن شاء الله تعالى قوله: **(بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار)** إذ لم يقل إذا صمت يوماً أو شهراً فيتعلق بما يتسمى صوماً في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده، وكذا إذا صمت في يوم أو شهر لأنه لم يشرط كماله، بخلاف ما إذا قدره بمعيار كإذا صمت يوماً فإنه لا يقع إلا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه. ونظير إذا صمت يوماً إذا صمت صوماً لا يقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين، وفي إذا صليت يقع بركعة قوله: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما الأول)** لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة، وتقرير المسئلة واضح من الكتاب. وما عن الشافعي من أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معاً. قيل: لا ينبغي أن لا يعوّل عليه لأنه مستحيل عادة، غير أنه إن تحقق ولادتهما معاً وقع الثلاث وتعتد بالأقراء. ولو ولدت غلاماً وجاريتين ولا يدري أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولاً أو ثانياً تطلق ثلاثاً واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لا تنقضي ما بقي في البطن ولد، وإن كان آخراً يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية

لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعاً به. وقوله: **(وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها)** ظاهر. وقوله: **(إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق)** والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر، ومن الفرق أنه لو قال إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حراً من حين رأت الدم حتى كان الأكساب له وكان الطلاق بدعياً. وقوله إذا قال إذا حضت

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢٢١٠ والحاكم ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٥/ ٣٢٩ وأحمد ٣/ ٢٨، ٦٢، ٨٧ كلهم من حديث أبي سعيد.
وقال الحاكم: صحيح شرط مسلم.
أخرجه الترمذي ١٥٦٤ من حديث أم حبيبة بنت العرباض بلفظ «نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن» والطيالسي ١٦٧٩ من حديث جابر بلفظ «نهى أن توطأ النساء الحبالى من السبي» له طرق فالحديث قوي.

في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر **(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم)** لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل)** لأنها لو ولدت الغلام أوّلاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة، ولو ولدت الجارية أوّلاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرناه أنه حال انقضاء العدة، فإذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال،

شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى، ولا يقع بالغلام شيء لأنه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأفضل قضاء وبالأكثر تنزهاً. ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث، لأنه إذا كان الغلامان أوّلا وقعت واحدة بأولهما، ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة، وإن كانت الجارية أولا أو وسطاً وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة. ولو قال: إن كان حملك غلاماً فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله، فما لم يكن الكل جارية أو غلاماً لا يقع كما في قوله: إن كان ما في بطنك غلاماً والباقي بحاله كقوله: إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقاً فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق. ولو قال: إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث. وفي الجامع: لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، فإن كان الذي تلدينه غلاماً فطالق ثنتين فولدت غلاماً يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد وهو قول: مالك والشافعي قوله: **(وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف)** حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلاً متعلقاً بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا. وقال زفر رحمه الله: عند كل منهما. وقياسه فيما إذا كان فعلاً قائماً باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق إلا أن يجيء كل منهما، وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة إذا حضتما فأنتما طالقان، وجعله في شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه، ولا يستلزم تعدده تعدده، فإنها لو كلمتهما معاً وقع الطلاق لوجود الشرط، وغايته تعدد بالقوة. وجه قول زفر: اعتبار الأولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده إذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما **(ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم)** وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية: قيام الملك في الحال، وكون الشرط الملك ليصير الجزاء في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظراً إلى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني، فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل، فإذا تمت لا يحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة، وإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده، وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب. وأما الشرطان فتحققهما

حيضة كان الطلاق سنياً لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت. وقوله: **(في حديث الاستبراء)** يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة» أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها

قوله: **(ولنا صحة الكلام: أي صحة هذا الكلام، إلى قوله: ولا يحتاج إلى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق إلخ)** أقول: تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل قوله: **(وحالة تمام الشرط)** أقول: معطوف على قوله حالة التعليق.

والأولى أن يؤخذ بالثنتين تنزهاً واحتياطاً، والعدة منقضية بيقين لما بينا **(وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوّجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الأولى)** وقال زفر رحمه الله: لا يقع، وهذه على وجوه: **(أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر، أو وجدا في غير الملك فلا يقع، أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع)** أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية. له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد. ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم، إلا أن

حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره، أما الثاني فكقوله: إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط. وصورته في الجامع، قال: كل امرأة أتزوّجها إن كلمت فلاناً فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوّجها طالق واستغنى عن اللقاء بتقديم الجزاء، فالكلام شرط الانعقاد والتزوّج شرط الانحلال، وأصله قوله تعالى **﴿ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم﴾**[هود: ٣٤] المعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم، وقوله تعالى **﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبيّ إن أراد النبي أن يستنكحها﴾**[الأحزاب: ٥٠] فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي إن أراد النبي؛ فالمعنى: إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها. قيل ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالقبول، فالمعنى: إن وهبت مؤمنة نفسها للنبي فإن أراد النبي: أي قبل أحللناها. ووجه المسئلة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطاً واحداً لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي إمام الحرمين من الشافعية، لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل، والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء للأول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله: إن أكلت مقدماً من تأخير لأنه من حيز الجواب المتأخر، والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق، وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق. وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم إضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب. وفي التجريد: لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول، فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلاناً وهي في العدة طلقت انتهى. وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده، وعلى هذا إذا قال: إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أوّلاً ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعيد وفي الوعد السؤال، فكأنه قال: إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى، ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا، فإن كان بإن تطلق لوجودهما كيف كان لأن المعروف في ذلك إذ إلا إن، وأما الأول فإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أوّلاً يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لأن قوله: أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء، والشرط الثاني لا جزاء له، فإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه: أي تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة، فلذا لو قدما معاً لم يقع إلا طلاق واحد، وكذا إذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال: إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع، ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثاني، وإن أخر الجزاء

عشرة أيام، وبالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة. وقوله: **(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً)** ظاهر مما تقدم. وإذا قال إذا صمت صوماً فحكمه كذلك **(بخلاف ما إذا قال إذا صمت)** فإنها إذا صامت ساعة مقرونة بالنية

الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك، وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة **(وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجت زوجاً آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: هي طالق ما بقي من الطلاق)** وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه. وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث. وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه ما بقي، وسنبين

فقال: إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لأنه عطف شرطاً محضاً على شرط لا حكم له، ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطاً واحداً فلا يقع إلا بوجودهما. لأنه لو وقع بأولهما صار عطفاً على اليمين كالأول لا على الشرط فقط، فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين، وفيه تغليظ على نفسه، فأما إذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطاً واحداً كما في مسئلة الكتاب، إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى إضماراً كلمة الشرط، كذا في شرح الزيادات.

[تنبيه] يشترط في صحة الشرط الاتصال كالاستثناء، وعروض اللغة بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق. وفي الجامع: لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحساناً. وقال الكرخي: ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله: حر وحر إن شاء الله تعالى على قوله. والجواب أنه تأكيد، بخلاف وحرّ لأن التأكيد بلفظه لا يكون بالواو، فإنما يشاكله حرّ حرّ إن شاء الله ولا يعتق فيه. وأجمعوا أن السكوت والعطف لا يمنعان العطف ما دام في المجلس، كذا في «الذخيرة» لأن العطف غير مغير بل مقرر، بخلاف الشرط والاستثناء، وإذا تعقب الشرط أجزية ليست أيماناً تامة ذكرناه من قريب قيد الكل. وإذا قال: أنت طالق وعبده حر إن كلمت فلاناً يتعلق كل منهما به، وعن هذا إذا قال: أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثاً وأربعاً إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث قوله: **(وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً وطلقها ثنتين إلخ)** فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث. أما عند محمد فلأن الباقي واحدة بها يكمل الثلاث. وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية، وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوّجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط؛ فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة، وعندهما لا إذ يملك بعد الوقوع ثنتين قوله: **(وسنبينه بعد)** ونحن نبينه هناك إن شاء الله تعالى **(ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك)** لما قدمنا أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة، والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوّج بغيره، والظاهر عند التزوّج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مراداً لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم: أعني إرادة اليمين. وأيضاً بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له، وإنما تحدث مُحليتها بعد الثاني فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام، وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت حماماً أو

وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب. قال: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة)** هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه: إن علم أن الغلام ولدته أوّلاً طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً طلقت ثنتين، وإن اختلفا فالقول للزوج لإنكاره الزيادة، وإن لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لأنها ثابتة بيقين وفي الثانية شك، وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان، حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجاً غيره لاحتمال أنها مطلقة ثلاثاً، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرّمة عليه. وقوله: **(والعدة منقضية بيقين لما بينا)** يريد قوله لأنها لو ولدت الغلام أولاً الخ. وحاصله أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل. وقوله: **(إن**

من بعد إن شاء الله تعالى (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ، وقد بقي حتى وقوعها فتبقى اليمين. ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل

بستاناً لا يقع اليمين فهذا كذلك، بخلاف قوله لعبده: إن دخلت فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محليته بالرق ولم تزل بالبيع، وبخلاف ما إذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوّجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق، خلافاً لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لأنه وإن كان استفاد حلاً جديداً بملك جديد يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه. وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر: لقولهم: المعلق طلقات هذا الملك، والفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال: أنت طالق ثلاثاً فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها. والجواب أن هذه مشروطة. والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها، فإذا زال بقي المعلق ثلاثاً مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلاً للطلاق، فإذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثاً مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها، وهذا ثابت في تنجيزه الثنتين فيقع والله أعلم. وبخلاف ما لو قال إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهراً لأن الظهار تحريم الفعل لا الحل الأصلي، إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح، أما الطلاق فتحريم الحل، وقد فات بتنجيز الطلقات قوله: (ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر: أي العقر بهذا اللبث، بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عليه عقر لها. وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه، بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد: أي فيه شبهة أنه جماع واحد، وقد كان أوله

الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم، وعندهما لا لتحققه (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلتِ الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ) إذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله: (وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانياً بعد تزوّجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فإذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال، وإنما قلنا إن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة، إذ الظاهر عدم ما يحدث، وكل ما كان مانعاً عن وجود الشرط أو حاملاً عليه فهو الجزاء لأن اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك، وإذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه. واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق لأنه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضاً سماوياً. وأجيب بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر، وفيه نظر لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً، وإنما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها. والصواب أن يقال: الشرط في مثل ذلك هو إخبارها عن ذلك

قوله: (وكل ما كان مانعاً عن وجود الشرط إلخ) أقول: فيه سوء ترتيب قوله: (وفيه نظر) أقول: وفي نظره نظر، فإن عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضاً إذ لا يحلف بأمثالها في الأغلب فليتأمل.

للمحلية فلا تبقى اليمين، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله **(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر)** وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة **(وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد)** وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما، ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله لوجود المساس، ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالإجماع لوجود الجماع، والله تعالى أعلم بالصواب.

غير موجب للحد فلا يكون آخره موجباً له، وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد. وإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر، ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعياً باللباث عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس. ولمحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجب سبب مستأنف للرجعة، بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعاً بالإجماع. وعن محمد: لو أن رجلاً زنى بإمرأة ثم تزوجها في تلك الحالة، فإن لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم.

والحمل والمنع فيه متصور. وقوله: **(بخلاف ما إذا أبانها)** يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة عند أبي يوسف وهي مسئلة الهدم، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلاً لليمين، وبينها وبين مسئلة الظهار فإن هذه المرأة لو كان قال لها زوجها إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي فطلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخر كان مظاهراً منها إن دخلت الدار. وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلاً للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة، حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين، وعن الثاني بأن محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق، فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التفكير وهذه بوجود الزوج الثاني إلا أنها إن دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرّمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وإنما يوجد بعد التزوج بها، فإذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار وقوله: **(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً)** ظاهر. وقوله: **(في الفصل الأول)** يعني إذا لم يخرجه. وقوله: **(وجود الجماع بالدوام عليه)** معناه أنه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي. وقوله: **(ولا دوام للإدخال)** معناه أن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام، والجماع هو الإدخال ولا دوام له. وقوله: **(وجب العقر)** قال في ديوان الأدب: العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل، وبه فسر الإمام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير. وقوله: **(لوجود المساس)** إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كانتداء الوجود عند أبي يوسف، وأما دوام المساس فهو موجود بالإجماع، وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعاً في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة.

فصل في الاستثناء

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً لم يقع الطلاق) لقوله ﷺ: «من حلف بطلاق أو

فصل في الاستثناء

وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر، وهذا يشمل المتصل والمنقطع حداً أسماه لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحاً على أنه متواطىء، وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره، يراد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيد بغيره من المنقطع. والأوجه كون الخلاف في أن إلا حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط، وفيه من غير الجنس أيضاً بالتواطؤ والاشتراك اللفظي فإنه أفيد، بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه، وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجبه، إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض، وقدم مسألة إن شاء الله لمشابهتها الشرط في منع الكل، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعة لأنه منع لا إلى غاية، والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده: أكرم بني تميم إن دخلوا، ولذا لم يورده في بحث التعليقات، ولفظ الاستثناء اسم توقيفي، قال تعالى ﴿ولا يستثنون﴾ [القلم: ١٨] أي لم يقولوا: إن شاء الله وللمشاركة فبالاسم أيضاً اتجه ذكره في فصل الاستثناء، وإنما يثبت حكمه في صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهي. لو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه. ولو قال: بع عبدي هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه. قيل لأن الإيجاب يقع ملزماً فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء، وذكره ليس إلا ذلك، والأمر لا يقع ملزماً لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته. وعن «الحلواني»: كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع، بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال: نويت صوم غداً إن شاء الله له أداؤه بتلك النية، وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه؟ يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة قوله: (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ) وكذا إذا قال: إن لم يشأ الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئه لم يقع إذا كان متصلاً فلا يفتقر إلى النية، حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع. وحكي عندنا فيه خلاف قال: خلف يقع، وقال أسد لا يقع، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقاً، وقال: رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع، فقلت لم؟ قال: أرأيت لو قال: أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع؟ قلت لا، قال: كذا هذا، وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا، وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري أن السكوت رضا يمضي به العقد عليها. وفي خارج المذهب خلاف في النية. قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام، وقيل: قبل فراغه، وقيل: ولو بعد فراغه، وقيل: ولو

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا، وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغني، ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء. ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقاً صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام، أو باعتبار أن الله تعالى سمى ذلك استثناء قال: ﴿ولا يستثنون﴾ واختلفوا في أن قوله إن شاء الله بعد ذكر الجمل للإبطال أو للتعليق، فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثاني، وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال: لأن الاستثناء

فصل في الاستثناء

قوله: (أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول: منعاً لا إلى غاية، بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية.

عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به فلا حنث عليه». ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقاً من هذا الوجه وإنه إعدام

بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به. واعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولاً اسمياً فمقتضاء أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً، ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله: أنت طالق كيف شاء الله، ويحتمل كونها حرفياً: أي مدة مشيئة الله فلا تطلق، فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر، وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة، لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولاً اسمياً، ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوي استعماليها، وأخبر أنه أراد الظرف، أما إذا لم يكن نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لايحتاج إلى نية، أما لو قال: إن شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده، وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم، ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه، كذا في «شرح الجامع»، وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال: طالق بمشيئة الله وإرادته ومحبته ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق، إذ الباء للإلصاق، والكائن في التعليق إلصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكاً، وإن قال: بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه إليه تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفاً، وإن قال: بحرف اللام يقع في الوجوه كلها، سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه للإيقاع كقوله: طالق لدخولك الدار، وإن قال: بحرف «في» إن أضافه إليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله: طالق في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقاً بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع، ولأنه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقاً بأمر موجود فيكون تنجيزاً، ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير، وقد يقدر شيئاً وقد لا يقدره، حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في «الكافي». والأوجه أن يراد العلم على مفهومه، وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقاً، وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع، لأن معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى: أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه. يقال للفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال. وفيه أيضاً: وإن أضاف إلى العبد بفي كان تمليكاً في الأربع الأول وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقاً في الستة الأواخر، ولا يخفى أن ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله: في إرادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع، بخلاف توجيهنا. ولو قال: طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشأ الله لم يقع شيء لأن الأوّل لحقه الاستثناء فبطل، والثاني باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله، ولو قال: طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان، لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل، والمسئلتان مذكورتان في النوازل. وقال في المنتقى: لو قال: طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثاً فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثاً ووجهة ما بيناه. وقال: لو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو إلى الموت، فإن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثاً بلا فصل، وقد ظن أنه مخالف مسئلة النوازل. والجواب أن المسئلة المنتقى تعليق

بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق، وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى **(وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به لا حنث عليه» **(ولأنه أتى بصورة الشرط)** أي بحرف الشرط صريحاً دون حقيقته، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر

قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداماً من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط (ولو

الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت، إذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لأوقعهما الزوج. وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله فلا يقعان أبداً قوله: (لقوله ﷺ «من حلف بطلاق»[1] إلخ) غريب بهذا اللفظ، ومعناه مروى. أخرج أصحابه السنن الأربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى» لفظ النسائي، ولفظ الترمذي «فلا حنث عليه»[2] وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي: حديث حسن غريب. وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفاً، وعن سالم عن ابن عمر موقوفاً، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني. وقال إسماعيل بن إبراهيم: كان أيوب أحياناً يرفعه وأحياناً لا يرفعه ا هـ. وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع. واعلم أن مالكا رحمه الله يقول: بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله. والاستدلال بالحديث المورد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق إن شاء الله، وسنبين إن شاء الله ذلك في كتاب الأيمان. وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن إسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى أو لغلامه أنتِ حر إن شاء الله تعالى أو على المشي إلى بيت الله فلا شيء عليه»[3] وهو معلول بإسحاق، هذا نقل تضعيفه عن الدار قطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما. وأخرج الدار قطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من طلق واستثنى فله ثنياه»[4] ضعفه عبد الحق بحميد، وتعدد طرق الضعف عندنا وإن كان يخرجه إلى الحسن إذا لم يكن ضعفه

وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفائها كذلك، وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (والتعليق إعدام) أي إعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلاً (فيكون إعداماً من

قوله: (ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً) أقول: فيه تأمل إلا أن يكون الكلام مبيناً على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة قوله: (وما هو كذلك) أقول: أي الذي أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف: (فيكون إعداماً من الأصل) أقول: قال ابن الهمام يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اهـ. وفيه بحث، فإن أبا يوسف استدل بهذا أيضاً على مذهبه كما سيجيء في كتاب الإقرار.

---

(١) غريب جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٤: غريب بهذا اللفظ ا هـ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٢ أجده.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢٦١، ٣٢٦٢ والترمذي ٢٥٣١ والنسائي ٧/ ٣٠، ٣١ وابن ماجه ٢١٠٥ والدارمي ٢/ ١٨٥ وابن حبان ٤٣٤٠ وأحمد ٢/ ٦، ١٠، ٤٨، ٦٨، ٢٦، ١٢٧ و ١٥٣ والبيهقي ١٠/ ٤٦ كلهم من حديث ابن عمر.

قال الترمذي: حديث حسن، وقد رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع ابن عمر موقوفاً، وهكذا روي عن سالم عن ابن عمر موقوفاً، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني. وورد من طريق آخر أخرجه النسائي ٧/ ٢٥ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وابن حبان ٤٣٤٠ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر لكن الراوي عن نافع كثير بن فرقد هذا عند النسائي والحاكم وعلى هذا فقد توبع أيوب على رفعه وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، واحتج به ابن حبان على متابعة أيوب السختياني حيث قال: باب ذكر الخبر المدحض قول من زعم أن هذا الخبر تفرد به أيوب السختياني.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٣٣٨ من حديث ابن عباس.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٣٥: هو معلول بإسحاق الكعبي ونقل الذهبي تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان واه.

وقال ابن عدي في ترجمة الكعبي: حدث عن جماعة من الثقات مناكير، ثم ذكر له حديثين هذا أحدهما وقال: هذان الحديثان بإسناديهما منكران ليس يرويهما إلا إسحاق هذا.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٥ والبيهقي ٧/ ٣٦١ كلاهما من حديث معاذ بن جبل.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٥: وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة الدارقطني، وقال: في إسناده حميد بن مالك وهو ضعيف، وقال البيهقي: هو حديث ضعيف ومكحول عن معاذ منقطع، وقال ابن الجوزي في «التحقيق»: مكحول لم يلق معاذ وابن عياش وحميد، ومكحول كلهم ضعفاء. وقال في «التنقيح»: الحمل فيه على حميد تكلم فيه أبو زرعة وأبو حاتم وابن عدي والأزدي..

سكت ثبت حكم الأول) فيكون الاستثناء أو ذكر بعده رجوعاً عن الأول. قال رضي الله تعالى عنه: **(وكذا إذا ماتت**

بالوضع، لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي قوله: **(ولأنه أتى بصورة الشرط)** أي بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعاً أو منتفية قطعاً فلا تردد في حكمها، وما يكون كذلك فهو تعليق **(فيكون تعليقاً من هذا الوجه)** يعني من حيث الصورة **(وإنه إعدام)** أي التعليق إعدام العلية قبل وجود الشرط قوله: **(والشرط لا يعلم هنا فيكون إعداماً من الأصل)** يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى **﴿حتى يلج الجمل في سمِّ الخِياطِ﴾** [الأعراف: ٤٠] وقال:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى، وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه. وثمرته تظهر فيما إذا قدم الشرط فقال: إن شاء الله أنت طالق علىٰ التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال. وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا، وهو غلط فاجتنبه، بخلاف قوله: إن شاء الله فأنت طالق، وفيما إذا جمع بين يمينين فقال: أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حرّ إن كلمت زيداً إن شاء الله، فعلى التعليق يعود إلى الجملة الثانية، فلو كلمت زيداً لا يقع، ولو دخلت الدار يقع، وعلى الإبطال إلى الكل لعدم الأولوية بالإبطال، فلو كلمت زيداً أو دخلت الدار لا يقع، ولو أدخله في الإيقاعين فقال: أنت طالق وعبدي حرّ إن شاء الله ينصرف إلى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالإجماع، أما عندهما فلما قلنا من عدم الأولوية بالإبطال. وأما عند أبي يوسف فلأنه كالشرط والشرط إذا دخل على إيقاعين يتعلقان به، وفيما إذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله: حنث على التعليق لا الإبطال. وفي فتاوى قاضيخان: الفتوى على قول أبي يوسف: إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل أن الفتوى على أنه إبطال قوله: **(ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول)** أي إذا سكت كثيراً بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وإن كان له منه بدّ، بخلاف ما لو سكت قدر ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثاً في قوله: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله عند أبي حنيفة خلافاً لهما، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله: طالق واحدة إن شاء الله وهو يقول قوله: وثلاثاً لغو فيقع فاصلاً فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثاً، وعلى هذا الخلاف عبده حرّ وحرّ إن شاء الله. ولو قال: حرّ حرّ بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلاً بلا خلاف لظهور التأكيد. وقياسه إذا كرر ثلاثاً بلا واو وأن يكون مثله. ولو قال: عبده حرّ وعتيق إن شاء الله صح فلا يعتق، بخلاف حرّ وحر لأن العطف التفسيري إنما يكون بغير لفظ الأول فلا يصح، وحرّ لقوله: حر تفسيراً فكان فاصلاً بخلاف حر وعتيق، ومثل ثلاثاً وثلاثاً لو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة. وعندهما يصح الاستثناء كقوله: طالق أربعاً إن شاء الله. ولو قال: طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله صح الاستثناء اتفاقاً لأنه ليس لغواً لأنه يثبت به تكميل الأول. ولو قال: ثلاثاً بوائن أو البتة لا يصح الاستثناء في الظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو. وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل، فإنه ذكر في النوازل: لو قال: والله لا أكلم فلاناً أستغفر الله إن شاء الله هو مستثن ديانة لا قضاء. وفي الفتاوى: لو أراد أن يحلف رجلاً ويخاف أن يستثنى في السرّ يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولاً سبحان الله أو غيره من الكلام. والأوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر، ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال: إن شاء الله أو أراد أن يقول: فسدّ إنسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلاً برفعه صح. وعن هشام: سألت محمداً عمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وهو يريد أن يستثني فأمسكت فاه قال:

الأصل) فكان إبطالاً للكلام **(ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط)** لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال **(فلو سكت ثبت حكم الكلام الأول)** فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول. وقوله: **(فيكون الاستثناء)** يعني على قول

قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابياً والموت ينافي الموجب دون المبطل،

يلزمه الطلاق قضاء وديانة: يعني إذا لم يستثن بعد التخلية، ولا يكتفي بذلك الفصل، واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الأربعة. وعن ابن عباس جوازه إلى سنة. وعنه أبداً. وقال سعيد بن جبير إلى أربعة أشهر، وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول الأوزاعي: استدلالاً بحديث سليمان عليه السلام «لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاماً فقال له صاحبه: يعني الملك، قل إن شاء الله، فنسي إلى آخره، فقال رسول الله ﷺ: لو قالها لقاتلوا جميعاً»(١) قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه، وقوله ﷺ «لو قالها»: يعني متصلاً. واستدل المطلقون بظواهر: منها أنه ﷺ قال في مكة «لا يختلي خلاها» الحديث، فقال له العباس رضي الله عنه: «إلا الإذخر، فسكت ثم قال: إلا الإذخر» ومنها أنه قال في أسرى بدر: «لا يفلت أحد منهم إلا بفداء أو ضربة عنق، فقال ابن مسعود: إلا سهيل ابن البيضاء، فقال: إلا سهيل ابن البيضاء»(٣) وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بإلا وهي تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها، وليس بلازم لأن المقصود الرفع بنفس لفظ القائل إيذاناً بأنه وافق الشرع المتجدد، وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الأولى مدلول عليه بها كأنه قال: لا يختلي خلاها إلا الإذخر. ومنها ما رواه أبو داود فإن رسول الله ﷺ قال «والله لأغزون قريشاً والله لأغزوّن قريشاً، ثم سكت ثم قال: إن شاء الله ثم لم يغزهم»(٤) ويجاب بأن كونه لم يغزهم لا يدل على أنه لم يكفر ولم يحنث، وهو أن رسول الله ﷺ قد حلف أنه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيراً منها إلا أتى التي هي خير وكفر عنها. فحين رأى أن عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه. ومنها إطلاق قوله ﷺ في الحديث السابق «فلا حنث عليه»(٥) والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملي، لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه. فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال: بالفاء الدالة على الوصل والتعقب بلا مهلة «من حلف على يمين فقال إن شاء الله»(٦) ثم يوجبه أيضاً اللوازم المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق

محمد **(أو ذكر الشرط)** يعني على قول أبي يوسف. وقوله: **(وكذا إذا ماتت)** معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجاباً، وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم. فإن قيل: الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلاً لعدم المحل، وإذا بطل الاستثناء صح

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٢٠ ومسلم ١٦٥٤ وابن حبان ٤٣٣٨ كلهم من حديث أبي هريرة. وعجزه عند ابن حبان «لو قال: إن شاء الله لم يحنث وكان أدرك حاجته».

(٢) تقدم في أواخر الحج في خبر تحريم مكة الطويل.

(٣) خبر سهيل ابن بيضاء ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب وهو في حاشية الإصابة ٢/ ٩٣ وقال ابن عبد البر: هو سهل ابن بيضاء أسلم بمكة وأخفى إسلامه فخرج مع قريش ببدر فأسر ببدر ثم ذكر ابن عبد البر قصة وفيها أن ابن مسعود شهد له بالإسلام فخلّى رسول الله ﷺ سبيله ومما ذكره ابن عبد البر أنه أحد الذين قاموا بنقض الصحيفة التي كتبتها قريش اهـ. ونقله ابن حجر في الإصابة ٣٥٢٠.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٨٥ والبيهقي ١٠/ ٤٨ كلاهما عن عكرمة مرسلاً دون لفظ «إن شاء الله» ثم أخرجه أبو داود ٣٢٨٦ والبيهقي ١٠/ ٤٧ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ١٨٢ كلهم عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ. وكذا ابن حبان ٤٣٤٣.

قال أبو داود عقب الرواية الأولى: وقد أسند هذا الحديث غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٣: رواه أبو يعلى الموصلي لكن ذكر ابن حبان في الضعفاء هذا الحديث، وقال: رواه شريك ومسعر، فأسنداه مرة، وأرسلاه أخرى. وكذا صحح إرساله ابن القطان اهـ.

قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح. اهـ.

فهذا الحديث رواه غير واحد موصولاً، وقد ذكر ذلك أبو داود فهذا بمجموع طريقيه المرسل والمتصل يصير حسناً.

(٥) تقدم قبل خمسة أحاديث

(٦) تقدم تخريجه قبل خمسة أحاديث.

بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء **(وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقت واحدة)** والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح، ومعناه أنه تكلم

ولا إقرار بمال ولا مالاً يحصى من اللوازم الباطلة، وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل، فقال له ما معناه: إن مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المحالفين لك من الخروج عليك، وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عندك. ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه إذا قال: متصلاً بقوله: طالق أو حرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق. وقال مالك وأحمد: في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لأنه علقهما بشرط محقق، لأنه لو لم يشأ الله كلاً من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به، ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره، وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما، وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال. والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى. والجواب عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى، ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى، وقوله: فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه، إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل قوله: **(فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط إلخ)** إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء، وعلى قول أبي يوسف: تعليق على أحد وجهي النقل عنهما، وقريب من الاستثناء لو قال: إن دخلت فلله عليّ أن أتصدق بمائه مثلاً، قال في النوازل: هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ما ليس به حقيقة، ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال، قال: وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه.

[فروع] طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا إشكال في أن القول قوله، وكذا إذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام محمود البخاري. ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا: لم يستثن قبلت، وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي، فإن لم يشهدا على النفي بل قالا: لم نسمع منه غير لفظه الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء. ففي المحيط القول قوله. وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندي: لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره، ومثله إذا قال لعبده: أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق. وفي الفتاوى للنسفي: لو أدعى الاستثناء وقالت: بل طلقني فالقول لها: ولا يصدق الزوج إلا ببينة، بخلاف ما لو قال لها: قلت لك: أنت طالق إن دخلت فقالت طلقني: منجزاً القول قوله. وفي الفتاوى الصغرى: إذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع. ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشايخنا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس. والذي عندي أن ينظر، فإن كان الرجل معروفاً بالصلح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقاً له، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي أن يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق في هذا الزمان. ولو طلق فشهد اثنان أنك قد استثنيت وهو غير ذاكر، إن كان بحيث إذا غضب لا يدري ما يقول: وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا يأخذ بها قوله: **(وكذا إذا ماتت)** معطوف على قوله: وإذا قال لامرأته: أنت

. . . .

قوله: **(وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف)** أقول: مخالف لما أسلفه آنفاً إلا أن يكون إشارة إلى النقل الآخر عنهما، ثم أقول: ولا يبعد أن يقال: الظاهر أن المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه، وذكر الشرط في سائر الشروط.

بالمستثنى منه، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان عليّ درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من

طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق. وقوله: والموت ينافي إلى آخره جواب عن مقدر هو أن الموت ينافي الواقع من الطلاق، حتى لو قال لها: أنت طالق أو طالق ثلاثاً فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي أن ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق. أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به قوله: **(بخلاف ما لو مات الزوج)** قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق، وقول من قال: يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشيء لأنه خلاف الظاهر، ولأنه يجب تصديقه فيه، ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا إذا كان لإثبات عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى في إثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء وإلا فلا فائدة له غير اللجاج قوله: **(ولو قال إلا ثنتين طلقت واحدة)** وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء لأنه استثنى الأكثر وهو قول طائفة: من أهل العربية، وبه قال أحمد. قالوا: لم تتكلم العرب به، وقوله تعالى **﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾** [الحجر: ٤٢] والغاوون الأكثرون. قال تعالى **﴿وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين﴾** [يوسف: ١٠٣] لا دليل فيه لأن الاستثناء منقطع، إذ المراد بعبادي الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآني، على أن هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون. قلنا: لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه، ففي الحديث الصحيح عنه ﷺ فيما يرويه عن ربه عز وجل: «يا عبادي كلكم جائع إلا من أطعمته، يا عبادي كلكم عار إلا من كسوته»[1] ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله، ألا ترى أنه لم يسمع له مائة إلا ثمناً وسدس ثمن وسائر الكسور، ويجوز استعمالها وهذا لأن الاستثناء بيان أن المستثنى لم يرد بالصدر. فحاصل التركيب من المستثني والمستثنى منه أنه تكلم بالباقي بعد المستثني، وقولهم: إخراج عن الصدر إلى آخره تجوّز لأن حقيقة الإخراج متعذرة لأنها تستدعي سبق الدخول، فإن اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الإخراج منه بعد الاستثناء، لأن تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقاً فلا يتصور الإخراج منها، وإن اعتبر في الإدارة بالحكم لزم أن يكون كل استثناء نسخاً، ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى **﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾** [العنكبوت: ١٤] من الإخبارات، لأن المتكلم حينئذ إما أن يكون كاذباً في إرادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع، أو في الاستثناء إن كان هو المنتفي، أو غالطاً في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى، فلزم بالضرورة أنه بيان أن ما بعد إلا لم يرد بالحكم، ثم هل يكون مراداً بالصدر: أعني العام أو الكل، ثم أخرج ثم حكم على الباقي، أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد إلا وإلا قرينته خلاف لا يوجب خلافاً فيما ذكرنا أن حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي: أي حكمه عليه، وحققناه في الأصول أن معنى القول الأول: أنه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله: عليّ عشرة إلا ثلاثة، فإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم، وإلا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف، ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون

الإيجاب فيقع الطلاق. أجاب بقوله: **(والموت ينافي الموجب دون المبطل)** يعني أن الإيجاب لو اتصل بالموت بان تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل. وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل، بخلاف الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه **(بخلاف ما إذا مات الزوج)** بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يتصل به الاستثناء، وإنما تعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتي واستثنى **(وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين، وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة)** في ذكر المثالين إشارة إلى أن استثناء القليل والكثير سواء، خلافاً للفراء فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي أنه لم يتكلم به العرب **(والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٥٧٧ والبخاري في الأدب المفرد ٤٩٠ وابن ماجة ٤٢٥٧ والترمذي ٢٤٩٥ والطيالسي ٤٦٣ وأحمد ٥/ ١٦٠ كلهم من حديث أبي ذر بأتم منه.

الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده، ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به

عشرة إلا ثلاثة اسماً مركباً لمعنى سبعة كما نسب إلى القاضي الباقلاني، على أن التحقيق أن قوله: هو أحد المذهبين كما حققناه في الأصول، بل مراده ما ذكره المصنف من قوله: إذ فرق بين قول القائل: على درهم وعشرة إلا تسعة، وقوله: هو الصحيح احتراز من قول: من قال: إخراج، وفيه معنى المعارضة لا يستلزمه في الإخبار ما ذكرنا، ونسب إلى الشافعية والله أعلم، فإنهم مصرحون بأنه من المخصصات، والتخصيص بيان أن المخصص لم يكن مراداً، أو قالوه: على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لأن مسئلة الاستثناء من النفي إثبات يوجب القول بالمعارضة لأنها توجب حكمين على الثلاثة مثلاً في ضمن العشرة بالإثبات وبعد إلا بالنفي، لكن لا شك في أنه بحسب الظاهر لا حقيقة للإسنادين فيها وإلا كان تناقضاً، وحينئذ فالثابت صورة بين حكم الصدر وما بعد إلا، وترجع الثاني فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين، فظهر أنه لم يحكم في الصدر إلا على سبعة قوله: (ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لأنه رجوع بعد التقرير وهو لا يجوز. ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية، لكنه لا يجوز فيه أيضاً لو قال: أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم أنه لغيره، وهو ما ذكر في الكتاب من أنه حينئذ لا يبقى بعده شيء يصير متكلماً به، وتركيب الاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقي بعد الثنيا لا لنفي الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي أنه لنفي الكل، بل يفيد ذلك قوله: ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكي عن بعضهم من تجويز يجب حمله على كون الكل مخرجاً بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدي أحرار إلا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف. فلو قال: نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن. وفي «البقالي»: لو قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق. وفي الذخيرة لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة، وعندهما يقع ثنتان. وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر، فكان أبو حنيفة يرى صحة الأولى إلى أن يظهر أنه مستغرق أولاً، وهما يريان اقتصار صحته على الأولى، وزفر يرى اقتصار على الأولى والثانية، وقول أبي حنيفة أوجه لأن الصدر متوقف على الإخراج. ولو قال: طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الاستثناء اتفاقاً لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء. ولو قال: واحدة وثنتين إلا ثنتين أو ثنتين وواحدة إلا ثنتين يقع الثلاث، وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة، لأنه في الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة، وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح، بخلاف ما لو قال: طالق واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين. والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى ما يليه، وإذا تعقب جملاً قيد الأخيرة منها، وكما قيدنا بطلان المستغرق بما إذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبر للصدر، فإن كان صح، فإنه ذكر في فتاوى الواوالجي: لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة طلقت واحدة. واعلم أنه إذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل إسقاطاً مما يليه، فيلزم أن كل فرد إسقاط من الصدر وكل شفع جبر له، فإذا قال: طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة، ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقي ثنتين، فقد أخرج من الثلاث المستثناه واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما

بعد الثنيا) أي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة، وموضعه أصول الفقه، وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يقال لفلان على درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة، فيصح استثناء البعض قليلاً كان أو كثيراً أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل أن يقول عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء (يصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه) فبقي كلامه الأول كما كان ويقع الثلاث، وقد ظن بعض أصحابنا

وصارفاً للفظ إليه، وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل، وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة، فتقع واحدة ولو قال إلا ثلاثا يقع الثلاث لأنه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب.

من الثلاث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على أن الثلاث المستثناه من الثلاث لم يبطل بل تتوقف إلى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله اعلم. وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى ﴿إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا إمرأته﴾ [الحجر: ٥٩ ـ ٦٠] ومن فروعها المعروفة له عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة تلزمه خمسة. ولو قال: ثنتين وأربعاً إلا ثلاثاً يقع الثلاث ذكره القدوري. وأصله أن الاستثناء تصرف في اللفظ أو لا، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل، ولهذا لو قال: أنت طالق أربعاً إلا ثلاثاً تقع واحدة، أو عشرة إلا تسعة طلقت واحدة، أو خمساً إلا واحدة يقع الثلاث. وفي «المنتقى»: طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لأنه يصير قوله: وثلاثاً فاصلاً لغواً فاستثني الأكثر فيقع الكل. وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال: ستاً إلا أربعاً. وما ذكر شيخ الإسلام أنه ينوي، فإن قال عنيت ثنتين من الثلاث الأول وثنتين من الثلاث الأخيرة يصح الاستثناء، وإلا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية، كذلك «الحلواني» في هذه المسئلة ولا في المنتقى. ولو قال: طالق ثلاثاً إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان، فإن مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف وهو قوله محمد وهو الصحيح، وفي رواية أخرى ثنتان، وما قيل: إن هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف، يعني في منع إخراج الأكثر فمما لا ينبغي لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه. نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية. وجه الصحيح أنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة.

[فروع] إخراج بعض التطليقة لغو بخلاف إيقاعه. فلو قال: طالق ثلاثاً إلا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد: وهو المختار، وقيل: على قول أبي يوسف: ثنتان لأن التطليقة لا تتجزأ في الإيقاع فكذا في الاستثناء فكأنه قال: إلا واحدة. والجواب أن في الإيقاع إنما لا يتجزأ لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثاً.

أن الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطلٌ فلذلك لم يصح، وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع، وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك اللفظ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فإنه لو قال كل نسائي طوالق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقهن كلهن. ولو قال كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ، فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظاً فكذا فيما بقى، إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة إلا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعاً وهو صحيح بلا خلاف. وقوله: (وإنما يصح إذا كان موصولاً به) ظاهر، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

قوله: (وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل، إلى قوله: وإن كان هو استثناء من الكل) أقول: دليله مذكور في الشروح.

باب طلاق المريض

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله: لا ترث في الوجهين لأن الزوجية بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا

باب طلاق المريض

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلاً وجزءاً شرع في بيان طلاق المريض، إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري، إذ لا شك أن فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا: معنى بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الأربع، بل ذلك يجري مجرى التعريف بالأخفى قوله: **(في مرض موته)** احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه، وقيد بالبائن لأن في الرجعي يرثه في العدة وإن طلق في الصحة لقيام النكاح. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم أن طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة. وأجمعوا أنه طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر، وبالعدة لأنها لا ترثه إذا مات بعد انقضائها، خلافاً لمالك في قوله: ترث وإن تزوّجت بعشرة أزواج. ولابن أبي ليلى في قوله: ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد، ويعرف من تقييد الإرث بالعدة أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق، وقيد بغير الرضا، لأنه لو طلقها برضاها لا ترث، ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك، حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكاً وقت الطلاق لا ترث، وإن أسلمت في العدة قبل موته: أو عتق لا ترث. أما لو قال في مرضه: إذا أسلمت فأنت طالق بائناً ترثه لأنه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من ستة أشهر، فعند أبي يوسف ترث، وعندهما لا ترث بناء على أن المبانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملاً على حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه، ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث. وعندهما لا يحمل على الزنا وإن قالته، بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث، وستأتي المسئلة في ثبوت النسب قوله: **(وهي السبب)** أي الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة، وكذا لا يرثها إذا ماتت في العدة، فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين، وبمذهبنا قال عمر وابنه عثمان وابن مسعود والمغيرة، ونقله أبو بكر الرازي عن عليّ وأبي بن كعب وعبد الرحمٰن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت، ولم يعلم عن صحابي خلافه، وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمٰن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحرث العكلي. لنا الإجماع والقياس. أما الإجماع فلأن عثمان رضي الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية، وقيل: بنت عمرو بن الشريد

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنياً وبدعياً صريحاً وكناية تنجيزاً وتعليقاً كلاً وجزءاً شرع في بيان طلاق المريض متعرضاً لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة **(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته)** وهذا يسمى طلاق الفار. والأصل فيه أن من أبان امرأته من مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم

باب طلاق المريض

قوله: **(وتعليقاً كلاً وجزءاً)** أقول: لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك قوله: **(لأنه إذا كان برضاها لا ترثه إلخ)**

يرثها إذا ماتت. ولنا إن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها، وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في

السلمية من عبد الرحمٰن بن عوف لما بتّ طلاقها في مرضه ومات وهي العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً،[1] وقال: ما اتهمته ولكن أردت السنه. وهذه الرواية أليق مما روى عن عثمان أنه قال حين ورثها: فرّ من كتاب الله. وقد ذكر عن عبد الرحمٰن أنه قال: ما فررت من كتاب الله. وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أورثها،[2] أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك، وهو بعد انعقاد الإجماع فيه فلا يقدح فيه. لا يقال: بل على هذا التقرير لم يكن إجماعاً لأنه كان سكوتياً، وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقاً. لأنا نقول: نعم لو كان إذ ذاك فقيهاً لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه، والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول. وقول المالكية: كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها. وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع إبطال حق بعد تعلقه بماله فيه، وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت، ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد

مات عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي. قيد بالإبانة لأن الطلاق إذا كان رجعياً كان توريثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار. وقيد بمرض موته لأنه إذا طلقها بائناً في مرض فصح منه ثم مات لا ترثه، وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه، لأنها إن كانت كتابية أو أمة لا ترث بالموت في العدة لأنها إن ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافاً لمالك، وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فإنه يرثها **(وقال الشافعي: لا ترث في الوجهين)** يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض

أقول: فيه أنه إذا طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه ترث، وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل في الفرق، وليس لك أن تقول: المراد تطليق نفسها في صحته لأنه صرح في الغاية أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً في مرض موته قوله: **(وحكم الفرار كما يثبت، إلى قوله فإنه يرثها)** أقول: كيف يرث ولا عدة في جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا إمكان، وسيجيء ما يقويه بعد أسطر قال المصنف:

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٢: أخرج ابن سعد في الطبقات في ترجمة عبد الرحمن بن عوف عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر قال: «بعث رسول الله ﷺ عبد الرحمن بن عوف في سبعمائة إلى دومة الجندل في شعبان سنة ست من الهجرة، فدعاهم إلى الإسلام فأبوا ثلاثاً، ثم أسلم رأسهم الأصبغ بن عمرو الكلبي، فبعث عبد الرحمن إلى النبي ﷺ فأخبره، فكتب إليه أن تزوج تماضر بنت الأصبغ، فتزوجها ورجع بها، وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن لم تلد غيره».

قال الواقدي: حدثنا أسامة بن زيد الليثي عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمٰن بن عوف قال: «أصاب تماضر بنت الأصبغ ربع الثمن، فأخرجت بمائة ألفاً، وهي إحدى الأربع».

وقال إبو العلاء: سمعت أبا صالح قال: «مات عبد الرحمن بن عوف، وترك ثلاث نسوة، فأصاب كل واحدة مما ترك ثمانون ألفاً».

قال إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال: «كان في تماضر سوء خلق وكانت على تطليقتين فلما مرض عبد الرحمٰن طلقها الثالثة، فَوَرَّثَهَا عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء العدة اهـ. انظر الدراية ٢/ ١٨٠.

وأخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٢ من طريق الشافعي عن عبد الله بن الزبير حيث سئل عن الرجل الذي يطلق المرأة، فيبت في طلاقها، ثم يموت، وهي في عدتها.

فقال ابن الزبير: طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تماضر بنت الأصبغ الكلبية، فبتها ثم مات، وهي في عدتها، فورثها عثمان رضي الله عنه. قال الزبير: وأما أنا، فلا أرى أن ترث مبتوتة.

وأخرجه مالك في الموطأ ٥٧٢ حـ ٤١ عن الأعرج بلاغاً وحـ ٤١ ربيعة الرأي.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٢ بسنده عن ابن أبي مليكة به.

حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فتبطل في حقه خصوصاً إذا رضي به **(وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه)** لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته لأن

الإجماع، وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له. وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث. وصورته: هكذا قصد إبطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعله محرماً لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده، ولذا اختلف خصوص الثابت في الأصل والفرع، فإنه في الأصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث. وهذا التعليل في طريق الآمدي بمناسب غريب إذا لم يشهد له أصل بالاعتبار، بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل: أعني القاتل. وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالإجماع المذكور، وكان مقتضىٰ القياس أن ترث ولو مات بعد تزوّجها كقول مالك، إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق، فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوّج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها، والمصنف لم يعين لقياسه أصلاً في الإلحاق، بل قال: قصد إبطال حقها فيرد عليه قصده دفعاً للضرر، ومثله لا يفعل إذا كان هناك أموال شتى يمكن الإلحاق بكل منها، وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورّث. ويمكن أنه اعتبر أصوله كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح فإنه يرد ذلك عليه، إلا أن قوله الزوجية: سبب إرثها في مرض موته غير جيد لأنها سبب إرثها عند موته عن مرض أو فجأة. والوجه أن يقول: الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد إلخ قوله: **(بخلاف ما بعد الانقضاء)** أي انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتوريث إذا لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها. على أنه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبيّ بن كعب أن امرأة الفارّ ترث ما دامت في العدة[1]، وبه يحمل قول أبي بكر الصديق: ترث ما لم تتزوّج: أي ما لم تقدر على قدرة التزوّج وهو بانقضاء العدة: أي ما لم تقدر عليه قوله: **(والزوجية إلخ)** جواب عن قوله ولهذا لا يرثها: أي الزوجية في هذه الحالة: أي حالة مرضه ليست سبباً لإرثه عنها بل في حال مرضها. ونقول لو كانت هي المريضة فأبانت نفسها بأن

وهو الطلاق **(ولهذا لا يرثها إذا ماتت. ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته)** وهو ظاهر **(والزوج قصد إبطال هذا السبب)** بالطلاق وهو أيضاً ظاهر **(فيرد عليه قصده بتأخير عمله)** أي عمل الطلاق **(إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها) فإن قيل:** إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرّ عنها وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده. أجاب بقوله **(وقد أمكن)** يعني إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً، وقد أمكن ذلك

(ولنا أن الزوجية سبب إرثها) أقول: أي سبب تعلق حقها بماله وإلا فظاهره مصادرة قال المصنف: **(فيرد عليه قصده بتأخير عمله)** أقول: أي عمل الطلاق المفهوم من السباق، ويجوز إرجاع الضمير إلى الإبطال مراداً به الطلاق مجازاً. على سبيل الاستخدام قوله: **(وإما لأنه رضي بحرمانه إلخ)** أقول: هذا الوجه أعم من الأول، إذ يحتمل أن يكون الطلاق في مرض موتها أيضاً قوله: **(فتبطل في حقه، قال في النهاية بالنصب إلخ)** أقول: أنت خبير أنه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية، وذلك ليس بصحيح وإلا كان ينبغي أن يرثها، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال: إن النكاح لم يكن قائماً بوجه من الوجوه، ويجوز أن يقال: المعنى على تقدير النصب فيبطل الإرث بعد تحقق سببه: أي الزوجية في تلك الحالة ليست سبباً له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الإرث بعد تحقق سببه، فالضمير راجع إلى الإرث وفيه تكلف.

---

(١) انظر سنن البيهقي ٧/ ٣٦٣ حيث ذكر آثاراً عن الصحابة.

الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها **(وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز إقراره ووصيته، وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم**

ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج، بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل قوله: **(فتبطل في حقه)** برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكماً فلا يرثها إذا ماتت، بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لأن الزوجية وإن بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعاً للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها، وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النفي سهو لأنه حينئذ ينعكس الغرض، إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سبباً لإرثه منها لبطلت، ولكنها ليست بسبب فلا تبطل، وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد: قوله: **(فإن طلقها ثلاثاً بأمرها)** ليس قيداً، بل المقصود أن يطلقها بائناً بأمرها، ولهذا عطف قوله أو قال لها: اختاري فاختارت نفسها عليه، فإن هذا القدر إنما يثبت طلقة بائنة، وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها. أما في الأولى فللأمر منها بالعلة، وأما في الأخريين فلأنهما باشرا العلة. أما في التخيير فظاهر لأنه تمليك منها، وأما في الخلع فلأن التزام المال علة العلة، لأنه شراء الطلاق، ومباشرة آخر وصفي العلة كمباشرتها، بخلاف مباشرة بعض العلة. فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرض موته وقد دخل بهما: طلقا أنفسكما ثلاثاً فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثاً بتطليق الأولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تباشر علة الفرقة لا الأولى لأنها المباشرة. ولو بدأت الأولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الأخرى كذلك ورثتا لأن الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لإطلاق نفسها الخروج الأمر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس. ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معاً طلقتا ولم ترثا لأن كلاً طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها. وإن طلقتا إحداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معاً طلقت ولا ترث لأنه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف إلى المالك لأنه أقوى، أو كل يصلح علة وقد نزلا معاً فيضاف إلى كل كأن ليس معه غيره. ولو قال: في مرضه طلقا أنفسكما إن شئتما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الأخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافاً لزفر كأنه قال: طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما، بخلاف ما تقدم فإنه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك، فلو طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الأولى لا الثانية لأن الثانية باشرت آخر وصفي العلة والأولى بعض العلة. ولو خرج الكلامان منهما معاً بانتا وورثتاه لأن كلاً باشرت بعض العلة، هذا كله بشرط المجلس لأنه تمليك. ولو قال: في مرضه أمركما بيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد إحداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء إلا أنهما إذا اجتمعا على الطلاق واحدة منهما يقع، وفي قوله: إن شئتما لا يقع لأنه جعل الرأي إليهما في شيئين، فإذا اجتمع رأيهما في شيء صح، كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهناك فوض إليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط. ولو قال: طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معاً أو متعاقباً بانتا بألف ويقسم على مهريهما لأن الألف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوّجهما عليه ولم يرثا لأن الفرقة لا تقع إلا بالتزام المال والتزام كل علة لأنه شراء

إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وحرمة نكاح أربعة سواها، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعاً للضرر عنها، بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلاً. وقوله: **(والزوجية في هذه الحالة)** جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا

أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً) إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية. وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له يتزوج أختها فانعدمت التهمة، ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها، بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة، والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة، ولا عدة في المسئلة الأولى ولأبي حنيفة رحمه الله في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها،

الطلاق، فكان فعل كل واحدة علة وفعل الأخرى شرطاً والحكم يضاف إلى العلة فلذا بطل الإرث. ولو طلقتا إحداهما طلقت بحصتها من الألف لأنهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لأنه وقع بقبولها، وإن قامتا بطل الأمر لأنه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما، بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لأنه ينفرد كل منهما بإيقاع الأمر، وإذا بطل الأمر في حق نفسها لأنه تمليك بطل في حق الأخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي قوله: **(والتأخير)** أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بإبطاله، ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة، لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانياً في الفرقة، بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لأن المبطل للإرث إجازته، ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقر بها مكرهة لأنه بذلك ينتقل إليه فيكون الأب كالمباشر. ولو وجدت هذه الأشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة. وفي الجامع: لو فارقته في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لأنها من قبلها وإذا لم تكن طلاقاً. وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وفي الفرقة بسبب الجبّ والعنة واللعان لا يرثها لأنها طلاق فكانت مضافة إليه. وأورد: ينبغي أن لا يرثها أصلاً لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة. أجيب لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح في حق الإرث دفعاً للضرر عنه أوردا لقصدها إبطال حقه كمستعجل الإرث. ولا يخفى أن هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار إذا مات بعد العدة كما هو قول مالك. وفي القنية: أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار، ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث قوله: **(ولو قال لها كنت طلقتك، إلى قوله: فلا تهمة في حق هذه الأحكام)** هاتان مسئلتان: ما إذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل

ماتت، ومعناه أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت، أما لأنه لم يتعلق حقه بمالها، وأما لأنه رضي بحرمانها عن الإرث حيث أقدم على الطلاق، وإما لأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه من الوجوه وقوله: **(فتبطل في حقه)** قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي. وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير، ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له. وقوله: **(وإن طلقها بأمر)** ما ظاهر. قيل سؤالها للطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من فلان وثمة لا يسقط. أجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً، ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض، فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكماً، وإذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الإرث ضمناً له، وكم من حكم يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالفرقة، وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها. وقوله: **(وإن قال لها في مرضه)** في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الأقل عند أبي حنيفة، ويجب ما أقر وأوصى بالغاً ما بلغ فيهما عند زفر، وقولهما في الأولى كقول زفر، وفي الثانية كقول أبي حنيفة. قال زفر **(والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية)** وإذا زال المانع يعمل المقتضى عمله. و **(وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة)** واستوضح ذلك بقوله ألا ترى. وقوله:

والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوّج والشهادة، فلا

المرض، وما إذا أنشأ طلاقها ثلاثاً في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أوصى لها بوصية، فعند أبي حنيفة لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين. وقال زفر: لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين، وقالا: في الأول كقول زفر، وفي الثاني كقول أبي حنيفة. لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الأولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما. قلنا: ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة، غير أنهما قالا: إنما هي ثابتة في الثانية لا الأولى، وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الأولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين. والدليل على أن مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينتفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعاً وأنها صارت أجنبية، وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وإن تتزوّج بآخر من وقت التصادق. ولأبي حنيفة إن قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضاً نظراً إلى تقدم النكاح المفيد للألفة والشفقة وإرادة إيصال الخير، ولما لم يظهرها ما تصادقا عليه إلا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية، وهذه التهمة إنما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوّج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها لا في حق الورثة، وهذه التهمة إنما هي في الزائد فينتفي، ثم ما تأخذه إنما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين. وفائدته أنه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل، ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة، ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك، ولو كان ديناً لكان لها ذلك، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها أن ما تأخذه دين، ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث. وفي جوامع الفقه: وكذا لو قال: كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود، وقوله: ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر. والقرابة: أي قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجده ولا الأب والجد لابنه وابن ابنه. وفي الغاية: ينبغي أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لا تهمه في الإقرار لها والوصية، وإن كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته ينبغي أن لا يصح إقراره ووصيته للتهمة، وقاسه على ما في الذخيرة فيما إذا قالت لك امرأة غيري أو تزوّجت عليّ فقال: كل امرأة لي طالق فإنه قال: قيل الأولى يحكم الحال إن كان جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضاً، وإن لم يكن كذلك لا يقع. قال السروجي: فمقتضى ما

(وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية **(والحكم)** وهو عدم صحة الإقرار والوصية **(يدار على دليل التهمة ولهذا يدار)** الحكم المذكور **(على النكاح والقرابة)** حيث لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذوي قرابته. وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والإقرار، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إيثاراً له على غيره، ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوّز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه، فكذا في المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة **(ولا عدة في المسئلة الأولى)** لتصادقهما على انقضائها. وفي عبارته تسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة، وإقامة الشيء مقام غيره إقامة السبب الداعي مقام المدعو، وإقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان **(ولأبي حنيفة في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله: (ولا مواضعة عادة)** جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لها وهو واضح. وقوله: **(ومن كان محصوراً أو في صف القتال)** هذا

تهمة في حق هذه الأحكام. قال رضي الله عنه: **(ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق إمرأته ثلاثاً لم ترثه، وإن كان قد بارز رجلاً أو قدّم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل)** وأصله ما بينا أن امرأة الفارّ ترث استحسانا، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار، فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدوّ وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار، والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف، وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب

ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم الحال هنا اهـ وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها: تزوجت عليّ ونحو إذا اقترن بالمشاجرة، أما هنا فلا، إذ الإيصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها، وإلا لم يوص لها ظاهراً. والحاصل أن الظاهر بذلك الإيصاء التواضع على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيراً ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض قوله: **(ومن كان محصوراً إلخ)** الحاصل أن مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده، وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجيهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصاً، أو في سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقي على لوح أو افترسه سبع فبقي في فمه، بخلاف ما إذا كان محصوراً في حصن أو في صف القتال أو محبوساً للقتل أو نازلاً في مسبعة أو في مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما قلنا، والمرأة في جميع ذلك كالرجل، فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناه آنفاً. والحامل لا تكون فارّة إلا في حال الطلق. وقال مالك: إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة. قلنا: المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا في الطلق، وتوجهه بالمرض قيل: أن لا يقدر أن يقوم إلا بأن يقام، وقيل: إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادي فصحيح وإلا فمريض. وضعف بأن المريض جداً لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر، وقيل أن لا يقدر أن يمشي إلا أن يهادي، وقيل: أن لا يقوم بحوائجه في البيت كما تعتاده الأصحاء وإن كان يتكلف، والذي يقضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فاراً لأن الإنسان قلما يخلو عنه، فأما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح، فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح، هذا في حق الرجل. أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة، والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح، وبه كان يفتي «برهان الأئمة» «والصدر الشهيد». وقيل إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي فكالمريض وإلا فكالصحيح. وقيل: ما كان يزداد أبداً، لا إن كان يزداد تارة ويقل أخرى، ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغيره. واعلم أن قوله: وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضي إلحاق

لبيان أن حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء، وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراش، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالأصحاء وكلامه واضح. وقوله: **(ولهذا أخوات تخرّج على هذا)** منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة. ومنها المرأة الحامل فإنها كالصحيحة فإذا أخذها الطلق فهي كالمريضة. ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لأنه ما دام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك. وقوله: **(وقوله إذا مات في ذلك الوجه)** بيانه: إذا طلقها في مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح فلها الميراث، وكان عيسى بن أبان يرى أن لا ميراث لها لأن مرض الموت ما يكون

المرض إذا قتل (**وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار**) وهذا على وجوه: إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة، وكل وجه على وجهين: أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض. أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث. وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعاً في المرض. ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم إلا عن قصد فلا يردُّ تصرفه. وأما الوجه الثالث

حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه، فالأولى أن يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالباً كما ذكره في المرض، على أن غالباً متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل، وأما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الأصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا قوله: (**فأنت طالق**) أي طالق بائن لأن الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق قوله: (**إما أن يعلق الطلاق إلخ**) ضبطه إما أن يعلقه بفعل أحد أولا. الثاني التعليقَ بنحو مجيء الغد والأول إما بفعل نفسه أو غيره، وهو إما المرأة أو أجنبي، والكل على وجهين: إما أن يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو الشرط فقط. ففي التعليق بفعل الأجنبي ومجيء الوقت إن كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث. وقال زفر: ترث لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان إيقاعاً في المرض. ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً بنفسه عند الشرط حكماً لا قصداً: يعني يسلم قول زفر: إنه يصير كالمنجز لكن حكماً لا قصداً، ولذا لو كان مجنوناً عند الشرط وقع، ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث، فلو كان تطليقاً عند الشرط حقيقة وحكماً لم يقع في الأول وحنث في الثاني ولأنه لم يكن فاراً بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الأجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالماً. وأما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال، وإن كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الإبطال: إما بالتعليق إن كان في المرض، أو بمباشرة الشرط إن كان التعليق في الصحة، وكون الشرط لا بد منه غاية يوجب اضطراره، والاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي الضمان، كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو أتلفه نائماً أو مخطئاً يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم، وحقها صار معصوماً بمرضه فاضطراره إلى إبطاله يرد عليه تصرفه، إلا أن هذا حكم الفرار مع عدم الفرار، وما كان موجب الميراث إلا الفرار ولا فرار مع عدم القصد. وقوله: (**وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ**) ربما يعطي أن المنظور إليه في إثبات حكم الفرار إذا كان لا بد منه التعليق، ويستلزم أن لا يثبت الفرار إلا أن يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة. وعلى الثاني لا يستقم النظر إلى التعليق في إثبات

سبباً للموت، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن متعلقاً بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته، ولكنا نقول: قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن ثابتاً في ماله، وقد بينا أن إرثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (**وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح**) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها قوله: (**أنت طالق**) يعني طلاقاً بائناً لأن حكم الفرار إنما يعطي إذا كان الطلاق بائناً على ما ذكرنا. وقوله: (**وكانت هذه الأشياء**) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج إلى خبر. وقوله: (**يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً**) يظهر بمسئلتين: إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فإنه يقع مع أن طلاق

وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بدّ أو لا بد له منه يصير فاراً لوجود قصد الإبطال، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض، وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها. وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك، وإن كان الفعل مما لا بدّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار. وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في

الفرار لأنه ليس في حال تعلق حقها. ويمكن أن يقال: إنه اضطرار منه حيث علق بما لا بدّ منه مع علمه بورود أسباب الموت، ولأنه لاضطراره إلى الشرط يفعله فكان حال التعليق راضياً بالشرط، بل إنما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه. وأما التعليق بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد لم ترث. وقوله: **(لأنها راضية بذلك)** أي بالطلاق، إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط. أورد عليه ما لو قال: أحد الشريكين في العبد لشريكه: إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطراً إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان الشريكين قال: إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حرّ فقال له شريكه: إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط، وفعل الشرط مضطراً لا يدل على الرضا. وأجاب الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا، ولا كذلك الضمان، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار **(وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين)** ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة قوله: **(كما في الاكراه)** بأن أكره إنساناً على إتلاف مال صار المكره متلفاً حتى يضمن وينتقل الفعل إليه، فكذا هنا وكفعل القاضي فإنه ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق. وفي مبسوط فخر الإسلام: الصحيح ما قاله محمد قوله: **(فلا يصير الزوج فاراً)** يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعاً بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته، وقد ظهر خلافه. أو نقول: هو بطلاقه فارّ لكن الفرار إنما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة قوله: **(ولو طلقها)** أي بائناً ثلاثاً أو غيره في مرضه، وهذا لأنه فرّع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال: إنها ترث، ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كان بائناً لأنها إذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح قوله: **(لم ترث)** بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها معتدته قوله: **(لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي)** بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن المحرمية لا تنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنت فإنما تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضمير وهو الباقي الإرث قوله: **(في حال قيام النكاح)** أي حالة المرض قوله: **(فتكون راضية ببطلان السبب)** وهو النكاح وذلك رضا ببطلان المسبب قوله: **(لتقدمها عليها)** أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق

المجنون غير واقع، فدل على أنه ليس بتطليق قصداً. والثانية أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث، فلو كان تطليقاً قصد الحنث. وقوله: **(والفعل مما له منه بدّ أو لا بد له منه يصير فاراً)** قيل عليه ينبغي أن لا يصير فاراً في التعليق بالفعل الذي لا بدّ له منه إذا كان التعليق في الصحة لأن الفعل إذا كان مما لا بد له منه يصير مضطراً في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلماً فلا ترث. وأجيب بأن الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الجمل الصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لإيجاب الضمان. وقوله: **(لأنها راضية بذلك)** يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط. فإن قيل: لا نسلم

المرض، فإن كان الفعل مما لها منه بدّ فلا إشكال أنه لا ميراث لها، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه. قال: **(إذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث)** وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فاراً. ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت. ووجه الفرق أنها

السابق عليها قوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** وهو قوله: لأنها مضطرة في المباشرة: أي مباشرة الشرط، ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل. والأوجه كونه قوله: بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه إلخ، لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض، وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه، فإن القذف كان في الصحة واللعان في المرض. قوله: **(إذ هي ملجأ إلى الخصومة)** ظاهر في أن الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد منه وهو خصومتها: أي مطالبتها بموجب القذف لأنه به يندفع العار، ولو جعل لعانها صح أيضاً إذ هي ملجأ إليه من قبله إذ لعانه يلجئها إلى لعانها. لا يقال: هو أيضاً ملجأ إلى لعانه من قبلها: لأن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوباً إلى اختياره، فهي وإن باشرت آخر جزأي مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد: يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه. وقيل في وجه قول محمد: الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله، ولا يخفى أنه سبب بعيد. ثم قيل: على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان. وأجيب بأنه الملجىء للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة قوله: **(فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت)** كأنه قال في صحته: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث، كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فاراً. وأورد عليه أن الإيلاء في الصحة ليس مثل

ذلك فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حر فضربه عتق، وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضاً. أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا بإجماع الصحابة بشبهة العدوان، فإنه روى عن عمر وعثمان وعليّ وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضاً لشبهة الرضا، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار. وقوله: **(أو في العقبى)** راجع إلى صلاة الظهر. قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي ﷺ، وكان الفهم في النظر إلى الأول أسبق. وقوله: **(فكذلك الجواب عند محمد)** أي لا ترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يهتم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر، وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فاراً. فإن قيل: في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعاً في المرض. فالجواب أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار. وقوله: **(لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة)** أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها. وقوله: (لأن

قوله: **(وقوله أو في العقبى راجع إلى صلاة الظهر)** أقول: وأيضاً راجع إلى كلام الأبوين **(ولو طلقها فارتدت)** أي لو طلقها ثلاثاً أو بائناً فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البينونة وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة.

بالردة أبطلت أهلية الإرث إذا المرتد لا يرث أحداً ولا بقاء له بدون الأهلية، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي، بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا **(ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت. وقال محمد رحمه الله لا ترث، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً)** وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه **(وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث، وإن كان الإيلاء أيضاً في المرض ورثت)** لأن

التعليق بمجيء الوقت بل نظير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارّاً لأنه متمكن من عزله، فإذا لم يعزله كان فاراً كذا هنا هو متمكن من إبطال الإيلاء في المرض بالفيء، فإذا لم يفعل ينبغي أن يكون فاراً. أجيب بالفرق بأنه لا يتمكن من إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه، فإن الفيء باللسان لا يجوز إذا كان الإيلاء في حال الصحة، بل إذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل قوله: **(في جميع الوجوه)** أي سواء كان الطلاق بسؤالها أولا، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله، والفعل مما لها منه بدّ أو لم يكن لا يستثني من عمومه إلا قيام العدة فإنه مشروط فيهما جميعاً.

[فروع] قال: صحيح لموطوءتيه إحداكما طالق ثلاثاً ثم بين مرضه في إحداهما صار فارّاً بالبيان، وترث لأنه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده، كما لو أنشأ فجعل إنشاء في حق الإرث للتهمة. ولو ماتت إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث لأنه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه، كما لو علق في صحته بمجيء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث، بخلاف ما قبلها لأنها تعينت للطلاق بفعله فترث، كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض، فإن كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الإرث إذ لا يزاحمها إلا امرأة واحدة لأن إحداهما مطلقة بيقين والنصف والآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق، ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت، وكان الإرث للأخرى لأن التعيين دون الإنشاء، ولو أنشأ في مرضه ثم ماتت كان جميع الإرث للأخرى، كذا هنا ولو كانت له إمرأة أخرى كان بينهما نصفين وإن ماتت الأخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الإرث لأن البيان إنما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهراً وحقها الثابت ظاهراً وقت البيان النصف فلم تزد عليه وهذا لأنها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق إلا النصف، حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الأرباع للمرأة الأخرى، لأننا إنما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت ووقت البيان حقها في الربع فكان للمعينة الربع، ولأن الأخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الإرث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه، فسلم النصف للأخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما، فإن لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقي الزوج على خياره لأن العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بياناً فلا يكون بياناً بالشك إذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق، فإن نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان، فإن قال: عنيت عند الإيقاع التي لم تلد يلاعن بينه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالأم لأنه قذف منكوحته، وإن قال: عنيت التي ولدت يحد لأنه لما كان مراده وقت الإيقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين أنه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان، فإن قال: لم أعن عند الإيقاع أحداً ولكن أريد بالمبهم

الرمية لا تنافي الإرث) يعني بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت. وقوله: **(وهو)** يعني الإرث هو **(الباقي)** وقوله: **(فتكون راضية ببطلان السبب)** أي سبب الإرث وهو النكاح وقوله: **(وقال محمد: لا ترث)** قيل لأن الطلاق إنما يقع بلعانها لأنه آخر اللعانين، وكان آخر المدارين. فإن قيل: الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين. أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي، والحكم إما يثبت بالشهادة لا بالقضاء. ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها

الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه. قال: **(والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه)** لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائماً. قال: **(وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة)** وقد بيناه، والله تعالى أعلم بالصواب.

التي ولدت لا يحد لأنه قذف منكوحته لأن الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضاً لأن شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر، وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع تعينت الأخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم يكون الوطء منه ضرورة، والوطء بعد الطلاق المبهم بيان إجماعاً وتعينت التي ولدت للنكاح، فإن نفى الولد لا عن ولا ينقطع النسب عنه لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه، فإن ولدت إحداهما لأقل من سنتين من وقت الإيقاع والأخرى ولدت لأكثر من سنتين تعينت صاحبة الأقل للطلاق لأن وطأها لا يصلح بياناً ووطء صاحبة الأكثر يصلح بياناً، وهذا لأن المولود لأكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بياناً، وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أكبر من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن وطء صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل، وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطاً، وإن أقر الزوج بوطء صاحبة الأقل أوّلاً طلقت صاحبة الأكثر بإقراره، ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتا، كمن قال: زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا، وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بياناً للطلاق في الأخرى، فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها، وصار كما إذا وطىء إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخراً كذا هنا. وثبت نسب الولدين. أما ولد الأولى فظاهر، وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الأولى، وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل. ولو قال لامرأته: إذا ولدت ولداً فأنت طالق ثلاثاً فولدت ولداً ثم ولداً آخر لستة أشهر فصاعداً ثبت نسب الولد منه أيضاً وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة، وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأوّل ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه، فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث، لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطاً فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل، ولا يجب العقر لأنا جعلناه معلقاً حال قيام النكاح، والله أعلم من الكافي.

مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقاً بفعل لا بد لها منه **(وقد بينا الوجه فيه)** أي في الفعل الذي لا بدّ لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة. وقوله: **(وإن آلى وهو صحيح)** الظاهر قوله: **(وقد ذكرنا وجهه)** يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً إلخ. فإن قيل: لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان التعليق في الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء. فإذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا، وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فاراً لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل لجعل كأنه أنشأه فكذلك ههنا. أجيب بأن الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكناً مطلقاً، بخلاف مسئلة الوكالة. وقوله: **(في جميع الوجوه)** يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل مما لها منه بدّ أو لم يكن، والباقي واضح والله أعلم.

قوله: **(إلا بضرر يلزمه)** أقول: وهو وجوب الكفارة عليه.

باب الرجعة

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى: ﴿**فامسكوهن بمعروف**﴾ من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك، ألا ترى أنه سمي

باب الرجعة

وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر، والرجعة تتعدى ولا تتعدى، يقال: رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله: أي رددته، وقال الله تعالى ﴿**فإن رجعك الله إلى طائفة منهم**﴾ [التوبة: ٨٣] ويقال في مصدره أيضاً رجعاً ورجوعاً ومرجعاً والرجعي والرجعة بكسر الراء، وربما قالوا: إلى الله رجعانك قوله: (**رجعية**) الرجعي أتطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال، أو ما دون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات. وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيئاً من هذه فليس برجعي كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة، والموصوف والمشبه مستدركان على ما في النهاية وغيرها قوله: لقوله تعالى ﴿**فامسكوهن بمعروف**﴾ بعد قوله ﴿**إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١] ثم قوله ﴿**فإذا بلغن أجلهن**﴾ [الطلاق: ٢] والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة: أي فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء. ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل، وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق في التقديرين، وقوله تعالى ﴿**وبعولتهن أحق بردهن**﴾ الآية ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقاً: أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي وأبوها، وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لا أنه له ولغيره وهو أحق منه، وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلاً، وهو مما يدل على قيام النكاح أيضاً، وقدمناه في باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازاً باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد. يقال: رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال: بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب، ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازاً محافظة على حقيقة الرد لتأييد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكاً في قوله تعالى ﴿**فأمسكوهن بمعروف**﴾ [الطلاق: ٢] أو نقول: يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد إلى حالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال حينئذ أصلاً قوله: (**ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة**) إمساك على الوجه الذي كان أوّلاً وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح، وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط: إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم. والثانية أن لا يكون بمقابلته مال. والثالثة أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق. والرابعة أن تكون المرأة مدخولاً بها. والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع (و) ألفاظ (**الرجعة أن يقول راجعتك**) إن كان في حضرتها (**أو راجعت امرأتي**) في الغيبة بشرط الإعلام أو في الحضرة أيضاً، أو يقول رددتك أو أمسكتك، أو يقول أنت عندي

باب الرجعة

قوله: (**ولها شرائط، إلى آخر قوله: والخامسة أن تكون العدة قائمة**) أقول: وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف إلا شرط المدخولية. قوله: (**بشرط الإعلام**) أقول: فيه أن الإعلام مستحب ليس بشرط كما سيجيء.

إمساكاً وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها **(والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي)** وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة. قال: **(أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة)** وهذا عندنا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن

ليستدام، وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها. أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا: **(وهذا صريح)** ألفاظ الرجعة صريح وكناية، فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي في حال غيبتها وحضورها أيضاً، ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك. وفي «المحيط»: مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان، فهذه يصير مراجعاً بها بلا نية، وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول: إليّ أو إلى نكاحي أو إلى عصمتي، ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن إذ مطلقه يستعمل لضد القبول. والكنايات أنت عندي كما كنت وأنت امرأتي فلا يصير مَراجعاً إلا بالنية، لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث. واختلفوا في الإمساك والنكاح والتزوّج، فلو تزوّجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة، وعند محمد هو رجعة، وعن أبي يوسف روايتان، قال أبو جعفر: وبقبول محمد نأخذ. وفي الينابيع عليه الفتوى، وكذا في القنية. وجه قول أبي حنيفة: أن تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه. قلنا: نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزوّج مجازاً في معنى الإمساك. وفي «الذخيرة»: لو قال: راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صح وإلا فلا لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها. وفي المرغيناني والحاوي قال: راجعتك على ألف، قال أبو بكر: لا تجب الألف ولا تصير زيادة في المهر كما في الإقالة قوله: **(ولا خلاف فيه بين الأئمة)** كأنه لم يعتبر أحد قولي: مالك خلافاً، فإنه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان: لمالك كما في نكاح الهازل فوله: **(أو يقبلها أو يلمسها بشهوة)** يحتمل كون الشهوة قيداً في اللمس لا فيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة، فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل. وفي المبسوط والذخيرة: التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة، ولم يقيد التقبيل في الكتاب. وأما النظر إلى دبرها فليس برجعة على قياس قول: أبي حنيفة. وفي البدائع وهو قول محمد: المرجوع إليه، وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة، فدل أنهما لا يكونان رجعة. وفي الخلاصة أجمعوا على أنه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة، لكن قولهم: في الاستدلال إن الفعل يصلح دليلاً على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل يختص بالنكاح: أي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها في القبلة لأن القبلة مطلقاً يختص حكمها به، بخلاف اللمس والنظر فإنهما لا يختصان به إلا إذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلاً، ولا يكون النظر بشهوة إلى غير داخل الفرج منها رجعة. هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه في كونه رجعة إذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقاً، فإن كان اختلاساً منها بأن كان نائماً مثلاً لا بتمكينه، أو فعلته وهو مكره أو معتوه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أن على قول أبي حنيفة ومحمد: تثبيت الرجعة خلافاً لأبي يوسف انتهى. وعن محمد كقوله: أبي يوسف. وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة. وجه الأول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك أو منه، وكذا إذا أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقاً، كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع. وأبو يوسف فرق بأن إسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما إذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون

كما كنت، أو أنت امرأتي إن نوى الرجعة، ولا خوف لأحد في جواز الرجعية بالقول: وأما بالفعل مثل أن **(يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة)** فهي، صحيحة **(عندنا وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه، لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح)** لثبوت الحل بها، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه، فكان الوطء حراماً كما في ابتداء

الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها، وعندنا هو استدامة النكاح على ما بينا وسنقرره إن شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار، والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به

بفعلها قط. وعن أبي يوسف أيضاً أنه قال في الجارية: لا يسقط الخيار بفعلها، هذا إذا صدقها الزوج في الشهوة، فإذا نكر لا تثبت الرجعة، وكذا إن مات فصدقها الورثة، ولا تقبل البينة على الشهوة لأنها غيب، كذا في الخلاصة. ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية، وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل، وعن أبي حنيفة لا تكره، ويأتي الكلام في ذلك قوله: **(مع القدرة)** احتراز عن الأخرس ومعتقل اللسان قوله: **(لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ)** الحاصل أن الخلاف هنا مبني على أن الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل. قلنا: بالأول وقال: بالثاني، وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته، فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه، وإنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائماً قبل انقضائها، وعنده إنشاء النكاح من وجه واستيفاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطاً، وعلى هذا ينبني أن الإشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لأنه إنشاء النكاح من وجه كذا في التحفة قوله: **(على ما بيناه)** يعني قوله: ألا ترى أنه يسمى إمساكاً قوله: **(وسنقرره)** أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا أنها: أي الزوجية قائمة إلى آخره، وهناك نتكلم عليه قوله: **(كما في إسقاط الخيار)** يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلاً على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره، فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى، لأن البيع معه يزيل الملك إلى ثلاثة أيام، والطلاق يزيله إلى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع. وبقولنا قال: كثير من الفقهاء. قال ابن المنذر: الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي. وقال مالك وإسحاق: إن أراد به الرجعة فهو رجعة قوله: **(خصوصاً في الحرة)** فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقاً إلا النكاح، خلاف الأمة فإنه يحل فيها بأمرين قوله: **(وغيرهما)** كالخاتنة والشاهد على الزنا قوله: **(فلو كان)** أي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن مقصوده الطلاق، وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات. واختلفوا في الوطء في الدبر، أشار القدوري إلى أنه ليس برجعة، والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها، ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول، وقيل: بالعكس، وقيل: بهما. ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال: وطئها وأنكرت له الرجعة. ولو قال: لم أدخل بها لا رجعة له عليها. وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح، والمستحب أنه يراجع

النكاح. وقلنا: هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا، وهو إشارة إلى قوله؛ ألا ترى أنه سمي إمساكاً وهو الإبقاء. وقوله: **(وسنقرره)** إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها إلخ. وقوله: **(والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة)** جزء الدليل. وقوله: **(كما في إسقاط الخيار)** دليله. وتقريره: الرجعة استدامة الملك، والفعل قد يقع دليلاً على الاستدامة كما في إسقاط الخيار، فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار، كما إذا أسقط بالقول، بل هنا أولى لأنه في البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل وهو البيع، أما ههنا فلا

قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء. ودواعيه إلخ)** أقول: لا يخفى عليك ما في هذا التقرير قوله: **(والفعل قد يقع دليلاً على الاستدامة)** أقول: ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف، لكن لك أن تقرره على هذه الصورة: الرجعة استدامة الملك، وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلاً عليه قوله: **(فلا يحتاج إلى رفع الطلاق إلخ)** أقول: بل هو باق حكماً ولهذا بملكها بعده بالطلقتين إذا لم تتزوج بآخر قوله: **(بل يحتاج إلى دفع ما)** أقول: وهو انقضاء العدة على تلك الحال قوله: **(لولاه)** أقول: أي لولا دفعه قوله: **(لزال)** أقول: يعني النكاح قوله: **(وهذه الأفاعيل تختص به إلخ)** أقول: استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف.

خصوصاً في الحرة، بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما، والنظر إلى الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها. قال: **(ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين، فإن لم يشهد صحت الرجعة)** وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح، وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد، ولأنه استدامة للنكاح، والشهادة ليست شرطاً فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء، إلا أنها

بالقول. وفي الينابيع: الرجعة سنية وبدعية، فالسنية بالقول: قوله: **(وهو قول مالك)** المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه، وكذا في شرح الطحاوي كقولنا: فكان ما ذكره المصنف رواية عنه، وكذا المنسوب إلى الشافعي قول: له غير معمول به عند أصحابه فإنه قال: في «البسيط» وفي «الجديد» للشافعي: الإشهاد مستحب، وفي الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر قوله: **(ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد)** كقوله تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩] وقوله **﴿فأمسكوهن بمعروف﴾** [البقرة: ٢٣١] وقوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] وقوله **﴿فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾** [البقرة: ٢٣٠] وقوله ﷺ «مر ابنك فليراجعها»[1] وهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى **﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾** ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضاً بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضاً بالنسبة إلى المراجعة، فيكون الندب المراد به شاملاً لهما وهذا على قولنا. أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم: به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلاً؟ قوله: **(كي لا تقع في المعصية)** قيل: عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة. ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر. واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها،

يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع. لما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج إلى أن يعينه فقال **(والدلالة)** أي الدليل **(فعل يختص بالنكاح، وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح)** فتقع دلالة. وقوله: **(خصوصاً في الحرة)** لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح، وأما في الأمة فيحل به وبملك اليمين أيضاً **(بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدونه النكاح كما في القابلة والطبيب)** والخاتنة، والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة. **(والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة، فلو كان النظر إليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها)** وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى **﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾** قال: **(ويستحب أن يشهد على الرجعة)** إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين أشهدا عليّ بأني راجعت امرأتي **(وإن لم يشهد صحت الرجعة. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تصح، وهو قول مالك)** وهو غريب لأنه لا يوجب الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطاً على الرجعة **(لهما قوله تعالى ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الإشهاد)** وهو قوله تعالى **﴿فأمسكوهن بمعروف﴾** وقوله تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف﴾** وقوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** قوله تعالى **﴿فلا**

---

(١) تقدم في طلاق الحائض رواه الجماعة من حديث ابن عمر.

تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها، وما تلاه محمول عليه، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع في المعصية **(وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة، وإن كذبته فالقول قولها)** لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهماً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح **(وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله)** وقالا: تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة، ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن

وليس السؤال إلا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان إعلامه إياها إذ هو أيضاً لمثل ذلك، فإذا كان مستحباً لأنه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحباً لأنها في النكاح كذلك. ولو راجعها ولم تعلم فتزوّجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الأول[1] أو لا قوله: **(وإذا انقضت العدة إلخ)** هنا مسئلتان: الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال: بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها. والثانية قال: قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء. أما الأولى فإما أن تكون المرأة أمة أو حرّة، وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه، ففي الحرة إن

جناح عليهما أن يتراجعا﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «مر ابنك فليراجعها» وقوله: **(ولأنه)** أي الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور **(واستدامة للنكاح)** كما تقدم، والاستدامة إنما هي حالة البقاء **(والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء)** بالاتفاق فكانت **(كالفيء في الإيلاء)** في أن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء **(إلا أنها)** أي الشهادة **(مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها)** أي في الرجعة **(وما تلاه)** يعني من قوله تعالى **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** **(محمول عليه)** أي على الاستحباب دفعاً للتناكر، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق به كما في قوله تعالى **﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾** بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال: **﴿أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا﴾** **(وهو)** أي الإشهاد **(فيها)** أي في المفارقة **(مستحب)** فكذا في الرجعة. واعترض بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى **﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾** وأجيب بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الأخرى، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها، وإنما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما وإحداهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب، فكذلك الأخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفتين **(ويستحب أن يعلمها)** بالرجعة، لأنه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فإنها قد تتزوّج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئاً بترك الإعلام، ولكن ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير. فإن قيل: كيف تكون عاصية بغير علم؟ أجيب بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لأن التقصير جاء من جهتها **(وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة، فإن صدقته فهي رجعة، وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال)** وكل من فعل كذلك فهو متهم، وذلك يقتضي أن لا تصح الرجعة وإن صدقته أيضاً **(إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة. ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وقد مر في كتاب النكاح. وإذا قال الزوج قد**

قوله: **(فكانت عاصية زوجها أوقعها فيه مسيئاً إلخ)** أقول: ممن قبيل حذف الموصول قال المصنف: **(وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: قال الزيلعي وابن الهمام: تستحلف المرأة هنا بالإجماع على عدتها كانت منقضية حال إخبارها اهـ. فيه بحث لأن الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة؟ وجوابه أن المراد أنهما لو قالا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة، ونظير ذلك في المزارعة فراجعها قوله: **(والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه إلخ)** أقول: الظاهر سبق المخبر به وإلا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شيء، ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء، أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفاً بالمخبر به.

---

(١) صوابه الثاني إذ لا رجعة مع عدم دخوله، قاله العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف، ولو

صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى، وإن كذبته لا يثبت لأنه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه، ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة، بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه إنشائه كأن يقول: في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبته لأنه ليس متهماً فيه لتمكنه من أن ينشئه في الحال أو يجعل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله، فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الإنشاء، وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقاً وكذبه المالك لا يقبل قوله: إلا ببينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك، ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب إلى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة، وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الأمة إذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها: عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول: للمولى. واختلف في قوله أبي حنيفة، والصحيح أنه كقولهما، وستأتي أوجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله: للحرة وبين قوله: للأمة بالمسئلة الثانية، وهي إذا قال: قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول: وأما المسئلة الثانية، فإن قالت: مجيبة انقضت عدتي مفصولاً لا تثبت الرجعة اتفاقاً لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور. ولو قيل: وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن، وإن قالته موصولاً بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة. ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء، فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك. وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهراً لبقائها ظاهراً ما لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال: طلقتك فقالت مجيبة: انقضت عدتي لحقها طلقة أخرى، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة في الإخبار شرعاً فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح، كما لا يقع الطلاق في قوله: طالق مع انقضاء عدتك، وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها: انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة، ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده. قيل: والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه، ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقراراً، فإذا ظهر أنه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع. نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء فلجّ[1] وقال: لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لأنه مقرّ على نفسه والأوجه فيما إذا ادعى صحيته إن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأوّل وراجعتك بالعكس. فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع، وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها. والفرق لأبي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوّج والاحتباس في منزل الزوج جائز، بخلاف الرجعة وغيرها من

راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي) فأما إن قالت ذلك متصلاً بكلام الزوج أو بعد مكث فإن كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وإن كان الأول لم تصح عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قالا: الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهراً إلى أن تخبر، وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة (**ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له انقضت عدتي وقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء**) إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (**وأقرب أحواله حال قول الزوج**) فإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة. ولا نسلم أن مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف، ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع

---

(١) تلجلج في صدره شيء تردد.

كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: القول قول المولى)** لأن بضعها مملوك له، فقد أقرّ بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح، وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها، فكذا فيما يبتني عليها، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى، وكذا

الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة قوله: **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عنده، وقالا: للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه)** وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح. ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره عليها، بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول: إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلاً، فكذا فيما ينبني عليها، وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونها لها فيما ينبني عليها إلا إذا وقع لازماً لوجود قولها في العدة قولاً: أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازماً لذلك، لأن كون القول‌قولها: فيها ما ثبت إلا لأجل أن القول‌لها: في المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها، وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها، وإنما ادعى في حال كونه لا ملك له عليها أنه راجعها قبل الانقضاء، وهي منكرة أن يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها قوله: **(ولو كان على القلب)** بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق.

وقوله: في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضاً. وقال بعض أصحابنا: لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة، ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا، إذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها. وفي المبسوط: لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح. ووجه الفرق لأبي حنيفة أنها منقضية العدة في الحال، ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله، بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقرّ بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها قوله:

بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها)** وهي في العدة فإما أن يصدقه المولى والأمة أو يكذباه، أو يصدقه المولى وتكذبه الأمة أو بالعكس، فإن كان الأول صحت الرجعة بالاتفاق، وإن كان الثاني لم تصح بالاتفاق إلا إذا برهن، وإن كان الثالث وليس له بينة **(فالقول قولها عند أبي حنيفة، وقالا: القول قول المولى لأن البضع مملوك)** له بعد انقضاء العدة، معناه منافع البضع، فكان الإقرار بها للزوج إقرار بما هو خالص حقه فلا مرد له، وكان كالإقرار عليها بالنكاح، بأن يقر بأنه زوّج أمته من فلان **(وهو)** أي أبو حنيفة **(يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة)** وانقضائها، وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يقول القول قوله في ذلك لكونه أميناً **(والقول في العدة قولها)** فحكم الرجعة يبتني على قولها، ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره، وذلك لأنه لما صدقه في الرجعة لم يبق له منافع بضعها، فأنى يكون له إقرار بما هو خالص حقه، بخلاف الإقرار بالتزوّج فإنه إقرار بذلك وكان الفرق بينا وإن كان الرابع، وعبر عنه المصنف بقوله: **(ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى)** لأن منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهي منكرة **(وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال)** بالاتفاق، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها. أي عند

عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال، وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة **(وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها)** لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به **(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل)** لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة، بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله، وهذا

(وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به) دون غيرها: أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها: إني حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد. ولو قالت ولدت: يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها إلا ببينة، أو قالت أسقطت سقطاً مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق، ولا فرق في هذا بين الحرة والأمة قوله: **(أو يمضي عليها وقت صلاة)** أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير ديناً في ذمتها، فإن كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير، وإن كان في أوّله لم يثبت هذا حتى يخرج لأن الصلاة لا تصير ديناً إلا بذلك، وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر قوله: **(بخلاف ما إذا كانت كتابية)** فإنه لا يتوقع في حقها أمارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لأن الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها، فبمجرد الانقطاع وإن كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها قوله: **(وتنقطع إذا تيممت وصلت)** أي فرضا أو نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى قوله: **(حتى يثبت به من الأحكام)** برفع يثبت لأن حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل، والمراد بالأحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف، وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله، ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط، ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت، وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى. ولا يشكل عليه أنه لا يحل لها التزوّج بآخر بالاتفاق لأن التيمم وإن قام مقام الغسل هو أضعف منه، والاحتياط في التزوّج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة قوله: **(ولهما أنه ملوّث غير مطهر)** أي حقيقة لا شرعاً كذا في الدراية. ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للأوهام مستعيناً فيه بالملك العلام مصلياً على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول: هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه: أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافاً له، وهو مبني أن التيمم طهارة مطلقة أوّلاً، فقال: إنها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة

الرجعة، ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام إشارة إلى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا إليه. قوله: **(وإن قالت قد انقضت عدتي)** ظاهر والضمير فيه راجع إلى الانقضاء. قال: **(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة)** كلامه واضح. وقوله: **(بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة)** يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة ديناً في ذمتها وهو من أحكام الطاهرات. وقوله: **(وإذا تيممت وصلت)** أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله: **(حتى يثبت به من الأحكام)** يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن وإباحة الصلاة وسجدة التلاوة. وقوله: **(والأحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية)** يعني أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم، أما قراءة القرآن فلأنها ركن الصلاة. وأما المسجد فلأنه مكان الصلاة. وأما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فإنه يجوز أن تقرأ في صلاتها آيه السجدة. ولقائل أن يقول: الحاصل من

استحسان وقال محمد رحمه الله: إذا تيممت انقطعت، وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته. ولهما أنه ملوّث غير مطهر، وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات، والأحكام الثابتة أيضاً

به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها. فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه. وصرح في النهاية في تقريره بأن التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء، إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث، وهنا إلى شيئين الحدث والماء. ثانيها باب الإمامة في مسئلة اقتداء المتوضىء بالمتيمم فافترقوا فيها، فقال محمد: هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضىء به، وقالا: مطلقة فيجوز. وثالثها هنا فافترقوا أيضاً إلا أنهم عكسوا كلمتهم، فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة: أحدهما قوله: في الإمامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة. والثاني أن بعد ما قال في الإمامة: إنها ضرورية قال: هنا مطلقة. ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما: هناك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة، وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما: أنه لا يزيل الحدث بيقين، ولهذا عند رؤية الماء إنما يصير حدثاً بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعاً. والجواب أنه لا شك أن في التيمم جهة الإطلاق وجهة الضرورة، وفيه أيضاً أنه ملوّث في نفسه مغبر لا يطهر: أي لا ينظف، فمعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث مطلقاً كالماء إلى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء، ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء إكراماً لهذا النبي الكريم ﷺ وأمته، ولذا كان من الخصائص، وهذا لا يفيد الإخلال بمعنى الإطلاق إذ حاصله أنه بيان سبب شرعيته. ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وإنما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء، وأما كونه ملوّثاً ومغبراً فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيراً بين الماء والتراب ابتداءً، فإنه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الأعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع إلا للضرورة المتحققة من الحاجة إلى الأداء مع عدم الماء تكريماً لنبينا محمد ﷺ، فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعاً للحاجة المذكورة. إذا علمت هذا فقولهم: مع الشافعي إنها مطلقة: أي تزيل الحدث، ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم: إنها ضرورية على ما سمعت، فمن قال: إنها مطلقة في موضع وقال: في آخر إنها ضرورية لم يكن مناقضاً أصلاً. وقول: من ذكر في تقريره إنه لا يرفع بيقين حاصله أنه فرّق بينه وبين الماء فإن الماء يرفعه بيقين، وهذا يرفعه ظناً للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد مانعية، فعلى الأول لا يرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد، غير أن الراجح هو الظن. والثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى، وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيقي قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية، وعلى هذا فلا إشكال في ارتفاعه بالتيمم، وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه، إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء، والدليل الملجىء إلى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثاً ثم النظر في وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه، فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين، فالاحتياط في اقتداء المتوضىء

دليلهما أن التيمم طهارة ضرورية وإن الضرورة إنما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة. وقد تقرر من الأصول أن الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وإن وصلت ما لم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة. والجواب أن الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع

ضرورية اقتضائية، ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما، وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة **(وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقل من عضو انقطعت)** قال رضي الله عنه: وهذا استحسان. والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر. والقياس

بالمتيمم أن لا يصح، ولا يعلل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبر لها فيقول: لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف. وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعلل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا، وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد، والباقي بعد هذا إنما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم. وعندي أن قولهما: في الاقتداء أحسن من قول محمد، وقول محمد: في الرجعة أحسن من قولهما: لأن الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الأحكام عندنا، فعلمنا أنه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضىء به وتنقطع به الرجعة خصوصاً والاحتياط في ذلك واجب. هذا ولقائل أن يقول: إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ﴿ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] لخلوه عن اشتراطه، فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص. فإن أجيب بأن تعين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعاً، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفاً على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله. ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا إنه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته، وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة إلا مقيداً، هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوّجت قبل الغسل ظهر صحته، وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس، والله أعلم قوله: **(والأحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية)** إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه، وكذا اللمس لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتقان، وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة قوله: **(وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة)** قال في المبسوط: وهو الصحيح، فإن فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها، ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد، قال الكرخي: تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات، وقال الرازي: لا تنقطع به قوله: **(وإن كان أقل من عضو انقطعت)** وذلك كنحو الأصبع، كذا في «المحيط» و «الينابيع»، وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل قوله: **(والقياس في العضو، إلى قوله: والقياس فيما دون العضو)** الحاصل أن الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان، فالقياس في العضو أن تنقطع لأن للأكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لأنها لم تخرج إلى حكم الطاهرات. ولا يخفى تأتي كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي أن يتعارض في

الحيض، ومن لوازم انقطاعه مضي المدة، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة، ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته. وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الإمامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفي **(وإذا اغتسلت ونسيت من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو كأصبع ونحوه انقطعت. قال المصنف: وهذا استحسان)** اعلم أن محمداً لم يذكر في كتبه، وضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه، وروى أنه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه، فإن القياس أن تنقطع الرجعة لأنها غسلت أكثر البدن، وللأكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن، وفي الاستحسان لا تنقطع لأن العدة باقية لعدم الطهارة، وعند محمد فيما دونه، فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث، والاستحسان أن تنقطع لأن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم

فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ. ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوّج أخذا بالاحتياط فيهما، بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه: هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الأعضاء **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة)** لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله ﷺ: «الولد للفراش» وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك

كل منهما قياسان: قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع لرجعة، وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها. ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني، إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء لشيء وعدمه، فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة، وإذا ظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل. على أن كون أن للأكثر حكم الكل قياساً ممنوع، بل إنما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لا أنه مطرد شرعاً ممهد. ثم وجه التفصيل المذكور أن ما دون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء غير بعيد، وبتقديره تنقطع الرجعة، فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطاً، ولم يجز لها أن تتزوّج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطاً في أمر الفروج، حتى إنها لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدها إلى إخلاء ذلك الموضع عن الإصابة. قلنا: لا تنقطع الرجعة، بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة يبعد فيه جداً لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع قوله: **(وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو)** الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو. وعنه وهو قول محمد: كترك ما دون العضو قوله: **(لأن في فرضيتهما)** أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافاً فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة، وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطاً، ولو بقي أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة قوله: **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه)** قبل الطلاق طلقها **(وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوّج جعل منه شرعاً لقوله ﷺ «الولد للفراش»**[1]) وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئاً وبطل زعمه في عدم الوطء

وصول الماء إليه، والمصنف أشار إلى ذلك بقوله: والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر، وهو إشارة إلى قياس أبي يوسف وبقوله، والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو إشارة إلى قول محمد. وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله إن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها، حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان محمد. وقال: **(بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف)** فلما لم يكن مبلولاً علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان أبي يوسف، فانظر حذق المصنف في هذا

قوله: **(والجواب أن الضروري إلخ)** أقول فيه بحث، فإنه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله في المسألة الآتية: ولا يحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط، فإن انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس إلا ما يلزمه حل التزوج فليتأمل قال المصنف: **(بمنزلة ما دون العضو)** أقول: يجوز أن يحمل على تقدير المضاف: أي بمنزلة ترك ما دون قال المصنف: **(لأن في فرضيته اختلافاً)** أقول: أي فرضية غسله في الغسل إن أرجع ضمير هو إلى الفم والأنف، وإن أرجع إلى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا إلى تقدير المضاف، بل في قوله بمنزلة ما دون العضو أي غسل ما دون العضو، وإن أرجع إلى الترك: أي ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك قوله: **(والصريح يفوق الدلالة)** أقول: الدلالة إذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلاً عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك.

---

(١) رواه البخاري ومسلم وقد تقدم مستوفياً.

متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى. وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق، لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة. قال: **(فإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة)** لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعاً، بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتني على

المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة، وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب إقراره ذلك، بخلاف ما لو أقر بعين في يد غيره لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذباً شرعاً بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له، وبخلاف ما لو قال: في عبد إنسان إنه حر الأصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه. فالحاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان، وإذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة، بخلاف إقراره بما يثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في إقراره بالحرية وثبت الحكم بها، وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق. فإن قلت: كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوماً شرعياً لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازماً وقد فرض اعتباره لازماً. فالجواب أن الامتناع في اللزوم العقلي. أما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه، وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلاناً أحق بها من غيره، فإذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه قوله: **(ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان)** أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى قوله: **(وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق)** أي في مدة تصلح بأن تلد لستة أشهر فصاعداً من يوم النكاح كما قدمنا قوله: **(وأغلق باباً)** المناسب أو أغلق بأو كما فعل في أرخى لا بالواو لأن كلاً منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله بإثباتها لا مباين لها قوله: **(لأن تأكد الملك بالوطء)** إذ بعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة، وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلاً حق نفسه من الرجعة قوله: **(ولم يصر مكذباً شرعاً إلخ)** جواب عما قد يقال: إنه هنا أيضاً صار مكذباً شرعاً حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعاً إنزالاً له واطئاً شرعاً فمنع كونه بناء على ذلك شرعاً أو على ما يستلزمه، بل هو بناء على تمام تسليم المبدل

الإدراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره، جزاه الله عن المحصلين خيراً **(وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل)** والواو بمعنى أو لأن الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه، وذلك لأن حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة **(و)** في رواية أخرى **(عنه)** وهو رواية الكرخي عن محمد **(هو)** أي كل واحد منهما **(بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً)** فإن المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك الشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة **(بخلاف غيره من الأعضاء)** فإنه لا خلاف لأحد في فرضيته.

قال: **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة)** فله ذلك، ولا معتبر بقوله لم أجامعها لأنه ظهر الحبل في مدة يتصور أن يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك، ومتى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله: **(عليه الصلاة والسلام «الولد للفراش»)** الحديث **(وذلك)** أي جعل الحمل منه **(دليل الوطء منه، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً)** لأنه لا يتصور بدونه **(وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه)** أنه لم يجامعها **(بتكذيب الشارع)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن النسب يثبت دلالة، وقوله لم أجامعها صريح. والصريح يفوق الدلالة. والثاني أنه أقر بقوله لم أجامعها لسقوط حق مستحق له، وتكذيب الشارع لا يرده، كما لو

تسليم المبدل لا على القبض، بخلاف الفصل الأول **(فإن راجعها)** معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها **(ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة)** لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقرّ بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام **(فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة)** معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليه بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير

وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها، ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذباً شرعاً وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط في إثباتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتصير العدة قائمة شرعاً ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك. وقول إمام الحرمين: إن العدة تستدعي سبباً في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة، ولو قال: جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء قوله: **(بخلاف الفصل الأول)** يتصل بقوله: لم يصر مكذباً شرعاً، وعني به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله: لم أجامعها حيث جعله واطئاً حكماً لأن الرجعة تنبني على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء فتثبت قوله: **(معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها)** أي ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء، فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت: أي ظهر صحتها قوله: **(لأن على اعتبار الثاني)** وهو إنزاله واطئاً بعد الطلاق، وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطء إذ المؤدي على عبارته هكذا على اعتبار إنزاله واطئاً بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم، وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها قوله: **(والمسلم لا يفعل الحرام)** فإن قيل: والظاهر منه أيضاً أنه لا يكذب، فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة قوله: **(وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين)** إن فيه للوصل، فأفاد أن قوله بعد ستة أشهر معناه: أي فصاعداً أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة، لأن الثاني يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لأن امتداد الطهر لا غاية له إلا الإياس وبه يصير مراجعاً، بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقاً رجعياً لو ولدت لأقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة، وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق

أقر بعين لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذباً شرعاً. وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع. وعن الثاني بأنه لم يتعلق ههنا بإقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع، بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به. وقوله: **(ألا ترى)** توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء **(فلأن يثبت به الرجعة)** التي ليست فيها جهة العقوبة **(أولى)** وقوله: **(وتأويل مسئلة الولادة)** ظاهر **(فإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً)** على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو، وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى ستراً بالواو والأول أصح **(ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه)** فإن قيل: قد صار مكذباً شرعاً لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملاً إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول. أجاب بقوله **(ولم يصر مكذباً شرعاً لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض)** ومعناه إنما يصير مكذباً شرعاً أن لو كان كمال المهر مستلزماً للقبض وهو الوطء وليس كذلك، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة، إذا التسليم عبارة عن رفع الموانع

مراجعاً **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الأول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث)** لأنها إذا جاءت بالأوّل وقع الطلاق وصارت معتدة، وبالثاني صار مراجعاً لما بينا أنه يجعل

في الأول دون الثاني، وإن هذا الاحتمال سقط هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة، بخلاف ما إذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فإنهما حينئذ من بطن واحد إذا لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق قوله: **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة)** وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر، فإن كان أقل فهما توءمان فيقع طلقتان بالأولين لا غير إذ بالثالث تنقضي العدة، ولو كان الأولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالأول لا غير، وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء، وإذا كانوا في بطون فالوالد الثاني رجعة، وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة، وبالولد الثاني صار مراجعاً لما بينا أن العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعاً. وقوله: وبالثاني صار مراجعاً معناه ظهر به الرجعة سابقاً ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لأن اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئاً أصلاً على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء قوله: **(تتشوّف)** التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله

بين المسلم والمسلم إليه ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب **(بخلاف الفصل الأول)** لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب **(فإن راجعها بعدما خلا بها وقال لم أجامعها)** يعني وإن كان لا يملكها **(ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة)** أي الرجعة السابقة **(لأن النسب ثابت منه لعدم الإقرار منها بانقضاء العدة)** ولاحتمال المدة **(فإن الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك إلا بالدخول فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده)** لأن فيما بعده يكون الوطء حراماً لزوال الملك بنفس الطلاق: يعني إلا إلى عدة لأن الفرض عدم الوطء قبله لأنه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام، وإن كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة. قال: **(فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق)** ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولداً ثم ولدت ولداً، فإما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا، فإن كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثاني، وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول فلا يثبت به الرجعة وإن كان الأول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لأن الولادة الثانية رجعة، ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وإن كان أكثر من سنتين)** إن للوصل: أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لأن الولد الثاني مضاف إلى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق)** على ما ذكره في الكتاب واضح. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول إلخ. وقوله: **(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين)** التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها. وقوله: **(إذا النكاح قائم بينهما)** يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق. فإن قيل: لو كان النكاح قائماً بينهما لجاز أن يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره. أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** فإنه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى **﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منهياً عنها. فإن قيل: لم لا يكون نفس المسافرة دليلاً على الرجعة. أجيب بأن الإخراج منهي عنه والرجعة

قوله: **(وإن كان لا يملكها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين)** أقول: أي لا يملك الرجعة.

العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالأقراء لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق **(والمطلقة الرجعية تتشوّف وتتزين)** لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعاً **(ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه)** معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول العدة عليها **(وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها)** وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: له ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يغشاها عندنا. ولنا قوله تعالى: **﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن﴾** الآية، ولأن تراخي عمل

قوله: **(إذ النكاح قائم بينهما)** وكذا جميع أحكامه من التوارث. ولو قال: كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** [الطلاق: ١] نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى **﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** [الطلاق: ١] أي يبدو له أن يراجعها، ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام. قيل: ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها. وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة، وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا، وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها إلى ما دونه لأن الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج، وكما يكره السفر بها تكره الخلوة إذ قد ينظر نظراً يصير به مراجعاً وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي إلى تطويل العدة عليها وذلك حرام. وقال «السرخسي»: إنما تكره الخلوة إذا لم يأمن غشيانها إذ يصير مراجعاً لها بغير إشهاد وهو مكروه، ومقتضى هذا أنه إذا أمن لا يكره، وأن كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية، ولم يلتفت «شمس الأئمة» إلى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعة كأنه لبعده جداً حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج، وقل: أن يقع مع الخلوة، حتى إن الإنسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمده قصداً حالة الجماع، لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله: لأن تراخي عمل المبطل: يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته: أي لحاجة الزوج إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة: أي العدة ظهر أنه لا حاجة إلى الرجعة فتبين أن المبطل عمل الإبانة من وقت

مندوب إليها وهما متنافيان. وقوله: **(ولأن تراخي عمل المبطل)** دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة ولا حاجة له إليها فلا تراخي. أما أن التراخي كذلك فقد علم مما تقدم. وأما عدم حاجته إليها فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له إليها، وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها، وأما إذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه. وأجيب بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد، وفيه نظر لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة، ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضاً يثبت بالتبيين كعمل المبطل، وإذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده، ولهذا يحتسب الأقراء من العدة، ولو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة لما احتسب الأقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق، وإذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديراً حين لم يرد الرجعة فكأنما أنه لا يملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح. وقوله: **(على ما قدمنا)** يعني في أوائل الباب حيث قال: ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين، وإن لم يشهد صحت الرجعة **(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء. وقال الشافعي رحمه الله: يحرمه لأن حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق.)**

المبطل لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده لهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج. وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه **(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء)** وقال الشافعي رحمه الله: يحرمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق. ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى يوجب استبداده به، وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء إذ الدليل ينافيه والقاطع آخر علمه إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم، والله أعلم بالصواب.

وجوده وأن مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة، ويقتضي أنه لو راجعها ظهرت حاجته، وأن المبطل لم يعمل أصلاً فيتبين أن الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية، والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة، فلو كان المبطل مقتصراً على انقضائها لم تحتسب واحتيج إلى عدة مستأنفة. والأوجه تحريم السفر مطلقاً لإطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور أن الخلوة بأجنبية غير ضائر إذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعاً ما يباح من الزوجة قوله: **(وذلك)** يعني استبداده به **(يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء والدليل ينافيه)** أي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه: أي ينافي الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطاً، ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ما قدمنا في أول الباب من النصوص فارجع إليه قوله: **(والقاطع إلخ)** جواب عن قول الشافعي: الزوجية زائلة لوجود القاطع. قلنا نعم وجد، ولكن أخر عمله إجماعاً لأن الإجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر. أو نقول: تأخر عمله نظراً للزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت نظراً له، والله سبحانه أعلم.

ولنا أن الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها، وهذا المقدار كان كافياً في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى: أي ثبوته نظراً له يوجب استبداده به: أي بالرجعة بتأويل الرجوع إذ لو لم يكن مستبداً به لما تم النظر لأنه قد لا ترضي المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء) إذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة إنشاء لأن الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق إلا في القائم وكانت الزوجية قائمة. وقوله: (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع، ومعناه أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لأنه أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم: يعني قوله يثبت للزوج نظراً له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم إلى مدة نظراً لمن له الخيار.

فصل فيما تحل به المطلقة

(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوّجها في العدة وبعد انقضائها) لأن حل المحلية باق لأن زواله

فصل فيما تحل به المطلقة

لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره قوله: **(لأن حل المحلية)** تركيب غير صحيح، والصحيح أن يقال: لأن حل المحل باقٍ أو لأن المحلية باقية، وهذا لأن المحلية هي كون الشيء محلاً ولا معنى لنسبة الحل إليها إذ لا معنى يحل كونها محلاً قوله: **(لأن زواله)** مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم للزوال قوله: **(ومنع الغير)** جواب عن مقدر، والمتبادر من العبارة أن يقال: ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوّج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الأجنبي دون الزوج وهو سهل، وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص، قال الله تعالى **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** الآية يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوّجها في العدة؟ وحاصل هذا استشكال الإطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه. والأول طلب الفرق. قلنا: عمومه في ضمير. تعزموا ، وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول. وحكمة شرعية العدة في الأصل أن لا يشتبه النسب **(ولا اشتباه في إطلاقه)** أي إطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لأن الماء ماؤه فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وأطلق، وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص: أعني الإجماع، لأن الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم إطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من إطلاقه، وعدم المانع لا يعلل به، لكن المعنى أنه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الإجماع، وبسطه أن العدة بعلة الحاجة إلى دفع الاشتباه فوجود الحاجة إلى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوّج، ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها إلا أنه وجد المقتضي للعدم لأن العلة لا تؤثر في العكس: يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم: أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] إما بعلة أخرى، إما أن يكون إظهاراً لخطر المحل إذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب، بخلاف ما لو أطلق مطلقاً كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض، ولم يمكن إخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة **(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية)** وهو كونها آدمية ليست من المحرمات **(باقٍ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة)** لقوله تعالى **﴿فإن طلقها فلا تحل له﴾** على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله. ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا. والجواب أنه معدوم بعدمه الأصلي إذ العلة لم تصر علة بعد، وإذا كان حل المحل باقياً جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها. فإن قيل: هذا تعليل في مقابلة النص، قال الله تعالى **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقاً، والتعليل في مقابلته باطل. أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب، ومعناه أن المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لأن المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في

فصل فيما تحل به المطلقة

قال المصنف: **(فينعدم قبله)** أقول: وتذكير الضمير الراجع إلى الطلقة لتأويله بالطلاق.

قوله: **(أجاب بقوله ومنع الغير في العدة، إلى قوله: إذ الاشتباه إنما يكون إلخ)** أقول: هذا أيضاً من قبيل التعليل في مقابلة النص، والأولى أن يقال: خص منه المطلق بالإجماع قال المصنف: **(وإن كان الطلاق ثلاثاً)** أقول: لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات.

معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها)**

غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقاً تعبدية قوله: **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إلخ)** لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولاً بها أو غير مدخول بها لصريح إطلاق النص، وقد وقع في بعض الكتب أن في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لا يحل لمسلم رآه أن ينقله فضلاً عن أن يعتبره لأن في نقله إشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الأمر فيه، ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع، نعوذ بالله من الزيغ والضلال. ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والأمر فيه من ضروريات الدين لا يبعد إكفار مخالفه قوله: **(والمراد)** أي المراد بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** [البقرة: ٢٣٠] **(الطلقة الثالثة)** لأن ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال **﴿الطلاق مرتان﴾** [البقرة: ٢٢٩] ثم قال **﴿فإن طلقها﴾** أي الثالثة هذا قول الجمهور. وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هي قوله **﴿أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩] فإن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله ﷺ فقال «عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة؟ فقال: في قوله. أو تسريح بإحسان»[1] كذا في «المبسوط»، وكأنَّ المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** إذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله **﴿فإن طلقها﴾** الثالثة لأنه عقبها بقوله **﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار، فإن الثاني ذكر شرطاً لإعطاء حكم الثالثة، والأول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة. وحاصله أن يقال شرعها ثلاثاً ورتب على الثالثة حكماً وبين ذلك بقوله **﴿الطلاق مرتان﴾** وبعدهما إما إمساك بمعروف أو تسريح بثالثة بإحسان، فإن طلقها الثالثة اختيار لأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فتحصل أن كليهما مراد به الثالثة قوله: **(لحل المحلية)** فيه ما سبق قوله: **(ثم الغاية)** أي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى **﴿فلا تحل له﴾** هو الزوج الثابت بقوله تعالى **﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾** فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثاً لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوّجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قوله: **(والزوجية)** مطلقاً، وكذا الزوج مطلقاً إنما يثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، أو لأنه المتبادر عند إطلاقه خصوصاً إذا كان مضافاً إلى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافاً إلى الماضي، لأن المراد في الأول

إطلاقه: أي في تجويز نكاح معتدته، إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون في معتدة الغير. واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع، ولا يجوز التزوّج في العدة. وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعي في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور. وأقول كما ذكرت: اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق. وأما أنه ملزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾)** والمراد بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل **(والثنتان في الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية)** لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف، وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحاً لأن الغاية نكاح زوج آخر مطلقاً حيث لم يقيد بصحة ولا فساد، والمطلق

---

(١) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٤٠ وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وأبو داود في ناسخه وابن جرير وابن المنذر وابن أبي خاتم كما في الدر/ ٢٧٧ كلهم من حديث أبي رزين بهذا الحديث.
قال البيهقي: رواه بعضهم عن أنس والصواب كونه عن أبي رزين اهـ.
وإسناده جيد رجاله ثقات وهو على شرط مسلم وانظر الدارقطني ٤/ ٤.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ فالمراد الطلقة الثالثة، والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة، لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً، والزوجة المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء

التحصن والإعفاف وهو لا يحصل إلا بالصحيح، وفي الثاني صدق الإخبار وهو يحصل بالتزوّج فاسداً ولذا حنث في يمينه لم يتزوّج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوّج قوله: **(وشرط الدخول ثبت بإشارة النص إلخ)** ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء إنما يثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالمسوق قوله: **(حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة)** يعني أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاماً، بخلاف ما إذا حملناه على الوطء وإن كان حينئذ مجازاً بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكين من حقيقته، فإن المجاز في الكلام أكثر من الإعادة هذا الوجه على العموم. ووجه آخر على رأينا وهو أن في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فإن حقيقته الوطء والزوج في الأجنبي مجاز باعتبار الأول، وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حينئذ حقيقة قوله: **(أو يزاد على النص بالحديث المشهور)** هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على إرادة الوطء فيه قوله: **(يروى بروايات)** روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثاً فتزوّجت زوجاً غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول؟ قال: لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول»[(١)] وروى الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضي الله عنها قالت «جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبتّ طلاقي فتزوّجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير» بفتح الزاي لا غير «وإنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[(٢)] وفي لفظ في الصحيحين: «إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات»[(٣)]. وفي لفظ البخاري «كذبت والله يا رسول الله إني لأنفضها نفض

ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول **(والزوجية المطلقة)** أي الكاملة **(إنما تثبت بنكاح صحيح)** وإنما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى ﴿حتى تنكح﴾ على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة، فإن العقد استفيد كإطلاق اسم الزوج في قوله ﴿زوجاً غيره﴾، فلو حملنا

قال المصنف: **(والزوجية المطلقة)** أقول: جعل الإطلاق قيداً للزوج النكاح على كلا وجهي شرط الدخول فليتأمل قال المصنف: **(وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة)** أقول: قال الزيلعي: هكذا ذكر الأصحاب، وفيه نظر، فإن النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها. ويمكن أن يقال: يجوز نسبته إليها مجازاً كما يقال زانية مجازاً بالتمكين منه، وهذا أقرب من حمله على العقد لأن في حمله على العقد مجازين: أحدهما أن النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه، والثاني أن فيه تسمية الأجنبي زوجاً باعتبار ما سيؤول إليه، وفيه حمل اللفظ على الإعادة أيضاً، وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى انتهى. وفيه بحث لأن التمكين من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلازمه، إلا أن يقال: المراد التمكين المقارن للفعل وفيه ما فيه، ولا يبعد أن يقال؛ قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ﴿من قبيل﴾ ﴿عيشة راضية﴾ على الإسناد المجازي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٦١ ومسلم ١٤٣٣ حـ ١١٤، ١١٥ وأبو داود ٢٣٠٩ والنسائي ٦/ ١٤٦ والبيهقي ٧/ ٣٧٤ كلهم من حديث عائشة.
وأخرجه ابن ماجه ١٩٣٣ والبيهقي ٧/ ٣٧٥ كلاهما من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٦٠، ٢٦٣٩ وأطرافه في ٥٢٦١، ٥٢٦٥، ٥٣١٧، ٥٧٩٢، ٥٨٢٥، ٦٠٨٤ ومسلم ١٤٣٣ حـ ١١١ والترمذي ١١١٨ والنسائي ٦/ ١٤٦ و ١٤٧، ١٤٨ والدارمي ٢١٨٤، ٢١٨٥ وابن ماجه ١٩٣٢ والبيهقي ٧/ ٣٧٣، ٣٧٤ والطيالسي ١٤٣٧، ١٤٧٣ وأحمد ٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨ و ٢٢٦، ٢٢٩ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة، وفي الباب روايات.

(٣) هذا اللفظ عند مسلم برقم ١٤٣٣ حـ ١١٢ وقد تقدم.

حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر» روى بروايات، ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب. وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص، ومالك رحمه الله يخالفنا فيه، والحجة عليه ما بيناه. وفسره في الجامع الصغير وقال: غلام لم يبلغ ومثله

الأديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع إلى رفاعة، فقال رسول الله ﷺ: فإن كان كذلك لم تحلي له حتى يذوق عسيلتك» قال «وكان مع عبد الرحمٰن ابنان له من غيرها، فقال ﷺ بنوك هؤلاء؟ قال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: هذا وأنت تزعمين ما تزعمين! فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب»[(١)] وهو في الموطأ هكذا: أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمٰن بن الزبير «أن رفاعة بن سموءل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثاً في عهد رسول الله ﷺ فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها، فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله ﷺ وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة»[(٢)] ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها «كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمٰن بن الزبير فطلقها فتزوّجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها» الحديث، وفيه «فقال والله ياتميمة لا ترجعي إلى عبد الرحمٰن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره»[(٣)] قال: لم يروه عن أبي إسحاق إلا سلمة أبو الفضل قوله: (ولا خلاف لأحد فيه أي من أهل السنة، أو المراد الخلاف العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله، واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل: لعل الحديث لم يبلغه قوله: (لا ينفذ) لمخالفته الحديث المشهور. قال الصدر الشهيد: ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى. وهذا لأن شرعية ذلك لإغاظة الزوج حتى لا يسرح في كثرة الطلاق عوامل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح قوله: (والشرط الإيلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفاً بخرقة إذا كان يجد لذة حرارة المحل، فلو أولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا يفوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إن انتعش وعمل، والصغير الذي لا يجامع مثله أولى لأنه لا يجد لذة أصلاً، بخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به، وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء

النكاح على العقد كان ذلك تأكيداً والتأسيس أولى من التأكيد، وأما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي «طلق امرأته في عهد رسول الله ﷺ وهي تميمة، وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فأتت النبي ﷺ وقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة، فقال رسول الله ﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وقد روى بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب، وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الأصول، وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه، وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الأتم فليطلب ثمة (ولا خلاف لأحد فيه) أي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب، وقيل هو قول بشر

---

(١) هذا اللفظ عند البخاري برقم ٥٨٢٥ وقد تقدم.

(٢) جيّد. أخرجه مالك في الموطأ ٥٣١ حـ ١٧ من حديث الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير وكذا البيهقي ٧/ ٣٧٥.

تنبيه: لكن فيه «عبد الرحمن» بدل «عبد الله».

وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٣٤٠: رواه البزار والطبراني فذكرا فيه عبد الرحمن بن الزبير ورجالهما ثقات وقد رواه مالك في الموطأ مرسلاً وهو هنا متصل اهـ.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣/ ٢٢٠: هكذا رواه يحيى عن مالك مرسلاً وتابعه عليه أكثر رواة الموطأ إلا ابن وهب فزاد فيه عن أبيه، وابن وهب أجلّ من روى عن مالك، فالحديث مسند متصل صحيح.

(٣) شاذ. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٣٤١ من حديث عائشة.

قال الهيثمي: فيه ابن إسحق مدلّس اهـ والصواب أنها كانت تحت رفاعة أولاً، فالخبر شاذ.

يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول، ومعنى هذا الكلام أن تتحرّك آلته ويشتهي، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة إلى الإيجاب في حقها، أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقاً. قال: **(ووطء المولى أمته لا يحلها)** لأن الغاية نكاح الزوج **(وإذا تزوجها بشرط التحليل**

يولج في محل المحل: أي في محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل. وفي المبسوط في رواية أبي حفص: إن كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها. وفي التجريد: لو كان مجبوباً لم يحل، فإن حبلت وولدت حلت للأول عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وفي الخلاصة: لو كان مسلولاً وجامعها حلت عند أبي يوسف خلافاً لزفر والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين، حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل، ولو تزوّج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثاً فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحلها، وإن كان يوطأ مثلها حلت وإن أفضاها قوله: **(دون الإنزال)** خلافاً للحسن البصري لا تحل عنده حتى ينزل الثاني حملاً للعسيلة عليه، ومنع بأنها تصدق معه ومع الإيلاج وإنما هو كمال. وفي مسند أحمد أنه ﷺ قال «العسيلة هي الجماع» انتهى. فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه إلا أن في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول قوله: **(وهو الشرط بالنص)** فيه نظر، إذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لأنه ﷺ شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضاً، وسواء كان حراً أو عبداً تزوّج بإذن المولى لا بغير إذنه عاقلاً أو مجنوناً إذا كان يجامع مثله مسلماً أو ذمياً في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم. ولو تزوجت عبداً بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للأوّل حتى يطأها بعد الإجازة، وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والإحرام وإن كان حراماً. رجل طلق زوجته فاشترى عبداً صغيراً له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها إياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج قوله: **(وفسره)** أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال: غلام لم يبلغ ومثله يجامع، وفي المنافع: المراهق الداني من البلوغ، وقيل: الذي تتحرّك آلته ويشتهي الجماع. وفي فوائد شمس الأئمة: إنه مقدر بعشر سنين. ولا تنس ما أسلفناه في باب الأولياء والأكفاء من اشتراط كون الزوج كفؤاً على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله إذا كانت زوّجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف: وهو المختار للفتوى في زماننا، وعلى هذا لو زوّجت الحرة نفسها عبداً لا تحل للأول بدخوله قوله: **(ووطء المولى لا يحلها)** لزوجها لما قدمناه من أن غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجاً قوله: **(بشرط التحليل)** أي بأن يقول: تزوّجتك على أن أحلك له أو تقول هي: ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له»[1] أما لو نوياه

المريسي. وقوله: **(غير معتبر)** لأنه مخالف للحديث المشهور ولهذا **(إذا قضى القاضي به)** أي بقول سعيد بن المسيب **(لا ينفذ، والشرط الإيلاج دون الإنزال، لأن الإنزال كمال ومبالغة فيه)** أي في الدخول، والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه-لأنه ذكر العسيلة وهي تصغير العسيلة وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالإيلاج، وكان التصغير دالاً على عدم الشبع بالإنزال **(ومالك يخالفنا فيه)** أي في اشتراط الإيلاج دون الإنزال، ويشترط الإنزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في إفادة التحليل **(والحجة عليه ما بيناه)** أن الإنزال كمال ومبالغه فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله: **(فسره)** أي المراهق **(في الجامع الصغير وقال: غلام لم يبلغ إلخ)** وهو ظاهر. قال: **(ووطء المولى أمته لا يحلها)** إذا طلق امرأة ثنتين وهي أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول لأن غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجاً. قال في شرح الأقطع: روي أن عثمان سئل عن ذلك وعنده عليّ وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا: هو زوج، فقام عليّ مغضباً كارهاً لما قالا وقال: ليس بزوج **(ولو تزوّجها بشرط التحليل)** بأن قال تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك **(فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل**

---

(١) هو الحديث الآتي.

فالنكاح مكروه) لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» وهذا هو محمله **(فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول)** لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده. وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره

ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح. والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعليّ وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين، والتخريج عن بعضهم يكفينا، فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»[1]. وصححه الترمذي. وحديث عقبة هكذا: قال رسول الله ﷺ «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»[2] رواه ابن ماجة. قال عبد الحق: إسناد حسن. وقال الترمذي: في علله الكبرى عن الليث بن سعد: ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولا روى عنه. ودفع بأن قوله: في الإسناد قال لي: أبو مصعب مشرح يرد ذلك. ورواه الدارقطني معنعنا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به[3]، ولذلك حسنه عبد الحق فإنه رواه من جهة الدارقطني، وإلا فالحديث صحيح عند ابن ماجة لأن شيخ ابن ماجة يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط، عثمان بن صالح المصري ثقة، أخرج له البخاري، ومشرح، وثقه ابن القطان، ونقل عن ابن معين أنه وثقه. والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره. قال الزيلعي في التخريج: المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد، لكن يقال لما سماه محللاً دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسداً لما سماه محللاً انتهى. وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه. أما الاعتراض فمنشؤه عدم اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي، فإذا ثبت بظني سموه مكروهاً وهو مع ذلك سبب للعقاب. وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلاً عن غيرها خصوصاً على ما يعطي كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراماً قوله: **(وهذا)** أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لأن عمومه وهو المحلل مطلقاً غير مراد إجماعاً وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة قوله: **(لأنه في معنى المؤقت)** والموقت في معنى المتعة، أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللاً لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطاً أو طالباً للحل ولأنه ملعون، وعقد النكاح نعمة، ولو كان

والمحلل له») فإن محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا، إذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن. وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده **(فإن طلقها)** يعني الذي شرط التحليل **(بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط. وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت)** كأنه قال تزوّجتك إلى وقت كذا **(ولا يحلها على الزوج الأول لفساده)** فإن من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم **(وعن محمد أنه يصح النكاح**

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٦/١٤٩ والدارمي ٢١٧٥ والترمذي ١١٢٠ والبيهقي ٧/٢٠٨ وأحمد ١/٤٤٨، ٤٦٢، ٤٥٠، ٤٥١ كلهم من حديث ابن مسعود زاد النسائي في أوله: الواشمة.

وهذا إسناد جيد قال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه ابن ماجه ١٩٣٦ من حديث عقبة بن ماهر بإسناد واهٍ حيث أعلّه البوصيري في الزوائد لكنه أشار إلى رواية ابن مسعود وأن الترمذي حسّنه وورد من حديث علي أخرجه أبو داود ٢٠٧٦ والترمذي ١١١٩ وابن ماجه ١٩٣٥ والبيهقي ٧/٢٠٨ وأحمد ١/٨٣، ٨٧، ٩٣، ١٠٧، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠.

ومداره على الحارث الأعور، وهو ضعيف، وورد من حديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه ١٩٣٤ بإسناد واهٍ.

تنبيه: أقوى هذه الروايات رواية ابن مسعود.

قال ابن حجر في التلخيص ٣/١٧٠: حديث ابن مسعود صححه ابن القطان، وابن دقيق العيد على شرط البخاري اهـ.

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/٢٥١ عن مشرح بن هاعان وقوّاه الزيلعي ونقل عن عبد الحق أنه حسن وانظر نصب الراية ٣/٢٣٩.

الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورّث (وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوّجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث.

صحيحاً لم يلعن عليه، ويؤيده ما في مستدرك الحاكم: جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول؟ قال: لا إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ وصححه[1]. قلنا؛ كونه في معنى الموقت ممنوع، إذ تعيين نهايته لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى، وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه، واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع، وقول ابن عمر: لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث. وقوله: كنا نعده سفاحاً لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة قوله: **(لأنه استعجل)** حاصله أن المفسد وهو التوقيت منتفٍ لأنه بتوقيت، والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق محظور كقاتل المورّث، إلا أن هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى **﴿فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** [البقرة: ٢٣٠] فالحل كان ثابتاً ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره، فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتاً البتة، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة. ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوّجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، فإذا قيل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح. وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضاً، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه. ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي ذلك، وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية، ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد، والعقود في مثله على قسمين: منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه، ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل. ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو، فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق. نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث، ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة. وما أورده السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصاً في غير محل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون بما هو معروف بين الناس متداول، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهوراً به. وهنا قول آخر: وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك هذا، ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر: كنا نعده سفاحاً في عهد رسول الله ﷺ[2] جواباً لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن أن يقال: إن مقتضى اللفظ إن تعلق اللعن إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أو لا، لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير في فعل الفاعل أو المفعول، فلو أراد تعليق اللعن به بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير قوله: **(ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين)** يعني إذا كان دخل بها، ولو لم يدخل لا

لما بينا) أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **(ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع)** لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الأول بعد موت الثاني، فبشرط التحليل يصير مستعجلاً للحل **(فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث)** وذكر في روضة الزندويستي أن أبا حنيفة قال: النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه إياها يجبره القاضي على ذلك، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي إياه. قال الإمام ظهير الدين: هذا البيان

قوله: **(لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني)** أقول: وفيه شيء.

---

(١) موقوف. أخرجه الحاكم ٢/١٩٩ عن عمر بن نافع عن أبيه، وقال: هذا حديث على شرط الشيخين ولم يخرجاه.
(٢) هو المتقدم.

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يهدم ما دون الثلاث) لأنه غاية للحرمة

يهدم بالاتفاق، وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لوضعها في هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق في الأمة إلا هدم طلقة واحدة، لا لأنه لا هدم في الأمة أصلاً قوله: **(وقال محمد لا يهدم)** والمسئلة مختلفة بين الصحابة، فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال: كنت جالساً عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوّجت زوجاً غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوّجها على كم هي عنده؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال: ما تقول في هذا؟ قال: يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث، واسأل ابن عمر، قال: فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس(١). وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال: هي عنده على ما بقي(٢)، ونحوه عن عليّ. ونقل عن أبي بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه قوله: **(لأنه غاية للحرمة)** أي لأن الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى **﴿فلا تحل له﴾** أي مطلقاً لا بنكاح ولا يملك يمين **﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾** [البقرة: ٢٣٠] فيكون: أي الزوج منهياً للحرمة، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت: أي ثبوتها فاللام بدل الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلاث فلا يكون منهياً قبلها، فصار كما لو تزوجها قبل التزوّج أو قبل إصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات. قلنا: قد عملنا بالنص وجعلناه منهياً للحرمة في صورة الحرمة الغليظة، لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقاً قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفاً. وجه الاستدلال أنه سماه محللاً، وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك. فإن قلت: تقدم آنفاً أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعاً أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة وإلا لتعلقت بالمتزوّج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا: شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديد شرعاً لأنه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه. قيل: لا شك أن الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل، فالمعنى حينئذ: لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل، فلا يكون شرط الحل مراداً بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر، ففيه حينئذ دليل على أن الزوج مثبت الحل، وتعليق اللعنة به إذا شرطه، وبه يندفع ما قدمناه، ويظهر أن المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث أن محمله لعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من أنه لا بد من كونه مثبتاً له. نعم يرد عليه ما قيل: إنه لما جعل محللاً في صورة الحرمة

لم يوجد في غيره من الكتب **(وإذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث)** يعني أنه يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كأن لم يكن، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثاً جمعاً أو فرادى **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال: **(محمد)** وزفر والشافعي **(لا يهدم)** ويبقى الزوج مالكاً بما بقي من الأول، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك، وهو قول عمر وعلي وأبيّ بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة. استدل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص، قال الله تعالى **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** على ما تقدم، وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها، لأن المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهياً للحرمة، ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث **(ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له»)** ووجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني، وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني **(سماه محللاً وهو المثبت للحل)** ثم الحل الذي يثبت به

---

(١) موقوف حسن. أخرجه محمد بن الحسن كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٠ عن سعيد بن جبير، ورجاله ثقات.
(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٥ عن عمر وبنحوه عن علي وأبيّ وعمران بن حصين.

بالنص فيكون منهياً، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له» سماه محللا وهو المثبت للحل **(وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت**

الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها. وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لأنه لما كان محللاً في الغليظة ففي الخفيفة أولى. وأيضاً بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة يجامع كونه زوجاً لأن صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل، لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع. وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه، وتحصيل الحاصل محال. أجيب إن لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه، بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين، وما صلح سبباً لأصل الشيء صلح سبباً لوصفه بالطريق الأولى، وفيه نظر، إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللاً، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه، وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال، وهو أنه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله، وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثاً شرعاً، فظهر أن القول وما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة، ولقد صدق قول صاحب الأسرار: ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها، وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال ﷺ «أتريدين أن تعودي إلى رفاعة؟ قالت نعم، قال لا حتى تذوقي عسيلته»[1] فغيا عدم العود بالذوق. فعنده ينتهي عدمه ويثبت هو، والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات، وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال: بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودي إلى فلان صدق حقيقته وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثاً. فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال، فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه قوله: **(فقالت قد انقضت عدتي وتزوّجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي)** في النهاية: إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطاً، لأنها لو قالت: حللت لك فتزوّجها ثم قالت: لم يكن الثاني دخل بي، إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق، وفيما ذكرته مبسوطاً لا تصدق في كل حال. وعن السرخسي: لا يحل له أن يتزوّجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد. وفي التفاريق: لو تزوّجها ولم يسألها ثم قالت: ما تزوّجت أو ما دخل بي صدقت إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها. واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته

إما أن يكون الحل السابق، أو حلاً جديداً لا سبيل إلى الأول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأول والأول حل ناقص وكان الجديد كاملاً، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث، فإن قيل: سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل وأن يكون ذلك حلاً جديداً لكنه يقتضي أن يكون ذلك في المطلقة ثلاثاً لأمرين: أحدهما ما ذكره المصنف أن محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون إلا في المطلقة ثلاثاً. والثاني أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملاً بالحقيقة. فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيين: أحدهما ما ذكرت وليس بمرضيّ. والثاني أن محمله الكراهة لا الفساد، وحينئذ يندفع الأمر الأول، فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابت لكن إطلاق المحلل يقتضي أن يكون الزوج الثاني على الإطلاق محللاً، فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل، والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثاً وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثاني **(وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: **(واختلفوا في أدنى هذه المدة)** قال أبو حنيفة: لا تصدق في أقل من ستين يوماً. وقال أبو يوسف ومحمد: تصدق في تسعة

قوله: **(فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو يحمله إلخ)** أقول: وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثاً، فإنا نقول: يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات قوله: **(وحينئذ يندفع الأمر الأول)** أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم قبل إحدى عشر حديثاً.

عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق

فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها، كما لو قالت: بعد التزوّج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرماً أو كان العقد بغير شهود، ذكره في الجامع الكبير وغيره؛ بخلاف قولها: لم تنقض عدتي. ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله إن دخل بها انتهى من قائله. ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور، قال في الفتاوى في باب الباء: لو قالت: بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الأول: تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى. ولو قال: الزوج الثاني النكاح وقع فاسداً لأنى جامعت أمها إن صدقته المرأة لا تحل للزوج الأوّل وإن كذبته تحل، كذا أجاب القاضي الإمام. ولو قالت: دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها، وكذا على العكس. وفي النهاية ولم يمر بي لو قال المحلل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأوّل؟ قلت: يبنى الأمر على غالب ظنها، إن كان صادقاً عندها فلا تحل له، وإن كان كاذباً تحل. وعن الفضلي: لو قالت: تزوجني فإني تزوّجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت: ما تزوّجت صدقت إلا أن تكون أقرّت بدخول الثاني، كأنه والله أعلم يحمل قولها: تزوجت على العقد، وقولها: ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على إنكار ما اعترفت به، ولذا قال: إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها: فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة. وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد؟ قال: ثم ديانة قوله: **(لأنها معاملة)** أنث الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكراً لتأنيث خبره وفي غيره نسخة لأنه على الأصل **(وقول الواحد فيهما مقبول)** كالوكالات والمضاربات والإذن في التجارات، ولذا يقبل قول الإماء والعبيد في الهدية قوله: **(وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله)** أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك قوله: **(وسنبينها في العدة)** قال في «النهاية»: وقعت هذه الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها. وأجاب بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب، ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الأوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله، وإذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح، وذكر نبذة من الخلاف. اختلف العلماء في أقل ما تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء، فقال أبو حنيفة: لا تصدق في أقل من ستين يوماً إن كانت حرة، وقالا: أقلها تسعة ثلاثون يوماً. وقال شريح: لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها، قال له عليّ رضي الله عنه: قالون ومعناه بالرومية أحسنت[1]. ومذهب الشافعي رحمه الله أنها اثنان وثلاثون ولحظتان إن وقع الطلاق في الطهر، وسبعة وأربعون يوماً ولحظة إن وقع في الحيض. وقال أبو ثور: سبعة وأربعون. وقال مالك في الجواهر: أربعون. وقال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد: إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به، وإلا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر. وقالت الحنابلة: تسعة وعشرون يوماً إن قلنا: أقل الطهر ثلاثة عشر، وإن قلنا: خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين، وما أحسن قول: إسحاق وأبي عبيد، وهذا لأن العادة أن الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر

وثلاثين يوماً، وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر، وحيضها أقل الحيض ثلاثة، وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوماً، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوماً، فلذلك صدّقت في تسعة وثلاثين يوماً لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها. وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرّزاً عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر يوماً لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقدرناه بأقله، وحيضها

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٤١٨/٧ عن الشعبي قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فذكره وكذا أخرجه الدارمي ٨٥٤ أيضاً عن الشعبي به.

الحل به، وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله. واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة.

فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه، والمكذب عادة كالمكذب حقيقة؛ ألا ترى أن الوصي إذا قال: أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشتري في اليوم، أو لا يرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء في الآيسة والصغيرة قدّر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ بخلاف ما إذا أشهد بما دون العادة فإنه حينئذ يثبت أن هذا من النادر، وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت أن قول إسحاق ومن معه أولى به، فإن لم يؤخذ بهذا ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد: أن يجعل مطلقاً في أول الطهر تفادياً من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً كل طهر بخمسة عشر، وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذاً بالوسط فيه، وعلى قول الحسن بن زياد: أن يجعل مطلقاً في آخر الطهر تفادياً من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوماً اعتباراً للأكثر وطهرين بثلاثين يوماً، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوماً، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوماً طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين. وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوماً الطهر الذي وقع الطلاق في أوله، والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة. وتخريج قولهما: أن يجعل مطلقاً في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتباراً لأقله، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوماً، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوماً حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوماً ومثله للثاني وزيادة طهر: يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثاً تريد أن يتزوّجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقاً في آخر الطهر، لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقاً في آخره والفرض أن عدة الأول انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا، ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوماً في قوله: على تخريج محمد، وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتساباً للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين، وهذا لأن المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضاً بل بعده، وكون ما بعده حيضاً موقوف على تقدم طهر تام وهو ما قلنا، هذا في حق الزوج الأول، ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخريجين. وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوماً لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوماً عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض؛ فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أطهار، ويحتاج في حق الثاني إلى ثلاث وثلاثة أيضاً. وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوماً وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس، فإذا قلت: كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران، ويحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوماً ثلاث حيض وثلاثة أطهار، وهذا في حق الحرة، وأما في حق الأمة فتخريجه على المذاهب غير خاف، والله الموفق.

خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك، وهو خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوماً فذلك ستون يوماً، وهذا على ما ذكره محمد. وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة، لأنا لم قدرنا طهرها بأقل المدة نظراً لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظراً للزوج، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوماً. وقوله: (وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية: وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره. وردّ من حيث اللفظ والمعنى، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة، فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز، وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر. وأقول: الأول ظاهر، والثاني خلاف الظاهر، والله أعلم.

باب الإيلاء

(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى: ﴿للذين

باب الإيلاء

تحريم الزوجة بأربعة طرق: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار. فبدأ بالطلاق لأنه الأصل، والمباح في وقته. ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة، لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء. والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة، غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء به تنجيزاً أو تعليقاً فقدم، ثم أولى الإيلاء لأنه لا يلزمه به المعصية، إذ قد يكون برضاها لخوف غيل[١] على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس، بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية، ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضاً لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره، وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد. والإيلاء لغة اليمين، والجمع الألايا. قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

وفعله آلى يولي إيلاء كتصريف أعطى. وفي الشرع: هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان، وهو أولى من قوله في الكنز: الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر، لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله: إن وطئتك فلله عليّ أن أصلي ركعتين أو أغزو، ولا يكون بذلك مولياً، لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل، بخلاف إن وطئتك فعليّ حج أو صيام أو صدقة فالمولي حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه، وهو أولى من قولهم: من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق. وأما ركنه فهو الحلف المذكور، وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر، والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق عنده. وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك، فإن قربها لا تلزمه كفارة، وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما، أما لو آلى بما هو قربة كإن قربتك فعليّ حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقاً، ولو آلى بما لا يلزم قربة كإن قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقاً، وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان، ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر، وألفاظه صريح وكناية؛ فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة، فلو ادعى أنه لم

باب الإيلاء

قال في النهاية: ذكر في الأسرار في أول كتاب الطلاق منه: التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار. ثم قال: فيبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته. ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء، لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء، وكان أدنى منه في الإباحة. وهو في اللغة عبارة عن اليمين. يقال آلى يولي إيلاء: إذا حلف. وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً منعاً مؤكداً باليمين، وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة، وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما مؤقتة إلى وقت، لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لأن التدارك فيه لا يستعقب مكروهاً. ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التدارك

باب الإيلاء

(١) أغال الرجل ولده: إذا جامع أمه وهي ترضعه وأغالت المرأة ولدها أرضعته وهي حامل اهـ مصباح.
وفي «المغرب» قال أبو عبيدة: الغيل أن يجامع الرجل المرأة وهي مرضع.

يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لأن الكفارة

يعن الجماع لم يدين في القضاء، والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوئنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء. وقيل الصريح لفظان: لا أجامعك، لا أنيكك، وهذه كنايات تجري مجرى الصريح، والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازاً لا بالحقيقة، وإلا لوجب كون الصريح لفظاً واحداً وهو ثاني ما ذكر. وفي البدائع: الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح، والدنو كناية، وكذا لا أبيت معك في فراش، ويخالفه ما في «المنتقى»: لا أنام معك إيلاء بلا نية، وكذا لا يمس فرجي فرجك. في «الذخيرة»: وفي «جوامع الفقه» ما يخالفه قال: لا يمس جلدي جلدك لا يصير مولياً لأنه يمكن أن يلف ذكره بشيء. وفي «المرغيناني»: يحنث بمسّ الفرج دون الجماع فليس بمول؛ قيل فيه بعد وهو حق لأن الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة إلى النية وهو فرع أن يراد به ذلك، ولا يحنث إلا بالجماع فيكون مولياً. وفي التحفة: لو قال أنا منك مول فإن عنى الخبر كذباً فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا إيجاب في الشرع، وإن عنى به الإيجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه أوجب الإيلاء بهذا اللفظ. ولو قال: أنت عليّ مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته، فإن نوى الإيلاء كان مولياً لأنه شبهها بها في اليمين، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون مولياً، ولقائل أن يقول: الإيلاء الحلف إلخ، وقوله: أنت عليّ مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف إنشائية ولا تعليقية، لأن معنى الحلف قوله: والله لا أقربك ونحوه أو إن قربتك، وليس قوله: أنت مثلها إياه ولا محققاً لوجوده لفرض عدم وجوده سابقاً ولاحقاً، إلا أن هذا جواب الرواية، صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره. وفيه: لو آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلاً. ولو قال: إن قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فهو مول. والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف، ومعلوم أن انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله: احلف بالله فينعقد بقوله: أنا حالف، وكذا التشبيه المذكور يئول إليه. ولو قال: لا وطئتك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر مولياً، خلافاً لمالك رحمه الله، لو قال: لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عن نيته، فإن قال: أردت الوطء في الدبر صار مولياً، وإن قال: أردت جماعاً ضعيفاً لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول، وكذا إن لم تكن له نية، وإن قال أردت دون ذلك فهو مول قوله: **(ولزمته الكفارة)** ليس حكم المولي مطلقاً على تقدير الحنث بل حكم هذا المولي المذكور في قوله: إذا قال الرجل والله إلخ لما ستعرف أن المولي قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير. وقال الشافعي رحمه الله في «القديم»: لا كفارة في خصوص هذا الحنث لأنه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء، والمراد الجماع لأنه في الأصل

فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق، بخلاف الطلاق الرجعي. وشرطه أن يكون صادراً من أهل الطلاق عند أبي حنيفة، أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعداً وركنه أن يقول: والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه، أو يقول: إن قربتك فعبدي حرّ وأمثاله. وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الأول ولزوم الجزاء في الثاني، ووقوع تطليقة بائنة إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبرّ فيه شيء، ومن هذا قيل المولي هو من لا يخلو عن أحد المكروهين **(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ الآية، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة، لأن الكفارة موجب الحنث)** وقال الشافعي: لا تلزمه الكفارة لأن الله تعالى قال **﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾** وعد المغفرة، والمغفور لا يجب عليه عقوبة. قلنا: وعد المغفرة في الآخرة، وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا **(وسقط الإيلاء)** على معنى أنه لو مضت أربعة

قوله: **(وإذا قال الرجل لامرأته)** أقول: أي الغير الحائضة قوله: **(أو قال والله إلخ)** أقول: يعني لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة قوله: **(وقال الشافعي)** أقول: في القديم.

موجب الحنث (**وسقط الإيلاء**) لأن اليمين ترتفع بالحنث (**وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة**)

الرجوع، وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك، قال الله تعالى ﴿**فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم**﴾ [البقرة: ٢٢٦] وقوله الجديد كقولنا: لأن وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي إلزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والأخروي: أعني المغفرة وسقوط الكفارة، وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية إذ حنث الحالف فيها توبة، فإن التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها إعمالاً لإطلاق قوله تعالى ﴿**ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته**﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، وقال النبي ﷺ في الصحيح «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[1] وهو قول: الأربعة والجمهور. وقال الحسن: لا كفارة عليه. قال قتادة: خالف الحسن الناس قوله: (**وسقط الإيلاء**) بإجماع العلماء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لأن اليمين تنحل بالحنث قوله: (**وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي**) لم يقل الشافعي تبين، بل قال: يقع رجعياً سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم، وبه قال مالك وأحمد. ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة إلا الثابت بالنص. والجواب منع كلية الكبرى، وتقدم وجه دفعه في الكنايات، غير أنه يستدعي سبباً، والسبب هنا أنه وقع للتخلص من الظلم، والرجعي لا يفيد ذلك لأنه بسبيل من أن يردها إلى عصمته ويعيد الإيلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها بإثباته. ثم الخلاف في موضعين: أحدهما أن الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف إلى أن يفيء أو يطلق لقوله تعالى ﴿**فإن فاءوا**﴾ [البقرة: ٢٢٦] والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة. وعندنا الفيء في المدة لا غير. والجواب أن الفاء لتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو، وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره، فإن كانت للأول نحو ﴿**فقد سألوا موسى أكثر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة**﴾ [النساء: ١٥٣] ﴿**ونادى نوح ربه فقال رب إن ابني من أهلي**﴾ [هود: ٤٥] ونحو: توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب، بل التعقيب الذكري بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال، وإن كانت لغيره فكالأول كجاء زيد فقام عمرو، وكل من التعقيبين جائز الإرادة في الآية، المعنوي بالنسبة إلى الإيلاء ﴿**فإن فاءوا**﴾ أي بعد الإيلاء، والذكرى فإنه لما ذكر تعالى أن لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الأمرين، فقوله تعالى ﴿**فإن فاءوا**﴾ إلى قوله ﴿**سميع عليم**﴾ [البقرة: ٢٢٧] واقع بهذا المعرض فيصبح كون المراد ﴿**فإن فاءوا**﴾: أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيباً على الإيلاء التعقيب الذكري أو بعدها تعقيباً على التربص ﴿**فإن الله غفور**﴾ لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة، أو غفور للحنث في اليمين إن كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه، فنظرنا فإذا قراءة ابن مسعود «فإن فاءوا فيهن» ترجح أحد الجائزين وهو كون

أشهر لا يقع الطلاق (**لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة**) لأن معنى الإيلاء عندنا: إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة. وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضيّ المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها، فإن أبى أن يفعل (**تبين بتفريق القاضي**) بينهما، وكان التفريق تطليقة بائنة (**لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجبّ والعنة. ولنا أنه ظلمها بمنع حقها**) وهو الوطء في المدة (**فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة**) تخليصاً لها عن ضرر التعليق، ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائناً (**وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت**) وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٢٢٣ ومسلم ١٦٤٩ حـ ٧ وأبو داود ٣٢٧٦ والنسائي ٧/ ٩ وابن ماجه ٢١٠٧ والبيهقي ١٠/ ٣٢ والطيالسي ٥٠٠ وأحمد ٤/ ٣٩٨ كلهم من حديث أبي موسى، وله قصّة، وفي الباب أحاديث.

وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب

الفيء في المدة، إما باعتبار أن الأصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو إحداهما شاذة فتنزل تفسيراً للمراد بالأخرى، وإما باعتبار أنها تستقل بإثبات كونه في المدة إذ لا تعارض القراءة المشهورة لأنها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على أنها حجة عندنا، وإن أبى الخصم ورد المختلف إلى المختلف يتم إذا أثبت الأصل، ولا شك أن القراءة الشاذة إنما يقرؤها الراوي خبراً عن صاحب الوحي قرآناً فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم، فدار الأمر بين كونها قرآناً أو خبراً عن صاحب الوحي، وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها. فإن قيل: حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة. ونحن لا ننكر ذلك، وإنما الكلام في أن له أن يفيء بعدها، وتنحل يمينه إذا لم يفيء فيها أولاً بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفيء أثبتناه، والقراءة المذكورة لا تنفيه. قلنا: ليس كذلك فإنه تعالى جعل حكم الإيلاء على هذه القراءة أن يفيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى **﴿فإن فاءوا﴾** [البقرة: ٢٢٦] فيهن فكذا **﴿وإن عزموا الطلاق﴾** [البقرة: ٢٢٧] فكذا على ما عرف من التأويل لأن الترديد مأخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر، أي وإن عزموا الطلاق. فلم يفيئوا فيها وهو لازم فإنهم لو فاءوا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فيء إلا في المدة. الثاني أن بمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقاً بائناً وعنده لا يكون إلا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى **﴿وإن عزموا الطلاق﴾** فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه، ولأن النص يشير إلى أنه مسموع وهو قوله **﴿فإن الله سميع عليم﴾** والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله إلحاق المولى بالعنين في حكم هو إلزامه بالطلاق، فإن لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان، وإلا كان موقعاً من غير إيقاع. والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع، بل إذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم، فمعنى **﴿فإن عزموا الطلاق﴾** فإن استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة **﴿فإن الله سميع﴾** بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان **﴿عليم﴾** بما استمروا عليه من الظلم، وفيه معنى الوعيد على ذلك، واندرج في هذا جواب الثاني. وعن الأخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر، والمولى ظالم يمنع حقها فيجازي بوقوعه بنفس الانقضاء، ولا نسلم أنه بلا إيقاع بل الزوج بالإيلاء موقع، فقد كان في الجاهلية تنجيزاً فجعله الشارع مؤجلاً. أو نقول: جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق، وهذا لأن حقيقة الطلاق إنما هي رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح، ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعاً ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ، ألا يرى أنه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظاً فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة. لا يقال: كيف يكون ظالماً بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم. لأنا نقول: ذلك في الحكم، فأما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يجامعها أحياناً ليعفّها، فإن أبى كان عاصياً. والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك، لكن بقي أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه، لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا، فإن الآية وإن صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا. والجواب أن قراءة ابن مسعود لما أفادت أن لا فيء بعد المدة لزم انتفاء

وعبد الله بن عمر، وعند المحدثين هم أربعة: ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود. واعترض بأن الزوج إنما يكون ظالماً بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة، وأما إذا وطئها فقد سقط حقها. وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء، وأما في الديانة فلم يسقط، وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها

والعنة. ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قدوة، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية

قولكم من إلزامكم بأحد الأمرين من الفيء أو الطلاق فثبت أن المراد بها ما قلنا، وإلا لزم إحداث قول ثالث وهو إلزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق، وهذا التقرير هو مجمل استدلال المصنف حيث قال: ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، وإلا فظاهره أنه مصادرة لأنه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال: فجازاه بذلك بالنص. وتقريره أن القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة أخرى إلى آخر ما ذكرنا، واحتج أيضاً بآثار وهي ما روى الدارقطني قال: حدثنا أبو بكر الميموني قال: ذكرت لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال: لا أدري ما هو قد روي عن عثمان خلافه. قيل له من رواه؟ قال: حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان، وما روى مالك في الموطإ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق، فإن مضت الأربعة الأشهر توقف حتى يطلق أو يفيء[1]. وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول في الإيلاء: الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الأجل إلا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى[2]. وقال: أي البخاري: قال لي إسماعيل بن أبي أويس: حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال: إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى[3]. وقال الشافعي: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار قال: أدركت بضعة عشر رجلاً من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى[4]. وقال بعضهم: روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال: سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر. قلنا: الآثار الأربعة الأول معارضة. أما الأول فيما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة. وهذا أولى لأن سنده جيد موصول، بخلاف ذلك فإن حال رجاله لا يعرف إلى حبيب، وهو أيضاً أعضله، ولا يعلم أن طاوساً أخذ عن عثمان فهو منقطع. وأما الثاني فيما أخرج عبد الرزاق: أنبأنا معمر عن قتادة أن علياً وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة، وكل منهما مرسل، فإن رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة، وكذا قتادة وهما متعاصران، وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمانِ عشرة

ديانة، وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لأنه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة، وليس كذلك **(ولأن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية)** على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبداً **(فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة)** فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي. وقوله: **(فإن كان حلف)** يعني إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يحلو. أما إن كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد؛ فإن كان الأول فقد سقط اليمين لأنها كانت موقتة به، وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوّج، وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة إذ لا حق لها في الجماع بعدها، وهذا اختيار عامة المشايخ. وكان الفقيه أبو سهل الشرغي يقول: يتكرر الطلاق بتكرر المدة: يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدتها لأن الإيلاء في حق

---

(١) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ٦١ والبيهقي ٧/ ٣٧٧ ومالك في الموطأ ٥٥٦ ح ١٧ كلهم من حديث علي موقوف وورد عند البيهقي من طريق مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: شهدت علياً... قال البيهقي: هذا إسناد صحيح موصول.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٩٠ عن ابن عمر موقوفاً.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٩١ عن ابن عمر موقوفاً. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٧.

(٤) انظر هذه الآثار في سنن البيهقي ٧/ ٣٧٦، ٣٧٧.

فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة **(فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين)** لأنها كانت مؤقتة به **(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية)** لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج

ومائة على اختلاف الأقوال، وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول. وقال غير واحد: سنة ثماني عشرة، وقيل سنة أربع عشرة، وقيل خمس عشرة، وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر. ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والإتقان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد. قال عبد الرزاق عن معمر: جاء رجل إلى ابن سيرين فقال: رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها أعظم مما دخلت، ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء. فقال له ابن سيرين: أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوّده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه. وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل. وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى. وفي تراجمه العجائب من حفظه. وأما الثالث والرابع فيما أخرجه ابن أبي شيبة قال: حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: إذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة[1]. ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضاً، ولم يبق إلا قول من قال: بأن أصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم، ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف، وقدمنا في كتاب الصلاة أنه تحكم محض لأنه إذا كان الغرض أن المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته إلا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك. وقول البخاري: أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال: غيره غيره. وقال المحققون: إن ذلك يتعذر الحكم به، وإنما يمكن بالنسبة إلى صحابي وبلد فيقال: أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه، وعن أبي هريرة: الزهري عن سعيد بن المسيب عنه، وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة، وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك، وأحسن من هذا أيضاً الوقوف على اقتحام هذه، فإن في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك، نعم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر إحاطة بأفراد متونه، وأعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه إن كان وبقصده عند إبهامه وإرساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة، أما في فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر

الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال: كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن؛ ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط متكرر، والأصح قول العامة لما ذكر في الكتاب **(فإن عاد فتزوّجها)** بعد البينونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها **(عاد الإيلاء، فإن وطئها)** في المدة **(وإلا وقعت تطليقة أخرى**

قوله: **(وأجيب بأن حقها سقط بالجماع إلخ)** أقول: والظاهر أن لها حقاً في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لا أقل، يؤيده قصة عمر رضي الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضي الله عنها: كم تصبر المرأة عن زوجها إلخ على ما فصل في الغاية قوله: **(وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه)** أقول: كيف لا يحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة، فإن الطلاق لا يختص بالديانة غايته أنه يترتب على ما يتعلق لها. نعم يرد على الشافعي لأن المفرق عنده هو القاضي فليتأمل، أو التفصيل في شرح الزيلعي وغيره، ويفهم ذلك من قول الشارح أيضاً لأن معنى الإيلاء عندنا إلخ تأمل قوله: **(فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي)** أقول: وفيه تأمل.

(١) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٢ عن ابن عمر وابن عباس وأخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٩ عن ابن عباس قال الزيلعي: وأخرج نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن... إلخ.

لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة **(فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة**

محفوظاته يكون ذلك مقدماً عليه في روايته بمعارضة ما هو إلا محض تحكم، فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة، وأثرها الذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن، وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه. وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك، وكذا ما ذكر عن سهيل، ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علوّ الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا، وكون من ذهب إلا خلاف المروي عنهم أفقه وأعلى منصباً، ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعليّ بناء على ترجيح ما عرضنا به، وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال: هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا، وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا، وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. أخرج الدارقطني عن ابن إسحاق: حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة، وهو أملك بردها ما دامت في عدتها[١]. وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث. وأخرج عبد الرزاق: حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال: آلى النعمان من امرأته وكان جالساً عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال: إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة[٢]. وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول. وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام، وهو أن كل من قال: من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه: لأنه لم يكن بد من كونه محمولاً على السماع، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية، فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه، ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع، واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل، على أنه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلاً قوله: **(وإن كان حلف على الأبد)** هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول: لا أقربك مقتصراً إلا أن تكون حائضاً فليس بمول أصلاً لأنه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع إلى اليمين، وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون مولياً قوله: **(إلا أنه لا يتكرر)** استثناء من لازم قوله: فاليمين باقية فيما يتبادر فإنه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعد، وبه قال أبو سهل الشرغي، وعليه مشى المرغيناني وصاحب المحيط لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق، ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك، فكذا إذا صرح بملزومه، والمختار قول الكرخي: إنه لا يقع إلا إذا تزوّجها، وعليه مشى في «البدائع» و «تحفة الفقهاء» و «شرحي الإسبيجابي» و «الجامع» لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم، وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاءً لظلمه، وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانياً ابتداءً في حقها، فلا يلزم حكم البر فيه، بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزاً ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون إذا صح بمنزلة تعليق البائن، والبائن المعلق يلحق

بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن. وقوله: **(ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج)** قيل هو احتراز عما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدة، فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٨ والدارقطني ٤/ ٦٣ كلاهما عن عمر بن الخطاب موقوفاً.
(٢) موقوف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤١.

أخرى) لأن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم **ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج (فإن تزوّجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها)** لما بيناه **(فإن تزوّجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق)** لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل **(واليمين باقية)** لإطلاقها

البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكنايات، وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل: إنه كقوله: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق، وذلك لأن قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا انعقد إيلاءً شرعياً مستعقباً لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر، وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونه ظالماً لأن ذلك الحكم هو جزاؤه، فإذا لم يكن ظالماً كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الإيلاء فلا يستلزمه فيبقى يميناً دون إيلاء فلا يصير كقوله: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء، كما لو قال لأجنبية: والله لا أقربك أبداً ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق، ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا، ولذا قلنا إذا تزوّجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح في الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطىء وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء قوله: **(ويعتبر ابتداءُ هذا الإيلاء من وقت التزوّج)** أطلق في ذلك وكذا في الكافي، وقيده في النهاية والغاية تبعاً للتمرتاشي والمرغيناني بما إذا كان التزوّج بعد انقضاء العدة، فأما إن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق، ومثله لو آلى من زوجته مؤبداً ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الإيلاء، فإن مضت له أربعة أشهر وهو في العدة وقعت عليها طلقة وإن مضت بعد انقضائها لا يقع شيء، فإن تزوجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء، ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوّج فلا يحتسب بما مضى قبله، فلو تزوّجها في العدة احتسب به. قال في «شرح الكنز»: وهذا لا يستقيم إلا على قول من قال: إن الطلاق يتكرر قبل التزوّج وقد بينا ضعفه انتهى، فالأولى اعتبار الإطلاق كما في «الهداية» قوله: **(لتقيده بطلاق هذا الملك)** لأن الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه، ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديداً بعد التزوّج بغيره لأنه غالب العدم على وزان ما قدمنا في مسئلة التنجيز، وهو ما إذا علق طلاقها بالدخول مثلاً ثم نجز الثلاث فتزوّجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافاً لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك، وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء، حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافاً لزفر، ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافاً له، ولو بانت بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوّجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات، وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث، وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت قوله: **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** وقال به: الأئمة الأربعة وأكثر العلماء. وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق: يصير مولياً في قليل المدة وكثيرها، فإن تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لإطلاق الآية في ذلك، فإن لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعداً، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف. وكان أبو حنيفة أولاً يقول به ثم رجع إلى قول ابن عباس: لما صح عنده فتواه بخلافه. أخرج ابن أبي شيبة: حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إذا آلى من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس

الطلاق لا من وقت التزوّج، كذا ذكره التمرتاشي **(فإن تزوجها ثانياً)** وفي بعض النسخ ثالثاً ولكل وجه، أما الأول فبالنظر إلى التزوّج بعد الإيلاء، وأما الثاني فبالنظر إلى التزوّج قبل الإيلاء، والأول أظهر **(عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا)** أن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق **(فإن وطئها كفر عن يمينه)** أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق **(وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية)** فإنه يبطل التعليق عندنا خلافاً لزفر **(وقد مر من قبل)** أي في باب الأيمان في الطلاق. قال في المبسوط: وإذا آلى الرجل من

وعدم الحنث **(فإن وطئها كفر عن يمينه)** لوجود الحنث **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** لقول ابن عباس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر، ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق

بإيلاء[1]. وأخرج البيهقي عنه قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر، فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء[2]. وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي، ولا شك أن ظاهر الآية كقول من قال: بأية إيلاء، والمعوّل عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا، فإن قول الصحابي: في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه أنه زيادة على النص إذ هو تقييد لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة، والمعنى الذي ذكر وهو أن المولي من لا يقدر على القربان في المدة إلا بشيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر، وإلا فنحن لا نقول به إذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فإثبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة قوله: **(لأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع إلخ)** قيل هو بناء على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهراً، فإنّ وضع المسئلة في الأصل إذا حلف لا يقربها شهراً وإلا فالأقل من الأربعة لا يستلزم كون الامتناع إلا في بعض المدة مطلقاً لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر. وقيل: لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر، وقيل: أراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها. ولا إشكال حينئذ لأن المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي. قال: وإنما يصح أن لو قال في أكثر المدتين انتهى. ووجهه أن أفعل التفضيل يلزم في إضافته إلى شيء كونه بعض ما أضيف إليه ولذا امتنع يوسف أحسن إخوته، وخواص البشر أفضل الملائكة، وليس الأربعة الأشهر التي هي المراد بالأكثر بعض المدة المضاف إليها لاستحالة كون الأربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في صحته أن يقول أكثر المدتين: يعني المدة المحلوف عليها ومدة الإيلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها. ولا إشكال في أنه لو قال: في بعض المدة كان أحسن وأسلم قوله: **(وشهرين بعد هذين الشهرين)** إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيداً في حكم المسئلة الأولى بل قيد في الثانية فقط، ولفظ يوماً في الثانية ليس قيداً، لا فرق بين مكثه يوماً أو ساعة. وقيل: تكرير اليمين في مجلس أو

امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤجل فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوّجها بعد زوج آخر لم يكن مولياً إلا عند زفر، وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث. قال: **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** مثل أن يقول والله لا أقربك شهراً وهو وضع المبسوط، أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن مولياً. وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن ترك وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان يقول أبو حنيفة أوّلاً، فلما بلغه فتوى ابن عباس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله. فإن قيل: فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لأن الله تعالى قال **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة

قوله: **(بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق الخ)** أقول: قوله لأن الإيلاء تعليل لقوله بطل الخ قوله: **(فكان مسموعاً)** أقول: أي محمولاً على السماع قوله: **(وبمثله أي بمثل هذا الخلف)** أقول: والأظهر إرجاع الضمير إلى الامتناع.

قوله: **(أربعة أشهر إلا يوماً)** أقول: فيه بحث قوله: **(يلزمه بالقربان كفارتان)** أقول: فيه نظر إذا لا يعقل وجه لزوم الكفارتين، فإن لكل من اليمينين مدة على حدة لا تدخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان، لا أن يراد بالقربان قربانان في مدتي اليمينين فليتأمل فإنه مع بعده لا يساعده كلام ما في الشروح قوله: **(في مدة الإيلاء)** أقول: أي اللغوي.

---

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٣ عن ابن عباس.
(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٨١ عن ابن عباس.

فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوماً ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً) لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه فلم تتكامل مدة

مجالس وبينهما أقل من يوم تنجيز عند أبي حنيفة وأبي يوسف فقيد بمكثه يوماً لتكون المسئلة اتفاقية، وهذا بعيد لأن إثبات المذهب نصوا على أن قوله: والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف. وإنما حكى في قوله: والله والله لا أفعل فذكروا أن ظاهر الرواية أنهما يمينان.

وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة، وفي «المنتقى» جعل كونهما يمينين قياساً وكونهما يميناً واحدة استحساناً. وفرع في الدراية في آخر الباب من غير أن يعزوه: والله لا أقربك مراراً في مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثاً يتبع بعضها بعضاً قياساً، وهو قول: محمد وزفر، وواحدة استحساناً وهو قولهما وهو خلاف الأشهر. ولو قال في الثانية بعد يوم: والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون مولياً أيضاً، لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين. فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل. والأصل في جنس هذه المسائل أن الإيلاء يوجب طلاقاً في البر وكفارة في الحنث، وأنه لا تلازم بين كونه إيلاء ويميناً كما قدمنا، فذلك قد يتعدد البرّ والحنث وقد يتحدان، وقد يتعدد البرّ ويتحد الحنث وقلبه، وتعدد البرّ بتعدد المدة لأنه بتعدد الإيلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع، وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين، وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة، ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لأن الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت، ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده. في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء. ولو قال عنيت بالثاني: الأول لم يستقم في اليمين بالله تعالى، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم. مثال تعددهما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك. أما إنهما يميناً فلتعدد الذكر، وأما أنهما إيلاءان فلتعدد المدة، فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول برّ في الأولى وبانت، فإذا مضى يوم آخر برّ في الثانية وطلقت أيضاً، ولو قربها بعد الغدّ تجب كفارتان وإن أطلق لزومهما في الكافي، ولو قربها في الغد لزمته كفارة واحدة لأن الغد لم ينعقد عليه إلا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين. ونظيره في النوازل قال: والله لا أكلمه يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان، وإن كلمة بعد شهر فعليه يمين واحد، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه. ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر، إلا أنه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان، وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين: أعني قوله: والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال: والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فإنه

يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر، فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله؟ فالجواب أن فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعاً، ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيراً للنص لا تقييداً، وتقريره والله أعلم: للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر، ترك الأول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء. وقوله: (ولأن الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث. وتقريره أن الامتناع عن قربانها: أي عن قربان من آلى منها زوجها شهراً في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين، وبمثله: أي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلوّ الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين، فإنه بمضي أربعة أشهر لا

المنع. **(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً)** خلافاً لزفر، هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتباراً بالإجارة فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لأن

ليس بإيلاء كما ذكر، ولكن تتداخل المدتان، فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة، وكذا في الشهرين الآخرين لأنه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة، وقد توارد شروح الهداية من النهاية، وغاية البيان على الخطإ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره، فلو قربها في الأربعة الأولى لزمته كفارة واحدة، وكذا في الأربعة الثانية، ولو كان أطلق فقال: والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعداً قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة، وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين بأخرى إذا كانت في العدة، وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف، بخلاف ما مضى في الكتاب في تأبيد اليمين فإن الإيلاءات هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة، فجاء الخلاف في أنه هل ينعقد الإيلاء الثاني في العدة أو لا. ومن منعه قال: لا يبتدأ الإيلاء إلا في حال يكون بالمنع ظالماً، أما هنا فالإيلاءات الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح، ولو كان قال: مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوّج. ومثال اتحادها: والله لا أقربك أربعة أشهر أو أقربك شهرين وشهرين. وفي الكافي في نظيره: كلما كلمت واحداً من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معاً، وليس للتقييد بذلك فائدة فإن بتكليمها معاً لم تنحل اليمين، بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الإيلاء، فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر. فإن علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه. ومثال تعدد البر واتحاد اليمين: كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر، فإن قربها تجب كفارة واحدة، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت بتطليقة، فإن مضى يوم آخر بانت بأخرى، وإذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة، وفي هذا المثال نظر لأن الحلف بالله وقع جزاء الشرط متكرر فيلزم تكرره. ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لأنه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لا حلف عند الشرط الأول أيضاً، ومع ذلك ثبت الحلف عنده، ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك، وكذا لو قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً إن قربتك يتعدد براً، وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة، ولا يتصور حنثه إلا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلاث، ونحوه كلما دخلت فعبدي حرّ إن قربتك سواء. ومثال اتحاد الإيلاء وتعدد اليمين: إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس: إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد في حكم البرّ حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت، وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير أن يزيد لفظ أخرى أو نحوه. واعلم أن هذه خلافية. وصورتها في الخلافيات لو قال: والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والإيلاء ثلاثة. وإن كان في مجلس واحد، فإن أراد به التكرار فاليمين واحد والإيلاء واحد، وإن لم ينو شيئاً أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالأيمان ثلاثة إجماعاً والإيلاء ثلاثة قياساً وهو قول محمد، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة، وإن قربها وجب عليه ثلاث كفارات. وفي

يقع شيء، والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله وبمثله، ويجوز أن يكون راجعاً إلى أكثر المدة. ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أشمل لتناول وضع المبسوط وغيره **(ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع)** وهو الواو **(فصار كجمعه بلفظ الجمع)** كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يميناً واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على

المستثنى يوم منكر، بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين

الاستحسان وهو قولهما: الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة، ويجب بالقربان ثلاث كفارات لأن الشرط الواحد يكفي لإيمان كثيرة، ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحداً فلا يتكرر الإيلاء قوله: **(لم يكن مولياً)** أي في الحال لأنه يكون مولياً إذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعداً إلى تمام السنة، حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة قوله: **(إعتبار بالإجارة)** وهو ما قال: أجرتك سنة إلا يوماً ينصرف اليوم إلى آخر السنة، وكذا إذا قال في الصورة المذكورة: سنة إلا نقصان يوم يكون مولياً صرفاً له إلى الآخر وبما إذا أجل الدين قوله: **(وههنا يمكنه)** لأن المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبار اليوم الوطء اليوم المستثنى، بخلاف ما قاس عليه فإن المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الإجارة فإنها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعاً في السنة لا تتعين مدة الإجارة والنقصان ينصرف إلى الآخر، وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتتعين بدلالة الحال. والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله: والله لا أكلم زيداً سنة إلا يوماً ينصرف إلى اليوم الأخير. وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام إذ الإيلاء أيضاً يكون من المغايضة قوله: **(صار مولياً لسقوط الاستثناء)** مع أن الباقي من السنة الثانية مدة الإيلاء، ولو أطلق بأن قال: لا أقربك إلا يوماً لا يكون مولياً حتى يقربها، فإذا قربها صار مولياً. ولو قال: سنة إلا يوماً أقربك فيه لا يكون مولياً أبداً لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعاً أبداً، وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء. وإذا قال: سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجّها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى، فإذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لا يقع لأن الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر قوله: **(ولو قال وهو بالبصرة)** إذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرها، إن كان بينهما قدر أربعة أشهر كان مولياً على ما فرّع قاضيخان والمرغينان فإنهما قالا: لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان ولم يعتبر إمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك، وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر، فإنه قال: لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً لجواز أنهما يخرجان فيلتقيان في

حدة، فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة **(ولو مكث يوماً أو ساعة ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً لأن الثاني إيجاب مبتدأ)** والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الأولى، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجاباً مبتدأ، وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون مولياً لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوماً وإعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية مضافاً إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون مولياً، ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان. ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير مولياً لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجاباً آخر وصارا أجلين وتداخلا، كما لو قال والله لا أكلم

قال المصنف: **(ولا كذلك اليمين)** أقول: قال ابن الهمام فيه: إن قوله والله لا أكلم زيداً سنة إلا يوماً يمين مع أنه ينصرف إلى اليوم الآخر، وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام، إذ الإيلاء أيضاً يكون عن المغايظة انتهى. وقال تاج الشريعة: ونحن نقول في الفرق بين اليمينين إن الاستثناء لو انصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن يقربها فيلزمه الكفارة، أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر، ولا كذلك اليمين انتهى. ولعل مراده أنه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الأولى صرف اليوم إلى آخر السنة، ومقتضى الأخرى خلافه تساقطاً وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل قوله: **(لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان إلخ)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة إلخ.

(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً) لسقوط الاستثناء **(ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مولياً)** لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة قال: **(ولو حلف بحج**

أقل من أربعة أشهر فيقربها، وإن كان بينهما أقل من ذلك لم يكن مولياً عند الأئمة الأربعة إلا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فإنه يكون مولياً، فإن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وينبغي أن يصير مولياً على قول: كل من قدمنا عند انعقاد الإيلاء إذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره، وكذا إذا قال: لا أقربك إلا في المحرم وهو في شوّال أو حتى تفطمي ولدك وإلى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر، والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الأربعة الأشهر إلا بشيء يلزمه وليس فليس، وقد بحثنا هناك أن هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الإيلاء بالحلف عليها أربعة أشهر، وبالضرورة إنهم لا يلتزمون ذلك إلا أن يجعل هذا أصلاً ممهداً في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة: فتعلل به الأحكام المذهبية لا عند قصد الإثبات على المخالف، ثم أورد على هذا الأصل لو قال: والله لا أقربكن لأربع نسوة فإنه مول، فإذا تركهن في المدة طلقن، ولو قرب ثلاثاً منهن لا يلزمه شيء فثبت أن إمكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الإيلاء. أجيب بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون مولياً منهن، وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لأن الحنث يفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن، والموجود قربان بعضهن. وحاصل هذا تخصيص إطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل قوله: **(ولو حلف بحج إلخ)** بأن يقول: إن قربتك فعليّ حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدي أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدي حر أو فعليّ عتق لعبد مبهم فهو مول. أما لو قال: فعليّ صوم هذا الشهر مثلاً فليس بمول لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شيء يلزمه، بخلاف قوله: فعليّ صوم يوم. ولو قال: فعليّ إتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول. ونقل في الصلاة خلاف محمد، فعنده يكون مولياً لأنها مما يلزم بالنذر. وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه. ويجب الإيلاء فيما لو قال: فعليّ مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة، وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب. فإن قلت: ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون مولياً إتفاقاً لما فيه من مشقة السفر كالحج. قلنا: نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط إلا بالصلاة فيه، لكن المذهب أن له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف. ولو قال: فعليّ أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح إلا أن ينوي التصدق به. ولو قال: فكل مملوك أشتريه فيما يُستقبل حُرٌ صار مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف وهو رواية عنهما، وكذا لو قال: فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق يصير مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف. ولو قال: كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام يصير مولياً. وعلى هذا لو قال: لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير مولياً عندهما خلافاً له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لا يشتري عبداً ولا يتزوج وبتقديم الغاية. قلنا: لم يمكنه إلا بضرر لازم إذ اللزوم لأجل قربانها كاللزوم به. واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله: والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة

فلاناً يوماً ولا يومين أن اليمين تنقضي بيومين لأنه أعاد كلمة النفي فصار الثاني منفرداً عن الأول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لأن الوقت الواحد يصلح وقتاً لأيمان كثيرة، فإن من قال والله لا أكلم فلاناً شهراً ولا أدخل هذه الدار شهراً ولا آكل هذا الطعام شهراً فمضي شهر واحد تنتهي الأيمان كلها، فكذلك ههنا إذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير مولياً، بخلاف المسئلة الأولى فإنه لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان مولياً **(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً، خلافاً لزفر هو يقول يصرف**

أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة. وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربها عتق عبده، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول: يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها

والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحساناً بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به، وكذا إذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله: حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وإن كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف وقد عرفت الوجه قوله: **(وفيه خلاف أبي يوسف)** أي في ثبوت الإيلاء بالحلف بعتق عبده المعين، فإن ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم، فإن تعليله لا يتم فيه قوله: **(البيع موهوم)** أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين، وقد لا يجد مشترياً في المدة فتمضي قبل وجوده، بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقدور له وهو وإن توقف على امتثالها أيضاً لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود، بخلاف امتثال المشتري، وإذا كان موهوباً فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان. ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء. ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يمكن وطئها قبله، فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين. ولو مات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شيء، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو إبانتها ثم تزوجها قوله: **(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً)** باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من البائنة فإن كانت من ذوات الأقراء فلاحتمال امتداد طهرها، وإن كانت تعتد بالأشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الإيلاء ممتداً إلى بعد الرجعة، فإن لم يطأها حتى مضي شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول: من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة، وعلى قولنا: من حيث أنها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالماً، والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص،

الاستثناء إلى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة إلا يوماً فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه) وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لأنه يمكنه القربان **(إذ المستثنى يوم منكر)** فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييراً لكلامه من المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين، بخلاف الإجارة فإن الحاجة ماسة إلى الصرف إلى آخر السنة لتصحيحه: أي لتصحيح عقد الإجار فإنه لا يصح مع التنكير للجهالة **(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء، ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مولياً لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة)** ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فإنه يصير مولياً منهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر بنّ عندنا خلافاً لزفر، مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق بإجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل، كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الأربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل، ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان مولياً في الحال في حق كل واحدة منهن علم أن إمكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان على الوجه المذكور لأن الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع، كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد، إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه، ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقربانهن جميعاً. وأما وقوع الطلاق في الإيلاء فباعتبار البرّ، وذلك إنما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بنّ بمضي المدة كذا في النهاية. قال: **(ولو حلف بحج أو بصوم)** لما فرغ من بيان اليمين بالله في الإيلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بأن يعلق قربانها بحج أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير مولياً لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح. وقوله: **(البيع موهوم)** يعني لأن

طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع **(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً، وإن آلى من البائنة لم يكن مولياً)** لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية، ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص، فلو انقضت العدة قبل انقضاء

والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الإيلاء، ألا ترى أنه يثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره، فعلم أن التعلل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب، بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا. وقيل: إنما لم يكن مولياً من البائنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على المدة بلا قربان، والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق: يعني إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قدمنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق، وهذا الحصر يقتضي أنه لولا هذا صح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا. والحق أن مبنى عدم لحوق البائنة هو مبني عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية فالإسناد إليه أولى، ثم لا يخفى أن تخلف العلة في محل واحد نقض إلا لمانع، فالحق أن الظلم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائماً قوله: **(لأن هذا الكلام في مخرجه وقع باطلاً لعدم المحلية)** وهي كونها من نسائنا في الإيلاء والظهار، قال تعالى **﴿للذين يولون من نسائهم﴾** [البقرة: ٢٢٦] وقال تعالى **﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾** [المجادلة: ٣] فلا بد من كونها محلاً وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة، وكذا في الإيلاء والظهار، فإذا قال إن تزوّجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحاً، وكذا إن تزوّجتك فأنت عليّ كظهر أمي، إلا أنه لا ينعقد الإيلاء والظهار إلا عقيب التزوّج بها لأنها إذ ذاك تصير محلالا قبله، ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها قوله: **(إذا اليمين منعقدة في حقه)** أي في حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حساً لا شرعاً، ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية قوله: **(كملة العدة)** أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لأنه من حقوق النكاح. وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوي مدة إيلاء الحرة والأمة. والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع، فإن البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة، وأيضاً تربص العدة للخطر وتعرف وهو المؤثر وهو منتف في تربص الإيلاء. والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء، لأن الأمة من نسائنا، ولأن ضربها إيلاء لعذر الزوج ورفقاً جرياً على عادته تعالى من عدم المعالجة بالعقوبة، فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر، وهذا المعنى في الحرة والأمة قوله: **(وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع)** لا فرق بين كون عدم العذر

الأصل عدم ما يحدث **(فلا يمنع المانعية فيه)** أي في الإيلاء، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه، ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن مولياً لأن اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء. وقوله: **(وإن آلى من المطلقة الرجعية)** ظاهر. واعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالماً فينبغي أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الإيلاء. وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردري بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى، والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** والبعل هو الزوج وكانت المرأة

قوله: **(لأن الأصل عدم ما يحدث)** أقول: فيه بحث، إذ الإخراج من الكوفة أيضاً كذلك قوله: **(وأجاب العلامة شمس الأئمة الكدري)** أقول: وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله. ثم أقول: يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف، فالأظهر إسناد الإجابة إلى المصنف كما هو دأبه في أمثاله.

مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً) لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك **(وإن قربها كفر)** لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه **(ومدة إيلاء الأمة شهران)** لأن هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتصف بالرق كمدة العدة **(وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء، فإن قال ذلك سقط**

للمرض أو للجب[١]، كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق[٢] أو القرن[٣]، ومن الناس من منع الإيلاء المجبوب، ومن الرتقاء والقرناء لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم. وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية، ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص، وذلك باطل، وفي جوامع الفقه: لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجبّ أو العنة[٤] أو كان أسيراً في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول: فئت إليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت إيلاءها. واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع. وفي شرح الطحاوي: لو آلى وهي مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان، وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي. ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدوّ نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان ويظلم يعتبر، وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض؟ قيل: نعم حتى إن صدقته كان فيئاً، وقيل: لا وهو أوجه. ثم هذا إن كان عاجزاً من وقت الإيلاء إلى أن تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعتها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جبّ أو أسر ونحو ذلك، أو كان عاجزاً حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافاً لزفر في غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المدار. قلنا: لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيؤه إلا بإيفاء حقها بالجماع، بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأذى اللسان ففيؤه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لأن التوبة على حسب الجناية، ولو آلى إيلاء مؤبداً وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف، وهو الأصح على ما قالوا: لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض، وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في

من نسائه، وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ مرتباً على المطلقة الرجعية **(ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت عليّ كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية)** إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلاً **(فلا ينقلب بعد ذلك صحيحاً، فإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه)** أي في حق الحنث لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حساً ولا يعتمد حله وحرمته؛ ألا ترى أنه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وإن كان الفعل حراماً محضاً **(ومدة إيلاء الأمة شهران)** وقال الشافعي: مدة إيلائها كمدة إيلاء الحرة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والأمة في ذلك سواء **(ولنا أن هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة)** وقوله: **(وإن كان المولى مريضاً)** هذه المسئلة على ثلاثة أوجه: أحدها أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحاً مقداراً يستطيع فيه أن يجامعها ثم

---

(١) المجبوب: مقطوع الذكر.
(٢) امرأة رتقاء: إذا لم يكن بها خرق إلا المبال اهـ. مغرب.
(٣) القَرْن: هو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظماً اهـ. مصباح.
(٤) العنّين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء اهـ. مغرب.

الإيلاء) وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي، **لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً. ولنا أنه آذاها بذكر** المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق **(ولو قدر على الجماع في المدة بطل**

الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه، وهما يقولان: إن ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين، ولو كان المانع شرعياً بأن كان محرماً وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعداً فالفيء بالجماع، وعند زفر باللسان، وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعاً فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتفٍ، وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفاً قوله: **(وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب «الطحاوي» لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً)** وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره، فإن أراد بقوله: لو كان فيئاً لكان حنثاً لأن الفيء لا يكون إلا بالجماع، فلو كان بالجماع فكان حنثاً لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى **﴿فإن فاءوا﴾** [البقرة: ٢٢٦] لا يوجب تعين كون الفيء لا الجماع لأن معناه فإن رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم، وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وبإرضائها بالقول، ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالاه. والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا: ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق قوله: **(وصار فيؤه بالجماع)** حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق، وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة، وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم إذا رأى الماء قوله: **(سئل عن نيته)** هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله، وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية، وهو قول: أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم. وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلاثة، إلا أن مالكاً قال: ينوي في غير المدخولة. ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف، وفيه نحو أحد عشر مذهباً غير ما ذكرنا قوله: **(لأنه نوى حقيقة كلامه)** إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذباً، وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم: إنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء. وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون: عند عدم النية ينصرف إلى اليمين. والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار. وقيل: لا يصدق في القضاء، قاله: شمس الأئمة السرخسي، بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهراً، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى **﴿يا أيها النبي لم تحرّم ما أحل الله لك﴾** [التحريم: ١] إلى أن قال **﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾** [التحريم: ٢] فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر، وهذا هو الصواب على ما

مرض بعد ذلك، وفيؤه بالجماع عندنا خلافاً لزفر لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم. وقلنا: لم تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع. والثاني أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها، فإن قال ذلك سقط الإيلاء عندنا وقال الشافعي: **(لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي، لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً)** لأن الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر **(ولنا أنه آذاها بذكر المنع)** لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في

قوله: **(فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع)** أقول: وليس هذا كالمتيمم في هذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريقة محظورة فيما لزمه فلا يستحق تخفيفاً قوله: **(إذ لا حق لها فيه)** أقول: لسقوطه بعذر، وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر.

ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف **(وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته)**، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه، وقيل لا يصدق في القضاء لأنه

عليه العمل والفتوى كما سنذكر، والأول قول الحلواني: وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث قوله: **(إلا أن ينوي الثلاث)** ولا تصح نية الثنتين إلا في الأمة خلافاً لزفر والزهري، ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولاً. ولو طلق امرأته طلقة ثم قال: أنت عليّ حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء، ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث قوله: **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كذا ذكره القدوري، وليس مذكوراً في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي، وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافاً لمحمد. وجه قوله: أن الظهار تشبيه المحللة بالحرمة وهو منتف. وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه قوله: **(ولهما أنه أطلق الحرمة إلخ)** حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي أو لا، والأعم يحتمل الخصوصيات، فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء قوله: **(وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً)** ونص في المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال: فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئاً كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته إلا بالنية هكذا قال محمد: ومن مشايخ بلخ من قال: تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان. وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها: حلال الله عليك حرام فقال: نعم تحرم هذه المرأة على زوجها؟ قال: نعم وكذلك حلال المسلمين. ثم على قول محمد رحمه الله: إذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأي ذلك وجد، فإذا تناول شيئاً من الطعام أو الشراب حنث أو نقض حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث، ولا فرق بين أن يتناول قليلاً أو أكثر، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه، وكذا لا يدخل اللباس إلا بالنية. وإذا دخل لا يخرج الطعام والشراب، ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى، ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين قوله: **(ومن المشايخ)** هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك، حتى لو قال لامرأته: إن تزوّجتك فحلال الله عليّ حرام فتزوّجها تطلق، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال، ولو قالت هي: أنا عليك حرام كان يميناً وإن لم تنو، فلو مكنته حنثت وكفرت وصار كما إذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة، وعن هذا قالوا: لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى. قال الأستاذ ظهير

الجماع إذ لا حق لها فيه حينئذ وإنما قصده الإيحاش باللسان، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن التوبة بحسب الجناية فلا يجازي بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئاً على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان. فإن قيل: إذا كان المولى مريضاً وقت الإيلاء وجب أن لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع إذ ذاك، فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردري، وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع. والثالث أنه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفيء، أما إذا لم يفيء فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف. ولقائل أن يقول: المولى إذا كان مريضاً حال الإيلاء لا نسلم أن الأصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفاً أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان. والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر، فعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر

قوله: **(لا نسلم إن الأصل في فيئه الجماع)** أقول: يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ فإن وعد المغفرة إنما يكون أن إذا حنث وذلك بالجماع، فإنهم اتفقوا على أن وعد المغفرة على الفيء لا الإيلاء كما سبق.

يمين ظاهراً **(وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث)** وقد ذكرناه في الكنايات **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه. ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد **(وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً**

الدين المرغيناني: لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناوياً عرفاً، ولا فرق بين قوله: أنت عليّ حرام أو حرمتك علي أو لم يقل علي أو أنت محرمة علي أو لم يقل علي أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك. ويشترط قوله: عليك في تحريم نفسه، فلو لم يقله: لا تطلق وإن نوى الطلاق، بخلاف نفسها وقوله: أنت معي في الحرام بمنزلة قوله: أنت عليّ حرام. وفي الفتاوى: لو قال لامرأته أنت علي حرام أو حلال الله علي حرام فهو على ثلاثة أوجه: أما إن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة: إن كان له واحدة فقد ذكرنا، وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة، وإن لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين، وعلى فتوى الأوزجندي والإمام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان. وقال في «الذخيرة» «والخلاصة»: هو الأشبه. وعندي أن الأشبه ما في الفتاوى لأن قوله: حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة، فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله: هنّ طوالق لأن حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله: إحداكن طالق، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائناً. ولو قال: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ثم قال لامرىء آخر: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر. قال الإمام ظهير الدين: ينبغي أن يقع كما لو قال معلقاً دون الأول.

[فروع تتعلق بالإيلاء] لو قال: لا قربتك ما دمت امرأتي فأبانها ثم تزوّجها لم يصر مولياً ويقربها بلا حنث. ولو قال: إن قربتك فعليّ أن أنحر ولدي صح الإيلاء خلافاً لزفر بناء على أنه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم، ولا يلزم فيه شيء عند زفر. ومالك يوجب فيه نحر جزور. وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي، وهو الأوجه لأنه نذر معصية. ولو جن المولي ووطئها انحلت وسقط الإيلاء. ولو قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن يكون مولياً من كلهن، حتى لو مضت أربعة أشهر بنّ جميعاً، وقال زفر: لا يكون مولياً ما لم يطأ ثلاثاً منهن، لأن الحنث إنما يقع إذا وطىء الكل، فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون مولياً منهن بل من الرابعة، فكأنه قال: إن قربت ثلاثاً منكن فوالله لا أقرب الرابعة. قلنا: قصد الإضرار بهن كلهن فيكون مولياً منهن، فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث، وإذا وجد يضاف الحنث إلى وطء كلهن لا إلى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لأنه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها. ولو قال لهن: والله لا أقرب إحداكن جعلناه مولياً من واحدة. وقال زفر: مول من الأربع، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب إحداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج أن يعينها، وعنده بنّ كلهن لأن قوله: إحداكن وواحدة منكن سواء. ولو قال: لا أقرب واحدة منكن يصير مولياً منهن جميعاً فكذا هذا. قلنا: إحداكن لا تعم لأنه معرفة، ولذا لا يصح أن يقال لكل إحداهن عليّ درهم، وأما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم، ولذا صح لكل واحدة عليّ درهم. ولو قال لزوجتيه: والله لا أقرب إحداكما فمضت

على الجماع صار ظالماً بمنع حقها في الجماع، وتبين أن قصده في الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع. والأصل في الفيء حينئذ الجماع، ولكن في إطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل **(وإذا قال لامرأته أنت عليّ حرام سئل عن نيته)** لأنه يحتمل وجوهاً لا يمتاز بعضها عن بعض إلا بالإرادة **(فإن قال أردت الكذب فهو كما قال)** لا يقع طلاق ولا يكون بالنية إيلاء ولا ظهاراً **(لأنه نوى حقيقة كلامه)** لأن المرأة كانت حلالاً له، فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذباً، وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه ولا ينصرف إلى غيره إلا بقرينة أو نية لأن الحقيقة لا تحتاج إلى شيء من ذلك **(وقيل لا يصدق في القضاء)** ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما أن القاضي لا يصدقه في

فهو يمين يصير به مولياً) لأن الأصل في التحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف، والله أعلم بالصواب.

المدة بانت واحدة وإليه البيان، ولو بين قبل مضي المدة لا يصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء الغد وبين الغد، وإذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى، فعند أبي يوسف لا تبين الأخرى، وكذا إذا لم يبين، وقالا: تبين لأن اليمين باقية ما لم يحنث، ولما زالت مزاحمة الأولى بالبيان تعينت الأخرى بالإيلاء كما لو ماتت إحداهما. وله أنه آلى من إحدهما لا منهما، وإحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى. وفي «المحيط»: لو قال: أنتما عليّ حرام يكون مولياً من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها. ولو قال: والله لا أقربكما لا يحنث إلا بوطئهما، والفرق أن هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق إلا بوطئهما. وفي قوله: أنتما عليّ حرام صار إيلاءً باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما، ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند أبي حنيفة. وروى أبو يوسف عنه أنه يبطل إيلاؤه، وإن اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول: له لأنه يملك الفيء، وبعد مضي المدة فالقول لها لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملكه فيها، والله سبحانه الموفق.

إبطال الإيلام لأنه يمين ظاهراً لكونه تحريم الحلال كما نذكره **(وإن قال أردت الطلاق)** فإن لم ينو شيئاً من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين **(فهي واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث فثلاث)** لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: ليس بظهار)** نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر. لمحمد أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهاراً **(ولهما أنه أطلق الحرمة)** وهي تحتمل أنواعاً، والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلاق الحرمة، ومن نوى محتمل كلامه صدق **(وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئاً فهو يمين يصير به مولياً)** فإن قربها كفر، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء: أما إذا أراد التحريم **(فلأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا)** لقوله تعالى **﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾** إلى قوله **﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾** وأما إذا لم يرد شيئاً فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك، ولأن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض أربعة أشهر، وفي الظهار تثبت في الحال. وإذا أريد به الطلاق وقع بائناً ويحرم الوطء والإيلاء لا يحرم الوطء، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها، وسيجيء الكلام فيه في الأيمان إن شاء الله تعالى **(ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية)** قال أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد: قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق، والله تعالى أعلم.

باب الخلع

(وإذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله ﷺ «الخلع تطليقة**

باب الخلع

هو لغة: النزع خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب، قال تعالى **﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾** [البقرة: ١٨٧] وفي الشرع: أخذه المال بإزاء ملك النكاح، والأولى قول: بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي. والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو إزالة ملك النكاح ببدل، ولا بد من زيادة قولنا: بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه، فالصحيح إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع، فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقاً وإلا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف. ولو قيل: إنه بالمفهوم الشرعي مما صدقات المفهوم اللغوي لأن النزع مطلقاً أعم من كون متعلقه أمراً حسياً أو معنوياً كقيد النكاح بمقابلة شيء أولا لم يبعد، ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الأصول لغة لأن تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للأعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك. وشرطه شرط الطلاق. وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا. وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضه من جانبها فتراعي أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة، وعندهما هو يمين من الجانبين، وستأتي ثمرة الخلاف قوله: **(إذا تشاقّ الزوجان)** أي تخاصما **(وخافا)** أي علما كقوله:

ولا تدفنني في الفلاة فإنني ... أخاف إذا ما مت أن لا أذوقها

أي أعلم. وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التي أمر أن لا تتجاوز، وهذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك، لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل. وقد يقال: جواب المسئلة في كلام القدوري الإباحة، فإنه قال: لا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال: وإباحة الأخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطاً في ذلك قوله: **(فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال)** هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف، وذهب المزني إلى أن الخلع غير مشروع أصلاً، وقيدت الظاهرية صحته بما إذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها أو أن لا توفيه حقه ومنعته إذا كرهها هو. وقال قوم: لا يجوز إلا بإذن السلطان، روي عن ابن سيرين بن جبير والحسن. وقالت الحنابلة: لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق. وقال آخرون: يقع ويكون رجعياً، فإن راجعها ردّ البدل الذي أخذه، رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب، قال: فكان الزهري يقول ذلك. وجه قول المزني: إن قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] نسخ حكمها بقوله تعالى **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا**

باب الخلع

أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين: أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة. والثاني أن مبنى الإيلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالباً فقدم ما

باب الخلع

قوله: **(والخلع نشوز)** أقول: أي مبنى الخلع قوله: **(فقدم ما بالرجل الخ)** أقول: ولأنه لا يحصل الفرقة بالإيلاء إلا بعد مدة،

بائنة») ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، والواقع بالكناية بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا،

تأخذوا منه شيئاً﴾ [النساء: ٢٠] أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخير هذه وعدم إمكان الجمع، والأول منتف، وكذا الثاني، ولأن هذا النهي متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها، والآية الأخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقاً؟ نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة: أعني صورة إرادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسناً. وحاصله أنه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية. فإن قيل: الجواب مبني على تقديم الخاص مطلقاً. فالجواب لا يصح لأن هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا. لأنا إذا قلنا: يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب إذا أمكن والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لأن فيه الاحتياط وهو في هنا تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص، وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعاً والخاص يخرج منه بعض الأفراد كما في «لا صلاة بعد الفجر والعصر»[١] مع قوله ﷺ «لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار»[٢] وإيجاباً كقوله ﷺ «فيما سقت السماء العشر»[٣] مع قوله: «ليس فيما

بالرجل على ما بالمرأة، والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها. وهو في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. وشرطه شرط الطلاق. وحكمه وقوع الطلاق البائن. وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف **(إذا تشاق الزوجان)** أي تخاصما وصار كل منهما في شق: أي جانب **(وخافا أن لا يقيما حدود الله)** أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية **(فلا بأس بأن تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾)** أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداء، من الأسر: إذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث وكان المال الذي يعطي في تخليصهن فداء **(فإذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله ﷺ «الخلع تطليقة بائنة»)** روي

بخلاف الخلع فكان نسبة الإيلاء إلى الخلع نسبة الطلاق الرجعي إلى البائن قوله: **(وحكمه وقوع الطلاق البائن)** أقول: يعني عندنا قوله: **(إنه من جانب المرأة معاوضة إلخ)** أقول: ويمين من جانب الزوج قال المصنف: **(وإذا تشاق الزوجان)** أقول: قال ابن الهمام: هذا الشرط خرج مخرج الغالب، إذ الباعث على الاختلاع غالباً ذلك لا أنه شرط معتبر المفهوم. وقد يقال جواب المسألة في كلام القدوري الإباحة، فإنه قال لا بأس وإباحة الأخذ مشروطة بمشاقتها اهـ. وفيه نوع تأمل قوله: **(فإذا فعلا ذلك)** أقول: وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٦ وأطرافه في ١١٨٨، ١١٩٧، ١٨٦٤، ١٩٩٢، ١٩٩٥ ومسلم ٨٢٧ والنسائي ١/ ٢٧٨ وابن ماجه ١٢٤٩ وأحمد ٣/ ٩٥، ٣٩ كلهم من حديث أبي سعيد «لا صلاة بعد الصبح حتى ترتفع الشمس، ولا صلاة بعد العصر حتى تغيب الشمس» هذا اللفظ للبخاري.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨٩٤ والترمذي ٨٦٨ والنسائي ١/ ٢٨٤ وابن ماجه ١٢٥٤ وأحمد ٤/ ٨٠ والحاكم ١/ ٤٤٨ والبيهقي ٢/ ٤٦١ كلهم من حديث جبير بن مطعم رجاله معروفون ثقات.

قال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٣ وأبو داود ١٥٩٦ والترمذي ٦٤٠ والنسائي ٥/ ٤١ وابن ماجه ١٨١٧ كلهم من حديث الزهري عن سالم عن ابن عمر بأتم منه.

وأخرجه مسلم ٩٨١ وأبو داود ١٥٩٧ وأحمد ٣/ ٣٥٣ كلهم من حديث جابر بأتم منه.

وأخرجه الترمذي ٦٣٩ وابن ماجه ١٨١٦ كلاهما من حديث أبي هريرة بأتم منه.

وورد من حديث معاذ أخرجه ابن ماجه ١٨١٨ والدارمي ١٦٢١ وأحمد ١/ ١٤٥.

فهذا حديث مشهور، وهو في غاية الصحة.

ولفظ البخاري «فيما سقت السماء والعيون، أو كان عثرياً العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر».

قوله عثرياً: قال الخطابي: هو الذي يشرب بعروقه من غير سقي، أو بأن يكون قريباً من الماء، فيصل إلى جذوره اهـ. فتح الباري ٣/ ٣٤٩ مع التصرف.

. . . .

دون خمسة أوسق صدقة»[١] وإلا فنفس كونه عاماً لا يقتضي التقدم لعين مفهومه، بل لما يشتمل عليه من الاحتياط، بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الأخذ إذا كان النشوز من قبله، وهو ما ذكر المصنف بقوله: كره له أن يأخذ: يعني كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب وإن قال الإمام «المحبوبي» في جوابهم: تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لأن الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها، فإن المعارضة تنفي القطيعة لتطرق احتمال نسخها بالمعارض، لكنه أراد ما ذكرنا، وسيأتي ما هو الحق فيه إن شاء الله تعالى. وجه قول الحنابلة: وهو قول الشافعي: في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس: الخلع فرقة وليست بطلاق[٢]. رواه الدارقطني عنه. وروى عبد الرزاق عنه: لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حلّ له أن ينكحها، قالوا: ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما[٣]. وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوّذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها إلى عثمان فقال إن ابنة معوّذ اختلعت اليوم أفتنتقل؟ فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل، فقال ابن عمر: عثمان خيرنا وأعلمنا[٤]، فهؤلاء أربعة من الصحابة، فإن ربيع وعمها صحابيان، قالوا بذلك، ويستدل عليه أيضاً بالآية، قال تعالى ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ إلى أن قال ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: فإن طلقها: يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى ﴿**أو تسريح بإحسان**﴾ على ما أسلفناه من التقرير في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق، وإلا كان الطلاق أربعاً والثاني منتف. وأيضاً فإن النكاح عقد يقبل الفسخ. وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء. قلنا: أما هذا الأخير فحاصله أنه وجه مجوّز لكونه فسخاً لا يوجب كون الواقع في الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد. وأما الآية فبالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل أن الافتداء فرقة ليس غير. فإن حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصاً من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقاً هو الثالثة أو لا فتعين أخذها من خارج البتة، وهذا أوجه من قولهم: بين الثالثة بعوض وبغيره لأنه لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت، ولأنه يقتضي أن لا يشرع الخلع إلا بعد ثنتين، بل إنما نص على شرعية الثلاث وبين حكماً آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك، وأما ما ذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال: لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة. وأصل هذا ما روي من حديث

ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، **(ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات)** فإذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع **(والواقع بالكناية بائن)** فإذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطاً وليست بشرط. أجاب بقوله: **(إلا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا)** وقد قيل في بيانه إنّ الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح، فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج إلى النية **(ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)**. قوله: **(وإن كان النشوز من قبله)** يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة: إذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٤ ومسلم ٩٧٩ وأبو داود ١٥٥٨ و ١٥٥٩ والترمذي ٦٢٦ والنسائي ٥/ ٤٠، ٤١ والدارمي ١٥٩٠ والبيهقي ٤/ ١٠٧ كلهم من حديث أبي سعيد.

«ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، ولا فيما دون خمسة ذودٍ صدقة، ولا فيما دون خمس أواق صدقة» هذا لفظ مسلم.

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢٠ والبيهقي ٧/ ٣١٦ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً.

(٣) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٣ عن ابن عباس من قوله.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٥٠، ٤٥١ عن نافع مولى ابن عمر.

. . . .

ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة»[١] فسمى الحيضة عدة. رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه. ثم رأيناه ﷺ حكم في خلع امرأة ثابت ابن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري أنه قال له «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٢] فقول عثمان: لا عدة عليها: يعني العدة المعهودة للمطلقات، وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخاً، على أن الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوّذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فاخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره، فقال ابن عمر: عدتها أو عدتك عدة المطلقة[٣]. وقال: بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون: عدة المختلعة ثلاثة قروء[٤]. وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي ﷺ وآي الأحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلاً للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك، وظاهر حال ربيع وعمها ذلك، فإنهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال: فاعتقداه، فليس في المعنى إلا قول صحابيين: لأن المقصود قول: أهل الاجتهاد، وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخاً وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك، فلم يبق إلا قول: ابن عباس، وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان رضي الله عنه فأجاز ذلك وقال: هي طلقة بائنة، إلا أن تكوني سميت شيئاً فهو على ما سميت[٥]. ولا نعرفه فيه إلا أن جمهان [٦] لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك، وهو جمهان أبو يعلى، وأبو العلى مولى الأسلميين، ويقال: مولى يعقوب القبطي يعدّ في أهل المدينة تابعياً. روي عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الأسلمية. وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما، وقال ابن حبان في الثقات: هو جدّ جدة عليّ بن المديني فهي ابنة عباس بن جمهان، روى له ابن ماجة حديثاً واحداً في الصوم عن أبي هريرة «لكل شيء زكاة، وزكاة الجسد الصوم، والصوم نصف الصبر»[٧] فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم، ثم يعارضه قول غيره، بل والمروى عن رسول الله ﷺ: أسند ابن أبي شيبة: حدثنا

استعصت عليه وأبغضته. وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له أن يأخذ عوضاً لقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً) فإن قيل: النهي ورد عن فعل حسي وهو الأخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية، ثم هو مؤكد بتواكيد هي قوله ﴿أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً. وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً﴾ فكيف الجواز مع الكراهة؟ أجيب بأن

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٢٩ والترمذي ١١٨٥ والحاكم ٢/ ٢٠٦ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حسن غريب.
وقال أبو داود: هذا الحديث رواه عبد الرزاق عن معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد غير أن عبد الرزاق أرسله عن معمر. ووافقه الذهبي. ورجاله رجال الصحيح.
لكن عمرو بن مسلم الجندي روى له مسلم وغيره، وهو صدوق له أوهام قاله في التقريب.
وانظر نصب الراية ٣/ ٢٤٤.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٧٣ بهذا اللفظ و ٥٢٧٤ و ٥٢٧٥، ٥٢٧٦ والنساء ٦/ ١٦٩ والبيهقي ٧/ ٣١٣ كلهم من حديث ابن عباس.

(٣) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٥٩٥ حـ ٣٣.

(٤) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٥٦٥.

(٥) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٦ ومالك كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٣.

(٦) قوله جمهان هو كعثمان كما في القاموس ووقع في أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذي في القاموس هو الموافق للنسخ، كتبه مصححه.

(٧) أخرجه ابن ماجه ١٧٤٥ من حديث أبي هريرة بإسناد ضعيف.
قال البوصيري في الزوائد: إسناد الحديث عن الطريقين معاً ضعيف فيه موسى بن عبيدة الزيري ومدار الطريقين عليه، وهو متفق على تضعيفه.

....

علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء.[١] وروي عن عليّ أيضاً وتقدم ما رويناه عن عثمان، وقال عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة»[٢] ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين، وكبار التابعين قلّ أن يرسلوا عن رسول الله ﷺ إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فعن ثقة، هكذا تتبعت مراسيله، وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه ﷺ «الخلع طلقة بائنة» وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي من «أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة»[٣] وإن كان لا يصح على طريق أهل الشأن لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الأمر، فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الأمر مع الضعف في الظاهر. وههنا نظر على أصولنا، وهو أن ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٤] ثم إنّ ابن عباس قال: بأنه فسخ، وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ، اللهم إلا أن يثبت رجوعه كما قالوا، والله أعلم به. والجواب أن بتقدير أن ثابتاً طلقها امتثالاً لأمره ﷺ لا يبقى من محلِ النزاع وهو الخلع، بل يصير طلاقاً على مال، فقول ابن عباس بعد ذلك: الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعاً حيث قال: وكان أول خلع في الإسلام يعني أول طلاق بمال، لأن الظاهر أن المخاطب بقوله: ﷺ طلقها امتثل قوله: ﷺ فطلق، وكثيراً ما يطلق الخلع على الطلاق بمال. وعلى كل حال فالأظهر من قول الصحابة ما قلناه: مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري، ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا إلى النظر في المعنى أفاد ما قلناه: فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: **(ولأنه)** أي الخلع **(من الكنايات)** حتى لو قال: خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا، لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به، وقد قدمنا في الكنايات أنها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم ينخلع، ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال، وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله، وأيضاً هذه فرقة بعد تمام النكاح، والأصل فيه كونها طلاقاً لأنه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك، والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعاً عن إتمامه معنى، وأيضاً ملك النكاح ضروري لأنه وارد على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ، وأما وجه من قال: لا بد من إذن الإمام فلم أره، ويظهر أن قوله تعالى ﴿فإن خفتم أن يقيما حدود الله فلا جناح عليهما﴾

النهي وإن ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله ﷺ «لا تتخذوا الدوابّ كراسي» وإلى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال **(وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وفي الجامع الصغير: طاب الفضل أيضاً لإطلاق ما تلوناه بدءاً)**. أي

---

(١) موقوف. أما الوارد عن علي وابن مسعود فقد ذكرهما البيهقي في سننه ٧/٣١٦ وقال: في إسنادهما مقال.

وتعقبه ابن التركماني فقال: في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن علي بن المبارك عن يحيى بن أبي كثير قال كان عمران بن حصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها ورجال هذا السند على شرط الجماعة.

(٢) مرسل قوي. رواه عبد الرزاق في «مصنفه» وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/٢٤٣.

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ٧/٣١٦ والدارقطني ٤/٤٦ وابن عدي في الكامل ٤/٣٣٥ كلهم من حديث ابن عباس مداره على ابن عباد ضعفه البيهقي به، وأعلّه ابن عدي.

(٤) صحيح. تقدم تخريجه قبل سبعة أحاديث.

ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة **(وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً) لقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** إلى أن قال **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا

[البقرة: ٢٢٩] فإنه تعالى شرعه مشروطاً لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى **﴿فإن خفتم﴾** وهذا فرع الترافع إليهم وإن كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر. والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطإ يفيد أن الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره، وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما إذا ارتفعوا إليهم لا أنه لا بد من الترافع إليهم، وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى، وتبين حينئذ أنه ليس مباحاً لقوله: ﷺ «المختلعات هن المنافقات»[1] رواه الترمذي، وفيه وفي أبي داود عنه ﷺ «أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة»[2] لا بالحكم بعد النفاذ والصحة إذا وقع. من قال: إنه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له، ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو إنها إنما بذلت المال لتسلم لها نفسها، والله تعالى شرع الافتداء لذلك، وإلا لو كان رجعياً لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ولأنه معاوضة، والزوج قد ملك المال حكماً لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكماً لها تحقيقاً لها كما في جانبه، والله سبحانه أعلم قوله: **(إلا إن ذكر المال)** استدراك مما يتوهم لزومه على قوله إنه كناية من افتقاره إلى النية، ومقتضاه أنه إذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك، قالوا: لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول: بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في إنكارها قضاء في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره في «الكافي». فأجاب بأن ذكر المال يغني عنها إذ هو قرينة ظاهرة: على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لا يستحقه إلا بسببه قوله: **(وإن كان النشوز من قبله كره له أن يأخذ منها شيئاً لقوله تعالى ﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** [النساء: ٢٠] نهى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه).

أولاً، يعني قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره **(ووجه الرواية الأخرى)** أي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الأصل قوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما الزيادة فلا» وقصتها ما روي «أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه، فقال: أتردين إليه حديقته؟ فقالت: نعم وزيادة، فقال ﷺ: أما الزيادة فلا»

قوله: **(فقالت لا أعتب)** أقول: العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب، ومنه هذا الحديث قوله: **(أولى أن لا يكون مباحاً إلخ)** أقول: فيه بحث، إذ ما ذكره من الأولوية غير ظاهر قوله: **(قوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئاً)** أقول: قال ابن الهمام: فيه نظر لأن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده، وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ. أقول: ممنوع، بل تخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد، فإنه إذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية، وكذا إذا نشز الرجل فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٨٦ من حديث ثوبان وقال: هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي.
وأخرجه البيهقي ٧/ ٣١٦ من حديث أبي هريرة وإسناده ضعيف لأنه من رواية الحسن عن أبي هريرة والجمهور على أنه لم يسمع منه.
وأما حديث الترمذي، ففي إسناده الليث بن أبي سليم وهو ضعيف.

(٢) ضعيف بهذا اللفظ. ذكر الترمذي معلقاً عند حديث رقم ١١٨٦ بصيغة التمريض والمشهور فيه ما أخرجه أبو داود ٢٢٢٦ والترمذي ١١٨٧ والدارمي ٢١٨٧ وابن ماجه ٢٠٥٥ والبيهقي ٧/ ٣١٦ وابن الجارود ٧٤٨ وابن حبان ٤١٨٤ والحاكم ٢/ ٢٠٠ وأحمد ٥/ ٢٧٧، ٢٨٣ كلهم من حديث ثوبان.
قال الترمذي: حديث حسن.
قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.
تنبيه: عزاه المصنف لأبي داود بلفظ: المختلعات، ولم يوجد.

يزيد في وحشتها بأخذ المال **(وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها)** وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضاً لإطلاق ما تلونا بدءاً. ووجه الأخرى قوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما

وتقدم ما قيل: من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء إذ لا معارضة في التحريم، فإن إطلاق نفي الجناح في آية المطلقة مقيداً بالمشاقة فإن الآية هكذا **﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله، فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] والنهي في الآية الأخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الأخذ. على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتاً بالعموم القطعية، فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل إضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى **﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾** [البقرة: ٢٣١] فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراماً إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف آخراً: أي يحكم بصحة التمليك وإن كان بسبب خبيث، وعلله بقوله **(لأن مقتضى ما تلوناه)** يعني قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] **(شيئان الجواز حكماً)** يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره مشبهاً بأخذ الزيادة وقد قال: فيها جاز في القضاء **(والإباحة وقد ترك في حق الإباحة لمعارض)** وهو قوله تعالى **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** [النساء: ٢٠] الآية فبقي معمولاً به في الباقي: أي الجواز في القضاء. لا يقال: الجواز هو والإباحة ويتلازمان وجودا وعدماً. لأنا نقول: إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر، ومعنى الجواز من جاز: أي مر. وبعد فهو النافذ شرعاً: أي الصحيح وهو المعتبر سبباً لترتيب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل شرعي على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم، وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها، ولو فعل كان أخذه سبباً للتمليك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك وسبب ممنوع. لا يقال: النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعاً فيخرجه عن انتهاضه سبباً مفيداً لحكم الملك كالنهي عن الزنا، لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغيره لا لعينه وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش. ولقائل أن يقول: إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعاً وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالته المطابقية على الإباحة إذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح، ويلزم من ثبوت الإباحة النفاذ، فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعاً وهو معدوم، وعلى هذا يظهر قول الظاهرية: قوله: **(لإطلاق ما تلونا بدءاً)** أي أوّلاً وهو قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** يعني بطريق دلالته لا عبارته، فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما، ولا شك أنّ في مشاقتهما مشاقته، فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقاً فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى قوله: **(ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة ثابت الخ)** تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري، وليس فيه ذكر الزيادة، وقد رويت مرسلة ومسندة، فروى أبو داود في مراسليه وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله

(وكان النشوز منها) بما روينا من الحديث، فكان قوله «أما الزيادة فلا» ينفي إباحة أخذ الفضل على ما نذكره، وإذا انتفى الإباحة كان مكروهاً **(ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا)** من قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ (شيئان: الجواز حكماً)** أي جواز أخذ الزيادة في القضاء **(والإباحة)** أي إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله، وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس، لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة، فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الإباحة أيضاً، وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة، ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة **(وقد ترك)** يعني ما تلونا **(في حق الإباحة لمعارض)** وهو قوله

الزيادة فلا» وقد كان النشوز منها **(ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء)** وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكماً والإباحة، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولاً في الباقي **(وإن طلقها على**

ﷺ تشكو زوجها، فقال: أتردّين عليه حديقته التي أصدقك؟ قالت: نعم وزيادة، قال: أما الزيادة فلا»[1] وأخرجه الدارقطني كذلك، وقال: وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح. وأخرج عن أبي الزبير «أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال النبي ﷺ: أتردّين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت نعم، فأخذها وخلى سبيلها»[2] ا هـ. قال: سمعه أبو الزبير من غير واحد، ثم أخرج عن عطاء أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها»[3] وروى ابن ماجة عن ابن عباس «أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضاً، فقال النبي ﷺ: أتردّين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد»[4] ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة[5]، وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية، وزاد فيه؛ وكان ذلك أول خلع في الإسلام[6]، فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده، وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة، وقد اعتضد هنا بهما جميعاً وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب، في اسم أبيها عبد الله بن أبيّ ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة. فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن نفيل: أن الربيع بنت معوّذ ابن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فما دونه[7]. وذكر أيضاً عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها. وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت إليه امرأة نشزت على زوجها فقال: اخلعها ولو من قرطها[8]. ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير.

---

(١) مرسل قوي. أخرجه أبو داود في المراسيل وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٤ والدارقطني ٣/ ٣٢١ كلهم عن عطاء، وكذا البيهقي ٧/ ٣١٤ رووه مرسلاً.
قال الدارقطني: وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٤ والدارقطني ٣/ ٢٥٥ كلاهما عن أبي الزبير عن ثابت بن قيس بن شمّاس.
قال الدارقطني: سمعه أبو الزبير من غير واحد.
وقال البيهقي: هذا أيضاً مرسل.
أعله البيهقي بالإرسال لأن أبا الزبير لم يسمع ثابت بن قيس بن شمّاس وأبو الزبير مدّلس، وقد عنعنه، فحديثه غير قوي لكن يقويه خبر عطاء الآتي، فهو حسن.

(٣) مرسل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٣١٤ كلاهما عن عطاء.
قال البيهقي: رواه الحميدي عن سفيان بن عيينة وبمعناه رواه الثوري عن ابن جريج.

(٤) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٠٥٦ والدارقطني ٣/ ٢٥٤ و ٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٣١٣ كلهم من حديث ابن عباس رجاله ثقات سوى أزهر صدوق كما في التقريب.
والحديث تقدم تخريجه في ٢/ ٢١٣ بدون لفظ «ولا يزداد».

(٥) هذه الرواية عند ابن ماجه برقم ٢٠٥٧ قال البوصيري: في إسناده حجاج بن أرطاة مدّلس وقد عنعنه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٦) حسن. أخرجه أحمد ٤/ ٣ من حديث سهل بن أبي حثمة وفيه الحجاج بن أرطاة واهٍ لكن الحديث حسن في الجملة.

(٧) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٥ عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء.

(٨) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٥ عن عمر بن الخطاب.

مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً وقد علقه بقبولها، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الإعتياض عنه وإن لم يكن مالاً كالقصاص **(وكان الطلاق**

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا يأخذ منها فوق ما أعطاها. ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وقال طاوس: لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] أجيب إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطيعة في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضاً لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** [النساء: ٢٠] فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لأنه موافق لأحد النصين، وفيه نظر لما قدمنا من أن النهي عن الأخذ في هذه آية مقيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصاً. لا يقال: أخذ الزيادة أيضاً غير متناول المطلقة لأنها في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما. لأنا نقول: تثبت إباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا، وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه. نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى، ويكون محمل منعه ﷺ ثابتاً من أن يزداد الحمل على ما هو الأولى وطريق القرب إلى الله سبحانه، والله أعلم قوله: **(ولو طلقها إلخ)** صورته أن يقول: أنت طالق على ألف أو بألف، أما لو قال: وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافاً لهما وسيأتي، وقوله: فقبلت وقع الطلاق: أي غير متوقف على الأداء ولزمها المال فيطالبها به إن كانت حرة أو أمة اختلعت بإذن سيدها حتى تباع فيه، وإن اختلعت بغير إذنه لا تطالب إلا بعد العتق، وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الأداء كما ذكره المصنف حيث قال: وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء، وإلى هنا يتم التقرير، ولا بد من كون القبول في المجلس. وزاد في النهاية قوله: ولو قلنا: بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض، وهي إنما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على أن تدخلي الدار: يعني أن تعليقه بالأداء يخرج إلى أن المعنى إن أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضرّ في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه. وقد يقال: إن ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجاً إليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك. واعلم أن تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرد هو فيما يتحقق فيه التحقيق أما فيما يحتمل فلا، فلذا اختلف فيما إذا قال: خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقاً، وقيل: لا يصح مطلقاً. وقال الفقيه أبو جعفر: ينوي الزوج إن أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى قوله: **(لما بينا)** يعني قوله: ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها قوله: **(وهي النفس)** أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر: أعني النفس قوله: **(وإن بطل العوض في الخلع إلخ)** حاصله أنه إذا شرط في الفرقة عوضاً غير متقوم حتى بطل، فإما أن يكون موقعاً بلفظ الخلع أو الطلاق، ففي الخلع يقع بائناً، وفي الطلاق يقع رجعياً إن كانت مدخولاً بها وهي دون الثلاث، وترك المصنف التقييد بهما

ﷺ «أما الزيادة فلا» لكونه نهياً لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية **(فبقي معمولاً في الباقي)** وهو الجواز. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن النهي إنما ورد في الحديث عن الرد، وكلامنا في كراهية الأخذ فليس الحديث متصلاً بمحل النزاع. والثاني أن الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب. والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الأخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحاً فكان متصلاً بمحل النزاع من هذا الوجه. وعن

بائناً) لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقاً للمساواة. قال: **(وإن يطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعياً)** فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة

لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد، وفيهما معاً لا يجب شيء للزوج. وجه الحكم الشامل أن ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق إجماعاً وإباحة الافتداء ليس وضعاً لتقومه شرعاً وإلا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل، فإذا سمي غير المتقوم كان راضياً بسقوطه مجاناً. وجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لأنه من خلع الخف والنعل والقميص، وقدمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها، كما أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائناً ومالا فرجعي، ولفظ الخلع من الأول، بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة عليّ ما سلف فإنما يقع بها رجعي، ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة، ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول: مالك وأحمد، والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها، وقال هنا: إن الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياساً على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق، فإن الشارع جعل البضع متقوماً حالة الدخول، حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوماً حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة. وفي كتب المالكية: لو خلعها على حلال وحرام فخمر ومال صح ولا يجب له إلا المال قيل: هو قياس قول أصحابنا: وهو صحيح. وفي جوامع الفقه: خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لأنه مال لا تستحقه بحال، وعرف مما قررنا أن اقتصاره على قوله: لأنه من الكنايات لا يستلزم البينونة قوله: **(بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه لأنها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغروراً)** فيرجع عليها، فعند أبي حنيفة ترد مهرها، وعندها مثل كيل الخمر خلا وسطاً كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر، ولو علم الزوج بكونه خمراً لا شيء له قوله: **(وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر)** أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم. واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فإن الكتابة حينئذ باطلة، حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة، فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه **(لأن ملك المولى فيه متقوم)** ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كثمنه ابتداء **(وما رضي بزواله مجاناً)** لأنه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض، والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه، ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه، لأنه إذا تعذر البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل. ولقائل أن يقول: إن عنى بكون العبد متقوماً عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعاً فممنوع، وإن عنى إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج، فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير. والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بأن الشرع قوّم

الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ أبان وهو ناشز قوله تعالى **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** إلى قوله **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضاً للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة **(وإن طلقها على مال)** مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم **(فقبلت وقع الطلاق ولزم المال)** لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل، أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً لا محالة، وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم فيه متعلق بالقبول، وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وأما صلاحية المحل فلأن ملك النكاح مما

وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارّة له، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام، بخلاف ما إذا خالع على خل بعينة فظهر أنه خمر لأنها سمت مالاً

أوّلاً ببيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج قوله: **(والفقه فيه)** أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج **(أنه)** أي البضع **(شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض، فأما الإسقاط فنفسه شرف)** أي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية **(فلا حاجة إلى إيجاب المال)** إذ لم يجب إلا هذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله: **(وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع)** ولا ينعكس كلياً، فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهراً والبعض لا كالأقل من العشرة وما في يدها، وما في بطن غنهما وما في بطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها، ولا يجوز مهراً بل يجب مهر المثل. والفرق أن ما في البطن ليس مالاً في الحال بل في المآل فكان تعليقاً بالانفصال من البطن، وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق، فكذا الآخر: أعني المال، ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر، ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له، وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لأنها غير غارّة، إذ ما في البطن لم يتعين كونه مالاً إذا ظهر لجواز كونه ريحاً أو ميتة فلا يلزمها شيء. ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالاً، وهذا لأنه لما كان إسقاطاً حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الأجنبي لأن هذه تجوز مهراً.

وفي الخلاصة: قالت: طلقني على أن أؤخر ما لي عليك فطلقها، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير، وإن لم يكن لا يصح، والطلاق رجعي على كل حال. وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى، كأنه لأن الأول ليس فيه مال لأن مطالبتها به لا تسقط بل تتأخر، بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال أو مطالبتها إياه به قوله: **(أولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم)** وهو البضع حالة الخروج، بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم. وعن هذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها. ولو تزوّج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال. ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت وهي في العدة، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث قوله: **(لأنها لم تغره بتسمية المال)** لأن ما في يدها قد يكون متقوماً وقد يكون غيره فكان ذلك راضياً إن لم يكن مالاً أو كان، ومثل هذا قولها: على ما في بيتي أو ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لأن الشيء يصدق على غير المال، فإن كان فيه شيء قولها: فهو له كله، ولو قالت: على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب. وقوله: **(لا وجه إلا إيجاب المسمى)** أي ما سمته المرأة وهو المال **(وقيمته للجهالة)** قيل: عليه يجب أن يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار، وهو مذهب أحمد

يجوز الاعتياض عنه، وإن لم يكن مالاً كالقصاص فإنه ليس بمال، وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله، كذا في بعض الشروح **(وإذا وقع الطلاق كان بائناً لما بينا)** أنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها **(ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقاً للمساواة. قال: وإن بطل العوض في الخلع)** إذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة، وإن طلقها على ذلك

قوله: **(لأنها سمت مالاً)** أقول: تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر.

فصار مغروراً، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوّم وما رضي بزواله مجاناً، أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوّم على ما نذكر، وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول متقوّم، والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال. قال: **(وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع)** لأن ما يصلح عوضاً للمتقوّم أولى

رحمه الله. والجواب أن الجهالة توجب الفساد، ولأن كون أقل ما هو مال درهماً ممنوع قوله: **(لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة)** فإن قيل: هذا في قولها درهم ظاهر، أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم. فالجواب أن ذلك عند عدم إمكان العهدية، فأما إن أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فإن قولها: على ما في يدي أفاد كون المسمى مظروفاً بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها، فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت من بياناً ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى **﴿وليس الذكر كالأنثى﴾** للعهد لتقدم ذكره في قوله **﴿ما في بطني محرراً﴾** [آل عمران: ٣٥] وإن كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعاً بياناً للمعهود بخلافه في **﴿وليس الذكر كالأنثى﴾** [آل عمران: ٣٦] لأن المراد بلفظ ما فيه متعين لأن المنذور للبيعة إنما هو الذكر، ولأنه لا يكون للجنس إلا عند إمكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس لا أشتري العبيد لإمكان الاستغراق في النفي دون لأشترين العبيد لعدم الإمكان فيحنث بشراء عبد واحد بالأول ولا يبرّ بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة، وبهذا التقرير تبين لك أن من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف، ألا ترى إلى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولاً بمدخولها حال كونه خبر المبتدإ الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] لصدق الرجس الذي هو الأوثان، اللهم إلا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح، وما قيل: إن تعين الثلاثة فيما إذا لم يكن في يدها شيء لأن البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة. دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف، وفيه نظر لأن المراد أنه لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترماً فالظاهر أن يراد ببدل إسقاط الملك عنه ما هو معتبر، والدرهم الواحد وإن صدق عليه الجنس الذي صار إليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به، بخلاف الجمع فإنه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملاً لا دلالة بالمعين

وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي، أما الاشتراك في وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم، والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة، وهذه اللفظة ليست منها، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالاً متقوّماً لتصير غارّة له، ولأنه لا وجه لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا إلزام غيره لعدم الالتزام به **(بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمراً)** فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة. وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط، وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالاً وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وإن أداها عتق وعلى العبد قيمته. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه)** أي في العبد **(متقوم)** حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب **(وما رضي بزواله مجاناً)** فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة **(أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر)** بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء، وهذا الجواب بالنسبة إلى العبد ظاهر كما ترى، وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه متقوماً لم يرض بزواله بلا بدل، ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة، وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوماً لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع، وإنما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسماة لأن في الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط. قيل وفي قوله على خمر تلويح إلى أنه لو كاتب على

أن يصلح عوضاً لغير المتقوم (**فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها**) لأنها لم تغرّه بتسمية المال (**وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها**) لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع: أعني مهر المثل لأنه غير متقوّم حالة الخروج إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر

المذكور، كما أنه يحمل على الفرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره قوله: (**على أنها بريئة**) يعني إن وجدته سلمته وإلا فلا شيء عليها قوله: (**وعليها تسليم عينه إلخ**) هذا فرع صحة التسمية، وإنما صحت في الخلع لأن مبناه على المسامحة بسبب أنه اعتياض عن غير مال، فالعجز عن تسليمه لا يفضي إلى المنازعة في القيمة فتدفع. وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه إن رضي سيده وإلا فقيمته، وهذا بطريق أولى لأنه يجوز التزوّج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى، بخلاف البيع لأن مبناه على المشاحة فالعجز يفضي إليها وهو لم يشرع إلا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه، وبخلاف ما إذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لأن الجهالة متفاحشة لاختلاف الأجناس فلا يمكن إيجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته، بخلاف ما نحن فيه لأنه يمكن تسليمه أو قيمته. وغاية الأمر أن يكون كتسمية عبد وسط، فإذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط، بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد، ثم يجب كونه سليما لأن وجوب مطلق الشيء يقتضي كماله، لأن المعيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلي هو العيب، فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه، بخلاف اشتراط كونه معيباً لأنه إثباته، ثم إسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه، وذلك لا يخل بإثبات مقتضاه. أو نقول: السلامة إنما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره، بخلاف أصل البدل فإنه حكم كل عقد مطلقاً. ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته، ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لأنها غرته بتسمية العبد، ولو كان حياً

ميتة أو دم فالكتابة باطلة، حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة. وقوله: (**وبخلاف النكاح**) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء (**لأن البضع في حالة الدخول متقوم**) ولهذا إذا تزوّج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (**والفقه**) ما ذكره وهو واضح. قال: (**وما جاز أن يكون مهراً في النكاح جاز أن يكون بدلاً في الخلع**) كل ما جاز أن يكون مهراً في النكاح جاز أن يكون بدلاً في الخلع ولا ينعكس (**لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح عوضاً لغيره**) ولا ينعكس، فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز، وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده. ولو تزوّج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة أو التعليق واحد

قوله: (**لكنها بالنظر إلى ذلك**) أقول: إشارة إلى قوله بعرضية أن يصير مالاً قال المصنف: (**ردت عليه مهرها**) أقول: قال ابن الهمام: قيل عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار وهو مذهب أحمد، والجواب: الجهالة الفاحشة توجب الفساد، أو لأن كون أقل ما هو مال درهماً ممنوع اهـ. وأنت خبير بأن كون أقل ما هو مال درهماً مذكور ومصرح به كتاب الإقرار قوله: (**وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين**) أقول: فيكون له في لفظة اصطلاح قوله: (**ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض إلخ**) أقول: تقدم في آخر فصل المشيئة أن من قوله طلقي نفسك من ثلاث ما شئت للتبعيض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه قوله: (**لأن قوله دراهم يجوز أن يكون بدلاً إلخ**) أقول: ويصح ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ على البدلية قوله: (**واللام إذا دخل الجمع إلخ**) أقول: اعتراض ثان قوله: (**والجواب عن الأول إلخ**) أقول: إذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تفريعاً على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع أنها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب.

عنه **(ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم)** لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة، وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل بدونه **(فإن اختلعت على عبد**

فاستحق لزمها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة. ويجب في صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخل المعين إذا ظهر خمراً وهو يعلم. وفي كافي الحاكم: وإن اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق، وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته قوله: **(فطلقها واحدة)** أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء قوله: **(فعليها ثلث الألف)** وبه قال الشافعي. وعن مالك تقع بالألف. وعند أحمد تقع بغير شيء، والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله إن الباء تصحب الأعواض باتفاق، والعوض ينقسم على المعوّض بالضرورة وإلا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض، لكن الغرض أن لا تبرع بشيء منه، لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الألف، والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه، لأنه إذا كان العلم محيطاً بالانقسام في نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه، لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الأخريين لا منفردة، فإيقاعه الواحدة فقط إيقاع غير المسئول فيقع بغير شيء، وهو وجه قول الإمام أحمد، فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلقة بثلثها، وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار أنه تحصيل بعض المقصود، كذا هذا بل أولى، فإن مقصودها الأصلي ملكها نفسها بقطع ملكه. غير أنها ذكرت إحدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فإبانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها، بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الأعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة: فإنه لمانع وهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع، لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الرديء في الصفقة ليروّجوا الرديء، فالقبول في بعضها إلحاق الضرر به، وبخلاف ما لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هنا راض بالبينونة وقابلاً بثلث الألف حيث كان الإيقاع منه، وفي هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزائها ألف ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يدل على الرضا. ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها ثلاثاً متفرقة في مجلس واحد استحق الألف استحساناً. وفي «الذخيرة» قالت: طلقني ثلاثاً على ألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الألف لأنها التزمته بإزاء الحرمة الغليظة. وفي المرغيناني: لو قال: أنت طالق أربعاً بألف فقبلت طلقت ثلاثاً بألف، ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع. وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الأمر باليد عن أبي يوسف: لو قالت: طلقني أربعاً بألف فطلقها ثلاثاً فهي بالألف،

العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر. وأما الخلع فأحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل، وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد، وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرّته لأن ما في البطن قد يكون مالاً متقوماً وقد يكورن ريحاً (فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال لأن كلمة «ما» عامة تتناول المال وغيره **(وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال مجاناً، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة)** أي جهالة كل واحد منهما، ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى، وإن كان المسمى مجهولاً كانت القيمة أكثر جهالة **(ولا إلى قيمة البضع: أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج)** كما تقدم **(فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعاً للضرر عنه)** وقوله: **(ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم)** واضح. وقوله: **(وكلمة من ههنا للصلة)** إشارة إلى ما يقال إذا كان في هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعيض، وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان

لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وعلى هذا

ولو طلقها واحدة فبثلث الألف قوله: **(وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط)** يبين أن قوله قبله: إن كلمة على للشرط مراده مجازاً. وفي النهاية: لا يتم تعليل أبي حنيفة إلا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لأنه على تقدير كونها مستعارة للشرط، لهما أن يقولا: لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء، بل استعارتها لمعنى الباء لأن حقيقتها الإلزام بالاتفاق، والمناسبة بين الإلصاق واللزوم أكثر منها بين الإلزام والشرط. ثم نقل ما في المبسوط أنها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا إذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه إذ لا يعدل إلى المجاز مع إمكان الحقيقة. والحق أن يقال: إنها حقيقة للاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الأرض والبساط ومسحت على رأسي، وهو محمل إطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء، وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله: ﴿**يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً**﴾ [الممتحنة: ١٢] أي يشرط ذلك، ونحوه أنت طالق على أن تدخلي الدار، وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف وأحمله على درهم، والعرفية كإفعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان، والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح، وكون مدخولها مالاً لا يرجع معنى الاعتياض فإن المال يصح جعله شرطاً محضاً حتى لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء مقابله، كما لو قالت: إن طلقتني ثلاثاً فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلاً بشيء بل المجموع ينزل عند المجموع، كما يصح جعله عوضاً منقسماً كما في بألف، فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الألف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا، إذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط، بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله. فدار الأمر بين لزوم ثلث الألف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذا الأصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها، وعلى هذا التقرير يكون لفظاً مشتركاً بين الاستعلاء واللزوم، وكونه لا يوجب التوقف عند إطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه، إذ غايته أنه للزوم القرينة المعينة لأحد المفهومين وهو خصوص المادة: أعني كون مدخولها جسماً محسوساً أو غيره، وكون المجاز خيراً من الاشتراك هو عند التردد، أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الإطلاق فلا، ولا شك أن الاشتراك واقع وليس إلا لدليله، على أنه لو سلم دعوى أن المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس بأولى من القلب، وكون ذلك قول: أهل العربية لا يرجحه لأن أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها واحد من الكل لا ينقل عن الواضع أن المعنى الحقيقي كذا، بل ليس حكمهم به إلا بناء على ما رأوه متبادراً عند الاطلاق لأهل اللسان، ونحن أوجدناك

على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى ﴿**فاجتنبوا الرجس من الأوثان**﴾ ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أخذت من الدراهم، وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام، فإنها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام، وإذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقياً على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم. واعترض بأن ما ذكرت من الإختلال ليس بصحيح لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلاً من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلاً أيضاً ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد الواحد، فلو كان في يدها درهم واحد وجب أن يكتفي به ولا يلزمها الزيادة. والجواب عن الأول أن هذا المنع لا يضرنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب. وعن الثاني لا نسلم أنه لا

قوله: **(وعن الثاني بأنا لا نسلم أنه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها)** أقول: وأنت خبير بأن هذا المقدار من التعيين لا يكفي في المعهودية، ألا ترى أنهم لم يكتفوا في معهودية الذكر في قوله تعالى ﴿**وليس الذكر كالأنثى**﴾ بأن ما في بطنها معهود، بل ضموا لذلك كونه محرراً فليتأمل.

النكاح **(وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف)** لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لأن حرف الباء يصحب الإعواض والعوض ينقسم على المعوّض والطلاق بائن لوجوب

تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر. هذا ولو تنزلنا إلى كونه في اللزوم مجازاً لم يضرنا في المطلوب فنقول: لما تعذرت الحقيقة: أعني الاستعلاء كان في المجازي: أعني اللزوم، وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة إلى آخر ما قلناه بعينه قوله: **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف)** تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه قوله: **(ولو قال أنت طالق، إلى قوله: ولا بد من القبول)** لو قال: أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال، وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها. أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة، وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول، وكذا على عندهما فلا إشكال، وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو إما القبول أو الأداء، ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة. فإن قلت: فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة على قوله: وكان يجب ثلثها. فالجواب: صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجباً لأصل المال من غير أن يثبت لزومه، بل قالوا ما هو أبلغ من هذا، وهو لو قال: أنت طالق على أن تعطيني ألفاً تعلق بالقبول مصرح به جواب الرواية من كتب محمد، أما لو قال: إذا أعطيتني أو إذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الإعطاء شرطاً بخلافه مع على، حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على أن تعطيني دون إن أعطيتني إلا أن يرضى الزوج طلاقاً مستقبلاً بألف لها عليه، وذلك لأنه يقال على أن تعطيني منك كذا، ويراد قبوله في العرف، قال تعالى **﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾** [التوبة: ٢٩] أي حتى يقبلوا، للإجماع على أن بقبولها ينتهي الحرب معهم، هذا ثم في قوله: إن أعطيتني يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق، وفي قوله: إذا أو متى أعطيتني لا حاجة إلى الإعطاء في المجلس، وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط، وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم. وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتدأ قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات تستدعي جواباً في المجلس، فإذا لم تجب حتى

معهود ثم بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها **(فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه)** يعني أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه، بل إن حصل تسليمه إليه وإلا فلا شيء عليها **(لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت)** لأنه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطاً فاسداً لأنه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة. فإن قيل: سلمنا أن الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي أن تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى، وإذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة. أجيب بأن العقد إذا كان صحيحاً كان ما يناقضه من الشرط ساقطاً، والساقط لا يؤثر في فساد شيء، وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعاً مختلفة من الحيوان. فإن قيل: الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليماً واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً. أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم، فإن بيع مالاً يقدر على تسليمه لا يجوز، والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى، ولأن الرغبة في تمليك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب. وقوله: **(وعلى هذا النكاح)** يعني إذا تزوّج امرأة على عبد آبق على أنه بريء

قوله: **(ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب)** أقول: فإن الأصل هناك باق فيجوز العقد.

المال **(وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة. وقالا: هي واحدة بائنة بثلث الألف)** لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات، حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء. وله أن كلمة على للشرط، قال الله تعالى: **﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾** ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً، وهذا لأنه للزوم حقيقة، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر، وإذا لم يجب المال

قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره.

[فرع] قال لأجنبية: أنت طالق على ألف إن تزوّجتك فقبلت ثم تزوّجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوّج، ولم يحك خلافاً في جوامع الفقه، وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف: إذا قبلت عند قوله: ثم تزوّجها طلقت. والحق قول أبي حنيفة: لأنه خلع بعد التزوّج فيشترط القبول بعده قوله: **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف)** أو قالت: هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما، ولا شيء له قبلاً أو رداً. وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له، قالا: لا يقع شيء ما لم يقبلا، فإذا قبلا وقع ولزمهما المال. لهما أن هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للخياط: خطه ولك درهم وللحمال أحمله ولك درهم يفيدها، ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته. وطريقة إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال، فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك عليّ، ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله، فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال. فإن قيل: إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا. قلنا: الخلع أيضاً معاوضة. وله أن قوله: وعليك وقولهما: ولك ألف جملة تامة، والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود، ولذا لو قال: إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيه، كما في قوله: إن دخلت فأنت طالق وعبدي حرّ فإن العتق أيضاً يتعلق أيضاً بالدخول، لأن قوله: وعبدي حر وإن كان تاماً إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لايصلح خبراً له، بخلاف مسئلة الضرة لأنه يكفيه أن يقول: وضرتك إن كان غرضه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبراً له، ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال، ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الإباء، بخلاف

من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه إلخ **(وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف)** وكلامه واضح **(وإن قالت طلقني ثلاثاً ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي، ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: وقعت تطليقة بائنة بثلث لألف)** لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة **(وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات، حتى إن قولهم أحمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء)** وإذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض **(ولأبي حنيفة أن كلمة على للشرط)** أي تستعمل للشرط مجازاً **(قال الله تعالى ﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾)** أي بشرط عدم الإشراك بالله **(ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً)** ويجوّز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعير للشرط لأنه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم **(وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق. والثاني أن ما ذهبتم إليه مجاز وما ذهبنا إليه مجاز آخر، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر، فإن اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض. والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعاً لمتبوعه وإن لم

قوله: **(فكانت المناسبة بينهما)** أقول أي بين على والشرط قوله: **(وبين الشرط والجزاء)** أقول: أي جنسهما.

كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء)** لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها، بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى **(ولو قال أنت طالق على الألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف)** ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك، ومعنى قوله على ألف على

الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال، حتى لو قال للخياط: خطه مقتصراً لزم إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليهما ابتداء. وفي قولهما: ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منهما، والمواعيد لايتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل، بخلاف قوله: أدّ إلي ألفا وأنت حرّ، لأن أول كلامه غير مفيد حكماً معتبراً إلا بآخره، إذ لامعنى لأمره بأدائها من غير موجب، والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقاً للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه، أما هذا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر، وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيراً ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره. واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف، وحينئذٍ إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل. والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل، وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك، على أنا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية، وكذا أنت حر، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية، والطلاق يقع عنده شرعاً بالتطليق الثابت ضرورة فارجع إليه قوله: **(فقبلت)** أي الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار **(فالخيار باطل إذا كان للزوج)** فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزم المال **(وهو جائز إذا كان للمرأة)** فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الأيام، فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال **(فإن ردت الخيار في الأيام يبطل)** الطلاق ولزوم المال **(وهذا)** التفصيل كله **(عند أبي حنيفة)** ولا يخفى أن العبارة الجيدة أن يقال فإن ردت اختيار الطلاق بأن قالت: لا أختار الطلاق، وعبارة قاضيخان: فإن ردت الطلاق **(وقالا: الخيار في الوجهين باطل، والطلاق واقع بمجرد قبولها)** وعليها المال **(وجه قولهما أن الخيار للفسخ بعد الانعقاد)** لأنه لم يشرع إلا في عقد لازم كالبيع والكتابة **(لا للمنع من الانعقاد والتصرفان)**: أعني إيجابه وقبولها **(لا يحتملان الفسخ من الجانبين)** أي لا منه ولا منها **(لأنه في جانبه يمين)** إذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال **(وفي جانبها شرطه)** أي شرط هذه اليمين بتأويل الحلف، فإذا قبلت كان ذلك وجود الشرط، وشرط اليمين إذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها، ولم يمكن جعل الخيار مانعاً من الإنعقاد لما مر فيبطل من الجانبين، وإذا بطل انبرم ما شرط فيه **(وله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع)** يعني معاوضة **(ولذا صح رجوعها)** عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو **(ولا يتوقف على ما وراء المجلس)** بالاتفاق بيننا، حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدي لا يصح، ولو ذكرته بصريح الشرط. في «الكافي» للحاكم أبي الفضل إذا قالت: إن طلقتني ثلاثاً فلك عليّ ألف، فإن فعل في المجلس فله الألف، وإن فعله بعده فلا شيء له **(وفي جانبه يمين)** كما قالا **(حتى لا يصبح رجوعه)** بعد قوله: أنت

يقبله مستقلاً، وعن الثاني أن اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازاً أقرب إلى حقيقته، والمجاز الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الأصول قوله: **(على ما مر)** أراد به قوله لأن حرف الباء يصحب الإعواض **(وإذا لم يجب المال كان طلاقاً مبتدأ)** غير مبني على سؤالها **(فوقع وله الرجعة)** وقوله: **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً)** ظاهر **(ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف)** يتوقف على قبولها في المجلس، وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس. وقوله لأن معنى

شرط ألف يكون لي عليك، والعوض لا يجب بدون قبوله، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده، والطلاق بائن لما قلنا **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت، وقال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت**

أو هي طالق على كذا أو بكذا **(ويتوقف على ما وراء المجلس)** فلا يبطل إلا أن ينقضي مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل، ويصح تعليقه وإضافته، حتى لو قال: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبوله، ولا يصح القبول قبل الإيجاب **(ولا خيار في الأيمان)** فبطل خياره، ويصح في البيع فيصح خيارها، وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا فعبدي حرّ يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار، بخلاف ما لو قال: إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لا يصح لأنه خيار في الطلاق لا معاوضة. فإن قيل: ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره. فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص، فإن ثبوته في البيع لدفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضرّ، والحاجة إلى التروّي فيه أكثر، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبداً، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص قوله: **(وجانب العبد في العتاق)** أي على مال **(كجانبها في الطلاق)** فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال: أنت حرّ على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام.

[فرع] من صور تعليق الخلع أن يقول: إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع، ذكره في علامة السين من التجنيس، لأن التعليق من الزوج يجوز لأنه طلاق، وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط. وفي «الوجيز»: إذا قال: إذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف وإذا جاء غد إلخ كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان قوله: **(فالقول قول الزوج)** أي مع يمينه. وحقيقة الفرق بين الصورتين أن قوله: طلقتك أمس على ألف إقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق إذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه، والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض إذ لم يقتض إنكاره القبول رجوعه عن شيء مما أقر به، والقول للمنكر بخلاف قوله: بعتك فإنه إقرار بقبول المشتري إذ البيع يقوم إلا به، فإنكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل، حتى لو كان قال لها: بعتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت: بل قبلت كان القول قولها، وقوله لعبده: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها. ولهذه المسئلة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي: قال لها: قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت: إنما سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول: للمرأة مع يمينها، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع، أو قالت: اختلعت بغير شيء فالقول قولها: والبينة بينة الزوج، أما إذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثاً بألف وقالت: طلقتني واحدة وقال: هو ثلاثاً فالقول قوله: إن كانا في المجلس، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الألف، فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله، وإن كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث، وإن كانت في العدة من المتفق

قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظراً إلى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك إنما هو على قول أبي حنيفة، وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين **(والعوض لا يجب بدون قبوله)** ظاهر وقوله: **(والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده)** يحتاج إلى أن تضم إليه وبوجوده يكون الألف عليها وكونها عليها إنما يكون بالقبول، فإذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائناً لما قلنا: يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله ﷺ «الخلع تطليقة بائنة» ومن المعقول وهو قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم له نفسها **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع**

المرأة، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة) وكذا إذا لم يقبلا **(وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل)** وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق. لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم. وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة، لأن الطلاق

عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف، وإن قالت: سألتك أن تطلقني ثلاثاً على ألف فطلقتني واحدة فلا شيء لك: يعني على قول أبي حنيفة، وقال: هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكيها فالقول قولها: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه. وإن قالت: سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال: بل الثلاث فيه فالقول لها: وإن قالت: سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال: طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها: وعليها حصتها من الألف والأخرى طالق بإقرار، وكذا إن قالت: فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس. وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه، وهو أنه إذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف على قدر ما تزوّجها عليه، فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضاً لزمها أيضاً حصتها لا أن الألف تنقسم عليهما بالسوية. ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شيء له، وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت بينة فشهد أحدهما بالألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة، وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسمائة والزوج يدعي ألفاً وخمسمائة جاز شهادتهما على ألف، وإن ادعى ألفاً لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره، وكذا لا تجوز شهادتهما إذا اختلفا في جنس الجعل أيضاً، الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله. ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان قوله: **(والمبارأة كالخلع)** بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في «المغرب»، وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل، قوله: **(يسقطان كل حق إلى آخره)** مقيد بالمهر والنفقة الماضية

الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة، وكذا لو قال لعبده حرّ وعليك ألف فقبل، وكذلك الحكم إن لم يقبلا. وقالا: على كل واحد منهما الألف إذا قبلا، وإذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق) ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجاناً عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما، وعندهما يجب على المرأة والعبد المال. والثاني أنهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما إذا قبلا، وعندهما إذا لم يقبلا لم يقعا **(لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحمل هذا المتاع ولك عليّ درهم بمنزلة قولهم بدرهم)** والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت. ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها، فإذا قبلت وجب الألف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدإ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله إلا بدليل، إذ الأصل في الجملة التامة الإستقلال ولا دليل ههنا **(لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال)** بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض **(بخلاف البيع**

قوله: **(والخلع معاوضة إلخ)** أقول: أي من جهة المرأة فيه بحث، إذ قد سبق في أول الباب أن الخلع يمين من الجانبين عندهما إلا أن يكون الكلام إلزامياً قوله: **(لهما أن هذا الكلام، إلى قوله: والخلع معاوضة)** أقول: كون الخلع معاوضة مسلم، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعاً قوله: **(فتحمل الواو على معنى الباء)** أقول: فثة بحث قوله: **(ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعاً قوله: (فتحمل الواو على معنى الباء)** أقول: ففيه بحث قوله: **(ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، قوله: ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها إلخ)** أقول: إذ الأحوال شروط قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله إلخ)** أقول: قال ابن الهمام: قالوا وباقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهما ابتداء انتهى. محصل كلامه أن المال في الصورتين لا يلزم إلا بالإقرار أو البينة، وهما منفردان هنا إذ القبول ليس بإقرار قوله: **(فقبلت طلقت فالخيار باطل إذا كان للزوج)** أقول: العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت، وإلا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى، فالأصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى يلزم المحذور.

والعتاق ينفكان عن المال، بخلاف البيع والإجازة لأنهما لا يوجد دونه **(ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: **(الخيار باطل في الوجهين، والطلاق واقع وعليها ألف درهم)** لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها. ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى

إذا كانت مفروضة، بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وإن كان من حقوق النكاح، بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع، وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئاً في الخلع أو لا وليس كذلك، وجملته أنهما إما أن لا يسميا شيئاً بأن يقول: خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئاً أو سميا المهر أو بعضه أو مالاً آخر، فإن لم يسميا شيئاً ففيه ثلاث روايات: إحداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضاً. والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه. والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة: سواء كانا قبل الدخول أو بعده مقبوضاً كان أولا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضاً ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضاً كله، والخلع قبل الدخول، وهذا لأن المال مذكور عرفاً بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه. وإن سميا المهر، فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضاً سقط عنه كله، وإن كان مقبوضاً سقط عنه كله، وإن كان مقبوضاً رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول، فإن كان مقبوضاً ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفاً رجع بألف وخمسمائة، وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده، كذا ذكره قاضيخان. قيل: وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع، كما إذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شيء منه وسيأتي، وكما إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع، ولكن قد يقال: ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه، فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط، وإن لم يكن مقبوضاً ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصاً بقدره ويرجع عليها بالزائد. وفي الاستحسان: لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك. ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصاً، وإن سميا بعض المهر بأن خالعها على عشرة مثلاً والمهر ألف، فإن كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها، وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول. وفي الاستحسان: يرجع عليها بخمسين لأنه

والإجازة لأنهما لا يوجدان دونه) أي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلاً **(ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت)** طلقت فالخيار باطل **(إذا كان للزوج، وجائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق، وإن أجازت)** الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق **(ولزمها الألف عند أبي حنيفة، وقالا: الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لأن التصرفين)** يعني إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين، أما

رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه، أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق **(ومن قال**

عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع، وعلى ما بحثناه ينبغي أن يرجع بمائة، وإن لم يكن مقبوضاً سقط كله استحساناً عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع. وإن سميا مالاً آخر غير المهر، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير، وإن لم يكن مقبوضاً فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه، وإن لم يكن مقبوضاً فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع. إذا عرفت هذا إلى الخلافية **(وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة)** وأثر المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال، ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر **(ولأبي يوسف أن المباراة من البراءة من الجانبين وأنه مطلق)** في كل دين إلا أنا **(قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض)** فإن الغرض المباراة من متعلقاته، أما الخلع فإنما يقتضي فصلاً وانخلاعاً، وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الخلع صلح وضعاً شرعاً لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح، فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطاً لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر وإلا عاد على موضوعه بالنقص لأن لفظه ولفظ المباراة يفيد إطلاقهما ذلك في المباراة كما قال: أبو يوسف، ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه، فإنه إذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بأن ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك، وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بمواجب النكاح، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح. على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط بالخلع، وبخلاف دين آخر لأن شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقاً، وبخلاف نفقة العدة فإنها ليست من مواجب النكاح، بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع، والباقي سقط تبعاً في ضمن الخلع، أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم أسقطت لا تسقط لإسقاطها حينئذ قصداً لما لم يجب، فإنها إنما تجب شيئاً فشيئاً بخلاف ذلك الإسقاط الضمني، وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال إلا أن أبرأته عن مئونة السكنى بأن كانت ساكنة في بيت

من جانبه فلأنه يمين لأنه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ. وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ **(ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع)** ألا ترى أنها لو رجعت صح، ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه، وأما في جانبه فيمين لأنه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان. فإن قيل: قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ. بأن كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكاً في نفسه كمن قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حرّ أنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطاً لليمين، وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار، ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطاً لأن كونه شرطاً قائم بهذا الوصف وهو أنه

قوله: **(فإن يمين الزوج تتم الخ)** أقول: في حق ترتب الأثر قوله: **(أجيب بأن كونه شرط يمين الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط إذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها، وظاهر أن وجوبه بعد سقوط الخيار، وهذا آمال كلام الشارح آخراً فليتأمل.

لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد

نفسها، أو أنها تعطي الأجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها ذلك. وفي «القنية»: الإبراء وجد بعد وجوب سبب النفقة فيصح وإن لم تكن واجبة عنده. قيل: ما سبق هو الصحيح، وما ذكره في القنية يبطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح، لكن في «الينابيع»: لو أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح، قال: هكذا ذكره الطحاوي انتهى. بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لا يصح. هذا ولقائل أن يقول: الوجه الأول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال، والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقاً مسقطاً له لأنه يفيد انطلاقها: أي المرأة، وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه، وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه. فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول، والتزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضاً يسقط المهر كالخلع وإلا فالحال ما علمت. ولو كام الخلع **بلفظ البيع والشراء**: أي بأن قال: **بعتك نفسك بألف فقالت**: اشتريت اختلف المشايخ في أنه على قول أبي حنيفة: رضي الله عنه كالخلع والمبارأة أو لا؟ وصحح في الفتاوى الصغرى أنه كالخلع والمبارأة، وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى: بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، واللفظ وإن كان ينبىء عن الفصل فالفصل وجد على مقدار ما رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق، فإنه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على إثباته بمال فقد وقع التراضي على إثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة.

[تنبيه] لا يسقط المهر بخلع الأجنبي بمال نفسه لأنه لا ولاية للأجنبي في إسقاط حقها، ذكره شمس الأئمة وكذا الأمة إذا اختلعت من زوجها بغيرإذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر، بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع، وفيما إذا كان بغير إذنه لا تطالب به إلا بعد العتق، وأم الولد والمدبرة في الإذن يؤديان من كسبهما.

تمليك مال **(وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق)** يعني يصح الخيار من العبد إذا خيره المولى في الإعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة **(ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري. ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه)** فإنه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه **(والإقرار به)** أي باليمين على تأويل الحلف أو المذكور **(لا يكون إقراراً بوجود الشرط لصحته)** أي لصحة اليمين **(بدونه)** أي بدون الشرط **(أما البيع فلا يتم إلا بقبول)** ولهذا يملك الرجوع قبل القبول **(فالإقرار به)** أي بالبيع **(إقرار بما لا يتم إلا به، فإنكاره القبول رجوع منه)** عن الإقرار وهو غير مسموع. قال: **(والمبارأة كالخلع)** المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه: إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ، كذا في المغرب. والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والخلع **(كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح)** كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لأن للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا **(عند أبي حنيفة. وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة)** فلو كان مهرها ألفاً فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف، وإذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولاً بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء، وإن

قوله: **(كلاهما يسقط الخ)** أقول: كلاهما مبتدأ قوله: **(والنفقة الماضية)** أقول: المفروضة قوله: **(سوى الصداق)** أقول: بالاتفاق.

بألف درهم أمس فلم تقبل فقال: قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار

[فروع] إذا شرطا بدلاً للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مئونة الرضاع إن وقتاً لذلك وقتاً كسنة مثلاً صح ولزم وإلا لا يصح. وفي المنتقى: إن كان الولد رضيعاً صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين اهـ. بخلاف الفطيم. وفي الخلاصة: امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشراً بنفقته صح الخلع ويجب ذلك، وإن كان مجهولاً: يعني قدر النفقة، وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة في الخلع، فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة، وسواء كان الولد رضيعاً أو فطيماً، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على إرضاع الرضيع جاز، ولو استأجرها به على إمساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز. وفي المحيط: ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز، فإن مات أو لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع، ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة، وكذا إذا ماتت هي عليها قيمته انتهى. ولو كانت قالت: عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين إلا أن قالت: عند الخلع إن مات أو مت فلا شيء عليّ فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف. ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الأنثى لا الغلام، وإذا تزوّجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها، وإن اتفقا على ذلك لأن هذا حق الولد، وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها. ولو اختلعت على إرضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح، ولو خالعته على نفقة ولده عشراً وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها، وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة، ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر، ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر أن ليس في يده شيء وقع على مهرها، فإن لم تكن قبضته سقط، وإن قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم أن ليس لها عليه

كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وإن لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة **(لمحمد أن هذه)** أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وإن كانت من حقوق النكاح **(ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة)** والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين، وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر **(وأنه)** أي لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور **(مطلق، وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض)** وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح، وانقطاع المنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة، كذا في بعض الشروح. وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح، أما الخلع فمقتضاه الإنخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام **(ولأبي حنيفة أن الخلع ينبيء عن الفصل، ومنه خلع النعل وخلع العمل)** وهو انفصال العامل عنه، والفصل لا يكون إلا عن وصل ولا وصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمه له وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح **(كالمبارأة فيعمل بالإطلاق كما في المبارأة في النكاح وأحكامه وحقوقه)** قولاً بكمال الفصل، ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به، وإنما تجب بعده شيئاً فشيئاً **(ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها)** لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر لها

قوله: **(كذا في بعض الشروح)** أقول: يعني شرح تاج الشريعة قوله: **(ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ)** أقول: جواب سؤال.

به لا يكون إقرار بالشرط لصحته بدونه، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول

مهر وقع بائناً مجاناً، ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم أنه لا مهر لها وقع رجعياً مجاناً قوله: **(لم يجز عليها)** يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الأب لأنه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وإن كانت صغيرة، ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق، فلما صرح بأن الأصح وقوعه تعين أن المراد الثاني، وهذا لأنه لا نظر لها فيه، إذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم، فإعطاء المتقوّم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لأنه في معنى التبرع بمالها قوله: **(بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول)** فلو زوّج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لأنه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم قوله: **(ولهذا يعتبر خلع المريضة)** متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج، وقدمنا في أول الباب أن الواجب للزوج إن ماتت في العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت في العدة، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج من الثلث قوله: **(ونكاح المريض الخ)** متصل بأنه متقوم حال الدخول قوله: **(والأول أصح)** نص عليه في المنتقى ووجه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الأب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الأخرى من أن الأب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وإن لم يلزمها المال. وما قيل من أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الأولى ممنوعة، وكون الموجود من الأب يميناً غير صحيح، بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل أحد، هذا إذا قبل الأب، فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال. وفي جوامع الفقه: طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ. وإن قبل أبوها أو أجنبي. روى هشام عن محمد رحمه الله أنه يقع، وروى «الهندواني» عن محمد أنه لا يقع، ولو بلغت فأجازت جاز قوله: **(على أنه)** أي الأب ضامن، المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها **(فالخلع واقع)** سواء خلعها الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلاً **(فيجب الألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب)** وأنه يملك التصرف في نفسها ومالها بالإقراض والإيداع والإجارة والإبضاع **(أولى)** بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الأجنبي لأنه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلاً وهو إثبات الأهلية وهو القوة عن ذلك الإسقاط، بخلاف إسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلاً قبل فصار الأجنبي والأب مثلها في أنه لم يحصل لها شيء، بخلاف العبد فإنه حصل ما ذكرنا له، والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوّض فصار كثمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها **(ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل في ولاية الأب)** فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هي على الأب ولا يرجع هو على الزوج، ولو كان المهر عيناً أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته قوله: **(وإن شرط)** أي لو شرط الزوج الألف عليها **(توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول)** بأن تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل

فيه: أي في هذا الخلع **(لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث)** والبدل متقوّم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء **(بخلاف النكاح)** فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لأن البضع متقوم حالة الدخول، ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوّم بالمتقوّم وهو من وجوه النظر، وإذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع، وهل يقع الطلاق أو لا يقع؟ فيه روايتان: في رواية يقع، وفي أخرى لا يقع. ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يجز، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى

قوله: **(وقع الطلاق بغير بدل)** أقول: فكذا هكذا.

رجوع منه. قال: **(والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة)** وقال محمد: لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة. لمحمد أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره. ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقضيها من

الخلع إن شرط بأن تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب، فإن قبلت وقع الطلاق لوجوب الشرط وهو قبولها، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة إذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال؛ ألا يرى إلى بينونتها بدونه فيما إذا سمت خمراً ونحوه، وإن قبله الأب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان: في رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة، وفي أخرى لا يصح لأن قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الأصح قوله: **(وكذا إن خالعها)** أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ما قلنا آنفاً فإن قبلت وقع الطلاق بائناً ولا يسقط المهر، وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه، فإن ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط. وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال. هذا، ثم قيل: تأويل المسألة أن يخالعها على مال مثل مهرها، أما على مهرها فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم، ولا يعتبر ضمانه، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد يتناول مثاله لا عينه وضمان الأب إياه صحيح، ثم ينظر إن كان مهرها ألفاً والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة، وفي القياس يلزمه الألف. وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصاً بقدره فبقي عليها خمسمائة له. وفي الاستحسان: لا يجب عليها قبل القبض شيء لأن المهر يراد به عرفاً ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع، هذا على خلاف ما ذكره قاضيخان، وقد قدمنا الأقسام كلها. وإذا عرفت هذا علمت أن الصواب أن يقول: إذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر ولا أثر لذلك، والحكم فيه إذا كان قبل الدخول وجب المسمى له سقوط المهر عنه إن لم يكن مقبوضاً، وسلامته لها إن كان مقبوضاً لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم، وإذ قد وقع الكلام في خلع الأجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه. واعلم أن الأجنبي إذا خاطب الزوج فإما أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه أو يرسله أو يضيفه إلى غيره، فإن إضافه إلى نفسه كذلك بأن قال: اخلعها على عبدي هذا أو ألفي هذه أو على ألف عليّ أو على أني ضامن ففعل فالخلع واقعٌ والمسمى عليه، فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لأنه إنما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا إلى قبوله، بل يكفي الأمر منه لأن الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح، بخلاف ما لو قال: اختلعت نفسك مني فقالت: فعلت قيل: لا يصح بلا قبول الزوج، والمختار أنه يصح إن أراد به التحقيق دون السوم. فإن قلت: ما الفرق بين تسمية الأجنبي وسيد الأمة المنكوحة لعبد أو حر فإنه إذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الأمة

الطلاق وإن ينصرف إلى لزوم المال، والصحيح أن الطلاق واقع، وعدم الجواز منصرف إلى المال، نص عليه في المنتقى فقال: لأن لسان الأب كلسانها. ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل. واختاره المصنف فقال **(والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله)** أي قبول الأب، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط، فكذلك إذا وجد القبول. ووجه الرواية الأخرى أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجري فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة إلا أن هذا لا يقوى فإن الأب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين، وشرط اليمين يصح من كل واحد **(وإن خالعها على ألف على أنه)** أي الأب

الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام، ولأبي حنيفة أن الخلع ينبىء عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه. **قال:** (**ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها**) لأنه لا نظر لها إذ البضع في حالة خروج غير متقوم، والبدل متقوّم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها، ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (**وإن خالعها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب**) لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح

حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد، فالجواب أن قبول الخلع هنا وجد منها حكماً بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا أن السيد التزم خصوص الأول، فإذا فات عاد إليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه إلا أن يفديها. وإذا بيعت إن كان عليهاُ دين بدىء به لأن دين الخلع أضعف، أما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح، فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده، ولأن القبول إنما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق، وإن أرسله بأن قال: على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لأن البدل لم يضف إلى أحد، فإن قبلت لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت، وإن أضافه إلى غيره بأن قال: على عبد فلان اعتبر قبول فلان لأن البدل أضيف إليه، وكذا لو قال: الزوج لرب العبد: خلعت امرأتي على عبدك لأن العبد أضيف إليه، ولو كان الزوج قال لها: خالعتك على عبد فلان أو قالت هي: اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد. ولو قالت: اخلعني على ألف على أن فلاناً ضامن فأجاب فالخلع معها لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله. ولو وكلت من يخلعها بألف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل، ولو ضمنه الوكيل لزمه، وإن أدّى يرجع عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه، ففائدة أمرها به الرجوع عليها، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره، فإن فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لا يملك إنكاحه بغير أمره، والصلح عن دم العبد كالخلع في جميع ما ذكرنا.

(**ضامن فالخلع واقع والألف عليه**) أي على الأب، ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لا يستحق عليها مالاً حتى يتكفل عنها أحد. ووجه ذلك ما ذكره (**أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح**) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه (**فعلى الأب أولى**) وذكر في وجه الأولوية أن للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعاً وشراءً وإجارةً وإيداعاً وإبضاعاً، ولا يجوز هذا التصرف من الأجنبي. ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات، فلما جاز ذلك من الأجنبي مع أنه ليس له ولاية عامة من التصرف في مال الصغير فلأن يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل، فإن التصرفات في مال الصغير إنما يؤثر في الأولوية أن لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك، وكان تلك الولاية وعدم سواء. ولعل الأولى أن يقال: الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فإذا كان التزام بدله من الأجنبي صحيحاً مع قصور الشفقة فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى. فإن قلت: على ما ذكرت من كون الأجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب أن يصح إعتاق الرجل عبده على مال على الأجنبي كما يصح على ماله عليه لأنه لا يدخل في ملك الأجنبي شيء كالعبد وليس كذلك. قلت: تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الأملاك، وليس الأجنبي كذلك. لا يقال: في الخلع

قوله: (**وإن خالعها على أنه**) أي الأب ضامن إلخ أقول: فيه بحث، فإن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم، وهنا لم يوجد الشرط لأن وجوده بوجود الألف ولم يوجد بقبوله. وجوابه أن هذا مثل الخلع على ما في يدها، فإن الأب لم يكن غاراً له إذ الجهل ليس بعذر تأمل، ومن المعلوم أنه لا يجب في مالها شيء في أمثاله قوله: (**كما يصح على ماله عليه**) أقول: ضمير عليه راجع إلى العبد.

فعلى الأب أولى. ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب **(وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول، فإن قبلت وقع الطلاق)** لوجود الشرط **(ولا يجب المال)** لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله

[فروع تتعلق بالباب] المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا، وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية، وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري. وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله: نسائي طوالق عندهم. ولو قال لها: الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدّي استبرئي رحمك أنت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد رحمه الله لهم؛ ما روي أنه ﷺ قال «المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وإن كانت في العدة»[1] ويروي عن ابن عباس. ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده في الأمالي عن النبي ﷺ أنه قال «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة»[2] وحديثهم لا أصل له، ذكر سبط بن الجوزي في إيثار الإنصاف: امرأة قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج: رضيت أو أجزت كان ثلاثاً بثلاثة آلاف. ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد أو مدبر أو مكاتب صح لأنها تصير ملكاً للمولى، ولو كان حراً لا يصح لأنه لو صح ملكها أي ملكها الزوج به فيبطل النكاح، ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها وهي الصغرى لأنه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لأن الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى، لأن الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لأنه جعلها بدلاً عن طلاقهما، فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج، وما أصاب الصغرى بقي للمولى، ولو خلع كلاً منهما على رقبة الأخرى طلقتا مجاناً لأن ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل. امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح

أيضاً تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الأجنبي كذلك. لأنا نقول: العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه إثبات شيء بخلاف العتق قوله: **(ولا يسقط مهرها)** يعني وإن كان الخلع يسقطه **(لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب)** لأنه ليس من النظر وولايته نظرية. وقوله: **(وإن شرط الألف)** يعني أن الزوج إن شرط الألف على الصغيرة **(توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول)** بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها **(فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه)** أي في هذا القبول **(روايتان رواية يصح لأن هذا نفع محض للصغيرة، لأن الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة، كذا في مبسوط فخر الإسلام،** وفيه نظر. **وفي رواية لا يصح لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين، وذلك مما لا يحتمل النيابة (وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر)** لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة **(وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين)** في رواية يصح وفي أخرى لا يصح، ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفاً **(وإن ضمن الأب المهر)** أي التزم بمعنى إذا خالع الأب مع الزوج والتزم المهر على ذمته **(وهو ألف درهم مثلاً طلقت لوجود قبوله**

قوله: **(وفيه نظر)** أقول: لعل وجهه أن النكاح من عوالي النعم على ما تقدم، فكيف يكون زواله نفعاً محضاً، بل غاية الأمر أن يكون مشوباً بالنفع والضرر دائراً بينهما قوله: **(وذلك مما لا يحتمل النيابة)** أقول: وقد مر جوابه.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/٣١٧ من طريق الشافعي عن ابن عباس وابن الزبير: «أنهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها قالا لا يلزمها طلاق لأنه طلق قالا يملك».

قال البيهقي: وبمعناه رواه سفيان الثوري عن ابن جريج وهو قول الحسن البصري اهـ.

أما كونه مرفوعاً فباطل لا أصل له كما ذكر الكمال.

(٢) رواية أبي يوسف هذه في الأمالي كما ذكر المصنف. ولم أقف على إسناده، وهو غريب حيث لم يوجد في كتب الحديث.

الأب عنها ففيه روايتان (**وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر**) وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين (**وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت**) لوجود قبوله وهو

ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة، ولو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان.

[قاعدة في الطلاق على مال] الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما ما لا يكون مقابلاً بهما إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلاً بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإنّ شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لأنها إنما تلتزمه لتملك نفسها، فلو قال لها: أنت طالق الساعة واحدة وغداً أخرى بألف، أو قال: على أنك طالق غداً بألف، أو قال: اليوم واحدة وغداً أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغداً أخرى بغير شيء، إلا أن يعود ملكه قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقيبهما مالاً فانصرف إليهما؛ ألا يرى أنه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة، فإذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه، ولا يجب شيء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالأولى، حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال، ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شيء على أنك طالق غداً أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجاناً وغداً أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما ينافي وجوب المال إلا أن في قوله بائنة يشترط التزوّج لوجوب المال بالثاني. ولو قال: طالق ثلاثاً للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الأول واحدة بثلث الألف وفي الطهر الثاني أخرى مجاناً لأنها بانت بالأولى، ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الألف وفي الطهر الثالث كذلك، والله سبحانه أعلم.

[فروع] لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه. وقال خواهر زاده: هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح، فإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع. وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما: لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤونة السكنى في قولهم جميعاً إلا إذا شرطا في الخلع، نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي: أعني ردها المهر. وذكر في الوجيز فيما إذا قال: اختلعي ولم يذكر البدل فقالت: اختلعت عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعاً كأنه قال: طلقي نفسك بائناً فقالت: طلقت، ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضاً إذ لم يجعل كأنه قال: . طلقتك بائناً فهذا مذكور غير موضع. ذكر في التجنيس: إذا قال: اختلعي فقالت: اختلعت تطلق، وفرق بينه وبين ما إذا قال: اشتري نفسك مني فقالت: اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج، بخلاف اشتري نفسك لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة إذا لم يكن البدل مقدراً. فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت: اشتريت صح على رواية وهو المختار، يريد بالرواية الأخرى ما ذكر في غير موضع أنه إذا قال: اشتري نفسك مني بكذا فقالت: اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت، وكذا الروايتان فيما إذا قال: اختلعي مني بكذا وذكر ما لا مقدراً فقالت: اختلعت. في رواية كتاب الطلاق: لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت، وفي رواية كتاب الوكالة: يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو

وهو الشرط، **ويلزمه خمسمائة استحساناً**) لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفاً فأضاف الخلع إلى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحاً (**وفي القياس يلزمه الألف**) بحكم الضمان. واعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن تكون مدخولاً بها أو لا، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الأب بحكم

الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً. وفي القياس يلزمه الألف، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم بها.

الأصح. وأما الجواب عن الإشكال فبحمل سقوط المهر وجعله بدلاً فيما إذا لم ينو به كونه خلعاً بغير مال وحمل كونه طلاقاً بائناً بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال، وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفرقة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب، فإذا لم يسميا مالاً انصرف إلى المهر إلا أن ينوي خلافه، ويدل على هذا ما في المنتقى. قال أبو يوسف: إذا قال لها: اختلعي نفسك فقالت: قد خلعت نفسي لا يكون خلعاً إلا على مال إلا أن ينوي بغير مال، ولا فرق بين خلعتك وخالعتك، فإذا قال: خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إلا إذا تصادقا على عدم النية، ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما إذا قال: اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنفي المال، نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن، وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لأجنبي: اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله: طلقها بائناً. ولو قال: اختلعي على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت: اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت، فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج: اخلعي نفسك مني بألف والباقي بحاله حيث يتم. والفرق أن التعويض في المسئلة الأولى لم يصح لأن البدل مجهول، فلو صح صار الواحد مستزيداً مستنقصاً وهذا مفقود في الثانية، فلو لم يصح إنما لا يصح لمضادة الحقوق، وحقوق الخلع لا ترجع إلى الوكيل. إذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه، أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح. والأصح أنه لا يصح لأن التفويض كالتوكيل لا يتم إلا بعلم الوكيل، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطاً لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع، والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم. وهذه صورة كثيراً ما تقع قال: أبرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت: أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال: في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائناً لأنه بعوض، وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لأنها لم تكن لها حقاً حال الخلع، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف إلى القائم لها إذ ذاك، وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهالة، وهذا عندنا عموم لا إجمال، ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائناً ثم تزوجها ثانياً على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج إلا من الثاني دون المهر الأول. ولو جاء رجل إلى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته في خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل، فإن كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل، وإن لم يكن ضمن، فإن صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال، وإن لم يدّع ذلك لا يقع الطلاق لأنه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها، فإن كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أولاً لأن لفظة الشراء لفظة الضمان، وقال أبو بكر الإسكاف: هذا والخلع سواء وعليه الفتوى. ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل إليه في أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج: لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول: أبرأتك من جميع مالها عليك فطلقها فأنكرت المرأة الإبراء والرسول يدعيه. فإن

الضمان ألف درهم، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس. وأما في الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول، والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الأب، هذا إذا لم تقبض المهر، وأما إذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود **(وأصل هذه المسألة في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول**

قوله: (فإن كانت فلها على الزوج إلخ) أقول: أي إن كانت مدخولاً بها قوله: **(وإن لم تكن إلخ)** أقول: أي إن لم تكن مدخولاً بها.

....

ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها إياه لذلك وقع وهي على حقها، وإن لم يدع فإن كان الرسول قال: أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لأن وقوع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها، وإن لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها، وهذه في أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى، قال الله عز وجل **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾** [النساء: ٣٥] ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين، وقيل: للحكمين أيضاً، وقيل: الضميران للزوجين، والأولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى، وإنما كان أولى لأنهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: يشترط كونهما من أهليهما إلا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك. وقلنا: المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك، ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد، وهو قول: عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور. وقال مالك: قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل، وهو قول الأوزاعي وإسحاق، وروي عن عثمان وعليّ. قلنا: ليس للحاكم أن يطلق ولا يبرىء من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه. وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير: يعظها الزوج، فإن انتهت وإلا هجرها، فإن انتهت وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما. ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما، وما زعم إسماعيل المالكي من أن أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين إخبار بالنفي لعدم العلم، والأولى بالإنسان حفظ اللسان، وما قال: إن الوكيل لا يسمى حكماً ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان أمر الزوجين، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب إذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه ولا أن يدفعا مالاً بغير إذن صاحبه، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع منه لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه ولا للزوج في مالها، قال تعالى **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾** [النساء: ٢٩] وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه»[1] والحكمان إنما بعثا للصلح، وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه، فإذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه، فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما. وقول من قال: إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا، وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهداً في ذلك.

على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئاً **(فالقياس أن يجب عليها خمسمائة)** للزوج لأن خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الألف ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر. فوجب عليها خمسمائة زائدة عل الألف تتميماً للألف التي التزمتها **(وفي الاستحسان لا شيء عليها)** لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك، وأما إذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الألف وخمسمائة الألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول. وفي الاستحسان: ترد الألف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول. وقوله: **(زائدة)** بالجر لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى **﴿سبع بقرات سمان﴾** كذا في النهاية، وقال: هكذا أفاد شيخي مراراً، والله أعلم.

---

(١) جيد. أخرجه أحمد ٥/ ١١٣ والدارقطني ٣/ ٢٦ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٧٢ كلهم من حديث عمرو بن يثربي بأتم منه. قال الهيثمي: ورجال أحمد ثقات ورواه أبو يعلى في حديث أبي حرّة الرقاشي عن عمّه مرفوعاً قال الهيثمي: فيه أبو مرّة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين اهـ. وللحديث شواهد كثيرة، فهو حسن، أو صحيح.

باب الظهار

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى

باب الظهار

مناسبته بالخلع أن كلاً منهما يكون عن النشوز ظاهراً، وقدم الخلع لأنه أكمل في باب التحريم إذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه. والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معانٍ مختلفة ترجع إلى الظهر معنى ولفظاً بحسب اختلاف الأغراض، فيقال ظاهرت: أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة، وإذا غايظته أيضاً وإن لم تدابره حقيقة باعتبار أن المغايظة تقتضي هذه المقابلة، وظاهرته إذا نصرته باعتبار أنه يقال: قوى ظهره إذا نصره، وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر وأظاهر وظهر وتظهر إذا قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي، وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهراً للثوب، وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازاً، وكونه مجازاً لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازاً أيضاً، وإنما عدى بمن مع أنه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لأنه كان طلاقاً وهو مبعد ثم قيل: الظهر هنا مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أمي: أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولأنه عموده، لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات. وقيل خص الظهر لأن إتيان المرأة من ظهرها كان حراماً، فإتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التغليظ. وفي الشرع: هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية. وزاد في النهاية قيدالاتفاق احترازاً عما لو قال: أنت عليّ كظهر فلانة وفلانة أم من زني بها أو بنتها لم يكن مظاهراً، وسنذكر ما هو التحقيق إن شاء الله تعالى. ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر إليه، وإنما خص باسم الظهار تغليباً للظهر لأنه كان الأصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون، وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه، وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة. واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع: تجب بالظهار والعود لأن الظهار كبيرة فلا يصح سبباً للكفارة لأنها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة، ولا يكون المحظور سبباً للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك فيكون دائراً بين الحظر والإباحة فيصح سبباً للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة. وقيل: سبب وجوبها العود، والظهار شرط، ولفظ الآية يحتملهما وهي قوله تعالى ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة**﴾ [المجادلة: ٣] إلى آخره، فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الأخير، لكن إذا أمكن البساطة صير إليها لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب، فلذا قال في المحيط: سبب وجوبها العزم على الوطء، والظهار شرط وهو بناء على أن المراد من لفظ العود في الآية العزم

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها، ويحتاج إلى وجه تقديم الظهار على اللعان. ووجهه أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة. والظهار في اللغة: قول الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء: تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقاً بنسب أو رضاع أو مصاهرة، وإنما قيد بقوله اتفاقاً احترازاً عن قول الرجل لامرأته أنت عليّ

باب الظهار

قوله: (**وإنما قيد بقوله اتفاقاً، إلى قوله: فإنه لا يكون مظاهراً**) أقول: في الخانية خلافه قوله: (**وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن آية الظهار إلخ**) أقول: فيه بحث فتأمل، ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب.

يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى: **﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ ـ إلى أن قال ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**. والظهار كان

على الوطء. واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه، والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة الوطء بناءً على إرادة المضاف في الآية: أي يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزل المقول. ويرد عليه ما يرد على ما قبله، وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين يروونهما: فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويردّ أن بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط، حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال: فهذا دليل على أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود، إذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم، فإذا أراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول: لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك إن صليتها أن تقدم الوضوء. وعند الشافعي رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها. وردّ بأن شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية، والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الإمساك عن طلاقها جناية، وأيضاً فقد يكون الإمساك عن طلاقها ليسعى في أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروي في طلاقها أو التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهضْ سبباً للكفارة. واعلم أن هذه الحرمة لا ترفع إلا بكفارة لا بملك ولا بزوج ثانٍ، حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما، وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر، وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعاً للضرر عنها بحبس، فإن أبى ضربه ولا يضرب في الديني. ولو قال: قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتي. وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت «ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتقي الله فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل القرآن **﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله﴾**[المجادلة: ١] إلى الغرض، فقال: يعتق رقبة، فقلت: لا يجد، فقال: يصوم شهرين متتابعين، قلت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: فيطعم ستين مسكيناً، قلت: ما عنده شيء يتصدق به، قال: فإني ما عينه بعرق من تمر، قلت: يا رسول الله وإني سأعينه بعرق آخر، قال: قد أحسنت، قال: فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك» قال: والعرق ستون صاعاً»[1]، رواه أبو داود. وقيل: هو مكيال يسع ثلاثين صاعاً، قال أبو داود: وهذا أصح، وفي الحديث ألفاظ أخر، ورواه ابن ماجه وغيره قوله: **(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه)** وعند محمد للمظاهر أن يقبلها إذا قدم من سفر للشفقة، وكذا إذا قال: أنت مني كظهر أمي أو أنت عندي أو معي، وكذا إذا قال: أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك، ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت، فلو قال: أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء،

كظهر فلانة وهي بأم المزنى بها أو ابنتها فإنه لا يكون مظاهراً، لأن من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرّم الحلال. وسببه سبب الخلع وهو النشوز، فإن آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة. وشرطه كون المظاهر عاقلاً بالغاً مسلماً والمرأة من نسائنا. وركنه قوله لامرأته أنت عليّ كظهر أمي أو ما قام مقامه. وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك إلى غاية الكفارة **(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ والظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح)** وبيان ذلك أن أحدهم في الجاهلية كان

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٢١٤ وأحمد ٦/ ٤١٠ وابن حبان ٤٢٧٩ وابن الجارود ٧٤٦.
والبيهقي ٧/ ٣٨٩ كلهم من حديث خويلة بنت مالك بن ثعلبة وأخرجه الحاكم ٢/ ٤٨١ من حديث عائشة حيث قالت: «فأنزل الله فيه كفارة الظهارة لكن فيه أن زوجة أوس هو جميلة.
وأصل حديث خولة بنت ثعلبة أخرجه أيضاً ابن ماجه ٢٠٦٣ والحاكم ٢/ ٤٨١ والدارقطني ٣/ ٣١٦ حيث صححه الحاكم وأقرّه الذهبي.

طلاقاً في الجاهلية، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح، وهذا لأنه جناية لكونه منكراً من القول وزوراً فيناسب المجازاة عليها بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة. ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كما في

ولو قال: إن شاء فلان فالمشيئة إليه قوله: **(وهذا)** أي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة **(لأنه)** أي الظهار **(جناية)** كبيرة محضة **(لكونه منكراً من القول وزوراً)** بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة قوله: **(ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه)** تفيد هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم، وعلى هذا استمر في الاستبراء والإحرام والاعتكاف، وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض، فكان رسول الله ﷺ يقبل إحدى نسائه وهو صائم. وفي حديث عائشة رضي الله عنها «كان يأمرني أن أتزر فيباشرني وأنا حائض»[(١)] فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعاً بين هذه الأمور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك، وهو قول: الزهري والأوزاعي والنخعي وقول: الشافعي ورواية عن أحمد، لأن حرمة الوطء نصاً بقوله تعالى ﴿**من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٤] وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره، أو تحليلها كما قال الشافعي وأحمد في قولهما الآخر: فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حزمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي، وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزاجر المبالغ فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والإحرام لا تكثر بالنسبة إلى كل شخص فاستمر على الأصل، وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والإحرام، بخلاف الصوم لأن الكف عنه ركنه فلا يتعدى إلى دواعيه، وقرر بما حاصله أن الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الأمر، والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني أقوى بسبب أن النهي تناوله مقصوداً فتعدى إلى الدواعي، بخلاف الثابت في ضمن الأمر فإنه لم يتعلق به نهي أصلاً بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصوداً فلم يتعد إلى دواعيه. فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والإحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي، قال تعالى ﴿**ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد**﴾ [البقرة: ١٨٧] ﴿**ولا رفث ولا فسوق**﴾ [البقرة: ١٩٧] نفي مستعار للنهي لتأكيده. وقال ﷺ «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة»[(٢)] وقال تعالى في

إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج، ثم نظروا فلم يجدوا موضعاً أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره. ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت: «كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه، فراجعته في بعض ما أمرني به فقال: أنت عليّ كظهر أمي، ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع إليّ فراودني عن نفسي، فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل إليّ وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك، فوقع عليّ فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير، وخرجت إلى بعض جيراني فأخذت ثياباً فلبستها وأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك، فجعل يقول لي: زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسني إليه، فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله ﷺ ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال: أنزل الله فيك وفي زوجك بياناً، وتلا قوله تعالى ﴿**قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله**﴾ إلى آخر آيات الظهار، ثم قال: مريه فليعتق رقبة، فقلت: لا يجد ذلك يا رسول الله، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين، فقلت: هو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠ وأطرافه في ٣٠٢ و ٣٠٣ ومسلم ٢٩٣ وأبو داود ٢٦٨، ٢٧٣ والترمذي ١٣٢، وابن ماجه ٦٣٥، ٦٣٦ والنسائي ١/ ١٥١ وأحمد ٦/ ٣٣، ٧٢، ١٣٤، ١٧٤، ٢٠٦، ٢٠٩.

والطيالسي ١٣٧٥ كلهم من حديث عائشة بالفساط متقاربة، واللفظ للبخاري.

وورد من حديث ميمونة بلفظ آخر بمعناه أخرجه مسلم ٢٩٤.

(٢) جيد. تقدم تخريجه في ١/ ١٢٩ باب الأيمان في الطلاق وأيضاً في كتاب النكاح.

الإحرام، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام **(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعود حتى يكفر)** لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» ولو كان شيء آخر واجباً لنبه

الأخيرين **﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾** [البقرة: ٢٢٢] **﴿ثم أتموا الصيام﴾** [البقرة: ١٨٧] ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لأن المذكور في الآية الأمر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٣] فإنه مصدر واقع بدلاً من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به فهو كفارة قبل التماس مع أنه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لأن اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى أنهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء إلا بقوله تعالى **﴿وذروا البيع﴾** [الجمعة: ٩] ولم سموه إلا منهياً عنه وهو صحيح لأن النهي للنفس طلب الترك عدل إلى ما ذكر، والتحقيق أن الدواعي منصوص على منعها في الظهار، والمذكور في وجه الفرق إنما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكره، أما كونها منصوصاً على منعها فإن قوله تعالى **﴿من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٤] لا موجب فيه للحمل غلى المجاز لإمكان الحقيقة، ويحرم الجماع لأنه من أفراد التماس، فكل من القبلة والمس والجماع إفراد التماس فيحرم الكل بالنص، وظهر فساد قول المخالف، والله سبحانه أعلم قوله: **(لقوله ﷺ)** روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رجلاً ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر، فقال له رسول الله ﷺ: ما حملك على هذا؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، وفي لفظ: بياض ساقيها، قال: فاعتزلها حتى تكفر»[(١)] ولفظ ابن ماجه «فضحك رسول الله ﷺ وأمره أن لا يقربها حتى يكفر»[(٢)] قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب. ونفى كون هذا الحديث صحيحاً رده المنذري في مختصره بأنه صححه الترمذي ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض..وروى الترمذي عن ابن إسحاق إلى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ «في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال: كفارة واحدة»[(٣)] وقال: حديث حسن غريب. وأما ذكر الاستغفار في الحديث فالله أعلم به، وهو في الموطإ من قول مالك، ولفظه: قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكفّ عنها حتى يستغفر الله ويكفر[(٤)]، ثم قال: وذلك أحسن ما سمعت قوله: **(فلو كان شيء آخر واجب لنبه عليه)**

شيخ كبير لا يطيق الصوم، فقال: مريه فليطعم ستين مسكيناً فقلت: ما عنده شيء يا رسول الله، فقال: إنا سنعينه بعرق، فقلت: وأنا أعينه بعرق أيضاً، فقال: افعلي واستوصي به خيراً» وقال علماؤنا: المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف. وقال الشافعي: المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار قوله: **(وهذا)** إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة، وبيانه أن الظهار جناية لكونه منكراً من القول وزوراً قال الله تعالى **﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾** والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع، والزور هو الكذب والباطل، والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة **(ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كما في الإحرام)** وقال الشافعي: لا تحرم الدواعي

قوله: **(وقال الشافعي: لا تحرم الدواعي)** أقول: أي في قول قوله: **(وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد)** أقول: الأولى ترك قوله باليد، فإن المس لا يختص بها فيكون عاماً للجميع من التقبيل وغيره.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٢٢٣ والنسائي ٢/١٠٣ والترمذي ١١٩٩ وابن ماجه ٢٠٦٥ والحاكم ٢/ ٢٠٤ والبيهقي ٣٨٦/٧ كلهم من حديث ابن عباس قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب اهـ. وفي إسناده الحاكم بن أبان في كلام لكن الحديث يتقوى بشواهده وقد توبع، فأخرجه الترمذي ٣٢٩٩ والصحابي هو سلمة بن صخر.

(٢) جيد. رواية ابن ماجه ٢٠٦٥ من حديث ابن عباس.

(٣) حسن. أخرجه الترمذي ١١٩٨ وابن ماجه ٢٠٦٦ والبيهقي ٣٨٦/٧ كلهم من حديث سلمة بن صخر البياضي.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب اهـ. وفيه ابن اسحق مدلس، وقد عنعنه فالحديث كما قال الترمذي.

(٤) قول مالك في موطئه صفحة ٥٦٠.

عليه قال: وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه **(ولو نوى به الطلاق لا يصح)** لأنه منسوخ فلا يتمكن من

لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة، ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي قوله: **(وهذا اللفظ)** أي قوله: أنت عليّ كظهر أمي **(لا يكون إلا ظهاراً وإن نوى به الطلاق)** أو الإيلاء أو قال: لم أنو شيئاً لأنه صريح فيه، وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره، وهذا يعم ما قلنا، وما في الكتاب يخص قصد الطلاق. ولو قال: أردت به الخبر عن الماضي كذباً لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، كذا في التحفة. ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقاً وهو لا يستلزم نفي صحة إرادته به احتاج إلى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله: وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جواباً وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعاً لوقوع الطلاق على المخاطبة، ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة قوله: **(ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرّمة)** اللام فيهما للعهد: أي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لأنهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما قوله: **(وهذا المعنى)** يعني تشبيه المحللة بالمحرمة **(يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر إليه)** على التأبيد لما كان الظهار كلاماً تشبيهياً مشتملاً على المشبهة والمشبه بها وجب إعطاء ضابطهما؛ ففي المشبهة أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه، وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الأول، وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر إليه على التأبيد إلا أن مع ذكرها ينوي كما سيأتي. إذا عرفت هذا فعبارته: أعني قوله وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها إلى قوله: مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة، وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لا يحل النظر إليه، فلو قال: أنت عليّ أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمي أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهراً، ولو قال: يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها إلى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهراً لانتفائه من جهة المشبهة، ولو قال: أنت عليّ أو رأسك إلى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها إلخ لم يكن ظهاراً لانتفائه من جهة المشبه بها لأن هذه الأشياء مما يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة، وكذا لو قال: يدك أو رجلك إلخ عليّ كيدها أو كرجلها إلخ لم يكن ظهاراً لانتفائه من الجهتين، وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين أخرجت فروعاً كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهاراً بطنك كفرجها لا يكون ظهاراً. ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لأن المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك، وفي المشبه بها يكون العضو مما لا يحل النظر إليه من المحرمة ما ذكره

لأن التحريم عرف بقوله تعالى **﴿من قبل أن يتماسا﴾** والتماس في القرآن كناية عن الجماع. وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز **(بخلاف الحائض والصائم)** حيث لا تحرم الدواعي فيهما **(لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي أفضى إلى الحرج، ولا كذلك الظهار والإحرام)** وسيأتي في كتاب الكراهية. فإن قيل: لما كثر وجودهما كان أدعى إلى شرع الزاجر من الظهار، فلم انعكس الأمر؟ أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وأن كان كثيراً لكن أوقات الطهر والإفطار أكثر، فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجوداً فيها ظاهراً فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه إيجاب الزاجر لأن إيجاب الزاجر لمنع وجود الجماع، وبفتور الرغبة كان ممتنعاً فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر **(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى)** أي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص، ولا يعاود الوطء حتى يكفر؛ لما روى «أن سلمة بن صخر البياضيّ قال لرسول الله ﷺ: ظاهرت من امرأتي ثم أبصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها، فقال رسول الله ﷺ استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله: **(ولو كان شيء آخر واجباً لنبه عليه. قال: وهذا اللفظ)** هذا إشارة إلى قوله أنت عليّ كظهر أمي: يعني هذا اللفظ لا

الإتيان به **(وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر)** لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة)** لأنهن في التحريم المؤبد كالأم **(وكذلك إذا قال رأسك عليّ**

بقوله: لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة إلخ وقد تممناه في أول هذا البحث قوله: **(لأنهن)** أي أخته وعمته وأمه من الرضاع في التحريم المؤبد كالأم، بخلاف قوله: أنت عليّ كظهر عمتك أو أختك لأن حرمتهما ليست على التأبيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها. ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فإن المجوسية محرمة على التأبيد. ولو قال: كظهر مجوسية لا يكون ظهاراً ذكره في الجوامع لأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها، بخلاف الأمية والأختية وغيرهما. لا يقال: يرد على اشتراط تأبد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لأخرى: أنت عليّ مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع أن المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لأن ثبوت الظهار في هذه إنما هو باعتبار تضمن قوله لها: أنت عليّ كظهر أمي لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك إنما هو في ذلك، فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال: أنت عليّ مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها. وفي التحفة: لو شبه بامرأة محرّمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهراً لأن النص ورد في الأم وهي محرمة على التأبيد، وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهاراً ولا إيلاء إلا بالنية، وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الإجماع عليها؟ شرطه في النهاية لتخرج أم المزنى بها وبنتها لأنه لو شبهها بهما لم يكن مظاهراً وعزاه إلى شرح الطحاوي، لكن الخلاف منقول في هذه، فمنهم من قال: عند أبي يوسف يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نافذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافاً لأبي يوسف. ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه، فظهر مما نقلنا أن مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعاً عليها أو لا، بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص غير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة في الواقع، ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه، ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال: لو قبّل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لا يكون مظاهراً عند أبي حنيفة، ولا يشبه هذا الوطء لأن حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها. وفي الدراية: في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أنها محرمة على التأبيد، كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها

يثبت به إلا الظهار، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو به شيئاً يكون ظهاراً **(لأنه)** أي كونه طلاقاً **(منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به)** لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك **(ولو قال أنت عليّ كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة)** اللام في المحللة والمحرمة للعهد: أي المحللة نكاحاً لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيداً لا توقيتاً **(وهذا المعنى)** أي التشبيه **(يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه)** كالأعضاء المذكورة، بخلاف اليد

قوله: **(لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع)** أقول: وعدم كونه إيلاء يعلم من قوله لأن فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف: **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر)** أقول: قال ابن الهمام: مقتضى العبارة أن لا يحل النظر إلى أخته وغيرها وليس كذلك، وإنما المعنى بجزء لا يحل النظر إليه اهـ. فاستعمل من بمعنى ما، ومن في من محارمه للتبعيض. قال الإتقاني: أي إذا شبه امرأته بمن لا يحل للرجل النظر إلى هذه الأشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اهـ. فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد، إلا أن يقال المضاف مقدر: أي لا يحل النظر إلى أعضائها المعهودة قال المصنف: **(على التأبيد)** أقول: قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثاً، وكذلك كل من كانت حلالاً ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اهـ. لكن إذا شبهها بها يكون مظاهراً.

كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن، ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق **(ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته)** لينكشف حكمه **(فإن قال**

مع أن في حرمتها عموم نص «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[(١)] وقوله ﷺ «ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة»[(٢)] لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع. والثاني إنما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التي أرضعته بالالتزام، ومثله ما رأيت لو شبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أن أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد. أما إن أراد من أرضعهما نفس الفحل بأن نزل له لبن فلا إشكال، لكنه بعيد من عادتهم في إطلاقه، ولأنه لا أختية هناك أصلاً. ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضاً نقلاً عن شرح القدوري رحمه الله: زنى أبوه بامرأة أو ابنة فشبهها بأمها أو ابنتها يصير مظاهراً عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له. وعند محمد لا يصير مظاهراً وينفذ حكم الحاكم، وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن ولا أم زوجة الابن على الأب، فليس التشبيه هنا بمحرمة، ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهراً، ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط: ينبغي أن يكون مظاهراً لأن فرجهما في الحرمة كفرج أمه. وفي كافي الحاكم رحمه الله: المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف. وفي الدراية لو قالت هي: أنت عليّ كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا. وفي المبسوط عن أبي يوسف: عليها كفارة يمين. وقال الحسن بن زياد: هو ظهار. وقال محمد: ليس بشيء وهو الصحيح. وفي شرح المختار حكي خلاف أبي يوسف، والحسن على العكس، وكذا في غيره. وفي الينابيع والروضة كالأول قال: هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن، ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهراً منهما قوله: **(ولو قال أنت عليّ مثل أمي)** هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي أي كأمي حرام كظهر أمي، ففي أنت أمي لا يكون مظاهراً وينبغي أن يكون مكروهاً، فقد سرحوا بأن قوله لزوجته: يا أخيّة مكروه. وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة «أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً يقول لامرأته: يا أخيّة فكره ذلك ونهى عنه»[(٣)] ونحن نعقل أن معنى النهي هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار، ولولا هذا الحديث لأمكن أن

والرجل والشعر والظفر لأنه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهراً بالتشبيه بها. وقوله: **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها)** ظاهر **(وإن قال رأسك عليّ كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهراً)** لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٤٦ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه والنسائي ٦/ ٩٩ كلهم من حديث عائشة وله قصة.
وأخرجه أبو داود ٢٠٥٥ وابن ماجه ١٩٣٧ والدارمي ٢١٦٧ وأحمد ٦/ ٤٤، ٥١ كلهم من حديث عائشة مُختصراً بمثل سياق المصنف وأخرجه البخاري ٢٦٤٥ ومسلم ١٤٤٧ حـ ١٢ والنسائي ٦/ ٩٩ وابن ماجه ١٩٣٨ وأحمد ١/ ٢٧٥ و٢٩٠ كلهم من حديث ابن عباس «أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال: إنها لا تحل لي إنها إبنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٣٩، ٥١٠٣ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه كثيرة ومالك ٦٠١ حـ ٢و٦٠٢ حـ ٣ و أبو داود ٢٠٥٧ والترمذي ١١٤٨ والنسائي ٦/ ٩٩ والدارمي ٢١٦٦ وابن ماجه ١٩٤٨، ١٩٤٩ والبيهقي ٧/ ٤٥٢ وأحمد ٦/ ٣٣، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ١٩٤ كلهم من حديث عائشة ورواه الطيالسي ١٤٣٤ من وجه آخر عن عائشة أيضاً.
ورواية مسلم «تربت يداك، أو يمينك» والأكثر لم يذكروا هذه الزيادة.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢١٠، ٢٢١١ من حديث أبي تميمة أن رجلاً قال لامرأته مذكره..
وكرره أبو داود عن أبي تميمة عن رجل من قومه أنه سمع النبي ﷺ سمع رجلاً يقول لإمرأته: يا أخيّة فنهاه.
قال أبو داود: ورواه عبد العزيز بن المختار عن خالد عن أبي عثمان عن أبي تميمة عن النبي ﷺ، ورواه شعبة عن خالد عن رجل عن أبي تميمة عن النبي ﷺ.
قال المنذري عقب الرواية الأولى: هذا مرسل اهـ أي لأن أبا تميمة تابعي.
ثم قال عقب الرواية الثانية: ذكر أبو داود ما يدل على اضطرابه اهـ.
ومع ذلك فالحديث حسن لكونه ورد مرسلاً ومتصلاً وأبو تميمة اسمه طريف بن مجاهد الهجيمي البصري ثقة روى له البخاري، وأصحاب السنن كما في التقريب.

أردت الكرامة فهو كما قال) لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)** لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية **(وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن)** لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت عليّ حرام ونوى الطلاق، وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد يكون ظهاراً لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها أولى. وإن عنى به التحريم لا غير، فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين. وعند محمد

يقال: هو ظهار لأن التشبيه في قوله: أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة، ولفظ أخيّة في يا أخيّة استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه، لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهاراً حيث لم يبين فيه حكماً سوى الكراهة والنهي عنه، فعلم أنه لا بد في كونه ظهاراً من التصريح بأداة التشبيه شرعاً، ومثله أن يقول لها: يا بنتي أو يا أختي ونحوه، وفي مثل أمي أو كأمي ينوي، فإن نوى الطلاق وقع بائناً كقوله: أنت عليّ حرام، وإن نوى الكراهة والظهار فكما نوى كما في الكنايات. وأفاد أنه كناية في الظهار، فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عندهما، وهو ظهار عند محمد رحمه الله. وجه قوله: أن المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوى تصحيحاً لإرادته، وجعل علي بمعنى عندي في الكرامة، وذلك أن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي، فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه. ولهما أن يمنعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل إذا كان التشبيه به ابتداء، ففيما إذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملاً في حق جهة التشبيه، فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصاً والحمل على الظهار حمل على المعصية، ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها، وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه، وإن نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافاً بينهما وكذا غيره، فعند محمد ظهار لأنه بكاف التشبيه: أي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعاً واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام. وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقاً بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر، أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة، والإيلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به، وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الإطعام بستين مسكيناً أو صيام ستين يوماً، والأمور الأخرى هي أن حرمتها في الإيلاء لا تثبت في

البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة **(ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمي كان مظاهراً لأن الحكم يثبت في ذلك الجزء أوّلاً ثم يسري إلى سائر البدن كما بيناه في الطلاق)** **(ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأمي احتمل وجوهاً فيرجع إلى نيته لينكشف ذلك؛** وكلامه ظاهر. وقوله: **(وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده، وعن أبي يوسف فيه روايتان: إحداهما كقول محمد لأنه قال في الأمالي: إذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البرّ لم يصدق في القضاء وهو ظهار. وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص، قال الله تعالى **﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾** وكان قوله أنت عليّ كأمي بمنزلة قوله أنت عليّ حرام، وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينو شيئاً يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب أن كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه إلى أن يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها. ووجه قول محمد أن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها أولى. **(وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين)** فإن الحرمة الثابتة

قال المصنف: **(فالتشبيه بجميعها أولى)** أقول: فيه بحث، فإن في الجميع ما يحل النظر إليه كالوجه وغيره.

ظهار لأن كاف التشبيه تختص به (**ولو قال أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى**) لأنه يحتمل الوجهين. والظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية، **فعلى قول أبي**

الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر، ولو طلقها ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر عادت بلا إيلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة إذا وطىء وكان الإيلاء مؤبداً، وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى إلى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أوّلاً، ولو طلقها ثلاثاً والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر، وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر، ومنهم من قال: الأصح أنه حينئذ ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه، وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله: أنت عليّ حرام كأمي، وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي. وفي أنت عليّ حرام كأمي فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا البرّ لتصريحه بالحرمة، فأيهما أراد ثبت، فإن لم تكن له نية **فعلى قول أبي يوسف**: إيلاء على قول محمد ظهار، وههنا يتجه المذكور آنفاً عن قاضيخان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهاراً لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه قوله: (**والوجهان بينهما**) يعني فيما قبلها: يعني قوله: من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين، ومن جهة محمد ما ذكرناه. وفي أنت عليّ حرام كظهر أمي خلاف، فعنده لا يكون إلا ظهاراً سواء نوى طلاقاً أو إيلاء أو لم ينو شيئاً (**وقالا: هو على ما نوى**) ظهاراً أو طلاقاً أو إيلاء، وإن لم تكن له نية فظهار (**لأن التحريم يحتمل كل ذلك**) فإن نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله: بعده كظهر أمي تأكيداً له لا مغيراً (**غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً**) معه لأنه يقع بائناً بأنت حرام، ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمي (**وعند أبي يوسف يكونان**) فقيل: لا بلفظ حرام إذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل لفظ، وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة. وقيل: بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته، كما إذ قال: من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال: عنيت الأخرى يقع عليهما في الأخرى باعترافه في المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فإنه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر، وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال: عنيت الطلاق عنده إنما هو في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى. وفي شرح الكنز: ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهاراً بالاتفاق لعدم التنافي قوله: (**وقد عرف في موضعه**) يعني المبسوط. ولأبي حنيفة أنه: أي لفظ كظهر أمي صريح في الظهار محكم فيه، ولفظ حرام محتمل فيرد إليه إذا قرن معه قوله: (**حتى لو ظاهر من أمته**) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح، وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين، خلافاً لمالك والثوري في الأمة مطلقاً، ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري

بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار، إذ حرمة الإيلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى، وحرمة الظهار لعينها وهو أنه منكر من القول وزور، ولأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها (**وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه يختص به. ولو قال أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين**) فحسب، لأنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملاً للكرامة كما في المسئلة الأولى ووجهها ظاهر (**وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء، وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما**) يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين، وقوله لأن كاف التشبيه يختص به (**وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى طلاقاً أو إيلاء لا يكون إلا ظهاراً عند أبي حنيفة**) وكذا إذا لم ينو شيئاً كذا في المبسوط (**وقالا: هو على ما نوى**) إن نوى ظهاراً فظهار، وإن نوى طلاقاً فطلاق، وإن نوى إيلاء فإيلاء، كذا ذكره الصدر الشهيد والإمام

قال المصنف: (**لأن كاف التشبيه**) أقول: أي أداته، فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعاً واحد قال المصنف: (**يختص به**) أقول: المرأة كثرة استعماله فيه فلا يرد شيء.

يوسف إيلاء، وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما **(وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وقالا: هو على ما نوى)** لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً وقد عرف في موضعه. ولأبي حنيفة أنه

في الموطوءة. لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى ﴿**من نسائهم**﴾ [المجادلة: ٣] والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا تستلزم الحقيقة، لأن حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه، وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطأ حلالاً عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا، على أنه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات، والمجازي: أعني الإماء بعموم المجاز لأمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإماء كثبوته في الزوجات. أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضاً ليثبت بطريق الدلالة، لأن الإماء لسن في معنى الزوجات، لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الأمة المجوسية والمواضعة، بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل، ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس، ولأن الظهار كان طلاقاً فنقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة، وليس هذا الوجه بشيء للمتأمل قوله: **(لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف)** والتشبيه إنما انعقد سبباً للتحريم المغيا حين كان كذباً محضاً فلا يتوقف. بقي أن يقال: فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة، فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع. أجاب عنه بقوله: والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه، لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا، بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الإجازة، بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب العبد، لأن الإعتاق حق من حقوق الملك: يعني يثبت بالملك حتى أن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه، وإن كان لو قاله: لزمه حكمه، فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق قوله: **(ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً)** بلا خلاف **(لأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن يطلقن جميعاً)**، وإنما الخلاف في تعدد الكفارة، فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن: أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة، وبه قال: الحسن

العتابي في شرحيهما للجامع الصغير **(لأن التحريم محتمل)** ونية المحتمل صحيحة غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً: يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهراً بالتصريح بالظهار، ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر. وضعفه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق إن وقع بقوله أنت عليّ حرام كان متكلماً بلفظ الظهار بعد ما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت عليّ حرام. قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين. وأجاب الإمام ظهير الدين عن هذا فقال: يصح ظهار المبانة على قوله، وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وأن هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهاراً فلا يصدق في إبطال حكم الظهار ويصدق في إرادة الطلاق لاعترافه به. وقوله: **(وقد عرف في موضعه)** يعني مبسوط شمس الأئمة **(ولأبي حنيفة: أن قوله أنت عليّ كظهر أمي صريح في الظهار)** ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية **(فلا يحتمل غيره من الطلاق)** والإيلاء **(ثم هو محكم)** لعدم احتمال الغير، وقوله أنت عليّ حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر **(فيرد التحريم إليه)** أي إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل على المحكم. قال: **(ولا يكون الظهار إلا من الزوجة، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ ولأن الحل في المملوكة تابع)** بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى

صريح في الظهار فلا يحتمل غيره، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه. قال: **(ولا يكون الظهار إلا من الزوجة، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً)** لقوله تعالى: **﴿من نسائهم﴾** ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة، ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة **(فإن تزوّج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل)** لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكراً من القول، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف، بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك **(ومن قال لنسائه أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن**

والنخعي والزهري والثوري وغيرهم، وقال مالك وأحمد: كفارة يمين واحدة، وروي ذلك عن عمر وعلي، وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الإيلاء. قلنا: الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن، وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره، بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدد إلا إن نوى بما بعد الأول الأول تأكيداً فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس، بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى. وأورد: لما ثبت بالظهار الأول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو إلا تحصيل الحاصل. أجيب بالأول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه، وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات.

[فروع] لا يصح ظهار الذمي، وبه قال مالك خلافاً للشافعي وأحمد كالإيلاء، وهي رواية البرمكي عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى **﴿والذين يظاهرون منكم﴾** [المجادلة: ٢] والكافر ليس منا، إلحاقه بالقياس متعذر لأن الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة، وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريماً مؤبداً وهو غير حكمه بالنص، ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان في حقه، بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة، ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه في **﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾** الأحزاب (٤٩) وما أجيب من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه إنها تفتقر إلى النية اتفاقاً فلزم كونها عبادة. وما دفع به من أن افتقارها إليها كافتقار الكنايات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع، لأن افتقار الكنايات إليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره، وافتقار الكفارة لتقع عبادة وإلا فلماذا، والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبي حنيفة: حيث أجاز إيلاء الكافر خلافاً لصاحبيه أن حكم الإيلاء أمران:

تلحق بها **(ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة)** وعورض بأن الأمة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلاً ابتداء؛ كما لو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها فإنه يبقى حكم الظهار، وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح. والجواب أن بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار أنها محل للظهار بقاء، وإنما هو باعتبار أن حرمة الظهار إذا صادفت المحل لا تزول إلا بالكفارة، وههنا قد صادفت محلاً فتبقى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق، فإنها إذا طلقت ثنتين لم تحد بعد ذلك بسبب ما لم تتزوّج بزوج آخر **(فإن تزوّج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف)** لكونها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكراً من القول والظهار منكر من القول. وقوله: **(والظهار ليس بحق من حقوقه)** أي حقوق

قوله: **(فالابتداء والبقاء فيه سواء)** أقول: فيه بحث، نعم كل ما يكون محلاً لحكم ابتداء يكون محلاً له بقاء، وأما عكسه فغير مسلم، وما ذكره من حديث المحرمية لا يفيده قوله: **(لا تزول إلا بالكفارة إلخ)** أقول: وهل معنى محلية الظهار بقاء إلا هذا.

جميعاً) لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق **(وعليه لكل واحدة كفارة)** لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها، بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم.

وقوع الطلاق بتقدير البرّ وهذا يتحقق في حقهم لأنهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظراً إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث، فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البرّ وتعذر التكفير. ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلاً ثم كفّر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز، ولو ظاهر يوماً أو شهراً صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة، ولو علقَ الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهراً، بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف. ويصح بشرط النكاح، فإذا قال لأجنبية: إن تزوّجتك فأنت عليّ كظهر أمي فتزوّجها لزمه حكم الظهار، ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي في رجب ورمضان وكفّر في رجب أجزأه عنهما، ولو ظاهر، فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائداً بالإفاقة خلافاً لأحد وجهين للشافعية.

النكاح جواب سؤال. تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفاً على الإجازة يوقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب. وتقرير الجواب أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها، والدليل على أنه ليس من حقوقه أن النكاح أمر مشروع، والظهار ليس بمشروع لأنه منكر من القول، وما لا يكون مشروعاً لا يكون من حقوق المشروع **(بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب، لأنه)** أي الإعتاق **(من حقوق الملك)** لكونه منهياً للملك ومتمماً له **(ومن قال لنسائه أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً)** وكلامه فيه واضح. وقوله: **(بخلاف الإيلاء منهن)** يعني أن يقول لهن والله لا أقربكن، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعاً، وإن قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم.

فصل في الكفارة

قال: **(وكفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً)** للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب. قال **(وكل ذلك قبل المسيس)** وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه، وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً. قال: **(وتجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير)** لأن إسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه، والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول: الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة، ونحن نقول: المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق، وقصده من الإعتاق

فصل في الكفارة

قوله: **(عتق رقبة)** أي إعتاقها، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارناً لموت المورث لا يجزيه عنها قوله: **(وكذا في الإطعام)** يعني يجب كونه قبل المسيس كأخويه، والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله وألحقه بهما. وحاصله عقلية لأن الكفارة منهية بالتنصيص على إيجادهما قبل التماس، وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس، وما قدمنا روايته من الحديث المصحح من قوله: ﷺ للذي واقع قبل التكفير «اعتزلها حتى تكفر»[1] مطلق من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه. لا يقال هذا كله يتراءى أنه زيادة على إطلاق النص بالخبر والقياس، وهو لا يجوز، وذلك لأنه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٣] ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال **﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٤] ثم أطلق الإطعام عنه بقوله تعالى **﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾** [المجادلة: ٤] فلو أريد التقييد في الإطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالإطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به لتقييده في التحرير قرينة على قصد الإطلاق فيه، وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقاً إذ هو دفع لتوهمها اختصاصه

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة. وسببها الظهار والعود جميعاً، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة، ثم رتب الحكم عليها بالفاء، وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة الإباحة فلا يصلح أن يكون سبباً للكفارة، لأن سببها لا بد وأن يكون أمراً دائراً بين الحظر والإباحة على ما عرف في الأصول، وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن، ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة، ولو عاد ثم بدا له أن لا يطأها سقطت. فإن قيل: لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة

فصل في الكفارة

قال المصنف: **(للنص الوارد فيه)** أقول: أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق قال المصنف: **(وكذا في الإطعام)** أقول: بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فإنه سيجيء من المصنف في تعليل جواز قربان المظاهر منها في أثناء الإطعام ما يخالفه قال المصنف: **(فلا بد من تقديمها على الوطء)** أقول: وهذا على سبيل الاستحباب، حتى لو جامع في خلال الإطعام لا يلزمه الاستئناف كذا في شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه قوله: **(وأجيب عنه بأن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة)** أقول: في المغرب، وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له إذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما في المندوب والمأذون آخر ما قال.

---

(١) تقدم تخريجه في ٢/ ٢٤٩ باب الظهار.

التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره. **(ولا تجزيء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين)** لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير

بالخصلة الأولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين، ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إرادة انفراده عنهما بمعنى الإطلاق فلا يتخرج على القواعد إلا إن تحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار، والثابت فيه الآن قولان: عن الشافعي وروايتان عن أحمد: لأنا نقول: الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطاً لحل المظاهر منها مطلقاً وقد جرينا على موجب ذلك، ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والإلحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه للحل، والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدي إلى الفرع منه الوجوب. لا يقال حينئذ: يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول: الوصف الذي زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب، غير أنه إن كان ثبوته قطعياً سمي فرضاً، وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل، وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة: فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف، ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف، لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام، ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة قوله: **(من كل وجه)** متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئاً وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه قوله: **(والكفارة حق الله تعالى)** المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أو لا؟ فعنده نعم وعندنا لا، إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوماً عقلياً، إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوباً إدخاله في الوجود مطلقاً ومقيداً كالصوم في كفارة اليمين، ورد مطلقاً ومقيداً بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الأصل فمن غير هذا، ولو تنزلنا إلى أصلها لم يلزم من التصديق في كفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بياناً في المطلق. وتقرير ما في الكتاب أن الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله، إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة. أن هذا لا يعارض إطلاق النص إلا إذا كان مانعاً عقلياً منه، وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان والتمليك تصدقاً على الكافر

لأن تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز؟ فالجواب أن المراد بالعود حقيقة إن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه. نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت إنهاء للحرمة الثابتة بالظهار، ولا يمكن إيقاع الفعل حلالاً إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعاً بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة، وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة، وما في الكتاب ظاهر. والمراد بقوله: **(عتق رقبة)** إعتاق رقبة، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة؛ ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها. وقوله: **(من كل وجه)** متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً صح عن الكفارة، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح. واعترض على المصنف من وجهين: أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق، وإنما يقال رق فلان: إذا صار رقيقاً: أي عبداً. وأجيب عنه بأن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة. والثاني أن تذكير الذات لا يجوز، فالصواب ذات مرقوقة مملوكة. وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني. وقوله: **(والشافعي يخالفنا)** أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة **(لأن الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق)** وقوله: **(وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة)** جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى. وتقريره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى **(ثم مقارفته المعصية)** أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر **(يحال به**

مانع، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر، ويجوز الأصم. والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر، لأن الفائت جنس المنفعة، إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق، فإنه إذا صيّح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه **(ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين)** لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة **(ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل)**

بالأمور الدنيوية، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة، قال ﷺ «تصدقوا على أهل الأديان»[1] والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى، فلولا أن مقصود القربة إلى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلاً، ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأموراً به، ولا يظهر لوصف المأمورية أثر في منافاة كون محله كافراً بعدما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة، ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا: بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة، وهذا لأن التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله، وهو إنما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكراً لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك، ثم افتراقه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه، فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاق. هذا ويدخل في الكافر المرتد والمرتدة، ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل، وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة، وإعتاق المستأمن يجزيه قوله: **(ولا تجزىء العمياء إلخ)** الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقروناً بالنية، وجنس ما يبتغي من المنافع بلا بدل، فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب، وهذا لأن بفوات الجنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها، ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع أنهم اعتبروه في الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية، وجوّزوا هنا عتق مقطوعهما إذا كان السمع باقياً، ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت، وما عللوا به في جعل العينين والخصي والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به في فوات الزينة على الكمال، لأن باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكاً من وجه بل الحر، فعن هذا افترق الحال بين الإعتاق والدية فيه، وتجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء[2] والغشواء[3]

(إلى سوء) اعتقاده و **(اختياره)** ولقائل أن يقول: مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره، لكن لم لا يكون تصوّر ذلك منه مانعاً عن الصرف إليه كما في الزكاة؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضاً لأن فيه مواساة عباد الله، لكن قوله ﷺ «خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم» أخرجهم عن المصرف. قال: **(ولا تجزى العمياء)** أي لا يجوز إعتاق الرقبة العمياء ذكراً كان أو أنثى، وكلامه ظاهر، والضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو أنه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقروناً بنية الكفارة وجنس ما يبتغي به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها، وإن لم يكن كذلك لم يجز، فقوله رقبة احتراز عما إذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز. وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم. وقوله مقروناً بنية الكفارة احتراز عما إذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فإنه لا يقع عنها، وإن نوى عنها بعد الإعتاق لا يجوز أيضاً. وقوله وجنس ما يبتغي به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك. وقوله بلا بدل احتراز عما إذا أعتق عبده على بدل، فإنه لا يقع عن الكفارة. وإنما

قوله: **(لكن قوله ﷺ خذها إلخ)** أقول: ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب قوله: **(ثم أعتق النصف الآخر لم يجز)** أقول: حق العبارة فإنه لا يجوز قوله: **(كما تقدم)** أقول: في أول الصحيفة.

---

(١) تقدم في الزكاة.

(٢) عمشت العين: من باب تعب سال دمعها في أكثر الأوقات مع ضعف البصر فالرجل أعمش والأنثى عمشاء اهـ. مصباح.

(٣) الغشاء: الغطاء وجاء في القاموس الغشواء: فرس ومن المعز التي تغشّى وجهها بياض.

لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل فكان فائت المنافع **(والذي يجن ويفيق يجزيه)** لأن الاختلال غير مانع، ولا يجزىء عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصاً، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل. وعن أبي حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ، فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز خلافاً للشافعي. له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر. ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» والكتابة لا تنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الأذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من

والبرصاء والرمداء والخنثى، لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو إحدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة، ويجوز من خلاف. أما مقطوع إبهامي اليدين فلما في الكتاب، ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الإبهامين من كل يد لأن الأكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الإبهام من كل يد لا ساقط الأسنان العاجز عن الأكل، ولا يجوز المجنون المطبق لأن المنافع كلها في حقه فائتة لأن الانتفاع بها إنما هو بالعقل وأما الذي يجنّ ويفيق فيجزي عتقه أطلقه في الهداية والمراد إذا أعتقه في حال إفاقته وفي الأصم روايتان، وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين، فمحمل رواية النوادر: الأصم الذي ولد أصم وهو الأخرس فإنه لا يسمع أصلاً ولا يتكلم، ومحمل ظاهر الرواية الذي إذا صيّح عليه يسمع. وروى إبراهيم عن محمد: إذا أعتق عبداً حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز. وفي التجنيس: من علامة عيون المسائل إذا أعتق عبداً مريضاً عن ظهاره إن كان يرجى ويخاف عليه يجوز، وإن كان لا يرجى لا يجوز لأنه ميت معنى هذا وقد منع لزوم جنس المنفعة بقطع الإبهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة، لكن الشارع لم يعتبرهما إلا كغيرهما من الأصابع، وأيضاً رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها، وذلك أن قوة البطش ليست لازمة ولاعنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها **(ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد)** ويجوز إعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً لا الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه، وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع أنه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الإجزاء منهما، فإنه لو قال: كل مملوك في حرّ عتق مدبره وأم ولده، ولا بعتق مكاتبه إلا بالنية فدل أنه أنقص رقاً منهما وبهذا يبطل قولكم: الكتابة إنما اقتضت فك الحجر لا غير كالأذن في التجارة، ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة، وهذا كله على وجه الإلزام لنا في المدبر، فإن عنده بيع المدبر وإعتاقه جائز، وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافاً لنا، وفي أم الولد على وجه الإثبات لنفسه، ونحن نمنع أن استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق، فإن ذلك معنى التعليق

كان فوت جنس المنفعة مانعاً لأن الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك لأن قيام الشخص بمنافعه. وقوله: **(ويجوز الأصم)** واضح. وقوله: **(لأن قوة البطش بهما)** يفيد أن ما يزول به تلك القوة كان مانعاً فقطع أكثر أصابع كل يد كقطع جميعها وقوله: **(والذي يجن ويفيق يجزيه)** يعني إذا أعتقه في حال إفاقته **(ولا يجزىء عتق المدبر وأم الولد)** لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة، والمطلق ينصرف إلى الكامل، ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة **(لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصاً)** فإنه إذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي. وقوله: **(فأشبه المدبر)** استدلال بما لا يقول به، فإن بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجاً علينا بمذهبنا. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ. وقوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ. وقوله: **(والكتابة لا تنافيه)** دليل آخر. وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة، ولم يزل رقه بها لأن الشيء لا يزول إلا بمنافيه، والكتابة لا تنافي الرق **(فإنه)** أي عقد الكتابة أو ذكره باعتبار الخبر **(فك الحجر)** إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإعارة والإجارة، وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالإذن في التجارة. فإن قيل: لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون. أجاب بقوله إلا أنه: أي

جانبه، ولو كان مانعاً ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله، إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل بجهة الكتابة، أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب **(وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها)** وقال الشافعي: لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء

وهو الحاصل هنا، فإن حاصل الكتابة تعليق العتق بالأداء، ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لأن سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا، ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لأن الحاصل فيهما أيضاً تعليق العتق بموت السيد، ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه وإعادته إلى الحالة الأولى، لأن نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه، وهذا ما يقال حق العتق كحقيقة، وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة، فظهر أن الكتابة إنما أوجبت فك الحجر في المكاسب، وذا لا يمكن نقصاناً في الرق إذ المكاسب غير الرقبة، وبه يعلم أن قوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء»(1) رواه أبو داود، المراد به كامل في العبودية والرق، وإنما يستبد المولى بفسخه لأنه ببدل فانعقد لازماً على المولى، بخلاف الإذن في التجارة لأنه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية، لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق، ألا يرى أن الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة، والحيوان غير الآدمي، ففي العبد رق في رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافعه وأكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق، ولكن العتق إنما يعتمد الرق لأنه لو دار مع الملك يثبت في غير الآدمي أيضاً فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح قوله: **(إلا أنه يسلم له الأكساب إلخ)** جواب عما قد يقال: عتقه حيث وقع إنما يقع شرعاً بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم له الأكساب والأولاد، فعلم أنه بجهة الكتابة

عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازماً من جانبه: أي من جانب المولى. وقوله: **(ولو كان مانعاً)** جواب بطريق التنزل: يعني لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن الإعتاق عن الكفارة، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة **(ينفسخ)** قبل الإعتاق **(مقتضى الإعتاق إذ هو)** أي عقد الكتابة **(يحتمل الفسخ)** فإن قيل: لو صح إعتاقه تكفيراً وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله أكساب أجاب بقوله: **(إلا أنه يسلم له)** أي للمكاتب **(الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل)** يعني المكاتب **(بجهة الكتابة)** وإذا كان كذلك لا يخرج الأكساب والأولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة، وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحاً فيقدر دلالة، والدلالة

قوله: **(وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب إلخ)** أقول: فصار لهذا العتق سببان: إعتاق مقيد من المولى، وعقد الكتابة. وحق العبد في أن لا يبطل ما يثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف إلى كل واحد من السببين كملاً كان ليس معه غيره، كواحد قتل جماعة فإنه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفياً حقه بصفة الكمال قوله: **(فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى العتق قوله: **(وجعل الإعتاق للتكفير)** أقول: كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق بأداء البدل والمفروض أنه لم يؤد شيئاً والتعويل عندي على الجواب الثاني، ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة، والثابت هنا هو الأول فإنها لم تنفسخ في حق الأولاد والأكساب، وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا قوله: **(وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين)** أقول: قوله هو راجع إلى الإعتاق، وقوله نظراً تعليل لقوله وجعل الإعتاق ولقوله فجعل العتق إلخ.

---

(1) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٦ وعنه البيهقي ١٠/٣٢٤ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
وأخرج ابن ماجه ٢٥١٩ والترمذي ١٢٦٠ والبيهقي ١٠/٣٢٤ وأحمد ٢/١٧٨، ٢٠٦، ٢٠٩ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات فهو رقيق».
قال الترمذي: حسن غريب والعمل عليه عند أكثر أهل العلم اهـ. فهذا الحديث يتقوى بهذه الروايات، وإن كان فيها مقال، وحديث عمرو بن شعيب من سلسلة الحسن عند الجمهور.

الله وإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقاً بعوض. ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة **(فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز)** لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة. أما عندهما فالإعتاق لا

أجاب بوجهين: الأول أن العتق في المكاتب واحد، والإعتاق من جانب المولى تختلف جهاته، ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحداً، وفيما يرجع إلى المولى جعل إعتاقاً بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك، وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق، وفي حقها يجعل تمليكاً بهبة مبتدأة، وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب، ففي مسئلة الزوج نفس حقه ليس إلا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي بكونه عن سبب آخر غير الطلاق، وكذلك هنا عين حق المكاتَب ليس إلا عتقه عند الأداء وقد حصل عينه. الثاني انفساخ الكتابة ضروري، إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتفكير لا في حق الأكساب والأولاد لأنه لا دلالة على الرضا فيهما فيعتق في حقهما مكاتباً فتسلم له، ولا يلزم من كونه عتق مكاتباً كون عتقه بجهة الكتابة وإلا لتقرر بدل الكتابة إذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل قوله: **(وإن إشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها)** هذا في الشراء، أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه، ولو وهب له أو أوصى له صح. الحاصل أنه إذا دخل في ملكه بصنع منه إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز، ولو نواه وقت اليمين جاز قوله: **(وضمن قيمة باقية)** يعني أعتق ذلك الباقي أيضاً **(لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز)** بناء على تجزىء الإعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ، فإعتاق نصفه إعتاق كله، غير أن المعتق إن كان موسراً ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقاً كله عن الكفارة وهو ملكه، ولا سعاية على العبد حتى يكون إعتاقاً بعوض، ولو كان المعتق معسراً لا يجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقاً ببدل، وإن لم يكن ذلك البدل حاصلاً للمعتق بل هو للشريك المقصود أنه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته. وعنده يتجزأ فإنما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف

إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد، فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات، وجعل الإعتاق للتكفير لأن المولى قصده، وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين **(أو لأن الفسخ ثبت ضرورة صحة الإعتاق)** فلا يظهر في حق الاولاد والأكساب. وقوله: **(وإن اشترى أباه أو ابنه)** واضح. وقوله: **(بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً)** يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق. فإن قيل: يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسراً لأنه يصير حراً مديوناً بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ. أجيب بأنه إنما لم يجز لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق فلا يكون العتق مجاناً فلا يقع عن الكفارة **(ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه)** لتعذر استدامة الملك فيه **(ثم يتحول إليه بالضمان)** ما بقي منه فكان في المعنى إعتاق عبداً إلا شيئاً، ومثله يمنع الكفارة. فإن قيل: المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه. أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستنداً ويلزم النقصان المانع **(فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لأنه أعتقه بكلامين)** فلا محظور فيه. فإن قيل: قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع. أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، فإنه

يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقاً بكلامين **(وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقية لم يجز عند أبي حنيفة)** لأن الإعتاق يتجزأ عنده، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف حصل بعده، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس **(وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق)** أما التتابع فلأنه

الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن عتقها متعلق بالموت، بخلاف هذا، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصاً، ومثله يمنع التفكير كالتدبير فصار كأنه أعتق عبداً إلا شيئاً منه، بخلاف المسئلة التي بعد هذا فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة فيجوز، كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت. فإن قيل: الملك في المضمون يثبت مستنداً إلى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لا نقصان فيه. قلنا: الملك إنما يثبت مستنداً في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز، ولا يخفى أن التعيب ضرورة إقامة المأمور به ليس كالتعييب بصنعه مختاراً، حتى أنه لو فقأ عين الشاة مختاراً عند الذبح نقول لا يجزيه، فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص، لأن مالك النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال. وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب، وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك، فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقاً لا يمنع. وعن هذا بحث بعضهم أنه يجب الإجزاء في الصورتين، فإن النقص في الأول أيضاً حصل بسبب العتق كالثاني، والعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ، ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية. وأجاب عن قولهم: يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكمياً فسواء وجد في ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الإعتاقين، لأنه لو كان ينافي كمال الرقية منع مطلقاً. وجوابه أن منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الإجزاء إلا إذا كان في غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب، غير أنه وقع في ملك غيره وضمنه كان مشترياً الناقص رقاً معنى فمعتقه عن الكفارة، بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم إعتاقه، فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه، بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافاً إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان إذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة قوله: **(وإعتاق النصف حصل بعده)** فإن قيل: كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس، فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعاً من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضاً. قلنا: إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني، وبطل إعتاق ذلك النصف لأن

أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقي ومثله غير مانع، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفاً إلى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة، فإن ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كأنه أعتق عبداً إلا قدر النقصان. وقوله: **(وهذا)** أي جعله إعتاقاً بكلامين **(على أصل أبي حنيفة)** في تجزي الإعتاق **(أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق للكل فلا يكون إعتاقاً بكلامين)** وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة، إلا أنه اعتراض على قوله وإعتاق النصف حصل بعده بأن أي إعتاق وجد هذا وإن كان كاملاً فهو

قوله: **(بأن أي إعتاق قوله: فهو إعتاق الخ)** أقول: قوله أي إعتاق اسم إن، وقوله فهو إعتاق خبر إن.

منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الأيام منهيّ عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (**فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد**) وقال أبو يوسف: لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع، إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط، وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص، وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (**وإن أفطر منها يوماً بعذر أو**

الشرط للحل مطلقاً إعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس، ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فيبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة قوله: (**وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق إلخ**) في الخزانة: لا يصوم من له خادم، بخلاف المسكن. وقال الشافعي والليث: يجوز الصوم مع وجود الخادم، واعتباره بالماء المعد للعطش. والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم، كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن. ويرد عليه المسكن. وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله، بخلاف الخادم. وفي الإسبيجابي: يعتبر الإعسار واليسار وقت التكفير: أي الأداء، وبه قال مالك. وقال أحمد والظاهرية: وقت الوجوب وللشافعي أقوال كالقولين. وثالثها يعتبر أغلظ الحالين قوله: (**فكفارته صوم شهرين**) إن صامهما بالأهلة أجزأه وإن كانتا ثمانية وخمسين يوماً، وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوماً حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف قوله: (**فإن جامع التي ظاهر منها**) كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، فإنه لو جامع زوجته الأخرى ناسياً لا يستأنف عنده أيضاً، كما لو أكل ناسياً لأن حرمة الأكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال، بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها، فبالجماع ناسياً في أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس، وكون السبب النسيان لا أثر في نفي هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنص على خلاف القياس، وتقييده ليلاً بكونه عامداً ليس بقيد بل جماعها ليلاً عامداً أو ناسياً سواء. لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم قوله: (**وإن أفطر يوماً منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال**) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض. ولو أفطرت يوماً قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد

إعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة. وأجيب بأنه إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار إعتاق نصف العبد كأن لم يكن، وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك. قال: (**وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق**) إذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين، فإن صام بالأهلة جاز، وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوماً، وإن صام لغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوماً فعليه أن يستقبل، وكذا إن أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (**فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يستأنف**) وإنما بالتي ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطء يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامداً قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإن لم يفسده بأن وطئها بالنهار ناسياً أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإنما قيد في جماع التي ظاهر منها الوطء بالليل سواء، فعرف أن الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم. لأبي يوسف أن هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لأنه لم يزل صائماً، وهو الشرط: أي السبب المعتمد عليه في كون الصوم كفارة وقد وجد. فإن قيل: تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً فيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني

قوله: (**قبل المسيس**) أقول: أي جنسه قوله: (**خالياً عن المسيس**) أقول: أي جنسه.

بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة، **(وإن ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم)** لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال **(وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه)** لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه **(وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً)** لقوله تعالى ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين**

شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت، كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين، فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها قوله: **(لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه)** أوقعه تعليلاً لقوله: وإن أطعم المولى عنه أو أعتق، فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر، إذ لا بد من الاختيار في أداء ما كلف به، أو معناه أن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه. واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة قوله: **(وإذا لم يستطع الصيام)** أي لمرض لا يرجى زواله أو كبر قوله: **(أو قيمة ذلك)** أي من غير ما نص عليه، فلو دفع منصوصاً عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعاً. مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ

الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل **(ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خالياً عن المسيس ضرورة بالنص)** وهذا يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضي شرطين: كون الصوم قبل المسيس، وكون الصوم خالياً عن المسيس. والشرط الثاني من ضرورة الأول لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلوّ الصوم عنه **(وهذا الشرط)** أي الشرط الثاني وهو الخلوّ عنه **(ينعدم به)** أي لمسيس فينعدم المشروط، ويجب الاستئناف، لأنه إن عجز عن الإتيان قبل المسيس فهو قادر على الإتيان به خالياً عن المسيس، وإلى هذا يشير كلام عامة الشارحين. والثاني أن يقال قوله وأن يكون خالياً عن ضرورة تفسير الأول بطريق العطف لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه عنه بالضرورة ويتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جاء التي ظاهر منها قبل الكفارة. والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود إلى الكفارة فيلزمه الاستئناف، وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً إلخ. والجواب عن قوله أنه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع أن عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى إلى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل **(وإن أفطر يوماً منها بعذر)** كسفر أو مرض **(أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة)** وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل أو الإفطار بعذر الحيض فإنها لا تستأنف لأنها معذورة عادة، إذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما. ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم عذر على الإعتاق في آخر يوم من الشهرين، فإن كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوّعاً لاقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وإن كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته. قوله: **(وإن ظاهر العبد)** ظاهر. وقوله: **(أو قيمة ذلك)** أي من غير

بالنهار ناسياً لأنه إذا جامعها فيه عامداً يستأنف بالاتفاق، وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقاً لأن العمد والنسيان في

قوله: **(والشرط الثاني من ضرورة الأول، إلى قوله: فينعدم المشروط)** أقول: كون الثاني من ضرورة الأول لا يقتضي أن لا يوجد الثاني بدونه كما في اللازم العام قوله: **(ويجب الاستئناف لأنه إن عجز عن الإتيان به إلخ)** أقول: وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطي الكفارة فينتفي المشروط أيضاً قوله: **(لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه إلخ)** أقول: إن أراد اتحادهما ذاتاً فليس كذلك لعموم الإخلاء، وإن أراد الاستلزام فلا يفيده. وعندي أن الإخلاء من ضرورة التقديم وإن المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس، ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحاً، فالذي وقع في خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه.ولم يوجد الشرط، وإذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة إلى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل قوله: **(وترك العود إلى الكفارة)** أقول: قوله إلى الكفارة متعلق بقوله ترك العود قوله: **(والجواب عن قوله إنه، إلى قوله: فلا يتعدى إلى قطع التتابع)** أقول: لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع إذا وطىء غير المظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل كيفما كان، وقد صرح بخلافه آنفاً لأن هذا الكلام وارد سنداً لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع، فلا يصح أن يقال لو صح، إذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التي يقتصر فيها النص على مورده على خلاف القياس فليتأمل.

مسكيناً﴾ (ويطعم كل مسكين نصف صاع من برّ أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر: «ولكل مسكين نصف صاع من برّ» ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم

قيمته نصف صاع بُرّ أو صاعاً من البر أو أقل من نصف صاع برّ عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز، فلو كان التمر صاعاً دفعه عن نصف صاع بر جاز، وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل، ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم. لا يقال: لو كسا عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوباً واحداً عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الإطعام مع أن كلاً منهما منصوص عليه. قلنا: المنصوص عليه الكسوة لا الثوب، غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب، فلما لم يصب كلاً ثوباً لم يكن فاعلاً لهذه الخصلة المنصوصة: أعني الكسوة أصلاً لا أنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر، إذ لا كسوة إلا بثبوت يصير به مكتسياً فيكون فاعلاً غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص قوله: (في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر، والحديث غريب عنهما[1]. وعند الطبراني في حديث أوس بن الصلت قال: «فأطعم ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، قال: لا أملك ذلك إلا أن تعينني، فأعانه النبي ﷺ بخمسة عشر صاعاً، وأعانه الناس حتى بلغ[2]» انتهى. ومقتضاه أنه كان برّاً لأن التمر والشعير يجزي منه صاع. وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال ﷺ «فإني سأعينه بعرق من تمر، قالت امرأته: يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر، قال: أحسنت[3]» قال فيه: والعرق ستون صاعاً. وأخرج عنه أيضاً الحديث بهذا الإسناد إلا أنه قال: والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعاً، وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها أيضاً بعرق آخر في الكفارة. وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً[4]، وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمراً أو براً، والله تعالى أعلم. وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال «فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً، قال: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاماً، قال: فانطلق إلى صاحب صدقة

الأعداد المنصوصة مطلقاً، وأما في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدر مما قدره الشرع. وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعاً من تمر أو شعير لا يجوز، إذ الأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه وإن كان في القيمة أكثر لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص

قوله: (أي من غير الأعداد) أقول: مراده المعدودات قوله: (فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدراً) أقول: وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجيء نظيره قوله: (تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول: قوله لا يجوز: يعني لا يجوز في الأعداد المنصوصة قوله: (لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وإنما لا اعتبار له في غيره) أقول: ضمير له راجع إلى المعنى، وضمير غيره راجع إلى المنصوص قوله: (وأما إذا اختلف الجنس، إلى قوله: لم يجز الخ) أقول: وأما إذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤٧: حديث غريب وقال ابن حجر ٢/ ٧٦: لم أقف عليه.

(٢) حسن. أخرجه ابن مردويه من طريقين عن أنس وابن عباس كما في الدر المنثور ٦/ ١٨٠.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤٧: رواه الطبراني في «معجمه» وكذا ذكره ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٦ فالظاهر أن للحديث عدة طرق فهو حسن في الجملة والله أعلم.

(٣) تقدم تخريجه في ١/ ٢٤٧ باب الظهار.

(٤) أثر أبي سلمة بن عبد الرحمن أخرجه أبو داود ٢٢١٦ عنه.

لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر، وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة (**فإن أعطى منا من برّ ومنوين من تمر أو شعير جاز**) لحصول المقصود إذ الجنس متحد (**وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه**) لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه (**فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيرا**) وقال الشافعي: لا يجزئه إلا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة. ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك كما

بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها[1]» الحديث أخرجه أحمد وأبو داود. ويكفي ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البرّ نصف صاع، إذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة قوله: (**لأن الجنس متحد**) وهو جنس هذه الكفارة وهو الإطعام، بخلاف الكسوة مع الإطعام، وبخلاف إعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول: أبي حنيفة، فإن الجنس وإن كان متحداً لكن امتنع الإجزاء فيه لمانع آخر وهو أن المأمور به إعتاق رقبة ونصفاً رقبتين ليسا رقبة، بخلاف الأضحية فإن الاشتراك فيها لا يمنع الأضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعاً قوله: (**فإن غدّاهم وعشاهم جاز**) لأن المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم إن كان خبز برّ في سائر الكفارات ككفارة الظهار والإفطار واليمين

عليه، وإنما الإعتبار له في غيره. وقوله: (**في حديث أوس بن الصامت**) هو أخو عبادة بن الصامت، وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة، وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم. وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لأن المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط، وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي، وما ذكره المصنف موافق لما أورده الإمام المستغفري في معرفة الصحابة قال: سهيل بن صخر الليثي. وقوله: (**فيعتبر بصدقة الفطر**) يعني في المقدار، ولكن بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطي فقيراً منا من حنطة ومنا آخر فقيراً آخر لا يجوز، لأن الواجب إطعام ستين مسكيناً فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين، وأما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتاً عنه فيكون التفريق جائزاً. وقوله: (**أو قيمة ذلك**) ظاهر. وقوله: (**لحصول المقصود إذ الجنس متحد**) يعني من حيث الإطعام وسد الجوعة لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر، وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالإطعام، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما تجوز دون الآخر. واستشكل بما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق. وأجيب بأنه إنما لا يجوز لأن نصف الرقبتين ليس برقبه كاملة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها، وقوله: (**وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره**) ظاهر وقوله: (**فإن غداهم وعشاهم**) بكلمة الواو لا بأو لأن التغذية وحدها أو التعشية وحدها لا تجزي. قال في

أداء القيمة قال المصنف: (**وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه**) أقول: قال العلامة الزيلعي: ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الأمر لأنه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك. وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضاً لأنه أدناهما ضرراً اهـ. وبهذا تبين أن تعليل المصنف للمسألة بقوله لأنه استقراض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية، والأولى أن يعلل بقوله لأنه طلب التمليك منه معنى، والفقير قابض له أو لا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف: (**وفي الإباحة ذلك كما في التمليك**) أقول: كان الظاهر أن يقول وذلك هو الإباحة

---

(١) حسن. أخرجه داود ٢٢١٣ والترمذي ١٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٦٢ وأحمد ٤/ ٣٧ كلهم من حديث سلمة بن صخر وليس في الترمذي لفظ: «والذي بعثك بالحق بتنا وحشين..... إلى نهاية الحديث.

وقال الترمذي: حديث حسن اهـ.

وقال البخاري: سليمان بن يسار لم يسمع عندي من سلمة بن صخر وقال البخاري أيضاً: هو مرسل، سليمان بن يسار لم يدرك سلمة بن صخر قاله المنذري.

ومع ذلك سليمان بن يسار تابعي كبير فهو ثقة ومن المحتمل أنه سمعه عن بعض الصحابة، والحديث حسن في الجملة لكثرة الروايات في هذا الباب.

في التمليك، أما الواجب في الزكاة الإيتاء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة **(ولو كان فيمن عشاهم صبيّ فطيم لا يجزئه)** لأنه لا يستوفى كاملاً، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفي خبز

وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين، فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز، والمعتبر الإشباع. عن أبي حنيفة في كفارة اليمين: لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع، فإن كان أحدهم شبعان اختلفوا، قال بعضهم: يجوز لأنه وجد إطعام عشرة وقد شبعوا، وقال بعضهم: لا يجوز لأن المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة قوله: **(وهو حقيقة في التمكين من الطعم)** الطعم بالضم الطعام. لا يقال: الاتفاق على جواز التمليك، فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الإطعام مشتركاً معمماً أو في حقيقته ومجازه. لأنا نقول: بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأفيف، كذا هذا، فلما نص على دفع حاجة الأكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الأكل أجوز فإنه حينئذ دافع لحاجة الأكل وغيره قوله: **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه)** وقال مالك والشافعي: وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه، وهو قول: أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً، وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بأن المقصود سدّ خلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطلاً لمقتضى النص فلا يجوز، وأصحابنا أشد موافقة لهذا الأصل ولذا قالوا: في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما إذا ملك مسكيناً واحداً وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز، لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة، كما إذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب

المبسوط: المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان، إما الغداء والعشاء، وإما غداءان أو عشاءان لكل مسكين، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء. وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا غدّى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز. وقوله: **(قليلاً أكلوا أو كثيراً)** يعني أن المعتبر هو الشبع لا المقدار. وإن كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال بجوازه لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا، ومنهم من قال لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع الستين وهو ما أشبعهم. وقوله: **(وقال الشافعي)** متصل بقوله فإن غدّاهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة إلا التمليك قياساً على الزكاة وصدقة الفطر **(وهذا)** أي عدم جواز الإباحة **(لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابة الإباحة. ولنا أن النصوص عليه هو الإطعام، وهو حقيقة في التمكين من الطعم)** لأنه جعل الغير طاعماً **(وفي إباحة ذلك)** أي التمكين **(كما في التمليك)** فيتأدى الواجب بكل واحد منهما، أما بالتمكين فلمراعاة عين النص، وأما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لأنه إذا ملك منه فإنه أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى فلذلك يقام التملك مقام المنصوص عليه، أما الواجب في الزكاة فهو الإيتاء لقوله تعالى **﴿وآتوا الزكاة﴾** وفي صدقة الفطر الأداء لقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عمن تمونون» وهما للتمليك حقيقة. وقوله: **(ولو كان فيمن عشاهم صبي)** ظاهر. وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه: يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لأحد في عدم جوازه، وأما إذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم: لا يجوز لأن المقصود سدّ الخلة. ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني، وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه، بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في

فيستلزمه التمليك قال المصنف: **(ولو كان فيمن عشاهم إلخ)** أقول: مسألة كتاب الأيمان ذكرها بسبيل التفريع وإن لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري، لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيماً لأن العشاء وحده لا يعتبر، كذا في شرح الإتقاني قال المصنف: **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه)** أقول: إختار في الأولى لفظ الإطعام وفي الثانية لفظ الإعطاء ليعلم حال التمليك في الأولى والإباحة في الثانية بطريق الأولى قال المصنف: **(والحاجة تتجدد في كل يوم)** أقول: يفهم منه تعليل المسألة الثانية قوله: **(وقوله وهذا إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه)** أقول: الأظهر جعله إشارة إلى مجموع ما ذكر من المسألتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف: **(فقد قيل لا يجزئه)** أقول: وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية، وإليه يشير قول المصنف وإن أعطاه في يوم واحد، لأن الإعطاء هو التمليك، وفي التلويح ما يخالف ذلك

الحنطة لا يشترط الإدام **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه)** لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره، وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات، فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجزئه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة، لأن التفريق واجب بالنص **(وإن**

عن رمية واحدة مع أن تفريق الدفع غير مصرح به، وإنما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين، فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم، وغاية ما يعطيه كلامهم أن بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكماً فكان تعدداً حكماً، وتمامه موقوف على أن ستين مسكيناً مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكماً، ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب. فإن قلت: المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازاً ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو؟ قلت: هو الحاجة بكون ستين مسكيناً مجازاً عن ستين حاجة، وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء قوله: **(وهذا)** أي عدم الإجزاء المدلول عليه بقوله: لم يجزه إلا عن يومه يعني إذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف، لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان إطعام الطاعم. أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فيه، قيل: لا يجوز أيضاً إلا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لأن المجوز سدّ الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف إليه بعده في يومه إطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان إطعاماً حقيقة، وكالدفع إلى الغنى بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لأن المدفوع كالهالك بالنسبة إليهما: فإن قيل: لو كسا مسكيناً واحداً عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم. قلنا: تجدد الحاجة إلى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس، ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة

هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأتمّ من هذا **(وقد قيل يجزيه لأن الحاجة إلى التمليك كثيرة تتجدد في يوم واحد)** فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الأيام، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام فإنه إذا استوفى حاجته في يوم تنتهي حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام، و**(بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص)** وهو قوله **﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾** ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً فلا يجوز كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة. قوله: **(وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام)** واضح. وقوله: **(والمنع لمعنى في غيره)** يعني توهم القدرة على الإعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه

لكن لا تعويل عليه قال المصنف: **(لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد)** أقول: قال ابن الهمام: وربما يشعر إقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره، إلا أن الأول أحوط، ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام أعتبر ذاته من حيث هو تمليك، بل يجب إعتباره من حيث هو إطعام، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء اهـ. ولك أن تقول: اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني عما قدمه تأمل قال المصنف: **(لأن التفريق واجب بالنص)** أقول: ولك أن تقول العدد أيضاً منصوص عليه، فينبغي أن لا يجوز إطعام مسكين واحد ستين يوماً. ويمكن أن يجاب بأن نسبة أمر إلى مشتق تفيد عليه المآخذ فيعلم أن المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكماً فليتأمل قال المصنف: **(إلا أنه يمنع من المسيس قبله)** أقول: فيه بحث. قال المصنف: **(وقال محمد، يجزئه عنهما)** أقول: قال الإتقاني: وعندي قول محمد أقوى، وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف: **(ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو)** أقول: لا نسلم ذلك، فإذا من وجب عليه كفارتا ظهار فأعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجيء بعد أسطر قال المصنف: **(والمؤدي يصلح كفارة واحدة)** أقول: فيجب القول به نظراً للفقراء، ولكن يخرج عن العهدة بيقين قوله: **(وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن كل ظهار وجب إلخ)** أقول: الظاهر أن المضاف مقدر: أي كل كفارة ظهار قوله: **(وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد)** أقول: فيه بحث: فإن لك أن تقول إنهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين، نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهرين فتأمل قوله: **(فأما إطعام ستين مسكيناً**

قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس، إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس، والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه **(وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من برّ لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يجزئه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما)** له أن بالمؤدي وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرّق في الدفع، ولهما أن النية في الجنس

إليه فأقيم مضي الزمان مقامها لأنها به تتجدد، وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها. وقيل: يجزيه لأن التمليك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تمليك، والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولاً هالكاً بالنسبة إلى المدفوع ثانياً كما هو هالك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة إذ الحال قيامها، وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين: على توجيه هذا القول: باختياره إلا أن الأول أحوط. ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام، لأنه لما أقيم مقام الشيء أعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء، وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالإطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه قوله: **(وإن قرب التي إلخ)** الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس، فإن قربها في خلاله لم يستأنف، لأنه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس، ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وإن كان في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس. بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه، فلو جوّز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضي إلى الممتنع ممتنع. وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم، وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب، فالأولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص، ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره قوله: **(لمعنى في غيره)** هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالإطعام بتخلل الوطء قوله: **(عن ظهارين)** سواء كانا من امرأة أو امرأتين قوله: **(له إلخ)** حاصل الوجه أنه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع، وذلك لأن المقتضي للإجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزي عن كفارتين إلى المحل مقروناً بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الإجزاء. والجواب منع وجود المقتضي، وإنما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لأنها إنما أعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس، فلا يحتاج إليها في الجنس الواحد لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان،

كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة. قال: **(وإذا أطعم عن ظهارين)** وإذا أطعم المظاهر عن ظهارين **(ستين مسكيناً صاعاً من برّ لم يجزه إلا عن واحدة منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجزيه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما)** اتفاقاً **(له أن بالمؤدى وفاء بهما)** إذا الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برّ ففي الصاع وفاء بهما لا محالة **(والمصروف إليه محل لهما)** لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفاً لبقاء الخلة والنية معينة **(فيقع عنهما كما لو اختلف السبب)** يعني أطعم ذلك عن إفطار وظهار **(أو فرق في الدفع. ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو)** لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية **(وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير، والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها، كما إذا نوى أصل الكفارة)** فإنه يقع عن

إلخ) أقول: فيه بحث، فإنه لم لا يكفي التفرق الحكمي بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمي فيما إذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً فليتأمل.

الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة، وإذا لغت النية والمؤدّي يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما إذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فرّق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر **(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جاز)** لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة **(وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما)** وقال زفر: لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين. وقال الشافعي: له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لأن

بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين. وقد يقال: اعتبارها للحاجة إلى التمييز وهو محتاج إليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الأجناس، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التي عينها، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لا يجزيه، ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب، فهنا أيضاً يجب أن لا يلغو لثوب الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلها معاً. أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين، فإن محلها في الإطعام مائة وعشرون مسكيناً، بخلاف صورة الإعتاق، وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجوب المقتضي وادعاء المانع، وهو رجوع وانقطاع عن طريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد. ثم قد يقال: عليه أن اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة إلى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة إليها فما دفع إلا مع قيام الحاجة بالنسبة إلى كفارة أخرى قوله: **(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما)** هذا إذا كانت الرقبة مؤمنة، فإن كانت كافرة صح عن الظهار لأن الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار قوله: **(في الفصلين)** هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه قوله: **(لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود)** وهو الستر وإذهاب أثر تلك الجناية **(جنس واحد)** ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الأخرى قوله: **(لخروج الأمر من يده)** فإنه وقع نفلاً إذ لا يصح إعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده إمكان أن يجعله عن إحداهما لأنه بعدما وقع على وجه لا ينقلب إلى غيره قوله: **(فتلغو)** وإذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الإبتداء قوله: **(واختلاف الجنس إلخ)** لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد، فما اختلف سببه فهو المختلف، وما لا فالمتحد، والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين: أعني الوقتين حقيقة وحكماً. أما الحقيقة فظاهر، وكذا حكماً لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر، بخلاف صوم رمضان لأنه معلق بشهود الشهر وهو

إحداهما بالاتفاق **(بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما. والثاني أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وإن كان الجنس واحداً ولهذا حل وطء التي عينها. وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد، وعن الثاني بأن إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدراً ومحلاً فصحت نيته. فأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً. فإن صلح عن الظهارين قدراً لم يصلح لهما محلاً لأن محلهما مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفريق، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطاً كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كل واحد صاعاً. وقوله: **(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار)** ظاهر. وقوله: **(كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء)** جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لخروج الأمر من يده **(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما. وقال زفر: لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين)** يعني في متحد الجنس ومختلفه **(وقال الشافعي: له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين لأن الكفارات باعتبار اتحاد المقصود)** وهو الستر **(جنس واحد)** والنية في الجنس الواحد غير مفيد فبقي نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا **(ووجه قول زفر أنه أعتق عن**

الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد. وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده، ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو. وفي الجنس المختلف مفيدة، واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب، نظير الأول إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد. ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز، والله أعلم.

واحد جامع للأيام كلها بلياليها، فكل يوم وإن كان سبباً لصومه فكذا شهود الشهر، فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان: شهود الشهر، وخصوص اليوم. فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلاً أو يوم الأحد، وشرط في الصلوات فإن تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه إن لم يكن ساقط الترتيب، وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة، وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عما عليّ من الرمضان الأول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقاً لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما. ولو نوى ظهراً وعصراً أو ظهراً وصلاة الجنازة لم يكن شارعاً في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان، بخلاف ما لو نوى ظهراً ونفلاً حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحاً بالأقوى، ولا يصير شارعاً عند محمد أصلاً للتنافي، ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعاً عند محمد لأن النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل، وعند أبي يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلغت فبقي نية القضاء. ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقاً عند أبي يوسف لما ذكرنا، وعند محمد لأنه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام، والله أعلم. ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحساناً، وفي القياس يكون تطوعاً، وهو قول محمد: لتدافع النيتين، فصار كأنه صام مطلقاً. وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء. وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل في أصله، وقدمنا هذا في كتاب الصوم، وذكرنا إلزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع إليه فليكن هذا رواية عنه فيه. هذا ومما يعكر على الأصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى: أو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحساناً، والله الموفق.

كل ظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما الخروج الأمر من يده. ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغواً، وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينوعنها، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء فكذلك ههنا، بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما. فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس. فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد. أجاب بقوله **(واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب)** فإن القتل يخالف الظهار لا محالة، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، ولما اختلف الجنس صحت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز، ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال **(نظير الأول)** يعني الجنس المتحد **(إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد)** بناء على ما ذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد **(ونظير الثاني)** يعني الجنس المختلف **(إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز)** فإن نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائماً إذ الجنس مختلف. واعترض على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فإن الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه وإلا لا يقع عن واحد منهما. وأجيب بأنا لا نسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب، فإن لكل منهما سبباً وخطاباً على حدة، بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطاب ـ فليصمه ـ من أول الشهر إلخ.

باب اللعان

قال: **(إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)** والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد

باب اللعان

هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي، والقياس الملاعنة، وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد، يقال منه التعن: أي لعن نفسه، ولاعن إذا فاعل غيره، ومنه رجل لعنة بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره، وبسكونها إذا لعنه الناس كثيراً. قال:

والضيف أكرمه فإن مبيته حق ولا تك لعنة للنزل

وفي الفقه: هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة، سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب، وهو أيضاً موجود فيه لأنه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح. وشرطه قيام النكاح وما سيذكر. وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الأجنبية. وركنه ذلك المفهوم. وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي، وأهله من كان أهلاً للشهادة. قوله: **(إذا قذف الرجل امرأته بالزنا)** بأن يقول: أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية، هذا مذهب الجمهور، وفي المشهور عن مالك: لا يجب بقوله: يا زانية بل يجب فيه الحدّ، وهو قول: الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد. واستضعف بأن الكل رمي بالزنا وهو السبب فلا فرق قوله: **(وهما من أهل الشهادة)** أي من أهل أدائها على المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين، ولا إذا كان أحدهما مملوكاً أو صبياً أو مجنوناً أو محدوداً في قذف. وأورد أنه يجري بين الأعميين والفاسقين مع أنه لا أداء لهما. ودفع بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه، وهنا هو يقدر على أن يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلاً لهذه الشهادة دون غيرها. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الأعمى لا يلاعن قوله: **(ممن يحدّ قاذفها)** فلو كانت لا يحدّ قاذفها بأن تزوّجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطءاً حراماً بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان. وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضاً حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان أيضاً وإن كانت هي ممن يحد قاذفها. وأجاب في النهاية بأن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصانها حتى يقع مقام حد القذف،

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار. واللعان في اللغة: الطرد والإبعاد، يقال لاعنه ملاعنة ولعاناً، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضاً لأن اللعان من جانب الرجل وهو مقدم، وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، وسببه قذف الرجل إمرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبية، وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما. وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين. وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان. قال: **(وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة)** أي من أهل أدائها ولهذا لا يجري بين المملوكين **(والمرأة ممن يحد قاذفها)** حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما **(أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)** فإن قيل اللعان يجري بين الأعميين

باب اللعان

قوله: **(ثم لقب الباب باللعان إلخ)** أقول: تسمية للكل باسم جزئه قوله: **(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان)** أقول: وفي الكفاية لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقاً بائناً يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد

القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى: ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ والاستثناء إنما يكون من الجنس، وقال الله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة

وعند عدم إحصانها قذفها لا يكون موجباً شيئاً لاحد القذف ولا اللعان، أما قذف الرجل عند عدم إحصانه فموجب ما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه إذ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان. قال في شرح الكنز: هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة، وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لأن اللعان يجري بين الفاسقين، وإنما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقذوف عفيفاً عن الزنا، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلأي معنى يمتنع ا هـ. الحاصل أن المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه قوله: (والأصل) أي إن الأصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما، واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان، فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة، وأنه قام مقام حد القذف في حقه: أي قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها إن كان صادقاً قوله: (عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف. فعند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات، وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلاً لليمين وهو من يملك الطلاق، فكل من يملكه فهو أهل له عنده، فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافراً أو عبداً، وعن مالك وأحمد رواية كقولنا: وجه قوله قوله تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦] فقوله: تعالى ﴿بالله﴾ محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين، ألا ترى أنه لو قال: أشهد ينوي اليمين كان يميناً، فحملنا المحتمل على المحكم، لأن حمله عل حقيقته متعذر لأن المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الإنسان لنفسه بخلاف يمينه، وكذا المعهود شرعاً

والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطاً في جانب الرجل أيضاً حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وإن كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الأول بأنهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز، كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان. وعن الثاني بأنه إنما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم، فإنها إذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حدّ ولا لعان لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي إحصانها، بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحدّ قاذفه وقذف فإنه يحدّ حدّ القذف، فلم يخل القذف عن إيجاب حكم. وقوله: (والأصل) اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الأجنبية لعموم قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآيه، ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال «كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال: يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً، فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت

النكاح اهـ. قوله: (وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطاً في جانب الرجل أيضاً) أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط، لأن اللعان يجري بين الفاسقين، وإنما اشترط ذلك فيها ليثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقذوف عفيفاً عن الزنا، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلأي معنى يمنع اهـ. قال العلامة الإمام كمال الدين بن الهمام: والحاصل أن المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة، بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ. قوله: (لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز إلخ) أقول: وكذا المحدود في القذف.

المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً وهو قائم مقام حدّ القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم

عدم تكرر الشهادة في موضع بخلاف اليمين فإنه معهود في القسامة، ولأن الشهاد محلها الإثباتات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر، فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا: من الموجبين المذكورين، وهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة. ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان، وقوله تعالى ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ [النور: ٦] أثبت أنهم شهداء لأن الاستثناء من النفي إثبات، وجعل الشهداء مجازاً عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون إلا أنفسهم، وهو غير مستقيم لأنه يفيد أنه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم، وهذا فرع تصوّر حلف الإنسان لغيره وهو لا وجود له أصلاً، فلو كان معنى اليمين حقيقياً للفظ الشهادة كان هذا صارفاً عنه إلى مجازه فكيف وهو مجازي لها، ولو لم يكن هذا كان إمكان العمل بالحقيقة موجباً لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفاً مما ذكر غير لازم قوله: قبول الشهادة لنفسه وتكرر الأداء لا عهد بهما. قلنا: وكل من الحلف لغيره والحلف لإيجاب الحكم لا عهد به، بل اليمين لدفع الحكم، فإن جاز لمن له ولاية الإيجاد والإعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الأمرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضاً شرعية ذلك ابتداء، ثم هما أقرب في القول: لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعاً بدلاً عما عجز عنه من إقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت. قال الله تعالى ﴿شهد الله أنه لا إله إلا هو﴾ [آل عمران: ١٨] فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين وإلزام اللعنة والغضب إن كان كاذباً مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين، إذ موجب شهادة كل واحد إقامة الحد على الآخر، وليس ذلك بثابت هنا، بل الثابت عندهما ما هو الثابت بالأيمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر، وإنما قلنا: عندهما ولم نقل بهما لأن هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما. وأما قوله: اليمين للنفي إلى آخره فمحله ما إذا وقعت في إنكار دعوى مدع وإلا فقد يحلف على إخبار بأمر نفي أو إثبات، وهنا كذلك فإنها على صدقه في الشهادة. والحق أنها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما إذا جمع أيماناً على أمر واحد يخبر به فإن هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة، إذ لو اختلف متعلقهما لم يكن

سكت على غيظ، ثم قال: اللهم افتح، فنزلت آية اللعان» ولأنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك ابن سحماء: «أئت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك» فقال الصحابة: الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان، فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن يكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لأن الله تعالى قال ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء. والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس، ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفياً للتهمة، وقال الله تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ نص على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً تأكيداً وهو قائم في حقه مقام حدّ القذف وفي جانبها بالغضب لأنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً على ما ورد في الحديث «إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير» وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الإقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعاً لهن عن الإقدام. فإن قيل: ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحدّ والشهادة؟ أجيب بأن الحدّ زاجر، والاستشهاد بالله كاذباً مقروناً باللعن على نفسه سبب الهلاك، وفي ذلك

قوله: (سبب الهلاك) أقول: وكذا في جانبها قوله: (أجيب بأن اللعان قائم، إلى قوله، فلا يرد عليه الأجنبيات) أقول: فيه بحث، إذ الظاهر أن حكم نسائه في الابتداء كان حكم الأجنبيات فيتوجه السؤال ويجيء بعد ثلاثة أسطر.

مقام حد الزنا، إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصانها، ويجب بنفي الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً ولا يعتبر احتمال أن يكون الوالد من غيره بالوطء من شبهة، كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، وهذا لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق

أحدهما مؤكداً للآخر، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها قوله: **(قائمة مقام حد القذف في حقه)** أي بالنسبة إلى كل زوجة على حدة لا مطلقاً: ألا يرى أنه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن، بل لا بد من أن يلاعن كلاً منهن على حدة، ولو كن أجنبيات فقذفهن حدّ واحداً لهن. وسبب هذا الافتراق أن المقصود يحصل في إقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن، ولا يحصل ذلك في اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة، ويتعذر اجتماع الكل في كلمة قوله: **(ويجب بنفي الولد)** هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره، ويجب إرادة هذا الإطلاق، فقوله في الغاية: أو نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد، لأنه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفاً لها كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز قوله: **(ولا يعتبر احتمال إلخ)** جواب عن مقدر تقديره إن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا. أجاب بأنه احتمال لا يعتبر لأن النسب وإن كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع بانتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم. فإذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفياً لثبوت نسبه مطلقاً ويستلزم كونه من زنا فكان قذفاً ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد، وإنما بقي فيه احتمال كونه في نفس الأمر عن غير زنا ولا عبرة به، فإن هذا الاحتمال قائم بعينه فيما إذا صرح بنسبة أمه إلى الزنا به، ثم شبهه بما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف: يعني فإنه يكون قذفاً موجباً للحد وإن كان ذلك الاحتمال قائماً فيه وهذا مصرح، بخلاف ما في المحيط من أنه إذا نفى الولد فقال: ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً لذلك الاحتمال. وفي «النهاية» و «الدراية» جعلا هذا قول الشافعي، ثم قال: وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد الذي ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفاً ما لم يقل إنه من الزنا. قال: والقياس ما قاله الشافعي إلا أنا

زجر عن الإقدام على سببه. فإن قيل: لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف يجري كجريانه في الاتحاد والتعدد، وليس كذلك فإن من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حدّ القذف لهن مرة واحدة. أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقاً لأنه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الأجنبيات، على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود، فإن المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل بإقامة حد واحد، وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان، فقد يكون صادقاً في حق بعض دون بعض، والمقصود التفريق بينه وبينهن، ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلاً منهن على حدة، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لهن حد واحد لأن موجب قذفهن الحد حينئذ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات، وإنما قيد بقوله عندنا لأن عند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة، فمن كان أهلاً لليمين كان أهلاً للعان. قال: **(إذا ثبت هذا نقول)** يعني إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان نقول **(لا بد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة، ولا بد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الإحصان، ويجب بنفي الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها)** كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف فإنه يكون قذفاً للمرأة فكذلك هذا **(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به)** وقال الشافعي: لا يصير بنفي

قوله: **(فإنه لا يصير قاذفاً)** أقول: مخالف لما مر آنفاً.

به، ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق **(فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه)** لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

تركناه لضرورة في اللعان لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه، إما لأنه لم يقربها أو عزل عنها عزلاً بيناً ولا يدري من أين هو: يعني فيحتاج إلى نفيه لأنه لا يستلحق من ليس منه يقيناً ولا يتمكن منه إلا باللعان، وثبوته فرع اعتباره قاذفاً فاعتبر كذلك لهذه الضرورة، وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره. وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية؛ والعجب من صاحب الدراية حيث قال: في تقريره قوله في الكتاب: ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد إلخ، لأنه يصير قاذفاً بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال، كما في نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، ونقله من الإيضاح والمبسوط، ثم نقل قول الشافعي: كما في النهاية. ثم أورد صورة الأجنبية مقيساً له عليه. فقال: كما لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لأجنبية: وبين قوله لزوجته، وهو تناقض ظاهر ومخالفاً لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالإيضاح والمبسوط وغيرهما، وما في كتاب الحدود فإنه قال: ومن نفى نسب غيره فقال: لست لأبيك فإنه يحد، قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال: وجدت معها رجلاً يجامعها ليس بقذف لها لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته. أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها. قلت: وعلى ما هو الحق فالجواب أن الجماع لا يستلزم الزنا، بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه قوله: **(ويشترط طلبها)** وبه قالت الأئمة الثلاثة: لأنه أي اللعان حقها لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها، بخلاف ما إذا كان القذف بنفي الولد، فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه **(فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه)** فيحدّ. وعند الشافعي: إذا امتنع حده حد القذف، وكذا إذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا، وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب، لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه. والأوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط. وفي بعض النسخ: فيرتفع الشين، وهذا إذا اعترف بالقذف، فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان. وفي الجامع: لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما، وفي بعض نسخ القدوري: أو تصدقه فتحدّ وهو غلط، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصداً بالذات

الولد قاذفاً لها ما لم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فإنه لا يصير قاذفاً ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق. قال شيخ الإسلام: والقياس ما قاله، إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها أو عزل عنها عزلاً بيناً ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي **(ويشترط طلبها)** بموجب القذف **(لأنه حقها)** لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها **(فلا بد من طلبها كسائر الحقوق، فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب)** وفي نسخة: ليرتفع الشين، ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب: أي سبب اللعان: أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك. وأما النسخة الأخرى فقيل أنها معتبرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يتقرر، ألا ترى أنه يجب عليه الحدّ بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب، ومن الناس من قال: أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط اللعان: قيل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المديون المفلس، فإن الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس **(ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص)** وهو قوله

(ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعي **(فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه)** لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه **(وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو**

فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد، ولو صدقته في نفي الولد فلا حدّ ولا لعان وهو ولدهما، لأن النسب إنما ينقطع حكماً للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله. وجه قول الشافعي: أن الواجب بالقذف مطلقاً الحد بعموم قوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾** [النور: ٤] إلا أنه يتمكن من دفعه فيما إذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفاً عليه، فإذا لم يدفعه به يحد، ومثله في المرأة إذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه، فإذا امتنعت حدت بالزنا، ويشير إليه قوله تعالى **﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾** [النور: ٨] قلنا قوله تعالى **﴿والذين يرمون أزواجهم﴾** إلى قوله تعالى **﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾** [النور: ٦] أي فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيراً فأفاد أن الواجب في قذف النساء اللعان، فإما أن يكون ناسخاً أو مخصصاً لعموم ذلك العامّ للإجماع على أنه ليس بمنسوخ، وعلى التقديرين يلزم كون الثابت في قذف الزوجات إنما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن إيفائه بل تحبس لإيفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن إيفائه لا يعاقب ليوفيه. والثابت عندنا أنه بطريق النسخ لأنه لم يقارن العام وهو مخصص أول، وللعلم بتأخره على ما رووا أنه ﷺ قال للذي قذف امرأته «ائت بأربعة شهداء وإلا فحدّ على ظهرك»[1] فنزلت آية اللعان، ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحدّ لجواز كونه الحبس. وإذا قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه. قيل: والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وإن كان عبداً فاسقاً. وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لإيجاب المال ولا لإسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحدّ عن نفسه وأوجب به الرجم الذي هو أغلظ الحدود على المرأة. فإن قال: إنما وجب عليها لنكولها بامتناعها عن اللعان. قلنا: هو أيضاً من ذلك العجب، فإن كون النكول إقراراً فيه شبهة، والحدّ مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الإقرار مرة، ثم إن عنده هذه الشبهة أثرت في منع إيجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب إثباتاً وأكثر شروطاً. وفي كافي الحاكم: إذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحدّ هي، وإن كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج قوله: **(أو كافراً)** صورته ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه قوله: **(فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾** [النور: ٤] يعني الحد، ولا تحرير في هذا الكلام إلا أن يكون الموجب الأصلي هو الحدّ في حق العموم، وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعي. وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في

تعالى **﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾** وقوله: **(إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعي)** بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلوّ من النص لا يدل على المبدوء به فقال إلا أنه يبتدأ به. وقوله: **(فإن امتنعت)** ظاهر **(وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً)** بأن كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام **(أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته)** لأنه ليس من أهل الشهادة **(فيصار إلى الموجب الأصلي)** وهو حد القذف **(الثابت بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية)** فإنه كان هو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٤٧ والترمذي ٣١٧٩.وابن ماجة ٢٠٦٧ كلهم من حديث ابن عباس.
وكذا النسائي ٦/ ١٧٢ وأبو داود ٢٢٥٤.

محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** الآية، واللعان خلف عنه **(وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها)** بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية **(فلا حدّ عليه ولا لعان)** لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: اليهودية والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك» ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحدّ لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس

قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير إليه فيهن لأنه مصير إلى غير حكمه، والدليل ينفيه. والحق في التقرير أن يقال: النص إنما نسخ حكم الحدّ في حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لا في كل زوج لأن لفظة الناسخ **﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم﴾** [النور: ٦] تفيد ذلك فيبقى العام موجباً حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلاً فيعمل بمقتضاه قوله: **(وإن كان)** أي الزوج **(من أهل الشهادة)** وهي ليست من أهلها أو من أهلها إلا أنها لا يحد قاذفها بأن تكون قد زنت في عمرها فلا حدّ ولا لعان، وهو ظاهر فيما إذا كانت لا يحد قاذفها، أما إذا كانت ممن يحد قاذفها إلا أنها ليست من أهل الشهادة بأن تكون عفيفة محدودة في قذف، فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال أنها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه. والجواب أن الزوج لما كان أهلاً للعان بأن كان أهلاً للشهادة لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد، فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب، بخلاف ما إذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فإن حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا قوله: **(والأصل في ذلك قوله ﷺ «أربعة لا لعان بينهم»**[1]**)** أخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم: النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك»[1] وأخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب، وأخرجه بالطريق الأول أيضاً وقال وتابعه: يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضاً ضعيف. وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله: ولم يرفعاه، ثم أخرجه كذلك موقوفاً ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ فذكر نحوه وضعف رواته. وأنت علمت أن

المشروع أوّلاً ثم صار اللعان خلفاً عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط، فإذا عدمت صير إلى الأصل. وقوله: **(وإن كان)** هو **(من أهل الشهادة)** ظاهر. وقوله: **(والأصل في ذلك قوله ﷺ «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: اليهودية، والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك)** قيل: وهذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث، ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر بإسناده عن عبد الباقي إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قيل: كفى بأبي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى **(ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد)** لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة. فإن قيل: هلا اعتبر جانبها أيضاً وهي محدودة في القذف درءاً للحد؟ أجيب بأن المانع

قوله: **(قيل هذا الحديث إلخ)** أقول: القائل هو الإتقاني.

---

(١) هو الحديث الآتي.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٧١ والدارقطني ٣/١٦٣ و١٦٤ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال البوصيري في الزوائد: في إسناده عثمان بن عطاء ومتفق على تضعيفه اهـ.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٤٨: أخرجه البيهقي في المعرفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ وقال: وعطاء الخراساني معروف بكثرة الغلط وابنه عثمان وابن زريع ضعيفان اهـ. وقد رواه الثقات موقوفاً.

من أهله (وصفة اللعان أن يبتدىء القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين

الضعيف إذا تعددت طرقه كان حجة، وهذا كذلك خصوصاً وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفاً على جد عمرو ابن شعيب، على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من أنه شهادات إلى آخره قوله: (ولو كانا محدودين فعليه الحد) لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته، وكذا إذا كان هو عبداً وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجبه، بخلاف قذف المحدودة إذا كانت عفيفة، فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج، ولو قذف الكافرة أو الأمة أجنبي لا يحد فكذا الزوج، فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين. وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لأن كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له، إلا إذا كان أحدهم صغيراً أو مجنوناً. قيل: عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها، فكان ينبغي أن تراعي الجهتان، فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط، وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه بسقوط الحد. والجواب أن القذف يوجد أولا منه، وهو مقتض للعان إن كان أهلاً للشهادة، والحد إن لم يكن، وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضي لأن مفهوم المانعية يقتضي ذلك، إذ حقيقته نسبته إلى المقتضي بالمنع، ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها للعان، والحد إنما يسقط بما من جهتها تبعاً لسقوط اللعان، ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتاً فإن قذف الزوج موجب للحد قوله: (وصفة اللعان إلخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية. وفي البدائع: ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته، ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا، فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة الترتيب، ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعي، لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب إعادته وبه قال مالك: وهو الوجه لأن النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد﴾ ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا: في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة.

عن الشيء إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضي لأنه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه، وإذا لم يكن الزوج أهلاً للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللعان، فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب الحد فيحد، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذفه بطل المقتضي فلا يجب الحد لأنه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع. ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فإنه لا حدّ عليه ولا لعان، وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجبه. وأجيب بأن العبد شبهه الأهلية لأن له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءاً للحد وليس كذلك المحدود في قذف. قوله: (وصفه اللعان أن يبتدىء القاضي) صفة اللعان على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (فإذا التعنا لا تقع

قوله: (يجب عليه الحد) أقول: كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة، بخلاف قذف المحدودة في القذف فإنه لا ينافي الإحصان قوله: (لأن له شهادة بعد العتق) أقول: فعلى هذا ينبغي أن لا يحد الزوج القاذف إذا كان عبداً وهي محدودة في قذف مع أنه يحد إلا أنه كلام على السند الأخص صرح به ابن الهمام.

فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والأصل فيه ما تلوناه من النص. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاختمال. وجه ما ذكر في

[فروع] قذفها ثم طلقها بائناً سقط اللعان ولا يجب الحدّ، ولو تزوّجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود وهو قول: الأئمة الأربعة، ولو قذف أجنبية ثم تزوّجها ثم قذفها ثانياً وجب الحد بالأول واللعان بالثاني ويحدّ للأوّل ليسقط اللعان، ولو طلبت اللعان أوّلاً يلاعن ثم يحد، بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس، ولو قال: قذفتك قبل أن أتزوّجك أو زنيت قبل أن أتزوّجك فهو قذف في الحال فتلاعن، وقال مالك والشافعي: يحد. وما في خزانة الأكمل من أنه يلاعن في قوله: زنيت قبل أن أتزوّجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوّجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حدّ ولا لعان ويسقط اللعان بردتها، ولو أسلمت بعده لا يعود، ولو قذفها ثم أبانها يسقط اللعان، ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان قوله: **(لأنه أقطع للاحتمال)** أي لاحتمال أن يضمر مرجعاً للضمير الغائب غيرها، بخلاف الخطاب، وتقول هي أيضاً: إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا، والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين ويقوله له التعن: قوله: **(إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال)** يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها قوله: **(لا تقع الفرقة)** حتى لو مات أحدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر، ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنساناً فحد للقذف، أو وطئت هي وطأ حراماً أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما، بخلاف ما إذا جنّ قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجى عود الإحصان، ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم، ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثاً خطأ نفذ تفريقه عندنا، وعند زفر وبقية الأئمة لا ينفذ قوله: **(بالحديث)** يشير به إلى حديث «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[1] فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان

الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا **وقال زفر: (تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث)** يعني قوله ﷺ «**المتلاعنان لا يجتمعان أبداً**» نفى الاجتماع بعد التلاعن،

قال المصنف: **(وتقول في الخامسة غضب الله عليها)** أقول: قال الزيلعي: وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعملن اللعن كثيراً فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اهـ. في الحديث «أنهن يكثرن اللعان ويكفرن العشير».

قوله: **(يعني قوله ﷺ «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً» نفى الاجتماع)** أقول: هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى قوله: **(وهو تنصيص إلخ)** أقول: يعني نفي الاجتماع كالتنصيص، فإن نفي الاجتماع يستلزم الافتراق قوله: **(ووجه الاستدلال، قوله: ولو قال دل عليه أيضاً كان أولى فتأمل)** أقول: فيه بحث، فإن زفر يقول: ثبت التسريح بنفس التلاعن إلا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعني لا نسلم أن ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظهار بل يستلزم فوات الإمساك بالمعروف، وإذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضاً لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف: **(دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام)** أقول: فيه بحث فإن الثابت منه ﷺ تقرير الملاعن على قوله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً قوله: **(أجيب بأن ذلك منصرف إلى رد المهر إلخ)** أقول: الذي في كتب الحديث أن قوله ﷺ «لا سبيل لك عليها» إنما هو قبل سؤاله المهر، ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف: **(لأن فعل القاضي انتسب إليه)** أقول: فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن، وسيجيء وجه في باب العنين.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٥٠ والبيهقي ٧/ ٤١٠ والدارقطني ٣/ ٢٧٥ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي في خبر طويل في المتلاعنين، وآخره قال سهل: «حضرت هذا رسول الله ﷺ، فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً».
وفي إسناده عياض بن عبد الفهري فيه لين كما في التقريب لكن توبع رواه البيهقي في وجه آخر عن الزهري به.

الكتاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال قال: **(وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)** وقال زفر: تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث. ولنا أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي ﷺ: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. وهي طالق ثلاثاً. قاله بعد اللعان **(وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي**

كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له، وسيأتي الكلام على هذا الحديث. وقال الشافعي رحمه الله: بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما، ولا نعلم له في ذلك دليلاً مستلزماً لوقوع الفرقة بمجرد لعانه. قيل: وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلاً لأنها ليست زوجة، والتمسك بمروي زفر إنما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما، وهذا لأن حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتتعذر إرادتها، وأقرب الأوقات إلى حقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول: وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة، وما ذكروه من المعنى وهو أنهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر، بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة، ولو كان ظاهراً لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح بإحسان، فإنه بثبوت الحرمة فات الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان، كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الأمرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه، فإذا امتنع ناب منابه لأنه نصب لدفع الظلم، ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر «أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ففرّق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه»[1] وما أخرجاه أيضاً في حديث عويمر العجلاني «لما فرغا من لعانهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»[2]. وهو الذي عنى المصنف بقوله: يدل عليه قوله ﷺ: لذلك الملاعن إلى آخره، لكن الصواب ما علمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم. قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين[3]. ورواه أبو داود وقال: فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ، وكان ما صنع عند رسول الله ﷺ سنة. قال سهل: حضرت هذا عند رسول الله ﷺ، فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً[4]. قال البيهقي: قال الشافعي: إن عويمراً حين طلقها ثلاثاً كان جاهلاً بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط، وتفريق النبي ﷺ في حديث ابن عمر[5] تفريق حكم لا لفرقة الزوج. وقول الزهري وسهل: فكانت سنة المتلاعنين: أي الفرقة. قال البيهقي: والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن أمية ولعانه قال: «وقضى رسول الله ﷺ أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها»[6] وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٤٨، ٥٣١٥ ومسلم ١٤٩٤ ح ٨ وأبو داود ٢٢٥٩ والترمذي ١٢٠٣ والنسائي ٦/ ١٧٨ وابن ماجه ٢٠٦٩ ومالك ٥٦٧ ح ٣٥ وابن حبان ٤٢٨٨ وأحمد ٢/ ٧، ٣٨، ٦٤، ٧١ والدارمي ٢١٥١ وابن الجارود ٧٥٤ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٥٩ ومسلم ١٤٩٢ وأبو داود ٢٢٤٥ والنسائي ٦/ ١٤٣ والدارمي ٢١٤٩ وابن ماجه ٢٠٦٦ والبيهقي ٧/ ٣٩٨، ٣٩٩ ومالك ٥٦٦ ح ٣٤ وأحمد ٥/ ٣٣٦، ٣٣٧ والشافعي ٢/ ٤٤ كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي وكذا ابن حبان ٤٢٨٤.

(٣) أخرجه أبو داود ٢٢٤٥ عن ابن شهاب الزهري عن سهل، وهو تمام للمتقدم، وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات إثبات.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٥٠ والبيهقي ٧/ ٤١٠ والدارقطني ٣/ ٢٧٥ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي وقد تقدم تخريجه قبل خمسة أحاديث.

(٥) هو المتقدم قبل حديثين.

(٦) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٥٦ والبيهقي ٧/ ٣٩٤ كلاهما من حديث ابن عباس في خبر طويل.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٢: رواه اسحاق بن راهويه في مسنده.
قلت: ومداره على عباد بن منصور وهو مدلس وقد عنعنه فلا يحتج بحديثه.

حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين **(وهو خاطب إذا أكذب نفسه)** عندهما. وقال أبو يوسف: هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام: «والمتلاعنان لا يجتمعان أبداً» نص على التأبيد. ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد

بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي ﷺ تطليقه، وقوله ﷺ «لا سبيل لك عليها»[1] إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله: «يا رسول الله مالي، قال: لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها»[2] فدل تفريقه ﷺ على وقوع الطلاق، فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق فإنه من قوله. وقد يقال: ليس هذا مما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأنا لم ندّع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا، إنما ادعينا أنه وقع لغواً فالسكوت عدم الالتفات إليه. ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع، فلو كان الواقع، وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضياً إلى المفاسد لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر، والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا، فإن دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جداً إذالفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضي أن يطلق، فإن أبى طلق هو والموت في مثلها أندر نادر. قلنا: ولو كان لا يجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعاً، وأيضاً فحديث ابن عمر فإنه قال فيه: فأنفذه رسول الله ﷺ: يعني أمضى ذلك الطلاق، وهو حجة على من قال: إن الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة، ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه رفض إمضاءه ﷺ الطلاق، وذلك إنما يكون بمفهم اعتبار ذلك منه ﷺ قوله: **(وهو خاطب إلخ)** يعني إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطباً من الخطبة يحل له تزوّجها خلافاً لأبي يوسف، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية. ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب حد أيضاً، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حدّ عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة، ولا يجب الحد

وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن **(ولنا قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾)** ووجه الاستدلال **(أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم)** وقوله: **(دل عليه)** أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي، ولو قال دل عليه أيضاً كان أولى فتأمل. وقوله: **(قول ذلك الملاعن)** يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي ﷺ بعد اللعان: كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً، ولم ينكر عليه النبي ﷺ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله ﷺ. فإن قيل: قد أنكر عليه بقوله «اذهب فلا سبيل لك عليها» أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر، فإنه روى أنه قال: «إن كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها». والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء **(ثم إذا فرّق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين)** وقوله: **(وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما)** مسئلة مبتدأة وقال أبو يوسف هو) أي الثابت باللعان **(تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»)** نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطباً **(ولهما أن الإكذاب)** أي الإقرار بالكذب **(رجوع عن الشهادة)** والرجوع عنها يبطل حكمها، ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطباً لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين، لأنهما يكونان متلاعنين، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان، أو مجازاً باعتبار

قوله: **(لأنهما يكونان متلاعنين)** أقول: الأظهر أن يقول: وكونهما متلاعنين إلخ.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٩٣ ح ٥ والبخاري ٥٣١٢ ٥٣٥٠ وأبو داود ٢٢٥٧ والنسائي ٦/ ١٧٧ وابن حبان ٤٢٨٧ والشافعي ٢/ ٤٩ وأحمد ٢/ ١١ والبيهقي ٧/ ٤٠١ و ٤٠٤، ٤٠٩ وابن الجارود ٧٥٣ كلهم من حديث سعيد بن جبير قال سمعت ابن عمر يقول...

(٢) هو المتقدم

الإكذاب فيجتمعان. **(ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه)** وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة **(ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه)** لما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام نفى

لأن قذفه وقع موجباً للعان فلا ينقلب موجباً للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حدّه حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان، ولذا يحدّ شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا، وعلى هذا لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجة ثم بانت، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية حد، وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصاً أجنبياً بعده فحدت أو قذف هو أجنبياً فحدّ أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلاً للشهادة لارتفاع السبب الذي لأجله افترق المتلاعنان، وهو على ما قالوا: أنه كي لا يتكرر اللعان بأن يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر أو بخلوّ القذف عن الموجب في الدنيا، فبخروج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبداً، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع. وبه قالت الأئمة الثلاثة. وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقاً بل فسخاً، ويلزم على قول أبي يوسف: أنه لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقاً، وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت، فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي. واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب. وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ قال «المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً»[1] وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله ﷺ، لكن قال صاحب التنقيح: إسناده جيد. ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد اللعان للمتأمل، فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه. وأخرجه الدارقطني أيضاً موقوفاً عن عليّ وابن مسعود قالا: «مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[2]. وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[3]. ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وابن مسعود[4]. أجاب المصنف بقوله: ولا

بقاء حكمه، ولم يبق شيء بعد الإكذاب، أما حقيقة فظاهر، أما حكما فلأن لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان **(ولو كان القذف بولد نفى القاضي النسب من الأب وألحقه بأمه)** وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إلخ وهو ظاهر وقوله: **(ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد)** حيث كان القذف به **(فيوفر عليه)** أي على الزوج مقصوده، فالقضاء بالتفريق يكون متضمناً لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه **(وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب)** حتى لو لم يقل ذلك لم

قوله: **(وجب عليه الحد)** أقول: يعني بكلمات اللعان كما يجيء قوله: **(فبطلت أهلية اللعان إلخ)** أقول: بطلان أهلية اللعان إنما يكون بإقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط، والأصوب طرح لفظة الأهلية من البين فليتأمل، ويجيء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح إلا قول المصنف في تعليل قول القدوري: فإن عاد الزوج وأكذب نفسه إلخ إلا أن وضع المسألة هناك فيما إذا أكذب نفسه بعد إقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك، وبهذا يظهر أنه لا تكرار.

---

(١) حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧٦ من حديث ابن عمر، ورجاله ثقات، وله شواهد.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥١: قال صاحب التنقيح: إسناده جيد.

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧٦ عن علي وعبد الله بن مسعود موقوفاً عليهما.

(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤١٠ وعبد الرزاق في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/ ٢٥١ عن عمر وابن مسعود.

(٤) كذا قاله في نصب الراية ٣/ ٢٥١.

ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها» ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده،

يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه: يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهي القضية المسماة بالمشروطة، ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكماً بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد. وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية، وذلك يستلزم انتفاء ملزومها فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع، وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكماً لما قدمنا من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر، ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكماً بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج، وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائماً شرعاً عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج، ولكن بقي النظر في أيّ الاحتمالين أرجح، وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم، والله أعلم. وأما ما استدل به المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقدمنا منعه، وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعوناً أو مغضوباً عليه فما أبعده عن الفقه، إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله، وهذا القدر لا يمنع التناكح قوله: (**ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه**) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان، حتى لو علق وهي كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفي نسب ولدها لا ينتفي ولا تلاعن لأن انتفاء إنما يثبت شرعاً حكماً للعان ولا لعان بينهما، ولأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع، والله أعلم. وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصيّ ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد، وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار، ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد. وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به، وكذا في نفيه من وطء بشبهة. وعند أبي يوسف فيهما الحدّ واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح. وفي الذخيرة: قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه قوله: (**وصورة اللعان**) أي في القذف بنفي الولد قوله: (**لما روى أنه ﷺ نفى نسب ولد امرأة هلال**) قيل: إنه غلط، فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد. وقيل: المراد بنسب ولدها الذي أتت به فإنها حملت من الوطء الذي قذفها به، والحديث في البخاري وأبي داود تختلف ألفاظهما وتتفق. عن ابن عباس قال: «**جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً، فرأى ذلك بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت** عندهم رجلاً، فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم**﴾ [النور: ٦] الآية فسرّي عن رسول الله ﷺ وقال: **أبشر يا هلال فقد جعل** الله لك فرجاً ومخرجاً، قال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي سبحانه وتعالى، فقال رسول الله ﷺ: **أرسلوا إليها** فجاءت، فتلا عليها رسول الله ﷺ الآية وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، وقال هلال: والله لقد صدقت عليها، فقالت كذبت، فقال رسول الله ﷺ: لاعنوا بينهما، فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب، فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها، فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ثم قيل لها: اشهدي، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك

. . . .

فيتضمنه القضاء بالتفريق. وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول: قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره (**فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي**) لإقراره بوجوب الحدّ عليه (**وحل له أن**

العقاب، فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحدّ، وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها، وقال رسول الله ﷺ: إن جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ناتيء الأليتين حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به، فجاءت به أورق إلى آخر الأوصاف الثانية، فقال رسول الله ﷺ: لولا الأيمان لكان لي ولهما شأن». قال عكرمة: وكان ولدها بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب»[1] هذه في لفظ أبي داود. وفي رواية أخرى: «سائر اليوم لا أفضح قومي»[2]. وفي مسلم والنسائي عن أنس «أن هلال بن أمية. قذف امرأته بشريك ابن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه، وكان أوّل رجل لاعن في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: إنظروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك ابن سحماء، قال: فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين»[3]. فهذا وما قبله يدل على أنها كانت حاملاً وقطع نسب الولد الذي تأتي به. وفي سنن النسائي أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى[4]، وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضاً. وقال زوجها: ما قربتها منذ عفار النخل، وعفار النخل أنها كانت لا تسقى بعد الإبار بشهرين، فقال رسول الله ﷺ: اللهم بين، فجاءت بولد على الوجه المكروه[5] وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال: «شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك ابن سمحاء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله ﷺ وهي حامل، فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر، ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك ابن سمحاء، وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا: امرأة لا نعلم فيها إلا خيراً، فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس، وعاش المولود سنتين ثم مات، وعاشت أمه بعده يسيراً، وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء»[6]. قال الواقدي: وحدثني غير الضحاك بن عثمان أن عويمراً فساق الحديث، إلى أن قال: ولم

ينتف النسب عنه (**لأنه**) أي نفي الولد (**ينفك عنه**) أي عن التفريق، إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه. رواه بشر عن أبي يوسف (**فإن عاد الزوج وأكذب نفسه**) بعد اللعان (**حده القاضي لإقراره بما يوجب الحد عليه**) قال في النهاية: هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان، أما للعان فلأن المقصود باللعان

قوله: (**فيوفر عليه أي على الزوج مقصوده**) أقول: وعندي أن مرجع الضميرين البارزين هو اللعان والإضافة لأدنى ملابسة.

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٤٧٤٧ وأبو داود ٢٢٥٤، ٢٢٥٦ والترمذي ٣١٧٩ والنسائي ٦/ ١٧٢ وابن ماجه ٢٠٦٧ كلهم من حديث ابن عباس بألفاظ متقاربة.

(٢) هذا اللفظ لأبي داود ٢٢٥٤ والبخاري ٤٧٤٧.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٦/ ١٧١، ١٧٢ من حديث أنس بن مالك وكذا مسلم ١٤٩٦ وقضيء العينين: فاسدهما.

(٤) حسن. أخرجه النسائي ٦/ ١٧١ من حديث ابن عباس ورجاله كلهم ثقات وإسناده حسن.

(٥) قال الزلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٣: أخرجه عبد الرزاق من حديث ابن عباس.

(٦) ضعيف. أخرجه ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٣ من طريق عبد الله بن جعفر قال: شهدت عويمر العجلاني فذكره وشيخ ابن سعد محمد بن عمر الواقدي، وهو واهٍ ضعّفه غير واحد.

يتزوّجها) وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم **(وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به)** لما بينا **(وكذا إذا زنت فحدت)** لانتفاء أهلية اللعان من جانبها **(وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما)** لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبياً، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه **(وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو**

يحد رسول الله ﷺ عويمراً في قذفه شريك ابن سحماء. وشهد عويمر بن الحرث وشريك ابن سحماء أحداً مع رسول الله ﷺ[1]، ففي هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال إلى شريك إليه أيضاً في قصة عويمر. قيل: ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شيء. وفي الصحيحين أيضاً في قصة هلال عن ابن عباس «فقال رسول الله ﷺ: اللهم بين فوضعت شبيهاً بالذي ذكر زوجها أنه وجد عند أهله، فلاعن بينهما رسول الله ﷺ»[2] وفي هذا أن اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض قوله: **(فيتضمنه القضاء إلخ)** أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق قوله: **(وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق إلخ)** أي لا يثبت قطع النسب ضمناً للتفريق، لأنه: أي التفريق باللعان قوله: **(ينفك عنه)** أي عن نفي الولد، كما مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد، ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به قوله: **(فلا بد من ذكره)** حتى لو لم يقله: لا ينتفي النسب عنه. قال شمس الأئمة: هذا صحيح، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحدّ، فلو كان قد ترك ولداً يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الحيّ إلى النسب، ولو ترك بنتاً ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وقيل: الخلاف على العكس. له أن الإبن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها قوله: **(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه)** أي اللعان ونفي الولد قوله: **(وهذا عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق قوله: **(وكذلك إن قذف غيرها إلخ)** على وزان ما قدمنا في زوال الأهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا قوله: **(وكذا زنت فحدت)** قيل لا يستقيم لأنها إذا حدّت كان حدّها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزني تخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه. ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأوّل على حدها لأنه حد القذف، وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت، فإن حدّها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة. واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطروّ الفسق مثلاً لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة قوله: **(ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة)** قذفاً مقتصراً **(فلا لعان)** وكذا لو أسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بأن قال: زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفاً في الحال لأن فعلها لا يوصف بالزنا، بخلاف قوله: زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه يقتصر قوله: **(لأنه)** أي اللعان يتعلق بالصريح كحدّ القذف، ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة، فلو قال: أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة

التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود، ولا حدّ عليه لأن قذفه كان موجباً للعان، والقذف الواحد لا يوجب حدين، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لأن وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها بإكذابه نفسه، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا، وأما فيما قلنا

قال المصنف: **(فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي)** أقول: في النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اهـ. يعني بعد القذف فيما اللعان قوله: **(قال في النهاية: هذا إذا لم يطلقها)** أقول: لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسألة بقوله بعد اللعان.

---

(١) هو في الذي قبله.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣١٦ ومسلم ٥٣١٦ كلاهما من حديث ابن عباس.

مجنوناً) لعدم أهلية الشهادة **(وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان)** لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف، وفيه خلاف الشافعي، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرىء بها **(وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما)** وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفاً. وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل، لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف. قلنا: إذا لم يكن قذفاً في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال: إن كان بك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط **(وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا)** لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً **(ولم ينف القاضي الحمل)** وقال الشافعي: ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملاً. ولنا أن

للأخرس في الأموال فههنا أولى، وكذا إذا كانت خرساء لا لعان لأن قذفها لا يوجب الحدّ لاحتمال أنها تصدقه، أو لتعذر الإتيان بلفظ الشهادة قوله: **(وفيه خلاف الشافعي)** ومالك والظاهرية فيلاعن بالإشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته، وقالوا: إن أمامة بنت أبي العاص أصمتت، فقيل لها: لفلان وكذا ولفلان كذا فأشارت: أي نعم فرأوا أنها وصية. قلنا: لم يثبت ذلك، ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حدّه بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لا تعري عن الشبهة والحد يندرىء بها، بخلاف غيره فإنه يثبت معها قوله: **(وهذا قول أبي حنيفة وزفر)** وبه قال: أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور، وبقولهما: قال مالك وأبو حنيفة أولاً قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب إلخ)** يعني وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف. وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول: الشافعي لحديث هلال بن أمية[1] أنه ﷺ لاعن بينهما وكان قذفها حاملاً على ما تفيده القصة التي ذكرناها قوله: **(ويصير كالمعلق)** كأنه قال: إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا، ولو قاله: لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه، وإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة يظهر أنه كان قذفاً منجزاً لكن فيه شبهة التعليق إذ في كل موقوف شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا، وشبهة التعليق كحقيقة فيما يندرىء بالشبهات، وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملاً عندنا لأن الحمل وإن ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والإرث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنا، قال: وجدت شريك ابن سحماء على بطنها يزني بها. وقوله ﷺ «انظروا فإن جاءت به كذا»[2] إلى آخر ما قدمنا فانظره كان إما لعلمه ﷺ بحملها من طريق الوحي أو لأن اللعان تأخر حتى ظهر

فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه، فلو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية كان عليه الحدّ لأنها بانت بالتطليقات الثلاث، وإنما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد، ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثاً لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات. وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان، كذا في المبسوط. وقوله: **(وحل له أن يتزوجها)** تكراراً لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعاً ونقل ههنا لفظ القدوري. وقوله: **(وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به)** يعني جاز له أن يتزوّجها. وقوله: **(لما بينا)** يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلاً

قوله: **(بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها)** أقول: وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فإنه يحد، إذ حينئذ ينقلب قذفه سبباً للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان، وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير إلى الموجب الأصلي كما سبق، وفي الإكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالحلف فلا يصار إلى الأصل قوله: **(تكرار لقوله)** أقول: وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على أنه لا تكرار.

---

(١) تقدم في ١/ ٢٩٠ متفق عليه.

(٢) تقدم في ٣/ ٢٩٠ رواه مسلم وغيره.

الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي (**وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به**

الحمل، وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله: ابن الجوزي، على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض، فقد قدمنا في الصحيحين عن ابن عباس[1] ما يفيد أنه كان بعد وضعها، وهو قوله «فقال ﷺ: اللهم بين، فوضعت شبيهاً بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما»[2] فلا يستدل بأحدهما بعينه لأن التعارض يوجب التوقف قوله: (ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه) أي على الحمل إلا بعد الولادة للاحتمال قبلها، إذ يحتمل كونه نفخاً أو ماء. وقد أخبرني بعض أهلي عن بعض خواصها أنها ظهر بها حبل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تهيأن له بهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد. وأما توريثة والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الإنفصال فيثبتان للولد لا للحمل. وأما العتق فإنه يقبل التعلق بالشرط فعتقه معلق معنى. وأما ردّ الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة. وفي البدائع: لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الأصحاب. أما عند أبي حنيفة فظاهر. وأما عندهما فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل، وإنما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال، بخلاف الرد بعيب لأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب قوله: (وإذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد، وله شرطان متفق ومختلف، فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها، وهذا من المواضع التي أعتبر فيها السكوت رضاً، وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح إلا في رواية عن محمد ولد الأمة إذا هنىء به فسكن لا يكون سكوته قبولاً،

للعان (**وكذا إذا زنت فحدّت**) له أن يتزوّجها (**لانتفاء أهلية اللعان من جانبها**) فإن قيل: لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان عل صفة الإحصان، والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما رجماً فحينئذ كان قوله فحدّت معناه رجمت، فبعد ذلك أنى تبقى محلاً للتزوّج؟ أجيب بأن معنى قوله حدّت جلدت، وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوّج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد. قال: (**وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبياً**) لعدم إحصانهما، لأن من شرطه البلوغ والعقل (**فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم الأهلية**) لكونه غير مخاطب (**وقلف الأخرس لا يتعلق به اللعان**) لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان (**وفيه خلاف الشافعي**) هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق (**ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة**) لكونها محتملة (**والحدود تندرىء بالشبهات**) واللعان في معنى الحد. وقوله: (**وإذا قال الزوج ليس حملك مني**) ظاهر، والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف. وقوله: (**والقذف لا يصح تعليقه بالشرط**) إنما كان كذلك لأن القذف مما لا يحلف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرىء بالشبهات (**وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا**) ظاهر. وقوله: (**وقد قذفها حاملاً**) روي أنه ﷺ قال «إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال» وفي رواية «أحيمر قصيراً، وإن جاءت به أسود جعداً جمالياً فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن» (**ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه، والأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله**) أي قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة. فإن قيل: بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله. أجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة. بخلاف الرد بالعيب لأنه

(١) تقدم في ٤/ ٢٩١

(٢) تقدم في ٤/ ٢٩١

وإن نفاه بعد ذلك لاعن، ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه في مدة النفاس) لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه الولادة. وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو

بخلاف ولد المنكوحة، لأن ولد الأمة غير ثابت النسب إلا بالدعوة، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس دعوة، ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي، والمختلف فيه أن يقع. أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة. ولو وقع بعده إن كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي إلا إذا كان غائباً على ما سيذكر، ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية، وذكر أبو الليث عن أبي حينفة تقديرها بثلاثة أيام، وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة. وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر. وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لأنها أثر الولادة. وكان القياس أن لا يجوز النفي إلا على فور الولادة كقول الشافعي: إلا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لأن النفي يحتاج إليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام. قال رسول الله ﷺ حين نزلت آية الملاعنة «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»(١) رواه أبو داود والنسائي. وفي الصحيحين عنه ﷺ «من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»(٢)

يثبت مع الشبهات، والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال. وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تترتب يراد به بعضها، ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة **(والحديث)** أي حديث هلال **(محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي)** بدليل ما روينا أنه ﷺ قال: إن جاءت به كذا كان كذا، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي. وقوله: **(وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة)** قال في النهاية على بناء المفعول لا

قوله: **(روى أنه ﷺ قال «إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال» إلى آخر الحديث)** أقول: الأصيهب تصغير الأصهب، وهو الذي يضرب شعره إلى الحمرة، والأريصح تصغير الأرصح، وهو قليل لحم الفخذين، وحمش الساقين: أي دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة قوله: **(«إن جاءت به أسود جعداً جمالياً» الحديث)** أقول: الجمالي بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٦٣ والنسائي ٦/ ١٧٩ وابن ماجة ٢٧٤٣ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال المنذري في مختصره: قال البخاري: عبد الله بن يونس يُعرف بحديث واحد.
وقال ابن أبي حاتم: عبد الله بن يونس يعرف بحديث واحد وهو هذا الحديث سمعت أبي يقول ذلك اهـ.
وقال البوصيري في الزوائد: حديث ابن ماجه إسناده ضعيف فيه يحيى بن حرب وهو مجهول قاله الذهبي في الكاشف اهـ. وإسناد ابن ماجه من طريق آخر غير طريق عبد الله بن يونس، وعلى هذا فقد توبع ابن يونس، فالحديث حسن لا سيّما، وقد قال ابن حجر في التقريب عن ابن يونس: حجازي مجهول الحال مقبول. يعني لم يستنكر ابن حجر حديقة لذا قبله مع جهالة حاله.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٣٢٦، ٤٣٢٧ ومسلم ٦٣ وأبو داود ٥١١٣ والدارمي ٢٤٣٥ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ والطيالسي ١٩٩، ٨٨٥ وأحمد ٥/ ٤٦، ٣٨، ١/ ١٦٩، ١٧٩، ١٧٤ كلهم من حديثه سعد بن أبي وقاص.
وأخرجه البخاري ٦٧٦٦، ٦٧٦٧ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ كلاهما من حديث سعد بن مالك.
وورد من حديث علي أخرجه البخاري ٣٥٠٨ ومسلم ١٣٧. ومن حديث أبي ذر أخرجه البخاري ٣٥٠٨ ومسلم ٦١ والبيهقي ٧/ ٤٠٣.
ومن حديث أنس أخرجه أبو داود ٥١١٥.
ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجه ٢٦١١ والطيالسي ٢٢٧٤ وأحمد ٢/ ١٧١، ١٩٤ وأورده الهيثمي في المجمع ١/ ٩٨ وقال: ورجال أحمد رجال الصحيح.
ومن حديث أبي أمامة الباهلي أخرجه الطيالسي ١١٢٧ وأحمد ٥/ ٢٦٧.
ومن حديث عمرو بن خارجة أخرجه أحمد ٤/ ١٨٧، ٢٣٨ و٢٣٩.
ومن حديث جابر أورده الهيثمي في المجمع ٨/ ١٤٩.
وقال: رواه أبو يعلي وفيه عمران القطان وثقة ابن حبان وضعفه غير اهـ. فهذا حديث مشهور بل مستفيض.

ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي. ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين. قال **(وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما)** لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد **(وحد الزوج)** لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني، وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت

والاتفاق على أن المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة، ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنهما فور الولادة. وقال: لا معنى لتعيين مدة أصلاً لأنها للتأمل، والناس مختلفون فيه، والأحوال أيضاً تختلف في إفادته، فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله، أو أمن على دعاء المهني أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت. وقد يقال: إن اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله: لا معنى للتعيين أصلاً انتهى قوله: **(وإن كان غائباً)** ما تقدم كان إذا كان حاضراً، فلو كان غائباً لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس، وعنده قدر مدة قبول التهنئة، وعن أبي يوسف: إن قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً، وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلاً، لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخاً وهو قبيح، فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد. وذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن. وقال محمد: لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوماً من حين بلغة يلاعن بينهما ويقطع نسبه قوله: **(لأنهما توءمان)** هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر قوله: **(وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني)** وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقرّ بالأول والثالث ونفى الثاني قوله: **(والإقرار بالعفة)** وهو ما يتضمنه الاعتراف بالأوّل **(سابق على القذف)** بنفي الثاني حقيقة **(فصار كأنه قال هي عفيفة)** ثم قذفها. لا يقال: ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفي الثاني، فباعتبار بقائه شرعاً يكون مكذباً نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد. لأنا نقول: الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي، والحد لا يحتاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعيناً لا الحكمي. هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والإقرار بالعفة سابق إلخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدراً وهو غير مفهوم اللفظ.

[فروع] لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لأنه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لأنه لا يفارقه، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف، واللعان ينفك عن نفي الولد لأنه مشروع لقطع الفراش، ويثبت النفي تبعاً له إن أمكن، ولا يلاعن عند أبي يوسف لأن القذف أوجب لعاناً يقطع النسب على خلاف ما وجب. ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان

الفاعل، لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر. وقوله: **(يصح نفيه في مدة النفاس)** يعني إذا كان حاضراً **(ولأبي حنيفة أنه لا معنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل)** لئلا يقع في نفي الولد مجازفاً **(وأحوال الناس فيّ ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه)** أي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة، فإن ذلك إقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي، وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده، وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستعد للعقيقة، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام، ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأي لا يجوز. وذكر في الشامل أنه روي عن أبي حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول **(ولو كان الزوج غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين)** فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة،

المصنف: **(لتمكن الاحتمال قبله)** أقول: فيه بحث لأن أحكامه عليه الصلاة والسلام محمولة على نصب الشرع إلا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر في الأصول.

نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قادر بنفي الثاني ولم يرجع عنه، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية، وفي ذلك التلاعن كذا هذا.

لم يوجد في حق الثاني، ولا يجوز نفيه الآن لأنها غير منكوحة فيثبت نسبه، ومن ضرورته ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه. ولو قال: بعد ذلك هما ولداي لا حدّ عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما، ولا يكون رجوعاً لعدم إكذاب نفسه، بخلاف ما إذا قال: كذبت عليها لأنه للتصريح بالرجوع. ولو قالا: ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحدّ لأن القاضي نفى أحدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفاً لها مطلقاً بل من وجه. وفي النوادر: ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر الأول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه، لو نفى الأول والثالث وأقر بالثاني يحدّ وهم بنوه، وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقرّ به يلاعن ويلزمه لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل، كمن قال: يده أو رجله مني.

واعلم أن ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب وألحق بالأم لا يعمل القطع في جميع الأحكام بل في بعضها، فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله. وإن كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوّج بتلك البنت. ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك، ولا يبقى في حق النفقة والإرث، كذا في الذخيرة. وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه، والله أعلم.

وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة قوله: **(وإذا ولدت ولدين في بطن واحد)** ظاهر **(والإقرار بالعفة سابق على القذف)** جواب سؤال تقديره ينبغي أن يجب عليه الحدّ لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفي الولد فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفي ثبت الإكذاب وجب الحد، فكذا ههنا. وتقرير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة **(فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية، وفي ذلك التلاعن)** ولا يكون ذلك إكذاباً **(فكذلك هذا)**.

باب العنين وغيره

(وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهكذا روى عن عمر وعليّ وابن مسعود، ولأن الحق ثابت لها في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل

باب العنين وغيره

لما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح. والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة، من عنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عنّ إذا عرض لأن ذكره يعنّ يميناً وشمالاً ولا يقصده لاسترخائه، وجمع العنين عنن، ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها. وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لاعنة به وإلا علم أنه عنين، لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا: وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه. وفي المحيط: آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى. ولو كان صغيراً جداً كالزر فحكمه كالمجبوب قوله: **(أجله الحاكم سنة)** أي من وقت الخصومة، ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائناً من كان، ولو عزل بعد ما أجله بنى المتولي على التأجيل الأول قوله: **(هكذا روى عن عمر وعلي وابن مسعود)** أما الرواية عن عمر فلها طرق: فمنها طريق عبد الرزاق، حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة، قال معمر: وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم[١]، وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة: حدثنا هشيم عن محمد بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث[٢]. ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة، زاد في لفظ وقال: إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا[٣]. ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال: حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء، والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، من عنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عن إذا عرض لأنه يعن يميناً وشمالاً، ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها. قال: **(وإذا كان الزوج عنيناً)** أي

باب العنين

قوله: **(إذا حبس في العنة، إلى قوله: «لأنه يعن يميناً وشمالاً»)** أقول: العنة بضم العين، وقوله، لأنه يعن: أي يعن ذكره يميناً وشمالاً. قال المصنف: **(فلا بد من مدة معرفة لذلك)** أقول: وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين، فإن كان عضوه يئول إلى النقصان وينزوي علم أنه لاعنة فيه، وإن كان لا يئول علم أنه عنين. كذا في شرح الكاكي. قال ابن الهمام: لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه اهـ.

---

(١) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنعه وكذا ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ والدارقطني ٣/ ٣٠٥. كلهم عن عمرو بن الخطاب.
(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ أن عمر كتب إلى شريح القاضي. وفيه إرسال الشعبي لم يدرك عمر.
(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن عمر بن الخطاب، وإسناده صحيح.

لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي

حولاً، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة(١). وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما(٢)، وحديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه: يؤجل العنين سنة، فإن جامع وإلا فرّق بينهما(٣). ورواه أيضاً عبد الرزاق والدارقطني. وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة(٤). وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم أنهم قالوا: يؤجل العنين سنة(٥) قوله: **(فلا بد من مدة معرفة ذلك)** أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الحلقة فقدرناها بالسنة لأنها معروفة لذلك، لأنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، والسنة تشتمل على الفصول الأربعة، وكل فصل بأحد هذه الكيفيات، فالصيف حارّ يابس، والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول، والشتاء بارد رطب، والربيع حار رطب، فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال قوله: **(فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية)** وفيه نظر، فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع، إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الخلقة، إذ المرض قد يمتد سنة، أيضاً مما له حكم العنين المسحور، ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضيّ السنة يفرق بينهما إذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الأصلية لغرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء.

فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للأصلية، ومضيّ السنة مع عدم الوصول موجب لذلك، أو هو عدم إيفاء حقها فقط بأي طريق كان، والسنة جعلت غاية في الصبر وإيلاء العذر شرعاً، حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال: بعد مضي السنة أجلني يوماً لا يجيبه إلى ذلك إلا برضاها، فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية في إيلاء العذر. وقال لبيد: لابنتيه حين حضرته الوفاة:

تمنى ابنتاي أن يعيش أبوهما ... وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر
فقوما وقولا بالذي قد علمتما ... ولا تخمشا وجهاً ولا تحلقا الشعر
إلى الحول ثم اسم السلام عليكما ... ومن يبك حولاً كاملاً فقد اعتذر

قوله: **(ولا بد من طلبها)** هذا إذا كانت حرة غير رتقاء، فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة، وإن كانت أمة

وإذا كان الزوج عنينا **(أجله الحاكم سنة)** ابتداؤها من وقت الخصومة **(فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك)** وهو قول عمر وعليّ وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضي الله عنهم **(ولأن حقها ثابت في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرّفة لذلك. وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة)** لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك، وكذلك بقية الطبائع **(فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما)** وقيل ينبغي أن يقدر السنة شمسية أخذاً بالاحتياط، لأنه ربما يكون موافقة العلاج في الأيام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس

(١) موقوف. أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن عمر بن الخطاب والحسن لم يدرك عمر.
(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن علي بن أبي طالب.
(٣) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٥، ٣٠٦ وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤، ٢٥٥ كلهم عن ابن مسعود.
(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٥ والدارقطني ٣/ ٣٠٦ كلاهما عن المغيرة بن شعبة.
(٥) قاله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٥

منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها **(وتلك الفرقة تطليقة بائنة)** لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وقال الشافعي: هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو

فالطلب عند أبي يوسف لها، وعند أبي حنيفة لسيدها، وهو فرع مسئلة الإذن في العزل. وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت، ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبداً فلا يبطل حقها بالشك، ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنيناً ينتظر بلوغه لأن للصبا أثراً في عدم الشهوة. قال قاضيخان: الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل. ولو وجدت زوجها المجنون عنيناً فخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لأن الجنون لا يعدم الشهوة، بخلاف ما لو وجدته مجبوباً وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصماً وإلا نصب القاضي عنه خصماً وفرق للحال. ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرّق بينهما، ولو طلب يمينها على ذلك تحلف، فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق، ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل؟ لم يذكره محمد واختلفوا فيه، ولو اختلفا في الجبّ فادعته فأنكر يريه رجلاً، فإن أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة. ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق، بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق. ذكره في الغاية. قال في شرح الكنز: وفيه نظر، لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه، ألا يرى أنها لو أقرت بعد الفرقة أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى. لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث، وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والجبّ، وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب، بخلاف ثبوته من العنين فإن بثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة، بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة. ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت، وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك، ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة قوله: **(وتلك الفرقة تطليقة بائنة)** وهو قول: مالك والثوري وغيرهما. وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله: فسخ لأنها من جهتها، وقاس الماوردي على الفرقة بالجبّ. قلنا: بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف، فإذا امتنع كان ظالماً فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله إليه، والقياس على الجبّ ممنوع لأن الفرقة بسببه عندنا أيضاً طلاق قوله: **(لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا)** أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد

بظاهر الرواية على ما نذكره **(ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه. (وقال الشافعي رحمه الله: هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا)** يعني بعد التمام، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم **(وإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة)** وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة، أما الأولى فلفوات المقصود وهو الوطء، وأما الثاني فلأنها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم **(ولها كمال المهر إن كان خلا بها لأن خلوة العنين صحيحة)** لأن المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل، دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم **(ويجب العدة)** لتوهم الشغل احتياطاً استحساناً **(لما بينا)** يعني في باب المهر هذا إذا أقرّ الزوج بعدم الوصول إليها، وإن ادعاه وأنكرته **(فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة)** حقيقة وإن كان مدعياً للوصول صورة **(والأصل في الجبلة السلامة)** وكان الظاهر شاهداً له والقول قول من يشهد

قوله: **(يعني بعد التمام، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم)** أقول: ولعل الشافعي ينازع في التمام.

دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة **(ولها كمال مهرها إن كان خلا بها)** فإن خلوة العنين صحيحة **(ويجب العدة)** لما بينا من قبل هذا إذا أقرّ الزوج أنه لم يصل إليها **(ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها، فإن كانت ثيباً فالقول قوله، مع يمينه)** لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلّة **(ثم إن حلف بطل حقها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر أجل سنة)** لظهور كذبه **(وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج، فإن حلف لاحق لها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كان محبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت)** لأنه لا فائدة في التأجيل **(والخصي يؤجل كما يؤجل العنين)** لأن وطأة مرجوّ **(وإذا أجل**

والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام، بخلاف ما نحن فيه لأنه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالإقالة، وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة[1] ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة، إذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيار تعنتاً فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها، ولو تزوّجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال، ولو تزوّجت به أخرى عالمة بحاله ففي الأصل كذلك يكون رضا، وعليه الفتوى. وقيل: لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه. ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة، فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوّج به راضية بالعيب قوله: **(هذا)** أي الذي ذكرنا من أنها إذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح، وإن تصادقا أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوّجها ثانياً ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة، فإن اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله. والوجه ظاهر في الكتاب قوله: **(وإن نكل أجل سنة)** سواء جعل النكول إقراراً أو بذلاً فكأنه أقرّ بعدم الوصول إليها قوله: **(وإن كانت بكراً)** يعني إذا نكل وكانت بكراً وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء، **فإن قلن**: هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه، وقوله فإن قلن: خرج على ما هو الأولى من إراءتها لامرأتين ثم جعلهما جمعاً وإلا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط. وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر، أو تكسر وتسكب في فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب، وإن قلن: ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها، غير أن القول قوله: لو قالت: زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها، فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها، ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة

له الظاهر فكان كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعياً صورة **(ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كانت بكراً نظر النساء إليها، فإن قلن هي بكر أجل سنة، وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج)** لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة **(فإن حلف لا حق لها، وإن نكل يؤجل سنة)** ثم كيف يعرف أنها بكر أو ثيب؟ قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخل بلا عنف فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب، وقيل تكسر البيضة فتصبّ في فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر. قوله: **(وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال)** ظاهر. قوله: **(وإن قلن هي ثيب حلف الزوج)** حاصله أن الإراءة للنساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخيير **(فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول)** أي لتأيد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين **(فإن حلف لا تخير)** لبطلان حقها **(وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه)** يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة **(فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها)** وكذلك إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها، فإذا رضيت بالإسقاط صريحاً أو دلالة بتأخير

---

(١) تقدم في ٢٩٨/٤ موقوف على عمر.

العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء. فإن قلن هي بكر خيرت) لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة **(وإن قلن هي ثيب حلف الزوج، فإن نكل خيرت)** لتأيدها بالنكول، وإن حلف لا تخير، وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه **(فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار)** لأنها رضيت ببطلان حقها، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه **(وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج)** وقال الشافعي: ترد

فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل، إن كانت بكراً نظرن إليها، فإن قلن: بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة، وإن قلن: ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلفا استقر النكاح، وإن كانت ثيباً في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له، فإن حلف استقر النكاح، ولو نكل أجل وخيرت بعده، وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام، وإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها، فإن فرق بينهما. كذا ذكره محمد في الأصل. وقيل: تقع الفرقة باختيار نفسها ولا تحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة قوله: **(لأنه لا فائدة في التأجيل)** لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة، بخلاف الخصي لأن آلته قائمة، وإنما سلت خصيتاه أو وجيء، والموجوء الذي رضّ خصيتاه. قال: لي بعض أهل الماشية إنه تمرس الخصيتان وهو صغير مرساً شديداً ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يعودان، ويكون نشيطاً كثير الجماع إلا أنه لا يحبل، فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين قوله: **(وإذا أجل العنين سنة فقال إلخ)** قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده.

[فرع] الخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوّج امرأة فهو جائز، فإن وصل إليها وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم. وكل من تزوّجت واحداً من هؤلاء: أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها، وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة قوله: **(هو الصحيح)** صححه أيضاً صاحب الواقعات احترازاً عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ورفع المانع، فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها. وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولاً وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة، فإذا أطلق السنة انصرف إلى ما لم يصرحوا بخلافه، ثم زيادة الشمسية قيل: أحد عشر يوماً. وعن الحلواني: السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة. ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا .وقيل: القمرية ثلاثمائة وأربعةوخمسون يوماً وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم إلا جزءاً من يوم، وفصل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب، والذي يظهر أن هذا كله محدث. وعمر ابن الخطاب رضي الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى إليه[1]، وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت إليه فأجله حولاً من غير تقييد في السنة[2] والحول لم يرد حينئذ إلا ما بالأهلة

الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء، فإن اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها، فإن أبي فرّق القاضي بينهما كما مر. قال: **(وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح)** وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً. وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم **(وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان)** يعني لا يعوّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها **(ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه)** أي عن

---

(١) تقدم في ٢/ ٢٩٨ موقوف على عمر. (٢) تقدم في ٤/ ٢٩٨ موقوف أيضاً.

بالعيوب الخمسة وهي: الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الإستيفاء حساً أو طبعاً والطبع مؤيد بالشرع. قال عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم فرارك من الأسد». ولنا أن فوت الإستيفاء أصلاً بالموت لا

هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع، على أن الحول لم يعرف بعرف آخر اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان، والله سبحانه أعلم قوله: **(وتعتبر بأيام الحيض)** أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقيناً وعادة قوله: **(ولا تحتسب بمرضه ومرضها)** هكذا مطلقاً، وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع معه الجماع، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه، وإن كان أكثر لم يحتسب وعوّض عنه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه، فكذا النصف من كل شهر، وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف. وفي رواية: إن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به، وفي رواية إن مدة الكثرة سنة، وفي رواية: أكثر السنة. وعن محمد: لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه، قيل: عليه الفتوى، فإن حجّ أو غاب هو احتسب عليه، لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة، ولو كان محرماً وقت الخصومة قال محمد: يؤجل بعد إحرامه فلا يكون عذراً، بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذراً فيعوض، فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن لم يحتسب عليه، وإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب، ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادراً على الإعتاق، وإن كان عاجزاً أمهله شهري الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة قوله: **(وإذا كان بالزوجة عيب إلخ)** الحاصل أنه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائناً من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه. وفي المبسوط: إنه مذهب عليّ وابن مسعود رضي الله عنهم. وعند محمد: لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص. وقال الشافعي رحمه الله: لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة، وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضاً، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة، وهو قول مالك وأحمد. وقال الزهري وشريح وأبو ثور: وترد بجميع العيوب، وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات، والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال: جذم وجنّ إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون، ولا يقال: أجذم ولا أجن ولا مجن، وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس: مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله، وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة:

ولقد نزلت فلا تظني غيره منّي بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله. والرتق الالتحام، والرتقاء هي الملتحمة. والقرن في الفرج إما غدة غليظة أو عظيم يمنع سلوك الذكر. للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها، وثلاثة أقيسة

المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان ويعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ. وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر منه لا يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها، وكذلك الغيبة لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه. وعنه أنهما إذا كان صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض. وعند محمد رحمه الله أن مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك، وإن كان المرض شهراً لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض **(وإذا كان بالزوجة عيب)** أيّ عيب كان **(فلا خيار للزوج في فسخ النكاح. وقال الشافعي: ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق)** بفتح التاء مصدر قولك

يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل **(وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله:**

في بعضها. أما النص فما روي «أنه ﷺ ردّ بالعيب، قال: للتي رأى بكشحها وضحاً أو بياضاً الحقي بأهلك»[١] فصار البرص منصوصاً عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع، وهذا الوصف وهو كونه منافراً للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباعدة والفرار فإنه جنس الفسخ، قال النبي ﷺ «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد»[٢] ويجعل الجذام منصوصاً عليه في هذا الحديث لأن الفرار يثبت بفسخ نكاحه. والحديث رواه البخاري تعليقاً عن أبي هريرة قال ﷺ «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفرّ من المجذوم فرارك من الأسد»[٣] ويقاس النكاح على البيع في أنه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح، وقياساً على المجبوب بجامع المنافع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما. قلنا: أما الحديث الأول فلم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد، ولو سلم جاز أن يكون طلاقاً، فإن لفظ الحقي بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على إباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه. وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه، فإن المقتضى بفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاححة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله، والنكاح ليس كذلك فإن المال فيه تابع غير مقصود، وإنما شرع إظهاراً لخطر المحل، ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصحح مع عدم رؤية المرأة أصلاً، بخلاف البيع عنده، ثم إذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار للرد بلا عيب، وفي

امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع: أي لانسداده ليس لها خرق إلا المبال **(والقرن)** بسكون الراء. قال في المغرب: وهو إما غدّة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك. قال: لأنها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حساً أو طبعاً؛ أما حساً ففي الرتق والقرن، وأما طبعاً ففي الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري إلى الأولاد **(والطبع مؤيد بالشرع)** قال ﷺ «فر من المجذوم فرارك من الأسد». **(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ)** حتى لا يسقط شيء من مهرها، فاختلاله بهذه العيوب أولى. قيل فيه ضعف لأن النكاح موقت بحياتهما **(وهذا)** أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ **(لأن الاستيفاء من الثمرات)** وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد، ألا ترى أنه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وإنما المستحق هو التمكن وهو حاصل، أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر، وأما في الباقيين فبالشق أو الفتق، وقوله عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم» الحديث محمول على الفرار بالطلاق، وكذا ما روي «أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضاً فردها» محمول على الطلاق، لأنه روي «أنه عليه الصلاة والسلام قال لها: إلحقي بأهلك» وهذا من كنايات الطلاق، وكذا ما روي عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب، ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود **(وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو**

قال المصنف: **(قال عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم فرارك من الأسد»)** أقول: قال الزيلعي لا حجة له فيه لأنه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد إجماعاً لأنه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اهـ. فيه بحث إذ لم يذكره الشافعي دليلاً على أنه يوجب الخيار بل على كونه منفوراً عنه شرعاً كما أنه منفوراً عنه طبعاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٢/ ١٧١ والبيهقي ٧/ ٢١٤ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال ابن عدي: في إسناده جميل بن زيد الطائي.
قال يحيى: ليس بثقة، وهو يعرف بهذا الحديث.
واضطرب الرواة عنه بهذا الحديث كما ذكره البخاري اهـ ابن عدي باختصار.
قال البيهقي بعد أن ذكر بعض كلام ابن عدي: قال البخاري: لم يصح حديثه.اهـ. وكذا ضعفه ابن التركماني في تعليقه من عدة وجوه.
(٢) هو الآتي.
(٣) تقدم في النكاح رواه البخاري وغيره وهو صحيح.

لها الخيار) دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق. ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا، والله أعلم بالصواب.

النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيباً عجوزاً شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به، وفي البيع يفسخ بدون ذلك، ولو هزلاً بالبيع لم ينفذ، وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية. وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية، وذلك لما يوجب الفسخ اتفاقاً للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد حينئذ، وقول محمد: إن وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الأخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من إزالة الضرر عن نفسه بالطلاق، ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعي ومن معه قوله: **(ولنا أنّ فوات الاستيفاء أصلاً بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ)** فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ، ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما قوله: **(وهذا)** أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لأن الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن: أي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا: قوله: **(لأنهما مخلان بالمقصود)** فإن قيل: جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع. أجيب بأن الوطء له جهتان: جهة كونه مقصوداً باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به، وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاحه الرضيعة والآيسة، فلو كان مقصوداً لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جرياً على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها، وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره، وعلى ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطرد لا يختلف، والله تعالى أعلم.

جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لها الخيار) لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجبّ والعنة فتخير دفعاً للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق **(ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت في الجبّ والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح)** وهو الوطء لأن شرعية النكاح لأجل الوطء **(وهذه العيوب غير محلة به فافترقا)** فإن قيل: قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ، وفي مسألة الجبّ والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح أن لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم. قلت: هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء، وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به، بخلاف العيوب الثلاثة، والله أعلم.

قال المصنف: **(ولنا أن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ)** أقول: وفيه نظر لأن النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجيء **(قول الحديث محمول على الفرار بالطلاق)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح)** أقول: فإن قيل جعل في المسألة التي قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته. وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع. أجيب بأن الوطء له جهتان: جهة كونه مقصوداً باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوليد فإنه لا يحصل إلا به. وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة، فلو كان مقصوداً لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جرياً على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها، وجهة المقصودية فيما إذا كانت لأنهما لا تتمكن من الطلاق ولا الإستمتاع بغيره اهـ. وقال الشيخ أكمل الدين: هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء، وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به، بخلاف العيوب الثلاثة اهـ. ونحن نقول: فيه بحث لأن المصنف صرح في أول الباب أن الحق ثابت لها في الوطء.

باب العدة

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) لقوله تعالى **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى

باب العدة

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعاً أو ردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وأحكام العنين. وهي في اللغة: الإحصاء، عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء، وتقال: أيضاً على المعدود. وفي الشرع: تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت، وينبغي أن يزاد وشبهته بالجر عطفاً على النكاح، والتربص الانتظار: أي انتظار انقضاء المدة بالتزوّج، فحقيقته ترك لزم شرعاً للتزوّج والزينة في مدة معينة شرعاً، ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته، وزوال ذلك شرط، فالإضافة في قولنا: عدة الطلاق إلى الشرط، ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة. قالوا: وركنها حرمات تثبت عند الفرقة، وعند الشافعي الكف عنها، وينبني على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا، وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف: هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات، وإلا فالتربص فعلها، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلاً، وعلى هذا فما قيل في حكمها: إنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح، لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض، وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات. نعم حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها، ولا شك أنه معنى كونه هو أيضاً في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضاً، غير أن اسم العدة اصطلاحاً خص بتربصها لا بتربصه، ولزم مما ذكر أن لا يقال: في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه قوله: **(إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً)** وليس رجعياً في بعض النسخ وشمل

باب العدة

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها لذكر وجوه التفريق في باب على حدة، لأن الأثر يعقب المؤثر. والعدة في اللغة: أيام أقراء المرأة، وفي الشريعة: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول أو الخلوة أو الموت، وهو: أي هذا الزوال سببها. وشرطها وقوع الفرقة. وركنها حرمات ثابتة إلى أجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه. قال: **(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً)** ولم يقل وقد دخل بها، لأن قوله رجعياً يغني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في الدخول بها **(أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق)** كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد **(وهي حرة ممن تحيض، فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾)** وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته، وأم الفرقة بغير طلاق فهي في معناه **(لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا)** أي التعرف عن براءة الرحم **(يتحقق**

باب العدة

قوله: **(عند زوال ملك المتعة)** أقول: أو شبهته قوله: **(وهو أي هذاالزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة)** أقول: أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي؟ ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين، وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل ما يحل به المطلقة قوله: **(وركنها حرمات ثابتة إلخ)** أقول: أي حرمة الازدواج والخروج كما سيجيء في هذا الباب من ذلك الكتاب، فيكون التعريف بالتربص تعريفاً باللازم قوله: **(ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعياً يغني عنه)** أقول: المتبادر في أمثاله هو التوزيع، فلا يعني ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعياً غير موجود في أكثر النسخ.

الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح، وهذا يتحقق فيها، والأقراء الحيض عندنا. وقال الشافعي: الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد، وكذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى، إما عملاً بلفظ الجمع، لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق

طلاق الخلع واللعان خلافاً لمن قال: عدة المختلعة حيضة واحدة. قيل: هو بناء على أنها فسخ. والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول، إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره، وخلافاً لابن عباس في قوله: عدة الملاعنة تسعة أشهر قوله: **(وهي حرّة ممن تحيض)** يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الإياس سواء كانت تحيض أو لا، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر، بخلاف ما لو لم تر شيئاً أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر قوله: **(أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق)** مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة قوله: **(فعدتها ثلاثة أقراء)** مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبراً عن اسم معنى نحو السفر غداً، لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي؛ أعني: إطلاق العدة على نفس المدة، ثم لا يخفى أن سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا، وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة، قال الله تعالى **﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾** [الأحزاب: ٤٩] قوله: **(والفرقة إذا كانت إلخ)** لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع، وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتاً بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق: يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح إلى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك، ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي أن تجب لغيره أيضاً، وقد أفاد المصنف فيما سيأتي أنها أيضاً تجب لقضاء حق النكاح بإظهار الأسف عليه، فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الأقراء وقد ينفرد الثاني كما في صور الأشهر، بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه إذ لا إلف ولا مودة فيه قوله: **(والأقراء الحيض عندنا، وقال الشافعي الأطهار)** وقول: الشافعي قول مالك، ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول: الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري، وزاد أبو داود والنسائي معبداً الجهني، وما ذكرناه أنه قول العبادلة: بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل، وممن رواه عنه الطحاوي، وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوي إلى قبيصة بن

فيها) أي في الفرقة بغير طلاق **(والأقراء الحيض عندنا، وقال الشافعي: الأطهار واللفظ حقيقة فيهما)** فكان من الألفاظ المشتركة بين الأضداد **(كذا قاله ابن السكيت، ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك)** فإن اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازاً على ما عرف في الأصول، ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف لكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجاز في أحدهما لأنه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الأضداد ينفيها، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول فلا بد من الحمل على أحدهما. والحمل على الحيض أولى لمعان: أحدها العمل بلفظ الجمع: يعني القروء فإنه جمع قرء بالفتح والضم، ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما أن الطلاق يوقع في طهر وهو السنة، ثم هو محسوب عن الأقراء عند من يقول بالأطهار فيكون حينئذ مدة عدتها

قوله: **(واللفظ حقيقة فيهما فكان من الألفاظ المشتركة)** أقول: غير مطابق للمشروع.

يوقع في طهر لم يبق جمعاً، أو لأنه معرّف لبراءة الرحم وهو المقصود، أو لقوله عليه الصلاة والسلام «وعدة الأمة حيضتان» فيلتحق بياناً به (**وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر**) لقوله تعالى: ﴿**واللائي يئسن من**

ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول: عدة الأمة حيضتان[١]، فعارض روايتهم عن زيد[٢] أيضاً، وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وأبو عبيدة وإسحاق وإليه رجع أحمد. وقال محمد بن الحسن في موطئة: حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم قال: الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة[٣]. وهذا الإطلاق إنما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر، إلا إذا كان طلقها في الحيض، فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة، والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبني قولهم: قوله: (**إذ هو من الأضداد**) استدلال على كونه حقيقة فيهما، وهذا على طريقة أهل الأصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد، وقد وضع بعض أهل العقول من معرّفات الاشتراك كون المفهومين متضادين. وأما على طريقة أهل الأدب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال: للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الأعمى إلا أنها بمعزل من إفادات الأحكام الشرعية فلم يعتبر فيها. وأما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعمم إنما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع، ولو استدل عليه بتضادّ المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن. لا يقال: استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك. لأنا نقول: لا يلزم من كونه اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظاً لجواز التواطؤ والتشكيك. لا يقال: ليس محل النزاع كما ذكرت للتضادّ. لأنا نقول: إنما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه أنه لا يمكن الجمع، وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض إنما يمتنع إذا أريد تحقيقهما في زمن أحدهما قوله: (**والحمل على الحيض أولى**) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمد لهم وذلك أن قولهم: القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء، وأما

قرءين وبعض الثالث، ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ﴿**ثلاثة قروء**﴾ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد، وهو لا يحتمل النقصان، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول وقد قررناه في الأنوار والتقرير، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فإنه يكمل ثلاثاً. والثاني أن الحيض معرف لبراءة الرحم لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر، لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بأنها حامل أو حائل وهو أي التعرف هو المقصود. والثالث قوله ﷺ «وعدة الأمة حيضتان»

قوله: (**عند من يقول بالأطهار**) أقول: يعني عند الشافعي قوله: (**ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قروء إلخ**) أقول: فيه بحث، فإن التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع إلى هنا، فالأولى أن يفسر لفظ الجمع في كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وإن لم يكن صيغة وإلا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما في قوله تعالى ﴿**الحج أشهر معلومات**﴾ قال المصنف: (**لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية**) أقول: لا يخفى عليك أن المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل.

(١) موقوف. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٦٢ عن قبيصة أنه سمع زيد بن ثابت يقول: الطلاق إلى الرجل والعدة إلى المرأة إن كان الرجل حراً، وكانت المرأة أمة، فثلاث تطليقات، والعدة عدة الأمة حيضتان، وإن كان عبداً، وامرأته حرّة طلق طلاق العبد تطليقتين، واعتدت الحرة ثلاث حيض».

(٢) قول زيد المعارض أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٦٢ أن زيداً كان يقول: «وإذا طلق الرجل امرأته، فرأت أول قطرة من دم حيضتها الثالثة فلا رجعة له عليها».

(٣) أخرج البيهقي ٧/ ٤١٧ عن علي قال: «إذا طلق الرجل امرأته فهو أحق بها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة في الواحد والثنتين».
وفي الباب عن عمر وعثمان وأبي وأبي موسى.

المحيض من نسائكم﴾ الآية **(وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض)** بآخر الآية **(وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها)** لقوله تعالى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** **(وإن كانت أمة فعدتها حيضتان)** لقوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان» ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت

بمعنى الحيض فإنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل عليها، وكونه وقع في شعر الأعشى كذلك حيث قال:

أفي كل عام أنت جاشم غزوة ... تشد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أي من أطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه، وكذا الاستشهاد بقوله ﷺ «دعي الصلاة أيام أقرائك» لا يوجبه، فقد روى أبو داود والنسائي قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش «فانظري فإذا أتاك قرؤك فلا تصلي، فإذا مرّ قرؤك فتطهري وصلي»[(١)] وقال الراجز:

يا رب ذي ضغن وضب فارض ... له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض، فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض، على أنه قد قيل: في بيت الأعشى: إن المراد نفس الزمان: أي زمان الطهر، فإن القرء يقال: للزمان لغة كثيراً، واستدلالهم بقوله ﷺ في حديث ابن عمر «مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها إن شاء الله فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[(٢)] يعني بالأمر قوله تعالى **﴿فطلقوهن لعدتهن﴾** [الطلاق: ١] لا يصح لأنه بناء على اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال، ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنة له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة «لقبل عدتهن»[(٣)] في صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال: في التاريخ بإجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه، ويؤيده ما قال الطحاوي: أن النبي ﷺ خاطب ابن عمر بذلك، ومذهب ابن عمر أن الإقراء الحيض فلم يفهم أنها الأطهار، وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفاً، وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى **﴿ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض، فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لأن الشيء إذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقي يؤنث عدده إذا أضيف إلى اللفظ المذكر إذا أضيف إلى المؤنث، وفي العربية إذا كان المعدود مؤنثاً واللفظ مذكراً أو بالعكس فوجهان، وما نحن فيه كذلك، فإن للدم اسمين مذكراً وهو القرء ومؤنثاً وهو الحيض فحين أضيف إلى المذكر أنث، وكذا على الأصل الآخر فإن الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده. ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه: الأول قوله عملاً بلفظ الجمع: أي العدد فإنه جمع معنى لا صيغة، أو يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصاً على المراد بكميته: أعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فإنه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع، فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي

والرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بياناً به: أي فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بياناً **(وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)** لقوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾** **(وكذا التي بلغت بالسن)** أي خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبراً واحداً، وفي هذا دلالة ظاهرة على أن الأصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها، حيث جعل الأشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى **﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾** **(وإن**

---

(١) تقدم في كتاب الطهارة باب الحيض.

(٢) تقدم في أواخر كتاب طلاق السنة في ٣/٤٩٣ موقوف.

(٣) هي في صحيح مسلم ١٤٧١ ح ١٤ عن ابن عمر قال: «وقرأ النبي ﷺ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن» بدون اللام ورواه عبد الرزاق ٣٢٣٣ في تفسيره بذكر اللام وهو صحيح.

حيضتين، وإليه أشار عمر بقوله: لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً **(وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف)** لأنه منجز فأمكن تنصيفه عملاً بالرق **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر)** لقوله تعالى: **﴿ويذرون أزواجاً يتربصن**

اللازمة من حمله على الأطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع في الطهر وإلا لزم إحداث قول ثالث، إذ كل من قال: إنه الطهر قال: تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعي الدلالة والثبوت، بخلاف ما إذا حمل على الحيض، فإنه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكتمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبيت ضرورة التكميل وهو جائز، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة إقامة الواجب إلا بها، بخلاف طهرين وبعض الثالث فإنه لم يتحقق فيه حقيقته أصلاً. لا يقال: قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى **﴿إن تستغفر لهم سبعين مرة﴾** [التوبة: ٨٠] لأنا نقول: لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير، وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلاً ثمانون أو مائة. الثاني قوله: ولأنه أي الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم، بخلاف الطهر لأنه وإن دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لأنه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل إذ لو انسد به لم تحض عادة، ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا: «حتى يستبرئن بحيضة»(١) ولم يقل بطهر. الثالث هو قوله ﷺ «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»(٢) وتقدم في باب الطلاق تخريجه. وأسند الشافعي: حدثنا سفيان ابن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضي الله عنه قال: ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين، فإن لم تكن تحيض فشهرين أو شهراً ونصفاً(٣). وكذا رواه الدارقطني. والاجتماع على أنها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى **﴿ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] للإجمال الكائن بالاشتراك بياناً له. ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم﴾** إلى قوله **﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق: ٤] إذ لا شك في أن الاعتداد بالأقراء أصل والأشهر خلف عنه إنما يصار إليه عند عدمها، فلما علق سبحانه وتعالى المصير إليه بعدم الحيض دل أن الحيض هو المراد بالأقراء في الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض، فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال يقابلة الظهور، إذ الظاهر تعليق المصير إلى الخلف بعدم عين ما شرع أصلاً لا بعدم شيء آخر يستلزمه، فكان الأصل أن يقال: واللائي يئسن من القروء، فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو.

كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها، لقوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ وقوله: **(فإن كانت أمة)** ظاهر. وقوله: **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾)** نسخ قوله تعالى **﴿وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج﴾** واستدل عليه بما روي «أن

---

(١) تقدم في النكاح باب بيان المحرّمات. وإسناده حسن وله شواهد.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١٨٩ والترمذي ١١٨ وابن ماجه ٢٠٨٠ والحاكم ٢/ ٢٠٥ والبيهقي ٧/ ٣٦٩ والدراقطني ٤/ ٣٩ كلهم من طريق مظاهر عن القاسم عن عائشة مرفوعاً، وكذا رواه الدرامي ٢٢٠٩ هكذا قال أبو داود: هو حديث مجهول.

وقال الترمذي: هذا حديث غريب لا يعرفه إلا من حديث مظاهر، ولا نعرف لمظاهر غير هذا الحديث والعمل على هذا عند أهل العلم وهو قول الثوري والشافعي وأحمد وإسحق.

وقال الدارقطني: روينا عن أبي عاصم: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر.

قال أبو بكر النيسابوري: والصحيح عن القاسم خلاف هذا ثم أسند الدارقطني بسند جيد عن زيد بن أسلم قال: سئل القاسم أبلغك عن النبي ﷺ في هذا.

قال: لا.

ورواية ثانية عن القاسم، فأجاب: ليس هذا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله، ولكن عمل به المسلمون وانظر نصب الراية ٣/ ٢٢٦ والخلاصة أنه: ضعيف أنكره كبار أئمة الحديث.

(٣) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٨ والشافعي ٢/ ٥٧ كلاهما عن عمر بن الخطاب.

بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لأن الرق منصف **(وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها)** لإطلاق قوله تعالى **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** وقال عبد الله بن مسعود: من شاء باهلته

[فرع] تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطأها وهي معتدة عالماً بحرمتها، بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكراً إطلاقها فإنها تستقبل العدة، وإذا كان منكراً حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة، ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها قوله: **(وإن كانت لا تحيض)** لصغر بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه، وأقله تسع على المختار، أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى **﴿والائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق: ٤] ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا: قد علمنا عدة الحيض فالتي لا تحيض لا ندري ما عدتها، فأنزل الله تعالى هذه الآية. والمعنى: إن ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر. وقيل: إن ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الإياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر. ثم قال المصنف: وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية: يعني قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمس عشرة سنة على قولهما: وسبع عشرة سنة على قول: أبي حنيفة ومالك ولم تحض إذا طلقت تعتدّ بالأشهر أيضاً، ثم إن وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقاً، وإن وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالأيام فلا تنقضي إلا بتسعين يوماً عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلّة، والله أعلم. ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فإنه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر، واستدل على ذلك بقوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** [الطلاق: ٤] الآية، ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال: وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية. ولا يخفى أن آخرها: أعني قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كما أنه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن. والحاصل أن من كان طهرها أصلياً فعدتها بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض، وإن استمرت لا تحيض إلى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أو لم تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع، والأول أصح. وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع، وإن لم يظهر فبالأشهر. وينبغي على هذا أن تحتسب بالأشهر التي وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر، فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هي العدة، غاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت. ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض. هذا وممن ذكر أنها تعتد بالأشهر المستحاضة التي نسيت عادتها، وهو مما يلغز فيقال: مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضاً في كل شهر وعدتها بالأشهر، لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض، لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أوّل كل شهر أو آخره، فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين، بخلاف التي لم تنس فإنها ترد إلى أيام عادتها، فجاز كون

المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله ﷺ تستأذنه في الاكتحال، فقال ﷺ: كانت إحداكن في الجاهلية إذا توفى عنها زوجها قعدت في شر أحلاسها في بيتها حولاً ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشراً» فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر وعشراً، وإن الأولى هي العدة الكاملة وإن الثانية رخصة **(وعدة الأمة شهران وخمسة أيام)** لما عرف غير مرة أن الرق منصف **(وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾)** وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما. وكان عليّ يقول: تعتد بأبعد الأجلين، إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد، لأن قوله تعالى **﴿وأولات الأحمال أجلهن﴾** الآية، يقتضي الاعتداد

أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة. وقال عمر: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت

عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث. واعلم أن إطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح إلا فيما إذا طلقها أول الشهر، أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدرٌ ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر، غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر. ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر، ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون: تعتد. وفي «المبسوط»: قال بعض علمائنا: هي لا تخاطب بالاعتداد، ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوّجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها، ولا يخفى أن القائل الأول قوله: مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب. فإن قلت: وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوّج فلا بد أن يتعلق خطاب نهى التزوّج بالمولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة: لا يستلزم انتفاء قول الأول: يخاطب الولي بأن لا يزوجها. فالجواب لا يلزم، فإن إذا قلنا: بأنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوّج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل قوله: **(وإن كان حاملاً)** يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة وطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره، فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه، وسنبين ذلك في مسئلة الصغير. وفي المنتقى إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين. وفي الخلاصة: كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها، والمتوفى عنها زوجها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله: **(وإن كانت)** أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله ﷺ «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[1] ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت، وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفاً قوله: **(وإليه أشار عمر)** أي إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره. أخرج عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج عن عمر بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول: أخبرني رجل من ثقيف قال: سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفاً فعلت، فقال له رجل: لو جعلتها شهراً ونصفاً فسكت عمر[2]. ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقي سند عبد الرزاق، ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله: لأنه كان يتكلم في ذات الأقراء، والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن أيس منها، فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور، وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزىء فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة، وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة قوله: **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر أيام وعشرة أيام)** سواء كانت مدخولاً بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حرّ حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها. وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام، ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم﴾** [البقرة: ٢٤٠] الآية. والجمهور

بوضع الحمل، وقوله **﴿يتربصن بأنفسهن﴾** يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا **(وقلنا: قال عبد الله بن**

---

(١) تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٢٦ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٥ و ٢٥٦ والشافعي ٢/ ٥٧ كلهم عن عمر بن الخطاب.

عدتها وحل لها أن تتزوّج (وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال

على نسخها بآية الأشهر: أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإيقاف إلى الحول. وقال الأوزاعي: أربعة أشهر وعشر ليال، فلو تزوّجت في اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد: أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله ﷺ «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[(١)] فيجب كون المعدود الليالي وإلا لأنثه. قلنا: الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بإزائها من الأيام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال: لسبع خلون مثلاً ويراد كون عدة الأيام كذلك، وإن كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم، ثم ابتداء المدة من وقت الموت، وعن عليّ رضي الله عنه: من وقت علمها، حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور، وعنده رضي الله عنه: لا تنقضي العدة حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم. قلنا: قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقاً من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم التزوّج وقد وجد، ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده قوله: (وإن كانت) أي المتوفى عنها حاملاً فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملاً كذلك لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] وكان عليّ رضي الله عنه يقول: لا بد من الوضع والأربعة أشهر وعشر، وهو قول ابن عباس، لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل، وقوله تعالى ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] يوجبها عليها فيجمع احتياطاً. وفي موطإ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمٰن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال، فقال أبو سلمة: إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت، وقال ابن عباس: آخر الأجلين، فقال أبو هريرة رضي الله عنه: أنا مع ابن أخي: يعني أبا سلمة، فأرسلوا كريباً مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي ﷺ يسألها عن ذلك، فأخبرهم أنها قالت: «ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: قد حللت فانكحي من شئت»[(٢)] وفي الترمذي: «أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوماً». وأخرج البخاري عن ابن مسعود قال: أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة، لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى[(٣)] يريد بالقصرى ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء﴾ [الطلاق: ١] والطولى البقرة، والمباهلة الملاعنة، كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا: بهلة الله على الظالم منا، وقيل: هي مشروعة في زماننا. وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ: من شاء لأعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشر[(٤)]. وأخرجه البزار بلفظ: من شاء حالفته[(٥)] وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في

مسعود: من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى: يعني سورة ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء﴾ إلى آخرها نزلت بعد التي في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣٤، ٥٣٣٥، ٥٣٣٦ مسلم ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٩ وأبو داود ٢٢٩٩ والترمذي ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧ وابن حبان ٤٣٠٤ والنسائي ٦/ ٢٠١، ٢٠٢ والبيهقي ٧/ ٤٣٧ والبغوي ٧/ ٤٣٧ والشافعي ٢/ ٦١، ٦٢ ومالك في الموطأ ٥٩٦ حـ ١٠١، ١٠٢ كلهم عن زينب بنت أبي سلمة عن أم حبيبة، وعن زينب بنت جحش، وعن أم سلمة بحديث واحد ولفظ المصنف في روايتها عن أم حبيبة، وزينب بنت جحش وورد من حديث أم عطية أخرجه البخاري ٥٣٤٢ ٥٣٤١ ومسلم ١١٢٨ وأبو داود ٢٣٠٣ والنسائي ٦/ ٢٠٢، ٢٠٣ وابن ماجه ٢٠٨٧ وابن الجارودي ٧٦٦ والبيهقي ٧/ ٤٣٩ وأحمد ٥/ ٨٥، ٦/ ٤٠٨ والدارمي ٢/ ١٦٧، ١٦٨ والبغوي ٢٣٩٠ وابن حبان ٤٣٠٥.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٥ والترمذي ١١٩٤ والنسائي ٦/ ١٩٣ والدارمي ٢١٩٥ ومالك ٢/ ٥٩٠ وابن الجارود ٧٦٢ كلهم عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس، وأبا سلمة بن عبد الرحمن اختلفا في المرأة تنفس. . . .»

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٣٢ وطرفه في ٤٩١٠ وأبو داود ٢٣٠٧ والنسائي ٦/ ١٩٧ وابن ماجه ٢٠٣٠ كلهم عن ابن مسعود من قوله.

(٤) هو المتقدم.

(٥) أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٦ عن علقمة عن ابن مسعود بلفظ: من شاء حالفته أن. . .

أبو يوسف: ثلاث حيض، ومعناه إذا كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً، أما إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالإجماع. لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة، بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه. ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً فيجمع بينهما، ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأة فعدتها على

مسند أبيه عن أبيّ بن كعب رضي الله عنه «قلت للنبي ﷺ ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] المطلقة ثلاثاً أو المتوفى عنها زوجها فقال: هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها»[١] وفيه المثنى بن صباح وهو متروك. وقول عمر: رواه في الموطإ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال: إذا وضعت حملها فقد حلت، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال: لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت[٢] وفيه رجل مجهول. وفي الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم «أنه دخل على سبيعة بنت الحرث الأسلمية فسألها عن حديثها، فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي، وكان ممن شهد بدراً، فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال: ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح، والله ما أنت بناكحة حتى تمرّ عليك أربعة أشهر وعشر، قالت: فلما قال لي: ذلك جمعت عليّ ثيابي حين أمسيت، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني أني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزوّج إن بدا لي»[٣] وكلما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة إلا بوضع الكل، فلو وضعت ولداً وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها: أفتاني أني قد حللت حين وضعت يردّ قول من قال: من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها، كأنهم أخذوه من قوله: فلما تعلت من نفاسها قال لها: انكحي من شئت. رتب الإحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به، لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع، ولو تزوّجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت قوله: (وإذا ورثت المطلقة في المرض) يتعلق بالمطلقة: أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فاراً ومات وهي في العدة (فعدتها أبعد الأجلين) أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض، فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم

سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال﴾ متأخر عن قوله ﴿يتربصن بأنفسهن﴾ فيكون ناسخاً في ذوات الأحمال (وقال عمر: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوّج) (وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائناً أو ثلاثاً أبعد الأجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة (عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ثلاث حيض وأما إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالإجماع. لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لأن الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف، ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك.

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ١١٦ من حديث أبي بن كعب، وقوله المثنى بن الصباح واهٍ لا يحتج به البتة.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٦: المثنى بن الصباح متروك بمرة، ورواه الطبري وابن أبي حاتم في تفسيريهما في سورة الطلاق من حديث ابن لهيعة عن عمرو به، وابن لهيعة أيضاً ضعيف، ورواه الطبري أيضاً من حديث ابن عيينة عن عبد الكريم بن أبي المخارق عن أبيّ بن كعب قال: أجل وكلّ حامل أن تضع ما في بطنها» وعبد الكريم مع ضعفه لم يدرك أبيّاً.

(٢) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٨٩ والشافعي ٢/ ٥٣ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٧ كلهم عن ابن عمر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٧: في إسناده رجل مجهول وكذا قال الكمال بن الهمام مع أن الرجل لا بد أنه صحابي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣١٩، ٥٣٢٠ ومسلم ١٤٨٤ وأبو داود ٢٣٠٦ والنسائي ٦/ ١٩٦ وابن ماجه ٢٠٢٨ والبغوي ٢٣٨٨ وأحمد ٦/ ٤٣٢ والبيهقي ٧/ ٤٢٨، ٤٢٩ ومالك ٢/ ٥٩٠ كلهم من حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم عن سبيعة بنت الحارث.

هذا الاختلاف. وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر **(فإذا اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر)** لقيام النكاح من كل وجه **(وإن اعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو**

تستكمل أربعة أشهر وعشراً لم تنقض عدتها حتى تستكملها، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي، وإن مكثت سنين ما لم تدخل سن الإياس فتعتد بالأشهر. إذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر، إذ لا يصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض، وحقيقة الحال أنه لا بد من أن تتربص آخر الأجلين، وهذا الحكم ثابت في صور إحداها هذه. والثانية إذا قال لزوجته أو زوجاته: إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان. والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعداً، وسنفصلها إن شاء الله تعالى ـ ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثاً، أما إذا طلقها رجعياً فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث، بخلاف ما إذا طلقها بائناً في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق قوله: **(لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكماً له، وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس، وإنما بقي في حق الإرث)** لإجماع الصحابة رداً لقصده السيء عليه، وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة، بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه وإنما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه قوله: **(فيجمع بينهما)** أي بين عدة الطلاق والوفاة، وذلك لأنه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكماً، أما الأول فبفرض المسئلة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق. وأما الثاني فاعتبار قيام النكاح عند الموت فإن توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة، لكن بقي قول أبي يوسف: إن اعتباره قائماً لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة. وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به، فإذا بقي النكاح شرعاً في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بلازمه، وهذا هو معنى قول المصنف احتياطاً: قوله: **(ولو قتل على ردته إلخ)** جواب عن مقيس عليه مقدر لأبي يوسف، وهو أنه لو ارتدّ زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة، فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت، فأجاب بمنع حكم الأصل أوّلاً فقال: لا نسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها إليه أشار الكرخي، وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها

فإن قيل: لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث. أجاب بقوله إلا أنه بقي في حق الإرث: يعني بالدليل الدال على توريثها **(لا في حق تغيير العدة، بخلاف الطلاق الرجعي لأن النكاح باقٍ من كل وجه)** لما تقدم **(ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة)** وبيان الملازمة بقوله: **(احتياطاً)** بيانه أنه إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت، أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكماً، إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت، والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به، فإذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكماً ففي حكم العدة أولى، وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطاً. وقوله: **(ولو قتل على ردّته)** جواب عما استدل به أبو يوسف فقال: ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت. وتقريره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف

قوله: **(أو باعتبار إقامة العدة إلخ)** أقول: فيه تأمل، فإنها لا تنتهي بالموت وإنها موجودة في طلاق الصحيح إذا مات قبل انقضاء العدة قوله: **(لأنها عنده مسلمة)** أقول: ضمير عنده راجع إلى الموت.

الموت) (وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح، فظهر أنه لم يكن خلفاً وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني **(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد**

الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الإلزام ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاقي فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعاً قائماً إلى الموت، لأنه لو اعتبرت كذلك لم ترث إذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتباراً للردة موتاً حكماً وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان، غير أنه زال به إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة قوله: **(فإذا عتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه)** أي بعد الطلاق الرجعي، فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها، والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعاً بعدة الحرائر ثلاث حيض، كذا في الكافي. ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال: والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر، ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هو خلافية، وبقولنا قال الشافعي: في الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك. وقال مالك وأبو ثور: لا تكمل عدتها في الرجعي والبائن. وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من إثبات اعتبار بقائه كابتدائه. وجه قول مالك: أن بمجرد الطلاق ثم سبب عدة الإماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد، فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضي السبب. وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة، فالنكاح سبب العدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة، إذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفاً وتأسفاً، وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها في عدة النكاح لفاسد، وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صوّر الانتقال إلى جميع كميات العدة البسيطة وهي أربعة. صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعياً فعدتها شهر ونصف، فلو حاضت في أثنائها انتقلت إلى حيضتين. فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض، فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر قوله: **(وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور)** يمكن كون كان تامة: يعني إذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور قوله: **(ثم رأت الدم)** بعد انقضائها الأشهر أو في خلالها **(انتقض ما مضى من عدتها)** وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة، حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به، ويندرج في إطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله **(لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفاً)** وعلله بأن شرط الخلفية: أي خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** [الطلاق: ٤] الآية،

عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلاً. وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكروه في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأنها عنده مسلمة، والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق، فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكماً. وقوله: **(فإذا عتقت الأمة في عدتها)** ظاهر. واعترض بأن العدة حكم زوال الزوجية، وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي أن لا تتحول العدة في الرجعي أيضاً لأنها عند الزوال أمة ولهذا تعتدّ من وقت الطلاق. وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت،

قوله: **(وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال، إلى قوله؛ فلم تتحول العدة بالعتق)** أقول: لا يقال يرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لأن ذلك بالتبين إذا راجع، وأما إذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر في باب الرجعة.

. . . .

والإياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني، فإذا ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضاً، وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دماً فاسداً فلذا قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد، وعود العادة يبطل الإياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلاً كثيراً جعله احترازاً عما إذا رأت بلّة يسيرة ونحوها، وقيدوه أيضاً بأن يكون أحمر أو أسود، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضاً، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه: إذا رأته على العادة الجارية، وهو يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضاً مظهراً عدم انقضاء العدة بالأشهر، ثم أطلق المصنف انقضاء العدة والاستئناف، فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أو لا. وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين: في رواية لا تقدير فيه، وإياسها على هذا أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها، فإن رأت بعد دماً يكون حيضاً على الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح. ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزل. وفي رواية: يقدر بخمس وخمسين وهو رواية الحسن، وعليه أكثر المشايخ، وفي المنافع وعليه الفتوى. وعن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن، وعليه أكثر المشايخ، وفي المنافع وعليه الفتوى. عن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة، وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين، وبه قال الصفار. وقال أبو الليث: لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد، ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن. وقال الأقطع: فإذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضاً كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها. وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس، وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر: يعني وانقطع حيضها حكم بإياسها، فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضاً إنما يقتضي أن يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعاً. وقيل: يكون حيضاً ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح، لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص، فإذا رأته فقد وجد النص، بخلاف الاجتهاد فيبطل، كذا نقله بعضهم، وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير، وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض. وفي الغاية معزياً إلى الإسبيجابي على رواية عدم التقدير. قالوا: ولو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر، وهو المختار عندنا، فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين. وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض إذا حكم القاضي بالإياس، ويفيد الانتقاض بعدم حكمه به. ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض. ثم نقل قول ابن مقاتل: إنها محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها، أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضاً. وقال بعده بخطوط: وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقتضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالأشهر. قال: وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دماً يكون حيضاً، ويفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر، وإن كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالأشهر لا تبطل الأنكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض. ثم ذكر الخلاف صريحاً مبنياً على ما قلناه: من مجموع النوازل أن الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوّجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ رحمهم

ولهذا تحولت بالموت من الأقراء إلى الشهور، بخلاف البائن فإن سببه ليس بمتردد فلم تتحوّل العدة بالعتق. قوله: **(وإن كانت آيسة)** ظاهر. وقوله: **(وإذا رأت على العادة)** يعني إن رأت دماً سائلاً، وكان محمد بن إبراهيم الميداني يقول: إذا رأت دماً سائلاً كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض، وإن رأت بلة يسيرة لم تكن حيضاً بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض. وقوله: **(لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح)** قيد بالصحيح احترازاً عن قول محمد بن مقاتل

. . . .

الله، إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسداً. ثم قال: والأصح أن النكاح يكون جائزاً ولا يشترط القضاء. وفي المستقبل: العدة بالحيض انتهى. فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه، وهي تنتقض إذا رأته قبل انقضاء الأشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أو لا حكم بالأياس أو لا، وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقاً، تنتقض كذلك إذا رأته قبل تمام الأشهر، وإن كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الأنكحة قضي بالأياس أو لا، وهو قول الشهيد: تنتقض إذا لم يكن قضي بإياسها كما قلنا لا تنتقض إن كان حكم بإياسها، وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة، وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس. والقول الصحيح: لمصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض لا بالماضي، فلا تفسد الأنكحة المباشرة عن الاعتداد بالأشهر. وإذا عرفت هذا فقول المصنف: هو الصحيح احتراز عن كل قول: يخالف إطلاق الانتقاض مطلقاً كان أو مفصلاً، ومبنى مختاره على اشتراط تحقق الإياس لخلفية الأشهر بالنص، وإن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات، ولا شك في الأول، لكن كون تحققه موقوفاً على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلاً سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضي ذلك، ولا شك أن اليأس من مقولة الإدراك فإنه ليس إلا اعتقاد أن الشيء لا يقع أبداً، أما إنه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علماً حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا، ولذا قد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد، وكثيراً ما يقال في الوقائع: كنت أيست من كذا ثم وجدته. فإنما يستدعي سبباً له، وكونه بأن ينعدم الحيض ويمتد وينتفي مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه، وعلى هذا إذا رأته بعد الإياس لا ينتقض ما مضى، ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالأشهر لوقوعه معتبراً لوجود شرطه، ويبقى النظر بعد ذلك في أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد إلا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل، أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضاً كقول: الصفار وغيره، وهو ينبني على النظر فيما يترجح في هذا المرئي بعد الإياس أهو حيض أم دم فاسد، ولا تعلق له بالقضاء بالإياس وعدمه، إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الإياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخايل كونه امتداداً للطهر ولا يجوز في المستقبل إلا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجاً من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد، وقد علمت أن الإياس لا ينافيه، فإذا تحقق الإياس تحقق حكمه، وإذا تحقق حكمه، والله سبحانه أعلم. وأما كون العجز المستدام شرطاً في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعاً، والمسئلة نصية لا قياسية، نص تعالى على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص قوله: (ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع، أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه. وقوله: (تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله: تعتدّ بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور. وأورد عليه أن المتوضىء إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يتيمم ويبني، وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيمان وهما بدلان. أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلاً من الوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء، والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة، ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي

الرازي فإنه كان يقول هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأما إذا انقطع الدم عنها زماناً حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً. وقوله: (تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه

بالشهور) تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت)** لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو**

البعض على حاله، وبعض الشيء لا يكون خلفاً عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفاً عن نفسه، فإنما تكون الخلفية بشيء آخر قوله: **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً)** وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوّجة، فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها، وبه يفتى، كذا في الذخيرة. ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه قوله: **(عدتهما الحيض في الفرقة)** الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطىء على ترك وطئها **(والموت)** أي موت الواطىء وذلك لقوله تعالى **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً﴾** [البقرة: ٢٣٤] ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوّج بنكاح صحيح، فالعدة في حقهما للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح. فتعرّف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء، وإنما وجبت في الصحيح ثلاثاً لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط، وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه، فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به، أو استحاضة معه عندنا، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة، بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيراً بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلاً وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة، بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له، ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد قوله: **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أعتقها فعدتها ثلاث حيض)** فإن لم تحض فثلاثة أشهر: يعني إذا لم تكن حاملاً ولا تحت زوج ولا في عدته، فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول. وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى. ولو مات زوجها ومولاها ولا يدري أيهما أوّل، فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائناً ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام، أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعداً، أو لا يعلم كم بينهما،

الحدث ولم يجد ماء فإنه يبني بالتيمم، وكذلك إذا عجز عن الركوع والسجود يومىء، وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل. وأجيب بأن البدلية إما أن تعتبر في الصلاة أو في الطهارة، وكلاهما غير صحيح. أما الأول فلأن الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لأن بعض الشيء لا يكون بدلاً عن كله. وأما الثاني فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لأن إحدى الطهارتين لا تكمل بالأخرى. وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وإكمال البدل بالأصل جمع بينهما. قال: **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً)** كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا، والمحرم إذا نكحها المحرم عالماً بحرمتها عند أبي حنيفة **(والموطوءة بشبهة)** وهي التي زفت إلى غير زوجها فوطئها **(عدتهما الحيض في الفرقة الموت جميعاً لأنها)** أي لأن عدتها **(للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح إذ لا حق**

قوله: **(إذا عجز عن الركوع والسجود يومىء إلخ)** أقول: يعني بعد ما صلى أولها بركوع وسجود قوله: **(فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما إلخ)** أقول: يعني أن المراد بالجمع هو إكمال أحدهما بالآخر، وليس ذلك بموجود في الطهارتين فإنه لم يجمع بينهما في رفع حدث واحد بل رفع الحدث الأول بالماء والثاني بالتراب، نعم اجتمعا في صلاة واحدة قوله: **(وإما العدة بالشهور فبدل عن الحيض)** أقول: قال الله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** الآية قوله: **(عالماً بحرمتها عند أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: يعني أنه فاسد عنده خلافاً لهما فإنه باطل عندهما، وسيجيء في الحدود.

أعتقها فعدتها ثلاث حيض. وقال الشافعي: حيضة واحدة) لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء. ولنا

ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر لأنه إن كان موت المولى أوّلاً فلا عدة منه لأنها ذات بعل، ثم موت الزوج بعده وهي حرّة موجب لأربعة أشهر وعشر، وإن كان موت الزوج أولاً لزمها شهران وخمسة أيام، ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لأنها معتدة ولا لتغيرها لأنها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشراً وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر، وفي الثاني يجب أن تعتد بأبعد الأجلين: يعني تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض، لأن السيد إن كان مات أولاً ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا، وإن كان الزوج مات أوّلاً فعدتها شهران وخمسة أيام، ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لأنه بعد انقضاء عدة الزوج، فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض، فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بأن تعتد بأكثر ما يلزمها، وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه. وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال أن الزوج هو المتأخر، ولا يعتبر فيها الحيض لأن سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد، والاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لأنه العمل بأقوى الدليلين، ولا يخفى أنه مشترك الإلزام قوله: **(وقال الشافعي: حيضة واحدة)** وهو قول مالك وأحمد، وقولهم قول ابن عمر وعائشة. وعند سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والأوزاعي وإسحاق أنها تعتد بأربعة أشهر، وقولنا: قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري. وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوّج إن شاءت إذا لم تكن حاملاً، وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجليّ وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة، وهذه المسئلة قياسية، ولا شك أنه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين: زوال ملك اليمين، وزوال الفراش. فقاسوا على الأول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء. وقلنا: تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق، وهذا أرجح لأن العدة مما يحتاط في إثباتها، فالقياس الموجب للأكثر واجب الاعتبار على أن التحقيق أنه لا معارضة بينهما في إيجاب الزائد على الحيضة، وذلك لأن نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس إلا تعدية حكم الأصل وهو وجوب التربص حيضة فقط، وعدم وجوب الزائد بالعدم الأصلي لا أنه مقتضاه، فإن أثر العلة فيه وفي كل قياس إنما هو في تعدية حكم الأصل لا في غيره بنفي ولا إثبات، ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه. فإذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه، ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم إيجابه عن المعارض. وعلى هذا التحقيقَ فالمعارضة إنما تثبت بين كل قياسين إذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر، وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من أنه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الأصل بنفي ولا إثبات، فإذا كان في الفرع

للنكاح الفاسد والوطء بشبهة **(والحيض هو المعرّف)** ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت. فإن قيل: فعلى هذا وجب أن يكتفي بحيضة واحدة أو شهر كما في الاستبراء وليس كذلك؟ أجيب بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقاً للشبهة بالحقيقة، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فإنهما يفيدان إفادة الصحيح، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك، وههنا أيضاً لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه، فإن عدة الوفاء لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطاً **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض. وقال الشافعي: حيضة واحدة)** وهو مرويّ عن ابن عمر قال عدمها أثر ملك اليمين **(لأنها تجب بزواله وكان كالاستبراء)** ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة **(ولنا أنها أثر زوال الفراش)** لأنها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا

أنها وجبت بزوال الفراش فأغلبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها) وهذا عند

جامعان بلا مانع أحدهما يقتضي فيه حكماً وجودياً والآخر غيره بالكلية فإنه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر، اللهم إلا أن يقال: يجوز القياس والتعليل لنفي حكم، فإن النفي حينئذ مقتضاه، وفيه كلام في الأصول ومن اختاره شرط كون العلة أمراً عدمياً. والمحققون على نفيه لأن العدم لا يؤثر شيئاً، وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد: في عدم الخمس في موضع لأنه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فإنما حقيقته بناء الحكم على العدم الأصل بناء على أنه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطاً به الخمس إلا ذلك، وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس: أي يبقى على عدمه الأصلي لا أنه إلحاق بجامع مؤثر، بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه، فإن الجامعين متظافران على إثبات ذلك البعض، وينفرد أحدهما بإثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر قوله: (وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص: أمر أم الولد إذا عتقت أن تعتدّ ثلاث حيض، وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه، فأما أنه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم. وليس يلزم من القول: بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة، ألا يرى إلى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص أنه قال بها في العتق. وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال: لا تلبسوا علينا سنة نبينا، عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر[1]. لكن قال الدارقطني: وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع، وهو عندنا غير ضائر إذا كان قبيصة ثقة. وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن عليّ وعبد الله قالا: ثلاث حيض إذا مات عنها: يعني أم الولد. وأخرجه عن إبراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء، فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف، إلا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله، والمتحقق أنها مختلفة بين السلف وهو راجع إلى اختلاف الرأي، وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا قوله: (وإذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احتراز عما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فإنها تعتد بالشهور اتفاقاً ثم معرف ذلك أن تضع لأقل من ستة أشهر من موته في الأصح، فإذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد، وإن وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوماً بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقاً. وقيل: المحكوم بحدوثه أن تلده لأكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لأن التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس إلا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين قوله: (وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يحك في الظاهر خلاف. ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم، وقول فخر الإسلام

يكتفي بحيضة واحدة. والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما، وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض، وهو المروي عن عليّ وابن مسعود (وإن كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) وقوله: (وإذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر. وقوله: (كالحادث بعد الموت) يعني

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٠٨ وابن ماجه ٢٠٨٣ والحاكم ٢/٢٠٩ والدارقطني ٣/٣٠٩ والبيهقي ٧/٤٤٧ و٤٤٨ وابن الجارود ٧٦٩ كلهم عن عمور بن العاص وكذا ابن حبان ٤٣٠٠.
قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
وقال الدارقطني: قبيصة لم يسمع من عمر بن العاص.
قال البيهقي: قال أحمد بن حنبل: هذا حديث منكر والصواب أنه موقوف اهـ.
يعني كله موقوف والله أعلم.

أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر، وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت. ولهما إطلاق قوله تعالى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** ولأنها

وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فإنما هي رواية عنه، وكذا قال شمس الأئمة. وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس، وهو قول زفر انتهى. وإذا قال أبو يوسف في المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تعتدّ بوضعه مع أنه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول: في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فإنما هي رواية شاذة، وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة، ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق. أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد. وعلى هذا الخلاف إذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملاً من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتدّ بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به، وإنما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لأنه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لأنه يمنع العقد على الحامل من الزنا، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لأنه شبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالأشهر. وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير، هكذا حمل منفي النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير **(ولهما إطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤])** من غير فصل بين كونه منه أو من غيره **(ولأنها)** أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت **(مقدرة بوضع الحمل في أولات الأحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها)** أي لشرع عدة الوفاة **(بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى)** وهو قضاء حق النكاح **(ويتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه)** كما يتحقق في الكبير والنسب منه. وتلخيص هذا الوجه أنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع أنه لقضاء حق النكاح إظهاراً لخطره متعرضاً فيه لإلغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه، ودليل الإلغاء شرع الأشهر مع تحقق الأقراء، وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس، فإن حقيقته ليس إلا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فإنه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتفٍ في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلاً عن مساواته، لكن لا يخفى أن كون الاعتداد بالوضع ليس إلا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح، وقدمنا أن شرعيته لكل من الأمرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان، فالأولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقاً للقضاء، فإنه إذا ثبت أمر للأعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفي أيضاً. واعلم أن قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف: أعني المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أن عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها إن كانت تعجلتها إضافة للحادث وهو الحمل الحادث إلى أقرب زمانه قوله:

بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ. وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين. قال في النهاية: والأول أصح، وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية. **(ولهما قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾)** من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة. وقوله: **(ولأنها مقدرة)** دليل معقول لهما. وتقريره: عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة. وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهي واضحة، وبين الأولى بقوله: **(لشرعها)** أي لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء: يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعرّف على ما

مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل

(بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف، والحاصل أنه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتاً حال الموت وإن كان لفظ الآية مطلقاً يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك. والفرض أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالأشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض أن العدة تثبت لا يتوقف فإنما تثبت بالأشهر، وبهذا لزم أن مراد الآية بأولات الأحمال الأحمال حالة الفرقة قوله: **(ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته)** بأن جاءت بولد لأقل من سنتين مع حدوثه في نفس الأمر حيث تعتد بالوضع لا بالأشهر مع فرض حدوثه في نفس الأمر. وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فإنه محكوم بثبوت نسبه شرعاً وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت، والأصل التوافق بين الحكمي والواقع إلا أن يتحقق خلافه، فوجب كونه قائماً عند الموت حقيقة وحكماً حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم أن تعتد بالأشهر، وعند التأمل لا معنى للإيراد المجاب عنه بما ذكر أصلاً قوله: **(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين)** أي في الحادث بعد الموت وغيره لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق. وقوله والنكاح يقوم مقامه: أي مقام العلوق في موضع التصور لأن الشيء إنما يقدر تقديراً إذا أمكن تصوره تحقيقاً قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة ثلاث حيض كوامل)** لأنه مسمى الاسم في ثلاثة قروء، وقوله عليه الصلاة والسلام «وعدتها حيضتان»[1] قوله: **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)** من أجنبي أو من الزوج، ووافق الشافعي في أحد قوليه فيما إذا كان الواطىء المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور. منها التي زفت إلى غير زوجها، والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي، والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة، أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة، أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج، ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك، وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله. وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، وإذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى، ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الأولى

مر، وفيه بحث لأن الضمير في قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة في أولات الأحمال أو إليها مطلقاً، ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحيض عندنا ولا إلى الثاني لأن المدعي عدة الوفاة في الحامل، ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم. والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقاً: يعني أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الأحمال ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة، والدليل إذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة، وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف. وقوله: **(بخلاف الحمل)** جواب عن قوله فصار كالحادث بعد

قال المصنف: **(لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر)** أقول: والظاهر أنها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضاً إلا أنه بنى الكلام على الواقع إن قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لا ماء فيه هنا قال المصنف: **(لكن لقضاء حق النكاح)** أقول: يعني المغلب ذلك قوله: **(لأن الحامل لا تحيض عندنا)** أقول: ولأن عدتها ليست بالأشهر قوله: **(ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل إلخ)** أقول: ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضاً.

---

(١) تقدم في ٢/٣١١ باب العدة وإسناده واهٍ.

الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكماً **(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين)** لأن الصبي لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق، والنكاح يقوم مقامه في موضع التصوّر **(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق)** لأن العدة مقدرة، بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه**

فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني، وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الأول لأنها في عدته ولا يخطبها غيره، فإن كان الأول طلقها رجعياً فله أن يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر، وإن طلقها بائناً فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدّة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه، وكذا إن كانت العدتان بالشهور، قالوا: والخلاف مبني على أن ركن العدة ماذا؟ فعند الشافعي كفّ النفس عن الحرمات في مدة معينة، فإذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكفّ عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان، لأن هذا الكفّ عبادة والعبادات لا تتداخل، إنما التداخل لائق بالعقوبات، ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد. وعندنا أن الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة. ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوّج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهاراً للصائم ونحو ذلك، ومعنى العبادة تابع بدليل أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف، ونحن نستأنف الكلام ونقول: لا شك أنه يثبت عند تمام سبب العدة أمور: هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوّج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها، ووجوب التربص في تلك المدة أيضاً الثابت بقوله تعالى ﴿**والمطلقات يتربصن**﴾ [البقرة: ٢٢٨] مع أن هذا الوجوب لا بد أن يثبت لازماً للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس إلا فعل المكلف، والتربص وإن كان الانتظار فهو من أفعال النفس، فإن أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات إلى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كون كف النفس عنه أو حبسها، فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق، وحينئذ يكون حاصل ﴿**يتربصن**﴾ [البقرة: ٢٢٨] نهياً عن تلك الأمور لأنه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى ﴿**وذروا البيع**﴾ [الجمعة: ٩] نهياً عنه فالثابت تحريم

الموت: يعني إنما كانت عدتها بالشهور لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقاً للنكاح بآية التربص **(فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل)** لأنها عدة أولات الأحمال بالنص **(فافترقا)** أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده. فإن قيل: إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملاً فقد ألزمناها العدة بالشهور، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله: **(ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان)** أي الحمل **(كالقائم عند الموت حكماً)** تبعاً لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكماً، وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة **(ولا يثبت النسب في الوجهين)** يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت، ووجه الحادث بعده **(لأن الصبي لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق)** فإن قيل: النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله ﷺ «الولد للفراش» أجاب بقوله: **(والنكاح يقام مقامه)** أي مقام الماء **(في موضع التصوّر)** وقوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته)** ظاهر. قال: **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)** إذا وجبت على المرأة عدتان: فإما أن تكونا من رجلين، أو من رجل واحد، فإن كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثاً فتزوّجها في العدة ووطئها أو وطيء المطلقة ثلاثاً وقال ظننت أنها تحل لي أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان، وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء. أو من

قوله: **(وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها)** أقول: يعني كالمتوفى عنها زوجها.

المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا. وقال الشافعي: لا تتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كفّ عن التزوّج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل وقد حصل بالواحدة فتتداخلان،

هذه الأمور، ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة إلا عند علمها بالسبب، إذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم إنما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب، والمقدمة القائلة إن الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها إذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لأن الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب، بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف، أو علمت ثم لم تكف: أي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت إلى حد الزنا إلى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلاً على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف، بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة، فعلم أن تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم ولإظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الأقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة، ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات، ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الأمور، أما على التربص ففي قولنا: وجبت العدة ونحوه، وأما على نفس المدة ففي نحو قولنا: انقضت العدة وما سنذكر أيضاً، وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا أنها الركن، لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا؟ فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى، وهو قوله عز وجل ﴿**فعدتهن ثلاثة أشهر**﴾ [الطلاق: ٤] أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص، وقوله تعالى ﴿**يتربصن**﴾ إنما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة، وقد قلنا: إن كلا من الأمور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه، وأما قوله تعالى ﴿**أجلهن أن يضعن حملهن**﴾ [الطلاق: ٤] ﴿**حتى يبلغ الكتاب أجله**﴾ [البقرة: ٢٣٥] ﴿**فإذا بلغن أجلهن**﴾ [البقرة: ٢٣٤] فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين، ثم الثابت بمضي هذا الأجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما، ولا دليل فيه أيضاً إلا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا

جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية. وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضاً، والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة، وإن لم تكن رأت شيئاً فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي: **(لا يتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة: أي عبادة الكفّ عن التزوّج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد)** فإن العدة كفّ عن التزوّج والخروج كما أن الصوم كفّ عن اقتضاء الشهوتين، فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة **(ولنا أن المقصود من العدة التعرّف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرّف بالعدة الواحدة فيتداخلان)** وقوله: **(ومعنى العبادة تابع)** جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة، والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع

قوله: **(والدليل على معنى العبادة، إلى قوله: وموجب النهي التحريم)** أقول: مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ. ثم أقول: بل موجبه كف النفس عن المنهي عنه على ما حقق في الأصول إلا أن يكون مراده موجبه في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ما ذكره المصنف فليتأمل قوله: **(فإن ركنه الكف لقوله إلخ)** أقول: يعني أنه مأمور به وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفاً قوله: **(لكن لا تسلم جواز التداخل إلخ)** أقول: لا وجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة الممنوعة بالدليل. ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقص الإجمالي قوله: **(وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء إلخ)** أقول: ما تقول في الصغيرة التي لا تحتمله فإنه تجب العدة إذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ.

ومعنى العبادة تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكفّ **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)** تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب، ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت

في التربص، وأما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فإنما يقتضي أن المراد بها فعل كالتربص والكفّ وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي إلا ظاهراً، وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني. فتلخص أنه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل. وحينئذ نقول: لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات، بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة، وذلك لأن العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها، فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازماً لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبني ما هو. والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقاً، إذ لا دليل يوجب كونه وجب إيجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقاً أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة. نعم هو له عرضية أن يصير عبادة، فإن البالغة العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتساباً لله وقصداً لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب إيقاعه كذلك لما ذكرنا قوله: **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)** فلو لم تر فيها ذماً يجب أن تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض قوله: **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل، فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا: عدة الطلاق إلى الشرط، فالأولى أن يقال: لأن عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة قوله: **(ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة)** بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوّج أختها أو أربعاً سواها. وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها، ولذا فصل السعدي حيث قال: ما ذكر محمد: يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد. قال

أن ركنها حرمة الازدواج والخروج، قال الله تعالى ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح﴾ الآية وقال ﴿ولا يخرجن﴾ الآية، وموجب النهي التحريم. وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم، وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فإنها حرام له لصومه ولكونه خمراً وليمينه، بخلاف الصوم فإن ركنه الكفّ لقوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ ولن يجتمع الإمساكان في يوم واحد، واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله: **(ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف)** يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها. واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك، لكن لا نسلم جواز التداخل وإلا لجاز التداخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها. وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق، فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء، لأن العدة يكتفي في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة، والمتوفى عنها

الإقرار" نفياً لتهمة المواضعة **(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطىء على ترك وطئها)** وقال زفر: من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب. ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة

محمد: وعلى هذا إذا فارقها زماناً ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت، ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط، وعلى قول: هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوّج بأختها وأربع سواها، وعرف أن تقييده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار، وأن سقوط النفقة والسكنى على قول: هؤلاء إنما هو إذا صدقته، أما إذا كذبته في الإسناد فلا، وكذا إذا قالت: لا أدري، فالحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ: أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق في الإسناد، ثم المراد من قوله: ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب، فإن كان غائباً فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته. ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب؟ ينبغي أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقيمت البينة فقضي بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء قوله: **(أو عزم الواطىء)** بأن أخبرها أنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه، أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده. وفي الخلاصة: والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كقوله: تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها إما عدم المجيء فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة قوله: **(ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة)** لاستناد الكل أي كل الوطآت **(إلى حكم عقد واحد)** وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحداً يكتفي بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أيّ وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإذا تزوّجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك. عاد هذا التقدير فنقول: إن تركها حتى حاضت ثلاث إلخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال: عزمت على تركها احتسبت بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين، وعندنا لا تحتسب بها **(ولأن التمكن)** من الوطء **(على وجه الشبهة)** بسبب ذلك العقد **(أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق**

زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة صيانة لماءي الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه كماء الثاني. وعن الثاني بأنا لا نسلم الملازمة لأن التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود، لأن المقصود من الأولى تعرف الفراغ، ومن الثانية إظهار خطر النكاح فرقاً بينه وبين الاستبراء، ومن الثالثة إظهار شرف الحرية، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة، وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرّف عن فراغ الرحم وكان السؤال وارداً عليه. وقوله: **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور)** ظاهر. قال في المبسوط: لو تزوّجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق

قوله: **(وعن الثاني بأنا لا نسلم الملازمة إلخ)** أقول مقابلة المنع إذا حمل على ظاهره قوله: **(وفيه نظر لأن المصنف إلخ)** والصحيح في الجواب أن يقال: المقصود من العدة هو التعريف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا، بخلاف ما إذا تكرر فإنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له، ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة فليتأمل.

لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد، فقيل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره **(وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين)** لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع **(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها**

غيره) أي في غير الواطىء وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائماً ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو المتاركة صريحاً فلا تثبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر.

ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول: طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحاً فيما بينه وبين الله تعالى إنما اشتراط كونها بعد الترك في القضاء قوله: **(فالقول قولها مع اليمين)** لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوماً عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا قوله: **(كالمودع)** إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع أن عليه اليمين إذا كذبه. وعكس هذه المسئلة إذا قال الزوج: أخبرتني بأن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها: إلا أن يبين ما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها، ولو كان في مدة تحتملـه فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوّج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه: قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته)** المدخول بها **(طلاقاً بائناً دون الثلاث ثم تزوّجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** وقال زفر

بينهما فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضاً. قال: **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق)** ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق **(وفي الوفاة عقيب الوفاة)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة **(فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب)** فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها. قال محمد: إذا فارق الرجل امرأته زماناً ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت **(ومشايخنا)** يريد علماء بخارى وسمرقند **(يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة)** بجواز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة لأن يتزوّج أختها أو أربعاً سواها. وقال في الذخيرة: اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الإقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق: يعني حتى لا يتزوج بأختها وبأربع سواها زجراً له على الكتمان، لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقها وقد أقرت بسقوطه **(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق)** بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما **(أو عزم الواطىء على ترك وطئها)** والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه **وقال زفر: (من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب)** للعدة إذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة **(ولنا أن كل وطء وجد في العقد)** وتقريره القول بالموجب، وهو أن يقال: سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد **(بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل إلى عقد واحد ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد)** وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم، لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها. وتجريد هذه النكتة: العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم، فالعدة لا تثبت إلا بالتفريق أو العزم، أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين

قوله: **(أما إنها لا تثبت إلا بآخر وطأة إلى قوله: فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول:** فيه بحث قال المصنف: **(مع جواز وجود غيره) أقول:** بالنسبة إلى الموطوءة فإنها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل، وفيه بحث إذ مر آنفاً أن معنى العبادة تابع في العدة، فإذ حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغي أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل.

فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: عليه نصف المهر وعليه إتمام العدة الأولى) لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول، إلا أنه لم يظهر حال التزوّج الثاني، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه، كما لو اشترى أم

نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمي فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الأولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها إتمام العدة. لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوّج ولا تجب عدة بالطلاق والثاني ولإكمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول: كذلك غير أن إكمال العدة الأولى وجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوّج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه قوله: **(كما لو اشترى أم ولده)** أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولد أعتقت، وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فإنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجباً بالطلاق السابق، وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الأنساب، فإنه لو كان تزوّجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة من الطلاق، وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير. ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى، وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ

الخصم، وأما أن آخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره. وقوله: **(ولأن التمكن على وجه الشبهة)** دليل آخر. وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة، وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم، فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء، وإذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقياً كان الوطء باقياً فلا يتعين آخر الوطآت إذ التمكن باقٍ بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت. فإن قلت: لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية النسب إليهما. قلت: قد أشار إلى الجواب بقوله: **(ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره)** أي غير الواطىء وهو الذي يريد أن يتزوّجها، وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها، ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكتتين، ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عذره وجهد المقل دموعه. وقوله: **(وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي)** ظاهر. وقوله: **(فتخلف كالمودع)** يعني إذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فإن القول قوله مع يمينه لأنه أمين، وما على الأمين إلا اليمين. قال: **(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً)** قال في النهاية: هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أو لا؟ فعند محمد لا يكون وعندهما يكون. وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة. وجه قول محمد إن هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فإن قيل: فعلام يجب عليها إكمال العدة الأولى؟ أجاب بقوله: وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول لا أنه لم يظهر حالة التزوّج الثاني لعدم اختلاط المياه، فإذا طلقها ثانياً بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها إكمال العدة الأولى **(كما لو اشترى أم ولده)** أي منكوحته التي ولدت منه **(ثم أعتقها)** فإنه يجب عليها ثلاث

قال المصنف: **(كما لو اشترى أم ولده)** أقول: أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين، ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح. ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت قوله: **(تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ)** أقول: في دلالته على ما ذكره تأمل، بل دلالته على أنه كذلك حكماً إلا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى.

ولده ثم أعتقها، ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر: لا عدة عليها أصلاً لأن الأولى قد سقطت بالتزوّج فلا تعود، والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا. قال (**وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة، فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملاً**، وهذا كله عند أبي حنيفة، **وقالا: عليها وعلى الذمية العدة**) أما الذمية

هي أثره، فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضاً كالغاصب إذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف. ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف. لأنا نقول: نحن ما جعلنا النكاح الثاني قائماً مقام النكاح والدخول من كل وجه، بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط، فلا يلزم منه إقامته مقامه في حق جميع الأحكام وإلا كان إقامة في حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط في انقطاع الرجعة؛ ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة؛ فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق، وهذه إحدى المسائل المبنية على هذا الأصل: وهو أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني أولاً. وثانيها لو تزوّجها نكاحاً فاسداً ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوّجها صحيحاً وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما، لو كان على القلب بأن تزوجها صحيحاً أولاً ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوّجها في العدة فاسداً لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الأولى بالاتفاق. والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئاً حكماً لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئاً بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر. وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائناً ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائناً قبل الدخول هل يكون فاراً أو لا؟ ورابعاً لو تزوّجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوّجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملاً وعدة مستقبلة عندهما استحساناً، وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها إتمام العدة الأولى. وخامسها تزوّجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول. وسادسها تزوّجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوّجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وسابعها تزوّجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوّجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها. وثامنها تزوّجها ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها. وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوّجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول قوله: (**وإذا طلق الذمي الذمية**) أو مات عنها (**فلا عدة عليها**) فلو تزوّجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم، بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده قوله: (**وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة**) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير

حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوّجها وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضاً فوجبت حقاً للفساد، وهما يعتبران من الإعتاق أيضاً ويلزمها الإحداد، وأما الثالثة فإنها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد (**ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره**) أي والحال أنه بقي أثره: أي أثر الوطء الأول (**وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة**) بالدخول في النكاح الأول (**ناب ذلك القبض**) الذي كان بالدخول (**مناب القبض**) أي الدخول (**المستحق في هذا النكاح**) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني

فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم، وقد بيناه في كتاب النكاح، وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب

بحيث لا يمكن من العود إما بخرجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها **(فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملاً)** وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة، وعنه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء **(وقالا عليها)** أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة **(وعلى الذمية العدة. أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح)** أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك: وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز إلى آخره، أو المراد كلاً من الاختلافين **(وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة)** لمسلمة في دار الإسلام **(لو وقعت بسبب آخر)** غير التباين في دار الإسلام كالمطاوعة والموت والطلاق **(وجبت العدة فكذا بسبب التباين)** وإنما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يحض الخارجية مسلمة، ولو لم يحض بها لم تظهر الملازمة عليه لأنه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية إذا كانوا يدينون ذلك قوله: **(بخلاف ما إذا هاجر الزوج)** مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم صار مسلماً أو ذمياً **(وتركها)** فإنه لا عدة عليها هناك إجماعاً حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها كما دخل دار الإسلام **(لعدم تبليغ الأحكام)** لها في دار الحرب لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك أنها حق الآدمي فنخاطب بها. وقوله: **(وله قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** [الممتحنة: ١٠] بعد قوله تعالى **﴿إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات﴾** [الممتحنة: ١٠]، والزيادة على النص لا تجوز بالظني، وقوله تعالى **﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] في المطلقات، فإلحاق التباين بالطلاق قياساً يقيده بما بعد العدة، ولا تجوز الزيادة بالقياس، هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة، والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لأن التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء، ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة

فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة. فإن قيل: لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقباً للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول، وليس كذلك فإن الطلاق بائن. أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما، حتى لو طلقها بعد خلوة كان الواقع بائناً وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح. وقوله: **(فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول)** تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق، وقول زفر على ما ذكره واضح. وقوله: **(وجوابه ما قلنا)** إشارة إلى قوله وإكمال العدة الأولى وإلى قوله ولهما أنها مقبوضة في يده إلخ **(وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا)** مراغمة على نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبداً، يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم، والإسلام ليس بشرط. قال الإمام التمرتاشي: إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً والآخر على حربه فقد زالت الزوجية، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها، وإنما قيد المصنف قوله مسلمة بياناً لأحسن حالاتها **(فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة. وقالا: عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم)** يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك **(وقد بيناه في كتاب النكاح)** يعني في باب نكاح أهل الشرك **(وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق ووجبت العدة فكذا بسبب التباين، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها)** في دار الحرب **(لعدم تبليغ أحكام الشرع إياها**

قوله: **(وإنما قيد المصنف بقوله مسلمة إلخ)** أقول: إنما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأولى قال المصنف: **(إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة)** أقول: ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله.

التباين، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ. وله قوله تعالى: **﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك إلا أن تكون حاملاً لأن في بطنها ولداً ثابت النسب. وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والأول أصح.

في النكاح الصحيح. وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح، فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والإحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر، وإن اعترافا بعدم الدخول لأنها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما، وتقدمت هذه في باب المهر وأن هذا قول القدوري ومن تبعه، ومختار غيرهم: وجوب العدة في كل صور الخلوة، وعدة المستحاضة كغيرها لأنها تردّ إلى أيام عادتها، فإن نسيت اعتدت بثلاثة أشهر، وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر، فإما أن يكون الطلاق أو الموت في غرّة الشهر أو في أثنائه. ففي الأوّل يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالأهلية، وفي الثاني قال أبو حنيفة: تعتبر الأيام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة. وقال محمد: تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهلية وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام. وعن أبي يوسف روايتان كالقولين: آخرهما كقول محمد رحمه الله.

وله قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص. وقوله: **(ولأن العدة حيث وجبت)** دليل معقول. وتقريره: العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لأنها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك. وقوله: **(إلا أن تكون حاملاً)** يجوز أن يكون استثناء من قوله، والحربي ملحق بالجماد معنى لأن معناه والحربي لاحق له **(إلا أن تكون امرأته حاملاً لأن في بطنها ولداً ثابت النسب)** والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله، ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملاً لا يزوجها مولاها، وإذا كانت حائلاً جاز له ذلك، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائماً، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين، ولا كذلك إذا لم يكن. ولقائل أن يقول: قوله تعالى **﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل، فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة. والجواب أن قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقينّ ماءه زرع غيره» مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا، والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد، بخلاف الحبلى من الزنا لأنه لا نسب له.

قوله: **(أمنع من احتماله)** أقول: فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال قوله: **(والجواب أن قوله ﷺ: من كان يؤمن بالله إلخ)** أقول: فيه بحث، والأصوب التشبث بقوله تعالى **﴿وأولات الأحمال﴾** الآية، فإن المراد أولات عند الفرقة ولا فرقة في الزنا، ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء قوله: **(والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح إلخ)** أقول: قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح أن امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربي فينبغي أن يجوز.

فصل

قال: (**وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد**) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فإنه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها قوله: (**وعلى المبتوتة**) يعني ويجب بسبب التزوّج على المبتوتة وأصله المبتوتة طلاقها، ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً أو واحدة بائنة ابتداء، ولا نعلم خلافاً في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح؟ قال محمد في النوادر: لا يحلّ الإحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو في الزوج خاصة، قيل: أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام، والتقييد بالمبتوتات يفيد نفي وجوبه على الرجعية، وينبغي أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها، لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه قوله: (**فلقوله ﷺ إلخ**) في الصحيحين من حديث زينب بنت أبي سلمة قالت: توفي حميم لأم حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت: إنما أصنع هذا لأني سمعت رسول الله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[1] والحميم القريب. وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه مفسراً هكذا: لما توفي أبوها أبو سفيان. وفي لفظ البخاري فيه «فوق ثلاثة أيام» ولا يخفى أنه لا دليل فيه على إيجاب الإحداد لأن حاصله استثناؤه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه. وما قيل من أن حل الإحداد نفي الإحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا إحداد إلا من زوج فإنها تحد، وذلك يقتضي الوجوب لأن الإخبار يفيده على ما عرف، ومن أن نفي حل الإحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه من الإيجاب فيكون إيجاباً، لأن الأصل أن يكون المستثني من جنس المستثنى منه غير لازم، إذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفي له عن الوجوب لغة أو شرعاً ليتضمن الاستثناء الإخبار بوجوده بل نفي له عن

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب، يقال بتّ طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها، والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث، وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً والمطلقة بتطليقة بائنة (**وعلى المبتوتة والمتوفى زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد**) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها. وأصل الحد المنع، يقال أحدت المرأة إحداداً فهي محدة منعت نفسها، وحدت تحد حداداً (**أما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر**

فصل وعلى المبتوتة

قوله: (**وخضابها بعد وفاة زوجها**) أقول: الأولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة قوله: (**وقال في النهاية: يمكن أن يقال، إلى قوله: وهذا أنسب ما وجدت في الشروح**) أقول: إن أراد اتحاد النفيين فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم، ثم أقول: لو صح ما ذكره لا طرد في أمثاله وليس كذلك قوله: (**قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم إلخ**) أقول: ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فإنها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا.

---

(١) تقدم في ١/ ٣١٣ مستوفياً من وجوه

وعشراً» وأما المبتوتة فمذهبنا. وقال الشافعي: لا حداد عليها لأنه وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته. ولنا ما روي أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء. وقال

الحل، ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالإباحة والندب ولا وجوب. وأيضاً استثناء الإحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الإحداد، واتحاد الجنس حاصل مع هذا، فإن المستثني والمستثنى منه الإحداد، ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالأول، فلذا قال ظهير الدين: وما فاهوا به بما فيه ثلج الفؤاد. وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل. ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب «أن رسول الله ﷺ رخص للمرأة أن تحدّ على زوجها حتى تنقضي عدتها، وعلى من سواه ثلاثة أيام»[١] والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه ﷺ قال «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً»[٢] فإن فيه تصريحاً بالإخبار، ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوماً بإرادة الإخبار بوجوب فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر، ولم يخف أن الإخبار الموجب للوجوب الإخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعاً مثلاً إذ قال: الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد: ثابت شرعاً فإنه أعم. ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه ﷺ قال «لا تحدّ امرأة على ميت فوق ثلاثة إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار»[٣] فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد، والنبذة بضم النون الشيء اليسير، والقسط والأظفار نوعان من البخور، رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته. وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضاً قالت «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء؟ فقال رسول الله ﷺ: لا مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول لا، ثم قال: إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول»[٤] قالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشاء ولبست شرّ ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة، ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات، ثم تخرج فتعطي بعرة فترمى بها، ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره. الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة: البيت الصغير قريب السقف

أن تحدّ على ميت فوق ثلاث أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً») وفي وجه الاستدلال به إشكال لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال، وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب. وقال في النهاية: يمكن أن يقال قوله ﷺ «لا يحل» نفي لإحلال الإحداد ونفي إحلال الإحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة. وكان تقرير الحديث: لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد اربعة أشهر وعشراً فكان هذا حينئذ إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً لأن إخبار الشارع آكد من الأمر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح. فإن قيل: الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى **﴿لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم﴾** فكيف صار واجباً بالخبر معاوضاً للكتاب؟ أجيب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والأسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود **(وأما)** وجوب الإحداد على **(المبتوتة فمذهبنا. وقال**

---

(١) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٠ وهو مرسل حسن.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٩٠ والنسائي ٦/ ١٨٩ ومالك ٢/ ٥٩٨ والشافعي ٢/ ٦١ والطحاوي ٣/ ٧٦ والبيهقي ٧/ ٤٣٨ وأحمد ٦/ ٢٨٦، ٢٨٧، ١٧٤ كلهم عن عائشة وحفصة وكذا ابن ماجه ٢٠٨٥، ٢٠٨٦.

(٣) تقدم في ٣/ ٣١١ أيضاً.

(٤) تقدم في ٣/ ٣١١.

صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣٧ ومسلم ١٤٨٩ وقد تقدم في ٣/ ٣١١.

«الحناء طيب» ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها **(والحداد)** ويقال الإحداد وهما لغتان **(أن تترك**

حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل: أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه، فلا يكاد يعيش ما تفتض به، فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك. وقيل الافتضاض الإنقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه، والأول أحسن قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله لا إحداد عليها)** أي على المبتوتة لأنه لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحبتها إلى الموت، بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثاً فإنه موحشها وخلعه لأنها راغبة فيه لمكان سؤالها. قلنا: في محل النزاع نص، وهو ما روي عنه ﷺ «أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال: الحناء طيب»[١] ذكره السروجي حديثاً واحداً وعزاه للنسائي هكذا، ولفظه: «نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال: الحناء طيب»[٢] والله أعلم به. ويجوز كونه في بعض كتبه. وأما جعله حديثين حديث «الحناء طيب»[٣] المتقدم، وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت «قال رسول الله ﷺ وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة: لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب، قلت: فبأي شيء أمتشط يا رسول الله؟ قال: بالسدر تغلفين به رأسك»[٤] فمع الطعن في إسناده لا يفيد المقصود فإنه في معتدة عن وفاة. ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح، وبتقدير تسلم أن ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضاً إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد

الشافعي: لا حداد عليها لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها إلى مماته. وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوته. ولنا ما روي «أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال: الحناء طيب» روته أم سلمة، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعي قال: المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوباً مصبوغاً ولا يخرجن من بيوتهن. وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده. وقوله: **(ولأنه وجب)** دليل معقول، ويجوز أن يكون بياناً لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة، وتقريره أن النص ورد في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف، ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى

قوله: **(ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها)** أقول: فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة. والجواب أن كونها معتدة متردد غير متبين ما دامت في المدة، فإذا انقضت ولم يراجعها ظهر أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال قوله: **(ويجوز أن يكون بياناً لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة)** أقول: فيه بحث قوله: **(ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح إلخ)** أقول: ظاهر قوله ﷺ إلا على زوجها يدل على أنه لفوات الزوج فليتأمل.

---

(١) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٢) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٣) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٣٠٥ وذكره عبد الحق في أحكامه كما في نصب الراية ٣/ ٢٦١ من حديث أم سلمة.

قال الزيلعي: قال عبد الحق: ليس لهذا الحديث إسناد يعرف اهـ.

وكذا أخرجه النسائي ٦/ ٢٠٤، ٢٠٥ أيضاً من طريق أبي داود.

ذكره المنذري في مختصر أبي داود ونسبه للنسائي وقال: وأمها مجهولة اهـ.

لأن الحديث عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها فهذا ما عناه المنذري بقوله أمها مجهولة، وقال ابن حجر في التقريب عن أم حكيم: لم أقف على اسم أمها.

الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر، وفي الجامع الصغير إلا من وجع) والمعنى فيه وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كي لا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرّم، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال. والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر، ولهذا يمنع المحرم عنه قال: إلا من عذر لأن فيه ضرورة، والمراد الدواء لا الزينة. ولو اعتادت الدهن فخافت وجعاً، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها لأن الغالب

والدنيا فإنه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج، وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعاً في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعاً لما يدافع عن أداء الواجب، وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضاً عند قوله: وفيه وجهان إلى آخره، لكن ظاهره أنه ذكر على أنه علة أخرى، والتحقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات ما قلناه، بخلاف ما هو دواعيه، وكل من الأمرين يستقبل بالحكم، فإذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم، ففي المبتوتة إن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف مطلقاً ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى ﴿لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم﴾ [الحديد: ٢٣] فلا يكون الإحداد في المتوفى عنها منوط لزم كون وجوبه تبعاً للعدة بالنص أو معلولاً بالآخر فقط، لكن منع بأن المراد بقوله تعالى ﴿لكيلا تأسوا﴾ الآية، الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح، نقل عن ابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً[1] قوله: **(والحداد ويقال الإحداد)** فمن الأول يقال: حدّت المرأة تحدّ من باب ويضر من باب ضرب أيضاً حداد فهي حاد، ومن الثاني يقال: أحدت تحد إحداداً فهي محد قوله: **(أن تترك الطيب)** ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه قوله: **(وقد صح أن النبي ﷺ[2])** تقدم قوله: **(والدهن لا يعرى عن نوع طيب)** إما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته، وقد وقع للزيلعي مخرج الأحاديث هنا وهم، وذلك أنه جعل لفظة

كأن لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها فكان إلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأفيف. فإن قيل: إن تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لأنها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه، فكيف تتأسف؟ فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر بالموضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات والدين. لا يقال: لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضاً لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما. لأنا نقول: النص لم يرد إلا في الزوجات، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لأنهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز في التقلب ولا كذلك الأزواج. وقوله: **(والحداد ويقال الإحداد)** تعريف للحداد، وكان موضعه أول الكلام، وأتى بالجامع الصغير لأن لفظه يخالف لفظ القدوري، وفي الوجع إشارة إلى أن العذر هو التداوي لا الزينة. وقوله: **(والمعنى فيه)** أي في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها **(وهي ممنوعة عن النكاح)** ما دامت في عدة الوفاة أو الطلاق **(فتجتنبها كي لا تصير ذريعة)** أي وسيلة **(إلى الوقوع في المحرم)** وهو النكاح **(وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال)** روي عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت

قوله: **(روى عن أم سلمة رضي الله عنها، إلى قوله: فقال ﷺ: لامرتين أو ثلاثاً)** أقول: فإن قيل: مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا: الجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها. قال الكمال الدميري في شرح منهاج النووي: زاد عبد الحق فيه أنها قالت: يا رسول الله إني أخشى أن تفقأ عينها، قال: وإن انفقأت اهـ.

---

(١) غريب. ولا يصح مرفوعاً فهو لا يشبه كلام النبوة وإنما ورد نحوه عن ابن عباس موقوفاً: ليس أحد إلا وهو يفرح ويحزن ولكن من جعل المصيبة صبراً وجعل الفرح شكراً. أخرج الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٧٩ عند هذه الآية وكذا السيوطي في الدر ٦/ ١٧٦.

(٢) يشير المصنف إلى ما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما من حديث زينب عن أم سلمة عن أمها: «أن امرأة توفي عنها زوجها فخافوا على عينيها فأتوا النبي ﷺ فاستأذنوه في الكحل فقال رسول الله ﷺ: لا حتى تمضي أربعة أشهر وعشراً» وقد تقدم تخريجه في ٣/ ٣١٣.

كالواقع، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به **(ولا تختضب بالحناء)** لما روينا **(ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا بزعفران)** لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال: **(ولا حداد على كافرة)** لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع **(ولا على صغيرة)** لأن الخطاب موضوع عنها **(وعلى الأمة الإحداد)** لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس

الدهن عطفاً على الاكتحال فقال عن المصنف أنه ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن، فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال: وأما الدهن فغريب وهو سهو، فإن الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه إلحاقاً قوله: **(قال: إلا من عذر)** لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة، وذهبت الظاهرية إلى أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث حيث نهى نهياً مؤكداً عن الكحل التي اشتكت عينها، والجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها، وكذا قال المصنف، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات، وقد جاء في حديث أم حكيم أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك: «دخل عليّ رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت عليّ صبراً، فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ فقلت: إنما هي صبر يا رسول الله؟ فقال: إنه يشبّ الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب»[1] الحديث رواه أحمد وغيره، لكن أمها مجهولة، وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط، وأطلقه الأئمة الثلاثة، وقد ورد في الحديث مطلقاً، وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها، وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل تحتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة. نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل. وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة، واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمعناه نحن والشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به، وأجازه الإمامان والظاهرية قوله: **(لعذر)** كالحكمة والقمل والمرض، وقال مالك: يباح لها الحرير الأسود والحليّ، والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفيه، وقد صرح بمنع الحليّ في الحديث على ما سنذكره، ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا العصب فشمل منع الأسود قوله: **(لأنه يفوح إلخ)** يفيد أنه إذا كان خلقاً لا رائحة له يجوز. وفي الكافي قال: إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة، وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوباً غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها.

وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت: قال النبي ﷺ «لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحليّ، ولا تختضب ولا تكتحل»[2] هذا لفظ أبي داود. والمشق المغرة، ولا تلبس

«جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ وقالت: إن زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ لا، مرتين أو

فهذا يدل على ما ذهب إليه الظاهرية إلا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل قال المصنف: **(ولا حداد على كافرة)** أقول: قال ابن الهمام: ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة. ولا مجنونة، خلافاً للشافعي ومالك رحمهما الله ومالك لأنه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة. قلنا: يجب الحداد عند فقد الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به، ولهذا

---

(١) ضعيف. تقدم تخريجه في ٤/ ٣٣٨.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٠٤ والنسائي ٦/ ٢٠٣، ٢٠٤.

وابن الجارود ٧٦٧ والبيهقي ٧/ ٤٤٠ وأحمد ٦/ ٣٠٢ وابن حبان ٤٣٠٦ كلهم من حديث أم سلمة.

ورجاله ثقات رجال مسلم إلا أن له علة حيث أخرجه عبد الرزاق ١٢١١٤ والبيهقي ٧/ ٤٤٠ من هذا الوجه عن أم سلمة موقوفاً، فالحديث ينزل عن درجة الصحة لهذه العلة.

قوله: الممشقة: المشق بالكسر: المغرة وهو لون ليس بناصع الحمرة أو شقرة بكدرة، وثوب ممشّق: مصبوغ.

إبطال حق المولى، بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته. قال: **(وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد)** لأنها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل **(ولا ينبغي أن**

العصب عندنا. وأجاز الشافعي رقيقه وغليظه، ومنع مالك رقيقه دون غليظه. واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره، في الصحاح: العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك، وفي المغنى: الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب، وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمين فيها بياض وسواد، ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر قوله: **(ولا حداد على كافرة)** لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة، خلافاً للشافعي ومالك لأنه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة. قلنا: يجب الحداد عند موت الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به، ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر»(1) الحديث. قولهم كما تعم العدة عليهن. قلنا: العدة قد تقال: على كفّ النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعاً عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة، فإذا باشره وليّ الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعاً، ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يؤثمن لعدم التكليف به. نعم قد ثبت على الكافرة العدة خطاب عدم التزوّج لحق الزوج، فإن في العدة بهذا المعنى جهتين قوله: **(وعلى الأمة الحداد)** يعني إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن، وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى، وليس في الإحداد فوات حقه في الاستخدام، بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها في العدة ثبت ذلك، فقلنا: لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها، وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لفناه، قال تعالى **﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾** [الأنعام: ١١٩] فإن قيل: لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء

ثلاث» وقوله: **(والمراد والدواء)** يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله: **(لما روينا إشارة إلى قوله ﷺ «الحناء طيب» قال: (ولا حداد على كافرة)** هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية. ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم، أما الكافرة وهي الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر» وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها، وذكر الأمة في أثنائها استطراداً وهو ظاهر، وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف، والأصل هو الإباحة في الزينة لا سيما في النساء،

شرط الإيمان فيه حيث قال ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم والآخر» الحديث. قولهم كما تعم العدة عليهن. قلنا العدة: قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعاً عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة، فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعاً ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد من خطاب التكليف، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به. نعم قد يثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتين اهـ. في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لأنه لم لا يجوز أن يكون للأولياء.

---

(1) صحيح. تقدم في ٣/ ٣١٣ مستوفياً رواه الجماعة.

تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى: **﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾** إلى أن قال **﴿ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** وقال عليه الصلاة والسلام «السرّ النكاح» وقال ابن عباس رضي الله عنهما: التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوّج. وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول

المنكوحة. فالجواب أنها لم تفت لقيام الحل والكفاية، غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحطّ من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك، ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثراً باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من أنها سبب لصونها وكفاية مئونتها، وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد، وبهذا التقرير يندفع إشكال أنه لا ينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتفصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة، إلا أنه لم يظهر لكونها حلال حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب لا فائدة فيه لأن لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة قوله: **(وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو إعتاقها حداد)** وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسداً لأنهن ما فاتهن نعمة النكاح **(والأصل الإباحة)** أي إباحة الزينة، وهذا لأن بالإعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف، والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر. وأورد عليه أنه فوات علة معينة، وقدم المصنف للإحداد علة أخرى وهو كون هذه الأشياء دواعي الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد. وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته، بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجوداً وعدماً، كذا قيل وهو بالضعيف جدير. وفي النهاية: تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الإحداد بفوات نعمة النكاح، والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء قوله: **(ولا بأس بالتعويض في الخطبة)** أراد المتوفى عنها زوجها، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع، فإنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلاً فلا يتمكن من التعرض على وجه لا يخفى على الناس، ولإفضائه إلى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال: **﴿لا جناح عليكم فيما عرضتم به﴾** [البقرة: ٢٣٥] يقول إني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة، وقال القاسم: يقول: إنك على كريمة وإني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيراً أو نحو هذا[1]. وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير **﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** [البقرة: ٢٣٥] قال: يقول: إني فيك لراغب وإني لأرجو أن نجتمع[2] وليس في هذا تصريح بالتزوّج والنكاح، ونحوه إنك لجميلة أو صالحة، ولا يصرح بنكاحها فلا يقول: إني أريد أن أنكحك أو أتزوّجك. وسبك

قال الله تعالى **﴿قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده﴾** فإن قيل: قد ذكر المصنف أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها، فإن فات الأول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لأنهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما، وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني. أجيب بأن الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح، والحكم يدور على العلة دون الحكمة، وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال. ووجهه أنه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الإباحة الأصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة **(ولا ينبغي أن تخطب المعتدة)** لقوله **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** **(ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾** إلى أن قال **﴿ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** وقال ﷺ «السرّ النكاح» وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلاً على الحكمين جميعاً، والتعريض أن تذكر شيئاً تدل به على شيء آخر، وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب، ومعنى قوله **﴿أكننتم في أنفسكم﴾** أي

---

(١) موقوف. أخرجه البخاري ٥١٢٤ عن ابن عباس وكذا البيهقي ٧/١٧٨.
(٢) أخرجه البيهقي ٧/١٧٩ عن سعيد بن جبير من قوله.

المعروف: إني فيك لراغب وإني أريد أن نجتمع (**ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها**) أما المطلقة فلقوله تعالى: ﴿**ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ قيل الفاحشة نفس الخروج، وقيل الزنا، ويخرجن

الآية ﴿**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به**﴾ أي فيما ذكرتم لهن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن ﴿**أو اكننتم**﴾ أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضاً ولا تصريحاً ﴿**علم الله أنكم ستذكرونهن**﴾ فاذكرونهن ﴿**ولكن لا تواعدوهن سراً**﴾ [البقرة: ٢٣٥] أي نكاحاً فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سراً لأنه سبب السر الذي هو الوطء فإنه مما يسر، وحديث «السرّ النكاح»[1] المذكور في الكتاب غريب ﴿**إلا أن تقولوا قولاً معروفاً**﴾ والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن، وهو منقطع لأن القول المعروف ليس داخلاً في السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذي صورته وهو فاذكروهن، والله أعلم قوله: (**وبعض الليل**) يخصه من التعليل قوله: وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، وقد روى عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل. قال الحلواني: هذه الرواية صحيحة لأن المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها، والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي، وقد مر قبله ما ينفي اختبار صحتها وهو قوله لأن نفقتها عليها وعسى لا تجد من يكفيها مئونتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى. ويعرف من التعليل أيضاً أنها إذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلاً ولا نهاراً. والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره، فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها قوله: (**أما المطلقة فلقوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾**) [الطلاق: ١] الآية اشتملت على نهي الأزواج عن إخراجهن غضباً عليها وكراهة لمساكنتهم أو لحاجتهم إلى المساكن، وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لأنه أوقع بلفظ الخبر ﴿**إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ [الطلاق: ١] قيل الفاحشة نفس الخروج، قاله النخعي، وبه أخذ أبو حنيفة، وقيل الزنا، فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول: ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف، وقال ابن عباس: الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على أحمائها. وقول ابن مسعود: أظهر من جهة وضع اللفظ لأن ـ إلا أن غاية ـ والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي أبدع وأعذب في الكلام، كما يقال في الخطابيات: لا تزني إلا أن تكون فاسقاً، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم ونحوه، وهو بديع بليغ جداً يخرج إظهار عذوبته عن غرضنا قوله: (**حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهاراً**) لأنها قد تحتاج

سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معروضين ولا مصرحين، والمستدرك بقوله ﴿**ولكن لا تواعدوهن**﴾ محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سراً: أي وطأ لأنه مما يسر، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا، والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن: أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة، كذا في الكشاف، وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (**ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل**) الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو إن خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائباً أو لا تقدر على الأجرة (**والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها، أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى ﴿واتقوا ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾**) واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج، قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة، فيكون معناها: إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال لا يسبّ النبي عليه الصلاة والسلام إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقاً (**وقيل هي الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن**) قاله ابن مسعود، وبه أخذ أبو يوسف، وقال ابن عباس: هي نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٢: غريب وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٩: لم أجده اهـ.

لإقامة الحدّ، وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، ولا كذلك المطلقة لأن النفقة دارّة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهاراً، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها **(وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت)** لقوله تعالى: **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه، ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها «اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» **(وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم)** انتقلت، لأن هذا انتقال بعذر، والعبادات تؤثر فيها الأعذار فصار كما إذا خافت على

كالمتوفى عنها. وقيل لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في إبطال حق عليها، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وصححه في جامع قاضيخان، وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فإن مئونة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، وأما أن يحل لها الخروج فلا. والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع، فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة قوله: **(ولهذا)** أي لأن البيت المضاف إليها هو الذي تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى منزلها ذلك فتعتد قوله: **(وقال ﷺ)**(١) تأييداً للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله ﷺ قد ثبت على وفق ما قلناه: أنه مدلول الكتاب، وهو ما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن ذريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري «أنها جاءت رسول الله ﷺ فتساله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة وأن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه: وقالت: فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك لي مسكناً يملكه ولا نفقة، فقالت: قال رسول الله ﷺ: نعم قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله ﷺ، أو أمر بي فنوديت له فقال: كيف قلت؟ قالت: فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي، قال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فلما كان عثمان أرسل إليّ فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه»(٢) انتهى، ورواه مالك في الموطإ وابن حبان في صحيحه، وأخرجه الحاكم عن إسحاق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعاً ولم يخرّجاه. قال محمد بن يحيى الذهلي: هذا حديث صحيح محفوظ. وهما اثنان: سعيد بن إسحاق وهو

أحماء زوجها. وقوله: **(وأما المتوفى عنها زوجها)** واضح. وقوله: **(وقال ﷺ للتي قتل زوجها)** هي فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري «لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله ﷺ استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها، فأذن لها رسول الله ﷺ، فلما خرجت دعاها رسول الله ﷺ فقال لها: أعيدي المسئلة، فأعادت فقال لها: لا حتى يبلغ الكتاب أجله» يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك. وفي هذا الحديث دليل على حكمين. على أنها يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج، وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز، فإنه ﷺ لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله: **(والأولى**

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٣٠٠ والترمذي ١٢٠٤ والنسائي ٦/ ١٩٩، ١٩٩، ٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٣١ والدارمي ٢٢٠٢ وابن الجارود ٧٥٩ والبيهقي ٧/ ٤٣٤ والبغوي ٢٣٨٦ والحاكم ٢/ ٢٠٨ والشافعي ٢/ ٥٣، ٥٤ وابن سعد ٨/ ٣٦٨ وأحمد ٦/ ٣٧٠، ٤٢٠، ٤٢١ ومالك ٢/ ٥٩١ كلهم من حديث زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان أخبرتها فذكره.

قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ.

وهو كما قالوا إسناده متصل ورجاله ثقات.

متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه **(ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به)** لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لأنه عذر، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها **(وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن، وإن**

أشهرهما وإسحاق بن سعد بن كعب، وقد روى عنهما جميعاً يحيى بن سعيد الأنصاري، وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى. وقول ابن حزم: زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحاق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح، فإن سعيد بن إسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة. وقال الترمذي: حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحدة، وقد قال ابن البرّ إنه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به، وأما ما روى الدارقطني أنه ﷺ أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت[1] فقال فيه: لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف. وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضاً ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط، وأبو بكر بن مالك أضعفهم، فلذلك أعله الدارقطني به. وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه قوله: **(وصار كما إذا خافت على متاعها اللصوص إلخ)** إي فإنها تخرج لأنه عذر. وإذا خرجت إلى منزل للعذر صار الثاني كالأول فلا تخرج منه إلا لعذر وتعيينُ الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها لأنها مستبدة في أمر السكنى حتى أن أجرة المنزل إن كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه، وكذا في الزوج الغائب، ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الأجانب لأنه كالخروج إلى السكة، ولهذا يقطع السارق بإخراج المتاع إليه، فإن لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج إلى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها قوله: **(ثم لا بد من سترة بينهما)** يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالأجنبية، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها. ثم لابأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل، وإنما اكتفى به لأن الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقاً فحينئذ تخرج لأنه عذر، والأولى أن يخرج هو، وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج، الأولى أن يخرج هو، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به، كما يقال: إذا تعارض محرم ومبيح المحرم أو فالمحرم أولى، ويراد ما قلنا، وهذا لأنهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه، ومتى انتقلت فتعيين المكان إليه كما ذكرنا آنفاً قوله: **(وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها)** المقصود إذا سافر بها فإما رجعياً أو بائناً، ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم، وإن كان بائناً أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر، فإن شاءت مضت إلى

أن يخرج هو ويتركها) لأن مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى. وقوله: **(وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج)** يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها في أمر السكنى. وقوله: **(وإذا خرجت المرأة مع زوجها**

قوله: **(وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز إلخ)** أقول: كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك، فإن المذهب أن الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتأمل. ذكره ابن الهمام في آخر القسم قوله: **(ورعاية الواجب أولى)** أقول: بل رعاية الواجب واجب.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣١٦ من حديث عليّ.

وقال لم يسنده غير أبي مالك النخعي، وهو ضعيف ومحبوب هذا ضعيف أيضاً اهـ.

ضاق عليهما المنزل فلتخرج، والأولى خروجه، **وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها)** لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء **(وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)** معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج. قال: **(إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج**

المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء سفر. وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج، كذا في الدراية، وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه. أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر، والرجوع ليس بسفر، وأما إن كان دونها فترجع أيضاً لأنها كما رجعت تصير مقيمة، وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد، فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك، كذا في النهاية وهو أوجه قوله: **(ومعناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام)** فصاعداً، فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد قوله: **(إلا أن يكون)** استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت: أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أو لا. وحاصل وجوه المسئلة: إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي. وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع، أو كان أحدهما سفراً والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفراً دون اختياره، فإن كان كل منهما سفراً فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو

إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لأنه لا يخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعداً، فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها، أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضي إلى مقصدها يكون سفراً والرجوع لا يكون، وأما إذا كان أقل منها فلأنها كما رجعت صارت مقيمة، وإذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل إلى المقصد، فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضاً ثلاثة أيام أو أقل، فإن كان ثلاثة أيام فهي بالخيار إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسئلة في الخروج إلى مكة وغالب طرقها مفازة فلا بد من الخروج. قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لأنها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك. قال المصنف: **(إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج)** وإن كان أقل مضت إلى مقصدها لأنها إذا مضت لا تكون منشئة سفراً ولا سائرة في العدة مدة السفر، وإن رجعت كانت منشئة سفراً فلهذا مضت إلى مقصدها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتماداً على أنه يفهم من الشق الأول، لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار، فإذا كان أحدهما أقل تعين. وقوله: **(إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر)** استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت: يعني أن لها الخيار

قوله: **(وإذا مضت كانت مسافرة)** أقول: في الأغلب زوالاً فيجوز أن يكون بين مصرها ومكة مدة السفر، فالأولى أن يعلل بما يشمل تلك الصورة قوله: **(لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق)** أقول: فيما إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر إلا أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله يقول: هو بناء على الخروج الأول لا أنه إنشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئه فتدبر قوله: **(وقوله وهذا عذر إشارة إلى نكتة أخرى إلخ)** أقول: يعني سلمنا أنه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر. فإن قيل: المباح في كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى. قلنا: لا نسلم أنه بمعنى المرخص، فإنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت في مصر يباح لها أن تخرج وترجع إلى مصرها فمحمل الأولى ذلك فتأمل.

إن كان لها محرم) هذا عند أبي حنيفة وقال: **(أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد)** لهما أن نفس الخروج مباح دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم. وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى.

مصر، فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أولاً، لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج، والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا، وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى، بخلاف المفازة، فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالا: تخرج وهو قول: أبي حنيفة أوّلاً، وقوله: الآخر أظهر. لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر، وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إجماعاً لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد، ومتى قلنا لها أن تخرج إلى ما دون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة، إذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة. وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر، فالعدة أولى، وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم، وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة. وفي البدائع: لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرماً بلا خلاف، وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة، ومثله في المحيط، وفيه: البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر، في الكلأ والماء، فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك، وإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات، والله سبحانه أعلم.

في ذلك إلا إذا كانت المفارقة في مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد، ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم، وإذا ارتفعت الحرمة عاد مباحاً. وقوله: **(وهذا عذر)** إشارة إلى نكتة أخرى هي أن التربص على المعتدة في منزلها وإن كان واجباً لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى القربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظراً إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم. ولأبي حنيفة أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح.

باب ثبوت النسب

(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجّها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوجّها فهو ابنه وعليه المهر) أما النسب فلأنها فراشه، لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجّها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب

باب ثبوت النسب

أعقبه العدة لأنه مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال، أي في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة قوله: **(ومن قال إن تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوّج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوّجها)** لا أقل ولا أكثر **(فهو ابنه وعليه المهر)** يريد من وقت تزوّجها لأنه قرن اليوم بفعل لا يمتد، وقد نبه الـ ـصنف على هذه الإرادة لأنه لما علل ثبوت نسبه بأنها فراشة قال: في إثبات كونها فراشاً لأنها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد أن المراد بلفظ اليوم الوقت، وهذا لأن الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وإن لطف كما قيل لأنه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار إلى تحقق زمان يسع التلفظ بأنت طالق كما حققناه في الطلاق لأنه ثبوت حكمي، وإذن فيكون العلوق مقارناً للنكاح فيثبت النسب، وتصور العلوق مقارناً للنكاح ثابت بأن تزوّجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الإنزال النكاح، والأحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الإنزال. وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارناً للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه، وقد يقال: الفراشية أثر النكاح: أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش. نعم إذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق

باب ثبوت النسب

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر والأحمال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب **(ومن قال إن تزوّجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوّجها)** أي من وقت تزوجها لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت: يعني من غير زيادة ولا نقصان **(فهو ابنه وعليه المهر، أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لأن الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وإن لطف فيكون العلوق قبله)** أي قبل الطلاق **(في حالة النكاح)** فإن قيل: هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوّج وقع الطلاق، وبدون ذلك لا يثبت النسب، ألا ترى أن نسب ولد جاءت به إمرأة الصبي لا يثبت، لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلاهما فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارناً للطلاق، لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون

باب ثبوت النسب

قال المصنف: **(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق إلخ)** أقول: وفي الوقاية من قال لها إن نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اهـ. وقال العلامة صدر الشريعة في تعليلها لأنه لا يبعد أن الزوج والزوجة وكلا بالنكاح. فالوكيلان أنكحاها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق، ولا يعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان، فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الإمكان اهـ. وفيه بحث، وكيف يقدر واللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح قوله: **(قرن بفعل غير ممتد)** أقول: يعني التزوج قوله: **(فهو ابنه)** أقول: كان الظاهر فهو ولده، ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل.

يحتاط في إثباته، وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئاً حكماً فتأكد المهر به **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها)** لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة

له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به، فإن هذا الكون إنما يثبت بعد العقد، إلا إن قلنا: إن العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه. وتقرير قاضيخان أن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارناً للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلاً قبل زوال الفراش فيثبت النسب، يعني: أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه، لأن زواله أثره. لا يقال مقتضاه أن يكون جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، إذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر، وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل. لأنا نقول: إنما لم يثبتوه في الأقل لأن العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح. وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق، وهو منتف هنا لأنه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك، ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان، ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في إثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما، وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال، فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهراً يقتضي ثبوته، وليت شعري أيّ الإحتمالين أبعد؟ الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوّجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد، أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره، ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ: لا يحتاج إلى هذا التكليف بل قيام الفراش كاف، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوّج المشرقي بمغربية. والحق أن التصور شرط، ولذا لو جاءت امرأة الصبيّ بولد لا يثبت نسبه، والتصوّر ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنياً، وأما لزوم المهر كاملاً فلأنه لثبوت النسب منه جعل واطئاً حكماً فعليه المهر. وما قيل: لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لأن الحبل قد يكون بإدخال الماء الفرج دون جماع فنادر، والوجه الظاهر هو المعتاد. وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف، أما النصف فللطلاق قبل الدخول، وأما المهر فللدخول انتهى. وعبارة أبي يوسف في الأمالي على ما نقله الفقيه أبو الليث: ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول، قال:

العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب. فإن قيل: هذا في غاية الندرة، فكيف يبنى عليه الحكم؟ أجاب بقوله **(والنسب يحتاط في إثباته)** يعني وإن كان نادراً لكن النسب يحتاط في إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر، هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان، وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان ثابتاً على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه، وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلقت حكمنا بأنه لا عدة لها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوّج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق، فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره، فجعلنا العلوق منه احتياطاً لأمر النسب، إذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات

قوله: **(وبدون ذلك لا يثبت النسب)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى الوطء قوله: **(وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب إلى قوله: ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم إلخ)** أقول: وأنت خبير بأن تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان مما يتعسر على حذاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر قوله: **(والطلاق والواقع من حيث الظاهر إلخ)** أقول: فإنه كان مبنياً على النكاح، فإذا بطل بطل.

. . . .

إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال: لا يجب إلا مهر واحد لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى. وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف، بل ظاهرة في نفيه ذلك لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك. وإنما اشتبه وجوب الزيادة لأنها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول، ولا يحكم بذلك وإلا لم يثبت النسب لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة، بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح، فأقل الأمر كونه قبله أو لا مشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب. واعلم أنه إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوّره ليس إلا بما ذكر من تزوّجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوّج وقد حكم فيه بمهر واحد صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقاً ومنسوباً وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها عليه مهران: مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوّج قبل تمامه، ومهر بالنكاح لأن هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصناً مشكلاً لمخالفته لصريح المذهب، وأيضاً الفعل واحد، وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به، بخلاف ما لو قال: إن تزوّجتها فهي طالق ونسي فتزوّجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لأن الطلاق قبل الوطء، أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره. وفي شرح أبي اليسر قال: إن تزوّجتها فهي طالق ثلاثاً فتزوّجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحدّ ويجب مهر المثل، وقالوا: يجب عليهما، قال: قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال إليه لم يكن مخطئاً، ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وإن حرمت عليه بالثلاثة فلم يبق بنكاح ولا عدة، ولكن لما كان فصلاً مجتهداً فيه لم ينقطع النسب قوله: **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر)** ولو عشرين سنة أو أكثر **(ما لم تقرّ بانقضاء عدتها)** فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوماً على قول أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار كذبها، وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها إذا ادّعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه. وأما ثبوت نسب ولد الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين فظاهر، وأما ثبوته إذا جاءت به لأكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتقاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بأن امتد إلى ما قبل سنتين من مجيئها به أقل ثم وطئها فحبلت، وعن هذا حكمنا بأنها إذا جاءت به لأكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين لا تثبت رجعتها، فإن العلوق يحتمل أنه كان في العصمة كما يحتمل أنه كان في العدة وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر، والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لأنه هو المعتاد، وما قضت به العادة أرجح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضاً فيها، إذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ. فإن قيل: هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر. قلنا: الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة، وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر أنها في العدة ولأن فيه إنشاء نكاح وإبقاء الأول أسهل وأخف قوله: **(والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين)** لأنه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب

وذلك لا يجوز فجعلناه منه، وأما المهر ذكره في الكتاب وهو واضح، وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر، أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول. وقوله: **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية)** ظاهر. وقوله: **(ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك)** قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعاً لأن الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة فتثبت به المرجعة. وأجيب بأن في حمل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعاً لها بدون الإشهاد

الطهر **(وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة)** وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مرجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك **(وإن جاءت به لأكثر**

(وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام. قيل إن هذه الرواية مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوي والأقطع، والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب أيضاً وهي قوله: وأكثر مدة الحمل سنتان فإن فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى إنهم أثبتو النسب إذا جاءت به لتمام سنتين، وإن لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات، فأما قوله إن لفظ الحديث إلى آخره فليس بصحيح[1] لأن حاصله أنه لا يمكث الولد في البطن أكثر من سنتين، وهذا لا يقتضي أنها إذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا إذا كان العلوق حال قيام الفراش. والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من أنه يجعل العلوق في حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش قوله: **(إلا أن يدعيه)** استثناء من قوله: لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق: أي لم يثبت في حال من الأحوال إلا في الحال التي هي دعواه لأنه التزمه، وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة في العدة، وهل يشترط تصديق المرأة؟ فيه روايتان. والأوجه أنه لا يشترط لأنه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض، ولهذا لم يذكر الاشتراط في رواية الإمام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل، وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها. واعترض بأن هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من أن النسب لا يثبت من المبانة بالوطء في العدة، ونص في التبيين أن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل، وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود. وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثاً والمطلقة على مال، وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض، وليس بشيء لأن المراد من المذكور هناك إذا لم يدع شبهة، والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة، والمعتدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الأجنبية بالكلية، والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلاً بأن يقال: ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل، لأن المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب إذا وطىء المطلقة ثلاثاً والبائنة بالطلاق على مال، فجعل هذا حكم وطء المطلقة ثلاثاً إذا جاءت به مطلقاً فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه إلا إذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل، والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه، غير أن توجيه ذلك إمكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه أنه لا يشترط غير دعواه لأنه لم يشترط في الكتاب سواه، ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل، ثم إذا لم يثبت نسبه فيما إذا جاءت به لأكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند

بالفعل، وأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحاله، وفيه نظر لأنه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعاً بالشك، وإنما يجب أن يقول لا يصير مراجعاً لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق. وقوله: **(لأن العلوق بعد الطلاق)** إذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، والظاهر أنه منه وإلا لزم الزنا، وهو منتف حملاً لحالها على الصلاح. قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز أنها تزوّجت بعد انقضاء العدة زوجاً آخر. لا يقال الفرض إذا لم تتزوّج. لأنا نقول: الفرض أنه لم يطأها في العدة، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكليف. وأجيب بأنه نعم كذلك إلا أن الحكم بإبقاء نكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر فيجب القول به. قال في النهاية: وإلى هذا أشار فخر الإسلام في

قوله: **(وفيه نظر لأنه لا يصح إلخ)** أقول: الظاهر أن حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى الإحالة إلى أقرب الأوقات وأبعدها فأورث التردد والشك، فإن الإشهاد في المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر، وليس من السنين التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الإحالة إلى الأبعد فليتأمل قوله: **(لأنا نقول: الفرض أنه لم يطأها في العدة ما إذ لو وطئها لثبتت الرجعة إلخ)** أقول: الازدواج لا يكون إلا بشهود فيكون أمره معلوماً مشهوراً، بخلاف الوطء لأنه لا يخفى ويسر فلا يعلم إلا بدليله فليتأمل.

---

(١) أشار المصنف لما ورد عن عائشة موقوفاً: لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين وسيأتي في ١/٣٦٢.

من سنتين كانت رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق، والظاهر أنه منه لانتقاء الزنا فيصير بالوطء مراجعاً **(والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين)** لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطاً، فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام. قال: **(إلا أن يدعيه)** لأنه التزمه. وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة **(فإن كانت**

أبي حنيفة ومحمد، وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر. وقال أبو يوسف: لا تنقضي إلا بوضع الحمل وقد ذكرناه، ولا يلزمها رد شيء. لهما أن الولد من غيره، والظاهر أنه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا العدة في ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالاً تستحقه لأنها منقضية العدة فترده. وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة. ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتباره بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع. وعند محمد لا يثبت لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول لأنهما توءمان. قيل هو الصواب. وليس ولد الجارية نظيره لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه، بخلاف الولد الثاني في المبتوتة. ولو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقيه لأكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل والباقي لأكثر، ذكره محمد. وفي شرح التكملة: تزوّج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر، ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لأنه ولد النكاح في الأول، وفي الثاني يضاف إلى ملك اليمين لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوة، ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية، وإن طلقها ثنتين ثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح، ولا يخفى أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وأن لا يتصور وطؤها بملك اليمين. واعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور: أن يكون هناك إما شهادة بالولادة، أو اعتراف من الزوج بالحبل، أو حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب قوله: **(فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها إلخ)** قيل: هو مستدرك لأن الحبل دليل أنه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء، لأنه إن كان باعتبار أن الحبل يكون بلا جماع فلا شك أنه لا يكون إلا بالبلوغ، وبعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع. وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت فإما قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت لأن الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق. وإن طلقها بعد الدخول، فأما إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر، فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه، وإن جاءت به لستة أشهر أو

مبسوطه، وفيه نظر لأنه غير دافع بل هو التزام للسؤال. والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد، فإن الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال، لأنا إذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعاً فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه. قال: **(والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه)** إذا ولدت المبتوتة لأقل من سنتين يثبت نسب ولدها لاحتمال أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطاً، وإن ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل **(فلا يكون منه لأن وطأها حرام)** وقوله: **(إلا أن يدعيه)** استثناء من قوله لم يثبت: يعني أنه إن ادعاه يثبت النسب منه وإن جاءت به لأكثر من سنتين، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه

قوله: **(وفيه نظر إلى قوله بل هو التزام للسؤال)** أقول: لأن تمام الدليل احتاج إلى مقدمة أجنبية قال المصنف: **(لأن وطأها حرام)** أقول: والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام.

المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يثبت النسب منه إلى سنتين) لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملاً ولم تقرّ بانقضاء

أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها، وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها ليتيقن بكذبها، وإن لم تقرّ بانقضائها ولم تدع حبلاً فعند أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبة وإلا فلا، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين في الطلاق البائن، وإلى سبعة وعشرين شهراً في الرجعي لاحتمال أنه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلقت سنتين، وإن كانت ادعت حبلاً فهي كالكبيرة من حيث أنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقاً، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر. وجه قول أبي يوسف أنها يحتمل كونها حاملاً لفرض أنها في سن يجوز فيه بلوغها لأنه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فيثبت نسب ما تأتي به إلى سنتين. واعلم أن قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من أنها إذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول: إلى أقل من سنتين هنا. وجه قولهما: وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة، بخلاف إقرارها، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها، ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا، فلزم أن لا يثبت حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر، أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لأن بإقرارها بالحبل حكم ببلوغها قوله: **(وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه)** ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما في الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر، فإذا لم تقرّ قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها، فإذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يتبت نسبة، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف ويمنع تعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين، وبخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل قوله: **(وإذا اعترفت)** ظاهر وتقدمت غير مرة، وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار، وإن كانت المدة تحتمل كون

روايتان. وقوله: **(لأنه التزمه)** أي التزم النسب عند دعواه **(وله وجه شرعي بأن وطئها بشبهة في العدة)** والنسب يحتاط في إثباته فيثبت **(فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: يثبت منه النسب إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملاً ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة)** وبيان الاحتمال ما قيل إن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملاً وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين، وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب **(ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الأشهر)** لأنا عرفناها صغيرة بيقين، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرّت به أو لم تقرّ **(وهو)** أي حكم الشرع في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله، فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم

قال المصنف: **(فإن كانت المبتوتة صغيرة)** أقول: وفي البت لأقل منهما وإلا لا لحدوثه إلا بادعائه حملاً على وطئه في العدة إلا في المطلقة ثلاثاً والمختلعة إذ لا شبهة في المحل، كذا في لطائف الإشارة لابن قاضي سماوة تأمل في هذه العبارة فإنها غير ما ذكره المصنف قوله: **(وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت إلخ)** أقول: فيه شيء، بل الظاهر أن يقول إنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف: **(ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة)** أقول: بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما سيجيء.

العدة فأشبهت الكبيرة. ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف، والإقرار يحتمله وإن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما، وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي لأكثر مدة الحمل وهو سنتان، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء، لأن بإقرارها يحكم ببلوغها **(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين)** وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدّة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرّت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها

الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعاً في إخبارهن عن عدتهن، فإذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعاً.

وقوله: وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة، ومما يشمل أيضاً الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الإقراء يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة، فإن أقرت بانقضائها مفسراً بثلاثة أشهر أو مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا، لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس. هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيخان أن الآيسة تعتد بالأشهر، وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر، وكذا نقل عن المرغيناني قوله: **(وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان)** أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهراً فيثبت النسب بلا شهادة، وإطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي، وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائناً فقال: لو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً أو تطليقاً بائناً ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة: ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان، ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال: شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره. واتفقوا على قيد إنكار الزوج، وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة، فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك، ويشترط لفظ الشهادة

يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع بالمضي. واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضائها عدتها جهة متعينة، وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهراً، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك. والجواب سيأتي عند قوله إلا أنا نقول: لانقضاء عدتها جهة أخرى **(وإن كانت)** الصغيرة **(مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد: يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر ثبت النسب وإلا فلا **(وعند أبي يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة وهي: ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها في الكبيرة سواء)** لأنها أعرف بأمر عدتها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي. وقوله: **(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها)** ظاهر. وقوله: **(إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى)** حاصلة أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل، ولكن الأصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه أيضاً، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالأشهر، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر. لا يقال: الأصل في الكبيرة أيضاً عدم الإحبال. لأنا نقول ذلك في حق غير المنكوحة، فأما النكاح فلا يعقد إلا بالإحبال. وقوله: **(وفيه)** أي البلوغ **(شك)** والصغر كان ثابتاً بيقين فلا يزول بالشك **(وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد)** ظاهر. وقوله: **(وهذا**

عدم الحمل ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك **(وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه)** لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار **(وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت)** لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده، وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة **(وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة)** لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو

على قولهما: عند مشايخ خراسان لأنها موجبة حقاً على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياساً على العدد. وقوله في جميع ذلك: أي فيما إذا كان حبل ظاهر أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما؟ قيل نعم، ولا يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان. وفي جامع قاضيخان: وعلى هذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضي بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح، وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش. وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة، ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما: قال أحمد. وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول. وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان. وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة **(وهو)** أي الفراش **(ملزم للنسب)** فيما تأتي به كما قبل الطلاق **(والحاجة إلى)** شهادة المرأة **(لتعيين الولد)** فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش **(وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل)** فصارت أجنبية، والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيداً للحجة الضعيفة: أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات

(اللفظ) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة **(بإطلاقه)** حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى **(يتناول كل معتدة)** يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض. قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة، وهذا مخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير أن الآيسة إذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا. قال: **(وإذا ولدت المعتدة ولدا)** إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة، وقالا: يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة **(وهو)** أي قيام الفراش **(ملزم للنسب)** فلا حاجة إلى إثباته(و) إنما **(الحاجة إلى تعيين الولد)** وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو إقرار الزوج، ولأبي حنيفة القول بالموجب: يعني سلمنا أن الفراش يكون قائماً بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة **(لأنها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان النكاح قائماً أو الحبل ظاهراً أو الاعتراف به من الزوج صادراً لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة)** فلا يحتاج إلى إثباته، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك **(يثبت بشهادتها)** قيل لا يحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال؟ وأجيب بأن النظر لا يلزم، بل إذا دخلت بيتاً بين الشهود وهم يعلمون أن

قوله: **(وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه إلخ)** أقول: وكذا معتدة الوفاة. ثم إن إنكار الورثة كإنكار الزوج.

قوله: **(لأن النسب إذ ذاك ثابت)** أقول: هذا قاصر، والأولى أن يضم إلى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح قوله: **(أي أقر به جميع الورثة، أو جماعة منهم يقطع الحكم إلخ)** أقول: الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد، فإنه إذا كان المصدق رجلاً واحداً أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الأرث وموضع التقييد يجيء في كلام المصنف قال المصنف: **(فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة)** أقول: أي أقربها ويشهد لذلك قول المصنف بإقرارهم قال المصنف: **(فهو ابنه إلخ)** أقول: الظاهر أنه ولده.

ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح. ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب إبتداء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها **(فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعاً)** وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم، أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم. قالوا: إذا كانوا

النسب ابتداء، وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعاً، بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهراً قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائماً وقت دعواها الولادة، لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن، وقيام الحمل ظاهراً أو اعترافاً، وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به، وقولهما: لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتاً يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقاً، وبهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل. والحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكون للإثبات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه. ولهما فيه قوله ﷺ «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»[1] فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس. وأما الوجه الذي ذكراه فتمامه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث، والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلاً: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن[2]. وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلاك وامرأتان فيما سوى ذلك، وهذا حجة لأنه مرسل. وانما قلنا إنه مرسل لأن قول الراوي: مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابياً وهو هنا ليس صحابياً، وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة[3]، وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمٰن المدايني فقد تظافرا وقوي ما هو حجة به، ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعاً، وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فقبل تصديقهم فيه، أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة. قالوا: إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكوراً أو ذكوراً مع إناث

ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة، وإذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدّقها أي أقرّ به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم **(فهو ابنه في قولهم جميعاً)** وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فقبل فيه تصديقهم **(أما في حق النسب)** بالنسبة إلى غيرهم **(فهل يثبت أو لا؟ قالوا: إذا كانوا من أهل الشهادة)** كما ذكرنا وهم عدول **(يثبت لقيام الحجة)** ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لإقرارهم، وما يثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٤: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٨٠: لم أجده.

(٢) هذا الأثر. رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفهما عن الزهري كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٤ وإسناده صحيح إلى الزهري.
وأخرجهما البيهقي ١٠/ ١٥٠ بسند جيد عن الشعبي قال: كان شُريح يجيز شهادة النسوة على الاستهلال وما لا ينظر إليه الرجال قال البيهقي عقبه: وهذا قول الكافة.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٣ والبيهقي ١٠/ ١٥١ كلاهما من حديث حذيفة وقال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمعه من الأعمش وبينهما رجل مجهول وهو المدائني. وكذا نقله البيهقي عن الدارقطني.

من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة، وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم، وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط **(وإذا تزوّج الرجل إمرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه)** لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه **(وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت)** لأن الفراش قائم والمدة تامة **(فإن جحد الولادة يثبت بشهادة إمرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن)** لأن النسب يثبت بالفراش القائم، واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه **(فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو إبنه)** لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الإستحلاف وهو على

وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرّبون منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه، وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة: أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة. وقيل: لا يشترط هو الصحيح، لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم،·ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة، وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرّين منهم، والله أعلم قوله: **(وإذا تزوّج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوّجها لم يثبت نسبه)** لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح، وإن جاءت به لأكثر منها ثبت، ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت، وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوّجها واطئاً لها فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته، وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق. وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح، إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من الزنا أو من زوج فتزوّجت وهي في العدة، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبه فساد إليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوّجت بزوج آخر فعلقت منه. وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلاً لأن معنى السؤال وجد المقتضى وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا، وأنت علمت أن الوجه أن ثبوت النسب فيه لوجود المقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط قوله: **(فإن جحد الولادة)** يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقاً، أما عندهما فظاهر، وعنده لتأيدها بقيام الفراش، حتى لو نفاه بعد شهادتها لا عن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام

في حق الإقامة قوله: **(وإذا تزوّج الرجل امرأة)** ظاهر. قوله: **(واللعان إنما يجب بالقذف)** جواب عما يقال اللعان ههنا إنما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتاً بشهادة القابلة، وهو لا يجوز لأن اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء. ووجهه أن اللعان يجب بالقذف والقذف موجود، لأن قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى، والقذف

قال المصنف: **(واللعان إنما يجب بالقذف)** أقول: القذف الثابت في ضمن نفي الولد لا ينفى الولد من حيث هو نفيه قال المصنف: **(فإنه يصح بدونه)** أقول: وإن اتفقَ هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف: **(لأن الظاهر يشهد لها)** أقول: وإنما لم يقل لأنها تدعي صحة النكاح لأنها إذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح في الصحيح قوله: **(واعترض بوجهين: أحدهما أن المرأة إلخ)** أقول: هذا الاعتراض معارضة، والثاني معارضة أيضاً، ثم قوله إن المرأة تسند العلوق: يعني تسند العلوق من الزوج قوله: **(وأجيب عن الأول بأنه معارض إلخ)** أقول: يعني فبقي دليلنا سالماً عن المعارض قوله: **(ترجع المثبت)** أقول: أي مثبت النسب قوله: **(فإن نكاح الحبلى فاسد)** أقول: إن كان من النكاح فبالإجماع، وإن كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح ففي التأييد ما لا يخفى قوله: **(فإن قيل ويجب إلخ)** أقول: معارضة، وكان الأولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا قوله: **(وإنما دعواها حنثه إلخ)** أقول: هما يقولان أيضاً إنها تدعي الحنث والشاهد يثبته كما يعلم تعليلهما المسألة الثانية، فحينئذ ينبغي أن يقرر كلام الإمام بغير ما قرره الشارح، ولا يحمل كلامه على تعليلين قوله: **(والحنث ليس من ضرورات الولادة)** أقول: مطلقاً أو في هذا اليمين، والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع قوله: **(فلا تظهر في حق الطلاق)** بل تظهر في حق الضمنيات المختصة قوله: **(ولقائل أن يقول كلامنا، إلى قوله: الشيء إذا ثبت**

الإختلاف **(وإن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق)** لأن شهادتها حجة في ذلك. قال عليه الصلاة والسلام «شهادة النساء» جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها **(وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة)** لأنه لا بد من حجة لدعواها

الحد، والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا، وأيضاً يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان، بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلاً فضلاً عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه، وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي قوله: **(وإن ولدت ثم اختلفا، فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها)** لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته، وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات، لأنه إذا تعارض ظاهر أن في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات، مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه تزوّجها حاملاً بثابت النسب ليكون إقراراً بالفساد كما إذا تزوّجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح، ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب، والشرع إذا كذب الإقرار يبطل قوله: **(ولم يذكر)** أي محمد **(الاستحلاف)** أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب قوله: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة)** والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهراً ولا أقر هو به **(لم تطلق عند أبي حنيفة)** ولكن تثبت النسب.

وقالا: تطلق أيضاً لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق، وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق المعلق به، وبهذا التقرير يتبين أن قوله: ولأنها لما قبلت في الولادة إلى آخره

لا يستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف مجرداً عنه **(فإن ولدت)** المرأة **(ثم اختلفا فقال الزوج تزوّجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح)** واعترض بوجهين: أحدهما أن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله، والثاني أن الظاهر شاهد له أيضاً لأن النكاح حادث والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات. وأجيب عن الأول بأنه معارض بأن الزوج يدعي إسناد العلوق إلى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها، وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في إثباته، فإذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فإن نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام؟ ينبغي أن لا تحرم. فإن قيل: يجب أن تحرم لأن هذا إقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما إذا ادعى أنه تزوّجها بغير شهود. أجيب بالفرق بينهما من وجهين: أحدهما أن النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا. والثاني أنه وإن أقرّ بالحرمة إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل. وقوله: **(ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف)** يعني الاختلاف المذكور في الأشياء الستة. وقوله: **(وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق)**

ثبت بجميع لوازمه) أقول: للشرع ولاية قد يثبت أمراً في حق بعض الأشياء ولا يثبتها في حق بعضها، وله نظائر لا تحصى قوله: **(فتلمح منه جواب الاعتراض هناك)** أقول: أشار إلى ما تقدم ثمانية أسطر تخميناً وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق.

الحنث، وشهادتها حجة فيه على ما بينا. وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة، ولأنه أقرّ بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة قال **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل **(وأقله ستة أشهر)** لقوله تعالى: **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** ثم قال **﴿وفصاله في**

ليس وجهاً آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال: إن كان بأمتي هذه حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة، وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجة بولد فقال: ليس مني ولا أدري أولدته أم لا؟ فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبداً أو حراً محدوداً فيحد للقذف. ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة. وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد، ولأنه حكمه اللازم شرعاً، أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم. وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكماً مختصاً به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحماً فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح، وكقوله: إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت: حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان. ويمكن جعل هذا إشكالاً على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازماً شرعياً لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها: لازمه الشرعي ولازمه الجعلي المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق، ولو كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة، وعندهما يشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه **(وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة)** للعلم بأن الحبلى تلد بعده، ولأنه أقرّ بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقرّ بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة، كما إذا علق بحيضها فقالت: حضت، فإذا ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاماً لتصديقها عند إخبارها به واعترافاً بأنها مؤتمنة فيه، وإن يكن كذلك وهو التعليق قبل الاعتراف بحبلها سابقاً ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة قوله: **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** وعند الشافعي ومالك أربع سنين، وعن الليث ثلاث سنين، وعن الزهري سبع سنين. واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك: حدثنا داود بن عبد الرحمٰن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين

ظاهر. وقوله: **(فيما يبتني عليها وهو الطلاق)** يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمناً وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً ولأبي حنيفة أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها، وإنما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت إلا بحجة كاملة. سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لا يمكن إثباتها بشهادتها ضمناً لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها. ولقائل أن يقول: كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله: **(وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل)** يعني إذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهراً ثم علق الطلاق. لهما أنها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الأولى **(وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه الحبل وهو الولادة)** ولأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة، وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط إنما يستلزم وجود الجزاء عنده إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلاً على الجزاء عند انفراده عن الشرط، والإقرار كذلك، بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الأولى

عامين﴾ فبقى للحمل ستة أشهر. والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين، والحجة عليه ما رويناه، والظاهر أنها قالته سماعاً إذ العقل لا يهتدي إليه **(ومن تزوّج أمة فطلقها ثم اشتراها، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم**

قدر ما يتحول ظل عمود المغزل[١]، وفي لفظ قالت: لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث. وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس أفي حديث عن عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل، فقال: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين[٢]. ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعاً، وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبها إلى مالك والمرأة يحتمل خطؤها، فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد، وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملاً فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت، ووجود الحركة مثلاً في البطن لو وجد ليس قاطعاً في الحمل لجواز كونه غير الولد، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئاً فشيئاً إلى أن انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة. وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات. وما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملاً فهمّ برجمها، فقال له معاذ إن كان عليها سبيل لك على ما في بطنها، فتركها حتى ولدت ولداً قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه، فلما رآه الرجل قال: ولدي وربّ الكعبة[٣]، فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه قوله: **(وأقله ستة أشهر)** ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** [الأحقاف: ١٥] مع تفسير الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر. وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة. قلنا: قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعله رجع إلى الصحيح. وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباسٍ رضي الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه. وهو ما روى أن رجلاً تزوّج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما: أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** [لقمان: ١٤] وقال **﴿وفصاله في عامين﴾** [الأحقاف: ١٥] فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ

فتلمح منه جواب الاعتراض هناك. قال: **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل: أي بقدر ظل مغزل حال الدوران، والغرض تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال. ورواية المبسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب. ولو بفلكة مغزل: أي ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الأخرى، والظاهر أن عائشة قالته سماعاً لأن العقل لا يهتدي إلى معرفة المقادير، وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماماً بذكره لكونه مختلفاً فيه **(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** ثم قال **﴿وفصاله في عامين﴾ فيقي للحمل ستة أشهر)** وهذا تأويل أخرجه ابن عباس، ذكره في المبسوط فقال روي أن رجلاً تزوّج امرأة فولدت ولداً لستة أشهر، فهمّ عثمان برجمها فقال ابن عباس: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** وقال تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** فإذا ذهب للفصال عامان لم يبقل للحمل إلا ستة أشهر، فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج. قال صاحب النهاية: وهذا التقرير الذي ذكر هنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما عن عائشة موقوفاً.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما عن عائشة موقوفاً أيضاً.

(٣) موقوف. كذا أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما كلاهما عن أبي سفيان قال: حدثني أشياخ منا قالوا: جاء رجل عمر فذكره.

اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه) لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً،

عثمان رضي الله عنه الحد عنها[1]. فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعاً، وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا لحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف قوله: **(ومن تزوّج أمة فطلقها)** أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقرّ بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه: أي ثبت نسبه منه، ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه، وقيدنا ببعد الدخول وواحدة، لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف قوله: **(وإلا)** أي وإن لم تجيء به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه قوله: **(لأنه في وجه الأول)** وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقاً على الشراء، وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة. وفي الوجه الثاني وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة، هذا لأن الطلاق إذا كان واحدة حلّ له وطؤها بعد الشراء إذ لا يظهر عدتها في حقه لأنها معتدته، والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات لأن فيما زاد عليه شكاً وأقرب الأوقات ستة أشهر، واعتبارها في الأول يوجب أنه ولد المعتدة. وفي الوجه الثاني يوجب أنه ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة. بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لأن به تحرم الأمة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لأن حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الأوقات لأنه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الأوقات وهو ما قبل الطلاق حملاً لأمرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة، ثم إذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وإن جاءت به لعشر سنين

الرضاع من هذا الكتاب، لأنه جعل هناك ثلاثين شهراً مدة لكل واحد من الحمل والفصال، ثم أظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعاً ثم أصاب منهما الفصال عامان بقوله تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** ومن ضرورته أن يبقى للحمل ستة أشهر. وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى، وجاز أن تكون الآية نظراً إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل. وقال الشافعي: **(يقدر الأكثر بأربع سنين)** واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقي في بطن أمه أربع سنين، وكذلك هرم بن حيان فسمي هرماً لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكاً لأنه ضحك حين ولد وغيرهم **(والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها، والظاهر أنها قالته سماعاً إذ العقل لا يهتدي إليه)** أي إلى مقدار مدة ما في الرحم. وقوله: **(ومن تزوّج أمة فطلقها)** يعني بعد الدخول **(ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا فلا لأنه في الوجه الأول)** يعني إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر **(ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء)** لأنها ولدت لأقل من ستة

قوله: **(إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى)** أقول: يعني قوله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** قوله: **(وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى)** أقول: يعني قوله تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** قوله: **(وجاز أن تكون الآية نظراً إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل)** أقول: تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة، فإنه جعل هنا كون المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمراً مقرراً، ثم عمد إلى الآية الأخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل، ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان في إطلاق واحد كما لا يخفى قال المصنف: **(ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من**

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٢ عن مالك أنه بلغه أن عثمان فذكره ولكن فيه أن الذي أنكر على عثمان هو عليّ.

وقال ابن التركماني: ذكره أبو عمر في الاستذكار من وجهين أحدهما: أن ابن عباس أنكره على عثمان.

أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله، لأنها لا تحل بالشراء **(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم**

بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء، وإن كانت بائناً ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء. واعلم أن ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق، يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتاً. ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب إلا أن يدعيه الزوج، لأن النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلا بدعوة والعتق ما زادها إلا بعداً منه، وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لأنه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت، وحكم معتدة عن بائن لم تقرّ بانقضاء عدتها ذلك. ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وإن كان لأكثر من سنتين من العقد، وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ باعها؛ فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وإن ادّعاه إلا بتصديق المشتري لما مر أن النكاح بطل؛ وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة لأن العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا. ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام وهو باعتباره لا لعان لكن العلوق حادث، والأصل في الحوادث ما قلنا. وكذا حرّ تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق فنفاه الزوج لاعن وإن

أشهر من وقت الشراء، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكماً **(وفي الوجه الثاني)** يعني ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء **(ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات)** وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوة. قال المصنف: **(هذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء)** لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين، وإذا لم تحل لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها حملاً لأمور المسلمين على الصلاح، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق، وأما إذا كان الطلاق واحداً فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات، فحينئذ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه بغير دعوة. فإن قيل: وجب أن تنكشف الحرمة بملك اليمين وإن كانت الحرمة غليظة تمسكاً بقوله تعالى **﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾** أجيب بأنه وجب أن لا تنكشف تمسكاً بقوله تعالى **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** والطلقة الثانية في الإماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أقوى **(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده)** لأن سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعياً هذا الولد بخلاف الأول فإنا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى. وقوله: **(ومن قال لغلام هو ابني)** واضح. واعترض بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضاً لأن هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو

ستة أشهر منذ يوم إلخ) أقول: لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف: **(أما إذا كان ثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق)** أقول: قال الإتقاني فيه إيهام لأنه ربما يظن ظان أن الطلاق إذا كان واحداً بائناً لا يثبت النسب فيه إلى سنتين، وليس كذلك لأن النسب في البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع اهـ. ولا يخفى عليك أن المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء، فإنه إذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له، وإن جاءت لتمامها لا يحكم وإن مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر. وأما إذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضي المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فإن ذلك يفهم من كلام المصنف.

ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع **(ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه)** وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين، فلم يكن قوله إقرار بالنكاح. وجه الاستحسان أن المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة **(ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها)** لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق في استحقاق الميراث، والله أعلم.

احتمل العلوق قبل الإعتاق. فإن قيل: ما ذكرتم ينتقض بمسائل: إحداها ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه فالإيجاب على إبهامه ولا تتعين ضرّتها للطلاق ذكره في الزيادات. وثانيتها ما لو قال لها إذا حبلت فأنت طالق فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل. وثالثتها المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعاً، ولو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام: أعني البيان والطلاق والرجعة. قلنا: الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتاً بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى، أما إذا تضمنت فلا، فمتى عوّلت على ما قلنا ثم استقربت المسائل وجدت الأمر عليه، ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتاً بيقين بلا يقين، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدالّ على استكراه الرجعة بغير القول: قوله: **(فهي أم ولده)** بالإجماع لأن سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة، والحاجة إلى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالإجماع: أي باتفاق أصحابنا، هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعياً هذا الولد بخلاف الأول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى قوله: **(يرثانه إلخ)** فإن قيل: ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الإرث. قلنا: النكاح غير متنوع إلى ما هو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه، وإذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي وإن لم يكن لازماً بخلاف نكاح الأمة والكتابية قوله: **(وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيما إذا كانت معروفة بحرية الأصل وأنها أم الولد)** وإذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفاً لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله قوله: **(فلا ميراث لها)** قال التمرتاشي: ولكن لها مهر المثل لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم قوله: **(لا في استحقاق الإرث)** فلا يقضي به كالمفقود يجعل حياً في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد.

تصحيح النسب دون استحقاق الإرث. وأجيب بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح ليس بسبب له، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي تنفك عنه شرعاً، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض. ورد بأنا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لأن المقتضي إنما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة، والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة، وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان، فإنه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن أن تكون أم ولد، وقال: والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعاً وعادة، وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر.

قوله: **(ورد بأنا لا نسلم إلخ)** صاحب الرد هو الإتقاني.

باب الولد من أحق به

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد) لما روي «أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه الصلاة والسلام: أنت أحق به ما لم تتزوّجي» ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر، وإليه أشار الصديق بقوله: ريقها خير له

باب الولد من أحق به

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد قوله: **(وإذا وقعت الفرقة إلخ)** هو على الإطلاق في غير ما إذا وقعت بردتها لحقت أولاً لأنها تحبس وتجبر على الإسلام، فإن تابت فهي أحق به وما إذا لم تكن أهلاً للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوّجة بغير محرم، وما إذا كان الأب معسراً وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح قوله: **(فالأم أحق بالولد)** بالإجماع وإن كانت كتابية أو مجوسية لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين قوله: **(لما روي أن امرأة)** في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو **«أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي»**[1] رواه الحاكم وصححه، وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، فإذا أراد بجده محمداً كان مرسلاً، وإذا أراد به عبد الله كان متصلاً، فما لم ينص عليه يصير محتملاً للإرسال والاتصال، وهنا نص على جده عبد الله. وحجر الإنسان بالفتح والكسر، والحواء بالكسر: بيت من الوبر والجمع الأحوية قوله: **(ولأن الأم أشفق عليه)** إبداء لحكمة خصوص هذا الشرع، وإنما كانت أشفق عليه لأنه كان جزءاً لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه، والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها. وقوله: وإليه أشار الصديق إلخ يشير إلى ما في موطإ مالك: حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصماً، ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوماً إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدّة الغلام فنازعته إياه، فأقبلا حتى أتيا أبا بكر، فقال عمر: هذا ابني، وقالت المرأة ابني، فقال أبو بكر: خلّ بينه وبينها، فما

باب الولد من أحق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج إلى بيان **(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه «أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تتزوّجي» ولأن الأم أشفق)** عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص **(وأقدر على الحضانة)** بلزومها البيت فكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها وإليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه. روي أن عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها، فقال له أبو بكر: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر، قاله والصحابة حاضرون متوافرون **(ولم ينكر أحد) (والنفقة**

باب الولد من أحق به

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٧٦ والبيهقي ٨/ ٤، ٥ والحاكم ٢/ ٢٠٧ وأحمد ٢/ ١٨٢ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. والمعروف أن سلسلة عمرو بن شعيب عن آبائه من نوع الحسن قبلها كبار الحفاظ.

من شهد وعسل عندك يا عمر، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون **(والنفقة على**

راجعه عمر الكلام[(١)]. وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي، وزاد: ثم قال أبو بكر: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا توله والدة عن ولدها»[(٢)] وفي مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فتزوّجت فجاء عمر فأخذ ابنه، فأدركته شموس أم ابنة عاصم الأنصارية وهي أم جميلة فأخذته فترافعا إلى أبي بكر فقال: خل بينها وبين ابنها فأخذته[(٣)] ولابن أبي شيبة أيضاً عن عمر أنه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه[(٤)] قوله: **(والنفقة على الأب على ما نذكر)** أي في باب النفقة، وهذا إن كان حياً، فإن كان ميتاً فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث قوله: **(ولا تجبر)** يعني إذا طلبت الأم فهي أحق به وإن أبت لا تجبر على الحضانة، وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك. وفي رواية أخرى وهو قول: ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر. واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لأن ذلك حق الولد، قال تعالى **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** [البقرة: ٢٣٣] والمراد الأمر وهو الوجوب، والمشهور عن مالك: لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالإرضاع، وتجبر التي هي ممن ترضع، وإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف. ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع. ولنا قوله تعالى **﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾** [الطلاق: ٦] وإذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه، لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد: لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجاً هذا لفظه، فأفاد أن قول الفقيهين: جواب الرواية، وأما قوله تعالى **﴿فسترضع له أخرى﴾** فليس الكلام في الإرضاع بل في الحضانة. قال في التحفة: ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لا يجب عليها إرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة، ونفقة الولد على الوالد إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر قوله: **(فإن لم تكن)** أي لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوّجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد وإن علت. وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بأن أم الأم تدلي بالأم وهي المقدمة على الأب، فمن يدلي بها ولاداً أحق ممن يدلي به، فإن لم تكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت. وعند زفر الأخت الشقيقة أو الخالة أولى منها. وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لما في الصحيحين «أن علياً وجعفراً الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال عليّ: أنا أحق بها هي ابنة عمي، وقال زيد: بنت أخي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها تحتي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم، وقال لعليّ: أنت مني وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خلقي وخلقي، وقال لزيد: أنت أخونا ومولانا» ورواه أبو داود وقال فيه «إنما الخالة أم»[(٥)] ورواه إسحاق بن

على الأب) على ما سيجيء قوله: **(ولا تجبر الأم عليه)** أي على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه **(فإن لم تكن له أم)** بأن

قوله: **(إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه)** أقول: وفيه أن غير ذي الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبياً وجوابه لا يخفى.

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٧٦٧ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٥ عن القاسم بن محمد، وفيه إرسال لأن القاسم لم يدرك عمر.
(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٨/ ٥ من طريق ابن لهيعة عن زيد بن اسحق الأنصاري وإسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة.
(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٦ عن القاسم أن عمر فذكره.
(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٦
(٥) صحيح. تقدم في أوائل فصل بيان المحرومات مستوفياً رواه البخاري ومسلم وغيرهما، وله قصة.

الأب) على ما نذكر **(ولا تجبر الأم عليه)** لأنها عست تعجز عن الحضانة **(فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت)** لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات **(فإن لم تكن أم الأم فأم الأب أولى من الأخوات)** لأنها من الأمهات، ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد **(فإن لم تكن له جدّة فالأخوات أولى من العمات والخالات)** لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث. وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه الصلاة والسلام «الخالة والدة» وقيل في قوله تعالى: **﴿ورفع أبويه على العرش﴾** أنها كانت خالته **(وتقدم الأخت لأب وأم)** لأنها أشفق **(ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب)** لأن الحق لهن من قبل الأم **(ثم الخالات أولى من العمات)** ترجيحاً لقرابة الأم **(وينزلن كما نزلنا الأخوات)** معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم **(ثم العمات ينزلن**

راهويه وقال بعد قوله «وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة» قلنا: هذا كله تشبيه، فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره، إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عنيناه بلا معارض وهو أن الجدّة أم ولهذا تحرر ميراث الأم من السدس، وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على الأخوات والخالات، فإن لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الأجداد والجدّات والشقيقة أولى من غيرها، والتي لأم أولى من الأخت لأب وبعد الأخت لأب الخالة. وفي رواية كتاب الطلاق: الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب. وفي رواية كتاب النكاح: الأخت لأب أولى من الخالة اعتباراً لقرب القرابة وتقديم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد مرتبتهما قرباً، فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة، ثم إلى بنت الأخت لأم، ثم إلى بنت الأخت لأب، ثم إلى الخالة الشقيقة، ثم إلى الخالة لأم ثم لأب، ثم العمّات على هذا الترتيب، ثم إلى خالة الأم لأب وأم، ثم لأم ثم لأب، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب، وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا، ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب. وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات، وأن الأخت لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلى إلى من له حق الحضانة، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية قوله: **(لما روينا)** وهو قوله ﷺ «ما لم تتزوّجي»[1] والنزر

ماتت أو تزوّجت بأجنبي فإنها كالمعدومة حينئذ **(فأم الأم وإن بعدت)** لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرن من وفور شفقتهن، فمن كانت تدلى إليه بأم فهي أولى ممن تدلى بأب، ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل: كل شيء يحب ولده حتى الحباري، فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة **(ولهذا)** أي ولكون الجدة من الأمهات **(تحرز ميراث الأمهات السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد)** أي لأجل الولاد **(فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمنّ في الميراث)** وهذه رواية كتاب النكاح اعتباراً بقرب القرابة والأخت أقرب لأنها ولد الأب والخالة ولد الجد. وقال في كتاب الطلاق: والخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بالمدلى به، فإن الخالة تدلى بالأم وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ «الخالة والدة» وقد قيل في تفسير قوله تعالى **﴿ورفع أبويه على العرش﴾** أنها كانت خالته وقوله: **(وتقدم الأخت لأب وأم)** ظاهر، ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة. قال في النهاية: ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق، ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم في العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها، كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان، وفيه نظر لأن قرابة

قوله: **(فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار)** أقول: يعني المار بأسطر وهو قوله فإن لم تكن له أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي إلخ.

---

(١) تقدم في أول هذا الباب وإسناده حسن.

كذلك، وكل من تزوجّت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً وينظر إليه شزراً فلا نظر. قال: **(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد)** لأنه قام مقام أبيه فينظر له **(وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه)** لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة **(ومن سقط حقها بالتزوّج يعود إذا ارتفعت الزوجية)** لأن المانع قد زال **(فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيباً)** لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة **(والأم**

القليل والشزر نظر البغض. ولو ادعى الأب أن الأم تزوّجت وأنكرت فالقول لها، ولو أقرت بالتزوّج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها، فإن لم تعين الزوج فالقول لها، وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقرّبه الزوج قوله: **(فاختصم)** المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال، وأولاهم أقربهم تعصيباً لأن الولاية عليه بالقرب، ولذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيباً، وقد عرف في موضعه: أي في الفرائض، وأولى العصبات الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وكذا كل من سفل من أولادهم، ثم العم شقيق لأب، ثم الأب. فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، ولا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام، وإذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، ثم لأب ثم لأم، لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح. ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات، ولا تدفع الأنثى إليه. ولو كان في المحارم من الأخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك، الكل من الكافي. وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى، فإن تساووا فأسنهم. وفي الفتاوى الصغرى: فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام على الترتيب قوله: **(حتى يأكل إلخ)** الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده. وفي بعض نسخ النوادر: ويستنجي وحده، فضمنه المصنف إلى ما تقدم. وفي نوادر ابن رشيد: ويتوضأ وحده. وذكر شمس الأئمة أنه لا بد من أن يستنجي وحده أنه لا بد منه ليحصل الاستغناء. ثم من المشايخ من قال: المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين، ومنهم من قال: بل من النجاسة، وإلا لم يقدر على تمام الطهار قوله: **(والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين)** وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره، لا ما قيل: إنه يقدر بتسع لأن

الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلاً، بخلاف قرابة الأب في استحقاق الحضانة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم. قال: **(وكل من تزوّجت من هؤلاء سقط حقها)** كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا **سقط** حقها فيها إذا تزوّجت لما روينا من قوله ﷺ «أنت أحق به ما لم تتزوجي» ولأن حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوّج لأن زوج الأم يعطيه نزراً: أي قليلاً، وينظر إليه شزراً: أي نظر المبغض فلا نظر له إذ ذاك **(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قائم مقام أبيه فينظر له، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد)** كالعم إذا تزوّج بأم الولد **(لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة. ومن سقط حقها بالتزوّج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه)** في باب الميراث وولاية الإنكاح، فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم ديناً وورعاً أحق به لأن ضمه إليه أنفع لأنه يتخلق بأخلاقه، فإن تساووا فأكبرهم سناً أحق به لأن حقه أسبق ثبوتاً فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزاً عن الفتنة، كذا روي عن محمد. وذكر التمرتاشي: فإن لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة ثم إلى ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب. وقال محمد: لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه. وقوله: **(والأم والجدة أحق بالغلام)** واضح. وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجى، وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر. وقوله: **(اعتباراً للغالب)** يعني أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع

قوله: **(وإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال)** أقول: يعني فاختصم فيه الرجال.

والجدّة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده. وفي الجامع الصغير: حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء. ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف، والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب **(والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى. وعن محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حدّ الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة (ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية**

الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده، ولو اختلفا فقال: ابن سبع وقالت: ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا قوله: **(وعن محمد رحمه الله أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة)** وهي رواية هشام عنه. وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان. وعن أبي يوسف مثله. واختلف في حد الشهوة ليبني عليها أخذ الأب وثبوت حرمة المصاهرة، قالوا: بنت تسع مشتهاة، وخمس ليست مشتهاة، وست وسبع وثمان إن كانت عبلة مشتهاة وإلا فلا قوله: **(ومن سوى الأم والجدة)** يعني الجدتين من قبل الأم والأب قوله: **(لأنها لا تقدر على استخدامها)** شرعاً، وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب إنما يحصل بالاستخدام **(بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعاً)** ولذا جاز أن تؤاجرها. قال الحاكم الجليل الشهيد: فإن كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحبت في مكان لا يتخوف عليها قوله: **(والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد)** وحال الحرّة فيه أنه إن كان الولد رقيقاً كان مولاه أحق به منها، وإن كان حراً كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق، ومن مولاه إن كان له مولى أعتقه، ومن مولاها إن كان ابنها منه قبل عتقها، ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الأب لأنه مملوكه، وكذا إذا كان الزوج حراً ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهي عن ذلك، ذكره في الكافي. وفي التحفة: المكاتبة إن ولدت قبل الكتابة لا حق لها، وإن ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة قوله: **(ويخاف)** بالرفع استئنافاً. وفي بعض النسخ: أو يخف بالجزم عطفاً على يعقل، وتمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين. ويروى بالنصب أيضاً على معنى إلى أن يخاف مثله في قوله: لألزمنك أو تقضيني حقي، لو كان هذا في أو لا الواو. وقال: الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها، والمشهور عن مالك كقولنا وهو

سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحدهُ. وقوله: **(تحتاج إلى معرفة آداب النساء)** كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها **(والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين)** بالتزويج، وولاية التزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة **(والأب فيه أقوى وأهدى)** لأن للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك. وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقق الحاجة إلى الصيانة، وحدّ الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم، كذا في النهاية. وقال الفقيه أبو الليث: حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين، وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعاً أو ثمان إن كانت عبلة. وقوله: **(ومن سوى الأم والجدة)** يعني إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حداً تشتهي على رواية القدوري، وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها، لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام **(ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعاً. والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق، وليس**

قال المصنف: **(أو يخاف أن يألف الكفر)** أقول: قال ابن الهمام: ويروى بالنصب أيضاً على معنى إلى أن يخاف مثله في قولك لألزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اهـ. والموجود في نسختنا هو أو.

حتى تبلغ حداً تشتهي، وفي الجامع الصغير: حتى تستغني) لأنها لا تقدر على استخدامها، ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعاً. قال: **(والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد)** لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق **(وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما)** عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى **(والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر)** للنظر قبل ذلك

قول ابن القاسم وأبي ثور. وقوله: للنظر قبل ذلك دافع لقولهم. وحاصله أن الأنظر للصغير أن يكون عند الأم لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا قوله: **(ولا خيار للغلام)** يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع مثلاً أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك. وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان. وعند أحمد وإسحاق يخير في سبع، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر فله ذلك، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه هكذا أبداً. قال في المغني: وهذا لم يقل به أحد من السلف، والمعتوه لا يخير ويكون عند الأم قوله: **(لأن النبي ﷺ خير)** أخرج الأربعة عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه»[1]. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. ولأبي داود والنسائي فيه قصة لأبي هريرة قبل أن يروي الحديث حاصلها أنه خير غلاماً في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث، ولفظه «سمعت امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال رسول الله ﷺ: استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال رسول الله ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به»[2] واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر. وأجاب عن الحديث بوجهين: أحدهما أنه ﷺ دعا أن يوفق لاختيار الأنظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي ﷺ الأب هنا والأم هنا ثم خيره وقال: اللهم اهده، فذهب إليه أبيه»[3] وفي لفظ آخر «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم، وقال رافع ابنتي، فأقعد النبي ﷺ الأم

لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى، والذمة أحق بولدها المسلم**) بأن كان زوجها مسلماً **(ما لم يعقل الأديان أو يخاف)** بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفاً على يعقل **(أن يألف الكفر)** لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه **(ولا خيار للغلام والجارية)** يعني بين الأبوين **وقال الشافعي: (لهما ذلك)** إذا بلغ سن التمييز ويسلم إلى من اختاره، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة، وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة **(«لأن النبي ﷺ خير) غلاماً بين الأبوين»** روى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم، وقال رافع ابنتي فقال النبي ﷺ: اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ: اللهم أهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها» **(ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة)** أي الخفض والراحة وكلامه واضح، ولكن قوله: **(أو يحمل على ما إذا كان بالغاً)** فيه نظر، لأن المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغاً؟ والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاماً ولا غيره ليتناول ما روينا، وما روي «أن رسول الله ﷺ خير غلاماً بين الأبوين من غير ذكر ما يدل

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٣٥٧ وابن ماجه ٢٣٥١ كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً هكذا باختصار.
وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ. ومن هذا الوجه أخرجه أحمد ٢/٢٤٦ والبيهقي ٨/٣ وهو حسن كما قال الترمذي وشاهده الآتي.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٢٧٧ والنسائي ٦/١٨٥ والدارمي ٢٢٠٨ والحاكم ٤/٩٧ والبيهقي ٨/٣ كلهم من حديث أبي هريرة.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وقد صححه الترمذي في الذي قبله والإسناد واحد وله طريق آخر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٧/١٣٤من طريق يحيى بن أبي كثير عن أبي ميمونة عن أبي هريرة قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٦٩: فهذا الطريق الثاني أعطى جودة، وصحة للحديث. وقال ابن حجر في التلخيص ٤/١٢: وصححه ابن القطان. وحسنه الترمذي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤٤ والنسائي ٦/١٨٥ وأحمد ٥/٤٤٦ والحاكم ٢/٧٢٠٦، ٢٠٧ والبيهقي ٨/٣، ٤ والدارقطني ٤/٤٣، ٤٤ كلهم من حديث رافع بن سنان، واللفظ لهم دون النسائي.
قال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. ورجاله ثقات لكن في المتن اضطراب كما سيأتي.

واحتمال الضرر بعده **(ولا خيار للغلام والجارية)** وقال الشافعي: لهما الخيار لأن النبي عليه الصلاة والسلام خير. ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا، أما الحديث فقلنا قد قال عليه الصلاة والسلام «اللهم أهده» فوفق لاختياره الأنظر بدعائه عليه الصلاة والسلام، أو يحمل على ما إذا كان بالغاً.

ناحية والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال ﷺ: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها» وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة. وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم ابن علية رضي الله عنه: حدنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة «أن أبوين اختصما في ولد إلى رسول الله ﷺ أحدهما كافر، فخيره النبي ﷺ فتوجه إلى الكافر، فقال: اللهم اهده، فتوجه إلى المسلم فقضى له به»[1] قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين: اختلف في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان. قال: وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جدّه أن أبويه اختصما فيه. رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره، وقال: فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة، ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجدّه لا يعرفون، ولو صحت لا ينبغي أن يجعل خلافاً لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فإنهم ثقات، وهو وأبوه ثقتان وجدّه رافع بن سنان معروف، وأفاد أن المراد بقوله: عن أبيه عن جدّه جد أبيه، قال: فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكيم بن سنان، ونحن نقول: إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له، لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره ﷺ مع دعائه فيجب بعده ﷺ اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا. ثانيهما أنه كان بالغاً بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالباً، ونحن نقول: إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد، اللهم إلا أن يبلغ سفيهاً مفسداً فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتباراً لنفسه بماله، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوّع. أما الجارية فإن بلغت بكراً ضمها إلى نفسه، وإن بلغت ثيباً فلها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها إليه، وكذا الأخ، وللعم الضم إذا لم يكن مفسداً، وإن كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة، ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر[2]، وما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابناً بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهي في الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخيره، يدل عليه ما تقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام. والجواب أن عدم المراجعة ليس دليلاً لأن أبا بكر كان إماماً يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وإن خالف رأي المحكوم عليه، فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله ﷺ مما قدمناه أوّل الباب[3].

على الصغر» فأوّل المصنف رحمه الله الأول بقوله قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام إلخ، والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٦/ ٨٥ وابن ماجه ٢٣٥٢ وأحمد ٥/٤٤٦، ٤٤٧ كلهم من طريق عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبويه اختصما فيه فذكره هذا لفظ ابن ماجه وأحمد أما النسائي، فوقع عنده أن الزوج هو أبو سلمة، وأنه اختصم هو وامرأته في ابن صغير لهما. مع أن كلا الإسنادين من طريق عبد الحميد بن سلمة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٧١ نقلاً عن ابن القطان: عبد الحميد بن سلمة وأبوه وجده لا يعرفون وحديث عبد الحميد بن جعفر المتقدم قبله مقدّم على هذا لأن عبد الحميد بن جعفر، وأبوه ثقتان، وجده رافع بن سنان معروف اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن عبد الحميد بن سلمة: مجهول. فالخبر ضعيف فيه مجاهيل، وقد نقل ابن حجر في التلخيص ٤/ ١١ عن ابن القطان: أن رواية عبد الحميد بن جعفر أرجح، وقال ابن حجر: قال ابن المنذر: لا يثبته أهل النقل، وفي إسناده مقال اهـ. وانظر نصب الراية ٣/ ٢٧٠، ٢٧١.

(٢) هذه الآثار تقدمت في أول هذا الباب.

(٣) وهو حديث «أنت أحق به ما لم تنكحي» وإسناده حسن.

فصل

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب (إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوّجها فيه) لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً، قال عليه الصلاة والسلام: «من تأهل ببلدة

فصل

إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصاً بعد ما خرجت معه، وإن كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج إليها بلدها وقد وقع العقد فيها أو لا، ففي الأول ليس للأب منعها وإن بعدت كالكوفة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وإن كانت هي حربية، ولو كان كلامهم مستأمناً جاز لها ذلك لأنه لما عقد النكاح به فالظاهر أنه يقيم به غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب. وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول، ولو كانت الأولاد غيّباً بأن تزوّجها مثلاً بالبصرة فولدت له أولاداً فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيء بهم إليها ويقال لها. وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف إلا أن تخرج إلى مصر قريب، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لأنه كالانتقال من حارة إلى حارة، وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها إخراجه إلى القرية القريبة، هذا فيما بين الأب والأم. أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد، وكذا أم الولد إذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد. ولنتكلم على فصول الكتاب قوله: (قال رسول الله ﷺ) في مسند ابن أبي شيبة: حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذياب، أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربعاً ثم قال: قال رسول الله ﷺ «من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم» وإني تأهلت منذ قدمت مكة، ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه: سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا تزوّج الرجل ببلد فهو من أهله» وإنما أتممت لأني تزوّجت بها منذ قدمتها[1].

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره في فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام: إما أن تخرج إلى وطنها وقد وَقع العقد فيه، وإما أن تخرج إلى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد، وإما أن تخرج إلى وطنها ولم يقع العقد فيه، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه. فهي الأقسام العقلية، فإن اتفق أمران جميعاً بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا كما ذكر في الكتاب. وقوله: (لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً) دليل المستثنى. وقوله: (ولهذا يصير الحربي) أي الشخص الحربي ذكراً كان أو أنثى (به) أي بالتزوّج في بلدة (ذميا) قال في النهاية: وهذا وقع غلطاً لأن المصنف ذكر في السير وذكر أيضاً في سير

فصل وإذا أرادت المطلقة

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٧١ وأحمد ١/ ٦٢ وأبو يعلى كما في المجمع ٢/ ١٥٦ كلهم من حديث عثمان.

قال الهيثمي: فيه عكرمة بن إبراهيم، وهو ضعيف اهـ.

وقال الذهبي في الميزان: قال يحيى، وأبو داود: ليس بشيء.

وقال النسائي: ضعيف. وقال العقيلي: في حفظه اضطراب.

فهو منهم» ولهذا يصير الحربي به ذمياً، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك، وهذا رواية كتاب الطلاق، وقد ذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى

وقد ضعف عكرمة الأزدي **(ولهذا يصير الحربي به ذمياً)** ظاهره أن بالتزوّج يصير الحربي ذمياً ودفع في الكافي بأنه خلاف المصرّح به بل لا يصير الحربي بالتزوّج في دار الإسلام التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود، وإنما ذلك في الحربية إذا تزوّجت في دار الإسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاماً وإنما يصح بحمل الحربي على إرادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وبتجويز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام. قال: وهو ظاهر لو سيق الكلام له. وفي النهاية: وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله: وإن أردت الخروج بقوله: فهو منهم، وما ذكرهنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى. وعلى هذا لا حاجة إلى تكلف توجيهه بما قلنا وبغيره، وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوّج فهو تزوّج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوّج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها، والحال أن صيرورتها كذلك لأمر يخصصها لا يوجد في حقه، وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته قوله: **(أشار في الكتاب)** أي القدوري وقيل: المبسوط، والأول أولى لأنه معتاد المصنف، ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية. ووجهه أن قوله: إلا أن تخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل في الحظر، والذي وقع فيه التزوّج غير وطنها. وقوله: وهو رواية كتاب الطلاق: أي من الأصل، وفي العكس وهو ما إذا أرادت الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات قوله: **(كما يوجب البيع التسليم في مكانه)** أي إذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقاً، فإن في الفتاوى: من باع شعيراً والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه في مكانه وإن شاء فسخ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتباراً للثمرات بالأحكام من

سائر الكتب: إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذمياً لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع. وأجيب بأن الضمير في به راجع إلى التزام المقام، وفيه نظر لأنه يئول إلى أن يقال إنه بالتزوّج في بلد التزم المقام، وبالتزام المقام يصير الحربي ذمياً، ويلزم منه أنه بالتزوّج في بلد يصير الحربي ذمياً فعاد المحظور، وإن لم يجعل متعلقاً بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي إلى الحربية، ويجوز أن يقال: لا حاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث، وحينئذ يراد به الحربية، ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطاً إلى كونه ملبساً، ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لأن التزوّج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً وعرفاً لا سيما إذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة، وما ذكر في السير وجه الاستحسان لأن التزوّج وإن صلح دليلاً على التزام المقام كتزوّج الحربية للذمي إلا أن قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع. وردّ بأن هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك. وأجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بأنه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما. وأقول: إن ثبت في حربي يتزوّج في بلد المسلمين أن يصير به ذمياً روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان وإلا فلا. وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح، وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج إلى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالأولاد إليها باتفاق الروايات، وأما القسم

قوله: **(ويجوز أن يقال لا حاجة، إلى قوله: لأن التزوج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً)** أقول: ولا يخفى عليك ما فيه. مع أنه مخالف لما يذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدوري أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً فتأمل في جوابه قوله: **(وأقول إن ثبت في الحربي إلخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وفيه نظر لأن الحربية بالتزوج إلخ)** فيه أن الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتمشى النظر؟

وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه، ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد. وجه الأول أن التزوّج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً، وهذا أصح. والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً: الوطن ووجود النكاح، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به، وكذا الجواب في القريتين، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لابأس به لأن فيه نظراً للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب، وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك.

وجوب التسليم والتسلم قوله: **(تفاوت)** أي بعد، وفي عكسه وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لا يجوز، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهي قريتها فحينئذ لها ذلك، ذكره في شرح الطحاوي. وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا، والأول هو المنصوص. ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد: إذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية إلى قرية فلها ذلك، إن كانت القرى قريبة ينظر بعضها إلى بعض ما لم يكن ذلك يقطعه عن أبيه إذا أراد أن ينظر إليه من يومه. وإذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع إلى قرى، إن كانت قريبة منها فليس لها ذلك إلا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى. وفيه أيضاً: وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وإن كانت أحق به إلا أن تكون وصية، والله أعلم.

الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الأقسام الباقية قوله: **(والحاصل)** ظاهر مما ذكرنا. قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين: لا بد من وصف آخر هو شرط فيه أيضاً، وهو أن لا ينتقل إلى دار الحرب وإن كانت وطنها ووقع العقد فيها، وفيه نظر لأن الحربية بالتزوّج في دار الإسلام تصير ذمية فأنى يتسنى لها الانتقال إليها. والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا إلينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج إلى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وإن وجد الأمران جميعاً والباقي ظاهر.

باب النفقة

قال: **(النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها)** والأصل في ذلك قوله تعالى: **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** وقوله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث حجة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن

باب النفقة

النفقة مشتقة من النفوق: وهو الهلاك، نفقت الدابة نفوقاً هلكت، أو من النفاق وهو الرواج، نفقت السلعة نفاقاً راجت. وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد. وفي الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك، فبدأ بالزوجات إذ هي الأصل في ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها. ثم بالسبب الأبعد. والأصل في ذلك قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** [البقرة: ٢٣٣] مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن، قيل هي الزوجات، وقيل هي المطلقات، والأول هو الظاهر، وقال تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾** [الطلاق: ٧] وقال تعالى **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** [الطلاق: ٦] وقرأ ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» وقال النبي ﷺ في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج «فاتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1] رواه مسلم وغيره.

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره. والنفقة اسم بمعنى الانفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه. ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب: منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك. وفتح الباب بنفقة الزوجات لأن الزوجية أصل النسب فيقدم عليه والنسب أقوى من الملك لأن النفقة على الولد كالإنفاق على نفسه لكونه جزءاً منه وكذا على الولدين. قال: **(النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله)** قال في النهاية: هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فإنه ذكر في المبسوط، وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج؛ ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة. وقال في الإيضاح: وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها **(والأصل في ذلك)** أي في وجوب النفقة **(قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾)** أمر بالانفاق والأمر للوجوب **(وقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾)** أي بالوسط. وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان، وكلمة على للوجوب وقوله: **(ﷺ في حجة الوداع)** «أوصيكم بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان، اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً، وأن لا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح» **(و)** إن **(لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف، ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت**

باب النفقة

أقول: النفقة في الشرع والإدرار على الشيء بما به بقاؤه.

---

(١) صحيح. تقدم في كتاب الحج من حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام رواه مسلم وغيره.

بالمعروف» لأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه: أصله القاضي والعامل في الصدقات. وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة **(ويعتبر في ذلك حالهما جميعاً)**

وفي الصحيحين «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما آخذ من ماله بغير علم، فقال ﷺ: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»[(١)] والأحاديث كثيرة في الباب، وعليه إجماع العلماء. وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله: ما رأيت أحداً جبر على نفقة أحد يجب تأويله، والله أعلم بصحته قوله: **(وكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره)** أي لمنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه، فخرج الرهن فإن نفقته على الراهن لأن منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة، وخرج المنكوحة نكاحاً فاسداً حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت، أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع. وفي الفتاوى: رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوّجت منه، فإن لم يقرّ بأن الحبل منه كان النكاح فاسداً عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة. وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضاً لأنه ممنوع عن وطئها، ولو أقرّ أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات، والله أعلم قوله: **(أصله العامل في الصدقات)** والمفتي والوالي والقاضي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا قاموا بدفع عدوّ المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كنّ أو لا ولو غنيات. وقوله إذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطاً لازماً في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها، فإن طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضاً، وإن كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها. وقال بعض المتأخرين: لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها القدوري وليس الفتوى عليه. وقول الأقطع الشيخ أبي نصر في شرحه: إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لأنها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها قوله: **(وعليه الفتوى)** اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية، وقال: به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة إنه الصحيح. ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما، وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الأول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه، وعلى ظاهر الرواية يجب في الأول نفقة الإعسار لأنها وإن كانت موسرة لما تزوّجت معسراً فقد رضيت بنفقة المعسرين، وفي الثانية نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الأقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف، بل ترك ما إذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما إذا كانت معسرة وهو موسر. وكان الأولى حينئذ أن يقول: فإن كان أحدهما موسراً والآخر

نفقته عليه **أصله القاضي والعامل في الصدقات)** وتوقض بالرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن. وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضاً وهو كونه موفياً عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن **(وهذه الدلائل)** يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة **(لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما)** هذا لفظ القدوري قال المصنف: **(وهذا)** أي اعتبار حالهما في ذلك **(اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره)** أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام: قسمة عقلية، إما أن يكونا موسرين أو معسرين، أو الزوج موسراً والزوجة معسرة، أو بالعكس من ذلك. ففي الأول تجب نفقة اليسار، وفي الثاني نفقة الإعسار، وفي الثالث نفقتها دون نفقة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١١، ٥٣٦٤ ومسلم ١٧١٤ وأبو داود ٣٥٣٢ والنسائي ٨/ ٢٤٦، ٢٤٧ وابن ماجه ٢٢٩٣ والدارمي ٢١٧٦ والبغوي ٢١٤٩، ٢٣٩٧ والشافعي ٢/ ٦٤ والحميدي ٢٤٢ والبيهقي ٧/ ٤٦٦، ٤٤٧، ١٠/ ٢٦٩، ٢٧٠ وأحمد ٦/ ٥٠، ٢٠٦، ٣٩ كلهم من حديث عائشة.

قال العبد الضعيف: وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقته الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسراً فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى: **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان «خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف» اعتبر حالها وهو الفقه

معسراً واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال: فيه اعتبر حالها ووجهه أنه يصلح رداً لاعتبار حال فقط، يعني إذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط. ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما. ويورد عليه أن حديث هند خبر واحد، وقوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾** [الطلاق: ٧] مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسرة معسرة كانت أولا، فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها، وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز، وأفاد المصنف دفع هذا بقوله: وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته، فإنه يفيد أن المفاد بالنص اعتبار حاله في الإنفاق، ونحن نقول إن المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها، والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجبه تكليفه بإخراج قدر حاله، والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته، اللهم إلا أن يقال: يجوز علمه ﷺ بأن زوجها كان موسراً فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف، ثم هذا البحث يتجه بالنسبة إلى هذه الآية، أما بالنسبة إلى قوله تعالى **﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾** [البقرة: ٢٣٦] فلا لأنه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله إلا أن هذه في المتعة لا في النفقة، ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على أنها ليست مسلوكاً بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر، أو أن قوله **﴿متاعاً بالمعروف﴾** [البقرة: ٢٣٦] الآية يقيده بالقدرتين: أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر، وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله: **(وهو الواجب)** أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما. وقد يقال لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والإعسار فإن الواجب فوق الإعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط. وأما في يسارهما فيمكن أن يقال: تجب نفقة هي وسط في اليسار، وأما في إعسارهما فيجب أيضاً نفقة وسط في الإعسار وهو بعيد، فإنه إذا فرض أن إعسارهما غاية في الإعسار فإنما تجب الغاية فيه لأن اعتبار

الموسرات وفوق نفقة المعسرات إذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوي والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البرّ وباجة أو باجتين. ولم يذكر المصنف القسم الرابع لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه: يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطاً، فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز البرّ وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر، ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال. وقال: وفي ظاهر الرواية يقول لما زوّجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله وقال الكرخي: **(يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي)** وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، والدليل عليه **(قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾) ﴿ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾** اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعاً وأمره بالإنفاق فلا مصير إلى غيره. وجه الأول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما قوله: **(ﷺ لهند امرأة أبي سفيان)** روى البخاري بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل

قوله: **(فإن الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة)** أقول: يعني القاضي يفرض لها نفقة.

فإن النفقة تجب بطريق الكفاية، والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة، ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته، ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدّان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ، لأن ما

حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك. والوجه أن المراد بالمعروف في قوله ﷺ «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك» ما يقابل المنكر فيستقيم، فإن المعروف في متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية إعسارها وإعساره المعروف دون التوسط فيه. والحاصل أن على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والإعسار، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الإدام لأن الخبز لا يؤكل إلا مأدوماً قوله: **(لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه)** لأنه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الأوقات. وفي المبسوط: وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة ففي الكسوة مثله، وإذا اختلفا في اليسار والإعسار فالقول قول الزوج في العسرة، كذا في الأصل. وأشار شيخ الإسلام إلى أن القول قولها: إنه قادر، وهو ما ذكره محمد في الزيادات. ومن المتأخرين من قال: ينظر إلى زيه إلا في العلوية والفقهاء، وإذا كان القول قوله: ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السرّ فليس ذلك على القاضي، وإن فعله فأتاه عنه أنه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر إلا أن يخبره بذلك عدلان أنهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين: فإن أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما، فإن أقامت البينة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر، كذا في كافي الحاكم قوله: **(حتى تعود إلى منزله)** يفيد أن النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزله، والتحرير أن المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء إلى المنزل سواء كان بعدها خروجها أو امتنعت عن أن تجيء إلى منزله ابتداءً بعد إيفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها إياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحوّلها إلى منزله أو يكتري لها منزلاً، فإن كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة. وفي الفتاوى وقالت إنما خرجت لأنك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة. وفي الفتاوى للنسفي: لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث إليها أجنبياً ليحملها إليه

شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر حالها ولقائل أن يقول: هذا الدليل غير مطابق للمدعي لأن المدعي هو الاعتبار بحالهما. والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ. ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها، وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به، فإذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبراً من وجه وحالها كذلك. فإن قيل: هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد. فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما. قال المصنف اختياراً منه لقول الخصاف **(وهو)** أي اعتبار حالهما هو **(الفقه، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة)** يعني على كفايتها نظراً إلى حال الزوج. وأجاب عن قوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** وقوله: **(ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه)** لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع، لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي ديناً في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز. وقوله: **(ومعنى قوله بالمعروف الوسط)** إشارة إلى ما قدمنا أن تفسير قوله تعالى **﴿وكسوتهن بالمعروف﴾** ـ الوسط ليكون جواباً عن قول الخصم إنه تعالى قال ـ وعلى المولود له ـ اعتبر الرجل، وقال ـ بالمعروف ـ إشارة إلى أن لا يزاد على ما في وسعه إن كانت حالتها

وقوله: **(والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد)** أقول: لا يبعد أن يدعي شهرته قوله: **(فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين إلخ)**.

وجب كفاية لا يتقدّر شرعاً في نفسه **(وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة)** لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلاً فائت **(وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله)** لأن فوت

فأبت لعدم المحرم لها النفقة قوله: **(لا يستمتع بها)** أي لا توطأ. وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء، وبه قيد الحاكم قال: لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها إلى أن تصير إلى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الأب. واختلف فيها، فقيل: أقلها سبع سنين، وقال العتابي: اختيار مشايخنا تسع سنين. والحق عدم التقدير، فإن احتماله يختلف باختلاف البنية، وعلى قولنا: جمهور العلماء والشافعي في قوله: المختار عندهم. وفي قوله له: تجب، وإن كانت في المهد لإطلاق النصف وهو قول الثوري والظاهرية. قلنا: أما قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن﴾** [البقرة: ٢٣٣] فمرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر. وأما قوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** [الطلاق: ٧] فإنما فيه الأمر بالإنفاق: يعني على من يستحقها، ولم ينص على من يستحقها، فثبوت من يستحقها خارج على أنه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن؛ ألا ترى أن ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه. وأما حديث جابر فقوله ﷺ فيه «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1] فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن، ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فإنه إهلاك أو طريقه. ولو سلم فالإنفاق على أن عمومه غير مراد، فإن الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه. وحاصله أن الزوجة أجنبية، فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره إلحاقاً للمالك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة، أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج: أعني الوطء أو دواعيه، أو لاحتباسها مطلقاً لا يجوز الأول لأن إيجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم إيجابها بسبب ملك ناقص، إذ ليس هو في معناه إلا أن يكون إيجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك، ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها

تقتضيه. ووجه كونه جواباً أنه إذا كان مفسراً بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب **(قوله وبه)** أي بقوله ﷺ لهند «خذي من مال زوجك ما يكفيك» يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف، لأن ما وجب كفاية. لا يتقدر في نفسه شرعاً لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشاب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن، ففي التقدير قد يكون إضراراً. قال: **(وإن امتنعت من تسليم نفسها)** إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة، فإما أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أولاً، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها، فمطالبة أحدهما لا يسقط الآخر، وإن كان الثاني فهي ناشزة لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك، وإنما قيل الخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعاً أو كرهاً فلا تبطل النفقة، فإن كان المنزل ملكاً لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة. فإن قيل: الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها؟ فالجواب أنا لا نسلم أنها لم تفصل لأنه تعالى قال **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾** وذلك قد يشير إلى تسليم النفس لأن الولادة بدونه لا تتصور. وقوله: **(بخلاف ما إذا امتنعت)** متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها. وقوله: **(وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها)** أي لا توطأ **(فلا نفقة لها)** سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع **(لأن امتناع الاستمتاع إنما هو لمعنى فيها، والاحتباس الموجب هو ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح)** وهو الجماع أو دواعيه **(ولم يوجد)** لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح

أقول: من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فإنه ينادي على أن لا معارضة بينهما.

---

(١) تقدم في كتاب الحج في صفة حجه ﷺ رواه مسلم وأصحاب السنن.

الاحتباس منها، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً **(وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها)** لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد، بخلاف المريضة على ما نبين. وقال الشافعي: لها النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين. ولنا أن المهر عوض

على أحد الأوجه التي ذكرناها وسنوردها وجهاً وجهاً، وأيضاً عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضاً عوضاً وإلا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان، ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوّجها على ألف وعبد لأن الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضاً كذلك وذلك المهر دون النفقة لأنها تجب شيئاً فشيئاً، ولو كانت جزءاً من العوض لزم جهالة أي العوضين فإنما تجب بحادث شيئاً فشيئاً وهو الاحتباس نظراً إلى بقائه وهذا طريق المصنف، وعلى هذا يجب أن يقول: النفقة في المرقوقة أيضاً جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستحمام الذي من جملته الوطء إن أمكن لا للملك وهذا حق؟ ألا يرى أنه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الأخير لانتقاضه بالناشزة، وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم، وإنما لم نقل فتعين الثاني عقيب إبطال الأقسام لئلا يكون مبرأ، فلما أثبتنا المناسبة بظهور الأثر لم يبق إلا صورة السبر وإنما هو في الحقيقة إثبات علية ما عيناه بظهور أثره وإبطال ما عينوه. هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فإن لهن النفقة ولا احتباس للوطء. وأجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعاً مقصوداً بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج، بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلاً فلا تجامع فيما دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج، ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة. قالوا: فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة، كذا في الذخيرة، وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهي للجماع فرض محال، لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهي للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج. نعم هنا شيء وهو أن قولنا: الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهي للوطء أو لا تطيق الوطء، فإن كان الأول فالملازمة حقه، وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح. والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقاً ولا من واحد ممن يطيق الوطء، والظاهر أن من كانت بحيث تشتهي للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة، وإن لم تطقه من خصوص زوج مثلاً فتجب لها النفقة، ومن لا فلا تجب لها نفقة.

لدواعيه لأنها غير مشتهاة، واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة. وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذاً أو غيره، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا، حتى قالوا: إن كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة **وقال الشافعي**: **(لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما المملوكة بملك اليمين)** وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة، والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة **(ولنا أن المهر عوض عن الملك)** لأن العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة، وإذا كان المهر عوضاً لا تكون النفقة عوضاً لئلا يجتمع عوضان **(عن معوّض واحد فلها المهر دون النفقة)** وقوله: **(وإن كان الزوج صغيراً)** بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر، ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة، ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيراً. قال في الذخيرة: لا نفقة لها لأن المنع لمعنى جاء من جهتها، وأكثر ما يكون في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم، ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة،

قوله: **(مستحق بالنكاح وهو الجماع)** أقول: الأظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين أن يقول وهو التمكن من الجماع.

عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوّض واحد فلها المهر دون النفقة **(وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله)** لأن التسليم قد تحقق منها، وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين **(وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها)** لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه، وكذا إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة، والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقياً تقديراً، وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف أن لها

وفي خزانة الفقيه أبي الليث: عشر من النساء لا نفقة لهن: الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر، وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها، والمحبوسة في دين، والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها، والأمة إذا لم يبوّئها مولاها، والمنكوحة نكاحاً فاسداً، والمرتدة، والمتوفى عنها زوجها، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة قوله: **(وإن كان صغيراً إلخ)** ذكر حكم العجز من الطرفين منفرداً ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعاً بأن كانا صغيرين لا يطيقان، ولو اعتبر جانبه تجب، ولو اعتبر جانبها لا تجب، وفي الذخيرة: لا نفقة لها، وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة، وعن هذا قلنا: إذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة، ولا يخفى إمكان عكس الكلام فيقال: يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب إلى آخره، والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجوداً وعدماً فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير قوله: **(وعن أبي يوسف لها النفقة)** أي في صورتين حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها، واختاره السغدي والفتوى على الأول وهو قول محمد: لأن النفقة عليه عوضاً عن احتباسه إياها، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقياً تقديراً فتجب مع فواته، فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديراً قائماً ففات حقيقة وحكماً وهو الموجب ليس غير، فعند عدمه ينعدم الحكم، ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآجر، بخلاف ما لو حبس هو ظلماً أو في حق يقدر على إيفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طلقها بعد الدخول، وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمد فيه قوله: **(وكذا إلخ)** أي لا نفقة لها إذا حجت مع محرم، بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقاً قوله: **(لأن إقامة الفرض عذر)** قلنا نعم، ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقياً تقديراً إذا كان الفوات من جهته، ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن

وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب. وقوله: **(وإذا حبست)** ظاهر. وقوله: **(والفتوى على الأول)** يعني على ظاهر الرواية، وهو أن لا نفقة للمغصوبة فيما مضى. وقوله: **(لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقياً تقديراً)** بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقياً، أما إذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقياً تقديراً وبدونه لا يجب النفقة. وقوله: **(وكذا إذا حجت مع محرم)** يعني بدون الزوج لا تجب النفقة **(لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر)** وكلامه واضح. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنها هي المستحقة عليه. وقوله: **(فإن مرضت في منزل الزوج)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر، وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين. وقوله: **(وفي لفظ الكتاب)** يعني القدوري **(ما يشير إليه)** وهو قوله فإن مرضت في منزل الزوج فإنه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فمرضت فيه. وقوله: **(ويفرض على الزوج النفقة**

قوله: **(وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة إلخ)** أقول: فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك.

قوله: **(وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب)** أقول: وفيه بحث، إذ لا نسلم أنه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة، وإنما تستحقها أن لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد.

النفقة لأن إقامة الفرض عذر، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه، ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر. ولا يجب الكراء لما قلنا **(فإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة)** والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع. وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض. وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب

يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه قوله: **(لما قلنا)** أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة. وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة قوله: **(ويمسها)** أي ويمسها استمتاعاً ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائماً، وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس. والله أعلم قوله: **(قالوا هذا حسن، وفي لفظ الكتاب إشارة إليه)** وهو قوله: وإن مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض. ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله: النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها في منزله، وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف، وليس الفتوى عليه، بل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها، والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية. قال في الأصل: نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطاع جماعها. وفي شرح الطحاوي: إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة. وقال الحلواني: قالوا إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضاً يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للأول. قال في الخلاصة: لو كانت مريضة ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب. وفي الأقضية: لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب. وفي الجامع الكبير: سواء أصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها، وهذا جواب ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن ينقلها، وإن انتقلت من غير رضاه يردها إلى أهلها، أما إذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردها إلى أهلها انتهى، كله من الخلاصة: وبه يظهر لك ما حكمنا به فيمن اختار قول: أبي يوسف، ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها قوله: **(وتفرض على الزوج النفقة إلخ)** قال المصنف: والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصل ليحتاج إلى الاعتذار عنه فإن ما تقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فإن الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية. الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة تفرض إذا طلبت فأفاد ما قلنا، ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق

لما) كان قوله ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً مكرراً اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر. واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج، فمنهم من قال: المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم، فإذا لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، ومنهم من قال: كل من يخدمها حرة كانت

لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن. وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه قال: **(ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها)** والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، ولهذا ذكر في بعض النسخ: وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة

إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها، فإن لم يعط حبسه، كذا في الخلاصة. وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع، فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الأصلح والأيسر؛ ففي المحترف يوماً يوماً: أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلاً دفعة، وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلاً، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم، وإن كان تاجراً يفرض عليه نفقة شهر بشهر، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة، أو من الصناع الذين لا ينقضي عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك. ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله أن يمتنع من إعطاء الزائد، وفي الأقضية يفرض الإدام أيضاً أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن، وقيل: في الفقيرة لا يفرض الإدام إلا إذا كان خبز شعير، والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم، ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها، فإن كانت غنية تستأجرْ من ينقله ولا تنقله بنفسها، وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها، وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مئونة الجماع، وفي كتاب رزين جعله عليها، وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج، فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول: عليه لأنه مئونة الجماع، ولقائل أن يقول: عليها كأجرة الطبيب. وفي المحيط: إذا كان للزوج عليها دين فقال: احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك، بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يتقاصاه. وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوّجها وبنى بها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر، والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة، وللزوج أن يرفع إلى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه، وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها إن لبست لبساً معتاداً تبين أن ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطأه في التقدير، وإن تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى، ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم، ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم، كذا في الأقضية. ولو كانت تلبس يوماً وتترك يوماً توفيراً يجدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل، ولو لبست دائماً ولم تتخرق لم يجدد لها إذا فرغ الفصل، ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضاً يفرض وفي المحارم لا يفرض. وفي أدب القاضي الخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة. وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته. ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف، ولم يذكره محمد أصلاً. قال السرخسي: لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك، ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى. وقيل: اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت، فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف، فعلى المعسر قال محمد: درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء، وعلى الموسر درع يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار إبريسم وكساء أذربيجاني، ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار إبريسم، فذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء، إلا أن القميص يكون مجيباً من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر،

أو مملوكه لها أو لغيرها تستحق وقوله: **(ولا يفرض لأكثر من خادم واحد)** ظاهر. وقوله: **(وقالوا)** يعني المشايخ **(إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم)** واليسار ههنا مقدّر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة. وقوله: **(وهو أدنى الكفاية)** يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الإدام دون الخبز، وأعلى الإدام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن.

خادمها. ووجهه أن كفايتها واجبة عليه، وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه **(ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً، فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه، وقالوا: إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية. وقوله في الكتاب إذا كان موسراً إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو الأصح خلافاً لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها **(ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه)** وقال الشافعي: يفرق، لأنه عجز عن

ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم، وفي كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب. وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف، أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة، ولا يكتفي بفراش واحد لهما، لأنها قد تنفرد في الحيض والمرض، وفي الأثر: «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان». وإذا أرسل ثوباً فاختلفا فقالت: هدية وقال: من الكسوة فالقول له، فإن أقاما البينة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه، فالبينة بينة الزوج لأنه هو المدعي للقضاء، وكذا في دراهم فقالت: هدية وقال: نفقة أو قال: من المهر وقالت: نفقة، وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة قوله: **(ووجهه أن كفايتها إلخ)** ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه؟ قال بعضهم المملوك، فلو لم يكن لا تستحق، وقال بعضهم: كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها. وفي الفتاوى الصغرى: لو كانت المنكوحة أمة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الأشراف، ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي: فرض ما تحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن لا أعالج شيئاً من ذلك لا تجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك. وقال الفقيه: هذا إن كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها، فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله. وفي بعض المواضع تجبر على ذلك. قال السرخسي: لا تجبر، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح. وقالوا: إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضاً إن شاء الله تعالى قوله: **(وقال أبو يوسف لخادمين)** وهكذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند، ووجه الدفع ظاهر من الكتاب قوله: **(ولأنه لو تولى)** أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافياً قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية لو قال الزوج: أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل. وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه، وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي قوله: **(خلافاً لما يقوله محمد رحمه الله)** وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسراً. وجه الظاهر أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها، وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط، وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما، وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب

وقوله: **(خلافاً لما قاله محمد)** يعني ما قاله محمد إن الزوج إذا كان معسراً وكان لها خادم يجب عليه نفقته، لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسراً. وقوله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الأصح **(ومن أعسر بنفقة امرأة لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه)** أي اشتري الطعام نسيئة على أن تقضي الثمن من مال الزوج **وقال الشافعي: (يفرق، لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف)** فيلزمه التسريح بإحسان، فإن أبى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني، وهذا التفريق

الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابة في التفريق كما في الجب والعنة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى. ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر، والأول أقوى في الضرر، وهذا لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فتستوفي الزمان

نفقة الخادم ديناً عليه، ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لأنه استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس، والله أعلم. ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقاً. وفي التجنيس: امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم، فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها قوله: **(ومن أعسر بنفقة امرأته إلخ)** بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية؛ ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه. وقال الخصاف: الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج، وبقول الشافعي: قال مالك وأحمد في ظاهر قوله، وعنه رواية كقولنا، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن، وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد وطلاق عند مالك. ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ، وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال: ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضراً، أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي: نعم إذا تحقق العجز عن النفقة. قال صاحب الذخيرة: في هذا الجواب نظر، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه، فإن رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر فأمضاه جاز قضاؤه، والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الاستروشنني فتكون الشهود علمت مجازه مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكره ظهير الدين. واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره ليجيء ما قال: وهو أن تتعذر النفقة عليها. قال القاضي أبو الطيب من الشافعية: إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ. قال في الحلية: وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين قوله: **(لأنه عجز إلخ)** استدلوا بالمنقول والمعقول، أما المنقول فما في سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وساق الحديث إلى أن قال: «وابدأ ممن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني، خادمك يقول أطعمني واستعملني، ولدك يقول أطعمني إلى من تتركني؟»[1] هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان. وقال الدارقطني: حدثنا أبو بكر الشافعي: حدثنا محمد بن بشر بن مطر، حدثنا شيبان بن فروخ، حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح

عنده فسخ لا طلاق **(ولنا أن حقه)** بالتفريق **(يبطل)** إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد، وحقها يتأخر لأن النفقة تصير ديناً بفرض

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/٢٩٧، ٢٩٦ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ وكذا النسائي كما ذكر الكمال كلهم من حديث أبي هريرة، وفيه ابن عجلان قال في التقريب: اختلطت عليه أحاديث أبي هريرة. وذكره ابن حجر في الفتح ٩/ ٥٠١ ونسبه للنسائي من طريق ابن عجلان، وقال: هو وهم والصواب ما أخرجه النسائي وغيره من وجه آخر عن ابن عجلان وفيه: «فسئل أبو هريرة: من يقول يا أبا هريرة، وقد تمسك بعض الشراح بهذا وغفل عن الرواية الأخرى وكذا وقع للإسماعيلي قال أبو هريرة: تقول امرأتك. وأما ما رواه الدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعاً «تقول لزوجها أطعمني...» قال ابن حجر: لا حجة فيه لأن في حفظ عاصم شيئاً. ففي حديث آخر قيل لأبي هريرة تقول من قوله أو من قول رسول الله ﷺ قال: هذا من كيسي اهـ.

الثاني، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل. وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج، فإما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج **(وإذا**

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني»[1] الحديث. وقال الدارقطني: حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقي بن قانع وإسماعيل بن علي قالوا: أخبرنا أحمد بن علي الخزان، حدثنا إسحاق بن إبراهيم البارودي، حدثنا إسحاق بن منصور، حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما[2]. وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله[3]. وقال سعيد بن منصور في سننه: حدثنا سفينان عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت: سنة؟ قال: سنة[4]. وهذا ينصرف إلى سنته ﷺ. وغايته أن يكون من مراسيل سعيد، والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقاً، وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى، لأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت، وأيضاً منفعة الجماع مشتركة بينهما؛ فإذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها أولى، وقياساً على المرقوق فإنه يبيعه إذا أعسر بنفقته قوله: **(ولنا)** المنقول والمعنى، أما المنقول فقوله تعالى **﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾** [البقرة: ٢٨٠] وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص، وأما المعنى فهو أن في إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفي إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى، وبه فارق الجب والعنة والمملوك لأن حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج، ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك، ويخص المملوك أن في إلزام بيعه إبطال حق السيد إلى خلف هو الثمن، فإذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في إلزامه بيعه، إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد، بخلاف إلزام الفرقة فإنه إبطال حقه بلا بدل، وهو لا يجوز بدلالة الإجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه، وأما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله: إنه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله ﷺ، فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك. قال

القاضي فيستوفى في الزمان الثاني **(والأول أقوى في الضرر)** فيتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى. وقوله: **(وفوت المال وهو تابع)** جواب عن القياس على الجب والعنة. وتقريره أن هذا قياس مع الفارق وهو باطل، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع. فإن قيل: لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لأنها صارت ديناً بفرضه. أجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة مع

قال المصنف: **(وفائدة الأمر بالاستدانة إلخ)** أقول: وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور.

---

(١) ضعيف أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ من حديث أبي هريرة، وفيه عاصم بن بهدلة وهم فيه حيث جعله مرفوعاً، والصواب أنه كلام أبي هريرة كما ذكر ابن حجر في الذي قبله، وكذا ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٤٧٠

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ كلاهما عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ كلاهما من حديث أبي هريرة، وفيه عاصم بن بهدلة قال ابن حجر في التقريب: صدوق له أوهام.

وقال في التلخيص: هذا الحديث أعلّه أبو حاتم، ثم ذكر ابن حجر كلاماً طويلاً، ورجّح ضعف الحديث المرفوع اهـ.

وقال أبو حاتم في علله ١٢٩٣: وهم إسحاق بن منصور في هذا الحديث إنما هو عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً حديث ابدأ بمن تعول تقول امرأتك أنفق علي أو طلقني. فتناول هذا الحديث اهـ. يعني إسحق قلب الإسناد لمتن آخر.

(٤) مقطوع. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٦٩ والشافعي ٢/ ٦٥ كلاهما عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه وإسناده صحيح.

قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار،

الطحاوي: كان زيد بن ثابت يقول: المرأة في الأرش كالرجل إلى ثلث الدية، فإذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل. قال ربيعة بن عبد الرحمن: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟ قال: عشر من الإبل، قلت: فإن قطع إصبعين، قال: عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاثاً، قال: ثلاثون من الإبل، قلت: فإن قطع أربعاً من أصابعها، قال: عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها. قال إنه السنة. قال الطحاوي لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت، فسمى قوله: سنة فيكون ما قاله اعتماداً على ما عن أبي هريرة موقوفاً عليه، هذا بعد تسليم صحته، وإلا فقد روي عن سعيد كقولنا: فاضطرب المروي منه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر، وأما المروي عن أبي هريرة مرفوعاً عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط[1]، وإنما هو من قول: أبي هريرة. روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «أفضل الصدقة ما ترك غنى» وفي لفظ: «ما كان عن ظهر غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول: المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول: العبد أطعمني واستعملني، ويقول: الولد أطعمني إلى من تدعني» قالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ، قال: لا هذا من كيس أبي هريرة[2]، فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة، ثم ليس في قول: أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم الطلاق، وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عيناً وهو الاتفاق، فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي ﷺ على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا، مثل ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] يعني ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوّشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا، وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال: مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول: سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي وروايته ذكره ابن القطان في الوهم والإيهام[3] قوله:

الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها الزوج واعلم أن العجز عن النفقة إنما يظهر عند حضور الزوج، وأما إذا كان غائباً غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الأمر إلى الحاكم الشافعي ففرق بينهما. قال مشايخ سمرقند: جاز تفريقه لأنه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب. وقال صاحب الذخيرة: الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث وهو ضعيف كما ذكر الكمال وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٥٥ والبيهقي ٧/ ٤٦٦، ٤٧١ وأحمد ٢/ ٥٢٤ كلهم من حديث أبي هريرة.
والللفظ للبخاري ووقع صريحاً عند أحمد في وسط الحديث، وإليك لفظه: «عن النبي ﷺ قال: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تقول. قال ـ أي أبو صالح ـ: سئل أبو هريرة: من تعول قال: امرأتك تقول: أطعمني أو أنفق عليّ. شك أبو عامر أحد الرواة ـ أو طلقني، وخادمك يقول: أطعمني واستعملني، وابنتك تقول إلى من تذرني» هذا سياق أحمد فهذا صريح أن باقي الحديث من كلام أبي هريرة.
قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٥٠١: قول أبي هريرة: «من كيسي» هو استنباط منه مما فهمه من الحديث المرفوع.

(٣) تقدم قبل قليل وأنه وهم ابن عجلان فيه فجعله من كلام رسول الله ﷺ، والصواب أنه كلام أبي هريرة.
تنبيه: وأما ما ذكره الكمال من أن رواية الدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً بمثله. وأن الضمير يعود على رواية النسائي لاعلى قول ابن المسيب وهو: يفرق بينهما إلخ.
ففيه نظر: لأن ابن أبي حاتم في علله بين أن إسحق بن منصور وهم فيه فجعل حديث أبي هريرة مثل قول ابن المسيب في الرجل لا يقدر أن ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما اهـ.
ذكرت هذا لأن ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٤٧١ جعل الوهم من البيهقي حيث عطف حديث أبي هريرة على كلام ابن المسيب. وقدبين أبو حاتم الرازي أن الواهم هو عباد بن منصور، وأنه روى عن أبي هريرة مرفوعاً مثل كلام ابن المسيب، وانظر علل أبي حاتم ١٢٩٣.

وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب، فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها **(وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى)** لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي، بخلاف

(إحالة الغريم على الزوج) أي وإن لم يرض الزوج وفي التحفة: فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لربّ الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج، وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وفي شرح المختار: المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسراً ولها ابن من غيره موسراً وأخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الأخ إن امتنع لأن هذا من المعروف. قال شارح الكنز: تبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسراً وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب قوله: **(تتم لها نفقة اليسار)** هكذا مشى عليه أيضاً صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ما ذكره أول الباب قول الخصاف: ثم بنى الحكم على قول الكرخي، ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقداراً ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن يزيد في الفرض، ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص قوله: **(وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب)** لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار، ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله قوله: **(لم ينفق عليها)** بأن غاب عنها أو كان حاضراً وامتنع.

والحاصل أن نفقتها لا تثبت ديناً في ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار في ذمته ديناً إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد. وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير ديناً عليه إلا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فإنها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الأصح قوله: **(لأنها صلة)** أي من وجه قوله: **(وليست بعوض)** أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزاء الاحتباس، فمن حيث أنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض، ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب، ومن حيث أنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك إلا بالقبض

يكون قادراً فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه إذ العجز لم يثبت، وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته فتمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار. وقوله: **(وما قضى به)** جواب عما يقال ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول. وتقريره ما قضى به تقديراً لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً. وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازماً لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه، وإذا لم يكن لازماً لم يستحكم فيه حكم الحاكم، فإذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الإعسار على الموسر، لأن ما لا يكون لازماً فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير، وكذلك حكم عكس هذه المسئلة. وقوله: **(وإذا مضت مدة)** ظاهر. وقوله: **(على ما مر من قبل)** يريد قوله لأن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد. فإن قيل: ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضاً عن الاستمتاع والقيام عليها. قلت: ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفاً في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضاً فإن قيل: لو كانت صلة لما وجبت على

المهر لأنه عوض **(وإن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة)** وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض. وقال الشافعي رحمه الله: تصير ديناً قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون، وجوابه قد بيناه **(وإن أسلفها نفقة السنة)** أي عجلها **(ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله،**

فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضي بها أو اصطلحا لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه، ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملاً بالدليلين بقدر الإمكان. وذكر في الغاية معزواً إلى الذخيرة أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه، إذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلاً وهذا حق وقد تقدم الوجه. وقوله: في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من إثبات أنه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض، ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة، ومن ادّعى على امرأة نكاحاً وهي تجحد فأقام البينة لا نفقة لها، وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول: ينبغي أن تجب لأنها صارت مكذبة شرعاً وكذا الزوج وإلا فلا يخفى ما فيه من الأضرار وفتح باب الفساد خصوصاً عند اضطرارها للنفقة مع حبسها قوله: **(وإن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت)** هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما إذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف، والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لأن الاستدانة بأمر منه له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته: أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط قوله: **(لأن النفقة صلة والصلة تبطل بالموت)** فإن قيل: قد قلتم إنه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكداً للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة. فالجواب أن بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير الصلة كغير الصلة، وإذا كان معنى الصلة باقياً أثر الموت في سقوطه بسبب أنه يبطل الأهلية بالكلية فكان أقوى في إبطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت إلى زيادة وهو الأمر بالاستدانة، وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها.

المكاتب. أجيب بأنها صلة من وجه، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج، فإذا ثبت أنها صلة لا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي. وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض **(وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة)** وما كان أمرها بالاستدانة عليه **(ومضت شهور وسقطت النفقة وكذلك إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض)** وإنما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لأنه إذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لأن القاضي لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت، فكذا إذا استدانت بحكم القاضي. فإن قيل: القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لأنها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد. أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باقٍ كما كان قبله لأن المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت. قال في الإيضاح: إنها وإن صارت ديناً عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض. وقوله: **(وقال الشافعي)** ظاهر وقوله: **(وجوابه قد بيناه)** إشارة إلى ما تقدم من قوله. ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوّض واحد فلا تكون النفقة عوضاً عن البضع. قال: **(وإن أسلفها نفقة السنة)** يعني إذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحتسب لها بنفقة ما مضى وما

يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة. ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة، ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع. وعن محمد رحمه الله أنها قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لأنه يسير فصار في حكم الحال **(وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها)** ومعناه إذا تزوّج بإذن المولى لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته

[فرع] إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم؟ إن كانت غير مفروضة لا يصح لأنه إبراء قبل الوجوب، وإن كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الأول فقط، وكذا لو قالت: أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا لأن القاضي إذا فرض كذا كل شهر فإنما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض، وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الإبراء عنها. ولو أبرأته بعد ما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برىء عما مضى وعن شهر قوله: **(وما بقي للزوج)** فترده، وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما، والموت والطلاق قبل الدخول سواء، وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا، فقيل ترد، وقيل لا تسترد بالاتفاق لأن العدة قائمة في موته كذا في الأقضية قوله: **(ولا رجوع في الصلات بعد الموت)** بخلاف القاضي ونحوه لأن تصرف الإمام في بيت المال مقيد بشرط النظر، والنظر أن يؤخذ منه ويعطي لمن يلي بعده من القضاة قوله: **(وعن محمد)** وهو رواية ابن رستم عنه: لا ترد نفقة الشهر وما دونه، فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد، ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقي شهر فأقل لا يرجع بشيء. وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح، فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد. وهل يقاس على الموت؟ قال الحلواني: فيه كلام. وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال: المختار عندي لا تسقط قوله: **(فنفقتها دين عليه)** أي إذا قضى القاضي بها فيباع فيها، فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضاً، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانياً، وكذا حاله عند المشتري وهلم جرا. ولا يباع مرة بعد أخرى إلا في دين النفقة لأنها تتجدد شيئاً فشيئاً على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري، وأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه قوله: **(إذن المولى)** لأنه لو كان بغير إذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة، ودخل بها طولب بالمهر بعد العتق، ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء، ولو كان مدبراً أو مكاتباً أو ولد أم ولد ولا يباع بالنفقة بعدم جواز البيع، إلا أن المكاتب إذا عجز يباع حينئذ لأنه حينئذ قبل النقل، هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبداً لمولاها فنفقته على المولى، وإن كانت

بقي للزوج إن كان قائماً وقيمته إن كان مستهلكاً وهو قول الشافعي. ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(لأنه يسير فصار في حكم الحال)** يعني إذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت، فكذا لا تسترد إذا عجل لها نفقة الشهر. وقوله: **(وإذا تزوّج العبد حرة)** ظاهر قال شمس الأئمة السرخسي: فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانياً وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذاك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون، فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء، وكذا إذا قتل. وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي إنها تكون في قيمته. قال الشيخ أبو الحسن القدوري: الصحيح أن تسقط لأنها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط

كدين التجارة في العبد التاجر، وله أن يفدي لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة، فلو مات العبد سقطت، وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة **(وإن تزوّج الحر أمة فبوآها مولاها معه منزلاً فعليه النفقة)** لأنه تحقق الاحتباس **(وإن لم يبوئها فلا نفقة لها)** لعدم الاحتباس، والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها، ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس، والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح، ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً، والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة، والله تعالى أعلم بالصواب.

حرة فولده حر، ولا تجب نفقته على مملوك ولا على مولاه لأن ولده أجنبي منه، وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما للمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم في كتابتها حتى كان كسب الولد لها، وكذا أرش الجناية عليه قوله: **(في الصحيح)** احتراز عما عن الكرخي أنها تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه، قال الشيخ أبو الحسين القدوري: هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت قوله: **(وإن تزوّج الحرّ أمة)** قَيْدُ الحرِّ اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة، وإنما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الأولى فإنه إذا لم تجب على الحر الذي هو ادخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم أن لا تجب على ما ذكر قوله: **(لعدم الاحتباس)** أي من الزوج والمنع من السيد، وإن كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره، بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتاً وليس هنا كذلك قوله: **(والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح)** في باب نكاح الرقيق، ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه، فإذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها، واستردادها بعد ذلك ليس رجوعاً فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا، فكلما استردها سقطت، فإذا رجع فبوأها وجبت، ولو خدمت المولى أحياناً من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد قوله: **(والمدبرة وأم الولد في هذا)** أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة **(كالأمة)** ولم يذكر معهما المكاتبة لأنها في استحقاق النفقة إذا تزوّجت بإذن المولى كالحرة لاختصاصها لنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة.

بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب إذا تزوجا بإذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب **(وإن تزوج الحرّ أمة فبوأها)** ظاهر. وقوله: **(فلا نفقة لها لعدم الاحتباس)** قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعاً فكان كاحتباس الحرة لأجل صداقها فينبغي أن لا تسقط. وأجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من إيفاء ما لزمه، وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج. وقوله والتبوئة غير لازمه جواب سؤال تقدير لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقصها بالاستخدام. وتقرير الجواب التبوئة غير لازمه **(على ما مر في النكاح)** أي في باب نكاح الرقيق حيث قال: إذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لو يزل بالنكاح. وقوله: **(ولو خدمته الجارية به أحياناً من غير أن يستخدمها)** ظاهر **(وأم الولد في هذا)** أي في عدم وجوب النفقة **(والمدبرة كالأمة)** ولم يذكر المكاتبة لأنها إذا تزوجت بإذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة، ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة.

فصل

(وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك) لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة، وإذا وجب حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع، إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لأن المنزل ملكه

فصل

قوله: (ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقيل أيضاً لا يسكنها معها إلا برضاها، والمختار أن ذلك لأنه محتاج إلى استخدامها في كل وقت، فإذا أفردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرّة قوله: (مقروناً بالنفقة) في قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فإن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم، وكذلك قرأ ابن عباس: والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية واجبة إجماعاً قوله: (ليس له أن يسكنه معها) قيل إلا أن يكون صغيراً لا يفهم الجماع فله إسكانه معها قوله: (ولو أسكنها في بيت من الدار مفردة وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق أفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركاً بعد أن يكون له غلق يخصه، وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، وبه قال القاضي الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال، ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركاً بينهم وبين غير الأجانب، والذي في شرح المختار: ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرّتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتاً وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ليس لها أن تطلب بيتاً، ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضي ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بها أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله: (لما فيه) أي المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح «لا يدخل الجنة قاطع»[(١)]، وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الرحم شجنة من الرحمٰن، قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته»[(٢)] والشجنة بكسر الشين وضمها. قال أبو عبيد: قرابة مشتبكة كاشتباك العروق، وقال الخطابي: يعني

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى. قال: (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة) حيث قال ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ وفي قراءة ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» (وإذا وجب السكنى حقاً لها فليس له أن يشرك غير ما فيها لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه

فصل وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٨٤ ومسلم ٢٥٥٦ وأبو داود ١٦٩٦ والترمذي ١٩٠٩ والبيهقي ٢٧/٧ والبغوي ٣٤٣٧ وابن حبان ٤٥٤ وعبد الرزاق ٢٠٣٢٨ وأحمد ٨٤/٤ . ٨٠ . ٨٣ والبخاري في الأدب المفرد ٦٤. من طرق كثيرة كلهم عن الزهري عن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه مرفوعاً هكذا باختصار.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٨٨ بهذا اللفظ وابن حبان ٤٤٢ وابن أبي شيبة ٥٣٨/٨ وأحمد ٢/ ٢٩٥ . ٣٨٣ . ٤٠٦ . ٤٥٥ والبغوي ٣٤٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

الشجنة: بكسر الشين الشجر الملتف يقال حديث ذو شجون أي: متماسك ومرتبط ببعضه. والمعنى: أنها مرتبطة برحمة الله تعالى فالقاطع لها منقطع من رحمة الله تعالى.

فله حق المنع من دخول ملكه **(ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا)** لما فيه من قطيعة الرحم، وليس له في ذلك ضرر، وقيل لا يمنعها من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار والدوام لأن الفتنة في اللباث وتطويل الكلام، وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة، وفي

بالشجنة الوصلة قوله: **(وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول إليها في كل جمعة)** ظاهر الخلاصة أن في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فإنه في الفتاوى: للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة. وفي رواية: والغسل والخروج من البيت أم مالا تمنع من زيارة الأبوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة، وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء إليها على هذا الجمعة والسنة انتهى. وقوله: هو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر. وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدرا على إتيانها، فإن كانا يقدران على إتيانها لا تذهب وهو حسن، فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما، وقد أشار إلى نقله في شرح المختار، والحق الأخذ بقول أبي يوسف: إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين على قدر متعارف، أما في كل جمعة فهو بعيد، فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً إذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر، ولو كان أبوها زمناً مثلاً وهو محتاج إلى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تغضبه مسلماً كان الأب أو كافراً وفي مجموع النوازل: فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن، والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام، فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج، وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه، وإن لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحياناً، وإن لم يأذن فلا شيء عليه، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة. وفي الفتاوي في باب القراءة: المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج، فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج، ولا تسافر مع عبدها خصياً كان أو فحلاً. وكذا أبوها المجوسي والمحرم غير المراهق، بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر سنة أو اثنتا عشر سنة، ولا تكون المرأة محرماً لامرأة، وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة، قال الله تعالى **﴿ولا تبرّجن تبرّج الجاهلية الأولى﴾** [الأحزاب: ٢٣] وقول الفقيه: مطلب في دخول المرأة الحمام. وتمنع

واضح. وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول: لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر **(وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه)** وإن لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك، لأنه لما أقرّ بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن لها حق الأخذ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان، وإقرار صاحب اليد مقبول

قال المصنف: **(وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين إلخ)** أقول: وفي مجموع النوازل: فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام: قال ابن الهمام، وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان. قال في فصل الحمام من فتواه: دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعاً إلى آخر ما قاله.

غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح (وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه، وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لأنه لما أقرّ بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بخصم في

من الحمام خالفه فيه قاضيخان. قال في فصل الحمام من فتاواه: دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعاً خلافاً لما قاله: بعض الناس. روى أن رسول الله ﷺ دخل الحمام وتنوّر[1]، وخالد بن الوليد دخل حمام حمص، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة انتهى. وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بأن كثيراً منهن مكشوف العورة. وقد وردت أحاديث عن رسول الله ﷺ تؤيد قول الفقيه: منها النسائي والترمذي وحسنه الحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمئزر، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام»[2] وعن عائشة رضي الله عنها

في نفسه لا سيما ههنا، فإن إقراره ههنا أشد قبولاً من إقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق إثبات الحق في إقراره لعدم إثباته بالبينة **(فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية أو الوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه)** أي في أحد الأمرين لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم في إثبات حقوق

(١) غريب جداً. لم أره عن النبي ﷺ، ولم يروه أحد مرفوعاً وإنما ورد عن ابن عمر. فقد أخرج الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٧٩ ومسدّد في مسنده كما في المطالب العالية ١٨٩ كلاهما عن ابن عمر «أنه كان يدخل الحمام، فينوره صاحب الحمام، فإذا بلغ حقوه قال لصاحب الحمام: اخرج» سكت عليه ابن حجر في المطالب العالية.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح اهـ.
وأما كونه عن خالد فليس ببعيد أيضاً لكن لم أره.
وقوله تنوّر: أي اطّلى بالنُّورة والنُّورة بضم النون مع التشديد حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، وتستعمل لإزالة الشعر اهـ. مصباح.
والحَقْوُ: بفتح الحاء موضع شد الإزار وهو الخاصرة ثم توسّعوا حتى سمّوْا الإزار الذي يشد على العورة حقواً.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ٢٨٠١ والنسائي ١/ ١٩٨ والحاكم ٤/ ٢٨٨ وأحمد ٣/ ٣٣٩ كلهم من حديث جابر زاد الترمذي والحاكم وأحمد: ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليس يجلس على مائدة يدار عليها الخمر. واقتصر النسائي على شطره الأول.
قال الترمذي عقب حديثه: حديث حسن غريب قال البخاري ليث بن أبي سليم صدوق، وربما يهم في الشيء.
قلت: هو عند الترمذي: عن ليث عن طاووس عن جابر مرفوعاً والباقون: عن عطاء عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. وهذا الإسناد على شرط مسلم.
لذا قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.
وأبو الزبير وإن كان مدلساً إلا أنه توبع في رواية الترمذي تابع طاووس على جابر، وله شواهد فقد ورد من حديث أبي أيوب أخرجه الحاكم ٤/ ٢٨٩ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ١/ ٢٧٨ وهو في معجمه الكبير رقم ٣٨٧٣ وكذا ابن حبان ٥٥٩٧ كلهم عن أبي أيوب مرفوعاً وصححه الحاكم، وأقره الذهبي وذكره ابن حجر في المطالب العالية ١٩١ وقال: رواه أبو يعلى وصححه الحاكم وابن حبان اهـ.
وذكره ابن أبي حاتم في علله ١٩٢ من طريق عبد الله بن يزيد به ومن طريق عبد الله بن سويد الخطمي.
فقال: صوب أبي كونه عن الخطمي عن أبي أيوب مرفوعاً اهـ. وعلى هذا، فهو ثابت أيضاً عند أبي حاتم.
وله شواهد كثيرة ذكرها الهيثمي في المجمع ١/ ٢٧٧. ٢٧٨ فمنها ما أخرج أحمد من حديث أبي هريرة.
قال الهيثمي: فيه أبو جبرة قال الذهبي: لا يعرف.
وأخرج أحمد من حديث عمر. وقال الهيثمي: فيه رجل لم يسمّ.
وأخرج الطبراني والبزار من حديث أبي سعيد.
قال الهيثمي: فيه علي بن يزيد الألهاني ضعيف وأخرج الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس.
وقال الهيثمي: فيه يحيى بن أبي سليمان المدني ضعفه البخاري وغيره، ووثقه ابن حبان.
وأخرج الطبراني في الأوسط من حديث ابن عمر.
وقال الهيثمي: فيه حبيب كاتب مالك وهو ضعيف اهـ. فالحديث بمجموع هذه الطرق صحيح كيف وبعضها على شرط مسلم.

إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب، وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة، وكذا الجواب في الدين، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاماً أو

قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الحمام حرام على نساء أمتي»(١) رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد. ورد استثناء النفساء والمريضة. رواه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال «ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتاً يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال إلا بالإزار، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء»(٢) وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي وهو مختلف فيه، قال أحمد: ليس بشيء قال ابن حبان: يروى الموضوعات عن الثقات، قال الحافظ المنذري: وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء، وكان يقوي أمره ويقول: ومقارب الحديث. وقال الدارقطني: ليس بالقوي، ووثقه يحيى بن سعيد، وروى عياش عن يحيى بن معين: ليس به بأس، وقال أبو داود: قلت لأحمد بن صالح أيحتج به: يعني عبد الرحمٰن بن زياد، فقال نعم قوله: **(يعترف به وبالزوجية)** في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والوالد لأنه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه قوله: **(وكذا إذا علم القاضي ذلك)** أي كلا الأمرين، أما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة قوله: **(وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا)** فإنه أولى أن يقبل إقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان ديناً وذلك لأنه لا طريق إلى إثبات حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان ديناً إلا اعترافه، بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف، ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل، قال الشاعر:

فإياكم وحية بطن واد هموس الناب ليس لكم بسي

الغائب، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدى إلى الغائب لكونه ما أقر به ملكه، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أحضر صاحب الدين غريماً للغائب أو مودعاً له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب. فإن القاضي لا يأمر بقضاء

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٢٨٩ . ٢٩٠ من حديث عائشة وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي وفيه نظر. لكن له شواهد أنظر المجمع ١/ ٢٧٧ والمستدرك ٤/ ٢٨٩.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٠١١ وابن ماجه ٣٧٤٨ والبيهقي ٧/ ٣٠٨ . ٣٠٩ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومداره على الإفريقي، وهو واهٍ وشيخه واهٍ. أما الأول فاسمه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم.

قال ابن حجر في التقريب: ضعيف في حفظه اهـ.

وشيخه عبد الرحمن بن رافع التنوخي.

قال ابن حجر في التقريب: ضعيف.

قلت: وأخرج ابن الجوزي في الواهيات ٥٦٣ من حديث عمر بهذا اللفظ، وقال: لا يصح فيه سعيد بن أبي سعيد قال ابن عدي: مجهول. وفيه عمرو بن قيس لا شيء اهـ.

فالحديث بهذه الزيادة واهٍ وهو يعارض أحاديث الباب بمنع دخول النساء الحمامات مطلقاً، وكذا يعارض ما يأتي فقد أخرج أبو داود ٤٠١٠ والترمذي ٢٨٠٣ وابن ماجه ٣٧٥٠ والحاكم ٤/ ٢٨٨ والبيهقي ٧/ ٣٠٨ كلهم من حديث عائشة: ما من امرأة تخلع ثيابها في غير بيتها إلا هتكت ما بينها وبين الله تعالى.

قال الترمذي: حديث حسن. وصحيح إسناده الحاكم أيضاً، ووافقه الذهبي.

وله شاهد أخرج أحمد ٦/ ٣٦١ . ٣٦٢ من حديث أم الدرداء وقال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٧٧ رواه أحمد والطبراني في الكبير بأسانيد ورجال أحدها رجال الصحيح اهـ.

فهذا يعارض ما زاده الإفريقي في حديثه من استثناء المريضة والنفساء. وتقدم أن له علتان ضعف الإفريقي وشيخه أيضاً خلافاً للكمال فقد تكلم على الإفريقي فقط، وحاول أن يقوي حاله.

كسوة من جنس حقها، أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب، وأما عندهما فلأنه إن كان يقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه. قال: **(ويأخذ منها كفيلاً بها)** نظراً للغائب لأنها بما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر. حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظراً للغائب. قال **(ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا**

أي بمثل ولا شبيه، وهو واحد سيان من قولك: هما سيان، وأصله سوى قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق إحداهما بالسكون، فإن جررت ما بعد ما كزيد مثلاً في قولك: أكرمني القوم لا سيما زيد فهو على أن سيا مضاف إلى زيد وما زائد مقحم كقوله:

كــــل مـــا حـــي وإن أمـــروا وأردو الـــحـــوض الـــذي وردوا

وإن رفعته فعلى أن سيا يضاف إلى ما هو موصول اسمي حذف صدر صلته، والتقدير لا مثل الذي هو زيد، وجاز كونه مضافاً مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل، ومثل لا يتعرف بالإضافة وخبر لا محذوف، وإذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الأصل في الجر، بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه، وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول، وهو إنما يقاس إذا طالت الصلة. واختار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم إليه من كونه في خصوص ذلك الموقع، وقد يقال: زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ، وأما نصب ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة: لا أعرف له وجهاً، وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع، وذكر بيت امرىء القيس:

ألا ربّ يـوم لـك مـنـهـن صـالـح ولا سـيـمـا يـوم بـدارة جـلـجـل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب، لكن قد روى النصب فيه أيضاً فقيل: على الظرف، وقيل على التشبيه بالمفعول، وقيل: مجموع لا سيما بمنزلة إلا، ومعنى الإخراج الذي إلا فيها هو الإخراج من ذلك الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه، فإذا قلت: أكرمني القوم لا سيما زيد فقد: أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين فقيل: الأولى لأنها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى، وقيل: الثانية لأنها لام والإعلال في اللام

دينه من الوديعة والدين. وأجيب بأن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر له وفي الأمر بالإنفاق على المرأة ذلك إبقاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر، لأن فيه قضاء عليه بقول الغير بإزالة ملكه، ثم جاز للقاضي أن يأمر المودع بالإنفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعمله الذي لا يحتمله أولى، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة لأنه أمانة من وجه، وكذا إذا كان ديناً. وقوله: **(وهذا)** أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة إذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كان ثياباً من جنس حقها في الكسوة، أما إذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلأنه لا يباع على الحاضر لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح، فكذا على الغائب، بل بالطريق الأولى. وأما عندهما إن كان

قوله: **(التعين طريق إثبات الحق)** أقول: أي عند القاضي قوله: **(لعدم إثباته إلخ)** أقول: أي لعدم إمكان إثباته.

قوله: **(وأجيب بأن أمر القاضي، إلى قوله: بإزالة ملكه)** أقول: وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام التعليل إلى ضميمة ليتم قوله: **(بالإنفاق عليها بالبينة إلخ)** أقول: فيه بحث لما تقدم آنفاً أن طريق إثبات الحق هنا منحصر في إقراره. والجواب أن مراده بالبينة هو إقرار المودع

قوله: **(وقوله وهذا: أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة إلخ)** أقول: للزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الأمرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى قوله: **(امتناعه المشروط)** أقول: قوله المشروط صفة الامتناع.

لهؤلاء) ووجه الفرق هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم، أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه، والقضاء على الغائب لا يجوز، ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقراً به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالاً فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب. وقال زفر: يقضي فيه لأن فيه نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه لو حضر وصدّقها فقد أخذت حقها، وإن

أولى. قوله: **(وإذا ثبت في حقه)** بإقراره أن حق الأخذ لها مما في يده **(تعدّى إلى الغائب)** ضرورة. أو رد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فإنه لا يقضي عليه بالدفع إلى صاحب الدين. وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب، ففي الأمر بالإنفاق نظر له بإبقاء ملكه الثابت بالنكاح وإبقاء ما هو في معنى نفسه: أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير قوله: **(فإنه لا يباع على الحاضر)** حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضي، فإن لم يفعل حبسه أبداً حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ، وعندهما يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع قوله: **(ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة)** ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته في إعطاء النفقة، وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعاً أصله حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم. وعن هذا قلنا: لو كان للغائب حال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق الأخذ منه، ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء، والإيفاء لا يمتنع بسبب الزوجية، ألا يرى أن من أقرّ بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقرّ له من القاضي الإيفاء منه أجابه إلى ذلك قوله: **(إلا هؤلاء)** وهم الزوجة والولدان والولد الصغير، ويستدرك عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب قوله: **(فنفقتهم إنما تجب بالقضاء)** لا شك أن الوجوب ثابت بدليلة قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة، وإنما المراد أنه لما كان مجتهداً فيه فقد يمتنع تمسكاً بقول: من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعينّ عليه قول: الوجوب إلا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع. وفي الكافي: لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه. ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإنفاق من الوديعة أوّلاً لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة قوله: **(وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها)** منها قول أبي حنيفة أولاً: إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقاً فيما في يده من المال بسبب فكان خصماً في إثبات ذلك السبب، كمن ادعى بيتاً في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب، ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها

يقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع. فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك. قال: **(ويأخذ منها كفيلاً بها نظراً للغائب)** من عنده المال إذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضي فيحلفها أنها ما استوفت النفقة، فإذا حلفت دفع إليها النفقة وأخذ منها كفيلاً لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها، فإن اتفق ذلك كان الزوج مخيراً في أخذ أيهما شاء من المرأة، والكفيل وكلامه واضح، **(ولا يقضي بنفقة من مال غائب إلا لهؤلاء)** يعني زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه، أما غيرهم من المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه. ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(لأن مجتهد فيه)** قيل لأن الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين، وفيه نظر سيأتي. وقوله: **(لا يعلم القاضي بذلك)** متصل بقوله وكذا إذا علم القاضي بذلك وقوله (و) لو **(لم يكن)** يعني الرجل **(مقرّاً به)** متصل بقوله يعترف به وبالزوجية. وقوله: **(فأقامت البينة على الزوجية)** يعني في الصورتين إذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما إذا لم يخلف مالاً ولم يعلم بالزوجية وكلامه ظاهر. وقوله: **(في هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم**

جحد يحلف، فإن نكل فقد صدّق، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة، وعمل القضاء اليوم على هذا أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه، وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها.

تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصماً فيه. ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة، ثم رجع إلى قولهما، وقول زفر في ذلك متقرر، ونقل مثل قول: زفر عن أبي يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك.

[فروع] في الفتاوى: امرأة قالت: إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلاً بالنفقة. قال أبو حنيفة: ليس لها ذلك، وقال أبو يوسف: آخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً، وعليه الفتوى، فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر. وعن أبي يوسف أيضاً: لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح. وقال أبو حنيفة: هو على شهر واحد، ولو ضمنْ لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة، ولو طلقها رجعياً أو بائناً والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح.

يذكرها) من تلك الأقاويل ما ذكروه من قولهم إذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال في يده، فقد كان أبو حنيفة يقول أولا: تقبل بينتها على الزوجية، ثم رجع فقال: لا تقبل بينتها. ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب إلى شيء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب، وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما. وأما قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر يجيبها إلى ذلك وهو المذكور في الكتاب، وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر أولا بالإنفاق من الوديعة لأن القاضي نصب ناظراً ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لأنها تحتمل الهلاك بخلاف الدين.

قال المصنف: **(ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظراً للغائب)** أقول: وفي غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اهـ. وفيه بحث إلا أن يراد الإبراء في صورة الاختلاع قال المصنف: **(أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء)** أقول: قال تاج الشريعة: يعني أن الأداء إنما يجب به، أما نفس الوجوب فثابت عندنا اهـ. وإلا فليس للقاضي إيجاب ما لم يكن أوجبه الشرع لأنه يكون قد شرع وليس كذلك لغير رسول الله ﷺ قوله: **(وفيه نظر سيأتي)** أقول: يعني سيأتي بعد ورقتين، ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** فخلاف الشافعي رحمه الله لا يعتد به كخلاف ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعي في حل متروك التسمية عامداً وسيصرح الشارح أن الآية دليلي قطعي في ذلك في العتاق قال المصنف: **(ولو لم يعلم القاضي إلخ)** أقول: ولو علم القاضي بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغي أن يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة قوله: **(يعني في الصورتين)** أقول: بل ذلك في الصورة الأولى، وأما إقامتها في الصورة الثانية فيجيء أيضاً عقيبه قوله: **(ومنها ما إذا لم يكن للزوج إلخ)** أقول: فيه تسامح، والمراد ظاهر.

فصل

(**وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً**) وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملاً، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء، وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت: «طلقني زوجي ثلاثاً فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة» ولأنه لا ملك

فصل

قوله: (**وقال الشافعي رحمه الله: لا نفقة للمبتوتة**) وهي المطلقة ثلاثاً والمختلعة إذ لا بينونة عنده بغير ذلك (**إلا أن يكون حاملاً**) فإن في بطنها ولده، وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم «أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من سبيل، فجاءت رسول الله ﷺ فقال: ليس لك نفقة، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك، فإذا حللت فآذنيني، قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله ﷺ: أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، أنكحي أسامة بن زيد، فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به» وأخرجه مسلم أيضاً وقال فيه «لا نفقة لك ولا سكنى» ورواه أيضاً وقال فيه «إن أبا حفص بن المغيرة خرج مع عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها»[1] وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث، وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا: والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملاً، فأتت النبي ﷺ فذكرت له، قولهما فقال: لا نفقة لك» زاد أبو داود في هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش ابن أبيّ ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك: إلا أن تكوني حاملاً»[2] وفي شرح الكنز نسبه[3] إلى مسلم لكن الحق ما علمت. وفي رواية لمسلم «أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن، فقال لها أهله: ليس لك علينا نفقة، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله ﷺ في بيت ميمونه»[4] الحديث. والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه، والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور، أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولا كون الراوي أعرابياً، فقد قبلوا حديث فُريعة بنت مالك بن سنان أخت

فصل

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفارقة (**وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً. وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة**) وهي التي طلقها الزوج ثلاثاً أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (**إلا إذا كان حاملاً، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء**) كما تقدم (**وأما البائن**

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ من عدة وجوه وأبو داود ٢٢٨٤ والترمذي ١١٣٥ والنسائي ٦/ ١٥٠ وابن ماجه ٢٠٣٥ وابن حبان ٤٢٥٤ والطبراني ٢٤ (٩٣٠) والبيهقي ٧/ ١٨١ وأحمد ٦/ ٤١١. ٤١٣ كلهم من حديث أبي بكر بن أبي الجهم عن فاطمة بنت قيس به.

(٢) جيد أخرجه أبو داود ٢٢٩٠ في حديث فاطمة بنت قيس مطولاً، وفيه: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً» وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم، وهو عند مسلم بدون هذه الزيادة اهـ. وقوله: فتحمل رواية الثلاث: أي لفظ: طلقها ثلاثاً.

(٣) أي نسب هذا اللفظ لمسلم والصواب أنه لأبي داود وحده. كما ذكر ابن الهمام.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ حـ ٣٨ وأبو داود ٢٢٨٥ و ٢٢٨٧ والطبراني ٢٤ (٩٠) وابن حبان ٤٢٥٣ والنسائي ٦/ ١٤٥ والبيهقي ٧/ ١٧٨ من عدة طرق كلهم من حديث أبي سلمة عن فاطمة بنت قيس بأتم منه.

له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه، بخلاف ما إذا كانت حاملاً لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى: **﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن﴾** الآية. ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها

أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها[1] مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر، بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته، ثم قد ظهر لها من النفقة ما أفاد علماً وجلالة قدر، وهو ما في صحيح مسلم من «أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به، فقال مروان: لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن، قال الله تعالى **﴿لاتخرجوهن من بيوتهم ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾** إلى قوله تعالى **﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** [الطلاق: ١] قالت: هذا لمن كانت له مراجعة، فأي أمر يحدث بعد ذلك؟ فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً فعلام تحبسونها؟»[2] وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو أعرابي فجزمنا رد عمر وغيره لخبرها ليس إلا لما علموه عن رسول الله ﷺ مخالفاً له، وقد استقر الحال عليه بعد وفاته ﷺ بين السلف إلى أن روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده، وصرح بالرواية، بخلافه في صحيح مسلم عن أبي إسحاق قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس «أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، فأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به وقال: ويلك تحدث بمثل هذا» قال عمر لا نَتْرك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾**[3] [الطلاق: ١].

فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس إلخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه. وقوله: **(لأنا عرفناه)** أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى **﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن﴾** والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى **﴿حتى يضعن حملهن﴾** والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل. وقوله: **(وصار كما إذا كانت**

قال المصنف: **(أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم) أقول:** فيه أن الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر في آخر باب الرجعة قوله: **(والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية، وهو قوله تعالى ﴿حتى يضعن حملهن﴾** والنفقة في غير المطلقات غير مغياة إلخ) **أقول:** فيه أن مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما سيصرح به الشارح في كتاب البيع وإن صرح غيره بخلافه، والأولى أن يستدل برجوع الضمير إلى المطلقات فإن سياق النظم فيهن إلا أن يكون المراد الإلزام.

---

(١) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مالك ٢/ ٥٩١ والشافعي في الرسالة ١٢١٤ والمسند ٢/ ٥٣. ٥٤ وأبو داود ٢٣٠٠ والترمذي ١٢٠٤ والنسائي ٦/ ١٩٩. ٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٣١ والدارمي ٢/ ١٦٨ وابن سعد ٨/ ٣٦٨ وابن الجارود ٧٥٩ وابن حبان ٤٢٩٢ والحاكم ٢/ ٣٢٠٨ والبيهقي ٧/ ٤٣٤. ٤٣٥ والبغوي ٢٣٨٦ وأحمد ٦/ ٣٧٠. ٤٢٠. ٤٢١ من طرق عدة كلهم من حديث الفُريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري، وكرره ابن حبان ٤٢٩٣ والطيالسي ١٦٦٤ عن فُريعة قالت: «إن زوجها كان في قرية من قرى المدينة، وأنه خرج في طلب أَعْبُدٍ له أَبَقُوا، فقتلوه فأتت رسول الله ﷺ، فذكرت الوحشة، وأنها استأذنته أن تأتي إخوتها بالمدينة، فأذن لها، ثم أعادها فقال لها: امكثي في بيتك الذي جاء فيه نعيه حتى يبلغ الكتاب أجله» هذا سياق الطيالسي وابن حبان وأما الباقون فطَوّلوه وصححه الترمذي والحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالوا رجاله كلهم ثقات، وهو خبر متصل.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ ح ٤١ بأتم منه وكذا أبو داود ٢٢٩٠ والبيهقي ٧/ ٤٧٢. ٤٧٣ كلهم من حديث الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بهذا الحديث.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ ح ٤٦ بهذا اللفظ وأبو داود ٢٢٩١ والطحاوي ٣/ ٦٧ والدارقطني ٤/ ٢٥ كلهم من حديث الشعبي به.

تنبيه: وقد ضعف الدارقطني لفظ: وسنة نبينا. وقال: وقع هذا اللفظ في رواية أبي أحمد الزبيري عن عمار بن زُريق، وقد رواه يحيى بن آدم عن عمار بن زريق بدون لفظ: وسنة نبينا. ويحيى بن آدم أحفظ من الزبيري وأثبت منه، وتوبع ابن آدم على روايته عن ابن زُريق حيث رواه قبيصة بمثله عن ابن زُريق، ورواه الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عمر، ولم يقل سنة نبينا اهـ.

السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملاً. وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه، فإنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم **(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)** لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها. ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة

فقد أخبر أن سنة رسول الله ﷺ أن لها النفقة والسكنى. ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضي الله عنه. وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المطلقة ثلاثاً النفقة والسكنى»[1] وقصارى ما هنا أن تعارض روايتها بروايته، فأي الروايتين يجب تقديمها؟ وقال سعيد بن منصور: حدثنا أبو معاوية، حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال: كان عمر رضي الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة قال: «ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة» فهذا شاهد على أنه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ، والثقة إذا شذ لا يقبل ما شذ فيه، ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان: سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها[2]، والناس إذ ذاك هم الصحابة، فهذا في المعنى حكاية إجماع الصحابة، ووصفه بالعصمة. وفي الصحيحين عن عروة أنه قال لعائشة: ألم تري إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة، فخرجت فقالت: بئس ما صنعت، فقال: ألم تسمعي إلى قول فاطمة؟ فقالت: أما إنه لا خير لها في ذكر ذلك.[3] فهذا غاية الإنكار حيث نفت الخبر بالكلية عنه، وكانت عائشة: أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين إلى منزلها ويستفتين منه ﷺ وكثر وتكرر. وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لفاطمة: ألا تتقي الله تعالى: تعني في قولها: لا سكنى ولا نفقة[4]. وقال القاضي إسماعيل: حدثنا نصر بن علي، حدثني أبي عن هارون عن محمد بن إسحاق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس: إنما أخرجك هذا اللسان: يعني أنها استطالت على أحمائها وكثر الشرّ بينهم فأخرجها عليه

. . . .

---

(١) ضعيف. أخرجه الطحاوي ٣/٦٨ في معاني الآثار عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: قال عمر. فذكره وهذا مرسل النخعي لم يدرك عمر. ولذا قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا منقطع لا تقوم به حجة اهـ.

وأما رواية الدارقطني في سننه ٤/٢٣ عن الشعبي عن فاطمة وفيه: فقال النبي ﷺ: بل لك سكنى، ولك نفقة: فقال أخو زوجي: طلقها ثلاثاً. فقال رسول الله ﷺ: إنما السكنى والنفقة على من له عليها رجعة.

وفي إسناده جابر الجعفي واه بمرة بل اتهمه أبو حنيفة بالكذب.

(٢) تقدم قبل ثلاثة أخبار.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٢٤ و ٥٣٢٦ ومسلم ١٤٨١ وأبو داود و ٢٢٩٣ والنسائي ٦/٢٠٨ كلهم عن عروة عن عائشة به.

تنبيه: ذكر ابن الهمام أن عائشة نعت الخبر بالكلية اهـ.

قلت: ليس كذلك فهي لم تكذبها ويوضح ذلك.

ما أخرجه أبو داود ٢٢٩٢ عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت: إن فاطمة كانت في بيت وحش مخيف على ناحيتها. فلذلك رخص لها رسول الله ﷺ، وكذا أخرج البخاري ٥٣٢٦ فعائشة لم تكذب فاطمة، ولم تنف الخبر من أصله إنما أنكرت عدم كون العدة في بيت الزوجية.

ويؤيده ما أخرج أبو داود ٢٢٩٤ بسنده عن سليمان بن يسار في خروج فاطمة قال: إنما كان ذلك من سوء الخلق. وأخرج البخاري في صحيحه ٥٣٢١ و ٥٣٢٢ وكذا أخرج أبو داود ٢٢٩٥ بسند صحيح من طريق مالك عن يحيى عن القاسم وسليمان أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق زوجته البتة، فانتقلها أبوها، فأرسلت عائشة إلى مروان، وهو أمير المدينة أن اتعد الله، وأردد المرأة إلى بيتها، فقال مروان: أو ما بلغك أمر فاطمة، فقالت عائشة: لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة.

ولذا قال البيهقي ٧/٤٧٦ الأشبه أن عائشة أنكرت على فاطمة النقلة من بيتها من دون سبب دون النفقة

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٢٣ و ٥٣٢٤ من طريق القاسم عن عائشة. والتفسير من القاسم أو معن دونه لا من عائشة.

. . . .

الصلاة والسلام لذلك[1]. ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة، وأعظم متتبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظاً ودراسة، ولولا أنه علمه عنها ما قاله، وذلك ما في أبي داود من حديث ميمون بن مهران قال: قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب فقلت: فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها، فقال سعيد: تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم[2]. وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابية ذلك من عند نفسه، وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال: خروج فاطمة إنما كان عن سوء الخلق، رواه أبو داود في سننه عنه[3] وممن ردّه زوجها أسامة بن زيد حبّ رسول الله ﷺ. روى عبد الله بن صالح قال: حدثني الليث بن سعد، حدثني جعفر عن أبي هرمز عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: كان محمد بن أسامة بن زيد يقول: كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئاً من ذلك، يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى. هذا مع أنه هو الذي تزوّجها بأمر رسول الله ﷺ[4]، وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه إلى منزله حتى بنى بها، فهذا لم يكن قطعاً إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها، أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضاً ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر. وقال الليث: حدثني عقيل عن ابن شهاب قال: أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال: فأنكر الناس عليها ما كانت تحدّث من خروجها قبل أن تحل. وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا: «المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة»[5]. وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال «المطلقة ثلاثاً لها النفقة والسكنى»[6] قال عبد الحق: إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع، أو كان عن الليث عن أبي الزبير. وحرب بن أبي العالية أيضاً لا يحتج به ضعفه ابن معين، والأشبه وقفه على جابر، وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يردّ قول من ذكر أن جابراً على قول فاطمة، وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن. وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب، وفي بعضها أنه طلقها ثم سافر، وفي بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله ﷺ فسألته، وفي بعضها أن خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه ﷺ، وفي بعض الروايات سمي الزوج أبا عمرو بن حفص، وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث. وممن رد الحديث زيد بن

. . . .

(١) ما ذكره القاضي إسماعيل فيه محمد بن إسحق مدلس وقد عنعنه فهو غير حجة ثم إنه شك فيه فقال: أحسبه عن محمد بن إبراهيم وقد أخرجه أبو داود ٢٢٩٦ عن ميمون بن مهران عن ابن المسيب، ولفظه هو الآتي، وإسناده صحيح.

(٢) تقدم في الذي قبله ورجاله ثقات وكذا أخرجه الطحاوي ٣/ ٦٩.

(٣) أثر سليمان هذا. أخرجه أبو داود ٢٢٩٤ بسند صحيح سليمان بن يسار من قوله.

(٤) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي ٣/ ٦٨ من هذا الوجه عن محمد بن أسامة بن زيد به. ورجاله كلهم ثقات أثبات.

(٥) معطوف حسن. أخهرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٣٢٦.
وقال الهيثمي: إسناده منقطع اهـ.
يعني لأن النخعي لم يدرك عمر ولا ابن مسعود لكن مرسلاته قوية إلا أن له علة أخرى، وهي ضعف الحجاج بن أرطاة، ومع ذلك فله شواهد عن عمر حيث رد حديثها.

(٦) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢١ . ٢٢ من طريق حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٧٤؛ قال عبد الحق: إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع، أو كان عن الليث عن أبي الزبير، وحرب هذا لا يحتج به ضعفه يحيى بن معين، والأشبه وقفه على جابر.

تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة **(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)** لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة، بخلاف

ثابت ومروان بن الحكم، ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد، وممن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم. فإن قيل: هذا العذر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك للسكنى والحال أنه ﷺ قال لها: لا نفقة لك ولا سكنى، قلنا: ليس علينا أوّلاً أن نشتغل ببيان العذر عما روت، بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه، والمروى عمر في تركه كائناً هو في نفسه ما كان، إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملاً لمرويها على الصحة، ونقول فيه: أن عدم السكنى كان لما سمعت، وأما عدم النفقة. فلأن زوجها كان غائباً ولم يترك مالاً عند أحد سوى الشعير الذي بعث به إليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنها طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمين فقال لها أهله: ليس لك علينا نفقة الحديث. فلذلك قال ﷺ لها «لا نفقة لك ولا سكنى»[1] على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالاً عند أحد، وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة، فلم تفهم هي الغرض عنه ﷺ، فجعلت تروي نفي النفقة مطلقاً فوقع إنكار الناس عليها، ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم﴾ [الطلاق: ٦] قد علم أن المراد: وأنفقوا عليهن من وجدكم، وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله ﷺ مفسرة له[2]. وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه: ﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير: أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم، وأنفقوا عليهن من وجدكم، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن. ومعلوم أنه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع، فإن النفقة واجبة لها مطلقاً حاملاً كانت أو لا، وضعت حملها أو لا، بخلافه ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، وكذا قوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [الطلاق: ١] فإنه عام في المطلقات، وقوله تعالى ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] يرجع إلى الرجعيات منهن، وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر قوله: **(ألا يرى أن**

حاملاً) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة. وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه. وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء، وكان يشتبه بأن الحامل أيضاً تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن. وقوله: **(ولا ندع كتاب ربنا)** يريد به قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى ما يملك به، أما الإسكان

---

(١) حديث مسلم تقدم مطلع هذه الروايات في هذا الشأن.

(٢) غريب مرفوعاً. وذكر السيوطي في الدر المنثور ٦/٢٣٧ آثاراً في هذا الشأن ومنها ما أخرجه ابن المنذر وعبد بن حميد عن مجاهد في قوله تعالى ﴿من حيث سكنتم من وُجدكم﴾ قال: من سعتكم. قال: وأخرج ابن جرير عن ابن عباس موقوفاً اهـ.

فائدة: جاء في فتح الباري ٩/٤٨٠ ما ملخصه: اختلف الجمهور في نفقة المطلقة البائن، وسكناها. فقال الجمهور: لا نفقة لها ولها السكنى، واحتجوا لإثبات السكنى بقوله تعالى ﴿أسكنوهنّ من حيث سكنتم﴾ ولإسقاط النفقة بقوله تعالى ﴿وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ﴾ فإن مفهومه أن غير الحامل لا نفقة لها.

وذهب أحمد وإسحق وأبو ثور إلى أن لا نفقة لها، ولا لها السكنى أيضاً على ظاهر حديث فاطمة.

وذهب أهل الكوفة من الحنفية وغيرهم إلى أن لها النفقة والكسوة اهـ. باختصار وهكذا ذكر القرطبي في تفسيره ١٨/١٦٧ ولعل الصواب: السكنى بدل الكسوة. والله تعالى أعلم بالصواب.

المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست

معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فإنها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول، ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة. وأنت إذا أنعمت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في المسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه قوله: **(وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية)**. احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقاً وعما يجيء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما. والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها، ففي الأول لها النفقة مطلقاً سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أوجبه بعد الخلوة، ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه ﷺ لم يجعل لها بيتاً ولا قوتاً عليه[1] أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته، أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر، أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هي، أو ارتدّ هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن بمعصيته لا تحرم هي النفقة وأما الثاني فإما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة، وإما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لأنها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعاً فيه، ولها السكنى في جميع الصور لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها، أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها قوله: **(بخلاف المهر بعد الدخول)** يعني أنه يجب لها وإن جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لأنه وجدالموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية قوله: **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت سقطت نفقتها)** لا لعين الردة هنا لأن الفرقة لم تجيء بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة، وإنما تسقط في هذه الردة إذا أخرجت وحبست إذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف في التعليل، أو إذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة، ولو حبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد استحقاقها للنفقة، وما ذكر في الجامع من قوله: ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدّة عادت نفقتها، بخلاف ما بعد اللحاق، يخالفه ما ذكر في الذخيرة: لو عادت إلى دار الإسلام فلها النفقة والسكنى، ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما إذا حكم بلحاقها، وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به، بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة؛ فإنها لو أسلمت وعادت إلى منزله لا تجب لها نفقة لأنها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها إلى المنزل مسلمة، ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي. وفي شرح الطحاوي: الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة

فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه، وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود: وأنفقوا عليهن من وجدكم. وقوله: **(سنة نبينا)** يريد به قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» وقوله: **(ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد)** هو زوج فاطمة الراوية، فإن أسامة كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وقالت عائشة: تلك المرأة فتنت العالم: أي بروايتها هذا الحديث. وقوله: **(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)** ظاهر. وقوله: **(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)** إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأي فرقة كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها، فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها، وإما الردة فقد ذكرها شيخ الإسلام في مبسوطه وقال: إنما تسقط نفقة المرتدة إذا

---

(١) تقدم في باب اللعان.

نفسها لاستيفاء المهر **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها)** من نفسها **(فلها النفقة)** معناه: مكنت بعد الطلاق، لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب، ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق.

لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده، فلو طلق الأمة بائناً وكانت مبوأة معه بيتاً فأخرجها المولى إلى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها، فإن أعادها إلى بيت الزوج تأخذ النفقة، ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة. وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت إلى المنزل في العدة فإنها تعود نفقتها. وأجيب بأن النفقة كانت واجبة إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه، وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور. ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر. وعن هذا قلنا: لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم، إن كانت العدة بالشهور جاز لأنها معلومة، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها، وإذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة إلا أن تكون مفروضة. ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح، ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز. وأما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز، ثم القول قول: المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض. ولو كانت ادعت حبلاً وأنفق عليها إلى سنتين، فإن قالت: بعدهما كنت اعتقدته حبلاً فظهر أنه ليس إياه وأنا حائل لم أحض وقال: بل ادعيت الحبل كذباً وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي إلى قوله: ويأمره بالإنفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر، ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها إلى ثلاثة أشهر. وقال الفضلي: لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها، كذا ذكر هذا الفرع بعضهم. وفي الخلاصة: عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن. وفيها: رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الأول فرّق بينها وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الأول حتى تنقضي عدة الثاني، فإن طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني، فإذا انقضت عدة الثاني تجب، ولو تزوّجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج، كذا في الأقضية. وفي الفتاوى قال: تجب على الزوج الأول، هكذا ذكر في المحيط، وتأويله إذا تزوجت في بيت العدة، أما إذا خرجت فلا.

أخرجت للحبس من بيت العدة، وأما إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة)** والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال في النهاية: وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث، وأما المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة، بخلاف الطلاق البائن.

فصل

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة) لقوله تعالى: ﴿وعلى

فصل

قوله: (ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الإطلاق بل الأب إما غنيّ أو فقير، والأولاد إما صغار أو كبار، فالأقسام أربعة: الأول أن يكون الأب غنياً والأولاد كباراً، فإما إناث أو ذكور، فالإناث عليه نفقتهن إلى أن يتزوجن إذا لم يكن لهن مال، وليس له أن يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة، وإذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الأب؛ والذكور إما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمي أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم، وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم؛ قال الحلواني: ورأيت في موضع: هذا إذا كان بهم رشد، وقوله: لا يشاركه فيها أحد على الإطلاق في الصغار، أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وإن لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم. الثاني أن يكون الأب غنياً وهم صغار، فإما أن يكون لهم مال أو لا، فإن لم يكن فعليه نفقتهم إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الأنثى ذلك، فلو كان الأب مبذراً يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه؛ وإن كان لهم مال فإما حاضر أو غائب، فإن كان حاضراً فنفقتهم في مالهم لا يجب على الأب شيء منها، وإن كان غائباً وجبت على الأب، فإن أراد أن يرجع في مالهم ينفق بإذن القاضي في ذلك، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع، ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع، وفيما بينه وبين الله تعالى يحلّ له أن يرجع. الثالث أن يكون الأب فقيراً، فإن كانوا أغنياء وكباراً قادرين فلا إشكال أن نفقته هو عليهم، وإن كانوا صغاراً أغنياء فكذلك أيضاً. الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والأب أيضاً عاجز عن الكسب، فالخصاف قال: يتكفف الناس وينفق عليهم، وقيل نفقتهم في بيت المال، وإن كان قادراً على الكسب اكتسب، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون، ولا يحبس والد وإن علا في دين ولد له وإن سفل إلا في النفقة لأن الامتناع إتلاف النفس ولا يحل للأب ذلك، وكذا لو عدا الأب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه إلا بقتله حل له قتله، وإذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على

فصل

(لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لا يشاركه فيها غيره) في ظاهر الرواية، وقد روى عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثهما لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ووجه الظاهر قوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ قيل في وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى. وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لأن الحكم ترتب على مشتق، وترتيبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني، وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس، ولا يجوز أن يكون غيره علة يتوارد علتان على معلول واحد. والجواب أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة إذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد، وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه،

فصل

قوله: (ويجوز أن يقال استدل بالآية إلخ) أقول: يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتي أما الولد فلإطلاق النص قوله: (لا يقبل الاشتراك) أقول: فيه تأمل. قوله: (وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولاً على الندب إلخ) أقول: الأمر للإيجاب والتقييد لا بد له من دليل، والأصل هو الوجوب في القضاء.

المولود له رزقهن﴾ والمولود له هو الأب **(فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه)** لما بيَّنا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه. وقيل في تأويل قوله تعالى: **﴿لا تضار والدة بولدها﴾** بإلزامها الإرضاع مع كراهتها، وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه، أما إذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبيّ عن الضياع. قال: **(ويستأجر الأب من ترضعه عندها)** أما استجار الأب فلأن الأجر عليه، وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها **(وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة)**. قال الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾** إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل

الأب إذا أيسر. وفي جوامع الفقه: إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ثم يرجع عليه، فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها، وكذا إذا لم يكن له أب إلا أنها ترجع في الأول، وما نقل ابن قدامه عن الأئمة الأربعة من عدم الرجوع فيه نظر، وإن كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالأب، وبه قال الشافعي. وفي نفقات الشهيد: خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الأم الثلث إذا كانا موسرين ويكون ديناً على الأب يرجعان عليه إذا كان بأمر الحاكم. قال القاضي: هذا إذا كانت الغيبة منقطعة قوله: **(لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣])** وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات، وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه. وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدإ الاشتقاق علة له، فإذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى، وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها في الخدمة والتربية والرضاع، حتى إن اللبن الذي هو مئونته إنما يستحيل لبناً من غذائها، فإيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه، إذ ليست النفقة سوى إخراج ما يحتاجه المحتاج إليه لكفايته، وقد تقدم في الكتاب ما يشير إلى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى. في الخلاصة: قال هشام: سألت محمداً عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه فكان كنفسه قوله: **(وليس على الأم أن ترضعه)** يعني في الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره قوله: **(وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم)** أي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة، وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع قوله: **(وذلك)** أي عدم الجبر إذا وجد من ترضعه، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أجبرت على إرضاعه صيانة له عن الضياع. وذكر الحلواني أن ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك إجبارها إلى التلف، وإلى الأول مال القدوري والسرخسي وهو الأصوب، لأن قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته قوله: **(معناه إذا أرادت ذلك، لأن الحجر لها)** أي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم، وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي أنها تجبر على الحضانة، وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه، ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك، بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان أو تحمل

والاحتباس علة العلة والصحيح سبب يفضي إليه، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد، فإذا تحقق يضاف الحكم إليه، ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجية بتقديم الظرف. وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لأن كلاً منهما لايقبل الاشتراك، فكذا النفقة الثابتة بهما، وإذا انتفى الاشتراك فإما أن يثبت على الأب أو على غيره لا سبيل

واجباً عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم، وكذا في المبتوتة في رواية، وفي رواية أخرى: جاز استئجارها لأن النكاح قد زال. وجه الأول أنه باق في حق بعض الأحكام **(ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز)** لأنه غير مستحق عليها **(وإن انقضت عدتها فاستأجرها)** يعني لإرضاع ولدها **(جاز)** لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية **(فإن قال الأب لا**

الصبي معها إليه أو تقول: أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه قوله: **(وجه الأولى)** لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله: قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله: وهذا يعني عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم، وإلا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيهاً في الحكم والوجه، وأيضاً ربما يكون تأخير ذكر وجهه للإيماء إلا أنه المختار عنده، وكذا ظاهر إطلاق القدوري المعتدة في قوله: أو معتدته. وإن كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم، إذ من عادته تأخير وجه القول: المختار. والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع إليه، ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن، وكذا لا يجوز استئجارها للإرضاع قوله: **(وإن انقضت عدتها فاستأجرها)** اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى **﴿لا تضار والدة بولدها﴾** [البقرة: ٢٣٣] والضرر يتحقق عند العجز عن إرضاعه إذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لأن امتناعها عن الإرضاع مع داعية حنوّ الوالدة ظاهر في عجزها عنه، فلذا لم تجبر عليه إذا امتنعت، فإذا أقدمت عليه بالأجر وهي منكوحة أو معتدة عن رجعي أو مطلقاً على ما هو الأوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق في مقابلة فعل الواجب. ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة، ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضاً كما قبلها، وهذا لأن الوالدات في قوله تعالى **﴿والوالدات يرضعن﴾** [البقرة: ٢٣٣] أعم من البائنات فكان الإيجاب عاماً على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل القاعدة وفيها وبعدها، والمانع من أخذ الأجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل إذا ظهرت

إلى الثاني فتعين الأول **(وإن كان الصغير رضيعاً فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة)** فكما يجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت، ولأنها قد لا تقدر على الإرضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه، وقيل قوله تعالى **﴿لا تضار والدة بولدها﴾** معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها. فإن قيل: فما معنى قوله تعالى **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** قلت: إن كان معناه الإخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج إلى جواب، وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولاً على الندب أو الوجوب إذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع، أو هو محمول على الوجوب عليها تديناً، حتى لا يجوز استئجار على الإرضاع إذا كانت في عصمته أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به. فإن قيل: إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبانة. قلت: إن قوله تعالى **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن في المطلقات﴾** وأوجب إيتاء أجورهن عند الإرضاع، فلو كان قوله يرضعن على إطلاقه لوجب الإرضاع على المطلقات، وفي ذلك عمل إحدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية إذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح. وقوله: **(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه)** بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لما أن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح **(كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته في دينه، أما الولد فلإطلاق ما تلونا)** يريد به قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن﴾** الآية **(ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه)** وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه **(وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح، فإنه)** يعني وجوب النفقة **(بإزاء الاحتباس الثابت به)** أي العقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلمة والكافرة والكتابية موجود، والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجوداً فتجب النفقة. فإن قيل: سلمنا أن السبب موجود

استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق لأنها أشفق) فكان نظراً للصبي في الدفع إليها **(وإن إلتمست زيادة لم يجبر الزوج عليها)** دفعاً للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى: **﴿لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾** أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية **(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه)** أما الولد فلإطلاق ما تلونا، ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه، وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة. وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً.

قدرتهن وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر. وغاية ما يقال: إن الإرضاع من نفقته وهي على الأب لا الأم. ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لها بإدرار الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فأوجب عليها إلقامه ثديها، وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور: أعني يرضعن أولادهن، والحق أنه أوجب عليها مقيداً بإيجاب رزقها عليه بقوله **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾** [البقرة: ٢٣٣] ففي حال الزوجية والعدة وهو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة مقامه قوله: **(وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبيّ مال)** وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فللأب أن يبيعه وينفقه عليه، وكذا يعطي منه أجر رضاعه، وهذا لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر إذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه، بخلاف نفقة الزوجة فإنها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وإن كانت غنية. أما الولد فنفقته للحاجة، وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم، والله أعلم.

لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعاً كما في استحقاق الإرث؟ فالجواب أن ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد، وإنما مبناه على الولاية والكفر ينافيها. وأقول: لو استدل على نفقة الزوجة أيضاً بإطلاق قوله تعالى **﴿وعلى مولود له﴾** الآية كان أسهل تأتياً لأنه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج إلى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة، فإنه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله **﴿وعلى المولود له﴾** الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه. وقوله: **(في جميع ما ذكرنا)** أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دوراً أو عقاراً أو ثياباً. قال في الذخيرة: إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل في نفقة الإنسان أن يكون في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً. واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض. والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فيتغير، وذلك لأن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس، فما دام الاحتباس قائماً كانت النفقة واجبة تحقيقاً للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى.

فصـل

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجدّاته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾ نزلت الآية في الأبوين الكافرين، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً، وأما الأجداد والجدّات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجدّ مقام الأب عند

فصـل

قوله: (وعلى الرجل) أي الموسر قوله: (وأجداده) يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا، وفي جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون. وقوله: إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسي حيث قال: إذا كان الأب قادراً على الكسب يجبر الابن على نفقته، بخلاف قول الحلواني: إنه لا يجبر إذا كان الأب كسوباً لأنه كان غنياً باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير، وإذا كان الابن قادراً على الكسب لا تجب نفقته على الأب، فلو كان كل منهما كسوباً يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر. قيل: هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرّم بقوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أفّ﴾ [الإسراء: ٢٣] ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني قوله: (نزلت في الأبوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً واتبع سبيل من أناب إليّ﴾ [لقمان: ١٥] ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف، وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم إلى أن محملها على غير الحربيين، فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم﴾ إلى قوله ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ [الممتحنة: ٨] الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الأبوين فتعارضا في الأبوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح. ولقائل أن يقول: النهي إنما يتعلق بالذين تحقق منهم

فصـل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه، أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة: يا سعد بلغني أنك صبوت، فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا شرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحب ولدها إليها، فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها، فأتى سعد النبي ﷺ وشكا إليه ذلك، فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سبباً له في تلك المعيشة يموت من

فصـل

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده إلخ) أقول: لم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادراً على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا؟ قال شمس الأئمة السرخسي: إذا كان الأب كسوباً والابن أيضاً كسوباً يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يجبر على ذلك، واعتبره بذي الرحم المحرم. ووجه الفرق مذكور في العناية وغيرها، واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيجيء بعد سطور قال المصنف: (وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) أقول: فيتناولهما النص، وفيه نظر فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ قوله: (لو وقعت المساواة إلخ) أقول: فيه تأمل قوله: (فحمل ذلك على أهل الذمة إلخ) أقول: فيه أن أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجيء في كتاب السير ما يخالفه ظاهراً.

عدمه ولأنهم سببوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين. وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال، فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا **(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدّات والولد وولد الولد)** أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة، وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين، لأنا نهينا عن البرّ في حق من يقاتلنا في الدين **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** وكذا لا تجب على المسلم

قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على إخراج، ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حرباً لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه، وأيضاً صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾** [الممتحنة: ٨] ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضاً حربيون قوله: **(وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات)** ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ: أعني لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير في قوله **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** [لقمان: ١٥] وفيه نظر، فإنهم في مسئلة الأمان فيما إذا قالوا: آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعموم انتظام اللفظ، فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة، بل لا ينبغي أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الأبوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الأجداد ويعتبره في عموم المجاز، ومن العجب عدم اعتبارهم إياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاط في إثباته. وقوله: ولهذا يقوم الجد إلخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية الإنكاح والتصرف في مال ولد الولد، هذا ولو قال: إنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان قوله: **(أما الزوجة إلخ)** عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا قوله: **(فكما لا يمتنع إلخ)** الأحسن أن يقال: فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه، وكونه يجبره الحاكم على إنفاقه على نفسه محل نظر، أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه، وكذا أمره بالمعروف من ذلك قوله: **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** إظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله: ولا يجب النفقة مع اختلاف الدين إلا

الجوع) وقد قيل فسر النبي ﷺ حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عزيا وكلامه واضح. وقوله: **(لما تلونا)** أراد به قوله تعالى **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادراً على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا. قال شمس الأئمة السرخسي: إذا كان الأب كسوباً والابن أيضاً كسوباً يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يجبر على ذلك. فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب، وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد، فإن الولد البالغ إذا كان قادراً على الكسب لا تجب على الأب نفقته، وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاء جارية الوالد، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة. وقوله: **(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين)** ظاهر. وقوله: **(لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا)** قال الله تعالى **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾** الآية. واستشكل بقوله تعالى **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حربيين. وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المفضي إلى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب. وقوله: **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمناً للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك، وكلامه في الفرق بينهما بأن

نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث، ولأن القرابة موجبة للصلة، ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى ني القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا **(ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)** لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص، ولا تأويل لهما في مال غيره، ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق

للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وقوله لأن النفقة: أي نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث: يعني بالقرابة، والمحرمية مقيد بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه **﴿وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك﴾** [البقرة: ٢٣٣] فعلقه به، ولا إرث بين المسلم والكافر، بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثاً بالحديث، وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[(١)] وسيأتي الكلام عليه قوله: **(فاعتبرنا في الأعلى)** وهو دوام ملك اليمين **(أصل العلة)** وهو القرابة المحرمة **(وفي الأدنى)** وهو النفقة **(العلة المؤكدة)** بالتوارث، وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع: يعني إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيداً بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق، وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه في القطيعة فأوجب رفعها بلا مؤكد، بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يرفعه حينئذ إلا بمؤكد. وما قيل: الضابط عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم. والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى **﴿وعلى الوارث﴾** [البقرة: ٢٣٣] سوى من يثبت له ميراث، والخال كذلك لا من يثبت بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه. لا يقال: هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمي. لأنا نقول: بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ قوله: **(لأن لهما تأويلاً في مال الولد)** يفيد أنه ملكهما **(بالنص)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[(٢)] رواه عن

النفقة متعلقة بالإرث: يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى**﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث: يعني قوله عليه الصلاة والسلام «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة، فإن حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى؟ ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكماً، ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى. والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبرّه أحد من غير سؤال، فإن الهلاك جوعاً في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر، وأما الحاجة إلى الإعتاق فإنها لا تندفع إلا من جانبه، وأما كون الإحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا. قال: **(ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)** لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الأخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية **(لأن لهما تأويلاً في مال الولد بالنص)** وهو قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» فكانا غنيين بماله، والغني لا تجب نفقته على غيره. فإن قيل: التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** قلت: الحديث مشهور فتجوز به الزيادة،

قوله: **(وبالمعقول)** أقول: فيه أن ذلك ليس دليلاً آخر بل لإظهار حكم تعليق الشارع إيجاب بالقرابة المحرمية مقيداً بالإرث وعتق القريب بها بلا قيد قوله: **(قلت: إلى قوله: والغني لا تجب نفقة على والده فلا يشارك الجد الابن)** أقول: فكان المآل إلى التقييد بالحديث فإن الإجماع لا يصلح مقيداً.

---

(١) سيأتي في كتاب العتق.
(٢) تقدم مستوفياً في أواخر نكاح الرقيق وإسناده قوي.

نفقتهما عليه، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح، لأن المعنى يشملهما **(والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً أو أعمى)** لأن الصلة في

النبي ﷺ جماعة من الصحابة، وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحدّ. وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عليها قال رسول الله ﷺ «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه»[1] حسنه الترمذي. فإن قيل: هذا يقتضي أن له ملكاً ناجزاً في ماله. قلنا: نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعاً «إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور، وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها» ومما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولد ولده، فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثاً على الذكر مثل حظ الأنثيين كما في الميراث قياساً على نفقة ذوي الأرحام، وبه قال الشافعي وأحمد. والحق الإستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية، بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث، ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث، فإن كان الولد معسراً وهما موسران فلا نفقة لأحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الإبن قادراً على الكسب مع اعتباره أو لا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني. وعن أبي يوسف قال: إذا كان الأب زمناً وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه. وقال الشاعر:

* كلوا في بعض بطنكمو تعفوا *

وفي الفتاوي: يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه. وفي نفقات الحلواني قال: فيه روايتان: في رواية كما قلنا، وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة، أما إذا كان صحيحاً فلا. قال في المحيط: فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه، ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث، ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه، ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث، وإذا كان للفقيه ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لأنه أقرب، وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة أن الميراث بينهما لقرب البنت، فإذا

سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة إلى قوله تعالى **﴿وعلى المولود رزقهن﴾** الآية كما تقدم. فإن قلت: لا منافاة بين الآيتين لأن قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن﴾** يقتضي أن يشارك الجد الابن، كما أن قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** يقتضيه. قلت لما ثبت للوالد التأويل في مال الولد بالإجماع صار غنياً به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجدّ الابن. وقوله: **(ولأنه أقرب الناس إليهما)** أي الولد أقرب الناس إلى الوالدين، والأقرب إليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لأنها صلة وجبت بالقرابة، فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكر والأنثى أثلاثاً للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لأن المعنى يشملها. وبيانه أن استحقاق الأبوين إنما باعتبار التأويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث، فقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن. وقوله: **(والنفقة لكل ذي رحم محرم)** مبتدأ وخبره محذوف: أي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التأبيد واجبه إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت

---

(١) تقدم في أواخر نكاح الرقيق وإسناده قوي.

القرابة واجبة دون البعيدة، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ وفي قراءة عبد الله بن مسعود «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك» ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى

استويا فالنفقة عليهما إلا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان. وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن، وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط، ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل. ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح، الكل من المحيط. وإذا اختلفا فقال الابن: هو غنيّ وليس عليّ نفقته وقال الأب: أنا معسر ذكر في المنتقى أن القول: للأب والبينة بينة الابن قوله: **(والنفقة لكل ذي رحم محرم)** أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الإخبار بالجارّ والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا. وقال أحمد: على كل وارث محرماً كان أو لا وهو قول: ابن أبي ليلى. وقال الشافعي: لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالإخوة والأعمام. وجهة أنه يجعل الإشارة في قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] لنفي المضارة لا لإيجاب النفقة، فلا يبقى دليلاً على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي. قلنا: نفيها لا يختص بالوارث، ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب. وجه قول أحمد: أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة. قلنا في قراءة ابن مسعود «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك» فيكون بياناً للقراءة المتواترة. فإن قيل: القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد، ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة. أجيب بادعاء شهرتها، واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال: قدمت المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول: «يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك ثم أدناك أدناك»[1] وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري «قلت: يا رسول الله من أبرّ؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال

امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً فقيراً زمناً أو أعمى، لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل بينهما كونه ذ رحم محرم بدليل قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ فيدل على أن على الوارث النفقة، وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود: وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي ﷺ ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك، والصفات المذكورة وهي الصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقيق العجز فإن القادر على الكسب غني. فإن قيل: ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب؟ أجاب بقوله بخلاف الأبوين إلخ وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه. وقوله: **(يجب ذلك)** يعني النفقة **(على قدر الميراث ويجبر عليه)** أي على الإنفاق، أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ تنبيهاً على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته، وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون

قوله: **(فإن ذلك للإشارة إلى البعيد)** أقول: لا إلى القريب الذي هو التحرز عن المضارة على ما فسر به أيضاً.

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٥/ ٦١ وابن حبان ٣٣٤١ والدارقطني ٣/ ٤٤ ـ ٤٥ كلهم من طريق يزيد بن زياد عن طارق المحاربي بهذا اللفظ رجاله ثقات.

ويزيد صدوق كما في التقريب وقد توبع فقد أخرجه الطبراني في الكبير ٨١٧٥ من وجه آخر عن طارق المحاربي وكرره ابن حبان ٦٥٦٢ مطولاً والنسائي ٨/ ٥٥ والحاكم ٢/ ٦١١ ـ ٦١٢ بطوله وعنه البيهقي في دلائل النبوة ٥/ ٣٨١ والبيهقي في السنن ٥/ ٣٨٠ كلهم من طريق يزيد بن زياد، ورواية البيهقي من طريق أبي الخباب، وهو مدلس لكن صرح بالتحديث في رواية البيهقي، وأخرجه مختصراً ابن أبي شيبة ١٤/ ٣٠٠ من طريق يزيد، وكذا ابن ماجه ٢٦٧٠ من طريقه.

وقال البوصيري في الزوائد: ٢/ ١٧٠: إسناده صحيح، ورجاله ثقات.

أمارة الحاجة لتحقق العجز، فإن القادر على الكسب غني بكسبه. بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب. قال: **(ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه)** لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار، ولأن الغرم بالغنم والجبر لإيفاء حق مستحق. قال:

أمك، قال ثم من؟ قال أباك، ثم الأقرب فالأقرب»[1] قال الترمذي حسن، وفي صحيح مسلم «فإن فضل عن أهلك شيء فلذوي قرابتك»[2] فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث. ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلاً لأنه جواب قول السائل: من أبرّ؟، وهو لا يستلزم كونه سؤالاً عن البرّ المفروض لجواز كونه سؤالاً عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الأول، وليس هذا معارضاً للنص لأن الإيجاب على الوارث بالنص لا ينفي أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول: بمفهوم الصفة. على أن لقائل أن يلزمهم أن الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصاً على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الأرحام مع قولكم إن المراد به أهلية الإرث في الجملة، حتى قالوا: إذا كان له خال وابن عم أن نفقته على خاله وميراثه لابن عمه، اللهم إلا أن يثبت قولنا. نقطع بأن إيجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية، بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لأن التحريم في المحرمات من القرائب لأن الإفتراش إما عدم وصل أو يؤدي إليه قوله: **(فإن القادر على الكسب غنيّ بكسبه)** وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغاً، ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قالوا: والإبن الزمن البالغ، ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الأرحام: ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً، وإن كان لا يقدر على الكسب إلا في الولد خاصة أو في الجد أبي الأب إذا مات الولد فإني أجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى. وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الأئمة السرخسي بخلاف الحلواني

وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث، وعلى هذا كان الرجل زمناً معسراً وله ابن معسر أو كبير زمن وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما، فأما نفقة الولد فعلى الأخ لأب وأم خاصة لأن ميراث الولد عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم، ولا يرث معه العم لأب ولا العم لأم. والحاصل أن من يكون محتاجاً يجعل معدوماً وتكون النفقة بعده على من يكون وارثاً بحسب الميراث، فإن كان الولد ابنة كان نفقة الأب على الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة، أما نفقة الابنة فلما بينا، وأما نفقة الأب فلأن الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة، ولكن تعتبر صفة الوارثة مع بقائها، بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم، فإذا جعل كذلك فميراث الأب يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداساً فالنفقة عليهما بحسب ذلك، وهذا كله إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز إلى غيرهم، وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان للصغير الفقير خال موسراً وابن عم موسر فالنفقة على ذي

قوله: **(أجيب بأن نفقة ذي الرحم إلخ)** أقول: في الجواب قصور، فإن وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة الموروثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن العم، فالأظهر أن يقال: ليس المراد الإرث بالفعل فإن ذلك بعد موت المنفق.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٥١٣٩ والترمذي ١٨٩٧ والبخاري في الأدب المفرد برقم ٣ والحاكم ٤/ ١٥٠ والبيهقي ٨/ ٢ وأحمد ٥/ ٣ . ٥ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن جيدة القشيري وسلسلة بهز من نوع الحسن عند علماء هذا الفن لكن للحديث شواهد، فهو حسن صحيح. وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالوا.

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ٩٩٧ من حديث جابر «قال: أعتق رجل من بني عُذرة عبداً له عن دبر، فبلغ ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: ألك مال غيره، فقال: لا فقال: من يشتريه مني، فاشتراه نعيم بن عبد الله العدويّ بثمانمائة درهم، فجاء بها رسول الله ﷺ، فدفعها إليه، ثم قال: ابدأ بنفسك، فتصدق عليها، فإن فضل شيء، فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء، فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء، فهكذا وهكذا يقول: فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك».

(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثاً على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهما على هذا المقدار. قال العبد الضعيف: هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى: **﴿وعلى المولود رزقهن وكسوتهن﴾** وصار كالولد الصغير. ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومئونة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الأم، وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثاً، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث، غير أن المعتبر أهلية الإرث في الجملة

على ما قدمناه قوله: **(لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار)** بطريق أنه يفيد عليه مأخذ الاشتقاق وهو الإرث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها. مثاله إذا كا له أخ شقيق أو لأب وأخت شقيقة فالنفقة عليهما أثلاثاً على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك، ولو كانا لأم وجبت عليهما نصفين كإرثهما، ولو كان معهما أخ لأبوين أو لأب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب، ولو كان أخ لأب وأخ لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لأب، وعلى هذا فقس قوله: **(وجه الفرق)** أي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن قوله: **(فاختص بنفقته)** لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه، بخلاف البالغ فإنه ليس للأب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم قوله: **(على الأخوات المتفرقات)** بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أخماساً ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس على التي لأب وخمس على التي لأم لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الردّ عليهن قوله: **(غير أن المعتبر أهلية الإرث)** هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره. وإيضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة، فإنه لمن قام به الإرث بالفعل، وهذا لا يتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت إرادة الحقيقة، فكان المراد من يثبت له ميراث، والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية، بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فإن النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية، وإحراز العم الميراث في الحال لو مات، فلو كان العم معسراً وجبت بين العمة والخال أثلاثاً على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت. والحاصل أن قوله: أهلية الميراث لا لإحرازه فيما إذا كان المحرر للميراث غير محرم ومعه محرم، أما إذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم، وإذا اتفقوا في المحرمية والإرث في الحال وكان

الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يحرز الميراث لأن النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب. فإن قيل: هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثاً ولا تجب على الخال لكونه غير وارث. وأجيب بأن نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقاً للصلة، وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه. قال: **(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن)** كلامه ظاهر. وقوله: **(ووجه الفرق)** يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الأب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الأب والثلث على الأم كما في الإرث أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومئونة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه. فكذا في النفقة على الصغير، وأما الكبير فليس للأب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثاً فكذلك نفقته. وقوله أخماساً على قدر الميراث: يعني ثلاثة الأخماس من الميراث تكون للأخت لأب وأم والخمس للأخت لأب والخمس للأخت لأم بالفرد والرد، فكذلك النفقة على هذا التفصيل. وقوله: **(غير أن المعتبر)** استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث، والمراد بأهلية الإرث هو أن لا يكون محروماً، وفي كلامه لف ونشر حيث قال: إن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه، ثم نشر بقوله فإن المعسر إذا كان له خال: يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم

لا إحرازه، فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه **(ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير)** لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه التزمها بالإقدام على العقد، إذ المصالح لا تنتظم دونها، ولا يعمل في مثلها الإعسار. ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف. وعن محمد أنه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر في حقوق العباد وإنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير والفتوى على الأول، لكن النصاب

بعضهم فقيراً جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم قوله: **(ثم اليسار مقدر بالنصاب)** أي بنصاب الزكاة على ما روي عن أبي يوسف. وعن محمد روايتان إحداهما بما يفضل عن نفقة شهر والأخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهماً ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب، ومجمل الروايتين على حاجة الإنسان إن كان مكتسباً ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي، وإن لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر، فإن صار فقيراً ارتفعت نفقتهم عنه. ومال السرخسي إلى قول محمد في الكسب فإنه علله بأن قال: لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي بتيسير الأداء وتيسير الأداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته. وقال صاحب التحفة: قول محمد أرفق ومال الولوالجي إلى قول أبي يوسف قال: لأن النفقة تجب على الموسر، ونهاية اليسار لا حدّ لها، وبدايته النصاب فيتقدر به. وقال في الخلاصة بعد ما نقل أنه نصاب الزكاة: وبه يفتي واختار صاحب الهداية أنه نصاب حرمان الصدقة قوله: **(والفتوى على الأول)** أي على أن اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف، وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر، إلا أن النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلاً عن حاجته، وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمي، وحقوق الله تعالى يراعي فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقاً بل إذا لم يكن كسوباً يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة، فإذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت، وإن كان كسوباً يعتبر قول محمد، وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى قوله: **(وإذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه)** لما قدمنا أن كل من يقضي له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ إذا قدر بلا قضاء، فالوالدان والولد والزوجة إذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم إذا احتاجوا قوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء وهو قوله. ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء، ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم قوله: **(وإن باع العقار لم يجز)** ولا يجوز للأب بيع عقار الابن إلا إذا كان الابن صغيراً أو مجنوناً، ولا يجوز لغيره مطلقاً قوله: **(لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ)** وقرر في النهاية وجه القياس بأن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيداً إلا فيما يبيعه تحصيناً على الغائب. ولا يخفى أن قيد الرشيد ليس معتبراً في انقطاع ولاية الأب. نعم إذا بلغ غير رشيد لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمساً وعشرين سنة على ما عرف، ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه، ولذا قال في جواب أبي حنيفة هناك: إن منع المال لا يفيد مع فك الحجر لأنه يتلفه بلسانه بأن يباشر العقود إلى آخر ما عرف في باب الحجر قوله: **(وكذا لا تملك الأم في نفقتها)** مع أنها مساوية للأب في

يحرز الميراث لما قدمنا أن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم، وهذا راجع إلى قوله لا إحرازه. وقوله: **(ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين)** راجع إلى قوله المعتبر أهلية الإرث. وقوله: **(ولا بد من اعتباره)** أي اعتبار الإرث بأن يكون أهلاً لا محرزاً، ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه. وقوله: **(ولا تجب على الفقير)** ظاهر. وقوله: **(بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً)** قيل: هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته **(أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم)** إذا كان

نصاب حرمان الصدقة **(وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه)** وقد بينا الوجه فيه **(وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز)** عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، وهذا استحسان **(وإن باع العقار لم يجز)** وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس، لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ، ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة، وكذا لا تملك الأم في النفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب. ألا ترى

استحقاق النفقة، وكذا ليس للقاضي أن يحكم به مع عموم ولايته قوله: **(ولأبي حنيفة)** حاصله الفرق بين الأب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب، وبيع العروض من باب الحفظ لأنه يخشى عليه التلف، وإذا ملكه الوصي فلأن يملكه الأب أولى لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه، وإذا جاز بيعه صار الحاصل عند الثمن وهو جنس حقه فيأخذه، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلا يحتاج إلى الحفظ بالبيع فليس للأب بيعه إلا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه، ومقتضى هذا صحة بيع الأب للعروض على الكبير إذا لم يكن للدين، بخلاف غيرالأب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع، لكن نقل في الذخيرة عن الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا ذكر القدوري في شرحه فإنه أضاف البيع إليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان: وجه رواية الأقضية أن معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء، وعلى تقدير الإنفاق فتأويله أن الأب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها، أما بيعها بنفسها فبعيد لأن جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله: **(فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن)** أي في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه، ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح. وفي النوادر: لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحساناً،

معتملاً ينفق من كسب يده. وقوله: **(والفتوى على الأول)** يعني أن اليسار مقدر بالنصاب، لكن النصب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلاً عن حوائجه الأصلية وهو الصحيح، لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مئونة من وجه صدقة من وجه والنفقة مئونة من كل وجه، فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلأن لا يشترط ههنا وهي مئونة من كل وجه أولى. ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجناس قال في نوادر أبي يوسف: يشترط نصاب الزكاة. ثم قال في الخلاصة: هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى إن انتقص منه درهم لا يجب **(وإن كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه)** وقوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** يريد ما تقدم من قوله: ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء، إلى قوله: ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم، وقوله: **(وإذا باع أبوه متاعه)** ظاهر. وقوله: **(وكذا لا تملك الأم في النفقة)** مخالف لما ذكر في الأقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للأبوين فإما أن يكون في المسئلة روايتان في رواية الأقضية

قال المصنف: **(لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة)** أقول: لا كما روي عن أبي يوسف، هكذا قيل، لكن في شرح الكنز للإمام الزيلعي أن اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو المعتبر في وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اهـ. قوله: **(وهي مئونة من كل وجه أولى)** أقول: فيه بحث: فإنها صدقة أيضاً على ما دل عليه الأخبار الصحيحة. وجوابه أن المراد أن شرعيتها للمئونة ولا ينافي كونها عبادة بالنية، بخلاف صدقة الفطر وسيجيء من المصنف في كتاب الحجر أيضاً أنها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا قوله: **(من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر)** أقول: ألا ترى إلى قول المصنف بخلاف غير الأب من الأقارب قال المصنف: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب)** أقول: قال الإمام الزيلعي: وفي المسألة نوع إشكال وهو أن يقال إذا كان للأب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ إجماعاً فما المانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اهـ.؟ جواب الإشكال الأول ظاهر فإنهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الإنفاق والبيع بقصد الإنفاق، وجواب الثاني يظهر من تقرير الأكمل فتأمل فيه قوله. **(لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض)** أقول: فيه بحثان: الأول أنه إذا وجب بفرض القاضي وإذنه في الاستدانة ينبغي أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه.

أن للوصي ذلك فالأب أولى لوفور شفقته، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها، وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر. وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه **(وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا)** لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق **(وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن)** لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير،

وقالوا: في رفقة في سفر أغمي على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحساناً ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا إلى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم، فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك، فقال محمد: لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء، وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق في تجهيزه فقيل له إنه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى **﴿والله يعلم المفسد من المصلح﴾** وقالوا: في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والأمتعة لا يضمن، وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحساناً قوله: **(فظهر إلخ)** يعني إذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للأبوين حال دفعه لهما فيظهر أنه كان متبرعاً بملكه لهما فلا رجوع له عليهما قوله: **(فمضت مدة سقطت)** هذا إذا طالت المدة، فأما إذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط. قيل: وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضي مأمور القضاء، ولو لم تصر ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة، ولو كان كل ما مضى سقط لم تكن استيفاء شيء، ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات قوله: **(لأن نفقة هؤلاء تجب للحاجة)** وعن هذا ما قدمناه من أنه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لأن الحاجة لم تندفع بما سرق، ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لأنها للزوجة ليست شرعاً لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضيّ تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها قوله: **(إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط)** وإن كان في نفقة ذوي الأرحام لما ذكر في الكتاب، وما ذكره في زكاة الجامع أن دين نفقة الزوجات والأقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لأن له مطالباً من جهة العباد فسوى نفقة الزوجات والأقارب اختلفوا فيه، قيل:

والقدوري تملك الأم البيع كالأب لأن معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء، وإما أن يكون ما في الأقضية والقدوري مؤولاً بأن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر. وقوله: **(إن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب)** اعترض عليه بأنه كذلك، لكن الفرض أن يبيعه لنفقته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ. وأجيب بأنه لما جار بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الإنفاق لا تتغير تلك الحقيقة، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة. لا يقال: عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق. لأنا نقول: الإتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض. وقوله على ما مر إشارة إلى ما قال ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم. وقوله: **(لأنه ملكه بالضمان)** يعني أن الأجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً بمال نفسه. وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي: يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى. وقوله: **(إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه)** استثناء من قوله فمضت مدة سقطت، ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضاً كنفقة الزوجة وإن مضت مدة لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها، ولو أمر الغائب بالاستدانة صار ديناً في ذمته لا يسقط بمضي المدة، فكذا إذا أذن القاضي بذلك. وإذا تذكرت أن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة إن القاضي إذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني، ولو كان ذلك في نفقة

بخلاف ما إذا أمره القاضي لأن أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً به **(وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت)** لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى. قال: **(إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه)** لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير ديناً في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله تعالى أعلم بالصواب.

محمله في نفقة الأقارب ما إذا أذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا إلى وفاء الدين، أما إذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة ديناً، وإلى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا إطلاق الهداية به، وقيل: محمله ما إذا قصرت المدة بأن تكون شهراً فأقل، والله سبحانه أعلم.

الأقارب حوسب به، وإن القاضي إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة، ولو كان ذلك في الأقارب وجب عليه أن يكسوهم.

فصل

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) لقوله ﷺ في المماليك «إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، ولا تعذبوا عباد الله» (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا

فصل

قوله: (وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه إجماع العلماء، قيل إلا الشعبي، الأولى أن يحمل قوله: على ما إذا كانوا يقدرون على الاكتساب فإنه لا يجب على المولى كما سنذكره. ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه فهو متطوع، وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط إذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع، كذا في الخلاصة. وفيها: إذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة أن هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الأمة أو جحدت، ويضعها على يد عدل، وتفرض نفقة الأمة إن طلبت على الذي كانت في يده اهـ. ولو أن عبداً صغيراً في يد رجل فقال: لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لأنه أقرّ برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه، ولو كان كبيراً لا يحلف لأنه في يد نفسه، والقول له في الرق والحرية، والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه ﷺ قال: «هم إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم»[(١)] ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه «ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله»[(٢)] وعن عليّ رضي الله عنه قال: كان آخر كلام رسول الله ﷺ «الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم»[(٣)] رواه أحمد، والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله، فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى، بخلاف إلباسه نحو الجوالق والله أعلم، ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد قوله: (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما، حتى لو كان يتمكن من الإنفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا نهاه عن الكسب، أما إذا كان عاجزاً عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبى أن ينفق قوله: (بأن كان عبداً زمناً) يفيد أنه إذا كان صحيحاً إلا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزاً عن الكسب لأنه

فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق، وأما في الدواب فيفتي فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق عليها، وفي غير الدوابّ كالدور والعقار فإنه لا يفتي به، أيضاً إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروهاً، وكلامه واضح، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بحال من الأحوال، وأما في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠، ٢٥٤٥، ٦٠٥٠ وفي الأدب المفرد ١٨٩ ومسلم ١٦٦١ حـ ٤٠ وأبو داود ٥١٥٧ والترمذي ١٩٤٥ وابن ماجه ٣٦٩٠ والبيهقي ٨/٧ وأحمد ٥/١٥٨، ١٦١ كلهم من حديث أبي ذر.

(٢) هذه الرواية عند أبي داود برقم ٥١٥٧.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥١٥٦ وابن ماجه ٢٦٩٨ والبيهقي ٨/١١ وأحمد ١/٧٨ كلهم من حديث عليّ، ورجاله ثقات رجال البخاري، ومسلم غير أم موسى، وهي سرية عليّ بن أبي طالب.
قال الدارقطني: حديثها مستقيم يخرج حديثها اعتباراً، وقال ابن حجر في التقريب: مقبولة.

وأنفقا) لأن فيه نظراً للجانبين حتى يبقى المملوك حياً ويبقى فيه ملك المالك **(وإن لم يكن لهما كسب)** بأن كان عبداً زمناً أو جارية لا يؤجر مثلها **(أجبر المولى على بيعهما)** لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف، بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير ديناً فكان تأخيراً على ما ذكرنا، ونفقة المملوك لا تصير ديناً فكان

يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء، وما قدمناه نقلاً من الكافي في نفقة ذوي الأرحام ثبوته هنا أولى، وكذا إذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بأن كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الإنفاق أو البيع، بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فإنه يجبر على الإنفاق عليهم عيناً أن لم يقدروا على الكسب، بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء. ولو أعتق عبداً زمناً سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال، وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمية وإن كان عصبة له كابن العم قوله: **(بخلاف سائر الحيوانات إلخ)** ظاهر الرواية أنه لا يجبره القاضي على ترك الإنفاق عليها لأن في الإجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضى له وليس فليس، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثماً معاقباً بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق. وفي الحديث «امرأة دخلت النار في هرّة حبستها حتى ماتت، لا هي أطلقتها تأكل من خشاش[1] الأرض، ولا هي أطعمتها»[2] وذكر المصنف أنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان: يعني ما تقدم من رواية أبي داود «لا تعذبوا خلق الله»[3] ونهى عن إضاعة المال وهو ما في الصحيحين من أنه ﷺ «كان ينهي عن إضاعة المال وكثرة السؤال»[4]. وعن هذا ما ذكر أنه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعني كالأملاك من الدور والزروع فإنه يؤدي إلى ضياع المال. وعن أبي يوسف أنه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله، وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه، وظاهر المذهب الأول. والحق ما عليه الجماعة، بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعاً بالإنفاق عليها فالقاضي يقول للآبي: إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك، ذكره الخصاف. وفي المحيط: يجبر صاحبه لأنه لو لم يجبر لتضرر الشريك.

[فروع] وتجب النفقة على من له المنفعة مالكاً كان أو لا. مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة. ولو أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية. ومثله أوصى بدار لرجل

النكاح ففي الإجبار على التفريق فوات الزوج بلا خلف، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي ديناً على الزوج فكان تأخيراً. وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى **(وعن أبي يوسف أنه يجبر)** وهو قول

---

(١) قوله (خشاش) كذا في بعض النسخ وأيده في النهاية قال: والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفي الحديث «إن امرأة الخ» وسرده إلى أن قال: ويروى بالحاء المهملة، وهو يابس وهو وهم، كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣١٨ ومسلم ٢٢٤٢، ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٢٥٦ والبيهقي ٨/ ١٤ وابن حبان ٥٤٦ والبغوي ٤١٨٤، ١٦٧٠ وأحمد ٢/ ٢٦١، ٣١٧ كلهم من حديث أبي هريرة.

وأخرجه البخاري ٣٣١٨، ٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ وابن حبان ٥٤٦ والدارمي ٢٧١٠ والبيهقي ٥/ ٢١٤، ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر: «دخلت امرأة النار في حرة ربطتها، فلم تطعمها، ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض» وفي رواية لمسلم وغيره: «عُذِّبَت امرأةٌ...» اهـ وخشاش الأرض. هوامها وحشراتها، وقيل: المراد به نبات الأرض، وهو غلط، وفي الحديث تحريم قتل الهرة، وحبسها بغير طعام، أو شراب اهـ النووي في شرح مسلم باختصار.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٠٨، ٥٩٧٥ ومسلم ١٣٤١، ٥٩٣ وفي الأدب المفرد ٤٦٠ وابن حبان ٥٥٥٥، ٥٥٥٦ والدارمي ٢٦٤٩ والطحاوي في المشكل ٤/ ٢٣٣ والبغوي ٣٤٢٦ والطبراني ٢٠/ ٩٠٩، ٩١٠، ٩٤٢ وأحمد ٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥، ٢٤٦ كلهم من حديث المغيرة بن شعبة: «إن الله حرّم عليكم عقوق الأمهات، ووأدُ البنات، ومنع وهات، وكرِه لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال» هذا لفظ البخاري ومسلم، وغيرهما. وفي رواية: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن وأد...».

إبطالاً، وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى «لأنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان» وفيه ذلك، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر، والأصح ما قلنا، والله تعالى أعلم بالصواب.

وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له، فإن انهدمت فقال صاحب السكنى: أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعاً لأنه مضطر فيه لأنه لا يصل إلى حقه إلا به، فصار كصاحب العلوّ مع صاحب السفل إذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعاً، وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبتمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة، وفي التبن والحنطة إن بقي من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لأن المنفعة لهما. وأقول: ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منها وإلا يلزم ضرر صاحب القليل؛ ألا يرى إلى قولهم في السمسم إذا أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر: فإن النفقة على من له الدهن لعده عدماً وإن كان قد يباع، وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لأن الكسب يباع لعلف البقر وغيره. وكذا أقول فيما عن محمد: ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما، وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد، ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل: على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون، والصحيح أنه على البائع ما دام في يده، ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك، والله سبحانه أعلم.

الشافعي، وقاساه على الرقيق، والأصح ما قلنا: يعني من عدم الجبر لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقاً على المولى وعلى غيره في الجملة، ألا ترى أنه بالكتابة يستحق حقوقاً على المولى وإن كان مملوكاً، فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقاً فلا يصح أن يكون مقضياً له فانعدم شرط القضاء، والله تعالى أعلم.

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه)، قال ﷺ «أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار» ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء. قال: (العتق يصح من الحرّ البالغ العاقل في ملكه) شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للملوك والبلوغ لأن الصبي

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق في أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع، وأما إسقاط ملك ما في الذمة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفواً فقد ميزت أنواع الاسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار، وتسري إضافة للبعض إلى الكل، وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله: بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلاً له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلاً به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك الطلاق، وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لأنه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك، ولا يخفى ما في الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمي لأثر حكمي لموت حكمي، فإن الكافر ميت معنى، فإن لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح، قال تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ [الأنعام: ١٢٢] أي كافراً فهديناه، ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه، وامتنع أيضاً بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز، وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى، فإنه صار بذلك ملحقاً بالأموات في كثير من الصفات، فكان العتق إحياء له معنى، ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصاً لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الأكبر. قوبل إحياؤه معنى بإحيائه معنى أعظم إحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار، منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «أيما امرىء مسلم أعتق امرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»(١)

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفساداً في الملك أو تحقيقاً للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق. ومن محاسنه. أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية. وتفسيره في اللغة القوة، يقال: عتق الفرخ إذا قوي وطار عن وكره. وفي الشريعة: قوة حكمية يصير المرء بها أهلاً للشهادة والولاية والقضاء.

كتاب العتاق

قال المصنف: (شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في ملكه) أقول: لك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج إلى شرط الحرية. والجواب أن اشتراط الحرية مقصود بالإفادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمناً.

قوله: (وتفسيره في اللغة إلخ) أقول: أي تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام إذا كان المراد من لفظه معنى الإعتاق كما لا يخفى قوله: (ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي إلخ) أقول: لم تزل يد الحربي عنه في هذه الصورة بل عتقه لأمر آخر كما سيجيء في كتاب السير وزوال يده عنه فيما إذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجيء أيضاً قوله: (وشرطه كون المعتق حراً) أقول: فيه استخدام أيضاً.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥١٧، ٦٧١٥ ومسلم ١٥٠٩ والترمذي ١٥٤١ وابن حبان ٤٣٠٨ والطحاوي في المشكل ٧٢٤ وابن الجارود ٩٦٨ والبيهقي ١٠/ ٢٧١، ٢٧٢ وأحمد ٢/ ٤٢٠، ٤٢٢، ٤٣٠، ٤٣١، ٥٢٥ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي لفظ: «من أعتق...».

ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً، ولهذا لا يملكه الولي عليه، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو

وفي لفظ «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج»(١) أخرجه الترمذي في الأيمان والنذور، ورواه ابن ماجه في الأحكام والباقون في العتق، وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب ابن مرة عن النبي ﷺ «أيما رجل مسلم أعتق رجلاً مسلماً كان فكاكه من النار، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار» وزاد أبو داود «وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظماً من عظامه»(٢) وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلاً. والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة، ومنه عتاق الطير لجوارحها، وعتق الفرخ إذا قوي على الطيران، وفرس عتيق إذا كان سابقاً وذلك عن قوته، والبيت العتيق لاختصاصه بالقوّة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الأعصار، وقيل: للقديم عتيق لقوة سبقه، وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها، وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال:

علـيّ ألـيـة عـتـقـت قـديـمـاً وليـس لـهـا وإن طـلـبـت مـرام

عني قدمت وأنها لا ترام بحل، وبعده:

بـأن الـغـدر قـد عـلـمـت معـدّ عـلـيّ وجـارتـي مـنـي حـرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغدر ولا يزني بجارته، وكذا تقول: عتقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة، والعتق أيضاً يقال: للجمال، ومنه سمي الصدّيق عتيقاً لجماله، وقيل: لقدمه في الخبر، وقيل: لعتقه من النار، وقيل: لشرفه فإنه قوّة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم: يعني الحسيب، وقيل قالت: أمه لو وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد، وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها، وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلاً له بالحسب المنيف أو بعدم الموت، وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله: في المبسوط. والعتق في الشرع: خلوص حكمي يظهر في الآدي عما قدمناه ثابتاً بالرق، ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال: إنه القوة الشرعية. ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي، وعن هذا قال في الصحاح: العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر، ولذا أطلقوه في المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معانٍ مختلفة، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق، وبه صرح في المغرب حيث قال: العتق الخروج عن المملوكية، فالإعتاق شرعاً إثبات القوة الشرعية وهو التحرير إثبات الحرية وهي الخلوص، يقال: طين حر للخالص عما يشوبه، ومنه يقال: أرض حرة لاخراج عليها، والكل يرجع إلى معنى القوة. والرق في اللغة الضعف، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق، وقد يقال: العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوّز باسم المسبب

وأسبابه كثيرة: منها الإعتاق، ومنها دعوى النسب، ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبداً مسلماً فدخل به دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك.

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٥٤١ بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة.
وقال الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ.
ورجاله ثقات كلهم رجال مسلم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٦٧ وابن ماجه ٢٥٢٢ وأحمد ٤/ ٢٣٥، ٣٨٤ كلهم من حديث كعب بن مرة، وقيل مرة بن كعب حيث وقع الشك في رواية أبي داود، ورواية لأحمد وأعلّه أبو داود بالانقطاع حيث قال: سالم بن أبي الجعد لم يسمع من شرحبيل بن السّمط اهـ. قلت: لكن ورد من وجه آخر فقد رواه سالم عن معدان بن أبي طلحة عن أبي نجيح السُّلَمي مرفوعاً أخرجه أبو داود ٣٩٦٥ والطيالسي ١١٥٤ والبيهقي ١٠/ ٢٧٢ وأحمد ٤/ ١١٣، ٣٨٤ مع تغير يسير في لفظه وهذا إسناد جيد رجاله ثقات، وهو على شرط مسلم، فالحديث صحيح بهذا الشاهد.

قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهراً لوجود الإسناد

عن السبب كقول محمد: أنت طالق مع عتق مولاك إياك. وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب، وقد يكون نفس الملك في القريب، وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق، وقد يكون بالدخول في دار الحرب، فإن الحربي لو اشترى عبداً مسلماً فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة، وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربي إلى دار الإسلام، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره، وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظي الإنشائي، وشرطه أن يكون العتق حراً بالغاً عاقلاً وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري أنه مندوب إليه غالباً ولا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر، بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق، وينفذ عتقه مع تحريمه خلافاً للظاهرية، وقد يكون واجباً كالكفارة، وقد يكون مباحاً كالعتق لزيد. والقربة ما يكون خالصاً لله عز وجل. فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والندب والإباحة والتحريم. هذا وفي عتق العبد الذميّ ما لم يخف ما ذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أغلى ثمناً من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله ﷺ: «أفضلها أغلاها» بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب. ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه. وأما ما يقال: في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها، ولذا نشاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطاً بعقائدهم فضلاً عمن عرضت حريته، نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين، وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال، والله أعلم قوله: (ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا: إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور، وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال «من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد»(١) رواه أحمد. وكان عمر إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله، قيل: الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل، وللجمهور ما عن ابن مسعود أنه قال لعبده: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنياً فأخبرني بمالك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول:

وشرطه كون المعتق حرّاً بالغاً مالكاً ملك اليمين. وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان: صريح، وكناية. وحكمه زوال الرق والملك عن المحل. وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت، وكل منها إما ببدل أو بغيره، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها. قوله: (شرط الحرية لأن العتق) يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق، ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضرراً محضاً، ويدل على ذلك قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق وقوله: (ولهذا) أي ولكون البلوغ والعقل شرطاً إذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، لأنه لما أسند إلى حالة منافية الإعتاق كان إنكار منه للإعتاق والقول قول

(١) حسن. أخرجه داود ٣٩٦٢ وابن ماجه ٢٥٢٩ والدارقطني ٤/١٣٣ـ ١٣٤ كلهم من طريق عبيد الله بن أبي جعفر المصري عن بكير بن الأشج عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
قال صاحب منار السبيل وهو في فروع الحنابلة ٢/١١١.
قال أحمد: يرويه عبيد الله بن أبي جعفر من أهل مصر، وهو ضعيف الحديث كان صاحب فقه أما الحديث، فليس فيه بالقوي اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب: ثقة روى له الأئمة الستة.
وقيل: لينه أحمد.
وقال الذهبي في الميزان: وُثق وقال أحمد: ليس بالقوي.
قلت: فالرجل من الثقات لرواية البخاري ومسلم عنه، وقد وثقه أبو حاتم، والنسائي كما في الميزان للذهبي.
فالحديث لا أقل أن يكون حسناً والله تعالى أعلم.

إلى حالة منافية، وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حرّ إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم، ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم» **(وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو)** لأن هذه الألفاظ صريحة فيه، لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية والوضع، وإن كان في الإخبار فقد

«أيما رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده»[1] رواه الأثرم قوله: **(وكذا إذا قال الصبيّ إلخ)** وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حرّ لا ينعقد كلامهما سبباً عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقاً معتبراً قوله: **(لقوله ﷺ إلخ)** روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»[2] قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وقوله: حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة قوله: **(لأن هذه الألفاظ صريح فيه)** أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة كان فعلاً أو وصفاً أو مصدراً، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح، وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرّم عتيق معتق، ولو في النداء كيا حرّ يا عتيق فإنه هكذا حرّ، والمولى كقوله: هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينو، والمصدر العتاق عليك وعتقك عليّ. ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر. ولو قال: أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية، ذكره في جوامع الفقه. فعلى هذا لا بد

المنكر. وقوله لأنه ليس بأهل لقول ملزم: يعني لأن الصبا يوجب الحجر عن الأقوال. فإن قيل: لا نسلم ذلك بل هو أهل له، ألا ترى أن صبياً لو أقرّ بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا تسمع دعواه؟ أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكد. وقوله: **(وإذا قال لعبد أو أمته أنت حرّ)** قال في المبسوط: الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان: صريح وكناية. فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء، أما صيغة الخبر فأن يقول قد أعتقتك أو حررتك، وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حرّ أو أنت عتيق، وأما المنادي فأن يقول يا حرّ يا عتيق،

قوله: **(ألا ترى أن صبياً لو أقر بالرق لزمه)** أقول: لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه، وإلا فالصبي المعبر عن نفسه في يد نفسه كما ستقف عليه في كتاب الشهادات.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٣٠ وكذا الأثرم في سننه كما ذكر المصنف كلاهما من حديث ابن مسعود، وكذا ابن عدي في الضعفاء ١/ ٣٣٥ من هذا الوجه وذكره الذهبي في الميزان ٧١٤ في ترجمة إسحق بن إبراهيم المسعودي.
قال البوصيري في زوائد ابن ماجه: فيه المسعودي قال البخاري: لا يتابع في رفع حديثه، وقال ابن عدي: ليس له إلا حديثان.
وقال مسلمة: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات.
وشيخه عمير ذكره ابن حبان في الثقات اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن المسعودي هذا: مجهول.
قلت: وفي إسناده ابن ماجه انقطاع يوضحه كلام البخاري الآتي.
قال ابن عدي: قال البخاري: إسحق بن إبراهيم بن عمران بن عمير المسعودي لا يتابع في رفع حديثه عن القاسم بن عبد الرحمن.
قال: قال ابن مسعود فذكره بنحوه مرفوعاً، وفيه القصة اهـ. فتبين من ذلك أن جد إسحق هو عمران، وأما عمير فهو جد أبيه، وهذا منقطع بين إسحق وعمير قطعاً بلا شك.
وقد سمى البخاري الواسطة بينهما وهو القاسم بن عبد الرحمن وقد قال عنه الذهبي: كثير الإرسال.
قال أحمد: علي بن زيد روى عن القاسم الأعاجيب اهـ. فالحديث واهٍ وأمارة الضعف لائحة على متنه.
(٢) تقدم في أول باب الأيمان في الطلاق، وإسناده حسن.
وقال البخاري: حديث عمرو بن شعيب أصح شي في هذا الباب.

جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما **(ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حرّ من العمل صدق ديانة)** لأنه يحتمله **(ولا يدين قضاء)** لأنه خلاف الظاهر **(ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق)** لأنه

من إصلاح ضابط الصريح، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا إن نوى غيره إلا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره، فلو قال: نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى، وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلاً، فإن كان هازلاً فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى غيره وهو الكذب هزلاً هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله: ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه» ونزلت هذه الآية ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾ [البقرة: ٢٣١] في ذلك[1] فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به. وذكر يعني محمداً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه. وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة. ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله ﷺ لذلك القائل «أليسا سواء؟ فك الرقبة أن تعين في عتقها»[2] وقوله: تصبح حرّاً إضافة للعتق وتقوم حراً وتقعد يعتق في الحال. ولو قال: أنت حر النفس عتق في القضاء، وإن قال: في أفعالك وأخلاقك لا يعتق، هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال: أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية، وعن أبي يوسف: يعتق بالنية، قيل: والظاهر قول محمد رحمه الله. وبأدنى تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل. وعن أحمد أنه صريح واستبعد قوله: **(لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً)** على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا: الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية قوله: **(فأغنى عن النية)** يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق، أما نية عدمه بأن ينوي به شيئاً آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سيذكر قوله: **(والوضع)** أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعاً نوعياً؛ مثلاً وضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له. والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها، وهذا لأن أهل اللغة أيضاً يثبتون هذا المعنى: أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ، فقوله: فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضاً، وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره، وكذا في الطلاق والعتاق، وقد قدمنا في باب إيقاع

وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي إلخ. وقوله: **(وسنقرره من بعد)** أراد به قوله في مسئلة يا بني على ما سيجيء. وقوله: **(ألا إذا سماه حراً)** استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله: **(وكذا عكسه)** يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد. وقوله:

(١) حسن لشواهده. رواه محمد بن الحسن عن الحسن عن أبي الدرداء مرفوعاً كما ذكر ابن الهمام وكذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٧/ ١٠٤/ ٢ لكن عن الحسن مرسلاً وكذا رواه الطبري في تفسيره ٥/ ١٣ عن الحسن مرسلاً والإسناد إلى الحسن صحيح.
وأخرج ابن أبي شيبة ٧/ ١٠٤/ ٢ عن الحسن عن أبي الدرداء موقوفاً بلفظ: ثلاث لا يلعب بهنّ النكاح والعتاق والطلاق.
وأما إسناد محمد ففيه شيخ أبي يوسف، وهو إسماعيل بن مسلم المكي قال في التقريب: كان فقيهاً ضعيف الحديث.
لكن للحديث شواهد كثيرة تقدم الكلام عليها فهو حسن لشواهده.
تنبيه: ولفظ: نزلت الآية. . .، هو من كلام الحسن، وليس بمرفوع.

(٢) حسن. هو بعض حديث أخرجه أحمد في مسنده ٤/ ٢٩٩ من طريق طلحة بن مصرف عن البراء بن عازب قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله. علمني عملاً يدخلني الجنة فقال: لئن كنت أقصرت الخطبة فأعتق النسمة وفك الرقبة فقال الأعرابي: أو ليستا بواحدة؟ قال: (. . .) الحديث فقوله: أليسا سواء من كلام الأعرابي. وإسناده حسن رجاله ثقات.

نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضي بثبوته تصديقاً له فيما أخبره، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حرّ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به. ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حرّ أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حرّ) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في

الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحاً لإخباره قبيله. وكلام الكافي في العتق أيضاً مثله، وهو يقتضي أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلاً، وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق، ولفظه في البيع يخالف ذلك، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتبهاً. والحق أن المعنى متبادر في خصوص المادة، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقوله: هذا حرّ فإنه يعتق به أيضاً، والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعاً جديداً فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحاً لإخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق. ثم هذا التقرير إنما يجري في غير النداء، أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعاً بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف. هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك منك فإنه يعتق وإن لم ينو لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملكه، إلا أنه إذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلاً بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد، أما إذا قال: بعتك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول قوله: (ولا يدين لأنه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال: عنيت أنه كان حراً في وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين، وإن كان مولداً لا يدين كذا في الغاية.

[فروع] في البدائع: دعا عبده سالماً فأجابه آخر فقال: أنت حرّ ولا نية له عتق المجيب. ولو قال: عنيت سالماً عتقاً في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعتق الذي عيناه، ولو قال: يا سالم أنت حرّ فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لا مخاطب هنا إلا سالم، وفيه قال لعبد: أنت ح ر أو لزوجته أنت ط ا ل ق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب، إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية، ولو قال: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حراً في شيء صار حراً في كل الأشياء قوله: (وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضي بثبوته تصديقاً له وسنقرره من بعد: أي في مسئلة يا ابني. ثانيها فيما إذا لقبه حراً ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حر أنه يعتق فقال: لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف المذكور، وهذا معاً يفيدان أن عتقه باعتبار إخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقاً له، ولا يخفى أنه لا إخبار في النداء إلا ضمناً، فإن قوله: يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعاً تصحيحاً لكلامه، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحاً لإخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الإخبار إلى الإنشاء، وأما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله: يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الإعتاق قيداً آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادي يمكن إثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد إعلامه باستحضاره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان ابناً له قبل النداء لا به.

(فيعتبر إخباراً عن الوصف) قيل فيه نظر، لأنه إذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر إنشاء للحرية لا إخباراً عن الوصف. وأجيب بأنه إذا لم يكن علماً كان المنادى في الحقيقة ذاتاً موصوفة بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، وكان النداء إخباراً بأن المنادى موصوف بهذه الصفة. وقوله: (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزي الإعتاق على

ذلك الجزء، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه **(ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق)** لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك، ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية قال: **(وكذا كنايات العتق)** وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لى عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما

[فرع] في جوامع الفقه قال لعبد غيره: يا حرّ اسقني ثم اشتراه يعتق، قيل: هذا نقض للقاعدة. أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعتق قوله: **(لأن مراده الإعلام)** أي إعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه، وهذا ظاهر إذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق إلا أن يريده فيعتق حينئذ قوله: **(أو قال لأمته فرجك حرّ)** خص الأمة لأن قوله: لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل: يعتق كالأمة. وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الأمة، ولو قال لها: فرجك عليّ حرام ينوي العتق لا تعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان، وفي لسانك حر يعتق لأنه يقال: هو لسان القوم، وفي الدم روايتان، ولو قال لها: فرجك حر عن الجماع عتقت، وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن، وفي العتق روايتان، والأولى ثبوت العتق في ذكرك حرّ لأنه يقال في العرف: هو ذكر من المذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم قوله: **(وسيأتيك الاختلاف فيه)** عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية قوله: **(ولو قال لا ملك لي عليك)** شروع في الكنايات. والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه، ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه، فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقوله لأمته: أطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده: أنت حرة عتق في الجميع إن نوى، ولو قال: أنت لله أو جعلتك لله خالصاً روي عن أبي حنيفة أنه لا يعتق وإن نوى، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق، وعنهما أنه

ما نذكره، وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في الطلاق. وقوله: **(وكذا قوله لأمته قد أطلقتك)** يعني إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخلية السبيل، بخلاف قوله طلقتك فإنها لا تعتق لأنه صار صريحاً في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه، وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والإستيلاء فنفيه نفي لليد وكأنه قال لا يد لي عليك، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه. ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق. فإن قيل: زوال اليد إما أن يكون ملزوماً لزوال الملك أو لازماً له، فإن كان الأول فليكن مجازاً لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم، وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم. فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا، ولا بلازم له

قوله: **(فالجواب أنه ليس بملزوم، إلى قوله: فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم)**. أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا: فيه كلام، فإنه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والإعتاق، فإن زوال اليد لازم للإعتاق. فإن قلت: الإعتاق إزالة الملك عند أبي حنيفة. قلت: نعم لكنه إزالة مخصوصة، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس في المسألة خلاف مسموع، بل الصواب في الجواب أن يقال: إن اللفظ المستعمل في حق العبد إنما يحمل على العتق مجازاً إذا كان أصل معناه منافياً للعبدية، سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر، فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما في لا سبيل لي عليك. وأما إذا لم يكن منافياً كما في لا يد لي عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اهـ. وفيه بحث، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق إلخ ممنوع لا بد له من دليل، وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تسليم المبيع والثمن والبائع بسبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم الثمن. وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال المصنف: **(لأن للمولى على المكاتب سبيلاً إلخ)** أقول: مناقض لقوله لأنه يحتمل نفي السبيل بالبيع والكتابة.

يحتمل بالعتق فلا بد من النية، وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله، بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق)** لأن السلطان عبارة عن اليد، وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلاً فلهذا يحتمل العتق **(ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق)** ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لمثله، فإن كان لا يولد مثله

يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق. والثاني نحو أن يقول لعبده: بنت مني ولأمته بنت عني أو حرمت علي أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اغربي أو استتري أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه، وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر، وكذا إذا قال: اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى، وفي المغني اذهب حيث شئت كناية، ولو قال: أنت مثل الحرّ لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك. وقال بعض المشايخ: يعتق إذا نوى كقوله لامرأته: أنت مثلاً امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به مولياً إن نوى الإيلاء قوله: **(لأن السلطان عبارة عن اليد)** قيل فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد، لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقق لا التساهل والتجوّز فإنه قال: وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصل للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمي رجلاً بالفضل لاتصافه به، ثم قيل: هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس: كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد، فإذا قال: لا سلطان لي عليك فإنما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب، بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق، والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره، والملك في العبد يتوصل به شرعاً إلى إنفاذ التصرفات، فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده، بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز، وكذا لا حجة لي عليك. واعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق النية في لا سلطان لي عليك، وبه قال الأئمة الثلاثة. وقال بعض المشايخ: إنه ليس ببعيد. وعن الكرخي رحمه الله: فنى عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل، ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير. أما أولاً فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مراداً بها الجارحة المحسوسة بل القدرة، فإذا قيل له سلطان: أي يد يعني الاستيلاء. وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء، وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازاً فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل. وأما ثانياً فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع، إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي، ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فرداً من المعنى المجازي، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي: أعني العتق أو زوال الملك، فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات قوله: **(وثبت على ذلك)** قيل: هذا قيد اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط. وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم. وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح

لانفكاك زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم. وقوله: **(لأن للمولى على المكاتب سبيلاً)** يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق. قال: **(ولو قال هذا ابني)** ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له لسبب معروف هذا ابني **(وثبت على ذلك)** ثبت النسب فيعتق عليه. ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة، كذا في شرح القدوري لأبي الفضل، حتى لو ادعى ذلك صدق. وقيل الثبات شرط النسب

لمثله ذكره بعد هذا، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة.والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق) أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول، والثاني والثالث نوع مجاز، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح، وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا، ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر، وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حرّ يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ. وقال زفر

القدوري لأبي الفضل أراد بقوله: وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق. وفي أصول فخر الإسلام: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق، ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى: هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبية: يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصرّ على ذلك أم لا. قالوا: هذا في معروفة النسب، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز وإلا جاز. قال في المجتبى: عرف بهذا أن الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوّج بمن أقر ببنتيتها. وفي مختصر الكرخي: إذا أقرّ في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال: ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شيء للمقرّ له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن إقراره لازماً، ثم إذا قال: هذا ابني هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب، وقيل: تصير أم ولد في الوجهين، وقيل: إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له، وإن كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل قوله: (إذا كان يولد مثله لمثله) يعني إذا كان مثله في السن يجوز شرعاً أن يكون ابناً لمثل المدعي في السن هذا هو المراد. وحاصله إذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعي أبيض ناصعاً والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب قوله: (وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى ﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾ [محمد: ١١] وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ [مريم: ٥] قوله: (فتعين الأسفل فالتحق بالصريح) أو ورد عليه شارح أنه مشترك استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحاً فلا بد من النية، وقولهم: المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم. على أنا نقول: الصريح يفوق الدلالة، والمتكلم ينادي أنا غنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة، وهم يقولون: دلالة الحال من كلامك

لكونه الرجوع عنه صحيحاً دون العتق. وقيل هو شرط اتفاقي. وقوله: (لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب) لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة) وسيجيء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاي) ظاهر. وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى، ذكره ابن الأثير. أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾ وأما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ وقوله: (والثالث نوع مجاز) يعني الموالاة في الدين لأن المولى مشتق

رحمه الله: لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي. قلنا: الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به، بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراماً محضاً **(ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق)** لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرّ على ما بيناه، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام. ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذاً أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر. ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه، وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر **(وإن قال لغلام لا يولد مثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله)** وقالا: لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل

تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اهـ. والجواب أن قوله: استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائماً منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقتراناً ظاهراً كما هو فيما نحن فيه، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسنده به من قوله: تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزبه أمر لا يستدعي للنصر عبده بل بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه. وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول: هذا الصريح وهو قوله: أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله: عما هو ملحق بالصريح في إرادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهراً، وهذ الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه، ونحن نقول: فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة. واعلم أن في المسئلة خلافاً ذهب بعض المشايخ أنه لا يعتق في هذا مولاي إلا بالنية وأنه بين الصريح والكناية قوله: **(وقال زفر: لا يعتق في الثاني)** وهو يا مولاي إلا بالنية، وبقوله قال: الشافعي ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزله قوله: يا سيدي يا ملكي أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق، فإذا قال لعبده: ذلك ناوياً للعتق عتق وهكذا في يا سيد، وقد قيل: إنه يعتق بهما وإن لم ينو، وقيل: إذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيد. والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية قوله: **(بخلاف ما ذكر)** وهو يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لأنه لا يصير سيداً بالعتق لسيده.

والوجه أن حقيقته متعذرة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز، ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازياً آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية، فقلنا إذا نوى بيا سيدي العتق عتق، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية، بخلاف يا مولاي لأنه بحقيقته في الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي قوله: **(ولو قال يا ابني أو يا أخي لم**

من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه، كذا في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير. وقوله: **(فالتحق بالصريح)** يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبداً. وقوله: **(وأما الثاني)** يعني به قوله يا مولاي. وقوله: **(بخلاف ما ذكر)** يعني قوله يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، معناه أن معنى قوله يا مولاي يا من عليه ولاء العتاقة حيث تعين الأسفل مراداً فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق، بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فإن معناه يا من له

قوله: **(كذا في بعض الشروح)** أقول: يعني شرح تاج الشريعة.

أن تخلق. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته، إما إجماعاً أو صلة للقرابة، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً، ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف

يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره، فإذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقاً له كما سلف، وإن لم يكن تجرد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعاً لو تخلق من ماء غيره ولا يثبت لثبوت النسب، وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقاً له فيعتق. وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو قال لعبده: يا عمي يا خال أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك، ووجهه على وجه يدفع. واعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان يوصف يمكن إثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ جعل مثبتاً له مع النداء وإلا لا، ولا شك أن الأبنية لا يمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره، فقول المصنف: لأنه لو خلق من ماء غيره إلى آخره لا فائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الأبنية إلا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ، وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء، وذلك لأن ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبراً صريحاً بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف، وعلى هذا فما قدمنا تقريره في ياحرّ مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباته منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود. وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب، ومثله يولد له، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب قوله: **(لهم أن هذا كلام محال)** أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه، وإذا عدّ لغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق، كما أنه لما لغا قوله: أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محلاً، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلاً مبتدأ

السيادة والملك عليّ ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطف. وقوله: **(ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق)** فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حر فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال **(على ما بينا)** يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى إلخ، وإذ كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام، هذا ظاهر الرواية **(وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيهما)** أي في قوله يا ابني يا أخي.

والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حرّ يا عتيق يا مولاي، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخي والاعتماد على الظاهر. وقوله: **(ولو قال يا ابن)** ظاهر. قال: **(وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله)** إذا قال لعبده وهو أكبر سناً منه **(هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا لا يعتق)** وهو قول أبي حنيفة أولا **(وهو قول الشافعي)** وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما، وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقالا: الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز، بخلاف الأصغر سناً فإن الحقيقة فيه متصورة

قال المصنف: **(لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو)** أقول: يرد عليه هذا أسد أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الأول فليتأمل قال المصنف: **(والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز)** أقول: نعم إلا أن اعتباره مشكل هنا فإنه في الاستعارة إلا أن يجعل مثل زيد أسد مجازاً وجوابه في التلويح.

فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له، أما الحرية

وخبر، ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البنوة سبب للعتق وأنه طريق المجاز، بل يشترطان بعد ذلك شرطاً آخر وهو تصور حكم الأصل: أي الحقيقي. فتحرير محل النزاع أن تقول: اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به، والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر. واختلفوا في جهة الخلفية، فعندهما الخلفية بينهما في الحكم: يعني أن الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب. وعند أبي حنيفة في التكلم: يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفاً عن هذا ابني مستعملاً في ثبوت البنوّة. وقيل: بل خلف عن لفظ هذا حرّ وهو الأصل، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحاً لأنهم لم يحكوا خلافاً سوى في جهة الخلفية، وعلى ما قيل: يكون فيها، وفي الأصل أيضاً أنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة. وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة: يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته، فإذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا ابني للأكبر منه، أما في هذا حرّ فصيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي، واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقوف على المحال محال، ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس الماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى، وتجب الكفارة فيه دون الثانية، فوجوب الكفارة خلف عن البرّ، ولما أمكن البرّ في الأولى لتصور مس الماء انعقدت في حق الخلف، ولما لم يتصور في الثانية لم ينعقد، فرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره. وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه

لإمكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق. وقال أبو حنيفة: تصور حكم الحقيقة ليس بشرط، فإنه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحاً صحيحاً، والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم. وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدإ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حرّ من حين ملكت لأن البنوة إذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حرّ من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه، بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوماً لقوله أنت حر من حين ملكت لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة، والشيء لا يكون ملزوماً لما ينافيه وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال. وقوله: **(وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين)** جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز، وإن لم يكن الحكم متصوراً لوجب عليه الأرش في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم ومثله، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرش. **(حتى وجب على العاقلة في سنتين)** بلفظ التثنية كذا في النهاية،

فلا تختلف ذاتاً وحكماً فأمكن جعله مجازاً عنه. ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا، ولو قال لصبيّ صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف، وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب، بخلاف الأبوة

في الخارج. ونجيب عن الثاني أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين، ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعاً بتقدير تعذر امتثال الأول، وهذا فرع تعلق الأول، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء، فلا يتصور شرعاً خلف استحال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك، ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر، وحينئذ ظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازاً، وظهر مما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البرّ لا البرّ نفسه. والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوّز التجوز وهو لا يحتاج شيئاً سوى إلى إدراك الحقيقي، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فإنه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضاً غير مقصود بالذات، فاشتراط إمكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأكبر منه، فإن معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسداً، والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته، وما فرق به من أن هذا مستعار بجملته، بخلاف هذا أسد لأن المجاز في نسبته دون الألفاظ ممنوع. وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك، فإنه يكون مجازاً في معنى عتق عليّ من حين ملكته استعمالاً لاسم الملزوم في لازمه، ثم إن كان هذا دخل في الوجوه عتق ديانة قضاء وإلا فقضاء، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له، بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه إلى المجاز فلغا ضرورة. وقوله: وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره إلخ: جواب عن مقيس آخر لهما، وهو إذا كان قال لآخر: قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق، ولم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي. فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لأن المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرش الواجب على العالقة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا

وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع، فما هو مسبب لا يمكن إثباته وما يمكن إثباته ليس بمسبب. وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو، أما الحقيقة فظاهرة، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرش الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الأرش كذلك. وقوله: **(أما الحرية لا تختلف)** معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازاً عنها لا تختلف ذاتاً وهو زوال الرق ولا حكماً وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها **(فأمكن جعله)** أي جعل قوله هذا ابني **(مجازاً عنه)** أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور **(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف)** وهو الأظهر. وقوله: **(لما بينا)** يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني **(ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف)** والوجه ما تقدم **(وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك)** من بنوّة أو حرية إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه **(فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب)** وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين **(بخلاف الأبوّة والبنوّة)** لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة **(ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بينا)** أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلخ، فكذلك ههنا الأخوّة في الملك توجب العتق، وأما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لأن هذا الكلام

قوله: **(أجيب بأن البنوة إلخ)** أقول: فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا مجاز في غيرها.

والبنوّة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بيناه، ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف، وقيل هو بالإجماع

عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزاً بالسبب عن المسبب والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس سبباً له فامتنع إيجاب المال مطلقاً فلغا ضرورة، بخلاف ما نحن فيه لأن الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حرّ أو لفظ ابني، فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو. قوله: (**ولو قال هذا أبي إلخ**) جواب عما قيل: إنه يلغو فقال: بل هو على الخلاف أيضاً، فعند أبي حنيفة يعتق، وأما لو قال لعبده الصغير: هذا جدي فأجاب عنه أوّلاً بأنه على الخلاف، وقيل: هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه، وثانياً بالفرق، وأنه لا يعتق اتفاقاً، وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ قوله: (**ولو قال هذا أخي**) أي لعبده (**لا يعتق في ظاهر الرواية**) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن. وجه الروايتين ما بيناه، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله: إن البنوة سبب الحرية في المملوك، ويعرف منه وجه هذا وهو الأخوة سبب لعتق المملوك، وحوالة الظاهر على قوله: في هذا جدّي، وقيل: لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكر. ونظيره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم، ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكماً، ولأن الأخوة تقال: لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل، حتى لو قال: من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيراً في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قررناه في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية. فإن أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فإنه لا يعتق به. ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة، حتى لو قال: من أبي ونحوه عتق، وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازاً عن لازمه فامتنع لعدم طريقه، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات، ولو دار بينهما كان المجاز أولى وإن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي وهي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع. وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب، بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة، وهذا يقوي ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف قوله: (**ولو قال لعبده هذا بنتي**) وكذا إذا قال لأمته: هذا ابني لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله، لأن الأول مجاز عن عتق في المذكر لأنه لجهة البنتية حقيقة. والثاني عنه في الأنثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه، ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقاً لعدم لازم مشهور وغيره، ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقلياً في نفس

لا موجب له في الملك إلا بواسطة، وكذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. قال في المبسوط إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذ ذكره مطلقاً بأن قال هذا أخي، فأما إذا ذكره مقيداً وقال هذا أخي لأبي أو لأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يراد بها الأخوة في الدين، قال الله تعالى ﴿**إنما المؤمنون إخوة**﴾ وقد يراد بها الإتحاد في القبيلة، قال الله تعالى ﴿**وإلى عاد أخاهم هوداً**﴾ وقد يراد بها الأخوة في النسب، والمشترك لا يكون حجة. فإن قيل: البنوة أيضاً تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابني؟ أجيب بأن البنوّة من الرضاع مجاز، والمجاز لا يعارض الحقيقة (**ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف. وقيل هو**) أي عدم العتق (**وبالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى**) لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم

لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح **(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق)** وقال الشافعي رحمه الله: تعتق إذا نوى، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله. له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين، أما ملك اليمين فظاهر، وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين

إضافة البنت، وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة، فالتجوّز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى الياء عن نسبته إليه بالعتق فيتعين الأول، وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار، تعلق بالمشار. وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله: حققناه في النكاح، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأم والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى: أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لأن الثابت ذكر قوله: **(وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح)** كأنت مطلقة والطلاق والكناية، كما لو قال لأمته: أنت عليّ حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت مني أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واغربي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي، أو قال ذلك لعبده، أو قال له: طلقتك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى، بخلاف ما تقدم من قوله: أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق. وقال الشافعي: يعتق في ذلك كله إذا نوى. وعن أحمد روايتان: إحداهما كقولنا، والأخرى كقوله: قوله: **(لأن بين الملكين)** أي ملك الرقبة وملك النكاح **(موافقة)** قوله: **(إذ كل منهما إلخ)** حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين: أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما، أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعاً لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعاً عليه وهو اشتراط التأبيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به، إذ هو لازم لملك المنفعة: أعني الإجارة، ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة. وأما الثاني فإن كلا من التصرفين إسقاط لملك، ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه، وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدمياً مكلفاً، فإن هذه خصائص الآدمية، فالآدمية مع التكليف هي السبب، وإنما امتنعت بمانع الرق، وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة في حق الخروج، والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظاً للنسب ولا يسلب أهليتها عنه، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه، ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر قوله: **(ولنا أنه نوى مالا يحتمله لفظه)** أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من

بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح، والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبراً حقيقة ولا مجاز عن الابن لعدم الملازمة بينهما. وقوله: **(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن)** ظاهر إلى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوّة ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض. وتقرير الجواب الإعتاق أيضاً إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدمياً مكلفاً غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق. وقوله: **(ولهذا)** أي ولكون العتق محتمل لفظه **(يصلح لفظه العتق والتحرير كناية عن طلاق فكذا عكسه)** لأن مبنى المجاز على المناسبة والشي لا يناسب شيئاً إلا الشي الآخر يناسبه، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعي لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية **(ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه)** لأنه لا مناسبة بينهما تجوّز الاستعارة لأن الإعتاق لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير: إذا قوي رطار

قوله: **(والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات)** أقول: بعد ما تبين بالدليل الذي نقله من الشافعية أن الإعتاق إسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا الكون الأول أقوى.

حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعلق فيه بالشرط، أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً، ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه. ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات والقوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر، ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه **(وإذا قال لعبده أنت مثل الحر**

غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعاً ثبوت ذلك المسمى الشرعي، كما لو قال: اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان. وإنما قلنا: إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه، والأول منتف، وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعاً عاماً، وهذا ما يقال: المجاز موضوع وضعاً نوعياً، وحقيقة الحاصل معنى قوله: كل لفظ بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره. والثابت عنه في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز به مشبهاً والمتجوز عنه مشبهاً به، وقولهم: يشترط كونه وصفاً مختصاً مرادهم كونه ظاهراً في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركاً فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه، فللأول لا يجوز بأسد للأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما، وللثاني وجب أو لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة. إذا عرف هذا فنقول: الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التي فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله. والأصل في إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضى لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم، لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت، ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكاً، أما عقلاً فظاهر، وشرعاً لم يثبت بل إنما يثبت شرعاً دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هي السبب الشرعي، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب، ولا مناسبة بين إزالة المانع في محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز، وهي أن تكون مختصة بالمتجوز عنه: أي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا، فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الأكثر إسقاطاً وأشهر به فلذا جاز

عن وكره: وفي الشرع أيضاً كذلك لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر. والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوّة الانطلاق، وكذلك في الشرع لأن المنكوحة لم تزل مالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوّة وليس بين إثبات القوّة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة، ولا خفاء أن الأوّل أقوى والأدنى لا يصلح أن يكون مستعاراً للأعلى على ما نذكر، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً، وكل ما كان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك اليمين إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما دون حقيقته لا عما هو فوقه، وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفاً مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر، وأنت ترى

لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية **(ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة **(ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق)** لأنه تشبيه بحذف حرفه **(ولو قال رأسك رأس حر عتق)** لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن.

التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب، بخلاف قلبه فإنه المسبب في السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة، وما قيل: ليس سبباً أيضاً بدليل أن الأمومة لو كانت متزوّجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوماً قبلها، ألا يرى أن البول بعد الريح لا يوجب حدثاً ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثاً يمكن أن يقال: أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة، فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به نية كقوله: تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو هبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك، فهذه كنايات لا يحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها. ومنها ما يقع بالنية كما تقدم. ومنها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته. والتحقيق في مثل الأول أن يقال: إنه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث إن ما سوى العتق انتفت إرادته فتعين فألحق بالصريح، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي، وهذا بناء على أن الصريح يخص الوضعي وإلا فيجعلان صريحاً، وبه قال جماعة، وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا قوله: **(ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد: هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول، وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وأما كونه إثباتاً مؤكداً فلو ردوه بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد قوله: **(ولو قال رأسك حرّ لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه)** وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال: رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية، لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال: رأسك حرّ عتق إذا نواه. وفي نوادر هشام قال أبو يوسف: لو خاط مملوكه ثوباً فقال: هذه خياطة حر لا يعتق. وفي الهاروني: لو رآها تمشي فقال: هذه مشية حرّ أو تتكلم فقال: هذه كلام حرّ لم تعتق، إلا أن يقول: أردت العتق وهذا قول أبي يوسف. قال الحسن بن زياد من قول نفسه: يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال: حسبك حرّ أو أصلك حرّ وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق، وكذا لو قال: أبواك حرّان. وفي نوادر المعلي قال أبو يوسف: لو قال: فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال: استك حر كان حراً، وكذا ذكرها حر وتقدم.

إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جراته وقوته بجراة الأسد وقوته فتدعي الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس. وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه، والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات والطلاق رفع فأنى يتناسبان، وفي الثاني تسليم أن كلاً منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة. وقوله: **(وإذا قال لعبده أنت مثل الحرّ)** إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق. وذكر في المبسوط لم يعتق إلا بالنية، وفي تعليله إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك. وقوله: **(عرفاً)** يجوز أن يراد به العرف العام، فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلاً إلا إذا كان عمرو مشهوراً بصفة كعلم أو خط أو جود أو غيرها، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة. وقوله: **(ولو قال ما أنت إلا حرّ إلخ)** ظاهر.

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول ﷺ، وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم

فصل

أعقب العتق الاخباري بالاضطراري قوله: (هذا اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ) «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»[1] وضعفه البيهقي والنسائي بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححة عبد الحق وقال: ضمرة ثقة،

فصل

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختياري الذي هو الأصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كإرث قريبه. وخروج عبد الحربيّ إلينا مسلماً وولد الأمة من مولاها، والرحم في الأصل وعاء الولد في بطن أمه، ثم سميت القرابة، وصلة من جهة الولاد رحماً، ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً

فصل ومن ملك ذا رحم محرم

قوله: (وولد الأمة من مولاها) أقول: فيه شيء، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى قوله: (والرحم في الأصل وعاء الولد، إلى قوله: ومنه ذو الرحم) أقول: فيه شيء قوله: (أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول: المراد عدم صحة كونه دليلاً لا نفي صحة الحديث.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٤٩ والترمذي ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٤ والحاكم ٢/ ٢١٤ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ والطحاوي ٣/ ١٠٩ وأحمد ٥/ ١٥ ـ ٢٠ والطيالسي ٩١٠ كلهم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً ومداره على حماد وأخرجه الترمذي بإثر حديث ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٥ وابن الجارود ٩٧٢ والطحاوي ٣/ ١٠٩ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ كلهم من حديث ابن عمر ومداره على ضَمُرة بن ربيعة.

قال الترمذي: حديث ضمرة خطأ عند أهل الحديث ولم يتابع عليه.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، وسكت الذهبي مع أن ضمرة بن ربيعة ليس من رجال البخاري ولا مسلم، ثم إن الحديث تكلم فيه غير واحد.

وقد وهم الألباني فصحيح هذا الحديث في الإرواء ١٧٤٦ مع أنه لم يذكره إلا من طريق ضمرة وحماد بن سلمة، ولعله اغتر بتصحيح الحاكم إياه. والصواب أنه لا يرتقي عن درجة الحسن أبداً وقد أجاد البيهقي في تبيين علة هذا الحديث، فنقل عن أبي داود قوله: لم يحدث بهذا الحديث عن قتادة إلا حماد، وقد شك فيه. قال وبلغني عن الترمذي: سألت البخاري عن حديث حماد عن سمرة فلم يعرفه إلا من طريق حماد.

قال البيهقي: وحماد يشك فيه، وقد رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة وعن عمر موقوفاً، وعن قتادة عن الحسن موقوفاً.

وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٢ ما ملخصه: حديث الحسن عن سمرة.

قال أبو داود والترمذي: لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلاً وشعبة أحفظ من حماد وقال علي المديني: هو حديث منكر.

وقال البخاري: لا يصح.

وأما حديث ضمرة عن ابن عمر فقال عنه النسائي: منكر.

وقال الترمذي: لم يتابع ضمرة عليه، وهو خطأ. وقال البيهقي: وهم ضمرة، والمحفوظ بهذا الإسناد النهي عن بيع الولاء وهبته. وصححه ابن حزم وعبد الحق وابن القطان. اهـ.

قلت: أما تصحيح عبد الحق فهو يفهم من قوله: تفرد به ضمرة عن الثوري وضمرة ثقة والحديث صحيح إذا أسنده ثقة ولا يضره انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه اهـ. ووافقه ابن القطان على كلامه كما نقل الزيلعي ٣/ ٢٧٩ ولم يصححاه بناء على طرق أخرى ونحو ذلك وكلام عبد الحق يكون سديداً إذا لم يحكم أئمة هذا الشأن على علة للحديث اطلعوا عليها، وهذا الحديث رواه أبو داود، وقال: لم يحدث به إلا حماد، وقد شك فيه، ثم أسنده أبو داود ٣٩٥٠ عن قتادة عن عمر موقوفاً.

وقال الترمذي: وهم ضمرة فيه، وهو خطأ عند أهل الحديث.

وهذا من الترمذي أنه لم يتخرص هذا الكلام من تلقاء نفسه بل هو كلام كثيره أيضاً. =

منه فهو حر» واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره. له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد

وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه، وصوب ابن القطان كلامه، وممن وثق ضمرة بن معين وغيره وإن لم يحتج به في الصحيح. وأما الحديث الثاني وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»[١] فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ. قال أبو داود وغيره: انفرد به عن الحسن عن سمرة، قال: وقد شك فيه، فإن موسى بن إسماعيل قال: في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد، وقد رواه شعبة مرسلاً عن الحسن عن النبي ﷺ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى. وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره. ورواه الطحاوي من حديث الأسود عن عمر موقوفاً[٢]، وروى من حديث ابن عمر موقوفاً وعائشة وعلي بأسانيد ضعيفة[٣]. وروى الطحاوي بإسناده إلى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلاً زوّج ابن أخيه مملوكته فولدت أولاداً فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال: إن عمي زوّجني وليدته وأنها ولدت لي أولاداً فأراد أن يسترق ولدي، فقال ابن مسعود: كذب ليس له ذلك[٤]. وفي المبسوط أن ابن عباس قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ وقال: يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته، وإني أريد أن أعتقه،

والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، وهذا اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر» رواه الخمسة إلا النسائي، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، فإن قيل الضمير في مثله يعود إلى من كما في قوله ﷺ «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» وأمثاله فلا يكون حجة. أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله «من ملك» ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حريته إذ المملوك لا يملك شيئاً فقوله فهو حرّ لو عاد إليه كان تكراراً غيره مفيد، فإن قيل: صح عن رسول الله ﷺ أنه قال «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه. أجيب بأن دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض، ومحمله أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر كما

= وقال البخاري: لا يصح.
وقال النسائي: هذا حديث منكر.
وقال علي المديني شيخ البخاري: هو حديث منكر.
وقال البيهقي: هو وهم.
وقال المنذري في مختصر أبي داود: ضمرة وثقهُ يحيى وغيره، ولم يخرجا له في الصحيح كما قال البيهقي، وقد حصل له في هذا الحديث وهم والله أعلم.
قلت: وحديث حماد له ثلاث علل لا أدري كيف غفل الألباني عنها. فالأولى منها أن حماد تغير بآخره كما في التقريب ١/ ١٩٧ وقد خطأه العلماء فيه، ثم إنه شك فيه أيضاً.
والثانية: أنه من رواية الحسن عن سمرة، وقد اختلف العلماء هل سمع منه أم لا.
الثالثة: رواه الحسن عنه عنعنة والحسن مدلس، وقتادة مدلس.
وله علة رابعة: وهي أن شعبة، وسعيد بن أبي عروبة كل واحد منها أثبت من حماد لو لم يشك فيه، وقد رواه، فلم يسنداه أما سعيد، فرواه موقوفاً على عمر كما تقدم.
وأما شعبه فرواه مرسلاً عن الحسن إلى النبي ﷺ ومرسلات الحسن واهية اهـ. والله تعالى أعلم، ومع ذلك فالحديث حسن.
(١) تقدم في هذا الذي قبله مستوفياً، وهو حسن مع شاهده.
(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي ٣/ ١١٠ بسند جيد عن الأسود عن عمر موقوفاً ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ١٠/ ٢٨٩. ٢٩٠.
(٣) ذكره هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٠.
(٤) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١١٠ من رواية المستورد عن ابن مسعود ورجاله ثقات.

فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه. ولنا ما روينا، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه، وهذا هو المؤثر في الأصل، والولاد ملغى لأنها هي التي

فقال ﷺ فإن الله قد أعتقه»[1] قوله: (والشافعي إلخ) وبقولنا قال أحمد، وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قول أكثر العلماء. وفي الغاية روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة، وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكيم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن بن حيّ والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية. وقال مالك: يعتق في قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير. وفي المبسوط قال داود الظاهري: إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعتاق لظاهر قوله ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[2] ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة، ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه. ولنا قوله تعالى ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾ [مريم: ٩٢] ﴿إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبداً. لقد أحصاهم وعدهم عدًا وكلهم آتية يوم القيامة فرداً﴾ [مريم: ٩٥] ثبت به أن الابنية تنافي العبدية، فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لاستعقاب البينونة قوله: (له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الأملاك إذ لا تخرج عن ملك مالكها من رضا واختيار (أولا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق: أي إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال: أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات، فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات. ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم، وهو بالثاني أشبه حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية، وأما الثاني فلأنا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع الكتاب فكذا في هذا الحكم قوله: (ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو

يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له. قوله: (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد؛ واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس، وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال: أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه، وههنا

قوله: (وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول: ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل مالا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال: أي بالقياس.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٢٩ ١٣٠ والبيهقي ١٠/ ٢٩٠ كلاهما من طريق العزرمي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس بهذا السياق.
قال الدارقطني: العزرمي تركه ابن المبارك والقطان وابن مهدي.
وأما الكلبي فهو القائل: كلما حدثت عن أبي صالح فهو كذب.
وذكر البيهقي كلام الدارقطني وزاد: وروي من وجه آخر عن ابن عباس بنحوه وفيه حفص بن أبي داود ضعفه شعبة ويحيى وأحمد وغيرهم اهـ.
وكذا في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو صدوق إلا أنه سيء الحفظ كما في التقريب.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٠ وأبو داود ٥١٣٧ والترمذي ١٩٠٦ وابن ماجه ٣٦٥٩ والبخاري في الأدب المفرد ١٠ وابن حبان ٤٢٤ والطحاوي في معاني الآثار ٣/١٠٩ والبغوي ٢٤٢٥ والبيهقي ١٠/٢٨٩ وابن أبي شيبة ٨/٥٣٩ والطيالسي ٢٤٠٥ وأحمد ٢/ ٢٣٠ . ٣٧٦. ٤٤٥ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار

المؤثر في الأصل) وهو قرابة الولاد: يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى، ولو سلم فغاية ما صنع أنه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعدية إلى ما لم يتعدّ إليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لأنها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين، فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضاً يدل على تعيينه وهو ما روينا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف، وهذا يفيد إلغاء ما عنه، وقول المصنف: (حتى وجبت النفقة) إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع[1]، وهو غير قادح لأن الراوي قد يصل وكثيراً ما يرسل، ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى، ولو كان مرسلاً كان من المرسل المقبول، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته. وأما على قول الشافعي: فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم، فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم، فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهية ولا أثر له، ولو كان صحيحاً عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع قوله: (والافتراض[1] عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال: عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل، والافتراض إنما يثبت عند القدرة، وإنما هي قائمة بالحرّ والمكاتب عبد لا يقدر على الإعتاق، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته،

ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه. ولنا ما روينا وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وكل من فعل ذلك عتق عليه، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرّم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لأنها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح. أما حرمة النكاح فبالإجماع، وأما وجوب النفقة فمذهبنا، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ كان ثابتاً البتة فاستدل به. ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً، وإجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لا محالة، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً، وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح. فإن قيل: هذه القرابة إن أوجبت العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضاً. أجيب بأن علة النفقة ليست القرابة المجردة في الأخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ واختلاف الدين يمنع الإرث فكذا ما يبنى عليه، وإنما قال أو كافراً في دار الإسلام لأن الحربي لو ملك في دار الحرب ذا

قوله: (حتى وجبت النفقة وحرم النكاح إلخ) أقول: يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح قوله: (فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى إلخ) أقول: محل تأمل. ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل: وعلى الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم.

---

(١) مراده حديث ضمرة وحماد: من ملك ذا رحم... تقدم مستوفياً قبل عدة أحاديث، وينبغي أن يكون حسناً لكونه من طريقين.

(٢) قوله (قوله والافتراض إلخ) كذا في عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ. مصححه.

الإسلام لعموم العلة. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق

بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه، على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما: فلنا أن نمنع. والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه، وهذا المانع منتف في غير الولاد قوله: (**ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام**) وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الإسلام لأنه لا حكم لنا في دار الحرب، فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافاً لأبي يوسف. وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح. وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافاً. أما إذا أعتقه وخلاه قال في المختلف: يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له وقال لا ولاء له، لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه في دار الحرب ولا تجري عليه أحكام الإسلام. وفي الاستحسان: يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين، ولا ولاء له عندهما وهو القياس. وقال أبو يوسف: له الولاء وهو الاستحسان، وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب، وهنا نص على أنه داخل هناك بعدأن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام، وهذا بخلاف استحقاق

رحم محرم منه لم يعتق، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك. فإن قيل: عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبي والمجنون إذا أعتقا لم ينفذ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق. فالجواب أن الأصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضاً لأن الوقوع بالملك إنما هو بإلزام الشرع لعدم التصرف منه، وما لزم بإلزامه يلزم بالالتزام أيضاً بالاستقراء، إلا أنا تركنا هذا الأصل في حق الصبي والمجنون بالمانع، وهو أن الإعتاق تصرف ضارّ من كل وجه، وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه، وكذا إذا أعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عليه. قال في النهاية: وبهذا يعلم أن قوله في دار الإسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكره قبله من قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً لا ينحصر تعلقه بقوله أو كافراً. وقوله: (**والمكاتب إذا اشترى أخاه**) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولادة. وتقريره: لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه، بل قد روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً. ولئن سلمنا فإنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وإنما ألحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق لا يعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة. فإن قيل: لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد. أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقاً لمقصود العقد، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه. وقوله: (**وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه**) جواب نقض إجمالي. تقريره: لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك. وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمية

قوله: (**لأن المكاتب ليس له ملك تام إلخ**) أقول: فيه بحث، فإن للمكاتب أن يكاتب كما سيجيء في كتاب المكاتب، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز فليتأمل.

القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة **(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق)** لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين **(وعتق المكره والسكران واقع)** لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل **(وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق)** أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه

النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص، فلم تجب مع اختلاف الدين قوله: **(وعتق المكره والسكران واقع)** في المكره خلاف الأئمة الثلاثة، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه، ولذا جاز عتق الهازل. وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق قوله: **(أما الإضافة إلى الملك)** كما يقول: إن ملكتك أو ملكت عبداً ونحوه فهو حرّ **(ففيه خلاف الشافعي)** أي وحده، فإن مالكاً يوافقنا فيه وكذا عن أحمد. وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق. وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك قوله: **(فيجري فيه التعليق)** لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله، إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط؛ فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله، والخلاف مبني على انعقاد المعلق سبباً في الحال عنده، وعندنا عند وجود الشرط قوله: **(وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق)** سواء خرج سيده بعد ذلك مسلماً أو لا. وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة. وقال الأوزاعي: إذا خرج سيده مسلماً يرد إليه. وعند الظاهرية: إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج. وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك[1]. ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله ﷺ من خرج إليه مسلماً من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر[2]. وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾** [النساء: ٤١] ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلاً لنا، وفي الجواب ما لا يخفى قوله: **(لقوله ﷺ في عبيد الطائف)** أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن عليّ رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال: خرج عِبْدان بكسر العين إلى النبي ﷺ يوم الحديبية قبل الصلح، فقال مواليهم: يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً من الرق، فقال ناس: صدقوا يا رسول الله ردّهم إليهم، فغضب رسول الله ﷺ

محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاع هو المؤثر، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لأنه كان معلوماً من أصل دليله حيث قال: ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك، والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذلك المجنون، فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما لأن العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة. قال: **(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى)** ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافاً إلى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه، ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الأخيرين يعني الشيطان والصنم. وقوله: **(وعتق المكره)** واضح وقد تقدم في الطلاق **(وإن أضاف العتق إلى ملك)** بأن يقول لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حرّ **(صح كما في الطلاق)** وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فكذلك. أما الإضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه، وأما التعليق بالشرط فلأن الإعتاق إسقاط والإسقاط **(يجري فيه التعليق)** بالإنفاق بخلاف التمليكات.

---

(١) راجع خبر إسلام سلمان في سيرة ابن هشام ١/ ٢٢١. ٢٢٧ وكذا في مستدرك الحاكم ٣/ ٥٩٨. ٦٠٤ حيث ذكرا قصة إسلامه، وهي قصة غريبة عجيبة، وفيها زيادات لا تثبت إلا أن أصل القصة مشهور، وفيه عبرة كثيرة.

(٢) هو الآتي بعد حديث واحد.

(وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق) لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله تعالى»

وقال: «ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا، وأبى أن يردهم إليهم وقال: هم عتقاء الله سبحانه»[1] قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله ﷺ عدّهم واحداً واحداً أبو بكرة ووردان والمنبعث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق، كل هؤلاء أعتقهم ﷺ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردّوا إلى الرق، فقال ﷺ «أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم»[2] وأخرج عبد الرزاق: حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان، حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي كبرة «أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ، فهم الذين يقال لهم العتقاء». وفي مراسيل أبي داود: «فلما أسلم مواليهم ردّ النبي ﷺ الولاء إليهم» وفيه مجهول. وأخرجه البيهقي مرسلاً وقال «ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا: يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال: لا، أولئك

والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافاً له. وقد عرف في الأصول **(وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلماً عتق لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله»)** روى ابن عباس رضي الله عنهما: أن عبدين من الطائف خرجا فأسلما فأعتقهما النبي ﷺ **(ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء)** وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها. وقوله: **(وإن أعتق**

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢٧٠٠ والترمذي ٣٧١٥ والحاكم ٢/ ١٢٥ كلهم من طريق منصور بن معتمر عن ربعي بن جراش عن علي مرفوعاً، واللفظ لأبي داود، والحاكم، وصححه الحاكم على شرط مسلم مع أن ابن إسحق مدلس وقد عنعنه، وشيخه أبان بن صالح القرشي فيه كلام، وإن وُثّق.
وفي الحديث غرابة لأن المشركين اشترطوا على رسول الله ﷺ أن يرد من جاءه من مكة، وقد ردّ غير واحد، وقصة أبي جندل، وأصحابه معروفة، وخبر الطائف الآتي أشهر وأقرب من كون ذلك كان في الحديبية.
وأما الترمذي فذكر في متنه زيادة منكرة جداً، وهي أنه ﷺ قال يا معشر قريش لتنتهُنّ، أو ليبعثنّ الله عليكم من يضرب رقابكم بالسيف على الدين قالوا: من هو؟ وقال أبو بكر: من هو؟ وقال عمر: من هو؟ قال: هو خاصف النعل، وكان قد أعطى علياً نعله يخصفها.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث ربعي عن علي، وسمعت الجارود يقول: سمعت وكيعاً يقول: لم يكذب ابن جراش في الإسلام كذبة، وقال ابن مهدي: منصور بن المعتمر أثبت أهل الكوفة اهـ.
ولقد ظننت ما ذكره الترمذي صواباً إلا أني استنكرت المتن عنده لأن علياً كان يكتب عقد الصلح آنذاك، ولم يكن يخصف النعل، ثم إن القصة في الصحيحين وافقهم رسول الله ﷺ على حذف كلمة - رسول الله - من نصب الوثيقة، ووافقهم في رد من جاءه مسلماً من مكة، وقد أبى عليٌّ أن يحكَّ - كلمة - رسول الله - فحكها النبي ﷺ. فكيف ههنا يهددهم ويتوعدهم فهذا غريب.
ونظرت في الإسناد، فرأيتهم ثقات معروفون. وكيع ثقة، وإن كان يميل إلى التشيع، وشريك ثقة، ومن فوقه منصور وابن جراش ثقات.
ولم يبق إلا سفيان بن وكيع شيخ الترمذي، فالحمل عليه في هذا الحديث، وليس من قبله، وإنما من قبل ورّاقة كما سيأتي.
قال في التقريب عنه: كان صدوقاً إلا أنه ابتلى بورّاقة، فأدخل عليه ما ليس من حديثه، فنُصح فلم يقبل، فسقط حديثه اهـ. فرحم الله الإمام الترمذي، ولكل جواد كبوة.
الخلاصة: حديث الترمذي لا شيء أما حديث أبي داود والحاكم، فهو غير قوي لأن ابن إسحق لم يصرح بالتحديث، وهو مدلس، وشيخه أبان ابن صالح القرشي فيه كلام، والمتن فيه غرابة، فهو حسن غريب والله أعلم.

(٢) حسن لشواهده. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨١ ونسبه للواقدي في مغازيه، والواقدي ضعيف عند أهل الحديث لكن أخرجه ابن هشام في السيرة ٤/ ٨٦ باب عتقاء ثقيف عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أتهم عن عبد الله بن مكدم عن رجال من ثقيف قالوا. . . فذكر نحوه.
ورواه البيهقي ٩/ ٢٢٩ من طريق ابن إسحق.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٨١ في باب الجهاد، وكذا أبو داود في مراسيله، وأعله ابن القطان بأن عبد ربه بن الحكم لا يعرف حاله لكن يتقوى بشواهده.

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء **(وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها)** إذ هو متصل بها **(ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها)** لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم

عتقاء الله وردّ إلى كل رجل ولاء عبده»[1] قوله: **(ابتداء)** احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه قوله: **(عتق حملها)** بإجماع الأربعة، ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافاً لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين، وقولهم: مروي عن ابن عمر وأبي هريرة. وقال أبو يوسف: إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في حق الأحكام حتى تنقضي به العدة. ولو مات وهو في هذه الحالة ورث، بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر قوله: **(ثم إعتاق الحمل صحيح)** عند الجمهور خلافاً للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعاً له، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها. والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصداً فكذا حكماً بخلاف الهبة قوله: **(لما فيه[2] من قلب الموضوع)** وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس، وقد يقال: هذا إنما يرد نقضاً لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه. وليس كذلك لأنه يعلق حراً فلا يرد نقضاً أصلاً ليحتاج إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس، وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه قوله: **(والقدرة عليه)** أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه قوله: **(على ما مر في الخلع)** الحوالة غير رائجة فإنه لم يذكره في هذا الكتاب، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له المعوّض كما في البيع والإجارة، بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لأن ذلك كان ثابتاً لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه، وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل، فلذا لو قال للأمة: أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل

حاملاً) ظاهر. واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة. وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة، واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجيء. وقوله: **(واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز)** قيل عليه سلمنا ذلك، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد كما مر في خلع الصغير حيث قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد. وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط، وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة علي وكان ذكر المال ههنا

قوله: **(فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها)** أقول: الكلام في عتقهم بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل قوله: **(واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة)** أقول: الأنسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف: **(ولو أعتق الحمل على مال صح)** أقول: قال في الكافي: ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اهـ. وفيه بحث.

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في سننه ٩/٢٢٩ من طريق ابن إسحق عن عبد الله بن مكدم الثقفي.
وقال البيهقي: هذا منقطع وكرره في ١٠/٣٠٨ وأعله بالانقطاع
قلت: وتقدم أن للحديث شواهد كثيرة لكن الزيادة: ورد على كل رجل ولاءه. فهذه غريبة.
وأما أصل الحديث، فله شواهد أسندها البيهقي ٩/٢٢٩ من عدة طرق عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ أعتق من خرج إليه من أهل الطائف. وإن كان في إسناده حجاج بن أرطاة إلا أنه اكتسب قوة بمجموع هذه الطرق، وتعدد مخارجها.

(٢) قوله: **(قوله لما فيه الخ)** مؤخر عن محله كتبه مصححه.

يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا **(ولو أعتق الحمل على مال)** صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه، لأنه أدنى مدة الحمل. قال: **(وولد الأمة من مولاها حرّ)** لأنه مخلوق من مائة فيعتق عليه، هذا هو الأصل، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها **(وولدها من زوجها مملوك لسيدها)** لترجح

من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لأنه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها قوله: **(لأقل من ستة أشهر منه)** أي من وقت العتق، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعداً منه لا يعتق إلا أن يكون حملها توءمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوماً بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه، وعلى هذا فرّع ما لو قال: ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حرّ لأنه حرّ، وإن لم يكن تكون لعصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث، وإن ضرب لستة أشهر لا شيء عليه لأنه عبده كذا ذكر قوله: **(فيعتق عليه)** التحقيق أنه يعلق حرّاً إلا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً. وفي المبسوط: الولد يعلق حراً من الماءين لأن ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين، بخلاف الرجل، ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الأب، ويثبت النسبة منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض، أو لاستهلاك مائه بمائها لأنه في موضعه ويزداد قوة منها لأمته، أو ترجح بالحضانة والتربية أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوّجها مع العلم برقها وفي هذا إجماع، حتى لو كان الزوج هاشمياً كان ولده هاشمياً مرقوقاً، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا: يعلق حراً في حقه فتجب

وصفاً للإعتاق، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغير، وفيه نظر لأنه يقتضي أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف، ولا بد فيه من رواية، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه. والأولى أن يقال: لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للإعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صوناً لكلامه عن الإلغاء. وقوله: **(على ما مر من الخلع)** قال في النهاية: هذه حوالة غير رائجة، ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير، فإن في شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال، فكما جاز عليها جاز على الأجنبي، والإعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله، وكان في مقابلة شيء يحصل له، والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري. وقوله: **(وإنما يعرف قيام الحبل)** واضح لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك. وقوله: **(منه)** أي من وقت العتق. قال: **(وولد الأمة من مولاها حرّ لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل)** يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء **(ولا معارض له فيه)**

قال المصنف: **(فيعتق عليه)** أقول قال ابن الهمام: الولد يعلق حراً فإنه يجب القطع بأن إبراهيم ابن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً لا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة. وفي المبسوط: الولد يعلق حراً من الماءين اهـ. ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف: **(هذا هو الأصل)** أقول: أي كون الولد مخلوقاً من ماء الوالد بأن يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وإن كان يقع خلافه قليلاً كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتأمل.

جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائة بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضي به (وولد الحرة حرّ على كل حال) لأن جانبها راجع فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة، والله تعالى أعلم.

قيمته قوله: (كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما، فالرقّ هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته، وهو حقّ الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه. والملك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه، فأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام، فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان، وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق، وبالعتق يزول كل منهما، لكن زوال الملك قصداً ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبين بهما أنه يتبع الأم في الخاص والعام، ولذا إذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الإنسي مع الحمار الوحشي يؤكل، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به، ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن. ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل. والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حرّ. وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته. والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد، وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين ديناً، والله سبحانه أعلم.

أي في الولد لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له، بخلاف أمة الغير لأن ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين. ويرجح جانب الأم بأمور: منها الحضانة، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها. ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه. ومنها تيقن كونه مخلوقاً من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكماً من جانبه حكماً فقط والأول أرجح لا محالة. ومنها أن الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حساً وشرعاً، أما حساً فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها، وأما شرعاً فلأنه يعتق بعتقها وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه. وقوله: (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره: التعارض موجود لأن المنافاة متحققة، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكاً لسيدها، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكاً لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى: أيّ جانب اعتبر. وقوله: (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاها يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعاً. وتقريره: الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوّج الأمة عالماً بأن الولد يرق به، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقاً بتزوّج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته. وقوله: (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وإنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه، فعلى هذا يكون قوله: (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم.

قوله: (وفيه نظر لأن حق الحضانة إلخ) أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا: أجيب بأن حق الحضانة حق ثابت للأم سواء قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحاً لجانب الأم والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اهـ. وفيه شيء قوله: (جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض إلخ) أقول: لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر قوله: (وفيه نظر لأن العمل بكون الولد رقيقاً بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول: ولا يخفى عليك أنه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته.

باب العبد يعتق بعضه

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا:

باب العبد يعتق بعضه

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض، وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمسّ منها إلى ما يندر وجوده، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله قوله: **(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة)** وتعتبر قيمته في الحال، والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة. ذكره في جوامع الفقه، وسيجيء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا كان له عمل معروف، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبراً، وظاهر أن هذا إذا عين مقداراً كربعك حر ونحوه، فلو قال: بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان، ولو قال: سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه، وقوله: عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف، وقالا: يعتق كله فإنه عن زوال الرق: أي وقالا يزول الرق عنه كله. ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي: يعني فيما إذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق موسر، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الإعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض. والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه، فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو إزالته، ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال: اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الإعتاق، بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أوّلاً بالذات، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعاً كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزىء، وهذا لضرورة أن العتق قوّة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه، ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع بعدم تجزيه والملك متجزىء قطعاً، فلزم ما قلنا: من زوال الملك عن البعض، وتوقف زوال الرق على زوال

باب العبد يعتق بعضه

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم **(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا: يعتق كله. وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي)** يعني إذا كان المعتق واحداً أو موسراً إن كان العبد مشتركاً، وأما إذا كان معسراً فملك الساكت باقٍ كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجيء، وكل ما لا يتجزأ **(فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله)** قال صاحب الميزان: المعنى من قولنا الإعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف. وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا؟ عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقاً ولكن زال الملك بقدره.

باب العبد يعتق بعضه

قوله: **(أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه إلخ)** أقول: أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثواباً أو لأنه أكثر وقوعاً

(يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله. لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرقّ حق الشرع أو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره. والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراء ضرورة عدم التجزي. والملك متجزىء كما في بيع والهبة فيبقى على

الملك عن الباقي، وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أوّلاً زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع، والوجه منتهض لأبي حنيفة، أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك، أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أوّلاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً إذا زال لا إلى مالك، وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقاً وإلا لكان البيع والهبة إعتاقاً، فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك، لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان. وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق»(١)

وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **(لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق)** لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق، فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق، لأنه إذا تجزأ فإما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه، وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزي العتق **(فصار)** الإعتاق **(كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد)** في عدم التجزي. فإن قلت: قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا إثباتاً للعتق. قلت: يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم إن الإعتاق إلخ **(ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك)** وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف **(أو هو)** أي الإعتاق **(إزالة الملك)** لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزي **(لأن الملك حقه)** أي حق المعتق **(والرقّ حق الشرع)** لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً لله جازاه الله فصيره عبد عبده أو حق العامة لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه **(وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره)** وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب، وتقريره الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك والملك متجز فالإعتاق كذلك، وإنما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتاق تصرف، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالإعتاق لا يتعدى ولاية

قوله: **(حتى جاز له أن يبيع ويهب)** أقول: يعني عبده قوله: **(أو يثبت بعضه)** أقول: أي بعض العتق قوله: **(أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف إلخ (أقول: قوله وهو راجع إلى الملك)** قال المصنف: **(وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف إلخ)** أقول: أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل إلخ فحكم التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف قوله: **(لأن الإعتاق تصرف إلى آخر قوله: فولايته إنما تكون على الملك)** أقول: فيكون الإعتاق هنا مجازاً في الإزالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد إثبات العتق ولا يقدر عليه.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٣ و ٢٥٢٢ و ٢٥٢٤ ومسلم ١٥٠١ وأبو داود ٣٩٤٠ و ٣٩٤١ والترمذي ١٣٤٦ والنسائي ٧/ ٣١٩ وابن ماجه ٢٥٢٨ وابن الجارود ٩٧٠ وابن حبان ٣٤١٦ ومالك ٢/ ٧٧٢ والشافعي ٢/ ٦٦ وأحمد ٢/ ٢. ١٥. ١١٢. ١٤٢. ١٥٦ والبغوي ٢٤٢١ والبيهقي ١٠/ ٢٧٥ من عدة طرق كلهم من حديث ابن عمر.

قال أيوب في روايته عن نافع ولفظ: وإلا فقد عتق منه ما عتق. لا أدري أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث.

قال ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٤: وقد وافق أيوب على الشك في هذه الزيادة يحيى بن سعيد أخرجه مسلم والنسائي، وهي في حديث مالك، ولم يشك مالك في وصلها، وقد رجح الشافعي وغيره إثبات هذه الزيادة في المرفوع حيث قال: لا أحسب عالماً بالحديث يشك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب لأنه كان ألزم له.

الأصل، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله، وبقاء الملك في بعضه يمنعه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً إذ هو مالك يد إلا رقبة، والسعاية كبدل الكتابة، فله أن يستسعيه. وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ، وليس في الطلاق

أفاد تصور عتق البعض فقط. وقول أيوب: لا ندري أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه، إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله ﷺ، فلم يوجب في الحديث علة قادحة، وكذا ما رواه البخاري أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شقصاً في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه»[(١)] أي لا يغلي عليه الثمن، أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر. وأما ما روي لهما من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق» وفي لفظ «فقد عتق كله»[(٢)] فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته، وليس مدعاهما ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا، فقد أفادت الأحاديث

المتصرف، وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك، وأما أن الملك متجز فذلك بالإجماع لكنه تعلق به أمر غير متجزّ وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزّ تعلق بمتجز وهو الأركان، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهي إرادة الصلاة، هذا تقرير أحد الأمرين. وتقرير الآخر الإعتاق إزالة الملك والملك متجز، فالإعتاق إزالة متجز وإزالة المتجزي متجز، وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل مأخذاً، ثم إذا تجزي الإعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية **(والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده)** أي عند أبي حنيفة لأن الإضافة **(أي إضافة الإعتاق إلى بعض توجب ثبوت المالكية)** للعبد **(في الكل)** باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ **(وبقاء الملك في بعضه يمنعه)** عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزأ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتباً فعلمنا بهما وجعلناه مكاتباً لأن المكاتب مالك يداً ومملوك رقبة كالمستسعي، ويجوز أن يكون معناه إذ هو أي معتق البعض مالك يداً لأجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب، ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما. وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة، فقلنا إنه حرّ يداً مملوكاً رقبة كالمكاتب عملاً بالدليلين، وإذا كان المستسعي كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة **(فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق)** فإن قيل: لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقاً إذا عجز. أجاب بقوله: **(غير أنه إذا عجز لا**

قوله: **(ولا علتها)** أقول: لم يعد الجار جرياً على مذهب الكوفيين قوله: **(وتقرير الآخر الإعتاق إلخ)** أقول: فالإعتاق حينئذ على حقيقته قوله: **(باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ)** أقول: فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده قال المصنف: **(لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله)** أقول: فيه بحث، فإن اللازم كما قرره آنفاً خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه، ويكفي في إثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكاً وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب قوله: **(وهو وقت أداء البدل)** أقول: فيه بحث، والظاهر وهو العجز قوله: **(حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله)** أقول: ولو مات المدبر من ثلث ماله.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٩ و ٢٥٢٧ ومسلم ١٥٠٣ وأبو داود ٣٩٣٨ و ٣٩٣٩ والترمذي ١٣٤٨ وابن ماجه ٢٥٢٧ وابن حبان ٤٣١٨ و ٤٣١٩ وأحمد ٢/ ٢٥٥ . ٤٢٦ . ٤٧٢ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٤ من حديث ابن عمر بدون الزيادة. وهذه الزيادة عند الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٦ من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً وفيه: فعليه عتقه كله. ورواية من طريق عبيد الله وآخره: فعليه عتقه كله.
وقال ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٥: هذه الزيادة وصلها أبو نعيم في مستخرجه على مسلم وآخره: فقد عتقه كله.

والعفو عن القصاص حالة متوسطة، فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، والاستيلاد متجزىء عنده، حتى لو استولد

أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وإن وردت في العبد المشترك. واستدل أيضاً بدلالة الإجماع وهو أن العتق إذا كان معسراً لا يضمن بالإجماع، ولو كان إعتاق البعض إعتاقاً للكل وإتلافاً له لضمن مطلقاً، كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسراً كان أو معسراً، لكن قد يقال: في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين، وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه الصلاة والسلام: «فقد عتق منه ما عتق»[(١)] زوال الملك، وكذا يلزم في قول: كل من نقل عنه القول: بتجزيه كالحسن، وهو مروي عن عليّ وعمر، بخلاف ما قيل إن قول عمر قولهما: فقد أسند الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال: كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها، وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيراً، فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أعتقوا أنتم، فإذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم[(٢)] أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزأ زوالاً عند أحد فلزم المطلوب، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك، وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر: أي يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها، وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعاً أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقاً كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قسراً، بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئاً من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئاً ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا

يرد رقيقاً **لأنه إسقاط لا إلى أحد)** والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ **(بخلاف الكتابة المقصودة)** فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب إقداراً على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ، وفي بعض النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل: يعني بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البدل. وقوله: **(وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة)** جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص. ووجهه أنا لم نثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار إليها، وليس في الطلاق والعفو ذلك **(فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، وأما الاستيلاد فهو متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه)** حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله. فإن قيل: لو كان الاستيلاد متجزئاً لا طرد في القنة أيضاً. أجاب بأنه إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد

(١) هذه الزيادة تفرد بها مالك وقد شك أيوب هل هي من كلام نافع أو هي في المرفوع، وتقدم قبل قليل عقب حديث ابن عمر ترجيح الشافعي على أنها مرفوعة، ومال إليه ابن حجر لكن الذي رجحه البخاري عقب حديث ٢٥٢٥ عدم هذه الزيادة، وقال: ورواه الليث وابن أبي ذئب وابن إسحق وجويرية ويحيى بن سعيد وإسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر مختصراً.
وأقر ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٥ بذلك فقال: قوله مختصراً يعني بدون زيادة: فقد عتق منه ما عتق اهـ.
فرواية هؤلاء وكلهم أثبات ثقات سوى ابن إسحق فهو ثقة وليس بثبت. أولى من رواية مالك والله أعلم.

(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٨ من طريق النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد بهذا اللفظ، ورجاله ثقات.

نصيبه من مدبرة يقتصر عليه. وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما)** نصيبه عتق، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار، إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبد، فإن ضمن رجع المعتق على العبد **(والولاء للمعتق، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما، وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار، ولا يرجع**

من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالاً أو إلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح، لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ. وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقاً لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن يتنزل ويدعى أن المتجزىء زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقاً بالأمور المذكورة، فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك: أعني ملك بيعها وهبتها. والجواب أولاً أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور، إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة، ولا نصفها مستولداً ونصفها لا، ولا إسقاط نصف حق القتل، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه، فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص، وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك، بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه، بخلاف زوال ملك الرقبة، وهذا معنى قول المصنف: وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة: أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما، **(فأثبتناه في الكل[1])** أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحاً للمحرم، وهو الحرمة، فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به. وأما الاستيلاد فمتجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله، وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولداً جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضورورة قوله: **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق)** أي زال ملكه عنه **(فإن كان)** المعتق **(موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه)** منجزاً أو مضافاً، وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى، ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء **(وإن شاء ضمن المعتق)** قيمته إذا لم يكن بإذنه، فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له **(وإن شاء استسعى العبد)** فيها **(فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين)** أي في الإعتاق والسعاية **(وهذا)** كله **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** هكذا ذكر في الأصل، وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعي وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء، ولو عجز استسعى، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبراً، ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدراً يتغابن الناس فيه، لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر، وكذا لو صالحه على عوض أكثر، وإن كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز، ولو كان الساكت صبياً والمعتق موسراً فالخيار بين التضمين

ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاد عنده غير متجز قال: **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق)** وكلامه واضح. ونوقش مناقشة لفظية، وهي أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد. وقوله: **(فالولاء بينهما)** يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعاً وقوله: **(لهما في الثاني)** يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية قوله: **(ﷺ في الرجل يعتق نصيبه «إن كان**

---

(١) هذه القولة ليست بالنسخ التي بأيدينا، مصححه.

المعتق على العبد والولاء للمعتق) هذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق وعدمه على ما بيناه،

والسعاية لوليه، والتضمين أولى لأنه أنظر، ولو لم يكن له وليّ انتظر بلوغه ليختار. قيل: هذا في موضع ليس فيه قاضٍ، فإن كان في موضع فيه قاضٍ نصب القاضي له قيماً ليختار التضمين أو الاستسعاء، وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرّع بمال الصبي، وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة، وأما العبد المأذون فالقياس أنه يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب، ولكن قال: سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداءً. وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة، وتقدير القيمة يوم الإعتاق، فلو كان فيه صحيحاً ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحاً، وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان، وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق، فلو كان موسراً وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان، ولو كان معسراً فأيسر لا ضمان. ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه، فإن كان العبد قائماً نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوّم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره، وكذلك إن أراد أن يستسعي العبد، ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول: المعتق كالغاصب لأنه ضامن وينكر الزيادة. ولو اختلفا في اليسار والإعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشيء للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال، فإن كان في الحال موسراً فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى، وإن كان معسراً في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى، وهو كالمستأجر مع ربّ الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال. ولو تصادقا على أن العتق كان سابقاً عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان، وإذا كان موسراً يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إن قضى القاضي له بالضمان أو رضي به المعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك وإلا فله. قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل، وقيل: بل في المسئلة روايتان، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئاً فلورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته، وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة، فإن شاءوا أعتقوا وإن شاءوا استسعوا العبد وإن شاءوا ضمنوا المعتق، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالأداء إلى المورث، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يورث عينه وإنما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء. قال في المبسوط: هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لا يملك بالإرث، فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته، والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداء، ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه، وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض

. . . .

والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع. لهما في الثاني قوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه، إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر، قسم والقسمة تنافي الشركة. وله أنه احتبست مالية نصيبه عند

والسعاية في البعض فكذا الورثة، ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باقٍ على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه، فإذا هلك على ملكه فليس له أن يتقرر الضمان على شريكه بعد ذلك، وهذا لأن صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التمليك. وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب، وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلاً للتمليك عند ذلك، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمين لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له. وفي جامع قاضيخان: لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت، وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان إتلاف، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس قوله: **(وقالا ليس له)** أي الساكت **(إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق)** قال المصنف **(وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق)** عنده **(وعدمه)** عندهما فيسعى وهو حرّ مديون وتقدم بيانه **(والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع)** لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الإعتاق كقوله «فقد عتق منه ما عتق» وحديث «فعليه خلاصه في ماله» وقوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً»[(١)] في الصحيحين، وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم «من أعتق عبداً بين اثنين، فإن كان موسراً قوّم عليه ثم يعتق»[(٢)] والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليح عن أبيه «أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: ليس

غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر») والقياس فيه أحد الأمرين، إما وجوب الضمان على المعتق موسراً كان أو معسراً لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا

قال المصنف: **(لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام، إلى قوله: تنافي الشركة)** أقول: وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التنجيز وفائدة القسمة في نفي الضمان لو كان فقيراً اهـ. واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً يعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. وأجاب صاحب العناية أيضاً بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط، والمعلق بالشرط يقتضي عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند العدم، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اهـ. وفيه بحث.

---

(١) صحيح. هذا اللفظ لم يروه البخاري بعد بحث وإنما أخرجه الشافعي ٢/٦٦ وأبو داود ٣٩٤٧ والطحاوي ٣/١٠٦ والبيهقي ١٠/٢٧٥ كلهم من حديث سالم عن ابن عمر مرفوعاً بنحوه.

وأخرجه مسلم ١٥٠١ وهو مكرر وبدون تكرار ١٦٦٧ حـ ٥٠ ومن طريق البيهقي ١٠/٢٧٥ كلاهما عن سالم عن أبيه مرفوعاً بهذا اللفظ، أي لفظ المصنف ابن الهمام.

قال النووي عقبه: قال العلماء: الوكس الغش والبخس، وأما الشطط، فهو الجور، والمراد يقوّم قيمة عدل لا بنقص ولا بزيادة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢١ بهذا اللفظ من طريق سالم عن أبيه مرفوعاً.

تنبيه: ولعل مراد ابن الهمام في الحديث الذي قبله عندما قال في الصحيحين هذه الرواية مع أن سياق كلامه يدل على إدخال البخاري **أيضاً في** الحديث المتقدم.

العبد فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا فكذا ههنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه، ثم المعتبر يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغني، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من

لله شريك، وأجاز عتقه»[1] رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين «في ماله». وفي لفظ «هو حرّ كله ليس لله شريك» وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق»[2] كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير، ولذا اختار الطحاوي قولهما. ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة. واستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله: **(إنه)** أي الساكت **(احتبست)** على البناء للفاعل **(مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه)** وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره **(كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسراً كان أو معسراً لما قلنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه)** ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره. وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسراً لا إذا كان موسراً. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضاً بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح. وأجاب: والتحقيق في إيراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه، فقال: عند اليسار التضمين، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء

يختلف باليسار والإعسار، وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ولا يلزمه الضمان، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره، ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي، رواه نافع عن ابن عمر، ومثله روى عروة عن عائشة. ووجه الاستدلال أنه **(قسم والقسمة تنافي الشركة)** ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: **(لما قلنا)** يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه. وقوله: **(إلا أن العبد فقير فيستسعيه)** قيل عليه إذا سعى، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذي ورّطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى. وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد، والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد، بخلاف المرهون فإن سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن. فإن قيل: ما ذكر من وجه أبي حنيفة فإنما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل. أجيب بأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لأنه ﷺ علق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم. فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً. وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أبي حنيفة.

قوله: **(ولكنهما تركا القياس إلخ)** أقول: ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضاً فليتأمل. وفي الكافي: نعمل بالقياس في الحالين ليكون عملاً بهما قوله: **(أجيب بأن النبي ﷺ إلخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٣٣ والطحاوي ٣/١٠٧ وأحمد ٥/٧٤. ٧٥ من عدة طرق كلهم عن همام عن قتادة عن أبي المليح عن أبيه مرفوعاً. ورجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.
وفي رواية لأحمد: هو حر كله ليس لله شريك.
(٢) صحيح. تقدم قبل خمسة أحاديث.

القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج على قولهما ظاهر، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم

عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب. وقد أجيب أيضاً بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط، وهو إنما يقتضي الوجود عند الوجود، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافي الشركة مطلقاً، بل ذاك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام «وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد» وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة. وفي الكافي: جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيراً، ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً بعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. فإن قيل: فمن أيّ وجه أفادت القسمة نفي الشركة؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه نقيضه كان ظاهراً في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره. وغاية ما يمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهري، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسراً أو معسراً فلا يجوز تضمين المعتق، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصوراً فنفي القصر وبقي جوازه. ولا يخفى أن في هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه في نفي أصل جوازه، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن. وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرّب إلى الله تعالى بنفس التصرف في المحل، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع في صوم التطوّع خصوصاً وعدم إتمامها يوجب إتعاباً للآخر هو العبد، بخلاف ما إذا لم يكن قادراً فإنه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة. وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الإعسار بناء على أن ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه، إذ لا شك في أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضماناً لأنه ليس جناية على الغير وإن فسدت مالية باقي العبد، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره. فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه. وفي المسئلة قول الثوري والليث: أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية أصلاً، وسبب هذا القول: إعلالهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة[1]. قال النسائي: أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن أبي عروبة، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبي عروبة: يعني في ذكر السعاية، قال: وبلغني أن هماماً روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير «وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه» من قول قتادة. وقال عبد الرحمن بن مهدي: أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إملاء. وقال الدارقطني: سمعت أبا بكر النيسابوري يقول: ما أحسن

وقوله: (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغني وهو ملك النصاب) هذا هو

---

(١) صحيح. يشير المصنف لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: من أعتق شخصاً من مملوكه، فعليه خلاصة في ماله، فإن لم يكن له مال قُوّم المملوك قيمة عَدل، ثم استُسْعي غير مشقوق عليه.
أخرجه البخاري ٢٤٩٢ ومسلم ١٦٦٧ حـ ٥٤ بهذه الزيادة وهي: ثم استُسْعِيَ غير مشقوق عليه. فكلام ابن الهمام، واختلاف العلماء على هذه اللفظة والراجح ثبوتها، ففي رواية البخاري ومسلم المتقدمة هو من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة، ولم يتفرد سعيد، فقد تابعه جرير في رواية البخاري ٢٥٠٤ وساق إسناد جرير مسلم أيضاً ١٥٠٣.
وقال البخاري عقب حديث ٢٥٢٧ حيث ذكره من طريق سعيد عن قتادة بهذه الزيادة قال البخاري: وتابعه حجاج بن حجاج، وأبان وموسى بن خلف على قتادة اهـ.
وكذا تابعه جرير بن حازم كما تقدم، وحديث أبي هريرة هذا تقدم تخريجه في الحديث الثاني من هذا الباب.

السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزي. وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه

ما رواه همام وضبطه فَصَلَ قول النبي ﷺ من قول: قتادة. ورواه ابن أبي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول: النبي ﷺ، وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام. قال الخطابي: اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية، فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في الستة عنه عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»[1] قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر، فإن سعيد بن أبي عروبة من الأثبات في قتادة، وليس هو بدون همام عنه. وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه إلى النبي ﷺ وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني. وقال الشيخ تقي الدين: وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما، وحسبك بذلك: يعني برفعهما الاستسعاء. وفي المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة: مثل أنه لا يعتق شيء أصلاً ولو بإذن الشريك، وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته، وأن له التضمين وإن كان معسراً، وهو منقول عن زفرْ وبشر المريسي، وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول: ابن سيرين قوله: **(ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت)** وهو ظاهر الرواية، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخام وثياب البدن **(لا يسار الغني)** أي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ **(لأن بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين)** جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب. وهذا في الحقيقة تعليل للنص وإلا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصة لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام: «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه قوله: **(ثم التخريج على قولهما)** أي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما: **(فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار)** فلم يكن الضمان منقولاً إليه عما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره. وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان إعتاق بعضه إعتاق كله، ويسعى في حالة إعساره حرّاً مديوناً. وأما التخريج على قول أبي حنيفة: فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه **(والتضمين)** بالجر: أي وخيار التضمين للمعتق **(لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك)** من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك **(مما سوى الإعتاق وتوابعه)** من التدبير والاستيلاد والكتابة.

ظاهر الرواية، ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن. والحسن قد روى استثناءه، وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، وقوله لايسار الغني إشارة إلى نفي ما ذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغني، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسراً اعتباراً لليسار المعهود. وقوله: **(لأن به)** أي بيسار التيسير **(يعتدل النظر من الجانبين)** جانب المعتق والساكت **(بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه)** وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القربة، وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إتمام قصده وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى

---

(١) صحيح. أخرجه الجماعة، وتقدم في الحديث الأول من هذا الباب مستوفياً.

البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه، والاستسعاء لما بينا، ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان. وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى لما بينا، والولاء له في

قوله: **(والاستسعاء)** بالجر عطفاً على التضمين: أي وإثبات خيار الاستسعاء **(لما بينا)** من أنه احتبس مالية نصيبه عنده، وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء، فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين، فكذا للغاصب، ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه. وقوله: **(ضمناً)** جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب بأن ذلك في الملك قصداً حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تمليك قصداً، ولا يلزم من عدم الثبوت قصداً عدمه ضمناً **(والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان)** غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء **(و)** أما **(في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا)** من احتباس ملكه **(والولاء له)** أيْ للساكت: أي مشتركاً بينه وبين المعتق **(في الوجهين)** أي في الإعتاق والاستسعاء **(ولا يرجع المستسعى)** على المفعول: أي العبد **(على المعتق بشيء بإجماع بيننا)** خلافاً لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر، وإنما لا يرجع بالاتفاق، أما على قوله: فإنه يسعى لفكاك رقبته، وأما على قولهما: فلأنه إن لم يكن ساعياً لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسراً **(بخلاف)** العبد **(المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلذا يرجع على المعتق)** إذا أيسر، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوّجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو أعتقها على خمر مثلاً تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتقاً ويسعى في قيمته وهو حرّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده **(وقول الشافعي في الموسر كقولهما. وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع**

غيره. وقوله: **(ثم التخريج على قولهما ظاهر)** يعني إذا علم أنّ هذه المسئلة مبنية على حرفين: أي أصلين. بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئاً كان المعتق موقعاً للعتق في النصيبين جميعاً ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني، فلو رجع لكان عليه السعاية **(والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته)** للأصل الأول **(وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق)** للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئاً كان ملكه في الباقي قائماً فجاز إعتاقه، وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة. ولقائل أن يقول: التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين. أما على الأصل الثاني فظاهر، وأما على الأصل الأول فلأن التجزي إن لم يكن مانعاً عن الضمان فلا يكون موجباً له. والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لا من حيث كل واحد منهما، والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة. على أنا نقول: إن التجزي إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزّ يوجبه من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمداً عليه في الجملة وقوله: **(والاستسعاء)** معطوف على قوله والتضمين. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني **(ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك)** أي أخذ القيمة **(بالاستسعاء)** بناء على الأصل الثاني، فكذا من قام مقامه كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل **(ولأنه ملكه**

الوجهين لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته، بخلاف المرهون إذ أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه. وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما. وقال في المعسر: يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتني السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف

ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجانٍ ولا راضٍ به، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: نختار لَن يستسعى) قوله: غير جانٍ إلخ. قلنا: لا يفتقر إلى الجناية، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار، وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله: فقد عتق منه ما عتق ورق مارق. ويدفع بأنها كما قال: أهل الشأن ضعيفة مكذوبة، ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازاً لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد. والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله «عتق منه ما عتق» كفاية، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر، إن لم يلزم بقاء الباقي رقيقاً يلزم بقاؤه مملوكاً والملك هو المطلق للتصرف. والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله: «فعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه»[1] يوجب استسعاءه عند إعساره، ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا. واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك، وأن هذا هو معنى قوله: غير مشقوق عليه. والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله: «ليس لله شريك»[2] فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا: أو عدم تقرره وهو الأولى. وإذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجاناً جبراً بفعل غيره ولا نظير له في الشرع، والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر، ولأن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر، وأن لا يقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه، وللشافعي قول آخر هو كقولهما: في اليسار والإعسار، واختاره المزني من أصحابه قوله: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتباً له) أي في حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه

بأداء الضمان ضمناً فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء) وقوله ضمناً جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب فكيف قيل ذلك. وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر. وقوله: (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني إذا ضمن المعتق وهو ظاهر. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه. وقوله: (ولا يرجع المستسعي على المعتق) ظاهر، وقد قدمناه جواباً لسؤال. قوله: (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي، فإنه ذكر في أول الباب مطلقاً فاحتاج إلى أن يبينه ههنا. وقوله: (ولا راضٍ به) أي بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق

قوله: (وقد قدمناه جواباً لسؤال) أقول: أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه، إلى قوله: وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان.

---

(١) حديث أبي هريرة تقدم مراراً. رواه الجماعة.

(٢) هو بعض حديث أبي المُلَيح، وقد تقدم قبل عدة أحاديث.

السالب لها في شخص واحد. قال: **(ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله)** وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه، ولا

فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه) إن شاء أو يعتقه **(لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان)** في دعواه عتق الشريك **(أو صادقاً لأنه مكاتبه)** إن كان صادقاً **(أو مملوكه)** إن كان كاذباً **(فلهذا يستسعيانه)** أما في الصديق فظاهر، وأما في الكذب فلتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه **(ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه)** أي حق كل منهما **(في الحالين)** حال يسار الآخر وإعساره **(في أحد شيئين)** السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عيناً وهو السعاية، وهذا **(لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده)** أي عند أبي حنيفة **(وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك)** الإعتاق، وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم

بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولا يكون العبد عالماً به فلا يكون راضياً. وقوله: **(فتعين ما عيناه)** يعني عتق ما عتق ورق ما رق **(وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لا يفتقر في وجوده إلى الجناية)** كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسراً **(بل ينبني على احتباس المالية)** وهو موجود كما تقدم غير مرة، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لا يصار إلى الجمع بين القوّة الموجبة للمالكية الحاصلة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد. قال: **(ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه)** كلامه واضح إلا ما ننبه عليه قوله: **(بالعتق)** أي بالإعتاق. وقوله: **(في زعمه)** أي في زعم كل واحد منهما. وقوله: **(فيصدق)** يعني كل واحد منهما في حق نفسه. وقوله: **(لأنه مكاتبه)** أي على تقدير الصدق. وقوله: **(أو مملوكه)** يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش، وإنما تيقناً بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذباً في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وإذا كان صادقاً في قوله أعتق الشريك يكون مقراً بأن العبد صار مكاتباً باعتبار تجزي الإعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضاً جائز. وقوله: **(لأن حقه في الحالين)** أي لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار **(في أحد شيئين)** أي التضمين أو الاستسعاء. وقوله: **(وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك)** اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على

قوله: **(وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما إلخ)** أقول: ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده. لا يقال: وضع المسألة فيه، ألا ترى إلى قوله شهد فإن الشهادة هي الإخبار الذي يكون عن موطأة قلب، لأنه لو سلم أن معناها ما ذكرته فللقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح: وهذا صريح في أن لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعين استسعائهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر، فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول إن صاحبه حلف كاذباً، واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما أعتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ. ففي قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما إلخ بحث لأن الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل قوله: **(أنه أعتقه صاحبه يحلف إلخ)** أقول: من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه. والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له علي حق التضمين فليتأمل.

يخلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية، والولاء لهما لأن كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه)** لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبت لإقراره على نفسه **(وإن كانا معسرين سعى لهما)** لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً على ما بيناه إذ المعتق معسر **(وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما)** لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ

تقبل للمعنى الثاني فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمناً للشهادة **(فتعين السعاية)** وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب. وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف، فإن نكل جاز التضمين. وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المآل إلى السعاية، وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعين استسعائهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح باله فيستحلف عليه وهو أوجه، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراده ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما: فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول: إن صاحبه حلف كاذباً واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما عتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا: قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه)** لواحد منهما **(لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته)** وإنما يدعي الضمان على صاحبه **(لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه)** بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره **(وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً)** لفرض أن المعتق معسر. وقوله: **(على ما بيناه)** أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتباً بل حر مديون **(وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه، ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد من السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله)** أي ينبته **(لصاحبه)** حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزأ: أي لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلاً من زوال الرق **(وهو)** أي صاحبه **(يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما)** فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال قوله: **(ولو قال أحد الشريكين)** في عبد **(إن لم يدخل فلان)** يعني العبد **(الدار غداً فهو حرّ وقال الآخر إن دخلها غداً فهو**

تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف، فإذا نكل وجب الضمان. وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن مآله إليه. وقوله: (على ما بيناه) يريد به قوله لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً، كذا في النهاية. وقيل هو إشارة

عنه **(ولا يسعى للمعسر منهما)** لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما **(ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ، وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: يسعى في جميع قيمته)** لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول، ولا يمكن القضاء

حرّ، **فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر)** بينهما **(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين، فلو كان أحدهما موسراً يسعى في الربع للموسر، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله: ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق، فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة: في أنه لا يجب إلا النصف **(وقال محمد: يسعى في جميع قيمته)** لهما إن كانا معسرين، وبنصفه للموسر إن كان أحدهما معسراً، ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين، وهذه على وزان المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق، وهناك إذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً لا يسعى إلا للموسر، فكذا هذا، وهذا لأن الذي أخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت والآخر معتق، فإذا كان أحدهما موسراً فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى إنزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقاً كما لو كانا موسرين فإن كلاً يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية قوله: **(لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول)** وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد **(ولا يمكن القضاء على المجهول)** ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع في المعين فلم ينافه التوزيع **(فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضي بشيء للجهالة)** فكذا لا يقضي بسقوط شيء لذلك، وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل قوله: **(ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به، والجهالة)** المانعة من القضاء بالسقوط **(ترتفع بالشيوع)** أي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين **(وتوزيعه)** عليها فصار المقضى عليه بالسقوط الموليين فلا جهالة في المقضى عليه، وإنما تلزم لو قضي على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية

إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه **(ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** لكن عند أبي حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء. وعند أبي يوسف: إن كانا معسرين فكذلك، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدّعي الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه، والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته **(وقال محمد رحمه الله: يسعى في جميع قيمته)** بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى في نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده أيضاً يمنع وجوب السعاية. وجه قول محمد فيما إذا كان معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه في السعاية وهو

على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقتضي بشيء للجهالة، كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان، ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق **(ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما)** لأن المقضى عليه بالعتق مجهول، وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول **(وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب)** لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر **(ولا ضمان عليه)** علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم **(وكذا إذا ورثاه، والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا، بهبة أو صدقة أو وصية، وعلى هذا إذا اشتراه

أحدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الأمر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري: عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم أجتمعن في ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها، وصار **(كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر)** في الثاني **(أو البيان)** في الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الألوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة، وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطالب بالبيان خلافاً للشافعي في أنه يقرع بينما في قول، وفي قول الوارث: يقام مقامه فإنه إثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني وإسقاط جميع حق المستحق في الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولا. وقيل إن الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة، لكن لما كان المقضى له معلوماً جاز القضاء، كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد. وهذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار قوله: **(ولو حلفا على عبدين إلخ)** يريد أن يفرق بين السابقة، وهي ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد. وهذه وهي ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما: إن دخل فلان غداً فعبدي حرّ وقال الآخر: إن لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه **(لم يعتق واحد منهما)** ولا شيء منهما في قول: الكل **(لأن المقضى عليه)** بعتق عبده وهو أحد المولين **(مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء)** ولو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالماً بحنث أحد المالكين لأن كلاً منها يزعم أنه يبيع عبده، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر، كما أو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول. ولو قال: عبده حرّ إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت، لأن باليمين الأول هو مقرّ بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرّ بوجود شرط الأولى. وقيل: لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكل منهما يحتمل

الحانث منهما مجهول. والمجهول لا يجوز القضاء عليه **(فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضي عليه بشيء للجهالة كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع)** جواب عن قوله المقضى عليه مجهول. فإن قيل: في التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق. أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد، وذلك لأنا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان

رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه. لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه، كما أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا، وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا

تحققه وعدم تحققه. قلنا: ذاك في مثل قوله إن لم يدخل فعبدي حرّ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي، وكذا إن دخل بخلاف إن دخل. وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرّاً بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق قوله: **(وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما)** بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معاً بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا **(عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصا من ابنه)** فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئاً، ولو كان موسراً سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أعتقه **(وهذا عند أبي حنيفة)** وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب، وكذا كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث: أعني قوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له إلخ»[1] يفيد كون العتق اختيارياً **(وقال: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً. وإن كان معسراً سعى الابن فيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة)** معاً **(أو صدقة أو وصية وعلى هذا)** الخلاف أيضاً **(إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه إن اشترى نصفه)** أما لو حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله **(لهما أنه)** أي الأب **(أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق)** الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق **(وصار كما إذا العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه)** لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختاراً فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أو لا يكون برضا من له حق التضمين، ولما باشر العقد معه مختاراً وهو علة الملك الذي علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضياً بإفساد نصيب نفسه فلا يضمنه، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحاً. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله: شاركه فيما هو علة العتق علة العلة، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيارياً بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه

فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى. وقوله: **(ويتأتى التفريع فيه)** قد أمضيناه في أثناء الكلام. وقوله: **(ولو حلفا على عبدين)** ظاهر، وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ما نذكره. قوله: **(ولا ضمان عليه)** أي على الأب. وقوله: **(وكذا لو ورثاه)** يعني بالاتفاق. وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثاً بين زوجها وأبيها. وقوله: **(وقالا في الشراء)** إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الإرث. وقوله **(قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه)** إنما قيد بالنصف، لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد. ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر. ووجه قوله ما ذكره فيه. وتقريره الشريك الآخر رضي بإفساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد **(كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً ودلالة ذلك)** أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه **(أنه شاركه فيما هو علة العتق، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا)** والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا محالة، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تحصل العلة للإضافة إليها، وههنا كذلك لأن التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار، بخلاف الإرث فإنه لا إعتاق هناك ولهذا لا يخرج

قوله: **(لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر)** أقول: الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر إلخ، ولم توجد هذه العبارة في النسخ التي رأيناها غير هذه النسخة ولا بد منها أو ما يفيد معناها.

---

(١) هو بعض حديث ابن عمر رواه الجماعة وتقدم مراراً.

يختلف الجواب بين العلم وعدمه، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه (وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر

عنها، وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر: إن ضربته فهو حرّ فضربه عتق نصيبه، فإن له أن يضمنه، ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضاه بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط، بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق. ولو قيل: سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا: لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بإلزامه إياه، فخلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه، فلا يصح أن يقال: إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال: إن ضربت هذا العبد اليوم ظلماً فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه، وإطلاق الجواب بخلافه، وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختاراً جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه، وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر. لا يقال: رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان. وأبو حنيفة رحمه الله يثبته إذا كان المعتق موسراً واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه؟ لأنا نقول: كونه رضا بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له، إلا إذا لم يكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا. وأما إيراده على قولهما: هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما: فإعتاق البعض إعتاق الكل، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر، ولا يملك إلا بالضمان. والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله: **(وهذا ضمان إفساد)** جواب عما يقال: كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال: ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد، وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له، ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والإعسار، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه. وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق، ويقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية في عتق الإنسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك، فصح أن يقال: ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصداً فاسداً أثم به أما وضع العتق فليس مقتضياً لزومه، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية من علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص، بخلاف القياس، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعدمها. وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا

به عن الكفارة. وقوله: **(وهذا ضمان إفساد)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال إنما كان الرضا مسقطاً للضمان أن لو كان ضمان إفساد، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك. ووجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، وإنما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روي عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار فلا يسقط به الضمان. وقوله: **(ولا يختلف الجواب بين العلم)** أي بالقرابة **(وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب)** أي العلة **(كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه)** والسبب قد وجد بما مر. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالماً بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالماً بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالماً بها. وقوله: **(وإن بدأ الأجنبي)** ظاهر مما تقدم، وكذلك قوله: **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر)** وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع. وقوله: **(والوجه قد ذكرناه)** إشارة إلى قوله

فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه ما رضي بإفساد نصيبه **(وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته)** لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده. وقالا: لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن إذا كان موسراً)** ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده، والوجه قد ذكرناه **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قناً ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه**

يختلف باليسار والإعسار. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنضمنه، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً. وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله، كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب. والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال: لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم أيضاً، وإنما قلنا: على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار، ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسراً. فإن قلت: قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للإتلاف. قلنا: قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين. ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه، وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء وإنما التضمين دائماً، وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه. والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوّع أو صلاته قادراً على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه قوله: **(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه ما رضي بإفساد نصيبه)** لأن دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه **(وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة)** وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده **(وقالا: لا خيار له)** أي للأجنبي، بل يتعين التضمين على ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما قوله: **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة)** للبائع **(وقالا: إن كان موسراً يضمن، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه)** وهو أنه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه ولرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله: قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع قوله: **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر)** فأراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله: **(فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر)** ثلث قيمة العبد قنا، وليس له أن يضمن المعتق شيئاً، وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت

لهما أنه أبطل وله أنه رضي. قال: **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان)** أي أراد، لأن مريد الضمان إنما هو الساكت والمدبر دون المعتق، فكان المراد بالجمع التثنية، أو أطلق الجمع بطريق التغليب **(فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث**

موسراً كان أو معسراً) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبراً به، ولما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سدّ عليه طرق الانتفاع به بيعاً وهبة على ما مر، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سبباً ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير، ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف

حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة (**وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن**) أعني ثلثه قناً (**وهذا**) كله (**عند أبي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً وأصل هذا**) الخلاف (**أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق**) إذ هو عتق مضاف (**فيكون معتبراً به، ولما كان التدبير**) (**متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين**) حيث امتنع على كل منهما البيع، وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والأمهار فثبت لكل منهما خمس خيارات[1] أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بإفساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا، (**فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت**) هو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر (**سبباً ضمان**) أحدهما (**تدبير المدبر**) الذي أفسد عليه ما أفسد (**و**) الآخر (**عتق هذا المعتق**) فإنه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين (**غير أن**) الساكت له (**تضمين المدبر**) ليس غير (**ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل**) في الضمان لأن به يعتدل جانباً الضامن والمضمون له، فإنه لما ملك المضمون بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله، فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (**ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا**) خلافاً للشافعي حيث جعله ضمان إتلاف، فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى،

الذي ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين ديناراً مثلاً فإن الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإتلاف بالإعتاق واقعاً على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة، فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها (**وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً**) قوله: (**وأصل هذا**) ظاهر. وقوله: (**على ما مر**) إشارة إلى قوله لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة إلخ، وقوله: (**غير أن له أن يضمن المدبر**) بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضاً سبب ضمان، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز؛ أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلاً للنقل فكان ضمانه مقابلاً بذلك فانعقد سبب الضمان موجباً لملك المضمون، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضماناً من غير تملك المضمون وذلك

قال المصنف: (**غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة**) أقول: يعني ثبت ضمان المعاوضة في ضمن ضمان الإفساد. لا يقال إذا كان ضمان معاوضة ينبغي أن لا يختلف باليسار والإعسار كما في سائر المعاوضات لأنه ضمان إفساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فليتأمل.

---

(١) قوله: (خمس خيارات) كذا في النسخ والمعدود ستة اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراوي.

الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً، والضمان يتقدر بقيمة المتلف، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً على ما قالوا، ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار. وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه، ولا يختلف

وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم: ضمان جنايه. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيخان: لو غصب عبداً فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مدبراً فاكتسب عنده أكساباً ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في

خالص ضمان الجناية، وأما أن الأصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح **(ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا)** ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبراً فاكتسب عند الغاصب كسباً ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب. قال في النهاية، والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وإنما يكون الكسب له إذا كان المدبر ملكاً للغاصب عند أداء الضمان، فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلأن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى. وقوله: **(لأنه عند ذلك مكاتب أو حرّ على اختلاف الأصلين)** قال الإمام جلال الدين ابن المصنف: هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بدّ من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حرّ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر. وأقول: للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول في كل واحد من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل منهما حراً من وجه عبداً من وجه، فكان الثابت كالمكاتب، فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله: **(على ما قالوا)** إشارة إلى أن فيه اختلافاً. قال بعضهم: نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر. وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدّة عمره من حيث الحزر والظن. والأصح ما قاله في الكتاب لأن منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة، وقيل الفتوى على الأول.

قال المصنف: **(لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير)** أقول: أي قبل ثبوت حكم التدبير، فإن ملكه بتضمين الساكت يستند إلى ذلك الوقت قوله: **(فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل، إلى قوله: كان أولى)** أقول: هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لأن بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره. وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب، وما ثبت بالضرورة لا يعدو موضعها فليتأمل قال المصنف: **(لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين إلخ)** أقول: قال الأستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف: قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح، وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولا مكاتب، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك اهـ. ولك أن تقول: كلام المصنف مبني على التشبيه فإنه مشبه بهما على الأصلين في عدم قبول النقل قوله: **(وأقول للساكت حق الاستسعاء، إلى قوله: فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي)** أقول: هكذا وجد في بعض النسخ، إلا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ إلخ محل بحث فتأمل فيه.

قوله: **(وبالوجه الثاني يندفع ما قيل، إلى قوله: يضمن للساكت قيمة نصيبه إلخ)** كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن إفادة المدعي سالماً عن الارتياب. ولك أن تقول: المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الإفساد، لأنه لما لم يكن ثابتاً من وجه لم يكن الإعتاق إتلافاً محضاً لملكه فيغلب جانب عدم الإفساد والجناية على جانب الوجود، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس لا ضمان الإفساد على ما مر قوله: **(وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أي عصبة المدبر)** أقول: فيه بحث.

لك في قولهم: ضمان جناية. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيخان: لو غصب عبداً فأبق وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مدبراً فاكتسب عنده أكساباً ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن **(لكونه)** أي نصيب الساكت **(قابلاً للنقل من ملك إلى ملك)** في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة **(لأنه)** أي العبد **(عند ذلك مدبر)** وفي بعض النسخ حر**(أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال)** فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف:

الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن **(لكونه)** أي نصيب الساكت **(قابلاً للنقل من ملك إلى ملك)** في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة **(لأنه)** أي العبد **(عند ذلك مدبر)** وفي بعض النسخ حر **(أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال)** فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف: هو غير مستقيم لأنه عند الإعتاق ليس حراً ولا مكاتباً، بل بعد العتق يصير كذلك، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد **(فلهذا يضمن)** الساكت **(المدبر)** ليس غير **(ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مدبراً)** فإن المدبر كان متمكناً قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مدبراً والمدبر مال متقوّم حتى لو كان مدبراً لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبراً وإن لم يتملكه بالضمان **(وقيمته المدبر ثلثا قيمته قنا)** فلو كانت قيمته قناً: سبعة وعشرين ديناراً ضمن له ستة دنانير لأن ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله: **(على ما قالوا)** طريقته في مثله الإشعار بالخلاف، فقيل: قيمته قيمته قناً وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة، وقيل: نصف قيمته قناً: لأنه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الأول، وقيل: تقوم خدمته مدة عمره حزراً فيه فما بلغت فهي قيمته، وقيل: ثلث قيمته قناً لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى، إلا أن الوجه يخص المدبرة، وقيل: يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوّزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته، وهذا حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع، وقيل: قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حريدا وإن بقيت الرقبة قوله: **(ولا يضمنه)** أي لا يضمن المدبر المعتق **(قيمة ما**

وقوله: **(ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان)** يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد، وله أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبراً، فإن نصيبه بعد تدبيره كان منتفعاً به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين: أحدهما أنه ملك المضمون مستنداً والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين. والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث، والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه. وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وإن ثبت له الملك مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه. ووجه ذلك أن

باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الإستيلاد، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر. قال: **(وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها)** لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشتري على

ملكه **بالضمان من جهة الساكت)** وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قناً وثلثها مدبراً **(لأن ملكه فيه)** أي في ثلثه قنا **(يثبت مستنداً)** إلى وقت التدبير **(وهو ثابت من وجه)** وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان **(دون وجه)** وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير **(فلا يظهر في حق التضمين)** بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق.

واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستنداً. أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء، فكذا للمعتق، أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر، ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه. ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله: إن الملك المستند لا ينتهض سبباً للتضمين، إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق، فكان الأوجه أن يقال: من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه، وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه، بخلاف ثلث نفسه: أعني ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد. ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سبباً لضمان كالمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت، والرجوع على العبد ليس تضميناً لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسداً شيئاً بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه، فكذا من صار الملك له وقام مقامه. واعلم أنه لو لم يعتق إلا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه من ثلث قيمته عبداً مع ثلثه مدبراً لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته، كذا عللوا. والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل: ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضاً لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستنداً، ويحتاج إلى تتميمه بقولنا فيكون ثابتاً حال الإعتاق من وجه دون وجه، ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده. هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبراً لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبراً لا قناً، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء. والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبراً بل هو قن على ملكه، إذ لا موجب لصيرورته مدبراً لأن ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزأ، وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه، إذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك قوله: **(والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على**

المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان، وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل، فكذلك من قام مقامه، وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضاً تلك الولاية. وقوله: **(والولاء بين المعتق والمدبر)** أي بين عصبة المدبر **(أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار)** فإن قيل: لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضاً لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبراً. أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئاً بمقابلة ما ضمن، وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستنداً فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق. وقوله: **(لأنه ضمان تملك)** أي لأن ضمان التدبير ضمان

البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقرّ لو صدق كانت الخدمة كلها

ملكهما على هذا المقدار) فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبراً، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً أثلاثاً لكل ثلثه. وفي النهاية وغيرها في قوله: والولاء بين المعتق والمدبر: أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت، ونسبه لقاضيخان وهو غلط لأن العتق المتجزىء يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجيز أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر إياه من حين وجوده، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء وديره الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقيه إلى موته كما قدمناه أول الباب، بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما تقيد في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة، لأن نصيب الآخر على حاله عنده، وأما ما في الزيادات: مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزأ عنده، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسراً واستسعاء العبد مختاراً أو جبراً بإجارته فهو يحقق ما قلنا: من أنه لا يبقى[1] فيه الرق إلى أن يؤدي السعاية، والله أعلم قوله: **(وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما إلخ)** يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبراً لشريكه المدبر **(وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا)** فيضمن ثلثي قيمته لشريكيه **(ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك)** لأنه أمكن على ما ذكرنا **(فأشبه الاستيلاء)** أي إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً **(بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد)** لا ضمان تملك، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس، وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار وأرادا فيه **(والولاء كله)** على قولهما: **(للمدبر وهو ظاهر)** لأن العتق كله من جهته. واعلم أنه يجب على قولهما: إن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا: إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول: بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه، وحينئذ يجب أن يقال: ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس قوله: **(وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوماً)** أي

تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاد **(بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية)** وهو يختلف باليسار والإعسار. واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالإعتاق، والأول مردود بأن من كسر جرّة إنسان مثلاً أو أتلف ملكاً من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً، والثاني تحكم. وأجيب بأن المراد الثاني، والتحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ «في الرجل يعتق نصيبه: إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر» فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس. قال: **(وإن كان جارية بين رجلين)** إذا كانت الجارية بين رجلين **(زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً)** أي ترفع عنها الخدمة يوماً **(وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة)**

---

(١) قوله: (لا يبقى) هكذا في النسخ، ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل. كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

للمنكر، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو

لا تخدم فيه أحداً (ويوماً تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له، وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة، كذا ذكره الفقيه أبو الليث. ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال: عتقت الجارية من جهة شريكي، ولو قال: أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسراً وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكناً من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة: موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسراً والآخر معسراً، وعندهما كذلك إن كان المقرّ عليه معسراً، فإن كان موسراً سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة له. وقال محمد: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها. وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف، ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الأول مثلاً وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلاً به. واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف؟ الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقِّر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها إلى الحرية. وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر، ولم يذكر خلافاً في النفقة. وقال غيره: نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر، وهذا اللائق بقول أبي حنيفة. وينبغي على قول محمد: أن لا نفقة لها عليه أصلاً لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس، وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها: أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها التسعين بها، وعلى قول أبي حنيفة: جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه قوله: (**لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها، كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق**) حتى لو اشتراه عتق عليه، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقرّ حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام، والمقرّ أيضاً امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعي الملك على المنكر، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها، ولا وجه إلى تضمين شريكه، فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها، فإن المنكر أخذ حصته والمقرّ يبرئها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن إخراجها عن ملكه مجاناً للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية قوله: (**ولأبي حنيفة**) وعلمت أن أبا يوسف معه (**أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين**) لأن المقرّ إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق

كلها (**لا سبيل عليها**) يعني للمقرّ بالاستسعاء (**لهما أنه لما لم يصدقه**) وتقريره أن المقر لو أقرّ على نفسه بالاستيلاد صح، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه، وإذا انقلب إقرار المقرّ على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقرّ صار بإقراره كالمستولد لها، ولا يمكن للمنكر تضمين المقرّ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبساً عند الجارية (**فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت**) تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر (**ولأبي حنيفة أن المقرّ لو صدق**) تقريره موقوف على

قوله: (**كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع**) أقول: قوله قبل متعلق بقوله أقر.

أمر لازم لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد **(وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن نصف قيمتها)** لأن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده ومتقومة

خدمتها، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقرّ فاستحقاقه نصفها متيقن. وأما الشريك المقرّ فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه، وهو لفّ ونشر مرتب. وقولهما: انقلب إقراره عليه. قال: ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب **(وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد)** بنفسه حكماً، نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك، ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لإقراره على نفسه لا من الانقلاب، وحاصله منع الانقلاب، والجواب عما استدل به عليه قوله: **(وإن كانت أم ولد بينهما)** بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له **(فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالا: يضمن نصف قيمتها)** وإن كان معسراً سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوّم أم الولد، فعنده غيره متقوّمة، وعندهما متقوّمة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة **(وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل)** ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: إحداها هذا والثانية أم الولد إذا ولدت ولداً وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده، وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسراً، وإن كان معسراً استسعى الولد في النصف: يعني إذا بلغ حداً يستسعى فيه مثله. ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما. ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما. وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر، حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحرّ بذلك لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق. ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما. ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يردّ جميع الثمن عنده، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن قوله: **(وجه قولهما)** وهو قول الجمهور: **(أنها منتفع بها وطأً وإجارة واستخداماً)** وكذا يملك كسبها، ولو قال: كل مملوك لي حرّ عتقت، وهذا هو دلالة التقوّم والفائت ليس إلا

مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها، فالمقرّ إما أن يكون صادقاً في إقراره أو كاذباً. فإن كان الأول **(كانت الخدمة كلها للمنكر)** وإن كان الثاني **(كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك)** أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى. وقوله: **(والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب)** جواب عن قولهما كأنه استولدها: يعني أنه لما أقرّ بأمومية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقرّ بنسب صغير لرجل فكذبه المقرّ له ثم أقرّ المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد **(فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما)** بأن ولدت جارية بين رجلين ولداً فادعياه **(فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة،**

قوله: **(والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد)** أقول: فإن قيل الإعتاق لا يرتد. قلنا: نعم، والانقلاب فيه أيضاً غير مسلم بل المقر مؤاخذ بإقراره فليتأمل قال المصنف: **(فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد)** أقول: لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لأنه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة قوله: **(منها أنه إذا مات أحدهما إلخ)** أقول: سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوم ما يقابله، ففي تفريع هذه المسألة على التقوم كلام قال المصنف: **(وهذا هو دلالة التقوم)** أقول: فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم. ثم اعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها.

عندهما، وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى، وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداماً، وهذا هو دلالة التقوّم، وبامتناع بيعها لا يسقط تقوّمها كما في المدبر، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية، وهذا آية التقوّم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد

مكنة البيع وهو لا ينفي التقوّم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلاً لأنها مصروفة إلى حاجتها لدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها **(وهذا)** أي الانتفاع المطلق شرعاً على هذه الوجوه **(دلالة التقوّم)** لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والإجارة، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوّم، ألا يرى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقاً لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني، فإذا ثبت التقوّم في إحداهما ثبت في الأخرى، وكذا ولد المغرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا. وحاصله دليلان: الأول قياس على المدبر، والثاني إجماع مركب. وأيضاً ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها إلا بمقتض وحق الحرية الطارىء بالاستيلاد ليس مقتضياً لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوّم لثبوتهما فيه قوله: **(غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات)** منفعتين **(منفعة البيع والسعاية بعد الموت)** والباقي منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة **(بخلاف المدبر فإن الفائت منفعة البيع)** فقط لأنه يسعى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قناً. وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف، وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر قوله: **(ولأبي حنيفة)** الحاصل أن ما ذكر من اللوازم إنما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة، فإن الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب، ولا كلام في ملك الرقبة إنما الكلام في التقوّم والمالية، والتقوم يثبت بالإحراز على قصد التموّل حتى لا يكون العبد قبل الإحراز مالاً متقوّماً لا بالملك وإن ثبت معه، والآدمي وإن صار مالاً متقوماً بعد أن لم يكن في الأصل مالاً لأنه خلق لأنه يكون مالكاً للمال ولكن ذلك إذا أحرز للتمول، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتمول، وإن كان أوّل تملكها كان للتمول، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما

وقالا: **يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده)** خلافاً لهما، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى. ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده. وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسراً ويستسعي الولد في نصف قيمته إن كان معسراً. ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئاً عنده خلافاً لهما **(وجه قولهما)** في تقوم أم الولد **(أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداماً)** بالاتفاق، وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لا يكون إلا بملك اليمين عند عدم النكاح **(ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية)** ولولا تقومها لم يكن كذلك، فإن عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم. أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر. وقوله: **(غير أن قيمتها)** بيان لمقدار القيمة وهو واضح **(ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز)** للتمول ولا إحراز للتموّل في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول. وقوله: **(لا للتقوم)** معناه للتمول وكذلك في قوله: **(والإحراز للتقوم تابع)** أي ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول. وقوله: **(ولهذا لا تسعى لغريم)** جاز أن يكون بياناً وتوضيحاً لقوله والإحراز للتقوّم تابع، يعني أنه لو كان مقصوداً لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد وله لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم، وجاز أن يكون بياناً لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم. وقوله: **(بخلاف المدبر)** جواب عن قولهما كما في المدبر: يعني بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تتعلق به حق الغرماء. وقوله: **(وهذا)**

الموت، وبخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام باقيان. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوّم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوّم والإحراز للتقوّم تابع، ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر، وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه

ذكرناه. وهذه المقدمة تقبل المنع: أعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال: لا نسلم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم. وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز في حق التقوم كالمنتفى، ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعاً وهو عدم سعايتها لغريم أو وارث وإن لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون، وإن ما كان مالاً متقوماً في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور، كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالاً غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد، وحيث ثبت التقوّم في المدبر ورد عليه لو كان متقوماً جاز بيعه، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته. والجواب عن إلزام التقوم بأم ولد النصراني بمنع تقومها، وإلزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه مجاناً وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها. ونقول: لا يفتقر بدل الكتابة إلى التقوّم لأنه في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم، فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة، أو نقول: هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتني على اعتقادهم كما في مالية الخمر، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضموناً عليها وإن لم يكن متقوماً، كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله. وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة. وأما قوله: في الكتاب **(وهذا لأن السبب فيها)** أي في أم ولد **(متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد)** فغير متوقف عليه الإثبات، إذ قد ثبت شرعاً بما ذكرنا عدم تقومها، وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها: يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهنّ وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم؟ فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوّم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولاً به ومنه سقوط التقوم. فإن قيل: فالتدبير أيضاً كذلك: أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفي تقوّم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه، لأنه ما بعد

إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه **(أن السبب فيها)** أي في أم الولد **(متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة)** وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوّم جميعاً **(إلا أنه لم يظهر عمله في حق)** زوال **(الملك ضرورة الانتفاع)** كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة في إسقاط التقوّم فعمل فيه السبب، وأما في المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت، لأن قوله إن متّ فأنت حرّ تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينعقد سبباً عندنا قبل وجوده على ما عرف. وقوله: **(وامتناع البيع فيه)** جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها. وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر، إلا أنه إنما امتنع تحقيقاً لمقصوده، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته. وقوله: **(وفي أم ولد النصراني)** جواب عما قاسا عليه. وقوله: **(قضينا بتكاتبها عليه)** ليس المراد به حقيقة التكاتب، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتبة، وإنما فعلنا هكذا **(دفعاً للضرر عن الجانبين)** أما في حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة، وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان

لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوّم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتبها عليه دفعاً للضرر عن الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل: يعني فتتأخر سببيته لسقوط التقوم إلى ما بعد الموت، وعلى هذا يحمل قول المصنف، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض، وذلك أن كلامه في سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أم الولد ثابت في الحال، وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا.

ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوّم ما يقابله لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم، فلذلك قلنا إن تكاتبها لم يقتض تقوّم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا، والله أعلم.

باب عتق أحد العبدين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من آخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه) أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر

باب عتق أحد العبدين

هذا أيضاً من عتق البعض، غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الأول من هذا منزلة الجزء، وهو مقدم على الكل لأن الأول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد قوله: **(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر)** وهو الباقي من الأعبد الثلاثة **(فقال)** المولى **(أحدكما حرّ)** فالمسئلة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يبين العتق قبل الموت، والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب، والثالث أن يموت العبد قبل البيان. وحكم هذا القول: إذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان، وللعبيد مخاصمته في ذلك، فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد وقال: أحدكما حر إنشاء في المبهم الدائر بينهما، ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محلاً لحكمه، والحر ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار خبراً بأن أحدهما حر وهو الثابت، فلا يفيد في الخارج[1] عتقاً. فإن قيل: البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار ببيانه في الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان. أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لا من كل وجه، بل من حيث إن وقوع العتق الأوّل في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهاراً، فعلى تقدير الإنشاء يعتق الداخل، وعلى تقدير الإخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك، وإن بين بالكلام الأوّل عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل

باب عتق أحد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق أحد العبدين وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين **(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ)** ولم يسم كلاً منهما باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجاً وداخلاً وثابتاً يؤمر المولى بالبيان ما دام حياً لأنه هو المجمل فيرجع في البيان إليه ويعتق الذي عينه، فإن بين الكلام الأول في الخارج عتق الخارج، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه، وإن بين الكلام الأول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لأنه صار خبراً فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حرّ وعبد وقال أحدكما حرّ لا يعتق العبد، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضاً **(وإن مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول)** يعني الثابت أعيد عليه قوله أحدكما حرّ **(ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين)** يعني الخارج والداخل **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد كذلك)** يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه **(إلا في العبد الآخر)** وهو الداخل **(فإنه يعتق ربعه)** باعتبار الأحوال. والأصل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما روي «أن رسول الله ﷺ بعث أناساً إلى بني خثعم للقتال، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فلما بلغ ذلك رسول الله ﷺ قضى

باب عتق أحد العبدين

قوله: **(ثلاثة أرباعه)** أقول: فاعل عتق.

---

(١) قوله: (فلا يفيد في الخارج) هكذا في النسخ، ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراوي.

بينه وبين الثابت، وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلاً منهما النصف، غير أن

بيانه، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال: عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الأول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين، وإن لم يبين المولى شيئاً حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضاً، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأوّل والداخل بالإيجاب الثاني لأن الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول، فإن عني به الخارج عتق الثابت أيضاً بالإيجاب الثاني، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب، واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت. واختلف في الداخل، ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضاً، وعند محمد يعتق ربعه. واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما: بعدم تجزي الإعتاق. والجواب أن قولهما بعدم تجزيه إذا وقع في محل معلوم، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة. والحاصل أن عدم التجزي عند الإمكان والانقسام هنا ضروري. ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقرّ في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حراً، فيمكن أن يقول: يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده، وعندهما يسعون وهم أحرار، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجاناً لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما. وردّ على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداءً ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى: أحدكما حرّ إعتاق الاثنين وهو باطل، بل أحدكما لا يؤدّي معنى كلاكما؛ وقد يدفع عنه هذا يمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلاً موجباً للتوزيع كوقوعه موجباً لقوله: أعتقت نصفك، فكما يقع انعتاق النصف انعتاقاً للكل إذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا. والحاصل أنه لا موجب أصلاً لخروجهما عن أصلهما، وموافقة أبي يوسف أبا حنيفة في عتق نصف الداخل لا توجب موافقته في التّجزّي. ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (**أما الخارج فلأن الإيجاب الأوّل دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلاً منهما النصف**) إذ لا مرجح (**غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما**) لكن نصف الثابت شاع في نصفيه، فما أصاب منه المعتق بالأوّل لغا، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافاً إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (**ولأنه لو أريد الثابت بالثاني يعتق نصفه**) الباقي، ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع. وجه المذكور لمحمد في الداخل أن الإيجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

بنصف العقل» باعتبار الأحوال، وذلك لأن السجود منهم كان محتملاً أن يكون لله تعالى فكان إسلاماً، ويجب بقتلهم جميع الدية، وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقياً من شرّهم فلا تجب بقتلهم الدية، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف، وعلى هذا مسائل أصحابنا. فإن قيل: ما بال أبي حنيفة في الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال؟ أجيب بأنه إنما يجب المصير إلى اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه، والخنثى ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن

قوله: (يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) يعني أن الكلام في المستمر على الإشكال.

الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل، وهو الذي سماه في الكتاب آخراً فيتنصف بينهما، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه، فما أصاب المستحق بالأوّل لغا، وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة أرباع ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول، وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول: لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

قوله: (وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعاً معتقاً، فما أصاب منه هذا النصف لغا، وما أصاب القن عتق فلغا ربعه. وهذا المعنى منتف في النصف الذي أصاب الداخل، وقد علمت آنفاً أن محمداً لم يوافق على هذا التوجيه، وتقدم له أيضاً أن الإيجاب الثاني صحيح في حالة وهي أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن يريد به الثابت لما تقدم، وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه، وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلاً فانتصف الثابت به فأصاب كلاً ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه. وإذا عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد: ليس لذلك الوجه المذكور، فإنه لم يصبه النصف أصلاً بل أصابه الربع ابتداءً بما ذكر من الوجهين. واعلم أن قولهم: يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته وإلا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم، ثم بالتعيين يتنزل ذلك المبهم فيه. وللشافعي في أصل المسئلة قولان: في قول: يقرع بينهم وفي الأصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان. وعند أحمد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبديه: أحدكما حر يقرع بينهما، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حرّ ولا يصح بيانه إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ. لنا في تأصيل اعتبار الأحوال ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فقضى النبي ﷺ بنصف العقل»[1] وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه لله فيكون إسلاماً فيجب كمال العقل، وجاز كونه تعظيماً للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجباً لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضي بالنصف. وجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقّ أربعة»[2] رواه الجماعة إلا البخاري، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطناً، وقد علمت أن ما

يتفلك لها ثدي أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. هذا إذا

---

(١) جيد. أخرجه البيهقي ٨/ ١٣٠ عن قيس بن أبي حازم قال: . . فذكره ثم قال البيهقي: وروي موصولاً، ثم أسنده عن قيس بن أبي حازم عن جرير قال: فذكره، وأسنده البيهقي من وجه آخر عن قيس عن جرير به، وإسناده جيد رجاله ثقات، ابن أبي حازم ثقة مخضرم، وجرير صحابي، والراوي عن قيس ثقة ثبت.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٧ والترمذي ١٣٦٤ وابن حبان ٤٥٤٢ والبيهقي ١٠/ ٢٨٥ كلهم من طريق قتيبة بن سعيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلّب عن عمران بن حصين بهذا الحديث، وإسناده صحيح على شرط البخاري ومسلم سوى أبي المهلّب فإنه من رجال مسلم وحده.

وتابع سليمان بن حرب قتيبة على حماد. أخرجه أبو داود ٣٩٥٨ وتوبع حماد فقد أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٦ . ٥٧ وأحمد ٤/ ٤٢٦ والبيهقي ١٠/ ٢٨٥ من طريقين عن أيوب.

وتوبع أيوب فقد أخرج أبو داود ٣٩٥٩ والنسائي ٨/ ٢٠١ وابن ماجه ٢٣٤٥ من طرق عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي المهلّب عن عِمران به وتوبع أبو المهلّب. فقد أخرجه عبد الرزاق ١٦٧٦٣ وسعيد بن منصور ٤٠٨ والنسائي ٤/ ٦٤ والطبراني في الكبير ١٨ (٣٠١) (٣٠٣) (٣٠٥) والبيهقي ١٠/ ٢٨٦ وأحمد ٤/ ٤٢٨ . ٤٣٠ . ٤٣١ . ٤٣٩ . ٤٤٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عمران بن حصين به.

ولا يصح سماع الحسن من عمران، وقد وقع في رواية أحمد الأخيرة تصريح الحسن بالتحديث، وهو وهم من مبارك الراوي عن الحسن. وهو صحيح على كل حال فلعل الحسن سمع ممن سمع عمران والله أعلم.

وهما يقولان إنه دائر بينهما، وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف. قال: **(فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا)** وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهماً فيبلغ سهام العتق سبعة، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على

صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة. ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه، قالوا: هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لا إن ظهر كذا، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنفي أن واحداً يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها، ولا شيء قليل ولا كثير. وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة إن كان مع القرض الذي قرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضاً مما تقضي العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلاً في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة، كما قالوا: في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى. وأما ما قيل: إنها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لأن الفعل وإن لم يعم فإنه يدل على طريق صحيح، وإذا كان طريقاً صحيحاً جاز ارتكابه وتقرر الحكم به، وإلا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلا فرق، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة، والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما، وعلى عدمها أيضاً عند تعارض الخبرين، ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل تثبتها شرعاً لتطييب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزاً إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من يخصها من بينهن فكان الإقراع لتطييب قلوبهن، وكذا إقراع القاضي في الأنصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين إنما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل. والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى، ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك[1]، وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته. والله أعلم. فأما أن يتعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا كان شائعاً فيهم يقع في كل منهم منه شيء، فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه، بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شيء، وأما إذا لم يكن شائعاً فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته

كان في الصحة **(فإن كان القول منه في المرض)** فإن كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته، فيجعل أولاً كل رقبة على أربعة أسهم **(لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع)** فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان، فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحداً وعشرين وثلثا أربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسه، وكذلك الداخل، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الأربعة. وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم، فكانت سهام الوصايا ستة،

---

(١) يشير المصنف إلى قوله تعالى ﴿ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون﴾ [سورة آل عمران: ٤٤].

سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان. وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقي التخريج ما مر **(ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)** قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة، وعندهما يسقط ربعه، وقيل هو قولهما أيضاً،

ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه يقيناً ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها قوله: **(فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا)** لأن العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم لو تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته. قال المصنف **(وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما)** أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف، أما على قول محمد: فستة وذلك **(لأنا نجعل كل رقبة على أربعة)** وإنما نجعل كل رقبة على أربعة **(لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه)** من أربعة **(ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة)** خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين، وكل المال هو الأعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع، وأما قول محمد: فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدساً، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الأرباع على قوله: نصفه وعلى قولهما: يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة، وعلى قولهما: يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه، وعلى قولهما: يعتق سبعاه، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف قوله: **(ولو كان هذا في الطلاق)** يعني قال لزوجين له: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال: إحداكما طالق **(وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربعه)** ووجب لها ثلاثة أرباعه **(ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه)** ووجب لها خمسة أثمانه **(ومن مهر الداخلة ثمنه)** ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من

فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة. فإن قيل: ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لأن الإعتاق لا يتجزأ. أجيب بأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلاً معلوماً، أما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة، وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله: **(ولو كان هذا)** أي ولو كان هذا الكلام **(في الطلاق وهن غير مدخولات**

قوله: **(فإن قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً إلخ)** أقول: قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه، وقوله لأن الإعتاق لا يتجزأ لا يفيد فإن كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حراً مديوناً يسعى في دينه فليتأمل، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية: للخلاص من الرقبة ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلاً من العبدين محلاً للعتق، وإلى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلاً للاجتهاد فيه قوله: **(أجيب بأن الإعتاق إلخ)** أقول: ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه إن شئت قوله: **(لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة إلخ)** أقول: الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه، ومن لوازم الإعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم تجزي الإعتاق قوله: **(كانت أجنبية إلخ)** أقول: إذ الكلام في الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ.

مهريهما ليست إحداهما أولى بسقوطه من الأخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها، والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعاً بين أجنبية ومنكوحة لأنه لا عدة لأنه قبل الدخول فيتنصف ويثبت به سقوط الربع موزعاً ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم إلى ما سقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف، قال المصنف في جوابه: **(قيل هذا)** أي المذكور في الطلاقة **(قول محمد وحده، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة)** لا الثمن فلا يتم به الإلزام **(وقيل)** بل **(وهو قولهما أيضاً)** والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضاً فيها. أم التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدين، وأما التفريعات في الطلاق، فمنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين نصفه للداخلة لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين: أعني الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست أولى به من الأخرى. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حيّ طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لعدم مزاحمة الداخلة بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق، ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الأول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة به، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار

ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطاً على النصف من المستحق بالعتق ثبوتاً في الإيجاب الثاني **(فقيل هذا قول محمد)** فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربعه **(وقيل هو قولهما أيضاً)** فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق، وفرق بأن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حراً من وجه عبداً من وجه، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا: فأما الثابتة في الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصح الإيجاب الثاني، وإن كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثاني، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعاً بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن. وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا في أول البحث إذا كان المولى والعبيد أحياء. ومنها إذا كان المولى حياً ومات أحد العبيد، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل، وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضاً لأنه ظهر أنه كان عبداً عند الإيجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة، وكذا الداخل لأن المضموم إليه حرّ. قال الإمام فخر الإسلام في شرح الزيادات: هذا عند محمد، فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الأول، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثاني لأن المضموم إليه حرّ، هذه تفريعات العتاق. وأما تفريعات الطلاق: فمنها أن الزوج إذا كان حياً والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان

وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات **(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر)** لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان ينافيان العتق

في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضاً لما تقدم. وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا إشكال فيه، وكذا في حق الثابت. أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول: يتجزى الإعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضاً، بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون المرأة محلاً للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائراً بين كونه موجباً لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئاً بخلاف في العتق، وأما على قول أبي يوسف: وهو لا يقول: بتجزي الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حرّاً أو بين أن يكون عبداً، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة. ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتباً في الإيجاب الثاني إنما هو بعد موت المولى، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به، لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم، فقد يقال من طرف محمد رحمه الله: إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب اعتباره، وحال صدوره الإيجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلاً. ويجاب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذا ذاك، ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت. وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقاً في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق. أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج، فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزاً في حق البراءة، وإذا اعتبر تنجيزاً كان الكلام الثاني متردداً بين أن يوجب أو لا يوجب شيئاً فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمناً واحداً. هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي أنه لا يقول بتجزي الإعتاق في الأعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال قوله: **(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له)** أي لأحدهما **(أنت حر بعد موتي عتق الآخر)** المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك، وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة، وباللفظ لا يصح إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ به، وعند الظاهرية لا يعتق أصلاً. والبيان يقع صريحاً كقوله: اخترت أن يكون هذا حراً بذلك اللفظ الذي قلته، أو يقول: أنت حرّ بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق، أما إذا اقتصر على قوله: أنت حرّ ثم قال: أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر، ولو لم يقل شيئاً عتق هو والآخر معاً لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلاً لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق

المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخلة كان مخيراً في الأخريين بالكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في المسئلة العتاق. ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين، نصفه للداخلة لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين، والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست بأولى به. قال: **(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ)** كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت. أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية.

قوله: **(لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين)** أقول: يعني الثابتة.

الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما للمعنيين، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك، وكذلك لو قال لامرأتيه

بذلك الإعتاق. ودلالة كما إذا باع مطلقاً أو بشرط الخيار لأحد المتابعين بيعاً صحيحاً أو فاسداً مع قبض ودونه في الصحيح لأن البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجاً له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا، ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بياناً لعتق الآخر، وحكماً كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر، وليس بياناً من المتكلم لأنه ليس اختيارياً، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء في الآخر بموت قرينه لأن الإنشاء صفة اللفظ، بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه، ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كأن قال: إذا جاء زيد فأحدكما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكمي والصرحي، فإن الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط، بخلاف الصريح؛ فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته، كما قول قال: أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها. وعن محمد: لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده: إن دخلت فأنت حرّ ثم قال له: مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بياناً، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بياناً قوله: **(لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعتق من جهته بالبيع)** أي ولم يبق محلاً للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه إياه **(وللعتق من كل وجه)** أي ولم يبق محلاً للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حرّ فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان، وبالتدبير لم يبق عتقه عتقاً كاملاً لاستحقاقه العتق عند الموت **(فتعين الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير)** قصد **(استبقاء الانتفاع)** به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته **(والمقصودان)** يعني الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت **(ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة)** قوله: **(وكذا إذا استولد إحداهما)** أي إذا وطيء إحداهما فعلقت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلاً للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بياناً عند أبي حنيفة كما سنذكر. واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدين وسمي ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحيّ مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق، وما لو قال لأمتيه: إحدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت إحداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية. وجواب الأول الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن مقدمة تعييب فإنما تعين للبيع وهو حيّ لا ميت، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت، فلو عتق كان

وأجيب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل هو إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي، وأما في مسئلتنا فإنما يتعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين، بوصف الإنشاء، وبوصف الإظهار، وهذا لأن قوله أحدكما حرّ لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء، ومن حيث أن العتق لا يعدوهما كان البيان إظهاراً، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة، وإذا كان كذلك فإنما يصح البيان في محل يحتمل الإنشاء والميت لا

إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا، وكذلك لو وطيء إحداهما لما نبين **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما)** لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في

بعد الموت فامتنع فمات رقيقاً لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق. وجواب الثاني بأنه ليس إيقاعاً بصيغته بل إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى. وقوله: **(الإطلاق جواب الكتاب)** يريد الجامع الصغير. وقوله: **(والمعنى ما قلنا)** أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن، والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله: **(والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك)** روي عن محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر، قالوا: ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه قوله: **(وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما)** يعني تطلق الحية **(لما قلنا)** في العتق من عتق الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العتق **(وكذا لو وطيء إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين)** في مسئلة الأمتين التي تليها قوله: **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما)** ولم تعلق **(لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة)** وبه قال أحمد، أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقاً، ولو قال: إحداكما مدبرة ثم وطيء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق **(وقالا تعتق)** وبه قال: الشافعي ومالك في رواية **(لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك)**

يحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة. وقوله: **(وكذا إذا استولد إحداهما)** يعني إذا وطيء إحداهما فعلقت منه لأنها صارت أم ولد له، فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاحمة. وقوله: **(للمعنيين)** يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته **(ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و)** **(البيع المطلق)** عن الخيار **(و)** البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين **(الإطلاق جواب الكتاب)** يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشيء **(والمعنى ما قلنا)** وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافي العتق فتعين الآخر له **(والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف)** روى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا ساوم أحدهما كان بياناً: يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة. وقوله: **(والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع)** قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً رحمه الله ذكر في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدّق وأقبض عتق الآخر، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وإن لم يكن قبض، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلاً منهما لا يفيد الملك بدون القبض، وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد **(وكذلك إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما بينا)** أن الميت لم يبق محلاً للعتق فكذلك لم يبق محلاً للطلاق فتعين الأخرى له **(وكذا لو وطيء إحداهما لما نبين)** في المسئلة التي بعد هذه **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة، وقالا: تعتق لأن الوطء لا يحل**

قال المصنف: **(الإطلاق جواب الكتاب)** أقول: مجرد الإطلاق لا يكفي لأنه يصرف إلى الكمال فالمآل إلى ملاحظة المعنى قوله: **(ولك تثبت الرواية عنه مكتوبة)** أقول: يعني في الأصول قوله: **(قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً إلخ)** أقول: يعني إنما ذكره تبعاً لمحمد لا لأنه شرط قال المصنف: **(لأن الإيقاع في المنكرة)** أقول: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى قوله: **(فظاهر لا يحتاج إلى البيان)** أقول: فيه بحث، فإن الملك باق في المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة فما ذكره محتاج إلى البيان، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم قوله: **(فكذا هذا)** أقول: فلا يلزم الإهمال قال المصنف: **(لأن المقصود الأصلي من النكاح إلخ)** أقول: وهذا هو الجواب أيضاً في الوطء المعلق قال المصنف: **(فلا يدل على الاستبقاء)** أقول: إلا إذا كان الوطء معلقاً.

الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً فلا يجعل بياناً ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصليّ من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على

وإحداهما ليست في الملك لعتق إحداهما بذلك الكلام، ولذا لو قتلهما إنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما مبيناً للمستبقي لملكها (فتعينت الأخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق) المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه: إحداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال: طالق بائن أو ثلاثاً فوطىء إحداهما طلقت الأخرى اتفاقاً، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا، لأنه لو كان رجعياً لا يكون الوطء بياناً لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية، ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات؟ في الزيادات لا يثبت. وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعاً حتى قال: يحل وطؤهما، ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى، وإنما يملك البدل بملك الأصل، وهذا لأن العتق في المنكرة: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقاً به، والمعلق بالشرط عدم قبله، فهو كما لو قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرّة فإن له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال. فقولهما: إحداهما حرّة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطؤهما لم يقع في محل الحرمة فحل، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلاً على تحريم الأخرى بعتقها، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه في معينة والمطلقة هي المبهمة، فإذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما إذا لم تتعين إحداهما للطلاق وبمجرد وطء إحداهما تتعين الأخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بياناً في الطلاق يجب أن يكون بياناً في العتق لأن الملك في الزوجين المعينتين قائم، وإنما المطلقة هي المبهمة، ولا جواب له سوى أن الدالّ في الأصل: أعني الطلاق المبهم ليس إلا قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفي الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كي لا يضيع حاله، ووطء المنكوحة هو المقيد المطلب الولد ظاهراً لأنه هو الذي

إلا في الملك وإحداهما حرّة) لا ملك فيها فالوطء لايحل فيها، فإذا وطىء إحداهما جعل مستبقياً للملك فيها ليقع الوطء حلالاً حملاً لأمره على الصلاح، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعتق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوءة) أي في التي توطأ من كل منهما، وإذا كان الملك قائماً كان وطؤها حلالاً، أما أن الملك قائم فلأن إيقاع العتق إنما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوءة غير منكرة بل هي (معينة) فلا يكون الإيقاع فيها، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلاً، وأما أن الملك إذا كان قائماً كان الوطء حلالاً فظاهر لا يحتاج إلى بيان، وإذا كان الوطء حلالاً لم يكن بياناً لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (إلا أنه لا يفتي به) قيل لأن المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما، ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط، وهو فاسد لأن فيه تلويحاً إلى ترك أبي حنيفة الاحتياط، وأرى أنه لا يفتي به لئلا يتخذ مغمزاً لأبي حنيفة بترك الاحتياط. فإن قيل: العتق إما أن يكون نازلاً أو لا، فإن كان غير نازل كان إهمالاً للفظ عن مدلوله، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤهما. أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول، فكذا هذا، وقال على الشق الأول (أو يقال نازل) أي العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالبيع فإن المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما فإنه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لأنه (يصادف المعينة) إذ هو أمر حسي لا يقع إلا في المعين، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بياناً

استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد يدل على الاستبقاء **(ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أوّلاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد)** لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة الأم بشرط والجارية لكونها تبعاً لها، إذ الأم حرة حين ولدتها، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أوّلاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً، وإن ادعت الأم أن الغلام

وضع له عقدها لا وطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة، فلم يكن وجوده دليلاً على قصد الولد دلالة ظاهرة، وعلى هذا فيكفي في دليلهما أن يقال: وطء إحداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم، وفي وجه قوله: منع دلالته، والفرق بما ذكرنا، ولا حاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطئهما. ثم القول: بأنه لا يفتي به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما، وقد وضع في الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحداً لأنه لو عمها فعلاً كان فاعلاً للمحرم قطعاً ولا يعلم خلاف في ذلك، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء، وهنا كذلك فإن موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما، ففي وطئهما وطء المحرّمة بيقين فلا يحل قطعاً وإن كان الملك قائماً فيهما، بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضاً. وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلهما رجل لصحة إثباته بدون التعيين، وإنما يتنصف لأن إحداهما حرّة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة، بخلاف ما لو قتلهما رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرّة في نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم، بخلاف قتل واحد فإن الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما. وقولهم: وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح، إذ لا تعليق بل تنجيز مأمور في الشرع بتعيين محله، ولو كان يميناً محضاً لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان، وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبهاً لا يوجب

في الأخرى. فإن قيل: فكيف وقع بياناً في الطلاق؟ أجاب بقوله: **(بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء)** وهذا على طريقة تخصيص العلل، فإما أن يكون المصنف اختار جواره، أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أو في تقرير. قال: **(ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة)** كلامه على ما ذكره واضح. وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أوّلاً، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره، وإن حلف فهم أرقاء. وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال المولى لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فولدتهما جميعاً ولا يدري أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولا فهي حرة والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال، فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين إما بعتق نفسها وإما بعتق الأم. قال صاحب النهاية: وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده، وهو ما إذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين، كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار غداً فأنت حرّ فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أوّلاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى

هو المولود أوّلاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدّع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية

حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحاً بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء إحداهما.

[فروع] من البيان لو قال لأمتيه: إحداكما حرة ثم قال: لم أعن هذه عتقت الأخرى، ولو قال بعد ذلك: لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فتعتقان، لأن قوله: لم أعن هذه إقرار بعتق الأخرى فقد أقرّ بعتقهما، وكذا هذا في الطلاق، بخلاف ما لو قال لأحد هذين: عليّ ألف فقيل له: أهو هذا فقال: لا لم يجب للآخر شيء. والفرق أن البيان الإقرار المبهم ليس واجباً بخلافه في إنشاء الطلاق والعتاق المبهم. ولو قال: أمة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثة ويسعون في الباقي، ولو تعددت الإماء فعلى هذا القياس إن كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثاً عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولا عتق نصف الأم)** وتسعى في قيمة نصفها **(ونصف الجارية)** وتسعى في النصف **(والغلام عبد)** لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولاً فعتق الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للأم في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط، فإذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما، والغلام عبد في الحالين لأنه ولد وأمه قنة فإنها إنما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لأن ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه. والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لأنا لم نتيقن بعتقه واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك، فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أوّلاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع. وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام[1] أولاً، فإن نكل فنكوله كإقراره، وإن حلف فكلهم أرقاء، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدري الأوّل فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أوّلاً عتقت بالشرط، وإن ولدت الغلام أوّلاً عتقت تبعاً للأم. وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترقّ في الجارية، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم. وصحح في النهاية ما في الكسانيات لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده، كما إذا قال: إن دخلت غداً فأنت حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا للشك في شرط العتق، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام

اعتبار الأحوال كما في مسئلة الكيسانيات. وقوله: **(وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى)** قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير: أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أوّلاً؛ وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب.

قوله: **(فيه القول قول من ينكر)** أقول: ضمير فيه راجع إلى شرط

---

(١) قوله: **(الغلام)** هكذا في عدة نسخ، ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب، فما وقع في بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما

أوّلاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال. فإن قلت: المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع؟ قلنا: هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل، فعلى هذا جاز أن يدعي رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله، هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليله صرح بأن الأم تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه، فأفاد أن ذلك صورة دعوى الأم وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب. واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف: مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب. واستدلاله بأن الشرط الكائن في طرف واحد إلخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال إذا قال: إن فعلت كذا فأنت حرّ، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة دخول الدار فقال العبد: فعلت لا يصدق إلا ببينة، بخلاف قوله إن كنت تحبينني إلخ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما في الجامع قوله: **(وإن ادّعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين)** بالله ما يعلم أن الغلام ولد أوّلاً **(لإنكار شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية)** معاً **(لأن دعوى الأم حرية الصغيرة)** تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لأنها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا **(فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً)** من الحرية لنفسها **(وباقي المسألة بحاله)** يعني ولدتهما فادعت الأم تقدم الغلام، وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إنابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت. فإن قيل: إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى. أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقاً بوجود الشرط لجواز كونه بذلاً لماليتها من المولى ليترك الحلف أو إقرار بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت، وبأن النكول جعل إقرار على قولهما بطريق الضرورة، ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء، ولهذا قال محمد: فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقرّ لك به فلان فادعى المكفول له فلان مالاً فأنكر فحلف فنكل يقضي عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلاً، ولو كان إقرار من كل وجه صار كفيلاً قوله: **(ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة والباقي بحالة ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا)** في أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى قوله: **(وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية)** وهي ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أوّلاً واتفقوا على أن ولادة الجارية أوّلاً فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول، وبهما يتم الأوجه للمسئلة ستة.

والثاني أن تدعي الأم أن الغلام هو المولود أوّلاً وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانياً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب. والثالث أن تدعي الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئاً وهو المذكور في الكتاب ثالثاً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره أيضاً فيه. والرابع أن تدعي الجارية وهي كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولاً وهو المذكور في الكتاب رابعاً بجوابه ووجهه. والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق. والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعاً للأم،

قلنا، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى. قال: **(وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن**

[فرع] في المحيط: لو قال: إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية ثم غلاماً فهما حرّان فولدت غلاماً وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين، أما الأم فلأنها تعتق في حال دون حال وهو رواية، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق في حال وترقّ في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أوّلاً، وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولاً، ويرق في حال بأن ولدت الغلام أوّلاً، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعاً للأم لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه، ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعاً للأم، فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم، واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسها لأنهما أقل وهو المتيقن، فإن كانت ولادة الغلام أوّلاً لا يعتقان بعتق أنفسهما، وإن كانت ولادة الجارية أولاً تعتق الأخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما. وقال أبو عصمة: ينبغي أن يعتق من كلاً ثلاثة أرباعها لأن الغلام لو كان أوّلاً تعتق الجاريتان بعتقها، ولو كانت إحدى الجاريتين أوّلاً ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة قول أبي عصمة وقال: هو الذي يوافق ما تقدم قوله: **(وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن تكون في وصية استحساناً ذكره في العتاق)** أي عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقاً في صحته أو مرضه، لأن التدبير حيث وقع كان وصية، وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد قوله: **(وأصل هذا)** أي أصل هذا الخلاف **(أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد)** مطلقاً لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافاً لما قاله رشيد الدين: أن الدعوى عنده ليست شرطاً في حرية الأصل بل في العارضة فقط **(وعندهما تقبل)** بلا دعوى **(والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق)** وإن أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متهمة. وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت، ويجبر على أن يوقع على إحداهن قوله: **(والمسئلة معروفة)** وجه قولهم: إن المشهود به وهو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة، ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول، ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقرّ بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل، ولو كانت الدعوى شرطاً لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى، وإنما لا تكفي شهادة الواحد لأنه وإن كان أمراً دينياً يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله، فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان. ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته، أو هو نفسها،

والغلام عبداً لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعاً لها فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما. قال: **(وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه)** الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه، كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة إلا أن تكون في وصية استحساناً على ما ذكره **(وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق)** وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما. وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد بردّه، ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع. ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة، هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته،

يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق **(وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن)** وهذا بالإجماع **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشهادة في العتق مثل ذلك)** وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة. وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق

وكلا الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد الملزوم، وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه. ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال: حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها. فإن قيل: الفرق أنها متهمة لزغبتها في صحبة مولاها حتى نقول: لو كان العبد أيضاً متهماً قبلت بلا دعواه، وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره. قلنا: نفرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها، ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أوّلاً ما هو حق العبد مستلزماً لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أوّلاً أو ثانياً، فإن حوّل التقرير وهكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى، أما حقه سبحانه فما ذكرتم، وأما حق العبد فلأنه يصير به مالكاً لأكساب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبت ولاياته من نفاذ قوله: في الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصاً، ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول، وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفاء رق الأصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى. قلنا لا يمنع التناقض في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضاً. وردّ عليه أيضاً عتق الأمة فإن فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد. ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه، وأيضاً إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت. والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما، فترجع ما ثبت شرعاً لاحتياط في أمره وتوكيده، وأمر الفروج محتاط فيه، فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته

فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها، وعتق الأمة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولادها، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان. فإن قيل: لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهي أخت مولاها من الرضاعة إذا جحدته، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالإعتاق. أجيب عن الأول بأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وههنا وقعت. وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحدّ وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكاً للمولى وإن كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوّجها ويدل بضعها يكون له، وإذا كان كذلك كان

قوله: **(وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده)** أقول: وكذا العفو عن القصاص وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد قوله: **(ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته)** أقول: وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات.

في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة. وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى. أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها. ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيها لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما

بعد الشهادة على شيء آخر، بخلاف ما لم يثبت فيه مثله، فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد، لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضي لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث أن يثبت بلا دعوى، وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه، وهذا القدر يحصل به المقصود، فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة، وحينئذ يجب الترجيح ويرجح حقه سبحانه وتعالى. ولا يقال: المقرر ترجح حق العبد. لأنا نقول: ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثبات لحق العبد سابقاً عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغمه قوله: **(وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في مسئلة الكتاب)** أي الجامع الصغير، وهي ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول **(والدعوى من المجهول لا تتحقق)** وإنما تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة، وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما قوله: **(ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه إلخ)** جواب عما قد يقال: إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه، والواقع أنها لا يقبل عنده. أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً **(فشابه الطلاق)** وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا **(والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه)** فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين. فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها. فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه، والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدة، وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده، وما قيل: إن وطأها مملوك له وإنما

فيه تحريم الفرج، وإذا ثبت الأصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله: **(وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده)** إلى آخر المسئلة. وقوله: **(لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق)** قيل عليه إذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لأن الدعوى حصلت من معين. وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين. قوله: **(ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه)** كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة ولم تسمع البينة ههنا. ووجه دفعه ما ذكره بقوله: **(لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه)** يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة إلى قوله ولهذا حل وطؤهما، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا. واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، وذلك أيضاً حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى. والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن تكون من الكبائر

قوله: **(لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين)** أقول: يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك قوله: **(والجواب أن لازم عتقها إلخ)** أقول: فيه أن الكبيرة هو الزنا، وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح.

أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين. وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه، أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه

منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه قوله: **(وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدين في صحته، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه)** لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة، وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبراً من الثلث ولو حال الصحة، وسواء كانت شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحساناً لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصوّر الدعوى، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول. ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصي كان كلاً من العبدين وهما معينان، وفي حالة الحياة لا تصح خصومتهما لأنه لم يعتق منهما شيء والمعتق المبهم، بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصماً معلوماً. ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله: وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكراً فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث منكراً إذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً، وأيضاً قوله: وأديا الشهادة في مرض موته إلخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعياً وعدم قبولها قبل موته لأن

فالتسوية بينهما خطأ. وقوله: **(أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته)** بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحساناً. وقوله: **(لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية)** يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض. وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف: أحدهما أن التدبير مطلقاً والعتق في المرض وصية **(والخصم في الوصية إنما هو الموصي)** لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعياً تقديراً **(وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث)** فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان إيجاباً لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما

قال المصنف: **(وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة إلخ)** قال ابن الهمام: والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى إعاتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي اهـ. وإنما قيد بما به قيد به ليتعين المدعي في حياته فافهم قال المصنف: **(لأن التدبير حينما وقع وقع وصية)** أقول: قال صدر الشريعة: الدليل الأول مشكل لأن التنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعي هو المولى أو نائبه. والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اهـ. ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكراً صورة إلا أنه نزل مدعياً معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فتنزل الوارث أو الوصي مدعياً للعتق خلفاً عن الميت فتقبل الشهادة، وبأن في هذه المسألة روايتين نظراً إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة، هذا ما لاح لي في ذلك المقام. وقال ابن الهمام: ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين، أو الورثة إن كان الوصي منكراً، فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصي منكراً، وإذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً اهـ.

في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية، وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو

المدعي العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم. والحاصل أن إنزاله مدعياً لا يكون إلا بعد موته، وأما قبل موته فهو منكر، وهذا احتيج إلى الشهادة، وردّت لعدم المدعي ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى أعادتها، أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي قوله: (ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ) لا رواية فيه عن أبي حنيفة. واختلف المشايخ في تفريعها على قوله: (فقيل لا تقبل لأنه ليس بوصية) لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة، فلم يكن الميت مدعياً تقديراً (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا، وصحح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال: لجواز أن يكون الحكم معلولاً بعلتين فيتعدى بإحداهما، وتبعه صاحب الكافي وقال: هو الأصح. ولقائل أن يقول: شيوع العتق الذي هو مبني صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله: أحدكما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصوميتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعاً لزم الدور، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله: لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه.

[فروع] شهدا أنه حرّر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لأنهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها. وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر: في هذه لأنها كشادتهما على عتق إحدى أمتيه وطلاق إحدى زوجتيه، ولو شهد أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرفون سالماً وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معيناً لما أوجبه، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم، كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد، بخلاف ما لو شهدوا ببيعه، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة: لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده، ولا تتحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية.

[وهذا فصل في الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهداً لا يحال بينه وبين المولى، وفي الأمة إذا قالت: شاهدي الآخر حاضر يحال، ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفاً على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهراً حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فثبت به الحيلولة احتياطاً بخلاف ما إذا أقام شاهداً واحداً شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهدا أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول: يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به اختلاف الشهادة فيما ذكرنا، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لأن الهبة تمليك والإعتاق إحداث القوّة أو إزالة الملك. كذا في المبسوط، فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مؤدي اللفظين واحداً وضعاً ولا يخفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظاً من أن العتق لفظ

(فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً) ولم يذكر وجه القياس، وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم (ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ) قال الإمام فخر الإسلام: لا نص فيه، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم، وقال بعضهم: تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة، والله أعلم.

الموصي وهو معلوم. وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث، ولأن العتق في فرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً، ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية. وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم.

يعاد ويكرّر يقتضي أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل، ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر مثلاً لم يجز، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلاً وقال المولى: بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطاً بالشهادة والكلام بقول: المولى. ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الأحكام، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما، ولو كان المولى يدعي أقل المالين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالأكثر، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسماية وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضي عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال، ومن ادعى ألفاً وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضي بألف لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنى، بخلاف الألف والألفين كما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولو شهد أنه أعتقده إن كلم زيداً والآخر إن دخل بأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة، ولو تعارضت بينتا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لإثباتها الزيادة، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال: إن أديت إلي ألفا فأنت حرّ وأنه أدّاها وأقام المولى أنه إنما قال: إذا أديت إلي ألفين ألخ فالعبد حر لا شيء عليه لأنه أثبت ببينة تنجز الحرية فيه. ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان إثبات الزيادة في بينة المولى. قال في الأصل: ولو باعه نفسه بألف فأدّاها من مال المولى كان حراً وللمولى أن يرجع عليه بمثلها. قال في المبسوط: العتق هنا حصل بالقبول لا بإداء المال، وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالإداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقاً أو مغصوباً من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقاً عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله. وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى إذا قد اعترف بالرجوع أنهما أتلفا حاليته على المولى بغير حق. ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق، وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا، وهذا بناء على مابينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبتت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وإن لم يكن ثمة مدع لذلك، ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئاً بشهادتهم، وأنه أخذ منهم بغير حق، وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني، فإن العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعي العتق، والله أعلم.

باب الحلف بالعتق

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت، إلا أنه أسقط الفعل وعوّضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا

باب الحلف بالعتق

الحلْفُ بالكسر مصدر حَلَفَ سماعي، وله مصدر آخر: أعني حَلْفاً بالإسكان، يقال حَلَفَ حَلْفاً و حَلِفاً، وتدخله الفاء للمرة كقول الفرزدق:

علـى حِـلْـفَـةٍ لا أشتـم الـدهـر مـسـلـمـا ولا خـــارج مـــن فـــيّ زور كـــلام

وقال امرؤ القيس:

حَـلَـفْـتُ لـهـا بـالله حَـلْـفَـةَ فـاجـر لـنـامـوا فـمـا إن مـن حـديـث ولا صـال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط، ولما كان المعلق قاصراً في السببية عن المنجز قدمه عليه، ولما جرى المصنف على أن يولي التصرف الذي يصح تعليقة الحلف به كما فعل في الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الأيمان ليكون أضبط لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تتفرق أحكامه في الأبواب أولى العتق الحلف به. واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه في العتق. روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما قوله: **(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق)** أي ذلك المملوك الذي اشتراه، ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله: لأن التنوين في يومئذٍ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من لا يكون في ملكي يوم الدخول حرّ وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً وقت الدخول فهو حر، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى، بخلاف قوله لعبد: إن دخلت فأنت حرّ فاشتراه فدخل لا يعتق لأنه لم يضف العتق إلى ملكه لا صريحاً ولا معنى، وعدول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلاً عتق ما في ملكه لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييداً لليوم به، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول، ونحن نعلم مثله كثيراً في الاستعمال الفصيح كنحو **﴿ويومئذٍ يفرح المؤمنون بنصر الله﴾** [الروم ٤ ـ ٥] ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصراً في السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله: **(ومن قال إذا دخلت الدار)** ظاهر. واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك. أجيب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكاً وقت دخولي الدار فهو حرّ،

باب الحلف بالعتق

قوله: **(واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق إلخ)** أقول: الاعتراض والجواب لتاج الشريعة.

لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى عتق لما قلنا. قال: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال، إلا أنه دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً ظاهر، لأن اللفظ للحال، وفي قيام

وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون، وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيراً للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماداً له: أعني التنوين لكونه حرفاً واحداً ساكناً تحسيناً ولم يلاحظ معناها، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا تخفى على من له نظر فيها، وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بيّنا: أي من المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذٍ) بل قال: إذا دخلت فكل مملوك لي حرّ لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم، بل الذي كان في ملكه وقت التكلم. ووجهه المصنف بقوله: لأن قوله: كل مملوك لي يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال بمملوك: أي المملوك في الحال حريته هي الجزاء، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكاً عند التكلم. ووجه كون كل مملوك لي حالاً أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه، واللام للاختصاص: أي الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه: به: أي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثرها في الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر. هذا يعتق بقول القائل: كل مملوك لي حرّ العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم، ولا يدخل المكاتب خلافاً لزفر لأنه مملوك من وجه إذ هو حرّ يداً، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعاً ولا يدخل المملوك المشترك. ولا الجنين إلا أن يعنيهم ولا عبيد عبد التاجر، وهو قول أبي يوسف: إلا أن ينويهم، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا، وفي قول محمد: يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا. وعلى قول أبي حنيفة: إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم. ولو قال: عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل، ولا يخفى أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية إنما هو في القضاء. وفي الذخيرة: قال: مماليكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره، وقالوا: لا يصدق الديانة، بخلاف قوله: كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدّق ديانة انتهى. فإن قالت: ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالباً والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز، بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص قوله: (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت

بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحاً ولا دلالة. وقوله: (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول. وقوله: (لأن قوله كل مملوك لي للحال) قيل لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في

قوله: (كل مملوك لي يومئذ، إلى قوله فهو حر) أقول: قالوا المبتدأ إذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتيني فله درهم فهاهنا كذلك فتأمل قوله: (قيل لأن اللام للاختصاص) أقول: صاحب القيل تاج الشريعة، وفي كلامه تأمل.

الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق، والجنين مملوك تبعاً للأم لا مقصوداً، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً. قال العبد الضعيف: وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها **(وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد، أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف)** لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال

القول: أو أقل أما إذا ولدته لستة أشهر فلأن اللفظ: أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه، وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده، فجاز أن لا يكون قائماً عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال، ولم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر، وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائماً، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأمه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به، ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعاً للحامل. والدليل على أنه لم يعتبر في الشرع نفساً مملوكة أنه لا يجزي على الكفارة ولا تجب صدقة فطره. قال المصنف رحمه الله: وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأنثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعاً، وهذا بناء على أن لفظة مملوك لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك قوله: **(وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد)** يعني أن بعد غد ظرف لحرّ لا لأملكه **(أو قال كل مملوك لي فهو حرّ بعد غد وله مملوك واحد)** في الصورتين **(فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف)** دون المشترى ولفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف. ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال، وكذا لفظ أملك للحال حقيقة، يقال: أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة، وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلباً على ما عرف في النحو، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية. وقيل: بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال: أملك وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعاً كما في الشهادة. وعرفاً يقال أملك كذا درهماً فكان كالحقيقة في الحال. والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال، وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظناً أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه.

الحال إذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء. وقوله: **(ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر)** ظاهر، ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل)** فيدخل الحمل تبعاً بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد، حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء **(وإن قال كل مملوك لي أملكه حرّ بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف)** لا الذي اشتراه بعده. وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإنّ أملكه للحال، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو هي أنه مشترك بين الحال والمستقبل، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية. وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على رادة الحال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم. وأقول: قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا

فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين **(ولو قال كل مملوك أملكه، أو قال كل مملوك لي حرّ بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عند وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر، وإن مات عتقاً من الثلث)** وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ. له أن اللفظ حقيقة للحال

وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة في المعنيين ا هـ. فترك النظر إلى قول المصنف، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة، وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كأبي عليّ الفارسي وغيره، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الأستقبال إلا بقرينه كما ذكرنا بخلاف الحال، وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة: أي المعينة لأحد المفهومين الحقيقين، بخلاف نحو أسافر وأتزوّج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة، وإذا ثبت أنه يراد الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال قوله: **(ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر)** مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول، والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه، ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعاً من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه، وهذا ظاهر المذهب عن الكل. وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف، وكذا إذا قال: كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ، وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبراً في الحال دون الآخر، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة، فأوجب المروى عن أبي يوسف. وأيضاً لو لم يرد به الحال فقط، فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبر، وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غداً ممن كان مملوكاً له حال التكلم أو ملكه إلى غد، خلافاً لأبي يوسف فإن على قوله: لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيراً مطلقاً على قول محمد، كما لو قال: كل من كان في ملكي عند الموت مدبراً وهو منتف، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال: كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبداً لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبراً وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه

الشارح لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب إل عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين **(ولو قال كل**

قوله: **(وقال بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني.

على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر. ولهما إن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فمن حيث

ما ذكرنا. وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام: ما يتناول الحال فقط اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه، وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه، وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غداً، ففي قول محمد رحمه الله: يعتق في الغد من كان في ملكه، والمستحدث خلافاً لأبي يوسف وقول محمد: أقيس بمسئلة يومئذ بقليل تأمل قوله: (ولهما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير إيجاب للعتق مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير، ومقتضى إيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة: أي الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق، على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية، ولو أوصى لولد فلان ولا ولد فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به، وإنما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالتين تحصيلاً لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال: عند الموت كل عبد حرّ فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح، بخلاف قوله: كل عبد أملكه غداً فهو حرّ ليس فيه إلا جهة واحدة هي جهة الإيجاب، فلا يدخل إلا الحاصل في الحال، ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه: أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف. وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين، وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضيّ في الأصول، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه لأن الجمع قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين، ولو أمكن أن يقال: إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله: كل عبد لي حرّ فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبرّ للأصحاب، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبراً مطلقاً، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبراً لا مطلقاً ولا مقيداً كان دافعاً للإشكال.

مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذمي كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقاً من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مراداً على أصلنا (ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء) أما إنه إيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر، وأما إنه إيصاء فبقوله بعد موتي، ولهذا اعتبر من الثلث، وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة أي المتربصة) والحالة الراهنة أي الحاضرة؛ سميت بالراهنة لأن الرّهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها، كذا في الشروح؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصي. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فهذا الكلام

قوله: (ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك إلخ) أقول: فيه تأمل.

أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت، وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر، بخلاف قوله بعد غد على ما

[فروع من تعليق العتق] قال لعبده: إن بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق، إلا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لا يزول إلا بتسليمه، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق، كذا في المبسوط. وحقيقة الوجه أن يقال: وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأنهما معاً يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله. ولو قال لعبده: إن دخلت فأنت حرّ فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن اليمين انحلت بالدخول الأول في غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافاً للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق. ولو قال: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرّ فباعه فدخل إحداهما ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله في الطلاق، ولو دخل إحداهما قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما، وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط، فلو قال: إذا دخلت فأنت حرّ إذا كلمت فلاناً فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلاناً لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حرّ إذا كلمت فلاناً لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع. ولو قال: إن دخلت فأنت حرّ بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائماً، والتدبير لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته. ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده.

من حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك فيصير مدبراً لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت ويصير مدبراً بعده ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه، ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت، فكان حال التملك استقبالاً محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبراً حال التملك، وإنما هو عند الموت إذا كان موجوداً في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية، بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حرّ بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء، والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا، وعلى هذا قوله: (**والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك**) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدّر كما ذهب إليه بعض الشارحين. قال. وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً في الحال ولا في المآل، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، وليس أحدهما في حقه بموجود. فأجاب بأن تناوله

قوله: (**ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إلخ**) أقول: المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين قوله: (**فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت إلخ**) أقول: يبقى الكلام في دخولهما تحته فإن أملكه للحال وكذا مملوك لي. فإن قيل: يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت. قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبراً مطلقاً على ما صرحوا وهو منتف.

تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا. ولا يقال: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال. لأنا نقول: نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية، وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد.

وعندهما يعتق كله فلا يسعى، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه. ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال: أحدكما حر أو قال: هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم ينوه، وقالا: لا يعتق إلا أن ينويه، ومثله وأصله مرّ في الطلاق. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال: أحدكما حرّ عتق عبده لأن كلامه إيجاب الحرية للجزم، ولو قال: هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حرّ أولاً. وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال: إن دخلت دار فلان فأنت حرّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلاناً في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح، والله أعلم.

باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالي. وقوله: **(ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال)** إشارة إلى جواب أبي يوسف، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام، لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ، وفيه نظر لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصيةً والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت، وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله كان أسهل تأتياً وأسلم من الاعتراض، والله أعلم.

فهرس الجزء الرابع من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

كتاب العتاق

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:
تتمة كتاب العتاق ـ الأيمان ـ الحدود ـ السرقة ـ السير

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما

باب العتق على جعل

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع في الطلاق لأن المال في هذين البابين من الإسقاط غير أصل، بل الأصل عدمه، فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل، والجعل ما يجعل للإنسان على شيء يفعله، وكذا الجعيلة، ويقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر في الصحاح، وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الأدب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان قوله: (ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفاً أو علي ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك أو وهبتكها على أن تعوضني ألفاً فإنه يعتق إذا قبل، وإنما يعتق بمجرد قبوله، والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه، وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة، ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وكذلك الجعالة بالكسر، وإنما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أيّ مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لي عليك ألفاً أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله. لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء الألف كما لو قال إن أدّيت إليّ ألفاً لا لما قيل إنها إنما تكون للشرط إذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الأفعال دون الأعيان لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال، بل لما قيل لأن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وإنما يعتق العبد بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه) فقوله إذ العبد لا ملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوهاً: أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لأنه مال فلا يملك المال، وإذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لأن المولى يملكه؛ فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لأنه ليس بمال بالنسبة إلى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إليه. ولهذا صح إقراره بالحدود والقصاص وغيرهما. وإذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالإعتاق أو ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح، وهذا أيضاً ليس بشيء لأن العبد مال بالنسبة إلى مولاه وإن لم يكن مالاً بالنسبة إلى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند

باب العتق على جعل

قوله: (لأنه مال فلا يملك المال) أقول: هذا لا يدل على المقصود إذ المدعي أنه لا يملك نفسه بعد أداء البدل قوله: (وهذا أيضاً ليس بشيء) أقول: قوله ليس بشيء ليس بشيء فإن المراد أنه لم يحصل في يده شيء من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال، وكونه

في البيع، فإذا قبل صار حرّاً، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف. وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة

الحال كما في البيع، وكما إذا طلقها على مال فقبلت، وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوّض، وإلا اجتمع العوضان في ملكه حكماً للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك إن كان حاضراً، وإن كان غائباً اعتبر مجلس علمه. فإن عتق ولزمه المال ديناً يطالب به بعد الحرية، وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده، وإذا صار ديناً على حر صحت الكفالة به، وعليه ما ذكر في الأصل. أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئاً فليس على المولود من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث من دين المورّث شيء، ولو كانت أعطته في حال حياتها كفيلاً بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرّة مديونة، بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل، والمنافى هو الرقّ فإنه ينفي أن يكون للمولى على مرقوقه دين، ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه إلا بأداء أو إبراء ممن له، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه، وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يداً بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان، ولا خير فيه نسيئة لأن الدين حرام قوله: **(وإطلاق لفظ المال)** أي في قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لأن الجهالة يسيرة فتتحمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح. وعلل المصنف كونه معاوضة بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه: يعني الحاصل له في مقابلة المال

المولى. والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً فلم يدخل به في يده شيء من المال. غاية ما يقال إنه ثبت له به قوّة شرعية وهي ليست بمال لا محالة، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو قوة شرعية، وهذا أقرب منهما. وإذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع، فإذا قبل صار حراً، وإن ردّ أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل، فإذا قبل صار ما شرط ديناً عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسعى وهو حرّ، بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق، فكان ثبوته على خلاف القياس، إذ القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة. وقوله: **(وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد)** يعني في قوله ومن أعتق عبده على مال. وقوله: **(فشابه النكاح)** يعني إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان ديناً في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود **(وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس)** كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطة **(ولا يضره جهالة الوصف)** بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه بأداء المال صح لأن هذه الصيغة: أعني قوله إن أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حرّ صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد بردّه، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط. وقوله: **(من غير أن يصير مكاتباً)** يعني لا تثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق

مالاً بالنسبة إلى مولاه لا يفيد ذلك قوله: **(والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً)** أقول: ضمير لكونه راجع إلى العقد قال المصنف: **(وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه إلخ)** أقول: قال تاج الشريعة: يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى. يعني يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال إلخ، لكن بقي ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام في شرحه حيث قال: ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي، ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى. وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف. ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس.

المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة قال: **(ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً)** وذلك مثل أن يقول إن أديّت

ليس مالاً لأن نفسه بالنسبة إليه ليس مالاً لأنه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية، وكذا الخلع والصلح عن دم العمد، وفيها يغتفر ذلك كما تقدم، ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى. ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور، وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه. ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق، إن كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص، وإن كان معيناً بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم، وإذا كان الحكم أنه لو اشترى شيئاً بعبد الغير صح البيع فكذا هنا، إلا أن في البيع إذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول. ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى: أعتقتك على عبد وقال العبد: على كرّ حنطة أو على ألف وقال العبد: على مائة فالقول للعبد مع يمينه، وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينته، ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالأداء وهي التي تلي هذه المسئلة: أعني قوله إن أديت إلى ألفاً فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه، أما هنا فلا يعتق إلا بالأداء، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد، إذ لا منافاه بين البينتين لأنه يجعل كأن الأمرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد يعتق، ولأن البينتين للإلزام، وفي بينة العبد معنى الإلزام أتم، فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة وليس في بينة المولى إلزام فإنها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا، فاعرف هاتين المسئلتين. ولو قال: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد: قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى، ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائباً. ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال: قلت لك أمس: أنت حرّ إن شئت ولم تشأ، وقال العبد: بل قد شئت فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لأن القائل أقرّ بالبيع، ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به قوله: **(ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً)** وذلك مثل أن يقول إن أديت إليّ ألفاً فأنت حرّ، ومعنى صح قوله: أي التعليق فيستعقب مقتضاه، وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر، والكتابة ليست صريحاً في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذوناً ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الأداء، وذلك يقتضي أن يتمكن شرعاً من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال، ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذوناً لأنه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصاً عادة المتحققين بصفة أنهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدّي لأنه خسة يلحق المولى عارها، لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط قوله: **(وإن أحضر المال أجبره الحاكم على**

يورث عنه مع ما في يده من أكسابه، ولو كاتب أمة فولدت ثم أدّت لم يعتق ولدها، ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق، ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع. وقوله: **(ومراده التجارة)** يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عند الاختيار **(دون التكدّي)** لأنه يدنىء المرء ويخسه. وقوله: **(وفي سائر الحقوق)** يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل

إليّ ألف درهم فأنت حر؛ ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدي فكان إذناً له دلالة **(وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد)** ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية. وقال زفر رحمه الله: لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب. ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف

قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مدّ يده أخذه، وعلى هذا فمعنى نسبة الإجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحاً، أما لو كان خمراً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو كان قال له إن أديت إليّ كذا خمراً أو ثوباً فأنت حرّ فأدى ذلك لا جبر على قبولهما: أي لا ينزل قابضاً إلا إن أخذه مختاراً، وأما عدم العتق في قوله: إن أديت إليّ ألفاً فحججت بها فأنت حرّ لا يجبر على القبول، لأن التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة، ولذا إن كان قال: إن أديت إليّ ألفاً أحج بها يجبر على القبول لأن الأداء إتمام الشرط والحج وقع مشورة. وقال زفر: لا يجبر على القبول: أي لا ينزل قابضاً بالتخلية بل إن أخذه كان قابضاً وعتق العبد. وقوله: **هو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف** صحته **على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ،** وإذا كان يميناً فلا إجبار **على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط** بل بالشرط، ولا يجبر على أن يباشر الإنسان سبباً يوجب عليه شيئاً، **بخلاف الكتابة لأنه** عقد **معاوضة** لازمة **والبدل فيها واجب** على العبد فيجبر على قبضه إذا أتى به أما هنا البدل ليس واجباً على العبد فلا يلزم المولى قبوله. واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حفّ بما يقتضيها كقوله إن أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ فإنه يصير مكاتباً لا يجوز بيعه، كذا ذكره في الدراية مقتصراً ونسبه إلى الخزانة، والمسئلة في مبسوط شمس الأئمة. وذكر أن هذا هو المذكور في نسخ أبي سليمان، وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً وله بيعه لأنه تعليق بشروط وهو أن يؤدّي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء. ووجه رواية أبي سليمان أنه جعله منجماً والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للألفاظ واستشهد لأبي حفص بما لو قال: إن أدّيت إليّ ألفاً في هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه في غيره لا يعتق اتفاقاً. وأجيب بأنه ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل قوله: **(ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة بالنظر إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا**

الكتابة وما أشبهها. وقوله: **(أنه)** يعني المولى **(ينزل قابضاً بالتخلية)** برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، وقوله: **(إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً)** احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه. وقوله: **(ولهذا لا يتوقف على قبول العبد)** توضيح لكونه تصرف يمين. وقوله: **(ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان)** متصل بقوله لأنه تصرف يمين. وقوله: **(لأنه لا استحقاق)** تقريره: لا جبر إلا باستحقاق ولا استحقاق **(قبل وجود الشرط)** ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء. وقوله: **(بخلاف الكتابة)** متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً. وقوله: **(لأنه)** أي لأن عقد الكتابة **(معاوضة والبدل فيها واجب)** فكان الجبر بعد الاستحقاق **(ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ)** كما ذكرنا **(ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ)** بأن يقول إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت طالق **(حتى)** لو طلقها بهذه الصفة **(كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد)** فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية

الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض. ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا

ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضاً عنه وهو معنى المعاوضة، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعاً فلا بد من اعتباره معاوضة، ولذا كان عوضاً في الطلاق إذا قال: إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت طالق حتى وقع بائناً لكن لما لم يكن المال لازماً على العبد تأخر هذا الاعتبار إلى وقت أدائه إياه، ويلزم اعتباره مكاتباً لأن ما بالضرورة يتقدّر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لأن على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى. وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد. وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق، أما إن أريد به الإعتاق الذي هو فعله فلا، ولو حوّل تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكاتباً كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعاً، بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر. فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط وإلا لتضرر السيد إذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسري الحرية إلى المولود للأمة المعلق عتقها بالأداء، بخلاف ما لو كان عبداً لأن رقّ الولد وحريته تابعة لأمه. والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كلّ عليه، وعلى هذا يدور الفقه، أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقاً وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة، إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدّى زيوفاً فإن له أن يرجع بقدره جياداً وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضاً إذا أتاه به، وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة: الأولى ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالاً فهو للمولى ولا يؤدي منه عنه ويعتق[1] بخلاف الكتابة. الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة

فيجبر على القبول. فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضة أصلاً لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك للمولى، لأنه قبل الأداء عبد وهو ما في يده لمولاه. أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير

قوله: (لأن البدل والمبدل إلخ) أقول: فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق، وليس ذلك ملك المولى، ولا تمس الحاجة في تتميم السؤال إلى كون المبدل في ملكه بل يكفي حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل قوله: (ملك للمولى) أقول: يعني رقبة وتصرفاً قوله: (وفيه نظر من وجهين، إلى قوله: فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع إلى قوله كلاهما عند الأداء ملك المولى. وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقاً على الأداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثاني أيضاً، فإن مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل قوله: (ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها) أقول: كيف يكون قائماً فيها وليس للمولى ولاية التصرف في ماله، ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به في المرابحة والتولية وغيرهما وفي التعليق ليس كذلك قوله: (فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول: فيه بحث، إذ لا كلام لأحد في صحة العتق على مال، وإنما النزاع في الإجبار على القبض، ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الإجبار ولا يفيد الأولوية بالطريق، فالمآل إلى ما نقل عن شيخ الإسلام كما لا يخفى على أولي الأفهام قوله: (فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكره المصنف.

---

(١) قوله: (ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الأداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي.

المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة. الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة. الرابعة لو قال العبد للمولى: حطّ عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة. الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصوّر في هذه المسئلة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة. السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو ردّ عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند

أبي يوسف نعم، وعند محمد لا، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعدّ قابضاً. ووجه قول محمد: إن وجوب القبول وإنزاله قابضاً كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول، غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الأيمان بالطلاق، وقول أبي يوسف: عندي أوجه لأن الكتابة التي تطل بالبيع هي القائمة عنده. وأنت علمت أن إنزاله مكاتباً إنما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتباً قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعاً فتبطل، وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال. السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة، هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن، فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس. الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب. التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب. العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب. الحادية عشر لو اكتسب العبد مالاً قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير به أحق من سيده فإذا أدى منه عتق قوله: (ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق) لأن شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حطّ عنه البعض وأدى الباقي فإنه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط، وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض ما يجب عليه قبوله، فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه، ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به يتحقق شرط العتق الذي هو حق العبد، وليس أداء البعض كذلك إلا إذا كان في ضمن الكل فإنه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف، وما ذكره المصنف هو المذكور في الإيضاح. وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا، وذكر في شرح الطحاوي أن عدم وجوب قبوله قول أبي يوسف وأنه القياس، والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب، والأوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لأنه قد يعجز عن أداء الكل دفعة، وما تحمل مشقة الاكتساب إلا لذلك الغرض، فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كدّ سعيه خالياً عن غرضه، ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه

العبد أحق بالمؤدي فيثبت هذا سابقاً على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالاً قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدى ذلك عتق، كذا في النهاية وغيره منسوباً إلى مبسوط شيخ الإسلام، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من إثباته. والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصوله اقتضاء، ولعل الصواب في الجواب أن يقال: لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق، فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة وقوله: (فعلى هذا) أي على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهي وتخرج المسائل) المتعارضة: يعني أن قوله إن أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حر

قوله: (وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام، إلى قوله: هو القياس) أقول: فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الأخذ به

يعتق ما لم يؤدّ الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي. ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه، ثم الأداء في قوله إن أديت

قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له بدء من أداء المشروط قوله: **(ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه)** بمثلها، أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الألف حتى يعتق لو كانت ألفاً مغصوبة، إلا أنه لا يجب عليه قبول المغصوبة، وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه إياها، وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها إضافة للمصدر إلى المفعول، وهو تعليل للرجوع وهذا لأنها ملكه، والعبد وإن قلنا إنه يملك ما اكتسبه عند الأداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق، وهذا يوجبه النظر في الغرض وهو أن يعتقه بأداء ألف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكاً له، وتلك الألف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعاً للضرر عن المولى قوله: **(ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس)** فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر ثم أدى لا يعتق، وهذا لأنه تخيير محض، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لأن إن للشرط فقط، بخلاف إذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف ففي أي وقت أدّى عتق. وعن أبي يوسف أن إن بمنزلة إذا ومتى. وقد يوجه بأن إن لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الأداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير في أي وقت شاء. ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فإنما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الإيجاب حاضر متيقن فيتقيد به. ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولاً أصلاً فإنما يثبت للفعل وقت وجوده أي وقت وجد. لا يقال: بالأداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالأداء. لأنا نقول: يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البرّ في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالأداء.

[فرع] قال أن أدّيتما إليّ ألفاً فأنتما حرّان فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميع المال، وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الأجزاء على الأجزاء، وإنما الانقسام في المعاوضات، ولذا لو

ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقاً نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود عملنا بالشبهين: شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء، كما في الهبة بشرط العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويردّ بالعيب، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة، فإذا ثبت الإجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة، وهذه رواية الزيادات، وقيل هو استحسان. وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى، وإنما يعتق بأداء الجميع، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس، إلا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤدّ الكل لعدم الشرط، كما إذا حطّ البعض وأدى البعض الباقي، لأن الشرط وجود الجميع، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله، وإذا حطّ الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض، ولو أدى ألفاً اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التي أدّاها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبلُ هذا وهذا ليس كذلك، وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال إنسان وأداه **(ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس)** وهذا ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط. وجه الظاهر ما ذكره بقوله

أولى، ثم قوله وما ذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس قوله: **(أجيب بأن الإذن، إلى قوله: لا يقتصر على المجلس)** أقول: الاقتصار على صورة إذا ومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف، فإنه وضع المسألة في إن حيث قال وذلك مثل أن يقول إن أديت إلخ.

يقتصر على المجلس لأنه تخيير، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر لأنّ إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى **(ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت)** لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غداً بألف درهم، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في

أدّى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما، فإن قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لأؤديها إليك عتقاً، لأن أداء الرسول كأداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما، ولو أدّى عنهما أجنبي لا يعتقان لأنه ليس أداءهما ولا ينتقل إليهما بخلاف الكتابة، وللمؤدي أن يرجع على المولى لأنه أدّى ليعتقا ولم يحصل مقصوده، فإن قال أؤديها إليك على أنهما حرّان أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدي بالمال على السيد. أما المعتق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإعتاق منه لهما، وأما حق الرجوع فلأن عوض العتق لا يجب على الأجنبي. ولو قال هما أمراني أن أؤديها إليك فقبلها عتقاً لأنه رسول عنهما قوله: **(ومن قال أنت حرّ بعد موتي على ألف فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غدا بألف)** فإن القبول محله الغد، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة وهو القبول إنما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا ما بعد الموت، ولو أمكنت إضافة في البيع ونحوه وجب فيه أيضاً كون قبول البيع يتأخر إلى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك؛ بخلاف ما إذا قال: أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأنه إيجاب للتدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده ديناً صحيحاً، وإذا عتق بعد الموت لا يلزمه شيء لأنه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده، وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول إلا ليظهر اختيار التدبير من العبد، كما لو قال: إن اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما إذا علق تدبيره بدخوله الدار. وأورد أن قوله: أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حرّ بعد موتى على ألف فينبغي أن يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال: أجيب بأن مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد لا يمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله: أنت مدبر على ألف إضافة لفظا ليكون يميناً فلا يشترط القبول بعده. وفي النهاية إنما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في أنت مدبر على ألف لأنه قابل الألف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في أنت حرّ بعد موتي على ألف لأنه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت، ولا يخفى أن التدبير ليس معناه إلا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت في كل من قوله: أنت مدبر أو أنت حرّ بعد موتي بلا فرق، بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو إنسان وحيوان ناطق، ثم يثبت حق الحرية فرعاً عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق. واعلم أنه روي عن أبي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد: إذا قال: أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه، فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال: قبلت أداء الألف عتق، فعلى هذا استوت المسئلتان في أن القبول بعد الموت. وروي عن أبي يوسف فيها إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده، وإن قبل كان مدبراً وعليه الألف إذا مات السيد. وعن أبي يوسف في

لأنه يخير العبد بين الأداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال أنت حرّ إن شئت. فإن قيل: قد تقدم أنه يصير مأذوناً له في التجارة فكيف يكون الأداء مقتصراً على المجلس؟ أجيب بأن الإذن يكون في صورة إذا أدّيت أو متى أديت، فإن الأداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لا تنافي بينهما لجواز أن يكون مأذوناً بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس ويتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالأبدان **(ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت)** لأن هذا الكلام إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت، وكل ما هو كذلك يقتضي أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الإيجاب **(فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم)** لأنه إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى زمان والقبول متأخر إليه لئلا يقع قبل الإيجاب

الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق. قالوا: لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق، وهذا صحيح.

الإملاء، إذا قال: إن متّ فأنت حرّ على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة، فإذا قبل صح التدبير، فإذا مات عتق ولا يلزمه المال لأنه لا يلزمه وقت القبول لأنه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق، فسوى بين المسئلتين في أن القبول حالة الحياة، إلا أنه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال. وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد: لو قال: أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال، ومعلوم أنه ذكر في الجامع في مسئلة أنت حرّ بعد موتي على ألف القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك، وحينئذ فما قيل إنهم أجمعوا أنه لو قال: أنت حرّ على ألف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح، إذ يجب أن يجعل قول: أبي يوسف في قوله: إذا مت فأنت حرّ على ألف أن القبول في حالة الحياة رواية في أنت حرّ بعد موتي على ألف أن القبول في حالة الحياة بل أولى لأن هناك الإيجاب معلق صريحاً بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف. ثم لا يخفى أن الأعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبي يوسف ومحمد، لأن الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس إلا حصول المال عوضاً عن العتق، وإلا لقال إن اخترت التدبير فأنت مدبر، وهذا لأن المولى ما رضي بعتقه إلا ببدل؛ وتعليقه بقول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه إذ المولى يستحق على عبده المال إذا كان بسبب العتق كما في المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره، على أن المروى عن أبي يوسف ومحمد في المسئلة إنما هو استحقاق المال: بعد الموت السيد وحينئذ يكون حراً. فالحاصل تأخر وجوب المال إلى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده، والله الموفق. وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة، وزاد غيره: أو الوصي أو القاضي إن امتنعوا، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزاً وتعليقاً والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً، فلو قال: إن دخلت الدار فأنت حرّ فدخل لا يعتق، وإذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لأن عتقه يقع له، ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره. واعترض بأن الأهلية ليست بشرط إلا عند الإضافة والتعليق، ولذا لو جُنّ بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت. وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره، ولا يخفى أن هذا ليس دافعاً للسؤال، وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له، وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه إن أراد المجيب أنه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم الوقوع عند الشرط، فصار الحاصل من الإيراد أنه علل بما لا أثر له. فأجاب المجيب بإبداء علة أخرى أو مانع وقال: هذا جواب هذا السؤال،

(بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال) على ما سيجيء فيكون القبول كذلك (إلا أنه لا يجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) إذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائماً والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، بخلاف ما لو أعتقه على مال لأنه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحرّ والمولى قد يستوجب مالاً على معتقه. فإن قيل: لما لم يجب المال في المدبر على الألف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول؟ أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وإن لم يجب المال. وقوله: (قالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم (وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) في ذلك الوقت. قال المصنف (وهذا) أي قولهم لأنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب وقد عدمت بالموت، بخلاف التدبير فإنه إيجاب في الحال والأهلية

قال: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين) أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً

والصواب في الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للإعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره، ومبنى السؤال على فهم أنه الموت. ويمكن كون مراده أنه ليس أهلاً لإعتاقه لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة فصار أجنبياً عنه، وإنما لزم خروجه إلى ملكهم لأنه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت وإذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق إلا بعتق الورثة وصار كما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال: ينبغي أن يعتق حكماً لكلام صدر من الأهل في المحل وإن كان الميت ليس أهلاً للإعتاق لما قلنا: إن الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الإيجاب معتبراً بعد الموت، فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبراً بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله: فالقبول بعد الموت ولا يخفي أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبراً يشترط أن يكون في ملكه عند نزول العتق، ثم نفي الفائدة ممنوع فإن بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث، فإن لم يفعل أعتقه القاضي، ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له. نعم يقال إذا كان العتق لا بد منه فما السبب إلى نقله إلى ملكهم ثم أمرهم بالإعتاق إن كان بسبب أنه لا سائبة. فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ إيجابه وصحته، ولهذا كان قبوله معتبراً فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لأن القول لا يعتبر بعده بل يتقيد به. وما تقدم من نوادر بشر من قول أبي حنيفة، فإذا مات المولى وقال: قبلت أداء الألف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه إلى عتق الوارث، كما استدل به ذلك الشارح أيضاً مع أن في المسئلة خلافاً كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال: ومن المتأخرين من قال: ينبغي أن لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لأن الإعتاق من الميت لا يتصور، ثم قال: وهذا أصح فإنه يفيد بعد ثبوت الخلاف، ثم نقول العتق ما وقع إلا من الحيّ، لأن العتق بقوله: أنت حرّ المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وإن كان نزول أثره بعد موته إلا أنه يبقى عليه إشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهراً فيما إذا قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر اعتباراً لحاجته إلى نفاذ إيجابه واعتباره، وطول المدة وقصرها لا أثر له، فإن الموجب حاجته إلى ما ذكر وهي متحققة فيهما، وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده قوله: **(ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلاً)** أو أقل أو أكثر **(فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه)** أي على العبد **(قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف، وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين)** أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت

ثابتة والموت شرط والأهلية ليست بشرط عنده، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرّ فوجد الشرط وهو مجنون، وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق إلا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقاً بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يعتق إلا بإعتاق الوارث لانتقال العبد إلى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حرّ بعد موتي بشهر، بخلاف المدبر لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث. فإن قيل: أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حرّ بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الإيجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضاً فيه. أجيب بأن هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف إضافة الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فلا يشترط القبول بعده، وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فيشترط القبول بعده. قال: **(ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين)** أي ومن قال لعبده أنت حرّ على أن تخدمني أربع سنين **(فقبل العبد عتق، فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وهو قول أبي حنيفة: الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين**

قوله: (أجيب بأن هذا يمين إلخ) أقول التدبير ليس بيمين على ما سيجيء من المصنف الإشارة إليه، ويفصله الشارح في الدرس الآتي.

فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة. ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم

المعتادة في مدة معلومة عوضاً فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لأنه صلح عوضاً لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهراً مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال، ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور، وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما، وعند محمد بقيمة الجارية، وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فكذا عندهما، وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير، ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب، ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيهما معاً ابتدائي، ولم يقل أحد إنه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة. قيل: لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام، وقيل: بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت، لكن لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث. وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر: أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل، ولا يمكن الفسخ إذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثلياً، وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقاً. وجه قولهما: أنها بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه، كما إذا اشترى عبداً أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالاً في مقابلة إخراجه مالاً عن ملكه. نعم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق، وهذا الاعتبار لا ينفي الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض، فصار كما إذا باع عبداً بجارية ثم استحقت إنما يرجع بقيمة العبد، بخلاف ما قيس عليه لأن مبادلة مال بما ليس بمال، ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع. ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا، ولو خدمة سنة مثلاً ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد، وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس، وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول، فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه، وعند محمد قيمة الخمر، هذا في المعاوضة. أما لو كان قال: إن خدمتني أربع سنين أو سنة مثلاً فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى، وكذا لو أعطاه مالاً عوضاً عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم، وكذا لو قال: إن خدمتني وأولادي فمات

أما العتق فلأن الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضاً عن العتق) وكل ما جعل عوضاً عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لأنه الحكم في الأعواض كلها، وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقاً مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال حيث قال تعالى **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ (فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي)** أي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحقت **(معروفة)** في طريقة الخلاف، وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك. وجه قول محمد إن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها. ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لأنها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسلمه وجب تسليم المبدل وهو العبد، لكن لا يمكن تسليمه لأن العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا في المبنى. ولقائل أن يقول: هذا مناقض لما قال المصنف في أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لا يملك نفسه. والجواب أن الإعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا، وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأي مال كان كما تقدم، ومعاوضة مال

الجارية بالهلاك والإستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى فصار نظيرها **(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوّجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر)** لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم عليّ ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق على المأمور، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم عليّ ففعل حيث يجب الألف على الآمر، لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق

بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق قوله: **(ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها)** وفي بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على أن تزوجنيها وليس في عامة النسخ، وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضاً، فإذا عتق فإما أن تزوّجه أو لا ولا يلزمها تزوّجه لأنها ملكت نفسها بالعتق، فإن لم تتزوّجه لا يجب على الآمر شيء أصلاً لأن حاصل كلامه أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها، فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها، وأما حصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الأجنبي، بخلاف الخلع لأن الأجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه، بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوّة حكمية وهي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج والتزوّج وغير ذلك من الشهادات والقضاء، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوّض، وإن تزوّجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب قيمتها سقط منه، وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفاً وقيمتها ألفاً سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه، وإن تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث. وقوله وقد قررناه من قبل: يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال: لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح، لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الأجنبي غير صحيح قوله: **(ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم)** على أن تزوّجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل: أي أعتق قسمت الألف على قيمتها، ومهر مثلها على ما بيناه، فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه: يعني إن لم تكن زوّجت نفسها منه، وإن زوّجت نفسها وجب لها عليه، وإنما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لأنه لما قال: عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع، لكنه ضم إلى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة، وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما، فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمناً بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالاً ثم خروجه باستحقاقه نفسه، ومنافع البضع وإن لم تكن مالاً لكن أخذت حكم المال لأنها متقوّمة حال الدخول وإيراد العقد عليها. فإن قيل: إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال إلى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لأنه إدخال صفقة في صفقة، وإذا فسد وجب، إما عدم وقوع العتق لأنه من جهة الآمر وهو لم يقبضها، والمبيع في البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك، وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى، وإن ضعف فيكتفي به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجاً في البيع ضمناً له فلا يراعي من حيث هو مستقلاً ولا يفسد به. ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات. وقول المصنف لم يذكره: يعني محمداً في الجامع الصغير،

بمال من وجه بالنظر إلى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية، فإنه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره. وأما المبني عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل. ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته، كما إذا تبايعا عبداً بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد. وقوله: **(وكذا بموت المولى)** يعني أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء. وقوله: **(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف**

لا يجوز وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه) لأنه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف، وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما، ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع، فلو زوّجت نفسها منه لم يذكره. وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهي للمولى في الوجه الثاني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين.

وقوله في الوجه الأول: يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني، والوجه الثاني هو ما ذكر فيه، وقوله: في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر إذا زوّجت نفسها، وقد بيناه من قبل.

درهم عليّ) لم يذكر في بعض النسخ عليّ اكتفاء بدلالة عليّ على الوجوب وذكر في بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة: وقوله: (وقد قررناه من قبل) يعني في الخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة، والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق، إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير، فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبي، بخلاف العتاق فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوّة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي كالعبد حيث لا يثبت به له شيء أصلاً فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز. وقوله: (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والمسألة بحالها) أي قال على أن تزوجينها ففعل فأبت أن تتزوّجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة أدّاه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (على ما عرف) يعني في أصول الفقه وفيه شبهتان إحداهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد، ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم، والثانية أن البيع إذا كان فاسداً ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة، والقول بما يخصه من الثمن إنما هو موجب البيع الصحيح، كما إذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي. وأجاب الإمام شمس الأئمة السرخسي عن الأولى بأن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، والإمام فخر الإسلام عن الثانية بأن البيع مندرج في الإعتاق، فأخذ حكم الإعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن. وقوله: (فلو زوجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهو ما إذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى في الوجه الذي قال فيه عني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً للأمة في الوجهين.

قوله: (وقوله وقد قررناه من قبل إلخ) أقول: وقد سبق في فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع إلى الشرح، ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى ما ذكره في الخلع وإلى ما ذكره في ذلك الفصل، فإنه بين صحة تحمل الأجنبي بدل الطلاق في الجمع وعدم صحة تحمله بدل العتاق في الفصل فتأمل قوله: (تصير قابضة نفسها إلخ) أقول: فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى وإن ضعف.

باب التدبير

(إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً) لأن

باب التدبير

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت، ووجه الترتيب ظاهر، وهذا أحسن مما قيل فيه: إنه مقيد والمقيد مركب، وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فإنها تقييد للعتق بشرط غير الموت، كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها إلى ههنا، ثم التدبير لغة النظر في عواقب الأمور. وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقاً بالموت مطلقاً لفظاً أو معنى. وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فإنه مالك يداً، ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يداً، بل الواجب أن يقال: ملكه متزلزل إذ لا شك في أنه مالك شرعاً لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه، وغاية الأمر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الأمة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون. وفي المبسوط: فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كإعتاقهما، ولو قال العبد: أو المكاتب إذا اعتقت فكل مملوك أملكه حرّ فعتق فملك مملوكاً عتق لأنه مخاطب له قول معتبر، وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له، بخلاف ما لو قال: كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حرّ فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة، وقال: يعتق، وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا. في المبسوط: لو قال لصبي أو مجنون: دبر عبدي إن شئت فدبره جاز، وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق. وإذ قد انجرّ الكلام إلى الوكالة فهذا فرع منه. قال لرجلين: دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز، ولو جعل أمره في التدبير إليهما بأن قال: جعلت أمره إليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما، بخلاف الأول لأنه جعلهما معبرين عنه، وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء، ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الأمر إليهما، كذا في المبسوط قوله: **(إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ وأنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبراً)** لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير، فإنه أي التدبير إثبات العتق عن دبر. وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد إثباته عن دبر كذلك فهو صريح، وهو ثلاثة أقسام: الأول ما يكون بلفظ إضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي. والثاني ما يكون بلفظ التعليق كإن متّ أو إذا متّ أو متى متّ أو حدث بي حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث في الموت، وكذا أنت حرّ مع موتي أو في موتي فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط، وروى هشام عن محمد إذا قال: أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً في الحال

باب التدبير

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة. والتدبير في اللغة: هو النظر إلى عاقبة الأمر. وفي الشريعة هو إيجاب العتق الحاصل بعد موت الإنسان بألفاظ تدل عليه صريحاً كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ مع موتي أو في موتي، وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالي. وحكم

باب التدبير

قال المصنف: (لأن هذه الألفاظ صريح) أقول: يعني غير الأول أو غلب الصريح على غيره.

هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر **(ثم لا يجوز بيعه ولاهبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية)** كما في الكتابة. وقال الشافعي: يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في

لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حرّ بعد موتي سواء، وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتي. والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك، وكذا إذا قال: أوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته. وفي الكافي: أنت حرّ أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبراً، والمراد باليوم الوقت لأنه قرن به مالا يمتد، ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبراً مطلقاً لجواز أن يموت ليلاً. يعني فيجوز بيعه، فإن لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر، وإنما كانت صرائح لأنها استعملت في الشرع، كذلك قال: رسول الله ﷺ في أم الولد «فهي معتقة عن دبر منه»(١) ذكره في المبسوط، ثم تورورثت بلا شبهة في هذا المعنى. ولو قال: أنت حرّ بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لأنه لم يتعلق عتقه بموته مطلقاً، فإن مات المولى قبل فلان نم يعتق لأن الشرط لم يتم فصار ميراثاً للورثة وكان لهم أن يبيعوه، وإن مات فلان أوّلاً يصير مدبراً مطلقاً فليس له أن يبيعه خلافاً لزفر لأنه كما لو قال: إذا كلمت فلاناً فأنت حرّ بعد موتي فكلمه أو قال: أنت حرّ بعد كلامك فلاناً أو بعد موتي فإذا كلم فلاناً صار مدبراً. ولو قال: بعد موتي إن شئت ينوي فيه، فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حرّ بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبراً، وإن نوى المشيئة بعد الموت فإذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حرّ بوجود الشرط لا باعتبار التدبير. وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الصحيح أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي بمثل ما تقدم في الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثاً فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها، كما لو قال: أعتقوه بعد موتي إن شاء وهو نظير ما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر، نص عليه إبن سماعة في نوادره وكذا بيوم. وفي الإسبيجابي: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي فللوارث أن يعتقه تنجيزاً أو تعليقاً، والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً، ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة، والذي ينبغي أن يفصل في التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضي زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه، بل إن شاء رفع إلى القاضي لينجز عتقه، ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته في حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهذا اللفظ. وعن أبي يوسف: لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول في المجلس. وفي الأصل: لو قال: بعد موتي بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لأنه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده، فإن مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة، وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازي، ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الأولى فقال: إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتدّ بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه، وأما في مسئلة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرّر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى، ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث، وهذا إن تم أشكل على ما تقدم في مسئلة أنت حرّ بعد موتي بألف، فإن زمن القبول كزمن المشيئة، فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته. لا

التدبير أنه لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة، فإذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه: الحسين بن عبد الله قال البوصيري في الزوائد: الحسين تركه علي المديني وغيره اهـ وكذا أعله البيهقي به، وقال: ضعفه أكثر أصحاب الحديث اهـ وأما الحاكم فقال: صحيح الإسناد! ورده الذهبي بقوله: حسين متروك.
وسيأتي مزيداً من الكلام عليه في أول بحث الاستيلاد.

المدبر المقيد ولأن التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك. ولنا قوله ﷺ «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث» ولأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره؛ ثم جعله سبباً في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود،

يقال: ينبغي أن يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقياً على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شرعاً، وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وإن كان كذلك لكنه متوقع. وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجه من ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أسهل من رفعه، ثم إدخاله في ملك شخص ثم إخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته. ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لأن العتق هنا يقع مجاناً فوجب عتقه من جهة المولى. لأنا نقول: لو صح ذلك لزم في أنت حرّ بعد موتي بيوم عدم توقفه، بل أولى لأن مجيء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على أنه لا يعتق إلا بإعتاقهم قوله: **(ثم لا يجوز بيعه)** أي المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال، وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز، فيجوز استخدامه وإجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها، وعلله المصنف فما يأتي بقوله لأن الملك فيه ثابت، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات، وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع، ولا مالية للمدبر كأم الولد وليس على المولى في جنايات المدبر إلا قيمة واحدة لأنه ما منع إلا رقبة واحدة، وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه، وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للأرش، وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لأنه مملوك بعد التدبير. واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فإنهم يعتقون فكان عتقهم معلقاً بمطلق موت السيد. ثم إنه لو باع الذين اشتراهم صح، ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت. أجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم تعتبر يوم الموت، وبالنسبة إلى الموجود عند الإيجاب، حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لأنها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته، ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب فتناولت من يكون موجوداً عند الموت قوله: **(وقال الشافعي: يجوز بيعه وهبته)** للمنقول والمعنى. أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر «أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي ﷺ بثمانية درهم ثم أرسل بثمنه إليه» (١).

وسعى في ثلثيه وقال الشافعي: **(يجوز بيعه وهبته لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات)** من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما **(وكما في المدبر المقيد)** فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف **(ولأن التدبير وصية)** حتى يعتبر

قال المصنف: **(وكما في المدبر المقيد)** أقول: سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطراً تخميناً قوله: **(ثم إما أن يكون إلخ)** أقول: غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣١ و ٢٥٣٤ و ٦٧١٦ و ٦٩٤٧ ومسلم ٩٩٧ وكرره عقب حديث ١٦٦٨ حـ ٥٨ . ٥٩ والترمذي ١٢١٩ وابن ماجه ٢٥١٣ وابن الجارود ٩٨٣ . ٩٨٤ وأبو يعلى ١٨٢٥ والشافعي ٢/ ٦٨ . ٦٩ وعبد الرزاق ١٦٦٦٢ ١٦٦٦٣ والحميدي ١٢٢٢ وأحمد ٣/ ٣٠٨. ٣٦٨ . ٣٦٩ وابن حبان ٤٩٣٠ وأبو يعلى ١٨٢٥ والبغوي ٢٤٢٦ والدارمي ٢٤٧٥ والبيهقي ١٠/ ٣٠٨ . ٣٠٩ كلهم من طريق عمرو بن دينار عن جابر: «أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيرُهُ، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نُعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه. قال عمرو: سمعت جابر بن عبد الله يقول: عبداً قبطياً مات عام أوّل في خلافة ابن الزبير» هذا لفظ مسلم والبخاري في رواية، وكذا غيرهما رواه هكذا.

وأنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق، وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا، ولأنه وصية

وفي لفظ «أعتق رجل من الأنصار غلاماً له عن دبر وكان محتاجاً وكان عليه دين فباعه رسول الله ﷺ بثمانية درهم فأعطاه فقال: اقض دينك وأنفق على عيالك»[١] ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة. وروى أبو حنيفة بسنده «أن رسول الله ﷺ باع المدبر»[٢] وفي موطإ مالك بسنده إلى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل فذكروا له مرضها فقال: إنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة، قال: فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت؟ قالت: أردت أن تموتي حتى أعتق، قالت: فإن لله عليّ أن تباعي من أشد العرب ملكة، فباعتها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها»[٣] ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين. والجواب أنه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الإسلام على ما روي «أنه ﷺ باع رجلاً يقال له سرق في دينه، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾»[٤] [البقرة ٢٨٠] ذكره في الناسخ والمنسوخ، فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ،

من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لإنسان **(ولنا قوله ﷺ «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث»)** رواه نافع عن ابن عمر **(ولأنه)** أي التدبير **(سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت)** فلا بد له من سبب **(ولا سبب غيره)** ثم إما أن يكون سبباً في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه، ولأنه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضاً لا يبقى فتعين أن يكون سبباً في الحال: واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال: وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت. وأقول قوله: **(ثم جعله سبباً في الحال أولى)** يدل على أن جعله سبباً في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين، فيحمل ما ذكره هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سبباً بعد

قوله: **(وأقول قوله ثم جعله إلخ)** أقول: أنت خبير بأن المعتبر ما ساق إليه الدليل لا دلالة اللفظ، والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الأولوية على الوجوب، ألا يرى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية، ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل، فيكون هذا الكلام من المصنف متضمناً للاعتراف بعد تمام ما قرره في الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى قوله: **(إذ السائر بمعنى الباقي)** أقول: ولك أن تقول في باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهري.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٩ والشافعي ٦٨/٢ والنسائي ٣٠٤/٧ وابن حبان ٤٩٣٢ و ٤٩٣١ وأبو يعلى ١٩٣٢ و ٢١٦٧ والبغوي ٢٤٢٧ والبيهقي ٣١٢/١٠. ٣٠٩. ٣٠١ وأحمد ٣٠١/٣ والحميدي ١٢٢٢ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وأخرجه أبو داود ٣٩٥٧ وأحمد ٣٠٥/٣ وابن حبان ٤٩٣٤ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر بنحوه.

وأخرجه أبو داود ٣٩٥٦ وابن حبان ٤٩٣٣ والبيهقي ٣١١/١٠ كلهم من طريق عطاء عن جابر به.

فحديث جابر له طرق كثيرة كما ترى، وألفاظه متقاربة والقصة واحدة.

(٢) صحيح. هو في مسند أبي حنيفة ص ١٠٩ وأخرجه البخاري ٢٢٣٠ هكذا باختصار و ٢٤٠٣ والنسائي ٣٠٤/٧ وابن حبان ٤٩٢٩ وابن ماجه ٢٥١٢ وأحمد ٣٠١/٣ كلهم من طريق عطاء عن جابر بهذا اللفظ.

(٣) موقوف. أخرجه محمد بن الحسن في الموطأ ٨٤٣ من طريق مالك والحاكم ٢١٩/٤ من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري كلاهما عن عمرة عن عائشة بهذا الخبر، وكذا البيهقي ٣١٣/١٠ وقال الحاكم: صحيح على شرطهما. وهو كما قال رجاله كلهم ثقات ومن طريق الحاكم أخرجه الدارقطني ١٤٠/٤.

قال محمد بن الحسن عقب روايته: أما نحن، فلا نرى أن يباع المدبر، وهو قول زيد بن ثابت وابن عمر وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة وعامة فقهائنا.

(٤) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١٤٢/٤ عن عبد الرحمن بن السلماء مطولاً وله قصة. ولم يذكر الآية. قال الهيثمي: فيه مسلم بن خالد الزنجي وثقة يحيى وابن حبان وضعفه جماعة. ورواه الطبراني في الكبير من طريق ابن لهيعة من وجه آخر. وحديث ابن لهيعة حسن. وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ. وذكره ابن حجر في الإصابة ٧١١/٤ مع هذا الحديث وفي ٣١٢٢ وضبطه: سُرّق.

والوصية خلافة في الحال كالوراثة وإبطال السبب لا يجوز، وفي البيع وما يضاهيه ذلك. قال: (وللمولى أن يستخدمه

وإنما يفيده استصحاب ما كان ثابتاً من جواز بيعه قبل التدبير، إذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه، ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما «لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حرّ من ثلث المال»(١) وقد رفعه إلى رسول الله ﷺ، لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه. وأخرج الدارقطني أيضاً عن عليّ بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث»(٢) وضعف ابن ظبيان. والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه، فعلى تقدير الرفع لا إشكال، وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لأنه واقعة حال لا عموم لها، وإنما يعارضه لو قال: ﷺ يباع المدبر. فإن قلنا بوجوب تقليده فظاهر، وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لأن منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر. وأيضاً ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوساً يقولان عن جابر في الذي أعتقه مولاه في عهد رسول الله ﷺ كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضي دينه الحديث. فقال أبو جعفر: شهدت الحديث عن جابر «إنما أذن في بيع خدمته»(٣) رواه

الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى. فإن قيل: في التدبير تعليق، وليس في التعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال، وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات؟ أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط. واعلم أن في كلام المصنف غموضاً لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها، فنقول: المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه، وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم، وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسباباً في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يميناً قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم، فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط، وما كان مانعاً عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعاً عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو قوع الطلاق، وإليه أشار بقوله وإنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق، وما كان مانعاً للحكم لا يمكن أن يكون سبباً له فصفة كون تصرف التعليق يميناً تمنع

---

(١) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨ والبيهقي ١٠/ ٣١٤ كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعاً.

وقال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف إنما هو عن ابن عمر موقوفاً، ثم قال: لا يثبت مرفوعاً ورواته ضعفاء، ونقل البيهقي كلام الدارقطني هذا موافقاً إياه، وكذا الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٥ فالموقوف قوي، والمرفوع، واهٍ.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨ والبيهقي ١٠/ ٣١٤ وابن أبي حاتم في علله ٢٨٠٣ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً قال ابن أبي حاتم: سئل عنه أبو زرعة، فقال: هذا حديث باطل وامتنع من قراءته.

قال ابن أبي حاتم: ورد عن ابن عمر موقوفاً.

وأخرج الدارقطني موقوفاً وكذا البيهقي: وقالا: هذا هو الصحيح. ونقل البيهقي عن الشافعي قوله: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس بمرفوع، وهو عن ابن عمر موقوف فوقفته والحفاظ يقفونه اهـ.

وعلته ضعف علي بن ظبيان ومخالفته مع ضعفه لجماعة الثقات. وانظر نصب الراية ٣/ ٢٨٥

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨. ١٣٧ من طريق عبد الغفار بن القاسم عن أبي جعفر قال: ذُكر عنده أن عطاء وطاوس يقولان عن جابر... الخبر.

قال الدارقطني: عبد الغفار ضعيف، ورواه غيره عن أبي جعفر مرسلاً. ثم أسنده الدارقطني عن أبي جعفر عن النبي ﷺ: أنه باع خدمة المدبرة.

وقال الدارقطني عقبه: وأبو جعفر وإن كان من الثقات فإن حديثه مرسل.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٢٨٦ ما ملخّصه: قال عبد الحق في أحكامه عن حديث عبد الغفار الذي رواه موصولاً: عبد الغفار هذا يرمه بالكذب، وكان غالياً في التشيع.

وأما ابن القطان فقال عن المرسل: هو صحيح لأن العرزمي ثقة وأبو جعفر ثقة اهـ.

قلت: أبو جعفر هو محمد الباقر رضي الله عنه.

ويؤاجره وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات **(فإذا مات المولى**

الدراقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر. وقال: أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل. وقال ابن القطان: هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العزرمي وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى. فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضرّ لكن الحق عدمه (١) وإن كان متشيعاً، فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام ابن علي زين العابدين بأنه شهد حديث جابر، وأنه إنما أذن في بيع منافعه، ولا يمكن لثقة إمام ذلك إلا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث. وقال ابن العز: قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله، والنص مطلق فيجب العمل به إلا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه، وأنت إذا علمت أن الحرّ كان يباع للدين ثم نسخ، وأن قوله في الحديث باع مدبراً ليس إلا حكاية الراوي فعلاً جزئياً لا عموم لها، وأن قوله: أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق، والمقيد إذ يصدق على الذي دبر مقيداً أنه أعتق عن دبر منه، وأنّ ما عن ابن

عن كونه سبباً للحكم وهو الطلاق والعتاق. فإن قلت: قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل إن لم تدخل الدار فأنت طالق، وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال: والمنع هو المقصود وإنه يقتضي الحصر عند البلغاء؟ قلت: لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل. فإن قلت: التدبير يمين أو ليس بيمين، فإن كان يميناً وجب أن لا يكون سبباً لقيام المانع على ما قررتم، وإن لم يكن يميناً لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقي. قلت: ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن، واستقامة إطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة إن لم اليمين أخص من التعليق. ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال. والجواب أنه إضافة لا تعليق. وقوله: **(وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط)** لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات. ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ. وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا. واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم. والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون. وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط. وقوله: **(ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال)** فرق آخر بينهما. وتقريره: التدبير المطلق وصية، والوصية سبب الخلافة في الحال لأن الموصي يجعل الموصى

قوله: **(والجواب أنه إضافة لا تعليق)** أقول: وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي أو إذا مت. وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم المعلق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية. بقي الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سبباً حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الأول قوله: **(فرق آخر بين التدبير إلخ)** أقول: صرح في كتب الأصول في مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الإضافات أسباب في الحال فينتقض الدليل بها قوله: **(والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق إلخ)** أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل قوله: **(والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك)** أقول: فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع، فإن التدبير ليس إعتاقاً في الحال، وكونه إعتاقاً في المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع.

---

(١) قلت: الحق وجوده فابن القاسم هذا واه بمرة وإليك الميزان للذهبي وملخصه: رافضي ليس بثقة. قال علي المديني: كان يصنع الحديث، وقال يحيى: ليس بشيء.

وقال شعبة: سمعت سماكاً الحنفي يقول له في شيء ذكره: كذبت والله. قال أبو داود الطيالسي الراوي عن شعبة هذا الكلام: وأنا أشهد أن أبا مريم كذاب لأني لقيته، وسمعت منه واسمه عبد الغفار بن القاسم.

وقال أبو حاتم والنسائي وغيرهما: متروك اهـ. قلت: فكيف يقول ابن الهمام الحق عدم ضعف عبد الغفار هذا. فالصواب أنه متهم بالكذب واهٍ بمرة.

عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا، ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث، حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين

عمر موقوف صحيح [١]، وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة، وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعاً أن المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر إن لم يصح رفعه يعضده، ولا يعارضه المروى عن عائشة رضي الله عنها [٢] لجواز كون تدبيرها كان مقيداً، ولأنه أيضاً واقعة حال لا عموم لها، فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة، فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه. وأما المعنى الذي أبطل به الشافعي منع بيعه. فما ذكر في الكتاب من قوله: لأنه تعليق العتق بالشرط، وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت، وكذا إن اعتبر جهة كونه وصية، فإن الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز، فظهر أنه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه، وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا: أي إعمال الشبهين يدور الفقه. وجوابه ما ذكر المصنف بقوله: ولأنه سبب الحرية لأنها تثبت بعد الموت، ولا ثبوت إلا بسبب ولا سبب غيره: أي غير قوله: أنت حرّ المعلق في إذا متّ أو المضاف في بعد موتي، فإما أن يجعل سبباً في الحال أو بعد الموت، وجعله سبباً في الحال أولى لأنه حال وجوده، بخلاف ما بعد الموت فإنه معدوم إنما له ثبوت حكمي، فإضافة السببية إليه حال وجوده أولى، فهذا وجه أولوية السببية في الحال. ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولأن ما بعد الموت الخ: يعني لا بد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الأهلية لهما والموت يبطلها، بخلاف الجنون لأن المجنون أهل لثبوت ملكه كما إذا مات مورّثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيئاً فإنه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه، ولو ارتدّ أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته، فلذا لم تشترط الأهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لأن ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك، بخلاف الموت فإنه سالب لأهلية الأمرين، فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سبباً بعد موته فلزمت سببيته في الحال وإلا انتفت لكنها لم تنتف شرعاً، ولأن سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سبباً في الحال لأنها أيمان واليمين في مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل، فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصد فيها لأنها تعقد للبرّ وأنه يضاد وقوعهما، ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو

له خلفاً في بعض ماله بعد موته كالوراثة فإنها سبب خلافة في الحال. واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها، ولجاز البيع لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعاً عن الوصية وليس الأمر كذلك. والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك. ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك. وقوله: (وإبطال السبب لا يجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين، هكذا التدبير سبب الحرية، وسبب الحرية لا يجوز إبطاله، وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية فلا يجوز. قال: (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية في الحال وإنما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتاً، ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حرّ دخل فيه المدبر، وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره، وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوّجها لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا) يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام «وهو حرّ من الثلث» (ولأن التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت) ولا نعني بالوصية إلا ذلك، والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفاً، وكل وصية تنفذ من الثلث حتى ولو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته، وإن كان على

---

(١) أثر ابن عمر تقدم قبل خبر جابر، وأن الصواب وقفه.
(٢) أثر عائشة تقدم قبل ثلاثة أخبار.

على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم

التدبير، فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق. ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن في التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال، وإذا انعقدت سببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقص بما إذا قال: إذا جاء غد فأنت حرّ فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يميناً فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف، وهذا الإشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائناً لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما، أما قبل ذلك فليس بصحيح. والجواب بأن الكلام في الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد. على أن كون التعليق بمثل مجيء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح. وأجيب أيضاً بما هو حاصل الوجه الثاني وهو أن التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة. ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية، وهذا وارد على عبارته إلا بعناية، وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة: أي الوصية المذكورة وهي الوصية برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها. ويفرق بين قوله: إذا متّ فأنت حرّ بعد موتي وبين قوله: أعتقوه بعد موتي، فإن الأول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف أعتقوه. وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيراً كانت خلافة تستدعي لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه. وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه، وهذا عين المتنازع فيه فإن الخصم يقول: الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء، ولا مخلص إلا أن تبدي خصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك، وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحاً بالموت أو أضيف، وكون ذلك في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع، فالحق أن الاستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه، ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك قوله: (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أوّل الباب، ولأن التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثية للورثة، ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية، ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته قوله: (وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق، أما ولد المدبرة تدبيراً مقيداً فلا يكون مدبراً، هذا هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: ولد المدبر مدبر. وليس بصحيح لأن الولد يتبع أمه لا أباه، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حراً، أو أمة فولدها عبد سواء كان

المولى دين يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته. قوله: (وولد المدبرة مدبر) هذه هي النسخة الصحيحة، ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر، وليس بصحيح لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لمولاها، والثاني يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب. وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وخوصم إلى عثمان رضي الله عنه في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع، وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع، وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف قوله: (فإن علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر، ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين، وقد عرفت أن صفة كونه يميناً يمنع عن السببية، وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سبباً. فإن قيل: إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد إذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب، وإن انعقد قبله كيف يجوز بيعه؟ فالجواب أنه موقوف، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لأنه يثبت

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن متّ من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو

أبوه حراً عبداً مدبراً أو لا، ثم المراد الولد الذي كانت حاملاً به وقت التدبير أو الولد الذي حملت به بعد التدبير، أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبراً لتدبيرها، أما الذي كان حملاً فبالإجماع كما لو أعتقها وهي حامل، وأما الذي حملت به بعده ففي قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعي فيه قولان، قال المصنف: وعلى هذا إجماع الصحابة: يعني الإجماع السكوتي، فإنه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف، ولا يخفى أن سريان التدبير إلى الولد على خلاف القياس بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعي. ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال: ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى: لأنها تدعي حق العتق لولدها، ولو ادعته لنفسها كان القول له: مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لإثباتها زيادة حق العتق. واعلم أنه إذا حلف المولى يحلف على العلم لأنه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير، ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير. واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبراً وإلا لا، ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية، ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال: ما في بطنك حرّ بعد موتي وقال الآخر: أنت حرّة بعد موتي فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما لأنه كان موجوداً حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من الأوّل ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبراً للذي دبر الأم لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجزء، وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبراً للذي دبر الأم، وأما الأم فنصفها مدبر للذي دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها إن كان موسراً وبين أن يستسعيها فتعتق الأم بضمان والولد المدبر بلا ضمان، لأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك، ألا يرى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة، ولأنها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها، وإذا دبر ما في بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها. وذكر في كتاب الهبة من الأصل: إذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة، بخلاف ما لو باعها. وقيل في المسئلة روايتان، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما في البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه، ولو أعتقه جاز هبتها لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن، فلو وهب الأم فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب داراً فيها ابن الواهب وسلمها. ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر بيوم فهما مدبران لأنهما توءمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن، ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز، وإن وضعت بعد هذا لأقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة أيضاً تبعاً للأم، فإذا أدّت عتقاً جميعاً، وإن مات المولى قبل أن تؤدي عتق الولد بالتدبير، وإن ماتت الأم قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الأم لأنه دخل في الكتابة، فإن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيختار الأنفع له، وإن كان خرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن مقصوده حصل. ولو قال لأمته: ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقاً لم تعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال: أنت مثل الحرة أو المدبرة قوله: **(وإن علق التدبير بموته على صفة)** مثل أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم

كائن لا محالة **(فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر)** معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في

تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع أولاً، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذ ذاك يصير مدبراً مطلقاً لا يجوز بيعه بل لا يمكن، فأما ما قيل: آخر جزء من حياته فلم يكن مدبراً فجاز بيعه، وإن برىء من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم. واستشكل بما إذا قال: أنت حرّ قبل موتي بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه. أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقاً للعبد للحال فكذا هنا. ولو قال: إذا متّ أو قتلت فأنت حرّ على قول زفر هو مدبر لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان. وعلى قول أبي يوسف: ليس مدبراً لأنه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل، والقتل وإن كان موتاً فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه. وقول زفر: أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأن لا تردد في كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلاً أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان. وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال: إذا متّ وغسلت فأنت حرّ لا يكون مدبراً لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده، ثم إذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعتقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله: إن مت ودخلت الدار فأنت حرّ. وفي الاستحسان يعتق لأنه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة، فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه، كذا في المبسوط قوله: **(ومن المقيد)** أي ومن التدبير المقيد **(أن يقول إن متّ إلى سنة أو إلى عشر سنين)** فأنت حرّ، فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبراً، وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق، ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه تنجيز عتقه [1] فيصير حراً بعد السنة والعشر فتكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق. قلنا: لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة: يستند العتق إلى أوّل الشهر وهو كان صحيحاً فيعتق من كله وعلى قولهما: يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته قوله: **(بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكائن لا محالة)** فيكون تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال قاضيخان: على قول أصحابنا مدبر مقيد، وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين، وعلى قول الحسن: ذكر مالاً يعيش إليه غالباً تأبيد معنى، وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان إليها غالباً صح النكاح عند الحسن لأنه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح، والمصنف كالمناقض فإنه في النكاح اعتبره توقيتاً وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيداً موجباً للتدبير.

[فروع] كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء

حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ، وإن عاش بطل التدبير **(ومن المقيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا)** يعني قوله لتردد في تلك الصفات **(بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة)** وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: لو أن رجلاً قال

---

(١) **(قول الكمال لأنه تنجيز عتقه)** لأنه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقاً، كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي.

آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث. ومن المفيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة.

المال بالعتق الحاصل عن التدبير، فإن لم يكن له مال غيره فإنه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: سقط ثلث بدل الكتابة أيضاً اعتباراً للجزء بالكل، وقياساً على ما لو كاتبه أوّلاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير، فكذا إذا سبق التدبير الكتابة. ولا معنى لقول من يقول: المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة، لأنه لو أدّى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء، ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد. ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه. ولهما طريقان: أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتاً في المكاتب والبدل بمقابلته، وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك، فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً بألف كانت الألف كلها بإزاء الطلقة الثالثة، ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة، فأما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه، بخلاف ما لو كاتبه أوّلاً لأن بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقاً لشيء من رقبته عند الكتابة، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة. والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين، والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر، كما لو أوصى بعبد لإنسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصى، وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع، بخلاف ما لو كاتبه أوّلاً ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشيئين، إما بدل الكتابة إن أدّى، أو مال رقبته إن عجز فيكون موصياً له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة. إذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبي حنيفة: فيما إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لأن عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء. وعند أبي يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه إلا أقل المالين، وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه ولا يتخير لأنه عتق كله كما ذكر أبو يوسف. ولو كاتبه ثم دبره، فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة، وعندهما يسعى في أقلهما عيناً. ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها، فإن كانا ولدين فأدّى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشيء لأنه ما أدى عنه شيئاً إنما أدى عن الأم، فإن بدل الكتابة عليها، ولأن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الأم، ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعاً وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه، وإنما يسعى لتحصيل العتق لأبيه ولنفسه، ولا يحصل العتق لأبيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة، فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة.

لعبده أنت حرّ إن متّ إلى مائتي سنة، قال أبو يوسف: هذا مدبر مقيد، وله أن يبيعه. وقال الحسن: هو مدبر لا يجوز بيعه لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال أن متّ فأنت حرّ، ثم لو مات قبل السنة في الأوّل أو قبل عشر سنين في الثاني عتق، ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد، والله أعلم.

باب الاستيلاد

(وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه ولا حرمة البيع. ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة

باب الاستيلاد

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العقد وتعلقه بالموت وصل بينهما، ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث أن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدّمه عليه. والاستيلاء مصدر استولد: أي طلب الولد، وهو عام أريد به خصوص، وهو طلب ولد أمته: أي استلحاقه: أي باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الأم، وأصله استولاد، ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلاداً، وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب. وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الأمة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها قوله: (وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له) يعني إذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزماً ثبوته، ففي العبارة قصور، وذلك لأنه لا يريد أنها إذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي، ولذا رتب عليه الأحكام المذكورة حيث قال: لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها، بل إذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديوناً مستغرقاً، وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء، إلا من لا يعتدّ به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها، واحتجوا بحديث جابر قال: «بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا»[(1)] رواه أبو داود وقال الحاكم

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها. والاستيلاد: طلب الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله ﷺ) لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله ﷺ وقيل له ألا تعتقها («أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه» فعملنا بهما جميعاً ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثاني. ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه. لأنا

باب الاستيلاد

قوله: (الاستيلاد طلب الولد) أقول: يعني طلب الولد مطلقاً وخص بطلب ولد أمته قوله: (فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة) أقول: وإلا فأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب، ثم قوله كالصغيرة يعني كاستعمال الصغيرة في الذنوب قوله: (وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها) أقول: الضمير في قوله فرفعتها راجع إلى قوله محلية في قوله لا يقال محلية البيع إلخ.

---

(1) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٠٤ وابن حبان ٤٣٢٤ والحاكم ٢/ ١٨ . ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٧ من عدة طرق عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء عن جابر به. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي. وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات، وقيس بن سعد ثقة كما في التقريب. وهو من رجال مسلم وبقية رجاله مشهورون.

. . . .

على شرط مسلم. وأخرج النسائي عن زيد العمي إلى أبي سعيد الخدري: «كنا نبيعهن في عهد رسول الله ﷺ»(١) صححه الحاكم وأعله العقيلي بزيد العمي، وقال النسائي: زيد العمي ليس بالقوي، ونقل هذا المذهب عن الصديق وعليّ وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم، لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس: تعتق من نصيب ولدها، ذكره ابن قدامة، فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الأولى عنهما. واستبدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان، وذكر البيهقي أنه أحسن شيء روي عن رسول الله ﷺ في هذا قالت: «قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك، فقالت امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فقال عليه الصلاة والسلام: من ولي الحباب؟ قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو، فبعث إليه فقال: أعتقوها، فإذا سمعتم برقيق قدم عليّ فأتوني أعوّضكم، قالت: فأعتقوني وقدم على رسول الله ﷺ رقيق فعوضهم مني غلاماً»(٢) ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته، بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام، بل يفيد أنها لا تعتق وإلا لبين الحكم الشرعي في ذلك من أنها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به بهم. نعم يحتمل أن يراد بأعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي، وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام، لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار إلى هذا إلا بدليل من خارج يوجبه ويعينه، فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه ﷺ أنه قال: يعني في مارية القبطية رضي الله عنها «أعتقها ولدها»(٣) وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال: «ذُكرت أم إبراهيم عند رسول

. . . .

(١) حسن لشاهده. أخرجه الطيالسي ٢٢٠٠ والنسائي في الكبرى في العتق كما في التحفة ٣/ ٣٣٦ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٨ كلهم من حديث أبي سعيد، ومداره على زيد العمّيّ وهو واهٍ. ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٦.

قال الحاكم: هذا شاهد صحيح لخبر جابر المتقدم، وسكت الذهبي! قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٩ ما ملخصه: قال النسائي عقب حديثه: زيد العمّيُ ليسب القوي، وصححه الحاكم. وأعله العقيلي بزيد هذا، ثم قال: وغير زيد يرويه بإسناد جيد اهـ.

قلت: فلعل الذهبي سكت لشواهده، فمنها حديث جابر المتقدم وورد حديث جابر بلفظ: «كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد، والنبي ﷺ حيّ فينا، فلا يرىٰ بذلك بأساً». أخرج عبد الرزاق ١٣٢١١ وأحمد ٣/ ٣٢١ والشافعي ٢/ ٤٧ وابن ماجه ٢٥١٧ وابن حبان ٤٣٢٣ والدارقطني ٤/ ١٣٥ والبيهقي ١٠/ ٣٤٨ والنسائي في الكبرى في العتق كما في التحفة ٢/ ٣٢٤ من طرق عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله... فذكره.

وقال البيهقي: ليس في هذه الأحاديث أن النبي ﷺ علم بذلك فأقرهم عليه اهـ.

قلت: وهذا إسناد جيد أبو الزبير احتج به مسلم وهو مدلس لكن صرح بالسماع ههنا فزالت تهمة التدليس، وكذا ابن جريج صرح بالإخبار وبقية رجاله ثقات لكن ما ذكر البيهقي قريب محتمل والله أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٩٥٣ والبيهقي ١٠/ ٣٤٥ كلاهما من هذا الطريق عن ابن إسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن عيلان به. وسكت عليه أبو داود وكذا البيهقي في الكبرى. وأما في كتاب المعرفة فقال: أحسن شيء روي مرفوعاً هو هذا. نقله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨ وقال المنذري في مختصر السنن ٣٨٩٨: فيه محمد بن إسحق وقد تقدم الكلام عليه، وقال الخطابي: إسناده ليس بذاك اهـ. قلت: ابن إسحق مدلس وقد عنعن، وشيخه خطاب بن صالح غير مشهور لذا جاء في التقريب: مقبول روىٰ له أبو داود.

قلت: وأمه أيضاً مجهولة حيث قال: عن أمه، ولم يُسمِّها.

(٣) هو الآتي.

. . . .

الله ﷺ فقال: أعتقها ولدها» (١) وطريقه معلول بأبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس، ويسند ابن ماجه رواه ابن عدى في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط، فإنه يرى أن حسيناً ممن يكتب حديثه. وأخرج ابن ماجه أيضاً عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته» (٢) ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد، وهذا توثيق لحسين بن عبد الله. ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه ﷺ قال: «أيما أمة ولدت من سيدها فإنها حرّة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته» ورواه أحمد عن ابن عباس عنه ﷺ: «أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه» (٣) والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الأصحاب إنه مشهور تلقته الأمة بالقبول، وإذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه: وقد روى بإسناد جيد، قال قاسم بن أصبغ في كتابه: حدثنا محمد بن وضاح، حدثنا مصعب بن سعد (٤) أبو خيثمة المصيصي: حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال «لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال ﷺ: أعتقها ولدها» ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البرّ في التمهيد، ومما يدل على صحة حديث «أعتقها ولدها» ما قال الخطابي ثبت أنه ﷺ

. . . .

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ . ١٣٢ والحكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ من طرق عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً قال البوصيري في الزوائد: حسين بن عبد الله تركه علي المديني وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخاري: إنه كان يُتهم بالزندقة. وكذا ذكر الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٧ بأن في الإسناد ابن أبي سبرة وحسين، وكلاهما ضعيف.

ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: وقد رُوي بإسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد أبو خيثمة المصّيصي ثنا عبيد الله بن عمر الرّقيّ عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال. . . فذكره وسكت الزيلعي على تجويد ابن القطان للإسناد، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ٨٧ تبعها على ذلك حيث ذكر أنه إسناد جيد وهذا عجيب منهم فإن في الإسناد مصعب بن سعيد وهو واهٍ لذا تنبه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٨ لذلك حيث قال عقب هذا الحديث: وفيه ضعف اهـ.

وأما الذهبي فقال في الميزان عن مصعب بن سعيد: قال ابن عدي يحدث عن الثقات بالمناكير، ويُصَحِّفُ، ثم ذكر له مناكير وقال الذهبي عقبها، قلت: ما هذه إلا بلايا! اهـ. ووهم ابن حزم أيضاً في تصحيح هذا الإسناد حيث نقل ابن التركماني في الجوهر ١٠/ ٣٤٧ عنه أنه قال: هذا إسناد صحيح مع أن ابن حزم خلط في إسناده كما بيّن ذلك الزيلعي في نصب الراية حيث جعل في الإسناد مصعب بن محمد، ومع ذلك فهو واهٍ، ونسبته القرقساني كانت فيه غفلة.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ وأحمد ١/ ٣٠٣ . ٣١٧ . ٣٢٠ كلهم من حديث ابن عباس قال البوصيري في الزوائد: فيه الحسين بن عبد الله الهاشمي تركه المديني وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره وقال البخاري: إنه كان يُتّهم بالزندقة.

وأما الحاكم فقال: صحيح ولم يخرجاه! وردّه الذهبي بقوله:

قلت: حسين متروك.

وأما البيهقي فقال: حسين ضعفه أكثر أصحاب الحديث اهـ

قلت: ثم ذكر ابن الهمام رواية أبي يعلىٰ، وفيها أيضاً حسين هذا، وهو متروك كما تقدم.

(٣) تقدم في الذي قبله.

(٤) (سعد) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها: أسعد بألف وصوابه: مصعب بن سعيد كما جاء في كتب الحديث والتخريج: وأما ما نقله ابن الهمام عن تجويد ابن القطان لرواية قاسم بن أصبغ، فتقدم الجواب عن ذلك بأن مصعب بن سعد واهٍ. وقال عنه ابن عدي: صاحب مناكير، ووافقه الذهبي في الميزان، وكذا ابن حجر في اللسان حيث قال: وقال صالح جزرة: شيخ ضرير لا يدري ما يقول اهـ.

وابن عبد البر رواه أيضاً من طريقه.

. . . .

قال «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة» (١) فلو كانت مارية مالاً بيعت وصار ثمنها صدقة. وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن التفريق بين الأولاد والأمهات» (٢) وفي بيعهن تفريق. وإذا ثبت قوله «أعتقها الخ» وهو متأخر إلى الموت إجماعاً وجب تأويله على مجاز الأول، فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها. وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر «أنه ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد فقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حياً. فإذا مات فهي حرة» (٣) ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار، وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره، ولينه هو وقال: يكتب حديثه، ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري: حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً عليه، وأخرجه أيضاً عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، قال ابن القطان: هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي(٤) وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر. واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد، وهو ثقة وهو الذي رفعه. وقال عنه يحيى بن إسحاق وفليح بن سليمان عن عمر: لم يتجاوزوه، وكلهم ثقات، وهذا كله عند الدارقطني، وعندي أن الذي أسنده خير ممن وقفه. وأخرج مالك في الموطإ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال: «أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فإذا مات فهي حرة»(٥) وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفاً. وأخرج

. . . .

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٢٩٠٤ و ٣٠٩٤ و ٤٠٣٣ و ٤٨٨٥ ومسلم ١٧٥٧ وأبو داود ٢٩٦٣ والترمذي ١٦١٠ والنسائي ٧/ ١٣٦ . ١٣٧ وعبد الرزاق ٩٧٧٢ والحميدي ٢٢ وابن حبان ٦٦٠٨ وأبو يعلى (٢) (٣) والبغوي ٢٧٣٨ والبيهقي ٦/ ٢٨٩ . ٢٩٩ وابن سعد ٢/ ٣١٤ وأحمد ١/ ٤٨ . ١٦٢ . ١٦٤ . ١٧٩ . ١٩١ من طرق كثيرة كلهم من حديث عمر وفيه: أن رسول الله ﷺ قال: لا نُورَثُ ما تركنا صدقةٌ. وأما بسياق المصنف فقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٠٠: أخرجه النسائي في الكبرىٰ في أوائل الفرائض، وإسناده على شرط مسلم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ١٢٨٣ و ١٥٦٦ والدرامي ٢٣٨٥ والدارقطني ٣/ ٦٧ والحاكم ٢/ ٥٥ وأحمد ٥/ ٤١٣ . ٤١٤ كلهم من حديث أبي أيوب: «من فرق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» قال الترمذي: حسن غريب. وأما الحاكم فصححه وسكت الذهبي.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٥: في إسناد حييّ بن عبد الله المعافري مختلف فيه لكن رواه الدارمي من وجه آخر اهـ.

قلت: توبع المعافري في رواية الدارمي، فالحديث حسن وله شواهد.

(٣) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٤ من طريق عبد العزيز بن مسلم عن ابن عمر مرفوعاً.

ثم أخرجه الدارقطني من وجه آخر عن عبد العزيز بن مسلم عن عمر موقوفاً، ثم أخرجه من طريق فُليح بن سليمان عن عمر موقوفاً أيضاً.

وأخرجه أيضاً من طريق عبد الله بن جعفر المخرمي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٨: الطريق الأخير أعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر والد علي المديني وضعفه.

قال ابن القطان: هذا حديث يرويه عبد العزيز بن مسلم القسملي، وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، والراوي عن القسملي يونس بن محمد وهو ثقة، وقد رفعه، ووقفه فُليح بن سليمان ويحيى بن إسحق على عمر، وكلهم ثقات وعندي الذي رفعه خير من الذي وقفه اهـ.

وأخرجه البيهقي ١٠/ ٣٤٣ من طريق الثوري عن ابن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، وقال البيهقي: هكذا رواية الجماعة عن ابن دينار رووه موقوفاً، وغلط فيه بعض الرواة فرفعه، وهو وهم لا يحلُّ ذكره اهـ والراجح وقفه، وسيأتي ما يرجح الوقف.

(٤) (القسملي) هكذا في بعض النسخ، ومثله في خلاصه أسماء الرجال مضبوطاً بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة، وما وقع في بعض النسخ من السلمي تحريف فليحذر، كتبه مصححه.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٧٧٦ عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً وكذا البيهقي في سننه ١٠/ ٣٤٢ رواه عن مالك وعمر بن محمد وعبد الله بن عمر وغيرهم عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً موقوفاً. وهو الصواب لأن الرواة عن ابن دينار اضطربوا فيه، وجاء ههنا مرجح من الخارج على أن الصواب وقفه كما رأيت والله أعلم.

الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت، وبقاء الجزئية حكماً باعتبار النسب

الدارقطني من حديث عبد الرحمن الإفريقي عن سعيد بن المسيب «أن عمر أعتق أمهات الأولاد وقال: أعتقهن رسول الله ﷺ»[1] والإفريقي وإن كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه[2] مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا، ولا شك في ثبوت وقفه على عمر. وذكر محمد في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال: «أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين» وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد إجماع الصحابة على عدم بيعهن، فهذا يوجب أحد الأمرين: إما أن ما كان من بيع أمهات الأولاد في زمنه ﷺ لم يكن بعلمه وإن كان مثل قول الراوي: كنا نفعل في عهد رسول الله ﷺ حكمه الرفع لكن ظاهراً لا قطعاً، فإذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره. وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لأبي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة وأهل الردّة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر: كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج «أنه ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها»[3] وأياً ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن. هذا إذا قصرنا النظر على الموقوف، فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك. ومما يدل على ثبوت ذلك الإجماع ما أسنده عبد الرزاق: أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: سمعت علياً يقول: اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحبّ إليّ من رأيك وحدك في الفرقة فَضَحِكَ عليّ [4]. واعلم أن رجوع عليّ رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراطاً انقراض العصر في تقرر الإجماع والمرجح خلافه. وسئل داود عن بيع أم الولد فقال: يجوز لأنا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك. إذ الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره. وكان أبو سعيد البردعي حاضراً فعارضه فقال: قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها، والأصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول: الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى إلى أن

نقول: الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها. **(ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة)** وهي تمنع بيعها وهبتها لأن بيع جزء الحرّ وهبته حرام. فإن قيل: لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجيز العتق لأن الجزئية توجبه ولستم بقائلين به. أجاب بقوله: **(إلا أن بعد الانفصال)** يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال، وبعد الانفصال **(تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت)** فتعاضد المنقول بالمعقول في إثبات الحكم المؤجل إلى ما بعد الموت

قوله: **(ولأن الجزئية)** أقول: عطف على قوله لقوله ﷺ قوله: **(أجاب بقوله إلا أن بعد الانفصال: يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال)** أقول: إذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ بإقراره، وعندي معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٣٦ والبيهقي ١٠/٣٤٤ كلاهما من طريق الإفريقي عن ابن المسيب عن عمر به قال البيهقي: تفرد برفعه الإفريقي وهو ضعيف.

(٢) وتقدم أيضاً ما يعضد وقفه لا سيما مالك فقد رواه موقوفاً، وهو أثبت من غيره. لكن الموقوف ههنا حجة، وسيأتي اتفاق عمر وعلي على ذلك.

(٣) صحيح. لكن بلفظ؛ أن ابن عمر كان يكري مزارعه على عهد رسول الله ﷺ، وفي إمارة أبي بكر وعمر وعثمان، وصدراً من إمارة معاوية. هكذا أخرجه البخاري ٢٣٤٣ ومسلم ١٥٤٧ ح ١٠٩. وهذه المدة مقاربة لما ذكره الكمال.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في: نصب الراية ٣/٢٩٠ وكذا البيهقي ١٠/٣٤٣ كلاهما عن عبيدة السلماني صاحب عليّ بهذا الأثر وإسناده صحيح رجال عبد الرزاق ثقات أثبات كلهم.

وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها، وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته، وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له لأن الاستيلاد لا يتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله.

يثبت المزيل قوله: **(ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد، فإن الماءين)** اللذين خلق منهما **(قد اختلطا)** وهو جزؤهما بحيث لا تمييز، وهذه الجزئية وإن زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكماً ولم تنقطع لأن تلك الجزئية أوجبت نسبتها إليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعاً، وإليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال: اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال: أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن؟ إلا أنّ السبب يضعف بالانفصال **(فأوجب حكماً مؤجلاً إلى الموت)** ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له أنه يعتق بموتها لأن النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الأم والأب قسط منها. أجاب المصنف بقوله: إن بقاء الجزئية حكماً بعد الانفصال إنما هو باعتبار النسب لأنه لم يبق بعد الانفصال سواه، والنسب إلى الرجال؛ أي إلى الآباء لا إلى الأمهات **(فكذا الحرية)** التي تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لأن النسب إليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوّج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس إذ ليس النسب إليهن، فلو ملكت الحرّة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الأمومة بدونه، فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولد له فلا تعتق بموته. وأورد عليه ما ذكره في دعوى الأصل: أمة بين رجلين ولدت ولداً فقال: كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حرّ وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب. أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة، فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرّاً فلم تثبت دون نسب. والحق أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعاً لثبوت النسب، وأما ثبوته ظاهراً في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والإقرار به وإن لم يثبت لما سيجيء فيما إذا ادعى ولد أم ولده المزوجة قوله: **(وبثبوت عتق الخ)** يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل، ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلاً أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها وإخراجها إلا إلى الحرية. ولقائل أن يقول: ثبوت العتق المؤجل إلى أجل معلوم ثابت في قوله: إذا جاء رأس الشهر فأنت حرّ ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله، ولم يلزم من ثبوت العتق إلى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الأجل. فالحق أن استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس إلا حكم النص، حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي أشار إليها عمر رضي الله عنه قوله: **(وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له والبعض الآخر مملوكاً لغيره)** بأن كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها

وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها. **فإن قيل**: لو كانت الجزئية باقية حكماً لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك. أجاب بقوله: **(وبقاء الجزئية حكماً)** ومعناه أن بقاء الجزئية حكماً عبارة عن ثبات النسب، والأصل في ثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه والأم أيضاً بواسطة الولد يقال أم ولد فلان **(فكذلك الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن)**. وقوله: **(وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له)** يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ لأنه فرع مالا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله. فإن قيل: فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه؟ أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ بتملك

قوله: **(أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ، إلى قوله: فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال)** أقول: فيه بحث، بل المراد لا يستقر على التجزي كما يعلم مما مر وسيجيء.

قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب

ثبت نسبه وتصير أم ولد له، فهذان حكمان وقع التشبيه في أحدهما وهو أمومة الولد لأنه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله: (لأن الاستيلاد لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له، بخلاف ما إذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فإنه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ: أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكاً لغير المستولد إلا لضرورة لأنه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ. وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف: إنه يتجزأ في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره إلا فيما إذا استولد نصيبه من مدبرة، وأما تعليل ثبوت النسب فإنما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد قوله: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها لأن الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الأمور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك إجارتها كبيعها وهو بعيد، وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتفٍ في الإجارة ويملك كسبها وله إعتاقها وكتابتها. وأورد: ينبغي أن لا يملك تزويجها لأن توهم شغل رحمها بماء المولى قائم، وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة، غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالاً يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لأم الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصلح قبله. وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتاً قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك، بخلاف المعتدة فإنها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود إلا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدالّ على الفراغ حقيقة فلا تزوّج قبله. ولقائل أن يقول: إذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجها إلا بعد استبرائها. والمذهب جوازه قبل الاستبراء وإنما هو بعده أفضل. واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال: وإن زوّج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة، فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل، فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس إلا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل، وهذا حق لما عرف من مسئلة: ما إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت، لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين، ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوّج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش، غير أنه لا يحل وطؤها إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبة دون غيرها، وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعاً فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وإن كان يستحب أو يجب الاستبراء، إنما المانع الجمع

نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فإنما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصراً على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة، وذلك لأنهما جعلا الاستيلاد مقيساً عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعاً عليه. ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزىء عنده في ذلك الباب، ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين، كذا في النهاية. قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها، فكان الملك فيها قائماً كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستهدمها ويؤجرها ويزوّجها قبل أن يستبرئها. فإن قيل: شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة. أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا ترتفع به، بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة.

ولدها إلا أن يعترف به) وقال الشافعي: يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب العقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين

بين الفراشين القويين، وفراش أم الوليد ليس قوياً على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعاً ما لم يتصل به الحمل. بخلاف المعتدة فإنها فراش حال العدة، ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوّجها جمع بين الفراشين.

[فرع] إذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما إذا باع رقبة العبد منه؛ رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: لا تعتق، بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق قوله: **(ولا يثبت نسب ولدها)** أي ولد الأمة لا أم الولد، وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب في قوله: إذا ولدت الأمة من مولاها فلا يثبت نسبه إلا أن يعترف به وإن اعترف بوطئها، وهو قول الثوري والبصري والشعبي، ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل. وقال الشافعي ومالك وأحمد: يثبت إذا أقرّ بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة، وهو ضعيف، فإنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء، وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والأمر بالاستبراء اعتباراً للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكماً بالغالب، ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك، ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية قوله: **(لأنه لما ثبت)** هذا وجه قول الجمهور: في أن النسب يثبت بما تأتي به الأمة بمجرد وطئها، وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي إلى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وأنه أكثر إفضاء إلى وجود الولد أولى. وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبي لا يثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد **(ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع)** من قصده وهو سقوط تقوّمها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل. وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء، وما قيل: الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا تعين عدمه. قلنا: ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الأصل من العدم. واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت «اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ: يعني في ابن وليدة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة، فلم تره سودة قط» [(١)]، رواه الجماعة إلا الترمذي. وأجيب بأنه ﷺ إنما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه، ولذا قال: هو لك ولم يقل هو أخوك، وقال: احتجبي منه يا سودة، ولو كان أخاً لها بالشرع لم يجب احتجابها منه، فهذا

وقوله: **(ولا يثبت نسب ولدها)** أي ولد الأمة رجوع إلى ما ابتدأ به أوّل الباب بقوله: إذا ولدت الأمة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبة من غير دعوة على ما يجيء في قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقرار، وحكم المدبرة كحكم الأمة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى. وقوله: **(إلا أن يعترف به)** أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم وقال الشافعي: **(يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد)** أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطء **(فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه)** أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوّم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم **(فلا بدّ من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فإنه لا يثبت النسب فيه**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٥٣ و ٢٧٤٥ و ٤٣٠٣ و ٢٢٠٨ ومسلم ١٤٥٧ وأبو داود ٢٢٧٣ والنسائي ٦/ ١٨٠ وابن ماجه ٢٠٠٤ ومالك ٢/ ٧٣٩ والطيالسي ١٤٤٤ والحميدي ٢٣٨ والشافعي ٢/ ٣٠ وأحمد ٦/ ٢٤٧٢٤٦ مختصراً والدارمي ٢/ ١٥٥ وابن حبان ٤١٠٥ والدارقطني ٤/ ٢٤١ والبغوي ٢٣٧٨ والبيهقي ٧/ ٤١٢ و ٦/ ٨٦ و ١٠/ ١٥٠! و ٢٦٦ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة تنبيه: عتيبة بن أبي وقاص مات على شركة كما جزم بذلك الدمياطي والسفاقسي قال في الإصابة ٣/ ١٦١: لم أر من ذكره في الصحابة إلا ابن مندة، واشتد إنكار أبي نعيم عليه. وأخرجه أحمد ٦/ ٣٧ بتمامه وكذا في ٦/ ١٢٩ . ٢٠٠ . ٢٣٧.

من غير وطء، بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة **(فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار)** معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة **(إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله)** لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا

دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعاً والأول باللفظ نفسه. ويدفع الأول بأن في رواية أخرى «هو أخوك يا عبد» وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة. ويدفع الأول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية «هو لك» وهي أرجح لأنها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة، والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعاً منه وإلا لوجب الآن وجوباً مستمراً أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكماً للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لأبيه منه وهو منتف شرعاً. وإذن قوله «للفراش الولد» ينتفي به نسبه عن سعد بأنه ابن أخيه عن عبد بأنه أخوه: يعني أن الولد للفراش ولا فراش الواحد عن عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك. واعلم أنه روي عند الإمام أحمد «أما الميراث فله، وأما أنت فاحتجبي منه فإنه ليس لك بأخ»[(١)] فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخاً لعبد بن زمعة، وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك. وقوله «أما الميراث فله» يفيد أنه أخوهما، فإما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه، أو يجمع بأن المثبت الأخوة الشرعية والمنفى الأخوّة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد، وأن الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الأخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه، إلا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتاً بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية، ثم يجعل هذا إذ ليس حكماً مستمراً على ما ذكرنا خاصاً بأزواج رسول الله ﷺ لأن حجابهن منيع، وقد قال تعالى لهن ﴿**لستن كأحد من النساء**﴾ وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله «الولد للفراش» يعني أم الولد، وحينئذ فقوله لك: أي مقضيّ به لك، ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الأخرى. وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعتزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا[(٢)]. رواه الشافعي فمعارض بما روي عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه، فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعي الإبل، فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه[(٣)] وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال: ليس مني إني أتيتها إتياناً لا أريد به الولد. وعن زيد بن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها. وعنه أنه قال لها: ممن حملت؟ فقالت منك، فقال: كذبت ما وصل إليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها. والمروى عن عمر من قوله: أنه يلحق بالواطىء مطلقاً جاز لكونه علم من بعضهم إنكار من يجب عليه استلحاقه، وذلك أنا بينا أن الواطىء إذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به: فقد يكون علم من الناس إنكار أولاد الإماء مطلقاً فقال لهم: إني ملحق بكم إياهم مطلقاً، وأما من علم منع الاعتدال في الأمر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه أو

بغير الدعوة بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة) لا يقال: النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك. لأنا نقول: لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك، وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها **(فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت**

---

(١) هذا اللفظ عند الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١١٥ عن عبد الله بن الزبير به.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٧٤٢ ومن طريقه الشافعي كلاهما عن عمر، ورجاله ثقات أثبات رجال البخاري ومسلم. وكرراه من وجه آخر عن عمر أيضاً، ورجاله ثقات.

(٣) هذا الأثر عن عمر غريب ولم يصح. حيث لم يذكره الطحاوي في معاني الآثار وإنما ذكر الأثر المتقدم عن عمر، وعارضه ههنا بأثر ابن عباس الآتي، وكذا بأثر ورد عن زيد بن ثابت انظر معاني الآثار ٣/ ١١٦ . ١١٧ وقال الطحاوي: فهذا زيد وابن عباس قد خالفا ابن عمر وعمر اهـ.

باللعان لتأكد الفراش. حتى لا يملك إبطاله بالتزويج، وهذا الذي ذكرناه حكم. فأما الديانة، فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن

يجوز فإنه لا يتعرض له قوله: **(فإن جاءت بعد ذلك)** أي بعد أن اعترف بولدها الأول **(بولد ثبت نسبه بغير إقرار)** لأنه بالاعتراف بالولد الأول تبين كون الولد مقصوداً من الوطء فصارت فراشاً، وبهذا تبين أن الأولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصوداً من وطئها الولد ظاهراً كما في أم الولد، فإنه إذا اعترف به ظهر قصده إلى ذلك أو وضعا شرعياً كالمنكوحة وإن لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتي به فإنها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرّفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان: قوي وهو فراش المنكوحة، وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وإن ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه، بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها إلا باللعان، وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال: لأن الأمة ليست بفراش لمولاها، وذلك لعدم صدق حدّ الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتي به أو كونها يقصد بوطئها الولد إلى آخر ما قلناه، ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة، وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال: كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وإن لم يقل هو ولدي لأن ثبوته بقوله: هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد. وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك. وفي المبسوط: إنما يملك نفيه: أي نفي ولد أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله، والتطاول دليل إقراره لأنه يوجد منه فيها دليل إقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بإقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان. هذا وإنما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها له بعد الولد، أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بأن وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطيء السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فإنه لا يثبت نسبه منه إلا باستلحاقه. ولا يخفي أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها، ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة. ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه إلى سنتين من يوم الإعتاق، وكذا إذا مات لأنها معتدة، ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة، بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لأن الفعل لم يحرم مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضي عادة بلا اختيارها قوله: **(وهذا الذي ذكرناه)** يعني من عدم لزومه الولد وإن اعترف بالوطء ما لم يدّعه **(حكم)** أي في القضاء: يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة، فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه، والعمل بالظاهر واجب، وإن كان عزل عنها حصنها أولاً أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه **(لأن هذا الظاهر)** وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة **(يقابله)** أي يعارضه **(ظاهر آخر)** وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين، وبهذا

نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأوّل تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة إلا أنه نفاه ينتفي بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم تتطاول المدة، فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك **إبطاله**، وكذلك بعد التطاول لأنه يوجد منه دليل الإقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه، وذلك كالتصريح بالإقرار، واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان. وقوله: **(لأن فراشها ضعيف)** واضح. قوله: **(وهذا الذي ذكرناه)** أي عدم ثبوت

هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر، هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد

ظهر أن لفظة أو في قوله: وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد. وصرح في المبسوط بذلك حيث قال: فأما إذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ. ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر، وأما ظهور كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل عنها محل نظر، بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره، وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب الوطء وإن لم ينزل وإلا تناقض. ولا يخفى أنه لا أحد يقول: بثبوت نسب ما تأتي به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إنزال، بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل، وهذا فرع الإنزال. وحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فإنه قد نص على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق، بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنياً على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكاً قوله: **(وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد)** ذكرهما في المبسوط فقال: وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسيناً للظن بها وحملاً لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه، وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لأن ما ظهر سببه يكون محالاً به عليه حتى يتبين خلافه. وعن محمد لا ينبغي أن يدعي ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد. وفي الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال: قال أبو يوسف: أحبّ أن يدعيه، وقال محمد: أحبّ أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب، وعبارة المبسوط تفيد الوجوب قوله: **(فإن زوّجها المولى فجاءت بولد)** يعني من الزوج **(فهو في حكم أمه)** حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لأحد، وله استخدامه وإجارته، إلا أنه كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطيء أمها، وهذه إجماعية وهي واردة على إطلاقه حيث قال: هو في حكم أمه، وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسري إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير، ولهذا كان ولد القنة قناً، وولد الحرة حراً وإن كان أبوه بخلافه، ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن فراشه أقوى، وإن كان النكاح فاسداً فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام، وهذا إذا اتصل به الدخول، والنسب لا يتجزأ ثبوتاً فلا يثبت من المولى، والأوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح، وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر، وقول المصنف: لأن الفراش له يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلاً، وهذا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح، فإن جاءت به لأقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد، ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطاً، ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبه منه لإقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فإن ابنه من أمته يعلق حراً كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه. ولم يستحسن قول المصنف: وتصير أم ولد له لأن الكلام في تزويج أم الولد، وإنما يستحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط: زوّج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه

نسب ولد الأمة بدون الدعوة **(حكم)** قضاء القاضي **(فأما الديانة)** يعني فيما بينه وبين الله تعالى، فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا، وقوله: **(لأن هذا الظاهر)** وهو أن الولد منه عند

قوله: **(وقوله لأن هذا الظاهر)** أقول: المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين، وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى.

رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير؛ ألا ترى أن ولد الحرة حرّ وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد

منه، ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية، وقد تكلف له أن قوله: وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال: ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا زوّجها مولاها، وحينئذ يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر، لأنه إنما ذكر لبيان سراية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها قوله: (ويعتق الولد) أي ولد أم الولد المزوّجة الذي ادعاه بعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حراً من الأصل. فإن قيل: فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وإن كان في ضمن ما لم يثبت، وهذا ما تقدم وعده مع أنّ احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح، إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبراً في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى العتق قوله: (وإذا مات المولى عتقت) يعني أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث») (١) وفي نسخة مكان لا يبعن «لا يسعين»، وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما

التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين. وقوله: (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح. وقوله: (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار «عن» دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك، وإنما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر، فأما رواية أبي يوسف فهي أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم يحصنها تحسيناً للظن بها وحملاً لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه، وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً فيحتاط من الجانبين، وذلك في أن لا يدعي النسب، ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه. وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعي، وإن لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له بالنكاح وإن كان النكاح فاسداً بعد ما اتصل به الدخول لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية، وإذا كان الفاسد منه ملحقاً بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد. وقوله: (ولو ادعاه المولى) معناه إذا زوّج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره، وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له، هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير. فإن قيل: ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد، فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوته،

---

(١) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٨ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٨٧: لم أجده اهـ.
وذكر الزيلعي أحاديث أخرى في هذا الشأن، وتبعه ابن حجر، وتعقبهما ابن الهمام بأن هذه الروايات لا تفي بالمقصود ثم قال: ورواه عبد الملك ابن حبيب المالكي عن ابن المسيب وعبد الملك متكلم فيه اهـ.
وأما الحافظ قاسم بن قطلوبغا، فتعقب ابن حجر في قوله لم أجده بأن محمد بن الحسن رواه في الأصل اهـ.
قلت: أما رواية محمد فلا يدرى هل هي بإسناد، أو بلا إسناد، وأما رواية عبد الملك، فهو واه جاء في التقريب: صدوق ضعيف الحفظ كثير الغلط اهـ. فالخبر غير قوي على كل حال.

وتصير أمه أم ولد له لإقراره (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب «أن النبيّ ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث». ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين، بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا،

روينا) أي لأنه ﷺ نفي السعاية عنها حيث قال «وأن لا يسعين» وما قيل «وأن لا يبعن» يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر، ثم لم يعرف هذا الحديث، والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال: وفي الباب أحاديث، وساق كثيراً مما قدمنا ما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت، ولا يخفى أن كلها في غير المقصود، فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك، فإن عتقها لا يستلزم كونها من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله، وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا في عبد الملك [1]. قوله: (ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) كحاجته إلى الأكل: أي وحاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه إذنه لحاجته إلى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الإرث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم تخرج منه فصار إعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الأصلية، إذ ليس ثم نسبَ ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث، فإن لم يسعه سعي في باقي قيمته، ولو كان دين السيد مستغرقاً سعى في كل قيمته على ما سلف قوله: (ولأنها) أي أم الولد (ليست بمال متقوّم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني إذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها. بخلاف المدبر إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن، وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئاً ولا تسعى هي في شيء أيضاً، وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر، وإنما تضمن بما يضمن به الصبي الحرّ عند أبي حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلفتها،

وإن كان الإقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى في محله وهو الملك، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبراً في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد. قال: (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أولا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث» ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح فإنهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وإنما نكر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعل من الثلث تأكيد لأنه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان من الحوائج الأصلية يقدّم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) قوله: (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة إلى الولد أصلية الخ، وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب. ووجه ذلك أنه لما قال «ولا يبعن» دلّ على انتفاء المالية، وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية. وقوله: (ولأنها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوّم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لأن ماليتها غير متقوّمة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق

قوله: (وإنما نكر الدين نفياً للسعاية إلخ) أقول: فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره. نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره قوله: (ولا يجعلن من الثلث إلخ) أقول: ممنوع فإن المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص، بخلاف المدبر لأنه مال متقوّم (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية. وقال زفر رحمه الله: تعتق في الحال والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإذا لم تكن مالاً متقوماً (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لأن القصاص ليس مالاً متقوماً حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالاً. وقيل معناه إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع وليّ القصاص من قتله قصاصاً. وقيل: معناه إذا قتل رجلاً مديوناً وعفا المديون قبل موته صح، وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو. وقيل: إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئاً لأنه ليس حقاً مالياً والأقرب المتبادر الأوّل قوله: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاها فأبى فإنه يخرجها القاضي عن ولايته بأن يقدّر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لا تردّ إلى الرق ولو عجزت نفسها، لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة لقيام إسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز، وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسمية مثل هذا دوراً على التشبيه وإلا فاللازم ليس إلا ما ذكرنا من عدم الفائدة، وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر إلا كذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحتج إلى ذلك وقال زفر: (تعتق للحال) أي لحال إباء مولاها الإسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة، فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق، بخلاف ما لو أسلم بعده. وقال مالك والظاهرية: تعتق مجاناً. وقال الشافعي وأحمد: يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلاً عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له. وجد قول زفر: إن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه وذلك في إعتاقها بالقيمة له، بخلافه مجاناً كما قال مالك، فإنه إهدار ما يجب له من النظر إذا أمكن. وأما قول الشافعي: ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه. قلنا: الأمر لا كما ذكرت غير أن قولنا: أدفع للضرر عنه وعنها، فإنه لا يصل إلى البدل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة، وربما تتوانى في الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي لذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل إيفائها حقه، وقد قال علماؤنا: خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم، بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء فكان اعتبارنا أولى إذ كان أنظر للجانبين. وقوله: (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله: بنفي مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمي: يعتقد تقوّمها (فيترك وما يعتقده) أي مع ما يعتقده. ولأنا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقوّمة في حقه، وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه، ولو

بها حق الغرماء كالقصاص) فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوّم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيئاً متقوّماً، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص، وكذا إذا قتل رجل مديوناً والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح. واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها. قوله: (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقوّمة فيترك وما يعتقده)

قوله: (وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول: سنقوض بالمدبر فإنه لا يباع للحديث ويسعى كما مر.

البيع فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرّة يداً والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقوّمة فيترك وما يعتقده، ولأنها إن لم تكن متقوّمة فهي محترمة،

سلم أنها ليست متقوّمة مطلقاً فهي محترمة، وهذا يكفي لإيجاب الضمان، وإن لم يكن المضمون مالاً كما في القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا، وليس نصيبهم حقاً مالياً بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمي إلا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام. ووجه أيضاً بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوّم أم الولد، وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارجع إليه، وأن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد قوله: (وإذا مات مولاها النصراني عتقت) وسقطت عنها السعاية (لأنها أم ولد له) قوله: (ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعني تزوّج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحاً فاسداً وهو قول أحمد في رواية وقال الشافعي: (لا تصير أم ولد له) وهو قول مالك، وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها، ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق، وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية، ونحن نقول: إنما ثبت فيها وصف الأمية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الأمومة. ويتفرع على هذا أنه لو ملك ولداً لها من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافاً له لأنه ليس ابن أم ولد له، بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فإنه يعتق عليه اتفاقاً. وفي المبسوط: لو طلقها فتزوّجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافاً لزفر، بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه، ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على أنها حرّة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا. وللشافعي فيه قولان: في قول تصير أم ولد له، وفي آخر لا تصير أم ولد له (وهو ولد المغرور) وهو حرّ بالقيمة يوم الخصومة قوله: (له) أي للشافعي (أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني، وهذا لأن أمومة الولد باعتبار علوق الولد حراً) وإنما قلنا: إن الأمومة باعتبار علوق الولد حراً (لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر، فلا بد

جواب عن هذا الإشكال. وقوله: (ولأنها) يعني مالية أم الولد (إن لم تكن متقوّمة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الإشكال. واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب أمّ الولد. وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقوّمها وبين ما يضمن به من المال

قال المصنف: (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) أقول: قال الزيلعي: ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين، لأنه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته، ولو كان لأجل الاتصال بها لثبت اهـ. وفيه بحث لأن الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حراً وفي إعتاق الجنين علوق رقاً، وكم بين حال الابتداء والبقاء، ثم إن المولى بإعتاقه منفرداً جعله شخصاً على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل قال المصنف: (فثبتت الجزئية بهذه الواسطة) أقول: قال ابن الهمام: يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومية لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعترافاً اهـ. وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف كان لا يثبت نسبه بالاعتراف؟ وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس إذ المراد بالاعتراف وهو الإقرار المصادف محله وهو الملك قال المصنف: (وإذا وطيء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول: ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة في شرح الكنز للزيلعي.

وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين **(ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية)** لأنها أم ولد له، ولو عجزت في حياته لا تردّ قنة لأنها لو ردّت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب **(ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له)** وقال الشافعي رحمه الله: لا تصير أم ولد له، ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله فيه قولان وهو ولد المغرور. له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل. ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل

أن تستحق هي الحرية. واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر إلى موت سيدها، والولد علق حراً فقد خالف الجزء الكل، وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالمتصل، وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض، وإنما اقتصر المصنف اقتصاراً للعلم ببقية التقرير. وحاصل الوجه المذكور أن جزأها حرّ ومقتضاه حريتها، إذ لا يخالف الجزء الكل، إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءاً حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الأحكام حتى جاز إعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملاً بشبهي الجزئية وعدمها لما تبقى منها في الحال، وهذا المعنى لا يوجد إذا علقت برقيق، وتأيد هذا بقوله: ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرّة بعد موته» وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها **(ولنا أن سبب الأمومة)** في محل الإجماع وهو الأصل **(هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل)** يعني عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بسبب الولد **(والجزئية إنما ثبتت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملاً)** فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب، فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الأمومة **(بخلاف الزنا فإنه لا نسب يثبت للولد من الزاني)** فلا تصير الأمة التي جاءت بولد من الزنا إذا ملكها الزاني أم ولد له استحساناً، خلافاً لزفر حيث قال: تصير أم ولد له وهو القياس. فإن قيل: فكان ينبغي أن لا يعتق الولد إذا ملكه أبوه من الزنا إذا كان لا يثبت نسبه منه. أجاب بقوله: **(وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره)** أي نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه إلى أبيه **(من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق)** عليه لأنه لا ينسب إليه بغير واسطة بل **(بواسطة نسبته إلى الوالد)** وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك. والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة، وقوله ﷺ «أيما أمة» (١) الحديث، ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنما تثبت منه غير متعرض لنفيها

المتقوّم، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله. وقوله: **(كما في القصاص المشترك)** يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين، وإن لم يكن القصاص مالاً متقوّماً لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم **(ولو مات مولاها)** وهو النصراني **(عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب)** وهو إسلامها مع كفر مولاها. وقوله: **(ولو استولدها)** صورة المسئلة ظاهرة. وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر: ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه، لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرّاً لأنه جزء الأم في تلك الحالة: أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل. وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة: أي في حالة العلوق، فلو انعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل. وقوله: **(كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني)** أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها، قيل في كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت إذا علقت من الزنا. وقوله: **(وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق**

---

(١) تقدم في الجزء السادس وإسناده واه تفرد به حسين الهاشمي.

واحد منهما كملاً وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة، بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة. نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الولد وهي غير ثابتة **(وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها)** وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انعلق حرّ الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاد **(وإن وطىء أبو الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب)** لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب **(ولو كان ميتاً ثبت من الجد كما يثبت من الأب)** لظهور ولايته عند فقد الأب، وكفر الأب

عن غيره، فإذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتي به من ثبتت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لأنا ننفي المفهوم المخالف، وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس، فإذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوّجها من عبده، فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومة لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعترافاً. ومما تنتفي فيه الأمومة ما ذكر في الإيضاح: أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه، فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد له قوله: **(وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للأب)** سواء كان الابن وطئها أو لا، لأن حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض **(وعليه قيمتها)** لأنه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه **(وليس عليه عقرها)** لسبق ملكه الوطء **(ولا قيمة ولدها)** لأنه انعلق حرّاً لتقدم الملك على الأم **(وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها)** في باب نكاح الرقيق من **(كتاب النكاح)** وللشافعي قولان: أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على إثباته الملك حكماً للوطء، إذ لو أثبته سابقاً عليه لم يتجه له إيجاب المهر، والقول الآخر: لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لأنه لم يملكها وهو قول أحمد، وعلى هذا تستمر على ملك الابن. ومذهب مالك أنه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا، وإذا كان تملكها لازماً عرف أنه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده إذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما، فإن كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ وإلا فبالحكم المذكور في المسئلة، وشرط صحة هذا الاستيلاد أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن يكون الأب صاحب ولاية من ذلك الوقت إلى الدعوة أيضاً، فلو باع الابن الجارية ثم عادت إليه بشراء أو ردّ وولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الأب لم تصح دعوته إلا أن يصدقه الابن كما إذا ادعى الأجنبي ذلك وصدقه، وكذا دعوة الجد لو كان مكان الأب، وكذا لو كان الأب كافراً ثم أسلم أو عبداً فعتق أو مجنوناً فأفاق فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الإسلام والعتق والإفاقة إلى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية إلا أن يصدقه، أما المعتوه لو ادعاه بعد إفاقته وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من إفاقته ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق. وفي الاستحسان تصح لأن العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل، ولو كان الأب المدعي مرتداً فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله إن عاد إلى الإسلام صحت وإلا لا. وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لأنه يملكها بالقيمة فكان كالبيع، وهو موقوف عنده خلافاً لهما وكان ينبغي أن تتوقف عندهما أيضاً لأن تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضاً، لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه، وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لأنه يحتاط في إثباته فينفذ قوله: **(وإن وطىء أبو الأب مع بقاء الأب مسلماً حراً عاقلاً لم يثبت النسب منه)** لأن شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الأب متصفاً بما قلنا، بخلاف ما إذا كان الأب ميتاً أو حياً كافراً أو عبداً أو مجنوناً فإن الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام

. . . .

ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية (وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لأنه وطىء جارية مشتركة، إذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئاً ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك (وإن ادعياه معاً ثبت

ولايته في هذه الأحوال، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجد عندهما لأن تصرفات المرتده نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد. عند أبي حنيفة موقوفة، فإن أسلم الأب لم تصح دعوة الجد، وإن مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت، ولو باع ابن الابن الجارية حاملاً ثم استردها فولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الأب قوله: (وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة، وكذا إذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معاً فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون إعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلماً أو كافراً لأنه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي، ولفظ «في» يحمل على معنى «من» التي لابتداء الغاية: أي ثبت من نصف الأمة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله: ﷺ «دخلت

الولد حراً) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عنده ليس إلا، وفي صورة الزنا إنما لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن المزنى بها في تلك الحالة ملك مولاها (ولنا أن سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أوّل الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا، وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد. وقوله: (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه لا نسب فيه: أي في الزنا (للولد إلى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد. فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه، أجاب بقوله: (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة)، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه) أي الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة. قوله: (وإذا وطىء جارية ابنه) ظاهر.

وقوله: (وإذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسألة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال: وكذا إذا كان بعضها مملوكا، ولكن كان ذكرها هناك من حيث أن الاستيلاد يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل الموت وإلى حقيقتها بعده، وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعدّ تكراراً وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله: (فادعاه أحدهما) لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض. وقوله: (لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال: لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ إلى آخر ما ذكر في الكتاب. ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطاً، ألا ترى أنه يسقط الحدّ عنه بهذا الطريق ويجب العقر، فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة. وقوله: (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) قال في النهاية: هذا على اختيار بعض المشايخ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان لما عرف في أصول الفقه. وأقول: يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني، وحينئذ يكونه وارداً على الأصح من المذهب. وقوله: (بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق، وذلك يكفي في الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكماً للاستيلاد فيكون الوطء واقعاً في غير

نسبه منهما) معناه إذا حملت على ملكهما. وقال الشافعي رحمه الله: يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين

امرأة النار في هرة»(١) أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له، لأن قوله: ثبت في الباقي ينبو عنه. وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الأم فيثبت من كلها لأنه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة، فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها. ولا يقال: سيأتي أنه يثبت من رجلين بالنسبة إلى امرأة واحدة. لأنا نقول: ليس في ذلك تجزئة من امرأة لأن النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها لواحد ومن البعض الآخر للآخر. وإنما لا يتجزأ لأن سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا: لأنها إذا علقت من الأول انسدّ فم الرحم فلا تعلق من الآخر، وعلى قول غيرنا لا يمتنع، بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي، فعدم التجزي أن لا يعلق الولد بنصفها قوله: (وصارت أم ولد له) اتفاقاً أما عندهما فلأن الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد، وعنده يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك الآخر لأنه قابل للنقل، ولا يمتنع تجزي الأمومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لأن معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى أنه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو إعتاقه إلى آخر ما عرف، لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق أوجب أن لا يقرّ بعضه عتيقاً وبعضه رقيقاً والأمومة شعبة من العتق وجب فيها إذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق أن يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقاً وبعضها مستحقاً للعتق.

والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقرّ تجزيها في حق الأمومة، بل التجزي في الابتداء ثم يتمم الكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الأمر. ثم لا يخفى أن تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل. يقال: سافر للتجارة والعلم، ولو قيل: لا من الطريق عدّ جنوناً، وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك، بل الثابت به جواز أن يضمنه، وللإنسان ترك حقه، وها هنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكاً له ونصفها أم ولد للآخر، فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرقّ نصفها الآخر أو تسعى له إذ ذاك لا يجوز، فليس الموجب للنقل إلا ما قلنا: من النص الدالّ على أنه إذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقاً وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه، وكذا نصف العقر، وإنما وجب نصف عقرها على المستولد لأنه وطيء جارية مشتركة لأن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه، وهو إن كان مقارناً للعلوق لاستناده إليه فهو مسبوق بالوطء، وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالإنزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه، وما

ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر، وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطاً للاستيلاد في ملكه حملاً لأمره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر. والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامناً لنصف مهر مثلها، هكذا في مبسوط شمس الأئمة السرخسي. وفي مبسوط شيخ الإسلام والمحيط: العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً. وقوله: (فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك) لأنه

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٦٥ و ٣٣١٨ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٢٧١٠ وابن حبان ٥٤٦ والبيهقي ٥/ ٢١٤ و ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر: «عُذِّبت امرأة في هرة ربطتها، فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض».
ورواية: دخلت. بدل: عُذِّبت.
وأخرجه البخاري ٣٣١٨ ومسلم ٢٢٤٢ و ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٢٥٦ والبغوي في شرح السنة ٤١٨٤ والبيهقي ٨/ ١٤ وابن حبان بإثر حديث ٥٤٦ وأحمد ٢/ ٢٦١. ٢٦٩. ٤٥٧. ٤٦٧. ٥٠١ كلهم من حديث أبي هريرة وأخرجه أحمد ٣/ ٣٣٥ من حديث جابر، وله روايات أخرى فهذا حديث مشهور.
وخشاش الأرض: هو امُّها وحشراتها. الواحدة خشاشة.

مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه، وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة رضي الله

قيل: الأصح أن حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف، وقد ملأ الكتاب من ذلك، وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة إليه في خلافية زفر فيما إذا دفع النصاب إلى الفقير منعه زفر لأن الدفع قارن الغنى، فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع إلى الفقير، ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله، ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره وإعساره لأنه ضمان تملك كالبيع. وعن أبي يوسف: إن كان المدعي معسراً سعت أم الولد لأن منفعة الاستيلاد حصلت لها، وإنما لا يضمن الأب إذا استولد جارية ابنه العقر لأن ملكها يثبت شرطاً للاستيلاد لأنه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء في ملكه. فإن قيل: الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء. أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب، فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد، ومنه الوطء فاعتبر مقدماً عليه، ولا يغرم قيمة ولدها لأن النسب ثبت مستنداً إلى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضاً فلم ينعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرّاً فلا يضمن له شيئاً. واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه. واستناد النسب إلى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب أن لا يعلق منه شيء على ملكه. لا يقال: يمكن كونه أراد بالاستيلاد في قوله حكماً للاستيلاد الوطء. لأنا نقول: الاستيلاد إما أن يطلق على العلوق، أو على مجموع الوطء مع الإنزال والعلوق، أما مجرد الوطء بلا إنزال فلا. ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لأن نقله من ملك الشريك إلى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير إلا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لأنه بلا موجب. والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح لا يفيد لأن نقله مع العلوق أيضاً بلا موجب لأنها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل. فالوجه جعله معقباً للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لأنه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن، وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لأن الأم حين انتقلت إلى ملك المستولد انتقلت بأجزائها ومن جملتها ذلك الماء، هذا إذا حملت على ملكهما، فإن اشترياها حاملاً فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لا يمكن استناد الاستيلاد إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا، لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوته ملك وهي كالإعتاق الموقع إلا أنه يضمن نصيب شريكه في اليسار والإعسار لأنه ضمان تملك كالبيع، ولا عقر لشريكه ههنا لأن الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله: (وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما) وكانت الأمة أم ولدلهما فتخدم كلاً منهما يوماً، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركه الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحيّ عند أبي حنيفة لعدم تقومها، وعلى قولهما: تسعى في نصف قيمتها له. ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت، ولا سعاية في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: يضمن إن كان موسراً وتسعى إن كان معسراً، وعلى كل واحد منهما نصف العقر فتلتقيان قصاصاً بما له على الآخر. وفائدة إيجاب العقر مع

كما علق انعلق حرّ الأصل لأن نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب (وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما) قال المصنف: (معناه إذا حملت على ملكهما) وإنما قيد بذلك، لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضاً وقال الشافعي: (يرجع إلى قول القافة) وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره: إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج منهم المجزز (لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين) أي من ماء فحلين (متعذر، فعلمنا بالشبه وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة) روي «أن رسول الله ﷺ دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال: أما علمت أن مجززاً المدلجي مرّ بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية

تعالى عنه. ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو

التقاصّ به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر. وأيضاً لو قوّم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد. فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدوري. ومنها أنه للباقي منهما حتى إذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما، وفرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال: وإن ادعياه معاً ثبت نسبة منهما جميعاً، وسيقيده بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح، فلو كان بأن كان الشريكان أباً وابناً فإن النسب يثبت من الأب وحده، وكذا إذا كان أحدهما ذمياً يثبت من المسلم وحده، وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلماً، وقيده ههنا بما إذا حملت على ملكهما وهو أن تلده لتمام ستة أشهر: يعني فصاعداً ولا سنتين منذ ملكاها، واحترز به عما إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فإن نصيبه صار أم ولد له، والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولابقاءه عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضاً. وأيضاً ما إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت: يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق في ملكه، وعما إذا كان الحمل قبل ملك منهما بأن اشتريا أمة فولدت لأقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما إياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لأن هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوة، بخلاف الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق في الملك، وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حراً. وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما إذا قال لعبده: هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولد له أو لا؟ قيل نعم مجهول النسب أو معلومه، وقيل: لا فيهما، وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه، فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق، وبقولنا: قال سفيان الثوري وإسحاق بن راهويه، وكان الشافعي يقوله في القديم، ورجع عليه أحمد حديث القافة. وقيل: يعمل به إذا فقدت القافة. وقال الشافعي: يرجع إلى قول القائف، فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب إلى أيهما شاء، فإن لم ينتسب إلى واحد منهما كان نسبه موقوفاً لا يثبت له نسب من غير أمه. والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأي، والقيافة مشهورة في بني مدلج، فإن لم يكن مدلجي فغيره وهو قول أحمد، وقال به مالك في الإماء، وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين، لأنها كما تعلق من رجل انسدّ فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه، وهذا يفيد أن القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق، وهو قول الشافعي، أنه يبطل قولهم إذا ألحقوا بهما، وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف: حيث سرّ رسول الله ﷺ على ما أخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت «دخل رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فقال: يا عائشة ألم تري أن مجززاً المدلجي دخل عليّ وعندي أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض» (١) وقال أبو داود: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة) ذكر أن شريحاً

فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» ولو كان الحكم بالشبه باطلاً لما جاز إظهار السرور ولوجب عليه الرد والإنكار (ولنا كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما) أي الولد

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٥٥ و ٣٧٣١ و ٦٧٧٠ ومسلم ١٤٥٩ وأبو داود ٢٢٦٨ والترمذي ٢١٢٩ والنسائي ٦/ ١٨٤ وعبد الرزاق ١٣٨٣٣ و ١٣٨٣٦ وأحمد ٦/ ٢٢٦ وابن حبان ٤١٠٢ و ٤١٠٣ والدارقطني ٢/ ٢٤٠ والبيهقي ١٠/ ٢٦٢. ٢٦٣ من طرق كلهم من حديث عائشة.
زاد أبو داود قوله: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض وهذه الرواية عنده برقم ٢٢٦٧.

ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وعن عليّ رضي الله عنه مثل ذلك، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة، فما يقبل التجزئة في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره

كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب إليه عمر أنهما لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما»[١]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فحل محل الإجماع، والله أعلم بذلك. قال: (ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق) يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالإرث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالإرث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح يثبت لكل منهما كملاً كأن ليس معه غيره. واعلم أن المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما. وقال الشعبي وعليّ يقول: هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه، ذكره سعيد أيضاً. وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما، فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما، فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه. وروى عبد الرازق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولداً فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين. ثم ذكر أيضاً عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال: لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال: قد كنت أعلم أن الكلبة تلد لِأَكْلُبٍ فيكون كل جزء لأبيه ما كنت أرى أن ماءين يجتمعان في ولد واحد. وأسند عبد الرزاق أيضاً عن معمر عن قتادة قال: رأى القافة وعمر جميعاً شبهه فيهما وشبههما فيه، قال: هو بينكما يرثكما وترثانه، قال: فذكرت ذلك لابن المسيب فقال: نعم هو للآخر منهما، وقول المصنف: وعن علي مثل ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو، فأتيا علياً فقال: هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما»[٢]. ورواه عبد الرزاق: أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي ظبيان عن عليّ قال: أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر، فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما. وضعفه البيهقي فقال: يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه، وقابوس وهو غير محتج به عن أبي ظبيان عن عليّ قال: وقد روى عليّ مرفوعاً خلاف ذلك. ثم أخرج من طريق أبي داوود: حدثنا حبيش بن أصرم، حدثنا عبد الرازق، أخبرنا سفيان الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال: أتى عليّ رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين أتقرّان لهذا بالولد؟ قالا لا، حتى سألهم

يكون للأب الباقي من الأبوين اللذين كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحي دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت. وقوله: (وكان بمحضر من الصحابة) يروم به إبرازه في مبرز المجمع عليه. وقوله: (في سبب الاستحقاق) يعني الملك، وقيل الدعوة. وقوله: (أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث، فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في حقهما، وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الإنكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس

---

(١) هذا الأثر. أورده الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩١ ونسبه للبيهقي ونقل عن البيهقي قوله: هو منقطع. أي بين الحسن وعمر. وقال: مبارك ابن فضالة ليس بحجة./

قال الزيلعي: ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة باختصار.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٢٩١ ـ ٢٩٢ وفي سنن البيهقي ١٠/ ٢٦٢ ـ ٢٦٧ والطحاوي ٢/ ٢٩٤.

. . . .

جميعاً فجعل كلما سأل اثنين قالا لا، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه وجعل عليه ثلثي الدية قال: فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه انتهى. واعلم أن أبا داود رواه أيضاً موقوفاً، وكذا النسائي على عليّ بإسناد أجود من إسناد المرفوع (١)، وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه: فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه، وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله. وحاصل ما تحصل من هذا أنه ﷺ سرّ بقول القافة، وإن عمر قضى على وفق قولهم، وإنه ﷺ لم ينكر إثبات عليّ النسب بالقرعة. ولا شك أن المعوّل عليه ما ينسب إلى رسول الله ﷺ وذلك هو سروره بقول القافة(٢). فأجاب المصنف عنه بأن سروره كان لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود أنه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعاً لطعنهم، فسروره لا شك أنه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والردّ عليهم، ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقاً في نفسها فتكون متعلق سروره أيضاً، أو ليست حقاً فيختص سروره بما قلنا فلزم أن حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بأنها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد. وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب. واعلم أنه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال ﷺ فيه «إن جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به»(٣) وهذه هي القيافة، والحكم بالشبه. وأجاب أصحابنا بأن معرفته ذلك ﷺ من طريق الوحي لا القيافة. وقد يقال الظاهر: عند إرادة تعريفه أن يعرف أنه ابن فلان، والحق أنه ينقلب عليهم، لأنه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما إذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولاً لحصول الحكم الشرعي حينئذ بأنه ليس إبناً للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد. وأجيب أيضاً بأنه لا يلزم من حقية قيافته ﷺ حقية قيافة غيره، وفيه نظر، فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها، ثم إنه ﷺ سرّ بفعل عليّ رضي الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة، وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم، وهو يستلزم أن القرعة طريق صحيحة لتقريره ﷺ إياه، بل سرّ به، فإن الضحك دليله مع عدم الإنكار، وإذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه، غير أنه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة، فإنه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وإن كانت قصة مرسلة، فإن سليمان بن يسار عن عمر مرسل، وكذا عروة عنه، لكنهما إمامان لا يرويان إلا عن قويّ أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين؟ على أن قول سعيد ابن المسيب نعم في إسناد عبد الرازق ربما يكون كالموصول بعمر لأن سعيداً روى عن عمر(٤)، وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا، وإذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم أن ذلك الاحتمال في سروره ﷺ وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت، والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد إلى اثنين يلزمه اعتقاد أن فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه

. . . .

(١) الراجح وقفه. أخرجه أبو داود ٢٢٧٠ والنسائي ٦/ ١٨٢ والبيهقي ١٠/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧ من طريق عبد الرزاق عن علي بهذا الخبر.
ثم أخرجه أبو داود ٢٢٦٩ والنسائي ٦/ ١٨٣ والبيهقي ١٠/ ٢٦٧ من وجه آخر عن الشعبي عن عبد الله بن خليل عن زيد بن أرقم بهذا الخبر.
ثم أخرجه أبو داود ٢٢٧١ والنسائي ٦/ ١٨٤ والبيهقي ١٠/ ٢٦٧ كلهم من طريق شعبة عن علي موقوفاً.
وقال أبو داود عقبه: لم يذكر اليمن ولا النبي ﷺ. وقال النسائي عن الموقوف: هذا صواب والله أعلم.
وقال البيهقي: أصح ما روي في هذا الباب هو هذا. أي الموقوف.
(٢) مراد المصنف خبر المدلجي في زيد بن حارثة وابنه، وقد تقدم قبل قليل.
(٣) تقدم في باب اللعان.
(٤) تقدمت هذه الآثار قبل قليل.

إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي حق الأب وهو ماله من الحق في نصيب الابن، وسرور النبي ﷺ فيما روى لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم فسرّ به (وكانت الأمة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد

القول بثبوت النسب من اثنين إذ حل محل الإجماع من الصحابة، وهو ملزوم لأحد الأمرين: إما أن سروره ﷺ لم يكن متعلقاً إلا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول، إلا أنا لا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن الماءين لا يجتمعان في الرحم إلا متعاقبين، فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثاني، بل إنه يزيد في الأول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه. وأما التعليل بأنه ينسدّ فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض، فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه في نفس الأمر من ماء أحدهما، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر. وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين، لكنه ترك لأثر عمر. وقال محمد: لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين. ولأبي حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق. فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة، ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كلّ يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه، فعند أبي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين، وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم، وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين قوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت في حق كل منهما كملاً. وفي المبسوط: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لأنه حرّ والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك، قيل: ويجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضاً ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر قوله: (وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً لأنه لم ينتقل إليه من نصيب شريكه شيء قوله: (ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لأنه أقرّ له بميراثه كله) حيث ادعى أنه ابنه وحده وإقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لأن دعوى كل منهما الانفراد بالأبوة لا تسري في حق الآخر، وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما إذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركاً بينهما، فكذا إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد

معه غيره. وقوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا. وقوله: (وسرور النبي ﷺ) جواب عن قوله وقد سرّ رسول الله ﷺ. واختلفوا فيما إذا ادعى الولد أكثر من اثنين، فجوّزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف، وجوّزه محمد إلى الثلاثة. وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه. وقال محمد: الثلاثة قريبة من اثنين. وقال أبو حنيفة: سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا. وقوله: (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعله قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقهما عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما، ولو أعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي

منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له على الآخر، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقرّ له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة (وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقة

الجامع قوله: (وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وإن كذبه لا يثبت نسب الولد، لكن إذا ملكه يوماً من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر إلى تصديقه، وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه بجامع أن الموطوءة كسب كسب المدعي، أو بطريق أولى لأن للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وإن لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك، وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير افتقار إلى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والأب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لأنه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة بإعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج إلى تصديقه، بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع. وههنا إن حصل العلوق في ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجارية ملكاً خالصاً. واعترض بأنه لا معنى لاشتراط التصديق لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر، بل غايته أنه اعترف له أنه وطىء الجارية فيقتضي أن لا يثبت النسب إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه وطئها لا يثبت نسبه إذا كان مكذباً له مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق. وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمي لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو أحق به منه إلا أن يصدقه لجواز أن يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه، بخلاف ما إذا أقام بينة على الوطء فإن تكذيبه قائم، واختبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعاً بل تقديماً للأحق على غيره، بخلاف أحد الشريكين إذا استلحق فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر قوله: (وعليه عقرها) للمكاتب (لأنه) أي لأن وطأه المدلول عليه بقوله فإذا وطىء المولى لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق: أي

حنيفة، وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسراً، وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسراً (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً لما به على الآخر) بفتح اللام: أي بالذي له. وقوله: (كما إذا أقاما البينة) يعني إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركاً بينهما على السواء فكذلك هنا. وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا، ومن وطىء جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإما أن يصدقه المكاتب أولاً، فإن صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى، وإن كذبه فلا يثبت النسب أيضاً (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الأب. والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، وجارية الابن كسب كسب الأب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه، والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه، وإنما لا تصير الجارية أم ولده إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له في كسبه، وذلك كاف لإثبات نسب الولد؛ ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به إلى

قوله: (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول: ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان إلى المولى.

المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه. ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والأب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن. قال: **(وعليه عقرها)** لأنه لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره.

حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره: يعني من قوله: عقيبه أنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه إياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر[1] لأنه وطيء أمة نفسه، وإذا وجب لنفس المكاتبة العقر إذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلأن يجب بوطء أمتها أولى، وأبعد شارح فقال: أي لما نذكره في كتاب المكاتب من أنه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع أن مجرد حق في ذمة سيد أمة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب إليه من حبل الوريد قوله: **(وقيمة ولدها)** عطف على عقرها: أي وعليه قيمة الولد **(لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه)** أي الجارية بتأويل الشخص **(كسب كسبه فلم يرض برقه)** حيث اعتمد دليلاً يوجب حريته **(فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه)** كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلاً هو البيع فجعل عذراً في حرية الولد بالقيمة إلا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة. والفرق أن العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها إلا أنه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه، فإذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان، وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لأنه أمانة حبسها عن صاحبها تقديراً فتعتبر القيمة يوم الحبس، وتحقق هذا الحبس والمنع إنما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها **(ثم لا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور)** المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له، ولا تناقض بين قوله: لا تصير أم ولد وبين قوله إن ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لأن المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه، وأما ثبوت أمومية الولد للأم فإنما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عيناً ليلزم نفي ما أثبته، ثم إذا ملك هذه الجارية يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب قوله: **(وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا)** أي من لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه **(فلو ملكه)** أي لو ملك الولد **(يوماً)** من الدهر **(ثبت نسبه منه)** وكان والداً له **(لقيام الموجب)** وهو إقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب.

التملك، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقاً ووقع الوطء في ملكه وولدت منه فكانت أم ولد له. وقوله: **(وعليه عقرها)** أي على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لا يتقدم الوطء لأن ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعاً في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثاني. وقوله: **(لما نذكره)** أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، قيل في كلام المصنف نظر لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد، والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له: أي للمولى، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد. والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فإن المصنف أجلّ قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين

قوله: **(والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه)** أقول: ضمير لأنه وضمير نفسه راجعان إلى الأب قال المصنف: **(لما نذكره)** أقول: أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، كذا قاله الشارح أكمل الدين. وقال ابن الهمام: بل المراد به قوله عقيب هذا إنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر.

---

(١) **العُقْرُ**: بضم العين صداق المرأة إذا أُتيت بشبهة.

قال: (وقيمة ولدها) لأنه في معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه **(ولا تصير الجارية أم ولد له)** لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور **(وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت)** لما بينا أنه لا بد من تصديقه **(فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه)** لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع، والله تعالى أعلم بالصواب.

[فروع] رجل فجر بأمة فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولد له استحساناً، وإن اشترى الولد عتق الولد عليه. وفي «المحيط»: يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية، وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سبباً حرية، وفي غيرها[1] لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد. وفي جوامع الفقه: استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين. وفي الكافي: أمة بين رجلين قالا: في صحتهما هي أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم، فإن قال الحي هي أم ولدي فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئاً لأنه لما أقرّ بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل، ولو قال: هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبته لأنه إن صدق فهي حرة، وإن كذب فكذلك لإقراره بعتقها بموته، ولا سعاية للحي لأنه يدعي الضمان على الميت، وكذا للورثة لأنهم يدّعون عليه الضمان إن كذبوه في إقراره، وإن صدّقوه فقد أقروا بعدم السعاية، والله الموفق.

تناقض. وقوله: **(وقيمة ولدها)** معطوف على قوله عقرها. وقوله: **(وهو أنه)** قيل أي الولد: يعني أن الولد حصل له **(من كسبه)** فإن المكاتب كسبه، وجارية المكاتب كسب كسبه، وفيه نوع تكلف، ويجوز أن يكون أنه: أي الجارية كسب كسبه، وذكر الضمير نظراً إلى الخبر وهو كسب، الضمير في رقه يعود إلى الولد. قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر، وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها. والجواب أن قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقاً بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة، فتقديره كما في أم ولد المغرور. وقوله: **(وإن كذبه)** معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب. وقوله: **(ولو ملكه)** يعني ولد الجارية الذي ادعاء وكذبه المكاتب **(يوماً)** من الدهر **(ثبت نسبه منه لقيام الموجب)** وهو الإقرار بالاستيلاد **(وزوال المانع)** وهو حق المكاتب. قال في المبسوط: وإذا ملك المولى الجارية: أي في صورة التصديق يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوماً ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان مثبتاً للنسب منه عند صحة الدعوة: إلا أن بمعارضة المكاتب إياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب.

قال المصنف: **(وهو أنه كسب كسبه)** أقول: الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر قوله: **(فتقديره كما في أم ولد المغرور)** أقول: على تقدير المضاف وإرادة المعنى اللغوي في أم الولد.

---

(١) قوله: (وفي غيرها إلخ) بهامش نسخة العلامة البحراوي، كذا في النسخ الحاضرة. ولعله في غيره: أي غير المحيط لا يصح تدبيرها: أي تدبير أم الولد، والله أعلم اهـ كتبه مصححه.

كتاب الأيمان

قال: (**الأيمان على ثلاثة أضرب**) اليمين الغموس، ويمين منعقدة، ويمين لغو. فالغموس هو الحلف على أمر

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في أن الهزل والإكراه لا يؤثر فيه، إلا أنه قدم على الكل النكاح لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم، والطلاق رفعه بعد تحققه فإيلاؤه أوجه. واختص الإعتاق عن الأيمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته إياه في تمام معناه الذي هو الإسقاط، وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين. ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوّة لغة، والأولان ظاهران. وشاهد القوة قوله تعالى ﴿**لأخذنا منه باليمين**﴾ وقول الشماخ وقيل الحطيئة:

رأيت عرابة الأوسي يسمو ... إلى الخيرات منقطع القرين
إذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

أي بالقوة، ثم قولهم إنما سمي القسم يميناً لوجهين: أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوّى بالأقسام على الحمل أو المنع. والثاني أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك. يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة أولى إنشائية صريحة الجزءين يؤكد بها جملة بعدها خبرية، وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه، فإن الأولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والإسمية مقدمة الخبر كعليّ عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن. وهو مثال أيضاً لغير المصرح بجزءيها ومنه الله وتالله، فإن الحرف جعل عوضاً عن الفعل. وأسماء هذا المعنى التوكيدي ستة: الحلف، والقسم، والعهد، والميثاق، والإيلاء، واليمين. وخرج بإنشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق، فإن الأولى ليست إنشاء فليست التعاليق أيمانا لغة، وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية

كتاب الأيمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم، وذكر الأيمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والإكراه فيهما. واليمين في اللغة القوّة، قال الله تعالى «لأخذنا منه باليمين» وفي الشريعة: عقد قويّ به عزم الحالف على الفعل أو الترك. وشرطها كون الحالف مكلفاً. وسببها إرادة تحقيق ما قصده. وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين. وحكمه البرّ فيما يجب فيه البرّ والكفارة عند فواته، وإنما قيد بقوله فيما يجب البرّ فيه لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتي (**والأيمان على ثلاثة أضرب**) لأن اليمين بالله إما أن يكون فيها مؤاخذة أولاً؛ فإن كانت فإما أن تكون دنيوية فهي المنعقدة،

كتاب الأيمان

قوله: (**وشرطها كون الحالف مكلفاً**) أقول: وفي البدائع: أي مسلماً عاقلاً بالغاً، فلا يصح يمين الكافر عندنا، حتى إن الكافر إذ حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه، خلافاً للشافعي اهـ. وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لأنها عبادة والكافر ليس من أهلها، وقوله خلافاً للشافعي لأن الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف في الدعاوى والخصومات، وكذا يصح إيلاؤه قوله: (**لأن اليمين بالله إلخ**)

ماض يتعمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ﷺ «من حلف كاذباً أدخله الله النار» (**ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار**) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً فأشبه المعقودة. ولنا أنها كبيرة محضة، والكفارة عبادة تتأدى بالصوم، ويشترط فيها

السامع ظاهراً وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهر الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودي وإن دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرتني فأنت حرّ، وسببها الغائي تارة إيقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك، فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله، وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم، وانفراد الاصطلاحي في التعليقات. ثم قيل: يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله»[١] الحديث، والأكثر على أنه لا يكره لأنه لمنع نفسه أو غيره، ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم، وركنها اللفظ الخاص، وأما شرطها فالعقل والبلوغ، وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر، ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما أو ندبة فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزاً وسيأتي. وإذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة قوله: (**اليمين على ثلاثة أضرب: يمين الغموس**) والأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا بالإضافة أو يمين غموس، وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة، وما قيل: هو كعلم الطب ردّ بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع، وسميت غموساً لغمسها صاحبها في الإثم ثم في النار فَعُول بمعنى فاعلة[٢] بصيغة المبالغة قوله: (**فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به**) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضاً كذلك كوالله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم خلافه، والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ[٣] ومعناه ثابت بلا شبهة. وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة

أو أخروية فهي الغموس؛ وإن لم تكن فهي اللغو (**فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه**) وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب؛ ألا ترى أنه إذا قال والله إنه لزيد وهو يعلم أنه ليس يزيد كان غموساً (**فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ﷺ «من حلف كاذباً أدخله الله النار»**) ولولا الإثم لما كان كذلك، واسمه يدل على معناه لأنه ما سمي غموساً إلا لأنها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار. وقال شمس الأئمة السرخسي: اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة، لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة، والكبيرة ضد المشروع، ولكن سماه يميناً مجازاً لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي ﷺ بيع الحرّ بيعاً مجازاً لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله (**ولا كفارة فيها، لكن فيها التوبة والاستغفار**. وقال الشافعي: **فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة إسم الله تعالى وقد**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٧٩ و ٦٦٤٦ و ٦٦٤٧ و ٦١٠٨ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٤٩ والترمذي ١٥٣٤ و ١٥٣٥ والنسائي ٧/ ٤ وابن ماجه ٢٠٩٤ والدارمي ٢٢٥٣ وابن الجارود ٩٢٢ ومالك ٢/ ٤٨٠ وعبد الرزاق ١٥٩٢٣ و ١٥٩٢٤ والحميدي ٦٢٤ وابن حبان ٤٣٥٩ و ٤٣٦٠ والطيالسي ١٩ وأحمد ٢/ ١١ . ١٧ . ٨ . ١٨ . ٣٦ والبيهقي ١٠/ ٢٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عمر قال: «إن رسول الله ﷺ أدرك عمر ابن الخطاب وهو يحلف بأبيه، فقال: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم. فمن كان حالفاً، فليحلف بالله، أو لِيَسْكُتْ» ورواية أو لِيَصمت، ورواية: لا تحلفوا بآبائكم.

قال النووي في شرح مسلم ١١/ ١٠٥: قال العلماء: الحكمة في النهي عن الحلف بغير الله تعالى هي أن الحلف يقتضي تعظيم المحلوف به، وحقيقة العظمة مختصة بالله تعالى، فإن قيل: ورد: أفلح وأبيه إن صدق، فجوابه أن هذه كلمة تجري على اللسان لا تقصد بها اليمين.

(٢) غموس بوزن فَعُول. وهي بمعنى فاعلة. أي غامسة.

(٣) لا يوجد بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٢ عن حديث أورده صاحب الهداية، ولفظه: «من حلف كاذباً أدخله الله النار» فقال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، وكذا وافقه ابن الهمام، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٠ حيث قال: لم أجده هكذا.

النية فلا تناط بها، بخلاف المعقودة لأنها مباحة، ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ، وما في الغموس

قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم حرّم الله عليه الجنة وأدخله النار»(١) وفي الصحيحين «لقى الله وهو عليه غضبان»(٢) وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليتبوّأ مقعده من النار»(٣) والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم: أي المحبوس عليها لأنها مصبور عليها قوله: (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله: (فيها الكفارة لأنها شرعت) في الأصل وهي المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) في الغموس فيتعدى إليه وجوبها (ولنا أنها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه ﷺ أنه قال «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس»(٤) (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم، ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أي بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب) بأن يحنث في موضع وجوب البرّ على ما ذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الإلحاق. وحاصل هذا إبداء وصف في الأصل وهو كونه

تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذباً) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لقوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» وذكر منها الغموس، وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لا بد وأن تكون أموراً مباحة كما عرف في الأصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم، ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها، بخلاف المعقودة لأنها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة. وفيه بحث من أوجه: الأول لو كان ما

أقول: خص اليمين بالله بالذكر لأن الغموس واللغو لا يتصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق، ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودي أو نصراني إن كان فعل كذا لشيء قد فعله فإنه غموس كما سيجيء مع أنه ليس يميناً بالله، لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية صرح به في البدائع.

قوله: (فلا تناط الغموس بها إلخ) أقول: فيه قلب، والمراد لا تناط بالغموس قوله: (والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها) أقول: أنت خبير بأن الإباحة لا تعارض عدم الوجوب الذي هو مدعي الأصحاب، والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها قوله: (ويرفعها عند إلخ) أقول: ضمير يرفعها راجع إلى المنعقدة.

---

(١) صحيح. أخرجه مالك ٢/٧٢٧ ومسلم (١٣٧) (٢١٨ . ٢١٩) والدارمي ٢٥٠٥ وأحمد ٥/٢٦٠ وابن حبان ٥٠٨٧ والطبراني ٧٩٨ و ٨٠٠ وابن ماجه ٢٣٢٤ والطحاوي في المشكل ١/١٨٦ والبيهقي ١٠/١٧٩ كلهم من حديث أبي أمامة مع زيادة: «قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: وإن كان قضيباً من أراك. قالها ثلاثاً».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٥٦ و ٢٣٥٧ و ٢٦٧٣ و ٢٦٧٦ و ٢٦٧٧ و ٤٥٤٩ و ٤٥٥٠ و ٦٦٥٩ و ٦٦٦٠ و ٦٦٧٦ و ٦٦٧٧ و ٧١٨٣ و ٧١٨٤ ومسلم ١٣٨ ح ٢٢٠ وأبو داود ٣٢٤٣ والترمذي ١٢٦٩ و ٢٩٩٦ وابن ماجه ٢٣٢٣ وابن حبان ٥٠٨٤ والشافعي ٢/٥١ والطيالسي ٢٦٢ و ١٠٥١ وأحمد ١/٤٢٦ . ٣٧٧ . ٤١٦ . ٤٦٠ و ٥/٢١١ . ٢١٢ والبغوي ٢٥٠٠ والبيهقي ١٠/٤٤ . ١٧٨ . ٢٥٣ والطحاوي في المشكل ٤٤٢ والطبراني ١٠٢٤٨ و ١٠٣٠٧ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً: «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان». الحديث.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٢٤٢ وأحمد ٤/٤٣٦ . ٤٤١ كلاهما من طريق هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عمران بن حصين، وإسناد صحيح رجاله كلهم ثقات

قال ابن حجر في التقريب: هشام بن حسان أثبت الناس في ابن سيرين.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٧٠ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا اللفظ.

وأخرجه البخاري ٦٨٧١ ومسلم ٨٨ كلاهما من حديث أنس قال: «سئل رسول الله ﷺ عن الكبائر فقال: الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقول الزور، أو قال: وشهادة الزور».

تنبيه: وقع المصنف: من حديث ابن عمر. وصوابه ابن عمرو بن العاص كما تقدم.

ملازم فيمتنع الإلحاق (والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ وهو ما ذكرنا (واليمين

مباحاً وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار. ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار، قال تعالى ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ وهو مباح لكونه إمساكاً بالمعروف وبالإفطار في رمضان ولو بخمر أو زنا. وأجيب: الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى، ويجب الحدّ باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة. ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحدّ بالأول والكفارة بالثاني. ونقض أيضاً بقتل المحرم صيداً عمداً. وأجيب بأن عين الفعل ليس حراماً؛ حتى لو فعله في غير الإحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بإحرامه وبالحرم لا بنفسه. وصحح شارح الإيراد ومنع نفي كون المعصية سبباً للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطاً ولم يبين موضع الفساد فيها. وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم: المعصية لا تصلح سبباً للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراماً لعينه ومرجعه إلى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته، وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جداً كأنه لا يزيد على الكفر والظلم، وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم، وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف غموساً وإلا كانت كفراً، وإنما روّج به باطله فقبحها ليس إلا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك، وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره. على أن كون حرمه السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينة أو لغيره، ولو قيل: لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه. وللشافعي أيضاً الغموس مكسوبة بالقلب، والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم﴾ [البقرة ٢٢٥] وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة ٨٩] فبين أن المراد بها الكفارة. والجواب أن المؤاخذة مطلقاً في الآخرة فهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكرنا، قالوا: الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة إلى زيادة تكلف. الجواب منع أنها معقودة لأنها ربط في الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل أو منعه منه، فإذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر، فإذا طابق الخبر برّ وانحلت، ولا شك أن بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد، لأنه إذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح، بخلاف مس السماء ونحوه فإنه لم يقارنها لأنها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال، وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لأن اليمين الشرعية تعقد للبرّ وهو غير ممكن فيها، وما قطع بانتفاء فائدته شرعاً يقطع بانتفائه شرعاً، وتسميتها يميناً مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية، وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين الفاجرة» ونحوه على ما ذكرناه. واعلم أن المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب، وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده، وكونها لا تسمى يميناً لأنها لم تنعقد للبرّ بعيد إذ لا شك في تسميتها يميناً لغة وعرفاً وشرعاً بحيث لا تقبل التشكيك، فليس الوجه إلا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر، وإذا

ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكراً من القول وزوراً وهذا نقض إجمالي. الثاني لما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام «أتبع السيئة الحسنة تمحها» وهاتان معارضتان. والجواب عن الأول أن الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح. وعن الثاني بأنه لا يلزم من رفع الأضعف بشيء رفع الأقوى به. وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها، ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله ﷺ «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» الحديث.

اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول: والله إنه لزيد وهو يظنه زيداً وإنما هو عمرو، والأصل فيه قوله تعالى: **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم﴾** الآية، إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره. قال: **(والقاصد في اليمين والمكره**

أدخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم إلى غموس وغيرها عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أو سمع. وقد روي الإمام أحمد في مسنده بإسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله ﷺ في حديث مطوّل قال فيه «خمس ليس لهن كفارة: الشرك بالله عز وجل. وقتل النفس بغير حق، وبهت مؤمن، والفرار من الزحف، واليمين صابرة يقتطع بها مالاً بغير حق»[1] انتهى. وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذباً وغيرها، وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية، وتقدم أن المصبورة المقضي بها لأنها مصبور عليها: أي محبوس، والصبر حبس النفس على المكروه، ومنه قتله صبراً إذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختاراً عن نفسه قوله: **(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله، فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة ٨٩ الآية])** و «ما» في قوله ما يحلف مصدرية: أي الحلف على أمر في المستقبل، وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقاً فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة، ويقتضى أنها إما ليست بيمين وهو بعيد، أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق، وفي كلام شمس الأئمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو، فإن أراد لغة فممنوع لأنه ما لا فائدة له فيه وفي هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه في خبره عند السامع، وإن أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الإرادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه، ولم يقل أحد بذلك فكان خارجاً عن أقوال السلف. والجواب أن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين قوله: **(ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه)** مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيداً ونحوه، ويدخل في

وقوله: **(ولو كان فيها ذنب)** جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم. وتقريره: لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدإ لم يدخل في السيئة ويرفعها عند الطريان، بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء **(فيمتنع الإلحاق)** أي إلحاق الغموس بالمنعقدة. وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقودة **(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل)** وكلامه ظاهر.

وقوله: **(إلا أنه علقه بالرجاء)** إشارة إلى ما قال في المبسوط. فإن قيل: فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به؟

قوله: **(وذلك غير معلوم بالنص)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله نفي المؤاخذة إلخ قوله: **(قال في تفسير اللغو لا والله إلخ)** أقول: في باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام قوله: **(لأن فائدتها المنع إلخ)** أقول: ولأحد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع لخبر الحالف كما في الأيمان الصادقة على الأمور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لاغياً، ثم لو صح ما ذكر لكان الغموس لغواً أيضاً قوله: **(ولقائل أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر إلخ)** أقول: وفي أول كتاب الأيمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جواباً عن هذا الإشكال فراجعه قوله: **(لما مر من تعريفها)** أقول: فيه أن الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضاً إلا أنه كلام على السند الأخص.

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٢/ ٣٦١، ٣٦٢ من حديث أبي هريرة وفيه بقية مدلس؛ لكن أخرجه ابن أبي عاصم في السنة ١/ ٩٨ من طريق بقية، وصرح فيه بقية بالتحديث، فزالت تهمة التدليس، وبقية رجاله ثقات.
وقد حكم ابن عبد الهادي. بجودته كما ذكر المصنف ابن الهمام.

والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين» والشافعي

ذلك الأفعال كما ذكرنا والصفات. ومن الثاني ما في الخلاصة: رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم أنه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (**فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها**) وإنما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع أنه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال ﴿**لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم**﴾ [البقرة ٢٢٥] للاختلاف في معنى اللغو، ففسره محمد بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد. وقال الشافعي: كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل. وهو مباين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه، كما قال: لا يكون إلا عن قصد، وهو رواية عن أحمد، وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ وهو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله(١). وقال الشعبي ومسروق: لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لاغياً بيمينه. وقال سعيد بن جبير: أن يحرّم على نفسه ما أحلّ الله له من قول أو عمل. فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء. والأصح أن اللغو بالتفسيرين الأولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به في الآخرة، وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء، فالأوجه ما قيل: إنه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله ﷺ لأهل المقابر: «وإنا إن شاء الله بكم لاحقون»(٢). وأما التفسير الرابع فغير مشهور، وكونه لغواً هو اختيار سعيد قوله: (**والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي**) وهو من تلفظ باليمين ذاهلاً عنه ثم تذكر أنه تلفظ به. وفي بعض النسخ: الخاطىء وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين، فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله: (**عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين»**) هكذا ذكره المصنف، وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق، والمحفوظ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن

قلنا نعم، ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها، وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها، وذلك غير معلوم بالنص، وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبي أوفى، وعن ابن عباس في إحدى الروايتين. وروي عن محمد أنه قال: هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله، وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه، فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما. وروت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال في تفسير اللغو: لا والله وبلى والله. وتأويله عندنا فما يكون خبراً عن الماضي، فإن اللغو ما يكون خالياً عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لأن فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغواً، أما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين، وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في

قوله: (**ذلك هو القياس وقد ترك بالنص**) أقول: وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدهن جد» الحديث. قوله: (**ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إلخ**) أقول: والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضاً، والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه إن شئت.

---

(١) الصواب وقفه. أخرجه أبو داود ٣٢٥٤ من حديث عائشة وقال: روىٰ هذا الحديث داود بن أبي الفرات عن إبراهيم الصائغ موقوفاً على عائشة، وكذا رواه الزهري، ومالك بن مغول كلهم عن عطاء عن عائشة موقوفاً اهـ.
وأخرجه مالك ٢/٤٧٧ والبخاري ٦٦٦٣ كلاهما عن هشام عن عروة عن عائشة موقوفاً. وهو الصواب مالك أحفظ من غيره، والبخاري أثبت من غيره أيضاً، وقد وافقهما أبو داود أيضاً على أن الصواب وقفه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٢٤٩ وأبو داود ٣٢٣٧ والنسائي ١/٩٣ . ٩٥ وابن ماجه ٤٣٠٦ ومالك ١/٢٨ . ٣٠ وابن حبان ٣١٧١ كلهم من حديث أبي هريرة.
وأخرجه مسلم ٩٧٥ وابن ماجه ١٥٤٧ وأحمد ٥/٣٥٣ . ٣٥٩ والنسائي ٤/٩٤ وابن حبان ٣١٧٣ كلهم من حديث بُريدة به، وصدر حديث أبي هريرة: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين».

رحمه الله يخالفنا في ذلك، وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء) لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة، ولو

النبي ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة»(١) وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث أبي ذرّ قال: قال رسول الله ﷺ «من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز» وروى ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعباً فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح» وأخرج عبد الرزاق عن عليّ وعمر موقوفاً أنهما قالا «ثلاث لا لعب فيهن: النكاح، والطلاق، والعتاق» وفي رواية عنهما «أربع» وزاد «والنذر» ولا شك أن اليمين في معنى النذر فيقاس عليه. واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرته السبب مختاراً، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئاً أصلاً ولم يدر ما صنع، وكذا المخطيء لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل وارداً في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصاً ولا قياساً، وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو أن يقصد اليمين مع ظن البرّ ليس لها حكم اليمين، فما لم يقصده أصلاً بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين. وأيضاً فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ وهو أنه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله(٢)، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فإن المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به على بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه، ولو لم يكن إياه كان أقرب إليه من الهازل، فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل، وهذا الذي أدينه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلاً قوله: (والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول: لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطيء للحديث المشهور «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٣) قال المصنف (وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما

اليمين سواء. ولقائل أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر، لأن قول الرجل والله إني لقائم الآن في حال قيامه مثلاً يمين، وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور. ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها، وإنما هذا قسم وهو جملة إنشائية بها جملة أخرى (والقاصد في اليمين والمكره والناسي) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً. وفي بعض النسخ ذكر الخاطيء مكان الناسي، وهو أن يريد أن يسبح مثلاً فيجري على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة.لقوله ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين») فإن قلت: اليمين عقد يقوي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الأفعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد؟ قلت: ذلك هو القياس وقد ترك بالنص. لا يقال: النص معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الحديث لأنه مجمل ونص اليمين مفسر. وقوله: (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى، ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء) أي فهو ومن فعله مختاراً

---

(١) تقدم تخريجه في باب النكاح مستوفياً، وإسناده قوي، وحديث أبي ذر الآتي تقدم أيضاً، وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ٥ في ترجمة غالب بن عبيد الله الجزري ونقل عن ابن معين توهينه. والعمدة حديث أبي هريرة الأول. وأما اللفظ الذي ساقه صاحب الهداية، فغريب كما قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٣: وكذا وقع بهذا اللفظ لصاحب الخلاصة، والغزالي في الوسيط، وغيرهما، وكلاهما غريب حيث جعلوا: العتاق واليمين بدل الرجعة اهـ الزيلعي.

(٢) تقدم قبل قليل وأنه قول عائشة.

(٣) ضعيف وتقدم تخريجه مستوفياً وهو غريب بهذا اللفظ أيضاً.

كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب، والله تعالى أعلم بالصواب.

في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة بن الأسقع وأبي أمامة قالا: قال رسول الله ﷺ «ليس على مقهور يمين»[1] ثم قال عنبسة ضعيف. قال صاحب تنقيح التحقيق: حديث منكر بل موضوع، وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم قوله: (ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكراً يمينه مختاراً. وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث، وهو الأصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مرّ جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق، وهذا (لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالأكراه وهو الشرط) يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لأن الحنث هو السبب عندنا، وإنما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لأن السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف. والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سبباً كان أو شرطاً وبالنسيان والإكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فيخرجها عنه وليه أو هو إذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط: أي السبب حقيقة. وقوله: ولو كانت الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر هو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث، ولا ذنب على الحانث إذا كان مغمى عليه أو مجنوناً. فأجاب بأن الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائماً بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضرراً، كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض، سواء كان ذلك الوهم حاصلاً أولا كما في شراء الأمة الصغيرة التي لم تبلغ حدّ البلوغ. وأما قولهم: كما في شراء الأمة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لأن التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائماً ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم أن ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجاناً للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يندب، والله أعلم.

سواء. تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لأن شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لأنه لا ينعدم بالإكراه، (وكذلك فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي. وقوله: (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة. وتقريره: الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب، كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلاً بأن اشترى جارية بكراً أو اشتراها من امرأة. ولقائل أن يقول: إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً في الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم، والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول.

---

(١) واه بمرة أخرجه الدارقطني ٤/ ١٧١ من حديث واثلة بن الأسقع وأبي أمامة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٤: ذكره ابن الجوزي في التحقيق وضعفه بعنبسة بن عبد الرحمن.
وقال في التنقيح. أي ابن عبد الهادي: حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة معن لا يجوز الاحتجاج بهم اهـ.

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال: (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه) لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين وهو القوّة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملاً ومانعاً. قال: (إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يميناً) لأنه غير متعارف، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم،

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قوله: (واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل، والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير، ومنه الذي لا إله إلا هو. وربّ السموات والأرض وربّ العالمين ومالك يوم الدين والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء، وإذا قالوا في قوله: والطالب الغالب إنه يمين لأنه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم، إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى ﴿والله غالب على أمره﴾ [يوسف ٢١] وإما كونه بناء على القول المفصل في الأسماء، ويفيد قوله آخر: أنه لا بد من كونه اسماً خاصاً، فلو قال: واسم الله وهو عام يقتضي أن لا يكون يميناً، والمنقول أنه لو قال: باسم الله ليس بيمين. وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين فليتأمل عند الفتوى. ولو قال: وباسم الله يكون يميناً ذكر ذلك في الخلاصة. وقوله: أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً قيد في الصفة فقط، فأفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول. وقال بعض مشايخنا: كل اسم لا يسمى به غير الله وكالله والرحمن فهو يمين، وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فإن أراد به يميناً فهو يمين، وإن لم يرد به فليس يميناً، ورجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملاً لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية. وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتاً ولا يحمل عليها بهو هو كالعزّة والكبرياء والعظمة، بخلاف نحو العظيم فقيده بكونْ الحلف بها متعارفاً سواء كان من صفات الفعل أو الذات، وهو قول مشايخ ما وراء النهر، ولهذا قال محمد في قولهم: وأمانة الله أنه يمين،

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يميناً من الألفاظ وما لا يكون يميناً (واليمين بالله) أي بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة. والصفة على نوعين: صفة ذات وصفة فعل، لأنه إما أن يجوز الوصف به وبضده أو لا. والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم. والأول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين، ومشايخنا العراقيون على أن الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين، ويلزمهم أن يكون وعلم الله يميناً، واعتذروا بأنه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم، ومشايخ ما وراء النهر على أن الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين، وهو مختار المصنف رحمه الله. يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفاً. وقوله لأن الحلف بها متعارف قوله: (ومعنى اليمين وهو القوة الخ) ذكره استظهاراً لأنه لما بنى الأيمان على العرف كان وجوده مغنياً عن

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

. . . .

ثم سئل عن معناه فقال لا أدري لأنه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين. ووجهه أنه أراد معنى والله الأمين، فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة الأمين كعزّة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك، وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يميناً لعدم التعارف، ويزداد العلم بأنه يراد به المعلوم. فقول الشيخ أبي المعين في تبصرة الأدلة إن الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الأصل، بل هو على محاذاة قول القائلين في الأسماء إن ما كان بحيث يسمى به والله تعالى وغيره إن أراد به الله تعالى كان يميناً وإلا لا، فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفته القائمة، به فهو يمين وإلا لا. لا يقال: مقتضى هذا أن يجري في قدره الله مثله، إن أريد به الصفة كان يميناً أو المقدور على أن يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف: أي أثر قدرته لا يكون يميناً وليس المذهب ذلك. لأنا نقول: إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل في الإرادة. ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يميناً أو بصفات الفعل لا يكون يميناً، وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف بأضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزّة. وصفات الفعل ما يصح أن يوصف بها وبأضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط. وقالوا: ذكر صفات الذات كذكر الذات، وذكر صفات الفعل ليس كالذات. قيل: يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله. والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره، وهذا لأن الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود. ولا يخفى أن هذا اصطلاح محض لا ينبغي أن يبتني الفقه باعتباره. وظاهر قول: هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه، بل صفة الذات مطلقاً يحلف بها تعورف أو لا، وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف، وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يميناً على قول هؤلاء، على اعتبار العرف لا يكون يميناً لأنه لم يتعارف الحلف بها وإن كانت من صفات الذات. وقال بعضهم: الأسماء التي لا تسمى بها غيره كربّ العالمين والرحمن ومالك يوم الدين إلى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يميناً بكل حال، وكذا الصفات التي لا تحتمل أن تكون غير صفاته كعزّة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة إلى عرف فيها، بخلاف الأسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحيّ والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف، وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعاً، كما يقال اللهم اغفر علمك فينا، وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه، ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه، ووجه الله يمين إلا أن أراد الجارحة

قوله: (**إلا قوله وعلم الله**) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله: التي يحلف بها عرفاً فيقتضي أن علمه مما يحلف به عرفاً فيتناوله الصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه، وليس كذلك لأنه علله بأنه غير متعارف فكان استثناء منقطعاً لأنه لم يدخل. وأورد على تعليله الثاني القدرة فإنها تذكر ويراد بها المقدور. وأجيب بالمنع فإن المقدور بالوجود خرج عن أن يكون مقدوراً لأن تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل إرادته بالحلف. وقيل: الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكف المراد بالحلف بالقدرة إلا الصفة القائمة بذاته تعالى، بخلاف العلم إذا أريد به المعلوم فإنه لا يخرج المعلوم عن أن يكون معلوماً بالوجود فظهر الفرق. وهذا يوجب أن لا تصح إرادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح، أما وقوعاً فقالوا: انظر إلى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعاً إلا الموجود. وأما تحقيقاً فلأن القدرة في المقدور إذا كان مجازاً لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازاً في المرتبة الثانية. نعم الحق أن لا موقع للتعليل الثاني لأن تفريغ كون الحلف بالعلم ليس يميناً ليس إلا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين، فالتعليل ليس إلا بنفي التعارف فيه، وأما لو فرع على

. . . .

يقال اللهم اغفر علمك فينا: أي معلومك (**ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً**) وكذا ورحمة الله لأن الحلف بها غير متعارف، ولأن الرحمة قد يراد بها أثره وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة (**ومن حلف بغير الله**

القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يميناً لأن العلم من صفات الذات فلا معتبر بأنه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به قوله: (**من حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة لقوله ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»**)[1] متفق عليه. قال: (**وكذا إذا حلف بالقرآن**) لأنه غير متعارف. قال: (**ومعناه أن يقول والنبي والقرآن**) أما إذا حلف بذلك بأن قال: أنا بريء من النبي والقرآن كان يميناً لأن التبرؤ منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا إذا قال: هو بريء من الصلاة والصوم يكون يميناً عندنا، وكذا هو بريء من الإسلام إن فعل كذا، وبحرمة ﴿**شهد الله**﴾ [آل عمران ١٨] أو لا إله إلا الله ليس يميناً. ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه إن فعل ففعل تلزمه الكفارة. ثم لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يميناً كما هو قول الأئمة الثلاثة، وتعليل عدم كونه يميناً بأنه غيره تعالى، لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بأن القرآن كلام الله منزّل غير مخلوق. ولا يخفى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم: القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقاً. وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف، وأما الحلف بحياتي وحياتك ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك إن اعتقد أن البرّ واجب فيه يكفر. وفي تتمة الفتاوي قال عليّ الرازي: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أن يكفر، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمون لقلت إنه شرك. وعن ابن مسعود رضي الله عنه: لأن أحلف بالله كاذباً أحبّ إليّ من أن أحلف بغير الله صادقاً قوله: (**والحلف بحروف القسم إلى قوله ومذكور في القرآن**) قال تعالى ﴿**فوربّ السماء والأرض إنه لحق**﴾ [الذاريات ٢٣] ﴿**والله ربنا ما كنا مشركين**﴾ [الأنعام ٢٣] وقال تعالى ﴿**تالله لقد أرسلنا رسلا**﴾ [الأنعام ٢٣] الآية، ومثل للباء بقوله ﴿**بالله إن الشرك لظلم عظيم**﴾ [لقمان ١٣] وفيه احتمال كونه متعلقاً

النظر إلى غيره. وقوله: (**إلا قوله وعلم الله**) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً. فإن اليمين به إذا لم يكن متعارفاً كان استثناؤه عن العرف منقطعاً، والكلام في قوله ولأنه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في أنه مذكور للاستظهار. نعم العراقيون يحتاجون إلى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم. وقوله: (**لأن الرحمة قد يراد بها أثرها**) منقوض بقدرة الله تعالى لأنه يقال انظر إلى قدرة الله تعالى والمراد أثره، وإلا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها. والحق أن مبنى الأيمان على العرف، فما تعارف الناس الحلف به كان يميناً، والخلف بقدرة الله تعالى متعارف، وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد: وأمانة الله يمين، ثم لما سئل عن معناه قال: لا أدري، فكأنه وجد العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يميناً كأنه قال والله الأمين (**ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً مثل أن يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله ﷺ «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»**) روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «**أن رسول الله ﷺ أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه، فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت**» قال المصنف رحمه الله (**أما لو قال أنا بريء منه يكون يميناً لأن التبرّيء منهما**) أي من النبي والقرآن (كفر) ولقائل أن يقول: سلمنا أن التبريء منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر. لكن

قوله: (**مثل أن يقول والنبي والقرآن إلخ**) أقول: القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فإنه من صفاته الأزلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلاً وعلله بعدم التعارف فليتأمل قوله: (**ألا ترى**) أقول: في التنوير بحث، إلا أنه من قبيل الكلام على السند.

---

(١) تقدم في أول هذا الباب مستوفياً.

لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة) لقوله ﷺ «من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر» **(وكذا إذا حلف بالقرآن)** لأنه غير متعارف، قال رضي الله تعالى عنه: معناه أن يقول والنبي والقرآن، أما لو قال أنا بريء منهما يكون يميناً لأن التبريء منهما كفر. قال: **(والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله)** لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن **(وقد يضمر الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا)** لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً، ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض، وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف، وكذا إذ قال لله في المختار لأن الباء تبدل بها، قال الله تعالى: ﴿آمنتم له﴾ أي آمنتم به. وقال أبو حنيفة

بقوله تعالى قبله ﴿لا تشرك﴾ [لقمان ١٣] ثم قالوا الباء هي الأصل لأنها صلة الحلف، والأصل أحلف أو أقسم بالله وهي للإلصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به، ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود، ولأصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن، ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الإلصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلاً انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لأنهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيراً منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر إلا على اسم الله تعالى خاصة، وما روي من قولهم تَرَبِّي وتَرَبِّ الكعبة لا يقاس عليه وكذا تَحَياتك.

[فرع] قال: باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه، والمختار ليس يميناً لعدم التعارف، وعلى هذا بالواو إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله قوله: **(وقد يضمر الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب)** يريد بالحذف الإضمار، والفرق أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف، وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفاً لأنه لم يظهر أثره. وفي حالة الجرّ مضمراً لظهور أثره وهو الجر في الإسم. وقوله ثم قيل: ينصب لانتزاع الخافض، وقيل: يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال: النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة، ونظر فيه بأنهما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف. وحكى الرفع أيضاً نحو الله لا أفعلن على إضمار مبتدإ، والأولى كونه على إضمار خبر لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بأن يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي أو قسمي الله لأفعلن، غير أن النصب أكثر في الاستعمال. وقوله: في النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتزاع الخافض: أي بالفعل عنده. وأما الجرّ فلا شك أنه بالحرف المضمر، وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله:

إذا قيل أيّ الناس شرّ قبيلة ... أشارت كليب بالأكف الأصابع

أي إلى كليب قوله: **(وكذلك إذا قيل لله لأن الباء تبدل بها)** أي باللام قال تعالى ﴿آمنتم له﴾ [الشعراء ٤٩] ﴿آمنتم به﴾ [الأعراف ٧٦] والقصة واحدة. أورد عليه أنها لا تبدل بها معنى أن توضع مكانها دالة على عين مدلولها، وفي الآيتين المعنى مختلف، فإن قوله تعالى ﴿آمنتم له﴾ [طه ٧١] أي صدقتموه وانقدتم إليه طاعة ﴿وآمنتم به﴾ [الأعراف ٧٦]

كونه كفراً ليس بيمين ولا يستلزمها، ألا ترى أنه لو قال بحياتك لأفعلن كذا واعتقد أن البرّ به واجب كفر وليس بيمين. والجواب سيجيء عند قوله إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني. قال: **(والحلف بحروف القسم)** الحلف بالله إنما يكون بحرف القسم ظاهراً أو مضمراً، وبحث حروف القسم وكون الباء أصلاً وغيرها بدلاً وجواز إضمار الحروف والنصب بعد الإضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الأصل، والأصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل إلى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وأن يكون قد حلف ذلك ورآه. والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف، والمصنف ذكر الإضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية. ويجوز أن يقال أطلق الإضمار بالنظر إلى الجر والحذف بالنظر إلى النصب. وقوله: **(وكذا إذا قال لله في المختار)** احتراز عما روي عن أبي حنيفة

رحمه الله: إذا قال وحق الله فليس بحالف، وهو قول محمد رحمه الله تعالى وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وعنه رواية أخرى أنه يكون يميناً لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف. ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى، إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفاً بغير الله، قالوا: ولو قال والحق يكون يميناً، ولو قال حقاً لا يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى، والمنكر يراد به تحقيق الوعد **(ولو قال أقسم أو أقسم**

لا يفيد تلك الزيادة، ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه في القسم، ولا تستعمل اللام إلا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس: دخل آدم الجنة فللّه ما غربت الشمس حتى خرج. وكقولهم: لله لا يؤخر الأجل، فاستعمالها قسماً مجرداً عنه لا يصح في اللغة إلا أن يتعارف كذلك. وقوله: في المختار احتراز عما عن أبي حنيفة أنه إذا قال: لله عليّ أن لا أكلم فلاناً أنها ليست بيمين إلا أن ينوي لأن الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين، ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز، لأن لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه. هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين أن يعرف المقسم به خطأ أو صواباً أو يسكنه خلافاً لما في المحيط فيما إذا أسكن من أنه لا يكون يميناً إلا بالنية لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقوداً بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ قوله: **(وقال أبو حنيفة رحمة الله: إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف)** وعنه أي عن أبي يوسف **(رواية أخرى أن يكون يميناً)** يعني إذا أطلق لأن الحق من صفات الله تعالى وقد عدّ في أسمائه الحسنى، قال تعالى **﴿ولو اتبَعَ الحقُّ أهواءَهُمْ﴾** [المؤمنون ٧١] **(وهو حقيته)** أي كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال: والله الحق **(والحلف به متعارف)** فوجب كونه يميناً، وهذا قول الأئمة الثلاثة حتى قال أحمد: لا يقبل قوله: يعني في عدم اليمين لأنه انصرف بعرف الاستعمال إلى اليمين فانصرف الحق إلى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى قوله: **(ولهما أنه)** أي حق الله **(يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه)** وصار ذلك متبادراً شرعاً وعرفاً حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه إذ يعلم أنه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يميناً، والمعدود من الأسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام، وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بأنه يمين بأنه تقدم أن ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف، وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته، وإذا كان الحلف بقدرة الله يميناً للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف، فإن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره، وقد بينا أن لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة، وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلاة والسلام «ما حق الله تعالى على العباد؟ فقال: أن لا يشركوا به شيئاً إلى آخره»[1] كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء

أنه لو قال لله عليّ أن لا أكلم فلاناً أنها ليست بيمين، إلا أن ينوي لأن الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين، ولا أثر لتغيير الإعراب في المقسم به نصباً وجراً في منع صحة القسم لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب. وقوله: **(قال أبو حنيفة)** ظاهر. وقوله: **(والمنكر يراد به تحقيق الوعد)** يريد الفرق بين الحق وحقاً بأن المعروف اسم من أسماء الله تعالى، قال الله تعالى **﴿ولو اتبع الحق أهواءهم﴾** والحلف به متعارف فيكون يميناً. وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال: أفعل هذا الفعل لا محالة، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين **(ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله)** ظاهر. واعترض بأن اليمين

---

(١) الآية من سورة طه وهي حكاية قول فرعون للسحرة ومطلعها **﴿قال آمنتم له قبل أن آذن لكم إنه لكبيركم الذي علمكم السحر..﴾** الآية رقم ٧١ من سورة طه.

وأما الآية الثانية التي ذكرها المصنف، فهي من سورة الأعراف **﴿قال فرعون آمنتم به قبل أن آذن لكم إن هذا لمكرٌ مكرتموه في المدينة لتخرجوا منها أهلها فسوف تعلمون﴾** الآية ١٢٣ من الأعراف، وهي قصة فرعون والسحرة أيضاً.

بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للإستقبال بقرينة فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين، قال الله تعالى: ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾

لأن صلته بلفظ على العبد يبين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفته، والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه، فليس الوجه إلا ما ذكرنا قوله: **(ولو قال والحق يكون يميناً)** أي بالإجماع، كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس ٣٢] ﴿فلما جاءهم الحق من عندنا﴾ [يونس ٧٦] فكيف يكون يميناً بلا خلاف، لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يميناً وإلا فلا انتهى. وأنت علمت أنه إذا ثبت كونه اسماً له تعالى لا يعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره، وإنما ذلك القول المقابل للمختار. وأما على قول المفصل: بين أن يريد به اليمين وأن لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجوراً لا بدليل، وبه يندفع قول أبي نصر: إن نوى بالحق اليمين كان يميناً وإلا فلا، ولا يلزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الإجماع. ولو قال: حقاً بأن قال حقاً عليّ أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يميناً لأن الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين، والمنكر يراد به تحقيق الوعد، وما نقل عن الشيخ إسماعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لأنه لم يضفه إلى الله تعالى فصار كالحق مردود بأن المنكر ليس إسماً لله تعالى، ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي إن قوله: بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به، وضعفه لما علمت أنه مثل وحق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يميناً فكذا بحق الله قوله: **(ولو قال أقسم الخ)** إذا حلف بلفظ القسم فإما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا، فإذا كان ماضياً موصولاً بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن وكذا عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف، وإذا كان مضارعاً مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا، وعند الشافعي لا يكون يميناً إلا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعداً. ووجه قولنا: إن هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال على ما تقدم في العتق للمصنف، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته. وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كقولهم: أشهد أن لا إلة إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال للعلم بأن ليس المراد الوعد بالشهادة، وكذا قول الشاهد: أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفاً فجاز أن يقال: هي للمستقبل، ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه، وإن ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو بيمين نوى أو لم ينو، وهو رواية عن أحمد. وقال زفر: إن نوى يكون يميناً وإلا لا. وقال الشافعي: ليس بمين نوى أو لم ينو، وهو رواية أخرى عن أحمد. وقال مالك: إذا نوى في قوله: أقسم بالله الخ يكون يميناً، وإن أطلق فلا. وجه قولهم: أن أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يميناً، وكذا يحتمل العدة والإنشاء للحال فلا يتعين يميناً كذا قيل، وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يميناً وإلا فلا. وجوابه ما ذكره المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه، ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه: أي إلى الحلف بالله ولهذا قيل: لا يحتاج إلى النية، وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة: أي

ما كان حاملاً على فعل شيء أو تركه موجباً للبرّ، وعند فواته يكون موجباً للكفارة على وجه الخلافة عن البرّ. ثم قوله أقسم لا يكون موجباً من البرّ شيئاً بمجرده لأنه لم تنعقد يمينه على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً، ولأن الكفارة إنما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في أقسم مجرداً هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجباً للكفارة، ولأن قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هي للحال كذلك تكون للاستقبال، فلو وجبت الكفارة من حيث أنها للحال لم تجب من حيث أنها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فإنها ملحقة بالحدود حتى إنها إذا اجتمعت تداخلت كالحدود. وأجيب بأنه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها. ووجه

. . . .

لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحاً في المذهب. ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يميناً عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو: يعني إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئاً. أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لا يكون يميناً فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حالفاً لمن يستحق اليمين عليه شرعاً فإن اليمين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ. وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين أشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية أن مجرد قول القائل: أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث إذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملاً على فعل شيء أو تركه موجباً للبرّ وعند فواته موجباً للكفارة على وجه الخلافة، فقوله: أقسم ههنا ليس موجباً شيئاً من البرّ بمجرده لأنه لم يعقد يميناً على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً ولأن الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم، وليس في أقسم مجرد أهتك فكيف يوجب الكفارة. ثم أجاب بأن قوله: أقسم ألحق بقوله: عليّ يمين فإن ذلك يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال: لو قال: عليّ يمين أو يمين الله فهو يمين، وفي المنتقى: لو قال: عليّ يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وإن نفى الكفارة صريحاً لأن قوله: عليّ يمين لما كان موجباً للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها: ثم قال: وإنما كان كذلك لأن كلمة عليّ للإيجاب، فلما كان كذلك كان هذا إقراراً عن موجب اليمين وموجبها البرّ إن أمكن وإلا فالكفارة، ولم يمكن تحقيق البرّ ههنا لأنه لم يعقد يمينه على شيء فكان إقراراً عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة، وبالإقرار يجب الحدّ فكذا الكفارة، وكذا في قوله: عليّ نذر فيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا. فلما كان كذلك في قوله: عليّ يمين وعليّ نذر كان في قوله: أقسم عند قران النية بالقسم كذا لأن أصله الحال في استعمال الفقهاء.

ثم قال: وحاصل ذلك أن قوله أقسم لما كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوّر هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر المقسم عليه، وما ذكر في الذخيرة من أن قوله: عليّ يمين موجب للكفارة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين، ولا شك في ذلك، وإنما ترك ذلك العلم به، فإن المقصود الذي يحتمل أن يخفى هو أن قوله: عليّ يمين هل يجري مجرى قول القائل والله أو لا، فأما أن بمجرد ذكر ذلك يحتمل أن تجب الكفارة فلا خفاء فيه فيحتاج إلى التنصيص عليه، ألا يرى إلى قول محمد في الأصل وإن حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال: والله أو بالله أو عليّ عهد الله أو ذمته أو هو يهودي أو نصراني أو بريء من الإسلام أو قال: أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو عليّ نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو عليّ يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك، ثم قال: فهذه كلها أيمان، وإذا حلف بشيء منهما ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة، وقد ذكر منها هو يهودي أو نصراني، وأن يقول: والله وبالله وتالله وحكم على كل منها أنه يمين، ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله: والله أو قوله هو يهودي تلزمه الكفارة، بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله: وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة، ولأن من الظاهر أن مجرد الإقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة إلا إن كان في القضاء لأنه يؤاخذه بإقراره، وليس الكلام في أن يقول: أقسمت عند القاضي بل لو أقرّ به كان سبيله أن يفتيه بقوله: إن كنت صادقاً فعليك الكفارة، وإنما الكلام في الحنث في اليمين وهو الإنشاء، والحق أن قوله: عليّ يمين إذا لم يزد عليه على وجه الإنشاء لا الإخبار يوجب الكفارة

ذلك أن كلمة عليّ للإيجاب واليمين لا يوصف بالوجوب، وإنما موجبه يوصف بذلك وموجبه البرّ وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه إقراراً بالكفارة صوناً لكلامه عن الإلغاء، وكذلك قوله أقسم إخبار عن القسم في الحال وما ثم قسم لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل إقراراً عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك، وإذا كان إقراراً بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا إلى جعل تلك

. . . .

بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله: عليّ نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء. والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ [التوبة ٩٦] وقوله تعالى ﴿إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين﴾ [القلم ١٧] ولا يخفى على أحد أن قوله أقسموا إخبار عن وجود قسم منهم، وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها، فإنهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح أن يقال: في الإخبار عنهم أقسموا ليصرمنها، ومثله في ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ [التوبة ٩٦] لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلاً فضلاً عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى، وإنما استدل على ذلك بحديث «الذي رأى رؤيا فقصها على رسول الله ﷺ، فقال أبو بكر: ائذن لي فلأعبرها فأذن له فعبرها، ثم قال: أصبت يا رسول الله؟، فقال: أصبت وأخطأت، فقال: أقسمت يا رسول الله لتخبرني، قال لا تقسم»[1] هكذا رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر قوله: (ولو قال بالفارسية سوكندمي خورم بخداي يكون يميناً)[2] لأن للحال لأن معناه أحلف الآن بالله، ولو قال: سوكند خورم قيل لا يكون يميناً لأنه مستقبل، ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم: يعني أحلف بطلاق زوجتي لا يكون يميناً لعدم التعارف في الطلاق كذلك قوله: (وكذا قوله لعمر الله وأيم الله) يعني يكون حالفاً كما هو حالف في أقسم بالله وأخواته لأن عمر الله بقاؤه، وفيه ضم العين وفتحها إلا أنه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط، بخلاف عمرو العلم فإنها ألحقت للفرق بينه وبين عمر، والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو أن يوصف به لا بضده، فكأنه قال: وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه، وإذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر: أي لعمر الله قسمي، وإن لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كما في الله لأفعلن، وأما قولهم: عمرك الله ما فعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء، وينبغي أن لا ينعقد يميناً لأنه

الصيغة للاستقبال، وهذا كما ترى يشير إلى أنه قال عليّ يمين أو أقسم ولم يزد على ذلك، أما إذا قال أقسم لأفعلن كذا أو عليّ يمين أن أفعل كذا لا يصح إقراراً فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك وهو موجود، والعادة قد جرت باليمين به، قال الله تعالى ﴿إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين﴾ وقال تعالى ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ وقال تعالى ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ وقال تعالى ﴿يحلفون بالله لكم ليرضوكم﴾ وقال تعالى ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾ وقال تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمراً جاز أن يكون المقسم به أيضاً كذلك، وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله. ثم اختلف في النية إذا لم يذكر اسم الله تعالى، فقيل لا يحتاجُ إليها، وقيل لا بد

قوله: (قال الله تعالى ﴿إذا أقسموا﴾ إلخ) أقول: في تمام الاستدلال بقوله تعالى ﴿إذا أقسموا﴾ وقوله تعالى ﴿يحلفون لكم﴾ بحث، تأمل

قوله: (وقيل لا بد منها إلخ) أقول: وسيجيء في الشارح في أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٠٤٦ ومسلم ٢٢٦٩ وأحمد ١/٢٣٦ من وجهين كلهم عن ابن عباس: «أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ، فقال: إني رأيت الليلة في المنام ظلّةً تنطِفُ السّمن والعسل، فأرى الناس يتكففون منها فالمستكثر والمستقل، وإذا سبب واصلٌ من الأرض إلى السماء، فأراك أخذت به فعلوت، ثم أخذ به رجل فعلا به، ثم أخذ به رجل آخر فانقطع، ثم وُصِلَ فقال أبو بكر: يا رسول الله بأبي أنت والله لتدعنيّ فأعبّرها، فقال النبي ﷺ له: أعبرها. قال: أما الظلة فالإسلام وأما الذي ينطف من السمن والعسل، فالقرآن حلاوته تنطف، فالمستكثر من القرآن والمستقل، وأما السبب الواصل من السماء إلى الأرض، فالحقُّ الذي أنت عليه تأخذ به، فيعليك الله، ثم يأخذ به رجل فيعلو به، ثم يأخذ به رجل فيعلو به، ثم يأخذ به رجل آخر فينقطع به، ثم يوصل له فيعلو به، فأخبرني يا رسول الله. بأبي أنت. أصبتُ أم أخطأتُ قال النبي ﷺ أصبت بعضاً، وأخطأت بعضاً قال: فوالله يا رسول الله لتحدثني بالذي أخطأتُ. قال: لا تقسم» هذا لفظ البخاري وكذا مسلم، ولأحمد بمعناه.

(٢) هذا كلام بلغة فارس، وقد شرحه المصنف وترجمه للعربية.

ثم قال: ﴿اتخذو أيمانهم جنة﴾ والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يميناً) لأنه للحال. ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يميناً ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يميناً لعدم التعارف. قال: (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لأن عمر الله بقاء الله، وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين، وقيل معناه

حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده، وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الأكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضاً فقيل م الله لأفعلن كذا فيكون ميماً واحدة، وبهذا نفى سيبويه أن يكون جمعاً لأن الجمع لا يبقى على حرف واحد، ويقال: من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع، وإنما وصلت في الوصل تخفيفاً لكثرة الاستعمال، ومذهب سيبويه أنها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرىء من الأسماء الساكنة الأوائل، وإنما كان كل منهما يميناً لأن الحلف بهما متعارف، قال تعالى ﴿لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون﴾ [الحجر ٧٢] وقال ﷺ في حديث إمارة أسامة بن زيد حين طعن الناس في إمارته «إن كنتم تطعنون في إمارته فقد كنتم تطعنون في إمارة أبيه من قبل، وايم الله إن كان لخليقاً للإمارة»[1] الحديث في البخاري قوله: (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعني إذا أطلق عندنا، وكذا عند مالك وأحمد، وعند الشافعي لا يكون يميناً إلا بالنية، لأن العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يميناً بغير النية، وقوله تعالى ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان﴾ [النحل ٩١] لا يفيد أن العهد يمين لجواز كونهما شيئين: الأمر بالإيفاء بالعهد، والنهي عن نقض الأيمان المؤكدة بأي معنى فرض النقض فاستدلالهم على أنها عين لايتم، وهذا لأن إيجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم إيجاب الكفارة بإخلاف ما عقد عليه إلا لو ثبت في مكان آخر في الشرع أنه كذلك. قلنا: إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالإيمان هي العهود المتقدم ذكرها أو ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يميناً وإن لم يكن حلفاً بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يميناً وإن لم يكن فيه ذلك، وأيضاً غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان إليه فلا يصرفهما عنه إلا نية عدمه، فالحالات ثلاثة: إذا نوى اليمين أو لم ينو يميناً ولا غيره فهو يمين، وإن قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا الذمة والأمانة كأن يقول: وذمة الله أو أمانة الله لأفعلن. واستدل على كونها يميناً بأنه ﷺ كان إذا بعث جيشاً يقول «إذا حاضرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم على أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم»[2].

منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله. قال: (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله أقسم الخ، والعمر بالفتح والضم البقاء إلا أن الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم. قال في المبسوط: لعمر الله يمين باعتبار المعنى، قال الله تعالى ﴿لعمرك﴾ والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين، وقال البصريون: معناه والله وكلمة أيم صلة: أي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة

قال المصنف: (وكذا قوله لعمرو الله وايم الله) أقول: قال العلامة الطيبي في شرح المشكاة في كتاب الأيمان والنذور نقلاً عن المغرب:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٧٣٠ و ٤٤٦٩ و ٤٤٦٨ و ٧١٨٧ ومسلم ٢٤٢٦ والترمذي ٣٨١٦ وابن حبان ٧٠٤٤ و ٧٠٥٩ وابن سعد ٦٦/٤ وأحمد ٨٩/٢ . ١٠٦ . ١٠٧ . ١١٠ من طرق كلهم من حديث ابن عمر قال: بعث رسول الله ﷺ بعثاً، وأمّر عليهم أسامة بن زيد، فطعن بعض الناس في إمرته، فقام رسول الله ﷺ، فقال: إن تطعنوا في إمرته، فقد كنتم تطعنون في إمرة أبيه من قبلُ وايم الله إن كان خليقاً للإمارة، وإن كان لَمِنْ أحب الناس إليّ، وإن هذا لَمِنْ أحب الناس إليّ بعدهُ»

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ١٧٣١ من وجوه وأبو داود ٢٦١٢ و ٢٦١٣ والترمذي ١٤٠٨ و ١٦١٧ والدارمي ٢٣٥٢ وابن ماجه ٢٨٥٨ وابن حبان ٤٧٣٩ والطحاوي ٢٠٦/٣ . ٢٠٧ وابن الجارود ١٠٤٢ والبغوي ٢٦٦٩ والبيهقي ١٥/٩ . ٤٩ . ٩٧ . ١٨٤ وأحمد ٣٥٢/٥ . ٣٥٨ من طرق عدة كلهم من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه مطولاً، وسيأتي في الجهاد إن شاء الله تعالى.

والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لأن العهد يمين. قال الله تعالى:

فدل على أنها يمين، ولا يخفى أنه لا يستلزم ذلك، والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة، ولهذا يسمى الذمّي معاهداً، والأمانة على هذا الخلاف. فعندنا ومالك وأحمد هو يمين، وعند الشافعي بالنية لأنها فسرت بالعبادات. قلنا: غلب إرادة اليمين بها إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة. واعلم أن في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه ﷺ «من حلف بالأمانة فليس منا»(١) فقد يقال: إنه يقتضي عدم كونه يميناً. والوجه أنه إنما يقتضي منع الحلف به، ولا يستلزم ذلك أنه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله أعلم. ولو قال: عليّ عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد، ولو حنث لزمته كفارة واحدة. وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لأن كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا إذا كرّر الواو، كما لو قال: والله والرحمن والرحيم إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة. وعند الشافعي إذا قصد بكل لفظ يميناً تعددت الأيمان وإلا يكون الجمع بين الألفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة. قلنا: الواو للعطف وهو موجب للمغايرة قوله: (وكذا إذا قال عليّ نذر أو عليّ نذر الله) يعني يكون يميناً إذا ذكر المحلوف عليه بأن قال عليّ نذر الله لأفعلن أو لا أفعل كذا حتى إذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين، هذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئاً من القرب كحج أو صوم، فإن كان نوى بقوله: عليّ نذر إن فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة. قال الحاكم وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة فعليه ما نوى وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين، ولا شك أن قوله ﷺ «من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين»(٢) رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقاً إلا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لأنها مسماة بالكلام النفسي، فإنما ينصرف الحديث إلى ما لا نية معه من لفظ النذر، فأما إذا قال: عليّ نذر أو نذر الله ولم

نحوية. قوله: (والحلف باللفظين) يريد به قوله لعمرك وايم الله (متعارف) يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يميناً. قوله: (وكذا قوله عهد الله وميثاقه) ظاهر. ومن قال عليّ نذر أو نذر الله أن لا أفعل كذا كان يميناً لقوله ﷺ: «من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين» ومن قال إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يميناً، لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما تقول في تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي ﷺ فإنه يكون يميناً وإن كان ذلك كفراً لأنه اعتقد أن البراءة عن واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يميناً، هذا هو الموعود فيما تقدم، وقد روى عن محمد أنه إذا قال هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل

اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف، وأيم محذوف منه والهمزة للقطع، وهو قول الكوفيين وإليه ذهب الزجاج، وعند سيبويه هي كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعاً لشيء والهمزة فيها للوصل اهـ.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٥٣ من حديث بريدة وسكت عليه أبو داود وكذا المنذري في مختصره ٣١٢٣ ورجاله ثقات وأخرج الحاكم ٤/ ٢٨٩ وصححه ووافقه الذهبي وأخرجه ابن حيان ٤٣٦٣.

(٢) ضعيف بهذا اللفظ أخرجه أبو داود ٣٣٢٢ وابن ماجه ٢١٢٨ والبيهقي ١٠/ ٧٢ والدارقطني ٤/ ١٦٠ كلهم من حديث ابن عباس بهذا اللفظ.

قال أبو داود: رواه وكيع وغيره أوقفوه على ابن عباس وكذا قال البيهقي: المرفوع ضعيف.

وأخرجه الترمذي ١٥٢٨ وابن ماجه ٢١٢٧ كلاهما من حديث عقبة بن عامر بلفظ: «كفارة النذر إذا لم يسمّ كفارة يمين»

قال الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ وطريق ابن ماجه مختلف.

قلت: إسناده حسن والغرابة جاءت بسبب لفظ: لم يسمّ. وأما باقي الحديث فصحيح أخرجه مسلم ١٦٤٥ وأبو داود ٣٣٢٣ و ٣٣٢٤ وأحمد ٤/ ١٤٦ . ١٤٩ . ١٥٦ . ١٧٤ كلهم من حديث عقبة بن عامر مرفوعاً: «كفارة النذر كفارة اليمين» هذا لفظ مسلم وغيره وأما رواية: «لم يسم» ففيها ضعف والراجح فيها الوقف.

لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٥: رواه مسلم ولم يقل فيه: لم يسمّ.

﴿وأوفوا بعهد الله﴾ والميثاق عبارة عن العهد (وكذا إذا قال عليَّ نذر أو نذر الله) لقوله ﷺ «من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين» (وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً) لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما تقول في تحريم الحلال. ولو قال ذلك

يزد على ذلك فهذه لم تجعله يميناً لأن اليمين إنما يتحقق بمحلوف عليه، فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة، فأما إذا ذكر صيغة النذر بأن يقول: لله عليّ كذا صلاة ركعتين مثلاً أو صوم يوم مطلقاً عن الشرط أو متعلقاً به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله عليّ نذر صوم يومين معلقاً أو منجزاً فسيأتي في فصل الكفارة، فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر قوله: (ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً) فإذا فعله لزمه كفارة يمين قياساً على تحريم المباح فإنه يمين بالنص، وذلك أنه ﷺ حرّم مارية على نفسه، فأنزل الله تعالى ﴿يا أيها النبي لم تحرّم ما أحلّ الله لك﴾ [التحريم ١] ثم قال ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم ٢] ووجه الإلحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علماً على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده: أي الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرّمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار. ولو قال: دخول الدار مثلاً عليّ حرام كان يميناً فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يميناً إذا عرف هذا، فلو قال: ذلك لشيء قد فعله كأن قال: إن كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي يمين الغموس لا كفارة فيها إلا التوبة، وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الإسلام؟ قيل: لا، وقيل: نعم لأنه تنجيز معنى، لأنه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر. والصحيح أنه إن كان يعلم أنه يمين فيه الكفارة إذا لم يكن غموساً لا يكفر، وإن كان في اعتقاده أنه يكفر به يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره، وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله. واعلم أنه ثبت في الصحيحين عنه ﷺ أنه قال «من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذباً متعمداً فهو كما قال»[(١)] فهذا يتراءى أعم من

كذا فهما يمينان، وإن قال هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا فهو يمين واحدة، لأن في الأول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء، وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة. وقوله: (ولو قال ذلك لشيء قد فعله) يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض، فإن كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب (فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل) يعني كما لو حلف به على أمر في المستقبل فإنه في المستقبل كان يميناً يكفر، ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لأنه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكأنه قال هو يهودي. قال في النهاية والصحيح أنه إذا كان عالماً يعرف أنه يمين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل، وإن كان جاهلاً أو عنده أنه يكفر بالحلف فإنه يكفر في الماضي والمستقبل لأنه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر. وقوله: (لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال في النهاية: أما الزنا والسرقة فإنهما لا يحتملان النسخ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين

قوله: (وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول: الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى قوله: (هذا هو الموعود إلخ) أقول: أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله: ولقائل أن يقول سلمنا أن التبري منهما إلى قوله: والجواب سيجيء اهـ.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٦٣ و ٦١٠٥ و ٦٦٥٢ ومسلم ١١٠ حـ ١٧٧ والحميدي ٨٥٠ والنسائي ٧/ ٥ ـ ٦ وابن ماجه ٢٠٩٨ وابن حبان ٤٣٦٦ وعبد الرزاق ١٥٩٧٢ وأحمد ٤/ ٣٤ والطبراني ١٣٢٤ و ١٣٢٥ و ١٣٢٦ و ١٣٢٧ والبيهقي ٨/ ٢٣ من طرق كلهم من حديث أبي قلابة عن ثابت بن الضحاك مرفوعاً بزيادة: «ومن قتل نفسه بشيء عُذّب به في نار جهنم» وأخرجه البخاري ٦٠٤٧ ومسلم ١١٠ حـ ١٧٦ وأبو داود ٣٢٥٧ والترمذي ١٥٤٣ والنسائي ٧/ ٦ ـ ١٩ والطيالسي ١١٩٧ وعبد الرزاق ١٥٩٨٤ وأحمد ٤/ ٣٣ وابن الجارود ٩٢٤ وابن حبان ٤٣٦٧ وأبو يعلى ١٥٣٥ والطبراني ١٣٣١ و ١٣٣٢ و ١٣٣٣ و ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٣٧ والبيهقي ١٠/ ٣٠ من طرق كلهم من طريق الأوزاعي عن ثابت بن الضحاك مرفوعاً. مع تغير يسير في بعض ألفاظهم.

لشيء قد فعله فهو الغموس، ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل. وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي. والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث

أن يعتقده يميناً أو كفراً، والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب، فإن الغالب ممن يحلف بمثل هذه الأيمان أن يكون من أهل الجهل لا من أهل العلم والخير، وهؤلاء لا يعرفون إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره قوله: (ولو قال إن فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سببية الشرط له، غاية الأمر أن يكون نفس الدعاء معلقاً بالشرط فكأنه عند الشرط دعا على نفسه، ولا يستلزم وقوع المدعوّ بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولأنه غير متعارف، وكذا إن قال إن فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يميناً؛ أما أولاً فلأن معنى اليمين أن يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل، وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانياً أو سارقاً لأنه لا يصير كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل في الوجود، ووجود هذا الفعل ليس لازماً لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجباً امتناعه عنه فلا يكون يميناً، بخلاف الكفر فإنه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد، والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة. وأما ثانياً فلأن حرمة هذه الأشياء تحتمل السقوط، وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل. أما الخمر فظاهر، وأما السرقة فعند الاضطرار إلى أكل مال الغير، وكذا إذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة الاسم، وهذا فيه نظر لأن كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له، فإنه إن كان يرجع إلى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وإن لم يرجع إليه لا يكون يميناً، ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له، ولأنه ليس بمتعارف أن يقال: إن فعلت فأنا زان فلا يكون يميناً.

[فروع: في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك] إذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول: والله الرحمن الرحيم، أو يقول: والله الله، إلا أن تعليل هذا بأنه جعل الثاني نعتاً للأول مؤول، وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بريء من الله ورسوله إن كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها، وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله فيتفرع أنه لو قال: هو بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريئان إن فعل كذا فهي أربعة أيمان، فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات، هذا كله ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لأن الواو الكائنة بين الأسماء للقسم لا للعطف. وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية، فلو قال: بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم. وروى ابن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقاً هذا قبل ذكر الجواب. أما لو قال: والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان، وكذا لو قال لامرأته: والله لا أقربك ثم قال: والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان، روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله، وسواء كان في مجلس أو مجالس. وروى الحسن أنه إن نوى بالثاني الخبر عن الأول صدق ديانة وهي عبارة متساهل فيها، وإنما المراد أن يريد بالثاني تكرار الأول وتأكيده، اختار هذا الإمام أبو بكر محمد بن الفضل قال: فإن نوى به المبالغة أو لم ينو شيئاً يلزمه كفارتان، وقد مر في الإيلاء في التجريد عن أبي حنيفة: إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء. ولو قال: عنيت بالثاني الأول لم يستقم في اليمين بالله سبحانه وتعالى، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم، وهذا يخالف ما روى الحسن. وفي الخلاصة عن نسخة الإمام السرخسي في أيمان الأصل: إذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا

. . . .

أقدم على الفعل (ولو قال إن فعلت كذا فعليّ غضب الله أو سخط الله فليس بحلف) لأنه دعاء على نفسه، ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف (وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا، لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل) فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف.

يفعله أبداً ثم فعله إن نوى يميناً مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمينين، أما إذا نوى بالثاني الأول فعليه كفارة واحدة، وقدمنا في الإيلاء: لو قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لأنه انعقد على تلك الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة، فعليه إذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات، وإن كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لأن يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان، وإن كلمه بعد شهر فكفارته واحدة، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه، وعرف في الطلاق أنه لو قال: إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق أن دخلت فأنت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات. وما في الأصل من أنه إذا قال: هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا فهي يمين واحدة، ولو قال: هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل كذا فيمينان، يفيد أن في مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر، ولو قال: أنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة، وكذا لو قال: هو بريء من التوراة والإنجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة، ولو قال: هو بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور وبريء من الفرقان فهي أربعة أيمان، ولو قال: هو شريك اليهودي فهو كقوله: يهودي ولو قال: بريء من هذه الثلاثين يوماً: يعني شهر رمضان إن أراد عن فرضيتها يكون يميناً أو عن أجرها أو لم ينو شيئاً لا يكون يميناً، والاحتياط هو يمين: ولو قال: من الصلاة التي صليتها وحنث لا يلزمه شيء بخلاف قوله: من القرآن الذي تعلمت. واختلف في بريء من الشفاعة. وفي مجموع النوازل: الأصح أنه ليس بيمين. ولو قال: دخلت الدار أمس فقال: نعم فقال له: والله لقد دخلتها فقال: نعم فهو حالف. وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر: إن كلمت فلاناً فعبدك حرّ فقال: نعم إلا بإذنك فهذا إن كلمه بغير إذنه يحنث، ولو قال رجل لآخر: الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر: نعم: فإن أراد المبتدىء الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة إن لم يفعل المجيب لأن قوله: نعم جواب وهو يستدعي إعادة ما في السؤال فكأنه قال: نعم والله لأفعلن كذا، وإن نوى المبتديء الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف، وإن لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله: الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتديء، وإن أراد المبتدىء الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين، وأن يكون قوله: نعم وعداً بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما، ولو قال: بالله فهو كقوله: والله في جميع ذلك، ولو قال لمديونه: إن لم تقض ديني غداً فامرأتك طالق فقال المديون: نعم فقال له الرجل: قل نعم فقال: نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانياً فتطلق ثنتين وإن دخل بينهما انقطاع. في الفتاوي وفي مجموع النوازل: قال لآخر والله لا أجيء إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء إلى ضيافتي فقال: نعم يصير حالفاً ثانياً.

المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً له بوجه النكاح وملك اليمين فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخاً وتبديلاً، وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ. أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالاً ثم انتسخ، وأما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وإن لم يرد النسخ في حقه؛ ألا ترى أنه يحل في دار الحرب. وأقول: في كلام المصنف لفّ ونشر على غير السنن، وذلك لأن قوله نسخاً متعلق بشرب الخمر وأكل الربا. وقوله تبديلاً بالزنا والسرقة ويراد انقلاب المحل على ما ذكر، وهذا إفادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية إعادة، والحمل على الأولى أولى، فإذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لأن حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الأشياء (ولأنه ليس بمتعارف) فلا يكون يميناً.

فصل في الكفارة

قال: (كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكفارته

فصل في الكفارة

الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافراً قال: *في ليلة كفر النجوم غمامها* وتكفر بثوبه اشتمل به وإضافتها إلى اليمين في قولنا: كفارة اليمين إضافة إلى الشرط مجازاً. وعند الشافعي إضافة إلى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة قوله: (كفارة اليمين عتق رقبة) أي إعتاقها لا نفس العتق، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزي فيها ما يجزي في الظهار) وتقدم المجزىء في الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغيرة، ولا يجزىء فائت جنس المنفعة، بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين، وفي الأصم اختلاف الرواية. والأصح أنه إذا كان بحيث إذا صيح عليه يسمع جاز، ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق، وفيمن يفيق ويجن يجوز، ولا المدبرة وأم الولد لأنهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئاً يجوز، بخلاف الذي أدى بعض شيء لأنه كالمعتوق بعوض (وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد) يعني إن كسا ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين) كالإطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من برّ أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخي بإسناده إلى عمر رضي الله عنه قال: صاع من تمر أو شعير ونصفه من برّ[1]. وبإسناده إلى عليّ رضي الله عنه قال: كفارة اليمين نصف صاع من حنطة[2]. وبسنده إلى الحسن رضي الله عنه قال: يغديهم ويعشيهم. وبإسناده إلى مجاهد قال: كل كفارة في القرآن نصف صاع من برّ لكل مسكين[3]. ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سناً لم يجز عن إطعام مسكين، ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز إلا أنه إن كان برّاً لا يشترط الإدام، وإن كان غيره فبإدام. ويجوز في الإطعام كل من التمليك والإباحة وتقدم (والأصل فيه قوله تعالى ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾ [المائدة ٨٩] وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة) وللعبد الخيار في تعيين أيها شاء، ويتعين الواجب عيناً بفعل العبد

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة، لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لأن اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث، وكلامه واضح، وكون الواجب أحد الأشياء على التخيير أو واحداً معيناً عند الله وإن كان مجهولاً عندنا، وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة

فصل في الكفارة

(١) أثر عمر. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٣١٢: رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وأبو الشيخ كلهم عن عمر موقوفاً.

(٢) أثر علي. قال السيوطي في دره ٢/ ٣١٢: أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي حاتم وأبو الشيخ كلهم عن علي موقوفاً.

(٣) أثر مجاهد. أخرجه سعيد بن منصور في سننه وعبد بن حميد وأبو الشيخ اهـ الدر المنثور ٢/ ٣١٢ وأما أثر الحسن فلم أره.

إطعام عشرة مساكين﴾ الآية، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة. قال: **(فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات)** وقال الشافعي رحمه الله: يخير لإطلاق النص. ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى

والمسئلة طويلة في الأصول، ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والإطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه إلا بالصوم. ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى. ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالاً وجب عليه استئناف الكفارة بالمال قوله: **(فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة)** من الإعتاق والكسوة والإطعام **(كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات. وقال الشافعي: يخير)** بين التتابع والتفريق **(لإطلاق النص)** وهو قوله تعالى **﴿فصيام ثلاثة أيام﴾** [البقرة ١٩٦] وهو قول مالك، وفي قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد **(ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾ وهي كالخبر المشهور)**[(١)] لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة رضي الله عنه، والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به. فإن قيل: الشافعي كان أولى بذلك منكم لأنه يحمل المطلق على المقيد وإن كانا في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة ثم إنكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله «أدّوا عن كل حرّ وعبد»[(٢)] وقوله «أدوا عن كل حُرٍّ وعبد من المسلمين». أجيب عنا بأنا إنما تحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوباً بقيد زائد على المطلق وبقيد إطلاقه للتنافي بينهما، فإن الأول يقتضي أن لا يجوز إلا بقيد التتابع ولا يجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقاً كجوازه متتابعاً، وإذا وجب القيد الأول لزمه انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة، وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الأسباب، ولا منافاة في الأسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سبباً، وهذا كلام محتاج إلى تحقيق. وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب إلا لضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما إلا لو قلنا: بمفهوم المخالفة فإنه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الأداء عنه مسلماً كان أو كافراً. والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سبباً لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم، فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم، ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب.

وأجابوا عما لزم الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجاذبها أصلان في التتابع وعدمه، فحمل المطلق على

وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة أنه يجوز، وفي رواية أخرى إن أعطى السراويل المرأة لا يجوز، وإن أعطى الرجل يجوز لأن المعتبر ردّ العرى بقدر ما تجوز به الصلاة، لأن ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه، أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الإدام في الطعام. وقوله: **(لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة)** يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأن الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلاً منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام. وهل يشترط النية أو لا؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو. وعن أبي يوسف: إذا

---

(١) قراءة ابن مسعود هذه ثابتة عنه. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٣١٤: روى ذلك عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن الأنباري وأبو الشيخ والبيهقي من طرق عن ابن مسعود أنه كان يقرؤها: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات».
وأخرج ابن أبي شيبة وابن المنذر وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي داود في المصاحف كما في الدر ٢/ ٣١٤ والحاكم في المستدرك ٢٧٦ كلهم عن أبي بن كعب بمثل قراءة ابن مسعود وصححه الحاكم، وهو كما قال. وانظر سنن البيهقي ١٠/ ٥٤. ٥٦.

(٢) تقدم مستوفياً في باب صدقة الفطر.

عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور، ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح لأن لابسه عرياناً في العرف، لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه)

المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع، وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة قوله: **(ثم المذكور في الكسوة في الكتاب)** أي المبسوط أو مختصر القدوري **(في بيان أدنى الكسوة)** المسقطة للواجب من أنه ما يجوز فيه الصلاة **(مروى عن محمد)** رحمه الله فيجزيه دفع السراويل، وعنه تقييده بالرجل، فإن أعطى السراويل امرأة لا يجوز لأنه لا يصح صلاتها فيه **(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف إن أدناه ما يستر عامة بدنه، ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح، لأن لا بس السراويل يسمى عرياناً عرفاً)** فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصاً أو جبة أو رداء أو قباء أو إزاراً سابلاً بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإلا فهو كالسراويل، ولا تجزىء العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزىء مما ذكرنا جاز. وأما القلنسوة فلا تجزىء بحال، وإن كان قد روي عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال: إذا قدم وفد على الأمير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا. وعن ابن عمر رضي الله عنه: لا يجزى أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء. وعن أبي موسى الأشعري ثوبان[1]. قال الطحاوي: هذا كله إذا دفع إلى الرجل، أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لأن صلاتها لا تصح دونه، وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي، وهذا كله خلاف ظاهر الجواب، وإنما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان، وعليه بني عدم إجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة، إذا ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسياً على ما ذكرنا، والمرأة إذا كانت لابسة قميصاً سابلاً وإزاراً وخماراً غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت إسم أنها مكتسية لا عريانة، ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أو لا، ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث، فلو كان موسراً عند الحنث ثم أعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه، وعند الشافعي على القلب قاسه على الحد فإن المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق. وقلنا: الصوم خلف عن المال كالتيمم فإنما يعتبر فيه وقت الأداء، أما حد العبد فليس ببدل عن حدّ الحر فلا يصح قياسه عليه قوله: **(لكن ما لا يجزيه الخ)** يعني لو أعطي الفقير ثوباً لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزىء وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من برّ أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن إطعام فقير من الكفارة، وكذا إذا أعطى عشرة مساكين ثوباً كبيراً لا يكفي كل واحد حصته منه للكسوة، وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزأه عن الكفارة بالإطعام، ثم ظاهر المذهب أنه لا يشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوي به عن الإطعام. وعن أبي يوسف: لا يجزيه إلا أن ينويه عن الإطعام. وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو. واعترض بقوله ﷺ

نوى أن يكون عن الطعام وإن لم ينو لم يجزه **(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه. وقال الشافعي: يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين)** لأنها تضاف إلى اليمين، يقال كفارة اليمين، والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة، والأداء بعد السبب جائز لا محالة **(فأشبه التكفير بعد الجرح. ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا)** لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث.

وقوله: **(واليمين ليست بسبب)** جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين. ووجهه أن السبب ما يكون مفضياً، واليمين غير مفض إلى الكفارة لأنها تجب بعد نقضها بالحنث، وإنما أضيفت إليها لأنها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم

---

(١) انظر هذه الآثار في سنن البيهقي ١٠/٥٦ ـ ٥٧ باب: ما يجزىء من الكسوة في الكفارة. وكذا انظر الدر المنثور ٢/٣١٣ لكن ذكر البيهقي عن أبي موسى: ثوباً لكل مسكين اهـ ولم يذكر ثوبان

وقال الشافعي: يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح. ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا، واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض، بخلاف الجرح لأنه مفض. (ثم لا يسترد من المسكين)

«وإنما لكل امرئ ما نوى»(١) فإذا لم ينو عن الإطعام لا يقع عنه، ولأنه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث، فإذا اختار أحدها صار كأنه هو الواجب ابتداء وتنحى الآخران. والجواب أنه إن أراد أنه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول، وقوله ﷺ «وإنما لكل امرئ ما نوى»(٢) دليله فلا ينصرف المؤدى طعاماً أو كسوة إلى كونه كفارة إلا بنية، وإن أراد أنه لا بد أن ينوي التكفير بالإطعام والتكفير بالكسوة مثلاً فممنوع فإن الواجب التكفير بأحد الأشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب، فإذا دفع أحدها ناوياً الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح إطعاماً أو غيره مما هو أحد الثلاثة، ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها أنه عن الآخر إذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسها فيجب أن ينوي في الإطعام أنه إطعام وفي دفع الثوب أنه كسوة ولا حاجة إلى ذلك، بل المحتاج إليه نية الامتثال بالفعل إذا كان مما يصلح للإسقاط بوجه وقد نوى الإسقاط فانصرف إلى ما به الإسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على أن كونه مختاراً للكسوة إذا دفع مالا يستقيم كسوة ممنوع، وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا أعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة. وأجيب بأن جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير، بخلاف الكسوة مع الإطعام فإنهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل إحداهما عن الأخرى، وإنما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوباً صغيراً نفيساً تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الإطعام قوله: (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجز، وقال الشافعي: يجزيه بالمال) دون الصوم (لأنه أدى بعد السبب وهو اليمين) وإنما كان السبب للكفارة هو اليمين لأنه أضيف إليه الكفارة في النص بقوله تعالى ﴿ذلك كفارة أيمانكم﴾ [المائدة ٨٩] وأهل اللغة والعرف يقولون: كفارة اليمين ولا يقولون: كفارة الحنث، والإضافة دليل سببية المضاف إليه للمضاف الواقع حكماً شرعياً أو متعلقه، كما فيما نحن فيه، فإن الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب، وإذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لأنه حينئذ شرط، والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعاً، كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك

(بخلاف الجرح لأنه مفض) إلى الموت. وقوله: (ثم لا يستردّ من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه: يعني وإن لم يقع كفارة إذا وقع إلى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لأنه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب، ولم يحصل الأول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه») معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لأن اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لأفعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض. وفي وجه الاستدلال به نظر لأنه قال «ورأى غيرها خيراً منها» فالمدعى مطلق، والدليل مشروط برؤية غيره خيراً. والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظراً إلى حاله. قوله: (ولأن فيما قلنا) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلنا أي لا جابر

قوله: (فكان من باب ذكر الكل إلخ) أقول: أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه.

---

(١) رواه الجماعة وقد تقدم وهو من حديث عمر.

(٢) هو المتقدم.

لوقوعه صدقة. قال: (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه» ولأن فيما قلناه تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد

النصاب، وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية، ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم، وفي الجديد لا يقدم الصوم لأن العبادات البدنية لا تقدم على الوقت: يعني أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعاً إلا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه، وذهب جماعة من السلف إلى التكفير قبل الحنث مطلقاً صوماً كان أو مالاً وهو ظاهر الأحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا أن الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل: *في ليلة كفر النجوم غمامها* وبه سمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر في الأرض (ولا جناية) قبل الحنث لأنها منوطة به لا باليمين لأنه ذكر الله على وجه التعظيم، ولذا أقدم النبي ﷺ والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقاً ليس واقعاً إذ قد يكون فرضاً، وإنما أخرج المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من إخلاف المحلوف عليه. والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أو لا، والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه، وهذا يفيد أن السبب الحنث، واليمين ليست بسبب لأن أقل ما في السبب أن يكون مفضياً إلى المسبب واليمين ليس كذلك لأنه مانع عن عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضياً إليه. نعم قد يتفق تحققه اتفاقاً لا عن اليمين للعلم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه، بخلاف الجرح فإنه مفض إلى التلف فلزم أن الإضافة المذكورة إضافة إلى الشرط، فإن الإضافة إلى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الإحرام وصدقة الفطر. على أنه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك في أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن الكفارة لا تجب قبله وإلا وجبت بمجرد اليمين، والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجباً قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجباً، فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به. فإن قيل: قد ورد السمع به في قوله ﷺ «فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير»[1] قلنا: المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي رسول الله ﷺ «إذا حلفت على

لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لأن الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لأن الجابر لا يتقدم، كذا في النهاية. وقال في بعض الشروح: ولأن فيما قلنا: أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البرّ إلى جابر والجابر هو الكفارة، والفوات إلى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البرّ كلا معصية لوجود الجابر، أما إذا أتى بالبرّ وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه، وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث) أي لا كفارة (عليه) وقال مالك والشافعي: يكفر بالمال لأن اليمين تعقد للبر وهو من أهله لأنه إنما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البرّ ولهذا يستحلف في الدعاوي والخصومات (ولنا أنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظماً) إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة) بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول أو الإقرار، والكفر لا ينافي ذلك قال: (ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا، (لم يصر محرماً لعينه وعليه إن استباحه) أي إن فعل شيئاً مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي: (لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه وهو تحليل الحرام (ولنا أن

---

(١) جيد غريب. أخرجه أبو داود ٣٢٧٨ والنسائي ٧/ ١٠ كلاهما من حديث الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة. وقال الزيلعي ٣/ ٢٩٨: وهذا سند صحيح اهـ لكن رواية البخاري ومسلم الآتية عن عبد الرحمن بن سمرة أرجح.

إسلامه فلا حنث عليه) لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظماً ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يصر محرّماً وعليه إن استباحه كفارة يمين) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين. ولنا أن

يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خيرا»(١) وفي مسلم من حديث أبي هريرة عنه ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير»(٢) وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم إلا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو، فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في أبي داود قال فيه «فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير»(٣) وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملاً للقليل الأقرب إلى الغلط على الكثير، ومن ذلك حديث عائشة في المستدرك «كان النبي ﷺ إذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال: لا أحلف على يمين، إلى أن قال: إلا كفرت عن يميني ثم أتيت الذي هو خير»(٤) وهذا في البخاري عن عائشة أن أبا بكر كان إلى آخر ما في المستدرك(٥)، وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار، وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الأكثر: يعني من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والإتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في أدخل السوق فاشتر لحماً وفاكهة، فإن المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الأمرين، وهكذا قلنا في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة ٦] الآية، وهذا لأن الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله

اللفظ ينبيء عن إثبات الحرمة) فإما أن تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لأنه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (بإثبات موجب اليمين) وفيه إعمال اللفظ والمصير إلى إعمال اللفظ عند الإمكان واجب فيصار إليه. وبهذا التقرير يندفع ما قيل إن بين قوله لم يصر محرماً وبين قوله وعليه إن استباحه تنافياً لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما إذا كان ثمة تحريم. وقوله لم يصر محرماً ينافيه، وذلك لأن قوله لم يصر محرماً معناه محرماً لعينه. وقوله إن استباحه إشارة إلى الحرمة لغيره. وعورض بأن اليمين إما أن يذكر

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٢٢ و ٦٧٢٢ و ٧١٤٧ و ٧١٤٦ ومسلم ١٦٥٢ وأبو داود ٣٢٧٧ والترمذي ١٥٢٩ والنسائي ٧/ ١١ والدارمي ٢٢٥٨ والبيهقي ١٠/ ٣٢. ١٠٠ والطيالسي ١٣٥١ وأحمد ٥/ ٦١. ٦٢. ٦٣ وابن حبان ٤٣٤٨ من طرق كلهم عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة، فإنك أن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن أعطيتها عن مسألة وُكلت إليها. وإذا حلفت..» الحديث هذا لفظ البخاري وغيره ومسلم.

وأخرج قصة اليمين دون الإمارة. الطيالسي ١٣٥١ وأحمد ٥/ ٦١ ومسلم ١٦٥٢ وأبو داود ٣٢٧٧ والنسائي ٧/ ١٠ والبيهقي ١٠/ ٥٣ وابن الجارود ٩٢٩ كلهم من طريق الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة به.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٥٠ حـ ١١. ١٢. ١٣. ١٤ ومالك ٢/ ٤٧٨ حـ ١١ والترمذي ١٥٣٠ وأحمد ٢/ ٣٦١ وابن حبان ٤٣٤٩ والبغوي ٢٤٣٨ والبيهقي ١٠/ ٥٣. ٣٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

قوله: وحديث البخاري... الخ أي حديث عبد الرحمن بن سمرة تقدم قبل حديث أبي هريرة رواه البخاري وغيره، وليس فيه لفظ (ثم) وإنما هو بالواو.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) ضعيف. أخرج الحاكم ٤/ ٣٠١ وابن حبان ٤٣٥٣ كلاهما من طريق الطُّفاوي عن هشام عن عروة عن عائشة وإسناد ضعيف لضعف الطُّفاوي هذا واسمه محمد بن عبد الرحمن. وقد اضطرب فيه، فلفظ المصنف عند الحاكم، وأما في رواية ابن حبان ففيه: «إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» فرواية ابن حبان ليس فيها لفظ: «ثم» وفيها تقديم وتأخير. والصواب في هذا الحديث كونه موقوفاً. أخرج البخاري ٤٦١٤ و ٦٦٢١ والبيهقي ١٠/ ٣٤ كلاهما عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن أبي بكر موقوفاً عليه بهذا السياق، وهو بالواو أيضاً.

قال الحافظ في الفتح ١١/ ٥١٨: قال الترمذي في علله: سألت البخاري عنه فقال: المرفوع خطأ، والصحيح عن أبي بكر كذا رواه سفيان ووكيع عن هشام به.

(٥) تقدم في هذا المتقدم وأن الصواب وقفه.

اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار إليه، ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه.

فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الأمرين فيكون المعقب الأمرين، ثم وردت روايات بعكسه: منها ما في صحيح مسلم من حديث عدّي بن حاتم عنه ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»(١) ومنها حديث رواه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»(٢) ومنها ما أخرج النسائي: أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان، حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبي الأحوص عن أبيه قال «قلت يا رسول الله رأيت ابن عمّ لي آتيه أسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج إليّ فيأتيني ويسألني وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله، فأمرني أن آتي الذي هو خير وأكفر عن يميني»(٣) ورواه ابن ماجه بنحوه؛ ثم لو فرض صحة رواية «ثم» كان من تغيير الرواية، إذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو، ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه، فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب الحديث منها دون ثم. وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلاً: أعني قوله «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»(٤) إلا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك، هذا ولفظ اليمين في قوله ﷺ «من حلف على يمين» مجاز من إطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لأن اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله: (**لا يسترد من الفقير**) يعني إذا دفع إلى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يستردها منه لأنه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله قوله: (**ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث**) أي يجب عليه أن يحنث (**نفسه ويكفر**

مقسم به وهو عند ذكر إسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم، أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يميناً. وأجيب بسقوطها بقوله تعالى ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ بعد قوله ﴿لم تحرّم ما أحل الله لك﴾ في تحريم العسل أو تحريم مارية، أطلق الأيمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الأيمان، والرأي لا يعارض النصوص السمعية. (**ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك، والقياس أن يحنث كما فرغ**) لأن قوله هذا في قوة أن يقال والله

قال المصنف: (ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) أقول: فإنه أهون الشرين وارتكابه واجب إذا لم يكن بد من أحدهما، وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجعه.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٥١ ح ١٦. ١٧. ١٨ والطيالسي ١٠٢٧ و ١٠٢٨ والنسائي ٧/ ١٠. ١١ وابن ماجه ٢١٠٨ والدارمي ٢٢٥٧ وابن حبان ٤٣٤٦ وأحمد ٤/ ٢٥٦. ٢٥٨. ٢٥٧ والبيهقي ١٠/ ٣٢ من طرق كلهم من حديث عدي بن حاتم. رواه مسلم والطيالسي وغيرهما في قصة تارة، وبدون قصة تارة أخرى.

(٢) لم أعثر عليه عن ابن عمر بهذا اللفظ. ولعل الصواب عبد الله بن عمرو بن العاص فقد أخرجه النسائي ٧/ ١٠ وابن ماجه ٢١١١ والبيهقي ١٠/ ٣٣. ٣٤ وأحمد ٢/ ١٨٥. ٢٠٤. ٢١١. ٢/ ٢ والطيالسي ٢٢٥٩ وابن حبان ٤٣٤٧ كلهم عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وفي إسناده عند ابن حبان مسلم بن خالد الزنجي، وهو سيء الحفظ لكن رواية الباقين من طريق عمرو بن شعيب عن آبائه وهي سلسلة الحديث الحسن.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٧/ ١١ وابن ماجه ٢١٠٩ وأحمد ٤/ ١٣٦. ١٣٧ كلهم من حديث أبي الأحوص عن أبيه مالك بن نضلة، واللفظ للنسائي. ورجاله ثقات، وإسناده متصل.

(٤) هذا المتن ذكره صاحب الهداية، فاستغربه ابن الهمام وقال: لم يعرف أصلاً. يعني بهذا اللفظ.

(ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه، هذا قول زفر رحمه الله تعالى. وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار

عن يمينه لقوله ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»[1] وقد ذكرناه آنفاً ولأن فيما قلناه من تحنيث نفسه (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البرّ (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه: هو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبرّ في يمينه بفعل المعصية فإنه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها، واعلم أن المحلوف عليه أنواع: فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهراً ونحوه، فإن الحنث أفضل لأن الرفق أيمن وكذا إذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكوه مديونه إن لم يوافه غداً لأن العفو أفضل، وكذا تيسير المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبرّ في هذا وحفظ اليمين أولى، ولو قال قائل: إنه واجب لقوله تعالى ﴿واحفظوا أيمانكم﴾ [المائدة ٨٩] على ما هو المختار في تأويلها أنه البرّ فيها أمكن قوله: (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه، فالمراد حكم الحنث المعهود، وكذا إذا حلف مسلماً ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء، وعلى هذا الخلاف إذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الإسلام ولا قبله، وبقولنا: في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لأنه أهل لإيجابه دون الصوم لأنه عبادة وليس أهلاً لها، وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه إحدى الخصال، فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ما سواه، وأيضاً هو أهل للبرّ فإنه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن إخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فإنه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد إسقاط المالية، ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: يا رسول الله أني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام. وفي رواية: يوماً، فقال: أوف بنذرك»[2] وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله ﷺ: «تبرئكم يهود بخمسين يميناً»[3] ولنا قوله تعالى ﴿إنهم لا أيمان لهم﴾ [التوبة ١٢] وأما قوله بعده ﴿نكثوا أيمانهم﴾ [التوبة ١٢] فيعني صور الأيمان التي أظهروها. والحاصل لزوم تأويل إما في ﴿لا أيمان لهم﴾ [التوبة ١٢] كما قال الشافعي أن المراد لا إيفاء لهم بها أو في ﴿نكثوا أيمانهم﴾ [التوبة ١٢] على قول أبي حنيفة: أن المراد ما هو صور الأيمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه، وهو أنا نعلم أن من كان أهلاً لليمين يكون أهلاً للكفارة، وليس الكافر أهلاً لها لأنها إنما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من إثم الحنث إن كان، أو ما وقع من إخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى إقامة لواجبه، وليس الكافر أهلاً لفعل

لا أفعل فعلاً حلالاً وقد فعل فعلاً حلالاً وهو التنفس وفتح العينين فيحنث **(وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن اليمين تعقد للبرّ وهو لا يحصل مع اعتبار العموم)** لامتناع أن لا يتنفس وأن لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم فيصار إلى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فإن العادة جارية باستعماله في المتناولات (و) إذا لم يكن العموم مراداً **(لا يتناول المرأة**

---

(١) صحيح. تقدم قبل ثلاثة أحاديث عن عدي بن حاتم رواه مسلم وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٣٢ و ٢٠٤٢ و ٢٠٤٣ و ٦٦٩٧ ومسلم ١٦٥٦ وأبو داود ٣٣٢٥ والترمذي ١٥٣٩ وابن ماجه ٢١٢٩ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٣٣ والدارقطني ٢/ ١٩٩ وابن حبان ٤٣٧٩ و ٤٣٨٠ وابن الجارود ٩٤١ وأحمد ١/ ٣٧ و ٢/ ٢٠ والبيهقي ١٠/ ٧٦ من طرق كلهم عن نافع عن ابن عمر أن عمر... فذكره.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٩٨ ومسلم ١٦٦٩ وأبو داود ٤٥٢١ والترمذي ١٤٢٢ والنسائي ٨/ ٥. ٦. ٧ وابن ماجه ٢٦٧٧ والدارمي ٢٢٦٤ ومالك ٢/ ٨٧٨ ح ٢ وأحمد ٤/ ٣. ١٤٢ كلهم من حديث سهل بن أبي حثمة، ورافع بن خديج في خبر القسامة مطولاً، وسيأتي في القسامة إن شاء الله بتمامة.

العموم، وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة. ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم. وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب، وهذا كله جواب ظاهر

عبادة. وقولهم: إيجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لأن ذلك في إيجاب المال والعتق من حيث هو إيجابهما، والكلام في إيجابهما كفارة، وإيجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا، إذ لو فصل لم يكن كفارة لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعاً إلا بتلك الصفة وإلا فهو شيء آخر، وأما تحليف القاضي وقوله ﷺ «تبريكم يهود بخمسين يميناً»(١) فالمراد كما قلنا صور الأيمان، فإن المقصود منها رجاء النكول، والكافر وإن لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذباً فيمتنع عند فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة. وما في الهداية من أنه مع الكفر لا يكون معظماً ليس بصحيح إلا أن يريد تعظيماً يقبل منه ويجازى عليه، وأما قوله ﷺ «أوف بنذرك»(٢) فالمشهور من مذهب الشافعي أن نذر الكافر لا يصح، فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤوّلونه أنه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الإسلام لا على أنه الواجب بالنذر دعا إلى هذا العلم من الشرع أن الكافر ليس أهلاً لقربة من القرب فليس أهلاً لالتزامها؛ ألا ترى أنه لو فعلها لم تصح منه، وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم، لا لإضعاف العذاب. وقول الطحاوي: إنه ليس متقرباً إلى الله تعالى بل إلى ربه الذي يعبده من دون الله إنما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع قوله: **(ومن حرّم على نفسه شيئاً مما يملكه)** كهذا الثوب عليّ حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة **(لم يصر محرماً وعليه إن استباحه كفارة يمين)** وليس ملكه شرطاً للزوم حكم اليمين فإنه جار في نحو كلام زيد عليّ حرام، ولو أريد بلفظ شيئاً ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه، لأنه حرام عليه التصرف فيه مع أنه يصير به حالفاً، حتى لو أكله حلالاً أو حراماً لزمته الكفارة. والحاصل أن حرمته لا تمنع تحريمه حلفاً، ألا يرى إلى قولهم: لو حرم الخمر على نفسه فقال: الخمر عليّ حرام أن المختار للفتوى أنه إن أراد به التحريم: يعني الإنشاء تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر، وإن أراد الإخبار أو لم يرد شيئاً لا تجب الكفارة لأنه أمكن تصحيحه إخباراً، والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة، عند أحدهما يحنث مطلقاً، وعند الآخر لا يحنث من غير نظر إلى نية، ولو قال: الخنزير عليّ حرام فليس بيمين إلا أن يقول: إن أكلته، وقيل: هو قياس الخمر وهو الوجه. واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف اليمين إلى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء ٢٣] وحرمت الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل، ولذا قال في الخلاصة: لو قال: هذا الثوب عليّ حرام فلبسه حنث إلا أن ينوي غيره، وإن قال: إن أكلت هذا الطعام فهو عليّ حرام فأكله لا يحنث، وذكر في المنتقى: لو قال: كل طعام آكله في منزلك فهو عليّ حرام ففي القياس لا يحنث إذا أكله، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف، وفي الاستحسان: يحنث، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام انتهى. وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله: إن أكلت

إلا بالنية وإذا نواها كان إيلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه: والله لا أقربك، وهو من صور الإيلاء **(وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ)** كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا: **(يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى)** وقوله: **(وكذا ينبغي)** ظاهر ولم يذكر مالو قال هرجه بدست جب كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وإن نوى. ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقاً قيل يقع به الطلاق وإن لم ينو. وقيل لا يقع إلا بالنية

---

(١) هو المتقدم.
(٢) هو حديث عمر المتقدم قبل حديث القسامة.

الرواية. ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الإستعمال وعليه الفتوى، وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف. واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف **(ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء)** لقوله ﷺ «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى» **(وإن علق النذر**

هذا فهو على حرام أن يحنث إذا أكله، وكذا ما ذكر في الحيل إن أكلت طعاماً عندك أبداً فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس. ولو قال لقوم: كلامكم عليّ حرام أيهم كلم حنث. وفي مجموع النوازل: وكذا كلام فلان وفلان عليّ حرام يحنث بكلام أحدهما، وكذا كلام أهل بغداد، وكذا أكل هذا الرغيف عليّ حرام يحنث بأكل لقمة، بخلاف مالو قال: والله لا أكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم. وفي الخلاصة: لو قال: هذا الرغيف عليّ حرام حنث بأكل لقمة. وفي فتاوى قاضيخان: قال مشايخنا رحمهم الله: الصحيح أنه لا يكون حانثاً لأن قوله: هذا الرغيف عليّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال: هكذا لا يحنث بأكل البعض. وإن قالت لزوجها: أنت عليّ حرام أو حرمتك يكون يميناً، فلو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث، بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنث، ولو قال لدراهم: في يده هذه الدراهم عليّ حرام إن اشترى بها حنث، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله: لا كفارة عليه)** يعني إلا في الجواري والنساء، وبه قال مالك، لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين، إلا أن الشرع ورد به في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده، والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى **﴿يا أيها النبيّ لم تحرّم ما أحلّ الله لك﴾** [التحريم ١] إلى قوله **﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾** [التحريم ٢] فبين سبحانه أنه ﷺ حرم شيئاً مما هو حلال، وأنه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله **﴿تحلة أيمانكم﴾** وعلم أنه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يميناً فيها الكفارة غير مفيد لأن الكلام الآن في تخصيصه بمورده أو تعميمه. أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله **﴿ما أحلّ الله لك﴾** [التحريم ١] وقد يدفع بأن المراد به خصوص ما وقع تحريمه: أي لم حرّمت ما كان حلالاً لك، ولذا قال **﴿تبتغي مرضات أزواجك﴾** [التحريم ١] وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير، بل الجواب أنه كما ورد أنها أنزلت في تحريم مارية ورد أنها أنزلت في تحريم العسل. في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «كان ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلاً فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا إن دخل عليها فلتقل إني أجد منك ريح مغافير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال: لا، بل شربت عسلاً عند زينب ولن أعود إليه فنزلت **﴿يا أيها النبيّ لم تحرّم﴾**»[1] [التحريم ١] وهذا أولى بالاعتبار لأن راوية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نزولها في الأمرين جميعاً وقوله تعالى **﴿تبتغي مرضات أزواجك﴾** [التحريم ١] وإن كان ظاهراً في أنها في تحريم مارية لأن مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك أنه أيضاً في ترك شربه عند الضرّة. فإن قيل: إنه روى «أنه قال والله لا أذوقه»[2] فلذلك سمي تحريماً ولزمت التحلة. أجيب بأنه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص.

قوله: **(ومن نذر نذراً مطلقاً)** مثل أن يقول لله عليّ صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله ﷺ: **(«من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى» وإن علق النذر بشرط)** سواء كان شرطاً أراد كونه أو لم يرد **(فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر)** ولا تنفعه كفارة اليمين **(لإطلاق الحديث)** فإنه لم يفصل بين كون النطر مطلقاً أو معلقاً بشرط **(ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده)** ولو نجز النذر

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٩١٢ وأطرافه في ٥٢٦٧ و ٦٦٩١ و ٦٩٧٢ ومسلم ١٤٧٤ من وجوه عدة كلاهما من حديث عائشة بأتم منه، وقد ورد بعدة ألفاظ.

(٢) غريب بهذا اللفظ. والصحيح ما رواه البخاري ومسلم في الحديث المتقدم، وفيه: «لن أعود» يعني إلى شرب العسل عند زينب في يوم حفصة أو يوم عائشة. لا أنه حرم شرب العسل أصلاً، وقيل كما ورد في بعض الروايات أنه حرّم مارية.

بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لإطلاق الحديث، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عنه وقال: إذا قال إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين،

واعلم أن الذي في الحديث الصحيح هو قوله «ولن أعود إليه» ولا شك أن هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد أن الواقع منه كان يميناً وجب الحكم بأنه كان منه ﷺ مع ذلك القول قول آخر: لم يرو في تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم، إلا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر في إرادة قال: حرمت كذا ونحوه، بخلاف الحلف على تركه. وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو أن لفظه ينبيء عن إثبات الحرمة، وقد أمكن إعماله بإثبات حرمته: أي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين بإثبات موجب اليمين وهو البرّ إذا لم يفعله والكفارة إن فعله صوناً لكلامه عن الإلغاء فضلاً من الله عليه فعم المعنى المذكور النساء وغيرهن قوله: (ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) في قوله: وعليه إن استباحه كفارة يمين، وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه وإلا لم يصح قوله استباحه، وإنما يحنث بالقليل والكثير (لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه) فيتناول جزء يلزمه الحنث، وهذا بخلاف ما تقدم من قوله: والله لا أكلمهم وهذا الرغيف عليّ حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ قوله: (ولو قال كل حلال عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك) فإذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته (والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان أن المقصود وهو البرّ لا يحصل مع اعتبار العموم) والظاهر أنه لم يعقد للحنث ابتداء: أي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم (وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه) أي هذا اللفظ (يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب، فظهر، أن ما قيل إنه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح إذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم) في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ، فإذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الإرادة، بخلاف نحو اسقني إذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية، فلو وقع كان بمجرد النية (وإذا نواها كان إيلاء) لأن الحلف على قربانها[1] إيلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأيها فعل حنث، وإذا كان إيلاء فهو إيلاء مؤبد، فإن تركها أربعة أشهر بانت إلى آخر أحكام الإيلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أي مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر قالوا: (يقع به الطلاق منجزاً لغلبة الاستعمال) في الطلاق فينصرف إليه من غير نية، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. قال المصنف: وعليه الفتوى. وقال البزدوي في مبسوطه: هكذا قال مشايخ سمرقند، ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضاً في ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة، فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ويقول: إن نوى الطلاق يكون طلاقاً، فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين.

عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هاهنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه رجع عنه) أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال: (إذا قال إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً) حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهراً، وهذا مروى عن أبي حنيفة في النوادر. ووجهه ما روي في السنن مسنداً إلى عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ

---

(١) قوله: (على قربانها) لعله على ترك قربانها أو على عدم، حرر كتبه مصححه.

وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً، وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أيِّ الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن

واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام عليّ كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة، وتعارفوا أيضاً الحرام يلزمني، ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقاً فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن، وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهي طالق ويجب إمضاؤه عليهم. وفي التتمة: لو قال: حلال الله عليّ حرام أو قال: حلال خداي وله امرأة ينصرف إليها من غير نية وعليه الفتوى، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة. قال المصنف: وكذا ينبغي في حلال يروي حرام للعرف: يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى **(واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروي حرام أنه هل يشترط النية أو لا، والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف)** قال في الخلاصة: لا يصدق أنه لم ينو، ولو قال: هرجه بدست راست كيرفته أم فهو بمنزلة قوله كيرم. ولو قال: هرجه بدست حب كيرم، في مجموع النوازل: لا يكون طلاقاً وإن نوى. ولو قال: هرجه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقاً لأن العرف في قوله: كيرم ولا عرف في قوله: كيرفتم. ولو قال: هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله: هرجه بدست كيرم. والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه فإن لم يتعارف سئل عن نيته. وفيما ينصرف بلا نية لو قال: أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق قوله: **(ومن نذر نذراً مطلقاً)** أي غير معلق بشرط كأن يقول: لله عليّ صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب **(فعليه الوفاء بها)** وهذه شروط لزوم النذر، فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فإنه لا يلزم لأنه غير مقصود لنفسه، وكذا النذر بعيادة المريض لأنه ليس من جنسه واجب، وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراماً لعينه أو ليس فيه جهة القربة، فإن المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينعقد، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره، ولو صامه هرج عن العهدة. ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الأصول، ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عيناً لحديث ورد فيه وهو قوله ﷺ «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين»[1] رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح: كلهم ثقات. ومع ذلك فالحديث غير

قال «كفارة النذر كفارة اليمين» قالوا: **(هذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه)** لأن بين الحديثين كما ترى تعارضاً، فحملنا الحديث الأول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الحالف كونه، والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعاً بين الآثار، والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعاً، أما معنى النذر فظاهر، وأما معنى اليمين فلأنه قصد به

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٩٠ والترمذي ١٥٢٥ والنسائي ٧/ ٢٦ ـ ٢٧ وابن ماجه ٢١٢٥ والبيهقي ١٠/ ٦٩ وأحمد ٦/ ٢٤٧ كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة مرفوعاً.

قال الترمذي: حديث غريب. قال البخاري: رواه غير واحد عن الزهري عن سليمان بن أرقم عن أبي سلمة عن عائشة مرفوعاً، والحديث هو هذا اهـ.

قلت: وكذا قال النسائي أنه من طريق الزهري عن سليمان وقال: سليمان هذا متروك. وإنما هو من حديث عمران بن حصين فوهم فيه فجعله عن عائشة.

وكذا صَوَّبَ أبو داود كونه من حديث عمران بن حصين

وقال: رواه غير واحد كذلك

تنبيه: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٥٩٠ حيث جعله صحيحاً من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة مع أن البخاري إمام هذه الصنعة، وكذا الترمذي وأبو داود وأحمد وهم أئمة هذا الشأن صوّبوا في حديث الزهري كونه من طريق سليمان بن أرقم، وابن أرقم متروك. ولذا أرسله الزهري في رواية له ثانية.

شفي الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح. قال: (ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله

صحيح وبين علته، وكذا قال الترمذي، وقوله فعليه الوفاء به: أي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافيَة زفر. فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافاً لوفر. له أنه أتى بغير ما نذره. ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة، وكذا إذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفاً منه أو فيما لا شرف له أجزأه خلافاً لزفر. وأفضل الأماكن المسجد الحرام، ثم مسجد النبي ﷺ، ثم مسجد بيت المقدس، ثم الجامع، ثم مسجد الحيّ، ثم البيت له أنه نذر بزيادة قربة فيلزمه. قلنا: عرف من الشرع أن التزامه ما هو قربة موجب، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان، بل إنما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه إلى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قربة. فإن قلت: من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافاً لمحمد. فالجواب أن محمداً أهدره لذلك. وأما أبو يوسف فإنما صححه بوضوء لأن التزام المشروط التزام الشرط، فقوله: بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر، ونظيره إذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة، أو نذر أن يصلي ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثاً ألزمناه بأربع. وقال زفر: لا يصح النذر في الأولين لأن الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة. وفي الثالثة وهي ما إذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لأنه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما إذا التزمها مفردة على قوله. ولنا معنى ما قدمناه وهو أن الالتزام بشيء التزام بما لا صحة له إلا به، ولا صحة للصلاة بلا قراءة، ولا للركعة الواحدة إلا بضم الثانية، فكان ملتزماً القراءة والثانية. واحتاج محمد إلى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازه. والفرق أن الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلاً، وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الأمي، وهذه المسائل وإن كانت تقدمت متفرقة إلا أن هذا المكان محلها بالأصالة فلم أر إخلاء منها نصيحة لدين رب العالمين

المنع عن إيجاد الشرط (**فيتخير ويميل إلى أيّ الجهتين شاء**) والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد إذا أذن له مولاه بالجمعة فإنه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعاً، والنذر واليمين معنيان مختلفان لأن النذر قربة مقصودة واجب لعينه، واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (**بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه**) وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطاً: قال المصنف: (**وهذا التفصيل**) أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده (**هو الصحيح**) وفيه نظر، لأنه إن أراد حصر

= وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح

وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه في ٤/ ١٧٥: الزهري عن أبي سلمة منقطع لم يسمعه الزهري منه وقد رواه عبد الرزاق عن أبي سلمة مرسلاً.

ورواه أبو داود من حديث ابن عباس، وقال: روي موقوفاً وقال النووي في كتابه الروضة: هذا حديث ضعيف باتفاق المحدثين، وتعقبه ابن حجر فقال: قد صحح هذا الحديث الطحاوي وابن السكن فأين الاتفاق اهـ ابن حجر. ويفهم من كلام ابن حجر عدم موافقته للنووي على الاتفاق على ضعف الحديث، ولا يعني أنه صححه، وقد تقدم توهينه له.

وأما حديث عمران بن حصين فقد أخرجه النسائي ٧/ ٢٨ . ٢٩ وأحمد ٤/ ٤٣٩ . ٤٤٠ كلاهما من حديث عمران وفيه: محمد بن الزبير الحنظلي قال النسائي عنه: ضعيف، لا يقوم بمثله حجة اهـ.

قلت: فالحديث بمجموع طريقين عن عائشة وعمران يرقى إلى درجة الحسن إن شاء الله تعالى. وأما تصحيح الألباني له من طريق عائشة بمفرده، فهذا غريب عجيب!!! . لا مستند له في ذلك البتة، وكل واحد من الأئمة الذين ذكرتهم ممن أعلّوا حديث عائشة لو قوبل بالألباني لقدم عليه، فكيف جميعهم.

فائدة: وقد ورد بلفظ: «كفارة النذر كفارة اليمين» فهذا صحيح. أخرجه مسلم ١٦٤٥ وأبو داود ٣٣٢٣ و ٣٣٢٤ وأحمد ٤/ ١٧٤ . ١٤٦ . ١٤٩ . ١٥٦ كلهم من حديث عقبة بن عامر ليس فيه لفظ: لا نذر في معصية الله.

متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) لقوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه» إلا أنه لا بد من الاتصال

قوله: (لقوله ﷺ «من نذر وسمي فعليه الوفاء بما سمي»)(١) وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه، ففي لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾ [الحج ٢٩] وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للاية، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية. والجواب بأنها مؤوّلة إذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة. ومن السنة كثير منها حديث في البخاري «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»(٢)، روته عائشة رضي الله عنها، والإجماع على وجوب الإيفاء به، وبه استدل من قال: من المتأخرين بافتراض الإيفاء بالنذر.

[فروع] إذا نذر شهراً فإما بعينه كرجب وجب التتابع، لكن لو أفطر يوماً لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوماً لا يلزمه إلا قضاؤه، كذا هذا، وإن بغير عينه كشهر إن شاء تابعه وإن شاء فرّقه، وإن شرط التتابع لزمه، ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار. قال الطحاوي: إذا أضاف النذر إلى سائر المعاصي كلله عليّ أن أقتل فلاناً كان يميناً ولزمه الكفارة بالحنث، ولله عليّ أن أطعم المساكين يقع على عشرة. عند أبي حنيفة، لله عليّ طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحساناً، لله عليّ أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها، فإن لم يعتقها أثم يجبره القاضي. قال: إن برئت من مرضي فعليّ شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شيء. ولو قال: أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه. قال: لله عليّ أن أذبح جزوراً فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز قوله: (**وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث**) الذي رويناه من البخاري وغيره فإنه أمر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كأنه قال: عند الشرط لله عليّ كذا. وعن أبي حنيفة رحمه الله عنه أنه رجع عنه: أي عن لزوم عين المنذور إذا كان معلقاً بالشرط: أي أنه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد. فإذا قال: إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة إن شاء حج أو صام سنة وإن شاء كفر، فإن كان فقيراً صار مخيراً بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام، والأول وهو لزوم الوفاء به عيناً هو المذكور في ظاهر الرواية، والتخيير عن أبي حنيفة في النوادر. وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال: خرجت حاجاً فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة، فلما انتهيت إلى هذه المسئلة قال: قف، فإن من رأيي أن أرجع، فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة قد توفي، فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال: يتخير، وبهذا كان يفتي إسماعيل الزاهد. وقال الولوالجي: مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الأئمة. قال: لكثرة البلوى في هذا

الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه ومالا يريده، على أنه فيه إيماء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية. (ومن حلف على يمين) أي على مقسم عليه من فعل أو ترك وقال إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه لقوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه» رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله

قوله: (وإن أراد حصرها فيه إلخ) أقول: فيه أنه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهي.

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٠: غريب اهـ ووافقه ابن الهمام.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٢: لم أجده.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٩٦ و ٦٧٠٠ وأبو داود ٣٢٨٩ والترمذي ١٥٢٦ والنسائي ٧/ ١٧ والدرامي ٢٢٥٠ وابن ماجه ٢١٢٦ وابن الجارود ٩٣٤ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٣٣ وفي المشكل ٣/ ٣٧ . ٣٨ وابن حبان ٤٣٨٧ و ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والبيهقي ٩/ ٢٣١ و ١٠/ ٦٨ والبغوي ٢٤٤٠ ومالك ٢/ ٤٧٦ والشافعي ٢/ ٧٤ . ٧٥ وأحمد ٦/ ٣٦ . ٤١ . ٢٢٤ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة.

لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين، والله تعالى أعلم بالصواب.

الزمان. وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والأحاديث. ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة ابن عامر عنه ﷺ قال «كفارة النذر كفارة اليمين»(١) فهذا يقتضي أن يسقط بالكفارة مطلقاً فيتعارض فيحمل مطلق الإيفاء بعينه على المنجز، ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق، ولا يشكل لأن المعلق، منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الإيجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به، بخلاف النذر المنجز لأنه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الإيفاء. واختار المصنف والمحققون أن المراد بالشرط الذي تجزىء فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان، فإنه إذا لم يرد كونه يعلم أنه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعاً من فعل ذلك الشرط لأن تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فإن الإنسان لا يريد إيجاب العبادات دائماً وإن كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب، ولهذا صح عنه لله «أنه نهى عن النذر وقال إنه لا يأت بخير»(٢) الحديث، وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله إن شفى الله مريضي أو قدم غائبي أو مات عدوي فللّه عليّ صوم شهر فوجد الشر لا يجزيه إلا فعل عين المنذور، لأنه إذا أراد كونه كان مريداً كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الإيفاء به فصار محمل ما يقتضى الإيفاء المنجز والمعلق المراد كونه، ومحمل ما يقتضي إجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج. ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف. واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم(٣) مع أنه مطلق، وليس هذا إلا لما قلنا، وهذا التقرير أولى مما قيل لأن الشرط إذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فإنها تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة، بخلاف الذي يريد كونه فإنه ورد على هذا التقرر أن اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يريد كونه فالفرق على هذا تحكم قوله: (ومن حلف على يمين) أي على محلوف عليه فقال: (إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) وكذا إذا نذر وقال: إن شاء الله متصلاً لا يلزمه شيء قال محمد: بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم(٤)، وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ﴿ستجدني إن شاء الله صابراً﴾ [الكهف ٦٩] ولم يصبر ولم يعدّ مخلفاً لوعده، وتقدم في الطلاق وهو قول: أكثر أهل العلم. وقال مالك: يلزمه حكم اليمين والنذر لأن الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم، وللجمهور

عنهم. وقوله عليه الصلاة والسلام (فقد برّ في يمينه) معناه لا يحنث أبداً لعدم انعقاد اليمين وقوله: (إلا أنه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل. قلت: الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال،

---

(١) صحيح رواه مسلم وأصحاب السنن تقدم تخريجه قبل حديثين في إثر حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٠٨ و ٦٦٩٢ و ٦٦٩٣ ومسلم ١٦٣٩ جـ ٤ وأبو داود ٣٢٨٧ والنسائي ٧/ ١٥ . ١٦ وابن ماجه ٢١٢٢ والدارمي ٢٢٥٢ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٦٢ . ٣٦٢ . ٣٦٣ والبيهقي ١٠/ ٧٧ وأحمد ٢/ ٦١ . ٨٦ . ١١٨ وابن حبان ٤٣٧٥ من طرق كلهم من حديث ابن عمر بزيادة: «إنما يُستخرج من البخيل» هذا لفظ مسلم، وأبي داود وغيرهما. ولفظ البخاري: «نهى رسول الله ﷺ عن النذر وقال: إنه لا يرد شيئاً، وإنما يُستخرج من البخيل» وبهذا السياق رواه ابن حبان ٤٣٧٧.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٦٦٩٤ ومسلم ١٦٤٠ من وجوه وأبو داود ٣٢٨٨ والترمذي ١٥٣٨ والنسائي ٧/ ١٦ . ١٧ وابن ماجه ٢١٢٣ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٦٤ وابن حبان ٤٣٧٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

ومن وجه آخر أخرجه البخاري ٦٦٠٩ والحميدي ١١١٢ وأحمد ٢/ ٣١٤ وابن الجارود ٩٣٢ كلهم عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد، وهو حديث عقبة بن عامر.

(٤) أثر ابن مسعود وابن عمر أسندهما البيهقي ١٠/ ٤٦ . ٤٧ من وجوه عنهما. وأما أثر ابن عباس فلم أره.

. . . .

قوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فلا حنث عليه»[(١)] رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال: الترمذي حديث حسن ولأنه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى: أعني إذا قال: والله لا أخرج اليوم إن شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فإذا خرج لا يحنث، فإن المعنى إن شاء الله عدم الخروج لا أخرج فإذا خرج تبين أنه تعالى لم يشأ عدم الخروج، وهذا ينتهض على مالك رحمه الله في اليمين بالله تعالى، أما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر، فإنه إذا قال: أنت طالق إن شاء الله فالظاهر أن المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لأنه قد شاء الله قوله، وقوله: أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن إعدامه، فلو جعل مصروفاً إلى الوقوع على معنى أنت طالق إن شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ، ثم لا يجدي لأنه قد شاء الله وقوع طلاقها إذ قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا أن المعلق بالمشيئة إن كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه، وما في الطلاق تقدم تضعيفه، وهذا ما وعدناه في الطلاق، ثم شرط عمل الاستثناء في الإبطال الاتصال، فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضرّ.

فإن جواز الاستثناء منفصلاً يفضي إلى إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى، وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة، فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقاً بين الأدلة، وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلاً وفيه ما ذكرناه، والله أعلم.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢٦١ و ٣٢٦٢ والترمذي ١٥٣١ والنسائي ٧/ ١٢ و ٧/ ٢٥ وابن ماجه ٢١٠٦ و ٢١٠٥ وابن الجارود ٩٢٨ والدارمي ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ وابن حبان ٤٣٣٩ و ٤٣٤٠ و ٤٣٤٢ والحاكم ٤/ ٣٠٣ والبيهقي ٧/ ٣٦٠ . ٣٦١ و ١٠/ ٤٦ وأحمد ٢/ ٦ . ٤٨ . ٤٩ . ٦٨ . ١٢٦ . ١٢٧ . ١٥٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أيوب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بألفاظ متقاربة والمعنى واحد.

قال الترمذي: حديث حسن، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب وقال البيهقي: وقد روي من طريق حسان بن عطية، وكثير بن فرقد، وموسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً ولا يكاد يصح رفعه إلا من جهة أيوب وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

قلت: قد توبع أيوب فقد أخرجه النسائي ٧/ ٢٥ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وابن حبان في الثقات ٢/ ٢٥١ كلهم من طريق كثير بن فرقد أن نافعاً حدثهم به مرفوعاً وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا رجاله رجال البخاري، وقد صرح ابن فرقد بالتحديث.

وتوبع كثير أيضاً فقد أخرجه ابن حبان ٤٣٤٠ من طريق أيوب بن موسى المكي، وإسناد حسن وأيوب هذا غير السختياني، فذاك ابن أبي تميمة.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٠١ ما ملخصه: قال الدارقطني: قد توبع أيوب السختياني على رفعه تابعه أيوب المكي والأوزاعي اهـ. وانظر تلخيص الحبير ٤/ ١٦٧ . ١٦٨ وعلى كل حال، فمثله لا يقال بالرأي فالصواب أن ابن عمر سمعه من النبي ﷺ، وإن ذكره أحياناً فلم يرفعه. وأيوب وحده ثقة ثبت، وقد رفعه وتوبع عليه.

باب اليمين في الدخول والسكنى

(ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه

باب اليمين في الدخول والسكنى

أراد بيان الأفعال التي يحلف عليها فعلاً فعلاً فبدأ بفعل السكنى لأن أوّل الأفعال التي يحتاج إليها الإنسان أن يحل مكاناً ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والأكل وغيره، وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه قوله: (ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهو متعبّد اليهود أو البيعة وهو متعبد النصارى لم يحنث لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله، ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله، ولا على النية مطلقاً كما عن أحمد رحمه الله، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي: أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف، كما أن العربي حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها. ثم من المشايخ ما جرى على هذا الإطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ، ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يكن العملي بحقيقته. ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية إلا ما من الألفاظ ليس له وضع لغوي بل أحدثه أهل العرف، وأن ما له وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن تكلم به متكلم من أهل العرف، وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ما تعذر وهذا بعيد، إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركاً بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر على أنها العرف، فأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه في عموم بيتاً حنث، وإن لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت، وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفياً له، وإن كان له نية شيء واللفظ

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول والسكني على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه الأفعال من الأكل والشرب وغيره، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى ﴿يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الأرض فراشاً والسماء بناء﴾ الآية، والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر إلى الباطن، والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتاً لأهله قوله: (ومن حلف لا يدخل بيتاً) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قوله: (لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بأن الله سمى الكعبة بيتاً، قال الله تعالى ﴿إن أوّل بيت وضع للناس﴾ الآية، وسمى المساجد بيوتاً بقوله تعالى ﴿في بيوت أذن الله﴾ الآية. وأجيب بأن الأيمان مبناها على العرف لا على ألفاظ القرآن: ألا ترى أن الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتاً ومطلق اسم البيت في

باب اليمين في الدخول والسكنى

قوله: (لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال إلخ) أقول: ويعلم منه التروك. قوله: (مبيتاً لأهله) أقول: احتراز عن الكون في السوق على سبيل الاستقرار فإنه لا يعد سكنى، إلا أن ما ذكره لا يشمل سكني غير المتأهل فليتأمل قوله: (وسيجيء الجواب إلخ) أقول: في باب اليمين في الأكل والشرب.

البقاع ما بنيت لها (وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا، والظلة ما تكون على السكة، وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة (وإن دخل صفة حنث) لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي. وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة، وهكذا كانت

يحتمله انعقد اليمين باعتباره، إذا عرفنا هذا فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى ﴿إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة﴾ [آل عمران ٦٩] وكذا المسجد في قوله تعالى ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور ٣٦] وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز إذا كان كبيراً بحيث يبات فيه لأن مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات فيحنث. والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلاً لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله، وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفاف الكوفة أو ثلاث على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفاً كما هي صفاف ديارنا لأنه يبات فيه، غاية الأمر أن مفتحه واسع، وكذا الظلة إذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفاً، بخلاف ما إذا كان ساباطاً[(١)] وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له، وسيأتي أن السقف ليس شرطاً في مسمى البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز[(٢)] مسقفاً قوله: (ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب، وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية:

يا دار مية بالعلياء فالسند ... أقوت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلانا أسائلها ... عيت جواباً وما بالربع من أحد
إلا الأواري لأياً ما أبينها ... والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

اليمين لا يتناوله. واستشكل بما قاله في الفوائد الظهيرية إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت خث، وسيجيء الجواب إن شاء الله (وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار) قال في المغرب: ظلة الباب هي السدّة التي فوق الباب. وقول المصنف: (والظلة تكون على السكة) أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء، وإنما لم يحنث لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه، وكذلك إذا كان فوقه بناء، إلا أن مفتحه إلى الطريق لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته قوله: (وقيل إذا كان الدهليز) ظاهر قوله: (وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي) الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفاً، وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة (وهكذا كانت صفافهم) أي صفاف أهل الكوفة، ذكر عن أبي حازم القاضي أن هذه أشكلت عليّ حتى دخلت الكوفة، فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب مجرى على إطلاقه) يعني سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى للبيتوتة، وهذا المعنى موجود في الصفة، إلا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث (ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم، يقال دار عامرة ودار غامرة، وقد شهدت أشعار العرب ذلك، فمنها ما قال لبيد:

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غولها فرجامها

---

(١) السّاباط: سقيفة تحتها ممر نافذ. والجمع: سوابيط والسُّباطة: الكناسة ويراد بها مرمىٰ الكناسة.

(٢) الدهليز: المدخل إلىٰ الدار فارسي معرّب والجمع دهاليز اهـ مصباح.

صفافهم. وقيل الجواب مجرى على إطلاقه وهو الصحيح (**ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث**) لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم، يقال دار عامرة ودار غامرة، وقد شهدت أشعاراً العرب بذلك، والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي

إذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند إليه: أي يصعد لم يضرها السيل، وأقوت أقفرت، وطال عليها سالف الأبد بالباء السالف الماضي، والأبد الدهر: أي طال عليها ماضي الزمان، وهذا كناية عن خرابها، وأصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاماً فيقال أصيلال، وإنما صغره للدلالة على قصر الوقت الذي وقف فيه للمساءلة، وهذا السؤال توجع وتحسر، وعيت جواباً عجزت، يقال: في تعب البدن إعياء والفعل أعيا وفي كلام اللسان عيي. ورئى فاضل قادماً إلى المدينة ماشياً فقال له: مولانا عيي أم أعيا؟ فقال: بل أعييت، فوضع أعيت جواباً في البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف، والأوارى جمع آريّ وهو محابس الخيل ومرابطها، واللأي البطء: أي تبيني لها ببطء فاستلزم تعباً، فمن فسر اللأي بالشدة فهو باللازم، فإن البطء في التبين لا يكون إلا لتعب فيه، والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله، وما وقع في بعض المواضع أنه حفيرة غلط، وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فإنها لو كانت بئراً امتلأت في لحظة وفاضت، وإنما هو ما ذكرنا، ولذا قال في البيت بعده:

ردت عليه أقاصيه ولبدة ضرب الوليدة بالمسحاة في الشأد

عفا يعفو متعدّ ولازم وهنا لازم، وتأبد المنزل: أي أقفر فألفته الوحوش، والغول والرجام موضعان. يقول: عفت ديار الأحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للإقامة، وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية. وقال قائلهم:

الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس بيت بعد تهديم

وهذا ظاهر. وقوله: (**والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر**) لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلوماً. فإذا كان مشاراً إليها كان المحلوف عليه معلوماً فلا حاجة إلى معرف بخلاف المنكر فإنه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبراً. واعترض بوجهين: أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للموكل إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشترى داراً خربة لأنها غير موصوفة وهذا نقض إجمالي. والثاني أن البناء لا يخلو إما أن يكون داخلاً في

قوله: (**واعترض بوجهين: أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة إلخ**) أقول: أنت خبير بأنه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الأول. ثم أقول: قال في الكافي: فإن قيل: ما ذكرت أن الصفة في العين غير معتبرة لا يصح، فإنه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد أن صار تمراً لا يحنث، ولو كانت الصفة ملغاة يحنث. قلنا: الصفة في المعين لغو إلا إذا كانت داعية إلى اليمين كما في مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر، وصفة كون الدار مبنية لا تدعو إلى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالأصل دون الوصف، كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لأن الصبا لا يدعو إلى اليمين لأنه داع إلى المبرة والمرحمة والتلطف قولاً وفعلاً. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا» وفي ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة، كأنه قال: لا أكلم هذا، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لأن صفة الصغر هنا لا تدعو إلى اليمين لأن الممتنع منه أكثر امتناعاً من لحم الكبش، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يكلم صبياً فكلم شيخاً فإنه لا يحنث لأن الصفة في النكرة معتبرة اهـ. فإن قيل: إيش يعني من كون الصفة داعية إن أردت صلوحها للدعوة فالبناء في الدار كذلك إما لو هاء في البناء أو ضيق أو معنى يبعثه إلى ترك الدخول، وإن أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لأنه كما يضره فربما لا يضره أيضاً ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فينبغي أن يحنث. قلنا: أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الأصل بخلاف الرطب، هكذا قيل وعليك بالتأمل قوله: (**وأجيب عن الأول إلخ**) أقول: جواب بمنع جريان الدليل إذ المراد بالمنكر في الدليل هو المنكر من كل وجه قوله: (**وعن الثاني بأن البناء صفة إلخ**) أقول: جواب باختيار الشق الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستنداً لجواز إرادته بحكم العرف لتعينه في غالب الاستعمال.

. . . .

يعني ردت الوليدة وهي الأمة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثأد وهي الأرض الندية. قال الأعلم: وهو مصدر وصف به، وأراد بالمظلومة الأرض التي لم تمطر، والجلد الصلبة، فيكون النؤى والوتد أشدّ ثباتاً فيها. وقال امرؤ القيس:

يا دار ماوية بالحائل ... فالسهب فالحبتين من عاقل
صم صداها وعفا رسمها ... واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى، وهو الذي يسمى بابنة الجبل. وقال امرؤ القيس:

لمن طلل أبصرته فشجاني ... كخط زبور عسيب يماني
ديار لهند والرباب وفرتني ... ليالينا بالنعف من بدلاني

يريد أنها درست وخفيت الاثار كخفاء خط الكتاب ودقته إذا كان في عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخلة فهذه الأشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بأن اسم الدار للعرصة ليس غير، لأن هؤلاء المتكلمين بهذه الأشعار لا يريدون بالاسم إلا العرصة فقط فإن هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلاً بل هي عرصات منزولات إنما يضعون فيها الأخبية لا آبنية الحجر والمدر فصح آن البناء وصف فيها غير لازم، وإنما اللازم فيها كونها قد نزلت، غير أنها في عرف أهل المدن. لا يقال: إلا بعد البناء فيها، ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل: دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها، فأنا إذا محيت الأبنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر إن إطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان، فالحقيقة أن يقال كانت داراً، وإذا عرف ذلك فإذا حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة بأن صارت لابناء بها لا يحنث، وهذا هو المراد فإنه قال: في مقابله فيما إذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث، وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم إذا توارد حكمهما على محل، فأما إذا دخل

المسمى أو لم يكن، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة. فإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلم رجلاً لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم إلى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة. وأجيب عن الأوّل بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة. وعن الثاني بأن البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال، وهذه الصفات بأسرها تمتنع إرادتها عادة، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة فتمتنع الإرادة أصلاً، كذا في النهاية محالاً على الفوائد الظهيرية. وردّ بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع. وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف

قوله: (ورد بأن البناء ضده الخراب إلخ) أقول: كلام على السند الأخص مع أن البناء أصل في الدار. قال في الكافي: اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء، لكن إذا بنيت تسمى داراً وإن انهدمت انتهى، فالبناء صفة متعينة بأصالته والخراب لا يزاحمه، فليتأمل. وفي الكافي أيضاً: الدار اسم لعرصة أدير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى. وفي هامشه: فأما العرصة قبل البناء لا تسمى داراً ألا ترى أن المفاوز والمزارع لا تسمى داراً قوله: (وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعرف إلخ) أقول: لا يخفى عليك أن دخول معنى في المنكر مع خروجه في المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه.

الغائب معتبر. **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث)** لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، **(وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث)** لأنه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية **(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث)** لزوال اسم البيت لأنه لا يبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه

بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر إلا أن يكون له نية، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن البناء وإن كان وصفاً فيها يعني معتبراً فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ما تتعرف بالوصف، وفي الغائب معتبر لأنه المعرف له قوله: **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، ولو بنيت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بنيت بيتاً فدخله لم يحنث لأنها لم تبق داراً)** وكذا إذا غلب عليها الماء أو جعلت نهراً فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانياً من الحمام وما معه لأنه لا يعود اسم الدارية بياء مشددة، وكذا إذا بنى داراً بعد ما انهدم ما بنى ثانياً من الحمام ونحوه لأنها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها. ويرد على هذا التفصيل أن البناء إن كان جزء مفهوم الدار عرفاً فعدم الحنث إذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار إليها بعد ما صارت صحراء مشكل لأن كون الإشارة تعين الذات إنما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفاً عليه وقد انتفى، ويقتضي أيضاً أنه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت داراً أخرى لا يحنث لأن هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه. فإن قيل: الحلف إذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد. قلنا: ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيداً أو عمراً أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وإن لم يكن جزءاً، بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما إذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى قوله: **(وإذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث)** لأن اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه، بخلاف الدار لأنها تسمى داراً ولا بناء فيها، فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه، وهذا يفيدك أن ذكر السقف في الدهليز من قوله: وهو مسقف لا حاجة إليه لأنه معتاد للبيتوتة كما قدمنا، والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفاً وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي **(وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لا يحنث لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام)** وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه دخوله. ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت شعر أو فسطاطاً إن كان من أهل البادية حنث وإلا لا يحنث قوله: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها)** من غير دخول من الباب بأن ظفر من سطح إلى سطحها

غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه. **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بيتاً أو بستاناً فدخله لم يحنث)** لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم، واليمين قد انعقدت بما يسمى داراً ولم يبق. وقوله: **(وكذا إذا دخل بعد انهدام الحمام)** ظاهر. قال: **(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم)** قال الله تعالى **﴿فتلك بيوتهم خاوية﴾** في بيوت منهدمة السقوف **(ولأنه يبات فيه فكان السقف وصفاً فيه وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام)** وأنه صار بيتاً بسبب حادث، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلاً في البيت المحلوف عليه فلا يحنث، كذا في الشروح **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها)** بالصعود إليه من خارج **(حنث لأن السطح من الدار)** لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها

والسقف وصف فيه **(وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث)** لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام. قال: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث)** لأن السطح من الدار؛ ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد. وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبي الليث. قال: **(وكذا إذا دخل دهليزها)** ويجب أن يكون على

(حنث لأن السطح من الدار، ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجاً فسد. وقد قال: المبنى مختلف فإن الأيمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجاً في العرف؛ ألا يرى أن فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الأشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد، ولا شك أنه خارج فالأقرب ما قيل: الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة، وهذا حاصل في علوّ الدار وسطحها، وهذا يتم إذا كان السطح بحضير، فلو لم يكن له حضير فليس هو إلا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة إلا أن يكون عرف أنه يقال: إنه داخل الدار. والحق أن السطح لا شك أنه من الدار لأنه من أجزائها حساً لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال: في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل إلا بجوف الدار حتى صح أن يقال: لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل، وهذا في عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم. ولو جمع بين قول: المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث علي ما إذا كان السطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل: في عرفنا يعني عرف العجم على ما إذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادي قوله: **(وقيل في عرفنا لا يحنث)** أي بالوقوف على السطح، وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لأنه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها، وكذا إذا قام على حائط منها قوله: **(وكذا إذا دخل دهليزها)** يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف، وأنت علمت أن السقف ليس لازماً في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي، قوله: **(وإن وقف في طاق الباب وهو بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً عن الباب لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار)** ولو أدخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف لا يخرج فأخرج إحداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال: الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله «وقد كان ﷺ يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها»(١) لأن قيامه بالرجلين فلا يكون بإحداهما داخلاً ولا خارجاً. وفي هذا خلاف فإنه ذكر في الخلاصة: لو قال لامرأته: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فقامت على أسقفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلاً وبعضه الباقي خارجاً إن كان اعتمادها على النصف الخارج حنث، وإن كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث. قال: وفي المحيط لو أدخل إحدى رجليه لا يحنث، وبه أخذ الشيخان الإمامان شمسا الأئمة الحلواني والسرخسي، هذا إذا كان يدخل قائماً، فأما إذا كان يدخل مستلقياً على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى

(ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه، ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لأنه قال من قبل والبناء وصف فيها، وقيل إذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا. قال الفقيه أبو الليث في النوازل: إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار **(وكذا إذا دخل دهليزها يحنث)** ذكره القدوري مطلقاً. قال المصنف: **(ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم)** يعني به

قوله: **(وهو مسقف)** أقول: أنت خبير بأنه لا يشترط أن يكون مسقفاً هنا صرح بذلك العلامة الزيلعي لأن اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء، بخلاف البيت فكان ينبغي أن لا يذكره الشارح.

---

(١) صحيح تقدم في كتاب الصيام باب الاعتكاف.

التفصيل الذي تقدم (وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث) لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار قال: (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل)

صار بعضه داخل الدار إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلاً، وإن كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئاً من داخل لا يحنث.

[فروع] حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرهاً: أي محمولاً لا يحنث، فإن أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا، والأصح لا يحنث، فلو خرج بعد دخوله مكرهاً: أي محمولاً ثم دخل هل يحنث اختلفوا. قال السيد أبو شجاع: لا يحنث، وهكذا في شرح الطحاوي. وقال القاضي الإمام: الأصح أنه يحنث، وسيأتي له تتمة. ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتاً منها قد أشرع إلى السكة حنث إذا كان بابيه في السكة والآخر في الدار، وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار، وكذا الكنيف إذا كان بابه في الدار. ولو حلف لا يدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران، بخلاف كورة بخارى أو رستاق، كذا إذ دخل أرضها حنث. والفتوى في زماننا أن كورة بخارى على العمران، وعلى هذا القياس إذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث، وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها، ولو حلف لا يدخل بغداد فمرّ بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث، وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى. ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسراً لا يحنث. ولو قال: إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع إحدى رجليه فيها لا يحنث على جواب الرواية لأن وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع إحدى رجليه. ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجداً فدخله يحنث كالدار. ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجداً فيها ولم يدخلها يحنث في المختار. قال في مجموع النوازل: هذا إذا لم يكن للمسجد باب في السكة، وكذا إذا دخل بيتاً في طريق السكة إن كان له باب فيها حنث، وإن كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحنث، هذا هو الصحيح، ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث. ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث، ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لأن الحلف على باب منسوب إليها فيستوي القديم والحادث إلا إن عين ذلك الباب في حلفه، ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء. ولو حلف لا يدخل داراً فدخل قناة حتى صار تحتها إن كان لها مفتح في الدار ينتفع به بأن يستقوا منه حنث إذا وصل هناك، وإن كان لا ينتفعون به إنما هو لإضاءة القناة لا يحنث. ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث قوله: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث)** بالمكث فيها أياماً وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحساناً والقياس أن يحنث بالمكث وإن قصر لأن الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت إرادته به: أعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح، حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى **(وجه الاستحسان أن الدخول)** حقيقة لغة وعرفاً في الانفصال من الخارج إلى الداخل ولا دوام لذلك، فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه، وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازاً لأنه لازم للدخول عادة وإن قل إذ كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي الحنث به لأن اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي، وكذا لو كان حلف ليدخلنها غداً وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذ لم يخرج، ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث. وعلى هذا قد يقال: ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فإن القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع إلى الذهن، ولا يتسارع لأحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيماً فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث، وهذه المسئلة عليها

قوله وإذا أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف. قوله: (وإن وقف في طاق الباب) ظاهر. وقوله: (وجه الاستحسان) تقريره القول

استحساناً. والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء. وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من

الأئمة الأربعة إلا في وجه عند الشافعية كقول زفر. ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج، وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث، بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله: لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلاً حنث، فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنث خلافاً لزفر. أما الأول وهو الحنث بمكثه فلأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها، ولهذا لو قال لها: كلما ركبت دابة فأنت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت، فإن مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى، بخلاف ما لو قال: كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وإن طال مكثه، لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكباً يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وإن كان له حكم الابتداء، بخلاف حلف الراكب لا يركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفاً، واستوضح على أن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله: ألا يرى أنه يضرب لها مدة فيقال: ركبت يوماً ولبست يوماً وسكنت شهراً، بخلاف الدخول فإنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول، بل يقال: في مجاري الكلام دخلت عله يوماً مراداً به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير، وإما مطلق الوقت إذا كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل، وذلك أعني عدم ضرب المدة تقديراً للدخول دليل أنه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكرراً ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث إلا بابتداء الفعل إلا أن ينوي به البقاء، وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء، وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله: لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لأنه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكناً وراكباً. وفرّع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء أنه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد، ثم إنه إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها، فأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر، وأورد ما ذكر الفضلى فيمن قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد أو منع من الخروج حنث، وكذا إذا قال لامرأته: وهي في منزل أبيها إن لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها أبوها حنث. أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدماً فيحنث بتحققه كيفما كان لأن العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلاً فيتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكناً لا ساكناً فلم يتحقق شرط الحنث، وسنذكره في فروع ونوضح الوجه بأتم إن شاء الله، وكذا لو بقي أياماً في طلب مسكن وترك الأمتعة والأهل في هذه الأيام لا يحنث في الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، وهذا إذا خرج من ساعته في طلب المنزل. ولو أخذ في النقلة شيئاً فشيئاً، فإن كانت النقلات لا تفتر لا يحنث، ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلاً في العرف. وأما الثاني فوجه قول زفر: رحمه الله إن

بالموجب: يعني سلمنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام، والدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل وليس له دوام، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أبنية تسمى نقلة. وقوله: (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) ظاهر. وقول

قوله: (والدخول لا دوام له إلى قوله وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى إلخ) أقول: بل ما ذكره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما إذا وضع إحدى رجليه في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليتأمل.

الخارج إلى الداخل (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث) وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث، وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته. وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قلّ. ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فإن لبث على حاله ساعة حنث) لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها؛ ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوماً ولبست يوماً بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه.

الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس. ولنا أن اليمين تعقد للبرّ لا للحنث ابتداء وإن وجب الحنث في بعض الأوقات، وإذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع قوله: (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التي قبلها، لما كان بالأخذ في النقلة من ساعته يبرّ ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البرّ، فبين أنه لا بد في كونه منتقلاً من الدار من نقل الأهل والمال، وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازماً على عدم العود أبداً حنث، وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المتأهل ساكناً بمحل سكنى أهله وماله عرفاً. واستشهد للعرف بأن السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه إلا ليلاً أو بعض الليل أيضاً ويقول أنا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها، وبهذا القول قال أحمد ومالك، وعند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل. قيل: وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ، ولا تعتبر العادة بخلافها وهو إذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل، إذ لا شك في أنه بنفسه انتقل. وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة، والحالف يريد ذلك ظاهراً فيحمل كلامه عليه. والعادة أن من كان أهله بمكان ببلدة هو بها فهو ساكن فيه عملاً بالعرف فبنى اللفظ عليه، وهذا إذا كان الحالف مستقلاً بسكناه قائماً على عياله، فإن كان سكناه تبعاً كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها. فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها ومالها لا يحنث، وقيده الفقيه أبو الليث أيضاً بأن يكون حلفه بالعربية، فلو عقد بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلاً بسكناه. نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك أن السوقي إنما يقول: أنا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلاً على ثبوت السكني فيما إذا خرج عازماً على عدم العود كما هي صورة

زفر قياس وقولهم استحسان. وحاصل كلامه أن الأفعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا. والاستدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء قال الله تعالى ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾ أي فلا تمكث قاعداً لأنه ﷺ كان يعظ الناس قاعداً، وعلى هذا قالوا إذا قال لهما كلما ركبت فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت، وإن مكثت مثلها طلقت أخرى لأن للدوام حكم الابتداء، وكلمة كلما تعم الأفعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط. ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعليّ أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب، ولو كان ما ذكرتم صحيحاً للزمه أكثر من ذلك. وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مراداً، ولهذا قلنا في هذا الفصل إذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد، وإنما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوماً وخرجت يوماً ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت. وقوله: (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه) سماه محتملاً وإن كان قوله لا يركب حقيقة

قال المصنف: (ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول: قوله منه: أي من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع إلى المتكلم. وقوله: (زمان تحقيقه) يعني زمان النزع والنزول والنقلة.

قال: **(ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث)** لأنه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً، فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا، والبيت والمحلة بمنزلة الدار، ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً، بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب. ثم قال أبو حنيفة رحمه الله: لا بد

المسئلة، فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى أن العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى إنه يقال: بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد قوله: **(ولو كان اليمين على المصر إلى آخره)** ما تقدم كان فيما إذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة، فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال: لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، نقله الفقيه أبو الليث عن أمالي أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وإن ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة **(والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب)** فلو حلف لا يسكن هذه القرية أو البلدة وهي قرية فانتقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله في الأولى لا يحنث، وقوله: في الصحيح احتراز عمن قال: هي كما لو حلف لا يسكن الدار فيحنث قوله: **(ثم قال أبو حنيفة لا بد)** في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا **(من نقل كل المتاع، حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لأن السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شيء)** في المبسوط: وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعاً من أن يكون خمراً، وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعاً من أن تصير دار حرب إلا أن مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى، وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكناً فلا يحنث. وحقيقة وجه دفعه أن قوله: السكنى تثبت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان منعناه، وإلا لزم أنه لو سرق بعض تلك الأمتعة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فإنما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل، على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعدّ من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه تاركاً لسكنى ذلك المكان وقال أبو يوسف: **(يعتبر في البر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر)** بأن يغفل عن شيء كإبرة في شق حائط أو يتعسر وقال محمد: **(يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته)** أي سكناه فيما انتقل إليه **(لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى)** إذ ليس

في الابتداء لانه حقيقة فيه إذا لم يكن راكباً، واما إذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته. وقوله: **(ومن حلف لا يسكن هذه الدار)** يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها. وفيه إشارة إلى أنه لو لم يكن متأهلاً بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث؛ والمتأهل إذا حلف، فأما إن حلف على الدار أو المصر أو القرية، فإن كان الأوّل فلا بد من نقل أهله ومتاعه، وإن كان الثاني يكتفي بنقله إلى مصر آخر على ما روى عن أبي يوسف، وإن كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح، والحاكم في ذلك العرف ليس إلا. ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب. واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الأهل والمتاع، فإذا أخرج بعضه انتفى سكناه لأن الكل ينتفي بانتفاء البعض. وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري، وما ذكرتم ليس كذلك. **(وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ)** وقال في الشافي: إن لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث لأن حالة الضرورة مستثناة خلافاً لزفر، وكذلك لو سدّ عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذار. ونوقض بما ذكره الشيخ

قوله: **(فخرج بنفسه)** أقول: وترك المتاع.
قوله: **(بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري)** أقول: كالقراءة في الصلاة.

من نقل كل المتاع، حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه. وقال أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه. يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر. وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى. قالوا: هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ، فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبرّ، دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا، والله تعالى أعلم بالصواب.

من حاجتها. قال المصنف: رحمه الله قالوا: **(هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث)** عنهم، ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه، وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف، ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف في أنه ساكن أولاً. والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إله ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية قفل الباقي يقال: ليس ساكناً في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني، وهذا الخلاف في نقل الأمتعة أما الأهل فلا بد في البرّ من نقلهم كلهم اتفاقاً قوله: **(وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبرّ)** بالاتفاق، فإنه لو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبرّ بالاتفاق فإنهم اختلفوا قيل: يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالاً بما في الزيادات. كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل إلى مكة صلى بالكوفة ماراً عليها أربعاً لأن وطنه الأول بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر، فكذا هنا يبقى وطنه الأول ما لم يتخذ وطناً آخر. وقيل لا يحنث لأنه لم يبق ساكناً. وقال أبو الليث: إن سلم داره بإجارة أو رد المستأجرة إلى المؤاجر لا يحنث وإن لم يتخذ داراً أخرى، وإطلاق عدم الحنث أوجه، وكون وطنه باقياً في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكناً عرفاً بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافراً أن لا يقال: فيه إنه ساكن في تلك الحال بل يقال: فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا، وإذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل: هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظرأين يسكن، وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البرّ، والله تعالى أعلم.

الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث، وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث. وأجيب بأن في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكني، وأنه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار، ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة، وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج إلى اختيار **(فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا: لا يبرّ)** وقيل يبرّ لأنه لم يبق ساكناً، ودليل الأول ما ذكرناه في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا. وصورته: كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإن يصلي بالكوفة أربعاً لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر، فكذا هذا. وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبرّ معناه إذا لم يكن في طلب مسكن آخر، أما إذا كان وبقى على ذلك أياماً فلا يحنث في الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه لا يمكنه طرح الأمتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة، والله أعلم.

قوله: **(بعذر الليل)** أقول: إذا كانت اليمين في جوف الليل قوله: **(أو بمنع ذي سلطان إلخ)** أقول: فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرها فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط فتأمل في جوابه قوله: **(ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر)** أقول: منقوض بفعل المغمى عليه وقد سبق أنه يحنث قوله: **(شرط الحنث السكني وأنه فعل وجودي)** أقول: لأن السكنى هي الكون على ما مر والأكوان بديهية الوجود عند المتكلمين.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال: (ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث) لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث) لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر (ولو حمله برضاه لا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

الخروج مقابل للدخول فناسب إعقابه به، ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان، فلما ارتبطت أوردها في باب الخروج قوله: (ومن حلف لا يخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث، لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا، ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل، والمراد من الإخراج مكرهاً هنا أن يحمله ويخرجه كارهاً لذلك لا الإكراه المعروف، وهو أن يتوعده حتى يفعل، فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا، ونظيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث. ولو أوجر في حلقه لا يحنث، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح. وقيل: يحنث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر. وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه، ولو قيل: قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لأن من يقول: يحنث يجعل الرضا أيضاً فلا دفع بفرع اتفاقي، وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الإتلاف إليه بالأمر، فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه راضياً أو لا، ثم إذا لم يحنث بإخراجه محمولاً لإنسان أو بهبوب ريح حملته هل تنحل اليمين؟ قال السيد أبو شجاع: تنحل وهو أرفق بالناس. وقال غيره من المشايخ: لا تنحل وهو الصحيح. ذكره التمرتاشي وقاضيخان. وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة، ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث؟ فمن قال: انحلت قال: لا يحنث، وهذا بيان كونه أرفق بالناس، ومن قال: لم تنحل قال: حنث ووجبت

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لأن له مناسبة المضادة بالدخول، وأما الإتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج. قوله: (ومن حلف لا يخرج من المسجد) ظاهر، وكذلك الحكم في الدار والبيت. وقوله: (ولو أخرجه مكرهاً) صورته أن يحمله إنسان فيخرجه مكرهاً لأنه حينئذ لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكماً، وأما إذا هدده غيره فخرج خوفاً من المكره فإنه يحنث لوجود الفعل منه، ثم هل تنحل اليمين إذا حمل مكرهاً، قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين، وقيل لا تنحل وهو الصحيح. وقوله: (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإنهم قالوا إنه يحنث لما أنه لما كان متمكناً من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج. وقوله: (والمضيّ بعد ذلك ليس بخروج) يعني أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج ولو يوجد. وقوله: (ولو حلف لا يخرج إلى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ: الخروج والإتيان والذهاب والأول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصداً لذلك دون

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قوله: (وقيل لا تنحل إلخ) أقول: لو حلف لا أشرب الخمر فصبت في حلقه إكراهاً هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعاً هل يحنث؟ ينبغي أن يكون على هذا الخلاف، والمذكور في الفتاوى أنه يحنث.

بأمره لا يحنث) في الصحيح، لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا. قال: **(ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث)** لأن الموجود خروج مستثنى، والمضيّ بعد ذلك ليس بخروج **(ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث)** لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط، إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج **(ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها)** لأنه عبارة عن الوصول، قال الله تعالى: **﴿فأتيا فرعون فقولا﴾** ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان، وقيل هو كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال **(وإن حلف**

الكفارة وهو الصحيح قوله: **(ومن حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة)** ونحوه فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحنث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه، والمضي بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر والذهاب ليس كذلك قوله: **(ولو حلف لا يخرج إلى مكة)** أو دار فلان فخرج مريداً مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث، وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد. مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع. ومقتضى هذا أن يحنث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا: إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل قوله: **(ولو حلف لا يأتيها)** فخرج يقصدها **(لم يحنث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول، قال تعالى ﴿فأتيا فرعون فقولا﴾ [الشعراء ١١]** ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير، قال تعالى **﴿اذهبا إلى فرعون﴾** [طه ٤٣] والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة **(وقيل الذهاب كالخروج)** وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الإسلام. قال المصنف: **(وهو الأصح)** قال تعالى **﴿ليذهب عنكم الرجس﴾** [الأحزاب ٣٣] أي يزيله، فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث، وكونه استعمل مراداً به الوصول في **﴿اذهبا إلى فرعون﴾** [طه ٤٣] لا يدل على أنه لازم في استعمالاته، غاية الأمر أن يكون صادقاً مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول، فلا يتعين أحدهما لتحقق المسمى بمجرد الانفصال، وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئاً، ولو نوى به الخروج أو الإتيان صحت نيته. ثم في الخروج والذهاب إليه يشترط للحنث الخروج عن قصد، وفي الإتيان إليه لا يشترط القصد للحنث، بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد، كذا في جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية قوله: **(وإن حلف ليأتين البصرة)** هذا ونحوه من الأفعال المستقبلة إذا حلف على أن يفعلها في المستقبل، فإما أن يطلقها أو يؤقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو فيما بيني وبين يوم الجمعة، ففي المطلقة مثل ليضربن زيداً أو ليعطين فلاناً أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البرّ لأن اليمين تبقى ما أمكن البرّ، وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البرّ بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس عن البرّ فيحكم حينئذ بالحنث، ولا يقع اليأس إلا في آخر جزء من أجزاء الحياة، فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما، ولا فرق في ذلك بين

الوصول، قال الله تعالى **﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله﴾** وأراد به الانفصال. والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى **﴿فأتيا فرعون﴾** فإذا وصل حنث سواء كان قاصداً أو لم يكن. والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الإتيان لقوله تعالى **﴿اذهبا إلى فرعون﴾** والمراد به الإتيان. وقال محمد بن سلمة: هو بمنزلة الخروج، قال الله تعالى **﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس﴾** والإذهاب الإزالة، فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول. قال المصنف: **(وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال. ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة)** اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين: أحدهما صحة الأسباب والآلات قال الله تعالى **﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾** وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة. والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند إرادته إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا، قال الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا، قال الله تعالى **﴿ما كانوا يستطيعون السمع﴾** إذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه

ليأتينّ البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لأن البرّ قبل ذلك مرجوّ (ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة، وفسره في الجامع الصغير وقال: إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف، فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضاً لما بينا، وقيل لا تصح لأنه خلاف الظاهر

موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق، وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت، فلومات قبل مضيّ الوقت ولم يفعل لم يحنث، فإذا قال: إن لم أفعل كذا غدا فعبدي حرّ فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده قوله: (ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غداً إن استطاع) وصورته في التعليق أن يقول: امرأتي طالق إن لم آتك غداً أن استطعت، ولا نية له تصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه، وهذا ما أراد بقوله: استطاعة الصحة دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى، ولو أراد هذه بقوله: أن استطعت صحت إرادتها، فإذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال: لآتينك إن خلق الله تعالى إتياني أو إلا أن لا يخلق إتياني، وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة وإلا لأتى، وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط؟ قيل: يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر، وهو قول الرازي، وقيل: ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين. والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركاً بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهراً فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر قوله: (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث) ولا بد من الإذن في كل خروج، ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه، لأن المستثنى في قوله: إلا بإذني خروج مقرون بالإذن، فما وراء ذلك الخروج الملصق بالإذن داخل في الخطر العام، وهو النكرة المؤولة من الفعل في سياق النفي، فإن المعنى لا تخرجي خروجاً إلا خروجاً بإذني، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول: كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإن قال: ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قول محمد: أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقاً فكذا بعد الإذن العام. ولأبي يوسف أنه إنما عمل نهيه بعد المرة لأنه مفيد لبقاء اليمين بعده. بخلاف النهي بعد الإذن العام لأنه لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام. ولو أذن لها إذناً غير مسموع لم يكن إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره. ولهما أن الإذن إنما سمي إذناً لكونه معلماً أو لوقوعه في الإذن ولو يوجد، ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت

ينصرف إلى الأول لأنه هو المتعارف، وإن عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى أي أراد حقيقة كلامه. وقيل يصدق قضاء أيضاً لما بينا أنه نوى حقيقة كلامه. وقيل لا يصح قضاء لأنه خلاف الظاهر، لما بينا أن الأول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه. (ولو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه احتاج إلى الإذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا إذن حنث لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن، لأن تقديره والله لا تخرجي إلا خروجاً ملصقاً بإذني لأن الباء للإلصاق فيقتضى ملصقاً وملصقاً به فيكون ما وراءه: أي ما وراء المستثنى داخلاً تحت الحظر العام (ولو نوى الإذن مرة صدق

قال المصنف: (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه) أقول: في البدائع إن أراد بقوله إلا بإذني مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، ويروى عنه أنه لا يدين في القضاء اهـ. وصرح بأن الأول هو ظاهر الرواية، وفي غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه قوله: (لأن تقديره والله لا تخرجي إلخ) أقول: هذا مما لا معنى له قوله: (فيقتضي ملصقاً وملصقاً به) أقول: يعني يقتضي ملصقاً وهو الخروج ويقتضي ملصقاً به وهو الإذن.

(ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج) لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن، وما وراءه داخل في الحظر العام. ولو نوى الإذن مرة يصدَّق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر **(ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه**

طالق، أو والله لا تخرجين إلا بإذني مقيد ببقاء النكاح، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنساناً ليرفعن إليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لا تطلق، وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد على مدة بقاء النكاح. ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدق القاضي، أما إنه خلاف الظاهر. فظاهر مما قررناه، وأما إنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب الغاية في قوله: لا تخرجي حتى آذن لك، وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما، فيستعار إلا بإذني لمعنى حتى آذن وفي حتى آذن تنحل بمرة واحدة. وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضاً توجب التكرار، واستدل بقوله: تعالى ﴿حتى تستأنسوا﴾ [النور ٢٧] ﴿فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور ٢٨] ونحن نقول: إن قام الإجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع، وإنما الكلام في أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا: لا، فإنه إذا قال: حتى آذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقاً مغياً بوجود ما هو إذن، وبمرة واحدة من الإذن يتحقق ما هو إذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف إلى اللفظ، فإن كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه، وظاهر مذهب الشافعي في قوله: إلا بإذني أنه تنتهي اليمين بخرجة واحدة بإذن الزوج أو بغير إذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا إذن. وفي وجه كقولنا: وهو اختيار المزني والقفال قوله: **(ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث)** ونقل عن أحمد لزوم وتكرار الإذن فيه أيضاً مثل إلا بإذني وهو قول الفرّاء لأن المعنى إلا خروجاً بإذني لأن أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح إلا خروجاً إذني فلزم إدارة الباء فصار بإذني. والجواب أنه لا بد من أحد الأمرين، أما ما ذكر من إرادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازاً: أي حتى آذن لك، وعلى الأوّل يكون كالأوّل، وعلى الثاني ينعقد على إذن واحد، وإذا لزم في إلا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لأنه تصرف في وصف اللفظ، ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالإعدام مع الإرادة، ثم هو موافق للاستعمال القرآني، قال تعالى ﴿لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم﴾ [التوبة ١١٠] فإن قيل: قد تحقق بمعنى ما بإضمار الباء أيضاً في قوله تعالى ﴿لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ (الأحزاب ٥٣] الآية، والثابت

ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفاً لمقتضى الباء. ولو قال إلا أن آذن لك كفى إذن واحد لما ذكر في الكتاب. واعترض عليه بقوله تعالى ﴿لاتدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ وكان تكرار الإذن لازماً. وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾ وتمام التقرير فيه ذكرناه في الأنوار والتقرير؛ ومعنى قوله لأن هذه كلمة غاية: أي كلمة تفيد معنى الغاية لأن إلا أنّ ليس موضوعاً لها بل للاستثناء، وتعذر حمله عليه لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن حتى يستثنى الإذن منه فيجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما، وهو أن حكم ما قبل الغاية مخالف لما بعدها، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده. قال: **(ولو أرادت المرأة الخروج)** صورة المسئلة ظاهرة **(وتسمى هذه اليمين يمين فور)** وهو في الأصل مصدر فرات القدر إذا غلت، فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث، فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره: أي من ساعته **(وتفرّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره)** أي باستنباطه، وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين: مؤبدة، ومؤقتة لفظاً. ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظاً والمؤقت معنى، وقد أخذه من حديث جابر

قال المصنف: **(إلا أن آذن لك إلخ)** أقول: قال الإمام الزيلعي: ولو نوى التعدد بقوله إلا أن آذن لك صدق قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لأن كلمة أن وما دخلت عليه تأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال: إلا بأن آذن لك، ولأن فيه تغليظاً على نفسه فيصدق اهـ. وفيه احتمال آخر مذكور في شرح الوقاية لصدر الشريعة.

لم يحنث) لأن هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك **(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث)** وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حرّ فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور. وتفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره. ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة

وجوب تكرار الإذن. أجيب بالمنع، بل وجوب التكرار بغيره من الأدلة الموجبة منع دخول الإنسان بيت غيره فضلاً عن رسول الله ﷺ إلا بإذنه، وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل **﴿وما تشاؤون إلا أن يشاء الله﴾** [الإنسان ٣٠] **﴿ولا تقولنّ لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾** [الكهف ٢٤] **﴿ولكن لا تواعدوهن سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾**[البقرة ٢٣٥] **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** [النساء ٢٩] وغير ذلك فإن كلاً منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر، فإنما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه. وقد أجيب أيضاً عن الآية الأولى أن لزوم تكرار الإذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى **﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي فيستحي منكم﴾** [الأحزاب ٥٣] فألزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لأن خروج المرأة بغير إذن الزوج مما يؤذي الزوج أيضاً، وهذا ذهول عظيم لأن الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى **﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾** [الأحزاب ٥٣] المنع الذي هو حكم شرعي، وهو يثبت بالعلل الشرعية، أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة، وذلك لا يكون إلا باللفظ الناصّ على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرّح بها بأن قال: والله لا أشرب ماء العنب المشتد لإسكاره فإنه لو شرب مزراً لا يقول أحد إنه حنث ولزمه كفارة مع أنه لم يحلف عليه، بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكراً، فكيف إذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا إذن. نعم قد يقال: لا نجد دليلاً يدل على منع كل دخول إلا بإذن، وكل مشيئة للعباد إلا بمشيئة الله تعالى، وكل قول: إني فاعل غداً كذا إلا بقرانه بالمشيئة سوى الأدلة المذكورة خصوصاً في الأخير. ولو فرض الإجماع على ذلك فمستند الإجماع ليس إلا هذه الأدلة. وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح، وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطرداً مستمراً مفهوماً من اللفظ بلا زيادة تأمل. وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أنّ وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما إلى أن آذن لك، ويجب أن يسلك به مسلك حتى، وبغير إذني، ويجب فيه تكرار الإذن مثل إلا بإذني لأن المعنى فيهما واحد مع وجود الباء، وهذا كله بخلاف ما لو قال: لا أكلم فلاناً إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم، أو قال لرجل: في داره والله لا تخرج إلا بإذني فإنه لا يتكرر اليمين في هذا كله لأن قدوم فلان لا يتكرر عادة، والإذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الإذن، وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لا يتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج، إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه، فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار، لا لأن العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا، وثبوت خلافه للصارف العرفي، ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل إن خرجت إلا بإذني، وإلا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك قوله: **(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حرّ فتركه ثم ضربه، وهذه تسمى يمين الفور، انفرد أبو حنيفة رضي**

وابنه رضي الله عنهما حين دعيا إلى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا، واعتبر في ذلك العرف فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعهما عن الخرجة التي تهيأت لها إلا من الخروج على التأبيد، فإذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك، وإن خرجت والعرف له اعتبار في باب الأيمان؛ وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر إن ضربته فعبدي حرّ يتقيد بتلك الضربة، وعلى هذا إذا قال له اجلس تغدّ عندي فقال إن تغديت فعبدي حرّ وكلامه ظاهر. ولو قال إن تغديت اليوم يجعل مبتدئاً لأنه زاد على مقدار الجواب، ففي تطبيقه على السؤال إلغاء الزيادة. فإن قيل: الزيادة لا تضر كونه جواباً للسؤال؛ ألا ترى إلى قوله تعالى **﴿قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى﴾** في جواب

والخرجة عرفاً. ومبنى الأيمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغدّ عندي قال إن تغديت فعبدي حرّ فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحنث) لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه، بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد

الله عنه بإظهارها) وكانت اليمين في عرفهم قسمين: مؤبدة وهي أن يحلف مطلقاً، ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر. فأخرج أبو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظاً مؤقتة معنى تتقيد بالحال، وهي ما يكون جواباً لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر: تعال تغدّ عندي فيقول: أن تغديت فعبدي حرّ فيتقيد بالحال، فإذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لأنه حين وقع جواباً تضمن إعادة ما في السؤال والمسئول الغداء الحالي فينصرف الحلف إلى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحال بدلالة الحال، بخلاف ما لو قال: إن تغديت اليوم فإنه يحنث إذا تغدى في منزله من يومه لأنه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئاً لا مجيباً فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال، وإلغاؤه أولى من إلغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي، كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لأن قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال: إن خرجت الساعة، ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه، فإذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه. وقال زفر: رحمه الله يحنث، وهو قال الشافعي: لأن عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب، فاعتبر الإطلاق اللفظي وهو القياس. وجه الاستحسان ما ذكرنا، والكلام فيما إذا لم يكن للحالف نية قوله: (ومن حلف لا يركب دابة فلان) أعلم أنه إذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه، فلو ركب جمله أو فيله لم يحنث وإن كان اسم الدابة لما يدبّ على الأرض، لأن العرف خصصه بالمركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الأنواع الثلاثة فيتقيد به، وإن كان الجمل مما يركب أيضاً في الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالجمل إلا إذا نواه، وكذا الفيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا. وينبغي إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضاً بلا نية لأن ركوبها معتاد لهم، وكذا إذا كان حضرياً جمالاً والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية. وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلاً لا يصدق ديانة ولا قضاء، لأن نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ، وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده، ولو حمل على دابته مكرهاً لا يحنث على وزان ما تقدم في أول

قوله تعالى ﴿وما تلك بيمينك يا موسى﴾ كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاي ولم يخرجه عن كونه جواباً. أجيب بأن كلمة «ما» تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات، وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على كل حال. قال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية، وفيه نظر لأن أهل البلاغة قالوا: إن «ما» يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة. سلمنا، ولكن الأفعال المسندة إلى موسى عليه السلام لا تكون أوصافاً، ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا. وأقول: الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جواباً له البتة، وإنما يجعل كلاماً مبتدأ إذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه إعمالاً للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جواباً يلوّح إلى هذا قوله فيجعل مبتدئاً قوله: (ومن حلف لا يركب دابة فلان) الدابة في اللغة كل ما يدبّ من الحيوانات: أي يتحرك مشياً على وجه الأرض، قال الله تعالى ﴿وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها﴾ ويتعلق الركوب بها بعين ما يركب منها مراداً كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس. واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾ ذكر منة الركوب في هذه الأنواع الثلاثة: فأما في الأنعام فقد ذكر منفعة الأكل بقوله تعالى ﴿والأنعام خلقها لكم﴾ الآية، وبالعرف؛ فإنه إذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وإن كان يركب في بلاد الهند، إلا إذا

قوله: (أن «ما» يسأل بها إلخ) أقول: قال العلامة الشريف في شرح المفتاح: استعمال «ما» في السؤال عن وصف أولي العلم أو غيرهم كثير في اللغة اهـ. ففي ما ذكره الشارح بحث قوله: (ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا) أقول: وأنت خبير بأنه لا مانع من التأويل بحيث تكون أوصافاً للعصا فليتأمل قوله: (لاعتبار حقيقة الملك) أقول: وفيه بحث.

مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث) عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً، وكذا شرعاً قال عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فهو للبائع» الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: في الوجوه كلها: يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة. وقال محمد: يحنث وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما.

الفصل، ولو حلف لا يركب مركباً ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة إلا أن ينوي دابة عبده فيحنث به، إلا إذا كان على العبد دين مستغرق فإنه لا يحنث حينئذ بركوبها وإن نوى دابة العبد أيضاً لأنه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما أنه لا يحنث بركوب دابة العبد وإن لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق إلا أن ينويه فلأن الملك فيه وإن كان للمولى لكنه عرضت إضافته إلى العبد عرفاً وشرعاً. قال ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن باع نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(١) أخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه ﷺ، فاختلت إضافة المال إلى المولى وإن كان ملكاً له فقصر الإطلاق عن تناوله إلا بالنية. وقال أبو يوسف في الوجوه كلها: وهو ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث إذا نواه، فتحقق خلافه لأبي حنيفة فيما إذا كان عليه دين مستغرق ونواه فإن عند أبي حنيفة لا يحنث لعدم الملك السيد لما في يده، وعند أبي يوسف هو مملوك للسيد وإن استغرق فيحنث بنيته. وقال محمد: يحنث في الوجوه الخمسة، وهي ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها: أي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته، وما في يد المأذون ملك السيد وإن كان مديوناً مستغرقاً فيتحقق الحنث بركوبها، وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد، والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله بالعرف هنا، فإنه يقال: هذه دابة عبد فلان، وتلك دابة سيده فينصرف اليمين إلى ما يضيفه العرف إليه لا إلى ما يضيفه الملك إليه مع إضافة العرف إياه إلى غيره، وأقل ما يجب إذا صارت هذه الدابة تضاف إلى كل منهما أن لا ينعقد عليها إلا بقصدها، لأنه إن نظر إلى إضافتها إليه انعقدت عليها، وإن نظر إلى إضافتها إلى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها إلا أن ينويها غير أنه يقول إذا كان دينه مستغرقاً انقطعت الإضافة إلى السيد بالكلية لانعدام الملك، لأن العرف ما كان يضيفه إلى السيد مع إضافته إلى العبد إلا باعتبار ملكه، فإذا انتفى انتفى.

نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه، وفيه تشديد عليه. وإذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة. وهذا إذا لم ينو، فأما إذا نوى وركب دابة العبد فيحنث، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده: أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة، حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح مما ذكرنا المستثنى منه في قوله إلا أنه إذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوها لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان. وشرعاً قال ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله لمولاه» فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: يحنث في الوجوه كلها، وهي ما إذا لم يكن عليه دين، وكان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق إذا نوى. ووجه ذلك أن دين العبد وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه يضاف إلى العبد فتختل الإضافة إلى المولى فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية. وقال لمحمد: يحنث في الوجوه كلها وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ ح ٨٠ وأبو داود ٣٤٣٣ والترمذي ١٢٤٤ والنسائي ٧/ ٢٩٧ وابن ماجه ٢٢١١ وابن الجارود ٦٢٨ و ٦٢٩ وابن حبان ٤٩٢٢ و ٤٩٢٣ والشافعي ٢/ ١٤٨ والحميدي ٦١٣ وابن أبي شيبة ٧/ ١١٢ وأحمد ٢/ ٩ والبغوي ٢٠٨٥ و ٢٠٨٦ والبيهقي ٥/ ٣٢٤ كلهم من حديث سالم عن ابن عمر مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وأما لفظ البخاري: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مالٌ فمالُه للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع» هكذا رواه البخاري، وقد ذكره المصنف ابن الهمام على التقديم والتأخير.

باب اليمين في الأكل والشرب

قال: (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعه جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل

باب اليمين في الأكل والشرب

أعقبه الخروج لأن الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب إليه الإشارة بقوله تعالى ﴿فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه﴾ [الملك ١٥] على ما يقال. والأكل إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف وإن ابتلعه بلا مضغ. والشرب إيصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد. وذكر الزندويستي أن الأكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق. والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق. والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه. والمص عبارة عن عمل اللهاة. فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي أن لا يحنث. وفي فتاوى أبي الليث ما يدل على أنه يحنث وهو الصواب، إذ لا شك في أنه أكل إذا كان مما يمضغ على تفسيره بإيصال مّا بحيث يمضغ إلى الجوف، ولا شك أن قوله: عمل الشفاه إنما يراد حركتها فهو في الكل، ويلزم أن يحنث ببلع ما كان في فمه لأنه لا بد من حركة شفتيه، وهذا لأنه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها. والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل إلى الجوف أو لا. قيل: فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق. ولا يخفى أن الأكل إذا كان إيصال مّا بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبراً في مفهومه، وإن كان قد يتحقق معه لزم أن بينهما عموماً من وجه فيجتمعان في إيصال ما هشم فإن الهشم عمل الفم: أعني الحنكين، وينفرد الذوق فيما لو يوصل والأكل فيما ابتلع بلا مضغ مما بحيث يمضغ ولا يعرف طعمه إلا بالمضغ كقلب اللوز والجوز، لكن في المحيط: حلف لا يذوق فأكل أو شرب يحنث، ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث بالذوق. وما روى هشام: حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول: تعال تغدّ معي فحلف لا يذوق معه طعاماً وشراباً، فهذا على الأكل والشرب يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مفهوم من مفهوم الذوق، فعلى هذا ينبغي أن لا يحنث بالأكل في الحلف على الذوق، والذي يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الأكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف. معرفة طعمه على المضغ، لأنا نقطع بأن ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها، وإذا حلف لا يأكل شيئاً مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث، ولو

باب اليمين في الأكل والشرب

قد ذكرنا أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن ثم الأكل والشرب، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما. واعلم أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه: مأكول، ومشروب، وممصوص، وملعوق؛ فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ، حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلاً. والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك، فلو حلف لا يأكل لبناً فشربه لا يحنث، ولو حلف لا يشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث. والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة؛ فلو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فمضغه ورمى ثقله وابتلع ماء لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب. والملعوق هو ما يتناول بالجس بالأصبع والشفاه، فإذا عرف هذا رجعنا إلى ما في الكتاب، فقوله فهو على ثمرها: يعني إذا كانت لها ثمرة. وأما إذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأن الحقيقة إذا تعذرت يصار إلى المجاز، وما يخرج منه صالح لكونه مجازاً، لأنه: أي ما لا يؤكل سبب له فينصرف إلى ما يخرج منه، وذكر السبب وإرادة المسبب مجاز شائع، ولكن يشترط أن لا

باب اليمين في الأكل والشرب

والدبس المطبوخ **(وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمراً أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث)** لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين، وكذا كونه لبناً فيتقيد به، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهيّ عنه فلم يعتبر الداعي داعياً في الشرع **(ولو حلف لا يأكل لحم**

عنى بالذوق الأكل لم يصدق في القضاء. ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمتصه ويرمي ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث، لأن هذا ليس أكلاً ولا شرباً بل مص. ولو حلف لا يأكل لبناً فشربه لا يحنث. ولو ثرد فأوصله إلى جوفه حنث، ولو حلف لا يشرب لبناً فثرد فيه فأكله لا يحنث، ولو شربه حنث. قيل: هذا إذا حلف بالعربية، أما إذا حلف بالفارسية فإنه يحنث مطلقاً وهو الصحيح لأن كلاً من الأكل والشرب يسمى خردن، فإذا قال: نمى خرم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى، ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث، ولو أكله مبلولاً حنث، والسويق إذا شربه بالماء يكون شرباً لا أكلاً، فإن بله بالماء فأكله حنث قوله: (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة: أي ما يخرج منها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل، ومثله لا يحلف على عدم أكله لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها إلى ما يخرج منها تجوّزاً باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد، فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف[1] والدبس المطبوخ. واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فإنه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لأن ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقاً ولذا عطف عليه في قوله تعالى ﴿ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم﴾ [يس ٣٥] وقيل: لأن ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة، ومن لابتداء الغاية، وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه. ولا يخفى أن «من» المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية، نعم من المذكور في التأويل: أعني قوله: لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور؛ ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره. وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب، ولأنه كان كامناً بين القشر، بخلاف مالو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لأن حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب، ثم انصراف اليمين إلى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة، فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به: أي إذا اشترى به مأكولاً.

[فرع] حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصناً منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث، وقال بعضهم: يحنث قوله: (وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث، وكذا إذا

يتغير بصنعة جديدة لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ، وقيد بالمطبوخ وإن كان الدبس لا يكون إلا مطبوخاً احترازاً عما إذا أطلق إسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره. وقوله: (ومن حلف لا يأكل من هذا البسر) ظاهر، وكلامه يشير إلى قاعدة هي أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم، ولذلك لا يحنث من حلف لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطباً والرطب تمراً واللبن شيرازاً وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر. فإن قيل: فعلى هذا إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي أن لا يحنث لأن

قوله: (لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول: لو صح هذا لزم أن لا يحنث بأكل ما يسيل من الرطب لأنه ليس بثمر أيضاً.

---

(١) الناطف: نوع من الحلوىٰ يسمّىٰ القُبَّيطىٰ سمي بذلك لأنه يقطر قبل استضرابه. والنُّطفة: ماء الرجل والمرأة وأيضاً: الماء الصافي اهـ مصباح.

هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشاً حنث) لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش. قال: **(ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث)** لأنه ليس ببسر **(ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً**

حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمراً أو من هذا اللبن فصار شيرازاً) أي رائباً وهو الخاثر إذا استخرج ماءه فأكله **(لا يحنث)** لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر. فإذا زالت زال اليمين عنه، وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف؛ وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الأمزجة، وكذا صفة اللبنية فإذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل مال لم تنعقد عليه، ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكول فلا ينعقد إلا على عينه لا على ما يصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يخال داعياً إلى اليمين من جهله وسوء أدبه إذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقاً مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع، ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقاً فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم إلا أنه وجد المسوّغ، وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها قوله: **(ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشاً حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين)** فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه، وإنما قلنا: ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه، فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعاً عنه كبشاً، وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محموداً في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل: فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشاً فإن لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمراً لا يحنث. واعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول، وأن المتكلم لو أراد معنى تصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه. ففي مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدرك نحسه إلا أفراد عرفوا شيئاً من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحاً في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيداً، وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم، وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته، وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبيّ علم أنه لا يردعه إلا ترك الكلام معه، أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملاً، وفي الثاني على مدة صباه. فإنا نقول: لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئاً فإنما يسلك به عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيراً من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة قوله: **(ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم**

الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين إلى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث. أجاب بقوله. وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ. ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، قال ﷺ «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا» الحديث. والمهجور شرعاً كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه. واعترض على دليل الكتاب بأنا سلمنا أن هجران المسلم حرام، لكن الحرام يقع محلوفاً عليه، كما لو قال والله ليشربنّ اليوم خمراً. وأجيب بأن الكلام في أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حملاً لأمر المسلم على الصلاح، وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه. وقوله: **(ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل)** ظاهر. قال: **(ومن حلف لا يأكل بسرا)** هذه

أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً حنث عند أبي حنيفة، وقالا لا يحنث في الرطب) يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطباً والبسر المذنب يسمى بسراً فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب، وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث) لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الأكل يحنث) لأن الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً فكان كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا. (ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنث)

يحنث لأنه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين قوله: (ومن حلف لا يأكل بسراً أو رطباً أو حلف لا يأكل بسراً ولا رطباً فأكل بسراً مذنباً) بكسر النون: وهو ما بدا الإرطاب من ذنبه (حنث عند أبي حنيفة: وقالا لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف، وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافه ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله. وصور المسئلة أربع: اتفاقيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً مذنباً، وما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بسرا مذنباً فإنه يحنث في هاتين اتفاقاً. وخلافيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً مذنباً. وما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً فإنه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. وجه قول أبي يوسف: إن البسر المذنب لا يسمى رطباً لأن الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث، وكذا لا يحنث في شرائهما بحلفه لا يشتري بسراً أو رطباً. ووجه قولهما: إن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير، بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشتري منهما فيكون القليل فيه تبعاً للكثير، وكذا لو حلف أن لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعاً، وكذا لو حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث، وإن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه. وقد يقال: أولاً التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده. أما لو

المسئلة على أربعة أوجه: إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنباً بكسر النون وهو ما بدا الإرطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم. وكذا إذا حلف لا يأكل رطباً مذنباً وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم. ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطباً فيه شيء من البسر حنث في قول أبي حنيفة، وقالا: لا يحنث. ولو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافاً لهما على رواية الكتاب. وذكر في الإيضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث في هاتين الصورتين. وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته: لهما أن الرطب المذنب يسمى رطباً، فإذا حلف لا يأكل بسرا وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث، وكذلك بالعكس وصار كما إذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنباً لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث في الصورتين وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوباً ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق. فكذا إذا أكله مع غيره. واستشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث، وإن شرب المحلوف عليه وزيادة، وأشار المصنف إلى الجواب عنه بقوله: (وكل واحد مقصود في الأكل) يعني بخلاف صورة اللبن، فإن اللبن لما صبّ فيه الماء شاع وماع في جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكاً، ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصوداً بالشرب. وقوله: (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر. وقوله: (ولو حلف لا يشتري رطباً) كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر. (ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك

والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحماً في القرآن. وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** لأنه لحم حقيقيّ إلا أنه حرام. واليمين قد تعقد للمنع

أكل ذلك المحل مخلوطاً ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل، وثانياً هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف: أقعد بالمبني، والله أعلم قوله: **(ومن حلف لا يأكل لحماً الخ)** تنعقد هذه اليمين على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخاً مشوياً، وفي حنثه بالنيء خلاف الأظهر لا يحنث، وعند الفقيه أبي الليث يحنث، فلو أكل لحم السمك لا يحنث، والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبي يوسف لأنه سمى لحماً في القرآن، قال تعالى**﴿لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾** [النحل ١٤] أي من البحر وهو السمك، وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره فقال: ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، فسأله فقال لا يحنث، فقال أليس أنه قال تعالى **﴿والله جعل لكم الأرض بساطاً﴾** [نوح ١٩] فقال له سفيان: كأنك السائل الذي سألتني أمس؟ فقال نعم، فقال سفيان: لا يحنث في هذا ولا في الأول، فرجع عن ذلك القول. وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف في وجع الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء، ولذا حل بلا ذكاة. فإنه ينقض بالألية فإنها تنعقد من الدم، ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحماً ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم، ولذا لو قال: اشتر لحماً فاشترى سمكاً عدّ مخالفاً، وأيضاً يمنع أنّ اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والأيمان لا تبنى على الاستعمال القرآني؛ ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافراً أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث تسميتهما في القرآن دابة وأوتاداً، وهذا كله إذا لم ينو، أما إذا نواه فأكل سمكاً طرياً أو مالحاً حنث.

[فرع] لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه لا يحنث إلا إذا كان نواه قوله: **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعاً وحملاً وإن وجب في الحمل أن يحنث، بخلاف النذر للنص «لا نذر في معصية الله تعالى» ولما كان يرد عليه أن الأيمان تبني على العرف ولا تذهب الأوهام في أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمي والخنزير وإن سمي في العرف لحم الآدمي لحماً وكذا لحم الخنزير، لأن الواجب العرف في قولنا: أكل فلان لحماً كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فإن المتبادر منه ركوب هذه الأنواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به. ثم نقل العتابي خلافه فقال: قيل الحالف: إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف. ومبنى الأيمان على العرف قال وهو الصحيح. وفي الكافي عليه الفتوى. وما قيل: العرف العملي لا

لا يحنث) والأصل فيه أن اللفظ إذا تناول أفراداً وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته، ولحم السمك فيه قصور لأن اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف. وقال المصنف: لا دم فيه، جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه **(وإن أكل لحم خنزير أو إنسان حنث**

قال المصنف: **(وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء)** أقول: فيكون قاصراً في اللحمية والقاصر يعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازاً قال المصنف: **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** أقول: قال صاحب الكافي: وذكر الزاهدي العتابي لا يحنث، وعليه الفتوى اهـ. قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافي فافهم. قال الزيلعي: فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عمل فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي؛ ألا يرى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على إنسان للعرف اللفظي فإن العرف لفظاً لا يتناول إلا الكراع وإن كان في اللغة يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً حنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العمل وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً اهـ. العرف العملي يصلح مقيداً عند مشايخ بلخ كما ذكر في كتب الأصول في مسئلة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفاً.

من الحرام (**وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً**) لأنه لحم حقيقة فإن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم. وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحماً (**ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة، وقالا. يحنث في شحم الظهر أيضاً**) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار. وله أنه لحم حقيقة؛ ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه

يقيد اللفظ غير صحيح، وقد قدمناه في نكاح الفضولي رداً على المصنف هناك. وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض؟ وأجيب بأن الحل والحرمة إنما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وإن كان متعلقاً باليمين والحنث، وإنما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وإن كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفاً بالإباحة والحرمة الإباحة لليمين والحظر للحنث، وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي وإلقاء الشراشر عليه، وكان يغني عن التهالك في إثباته فيما تقدم تسليماً أن اليمين سبب، ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر، وحينئذ لاخلاف بيننا وبينهم، ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الإضافة في كفارة اليمين إلى الشرط لا إلى السبب، وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث، ونحن جعلناها جبراً لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة، وهذا لأن الحنث إذا كان واجباً استحال أن يكون حراماً، وما يظن من أنه يصح واجباً حراماً من وجهين توهم، وإلا فمعنى الواجب الحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلباً له، فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الإيجاد في وقت واحد فليس ذلك إلا وهماً من الأوهام، ومثله في كفارة الإحرام تثبت، ولا جناية إذا كان مريضاً أو به أذى من رأسه قوله: (**وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً**) أو رئة أو قلباً أو طحالاً: يعني يحنث لأن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم. وقيل: في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحماً. قال في الخلاصة: هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا لا يحنث، وذكره في المحيط أيضاً. ولو أكل الرأس والأكارع يحنث، وبه قال الشافعي في الأصح. ولا يحنث بأكل الشحم والألية إلا إذا نواه في اللحم، بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لأنه تابع للحم في الوجود، ويقال في العرف لحم سمين قوله: (**ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة. وقالا: يحنث في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار**) فلزم كونه من نفس مسماه، ولذا استثنى في قوله تعالى ﴿**حرّمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما**﴾ [الأنعام ١٤٦] فيحنث به (**وله أنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم**) في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعاً ويلقى فيها ليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم (**وتحصيل به قوته، ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم، ولا يحنث ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحماً**) والقاطع بنفي قولهما: إن العرف لا يفهم من اسم الشحم إلا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاماً في العرف، وبائع ذلك يسمى لحاماً، والأيمان لا تبنى على الأسماء الشرعية فلا يضرّ تسميتها شحماً في آية الاستثناء. وقول: بعض الشارحين شحم الظهر إما ألية أو لحم أو شحم لا قائل إنه ألية وليس بلحم لأنه يذوب دون اللحم، وأيضاً يقال له: شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم، والاستدلال عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا، وبه يلزم كون الذوب ليس لازماً مختصاً، واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها أعم منه

لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض، وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به؟ وأجيب بأن هذه مغالطة لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك أشار إلى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع

في اليمين على بيع الشحم، وقيل هذا بالعربية، فأما اسم بيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث) لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم

فتشترك الأنواع المتباينة في لازم واحد فكان كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع أنه لا يقال له: لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له: لحم سمين، ولو قيل: هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئاً، ولذا صحح غير واحد قول أبي حنيفة، وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الأصح، وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم أربعة: شحم الظهر، وشحم مختلط بالعظم، وشحم على ظاهر الأمعاء، وشحم البطن، ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق، والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر، بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم. قال الإمام السرخسي: إن أحداً لم يقل: بأن مخ العظم شحم اهـ. وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الأمعاء لأنه لا يختلف في تسميته شحماً قوله: (وقيل هذا) أي الخلاف فيما إذا قال بالعربية، فأما اسم بيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث إذا عقد بالفارسية بأن قال: نمى خرم بيه ثم أكل شحم الظهر قوله: (ولو حلف لا يأكل أولا يشتري لحماً أو قال شحماً فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق أنه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافاً لبعض الشافعية، ولا في يمين الشحم خلافاً لأحمد للعرف والعادة، وأما أنه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر إلا أن يراد جميع استعمالاته.

[فروع] حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث. وقال أبو الليث: لا يحنث مصرياً كان الحالف أو قروياً، وعليه الفتوى لتغير العرف فيه. ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لأنه نوع لا يتناول الأعم. وفي فتاوى قاضيخان: ينبغي أن لا يحنث في الفصلين لأن الناس يفرقون بينهما. ولو حلف لا يأكل طعاماً سماه فمضغه حتى دخل جوفه شيء من مائه ثم ألقاه لا يحنث، ولو فعل هذا في العنب فازدرد، فإن رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث، وإن رمى قشره فقط وابتلع الماء والحبّ حنث لأنه أكل الأكثر. ولو حلف لا يأكل شيئاً من الحلوى فأي شيء أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث، ذكره في الأصل. قال الإمام النسفي في شرح الشافي. هذا في عرفهم، أما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص. ولو حلف لا يأكل ملحاً فأكل طعاماً مالحاً يحنث، كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاماً فيه فلفل، إن وجد طعم الفلفل يحنث. والفقيه يفرق بين الملح والفلفل، في الفلفل يحنث لأن عينه غير مأكول فينصرف اليمين إلى ما يتخذ فيه، بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفرداً أو مع غيره، إلا إذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه إلى الطعام المالح، ويقول الفقيه يفتى. وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحاً وجعلهما في العجين لا يحنث لأنه تلاشى. ولو حلف لا يأكل لبناً فطبخ بأرز فأكله ذكر النسفي لا يحنث وإن رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء. وفي مجموع النوازل: إذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث. ولو حلف لا يأكل زعفراناً فأكل كعكاً على وجهه زعفران يحنث. ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصاً فأكله يحنث، إلا إذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث. وكذا على هذا التمر إذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث، وفي أكل هذا السكر لا يحنث بمص مائه، ولا يأكل لحماً يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث، وعلى أن ليس في بيته مرقة وهي في بيته قليلة لا يعدها إذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث، ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث بأكله، كما لو سخنت المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها. وفي التجريد: قيل: اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار، وقيل: لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر

. . . .

والشحوم (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة. وقالا: إن أكل من خبزها حنث أيضاً) لأنه مفهوم منه عرفاً. ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تقلى وتغلى وتؤكل قضماً وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده. ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان. وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضاً (ولو حلف لا يأكل من هذا

لا يحنث. اهـ. وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخاً قطعاً ومجرد الإيقاد كذلك، ومثله يسمى صبي الطباخ: يعني معينه، والطباخ هو المركب بوضع التوابل وإن لم يوقد. وفي المنتقى عن محمد: حلف على ما لا يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث، ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث، فعقد اليمين في الأول على بدله. حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث، وكذا مما اشتراه إذا باعه فأكله، وكذا من ميراثه إذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله، بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع، ومن اشترى منه لأن الزرع لا ينسخه الشراء، أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث، ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث، وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث، ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث، ولا يشتري ثوباً مسه فلان فباعه منه حنث. حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصب طعاماً فأكله لا يحنث لما عرف أن الثمن إنما يثبت في الذمة فيصير عليه إثم الدرهم، أما لو أكل خبزاً غصبه حنث، ولو اشترى بذلك الخبز لحماً لا يحنث: يعني إذا أكل اللحم. ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحنث عند أسد بن عمرو، وقال نصر: به نأخذ، وقال الحسن: كله حرام. قال الفقيه أبو الليث: ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراماً مطلقاً وهو حسن، ولو اضطر لأكل الحرام أو الميتة اختلفوا، والمختار يحنث، وعن محمد روايتان. ولو كان المغصوب برّاً فطحنه إن أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث، وإن أكله قبل ذلك حنث لأن الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان. وفي الأجناس المعتوه والمكره إذا فعلاً شيئاً حراماً فهو ليس بحلال لهما. ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث، أما عندهما فلا يشكل، وعنده كذلك لأنه عقد فاسد، فإنما أكل ملك نفسه قوله: (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له) لم يحنث حتى يقضمها غير نيئة، ولو قضمها نيئة لم يحنث، وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها، وهو قول الشافعي، وقالا: إن أكل من خبزها أيضاً حنث لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفاً، ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة: يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة: أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت، فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة، وتقلى: أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضماً، وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها، فإذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها إذا كان مأكولاً وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى، ورجح قولهما: بأن المتكلم إنما يريد العرف، فإذا لم يكن له نية انصرف إليه، بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فإنه ليس

من الحرام. قوله: (وكذا إذا أكل كبداً) ظاهر. وقوله: (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) والقضم: الأكل بأطراف الأسنان من باب لبس، وإنما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما. قال في النهاية: هكذا ذكر شيخ الإسلام في أيمان الأصل وهذه المسئلة على أوجه: أحدها أن لا يأكل حباً كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لأنه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها. والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك. والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة خلافاً لهما. والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب، ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف

الدقيق فأكل من خبزه حنث) لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه **(ولو استفه كما هو لا يحنث)** هو الصحيح لتعين المجاز مراداً **(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً)** وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان **(ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث)** لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه **(وكذا لو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث)** لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث **(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر)** لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق إلا أن ينوي ما يشوي من بيض أو غيره لمكان الحقيقة **(وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم)** وهذا استحسان اعتباراً للعرف، وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديداً، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخاً **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس**

للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة. والذي يغلب أن التعارف والأكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز، لا يقال: أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه. لأنا نقول: لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به، وليس هنا كذلك لأنه يقال: أكلت خبز الحنطة، ويقال: أكلت الحنطة، بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز، اللهم إلا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقاً، وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل. وقوله: هو الصحيح احتراز عن رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها، وصححها في الذخيرة، ورجح شمس الأئمة وقاضيخان رواية الجامع أنه يحنث. قال المصنف: وإليه الإشارة بقوله: حنث في الخبز أيضاً فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم، ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازاً بل يكون من عموم المجاز، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفاً لجعله مجازاً في الدخول. ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافاً لأبي يوسف فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق. والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق، ومحمد اعتبر عموم المجاز، وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة، أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام. ولا يخفى أنه تحكم. والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول قوله: **(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى ما يتخذ منه)** فيحنث بعصيدته. وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصاً أخاف أن يحنث، فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مراداً في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز، وقوله: هو الصحيح احتراز عن قول من قال: يحنث لأنه حقيقة كلامه. قلنا: نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية: إن نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث

وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه **(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث)** بالاتفاق **(لأن عينه غير مأكول)** فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز وهو ما يتخذ منه **(ولو استفه)** أي أكله من غير مضغ **(لا يحنث هو الصحيح)** وإنما قال هو الصحيح احترازاً عن قول بعض مشايخنا إنه يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به، وهذا لأن عين الدقيق مأكول، والأصح أنه لا يحنث لأن هذه الحقيقة مهجورة، ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة، كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدي حرّ فزنى لها لم يحنث لأن يمينه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء. وقوله: **(ولو حلف لا يأكل خبزاً)** على ما ذكره ظاهر. وطبرستان هي آمل وولايتها، وقيل أصلها تبرستان لأن أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعرّبوه إلى طبرستان. وقوله: **(ولو حلف لا يأكل الشواء)** ظاهر. وقوله: **(وهذا لأن التعميم متعذر)** لأن الدواء

فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر) ويقال يكنس **(وفي الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم)** عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور

لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه قوله: **(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزاً وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه المعتاد في غالب البلدان)** ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به. ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف، وينبغي أن يحنث بأكل الكماج لأنه خبز وزيادة، فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص، ولا يحنث بالثريد لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لأنه لا يسمى خبزاً، ولا يحنث بالعصيد[1] والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه. وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكاً، ولا يحنث في خبز الأرز إلا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة إليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها. قال السمعاني: سمعت القاضي أبا بكر الأنصاري ببغداد يقول: إنما هي تبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان. وقال القتبي: طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى، والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر، وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل.

قال العبد الضعيف غفر الله تعالى له: وقد سئلت لو أن بدوياً اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل إلا الشعير فحلف لا يأكل خبزاً، فقلت: ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه إليه لذلك، وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم قوله: **(ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر)** المشويين لأنه يراد به في العرف ذلك عند الإطلاق إلا أن ينوي غير ذلك مما يشوي من بيض أو غير ذلك كالفول الأخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب وقولنا في ذلك قول أحمدَ قوله: **(ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم)** يعني بالماء حتى أن ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخاً فلا يحنث به، وهذا استحسان بالعرف لأن التعميم متعذر لأن الدواء مما يطبخ، وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار، ولا يقال لآكله آكل طبيخاً فينصرف إلى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف، إلا أن ينوي غيره من الباذجان مما يطبخ فيحنث به، وهذا يقتضي أن لا يحنث بالأرز المطبوخ بلا لحم. وفي الخلاصة: يحنث بالأرز إذا طبخ بودك فإنه يسمى طبيخاً، بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن. قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضاً، ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ، وإنما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به، ولو أكل من مرق اللحم حنث. قال المصنف: لما فيه من أجزاء اللحم، وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث، وقدمنا من المنقول خلافه. والوجه ما ذكره ثانياً من قوله ولأنه يسمى طبيخاً: يعني في العرف، بخلاف مرق اللحم فإنه لا يسمى لحماً في العرف قوله: **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير)** في تلك البلدة ويباع فيها من رؤوس الإبل والبقر والغنم. وفي

المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك **(فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء)** قالوا قيد بقوله بالماء لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخاً فلا يحنث بأكلها **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير)** أي يطم به التنور: يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله فيه **(ويباع في المصر)** لأن رأس الجراد رأس حقيقة

---

(١) العَصِيدَة: عبارة عن دقيق يُلَتُّ بالسمن، ويوضع في وسطه العسل، وهو من أفخر أنواع الطعام عند المغاربة حتى يومنا هذا. وأما في الديار الشامية، فأصبحت نادرة لا يكاد يعرفها أحد.

في المختصر (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاءً أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد: حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً)

الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: على الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر، فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم، فرجع أبو حنيفة عن انعقاده في حق رؤوس الإبل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري رحمه الله. وأورد أن العادة كما هي في الرؤوس مقتصرة على رؤوس الغنم أو البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل، إذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير وأكله، مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما إذا حلف لا يأكل لحماً. أجيب بأن الأصل في جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة: يعني اللغوية، فإن لم يكن وجب اعتبار التعارف حينئذ، واللحم يمكن فيه أكل ما يسمى لحماً فانعقد باعتباره، بخلاف الرؤوس لا يمكن أكل حقيقتها إذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف ونقض بالشراء فإنه يمكن في الرؤوس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها. أجيب بالمنع بل من الرؤوس مالاً يمكن بيعه كرأس الآدمي، وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث إذا ركب كافراً وهو دابة حقيقية فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه، فإن إمكان العمل بحقيقة عمومه منتف إذ من الدوابّ النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف، وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف، وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس إلا بناء على هذا الأصل، ولو كان هذا الأصل المذكور منظور إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع قوله: **(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث)** وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث في العنب والرطب والرمان أيضاً، والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده: أي بتنعيم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي ولهذا يقال: النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه: أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً في الحالين، فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابساً، وهذا المعنى: أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في

وليس بمراد فيصرف إلى المجاز المتعارف، وفسره الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب. واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والإنسان لا يباع في الأسواق ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً. وأجيب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لأن منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الأسواق، وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الإنسان والخنزير. فإن قلت: الحقيقة إن لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً، والمهجور شرعاً كالمهجور عادة، وفي المهجور شرعاً يصار إلى المجاز كما في المهجور عادة. قلت: المهجور شرعاً هو الذي لا يكون شيء من أفراده معمولاً به كالحلف على ترك كلام الصبي وهنا ليس كذلك. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فإن الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة. وأجيب بأن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء إليه كرأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة. وقوله: **(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يحنث في العنب والرطب**

قوله: (قلت المهجور شرعاً إلخ) أقول: ويمكن أن يجاب بوجه آخر.

والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده: أي يتنعم به زيادة على المعتاد، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً حتى لا يحنث بيابس البطيخ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً فلا يحنث بهما. وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعزّ الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو

التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقاً وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقاً، وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما: أنّ معنى التفكه موجود فيها بل هي أعزّ الفواكه، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها، وأبو حنيفة يقول: هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن، ولا ينكر أنها يتفكه بها، ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقاً، ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحبّ الرمان ومن الأقوات وهو التمر والزبيب. والمشايخ قالوا: هذه اختلاف زمان، ففي زمان لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدّت منها فأفتيا به.

فإن قيل: الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع، فإن مبنى هذا العرف، والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال: الفاكهة ما يتفكه به، ولا شك أن ذلك لغة، والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة، وهذا معنى اللغة، واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائماً فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما. فإن قيل: وفيه دليل على عدم ما ذكر آنفاً من أن المعتبر اللغة إلا أن لا يمكن فيعتبر العرف، فإن هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك، فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحياناً بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به قوله: **(ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام)** كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يئول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز، واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ، ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعدياً إلى واحد جاء الافتعال منه لازماً فلا يقال: اصطبغ الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام الفاعل إذا بنى الفعل له فإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه، فلذا يقال: اصطبغ به ولا يقال: اصطبغ الخبز، وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بإدام كاللحم والبيض والتمر والزبيب، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله. والحاصل أن

والرمان أيضاً) يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه: في وجه يحنث بالاتفاق، وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان، ويستوي في ذلك الرطب واليابس. وفي وجه لا يحنث بالاتفاق، وهو أن يأكل الخيار والقثاء لأنه يؤكل مع البقول. وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان إذا لم تكن له نية، . وكلامه ظاهر إلا ما نذكره، فقوله زيادة على المعتاد: أي على الغداء الأصلي حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيهما. وقوله: **(والرطب واليابس فيه سواء)** يعني أن ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابسه، ويابس هذه الأشياء لا يعدّ فاكهة فيجب أن يكون رطبا كذلك. وقوله: **(لأنهما من البقول بيعاً)** فإن بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير، وأما أكلا فإنهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل. وقوله: **(إن هذه الأشياء مما يتغذى بها)** يعني العنب والرطب **(ويتداوى بها)** يعني الرمان **(ولهذا كان اليابس منها من التوابل)** كيابس الرمان **(أو من الأقوات)** كيابس العنب، فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها، والأصل في هذا أن اللفظ إذا أطلق على أفراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه ثم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في

من الأقوات (ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام والشواء ليس بإدام والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام) وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإدام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً، والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائماً به. وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكماً، وتمام الموافقة في الامتزاج أيضاً، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب، والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولأنه يذوب فيكون تبعاً، بخلاف اللحم وما يضاهيه

ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالإجماع، وما يؤكل وحده غالباً كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداماً بالإجماع: أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف، خلافاً لما قيل: إنهما على الخلاف، وممن صحح الاتفاق شمس الأئمة. وفي المحيط قال محمد: التمر والجوز ليسا بإدام، وكذا العنب والبطيخ والبقل، وكذا سائر الفواكه، ولو كان في بلد يؤكلان تبعاً للخبز يكون إداماً، أما البقول فليست بإدام بالاتفاق لأن آكلها لا يسمى مؤتدماً إلا ما قد يقال: في أهل الحجاز بالنسبة إلى أكلهم الكراث، وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار إدام. وفي التمر عنده وجهان: في وجه إدام لما روي «أنه ﷺ وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه»[(١)] رواه أبو داود. وفي وجه آخر: ليس إداماً لأنه فاكهة كالزبيب. واختلفوا في الجبن والبيض واللحم، فجعلها محمد إداماً لأنها لا تؤكل وحدها غالباً فكانت تبعاً للخبز وموافقة له، والمؤادمة الموافقة ومنه قوله ﷺ للمغيرة حين خطب امرأة: «لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[(٢)] أي يوفق، فما يؤكل غالباً تبعاً للخبز موافقاً له إدام والجبن وأخواه كذلك، ويؤيده ما روي عنه ﷺ «سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم»[(٣)] رواه ابن ماجه. ويقال: إن ملك الروم كتب إلى معاوية أن أبعث إليّ إدام على يد شرّ رجل، فبعث إليه جبناً على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان[(٤)]، وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً، فما يؤكل وحده ولو أحياناً ليس إداماً

اللحم. قال: (ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيداً بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ، ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل (ولو حلف لا يأتدم) أي لا يأكل إداماً (فكل شيء اصطبغ به فهو إدام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد إدام، والشواء ليس بإدام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الأصل وقال محمد: (ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه: ما يصطبغ به

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٨٣٠ من حديث يوسف بن عبد الله بن سلام وقال المنذري في مختصره: قال البخاري ليوسف صحبة. وقيل رؤية فقط.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ١٠٨٧ والنسائي ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ وابن ماجه ١٨٦٥ و ١٨٦٦ والدارمي ٢٠٩٤ وابن الجارود ٦٧٥ و ٦٧٦ وابن حبان ٤٠٤٤ والدارقطني ٣/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣ والحاكم ٢/ ١٦٥ والطحاوي ٣/ ١٤ وسعيد بن منصور ٥١٦ و ٥١٧ و ٥١٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥٥ والبغوي ٢٢٤٧ والبيهقي ٧/ ٨٤ ـ ٨٥ من طرق كلهم من حديث المغيرة بن شعبة وكذا أحمد ٤/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ وصححه الحاكم على شرط الشيخين، وهو صحيح كما قال رجاله كلهم ثقات معروفون اهـ ورواية: انظر إليها. ورواية: «فإنه أجدر...»

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٣٠٥ وابن حبان ١/ ٣٣٢ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٣٠٢ كلهم من حديث أبي الدرداء، وهو من طريق سليمان الجزري عن مسلمة الجهني قال ابن حبان في المجروحين في ترجمة سليمان هذا: روى أشياء موضوعات لا تشبه حديث الثقات، فلا أدري التخليط منه، أو من مسلمة الجهني، ثم ذكر له مناكير، وهذا منها.
ونقل ابن الجوزي كلام ابن حبان هذا. وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٣٠٢ من حديث ربيعة بن كعب، ونقل عن العقيلي قوله: لا يعرف هذا الحديث إلا بعمرو بن بكر، ولا يصح في هذا المتن عن النبي ﷺ شيء اهـ وقال ابن حبان: عمرو هذا يروي عن الثقات الطامات اهـ.
وله فريق آخر. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٥/ ٣٥ من حديث بريدة، وقال الهيثمي: فيه سعيد بن عبية القطان: لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات وفيهم كلام لا يضر اهـ.
الخلاصة: فالحديث وإن كانت طرقه شديدة الضعف إلا أنه بمجموعها يرقى إلى درجة الضعيف. والله أعلم.

(٤) هذه القصة غريبة لم أعثر عليها، وقد أنكرها ابن الهمام، فأصاب لأن أمارة البطلان لائحة عليها.

لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح. **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل)** لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث **(والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر)** لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على

وهذا لأنه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بأن يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بأن يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه إذ حقيقة القيام غير مرادة لأن الخل ونحوه ليس عرضاً يقوم بالجوهر، والأجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بإدام. ويرد عليه أنه إن اعتبر في مسمى الإدام بحيث يؤكل تبعاً للخبز موافقاً، سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لأنه كذلك، وإن اعتبر فيه كونه لا يؤكل إلا تبعاً منعناه. نعم ما لا يؤكل إلا تبعاً موافقاً أكمل في مسمى الإدام، لكن الإدام لا يخص إسمه الأكمل منه. واستدل لأبي حنيفة وأبي يوسف أيضاً بأنه يرفع إلى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية، بخلاف المصطبغ به. وأجيب عن الحديث بأن كونه سيد الإدام لا يستلزم كونه إداماً، إذ قد يقال: في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم. وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها إذ يبعد من إمام عالم أن يتكلف إرسال شخص إلى بلاد الروم ملتزماً لمؤنته لغرض مهمل لكافر. والسكنى في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شرّ رجل، فآثار البطلان تلوح على هذه القصة، ودفع الاستدلال لهما بأن المعتبر التبعية في الأكل، والأكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ. ويدفع بأن كون التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم إذ هما فيه إذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبعاً للآخر، بخلاف ما رفع صبغاً للخبز فإن المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ. وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر إلى الآخر في رفعه. قال التمرتاشي: وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفاً فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد قوله: **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء)** بفتح العين والمد **(من صلاة الظهر إلى نصف الليل)** وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به، فإن الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للأكل فيهما. فالوجه أن يقال: فالتغذي الأكل من طلوع الفجر، والتعشي الأكل من الظهر الخ، لأن ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين[1] ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في

فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالباً ليس بإدام بالاتفاق. وفي البيض واللحم والجبن اختلاف، جعلها محمد إداماً خلافاً لهما. لمحمد أن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً في العرف والعادة. والتبعية على نوعين: حقيقية وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به، وحكمية وهي أن لا تؤكل على الانفراد، واللحم لا يختلط فلا يكون تبعاً حقيقة ويؤكل منفرداً فلا يكون تبعاً حكماً فلا يكون إداماً. وقوله: **(وتمام الموافقة بالامتزاج)** جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة: يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضاً ولم توجد في هذه الأشياء إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، بخلاف الخل وغيره من المائعات فإنها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان إداماً **(والعنب والبطيخ ليسا بإدام)** يعني بالاتفاق لما ذكرنا **(هو الصحيح)** كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي. وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف. وقوله: **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر)** قال في النهاية: هذا توسع في العبارة، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل. وقوله: **(ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث)** ذكر في الإيضاح في باب الحلف على الغداء فقال فإنه ورد في الحديث «أن النبي ﷺ صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين» يريد به الراوي الظهر أو

---

(١) **(قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين)** قال في النهر: وكأنه تحريف، والصواب «عشيا» بفتح العين مع ياء بعد الشين اهـ. كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي. قال مصححه الفقير محمد البلبيسي: هو تحريف يقيناً، فصوابه «العشي» فيه وفيما بعده، وفي حديث الصحيحين «إحدى صلاتي العشي» لا العشاء كما ظهر بالمراجعة، فليحذر ما وقع في نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادي.

ما يقرب منه. ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم، ويشترط أن يكون أكثر من

الحديث، إذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشاء»[1] وفسرت بأنها الظهر في بعض الروايات. هذا وتفسير التغدي بالأكل من الفجر إلى آخره مذكور في التجريد. وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس إلى الزوال، ويشبه كونه نقلاً عن الفتاوي الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثي الليل، ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال: إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث. وقال الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وقت الغداء من طلوع الشمس إلى وقت الزوال، ووقت العشاء من بعد الزوال إلى أن يمضي أكثر الليل، ووقت السحور من مضي أكثر الليل إلى طلوع الفجر، ثم قال: هذا في عرفهم؛ وأما في عرفنا: وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى. فعرفهم كان موافقاً للغة لأن الغدوة اسم لأول النهار، وما قبل الزوال أوله فالأكل فيه تغدّ، وقد أطلق على السحور غداء في قوله ﷺ لعرباض بن سارية «هلم إلى الغداء المبارك»[2] وليس إلا مجازاً لقربه من الغداة، وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الأخير سمى ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الأخير سحوراً بفتح السين والأكل فيه تسحراً، والتضحي الأكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضاً بالفتح والمد، ووقت الضحى من حين تحل الصلاة إلى أن نزول، وأصل هذه في مسائل القضاء. قال السرخسي فمن حلف ليعطين فلاناً حقه ضحوة: فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول، وإن قال: عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع إلى أن تبيض لأن صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس، والنهي يمتد إلى أن تبيض. والمساء مساءان أحدهما ما بعد الزوال، والآخر بعد غروب الشمس، فأيهما نوى صحت نيته، وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب، وذكر الولوالجي: والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار، والتصبيح ما بين طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحوة: يعني الكبرى لأنه من الإصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة. ولو حلف ليأتينه غدوة بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار قوله: **(ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة)** وكذا السحور، فلو أكل لقمة ولقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت

العصر. وقوله: **(وتعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم)** يعني إن كانت خبزاً فخبز، وإن كانت لحماً فلحم، حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوي بخلافه، لأنه غذاء في البادية. وقوله: **(ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع)** رواه المعلى عن أبي يوسف وهو صحيح لأن من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت **(ومن قال إن**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٢٩ ومسلم ٥٧٣ وأبو داود ١٠٠٨ والنسائي ٣/ ٣٠٠ والترمذي ٣٩٩ والدارمي ١٤٦٨ وابن ماجه ١٢١٤ كلهم عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال: «صلىٰ بنا رسول الله ﷺ إحدىٰ صلاتي العشِيّ إما الظهر وإما العصر فسلم في ركعتين..» الحديث وهو خبر سهوه ﷺ في الصلاة.

قال النووي في شرح مسلم: قال الأزهري: العشيّ عند العرب ما بين زوال الشمس وغروبها اهـ. تنبيه: وقع للمصنف: «إحدىٰ صلاتي العشاء» وليس كذلك، وإنما هو العشيّ. كما في البخاري ومسلم.

(٢) جيد. أخرجه أحمد ٤/ ١٢٦ من حديث العرباض بن سارية وكذا أبو داود ٢٣٤٤ كلاهما من طريق أبي رُهْم عن العرباض به.

وله شواهد قال الهيثمي في المجمع ٣/ ١٥١: روىٰ أبو يعلىٰ بسنده عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «قرِّبي إلينا الغذاء المبارك. يعني السحور» اهـ ورجاله ثقات. وروىٰ الطبراني في الكبير عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «تسحروا في آخر الليل وكان يقول: هو الغداء المبارك» اهـ.

فالحديث قوي لشواهده.

نصف الشبع (ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ، وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصاً والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

ولا تعشيت ولا تسحرت. ويرد أنه ﷺ قال في رواية الترمذي: «تعشوا ولو بكف من حشف فإن ترك العشاء مهرمة»(١) ومعلوم أن كفاً من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع. وأجيب بأن العرف الطارىء يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وإن كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر في الغداء وأخويه في حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم، فلو كان عادتهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف إليه حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوي يحنث لأنه غذاء أهل البادية، ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغدي به حتى شبع لم يحنث أيضاً قوله: **(ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ وقال نويت شيئاً دون شيء)** من الملبوس أو المأكول أو المشروب في إن أكلت وإن شربت لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، فأي شيء أكل أو لبس أو شرب حنث. وعند الشافعي تصح نيته ديانة، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها الخصاف لأن النية إنما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته. والثوب في إن لبست والمأكول والمشروب في إن أكلت وإن شربت غير مذكور تنصيصاً فلم تصادف النية محلها فلغت. فإن قيل: إن لم يكن مذكوراً تنصيصاً فهو مذكور تقديراً وهو كالمذكور تنصيصاً. أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولاً، وكذا اللبس والشرب، والمقتضى لا عموم له عندنا، ولأن ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام، وتصحيحه لا يتوقف إلا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح إرادته، فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف في أن المقتضى لا عموم له أو له عموم على ما ذكروا، أما لو قال: إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً وقال: عنيت شيئاً دون شيء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء، لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته، وهذا لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم لمآلها إلى كونها في سياق النفي بسبب أن الشرط المثبت في اليمين يكون الحلف على نفيه لأن المعنى نفي لبس الثوب فكأنه قال: لا ألبس ثوباً إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه. فإن قيل: يعتبر تخصيصاً للمصدر المدلول عليه بالفعل فإنه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق. أجيب بأن المصدر أيضاً ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم، وهذا يخالف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكوراً بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث، بل الحق على هذا أنه عام، وكما قلتم في قوله: إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر مثلاً يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصاً لنفس الخروج، بخلاف ما لو نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لأن المكان غير مذكور، فكذا يراد

. . . .

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٨٥٦ والشهاب القضاعي ٤٨٧/ ٧٣٥ وابن عدي ٥/ ٢٦٢ وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٣٦ وابن أبي حاتم في علله ٢/ ١١ كلهم من حديث أنس.

قال الترمذي: حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه وعنبسة يضعف في الحديث، وشيخه عبد الملك بن علاّق مجهول.

واكتفى ابن أبي حاتم بقوله: قال أبو زرعة هذا حديث ضعيف، ولم يقرأ علينا.

وأما ابن الجوزي فقال: عنبسة بن عبد الرحمن القرشي قال عنه يحيىٰ: ليس بشيء. وقال أبو حاتم الرازي: كان يضع الحديث. وقال ابن حبان: لا أصل لهذا الحديث.

وله طريق آخر فقد أخرجه ابن ماجه ٣٣٥٥ من حديث جابر بنحوه.

قال البوصيري في الزوائد: فيه إبراهيم بن عبد السلام ضعيف اهـ.

وكذا ضعفه الحافظ في التقريب، فالحديث واهٍ.

(وإن قال إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة) لأنه نكرة في محل الشرط فتعم

تخصيص فعل الأكل، وهكذا قولكم: فيما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى المساكنة في بيت واحد أنه يصح، وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل. قلنا: ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه في سياق النفي لأن الفعل في سياقه، لكنه لا يقبل التخصيص لأن عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي، فإنه لا يتحقق في خصوص محله الخاص: أعني بعد لفظة لا في لا آكل إلا بتحقق ذلك المصدر هناك، وما ليس ثبوته إلا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره، ولا يثبت ما هو زائد عليه. ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام، وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله، بخلاف إن أكلت أكلاً فإن الاسم حينئذ مذكور صريحاً فيقبل نية التخصيص؛ ولا يشكل الفرق لأن أكلا المذكورين ليس عين الأكل الضمني للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص. وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الأربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو خازم والقاضي القمي والقاضي أبو طاهر الدباس، وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال: إن خرجت خروجاً وكأنها سقطت من الكاتب. ومن التزمها أجاب بأن الخروج في نفسه متنوّع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت إرادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة، فإنها متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد، ومطلقة وهي ما تكون في دار، فإرادة المساكنة في بيت إرادة أخص أنواعها، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال: عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة، لأن الاغتسال غير متنوّع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع في أسبابه، وكذا لا يسكن دار فلان وقال: عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى فحلف ينوى السكنى بالإجارة أو الإعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث، بخلاف ما لو حلف لا يسكن داراً اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فإنه يصدق لأنه أحد نوعي الشراء لأنه متنوع إلى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره. فتصح نية أحد النوعين، بخلاف السكنى نفسها لأنها لا تتنوّع لأنها ليست إلا الكينونة في الدار على وجه القرار، وإنما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لأنها لم تذكر بخلاف الجنس، وكذا لو حلف لا يتزوّج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لأنه تخصيص الصفة، ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لأنه تخصيص في الجنس كأن الاختلاف بالنسبة إلى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة إلى البلاد اختلاف بالصفة، وكأن السرّ في ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولد له آباء إلى آدم فكأنه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وإن كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ: والحق أن الأفعال الخارجية لا تتصور أن تكون إلا نوعاً واحداً، لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه، ولا بين الخروج ونحوه من الشراء، فكما أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس إلا إمرار الماء كذلك الخروج ليس إلا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة إلى نوعين إلا باختلاف الأحكام شرعاً، فإن عند ذلك علمنا اعتبار الشرع إياها كذلك كما في الخروج المختلف الأحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فإنه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد

أكلت أو شربت أو لبست فعبدي حرّ وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يصدق قضاء) ولا ديانة **(لأن النية إنما تصح في الملفوظ)** لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ **(والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ)** فلا تصح نيته. فإن قيل: هب أنه غير ملفوظ تنصيصاً أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ؟ أجاب بقوله: **(والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه)** فإن قيل: المقتضى أمر شرعي وافتقار الأكل إلى الطعام ليس كذلك لأنه يعرفه من لم يعرف الشرع. قلنا: يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقاً به، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعياً أو عقلياً. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قال إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر فإنه يصدق ديانة مع أن

فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء. **(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً)** عند أبي حنيفة وقالا: إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه متعارف المفهوم. وله أن كلمة من

النوع في ذلك، ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة إلى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لأن الكل قرار في المكان. ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لأن المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل «رفع الخطأ والنسيان»(١) أو بعدم صحته شرعاً مثل أعتق عبدك عني وليس قول القائل: لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمناً حكماً لا يصح شرعاً. نعم المفعول: أعني المأكول من ضروريات وجود فعل الآكل، ومثله ليس من باب المقتضى وإلا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستدعي معناه زماناً ومكاناً، فكان لا يفرق بين قولنا: الخطأ والنسيان مرفوعان، وبين قام زيد وجلس عمرو، فإنما هو من باب حذف المفعول اقتصاراً وتناسياً، وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم، فلنا أن نقول: عمومه لا يقبل التخصيص، وقد صرح من المحققين جمع بأن من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني إذا قلنا: بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الألفاظ وغير ذلك، فكذلك هذا المحذوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه، إذ ليس الغرض إلا الإخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باق المتعلقات من الزمان والمكان، حتى لو نوى لا يأكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق. ومن صور تخصيص الحال أن يقول: لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال: لا أكلم هذا الرجل القائم فإن نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى، والفرق بأن المفعول في حكم المذكور إذ لا يعقل الفعل إلا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي بدون إخطاره، فإنما هو لازم لوجوده لا مدلولاً للفظ. هذا، وكون إرادة نوع ليس تخصيصاً من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته، وأقرب الأمور إليك قوله «لا تقتلوا النساء والصبيان»(٢) تخصيص لاقتلوا المشركين، والنساء نوع مندرج تحت المشركين، ومعنى تخصيص النوع ليس إلا إخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فستمر الإشكال في يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا. ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جواباً عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج، وكما في قوله: أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق، فمن هذا الوجه هو شيء واحد وله عموم، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصاً، ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلناه: من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظاً، ومن حيث أنه تخصيص لم يجز في القضاء. وهذا بخلاف قوله: أنت بائن يصح نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم في الإثبات لا يعم استغراقاً، بخلافة في النفي لو قلت: رأيت رجلاً لا يعم أصناف الرجال استغراقاً بخلاف ما رأيت رجلاً قوله: **(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً)** أي يتناول بفمه من نفس النهر **(عند أبي**

السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً وبينه وبين ما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى به أن لا يساكنه في بيت واحد فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث. أجيب بأن الأولى ممنوعة منعها القضاة الأربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمي. ولئن سلم فقوله إن خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة، وقد وقع الثاني

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً، وهو خبر واهٍ.
(٢) يأتي في المغازي والسير ورد في عدة أحاديث قوية.

للتبعيض وحقيته في الكرع وهي مستعملة، ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً (وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث) لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً إليه وهو الشرط فصار كما إذا

حنيفة): يعني إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعاً، وقالا: (إن شرب منها كيفما شرب بإناء) أو بيده أو كرعاً (حنث) لا فرق بين ذلك وبين قوله: من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعاً في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جمع هذه الصور. وقولهما قول الشافعي وأحمد؛ وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا: شربت من دجلة، وهو إن كان مجازاً إما مجاز حذف، أي من ماء دجلة، أو مجاز علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثريته بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر مقررين له بأن علاقته المجاورة، ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان، بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لأن هذا ليس دخولاً واليمين انعقدت عليه. وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لأن كثيراً من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام «أنه أتى قوماً فقال: هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا»(١) وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لأن الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز، ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً، إلا أنهما يقولان: حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لاباعتبار آرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا إهدار هذا القسم، وإنما قلنا: إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لابتداء الغاية، فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة، وذلك إنما يكون بوضع الفم عليها نفسها، فإذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها، وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فإنما يصلح توجيهاً لقولهما: لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة، إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة وهو الأرض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب، ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لا أشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما: فيحنث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة، وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور: وفي تقدم المجاز المتعارف، وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأصلي انصرف إلى المشهور منه وإن جعلت من للبيان بأن يقال: وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل(٢) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها، وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض. فالمعنى: لا يشرب بعض ماء دجلة، أو للابتداء والمعنى: لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعاً وغيره. وأما الاستدلال له بقوله تعالى ﴿إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب

في صريح النفي والأول في معناه فتناولا بعمومهما الخروج في السفر والسكن فجاز تخصيصهما إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء.

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء إذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها، والكراع مستدق

---

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٣٥٥ من حديث جابر ورجاله ثقات سوى فُليح بن سليمان، وهو من رجال الستة إلا أن الحافظ قال في التقريب: صدوق كثير الخطأ. فالحديث حسن.

(٢) (قوله الكمال لا يفعل) أي لأن إرادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما سيأتي كذا بهامش.

. . . .

منه﴾ إلى قوله ﴿إلا من اغترف غرفة بيده﴾ [البقرة ٢٤٩] من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط، وهو بناء على أنه استثناء منقطع، والاتصال أولى إذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه، فإن المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وريّ، فإن حاصل المعنى من شرب منه مطلقاً قليلاً أو كثيراً كافياً فليس مني إلا من شرب منه قدر كفه تحقيقاً بأن اغترفها. والذي انتظم عليه رأي أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن اسم الدجلة على قول: الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء، وإرادة وضع فمه على نفس أجزائه منتف، فالمراد ليس إلا وضعه على الماء الكائن فيها، وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركاً أو مجازاً، فإن فرض مشتركاً فلا إشكان أن حقيقة اللفظ: أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وإن فرض مجازاً في هذا الماء؛ فمعنى قوله: للفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي للا أشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض، والمعنى: لا أشرب بعض دجلة: أي الماء الخاص في المكان الخاص، فظهر إمكان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ: أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد: أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها لا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بإناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب إلى الحقيقة: أعني دجلة بمعنى النهر. ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبّ الماء الذي فيد في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالإجماع. ولو قال: من ماء هذا الكوز فصبّ في كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع. وكذا لو قال: من هذا الحبّ أو من ماء هذا الحب فنقل إلى حب آخر. ولو قال: من هذا الحبّ أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرعي: لو كان الحبّ أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لإمكان العمل بالحقيقة، وعندهما على الاغتراف. وينبغي أن يقال: على ما هو أعم من الاعتراف، وإن لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف. ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا، والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة.

[فروع] لو قال: لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعاً، أما عنده، فلأن يمينه على الكرع، وأما عندهما فلأنه مثل الفرات في إمساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز. أما لو قال: لا أشرب ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات، والنسبة لا تنقطع بالأنهار الصغار. قال: لا أشرب ماء فراتاً يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان. لو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث. ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث. ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله لا يحنث، فإن ذاب فشرب حنث. قال الفقيه أبو الليث: هذا بمنزلة ما إذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجاً فجلس عليه لا يحنث، فإن فتقه فصار بساطاً فجلس عليه حنث. وفي فتاوى محمد بن الوليد: لا يحنث إذا شربه لانقطاع النسبة الأولى لانتسابه إلى الجمد، ولو كان في الحلّ حنث لأن النسبة لا تنقطع. ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه إسم الشط وذلك قدر ثلث النهو أو ربعه، والظاهر أن هذا لا يتأتى في النيل لأن الشط ينتفي قبل الربع أيضاً لسعته. ومن حلف لا يشرب نبيذاً فهو المسكر من ماء

. . . .

شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث، فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحنث في ذلك كله) يعني إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى. وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البرّ عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبرّ فلا بد من تصور البرّ ليمكن إيجابه. وله أنه أمكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة. قلنا: لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجباً للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة؛ ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف يحنث في الحال، وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعاً) فأبو يوسف فرّق بين المطلق والموقت. ووجه الفرق أن

العنب ولو مطبوخاً لأن الصالحين يسمونه شارب خمر، ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر. ولو حلف لا يشرب شراباً حنث بشرب الماء والنبيذ. وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاعاً لا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل. وقيل: لا يحنث بالماء وهو الظاهر لأن العرف في اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشرب اللينوفر. وقيل: لا يقع على المتخذ من الحبوب. حلف لا يشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه. في الخلاصة ينبغي أن يحنث، وهذا دليل الرضا وليس بإذن. ولو حلف لا يشرب خمراً فمزجها بغير جنسها كالأقسمة ونحوه يعتبر بالغالب، وإنما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما، كذا روي عن أبي يوسف في النوادر فيما إذا حلف لا يشرب لبناً فصبّ عليه ماء وشربه يحنث إن كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه، وإن كان لون الماء لا يحنث. وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء، وإن كان سواء حنث استحساناً. وأما إذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى؛ فعند أبي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب، وعند محمد يحنث بكل حال الجنس عنده لا يغلب الجنس بل بجنسه، وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج، أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق إذا عقد يمينه على الدهن

قوله: (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث، وإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم وقال: (أبو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى وأصله)

الساق، وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: إذا شرب منها بإناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس، أما كون المجاز متعارفاً فظاهر، فإن المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من مائها، وأما أن الحقيقة مستعملة: فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية، وقد قال النبي ﷺ لقوم نزل عندهم «هل عندكم ماء بات في شن، وإلا كرعنا» ولهذا إذا كرع حنث بالإجماع. فإن قيل: لا نسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإناء وغيره لأن الحكم في عموم المجاز كذلك. فالجواب أن المصير إلى عموم المجاز إنما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها، وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير إليه. وقوله: (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر. قال: (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم (فإن كان فيه ماء فأهريق قبل

قال المصنف: (ومن قال إن لم أشرب إلخ) أقول: وإن كان يعلم أنه لا ماء في الكوز ينعقد عند الثلاثة، كذا في البدائع. وفيه أيضاً: وعلى هذا الخلاف إذا قال والله لأقتلن فلاناً وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافاً لأبي يوسف، وإن كان عالماً بموته ينعقد عندهم خلافاً لزفر اهـ. وسيجيء من المصنف في باب اليمين في القتل والضرب أن الصحيح أنه ليس في مسئلة الكوز تفصيل العلم قوله: (واعترض على وجههما بأن البر متصور في صورة الإراقة لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة إلخ) أقول: كما إذا صب في إناء آخر لا في الأرض وفيه تأمل قوله: (وأجيب بأن البر، إلى قوله: لا يسع فيه غيره) أقول: ضمير غيره راجع إلى البر.

التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرّقا بينهما. ووجه الفرق أن في المطلق يجب البرّ كما فرغ، فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق؛ أما في المؤقت فيجب البرّ في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم

أي أصل هذا الخلاف أن تصوّر البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البرّ، وهو قول مالك ووجه عند الشافعية، وعند أبي يوسف لا يشترط تصوّر البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة، وهو وجه آخر للشافعية. ومما ابتنى على الخلاف: لو حلف ليقتلن زيداً اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا حنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافاً له، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما لأنه لو كان عالماً بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله فيه، بخلاف ما إذا لم يكن عالماً لأنه عقدها على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البرّ غير متصور كمسئلة الكوز فإنه وإن أمكن إحداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه، فإن الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه إذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما. وكذا إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل ليقضين فلاناً دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله. وكذا لو قال لزيد: إن رأيت عمراً فلم أعلمك فعبدي حرّ فرآه زيد فسكت ولم يقل: شيئاً أو قال: هو عمر ولا يعتق عندهما لفوات الإعلام فلم تبق اليمين. وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه. وكذا إذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافاً له، وكذا ليضربنه أو ليكلمنه. وجه قولهما: إن اليمين إنما تعقد للبر حملاً أو منعاً أو لإظهار معنى الصدق فكان محلها خبراً يمكن فيه البرّ، فإذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد إلا في محلها، وإذا لم تنعقد فلا حنث، ولأبي يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبرّ على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا: في الحلف على مس السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً حيث ينعقد مع استحالته عادة، ثم يحنث في الحال لما قلنا. قلنا: لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الحلف لأنه فرع الأصل فينعقد أولاً في حقه ثم ينتقل إلى الخلف للعجز الظاهر، ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان للبرّ مستحيلاً فيها، ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بأن لم يذكر اليوم ففي الوجه الأول، وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البرّ. وعند أبي يوسف يحنث

الليل لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: **يحنث في ذلك كله)** أي فيما إذا كان فيه الماء وفيما لم يكن، وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح. واعترض على وجههما بأن البرّ متصور في صورة الإراقة، لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصوراً. وأجيب بأن البرّ إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان. وقوله: **(ولو كانت اليمين مطلقة)** أي عن ذكر اليوم **(ففي الوجه الأول)** يعني فيما إذا لم يكن في الكوز ماء **(لا يحنث عندهما، وعنده يحنث في الحال. وفي الوجه الثاني)** وهو أن يكون فيه ماء فأهريق **(يحنث في قولهم جميعاً. فأبو يوسف فرق)** في الوجه الأول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم بين المؤقت به، فقال في المطلق إنه يحنث في الحال، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس. ووجهه ما ذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله، وهذا لأن اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الأخير للانعقاد لأن الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال، كذا في بعض الشروح. وقال في النهاية: فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت: أي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما إذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال في المطلق يحنث حال وقت الإراقة من غير توقف إلى الليل، وفي المؤقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه إلى اخر اليوم، وهما فرّقا بين المطلق والمؤقت: يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب. وأشار بقوله كما إذا مات الحالف والماء باق إلى أن بقاء المحل شرط للبرّ كبقاء الحالف، وأشار بقوله كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة إلى أن وجود

تبق محلية البرّ لعدم التصور فلا يجب البرّ فيه فتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة. قال: **(ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها)** وقال زفر: لا تنعقد لأنه مستحيل عادة فأشبه

للحال، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان فيه ماء فأهريق يحنث في قولهم جميعاً قوله: **(فأبو يوسف فرق الخ)** لا شك أن هنا أربعة صور: صورتان في المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون في الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون، وصورتان في المطلقة عندهما هاتان أيضاً؛ ففي المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البرّ فلا يتصور الحنث، وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البرّ من وقت الحلف إلى الموت، وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقاً، فإذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البرّ حال البقاء إلى آخر الوقت، وعنده يتأخر الحنث إلى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث. وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما، وعنده تنعقد، ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله، وفي المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقاً لإمكان البر عندهما، فإذا أريق حنث اتفاقاً. أما عند أبي يوسف فبطريق أولى مما قبله، وأما عندهما فلأن تصور البر ليس شرطاً في المطلقة إلا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف، فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقاً آخر الوقت وبين المطلقة إذا كان الماء موجوداً حال الحلف فأوجب الحنث حال الإراقة، فإذا لم يكن موجوداً فالحنثَ بعد فراغه من اليمين. والفرق أن التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه إلا في آخر جزء من الوقت، وإن كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما إذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقاً متعيناً إلا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله، وكذا إذا كان فيه ماء فصبّ لهذا بعينه، بخلاف المطلقة ولا ماء فإنه لا فائدة في تأخير الحنث، وإن كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها إلا بموت الحالف أو المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه أو طلاقها، فإن ذلك إن كان البرّ مرجوّاً ولا رجاء له هنا، وفيما إذا كان الماء موجوداً لا يثبت هذا اليأس إلا عند الإراقة فيحنث إذ ذاك، وهما أيضاً يحتاجان إلى الفرق لأنه لا يحنث عندهما إذ ذكر الوقت فأهريق قبل آخر، وإذا لم يذكر فأهريق يحنث. والفرق أن الوقت إذا ذكر كان البرّ واجباً عليه في الجزء الأخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف إذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم، وعلمت بهذا أن اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة، بخلاف ما إذا لم يذكر الوقت فإن البرّ واجب عليه في الحال، فإذا فات المحلوف عليه حنث. ولقائل أن يقول: وجوب البرّ في المطلقة في الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك أنه ليس كذلك، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لأنه لا يحنث إلا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأي شيء تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة. ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته: إن لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق، فقال أبوها: إن وهبت له صداقك فأمك طالق، فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه بمهرها ثوباً ملفوفاً وتقبضه، فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لأنها لم تهب صداقها ولا الزوج لأنها عجزت عن الهبة عند الغروب لأن الصداق سقط عن الزوج بالبيع، ثم إذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية قوله: **(ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها)** يعني إذا حلف مطلقاً كما هي في الكتاب. أما إذا وقت اليمين فقال: لأصعدنّ غداً لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت، حتى لو مات قبله لا كفارة عليه إذ لا حنث. وقال زفر: لا تنعقد أصلاً لأنه مستحيل

المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها. وقوله: **(ومن حلف ليصعدن السماء)** على ما ذكره ظاهر. واعترض بأن تصوّر البرّ لو كان كافياً في خلفية الكفارة لوجبت في الغموس لأن الله تعالى قادر على إعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان ﷺ

المستحيل حقيقة فلا ينعقد. ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة؛ ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحوّل الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى، وإذا كان متصوّراً ينعقد اليمين موجباً لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة. كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد.

عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تنعقد. ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الأنبياء، وكذا تحويل الحجر ذهباً بتحويل الله بخلعه صفة الحجرية وإلباس صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية، والتحويل في الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق، ولعله من إثبات كرامات الأولياء فكان البرّ متصوراً فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما إذا مات الحالف فإنه يحنث في آخر جزء كما قلنا: مع احتمال إعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه، ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث إجماعاً، بخلاف مسئلة الكوز لأن شرب الماء الذي في الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد. فمحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه، وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلاً منفهما، والله أعلم.

وأجيب بأن تصوّر البرّ في الغموس بأن يجعل الفعل الذي لم يوجد موجوداً منه وهو مستحيل. وقوله: (وإن كان متصوّراً ينعقد اليمين) إنما كان كذلك لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، فإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف؛ ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف، وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البرّ فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم.

قوله: (لأن إيجاب العبد معتبر إلخ) أقول: أي مقيس.

باب اليمين في الكلام

قال: (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله. وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه،

باب اليمين في الكلام

لما فرغ من ذكر الأفعال التي هي أهم من الكلام كالأكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام إذ لا بد من وقوعه لأن الإنسان لا بد له من إيصال ما في نفسه إلى غيره لتحصيل مقاصده. وبدأ بالكلام الأعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الأعم على الخصوصيات قوله: (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه إلا أنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله: أي لغفلته فإنه يحنث، وهذا لأن العلم بوصول صوته إلى صماخه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغياً سالماً سمع ولهذا لو كان أصم حنث. وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه، فإنه قال: في بعضها فناداه أو أيقظه، وفي بعضها فناداه وأيقظه. قال: واختاره مشايخنا لأنه إذا لم ينتبه بكلامه صار كما إذا ناداه من بعيد جداً بحيث لا يسمع صوته فضلاً عن أن يميز حروفه، وفي ذلك يكون لاغياً لا متكلماً منادياً، وصار كما لو كان ميتاً لا يحنث بكلامه، بخلاف الأصم لأنه يصح أن يقال: كلمه إذا كان بحيث لولا الصمم سمع. لا يقال: يصح مثل هذا في الميت. لأنا نقول: يمينه لا تنعقد إلا على الحيّ لأن المتعارف هو الكلام معه، ولأن الغرض من الحلف على ترك الكلام إظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه، لكن ما ذكر محمد في السير الكبير: إذا نادى المسلم أهل الحرب بالأمان من موضع يسمعون صوته إلا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان. قال السرخسي هذا يبين أن الصحيح في مسئلة الأيمان الحنث وإن لم يوقظه انتهى. وقد فرق على هذه الرواية بأن الأمان يحتاط في إثباته، وقيل: يحكم فيها بالخلاف، فعنده يحنث لأنه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا حنث، والمراد بما نسب إليه ما ذكر في باب التيمم من أن المتيمم إذا مرّ وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه، وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ؛ فإنه لو كان مستيقظاً حقيقة وإلى جانبه حفيرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس، وأضيف إلى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ. وفي الذخيرة: لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل، لو قال موصولاً: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو اخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلاً لا يحنث لأن

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان أيمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام، إذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصلاة والصوم من أنواع الكلام، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الإسلام أن التكليم عبارة عن إسماع كلامه كما في تكليم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلا أن إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدي إليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار

باب اليمين في الكلام

قوله: (إذ اليمين إلى قوله على ذكر النوع إلخ) أقول: فيه تأمل.

وعليه عامة مشايخنا، لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته. (ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث) لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع. وقال أبو يوسف: لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق، وأنه يتم بالآذن كالرضا. قلنا:

هذا من تمام الكلام الأول، فلا يكون مراداً باليمين إلا أن يريد به كلاماً مستأنفاً، وهو وجه لأصحاب الشافعي، وبه قال الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك وفي المنتقى: لو قال فاذهبي أو واذهبي لا تطلق، ولو قال: اذهبي طلقت لأنه منقطع عن اليمين. وأما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد: لا أكلمك اليوم أو غداً حنث لأنه كلمه اليوم بقوله: أو غداً فلا شك في عدم صحته لأنه كلام واحد، فإذا أراد أن يحلف على أحد الأمرين لا يقال: إلا كذلك، وعلى هذا إذا قال لآخر: إن ابتدأتك بكلام فعبدي حرّ فالتقيا فسلم كل على الآخر معاً لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء. ولو قال: لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هي له: كذلك لا يحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئها، ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصوّر ابتدائها. ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث لا أن يقصده فيصدق ديانة لا قضاء، وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء أيضاً. أما لو قال: السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء عندنا، ولو سلم من الصلاة فإن كان إماماً قيل: إن كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث، وإن كان عن يساره يحنث لأن الأولى واقعة في الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية. وقيل: لا يحنث بها لأنها في الصلاة من وجه، وكذا عن محمد لا يحنث بهما وهو الصحيح. والأصح ما في الشافي أنه يحنث إلا أن ينوي غيره. وفي شرح القدوري فيما إذا كان إماماً يحنث إذا نواه وإن كان مقتدياً فعلى ذلك التفصيل عندهما. وعند محمد لا يحنث مطلقاً لأن سلام الإمام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافاً لهما، وبه قال مالك. ولو دق عليه الباب فقال من حنث. وقال أبو الليث: لو قال بالفارسية: كيست لا يحنث، ولو قال: كي تر حنث، وبه أخذ وهو المختار.

ولو ناداه المحلوف عليه فقال: لبيك أو لبي حنث، ولو كلمه الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين. ولو أراد أن يأمره بشيء فقال وقد مرّ المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة. ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيئاً وقال ها حنث. ولو جاء كافر يريد الإسلام فبين صفة الإسلام مسمعاً له ولم يوجه إليه لم يحنث. وفي المحيط. لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث. وخارج الصلاة يحنث. ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً لا يحنث لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً لمالك وأحمد. واستدلالهم بقوله تعالى ﴿وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولاً﴾ [الشورى ٥١] أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف. واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة، والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة، والإيمان والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالإشارة أيضاً. فإن نوى في ذلك كله: أي في الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو حلف لا يحدثه لا يحنث إلا أن يشافهه، وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة. ولو قال لا أبشره فكتب إليه حنث. وفي قوله إن أخبرتني أن فلاناً قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب. ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة، وكذا إن أعلمتني، وكذا البشارة ومثله إن كتبت إليّ أن فلاناً قدم فكتب قبل قدومه فوصل

الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسماع، وكلامه واضح. وقوله: (لتغافله) أي لغفلته. وقوله: (وفي بعض روايات المبسوط) يريد ما روى في رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه، وهذه الرواية تشير إلى اشتراط الإيقاظ للحنث. وذكر في بعض الروايات فناداه أو أيقظه، وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وإن لم يوقظه. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأظهر أنه لا يحنث، وإليه أشار بقوله وعليه مشايخنا، والوجه ما ذكره في الكتاب. (ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه) ظاهر.

الرضا من أعمال القلب، ولا كذلك الإذن على ما مر. قال (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه دخلاً عملاً بدلالة حاله، بخلاف ما إذا قال

إليه الكتاب حنث سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده، بخلاف إن كتبت إليّ بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع. ذكر هشام عن محمد: سألني هارون الرشيد عمن حلف لا يكتب إلى فلان فأمر من يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنث؟ فقلت نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك. قال السرخسي: وهذا صحيح لأن السلطان لا يكتب بنفسه وإنما يأمر ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة. ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبي يوسف، ويحنث عند محمد لأن المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به. ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوي كلاً منهما فيحنث بكلام أحدهما، وعليه الفتوى وإن ذكر خلافه في بعض المواضع قوله: (ومن حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان) أي بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع في الإذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع) قال المصنف وقال أبو يوسف: (لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الأقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث. وعن أبي يوسف لا يحنث. ووجه هذه الرواية عنه أن الإذن هو الإطلاق، وأنه يتم بالآذن كالرضا، فإنه لو حلف لا يكلمه إلا برضا فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث. أجاب المصنف بأن الرضا، من عمل القلب ولا كذلك الإذن، نعم هو يتضمن الرضا ظاهراً لكن معناه الإعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما نوقض به من أنه ذكر في التتمة والفتاوي الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الإذن حتى إذا علم يصير مأذوناً. دفع بأنه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الإذن قبل العلم حيث قال: حتى إذا علم صار مأذوناً فعرف أنه ليس له قبل العلم حكم الإذن. يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط: أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه، غاية ما فيه أن الإذن يثبت موقوفاً على العلم فسقط تكلف جوابه. وقوله على ما مر: يعني ما تقدم آنفاً من قوله لأن الإذن مشتق من الأذان الخ قوله: (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو) أي ابتداء الشهر (من حين حلف) لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن، ونظيره إذا أجره شهراً لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهراً، فكان ابتداؤه من وقت العقد، ولأنه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون، وأما الأجل في قوله كفلت لك بنفسه إلى شهر؛ اختلف في أنها لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها. فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم

وقوله: (وأنه يتم بالإذن كالرضا) يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضا يتم بالراضي، فكذلك الإذن يتم بالآذن. قلنا: الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الإذن على ما مر أنه إما من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد. واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً إذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذوناً فلم يكن الإذن محتاجاً إلى الوقوع في الإذن. وأجيب بأن الإذن هذا فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الإذن، وأما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين إلا عند الإذن صار الإذن مثبتاً لإباحة الكلام للحالف فلا بد من الإعلام بذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وأمره واضح عند الأصولي (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين) لأن ما يلي اليمين صالح لمحلية البرّ: أيّ جزء كان من أجزاء الليل والنهار، وإذا كان كذلك وقد وقعت النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبداً فذكر الشهر لإخراج ما

قوله: (فرضي المحلوف عليه بالاستثناء) أقول: يعني المستثنى قوله: (إذا أذن له مولاه) أقول: أنكر الإتقاني كون العبد مأذوناً بلا علمه فراجعه إلى الشرح قال المصنف: (وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي) أقول: في الكافي ما يخالفه، فإنه جعل قول الشافعي كقول خواهر زاده.

والله لأصومنّ شهراً لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه (**وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث، وإن قرأ في غير صلاته حنث**) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير. وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه كلام حقيقة. ولنا إنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً، قال عليه الصلاة والسلام «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس» وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضاً لأنه لا

بإحضاره بعد الشهر وألحقاها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضاره قبل الشهر، وهو أحسن لأن الأجل في مثله للترفيه، بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهراً فإنه نكرة في الإثبات، وإنما يوجب شهراً شائعاً يعينه الحالف ولا موجب لصرفه إلى الحال. وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقى ما يلي يمينه داخلاً عملاً بدلالة حاله، فظاهره أنه وجد واحد حيث لم يعطف قوله عملاً بدلالة حالة بالواو، ومن الشارحين من قرره وجهين لأن دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء إلى ما يلي الحلف كما ذكرنا، وما قبله وجه آخر وهو أنه لو أطلق تأبد متصلاً بالإيجاب. ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالأصل لا بدلالته على النفي، ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهراً ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملاً بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجهاً واحداً، إلا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة إلى ما قدمه من لزوم التأبيد والإخراج. وأما ما فرع على استقلال الإخراج مما ذكره التمرتاشي من قوله إن تركت الصوم شهراً أو كلامه شهراً تناول شهراً من حين لأن ترك الصوم والكلام مطلقاً يتناول الأبد فذكر الوقت لإخراج ما وراءه، وكذا إن لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهراً في عمره حنث وإن لم يتركه متصلاً بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه. نعم إن كان في مثله عرف يصرفه إلى الوصل بالحلف وإلا فلا قوله: (**ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث، وإن قرأ في غير الصلاة حنث، وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير**) إذا فعله في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث، وهذا جواب الاستحسان. وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه أي القرآن والذكر كلام حقيقة. ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً لقوله ﷺ «إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء، وإن مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة»(١) متفق عليه. وأما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله ﷺ «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»(٢) فقيل عليه إنما نفى عنها كلام الناس، ولا يستلزم نفي الكلام مطلقاً، وهذا

وراءه عملاً بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال، بخلاف ما لو قال والله لأصومنّ شهراً لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين، إما لأنه نكرة في سياق الإثبات، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التي لا تصلح أن تكون محلاً للصوم، فكان ذكره لتقدير الصوم وأنه منكر فالنية تعينه. وقوله: (**وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن**) ظاهر. وقوله: (**ولو قال يوم أكلم فلاناً**)

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٩ و ١٢١٦ و ٣٨٧٥ ومسلم ٥٣٨ وأبو داود ٩٢٣ و ٩٢٤ والنسائي ٣/ ١٩ والطيالسي ٢٤٥ والشافعي في سننه ١/ ١١٩ وعبد الرزاق ٣٥٩١ و ٣٥٩٢ و ٣٥٩٣ وابن أبي شيبة ٢/ ٧٣ والحميدي ٩٣ وابن حبان ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ وابن خزيمة ٨٥٥ و ٨٥٨ والدارقطني ١/ ٣٤١ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٥٥ والبغوي ٧٢٣ وأحمد ١/ ٤٣٥ . ٤٦٣ . ٣٧٦ . ٤٠٩ . ٤١٥ والبيهقي ٢/ ٣٥٦ . ٢٤٨ من طرق كثيرة كلهم عن ابن مسعود ولفظ البخاري ومسلم: «كنا نسلم على النبي ﷺ، وهو في الصلاة، فيردُ علينا، فلما رجعنا من عند النجاشيّ سلّمنا عليه، فلم يردَّ علينا، وقال: إن في الصلاة شغلاً» وهكذا رواه الأكثر. وأما بسياق المصنف، فقد أخرجه البخاري ١٣/ ٤٩٦. كتاب ٩٧ باب ٤٢ عن ابن مسعود قال: «عن النبي ﷺ إن الله عز وجل يحدث من أمره ما يشاء وإن ما أحدث أن لا تكلموا في الصلاة».
رواه البخاري معلقاً هكذا بصيغة الجزم، وهو موصول عند أبي داود ٩٢٤ والنسائي ٣/ ١٩ وابن حبان ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ والطيالسي ٢٤٥ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٥٥ وأحمد ١/ ٤٣٥ . ٤٦٣ والطبراني ١٠١٢٠ و ١٠١٢١ و ١٠١٢٣ من عدة طرق عن أبي وائل عن ابن مسعود وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات.
تنبيه: فقول المصنف عن سياقه متفق عليه غير صواب كما رأيت.

(٢) صحيح. هو بعض حديث طويل أخرجه الإمام مسلم ٥٣٧ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٣ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٤٦ وابن حبان ٢٢٤٨ والبيهقي ٢/ ٢٤٩ . ٢٥٠ من طرق كلهم من حديث معاوية بن الحكم السلمي وله قصة، وقد تقدم في كتاب الصلاة مستوفياً. باب ما يُفسدُ الصلاة.

يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً (**ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار**) لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ والكلام لا يمتد (**وإن عني النهار خاصة دين في القضاء**) لأنه مستعمل فيه أيضاً. وعن أبي يوسف أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف (**ولو قال ليلة أكلم فلاناً**

التفصيل جواب ظاهر المذهب، ولما كان مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضاً وما معه كلاماً حتى أنه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لا يحنث أيضاً بجميع ذلك خارج الصلاة، واختير للفتوى من غير تفصيل: أي تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية. وما ذكر في بعض المواضع من أنه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت «سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر» طلقت واحدة، ولو قالت بلا عطف: سبحان الله الحمدالله لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثاً لأنه كلام متعدد بالاستئناف كل بخلاف المعطوف لأنه كلام واحد. وقد يدفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفاً لا فيما قيد بقيد أصلاً. وأما الشعر فإنه يحنث به لأنه كلام منظوم، وفي الحديث «أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد:

ألا كـل شـيء مـا خـلا الله بـاطـل وكـل نـعـيـم لا مـحـالـة زائـل»[1]

وعرف مما تقدم أنه لا يحنث بالكتابة والإيماء ونحوه قوله: (**ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار**) فإن كلمه ليلاً أو نهاراً حنث، ثم قال المصنف في وجهه: لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ [الأنفال ١٦] ولا فرق بين التولية ليلاً أو نهاراً، والكلام لا يمتد؛ قيل في وجهه لأنه عرض لا يقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك، وذلك عند الموافقة صورة ومعنى، والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الأول فليس مثلاً. وما قيل الكلام يتنوع إلى خير واستخبار وأمر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق أنه ممتد، فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقاً أنه غير ممتد إذ كل نوع منه على هذا ممتد على أنه اسم الكلام ليس إلا الألفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الأول أو لا، وبه يندفع القولان، ولذا قال الشيخ عبد العزيز: الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لأن الكلام مما يمتد يقال كلمته يوماً، ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف إليه كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان، وقد تقدم تحقيق هذا الأصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه. وأن الأولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعاً فيه عند تحقق معنى ما

ههنا ثلاث عبارات نهار أكلم فلاناً وليلة أكلم فلاناً ويوم أكلم فلاناً، فالأولى لبياض النهار خاصة، فلو كلمه ليلاً لم يحنث. والثانية لسواده خاصة، فلو كلمه نهاراً لم يحنث. وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر:

---

(١) صحيح. دون لفظ: وكل نعيم لا محالة زائل. أخرجه البخاري ٣٨٤١ و ٦١٤٧ و ٦٤٨٩ ومسلم ٢٢٥٦ من وجوه والترمذي ٢٨٥٣ والحميدي ١٠٥٣ وابن ماجه ٣٧٥٧ والترمذي في الشمائل ٢٤٢ وابن حبان ٥٧٨٣ و ٥٧٨٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٦٩٤. ٦٩٥ والبغوي ٣٣٩٩ والبيهقي ١٠/ ٢٣٧ وأبو نعيم في الحلية ٧/ ٢٠١ وأحمد ٢/ ٣٩٣. ٤٤٤. ٤٨٠. ٤٨١ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً. أصدق كلمة قالها شاعر: كلمة لبيد: . ألا كلُّ شيء ما خلا الله باطلُ. وكاد أميّة بن أبي الصَّلْت أن يُسلم. هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، وكذا مسلم وغيرهما.

وروايته الثالثة بلفظ: أصدق بيت قاله الشاعر: . ألا كلُّ شيء ما خلا الله باطلُ.

وورد في روايته: أشعر بيت قالته العرب كلمة لبيد: . ألا كل شيء ما خلا الله باطلُ..

تنبيه: وليس في شيء من كتب الحديث زيادة: «وكل نعيم لا محالة زائل».

وقد جاء في فتح الباري ٧/ ١٥٣ ما ملخصه: ذكر ابن إسحق بسنده عن عثمان بن مظعون «أنه لما رجع من الحبشة دخل مكة في جوار الوليد بن المغيرة فبينما هم في مجلس إذ دخل لبيد فقال: ألا كل شيء ما خلا الله باطل. فقال له عثمان صدقت. فقال لبيد: وكل نعيم لا محالة زائل. فقال له عثمان بن مظعون: كذبت نعيم الجنة لا يزول» قال الحافظ: وقد أسلم لبيد بعد ذلك وعده البخاري وابن أبي خيثمة وغيرهما في الصحابة. ولما سأله عمر عن شعره في الإسلام فقال: قد أبدلني الله بالشعر سورة البقرة اهـ.

فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة، وما جاء استعماله في مطلق الوقت **(ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث، ولو كلمة بعد القدوم والإذن لم يحنث)** لأنه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنّهية بعدها فلا يحنث

أضيف إليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لأنه هو المقصود الأصلي، بخلاف ما أضيف إليه لأنه ليس مقصوداً إلا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد إلى إثبات معناه بالقصد الأول. واستشكل بما لو قال والله لا أكلم فلاناً اليوم ولا غداً ولا بعد غد فكلمه ليلاً لا يحنث لأن الليل لم يدخل، وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر في التتمة وبه قال الشافعي، وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف. وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الأولى بدلالة إعادة حرف النفي عند ذكر الغد وإلا لم يكن لذكره فائدة، حتى لو قال لا أكلمه اليوم وغداً وبعد غد تدخل الليلة، وبه قال الشافعي وهو كقوله ثلاثة أيام. وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة «في» في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في أنت طالق في كل يوم تطلق ثلاثاً في ثلاثة أيام، ولو قال كل يوم تطلق واحدة، ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت قوله: **(وإن عنى النهار خاصة)** أي بلفظ اليوم **(دين)** أي صدق **(في القضاء لأنه مستعمل فيه)** أي لأنه حقيقة مستعملة كثيراً فيقبله القاضي وإن كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت. وعن أبي يوسف لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله: **(ولو قال ليلة أكلم فلاناً فهو على الليل خاصة)** لأنه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة، وما نافية، وجاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم. وأورد عليه قول القائل:

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ... ليالي لاقينا جذاماً وحميرا

سقيناهم كأساً سقينا بمثلها ... ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم تكن ليلاً. أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع، وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بإزائه من الآخر، ولا كذلك المفرد: يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بإزائها، كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالي التي بأزائها، قال تعالى **﴿أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام﴾** [آل عمران ٤١] وفي آية أخرى **﴿ثلاث ليال سوياً﴾** [مريم ١٠] والقصة واحدة وليس الكلام إلا في المفرد، فإنّ ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب. ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها أيام بقدرها، والمتعارف في مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي، وليس هذا بشيء لأن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياماً ولياليها، وهذا كثير الوقوع، فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف قوله: **(ولو قال**

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ... ليالي لاقينا جذاماً وحميرا

مراداً به الوقت فليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع، وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه. والثالثة يعتبر بما قرن به، إن قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى **﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾** والكلام مما لا يمتد، وإن قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار، والبحث فيه وظيفة أصولية، وقد قررناه في التقرير، فإن عني في قوله يوم أكلم فلاناً النهار خاصة صدق في القضاء لأنه مستعمل فيه أيضاً قال الله تعالى **﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة﴾** والمراد به بياض النهار. وقوله: **(لأن غاية)** أما في كلمة حتى فظاهر، وأما في إلا أن فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازاً للغاية. قوله: **(وإن مات فلان)** يعني الذي أسند إليه

قوله: (وما جاء استعماله في مطلق الوقت) أقول: لفظ ما نافية في قوله وما جاء إلخ قوله: (وذكر أحد العددين، إلى قوله: من العدد الآخر) أقول: والتفصيل في باب الاعتكاف قوله: (فلما تقدم من مناسبة إلخ) أقول: في باب اليمين في الخروج والإتيان

بالكلام بعد انتهاء اليمين (وإن مات فلان سقطت اليمين) خلافاً لأبي يوسف لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين. وعنده التصور ليس بشرط، فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين. (ومن

إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية) أي لأن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفى به وبالقلب؛ فقوله إن كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فامرأته طالق، وإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبقى اليمين ما بقى عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه وإذنه، أما أنَّ حتى غاية فظاهر، وإما أن إلا أن غاية فلأن به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية إذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها، ومثله قوله تعالى ﴿لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطَّع قلوبُهم﴾ [التوبة ١١٠] أي إلى موتهم. وقيل هي استثناء على حالها وفيه شيء، وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى امرأته طالق في جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه وإلا حال قدومه أو إذنه بتقدير مضاف إلى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن، فإن تقدير إلا أن يأذن إلا بإذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقدوم، فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث لأنه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع، ثم أورد أن إلا أن شرط لا غاية لأنها شرط في قوله امرأته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد. وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله: يعني فتكون فيه للشرط اهـ. وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد لأنه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف، ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت فالمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لا عدمه. وجهه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على أن قدم لأنه جعل القدوم رافعاً للطلاق فيكون القدوم علماً على الوقوع، وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمر إلى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علماً على الوقوع قبله، والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم، فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطاً وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق كقوله إن لم أطلقك فأنت طالق. قال تاج الشريعة: ومهما أمكن المصير إلى هذا المجاز: يعني الغاية لا يصار إلى ذلك المجاز: يعني الشرط لأن في هذا إجراء المجاز في مجرد الاستثناء، وفي ذلك إجراؤه في استثناء القدوم، لأنا نجعل استثناء القدوم مجازاً عن اشتراط عدم القدوم وإجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع قوله: (وإن مات فلان سقطت اليمين خلافاً لأبي يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهي) المنع منه (بالإذن والقدوم ولم يبق) الإذن ولا القدوم (بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البرّ متصور الوجود، وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد على مامر، وهذا اليمين مؤقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البرّ إذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البرّ.

القدوم أو الإذن سقط اليمين لانتفاء تصور البرّ. فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبطل اليمين. فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة، ولهذا قلنا: إذا قال لأقتلنّ

قوله: (وهي غير المعادة) أقول: أي بالاعتبار قال المصنف: (ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول: ليتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتأمل.

حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان، إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث، قال هذا في إضافة الملك بالاتفاق. وفي إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق. قال في

وعند أبي يوسف التصوّر ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين، فأيّ وقت كلمه فيه يحنث. فإن قيل: لا نسلم عدم تصور البرّ بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن. فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على إذنه فيها وقدومه وهي الحياة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشي لا يمكن إعادتها بعينها، وإن أعيدت الروح فإن الحياة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح قوله: **(ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً له بعينه)** إنما أراد من ينسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ. اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه، فالإضافة مطلقاً تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل الجعل المذكور للمصنف. وإذا كانت هذه الإضافة مطلقاً للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أولاً، فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسم العلم، ثم أعقبه بالإضافة أن عرض اشتراك مثل لا أكلم راشداً عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك، فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه، وإن احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضاً كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال، وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل بأن كان موجوداً وقت اليمين ودامت فالإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استردّ أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبداً فكلمه حنث، وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة، ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صححت الإضافة بأن باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث، وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا إن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده، وهذا الأصل على قول أبي حنيفة. وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا، وفي إضافة النسبة على القائمة وقت اليمين، فتفرع على هذا أنه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقاً فكلم المستحدث لا يحنث، ولو كلم المتروكة حنث، وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات. ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لا نفسها لا لغيرهما، فكانت الإضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الإشارة، فإنه

فلاناً وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لأنها وقعت على الحياة القائمة. قال: **(ومن حلف لا يكلم عبد فلان)** إذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب إضافي، فإما أن يكون مع الإضافة إشارة أو لا، وكل منهما إما أن تكون الإضافة إليه إضافة ملك أو إضافة نسبة، فإن لم تكن مع الإضافة إشارة كما إذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في إضافة الملك بالاتفاق، وكذا في إضافة النسبة عند أبي حنيفة. وعند محمد

قال المصنف: **(لأنه عقد يمينه على فعل واقع)** أقول: المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل.

الزيادات: لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة. ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه

إذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما إضافته إضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع. لأبي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف إليه بما ذكرنا من الوجه، وأقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف إليه، وعلى الأول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك، فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيرها من قوله الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك يراعي للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد وقت الفعل، وإن كان منسوباً إلى الغير لا بالملك يراعي وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل. ثم وجه الفرق بأن في إضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك، لأن هذه الأشياء لا تعادي لعينها، وفي إضافة النسبة معنى فيهم لأن الأذى يتصور منهم. واستشكل بأن العبد يتصور منه الأذى. أجيب بأن ابن سماعة ذكر في نوادره أنه يحنث عند أبي حنيفة لهذا. ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الأحرار فإنه يباع في الأسواق كالحمار، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه، ولا يخفى أنه أعني هذا الأصل لا يصح إلا لمحمد فقط، فإطلاق جعله أصلاً لهذه المسائل ليس بصحيح لأن الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه، أو أنه الأصل لصاحب المذهب. هذا، وروي أن هشاماً أخبر أن محمداً رجع إلى قول أبي حنيفة، وقال: لا يحنث هذا إذا لم يعينه فلم يذكر الإشارة، فأما إن عينه فذكر الإشارة بأن قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، لأن الإضافة في الكل للتعريف كما قدمنا، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة، بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الأخرى وإذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الإضافة كما قبله، وهما يقولان إن هجران المضاف إذا كان مملوكاً ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد ببقاء النسبة مع الإشارة وعدمها، بخلاف غير المملوك فإنه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الإشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الإشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه، فلا يتقيد الحنث بدوام الإضافة لأن كون الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لأنه لم يتعين، بخلاف ما تقدم وهو إضافة الملك لأن الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف إليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحاً لأن يعادي لنفسه، وقوله لغت الإضافة ممنوع، وإنما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن

يعتبر وجود النسبة وقت الحلف، فعلى هذا إذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق، وكذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده، وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات. وجه قول محمد أن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصوداً لا لأجل المضاف إليه، وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه، أي بعين كل واحد منهما. كما في الإشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ما ذكر ههنا) يعني عدم الحنث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فإنه ذكر قول محمد في الزيادات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير، ولم يذكر لأبي يوسف قول. وقال فخر الإسلام: يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه: أي كل واحد من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه، ويحتمل أن لا يكون فلا يحنث بعد زوال الإضافة

قوله: (وجه ما ذكر ههنا) أقول: وجه ما ذكر مبتدأ خبره يجيء بعد أسطر وهو أنه يحتمل إلخ.

ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك (وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحنث في العبد أيضاً) وهو قول زفر (وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة، بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة. ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادي لذواتها، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك، بخلاف ما إذا

الواقع أن لها فائدة وهي إفادة أن الهجران منوط بنسبته إلى المضاف إليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدته. وقد رجح ابن العزّ قول محمد وزفر بأن العبد وإن كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لأجل سيده لم يحتج إلى الإشارة، فلما أشار إليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران، قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى. وما ذكر من أن لكل فائدة؛ ففائدة الإشارة التعريف، وفائدة الإضافة بيان مناط الهجر. قد يدفع بأن الإضافة تستقل بالفائدتين، فإنها أيضاً تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر. وجوابه أن الإشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضاً، وهذا لا يحصل بالإضافة وحدها، فإنه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له، وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده، لكن الحنث في الأيمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه، ولو حلف لتعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث إذا لم يعط غيره من الفقراء، وهذا الخلاف إذا لم تكن له نية، أما لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان أو لا يدخلها وإن زالت الإضافة فعلى ما نوى لأنه شدّد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الأول. وروى شذوذاً عن أبي يوسف في دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الإضافة وليس بشيء وعنه أيضاً لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لأن الملك لا يستحدث فيها عادة فإنها آخر ما يباع وأوّل ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف. أجيب بأن العرف مشترك، فإن الدار قد تباع وتشترى مراراً فلا يصلح مقيداً. وعنه أيضاً أن اليمين تتقيد في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف. رواه بشر عنه قال: إذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه، بخلاف قوله داراً لفلان لأن قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الإضافة وإلا كان مجملاً فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه. وفي قوله داراً لفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييداً لليمين بما يكون مضافاً إلى فلان وقت السكنى، ثم في الحلف لا يسكن داراً لفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وإن قل نصيب غيره. وفي بعض الشروح: لا أتزوّج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالإجماع، وهو مشكل فإنها إضافة نسبة فينبغي أن تنعقد على الموجودة حال التزوّج، فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف إن تزوّجت بنت فلان أو أمته أنه

بالشك، وإن كان مع الإضافة إشارة بان قال عبد فلان هذا أو امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد، وحنث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحنث في العبد وهو قول زفر. وجه قولهما أن الإضافة للتعريف. وتقريره: الإضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند ووجود ما هو أبلغ منه فيه، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة. ووجه قولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه، وتقريره: لا نسلم أن الإضافة للتعريف بل لبيان أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان: أي الدار والدابة والثوب لا تهجر ولا تعادي لذواتها، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي إذ ذاك، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة

قوله: (لأن هذه الأعيان: أي الدابة والثوب إلخ) أقول: فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق، فتعميم الإشارة لهما أيضاً لا بد له من توجيه.

كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادي لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي المعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين، بخلاف ما تقدم قال: (**وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث**) لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه (**ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمة وقد صار شيخاً حنث**) لأن الحكم تعلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو، وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل.

على الموجود والحادث قوله: (**وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث**) بالإجماع (**لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو أشار إليه**) أي إلى صاحب الطيلسان بأن قال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدوا التاء طاء من لباس العجم مدوّر أسود لحمته وسداه صوف قوله: (**ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً حنث لأن الحكم معلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو**) ولا تتقيد بشبيبته. وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمراً لا يحنث مع أن الصفة في الحاضر لغو. فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ: يعني أن الصفة تعتبر في الحاضر إذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس إلى الحلف على تركه فتقيد به، بخلاف الشبيبة هنا فإنها ليست بداعية على ما تقدم. وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري: حلف لا يكلم صبياً أو غلاماً أو شاباً أو كهلاً فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع: في اللغة والشرع والعرف. أما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاماً إلى تسع عشرة، ومن تسع عشرة شاب إلى أربع وثلاثين، ومن أربع وثلاثين كهلاً إلى إحدى وخمسين، ومن إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره. وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ حد البلوغ معلوم، فإذا بلغ صار شاباً وفتى. وعن أبي يوسف أن من ثلاث وثلاثين الكهولة، فإذا بلغ خمسين فهو شيخ. قال القدوري: قال أبو يوسف: الشاب من خمس عشرة إلى خمسين سنة إلا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره، والشيخ فيما زاد على الخمسين. وكان يقول قبل هذا: الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة وأكثر، والشيخ من أربعين إلى مائة، وهنا روايات أخرى وانتشار، والمعوّل عليه ما به الإفتاء.

كالصديق والمرأة لأنه يعادي لذاته فكانت الإضافة للتعريف، والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعين: أي لعدم تعين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضاً صالحاً لذلك. وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا، بخلاف ما تقدم، يعني إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك. واعترض بأن الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث. وأجيب بأن ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبراً. وقوله: (**وإنه حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان**) ظاهر. وقوله: (**وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين**) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث إذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمراً. وتقريره: الصفة في الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، وهذه كذلك على ما مر من قبل: يعني في أول باب اليمين في الأكل والشرب، بخلاف الرطب فإن صفتها داعية إلى اليمين.

فصل

قال: (ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لأن الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة، قال الله تعالى: ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ وقد يراد به ستة أشهر، قال الله تعالى: ﴿تؤتى أكلها كل حين﴾ وهذا هو الوسط فينصرف إليه، وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة. والمؤبد لا يقصد غالباً لأنه بمنزلة الأبد، ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا. وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين، يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى لأنه نوى

فصل في يمين من حلف لا يكلم حيناً أو زماناً

لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل قوله: (ومن حلف لا يكلمه حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلا أكلمه الحين أو حيناً (والإثبات) نحو لأصومنّ حيناً أو الحين أو الزمان أو زماناً، كل هذا إذا لم ينو مقداراً معيناً من الزمان، فإن نوى مقداراً صدق لأنه نوى حقيقة كلامه لأن كلا من الحين كلا والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك، ففي القليل قول نابغة ذبيان:

فبت كأني ساورتني ضئيلة من الرقش في أنيابها السم ناقع
تبادرها الراقون من سوء سمها تطلقه حيناً وحيناً تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد، وأما في الكثير فالمفسرون في ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدّهر﴾ [الإنسان ١] أنه أربعون سنة. وأما في المتوسط فقوله تعالى ﴿تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها﴾ [إبراهيم ٢٥] وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضي الله عنه، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يصير رطباً ستة أشهر، ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر، ولأن اليسير لا يقصد بالحلف وإلا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين. والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لأنه في معنى الأبد. فمريده خارج عن العادة إذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيداً بها، ولو سكت عن الحين وما معه تأبد، فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الأبد ولا الأربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا، والشافعي يصرفه إلى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد وإلا ترك ذكره ويحصل بلا حلف، والزمان يستعمل استعمال الحين، يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين، وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولأربعين سنة ولأقل ما ينطلق عليه، بل إنه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط، وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وإن يكن مثله في خصوص المدة فيصرف إلى ما سمع متوسطاً. ثم قيل: هذا إن تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف، بل

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سماه فصلاً (ومن حلف لا يكلم فلاناً حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان ولا نية على شيء من الوقت فهو على ستة أشهر لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾ والمراد به وقت الصلاة، وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ قال المفسرون: المراد به أربعون سنة، وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى ﴿تؤتى أكلها كل حين﴾ أي كل ستة أشهر، فمن وقت الطلع إلى وقت الرطب ستة أشهر، ومن وقت الرطب إلى وقت الطلع ستة أشهر، ومعناه أنه ينتفع بها في كل

فصل

حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما. وقال أبو حنيفة: الدهر لا أدري ما هو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح، أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً. لهما أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى. وأبو حنيفة توقف في تقديره لأن اللغات لا تدرك قياساً والعرف لم يعرّف استمراره لاختلاف في

الظاهر فيه أنه للأبد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه، فلو قال لا أكلمه الزمان إلا سنة صح، وعهدية الستة أشهر إنما تثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله إن أريد في الوضع فمسلم ولا يفيد، لأن المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين الخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطاً، وإن أريد في الاستعمال فيحتاج إلى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين، بخلاف لأصومنّ حيناً أو زماناً كان له أن يعين أيّ ستة أشهر شاء وتقدم الفرق قوله: (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف إلى ستة أشهر إذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان، فإن كل عمل به اتفاقاً. وقال أبو حنيفة: الدهر لا أدري ما هو، وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازاً عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهراً والدهر. والصحيح أن المعرف بالاتفاق إلى الأبد، وإنما توقفه في المنكر لأن استعمالاته لم تثبت على الأنحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط، فلم يدر بماذا يقدر، وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف، وقيل لأنه جاء في الحديث أن الدهر هو الله تعالى في قوله ﷺ «لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله»(١) فإذا قال لا أكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة، والمعنى والله لا أكلمه والله، فإنك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم، ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الأبد، وقول الشاعر:

هل الدهر إلا ليلة ونهارها ... وإلا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وإن كانت في الإثبات فهي للعموم بقرينة: أي كل وكل غروب الخ، وعرف أنها تستعمل في الإثبات للعموم بقرينة مثل ﴿علمت نفس ما أحضرت﴾ [التكوير ١٤] وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرّف أيضاً لأن الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر، وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه، رحمنا الله به، وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم:

وقت لا ينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فيصرف إليه) إذا لم تكن له نية. وقوله: (وهذا) أي الانصراف إلى ستة أشهر (لأن القصير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين، والمديد لا يقصد غالباً لأنه بمنزلة الأبد لأن من أراد ذلك يقول أبداً في العرف، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين، ولو سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره وإلا لا يكون لذكره فائدة فتعين الأوسط. وقوله: (وكذا الزمان) ظاهر. يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء وقال أبو حنيفة: (الدهر لا أدري ما هو) وهذا الاختلاف في المنكر. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهراً وبين قوله الدهر،

قال: (بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف إلخ) أقول: ففي الدهر المعرف منهما روايتان فلا غبار في كلام الشرح قوله: (ويقال دهري، إلى قوله: عند الإطلاق) أقول: فيه تأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٢٤٦ حـ ٥ وأحمد ٢/ ٤٩١. ٤٩٦. ٤٩٩. وأبو يعلى ٦٠٦٦ والخطيب في تاريخ بغداد ٧/ ٣٣٤ من طرق كلهم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً: «لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر». وأخرجه البخاري ٤٨٢٦ و ٧٤٩١ ومسلم ٢٢٤٦ حـ ٢ وأبو داود ٥٢٧٤ والحميدي ١٠٩٦ وأحمد ٢/ ٢٣٨ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: قال الله تعالى: يؤذيني ابن آدم يسب الدهر، وأنا الدهر بيدي الأمر أقلب الليل والنهار».
تنبيه: وقد قدم المصنف في الحديث، وأخّر وصوابه ما ذكرت.

الاستعمال (ولو حلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) لأنه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقالا: على أيام الأسبوع. ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده. وعندهما على اثني عشر شهراً لأن اللام للمعهود وهو ما ذكرنا، لأنه يدور عليها. وله أنه جمع

من قال لا أدري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان
في الدهر والخنثى كذاك جوابه ومحل أطفال ووقت ختان

والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز.

[فرع] إذا قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد. واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمراً، فمرة قال في لله عليّ صوم عمر يقع على يوم واحد، ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر قوله: (ولوحلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، فإنه قال وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو أزمنة أو شهوراً أو سنين أو جمعاً أو أياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، وذكر في كتاب الأيمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف. قال الإسبيجابي: والمذكور في الجامع أصح. ووجهه المصنف بقوله لأن اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه، لكن لا معين للزائد فلزم المتيقن، كما لو حلف لا يشتري عبيداً ولا يتزوّج نساء يقع على ثلاثة. وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لأن من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع، وهذا ليس بشيء إذ قوله الدهور لثلاثة ما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو، نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع. ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوماً إن حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع إلى الغروب، وإن حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه إلى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فإن كلمة ليلاً حنث، ولو قال اليوم وقع على بقية يومه، ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله، والجواب في الليل مثله في اليوم قوله: (ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والأزمنة

وإذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه؛ فإما أن يكون ستة أشهر، كما قالا، وإما أن يكون يقع على الأبد كما قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف يقع على الأبد بلا خلاف بينهم، وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالألف واللام فيراد به الأبد عرفاً. ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح. فإن قيل: ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو أزمنة أو شهوراً أو سنين أو جمعاً أو أياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، وكان أبو حنيفة أيضاً قائلاً في دهور منكرة بثلاثة منها، فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما، والحكم في الجمع موقوف على معرفة الإفراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد؟ أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكأنه قال: من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الأزمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة. وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الأبد بخلاف الحين والزمان، ويقال دهريٌ لمن قال الدهر وأنكر الصانع. وحكى الله تعالى عنهم بقوله ﴿وما يهلكنا إلا الدهر﴾ قال ﷺ «لا تسبوا بالدهر فإن الدهر هو الله» فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الإطلاق؛ والتوقف في مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع. وقوله: (ولو حلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده كما في المعرف. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: والمذكور في الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالتنكير، ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقال: على أيام

قوله :(ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول: أي من العدد قوله: (قيل: أي لأن الشهور إلخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني.

. . . .

للتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك المعدودات، ففي غير الأزمنة ظاهر، وفي الأزمنة يلزمه خمس سنين لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية. وقالا: في الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع، وفي الشهور إلى اثنيّ عشر شهراً، وفي الجمع والسنين والدهور والأزمنة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد. وجه قولهما أن اللام للعهد إذا أمكن، وإذا لم يكن صرفت إلى الاستغراق والعهد ثابت في الأيام السبعة فانصرفت الأيام إليها، وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف إليها، ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف إلى استغراق الجمع والسنين والدهور والأزمنة وذلك هو جميع العمر أو هي للعهد فيها أيضاً، فإن المعهود بعد ما ذكرنا ليس إلا العمر وهو قول المصنف لأنه لا معهود دونه: أي دون العمر، وحاصلة استغراق سنى العمر وجمعه. وله أنه جمع معرف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعملاً فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة، وعهديته كذلك فيما إذا وقع مميز العدد قبله فإنه يقال ثلاثة أيام فيكون لفظ أيام مراداً بها الثلاثة بيقين، وكذا أربعة أيام وخمسة أيام إلى عشرة، فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهوداً من لفظ الجمع، بخلاف قوله تعالى ﴿وقطعناهم اثنتي عشرة أسباطاً أمماً﴾ [الأعراف ١٦٠] و ﴿إن عدّة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً﴾ [التوبة ٣٦] فإن الجمع هنا وإن أريد به يقيناً ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مراداً مرة لا يصير معهوداً من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر بلامعين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقيناً مستمراً ليس إلا العشرة فما دونها، والعشرة منتهى ما عهد شائعاً إرادته به قطعاً فيجب الحمل عليه، وبخلاف ما إذا لم يقع مميزاً لعدد نحو ﴿وتلك الأيام نداولها بين الناس﴾ [آل عمران ١٤٠] حيث أريد به جميع الأيام فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق، ولا ينكر أن يراد باللام ذلك، لكن المقرر أنه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق، والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة. والفرض أن الحالف لم يرد شيئاً بعينه فالواجب أن يصرف إلى المعهود المستمر، وإنما اعتبر أقصى المعهود وإن كان ما دونه معهوداً أيضاً لأنه كما عهد استعماله مميزاً في العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام، ولما كان الاستغراق الذي حكم به عند عدم العهد إنما ثبت لأن مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف إلى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضاً كذلك لما انصرف إلى المعهود، والمعهود كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود، وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله: وهذا أي كون أقصى ما يراد به العشرة إنما يكون عند ذكر العدد، وإذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب، وذكر شاهد ذلك قوله تعالى ﴿وتلك الأيام نداولها﴾ [آل عمران ١٤٠] و ﴿إن عدة الشهور﴾ قال: وليس في قول الحالف لا أكلمه الشهور إسم العدد، فلا يصح أن يقال إنه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الأيام، وإنما قلنا: إنه اندفع لأنك علمت أن القصد تعيين ما عهد مراداً بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم إرادة شيء بعينه، فكون لفظ أريد به غير ما عهد مستمراً كثيراً لا يوجب نفي عهديته في غيره، وأما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة حالتي الإطلاق واقترانه بالعدد، ولما زاد على العشرة عند الإطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الأحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فإنه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال إنه للعشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة، وإنما قالوا هذا بعض أسماء الجموع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما في رهط وذود ونفر إلى آخر

الأسبوع. والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على إسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوماً ومائة يوم وألف

معرف فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه (ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله

ما ذكره ولم يعلم أن الإضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية، والمعنى الاسم الذي هو الجمع، ومثل هذا في عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر في العلم، فحاصل كلام الخبازي أن الجمع في العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لأن الأول يراد به في حالتين والثاني في حالة، يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازماً، وحقيقة ما ذكرناه في مبدإ التقرير شرح له، والله الموفق. نعم لقائل أن يرجح قولهما في الأيام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لأن عهدية العشرة إنما هو للجمع مطلقاً من غير نظر إلى مادة خاصة: يعني الجمع مطلقاً عهد للعشرة، فإذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالأيام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى، وقد عهد في الأيام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين إليهما أولى، بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والأزمنة، فإنه لم يعهد في مادتيهما عدد آخر فيصرف إلى ما استقر للجمع مطلقاً من إرادة العشرة فما دونها. فإن قيل: هذه مغالطة فإن السبعة المعهودة نفس الأزمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الأحد إلى آخره، والكلام في لفظ أيام إذا أطلق على عهد منه تلك الأزمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال إذ لم يثبت كثرة إطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والأحد إلى الجمعة والمحرم وصفر إلى آخرها على الخصوص، بل الأزمنة الخاصة المسميات متكرّرة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين، فالجواب منع توقف انصراف اللام إلى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك، بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولاً عنه فإنه إذا صار المعنى معهوداً بأيّ طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفاً باللام انصرف إليه. وقد قسم المحققون العهد إلى ذكريّ وعلمي ومثل للثاني بقوله تعالى ﴿إذ هما في الغار﴾ [التوبة ٤٠] فإن ذات الغار هي المعهودة لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه، وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا. ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة، فإن العادة ليست إلا عملاً عهد مستمراً ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيقيد بها لعهديتها عملاً لا لفظاً ولا قوة إلا بالله

قوله: (ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لأنه أكثر ما تناوله اسم الأيام) على اليقين على ما تقدم وقالا: (سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت أن الكثرة بالدخول في حد التكرار، ومقتضاه إن نظر إلى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يحنث إلا بثمانية أيام، وإنما لم ينظر إلى الكثرة من جهة العرف لأن العرف مختلف، فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة، وكذا العشرة والعشرون فإنه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط. وصورة المسئلة أن لا نية للقائل في مقدار الكثير، ففرّع كلّ على أصله. ثم قال أبو اليسر: أما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف إلى أيام الجمعة بالاتفاق، حتى لو قال لعبده أكر خدمت كنى مراروزهاى بسيازتوازاوى[(١)] إذا خدم سبعة أيام يعتق لأن في لساننا تستعمل مع جميع لأعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الأيام إلى العشرة، وهذا حسن والله أعلم.

يوم، فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة، بخلاف ما إذا حلف لا يتزوّج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء. وعندهما ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه وإلا ينصرف إلى جميع العمر، وفي الأيام المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع فكانت مرادة، وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة

قوله: (وقيل: في تعليل المصنف نظر إلخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني أيضاً.

---

(١) كلمات فارسية.

عشرة أيام) لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام، وقالا: سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار. وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع.

[فروع] قال أول يوم من هذا الشهر فهو على السادس عشر منه، وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه، وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق. ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو إذا أهلّ الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهلّ فيها ويومها، وإن نوى الساعة التي أهلّ فيها صحت نيته لأنه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه. ولو قال أوّل الشهر ولا نية له فله من اليوم الأول إلى خامس عشره، وإن قال آخر الشهر فمن سادس عشره إلى آخره، أو غرّة الشهر فالليلة الأولى واليوم الأول في العرف، وإن كان في اللغة للأيام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون، وإن قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله، وعند طلوع الشمس له من حين تبدو إلى أن تبيض، وإن قال وقت الضحوة فمن حين تبيض إلى أن تزول، ففي أيّ وقت فيما بين ذلك فعل برّ، وإن قال المساء فقد تقدم أن المساء مساءان، ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم، وإن لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام، والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام؛ فعلى هذا القياس: الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام، والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام. وقال أبو الليث: قال محمد: ليس عندنا شيء في معرفة الصيف، إنما يرجع فيه إلى قول الناس، فإذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل. وفي الواقعات والمختار أنه إذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمراً ينصرف إليه، وإلا فأول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو، وآخره ما يستغنى فيه عنهما، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف، والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف، والخريف من آخر الصيف إلى أوّل الشتاء، لأن معرفة هذا أيسر للناس. وقيل إذا كان على الأشجار أوراق وثمار فهو صيف، وإذا بقي الأوراق دون الثمار فخريف، وإذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء، وإذا خرجت الأوراق دون الثمار فالربيع وهو إذا خرجت الأزهار. ولو قال إلى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذي يقال له بالفارسية أذار، فإذا لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه إلى كنسه ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستبين على وجه الأرض. ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين. ولو قال إلى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين، ولو ذكر ليلة القدر فإن كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها، فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وإن كان لا يعرف لا ينصرف إليها، والخلاف فيه معروف بين علمائنا، فإن كان حلف في أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجيء مثله من رمضان القابل، وعند أبي حنيفة حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر، وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف.

وهي اثنا عشر شهراً، ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه إلى جميع العمر. وقوله: **(لأنه يدور عليها)** قيل أي لأن الشهور تدور على اثني عشر، وكان القياس أن يقول: لأنها تدور عليه، ولكن أوّل بالمذكور في الأوّل وبالإفراد في الثاني. وقوله: **(ومن قال لعبده)** ظاهر. وقوله: **(وقيل لو كانت اليمين بالفارسية)** يعني مثل أن يقول أكر خدمت كني مراروز هاي بسيار توازاذي إذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لأن في لساننا يستعمل في جميع الأعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى عشرة، فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الأيام، لأن بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال إحدى عشر يوماً ومائة يوم وألف يوم. وقيل في تعليل المصنف نظر لأن لفظ الفرد بالفارسية إما أن يفهم منه معنى الجمع أو لا، فإن فهم ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء، وإن لم يفهم ينبغي أن لا يكون الأسبوع مراداً أيضاً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع. وقوله: ينبغي أن يكون العربي والفارسيّ سواء، قلنا: ممنوع لأن لفظ الفارسي وإن أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي إلى العشرة وتخصيص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل.

باب اليمين في العتق والطلاق

(ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة) لأن الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة ويسمى به في العرف، ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة، والدم

باب اليمين في العتق والطلاق

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده قوله: (ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولداً ميتا طلقت) وكذا إذا علق به عتق أمة لأن بولادة الميت يتحقق الشرط لأن الميت ولد حقيقة وهو ظاهر. وشرعاً حتى تنقضي به العدة وتصير به نفساء إذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الأمة أم ولد. وفي الحديث من رواية أبي عبيد عنه ﷺ أنه قال في السقط «يظل محبنطئاً على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة»[1] يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ: أي ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب، وبلا همز هو المتغضب المستبطىء للشيء والفعل منهما احبنطأ مهموزاً أو احبنطى مقصوراً، ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد، وكذلك هو في الحكم، فلو أسقطت سقطاً استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضاً لأنه ولد حتى صارت الأمة به أم ولد، ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر، وتقدم حكمه في الحيض قوله: (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحي وحده عند أبي حنيفة، وقال: لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) آنفاً لكنه ليس محلاً للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث، حتى لو وجعت فدخلت لا يقع. ولأبي حنيفة أن الشرط ليس إلا الولد الحيّ هنا، بخلاف ما قبله، وهذا لأنه جعل الجزاء وصفاً للموصوف بالشرط وهو الولد، وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون إلا في الحيّ فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة وإلا لغي الكلام، فكأنه قال إذا ولدت ولداً حياً، بخلاف جزاء الطلاق للأم وحريتها لأنه لا يصلح مقيداً للولد بالحي لأن الحرية والطلاق واقع وصفاً لغيره فلا يلزم تقييده به. وأورد عليه ما لو قيل إن اشتريت عبداً فهو حرّ فاشترى عبداً لغيره ثم عبداً لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالأول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه. أجيب بأن المشتري لغيره محل للإعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفاً على إجازة مالكه فانحلت اليمين به

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لأن الحلف بهما أكثر وقوعاً فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، ولو قال ذلك لأمته وعلق به الحرية عتقت) لأن الشرط ولادة الولد وقد تحققت لأن الموجود مولود حقيقة وعرفاً وحكماً؛ أما حقيقة فظاهر، وكذلك عرفاً لأنه يسمى في العرف ولداً، وأما شرعاً فلأن الشرع اعتبره ولداً حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد، وإذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحيّ وحده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلاً للحرية انحلت اليمين لكن لا إلى جزاء كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق

باب اليمين في العتق والطلاق

---

(١) رواه أبو عبيد في غريب الحديث ولينظر إسناده.

بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشراط وهو ولادة الولد (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحيّ وحده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق واحد منهما) لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا إلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء. ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة

ولم يحتج إلى إضمار الملك فيه. أما الميت فلا يصح إيجاب العتق فيه لا موقوفاً ولا غيره، وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله إن دخلت فأنت طالق فإن الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط، ومع هذا لو أبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله إن دخلت الدار في عصمتي ونحوه لأنها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى؛ لأنه لو قال إن تزوّجتك فأنت طالق صحّ وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق. وفي الإيضاح لو قال أول عبد دخل عليّ فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حيّ يعتق الحيّ ولم يذكر الخلاف. والصحيح أنه على الاتفاق لأن العبودية لا تبقى بعد الموت. ولو قال أول عبد أملكه فهو حرّ فاشترى عبداً ونصفاً معاً عتق التام. بخلاف ما لو قال أوّل كرّ أملكه فهو هدي فملك كرّاً ونصفاً كذلك لم يهد شيئاً لأن النصف يزاحم كل نصف من الكرّ لأنه مع كل نصف منه كرّ بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه، ذكره التمرتاشي والمرغيناني قوله: (وإذا قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) فاشترى عبداً عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق، فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية فيه، ولو كان قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث لأنه يراد به التفرد به في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق، بخلاف ما لو قال أوّل عبد أملكه واحداً لا يعتق الثالث لأن واحداً يحتمل التفرد في الذات فيكون حالاً مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لأن كلاً من الأولين كذلك فإنه أول بهذا المعنى فإنه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى، ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين، ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لأنه المنفرد في تعلق الفعل، بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك. وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالاً من العبد وأن يكون حالاً من المالك: أي حال كوني منفرداً فلا يعتق بالشك، إليه أشار شمس الأئمة وقاضيخان قوله: (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقاً فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق، وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق

فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا إلى جزاء. قوله: (ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعني أن الولد وإن كان مطلقاً في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لأنه قصد إثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصل كما لو قال إذا ولدت ولداً حياً ولم يوجد، بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه أي الجزاء لا يصلح مقيداً لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط إلا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا. واستشكل بما لو قال إذا اشتريت عبداً فهو حر فاشترى عبداً لغيره انحلت يمينه، حتى لو اشترى بعد ذلك عبداً لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطاً لحريته وعبد الغير ليس محلاً للحرية عن المشتري لعدم ملكه. وأجيب بأن الإضمار إنما يكون لتصحيح الكلام، والحاجة إلى إضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة إلى إضمار الحياة لأن الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلاً، وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الإجازة فلا يلزم من وجوب إضمار الحياة إضماء الملك (ولو قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) عى ما ذكر في الكتاب ظاهر، وكذا قوله أوّل عبد أشتريه وحده وهي من

قوله: (إذا قال واحد إلخ) أقول: ولأنه يحتمل أن يكون حالاً من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك، كذا قال الزيلعي أخذاً من الكافي. ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت في وحده لمكان الضمير المانع عن الحالية من المولى، فإنه لو كان حالاً منه لقيل وحدي كما لا يخفى قوله: (لأن قوله واحداً لم يفد أمراً زائداً) أقول: لكونه حالاً مؤكدة كقوله تعالى ﴿إنا أنزلناه قرآناً عربياً﴾ والتفصيل في شرح المفتاح للسيد.

لأنه قصد إثبات الحرية جزاء وهي قوّة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت حياً، بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه لا يصلح مقيداً **(وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً عتق)** لأن الأول اسم لفرد سابق **(فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم)** لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية **(وإن قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث)** لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف **(وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً ثم مات لم يعتق)** لأن الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقاً **(ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر)** لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية **(ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال، وقالا: يعتق يوم مات)**

الآخرية وجود سابق بالفعل، وفي الأولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه، وإلا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره، ولو اشترى عبداً ثم عبداً في قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقاً لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره. واختلفوا في وقت عتقه، فقال أبو حنيفة: يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه في الصحة وإلا عتق من الثلث، وقالا: يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض. وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت فصار كأنه قال: إن لم أشتر بعدك آخر فأنت حرّ، ولو قاله كان الشرط متحققاً عند الموت فيقتصر عليه فكذا إذا كان معناه ثابتاً. ولأبي حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط، وإنما الشرط اتصافه بالآخرية، وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء، إلا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشتري بعده غيره، فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخراً من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت، كما لو قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام، فإذا امتدّ ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضاً وكون صفة الآخرية إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق إلا بالموت صحيح، لكنه لم يجعل الشرط عدم بل أمر آخر لا يتحقق ظهوره إلا به فلا يقع عنده مقتصراً إلا لو كان هو نفس الشرط، فإذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستنداً، وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق ثلاثاً فتزوّج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصراً عندهما ومستنداً عنده، وفائدته: أي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الإرث وعدمه؛ فعندهما ترث لأنه يجعل فاراً حيث حكماً بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها، وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت، وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد، وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير، ولو كان الطلاق رجعياً كان عليها عدة الوفاة، وعنده لا ترث لأنها طلقت ثلاثاً وقت تزوّجها، حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدّة الطلاق، وهذا بخلاف قوله إن لم أتزوّج عليك، فإنه إذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوّج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط، وليس مثل الأول لأن مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطاً فلم يكن العدم السابق تمام الشرط، إذ ما لم يتم آخر الشرط لا يتحقق

مسائل الجامع الكبير. واستشكل بما لو قال أوّل عبد أملكه واحداً فهو حرّ فاشترى عبدين معاً ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريق واحدة؛ وفرق بينهما بأن واحداً يقتضي نفي المشاركة في الذات، ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدّق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وإن كان معه فيها صبيّ أو امرأة وكذب في ذلك إذا قال وحده. وإذا كان كذلك قلنا: إذا قال واحداً إنه أضاف العتق إلى أول عبد مطلق لأن قوله واحداً لم يفد أمراً زائداً على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه. وإذا قال وحده فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق. وقوله: (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر) واضح. قوله: (ويعتبر من جميع المال) يعني إذا كان اشتراه في الصحة وقوله: (حتى يعتبر من ثلث المال) يعني على كل حال لأن شرط العتق آخرية العبد المشتري وهي لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء

حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققاً عند الموت فيقتصر عليه. ولأبي حنيفة أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستنداً، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به، وفائدته تظهر في جريان الإرث وعدمه **(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانه فهو حرّ فبشرّه ثلاثة متفرقين عتق الأول)** لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه ساراً بالعرف، وهذا إنما

الشرط، بخلاف الآخرية فإنها تتم بذلك الشرط إلى آخر ما ذكرناه.

ولو قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوّجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوّجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوّجها مرة، لأن التي أعاد عليها التزوّج اتصفت بالأولية فلا تتصف بالآخرية، كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبداً ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق الذي ضربه ثانياً لا المعاد عليه قوله: **(ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حرّ فبشره ثلاثة متفرّقين)** أي متعاقبين عتق الأول منهم فقط لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه ساراً في العرف، وأما في اللغة فهو ما يغير البشرة ساراً كان أو ضاراً، قال تعالى ﴿فبشرهم بعذاب أليم﴾ [آل عمران ٢١] ولكن إذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة، فلو ادعى أنه في اللغة أيضاً خاص بالمحبوب، وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فإنها تفيد أن لذلك الخبر أثراً في البشرة، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب إلا أن على العرف بناء الأيمان، وإن بشروه معاً عتقوا لأن البشارة تحققت من الكل، قال تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ [الذاريات ٢٨] فنسبها إلى جماعة فحقيقتها تتحقق بالأولية من فرد أو أكثر، وأصله ما روى أنه «ﷺ مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال ﷺ: من أحب أن يقرأ القرآن غضا طرياً كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد، فابتدر إليه أبو بكر وعمر بالبشارة، فسبق أبو بكر عمر، فكان ابن مسعود يقول: متى ذكر: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر»[1] ولو كان مكان

غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققاً عنده فيقتصر عليه. ولأبي حنيفة أن الموت معرف. وتقريره أنه لما اشترى الثاني بعد الأول تثبت صفة الآخرية فيه، لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن، فإذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لأمته إذا حضت فأنت حرّة فرأت الدم لا تعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام، فإذا استمرّ بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لأنه تبين أن ما رأته كان حيضاً حين رأت الدم، إلى هذا أشار الإمام السرخسي، ذكره في النهاية، وفيه تسامح لأن ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين، ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به)** أي بوصف الآخرية كما إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق ثلاثاً فتزوّج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصوراً على الموت حتى تستحق الميراث، وعند أبي حنيفة يقع مستنداً إلى وقت التزوّج فلا تستحقه، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فإن به يكون الزوج فاراً وترث المرأة عندهما. قال: **(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة)** البشارة اسم لخبر

---

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ١٦ و ١٧ و ٥٠٥٩ و ٥٠٥٨ وابن ماجه ١٣٨ وأحمد ١/ ٤٤٥ . ٤٥٤ . ٣٨٦ . ٤٠٠ والطيالسي ١٢٨١ و ٢٥٦٠ وأبو نعيم في الحلية ١/١٢٧ كلهم من حديث ابن مسعود.

ومداره على عاصم بن أبي النجود، وهو صدوق له أوهام، وحديثه في الصحيحين مقرون اهـ التقريب.

وتوبع في رواية أحمد ١/٣٨٦ . ٤٠٠ . ٤٣٧ من طريق شعبة عن السّبيعي عن أبي عبيدة عن ابن مسعود، وفيه انقطاع أبو عبيدة لم يسمع من أبيه.

وورد مختصراً من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو يعلى ٦١٠٦ وأحمد ٢/٤٤٦ وابن حيان في المجروحين ١/ ٢٢٠ كلهم من طريق جرير بن أيوب، وهو واهٍ.

قال الهيثمي في المجمع ٩/٢٨٨: جرير بن أيوب متروك.

الخلاصة: فالحديث بمجموع هذه الطرق لا ينحط عن درجة الحسن. وفي رواية: «قال عمر: فسبقني أبو بكر فبشره»

قلت: ومن هذا اللفظ يفهم أن البشارة تكون من الأول.

وأما كلام ابن مسعود الأخير فلم أره، وتقدم ما يدل عليه والله أعلم.

يتحقق من الأول (وإن بشروه معاً عتقوا) لأنها تحققت من الكل (ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين، فأما الشراء فشرطه (وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافاً لزفر والشافعي. لهما أن الشراء شرط العتق، فأما العلة فهي القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة. ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده

البشارة إخبار بأن قال إن أخبرني والباقي بحالة عتق الكل، ثم إن عدى بالباء بأن قال إن أخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها الإخبار بنفسه: يعني بنفس القدوم لفظاً وهو الواقع في الكذب، فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بإلصاق الإخبار بنفس الواقع، بخلاف ما لو قال إن أخبرني أن فلاناً قدم عتق كل من أخبره صدقاً أو كذباً. وقد أورد على اشتراط الصدق في البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالأخبار السارة صدقاً كذلك يحصل كذباً. وأجيب بما ليس بمفيد، والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله: (ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة، وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين، وهذا تساهل، فإن علة العتق هو قوله هو حرّ وهو جزء اليمين، فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليقي، وإذا كان الشرط ذلك والفرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها، وهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة، أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حرّ بلا نية ثم نوى عن كفارة لا يجزيه لأن النية شرط متقدم لا متأخر، وإنما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده إذا اشتريته فهو حرّ عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها، وكذا لو قال هو حرّ يوم أشتريه يريد عن كفارتي. وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما ينعقد علة عند الشرط، والشراء هو الشرط، وقد قرنت النية بالعلة فينبغي أن يقع عنها لقران النية بالعلة. فالجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقاً، فلو كان مجنوناً عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق، ولو كان مجنوناً عند التعليق لم يعتبر أصلاً فلذا يجب أن تعتبر النية عنده قوله: (وإن اشترى أباه ينويه عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد وهو قول أبي حنيفة أولاً لأن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التي ظهر أثرها في وجوب الصلة كالنفقة فهي المؤثرة في العتق، وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث، وأما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه. ولنا أن شراء القريب إعتاق، لما روى الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه ﷺ أنه قال: لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريَهُ فيعتقَهُ»(١) يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء، وهذا للإجماع على أنه لا

غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشرّ إلا أنه في العرف يستعمل فيما يسرّ وينفي الحزن ويتحقق من واحد فأكثر؛ فإذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة (فبشره ثلاثة) فإن أخبروه معاً عتقوا لأن البشارة حصلت منهم، قال الله تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ وإن أخبروا متفرقين واحداً بعد واحد عتق الأول لأن البشارة حصلت منه، ويعضده ما روى «أن النبيّ ﷺ مرّ بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال: من أحب أن يقرأ القرآن غضاً طرياً كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد، فابتدر إليه أبو بكر

قال المصنف: (ولو قال إن اشتريت فلاناً إلخ) أقول: وأنت خبير بأن الأنسب ذكر هذه المسائل في باب الكفارة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٠ من وجهين وأبو داود ٥١٣٧ والبخاري في الأدب المفرد (١٠) والترمذي ١٩٠٦ وابن ماجه ٣٦٥٩ والطيالسي ٢٤٠٥ وأحمد ٢/ ٢٣٠. ٣٧٦. ٤٤٥ وابن أبي شيبة ٥٣٩/٨ وابن حبان ٤٢٤ والبغوي في شرح السنة ٢٤٢٥ والطحاوي في المعاني ١٠٩/٣ والبيهقي ٢٨٩/١٠ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً.

مملوكاً فيشتريه فيعتقه» جعل نفس الشراء إعتاقاً لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه (ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح: إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها

يحتاج في إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء، ولا شك أن القرابة ظاهرة الأثر فيه شرعاً، وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه. والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في وجه قول زفر وغيره، وقد ثبت أن الملك أيضاً كذلك بالنص مع أنه يشتمل على عين حكمته، وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيلاً لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه إياه كالبهائم والأمتعة ولمصلحة الصلة، وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما، واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب إعتاق غير أن الشراء علة العلة، أي علة جزء العلة. ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الأخير من العلة بخلاف القارية أضيف الحكم إليه ولزمت النية عنده، فإذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح، بخلاف ما إذا ملك الأب وغيره بالإرث فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم، بخلاف ما إذا وهبَ له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فإنه يصح لسبقها مختاراً في السبب، وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لأن العتق لا يثبت قبل تمام العلة. وأما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والإعتاق إزالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قلونا شراء القريب إعتاق، وقد علمت أنه إنما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالإضافة إله إضافة إلى علة بعيدة، والمنافاة إنما تثبت لو كان إزالة الملك نفس موجب الشراء أوّلاً وبالذات؛ وكان الأليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة قوله: (ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وإن نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه، قالوا: ومعنى المسئلة أن يكون تزوّج أمة لغيره فأولدها بالنكاح ثم يقول لها (إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وإنما صوّرت هكذا لأنه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد، وإلا فالحاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة

وعمر رضي الله عنهما للبشارة، فسبق أبو بكر عمر بها، وكان ابن مسعود إذا ذكر ذلك يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر» وإن قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لأن الشرط: أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد، وإنما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيداً، حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة، وإن اشترى أباه ينوي به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافاً لزفر والشافعي، وهو قول أبي حنيفة الأول. ووجه قولهم إن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته، وإنما العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشراء (وهذا) أي كون الشراء شرطاً لا علة لأن الشراء إثبات الملك وهو ظاهر، والإعتاق ليس إثباتاً للملك، لأنه إزالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء إعتاقاً. ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله ﷺ «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء إعتاقاً لأنه لم يشترط غيره. وقوله: (وصار نظير قوله سقاه فأرواه) جواب عما يقال عطف الإعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وإن لطف فلا يكون نفسه. ووجهه أن الفعل إذا

قوله: (ووجهه أن الفعل إلخ) أقول: ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة قوله: (لا يقال شراء القريب إلخ) أقول: والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك في الزمان الأول ومزيل له في ثانيه، ولا منافاة كما في الأعراض السيالة في العلل العقلية، ولعل مراد الشارح أيضاً ما ذكرنا لكن في عبارته نوع قصور قوله: (لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له) أقول: يعني يلزم أن يكون الشراء الذي هو مثبت الملك مزيلاً للملك قوله: (والواجب باليمين) أقول: يعني الكفارة قوله: (ولقائل، إلى قوله: كما أن أم الولد إلخ) أقول: المناسب لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى قوله: (إن تسريت) أقول: أصله تسررت قلبت إحدى الراءات ياء قوله: (اتخذت سرية) أقول: السرية واحدة السراري قوله: (كما قالوا في النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال) أقول: وكما قالوا: في النسبة إلى الأرض السهلة سهل بالضم قوله: (والتسري عبارة عن التحصين) أقول: والمنع عن الخروج.

تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف إلى اليمين من كل وجه، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف إلى اليمين من كل وجه، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين حيث يجزيه عنها إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية **(ومن قال إن تسرّيت جارية فهي حرّة)** فتسري جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها

لا يجزي معلقاً ولا منجزاً، والفرق بين الشراءين مع أن الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل إعتاقاً من وجه، قال ﷺ «أعتقها ولدها»[(١)] فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزاً إعتاقاً من كل وجه بل من وجه دون وجه. والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات إعتاق من كل وجه، بخلاف شراء القريب فإنه إعتاق من كل وجه لأنه لن يكن قبل الشراء أعتق من وجه **(بخلاف ما لو قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية)** فكمل الموجب قوله: **(ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة)** اعلم أن التسري هنا تفعل من السريّة وهو اتخاذها، والسرية إن كانت من السرور فإنها تسرّ بهذه الحالة ويسرّ هو بها أو من السو والسيادة فضم سينها على الأصل، وإن كانت من السرّ بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فإنها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهرى بالضم في النسبة إلى الدهر وفي النسبة إلى السهل من الأرض سهلى بالضم، والفعل منه بحسب اعتبار مصدره، فإن اعتبر التسرّي قيل تسرّي بإبدال الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها، وإن اعتبر التسرر قيل تسرّر، وكان القياس أن لا يقال[(٢)] ألا تسرّي في المصدرين لأنه اتخاذ السرية، لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بإبدال الياء راء، وخصت لأنها هي الأصل،

عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتاً بالأول في كلام العرب؛ يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه: أي بذلك الفعل لا بغيره. وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أو لا؟ فإن أثبته لا يزيله لأن المثبت بعينه لا يكون مزيلاً، وإن لم يثبته لا يعتق عليه لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. لا يقال: شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في تقريب إعتاق لأن الإعتاق إزالة الملك وكون ثبوت الشيء إزالة له محال بالبديهة. ولا يقال: شراء القريب إعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لأنه أشد استحالة لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له. والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما أنه أخرج الحرّ عن محليته ابتداء وبقاء، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك، فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله، ومن قال لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فإنها تعتق لوجود الشرط، ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه، والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه. ولقائل أن يقول: القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب. والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين: جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه، بخلاف القرابة فإنها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشراء، فإذا اشتراه ناوياً للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه. وقوله: **(بخلاف ما «إذا قال لقنة)** ظاهر. قال: **(ومن قال إن تسرّيت جارية فهي حرة)** معنى تسريت اتخذت سرية، وهي فعلية منسوبة إلى السرّ وهو الجماع أو الإخفاء لأن الإنسان يسره، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال للمعمر. والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد. وقال

---

(١) تقدم مستوفياً في التدبير، وأمهات الأولاد.

(٢) قوله: (وكان القياس أن لا يقال إلخ) هكذا في الأصل، وهو صحيح وجيه، ووقع في بعض النسخ؛ إصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء إلخ وليس بصحيح فليحذر، كتبه مصححه.

لمصادفتها الملك وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الأنفراد **(وإن اشترى جارية فتسرّاها لم تعتق)** خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً. ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدّر بقدره

ومنه ما ذكره ابن الأثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت «لا نجد في كتاب الله تعالى إلا النكاح والاستسرار» والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفاً بعد ألف ساكنة كهمزة كساء، ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدّها للجماع أفضى إليها بمائه أو عزل عنها. وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك، فعرف أنه لو وطىء أمة ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والإعداد لا يكون تسرياً وإن لم يعزل عنها وإن علقت منه. لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع إلى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الإنزال فيها لأن الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه، فأخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل، وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائماً ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد؛ فمن الناس من يقصد ذلك، ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له. إذا عرف هذا فاعلم أنه إذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. ولو قال إن تسريت جارية فعبدي حرّ فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف، ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبداً ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث. ولو قال إن تَسَرَّيْتُ جارية فهي حرّة فتسرّى جارية كانت في ملكه يوم حلفت عتقت، وهي مسئلة الكتاب وهي إجماعية. ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله. وقال زفر: تعتق لأن التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكأنه قال: إن ملكت أمة فتسريتها فهي حرة، وصار كما لو قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً، حتى لو تزوّجها وطلقها عتق العبد ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه، والتالي باطل بالإجماع، وهذا لأن التسري ليس في نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق، فإن حقيقته ليس إلا إعداد أمة حصنها للجماع، فإنما يستلزم وجوده وجود الملك سابقاً على ابتداء التحصين والإعداد أو مقارناً، وهذا القدر لا يستلزم إخطاره عند التكلم أصلاً فضلاً عن خطوره، ثم تقديره مراداً لأنه ليس لازماً بيناً المدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج، واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها في الخارج، بخلاف ما لو قال إن

أبو يوسف: لا بدّ من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسرياً عنده، وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة، وإنما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة، فإذا قال إن تسريت جارية فهي حرة **(فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك)** وكل ما انعقد في حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء. وقوله: **(وهذا لأن الجارية)** توضيح لانعقاد اليمين في حقها **(وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يصح إلا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً)** فإن قيل: هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء. أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء، والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوماً من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوماً من النهي عن التأفيف، ولا كذلك المقتضى لأن المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضى، ثم إذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل، فلما كان الملك مفهوماً من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتاً بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء، هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين. وفيه نظر لأن الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع كالضرب

قوله: **(أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ)** أقول: أو الحذف.

ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية، وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال

ملكت أمة فتسرّيتها الخ فإنه صرح بجعل الشرط الملك، وبخلاف ما قاس عليه من قوله لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ لأن عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع إن تزوّجتك ثم طلقتك فعبدي حرّ، لاقتضاء الشرط الملك، غير أن الشرط هناك إذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده، أما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري بها لاحتياجه إلى أمر زائد على مجرد الشرط شرعاً وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لأن الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها، ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالإعتاق المعلق قبل ملكها إلى كونه معلقاً بالملك أو سببه ولم يوجد، فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا، وإنما وزانها لو قال لأجنبية إن طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثاً ثم تزوّجها فطلقها واحدة، ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوّج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوّج كونه معلقاً بالملك أو سببه ولم يوجد. نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبراً لفظاً وإن لم يكن مدلولاً التزامياً لتصحيح الجزاء فيما إذ علم أن غرض اليمين الحمل فإنه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدّر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حياً في قوله إن ولدت ولداً فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بأن غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها، ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منه الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء، وحلف التسري من هذا القبيل. هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله أعتق عبدك عني بألف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره؟ وأجيب بأنه لا يلزمنا إصلاحه له فإن مناقضته لا تضرنا. ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتاً عند فهم معنى التسري. واعترض بأن الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير أنه لا يفتقر إلى أهلية لاجتهاد في فهم حكم المسكوت. فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة، وقد نقلنا في تحرير الأصول عن فخر الإسلام تفسيراً للدلالة بمعنى دلالة الالتزام وإن لم ترضه. هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى، لأن المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل «رفع الخطأ» أو شرعاً مثل أعتق عبدك عني. وقول القائل إن تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه إلى التقدير إزالة للخطأ تصحيحاً لما لم يصح ظاهره، وهذا على وزان ما قلناه في إن أكلت بل الحق أنه في اللغة والعرف واحد وهو إعْداد المملوكة الخ لا الإعداد الأعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله: **(ومن قال كل مملوك لي حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء)** أي إضافة الملك الكامل في هؤلاء إلى السيد ثابتة رقبة ويداً فدخلوا فيعتقون، ويدخل الإماء والذكور، ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ

الملحق بالتأفيف بواسطة الأذى، ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي إلى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما، والملك من التسري ليس كذلك. وأقول: هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازاً. أو نقول هذا الحكم إذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضاً فكفينا مئونة الجدال معه **(ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسرى)** وتقريره: سلمنا أن ذكره ذكر الملك، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطاً، وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها **(ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية)** لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء. وقوله: **(وفي مسئلة الطلاق)** جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية. وتقريره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالأمر فيه

قوله: **(وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف إلخ)** أقول: فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره قوله: **(كان مناقضاً إلخ)** أقول: السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض قوله: **(لأنها ليست من لوازم الملك إلخ)** أقول: ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق.

لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوّجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثاً فهذه وزان مسألتنا (ومن قال كل مملوك لي حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء، إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً (ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم) لأن الملك غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة، بخلاف أم الولد

العام، ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم إلا اللفظ فلا تعمل نيته، بخلاف الرجال لأن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك وهو للذكر، وإنما يقال للأنثى مملوكة، ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة: يعني إذا عمم مملوك بإدخال كل ونحوه يشمل الإناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين، والواو في فعلوا على ما ذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء، ولو قال لم أنو المدبرين، في رواية يصدق ديانة لا قضاء، وفي رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء قوله: (ولا يعتق مكاتبوه) يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة (لأن الملك فيهم غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت إضافة الملك إليهم فلا بد من أن) ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حرّ أن يعتق المكاتبون لأن الرق فيهم كامل، ولا تعتق أم الولد إلا بالنية قوله: (ومن قال لنسْوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة، وله الخيار في الأوليين لأن كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه، وحكمه هنا الطلاق المنجز وإنما التوقف في التعيين (فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه، وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا

كذلك لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى إلى صحة الجزاء(حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوّجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً فهذه وزان مسئلتنا) من حيث أن في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى إلى صحة الجزاء. وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول إن تسريت جارية فعبدي حرّ فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لي حرّ عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء) يعني أن كل واحد من هؤلاء في الإضافة إلى نفسه بقوله إلى كامل (إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً) وإذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون، وإن قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة. أما تصديقه ديانة فلأن لفظ المملوك وضع للمذكر، وأما عدم تصديقه قضاء فلأنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفاً، ولو نوى الإناث لغت نيته، وإن قال لم أنو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء) الأمة (المكاتبة) فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بدّ من النية) وقوله: (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه) على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: (فيختص بمحله) أي بمحل الحكم وهي المطلقة لأن الكلام سيق لإيقاع الطلاق. واعترض بأن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً، فإنه إن كلم الأوّل حنث، وإن كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما، ويكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيراً في الطلاق والعتاق، إن شاء أوقع على الأولى، وإن شاء أوقع على الآخرين. وأجيب بأن هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد، فأما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية. والفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم، وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة، إلا أن في الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص فتتناول أحدهما، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار

والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية (**ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين**) لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه (**وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأولين لما بينا**).

وهذا عتق الأخير، ويتخير في الأولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان علي ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الأولين. وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الأحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لأن الترديد حينئذ بين الأولى فقط والثانية والثالثة معاً فيلزمه البيان لذلك في الطلاق والعتاق، والله أعلم.

كأنه قال إحداكما طالق وهذه، ولو نص على هذا الحكم ما قلنا، أما في مسئلة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كقوله تعالى ﴿ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً﴾ فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين، ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا.

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لأن العقد وجد له من العاقد حتى كانت الحقوق عليه، ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر،

باب اليمين في البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها. والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده.

واعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسب العقد إلى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكماً فلا يحنث بفعل غيره لذلك، وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم، وكذا الفعل الذي يستتاب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل، كما إذا حلف لا يخاصم فلاناً فإن الوكيل يقول أدّعى لموكلي، وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المأمور، وكل عقد لا ترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه، وذلك إذا حلف لا يتزوّج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أولا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير، وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يحنث بفعل المأمور، ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب الدار قوله: (ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد) لا من

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب، وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى ما بعده فلذلك قدمه. قال في النهاية: ثم الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور، وفيما لا يحنث شيئان: أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر، فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل ترجع الحقوق فيه إلى من وقع حكم الفعل له يحنث. والثاني أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره، فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث. قيل وكل ما يستغنى المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة يحنث. والفقه في ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه فلا يحنث. ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والإيداع وقبول الوديعة والإعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء، فإن الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضاً بفعل المأمور .وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور به فهو البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال، وكذلك القسمة، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم. وإذا عرف هذا ظهر معنى كلامه إلا ألفاظاً ننبه عليها. وقوله: (إلا أن ينوى استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوي ذلك لأن فيه تشديداً أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) لأن الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر، وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا إليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء

الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكماً حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجَرة والأجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة في هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث في يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكماً، وهذا قول الشافعي في الأظهر، وعند مالك وأحمد يحنث لأن بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث. قلنا: لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكماً وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكماً (وإنما الثابت له حكم العقد) الذي هو الملك لا كل حكم وإن كان الحكم على الأعم، بخلاف الحلق لأن اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لأنه غير معتاد، وإنما انعقدت على الحلق مطلقاً فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله. وقوله إلا أن ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث: يعني فإذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فإنه يحنث وإن لم ينو لأن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات، ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضاً لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره، ولو كان رجلاً يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة، وكل فعل لا يعتاده الحالف كائناً من كان كحلفه لا يبني ولا يطين العقد كذلك قوله: (ومن حلف لا يتزوّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) يعني إذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد، ووجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لأنه لم يفعل، وإنما نسبته إلى الآمر مجاز، ثم إنه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور، وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه. قلنا: لما لم يملك إضافته إلى نفسه بل لا يستغني عن إضافته إلى موكله كان ناقلاً عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظاً وحكماً إليه فيحنث به؛ ألا ترى أنه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظراً إلى الفرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين، ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث، ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند أبي يوسف لأن الإيلاء طلاق

يحنث: أي إلا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضاً فحينئذ يحنث. وقوله: (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعني إذا باشره المأمور حنث لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الأمر للغير، فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث، ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضاً لوجود البيع منه حقيقة. وقوله: (لأن المالك له ولاية ضرب عبده) يلوّح إلى أنه لو أمر غيره بضرب حرّ وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه. وقوله: (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير. وحاصله أنه إذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف عليه. وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة، وإن كان في ذلك تخفيف عليه لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية. فإذا وجدت النية كان الصرف إليها أولى. وقوله: (لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه أي إلى الولد، وذكر ضمير المنفعة نظراً إلى الخبر وهو التأدب والتثقف). وقوله: (ومن قال إن بعت لك هذا الثوب) على ما ذكره في الكتاب واضح. وحاصل ذلك أن لام الاختصاص إذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد، فإما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول. وعلى التقديرين فإما أن يحتمل الفعل النيابة أولاً، فإن احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل، وشرط حنث وقوع الفعل لأجل من له الضمير سواء كانت العين

قوله: (وشرط حنثه إلخ) أقول: والذي يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بأنه ملكه بغير أمره كان ينبغي أن لا يحنث فليتأمل قوله: (والمراد بالغلام إما العبد، إلى قوله: وإما الولد)

خاصة) وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى **(ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه)** لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشراً إذ لا حقوق له ترجع إلى المأمور **(ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء)** بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها، والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما، فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء، أما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف بأثره، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجاز، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

مؤجل فعند مضيها يقع مضافاً إلى الزوج، وعند زفر لا يحنث لأن الطلاق إنما وقع حكماً دفعاً لضررها فلا يكون شرط الحنث موجوداً. ولو كان عنيناً ففرّق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر، وعن أبي يوسف روايتان. ولو زوّجه فضولي فأجاز بالقول حنث، وعن محمد لا يحنث. وفي الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ. قال شمس الأئمة: والأصح عندي لا يحنث لأن عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقداً له، ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله. ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لأن عبارة الوكيل هنا منقولة إليه قوله: **(ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره)** فلملكه إياه انتقل فعل الضرب إليه بواسطة الأمر به **(ثم منفعته راجعة إلى الآمر)** على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره **(فيجعل مباشراً إذ لا حقوق ترجع إلى المأمور)** وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازاً عما لو حلف لا يضرب حراً فإنه لا يحنث بالأمر به لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالف سلطاناً أو قاضياً لأنهما يملكان ضرب الأحرار حداً وتعزيراً فملكا الأمر به **(ولو قال عنيت أن لا ألي ذلك بنفسي دين في القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام)** شرعي يوجب أثراً شرعياً في المحل وهو الفرقة **(والأمر بذلك مثل التكلم به)** لأن المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع، فإذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي من حيث أنه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع إليه وهي الحقوق، وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه لما كان لفظاً يثبت عنده أثر شرعي فالحلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقة من جهته، وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر **(أما الذبح والضرب ففعل حسي)** لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لأن الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا إذن منه، فنسبة الفعل إلى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه، **فإذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه**، بخلاف الكلام المجعول أسباباً شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به إلا بإذن عن ولاية، فلما كان للإذن فيها أثر نقلها إلى الحالف، قالوا: وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لأن حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدّق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر، فإن كان الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعي إلا بإذن لا يجزم

مملوكة له أو لم تكن، وذلك إنما يكون بالأمر، وإن تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لأجله أو لم يقع، وإن لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين: أي في التوسط والتأخر بل حنث إذا فعله سواء كان بأمره أو بغير أمره، لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله إلى غير الفاعل فيكون الأمر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صوناً للكلام عن الإلغاء، ومعنى دس أخفى، والمراد بالغلام إما العبد على ما ذكره في الجامع الصغير لقاضيخان وإما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية، وهذا هو الصواب لأن ضرب العبد يحتمل النيابة، ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لأن المنفعة تعود إليه، وقد ذكره المصنف قبيل هذا، ومن الشارحين من وجه الأول، بأن المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان

(ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث) في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعة الائتمار بأمره عائدة إلى الآمر فيضاف الفعل إليه. ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي الاختصاص به، وذلك بأن يكون مملوكاً له، ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا

عنده بلزوم الفرق المذكور قوله: **(ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد)** المضروب **(وهي التأدب والتثقف)** أي التقوّم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والأخلاق **(فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر)** وإن كان يرجع إلى الأب أيضاً، لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل. وأما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر، ويقول العامي لولده غداً أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعدّ الأب نفسه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب، فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المأمور قوله: **(ومن قال إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ)** لا شك أنه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد، أما على جعل المخاطب مشترياً له فيهما فاللام للاختصاص، وأما على جعلها فيهما للتعليل: أي بعته لأجلك فهي أيضاً تفيد الاختصاص على ما ذكروا، لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه إذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل. ووجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضعيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب، فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل، وكونه مختصاً به يفيد أنه لايستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله، فإذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لا يتصوّر إلا بالعلم بأمره به، ويلزم من هذا كون هذا لا يكون إلا في الأفعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو إن صغت لك خاتماً، وكذا إن خطت لك وإن بنيت لك بيتاً، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً للمخاطب سواء كان بإذنه أو بغير إذنه لأن المحلوف عليه يوجد أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل، والقرب من أسباب الترجيح فيوجب إضافتها الثوب إلى مدخولها على ما سبق، ومثله ما لو وليت فعلاً لا تجري فيه النيابة مثل الأكل والشرب

كالأكل والشرب. وأجاب عن المسئلة المذكورة بأن محمد لم يذكرها، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئة له فإنه ذكر أنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور، ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة. قال: **(ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم)** لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق **(فينزل الجزاء)** قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك. وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي، وجواز النكاح مع المنافي، لأنه رق والإنسانية تنافيه، فإذا كان النكاح فاسداً اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن، بخلاف البيع لأنه موافق للدليل فكان موجوداً بالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم؛ ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حرّ فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضاً لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه، وهذا على أصلهما ظاهر لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما، وكذا على أصله لأن هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك إذا علق. وردّ بأن في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلاً لعدم احتماله التأخير، وفي

يفترق الحكم فيه في الوجهين. (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضاً لأن

وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة، فلو قال إن أكلت لك طعاماً أو طعاماً لك أو شربت لك شراباً أو شراباً لك أو ضربت لك غلاماً أو غلاماً لك أو دخلت لك داراً أو داراً لك فإنه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب: أي تنسب إليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما. ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالإجارة، قال تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ [الذاريات ٢٨] وقال قاضيخان: المراد له العبد للعرف، ولأن الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام إلى ما يملك لا إلى ما لا يملك قوله: (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لأن خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بيعاً فاسداً، فإن كان العبد في يد المشتري مضموناً عليه بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح الباتّ لأنه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه إلى المشتري؛ قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط، فإن البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتاً من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق. ويمكن أن يقال: بل إنما قارن الإعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لأنه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره، وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف، فعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لأنه لو قال إن بعت هذا العبد فهو حرّ فباعه بيعاً باتاً لا يعتق قوله: (وكذلك إن قال المشتري إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضاً) أما إذا اشتراه شراء فاسداً باتاً فإن كان في يده مضموناً بأن كان غصبه عتق لأنه صار معتقاً ملك نفسه، ولو كان شراء صحيحاً باتاً عتق بطريق الأولى لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه. أما على قولهما فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة فلأن العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده، وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل إسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقاً له شرطاً اقتضائياً فكذا هذا. وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما إذا قال إن تزوّجت فعبدي حرّ فتزوّج نكاحاً فاسداً مع أن كلاً منهما لا يفيد

التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال. وأجيب بأن العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بإيقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر إلى مضيّ مدة الخيار، وطولب ههنا فرقان: فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فإنه قد اشتراه ولم يعتق عليه. وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما إذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فإنه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله. وفرق بين الأوليين بأن الخيار إذا كان للمشتري يتمكن من إسقاطه، ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من إسقاطه وبين الثانيتين بأن شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقطه، وأما في الإيجاب المعلق فإنه يصير قائلاً عند وجود الشرط أنت حرّ فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك، ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع إذا كان باتاً لا يعتق وإن وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلول في الوجود الخارجي، فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل

أقول: والغلام يطلق على الولد أيضاً قال الله تعالى ﴿إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى﴾ قوله: (قيل لو كان البيع إلى آخر قوله. وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي) أقول: وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا. فإن قيل: هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء، والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به إذا علق به العتق، قيل جواز البيع باعتبار المالية، وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الإنسانية؛ ألا يرى أنه يختص ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول لأنها تقتضي الحرية والنكاح رق فلا يحنث إلا إذا كان صحيحاً، كذا في الفوائد الظهيرية.

الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه، وهذا على أصلهما ظاهر، وكذا على أصله لأن هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق يثبت الملك سابقاً عليه فكذا هذا **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته)** لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع **(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء)** وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لأنه أخرجه

الملك. وأجيب بأن البيع وإن لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الإيجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط، بخلاف النكاح فإنه إذا صح كان على خلاف الدليل إذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف إذا كان الملك فاسداً فلا يحكم بأنه الشرط إلا إذا صح. ويمكن أن يقال: لا ورود لهذا السؤال فإن هذا البيع وإن كان بشرط الخيار للمشتري فإنه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فإنه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لأنه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصوّر في النكاح. وأورد منع كون المعلق كالمنجز لأن المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو، والمعلق لا يلزم إلغاؤه لأن الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل إذ ذاك ولا يلغو. وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في إثباته وجب اعتباره إذ ذاك وإلا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق، بخلاف ما إذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق إلا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فإنه لم يوجد منه تكلم بالإعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره، وإنما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار، والشارع إنما علق عتقه في قوله «من ملك ذا رحم» بالملك لا بالشراء، أما هنا فالإيجاب المعلق صار منجزاً عند الشرط وصار قائلاً أنت حرّ فينفسخ الخيار ضرورة قوله: **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر)** تدبيراً مطلقاً **(طلقت لأن الشرط)** وهو عدم بيعه **(قد تحقق)** بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير، فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بلفظ إن فمات أو مات العبد فإنها تطلق لوقوع اليأس. وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقاً بل في العبد. أما في الأمة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها. وفي التدبير مطلقاً لجواز أن يقضي القاضي ببيع المدبر. وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال. والصحيح أنها تطلق لأن ما فرَض من الأمور الموهومة الوقوع فلا يعتبر. ولأن الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك. وأجيب أيضاً عن المدبر بأن بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق، ولا فرق بين كون العبد ذمياً أو مسلماً، ويجري فيه اختلاف المشايخ والتصحيح قوله: **(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء)** وإن قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء،

في غير الملك، بخلاف ما فيه الشرط فإنهما يتعاقبان فيه **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع)** وهذا في إعتاق العبد ظاهر، وأما في التدبير والأمة فلا بد من بيان لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضي بجواز بيعه، والأمة يجوز أن ترتدّ فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، وذلك أن الكلام في المدبر ما دام مدبراً، وإذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بين القن لا بيع المدبر، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير، وهذا كما ترى غير مخلص لأنه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق، والأولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز، فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه، فإن أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاة بما لا يجوز، ومع ذلك فالأصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبراً، وأما الأمة فإن من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال، والصحيح أنها تطلق لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق

قوله: (وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير) أقول: فيه بحث، فإن الملك كامل في المدبر كما مر في الباب السابق، والأظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الإعتاق والتدبير.

جواباً فينطبق عليه. ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيداً، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام.

وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافاً. وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق، واختاره شمس الأئمة وكثير من المشايخ لأن الكلام خرج جواباً فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة **(ولأن غرضه إرضاؤها)** لا إيحاشها. وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن، لأنه إن كان فهو غرض إرضائها. وجاز كون غرضه إيحاشها لاعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملاً لكل من الأمرين، فالحكم بمعين تحكم، ولأنه زاد على قدر الجواب إذ يكفيه أن يقول إن كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئاً تحرزاً عن الإلغاء، والله أعلم.

[فروع] قال: لي إليك حاجة أتقضيها لي؟ فقال نعم، وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق، فقال: حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثاً، له أن لا يصدقه لأنه متهم. ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث إلا إذا كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تحليفه على الطاعة لأن الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهي عن الأكل والشرب. حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف إليه يحنث به، حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الإيلاء يحنث لا بما لا يضاف إليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا بإجازة خلع الفضولي بالفعل، ويحنث لو أجازه بالقول. قال امرأته طالق ثلاثاً إن دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حرّ إن كان رأياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الأولين رأياه دخل. ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث. حلف ما له عليه شيء فشهدا أن له عليه ألفاً وقضى بها القاضي يحنث في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، حتى لو كان الحلف بطلاق فرّق بينهما عند أبي يوسف خلافاً له، بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفاً والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما. حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه للتحري، فإن استوى ظنه يأخذ بالأكثر احتياطاً. قال: عمرة طالق الساعة أو زينب إن دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداهما حتى تدخل الدار. فإذا دخلت إحداهما خير في إيقاعه على أيهما شاء. ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها أنها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لأنها صارت متناقضة. حلف إن لم يجامع امرأته ألف مرة فهي طالق، قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير. حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يحنث في قول محمد والأصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبرانه وقت التكلم، والله أعلم.

والتدبير. وقوله: **(ولو قالت المرأة لزوجها)** ظاهر. وقوله: **(لأنه زاد على حرف الجواب)** أي أصله، لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال إن فعلت فهي طالق: فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئاً. وقوله: **(وقد يكون غرضه إيحاشها)** جواب عن قوله بأن الغرض إرضاؤها.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

(ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها عليّ المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وأهراق دماً) وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل، مأثور عن عليّ رضي الله عنه. ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال عليّ زيارة البيت ماشياً

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قدمها بعد ما تقدم لأنها عبادات فترجح في نفسها، فيقتضي ذلك أن تقدم، إلا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم قوله: (ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة) وكذا عليّ المشي إلى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وأهراق دماً) والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد أن وجوب أحد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ وإلا لغا لأنه لا يلتزم المشي إلا ليصل إليه، فإذا كان فيه استحال التسبب لحصوله. والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ، لأن الواقع أن مدلول المشي ليس هو الحج أو العمرة، بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشي إلى البيت ولا يفعل نسكاً، إما ابتداء معصية وإما بأن يقصد مكاناً في الحل داخل المواقيت ليس غير، فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله، وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا إحرام، وهذا لأن من الجائز أن يكون في البيت ويوجب المشي إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود، كما لو كان في بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية، ولا باعتبار الحكم بذلك مجازاً باعتبار أنه سبب الإحرام صوناً له عن اللغو لأنه ليس لازماً له لجواز أن يقصد بسيره مكاناً داخل المواقيت ليس

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لأن في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك. ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه: في وجه يلزمه إما حجة أو عمرة في قولهم جميعاً، وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك، وفي وجه اختلفوا فيه. أما الوجه الأول ففيما إذا قال عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة. وفي رواية النوادر أو إلى بكة سواء كان في الكعبة أو في مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشياً، فإن لم يكن بمكة فظاهر، وإن كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً، فإن ركب لزمه شاة، وإن اختار العمرة خرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التنعيم ماشياً أو راكباً. وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله وإنما المشي إليه وقت الوجوع. وقال بعضهم: يمشي وقت الرواح أيضاً لأن الرواح إليه للإحرام فكان مشياً إلى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شيء (لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة) لأن المشي أمر مباح (ولا مقصودة في الأصل) يعني لذاته لأن المقصود منه شيء اخر لا نفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلاً لكن تركناه بالأثر أما الأثر فما قال محمد في الأصل: بلغنا عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: من جعل على نفسه الحج ماشياً حج راكباً

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قال المصنف: (وفي القياس لا يلزمه، إلى قوله في الأصل) أقول: فإن قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وإن لم يكن واجب من جنسه قصداً. قلنا: الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصود. فإن قيل: الاعتكاف يصح في الليل وإن كان لصوم لا يصح فيه. قلنا: صحه الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفرداً عن اليوم لا يصح، وفي فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه قوله: (وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول: والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما.

فيلزمه ماشياً، وإن شاء ركب وأراق دماً، وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال عليّ الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه) لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال عليّ المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد في قوله عليّ المشي إلى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال إلى

غيركما ذكرنا، ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الإحرام لما عرف من إلغاء الألفاظ وهي ما إذا نذر الذهاب إلى مكة كأن قال عليّ الذهاب أو لله عليّ الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المضيّ أنه لا يلزمه شيء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صوناً عن اللغو، بل لأنه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازاً لغوياً حقيقة عرفية، مثل ما لو قال عليّ حجة أو عمرة، وإلا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب لهذا شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الأصل. ولو قيل بل هي واجبة فإن المكي إذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشياً. أجيب بأن الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصوداً لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشي المذكور، وكذا السعي إلى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركباً ويقدر على المشي، إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره إلا أن يراد من جنس المشي إلى مكة. وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب. أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب، وتوجيهه أن إيجاب المشروط إيجاب الشرط، ولا خفاء في بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر، والكلام الان في صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط، وإن استدل بالإجماع أو النص المتقدم في حديث نذر عمر رضي الله عنه الاعتكاف في الجاهلية(١) فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لأنهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر. ثم قد يقال تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه، وإذا تعارفوه للإيجاب صار كقوله عليّ زيارة البيت ماشياً فإنه موجب لذلك، ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء، وكذا لا يلزمه بقوله على المشي إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول ﷺ شيء. وأورد أنه إذا كان كقوله عليّ حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لأنه لو قال عليّ الحج لا يلزمه. والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشياً لأن المشي لم يهدر اعتباره شرعاً، فإنه روى عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت، فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدي هدياً»(٢) رواه أبو داود وغيره وسنده حجة، وما في صحيح مسلم أنه قال «لتمش ولتركب» فمحمول إما على

وذبح شاة لركوبه. كذا في بعض الشروح، وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه. وقال آخرون: روي عن عليّ رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بأن عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق. وقد روى شيخي في شرحه «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى، فأمرها النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة». وأما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال عليّ زيارة البيت ماشياً فيلزمه ماشياً، وإن ركب وأراق دماً فله ذلك على ما ذكره في المناسك. وإيجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها. فإن قيل: فإذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور إليه، كما لو نذر أن يضرب بثوابه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه. أجيب بأن للحج ماشياً فضيلة ليست له راكباً، قال ﷺ «من حجّ ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة بسبعمائة» فاعتبر لفظه لإيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، ومعناه في إيجاب الحج أو العمرة لإجماعهم على ذلك

(١) حديث عمر تقدم تخريجه مستوفياً في أوائل فصل الكفارة رواه الجماعة.
(٢) تقدم تخريجه في كتاب الحج من حديث ابن عباس. رواه أصحاب السنن، ورواه مسلم بلفظ تغير يسير كما ذكر المصنف.

المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف. لهما أن الحرم شامل على البيت، وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً (**ومن قال عبدي حرّ إن لم أحج العام، وقال حججت وشهد شاهدان أن ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية، ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط. ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات

ذكر بعض المروى، وعلى هذه اقتصرنا في كتاب الحج: يعني أن محل الإشكال جواز ركوبها ولو أهدت؛ كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرّق ويتصدق، بل لو فرق لزم استئنافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك، وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد، فإن في بعض طرقه «وإنها لا تطيق ذلك» ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلاً طويلاً وفروعاً جمة، وأن الراجح أن يلزمه المشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات: يعني فالخلاف فيما إذا لم يحرم منه وهل يلزمه المشي منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات، أما لو أحرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق.

واعلم أن في بعض طرق حديث أخت عقبة قال «ولتهد بدنة»(١) لكنهم عملوا بإطلاق الهدي(٢) في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين. وأخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال «ما خطبنا رسول الله ﷺ خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة، وقال: إن من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشياً، فمن نذر أن يحج ماشياً فليهد هدياً وليركب»(٣) وقال صحيح الإسناد ولم يخرّجاه، لكن حمل المطلق على المقيد إذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة، ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن عليّ رضي الله عنه، والمروى عن عليّ من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يحلف على المشي قال: يمشي، فإن عجز ركب وأهدى بدنة. ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر أن يمشي إلى البيت قال: يمشي، فإذا أعيا ركب وأهدى جزوراً. وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن(٤) وأما ورود البدنة في خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا أحمد بن عبد الوارث، حدثنا همام، حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية، فسأل النبي ﷺ عنها فقال: إن الله عز وجلّ غنيّ عن نذر أختك، لتركب ولتهد بدنة»(٥) وأما إذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الأحد الذي لزمه حجاً فإنه يحرم من

المتعارف، وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز. والأولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشياً لا أنّ الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه. وأما الوجه الثاني ففيما إذا قال عليّ الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب الإتيان إلى بيت الله أو المشي إلى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الأثر والعرف فيه فكان باقياً على القياس. وأما الوجه الثالث ففيما إذا قال عليّ المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا شيء عليه، كما لو قال عليّ المشي

---

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ٢٧٣٧ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٣١ وأحمد ١/ ٣١١ والبيهقي ١٠/ ٧٩ كلهم عن همام عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ، وإسناده جيد رجاله ثقات إلا أن قتادة مدلس وقد عنعنه، فالحديث حسن. لا سيما، وقد أخرج أبو داود ٣٢٩٦ و ٣٢٩٧ و ٣٢٩٨ و ٣٣٠٣ فتارة ذكر: «ولتهد بدنة» وتارة لم يذكرها.

(٢) تقدم في أواخر كتاب الحج رواية البخاري ومسلم وليس فيه ذكر البدنة ولا الهدي.

(٣) جيد. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٠٥ وأحمد ٤/ ٤٢٩ كلاهما من حديث الحسن عن عمران بن حصين مرفوعاً.

قال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

وكذا قال الهيثمي في المجمع ٤/ ١٨٩: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٤) هذه الآثار أوردها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٥.

(٥) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام. غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث)

الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل فيحرم منه. وإنما اختلفوا في أنه يلزمه المشي في ذهابه إلى الحل أو لا يلزمه إلا بعد رجوعه منه محرماً. والوجه يقتضي أنه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من أنه يلزمه المشي من بلدته مع أنه ليس محرماً منها بل هو ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه: أعني المواقيت في الأصح لما قدمنا عن أبي حنيفة: لو أن بغداد يا قال إن كلمت فلاناً فعليّ أن أحج ماشياً فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد. ولو قال عليّ السفر إلى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شيء مع إخوانه، ومثله الشد والهرولة والسعي إلى مكة، وكذا عليّ المشي إلى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو أسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو إلى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء. واختلفوا فيما إذا قال لله عليّ المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء، وقال صاحباه: يلزمه أحد النسكين. والوجه في ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبي حنيفة إيجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي إلى الكعبة ويرتفع الخلاف، وإلا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل[1] وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة، ولو صرح بقوله لله عليّ المشي إلى الكعبة لزمه، فكذا ذكر المشتمل لأن إيجاب اللفظ لتعارف عينه فيه، وليس عين المشي إلى الحرم عينه وهو وجه أبي حنيفة قوله: (ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال بعد انقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير، قاله صاحب المختلف، وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية) وكيف لا يقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما أنها قامت على النفي) معنى (لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية) فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة لأن المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لأن العتق لم يعلق بها، وما

إلى الصفا والمروة، وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه حجة أو عمرة لأن الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازاً (ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً) (ومن قال عبدي حر ـ إن لم أحج العام) ظاهر. وقوله: (لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً) نوقض بمسئلة السير الكبير: رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته، والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة، وإن قامت على النفي لأنها قامت على نفي شيء أحاط به

قوله: (جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي إلخ) أقول: في الكافي: فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضي بعتقه، وما نحن بصدده من قبيل الشروط. قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اهـ. وهو مخالف لما قدمه من أن النحر وإن كان ثبوتياً لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبراً فبقي النفي مقصوداً كما لا يخفى، فإنه كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضاً قوله: (وأجاب الإمام قاضيخان إلخ) أقول: إن كان قوله لأنها قامت على نفي شيء إلخ مذكوراً في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان قوله: (وهو سكوت الزوج) أقول: في كون السكوت وجودياً بحث، قال في شرح العقائد: السكوت هو ترك التكلم.

---

(١) (متضائل) أي متصاغر، من الضآلة وهي النحافة، وفي بعض النسخ (ليس بقوي متضائل) ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اهـ مصححة.

. . . .

لا يطلب له لا يدخل تحت القضاء، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصوداً والشهادة على النفي باطلة. فإن قيل: لا نسلم أنها مطلقاً باطلة بل النفي إذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه، فإنه ذكر في السير الكبير: شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لإحاطة علم الشاهد به. أجاب المصنف بقوله: **(غاية الأمر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي)** في عدم القبول، بأن يقال النفي إذا كان كذا صحت الشهادة به وإن كان كذا لا تصح **(تيسيراً)** ودفعاً للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي. وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار أنها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الإرث إذا قالوا نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره حيث يعطى له كل التركة لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه والإرث مما يدخل تحت القضاء، فأما النحر وإن كان وجودياً ونفى الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقى النفي هو المقصود بها، وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضي بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط. فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجاً فيثبت النفي ضمناً ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لاحق له في التضحية إذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها، كذلك لا حق له فيّ الخروج لأنه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا، فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعي به من النفي المجعول شرطاً قبلت الشهادة عليه وإن كان غير مدّعي به لتضمنه المدعي به، كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعي به فقول محمد أوجه قوله: **(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط)** وهو الصوم الشرعي إذ هو الإمساك على المفطرات على قصد التقرّب وقد وجد تمام حقيقته، وما زاد على أدنى إمساك في وقته تكرار للشرط، ولأن بمجرد الشروع في الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلاً، ولذا أُنْزِلَ إبراهيم ﷺ ذابحاً حيث أمرّ السكين في محل الذبح فقيل له ﴿قد صدّقت الرؤيا﴾ [الصافات ١٠٥] بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة، فلذا قال فيمن حلف لا يصلي أنه إذا قام وقرأ وركع وسجد إذا قطع، فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لأنه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله: **(ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً لم يحنث بصوم ساعة)** بل بإتمام اليوم، أما في يوماً فظاهر، وكذا في صوماً لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعاً فلذا قلنا لو قال لله عليّ صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع، وكذا إذا قال عليّ صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال: المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوماً فينبغي أن لا يحنث في الأول إلا بيوم. لأنا نقول: الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقيق الفعل، بخلاف الصريح فإنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال. وقد أورد عليه ما لو قال

علم الشاهد. وأجاب الإمام قاضيخان بأن هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله، ولكن قال الإمامان العلمان في التحقيق شمس الأئمة وفخر الإسلام: إذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لأن قولهما هذا بيان منهما لإحاطة علمهما بذلك، فكان التمييز بين نفي ونفي معتبراً، ولكنه ليس مختار المصنف لإفضائه إلى الحرج. قوله: (ومن حلف لا يصوم) ظاهر. وقوله: (لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً) أورد عليه ما لو قال والله لأصومنّ

قال المصنف: (إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول: إن قلت المصدر مذكور هنا أيضاً. قلت: بلى لكن لغة لا شرعاً، وعند ذكر المصدر صريحاً ينصرف إلى الكامل وهو الصوم لغة وشرعاً.

قوله: (أورد عليه ما لو قال والله لأصومن إلخ) أقول: هذا الإيراد غير متوجه على هذا القول، بل موردة قوله واليوم صريح في تقدير المدة إلا أن يقال: المراد قوله لأنه يراد به الصوم المعتبر شرعاً إلى آخر الكلام فليتأمل.

لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً وذلك بانهائه إلى آخر اليوم، واليوم صريح في تقدير المدة به **(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث)** والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم. وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة، بخلاف الصوم لأنه ركن

لأصومنّ هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد، الزوال، أو قال لامرأته إن لم تصلي اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال. وأجيب بأن اليمين تعتمد التصوّر، والصوم بعد الزوال والأكل متصوّر كما في صورة الناسي، وكذا الصلاة من الحائض لأن درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط أدائه، بخلاف مسئلة الكوز لأن محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلاً فلا يتصور بوجه، وهاتان المسئلتان إنما تصلحان مبتدأتين لا موردتين لأن كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوماً، ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لأنه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي أسماء الأجناس وإلا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به أحد. والمسئلتان مشكلتان على قول أبي حنيفة ومحمد لأن التصوّر شرعاً منتف، وكونه ممكناً في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد، فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلاً شرعاً لم يتصوّر الفعل المحلوف عليه لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين، أما على قول أبي يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث. واعلم أن التمرتاشي ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لأنه لتعظيم الله تعالى، وذلك لا يحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين في الماضي، وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فإنه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لأنها نص محمد في الجامع الصغير قوله: **(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس)** يعني على الصوم **(أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فلما لم يأت بها لا تسمى صلاة)** يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء **(بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر بالجزء الثاني)** ولذا قال الفقيه أبو الليث: لا فرق بينهما في الحاصل لأن ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كالصلاة ركعة، يعني لأنه يجتمع فيها تمام الحقيقة، ثم قال المصنف **(وإن سجد مع ذلك)** يعني الركوع وما قبله **(ثم قطع حنث)** ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي: حلف لا يصلي يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد إلا إذا كان اليمين في الماضي: أي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة، اللهم إلا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بياناً له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلاً لا يحنث استحساناً، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض. قال: ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لأن الفاسد صلاة صورة، وإطلاق الاسم على صورته مجازاً جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه، ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضاً، وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز، وإنما طريقه أن في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث، ولو كان عقد يمينه على الماضي بأن قال إن كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرّق بين لا أصلي ولا أصلي صلاة حيث يحنث بركعة فقال: وفي صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة لا كون المفعول صلاة، وذلك يحصل بالركعة، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته، والانتقاض إنما يظهر في حكم يقبل الانتقاض، والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من

هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق، والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور. والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الأكل أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه، بخلاف ما نحن فيه فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف إليه. وقوله: **(ولو حلف لا يصلي)** ظاهر. وقوله: **(لا يحنث ما لم يصل**

واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني **(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصلّ ركعتين)** لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء.

الفاسدة هي التي لم يوصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح، وعليه يحمل ما أوردناه في الصوم ويرتفع الإشكال هناك أيضاً. وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها وأجيب بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة، وهذا أوّلاً مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ. والحق أن يتفرّع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك. ومرّت المسئلة في سجود السهو. والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض. ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن. والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة، والقعدة ركن زائد على ما تحرر، وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركناً في حق الحنث قوله: **(ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم يتصل ركعتين لأنه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعاً)** على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوماً **(وأقل المعتبر شرعاً صلاة ركعتين للنهي عن البتيراء)** نهياً يمنع الصحة لو فعلت. ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة: قال لعبده إن صليت ركعة فأنت حرّ فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق. ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الأولى لأنه في الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتيراء بخلاف الثانية. وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف، فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكورة في الجامع قول محمد: يعني وحده وهو غير لازم، فإن المذكور عن أبي يوسف: حلف لا يصلي ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق إلا بضم أخرى إليها. والمذكور في الجامع: حلف لا يصلي ولم يقل ركعة، والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص. وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف. ثم إذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟ اختلفوا فيه، والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعدْ.

[فروع] حلف لا يؤمّ أحداً فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحداً صدق ديانة لا قضاء إلا أن أشهد أني إنما أصلي لنفسي، وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحساناً لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة. وينبغي إذا أمهم في صلاة الجنازة أن يكون كالأول إن أشهد صدق فيهما وإلا ففي الديانة. ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لأنها ناقصة والمطلق ينصرف إلى الكامل. ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة، قال محمد: لا تسعه النية في هذا، بخلاف ما إذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى. وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها، اختلفوا بناء على أن وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أولاً بل ينصرف إلى الوقت الأصلي.

ركعتين) قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الإتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لأن الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعاً، وليس بشيء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامة، وتمامها شرعاً إنما يكون بالقعدة أشار إلى ذلك تعليله بقوله لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، والله أعلم.

قوله: (قيل عليه ينبغي أن لا يحنث) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة وقالا: ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها. لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه. وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدمه على الضرب والقتل لأن اللبس أكثر وقوعاً منه لا بقيد خصوص الملبوس، أو لأن شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل. والحليّ بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كثدى وثديّ قوله: (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك) أي ثوباً من غزلك أي مغزولك (فهو هدي) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقاً، ولو لم يكن في ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب، فعند أبي حنيفة هو هدي وقالا: (ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أي وقت الحلف (ومعنى الهدي) هنا (وما يتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدي إليها) فإن كان نذر هدي شاة أو بدنة فإنما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه إهداء قيمته. وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان: فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره، وإن نذر ثوباً جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته، ولو نذر إهداء ما لا ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر إنما ينعقد) فيما هو (في الملك) قال النبيّ ﷺ «لا نذر فيما لا يملك ابن آدم»[(١)] (أو مضافاً إلى سبب الملك) مثل إن اشتريت كذا فهو هدي أو فعليّ أن أتصدّق به ولم يوجد ذلك فإن اللبس المجعول شرطاً ليس سبباً لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبباً لملكه إياه لأنه يملك القطن وليس الغزل سبباً لملك القطن لأن غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه، فلا يصح النذر في المشتري من القطن إذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لأن العادة أن يشتري القطن ويجعله في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكاً له (والمعتاد هو المراد) بالألفاظ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال: إن لبست ثوباً أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن ولا إلى الالتفات إله وإن كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل إلا إذا كان القطن مملوكاً له، وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف، ثم استوضح على أن غزلها

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر منه وجوداً، وإما لأن اليمين به مشروع وجوداً وعدماً، بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي) أي صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح. وقوله: (والمعتاد هو المراد) يعني فصار كأنه قال من قطني أو من قطن سأملكه (وذلك) أي الغزل من قطن

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

---

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٦٠٤٧ ومسلم ١٧٦ ح ١١٠ والترمذي ١٥٢٧ والنسائي ٧/ ١٩ والطيالسي ١١٩٧ كلهم من حديث ثابت بن الضحاك مرفوعاً: «من حلف على ملة غير الإسلام كاذباً، فهو كما قال. وليس على ابن آدم نذر فيما لا يملك. ومن قتل نفسه بشيء في الدنيا عُذِّب به يوم القيامة، ومن لعن مؤمناً، فهو كقتله، ومن قذف مؤمناً بكفر، فهو كقتله».

هذا لفظ البخاري، واختصره مسلم، ثم ساقه بلفظ آخر. وعجزه عند مسلم: «وليس على رجلٍ نذر في شيء لا يملكه» وورد مختصراً. أخرجه أحمد ٢/ ٢٠٧ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. و ٤/ ٤٣٤ من حديث عمران.

مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصر مذكوراً. (ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث) لأنه ليس بحليّ عرفاً ولا شرعاً حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وإن كان من ذهب حنث) لأنه حليّ ولهذا لا يحل

سبب عاديّ لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك إلا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول، لأن معنى كونه سبباً كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه، وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول، وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لأن الإضافة إلى التسري ليست إضافة إلى سبب الملك لأن الملك لا يثبت عند التسري أثراً له بل هو متقدم عليه، وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا، والواجب في ديارنا أن يفتي بقولهما لأن المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سبباً لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رحمه الله فيه.

[وهذه فروع تتعلق باللبس] حلف لا يلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث. حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة، ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوباً حنث والسراويل ثوب يحنث به، ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث. ولو ائتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره، بخلاف لا ألبس قميصاً لا يحنث إذا ائتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد، وكذا إذا حلف لا يلبس سراويل فائتزر به أو تعمم لا يحنث، ولو قال هذا السراويل فائتزر به أو تعمم حنث، ولو وضعه على عاتقه يريد حمله يحنث. ولو حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث، وفي هذا القباء يحنث لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد، وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس. وقال الصدر الشهيد: واختار الإمام الوالد الحنث في المنكر أيضاً لأنه يلبس أيضاً كذلك. ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث، وقيل بل يحنث، لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث، والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار، ومنه قوله ﷺ «الأنصار شعار والناس دثار»(١) وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لأنه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما إذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لأنه ملبس لا لابس، فهو كما تقدم إذا حلف لا يدخل فحمل وأدخل، فلو انتبه فألقاه كما انتبه لا يحنث، وإن ترك يحنث علم أن الثوب المحلوف عليه أولاً، وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه. ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفاً فأدخل إحدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والزرّ والعروة، ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث. أما لو قال ثوباً من غزلها لا يحنث، ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث، وكذا إن كان فيه وصلة في

الزوج (سبب لملك الزوج لما غزلته) يعني من ملك الزوج وقوله: (ولهذا) إيضاح لقوله وذلك سبب لملكه: يعني أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سبباً لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك، وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف، والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكاً وقت الحلف أو لم يكن. وقوله: (ومن حلف لا يلبس حلياً) بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر. واستدل بإباحة

---

(١) صحيح. أخرجه أحمد ٣/ ٦٧. ٧٦ وأبو يعلى ١٠٩٢ كلاهما من حديث أبي سعيد، وإسناده صحيح فيه ابن إسحق مدلس لكن صرح بالتحديث في رواية أحمد.

وأخرجه البخاري ٤٣٣٠ ومسلم ١٠٦١ كلاهما من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم في خبر تقسيم غنائم حُنين. وآخره: «ألا ترضون أن يذهب الناس بالشاة والبعير، وتذهبون بالنبي ﷺ إلى رحالكم. لولا الهجرة لكنت امرءاً من الأنصار، ولو سلك الناس وادياً وشِعباً لسلكت واديَ الأنصار وشِعبها. الأنصار شعار والناس دثار. إنكم ستلقون بعدي أثرةً، فاصبروا حتى تلقوني على الحوض».

هذا لفظ البخاري وكذا مسلم.

قال ابن حجر في الفتح ٨/ ٥٢: الشعار الثوب الذي يلي الجلد من الجسد، والدثار بكسر الدال يلبس فوق الشعار، وهذه استعارة لطيفة لفرط قربهم منه اهـ.

استعماله للرجال. (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة، وقالا يحنث) لأنه حليّ حقيقة حتى سمي به في القرآن. وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً، ومبني الأيمان على العرف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، ويفتي

كمه أو دخريصة أو علم من غزل غيرها، ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث، ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبي يوسف، وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى. حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوباً نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم، فإن كان يعمل بيده لا يحنث وإلا حنث. لا يلبس حريراً أو إبريسماً لا يحنث إلا بثوب كله أو لحمته منه لا ما سداه أو علمه منه إلا أن ينويه. لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف إلى الثوب المتخذ منه، فلو حشا به ثوباً وهو المضرّب لا يحنث، وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب، وإن نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لأنه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل. لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث. لا يلبس كتاناً فلبس ثوباً فيه كتان وغيره حنث. لا يكسو فلاناً فكساه. قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل إليه ثوباً فلبسه حنث إلا أن نوى كسوته بيده، ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوباً فلبسه لا يحنث قوله: (ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحنث (لنا أنه ليس بحليّ عرفاً ولا شرعاً) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة، وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حلياً كاملاً في حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدماً خصوصاً في العرف الذي هو مبنى الأيمان. قال المشايخ: هذا إذا لم يكن مصوّغاً على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص، فإن كان حنث لأنه لبس النساء، وإنما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سواراً أو خلخالاً أو قلادة أو قرطاً أو دملوجاً حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة. وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقاً، وإن كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد، لأن العرف في خاتم الفضة ينفي كونه حلياً وإن كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حنث) مطلقاً بفص وبلا فص اتفاقاً قوله: (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة، وقالا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة. وجه قولهما أنه حلي حقيقة فإنه يتزيّن به وسمى به في القرآن قال تعالى ﴿وتستخرجوا منه حلية تلبسونها﴾ [النحل ١٤] والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أن لا يتحلى به) في العادة وهو المراد بقوله: (عرفا إلا مرصعاً) بذهب أو فضة (ومبني الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف إلى المرصع فلا يحنث بغيره. قال بعض المشايخ: قياس قوله إنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل: (هذا اختلاف عصر وزمان) في زمانه كان لا يتحلى به إلا مرصعاً، وفي عرفهما تحلوا بالساذج (ويفتي بقولهما) لأن العرف القائم أنه يتحلى به ساذجاً كما يتحلى به مرصعاً قوله: (ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معين، فإنه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش، وبدليل قوله وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث، ولو كان نكرة بأن حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش لأنه نام على فراش نكرة، ثم إذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لأن القرام تبع للفراش لأنه سائر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملى: أي الملاءة المجعولة فوق الطرّاحة، وإذا كان تبعاً له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش، بخلاف ما إذا جعل فوقه فراشاً آخر فإنه لا يحنث إذا نام على الأعلى لأنه

استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحليّ، لأنه لو كان حلياً لحرم على الرجال لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال، ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حلياً أو كان ناقصاً في كونه حلياً فكان مباحاً (وإن كان من ذهب حنث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن. قيل الخواتيم ثلاثة، الذهب مطلقاً، والفضة المفصوصة والحالف أن لا يلبس حلياً يحنث بلبسهما، والفضة الغير المفصوصة والحالف لا يحنث بلبسه. قوله: (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر، والعقد بالكسر هو القلادة، والترصيع التركيب، يقال تاج مرصع بالجواهر. وقوله: (حتى سمي به في القرآن) أي بالحليّ يريد به قوله تعالى ﴿وتستخرجوا منه حلية تلبسونها﴾ وقوله تعالى ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤاً﴾ جعل اللؤلؤ حلياً بجعله تفسيراً

بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد **(ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث)** لأنه تبع للفراش فيعدّ نائماً عليه **(وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث)** لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له فقطع النسبة عن الأول **(ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث)** لأنه لا يسمى جالساً على الأرض، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً **(وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث)** لأنه يعد جالساً عليه، والجلوس على السرير في العادة كذلك، بخلاف ما إذا جعل فوقه سرير آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه.

مثله، والشيء لا كون تبعاً لمثله فتقطع النسبة إلى الأسفل. وروي عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائماً على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصرح أحدهما تبعاً للآخر. وحاصله أن كون الشيء ليس تبعاً لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماسه إلا الأعلى قوله: **(ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لا يسمى جالساً على الأرض)** عرفاً فاعتبر العرف كلاً من الأرض والبساط والحصير أصلاً، ولهذا يقال أجلس على البساط لا تجلس على الحصير، وتارة أجلس على الحصير لا تجلس على الأرض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الأرض، بخلاف ما لو جلس على ذيوله حيث يعدّ جالساً على الأرض، ويقال جلس فلان على الأرض فيحنث، وسرّه أنه حيث كان اللباس تبعاً له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلاً بل كأنه جلس بنفسه على الأرض. نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية **(ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير)** أو فراش **(حنث لأنه يعد جالساً عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك)** أي على ما يفرش عليه» يقال جلس الأمير على السرير، ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش **(بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر، لأنه)** أي الآخر الأعلى **(مثل الأول)** الأسفل فلم يجعل تابعاً له في العرف وهذا بالاتفاق، وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف، فإنه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وإن كان أحدهما فوق الآخر، بل يقال جلس على سرير فوق سرير، وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث. ولو بنى دكاناً فوق الدكان أو سطحاً على السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الأسفل فلا يحنث بالجلوس على الأعلى، ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والإسطبل. ولو بنى على ذلك سطحاً آخر فصلى عليه لا يكره، قاله الشيخ أبو المعين في شرح الجامع. وفي كافي الحاكم: حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث، وإن كان على بساط لم يحنث، وإن مشى على أحجار حنث لأنها من الأرض.

لقوله تعالى «يحلّون» وقوله: (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث، فإنه لو كان على حقيقته منكراً لحنث في هذه الصورة أيضاً لأنه نام على فراش. وقوله: (لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً) يشير إلى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الأرض وجلس عليه لم يحنث لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعاً له فصار بمنزلة البساط والحصير. وقوله: (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم.

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

(ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدي حرّ فمات فضربه فهو على الحياة) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق في الميت، ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة وكذلك الكسوة لأنه يراد به التمليك

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة

قوله: **(ومن قال إن ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة)** حتى إذا مات فضربه لا يحنث **(لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن)** أو استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب **(والإيلام)** والأدب **(لا يتحقق في الميت)** لأنه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب في قبره توضع فيه الحياة بقدر ما حس بالألم. والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الأجزاء بحيث لا تتميز الأجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة في تلك الأجزاء التي لا يأخذها البصر، وإن الله على ذلك لقدير. والخلاف فيه إن كان بناء على إنكار عذاب القبر أمكن، وإلا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الإحساس. وقد أورد على أخذ الإيلام في تعريف الضرب قوله تعالى **﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾** [ص ٤٤] فقد برّ بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا إيلام فيه. وأجيب أوّلاً بمنع عدم الألم في ضرب أيوب عليه السلام بالكلية. وقد روي عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر، وإن سلم فمخصوص بأيوب. ودفع بأنه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره. وفي الكشاف: هذه الرخصة باقية. والحق أن البرّ بضرب بضغث بلا ألم أصلاً خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام، ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرّة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة، وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم **(ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدي حرّ فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن)** وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الإيلام فيه، ونوقض بقوله تعالى **﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾** فقد برّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر، ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه إيلام فكيف لأجزائه. وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة إكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره، هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ما ذكر من تفسير الضغث. وروي عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر، فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقياً في شريعتنا أيضاً، وتمام الكلام فيه في الكشاف. وذكر في شرح الطحاوي: ومن حلف ليضربنّ فلاناً مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة إن، وصل إليه كل سوط بحياله برّ في يمينه، والإيلام شرط فيه لأن المقصود من الضرب الإيلام. وقوله: **(ومن يعذب في القبر)** جواب عما يقال قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر، وقيد بقول العامة احترازاً عن قول أبي الحسين الصالحي. فإن الميت عنده يعذب

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

قوله: **(فقد بر أيوب إلخ)** أقول: ولك أن تقرر السؤال بأن الضرب استعمل في الآية المجيدة فيما لا إيلام فيه، فعلم أن الضرب ليس اسماً لما ذكرتم فحينئذ لا يكون للجواب مساس بالسؤال. بل الجواب أن يقال: ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة قوله: **(وأجيب أنه جاز إلخ)** أقول: أنت خبير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب، إلا أن يجعل ما ذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح.

عند الإطلاق. ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر، وقيل بالفارسية ينصرف إلى

بدنه كل سوط منها، وذلك إما أن يكون بأطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة، والإيلام شرط فيه، أما عدمه بالكلية فلا. ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبرّ، ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لأن ضرب صورة لا معنى. ولا بد من معناه، فلا يبرّ إلا بأن يتألم، حتى إن من المشايخ من شرط فيما إذا جمع بين رؤوس الأعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفرداً به لأوجع المضروب، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال، والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الألم.

[فروع] قال لأضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد، ومثله حتى أتركك لا حيّ ولا ميت، وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك، وكذا حتى تبول أو حتى تبرك[1]. وعندي أيضاً على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت، ولأضربن ولدك على الأرض حتى ينشق نصفين، فهو على أن يضرب به الأرض ويركله[2] فقط، وخلاف هذا ليس بصحيح. حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه، وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث. حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث. ولو قال إن لقيتك فلم أضربك فعبدي حرّ فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل إليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث، قال محمد: إذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه. حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته: يعني فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث. حلف لا أعذبه فحبسه لا يحنث لأن الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق قوله: (وكذا الكسوة) إذا حلف ليكسونه فألقى عليه ثوباً بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها، ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة، وقد جعلها الله سبحانه إحدى خصال الكفارة، والمعتبر فيها فيما سوى الإطعام التمليك، والميت ليس أهلاً للتملك ليصح التمليك. قال الفقيه أبو الليث: لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي أن يحنث لأن هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك قوله: (إلا أن ينوي به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فيحنئذ يحنث لأن السترة تتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحياة، وذكر ضمير به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك، وقيل على تأويل الإكساء ولا وجود له في اللغة قوله: (وكذا الكلام) يعني إذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة، فلو كلمه بعد موته لا يحنث لأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه لأنه لا يسمع فلا يفهم. وأورد «أنه ﷺ قال لأهل القليب قليب بدر: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ فقال عمر رضي الله عنه:

من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت. وقوله: (وكذلك الكسوة) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حرّ فكساه بعد الموت لا يحنث. وقوله: (لأنه يراد به) أي بالكسوة على تأويل الإكساء (التمليك عند الإطلاق، ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوى به) أي بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لأن فيه تشديداً عليه. وقوله: (وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبي الليث، ومعناه أنه يحنث لأنه إذا حلف لا يلبس فلاناً فألبسه وهو ميت حنث لأن الإلباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك. وقوله: (وكذا الكلام والدخول) يعني إذا حلف لا يكلم فلاناً أو حلف لا يدخل على فلان

قال المصنف: (وهو من الميت لا يتحقق) أقول: قال في الكافي لأن الموت ينافي بقاء الملك فلأن ينافي ابتداءه أولى اهـ. وفيه بحث، فإنهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال، ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليتأمل.

---

(١) (تبرك) هكذا في الأصل، ولعلها محرفة على تبرد بالدال بمعنى تموت. كتبه مصححه.

(٢) (ويركله) هكذا في بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف: أي يضربه برجل واحدة. وفي بعض النسخ (يوكله) بالواو وهو تحريف، فليحذر.

اللبس (وكذا الكلام والدخول) لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه، والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (ولو قال إن غسلتك فعبدي حرّ فغسله بعد ما مات يحنث) لأن الغسل هو الإسالة ومعناه التطهير

أتكلم الموتى[١] يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم»[٢] وأجيب بأنه غير ثابت: يعني من جهة المعنى وإلا فهو في الصحيح، وذلك بسبب أن عائشة رضي الله عنها ردته[٣] بقوله تعالى ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ [فاطر ٢٢] ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ [الروم ٥٢] وبأنه إنما قاله له على وجه الموعظة للأحياء لا لإفهام الموتى، كما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين، أما نساؤكم فنكحت، وأما أموالكم فقسمت، وأما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم» وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفاً للحسرة عليهم، لكن بقي أنه روي عنه ﷺ «إن الميت ليسمع خفق نعالهم إذا انصرفوا»[٤] ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قوله: (والدخول) يعني إذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة، فلو دخل عليه ميتاً لا يحنث، لأن المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة، والزيارة للميت ليست حقيقة بل إنما المزور قبره، ولهذا قال رسول الله ﷺ «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها»[٥] ولم

فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه، والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فإن قيل: قد روي «أنّ رسول الله ﷺ كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسمائهم فقال: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً؟» أجيب بأن ذلك كان معجزة له ﷺ. وقوله: (ويتحقق ذلك) يعني التطهير (في

---

(١) كذا في بعض النسخ. وفي بعضها: ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح، والمدار على ثبوت الرواية، كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٧٦ من حديث أنس عن أبي طلحة: «أن نبيّ الله ﷺ أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلاً من صناديد قريش أن يدفنوا» وفيه: «فجعل يناديهم بأسمائهم وأسماء آبائهم: يا فلان ابن فلان ويا فلان ابن فلان أيسرّكم أنكم أطعتم الله ورسوله؟ فإنا قد وجدنا ما وعدنا ربُّنا حقاً، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟! فقال عمر: يا رسول الله ما تُكلمُ من أجسادٍ لا أرواح لها، فقال رسول الله ﷺ: والذي نفس محمد بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم».

قال قتادة: أحياهم الله حتى أسمعهم قوله توبيخاً، وتصغيراً، ونقيمة، وحسرة، وندماً.

هذا لفظ البخاري.

وهو عند ابن هشام في السيرة ٢/ ٢٠٧ وفيه تغير يسير.

(٣) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٣٩٨٠ و ٣٩٨١ من حديث ابن عمر قال: «وقف النبي ﷺ على قَليب بدرٍ، فقال: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ ثم قال: إنهم الآن يسمعون ما أقول»

«فذُكِرَ ذلك لعائشة فقالت: آنما قال النبي ﷺ إنهم الآن لَيَعْلَمون أن الذي كنت أقول لهم هو الحق، ثم قرأت (إنك لا تُسمعُ الموتى) حتى قرأت الآية».

هذا لفظ البخاري.

قلت: وما ذهب إليه المصنف فهو بعيد ولفظ: ليعلمون. لا ينفي السمع بل إن السمع أحد أسباب العلم وأما قول المصنف: قاله على وجه الموعظة للأحياء فمردود بجوابه ﷺ لعمر، وقد أقسم على ذلك حيث قال: والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم.

ثم ما استدل به المصنف هو اجتهاد من عائشة، وهي لم تحضر الحادثة، والذي حضرها هو أبو طلة، ورواه عنه صحابي جليل وهو أنس بن مالك، وأكد ذلك برواية ابن عمر، وبالحديث الآتي، وهناك أحاديث أخرى في الباب.

(٤) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ١٣٣٨ و ١٣٨٤ ومسلم ٢٨٧٠ حـ ٧٠ . ٧١ . ٧٢ وأبو داود ٣٢٣١ والنسائي ٤/ ٩٧ . ٩٨ وأحمد ٣/ ١٢٦ . ٢٣٣ وفي كتاب السنة ١٣٥٥ و ١٣٥٦ والبيهقي في سننه ٤/ ٨٠ وابن حيان ٣١٢٠ والبغوي ١٥٢٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أنس مطولاً في صفة عذاب القبر. وله شاهد.

أخرجه ابن حيان ٣١١٣ وعبد الرزاق ٦٧٠٣ وابن أبي شيبة ٣/ ٣٨٣ . ٣٨٤ والحاكم ١/ ٣٧٩ . ٣٨٠ . ٣٨١ والبيهقي في الاعتقاد من ٢٢٠ . ٢٢٢ كلهم من حديث أبي هريرة وصححه الحاكم وواضعه الذهبي وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٥١ . ٥٢ وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن.

(٥) تقدم في كتاب الجنائز باب زيارة القبور، وهو في صحيح مسلم وغيره.

ويتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام، وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا ضرباً (ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق

يقل عن زيارة الموتى قوله: (ولو قال إن غسلتك فعبدي حرّ انعقد على الحياة والموت لأن الغسل الإسالة) والمعنى المراد به التطهير أو إزالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة. وفي شرح الطحاوي في الأصل أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسرّ يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اهـ. ومثله التقبيل إذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث. وتقبيله ﷺ عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن(١) محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم. وقيل إن عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه. ولو حلف لا يغسل فلاناً أو لا يحمله أو لا يمسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت قوله: (ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها، وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك، لأنه لا يتعارف ضرباً. وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الأشياء كذلك. وفي المنتقى: حلف لا يضرب فلاناً فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث. واستشكل يمين الضرب بأنها إن تعلقت بصورة الضرب عرفاً فهو إيقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومدّ الشعر والعض لأنه لا يتعارف ضرباً أو بمعناه وهو الإيلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو إشكال وارد. وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظاً أو عرفاً. مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث عرفاً لكن لم يوجد شرط الحنث لفظاً، لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر. ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضاً لأنه وإن وجد شرط الحنث

البيت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتاً مسلماً لم يغسل لا تجوز وإن كان مغسولاً جازت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الإيلام) من هذه الأفعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وإن أوجعها وآلمها لأنه يسمى في العرف ممازحة لا ضرباً، وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام. وقوله: (ومن قال إن لم أقتل فلاناً) ظاهر. وقوله: (هو الصحيح) احتراز كما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق. وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه لا يحنث علم أو لم يعلم، وهو قول زفر وهو الصحيح، لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز، والله تعالى أعلم، وإن أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجوداً في الكوز وقت اليمين لأن الماء الذي أضيف إليه الشرب لا يحتمل الوجود

قوله: (أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه الصلاة والسلام) أقول: وأجاب العلامة النسفي في الكافي بأنه غير ثابت، فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: كذبتم على رسول الله ﷺ، قال الله تعالى ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ ثم قال على أنه كان مخصوصاً به اهـ. قال الزيلعي: ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء، ونظيره ما روي عن علي كرم الله وجهه قال «كان رسول الله ﷺ إذا أتى المقابل قال: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، أما نساؤكم فقد نكحت، وأموالكم فقد قسمت، ودوركم قد سكنت، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم» وكان يقول: سل الأرض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك، فإن لم تجبك جواباً أجابتك اعتباراً. وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اهـ. وفيه بحث لأنه يرده تتمة القصة لو صحت.

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٣/ ١٩٠ من حديث عائشة وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وسقط هذا الحديث من التلخيص حيث لم يذكره الذهبي.

وجاء في الاستيعاب لابن عبد البر ٣/ ٨٥ وهو بهامش الإصابة. قال ابن عبد البر: وروي من وجوه من حديث عائشة وغيرها «أن رسول الله ﷺ قبّل عثمان بن مظعون بعدما مات» اهـ.

وفلان ميت وهو عالم به حنث) لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصوّر فينعقد ثم يحنث للعجز العادي (فإن لم يعلم به لا يحنث) لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصوّر فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف. وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح.

لفظاً لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضاً لكنه لم يوجد عرفاً فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل. ثم قال فخر الإسلام وغيره: هذا يعني الحنث إذا كان في الغضب، أما إذا فعل في الممازحة فلا يحنث، ولو أدماها لكن لا على قصد الإدماء بل وقع الخطأ في الممازحة باليد. وعن الفقيه أبي الليث أنه قال: هذا إذا كانت بالعربية، أما إذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض، والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضاً إلا أنه خلاف المذهب قوله: **(ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث)** لأنه لما علم بموته قبل حلفه والقتل إزالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصوّر فينعقد بالاتفاق **(ثم يحنث)** في الحال **(للعجز)** الحالي المستمر عادة **(وإن لم يعلم لا يحنث لأنه عقد يمينه)** لا محالة على إزالة الحياة القائمة فيه، ولا يتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة **(فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف)** السابق بين أبي يوسف وبينهما، فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لأنه لا حنث إذ لا انعقاد قوله: **(وليس في تلك المسئلة)** أي مسئلة الكوز **(تفصيل بين العلم وعدمه)** بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف فقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فإنه يحنث بالاتفاق. وعن أبي حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر. ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي أن تنعقد يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه، بخلاف ما إذا لم يعلم أن في الكوز ماء لأن يمينه انعقدت على ماء في الكوز، ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه.

إذ الحادث غيره، بخلاف مسئلة القتل إذا كان يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان، فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى ﴿فأماته الله مائة عام ثم بعثه﴾ وكان ما عقد عليه اليمين متوهماً، والعاديّ منسوب إلى العادة كالإرادي منسوب إلى الإرادة، فإن تاء التأنيث تحذف في النسبة.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فهو على ما دون الشهر، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لأن ما دونه يعد قريباً، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً، ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر **(ومن حلف ليقضينّ فلاناً دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف)** لأن الزيافة عيب والعيب لا يعدم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لأنها أكثر دوراً في المعاملات قوله: **(ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب)** أو عاجلاً **(فهو ما دون الشهر)** فإن أخره إلى الشهر حنث **(وإن قال إلى بعيد)** أو آجلاً **(فهو على أكثر من شهرَ وعلى الشهر أيضاً، ولكنه قصد الطباق)** بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث إلا بالموت إذا مات لشهر فصاعداً من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة إلى الموت، فإن مات لأقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا. وقال الشافعي وأحمد: ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لأنه إضافي، فكل مدة قريبة بالنسبة إلى ما بعدها وبعيدة بالنسبة إلى ما دونها، ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر، وإنما يحكم بحنثه إذا ملت قبل أن يقضيه. وقلنا: هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الإضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت، واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان. والعرف يعدّ الشهر بعيداً فإنه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الإطلاق وعدم النية يعتبر ذلك، فأما إذا نوى بقوله إلى قريب وإلى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى، حتى لو نوى بقوله إلى قريب أو عاجلاً سنة أو أكثر صحت، وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة، وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها قوله: **(ومن حلف ليقضينّ فلاناً دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها)** أي بعض الدراهم **(زيوفاً)** وهي المغشوشة غشاً قليلاً بحيث يتجوّز التجار بها وإنما يردّه بيت المال **(أو نبهرجة)** وغشها أكثر من الزيوف يردّه من التجار المستقصي ويقبله السهل منهم **(أو مستحقة لم يحنث)** بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم أو لا **(لأن الزيف عيب)** وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء **(والعيب)** في الجنس **(لا يعدم الجنس)**.أي جنس الدراهم **(ولهذا)** أي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم **(ولو تجوّز بها)** في الصرف: أي لو جعلت بدلاً في الصرف بالجياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع أن الافتراق عن غير

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها أكثر استعمالاً، ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لأن التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه، هذا ما قاله الشارحون. وأقول: جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسئلة، والأصل في هذا الباب أن الديون تقضى بأمثالها، وأن العيب لا يعدم الجنس، وأن ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد. قال: **(ومن حلف ليقضينّ دينه)**. تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه **(إلى قريب فهو ما دون الشهر، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر)** لما ذكره في الكتاب، وجعل الشهر أيضاً بعيداً لأنه في

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قوله: **(وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي)** أقول: فلا وجه لقصر سببية التقاضي على القضاء والقبض لكونه مبني للعدد أيضاً على ما ذكره

الجنس، ولهذا لو تجوّز به صار مستوفياً، فوجد شرط البرّ وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البرّ المتحقق **(وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة حنث)** لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم **(وإن باعه بها عبداً وقبضه برّ في يمينه)** لأن قضاء الدين طريقه المقاصّة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به **(وإن**

قبض مفسد لهما، فعرف أنهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبرّ في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم **(المستحقة صحيح)** ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز، وإذا برّ في دفع هذه المسميات الثلاثة، فلو رد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البرّ، وإن انتقض القبض فإنما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض، ومثله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعتق فردّها مولى المكاتب بسبب أنها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق **(ولو كانت رصاصاً أو ستوقة حنث)** إذا انقضى اليوم ولم يردّ بدلها دراهم. والستوقة المغشوشة غشاً زائداً وهو تعريب سى توقه: أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه **(لأنها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوّز بها في الصرف والسلم)** ولا يعتق المكاتب بأدائها، فلو ردّها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله: (وإن باعه)** أي إن باع الحالف المديون ربّ الدين الذي حلف ليقضينّ اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه **(عبداً وقبضه)** رب الدين **(برّ)** المديون **(في يمينه)** لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة، وهو أن يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضموناً عليه لأنه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصاً، فكذا هنا إذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبرّ في يمينه بإعطاء العبد قصاصاً وهو أن يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصاً، ثم البرّ وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أو لا، حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين، ولا ينتفض البرّ في اليمين وإنما نص عليه محمد تأكيداً للبيع ليتقرّر الدين على ربّ الدين، لأن الثمن وإن وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض، ولو كان البيع فاسداً وقبضه، فإن كانت قيمته تفي بالدين برّ وإلا حنث لأنه مضمون بالقيمة، هذا إذا حلف المديون، وكذا إذا حلف ربّ الدين فقال إن لم أقبض مالي عليك اليوم أو إن لم أستوف. قال محمد **(فإن وهبها له لم يبرّ)** يعني إذا وهب ربّ الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبرّ المديون لأن شرط البرّ القضاء ولم يوجد **(لعدم المقاصة)** ولأن فعل المديون والهبة فعل الدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر. قال في الفوائد الظهيرية:

العرف يعدّ بعيداً، وإن زاد في التقاضي **(فحلف ليقضينّ دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة برّ في يمينه)** لما ذكره في الكتاب. والزيف ما يردّه بيت المال، والنبهرج ما يردّه التجار، وسيأتي في كتاب البيوع. وقوله: **(فوجد شرط برّه)** يعني قضاء دينه في اليوم **(وقبض المستحقة صحيح)** ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئاً فأخذها المستحق بقي البيع صحيحاً، ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن **(ولا يرتفع برده)** أي بردّ ما قضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة **(البر المتحقق)** لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة، فإن مولى المكاتب إذا ردّ البدل لكونه زيفاً أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق، بخلاف قضاء الدين فإنه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت. قوله: **(وإن وجدها رصاصاً)** ظاهر. وقوله: **(لأن قضاء الدين طريقه المقاصة)** بيانه أن ما يقبضه ربّ الدين يصير مضموناً عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجد التمليك، ولرب الدين على المديون مثله، أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصاً **(وقد تحققت بمجرد البيع)** لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصوّر لأن القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضي بأمثالها. وقوله: **(فكأنه شرط القبض)** كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير

قال المصنف: **(لأن القضاء فعله)** أقول: فيه تأمل، إلا أن يكون بدلاً عن قوله لعدم المقاصة قوله: **(قال بعض الشارحين: ولنا فيه نظر)** أقول: أراد الإتقاني.

وهبها له) يعني الدين **(لم يبر)** لعدم المقاصّة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين، **(ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه)** لأن الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق، ألا يرى أنه أضاف القبض إلى دين معرّف مضاف إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به **(فإن قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق)** لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه **(ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث)** لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها **(وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة)** لأن كل ذلك أداة الاستثناء.

وإذا لم يبرّ لم يحنث أيضاً عندهما لفوات المحلوف عليه: يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم. وتقدم في مسئلة الكوز أن بقاء التصوّر شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة، وهذه كذلك إذ الكلام هنا في يمين مؤقتة، وإن كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم. واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع النقيضين لأن البرّ نقيض الحنث فلا يرتفعان، وهذا غلط لأن النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما دائماً هما في الأمور الحقيقية كوجود زيد وعدمه، أما في الأمور الشرعية إذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فإنما يثبت حكمهما ما دام السبب قائماً، وما نحن فيه منه، فإن قيام اليمين سبب لثبوت أحد الأمرين لا محالة من الحنث أو البرّ شرعاً، فإن فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبرّ كما هو قبل اليمين حيث لا برّ ولا حنث، فإذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده، وجميع ما أورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز، وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لأن عدم الحنث متفق عليه، وإنما يفيده لو قالوا برّ ولم يحنث، وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل. واعلم أن جواب هذه المسئلة: أعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحالف على يوم بعينه كما أشرنا إلى ذلك، أما المطلقة بأن حلف ليقضينّ دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لأن التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء، وحين حلف كان الدين قائماً فكان تصوّر البر ثابتاً فانعقدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة قوله: **(ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث)** بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه، فإذا قبضه حنث

ويقبضه. ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لأن ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لأنه على شرف السقوط بموته، فإذا قبضه صار متقرراً فيكون مثله فيتقاصان **(وإن وهبها له)** أي إن وهب الدائن دينه للمديون **(لم يبرّ)** الحالف **(لعدم المقاصة)** لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء **(والهبة)** ليست فعله لأنها **(إسقاط من صاحب الدين)** وإنما قال لم يبرّ لأنه أعم من الحنث، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبرّ ولم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم. قال بعض الشارحين: ولنا فيه نظر لأنه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين، وهو فاسد بمرّة لأن البرّ نقيض الحنث، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر، فلا يجوز أن يرتفعا جميعاً. وأقول: ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البرّ صار كغير الحالف من الناس فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما. وإذا تقاضى دينه فقال أقضيها منجماً فحلف **(لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع)** متفرقاً **(لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه)**، وهو اسم لكل ماله عليه **(فينصرف إليه)** ينتفي بانتفاء جزئه. فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث، وههنا إن فات عدم التفرق لم

قوله: **(لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق)** أقول: فيه بحث، إلا أن يعتبر الجزء الآخر وصف التفرق فالأولى تبديل الباء بالواو قوله: **(إن فات عدم التفرق إلخ)** أقول: الذي هو أحد الجزءين قوله: **(لم يوجد قبض الجميع)** أقول: الذي هو الجزء الآخر قال المصنف: **(ولأن استثناء المائة)** أقول: فيه بحث، إلا أن يكون المراد بالإشارة إلى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتأمل.

[مسائل متفرقة] (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الامتناع ضرورة عموم النفي (وإن حلف ليفعلنّ كذا ففعله مرة واحدة برّ في يمينه) لأن الملتزم فعل واحد غير عين. إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي فعل

(لأن الشرط) أي شرط الحنث (قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض) المتفرّق (إلى كل الدين) حيث قال: لا أقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث إلا بتمامه متفرقاً، غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث إذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين إلا بعمل الوزن لأن المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة، بخلاف ما إذا تشاغل بعمل آخر لأنه به يختلف مجلس القبض على ما عرف، ولأنه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى. والمسئلة في الجامع الكبير مؤقتة هكذا إذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حرّ إن أخذتها منك اليوم درهماً دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لأن شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق. ولو قال إن أخذت منها اليوم منك درهمان دون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث، لأن شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقاً لأن كلمة من للتبعيض وقد وجد قوله: (ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين لم يحنث لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة) فيصدق على الخمسين، إذ يصدق أن الخمسين ليس زائداً على المائة. وأما بالنظر إلى اللفظ فلا يصح إلا على جعل المستثنى مسكوتاً عن حكمه، فإن معنى اللفظ ليس لي مال إلا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فإذا قلنا إن المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه بل ولا متعرضاً لها بإثبات بوجه من الوجوه، وهذا قول طائفة من المشايخ. وأما على جعله مثبتاً بطريق الإشارة كما هو قول طائفة أخرى، أو على أن الاستثناء من النفي إثبات وهو مختارنا، وصرح به المصنف فقال: الاستثناء من النفي إثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظاً لأنه حلف على أن له مائة. وأما قول المصنف (لأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لأن المقصود منه عرفاً الخ وهو أن يكون مدلولاً له ومعلوم أن إخراجها ليس إلا من النفي، وحاصله إخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك، فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعوّل عليه إلا وجه العرف، بخلاف مالو ادعى أنه أعطى زيد مائة مثلاً فقال زيد لم يعطني إلا خمسين فقال إن كنت أعطيته إلا مائة فهذا لنفي النقصان لأنه قصد بيمينه الرد على المنكر. وفي الجامع الصغير: عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين فملك عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على الخمسين إن كان من جنس مال الزكاة حنث وإلا لا؛ ألا ترى أنه لو قال مال صدقة ينصرف إلى مال الزكاة أو حلف ما لي مال لا يحنث إلا بمال الزكاة. وفي خزانة الأكمل: لو قال امرأته طالق إن كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث، والمسئلة تأتي إن شاء الله تعالى.

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الإشارة لأمر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن

يوجد قبض الجميع. وقوله: (فإن قبض دينه في وزنين) ظاهر. ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال: (إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث) لما ذكره في الكتاب. قوله: (ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) يعني فكان استثناء الخمسين داخلاً تحت استثناء المائة لأن الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لم يحنث.

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل التي أذكرها مسائل متفرقة، ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الأبواب في آخر الكتاب (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) اليمين على فعل الشيء أو تركه لا تخلو إما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة، فإن كان الثاني وهو المذكور في الكتاب، فإن كان على الترك تركه أبداً، وإن كان على الفعل برّ بفعله مرة على أيّ وجه كان ناسياً أو

(مسائل متفرقة) قوله: (كان الإعلام واجباً حال ولايته خاصة إلخ) أقول: ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيداً نظراً إلى المقصود وهو المبادرة إلى زجره ودفع شره، فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به.

فعله، وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل. (وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر

وضع المسائل فتكون الإشارة على ظاهرها، والظاهر الأول لأن المعتاد تقدم الترجمة، فإن من عادة المصنفين أن يذكروا لما شذ عن الأبواب هذه الترجمة ونحوها قوله: (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفى الفعل فعم الامتناع) في جميع الأوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفي) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الأوقات ثابتاً (وإن حلف ليفعلن كذا برّ بالفعل مرة واحدة لأن الملتزم فعل واحد غير عين، إذ المقام مقام الإثبات فيبرّ بأي فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسياً أصيلاً أو وكيلاً عن غيره، وإذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصي بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليضربن زيداً أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث، هذا إذا كانت اليمين مطلقة كما أريناك، فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافاً لأبي يوسف، ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة، ولو جنّ الحالف في يومه حنث عندنا خلافاً لأحمد قوله: (وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد، ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل لا يلزمه إخباره بعد ذلك، هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شرّه أو شرّ غيره بزجره، لأنه إذا زجر داعر انزجر داعر آخر كما قال تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة ١٧٩] وهذا لا يتحقق، إلا في حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية) وإذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية. وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضاً، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد. وفي شرح الكنز أيضاً: ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع

عامداً مختاراً أو مكرهاً أو بطريق التوكيل، لأن الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء، وهو منكر لعدم الحاجة إلى التعريف، والنكرة في سياق النفي تعمم فيوجب عموم الامتناع، وفي الإثبات تخص، فإن فعله في صورة النفي مرة حنث، وإن فعله في صورة الإثبات مرة برّ (وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فإن كان الأول ولم يذكره في الكتاب فإنه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وإن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لأن الوقت مانع من الانحلال، إذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر) أي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد (دخل البلد كان الإعلام واجباً حال ولايته خاصة) وليس يلزم الإعلام حال دخوله، وإنما يلزمه أن لا يؤخر الإعلام إلى ما بعد موت الوالي أو عزله على ظاهر الرواية (لأن المقصود منه) أي من الإعلام (دفع شرّه) أي شرّ نفس الداعر (أو شرّ غيره بزجره) فإن الوالي إذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده او نيته، وهذا المقصود إنما يفيد فائدته إذا كان الوالي قادراً على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة (وكذلك بالعزل في ظاهر الرواية) وإنما قيد بظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يجب الإعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضاً لأنه مفيد في الجملة.

وقوله: (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره في الكتاب واضح، واختلف أصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول، فمنهم من قال بثبوته إلا أنه بالرد ينتقض دفعاً لضرر المنة، ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرماً للموهوب له فيعتق عليه فلا

قوله: (فلا يمكن دفع الضرر) أقول: أي ضرر المنة.

دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لأن المقصود منه دفع شرّه أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية **(ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه)** خلافاً لزفر

الإمكان اهـ. ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيداً نظراً إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شرّه. فالداعي يوجب التقييد بالفور: أي فور علمه به، وعلى هذا لو حلف ربّ الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع. وكذا لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية، وإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما، بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فإنه لا يتقيد به، إذ لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الإذن، وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقاً ومقيداً، وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوّجها بغير إذنك طالق فطلق امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً ثم تزوّج بغير إذنها طلقت لأنه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح قوله: **(ومن حلف ليهبنّ عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه)** الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الإيجاب والقبول معاً، وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية. وقال زفر: هي كالبيع. وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع. فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لأن إقراره بالبيع تضمن إقراره بالإيجاب والقبول، وقوله لم تقبل رجوع عنه، وكذا على عدم الحنث إذا حلف لا يبيع فأوجب فقط، وعلى الحنث إذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط، ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة، فعندنا يبرّ بالإيجاب، وعنده يحنث. ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع **(لأنه)** أي عقد الهبة **(تمليك مثله)** حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو: أي عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب في البيع، ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد إيجاب الهبة والقبول من الآخر برّ لتمام السبب، وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار. وفي رواية أخرى عنه: يشترط معه القبض فلا يبرّ حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر. قال المصنف **(ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع)** أي الهبة اسم للتبرّع، فإذا تبرّع وجد المسمى فيحنث، ولا يراد تمامه سبباً للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول، إلا أن بالرد ينتقض دفعاً لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لأنه لا معوّل ولا عمل على هذا، بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه إلى القبول في تمام العقد ووقوعه سبباً لملك الآخر كالبيع. والحاصل أنه إنما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك، وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وإن كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع في هذا القدر، وحقيقة الخلاف إنما هو في تعيين مسميات شرعية لألفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالنقل أو الاستدلال، فلما كان عند إطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الإيجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع، ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك، واستدل الأصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس «أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء أو بودّان فردّه عليه، فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نردّه عليك إلا أنا حرم»[1] فقد أطلق اسم الإهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه ردّه عليه. ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول

. . . .

---

(١) متفق عليه. تقدم في كتاب الحج باب الصيد.

فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله. ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع ولهذا يقال وهب ولم يقبل، ولأن المقصود إظهار

الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل، وعلى كل تقدير يفيد، أن اسم الهداية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أو لا. واستدل أيضاً بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منهما بلازم لأن غاية ما فيه أن يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الإيجاب بقرينة كقوله فلم يقبل، ونحن لا ننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع، وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الإيجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ـ ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئاً ويكون مستعملاً لاسم الكل في الجزء، فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الإيجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الإيجاب والإثبات. وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما: كنت نحلتك عشرين وسقاً من مال العالية وإنك لم تكوني حزتيه. فسماه نحلى قبل القبض، فإنما ينتهض على إحدى روايتي زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضاً، ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الإيجاب والقبول، والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ. وأما الوجه القائل إن المقصود من الهبة إظهار السماحة وهو يتم بالإيجاب: يعني فالظاهر أن الاسم بإزاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفي أنه غير لازم، وإلا كانت أسماء الأمور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات. وأيضاً فقصد الإظهار للسماحة هو عين المراءاة، ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه، بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الأجنبي، وهذا أليق أن يجعل مقصوداً للعقلاء فيجب الحمل عليه، وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول إلا بمجموع القبول والإيجاب، وأقرّ بها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف. والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وإن كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر، فهو اسم لجزء السبب إن سلم هذا، وعلى هذا الخلاف القرض. وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لأن القرض في حكم المعاوضة، فلو قال أقرضني فلان ألفاً فلم أقبل لا يقبل قوله. ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان. والإبراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض. والهبة لأنه تمليك بلا عوض، ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والإبراء قياساً واستحساناً. وقال الحلواني فيهما كالهبة. قيل والأشبه أن يلحق الإبراء الهبة لعدم العوض، والقرض بالبيع للعوض. واعلم أن الإبراء له شبهان: شبه بالإسقاط لأن الدين وصف في الذمة لا عين مال، فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول. وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله إلى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة، ولهذا قلنا يرتدّ بالرد ولا يقبل التعليق، ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة.

[فروع] حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث، وكذا لو اشترى أباه في مرضه فعتق عليه، ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها برّ، ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا من قبضه لأنها صارت ملكاً للورثة. وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لا فيها القبول من الآخر. ولو قال لعبد إن وهبك فلان مني فأنت حرّ فوهبه منه إن كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه إليه أولاً، وإن كان وديعة في يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل أو لم يقبل، وإن بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق. ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فأجاز الحالف الهبة حنث كذا ابن سماعة عن محمد. ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث. حلف لا يستدين ديناً فتزوّج لا يحنث. ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الأب لأنه لا ربح للأب في المال، وتنعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الأعيان، فلو اشتريا عبداً لم يحنث، بخلاف ما لو قال:

يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول، بخلاف البيع والإجارة وكل عقد فيه بدل لأنه تملك من الجانبين فكان تمامه بهما

السماحة وذلك يتم به، أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا

لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث، بخلاف ما لو ورثا شيئاً لا يحنث لأنه لم يشاركه مختاراً إنما لزمه حكماً أحب أو كره قوله: (ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لم يحنث) ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة، وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة. ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود، فلو حلف لا يشم طيباً فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة إلى دماغه. وفي المغرب: الريحان كل ما طاب ريحه من النبات. وعند الفقهاء: ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه. وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة. وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط لأنه قال تعالى: ﴿والنجم والشجر يسجدان﴾ [الرحمن ٦] ثم قال ﴿والحبّ ذو العصف والريحان﴾ [الرحمن ١٢] ولأن الريحان إنما يطلق على ما بنيت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة، وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة إنه' الرائحة للزهر خاصة، هذا والذي يجب أن يعوّل عليه في ديارنا إهدار ذلك كله لأن الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم، وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لأنهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي، وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه إلا الحماحم فلا يحنث إلا بعين ذلك النوع قوله: (ولو حلف لا يشتري بنفسجاً فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقة. وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضاً بعموم المجاز، وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع البنفسج وإنما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به، وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد إلا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلاً كما قال في الورد والحناء إن اليمين على شرائهما ينصرف إلى الورق لأنهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج.

[فروع متفرقة الأصناف] إذا حلف على الدجاج نفياً أو إثباتاً وكذا الحمل والإبل والبعير والجزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والأنثى والتاء للوحدة، قال قائلهم:

لما مررت بدير هند أرّقني ... صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت إنما هو للديك، وفي الحديث «في خمس من الإبل شاة»[1] وعن أبي يوسف البقرة: لا تتناول الثور وليس

(ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق) قيل هذا تفسير الإمام فخر الإسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف، وفيه نظر لأنه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً. وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له أن لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة، على أن نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في أوضاع اللغة وهو متعذر. وقيل في الضابط بين الورد والريحان أن ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان، وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد (ومن حلف لا يشتري بنفسجاً فاشترى دهن بنفسج حنث اعتباراً للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبني عليه) أي على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة وقيل: (في عرفنا

قوله: (قيل هذا تفسير الإمام إلخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: (وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له إلخ) أقول: يعني اسم لما لا ساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه، وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه قوله: (اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة) أقول: المعتبر في الأيمان ما هو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء.

---

(١) تقدم في الزكاة أخرجه البخاري والجماعة.

يحنث) لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق **(ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه)** اعتباراً للعرف ولهذا

بذلك، والثور والكبش والديك للذكر، والبرذون للعجمي، والبقر لا يتناول الجاموس للعرف. حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحداً منهما حنث، وإن لم يذكر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث. حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقة وفيه طعم الحمص حنث، ذكرها في فتاوى قاضيخان. وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه أنه لا يحنث أن يقيد بما إذا لم يجد طعم اللحم. حلف لا يشرب حراماً من هذا الجنس فقاء وشرب قيأه لا يحنث. قال لعبده إن سقيت الحمار فأنت حرّ فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لأنه سقاه لكنه لم يشرب. حلف لا يشرب عصيراً فعصر عنقود في حلقه لا يحنث، ولو عصره في كفه فحساه حنث، أما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما. وفي الفتاوى: هذا في عرفهم، أما عرفنا فينبغي أن لا يكون حانثاً لأن ماء العنب لا يسمى عصيراً في أول ما يعصر. حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسوّر الحائط. قال الفقيه: وبه نأخذ. قال الصدر الشهيد: فرق بين هذا وبين مالو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فإنه يحنث. ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها إن لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعاً حسياً حنث. قال الصدر الشهيد: هذا في فتاوى الفضلي، وذكر بعد هذا أنه لا يحنث، قال: والأصح أنه يحنث، ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل، وذلك لأن الشرع قد يجعل الموجود معدوماً بالعذر كالإكراه وغيره، ولا يجعل المعدوم موجوداً وإن وجد العذار اهـ. يعني وقد أكرهت على السكنى وهو فعل، والمكره على الفعل لا يضاف الفعل إليه فلا يحنث، وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فيمن قال إن لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياماً أنه يحنث وهو الصحيح. وفي الخلاصة: لو قال لامرأته إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلاً فهي معذورة حتى تصبح. ولو قال الرجل لم كن معذوراً هو الصحيح إلا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به. كل عبد لي حرّ وله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه إلى التام، ومثله لا آكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركاً لا يحنث لو أكل منه، ويعتق عبده المأذون وإن كان عليه دين، ولا يعتق عبد عبده المأذون عند أبي حنيفة إذا كان عبده مستغرقاً كسبه ورقبته بالدين وإن نوى المولى عتقهم، وإن لم يكن عليه دين إن نواه عتق وإلا فلا، وعند أبي يوسف إن نواه عتق وإلا فلا كان عليه دين أو لا. وقال محمد عتقوا جميعاً في الأحوال كلها. قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئاً فهو حالف فإن لم يفعل المخاطب حنث وإن أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على واحد منهما إذا لم يفعل. ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدي إلا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضاً. ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدىء وإن نواه. اشترى مناً من اللحم فقالت امرأته هو أقل من منّ وحلفت عليه فقال إن لم يكن مناً فأنت طالق فإنه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة. حلف لا يأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقاً نفقة فأكل منه حنث لأنه باق على ملكه. قال القاضي الإمام: هذا إذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي ما يكفيك، أما إذا أفرز قدراً من الدقيق وأعطاها إياه صار ملكاً لها فلا يحنث. قال في الخلاصة: وفي الفتاوى: حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لا يحنث لأن كلاً منهما آكل من مال نفسه في العرف، وفيه نظر. قال: قلت للقاضي الإمام: لو كان أحد الشركاء صبياً لا يجوز هذا، ولو كان كل واحد آكلاً من مال نفسه ينبغي أن يجوز، قال: نعم استصوبني ولكن لم يصرح

يقع على الورق، وإن حلف على الورد فاليمين على الورق، **لأنه)** أي الورد **(حقيقة فيه)** أي في الورق **(والعرف مقرر له)** أي لوقوع اليمين على الحقيقة: يعني أن اسم الورد على الورق حقيقة، وفي العرف أيضاً يفهم منه ذلك فكان العرف مقرراً على الحقيقة

يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق (وإن حلف على الورد فاليمين على الورق) لأنه حقيقة فيه والعرف مقرر له، وفي النفسج قاض عليه.

بالخلاف اهـ. وأقول: الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفاً لا حقيقة، وعلى العرف تبتني الأيمان فلم يحنث، وعدم جواز التناهد مع الصبي لأنه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضاً. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل خبزاً بينه وبين فلان يحنث. وقال في مجموع النوازل: لا يحنث لأنه أكل حصته. ولو حلف لا يأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل إن لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لا يحنث وإلا حنث. ولو حلف لا يأكل رغيفاً لفلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث. في مجموع النوازل: وكذا دار بين أختين قال زوج إحداهما إن دخلت إلا في نصيبك فأنت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لأنها ما دخلت في غير نصيبها. ولو حلف لا يدخل دار لفلان فدخل داراً بينه وبين غيره لا يحنث. ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره يحنث لأن نصف الأرض يسمى أرضاً ونصف الدار لا يسمى داراً. ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث. ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث. ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث. ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث. وفي الأصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث إلا إذا نوى شراءه وحده، بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوباً اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوباً اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لأن الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض. ومثله لا يدخل داراً اشتراها فلان فدخل داراً اشتراها فلان مع غيره لا يحنث. وفي مجموع النوازل: امرأة وهبت طيراً فقال لها زوجها إكراز نردداپكي تو بحرم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث. قال صاحب الخلاصة: وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لا يحنث. صورتها في الفتاوي: حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن للحالف فاشترى به شيئاً فأكله لا يحنث. قال وهذا أصح من الأول. وفي الجامع الصغير: لو قال إن أكلت اليوم إلا رغيفاً أو إن تغذيت برغيف فعبدي حرّ فأكل رغيفاً ثم أكل بعده تمراً أو فاكهة حنث. وفي فتاوى قاضيخان: حلف لا يأكل اليوم إلا رغيفاً فأكل رغيفاً مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حانثاً لأن الاستثناء يقتضي المجانسة المعنى المطلوب، وهذه الأشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الأكل وهذا خلاف الأول. ولو قال إن أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة. وفي الفتاوى: حلف لا يأكل هذه الخابية التي فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الأكل بيع فباع النصف لا يحنث. ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين. ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كالرغيف مثلاً فأكل بعضه قال أبو بكر الإسكاف: إن كان شيئاً يمكنه أن يأكله كله في مرة لا يحنث بأكل بعضه، وقال بعضهم: إذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح. وقال محمد: كل شيء يأكله الرجل في مجلس واحد أو يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه، لكن في الفتاوى للقاضي: حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقي منه شيء يسير يحنث، فإن نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يصدق في القضاء فيه روايتان اهـ. وكأن المراد أن يترك شيئاً قليلاً جداً بحيث لا يقال إلا أن فلاناً أكل جميع الرغيف لقلة المتروك وإلا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع أنه إذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض. وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف عليّ حرام

(وفي البنفسج قاض عليه) أي غالب راجح: يعني أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه، ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه إلى دهنه فكان العرف غالباً وراجحاً في اسم البنفسج على حقيقته.

. . . .

حنث بأكل لقمة منه. قال في فتاوى قاضيخان: قال مشايخنا: الصحيح أنه لا يكون حانثاً، لأن قوله هذا الرغيف عليّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض. قال إبراهيم: سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فللّه عليّ أن أتصدّق بدرهم فأكل فعليه في كل لقمة من اللحم في كل نفس من الماء درهم. حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لا يحنث حتى يكلمهما إلا أن ينوي الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما، أو لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دوكس سحون نكويم ونوى واحداً لا تصح نيته، ذكره في المحيط. قال: وينبغي أن تصح لأن المثنى يذكر ويراد به الواحد، فإذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اهـ. فهو مقيد بما إذا كان فيه تغليظ على نفسه. ولو قال فلاناً أو فلاناً حنث بأحدهما، وكذا لو قال فلاناً ولا فلاناً. وفي مجموع النوازل: لا أكلم فلاناً يوماً ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام، ولو قال لا أكلمه لا يوماً ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام. حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئاً قال محمد بن سلمة: يحنث لأن المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع المأكولات، وقال غيره: لا يحنث في يمينه إلا أن ينوى جميع المأكولات والمشروبات، أما لو قال بالفارسية فلا شك في تناول المأكول والمشروب. حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وإن لم يغتسل لأن اليمين انعقدت على الجماع كناية. ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضاً إذا اغتسل لأنه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث، كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث. ولو حلف لا يحل تكته على امرأته إن أراد أنه يجامع صح وهو مول، وإن لم يرد إن فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث، لأن فتح سراويله عليها أن يفتح لأجل جماعها، وإن فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا: ينبغي أن كون حانثاً لوجود شرط الحنث. ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة إن نوى عين حلها لا يحنث وصدّق قضاء، وإن لم ينو يحنث، ونحو هذا قوله إن اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فأنزل قالوا يرجى أن لا يكون حانثاً ويكون يمينه على الجماع. وعلى هذا الأصل لو حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار: أرجو أن لا تحنث. قال الفقيه أبو الليث: لأن قولها كناية عن الجماع، فإذا كانت مكرهة عليه لا تحنث. ولو قال لها عند إرادته الجماع إن لم تمكنيني أو لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة إن كان بعد سكون شهوته حنث وإلا لا. وفي الجامع الكبير: حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث، فإن قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما. ولو قال لامرأته إن فعلت حراماً في هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً فهذا على الجماع، فإن علمته بأن فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لأنه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت إلا بذلك، ولو أقرّ لها كفى مرة لا يسعها المقام معه، فإن جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم، فإن حلف وسعها المقام معه. قلت: فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما إذا علمت أنه طلقها ثلاثاً يقيناً ثم أنكر فإنها لا تمكنه أبداً، وإذا لم تستطع منعه عنها لها أن تسمه. ولو قال لها بالفارسية اكرتو باكسي حرام كنه فأنت طالق فأبانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لأنهما يعتبران عموم اللفظ، وأبو يوسف يعتبر الغرض، فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى، ذكره في الخلاصة وغيرها. ولو قال الآخر إن فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة: إن لم يفعل على فور فعله حنث. حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه، ففي البالغ لا يحنث لأن معرفة البالغ كذلك، ويحنث في الصغير، وعليه فرّع ما لو ولد لرجل ولد فأخرجه إلى جار له ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبيّ يحنث. ولو تزوّج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف أنه لا يعرفها لا يحنث، وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث إلا أن يعني به معرفة وجهه فيحنث لأنه شدّد على نفسه. ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ثانياً لا يحنث. حلف لا ترك فلاناً يفعل كذا كلا يمرّ أو لا يذهب من هنا أو لا يدخل يبرّ بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمرّ أطاعه أو عصاه، والله تعالى الموفق للصواب.

كتاب الحدود

قال: الحد لغة: هو المنع، ومنه الحداد للبواب. وفي الشريعة: هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير. والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد،

كتاب الحدود

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعاً إلى بيان الأحكام بتدريج، ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان إيلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الإفطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف، بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة، لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج، فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالأجنبي ما يبعد بين الأخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك، لكنه قال «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله» الحديث، ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان، لأن الفقيه وغيره يستوي في معرفة أنها للامتناع عن الأفعال الموجبة للفساد؛ ففي الزنا ضياع الذرية وإماتتها معنى بسبب اشتباه النسب، ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرآء وغيره، ولذا ندب عموم الناس إلى حضور حدّه ورجمه. وفي باقي الحدود زوال والعقل وإفساد الأعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الأمور مركوز في العقل ولذا لم تبح الأموال والأعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وإن أبيح الشرب، وحين كان فساد هذه الأمور عاماً كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص، فإن حقوقه تعالى على الخلوص أبداً تفيد مصالح عامة، ولذا قال المصنف: والمقصود من شرعيته للانزجار عما يتضرّر به العبادة؛ والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر إلا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف إلى قوله الانزجار، إلا أن قوله والطهارة ليست بأصلية إلى آخره: أي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضاً من شرعيتها لكنه ليس مقصوداً أصلياً بل هو تبع لما هو الأصل من الانزجار وهو خلاف المذهب، فإن المذهب أن الحد لا يعمل في سقوط إثم قبل سببه أصلاً، بل لم يشرع إلا لتلك الحكمة، وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله ﷺ فيما في البخاري وغيره «إن من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة. ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والأعراض والأموال سالمة عن الابتذال. وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما. وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الأصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله: (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به إفساد الفرش وإضاعة الأنساب وإتلاف الأعراض والأموال، وكلامه يشير إلى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة إلى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد. وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة إلى من يجوّز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة إلى الناس كافة، ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا

كتاب الحدود

قوله: (وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول: في العبارة نوع ركاكة

والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر. قال: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) والمراد ثبوته عند الإمام لأن

منها شيئاً فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه»(١) واستدل الأصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق (ذلك) أي التقتيل والصلب والنفي بأن ﴿لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخر عذاب عظيم. إلا الذين تابوا﴾ [المائدة ٣٣] فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية، إلا من تاب فإنها حينئذ تسقط عنه العقوبة الأخروية. وبالإجماع للإجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في الدنيا، ويجب أن يحمل الحديث على ما إذا تاب في العقوبة لأنه هو الظاهر، لأن الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعاً بين الأدلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين، بخلاف العكس، وإنما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فأداه بعبارة غير جيدة، ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر، ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد: يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه إن وجد، ولم تتحقق في حقه لأن التوبة عبادة وهو ليس من أهلها. وأما من يقول إن الحد بمجرده يسقط إثم ذلك السبب الخاص الذي حد به، فإن قال إن الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج إلى دليل سمعي في ذلك إذ السمع إنما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه، فإذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطاً لعقوبة معصية صار الفاعل لها إذا حد بمنزلة ما إذا لم يفعلها فلا يضم إلى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية إذا حد بها الكافر إلا أن يدل دليل سمعي على ذلك، وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطاً بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشيء لجواز التكفير بما يصيب الإنسان من المكاره والله أعلم.

ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده: أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه قوله: (**الحد لغة المنع**) وعليه قول نابغة ذبيان:

إلا سليمان إذ قال الإله له ... قم في البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه، كذا ذكره الأعلم في شرح ديوانه، وكل مانع شيء فهو

يطهر عن ذنبه بإجراء الحد عليه. قال: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) الزنا يمد ويقصر، فالقصر لغة أهل الحجاز، والمد لأهل نجد. قال الفرزدق:

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ... ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكَّرا

يخاطب رجلاً يكنى أبا حاضر، والخرطوم الخمر، والمسكر بفتح الكاف المخمور. وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك. واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج

قوله: (**وتفسيره في الشرع إلخ**) أقول: تفسير للزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجبه قوله: (**وشبهتهما إلخ**) أقول: ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد قوله: (**وتمكين المرأة إلخ**) أقول: تعريف لزنا المرأة قوله: (**إشارة**) أقول: وجه الإشارة مستور.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري (١٨) و ٣٨٩٢ و ٤٨٩٤ و ٦٧٨٤ و ٧٢١٣ و ٧٤٦٨ ومسلم ١٧٠٩ من وجوه والترمذي ١٤٣٩ وابن ماجه ٢٦٠٣ والنسائي ٧/ ١٤١. ١٤٢. ١٤٨. ١٦١. ١٦٢ و ٨/ ١٠٨. ١٠٩ والحميدي ٣٨٧ والدارمي ٢٣٦٢ وابن حبان ٤٤٠٥ وأحمد ٥/ ٣٢٠. ٣١٤ وابن الجارود ٨٠٣ والبغوي ٢٩ والبيهقي ٨/ ٣٢٨ من طرق كلهم من حديث عبادة بن الصامت.

رواه بعضهم هكذا باختصار.

وفي رواية للبخاري ومسلم وغيرهما بلفظ: «عن عبادة أن رسول الله ﷺ قال وحوله عصابة من أصحابه. بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تشرقوا، ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم، ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم، ولا تعصوا في معروف. فمن وفّى منكم، فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئاً، فعوقب في الدنيا، فهو كفارة له، ومن أصاب من ذلك شيئاً، ثم ستره الله، فهو إلى الله تعالى: إن شاء عفا عنه، وإن شاء عاقبه. فبايعناه على ذلك».

هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، ورواه غير واحد هكذا.

البينة دليل ظاهر، وكذا الإقرار لأن الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة، والوصول إلى العلم

حادّ له، وحداد إذا صيغ للمبالغة، ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وإن كان البيت الذي استشهد به لا يفيد، وهو قوله:

يقول لي الحداد وهو يقودني إلى السجن لا تجزع فما بك من باس

فإنه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله إليه فإنه حداد له إذ يمنعه من الذهاب إلى حال سبيله، وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الأعشى:

فقمنا ولما يصح ديكنا إلى جونة عند حدادها

وسمى أهل الاصطلاح المعرّف للماهية حداً لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه. وفي الشرع قال المصنف: هو العقوبة المقدرة حقاً لله، فلا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ، وهذا لأن المقدر نوع منه وهو التعزيز بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهذا الاصطلاح هو المشهور. وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الأخير فيسمى القصاص حداً. فالحد هو العقوبة المقدرة شرعاً، غير أن الحد على هذا قسمان: ما يصح فيه العفو، وما لا يقبله. وعلى الأول الحد مطلقاً لا يقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم، وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فإنها طلب ترك الواجب، ولذا أنكر رسول الله ﷺ على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال «أتشفع في حدّ من حدود الله»[1] وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه، وممن قال به الزبير بن العوام وقال: إذا بلغ إلى الإمام فلا عفا الله عنه عفا، وهذا لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت، فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده قوله: **(الزنا يثبت بالبينة والإقرار)** ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى. بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرته، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية، والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن، قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء ٣٢] وتمدّ في لغة نجد، وعليها قال الفرزدق:

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكراً

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير، والخرطوم من أسماء الخمر، قال: والمراد ثبوته عند الحاكم، أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الإنسان للفعل، لأنه فعل حسي، وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه، وخص بالبينة والإقرار لنفي ثبوته بعلم الإمام، وعليه جماهير العلماء، وكذا سائر الحدود. وقال أبو ثور ونقل قولاً عن الشافعي أنه يثبت به وهو القياس، لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام. قلنا: نعم، لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور ١٣] ونقل فيه إجماع الصحابة، وقول المصنف لأنها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والإقرار فإنها يثبت بها غير مفتقر إلى هذا المعنى. وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر، وهو في البينة وفي الإقرار أظهر لأن الإقرار بسبب

زنا، ولهذا يثبت به الغسل، والمكلف ليخرج الصبي والمجنون، والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما إذا وطىء امرأة تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه. وبشبهة ملك اليمين، ما إذا وطىء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون. وبشبهة الاشتباه ما إذا وطىء الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له. والزنا يثبت بالبينة والإقرار. قال

---

(١) سيأتي في السرقة أو الحدود فيما بعد.

القطعي متعذر، فيكتفي بالظاهر. قال: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ وقال الله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك» ولأن في اشتراط الأربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب إليه والإشاعة

الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرّة في العرض توجب نكاية في القلب فلم يكن الإقدام عليه إلا مع الصدق دفعاً لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد إن لم يتب وقصداً إلى تحقيق النكاية لنفسه إذ ورطته في أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم قوله: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا، خلافاً للشافعي، وهو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جرّ نفع. والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلوّ الفراش، خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار، وإنما كانت الشهود أربعاً لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء ١٥] وقال تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور ٤] وأما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله ﷺ للذي قذف امرأته بالزنا: يعني هلال بن أمية «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحدّ في ظهرك»[1] فلم يحفظ على ما ذكر، الذي في البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال «البينة وإلا فحدّ في ظهرك»[2] نعم أخرج أبو يعلى في مسنده: حدثنا مسلم بن أبي مسلم الجرمي، حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال: «أول لعان كان في الإسلام أن شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته، فرفعته إلى رسول الله ﷺ فقال ﷺ: أربعة شهود وإلا فحدّ في ظهرك»[3] والمسئلة وهي اشتراط الأربعة قطعية مجمع عليها. ثم ذكر أن حكمة اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه، واقتصر عليه لنفي قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة، أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده، فإن وجوده إذا توقف على أربعة ليس كوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء. وأما أنه مندوب إليه فلما أخرج البخاري عن أبي هريرة عنه ﷺ «من نفس عن مسلم كربة من كرب

المصنف: (والمراد ثبوته عند الإمام) وإنما قال كذلك لأن الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وإن لم يكن هناك لا بينة ولا إقرار، وإنما انحصر في ذلك لأنه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لأنه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ وقوله: (معرّة ومضرّة) المضرّة ضرر ظاهر على البدن، والمعرّة ضرر يتصل ببدنه ويسري إلى باطنه من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا. وقوله: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر. وقوله: (ولأن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول إنما اشترط الأربع لأن الزنا لا يتم إلا باثنين، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين فإنه ضعيف، لأن فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين، وإنما الصواب أن الله تعالى أحبّ الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقاً لمعنى الستر. وقوله: (وهو) أي الستر (مندوب إليه) قال ﷺ «من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله» وقال «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٦ ووافقه المصنف حيث قال: لم يحفظ على ما ذكر.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٤: لم أجده هكذا.

(٢) صحيح. أخرج البخاري ٢٦٧١ و ٤٧٤٧ و ٥٣٠٧ وأبو داود ٢٢٥٤ والترمذي ٣١٧٩ وابن ماجه ٢٠٦٧ والبيهقي ٧/ ٣٩٣ والبغوي ٢٣٧٠ كلهم من حديث ابن عباس: «أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سَحماء، فقال النبي ﷺ: البيّنة أو حدٌّ في ظهرك. فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البيّنة؟ فجعل يقول: البينة، وإلا حدٌّ في ظهرك. فذكر حديث اللعان» اهـ هذا لفظ البخاري.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٦/ ١٧٢ والطحاوي ٣/ ١٠١. ١٠٢ وابن حبان ٤٤٥١ وأبو يعلى ٢٨٢٤ كلهم من حديث أنس مطولاً وفيه: «يا هلال أربعة شهود، وإلا فحدٌّ في ظهرك» وللحديث تتمة، وهو حديث صحيح رجاله ثقات عند النسائي، وأما في مسند أبي يعلى وابن حبان ففي الإسناد مسلم بن أبي مسلم الجرمي فيه كلام لكنه توبع في رواية النسائي، وشاهده حديث البخاري المتقدم، فهو صحيح.

ضده (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى؟) لأن النبي عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزاً عن الكيفية وعن المزنية، ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو

الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[(١)] وأخرج أبو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه ﷺ أنه قال «من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة»[(٢)] وإذا كان الستر مندوباً إليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم، فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود، بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوّفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد. وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ماعز «لو كنت سترته بثوبك»[(٣)] الحديث، وسيأتي كان في مثل من ذكرنا، والله سبحانه أعلم. وعلى هذا ذكره في غير

والآخرة» (والإشاعة ضده) أي إظهار الزنا ضد ستر الزنا، فكان وصف الإشاعة على ضد وصف الستر لا محالة. ثم لما كان الستر أمراً مندوباً إليه كانت الإشاعة أمراً مذموماً (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو) احترازاً عن الغلط في الماهية (وكيف هو) احترازاً عن الغلط في الكيفية (وأين زنى) احترازاً عنه في المكان ومتى زنى احترازاً عنه في الزمان (وعن المزنية) احترازاً عنه في المفعول به، ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء النقل والعقل أما الأوّل فما روى «أن رسول الله ﷺ سأل ماعزاً إلى أن ذكر الكاف والنون»: يعني كلمة نكت لكونه صريحاً في الباب والباقي كناية، وأما العقل فلأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه قد كان

قوله: (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا) أقول: أنت خبير بأن سؤال الإمام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد، وإنه لا معنى للغلط في المكان والزمان هنا فتأمل قوله: (إلى أن ذكر الكاف والنون) أقول: يعني إلى أن ذكر لماعز الكاف والنون.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٤٢ و ٦٩٥١ ومسلم ٢٥٨٠ وأبو داود ٤٨٩٣ وابن حبان ٥٣٣ وأحمد ٢/ ٩١ والبغوي في شرح السُّنة ٣٥١٨ والبيهقي ٦/ ٩٤ و ٨/ ٣٣٠ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يُسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج عن مسلم كُربة فرّج الله تعالى عن كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة» هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما، وهو من حديث ابن عمر وقد أخرجه مسلم ٢٦٩٩، وأبو داود ٤٩٤٦ والترمذي ١٤٢٥ و ١٩٣٠ وابن ماجه ٢٢٥ وأحمد ٢/ ٢٥٢. ٥٠٠ . ٥١٤ والبغوي ١٢٧ وابن حبان ٥٣٤ من طرق عدة كلهم من حديث أبي هريرة. بمثل سياق المصنف، وأتم منه.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٤٨٩١ و ٤٨٩٢ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٧/ ٣٠٧ والطيالسي ١٠٠٥ والبخاري في الأدب المفرد ٧٥٨ وأحمد ٤/ ١٥٣ . ١٥٨ والحاكم ٤/ ٣٨٤ وابن حبان ٥١٧ والبيهقي ٨/ ٣٣١ من طرق كلهم عن كعب بن علقمة عن دُخَين أبي الهيثم كاتب عقبة بن عامر عن عقبة مرفوعاً، وكعب صدوق روى له مسلم، وغيره كما في التقريب وأما دُخَين فقد قال الحافظ في التقريب عنه: ثقة. فالحديث حسن أو صحيح والله أعلم، وباقي رجاله ثقات، وقد توبعوا.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٧٧ بهذا اللفظ وأحمد ٥/ ٢١٧ والحاكم ٤/ ٣٦٣ من طرق كلهم عن يزيد بن نعيم بن هزّال عن أبيه فذكره قال الحاكم: صحيح. ووافقه الذهبي.
وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٠٧: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. يزيد بن نعيم روى له مسلم، ووثقه ابن حبان، وأبوه نعيم ذكره أيضاً في الثقات لكنه مختلف في صحبته، فإن لم تثبت صحبته فالحديث مرسل اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن نعيم: صحابي نزل المدينة ما له راوٍ إلا ابنه يزيد.
قلت: وعلى هذا فقد جزم ابن حجر بصحبته، وهو وإن لم يَجْزِمْ بصحبته، فحديثه مقبول لأنه ربما سمع من أبيه هزّال لكنه لم يذكره. وبقية رجاله ثقات كلهم، فالحديث حسن.

زنى في دار الحرب أو في المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصي

مجلس القاضي وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها. وأما أن المختار في الحكمة ما ذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة، كما لو شهدوا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلاناً ونحوه، فالمعوّل عليه ما ذكره المصنف قوله: (**وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم**) عن خمسة أشياء (**عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى**) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الأشياء بأنه ﷺ استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزنية، ولأن الاحتياط المطلوب شرعاً في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعي مقتصر على اثنين منها. فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد. فإن قيل: الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقرّ وهو ماعز؟ فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم. أما إنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «جاء الأسلمي نبيّ الله ﷺ فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات، كل ذلك يُعرِضُ عنه، فأقبل في الخامسة فقال: أنكتها؟ قال نعم، قال: حتى غاب ذلك منك في ذلك منها، قال نعم؟ قال: كما يغيب المرود في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر؟ قال نعم، قال: فهل تدري ما الزنا؟ قال: نعم أتيت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: فما تريد بهذا القول؟ قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم، فسمع النبي ﷺ رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب، فسكت عنهما، ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال: أين فلان وفلان، فقالا: نحن ذاك يا رسول الله، فقال: إنزلا فكلا من جيفة هذا الحمار، فقالا: ومن يأكل من هذا يا رسول الله؟ قال: فما نلتما من عرض أخيكما آنفاً أشد من الأكل منه، والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها»(١) وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيدبن نعيم بن هزال عن أبيه قال: «كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من: الحي، فقال له أبيّ: ائت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك، قال: فأتاه فقال: يا رسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله، فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات، فقال عليه الصلاة والسلام: إنك قد قلتها أربع مرات، فيمن؟ قال بفلانة، قال: هل ضاجعتها، قال نعم، قال: هل باشرتها؟ قال: نعم، قال: هل جامعتها؟ قال: نعم، فأمر به أن يرجم، فأخرج إلى الحرة، فلما وجد مسّ الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع

الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة، أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد، أو في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد، أو كان له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالاً للدرء، فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها بيانا لماهيته والمزنى بها كالميل في المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السرّ والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالاً للدرء، لأن النبيّ ﷺ أمر بذلك وقال «ادرءوا الحدود ما استطعتم» بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الإسلام، وتعديل السرّ والعلانية يأتي في

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٢٨ والنسائي في الكبرىٰ كما في التحفة ١٠/١٤٦ وابن الجارود ٨١٤ وعبد الرزاق ١٣٣٤٠ والدارقطني ٣/١٩٦ ـ ١٩٧ وابن حبان ٤٣٩٩ والبيهقي ٨/٢٢٧ ـ ٢٢٨ كلهم من طريق عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير أن عبد الرحمن بن الصامت ابن عمّ أبي هريرة أخبره أنه سمع أبا هريرة... فذكره هكذا مطولاً. أورده البخاري في التاريخ الكبير ٥/ ٣٦١ وقال: عبد الرحمن ابن الهضهاض ومن هذا الوجه كرره ابن حبان ٤٤٠٠.

وقال البخاري: لا يعرف إلا بهذا الحديث.

وقال النباتي في ذيل الكامل: من لا يُعرف إلا بحديث واحد، ولم يُشهر حاله، في عداد المجهولين اهـ.

وقد اضطرب في اسمه، فتارة: عبد الرحمن بن الصامت وتارة: ابن الهضاب. وتارة: ابن هضاض وتارة ابن الهضهاض راجع ابن حيان بتخريج شعيب الأرناؤوط، وقد حكم بضعفه اهـ راجع نصب الراية ٣/ ٣٠٩ والحديث مشهور بغير هذا السّياق.

. . . .

بوظيف بعير فرماه به فقتله، ثم أتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال: هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه»(١) ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه «فأمر به أن يرجم فرجم، فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعيره فأصاب رأسه فقتله» وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فما قال لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراماً زنا، أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا، فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ما هو، ولأنه يحتمل كونه كان مكرهاً ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً فيه، كما روي عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفيته. وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه، ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حدّ عندنا فلهذا سألهم أين زنى، ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حدّ فيه إذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا سألهم متى زنىٰ، وحدّ التقادم سيأتي، ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدهم كوّة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة، فاجتمعوا عنده فشهدوا، وقال المغيرة: والله ما أتيت إلا امرأتي، ثم إن الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة فحدّ عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه ما نسب إليه الزنا، بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاساً عالية ولحافاً يرتفع وينخفض(٢) وهو لا يوجب الحد. وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما، وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة(٣) اهـ. فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي، وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو، فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور وزيادة، وهو جواز كونه صبياً أو مجنوناً إن مكنت أحدهما فإنه لا يجب عليه في ذلك حدّ على قول أبي حنيفة، ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا. بخلاف مالو وصفوه بغير صفته فإنهم يحدون، وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضي بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون.

وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا، بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع

الشهادات إن شاء الله تعالى. قال في الأصل: (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لأنه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعاً فيما بنى على الدرء. فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر. أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة والفرق بينه

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤١٩ من حديث يزيد بن نعيم بن هزّال عن أبيه. وفيه هشام بن سعد صدوق له أوهام لكن روىٰ له مسلم كما في التقريب، وله شواهد فهو حسن. ورواه عبد الرزاق في مصنفه من حديث أبي هريرة كما في نصب الراية ٣/ ٣٠٨ فجعل الذي رماه أخيراً هو عمر والله أعلم.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الطحاوي ٢/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧ وابن أبي شيبة ١١/ ٨٥ والبيهقي ٨/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥ من طرق عن أبي عثمان النهدي قال: «شهد أبو بكرة ونافع وشبل علىٰ مغيرة، فجاء زياد فقال له عمر: هل رأيت المِرْوَدَ في المكحلة؟ قال: لا. قال: فأمر بهم فجلِدوا» ورواية قال زياد: «رأيت منكرا» ورواه عبد الرزاق ٢٠١٠ عن ابن المسيب وأخرجه الحاكم ٣/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩ مطولاً من وجه آخر عن عبد العزيز بن أبي بكرة فذكره بأتم منه، وسكت عليه هو والذهبي وذكره الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٨٠ وقال: رواه الطبراني من حديث أبي عثمان النهدي ورجاله رجال الصحيح.
وانظر تلخيص الحبير ٤/ ٦٣ ونصب الراية ٣/ ٣٤٥

(٣) مرسل قوي. أخرجه عبد الرزاق في تفسيره ٢٠٠٩ عن الزهري مرسلاً باختصار، وكذا الطبري ١٨/ ٦١.
وأخرجه عبد الرزاق في تفسيره ٢٠١٠ بسنده عن ابن المسيب بتمامه وآخره: وكان ـ أي أبو بكرة ـ قد عاد مثل النَّصْلِ من العبادة.
تنبيه: وبهذا يعلم ما وقع في آخر سياق المصنف ابن الهمام لفظ: مثل العضو. بأنه تصحيف.

في ذلك احتياطاً للدرء (**فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدّلوا في السرّ والعلانية حكم بشهادتهم**) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالاً للدرء، قال عليه الصلاة والسلام «ادرؤا الحدود ما استطعتم» بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة. وتعديل السرّ والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى. قال في الأصل: يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة، بخلاف الديون

فإن الشهادة على الزنا قذف، لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا، فلما لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قذفا فيحدون، ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد، وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال إنه زان فسئل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله: (**وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة**) وهي بضم الميم والحاء، وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة، وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السرّ، بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة، والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده، وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات، وبقى شرط اخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله، ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلماً لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الأموال احتيالاً للدرء. ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفاً على ثبوت إيجاب الدرء ما أمكن استدل عله بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عنه ﷺ «ادرءوا الحدود ما استطعتم» [(١)] ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام قال «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله، فإن الأمام أن يخطىء في العفو خير أن يخطىء في العقوبة» [(٢)] قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد

....

قوله: (**أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير**) أقول: ولا يخفى عليك أن المستفاد من تعليل الحبس بقوله لأنه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطاً لا تعزيراً فليتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٤٥ وأبو يعلىٰ ٦٦١٨ كلاهما من حديث أبي هريرة.
قال البوصيري في الزوائد: فيه إبراهيم بن الفضل المخزومي ضعفه أحمد، ويحيىٰ، والبخاري، وغيرهم.
(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٤٢٤ والحاكم ٤/ ٣٨٤ والدارقطني ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/ ٢٣٨ كلهم من حديث عائشة. ومداره علىٰ يزيد الدمشقي.
قال الترمذي: ورواه وكيع عن يزيد الدمشقي موقوفاً علىٰ عائشة، ورواية وكيع أصح، ويزيد الدمشقي ضعيف
وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ورده الذهبي بقوله: يزيد بن زياد الدمشقي متروك قاله النسائي وأخرجه الدارقطني ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/ ٢٣٨ كلاهما من حديث علي مرفوعاً، وفيه مختار بن نافع قال البيهقي: منكر الحديث قاله البخاري.
وأخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٨ بسند جيد عن ابن مسعود موقوفاً.
وفي الباب عن معاذ، وابن مسعود، وعقبة بن عامر عند الدارقطني في ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/٢٣٨ موقوفاً عليهم. وكذا قال الترمذي: قد روي نحو هذا عن غير واحد من الصحابة موقوفاً عليهم.
وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٥٦: ورواه ابن حزم عن عمر موقوفاً بإسناد صحيح. وأصح ما فيه أنه عن ابن مسعود موقوفاً اهـ.
وانظر نصب الراية ٣/ ٣٣٣
الخلاصة: الحديث واهٍ لشدة ضعف رواته، والراجح وقفه، ولعل بعض الضعفاء وهم فيه، فجعله مرفوعاً.
فائدة: قال البهاء المقدسي في العدة شرح العمدة ص ٥٥٢: قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات اهـ.

حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة، وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى. قال: **(والإقرار أن يقرّ البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي)** فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد. واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق. وهذا لأنه مظهر، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة. ولنا حديث ماعز «فإنه عليه الصلاة والسلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس» فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد، فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى

ويزيد ضعيف. وأسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب، وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به. قال البيهقي: والموقوف أقرب إلى الصواب، ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى، وكان ذكر هذه ذكراً لمستند الإجماع. واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى، ولولا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحدّه بعلكه، لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود إهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره قوله: **(قال في الأصل)** أي قال إذا زصف الشهود الأشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط وايس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات. فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل أجاب بأن حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لأنه صار متهماً بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد، وحبس المتهمين تعزيراً لهم جائز، بخلاف ما إذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لأن أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق، بخلاف ما هنا فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ، وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق. وأما قوله حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة، فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه معاوية بن حيدة «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة» زاد الترمذي والنسائي «ثم خلى عنه» [1] حسنه الترمذي وصححه الحاكم، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال: «أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم، فأصبه الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم واتهموا الغفاريين، فأتوا بهم رسول الله ﷺ فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر: إذهب فالتمس فلم يك إلا يسيراً حتى جاء بهما، فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين: استغفر لي، فقال: غفر الله لك يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: ولك وقتلك في سبيله، قال: فقتل يوم اليمامة» [2] قوله: **(والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات)** قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور في القرآن، ولأن الثابت بها أقوى حتى لا

وبين المديون سيأتي إن شاء الله تعالى. قال: **(والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ)** صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره قوله: **(اعتباراً بسائر الحقوق)** يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك ههنا. وقوله: **(بخلاف زيادة العدد في الشهادة)**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٣٠ والترمذي ١٤١٧ والنسائي ٨/ ٦٧ والحاكم ٤/ ١٠٢ والبيهقي ٦/ ٥٣ كلهم عن بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه عن جده رووه مختصراً. وطوّله أحمد في مسنده ٥/ ٢ ـ ٤ قال الترمذي: حديث حسن، وقد ورد مطولاً.
وقال الحاكم: صحيح. ووافقه الذهبي.
والصواب أنه حسن للاختلاف في سلسلة بهز بن حكيم، وأنها من نوع الحسن عند الأكثر.
(٢) مرسل جيد. رواه عبد الرزاق بسند صحيح كما في نصب الراية ٣/ ٣١١ عن عراك بن مالك بهذا اللفظ.
وعراك تابعي ثقة، وبقية رواته ثقات.

الستر، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا، ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات؛ فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار، والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي، والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقرّ فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروى عن أبي حنيفة، لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزاً في كل مرة

يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم، ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصر، ولا بد من كونه صريحاً ولا يظهر كذبه، ولذا قلنا لو أقرّ الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحدّ للشبهة بعدم الصراحة، وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته، بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه، وكذا الخصيّ والعنين، وكذا لو أقر فظهر مجبوباً أو أقرّت فظهرت رتقاء، وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد، وذلك لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود يندرىء الحد. ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لا حدّ على واحد منهما. واختلف في اشتراط تعدد الإقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور، واستدلوا بحديث العسيف [1] حيث قال فيه «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» [2] ولم يقل أربع مرات، ولأن الغامدية لم تقرّ أربعاً [3] وإنما ردّ ماعزا لأنه شك في أمره فقال له أبك جنون. وذهب كثير من العلماء إلى اشتراط الأربع. واختلفوا في اشتراط كونها في أربعة مجالس من مجالس المقر، فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيما ذكر عنه، واكتفوا بالأربع في مجلس واحد. وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال: «أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى بين ذلك أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال: أبك جنون؟ قال: لا، هل أحصنت؟ قال: نعم، فقال ﷺ: اذهبوا به فارجموه، فرجمناه بالمصلى، فلما أذلقته الحجارة هرب، فأدركناه بالحرة فرجمناه» [4] فهذا ظاهر في أنه كان في مجلس واحد. قلنا: نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في إفادة أنها في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة «أن ماعزاً أتى النبي ﷺ فرده ثم أتاه الثانية من

يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك. ولنا حديث ماعز «فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ وقال زنيت فطهرني، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة قال النبي ﷺ: الآن أقررت أربعاً فبمن زنيت قال بفلانة.

---

(١) العسيف: الأجير.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٤ و ٢٦٩٥ و ٢٦٤٩ و ٦٨٣١ و ٦٦٣٣ و ٢٣١٤ و ٦٨٤٢ و ٦٨٣٥ و ٧١٩٣ و ٧٢٦٠ ومسلم ١٦٩٧ من وجوه وأبو داود ٤٤٤٥ والترمذي عقب حديث ١٤٣٣ والنسائي ٨/ ٢٤٠ . ٢٤١ . ٢٤٢ والدارمي ٢٢٣١ وابن ماجه ٢٥٤٩ والشافعي ٢/ ٧٨ . ٧٩ ومالك ٢/ ٨٨٢ والحميدي ٨١١ وابن الجارود ٨١١ وعبد الرزاق ١٣٣٠٩ و ١٣٣١٠ وابن حبان ٤٤٣٧ والطحاوي ٣/ ١٣٥ . ١٣٤ والبغوي ٢٥٧٩ والترمذي ١٤٣٣ وأحمد ٤/ ١١٥ . ١١٦ والبيهقي ٨/ ٢١٩ . ٢٢٢ والطبراني ٥١٩٠ و ٥١٩٥ و ٥١٩٦ و ٥١٩٩ و ٥٢٠٠ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا: «إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله. أنشدك الله إلا قضيتَ لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر. وكان أفقه منه. نعم اقض بيننا بكتاب الله، وأْذَنْ لي، فقال رسول الله ﷺ: قل. قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته وإني أُخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ والذي نفسي بيده لأقضينّ بينكما بكتاب الله الوليدة والغنم ردٌّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغدُ يا أُنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها. قال: فغدا عليها، فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ، فَرُجمتْ» وفي لفظ للبخاري ومسلم زادا: «قالوا: فعلق رجمها باعترافها، ولم يشترط الأربع».
وفي رواية زاد سفيان عند أهل السنن شبلاً مع زيد الجهني وأبي هريرة.
واللفظ الذي سقته للبخاري، ومسلم وغيرهما، ورواه بعضهم مع تغيُّر يسير.

(٣) حديث الغامدية سيأتي وحديث ماعز هو الآتي.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨١٥ ومسلم ١٦٩١ حـ ١٦ والبيهقي ٨/ ٢١٩ وأحمد ٢/ ٤٥٣ كلهم من حديث أبي هريرة.

حتى توارى بحيطان المدينة. قال: (فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى، فإذا

الغد فرده ثم أرسل إلى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا؟ فقالوا ما نعلمه إلا وفيّ العقل من صالحينا، فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كان الرابعة حفر له حفر فرجمه» (١) وأخرج أحمد وإسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال: حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر رضي الله عنه قال «أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ فاعترف وأنا عنده مرة فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده، فقلت له: إن اعترفت الرابعة رجمتك، قال: فاعترف الرابعة فحبسه، ثم سأل عنه فقالوا: لا نعلم إلا خيرا، فأمر به فرجم» (٢) فصرح بتعداد المجيء، وهو يستلزم غيبته، ونحن إنما قلنا إنه إذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر. وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال «جاء ماعز ابن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إن الأبعد زنى، فقال له: ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال: أدخلت وأخرجت؟ قال نعم، فأمر به أن يرجم» (٣) فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس، فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها وأن قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الأول إقراراً واحداً لأنه في مجلس واحد. وقوله حتى بين ذلك أربع مرات: أي في أربعة مجالس فإنه لا ينافي ذلك، وقد دلت الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه. وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة؛ فأما كون الغامدية لم تقرّ إلا مرة واحدة فممنوع، بل أقرت أربعاً يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما، وإنما رجمهما بعد الرابعة(٤). فهذا نص في إقرارها أربعاً، غاية ما في الباب أنه لم ينقل تفاصيلها، والرواة كثيراً ما يحذفون بعض صورة الواقعة. على أنه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم: حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره، وفيه «أنها أقرت أربع مرات وهو يردها، ثم قال لها: اذهبي

قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها، فأبى إلا أن يقرّ بصريح الزنا، فقال أبك خبل أبك جنون» وفي رواية «بعث إلى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيئاً؟ فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن، فأمر برجمه» وعن أبي بريدة قال: كنا نتحدث في أصحاب رسول الله ﷺ أن ماعزاً لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يرجمه رسول الله ﷺ. فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفاً فيما بينهم. ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة. وبيانه أن رسول الله ﷺ أخر إقامة الحدّ إلى أن تم الإقرار أربع مرات، فلو كان الإقرار مرة واحدة كافياً لم يؤخر لأن إقامة الحدّ عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن

قوله: (فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره إلخ) أقول: هذه معارضة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٥ وأبو داود ٤٤٣٣ و ٤٤٤٢ وأحمد ٥/ ٣٤٧. ٣٤٨ كلهم من حديث بريدة

(٢) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ٨ وأبو يعلى ٤٠٠ وإسحق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣١٤ وكرره أبو يعلى مختصراً ٤١ وكذا البزار ١٥٥٤ كلهم من حديث أبي بكر الصديق، وإسناده واهٍ.

قال الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٦٦: وكذا رواه الطبراني في الأوسط إلا أنه قال: «ثلاث مرات، وفي أسانيدهم كلها جابر بن يزيد الجعفي، وهو ضعيف»

(٣) تقدم تخريجه في ٢/ ٢١٥ وفيه قصة جيفة الحمار. وإسناده ضعيف.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٣٤ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٤٣. ١٤٤ وكذا النسائي كما في نصب الراية ٣/ ٣١٣. ولعله في الكبرى. كلهم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بهذا اللفظ، وإسناده حسن.

فيه بشير بن مهاجر روى له مسلم وغيره لكن قال الحافظ في التقريب: صدوق في حديثه لين اهـ.

تنبيه: وسقط اسم الصحابي عند المصنف، وكذا في نصب الراية. لكن في نصب الراية عطفه على حديث لبريدة فأغنى عن تكراره.

بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في الشهادة، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار. وقيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى في صباه (فإن رجع المقرّ عن إقراره قبل إقامة الحدّ أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى: يقيم عليه

حتى تلدي»[1] الحديث غير أن فيه مجهولاً تتميز جهالته بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي. وأما كونه ردّ ماعزاً أربع مرات كان لاسترابته في عقله، فإن سلم لا يتوقف علم ذلك على الأربع، والثلاثة موضوعة في الشرع لإبلاء الأعذار كخيار الشرط جعل ثلاثاً لأن عندها لا يعذر المغبون، والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثاً ليراجع نفسه في شبهته، فلو لم تكن الأربعة عدداً معتبراً في اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة، ومما يدل على ذلك ترتيبه ﷺ الحكم عليها وهو مشعر بعليتها، وكذا الصحابة، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في حديث هزال «إنك قد قلتها أربعاً فبمن زنيت» وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال «كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحيّ، فقال له أبي: ائت رسول الله ﷺ» الحديث المتقدم. وزد فيه أحمد. قال هشام: فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه «أن رسول الله ﷺ قال له حين رآه: والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيراً لك مما صنعت به»[2] قال صاحب التنقيح: إسناده صالح، ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبوه نعيم ذكر في الثقات أيضاً وهو مختلف في صحبته. وقد روى ترتيبه ﷺ على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة: فمنها ما ذكرنا، ومنها في لفظ لأبي داود عن ابن عباس «إنك قد شهدت على نفسك أربع مرات»[3] وفي لفظ لابن أبي شيبة «أليس أنك قد قلتها أربع مرات» وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال له بحضرته ﷺ «إن اعترفت الرابعة رجمك»[4] إلا أن في إسناده جابراً الجعفي، وكونه روى في الصحيح أن ردّه مرتين أو ثلاثاً فمن اختصار الراوي، وإلا فلا شك أنه أقرّ أربعاً. وقوله في ذلك اللفظ «شهدت على نفسك» يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة، فكما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في إقراره إنزالاً لكل إقرار منزلة شهادة

برسول الله ﷺ. فإن قال قائل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر. وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لأن المهر والحدّ لا يجتمعان في وطء واحد. أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف. فإن تمت الحجة وجب الحد، وإن لم تتم وجب المهر. فإن قيل: إنما أعرض النبي ﷺ لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصرّ على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون. أجيب أما تغير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون، وإنما قال النبي ﷺ أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه، وكما قال للسارق أسرقت ما إخاله سرق، والدليل عليه ماوروي أن أبا بكر رضي عنه قال لماعز لما

---

(١) حسن لشواهده قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣١٥ أخرجه البزار في مسنده من حديث أبي بكرة وفيه رجل مجهول حيث قال في الإسناد: عن شيخ من قريش. لكن قال ابن الهمام تزول جهالته بشاهده الذي تقدم قبله عن بريدة اهـ.

قلت: وله شاهد عن أنس. ذكره الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٥٢ وقال: رواه البزار من حديث أنس، ورجاله ثقات إلا أن الأعمش لم يسمع من أنس، وقد رآه اهـ. لكن ليس فيه لفظ: «يردها» وإنما فيه: «اعترفت من الزنا أربع مرات، وهي حبلى...» الحديث.

ولفظ: يردُّها. مردود بما في الصحيحين حيث قالت: «العلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً» اهـ.

والصواب: أنها اعترفت أربع مرات في مجلس واحد كما هو ظاهر في الروايات المتقدمة والله أعلم، وهذا هو الذي يوافق رواية الصحيحين، وأما الرد الوارد فلأجل أن تضع، ثم ترضع ولدها.

(٢) تقدم تخريجه في ١/ ٢١٥ وإسناده حسن.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٢٦ من حديث ابن عباس ورجاله ثقات إلا أن فيه سماك بن حرب صدوق تغير بآخرة كما في التقريب، وهو من رجال مسلم. وفي الجملة الحديث حسن لشواهده.

(٤) تقدم قبل قليل من حديث أبي بكر، وإسناده واهٍ فيه جابر الجعفي اتهمه أبو حنيفة.

الحد لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف. ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الإقرار، بخلاف ما فيه حق العبد وهو

واحد، ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه، وإذن فقوله في حديث العسيف «فإن اعترفت فارجمها»(١) معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوماً بين الصحابة خصوصاً لمن كان قريباً من خاصة رسول الله ﷺ وبين الصحابة، هذا، ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة، وتأويله أنه عدّ آحاد الأقارير فإن فيها إقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع فكانت خمسا. فإن قيل: يجوز كون رده ليرجع. قلنا: ينبغي أن يلقنه بالرجوع ولكن في مجلس الإقرار الموجب، ولو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعده لا أنه يطلقه مختاراً في إطلاقه ليذهب، وقد لا يرجع هكذا يوماً بعد يوم، وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله وإلا فات المقصود من الإيجاب، غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة، وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصرّ على الإقرار، غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئاً على الإمام فيجلس في بيته مصراً على إقراره غير راجع عنه خصوصاً في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد. وأما ما روى «أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام: أتريد أن تردني كما رددت ماعزا؟ والله إني لحبلى من الزنا»، فليس فيه دليل لأحد بل لما قالته. قال: «أما لا فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بصبيّ في خرقة فقالت هذا قد ولدته، قال: فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبيّ في يده كسرة خبز قالت: هذا يا نبيّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبيّ إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها، فتقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها، فسمع النبيُّ ﷺ سبه إياها فقال: مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له(٢) ما ليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها، غاية الأمر أنه ردها وغياه إلى ولادتها، ثم ردها إلى فطامها لاتفاق الحال بأن تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقاً سبب ظاهر في خصوص هذا الرد، ولعلها كلما رجعت إليه يصدر منها ما هو إقرار، إذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده، هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد أن إقرارها كان أربعا، غير أنه لما كان المجلس جامعاً للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحداً وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الأقارير بعدد مجالس المقرون القاضي لأنه الذي به يتحقق الإقرار وبه فارق الشهادة. فإن الأربع فيها اعتبر في مجلس واحد، حتى لو جاءوا في مجالس حدوا لأنها كلام جماعة حقيقية فلا يمكن اعتبارها واحداً، بخلاف إقرار المقر فإنه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الإمكان تحقيقاً للاحتياط. وأما ما قيل إن اشتراط الأربع في الشهادة لأن الشاهد يتهم بخلاف المقرّ فالتهمة بعد العدالة

أقرّ ثلاثاً إن أقررت الرابعة رجمك، فثبت أن هذا العدد كان ظاهراً عندهم. وقوله: (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق. وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر، ولا بد من اختلاف

قال المصنف: (ولأن الشهادة، إلى قوله: لأمر الزنا) أقول: ليس فيه إثبات للتقدير بالقياس بل إثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد إذ بذلك يتم نفي مذهب الشافعي فتأمل.

---

(١) حديث العسيف. أي الأجير تقدم مستوفياً، وهذا بعضه راجعه قبل عشرة أحاديث.
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٥ حـ ٢٣ بهذا السياق وأتم وحـ ٢٢ مع حديث ماعز. وأبو داود ٤٤٤٢ وأحمد ٥/٣٤٨ والدارمي ٢٢٣٨ كلهم من حديث بريدة.

القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه، ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع **(ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت)** لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز «لعلك لمستها أو قبلتها» قال في الأصل: وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، وهذا قريب من الأول في المعنى.

والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق وأصل التعدد، وإنما لزم حتى لزم الاثنان لإمكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر، ويشترط في النساء كذلك أيضاً بالنص، قال تعالى: ﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة ٢٨٢] غير أن المرأة إنما تخالط المرأة لا الرجل الأجنبي فلزمت الأخرى لتذكرها قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة)** لا يعرف بهذا اللفظ، وأقرب الألفاظ إليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان أنه طرد وأخرج فارجع إليه قوله: **(فإذا بين ذلك)** أي على وجه لا يتضمن دافعاً للحد لزمه الحد، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار، وهذا السؤال لتلك الفائدة، فإذا لم يكن التقادم مسقطاً لم يكن في السؤال عنه فائدة. ووجه الفرق بين الشهادة والإقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا، وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لأنه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه، بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فإنه يحد لأنه أقر بالزنا، ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن إقراره أنه لا ملك له في المزنية لأنه لو كان لعرفها لأن الإنسان لا يجهل زوجته وأمته. والحاصل أنه إذا أقرّ أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد، وكذا إذا أقرّ أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحساناً لحديث العسيف أنه حدّه، ثم أرسل إلى المرأة فقال: فإن اعترفت فارجمها[1]، ولأن انتظار حضورها إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنها، ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر إذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لأن كلاً منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرىء الحد، ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحدّ الرجل عند أبي حنيفة، وقالا يحد، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحدّ هي عندهما لا عنده قوله: **(وقال الشافعي: يقيم عليه الحد)** وهو قول ابن أبي ليلى، والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعدما أقيم عليه بعضه سقط. وعن أحمد كقولنا. وعن مالك في قبول رجوعه روايتان، فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي، وعلى تقديره فقوله كما إذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه أنه إنكار بعد الثبوت، كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت، فلما سألهم الحاكم الأسئلة الخمسة

المجالس لما روينا من أنه ﷺ أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس **(ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرّقات، فعنده)** أي عند الاتحاد **(تتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار)** ألا ترى إلى ما جاء في حديث ماعز من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين **(والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اتحاد مجلسه)** في دفع الحد، وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أي في وجوب الحد، وقيل يعتبر مجلس القاضي، وردّه المصنف بقوله دون مجلس القاضي. وقوله: **(والاختلاف بأن يرده القاضي)** ظاهر. وقوله: **(لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار)** دليله أن التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الإقرار، وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا. وقوله: **(كما إذا وجب بالشهادة)** يعني أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه، فكذا لا يبطل بإنكاره بعد الإقرار لأنهما حجتان فيه فتعتبر إحداهما بالأخرى فصار كالقصاص وحدّ القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار. وقوله: **(فتتحقق الشبهة**

قال المصنف: **(وقيل لو سأله جاز إلخ)** أقول: قال الزيلعي: والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى في صباه.

---

(١) حديث العسيف تقدم مستوفياً قبل عدة أحاديث رواه الجماعة وهذا بعضه.

. . . .

وتمت الحجة أنكر، ولا يخفي أنه تكلف. والحق أن الرجوع عن الإقرار بالزنا بعد الإقرار به محل وصحته شرعاً حكم، فيجب كون المحل الذي هو الأصل رجوعاً عن إقرار بغيره وهو ليس ممتنعاً في الشهادة. نعم في القصاص وحد القذف: يعني لو أقرّ بهما ثم رجع لا يقبل، فكذا لا يقبل في الزنا. ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق، وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة في الإقرار السابق عليه فيندرىء بالشبهة لأنه أرجح من الإقرار السابق فافهم، بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحدّ القذف لأن العبد يكذبه في إخباره الثاني فينعدم أثره في إخباره الأول بالكلية

قوله: **(ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز «لعلك لمستها»)** روى في حديث ماعز «لعلك مسستها لعلك قبلتها»[1] وعند البخاري «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»[2] وقال في الأصل: ينبغي أن يقول له: لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئاً للحد ليذكره كائناً ما كان كما قال أيضاً عليه الصلاة والسلام للسارق الذي جيء به إليه «أسرقت وما إخاله سرق» [3].

في الإقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما. وقوله: **(وهذا قريب من الأول في المعنى)** أي قوله لعلك تزوجتها ووطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع، كما أنه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد.

---

(١) ضعيف. هذا السياق عند الحاكم ٤/ ٣٦١ من حديث ابن عباس.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣١٦: سكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي في مختصره، فقال: فيه حفص بن عمر العدني ضعفوه اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٢٤ وأبو داود ٤٤٢٧ وأحمد ١/ ٢٣٨، ٢٧٠ كلهم من حديث ابن عباس قال: «لما أتى ماعزُ بن مالك النبيّ ﷺ قال له: لعلّك قبّلت، أو غمزتَ، أو نظرت؟ قال: لا يا رسول الله قال: أَنِكْتَها؟ . لا يكني. قال: فعند ذلك أمر برجمه».
هذا لفظ البخاري، وغيره.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٨٠ والنسائي ٨/ ٦٧ والدارمي ٢٢١٨ وابن ماجه ٢٥٩٧ وأحمد ٥/ ٢٩٣ كلهم من طريق أبي المنذر عن أبي أمية المخزومي في باب التلقين في الحد. بأتم منه، وسيأتي في السرقة قال ابن حجر في التقريب: أبو المنذر هذا مقبول اهـ وقال أبو داود: ورواه عمرو بن عاصم عن همام عن إسحق بن عبدالله عن أبي أمية رجل من الأنصار مرفوعاً، وفيه «قال لِلِصٍّ أتي به ولم يوجد معه متاع «ما إخالك سرقت» قال بلى. فأعادها عليه ثلاثاً فأمر به فَقُطِعَ...» الحديث.

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

(وإذا وجب الحدّ وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت) «لأنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً وقد أحصن». وقال في الحديث المعروف «وزناً بعد إحصان» وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

فصل في كيفية إقامة الحدّ

بعد ثبوت الحد تكون إقامته فذكر كيفيته قوله: (وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً) هذا من الأحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين، يقول أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معدودة هي أسهب فهو مسهب إذا طال وأمعن في الشيء، ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضاً عن هذا النوع من الإسهاب، وقيل لابن عمر: ادع الله لنا، فقال: أكره أن أكون من المسهبين، بفتح الهاء. وألفج بالفاء والجيم: افتقر فهو ملفج، الفاعل والمفعول فيه سيان، ويقال بكسرها أيضاً إذا أفلس وعليه دين قوله: (رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه إجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين، وإنكار الخوارج الرجم باطل لأنهم إن أنكروا حجية إجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعي، وإن أنكروا وقوعه من رسول الله ﷺ لإنكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه، لأن ثبوت الرجم عن رسول الله ﷺ متواتر المعنى كشجاعة عليّ وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته. أما أصل الرجم فلا شك فيه، ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال: خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة و كان الحبل أو الاعتراف[(١)]، رواه البخاري. وروى أبو داود أنه خطب وقال: إن الله تعالى بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا من بعده. وإني خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم، الحديث. وقال: لولا أن يقال إن عمر زاد في الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف[(٢)]. وفي الحديث المعروف[(٣)] أي المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود، ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[(٤)] وروى الترمذي عن عثمان أنه أشرف

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحدّ، لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعاً فأخره ذكراً وكلامه واضح. وقوله: (وعلى هذا

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٢٩ و ٦٨٣٠ ومسلم ١٦٩١ ومالك ٢/ ٨٢٣ وأبو داود ٤٤١٨ وعبد الرزاق ١٣٣٢٩ والدارمي ٢٢٣٦ وأحمد ١/ ٤٠ وابن ماجه ٣٥٥٣ وأبو يعلى ١٥١ من طرق كلهم عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس عن عمر به.

(٢) جيد. هذا اللفظ عند أبي داود ٤٤١٨ أيضاً من حديث عبيد الله بن عتبة عن ابن عباس، وإسناده جيد ورواه مالك ٢/ ٨٢٤ عن ابن المسيب عن عمر بنحوه، وآخره بمثله. ورواته ثقات كلهم.

(٣) ساقه المرغيناني صاحب الهداية بلفظ: «وزنا بعد إحصان».

فقال الزيلعي ٣/ ٣١٧: ورد من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة، ثم ذكر الزيلعي هذه الأحاديث مع حديث ابن مسعود دون حديث أبي هريرة، واكتفى بأن صدَّره في أول الباب في خبر رجم ماعز، فلم يكرره. وقد تقدم تخريج حديث أبي هريرة.

(٤) صحيح. أخرجه ٦٨٧٨ ومسلم ١٦٧٦ من وجوه وأبو داود ٤٣٥٢ والترمذي ١٤٠٢ والنسائي ٧/ ٩٠ وابن ماجه ٢٥٣٤ والدارمي ٢٣٥٦ والطيالسي ٢٨٩ وابن أبي شيبة ١١/ ٤٥/ ٢ والحميدي ١١٩ والدارقطني ٣/ ٨٢ وابن حبان ٤٤٠٧ و ٤٤٠٨ و ٤٩٧٦ و ٥٩٧٧ وأبو يعلى ٥٢٠٢ وأحمد ١/ ٣٨٢ . ٤٢٨ . ٤٤٤ . ٤٦٥ والبيهقي ٨/ ١٩ . ١٩٤ . ٢٠٢ . ٢١٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن مسعود زاد مسلم، والنسائي، وابن حبان، وغيرهما في أوله: «والذي لا إله غيره لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث. . .» الحديث.

قال: **(ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس)** كذا روي عن عليّ رضي الله تعالى عنه، ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء. وقال الشافعي رحمه الله: لا تشترط بداءته اعتباراً بالجلد. قلنا: كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق، ولا كذلك

عليهم يوم الدار وقال: أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال «لا يحل دم امرىء إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، وارتداد بعد إسلام، وقتل نفس بغير حق، قالوا: اللهم نعم، قال فعلام تقتلوني»(١) الحديث. قال الترمذي: حديث حسن. ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان، «لا يحل دم امرىء مسلم إلا من إحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس» ورواه البزار والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وأبو داود والدارمي(٢) ، وأخرجه البخاري عن فعله ﷺ من قول أبي قلابة حيث قال: «والله ما قتل رسول الله ﷺ أحداً قط إلا في ثلاث خصال: رجل قتل بجريرة نفسه فقتل، ورجل زنى بعد إحصان، ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الإسلام»(٣) . ولا شك في رجم عمر وعليّ رضي الله عنهما. ولا يخفى أن قول المخرِّج حسن أو صحيح في هذا الحديث يراد به المتن(٤) من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند، وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول. والحاصل أن إنكاره إنكار دليل قطعي بالاتفاق، فإن الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظاً كسائر المسلمين، إلا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد إلى علماء المسلمين والرواة أوقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة، ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لأنه ليس في كتاب الله ألزمهم بأعداد الركعات ومقادير الزكوات، فقالوا: ذلك لأنه فعله رسول الله ﷺ والمسلمون، فقال لهم: وهذا أيضاً فعله هو والمسلمون قوله: **(ويخرجه إلى أرض فضاء)** لأن في الحديث الصحيح قال «فرجمناه» يعني ماعزاً بالمصلى.

إجماع الصحابة) أي على وجوب الرجم إذا كان الزاني محصناً، وذهب الخوارج إلى أن الحد في الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد، وذلك خرق منهم للأجماع، على أن حديث ماعز مشهور تلقته الأمة في الصدر الأول بالقبول، والزيادة على

قوله: **(وعلى هذا، إلى قوله: على أن حديث ماعز رضي الله عنه)** أقول: في المبسوط: أما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة، إلا على قول الخوارج فإنهم ينكرون الرجم لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حيز التواتر اهـ. فالشارح إن أراد بقوله على أن حديث ماعز إلخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى قال المصنف: **(ويبتدىء الشهود برجمه إلخ)** أقول: في المبسوط: لكنا نستدل بحديث علي كرم الله وجهه، فإنه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال: الرجم رجمان: رجم سر، ورجم علانية، فرجم العلانية أن يشهد على المرأة في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الإمام ثم الناس؛ ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس اهـ. وفي محيط السرخسي بعد هذا الكلام: وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة بالإجماع اهـ.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٠٢ والترمذي ٢١٥٨ وابن ماجه ٢٥٣٣ وابن الجارود ٨٣٦ والطيالسي ٧٢ وأحمد ١/ ٦١. ٦٢. ٦٥. ٧٠ والحاكم ٤/ ٣٥٠ والدارمي ٢/ ٢٢ والبيهقي ٨/ ١٨ كلهم عن أبي أمامة بن سهل عن عثمان في خبر يوم الدار. وإسناده حسن مصححه الحكم على شرطهما وأخرجه أحمد ١/ ٦٣ والنسائي ٧/ ١٠٣ كلاهما من حديث ابن عمر، وإسناده غير قوي لأن فيه مطر الوراق لكن توبع في روايات أخرى.
وأخرجه النسائي ٧/ ٩٢ من رواية أبي أمامة وعبد الله بن عامر بن ربيعة قالا: «كنا مع عثمان، وهو محصور فذكراه...» ولحديث عثمان شاهد أيضاً من حديث عائشة اهـ. وأما حديث عائشة، فأخرجه الطيالسي ١٤٧٤ والنسائي ٧/ ٩١. ٩٠ وأبو داود ٤٣٥٣ وأحمد ٦/ ١٨١. ٢٠٥. ٢١٤ وأبو يعلى ٤٦٧٦ و ٤٧٦٨ من طرق كلهم من حديث عائشة، وإسناده جيد رجاله ثقات، وشواهده تقدمت، فهو صحيح.
(٢) تقدم في الذي قبله مستوفياً.
(٣) مرسل صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٩٩ عن أبي قلابة وهو تابعي ثقة، فذكره في أثناء خبر طويل مسندٍ فيه ذكر القسامة، وخبر عُكل، وقصتهم معروفة، وحديثهم أسنده أبو قلابة عن أنس.
(٤) مراد المصنف قول الترمذي عن حديث عثمان: إنه حسن. وما ذهب إليه المصنف ابن الهمام صواب، فله شواهد في الصحيحين ذكرت بعضها.

. . . .

وفي مسلم وأبي داود «فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد» لأن المصلى كان به. لأن المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان. وأما ما في الترمذي من قوله «فأمر به في الرابعة فأخرج إلى الحرّة فرجم بالحجارة»(١) فإن لم يتأوّل على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج إلى الحرة وإلا فهو غلط لأن الصحاح والحسان متظافرة على أنه إنما صار إليها هارباً أنه ذهب إليها ابتداء ليرجم بها، ولأن الرجم بين الجدران يوجب ضرراً من بعض الناس لبعض للمضيق قوله: (**ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس**) وهذا شرط، حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لأن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم. ولو كان ظاهراً فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وإن كان بحق كما تراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للأكل والأضحية بل ومن حضورها، فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه، وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم. وقيل يحدون والأول رواية المبسوط. وقال الشافعي ر- مه الله ليس شرطاً اعتباراً بالجلد: يعني إذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في إقامة الحد ابتداء الشهود. وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لا يحسنه كل أحد، فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق، بخلاف الرجم فإن المقصود منه الإهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لإلحاقه. وإما إثبات المذهب فبقول عليّ رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي، فإن قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لأنه علله بأن امتناعهم دلالة الرجوع، فإن الشاهد ربما يتساهل في الأداء، فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة. وهذا هو قول المصنف لأنه دلالة الرجوع. وقول بعضهم إنه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبما لا يندرىء الحدّ على ما عرف وسيأتي، إنما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهراً في الرجوع بل يحتمله احتمالاً مرجوحاً. فإن الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالأضحية والدجاجة فكيف بالأعلى، فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهراً في الرجوع، بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الإنسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته، وهو غلط لأنا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه، حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه، لكنه دليل فيه شبهة فإنه أمارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة، والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله. لا يقال: احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة، لأن الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة فيها، وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعاً فيه شبهة كان الثابت قذفاً فيه شبهة، بخلاف صريح

الكتاب بمثله جائزة.

---

(١) يجدر في هذا المقام أن أسرد أقوىٰ الروايات الواردة في رجم ماعز رضي الله عنه، وعن صحابة رسول الله ﷺ. حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٦٨١٥ ومسلم ١٦٩٢ وأحمد ٢/ ٤٥٣ والبيهقي ٨/ ٢١٩.

حديث جابر. أخرجه البخاري ٦٨٢٠ ومسلم ١٦٩٢ وأبو داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والدارمي ٢٢٢٩ وأحمد ٣/ ٢٣٢.

حديث جابر بن سمرة. أخرجه مسلم ١٦٩٣ وأبو داود ٤٤٢٢ والدارمي ٢٢٣٠ وأحمد ٥/ ٨٦ ـ ٩٩ ـ ١٠٢ ـ ١٠٣.

حديث أنس: أخرجه البخاري ٦٨٢٣.

حديث ابن عباس. أخرجه البخاري ٦٨٢٤ ومسلم ١٦٩٣ وأبو داود ٤٤٢٥ و ٤٤٢٦ و ٤٤٢٧ وأحمد ١/ ٢٤٥. وحديث أبي سعيد. أخرج مسلم ١٦٩٤ وأبو داود ٤٤٣١ وأحمد ٣/ ٢ ـ ٣.

حديث بريدة. أخرجه مسلم ١٦٩٥ وأبو داود ٤٤٣٣ و ٤٤٤٢ وأحمد ٥/ ٣٤٧ ـ ٣٤٨

حديث نعيم بن هزّال. أخرج أبو داود ٤٤١٩ وأحمد ٥/ ٢١٦.

وفي الباب روايات، وله طرق وشواهد، فهو حديث مشهور بل متواتر علىٰ مذهب السيوطي وغيره.

الرجم لأنه إتلاف. (فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لأنه دلالة الرجوع، وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر

الرجوع فإن به يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحدّ به هناك ولا يحدّ بدلالة الرجوع إذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعاً لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا. وأما ثبوت ذلك عن عليّ رضي الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال: حدثنا عبد الله بن إدريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علياً كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس، فإذا كان بإقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده(١). قال: وحدثنا أبو خالد الأحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن عليّ رضي الله عنه قال: أيها الناس إن الزنا زناءان زنا السرّ، وزنا العلانية، فزنا السرّ أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فكون الإمام أول من يرمى، قال: وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده، وروى الإمام أحمد في مسنده عن الشعبي قال: كان لشراحة زوج غائب بالشام وأنها حبلت، فجاء بها مولاها فقال: إن هذه زنت، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها إلى السرّة وأنا شاهد، ثم قال: الرجم سنة سنها رسول الله ﷺ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أوّل من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره، ولكنها أقرّت فأنا أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس. ورواه البيهقي عن الأجلح عن الشعبي عن عليّ، وفيه «أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة، قالت لا، قال فلعله استكرهك، قالت لا، قال: فأمر بها فحبست، فلما وضعت ما في بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها» الحديث وفيه أيضاً «أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف»(٢). وأورد أن إثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد، وإصلاح الإيراد أنه تقييد للقطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به. والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة، فإذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرىء به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي بالشبهة، وموت الشهود مسقط أو أحدهم، وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية، وهو

وقوله: (فإن امتنع الشهود) قال في الإيضاح: ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيباً أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وروي عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس، وكذا في الذخيرة أيضاً، فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ، وليس بمختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا، وإذا سقط بامتناع

قوله: (وإحدى الروايتين عن أبي يوسف) أقول: ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه قوله: (فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية إلخ) أقول: في المبسوط: وعن أبي يوسف قال: يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لا يقام الرجم، فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لأنه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع إقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الأيدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور، بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعي الأيدي في الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر، فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عن الحكم، فإذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اهـ. ونحن نقول: فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما في المبسوط

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٣٢٠ وإسناده جيد. وأما الطريق الآخر ففيه حجاج بن أرطاة ضعيف. لكن شاهده يقويه، ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطحاوي ٣/ ١٤٠ باختصار، وإسناده صحيح عن علي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه أحمد ١/ ١٢١ والبيهقي ٨/ ٢٢٠ بطوله واختصره الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٤٠ كلهم عن الشعبي عن علي والقصة واحدة، وإسناده جيد.

وتوبع الشعبي فقد أخرجه الطحاوي ٣/ ١٤٠ في كتاب معاني الآثار من وجه آخر عن حبة العوفي لكن فيه اختصار وحبة هذا صاحب علي.

الرواية لفوات الشرط (وإن كان مقرّاً ابتدأ الإمام ثم الناس) كذا روي عن عليّ رضي الله عنه. ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام في ماعز «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم» ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً «وصلى النبيّ عليه الصلاة

احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة، فإذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد، وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة، كما لو ارتدّ أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحدّ لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحدّ، لأن الإمضاء من القضاء في الحدود، وهذا إذا كان محصناً. وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي: يقام عليه الحد في الموت والغيبة، ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضاً لا يستطيع الرمي وحضروا يرمي القاضي، ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة. وقد يقال: إذا كان شرطاً ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط. وأيضاً عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت، إلا أن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوعي الأيدي لم تستحق البداءة بهم، وأما ههنا فقد استحقت، فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا، وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم، ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها. ومما يبطل الشهادة ويسقط الحدّ أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق، ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف، لأن سقوطه في الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها، وقد علم أن الإمضاء في الحدود فكان كالأول، وخالف محمد رحمه الله قوله: (وإن كان مقراً يبدأ الإمام ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفاً[1]. وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية حصاة مثل الحمصة. رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال: سمعت شيخاً يحدّث عن أبي بكرة عن أبيه «أن النبيّ ﷺ رجم الغامدية فحفر لها إلى السرة» ثم ذكر إسناداً آخر وزاد «ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال: ارموا واتقوا الوجه، فلما طفئت أخرجها وصلى عليها»[2] ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول: وأنت تعلم أنه لو تمّ أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط، فالمعوّل عليه ما ذكرنا من كلام عليّ رضي الله عنه. واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم، وهو منتف برجم ماعز، فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام. ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول على أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختباراً لثبوت دلالة الرجوع وعدمه، وأن يبتدىء هو في الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد

أحدهم هل تحدّ الشهود أو لا؟ ذكر في المبسوط أنه لا يقام الحدّ على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة على الزنا واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قوله: (واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل) أقول: في صورة الموت والغيبة إحداهما شبهة الامتناع عن البداية. والثانية كون الامتناع رجوعاً فليتأمل، وفي محيط السرخسي: وروي عن محمد: لو كان الشهود مقطوعي الأيدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي فإن الإمام يرمي ثم الناس، لأن فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة، بخلاف الموت والغيبة لأنه من الجائز أن لو كان حياً فعرض عليه الرمي يمتنع عن ذلك اهـ. إلا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح قوله: (وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول: يعني المكاس وهو العشار، والمكس ما أخذه.

---

(١) هو المتقدم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٤٣ و ٤٤٤٤ والبيهقي ٨/ ٢٢١ وكذا النسائي كما في نصب الراية ٣٢٠٣ وكذا البزار في مسنده، والطبراني في معجمه. قال المنذري في مختصره ٤٢٧٩: ورواه النسائي ـ ولعله في الكبرىٰ ـ قال والراوي عن أبي بكرة في روايتيهما مجهول اهـ. ونقل الزيلعي في نصب الراية عن البزار قوله: لا نعلم أحداً سمىٰ هذا الشيخ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة النسائي، ولم يعلّه بغير الانقطاع.

والسلام على الغامدية بعد ما رجمت» (وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحدّه مائة جلدة) لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به. قال: (يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً) لأن علياً رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته. والمتوسط بين المبرِّح

لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكأن البداءة في معنى الشرط إذ لزم عن عدمه العدم لا أنه جعل شرطاً بذاته، وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلاً على سقوط الحد إذا لم يبدأه.

واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام، فلو لم يثن الإمام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما. قالوا: ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لأنه المقصود، ولأنه تيسير عليه إلا أن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله: (ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله ﷺ في ماعز «اصنعوا به» الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه بريدة قال «لما رجم ماعز قالوا: يا رسول الله ما نصنع به؟ قال: اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه»[1] وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فأخرجه الستة إلا البخاري من حديث عمران بن الحصين «أن امرأة من جهينة أتت النبيّ ﷺ وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبيّ الله أصبت حداً فأقمه عليّ» الحديث بطوله، إلى أن قال «فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها، فقال له عمر: أتصلي عليها يا نبيّ الله وقد زنت؟ فقال: لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أنها جادت بنفسها لله»[2] وفي صحيح البخاري من

فتأمل، والغامدية امرأة من غامد حيّ من الأزد، وفي حديثها «لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له». وقوله: (إلا أنه انتسخ في حق المحصن) بيانه أن قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ الآية عام في المحصن وغيره إلا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها. روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال: إن الله بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا من بعده، وإني خشيت إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل، فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف، وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموها البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم، وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ في غير المحصن، وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله. وقوله: (بسوط لا ثمرة له) قال في الصحاح: ثمر السياط عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له: يعني العقدة. وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين، وهذا أصح. لما روي أن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين. والأول هو المشهور في الكتب. المبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها. يقال برح به الأمر تبريحاً: أي غلظ عليه واشتد. والمذاكير جمع

قوله: (فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ في غير المحصن)

---

(١) حسن. قلت: هو في مسند أبي حنيفة ص ١١٦ . ١١٧ بهذا اللفظ ومن طريقه رواه ابن أبي شيبة في كتاب الجنائز من حديث بريدة.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٩٧: في إسناده أبو حنيفة والباقون من رجال الصحيح اهـ.
قلت: أبو حنيفة إمام ثقة هذا هو الصواب، وقد رواه بعدة ألفاظ، وفيه سياق المصنف، فالحديث حسن إن شاء الله.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٦ وأبو داود ٤٤٤١ و ٤٤٤٠ والترمذي ١٤٣٥ والنسائي ٤/٦٣ . ٦٤ وابن الجارود ٨١٥ والدارقطني ٣/٣٠١ . ٣٠٢ وعبد الرزاق ١٣٣٤٨ والطيالسي ٨٤٨ وابن أبي شيبة ١٠/٨٧ . ٨٨ وأحمد ٤/٤٢٩ . ٤٣٠ . ٤٣٥ . ٤٣٦ . ٤٣٧ . ٤٤٠ والدارمي ٢٢٣٩ وابن حبان ٤٤٠٣ و ٤٤٤١ والبيهقي ٨/٢٢٥ والطبراني في الكبير ١٨/(٤٧٦) (٤٧٥) من طرق كلهم من حديث عمران بن حصين.
وترك ابن الهمام وسط الحديث، وهو: «فدعا رسول الله ﷺ وليّها، فقال: اذهب، فأحسن إليها، فإذا وضعت، فأتني بها، فلما وضعت أتىٰ بها رسول الله ﷺ، فأمر بها، فَشُكَّتْ عليها ثيابها، ثم أمر بها، فرجمت. . .» الحديث كما ساقه ابن الهمام.

. . . .

حديث جابر في أمر ماعز قال «ثم أمر به فرجم، وقال له النبي ﷺ خيراً وصلى عليه»(١) قال ابن القطان: قيل للبخاري قوله: «وصلى عليه» قاله غير معمر؟ قال لا. ورواه الترمذي وقال: حسن صحيح. ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه. وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الأسلمي «أنه ﷺ لم يصلّ على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه»(٢) ففيه مجاهيل فإن فيه عن أبي بشر أنه قال: حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة. نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز «وقال له خيراً ولم يصل عليه»(٣) معارض صريح في صلاته عليه، لكن المثبت أولى من النافي، لكن على أصول الحنفية وهو أن النفي إذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الإثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لأن هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك، إذ لا شك أن الصحابي إذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك، وعن هذا ذهب مالك إلى أنه يصلي عليه غير الإمام. والحاصل أن الصلاة عليه شرعاً لا شك فيها، فإنه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصاً، بخلاف الشهيد فإنه قتل بغير حق

الذكر الذي هو العضو، وهو جمع على خلاف القياس، كأنهم فرّقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراد قرينه وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله، كقولهم: شابت مفارق

---

(١) صحيح غريب. أخرجه البخاري ٦٨٢٠ من حديث جابر «أن رجلاً من أسلم جاء النبيَّ ﷺ، فاعترف بالزنا فأعرض عنه النبي ﷺ. . .» وآخره: «فَرُجِمَ حتىٰ مات، فقال له النبي ﷺ خير، وصلىٰ عليه».
رواه معمر بن الزهري به.
قال البخاري: ولم يقل يونس، وابن جريج عن الزهري: «فصلىٰ عليه».
سئل أبو عبد الله ـ البخاري ـ هل قوله: فصلىٰ عليه. يصحُ أم لا؟ قال: رواه معمر. قيل له: هل رواه غير معمر؟ قال: لا. اهـ وسيأتي بيان غرابة إثبات الصلاة.
تنبيه: قال ابن الهمام: ورواه الترمذي، وقال: حسن صحيح. ورواه غير واحد ومنهم أبو داود وصححوه اهـ. ويفهم من كلامه أنهم رووه بمثل لفظ البخاري. وليس كذلك بل خالفوه فيه. والذي وقع للمصنف هو أنه لم يُكْمِلْ كلام الحافظ الزيلعي، وسيأتي نصه. وإليك رواية هؤلاء أخرجه أبو داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والنسائي ٤/ ٦٢ ـ ٦٣ باب ترك الصلاة علىٰ المرجوم وعند الثلاثة آخره: «ولم يصلِّ عليه» وكذا رواه عبد الرزاق ١٣٣٣٧ وأحمد ٣/ ٣٢٣ والبيهقي ٨/ ٢١٨ من طرق عن عبد الرزاق عن معمر به دون ذكر الصلاة عليه.
وأخرج مسلم ١٦٩٢ حـ ١٦ من غير طريق عبد الرزاق عن جابر فلم يذكر الصلاة نفياً ولا إثباتاً.
والحديث أخرجه البخاري ٥٢٧٠ و ٥٢٧٢ من حديث جابر فلم يذكر الصلاة عليه أصلاً وذلك من طرق أخرىٰ وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٢١ . ٣٢٢ ما ملخصه: الترمذي وأبو داود والنسائي وأئمتهم قالوا فيه: «ولم يصلِّ عليه» قال المنذري في حواشيه: أعل بعضهم زيادة الصلاة عليه بأن محمود بن غيلان شيخ البخاري تفرد بها عن عبد الرزاق، وقد خالفه ثمانية أنفس منهم إسحق بن راهوية، والذهلي، وغيرهما اهـ.
ومال ابن حجر في الفتح ١٢/ ١٣١ إلىٰ إثبات الصلاة علىٰ ماعز. وذلك بعد أن ذكر كلام المنذري قال ابن حجر: لكن ظهر لي أن البخاري قويت عنده حيث أخرجه عبد الرزاق أيضاً. وروىٰ أبو قرة عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، وفيه: «فقيل يا رسول الله: أتصلي عليه؟ قال: لا. قال: فلما كان من الغد قال: صلوا علىٰ صاحبكم فصلىٰ عليه رسول الله ﷺ، والناس» اهـ فيحمل النفي علىٰ كونه وقت الرجم، ويحمل الإثبات علىٰ اليوم الثاني. ويعتضد أيضاً بحديث الغامدية، والصلاة عليها اهـ ابن حجر ملخصاً. الخلاصة: الروايات المعتبرة لا تذكر الصلاة علىٰ ماعز، وأما ما ذكره ابن حجر عن عبد الرزاق، فجوابه أكثر الرواة عن عبد الرزاق علىٰ عدم ذكر الصلاة عليه. كما ذكر المنذري. والله تعالىٰ أعلم بالصواب.
(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٨٦ عن أبي بشر حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة الأسلمي فذكره. قال الزيلعي ٣/ ٣٢٢: ضعفه ابن الجوزي في التحقيق بأن فيه مجاهيل. ونقل عن الإمام أحمد قوله: ما نعلم أن النبي ﷺ ترك الصلاة إلا علىٰ الغال وقاتل نفسه. قال: ولو صح هذا الحديث كانت صلاته علىٰ الغامدية بعده اهـ.
(٣) فيه نظر. فالحديث أخرجه البخاري ٥٢٧٠ و ٥٢٧٢ و ٧١٦٨ ومسلم ١٦٩٢ حـ ١٦ كلاهما من حديث جابر، فلم يذكرا الصلاة عليه أصلاً نفياً، ولا إثباتاً.
وإنما وقع لفظ: «وقال له خيراً، ولم يصل عليه».
عند أبي داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والنسائي ٨/ ٢١٨ كلهم من حديث جابر أيضاً اهـ.
ورجاله ثقات، وإسناده متصل.

. . . .

فلا يغسل ليكون الأثر شاهداً له، والإظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة. وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففي حيز التعارض (١). والغامدية من بني غامد حيّ من الأزد. قاله المبرد في الكامل. وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة، وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين «أتت امرأة من جهينة» (٢) قوله: (إن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة لقولة تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور ٢] وإنما قدم الزانية مع أن العادة عكسه لأنها هي الأصل إذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن، وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعاً، ويكفينا في تعين الناسخ القطع برجم النبي ﷺ فيكون من نسخ الكتاب بالسنة. القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم(٣). لعدم القطع بثبوت كونها قرآناً ثم انتساخ تلاوتها وإن ذكرها عمر وسكت الناس، فإن كون الإجماع السكوتي حجة مختلف فيه، وبتقدير حجيته لا يقطع بأن جميع المجتهدين من الصحابة كانوا إذ ذاك حضوراً، ثم لا شك أن الطريق في ذلك إلى عمر ظني، ولهذا والله أعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه: إن الرجم سنة سنها رسول الله ﷺ، وقال: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ(٤) ولم ينسبه إلى القرآن المنسوخ التلاوة، وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الاية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به، ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وفي رواية أبي داود «ورمى بالحجارة»(٥) وسيأتي الكلام عليه قوله: (بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر. وفي الصحاح وغيره عقد أطرافه. ورجح المطرزي إرادة الأول هنا لما ذكر الطحاوي أن علياً جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين(٦). وفي الإيضاح ما يوافقه قال: ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لأن الثمرة إذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين. وفي الدراية: لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له: أي لا عقدة عليه. وقول المصنف في الاستدلال عليه لأن علياً لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الأول أصلاً، بل أحد الأمرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق إذا كان يابساً وهو الظاهر. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال: كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به. قلنا له: في زمن من كان هذا؟ قال: في زمن عمر بن الخطاب. والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يبس لأنه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة، ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إن أصبت حدّاً فأقمه عليّ، فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوط شديد له ثمرة، فقال: سوط دون هذا، فأتى بسوط مكسور لين فقال: سوط فوق هذا، فأتى بسوط بين سوطين فقال: هذا فأمر به

. . . .

أقول: فيه بحث، والصواب في المحصن فتأمل قوله: (وهذا أصح لما روي إلخ) أقول: فيه بحث، إذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلاً كما لا يخفى.

(١) ما ذهب إليه المصنف قريب جداً، وقد مال إلى هذا غير واحد.
(٢) تقدم مستوفياً قبل أحاديث ثلاثة فقط.
(٣) تقدم في أول الفصل.
(٤) أثر علي هذا إسناده حسن تقدم قبل أحاديث في خبر رجمه لشراحة رواه عنه الشعبي.
(٥) سيأتي بعد ورقات في أواخر هذا الباب.
(٦) موقوف. أخرجه الشافعي ٢/ ٢٩٤ بسنده عن محمد الباقر، وفيه إرسال لأنه لم يدرك علياً.

وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلوّ الثاني عن المقصود وهو الانزجار **(وتنزع عنه ثيابه)** معناه دون الإزار لأن علياً رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه. وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الإزار كشف العورة فيتوقاه **(ويفرق الضرب على أعضائه)** لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى

فجلد» ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم «أن النبي ﷺ أتى بسوط» فذكره[١]، وذكره مالك في الموطأ. والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميماً للمشترك في النفي لأنه عين العدد مائة، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطاً قوله: **(بين الموجع وغير المؤلم)** فيكون مؤلماً غير موجع، فلزم أنه أراد بالموجع المبرح وإلا لم يستقم، ووجه هذا ظاهر. ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحدّ ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلداً خفيفاً يحتمله قوله: **(وتنزع عنه ثيابه)** إلا الإزار ليستر عورته وبه قال مالك. وقال الشافعي وأحمد: يترك عليه قميص أو قميصان لأن الأمر بالجلد لا يقتضي التجريد. وقول المصنف لأن علياً كان يأمر بالتجريد في الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال: صح أن علياً كان يأمر بالتجريد في الحدود فأبعد عما قال المخرج أنه لم يعرف عن عليّ بل روى عنه خلافه. وروى عبد الرزاق بسنده عنه «أنه أتى برجل في حدّ فضربه وعليه كساء قسطاً به قاعداً». وأسند إلى المغيرة بن شعبة في المحدود: أينزع عنه ثيابه؟ قال: لا، إلا أن يكون فرواً أو محشواً. وأسند عن ابن مسعود: لا يحل في هذه الأمة تجريد ولا مد[٢]. قوله: **(ويفرّق الضرب على أعضائه)** لأن جمعه في عضو واحد قد يفسده، واستثنى الرأس والوجه والفرج. وذكر عن النبي ﷺ أنه قال للذى أمره بضرب الحد «اتق الوجه والمذاكير»[٣] ولم يحفظه المخرّجون مرفوعاً بل موقوفاً على عليّ رضي الله عنه «أنه أتى برجل سكران أو في حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير»[٤] رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور. وقال ابن المنذر: وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل: أضرب وأعط كل عضو حقه. قال: روينا هذا القول عن عليّ وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم. ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه ﷺ قال: «إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير»[٥] ولا شك أن هذا ليس مراداً على الإطلاق لأنا نقطع أن في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكفّ عنه، إذ قد يمتنع عليه بعد ذلك

---

(١) مرسل. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٥ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٣٢٦ عن زين بن أسلم مرسلاً. وزيد ثقة، ويعضده المرسل المتقدم الذي رواه عبد الرزاق عن يحيىٰ بن أبي كثير. ورواه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٨ عن زيد بن أسلم مرسلاً. وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٦ عن أبي عثمان النّهدي عن عمر «أنه أتي بسوط فيه شدة، فقال: أريد ألْيَنَ من هذا، ثم أتي بسوط فيه لين، فقال: أريد أشد من هذا. . .» الأثر فهذه الأخبار تتقوىٰ ويعلم أن لها أصلاً.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٢٣ وراجع سنن البيهقي ٨/ ٢٦ ـ ٢٧ والدراية ٢/ ٩٨.

(٣) لا أصل له مرفوعاً، قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٤: غريب مرفوعاً. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٨: فقال: لم أجده مرفوعاً، ووافقهما ابن الهمام.

(٤) موقوف حسن. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٧ ـ ٧٨ بسنده عن علي موقوفاً وفيه ضعف لضعف ابن أبي ليلىٰ، والمهاجر وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٧ عن عمر موقوفاً أيضاً وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/ ٧٨ وقال: رواه سعيد بن منصور في سننه. والبيهقي من طرق عن عليٍ موقوفاً.

(٥) صحيح. دون قوله: والمذاكير: فلعله سبق قلم. والحديث أخرجه البخاري ٢٥٥٩ ومسلم ٢٦١٢ من وجوه كثيرة وأبو داود ٤٤٩٣ والحميدي ١١٢١ وأحمد ٢/ ٢٥١ ـ ٣١٣ ـ ٢٤٤ ـ ٤٣٤ ـ ٣٣٧ ـ ٤٦٣ ـ ٥١٩ وابن حبان ٥٦٠٤ ـ ٥٦٠٥ وأبو يعلىٰ ٦٢٧٤ وابن خزيمة في التوحيد ص ٣٧ والبيهقي في الأسماء والصفات ص ٢٩٠ ـ ٢٩١ والبغوي ٢٥٧٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة دون لفظ: «والمذاكير».

زاد مسلم: «فإن الله خلق آدم علىٰ صورته»

ورواية: «إذا قاتل»

وورد من حديث أبي سعيد ١١٧٩ وقال الهيثمي في المجمع ٨/ ١٠٦ رواه أحمد والبزار بنحوه، وفيه عطية العوفي ضعفه جماعة، ووثقه ابن معين اهـ.

ورواية أبي يعلىٰ فيها عطية العوفي.

قال ابن حجر في الفتح ٥/ ٢١٧: الأكثر علىٰ أن الضمير في لفظ: صورته يعود علىٰ المضروب.

التلف والحدّ زاجر لا متلف. قال: (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أمره بضرب الحد «اتق الوجه والمذاكير» ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس، وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حداً. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضرب الرأس أيضاً رجع إليه، وإنما

ويقتله، فليس المراد إلا من يضرب صبراً في حدّ قتلاً أو غير قتل. وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة «أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه»(١) وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما: أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مختصراً عليه عام مخصوص لأنهما لا يريدان قطعاً ضرب الوجه والمذاكير، ولما كان ذلك معلوماً لم يحتج إلى ذكر المخصوص، على أنه ذكر في رواية غيره عن عليّ رضي الله عنه كما حكيناه آنفاً.

وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب، والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو إهلاك معنى. وهذا من المصنف ظاهر في القول بأن العقل في الرأس إلا آن يؤول، وهي مختلفة بين الأصوليين. وما قيل في المنظومة والكافي إن الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله ﷺ لهلال بن أمية «البينة وإلا فحد في ظهرك»(٢) غير ثابت في كتبهم. بل الذي فيها كقولنا. وإنما تلك رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه. وأجيب بأن المراد بالظهر نفسه: أي حدّ عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله عنهم، وما استنبطناه من قوله ﷺ «إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه»(٣) وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب، ثم خص منه الفرج بدليل الإجماع. وعن محمد رحمه الله في التعزير: يضرب الظهر وفي الحدود الأعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو، ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكراً كما قالوا: شابت مفارقه وإنما له مفرق واحد قوله: (وقال أبو يوسف: يضرب الرأس ضربة واحدة رجع إليه) بعد أن كان أوّلاً يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره. ورواه ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر رضي الله عنه أتى برجل انتفى من أبيه فقال: أضرب الرأس فإن فيه شيطاناً، والمسعودي مضعف. ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلاً يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل إليه عمر وأعدّ له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ، فأخذ عمر عرجوناً من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال: أنا عبد الله عمر، وجعل يضربه حتى دمي رأسه، فقال: يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجد في رأسي(٤). وهذا ينافي جواب المصنف بأن ذلك كان في مستحق القتل. ولو قلنا إن واقعة أبي بكر

رأسه كذا في الصحاح. وقوله: (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض: أي كان يدعو الناس إليهم. وقوله: (لأنه

---

(١) حسن لشواهده. أخرج أبو داود ٤٤٤٤ من حديث أبي بكرة وتقدم في ٥/ ٢٢٠ وأنه غير قوي لكنه حسن لشواهده.
تنبيه: وقع للمصنف: عن أبي هريرة اهـ فلعله سبق قلم، وصوابه: أبي بكرة.
والثَّنْدُوَةُ: بفتح الثاء مع التشديد مَغْرِز الثدي.

(٢) هو بعض حديث اللعان تقدم في كتاب الحدود قبل هذا الفصل. ٢/ ٢١٤ رواه البخاري وغيره.
تنبيه: لم يقصد المصنف عدم ثبوت الحديث، وإنما قصد عدم ثبوت كون الحد على الظهر حصراً عند الشافعية.

(٣) تقدم قبل حديثين رواه الشيخان.

(٤) موقوف قوي. أخرجه الدارمي ١٤٤ في المقدمة عن سليمان بن يسار عن عمر بهذا اللفظ، ورجاله ثقات.
والعجب أن العلماء في هذا العصر يجعلون لهذه الأبحاث. أي أبحاث المتشابهات. الصدارة في مناقشاتهم وفي مناظرتهم، وكلهم يدعي أنه ضرورة لا بدّ منها لتصحيح العقيدة، ولذا ينطبق علينا قوله تعالى ﴿ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك﴾ وطالما أنا نخوض في هذه الأبحاث المبتدعة، فلا نزال في اختلاف وفي شقاق، والرحمة فقط تنال الذين يُعرضون عن هذه المتشابهات ونحوها، فأسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يبصّرنا بما يجب أن نعمل به ومن أجله كما بصّر هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. والله تعالى أجل وأعلم.

يضرب سوطاً لقول أبي بكر: اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً. قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله. ويقال إنه ورد في حربيّ كان من دعاه الكفرة والإهلاك فيه مستحق **(ويضرب في الحدود كلها قائماً غير ممدود)** لقول عليّ رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه. ثم قوله غير ممدود، فقد قيل المدّ أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا، وقيل أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمده بعد الضرب، وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق **(وإن كان عبداً جلده خمسين جلدة)** لقوله تعالى: **﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾** نزلت في الإماء، ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ **(والرجل والمرأة في ذلك سواء)** لأن النصوص

رضي الله عنه كانت فيه فإن ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم، وكذا ضرب أبي بكر الذي انتفى من أبيه. هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً الصدر والبطن، وفيه نظر، بل الصدر من المحامل، والضرب بالسوط المتوسط عدداً يسيراً لا يقتل في البطن فكيف بالصدر. نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن قوله: **(ويضرب في الحدود كلها)** وكذا التعزير **(قائماً غير ممدود لقول عليّ رضي الله عنه الخ)** روى عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن عليّ رضي الله عنه قال: يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة في الحدود **(ولأن مبنى الحد على التشهير)** زجراً للعامة عن مثله **(والقيام أبلغ فيه)** والمرأة مبني أمرها على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة قوله: **(غير ممدود قيل المد أن يلقى على الأرض كما يفعل في زماننا، وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد)** وفيه زيادة ألم وقد يفضي إلى الجرح **(وكل ذلك لا يفعل)** فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لأنه في النفي فجاز تعميمه، وإن امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك قوله: **(وإن كان عبداً جلده خمسين لقوله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء ٢٥] نزلت في الإماء)** وهو أيضاً مما يعرف من أول الكلام، ولا فرق بين الذكر والأنثى بتنقيح المناط فيرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور، بل المساواة تكفي فيه. وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لأن الكلام كان في تزوّج الإماء بقوله تعالى **﴿فمن لم يستطع منكم طولاً﴾** إلى قوله: **﴿من فتياتكم المؤمنات﴾** [النساء ٢٥] ثم تمم حكمهن إذا زنين، ولأن الدعاية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية، وهذا الشرط: أعني الإحصان لا مفهوم له، فإن على الأرقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا. وأسند أبو بكر الرازي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني «أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال: إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل»[1] والقائلون بمفهوم المخالفة يجوّزون أن لا يراد بدليل يدلّ عليه. وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن عليّ قال: قال رسول الله ﷺ «أقيموا الحدود

زيادة على المستحق) قالوا: إلا أن يعجزهم عن الضرب قائماً فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها. قال: **(وإن كان عبداً)** أو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٢ و٢١٥٣ و ٦٨٣٧ ومسلم ١٧٠٤ حـ ٣٣ وأبو داود ٤٤٦٩ ومالك ٢/ ٨٢٦ والشافعي في مسنده ٢/ ٢٠٠ . ٢٠١ بترتيب الساعاتي وأحمد ٤/ ١١٧ والدارمي ٢٢٤٠ وابن الجارود ٨٢١ والبيهقي ٨/ ٢٤٢ من طريق مالك عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني به وكذا ابن ماجه ٢٥٦٥ والطيالسي ٩٥٢ وأخرجه البخاري ٢١٥٢ و ٢٢٣٤ و ٦٨٣٩ ومسلم ١٧٠٣ حـ ٣٠ . ٣١ وأبو داود ٤٤٧٠ و ٤٤٧١ من طرق عن المقري عن أبي هريرة مرفوعاً. مع تغير يسير فيه. وأخرجه عبد الرزاق ١٣٥٩٨ والطيالسي ١٣٣٤ و ٢٥١٣ كلاهما من طريق عبيد الله عن أبي هريرة مرفوعاً.
وقوله: وهو الحبل. جاء مفسراً في بعض الروايات وذلك بلفظ: «فليبعها، ولو بحبل من شعر» وهذا اللفظ عند البخاري.

تشملهما (**غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو**) لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (**وتضرب جالسة**) لما روينا، ولأنه أستر لها (**وإن حفر لها**

على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن»(١) ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حدّ عليها حتى تحصن بزوج، وعلى هذا هو معتبر المفهوم إلا أنه غير صحيح. وقرىء «إذا أَحْصَنَّ» بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن، وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات إذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لأن الرجم لا يتنصف، ولأن الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ؛ ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى **﴿يا نساء النبيّ من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾** [الأحزاب ٣٢] قوله: (**والرجل والمرأة في ذلك سواء**) لشمول النصوص إياهما، فإن كان كل منهما محصناً رجم وإلا فعلى كل الجلد، أو أحدهما محصناً فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد، وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة أو الإقرار يكون على ما شرط. وقوله **غير أن المرأة الخ** استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها إلى الحشو والفرو (**ولأن في تجريدها كشف العورة**) لأن بدنها كله عورة إلا ما عرف، ووجهه ظاهر (**وتضرب**) المرأة (**جالسة لما روينا**) يعني من كلام عليّ (**ولأنه أستر لها**) قوله: (**وإن حفر لها في الرجم جاز**) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية إلى ثندوتها. والثندؤة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمونة في الوجهين: ثدي الرجل أو لحم الثديين، وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه (**ولذا حفر علي لشراحة الهمدانية**) بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة عليّ، وقد مدحهم وقال في مديحه لهم:

فلو كنت بواباً على باب جنة ... لقلت لهمدان ادخلي بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها إلى السرّة. ثم قال المصنف (**وإن ترك**) الحفر (**لم يضره لأن النبي ﷺ لم يأمر بذلك**) يعني لم يوجبه بناء على أن حقيقة الأمر هو الإيجاب، وقال إنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية. ومعلوم أن ليس المراد إلا أنه أمر بذلك فيكون مجازاً عن أمره، وإلا كانت مناقضة غريبة، فإن مثلها إنما

أمة (**جلده**) أي إن كان من زنى عبداً أو أمة جلده الإمام (**خمسين جلدة لقوله تعالى**) فأن أتين بفاحشة (**فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ـ نزلت في الإماء**) ودخل تحت حكمها العبيد، وهو خلاف المعهود لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية، وكأن هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السفاح فيهنّ ودعوتهنّ إليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى **﴿الزانية والزاني﴾** ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لأنه لا يتنصف. قوله: (**لأن الجناية عند توافر النعم أفحش**) أصله قوله تعالى **﴿يا نساء النبيّ من يأت منكنّ بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾** وقوله: (**لما روينا**) يعني

---

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه أبو داود ٤٤٧٣ وأحمد ١/ ١٣٦ ـ ١٤٥ والطيالسي ١٤٦ والبيهقي ٨/ ٢٤٥ وابن أبي شيبة ١١/ ٦٢ وأبو يعلى ٣٢٠ كلهم عن علي «قال: فجرت جارية لآل رسول الله ﷺ، فقال: يا علي أقم عليها الحدّ. فوجدتها في دمها لم تعلّل من نفاسها فأتيته فذكرت له ذلك، فقال: دعها حتى ينقطع دمها، ثم أقم عليها الحد، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» وهذا إسناد ضعيف تفرد بهذا السياق عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، وهو ضعيف، والراجح وقفه. فقد أخرجه مسلم ١٧٠٥ والترمذي ١٤٤١ وصححه وابن الجارود ٨١٦ والبيهقي ٨/ ٢٤٤ والطيالسي ١١٢ وأبو يعلى ٣٢٦ كلهم عن أبي عبد الرحمن السلمي قال: «خطب علي فقال: يا أيها الناس أقيموا على أرقائكُمُ الحدَّ من أحصِنَ منهم ومن لم يُحصَنْ، فإن أَمَةً لرسول الله ﷺ زنت، فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديث عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: أَحْسَنْتَ».

هذا لفظ مسلم وغيره وزاد مسلم في رواية: «اتركها حتى تماثل» اهـ أي تشفى.

فهذا هو اللفظ الصحيح، وأنه من قول علي، ولعل عبد الأعلى بسبب ضعفه وهم، فأخر كلام علي، فاشتبه على بعض الرواة وأنه من المرفوع.

ولذا قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٥٩: هو في صحيح مسلم موقوف، ثم قال: وغفل الحاكم، فاستدركه اهـ.

قلت: هو في المستدرك ٤/ ٣٦٩ بمثل لفظ مسلم وبنفس الإسناد ثم قال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه!!!؟

في الرجم جاز) لأنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى ثندوتها، وحفر عليّ رضي الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وإن ترك لا يضره لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها، والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا **(ولا يحفر للرجل)** لأنه عليه الصلاة والسلام ما حفر لماعز، ولأن مبنى الإقامة على التشهير في

يقع عند بعد العهد، أما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك، والله الموفق قوله: **(ولا يحفر للرجل لأنه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز)** تقدم من رواية مسلم(١)، وتقدم من روايته أيضاً من حديث بريدة الأسلمي أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتضافرة قوله: **(ولأن مبني الحد على التشهير في الرجال)** لا حاجة إلى التخصيص، بل الحد مطلقاً مبني على التشهير، غير أنه يزاد في شهرته في حق الرجل لأنه لا يضرّه ذلك، ويكتفي في المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجتمع الإمام والناس وخصوصاً في الرجم، وأما في الجلد فقد قال تعالى **﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾** [النور ٢] أي الزانية والزاني، فاستحب أن يأمر الإمام طائفة: أي جماعة أن يحضروا إقامة الحد. وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد، وقال عطاء وإسحاق إثنان، وقال الزهري ثلاثة، وقال الحسن البصري عشرة، وعن الشافعي ومالك أربعة. وأما قوله: **(والربط والإمساك غير مشروع)** فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس في هذه الأمة تجريد ولا مدّ، ولأن ماعزاً انتصب لهم قائماً لم يمسك ولم يربط، إلا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك فيربط؛ فإذا هرب في الرجم، فإن كان مقراً لا يتبع وترك، وإن كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهراً ورجوعه يعمل في إقراره لا في رجوع الشهود. وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا. ولم يذكره في الأصل، بل في حديث علي في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الأجلح عن الشعبي وفيه: أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال: ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضاً، صفوا كصف الصلاة صفاً خلف صف، إلى أن قال: ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف(٢). ولا يقام حدّ في مسجد بإجماع الفقهاء ولا تعزيز، إلا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط. قال أبو يوسف: أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة. وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم

من حديث عليّ رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً. والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمونة: ثدي الرجل أو لحم الثديين. والهمدانية بسكون الميم منسوبة إلى همدان بسكون الميم حيّ من العرب. وقوله: **(لما روينا)** يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها إلى الثندوة وقوله: **(والربط والإمساك غير مشروع)** يعني إلا أن يعجزهم كما ذكرناه. وقوله: **(ولما قوله ﷺ «ربع إلى الولاة» وذكر منها الحدود)** رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير، والثلاثة الباقية: الصدقات، والجمعات، والفيء. وقوله: **(ولأن الحدود حق الله تعالى)** حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الإطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا، وقولي على الإطلاق لإخراج حق العبد فإنه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلاً فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح بإباحة المالك ولا يباح الزنا بإباحة المرأة ولا بإباحة أهلها، وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير.

قوله: (حق الله مشروع) أقول: حق الله مبتدأ، وقوله مشروع خبره.

---

(١) خبر رجم ماعز خبر مشهور بل مستفيض تقدمت طرقه فيما مضى، وما ورد من كونه ﷺ حفر له حفرة فهو منكر والصحيح من الأخبار أنه لم يحفر له هو الراجح كما ذهب إليه الكمال رحمه الله. والله أعلم.

(٢) أثر علي تقدم تخريجه وإسناده حسن.

الرجال، والربط والإمساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي: له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام، بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير. ولنا قوله عليه

وبيعكم وإقامة حدودكم، وجمروها في جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر»[(١)] ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد قوله: (ولا يقيم المولى الحدّ على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي ومالك وأحمد: يقيمه بلا إذن، وعن مالك إلا في الأمة المزوّجة، واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذمياً أو مكاتباً أو امرأة، وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلاً بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعاً للسرقة، ففيه خلاف عندهم، قال النووي: الأصح المنصوص نعم لإطلاق الخبر، وفي التهذيب: الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال «سئل رسول الله ﷺ عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال: إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير» قال ابن شهاب: لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة[(٢)] والضفير الحبل. وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[(٣)] ولأنه يملك تعزيره

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٧٥٠ والعقيلي ٣/٣٤٨ وابن عدي في الضعفاء ٥/٢١٩ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/٢٦ وابن الجوزي في الواهيات ٦٧٧ من طرق كلهم عن العلاء بن كثير الليثي الشامي عن مكحول عن واثلة وأبي الدرداء وأبي أمامة كلهم به مرفوعاً.
ومداره على العلاء الشامي. وقد وقع مدلَّساً في رواية ابن ماجه حيث ذكروه بكنيته، فقال الراوي عنه: عن أبي سعيد عن مكحول، ومع ذلك، فالراوي عنه واهٍ.
قال البوصيري في الزوائد: فيه الحارث بن نبهان متفق على ضعفه اهـ.
قلت: والحارث ليس في طرق أخرى، فالعلة هو العلاء فمداره عليه وقال الهيثمي عن العلاء: ضعيف.
وقال ابن عدي: قال علي المديني: روى عن مكحول، وهو ضعيف الحديث جداً.
وقال يحيى: ليس بشيء.
قال ابن عدي: وله عن مكحول عن الصحابة نسخة غير محفوظة، وهو منكر الحديث اهـ.
وقال البخاري في تاريخه الكبير ٣. ٢: ٥٢٠ منكر الحديث. وقال ابن حيان في المجروحين ٢/١٨٢: كان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات.
وأخرجه ابن عدي ٤/١٣٥ من حديث أبي هريرة مختصراً وأعله بعبدالله بن محرز الجزري، ونقل عن ابن معين قوله: ليس بثقة.
وقال الهيثمي ٢/٢٦: ورواه العلاء مكحول عن معاذ مرفوعاً ومكحول لم يسمع من معاذ اهـ.
قلت: وعلته الأشد والأدهى من ذلك أن العلاء متهم بالوضع.
وجاء في تلخيص الحبير ٤/١٨٨ ما ملخصه: قال البيهقي: روي عن مكحول عن يحيى بن العلاء عن معاذ، ليس بصحيح، ورواه البزار من حديث ابن مسعود، وقال: ليس له أصل من حديثه اهـ.
فالحديث واهٍ لشدة ضعف طرقه ولا يتعداه. والله تعالى أعلم.
تنبيه: وأما ما أراد المصنف الاستدلال به، فهو خبر له شواهد فقد أخرجه أبو داود ٤٤٩٠ وأحمد ٣/٤٣٤ والحاكم ٤/٣٧٨ والبيهقي ٨/٣٢٨ كلهم من طريق حكيم بن حزام عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد في المسجد وأن تنشد الأشعار. وأن تقام فيه الحدود».
وفيه: زفر بن وثيمة ذكره الذهبي في الميزان بهذا الحديث،
وقال: ضعفه عبد الحق.
وأخرجه ابن ماجه ٢٦٠٠ من حديث عمرو بن شعيب عن آبائه مرفوعاً، وفيه ابن لهيعة واهٍ.
وأخرجه الترمذي ١٤٠١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/١٤١. ١٤٢ والبيهقي ٨/٣٩ كهم من حديث ابن عباس بلفظ: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد» ومداره على إسماعيل المكي، وهو واهٍ. قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً بهذا الإسناد إلا من حديث إسماعيل بن مسلم المكي، وتُكلِّم فيه من قبل حفظه اهـ وتابعه سعيد بن بشر على عمرو بن دينار.
أخرج الحاكم ٤/٣٦٩ وسعيد هذا واهٍ أيضاً. فالحديث بمجموع هذه الطرق لا ينزل عن درجة الحسن والله تعالى أعلم. لكن بهذا السياق. أما سياق المصنف فإنه واهٍ.

(٢) متفق عليه تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث.

(٣) تقدم أن هذا اللفظ هو من قول علي كما رواه مسلم وغيره، ووهم بعض الرواه، فأدرجه في المرفوع، وانظره قبل أربعة أحاديث.

الصلاة والسلام «أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود» ولأن الحدّ حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه، بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبيّ وحق الشرع موضوع عنه. قال: (وإحصان الرجل أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان) فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونهما، وما

صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد، ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الإمام من التصرف فملكه للإقامة عليه أولى من الإمام. ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفاً ومرفوعاً «أربع إلى الولاة: الحدود، والصدقات، والجمعات، والفيء»(١) ولأن الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه وهو الإمام، وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث، وكونه حق الله فإنما يستوفيه نائبه مسلم، ولكن الاستنابة تعرف بالسمع، وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الأرقاء مواليهم بالحديث السابق، ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه؛ فإنه لو أمر به غيره كان ممتثلاً فجاز كون المراد ذكره الإمام ليأمر بإقامته، لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك، بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا، والمتبادر أنه باشره أو أمر به، على أن المتبادر أحد دائر فيهما لا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه إلى الحاكم ليحدّه، نعم من استقرّ اعتقاده على أن إقامة الحدود إلى الإمام فالمتبادر إليه من ذلك اللفظ الأخير بخصوصه قوله: (وإحصان الرجم أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً

وقوله: (وإحصان الرجم) إنما قيد الإحصان بالرجم احترازاً عن إحصان القذف فإنه غير هذا على ما يجيء إن شاء الله. إحصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حراً بالغاً عاقلاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان) هذا على قول المتقدمين. وأما المتأخرون فقد قالوا: شرائط الإحصان على الخصوص منها شيئان: الإسلام، والدخول بالنكاح

قوله: (إحصان الرجم مشروط إلخ) أقول: فيه نوع مخالفة لما في الهداية قوله: (بسبع شرائط أن يكون حراً إلخ) أقول: فيه مسامحة إلا أن يحمل على حذف الجار قال المصنف: (وإحصان الرجم أن يكون حراً عاقلاً مسلماً بالغاً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً إلخ) أقول: وفي الجامع الرازي: لا يشترط قيام النكاح لبقاء الإحصان، كذا في الفتاوى للتمرتاشي قال المصنف: (ودخل بها وهما على صفة الإحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها ونظيره لقيت زيداً راكبين، وفي المحيط: وأما طريق ثبوت الإحصان فشيئان: الإقرار والبينة اهـ. وقال الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير: ولو ارتد المحصنان بطل إحصانهما، فإن أسلما لم يكونا محصنين إلا بجماع جديد، وكذا الكافران يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها قبل ذلك لم يكونا محصنين، فإن جامعها بعد العتق والإسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اهـ قال المصنف: (والعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إلخ) أقول: قال مولانا علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير: قال الإمام قاضيخان في الجامع للصغير: وإنما يصير داخلاً في المحصن عن الزنا إذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة، وكذلك الدين والحرية لأن الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالي به، وكذا البلوغ لأن الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب، وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ لأن به تقع الغنية عن الزنا، فإذا استجمعت الشرائط يصير محصناً اهـ.

---

(١) لا أصل له مرفوعاً. ذكره صاحب الهداية مرفوعاً، فقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٦: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٩: لم أجده.
ثم ذكر الزيلعي وابن حجر ورد عن الحسن البصري من قوله. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.
قالا: ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن محيريز من قوله.
ورواه ابن أبي شيبة عن عطاء الخراساني من قوله اهـ.
قلت: ولم يتعقبهما العلامة قاسم كعادته حيث يتعقب أحياناً ابن حجر في الدراية.
فالمرفوع لا يصح، ولم يرد، والموقوف غير مستبعد.
لكن ما رواه ابن أبي شيبة بأسانيد جيدة إنما هو عن التابعين، فهو مقطوع.

وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها، وهذه الأشياء من جلائل النعم. وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به، بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب

ودخل بها وهما على صفة الإحصان) قيد بإحصان الرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي. والإحصان في اللغة المنع، قال تعالى ﴿لتحصنكم من بأسكم﴾ [الأنبياء ٨٠] وأطلق في استعمال الشارح بمعنى الإسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية. منه ﴿أن ينكح المحصنات﴾ [النساء ٢٥] وبمعنى التزويج وبمعنى الإصابة في النكاح وبمعنى العفة، يقال أحصنت: أي عفت وأحصنها زوجها. قال في المبسوط: المتقدمون يقولون إن شرائط الإحصان سبعة، وعدّ ما ذكرنا ثم قال: فأما العقل والبلوغ فهما شرطا الأهلية للعقوبة، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة، والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الإحصان على الخصوص، وشرط الدخول ثبت بقوله ﷺ «الثيب بالثيب»(١) والثيابة لا تكون إلا بالدخول اهـ. واختلف في اثنين من هذه: الإسلام وسيذكره المصنف، وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر في شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافاً للشافعي، حتى لو تزوّج الحرّ المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول، حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا؛ وكذا لو تزوّجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت. ولو تزوّج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام: أي أن يطأها إذا زنى لا يرجم، وكذا لو أعتقت الأمة التي هي زوجة الحرّ البالغ العاقل المسلم بعد مادخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الإعتاق، وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخلبها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرّة مسلمة وهما محصنان فارتدّا معاً بطل إحصانهما، فإذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام. وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح: يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول، حتى لو تزوّج من علق طلاقها بتزوّجها يكون النكاح صحيحاً، فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله. واعلم أن الإضافة في قولنا شرائط الإحصان ينبغي أن تكون بيانية: أي الشرائط التي هي الإحصان، وكذا شرط الإحصان. والحاصل أن الإحصان الذي هو شرط الرجم هو الأمور المذكورة، فهي أجزاؤه، وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاء علة، وكل جزء علة، فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم، والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالإحصان، والشرط يثبت سمعاً أو قياساً على ما اختاره فخر الإسلام وغيره. لا يقال: كما أن الحد لا يثبت قياساً فكذا شروطه. لأنا نقول: بل يجب أن تثبت شروطه قياساً لأن عدم جواز نفس الحد إما لعدم المعقولية أو لأنه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة، وإثبات الشرط احتيال للدرء لا لإيجابه بقي الشأن في تحقيقه، وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الإحصان مع غيره بقوله: (وهذه الأشياء من جلائل النعم) فإن من النعم كون كل من الزوجين مكافئاً للآخر في صفاته الشريفة ثم قال: (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أي باستجماعها، وإذا نيط بكلها يلزم أن ينتفي الحدّ بانتفاء كل منها، ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه

الصحيح بامرأة هي مثله. وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك. وأما العقل والبلوغ فشرط لأهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما، وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة، والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطاً لأهلية العقوبة، وجعل الباقية شرطاً لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لأن كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات وهذه الأشياء من جلائل النعم فكفرانها يكون سبباً لأفحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة إلى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه، وانحصر الشرائط على هذا العدد لأن الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها، والشرف والعلم

قال المصنف: (ولأن الحرية ممكنة) أقول: ينبغي أن يتأمل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولأن الحرية ممكنة.

---

(١) سيأتي بعد قليل إن شاء الله تعالى.

الشرع بالرأي متعذر، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال، والإصابة شبع بالحلال، والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا. والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف في رواية. لهما ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قد زنيا» قلنا: كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن».

لظهور أثر وجود الشبهة في درء الحد، وعدم تماثلهما شبهة في تصور الصارف فيندريء به، وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته إلى الوطء عندها، فكونه بالغاً لأن الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس، وكذا المجنونة لا رغب فيها بل هي محل نفرة الطباع، وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منه ومنها، وكذا يرى الحر انحطاطاً بتزوّج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين، وإذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند استجماعها فنيط به: أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف وإن كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر، وأورد كيف يتصور كون الزوج كافراً وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم. وأجيب بأن يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الإسلام عليه وإبائه، وما لم يفرّق القاضي بينهما بإبائه هما زوجان قوله: (والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) أي في الإحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا، فلو زنى الذمي الثيب الحر، يجلد عندنا ويرجم عندهم. لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر «أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلاً قد زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما تجدون في التوراة في شأن الزنا؟ فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال عبد الله: ارفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدق يا محمد،

والجمال والحسب وإن كانت من جلائل النعم أيضاً إلا أن الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأى متعذر وقوله: (ولأن الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلاً في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح) لأن الحرّ يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال لا محالة) والدخول به شبع بالحلال والإسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا، والجناية عند توافر الزواجر أغلظ ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً والعقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة، والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر إلى غيرها، والشرف يردع عن لحوق معرّة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه. والجواب أن المسلم الناشىء قلما يخلو عن العلم بما ذكرت، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة. وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الإحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روي مسنداً إلى ابن عمر رضي الله عنه «أن اليهود جاءوا إلى النبي ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما تجدون في التوراة في شأن الزنا؟ فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفعها فإذا فيها آلة الرجم، فقال: صدق يا محمد فيها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما» (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ، يؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر («من أشرك بالله فليس بمحصن»)

والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل. وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول، حتى

فأمر بهما النبي ﷺ فرجما» والذي وضع يده على اية الرجم عبد الله بن صوريا[١]. وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم التوراة، فإنه سألهم عن ذلك أوّلاً، وأن ذلك إنما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم، ثم نزل حكم الإسلام بالرجم باشتراطه للإحصان وإن كان غير متلوّ، وعلم ذلك من قوله ﷺ «من أشرك بالله فليس بمحصن» رواه إسحاق بن راهويه في مسنده: أخبرنا عبد العزيز بن محمد، حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «من أشرك بالله فليس بمحصن»[٢] فقال إسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله ﷺ ووقفه مرة. ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال: لم يرفعه غير إسحاق بن راهويه، ويقال إنه رجع عن ذلك، والصواب أنه موقوف. قال في العناية: ولفظ إسحاق كما تراه ليس فيه رجوع، وإنما ذكر عن الراوي أنه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه، ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق إليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه إذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع[٣]. وبعد ذلك إذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر. وأما قوله ﷺ «لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرة العبد»[٤]. فالله أعلم به،

وقوله: (والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الإحصان من الجماع، وفيه

قال المصنف: (والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) أقول: وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة إلى المعاينة كما سيجيء في كتاب الشهادة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٢٩ و ٣٦٣٥ و ٤٥٥٦ و ٦٨٤١ و ٦٨١٩ و ٧٣٣٢ و ٧٥٤٣ ومسلم ١٦٩٩ من وجوه وأبو داود ٤٤٤٦ والترمذي ١٤٣٦ والدارمي ٢٢٣٥ ومالك ٢/٨١٩ وعبد الرزاق ١٣٣٣١ و ١٣٣٣٢ والشافعي ٢/٨١ وأحمد ٢/٧، ٦٣، ٧٦ وابن حبان ٤٤٣٤ و ٤٤٣٥ والبغوي ٢٥٨٣ والبيهقي ٨/ ٢١٤ من وجوه كلهم من حديث ابن عمر رووه مطولاً ومختصراً بألفاظ متقاربة، والقصة واحدة. وآخره: «قال ابن عمر: وأنا فيمن رجمهما يومئذ»

(٢) الصواب وقفه. أخرجه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٣٢٧ ومن طريق الدارقطني ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٨/ ٢١٦ كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً.

وقال الدارقطني: لم يرفعه غير إسحق، ويقال رجع عنه، والصواب موقوف، وكذا نقل البيهقي كلام الدارقطني.

أما الزيلعي فقال في ٣/ ٢٢٧: قال إسحق عقب الحديث: رفعه مرة ووقفه مرة. فليس فيه رجوع إسحق، وإنما أحال إسحق التردد على الراوي في رفعه ووقفه اهـ.

قلت: والراوي الذي تردد فيه إنما هو شيخ إسحق، وهو عبد العزيز بن محمد الدراوردي.

قال في التقريب عنه: صدوق كان يحدث من كتب غيره فيخطىء

قال النسائي: حديثه عن عبيد الله العمري منكر اهـ.

قلت: وهذه علة الحديث، فإنه رواه عن عبيد الله بن عمر العمري، وهو ثقة ثبت وشيخ العمري هذا نافع، وهو ثقة ثبت، فالعلة إنما هي عبد العزيز ابن محمد كما وضح ذلك كلام النسائي رحمه الله تعالى.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ١٤٦، ١٤٧ والبيهقي ٨/ ٢١٦ كلاهما من حديث ابن عمر.

قال الدارقطني: وهم عفيف بن سالم في رفعه والصواب وقفه على ابن عمر اهـ ونقله البيهقي عن الدارقطني.

ثم قال البيهقي: وتابعه معافى بن عمران على الثوري في رفعه وابن عمران منكر الحديث اهـ ثم أسنده البيهقي موقوفاً. ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: عفيف بن سالم ثقة، وإنما علة الحديث أنه من رواية أحمد بن أبي نافع، ولم تثبت عدالته وقال ابن عدي: هو منكر من حديث الثوري اهـ ٣/ ٣٢٧ الخلاصة: المرفوع وهم وهو ضعيف، والصواب وقفه.

(٣) هذا إذا تساوى الراويان في الحفظ والتثبت وإلا فالحكم للأحفظ. وقد تبين أن الدراوردي منكر الحديث في روايته عن العمري، وتقدم ما فيه كفاية.

(٤) كذا قال المصنف وعلم الله على الرأس، والعين لكن يجدر بنا أن نذكر كلام علماء الحديث.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٨: غريب.

وقال الحافظ في الدراية ٢/ ٩٩: لم أجده.

فالحديث لا أصل له، وإلا لعرفه هذان الحافظان الجهبذان.

لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً بإحدى هذه الصفات وهي حرّة مسلمة عاقلة بالغة، لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذراً عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة، والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام **(لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرُّ الأمة ولا الحرّة العبد)** قال: **(ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد)** لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم، لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في

ومعناه رواه الدارقطني وابن عدى من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن عليّ عن أبي طلحة عن كعب بن مالك «أنه أراد أن يتزوّج بيهودية فقال له ﷺ لا تتزوجها فإنها لا تحصنك»[(١)] وضعف ابن أبي مريم، وعليّ بن أبي طلحة لم يدرك كعباً، لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن عليّ بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع. وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة، وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم. وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيحتج به، ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الأول بالفروع التي ذكرها وهما معاً في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا. واعلم أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبتت مشروعيته في الإسلام وهو الظاهر من قوله ﷺ «ما

نظر لأنه ينافي ما تقدم من قوله والإصابة شبع بالحلال. فإن الشبع إنما يكون بالإنزال دون الإيلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال ﷺ «لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك» بالتصغير. وقوله: **(وشرط صفة الإحصان فيهما)** ظاهر. وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافراً والمرأة مسلمة؟ وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه ما لم يفرق القاضي بينهما بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقد مر **(وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة)** في أن إسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزاني. فعنده ليس بشرط، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصناً **(والحجة عليه)** أي على أبي يوسف **(ما ذكرناه)** يعني من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. وقوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام)** معطوف على قوله ما ذكرناه **(«لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد»)** ذكره شمس الأئمة السرخسي مرسلاً في مبسوطه. قال: **(ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم)** وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما

قوله: **(فإن الشبع إنما يكون بالإنزال)** أقول: الإنزال لا يمكن إثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضي إليه أكثرياً مقامه فليتأمل قال المصنف: **(وفي المملوكة حذراً عن رق الولد)** أقول: هذا لا يجري فيما إذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكاً إذ الولد يتبع الأم في الحرية والرقية، ولو قال وفي المملوكة لحقارتها ودناءتها لأمكن التعميم كما لا يخفى قوله: **(والحجة عليه: أي على أبي يوسف رحمه الله)** أقول: قال الإتقاني: قوله والحجة عليه ما ذكرناه: أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» اهـ. وأنت خبير بفساده، والصحيح ما ذكره الشيخ أكمل الدين.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/١٤٨ والبيهقي ٨/٢١٦ وابن عدي في الكامل ٢/٣٩ كلهم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك به، وفيه ابن أبي مريم.
قال الدارقطني وتبعه البيهقي: أبو بكر بن أبي مريم ضعيف. وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً اهـ وزاد البيهقي فقال: ورواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب، وهو منقطع اهـ.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٨ عن عبد الحق قوله: لا أعلم أحداً رواه عن ابن أبي طلحة إلا عتبة هذا وابن أبي مريم وهو ضعيف الإسناد. منقطع.
وقال ابن القطان: هو ضعيف الإسناد، ومنقطع اهـ.
وأما قول ابن الهمام: الانقطاع داخل عندنا في الإرسال بعد عدالة الرواة.
فجوابه: بقية مدلس وقد عنعنه وأما ابن أبي مريم، فإنه واه صاحب مناكير فالعدالة لم توجد والله تعالى أعلم.

العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه. قال: (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدّاً لقوله عليه الصلاة والسلام «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف. ولنا قوله تعالى: ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور، ولأن في التغريب فتح

تجدون في التوراة في شأن الرجم»(١) ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتاً، وإلا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه، وإنما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم، وإذا لزم كون الرجم كان ثابتاً في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره، فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح، والقول يقدم على الفعل. وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في إيجاب الحد، والأولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض، ولا يخفي أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهاداً، ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين قوله: (والمعتبر في الدخول) المحقق للإحصان (إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل. وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه قوله: (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد، ويجمع في رواية أخرى عنه، وأهل الظاهر إلى أنه يجمع. للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف، وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال «اذهبوا به فارجموه» وقال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها. وقال في باقي الحديث «فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت» وكذا في الغامدية والجهنية(٢) إن كانت غيرها لم يزد على الأمر برجمها وتكرر، ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم، فقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة»(٣) يجب قطعاً كونه منسوخاً.

لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنه ﷺ قال «الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة» ولنا أن النبيّ ﷺ لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده، وحديث عبادة بيان لقوله تعالى ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ وحديث ماعز بعده فيكون ناسخاً. وقوله: (ولأن الجلد يعرى) ظاهر. وقوله: (والشافعي يجمع بينهما حداً) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعاً لقوله ﷺ: («البكر جلد مائة وتغريب عام») ولأن التغريب من تتمة الحد، فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولأن فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات، لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء) ورجوعاً نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط

قال المصنف: (ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول: الحسم القطع والأنسب سد باب الزنا.

---

(١) هو بعض حديث رجم اليهوديَّيْن تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٢) تقدمت هذه الأحاديث، وما قبلها. والغامدية هي الجهنية.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٠ ح ١٢ . ١٣ . ١٤ وأبو داود ٤٤١٦ و ٤٤١٥ والترمذي ١٤٣٤ وابن ماجه ٢٥٥٠ والنسائي في الكبرىٰ في الرجم وفضائل القرآن كما في تحفة الأشراف ٤/ ٢٤٧ والدارمي ٢٢٤١ وابن الجارود ٨١٠ والطحاوي ٣/ ١٣٤ وابن أبي شيبة ١٠/ ١٨٠ وأحمد ٥/ ٣١٣ . ٣١٨ . ٣٢٠ . ٣٢١ والبيهقي ٨/ ٢٢٢ وابن حبان ٤٤٢٥ و ٤٤٢٦ و ٤٤٢٧ و ٤٤٤٣ والطيالسي ٥٨٤ من طرق كثيرة كلهم من حديث عبادة بن الصامت مع تغير يسير فيه، وبعضهم قدم فيه وأخر. ولفظ: تغريب عام. غير موجود في السنن وإنما هو في مسلم، والسنن بلفظ: «ونفي سنة» وسيأتي لفظ: «تغريب عام» في البخاري بعد أربعة أحاديث.

باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء، فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا، وهذه الجهة مرجحة لقول عليّ رضي الله تعالى عنه: كفى بالنفي فتنة، والحديث منسوخ كشطره، وهو قوله عليه الصلاة

قال: (ولأن الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لأن القتل إذا كان لاحقاً كان الجلد خلواً عن الفائدة الدنيوية التي شرع لها الحدّ والنسخ قد تحقق في حق الزنا فإنه كان أوّلاً الأذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما﴾ [النساء ١٦] ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ إلى قوله: ﴿فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾ [النساء ١٥] فإنه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً»(١) وإلا لقال خذوا عن الله، ولا يخفى أن ذلك غير لازم. والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وإن لم يعلم خصوص الناسخ. وأما جلد عليّ رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فإما لأنه لم يثبت عنده إحصانها إلا بعد جلدها، أو هو رأي لا يقاوم إجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله ﷺ قوله: (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثورى والأوزاعي والحسن بن صالح. وله في العبد أقوال يغرّب سنة، نصف سنة، لا يغرب أصلاً. وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول، وفي بيت المال في قول. ولو امتنع ففي قول يجبره الإمام، وفي قول لا. ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله ﷺ «خذوا عني» الحديث قوله: (لقوله ﷺ «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام») أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه ﷺ «خذوا عني»(٢) الحديث، وتقدم (ولأن فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لأنه هو الداعية إلى ذلك،

بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء؛ ألا ترى أنه إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور بعد الفاء. وقوله: (وإلى كونه كل المذكور) أي رجوعاً إلى كونه كل المذكور، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز. وقوله: (ولأن في التغريب) ظاهر. وقوله: (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج إليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياده شهوة. وقوله: (وهذه الجهة مرجحة لقول عليّ) نقل بفتح الجيم وكسرها؛ فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول عليّ لصحة ما قلناه. ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول عليّ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى ﴿والذين هم للزكاة فاعلون﴾ وفي الوجه الأول كانت للتعليل. فإن قيل: الأصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحاً وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة. أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية، مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح، ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحاً بعضها بعضاً. وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا كذا في النهاية.

قوله: (والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول: لأنه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما يبين في موضعه. وفيه نظر لما سيجيء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى ﴿فأمسكوهن في البيوت﴾ إلا أن يقال: المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخاً لما هو غير متأخر عنه قوله: (ووجه الكسر أن الخصم إلخ) أقول: الخصم ينكر صحة النقل عنه، وهذه الجهة لا تؤيدها فإن طريق ثبوت النقل هو رواية العدول قوله: (مع أن النفي ليس بحكم إلخ) أقول: لعل مراده نفي النفي قوله: (ففي مثل هذا الموضع إلخ) أقول: لا بد من التأمل في هذا المقام.

---

(١) هو بعض المتقدم.

(٢) هو بعض المتقدم.

فائدة: قال الترمذي عقب حديث عبادة: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم علي وأُبي بن كعب وابن مسعود وغيرهم قالوا: الثيب تجلد وترجم. وهو قول إسحق.

وقال أبو بكر وعمر وغيرهما: لا يُجلد. وهو قول: الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد اهـ.

قلت: وهو قول الحنفية أيضاً، فهو قول الجمهور.

. . . .

ولذا قيل لامرأة من العرب: ما حملك على الزنا مع فضل عقلك؟ قالت: طول السواد وقرب الوساد. والسواد المسارّة من ساوده إذا سارّه. ولنا قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور ٢] شارعاً في بيان حكم الزنا ما هو، فكان المذكور تمام حكمه وإلا كان تجهيلاً، إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لأنه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولأنه هو المفهوم لأنه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط، فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة. وأما ما يفيده كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد إثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع وإلا بطلت أكثر السنن وأنها ليست نسخاً وتسميتها نسخاً مجرد اصطلاح، ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الإحداد على المأمور به في القرآن وهو التربص، فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح، وذلك أنه ليس المراد من الزيادة إثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه. لا يقول بهذا عاقل فضلاً عن عالم، بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الإطلاق مما يراد، وقد دل عليه باللفظ المطلق، وباللفظ يفاد المعنى، فأفاد أن الإطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق، ثم لا شك أن هذا نسخ، وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب، وظن المعترض أن الإحداد زيادة غلط لأنه ليس تقييداً للتربص وإلا لو تربصت ولم تحدّ في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة، وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة، فإنما أثبت الحديث واجباً لا أنه قيد مطلق الكتاب. نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقاً، والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك إلى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنساً له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر، وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم، بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا. ولو سلك الطريق الأول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى الأمة بالقبول إن كان إجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف، وإن كان إجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحاداً، وقد خطيء من ظنه يصير قطعياً فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه، وإذا كان آحاداً وقد تطرق إليه النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك إليها فأحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فإنه يعارضه فيه، لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد، فإن أقصى ما فيه دلالة قوله «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[1] وهو عطف واجب على واجب وهولا يقتضيه، بل ما في البخاري من قول أبي هريرة «إن رسول الله ﷺ قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام»[2] وإقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه، وكونه استعمل الجد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه، وما ذكر من الألفاظ لا يفيده فجاز كونه تغريباً لمصلحة. وأما مالك رحمه الله فرأى أن الحديث ما دلّ إلا على الرجل بقوله «البكر بالبكر» فلم تدخل المرأة، ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الأحكام في النساء بالنصوص المفيدة إياها للرجال بتنقيح المناط. وأيضاً فإن نفس الحديث يجب أن يشملهن فإنه قال «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر»[3] الحديث،

. . . .

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٣٣ والبيهقي ٨/ ٤٢٢ كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً وزادا: وبإقامة الحدّ عليه.
وأخرجه البخاري ٦٨٣١ والبيهقي ٨/ ٢٢٢ كلاهما عن زيد بن خالد الجهني قال: «سمعت النبي ﷺ يأمر فيمن زنىٰ، ولم يُحصن جلدَ مائة، وتغريبَ عام».

(٣) هو حديث عبادة تقدم قبل قليل.

والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وقد عرف طريقه في موضعه. قال: (**إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة فيغرّ به على قدر ما يرى**) وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإماء، وعليه يحمل النفي

فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن، والبكر يقال على الأنثى؛ ألا ترى إلى قوله «البكر تستأذن»[(١)] ثم عارض ما ذكر الشافعيّ من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم إن كان لها شهوة قوية فتفعله، وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها إلى ما يقوم بأودها، ولا شك أن هذا المعنى في إفضائه إلى الفساد أرجح مما ذكره من إفضاء قلة المعارف إلى عدم الفساد خصوصاً في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه، ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن سليمان عن إبراهيم النخعي قال: قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة. قال: وقال عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه: حسبهما من الفتنة أن ينفيا. وروى محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: كفى بالنفي فتنة. وروى عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: غرّب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلماً[(٢)]. نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيزاً له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي ﷺ وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان. ففي الترمذي: حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا: حدثنا عبد الله بن إدريس عن

وقوله: (**والحديث**) يعني قوله «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» (**منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وقد عرف طريقه في موضعه**) قيل يعني في طريقه الخلاف. فإن قيل: هذا إثبات النسخ: بالقياس. أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخاً بناسخ ولم يبين أن الناسخ ما هو. وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان إمساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهنّ الموت والإيذاء باللسان، فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً» ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾. والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ أن النبيّ ﷺ قال «خذوا عني» ولو كان انتساخ إمساك الزواني في البيوت بقوله ﴿الزانية والزاني﴾ لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله. وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين وإليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه: أي دل في حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله ﷺ «استنزهوا البول» وهو جواز المثلة، فكذلك ههنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ وهو ما ذكرنا، هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين. وقوله: (**إلا أن يرى ذلك مصلحة**) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني إذا رأى الإمام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (**لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام، وعليه يحمل النفي المروى عن بعض الصحابة**) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما إلى فدك، وعمر

قوله: (**قيل يعني في طريقة الخلاف**) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني. وقال الإتقاني في شرح قوله إذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره: طريقة الخلاف اسم كتاب للإمام علاء الدين العالم قوله: (**حاصل ذلك أن حكم الزنا إلخ**) أقول: قال الإمام فخر الدين الزيلعي: حكم الزنا كان في الإبداء الإيذاء باللسان كما قال الله تعالى ﴿فآذوهما﴾ ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى ﴿فأمسكوهن في البيوت﴾ الآية اهـ. ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتأمل قوله: (**فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام إلخ**) أقول: مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ ولا يخفي جوابه قوله: (**وهو جواز المثلة فكذلك ههنا إلخ**) أقول: ههنا خفاء لا يخفي. نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روي من النهي عنها بعده لا كلام فيه، وإنما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الإبل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل.

---

(١) تقدم في النكاح باب الولاية على النكاح.
(٢) راجع هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٣٠ . ٣٣١.

المروى عن بعض الصحابة **(وإذا زنى المريض وحدّه الرجم رجم)** لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض **(وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ)** كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحرّ والبرد **(وإن زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها)** كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة **(وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها)** أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء. بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل

عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرّب»[(١)] إلا أنه قال: حديث غريب. وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيدالله فرفعوه، ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن نافع عن ابن عمر: أن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث. وهكذا روى من غير رواية ابن إدريس عن عبد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي ﷺ اهـ. وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الأشجّ عن ابن إدريس عن عبيدالله عن نافع عن ابن عمر: إن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث. لم يقل فيه إن النبي ﷺ هي الصواب، لكن روى النسائي: حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبدا لله بن إدريس به مرفوعاً، ورواه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال: رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته، وقال أيضاً: عندي أن الحديث صحيح، ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبدالله جميع ما ذكر. والحاصل أن في ثبوته عنه ﷺ اختلافاً عن الحفاظ[(٢)] وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه، وقد أخرج ذلك عنهما أيضاً في الموطإ[(٣)]. وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال: جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري إلى خيبر نفاها إليه. فهذا التغريب المروى عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو من سبيل إلى نصر بن حجاج

إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل ... سهل المحيا كريم غير ملجاج

رضي الله عنه سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو من سبيل إلى نصر بن حجاج

إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل ... سهل المحيا كريم غير ملجاج

فطلب نصراً ونفاه، وذلك لا يوجب النفي، ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له، فقال: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك، وإنما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك. وعثمان رضي الله عنه جلد زانياً ونفاه إلى مصر، وعليّ رضي الله عنه جلد

---

(١) حسن غريب. أخرجه الترمذي ١٤٣٨ والحاكم ٤/ ٣٦٩ والبيهقي ٨/ ٢٢٣ كلهم من حديث ابن عمر. ووسط الحديث: «وأن أبا بكر ضرب وغرّب...» الحديث. سقط ذكر أبي بكر عند المصنف مع كونه في نصب الراية وكل كتب الحديث.
قال الترمذي: حديث غريب. رواه غير واحد عن عبد الله ابن إدريس الأودي، فرفعوه ورواه بعضهم، فوقفوه حيث لم يذكروا فيه النبي ﷺ. وقد صحح النفي عن النبي ﷺ في أحاديث عدة.
وقال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من الصحابة وهو قول: الثوري ومالك وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحق اهـ.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، ووافقه الذهبي. وهو كما قالا، رجاله رجال البخاري ومسلم، والاختلاف في رفعه ووقفه لا ينحط به عن درجة الحسن لثقة من وصله، وهي زيادة من الثقة، وهي مقبولة لا سيما وقد ورد له شواهد قولية، ولكن الغرابة أنه لم يرد له شاهداً واحداً فعلياً عنه ﷺ، فالحديث فيه غرابة، وما ذهب إليه الترمذي من قوله: غريب. صواب والله أعلم.
وانظر نصب الراية ٣/ ٣٣١ والدراية ٢/ ١٠٠ وقد قال ابن حجر: وقد رجح النسائي والدارقطني وقفه.
(٢) هذا هو الصواب وهو أن هناك اختلافاً في رفعه ووقفه.
(٣) أثر أبي بكر. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٦ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٢٢٣.
وأثر عمر. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٧ عن نافع وفيه إرسال.

الولد وقد انفصل. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعد ما وضعت «ارجعي حتى يستغني ولدك» ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب، بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس.

وذلك لا يوجب نفياً، وعلى هذا كثير من المشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغرّبون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتتكسر نفسه وتلين، ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب، لأن مثله في ندم وشدة، وإنما زل زلة لغلبة النفس. أما من لم يستح وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه قوله: **(وإذا زنى المريض وحدّه الرجم)** بأن كان محصناً حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب إليه **(وإن كان حدّه الجلد لا يجلد حتى يبرأ)** لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه، ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خدلجاً ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال[١] فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة، وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه، وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة، ولخوف التلف لا يقام الحدّ في البرد الشديد والحرّ الشديد، بل يؤخر إلى اعتدال الزمان، وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لأنه قد يمرض، أما الحر فلا. نعم لو كان ضرب الحد مبرحاً صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حدّه للبرد والحر، بخلاف القطع على ما ذكر المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدّة الفصلين قوله: **(وإذا زنت الحامل لم تحدّ حتى تضع حملها)** ولو جلدا **(كيلا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة)** لأنه مسلم لا جريمة منه، فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد، ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها، فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها **(ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة إلى أن تلد)** وإن ثبت بالإقرار لا تحبس لعدم الفائدة لأن لها الرجوع متى شاءت. وعن أبي حنيفة إذا ولدت لا تحدّ حتى تفطم الولد إذا لم يكن له من يربيه. وتقدم في حديث الغامدية «أنه ردّها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته» وفي حديث آخر قال «اذهبي حتى تضعي ما في بطنك، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ثم أتى النبي ﷺ وسلم فقال: قد وضعت الغامدية، فقال: إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه، فقام رجل من الأنصار فقال: إليّ رضاعه، قال: فرجمها» وهذا يقتضي أنه رجمها حين وضعت، بخلاف الأول. والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقاً لأن في الأول بشير بن المهاجر وفيه مقال. وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع الحديث الأول نسبتها إلى الأزد. وفي حديث عمران ابن حصين: «جاءت امرأة من جهينة إلى رسول الله ﷺ، وفيه رجمها بعد أن وضعت»[٢].

ونفى ثم قال: كفى بالنفي فتنة، وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير. وقوله: **(وإذا زنى المريض الخ)** ظاهر. وقوله: **(قال للغامدية)** روى «أن الغامدية لما أقرّت بالزنا بين يدي رسول الله ﷺ وكانت حاملاً قال لها عليه الصلاة والسلام: ارجعي حتى تضعي ما في بطنك، فلما وضعت جاءت ثانياً وأقرّت، فقال: لها ارجعي حتى يستغني ولدك، فقالت: أخاف أن أموت قبل أن أحدّ، فقال رجل: أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله، فأمر ﷺ برجمها» فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مرب.

---

(١) العثكال: عنقود النخل، والشّمراخ شُعبة منه.

(٢) حديث الغامدية تقدم مستوفياً في ٤/ ٢٢١ و ٤/ ٢٢٠ وجاء في رواية مسلم: من غامد من الأزد اهـ فقال النووي: غامد بطن من جهينة اهـ.

باب الوطء الذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه

قال: (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وأنه في عرف الشرع واللسان: وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك، وشبهة الملك لأنه فعل محظور، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته، يؤيد ذلك قوله عليه

باب الوطء الذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه

لما كان الكتاب إنما هو معقود لبيان الحدود كان الحدّ هو المقصود الأصلي، فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعاً ففعل المصنف ذلك، ثم أراد تقديم حدّ الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لأنها هي المقصودة وذلك بثبوت سببه. وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية إقامته وشروطها فكان تصوّر حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة إلى مقصود الكتاب ثانياً، وإن كان بالنسبة إلى التحقق في الوجود أوّلاً فأخر المصنف تعريفه إلى أن فرغ من المقاصد الأصلية، وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع: يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لأن في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وإن كان هو نفسه

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان إقامة الحدّ شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه، وقد ذكرنا تعريف الزنى في أول كتاب الحدود، وذكره المصنف ههنا. واعترض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحدّ قاذفها بالزنا حد القذف، وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه. وأجيب بأن هذا التعريف إنما هو بالنسبة للأصل والمرأة تدخل فيه تبعاً لما سيجيء بعد هذا أن كل موضع يجب فيه الحدّ على الرجل يجب على المرأة،

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال المصنف: (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك إلخ) أقول: قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل، ثم أقول: الأولى أن يقول المشتهاة احترازاً عن وطء صبية لا يجامع مثلها، فإن وطأها لا يوجب الحد كما ستجيء الإشارة إليه، ثم الأولى أن يقول عن طوع احترازاً عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجيء، وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جواباً عن هذا في باب اليمين في الدخول والسكنى إلا أن فيه أيضاً كلاماً مع أن المصنف أسند إلى المكره الزنا فيما سيجيء. قال في البدائع: الزنا في عرف الشرع اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً اهـ. وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احتراز عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله فإنه لا حد عليه وإن علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت، فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة، ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب اهـ. وقوله ممن التزم أحكام الإسلام احتراز عن الحربي وسيجيء. وقوله وشبهته في قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احتراز عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجيء. وقوله وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً احتراز عن وطء المرقوقة إلى غير زوجها ووطء الأعمى من أجابته يظن أنها امرأته وسيجيء قوله: (لأن الزنا يصدق في فعل المرأة) أقول: أي يتحقق، فإن الصدق المعدي بفي يكون بمعنى التحقق كما تبين في كتب الميزان قوله: (هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا إلخ) أقول: لعل المشار إليه بقوله هذا في قوله هذا الفعل هو الوطأة للرجل المفهوم من التعريف المذكور. قال في النهاية: ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا، ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف إذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اهـ. وغير الشارح إلى قوله ولهذا لا يحد إلخ، إذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحد قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحاً لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها، بخلاف ما ذكره الشارح فليتأمل، ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع في هذا المقام، فإن بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته قوله: (والمرأة تدخل فيه تبعاً) أقول: قوله والمرأة أي وزنا المرأة، وقوله تدخل فيه تبعاً: أي ينفهم تعريفه التزاماً قوله: (لما سيجيء بعد هذا إلخ) أقول: لعله تعليل لأصالة الرجل المنفهم من التقرير.

. . . .

أمراً شرعياً، لكن ثبوته بالشرع الأول بالضرورة، والناس لم يتركوا سدى في وقت من الأوقات فيكون معنى الملك أمراً مشروعاً من بعث آدم عليه السلام، أو من قبل بعثه بوحي يخصه: أي يخص الملك فكان ثبوته شرعاً مع اللغة مطلقاً في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وإن كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه، ولا شك في أنه تعريف للزنا في اللغة والشرع، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم، والموجب للحدّ منه بعض أنواعه، ولذا قال ﷺ «العينان تزنيان وزناهما النظر»(١) ولو وطىء رجل جارية ابنه لا يحدّ للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا، فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحدّ به، فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شيء، لكنه لما قال ذلك كان ظاهراً في قصده إلى تعريف الزنا الموجب للحد، وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره، بخلاف الصبي، فإن الجنس وطء الرجل، فالأولى في تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالاً أو ماضياً في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام، فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره وبالصبية التي تشتهى والميتة والبهمة ودخل وطء العجوز، ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فإنه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف. وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعاً، إن كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين، فلا شك في أنه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المكلف لأنه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله، وكون فعلها تبعاً لفعله إنما هو في الوجود الخارجي، والكلام في تناول اللفظ وأن أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلاً وأن تسميتها في قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ [النور ٢] بطريق المجاز فلا حاجة إلى أنه تبع بل لا يجوز إدخاله في التعريف. وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما إذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنوناً أو صبياً على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي، وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما، فإذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا سماها سبحانه زانية. وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الإيراد المذكور على التعريف مغالطة، والقطع بأن وطأه ليس يصدق على تمكينها بهو هو، فإذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي إذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلاً آخر منها إذا كانت طائعة لا يقتضي أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق. فالحق أنها إن كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها، بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة إلى كل منهما فيقال إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدّان في هذه الصورة وليس الموجودة منه سوى التمكين. وقوله لأنه فعل الخ تعليل لأخذ عدم الملك وشبهته في الزنا: أي إنما شرط ذلك لأن الزنا محظور فلا بد في تحققه من ذلك. وقوله يؤيده الحديث: أي يؤيد الأمرين معاً، وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق أولى

. . . .

(١) صحيح. أخرجه ٦٦١٢ ويأثر حديث ٦٢٤٣ ومسلم ٢٦٥٧ وأبو داود ٢١٥٢ وأحمد ٢/ ٢٧٦ والبيهقي ٧/ ٨٩ و ١٠/ ١٨٥ . ١٨٦ وابن حبان ٤٤٢٠ كلهم عن ابن عباس عن أبي هريرة مرفوعاً: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فزنى العينين النظر وزنا اللسان النطق، والنفس تَمَنَّى ذلك، وتشتهي، ويُصدِّق ذلك الفرج، أو يُكذِّبه».

وأخرجه مسلم ٢٦٥٧ حـ ٢١ وأبو داود ٢١٥٣ وأحمد ٢/ ٣٧٢ . ٣٤٤ . ٤٣١ . ٥٢٨ . ٥٣٥ . ٥٣٦ والطحاوي في المشكل ٣/ ٢٩٨ وابن حبان ٤٤٢٣ والبيهقي ٧/ ٨٩ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة. فالعينان زناهما النظر...» الحديث بنحو المتقدم.

الصلاة والسلام «ادرؤا الحدود بالشبهات» ثم الشبهة نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية. فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ولا بد من الظن

فهو بدلالته، ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعاً، وذكر أنه في الخلافيات للبيهقي عن عليّ رضي الله عنه، وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «ادرءوا الحدود بالشبهات» وأسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم هو النخعي قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إليّ من أن أقيمها بالشبهات. وأخرج عن معاذ وعبدا لله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فأدرأه. ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة، وشنع بأن الآثار المذكورة لإثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله ﷺ شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها، وأعلّ ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالإرسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فإنها معلولة بإسحاق بن أبي فروة. وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام «ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أو شك أن يواقع ما استبان، والمعاصي حمى الله تعالى، من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه» فإن معناه: أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن يمسك عنه، ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه، ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه، ونحن نقول: إن الإرسال لا يقدح، وأن الموقوف في هذا له حكم المرفوع لإن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة، فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع. وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية، ولذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه، وأيضاً تلقته الأمة بالقبول. وفي تتبع المروى عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسئلة. فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز «لعلك قبلت، لعلك لمست، لعلك غمزت»[1] كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك وإلا فلا فائدة. ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه، وكذا قال للسارق الذي جيء به إليه «أسرقت ما إخاله سرق»[2] وللغامدية نحو ذلك، وكذا قال عليّ رضي الله عنه لشراحة على

وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة. فإن قلت: قوله لأنه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لأنه في التصورات. قلت: التعليل ليس لإثبات التعريف وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا. وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لأنه فعل محظور يوجب الحدّ فيعتبر فيه الكمال، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته (**يؤيد ذلك قوله ﷺ «ادرءوا الحدود بالشبهات» ثم الشبهة**) وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا: (**نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه**) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه، حتى لو قال علمت أنها تحرم عليّ حدّ (**وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية**) وتسمى شبهة

قوله: (**وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة**) أقول: سيجيء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم يجيء أن الحربي إذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربي والمكره عند أبي حنيفة، وهذا الذي ذكره الشارح مخالف لما سيجيء. وجوابه أنه موجب فيهما أيضاً، وإنما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الأب فلا مخالفة قوله: (**وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا**) أقول: الأولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف، إلا أن يقال: المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج إلى البيان، وإيراد المصنف في التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل قوله: (**وتقرير كلامه إلخ**) أقول: فيكون تعليلاً للحكم الضمني الذي يفهم من التعريف قوله: (**لأنه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه**) أقول: أي يعتبر في الحظر.

---

(١) هذا بعض حديث ماعز رواه البخاري وغيره وقد تقدم.
(٢) تقدم تخريجه في ٤/ ٢٢٣

ليتحقق الاشتباه. والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده. والحدّ يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث. والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى؛ وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية

ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة، لعله استكرهك، لعل مولاك زوجّك منه وأنت تكتمينه، وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولاً. فالحاصل من هذا كله كون الحدّ يحتال في درئه بلا شك، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت، وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله «ادرءوا الحدود بالشبهات»(١) فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكاً في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعوّل عليه. وإنما يقع الاختلاف أحياناً في بعض أهي شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء. إذا عرف هذا فنقول: الشبهة ما يثبت الثابت وليس بثابت، وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات؛ فالشافعية قالوا: الشبهة ثلاثة أقسام: في المحل، والفاعل، والجهة. أما الشبهة في المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حدّ فيه، ولو وطىء أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمة من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر. وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظاناً أنها امرأته فلا حد، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه. وأما الشبهة في الجهة قال الأصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حدّ فيها وإن كان الواطىء يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود. وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة: أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون الثابت لم يشتبه عليه. وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك: أي من شبهة حكم الشرع بحل المحل قوله: (فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الخ) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة، ولا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلاً كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلاً لفرض أن لا دليل أصلاً لتثبت الشبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتاً لم تكن شبهة أصلاً (والثانية) وهي الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته)

ملك أيضاً فإنها لا توجب الحد، وإن قال علمت أنها حرام عليّ (فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً) كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة إلى الظان (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) لكن لا يكون عاملاً لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين) جميعاً (لإطلاق الحديث) لكن في الأولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني) أي في الوطء الثاني. وقيل أي في المذكور الثاني، والأولى أن يقال في النوع الثاني (إذا ادعى

قال المصنف: (والنسب يثبت في الثاني إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول) أقول: في الكافي: إذا وطىء الجد أمة ولد ولده لا يحد لشبهة الملك، فإن حبلت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الأب. ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبي الليث: إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد وثبت النسب اهـ. وفي معراج الدراية: ذكر البزدوي: وطىء جارية حافده والأب في الأحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد، والشبهة نشأت من الأبوة وهي قائمة ولهذا يعتق عليه، لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقي وطؤها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لإثبات النسب اهـ. قال الإتقاني: الجد إذا وطىء جارية ولد ولده لا يثبت النسب، ولا يجب الحد إذا كان الأب في الأحياء، كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ قوله: (وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه) أقول: وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجيء في الورق الآتي قوله: (لأن هذا وطء في شبهة العقد) أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم مراراً، وأنه صح موقوفاً.

مواضع: جارية أبيه وأمه وزوجته، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدّة، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة، وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب

كقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»(١) سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها قوله: (والحدّ يسقط بكل منهما لإطلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «ادرءوا الحدود بالشبهات»(٢) وقوله: (والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلاً من الله وهو أمر راجع إليه: أي إلى الواطيء لا إلى المحل، فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء، وكذا لا تثبت به عدّة لأنه لا عدة من الزاني. قيل هذا غير مجرى على عمومه فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب. وفي الإيضاح: المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً. قال شارح: بل هو على ظاهره. وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أنّ نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين: يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق، بخلاف ما إذا كان لتمامهما، وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به لتمام سنتين إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة، والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معلا بأنه زنى محض، فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الأولى في النظر، وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد، بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فإنه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع: أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وإن علياً أو زوجته، أو المطلقة ثلاثاً في العدة، أو بائناً على مال، وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهي من الحكمية، أو أم ولده التي أعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه، والمرتهن يطأ المرهونة في رواية كتاب الحدود وهو الأصح، والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن (ففي هذه المواضع لا حدّ إذا قال ظننت أنها تحل لي، ولو قال علمت أنها حرام عليّ وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لأحد عليهما حتى يقرا جميعاً بعلمهما الحرمة لأن الشبهة إذا ثبتت في الفعل من أحد الجانبين تعدت إلى الآخر ضرورة. والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل تسليمها إلى المشتري، والمجعولة مهراً إذا وطئها

الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الأولى وإن سقط الحدّ لأمر راجع إليه) أي إلى الواطيء. وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه. فإن المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لأن هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لإثبات النسب. وفي الإيضاح: المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً، وعدّ شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر، فإذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظناً في موضع الاشتباه فيمتنع الحد، وإن قال الرجل علمت أنها حرام عليّ وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما. أما المرأة فلدعوى الشبهة، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما سيجيء. فإن قيل: ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي. أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين. فإن قيل: بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثاً هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في إسقاط الحد. أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه، وإنما قيد الطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال

---

(١) تقدم في كتاب النكاح.
(٢) تقدم أنه لم يصح مرفوعاً.

الحدود، ففي هذه المواضع لا حدّ عليه إذا قال ظننت أنها تحل لي، ولو قال علمت أنها عليّ حرام وجب الحد. والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض، والمشتركة بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن. ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام. ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت

الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة لأن الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشتري والمالك كان مسلطاً على وطئها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطيء وغيره، والمرهونة إذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام) لأن المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة في نفس الحكم: أي الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظراً إلى دليل الحل على ما تقدم من قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ونحوه، ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها. وفي الإيضاح في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي ذكر في كتاب الرهن أنه لا يحد، وفي كتاب الحدود يحد، فلا يعتبر ظنه لأنه لا استيفاء من عينها بل من معناها، فلم يكن الوطء حاصلاً في محل الاستيفاء أصلاً فلا شبهة فعل وصار كالغريم إذا وطيء جارية الميت. وجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفياً ومالكاً بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع. ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستأجرة للخدمة، ومقتضاه أن يجب الحد وإن اشتبه، إلا أن ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن في الرهن سبباً، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية، بخلاف المرهونة لا يفيد الملك إلا مع هلاكها، فلا يتصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها فكان

علمت أنها عليّ حرام ما يجيء، وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلاثاً وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه، وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحدّ، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة لأنه وطيء جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياساً على مالو وطيء جارية اشتراها على أن البائع بالخيار، وإنما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لأنه بالهلاك يصير مستوفياً حقه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك. ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياساً على الإجارة فإنها لا تفيد ملك المتعة بحال، فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة، إلا أنه لا يجب إذا اشتبه عليه لأنه موضع اشتباه لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن سبباً في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في في حق المال فيشتبه أنه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، وبخلاف البيع بشرط الخيار لأنه إنما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب الملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة، وههنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة. ثم عدّ الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضي للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» (والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات) لاختلاف الصحابة في

قوله: (فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية) أقول: لفظة ما في قولها فما أورث نافية قوله: (وإن لم يكن سبباً في الرهن) أقول: لأنه إنما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره قوله: (والممهورة في حق الزوج) أقول: أي التي جعلت مهراً قوله: (قبل القبض) أقول: أي قبل قبض الزوجة.

بالعقد وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى، إذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية. وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع، ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف، ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحدّ لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم

كملك المنفعة. هذا وقد دخل في بسبب الملك صور: مثل وطء جارية عبده المأذون والمديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري، وينبغي أن يزاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء، والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضاً كالزوجة التي حرمت بردتها أو بمطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حدّ عليه ولا على قاذفه، لأن بعض الأئمة لم يحرّم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه قوله: (ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد، وكذا قسمها في المحيط. وذكر في شبهة العقد أن يطأ التي تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وهي أمة أو وطيء العبد من تزوجها بغير إذن مولاه. قال: ولو تزوّج أمة على حرة أو مجوسية أو خمساً في عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حدّ عليه عند أبي حنيفة، وعندهما يجب الحد. قوله: (وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل) إذ قال تعالى ﴿فإن طلقها﴾ يعني الثالثة ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة ٢٣٠] (وعلى ذلك الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أي في المحل وهم الإمامية والزيدية القائلون بأن الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به إلا واحدة فتكون حلالاً لزوجها (لأنه خلاف) بعد تقرر الإجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الأمة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الإجماع ليعتبر، وهذا لما قدمناه في أول كتاب الطلاق من إن إجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك[1]، وأن الأحاديث الواردة في أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة إلى آخر ما يعلم فيما أسلفناه، وصح عن عليّ رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه. ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر إنما هو على الإجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لأن محل انتفاء الحل في الكتاب ما إذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين، ولا خلاف لأحد فيها، إنما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص قوله: (ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحدّ لأن الظن في موضعه، لأن أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب إذا ولدت، وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها، ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه، فأمكن أن تقيس حل الوطء على بعض هذه الأحكام فتجعل

كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم) لأن اليد التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (والممهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك في النصف (والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففي المواضع لا يحد) بكل تقدير، وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعاً إلى الفاعل والقائل، وثم شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فإنها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه، وسواء كان الواطىء عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها (وعند) العلماء (الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى. إذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج

قوله: (هو ما كان راجعاً إلى الفاعل إلخ) أقول: كأنه يشير إلى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعاً إلى أحدهما قال المصنف: (ثم الشبهة عند أبي حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول: أي الشبهة في المحل، وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل في الحصر في نوعين كما لا يخفى، ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو للشبهة التي لا اختلاف فيها.

---

(١) تقدم في الطلاق.

في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد، وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة **(ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام لم يحد)** لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه؛ فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية، وكذا الجواب في سائر الجنايات وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك **(ولا حدّ**

الاشتباه عليه عذراً في سقوط الحد عنه، بخلاف ما لو وطىء امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لأنه في غير موضعه قوله: **(وأم الولد إذا أعتقها مولاها)** وهي في العدة **(والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثاً لثبوت الحرمة بالإجماع)** يريد حرمة أن يطأها في العدة، بخلاف الرجعية فإنه لا إجماع في حرمته، وبخلاف ما إذا طلقها بالكناية كأن قال: **(أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها)** ونحوه **(ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد لاختلاف الصحابة)** في الكناية **(فمن مذهب عمر أنها)** أي الكنايات **(رجعية)** وكذا عن ابن مسعود. ففي مصنف عبد الرزاق: حدثنا الثوري عن منصور، حدثني إبراهيم عن علقمة والأسود أن ابن مسعود جاء إليه رجل فقال: كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت: لو كان الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع، قال: فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثاً. قال ابن مسعود: أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة، وسألنا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال: ماذا قلت؟ قال: قلت أراها واحدة وهو أحق بها، قال: وأنا أرى ذلك، وزاد من طريق آخر: ولو رأيت غير ذلك لم تصب. وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفه أنهما قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها. وأخرج محمد بن الحسن في الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة إذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته، وإن اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أملك بها. ومن مذهب عليّ في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة [1] إلى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث، وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال: ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع، وهذا غلط لأن اختلافهم فيه إنما هو في كونه فسخاً أو طلاقاً، وعلى كل حال الحرمة ثابتة فإنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقاً رجعياً، وكذا لو نوى ثلاثاً بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت أنها حرام لا يحدّ لتحقق الاختلاف، وإذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية، وعرف أن تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف، ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به؛ فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وإن كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» غير معمول به في إثبات حقيقة ملك الأب لمال ابنه نفسه، وهذه المسئلة يلغز بها فيقال: مطلقة ثلاثاً وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد، وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية قوله: **(ولا حدّ على من وطىء جارية ولده أو ولد ولده)** وإن كان ولده حياً وإن لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام إبنه، وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد، وهذا لأن الشبهة حكمية لأنها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر

الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه. وقوله: **(وقد نطق الكتاب)** يعني قوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ وقوله: **(ولا يعتبر قول المخالف فيه)** يريد به قول الزيدية والإمامية، فإن الزيدية تقول إذا طلقها ثلاثاً جملة لا يقع إلا واحدة، والإمامية تقول إنه لا يقع شيء أصلاً لكونه خلاف السنة، ويزعمون أنه قول عليّ رضي الله عنه **(لأنه خلاف لا اختلاف)** والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصد واحداً، والخلاف أن يكون كلاهما مختلفاً. وقوله: **(ولو قال ظننت أنها تحلى لي)** ظاهر. وقوله: **(في حق النسب)** يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فإنه لا يثبت.

---

(١) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

على من وطىء جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها عليّ حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» والأبوّة قائمة في حق الجد. قال: (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية)

بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر «أن رجلاً قال: يا رسولَ الله إن لي مالاً وولداً وأبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: أنت ومالك لأبيك»[1]. وأخرج الطبراني في الأصغر والبيهقي في دلائل النبوّة عن جابر «جاء رجل إليه عليه الصلاة والسلام فقال: يا رسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ ماليه، فقال عليه الصلاة والسلام: ادعه ليه. فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام: إن ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله، فقال: سله هل هو إلا عماته أو قراباته أو ما أنفقه على نفسي وعيالي، قال: فهبط جبريل عليه السلام فقال: يا رسول الله إن الشيخ قال في نفسه شعراً لم تسمعه أذناه، فقال له عليه والسلام: قلت في نفسك شعراً لم تسمعه أذناك فهاته، فقال: لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقيناً، ثم أنشأ يقول:

غَذَوْتُكَ مولوداً ومُنْتُكَ يافعاً ... تعلُّ بما أجني عليك وتنهلُ
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبتْ ... لسقمك إلا ساهراً أتململُ
تخاف الردى نفسي عليها وإنها ... لتعلم أن الموت حتم موكل
كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طرقت به دوني فعيني تهمل
فلما بلغت السن والغاية التي ... إليك مراماً فيك كنت أؤمل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة ... كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوّتي ... فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتني حق الجوار ولم تكن ... عليّ بمال دون مالك تبخل

قال: فبكى ﷺ ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال: اذهب أنت ومالك لأبيك»[2]. وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة. وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي بإطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده، وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حياً فإنه قال فيوضع المسئلة: لا حدّ على من وطىء جارية ولده وولد ولده، ثم قال: ويثبت النسب: أي من واطىء جارية ولده وولد ولده، لكنه إنما أراد من واطىء جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الأب. وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لأبي

وقوله: (وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثاً ثم وطئها في العدة لا يحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام لأن اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد. وقوله: (ولا حدّ على من وطىء جارية ولده وولد ولده) يعني وإن كان ولده حياً، وقد يشير إلى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والأبوّة قائمة في حق الجد. وقوله: (وقد ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق. قوله: (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي وقد قدمناه. وقوله: (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لا حدّ على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد عن الآخر. فإن قيل: يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضاً واحد. أجيب بأن سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر في الجانب الآخر (وإن وطىء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حدّ لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعني قوله لا انبساط في المال

(١) حديث جابر تقدم مستوفياً، وإسناده جيد، وله شواهد. من حديث ابن مسعود وعائشة وغيرهما.

(٢) منكر. أخرجه الطبراني في معجمه الصغير ٩٤٧ من طريق المنكدر بن المنكدر عن جابر بهذا السياق مع أبيات الشعر هذه.

قال الهيثمي في المجمع ٤/ ١٥٥: فيه من لم أعرفه، وفيه المنكدر بن محمد ضعيف، وقد وثقه أحمد، والحديث بهذا التمام منكر. وله طرق مختصرة رجال إسنادها رجال الصحيح، وقد تقدمت اهـ.

وقد ذكرناه (**وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حدّ عليه ولا على قاذفه، وإن قال علمت أنها عليّ حرام حد، وكذا العبد إذا وطىء جارية مولاه**) لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدّع في الظاهر لأن الفعل

الليث: إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها عليّ حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه، وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته، ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب، وصرح به في الكافي. وفي المبسوط: أن من وطىء جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حياً لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه، وكذا الولد لأن صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب، ولكن إن أقرّ به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة، ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يتملكها، وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي النبوّة فيجب العقر، وكذلك إن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر، لأنا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه، وإن كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة، صدقه ابن الابن أو كذبه، لأن العلوق حصل بعد موت الأب، والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاد قوله: (**وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه**) وزفر يحدّه لقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد، كما لو وطىء جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (**وكذا العبد إذا وطىء جارية مولاه**) فقال ظننت حلها لي لا يحد، وإن قال علمت حرمتها حدّ (**لأن بين هؤلاء**) أي بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (**انبساطاً في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع**) بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتي (**فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحدّ قاذفه**) وقوله: (**وكذا الجارية**) أي إذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولاتي يحل لي أو زوج سيدتي وكذا في الأخريين (**والفحل لم يدّع**) ذلك لا يحد (**في ظاهر الرواية لأن الفعل واحد**) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحد الفحل لأن الشبهة إنما تمكنت في التبع وهي المرأة لأنها تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الأصل، بخلاف ثبوتها في جانب العبد إذا قال ظننت حلها لأن الثبوت في الأصل يستتبع التبع. وأجيب بأن الفعل لما كان واحداً له نسبة إليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه. وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها. أجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة في الفعل فإنه لم تثبت شبهة فوجب الحكم عليه وإنما تعذر إيجابه عليها لأنها ليست أهلاً للعقوبة، بخلاف ما نحن فيه فإن الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه، وإذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها، ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده قوله: (**وإن وطىء جارية أخيه أو عمه**) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (**وقال ظننت أنها تحل لي حدّ**) لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة، ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زناً محرماً فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام، وإنما ينفيه مسئلة الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحدّ، وإن كان فعله أوّل يوم دخل الدار لأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل لا تختلف في هذه المسئلة، فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد، ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه

فيما بينهما. فإن قيل: لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع. أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز، وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد. قال: (**ومن زفت إليه غير امرأته**) هذا من باب الشبهة في المحل لأن الفعل صدر

واحد (وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد) لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا. (ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حدّ عليه وعليه المهر) قضى بذلك عليّ رضي الله عنه وبالعدة، ولأنه اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الاشتباه، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أوّل الوهلة فصار كالمغرور، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال

بالحرمة في نفس الأمر، فإذا لم يكن عالماً لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحدّ هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجباً في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام، لأنه لا يجب على الزاني أن يحدّ نفسه ولا أن يقرّ بالزنا، بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد على الإمام. هذا، وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع، فظهر أن بينهما انبساطاً. أجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع. أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا قوله: (ومن زفت) أي بعثت (إليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حدّ عليه وعليه المهر) وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف، ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ. ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب. فالأوجه أنها شبه دليل، فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء، فإن قول الواحد مقبول في المعاملات، ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاي أرسلني إليك هدية، فإذا كان دليلاً غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة قوله: (ولا يحدّ قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمداً دليلاً ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطأ حلالاً ظاهراً. وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبراً في إيراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا، وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا. والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب، وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراماً عليّ لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه. والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه، وكون الإخبار يطلق الجماع شرعاً ليس هو الدليل

منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا، ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب، ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح. قوله: (ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) يعني أنه يقول فيها إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالاً في الظاهر فلا يسقط به إحصانه. ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه.

قوله: (هذا من باب الشبهة في المحل) أقول: فيه بحث، بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعي والنسفي في الكافي وصاحب الإيضاح، ألا ترى أن الظاهر أنه إن علم أنها ليست امرأته يحد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس إلا قوله: (بناء على دليل أطلق الشرع إلخ) أقول: نعم إلا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة قوله: (ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) أقول: فيه أن القياس كان ذلك، إلا أنه ثبت على خلاف القياس دفعاً لضرر الغرور كما اعترف به قوله: (ووجه الظاهر، إلى قوله: ولا يقام الحد على قاذفه) أقول: فيه بحث.

وغيره، إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل **(ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة)** ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: عليه الحد إذا كان عالماً بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود، وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام

المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو «أنت ومالك لأبيك»[1] والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعاً مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه: أعني عدم ثبوت النسب للإجماع فيه. وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين قوله: **(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعلية الحد)** خلافاً للأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل. ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه **(وهذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة)** من حبائبها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل، فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالاً فوطئها فإنه يحدّ. قال: **(وكذا إذا كان أعمى)** لأن الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحاً لاستناد الظن إليه **(وغيره)** مثل ما يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضاً **(إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا وزوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل)** وجاز تشابه النغمة خصوصاً لو لم تطل الصحبة، وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لأنها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطاً في اطمئنان النفس إلى أنها هي قوله: **(ومن تزوّج امرأة لا يحل له نكاحها)** بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه أو ابنته **(فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة)** وسفيان الثوري وزفر، وإن قال علمت أنها عليّ حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لاحداً مقدراً شرعاً إذاكان عالماً بذلك، وإذا لم يكن عالماً لاحد ولا عقوبة تعزير وقال: **(أبو يوسف ومحمد الشافعي)** وكذا مالك وأحمد **(يجب الحد إذا كان عالماً بذلك)** وكان يجب[2] أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز إلا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول وإلا فشاذ ضعيف. وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه، وأما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين: منكوحة الغير

وقوله: **(لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها)** يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلاً شرعياً فكان مقصراً فيجب الحد. وإنما قال: **(وقالت أنا زوجتك)** لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الإيضاح **(ومن تزوّج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك.** وقال **أبو يوسف ومحمد والشافعي: يجب عليه الحد إذا كان علم بذلك لأن هذا عقد لم يصادف محله)** وكل عقد لم يصادف محله يلغو **(كما إذا أضيف إلى الذكور)** قوله: **(وهذا لأن محل التصرف)** بيان لقوله عقد لم يصادف محله لأن محل التصرف **(ما يكون محلاً لحكمه)** وهذا المحل ليس محلاً لحكمه **(لأن حكمه الحل وهي من المحرمات.** ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل **التصرف ما يكون قابلاً لمقصوده)** وهو التوالد ههنا **(وبنات آدم قابلة لذلك)** قوله وهذا المحل ليس محلاً لحكمه. قلنا: ليس محلاً لحكمه أصلاً أو في وقت دون وقت، والأول ممنوع لأنه كان محلاً له في شريعة من قبلنا. والثاني مسلم، ولكن كونه محلاً في الجملة لم لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فإن الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفاً، فإن أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد والفرض وجوده، وأولاد أهل الذمة من محارمهم لا تنسب إلى الزنا في العرف وهم يقرّون على نكاح المحارم ولا يقرّون على الزنا بل يحدون عليه (و) إذا ثبت أن العقد صادف محله **(كان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة**

---

(١) تقدم مراراً، وإسناده جيد.

(٢) **(وكان يجب)** هذا إنما يتمشى على نسخة. وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي.

إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفسُ الثابت، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدّر فيعزر

ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوّج كالمحرم. قال: وإن كان النكاح مختلفاً فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حدّ عليه اتفاقاً لتمكن الشبهة عند الكل، وكذا إذا تزوّج أمة على حرّة أو تزوّج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده فلا حدّ عليه اتفاقاً، أما عنده فظاهر، وكذا عندهما لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي حرام على التأبيد. وفي بعض الشروح: أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى والنكاح بغير شهود، ففي كل هذه لا يجب الحد عند أبي حنيفة، وإن قال علمت أنها عليّ حرام وعندهم يجب إذا علم بالتحريم وإلا فلا، ثم قال: ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الأمة على الحرة والمجوسية والأمة بلا إذن السيد وتزوج العبد بلا إذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد، وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف، فعندهما يحدّ وأضاف إلى ذلك ما سمعت، ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير، ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحدّ في تزوج المجوسية وما معها لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما: يعني حتى يجب الحد إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي حينئذ أن لا يحدّ عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لأنها ليست محرمة على التأبيد، فإن حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدّتها؛ كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت، كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما إلى في المحارم فقط. وهذا هو الذي يغلب على ظني. والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا، فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك، قال: مثل أن يتزوّج مجوسية أو خامسة أو معتدة. وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال: رجل تزوّج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حدّ عليه، وإن فعله على علم لم يحدّ أيضاً ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم إلى هنا لفظه، فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة، ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم، فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات. وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه، ونقل عن أحمد وإسحاق وأهل الظاهر، وقصر ابن حزم قتله على ما إذا كانت امرأة أبيه قصراً للحديث الآتي على مورده. وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه، ويؤخذ ماله لبيت المال. وذلك لحديث البراء قال: «لقيت خالي ومعه راية فقلت له: أين تريد؟ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله(1)». وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال:

حقيقة الحل) بتحريم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حدّ

(1) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٥٧ والترمذي ١٣٦٢ والنسائي ٦/ ١٠٩ وابن ماجه ٢٦٠٧ وابن حبان ٤١١٢ والحاكم ٢/ ١٩١ وعبد الرزاق ١٠٨٠٤ وابن أبي شيبة ١٠/ ١٠٤ وسعيد بن منصور ٩٤٢ والدارقطني ٣/ ١٩٦ والبغوي ٢٥٩٢ من طرق عن عدي بن ثابت عن البراء به.
وأخرجه النسائي ٦/ ١٠٩ . ١١٠ وأحمد ٤/ ٢٩٥ والبيهقي ٧/ ١٦٢ كلهم عن عدي بن ثابت عن يزيد بن البراء عن أبيه بنحوه.
وأخرجه سعيد بن منصور ٩٤٣ وأحمد ٤/ ٢٩٥ وأبو داود ٤٣٥٦ والدارقطني ٣/ ١٩٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٧ من طرق عن مطرّف عن أبي الجهم عن البراء بنحوه.
وقال الترمذي عقب روايته: حسن غريب!
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي، وهو كما قالا بل ورد من طرق أخرى حسان كما تقدم، فالحديث حسن أو صحيح والله تعالى أعلم.

. . . .

حديث حسن. وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه»(١) وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلاً فارتدّ بذلك، وهذا لأن الحدّ ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر. وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه «أن النبي ﷺ بعث جدّه معاوية إلى رجل عرّس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله»(٢) وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتدّ به، ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرّس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأه إياها، وغير الوطء لا يحدّ به فضلاً عن القتل فحيث كان الفتل كان للردّة. وهذا لا يخلو عن نظر، فإن الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزاً كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردّة. ويجاب بأنه أيضاً لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا. وقالوا: جاز فيه أحد الأمرين أنه للاستحلال، أو أمر بذلك سياسة وتعزيزاً. وجه القائل بالحدّ أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطىء أهل للحدّ عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها؛ ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا، فعندهم لا كما ذكر، وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم، ومداركونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولاً، فعندهم لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل، وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر، وعنده نعم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها، وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحدة في المحلية، فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد: أي ليست محلاً لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها، ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد، وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده. فإن قلت: فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والأصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم. ففي الأصول حيث قالوا: إن النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله، وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات. فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد الناكح الخاص. وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح ولا شك في ذلك. بقي النظر في أيّ الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلاً للمقاصد أو كونه حلالاً، إن نظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله، أو إلى السمع أعني محل الإجماع وهو قول الكل إن الميتة ليست محلاً للبيع مع أنها إنما فيها عدم الحل ترجحوا، وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل

. . . .

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٤٦٢ وابن ماجه ٢٥٦٤ والحاكم ٤/ ٣٥٦ والدارقطني ٣/ ١٢٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٧ وأحمد ١/ ٣٠٠ كلهم من طريق داود ابن حصين عن عكرمة عن ابن عباس وصدره: «إذا قال الرجل للرجل: يا يهودي، فاضربوهُ عشرين، وإذا قال: يا مُخنَّثُ، فاضربوه عشرين. ومن وقع علىٰ ذات محرم، فاقتلوه»

قال الترمذي: لا يُعرف إلا من هذا الوجه، وإبراهيم بن إسماعيل يُضعَّف في الحديث، والعمل عليه عند أصحابنا اهـ وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وردّه الذهبي بقوله: قلت: لا. وذكره ابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٥٥ وقال: قال أبي هذا حديث منكر.

وقال البيهقي: ورواه عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس موقوفاً اهـ أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٨٧ موقوفاً.

قلت: وللحديث المرفوع علة ثانية، وهي أن داود عن عكرمة منكر الحديث، وهو ثقة عن غير عكرمة، والحديث من هذا القبيل.

(٢) جيد. أخرجه ابن ماجه ٢٦٠٨ والبيهقي ٨/ ٢٠٨ والطحاوي ٢/ ٨٦ من طرق عن معاوية بن مرة عن أبيه به.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح اهـ.

وتقدم شاهده قبل حديث.

(ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، وزاد في الجامع الصغير: ويودع في السجن، وقالا: هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولي الشافعي، وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الفاعل

فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها»(١) حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحدّ بالاتفاق، وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضرّ لأنه مؤوّل بتأويلين: أحدهما أنه آيل إلى البطلان باعتراض الولي بأن كان غير كفء والآخر تخصيصه بما إذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالأمة والصبية، وعلى هذا فهو باطل على ظاهره، وهو أقرب التأويلين لندرة فسخ وليّ بسبب عدم كفاءة من زوّجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر إن دخل، لكن في الخلاصة قال: الفتوى على قولهما، ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه، لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتاً من وجه وإلا من وجه وإلا وجبت العدّة وثبت النسب. ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك. وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتني عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم، وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه. ومن شبهة العقد ما إذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حدّ عليه ويعزر، وقال: هما(٢)| والشافعي ومالك وأحمد: يحدّ لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فإنه يحدّ اتفاقاً. وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الإجارة لكنه في حكم العين، فبالنظر إلى الحقيقة تكون محلاً لعقد الإجارة فأورث شبهة، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر. وفي الكافي: لو قال أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد، وهكذا لو قال استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لأطأك. والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله، قال الله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور ٢] فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له قوله: (ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج) بأن أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لأنه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير، ومثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى فإنهما يعزّران لذلك قوله: (ومن أتى امرأة) أي أجنبية (في الموضع المكروه) أي دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حدّ عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزّر) ويسجن حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام

مقدر فيعزر) قوله: (ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزّر لأنه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر) قوله: (ومن أتى امرأة) قبل يريد أجنبية لأنه إذا أتى امرأته أو مملوكته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضاً وإن كان محرماً عليه، وبه صرح في الزيادات لأن من الناس من يستحله بقوله تعالى ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر. وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن، وقالا: هو كالزنا فيحدّ) حد الزنا جلداً إن كان غير محصن ورجماً إن كان محصناً (وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله.

---

(١) تقدم في كتاب النكاح باب الولاية في النكاح، وصدره قوي، وأما عجزه، فإنه واهٍ.

(٢) ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد هو الصواب، وهو الحق الذي لا مرية فيه، فيجب المصير إليه، وإلا لو دققت في أحوال الزنا خاصة في هذه الأيام لوجدت عامة الزناة، والعياذ بالله يعطو المزينة مالاً على أنه أجرة لها، فإذا نصرنا قول أبي حنيفة بأدلة قياسية أو هي محضُ رأي تَعَطَّلَتْ الحدود، وهذا ينافي الحزم والشدة على الزناة، فيجب على كل من يغار على دينه أن يعلم أن ما ذهب إليه أبو حنيفة رأي انفرد به، وهو غريب لم يوافقه عليه أحد. والله تعالى أجل وأعلم.

والمفعول» ويروى «فارجموا الأعلى والأسفل» ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء. وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من

محصناً كان أو غير محصن سياسة، أما الحد المقدر شرعاً فليس حكماً له وقالا هو كالزنا، وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلداً إن لم يكن أحصن ورجماً إن أحصن. وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام. أما لو وطىء امرأة في دبرها حدّ بلا خلاف. والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات، ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحدّ إجماعاً، كذا في الكافي. نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك، لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان، وهل تكون اللواطة في الجنة: أي هل يجوز كونها فيها، قيل إن كان حرمتها عقلاً وسمعاً لا تكون، وإن كان سمعاً فقط جاز أن تكون. والصحيح أنها لا تكون فيها لأنه تعالى استبعده واستقبحه فقال ﴿ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾ [الأعراف ٨٠] وسماه خبيثة فقال ﴿كانت تعمل الخبائث﴾ [الأنبياء ٧٤] والجنة منزهة عنهما **(وقال)** الشافعي **(في قول يقتلان)** ففي وجه بالسيف **(بكل حال)** أي بكرين كانا أو ثيبين، وفي قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد، وفي قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحدّ جلداً وتغريباً إن كان بكراً ورجماً إن أحصن. وجه القتل ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه، الفاعل والمفعول به»[1]، قال الترمذي: إنما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه، ورواه محمد بن إسحاق عن عمرو بن أبي عمرو فقال «ملعون من عمل عمل قوم لوط» ولم يذكر فيه القتل. وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «اقتلوا الفاعل والمفعول به» وفي إسناده مقال، ولا

وقال في قول آخر: يقتلان بكل حال) أي سواء كانا محصنين أو لم يكونا لقوله ﷺ: («اقتلوا الفاعل والمفعول» ويروى «فارجموا

---

(١) أخرجه أبو داود ٤٤٦٢ والترمذي ١٤٥٦ وابن ماجه ٢٥٦١ وابن الجارود ٨٢٠ والدارقطني ٣/ ١٢٤ والبغوي في شرح السنة ٢٥٩٣ والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ ح ٨٧٠ والحاكم ٤/ ٣٥٥ وأبو يعلى ٢٤٦٣ والبيهقي ٨/ ٢٣١ . ٢٣٢ وابن حزم في المحلى ١١/ ٣٨٧ من طرق كلهم عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً. وفي حديث عمرو هذا عن عكرمة كلام.

قال الترمذي: إنما يعرف من هذا الوجه.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

وتوبع عمرو بن أبي عمرو فقد أخرجه عبد الرزاق ١٣٤٩٢ وأحمد ١/ ٣٠٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ والطبري ١/ ٥٥٥ . ٥٥٦ في تهذيب الآثار كلهم عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس به.

وتابعهما على عكرمة. عباد بن منصور أخرجه الطبري ١/ ٥٥٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢.

وله شاهد من حديث أبي هريرة. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٥٥ والترمذي بإثر حديث ١٤٥٦ كلاهما من حديث أبي هريرة قال الترمذي: في إسناده مقال، ولا نعرف رواه عن سهيل بن أبي صالح سوى عاصم بن عمر العمري، وهو مصنّف.

قلت: وهو عند الحاكم: عن عبد الرحمن العمري بدل عاصم. وسكت عليه الحاكم، وتعقبه الذهبي فقال: عبد الرحمن ساقط. وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٣٩ . ٣٤٠ ما ملخصه: قال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي: عمرو بن أبي عمر ليس بالقوي.

وقال المنذري في مُختصر: احتج البخاري ومسلم بعمرو وتكلم فيه غير واحد.

قال الزيلعي: وقال شيخنا الذهبي: قال ابن معين: عمرو بن أبي عمرو ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس هذا.

قال الذهبي: ليس هو بضعيف، ولا مستضعف، ولا هو في الثقة كالزهري بل هو دونه اهـ.

وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٥٤ ما ملخصه: استنكره النسائي وورد من حديث أبي هريرة ولا يصح فيه عاصم العمري وحديث ابن عباس مختلف في ثبوته اهـ.

الخلاصة: أحسن طرقه عن عمرو بن أبي عمرو، وهو ثقة لكن أُنكر عليه حديثه هذا عن عكرمة لكن ورد من طُرق أخرى، فالحديث حسن إن شاء الله لا سيما، وله شاهد ضعيف عن أبي هريرة، وتقدم ذلك كله مستوفياً.

الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين.

يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبي صالح غير عاصم بن عمر العمري، وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه، وبسند السنن رواه أحمد في مسنده والحاكم وقال: صحيح الإسناد. وقال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق، لكنه روى عن عكرمة مناكير. وقال النسائي: ليس بالقوى. وقال ابن معين: ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الفاعل والمفعول به»[1] وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه. وتعقبه الذهبي بأن عبد الرحمن العمري ساقط، وإذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد في أمره لم يجز أن يقدم به على القتل مستمراً على أنه حدّ، ولو سلم حملَ على قتله سياسة. ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعاً للماء لأن الحرمة قد تنكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه، بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حدّ الزنا لا بالقياس. ولأبي حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد، وذلك لأن الصحابة اختلفوا في موجبه: فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار، ومنهم من قال يهدم عليه الجدار، ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الأحجار، فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه. فاختلافهم في موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه، وأما الاستدلال بقول القائل:

من كف ذات حر في زيّ ذي ذكر ... لها محبان لوطيّ وزناء

فلعدم معرفة من ينسب إليه البيت، وقول من قال حيث قال: قائلهم وذكر البيت غلط، وذلك أنه ليس بعربيّ بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أوّلها:

دع عنك لومي فإن اللوم إغراء ... وداوني بالتي كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه، وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن أمثاله. وأيضاً لا يثبت دلالة لأن المعنى المحرم في الزنا ليس إضاعة الماء من حيث هو إضاعته لجواز إضاعته بل إفضاؤه إلى إضاعة الولد الذي هو إهلاك معنى، فإن ولد الزنا ليس له أب يربيه والأم بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوإ الأحوال، ولأنه قد يدعيه بعض السفهاء وإن لم يثبت نسبه شرعاً ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواط (وكذا هو أندر وقوعاً من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين) على الاستمرار، بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبيّة لا تشتهي أصلاً إذ قلما يكون ذلك، ولا عبرة بأوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر، ولذا لا يحدّ بشرب البول المجمع على نجاسته ويحدّ بشرب الخمر، فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة إلا إذا كان في المساوي من كل وجه دون الأعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قويّ وقد لا إلا إيعاد عقاب الآخرة. وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الإيمان من طريق ابن أبي الدنيا: حدثنا عبدالله بن عمر، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر: أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر أنه وجد رجلاً في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة، فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم، فكان من أشدهم في ذلك قولاً عليّ رضي الله عنه قال: هذا ذنب لم يعص به إلا أمة واحدة صنع

الأعلى والأسفل» ولهما أنه) أي اللواط (في معنى الزنا وقيل أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط. وفي بعض النسخ: إنهما في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء) وهو

---

(١) تقدم مستوفياً في الذي قبله.

وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه **(ومن وطىء بهيمة لا حدّ عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية)** وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بيناه. والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب **(ومن زنى**

الله بها ما علمتم، نرى أن نحرقه بالنار، فاجتمع رأى الصحابة على ذلك[1] قال: ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نضرة قال: سئل ابن عباس ما حدّ اللواطة؛ قال: ينظر إلى أعلى بناء في القرية فيرمى منه منكساً ثم يتبع بالحجارة[2]. ورواه البيهقي أيضاً من طريق ابن أبي الدنيا. وكأنّ مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم، ولا شك في اتباع الهديم بهم وهم نازلون. وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنا. وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى **﴿أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾** [الأعراف ٨٠] فمدفوع بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا، قال تعالى **﴿ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾** [الأنعام ٥١] وقول المصنف **(إلا أنه يعزر لما بينا)** أي من أنه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله: **(ومن وطيء بهيمة فلا حدّ عليه)** وكذا إذا زنى بميتة لأنه للزجر، وإنما يحتاج إلى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه **(ولهذا لا يجب ستره في البهيمة إلا أنه يعزر لما بينا)** من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير **(والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع)** امتداد **(التحدث به)** كلما رئيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب. وإذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها إن كان مالكها غيره لأنها ذبحت لأجله وإن كانت مما تؤكل أكلت. وضمن عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا تؤكل، والمراد بالمروى ما روى أصحاب السنن الأربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها» قلت له: ما

مناط الحد في الزنا) فيلحق به اللواط في الدلالة بالقياس، لأن القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات **(وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار وغير ذلك)** من الحبس في أنتنّ المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على أنه ليس بزنا **(ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب)** بخلاف الزنا **(وكذا هو أندر وقوعاً)** من الزنا **(لانعدام الداعي في أحد الجانبين)** يعني على ما هو الجبلة السليمة **(والداعي إلى الزنا من الجانبين)** وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس في مثله باطل **(وما رواه)** من قتلهما أو رجمهما **(محمول على السياسة أو على المستحل)** للكفر بذلك **(إلا أنه يعزر عنده)** أي عند أبي حنيفة **(لما بينا)** أنه ارتكب جريمة وليس فيه حدّ مقدر. قال في الزيادات: والرأي فيه إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضربه وحبسه؛ فقوله إلا أنه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا. **(ومن وطىء بهيمة فلا حدّ عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية)** إذ ليس فيه تضييع الولد ولا إفساد الفراش **(و)** لا **(في وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه، وإنما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره)** أي ستر فرج البهيمة، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكمياً

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٨/ ٢٣٢ عن صفوان بن سليم أن خالد بن الوليد... فذكره وقال البيهقي: هذا مرسل. وروي من وجه آخر عن جعفر ابن محمد عن أبيه عن علي في غير هذه القصة اهـ.
قلت: وهذا منقطع أيضاً: وأما رواية الواقدي فهي منقطعة، وهو واهٍ. قال ابن حجر في الدراية عن رواية البيهقي: هو ضعيف جداً ولو صحّ لكان قاطعاً للحجة، ورواه الواقدي في الرِّدّة اهـ. وسكت عليه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٣، والزيلعي ٣/ ٣٤٢، ولو ثبت إجماع الصحابة كما قال ابن حجر لكان اتفاقاً، وهذا لم يحصل كما قال ابن حجر. بل هو مذهب ضعيف، وإليك كلام الترمذي حيث قال عقب حديث قتل اللوطي: اختلف أهل العلم في حد اللوطي، فرأىٰ بعضهم ان عليه الرجم أحصن أو لم يحصن. وهذا قول: مالك والشافعي وأحمد وإسحق.
وقال: الحسن والنخعي وعطاء والثوري، وأهل الكوفة: حد اللوطي حد الزاني اهـ.
قلت: فأين الإجماع على تحريقه بالنار؟!!!
(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٢ بسند حسن عن ابن عباس بهذا اللفظ.

. . . .

شأن البهيمة قال: ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عُمِلَ بها ما عمل[1] ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لأبي يوسف في عدم أكلها. إلا أن المعنى الذي عينه الأصحاب من قطع التعيير أقرب إلى النفس. رواه ابن ماجه عن إبراهيم بن إسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبي عمرو، وتقدم الكلام على عمرو هذا؛ وأما إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حنيفة فقال أحمد ثقة، وقال البخاري منكر الحديث، وضعفه غير واحد من الحفاظ، وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر، وهو أنه روى عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس موقوفاً عليه: «ليس على الذي يأتي البهيمة حد» وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله ﷺ بقتلهما وتأويله المذكور آنفاً، ومحال أن يروى عن رسول الله ﷺ القتل ثم يخالفه، وكذا أخرجه الترمذي والنسائي. وقال الترمذي: وهذا أصحح من الأول، ولفظه «من أتى بهيمة فلا شيء عليه»[2]. وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبي عمرو بزيادة. وقال: صحيح الإسناد قوله: **(ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا)** فأقرّ عند القاضي به

(إلا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر، وما روي أن النبي ﷺ قال «من أتى بهيمة فاقتلوه» شاذ لا يعمل به، ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل **(والذي يروى أنه تذبح البهيمة)** وهو ما روي عن عليّ ابن أبي طالب رضي الله عنه: أنه أتى برجل أتي بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار **(فذلك لقطع التحدث به)** كي لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية **(لا أنه واجب)** قال: **(ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا)** وأقرّ عند الإمام بالزنا **(لا يقام عليه الحد.** وقال الشافعي

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٦٤ والترمذي ١٤٥٥ والدارقطني ٣/ ١٢٦ . ١٢٧ والحاكم ٤/ ٤٥٥ والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ والبغوي ٢٥٩٣ وأبو يعلى ٢٤٦٢ و ٢٧٤٣ والبيهقي ٨/ ٢٣٣ وأحمد ١/ ٢٦٩ وابن حزم في المحلى ١١/ ٣٨٧ من طرق كلهم عن عمر وابن أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس بهذا اللفظ مع كلام ابن عباس. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي.

وأخرجه عبد الرزاق ١٣٤٩٢ وأحمد ١/ ٣٠٠ وابن ماجه ٢٥٦٤ والدارقطني ٣/ ١٢٦ والحاكم ٤/ ٣٥٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ . ٢٣٤ . ٢٣٧ . والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ . ٥٥٥ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ كلهم من طريق داود بن حصين عن عكرمة به. وصححه الحاكم، ورده الذهبي. وأخرجه الطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ . ٢٣٣ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ والحاكم ٤/ ٣٥٥ من طريق عباد بن منصور عن عكرمة به وصححه الحكم، وسكت الذهبي.

قلت: فهذه طرق ثلاث. أقواها الأول. وقد قال أبو داود عقبه: ليس بالقوي.

وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو.

ثم أسنده أبو داود ٤٤٦٥ والترمذي بإثر حديث ١٤٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٣٤ كلهم عن ابن عباس قال: «ليس على الذي يأتي البهيمة حدٌ» موقوف.

قال أبو داود: وكذا قال عطاء. وحديث عاصم هذا يُضعف حديث عمرو بن عمرو.

وقال الترمذي أيضاً رواية الثوري عن عاصم عن أبي رُزين عن ابن عباس أصح من الحديث الأول.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٢٤٠ ما ملخصه: قال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق لكن روى عن عكرمة مناكير

وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال المنذري: تكلم فيه غير واحد. وقال شيخنا الذهبي: قال ابن معين: ثقة ينكر عليه حديث عكرمة، وقال أبو داود: ليس بالقوي وقال عبد الحق: لا يحتج به. وقال الذهبي: ليس بضعيف ولا هو ثقة كالزهري اهـ.

وأما رواية داود بن حصين عن عكرمة. . .

فقد قال الحافظ في التقريب: داود ثقة إلا في عكرمة. وأما الطريق الثالث، وهو عباد بن منصور عن عكرمة. فإن عباد هذا واه.

قال في الميزان ما ملخصه: لم يرضه القطان، وقال يحيى: ليس بشيء. وقال أبو حاتم وابن حبان: نرى أنه أخذ هذه والأحاديث عن ابن أبي يحيى عن داود بن حصين.

وقال أحمد: روى مناكير اهـ الذهبي ٢/ ٣٧٦ قلت: فتبين أنه عباد بن منصور لا متابعة في روايته، وإنما أخذها عن داود وداود بن حصين منكر الحديث عن عكرمة كما قال ابن حجر.

وبقي طريق عمر بن أبي عمرو. فقد أنكره عليه أئمة هذا الفتى: البخاري وابن معين والنسائي، وضعفه الترمذي وأبو داود والطحاوي وغيرهم، وهؤلاء أصحاب القول الفصل في الحديث، والحكم عليه، وبيان علله. وبهذا يعلم تهوُّرُ الألباني، ووهمه حيث ذكر هذا الحديث في الإرواء ٢٣٤٨ وحكم بصحته مخالفاً لأئمة هذا الفتى، ولا يقولنّ قائل أن الألباني ذكر له طرقاً، فالجواب أن هذا لم يكن فتنبه. والله تعالى أجل وأعلم.

الخلاصة: لا يرقى هذا الحديث عن درجة الحسن البتة.

(٢) هذا موقوف على ابن عباس تقدم في الذي قبله.

في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد). وعند الشافعي رحمه الله يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب» ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة، ولا تقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة. ولو غزا

(لا يقام عليه الحد. وعند الشافعي) ومالك (يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه) قلنا: سلمنا أنه ملتزم للأحكام، لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحد عند القاضي بإقامته عليه، وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع. فالوجه أن يقال وجب على الإمام الإقامة على الزاني مطلقاً أينما كان زناه. وحينئذ نقول: امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب»[1] ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب، وإلا عرى عن الفائدة لأن المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض أن لا قدرة عليه، وإذا خرج والحال أنه لم ينعقد سبباً للإيجاب حال وجوده لم ينقلب موجباً له حال عدمه، لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب»[2] لم يعلم له وجود. وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال «من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حداً ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد[3]»، والله أعلم به. وعن الشافعي قال: قال أبو يوسف: حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال: لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدوّ. قال: وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمير بن سعد الأنصاري وإلى عماله: أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة. قال الشافعي: ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت، وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع، ومعتقد أبي يوسف أنه داخل في الإرسال، وأن حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد إلا للعلم بثقته فلا يضرّ على رأي مثبتي المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة، وهذا الأخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا ابن

رحمه الله: يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه. ولنا قوله ﷺ «لا تقام الحدود في دار الحرب»). ووجه التمسك به أنه ﷺ لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حساً لأن كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد. فإن قيل: هذا الحديث معارض بقوله: ﴿فاجلدوا﴾ فلا يقبل. أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لأنه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون، وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الأصول. وهو أن التخصيص بهما إنما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بموجود، ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى ﴿كل واحد منهما﴾ فإن الضمير راجع إلى الزاني والزانية. والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلاً. وإذا خص مقارناً جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس. وقوله: (ولأن المقصود هو الانزجار) يعني أن وجوب الحد ليس لعينه وإنما هو للانزجار، والانزجار يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام، فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز، وإذا لم ينعقد موجباً

قوله: (أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك، إلى قوله: وفيه نظر) أقول: قوله خصت: يعني بالإجماع كما ذكره الكاكي فيندفع نظره بذلك قوله: (فخرج منه من لم يكن رجلاً إلخ) أقول: فيه بحث، فإن الزاني لم يتناوله ولا خروج إلا بعد الدخول فأين التخصيص؟

---

(١) هو الآتي.

(٢) لا يوجد مرفوعاً بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٤٣: غريب. ووافقه الكمال فقال: لم يُعلم له وجود. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٤: لم أجده.

(٣) لا حجة فيه لأنه بغير إسناد، ولذا قال ابن الهمام: الله أعلم به اهـ والصواب في هذه الأحاديث الوقف كما يأتي.

. . . .

المبارك عن أبي بكر بن أبي مريم عن حكيم بن عمير به، وزاد: لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى. أثر آخر رواه ابن أبي شيبة أيضاً: حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن حميد بن عقبة بن رومان: أن أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حدّ في أرض العدوّ(١) وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن أرطاة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تقطع الأيدي في السفر»(٢)، انتهى. ولفظ الترمذي «في الغزو» وقال الترمذي: حديث غريب، والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي يرون أن لا يقام الحدّ في الغزو بحضرة العدوّ مخافة أن يلحق من يقام عليه الحدّ بالعدو، فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد. واعلم أن مع الأوزاعي أحمد وإسحاق، فمذهبهم تأخير الحد إلى القفول، وبسر بن أرطاة ويقال ابن أبي أرطاة اختلف في صحبته، قال البيهقي في المعرفة: أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبيّ ﷺ، وكان يحيي بن معين يقول: بسر بن أرطاة رجل سوء، قال البيهقي: وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة اهـ. فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضى ما وقع عام الحرة وكان من أعوانها. والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيمه إذا خرج إلى دار الإسلام خلاف المذهب. فإن قيل: ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتىّ يخرجوا إلى أرض المصالحة أنه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا إذا زنا. قلنا: أظهر الاحتمالين الأول، ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني، وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنه معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال «أقيموا حدود الله في السفر والحضر، على القريب والبعيد، ولا تبالوا في الله لومة لائم»(٣)، والمرسل حجة موجبة. قال: ورويناه بإسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل، وأيضاً معارض إطلاق ﴿فاجلدوا﴾ [النور ٢] ونحوه فيكون زيادة. فإن أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها فإنه الوطء في غير ملك وشبهته، فترتيبه سبحانه إيجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على مالا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصاً أول، وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال: لا نسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الإيجاب، إنما ذلك لو عجز مطلقاً فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقاً بالقدرة، ولكنه يجاب بأنه لا معنى لهذا

لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب، وأنث الضمير في قوله لأنها لم تنعقد بتأويل الفاحشة، قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ أو بتأويل الوطأة. وقوله: (ولو عزا) ظاهر. وقوله: (في معسكره) إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره ودخل

---

(١) انظر هذه الموقوفات في نصب الراية ٣/ ٣٤٣.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٠٨ والترمذي ١٤٥٠ والنسائي ٨/ ٩١ وابن عدي في الضعفاء ٢/ ٦ من طرق كلهم من حديث بسر بن أرطاة مرفوعاً. وعلته بسر نفسه، فإنه مختلف في صحبته.

أسند ابن عدي عن يحيى قوله: بسر هذا رجل سوء. وكذا أسنده ابن عبد البر في الاستيعاب ١/ ١٥٥ في ترجمة بسر وزاد: وقال ابن معين: لا تصح صحبته

قال ابن عبد البر: لأمور عظام ركبها في الإسلام فيما نقله أهل الأخبار، وأهل الحديث، وأيضاً ذبحهُ ابني عبيد الله ابن عباس بن المطلب، وهما صغيران بين يدي أمهما. وأطال ابن عبد البر الكلام في أعماله، ومخالفاته ومما نقله عن الدراقطني قوله: له صحبة، ولم تكن له استقامة بعد النبي ﷺ اهـ باختصار ولذا قال الترمذي عقب حديثه: غريب.

وقال ابن عدي في الضعفاء: مختلف في صحبته.

وانظر نصب الراية ٣/ ٣٤٤ فالحديث ضعيف بسبب بسر هذا.

(٣) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٤ عن مكحول عن عبادة بن الصامت مرسلاً ووصله البيهقي في سننه، وذكره ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٤ وسكت عليه قلت: ولو صحّ وصله لوصله أبو داود والله أعلم.

من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده، بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإقامة. (وإذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة، ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي) يعني إذا زنى بحربية، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً (وقال أبو يوسف رحمه الله: يحدون كلهم) وهو قوله الآخر. لأبي يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً، بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته. ولهما أنه ما دخل

الكلام. وتصحيحه أن يقال: جاز أن يثبت في الحال تعليق الإيجاب بالقدرة: أي إذا قدرت فأقم عليه، فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآكل لأن المعلق بالشرط كذلك، وحينئذ جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله، فإن الآيات إنما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه، ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فأين دليل تعليق الإيجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الإمام عليه، فإذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه. فإن أجيب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه إذا رجع إلى دار الإسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين. وأيضاً قد يقال عليه: لا نسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإقامة، بل إنما يجب إذا ثبت عنده، فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلاً. وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقرّ عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به إيجاب الإقامة والمذهب خلافه، والله أعلم. قال: (ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معكسره لأنه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى المعسكر لا يقيمه. ويفيد أنه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له أن يقيمه للولاية حينئذ، أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لأنه لم تفوض إليهما الإقامة قوله: (وإذا دخل حربي دارنا بأمان) وهو المستأمن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة إذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحدّ دون الحربي في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف أوّلا: لا حدّ على واحد منهما، ثم رجع وقال: عليهما الحد جميعاً. وقال محمد بقوله الأول، فصار فيها ثلاثة أقوال: قول أبي حنيفة تحدّ بها المسلمة والذمية، وقول محمد لا يحدّ واحد منهم، وقول أبي يوسف يحد كلهم. وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لأنه زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يحدان. ذكره في المختلف. وإن زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستأمنة حدّ الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحدان جميعاً. والأصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربيّ حد من الحدود سوى جد القذف، فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر. وعند أبي يوسف يجب الكلّ إلا حدّ الشرب، فحد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقد حله. وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد. واختلفوا في حد الزنا والسرقة، عند أبي يوسف يجب، وعندهما لا يجب. وجه

دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار، ومنه «خير السرايا أربعمائة». وقوله: (وإذا دخل حربيّ دارنا بأمان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة، وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربياً أو ذمياً أو ذكراً أو أنثى. وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية. وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والأنثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحدّ الذمي ولا تحد الحربية، وفي العكس لا يحدان وهو قول أبي يوسف أوّلا، وقال آخراً بشمول الوجوب في الأنواع كلها (له أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره) ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي (ولهذا يحد حدّ القذف ويقتل قصاصاً) فإن قيل: لو كان كذلك لأقيم عليه حد الشرب لأنه من أحكامنا. أجاب

للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به، وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد، لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم، أما حد الزنا فمحض حق الشرع. ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى. فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل. نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون. ولأبي حنيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها، بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان، ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده، وعند محمد

قول أبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصاً ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما، بخلاف حدّ الشرب لأنه معتقد إباحته. ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزماً جميع أحكامنا في المعاملات، بل ما يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد، غير أنه لا بد من اعتباره ملتزماً الإنصاف وكفّ الأذى، إذ قد التزمنا له بأمانه مثل ذلك والقصاص وحدّ القذف من حقوقهم فلزماه، أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه، وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه، بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والإجبار على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن في استخدامه قهراً وإذلالاً للمسلم، وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم. ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل

بقوله: (بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته) فإن قلت: فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتص منه ولا يحد لقذفه. قلت: المعنيّ باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك ديناً، وقتل النفس والقذف حرام في دينهم، فإباحتهم ذلك ليست بدين، وإنما هو هوى وتعصب (ولأبي حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالتزام القرار في الدار، لأن الاتصاف بكونه من دارنا إنما يكون بذلك، والحربيّ ما التزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) وإذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزماً من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعاً في الإنصاف: أي العدل لأجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أي العدل لغيره عليه لأن الغرم بإزاء الغنم. (والقصاص وحدّ القذف من حقوق العباد) فكان داخلاً في الانتصاف (وأما حدّ الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلاً فيه، فلما فرغا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد: (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي؛ فامتناع الحد في حق الأصل) فيما إذا زنى الحربي بذمية (يوجب امتناعه في حق التبع) وإلا لا يكون تبعاً فكان خلفاً (وأما الامتناع في حق التبع) فيما إذا زنى الذمي بحربية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) وإلا لكان مستتبعاً فكان أصلاً، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونهما لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكين البالغة من الصبيّ والمجنون) فإنه لا

قوله: (لأنه يعتقد إباحته) أقول: ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون قوله: (قلت المعنى باعتقاد الإباحة إلخ) أقول: الأولى أن يجاب بأن الكف عنهما داخل فيما التزمه لأنا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب إذ لم يلتزمه كالذمي قوله: (وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول: إن أراد مطلقاً فليس كذلك أو مقيداً فلا يفيد قوله: (لأنه لم يدخل إلا طامعاً إلخ) أقول: دليل على التزامه حقوق العباد قوله: (وحد القذف من حقوق العباد) أقول: أي في حقهم.

رحمة الله تعالى عليه لا تحد. قال: (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها). وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع. لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه، وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله. ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه، وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئاً وزانياً والمرأة موطوءة ومزنياً بها، إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل

والمرأة تبع لكونها محلاً على ما سنذكره، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبع، بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها، وفي تمكين البالغة الصبيّ أو المجنون لا تحدّ، وتمكينها إنما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجباً فلا يكون تمكينها موجباً عليها. ولأبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطباً بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار، بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حدّه لأن إقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلماً فهرب تحدّ هي لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه، بخلاف تمكينها صبياً أو مجنوناً لأنهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا، ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند محمد لا تحد قوله: (وإذا زنى الصبيّ أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها. وقال زفر والشافعي: يجب الحدّ عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وإن زنى صحيح) أي

يجب الحد عليهما لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد، إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ﴿ثم أبلغه مأمنه﴾ وإذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لأن التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ فيجب الحدّ عليها لوجود المقتضى وانتفاء المانع، بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه، والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم قوله: (على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات. وقوله: (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع. قال شمس الأئمة: ومشايخ ديارنا يقولون إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات. وقوله: (بخلاف الصبيّ والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع. ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لأن الصبيّ والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد، والحربي مخاطب ففعله زنا، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحدّ المطاوعة عنده، وعند محمد لا تحد). قال: (وإذا زنى الصبيّ أو المجنون)

قال المصنف: (ولأبي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات) أقول: قال الشارح: المراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم انتهى. وفي النهاية: الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة، قال الله تعالى ﴿ما سلككم في سقر؟ قال لم نك من المصلين﴾ الآية وقال: فيه الحرمات تتناول المناهي نحو قوله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ وقوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ وتتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان وترك الصلوات والصوم انتهى قوله: (وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول: فيه بحث، إذ ليس في قول المصنف لأنه مخاطب بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتأمل.

كالراضية في معنى المرضية، أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو

عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع. لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد؛ ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس إلا بذلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها، فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا أن فعل الزنا إنما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وإنما هي محل ولهذا يسمى هو) واطئاً وزانياً وهي موطوءة ومزنياً بها إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كـ ﴿عيشة راضية﴾ [الحاقة ٢١] و ﴿ماء دافق﴾ [الطارق ٦] أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهيّ عنه آثم به (وفعل الصبيّ ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا إنها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون. فإن قيل: كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل؟ فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلاً للفعل الذي هو زنا، فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الوطء المفضي إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا. فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازاً كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا، ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجباً للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجباً لوجوب الدرء في مثله بذلك، لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهة، وكونه بالغاً عاقلاً لاعتباره موجباً للحد شرعاً فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وإن لم يجب على فاعله حد. والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبياً فلا تحد ومجنوناً فتحد لأن قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل. والذي يغلب على الظن من قوّة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الإيجاب فلا تحدّ به، والله أعلم، ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبياً أو مجنوناً يمنع الحد عنها لا ستفسر رسول الله ﷺ الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي[1]، كما أنه استفسر ماعزاً فقال:

صورة هذه المسئلة ظاهرة، ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالاخر قالا: (العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها، والجامع أن كلاً منهما مؤاخذ بفعله، ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفاً لمحمد فلا حاجة إلى التكرار. واعترض عليه من وجهين: أحدهما أن غير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها، وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك. والثاني أن الصبي أو المجنون إذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين: إما الحد أو المهر. وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما إذا طاوعته المرأة. وأجيب عن الأول أنه لا يلزم

قوله: (واعترض عليه من وجهين أحدهما إلخ) أقول: في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل، فإن ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز قوله: (والثاني أن الصبي إلخ) أقول: لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في التوجيه قوله: (لأن الوطء لا يخلو إلخ) أقول: أي في دار الإسلام.

---

(١) حديث الغامدية، وحديث ماعز تقدما.

مخاطب بالكف عنه ومؤتم على مباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد. قال: **(ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه)** وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أوّلاً يحد، وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية. ثم رجع عنه فقال: لا حدّ عليه لأن سببه الملجيء قائم ظاهراً، والانتشار دليل متردد

أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد، لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك، بخلاف ماعز فإنه استراب أمره على ما تقدم، ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز في سقوط الحدّ بجنونها. وأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما، أما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب. أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لا فائدة فيه؛ لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الأمر وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها، وفي المكرهة عدم الأمر أصلاً فكان الإيجاب مفيداً. وأما إيراد أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع، بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع قوله: **(ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولاً يقول يحدّ وهو قول زفر)** وهو قول أحمد **(لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية)** فاقترن بالإكراه كا ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد، بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد إجماعاً **(ثم رجع أبو حنيفة فقال: لا يحد الرجل المكره أيضاً لأن السبب الملجيء إلى الفعل قائم ظاهراً)** وهو قيام السيف ونحوه، والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعاً لقوة الفحولية، وقد يكون لريح تسفل إلى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل **(فن أكرهه غير السلطان حد عنه أبي حنيفة)** لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختاراً في الزنا، وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحدّ وقال: **(أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الإكراه من غير السلطان)** والانتشار لا يستلزم الطواعية إلى آخر ما ذكرناه آنفاً. قال المشايخ: وهذا اختلاف عصر وزمان، ففي زمن أبي حنيفة

من إحصان الزاني إحصان الزانية لأن الإحصان موقوف على شرائط أخر، ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها. وعن الثاني بأنا لو أوجبنا المهر على الصبيّ فيما إذا طاوعته لخلا الإيجاب عن الفائدة، لأن لوليّ الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لأنها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم، وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية فإن المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة، فبإيجاب المهر كان مفيداً ثمة، إذ ليس لوليّ الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك. قوله: **(ومن أكرهه السلطان الخ)** ظاهر. وقوله: **(وعليه المهر في ذلك)**

قوله: **(لا يلزم من إحصان الزاني)** أقول: الأظهر أن يقول لا يلزم من عدم إحصان الزاني عدم إحصان المزنية، ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطيء عدم تحققه من الموطوءة لأنها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الإحصان كما لا يخفى قوله: **(وعن الثاني بأنا لو أوجبنا المهر إلخ)** أقول: خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لا يخفى قوله: **(فلا يفيد الإيجاب)** أقول: أي إيجاب المهر قوله: **(إذ ليس لولي الصبي إلخ)** أقول: وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون بنت شفة مع أنه مذكور في السؤال أيضاً.

لأنه قد يكون غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان، لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين، ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح، والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا **(ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوّجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوّجتها فلا حدّ عليه وعليه المهر في ذلك)** لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة،

ليس لغير السلطان من القوّة مالا يمكن دفعه بالسلطان، وفي زمنهما ظهرت القوّة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال: والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به قوله: **(ومن أقرّ أربع مرات الخ)** هذا على وجهين، أحدهما أن يقرّ الرجل في أربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان إقراره موجباً للحد وقالت هي بل تزوّجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوّجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتاً فلا حد، وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا، وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعاً، والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردّته إلا أن تبرئه منه. واعلم أن وجوب المهر هو فيما إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقرّ، فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لأن الحد لا ينقض بعد الإقامة. ثانيهما أن يقر أربعاً كذلك أنه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه، أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: يحد المقرّ لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقرّ كما لو كانت غائبة وسماها. ولأبي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق

يعني في كلتا الصورتين: دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها

قال المصنف: **(لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة)** أقول: أي للحاكم، وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة إلى القسمين، إذ المراد منها ما كان شبهة الوطء قوله: **(فإذا تحقق الملزوم)** أقول: يعني سقوط الحد قال المصنف: **(فيوفر على كل واحد منهما حكمه)** أقول: ذكر واحداً وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدي، أو لأن الجنايتين هنا الزنا والقتل. قال العلامة الزيلعي: لا يقال: إنها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلاً فوجب أن لا يعتبر إلا القتل، ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد إذا سرى ومات صار قتلاً، ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب إلا ضمان النفس من الدية أو القصاص. لأنا نقول: ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس، واليد تابعة للنفس كسائر الأعضاء، فإن الأعضاء تهلك بهلاك النفس تبعاً ويدخل ضمانها في ضمان النفس، بخلاف الحد وضمان النفس لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل، فصار كمن شرب خمر ذمي فإنه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا انتهى. وأجاب في النهاية أيضاً بأن الوطء غير موضوع لإزهاق الروح، فلما وجد في المحل الخالي عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده، ولا ينقلب قتلاً إذا اتصل به الموت، بخلاف القطع لأنه سبب للموت لكونه جرحاً والجرح سبب للموت، فإذا اتصل به الموت صار قتلاً من الابتداء لكونه علة العلة كما في الرمي كان قتلاً من وقت الرمي إذا اتصل به زهوق الروح وإن تخللت الوسائط لكونه موضوعاً للقتل، ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعاً للقتل لم يصر قتلاً من الابتداء لعدم صلاحية الإضافة إليه وإن صار سبباً هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى. والتعويل عندي على جواب الزيلعي قوله: **(لئلا يشترط الوجود)** أقول: حين التبيين قوله: **(كما في الحيض إلخ)** أقول: قد سبق في باب اليمين في العتق والطلاق قال المصنف: **(فأورث شبهة)** أقول: أي شبهة كون منافع البضع في ملكه، وأما في محل النزاع ففي الملك أيضاً شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له.

وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع **(ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة)** معناه: قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب

المقرّ لأن الزنا فعل واحد يتم بهما، فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقرّ به فيندرىء عنه ضرورة، بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه، وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار، حتى لو حضرت وأقرت أربعاً حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته، فإذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه، وإذا لم يعلم إنكارها فلا شبهة فيحد. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لأن الحد لما سقط بإنكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فإنكار أصل الفعل أولى. قلنا: خصًّا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد، فإنه روى «أن رجلاً أقرّ بالزنا أربعاً بامرأة فأنكرت، فحدّه رسول الله ﷺ»[1] رواه أبو داود[2]، في شرح الطحاوي، ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحدّ حدّ القذف ولا يحد حد الزنا قوله: **(ومن زنى بجارية فقتلها)** أي بفعل الزنا **(فإنه يحدّ وعليه قيمتها)** وإنما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف، فإنه لو زنى بحرّة فقتلها يحدّ اتفاقاً ويجب عليه الدية. وقوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا يحدّ)** ذكره بلفظ عن ليفيد أنه ليس ظاهر المذهب عنه، فإن محمداً لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير، وعادته إذا كان خلافه ثابتاً ذكره، وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافاً، وإنما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة، وفي قول أبي يوسف لا حدّ عليه، وحيث نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة، ولا قول لمحمد فيها. وقيل الأشبه كون قول محمد مثل قول أبي جنيفة، وبه قال الشافعي وأحمد، لأنه لو قال لا قول له بأن توقف لذكره، وإنما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لأن محمداً كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو، وعلى كونه الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال: ولهما أنه ضمان قتل. وجه قول أبي يوسف أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب لملك الأمة، وإذا ملكها قبل إقامة الحد سقط الحد، كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط، بخلاف الحرّة لأنها لا تملك بالضمان، وعلى هذا قال فيما لو

تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقاً أو مكذباً، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة، وإن كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة، والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياطاً للدرء فيسقط الحد، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردته. قوله: **(ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة)** إنما وضع المسئلة في الجارية وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحدّ مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية، فإنه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما ترد في حق الجارية لا في الحرة، لأن الأمة تصلح أن تكون ملكاً للزاني عند أداء الضمان بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، كما إذا زنى بها فأذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة.

---

(١) حسن. أخرج أبو داود ٤٤٦٦ من حديث سهل ابن سعد.
قال المنذري في مختصره ٤٣٠١: فيه عبد السلام بن حفص المدني وثقه يحيى، وقال أبو حاتم: ليس بمعروف.
واختار ابن حجر في التقريب قول يحيى حيث ذكره فحسب. ويشهد للحديث حديث العسيف وفيه: «واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها. .» الحديث وهو صحيح، فالظاهر أن المقر ههنا بكراً غير متزوج.
(٢) العبارة غير واضحة. فلعل ما اختاره الصاحبان، وتمسكهم بحديث أبي داود هذا. هو في شرح الطحاوي.

لملك الأمة فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه، كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستنداً فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة، وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها، ويسقط الحد لأن الملك

زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعت إليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح أنه لا يحدّ في ذلك كله. وعند أبي حنيفة يحد في الكل. وقال أبو يوسف: بالدفع يثبت الملك مستنداً، وكذا إذا ملكها بالشراء أو النكاح لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا. ولأبي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين، ولا منافاة فيجمع بين الحدّ والضمان، وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لأن هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت، وهو لا يوجب ملكاً لأن محل الملك المال والدم ليس بمال، ثم تنزل فقال ما حاصله: إنه لو فرض أن الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد، والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفائت، ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائماً ليثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق. ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد، بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت، بخلاف حد الزنا فبطل القياس، ومآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذ الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع، لأن الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته، وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع، فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة. وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه، وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع. وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتنزل من التساهل. وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله: **(بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لأن الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة)** أي في ملك المنافع تبعاً فيندرىء عنها الحد، أما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت، ولا يقال: هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك. لأنا نقول: المستند يثبت أولاً ثم يستند، فاستدعى ثبوت المحل حال الأولية وهو منتف. وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لأن بعض القيمة لا بد أن يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد، وإلا وجب ضمانان بإزاء

وقوله: **(وهو على هذا الاختلاف)** أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافاً لأبي يوسف فكان رد المختلف إلى المختلف، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه **(ولهما أن هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لأنه ضمان دم)** والدم بما لا يملك. ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم، وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك. وقوله: **(ولو كان يوجبه)** يعني سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه في العين كما ذكرتم في هيئة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لأن المستند لا يظهر في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة. قيل فليكن الملك ثابتاً بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض درءاً في باب الحدود. وأجيب بأن التبين إنما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بثبوته وإلا فلا كما في الحيض، وليس ما نحن فيه كذلك. قوله: **(وهذا بخلاف ما إذا زنى بها)** جواب لصورة يمكن أن يستشهد بها أبو يوسف كما قدمناه. وتقريره أن الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك إذ هي موجودة فتورث الشبهة، وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل. ولقائل أن يقول: الملك يثبت في الجثة العمياء مستنداً فلا يظهر في المستوفى: أعني المنافع لكونها معدومة، وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله إنه ضمان قتل

هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة. قال: (**وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال**) لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها. وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

مضمون واحد. أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوّله كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه. وفي الفوائد الظهيرية: لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً خلافاً للشافعي. أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد. وفي جامع قاضيخان: لو زنى بحرّة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق قوله: (**وكل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام**) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (**لا يؤخذا به إلا القصاص والمال**) فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به، لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الخزي والنكال، ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه. وفائدة الإيجاب الاستيفاء. فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مقيداً، والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود، وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا أنه شرط. وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الأموال، غير أنه إذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد، أو حق لله استوفاه ذلك النائب. وقيل لا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى ﴿**الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما**﴾ [النور ٢] يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره، والله أعلم. وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة، والله سبحانه أعلم.

فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فإنه صحيح. ويجوز أن يقال بالنظر إلى التنزل أيضاً بأن الملك وإن كان ثابتاً فيه أيضاً لكن فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة، (**ولا كذلك في الجثة**) العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة، لكن ليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا أصلاً (**وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام**) وفسره أبو الليث بالخليفة (**فلا حدّ عليه إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره**) قال ﷺ «أربع إلى الولاة» وعدّ منها إقامة الحدود، وكلامه واضح. وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى. ولقائل أن يقول: لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف كما لو زنى، وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد. والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب مايليق به، وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لإمكان الاستيفاء، وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه، والله أعلم.

قوله: (**وأما حد القذف فالمغلب فيه إلخ**) أقول: وسيجيء في باب حد القذف.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدّم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار، وقدّم كيفية الثبوت بالإقرار لأن وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة إلى ما ثبت بالإقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضى لإعدامه، وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة. وأيضاً لم يثبت قط الزنا عند رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعليّ بالبينة، فإنهم كلهم لم يحدّوا إلا بالإقرار، فقدّم ما يكثر وجوده، وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)** فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب: أي متقادم سببه وهو الزنا مثلاً وهو المشهود به. وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد، والتقادم صفة له في الحقيقة. وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لأنها صفة للنكرة وهي حد. والفاعل بعدهم، ولا شك أنه لا يتعين البعد عذراً بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الأعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة. ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة، وهي قوله: **(وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)** ثم قال: فإن أقرّ هو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا، ولا يخفي ما اشتمل عليه من الزيادات. قال المصنف وغيره. والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي. وفي العبارة تساهل مشهور، فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب. والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب: الأول ردّ الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن. الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد. الرابع ردهما، نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد، واستدل للشافعي والآخرين بإلحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت بكل

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير، وهما الشهادة والإقرار، وأخر الشهادة ها هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة، إذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة. قال: **(وإذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)** وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة إيضاح وهي تعديد ما يوجب الحد صريحاً من السرقة وشرب الخمر والزنا، وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم، وزيادة إثبات الضمان في السرقة، ثم كما لا يحدّ المشهود عليه لا تحد الشهود أيضاً حد القذف في الشهادة بالزنا لأن عددهم متكامل والأهلية

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله: **(قد ذكرنا أن ثبوت الزنا)** أقول: في أوائل كتاب الحدود قوله: **(وأخر الشهادة ههنا)** أقول: أي فيما يتعلق بالرجوع وإلا ففي أول كتاب الحدود بين الشهادة أولاً ثم الإقرار والرجوع عنه. وأيضاً الإقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد، وأيضاً المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة، بخلاف الإقرار.

وفي الجامع الصغير: (وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) والأصل

منهما الحد، فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد. ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة. أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[(١)] أي متهم. وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال «أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم». وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين: الستر احتساباً لقوله عليه الصلاة والسلام «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة»[(٢)] مع ما قدمنا من الحديث في ذلك، أو الشهادة به احتساباً لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد، فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة، لأن كلاً من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي، فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين: إما الفسق، وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني، وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حرّكه حدوث عداوة، بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة، إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة، وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة، وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم. فإن قيل: لو كان اشتراط الدعوى مانعاً من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد. أجاب أوّلاً بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال، فما يرجع إلى الحد لا تشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط، والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا تنفك عن الأمرين، فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به ولا نقطعه لأن الحد يبطل به، ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى، وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة، وإنما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه إياه، فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه، فإذا أخر رددناه في حق الحد لا المال بل ألزمناه المال، بخلاف ما إذا قال زنيت بفلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدرى جوابها يحد، ولا يستأنى بالحد لأن الثابت هناك شبهة ولا تعتبر، وفي السرقة لا تثبت أصلاً إلا بثبوت المال، ولا يثبت المال بالشهادة إلا بالدعوى، وإنما يحبس للتهمة كما تقدم، ولأن الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لأن الثابت احتمال أن يقول هو ملكه، وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرىء، بخلاف

للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفاً وكلامه واضح. ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٠٠ وأحمد ٢/ ٢٠٤ ـ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ والدارقطني ٤/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا زانٍ، ولا زانية، ولا ذي غمرٍ على أخيه» اهـ والغمر: الحقد.
وفي إسناده سليمان بن موسى غير قوي. لكن توبع على عمرو بن شعيب تابعه حجاج بن أرطاة أخرج ابن ماجه ٢٣٦٦ وأحمد ٢/ ٢٠٨ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ لذا قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٨ . ١٩٩ ما ملخصه: حديث عمرو بن شعيب سنده قوي. وورد من حديث عائشة، وفيه يزيد بن زياد الشامي ضعيف. لذا قال الترمذي: لا يصح عندنا إسناده. وقال أبو زرعة في العلل: منكر. وضعفه عبد الحق، وابن حزم، وابن الجوزي. وقال البيهقي: لا يصح في هذا الباب شيء مرفوعاً اهـ وحديث عائشة الذي ذكره ابن حجر. أخرجه الترمذي ٢٢٩٨ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلهم من حديث عائشة، وأعله الترمذي بزيد الشامي، وتقدم أن حديث عمرو بن شعيب إسناده حسن، فهذا يعضده، ويشهد له والله أعلم.
(٢) تقدم في أول الحدود.

فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي رحمه الله، هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو إحدى الحجتين. ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حرّكته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً، وحدّ القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، وإنما

دعواها النكاح مثلاً لو حضرت لأنه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم. وأجاب ثانياً بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه، فأقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها، كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم. ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقاً لله تعالى، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لأن المشقة أمر خفيّ غير منضبط فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط، فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه. فإن قلت: فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع إلا بعد حين فشهدوا فإنه لا تهمة بتأخيرهم، ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال. فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف إليها، وما لم يكن فإلى المدعي على ما قال قاضيخان إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود لأن الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى، فإن صاحب المال كان مخيراً في الابتداء، فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع؛ كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع اهـ. فيجعل هذا الاعتبار فيما إذا كان تأخير الشهود لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة، أما لو أخروا لا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه بإعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الأخير وهو قوله: **(ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه، وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً)** يقتضي أن تردّ في حق المال أيضاً للفسق، ولكن ما ذكر من أنهم إذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد، لكن السارق

احتسبت بكذا أجراً، والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الأجر والجمع الحسب. وقوله: **(بخلاف حد السرقة)** جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حدود العباد، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل، فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى. ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، والدعوى ليست بشرط فيه وإنما هي شرط للمال وهو حق العبد. وقوله: **(ولأن الحكم يدار)** جواب آخر. وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار

قال المصنف: **(والأصل فيه أن الحدود الخالصة، إلى قوله: هو يعتبرها بحقوق العباد والإقرار إلخ)** أقول: أي بشهادتها، فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالإقرار قال المصنف: **(وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً)** أقول: فيه بحث، فإن وجوب أداء الشهادة في الحدود قد انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقاً. وفي الكافي وشرح الزيلعي أيضاً: وإن كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق، ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اهـ. ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين، وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخاً، بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل في جوابه، فإنه يمكن أن يقال بعد اختيار الأداء يصير واجباً كما في النوافل تجب بالشروع قوله: **(جواب عما يقال الدعوى شرط إلخ)** أقول: والأوجه أن يوجه السؤال بأنه لو صح ما ذكرتم لزم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقادمة.

شرطت للمال، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقاً لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد، ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه فبالكتمان يصير فاسقاً آثماً، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود. واختلفوا في حد التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر، فإنه قال بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدّر في ذلك وفوّضه إلى رأي القاضي في كل عصر. وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن ما دونه عاجل. وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح. وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر. أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة. والتقادم في حدّ الشرب كذلك عند محمد، وعندهما يقدّر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله

يضمن السرقة لأن وجوب المال لا يبطل بالتقادم بإطلاقه يقتضي فيما إذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور قوله: (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر، حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحدّ ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الأئمة الثلاثة، لأن التأخير بعذر هربه وقد زال العذر (ولنا أن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى، بخلاف حقوق غيره، وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء. أو هو هو هنا إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به، بخلافه في حقوق غيره فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعاً، وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى، وهذا ردّ المختلف إلى المختلف، فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطاً صحيح لكن الكلام في معنى قيامها، فعندهم ما لم يطرأ ما ينقصها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم، وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور. ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم

الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده. وقوله: (ولأن السرقة) جواب آخر. ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لأنها توجد في ظلم الليالي غالباً (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) فإذا كتمه صار آثماً. وقوله: (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر. وقوله: (لأن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى (واختلفوا في حد التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) نقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى. قال أبو يوسف: جهدنا على أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى، وفوّضه

قوله: (فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى) أقول: وذكر في الفوائد الظهيرية: والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو إقداره على استيفاء ما ادعاه، وفي الحدود لا سبيل إلى كل واحد منهما، أما الإعلام فلأن المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى، قال الله تعالى ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضي، وأنه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ الشهادة، وكذلك الإقدار على الاستيفاء فإن القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء، كذا في نسخ النهاية. وأما في معراج الدراية ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ القضاء اهـ. وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى.

تعالى (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحدّ، وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وإن أقرّ بذلك حدّ) لأنه لا

ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحاً. ولو قلنا إن ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين وإلا فممنوع، ونذكر فيما يلي هذه القولة ما فيه زيادة إن شاء الله تعالى قوله: (واختلفوا في حد التقادم، وأشار محمد في الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان إذا حلف لا يكلمه حيناً، وأبو حنيفة لم يقدره. قال أبو يوسف: جهدنا بأبي حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر، فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً تقادم، وما لا يعد تفريطاً غير تقادم، وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك، فإنما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل) على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح) ومأخذ هذه الرواية مما في المجرد. قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد. وإن قالوا شهر أو أكثر درىء عنه. قال أبو العباس الناطفي: فقدّره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد (وهذا) أعني كون الشهر فصاعداً يمنع قبولها (وإذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر، أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تحقق التهمة) فقد نظر في هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعدمه، وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعي وجود التهمة في كل فرد، إلا أن يقال: إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه الموانع من الشهادة. ويجاب بأن هذا رجوع في المعنى إلى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة، ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر، أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما، وستأتي هذه المسئلة إن شاء الله تعالى قوله: (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فإنه يحدّ) أجمع الأئمة الأربعة عليه، وكذا لو أقرّ بالزنا بغائبة يحدّ الرجل بإجماعهم لحديث ماعز فإنه أقرّ بغائبة على ما تقدم ذكره ورحمه عليه الصلاة والسلام. ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أوّلاً: لا يحدّ حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدّعي ما يسقط الحدّ من نكاح

إلى رأي القاضي في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة) ذكر في المجرد. قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد، وإن قالوا شهر أو أكثر درىء الحد. قال الناطفي: فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلاً فقضاه فيما دون الشهر برّ في يمينه. وقوله: (وهو الأصح) يعني تقدير التقادم بشهر. وقوله: (وهذا) أي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر، أما إذا كان فإنها تقبل لأن المانع بعدهم عن الإمام فلم تتحقق التهمة قال: (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد) وكذا إذا أقر بذلك*(وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع. والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى) لأنها لا تصح على الغائب (وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم) لأنه شبهة الشبهة، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب إقامة الحدود. وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادّعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب، فإذا كانت غائبة كان الثابت غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة

ـ ثم قال الكاكي: ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء، فإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حالة الاستيفاء كما كان شرطاً حالة القضاء إجماعاً ولم يبق بالتقادم الشهادة قال المصنف: (وهي شرط في السرقة) أقول: للقطع لا للشهادة حتى ينافي ما مر آنفاً.

يخفي عليه أمته أو امرأته (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته دريء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا: يحدّ الرجل خاصة) لا تفاقهما على الموجب وتفرّد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما. وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها. وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه

مثلاً ونحوه، ثم رجع إلى قول الكل، وسيظهر وجه بطلان القول الأول (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع، والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة) للعمل بالبينة لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه، والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطاً لثبوت الزنا عند القاضي، وطولب بالفرق بين القصاص إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فإن الثابت في كل منهما شبهة الشبهة. أجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة، وإنما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة، بخلاف الغائبة فإن نفس دعواها النكاح مثلاً شبهة، فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة، واعتبارها باطل وإلا أدّى إلى نفي كل حد فإن ثبوته بالبينة أو الإقرار، والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه، وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا، فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد. وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لأنه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة قوله: (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحدّ أيضاً لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد، وهذا اللفظ منه ليس إقراراً موجباً للحد فلا يحد، وأما ما قيل ولو كان إقراراً فبمرة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال أربعاً حد وليس كذلك (وإن أقرّ) أنه زنى بامرأة لا يعرفها حدّ لأنه لا تشتبه عليه امرأته. فإن قيل: قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه قلنا: الإنسان كما لا يقرّ على نفسه كاذبا لا يقرّ على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم تزفّ، وصار معنى قوله لم أعرفها: أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجباً للحد قوله: (وإن شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته؛ فعند أبي حنيفة يندريء الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة وقالا: (يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه، كذا في بعض النسخ وهو الأحسن وفي غالبها لاتفاقهما، أي الفريقين، وعليه قوله: (وتفرّد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرّد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الإكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا، فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنا بصغيرة مشتهاة أو مجنونة. ولأبي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره، فقال اختلف المشهود عليه، فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا

الشبهة، وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائباً فإنه لا يستوفي حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو، لأنه لو حضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته، فإذا كان غائباً تثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزني، والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة، فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد بشهادتهم (وإن أقرّ بذلك) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لأنه لا يخفى عليه امرأته أو أمته، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته دريء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر، وقالا: يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أي لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانبها) فإن الموجب لم يتحقق (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت

لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك **(وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة دريء الحدّ عنهما جميعاً)** لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر لشبهة الاتحاد نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة **(وإن اختلفوا في بيت واحد**

كانت طائعة، لأن الفعل: أي الزنا يكون مشتركاً بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهوداً عليهما فيجب الحدّان، وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكرهة فإن الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حدّ واحد فكان المشهود عليه واحداً، لأن الإكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكماً، ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة، فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اهـ. ولا يخفى أن المؤثر في إسقاطه عن الرجل ليس إلا اختلاف الفعل المشهود به فإنه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم، لأن حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحدّه عندهما، ولا فائدة لأبي حنيفة في إيراد هذا الكلام، بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به، فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له، ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد، وكونه على تقدير آخر مشهوداً عليها معه، والفرض أن ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت، فإنما هو أمر مفروض فرضاً لا فائدة فيه أصلاً، ولذا حمل شارح لفظة عليه على به، وعليه اقتصر في الكافي فقال: وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما: أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء، وهذا لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة. وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه، أي وجوده بهما قوله: **(ولأن شاهدي الطواعية)** لما اندرأ الحد عنها **(صارا قاذفين لها)** بالزنا **(فصارا خصمين لها)** ولا شهادة للخصم، وكان مقتضاه أن يحدّا حدّ القذف، لكن سقط بشهادة الآخرين بزناه مكرهة، فإن الزنا مكرهاً يسقط الإحصان في حد القذف، والإحصان يثبت بشهادة اثنين، فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد، وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف يحتاج إليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الأئمة حيث قال: لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا بلفظة الشهادة، وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفاً كما في المسئلة التي تلي هذه، وأما عندهما فلأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الأكراه أسقطاه إلى آخر ما ذكرنا قوله: **(وإن شهد اثنان الخ)** أي شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة **(دريء الحد عنهما جميعاً لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان)** لأن الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة **(ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة)** وهو شهادة أربعة **(ولا يحد الشهود)** للقذف، وفيه خلاف زفر، فعنده يحدون

لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة **(ولأبي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما)** وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين، وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين، لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر، فكان كل واحد منهما فعلاً خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة. وقوله: **(ولأن شاهدي الطواعية)** دليل آخر. وتقريره لأن شاهدي الطواعية **(صارا قاذفين)** لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي إقامه حد القذف على شاهدي الطواعية **(ولكن سقط الحدّ عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها)** لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الإكراه. وقوله: **(وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة)** ظاهر. وقوله: **(خلافاً لزفر)** يعني أن يقول يحدون لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفاً، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فإنهم يحدون حدّ القذف. ولنا ما ذكره

حد الرجل والمرأة) معناه: أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

للقذف وهو قول الشافعي لأن العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة، كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فإنهم يحدون. قلنا: كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرىء الحد عنهم. والحاصل أن في الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود. قال قاضيخان: وكلامنا أظهر لقوله تعالى ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم**﴾ [النور ٤] وقد وجد الإتيان بأربعة قوله: **(وإن اختلفوا في بيت واحد حدّ الرجل والمرأة، ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا)** أعني حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف **(استحسان. والقياس أن لا يحدوا)** لاختلاف المكان حقيقة، وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتي قبلها من البلدين والدارين، والقياس قول الزفر والشافعي ومالك. وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير إذ الكلام فيه بخلاف الكبير، وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لأن البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب فيقول إنه في الزاوية التي تليه، بخلاف الكبير فإنه لا يحتمل هذا فكان كالدارين، فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد، بأن كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار إلى أخرى بتحركهما عند الفعل. وأما ما قيل فإنهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لأن ذلك أيضاً قائم في البلدتين. نعم إنما هم مكلفون بأن يقولوا مثلاً في دار الإسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه. فإن قيل: هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط في الإقامة والواجب درؤه. أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل، فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت، وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وإن لم ينص عليه في شهادته. فإن قيل: الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه. أجيب بأن التوفيق

بقوله: **(لشبهة الاتحاد)** يريد شبهة اتحاد المشهود به. وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لأنهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظراً إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد. قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه؛ فبالنظر إلى الأول لم تحد الشهود، وبالنظر إلى الثاني لم يحدّ المشهود عليه. وقوله: **(وإن اختلفوا في بيت واحد حدّ الرجل والمرأة)** ظاهر. ولا يقال: إن ذلك احتيال لوجوب الحدّ والحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها، لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد. فإن قيل: فإن كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الإكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع. أجيب بأن كل ما ذكر في مسئلة الإكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون إكراهاً من أوّله إلى آخره، وبين أن يكون أوّله إكراهاً وآخره طوعاً لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوّله إلى آخره إكراهاً أو أوّله إكراهاً وآخره طوعاً،

قوله: **(في زعمهم نظراً إلخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(قيل والحاصل)** أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: **(إنها شهادة من وجه دون وجه)** أقول: أي أنها شهادة صورة وإن لم تكن شهادة حقيقة قوله: **(ولا يقال بأن ذلك احتيال إلخ)** أقول: سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه قوله: **(أجيب بأن كل ما ذكر إلخ)** أقول: ويجوز أن يفرق أيضاً بأن الطواعية داخلة في صلب الشهادة ولهذا يسألهم الإمام عن الكيفية كما صرحوا به، بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بإمكان التوفيق فيما ليس داخلاً فيها صوناً للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الإمكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظراً للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل.

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درىء الحد عنهم جميعاً) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق **(وإن شهد**

مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت. ومن الأول ما إذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك. وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما إذا شهدوا، فاختلفوا في الإكراه والطواعية، فإن هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرهاً وانتهاؤه طواعية. قال في الكافي: يمكن أن يجاب عنه بأن ابتداء الفعل كرهاً إذا كان عن إكراه لا يوجب الحد، فبالنظر إلى الابتداء لا يجب وبالنظر إلى الانتهاء يجب، فلا يجب بالشك، وهنا بالنظر إلى الزاويتين يجب فافترقا قوله: **(ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة)** بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة، وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لأنه اسم قبيلة باليمن **(وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حدّ على أحد منهم، أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين)** إذ الإنسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك، وأما في الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك، فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لأنه يصح كون الأمرين فيهما في ذلك الوقت، لأن طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتداداً عرفياً لا أنه يخص أن ظهورها من الأفق، ويحتمل تكرار الفعل.

ودير هند: دير بظاهر الكوفة، وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به، وخطبها المغيرة بن شعبة أيام إمارته على الكوفة فقالت: والصليب ما فيّ رغبة لجمال ولا كثرة مال إنما أراد أن يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر، وإلا فأي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء؟ فصدقها المغيرة وقال في ذلك:

أدركت ما منيت نفسي خالياً ... لله درّك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة دهية[1] ... إن الملوك ذكية الأذهان
إني لحلفك بالصليب مصدّق ... والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوماً عن حالها فقالت:

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا ... إذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فأفّ لدنيا لا يدوم نعيمها ... تقلب تارات بنا وتصرّف

ذكر هذا ابن الشجرى في أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضي التي أوّلها:

ما زلت أطرق المنازل بالِلوى ... حتى نزلت منازل النعمان

فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا. قال: **(وإذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عن طلوع الشمس وأربعة زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درىء الحد عنهم جميعاً)** النخيلة تصغير نخلة التي هي واحدة النخل: موضع قريب من الكوفة، والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لأنه اسم حيّ من اليمين، ودير هند لا يساعد عليه لأنه أيضاً موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح. وقوله: **(فلاحتمال صدق كل فريق)** يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف. وقوله: **(درىء الحد عنهما وعنهم)** توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة، وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصاً في إسقاط الحد فيسقط عنهما، وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة، وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في إثبات الحدود. وقوله: **(فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان)** ظاهر. وقوله: **(لأن الزنا**

---

(١) (دهية) بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء: أي المكر، ووقع في النسخ «ذهنه» بمعجمة ونون وهو تحريف فليذر كتبه مصححه.

أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درىء الحدّ عنهما وعنهم) لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة، ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها فقلنا إنها بكر، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون)** ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة، والعبد

عند قوله:

ولـقـد رأيـت بـديـر هـنـد مـنـزلاً ألـمـا مـن الـضـراء والـحـدثـان
أغـضـى كـمـسـتـمـع الـهـوان تـغـيـبـت أنـصـاره وخـلا عـن الأعـوان
بـالـي الـمـعـالـم أطـرقـت شـرفـاتـه إطـراق مـنـجـذب الـقـريـنـة عـان
وذكـرت مـسـحـبـهـا الـريـاط بـجـوّه مـن قـبـل بـيـع زمـانـهـا بـزمـان
ويـمـا تـردّ عـلـى الـمـغـيـرة دهـيـه نـزع الـنـوار بـطـيـئـة الإذعـان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة، يقال نارت المرأة تنور نوراً إذا نفرت عن القبيح قوله: **(وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر)** بأن نظر النساء إليها فقلن هي بكر **(درىء الحد عنهما)** أي عند المشهود عليهما بالزنا **(وعنهم)** أي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولي الشافعي وأحمد، وعند مالك تحد المرأة والرجل، أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود إذ لا بكارة مع الزنا، وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد. والوجه أن يقال إن لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها، وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في إزالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد، وإن عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لأنها لا تقوي قوّة شهادتهم. قلنا: سواء انتهضت معارضة أو لا لا بد أن تورث شبهة بها يندرىء، ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة، وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع الحدّ بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه. والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في إزالتها بالزنا أو لكذبهن قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه)** الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع: أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل. وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلاً للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار. وأهل للتحمل لا الأداء كالمحدودين في قذف والعميان. فالأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها، والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أو لا فلا، والثالث لا شهادة له أصلاً حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للأداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما، والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح العميان والقذفة

يثبت بالأداء) أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة، ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملاً ولا ناقصاً، فانقلبت شهادتهم قذفاً لأنهم نسبوهما إلى الزنا ولم تكن نسبتهما إلى الزنا شهادة فكانت قذفاً ضرورة. وقوله: **(لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل)** يعني بالنص، قال الله تعالى **﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾** فالأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء، لأنه لو لم يكن أهلاً لما أمر بالتثبت؛ ألا ترى أن العبد إذا شهد يؤمر بالردّ لا بالتثبيت. وذكر الإمام قاضيخان أن الشهود ثلاثة: شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل، وشاهد له أهلية التحمل والأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو

قال المصنف: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان)** أقول: العميان والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم، والعبد ليس من أهل التحمل والأداء، والفاسق من أهل التحمل والأداء قال المصنف: **(لأن الزنا يثبت بالأداء)** أقول: أي عند القاضي كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود: الزنا يثبت بالبينة والإقرار حيث قال: والمراد ثبوته عند الإمام فراجعه.

ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء **(وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا)** لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا، ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان، وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا)** لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها **(وإن شهد**

ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل. إذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء: أي العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود، وهذا لأن العميان والمحدودين ليسوا أهلاً للأداء، والعبد ليس أهلاً للتحمل أيضاً فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون، بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وإن لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور، حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ، غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت، ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة، وكذا قال أحمد في رواية عنه قوله: **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة)** بأن كانوا ثلاثة فأقل **(حدوا)** حد القذف: يعني إذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لأنه حقه فتوقف على طلبه، وهذه إجماعية لقوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** [النور ٤] وحين شهد على المغيرة رضي الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً[1]، والأربعة إخوة لأم واسم أمهم سمية. وأما وجهه من جهة المعنى فلأن اللفظ لا شك في أنه قذف، وإنما يخرج عن حكم القذف إذا اعتبر شهادة، ولا يعتبر شهادة إلا إذا كانوا نصاباً قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ)** حاصلها أنه إذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله إياه ثم ظهر بعض الشهود عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى أو كافراً فإنهم يحدون بالاتفاق، لأن الشهود حينئذ أقل من أربعة، ومتى كانوا أقل حدّوا حد القذف. ثم قال أبو يوسف ومحمد: أرش الجراحة ودية النفس فيما إذا مات في بيت المال. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا شيء عليهم ولا على بيت المال، ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقاً. قال المصنف **(وعلى هذا إذا رجع الشهود)** يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات **(لا يضمنون عنده. وعندهما يضمنون)** أرش الجراحة إن لم يمت والدية إن مات. وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظ، وعلى هذا هنا لأن مثله يقال إذا كان الخلاف في المشار إليها كالخلاف المشبه به، وليس هنا كذلك فإن ذلك الخلاف

الفاسق، وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة، إذ لا حسبة عند نقصان العدد)** فإن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر، ولا حسبة أداء الشهادة أيضاً لنقصان عددهم، فإن الله تعالى قال: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** وإذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة. وقوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا)** ظاهر. وقوله: **(وعندهما يضمنون)** أي أرش الجراحة إذا لم يمت والدية إن مات. قوله: **(فصار كالرجم والقصاص)** يعني إذا شهدوا الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية. ووجه أبي حنيفة ظاهر. وقوله: **(في الصحيح)** يعني في الصحيح من الرواية، وذكر في مبسوط فخر الإسلام: ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعدياً فيجب عليه الضمان. وذكر في كتاب الإيضاح في هذه المسئلة لأبي حنيفة وجهاً حسناً، وهو أن الإضافة

---

(١) هذا الأثر تقدم تخريجه مستوفياً.

أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف فإنهم يحدون) لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب، وإن رجم فديته على بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: أرش الضرب أيضاً على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله: معناه إذا كان جرحه، وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب، وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون. لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع، وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص. ولأبي حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك، فلا يقع

هو أن الأرش والدية في بيت المال عندهما، وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود، وعنده ليس عليهم شيء. وقال الشافعي ومالك وأحمد: الأرش والدية على الحاكم قوله: (لهما أن الواجب مطلق الضرب، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الخارج وغيره فيضاف) الجرح والموت (إلى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم، كمن ضرب شخصاً بسوط فجرحه أو مات، وكشهود القصاص والقطع إذا رجعوا، هذا إذا رجعوا. وأما إذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبداً أو محدوداً الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي لأنه الآمر له، وفعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة الأمر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه، وفيه يكون الضمان في بيت المال لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم، وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص إذا قضى به، فإن الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيداً الخ في بيت المال اتفاقاً قوله: (ولأبي حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو صرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب، وقولهما في إثباته أن الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضاً (ولا يقع جارحاً إلا الخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد إلى الشهود ولا القاضي، بخلاف الرجم فإنه مضاف إلى قضاء القاضي لأنه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالهم لأن الغرم بالغنم، أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لأنه لم يتعمده، فلو ضمناه لامتنع الناس من الإقامة مخافة الغرامة، وإذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلاً وهو المطلوب. وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الإسلام في مبسوطه: لو قال قائل يجب الضمان على الجلّاد فله وجه لأن ليس مأموراً بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد فعله على هذا الوجه. رجع متعدياً فيجب عليه الضمان، وهذا أوجه من جعله احترازاً عن جواب القياس، وإنما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع قوله: (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها في موضعين: في تحميل الأصول، وفي نقل الفروع، وهو قول مالك

إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإيجاد، والأثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافاً إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان. وقوله: (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه، فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان. قوله: (إذ هم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصل، فكان الردّ لشهادة الفروع ردّ لشهادة الأصول، وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول، وفي الموضع الذي تردّ يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة. وقوله: (ولا تحد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل)

قال المصنف: (فصار كالرجم والقصاص) أقول: وقد سبق آنفاً وسيجيء في اخر باب التعزيز كلام يتعلق بهذا المقام.

جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كي لا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها (فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر

وأحمد. والأصح من مذهب الشافعي أنه يحدّ بها إذا تكاملت شروطها، ونحن بينا زيادة الشبهة وهي إن لم تمنع في الشرع لأن الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا، ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فإنها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا في الحدود، وسببه أنه يحتاط في درئها فكان الاحتياط ردّ ما كان كذلك من الشهادة كما ردّت شهادة النساء فيها، ولأنها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في إثباته لا فيما يحتاط في إبطاله (فإن جاء الأولون) يعني الأصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضاً (لأن شهادة هؤلاء الأصول قد ردّها الشرع من وجه بردّه شهادة الفروع في عين الحادثة) التي شهد بها الأصول (إذ هم قائمون مقامهم) فصار شبهة في درء الحدّ عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الأصول ولا الفروع (لأن عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفاً، غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه فلا يوجب حدّ القذف على الشهود قوله: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة: إما قبل القضاء، أو بعده قبل الإمضاء، أو بعده. ذكرها المصنف كلها، فذكر أوّلاً ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الرجم مثلاً، وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية. أما غرامة ربع الدية فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لإتلافه بها ربع النفس حكماً فيضمن بدل الربع. وقال الشافعي: يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون. قال المصنف (وسنبينه في الديات) قيل وقعت الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة أنه يحده وقال زفر: لا يحد لأنه إن كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لا يورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة. وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقون إجماعاً قوله: (ولنا الخ) حاصلة اختيار الشق الثاني وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه، أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفاً للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفاً من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفاً للحال، كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه

والأهلية موجودة (وامتناع الحدّ على المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية للدرء لا لإيجابه) لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له. قال: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح. وقوله: (لأنه إن كان قاذف حيّ فقد بطل بالموت) يعني لأن حدّ القذف لا يورث (وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي) وذلك إن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إيراث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة

قال المصنف: (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) أقول: قال الإتقاني استثناء من قوله فيقتصر عليه، وهذا جواب سؤال بأن يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس، فأجاب عنه وقال: لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كي لا يمتنع الناس اهـ. وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية قال المصنف: (لما فيها من زيادة الشبهة) أقول: يعني أن في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود، وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضاً ففيها زيادة الشبهة ولا تتحمل قال المصنف: (ولا ضرورة إلى تحملها) أقول: يعني أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة، ولا حاجة إليها هنا لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها.

والتحميل، ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة. وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حدّ الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق. وقال الشافعي: يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص، وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى، وأما الحدّ فمذهب علمائنا الثلاثة. وقال زفر لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حيّ فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفاً للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه (فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه)

يتبين أنه وقع حين التكلم به، وكذا إذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع، بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبداً بعد الحد فإنهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفة لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصاً فيحدون، وإنما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبداً لأنه قذف حياً فمات، وأما أن كونه مرجوماً ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه، فلأنه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه اعترافه، فإذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لأن زعمه معتبر في حقه، بخلاف غيره لأنه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحدّ غيره لو قذفه لأن القضاء لما كان قائماً في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه. ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال: (فإن لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أي بعد القضاء قبل الإمضاء (حدوا جميعاً. وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفاً. فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الإمضاء) أي استيفاء الحد (من

تنقلب قذفاً بالرجوع) عنها لأنها تنفسخ به، وإذا انفسخت كانت قذفاً لانتفاء الحسبتين جميعاً (فجعل للحال قذفاً للميت) وإذا انقلبت قذفاً فقد انفسخت حجيتها، وإذا انفسخت حجيتها انفسخ ما يبنى عليها وهو القضاء، وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوماً بحكم القاضي فلا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حدّ قاذفه، لكن قيد قوله في حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر، بخلاف ما إذا قذف غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه، لأن قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرّر، فكان قذفه واقعاً في حق غير المحصن فلا يجب حدّ القذف. ولقائل أن يقول: القضاء لو كان قائماً في زعمهم وجب الحدّ لا محالة، فإذا كان قائماً في زعم دون زعم كان قائماً من وجه دون وجه، ومثله يورث الشبهة الدارئة للحدّ. واعترض أيضاً بأن أحد الشهود لو ظهر عبداً بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالإجماع، ولو ظهر أحدهم عبداً بعد الجلد حدّ وما ذلك إلا لأن القذف إن ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر. ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف. وأجيب بأن أحدهم إذا ظهر عبداً علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفاً في ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لأن العبد لا شهادة له، فإن كان الحد جلداً فقد قذف حياً فيحد، وإن كان رجماً قذف حياً ثم مات فلا يحد، بخلاف ما نحن فيه فإنها كانت شهادة في ذلك الوقت، وبالرجوع انقلبت قذفاً بعد الموت فكان قاذفاً للميت فيحد. وقوله: (فإن لم يحد المشهود عليه) ظاهر. وقوله: (ولنا أن كلامهم قذف في الأصل) يعني لكونه صريحاً فيه لكن سلب عنه ذلك إذا صار شهادة (وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً) وهذا يناقض ما تقدم لأنه قال هناك: إن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع وههنا قال: إنها قذف، وإنما تصير شهادة باتصال القضاء بها. ويمكن أن يجاب عنه بأنه لا منافاة بينهما لأنه قذف في الأصل، وإنما

قال المصنف: (وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة) أقول: عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فمذهب جميع علمائنا لأنه بقي من يبقى إلخ، وأما الحد فمذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

وقال محمد: حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع، كما إذا رجع بعد الإمضاء. ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه. ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعاً. وقال زفر: يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدّق على غيره. ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً فيحدون **(فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه)** لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة **(فإن رجع آخر حدّاً وغرماً ربع الدية)** أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة)** معناه إذا

القضاء) وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء، وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره، ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال: **(ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً)** وهو قول الأئمة الثلاثة وقال زفر: **(يحد الراجع خاصة)** لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفاً **(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به)** ولم يتصل به لأن رجوعهم منع من ذلك فبقى قذفاً فيحدون. والأولى أن يقال كلامهم قذف في الأصل، وإنما يصير شهادة ما دام بصفة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفاً، وهذا لأن كونه لا يخرج عن القذف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع. إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الأداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولا، فكذا إذا رجع أحدهم يحدّ ثلاثتهم بقولهم زنى قوله: **(فإن كانوا خمسة)** عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة **(فرجع أحدهم)** أي بعد الرجم **(لا شيء عليه)** أي لا حدّ ولا غرامة **(لأنه بقي)** بعد رجوعه **(من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة)** وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول للشافعي رحمه الله غير الأصح عندهم **(وإن رجع آخر)** مع الأول **(حد كل منهما وغرما ربع الدية)** وللشافعي تفصيل، وهو أنهما إن قالا أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية. وفيه وجهان: في وجه خمساها، وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان **(أما الحد فلما ذكرنا)** يعني من أن الشهادة تنقلب قذفاً للحال فعليهما الحدّ يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفاً لعدم تمام الحجة بعد رجوع الثاني، لا أن رجوع الثاني هو الموجب للحدّ **(وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر)** في قدر لزوم الغرامة **(بقاء من بقي)** لا رجوع من رجع على ما عرف قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا)** أي بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول، أما لو اقتصروا على

يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود إلى ما كان بالرجوع، وعلى هذا لا يرد قول من يقول: إن فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع، وقد قال تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ لأن الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة، فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره. وقوله: **(وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم)** يعني بعد الرجم لأن وضع المسئلة في ذلك. وقوله: **(فلما ذكرنا)** إشارة إلى ما قال من قبل. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً الخ، ومعناه يحدان جميعاً، لأنه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة، وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان. فإن قيل: الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حدّ ولا ضمان، فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزماً إياه بالحدّ. أجيب بأن الحد لم يجب لا لانعدام السبب لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة، فإذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الأول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع، ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معاً لم يحد واحد منهم لأن في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة، وهذا بعيد. قال: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا)** التزكية من زكى نفسه إذا

قوله: **(قال وقيل هذا إلخ)** أقول: فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض.

رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم. لهما أنهم أثنوا على الشهود خيراً فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بإحصانه. وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط. ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا، وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلاً، ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة، ولا يحدون حد القذف لأنهم

قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق إذا ظهروا عبيداً، فإذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافراً أو عبداً فإما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقاً، ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين، وإنما طرأ كفرهم بعد، وإن قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم، ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله: الدية على المزكين، وقال أبو يوسف ومحمد: على بيت المال، وهو قول الأئمة الثلاثة. إذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله إذا رجعوا عن التزكية لأنه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر، وكذا التسبب لأن سبب الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وإنما (أثنوا على الشهود خيراً فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان) فكما لا يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه به إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولأبي حنيفة أن الشهادة) بالزنا (إنما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة) للإتلاف لأنها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ما عرف، بخلاف الإحصان فإنه ليس موجباً للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة، والسبب وضع الكفران في موضع الشكر، ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم أحرار، وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقاً،

مدحها، وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء، وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوساً أو عبيداً فالدية على المزكين عند أبي حنيفة، معناه إذا رجعوا عن التزكية، وقال أبو يوسف ومحمد: هو) أي الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملاً أن يكون الرجوع بأن يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وأن يكون بأن يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع. قال: (وقيل هذا إذا قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق، قالا: المزكون ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه هو الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً فكان كما أثنوا على المشهود عليه خيراً فكانوا في المعنى كشهود الإحصان، إذ إن أولئك أثبتوا خصالاً حميدة في الزاني وهؤلاء أثبتوا خصالاً حميدة في الشاهد، فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء. وقوله: (وله أن الشهادة) ظاهر. وقوله: (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة. وقوله: (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء، فما وجه قوله لأنه لم يقع كلامهم شهادة؟ والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة. فإن قيل: فلم لا تحد الشهود؟ قلت: لأنهم قذفوا حياً ثم مات فلا يورث عنه، وإليه الإشارة في الكتاب. لا يقال: لم لم يجعل قذفاً للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة. لأنا نقول: علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد. فإن قيل: لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع؟

قوله: (لما تقدم أن كلام كل منهم) أقول: في رأس الصحيفة.

قذفوا حياً وقد مات فلا يورث عنه **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية)** وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق. وجه الإستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل فأورث شبهة، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم، وتجب الدية في ماله لأنه عمد، والعواقل لا تعقل العمد، ويجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل **(وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال)** لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه، ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا، بخلاف ما إذا

ثم لا يشترط العدد في المزكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق الأربعة في الزنا، ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حياً فمات ولا يورث استحقاق حد القذف. واعلم أنه وقع في المنظومة قوله:

على المزكين ضمان من رجم ... إن ظهر الشاهد عبداً وعلم

وأوجبا ضمان هذا المتلف ... من بيت مال المسلمين فاعرف

وفي المزكين إذا هم رجعوا ... كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقاً عن قيد الرجوع: وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون. قال في المصفى شرح المنظومة: وهنا إشكال هائل، فإنا إن أوّلنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان، ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقاً كما ذكر هنا، وفي الشرح خلافه ثم قال: ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار، لأن المسئلة فيما إذا ظهر الشهود عبيداً ورجع المزكون أيضاً. والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اهـ. وعلى هذا فالخلاف في موضعين: ما إذا ظهروا عبيداً ورجعوا، وما إذا رجعوا فقط؛ وأما تعزيرهم فباتفاق. وقول صاحب المجمع: ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبداً فالضمان على المزكين إن تعمدوا. وقالا: في بيت المال. ولو رجع المزكون عزر، وإلا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم، بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزيز، فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه. وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر، وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال، وبه يزول الإشكال عنه، غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجباً للضمان على الخلاف، ولا يذكر في الأصول كالجامع والأصل قوله: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ)** استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال: إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته. وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم، وإن قضى برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ لا شيء عليه، وإن قتله عمداً بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفساً محقون الدم عمداً، لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به، إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولاً إليه فبقى مقصوراً عليه.

فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفاً، وكلامهم لم يقع شهادة. وقوله: **(وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل)** يعني أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لإيراث الشبهة، لأنه لو كان حقيقة كان مبيحاً للدم؛ فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحدّ، ولهذا لا يجب القصاص على الوليّ إذا جاء المشهود بقتله حياً. وقوله: **(وإن رجم)** على بناء الفاعل: أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وإنما رجمه **(ثم وجدوا)** أي الشهود **(عبيداً فالدية على بيت المال)**

ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم)** لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم)** معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه، ولهذا لو

وفي الاستحسان: تجب الدية بأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر، وحين قتله كان القضاء صحيحاً فأورث شبهة الإباحة، وهذا لأنه لو نفذ ظاهراً وباطناً تثبت حقيقة الإباحة، فإذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الإباحة، بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة: يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل إنساناً على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لأنه عمد، والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين، لأنه وجب بنفس القتل، وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلاً كالدية، بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك. قوله: **(وإن رجم)** ضبطه الأساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه، ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الأئمة حيث قال فيه: وإن كان هذا الرجل قتله رجماً ثم وجدوا عبيداً تجب الدية في بيت المال **(لما ذكرنا)** يعني في مسئلة الجلاد إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **(وكذا هذا)** أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي **(بخلاف ما إذا ضرب عنقه)** ثم ظهروا عبيداً تجب الدية في ماله كما ذكرنا **(لأنه لم يأتمر أمره)** فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرنا آنفاً، ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف قوله: **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر)** أي إلى فرجيهما **(قبلت شهادتهم)** وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة، والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقاً كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب. وعدّ في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب، والمرأة في حق المرأة أولى، وإن لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة، بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل إجماعاً. ونسب إلى بعض العلماء أنه لاتقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقاً لا قصداً، وقلنا: إن النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم)** قال المصنف **(معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط)** أي شرائط الإحصان **(لأن الحكم)** شرعاً **(بثبوت النسب منه حكم بالدخول)** أي يستلزم ذلك **(ولذا لو طلقها)** طلقة **(يعقب الرجعة)** ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة، والفرض أنهما مقران بالولد، ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان، فإذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى، وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الإحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحاً صحيحاً، فما عن الأئمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف، لأن بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة الغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لا يستمر ظاهراً مولداً على وجه الديمة والاستقرار كما يفيده قوله وله

لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله) أي فعل الراجم **(إلى الإمام، ولو باشره)** الإمام **(بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا)** أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **(كذا هذا، بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره)** لأنه أمره بالرجم دون حزّ الرقبة فلم ينتقل فعله إليه. قوله: **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم)** لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وفي الجامع الصغير لشمس الأئمة: قال بعض العلماء: لا تقبل شهادتهم لإقرارهم بالفسق على أنفسهم، فإن النظر إلى عورة الغير قصداً فسق، وإنما تقبل شهادتهم إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقاً لا قصداً، ولكنا نقول: النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعاً، فإن الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة، وبالشهود حاجة إلى ذلك لأنهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن

طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله (**فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم**) خلافاً لزفر والشافعي؛ فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال، وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا. ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال

امرأة قوله: (**فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ**) المقصود من هذه أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، إلا أن المبني مختلف، فعندهم شهادتين في غير الأموال لا تقبل، وعند زفر إن قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة، والشأن إثبات أنه في معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده، بخلاف الشرط المحض (**فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم**) وهو محصن (**أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل**) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (**لما ذكرنا**) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذ كان المقصود تكميل العقوبة، ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذ كان علامة محضة (**ولنا**) في نفي أنه في معنى العلة (**أن الإحصان**) ليس إلا (**عبارة عن خصال حميدة**) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه، فلا يتصوّر كونها سبباً للعقوبة ولا سبباً لسببه فإن سببها المعصية، والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه، فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه مختلف الحكم ففي حال الإحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد، فكان الإحصان السابق على الزنا معرّفاً لخصوص الحكم، الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة، والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظهر أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة، وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم، فلما لم يكن سبباً للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء، كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت إحصانه، ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا إذا شهدتا بعد ظهور الزنا به، فكما يثبت قبله لعدم كونه سبباً كذا بعده، وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد، ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق، كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالإحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (**بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادة الذميين**) على الذمي بشهادتهما عليه بالاتفاق (**وإنما لا يعتق بسبق التاريخ لأنه ينكره**) العبد (**المسلم أو يتضرر به**) فلا تنفذ شهادتهما

يشهدوا. وقوله: (**وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا**) ظاهر. وقوله: (**والإحصان يثبت بمثله**) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة؛ ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا. فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الإحصان بالحكم بثبوت النسب. وقوله: (**خلافاً لزفر والشافعي، فالشافعي مرّ على أصله**، وزفر جعل الإحصان شرطاً **في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة**) ويترتب على ذلك أمران: أحدهما ما ذكره في الكتاب بأن شهادة النساء لا تقبل فيه. والثاني أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي، لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق. وقوله: (**فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي الخ**) يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمي أعتقه قبل الزنا يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله. وقوله: (**لما ذكرنا**) يعني أن الإحصان شرط في معنى العلة (**ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة**) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (**والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا**) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة، وكل ما

الحميدة، وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة، بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما، وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرّر به المسلم **(فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون)** عندنا خلافاً لزفر وهو فرع ما تقدم.

عليه لأنه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين. واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحدّ بأنه لو أقرّ بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الإحصان حسبة بلا دعوى، فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبي حنيفة. أجيب بأن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد، بخلاف الإقرار بالدين فإن المقرّ له يكذبه في رجوعه، وإنما صحت الحسبة فيه لأنه من إظهار حق الله تعالى، والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سبباً لأصل العقوبة، فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا دعوى عند أبي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج.

[فروع من المبسوط] شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان، فشهد رجلان أنه تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها يثبت الإحصان فيرجم. وعند محمد لا يثبت فلا يرجم، كما لو شهد أنه أقربها أو أتاها فهذا ليس بصريح، وهذا لأن الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الإحصان بالشك. ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفاً مستمراً حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء، قال الله تعالى ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء ٢٣] فلا إجمال فيه عرفاً فكانت كشهادتهم على الجماع. ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته إجماعاً، وحدوا للقذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يحدون لأن رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة، ولهما أن كل فريق أقرّ على نفسه بالتزام حد القذف لأن كل فريق يقول إنه عفيف قتل ظلماً وأنهم قذفه بغير حق. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة بعد حد عند محمد لأن البينة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا بإقرار معتبر والإقرار مرة هنا كالعدم. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد، وهو الأصح لأن شرط قبول البينة إنكار الخصم وهو مقر ولا حكم لإقراره فبطل الحد، ولأن الإقرار وإن فسد حكماً فصورته قائمة فيورث شبهة.

يكون مانعاً عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة **(وصار كما إذا شهدوا به)** أي بالنكاح **(في غير هذه الحالة)** يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلاناً تزوّج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا **(بخلاف ما ذكر)** يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا **(لأن العتق)** هناك **(يثبت)** أيضاً **(بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه)** تاريخ **(ينكره المسلم أو يتضرر به)** من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة. فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم. وقوله: **(فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون)** أحد الأمرين المترتبين على الأصل الذي ذكرناه من قبل، والله أعلم.

باب حد الشرب

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد، وكذلك إذا

باب حد الشرب

قدم حدّ الزنا عليه لأن سببه أعظم جرماً ولذا كان حدّه أشد، وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه، بخلاف حد القذف لأن سببه هو القذف قد يكون صدقاً، وأخر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة أموال الناس، وصيانة الأنساب والعقل آكد من صيانة المال. بقي أنه أخره عن حدّ القذف لأن المال دون العرض فإنه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره قوله: (ومن شرب الخمر فأخذ) أي إلى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد إذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أي جاءوا به إليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الأول وهو عدم السكر منها. وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فإنه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بأن ريحها موجود، وأما إذا جاءوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر ذلك الحاكم خصوصاً بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فإن ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها، ولكن المراد هذا لأن الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة، فالمراد بالثاني أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (إذا أقرّ وريحها موجود لأن جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والإقرار (ولم يتقادم العهد. والأصل في ثبوت حد الشرب قوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه») إلى أن قال «فإن عاد الرابعة

باب حد الشرب

إنما أخر حدّ الشرب عن حد الزنا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس، فإن الله تعالى قرن ذكره بعبادة الأصنام وقتل النفس حيث قال تعالى ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرّم الله إلا بالحق ولا يزنون﴾ ولهذا لم يحل في دين من الأديان وأخر حدّ القذف عن حدّ الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها، بخلاف جريمة القذف فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب، ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حدّ الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقاً في نسبته إلى الزنا فلا يكون قذفاً (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضى أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار (والأصل فيه) أي في وجوب الحدّ قوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه») قيل تمام الحديث «فإن عاد فاقتلوه» وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك. وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث» وليس شرب الخمر منها، فبقي الباقي معمولاً به لعدم

باب حد الشرب

قال المصنف: (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول: حين الأخذ ولا تمس الحاجة إلى وجوده عند الحضور إلى مجلس القاضي كما ستعلم عن قريب قال المصنف: (أو جاءوا به سكران) أقول: الباء للتعدية قوله: (ووجود الرائحة من باب قوله تعالى إلخ) أقول: وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف.

أقرّ وريحها موجودة) لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب

فاقتلوه»[١] أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي من حديث معاوية. وروي من حديث أبي هريرة «فإذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر»[٢] الخ. قال الترمذي: سمعت محمد بن إسماعيل يقول: حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الذهبي. ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل. أخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن إسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعاً «من شرب الخمر فاجلدوه» الخ، قال «ثم أتي النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله» وزاد في لفظ «فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع»[٣] ورواه البزار في مسنده عن ابن إسحق به «أنه عليه الصلاة والسلام أتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثاً فأمر به فضرب، فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد، فكان نسخاً»[٤]، وروى أبو داود في سننه قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، حدثنا سفيان. قال الزهري: أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي ﷺ قال «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه، فأتي برجل قد شرب فجلده، ثم أتي به فجلده، ثم أتي به فجلده، ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان: حدث

المعارض. وقوله: (فإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها) واضح. وقوله: (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتباراً بحد الزنا) وقوله: (وهذا) يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لأن التأخير يتحقق بمضيّ الزمان) فلا بد من تقدير زمان، وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلأنها محتملة أن تكون من غيرها كما

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٨٢ والترمذي ١٤٤٤ والنسائي في الكبرىٰ كما في تحفة الأشراف ٨/ ٤٤٤ . ٤٣٩ وابن ماجه ٢٥٧٣ والطحاوي ٣/ ١٥٩ وابن حبان ٤٤٤٦ والحاكم ٤/ ٣٧٢ وعبد الرزاق ١٧٠٨٧ وأحمد ٤/ ٩٥ . ٩٣ . ٩٦ . ١٠١ والطبراني ١٩/ ٧٦٧ . ٨٤٣ . ٨٤٥ والبيهقي ٨/ ٣١٣ وأبو يعلى ٧٣٦٣ وابن حزم في المحلىٰ ١١/ ٣٦٦ من طرق كلهم من حديث معاوية بن أبي سفيان، ورجاله ثقات كلهم رجال البخاري ومسلم سكت عليه الحكم: وقال الذهبي: قلت: صحيح اهـ وشاهده الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٤٨٤ والنسائي ٨/ ٣١٤ وابن الجارود ٨٣١ والطيالسي ٢٣٣٧ وابن ماجه ٢٥٧٢ وابن حبان ٤٤٤٧ والحاكم ٤/ ٣٧١ والطحاوي ٣/ ١٥٩ وعبد الرزاق ١٧٠٨١ وأحمد ٢/ ٢٨٠ . ٥١٩ والنسائي كما في تحفة الأشراف ٩/ ٤١٩ في الكبرىٰ والبيهقي ٨/ ٣١٣ من طرق كلهم عن أبي هريرة موفوعاً: «إذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه» هذا لفظ أبي داود.
ورواه الترمذي بأثر حديث ١٤٤٤
ونقل الترمذي عن البخاري قوله: حديث أبي صالح عن معاوية أصح من أبي صالح عن أبي هريرة اهـ.
قلت: لكن رواية أبي صالح عن أبي هريرة لم يتفرد بها، فقد تابعه علىٰ أبي هريرة أبو سلمة. هكذا رواه أبو داود والطيالسي وابن حبان وابن الجارود وغيرهما فالحديث عن أبي هريرة ثابت أيضاً، وقد صححه الحاكم علىٰ شرطهما وأقره الذهبي، وهو كما قالا.
وورد من حديث جرير. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٧١ وسكت عليه هو والذهبي، وفيه ضعف لكنه شاهد.
وأخرج أبو داود ٤٤٨٣ والحاكم ٤/ ٣٧١ كلاهما من حديث ابن عمر وكذا النسائي ٨/ ٣١٣ وصححه الحاكم علىٰ شرطهما، وأقره والذهبي.
وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ من حديث عمرو بن الشَّرِيد وصححه علىٰ شروط مسلم، ووافقه الذهبي.
وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وسكت عليه وفيه شهر بن حوشب فيه كلام لكن الحديث شاهد لغيره وهو عند أحمد ٢/ ١٣٦ . ١٩١ . ٢١٤ وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ . ٣٧٣ من حديث شرحبيل بن أوس وسكت عليه هو، والذهبي، وهو عند أحمد ٤/ ٢٣٤
الخلاصة: فهذا حديث ثابت صحيح. لكن حمله عامة الفقهاء علىٰ أنه منسوخ.

(٣) حسن. النسائي في الكبرىٰ كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٧ والترمذي بإثر حديث ١٤٤٤ والحاكم ٤/ ٣٧٣ لكن اختصره وكذا البزار كما في المجمع ٦/ ٢٧٨ كلهم من طريق ابن إسحق عن ابن المنكدر عن جابر زاد بعضهم علىٰ بعض فيه. وإسناده حسن لأجل ابن إسحق.
ورواه الطحاوي ٣/ ١٦١ من طريق ابن إسحق أيضاً وقال الطحاوي: فثبت الجلد، ودرىء القتل.
وقد توبع ابن إسحق فقد أخرجه الطحاوي ٣/ ١٦١ عن عمرو بن الحارث عن ابن المنكدر مرسلاً.
ورواه الحاكم ٤/ ٣٧٢ عن معمر عن ابن المنكدر مرسلاً أيضاً فالحديث حسن وله شاهد، وهو حديث قُبيصة الآتي

(٤) حسن. أخرجه البزار، وتقدم في الذي قبله.

الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه» (وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، غير أنه مقدّر بالزمان عنده اعتباراً بحد الزنا، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضيّ الزمان والرائحة قد تكون من غيره، كما قيل:

يقولون لي إنكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما: كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث[1] اهـ. وقبيصة في صحبته خلاف. وإثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف في كتاب الأشربة من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث»[2] الحديث، فإنه موقوف على ثبوت التاريخ. نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي: أي تعارضاً في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فإن هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض قوله: **(وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحد، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها)** أو ذهب السكر من غيرها **(ولم يحد عنه أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه)** أي هذا التقادم **(مقدّر بالزمان عند محمد اعتباراً بحد الزنا)** أنه ستة أشهر أو مفوّض إلى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار **(وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان)** بلا شك **(بخلاف الرائحة لأنها قد تكون من غيره كما قيل:**

يقولون لي إنكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع، ونكه من بابه؛ أي أظهر رائحة فمه، وقال الآخر:

سفرجلة تحكي ثديّ النواهد   لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها، ولو سلمنا أنها لا تلتبس على

قيل:

يقولون إلى إنكه قد شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد، وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء، فعلى الأولى تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ، وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر **(وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)** **(ولأن)** المعتبر في ذلك القرب و **(قيام الأثر)** وهو الرائحة **(من أقوى الدلائل على**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٨٥ بهذا التمام وكذا الترمذي بإثر حديث ١٤٤٤ والطحاوي ٣/ ١٦١ والشافعي في الأم ٦/ ١٤٤ والحازمي في الاعتبار ص ٢٠١ كلهم من ابن عيينة عن الزهري عن قُبيصة بن ذؤيب.

ونقل الحازمي عن الشافعي قوله: والقتل منسوخ بهذا الحديث وغيره وهذا مالا اختلاف فيه عند أحد من أصل العلم علمته اهـ.

وقال الترمذي: والعمل على هذا عند عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافاً في ذلك في القديم والحديث. ويقويه حديث: «لا يحل دم امرىء مسلم...» الحديث اهـ. وهذا الأخير رواه الجماعة من وجوه.

وقبيصة، وإن كان قد اختلف في صحبته إلا نّهُ ثقة، وقد قال ابن حجر في الفتح ١٢/ ٨٠: ولد في عهد النبي ﷺ، وهو من أولاد الصحابة، ورجاله ثقات مع الرسالة

وقال الترمذي في علله: جميع ما في السنن. أي سنن الترمذي. معمول فيه إلا حديث الجمع بين الصلاتين في الحضر، وهذا الحديث. وقال ابن المنذر: نسخ القتل بالأخبار الثابتة، وبإجماع أهل العلم إلا من شذّ ممن لا يعد خلافه خلافاً.

قال ابن حجر: يريد أهل الظاهر وقد مشى ابن حزم على خلاف الجمهور اهـ باختصار كلام ابن حجر.

وقال النووي في شرح مسلم ٥/ ٢٩٨: دل الإجماع على نسخه.

(٢) حديث: «لا يحل دم امرىء مسلم...» رواه الجماعة من وجوه، وقد تقدم تخريجه.

وعندهما يقدّر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود: فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره، والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل، وإنما تشتبه على الجهال. وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره. وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها، لأن المعقول تقيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيراً يعد تفريطاً، وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة. أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود، وهو ما روى عبد الرزاق: حدثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي، قال: جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود، فقال عبد الله: ترتروه ومزمزوه واستنكهوه، ففعلوا فرفعه إلى السجن، ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد: اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه. ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه إسحاق بن راهوية: أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبدالله الجابر به[1]. ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة. والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار، إنما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة. والمزمزة التحريك بعنف. والترترة والتلتلة التحريك، وهما بتاءين مثناتين من فوق. قال ذو الرمة يصف بعيرا:

بعيد مساف الخطو غوج شمردل ... تقطع أنفاس المهارى تلاتله

أي حركاته. والمساف جمع مسافة. والغوج المعجمة الواسع الصدر. ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى: أنه إذا باراها في السير أظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها، وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه. ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود «أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبد الله: والله لقد قرأتها على رسول الله ﷺ فقال أحسنت، فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر،

القرب) وقوله: (وإنما يصار إلى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان: أي إنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الأثر. وقوله: (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة إلى الإثبات بالبينة **(وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره)** أن الإنسان لا يكون متهما بالنسبة إلى نفسه **(وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة، لأن حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا)** يعني قوله «فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه» وفيه نظر لأن الإجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود، ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون، وأيضاً كلام ابن مسعود شرطية

قوله: **(ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود)** أقول: شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الإجماع، ويقرب منه ما ذكروا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روي عن علي رضي الله عنه على كفاية الاثنين في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه قوله: **(وأيضاً ذكر في أول الباب إلخ)** أقول: ذكره في أول الباب ليس إلا لكونه سند الإجماع الذي يثبت به الحد، لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء، فإنه لم تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز إيجاب الحد به، وقوله والأصل فيه لا يبعد أن يكون منبهاً على ما ذكرنا فليتنبه قوله: **(وأيضاً اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه»)** أقول: وجوابه أنه خص منه الشرب اضطراراً وإكراهاً فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح إيجاد الحد به، كذا في الكافي، ويجوز أن يقال أيضاً: لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس.

---

(١) هذه الآثار في نصب الراية ٣/٣٤٩ والدراية ٢/١٠٥.

(وإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حدّ في قولهم جميعاً) لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله **(ومن سكر من النبيذ حد)** لما روي

فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب، فضربه الحد»[١]. وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلاً وجد منه ريح الخمر، وفي لفظ ريح شراب. والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما، ثم هو مذهب بعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي، ورواية عن أحمد، والأصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه، وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزّر من وجد منه الرائحة، ويترجح لأنه أصح، وإن قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حداً تاماً، وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى، وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرّاً أن يردّ أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحدّه، فإن صح فتأويله أنه كان رجلاً مولعاً بالشراب مدمناً عليه فاستجاز ذلك فيه. وأما قوله: **(ولأن قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب)** ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله: **(والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل، وإنما تشتبه على الجهال)** فليس بمفيد لأن كونها دليلاً على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم، لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع، فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح قوله: **(وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا)** لا يبطل الإقرار بالتقادم اتفاقاً **(على ما مر تقريره)** من أن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه **(وعندهما لا يقام الحد)** على المقر بالشرب **(إلا)** إذا أقرّ **(عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة)** رضي الله عنهم **(ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا)**[٢] بمعنى أنه لم يقل بالحد إلا إذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالأصل لا مضافاً إلى لفظ الشرط، وأما إضافة ثبوته إلى الإجماع بعد قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لأنه من الآحاد، وبمثله لا يثبت الحد والإجماع قطعي. ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي، فأما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح، فإن كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله إياه أوّلاً الأصل، وإن لم يره أشكل نسبة الإثبات إلى الإجماع، وأنت علمت أنه إنما ألزم قيامها عند الحد بلا إقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه، فإن ادعى أن ذلك كان مع إقراره فليبين في الرواية، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال: هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالإقرار وأنا أقيم عليه الحد وإن جاء بعد أربعين عاماً قوله: **(فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران)** من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه **(وذهبوا به**

والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير. وجواب الإمام فخر الإسلام بأن العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أوّلاً، وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه» وقال ههنا إنه ثابت بإجماع الصحابة وهما متنافيان، وأيضاً اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه» وقوله: **(وريحها توجد منه)** ظاهر. قال: **(ومن سكر من النبيذ حد)** النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر، وما يتخذ من الزبيب شيئان: نقيع ونبيذ. فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً حتى تخرج حلاوته إلى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ، فما دام حلواً

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٠١ ك ٦٦ ب ٨ ومسلم ٨٠١ كلاهما عن علقمة عن ابن مسعود قال: كنت بحمص.. فذكره. ورواية مسلم: كنا بحمص..

(٢) أثر ابن مسعود موقوف. وتقدم أنه لم يوجد بهذا اللفظ كما قال الزيلعي في ٣/ ٣٤٩ وقد قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٥ قول صاحب الهداية: وقد شرط - أي ابن مسعود - قيام الرائحة فعقبه ابن حجر بقوله: كذا قال. وليس في قصة ابن مسعود شرط.

أن عمر أقام الحد على أعرابيّ سكر من النبيذ. وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله

إلى مصر فيه الإمام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أي الريح (قبل أن ينتهوا به) إليه (حد في قولهم جميعاً) لأن التأخير إلى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التأخير، والأصل أن قوماً شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد قوله: (ومن سكر من النبيذ حد) فالحد إنما يتعلق في غير الخمر من الأنبذة بالسكر، وفي الخمر بشرب قطرة واحدة، وعند الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر» [(١)] رواه مسلم، فهذان مطلوبان، ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع. أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك، فمن الأول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر: «نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير» [(٢)]. وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام» وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق «وكل خمر حرام» [(٣)] وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث، وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة» [(٤)] وفي الصحيحين من حديث أنس: كنت ساقي القوم يوم حرّمت الخمر وما شرابهم إلا الفضيخ البسر والتمر [(٥)]. وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه: الخمر ما خامر العقل [(٦)]. وإذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة

يحل شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم. وأما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه ما دام حلواً فإذا غلا واشتد قذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر يحل شربه ما دون السكر. وعند محمد والشافعي لا يحل

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٠٣ حـ ٧٥ والنسائي ٨/ ٣٢٤ ماجه ٣٣٨٧ وابن الجارود ٨٥٧ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠١ وأحمد ٢/ ٢٩ . ١٣٤ في مسنده وفي كتاب الأشربة ٧٥ و ١٨٩ و ١٩٥ والدارقطني ٤/ ٢٤٨ . ٢٤٩ . ٢٥٠ وابن حبان ٥٣٥٤ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ والطبراني في الصغير ١٤٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: «وكل خمر حرام».
هذا لفظ مسلم، وابن حيان وغيرهما.
ورواية لمسلم حـ ٧٤ بلفظ: كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وهكذا النسائي ٨/ ٢٩٧ وابن ماجه ٣٣٩٠ وأحمد ٢/ ١٦ وأخرجه مسلم ٢٠٠٣ حـ ٧٣ وأبو داود ٣٦٧٩ والترمذي ١٨٦١ فزادوا: «ومن شرب الخمر في الدنيا فمات، يدمنها لم يتب لم يشربها في الآخرة» وهكذا رواه مالك ٢/ ٧٤٦ والبخاري ٥٥٧٥.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٨١ و ٥٥٨٩ و ٥٥٨٨ ومسلم ٣٠٣٢ من طرق وأبو داود ٣٦٦٩ والترمذي ١٨٧٤ والنسائي ٨/ ٢٩٥ . ٢٨٨ . ٢٩٨ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٦ وعبد الرزاق ١٧٠٤٩ و ١٧٥٠ و ١٧٠٥١ وأحمد في الأشربة ١٨٥ . ٢٤ وابن حبان ٥٣٥٣ و ٥٣٥٨ و ٥٣٥٩ و ٥٣٨٨ وابن الجارود ٨٥٢ والبيهقي ٨/ ٢٨٨ . ٢٨٩ والبغوي ٣٠١١ والدارقطني ٤/ ٢٤٨ . ٢٥٢ من طرق كلهم عن ابن عمر قال: «سمعت عمر على منبر رسول الله ﷺ يقول: أيها الناس إنما نزل تحريم الخمر، وهي من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير، والخمر ما خامر العقل . وددت أن رسول الله ﷺ عهد إلينا عهداً ننتهي إليه. الجدُّ، والكلالة، وأبواب من أبواب الربا».
ورووه مختصراً عن ابن عمر عن عمر قال: «نزل تحريم الخمر، وهي من خمس: من العنب والتمر، والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل».
تنبيه: فالحديث موقوف كما رأيت، والمتبادر إلى الذهن من كلام ابن الهمام أنه مرفوع حيث ابتدأه بقوله: من حديث ابن عمر اهـ فتنبه.

(٣) تقدم مستوفياً مع بيان ألفاظه قبل حديث واحد.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٨٥ من طرق وأبو داود ٣٦٧٨ والنسائي ٨/ ٢٩٤ والترمذي ١٨٧٥ والدارمي ٢/ ١١٣ وابن ماجه ٣٣٧٨ والطيالسي ١٧٢١ وعبد الرزاق ١٧٠٥٣ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ وابن حبان ٥٣٤٤ وأبو يعلى ٦٠٠٢ والطحاوي ٤/ ٢١١ وأحمد ٢/ ٢٧٩ . ٤٠٨ . ٤٠٩ . ٤٧٤ . ٥١٧ . ٥١٨ وفي الأشربة ١٣٧ . ١٥٥ . ٢١٥ والبيهقي ٨/ ٢٨٩ . ٢٩٠ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٨٣ و ٥٦٢٢ ومسلم ١٩٨٠ من طرق والنسائي ٨/ ٢٨٧ وأحمد ٣/ ١٨٣ . ١٨٩ . ١٩٠ وفي الأشربة ١٢١٠ وابن حبان ٥٣٥٢ والبيهقي ٨/ ٢٩٠ كلهم من طريق سليمان التيمي عن أنس مع تغير يسير في لفظه وله قصة. والفضيخ: اسم للبسر إذا نُبِذَ وكرره البخاري ٥٥٨٠ و ٥٥٨٤ وابن حبان ٥٣٦٣ والطحاوي ٤/ ٢١٣ . ٢١٤ كلهم من حديث أنس.

(٦) هو بعض حديث موقوف على عمر تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لأنه مسمى الخمر، لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر، كزيد، أسد: أي في حكمه، وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان إذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد إلا الحكم، ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة، فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التي هي غير الخمر، بل يصحح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها، وكون التشبيه خلاف الأصل يجب المصير إليه عند الدليل عليه، وهو أن الثابت في اللغة من تفسير[1] الخمر بالنيء من ماء العنب إذا اشتد، وهذا ما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم، ولقد يطول الكلام بإيراده، ويدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما: حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء[2]. أخرجه البخاري في الصحيح. ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول أنس: وما شرابهم يومئذ: أي يوم حرمت إلا الفضيخ البسر والتمر[3]. فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه. وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»[4] وفي لفظ للترمذي «فالحسوة منه حرام»[5] قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه. وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره»[6] أخرجه النسائي وابن حبان.

---

(١) من تفسير هكذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٧٩ عن ابن عمر موقوفاً.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٦٨٧ والترمذي ١٨٦٦ وابن الجارود ٨٦١ والطحاوي ٤/ ٢١٦ وابن حبان ٥٣٨٣ والدارقطني ٤/ ٢٥٥ ـ ٢٥٤ وأحمد ٦/ ١٣١٧٢ ـ ٧١ والأشربة (٦) و ٩٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق عن أبي عثمان عن القاسم عن عائشة مرفوعاً.

ورجاله كلهم ثقات رجال مسلم سوى أبي عثمان وهو عمرو ويقال: عمر بن سالم وثقه أبو داود، وابن حبان، وأثنى عليه ابن مهدي، فالحديث قوي، وله شواهد. وقال الترمذي: حديث حسن.

(٥) كذا قال والصواب أن هذا اللفظ عند الدارقطني ٤/ ٢٥٥ ـ ٢٥٦. أما الترمذي فروايته كرواية الجماعة.

(٦) جيد. أخرجه النسائي ٨/ ٣٠١ وابن الجارود ٨٧٢ وابن حبان ٥٣٧٠ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ ـ ١١٠ والطحاوي ٤/ ٢١٦ والدارقطني ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق كلهم عن الضحاك بن عثمان عن بُكَيْر بن عبد الله الأشج عن عامر بن سعد عن أبيه مرفوعاً. وإسناده صحيح على شرط مسلم رجاله كلهم ثقات. واحتج به النسائي حيث قال عقبه: وفي هذا دليل تحريم السكر قليله وكثيره، وليس كما يقول المخادعون لأنفسهم بتحريمهم آخر الشربة وتحليلهم ما تقدمها اهـ باختصار. ونقله الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٢ ملخصاً وأقره، ونقل عن المنذري أنه قال في مختصره: حديث سعد أجود أحاديث الباب.

وورد من حديث جابر بلفظ: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام».

أخرجه أبو داود ٣٦٨١ والترمذي ١٨٦٥ وابن ماجه ٣٣٩٣ وابن الجارود ٨٦٠ والطحاوي ٤/ ٢١٧ وابن حبان ٥٣٨٢ وأحمد ٣/ ٣٤٣ وفي الأشربة ١٤٨ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق عدة عن داود بن بكر بن الفرات عن ابن المنكدر عن جابر مرفوعاً.

وقال الترمذي: حسن غريب من حديث جابر.

قلت: رجاله كلهم ثقات رجال البخاري، ومسلم غيرُ داود بن أبي الفرات، وهو صدوق كما في التقريب.

فالحديث حسن، وله شواهد، فهو جيد.

تنبيه: وقع هذا الحديث عند ابن حبان مقلوباً، ولفظه: «قليل ما أسكر كثيره حرام».

وهذا لفظ مقلوب شاذ لأن مفهومه جواز قليل ما أسكر كما تراه، وهذا غير مراد بل إن ابن حبان بوّب بخلاف ذلك حيث قال: ذكر الخبر المدحض قول من أباح شرب القليل من المسكر ما لم يُسكر.

فالعجب من الشيخ شعيب الأرناؤوط حيث لم يبين هذه العلة في المتن، ولم يتعرض لها أصلاً، ولكل جواد كبوة، وجزاه الله عز وجل خير بكل حال، فإن عمله في كتاب ابن حبان عمل نفيس فسأل الله أن يرحمنا والمسلمين.

....

قال المنذري: لأنه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير، وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان، وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص، وقد احتج بهما الشيخان، وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح، وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الأخير لأن صريح هذه الروايات القليل. وما أسند إلى ابن مسعود «كل مسكر حرام» قال: هي الشربة التي أسكرتك[1]. أخرجه الدارقطني، ضعيف فيه الحجاج بن أرطأة وعمار بن مطر، قال: وإنما هو من قول إبراهيم: يعني النخعي. وأسند إلى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال: حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره، ولو عارضه كان المحرّم مقدماً. وما روي عن ابن عباس من قوله: حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فإنه لم يسلم. نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس: حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب. وفي لفظ: وما أسكر من كل شراب. قال: وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا[2] إنما فيه تحريم الشراب المسكر، وإذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر، ولفظ السكر تصحيف، ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه، بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل إلا بسماع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكراً، ولأصحابنا فيه منع خصوصاً وعموماً. أما خصوصاً فمنعوا أن حرمة الخمر معللة بالإسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر بعينها والسكر»[3] الخ. وفيه ما علمت. ثم قوله بعينها ليس معناه أن علة الحرمة عينها، بل أن عينها حرمت، ولذا قال في الحديث «قليلها وكثيرها»[4] والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام، ولو كان المراد ما

....

(١) موقوف باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٥١. ٥٠ من طريق الحجاج بن أرطاه عن ابن مسعود موقوفاً. ثم أسند الدارقطني عن ابن المبارك قوله: هذا حديث باطل. ووافقه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦ وصوب كونه عن إبراهيم النخعي.

(٢) موقوف. رواه النسائي ٨/ ٣٢٠. ٣٢١ عن ابن شبرمة يذكره عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال: «حُرِّمت الخمر قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب»

وقال النسائي: ابن شبرمة لم يسمعه من ابن شداد ثم أسنده عن ابن شبرمة قال حدثني الثقة عن ابن شداد عن ابن عباس فذكره هكذا.

ثم قال: وخالفه أبو عون الثقفي فرواه عن ابن شداد عن ابن عباس قال: «حرمت الخمر قليلها، وكثيرها، وما أسكر من كل شراب».

وقال النسائي: هذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة. ورواية أبي عون أشبه بما رواه الثقات عن ابن عباس اهـ ونقله الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦. ٧٠٧.

قلت: ومراد النسائي: أنه ليس في رواية أبي عون لفظ: «بعينها» وذلك ليشمل كل أنواع الخمر لئلا يتمسك البعض بكونه من العنب خاصة كما وقع لبعض أهل العلم.

وأيضاً: ليس في رواية أبي عون لفظ: «المسكر» وإنما فيه: «وما أسكر» وهو يعطي معنى ما تقدم، فتنبه والله تعالى أعلم.

(٣) باطل. أخرجه العقيلي في الضعفاء ١٦٨١ من حديث علي. وتمامه: «من كل شراب».

وقال: فيه محمد بن الفرات قال عنه البخاري: منكر الحديث.

وقال العقيلي: ورماه أحمد.

وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦ ونقل كلام العقيلي، وأقره. فالحديث غير مرفوع، وإنما هو قول ابن عباس كما تقدم.

تنبيه: ذكر ابن الهمام هذا الخبر على أنه مرفوع، ثم قال: وفيه ما علمت اهـ.

يعني فيه راوٍ منكر الحديث. لكن ما ذكره ابن الهمام يوهم أنه قد ذكر الحديث المرفوع، وأعله لذا قال: لما علمت. والصواب أنه لم يذكره بعد. فتنبه: والله تعالى أعلم.

(٤) هو بعض الموقوف على ابن عباس تقدم قبل حديث واحد.

....

ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الأشربة من نفي تعليلها بالإسكار لأنه لم يذكره إلا لنفي أن حرمتها مقيدة بإسكارها: أي لو كانت العلة الإسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الإسكار أو مظنته من الكثير، لا أن حرمتها ليست معللة أصلاً بل هي معللة بأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره وإن كان القدوري مصراً على منع التعليل أصلاً. ونقض رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وإن كان يدعو إلى كثيره، لكن المصنف ذكر في كتاب الأشربة ما يفيد ما ذكرنا، فإنه قال في جواب إلحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر. وإنما يحرم لأنه يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته، والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء، ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل إلى الكثير في الحرمة ليس إلا لحرمة السكر. ففي التحقيق الإسكار هو المحرم بأبلغ الوجوه لأنه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وإتيان المفاسد من القتل وغيره، كما أشار النص إلى عليتها، ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لأن الحد لا يثبت بالقياس عندهم، وهو ما ذكرنا من المنع على العموم، وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر، ولكن ثبت بالسكر منه بأحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة «فإذا سكر فاجلدوه»[1] الحديث. فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس إلا ثبوت الحد بالسكر، ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لأن حمله على الأعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر، لأن في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها لأنه لا يحد منها حتى يسكر، وإذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفياً عند عدم السكر به بالأصل حتى يثبت ما يخرجه عنه. ومنها ما روى الدارقطني في سننه: أن أعرابياً شرب من إداوة عمر نبيذاً فسكر به فضربه الحد، فقال الأعرابي: إنما شربته من إداوتك، فقال عمر: إنما جلدناك على السكر. وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعف وفيه جهالة. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال: بلغني أن عمر بن الخطاب ساير رجلاً في سفر وكان صائماً، فلما أفطر أهوى إلى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد، فقال: إنما شربته من قربتك، فقال له عمر: إنا جلدنا لسكرك. وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع. وأخرج الدارقطني عن عمران بن داور[2] عن خالد بن دينار عن أبي إسحاق عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده»[3] وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال. وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلاً شرب من إداوة عليّ رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه، وقال: فضربه ثمانين. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال: في السكر من النبيذ ثمانون. فهذه وإن ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه إلى الحسن، مع أن الإجماع على الحد بالكثير فإن الخلاف إنما هو في الحد بالقليل، غير أن هذه الأدلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ، والمصنف قيد وجوب الحد بقوله: **(ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد)** فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبي حنيفة: يعني إذا شرب منها

....

(١) تقدم تخريج هذا الحديث قبل قليل في أول باب حد الشرب.

(٢) (عمران بن داور) هكذا هو في بعض النسخ داور بالألف قبل الواو المفتوحة، ومثله في خلاصة أسماء الرجال، وما وقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الألف تحريف فليعلم كتبه مصححه.

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/ ١٧١ من طريق عمران بن داور عن ابن عمر مرفوعاً. وفيه ضعف لكلام في عمران القطان هذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٠: ورواه إسحق من طريق آخر عن أبي إسحق عن النجراني عن ابن عمر به اهـ. وعلى هذا توبع عمران، فالحديث حسن إن شاء الله، ويؤيده الموقوفات التي ذكرها المصنف نقلاً عن الزيلعي في ٣/ ٣٥٠. ٣٥١

تعالى (ولا حدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لأن الرائحة محتملة، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً) لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك،

من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده، ولا يقع طلاقه إذا طلق وهو سكران منها كالنائم، إلا أن المصنف في كتاب الأشربة قال: وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل لا يحد. وقد ذكرنا الوجه من قبل: قالوا: الأصح أنه يحد، فإنه رويَ عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل، وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا اهـ. وهو قول محمد، فقد صرح بأن إطلاق قوله هنا لأن السكر من المباح لا يوجب حداً غير المختار، ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطلق امرأته هل يقع؟ قالا: إن كان يعلمه حين شربه ما هو يقع قوله: (ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرىء بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن إكراه) فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية، فلو وجب الحد وجب بلا موجب، وأورد عليه أنه قال من قريب، والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس. قال المورد: وتكلف بعضهم في توجيهه، يريد به صاحب النهاية بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء. قال: ولقائل أن يقول إذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فإذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد، ونقل أيضاً عنه أن التمييز لمن يعاينه، ونظر فيه بأن من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين، وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اهـ. فبقي الإشكال بحاله. ولا يخفى أن المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لأن المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان، أي عيان الشرب، ثم لا شك أن كون الشيء محتملاً لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما، فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه، بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله أنه قطع الاحتمال حيث ذكر أنه يمكن التمييز بالاستدلال، ولا شك أن المنظور إليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء، أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر، وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لأن الرائحة محتملة وإن استدل عليها فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها، وأما في الموضع الأول فلا شك أن في إثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والإقرار درأ كثيراً واسعاً، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن

شربه. وما يتخذ من التمر ثلاثة: السكر والفضيخ والنبيذ. فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ يحل شربه في قولهم ما دام حلواً، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوّي إلا القدح المسكر. وقال محمد والشافعي: لا يحلّ. واختلفوا في وجوب الحد، وسيجيء بيانه في الأشربة. وأما الكلام في حد السكر ومقدار حده فسيذكر إن شاء الله تعالى. وقوله: (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني إذا لم يشاهد منه الشرب (لأن الرائحة محتملة) فإن قيل: هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل. أجيب بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه. وأقول: والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فإنه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس

قوله: (فإن قيل إلخ) أقول: السؤال مع الجواب في النهاية قوله: (والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول: وليس الاستقصاء مأموراً به في الحدود، وأما إذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء صوناً للحجة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا، وكذا الحال في الإقرار، وبه حصل الجواب عما أورده الإتقاني قوله: (وأقول والجواب الثاني أحسن إلى قوله على مذهب محمد)

وكذا شرب المكره لا يوجب الحد (**ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر**) تحصيلاً لمقصود الأنزجار (**وحد الخمر والسكر في الحرّ ثمانون سوطاً**) لإجماع الصحابة رضي الله عنهم (**يفرّق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر**) ثم يجرد في المشهود

للدرء إلا باعتبار إمكان تمييز رائحة الخمر من غيرها، فحكم باعتبار للتمييز بالاجتهاد في الاستدلال وإن كان ملزوماً لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء، لأنه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولاً بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود. وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال، فظهر أن كلاً صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة، إذ لا يمكن التمييز إلا مع الاحتمال قوله: (**ولا يحد**) السكران (**حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار**) وهذا بإجماع الأئمة الأربعة، لأن غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الألم، حتى حكى لي أن بعض المتصابين استدعوا إنساناً ليضحكوا عليه به أخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلهما إلا بكلفة ومشقة، فلما غلب على عقله ادعى القوة والإقدام، فقال له بعض الحاضرين ممازحاً ليس بصحيح وإلا فضع هذه الجمرة على ركبتك، فأقدم ووضعها حتى أكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك مني فلما أفاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة إلى أن برأت، فعادت بذلك الكيّ البالغ في غاية الصحة والنظافة من الأخلاط وصار يقول: يا ليتها كانت في الركبتين، ثم لم يستطع أصلاً في حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالأخرى ليستريح من ألمها ومنظرها. وإذا كان كذلك فلا يفيد الحدّ فائدته إلا حال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز قوله: (**وحد الخمر والسكر**) أي من غيرها (**ثمانون سوطاً**) وهو قول مالك وأحمد. وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي: أربعون إلا أن الإمام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الأصح. واستدل المصنف على تعين الثمانين بإجماع الصحابة. روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال: كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر، فجلد أربعين، حتى إذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين[١]. وأخرج مسلم عن أنس بن مالك «أن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال، ثم جلد أبو

معه ذلك، ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله: (**وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار**) على قولهما. ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من إباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي، فإنه استدل على حرمة الأشربة المتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها، وقال: السكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فمن المشروب أولى. كذا ذكره صاحب النهاية، وليس بصحيح لأن رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام، وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا تنافي بينهما (**وحد الخمر و**) حد (**السكر**) من غير الخمر (**في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر**)

أقول: فيه رد على الإتقاني قال المصنف: (**لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك**) أقول: سيجيء من المصنف في كتاب الأشربة أن الأصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعمل قوله: (**وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح إلخ**) أقول: النبيذ أيضاً مباح فما الفرق، إلا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على إباحته وليس النبيذ كذلك.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٧٩ عن السائب بن يزيد به. واستدركه الحاكم ٤/ ٣٧٤ من حديث السائب أيضاً، وبهذا السياق وصححه، وقال: لم يخرجاه! لذا تعقبه الذهبي فقال: ذا في البخاري

....

بكر أربعين، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال: ما ترون في جلد الخمر؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أرى أن نجعله ثمانين كأخف الحدود، قال: فجلد عمر ثمانين»[١]. وفي الموطأ أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له عليّ بن أبي طالب رضيّ الله تعالى عنه: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذي، وإذا هذي افترى، وعلى المفتري ثمانون[٢]. وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من عليّ وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصراً على هذا ومرة على هذا. وأخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس أن الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ بالأيدي والنعال والعصيّ حتى توفي، فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي إلى أن قال: فقال عمر ماذا ترون؟ فقال عليّ رضي الله عنه: إذا شرب الخ[٣]. وروى مسلم عن أنس قال «أتي النبيّ ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الأربعين، وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخفّ الحدود ثمانون فأمر به عمر»[٤]. فيمكن بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى وإلا فهي ثمانون، ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل. وقول الراوي بعد ذلك: فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك، فإن حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى إليها فعل رسول الله ﷺ، إلا أن قوله وفعله أبو بكر بعده، وإلا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين، وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين، بخلاف أبي بكر والله أعلم. وقد أخرج البخاري ومسلم عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: ما كنت أقيم على أحد حداً فيموت فيه فأجد منه في نفسي إلا صاحب الخمر، فإنه إن مات وَدَيْتُهُ لأن رسول الله ﷺ لم يَسُنَّهُ[٥]، والمراد لم

....

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٦ حـ ٣٦ وأبو داود ٤٤٧٩ والنسائي في الحدود كما في التحفة ١/ ٣٤٨ والطيالسي ١٩٧٠ وابن حبان ٤٤٤٨ وأبو يعلىٰ ٣١٢٧ وأحمد ٣/ ١١٥ . ١٨٠ والطحاوي ٣/ ١٥٨ والبيهقي ٨/ ٣١٩ من طرق كلهم من حديث أنس بن مالك به رووه مطولاً ومختصراً.
وأخرجه البخاري عن قتادة عن أنس بلفظ: «جلد النبي ﷺ في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين» اهـ. البخاري ٦٧٧٣ و ٦٧٧٦.

(٢) ضعيف. رواه مالك ٢/ ٨٤٢ ومن طريق الشافعي ٢/ ٢٩٣ والبيهقي ٨/ ٣٢٠ كلهم عن ثور بن زيد الديلمي مرسلاً.
ووصله الحاكم ٤/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦ والدارقطني ٣/ ١٦٦ والبيهقي ٨/ ٣٢٠ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٥٣ كلهم من طريق حميد بن عبد الرحمن عن رجل يقال له وبرة الكلبي فذكره، وإسناده ضعيف لجهاله وبرة الكلبي.
قال الحافظ في اللسان: قال ابن حزم عن وبرة: مجهول.
قلت: وهذه الزيادة ليست من كلام علي، وإنما هي من كلام ابن عوف، ويدل علىٰ ذلك أن الطحاوي ساق خبر وبرة من عدة وجوه لم يذكر هذه الزيادة إلا في طريق واحدة.
نعم أخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٥ . ٣٧٦ وكذا البيهقي كلاهما من طريق ثور الديلي عن عكرمة عن ابن عباس عن علي به وصححه الحاكم وسكت الذهبي. مع أن في إسناده يحيىٰ ابن فليح. وقد خالفه مالك، فأرسله.
قال الحافظ عنه في اللسان: قال ابن حزم: مجهول. وقال مرة: ليس بالقوي.
وذكره ابن حجر تلخيص الحبير ٤/ ٧٥ وقال: في صحته نظر لما في الصحيحين أن عبد الرحمن بن عوف هو الذي أشار علىٰ عمر بذلك ولا يقال: يحتمل أن علياً، وابن عوف أشارا بذلك لما صحح عن علي في مسلم خلافه في قصة الوليد بن عقبة اهـ.

(٣) تقدم في الذي قبله. وقول ابن الهمام: ولا مانع كون ذلك عن علي، وعن ابن عوف. تقدم جواب ابن حجر عنه، وسيأتي بعد حديثين.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٦ حـ ٣٥ والترمذي ١٤٤٣ وابن الجارود ٨٢٩ والدارمي ٢/ ١٧٥ وابن حبان ٤٤٥٠ وأبو يعلىٰ ٣٠٥٣ و ٣٢١٩ والنسائي في الكبرىٰ كما في تحفة الأشراف ١/ ٣٢٧ والطحاوي ٣/ ١٥٧ في المعاني والبغوي ٢٦٠٤ والبيهقي ٨/ ٣١٩ من طرق كلهم عن أنس. واللفظ لمسلم وغيره.
وأخرجه البخاري ٦٧٧٣ فذكر صدره فقط. دون خبر عمر.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٧٨ ومسلم ١٧٠٧ حـ ٣٩ وابن ماجه ٢٥٦٩ والطحاوي ٣/ ١٥٣ في المعاني وأحمد ١/ ١٢٥ ـ ١٣٠ والبيهقي ٨/ ٣٢١ من طرق كلهم عن علي به واللفظ للبخاري ومسلم.

من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به نص. ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا

يسنّ فيه عدداً معيناً، وإلا فمعلوم قطعاً أنه أمر بضربه. فهذه الأحاديث تفيد أنه لم يكن مقدّراً في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين، ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين، ثم اتفقوا على ثمانين، وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب: حتى إذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم. وأما ما روي من جلد عليّ أربعين بعد عمر فلم يصح، وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال: شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها، فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال لعليّ: أقم عليه الحد، فقال عليّ للحسن: أقم عليه الحد، فقال: وَلِّ حارّها من تولى قارّها، فقال عليّ لعبد الله بن جعفر: أقم عليه الحد، فأخذ السوط وجلده وعليّ يعدّ إلى أن بلغ أربعين، قال: حسبك، جلد النبي ﷺ أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحبّ إليّ(١) قوله: (يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود

فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به) أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين، الأول أنه ليس لأحد من المجمعين التصرف في المقدرات الشرعية. والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لأنه روى أنهم ضربوا في زمن النبي ﷺ بالأكمام وبالأيدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين، فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف. والجواب أن قوله إنا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا إذ هو الفاعل المختار، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه، ولما جعله الصحابة معتبراً بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وإنما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتاً بترك التنصيص، وإليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف، ولله درّ لطائفه. وقوله: (ومن أقرّ بشرب

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٧ حـ ٣٨ وأبو داود ٤٤٨٠ والدارمي ٢٢٢٦ وابن ماجه ٢٥٧١ والبيهقي ٨/٣١٨ وأحمد ١/١٤٤. ١٤٥ والطحاوي في المعاني ٣/٣٥٢. ١٥٣ من طرق كلهم من حديث حُضين بن المنذر أبي ساسان قال: شهدت على عثمان... فذكره. والسياق لمسلم.

ورجاله كلهم ثقات. وحُضين بضم الحاء، وبالضاد مصغراً ثقة كما في التقريب، وهو من رجال مسلم.

تنبيه: قول المصنف ابن الهمام: لم يصح، وهو مروي في السنن اهـ غير صواب. لأنه في مسلم، ورجاله كلهم ثقات أثبات.

تنبيه آخر: قوله: معاوية بن حصين. لعله سبق قلم لأن في مسلم وأبي داود والطحاوي عن حُضين بن المنذر. وليس فيه معاوية ثم هو بضاد معجمه، وليس بالصاد.

قوله: ولّه حارّها... الخ.

قال النووي في شرح مسلم ١١/٢١٩: الحار: الشديد المكروه. والقار: البارد الهنيء الطيب، وهو من أمثال العرب. قال الأصمعي: معناه ولّ شدتها وأوساخها من تولى هنيئها، ولذاتها. والضمير يعود على الخلاصة، والولاية أي كما أن عثمان، وأقاربه يتولّون الإمارة. فليتولّوا نكدها، والمراد عثمان، وأقاربه والله أعلم اهـ.

فائدة: قال النووي في شرح مسلم ١١/٣١٧: أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر، وأجمعوا على وجوب الحد على شاربها قليلاً كان أو كثيراً، وأجمعوا على أن لا يقتل بشربها، وإن تكرر حكى الإجماع الترمذي وطائفة.

وحكى عياض عن طائفة شاذة قتله بعد الرابعة، وهذا باطل مخالف للإجماع. وما تمسكوا به من الحديث منسوخ.

أما حد الخمر: فقال الشافعي وأبو ثور وداود، وأهل الظاهر وآخرون حده أربعون. وقال الشافعي: له أن يبلغ به ثمانين لكن تكون الزيادة على الأربعين تعزيزات.

وقال الجمهور من السلف: مالك وأبو حنيفة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحق حده ثمانون، واحتجوا بما استقر عليه الصحابة اهـ.

يعتبر ثانياً (وإن كان عبداً فحدّه أربعون سوطاً) لأن الرق منصف على ما عرف (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحدّ) لأنه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالإقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه

رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه: يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج، وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضاً وتقدم قوله: (ثم يجرد في المشهور من الرواية: وعن محمد أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به نص. وجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانياً) بعدم التجريد وإلا قارب المقصود من الانزجار الفوات، وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثى للضرورة. قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي مئونتها: أي فلا تخفف مرة أخرى، وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر، ولأن السفر قد أثر في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى. وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانياً ووجوده أوّلاً من حيث هو وجوده، والمعوّل عليه في كل موضع الدليل وعدمه قوله: (وإن كان عبداً فحدّه أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة، فإذا قلنا إن حدّ الحر ثمانون قلنا إن حدّ العبد أربعون، ومن قال حدّ الحر أربعون قال حدّ العبد عشرون قوله: (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب إذا اشتد (ثم رجع لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل، ولا يصح ضم سينه لأن إقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر إقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه قوله: (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين) وقوله: (سنبينها هناك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافاً (لأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالإجماع لأنهما لو شهدتا مع رجل مع إمكان رجلين صح إجماعاً (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة ٢٨٢] في الكشاف أن تضل: أي لا تهتدي للشهادة، وفي التيسير: الضلال هنا النسيان. وقوله: ﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة ٢٨٢] أي تزيل نسيانها قوله: (والسكران الذي يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا

الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب إذا اشتد، وقيل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف وزفر: يثبت بإقراره مرتين في مجلسين اعتباراً لعدد الإقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى) قال: (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضاً (لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير إلى ذلك كله قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ إلى قوله ﴿أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ وإنما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية، لأن استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال، بخلاف سائر الأبدال، ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع

قوله: (نص قاطع) أقول: قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه» فإنه خبر الواحد قوله: (والجواب أن قوله إذا أظهرنا إلى قوله: عن لسان المجمعين) أقول: الإجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الإجماع على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ قوله: (فلم يقدروا بشيء) أقول: أي من عند أنفسهم قال المصنف: (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول: والسكر بفتحتين نقيع التمر إذا غلا ولم يطبخ، كذا فسره الناطفي في الأجناس. وقال في الجمهرة: والسكر كل شراب أسكر. وفي ديوان الأدب: السكر خمر النبيذ. وقال في المجمل: السكر شراب. وقال في المغرب: السكر عصير العنب إذا اشتد، والمراد هنا ما قال الناطفي، كذا في غاية البيان. وقال: إنما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الأشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لأنه الغالب في بلادهم قال المصنف: (وقالا هو الذي يهذي، إلى قوله: لأنه هو السكران في العرف) أقول: قول لأنه إلخ تعليل لقوله هو الذي إلخ.

يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك إن شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذي ويختلط كلامه) لأنه هو السكران في العرف، وإليه مال أكثر المشايخ. وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد. ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك لا يعرّى عن شبهة الصحو، والمعتبر في القدح المسكر في

يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية: ولا الأرض من السماء وقالا: (هو الذي يهذي ويخلط) وبه قال الأئمة الثلاثة، ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف، والمراد أن يكون غالب كلامه هذياناً، فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في إقراره بالحدود وغير ذلك، لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جدّه بهزله فلا يستقرّ على شيء (وإليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان يهذي يسمى سكران وتأيد بقول عليّ: إذا سكر هذي (ولأبي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً) بدليل الإلزام في شهادة الزنا أن يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالأخذ من الحرز التام لأن فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرىء الحد. وأما في ثبوت الحرمة فما قالا فاحتاط في أمر الحد وفي الحرمة، وإنما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر، والحد إنما أنيف في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكراً لا بالمرتبة الأخيرة منه، على أن الحالة التي ذكر قلما يصل إليها سكران فيؤدي إلى عدم الحد بالسكر. وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدر شيئاً أصلاً. قال بشر: فقلت لأبي يوسف: كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطىء فيها العاقل الصاحي؟ قال: لأن الله بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران: يعني به ما في الترمذي عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه: صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا، وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون، قال:

الصغير وليس فيه بيان الخلاف. قال المصنف: (وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذي ويختلف كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان: فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران (لأنه السكران في العرف وإليه) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال: سألت أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال: أن يستقرأ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ ولا يقدر عليه، فقلت له: كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحي؟ قال: لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها. وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولأبي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درءاً للحد، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك لا يعرّى عن شبهة الصحو) يعني أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم، والحدود تندرىء بالشبهات، ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لأن اعتبار النهاية فيما يندرىء بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط، وهذا معنى قوله: (والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط) لأنه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه، فلما امتنع عنه وهو

قوله: (أن يستقرأ) أقول: أي ذو أن يستقرأ قوله: (قال لأن تحريم الخمر نزل إلخ) أقول: الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير، والأظهر أن يقال: لأنه تعالى جعل الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران.

حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحدّ السكران بإقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق

فأنزل الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾[1] [النساء ٤٣] ولا ينبغي أن يعوّل على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قيل له اقرأ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئاً فيبدّلها إلى الكفر، ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤاخذ به. نعم لو تعين طريقاً حكم الله تعالى، لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا، وقوله تعالى ﴿ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء ٤٣] لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرّف عليه. قوله: (وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع، بل إذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة صحو، وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران، وإذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه. وعرف مما ذكر أن من استدل لأبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقاً الخ غريق في الخطإ لأنها في عليّ وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله. وأما قوله تعالى ﴿حتى تعلموا﴾ [النساء ٤٣] الآية فإنما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون، وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا، بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه سمي سكران، وكون المقدر الذي هو سبب للحد ما هو لا تعرض له بوجه. وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الإجماع في قوله

الأدنى في حد السكر كان ممتنعاً عن الأعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة. قوله: (وهذا) أي ظهور الأثر في مشيته (مما يختلف) فإن السكران ربما يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلاً. قوله: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة، لأن الإقرار خبر يحتمل الكذب، فإذا

قال المصنف: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أقول: قال صاحب النهاية: أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة، ولكن يضمن المسروق، كذا في جامع العتابي. وقال صاحب النهاية: ذكر الإمام التمرتاشي ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره، ولكن يضمن المسروق، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فالأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اهـ. ولا يخفي عليك أن قوله لأنه لا فائدة في التأخير إلخ محل بحث. وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط اهـ. وفي معراج الدراية: قيد بالإقرار لأنه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو، بخلاف الإقرار كذا في الذخيرة اهـ.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٧١ والترمذي ٣٠٢٦ والحاكم ٤/١٤٢ كلهم من حديث علي. ومداره علي واللفظ للترمذي والحاكم.
ورواه الحاكم بلفظين آخرين، وقال: أصحها أولها.
قلت: الحديث مداره على عطاء بن السائب، وقد اختلط بآخره إلا أن الثوري رواه عنه في رواية أبي داود وإحدى روايات الحاكم، وقد سمع منه قبل اختلاطه.
فالحديث حسن، وبقية رجاله ثقات.
وقال ابن حجر في تخريج الكشاف ١/٥١٣: ورواه النسائي والبزار أيضاً. واختلف على ابن السائب. في الداعي والمصلي. فعند الترمذي والحاكم: الداعي هو ابن عوف.
وعند أبي داود الداعي رجل من الأنصار.
وعند الترمذي: المصلي: هو علي، وكذا عند أبي داود حيث فيه: فقدموني. وأما النسائي: فقدموا ابن عوف. وأبهمه البزار وأما الحاكم، فذكر في الرواية الأولى أنه ابن عوف، وصححه، وكذا في الرواية الثانية، وأما في الثالثة، فالمصلي هو علي اهـ بتصرف.

الله تعالى، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم.

والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالإجماع الإجماع المذهبي وإلا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما. واعترضه شارح بأنه قلد فيه فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل، ولا يعتبر السكر أصلاً. ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر، بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقاً عنهما وعن الشافعي ومفصلاً عن الإمام: أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه، وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم. وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر، وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك، ثم أبطله بأن هذا يتفاوت: أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا يضبط به، ولأن الذي وقع في كلام عليّ رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هذي[1] الخ قوله: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة، إلا أنه يضمن المسروق، وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع، وإنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه. ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء، وذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها، فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه. هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجوناً وتهتكاً كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرىء عنه، بخلاف ما لا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعاً عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل. هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرأ للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في إيجاب الحد، وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لأنه أدخل الآفة على نفسه، فإذا أقرّ بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر، وينبغي أن يكون معناه أنه أقرّ بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأنبذة المحرّمة أو مطلقاً على الخلاف في الحد بالسكر من الأشربة المباحة، وإلا فبمجرد سكره لا يحد بإقراره بالسكر، وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لأنها لا تقبل الرجوع قوله: (ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف، وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك، وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقاً كقول أبي حنيفة في حده، والظاهر أنه كقولهما، ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما. فوجهه أن أبا حنيفة إنما اعتبر عدم الإدراك في السكران احتياطا لدرء الحد، ولا شك أنه يجب أن يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا: إذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتى أن يميل إليه ويبني عليه، فلو اعتبر في اعتبار

صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم قالوا إذا سكر هذي وإذا هذى افترى، وحدّ المفترين ثمانون، فهذا

---

(١) هو بعض أثر ابن عوف تقدم قبل بضعة أحاديث. صحيح،

....

عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطاً لتكفيره لأنه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكراً لمعناه كفر وإلا فلا. فإن قيل: هذا الاعتبار مخالف للشرع فإن الشارع اعتبر دركه قائماً حتى خاطبه في حال سكره وذلك لأن قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء ٤٣] يتضمن خطاب السكارى، لأنه في حال سكره مخاطب بأن لا يقرّبها كذلك وإلا لجاز له قربانها، وإن لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلاً فهو خطاب للصاحي أن لا يقرّبها إذا سكر، فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما أو لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطباً حال السكر، ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس إلا عقوبة، إذ تلزمه الأحكام ولا علم له بما يصدر منه، فاعتبار دركه زائلاً في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد، والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه. قلنا: ثبت من الشرع ما يقتضى أنه بعد ما عاقبه بلزوم الأحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة، وذلك حديث[1] عبد الرحمن بن عوف المتقدم فإنه لم يُحْكَمْ بكفر القارىء مع إسقاط لفظة «لا» من ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] ولا شك أن ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلاً؛ ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا إلى الأداء، فعلمنا أن الشارع رحمه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا إسلامه، ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وإن لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران إسلامه، ومما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو أن هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة، ولم يصل إلى أقصى السكر إن كان عن غير قصد إليها كما قرأ عليّ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم، وإن كان مدركاً لها قاصداً مستحضراً معناها فإنه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل، وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاضي لا يدري من حاله إلا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره، والله سبحانه أعلم.

إجماع منهم على وجوب حد القذف، فإذا وجب عليه حد القذف حقاً للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره (ولو ارتدّ السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الإعتاق فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاماً فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمراً وكان ذلك قبل تحريمها، فأمهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاءات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفراً من ذلك القارىء، فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر، والله أعلم.

---

(١) تقدم قبل أثر واحد.

باب حد القذف

(وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا، وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً) لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية، والمراد الرمي

باب حد القذف

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده. والقذف لغة الرمي بالشيء. وفي الشرع: رمي بالزنا، وهو من الكبائر بإجماع الأمة، قال الله تعالى ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ [النور ٢٣] وقال عليه الصلاة والسلام «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»(١) متفق عليه. وعنه عليه الصلاة والسلام «من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليدخل من أيّ أبواب الجنة شاء» وذكر منها قذف المحصنات، وتعلق الحد به بالإجماع مستندين إلى قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يؤتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ [النور ٤] (والمراد الرمي بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصي غير لا يجب الحد بل التعزيز (وفي النص إشارة إليه) أي إلى أن المراد الرمي بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به، ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا، ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال دفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد قوله: (وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بأن قال زنيت أو يا زاني (وطالب المقذوف بالحد حدّه الحاكم ثمانين سوطاً إن كان) القاذف (حراً) وإن كان عبداً حد أربعين سوطاً. شرط الإحصان في المقذوف وهو أن يكون حرّاً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً. وعن داود عدم اشتراط الحرية، وأنه يحد قاذف العبد. وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبياً وهي خلاف المصحح عنه. وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم، والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه. وقوله: (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني، بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد. ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لأحد على الثاني لأن كلامه محتمل. ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حدّ، ويحد بقوله زنى

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي، وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة (إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود، أو أقرّ به المقذوف لزمه حد الزنا

باب حد القذف

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٦٦ و ٥٧٦٤ و ٦٨٥٧ ومسلم ٨٩ في الإيمان وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائي ٦/٢٥٧ وأبو عوانة ١/ ٥٤ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٨٢ وابن حبان ٥٥٦١ والبيهقي ٨/٢٤٩ والبغوي ٤٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

بالزنا بالإجماع، وفي النص إشارة إليه اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا، ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه

فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولاً، وكذا إذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فإنه لا يحدّ، وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح. وقال مالك: وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال: كان عمر يضرب الحد في التعريض. وعن عليّ أنه جلد رجلاً بالتعريض، ولأنه إذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح. قلنا لم يعتبر الشارع مثله، فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾ وقال ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ [البقرة ٢٣٥] فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه. وأما الاستدلال بأنه ﷺ لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود(١) يعرّض بنفيه فغير لازم، لأن إلزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع. وقد أورد أن الحدّ يثبت بنفي النسب وليس صريحاً في القذف، وورده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات. وأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة. والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيذكر بل حده بالأثر والإجماع فهو وارد لا يندفع، ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك، فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره الخ، بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها. ولو قال هذا لرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال. ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعاً حراماً لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة، إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد، وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا، ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره، ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة، لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به، وسيأتي خلافه في فروع نذكرها. وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حياً، فإن كان ميتاً فمطالبة من يقع القدح في نسبه ثم أن

(وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن إثبات ما قذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية، والمراد) بقوله: ﴿والذين يرمون﴾ (الرمي بالزنا بالإجماع) وإليه الإشارة في النص لأنه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا. واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك، وبأن القياس أن لا تجب المطالبة لأن حق الله فيه غالب، والمقلوب في مقابلته كالمستهلك، ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة، فإن ابنه إذا طالبه حد. والجواب أنه إذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لا محالة

قوله: (واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك إلخ) أقول: وفي النهاية بعد ما قال فإن قلت في هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة في الشرح. والرابع أنه قد يتحقق قذف الرجل المحصن والمرأة المحصنة، ولا يجب حد القذف كما إذا قذف الأخرس المحصن أو المجبوب المحصن والرتقاء المحصنة، والرواية في المبسوط، فعلى هذا لا يكون في إطلاقه فائدة. وقال في جوابه: وأما الرابع فإنما لا يحد قاذف الأخرس، لأنه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة، وأما المجبوب والرتقاء فلأنه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لأن الزنا منهما لا يتحقق اهـ. فخلاصة الجواب عن الكل أنه لم يجب الحد على ما ذكرتم لمانع، وفيه عدم المانع غير لازم في الأحكام الكلية كما سيجيء في أوائل الوكالة. ثم أقول: فيه تأمل. ثم لا يخفى أن الأظهر في الأخرس أن يقال: إن فيه شبهة البدلية، فإن إشارته قائمة مقام العبارة، والحدود تندرىء بالشبهات. إلى هذا أشير في الكافي في أوائل الوكالة قوله: (بطريق الكناية) أقول: فإنها تقابل الصريح.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٢٦٢ والطحاوي في معاني الآثار ٣/١٠٣ كلاهما من حديث الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن أعرابياً أتى النبي ﷺ... فذكره. وإسناده صحيح رجال رجال البخاري ومسلم.

حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا. قال: **(ويفرّق على أعضائه)** لما مر في حد الزنا **(ولا يجرّد من ثيابه)** لأن سببه غير مقطوع فلا يقام على الشدة، بخلاف حد الزنا **(غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو)** لأن ذلك يمنع إيصال

نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر، وأورد ينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن المغلب فيه حق الله تعالى. فالجواب أن حق العبد مطلقاً يتوقف النظر فيه على الدعوى وإن كان مغلوباً. نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فإنه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا، وكذا الأخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق. وفي الأولين كذبه ثابت بيقين فانتفى إلحاق الشين إلا بنفسه. ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي يحد لأنه قذفه على المبالغة، فإن التاء تزاد له كما في علامة ونسابة. ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوباً، وكذا لو قال أنت محل للزنا لا يحد، وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد من التأنيث، ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك، ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لأن الترخيم شائع **(ويفرّق** الضرب **(على أعضائه لما مرّ في حد الزنا)** قوله: **(ولا يجرّد من ثيابه)** إلا في قول مالك **(لأن سببه)** وهو النسبة إلى الزنا كذباً **(غير مقطوع به)** لجواز كونه صادقاً غير أنه عاجز عن البيان، بخلاف حد الزنا لأن سببه معاين للشهود أو للمقر به، والمعلوم لهما هنا نفس القذف، وإيجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذباً حقيقة أو حكماً بعدم إقامة البينة، قال تعالى **﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾** [النور ١٣] فالحاصل أنه تعالى منع من النسبة إلى الزنا إلا عند القدرة على الإثبات بالشهداء لأن فائدة النسبة هناك تحصل، أما عند العجز فإنما هو تشنيع ولقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة **(بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو)** أي الثوب المحشو لأنه يمنع من وصول الألم إليه، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشوّ لا ينزع، والظاهر أنه إن كان فوق قميص ينزع لأنه يصير مع القميص كالمحشو أو قريباً منه ويمنع إيصال الألم الذي يصلح زاجراً قوله: **(والإحصان أن يكون المقذوف حراً إلخ)** قدمنا ذلك، والكلام هنا في إثبات ذلك، ويثبت الإحصان بإقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافاً لزفر وتقدمت، فإن أنكر القاذف الإحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم أنها محصنة، وكذا إذا أنكر الحرية ليحد حد الأرقاء القول قوله، ولا يحد كالأحرار إلا أن يقيم المقذوف بينة أنه حرّ، ولو كان القاضي يعلم حريته حدّه ثمانين، وهذا قضاء يعلمه فيما ليس سبباً للحد فيجوز **(أما اشتراط الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء ٢٥] أي الحرائر)** فالرقيق ليس محصناً بهذا المعنى، وكونه محصناً بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصناً من وجه دون وجه، وذلك شبهة في إحصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصناً بجميع المفهومات التي أطلق عليها لفظ الإحصان إلا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الإحصان وهو كونها

فتلك قضية صادقة، وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لأن التقييد به لإخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل أن يقول: يا زاني فقال آخر صدقت لا لإخراج ما ذكرتم، وحق العبد وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطاً للدرء، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف، ولهذا لم يكن حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه **(وقوله ويفرق)** يعني الضرب **(على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا)** وهو قوله لأن الجمع في عضو واحد يفضي إلى التلف **(ولا يجرّد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به)** لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً في نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزاً عن إقامة البينة لأنها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل **(فلا يقام على الشدّة بخلاف حد الزنا)** حيث يجرد فيه من ثيابه لأن سببه معاين بالبينة أو الإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة إلى الزنا

قوله: **(يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى إلخ)** أقول: قد سبق نظيره في باب حد الشرب قوله: **(من قذف المجنون الذي زنى حال جنونه إلخ)** أقول: الظاهر أن يقال ومن قذف المجنون الذي زنى حال جنونه إلخ وهكذا في النهاية، ويجوز أن يكون من قبيل ـ كمثل الحمار يحمل أسفاراً.

الألم به (وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق. والإحصان أن يكون المقذوف حرّاً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال الله تعالى **﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾** أي الحرائر، والعقل والبلوغ لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما، والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف صادق

زوجة أو كون المقذوف زوجاً، فإنه جاء بمعناه وهو قوله تعالى **﴿والمحصنات من النساء﴾** [النساء ٢٤] أي المتزوجات، ولا يعتبر في إحصان القذف بل في إحصان الرجم، ولا شك أن الإحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا، وبمعنى الإسلام في قوله تعالى **﴿فإذا أُحْصِنَّ﴾** [النساء ٢٥] قال ابن مسعود أسلمن، وهذا يكفي في إثبات اعتبار الإسلام في الإحصان، والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن»(١) وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا، قال تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** [النور ٤] والمراد بهن العفائف، وأما العقل والبلوغ ففيه إجماع، إلا ما عن أحمد أن الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحدّ قاذفه، والأصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحدّ قاذفها خصوصاً إذا كانت مراهقة، فإن الحد بعلة إلحاق العار ومثلها يلحقه، والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما إلى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبيّ أو مجنون يا زاني، إما لعدم صحة قصده، وإما لعدم خطابهما بالحرمات. ولو فرض لحوق عار المراهق فليس إلحاقاً على الكمال فيندرىء، وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لأنه مؤوّل بأن المراد بالزنا المؤثم وإلا فهو يتحقق منهما إذ يتحقق منهما الوطء في غير الملك، لكن القذف إنما يوجب الحد إذا كان بزنا يؤثم صاحبه، وبه يندفع الإيراد القائل إذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغي أن يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد وإن كان قذفه حين إفاقته. وأما اشتراط العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته إلى الزنا لأن تحصيل الحاصل محال، ولو لحقه عار آخر فهو صدق، وحد القذف للفرية لا للصدق. وفي شرح الطحاوي في العفة قال: لم يكن وطىء امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره، فإن كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه، وكذا لو وطىء في غير الملك أو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته، ولو وطئها في الملك إلا أنه محرّم فإنه ينظر إن كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما إذا وطىء امرأته في الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط إحصانه، وإن كانت مؤبدة سقط إحصانه كما إذا وطىء أمته وهي أخته من الرضاع. ولو مسّ امرأة بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوّج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط. ولو وطىء امرأة بالنكاح ثم تزوّج بنتها ودخل بها سقط إحصانه انتهى لفظه. وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لأن كثيراً من الفقهاء

وهو غير متيقن به. وقوله: (غير أنه ينزع عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد. وقوله: (لأن ذلك) يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى **﴿عوان بين ذلك﴾** وقوله: (وإن كان القاذف عبداً) ظاهر. وقوله: (والإحصان) بيان شرطه. وقوله: (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وإن قذفه بعد الإفاقة. وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما، وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلاً بوطء شبهة أو وطء جاريته المشتركة بينه وبين غيره. وقوله: (والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن») تقريره أن الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** الآية، والكافر ليس

---

(١) تقدم مستوفياً في ٢ ـ ٣/ ٢٣٩ فصل في كيفية الحد. وإسناده ضعيف.

فيه (ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد) وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة، لأنه في الحقيقة قذف لأمه لأن النسب إنما ينفي عن الزاني لا عن غيره. (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد) لأن عند الغضب يراد به حقيقته سباً له، وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب

يصححون نكاحها قوله: (ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرّة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي، وعلله في الهداية بأنه في الحقيقة قذف لأمه، فكأنه قال أمة زانية، لأنه إذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زناها معه. قيل فعلى هذا كان الأولى أن يقال: إذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الإحصان. وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد. الجواب أن المراد أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه، وهذا ملزوم بأن الأم زنت مع صاحب الماء الذي ولد منه، وهذا معنى قول المصنف لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره. وحاصله أن نفي نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانياً لأن النسب إنما ينفى عن الزاني فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا. ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفاً لأمه فالوجه إثباته بالإجماع، وهذا بناء على الحكم بعدم إرادة الأب الذي يدعى إليه وينسب بخصوصه، ولا شك في هذا وإلا كانت بمعنى المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور، وجوابه ما سيجيء. وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما إذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها، فإذن يختلف المراد بلفظ الأب على هذا التقدير، فإنه إذا كان في غير الغضب فإنما يراد بالأب الأب المشهور، فيكون النفي مجازاً عن نفي المشابهة في محاسن الأخلاق قوله: (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي إليه يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به حقيقته) أي حقيقة نفيه عن أبيه لأنه حالة سبّ وشتم، وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه. ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه إلى الزنا أمراً لازماً لجواز نفيه عنه. والقصد إلى إثباته

بمحصن لقوله ﷺ «من أشرك بالله فليس بمحصن» فلا يجب عليه حد القذف (ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك يحدّ إن كانت أمه حرّة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف أمه) لأنه نفي النسب (والنسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره) وتقريره أن فرض المسئلة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الأم ثابت بيقين ونفاه عن الأب المعروف فكان دليلاً على أنه زنى بأمه وفي ذلك قذف لأنه لا محالة. قيل يشترط أن يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها. وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وإن كان قذفه في حالة الغضب لجواز أن ينفي النسب عن أبيه من غير أن تكون الأم زانية من كل وجه بأن تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطىء. وأجيب بأن ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالأثر قال في المبسوط: وإنما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه. وقوله: (ومن قال لغيره في غضب الخ) ظاهر، وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهي أمه التي تدعى له

قال المصنف: (ومن نفى نسب غيره وقال: لست لأبيك) أقول: أي لست لأصلك الذي خلقت من مائه، وإنما ينقطع نسبه عن صاحب الماء إذا حصل بالزنا، حتى لو قال لست لأبيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجيء أيضاً قال المصنف: (وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول: الأولى أن يقول محصنة ليعم قوله: (وقيل يجب، إلى قوله: ولدت في عدة الواطىء) أقول: وأجاب في الكافي بأنه إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية، فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضي الله عنه: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه اهـ. وقوله كان الولد ثابت النسب من إنسان: أي إذا كانت تحت زوج فنسبه منه، وإن لم يكن فمن الواطىء، فكان ثابتاً من إنسان ضرورة هو أبوه. قوله وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية: يعني وهو قد قذفه بنفي نسبه عن الأب فدل ذلك على أنه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضاً. ثم أقول: لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج إلى الجواب.

المروة **(ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد)** لأنه صادق في كلامه، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً لأنه قد ينسب إليه مجازاً **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف)** لأنه قذف محصنة بعد موتها **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد)** لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون

من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتي قبلها، فثبوت الحد به بمعونة قرائن الأحوال، وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا. وكذا ذكر في المبسوط أن في الأول الحد استحساناً بأثر ابن مسعود، وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد: بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه. ثم حملوا الأثر على النفي حالة الغضب، وحكموا بأنه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء إذ ليس قذفاً، وإنما يكون تخصيصاً لو كان قذفاً أخرج من حكم القذف. ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقاً لأن حده في قوله لست ابن فلان في حالة الغضب مقتصراً عليه باعتبار أنه قذف أمه، وإذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها إياه فقد نفى زناها به فكيف يحد. هذا، وأما إذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة، بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فإنه يعزر، ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر قوله: **(ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لأنه صادق في كلامه)** وكذا لو قال أنت ابن فلان: يعني جده هو صادق لأنه قد ينسب إلى الجد مجازاً متعارفاً، وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده، وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلاً منهما أطلق عليه اسم الأب كما سيأتي. واعلم أن قوله لست ابن فلان لأبيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مائه مع زنا الأم به أو عدم زناها بل بشبهة، فهي ثلاثة معان: يمكن إرادة كل منها على الخصوص، وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه، فمعه يراد نفي كونه من مائه مع زنا الأم به، ومع عدمه يراد المجازي. وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده، ومعنيان حقيقيان أحدهما نفي كونه مخلوقاً من مائة والآخر نفي كونه أباً أعلى له، وهذا يصدق بصورتين: نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به، أو جاءت به بشبهة، وكل هذه المعاني يصح إرادة كل منها، وقد حكم بتعيين الغضب: أحدها بعينه في الأول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الأم به، إذ لا معنى لأن يخبره في السباب بأن أمه جاءت به بغير زنا بل شبهة، فيجب أن يحكم أيضاً بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جدته به، فإنه لا معنى لإخباره في حالة الغضب بأن لم تخلق من ماء جدك، وهو مع سماجته أبعد في الإرادة من أن يراد نفي أبوته لأبيه، لأن هذا كقولنا السماء فوق الأرض، ولا مخلص إلا أن يكون فيها إجماع على نفي الحد بلا تفصيل، كما أن في تلك إجماعاً على ثبوته بالتفصيل. ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعاً بلا زنا على ما قلنا، فإنما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود، وهذه الصور ستأتي في الكتاب لكنها هنا أنسب قوله: **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده)** فإذا طالب به حد القاذف **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه)** وهو الوالد وإن علا والولد وإن سفل، لأن العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولاً معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة، لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الأصل في ذلك فهو الأصل في الخصومة، لأن العار يلحقه مقصوداً فلا يطالب غيره بموجبه إلا عند اليأس عن مطالبته وذلك بأن يكون ميتاً، فلذا لو

حيث لا يكون قذفاً مع أن القذف يراد بهذا اللفظ. وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفى عنها، وإنما ينتفي عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفياً للولادة ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك لأنه نفى عن الوالد، وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد الزنا. قال: **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها)** بخلاف ما إذا قذفها ثم ماتت فإن الحد يسقط **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبة بقذفه وهو الوالد والولد)** يعني الأب والجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل، نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبي الليث، ثم

القذف متناولاً له معنى. وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين، وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث بل لما ذكرناه، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر (**وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه**

كان المقذوف غائباً لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافاً لابن أبي ليلى لأنه يجوز أن يصدقه الغائب، وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للأب وإن علا ذكره الفقيه أبو الليث. وفي فتاوى قاضيخان: رجل قذف ميتاً فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده، وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية، ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جدّ أبو الأب ولا أم الأم ولا عمة ولا مولاه. وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضاً تثبت المطالبة لكل وارث بناء على أنه يورث عنده، ففي فتاوى القاضي قال محمد: لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اهـ. وهذه رواية غريبة عن محمد. ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه: أحدها أن يرثه جميع الورثة. والثاني غير الوارث بالزوجية. والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (**وعندنا ليس بطريق الإرث بل لما ذكرنا**) من لحوق العار، ولذا لا يثبت للأخ عندنا حق المطالبة به لأن قرابة الولاد بمنزلة نفس الإنسان، فاللاحق من العار للإنسان كاللاحق لنفس ولده ووالده، بخلاف الأخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه، ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الأخ لأخيه، فليس لأخي المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف، ولم تجز شهادة الولد والوالد لأنهما في حكم نفس المشهود له (**ولهذا**) أعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الإرث (**يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل**) أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف، وكذا إذا كان الولد عبداً أو كافراً خلافاً لزفر رحمه الله (**ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد**) ويثبت للأبعد مع وجود الأقرب (**وكذا يثبت لولد الولد**) حق المطالبة (**مع وجود الولد خلافاً لزفر**) ولو عفا بعضهم كان لغيره أن يطالب به لأنه للدفع عن نفسه. وقوله: (**خلافاً لمحمد**) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه، ووجهها أن نسبه إلى أبيه وهو أجنبي عن جدته لأمه بدليل أنه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية. وجه الظاهر عنهم أولاً يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف، وثانياً بتقدير التسليم أن المبني مختلف لأن مبني ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب إلى الإنسان إلى الآخر، وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لأنه وقف على من يسمى به، فإذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لأولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا. وجه قول زفر إن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد

قال: كذا وجدت بخط شيخي، ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (**لأن العار يلتحق به**) أي بكل واحد من الوالد والولد (**لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى**) وردّ بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها إذا كان المقذوف حياً غائباً فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك. وأجيب بأن الأصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس من الأصل، وإنمايقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته. وقوله: (**وعند الشافعي**) ظاهر. وقوله: (**لما ذكرناه**) يعني قوله لأن العار يلتحق به. وقوله: (**كما يثبت لولد الابن**) يعني بالاتفاق

قوله: (**ونقل غيره من الشارحين**) أقول: أراد الإتقاني قوله: (**عن شرح الجامع الصغير**) أقول: هو الفقيه أبي الليث قال المصنف: (**فيكون القذف متناولاً له معنى**) أقول: قال الزيلعي: لأن العار نوع ضرر والضرر الراجع إلى الأصول والفروع كالراجع إلى نفسه، وكذا النفع الراجع إليهم كالنفع الراجع إلى نفسه؛ ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة إليهم ومنع الوكيل من البيع وغير ذلك من الأحكام اهـ. بخلاف الأخ والعم وغيرهما قوله: (**فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده**) أقول خلافاً لابن أبي ليلى. قال المصنف: (**ويثبت لولد البنت**) أقول: قال الإتقاني: وإن لم يكن وارثاً لأنه من ذوي الأرحام اهـ. وفيه بحث لأنه وارث عندنا. ففي التفريع تأمل، ودفعه غير خفي لأن المراد بالإرث هو الإرث بطريق الفرضية والعصوبة إذ هما من أسباب الإرث عند الشافعي.

الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافاً لزفر. هو يقول: القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه، وليس طريقة الإرث عندنا فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى. ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد، وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده، والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق، بخلاف إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا

الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فإنه لا خصومة للأبعد مع وجود الأقرب. والجواب منع أن ما يلحق الأقرب فوق ما يلحق الأبعد بل أكل من ينسب إلى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية، بخلاف المقذوف مع ولده لأنه لحقه العار مقصوداً بالإلحاق به دون ولده وولد ولده. وأما حق خصومة الكفاءة فإنما يثبت للأقرب بالحديث وهو قوله ﷺ «الإنكاح إلى العصبات»[1] فعلم ترتبهم في ذلك لأن الإسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك. فإن قلت: قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جدّه وجدته إنما خالف زفر في ذلك عند وجود الأقرب فما وجه ما في قاضيخان فإذا قال جدّك زان لا حدّ عليه. قلنا: ذلك للإيهام لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفاً ما لم يعين مسلماً، بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لأنه قاذف لجدّه الأدنى، فإن كان أو كانت محصنة حد قوله: **(وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافاً لزفر)** ولكل من قال طريقه للإرث: يعني إذا كان المقذوف ميتاً بأن وقع بعد موت المقذوف لأنه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف **(هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار إليه)** وليس الحد الآن والمطالبة به لأجل أمه إذ ليس طريقه الإرث عندنا، وإذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف، ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم إحصانه، فكذا إذا كان مقذوفاً معنى فقط **(ولنا أنه)** أي

(خلافاً لمحمد) فإنه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لأنه منسوب. إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه. وفي ظاهر الرواية: النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين **(ويثبت لولد الولد حال قيام الولد)** وقال زفر رحمه الله: ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد، فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف، واعتبر هذا بطلب الكفاءة فإنه لا خصومة فيه مع بقاء الأقرب. ولكنا نقول: حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الوالد، فأيهما خاصم يقام الحد لخصومته، بخلاف المقذوف فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصوداً، وذلك لا يوجد في حق ولده، وبخلاف الكفاءة فإن طلبها إنما يثبت للأقرب بقوله ﷺ «الإنكاح إلى العصبات» وفي الحكم المرتب على العصوبة يقدم الأقرب على الأبعد. **(وإذا كان المقذوف محصنا)** وهو ميت **(جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد، خلافاً لزفر. هو يقول: القذف تناوله معنى لرجوع العار إليه، وليس طريقه الإرث عندنا)** لأن حد القذف لا يورث **(فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى)** في رجوع العار إليه، ولو كان متناولاً له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله معنى. قيل قوله وليس طريقه الإرث غير مفيد له في هذا المقام، لأنه لو كان طريقه الإرث أيضاً لم يكن له أن يخاصم، لأن المانع عن الإرث موجود وهو الكفر أو الرق. وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر، لا جائز أن يكون لأجل أمه لأن الحد لا يورث ولا أن يكون لأجل نفسه لأنه ليس بمحصن وهو كما ترى **(ولنا أنه عيره بقذف محصن)** وهو ظاهر، لأن فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لأنه تعيير على الكمال فيقتضي زاجراً. وأشار المصنف إلى هذا الكلام بقوله: **(وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا، التعيير الكامل إلى ولده)** فجاز له أن يأخذ بالحد. فإن قيل: جاز أن يكون المانع موجوداً فلا يترتب الحكم على المقتضى. أجاب بقوله: **(والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق)** أي استحقاق أهلية الخصومة لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فإنه لا يوجد التعيير

---

(١) تقدم في كتاب النكاح باب الولاية.

(وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده، وكذا الأب بسبب ابنه، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب

القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد، وهذا لأن الإحصان في) المقذوف قصداً وهو (الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال) لأنه لا يقع تعييراً كاملاً إلا إذا كان محصناً (ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده) فيثبت له حق المطالبة على طريق الأصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة، ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد حقاً لله تعالى (والكفر لا ينافي أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه) لعدم إحصانه فلم يقع التعيير إذ لم يكن محصناً على الكمال. والحاصل أن السبب التعيير الكامل وهو بإحصان المقذوف فإن كان حياً كانت المطالبة له أو ميتاً طالب به أصله أو فرعه، وإن لم يكن محصناً لم يتحقق التعيير الكامل في حقه قوله: (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وإن علا (بقذف أمة الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بأن قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة، أو قال لابنه أو لابن ابنه وإن سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية، وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك، والمشهور عنه أن للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لإطلاق آية ﴿فاجلدوهم﴾ [النور ٤] ولأنه حد هو حق الله فلا يمنع من إقامته قرابة الولاد. وقال مالك: إذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أفّ﴾ [الإسراء ٢٣] والجواب أن الإطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أفّ﴾ [الإسراء ٢٣] والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالإجماع على عدم القطع وصار الأصل لنا عموم الآية، أعني قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أفّ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقاد الوالد بولده، ولا السيد بعبده»(١) وأما

على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا. قال: (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جدّه وإن علا (بقذف أمه) وجدته وإن علت، ولا أمه ولا جدته وإن علت بقذف نفسه (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال ﷺ «لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده» فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقاً فيما نسبه إليه أولى. قوله: (ولو كان لها ابن

---

(١) صدره حسن. أخرجه الترمذي ١٤٠٠ وابن ماجه ٢٦٦٢ والدارقطني ٣/ ١٤٠ والبيهقي ٨/ ٣٨. ٣٩ وأحمد ١/ ٤٩ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر بن الخطاب مرفوعاً: «لا يقتل والد بولده» وله قصة.

وفي إسناده الحجاج بن أرطاة ليس بالقوي.

وله شاهد من حديث ابن عباس. أخرجه الترمذي ١٠٤١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/ ١٤١ والبيهقي ٨/ ٣٩ كلهم من حديث ابن عباس: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد».

قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً بهذا الإسناد إلا من حديث إسماعيل بن مسلم وقد تُكلم فيه من قبل حفظه اهـ. لكن تابعه سعيد بن بشير على عمرو بن دينار. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٦٩ لكن سعيد بن بشير ضعيف. وتابعهما عبيد الله بن الحسن العنبري على ابن دينار أخرجه البيهقي ٨/ ٣٩ لكن الراوي عن العنبري ساقط.

قلت: وحديث عمرو بن شعيب عن عمر الذي تقدم أن فيه الحجاج بن أرطاة قد توبع فيه تابعه محمد بن عجلان أخرج ابن الجارود ٧٨٨ والبيهقي ٨/ ٣٨ وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

ورواه الترمذي من حديث سراقة وقال: ليس إسناده بصحيح. وهذا حديث فيه اضطراب والعمل على هذا: أن الأب لا يقتل بابنه وإذا قذف ابنه لا يحدُّ اهـ.

وأخرج البيهقي من طرق أخرى واهية وكذا قال البيهقي لكن بمجموعها يتقوى، ويرقى إلى درجة الحسن. وانظر نصب الراية ٤/ ٣٣٩. ٣٤١، وتلخيص الحبير ٤/ ١٦. ١٧.

تنبيه: وأما لفظ: «ولا السيد بعبده» فإسناده ضعيف ليس في الطرق المتقدمة وإنما هو في المستدرك ٢/ ٢١٦ و ٤/ ٣٦٨ من حديث ابن عباس وصححه الحاكم. ورده الذهبي بقوله: فيه عمر بن عيسى منكر الحديث.

فائدة: ذكر البهاء المقدسي في شرح العمدة ص ٤٩٥ عن ابن عبد البر في حديث: «لا يقاد والد بولده» ما نصه: هو حديث مشهور عند أهل العلم في الحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته، وقبوله، والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد فيه مع شهرته تكلفاً اهـ.

لتحقق السبب وانعدام المانع. **(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد)** وقال الشافعي: لا يبطل **(ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي)** عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث، ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد

الإجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب في المسروق فلا يرد على مالك. نعم دلالة الإجماع على كونه لا يقاد به لازمه، فإن إهدار جنايته على نفس الولد توجب إهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد، بخلاف حد القذف فيهما، ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده. وقول المصنف **(لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده)** استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه. قيل لأن حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه قوله: **(ولو كان لها)** أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية **(ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة)** بإجماع الأئمة الأربعة لأن لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله في الآخر، ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به، بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص بمنع استيفاء الآخر لأن القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين، فبإسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لأن القتل الواحد لا يتصور تجزيه، أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل بإسقاط أحدهما.

[فرع] يجوز التوكيل بإثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وكذا في القصاص لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل، وشرط الحد لا يثبت بمثله، والإجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لأنها عقوبة تندريء بالشبهات، ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو أن المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده، ولا يخفي قصور التعليل الأول لأن حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله أولى قوله: **(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد، وقال الشافعي: لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده)** فيرث الوارث الباقي فيقام له **(وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص)** كالقصاص **(فمن هذا الوجه)** أي من هذا الدليل **(هو حق العبد ثم)** نعلم **(أنه شرع زاجراً ومنه سمى حداً، والمقصود من شرع الزواجر)** كلها **(إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع)** إذ لم يختص بهذا إنسان دون غيره **(وبكل)** من حق الله وحق العبد في حد القذف **(تشهد الأحكام)** فباعتباره حقاً للعبد شرطت الدعوى في إقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم، ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه إذا علمه في أيام قضائه، وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حدّه، وإن علمه القاضي قبل أن يستقضي ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة إذا اجتمعنا، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار به، وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الإمام دون المقذوف،

من غيره) واضح. وقوله: (وبكل ذلك تشهد الأحكام) أما الأحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفي بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذلك لا يستوفي إلا بخصومة، وإنما يستوفى بخصومة ما هو حقه، بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد، حتى لو بطل الحدّ لمعنى الشبهة لا يبطل المال، ويقام هذا الحد على المستأمن، وإنما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر، حتى أن رجلاً لو ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد، وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف الفوت، والله تعالى لا يفوته شيء، إذا بريء من ذلك يقام عليه حد القذف. وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعين نائباً في استيفاء حق الله تعالى،

الأحكام. وإذا تعارضت الجهتان، فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعياً به، ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة عنه، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث، إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع. ومنها العفو فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري. وعن أبي يوسف في العفو مثل

بخلاف القصاص، ولا ينقلب مالاً عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقاً لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف، ولا يختلف باختلاف المتلف، وإذا تعارضت الجهتان ولم يمكن إهدار مقتضى إحداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين **(إلا أن الشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه حق العبد مرعياً)** بتغليب حق الشرع لا مهدراً **(ولا كذلك عكسه)** أي لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفي حق الشرع إلا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه إليه، وذلك لا يجوز إلا بدليل ينصبه الشرع على إنابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك، بل الثاني استنابة الإمام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى على ما قدمناه من الأحكام، فإذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الأصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين. منها الإرث فعنده يورث، وعندنا لا يورث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى: أي إنما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالاً، أو ما يتصل بالمال كالكفالة، أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص، والحد ليس شيئاً منها فيبطل بالموت إذ لم يثبت دليل سمعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه في المطالبة التي جعلها شرطاً لظهور حقه. ومنها العفو، فإنه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والإحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا، ويصح عنده، ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي، وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجباً للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك، وهذا كما إذا صدقه المقذوف فإنه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجباً للحد، بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لأن المغلب فيه حق العبد. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا، وبه قال مالك، وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجري فيه التداخل عندنا، وبه قال مالك، حتى لو قذف شخصاً مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد إذا لم يتخلل حدّ بين القذفين، ولو ادعى بعضهم فحد ففي أثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحدّ، وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل. وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المقذوف قوله: **(ومن أصحابنا من قال: إن الغالب في حد القذف حق العبد الخ)** وما تقدم من بيان الأصل المختلف فيه وتفريغ الأحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الأظهر من جهة الدليل والأشهر لأنه قول عامة المشايخ، وذهب صدر الإسلام أبو اليسر إلى أن المغلب فيه حق العبد

وأما حق العبد فاستيفاؤه إليه، ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب ما لا عند السقوط. وقوله: **(لأن ما للعبد من الحق الخ)** قيل فيه نظر، لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد غالباً إذا اجتمع الحقان أصلاً، وهو خلاف الأصول والمنقول، فإن القصاص مما اجتمعنا فيه وحق العبد غالب. واعترض بأن من الأحكام ما ينافي الحقين جميعاً وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به، وأجيب بأنا لا نقول إنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه، فإن الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته. وقوله: **(ومن أصحابنا من قال)** يريد به صدر الإسلام أبا اليسر، فإنه ذكر في مبسوطه. والصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي، لأن أكثر الأحكام تدل عليه، والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص. وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص إلا أنه فوض إقامته إلى الإمام لأنه لا يهتدي كل أحد إلى إقامة الجلد.

قول الشافعي؛ ومن أصحابنا من قال: إن الغالب حق العبد وخرج الأحكام، والأول أظهر. قال: **(ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه)** لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله لأنه لا مكذب له فيه **(ومن قال لعربيّ يا نبطيّ لم يحد)** لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا.

كقول الشافعي (وخرج الأحكام) المختلف فيها على غير ذلك، أما توجيه أن أحق العبد غالب فلأن أكثر الأحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له، وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص. وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص. وأما تخريج الأحكام فإنما فوّض إلى الإمام لأن كل أحد لا يهتدي إلى الضرب الواجب أو لأنه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفاً؛ وإنما لا يورث لأنه مجرد حق ليس مالاً ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط، وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمنا، وإنما لا يصح عفوه لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الإقامة، ولأنه متعنت في العفو لأنه رضي بالعار والرضا بالعار عار، وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة، ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو، إذ لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع، بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف، وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم، وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الإنسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله، وكونه مولى عليه إنما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفى أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا، وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخبازية إن شاء الله تعالى. وقول محمد إن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى قوله: **(ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقاً فكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه)** فيقبل رجوعه، وأما التعليل بأنه بالإقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الإقرار بحق الله تعالى، وكونه ألحق الشين لا أثر له، بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمي فلا يقبل إبطاله، فإلحاق الشين تأثيره في إثبات حق الآدمي ليس غير، ثم امتناع الرجوع ليس إلا لتضمنه إبطال حق الغير قوله: **(ومن قال لعربيّ يا نبطيّ)** أو قال لست بعربيّ **(لا يحد)** وكذا إذا قال لست من بني فلان وقال مالك: يحد إذا نوى الشتم، وعنه إذا قال يا رومي لعربي أو فارسي أو يا فارسي لرومي أو عربي أو يا ابن الخياط وليس في آبائه خياط يحدّ. قلنا: العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وأما قذف أمه أو جدة من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا، وهذا لأن النسبة إلى الأخلاق الدنية مما يشتم به، فإذا لم يتعارف مثله في القذف أصلاً يجعل في الغضب شتماً بهذا القدر، ولأن النبطي قد يراد به النسبة إلى المكان على ما قال في ديوان الأدب: النبط قوم ينزلون بسواد العراق، فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا: أي يا قروي لا يحدّ به. وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب

وقوله: (وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض إلى الإمام ما ذكرنا أن كل أحد لا يهتدي إلى إقامة الجلد. وقال في عدم الإرث إن عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الإرث يجري في الأعيان. وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا للإتلاف وهو الأكل، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص. وقوله: (والأول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية: لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه، ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الأخذ بقول عامة العلماء أظهر، والظاني أظهر. وقوله: (ومن أقرّ بالقذف) من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد. وقوله: (ومن قال لعربيّ يا نبطيّ) ظاهر. والنبط جيل من الناس بسواد العراق. وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لقرشي يا نبطيّ فقال: لا حد عليه. وقوله: (لما قلنا) يعني قوله لأنه يراد به التشبيه

قوله: (إلا أنه فوض إقامته) أقول: من كلام أبي اليسر.

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء، **لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقذف)** لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً، أما

قوله: **(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف)** وكذا إذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح، فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدي لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجوداً. ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لأنه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود إلى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان، وعلى هذا فالأنسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للذم بالسرف والإعجاب، لكن عرف العامة في مثله أنه جوده، وقد لقب بماء السماء أيضاً للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرىء القيس لذلك، وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير:

ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بنى ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال: **لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه**، وأما جلا فقد استعمل مراداً به إنسان في قول سحيم:

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا متى أضع العمامة تعرفوني

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علماً له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال أنا ابن الذي جلا: أي أوضح وكشف. وأما قول القلاخ: * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علماً لقباً وكونه وصفاً أيضاً، ثم إنه إنما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وإماطة المكارة فلا يكون قذفاً هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء: يعني وهو معروف يحد في حال السباب، بخلاف ما إذا لم يكن. فإن قيل: إذا كان قد سمي به وإن كان للسخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب أن يحمل على النفي، لكن جواب المسئلة مطلق، فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربيّ لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاء عنه ليس غير قوله: **(وإن نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالأول)** وهو تسمية العم أبا **(لقوله تعالى: ﴿وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ وإسماعيل كان عماً له)** أي ليعقوب عليهم الصلاة والسلام **(والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام «الخال أب»)**(١) قالوا هو غريب، غير أن في كتاب الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعاً: الخال والد من لا والد له(٢) **(والثالث للتربية)** وقيل في قوله تعالى **﴿إن ابني من أهلي﴾** [هود ٤٥] إنه كان ابن امرأته **(ومن قال بغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل)** والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق **(ويحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة، قالت امرأة من العرب * وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل *)** والزنا وإن كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مراداً. وقوله قالت امرأة من

الخ. وقوله: **(لأن ماء السماء لقب به)** أي بهذا اللفظ، وماء السماء هو لقب أبي المزيقياء، والمزيقياء هو عمرو بن عامر، لقب بالمزيقياء لأنه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره، وأبوه عامر بن حارثة الأزدى

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٥٣ وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٠٦: لم أجده.
ثم ذكرا رواية الديلمي وهي في الفردوس برقم ٢٨٤٨ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص والعجب سكوتهما على إسناده، ولم يتكلم مخرجه على إسناده، ولم أقف على إسناده لأنه مجرد عن الأسانيد، وأمارة الضعف تلوح عليه لانفراد الديلمي بتخريجه والمعروف: العم أب إذا لم يكن دونه أب والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم.
ذكره ابن حجر في التلخيص ٤/١٢ وقال: رواه ابن المبارك في البر والصلة عن الزهري بلاغاً اهـ وهذا ضعيف أيضاً. والله تعالى أعلم.

(٢) هو المتقدم.

الأول فلقوله تعالى: ﴿نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ وإسماعيل كان عماً له. والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام «الخال أب». والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد) لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب:

* وارق إلى الخيرات زناً في الجبل *

وذكر الجبل يقرره مراداً

العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها * أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد عملي * ولا تكونن كهلوف وكل *

يصبح في مضجعه قد انجدل   وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال إنما هي لرجل رأى ابناً له ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الأبيات. وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري: أي كن مثل أبي أمك أو مثل عملي فحذف المضاف إليه، والمراد كن مثل أبي أمك أو مثلي، وكان أبو أمه شريفاً سيداً وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي، وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس، قال: فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول:

أشبه أخي أو أشبهن أباكا   أما أبي فلن تنال ذاكا

تقصر عن مثله يداكا   والله بالنعمة قد والاكا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل، والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج إليه، وذكر في النهاية قوله أو أشبه جمل بالجيم، وقال: هو اسم رجل هو أبو حي من العرب وهو جمل بن سعد، والوكل العيال على غيره (ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً) على ما أسلفنا (لأن من العرب من يهمز الملين) أي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هأمة هذا العألم * ومنه قوله * صبراً فقد هيجت شوق المشتئق * لأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز، وأما نحو قطع الله أديه: أي يديه، فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة، لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون في الالتقاء على حده وإن كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة، وقرىء ولا الضألين شاذاً وإن كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود، فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً، وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني أو زنأت

كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجوداً وقوله: (وإسماعيل كان عماً له) أي ليعقوب، فإن إسماعيل وإسحاق ابنا إبراهيم ويعقوب ابن إسحاق فكان إسماعيل عماً له فأدخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أباً. قال: (ومن قال لغيره زنأت في الجبل) بالهمز وقال: (عنيت صعود الجبل حد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر * وارق إلى الخيرات زناً في الجبل * قال: (وذكر الجبل

قوله: (هو عمرو بن عامر) أقول: هو من ملوك غسان. قوله: (وأدخلوه تحت الآباء) أقول: أي بنو يعقوب قال المصنف: (وارق إلى الخيرات زناً في الجبل) أقول: أوله:

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل   ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح في مضجعه قد انجدل   وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

الهلوف: الثقيل الجافي الذي لا خير فيه، والوكل: الذي يتكل على الناس فيما يحتاج إليه، والمنجدل: الممتد على الأرض، يريد أنه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف: (وذكر الجبل يقرره مراداً) أقول: قال الإتقاني: لا نسلم لأن الزنا الذي هو الفاحشة قد يقع في الجبل أيضاً اهـ. وهذا هو مرادهما قوله: (وارق إلى الخيرات) أقول: أي بادر إلى فعل الخيرات لترتفع بها وتذكر كما يزنأ المرتقي في الجبل قوله: (زناً) أقول: أي صعوداً قوله: (تأكيداً لكون المهموز الخ) أقول: حيث قال يقرر دون يعين.

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما إذا قال يا زاني أو قال زنأت، وذكر الجبل إنما يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على إذ هو المستعمل فيه، ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا، وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه (ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل أنت فإنهما يحدان) لأن معناه لا بل أنت زان، إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر

فإنه يحد اتفاقاً وقوله: (وذكر الجبل بعين الصعود مراداً) قلنا إنما يعين ذلك إذا كان مقروناً بكلمة على فيقال زنأت على الجبل. ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها، والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظة في، بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فإن الفاحشة قد تقع في الجبل: أي في بعض بطونه، وعلى الجبل: أي فوقه، كما قد تقع على سطح الدار ونحوه، فلم يكن ذكره قرينة مانعة من إرادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح إرادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقي بحاله: أي في حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفاً إن ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذي ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الأوجه، وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن في حالة الرضا لا يجب الحد إذ لا يجب بالشك بل لا داعي، فالظاهر عدم إرادة السب قوله: (ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل أنت فإنهما يحدان) إذا طالب كل منهما الآخر لأنهما قاذفان، وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طلب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما، بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لأن التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا، أما كون الأول قاذفاً فظاهر، وأما الثاني فلأن معناه لا بل أنت زان، ولذا لو كان المجيب عبداً حد هو خاصة لأنه قاذف بقوله بل أنت والحر وإن كان قاذفاً أيضاً، لكن لا يحد بقذف العبد. قال المصنف (إذ هي) يعني بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني في التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور في الأول) أي في التركيب الأول إذا كان خبرياً (مذكوراً في الثاني) فإذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمراً في التركيب الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبراً عنه ولم يرد بالأول لفظ يا زاني بل

يقرره) أي يقرر الصعود (مراداً) تأكيداً لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله: (ولهما أنه يستعمل الخ) واضح.

وقيل كلامه يشير إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود، وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما. وعند محمد أنه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن اللفظ إذا دار بين كونه مشتركاً وحقيقة ومجازاً فالثاني يترجح على الأول لعدم إخلاله بالفهم ولأن الباب باب الحد فيحتال للدرء. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقروناً بكلمة علي. وقوله: (للمعنى الذي ذكرنا) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً قوله: (ومن قال لآخر يا زاني) ظاهر. واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني بأن المراد بالأول هو قوله يا زاني وما ثمة خبر

قوله: (وحينئذ يترجح قوله) أقول: يعني يترجح قول محمد رحمه الله قوله: (فالثاني يترجح على الأول) أقول: نعم إذا لم يقم دليل على الأول وهنا الدليل موجود وهو قوله لأن من العرب إلخ فتأمل قال المصنف: (ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من أنه يتعين الصعود بالإرادة إذا كان مقروناً بكلمة على قال الإمام السرخسي في مبسوطه: وكذلك إذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد، وكذلك إذا قال زنأت في الجبل، إلا أن محمداً يقول: أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف في لا حرف على اهـ فيه تأمل قال المصنف: (وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه) أقول: فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة بكلمة على إلا في حالة غير الباب فليتأمل قوله: (واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور إلى قوله وما ثمة خبر أصلاً) أقول: الاعتراض للإتقاني إلا أنه يجوز أن يقال قوله يا زاني يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور في الأول هو الخبر المذكور ضمناً، بل نقول: ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا إشكال قوله: (غاية ما في الباب أن اللعان إلخ) أقول: كما مر في باب اللعان.

المذكور في الأول مذكوراً في الثاني (ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد، وفي البداءة بالحد إبطال اللعان. لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلاً فيحتال للدرء، إذ اللعان في معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حدّ ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه وانعدامه منه، ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح لأني ما مكنت أحداً غيرك، وهو المراد في مثل هذه

هو إعطاء النظير معنى: أي هي كما ذكرنا، وإذا كانت كذلك فيصير واصفاً للمتكلم الأول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لأن يا زاني في معنى أدعوك وأنت زان قوله: **(ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدّت المرأة خاصة)** إذا ترافعا **(ولا لعان لأنهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها إياه يوجب الحد عليها)** والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالاً للدرء، واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة، في قذف، واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف، وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لأن حد القذف يجري على الملاعنة، ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الأم فحد سقط اللعان لأنه شهادة، فلو خاصمت المرأة أو لاعن القاضي بينهما، فإذا خاصمت الأم بعده حد للقذف فقدمنا الحد درءاً للعان الذي هو في معناه **(ولو)** كانت **(قالت)** في جواب قوله يا زانية **(زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح)** فتكون قد صدقت في نسبتها إلى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته إلى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله: **(وانعدامه منه)** أي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان **(ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان من تمكيني إياك بعد النكاح)** وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجاز المشاكلة مثل قوله: **﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾** [الشورى ٤٠]، فإن فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا، كما أن الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه، وعلى هذا لا حد عليها لأنها لم تقذفه، ويجب اللعان لأنه قذف زوجته، فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان، وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد، والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر، فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك، وهذا معنى قوله: **(فجاء ما قلنا)** أي من أنه لا حد ولا لعان، ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه إياها بالإغاظة لوجب حدها البتة عيناً بقذفها إياه، إذ النسبة إلى الزنا تنصرف إلى الحقيقة، ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمين واحدة في وجه، وعلى الزوج الحد دونها لأن هذا منها ليس إقراراً صحيحاً بالزنا، وبقولنا قال أحمد، ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان، وهذا ظاهر قوله: **(ومن أقرّ**

أصلاً. والجواب أن المراد بالخبر الجزء، وحينئذ يستقيم الكلام لأن الخبر جزء أخص فيجوز أن يستعار للأعم **(ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله: **(لأن المحدود في القذف ليس بأهل للعان)** دليله أن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود في القذف. وقوله: **(ولا إبطال في عكسه أصلاً)** يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لأن إحصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما، غاية ما في الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفاً عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالاً لدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد. وقوله: **(ولو قالت زنيت بك)** يعني في جواب قوله لها يا زانية. وقوله: **(وانعدامه)** أي انعدام التصديق من الزوج. وقوله: **(ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح)** اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملاً. وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى **﴿بل يداه مبسوطتان﴾** حملها على ذلك لتركيب فرط غيظها بإطلاق تلك الكلمة، وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة، ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج، وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان، فوقع الشك وجاء ما قلنا أنه لا حدّ

الحالة، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا **(ومن أقرّ بولد ثم نفاه فإنه يلاعن)** لأن النسب لزمه بإقراره وبالنفي بعده صار قاذفاً فيلا عن **(وإن نفاه ثم أقر به حدّ)** لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب، والأصل فيه حد القذف، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل، وفيه خلاف ذكرناه في اللعان **(والولد ولده)** في الوجهين لإقراره به سابقاً أو لاحقاً، واللعان يصح بدون قطع النسب كما

بولد ثم نفاه فإنه يلاعن فإن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن) وإن نفاه أولاً ثم أقرّ به قبل اللعان يحد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد **(لأن اللعان حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب)** بين الزوجين في زنا الزوجة **(والأصل فيه)** أي في اللعان ما هو إلا **(حد القذف)** لأنه قذفها **(فإذا بطل)** الخلف ببطلان **(التكاذب صير إلى الأصل)** فيحد الرجل. وقوله: **(وفيه خلاف ذكرناه في اللعان)** الذي ذكره في اللعان أنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له أن يتزوّجها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هو تحريم مؤبد. وقوله: **(والولد ولده في الوجهين)** أي ما إذا أقرّ بالولد ثم نفاه وما إذا نفاه أولاً ثم أقر به **(لإقراره به سابقاً)** فيثبت ولا ينتفي بما بعده **(أو لاحقاً)** في الثانية فيثبت به بعد النفي.

وقوله: **(واللعان يصحّ بدون قطع النسب الخ)** جواب سؤال هو أن يقال إن سبب اللعان ليس إلا نفي الولد، فإن لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب، ألا يرى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب **(كما يصح بلا ولد)** أصلاً بأن قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه، وأما أنه لو نفي نسب ولد امرأته الآيسة فإنه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له في الجواب قوله: **(وإن قال)** أي الزوج الذي جاءت زوجته بولد **(ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لأنه)** إذا أنكر أنه ابنها **(أنكر الولادة)** فكان نفى كونه ابنه لنفي ولادتها إياه، وبنفي ولادتها لا يصير قاذفاً لأنه إنكار للزنا منها قوله: **(ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي)** وقت القذف أو ميت **(فلا حدّ عليه)** أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فإنه يحد، ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحدّ حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حدّ، ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه، وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد، ومن قذفها بعد ذلك يحد، لأنها خرجت عن صورة الزواني، ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الأولاد قيام أمارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها: أي إلى الإمارة **(وهي)** أي العفة **(شرط)** واعلم أنه إن صح ما رواه الإمام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من

ولا لعان. قوله: **(لأنه)** أي اللعان **(حدّ ضروري صير إليه ضرورة التكاذب، والأصل فيه حد القذف)** لقوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** الآية **(وإذا بطل التكاذب)** بإكذاب الرجل نفسه **(يصار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين)** أي في الوجه الذي أقرّ ثم نفى وعكسه. قوله: **(لإقراره به سابقاً أو لاحقاً)** أي لإقرار الزوج بالولد سابقاً على النفي فما إذا أقر ثم نفى أو لاحقاً فيما إذا نفاه ثم أقرّ به. وقوله: **(واللعان يصح بدون قطع النسب)** جواب عما يقال إن سبب اللعان هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما اللعان لأن بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن. ووجهه أن قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما: أي من نسبته إلى الزنا ومن نفي الولد منفصلاً عن الآخر فصار كأنه نسبها إلى الزنا من غير نفي الولد بأن قال يا زانية وفيه اللعان، فكذا ههنا؛ ألا ترى أنه إذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فإنه يلاعن مع أن

قال المصنف: **(وهو المراد في مثل هذه الحالة)** أقول: أي يجوز إرادته وإنما قال لدفع ما عسى يقال إنه لا مجال لتلك الإرادة لأن ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

يصح بدون الولد **(وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان)** لأنه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفاً **(ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه)** لقيام أمارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها وهي شرط الإحصان **(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد)**

قوله وقضى رسول الله ﷺ أن لا يدعي ولدها لأب ولا يرمي ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد[1] وكذا ما رواه أحمد أيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله ﷺ في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه أمه، ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب، والأئمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد **(ولو قذف امرأة لاعنت)** بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت أمارته. فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفا. أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره فهي محصنة في حق غيره؛ ألا ترى أن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إليها لا إلى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك، إلا أن للشافعية في وجه إذا قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان، لكن المنصوص في الأصل أنه يحد بل الحق أنها لم يسقط إحصانها بوجه. وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها إنما يقتضي أن لا يحد قاذفها لو كان معناه أنه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله، وليس كذلك لأنه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن إثباته ليسقط إحصانها، وإنما هو ليشتفى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف إلى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالأيمان الغموسة، أو يضاف ذلك إلى عذاب الافتراء والقذف، بخلاف ما إذا كان بنفي الولد لأن أمارة الزنا قائمة فأوجبت ذلك، وقد أوّل قولهم بما لا يشرح صدراً ولا يرفع إصراً، فالحق أن كونه قائماً مقام حد القذف في حقه غير محتاج إلى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع، وورود السؤال إنما هو بناء على أنه كلام حقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له قوله: **(ومن وطىء وطأ حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الإحصان)** شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الإحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الإحصان بالحقيقة **(ولأن القاذف صادق)** لأن الوطء في غير الملك زنا كذا قيل، وهو قاصر على ما إذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو

سبب اللعان نفي الولد، ولم ينتف الولد لأنه صار بمنزلة قوله أنت زانية. قوله: **(وإن قال ليس بابني ولا بابنك)** ظاهر. وقوله: **(أو قذف الملاعنة بولد)** بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه، ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي. وقوله: **(بولد)** يتصل بالملاعنة. وقوله: **(ففاتت العفة نظر إليها)** أي إلى إمارة الزنا **(وهو)** أي العفة وذكره نظراً إلى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد. وقوله: **(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد)** ظاهر. فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحدّ عن القاذف نظراً إلى هذا. قلنا: بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالماً عن المعارض فوجب الحد على القاذف. قال صاحب النهاية: ووجدت بخط شيخي في جواب هذه الشبهة. قلنا نعم إن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، لكن بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فكانت هي محصنة بالنسبة إلى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها. قال: **(ومن وطىء وطأ حراماً في غير ملكه)** اعلم أن الوطء الحرام بالقسمة الأولية على نوعين:

المصنف: **(واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد)** أقول: في الكافي وينتفي النسب بدون اللعان كما لو نفي نسب امرأته الأمة ينتفي النسب ولا يجري اللعان اهـ. فانفك اللعان عن قطع النسب وجوداً وعدماً قوله: **(على حسب ما اختلفوا فيه)** أقول: كما مر في باب اللعان قوله: **(ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي)** أقول: يعني في الكافي للنسفي قوله: **(ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف إلخ)** أقول: لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية

---

(١) تقدم في اللعان من حديث ابن عباس وإسناده ضعيف وكذا الحديث الآتي وانظر نصب الراية ٣/ ٢٥١ . ٢٥٢ . ٢٥٣ ولكن لبعضه شواهد يتقوى بها، فحديث ابن عباس حسن. رواه أبو داود ٢٢٥٦ وفيه ضعف لكن حسن لشواهده.

لانعدام أمارة الزنا. فقال (ومن وطىء وطأ حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق، والأصل فيه أن من وطىء وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه. لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه، وإن كان محرّماً لغيره يحد لأنه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك، والحرمة مؤبدة، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره، وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع،

أبهم، أما إذا قذفه بغيره فإنه لا يعلم صدقه فيه فيحد، والحكم ليس كذلك بل المنصوص أن من قذف زانياً لا حدّ عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه في أصل المبسوط خلافاً لإبراهيم وابن أبي ليلى. وجه قولنا أن النص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفي معناه المحصنين وبالزنا لا يبقى الإحصان فرميه رمى غير المحصن، ولا دليل يوجب الحد فيه، نعم هو محرم وأذى بعد التوبة يعزّر (والأصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذي يسقط الإحصان والوطء المحرم والذي لا يسقطه (أن من وطأ وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فإذا وقع فيه كان زانياً فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وإن كان) وطىء وطأ (محرماً لغيره يحد) قاذفه لأنه وإن كان محرماً ليس بزنا إذا عرف هذا فالمحرم (لعينه) هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة. وأعنى أن الموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها، فإن الإكراه يسقط الإثم، ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطىء ذكره في المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالأمة المشتركة بين الواطىء وغيره، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع، ولو كانت الحرمة مؤقتة كالأمة المزوجة والأمة المجوسية ووطء أمتيه الأختين أو الزوجة في حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت حد القاذف للواطىء في الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين، فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه، وكذا إذا تزوّج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقد فوطيء الأمة فلا حد على قاذفه، بخلاف ما لو نظر إلى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوّج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة، ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف، كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط إحصانه، وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء. وأبو حنيفة إنما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر إلى الفرج والمس بشهوة، لأن ثبوتها لإقامة السبب مقام

أحدهما حرام لعينه، والآخر لغيره، والأول منشأ حرمته شيئان: حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الأجنبية، أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره، وحصوله في امرأة هي حرام على الواطىء حرمة مؤبدة كوطء أمته وهي أخته من الرضاع، وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء أمته المجوسية ووطء أمتيه الأختين، والقاذف في النوع الأول بوجهيه لا يحد حد القذف

قوله: (فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول: كما سبق في باب اللعان، وأجاب الإتقاني عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت، ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا، ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما، وليس معناه أن اللعان كإجراء الحد ألا يرى أن التفريق بينهما إنما وقع باعتبار أنها محصنة لأنها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلاً، فإذن أكد اللعان إحصانها فمحال أن يسقط الإحصان بما يتأكد به اهـ فليتأمل قوله: (قلنا بلى لكنه، إلى قوله: فتعارض الوجهان فتساقطا إلخ) أقول: واعترض عليه الإتقاني بأنها إذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه، فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة في إسقاط الحد عن قاذفها لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغي على هذا أن لا يجب الحد على القاذف اهـ. وقد مر من الشارح في باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر.

أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (**وبيانه أن من قذف رجلاً وطيء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه**) لانعدام الملك من وجه (**وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها**) لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك ولهذا وجب عليه الحد (**ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبة له فعليه الحد**) لأن الحرمة مع

المسبب احتياطاً فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الإحصان الثابت بيقين، بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الأب فإنها ثابتة بظاهر قوله تعالى ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء**﴾ [النساء ٢٢] فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص، وكذا وطء الأب جارية ابنه مسقط للإحصان. وقوله: (**أو بالحديث المشهور**) مثاله حرمة وطء المنكوحة للأب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث «لا نكاح إلا بشهود» ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة، وحرمة وطء أمته التي هي خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[(١)] قوله: (**بيانه**) شروع في تفريغ فروع أخرى على الأصل (**إذا قذف رجلاً وطيء جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حدّ عليه لانعدام الملك من وجه**) فالقاذف صادق من وجه فيندرىء الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب، بخلاف رجوعه فإنه وإن كان الرجوع يوجب شبهة في الإقرار الأول لا يعمل ههنا فإنه لما لم يقارنه بل وقع متأخراً، والفرض أن بالإقرار تقرر حق آدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لأن الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه، فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملاً في إسقاط الحد قوله: (**وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها**) أو رجلاً زنا في نصرانيته فإنه لا يحد، والمراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة، وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حدّ عليه، لأنه إنما أقرّ أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حدّه، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حداً، بخلاف الرجم على ما مر، ولا يسقط الحد بالإسلام، وكذا العبد، ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولاً، حتى أن الكافر الحربي إذا زنى في دار الحرب ثم أسلم فقذفه لا يحد لأن الزنا تحقق منه، وإن لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقاً، وإنما ارتفع بالإسلام الإثم دون حقيقة الزنا (**ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية**) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسداً (**أو امرأته وهي حائض**) أو مظاهر منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (**أو مكاتبته فعليه الحد**) لأن الشراء الفاسد يوجب الملك، بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه بلا يحد قاذفه (**لأن الحرمة**) في كل من هذه التقادير (**مؤقتة**) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا، لأن الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى ﴿**إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين**﴾ [المؤمنون ٦] (**وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر، لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر**) لها، ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المجوسية والحائض، ونحن نقول: إن قلتم إن ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع، وإن عنيتم أن ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المجوسية فثبت أن الحرمة لغيره إذ هي مؤقتة، ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطيء أمته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الإحصان. ذكره في المبسوط (**ولو قذف رجلاً وطيء أمته وهي أخته من الرضاع لا يحد لأن الحرمة مؤبدة**) وقوله: (**وهذا هو الصحيح**) احتراز عن قول الكرخي

لفوات العفة وهو شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق لأن الزنا هو الوطء الحرام لعينه (**وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع**) كموطوءة الأب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين إذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه (**أو بالحديث المشهور**) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فإنها ثابتة بقوله ﷺ «لا نكاح إلا بالشهود» وهو مشهور. وفي النوع الثاني لأن الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال؛ ألا ترى أن المجوسية إذا أسلمت أو أخرج إحدى الأختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه،

---

(١) رواه الجماعة تقدم في النكاح فصل في المحرّمات مستوفياً.

قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا. وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء، ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة (**ولو قذف رجلاً وطىء أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد**) لأن الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (**ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لا حد عليه**) لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة (**ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد**

فإنه يقول بوطئها لا يسقط الإحصان، وهو قول مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية. وجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة، أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلاً للحل أصلاً فكيف يجعل لغيره. قوله: (**ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لا حدّ عليه لتمكن الشبهة**) في شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة في أنه مات حراً أو عبداً فأورث شبهة إحصانه، وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الإحصان قوله: (**ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه الخ**) يعني ولو تزوج مجوسي بأمه أو أخته أو بنته (**ثم أسلم**) ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال إسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة وقالا: (**لا يحد**) بناء على أن ليس لها حكم الصحة، وقولهما قول الأئمة الثلاثة، وقد مرّ في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك قوله: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حدّ لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذي فيكون ملتزماً بالضرورة أن لا يؤذي**) وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذي فكان ملتزماً موجب أذاه وهو الحد قوله: (**وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب**) عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حدّه خلافاً للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (**وهي**) خلافية (**تعرف في الشهادات**) إن شاء الله تعالى قوله: (**وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة**) وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا، ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (**فإذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد**) لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست فيه تلك فلم تدخل تحت الرد، بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لأنه صار مردود الشهادة أبداً، والردة ما زادته إلا شراً فبالإسلام لم تحدث له شهادة، بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقاً على الأهل الإسلام غيرهم، وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف. قلنا: إن هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار، وهذا بخلاف العبد إذا حدّ في قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبداً لأنه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو يرد شهادته مع الجلد فينصرف إلى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل أن يقول: إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لأنه

وبقية كلامه ظاهر. وقوله: (**وهذا هو الصحيح**) احترازاً عن قول الكرخي فإنه يقول: بوطئها لا يسقط إحصانه لأن حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيح لا يسقط إحصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التي ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوّجها وهي في عدة من غيره لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه. ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافياً، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفى الآخر، والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل. وقوله لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه، قلنا: السبب لا يوجب الحكم إلا في محل قابل له، وإذا لم يكن المحل قابلاً للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله: (**لمكان اختلاف الصحابة**) يعني في أنه مات حراً أو عبداً على ما يجيء في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى. وقوله: (**وقد مرّ في النكاح**) أي في باب نكاح أهل الشرك. وقوله: (**كقذف مسلماً حد**) جواب ظاهر الرواية، وعلى قول أبي حنيفة أولاً لا يحد لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا. وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (**لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد**) رد بأنه إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين، فأما على أهل الذمة فقد كانت الأهلية موجودة وقد صارت مجروحة بإقامة الحد عليه. وأجيب بأنه ليس كذلك، بل استفاد بالإسلام أهلية الشهادة على أهل

عند أبي حنيفة، وقالا: لا حد عليه) وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافاً لهما، وقد مر في النكاح **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد)** لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذي فيكون ملتزماً أن لا يؤذي وموجب أذاه الحد **(وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب)** وقال الشافعي: تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات **(وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة)** لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده **(فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين)** لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد، بخلاف العبد إذا حدّ حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا

تعالى قال **﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾** [النور ٤] والحادثة شهادة واقعة في الآباد فمقتضى النص ردها. والجواب أن التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف بلا رد شهادته، والامتثال إنما يتحقق برد شهادة قائمة إن كانت وإلا فيما يحدث، وإذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم، فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض إذ الموجب أخذ مقتضاه قوله: **(وإن ضرب)** يعني الكافر **(سوطاً في)** حدّ **(قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له)** أي للحد **(والمقام بعد الإسلام بعض الحد)** وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له **(وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح)** لما ذكرنا وعرف أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضاً، وأورد عليه، كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام فينبغي أن لا يكون صفة، وأيضاً جعله صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر. أجيب بأن النص ورد بالأمر بالجلد والنهي عن القبول، وليس أحدهما مرتباً على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن، والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهي به، وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر. وأصل هذا ما ذكر في الأصل والمبسوط قال: لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد إذا كان عدلاً، ثم قال والحد لا يتجزأ فما دونه يكون تعزيراً لا حداً، والتعزير غير مسقط للشهادة. قال: وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات: إحداها ما ذكرنا وهو قولهما، والثانية إذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف، والثالثة إذا ضرب سوطاً واحداً سقطت، قال: وهذه الروايات الثلاث في النصراني إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير قوله: **(ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)** سواء قذف واحداً مراراً أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى إذا حضر واحد منهم فادعى وحدّ لذلك ثم حضر آخر فادعى أنه قذفه لا يقام إذا كان بقذف قبل أن يحد، لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانياً إلا إذا كان بقذف آخر مستأنف. وحكى أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد، فبلغ أبا حنيفة فقال: يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع: الأول: أخذه بدون

الذمة تبعاً لأهلية الشهادة على المسلمين، وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد، فإن تلك كانت بطريق الأصالة على أهل الذمة، وهذه بطريق التبعية للمسلمين، فإن أهلية الشهادة على الأشرف تقتضي أهليتها على الأخس. ولقائل أن يقول: سلمنا وجود المقتضى لكن المانع وهو الرد أوّلاً موجود. وقوله: **(بخلاف العبد)** جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا

قوله: **(ولقائل أن يقول سلمنا إلخ)** أقول: أنت خبير بأن المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الإسلام قوله: **(فكيف ينقلب موجباً للرد إلخ)** أقول: كمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق قوله: **(مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده)** أقول: فيه شيء، إذ ليست له تلك الشهادة بعد الإسلام حتى ترد قوله: **(والشهادة المقبولة إلخ)** أقول: وسيجيء إن شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام متعلق بالمقام.

شهادة له أصلاً في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده **(وإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته)** لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة

طلب المقذوف، والثاني: أنه لو خاصم وجب حد واحد، والثالث: أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول، والرابع: ضربه في المسجد، والخامس: ينبغي أن يتعرف أن والديه في الأحياء أولاً. فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن. ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً آخر لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل لأنه اجتمع الحدان، لأن كمال الحد الأول بالسوط الذي بقي، وسنذكر منه أيضاً في فروع نختم بها. وقوله: **(غير مرة)** يتعلق بكل واحد من الثلاثة: أي من الزنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك مما سبق منه، وعند الشافعي أن قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وإن قذفهم بكلمات أو قذف واحداً مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد. وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان، وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية، وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفاً واحتجا بأن مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرّر على ما عرف. وفي الجديد للشافع لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا حق آدمي، ولنا ما ذكر من قوله: **(أما الأولان)** وهو كل من الزنا والشرب **(فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار)** عن فعله في المستقبل **(واحتمال حصوله)** بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد **(قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني)** والحدود تدرأ بالشبهات بالإجماع، بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالأول، والجواب عما استدل به أن الإجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيداً لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الأول، بل هذا ضروري فإنك علمت أن المخاطب بالإقامة في قوله «فاجلدوهم» الأئمة، ولا يتعلق بهم هذا الخطاب إلا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص إيجاب الحد إذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة، فإذا ثبت وقوعه منه كثيراً كان موجباً لجلد مائة أو ثمانين ليس غير، فإذا جلد ذلك وقع الامتثال، ثم هو أيضاً ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما إذا قذف واحداً مرة ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا فإنه لا يحده مرتين، وفي حد الزنا والشرب فالحق أن الاستدلال له بالآية لا يخلصه فإنه يلجيء إلى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود إلى أن هذا حق آدمي، بخلاف الزنا فكان المبني إثبات أنه حق الله تعالى أو حق آدمي، فما ذكر المصنف أخصر وأصوب. وقوله: **(وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقاً بهما)** لا حاجة إلى إلحاقه، بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقاً لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الأعراض، فحيث أقيم ثبتت شبهة إلى آخر ما ذكر،

تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم؟ وكلامه ظاهر. واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمهما، لأنه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تتميماً لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد إلى ما بعد الإسلام، ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلاً لم ينعقد الحد حال وجوده موجباً لرد الشهادة فكيف ينقلب موجباً للرد بعد ذلك؟ والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده، والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالإسلام فلا ترد، ولم نقل في العبد بأن غير الموجب انقلب موجباً، وإنما توقفنا في إيجابه إلى حين إمكان الموجب وهو الرد. قوله: **(وإن ضرب سوطاً في قذف)** ظاهر، واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد فالمقام قبل الإسلام كذلك، فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الإسلام، بل جعلة صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأخير على ما عرف في موضعه. والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الإسلام

قوله: **(وقيل في الجواب إلخ)** أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الإسلام، ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل.

صفة له. وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر. والأول أصح. قال: (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) أما الأولان فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار، واحتمال حصوله بالأول قائم

وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير قوله: (وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الأسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها، فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقول، ومن حد الزنا صيانة الأنساب، ومن حد القذف صيانة الأعراض، وثبت كل بخطاب يخصه، فلو حددنا في الخمر والقذف حداً واحداً عطلنا نصاً من النصوص عن موجبه.

[فروع] ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفق عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد، ثم إذا برىء أخرجه فحده للقذف لأنه مشوب بحقه، فإذا برىء فالإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة، لأن كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى، ويجعل حد الشرب آخرها فإنه أضعف لأنه بما لا يتلى، وتقدم قول عليّ «أن رسول الله ﷺ لم يسنه»[1] وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الإمام مضيعاً للحدود وهو منهي عن ذلك، وإن كان محصناً اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك. هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس. والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره، وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لأنه يجب عليه بالأخذ، وإنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بإيفائها من تركته، ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير، ولكن القاضي إن أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية، أو يبعث أميناً كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز[2]، ولا يستحلف في القذف إذا أنكره. ولا في شيء من الحدود لأنه يقضى بالنكول، وهو ممتنع في الحدود لأن النكول إما بذل والبذل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الإقرار، والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره، بخلاف التعزير والقصاص فإنه يستحلف على سببهما، ويستحلف في السرقة لأجل المال، فإن نكل ضمن المال ولا يقطع لأن حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة، وعند نكوله يقضي بموجب الأخذ وهو الضمان، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الأخذ فيضمن ولا يقطع، وإذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لأن الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفاً فلا بد من استفسارهم، فإن لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد، وإذا شهدوا أنه قال يا زاني وهم عدول حد، فإن لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لأنه صار متهماً بارتكاب ما لا يحل من أعراض في الناس فيحبس في هذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع إليه ولا تكفل في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، ولهذا يحبسه أبو حنيفة، وفي قوله أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل، ولهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف أنه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص، لأن النيابة لا تجزي في إيفائهما، والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل

ولا للمقام بعده، وإنما قلنا إن الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة. وقيل في الجواب النص، ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل. واحد منهما غير مرتب على الآخر نصاً فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن، والممكن زمان النهي ردّ شهادة قائمة للحال فيتقيد به (وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته والأقل تابع للأكثر) فكأن الكل وجد بعد الإسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً (والأول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ. وقوله: (ومن قذف أو زنى

---

(١) أثر علي تقدم ومعناه: لم يَسُنَّ النبي ﷺ عدداً معلوماً من الجلد في حد الخمر، وقد تقدم رواه الشيخان.

(٢) خبر ماعز والغامدية تقدما في حد الزنا.

فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب، لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل. وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقاً بهما. وقال الشافعي: إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل، لأن المغلب فيه حق العبد عنده.

مقام المكفول عنه في الإيفاء، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود. فأما أخذ الكفيل بنفس المدعي عليه فعند أبي حنيفة إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولكن يلازمه إلى آخر المجلس، فإن أحضر بينة وإلا خلى سبيله، وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلاً بنفسه إلى ثلاثة أيام، وقالا: حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد، وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من إحضار الخصم لإقامة البينة عليه، ولا ضرر فيه على المدعى عليه، وأبو حنيفة يقول: هذا احتياط والحدود يحتاط في درئها لا في إثباتها، وكان أبو بكر الرازي يقول: مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه نفسه مستحق عليه، والكفيل في الكفالة بالنفس إنما يطلب بهذا القدر، فأما إن قام شاهدا واحداً لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحداً ولا يلازمه إلا إلى آخر المجلس، فإن كان ظاهر العدالة حبسه إذا قال إن له شاهداً آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان، وهذا كله عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود، وعندهما يأخذ كفيلاً بنفسه، ولا يحبسه لأن المقصود يحصل بذلك. ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يمنع قبول الشهادة لأنه إنشاء سبب موجب للحد، فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضي به، كما لو اختلفا في إقراره بالقذف وإنشائه له، وأبو حنيفة يقول: القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الأول، فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق، وهذا هو القياس في الإنشاء والإقرار، إلا أني أستحسن هناك لأن حكم الإقرار بالقذف يخالف حكم الإنشاء، بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقرّ أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد، ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان، ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لأن عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك، ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لا يحد، ولا يقبل في إثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة، ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث إلى شهودك. وذكر ابن رستم عن محمد: إذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه. وفي ظاهر الرواية لم يفتقر إلى هذا لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه، وإلى آخر المجلس قليل لا تضرر به كالتأخير إلى أن يحضر الجلّاد. وعن أبي يوسف يستأنى به إلى المجلس الثاني لأن القذف موجب للحد بشرط عجزه عن إقامة أربعة والعجز لا يتحقق إلا بالإمهال، كالمدعى عليه إذا ادعى طعناً في الشهود يمهل إلى المجلس الثاني. وجوابه ما قلنا، وعرف أنه لا يقبل منه إلا أربعة، فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة، قال تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ النور ٤ فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا، إلا أن المعتبر في الإقرار إسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت

الخ) ظاهر. وذكر في المبسوط: لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة، أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا، وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب، وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب، وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق.

. . . .

الشهود، ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطىء وطأً حراماً على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن إحصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد، وكذا إذا خرس أو عَتَهَ ولكن لا لزوال إحصانه بل لتمكن شبهة أنه لو كان ناطقاً صدقه، ولا يلقن القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود.

(جنس آخر) تقدم أن قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط. وفي فتاوى قاضيخان قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد، ولو قال أنت أزنى مني لا حد عليه، ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى مني حد الرجل وحده. ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك لا حد عليه، وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطأً حراماً أو فجر بك أو جامعك حراماً لا حد عليه، وكذا إذا قال أخبرت أنك زان أو أشهدت على ذلك، ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفاً لهما لأن العادة أن لامعية حال الزنا فانصرف إلى معية الفعل دون الحضور، ومن قال لست لأبويك لا يكون قاذفاً وهو ظاهر لست لإنسان لست لرجل ليس قذفاً. رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حدّ عليه، ولو قذف أباه أو أمه أو عمه حد. قال لرجل قل لفلان يا زاني فإن قال الرسول للمرسل إليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل، وإن قال له يا زاني حد الرسول خاصة. ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له أن يطالب بقذفه بعد ذلك، ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد عليه، ولو قال لرجل يا ابني لا حد عليه لأنه تلطف، وكذا لو قال يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي. وفي الخلاصة عن مجموع النوازل: رجل قال في ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد لأنه ليس بإشارة إلى هذه الأفعال، ولو قال اين حه كرده است فكذلك لأنه لم يسمه ولم يكنه، ولو قال ولا اين حمه كرداست يكون قذفاً، ومعنى الأول فعل الكل، ومعنى الثاني فعل هذه كلها، ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها. وفي الفتاوي: قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا هو لأحدهما فقال لا لا حد عليه لأن أصلَ القذف لم يقع موجباً. ولو قال لجماعة كلكم زان إلا واحداً يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد أن يدعي ما لم يعين المستثنى. ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس: عبد قذف حراً فأعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين، ولو جاء الأول فضرب أربعين، ثم جاء به الآخر تمم له الثمانين لأن الأربعين وقع لهما يبقى الباقي أربعين، ولو قذف آخر قبل أن يأتي به الثاني تكون الثمانون لهما جميعاً، ولا يضرب ثمانين مستأنفاً لأن ما بقي تمامه حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه الأحرار، وهذا ما وعدناه، ولو قال لامرأة يا روسى [1] يحد، ولو قال يا قحبة[2] فإنه يعزّر.

. . . .

(١) جاء في القاموس ما ملخصه: راسَ رَؤساً. مشىٰ متبختراً. وفلانٌ: إنه لَرَوَسُ سَوْءٍ ـ رَجُلُ سَوْءٍ والروس قوم بلادهم متاخمة للترك اهـ.

(٢) القَحْبَةُ: المرأةُ البغيُّ وإنما قيل لها ذلك: لأنها تتنحنح، أو تسعل ترمز بذلك، وقَحَبَ الرجل: إذا سعل من لؤمه اهـ مصباح باختصار.

فصل في التعزير

فصل في التعزير

لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي أوكد أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل. والتعزير تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع. وهو مشروع بالكتاب، قال الله تعالى **﴿فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾** [النساء ٣٤] أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهذيباً. وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام «لا ترفع عصاك عن أهلك»[١] وروى «أنه عليه الصلاة والسلام عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث»[٢] . وفي المحيط: روى عنه عليه الصلاة والسلام قال «رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله»[٣] وأقوى من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجلد فوق عشر إلا في حد»[٤] وسيأتي. وقوله «واضربوهم على تركها لعشر»[٥] في الصبيان، فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة. وبالمعنى وهو أن

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير، وهو تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع، والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير. قال في الفتاوى الظهيرية: اعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس، ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال، وقد

فصل في التعزير

قال الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في آخر باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب: كل شيء صنعه الإمام ليس فوقه إمام مما يوجب الحد فلا حد عليه لأن الاستيفاء إليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه، واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه، بخلاف القصاص وحقوق العباد لأن استيفاء ذلك إلى أربابها. وقال الشهيد: وعلى هذا حد القذف ينبغي أن لا يجب على الإمام لأن المغلب فيه حق الله

---

(١) أخرجه الطبراني في الصغير ١١٤ والأوسط كما في المجمع ٨/١٠٦ من حديث ابن عمر: «لا ترفع العصا عن أهلك وأخفهم في الله عز وجل».

قال الهيثمي: فيه الحسن بن صالح بن حي وثقه أحمد وغيره، وضعفه النووي وغيره، فالحديث إسناده جيد اهـ.

قلت: وفيه سويد بن عمرو الكلبي ثقة لكن تكلم فيه ابن حيان، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. وقد أخرجه الترمذي ١٤٦٢ من حديث ابن عباس: «إذا قال الرجل للرجل يا يهودي، فاضربوه عشرين، وإذا قال: يا مخنث، فاضربوه عشرين» وقال الترمذي: فيه إبراهيم بن إسماعيل يُضعف اهـ

قلت: وله علة ثانية، وهي داود بن حصين عن عكرمة. وقد قال الحافظ في التقريب عن داود: ثقة إلا في عكرمة. فالحديث الآخر، وهو هذا ضعيف أيضاً.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/٣٣٦ من حديث جابر، وقال: قال يحيىٰ: عباد بن كثير البصري: ليس بشيء وقال مرة: لا يكتب حديثه.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٤٨ و ٦٨٤٩ و ٦٨٥٠ ومسلم ١٧٠٨ وأبو داود ٤٤٩٢ و ٤٤٩١ والترمذي ١٤٦٣ وابن ماجه ١٦٠١ والدارمي ١٧٦٢ وعبد الرزاق ١٣٦٧٧ والطحاوي في المشكل ٣/١٦٤ . ١٦٥ وابن حبان ٤٤٥٢ و ٤٤٥٣ واستدركه الحاكم ٤/٣٨١ وأحمد ٤/٤٥ و ٣/٤٦٦ والبيهقي ٨/٣٢٧ والبغوي ٢٦٠٩ والطبراني ٢٢ (٥١٥) (٥١٦) من طرق كلهم عن أبي بردة بن نيار قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يُجلد فوق عشرة أسواط إلا في حدٍّ من حدود الله».

ورواية: «لا جلد فوق عشرة. . .» الحديث.

والعجب: صححه الحاكم، وقال: لم يخرجاه، وسكت الذهبي!

(٥) تقدم في كتاب الصلاة، وهو حديث حسن.

. . . .

الزجر عن الأفعال السيئة كي لا تصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب. وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأي القاضي، لأن المقصود منه الزجر، وأحوال الناس مختلفة فيه، فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس. وفي الشافي: التعزير على مراتب: تعزير أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية بالإعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس، وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب. وعن أبي يوسف: يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال، وعندهما وباقي الأئمة الثلاثة لا يجوز. وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك، أو الوالي جاز، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبي يوسف. وقال التمرتاشي: يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله. وسئل أبو جعفر الهندواني عمن وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضاً. وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً، وصرح في المنتقى بذلك، وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد، والشارع ولي كل أحد ذلك حيث قال «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه»[(١)] الحديث، بخلاف الحدود فإنها لم تثبت توليتها إلا للولاة، وبخلاف التعزير الذي يجب حقاً للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه، ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير إذا رآه الإمام واجب وهو قول مالك وأحمد، وعند الشافعي ليس بواجب لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال «إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها، فقال رسول ﷺ: أصليت معنا؟ قال نعم، فتلا عليه ﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾»[(٢)]

قيل روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز، وذكر الإمام التمرتاشي أن التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى يلي

تعالى. ذكر أبو اليسر: ولهذا لو عفا لا يصح، علل في الشافي لأنه بالعفو رضي بانتهاك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد، فإنه إذا رضي بقذفه لا يمتنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث. وفي التحليف خلاف، ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضي بعلمه، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار، ويشترط فيه الدعوى، ويقام على المستأمن ولا يقام للابن على الأب ولا للمولى على عبده، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر، فدل على أن المغلب حق العبد والأصول تشهد له، فإن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته، غير أن الإمام يستوفيه دون المقذوف وإن كان حقه، لأنه لو فوض إليه أقامه على أشد الوجوه غيظاً فيتلفه، وهو كالتعزير أنه حق العبد وإقامته للإمام، بخلاف القصاص فإن الاستيفاء للولي لأنه مقدر، وبخلاف التعزير الواجب حقاً لله تعالى لأنه يلي إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى. وسئل الهندواني: رجل وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم (٤٩) (٧٩) وأبو داود ١١٤٠. ٤٣٤٠ والترمذي ٢١٧٣ والنسائي ٨/ ١١١. ١١٢ وابن ماجه ١٢٧٥ و ٤٠١٣ وابن حبان ٣٠٦ و٣٠٧ والطيالسي ٢١٩٦ وأبو يعلى ١٠٠٩ و ١٢٠٣ وأحمد ٣/ ٢٠. ٤٩. ٥٤. ٥٣ والبيهقي ١٠/ ٩٠ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد وتمامه: «فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان».
وله قصة بين أبي سعيد الخدري ومروان بن الحكم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٦ و ٤٦٨٧ ومسلم ٢٧٦٣ من وجوه وأبو داود ٤٤٦٨ والترمذي ٣١١١ وابن ماجه ٤٢٥٤ و ١٣٩٨ وعبد الرزاق ١٣٨٣٠ و ١٣٨٢٩. والبغوي في شرح السنة ٣٤٦ والطبري ٢/ ١٣٥ وأبو يعلى ٥٢٤٠ و ٥٣٨٠ والطيالسي ١٩٥٨ وابن خزيمة ٣١٣ وأحمد ١/ ٤٤٥ و ٤٤٩ و ٣٨٦ و ٤٣٠ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود.
اختصره البخاري، وأما مسلم فرواه مختصراً، ورواه مطولاً بأتم من هذا.
تنبيه: ليس في روايات ابن مسعود لفظ: «أصليت معنا» وإنما هو في حديث أنس أخرجه مسلم ٢٧٦٤ وفي حديث أبي أمامة أيضاً عند مسلم ٢٧٦٥ لكن ليس في حديثهما ذكر نزول الآية، ولا تلاوة النبي ﷺ، ولكن الظاهر أن القصة واحدة.

....

[هود ١١٤] وقال في الأنصار: «اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم»(١) وقال رجل للنبي ﷺ في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه «أن كان ابن عمتك، فغضب النبي ﷺ ولم يعزره»(٢) . ولنا أن ما كان منصوصاً عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد، وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي ﷺ ما أصاب من المرأة فإنه لم يذكره للنبي ﷺ وهو نادم منزجر، لأن ذكره له ليس إلا للاستعلام بموجبه ليفعل معه. وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي ﷺ ويجوز تركه. وفي فتاوى قاضيخان: التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة ويجري فيه اليمين: يعني إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضي بالنكول، ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله، فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر، وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فقد ذكرنا آنفاً أنه يجب على الإمام، ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أن يجوز إثباته بمدّع شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر. فإن قلت: في فتاوى قاضيخان وغيره: إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أوّل

....

الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا. وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضاً. قلت: وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً، وكذا القتل. ثم وجدت المسئلة في المنتقى عن أبي يوسف كذلك، لكن وضعها: وجد رجلاً مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رأى محصناً يزني جاز له أن يرميه ويقتله. وفي جامع قاضيخان فخر الدين: في باب من الشهادة في الحدود أن الأصل في كل شخص إذا رأى مسلماً يزني أن يحل له قتله، وإنما امتنع خوفاً من أن يقتله، ولا يصدق في قوله إنه يزني. وفي الشافي: ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لأنه حق الولاة وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء في الشرع؛ وله أن يعزرهما لأن التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى. عاين القاضي رجلاً يزني أو يشرب لم يحد استحساناً. وعن محمد يحد، وهو القياس اعتباراً بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص. وجه الاستحسان الاستيفاء إلى القاضي، والقاضي مندوب إلى الدرء بالخير فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفى. وفي سير بكر: إذا شتم الإمام الأعظم أحد يفوض إلى غيره إقامته لا يقيمه بنفسه ولا يشتم. وفي أدب القاضي: القاضي إذا ولى غيره في القضاء له وعليه جاز. ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضي القضاة، لأن المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته، فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له وما لا فلا. وفي النظم: وكذا قضاؤه لنائبه. وفي جمع النسفي: لا ينفذ قضاؤه للمقلد، واستشهد بمن توكل بشيء ثم استقضى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٨١ ومسلم ٢٥١٠ والترمذي ٣٩٠٧ والنسائي في فضائل الصحابة ٢١٩ و ٢٢٣ وابن حبان ٧٢٦٥ و ٧٢٦٦ وأبو يعلى ٣٧٧٠ و ٣٢٠٨ و ٣٥١٧ والبغوي ٣٩٧٢ وأحمد ٣/ ١٧٦ . ٢٧٢ من طرق كلهم من حديث أنس مرفوعاً: «إن الأنصار كرشي وعيبتي، وإن الناس يكثرون ويقلّون، فاقبلوا من محسنهم، واعفوا عن سيئهم» وورد بلفظ آخر، وآخره مثل هذا.

وقوله: كرشي وعيبتي. أي: جماعتي وخاصتي الذين أثق بهم، وأعتمدهم في أموري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٥٩ و ٢٣٦٠ و ٢٣٦١ و ٢٣٦٢ و ٢٧٠٨ و ٤٥٨٥ ومسلم ٢٣٥٧ والترمذي ١٣٦٣ وأبو داود ٣٦٣٧ والنسائي ٨/ ٢٤٥ وابن ماجه (١٥) و ٢٤٨٠ وابن الجارود ١٠٢١ وابن حبان (٢٤) واستدركه الحاكم ٣/ ٣٦٤ والبغوي ٢١٩٤ وأبو يعلى ٦٨١٤ والطبري في تفسيره ٥/ ١٥٩ برقم ٩٩١٣ والبيهقي ٦/ ١٥٣ وأحمد ١/ ١٦٥ و ٤/ ٤ . ٥ كلهم من حديث الزبير: «أنه خاصم رجلاً من الأنصار إلى رسول الله ﷺ في شراج الحرّة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرّح الماء يمرّ، فأبى عليه الزبير، فقال رسول الله ﷺ: إسقِ يا زبير، ثم أرسلْ إلى جارك، فغضب الأنصاري، فقال: يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: يا زبير إسقِ واحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر».

«قال الزبير: فوالله إني لأحسب أن الآية نزلت في أولئك. ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾ الآية».

والجدر: الحاجز الذي يحجز الماء.

وشراج الحرّة: الشرجة: المراد بها المسيل. والحرّة موضع معروف بالمدينة.

(ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر) لأنه جناية قذف، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان

ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزّر، فإن عاد وتكرر منه روي عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى، فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير. قلت: يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة، لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطاً لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير، وقوله لا يعزّر: يعني بالضرب في أوّل مرة، فإن عاد عزره حينئذ بالضرب، ويمكن كون محمله حق آدمي من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا. وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس: إذا كان له مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس، وإن كان سباباً ضرب وحبس: يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدين والصلاح قوله: (ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزّر) بالإجماع إلا على قول داود في العبد فإنه يحد به، وقول ابن المسيب في الذمية التي لها مسلم قال: يحد به، وإنما عزر (لأنه) أي هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن القبحة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا مأوى الزواني يا مأوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقاً في فتاوي قاضيخان. وذكره الناطفي وقيده بما إذا قال لرجل صالح، أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شيء عليه، والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين، فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل. وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته إن أراد أن من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شيء عليه، وأن أراد أنه يعمل عملهم عزّر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد، والصحيح أنه يعزّر إن كان في غضب، قلت: أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح، ولو قذفه بإتيان ميتة أو بهيمة عزر. قال المصنف (إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى) وهو ما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما إذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأي إلى الإمام) قوله: (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزّر) لأنه لم ينسبه إلى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلاً، بل أنما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهراً، ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغاء يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا أبله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الأسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مؤاجر يا موسوس لم يعزر. والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزّر في الكشحان إذ قيل إنه قريب من معنى القرطبان والديوث، والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته، ومثله في ديار مصر والشام المعرّص والقوّاد، وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة، واختار الهندواني أنه يعزر به وهو قول الأئمة الثلاثة لأن هذه الألفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا. وفي فتاوي قاضيخان في يا كلب لا يعزّر. قال: وعن الفقيه أبي جعفر أنه يعزّر لأنه يعد شتيمة ثم قال:

إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى. وقوله: (ومن قذف عبداً أو أمة ظاهر. وقوله: (في الجناية الأولى) يعني ما إذا قذف عبداً

فيقضى لموكله في تلك الحادثة لم يجز لأنه قضاء لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضي. قال: وقعت هذه الحادثة لقاضي القضاة المروزي فقال لي: يجب أن يجوز لأن نائبي يعمل الشرع لا لي، فقلت: هل أنت إذا بنفسك لنفسك فأنت نائب الشرع فانقطع، فالوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذي ولاه أن يولي قاضياً آخر حتى يختصما إليه فيقضى أو يحكما واحداً ا هـ. وقوله: (وقيل روي عن أبي يوسف إلى قوله جائز) أقول: قال الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال. وأرى أن يأخذها ويمسكها، فإن أيس عن توبتهم يصرفها إلى ما يرى. شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الإسلام، ثم نسخ ا هـ المراد. قوله شط شرح الطحاوي قوله: (وذكر الإمام التمرتاشي) أقول: في باب الوطء الذي يوجب الحد.

فوجب التعزير (وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) لأنه آذاه وألحق الشين به، ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس ما يجب به الحد، وفي الثانية: الرأي إلى الإمام (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزّر) لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه. وقيل في عرفنا يعزّر لأنه يعد شيناً، وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزّر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك،

والصحيح أنه لا يعزّر لأنه كاذب قطعاً انتهى. وفي المبسوط: فإن العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب. وذكر قاضيخان عن أمالي أبي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزّر، ثم قال: وفي رواية لمحمد لا يعزّر، وهو الصحيح، والمصنف استحسن التعزير إذا كان المخاطب من الأشراف فتحصلت ثلاثة: المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزّر مطلقاً، ومختار الهندواني يعزر مطلقاً. والمفصل بين كون المخاطب من الأشراف فيعزر قائله أو لا فلا، ويعزر في مقامر وفي قذر، قيل وفي بليد وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزّروا به قوله: (أكثره تسعة وثلاثون سوطاً) عند أبي حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطاً. والأصل) في نقصه عن المحدود قوله: (عليه الصلاة والسلام «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»)[1] ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل، وأخرجه عن خاله[2] الوليد عن النعمان بن بشير، ورواه ابن ناجية في فوائده: حدثنا محمد بن حصين الأصبحي، حدثنا عمر بن على المقدمي، حدثنا مسعر عن خاله الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ «من بلغ» الحديث. ورواه محمد بن الحسن الآثار مرسلاً فقال: أخبرنا مسعر بن كدام قال: أخبرني أبو الوليد[3] بن عثمان[4] عن الضحاك بن مزاحم قال: قال رسول الله ﷺ «من بلغ» الحديث، والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم، وإذا لزم أن لا يبلغ به حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى صرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه إليه فنحاه عن حد الأرقاء لأن الأربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ إليهما بالنص المذكور، خصوصاً والمحل محل احتياط في الدرء (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية ثم نقص سوطاً في رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حداً فيكون من أفراد المسكوت عن النهي عنه، وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون. قيل وليس فيه معنى

أو أمة أو أم ولد بالزنا (لأنه) أي القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله: (في الثانية) يعني قوله يا فاسق الخ. وقوله: (لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لأن كل أحد يعلم أنه آدمي، وأن القاذف كاذب، وقوله ﷺ «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع. وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل إن صح فعلى حذف المفعول الأول، والتقدير من بلغ التعزير حداً في غير حد، وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح، وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حداً في غير حد فهو من المعتدين (فإذا تعذر تبليغه حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد) وهو حد العبد في القذف (فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطاً) وهذا حق لأن من اعتبر حد الأحرار فقد بلغ حداً وهو حد العبد، والتنكير في الحديث ينافيه. ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعاً هو أن البلوغ إلى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقين به نظيره وقت الصلاة، فإن الكل لما لم يمكن أن يكون سبباً وليس بعده جزء معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزأ، وكلامه واضح. وقوله: (فيقرب اللمس والقبلة من حد

---

(١) مرسل. أخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٧ وابن ناجية في فوائده كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ كلاهما من طريق مسعر عن خاله الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير مرفوعاً،
وقال البيهقي: والمحفوظ مرسل. ثم أسنده عن الضحاك عن النبي ﷺ مرسلاً. لأن الضحاك تابعي، وهو ابن مزاحم مفسر مشهور.
ومن هذا الوجه رواه محمد في الآثار كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ عن الضحاك مرسلاً.

(٢) وقع في الأصل: خالد بن الوليد. وصوابه: خاله الوليد. كما ذكرت، والتصحيح من سنن البيهقي.

(٣) بهامش نسخة العلامة البحراوي: الذي في نسخ التخريج «الوليد» بحذف لفظ «أبو» فليحرر كتبه مصححه.

(٤) صوابه: الوليد بن عثمان كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ وفي الدراية ٢/ ١٠٧: الوليد. لم يذكر اسم أبيه.

وإن كان من العامة لا يعزّر، وهذا أحسن. والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاث جلدات. وقال أبو يوسف: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً» والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» وإذا تعذر تبليغه حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطاً فنقصا منه سوطاً. وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص سوطاً في رواية عنه، وهو قول زفر وهو القياس، وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن عليّ فقلده، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر. وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه؛ فيقرب المس

معقول. وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر في تعزير رجل بتسعة وسبعين، وكان يعقد لكل خمسة عقداً بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للأربعة الأخير لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين، وإنما أمر بتسعة وسبعين، قال: وروى مثله عن عمر: يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح[1]. ونقل عن أبي الليث قال: قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الأحرار وأكثره مائة، والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون.

ومنع صحة اعتبار هذا الأخذ وهو لا يضره بعد أن أثره عن عليّ كما ذكر في الكتاب من أنه قلد علياً فيه، وكونه لا يعقل يؤكده، إذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأي يجب تقليد الصحابي فيه، وإنما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال أهل الحديث أنه غريب[2]، ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى، وبقولنا قال الشافعي في الحرّ، وقال في العبد تسعة عشر لأن حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الأحرار أربعون. وقال مالك: لا حد لأكثره، فيجوز للإمام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس؛ لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالاً، فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه، فكلم فيه فضربه مائه أخرى، فكلم فيه فضربه مائة ونفاه. وروى الإمام أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمراً في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطاً لفطره في رمضان[3]. ولنا الحديث المذكور، ولأن العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا، وحديث معن يحتمل أن له ذنوباً كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره وأخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها، وحديث النجاشي ظاهر أن لا احتجاج فيه، فإنه نص على أن ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان، وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضاً الرواية الأخرى القائلة إن علياً أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في

. . . .

قوله: (والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول: هو كلام صاحب النهاية قوله: (فصرفاه إليه وذلك أربعون الخ) أقول: للتيقن قال الإتقاني: قوله فصرفاه إليه: أي صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير إلى أدنى الحد فنقصا منه سوطاً اهـ. والأوجه أن يقال: أي فصرفا الحد المذكور في الحديث إلى أدنى الحد قوله: (والتنكير في الحديث ينافيه) أقول: المطلق قد ينصرف إلى الكامل كما بين في علم الأصول، فقوله والتنكير ينافيه ممنوع.

---

(١) غير صحيح كما ذكر المصنف ابن الهمام، وإنما هو عن ابن أبي ليلى وهو الآتي.

(٢) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٤: قول صاحب الهداية المأثور عن علي: أي خمسة وعشرين سوطاً. غريب. وإنما ذكره البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى اهـ.

ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٧ اهـ.

وابن أبي ليلى قاضٍ مشهور من قضاة الإسلام، وهو تابعي لقي الكثير من الصحابة.

(٣) هو الآتي.

. . . .

رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين، وقال: ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وإفطارك في رمضان[١]، فأين الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث، وعن أحمد لا يزاد على عشرة أسواط، وعليه حمل بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله: إذا صح الحديث فهو مذهبي، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي بردة أنه قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله»[٢] وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير إنكار أحد[٣]. وكتب عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً، ويروى ثلاثين إلى الأربعين. وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض إلى رأي الإمام: أي من أنواعه، فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره، أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين قوله: (ثم قدر الأدنى في الكتاب) يعني القدوري (بثلاث جلدات، لأن ما دونها لا يقع به الزجر، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري إنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به، وبه صرح في الخلاصة فقال: واختيار التعزير إلى القاضي من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري إنه إذا وجب العزير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة، لأنه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله إذ ليس وراء الأقل شيء وأقله ثلاثة، ثم يقتضي أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه. فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا ينزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الأكثر فقط. نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلاً قوله: (وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف، وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر

(الزنا) يعني فيكون فيه أكثر الجلدات. وقوله: (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعني فيكون فيه أقل الجلدات. وقوله: (لأنه) يعني الحبس (صلح تعزيراً) وقوله: (وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روى «أنه ﷺ حبس رجلاً للتعزير» وقوله: (ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة) لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير: أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود. وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شيئاً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجبه

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٥٣ عن الثوري عن عطاء بن أبي مروان عن أبيه فذكره. ورواه عن الثوري عن أبي مصعب عن أبيه فذكره بنحوه، وهذه متابعة حسنة، فالخبر إسناده حسن. ونسبه المصنف لأحمد ولعله في كتاب الأشربة، وهو غير مسنده المشهور.

(٢) رواه الجماعة تقدم قبل قليل في أول هذا الفصل.

(٣) جاء في شرح النووي على مسلم ١١/ ٢٢١ . ٢٢٢ ما ملخصه: قال أحمد: وأشهب المالكي، وبعض أصحابنا لا تجوز الزيادة على عشرة أسواط. وذهب الجمهور من الصحابة، والتابعين إلى جواز الزيادة، ثم اختلفوا فقال مالك وأصحابه وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور والطحاوي: مفوض ذلك إلى الإمام، وله أن يزيد على قدر الحدود لأن عمر ضرب من نقش على خاتمه مائة، وضرب صبياً أكثر من الحد.

وقال أبو حنيفة: لا يبلغ به أربعين.

وقال ابن أبي ليلى: خمسة وسبعون، وهي رواية عن مالك وأبي يوسف.

وقال الشافعي وجمهور أصحابه: لا يبلغ بتعزير العبد عشرين، ولا بالحر أربعين اهـ باختصار كلام النووي.

ومن هنا تعلم صحة ما ذهب إليه المصنف من كون الحديث منسوخاً، أونحو ذلك والله أعلم.

والقبلة من حد الزنا، والقذف بغير الزنا من حد القذف. قال: **(وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل)** لأنه صلح تعزيراً وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفي به فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير. قال: **(وأشد الضرب التعزير)** لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال **(ثم حد الزنا)** لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم **(ثم حد الشرب)** لأن سببه متيقن به **(ثم حد القذف)** لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً ولأنه جرى فيه

قيل: معناه يعزّر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير، ويعزر في قوله نحو يا كافر ويا خبيث أقل جلدات التعزير، لكن في فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير إن كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير، وإن كان من جنس ما لا يجب به القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضاً إلى رأي الإمام قوله: **(وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل)** وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو في شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس **(لأن الحبس صلح تعزيراً)** بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياماً عقوبة له فعل، ذكره في الفتاوى وغيرها، وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفي به **(وقد ورد به الشرع في الجملة)** وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة **(فجاز أن يضمه)** إذا شك في انزجاره بدونه قوله: **(ولهذا)** أي ولأن الحبس بمفرده يقع تعزيراً تاماً **(لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته)** أي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهوداً لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود، وهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به، فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته، بخلاف الحد، لأنه إذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس، لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئاً آخر غير الحبس فيحبس تعزيراً للتهمة قوله: **(وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود)** من الأخبار **(ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء)** لجريان التخفيف فيه من حيث العدد. وذكر في المحيط أن محمداً ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء. وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الإخراج، وإذا بلغ غاية التعزير فرق على الأعضاء وإلا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه. وموضوع ما في الأشربة ما إذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها، وإذا حد عدداً يسيرا فالإقامة في موضع واحد لا تفسده، وتفريقها أيضاً لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد، وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل إذا صح أنه لايجمع في عضو واحد مطلقاً **(ثم حد الزنا)** يلي التعزير في الشدة **(لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم)** وهو إتلاف النفس بالكلية **(ثم حد الشرب)** لأنه ثبت بإجماع الصحابة لكن لا يتلى في

فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى. وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس، فلو حبسا بالتهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يأباه الشرع، ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك، كما إن للإمام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب. قال: وأشد الضرب التعزير. قال الحاكم في الكافي: وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك، وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف **(فلا يخفف ثانياً وصفه كي لا**

التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف **(ومن حدّه الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر)** لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ، بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته لأنه مطلق فيه، والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق. وقال الشافعي: تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه،

القرآن، وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم **(ولأن سببه متيقن)** فيكون سببيته لا شبهة فيها، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار وهما لا يوجبان اليقين. فإن قيل: يفيد أنه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو أن الثابت بهما كالثابت بالمعاينة. قلنا: كذلك القذف يثبت بالبينة أو الإقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما، بخلاف القذف لأن سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه إليه **(ولأنه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ)** مرة أخرى **(من حيث الوصف)** وهو شدّة الضرب، ولأن الشرب ينتظم القذف كما قال عليّ رضي الله عنه: إذا شرب هذي وإذا هذي افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظراً إلى المظنة فلا يغلظ بالشدة، فأشدها التعزير وأخفها حد القذف. وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير. وقال مالك: الكل سواء لأن المقصود من الكل واحد. ثم ذكر في المبسوط بأنه يحد ويعزر في إزار واحد. وفي فتاوى قاضيخان: يضرب في التعزير قائماً عليه ثيابه، وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير قوله: **(ومن حده الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر)** وهو قول مالك وأحمد. وقال الشافعي رحمه الله: يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم، وفي قول على عاقله الإمام لأن أصل التعزير غير واجب عليه، ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحاً فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته، وهذا يخص التعزير ونحن نقول: إن الإمام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير بحق الله تعالى **(وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد)** لأنه لا بد له من الفعل وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه، إذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب، وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه، أو يفعل ما يقع زاجراً وهو ما هو مؤلم زاجر، وقد يتفق أن يموت الإنسان فلا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه، بخلاف المباحات فإنها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه، وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن إذا عزّر امرأته فماتت لأنه مباح ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به. وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه، وكذا المعلم إذا أدّب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي، أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لأنه ضمن المهر بذلك الجماع؛ فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد.

يؤدي إلى تفويت المقصود) وهو الزجر. واختلف المشايخ في شدته، قال في شرح الطحاوي: قال بعضهم: هو الجمع في عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء. بخلاف سائر الحدود. وقال بعضهم: لا بل شدته في الضرب لا في اجمع، ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلاً أقسم على أم سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطاً كلها يبضع ويحدر: أي يشق ويورم. ومعلوم أن عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير، ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء، فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه. وقوله: **(ثم حد الزنا)** ظاهر. وقوله: **(ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر)** ذكر مسئلتين: إحداهما مبنية على الأمر وهو لا

قال المصنف: **(ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء)** أقول: قال صاحب الكافي في حدود الأصل: يفرق التعزير على الأعضاء. وفي أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسئلة اختلاف الروايتين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع. فموضوع الأول إذا بلغ التعزير أقصاه بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل

إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم. قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان.

[تتمة] الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه، قالوا: لو قال له يا خبيث الأحسن أن يكف عنه، ولو رفع إلى القاضي ليؤدبه يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس، وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة. وفي فتاوى القاضي: من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، وفيها عن أبي يوسف: إذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج، والساحر إذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال: الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته، وإن لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها، وإن كانت المرتدة لا تقتل عندنا، لكن الساحرة تقتل بالأثر، وهو ما روي عن عمر أنه كتب إلى عماله اقتلوا الساحر والساحرة، زاد في فتاوي قاضيخان. وإن كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فإن هذا الساحر يقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته. وفي الفتاوى: رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل. قال في الخلاصة: هكذا ذكره القاضي مطلقا، وهو محمول على ما إذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى. وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل، وعلى هذا التقدير: أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة. وهل تحل الكتابة بما علم أن فلاناً يتعاطى من المناكير لأبيه؟ قالوا: إن وقع في قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب إليه، وإن لم يقع في قلبه لا يكتب، وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية، ويعزّر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خمر، والمفطر في نهار رمضان يعزّر ويحبس، والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزّر ويحبس، وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة، وكذا المسلم إذا شتم الذمي يعزّر لأنه ارتكب معصية، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن تظهر التوبة، وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة، والله أعلم.

يقتضي السلامة في إتيان المأمور به، والأخرى على الإطلاق وهو بنقيضها. والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به وهو من الإثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لأنه حينئذ يشبه القمار، ولأنه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالأمر فيأتي المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لأنه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب، وأما الإطلاق فإسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة، ولأن الفعل المطلق في اختيار فاعله لأنه حق الفاعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة لأنه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي في التعزير: (**تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب، غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم. قلنا: إنه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان**) والله أعلم.

الإخراج. وموضوع الثاني إذا لم يبلغ أقصاه بأن كان فيما عدا هذين الموضعين اهـ. وفي فتاوى الإمام التمرتاشي في التعزير: لا يفرق الضربات لأنه قليل، ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الإلية. وفي المنتقى: قالوا هذا في أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط، وأما في أقصاه فيفرق ا هـ قال المصنف: (**ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر**) أقول: يقال ذهب دمه هدراً، أي باطلاً. واعلم أن هذا ينبغي أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر في باب الشهادة على الزنا من أنهما غرما بيت المال لو مات من الجلد قال المصنف: (**في بيت المال**) أقول: وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف: (**من غير واسطة**) أقول: أي من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الإتلاف خطأ منه قوله: (**وأما الإطلاق فإسقاط**) أقول: الإطلاق رفع القيد.

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار، ومنه استراق السمع، قال الله تعالى: ﴿إلا من استرق السمع﴾ وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى. والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير، كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار.

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها في التعليم ترتب أسبابها في المفاسد، فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم. وأعظم المفاسد ما يؤدي إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى. ويليه ما يؤدي إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس من حيث أن عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس. ويليه ما يؤدي إلى إفساد العرض وهو القذف فإنه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمراً قبيحاً، ويليه ما يؤدي إلى إتلاف المال فإنه الأمر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخراً فأخره. وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب، وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية، ومنه استراق السمع وهو أن يستمع مستخفياً. وفي الشريعة هي هذا أيضاً، وإنما زيد على مفهومها قيود في إناطة حكم شرعي بها، إذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعاً لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي، فإذا قيل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن، بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتموّل للغير من حرز بلا شبهة، وتعمم الشبهة في التأويل قيل: فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذي الرحم الكاملة، والنقل خلاف الأصل لا يصار إليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين، وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي، والقطع بأنها للأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال إنها في الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله؛ والفرض أنه لا يتبادر

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الأموال، لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال، والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب، وقوله تعالى ﴿إلا من استرق السمع﴾ معناه استمع إليه على وجه الخفية. وقوله: (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال: السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرزاً للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية: اعلم أن ما نقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام: أحدها ما هو المقرر على ما أنبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى ﴿وجاء إخوة يوسف﴾ ﴿ولما جهزهم بجهازهم﴾ والثاني ما هو المعدول عما أنبأنا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم، فإن الصلاة شرعاً عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها إنباء لغوي وكذلك في غيرها. والثالث ما أنبأنا

كتاب السرقة

قوله: (لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول: أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والأعراض أيضاً، فإن الأول صيانة جزئها، والثاني صيانة ما يتصل بها فإنه صيانة ماء الوجه قوله: (لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول: لأن المال وقاية النفس، فإن الله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعاً ـ وقال الشاعر:

أصون عرضي بمالي لا أدنسه ... لا بارك الله بعد العرض في المال

قوله: (وقوله وقد زيدت عليه، إلى قوله: أن يقال السرقة الخ) أقول: هنا نوع مسامحة في العبارة قوله: (السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول:

وفي الكبرى: أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه. وفي الصغرى: مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه، قال: (**وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع**) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ الآية ولا بد من اعتبار

الدعاء قط، هذا وسيأتي في السارق من السارق خلاف قوله: (**والمعنى اللغوي**) يعني الخفية (**مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء**) وذلك في سرقة النهار في المصر (**أو ابتداء لا غير**) وهي في سرقة الليل، فلذا إذا دخل البيت ليلاً خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الأولى، وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية، والقياس كذلك في الليل، لكن يقطع إذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة إذ قليلاً ما يختفي في الدخول والأخذ بالكلية، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلن دخوله أو كانا لا يعلمان قطع، ولو علما لا يقطع. ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية معتبرة في الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الأخذ المذكور. وأما شرط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل قوله: (**وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع، والأصل في وجوب القطع قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة ٣٨] الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما**) لأنها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب **قوله**: (**ولا بد من التقدير بالمال الخطير**) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد من مقدار معين لا يقطع في أقل منه، فقال بالأول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لإطلاق الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله السارق يسرق

به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعاً كالسرقة على ما ذكرناه، وفيه نظر لأن الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة أوصاف، وكذلك الصوم هو الإمساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد، والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف، ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله: (**كما إذا نقب الجدار على الاستسرار**) نظير ما يكون معناه اللغوي موجوداً فيه ابتداء وترك نظير الأول لظهوره، وكان القياس أن لا يقطع فيما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من الماكر مكابرة: أي مقاتلة بسلاح لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لأنهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لامتنع القطع في أكثر السرقات لأن أكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لأنه وقت لا يلحق الغوث وقوله: (**أو من يقوم مقامه**) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال: (**وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه**) على ما سيظهر لك معناه (**وجب القطع لقوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾**) فإن الحكم إذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف، والاية كما ترى عام، لكنه لم يتناول الصبيّ والمجنون لأنه خطاب الشرع فهو تكليف، ولا تكليف إلا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء. وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الأمصار. وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري

هذه هي السرقة التي توجب القطع، وإلا فسرقة ما دون نصاب سرقة أيضاً لغة وشرعاً. فإن العبد إذا سرق ما دون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع، كذا في الخلاصة وغيرها قوله: (**محرز للتمول الخ**) أقول: احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر، فإن المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول، وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والأمثال قوله: (**غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل**) أقول: احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه إذا قال أخذت لأجل حقي فإنه أخذه متأولاً قوله: (**فإن الصلاة شرعاً عبارة الخ**) أقول: قال العلامة فخر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة: الصلاة في اللغة العالية

العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية، ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر في الحقير، وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا.

الحبل فتقطع يده، ويسرق البيضة فتقطع يده»[(١)] متفق عليه. ومن سوى هؤلاء من فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار على أنه لا قطع إلا بمال مقدّر لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً»[(٢)] متفق عليه، فلزم في الأول التأويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم، وبالبيضة البيضة من الجديد أو النسخ، ولو قيل ونسخه أيضاً ليس أولى من نسخ ما رويتم. قلنا: لا تاريخ؛ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور، فإن مثله في باب الحدود متعين عند التعارض، ثم قد نقل إجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد إطلاق الآية وبالعقل، وهو أن الحقير مطلقاً تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلاً كحبة قمح وهو مما يشمله إطلاق الآية **(وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق)** بأخذه **(ركن السرقة)** وهو الأخذ خفية **(ولا حكمة الزجر)** أيضاً **(لأنها فيما يغلب)** فإن ما لا يغلب لا يحتاج إلى شرع الزاجر لأنه لا يتعاطى فلا حاجة إلى الزجر عنه، فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالإجماع. ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه، فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين إلى أنه عشرة دراهم، وذهب الشافعي إلى أنه ربع دينار، وذهب مالك وأحمد إلى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم، لما روى[(٣)] مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقاً سرق في زمن عثمان بن عفان أترجة فأمر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمان يده. قال مالك: أحبّ ما يجب فيه القطع إليّ ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع،

رضي الله عنه مستدلاً بظاهر الآية، فإنه ليس فيه ما يدل على النصاب أصلاً، بخلاف كونه مالاً محرزاً فإن لفظ السرقة يدل على ذلك، لأن أخذ المباح يسمى اصطياداً أو احتطاباً لا سرقة، وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ. وقلنا: معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لأنه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال

الدعاء، قال الله تعالى ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ أي ادع لهم، وإنما عدي بعلي باعتبار لفظ الصلاة. وفي الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة، وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييراً لا نقلاً. وفي الغاية: والظاهر أنها منقولة لوجودها بدونه في الأمي انتهى. وفيه تأمل، فإن الدابة منقولة إلى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصلي فيها قوله: **(والثالث ما أنبأ به مقرر الخ)** أقول: أي ما أنبأ به اللغة قوله: **(وهي مقررة في الشرع)** أقول: فيه أن الصلاة ليس يلزم أن يشتمل على معنى الدعاء كما في الأمي قوله: **(وإن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ)** أقول: فكان فيه شبهة العدم والحدود تندريء بالشبهات قال المصنف: **(وإذا سرق العاقل البالغ الخ)** أقول: قال في الكنز: السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى. قال العلامة الزيلعي في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٨٣ و ٦٧٩٩ ومسلم ١٦٨٧ والنسائي ٨/ ٦٥ وابن ماجه ٢٥٨٣ وابن حبان ٥٧٤٨ وأحمد ٢/ ٢٥٣ والبيهقي ٨/ ٢٥٣ والبغوي ٢٥٩٧ و ٢٥٩٨ كلهم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال ابن حبان: يشبه أن المراد بالبيضة. بيضة الحديد. أو بيضة النعامة، فإنها تساوي ربع دينار.
وكذلك الحبل أراد به الحبال الكبار تكون للآبار العميقة، وذلك لأن أهل الحجاز آبارهم عميقة اهـ باختصار.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٨٩ و ٦٧٩٠ و ٦٧٩١ ومسلم ١٦٨٤ من وجوه عدة وأبو داود ٤٣٨٤ والنسائي ٨/ ٨٧ والترمذي ١٤٤٥ وابن ماجه ٢٥٨٥ والطيالسي ١٥٨٢ وابن حبان ٤٤٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٥٨. ٢٥٤ وأحمد ٦/ ٣٦. ١٦٣. ٢٤٩ كلهم من حديث عائشة: «تقطع يد السارق في ربع دينار، فصاعداً» هذا لفظ البخاري، وغيره. وأخرجه مسلم ١٦٨٤ ج ١ والشافعي ٢/ ٨٣ وأحمد ٦/ ٣٦ والحميدي ٢٧٩ وأبو داود ٤٣٨٣ والترمذي ١٤٤٥ والنسائي ٨/ ٧٩ وابن الجارود ٨٢٤ وابن حبان ٤٥٥٩ والبغوي ٢٥٩٥ والطحاوي ٣/ ١٦٣. ١٦٦. ١٦٧ والبيهقي ٨/ ٢٥٤ كلهم عن الزهري عن عَمرة عن عائشة: «أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعداً».
وأخرجه مسلم ١٦٨٤ حـ ٣ والنسائي ٨/ ٨١ وابن حبان ٤٤٦٤ والطحاوي ٣/ ١٦٤ والدارقطني ٣/ ١٨٩ كلهم عن سليمان بن يسار عن عمرة عن عائشة مرفوعاً «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً».
وأخرجه الحميدي ٢٨٠ وابن حبان ٤٤٦٥ عن عائشة مرفوعاً بمثل سياق المصنف ابن الهمام.

(٣) وقع في الأصل: روىٰ من مالك... الخ. ومن هنا زائدة لذا حذفتها ولو كانت: عن بدل: من لكان أقرب، ومع ذلك فالأولى الحذف.

وعند الشافعي التقدير بربع دينار. وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم. لهما أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن، وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقل المتيقن به أولى، غير أن الشافعي رحمه الله يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً والثلاثة ربعها. ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد. وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد، وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ «لا قطع إلا في دينار، أو عشرة دراهم» واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة

وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم، وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم، وهذا أحب ما سمعت إليّ انتهى(١). وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم(٢). أخرجه الشيخان. وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً»(٣) **(غير أن الشافعي يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً فالثلاثة ربعها)** وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام «اقطعوا في ربع دينار، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك» وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم(٤)، وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله أن القطع في زمن رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن أنه ما كان إلا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي أن المسروق كان نفس ثمنه فقطع به إذ ليس كذلك، بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم **(ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً للدرء)** فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر، ويريد بذلك حديث أيمن، رواه الحاكم في المستدرك

الخطير محافظة على المفهوم اللغوي، والتقدير بعشرة دراهم بقوله ﷺ «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود. وقوله: **(واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً)** بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة، واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث، والمراد بالكتاب القدوري، وقوله: **(وهو الأصح)** احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما

شرحه: قوله مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع، بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهراً. والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان، وعلى هذا أواني الفضة أو الزيوف إذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى. وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل، فإنه يقال ذلك فيما إذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم، وإلا فيتحقق الشبهة قوله: **(لأنه خطاب الشرع الخ)** أقول: فيه أن الخطاب للأئمة لا للسراق قوله: **(لأنه مشتق)** أقول: بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه قوله: **(من السرقة الخ)** أقول: لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف: **(غير أن الشافعي)** أقول: أنت خبير بأنه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر، وهذا الدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف: **(وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ)** أقول: فيه أنهم صرحوا بان ما يصلح علة لا يصلح مرجحاً.

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٨٣٢ حـ ٢٣ عن عمرة فذكرته. وكلام مالك الذي ذكره المصنف عنه قاله مالك بعد حديثين من أثر عثمان، و رجاله إلى عمرة ثقات.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٩٥ وأطرافه في ٦٧٩٦ و ٦٧٩٧ و ٦٧٩٨ ومسلم ١٦٨٦ من وجوه وأبو داود ٤٣٨٥ و ٤٣٨٦ والترمذي ١٤٤٦ والنسائي ٨/ ٧٦ وابن ماجه ٢٥٨٤ والدارمي ٢٢١٦ ومالك ٢/ ٨٣١ والشافعي ٢/ ٨٣ وأحمد ٢/ ٦ . ٥٤ . ٦٤ . ٨٠ . ٨٢ . ١٤٣ . ١٤٥ وابن حبان ٤٤٦٣ والطحاوي ٣/ ١٦٢ والبيهقي ٨/ ٢٥٦ والدارقطني ٣/ ١٩٠ والبغوي ٢٥٩٦ من طرق عن نافع عن ابن عمر به ونقل البهاء المقدسي في شرحه على العمدة ص ٥٦٧ عن ابن عبد البر قوله: هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك اهـ باختصار.

(٣) تقدم مستوفياً بطرقه قبل حديثين فقط.

(٤) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٦/ ٨٠ . ٨١ والبيهقي ٨/ ٢٥٥ كلاهما من حديث عمرة عن عائشة.

وفي إسناده محمد بن راشد المكحولي. فيه ضعف لكن توبع في سنن الدارقطني ٣/ ١٨٩ وله شواهد تقدمت، فالحديث حسن.

مضروبة لا يجب القطع، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه هو المتعارف في عامة البلاد. وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً، ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشهادة دارئة، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى. قال: (والعبد والحر في القطع سواء) لأن النص لم يفصل، ولأن التنصيف متعذر فيتكامل

عن مجاهد عن أيمن قال: لم تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المجن، وثمنه يومئذ دينار (١). وسكت عنه. ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه: هذه سنة رسول الله ﷺ أن يقطع في ربع دينار فصاعداً، فكيف قلت: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم فصاعداً؟ فقال: قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أخي أسامة بن زيد: لأمه، وأن الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله ﷺ يوم حنين قبل أن يولد مجاهد. قال ابن أبي حاتم في المراسيل: وسألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيهاً قال: تقطع يد السارق في ثمن المجن، وكان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ

يدل على أن المضروبة وغيرها سواء، وكلامه ظاهر. فإن قلت: روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبيّ ﷺ إلا في ثمن مجن حجفة أو ترس، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن ثمنه

قوله: **(إلا في ثمن مجن حجفة)** أقول: بالتحريك بتقديم الحاء قوله: **(ولما تعارضا ولا مرجع صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن قوله ولا مرجح ممنوع، وأما ثانياً فلأن شرحه لا يطابق المشروح؛ ألا ترى إلى قول صاحب الهداية: إن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى الخ قوله: **(وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ)** أقول: فيه بحث إذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر، بل الظاهر عكس ذلك. والجواب أن مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فإنه مختلف فيه، وأدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة فتأمل قال المصنف: **(إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً)** أقول: فيه تأمل، فإن المذكور في الحديث الذي رواه أصحابنا «إلا في دينار أو عشرة دراهم» فما بالهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه في الذكر والاحتيال فيه للدرء أشد، ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما أياماً كان لم أقف على وجهه في كتبهم إلى الآن، ولعل مستندهم أن تقويم المجن وقع بالدراهم في الرواية التي أخذوا بها، وفيه تأمل، وجواب ذلك مذكور في الكافي فراجعه. قوله: **(وجدت الاعتراض، إلى قوله: ساقطاً)** أقول: الاعتراض للسغناقي. قوله: **(لأن المسروق منه حاضر يخاصم الخ)** أقول: فيه تأمل: قال المصنف: **(ويحبسه)** أقول: تعزيراً لا توثيقاً. قال الإتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسألهما، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٨ . ٨٢، ٨٣ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٦٣ والحاكم ٤/ ٣٧٩ والبيهقي ٨/ ٢٥٧ من طرق عن مجاهد عن أيمن به.
وكرره عن مجاهد وعطاء عن أيمن.
ومن طريق شريك عن عطاء، ومجاهد عن أيمن ابن أم أيمن يرفعه.
وأخرجه النسائي ٨/ ٨٣ عن عمرو بن شعيب أن عطاء حدثه أن ابن عباس كان يقول: «ثمنه يومئذ عشرة دراهم».
وأخرجه من وجه آخر عن عطاء عن ابن عباس قال: «كان ثمن المجنّ على عهد رسول الله ﷺ يقوّم عشرة دراهم» ورواه عن عطاء مرسلاً، ورواه عن عطاء من قوله. وقال النسائي: وأيمن الذي تقدم، وذكرنا حديثه ما أحسب أن له صحبة.
ثم أسند النسائي ٨/ ٨٤ عن ابن إسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كان ثمن المجنّ على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم».
وقد ذكر ابن الهمام كلاماً طويلاً أتركه خشية التطويل، وتمامه في نصب الراية ٣/ ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩. ولخص الزيلعي ذلك بقوله: والحاصل أن الحديث معلول فإن كان أيمن صحابياً، فعطاء ومجاهد لم يدركاه، فهوه منقطع. وإن كان تابعياً، فالحديث مرسل، ولكن يتقوى بغيره من المرفوعات والموقوفات اهـ والله تعالى أجل وأعلم.
قلت: ثم تبين لي من الشواهد أنها تثبت كون ثمن المجنّ عشره دراهم، ولكن ليس فيها ما يمنع القطع فيما دون عشرة دراهم فتنبه.
وعلى هذا لن يتابع أيمن على لفظ: «لم يكن رسول الله ﷺ يقطع فيما دون عشرة دراهم».
والخلاصة: فالخبر مرسل وفيه مخالفة لما اتفق عليه الشيخان من حديث عائشة: ... تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً ومن حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجنّ قيمته ثلاثة دراهم» اهـ وقد تقدم، تخريج كلا الحديثين باستيفاء تام، وقد تقدم كلام ابن عبد البر في حديث ابن عمر: أنه أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك اهـ وقد تقدم قبل قليل.

صيانة لأموال الناس (ويجب القطع بإقراره مرة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين) وروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في

ديناراً، قال أبي: هو مرسل، وأرى أنه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة، وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن، وأنه استشهد مع رسول الله ﷺ بحنين واسم لتابعي آخر. وقال أبو الحجاج المزي في كتابة: أيمن الحبشي مولى بني مخزوم، روى عن سعد وعائشة وجابر، وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة، ثم قال أيمن مولى ابن الزبير، وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي ﷺ في السرقة إلى أن قال: وعنه عطاء ومجاهد، قال النسائي: ما أحسب أن له صحبة، فقد جعله اسماً لتابعين، وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحداً، قال ابن أبي حاتم: أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر، روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال: سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال: مكي ثقة. وقال ابن حبان في الثقات: أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء، وابنه عبد الواحد بن أيمن، وكان أخا أسامة بن زيد لأمه، وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي ﷺ، قال: ومن زعم أن له صحبة فقد وهم، حديثه في القطع مرسل، فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه صحابي حيث جعله من التابعين، وهكذا فعل الدارقطني في سننه، أيمن لا صحبة له وهو من التابعين، ولم يدرك زمان النبي ﷺ ولا الخلفاء بعده، وهو الذي يروي عن النبي ﷺ أن ثمن المجن دينار، روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد. والحاصل أنه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة، فإن كان صحابياً فلا إشكال، وإن كان تابعياً ثقة كما ذكره أبو زرعة الإمام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل، والإرسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحاً بل هو حجة فوجب اعتباره، وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الأخذ بالأكثر هنا لإيجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود، ثم يقوى بما رواه النسائي أيضاً بسنده عن ابن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم، وأخرجه الدارقطني أيضاً، وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وكان إسحاق بن راهوية. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي ﷺ قال «ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه» وكان ثمن المجن عشرة دراهم. قال المصنف: وتأيد ذلك بقوله ﷺ «لا قطع إلا

ثلاثة دراهم، وقد أخذ به مالك رضي الله عنه، وروت عمرة عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً إلى النبيّ ﷺ أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعداً، وبه أخذ الإمام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك؟ قلت: مدلول الحديثين واحد لأن قيمة الدينار كانت اثني عشر درهماً وثلاث دراهم كانت ربع دينار، ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قطع رجلاً في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم، ولما تعارضا ولا مرجح صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع إلا في دينار» الحديث، وإلى المعقول وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال: (والعبد والحر في القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لأن عدم التساوي إنما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله: (أن السرقة، قد ظهرت بالإقرار مرة) السرقة ظهرت بالإقرار مرة واحدة لأنها تظهر بشهادة شاهدين، وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالإقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما، وكل ما يظهر بالإقرار مرة واحدة يكتفي به فلا حاجة إلى الزيادة، وإذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بأن الزنا أيضاً يظهر بالإقرار مرة ساقطاً

الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى. وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه.

الزنا. ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة فيكتفي به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئاً لأنه لا تهمة، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار

في دينار أو عشرة دراهم»[١] وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق، ومن طريقه الطبراني في معجمه، وأشار إليه الترمذي في كتابه الجامع فقال: وقد روي عن ابن مسعود أنه قال لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم. وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود، والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى. وهو صحيح[٢] لأن الكل ما رووه إلا عن القاسم، لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال: كان قطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم، وهذا موصول[٣] وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة: إنما كان القطع في عشرة دراهم. وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة يرفعه «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم» فهذا موصول مرفوع، ولو كان موقوفاً[٤] لكان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع قوله: (**واسم الدراهم**) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (**ينطلق على المضروبة عرفاً**) فإذا أطلق بلا قيد، فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (**وهو ظاهر الرواية وهو الأصح**) للظاهر من الحديث و (**رعاية لكمال الجناية**) لأنها شرط العقوبة، وشروط العقوبات يراعي وجودها على وجه الكمال، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفاً لا يقطع بها، ولو تجوّز بها لأن نقصان الوصف بنقصان الذات، وعن أبي يوسف يقطع بها إذا كانت رائجة (**حتى لو سرق عشرة تبراً**) أي فضة غير مضروبة صكا (**قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع**)

قوله: (**ولا اعتبار بالشهادة**) جواب عن قياس إحدى الحجتين بالأخرى ببيان الفارق، وهو ما ذكر أن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئاً لأنه لا تهمة فيه. وقوله: (**وباب الرجوع**) جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا. ووجه ذلك أنه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لأنه لا مكذب له فيه، بخلاف الرجوع

---

(١) لا أصل له في المرفوع، وقد تقدم ما رواه الشيخان من حديث عائشة من عدة طرق، وكذا من حديث ابن عمر: القطع في ربع دينار فصاعداً.

ولذا قال المصنف ابن الهمام عن هذا الخبر: هذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود. وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق، ومن طريقه الطبراني في معجمه. وأشار إليه الترمذي، وهو مرسل عن ابن مسعود.

قلت: والموقوف ضعيف. رواه عبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ ومن طريقه الطبراني كما في المجمع ٦/ ٢٧٣. ٢٧٤ وعلقه الترمذي بإثر حديث ١٤٤٦ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٦٧ والبيهقي ٨/ ٢٦٠ كلهم عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود، وهو منقطع، والقاسم واهٍ ضعفه أحمد وغيره. وهذا إذا أسند، فكيف إذا أرسل.

ولذا قال البيهقي عقبه: هذا منقطع.

وقال الهيثمي: هو موقوف والقاسم ضعيف، وقد وُثِّق.

وقال الترمذي: هو مرسل عن ابن مسعود فالقاسم لم يسمع ابن مسعود، وهو قول أهل الكوفة، والثوري. وقال مالك والشافعي وأحمد وإسحق: يقطع في ربع دينار فصاعداً اهـ.

قلت: حتى الموقوف فيه القاسم ضعيف وهو منقطع أيضاً

(٢) أنى له الصحة. مع الانقطاع ووهن القاسم. وقد قال عنه أحمد روى عنه علي بن زيد الأعاجيب اهـ راجع الميزان للذهبي فالرجل مجروح.

(٣) ضعيف جداً. رواه الطبراني في الأوسط من طريق أبي حنيفة كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٩ والمجمع ٦/ ١٧٤

وقال الهيثمي: إسناده ضعيف اهـ.

قلت: له علتان الراوي عن أبي حنيفة هو الحكم بن عبد الله البلخي متروك كما في الميزان. وفيه القاسم بن عبد الرحمن وأما رواية خلف بن ياسين فهي واهية حيث ذكر الذهبي في ميزانه خلف هذا، وقال: هو الزيات. ثم ذكر له حديثاً، وقال: هذا موضوع.

الخلاصة: الخبر باطل مرفوعاً. والموقوف ضعيف يخالف الصحاح.

(٤) هذا لو صح الوقف لكن تقدم أنه لو يصح. وهذا أيضاً لو لم يرد مرفوعاً صحيحاً يعارضه. أما كونه موقوفاً، وفيه ضعف، وهو يخالف الصحاح فلا.

والرجوع في حق المال لا يصح أصلاً لأن صاحب المال يكذبه، واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع. قال: (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق، وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية

على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للإطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله: (والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما في الزكاة، وتقدم بحثنا فيها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا، وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من أن الدراهم كانت في زمنه ﷺ ثلاثة أصناف. صنف وزن خمسة، وصنف وزن ستة، وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة، فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد، وما كان دارئاً كان أولى. لا يقال: هذا إحداث قول ثالث لأنا نقول: لا نسلم فإنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع، فإن ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث، ثم هذا البحث إلزام على قولهم إن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله ﷺ، فأما إن قيل كالشافعية أنها كانت كذلك في زمنه ﷺ فلا (قوله وقوله) أي قول القدوري (أو مايبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهباً) حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع، ذكره في المحيط. قال: والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به في الحديث ما يكون متقوّماً به لا قيمة الوقت، أي يكون ديناراً قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السعر، ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع، إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين، فعلى هذا إذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع، وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط. ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مصكوكة لا يقطع لأنه يخالف النص، وهو قوله «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»[(١)] في محل النص، وهو أن يسرق وزن عشرة، ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ، وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل: سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع، وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند: إذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع، وقال: وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة، فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم؛ ألا يرى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوي درهماً، ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع، بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرجه ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع، ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع قوله: (والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لأن الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لأموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة، ومالا كمل ضرورة وإلا أهدر السبب في حقه، بخلاف الزنا

عن المال فإن له فيه مكذباً وهو صاحب المال فلا يصح، فظهر بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع ولا في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار. وقوله: (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا، (وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فإنه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئاً تافهاً ولا قطع فيه، وهذا مشكل لأن ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها إلا

---

(١) تقدم أنه باطل مرفوعاً والموقوف ضعيف ومنقطع. ووصله بعض الضعفاء، فجعله مرفوعاً وتقدم بطلان ذلك.

السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود، ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة. قال: (**وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع، وإن أصابه أقل لا يقطع**) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه.

فإن له حدين الجلد والرجم، فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله تعالى ﴿**فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب**﴾ [النساء ٢٥] ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء قوله: (**ويجب القطع بإقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد**) ومالك والشافعي وأكثر علماء هذه الأمة (**وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين**) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة، ويروى عن أبي يوسف اشتراط كون الإقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى، أما المنقول فما روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال ﷺ «**ما إخالك سرقت؟ فقال: بلى يا رسول الله، فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع**»(١) فلم يقطعه إلا بعد تكرر إقراره: وأسند الطحاوي إلى عليّ رضي الله عنه أن رجلاً أقرّ عنده بسرقة مرتين فقال: قد شهدت على نفسك شهادتين، فأمر به فقطع فعلقها في عنقه(٢). وأما المعنى فإلحاق الإقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار به بعدد الشهود نظيره إلحاق الإقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه. ولأبي حنيفة ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة في هذا الحديث «**قالوا يا رسول الله إن هذا سرق، فقال: ما إخاله سرق، فقال السارق: بلى يا رسول الله، قال؛ اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به، قال: فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به إلى رسول الله ﷺ، فقال له: تب إلى الله عز وجل، فقال: تبت إلى الله عز وجل، فقال: تاب الله عليك**»(٣) فقد قطعه بإقراره مرة، وأما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو وإن لم يكن حداً فهو في معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (**فيكتفي به كالقصاص وحد القذف**) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لأن اعتبار العدد في الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الإقرار، إذ لا يتهم الإنسان في حق نفسه بما يضره ضرراً بالغاً، على أن الإقرار الأول إما صادق فالثاني لا يفيد شيئاً إذ لا يزداد صدقاً، وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقاً فظهر أنه لا فائدة في تكراره. فإن قيل: فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (**لأن صاحب المال يكذبه**) فلا يقبل رجوعه، وأما النظر المذكور: أعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعدداً

آحاد الفقهاء فيحتاج إلى حضور الفقهاء شرطاً لظهوره، وفي ذلك سدّ باب القطع (**وعن زمانها**) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة، بخلاف ما إذا ثبت بالإقرار، فإن التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان. فإن قيل: الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير متهم لأنه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيما إذا ثبت بالبينة كما لا يسأل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٨٠ والنسائي ٨/ ٦٧ والدارمي ٢٢١٨ وابن ماجه ٢٥٩٧ وأحمد ٥/ ٢٩٣ كلهم من حديث أبي أمية المخزومي وإسناده حسن. رجاله ثقات غير أبي المنذر وهو مقبول كما في التقريب. وتقدم الكلام عليه في آخر الحدود قبل: فصل في كيفية إقامة الحد.

(٢) موقوف أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٧٠ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ كلاهما عن علي وفيه القاسم بن عبد الرحمن غير قوي.

(٣) حسن. أخرجه الطحاوي ٣/ ١٦٨ والدارقطني ٣/ ١٠٢ والحاكم ٤/ ٣٨١ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ . ٢٧٦ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ. وكذا البزار كما في المجمع ٧/ ٢٧٦ وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.

قلت: نعم رجاله رجال مسلم لكن الدراوردي متكلم فيه قال ابن حجر في التقريب عنه: صدوق. وكان يحدث من كتب غيره فيخطىء اهـ.

ويؤكد ذلك أن البهاء المقدسي رحمه الله تعالى ذكره في شرح العمدة ص ٥٦٨ ونقل عن ابن المنذر قوله: وفي إسناده مقال.

ولذا قال الدارقطني: وقد رواه الثوري عن يزيد بن خصيفة مرسلاً اهـ.

وكذلك رواه الطحاوي من عدة طرق عن يزيد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان مرسلاً لم يذكر فيه أبا هريرة. ومع ذلك فابن ثوبان ثقة كما في التقريب وهذا مرسل قوي وقد ورد موصولاً، وفيه ضعف. فالحديث حسن إن شاء الله تعالى وانظر نصب الراية ٣/ ٣٧١

. . . .

كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس، وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس، فالواقع أن كلاً من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[فروع من علامة العيون] قال أنا سارق هذا الثوب: يعني بالإضافة قطع، ولو نوّن القاف لا يقطع لأنه على الاستقبال، والأول على الحال. وفي عيون المسائل قال: سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم، هذا إذا ادعى المقر له المالين، وهو قول أبي حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان. وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان، بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئاً لو ادعى المقر له المائتين لأنه أقرّ بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الأولى لا يدعيها المقر له، بخلاف الأولى؛ ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع، ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لا يدعيها المسروق منه، ولو أنه صدقه في الرجوع إلى المائة لا ضمان قوله: **(ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق)** وهذا بإجماع الأمة قوله: **(وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة)** أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة، وأخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقاً له على الباب فأخرجه ويسألهما **(عن ماهيتها)** فإنها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة **(وعن زمانها)** لاحتمال التقادم، وعند التقادم إذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر، وتقدم أيضاً ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لأن الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان، ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم، وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل اقرار ولا يسأل المقرّ عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقاً. وفي الكافي: وعن المسروق إذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكمثري وقدره لاحتمال كونه دون نصاب، وعن المسروق منه لأن السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج. وقال في المبسوط: لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لأنه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه، وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو جده، وإنما يسأل عن هذه الأمور احتياطاً للدرء، وإذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد، فإن كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه، وإن لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لأنه صار متهماً بالسرقة، والتوثق بالتكفيل ممتنع لأنه لا كفالة في الحدود وهنا نظر، وهو أن إعطاء الكفيل بنفسه جائز، وعلى قول أبي يوسف يجبر، ولم يقع تفصيل في هذا الحكم: أعني حبسه عند إقامة البينة حتى يزكوا، ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهماً بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن

فيما إذا ثبت بالإقرار. قلنا: إن الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا **(وعن مكانها)** لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب. وقال في المحيط: ويسألهما عن المسروق منه أيضاً لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين، ولعله مستغنى عنه لأن المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك. وقوله: **(ويحبسه)** أي المشهود عليه لأنه صار متهماً بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة. وقوله: **(وإذا اشترك جماعة)** ظاهر. واستشكل بما إذا قتل جماعة واحداً فإنهم يقتلون كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال. وأجيب بأن القصاص يتعلق بإخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف إلى كل منهم كملاً، والله أعلم.

. . . .

حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الأرض، ولذا ذكر في الفتاوى: من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، بخلاف من يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة فإنه يحبس ويؤدب ثم يخرج. وفي التجنيس من علامة النوازل: لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه، وللإمام أن يحبسه حتى يتوب لأن الحبس زجراً للتهمة مشروع، وإذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه إلا بحضرته، وإن كان حاضراً والشاهدان غائبان لم يقطع أيضاً حتى يحضرا، وكذلك في الموت، وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص إن لم يحضروا استحساناً هكذا في كافي الحاكم قوله: (**وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع، وإن أصاب أقل لا يقطع**) ومعلوم تقييد قطعهم بما إذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبيّ، وعند مالك يقطعون وإن لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص. قلنا: القطع لكل سارق بسرقته نصاباً ولم يوجد فلا يجب الحد: يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصاباً، والله أعلم.

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولا قطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والأصل فيه حديث عائشة قالت؛ كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق، وهو متعلق السرقة إذ هو محلها فهو ثان بالنسبة إلى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها قوله: (لا قطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام) أي إذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكاً. التافه والتفه: الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) برياً أو بحرياً (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة: الطين الأحمر ويجوز إسكانها (والنورة) قوله: (الأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها) هو ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه. ومسنده: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة، عن عروة، عن عائشة قالت: لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. زاد في مسنده: ولم يقطع في أدنى من ثمن حجفة أو ترس[1]. ورواه مرسلاً أيضاً: حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه، وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا ابن جريج عن هشام به، وكذا إسحاق بن راهويه. أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام، ورواه ابن عدى في الكامل مسنداً أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة، ولم يقل في عبد الله هذا شيئاً إلا أنه قال لم يتابع عليه، ولم أر للمتقدمين فيه كلاماً فذكرته لأبين أن في رواياته نظراً[2]، ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة[3] وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان، وإذا عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته) أي الأصلية بأن لم تحدث

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقاً يوجب القطع ومسروقاً لا يوجبه وإن وجد فيه النصاب، ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب، لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه، وإن أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله: (ولا يرد ما قيل) أقول: القائل هو الإتقاني.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٥٥ وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وإسحق كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ من طرق كلهم عن هشام عن عروة مرسلاً.

قال البيهقي: ورواه عبيدة بن سليمان، وميّز كلام عروة من كلام عائشة، والكلام الأخير في الحديث المرسل هو من كلام عروة. ثم أسنده البيهقي عن هشام قال: قال أبي: إن أبي قال إن اليد لا تقطع في الشيء التافه ثم قال: حدثتني عائشة: «أنه لم تكن تقطع اليد في عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن حجفة أو ترس» اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/ ١٩٢ من حديث عائشة. وفي إسناده عبد الله بن قبيصة الكوفي

وقال: لم يتابع عليه، وفي بعض حديثه نكرة اهـ.

وجاء في اللسان لابن حجر: ضعفوه.

(٣) قلت: وأحسن منها ما رواه الشيخان من حديث عائشة وابن عمر: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً»

ورواية: لا تقطع إلا... فلماذا المرسل والضعيف طالما هناك صحاح!.

الشيء التافه، أي الحقير، وما يوجد جنسه مباحاً، في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص؛ ألا يرى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفرّ وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة، والحد يندرىء بها. ويدخل في

فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقاً وقوله: (بصورته) ليخرج الأبواب والأواني من الخشب، و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوباً فيها فيقطع في كل ذلك، وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال: ينبغي أن يقطع به لأن يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال، بخلاف الخشب، لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصاً، بخلاف الساج والآبنوس، واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين. وقوله: (تقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواهي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل إليه (ولا تضن به الطباع) إذا أحرز، حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب إلى الجناية بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة، وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب. قال المصنف (ولأن الحرز فيها ناقص) فإن الخشب بصورته الأولى يلقى على الأبواب، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز، وذلك في زمانهم، وأما في زماننا فيحرز في دكاكين التجار. قال: (والطير يطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه، والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الإحراز بقوله عليه الصلاة والسلام «الصيد لمن أخذه»[(١)] (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الأصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الإحراز فيمتنع القطع. والوجه أن يحمل على أن الشبهة العامة الثابتة في الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاثة» فإنما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلإ ففيه قصور أيضاً. قال: (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فيقل إحرازه عنه. وأما قوله: (ولإطلاق قوله ﷺ «لا قطع في الطير»)[(٢)] فحديث لا يعرف رفعه. بل رواه عبد الرزاق بسند

قوله: (لا قطع فيما يوجد تافهاً) ظاهر، والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الأحمر، وتسكين الغين فيه لغة. وقوله: (وما يوجد جنسه) مبتدأ، وقوله حقير خبره. وقوله: (بصورته) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية، فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب، وأصل الحصير يوجد مباحاً لتغيرها عن صورتها الأصليّة بالصنعة المتقوّمة. وقوله: (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فإنها توجد مباحاً في دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وظاهر المذهب. وروى هشام عن محمد: إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع. وجه الظاهر أنها ليست بتافه جنساً، فإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة. وقوله: (تقل الرغبات

قال المصنف: (غير مرغوب) أقول: قال السكاكي وصاحب النهاية: قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً، وأما الشارح جعله حالاً.

---

(١) لا أصل له. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣١٨/٤، ٣١٩: غريب. ثم ذكر الزيلعي قصة وفيها هذا الخبر مرفوعاً. وتعقبه ابن حجر في الدراية ٢٥٦/٢ فقال: الحديث لم أجد له أصلاً وأما الحكاية فهي موضوعة.

(٢) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ غريب مرفوعاً. ووافقه المصنف ابن الهمام.
وقال ابن حجر في الدراية ١٠٩/٢: لم أجده مرفوعاً.
ثم ذكر أنه ورد عن عثمان موقوفاً رواه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفيهما، وسكتا عليه مع أن مداره على جابر الجعفي، وهو واهٍ. لكن يؤيده حديث السائب بن يزيد الآتي عنه، وهو موقوف أيضاً.

السمك المالح والطري، وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في الطير» وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي، والحجة عليهما ما ذكرنا. قال: (ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في

فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار، قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه، فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان: لا قطع في الطير، ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيراً فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد، فقال: ما رأيت أحداً قطع في الطير، وما عليه في ذلك قطع، فتركه عمر. فإن كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع، وإلا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف قوله: (**وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين**) وروي عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ، لأن ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها، والإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التملك (**وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا**) من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله: (**ولا قطع فما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم**) والخبز أيضاً ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي، ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحاً قديداً أو غيره (**والفواكه الرطبة**) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روي عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمر «أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»(١) أخرجه أبو داود عن ابن عجلان، وعن الوليد بن كثير وعن عبيدالله بن الأخنس وعن محمد بن إسحاق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به. وأخرجه النسائي أيضاً من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به، وفي رواية «أن رجلاً من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الجريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال: فيها ثمنها مرتين، وضرب ونكال، وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن، قال: يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها؟ فقال: من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع» رواه أحمد والنسائي، وفي لفظ «ما ترى في الثمر المعلق؟ فقال: ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين، فما أخذ من الجرين فبلغ

فيه) جملة استئنافية. وقوله: (**والطباع لا تضن به**) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضاً. وقوله: (**فقلما يوجد أخذه على كره من المالك**) أي قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الأشياء منه، بل يرضى بالأخذ توقياً عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفادياً عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر. وقوله: (**والطير يطير والصيد يفرّ**) يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الأبواب. وقوله: (وكذا

قوله: (**لحوق الملالة**) أقول: الظاهر أن يقال لحوق المشقة قوله: (**يعني كان الأمر كذلك الخ**) أقول: الأولى أن يقال ولما كان الأمر كذلك كان في حرزه نقصان، فإن قوله ألا يرى أن الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٧١٠ و ٤٣٩٠ والترمذي ١٢٨٩ والنسائي ٨/ ٨٥ ـ ٨٦ وابن ماجه ٢٥٩٦ والحاكم ٤/ ٣٨١ والبيهقي ٨/ ٢٧٨ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٧٣ وابن الجارود ٨٢٧ وأحمد ٢/ ١٨٦ ـ ٢٠٣ ـ ٢٠٧ من عدة طرق كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مع اختلاف في ألفاظه، ورواية: رجلاً من مزينة. والإسناد إلى عمرو صحيح رواه غير واحد من الثقات وسلسلة عمرو بن شعيب عن آبائه من نوع الحسن. ولذا حسنه الترمذي. وأما الحاكم، فصححه ضمناً حيث قال: قال إمامنا إسحق بن راهوية إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة، فهو كأيوب في نافع عن ابن عمر. اهـ ووافقه الذهبي. وتقدم أن عدة رووه عن عمرو بن شعيب. وقد ذكرهم المصنف ابن الهمام كما ترى.

ثمر ولا كثر» والكثر الجمار، وقيل الودى. وقال عليه الصلاة والسلام «لا قطع في الطعام» والمراد والله أعلم ما يتسارع

ثمن المجن ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال»(١) ورواه احاكم بهذا المتن، وقال: قال إمامنا إسحاق بن راهويه، إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمرو (٢) رواه ابن أبي شيبة، ووقفه على عبد الله بن عمر وقال: ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوى الجرين. وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء(٣) أجاب **(بأنه أخرجه على وفق العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع)** لكن ما في المغرب من قوله: الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه، واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه، ثم ليس في هذه الأحاديث لفظ الجران، وكأنه وقع في بعض الألفاظ الجران فذكره المصنف على الشك. وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منخره، والجمع جن، فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب، ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين: أي المربد حتى يجف: أي حتى يتم إيواء الجرين إياه فإنه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز، وإلا فنفس الجرين ليس حرزاً ليجب القطع بالأخذ منه، اللهم إلا أن يكون له حارس يترصده، والجواب أنه معارض بإطلاق قوله ﷺ «لا قطع في ثمر ولا كثر»(٤) وقوله: «لا قطع في الطعام»(٥) أما الأول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد

. . . .

---

(١) هذا اللفظ عند الحاكم وتقدم في الذي قبله.

(٢) وقع في الأصل: ابن عمرو. وصوابه: ابن عمر كما في المستدرك وغيره.

تنبيه: كلام الحاكم إلىٰ هنا. أما ما بعده، فهي روايات ساقها الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٦٣ ورواية ابن أبي شبهة الموقوفة واهية لأن فيها الحجاج بن أرطاة، وهو واهٍ. وأما وروده عن ابن عمر موقوفاً، فلا يعلل الرواية الحسنة الإسناد، والتي جاءت مرفوعة من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص.

(٣) تقدم جوابه في الذي قبله وهو موقوف.

(٤) جيد. أخرجه الترمذي ١٤٤٩ والنسائي ٨/٨٧ ـ ٨٨ وابن ماجه ٢٥٨٣ والدارمي ٢/١٧٤ وابن الجارود ٨٢٦ وابن حبان ٤٤٦٦ والشافعي ٢/٨٤ والحميدي ٤٠٧ والطحاوي ٣/١٧٢ من طرق كلهم عن محمد بن يحيىٰ بن حبان عن عمه حبان بن واسع فذكره بمثل اللفظ الآتي بعد حديث وفيه قصة مروان. ورواه بعضهم بدون قصة. وإسناده صحيح رجاله ثقات كلهم، وهو علىٰ شرط مسلم. وأخرجه أبو داود ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والنسائي ٨/٨٧ ـ ٨٨ والدارمي ٢/١٨٤ ومالك ٢/٨٣٩ والطحاوي ٣/١٧٢ وعبد الرزاق ١٨٩١٦ والبغوي ٢٦٠٠ والطبراني ٤٣٣٩ و ٤٣٤١ و ٤٣٤٢ و ٤٣٤٣ والبيهقي ٨/٢٦٢ ـ ٢٦٣ من طرق كثيرة كلهم عن محمد بن يحيى بن حبان لكن بعضهم.

قال: عن رجل من قومه عن رافع بن خديج.

وبعضهم لم يذكر واسطة. وبعضهم ذكر عن عمه له عن رافع بن خديج. ورواية للدارمي ٢/١٧٤ ـ ١٧٥ والنسائي ٨/٨٨ عن أبي ميمون عن رافع لكن قال النسائي هذا خطأ أبو ميمون لا أعرفه.

قلت: وقد توبع محمد بن يحيىٰ بن حبان فقد أخرجه عبد الرزاق ١٨٩١٧ والنسائي ٨/٨٦ ـ ٨٧ والطبراني ٤٢٧٧ كلهم من طريق القاسم بن محمد عن رافع به.

وله شاهد أخرجه ابن ماجه ٢٥٩٤ من حديث أبي هريرة مختصراً بلفظ: «لا قطع في ثمر ولا كثر» وإسناده ضعيف لكنه شاهد، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله تعالىٰ. وقال ابن حجر في التلخيص ٤/٦٥: قال الطحاوي: هذا الحديث تلقته العلماء بالقبول اهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٦٢: وتأول الشافعي الثمر في هذا الحديث ما كان معلقاً في النخل قبل أن يُجذَّ ويُحرزُ بدليل حديث عمرو بن شعيب: إلا ما آواه الجرين اهـ.

وهكذا جمع الطحاوي في المعاني ٣/١٧٣ بين الحديثين فقال: فرق النبي ﷺ في الثمار المسروقة بين ما آواه الجرين وبين ما كان في شجره. فما آواه الجرين فيه القطع وما لم يأوه فيه النكال والغرم.

ثم قال: فيستوي هكذا الأثران ولا يتضادّان وهو مذهب أبي يوسف اهـ باختصار.

(٥) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٣/٣٦٢، وابن حجر في الدراية ٢/١٠٩ حيث قال: لم أجده بهذا اللفظ. ثم ذكراه عن الحسن مرسلاً بلفظ: إني لا أقطع في الطعام. وقالا: رواه أبو داود في مراسيله، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق وقال الزيلعي، ذكره عبد الحق، ولم يعله بغير الإرسال، ووافقه ابن القطان: وزاد عبد الرزاق، وقال سفيان: هو الطعام الذي يفسد من نهاره كالثريد واللحم.

إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً. وقال الشافعي: يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في ثمر ولا كثر» فإذا آواه الجرين أو الجران قطع» قلنا: أخرجه على وفاق

والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان: أن غلاماً سرق ودياً من حائط، فرفع إلى مروان فأمر بقطعه، فقال رافع بن خديج: قال النبي ﷺ «لا قطع في ثمر ولا كثر»(١). ورواه ابن حبانَ في صحيحه مرتين في القسم الأول، وفي القسم الثاني. قال عبد الحق: هكذا رواه سفيان بن عيينة، ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعاً انتهى. وكذا رواه مالك. والحاصل أنه تعارض الانقطاع والوصل، والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوي الثقة، وقد تلقت الأمة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين، وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درءاً للحد، ولأن ما تقدم متروك الظاهر فإنه لا يضمن المسروق بمثلي قيمته، وإن نقل عن أحد فعلماء الأئمة على خلافة لأنه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك، ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض، فبطل قول من قال يتقيد حديث والثمر والكثر بهذا التفصيل: يعني يفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شيء عليه، أو يخرجه ففيه ضعف قيمته. وجلدات نكال، أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار. وقيل هو الودي وهو صغار النخل، وجزم في المغرب أنه أخطأ. وأما الحديث الثاني فأخرجه أبو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري أن النبي ﷺ قال «إني لا أقطع في الطعام»(٢) وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الإرسال، وأنت تعلم أنه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه، وحينئذ يجب اعتباره في غير محل الإجماع ولما كان الإجماع على أنه يقطع في الحنطة والسكر لزم أن يحمل على ما يتسارع إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقاً في الجرين وغيره. هذا والقطع في الحنطة. وغيرها إجماعاً إنما هو في غير سنة القحط، وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا لأنه عن ضرورة ظاهر، أو هي تبيح التناول، وعنه عليه الصلاة والسلام «لا قطع في مجاعة مضطر»(٣) وعن عمر رضي الله عنه

الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحاً (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الإباحة بعد إحرازه (والحد يندرىء بها) وفي التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاثة: في الكلإ، والماء، والنار» وقوله: (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدّد الذي فيه الملح. وقوله: (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعني حديث عائشة وما ذكر بعده. والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رؤوس النخل ويؤكل، والودي صغار النخل. وقوله: (كالمهيإ للأكل) يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الحنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط، أما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا. وقوله: (كاللحم والثمر) اللحم راجع إلى قوله كالمهيإ للأكل منه، والثمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لفاً ونشراً وقال الشافعي رضي الله عنه: (يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد: وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف، وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

(٢) مرسل. تقدم في الذي قبله.

(٣) غريب مرفوعاً. والصواب أنه وردَ عن عمر. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١١/ ٧٤ وكذا الجوزجاني في جامعه كما في تلخيص الحبير ٤/ ٧٠ كلاهما عن عمر قال: «لا تقطع اليد في غدق، ولا في عام سنة».

قال الجوزجاني: فسألت أحمد عنه فقال: الغدق النخلة، وعام سنة المجاعة. فقلت لأحمد: تقول به؟ قال: إي لعمري. وفي إسناده إلى عمر حسان بن زاهر وشيخه حصين بن حدير وثقهما ابن حبان.

فالخبر موقوف حسن إن شاء الله تعالى، وأما المرفوع فلو ورد لما خفي على أحمد، ولا على الجوزجاني وغيرهما.

العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع. قال: (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الإحراز (ولا قطع في الأشربة المطربة) لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة، ولأن بعضها ليس بمال، وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية. قال: (ولا في الطنبور) لأنه من المعازف (ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية) وقال الشافعي: يقطع لأنه مال متقوّم حتى يجوز بيعه، وعن أبي يوسف مثله. وعنه

«لا قطع في عام سنة» قوله: (ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة. والطرب استخفاف العقل، وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعاً ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله، أو شدة سرور فيوجب ما هو معهود من الثمالى والمسئلة بلا خلاف، ما عند الأئمة الثلاثة فلأنها كالخمر عندهم، وعندنا إن كان الشراب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد؛ وإن كان مراً فإن كان خمراً، فلا قيمة لها، وإن كان غيرها فللعلماء في تقومه اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوّم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر، وفي سرقة الأصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب المجرد قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل لأنه قد صار خمراً مرة. وفي نوادر ابن سماعة براوية عليّ بن الجعد: لا قطع في الربّ والجلاب قوله: (ولا في الطنبور) ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف أيضاً لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها، وعند أبي حنيفة وإن ضمنها لغير اللهو، إلا أن يتأول آخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله: (ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية. وقا الشافعي) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبي يوسف فيما إذا بلغت حليته نصاباً، وفي رواية أخرى عنه: يقطع مطلقاً لأنه مال محرز يباع ويشترى، ولأن ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقض. وفي رواية أخرى عن أحمد: إن أخذه يتأول القراءة لإزالة الإشكال لا يقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه) ولأن المالية للتبع وهي الحلية والأوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (وإحرازه لأجله) والآخذ أيضاً يتأول أخذه لأجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لا يقطع، وكمن سرق صبياً وعليه حلى كثير لا يقطع لأن المقصود ليس المال. قال في المبسوط: ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه، وإن كان يعلم بها فعليه القطع. وعن أبي يوسف عليه القطع في الأحوال كلها لأن سرقته تمت في نصاب كامل، ولكنا نقول: إن السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به، وإذا كان عالماً بالدراهم فقصده أخذ الدراهم، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوي نصاباً، وقد تقدم في مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع وإلا لا. وهنا ردد بين العلم وعدمه. فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال

البعير من مذبحه إلى منخره، والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظرفين، ويجوز أن يكون الشك من الراوي قلنا: (أخرجه على وفاق العادة) فإن في عادتهم أن الجرين لا يؤوي إلا اللباس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة. قال: (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوماً من قوله والفاكهة الرطبة، لكن أعاده تمهيداً لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز فيها، (ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة. قال في الصحاح: الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور، وفسر السكر في أصول الفقه بأنه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الإطراب للإسكار. قال الإمام التمرتاشي: لا قطع في الأشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة. وقوله: (لأن بعضها ليس بمال) أي بمال متقوم كالخمر (وفي مالية بعضها اختلاف) يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لأنها عند أبي حنيفة رضي الله عنه متقومه خلافاً لهما، وإنما قيد الأشربة بكونها مطربة لما أنه ذكر في الإيضاح، ويقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد، كذا في النهاية. ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: لا قطع في الخل

أيضاً أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها. ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع، كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب، **(ولا قطع في أبواب المسجد)** لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه. قال: **(ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد)** لأنه يتأول من أخذها الكسر نهياً عن المنكر، بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر. وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز **(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن**

قطع وإلا لا. وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح، إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار، وما تقدم هو ما إذا لم يقرّ بعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه، وذلك بأن يكون كيساً فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم قوله: **(ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز)** وقال الشافعي: يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله، وكذا يقطع عندهم في باب الدار، فقياسه عليه من رد المختلف إلى المختلف، والوجه ما قلنا، ولا شك في أنه إما ليس محرزاً أو في حرزه شبهة إذ هو باد للغادي والرائح ومعها ينتفي الحد، على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فإنه لم ينصب خلافاً وإنما يعترض بذلك لو نصب الخلاف. وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز، وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد، والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له، وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد قوله: **(ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج)** ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب **(ولا النرد)** لأنه يتأول من أخذها الكسر: أي إباحة الأخذ للكسر **(نهياً عن المنكر)** فلا يجب إلا ضمان ما فيه من المالية، والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين، ويقال لكل جسم صلب **(وعن أبي يوسف: إن كان الصليب في مصلاهم)** أي معابدهم **(لايقطع لعدم الحرز)** لأنه بيت مأذون في دخوله، وإن كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال، وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة، وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط قوله: **(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي)** يبلغ نصاباً، وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي. والحلي بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر **(وقال أبو يوسف: يقطع إذا بلغ ما عليه نصاباً لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره، والخلاف في صبيّ لا يمشي ولا يتكلم)** فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأن في يد نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع، وحيث لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر

لأنه قد صار خمراً مرة **(ولا في الطنبور لأنه في المعازف)** والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب. قوله: **(ولا في سرقة المصحف)** ظاهر **(والصليب)** شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى **(والشطرنج)** بكسر الشين **(والنرد)** معروفان، ولا قطع فيها وإن كانت من ذهب أو فضة. وقوله: **(إن كان الصليب في المصلى)** أي في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم. وقوله: **(وما عليه من الحلي تابع)** لا يقال: يجوز أن يكون مقصوده من الأخذ هو الحلي فلا يكون تابعاً لأنه لو كان ذلك مقصوده لأخذ الحلي وترك الصبي. وقوله: **(لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره)** معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب، وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه القطع لا يسقطه، كما لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوي نصاباً وفيه عشرة دراهم مضروبة. وقوله: **(وعلى هذا إذا سرق إناء فضة)** ظاهر. **(والدفاتر)** جمع دفتر وهي الكراريس، ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لأن المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم، فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع، وعموم كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه في عدم

قوله: **(والمعازف آلات اللهو)** أقول: بالعين المهملة.

كان عليه حلي) لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له، ولأنه يتأول في أخذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته. وقال أبو يوسف: يقطع إذا كان عليه حلى هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره، **وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد**، والخلاف في الصبيّ لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه **(ولا قطع في سرقة العبد الكبير)** لأنه غصب أو خداع **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** لتحققها بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو

الرواية. وروي عن أبي يوسف يقطع. قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف وإلا أوهم أنه مذهبه المعول عليه عنده، وليس كذلك. وقال مالك والحسن والشعبي: يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال. وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه وإلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال، ولا قطع إلا بأخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال، ففي الحديث القدسي عن ربّ العزة جل جلاله «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاسوفى منه عمله ولم يوفه أجره»[1] لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعاً. وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته أو إبلاغه إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه **(وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد)** أو كلباً عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة. ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع، وإذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع، واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان، فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه، بل الظاهر أن كلاً منهما أصل مقصود بالأخذ، بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه، والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده، وما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون: سرق كوزاً فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع، وكذا إذا سرق حماراً يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهماً، بخلاف ما لو سرق قمقمة[2] فيها ماء يساوي عشرة لأنه سرق ماء من وجه، وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوباً لا يساوي عشرة مصرور عليه عشرة، قال: يقطع إذا علم أن عليه مالاً بخلاف ما إذا لم يعلم قوله: **(ولا قطع في سرقة العبد الكبير)** يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع، إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا، بل نصوا على أنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً، وقالوا: هو ليس بسرقة، بل إما غصب أو خداع **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** الذي ليس كذلك بالإجماع لأنه مال متقوم، هكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال: أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من

وجوب القطع لكونها محتاجاً إليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن، والحاجة وإن قلت كفت لإيراث الشبهة، ومن الناس من ألحقها

قال المصنف: **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** أقول: فيه بحث، لأنه يمكن أن يتأول في أخذ إسكاته كما في الحر الصغير فتأمل في جوابه

---

(١) حسن. أخرجه البخاري ٢٢٢٧ و ٢٢٧٠ وابن ماجه ٢٤٤٢ وابن الجارود ٥٧٩ والطحاوي في مشكل الآثار ٤/ ١٤٢ وأبو يعلى ٦٥٧١ والبغوي ٢١٨٦ والبيهقي ٦/ ١٢١ وأحمد ٢/ ٣٥٨ من طرق كلهم عن يحيىٰ بن سُلَيْم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً. رووه مع تغير يسير في بعض ألفاظهم.

وفي إسناده مقال مع رواية البخاري له لأن الطائفي متكلم فيه، وقد قال الحافظ في التقريب عنه: صدوق سيء الحفظ. وانظر الميزان ٩٥٣٨ حيث فيه كلام.

لكن حديثه لا ينزل عن الحسن لا سيما وقد رواه البخاري. وقد قال ابن حجر في شرحه: ليس له في البخاري غير هذا الحديث موصولاً اهـ وتكلم عليه وحسن أمره.

(٢) القُمْقُمُ: آنية العطاء، وأيضاً: آنية من نحاس يُسخَّن فيه الماء وأهل الشام يقولون: غلّاية. وهو رومي معرب. والقمقمة: وعاء من صفر ـ نحاس ـ له عروتان يستصحبه المسافر اهـ مصباح.

والبالغ سواء في اعتبار يده. وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحساناً لأنه آدمي من وجه مال من وجه، ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعرض أن يصير منتفعاً به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (إلا في دفاتر الحساب) لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد. قال: (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لأن من جنسها يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن

وجه آدمي من وجه، فصار كونه آدمياً شبهة في ماليته فيندرىء الحد، فالدفع منهما لا بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل.

ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود، وقول المصنف **(ولهما أنه مال مطلق لأنه منتفع به)** إن كان يمشي ويعقل **(أو بعرض أن يصير منتفعاً به)** إن كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أنَّ في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية إليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درّة نفيسة فيما ليس بمال؛ ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا قوله: **(ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها، وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ)** لأنه لا يستفيد الآخذ به نفعاً **(فكان المقصود الكواغد)** ويدخل في عموم: ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر. وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها، وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة، ومقتضى هذا أنه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إياها إذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها، بخلاف كتب الأدب والشعر، ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع.

وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها، لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع قوله: **(ولا في سرقة كلب ولا فهد)** بالإجماع، خلافاً لأشهب قرين[1] ابن القاسم فإنه قال عدم القطع في المنهى عن اتخاذه، أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع، وقلنا هو مباح الأصل وبحسب الأصل هو **(غير مرغوب فيه، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة)** فيها قوله: **(ولا قطع في دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار)** وكذا جميع آلات اللهو **(لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر)** وفي دال الدفّ الضم والفتح. واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به، واختاره الصدر الشهد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره، وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعاً للهو فليس آلة لهو قوله: **(ويقطع في الساج والقنا والآبنوس)** وهو بفتح الباء فيما سمع

بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج إليها في معرفة أحكام الشرع **(ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد)** وهو ظاهر **(ولا في دفّ ولا طبل)** والدفّ بضم الدال وفتحها الذي يلعب به، وهو نوعان مدور ومربع، والمراد بالطبل طبل اللهو، وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ، واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن فيه الشبهة. وقوله: **(لأن عندهما لا قيمة لها)** بدليل أن متلفه لا يضمنه **(وعند أبي حنيفة)** وإن كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة، لكن **(آخذها يتأول الكسر فيها)** فكان ذلك شبهة **(والساج)** خشب يجلب من الهند **(والقنا)** بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح و**(الآبنوس)** بمد

قال المصنف: **(إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية)** أقول: والانضمام غير التبعية فتأمل قوله: **(وقوله لأن عندهما لا قيمة لها بدليل أن متلفه لا يضمنه)** أقول: أي يدل عدم تضمين المتلف عندهما على أن مذهبهما ذلك يعني لا قيمة لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع.

---

(١) وهما من أصحاب مالك بمنزلة محمد بن الحسن وأبي يوسف من أبي حنيفة.

الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة (ولا قطع في دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل) لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام. قال: (ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لأنها من أعزّ الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواباً قطع فيها) لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة؛ ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها للغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب، وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله لأن

(والصندل) والعود الرطب لأن كل هذه ليست مباحة في دار الإسلام وهو المعتبر، فأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا. وروى هشام عن محمد: لا قطع في العاج ما لم يعمل، وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس، والظاهر القطع كما ذكرنا، ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية (ويقطع في الفصوص) النفيسة (والزبرجد لأنها من أعز الأموال، ولا توجد مباحة الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب) قوله: (وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواباً قطع فيها لأنه) أي الخشب (بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لأن الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافهاً بين الناس (حتى أن الحصير يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بواري، بخلاف الخشب فإن غلبة الصنعة فيه على الأصل فقطع فيما اتصلت به منه، حتى لو غلبت في الحصر أيضاً قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والإسكندرانية وهي العبدانية، ويقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصر مطلقاً. هذا وفي عيون المسائل: سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع، فإذا جعلت مصلى أو بساطاً يقطع. هكذا قال محمد؛ لأنها إذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لأنها أخذت إسماً آخر اهـ. وهذا ظاهر في أن غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم، وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان إحرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لأن شبهة التفاهة فيها كما قالوا إنه لا يقطع في الملح لذلك؛ ولا يقطع في الآجر والفخار لأن الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها، وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية. وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب إذا صنع منه الأواني، ثم أنما يقطع في الباب المصنوع من الخشب إذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز، أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار إلى السكة، وغير المركب لا يقطع به إذا كان ثقيلاً لا يحمله الواحد لأنه لا يرغب فيه، ونظر فيه بأن ثقله لا ينافس ماليته ولا ينقصها، فإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة، ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف، ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع. وفي الشامل في كتاب المبسوط: وقد مر أن

الهمزة وفتح الباء معروف. وقوله: (ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام) وإنما قيده بدار الإسلام لأن الأموال كلها باقية على الإباحة في دار الحرب... وقوله: (وإذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الأصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعززه بحيث أنهم يدخلونه في الحرز. وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز، حتى لو غلب الصنعة على الأصل كالحصر البغدادية يجب القطع. وقوله: (وإنما يجب القطع) أي في الأبواب (في غير المركب) بالجدار، أما إذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فأخذها فإنه لا يقطع لأن القطع إنما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به، وما في البيت من المتاع فإنما يحرز بالأبواب المركبة فلا تكون محرزة، قيل هذا في الباب البراني، وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لأنه محرز بالبراني.

الثقيل منه لا يرغب في سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لأنه يجاهر بفعله، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام «لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن» (ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: عليه القطع لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه» ولأنه مال متقوم محرز يحرز مثله فيقطع فيه. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع على المختفي» وهو النباش بلغة أهل

عند الأئمة الثلاثة يقطع في باب الدار لأنه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنياً فيها إذا كانت في العمران، وما كان حرزاً لنفسه يكون حرزاً لغيره، وهذا عندنا ممنوع، ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء قوله: (ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية، وعلله بقصور الحرز لأنه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرزاً لمالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق في دخوله قوله: (ولا منتهب) لأنه مجاهز بفعله لا مختف فلا سرقة فلا تقطع (وكذا المختلس) فإنه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك. وفي سنن الأربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[1] قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما، وتعليل أبي داود مرجوح بذلك[2]، وقد حكى الإجماع على هذه الجملة لكن مذهب

وقوله: (وإنما يجب إذا كان خفيفاً) ظاهر. وقوله: (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون. والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية. والاختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهرا. والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال: (ولا قطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش؛ فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش، وقال ابن عباس: لا قطع عليه، وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روي أن نباشاً أتي به مروان، فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئاً، فعزره أسواطاً ولم يقطعه. وبه

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٣٩١ و ٤٣٩٢ و ٤٣٩٣ والترمذي ١٤٤٨ والنسائي ٨/ ٨٩ وابن ماجه ٢٥٩١ والدارمي ٢٢٢٤ وابن حبان ٤٤٥٦ و ٤٤٥٧ والطحاوي ٣/ ١٧١ والدارقطني ٣/ ١٨٧ والبيهقي ٨/ ٢٧٩ وأحمد ٣/ ٣٨٠ وعبد الرزاق ١٨٨٤٤ كلهم من طرق عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. واللفظ للنسائي، وأما أبو داود فرواه منجماً، وأما الترمذي فلفظه: «ليس علىٰ المنتهب، ولا علىٰ المختلس، ولا علىٰ الخائن قطع».

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأما أبو داود، فقد أعله بقوله: هذان الحديثان لم يسمعهما ابن جريج من أبي الزبير، وإنما سمعهما من ياسين الزيات فيما بلغني عن أحمد بن حنبل.

ثم قال كل من الترمذي وأبي داود: وقد رواهما المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.

قلت: وقد توبع ابن جريج علىٰ أبي الزبير. تابعه المغيرة بن مسلم رواه النسائي ٨/ ٨٩ والمغيرة صدوق كما في التقريب. وهكذا رواه الطحاوي ٣/ ١٧١ وتابعهما الثوري فقد أخرجه ابن حبان ٤٤٥٨ والنسائي ٨/ ٨٨ كلاهما عن ابن المؤمل عن الثوري عن أبي الزبير به.

لكن قال النسائي: لم يسمعه الثوري من أبي الزبير.

قلت: وفي كلام النسائي نظر لأن ابن حبان رواه من طريق آخر عن الثوري فهذا يقوي سماع سفيان من أبي الزبير ورواه عبد الرزاق ١٨٨٤٥ و ١٨٨٥٩ والبيهقي ٣/ ٢٧٩ من طريق المغيرة وغيره عن أبي الزبير وذكر الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٤ كلاماً ملخصه: سكت عنه عبد الحق، وابن القطان بعده، فهو صحيح عندهما. ثم ذكر الزيلعي إعلال أبي داود، وغيره له ثم قال: فتصحيح الترمذي له يدل علىٰ تحقق إيصاله، وقد تابعه المغيرة به مسلم.

وله شاهد أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الرحمن بن عوف اختصره بلفظ: «ليس علىٰ المختلس قطع»

ورواه الطبراني في معجمه الوسط من حديث أنس اهـ بمثل سياق المصنف [ابن الهمام].

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١١٠: حديث أنس الذي رواه الطبراني رجاله ثقات.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٦ عن حديث ابن ماجه عن ابن عوف: إسناده صحيح اهـ.

قلت: فالحديث لم يتفرد به ابن جريج تابعه غير واحد، وقد ورد له شواهد قوية كما تقدم، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله تعالى. وحديث ابن عوف عند ابن ماجه برقم ٢٥٩٢ وقال البوصيري في الزوائد: رجال إسناده موثوقون.

(٢) هو كما قال المصنف إلا أن القارىء لا يعرف ما قصد المصنف لأنه لم يذكر كلام أبي داود، فقد ذكرته فيما تقدم والحمد لله. فراجعه.

المدينة، ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت، وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة، وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه

إسحاق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العَارية أنه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطعها»[1] وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث، وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضاً متصفة مشهورة بجحد العارية فعرّفتها عائشة بوصفها المشهور، فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها بدليل أن في قصتها أن أسامة بن زيد شفع فيها» الحديث، إلى أن قال: «فقام عليه الصلاة والسلام خطيباً فقال «إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه»[2] وهذا بناء على أنها حادثة واحدة لامرأة واحدة، لأن الأصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصاً وقد تلقت الأمة الحديث الآخر بالقبول والعمل به، فلو فرض أنها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث: حدثني يونس عن ابن شهاب قال: كان عروة يحدث أن عائشة قالت: استعارت امرأة مني حلياً على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته، فأخذت فأتى بها النبي ﷺ فأمر بقطع يدها، وهي التي شفع فيها أسامة بن زيد وقال فيها رسول الله ﷺ ما قال[3] كان حديث جابر مقدماً[4]. ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ، وكذا لو حمل على أنهما واقعتان وأنه عليه الصلاة والسلام قطع امرأة بجحد المتاع، وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا. وفي سنن ابن ماجه: حدثنا أبو بكربن أبي شيبة، حدثنا عبد الله بن نمير، حدثنا محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال «لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ أعظمنا ذلك، وكانت امرأة من قريش، فجئنا النبي ﷺ نكلمه فيها وقلنا: نحن نفديها بأربعين أوقية، فقال ﷺ: تطهر خيراً لها، فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له: كلم لنا رسول الله ﷺ، فلما كلمه قال: ما إكثاركم عليّ في حد من حدود الله، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»[5] قال

. . . .

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٤٧٥ و ٦٨٨٧ و ٦٧٨٨ واختصره في ٣٧٣٢ ورواه مسلم ١٦٨٨ من وجوه وأبو داود ٤٣٧٣ والترمذي ١٤٣٠ والنسائي ٨/ ٧٣ . ٧٤ وابن ماجه ٢٥٤٧ والدارمي ٢/ ١٧٣ وابن الجارود ٨٠٥ وابن حبان ٤٤٠٢ والبغوي ٢٦٠٣ والبيهقي ٨/ ٢٥٣ . ٢٥٤ من طرق كلهم عن الزهري عن عروة عن عائشة: «أن قريشاً أهمتهم شأن المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترىء عليه إلا أسامة، فقال رسول الله ﷺ: أتشفع في حدّ من حدود الله؟ قام: فاختطب فقال: إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» ورواية مسلم وبعض من وافقه: أن امرأة كانت تستعير المتاع، وتجحده» ورواية البخاري: «سرقت» وقد توبع مسلم وأبو داود وغيرهما على روايتهما. فقد أخرجه أبو داود ٤٣٩٥ والنسائي ٨/ ٧٠ . ٧١ وأحمد ٢/ ١٥١ من طرق عن ابن عمر: «أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها» وإسناده صحيح رجاله رجال البخاري ومسلم رواه النسائي من طرق عدة وأسانيده جيدة.

وأسنده النسائي ٨/ ٧١ عن ابن المسيب قال. . . فذكره. وهو مرسل.

(٢) وقع في الأصل: «شهادب» وهو تحريف.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٩٦ بهذا اللفظ من حديث عروة عن عائشة، وإسناده حسن رجاله ثقات. وقد أخرج النسائي ٨/ ٨٣ من وجه آخر عن عروة عن عائشة صدرة، ثم ذكر شفاعة أسامة مطولاً.

(٤) مراده حديث جابر المتقدم قبل حديث عائشة في خبر المخزومية، وهو حديث: ليس على خائن. . . الحديث تقدم.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٤٨ والبيهقي ٨/ ٢٨١ كلاهما من حديث مسعود بن الأسود به.

وقال البوصيري في الزوائد: فيه ابن إسحق مدلس اهـ.

قلت: وقد عنعنه، فحديثه ضعيف، وذكره لشفاعة أسامة. يدل على أن القصة واحدة، فالصواب رواية الجماعة. خبر المخزومية.

....

ابن سعد في الطبقات: هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود، وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أخت عبد الله بن سفيان قوله: **(ولا قطع على النباش)** وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن **(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف)** وباقي الأئمة الثلاثة **(عليه القطع)** وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة، ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز. وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري. ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعاً فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تضييع وسفه فليس محرزاً. وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان، ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع، وإن كفنه أجنبي فهو الخطم لأنه له **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه»**[(١)] وهو حديث منكر، وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده، وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره، ومثله الحديث الذي ذكره المصنف **(«لا قطع على المختفي**[(٢)] **قال: وهو النباش بلغة أهل المدينة)** أي بعرفهم. وأما الآثار فقال ابن المنذر: روي عن الزبير أنه قطع نباشاً. وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه، ثم أعله بسهيل بن ذكوان الملكي. قال عطاء: كنا نتهمه بالكذب. ويماثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال: حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال: ليس على النباش قطع. وأما ما رواه عبد الرزاق: أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي قال: أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبدالله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوماً يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب، فكتب فيهم إلى عمر، فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم. فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال: أتى مروان بقوم يختفون: أي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اهـ. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به، وزاد: وطوّف بهم. وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص عن أشعث عن الزهري قال: أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اهـ. وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار، وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله: ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه. أما المالية فظاهر، وأما الحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزاً لها أيضاً، وقد سمى النبي ﷺ القبر بيتاً في حديث أبي ذرّ حيث قال له النبي ﷺ «كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف؟ يعني القبر، وقلت: الله ورسوله أعلم، أو ما خار الله لي ورسوله، قال ﷺ: عليك بالصبر»[(٣)] وقد بوب أبو داود عليه فقال: باب قطع

....

(١) واهٍ بمرة: أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/٣٦٦. ٣٦٧ من حديث البراء.
وقال الزيلعي: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. في هذا الإسناد من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره اهـ. فالحديث واه بمرة بل هو منكر كما قال ابن الهمام.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/٣٦٧. ٣٦٨ والبيهقي في الكبرى ٨/٢٦٩ ـ ٢٧٠ لكن ذكر بعضها. وأما كونه مرفوعاً كما ذكر صاحب الهداية فَرَدَّهُ الزيلعي بقوله: غريب. ووافقه ابن حجر، فقال: لم أجده هكذا أنظر الدراية ٢/ ١١٠

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٠٩ باب: في قطع النباش بهذا اللفظ ورواه مطولاً برقم ٤٢٦١ وابن ماجه ٣٩٥٨ والطيالسي ٤٥٩ وابن حبان ٥٩٦٠ و ٦٦٨٥ وعبد الرزاق ٢٠٧٢٩ والحاكم ٢/١٥٦. ١٥٧ و ٤/٤٣٢. ٤٢٤ وابن أبي شيبة ١٥/١٢ مختصراً. والبيهقي ٨/ ١٩١ والبغوي ٤٢٢٠ وأحمد ٥/ ١٦٣ من طرق كلهم عن أبي عمران الجوني عن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن أبي ذر بأتم منه، واللفظ لأبي داود كما ذكرت، والباقون جعلوه في أثناء خبر طويل. وإسناده صحيح رجاله ثقات وهو على شرط مسلم وصححه الحاكم، وأقره الذهبي لكن زاد في رواية، المشعَّث عن أبي ذر، وهذا وهم والصواب بعدم واسطة المشعث كما رواه الجماعة. والمراد بالبيت هنا القبر، وأما الوصيف فهو العبد. ويؤكد ذلك رواية ابن حبان الثانية حيث فيها: حتى يكون البيت بالعبد.

. . . .

النباش. قال ابن المنذر[1]: واستدل به أبو داود لأنه سمى القبر بيتاً والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع[2]. ولأنه حرز مثله لأن حرز كل شيء ما يليق به، فحرز الدوابّ بالإصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة، فلو سرق شيء منها من شيء منها قطع، ولو سرق الدرة من أصطبل أو من حظيرة لا يقطع، ألا ترى أن الوصيّ إذا كفن صبياً من ماله لا يضمن لورثته شيئاً فلو لم يكن محرزاً كان تضييعاً موجباً للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة. والجواب أولاً: منع الحرز لأنه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلاً ونهاراً ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق إلا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع، ولزوم التضييع لو لم يكن حرزاً ممنوع بل لو لم يكن مصروفاً إلى حاجة الميت والصرف إلى الحاجة ليس تضييعاً فلذا لا يضمن؛ ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكاً، وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء. أما الأول فلأن الكفن غير مملوك لأحد، لا للميت لأنه ليس أهلاً للملك ولا للوارث لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لأنها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه، فإن صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع، وإلا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضاً، بل نقول: تحقق قصور في نفس مالة الكفن، وذلك لأن المال ما يجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت إلا نادراً من الناس. وأما الثاني فلأن شرع الحد للانزجار والحاجة إليه لما يكثر وجوده. فأما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لأن الانزجار حاصل طبعاً كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة. وأما الاستدلال بتسميته بيتاً فأبعد لأن إطلاقه إما مجازاً[3] فإن البيت ما يحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك، على أن[4] حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلاً كالمسجد، ومع الحرز مع نقصان وهو كثير، ومع الحرز التام، فمجرد تسميته بيتاً لا يستلزم القطع خصوصاً في مقام وجوب درئه ما أمكن، بل يجب حمله على بعض الماصدقات التي لا حد معها، والله سبحانه أعلم. وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا، أما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز. والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وإن وجد الحرز للموانع الآخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل في المالية وما بعدها. هذا ولو

أخذ أبو حنيفة ومحمد، وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي لقوله ﷺ: «ومن نبش قطعناه» ولأنه مال متقوم محرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه، فإن إلباس الثوب للميت لا يخرجه عن التقوم، وأما أنه محرز فلأنه ليس بمضيع؛ ألا ترى أن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من ماله لا يضمنان، وما لا يكون محرزاً مضيعاً وفيه الضمان. وأما قوله: (بحرز مثله) بحرف الجر، فلما بينه الطحاوي: حرز كل شيء معتبر بحرز مثله، حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤة من الإصطبل لم يقطع. وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع، ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لا تحرز بأحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول الآدمي وإخراج سائر الأموال. وقوله: (ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد، وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى

---

(١) كذا وقع: ابن المنذر. والمصنف إنما نقله من نصب الراية ٣/٣٦٧ وهو هناك: المنذري. بدل. ابن المنذر. ورجعت إلى مختصر المنذري على أبي داود في كلا الإسنادين في ٤٢٤٧ و ٤٠٩٥ فلم أر له كلاماً كهذا، وإنما ذكر من رواه غير أبي داود ونظرت في معالم السنن للخطابي برقم ٤٢٤٧ فرأيت هذا الكلام له بحرفيته، وزاد عليه فالصواب أنه كلام الخطابي لا المنذري، ولا ابن المنذر والله تعالى أعلم لأن الخطابي هو الذي عني بشرح أبي داود لكن باختصار، وسمّاه معالم السنن اهـ.

(٢) إلى هنا كلام الخطاب كما ذكرت لا المنذري ولا ابن المنذر والله أعلم.

(٣) قول الفتح (إما مجازاً) لم يذكر لها مقابلاً فتأمل اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوي.

(٤) لعل هذه الجملة هي المقابلة لجملة المجاز إلا أنه المصنف ترك لفظ: إما وهذا يرد في كلامه كثيراً.

(ولا يقطع السارق من بيت المال) لأنه مال العامة هو منهم قال: **(ولا من مال للسارق فيه شركة)** لما قلنا **(ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع)** لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً لأن التأجيل لتأخير

اعتاد لص ذلك للإمام أن يقطعه سياسة لا حداً، وهو محمل ما رواه لو صح قوله: **(ولا يقطع السارق من بيت المال)** وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي، وقال مالك: يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب، ولأنه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة **(ولنا أنه مال العامة وهو منهم)** وعن عمر وعليّ مثله[1]، وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال: أرسله فما من أحد إلا وله هذا المال حق **(ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة)** بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركاً بينهما **(لما قلنا)** من أن للسارق فيه حقاً قوله: **(ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحساناً لأن التأجيل لتأخير المطالبة)** والقياس أن يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل. وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن **(وكذا لو سرق أكثر من حقه)** لا يقطع **(لأن بالزيادة يصير شريكاً في ذلك المال)** بمقدار حقه، ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلاً أو غير مماطل، خلافاً للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع. ولو أخذ من غير جنس حقه، فإن كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضاً قطع لأنه ليس له أخذها، اللهم إلا أن يقول: أخذتها رهناً بديني فلا يقطع **(وعن أبي يوسف لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى)** قضاء لحقه أو رهناً به **(قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر)** فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى بذلك **(وإن كان دراهم فأخذ دنانير)** أو على القلب اختلف فيه **(قيل يقطع)** لأنها لا تصير قصاصاً بحقه، وإنما يقع بيعاً فلا يصح إلا بالتراضي فليس له أخذها **(وقيل لا يقطع)** للمجانسة بينهما من حيث الثمنية، ويقطع لو سرق حلياً من فضة ودينه دراهم، ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لأن حق الأخذ حينئذ لهما. ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن

شرح. وقوله: **(وإن كان القبر في بيت مقفل)** بسكون القاف من أقفل الباب. وقوله: **(فهو على الخلاف في الصحيح)** بيانه ما قال في المبسوط: واختلف المشايخ فيما إذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال: والأصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالاً آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت، فإن لكل أحد من الناس تأويلاً بالدخول فيه لزيارة القبر. وكذلك اختلفوا فيما إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت، فمنهم من قال يقطع لأنه محرز بالقافلة. قال شمس الأئمة: والأصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه. وقوله: **(لما بيناه)** إشارة إلى قوله ﷺ «لا قطع على المختفي» والمعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة. وقوله: **(ولا يقطع السارق من بيت المال)** ظاهر. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى ما يفهم من قوله لأنه مال العامة وهو منهم، فإنه

قوله: **(من أقفل الباب)** أقول: ولا يقال قفل إلا إذا كثرت الأبواب، لأن التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب قوله: **(بيانه ما قال في المبسوط الخ)** أقول: أي بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف. قوله: **(وقوله لما بينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: ولعل الأولى أن يقال لما بينا من الأدلة من الجانبين لأنه علة لكونه على الخلاف. ووجه ما ذكره ما ذكر الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعي ولا يوافقانهما.

---

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٨/٢٨٢ عن الشعبي عن علي. ورجاله ثقات إلا أنه مرسل، لكن رواه من وجه آخر عنه موصولاً. وأما أثر عمر فذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/٦٩ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن المسعودي عن القاسم أن عمر قال فذكره، وذلك حين كتب له سعد أن رجلا سرق من بيت المال. اهـ.

وفي إسناده ضعف لأن في المسعودي كلاماً والله أعلم.

المطالبة، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه **(وإن سرق منه عروضاً قطع)** لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضي. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً بحقه. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به، حتى لو ادعى ذلك درىء عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف، ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ، وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد **(ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع)** والقياس أن يقطع وهو رواية

حق الأخذ لغيره. ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع قوله: **(ومن سرق عيناً قطع فيها فردها)** بأن كانت قائمة **(ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي)** ومالك وأحمد **لقوله ﷺ: «فإن عاد فاقطعوه»** فيما روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى»[1] الحديث **(ولأن السرقة الثانية مثل الأولى)** في

يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقاً ولما قلنا إشارة إليه. قال: **(والحال والمؤجل فيه)** أي في عدم القطع **(سواء)** أما إذا كان حالاً فظاهر، وأما إذا كان مؤجلاً فلأن التأجيل ليس لتأخير المطالبة، وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضاً، والقياس أن يقطع لأنه سرق مالا يباح له الأخذ كما لو سرق من خلاف جنسه. ووجه الاستحسان أن الأخذ إن لم يكن مستحقاً لمكان الأجل كان له شبهة الأخذ وهي كافية للدرء. وقوله: **(وكذا إذا سرق زيادة على حقه)** ظاهر. وقوله: **(لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء)** يريد به ابن أبي ليلى فإنه يقول: وإن ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية. ومن

قال المصنف: **(ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير)** أقول: كان الأنسب ذكر هذه المسئلة مقدماً على قوله وإن سرق منه عروضاً، إلا أنه لم يستحسن أن يفصل بين كلامي الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه.

---

(١) حسن غريب، أخرجه الدارقطني ٣/ ١٨١ من حديث أبي هريرة وتمامه: «وإن عاد فاقطعوا يده وإن عاد فاقطعوا رجله». قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٢: وفيه الواقدي فيه مقال اهـ.

قال الزيلعي ورواه أبو نعيم في الحلية ـ في ترجمة عبد الله بن زيد الجهني ـ من حديثه، وقال أبو نعيم: تفرد به حزام بن عثمان وهو من الضعف بالمحل العظيم.

ثم ذكر الزيلعي حديث الحارث بن حاطب اللخمي وهو ما أخرجه النسائي ٨/ ٨٩ ـ ٩٠ والحاكم ٤/ ٣٨٢ والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ٣/ ٣٧٢ والبيهقي ٨/ ٢٧٢ كلهم من حديث الحارث اللخمي: «أن رسول الله ﷺ أتي بلصٍّ فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله إنما سرق فقال: اقتلوه. قالوا: يا رسول الله إنما سرق. قال: اقطعوا يده، ثم سرق فقُطعت رجله، ثم سرق على عهد أبي بكر حتى قُطعت قوائمه كلها، ثم سرق الخامسة، فأمر بقتله. . .» الحديث. وفيه: قال أبو بكر: «كان رسول الله ﷺ أعلم به حين قال اقتلوه».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ورده الذهبي بقوله: بل منكر.

ولم يبين الذهبي وجه النكارة ولعله استنكر المتن ورجاله ثقات إلا أن عفان بن مسلم الباهلي وثقه ابن حجر في التقريب إلا أنه عاد فقال: قال ابن معين: أنكرناه في صفر سنة تسعة عشر ـ أي: ٢١٩ ـ ومات بعدها بيسير اهـ وله شاهد أخرجه أبو داود ٤٤١٠ والنسائي ٨/ ٩٠ ـ ٩١ والبيهقي ٨/ ٢٧٢ كلهم من حديث جابر بنحو حديث الحارث اللخمي المتقدم. وسكت عليه أبو داود وقال النسائي: هذا حديث منكر، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث والله تعالى أعلم.

وذكر المنذري في مختصره ٤٢٤٨ كلام النسائي وزاد: مصعب الزبيري ضعفه غير واحد هـ.

قلت: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٤٣٤ حيث حكم بصحة هذا الحديث لهذه الشواهد، وهو من أغلوطاته، فمثل هذا الحديث لا يصحح، وهو منكر لم يعمل الفقهاء بقتل السارق، ولو تكرر منه، وإن صحح، فهو محمول على كون هذا الرجل إما منافقاً أو فاسقاً، أو أن الله عز وجل أطلع نبيه على حقيقة هذا الرجل. وقد جاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: قال النسائي: هذا حديث منكر. ولا أعلم فيه حديثاً صحيحاً.

وقال ابن عبد البر: حديث القتل منكر لا أصل له. وقد قال الشافعي: هذا حديث منسوخ لا خلاف فيه عند أهل العلم اهـ. التلخيص ٤/ ٦٩.

الخلاصة: الحديث غير قوي وهو معارض بحديث: «لا يباح دم امرىء مسلم بإحدى ثلاث. . .» الحديث. وبقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ فلا يجوز التعدي بذلك إلى القتل أضف إلى ذلك الإجماع. فالحديث لم يصح، وهو منسوخ بكل حال، وهذا الكلام: أن يصل الأمر به إلى القتل أما أن تقطع يده الأخرى، أو رجله فهذا مختلف فيه بين أهل العلم، وسيأتي مفصلاً. وسيأتي عن علي ما يخالف هذا، ووافقه كثير من الصحابة. وقد قال ابن الهمام فيما تأتي: قال الطحاوي: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لها أصلاً.

عن أبي يوسف وهو قول الشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن عاد فاقطعوه» من غير فصل، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر، وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى، وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل، وقيام الموجب وهو القطع فيه، بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف

سببية القطع (بل أفحش) لأن العود بعد الزاجر أقبح، وصار كما إذا باعه المالك من السارق، ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقوّمه بالرد إلى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فإنه يقطع اتفاقاً (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) في حق السارق (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فإن كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد، بخلاف ما لو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع يده لا سواه فيقطع، وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق إياه من غيره لأنه فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكماً كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام «هو عليها صدقة ولنا منها هدية»[1] مع أنه عين اللحم، مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن تمنعه فلا يتم القياس عليه، وعند مشايخ بخاري يقطع لتبدل العين حكماً وجوابه ماقلنا. وأيضاً فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر، وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فإنها حينئذ

العلماء من يقول: له أن يأخذه رهناً بحقه، واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا: (هذا القول لا يستند إلى دليل ظاهر) القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لأن حقه في الوصف في الحقيقة. وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به، حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهناً به (درىء الحد عنه) لأن فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئاً في ذلك التأويل عندنا. وقوله: (ولو كان حقه دراهم) ظاهر. وقوله: (وقيل لا يقطع) قيل هو الأصح (لأن النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة. وقوله: (ومن سرق عينا) ظاهر. وقوله: (لأن الثانية متكاملة كالأولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان، حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامناً، فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه، وبهذه الأوصاف لزمه القطع في المرة الأولى فكذلك في المرة الثانية، وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر. وقوله: (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة إلى قوله بعد أوراق. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه» الخ. وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القاطع، فإن قيل: العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك، أجاب بقوله: (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظراً إلى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما إذا باعه المالك من السارق الخ. وقوله والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً الخ وقوله: (وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع. وقوله: (بخلاف ما ذكره) يعني أبا يوسف من صورة البيع (لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه، وأصله حديث بريرة وهو معروف. وقوله: (أو لأن تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر. وتقريره تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما قطع فيه نادر جداً لتحمله مشقة الزاجر، والنادر يعرى عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج إليها

قال المصنف: (والقياس أن يقطع) أقول: فيه إشارة إلى أن العمدة في الاستدلال هو القياس، ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون قوله: (وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول: هذا لإثبات المعصومية في المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه.

---

(١) حديث بريرة تقدم في كتاب الطلاق باب التخيير. وهذا بعضه رواه الجماعة.

باختلاف سببه، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية، وصار كما إذا قذف المحدود في قذف المقذوف الأول. قال: (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به، وهذا هو علامة التبدل في كل محل، وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل، والقطع فيه فوجب القطع ثانياً، والله أعلم بالصواب.

فإنها تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية، إذ هي قليلة بالفرض فلم تقع في محل الحاجة، وصار كما لو قذف شخصاً فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانياً، فكذا هذا، أما لو قذفه بزنا آخر حد به. وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانياً بالمرأة التي زنى بها أوّلاً بعد أن جلد حداً بزناه الأول بها فإنه يحد ثانياً إجماعاً، فلم يكن تقدم الزاجر موجباً لعدم شرعيته. ثانياً وقوعه في غير محل الحاجة إليه لو شرع. وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد، بخلاف السرقة، وهذا فرق صحيح يتم به اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جواباً للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه: أعني كون إقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود، وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفي إلا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعي استقلاله قوله: (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذي قطع به (غزلاً ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانياً (قطع) وكذا لو كان قطناً فصار غزلاً (لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب، (وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل: أي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لأنها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئاً آخر. فإن قيل: العين قائمة حقيقة وإنما تبدل الاسم والصورة. أجيب بأن المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر. وفي شرح الطحاوي: وإذا سرق ذهباً أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عنده، وقالا: يقطع لأنها تغيرت. وفي كفاية البيهقي: سرق ثوباً فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع، لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين أخرى.

(وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول) بالزنا الأول فإنه لا يحد نظراً إلى عرائه عن مقصود الإقامة. فإن قيل: نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى، ثم حد الزنا يتكرر الفعل في محل واحد، حتى أن من زنى بامرأة فحدّ ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانياً، بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد خصوصاً على أصل الخصم، وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الأولى. أجيب بأن حد القذف نظير مسئلتنا من حيث أن هذا حد لا يستوفى إلا بخصومه فلا يتكرر بتكرار الخصومة من شخص واحد في محل كحد القذف. والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد في الزنا إنما هو باعتبار المستوفى، والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى، لأن الأول تلاشى واضمحل. والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الأولى. وقوله: (فإن تغيرت عن حالها) ظاهر، والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد.

قوله: (والمستوفى في المرة الثانية) أقول: يعني منافع البضع قوله: (لأن الأول تلاشى الخ) أقول: لكونه عرضاً قوله: (والقطع بالجر الخ) أقول: ولعل الخصم يقول القطع في الأول باعتبار السرقة، والأولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل.

فصل في الحرز والأخذ منه

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالأول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز. والثاني للمعنى الثاني، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة. وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة، وقد بيناه في العتاق (ولو سرق من بيت ذي

فصل في الحرز والأخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام في ذاته، ثم ثنى بحرزه لأنه خارج عنه، ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم. وعن عائشة والحسن والنخعي أن من جمع المال في الحرز قطع وإن لم يخرج به. وعن الحسن مثل قول الجماعة. وعن داود لا يعتبر الحرز أصلاً. وهذه الأقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرنا فهو كالإجماع، قاله ابن المنذر. وقد ثبت أن لا قطع في أقل من ثمن المجن [(١)] ، ولا قطع في جريسة الجبل[(٢)] فتخصصت الآية[(٣)] فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية وما بأخبار الآحاد، وسيأتي ما هو أبلغ من ذلك، ثم الحرز ما عدّ عرفاً حرزاً للأشياء لأن اعتباره ثبت شرعاً من غير تنصيص على بيانه، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه، اختلاف لذلك، وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء، وكذا هو في الشرع إلا أنه بقيد المالية: أي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه، والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً قوله: (ومن سرق من أبويه) وإن عليا (أو ولده) وإن سفل (أو ذي رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ: يقطع بالسرقة من الأبوين

فصل في الحرز والأخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفاً على كون المسروق مالاً محرزاً وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف، ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران: البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجيء

فصل في الحرز والأخذ منه

قوله: (وفرغ عن ذكر الموصوف، إلى قوله الوصف) أقول: المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف: (فالأول وهو الولاد) أقول: أي فمنع الأول القطع حذف المضاف إليه وأقيم مقامه قوله: (عن قرابة الولاد) أقول: أي عن ذي قرابة الولاد قال المصنف: (ولهذا أباح النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول: لعل المراد بالزينة الظاهرة ها هنا ما يظهر عند ترك التكلف، وإلا ففي الكلام بحث.

---

(١) أحاديث ثمن المجنّ تقدم الكلام عليها في أوائل كتاب السرقة بعد بضعة أحاديث من بدايته ص ٢٥٧ وتكرر في ١ ـ ٢/ ٣٦٦ وأحاديث المجن قوية إلا أن الاختلاف في ثمن المجنّ، ففي الصحيحين قد تقدم أنه بلغ ثلاثة دراهم، وحديث أيمن أنه بلغ ديناراً، واعتضد بأحاديث وموقوفات إلا ن هذا يرجع إلىٰ الاختلاف في المجنّ نفسه

(٢) حديث الجريسة تقدم في الجزء الثاني من حديث عمرو بن شعيب، وإسناده حسن.
الجرس: ما يعلق بعنق البعير وغيره فيصوّت اهـ مغرب أي هو كالجرس، وهكذا جاء في القاموس، ثم قال صاحب القاموس: والجَرِيسَةُ: ما يُسرقُ من الغنم بالليل. اهـ.
وأظنه أن لا يكون في حرز لذا قيده ابن الهمام بقوله: وجريسة الجبل. أي بكون الغنم باتت في السهل، أو الجبل، وجاء في المغرب: خريسة الجبل: الشاة المسروقة معاً يحرسن بالجبل. وعقوبة هذه الضرب، وتغريمه ثمن ما أخذ مرتين كذا جاء في حديث عمرو بن شعيب، وقد تقدم.

(٣) أي قوله تعالىٰ: والسارق والسارقة فاقطعوا. . . الآية.

رحم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتباراً للحرز وعدمه (وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة، بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة، وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف

لأنه لا حق له في مالهما، ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي، أمافي الولاد فلا اختلاف فيه. وقال أبو ثور وابن المنذر: يقطع الأب أيضاً في سرقة مال ابنه لظاهر الآية. وقال الشافعي: يقطع في السرقة من غير الولاد. أما وجه الأول: أي عدم القطع في قرابة الولاد فلأنها عادة تكون معها البسوطة في المال والإذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعاً، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»(١) وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله: (والثاني للمعنى الثاني) أي الإذن في الدخول في الحرز فألحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة. قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسئلة «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»(٢) ونحن ألحقناه بقرابة الولاد، وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم في إثبات الحرمة وافتراض الوصل، فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة، ولأن الإذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال، وما ذاك إلا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الأعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر. وأيضاً فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها، وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه. ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ﴿ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم﴾ [النور ٦١] ورفع الجناح عن الأكل من بيوت الأعمام أو العمات مطلقاً يؤنس إطلاق الدخول، ولو سلم فإطلاق الأكل مطلقاً يمنع قطع القريب، ثم هو إن ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الإباحة على وزان ما قلنا في «أنت ومالك لأبيك»(٣). فإن قلت: فقد قال «أو صديقكم» كما قال «أو

في كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى. وقوله: (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (خلاف الشافعي) فإنه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع (لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة، وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز (ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز. وقوله: (وإن سرق من أمه من الرضاع) ظاهر. وقوله: (والمحرمية بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمة قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعني المحرمية (بالزنا) فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وإن كانت المحرمية موجودة، وكذلك إذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة. وقوله: (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعني: أن الأم من الرضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا، ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك. ووجه الأقربية أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا. وقوله: (وهذا) أي القطع من الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن

قال المصنف: (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (الأخت من الرضاعة) أقول: أي محرمية الأخت قال المصنف: (خلافاً للشافعي الخ) أقول: وذلك أنها بذلت نفسها وهي أنفس فالمال أولى، كذا قالوا لكنه خاص بما إذا كان المسروق منه الزوجة.

---

(١) تقدم مستوفياً مراراً، وإسناده جيد بطرقه.
(٢) تقدم في العتاق.
(٣) تقدم مراراً.

التهمة بخلاف النسب (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي

بيوت أخوالكم» والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه. أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الأخذ إلا في حال العداوة **(ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع، ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز وعدمه)** فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز، وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع، وهذا يعكر على الوجه الذي قدمناه من أن في القطع القطيعة فيندرىء وهو الموعود، ولذا والله أعلم لم يعرّج المصنف عليه قوله: **(وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع)** وهو قول أكثر العلماء **(وعن أبي يوسف لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة)** ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقاً، وكذا الأب من الرضاعة. **(وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا)** بأن زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما **(وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة)** فإن فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما، فالإلحاق بها في إثبات القطع أولى منه بالإلحاق بالمحرمة الثابتة بالوطء، ثم تعرض المصنف لإبطال الوجه المذكور لأبي يوسف صريحاً وهو قوله لأنه يدخل عليها الخ بقوله: **(وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمة بخلاف النسب)** فإنه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة، وهذا يتضمن منع قوله أنه يدخل عليها من غير استئذان الخ، فقال: لا نسلم ذلك إلا لو لم يكن مستلزماً تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان، بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا ينكر دخوله، فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب قوله: **(وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة)** فاختل الحرز **(وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي)** في أحد أقواله، وبه قال مالك وأحمد، وفي قول آخر كقولنا، وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأن للمرأة حقاً في ماله: أي النفقة. وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة فإنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمح، ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين. وفي موطأ مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال: ليس عليه شيء، خادمكم سرق متاعكم، فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى. قال المصنف **(هو نظير الاختلاف في الشهادة)** يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر، كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع، وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه. فإن قلت: أحد الزوجين ربما لا يسبط للآخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه. قلنا: وكذلك الأب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقاً. وفي شرح الطحاوي: لو سرق من بيت الأصهار والأختان، قال أبو حنيفة: لا يقطع، وقالا: يقطع. ولا سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه و زوج ابنته أو بنت زوج أمه إن كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق، وإن كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور. ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما. ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه، سواء كان التزوّج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية. وروى عن أبي يوسف أنه قال: إذا قضى عليه بالقطع يقطع. ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا قطع، وكذا إذا سرقت هي من الزوج في العدة وإن

موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله: (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر. وقوله: (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من الأموال فلأن تبذل المال أولى، وهو نظير الخلاف في الشهادة) فإن شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا، وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لأن هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو مما يندرىء بالشبهات أولى قوله: (وهو مأثور عن عليّ رضي الله عنه درءاً وتعليلاً) يريد به ما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه أتى برجل قد سرق من المغنم

رحمه الله لبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة **(ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع)** لأن له في أكسابه حقاً **(وكذلك السارق من المغنم)** لأن له فيه نصيباً، وهو مأثور عن عليّ رضي الله تعالى عنه درءاً وتعليلاً. قال: **(والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور. وحرز بالحافظ)** قال العبد الضعيف: الحرز لا بد

كانت منقضية العدة يجب القطع قوله: **(ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع)** بلا خلاف **(لأن للمولى حقاً في أكسابه)** ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لأنه إن عجز كان للمولى أو عتق كان له، فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره، وكما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار، وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيده لأنه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم. وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر: يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية، وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده، وكان ثمن المرآة ستين درهماً، وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافه فحل محل الإجماع فتخص به الآية، والحكم في المدبر كذلك قوله: **(وكذلك السارق من المغنم)** لا يقطع **(لأن له فيه نصيباً وهو مأثور عن علي درءاً وتعليلاً)** رواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص وهو يزيد بن دثار قال: أتى عليّ برجل سرق من المغنم فقال: له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه، وكان قد سرق مغفراً. ورواه الدارقطني[1]. قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه: حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس «أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس، فرفع إلى النبيّ ﷺ فلم يقطعه وقال: مال الله سرق بعضه بعضاً»[2] ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه؛ ألا ترى إلى قوله ﷺ «مال الله سرق بعضه بعضاً»[3] وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة، وإسناده ضعيف قوله: **(قال)** أي المصنف **(الحرز لا بد منه)** لوجوب القطع **(لأن الاستسرار لا يتحقق دونه)** لأنه إذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو إنسان متصدّ للحفظ يكون المال سائباً فلا يتحقق إخفاء الأخذ والدخول فلا تتحقق السرقة، وعلى هذا يكون قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة ٣٨] بنفسه يوجب الحرز إذ لا تتصور السرقة دون الإخفاء، ولا يتحقق الإخفاء دون الحافظ، فيخفى الأخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس. والأحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله ﷺ «لا قطع في ثمر معلق، ولا في جريسة الجبل، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[4] ونحوه وارد على وفق الكتاب لا

قدراً عنه الحد وقال إن له فيه نصيباً. قال: **(والحرز على نوعين)** الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الأموال. وهو على نوعين **(حرز لمعنى فيه)** وهو إنما يكون بالمكان المعدّ لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف ذلك باختلاف الأموال **(كالدور والبيوت والصندوق والحانوت)** والحظيرة للغنم والبقر **(وحرز بالحافظ** كمن جلس في الطريق أو في

قال المصنف: **(ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع، إلى قوله: وكذا السارق من المغنم الخ)** أقول: فيه بحث لأن عدم القطع في تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل، بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال، والظاهر أن ذكرها استطرادي قال المصنف: **(لأن له فيه نصيباً)** أقول: هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع، لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوي فلا بد من تعليل آخر.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٢ وكذا الدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٨ عن أبي عُبيد بن الأبرص، وفي إسناده اضطراب حيث اختلف على الأبرص هذا فقيل: ابن عبيد، وقيل: يزيد بن دثار، وقيل دثار بن يزيد. فالخبر ضعيف لكن اعتضد بمرسل أسنده البيهقي ٨/ ٢٨٢ عن الشعبي عن علي بمعناه، وإسناده إلى الشعبي صحيح.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٩٠ والبيهقي ٨/ ٢٨٢ كلاهما من حديث ابن عباس، وضعفه البيهقي. قال البوصيري في الزوائد: فيه جبارة بن مغلس ضعيف. وكذا ضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٩ ووافقه ابن الهمام.

(٣) هو بعض المتقدم، وإسناده واهٍ.

(٤) تقدم تخريجه في ٢/ ٣٦٦ من حديث عمرو بن شعيب وإسناده حسن. وجريسة الجبل: الغنم تسرق من الجبال أي من غير حرز.

منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به، وقد قطع رسول الله ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد. وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده فيه قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع

مبين مخصص (ثم هو على نوعين: حرز) بالمكان (كالدور والبيوت) والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة، وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الأماكن المبنية على ما ذكر في المحيط، وذلك (كمن جلس في الطريق) أو في الصحراء (أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به، وقد قطع النبيّ ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطإ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم، وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح، وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة، وإن كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف، ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعاً يوجب الحكم بصحته بلا شبهة. وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه «أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام، فأتاه لص فاستله من تحت رأسه، فأخذه فأتى به النبي ﷺ فقال: إن هذا سرق ردائي، فقال له النبي ﷺ: أسرقت رداء هذا؟ قال، نعم، قال: اذهبا به فاقطعا يده، فقال صفوان: ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي، قال: فلولا كان قبل أن تأتيني به» زاد النسائي «فقطعه» وفي المستدرك: سماه خميصة ثمن ثلاثين درهماً[1] قوله: (وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ هو الصحيح) احتراز عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن: أي في وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي: وعليه

المسجد وعنده متاعه فإنه محرز به) وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بحرز لأنه لم يقصد به الإحراز، وإذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر، الإحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لأن المعتبر هو الحرز بالمكان. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في العيون أنه عند أبي حنيفة يقطع

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٣٩٤ والنسائي ٤/ ٦٩ وابن الجارود ٨٦٨ والحاكم ٤/ ٣٨٠ والبيهقي ٨/ ٢٦٥ كلهم عن سماك بن حرب عن حميد ابن أخت صفوان عن صفوان به، وحميد هذا مجهول كما في الميزان للذهبي، وفي التقريب لابن حجر: مقبول. وهو كما قال لأنه توبع. فقد أخرجه النسائي ٨/ ٦٩ والدارمي ٢/ ١٧٢ كلاهما من طريق عكرمة عن صفوان به، وفيه أشعث بن سوار ضعيف لكن تابعه عبد الملك بن بشير في رواية ثانية للنسائي ٨/ ٦٩.

ورواه النسائي ٨/ ٧٠ من طريق طاووس عن صفوان وأخرجه الحكم ٤/ ٣٨٠ من وجه آخر عن طاووس عن صفوان مختصراً وصححه، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات. وأخرجه أحمد ٦/ ٥٦٥. ٤٦٦ من وجه آخر عن ابن طاووس عن طاووس عن صفوان وإسناده صحيح رجاله ثقات وأخرجه النسائي ٨/ ٦٨ وأحمد ٦/ ٤٦٥ كلاهما عن عطاء عن طارق بن مُرقِّع عن صفوان، وإسناده لا بأس به، وطارق مقبول. وزواه النسائي عن عطاء عن صفوان بلا واسطة وأخرجه مالك ٢/ ٨٣٤ حـ ٢٨ وعنه الشافعي ١٥٠٩ وابن ماجه ٢٥٩٥ عن صفوان بن عبد الله بن صفوان عن صفوان كذا وصله ابن ماجه، والصواب رواية مالك والشافعي عن ابن صفوان: أن صفوان... فذكره مرسلاً.

وأخرجه أحمد ٦/ ٤٦٥ عن الزهري به، وهذا مرسل قوي فهذه الروايات يقوي بعضها بعضاً.

وقد قال ابن عبد الهادي في التنقيح ٣/ ٣٦٧: حديث صفوان صحيح. وكذا صححه الحاكم، والذهبي، وابن الهمام، وذلك لتعدد طرقه وأسانيده، فالحديث حسن أو صحيح إن شاء الله تعالى.

تحته أو عنده هو الصحيح لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة. وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لأنه ليس بتضييع، بخلاف ما اختاره في الفتاوى. قال: (ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه

الفتوى وهو ظاهر المذهب. وجه الصحيح (أنه محرز بدون الحافظ) لأن المكان في نفسه صالح للإحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه إلى ما فيه، ويكون المال مع ذلك مختفياً، وليس هذا مع الحافظ فهو فرع، ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه، فلذا كان الأصح أنه إذا دخل الحمام في وقت الإذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع، لأن الحمام في نفسه صالح لصيانة الأموال، إلا أنه اختل الحرز للإذن في دخولها ولذا يقطع إذا سرق منها ليلاً، بخلاف المسجد فإنه ما وضع لإحراز الأموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه، وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائماً في المسجد[1]، ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وإن لم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح لأن البناء للإحراز (إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يد المالك قبل الإخراج) من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فوق) في وجوب القطع (بين كون الحافظ) في الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لأنه يعد النائم عند متاعه) وبحضرته كيفما نام مضطجعاً أو لا (حافظاً له في العادة) وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه. وجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) إذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت، ولو لم يكن ذلك حفظاً لضمنا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فإنه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير إذا نام مضطجعاً، ثم ما كان حرزاً لنوع يكون حرزاً لجميع الأنواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم يقطع، بخلاف ما إذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر، وهو مقيد بما إذا لم يكن معها من يحفظها، فإن كان قطع إذا لم يكن راعياً، فإن كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع، وهكذا في المنتقى عن أبي حنيفة. وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ. ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره. ونقل الإسبيجابي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الأماكن المذكورة والثياب النفيسة منها، وهذا قول الشافعي قوله: (ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين) وهذا بعمومه

فيه. ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لأنه يمنع وصول اليد إلى المالي ويكون المال مختفياً به، وأما الحرز بالحافظ فإنه وإن منع وصول اليد إليه لكن المال لا يختفي به، ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه إلا بإخراج المتاع منه لقيام يده قبله، والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه إذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الإخذ فتتم السرقة) وهذا أيضاً مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح (لأن النائم عند متاعه يعدّ حافظاً لمتاعه) وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إن صاحب المتاع إنما يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه

قال المصنف: (لأنه محرز بدونه وهو البيت) أقول: قال الزيلعي: لأن الحرزية فوق الحرز بالحافظ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم، فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى. لا يقال إذا كان في الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب أن لا يقطع السارق منه إذ الحدود تندرىء بالشبهات لأنا تركنا القياس لحديث صفوان. قال المصنف: (ومن سرق شيئاً من حرز) أقول: تفريع وبيان لما قاله أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ.

---

(١) هو المتقدم.

قطع) لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين **(ولا قطع على من سرق مالاً من حمَّام أو من بيت أذن للناس في دخوله)** لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات، إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار **(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع)** لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان، بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بنى للإحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الإحراز بالحافظ **(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه)** لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

يتناول ما إذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه، وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به إذا كان وقت الإذن، إلا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فإنه حرز، على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقييد له، فإنه بعمومه يقتضي أن لا يقطع، وإن كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب، وهذا تفريع على ما قدمه من الأصل المذكور قوله: **(ويدخل في ذلك)** أي يدخل في بيت أذن في دخوله **(الخانات والحوانيت)** فيثبت فيها حكم عدم القطع نهاراً فإن التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فإذا سرق واحد منه شيئاً لا يقطع وكذا الخانات **(إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال)** وإنما اختل الحرز بالنهار للإذن وهو منتف بالليل **(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن محرزاً بالمكان)** لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالإذن كالحمام، فكان الحافظ معتبراً حرزاً فيقطع بالأخذ، وعلى هذا ما في الخلاصة: جماعة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع، ولو كان في المسجد جماعة قطع قوله: **(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله، ولأنه)** بالإذن صار **(بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة)** وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل، ذكره القدوري في شرحه، لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، ولهذا إذا أخرج اللص من بعض بيوت الدار إلى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار، وإذا كان واحداً فبالإذن في الدار اختل الحرز في البيوت، وسيأتي ما يفيد هذا قوله: **(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ)** وهتك الحرز **(فإذا كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع)** هذا كلام محمد، وأوّل بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة

إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه، أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرزاً في حال نومه، أخذوا ذلك من قوله في الأصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع. قالوا: قوله يبيت عليه يشير إلى أنه إنما يقطع إذا نام عليه، ومال إلى الأول شمس الأئمة. وقال: (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لأنه ليس بتضييع، بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها إنهما يضمنان في هذه الصورة، ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الأئمة ثم قال: وقالوا إنما لا يجب الضمان إذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما إذا نام قاعداً، وأما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان، وهذا إذا كان في الحضر، وأما إذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعداً أو مضطجعاً، كذا في النهاية. وقوله: **(ولا قطع على من سرق من حمام)** يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه **(أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الإذن عادة)** يعني في الحمام **(أو حقيقة)** يعني في البيت الذي أذن للناس بالدخول فيه. وقوله: **(ويدخل في ذلك)** أي في قوله أو من بيت أذن للناس في دخوله. وقوله: **(إلا إذا سرق منها ليلاً)** استثناء من قوله ولا قطع. وقوله: **(ومن سرق من المسجد متاعاً)** ظاهر. وقوله: **(ومن سرق سرقة)** أي مالاً وسمى الشيء المسروق سرقة مجازاً، ومنه قول محمد: إذا كانت السرقة مصحفاً. وقوله: **(وإن كانت فيها)** أي

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بدّ من الإخراج منها) ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ **(فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع)** لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة **(وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)** لما بينا **(وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما)** لأن الأول لم يوجد منه الإخراج

لأنه على هذا التقدير بعد الإخراج إليها كالإخراج إلى السكة، بخلاف ما تقدم لأن بيوت الدار كلها في يد واحد، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان. وفي الفتاوى الصغرى: القوم إذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا. ثم في الفصل الأول قال بعضهم: لا ضمان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه، والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد قوله: **(وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)** يريد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة، يقال أغار الفرس والثعلب في العدو: إذا أسرع، وقوله فسرق تفسير لقوله أغار قوله: **(وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت)** عند النقب أو على الباب **(فلا قطع عليهما)** بلا تفصيل بين إخراج الداخل يده إلى الخارج أو إدخال الخارج يده **(ثم روي عن أبي يوسف: إن أخرج الداخل يده منها إلى الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع)** وعلل الإطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله: **(لاعتراض يد معتبرة على المال)** المسروق **(قبل خروجه)** أي قبل خروج الداخل، والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبي يوسف لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة وإخراج المال، وما قيل إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده، وإنما تتم بهما إذا أدخل الخارج يده فأخذها، وفيه قال أبو يوسف يقطعان. وقول مالك إن كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبي يوسف، وقال: فإن انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما، وهذا لا يتحقق في هذه الصورة إلا إذا اتفق أن خارجاً رأى نقباً فأدخل يده فوقعت على شيء مما جمعه الداخل فأخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما. قال: والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تأتي يعني مسئلة نقب البيت وألقاه في الطريق ثم خرج وأخذه، ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه، قيل يقطع، والصحيح أنه لا يقطع، قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فأخذه، إن خرج بقوة الماء لا يقطع لأنه لم يخرجه، وقيل يقطع لأنه إخراج ذكره التمرتاشي. وقال في المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة

في الدار (مقاصير) يعني حجرات وبيوت. وقوله: (وإن أغار إنسان) أي دخل بسرعة. قال في النهاية ناقلاً عن المغرب: إن أغار لفظ شمس الأئمة الحلواني والضمري، وأما لفظ محمد فهو وإن أعان إنسان من أهل المقاصير إنساناً على متاع من يسكن مقصورة أخرى. ولفظ شمس الأئمة السرخسي كذلك، وكأنه أصح لأن الإغارة في باب السرقة غير لائقة، لأن السرقة أخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لأنه يسارق عين المسروق منه، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة. وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهراً ومكابرة ومختفياً عن أعين الناس، ومثل هذا المعنى لا يليق به إلا الإغارة، وإذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الإغارة مروياً عن محمد، وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الحهتين. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن كل مقصورة الخ. وقوله: (وإذا نقب اللص البيت) ظاهر. وقوله: (وهي

قوله: **(وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين)** أقول: يعني الدخول بالليل جهراً والاختفاء عن أعين الناس قوله: **(وهو بناء على مسئلة)** أقول: يظهر بناؤها عليها بأدنى التأمل، لكن لا بد في قطع الداخل إذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله إذا دخل الحرز جماعة.

لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه، والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد. وعن أبي يوسف رحمه الله: إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع، وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. **(وإن ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع)** وقال زفر رحمه الله: لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ، وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق. قال: **(وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه)** لأن سيره مضاف إليه لسوقه **(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً)** قال العبد

جريه الأصح أنه يلزمه القطع، وهو قول الأئمة الثلاثة لأن جري الماء به كان بسبب إلقائه فيه فيصير الإخراج مضافاً إليه، وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكناً من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطاً للقطع عنه، ولو كان راكداً أو جريه ضعيفاً فأخرجه بتحريك الماء قطع بالإجماع، وهذا يرد نقضاً على مسئلة المذهب لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به **(ولو ألقاه)** الداخل **(في الطريق ثم خرج وأخذه قطع)** وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافاً لزفر **(له أن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه)** بأن تركه أو أخذه غيره **(وكذا الأخذ من السكة)** غير موجب للقطع فلا يقطع بحال **(ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار)** إن أدرك **(ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع)** لمال صاحب الدار عداوة ومضارة **(لا سارق)** وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه.

والحاصل أن يد السارق تثبت عليه، وبالإلقاء لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى؛ ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكماً فرده إليه كرده إلى صاحبه، بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية **(وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه)** فيقطع. وفي مبسوط أبي اليسر: وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع، ولو خرج بلا زجره لا يقطع لأن للدابة اختياراً، فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل إليها، وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع قوله: **(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً. قال رحمه الله: وهذا استحسان، والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر)** والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ، والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه. قلنا: نعم هذا هو القياس، ولكنا استحسنا قطعهم **(لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من**

بناء على مسئلة تأتي بعد هذا) إشارة إلى مسئلة نقب البيت قوله: **(وإن ألقاه في الطريق)** واضح. وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى على يده، وإذا بقيت يده حكماً وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع قوله: **(ولم تعترض عليه يد معتبرة)** جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يداً معتبرة اعترضت عليه فأوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحرز ولا مال في يده. وقوله: **(فاعتبر الكل)** أي إلقاؤه في الطريق ثم أخذه منه **(فعلاً واحداً)** كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد كذلك. هذا وقوله: **(فإذا خرج ولم يأخذه** جواب عن قوله **كما لو خرج ولم يأخذ)**. وقوله: **(وكذا إن حمله على حمار)** ظاهر. قال: **(وإذا دخل الحرز جماعة)** كلامه واضح، وإنما وضع المسئلة في دخول جميعهم لأنهم إذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه، وإن لم يعرف فعليهم التعزير، ولا يقطع واحد منهم، وإن كان غير الداخل يعين الداخل. والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم

الضعيف: هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به. ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد. قال: (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع) وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه،

الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعاً بسبب معاونتهم، وأن قدرة القاتل والآخذ إنما هي بهم فكذا هذا **(فإن السرّاق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع)** فكان مثله وبهذا القدرَ يتم الوجه. وقوله بعد ذلك **(فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد)** إن منع لم يضرّ، وإنما وضعها في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه، وإن لم يعرف عزّروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم قوله: **(ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئاً لم يقطع)** وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافاً **(وروي عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع)** وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق، والدخول فيه لم يفعل قط إلا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد، فاعتباره شرطاً في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل **(وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي)** أو في الجوالق. والغطريفي: درهم منسوب إلى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وكانت دراهمه من أعزّ النقود ببخارى. قال المصنف **(ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال)** وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله: **(تحرزاً عن شبهة العدم)** أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة، **فإن الناقص يشبه العدم**، وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها، ولا شرط لوجودها إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه، وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه، وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه، وقلما يدخل الإنسان يده من كوّة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره، بخلاف البيت **(بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فإنه هو المعتاد)** قوله: **(ومن طرّ)** أي شق **(صرة)** والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم **(لم يقطع، وإن أدخل يده في الكم قطع، لأن في الوجه الأول الرباط من خارج، فبالطرّ يتحقق الأخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز. وفي الثاني الرباط من داخل فبالطرّ يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم، ولو كان مكان الطرّ حل الرباط، ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب)** فإذا كان الرباط من خارج يقطع لأنه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم، وإن كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لأنه حينئذ يأخذها من خارج الكم، فظهر ن انعكاس الجواب **(لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف**

بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز إنما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم، قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلاً بالغاً، وأما إذا كان الآخذ الحامل صبياً أو مجنوناً فلا يقطع واحد منهم لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل. فإذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وإن كان الذي تولى الحمل والإخراج كبيراً لكن فيهم صبيّ أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد، لأن الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين. وقال أبو يوسف: يجب القطع إلا على الصبيّ والمجنون قوله: (ومن نقب البيت) واضح. والغطريفي هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخاري كذا في المغرب. ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي أنه قال: اللص إذا كان ظريفاً لا يقطع، قيل: وكيف ذلك؟ قال: أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل.

كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي. ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول، وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد. قال: **(وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع، وإن أدخل يده في الكم يقطع)** لأن في الوجه الأول الرباط من خارج، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز. وفي الثاني الرباط من داخل، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم، ولو كان مكان الطر حل الرباط، ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه. قلنا: الحرز هو الكم لأنه يعتمده، وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق **(وإن سرق**

أنه) أي الطرار **(يقطع على كل حال)** وهو قول الأئمة الثلاثة، لأن في صورة أخذه من خارج الكم إن لم يكن محرزاً بالكم فهو محرز بصاحبه، وإذا كان محرزاً بصاحبه وهو نائم إلى جنبه فلأن يكون محرزاً به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى قلنا: **(بل الحرز هنا ليس إلا الكم لأن صاحب المال يعتمد الكم)** أو الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق، وهذا لأن المطرور كمه إما في حال المشي أو في غيره، فمقصوده في الأول ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فإنه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك، فإنما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب، ألا ترى أن من شق جوالقاً على جمل يسير فأخذ ما فيه قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع، ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع. وكذا لو سرق من الفسطاط قطع، ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع، لأنه ليس محرزاً بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه، بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفاً عنده يحفظه أو في فسطاط آخر فإنه يقطع به. ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وإن كان الراعي معها، لأن الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي، بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لأنها بنيت لحفظها، وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لأنها محرزة به، وإن كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة، وكذا إذا أخذ الجوالق[1] بما فيه من الجمال المقطرة يقطع، وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر أن ما يطلق في الأصول من أن الطرار إنما يأتي على قول أبي

وقوله: **(بخلاف الصندوق)** جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي. فإن قيل: لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لأن فيه شبهة العدم. أجاب بأن ذلك هو المعتاد **(وإن طرّ صرة)** الطرار هو الذي يطر الهميان: أي يشقها ويقطعها، والصرة وعاء الدراهم، يقال صررت الصرة: أي شددتها، والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية، وهي ما إذا أدخل يده في الكم فطرها قوله: **(فلا يوجد هتك الحرز)** يعني إدخال اليد في الكم وإخراج الدراهم منه. وقوله: **(في الوجهين)** أي من الخارج والداخل. وقوله: **(ينعكس الجواب)** يعني فيما إذا كان حلّ الرباط خارج الكم يجب القطع، لأنه لما حلّ الرباط الذي كان خارج

قال المصنف: **(لأن في الوجه الأول إلى قوله: هتك الحرز)** أقول: فيه بحث يندفع بأدنى تأمل، فإنه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك إذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال قال المصنف: **(لأنه محرز إما بالكم)** أقول: قال الكاكي أي في صورة طرها خارج الكم **(أو بصاحبه)** أي في صورة طرها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى. بل الظاهر عكس ذلك، وأيضاً حينئذ لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكم إذا أبو يوسف لا ينكره.

---

(١) الجوالق: وعاء. كذا في القاموس والمختار.

من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع) لأنه ليس بمحرز مقصوداً فتتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وإن شق الحمل وأخذ منه قطع) لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع (وإن سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه إن كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل. وذكر في بعض النسخ: وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار، والله أعلم بالصواب.

يوسف قوله: (وإن سرق من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتتمكن فيه شبهة العدم، وهذا لأن السائق والراكب والقائد إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ، وأما القائد فحافظ للحمل الذي زمامه بيده فقط عندنا. وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده. وفرض أن قصده القطع المسافة ونقل الأمتعة لا ينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به، وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في جريسة الجبل (١) يحمل على ترك الراعي إياها في المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه، والقطار بكسر القذف: الإبل يشدّ زمام بعضها خلف بعض على نسق، ومنه جاء القوم متقاطرين: إذا جاء بعضهم إثر بعض قوله: (وإن سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع، ومعناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، والجلوس عنده والنوم عليه يعدّ حفظاً عادة، وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعني عند التصحيح. وقوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة وذكر في بعض النسخ الجامع: (وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته.

الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم إلى إدخال اليد في الكم، فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز، بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل الكم فإنه لا يقطع، لأنه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة، فكان الأخذ من خارج الكم فلم يقطع لأنه لم يهتك الحرز في أخذ المال، لأنه وإن أدخل اليد في الكم إلا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم، وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وقوله: (لأنه يعتمده) أي لأن صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال، لأن قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين: قطع المسافة، أو الاستراحة وذلك لأنه إما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته، ففي الأول قصده قطع المسافة لا حفظ المال، وفي الثاني قصده الاستراحة، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب؛ ألا ترى أن من شق الجوالق الذي على إبل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق حرزاً لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكاً للحرز فيقطع. ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على إبل تسير لا يقطع لأن السائق والقائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزاً به مقصوداً على ما هو المذكور في الكتاب. وقوله: (وإن سرق من القطار بعيراً) القطار: الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، ومنه تقاطر القوم إذا جاءوا أرسالاً. وقوله: (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً إلى قوله وهو الصحيح، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب، وإسناده حسن وجريسة الجبل: الغنم تُبات في السهل أو الجبل، فتسرق. ويقال: حريسة. بالحاء.

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال: **(ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم)** فالقطع لما تلوناه من قبل، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل: أعني الرسغ متيقن به، كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند، والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام «فاقطعوه واحسموه»، ولأنه لو

فصل في كيفية القطع وإثباته

ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه **(فالقطع لما تلونا من قبل)** وهو قوله تعالى ﴿**فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة ٣٨] والمعنى يديهما، وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى ﴿**فقد صغت قلوبكما**﴾ [التحريم ٤] وقد يثنى وقال: * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والأفصح الجمع، وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود «**فاقطعوا أيمانهما**»[1] وهي قراءة مشهورة فكان خبراً مشهوراً فيقيد إطلاق النص، فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لأن الصحيح أنه لا إجمال في قوله: ﴿**فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة ٣٨] وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين[2]، وكذا الصحابة، فلو لم

فصل في كيفية القطع وإثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه. الزند مفصل طرف الذراع من الكف. والحسم من حسم العرق: كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه **(فالقطع لما تلوناه)** يعني قوله تعالى ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ الآية **(واليمين بقراءة ابن مسعود)** ﴿**فاقطعوا أيمانهما**﴾ وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الأصول **(ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل: أعني الرسغ متيقن به)** من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل، فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس إن المستحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال المصنف: **(لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط)** أقول: ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن. قال العلامة الكاكي: اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع، ولكن زال هذا الإبهام ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وإجماعهم اهـ. قوله: **(لأن الاسم)** أي اسم اليد، وقوله يتناول اليد: أي يتناول المسمى به قوله: **(أن النبي ﷺ أمر بقطع السارق من الزند والحسم)** أقول: فيه شيء لأن ظاهر أسلوبه يوهم أن يكون قوله والحسم معطوفاً على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٧٠ بسنده عن مجاهد فذكره قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٧١: فيه انقطاع اهـ. يعني مجاهد لم يدرك ابن مسعود.
وقال البيهقي: قال إبراهيم النخعي: في قراءتنا: والسارقون والسارقات تقطع أيمانهم.
وقال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٢٨٠: أثر النخعي هذا رواه سعيد بن منصور وابن جرير وابن المنذر، وفيه وربما قال: في قراءة ابن مسعود.
وأخرج ابن جرير وابن المنذر وأبو الشيخ من طرق عن أبي مسعود أنه قرأ: فاقطعوا أيمانهما اهـ.
قلت: فالخبر عن ابن مسعود ورد من عدة طرق، فهو حسن
تنبيه: وقد وهم الألباني حيث ذكره في الإرواء ٢٤٢٩ ونسبه للبيهقي وحده، وقال: ضعيف اهـ.
وتبين لك أن الألباني لم يبحث عنه جيداً لذا ذكره من وجه واحد، وحكم بضعفه.

(٢) قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٨: روى البغوي وأبو نعيم في معرفة الصحابة من طريق عبد الكريم بن أبي المخارق عن الحارث بن عبد الله أن النبي ﷺ أتي بسارق، فقطع يمينه. وفيه قصة.
لكن في إسناده ابن أبي المخارق اهـ. أي هو ضعيف كما في التقريب. ولكن هذا هو الوارد عن الفقهاء، وعليه العمل عند أهل العلم والله تعالى أعلم.

. . . .

يكن التقييد مراداً لم يفعله وكان يقطع اليسار، وذلك لأن اليمين أنفع من اليسار لأنه يتمكن بها من الأعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار، فلو كان الإطلاق مراداً والامتثال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لهم ما أمكن. وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلأنه المتوارث، ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلاً عن فسقهم أو ضعفهم. وروى فيه خصوص متون: منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه «ثم أمر بقطعه من المفصل»(١) وضعف بالعزرمي. وابن عدى في الكامل عن عبد الله بن عمر قال «قطع رسول الله ﷺ سارقاً من المفصل»(٢) وفيه عبد الرحمن بن سلمة، قال ابن القطان: لا أعرف له حالاً. وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة «أن النبي ﷺ قطع رجلاً من المفصل»(٣) وإنما فيه الإرسال. وأخرج عن عمر وعليّ أنهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الإجماع، فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش، وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته. وبتقدير ثبوته هو خرق للإجماع، وهم لم يقدحوا في الإجماع قبل الفتنة، ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ إطلاقاً أشهر منه إلى المنكب، بل صار يتبادر من إطلاق اليد فكان أولى باعتباره؛ ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما إلى المنكب هو المراد وما إلى الرسغ، فيتعين ما إلى الرسغ درءاً للزائد عند احتمال عدمه، وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام: ما إخاله سرق فقال السارق: بلى يا رسول الله، فقال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به، فقطع ثم حسم ثم أتى به، فقال: تب إلى الله، قال: تبت إلى الله، قال: تاب الله عليك»(٤) وقال: صحيح على شرط مسلم، ورواه أبو داود في المراسيل، وكذا رواه أبو القاسم بن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن حجبة عن عليّ أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأني أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أيور الحمر(٥) . والحسم الكيّ لينقطع الدم. وفي المغرب والمغني لابن قدامة: هو أن يغمس في الدهن الذي أغلى، وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم، لأنه أمر القاطع به، وبه قال الشافعي في وجه، وعندنا هو على السارق. وقول المصنف (لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف) يقتضي وجوبه، والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه

بها لأن فيه قطعاً مكرراً، وفيما قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد، وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لأن اليد اسم للجارحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط لأن فيه تكثيراً للمقطوع. .

وقوله: (كيف وقد صح أن النبيّ ﷺ أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ أتي بسارق فقالوا: يا رسول الله إن هذا سرق، فقال عليه الصلاة والسلام: ما إخاله سرق. فقال السارق: بلى يا رسول الله، فقال: اذهبوا به فاقطعوه.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٠٥ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في خبر صفوان، وردائه.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٠: قال ابن القطان: فيه العزرمي محمد بن عبيد الله متروك. وفيه عبد الرحمن بن هانىء النخعي لا يتابع على أحاديثه اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٣٨ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: فيه خالد الخراساني ثقة. وعبد الرحمن بن سلمة لا أعرف له حالاً اهـ.
وأما ابن عدي فقال: خالد الخراساني وثقه يحيى، وله أحاديث منكرة قد ذكرتهما اهـ.
قلت: والحديث ذكره ابن عدي فهو قد اعتبره من مناكيره. مع أن في إسناده ليث بن أبي سليم، وهو واهٍ أيضاً.

(٣) مرسل حسن رواه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٧٠ بسنده عن عدي بن عدي عن رجاء بن حيوة فذكره، ورجاله ثقات. لكن قال الزيلعي: وهو مرسل اهـ لأن رجاء تابعي وقال الزيلعي، وابن حجر في الدراية ٢/ ١١١: رواهما ابن أبي شيبة عن عمر وعلي اهـ انظر مصنف ابن أبي شيبة ١١/ ٧٥ و ٧٤.

(٤) تقدم في الجزء الثالث مستوفياً، وإسناده ضعيف لكن له شواهد حسنته لأجلها.

(٥) موقوف حسن. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٥ والبيهقي ٨/ ٢٧١ والدارقطني ٣٧٧ كلهم عن حجية بن عدي أن علياً فذكره، ورجاله ثقات غير حجية، وهو صدوق يخطىء كما في التقريب، فالأثر حسن.

لم يجسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف (**فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب**) وهذا استحسان ويعزّر أيضاً، ذكره المشايخ رحمهم الله. وقال الشافعي رحمه الله: في الثالثة تقطع يده اليسرى، وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام «من سرق فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه» ويروى مفسراً كما هو مذهبه، ولأنه الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد.

مستحب، فإن لم يفعل لا يأثم، ويسن تعليق يده في عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به[1]. رواه أبو داود وابن ماجه. وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت منه عليه الصلاة والسلام في كل من قطعه ليكون سنة قوله: (**وإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى**) بالإجماع فقد روى فيه حديث قدمناه، ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك. وقال أبو ثور والروافض: تقطع من نصف القدم من مقعد الشراك لأن علياً كان يقطع كذلك ويدع له عقباً يمشي عليه. قال: (**فإن سرق ثالثاً لا يقطع**) بل يعزر (**ويخلد في السجن حتى يتوب**) أو يموت **وقال الشافعي: (في الثالثة تقطع يده اليسرى، وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام «من سرق فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه)**[2] وهو بهذا اللفظ لا يعرف، ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال «جيء بسارق إلى النبيّ ﷺ فقال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق قال: اقطعوه فقطع، ثم جيء في الثانية فقال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الثالثة فقال: اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الرابعة فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، فقال اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الخامسة قال: اقتلوه، قال جابر: فانطلقنا به فقتلناه، ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة» قال النسائي: حديث منكر، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي. وأخرج النسائي عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمي «أن النبي ﷺ أتى بلص قال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم سرق فقطعت رجله، ثم سرق على عهد أبي بكر قطعت قوائمه الأربع كلها، ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر: كان رسول

ثم احسموه» الحديث. وقوله: (**ولأنه لو لم يحسم**) ظاهر. وقوله: (**وخلد في السجن حتى يتوب**) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة بالقطع، وإنما يقطع يمينه أول سرقة، ورجله اليسرى في ثانيها، ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا. وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس، وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل. وقوله: (**ويروى مفسراً كما هو مذهبه في حديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ قال في المرة الأولى تقطع يده اليمنى، وفي الثانية الرجل**) اليسرى، وفي الثالثة اليد اليسرى، وفي الرابعة الرجل اليمنى» قوله: (**ولأن الثالثة**) ظاهر. قوله: (**فحجهم**) أي غلبهم في الحجة، يقال حاجه فحجه: أي ناظره في الحجة فغلبه بها وقوله: (**بخلاف القصاص**) جواب سؤال تقديره: لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لأنه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود. وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد، وحق العبد يراعي فيه المماثلة بالنص (**والحديث**) الذي رواه الشافعي دليلاً على دعواه

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤١١ والترمذي ١٤٤٧ والنسائي ٨/ ٩٢ وابن ماجه ٢٥٨٧ وأحمد ٦/ ١٩ وابن أبي شيبة ١١/ ٩٢ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ كلهم من حديث فضالة بن عبيد قال: «أُتي رسول الله ﷺ بسارق، فقطع يده، وعلق يده في عنقه» هذا لفظ النسائي وبنحوه أبي داود والترمذي، والخبر واحد، ومداره على الحجاج بن أرطاة.

قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر المقدّميّ عن الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن ابن محيريز قال: سألت فضالة... فذكره.

قلت: كذا حسنه الترمذي، وخالفه النسائي، وهو الصواب حيث قال: الحجاج بن أرطاة ضعيف، ولا يحتج بحديثه اهـ.

قلت: وهو مدلس وقد عنعنه.

لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٠: هو معلول بالحجاج وزاد ابن القطان جهالة ابن محيريز اهـ. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٩: ومن أصحابنا من لم يرَ التعليق، وقالوا: لم يصح الخبر فيه.

قال ابن حجر: قلت: هو كما قال لا يبلغ الصحيح، ولا يقاربه اهـ.

(٢) هو باللفظ الآتي.

ولنا قول عليّ رضي الله عنه فيه: إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها،

الله ﷺ أعلم بهذا حين قال: اقتلوه»[١] ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد. قال المصنف (وروى مفسراً كما هو مذهبه) أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله» وفي سنده الواقدي. وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن، ولذا طعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً. وفي المبسوط: الحديث غير صحيح، وإلا احتج به بعضهم في مشاورة عليّ؛ ولئن سلم يحمل على الانتساخ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود؛ ألا ترى أن النبيّ ﷺ قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك[٢]. وأما فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فروى مالك في الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلاً من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن ظلمه، فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه: وأبيك ما ليلك بليل سارق، ثم إنهم فقدوا عقداً لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق رضي الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول: اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح، فوجدوا الحليّ عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به، فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى، وقال أبو بكر: لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته[٣]. ورواه عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قدم على أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع، فشكا إليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال: والله ما زدت على أنه كان يوليني شيئاً من عمله فخنته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي، فقال له أبو بكر: إن كنت صادقاً فلأقيدنك منه، فلم يلبثوا إلا قليلاً حتى فقد آل أبي بكر حلياً لهم، فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال: اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح، قال: فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده، فقال له أبو بكر رضي الله عنه: ويلك إنك لقليل العلم بالله، فقطع أبو بكر يده الثانية. قال محمد بن الحسن في موطئه: قال الزهري: ويروى عن عائشة قالت: إنما كان الذي سرق حليّ أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى. قال: وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غير هذا[٤]، وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك. وذهب مالك والشافعي إلى أنه يعزّر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله: (ولنا قول عليّ رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: وأخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال: إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، فإن عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيراً، إني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها. ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال: كان عليّ لا يقطع إلا اليد والرجل، وإن سرق بعد ذلك سجنه ويقول: إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها. ورواه ابن أبي

. . . .

---

(١) تقدم مستوفياً من جميع طرقه هذه في الجزء الأول وقد استنكره النسائي وابن عبد البر والطحاوي كما ذكر المصنف وغيرهم. وحمله بعضهم على أنه إن صح فهو منسوخ. فالحديث منكر.

(٢) خبر العرنيين مشهور رواه الجماعة، وتقدم في كتاب الطهارة في باب نجاسة البول وغيره.

(٣) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٨٣٥ حـ ٣٠ ومن طريقه محمد بن الحسن في الموطأ ٦٨٩ عن عبد الرحمن بن القاسم عن القاسم بهذا اللفظ وكذا البيهقي ٨/ ٢٧٣

(٤) هكذا وقع للمصنف وفيه تصحيف، وتحريف لعله من النّساخ وصوابه عند محمد في الموطأ ٦٨٩ قال محمد: وكان ابن شهاب أعلم من غيره بهذا، ونحوه من أهل بلاده اهـ.

وبهذا حاجّ بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد إجماعاً، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر، ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلبُ وقوعه، بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً

شيبة في مصنفه: حدثنا حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: كان عليّ لا يزيد على أن يقطع السارق يداً ورجلاً، فإذا أتى به بعد ذلك قال: إني لا أستحي أن أدعه لا يتطهر لصلاته، ولكن احبسوه. وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن عليّ رضي الله عنه أنه أتى بسارق فقطع يده، ثم أتى به فقطع رجله، ثم أتى به فقال أقطع يده فبأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل، أقطع رجله على أي شيء يمشي، إني لأستحي من الله، ثم ضربه وخلده في السجن. وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأل عن السارق، فكتب إليه بمثل قول عليّ. وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على مثل قول عليّ. وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال: إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله، ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها، ولكن احبسوه عن المسلمين. وأخرج عن النخعي كانوا يقولون: لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها[1]، وهذا كله قد ثبت ثبوتاً لا مرد له، فبعيد أن يقع في زمن رسول الله ﷺ مثل هذه الحوادث التي غالباً تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله ﷺ أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله، ولا خبر بذلك عند عليّ وابن عباس وعمر من الأصحاب الملازمين له عليه الصلاة والسلام، بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم إن غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة، فامتناع عليّ بعد ذلك إما لضعف الروايات المذكورة في الإتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حداً مستمراً بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله: (**وبهذا حاجّ عليّ بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعاً**) يشير إلى ما في تنقيح ابن عبد الهادي. قال سعيد بن منصور رضي الله عنه: حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: حضرت عليّ بن أبي طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق، فقال لأصحابه: ما ترون في هذا؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين، قال: قتلته إذاً وما عليه القتل، بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ بأي شيء يقوم على حاجته، فردّه إلى السجن أياماً ثم أخرجه، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول وقال لهم مثل ما قال أوّل مرّة، فجلده جلداً شديداً ثم أرسله.

وقال سعيد أيضاً: حدثنا أبو الأحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال: أتى عمر بن الخطاب بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله، فقال عليّ رضي الله عنه: قال الله ﴿**إنما جزاء اللذين يحاربون الله ورسوله**﴾ [المائدة ٣٣] الآية، فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها، إما أن تعزّره،

هذه (**طعن فيه الطحاوي**) قال: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً أشار بها إلى ما رواه الشافعي. وقال أبو نصر البغدادي: قال الطحاوي: إنه حديث لا أصل له، لأن كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلاً (**أو نحمله على السياسة**) بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة. وقوله: (**لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً**) يعني إن كانت يده اليسرى مؤفة (**أو مشياً**) إن كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر. قال: (**وإذا قال الحاكم للحدّاد اقطع يمين هذا السارق**) الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد، وإنما قيد بقوله يمين هذا لأنه إذا قال اقطع يده مطلقاً فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه فعل ما أمره به، فإنه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه، ولم يذكر حكم ما إذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع. وقال في المبسوط: لا شيء عليه، لأن قيمة اليد قد سقطت بقضاء الإمام عليه

---

(١) هذه الآثار الواردة عن علي قوية لكثرة طرقها راجع نصب الراية ٣/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥ حيث ذكرها كلها مع كلام إبراهيم النخعي، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١١٢، وابن التركماني في الجوهر النقي ٨/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

لحقه. والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله أو نحمله على السياسة **(وإذا كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع)** لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلّاء لما قلنا **(وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاّء أو الأصبعان منها سوى الإبهام)** لأن قوام البطش بالإبهام **(فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاّء قطع)** لأن فوات الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش، بخلاف فوات الأصبعين لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش. قال: **(وإذا قال الحاكم للحدّاد أقطع يمين هذا في سرقة**

وإما أن تودعه السجن فاستودعه السجن[1]. وهذا رواه البيهقي في سننه، وهو مما يؤيد ضعف الحديث[2] من استدلال عليّ رضي الله عنه وموافقة عمر له. قال المصنف **(ولأنه إهلاك معنى)** هو من قول عليّ رضي الله عنه: قتلته إذا **(والحد زاجر)** لا مهلك **(ولأنه نادر الوجود)** أي يندر أن يسرق الإنسان بعد قطع يده ورجله **(والحدّ)** لا يشرع إلا **(فيما يغلب)** على ما مر غير مرة **(بخلاف القصاص)** يعني لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته **(لأنه حق للعبد فيستوفيه ما أمكن جبراً لحقه)** لا يقال: اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب. لأنا نقول: لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملاً بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة، والأمر المقرون بالوصف وإن تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن إنما يكون حيث أمكن، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم أن معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** [المائدة ٣٨] وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع، وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم قوله: **(وإن كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى)** أو كانت رجله اليمنى شلّاء **(لا يقطع لأن في القطع)** والحالة هذه **(تفويت جنس المنفعة بطشاً)** فيما إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة **(أو مشياً)** إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين، وهذا لأن المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة **(وكذا)** لا يقطع يمين السارق **(إذا كانت إبهام يده اليسرى)** أو رجله اليسرى **(مقطوعة أو شلاّء أو الأصبعان)** من واحدة منهما **(سوء الإبهام)** لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش، بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع، ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه يقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة، وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخلّ بالبطش فوات ثلاث أصابع، وهنا جعله أصبعين لأن الحد يحتاط في درئه قوله: **(وإذا قال الحاكم للحدّاد)** أي للذي يقيم الحدّ فعال منه كالجلاد من الجلد **(اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله)** ولكن يؤدب، وبه قال أحمد وقالا: **(لا شيء عليه في الخطإ ويضمن في العمد)** أرش اليسار **(وعند زفر يضمن في الخطإ أيضاً)** بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق. وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في

بالقطع، فالقاطع استوفى يداً لا قيمة لها فلم يكن ضامناً، لكن أدّ به الإمام لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمره الإمام به وكلامه واضح. وقوله: (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضاً لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصاً (ولا تأويل) حيث لم يخطىء لأن الكلام فيما إذا تعمد في قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وإن كان في

---

(١) هذا الأثر أخرجه البيهقي ٨/ ٢٧٤ وإسناده حسن إلا أن البيهقي أعله بأنه ورد عن عمر خلاف ذلك.

(٢) مراده حديث قطع الأربع عند التكرار للسرقة، وقد تقدم أن فيه ضعفاً بل ورد في أكثر رواياته، وفي الخامسة قال لهم رسول الله ﷺ: فاقتلوه. وتقدم الكلام عليه مستوفياً، وقد أنكره غير واحد انظر ١/ ٣٧٨.

تنبيه: فالحنفية يقولون: تقطع يده اليمنى. فإن تكرر منه تقطع رجله اليسرى، فإن عاد خُلّد في السجن حتى يتوب وهو رواية عن أحمد كما في كتاب العدة ص ٥٦٩، وقال الشافعي ومالك، ورواية عن أحمد بقطع الأربع في حال تكرر السرقة. وأما القتل، فلم يقل به أحد من الأئمة الأربعة، وخالف أقوام، فقالوا بالقتل في الخامسة.

سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله: يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد، وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً. وقيل يجعل عذراً أيضاً. له أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها. قلنا إنه أخطأ في اجتهاده، إذ ليس في النص تعيين اليمين، والخطأ في الاجتهاد موضوع. ولهما أنه

انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله، وتقطع يد القاطع قصاصاً ويضمن المسروق لو كان أتلفه، لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقاً لله تعالى ولو يوجد، وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله: **(والمراد)** أي المراد **(بالخطأ)** الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر **(الخطأ في الاجتهاد)** ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزيء عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** [المائدة ٣٨] **(وأما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفواً)** لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه، وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد، وإنما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها **(وقيل)** الخطأ في اليمين والشمال **(يجعل عفواً أيضاً. لزفر أنه قطع يداً معصومة، والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها. ولنا أنه)** إنما **(أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع)** بالإجماع، وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوى بين اليمين واليسار **(ولهما)** في العمد **(أنه)** جان حيث **(قطع يداً معصومة بلا تأويل تعمداً للظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات)** لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد **(وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة)** الناشئة من إطلاق النص **(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه)** وإن **(أتلف)** بلا حق ظلماً لكنه **(أخلف من جنسه ما هو خير له)** وهي اليمين فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئاً وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها، بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة، لأن منفعة البطش ليس من جنسه منفعة المشي، وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئاً أصلاً وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألفاً أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئاً قوله: **(وعلى هذا)** أي على تعليل قول أبي حنيفة بالإخلاف بقطع يساره **(غير الحدّاد أيضاً)** للإخلاف **(وهو الصحيح)** احتراز عما ذكر الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال: هذا كله إذا قطع الجداد بأمر السلطان، ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطإ الدية قوله: **(ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني)** فقطعها **(لا يضمن)** وإن كان عالماً بأنها يساره **(بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على**

المجتهدات) لأن المجتهد لا يعذر فيما إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهراً كالحكم بحل متروك التسمية عامد **(وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة)** وهي قوله تعالى **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** فإن ظاهره يوجب تناول اليدين جميعاً فصار شبهة في حق القصاص، إذ القصاص لا يثبت بالشبهة، بخلاف ضمان المال. وقوله: **(ولأبي حنيفة)** تقريره القول بالموجب. سلّمنا أنه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل، لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافاً **(وعلى هذا)** التقرير **(لو قطعه غير الحداد)** أي لو قطع يسار السارق غير الحدّاد بعد حكم القاضي بقطع يمينه **(لا يضمن)** شيئاً لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبياً غير مأمور وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو قطع غيره يده اليسرى فإن في العمد القصاص وفي الخطإ الدية، وسقط القطع عنه في اليمين لأنه لو قطع أدى إلى الاستهلاك، ويرد السرقة إن كان قائماً وعليه ضمانة في الهالك قوله: **(ولو أخرج السارق يساره)** ظاهر قوله: **(ثم في العمد عنده)** أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه **(عليه)** أي على السارق **(ضمان المال)** المسروق إن كان هالكاً **(لأنه لم يقع حداً)** وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان

قوله: **(يوجب تناول اليدين جميعاً الخ)** أقول: يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى **﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم﴾**

قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفي وإن كان في المجتهدات، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافاً كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضاً هو الصحيح. ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره. ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حداً. وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة الاجتهاد لا يضمن **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة)** لأن الخصومة شرط لظهورها، ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار، لأن الجناية

السارق ضمان المال) إذا كان استهلكه **(لأنه لم يقع حداً ففي الخطإ كذلك على هذه الطريقة)** أعني طريقة عدم وقوعه حداً. وقيل طريقة الإخلاف ولازمها عدم وقوعه حداً فكلاهما واحد، إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ **(وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن)** لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان. وإنما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع أنهما أيضاً يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما يثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضماناً قد يتوهم أنه لا يضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حداً ولذا لم يضمنه، فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حداً قوله: **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة)** والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور: لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا. وقوله: **(ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار)** هو خلاف الأصح عنده، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة. يعني إذا أقر عند الحاكم إني سرقت مال فلان نصاباً من حرز لا شبهة فيه فإنه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي. وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى، وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره. والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقرّ له في المقرّ به للمقرّ ظاهراً، ولهذا لو أقرّ لغائب ثم لحاضر جاز، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو بطائفة السارق منهم ثابتة، وكذا شبهة وجود إذنه له في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه الشبهة، بخلاف الزنا فإنه لا يباح بإباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة. والحق احتمال إباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيتضح لك، فالمعوّل عليه ما ذكرنا من أن ملك المقرّ قائم ما لم يصدقه المقرّ له قوله: **(وكذا إذا غاب)** المسروق منه **(عند القطع)** لا يقطع حتى يحضر، وبه قال الشافعي وأحمد خلافاً

على الحدّاد، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيذاناً بأن القطع لم يقع حداً، إذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحدّاد باعتبار أنه أخلف خيراً لا باعتبار أن القطع وقع حداً، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره **لأنهما يضمنان** الحدّاد في العمد فلا يقع القطع حداً لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حداً. وقوله: **(وفي الخطإ كذلك على هذه الطريقة)** أي على طريقة أن القطع لم يقع حداً لأنه إذا لم يقع حداً لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضى وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة **(وعلى طريقة الاجتهاد)** الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد **(لا يضمن)** السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حداً لا يجتمعان قال: **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه)** اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع، فقال ابن أبي ليلى، لا حاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا، لأن المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى. وقال

قوله: **(وإنما خص أبا حنيفة الخ)** أقول: قال الشيخ الإمام السغناقي وتبعه الكاكي: وإنما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما ترد على مذهبه لأنه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حداً عنده فلا يضمن السارق استدلالاً بعدم وجوب الضمان اهـ. وعندي أن ما ذكر السغناقي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعاً للإتقاني فتأمل أنت قوله: **(فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ)** أقول: فيه بحث فإن الظاهر خلاف ذلك قوله: **(قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد)** أقول: وجه التخصيص غير ظاهر فإن ذلك في طرف أبي حنيفة أيضاً.

على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود **(وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولربّ الوديعة أن يقطعه أيضاً)** وكذا المغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له في المطالبة بالعين

لمالك **(لأن الإمضاء من القضاء في الحدود)** على ما مر، وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي، لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا، ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال: **(وللمستودع)** بفتح الدال **(والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم)** أي إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب، وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، إذ المشتري شراء فاسداً في يد المشتري كالمغصوب **(ولربّ الوديعة أن)** يخاصمه و **(يقطعه أيضاً)** كما للمودع **(وكذا المغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة)** كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم **(ويقطع أيضاً السارق من هؤلاء بخصومة المالك)** بما في أيديهم **(إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده)** والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين، ويدل عليه تعليله بقوله: **(لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه)** أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها، وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال: كان في نسخة المصنف بعد القضاء. وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس: يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالاً منه، وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكاً لا يقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ. وفي غاية البيان: وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة، لأن الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة إلى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله: **(فالشافعي رحمه الله بناه)** أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء **(على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد)** عند جحود من في يده المال المودع كأبناء غير المودع، إلا أن يحضر المالك لأنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لإبقاء اليد، فلأن لا يملكوها لإعادة اليد أولى. قيل لكن المذكور

الشافعي: إن أقرّ السارق بالسرقة فلا حاجة إلى ذلك، وإن ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لأن الشهادة تنبني على الدعوى في الحال، فما لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته، وإن غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع. وعندنا حضور شرط في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة، وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز، وكلامه في الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار، لأن معنى قوله لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها: أي لظهور السرقة وهي الجناية. ويمكن أن يدفع بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور، والثاني لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد؛ ومعنى قوله لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم قوله: **(وصاحب الربا)** قيل صورته: رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة، بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فإن الملك لهما باق قوله: **(وكل من له يد حافظة)** يريد متولي الوقف والأب والوصيّ، ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وإن لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك قوله: **(إلا أن الراهن)** استثناء منقطع، وقد اختلف نسخ الهداية فيه، ففي بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده، وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين.

بدونه. والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده. وزفر يقول: ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة. ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع. والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في

في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن، وكذا يقول مالك ويزيد المستعير أيضاً وزفر يقول: **(ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه)** أي في القطع **(تفويت الصيانة)** لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض إذ تصير خصومته لإثبات الحفظ سبباً لنفيه **(ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً)** وهذه النكتة هي مبنى الخلاف: أعني كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله: **(إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد)** والأحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقاً لهم، كما أن ذلك للمالك بل الملك في الحقيقة لم يرد إلا لليد، وهذا لأن ذا اليد إن كان أميناً لا يقدر على أداء الأمانة إلا بها، وإن كان غاصباً لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم **تظهر** به السرقة فيجب بها **القطع**، ولذا لا يحتاج إلى إضافة المال إلى المالك بل يقول سرق مني وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه، بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لأنه ليس فيه حقه في إعادة يده. وأورد أن في صورة الإقرار لا يقطع إلا بحضور المالك وهو إحدى الحجتين، وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافاً للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما، وما ذاك إلا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع. أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة، وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه، بخلاف الوكيل؛ ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره. وفي فصل الإقرار شبهة زائدة هي جواز أن يردّ المالك إقراره فيبقى المال مملوكاً للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة.

ثم أجاب عن قول زفر بقوله: **(وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء)** حقاً لله وإن لزم غير مقصود ولا دائمي، لأنه إنما يثبت إذا كان مستهلكاً فليس لازماً للقطع مطلقاً مع أنه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الإجماع على أن يقطع بخصومة الأب والوصي بسرقة مال اليتيم وإن لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردوداً بدلالة الإجماع. وقوله: **(ولا معتبر بشبهة موهومة)** جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال إقرار المالك له: أي اعترافه بأنها له وإذنه إذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره، ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لا

واستصوبه الشارحون نقلاً وعقلاً؛ أما نقلا فلأنه موافق لرواية الإيضاح والمحيط. قال في المحيط: إذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن. قال: وإن قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لأن له أن يأخذه. وكذا في الإيضاح. وأما عقلا فلأن السارق إنما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين، والمراد بالرهن المرهون، والضمير في **(بدونه)** راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين: قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه. وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ، وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط **(فالشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده)** إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك، وإذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت إلى خصومهم **(وزفر يقول: ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ)** والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **(فلا تظهر في حق القطع لأن**

قوله: **(ومعنى قوله إلى قوله قد تقدم)** أقول: في باب الشهادة على الشهادة.

دخول الحرز ثابتة (**وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني**) لأن المال غير متقوّم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها، وللأول ولاية الخصومة في

على تقدير منتف في الحال؛ ألا يرى أن القطع يستوفي بالإقرار وإن توهم اعتراض رجوعه، وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع، وإن كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي أو أذنت له في الدخول في بيتي، ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال إباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه، فإنه جاز أنه إذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقرّ له به سراً، فإذا كانت هذه شبهة وموهومة لا تعتبر فكذلك تلك، وإن اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها في نفس الأمر لا على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك، لأن احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقرّ له به قائم في الحال. وقوله: (**في ظاهر الرواية**) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع قوله: (**وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لربّ المال أن يقطع السارق الثاني**) وبه قال أحمد والشافعي في قول. وقال مالك والشافعي في قول: يقطع بخصومة المالك لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الأول أو لا. ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالاً غير معصوم فلا قطع فيه. وروى في نوادر هشام عن محمد: إن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت الثاني. ومثله في الإملاء لأبي يوسف. وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق، وهو قول أحمد لأن يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعاً ولا قطع في أخذ مال ضائع. قلنا: بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (**وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه**) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه إلى المالك. والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة كل منهما. بل يرده من يد الثاني

فيه) أي في ظهورها في حق القطع (**تفويت الصيانة**) لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (**ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها**) وهذا ظاهر (و) السرقة (**قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً**) أي غير ضرورية، فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع، وإنما قال إن الخصومة غير ضرورية (**لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد**) وهم في ذلك كالمالك، لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة لإعادة اليد على المحل تحصيلاً للأغراض المتعلقة باليد، وهذا المعنى موجود في هؤلاء، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل، وأما المرتهن والمودع فللرد إلى المالك تخليصاً للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ، وإذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر إنها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع. وقوله: (**والمقصود من الخصومة**) أي مقصود صاحب اليد (**إحياء حق المالك وسقوط**) الضمان بسقوط (**العصمة**) من ضرورة القطع فكان ضمنياً والضمني غير معتبر، وهذا جواب عن قول زفر لأن فيه تفويت الصيانة. قوله: (**ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض**) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا الاحتمال أنه لو حضر أقرّ للسارق بالمسروق. وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (**كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن**) فإن فيه شبهة موهومة أيضاً وهو أن يحضر المؤتمن ويقول إنه كان ضيفاً عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك (**في ظاهر الرواية**) وقيد بظاهر الرواية احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لأن السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة. وبين ما إذا أقرّ السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم

الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه **(ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما دريء الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول)** لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب **(ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع)** إلى الحاكم **(لم يقطع)** وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة، بخلاف ما بعد المرافعة

إلى المالك إن كان حاضراً، وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب **(ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما دريء عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم ضرورة القطع ولم يوجد فصار)** بدء (ك) يد **(الغاصب)** قوله: **(ومن سرق سرقة فردها إلى المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع. وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا ردها بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة)** التي هي الموجب للقطع فكانت شرطاً في القطع، والخصومة لا تتحقق بعد الرد لأنها أعني الخصومة الموجبة لا تتم إلا بإقامة البينة، وهي **(إنما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت)** المنازعة بالرد **(بخلاف ما بعد المرافعة)** أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فإنه يقطع، وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحساناً لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة، وإذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده، ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله، ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في ماله، فالرد إليهم رد إليه حكماً وذلك كاف في الرد إليه. بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في

يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله إن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الإقرار موجودة وشبهة الإذن بالدخول في الحرز أو اقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع. أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها، بخلاف صورة الإقرار فإنها لم تكن كذلك. قال: **(وإن قطع سارق بسرقة)** المسروق إذا سرق من السارق، فإما أن يكون قبل أن قطع يده أو بعده، فإن كان الثاني لم يكن له: أي للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثاني، أما السارق فلوجهين: أحدهما **(أن المال غير متقوّم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها)** والثاني أن يده لم تبق من الأيدي التي ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع وأما المالك فللوجه الأول. وقوله: **(وللأول)** أي السارق الأول **(ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه)** وليس له ذلك في رواية أخرى لأن يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد مالك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وإن كان الأول يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم كان لضرورة القطع، وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما **(ومن سرق سرقة فردها على المالك)** فإما أن يردها **(قبل الارتفاع إلى الحاكم)** أو بعده، فإن كان الأول لم يقطع في ظاهر الرواية **(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافعة)** بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء **(وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة)** يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور،

قوله: **(أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة)** أقول: قد مر في هذه الصحيفة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد أداء الشهادة، فتأمل هل يندفع ذانك الاحتمالان دون أن يحضر المالك قال المصنف: **(إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة)** أقول: فإن قيل إن أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة في حقوق العباد فمسلم ولا يفيد لأن القطع من حقوق الله، وأن أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر. قلنا: المراد هو الأول، لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق، ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق، به الزيلعي فتأمل.

لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديراً (**وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع**) معناه إذا سلمت إليه (**وكذلك إذا باعها المالك إياه**) وقال زفر والشافعي: يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف، لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً، وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة. ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء، إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده، وإذا كان كذلك يشترط قيام

هؤلاء كلهم فلا يقطع. ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم: أي سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع، ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة إلى من يعول المودع. وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها قوله: (**وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك**) وسلمها إليه وباعها منه (**لا يقطع. وقال زفر والشافعي**) وأحمد ومالك (**يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقاداً**) بفعلها بلا شبهة (**وظهوراً**) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع، ولا شبهة في السرقة إلا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدماً ليثبت اعتباره (**وقت السرقة**) ولا موجب لذلك فلا يصح (**فلا شبهة**) فيقطع. ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال «يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة، فقال عليه الصلاة والسلام: فهلا قبل أن تأتيني به» رواه أبو داود وابن ماجه، زاد النسائي في روايته «فقطعه رسول الله ﷺ»[1] وهذا بخلاف ما لو أقرّ له بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن بالإقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع قوله: (**ولنا أن الإمضاء**) يعني استيفاء الحد بالفعل (**من القضاء في باب الحدود**) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء، ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء، والشأن في بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب، وقد بيناه في حد الزنا، إلا أن المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه بقوله: (**لوقوع الاستغناء عنه**) أي عن القضاء (**بالاستيفاء**) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء، وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إلا إظهار الحق للمستحق

فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (**والخصومة قد انقطعت**) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع، وإذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها، وإن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك، والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل، لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديراً لاستيفاء القطع، والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا إلى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده، وكذا الرد إلى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحساناً (**وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك**) وسلمه إياه (**أو باعه إياه لم يقطع**) وإنما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك وقال زفر والشافعي: (**يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف**، قالوا: **لأن السرقة قد تمت انعقاداً**) بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه إذ وضع المسئلة في ذلك (**وظهوراً**) لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (**وبهذا العارض**) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (**لم يتبين قيام الملك وقت السرقة**) لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع، وهذا احتراز عما إذا أقرّ به المسروق منه للسارق، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقرّ له من الملك، فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (**ولنا أن الإمضاء من القضاء**) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (**في هذا الباب**) يعني باب الحدود (**لوقوع الاستغناء عنه**) أي عن القضاء (**بالاستيفاء**) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني غناءه: أي لا يفيد فائدته إلا باستيفاء (**لأن القضاء للإظهار**) ولا إظهارها هنا (**لأن القطع حق الله وهو ظاهر عنده**) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل، بخلاف حقوق العباد فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب

---

(١) حديث صفوان تقدم مستوفياً في ٤/ ٣٨٤ وإسناده قوي لتعدد طرقه.

الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء. قال: **(وكذا إذا نقصت قيمتها من النصاب)** يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء. وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتباراً بالنقصان في العين. ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا، بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً، كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا، **(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة)** معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة. وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز

والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة إلى القضاء لفظاً، بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه إلا بالاستيفاء **(وإذا كان كذلك)** والخصومة شرط **(يشترط قيامها عند الاستيفاء)** كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة، بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع. وأما الحديث ففي رواية كما ذكر(١)، وفي رواية الحاكم في المستدرك قال: أنا أبيعه وأنسئه ثمنه، وسكت عليه. وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا، وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهماً؟ ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة، ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب، والاضطراب موجب للضعف. ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع إليه وفي ذلك لا يكون ملكاً له قبل القبض قوله: **(وكذلك إذا نقصت قيمتها)** أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب **(وعن محمد: يقطع وهو قول زفر)** وباقي الأئمة الثلاثة **(اعتباراً بالنقصان في العين)** فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق، فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك **(ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط كماله عند الإمضاء لما ذكرنا)** أنه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة **(بخلاف نقصان العين لأن ما استهلكه مضمون عليه)** فكان الثابت عند القطع نصاباً كاملاً بعضه دين وبعضه عين، بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لأنه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضموناً على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع، كذا في النهاية. وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه قوله: **(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة)** قال المصنف **(معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة)** وإنما فسر به ليخرج ما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا

فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء، وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق **(وإذا كان كذلك)** أي إذا كان الإمضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعي وجوده إلى وقت الاستيفاء لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود، فإن الحدود لا تستوفي إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع ذكره في الأسرار وقوله: **(وصار كما إذا ملكها قبل القضاء)** يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء، لأنه لما لم يمض فكأنه لم يقض. ولقائل أن يقول: جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة ردّ المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع، وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجوب الحد وما ذلك إلا تناقض صرف. والجواب أن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقاً، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ، وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك وكان شبهة في درء الحد. قال: **(وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب)** هذا معطوف على قوله فهربت له. وقوله: **(يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء)** بيان لذلك لأن الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير. وقوله: **(اعتباراً بالنقصان في العين)** يعني بأن هلك درهم من العشرة أو استهلكه، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة

---

(١) مراده حديث صفوان، وقد تقدم في الجزء الرابع.

عنه سارق فيؤدي إلى سدّ باب الحد. ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار **(وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا)** لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة **(فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما)** وكان يقول أوّلاً: لا يقطع، لأنه لو حضر ربما يدعي

يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال وقال الشافعي: **(لا يسقط بمجرد دعواه)** وهو أحد الوجهين، كذا ذكره بعض أصحابه، وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سدّ باب الحد، إذ لا يعجز سارق عن هذا. ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي. وعن أحمد رواية أنه إن كان معروفاً بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال. قال ابن قدامة: وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال لأن الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه. قال المصنف: **(ولا معتبر بما قال)** من أنه يفضي إلى سد باب الحد **(بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار)** إجماعاً، والسارق لا يعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع، على أنه ممنوع، فإن من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالباً قوله: **(وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال: أحدهما هو مالي لم يقطعا، لأن الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر، لأن السرقة ثبتت بإقرارهما على الشركة)** فتتحد فتعمل الشبهة فيهما قوله: **(فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر)** الحاضر منهما **(في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما)** وقول الأئمة الثلاثة **(وكان يقول أوّلاً لا يقطع لأنه إن حضر)** الغائب **(ربما يدعي شبهة)** والسرقة واحدة فتعمل في حقهما **(وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوماً)** فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط **(ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر)** في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع، ثم لو

دراهم، فإن نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق، وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالأول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما. ووجه الظاهر **(أن كمال النصاب لما كان شرطاً)** في الابتداء **(يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا)** أن الإمضاء من القضاء، والفرق بينه وبين النقصان في العين **(أن النقصان في العين مضمون عليه)** أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملاً عيناً وقت الأخذ وديناً وقت الاستيفاء **(كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر فغير مضمون)** فكان النصاب ناقصاً عند القطع فصار شبهة **(فافترقا، وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم البينة)** وفسره المصنف بقوله: **(معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة)** وإنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي: **(لا يسقط بمجرد الدعوى لإفضائه إلى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك، ولنا أن الشبهة دارئة و)** الشبهة **(تتحقق بمجرد الدعوى)** لاحتمال الصدق **(ولا معتبر بما قال)** إنه لا يعجز عنه سارق **(بدليل أن الرجوع عن الإقرار بالسرقة صحيح)** وما من مقرّ إلا ويتمكن من الرجوع، وكان ذلك معتبراً في إيراث الشبهة فكذا هذا، وفيه نظر لأن الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موثاً لها في الكاملة. والجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه، وأما بالنسبة إلى المقرّ فهما سواء قوله: **(وإذا أقرّ الرجلان بسرقة)** مبناه على صحة الرجوع. وقوله: **(لأن الرجوع عامل في حق الراجع)** يعني لعدم المكذب **(ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة)** فيكون فعلاً واحداً

قال المصنف: **(بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار)** أقول: يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الإقرار في الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود، لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به في كتبهم قوله: **(بدليل أنه يبطل بالتقادم)** أقول: فيه بحث قوله: **(وبدليل أنه لو قال أبغى المال الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(ومعناه)** أقول: قال الإتقاني: أي معنى الاختلاف اهـ وفيه تأمل.

الشبهة. وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوماً والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (**وإذا أقرّ العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه**) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف: **يقطع والعشرة للمولى**. وقال محمد: **لا يقطع والعشرة للمولى** وهو قول زفر، ومعناه إذا كذبه المولى (**ولو أقرّ بسرقة مال مستهلك قطعت يده، ولو كان العبد مأذوناً له يقطع**

حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى، وكذا إذا أقرّ بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة قوله: (**وإذا أقرّ العبد المحجوز عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها**) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة، لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه، وفي كل منهما إما أن يقرّ بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقرّ بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع. وقال زفر: لا يقطع ولكن يضمن المال، وإن أقرّ بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة، وهذا قول المصنف (**لو كان مأذوناً قطع في الوجهين**) ويرد المال للمقرّ له سواء صدقه المولى أو كذبه.

وقال زفر: لا يقطع ولكن يرد المال. وإن كان العبد محجوراً، فإن أقرّ بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة، وقال زفر: لا يقطع. وإن أقرّ بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع، فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله: (**وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها**) أي فيما إذا كان العبد محجوراً والإقرار بهالكة أو قائمة، أو مأذوناً والإقرار بهالكة أو قائمة. واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا. أعني إقرار المحجور بقائمه في يده فقال أبو حنيفة: يقطع وترد لمن أقرّ له بسرقتها منه. وقال أبو يوسف: يقطع والسرقة لمولاه. وقال محمد: لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له. وقال الطحاوي: سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول: الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة،

قوله: (**لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة**) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (**وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب**) لأن القضاء على الغائب لا يجوز، ولأن الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (**والمعدوم لا يورث الشبهة**) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض. قال: (**وإذا أقرّ العبد المحجور عليه بسرقة مال**) إذا أقر العبد بسرقة، فإما أن يكون مأذوناً له أو محجوراً عليه، وكل منهما على وجهين: إما أن يكون المال قائماً بعينه أو مستهلكاً، وكل من ذلك على وجهين: أما إن كذبه المولى أو صدقه، فإن صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضى وانتفاء المانع، وإن كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء فالثلاثة سواء كان الإقرار بمال قائم أو مستهلك، ويرد القائم على المسروق منه. وإن كان محجوراً عليه، فإن أقرّ بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة، وإن أقرّ بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة: تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه، وقال أبو يوسف: تقطع يده والمال للمولى، وقال محمد: لا تقطع يده والمال للمولى. حكى عن الطحاوي انه قال: سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول: الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة. فقوله الاول به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف، فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه. وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة: القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم، وبدليل أنه لو قال أبغي المال ولا أبغي القطع لم يسقط القطع. وقال أبو يوسف: كل منهما أصل، أما أصالة القطع فيما قالوا في الحرّ إذا أقرّ وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو، ويصح إقراره في حق القطع دون المال، وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب. وقال محمد: المال أصل والقطع تبع، ووجهه وجه أبي يوسف في أصالة المال، وإذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ نبينها، فقوله: (**في الوجهين**) يعني فيما إذا كان المال قائماً بعينه أو مستهلكاً. وقوله: (**في الوجوه كلها**) أي فيما إذا كان العبد محجوراً عليه أو مأذوناً له، وفيما إذا كان المال قائماً بعينه أو

قوله: (**حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع**) أقول: أي بدون الخصومة في القطع وإن لم يسقط القطع كما مر.

في الوجهين) وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبدَ على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يردّ على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى، والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطاً عليه من جهته. والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضاً، ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه

فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف. ثم رجع إلى القول الثالث واستقرّ عليه، فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة. ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال مالي، أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقاً، هذا كله إذا كان العبد كثيراً وقت الإقرار، فإن كان صغيراً فلا قطع عليه أصلاً وهو ظاهر، غير أنه إن كان مأذوناً يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً، وإن كان هالكاً يضمن، وإن كان محجوراً فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً ولا ضمان عليه إن كان هالكاً ولا بعد العتق. وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال: (**إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره**) بها (**يرد**) أثره (**على نفسه أو طرفه**) بالإتلاف (**وكل ذلك مال المولى**) فالإقرار به إقرار على مال الغير (**والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له**) لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل في الطرف (**يؤاخذ**) بالمال (**بضمانه**) إن كان هالكاً ويرده إن كان قائماً (**لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطاً على الإقرار به من جهة المولى**) حيث أذن له في المعاملات (**ونحن نقول الإقرار بها منه صحيح لأن أثر الإقرار بها يرجع إليه من حيث هو آدمي**) لا من حيث هو مال، وما كان كذلك كان داخلاً تحت ملكه؛ ألا يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (**ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار**) ليبطل في حق السيد لأن ضرره الراجع إليه فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوّت عليه نفسه أو طرفه، وما كان كذلك ينفذ على الغير، كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه، لأن ما لزمهم من ذلك فرع لزمه مثله فنفذ في حقهم تبعاً لنفاذه عليه، وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل إجماعاً وإن كان فيه إبطال ديون الناس. و (**لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى**) إذ الفرض تكذيب المولى له في إقراره فقد أقرّ بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع، وبهذا القدر يتم الوجه. وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد: أي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع (**أن المال**) في لزوم القطع (**أصل والقطع تابع**) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه، فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع. وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (**و**) لذا (**يثبت المال**) في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلاً وامرأتين شهدوا بها فإنه يقضي بالمال (**دون القطع**) وكذا إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (**وفي عكسه لا تسمع**) حتى

وقوله: (**لأنه يرد على نفسه**) يعني فيما إذا أقرّ بقتل الغير عمداً (**أو طرفه**) يعني فيما إذا أقرّ بالسرقة. وقوله: (**يؤاخذ بالضمان**) يعني في المستهلك. وقوله: (**والمال**) يعني إذا كان قائماً في يده. وقوله: (**من حيث إنه آدمي**) يشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك، والعبد في ذلك كالحر فإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الحر كإقرار الحرّ، ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بذلك، وما لا يملك المولى الإقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحرَ كالطلاق. وقوله: (**ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال**) يعني لما صح إقراره من حيث إنه آدمي يصح من حيث أنه مال أيضاً بالسراية إليها لأن آدميته لا تنفك عن ماليته. وقوله: (**لما يشتمل عليه**) أي على العبد (**من الأضرار**) لأن ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (**ومثله مقبول على الغير**) أي ومثل ما كان ضرر الإقرار فيه ساريا إلى المقرّ وإلى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار، كما إذا شهد الواحد عند الإمام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الإمام شهادته وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره، وكذلك الحرّ المديون المفلس إذا

من الأضرار، ومثله مقبول على الغير. لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى، ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى. يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه، وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت، وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع، بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً. ولأبي يوسف أنه أقرّ بشيئين: بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه. والقطع يستحق بدونه؛ كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد. ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه،

لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فإنما يصح في حق القطع تبعاً للمال، وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع **(ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين)** أي أقر بما يوجب شيئين **(القطع وهو)** إقرار **(على نفسه)** فيقطع **(على ما ذكرنا)** مع زفر من وجه صحة إقراره بالحدود والقصاص **(والمال وهو)** إقرار **(على المولى)** وهو يكذبه **(فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال)** كما إذا أقرّ بسرقة مستهلكة فإنه يقطع ولا يلزمه المال **(وكما لو قال حر: هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو، وزيد يقول هو ثوبي يقطع)** ولا ينزع الثوب من زيد إلى عمرو فيقطع والمال للمولى **(ولأبي حنيفة أن الإقرار في)** حق **(القطع قد صح منه لما بينا)** في الكلام مع زفر من أنه آدمي إلى آخره، ويلزمه صحته **(بالمال)** أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعاً بمال مسروق للمولى. والحاصل أنه إذا صح الإقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع، وهو ملزوم بحكم الشرع بكون المال للمقرّ له إذ لا قطع بمال السيد وإلى هنا يتم الوجه.

أقرّ بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء. وقوله: **(ولا قطع على العبد في سرقته)** أي في سرقة مال مولاه. وقوله: **(يؤيده أن المال أصل فيها)** إشارة إلى ما مهدنا من الأصل. وقوله: **(حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع)** مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه) كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع **(وفي عكسه)** بأن قال أطلب القطع دون المال **(لا تسمع)** الخصومة **(ولا يثبت)** القطع دون المال. وقوله: **(فلا يصح في حقه فيه)** أي فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال. وقوله: **(والقطع يستحق بدونه)** أي بدون المال لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر؛ ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما إذا شهد به رجل وامرأتان، وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا أقرّ بسرقة مال مستهلك. قوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي. وقوله: **(فيصح بالمال بناء عليه)** أي لما صح إقراره بالقطع باعتبار أنه آدمي مكلف صح إقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة إقراره بالقطع لما مهدناه من أصله. وقوله: **(لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء)** يريد أن الإقرار بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقاً على الإخبار. وقوله: **(حتى تسقط)** بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء. قوله: **(باعتباره)** أي باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان، ثم سقوط العصمة والتقوّم في حق السارق يدل على أن المال تابع، لأنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من التقوم إلى غيره لأن مقصوديته إنما تكون بالتقوم، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك، إذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل. وقوله: **(بخلاف مسئلة الحرّ)** جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله إذا قال الحرّ الثوب الذي في يد زيد الخ. وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد إلى عمر ولا يلزمه عدم القطع، بل يقطع لأنه يجعل المقرّ له

قال المصنف: **(حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ)** أقول: معارض بما إذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع، وجوابه لا يخفى إذ لا بقاء إذا رجع قال المصنف: **(وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده)** أقول: لو أطلق عن قوله في يده لكان أشمل. قال صاحب البدائع والعلامة الكاكي: ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه، فإن كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه، وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضماناً على السارق في عين المسروق لإنه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اهـ.

بخلاف مسألة الحرّ لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع. قال: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وإن كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي

وقوله: (لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة إليها، وقوله: (بخلاف مسئلة الحرّ) يريد إلزام أبي يوسف بما إذا قال الحرّ الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ويقطع به ولا يدفع لعمرو، فكذا جاز أن يقطع بما أقرّ به من مال الأجنبي ولا يدفع إليه فقال فرق بينهما فإن القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة إقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكار للوديعة غير أن المقرّ ليس خصماً له في ذلك، والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت، بخلاف ما نحن فيه، فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوباً عند المقرّ له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك، وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي وإسحاق وحماد. وقال مالك: إن كان السارق موسراً ضمن، وإن كان معسراً لا ضمان عليه نظراً للجانبين، ولا خلاف إن كان باقياً أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع. ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا، فإنه يتضمن رجوعه من دعوى السرقة إلى دعوى المال. وجه قولهم عموم قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] و «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] ولأنه أتلف مالا مملوكاً عدواناً فيضمنه قياساً على الغصب، والمانع إنما هو منافاة بين حقي القطع والضمان، ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين:

وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال إليه لما مرّ أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وإن لم يرد إليه، وأما ها هنا فلو لم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى، فحينئذ لا يجب القطع لأن العبد إذا سرق مال المولى لا تقطع يده. ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد، فقد جعلاه سارقاً مال غير المولى فيردّ إلى الذي أقر بالسرقة منه. قوله: (ولو صدقه المولى) قدمناه في أول البحث. قال: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) كلامه واضح. وقوله: (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى. وقوله: (أو شرب الخمر للذمي) يعني على أصلكم، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وإن كان للذمي (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه») لا يقال: هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا تردّ إلى صاحبها لأن ذلك لا يسمى غرماً. وقوله: (وما يؤدي إلى انتفائه) إنما كان ما يؤدي إلى انتفائه هو المنتفى

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجه ٢٤٠٠ والحاكم ٢/٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨. ١٢. ١٣ كلهم من طريق الحسن عن سمرة وزادوا إلا ابن ماجه: ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. رووه في باب رد العارية.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. وسكت الذهبي وقد أعله ابن حجر في التلخيص ٣/ ٥٣ بقوله: والحسن مختلف في سماعه من سمرة اهـ. وللحفاظ في سماعه مذاهب.

قال الصنعاني في سبل السلام: مذهب البخاري والمديني والترمذي أنه سمع منه مطلقاً، ومذهب القطان وابن معين وابن حبان عدم سماعه مطلقاً.

وقال النسائي وغيره: سمع منه فقط حديث العقيقة اهـ ورجح عبد الحق هذا الأخير لأن الحسن صرح في حديث العقيقة وحدُه بالتحديث.

الخلاصة: الحسن مدلس وقد عنعنه واختلفوا في سماعه من سمرة والراوي عنه قتادة أيضاً مدلس، وقد عنعنه، فالحديث حسن إن شاء الله أما صحيح. فلا، وأما كونه ضعيفاً، فهو بعيد أيضاً، وقد صححه غير واحد.

حنيفة وهو المشهور. وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار

أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة، والآخر حق الضرر فيقطع حقاً لله ويضمن حقاً للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقاً لله تعالى ويضمنه حقاً للعبد (وكشرب خمر الذمي) على قولكم فإنكم تحدونه حقاً لله وتغرمونه قيمتها حقاً للذمي فهذا إلزامي فإنهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله ﷺ) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد»(١) ولفظ الدراقطني (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده، فإنه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، وسعد بن إبراهيم مجهول، وفيه انقطاع آخر، فإن إسحاق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري، وقال ابن المنذر: سعد بن إبراهيم هذا مجهول، وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الأثبات. وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته، وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به. وما قال ابن قدامة: إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار: «لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد»(٢) ولم يزد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فيتبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعاً (فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي) والمؤدي إليه الضمان فينتفي الضمان (ولأن المسروق لا يبقى مع القطع معصوماً حقاً للعبد، إذ لو بقي كان مباحاً في نفسه) وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراماً من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة، إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرىء الحد، لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعاً (فكان محرماً حقاً للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرماً لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحاً في

لكونه ثابتاً بالإجماع. وقوله: (إذ لو بقي) يعني معصوماً حقاً للعبد (لكان مباحاً في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه (فينتفي القطع للشبهة) إذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث، فإذا لم يبق معصوماً حقاً للعبد يصير محرماً (حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر في المبسوط إذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له، ولكن هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع لا ما يجب لله تعالى، فتمامه بالاستيفاء، فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد، وإن تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوّم كان للعبد فيجب الضمان. وقوله: (إلا أن العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك. وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه، وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لا ضرورة في حقه

قوله: (لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول: منقوض بخمر الذمي.

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٨/ ٩٢ ـ ٩٣ والدارقطني ٣/ ١٨٢ ـ ١٨٣ والبيهقي ٨/ ٢٧٧ كلهم من حديث المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف به.

قال النسائي: وهذا مرسل، وليس بثابت. وساقه الدارقطني من وجه عدة، وبألفاظ متقاربة لكن مداره على المسور بن إبراهيم لذا قال: المسور لم يدرك ابن عوف. والراوي عن المسور سعد بن إبراهيم مجهول، وإن صحح إسناده كان مرسلاً.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦ ما ملخصه: ورواه البزار والطبراني في الأوسط وقالا: المسور لم يسمع ابن عوف وزاد الطبراني: وهو غير متصل. وكذا أعله ابن القطان بالانقطاع، وقال ابن المنذر سعد بن إبراهيم مجهول اهـ.

(٢) تقدم في الذي قبله، وإسناده كالذي قبله فيه انقطاع.

كاستهلاك صيد مملوك في الحرام أو شرب خمر مملوكة لذمي. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه» ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ، فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى، ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد، إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر

نفسه. لأنا نقول: ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرماً إلا لغيره. ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلة التي علم تعالى أنها تتصل بها السرقة، وإنما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع، فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقاً له تعالى في ذلك المال، كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لأنا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها، وكذا في أعتق عبدك عني بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط. فإن قلت: فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي أن لا يفترق الحال؟ فأجاب المصنف عنه بقوله: **(إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة، ولا ضرورة في حق فعل آخر)** إنما الضرورة في نفي شبهة الإباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع **(وكذا الشبهة)** أي شبهة الإباحة إنما **(تعتبر فيما هو السبب)** وهو السرقة **(دون غيره)** وهو الاستهلاك **(ووجه المشهور أن الاستهلاك)** وإن كان فعلاً آخر إلا أنه **(إتمام المقصود)** بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدوداً منها **(فتعتبر الشبهة فيه)** كما اعتبرت في السرقة **(وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان)** في فصل الاستهلاك **(لانتفاء المماثلة)** بين المال المسروق والضمان، لأن المسروق معصوم حقاً للعبد في حالة الاستهلاك فقط، والضمان مال معصوم حقاً له في حالتي الهلاك والاستهلاك، فإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان، لأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص، بخلاف شرب خمر الذمي لأنه أتلف مالاً متقوّماً لغيره فيضمنه، وفيه جناية على عقله، وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين، ومثله صيد الحرم المملوك. وفي المبسوط: روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة، فأما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق. وفي الإيضاح. قال أبو حنيفة: لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه، لأن الثوب على ملك المسروق منه، وكذا لو خاطه قميصاً لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذر إيجاب

لأنه ليس القطع ولا من لوازمه **(وكذا الشبهة)** وهو كونه حراماً لغيره **(تعتبر فيما هو السبب)** وهو السرقة لأن اعتبار الشبهة إنما يكون بجعل السبب في الموجب للحد غير موجب احتيالاً للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة **(ووجه المشهور)** وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك **(أن الاستهلاك إتمام المقصود)** بالسبب وهو السرقة لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا أنه فعل آخر **(فتعتبر الشبهة فيه)** لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب. وقوله: **(وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة)** قال في النهاية: أي لأن سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك. وأقول: معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك، وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح، لأن الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص، وهي منتفية لأن المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك، حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك، والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك، ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة. ومن

قال المصنف: **(إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك)** أقول: وأنت خبير بأن الحديث والتعليل الأول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك قوله: **(وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك)** أقول: يجب الضمان باستهلاك خمر الذمي كما سبق آنفاً قوله: **(لأن الضمان إلى قوله: بالنص. أقول: يعني قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ قوله: (ومن الشارحين من قال)** أقول: أراد الإتقاني.

سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره. ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة. قال: (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها، ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن كلها إلا التي قطع لها) ومعنى المسألة إذا حضروا جميعاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق في السرقات كلها. لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي، فإذا استوفى فالمستوفي كل الواجب؛ ألا يرى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض، والله تعالى أعلم.

القضاء به فلا يحل له الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئاً من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة، وكالباغي إذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان، وتعذر إيجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم، وأما ديانة فيعتبر قضية السبب قوله: (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أي ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيئاً) لأرباب تلك السرقات (عند أبي حنيفة وقالا: يضمن كلها إلا) السرقة (التي قطع فيها، فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً) من السرقات (بالاتفاق. لهما أن الحاضر ليس نائباً عن الغائب، ولا بد من الخصومة فلم لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل. والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فإن كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الأمر علم القاضي بها أو لم يعلم، ولا أثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعاً عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتاً وهو المطلوب.

الشارحين من قال لأنه أي لأن سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة: يعني أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان، وهذا لأن ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لأن المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقاً للشرع غير منتفع به كالدم والميتة. والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة. وكلام المصنف لا يساعده فتأمل. قال: (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو بجميعها) كلامه واضح وقوله: (لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب، ولا بد من الخصومة لأنها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها، وإذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة (وله أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحد) لأنه يجب (حقاً لله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجميع لأن الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصداً (فإذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب؛ ألا ترى أن نفعه) وهو الانزجار يرجع إلى الكل. فإن قيل: الحكم الثابت ضمناً لا يربو على الثابت صريحاً، والقطع يضمن البراءة عن ضمان المسروق، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لم يبرأ فكيف يبرأ إذا ثبت ضمناً؟ أجيب كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف المنقول، ثم ها هنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان. واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالإجماع، فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان. فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع القطع والضمان فذلك تناقض. وقوله: (وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد) يعني لو سرق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقية، وعندهما يضمن، والله أعلم.

باب ما يحدث السارق في السرقة

(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع. (ولهما أن الأخذ وضع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث) الشبهة كنفس الأخذ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه، بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله: (ومن سرق ثوباً فشقه في الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة) بعد الشق (قطع. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع) وإن كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق، وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر. واختلفت العبارات في إفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن أبي يوسف، وكذا قول الإسبيجابي ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر وشمس الأئمة البيهقي زاد فقال في كفايته: وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي، وقال أبو يوسف: كل شيء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك ربّ المتاع فلا قطع عليه. وجه قوله إن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به. كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك، وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الأخذ وقع سبباً للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول إن الشق وقع سبباً للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سبباً للملك، بل السبب إنما يثبت عند اختيار التضمين، وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعاً

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر هذا الباب مايسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة والشبهة أبداً تتلو الثابت ذكراً (ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين: أن يكون الشق في الدار، وأن يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار، لأنه إذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فإنه يقطع قولاً واحداً، ولأنه إذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الأول دون الثاني (وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا بعد الشق بالخيار، إن شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق) وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فإنه لا يقطع هناك فكذلك ها هنا، والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك (ولهما أن الأخذ) أي هذا الأخذ الذي فيه خرق فاحش، واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ. وتقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سبباً للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وإنما الملك يثبت له ضرورة

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله: (وأورد على هذا الجواب الخ) أقول: المورد هو الكاكي في معراج الدراية، لكن تقرير الجواب الذي هو مورد هذا الإيراد ليس على هذا النمط فيه قوله: (وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول: أراد الخبازي، قال الكاكي: وفي الخبازية وفي الصحيح أن لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان.

لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب، فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة، وهذا كله إذا كان النقصان

للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سبباً للضمان. فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك، بخلاف الشق. ولما كان الكلام ليس في الأخذ بل في الشق تكلف في تقريزه بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدواناً فكما لا تعتبر في الأخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع إجماعاً كذلك الشق، وإنما يصير الشق سبباً للضمان إذا اختار المالك التضمين **(فيثبت ضرورة أداء الضمان)** أو القضاء به **(ومثله لا يورث شبهة)** وإلا لثبت مثلها **(في نفس الأخذ)** لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان كالشق فصار **(نظير ما إذا سرق البائع معيباً باعه)** ولم يعلم المشتري العيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد بالعيب الذي يثبت الملك للبائع قوله: **(وهذا الخلاف الخ)** الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما إذا كان النقصان فاحشاً واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما. وعند أبي يوسف لا يقطع **(ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما لو ملكه)** إياه **(بالهبة)** بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم **(ولو كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة)** فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطع في اليسير. واعلم أن الخرق يكون يسيراً ويكون فاحشاً، وتارة يكون إتلافاً واستهلاكاً، وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لأنه استهلاك، وعلى هذا لا يقطع لأنه ما تمت السرقة إلا بما ملكه بالضمان، وقد حدّه التمرتاشي بأن ينقص أكثر من نصف القيمة. وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فاحش وإلا فيسير، ولا بد أن يكون المعنى فصاعداً ما لم ينته إلى ما به يصير إتلافاً. والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي. وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعاً بين القطع والضمان. وأجاب فقال: إنما لا يجتمعان كي لا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي إليه، إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء. واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع، فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان، وعن هذا قال في الفوائد الخبازية: وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان، ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن

أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب الضمان **(لا يورث الشبهة)** لأنه ليس بموضوع للملك **(كنفس الأخذ)** فإنه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة **(وكما إذا سرق البائع معيباً باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب**، وكذلك ها هنا يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق **(بخلاف ما ذكر)** أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه الخيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه **(إذ البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب)** لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان، فإذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين، فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب. وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان. وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان. والجواب أن القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان، بخلاف المستهلك فإن القطع كان لأجله لا لشيء آخر **(فإن اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة)** فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى **(وهذا كله)** أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات **(إذا كان النقصان فاحشاً)** وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة **(فإن كان يسيراً)** وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب **(يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك**

فاحشاً، فإن كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة **(وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع)** لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترك الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليهما)** وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه، وقيل على

النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان، والنقص بالاستهلاك غير وارد لأن الاستهلاك هناك بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق، وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة، ثم إذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه إياه؛ ألا يرى إلى قول الإمام قاضيخان: فإن كان الحرق يسيراً يقطع ويضمن النقصان، أما القطع فلأنه أخرج نصاباً كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الإخراج الذي به تتم السرقة، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع، لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في الحرز وأخرج الآخر وقيمته نصاب. وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك إلى آخره فغلط لأن عنده السرقة وهو اخراج ما كان له ملك في المخرج، فإن الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك المملوك له قوله: **(وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع)** ولو ساوت نصاباً بعد الذبح **(لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه)** على ما مرّ لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه قوله: **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع)** بأن كانت نصاباً **(فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(ويرد الدراهم والدنانير على المسروق منه، وقالا: يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما)** والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافاً لهما، وكذا لو كانت دراهم فضربها حلياً فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا، أما عندهما فقد قيل لا يقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع، لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة، وقيل يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة صار شيئاً آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه. وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بأن غصب حديداً أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية. وكذا الاسم كان تبراً ذهباً فضة فصار دراهم أو دنانير. وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعاً بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكماً فيقطع وتؤخذ للمالك، على أن الاسم باق

إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة) قوله: **(وإن سرق شاة فذبحها)** ظاهر. وقوله: **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع)** أي يساوي عشرة دراهم **(فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه)** وهو ظاهر قوله: **(وأصله في الغصب)** يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه ومن المسروق، وهذه الصنعة تقطعه **(عندهما خلافاً له)** لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسماً وحكماً ومقصوداً، وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفراً فضربه قمقمة أو حديداً فجعله ذراعاً فإنه ينقطع به حق المالك. وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة، والصنعة ها هنا غير متقومة حتى لو كسر إبريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة، وإذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم قوله: **(فلم يملك عينه)** أي عين المسروق. وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة، وإنما ملك شيئاً غيرهما فإن الأعيان تتبدل الصفات أصله حديث

قوله: **(لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسماً وحكماً الخ)** أقول: أما تبدله حكماً فلأن التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب.

قولهما لا يجب لأنه ملكه قبل القطع، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه (**فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب**، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. **وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه**) اعتباراً بالغصب، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى؛ ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق، بخلاف الغصب، لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (**وإن صبغه أسود أخذ منه في المذهبين**) يعني عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك.

وهو اسم الذهب والفضة وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم قوله: (**ومن سرق ثوباً فصبغه أحمر**) يقطع به بإجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه وقال محمد: (**يؤخذ منه الثوب**) وهو قول الأئمة الثلاثة (**ويعطي قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتباراً بالغصب**) فإن غاصب الثوب إذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقاً، فكذا في السرقة (**والجامع كون الثوب أصلاً والصبغ تابعاً**. **ولهما أن الصبغ قائم صورة**) وهو ظاهر. وقوله: (**ومعنى**) أي من حيث القيمة (**حتى لو أراد**) المسروق منه (**أن يأخذ الثوب يضمن له**) قيمة (**الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى**) فإنه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (**بخلاف الغصب، لأن حق كل**) من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه (**قائم صورة ومعنى**) لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (**فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا**) من أن الصبغ تابع قوله: (**وإن صبغه**) أي السارق (**أسود**) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (**يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والأول سواء**) فلا يؤخذ منه (**لأن السواد زيادة كالحمرة**) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (**وعند محمد هو زيادة**) لكن الزيادة غير نافعة كما قال في الحمرة (**وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك**) في الاسترداد. قالوا: وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما. وفي شرح الطحاوي: لو سرق سويقاً فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ: أي الأحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق، وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل.

بريرة. وقوله: (**فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر**) قال صاحب النهاية: صورة المسئلة سرق ثوباً فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ، فإن لفظ رواية الجامع الصغير. محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ، الثوب أحمر قال: ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق. وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لأن الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب، ولكن قول المصنف (**ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره**) إنما يستقيم إذا كانت صورة المسئلة ما قال، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح. وقوله: (**ولهما**) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (**أن الصبغ قائم صورة ومعنى**) أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه محسوسة، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً ضمن الصبغ (**وحق المالك في الثوب قائم صورة**) لتمكنه من الاسترداد (**لا معنى**) لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك، فكان جانب السارق مرجحاً كالموهوب له إذا صبغ فإن حق الواهب ينقطع عنه (**بخلاف**) مسئلة (**الغصب**) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (**لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه**) يعني الوجود (**فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً**) وإن صبغه أسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وأما عند أبي حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى (**فلا يوجب انقطاع حق المالك**) وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضاً كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك، والله أعلم.

باب قطع الطريق

قال: (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً

باب قطع الطريق

أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتبادر الأخذ خفية عن الناس، ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجاز الضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الإدراك فكان السرقة فيه مجازاً ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى، ولو قيل: السرقة فقط لم يفهم أصلاً ولزوم التقييد من علامات المجاز قوله: (وإذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته: يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة، وبالنسبة إلى ما هو أعم منه خمسة. أما بالنسبة إلى الجزاء فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا. وأما إن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعداً أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى. وأما إن قتلوا مسلماً أو ذمياً ولم يأخذوا مالاً فيقتلهم الإمام حداً، ومعنى حداً أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره، فمتى عفا عنهم عصى الله تعالى. والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا، وستأتي إن شاء الله تعالى. وفي فتاوى قاضيخان: وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصاً، وهذا يخالف ما ذكرنا، إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل، فإنا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصاً خلافاً لعيسى بن أبان. وفيها أيضاً إن خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله، وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالاً للنفي المذكور في الآية. وأما بالنسبة إلى ما هو أعم فالأربعة المذكورة. والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتي أيضاً في الكتاب، والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن، فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاء ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد، وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا

باب قطع الطريق

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى، أما تسميتها سرقة فلأن قاطع الطريق يأخذ المال سراً ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم، كما أن السارق يأخذ المال سراً ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه، وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاّك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحدّ في حق قطاع الطريق، وإنما أخره عن السرقة الصغرى لأنها أكثر وجوداً منه. قوله: (وإذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحرّ والعبد، وأراد بالامتناع أن يكون قاطع الطريق بحيث يُمكن له أن يدافع تعرّض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته، وكلامه واضح. وقوله: (قتلهم حدّاً) أي لا يسقط القتل بعفو الأولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لأن المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى، فإذا أخذوه على سبيل المغالبة كان

باب قطع الطريق

قتلهم الإمام حداً) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ الآية، والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة: هذه الثلاثة المذكورة، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها. أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفى عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها، ويعزرون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة. وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة. والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه. وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة، ولهذا

بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلاً (والأصل فيه) أي في توزيع الأجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا﴾ [المائدة ٣٣] الآية؛ سمى قاطع الطريق محارب الله لأن المسافر معتمد على الله تعالى، فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن، وأما محاربته لرسوله فإما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوّابه، فإذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله، وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق، وبه قال الشافعي والليث وإسحق وقتادة وأصحاب أحمد. وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود: الإمام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقاً. وقال مالك: إذا رأى الإمام القاطع جلد إذا رأى قتله، وإن كان جلداً لا رأي له قطعة. ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «وادع رسول الله ﷺ أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله ﷺ بالحدّ أن من قتل وأخذ المال صلب، ومن قتل ولم يأخذ قتل، ومن أخذ مالاً ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف. ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان منه في الشرك»(١) وفي رواية عطية عن ابن عباس: «ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي»(٢). وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أن

في صورة المحارب قوله: (والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال) فيه إشارة إلى نفي مذهب مالك أن الإمام مخير بين هذه الأشياء نظراً إلى ظاهر كلمة أو. وقوله: (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً، وقوله وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً. والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل وأخذ المال. وقوله: (ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أي على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلظ الحكم) أي الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الأحوال لا التخيير لأنه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس، وهو خلاف مقتضى الحكمة، والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى قوله: (فلأنه المراد بالنفي المذكور) يعني عندنا، فإن الشافعي يقول: المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع، وما قلناه أولى لأن العقوبة بالحبس مشروعة والأخذ بما يوجد له نظير في الشرع

---

(١) باطل مرفوعاً. رواه محمد كما ذكر ابن الهمام، والظاهر أنه في الآثار من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس مرفوعاً به.
وهذا إسناد مركب حيث اعترف الكلبي بقوله: كل ما حدثت به عن أبي صالح عن ابن عباس، فهو كذب. راجع ترجمته في الميزان.
وقد وقع لصاحب منار السبيل من الحنابلة قوله: رواه أبو داود فقال الألباني في الإرواء ٢٤٤٤: لم أجده في أبي داود ولا في الدر للسيوطي و لا في غيره اهـ.

(٢) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٣ وابن جرير ٦/ ١٣٦ كلاهما عن عطية عن ابن عباس بأتم منه.
وعطية ضعيف، وهو العوفي، وفي الإسناد إليه مجاهيل. لكن أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٣ من طريق الشافعي عن ابن عباس وفيه صالح بن نبهان مولى التوأمة واهٍ، وكذا إبراهيم بن أبي يحيى شيخ الشافعي واهٍ بل اتهمه بعضهم. لكن قال البيهقي: وروي هذا عن سعيد بن جبير والنخعي وقتادة. اهـ.
قلت: وهؤلاء أئمة يستأنس بأقوالهم، وإن كان الأثر ضعيفاً.

لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع. وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه إلا بتناوله ماله خطر، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة. والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حداً، حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم) لأنه حق الشرع. (و) الرابعة (إذا قتلوا

ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع، ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظاً والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزية، وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف، ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين، فقطع في الأخذ مرة اليد والرجل معاً من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين، لأن الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه، ولموافقة قاعدة الشرع في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصاباً كاملاً كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع، ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصاباً فصاعداً أصاب كلاً نصاب أو لا، وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالإجماع كي لا يثوى نصفه، وكذا الأحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه، وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى، ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد، وكذا الرجل اليسرى، فإن قلت: ليس في الأجزية الموزعة الحبس. قلنا: هو المراد بالنفي، وذلك لأن ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الأرض: أي من وجه الأرض لأنه يتحقق ما دام حياً، وإن حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس، لأنه إذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير إليه من البلدة الأخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس، فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا. قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر:

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السجان يوماً لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضي الله عنه أن مجرد النفي لا يفيد في المقصود قال: يحبس في بلدة النفي، ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله: (والرابعة) أي من أنواع هذه الجناية (ما إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وإن شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم، وهذا قول أبي حنيفة وزفر. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بد من الصلب للنص في الحد، ولا يجوز ترك الحد كالقتل، وبه قال الشافعي وأحمد. أجاب بأن أصل التشهير يحصل

أولى من الأخذ بما لا نظير له قوله: (وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد: الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهماً فصاعداً، لأن التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضواً واحداً وها هنا المستحق عضوان، ولا يقطع عضوان في السرقة إلا في عشرين درهماً. وقلنا: يغلظ الحد ها هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب هذا الحدّ وحدّ السرقة سواء. وقوله: (كي لا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة) حتى إذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى، وأما إذا كانت يده اليمنى مقطوعة فإنه تقطع رجله اليسرى.

قال المصنف: (ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أقول: عطف على التوهم كأنه قال: والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال لا التخيير، لأن الأجزية المذكورة في الآية الكريمة أربعة، والأحوال أيضاً أربعة، فالظاهر انقسام الأجزية عليها، ولأن الجنايات الخ قال المصنف: (ويقتلون حداً) أقول: وفي فتاوي قاضيخان أنهم يقتلون قصاصاً فبينهما مالا يخفى من المخالفة.

وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. وقال محمد: يقتل أو يصلب ولا يقطع) لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحدّ السرقة والرجم. ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال، ولهذا كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى حداً واحداً وإن كانا في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود لا في حد واحد. ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوص عليه، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره. ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة

بالقتل والمبالغة بالصلب، ولم ينقل أنه ﷺ صلب العرنيين(١) ولا غيره صلب أحداً، مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب، فإن قوله: ﴿أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ [المائدة ٣٣] إنما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل، لكن قتل بعد الصلب مصلوباً بالإجماع. وقال محمد: لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب. وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبي يوسف مع محمد، وبه قال مالك إن كان القاطع ذا رأي، والشافعي وأحمد مع أبي يوسف في أنه من الصلب ومع محمد في أنه لا يقطع **(وجه قولهم إنه جناية واحدة)** هي جناية قطع الطريق **(فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم)** إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقاً **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهذا على اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لا مع محمد **(أن هذه)** الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضاً **(عقوبة واحدة إنما تغلظت لتغلظ سببها)** حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن **(حيث فوّت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال)** وكونها أموراً متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق؛ ألا يرى أن قطع اليد والرجل فيها حدّ واحد وهو في الصغرى حدان، ولأن مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع، وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل، إلا أن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد، فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للإمام، وما ذكر من دخول ما دون

وقوله: **(فالإمام بالخيار)** حاصلة أن الإمام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الأيدي والأرجل، وكذلك للإمام الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل والصلب، وكان الخيار للإمام في موضعين، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر في الكتاب قول أبي يوسف معه وقال محمد: **(يقتل أو يصلب ولا يقطع)** وذكر في عامة الروايات قول أبي يوسف معه **(لأنه)** أي قطع الطريق **(جناية واحدة فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس**

قال المصنف: **(والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار)** أقول: فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفاً أن المراد التوزيع على الأحوال فليتأمل في التوفيق.

---

(١) خبر العرنيين خبر مشهور رواه البخاري ٦٨٠٢ و ٦٨٠٣ و ٤٦١٠ و ٥٧٢٧ و ٤١٩٢ ومسلم ١٦٧١ من وجوه وأبو داود ٤٣٦٦ و ٤٣٦٤ والترمذي ٧٣ في الطهارة والنسائي ٧/ ٩٤. ٩٣. ٩٦ و ١/ ١٥٨. ١٦١ وابن حبان ٤٤٦٧ و ٤٤٦٨ و ٤٤٦٩ و ٤٤٧٠ و ٤٤٧١ و ٤٤٧٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أنس. رووه مطولاً ومختصراً بالفاظ متقاربة والقصة واحدة وأحد ألفاظه قال أنس: «إن نفراً من عُكلٍ ثمانية قدموا المدينة على رسول الله ﷺ، فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض، وسَقِمَتْ أجسامهم، فقال لهم رسول الله ﷺ: ألا تخرجون مع راعينا في إبله، فتُصيبون من ألبانها وأبوالها؟ فقالوا: بلى. فخرجوا، فشربوا من ألبانها، وأبوالها. فصحُّوا، فقتلوا الراعي، وطردوا النَّعم. ورواية: واستاقوا النعم. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فبعث في آثارهم، فجلبهم، فأمر بهم رسول الله ﷺ، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمّر أعينهم، ونبذهم في الشمس حتى ماتوا».

هذه إحدى روايات الحديث، وروي بأتم منه فهذا الحديث وأمثاله يعطي المسلم قوة، وجرأة وشدة في أمر الله، والانتقام من المخالفين المحاربين لله ورسوله كانوا منافقين أو كفرة، أو كانوا يدعون الإسلام، ولكن ليفسدوا الإسلام، وأهله.

وهذا حديث صحيح في غاية الصحة لا مغمز في إسناده البتة بل هو مشهور عند جميع الفقهاء والمسلمين

تنبيه: وتقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب نجاسة البول.

بالصلب فيخير فيه. ثم قال: (ويصلب حياً ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت) ومثله عن الكرخي. وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة. وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به. قال: (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به. وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره. قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة. قال: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في

النفس في النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس، أما إذا كان ذلك حداً واحداً فلا بد من إقامته فهي أجزاء حدّ واحد غير أنه إن بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر، وإن بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت قوله: (ثم قال) أي القدوري فيما إذا اختار الإمام صلبه، أو ما إذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف أنه (يصلب حياً ويبعج بطنه إلى أن يموت، ومثله عن الكرخي، وجه قوله وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولأن المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت، إلا أن يقال: النص دل على ذلك، فإنه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لأنه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه، والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ. وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة، فإنها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف[1] لا يقال: وجه الأول وهو الأصح لا يخفى أنه لا يكافىء وجه الطحاوي. لأنا نقول: الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح، والثاني هو المعتاد بينهم لأن عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الأذنين وقطع الأنف وسمل العينين، فإن كان هناك مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته، فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعاً لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه، وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتأذى به الناس. وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره. قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لإبلاء الأعذار كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الخيار قوله: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع قوله: (وإن باشر القتل أحدهم) أي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحداً (لأن القتل جزاء المحاربة) التي فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا انهزموا انحازوا إليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد

دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم) فإن السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لا غير لأن القتل يأتي على ذلك كله. قوله: (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل في الحدود لا في حدّ واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل. فإن قيل: لو كان حداً واحداً لما جاز للإمام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات. أجيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لأن مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في أجزاء حدّ واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك، ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما إذا ضرب الزاني، خمسين جلدة فمات فإنه يترك ما بقي لأنه لا فائدة في إقامته والبعج الشق من حد منع. قوله: (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف أنه قال: يصلب وهو حيّ ويطعن بالرمح حتى يموت. وقوله: (توقيا عن المثلة) لأنها منهى عنها «نهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور». وقوله: (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام. قال: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) إذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال أخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح، وقوله: (انحازوا إليهم) أي انضموا. وقوله: (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح) جعله

قوله: (أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول: فيه بحث، فإن المراد مثل ما قال القدوري.

---

(١) تقدم في الذي قبله والنسخ مراده فيه حديث النبي عن المثلة، وهو صحيح أيضاً لكن حديث النبي عن المثلة لم يرد في المحاربين لله ورسوله، أو الزنادقة فتنبه.

مال أخذه) اعتباراً بالسرقة الصغرى وقد بيناه **(فإن باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم)** لأنه جزاء المحاربة، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم، وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد

خلافاً للشافعي. قلنا إنه حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشرة والردء كالغنيمة، ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر في قتل الكل وإن لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل، لأن هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة، ولهذا يقتل غير المباشر **(وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح)** فما كان من جراحة يجري فيها القصاص **(اقتص وما كان لا يجري فيه ذلك لزمه الأرش)** ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص في الجنايات إن شاء الله رب العالمين، وهذا **(لأنه لا حدّ في هذه الجناية)** من قطع أو قتل **(فظهر حق العبد فيستوفيه الوليّ وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله)** من خلاف **(وبطلت الجراحات لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس)** أي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات **(حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال)** ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حداً لأن الحد والضمان لا يجتمعان قوله: **(وإن أخذ بعد ما تاب)** سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص. قال تعالى **﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾** [المائدة ٣٤] فإن كان قد قتل **(فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه)** لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به، وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لأن القصاص لا يجب إلا به، ونحوه عند أبي حنيفة، وكذا إذا كان أخذ مالاً ثم تاب فإن صاحبه إن شاء تركه وإن شاء ضمنه إن كان هالكاً ويأخذه إن كان قائماً لأنه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد **(فظهر حق العبد في ماله كما في النفس)** وفي المبسوط والمحيط: رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب. واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة، وقيل يسقط أشار إليه محمد في الأصل لأن التوبة تسقط الحدّ في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص، وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول، وعنهما تسقط لقوله تعالى **﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾** [النساء ١٦] ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما، والآية منسوخة، إنما كان ذلك في أول الأمر. وإذا عرف هذا فقول المصنف ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض، لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة، والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل. أجيب بفرض المسئلة فيما إذا رد بعضه فإنه علامة توبته، فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه؛ ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا، ولكن أخذوا من المال قليلاً لا يصيب كلا نصاب فإن الأمر في القتل والجرح إلى الأولياء إن شاءوا قتلوا قصاصاً وإن شاءوا عفواً. وقال عيسى يقتلهم الإمام حد لأنهم لو

الإمام التمرتاشي حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق، والمصنف لم يذكره في الإجمال بل قال هي أربعة لأن مراد المصنف الأحوال التي يدل عليها الأجزية المذكورة في النص خداً وهي أربعة كما ذكره. قوله: **(سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال)** بناء على أن ما دون النفس يجري مجرى الأموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لأن موجب الأرش هو المال، لأنه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع، إذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق، فإذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع. وقوله: **(فإن شاء الأولياء قتلوه)** يعني قصاصاً. وقوله: **(للاستثناء المذكور في النص)** يريد به قوله تعالى **﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾** الآية. واعترض بأن قوله: **﴿إلا الذين تابوا﴾** ها هنا نظيره **﴿وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا﴾** قيل هو استثناء من قوله: **﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾**

قال المصنف: **(وإنما الشرط القتل من واحد منهم)** أقول: لعل فيه تسامحاً والمراد ظاهر: أي من واحد منهم لا أقل.

تحقق. قال: **(والقتل إن كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء)** لأنه يقع قطعاً للطريق بقطع المارّة **(وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه فيما فيه الأرش وذلك إلى الأولياء)** لأنه لا حدّ في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي **(وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات)** لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال **(وإن أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه)** لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله، فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الوليّ القصاص أو يعفوا، ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه **(وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم**

قتلوا ولم يأخذوا شيئاً من المال قتلهم حداً لا قصاصاً، وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم، ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد. والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس إلا ليصلوا إليه، فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع، لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الوليّ وتجري فيه أحكام القصاص قوله: **(وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين)** فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات. وفي المبسوط: تابوا وفيهم عبد قطع يدَ حرّ دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق، وهذا لأنه قصاص بين العبيد الأحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء، فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة. قال المصنف: **(فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة، وزفر رحمهما الله، وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء)** الأخذ والقتل **(يحدّ الباقون)** وإن باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين. وقيل كان الوجه أن يقول: وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبيّ والمجنول قول أبي حنيفة وزفر، أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا. وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحة لمختصر الكرخي وغيره، ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فإن العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين **(وعلى هذا السرقة الصغرى)** إن ولي المجنون أو الصبي إخراج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولي غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون، وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم: لا يسقط الحد عن غير الصبي

إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين. وأجيب بأن قوله: ﴿**وأولئك هم الفاسقون**﴾ لا يصلح جزاء، وقد قررناه في التقرير، بخلاف قوله: ﴿**ولهم في الآخرة عذاب عظيم**﴾ واعترض أيضاً بأن التوبة متوقفة على أداء المال أوّلاً، فإن كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله ولأن التوبة تتوقف على رد المال، وإن كان الأول كان الوجه الثاني داخلاً في الوجه الأول فلا يكون علة مستقلة، إذ لا يصح أن يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة إلى حكم واحد. وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهي الإقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود إليه أبداً، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال. وذهب بعضهم إلى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها، فالمصنف جمع بين قولي المشايخ من هذا الطريق، ذكر الاختلاف الإمام المحقق فخر الإسلام في مبسوطه.
وقوله: **(ولا قطع في مثله)** أي في مثل ما إذا ردّ المال إلى المالك لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه وهي شرط لوجوب القطع.
وقوله: **(فظهر حق العبد)** يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال **(ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الوليّ القصاص أو يعفو)** وقوله: **(ويجب الضمان)** معطوف على قوله حتى يستوفى وليّ القصاص. واعترض

قوله: **(لأن موجب الأرش)** أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح قوله: **(وإن كان الأول الخ)** أقول: لنا أن نختار الأول ونمنع قوله كون الوجه الثاني داخلاً الخ، فإن الداخل فيه هي المقدمة الأولى فقط، فإن تقدير الوجه الثاني أن التوبة تكون برد المال، وإذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره، على أن توقفها عليه في نفس الأمر أمر وملاحظته أمر آخر، ولا يستلزم الأول الثاني، وهذا كلام إجمالي والعاقل يكفيه الإشارة.

من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر. وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى. له أن المباشر أصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع، وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم. ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل

والمجنون وذي الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين **(لأبي يوسف أن المباشر أصل والردء تابع، ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الأصل)** فيحدّ الباقون **(وفي عكسه)** وهو أن يباشر الصبي والمجنون **(ينعكس المعنى)** وهو السقوط عن الأصل، فإن السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون **(ولهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(أن قطع الطريق جناية واحدة)** لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة **(قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً)** للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين، لأن **(فعل الباقين)** حينئذ **(بعض العلة و)** ببعض العلة **(لا يثبت الحكم وصار كالخاطىء مع العامد)** إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد **(وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله)** أي تأويل سقوط الحد عن الكل **(أن يكون المال مشتركاً بين المقطوع عليهم)** وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم. فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين، فأما إذا لم يكن المال مشتركاً، فإن لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك، وإن إخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير **(والأصح أنه مجرى على الإطلاق)** وأنهم لا يحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشيء واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة **(والجناية واحدة)** وهي قطع الطريق **(فالامتناع في حق البعض لا يوجب الامتناع في حق الباقين)** بخلاف السرقة من حرزين لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكماً، وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله: **(بخلاف ما إذا كان فيهم)** أي في المقطوع عليهم وهو القافلة **(مستأمن)** جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم، ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد. فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم. أجاب بأن **(الامتناع في حق المستأمن إنما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز**

بأن وجود الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد إلى المالك. وأجيب بأنا نفرض المسئلة فيما إذا تاب رد بعض المال بأن يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان. وأقول: هذا إنما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك، فأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا يتم، ويجوز أن يقال هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ. وقوله: **(وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم)** يعني إذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الأصل، وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل. وقوله: **(فصار كالخاطىء مع العامد)** يعني إذا رمى بسهم إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ وأصابه السهمان معاً ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لأن الفعل واحد فيكون فعل الخاطىء شبهة في حق العامد. وقوله: **(فقد قيل تأويله)** ذهب أبو بكر الرازي إلى أن المسئلة محمولة على ما إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فإنه لا يجب الحد على الباقين لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب

قوله: **(واعترض بأن وجوب الضمان الخ)** أقول: المعترض هو الكاكي والإتقاني قوله: **(وأجيب بأنا نفرض المسئلة الخ)** أقول: المجيب هو الكاكي والإتقاني قال المصنف: **(قول أبي حنيفة وزفر)** قول: أي قولهما قولاً واحداً فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف: **(لو باشر العقلاء)** أقول: أطلق العقلاء ليدل على الكمال، فالمراد العقلاء البالغون.

بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطىء مع العامد. وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه، فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة

والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (**وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء إن شاءوا عفوا وإن شاءوا اقتصوا**) ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب، ولو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمنين لا حد عليهم، ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وإن لم يكن معصوماً على التأبيد، والله تعالى أعلم قوله: (**وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد**) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد، وإذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس إن قتل عمداً بجديدة أو بمثقل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم وضمانه إن هلك أو استهلكه قوله: (**ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة**) وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران إحداهما بالأخرى (**فليس بقاطع الطريق استحساناً**) وكذا بين القريتين، وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (**وفي القياس**) أن (**يكون قاطعاً وهو قول الشافعي**) فإن في وجيزهم: من أخذ في البلد مالاً مغالبة فهو قاطع طريق (**وعن أبي يوسف أنه**) إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لأنه لا يلحقه الغوث لأنه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة، ولا تفصيل في النص في مكان القطع، وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب. وعنه لا محاربة إلا على قدر ثلاثة أميال من العمران. وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (**وعن أبي يوسف**) في رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع، وإن كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع، وفي الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر (**لأن السلاح لا يلبث**) فيتحقق القطع قبل الغوث (**والغوث يبطىء بالليالي**) فيتحقق بلا سلاح.
وفي شرح الطحاوي: الفتوى على قول أبي يوسف. قال المصنف: (**ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث**) وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق، وإنما هو اسم بين الناس، وإنما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه، ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع. ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاراً وهو ما علل به للظاهر، وإذا قلنا إنهم ليسوا قطاعاً فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا، وإن قتلوا لزم القصاص وأحكامه، وإن أخذوا مالاً ضمنوه إذا أتلفوه، وعلى تقدير أنهم قطاع إن قتلوا قتلوا حداً فلا يقبل عفو الأولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت. وقوله: (**لما بينا**) أي من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد قوله: (**ومن خنق رجلاً حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل، وسنبينه إن شاء الله**

القرابة امتنع عن الباقين، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره، كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالاً ومن حرز أجنبي مالاً آخر، بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (**والأصح أنه مطلق**) أي ليس بمقيد بكون المال مشتركاً (**لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه**) لأبي حنيفة وزفر (**فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين**) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لأن كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكماً.
وقوله: (**بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن**) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم

قوله: (ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول: أي ذي رحم من أحد السراق.

وهو يخصه، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء) لظهور حق العبد على ما ذكرناه (فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحساناً. وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة. وعن أبي يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر إن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث. وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع

تعالى في الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل، وإنما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فإن خنق غير مرة قتل) الآن لأنه ظهر قصده إلى القتل بالتخنيق حيث عرف إفضاؤه إلى القتل ثم صار يعتمده (ولأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شرّه بالقتل).

[فروع] نص في الأصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما، أما العبد فظاهر، وأما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية، وهو اختيار الطحاوي لأن الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها. وذكر الكرخي أن حدّ قطاع الطريق لا يجب على النساء، لأن السبب هو المحاربة، والمرأة بأصل الخلقة ليس محاربة كالصبي؛ ألا يرى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوّي بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة، ولكن يرد على هذا العبد فإنه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد. وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء. وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف: إذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم لا عليها. وقال محمد: يقام عليها ولا يقام عليهم. وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أنه يدرأ عنهم جميعاً لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي. والعجب ممن يذكر هذه، أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوباً إلى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا. وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الأوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته إطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة إلا بالله. وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات. وعلله بأن المرأة إذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وإنما قتلن بقتلهن والضمان لأخذهن المال، ويثبت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة، وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال إن كان أقرّ به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الإقرار، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به لا يقبل، ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وإن علا وابنه وإن سفل، ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل

المحرم، ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضاً. وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمن (لخلل في العصمة وهُوَ) أي الخلل (يخص المستأمن) فلا يصير شبهة لأن الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما إذا سرق الخمر وعشرة دراهم، وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لأن القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب فإنه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز. وقوله: (ومن

قال المصنف: (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول: الأولى كبيت واحد لأنه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق.

الطريق لأن السلاح لا يلبث والغوث يبطىء بالليالي، ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث، إلا أنهم يؤخذون برد المال أيضاً لا للحق إلى المستحق، ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا **(ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة)** وهي مسألة القتل بالمثقل، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى **(وإن خنق في المصر غير مرة قتل به)** لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل، والله تعالى أعلم.

لأنهما شهدا لأنفسهما، ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف لا يقيم الحد عليهم إلا بمحضر من الخصم، ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم إلى الإمام لا يمضي عليهم الحد لأنهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده، وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجباً عليه الإقامة عليهم فلا يفعله، ومثله نقدم في الزنا في دار الحرب، ولو رفعوا إلى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض آخر لم يقم عليهم الحد، إما لتقادم العهد وفيه نظر، أو لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الأول فيتم بذلك لنفاذه إذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان. وإذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لا شيء عليه، وكذا لو قطع يده لأنه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه، ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لأنه قتل نفساً معصومة، ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل، فوجود هذه البينة كعدمها، إلا أن يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور أنه استوفى حق نفسه. ولو أن لصوصاً أخذوا متاع قوم فاستعانوا بقوم وخرجوا في طلبهم إن كان أرباب المتاع معهم حلّ قتالهم، وكذا إذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم، وإن كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لأن القتال للاسترداد للرد على أرباب الأموال ولا قدرة على الرد، ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لأنهم قتلوه لأجل مالهم، فإن فر منهم إلى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لا لأجل مالهم، وكذا لو فرّ رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لأن قتلهم إياه لا لأجل الخوف على الأموال، ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه لإطلاق قوله ﷺ «من قُتل دون ماله فهو شهيد»[1].

قطع الطريق) ظاهر. وقوله: (ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه) قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لظهور حق العبد. وقوله: (ومن خنق رجلاً) بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه، والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون، كذا عن الفارابي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٨٠ وأبو داود ٤٧٧١ والنسائي ٧/ ١١٤ ـ ١١٥ والترمذي ١٤١٩ و ١٤٢٠ وابن ماجه ٢٥٨١ كلهم من حديث عبد الله ابن عمرو بن العاص، والحديث مشهور فقد ورد من حديث سعيد بن زيد. أخرجه أبو داود ٤٧٧٢ والترمذي ١٤٢١ والنسائي ٧/ ١٥ وابن ماجه ٢٥٨٠ وأحمد ١/ ١٨٧ وأبو يعلى ٩٥٠ ـ ٩٤٩ وأخرجه أحمد ١/ ٧٨ ـ ٧٩ وأبو يعلى ٦٧٧٥ كلاهما من حديث الحسين بن علي مرفوعاً.
وقال الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٤٤: رجال أحمد ثقات. وأخرجه أبو يعلى ٢٠٦١ من حديث جابر، وإسناده واهٍ.

كتاب السير

السير جمع سيرة، وهي الطريقة في الأمور، وفي الشرع تختص بسير النبيّ عليه الصلاة والسلام في مغازيه

كتاب السير

أورد الجهاد عقيب الحدود لأنه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب وهو إخلاء العالم من الفساد، ويكون كل منهما حسن لحسن لغيره. وذلك الغير وهو إعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخيره عنها لوجهين: كون الفساد المطلوب الإخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه، والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الأدنى إلى ما هو أعلى منه، وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين، وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى. ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات، فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لأنه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لأن فعلة للهيئة كجلسة وخمرة، وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز: سار فينا بسيرة العمرين، لمن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها في غزو الكفار، وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة. وقد يقال كتاب الجهاد، وهو أيضاً أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم إلى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفي غير كتب الفقيه يقال كتاب المغازي، وهو أيضاً أعم جمع مغزاة مصدراً سماعياً لغزا دالاً على الوحدة، والقياسي غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار. هذا وفضل الجهاد عظيم، وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وإدخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الإنسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقرباً بذلك إليه سبحانه وتعالى، وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها، ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاه «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر»[(1)] ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود «قلت يا رسول الله أيّ الأعمال أفضل؟ قال: الصلاة على ميقاتها، قلت: ثم أيّ؟ قال

كتاب السير

قدم الحدود على السير لأن كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره، وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالباً أو على الخصوص في حد الشرب. وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الأمور. وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه) قال في المغرب: أصل السيرة

كتاب السير

قوله: (وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول: احتراز عن مثل الوضوء، فإن ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفتقر إلى إتيان به على حدة وهو الصلاة، وتفصيله في كتب الأصول في باب الأمر قوله: (إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول: أي بلا إيراد شيء أجنبي بينهما فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لأن الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج إليه.

---

(١) منكر. ذكره العراقي في الإحياء ٣/٧ وقال: رواه البيهقي في الزهد وقال البيهقي: هذا إسناد فيه ضعف.
وذكره ابن حجر في تخريج الكشاف فقال: أخرجه البيهقي في الزهد، وضعفه.
قلت: هو من رواية عيسىٰ بن إبراهيم عن يحيىٰ بن يعلىٰ عن ليث بن أبي سليم، والثلاثة ضعفاء.
وأورده النسائي في الكنىٰ من قول إبراهيم بن أبي عبلة أحد التابعين الشاميين اهـ.
الخلاصة المرفوع فيه ثلاثة ضعفاء أصحاب مناكير، والنسائي أعلم من غير. حيث ذكره عن إبراهيم بن أبي عبلة من قوله. فهو مقطوع لأنه قول التابعي.

. . . .

برّ الوالدين، قلت: ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله، ولو استزدته لزادني»(١) رواه البخاري. وقد جاء أنه ﷺ جعله أفضل بعد الإيمان في حديث أبي هريرة قال «سئل رسول الله ﷺ: أيّ العمل أفضل؟ قال: إيمان بالله ورسوله، قيل: ثم ماذا؟ قال: الجهاد في سبيل الله، قيل: ثم ماذا؟ قال: حج مبرور»(٢) متفق عليه. وهذه وإن كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على ما يليق بحال السائل، فإذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة إليه أفضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء، وفيه نظر لأن المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض، وفي هذا لا يتردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في أوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد. ولأن هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك، ولأن افتراض الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة فكان مقصوداً وحسناً لغيره، بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ، وفيه طول إلى أن قال «والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله»(٣) صححه الترمذي، وإذ لا شك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان في حديث أبي هريرة(٤)، ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الأحاديث السابقة. والحق أنه ليس فيه معارضة لأنه لم يذكر الصلاة فيه أصلاً، فإنما فيه أنه جعل الجهاد بعد الإيمان وهو يصدق إذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد الإيمان فلا معارضة إلا إذا نظرنا إلى المقصود. ومن الأحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مقام الرجل في الصفّ في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة»(٥) رواه الحاكم وقال: على شرط البخاري، وعن أبي هريرة «قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله؟ قال: لا تستطيعونه، فاعادوا عليه مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول لا تستطيعونه، ثم قال: مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله»(٦) متفق

. . . .

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٨٢ وأحمد ١/ ٤١٨ كلاهما من حديث ابن مسعود.
فائدة جاء في فتح الباري عن الطبري قوله: خُصَّتْ هذه الثلاثة في الحديث لأنها عنوان لما سواها فإن من ضيع الصلاة، فهو لما سواها أضيع ومن عقّ والدية كان لغيرهما أعَقّ، ومن ترك جهاد الكفار مع شدة عداوتهم كان لجهاد غيرهم من الفساق أترك اهـ بتصرف. وهذا يدل على براعة الطبري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦ ومسلم ٨٣ في الإيمان والترمذي ١٦٥٨ والنسائي ٥/ ١١٣ و ٦/ ١٩ وعبد الرزاق ٢٠٢٩٦ وأحمد ٢/ ٢٨٧ . ٢٦٤ . ٢٦٨ وابن حبان ٤٥٩٨ والبغوي ١٨٤٠ والبيهقي ٥/ ٢٦٢ و ٩/ ١٥٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. وكرره البخاري ١٥١٩ في كتاب الحج.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٥/ ٢٤٥ . ٢٤٦ وكذا البزار والطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٧٣ . ٢٧٤ كلهم من حديث معاذ في خبر طويل وقال الهيثمي: فيه شهر بن حوشب ضعيف وقد يحسن حديثه اهـ قلت: هو من رجاله مسلم، وقد قال عنه في التقريب: صدوق كثير الإرسال اهـ وهنا صرح بالتحديث، ولحديثه شواهد.

(٤) تقدم قبل حديث.

(٥) حسن. أخرجه الحاكم ٢/ ٦٨ من حديث الحسن عن عمران بن حصين، وصححه على شرط البخاري. وأقره الذهبي، والصواب أنه حسن لأن الحسن مدلس، وقد عنعنه.
وأخرجه أحمد ٥/ ٢٦٦ من حديث أبي أمامة وإسناده واهٍ لضعف علي بن زيد وشيخه القاسم بن عبد الرحمن. وله شاهد من حديث أبي هريرة أخرجه أحمد ٢/ ٤٤٦ وإسناده غير قوي فيه سعيد بن أبي هلال فيه كلام. وله شاهد من حديث أبي سعيد بن فضالة. أخرجه الحاكم ٣/ ٢٨٢ وسكت عليه، وإسناده واه فيه زياد بن مينا غير مشهور فالحديث بمجموع طرقه لا ينزل عن درجة الحسن إن شاء الله تعالى.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٨٧ ومسلم ١٨٧٨ والنسائي ٦/ ١٨ وابن حبان ٤٦٢١ و ٤٦٢٢ و ٤٦٢٧ وأحمد ٢/ ٤٥٩ والبيهقي ٩/ ١٥٨ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
واللفظ لمسلم دون البخاري، وكذا أحمد وابن حبان في روايته الثالثة والبيهقي بمثل سياق مسلم.

. . . .

عليه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»(١) رواه البخاري. ومن توابع الجهاد الرباط، وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى. والأحاديث في فضله كثيرة: منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول «رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه، وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذي كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان»(٢). رواه مسلم، زاد الطبراني «وبعث يوم القيامة شهيداً» وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع «من مات مرابطاً أمن من الفزع الأكبر»(٣) ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة «وبعثه الله يوم القيامة آمناً من الفزع»(٤). وعن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال «إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة، ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره»(٥) هذا، واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام لأن ما دونه لو كان رباطاً فكل المسلمين في بلادهم مرابطون. وقال بعضهم: إذا أغار العدوّ على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطاً إلى أربعين سنة، وإذا أغاروا مرتين يكون رباطاً إلى مائة وعشرين سنة، وإذا أغاروا ثلاث مرات يكون رباطاً إلى يوم القيامة. قال في الفتاوى الكبرى: والمختار هو الأول. واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام «من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوّعاً لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا تحلة القسم، فإن الله يقول ﴿وإن منكم إلا واردها﴾»(٦) [مريم ٧١] رواه أبو يعلى: وفيه لين محتمل في المتابعات، وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان، فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله. ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «تعس

. . . .

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٥٣ والنسائي ٦/ ٢٢٥ وابن حبان ٤٦٧٣ وأبو يعلى ٦٥٦٨ والبغوي ٢٦٤٨ والبيهقي ١٠/ ١٦ كلهم من حديث أبي هريرة واستدركه الحاكم ٢/ ٩٢ من هذا الوجه وبهذا اللفظ ثم قال: صحيح ولم يخرجاه!!!. ووافقه الذهبي! وزادوا إلا البخاري لفظ: حسنات. بعد لفظ: روثه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٩١٣ من طرق والترمذي ١٦٦٥ والنسائي ٦/ ٣٩ وابن حبان ٤٦٢٣ واستدركه الحاكم ٢/ ٨٠ وكذا رواه الطحاوي في المشكل ٣/ ١٠١ والبغوي ٢٦١٧ وأحمد ٥/ ٤٤٠ والطبراني ٦١٧٧ و ٦١٧٨ و ٦١٧٩ و ٦١٨٠ والبيهقي ٩/ ٣٨ من طرق كلهم من حديث سلمان رضي الله عنه.

والعجب قال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي! وزاد الطبراني: وبُعث يوم القيامة شهيداً.

واستدركه الهيثمي أيضاً ٥/ ٢٩٠ من المجمع من حديث سلمان وبسياق مسلم، وهذا على خلاف قاعدته.

وورد من حديث العرباض بن سارية. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٩٠ وقال الهيثمي: رواه بإسنادين رجال أحدهما ثقات.

وورد من حديث أبي الدرداء وهو الآتي.

(٣) جيد. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٩٠ من حديث أبي الدرداء مصدره: «رباط شهر خير من صيام دهر، ومن مات...» وقال الهيثمي: رجاله ثقات. وهو كما قال فالحديث شواهده كثيرة.

(٤) جيد. أخرجه ابن ماجه ٢٧٦٧ والبزار كما في المجمع ٥/ ٢٧٩ كلاهما من حديث أبي هريرة.

وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح.

قلت: وهو كما قال له شواهد كثيرة.

(٥) غريب. ذكره في كنز العمال ونسبه للبيهقي. أي في الشعب. ولأبي الشيخ اهـ. ولم أقف على إسناده. وانفرادهما بروايته يدل على وهنه وليحرر.

(٦) حسن لشواهده. أخرجه أبو يعلى ١٤٩٠ وأحمد ٣/ ٤٣٧ كلاهما من حديث سهل بن معاذ عن أبيه معاذ بن أنس وفي إسناده أبي يعلى رشدين بن سعد، وهو واهٍ وفي إسناد أحمد ابن لهيعة قال الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٨٧ هو أحسن حالاً من رشدين اهـ.

قلت: ومداره في الطريقين على زبّان بن فائد بتشديد الباء، وهو ضعيف الحديث كما في التقريب.

فالخبر ضعيف لكن له شواهد قوية انظر المجمع ٥/ ٢٨٧ فالحديث حسن إن شاء الله تعالى لشواهده.

قال: (**الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين**) أما الفرضية فلقوله تعالى: ﴿**فاقتلوا**

عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة» زاد في رواية «وعبد القطيفة، إن أعطي رضي وإن لم يعط سخط، تعس وانتكس، وإذا شيك فلا انتقش، طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه، إن كان في الحراسة كان في الحراسة، وإن كان في الساقة كان في الساقة، إن استأذن لم يؤذن له، وإن شفع لم يشفع»(١) قوله: (**الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين**) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (**أما الفرضية فلقوله تعالى** ﴿**فاقتلوا المشركين**﴾ **حيث وجدتموهم**) [التوبة ٥] وقوله تعالى ﴿**فقاتلوا أئمة الكفر**﴾ [التوبة ١٢] وقوله تعالى ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله**﴾ [الأنفال ٣٩] وقوله تعالى ﴿**كتب عليكم القتال وهو كره لكم**﴾ [البقرة ٢١٦] ﴿**وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافةً**﴾ [التوبة ٣٦] وقوله تعالى ﴿**انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله**﴾ [التوبة ٤١] وقوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»(٢) والتخصيص المعتبر عند أهل الأصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظي مقارن للمعنى، وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الأمر به للندب، وكذا ﴿**كتب عليكم**﴾ كقوله: ﴿**كتب عليكم**

حالة السير، إلا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج، والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال، وهي الغزوة والغزاة والمغزاة. قال: (**الجهاد فرض على الكفاية**) قيل: الجهاد هو الدعاء إلى

قال المصنف: (**الجهاد فرض على الكفاية**) أقول أي فرض لأجل كفاية مهم ديني على أن يكون على التعليل كما في قوله تعالى ﴿**ولتكبروا الله على ما هداكم**﴾ أي لهدايته إياكم، ويجوز أن يكون للمصاحبة كما في قوله تعالى ﴿**وآتي المال على حبه**﴾ ويجوز أن يكون المضاف مقدراً وعلى للاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية وإلا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار. وفي المحيط البرهاني والذخيرة: قال أبو حنيفة: الجهاد واجب على المسلمين، إلا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج إليهم. واختلف عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: الجهاد واجب على المسلمين، فإذا جاء النفير فهو فريضة، وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب، والفرق بينهما ظاهر إلى الأحكام، حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر. وبعضهم قال: الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين، ومنه سمي الغزاة مطوعة: أي متطوعة، قال الله تعالى ﴿**الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين**﴾. أراد المتطوعين، وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين، وإنما عرفت فرضيته بالكتاب، قال الله تعالى ﴿**اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**﴾ انتهى. ونحن نقول: هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذي يكفر جاحده، فإن قيل: فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسي في المحيط: الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها، وكذا قال صاحب الاختيار: الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها. ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. قلنا: إنما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولاً. قال في معراج الدراية: وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد. وفي الإيضاح: خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والسنة والإجماع يفيد الفرضية، وها هنا كذلك قوله وهو أي الجهاد فرض على الكفاية، وبه قال أكثر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال: فرض عين للعمومات في النصوص. وحكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب. وهكذا روي عن ابن عمر. وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا: ما علمناه واجباً، وقالوا قوله تعالى ﴿**كتب عليكم القتال**﴾ للندب كما في قوله تعالى ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية**﴾ انتهى. فإن قيل: قوله وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب، وهكذا روي عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا: ما علمناه واجباً. قلنا: قوله حكي يدل على أن لهما قولاً آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب، وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية. نعم لا يلائم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى ﴿**كتب عليكم**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٨٦ و ٢٨٨٧ و ٦٤٣٥ وابن ماجه ٤١٣٥ وابن حيان ٣٢١٨ والبغوي ٤٠٥٩ والبيهقي ١٥٩/٩ و ٢٤٥/١٠ كلهم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٢) متفق عليه. تقدم في الزكاة.

المشركين﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» وأراد به فرضاً باقياً، وهو فرض على الكفاية

إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [البقرة ١٨٠] ونقل عن ابن عمر. ويجب حمله إن صح على أنه ليس بفرض عين. فإن قلت: كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض؟ والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنياً، وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص، وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من حيث يحارب لقوله تعالى **﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾** [التوبة ٣٦] فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه، وكذا قوله تعالى **﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾** [الأنفال ٣٩] أي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام على ما عرف في السير، فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه، فكان الأمر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح، وقد أكد هذا قوله ﷺ في بعض الروايات الصحيحة لحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة «ما كانت هذه تقاتل»[(١)] وأما قوله ﷺ «الجهاد ماض إلى يوم القيامة»[(٢)] فدليل على وجوبه وأنه لا ينسخ، وهذا لأن خبر الواحد لا يفيد الافتراض. وقول صاحب الإيضاح إذا تأيد

الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال. وسببه كون الكفار حرباً علينا، وهو فرض كفاية **(إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين. أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾)** وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله ﷺ: **(«الجهاد**

القتال﴾ للندب كما في قوله تعالى **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾** فليتأمل قوله: **(قيل الجهاد هو الدعاء)** أقول: القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعي قوله: **(إلى الدين)** أقول: أي إلى حكم الدين قوله: **(بالنفس والمال)** أقول: الواو هنا بمعنى أو قال المصنف: **(أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾)** أقول: فإن قيل إنه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح دليل الفرضية، وإنما قلنا إنه خص منه البعض فإنه قد خص من قوله تعالى **﴿اقتلوا﴾** الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والأعمى والمقعد، وخص من المشركين أيضاً المستأمن والذمي. قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الأمر فبالعقل كما صرح به في كتب الأصول فلا يقدح في قطعية النص، وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ. وأيضاً لا نسلم أنه قد خص المستأمن والذمي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا في قوله **﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾** فتأمل. على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطاً في سلك العلماء القائلين بأن تخصيص العموم لا يضر في كون العام قطعياً في الباقي، وما ذكرنا هو المخلص عما أورد على الشارح الأكمل حيث قال: وهو دليل قطعي. قوله: **(فإن قيل، إلى قوله بخبر الواحد)** أقول: تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به في كتب الأصول، وأمثلته أكثر من أن تحصى قوله: **(أجيب بأن الخ)** أقول: المجيب والسائل هو صاحب النهاية قوله: **(وبالإجماع)** أقول: فيه بحث، فإن من أصحابنا

---

(١) سيأتي تخريجه في وصايا الجيش وهو حديث قوي.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٥٣٢ وأبو يعلى ٤٣١١ و ٤٣١٢ والبيهقي ١٥٦/٩ كلهم من حديث يزيد بن أبي نُشبة عن أنس قال: «قال رسول الله ﷺ ثلاثة من أصل الإيمان: الكفّ عمن قال: لا إله إلا الله. ولا تكفره بذنب، ولا تخرجه من الإسلام بعمل، والجهاد ماضٍ منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر، ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار».

هذا لفظ أبي داود وأبي يعلى في روايته الثانية، وأما في الأولى، فصدره: «ثلاث من أصل الإسلام...» الحديث. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٧٧/٣: قال المنذري في مختصره: يزيد بن أبي نُشبة في معنى المجهول. وقال عبد الحق: هو رجل من بني سليم لم يرو عنه سوى جعفر بن برقان اهـ.

وقال ابن حجر عنه في التقريب: مجهول.

قلت: فالحديث ضعيف، وفي ألفاظه غرابة، ثم إن الجهاد يستمر حتى بعد قتال الدجال، فالحديث غير صحيح مبنى ومعنى

تنبيه: وأما كون الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة، فهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، والآيات والأحاديث ناطقة بذلك.

لأنه ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشرّ عن العباد، **فإذا حصل المقصود** بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (**فإن لم يقمْ به أحد أثم جميع الناس بتركه**) لأن الوجوب على

خبر الواحد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ممنوع، بل المفيد حينئذ الكتاب والإجماع، وجاء الخبر على وفقهما، والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه قال: قال ﷺ من حديث «والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال، لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار» فيه يزيد بن أبي شيبة من بني سليم لم يرو عنه إلا جعفر بن برقان، وعن هذا والله أعلم قال المنذري: هو في معنى المجهول. ولا شك أن إجماع الأمة أن الجهاد ماض إلى يوم القيامة لم ينسخ، فلا يتصور نسخه بعد النبي ﷺ، وأنه لا قائل أن بقتال آخر الأمة الدجال ينتهي وجوب الجهاد.

وأما كونه على الكفاية فلأن المقصود منه ليس مجرداً ابتلاء المكلفين بل إعزاز الدين ودفع شرّ الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله**﴾ [الأنفال ٣٩] (**فإذا حصل ذلك بالبعض سقط**) هو لحصول ما هو المقصود منه (**كصلاة الجنازة**) المقصود منها قضاء حق الميت والإحسان إليه. وذهب ابن المسيب إلى أنه فرض عين تمسكاً بعين الأدلة المذكورة إذ بمثلها يثبت فروض الأعيان. قلنا: نعم لولا قوله تعالى ﴿**لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون**﴾ الآية إلى قوله تعالى ﴿**وكُلاًّ وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجراً عظيماً**) [النساء ٩٥] ولأنه لو كان عيناً لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا

ماض إلى يوم القيامة») أي نافذ، من مضى في الأرض مضياً إذا نفذ. فإن قيل: كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد. أجيب بأن خبر الواحد إذا تأيد بالحجة القطعية صح إضافة الفرضية إليه، وها هنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى ﴿**فاقتلوا**﴾ وبالإجماع، وفيه نظر لأنا لا نسلم أنه إذا تأيد بالقطعي أفاد الفرضية، فإن الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد. ويمكن أن يقال: الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة، فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك، وخبر الواحد جاز أن يكون بياناً لما احتمله النص (**وأما كونه فرضاً على الكفاية فلأنه ما فرض لعينه لكونه إفساداً في نفسه**) بتخريب البلاد وإفناء العباد، لكن (**لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فإذا حصل المقصود**

من قال إنه مندوب، ومنهم من قال إنه واجب غير فرض صرح به في المحيط والذخيرة قوله: (**ويمكن أن يقال الخبر الخ**) أقول: ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على إرادة الفرضية، وقول المصنف أراد به فرضاً باقياً لا يدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الآخر فإن قيل: النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام. قلنا: ذلك أيضاً لا يدل على تعيين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملاً لجواز أن يكون من قبيل الإخبار عن الغيب، ثم المراد من قول المصنف أما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل، ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض، فإنه من مضى الأمر إذا نفذ، والنافذ من بين الأحكام هو الفرض الذي لا مرد له، والبقاء يستفاد من كلمة إلى فإنها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا قوله: (**فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ**) أقول: لا نسلم ذلك، فإن نسبة أمر إلى المشتق تفيد عليه المأخذ كما في السارقة والسارقة الآية ﴿**والزانية والزاني**﴾ الآية قال المصنف: (**ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» وأراد به فرضاً باقياً**) أقول: الفرضية مستفادة من قوله ماض: أي نافذ، والنفاذ إنما هو في الفرض من بين الأحكام، فإن في الندب والإباحة لا يجب الامتثال والبقاء من كلمة إلى فإنه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء، وقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض» من مضى الأمر نفذ فليتأمل. وفي الإيضاح خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية، وههنا كذلك، كذا في معراج الدراية. وقال السرخسي أيضاً في محيطه. قال عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال» وأراد بقوله ماض: أي فرض واجب اهـ. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون المضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضياً ذهب: أي ذاهب باق إلى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال؟ قلنا: الذهاب في تفسير المضي كما وقع في الصحاح بمعنى الخلو. تلك أمة قد خل. قال المصنف: (**لأنه ما فرض لعينه الخ**) أقول: تقرير الدليل أن الجهاد مفروض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض، وإنما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل

الكل، ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية **(إلا أن يكون النفير عاماً)** فحينئذ يصير من فروض الأعيان لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ الآية. وقال في الجامع الصغير: الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم. فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام،

يخفى بالزارعة والجلب بالتجارة ويستلزم **(قطع مادة الجهاد من الكراع)** يعني الخيل **(والسلاح)** والأقوات فيؤدي إيجابه على الكل إلى تركه للعجز **(فلزم أن يجب على الكفاية)** ولا يخفى أن لزوم ما ذكر إنما يثبت إذا لزم في كونه فرض عين أن يخرج الكل من الأمصار دفعة واحدة، وليس ذلك لازماً بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة أخرى وهكذا، وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش، فالمعول عليه في ذلك نص ﴿لا يستوي القاعدون﴾ [النساء ٩٥] ثم هذا **(إذا لم يكن النفير عاماً، فإن كان)** بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين **(فيصير من فروض الأعيان)** سواء كان المستنفر عدلاً أو فاسقاً فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر، وكذا من يقرب منهم إن لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب إن لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا، وهكذا إلى أن يجب على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً، كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته، فإن لم يفعلوا عجزاً وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا. وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون ويلغهم الخبر وإلا فهو تكليف بما لا يطاق، بخلاف إنفاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم، ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه، واستدل على ذلك بقوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ قيل المراد به ركبانا ومشاة، وقيل شباباً وشيوخاً، وقيل عزّاباً ومتزوّجين، وقيل أغنياء وفقراء. وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه: أي انفروا مع كل حال من هذه الأحوال. وحاصلها أنه لم يعذر أحداً فأفاد العينية، وفيه نظر لأن الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية، بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لإفادة الوجوب، ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة، وأما العينية في النفير العام فبالإجماع لأنه من إغاثة الملهوف والمظلوم، وهذا من جهة الدراية. ثم ذكر الرواية وهو قول

بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بكراع الخيل. وقوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ أي ركباناً ومشاة أو شباناً وشيوخاً أو مهازيل وسماناً أو صحاحاً ومراضاً. واعترض بأن قوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ عام فما وجه تقييده بالنفير العام. وأجيب بأنه رفع الحرج، ولأن النبي ﷺ كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة، فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام،

بالنفير العام فإنه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود إلا بقيام الكل، يشير إلى ذلك قوله وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فليتأمل. قوله: **(كصلاة الجنازة ورد السلام)** أقول: فإنهما في نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه أنهما بدون الميت والمسلم عبث، بل حسنهما لمعنى في غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحي، كذا ذكره القاضي الإمام أبو زيد قال المصنف: **(أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل)** أقول: لا ينبغي أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم، إذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين، وأن قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾ يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار، هذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر. ثم أقول: في قوله أثم جميع الناس لأن الوجوب على الكل بحث لأن من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثماً على تقدير الترك أيضاً على ما بين في الأصول قال المصنف: **(لأن في اشتغال الكل الخ)** أقول: إن قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل في كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد، ولم لا يجوز أن يجب في العمر مرة؟ قلنا: سبب الجهاد كون الكفار حرباً علينا وهو متعدد فيتعدد الوجوب. ثم في هذا المقام قصة عجيبة وهي أن إبراهيم باشا المقتول عقد مجلساً عالياً في حضرته فحضر أكثر الموالي، وكان البحث عن أول كتاب الجهاد. واعترض محمد بن بيري باشا على قوله وهو دليل قطعي الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجيء من الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياساً. وأجاب عنه الحافظ العجمي المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعياً وبالنسبة إلى المفعول ظنياً لما دخله التخصيص، فأفحم القائل

وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل. **(وقتال الكفار واجب)** وإن لم يبدءوا للعمومات **(ولا يجب الجهاد على صبي)** لأن الصبا مظنة المرحمة. ولا عبد ولا امرأة التقدم حق المولى والزوج **(ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم. فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها**

محمد **(الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج إليهم)** قال: **(فأول هذا الكلام)** يعني قوله واجب وأنهم في سعة من تركه **(إشارة إلى أن الوجوب على الكفاية)** لا يمكن أن يراد ترك الكل وإلا لم يكن واجباً فهو ترك البعض **(وآخره)** وهو قوله حتى يحتاج إليهم **(يفيد العينية)** إذ صار الحاصل لأنه واجب يسع البعض تركه إلا أن يحتاج فلا يسع، ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف. وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فإن فيه إرهاباً. ونفر القوم نفراً ونفيراً إذا أخرجوا قوله: **(وقتال الكفار)** الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم **(واجب وإن لم يبدءونا)** لأن الأدلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم، وهذا معنى قوله: **(للعمومات)** لا عموم المكلفين، لأنه إنما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد إطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافاً لما نقل عن الثوري. والزمان الخاص كالأشهر الحرم وغيرها خلافاً لعطاء، ولقد استبعد ما عن الثوري وتمكسه بقوله تعالى **﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾** [البقرة ١٩١] فإنه لا يخفى عليه نسخه. وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»(١)، الحديث يوجب أن نبدأهم بأدنى تأمل، وحاصر ﷺ الطائف لعشر بقين من ذي الحجة إلى آخر المحرم أو إلى شهر(٢). وقد يستدل على نسخ الحرمة في الأشهر الحرم بقوله تعالى **﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾** [التوبة ٥] وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان، ولا شك أنه كثر في الاستعمال قوله: **(ولا يجب الجهاد على صبيّ الخ)** الوجه الظاهر أن يقال لأنه غير مكلف.

ولأن الله تعالى قال **﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر﴾** إلى قوله تعالى **﴿وكلا وعد الله الحسنى﴾** وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد. ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدوّ وهو يقدر عليه، وأما من وراءهم فلا يكون فرضاً عليهم إلا إذا احتيج إليهم، إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو، وإما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل

بذلك الكلام، لكنه مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضاً يكفر جاحده وواجباً لا يكفر عانده، وذا لا يقول به إلا المعتوه، بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلاً أو مفعولاً يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعياً فلا يثبت به الفرضية قال المصنف: **(إلا أن يكون النفير عاماً)** أقول: أي الخروج إلى الحرب من نفر القوم في الأمر أو إلى السفر نفراً ونفيراً: أي خرجوا. قوله: **(وقوله انفروا خفافاً وثقالاً)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قوله: **(ولأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ)** أقول: فيه بحث، فإن تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضاً مجاهدون لكنهم ليسوا سواء الحسنى للذين خرجوا، فإن أفضل الأعمال أحمزها. والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل قوله: **(ولأن الله تعالى قال ﴿لا يستوي القاعدون﴾ إلى آخر الآية الشريفة)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة النساء، وفيه بحث، فإن هذا مبني على أن يكون قوله تعالى **﴿لا يستوي﴾** الآية متأخر من حيث النزول عن قوله تعالى **﴿انفروا﴾** الآية، فإن المتقدم لا يخصص المتأخر وهو ممنوع، كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة، وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت. وأيضاً لا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول بعد نزول هذه الآية؛ ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك، إلى قوله تعالى **﴿ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله﴾** وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من

---

(١) متفق عليه. تقدم تخريجه في أول كتاب الزكاة، وفيه قصة مانعي الزكاة.

(٢) حصار الطائف ثابت وذلك بعد أن هزم الله عز وجل على يد نبيه ﷺ الكفار يوم حنين فهربوا إلى مساكنهم، فلحقهم المسلمون، وحاصروهم، وسيأتي تخريجه.

والعبد بغير إذن المولى) لأنه صار فرض عين. وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم، بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل ما دام

وفي الصحيحين عن ابن عمر «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة»[1] الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) بإن الله الذي هو صاحب الحق على حقه، ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين بإذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة، فلو تعلق بهما الجهاد لزم إطلاق فعله لهما، وإطلاقه يستلزم إطلاق ترك حق المولى والزوج، فلو تعلق بهم لزمه إبطال حق جعله الله متعيناً لحق لم يجعله متعيناً عليه، وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب. وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل، بخلاف ما إذا صار فرض عين لأن حقوقهم لا تظهر في حق فروض الأعيان. نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية، ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لأن طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الربّ جلّ جلاله بذلك، والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام، وعن هذا حرم الخروج إلى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فاستأذنه، فقال: أحيّ والداك؟ قال: نعم: ففيهما فجاهد»[2] وقدمنا من صحيحه آنفاً حديث ابن مسعود وقدم فيه برّ الوالدين على الجهاد[3]. وفي سنن

الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج. وقوله: (فأوّل هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية) أراد بالأول قوله رحمه الله: الجهاد واجب، إلا أن المسلمين في سعة، إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه إشارة إلى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج إليهم إلى النفير العام. قال: (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الإسلام وأداء الجزية (واجب وإن لم يبدءوا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴿كتب عليكم القتال﴾ وغيرها. فإن قيل العمومات معارضة بقوله تعالى ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ فإنه يدل على أن قتال الكفار إنما يجب إذا

الأعداء حولها فهم أيضاً من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا، لأنه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع أنه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ قوله: (يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول: قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾ والآية تدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلاً كما أشرنا إليه قال المصنف: (فيفترض) أقول: أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال إلى الكمال في الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض. قوله: (فإن قيل، إلى قوله: أجيب الخ) أقول: هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث، أما في السؤال فإنه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات، وعند القائلين به لا تعارض للمنطوق أيضاً لكونه أدنى درجة منه، وأيضاً المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام، فإن نظم الآية الكريمة هكذا ﴿ولا تقاتلوهم عند

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٦٤ و ٤٠٩٧ ومسلم ١٨٦٨ وأبو داود ٤٤٠٦ و ٤٤٠٧ والترمذي ١٧١١ والنسائي ٦/ ١٥٥ ـ ١٥٦ وابن ماجه ٢٥٤٣ وابن سعد في الطبقات ٤/ ١٤٣ والطيالسي ١٨٥٩ وأحمد ٢/ ١٧ وابن حبان ٤٧٢٧ و ٤٧٢٨ وأبو يعلى ١٦٩٥ والبيهقي ٣/ ٨٣ و ٦/ ٥٤ ـ ٥٥ و ٨/ ٢٦٤ و ٩/ ٢١ ـ ٢٢ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: «ثم عُرضت عليه، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني» ورواية: «يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني».

فائدة: جاء في فتح الباري ٥/ ٢٧٨ ما ملخصه: أكثر أهل السير أن الخندق كانت في سنة خمس للهجرة، واتفقوا أن أحداً كانت سنة ثلاث.

وقال في ٧/ ٣٩٢ ما ملخصه: وعلى هذا استشكل قول ابن عمر: «عرضت يوم أحد، وأنا ابن أربعة عشر، ويوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة».

وقد أجاب عنه البيهقي، وغيره بأن مراده بخمس عشرة. أي تجاوزتها، وهو شائع مسموع في كلام العرب اهـ

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠٤ و ٥٩٧٢ ومسلم ٢٥٤٩ وأبو داود ٢٥٢٩ والترمذي ١٦٧١ والنسائي ٦/ ١٠ والحميدي ٥٨٥ والطيالسي ٢٢٥٤ وأحمد ٢/ ١٦٥ ـ ١٨٨ ـ ١٩٣ ـ ١٩٧ ـ ٢٢١ وابن حبان ٣١٨ و ٣٢٠ والبغوي ٢٦٣٨ والبيهقي ٩/ ٢٥ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص به.

(٣) الحديث الثاني من كتاب السير رواه البخاري، وقد تقدم.

للمسلمين فيء) لأنه يشبه الأجر، ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين. قال: **(فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً)** لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى، يؤيده «أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ

أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبويّ يبكيان، فقال: ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما»(١) وفيه عن الخدري «أن رجلاً هاجر إلى رسول الله ﷺ من اليمن، فقال: هل لك أحد باليمن؟ قال: أبواي، قال: أذنا لك، قال: لا، قال: فارجع فاستأذنهما، فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرّهما»(٢) وأما الأعمى والأقطع فقال تعالى **﴿ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج﴾** [النور ٦١] وقال تعالى **﴿ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله﴾** [التوبة ٩١] والمقعد الأعرج، قاله في ديوان الأدب قوله: **(ويكره الجعل)** يريد بالجعل هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوّى بعضهم بعضاً بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد **(ما دام للمسلمين فيء)** وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية، وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة **(لأنه لا ضرورة إليه ومال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين)** وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الإمام بخصوصه، والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الأجرة، وحقيقة أخذ الأجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الإمام كراهة تسببه في المكروه، وحقيقة الجعل ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله. واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لأنه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج، وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الإمام إنما هو إذا لم يقدروا على الجهاز فاضلاً عن حاجتهم وعيالهم وإن كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن

بدءوا بالقتال. أجيب بأنه منسوخ، وبيانه أن رسول الله ﷺ كان في الابتداء مأموراً بالصفح والإعراض عن المشركين بقوله: **﴿فاصفح الصفح الجميل﴾** وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن بقوله تعالى **﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة﴾** الآية ثم أذن بالقتال إذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى **﴿أذن للذين يقاتلون﴾** الآية، وبقوله **﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾** ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان بقوله تعالى **﴿فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين﴾** الآية، ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقاً في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها فقال تعالى **﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾** الآية **﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله**

المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه، فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين﴾ ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم، وأما في الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح، ويقال شاهداً على ذلك أن النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخياً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه، والمفهوم ليس بدليل شرعي فليتأمل، فإنه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة **قوله بقوله تعالى: (﴿فاصفح الصفح الجميل﴾)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة الحجر **قوله بقوله تعالى (﴿ادع إلى سبيل ربك﴾ الآية)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة النحل قوله: **(ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ)** أقول: مخالف لقوله فيما سبق، فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك، ولا يبعد أن يقال إن الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الأمة، وليس فيها ما يدل على بقائها إلى يوم القيامة، بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتأمل. والأوجه أن يقال: مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة دواماً لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك: أي على سد باب النسخ فتأمل قوله: **(فقال ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة الأنفال قوله: **(قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة التوبة. قال المصنف: **(ولا يجب الجهاد على صبي)** أقول: قال الإتقاني: أما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لأنه مرفوع القلم، ولأن طاعة أبويه واجبة عليه، فلا تترك بما ليس بواجب انتهى. ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم، إلا أن يقال: مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان: فالمعنى أنه مرفوع القلم إن كان غير بالغ، وإن كان بالغاً فطاعة أبويه متعينة واجبة متعينة

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٥٢٨ وابن حبان ٤٢٣ والبيهقي ٩/٢٥ . ٧٦ والحاكم ٤/١٥٢ كلهم من حديث ابن عمرو بن العاص وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا نعم في إسناده عطاء بن السائب إلا أن الثوري سمع منه قبل الاختلاط. والحديث تقدم من طريق آخر.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٥٣٠ وابن حبان ٤٢٢ والحاكم ٢/١٠٣ . ١٠٤ وأحمد ٣/٧٥ . ٧٦ والبيهقي ٩/٢٦ كلهم من حديث أبي سعيد وصححه الحاكم، ورده الذهبي بقوله: درّاج بن أبي السمح . واهٍ. وقد أصاب الذهبي لكن للحديث شواهد، وهي المتقدمة، فهو يرتقي بها إلى درجة الحسن إن شاء الله تعالى.

دروعاً من صفوان» وعمر رضي الله عنه كان يغزى الأعزب عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد.

يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام، وأما إذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره أن يكلف الإمام الناس ذلك على نسبة عدل (لأن به دفع الضرر الأعلى) وهو تعدى شرّ الكفار إلى المسلمين (بإلحاق) الضرر (الأدنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه ﷺ (أخذ دروعاً من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يغزي[1] الأعزب عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي ﷺ أرسل يطلب منه أدراعاً عند خروجه إلى حنين. ففي سيرة ابن إسحاق أربعمائة درع، وكان صفوان إذ ذاك على شركه، فإنه كان طلب من النبيّ ﷺ أن يسيره شهرن فقال النبيّ ﷺ: سيرتك أربعة أشهر، ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك، فقال: يا محمد أغصباً؟ قال: لا بل عارية مضمونة، فبعثها ثم استحمله إياها فحملها على مائتي بعير[2]. وفي مسند أحمد قال: فضاع بعضها، فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها، فقال: لا أنا اليوم في الإسلام أرغب. وهذا لا يطابق نفس المدعي وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين، ولا يفيد ذلك إلا بالالتزام، فإن ما يفعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال. نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل إلى الجهاد إذا لم يكن بالمسلمين قوّة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم. وأما ما عن عمر فظاهر فيه لأنّ يغزيه عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال. وأما قوله يعطى الشاخص فرس القاعد فصريح فيه. والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزي عن ذي الحليلة، وليس فيه أمر الفرس. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال: كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر.

ولا باليوم الآخر﴾ الآية. وقوله: (ولا يجب الجهاد على صبيّ) ظاهر. وقوله: (ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء) أراد بالجعل ما يضربه الإمام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد (لأنه يشبه الأجرة) وحقيقة الأجرة حرام فما يشبه الأجرة يكون مكروهاً. وقوله: (يغزي الأعزب) يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدوّ، ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له، وجاء في الحديث «وهو شاب أعزب» والشخوص الذهاب من بلد إلى بلد، والله أعلم.

عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتأمل قال المصنف: (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول: فيه أن الدليل خاص بمن له زوج، والظاهر أن المدعى عام فليتأمل. قال المصنف: (ويكره الجعل الخ) أقول: قال الإتقاني، يعني إذا كان في بيت المال كما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى. وصوابه من الفيء لأن مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف إلى المقاتلة. قال الإمام التمرتاشي: يكره للإمام ضرب الجعل على الناس للغزاة ما دام لهم فيء لأن فيه شبهة الأجر، وإن لم يكن فلا بأس بذلك «لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان من غير طيبة نفسه» وللإمام ذلك بشرط الضمان، فإذا زالت الحاجة يرد إن كان قائماً، وإلا فقيمته إلا إذا صار في بيت المال، والأولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصالح المسلمين انتهى قوله: (على الناس بما يتقوى به الخ) أقول: أي حاكماً بما يتقوى أو مكلفاً بما يتقوى.

---

(١) وقع في الأصل: يمزي، والصواب: يغزي.

(٢) صحيح لطرقه، ذكره ابن هشام في السيرة ٤/٤٧ . ٤٨. وحديث صفوان ورد من طرق أخرى بألفاظ متقاربة فقد أخرجه أبو داود ٣٥٦٢ والحاكم ٢/٤٧ والبيهقي ٦/٨٩ وأحمد ٣/٤٠١ و ٦/٣٦٥ كلهم من حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه. وأمية هذا مجهول.

وأخرجه أبو داود ٣٥٦٣ والبيهقي ٦/٨٩ عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان «أن رسول الله ﷺ قال: يا صفوان هل عندك من سلاح؟ قال عارية أم غصباً؟ قال: لا بل عارية...» الحديث بنحوه. وفي جهالة.

وأخرجه أبو داود والبيهقي والدارقطني ٣/٤٠ كلهم عن عطاء عن أناس من آل صفوان به، وفيه جهالة. لكن للحديث شاهد، فقد أخرجه الحاكم ٣/٤٨ . ٤٩ والبيهقي ٦/٨٩ كلاهما من حديث جابر، صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا فيه ابن إسحق صرح بالتحديث. وأخرجه الحاكم والبيهقي من حديث ابن عباس، وصححه الحاكم، وسكت الذهبي، ولعله سكت من أجل كونه شاهداً، وإلا ففي إسناده إسحق بن عبد الواحد القرشي واهٍ. ورواه البيهقي عن محمد الباقر مرسلاً، وقال: ويعضد هذه الأخبار، وإن كان مرسلاً، فإنه يقوى بشاهده مع ما تقدم من الموصول اهـ.

الخلاصة: حديث دروع صفوان صحيح جاء في السير ومن طرق كثيرة، فهو بمجموع طرقه صحيح إن شاء الله تعالى. وإن كان في ألفاظه اختلاف إلا أن القصة واحدة.

باب كيفية القتال

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام» قال: (فإن أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول

باب كيفية القتال

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله، وفعله على حد محدود شرعاً فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (وإذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفاً على قوله الجهاد فرض على الكفالة عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعلية من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه (دعوهم إلى الإسلام) فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب، لأنه ﷺ أمر بذلك أمراء الأجناد، فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه. والألفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اغزوا بسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً، وإذا لقيت عدوّك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أو خلال، فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكفّ عنهم، ثم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم، ثم ادعهم إلى التحوّل من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم إن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين، فإن أبوا أن يتحوّلوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا فاسألهم الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم، وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه، وإذا أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أصبت حكم الله فيهم أم لا، ثم اقضوا فيهم بعد ما

باب كيفية القتال

لما كان الأمر الأول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمى محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن قوله: (دعوهم إلى الإسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوماً بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم، فإن كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾ وإن كان الأول فالأفضل ذلك، وكان النبي ﷺ إذا قاتل قوماً من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة، وإذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال. وقوله: (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكيف لازم ومتعد. وقوله: (على ما نطق به النص)

باب كيفية القتال

قال المصنف: (دعوهم إلى الإسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة، وإلا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضاً في مبسوط الإمام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتأمل في مساق الكلام، فإن الغرض ههنا بيان أنهم إذا دخلوا دار الحرب دعوهم إلى الإسلام، فإن قبلوه كفوا عن قتالهم وإلا دعوهم إلى الجزية، فإن بذلوها كفوا أيضاً ولا يقاتلونهم، ولم يعلم منه أن ذلك بطريق الأدب أو الندب أو الوجوب فبينه أنه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل قال المصنف: (حتى يقولوا لا إله إلا الله) أقول: فإن قيل لا يكفي قولهم لا إله إلا الله، بل لا بد من ذكر محمد رسول الله. قلنا: الجزء الأول صار علماً للمجموع، كما يقال قرأت ﴿قل هو الله أحد﴾ صرح به الكرماني في شرح البخاري.

المقصود، وقد قال ﷺ «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» الحديث. (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش، ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص، وهذا

شنتم»[(١)] وفي الأحاديث في ذلك كثرة، وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع، ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام. وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس قال: (ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى دعاهم)[(٢)] رواه الحاكم وصححه، ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا، ولكن لا غرامة بما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لأن مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان. وذلك لانتفاء العاصم وهو الإسلام والإحراز بدار الإسلام. وفي المحيط: بلوغ الدعوة حقيقة أو حكماً بأن استفاض شرقاً وغرباً أنهم إلى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها انتهى. ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الأمر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فإذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب. أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف: كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إليّ: إنما كان ذلك أوّل الإسلام «قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء، فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث» حدثني به عبدالله بن عمر وكان في ذلك الجيش[(٣)] . وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد «أن رسول الله ﷺ كان عهد إليه فقال: أغر على أبنى صباحاً وحرِّق»[(٤)] والغارة لا تكون مع دعوة. وأُبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة، ويقال يُبنى بياء مضمومة آخر الحروف، وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلأن التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الأعلى، وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن ضرراً بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنّون، وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد. وإذا فحقيقته يتعذر الوقوف عليها، فإن أجاب المدعو أو غيره إلى الإسلام فلا إشكال، والحديث المشهور جعله غاية الأمر بالقتال حيث قال «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[(٥)] (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الأجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولأنه أحد ما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله سبحانه ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ وهذا إن لم يكونوا

يريد قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد﴾ قوله: (وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر. قوله: (فنكفي) بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثاني قوله: (للنهي) إشارة إلى ما روي «أنه ﷺ بعث علياً في سرية، وقال: لا تقاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام». وقوله: (لعدم العاصم) أي الموجب للغرامة (وهو

---

(١) صحيح. أخرج مسلم ١٧٣١ من وجوه وأبو داود ٢٦١٢ و ٢٦١٣ والترمذي ١٤٠٨ و ١٦١٧ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٢/ ٧١ وابن ماجه ٢٨٥٨ والدارمي ٢/ ٢١٥ . ٢١٦ . ٢١٧ وابن الجارود ١٠٤٢ وابن حبان ٤٧٣٩ والطحاوي ٣/ ٢٠٦ . ٢٠٧ والبغوي ٢٦٦٩ والبيهقي ٩/ ٦٩ . ١٨٥ . ١٨٤ وأحمد ٥/ ٣٥٢ . ٣٥٨ والشافعي ٢/ ١١٤ . ١١٥ وأبو يعلى ١٤١٣ من طرق كلهم من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه. رووه بألفاظ متقاربة، والقصة واحدة.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ١/ ١٥ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٠٧ كلاهما من حديث ابن عباس.

وقال الحاكم: صحيح من حديث الثوري، وقد احتج مسلم بأبي نجيح، وقد روي عن علي بهذا اللفظ اهـ.

قلت: أبو نجيح اسمه يسار المكي ثقة روى له مسلم كما في التقريب. وابنه عبد الله روى له الشيخان، وهو ثقة أيضاً والثوري قد توبع، ورواه عن الثوري جماعة عند الطحاوي، فالحديث حسن أو صحيح إن شاء الله تعالى.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٤١ ومسلم ١٧٣٠ وأحمد ٢/ ٣١ ـ ٣٢ ـ ٥١ واستدركه الحاكم ١/ ١٥ لكن باختصار شديد كلهم من حديث ابن عمر.

(٤) ضعيف. أخرج أبو داود ٢٦١٦ من حديث عروة عن أسامة وفيه صالح بن أبي الأخضر ضعيف الحديث كما في التقريب، ومن هذا الوجه رواه الطحاوي في المعاني ٣/ ٢٠٨.

(٥) تقدم في كتاب الزكاة وغيره متفق عليه.

في حق من تقبل منه الجزية، ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام، قال الله تعالى: ﴿تقاتلونهم أو يسلمون﴾ **(فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين)** لقول علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه في القرآن، والله أعلم **(ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه)** لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الأجناد «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله» ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبى الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال، ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي، ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان **(ويستحب أن يدعو من**

مرتدّين ولا مشركي العرب، فإن هؤلاء لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف على ما سيتضح **(فإن بذلوها)** أي قبلوها **(وكذا هو المراد بالإعطاء المذكور في القرآن)** بالإجماع، وقد قال عليّ: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. والأحاديث في هذا كثيرة، بل هو من الضروريات، ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده. أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني، أنبأنا قيس بن الربيع الأسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال: قال عليّ: من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا [1] وضعف الدارقطني أبا الجنوب قوله: **(فإن أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله ﷺ في حديث سليمان بن بريدة «فإن أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»)** [2] وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه. والمدمر المهلك **(فيستعان بالله في كل الأمور، ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله ﷺ على أهل الطائف)** على ما في الترمذي مفصلاً فإنه قال: قال قتيبة: حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على الطائف، قلت: لوكيع: من هذا الرجل؟ فقال: صاحبكم عمر ابن هارون [3]. ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلاً، وكذا رواه ابن سعد في الطبقات، وزاد أربعين يوماً.

الدين) على مذهب الشافعي **(أو الإحراز بالدار)** على مذهبنا. وقوله: **(مبالغة في الإنذار)** لأن النبي ﷺ كان إذا قاتل قوماً من المشركين دعا ثم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدّد الدعوة وقد قدمناه. وقوله: **(أغار على بني المصْطَلق)** أي أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم **(وهم غارون)** أي غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام، وقيل اسم قبيلة **(والغارة لا تكون بدعوة)** لأن فيها ستر الأمر والإسراع، لأنها اسم مصدر للإغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس إغارة وغارة: إذا أسرع في العدو.

قال المصنف: **(والمراد بالبذل القبول)** أقول: بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب قال المصنف: **(أثم للنهي)** أقول: يحتمل أن يكون بناء على أن الأمر بالشيء نهي عن ضده فتأمل قال المصنف: **(وعهد إلى أسامة أن يغير على أبنى صباحاً)** أقول: أبنى بالضم والقصر: اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة، وقيل موضع عن بلاد جهينة وهذا أقرب، إذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام إلى بلاد الشام في حياته قال المصنف: **(لأن في الرمي الخ)** أقول: هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح. فإن قيل: تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي. قلنا: ممنوع بل منسوخة في حقهما، وأيضاً هذا إنما يصح إذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين، والمدعى عام ليس له خصوص، واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمي.

---

(١) موقوف واهٍ. أخرجه الشافعي ٢/ ١٠٥ حـ ٣٥١ والدارقطني ٣/ ١٤٨ كلاهما من طريق أبي الجنوب عن علي موقوفاً.
وقال الدارقطني: أبو الجنوب ضعيف الحديث، ووافقه الزيلعي ٣/ ٣٨١
قلت: وقد صحح عن علي في خبر الصحيفة المشهور الذي رواه البخاري وغيره، وفيه: «وأن لا يقبل مسلم بكافر» فالخبر الموقوف هذا لا شيء.
تنبيه: وقع في أثر علي في آخره: «وديته كديتنا» كذا في الأصل والصواب ما أثبته: «ديته كديتنا».
(٢) هو بعض حديث بريدة تقدم قبل خمسة أحاديث.
(٣) حسن. أخرجه الترمذي بإثر حديث ٢٧٦٢ من حديث ثور بن يزيد فذكره، وقال عن عمر بن هارون: هو مقارب الحديث اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٨٢: ورواه أبو داود في مراسيله، وابن سعد كلاهما عن مكحول مرسلاً، ورواه الواقدي في المغازي معلقاً، وأسنده العقيلي في الضعفاء من حديث علي اهـ.
فهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى. وانظر مغازي الواقدي ٣/ ٩٢٧ ذكره مطولاً.

بلغته الدعوة) مبالغة في الإنذار، ولا يجب ذلك لأنه صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون. وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبني صباحاً ثم يحرق» والغارة لا تكون بدعوة. قال: **(فإن أبو ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة «فإن أبوا ذلك فادعهم إلى أعطاء الجزية، إلى أن قال: فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم» ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور. قال: **(ونصبوا عليهم المجانيق)** كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف **(وحرقوهم)** لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة. قال: **(وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم)** لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسرة شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً، **(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر)** لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر

وذكره الواقدي في المغازي، وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي **(وحرقهم لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة)** على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال: «حرق رسول الله ﷺ نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة» [1]: يعني أن البويرة اسم لنخل بني النضير، ولها يقول حسان بن ثابت:

وهـانَ عـلـى سـراة بـنـي لـؤي ... حـريـق بـالـبـويـرة مـسـتـطـير

ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها قوله: **(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر)** بل ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار، فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين، وهو قول الحسن بن زياد، فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة، وعند الشافعي فيه الكفارة قولاً واحداً، وفي الدية قولان. وقال أبو إسحاق: إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلماً أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الإسلام دم مفرج» [2] وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه. وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز؛ ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأساري لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى، ولأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر. وجه الإطلاق أمران الأول أنا أمرنا بقتالهم مطلقاً، ولو اعتبر هذا المعنى انسدّ بابه، لأن حصناً ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلوّ مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه، وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعاً مع العلم

وقوله: **(البويرة)** على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان. وقوله: **(وإن كان فيهم أسير مسلم أو تاجر)** رد لما قاله الحسن بن زياد أنه إذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز؛ ألا يرى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه **(وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام)** أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها، لأن البيضة مجتمع الولد **وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص)** وإذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص **(ولأنه قلما يخلو حصن من حصونهم عن**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٨٨٤ ومسلم ١٧٤٦ وأبو داود ٢٦١٥ والترمذي ٣٣٠٢ وابن ماجه ٢٨٤٤ كلهم من حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ حرّق نخل بني النضير، وهي البُوَيْرة، فأنزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليُخزي الفاسقين)...» هذا لفظ البخاري وغيره.

(٢) غريب. لم أعثر عليه فيما بين يدي من المراجع والمصادر. فليحرر.

خاص، ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم، فلو امتنع باعتباره لا نسد بابه **(وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم)** لما بيناه **(ويقصدون بالرمي الكفار)** لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض. بخلاف حالة

بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع، غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام، بخلاف ما إذا لم يفترض وهو ما إذا فتحت البلدة. قال محمد: إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلماً أو ذمياً لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي، إلا أنه قال: ولو أخرج واحداً من عرض الناس حلّ إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب، ثم إن المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما إذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر. وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير، فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره مانعاً فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهداراً لحرمة الرمي، فإن المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقاً إلى قتل المسلم غالباً. وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به. واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام: أي مجتمعهم، وإن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل، وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب الظن، وإنما يكون الضرر العام مقدماً على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها. فإن قيل: فلم لم يغرم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الإسلام دم مفرج» [1] أي مهدر. أجيب بأنه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى، وهو ما ذكر من

مسلم) أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمي (باعتباره لا نسد بابه) أي باب الجهاد. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ. وقوله: (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) يعني عندنا. وقال الحسن بن زياد؛ وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لأن هذا هو عين صورة قتل الخطإ لأنه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم. والجواب أنه إذا كان عالماً بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحاً محضاً، ولا دية ولا كفارة فيه. ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لأن الفرض مأمور به لا محالة، وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة. فإن قيل: هذا تعليل في معارضة قوله ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج» أي مهدر، والتعليل في مقابلة النص باطل. أجيب بأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه، وفيه نظر لأن القران شرط وهو ممنوع، وأقول: قوله عليه الصلاة والسلام

قال المصنف: (ولأنه قلما يخلو، إلى قوله: لا نسد بابه) أقول: وفيه نظر، فإن ابن زياد إنما لم يجوز الرمي إذا علم أن فيهم مسلماً وعلم أنه يتلف بهذا الصنع، ولا شك في أن العلم بهما لو كان لكان في غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف: (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول: قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ الآية يوجب القود إذا أصابوا منهم عمداً، وقوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية يوجب الكفارة، والدية إذا كانت الإصابة خطأ والتعليل في مقابلتهما ينبغي أن لا يقبل فما الوجه قوله: (والجواب أنه إذا كان الخ) أقول: فيه نظر لأنه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته، ولم يقل أحد بأن عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطأ، فإنهم قالوا الخطأ على نوعين: خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا شك أن ما نحن فيه هذا القبيل، ولو كان كما قال للزم أن من رأى إنساناً وعلمه ثم رمى غرضاً غير قاصد ذلك الإنسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد قوله: (ولنا أن الجهاد فرض، إلى قوله: منهى عنه) أقول: منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة، فإنه ليس عدواناً منهياً عنه مع أنه سبب للغرامات، والجواب بأنه مرخص وهو منهى عنه في الأصل لا يفيد لأن قتل المسلم أيضاً كذلك قوله: (وما نحن فيه ليس بدار الإسلام) أقول: يرد عليه ما لو كانوا بدار الإسلام وتترسوا فإنه لا يخلو إما أن يكون الحكم واحداً أو لا، فإن كان الأول

---

(١) تقدم في الذي قبله.

المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه. أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان. قال: **(ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكراً عظيماً يؤمن عليه)** لأن الغالب السلامة والغالب كالمتحقق **(ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها)** لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة

قوله لأن الفروض لا تقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزّره القاضي أو حدّه أنه لا دية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع عن الإقامة **(بخلاف)** المضطر **(حالة المخمصة لأنه لا يمتنع)** عن الأكل **(مخافة الضمان)** لأن في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخفّ عليه من هلاكها فلا تمتنع **(أما الجهاد فمبني على إتلاف نفسه فيمتنع حذاره)** واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضاً، فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان قوله: **(ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكراً عظيماً يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق، ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة، وتعريض المصاحف على الاستخفاف)** منهم لها. قال المصنف **(وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو)**[١] وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي، من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر. وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا ينقطع عن أيدي الناس، وأما اليوم فلا يكره. أما التأويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث، فإن أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله إلى أرض العدو، قال مالك: أرى ذلك مخافة أن يناله العدو. والحق أنها من قول النبي ﷺ على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ «أنه كان ينهي أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدوّ ويخاف أن يناله العدوّ»[٢] وأخرجه مسلم عن أيوب السختياني عن

«ليس في الإسلام» معناه في دار الإسلام، وما نحن فيه ليس بدار الإسلام وقوله: **(بخلاف حالة المخمصة)** جواب عما قاس عليه الحسن، وقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان. وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وإن كان فيه ضمان **(لما فيه من إحياء نفسه)** وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان **(أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس)** أي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم، فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز، كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء، ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبني على إتلاف النفس مطلقاً لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل، فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسراً في كلتا الحالتين، بخلاف ما إذا لم يضمن. وقوله: **(حذار الضمان)** منصوب على المفعول له. وقوله: **(ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف)** كلامه واضح سوى ما ننبه عليه. السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أقل السرية مائة.

فظاهر، وإن كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل. ويمكن أن يجاب عنه بأنهم إنما يمكنهم التترس إذا كانوا في المدينة ونحوها، أما إذا كانوا في الصحراء، فلا لإمكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك، لكن لا يتأتى هذا فيما إذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الإسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبي حنيفة، ثم يقال الحذف خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه. قوله: **(جواب عما قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرمي لضرورة الخ)** أقول: الظاهر أن هذا الكلام إلزامي، وإلا فالحسن لا يجوز الرمي فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٩٩٠ ومسلم ١٨٦٩ حـ ٩٢ ومالك ٢/ ٤٤٦ وأحمد ٢/ ٧. ٦٣ وأبو داود ٢٦١٠ وابن ماجه ٢٨٧٩ وابن حبان ٤٧١٥ كلهم من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر به.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٦٩ حـ ٩٣ وابن ماجه ٢٨٨٠ كلاهما من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر به.

وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين، وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو». ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمدواة، فأما الشوابّ فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة، ولا يباشرن القتال لأن يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند

نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن يناله العدو»(١) وفي رواية لمسلم «فإني أخاف» فلذا حكم القرطبي والنووي بأنها من قول النبي ﷺ وغلّطا من زعم أنها من قول مالك، وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شكّ في سماعه إياها. وفي فتاوى قاضيخان: قال أبو حنيفة: أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف. وفي المبسوط: السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى. وكأن المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لا يكمنون، وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلاً فكان الأولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه، ويكره إخراجه فيما ليس كذلك. فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة؛ والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم. وينبغي كونه اثنى عشر ألفاً لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال «لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»(٢) وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط، وهذا ظاهر مذهبنا، ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث. قال القرطبي: لا فرق بين الجيش والسرايا عملاً بإطلاق النص، وهو وإن كان نيل العدوّ له في الجيش العظيم نادراً فنسيانه وسقوطه ليس بنادر، وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم، والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه، وذلك أن حمله لا يكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضاً كذلك، ذكره في المحيط معزّوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى، ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشوابّ، ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر (**ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند**

وقال محمد في السير الكبير: أفضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة، ولو بعث بما دونه جاز. وقال الحسن بن زياد من قول نفسه: أقل السرية أربعمائة، وأقل الجيش أربعة آلاف. وقوله: (**وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو»**) رواه ابن عمر، وأما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قال أبو الحسن القمي: النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٦٩ حـ ٩٤ من طريق أيوب به. ورواه مسلم من وجه آخر حـ ٩٤ وكذا رواه عبد الرزاق ٩٤١٠ والطيالسي ١٨٥٥ وأحمد ٢/ ٦ . ١٠ . ٥٥ والحميدي ٦٩٩ والبيهقي ٩/ ١٠٨ والبغوي ١٢٣٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر. وأخرجه كذلك ابن حبان ٤٧١٦ وأحمد ٢/ ١٢٨ وابن أبي داود في المصاحف ص ٢٠٩ من طريق ابن دينار عن نافع عن ابن عمر.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٦١١ والترمذي ١٥٥٥ والدارمي ٢/ ٢١٥ وعبد الرزاق ٩٦٩٩ وابن خزيمة ٢٥٣٨ وابن حبان ٤٧١٧ والحاكم ١/ ٤٤٣ و ٢/ ١٠١ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٣٨ . ٢٣٩ وأبو يعلى ٢٧١٤ وأحمد ١/ ٢٩٩ . ٢٩٤ والبيهقي ٩/ ١٥٦ من طرق عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس مرفوعاً، وصدره: «خير الصحابة أربعة، وخير السرايا أربع مائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»

قال الترمذي: حسن غريب لا يسنده كبير أحد غير جرير بن حازم، وإنما روي عن الزهري مرسلاً.

وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، ولم يخرجاه لخلاف الناقلين فيه عن الزهري. ووافقه الذهبي على كلامه.

وقال البيهقي: تفرد بوصله جرير، وتعقبه ابن التركماني بأن جريراً ثقة، وقد زاد في الإسناد، فيقبل قوله، وقد توبع اهـ

قلت: تابع جرير ابن حازم على وصله عن الزهري يونس وذلك في رواية الدارمي ٢/ ٢١٥ وتابعهما عقيل على الزهري في رواية للدارمي ٢/ ٢١٥ وأحمد ١/ ٢٩٩ وأبو يعلى ٢٧١٤

والطحاوي ١/ ٣٣٩ عن يونس عن عقيل عن الزهري به وأما الذي رواه مرسلاً فإنما هو عبد الرزاق ٩٦٩٩ والطحاوي في رواية ١/ ٣٣٩ من المشكل كلاهما من طريق عقيل عن الزهري مرسلاً.

قلت: وجرير بن حازم أثبت من عقيل، وقد تبع على وصله. فالحديث حسن في أقل مراتبه بل هو صحيح إن شاء الله تعالى.

ضرورة، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر **(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده)** لما بينا **(إلا أن يهجم العدوّ على بلد للضرورة)** وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تغلو ولا تغدروا ولا تمثلوا» والغلول: السرقة من المغنم، والغدر:

الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال «لمقامها خير من مقام فلان وفلان» يعني بعض المنهزمين قوله: **(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا)** من تقدم حق الزوج والمولى **(إلا أن يهجم العدو)** على ما تقدم قوله: **(وينبغي للمسلمين)** أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا، والغلول السرقة من الغنيمة، والغدر الخيانة ونقض العهد قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تغلو الخ»)** تقدم في حديث بريدة، وقوله عليه الصلاة والسلام «ولا تمثلوا» (١) أي المثلة، يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن أنصر مثلاً ومثلة إذا سوّدت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه، ذكره في الفائق. وقول المصنف **(والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول)** وقد اختلف العلماء في ذلك؛ فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال: فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود (٢) . وفي لفظ للبيهقي قال أنس: «ما خطبنا رسول الله ﷺ بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة». وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته: من الناس من أبى ذلك، إلى أن قال: وليس فيها يعني آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة إنما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الآية. وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم «أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات» فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة، والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء، وقد جاء في صحيح مسلم «إنما سمل النبيّ ﷺ أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاء» (٣) ولو أن شخصاً جنى على قوم جنايات في أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة. وقال: ذكر البغوي في سبب نزولها: يعني آية الجزاء سبباً آخر، وإذا اختلفت في سبب نزول الآية الأقوال وتطرق إليها الاحتمال فلا نسخ. وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ، والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لأنها لم تشرع أولاً لأن ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي، ولا شك أن قوله «لا تمثلوا» (٤)، على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخراً عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصاً والمحرم قول فيتقدم المحرم، وكلما تغارض نصان وترجح أحدهما تضمن

المصاحف، وكذا روي عن الطحاوي. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولىّ والزوج. وقوله: **(إلا أن يهجم)** استثناء من قوله لا تقاتل: يعني عند الضرورة يقاتلون لأن الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده. وقوله: **(والمثلة المروية)** يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت وما أشبه ذلك، وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر. روى عمران بن الحصين «أن رسول الله ﷺ ما قام فينا خطيباً بعد ما مثل بالعرنيين

قال المصنف: **(ولا تقاتل المرأة الخ)** أقول: الظاهر أن هذا مستدرك، إذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة بإذن زوجها أو لا. والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه، وهذا من كلام المصنف.

---

(١) تقدم قبل ورقات بل هو الحديث الأول في هذا الباب

(٢) تقدم خبر العرنيين مستوفياً في باب قطع الطريق.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٧١ ح ١٤ وابن حبان ٤٤٧٤ والبيهقي ٨/ ٦٢ كلهم من حديث أنس بهذا اللفظ. وبوب به ابن حبان حيث قال: «إنما سَمَرَ أعينهم لأنهم سمروا أعين الرعاء»

(٤) هذا بعض حديث بريدة رواه الجماعة وقد تقدم في أول الفصل.

الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي هو المنقول **(ولا يقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم)**، ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف. والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى لأن

الحكم بنسخ الآخر، ورواية أنس صريح فيه [(١)] . وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه، لكنه يجب أن يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلاً به: أي مثلة ضمناً لا قصداً، وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حق قتله، فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به، ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر، أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتالاً كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك قوله: **(ولا يقتلوا امرأة ولا صبياً)** أخرج الستة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان» [(٢)]. وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله ﷺ قال «انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله، لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلاً ولا صغيراً ولا امرأة، ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحبّ المحسنين» [(٣)]، وفيه خالد بن الفزر، قال ابن معين: ليس بذاك، وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ «اقتلوا الشيوخ المشركين واستبقوا شرخهم» [(٤)]، فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني، فإن المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقاً بالخاص. نعم يعارض ظاهراً بما أخرج الستة عن الصَّعب بن جَثَّامة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم. فقال عليه الصلاة والسلام: هم منهم» وفي لفظ «هم من آبائهم» [(٥)] فيجب دفعاً للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون، وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم، لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو

إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة» فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة. وقوله: **(ولا شيخاً فانياً)** قال في الذخيرة: هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه بقتاله محارب وبصياحه محرّض على القتال

---

(١) أي بأنه ﷺ سمر أعينهم لأنهم سمروا أعين الرعاء فهو قصاص لا مثلة، وحدث أنس تقدم قبل حديث واحد.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٤ و ٣٠١٥ ومسلم ١٧٤٤ وأبو داود ٢٦٦٨ والترمذي ١٥٦٩ والنسائي في السير كما في تحفة الأشراف ٦/ ١٩٦ والدارمي ٢/ ٢٢٢ وأبو عوانة ٤/ ٩٤ ومالك ٢/ ٦ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨١ والشافعي ٢/ ١٠٣ وأحمد ٢/ ٣٤ . ٧٥ . ٧٦ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢١ . ٢٢٠ وابن حبان ١٣٥ و ٤٧٨٥ والبيهقي ٩/ ٧٧ والطبراني ١٣٤١٦ والبغوي ٢٦٩٤ من طرق كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٦١٤ من حديث أنس وفي إسناده خالد بن الفِزْر مقبول كما في التقريب وبقية رجاله ثقات رجال مسلم وله شواهد، فالحديث حسن، ومن هذا الوجه رواه البيهقي ٩/ ٩٠.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٦٧٠ من حديث. حجاج حدثنا قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً به وله علل ثلاث: ضعف الحجاج بن أرطأة. قال الحافظ في التقريب: صدوق كثير الخطاء والتدليس اهـ.
وقتادة مدلس، وقد عنعنه، وكذا الحسن مختلف في سماعه من سمرة، وهو مدلس، وقد عنعنه.
والشَّرْخُ: الأصل والعِرْقُ وأول الشباب اهـ قاموس. وهذا هو المراد بالحديث والله تعالىٰ أعلم، وسيأتي بعد أحاديث

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٢ ومسلم ١٧٤٥ وأبو داود ٢٦٧٢ والترمذي ١٥٧٠ وابن ماجه ٢٨٣٩ والشافعي ٢/ ١٠٣ والحميدي ٧٨١ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨٨ وأحمد ٤/ ٣٧ . ٣٨ . ٧١ . ٧٢ . ٧٣ وابن الجارود ١٠٤٤ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٢ وابن حبان ١٣٦ و ١٣٧ وأبو عوانة ٤/ ٩٥ . ٩٦ . ٩٧ والطبراني ٧٤٤٧ و ٧٤٤٨ و ٧٤٥٠ و ٧٤٥١ و ٧٤٥٢ و ٧٤٥٣ وعبد الرزاق ٩٣٨٥ من طرق كلهم من حديث الصَّعْب بن جَثَّامة. بفتح الجيم وتشديد الثاء مع الفتح. وكرره ابن حبان ٤٧٨٦ و ٤٧٨٧

المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا، وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري» «وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال: هاه، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟» قال: **(إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة)** لتعدي ضررها إلى العباد، وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعاً لشرّه، ولأن

المسمى في عرفنا بالكبسة(١)، وما الظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيان إجماع. وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي: حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال «كنا مع النبي ﷺ في غزوة، فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلاً فقال: انظر علام اجتمع هؤلاء؟ فجاء رجل فقال: امرأة قتيل، فقال: ما كانت هذه تقاتل، وعلى المقدمة خالد بن الوليد، فبعث رجلاً فقال: قل لخالد لا تقتلن ولا عسيفاً»(٢)، وأخرجه النسائي أيضاً وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع، وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك، وفي لفظه فقال «هاه ما كانت هذه تقاتل» ثم قال: وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريح عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحاً على شرط الشيخين(٣).

وهاه كلمة زجر، والهاء الثانية للسكت. وإذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله «ما كانت هذه تقاتل»(٤) فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له، بخلاف ما ليس إياه، وبمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى، وإلا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف **(والحجة عليه)** أي على الشافعي **(ما بيناه)** يعني من عدم قتل يابس الشق، لكن هذا الإلزام على أحد القولين له، فإنه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الأيدي والأرجل قولان: في قول يجوز قتلهم، وبه قال أحمد في رواية لعموم ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة ٥] وروي عنه عليه الصلاة والسلام «اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم»(٥)، ولأنهم كفار والكفر مبيح للقتل. وفي قول لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ما ذكرناه من

وبالإحبال يكثر المحارب، وقوله: **(لأن المبيح عنده)** أي للقتال هو **(الكفر)** وعندنا هو الحراب. وقوله: **(ما بينا)** إشارة إلى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج. قيل والمراد بالذراري هنا النساء. وقوله: **(هاه)** كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت

---

(١) هذه العبارة تستعملها العامة حتى يومنا، والمراد بها المباغتة.

وذكر ابن حبان أن الحديث منسوخ بحديث ابن عمر في النبي عن قتل الصبيان والنساء.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٦٦٩ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٣/ ١٦٦ وابن ماجه ٢٨٤٢ وسعيد بن منصور ٢٦٢٣ وأحمد ٣/ ٣٨٨ و ٤/ ٣٤٦ و ١٧٨ وابن حبان ٤٧٨٩ والطبراني ٤٦٢١ و ٤٦٢٢ والبيهقي ٩/ ٨٢ وأبو يعلى ١٥٤٦ من طرق كلهم عن المرقَّع بن صيفي عن جده رياح بن الربيع قال... فذكره. وإسناده صحيح رجاله رجال الصحيح غير المرقَّع، فقد روى له أصحاب السنن، وقال الحافظ في التقريب: صدوق. وصححه الحاكم على شرطهما! ووافقهُ الذهبي!. وأخرجه عبد الرزاق ٩٣٨٢ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨٢ وأحمد ٤/ ١٧٨ وابن ماجه ٢٨٤٢ وابن حبان ٤٧٩١ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٢ والطبراني ٣٤٨٩ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٣/ ٨٦ من طريق الثوري عن أبي الزناد عن المرقَّع عن حنظلة الكاتب قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في غزاة...» فذكره بنحوه. وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر المرقَّع من حنظلة الكاتب وسمعه من جده رياح، وهما محفوظان.

الخلاصة: فالحديث جيد الإسناد رجاله كلهم ثقات.

(٣) لكن مع ذلك هو من رواية المرقَّع، ولم يرو له الشيخان، وإن كان ثقة.

(٤) هو بعض المتقدم.

(٥) كذا وقع: واستحيوا شرخهم. وهذا اللفظ عند الترمذي وزاد: والشرخ: الغلمان الذين لم يُنبتوا. هكذا أخرجه برقم ١٥٨٣ من حديث سمرة. وقال: حسن صحيح غريب. ورواه الحجاج عن قتادة نحوه.

قلت: صححه مع أن في إسناده الوليد بن مسلم يدلس التسوية، وقد عنعنه، وشيخه سعيد بن بشير الأزردي ضعيف ضعفه ابن حجر في التقريب، وله علة ثالثة، وهي اختلافهم في سماع الحسن من سمرة. ثم إن المتن منكر لأن الاستحياء إنما يكون للنساء لا للغلماء كما في قوله تعالى ﴿يذبحون أبناءهم ويستحيون نساءهم﴾ والحديث ضعيف بكل حال ضعفه البيهقي، ووافقه الزيلعي في ٣/ ٣٨٦.

القتال مبيح حقيقة **(ولا يقتل مجنوناً)** لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعاً لشرّه، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجنّ ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح **(ويكره أن يبتدىء الرجل أباه من المشركين فيقتله)** لقوله تعالى **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾**

الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني. قال: والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه. وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال: «لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ»[(١)] الخبر انتهى. وأنت تعلم أن قوله تعالى **﴿فاقتلوا المشركين﴾** [التوبة ٥] عام مخصوص بالذمّي والنساء والصبيان، فجاز تخصيص الشيخ الفاني، ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت، بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع إليه. وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطأة[(٢)]، ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم. وأما قول المصنف **(صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري)** فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب. قال في العرنيين [(٣)]. وفي الحديث «لا تقتلوا ذرية ولا عسيفاً»[(٤)] أي امرأة ولا أجيراً، ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين، ذكره في الذخيرة. وذكر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله إذا ارتد، والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرّف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا إذا ارتد. قال: وأما الزمني فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضاً إذا ارتدوا اهـ. ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف، ونقتل أقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين وإن لم يقاتل قوله: **(إلا أن يكون أحد هؤلاء)** استثناء من حكم عدم القتل، ولا خلاف في هذا لأحد، وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاماً أو أكثر وقد عمي لما جيء به في جيش هوزان للرأي[(٥)]. وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة **(إلا أن الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما)** أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فإنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل، وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك، لأن في قتل الملك كسر شوكتهم. وفي السير الكبير: لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس، فإن خالطوا قتلوا كالقسيسين، والذي يجنّ ويفيق يقتل في حال إفاقته وإن لم يقاتل قوله: **(ويكره أن يبتدىء الرجل أباه من المشركين)** أو جدّه أو أمه إذا قاتلت أو جدّته **(بالقتل لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** [لقمان ١٥] نزلت في الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى **﴿وإن**

قوله: **(إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب)** لما صح «أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين

قال المصنف: **(لقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾)** أقول: قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الإنفاق على الأبوين الحربيين وإن كانا مستأمنين، وصرح الشراح أن قوله تعالى **﴿وصاحبهما﴾** الآية مخصوص بأهل الذمة دفعاً للتعارض فتأمل في

---

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث وهو من حديث أشهر وذكره المصنف بمعناه.
(٢) تقدم قبل أحاديث، وأنه واهٍ.
(٣) كذا وقع في الأصل. ولم يتبين لي ما وجه ذكر العرنيين ههنا فليحرر، ولعل هناك سقطاً، أو أن المصنف لم يتم الكلام.
(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث، وهو حديث الوصية لخالد.
(٥) أنظر خبر معركة حنين ثم حصار الطائف في سيرة ابن هشام ٤/٥٨ ومغازي الواقدي ٣/٨٨٦ وخبر مقتل دريد بن الصمة، وكان شيخاً كبيراً إلا أنه شديد البطش، وصاحب رأي ومكيدة. وقد سمى ابن إسحق من قتل ابن الصُمّة بأنه ربيعة بن رفيع بن أهبان. قال ابن هشام عقبه: ويقال: عبد الله بن قنيع بن أهبان.

ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه **(فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره)** لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع؛ ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى، والله تعالى أعلم بالصواب.

جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم﴾ [لقمان ١٥] الآية **(ولأنه يجب عليه الإنفاق لإحيائه فيناقضه الإطلاق في إفنائه، فإن أدركه)** أي أدرك الأب الابن ليقتله والابن قادر على قتله **(امتنع)** الابن **(على الأب)** بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه إلى مكان، ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لأنه يصير حرباً علينا بل يلجئه إلى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب إلى أن يجيء من يقتله، فأما إن لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه إلا بالقتل فليقتله، لأنه لو كان مسلماً أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقاً لدفع شرّه فهنا أولى، ولو كان في سفر وعطشاً ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت، وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسبّ النبيّ ﷺ وشَرَّفَ وكَرَّمَ[1]، فلم ينكر النبيّ ﷺ ذلك. ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك، وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم، ولا مناقضة لأن نفقة ذوي الأرحام عندنا لا تجب إلا للمسلمين منهم، بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالأب، وأما في الرجم إذا كان الابن أحد الشهود فيبتدىء بالرجم ولا يقصد قتله بأن يرميه مثلاً بحصاة، والله المُوفق.

سنة» وفي رواية «ابن مائة وستين سنة» لأنه كان صاحب رأي قوله: **(فهو في حال إفاقته كالصحيح)** يعني يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل، لكنه إنما يقتل في حال إفاقته لأنه ممن يقاتل ويخاطب قوله: **(امتنع عليه)** أي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن مقصوده الدفع. والله أعلم.

جوابه قال المصنف: **(ولأنه يجب عليه إحياؤه)** أقول: ولا يرد النقض بالابن فإنه ليس كالأب، وإن شئت مزيد التفصيل فارجع إلى غاية البيان في كتاب المفقود ومر في النفقة أيضاً.

---

(١) هكذا ذكر المصنف. وقد جاء في الإصابة ٢/٢٥٢. ٢٥٣ في ترجمة أبي عبيدة وهو عامر بن عبد الله بن الجراح ما ملخصه: زعم الواقدي أن والد أبي عبيدة مات قبل الإسلام وأما الطبراني فقد أخرج بسند جيد عن عبد الله بن شوذب.

قال: «جعل والد أبي عبيدة يتصدىٰ لأبي عبيدة يوم بدر، فيحيد عنه، فلما أكثر قصده، فقتله وفيه نزلت **﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادُّون منْ حادَّ الله ورسوله﴾** الآية» وأخرج أحمد بسنده عن أنس قوله: «إن أبا عبيدة قتل أباه يوم بدر. ونزلت فيه الآية: لا تجد قوماً... الآية» اهـ.

قلت: وإسناد أحمد قوي شيخه عفان ثقة وشيخ شيخه حماد ثقة أيضاً، وثابت الراوي عن أنس هو البُنَاني أثبت الناس في أنس، فالخبر قوي لكن ليس فيه ذكر سبه للنبي ﷺ.

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾ ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين، ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها، بخلاف ما إذا لم يكن خيراً لأنه ترك الجهاد صورة

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

الموادعة المسالمة، وهو جهاد معنى لا صورة، فأخره عن الجهاد صورة ومعنى، وما قيل لأنه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه أصلاً ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره وإلا كان تكليفاً بالمحال قوله: (وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾ [الأنفال ٦١] والآية وإن كانت مطلقة لكن إجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى ﴿ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾ [محمد ٣٥] فأما إذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالإجماع. وفي السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها، ومنه قوله تعالى ﴿وألقوا إليكم السلم﴾ [النساء ٩٠] ومقتضى الأصول أنها إما منسوخة إن كانت الثانية بعدها: أي نسخ الإطلاق وتقييده بحالة المصلحة، أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة إن لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع. أعني آية ﴿ولا تهنوا﴾ [محمد ٣٥] كما هو القاعدة في تقديم المحرّم. وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازي أنها سنتان، كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه، وليس بلازم لأن الحاصل أن أهل النقل مختلفون في ذلك، فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلاً، ثم قال البيهقي: وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين إلى أن نقض المشركون عهدهم وخرج

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

والموادعة المصالحة، وسميت بها لأنها متاركة وهي من الودع وهو الترك، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة قوله: (وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بأن قوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم﴾ ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفاً للمدعي. وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ﴿ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾ وبدليل الآيات الموجبة للقتال والإلزام التناقض لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله ﷺ أهل مكة على ما ذكر في الكتاب

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

قوله: (وأجيب بأن هذه الآية الشريفة إلى قوله ﴿وأنتم الأعلون﴾) أقول: فيه بحث لأن المنهى عنه في هذه الآية هو البداية بالدعوة إلى السلم من جانب المسلمين، والمأمور به في الآية السابقة هو الميل إليها إذا مالوا لها أولاً فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة، ولعل النهي عنه إنما هو لأن فيه إلحاقاً للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ﴿ولا تهنوا﴾ نعم يمكن أن يقال إن في هذه الآية دلالة على أنه لا تجوز الدعوة إلى السلم إذا كان بهم ضعف، فإن النهي يقتضي المشروعية كما بين في علم الأصول قوله: (وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول: الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به في النهاية، وأيضاً آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة في شأن بني قريظة وهذه نزلت في سورة التوبة، منها قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ الآية، فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها؟

ومعنى (**وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم**) لأنه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، ولا بد من

النبي ﷺ إليهم لفتح مكة، وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن إسحاق وهي عشر سنين اهـ. وما ذكره عن ابن إسحاق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه. ورواه أبو داود من حديث محمد بن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس، وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال[1]. ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطوّلاً بقصة الفتح: حدثنا يزيد بن هارون، أنبأنا ابن إسحاق فساقه إلى أن قال: على وضع الحرب عشر سنين، يأمن فيها الناس ويكفّ بعضهم عن بعض. وكذا رواه الواقدي في المغازي: حدثني ابن أبي سبرة عن إسحاق بن عبد الله بن أبي بردة عن واقد بن عمرو، فذكر قصة الحديبية إلى أن قال: على وضع الحرب عشر سنين[2] الخ. والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله ﷺ. واختلفوا في مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهراً بأن مراد من قال سنتين أن بقاءه سنتان، ومن قال عشراً قال إنه عقده عشراً كما رواه كذلك فإنه لا تنافي بينهما حينئذ، والله سبحانه أعلم قوله: (**ولا يقتصر الحكم**) وهو جواز الموادعة (**على المدة المذكورة**) وهي عشر سنين (**لتعدي المعنى**) الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر (**بخلاف ما إذا لم تكن**) الموادعة أو المدة المسماة (**خيراً**) للمسلمين فإنه لا يجوز (**لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى**) وما أبيح إلا باعتبار أنه جهاد، وذلك إنما يتحقق إذا كان خيراً للمسلمين وإلا فهو للمأمور به، وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين، وإن كان الإمام غير مستظهر وهو قول الشافعي، ولقد كان صلح الحديبية مصالح عظيمة. فإن الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الإسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم قوله: (**وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم**) أي ألقى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع، قال تعالى ﴿**وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء**﴾ [الأنفال ٥٨] أي على سواء منكم ومنهم في

(**ولا يقتصر الحكم على المدة المروية**) وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص. قوله: (**لتعدي المعنى**) وهو دفع الشر. وقوله: (**بخلاف ما إذا لم يكن خيراً**) حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم عملاً بقوله تعالى ﴿**ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم**﴾ ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى، أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال، وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً. وقوله نبذ إليهم نبذ الشيء من يده: طرحه ورمى به نبذاً ونبذ العهد نقضه، وهو من ذلك لأنه

قوله: (**وقوله بخلاف ما إذا لم يكن خيراً، إلى قوله ﴿ولا تهنوا﴾ الآية**) فيه بحث، والظاهر أن يقال إن هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة إذا طلبوها منا فكيف يستدل بها قوله: (**ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ**) أقول: فيه بحث.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٦٦ والبيهقي ٩/ ٢٢١ وأحمد ٤/ ٣٢٣. ٣٢٤. ٣٢٥ كلهم من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم. واللفظ لأبي داود وزاد البيهقي فيه قليلاً. وأما أحمد فرواه مطولاً.
وهو من طريق ابن إسحق عن الزهري، وابن إسحق فيه كلام لا يضر لا سيما وهو إمام المغازي، وقد صرح بالتحديث في رواية البيهقي، فحديثه حسن إن شاء الله تعالى والخبر في سيرة ابن هشام ٣/ ٢٢٩ باب شروط الصلح.

(٢) هو في مغازي الواقدي ٢/ ٦١١ والواقدي واه، وفي رجال إسناده من هو متكلم فيه لكن يقوي حديث ابن إسحق المتقدم.
وانظر سيرة ابن هشام ٣/ ٢٢٨. ٢٣١ والواقدي في المغازي ٢/ ٦١٠. ٦١٣ والبيهقي ٩/ ٢٢١. ٢٢٢ ونصب الراية ٣/ ٣٨٨. ٣٨٩ باب الموادعة.
وما ذكره المصنف من كون الهدنة عشر سنين لكن استمرت فقط سنتان، فهو متّجه وحسن.

النبذ تحرزاً عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام «في العهود وفاء لا غدر» ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم، ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر. قال: **(وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم)** لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد، ولو

العلم بذلك، لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة، وهو مثل **﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾** [النور ٣٣] في الكتابة، ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حرباً علينا. والإجماع على أنه لا يتقيد بخطور الخوف لأن المهادنة في الأول ما صحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع **(ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر)** وهو محرم بالعمومات نحو ما صح في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «أربع خلال من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً: من إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[1] وروى أبو داود والترمذي وصححه: كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر وفاء لا غدر، فنظروا فإذا هو عمرو بن عبسة، فأرسل إليه معاوية فسأله فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء» فرجع معاوية بالناس[2]، ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم. وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام «وفاء لا غدر»[3] فلم يعرف في كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا. وأما استدلاله بأنه ﷺ نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق أن يجعل دليلاً فيما يأتي من قوله: **(وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه)** وكذا إذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقونهم ومن معهم من الذراري، إلا أن يكون بإذن ملكهم فيكون نقضاً في حق الكل، ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضاً لا في حقهم ولا في حق غيرهم. وإنما قلنا هذا لأنه عليه

طرح له. وقوله: **(نبذ إليهم)** أي بعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد. وقوله ﷺ: **(«في لعهود وفاء لا غدر»)** أي هي وفاء. قوله: **(ولا بد من اعتبار مدة الخ)** قال الله تعالى **﴿وإما تخافنّ من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾** أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك، فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن

قوله: **(وهو من ذلك الخ)** أقول: أي النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٧٨ وابن حبان ٢٢٥ وابن منده ٥٢٥ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا اللفظ وزاد البخاري وابن حبان: ومن كانت فيه خَصْلةٌ منهنّ كانت فيه خصلة من النفاق حتىٰ يدعها. هذا اللفظ للبخاري، وأما ابن حبان فلم يذكر: حتىٰ يدعها. وأخرجه البخاري ٣٤ و ٢٤٥٩ ومسلم ٥٨ في الإيمان والترمذي ٢٦٣٢ والنسائي ٨/ ١١٦ وأبو عوانة ١/ ٢٠ وابن حبان ٢٥٤ وابن منده ٥٢٢ و ٥٢٣ و ٥٢٤ والبغوي ٣٧ والبيهقي ٩/ ٢٣٠ و ١٠/ ٧٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٩٣ . ٥٩٤ وأبو داود ٤٦٨٨ وأحمد ٢/ ١٨٩ . ١٩٨ كلهم من طريق مسروق عن عبد الله بن عمرو بن العاص مع تغير يسير فيه وأخرجه ابن حبان ٢٥٦ من حديث جابر بإسناد علىٰ شرط مسلم إلا أنه لم يسق المتن.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٥٩ والترمذي ١٥٨٠ والنسائي في السير كما في التحفة ٨/ ١٦٠ وابن حبان ٤٨٧١ والطيالسي ١١٥٥ وأحمد ٤/ ١١١ . ١١٣ . ٣٨٥ . ٣٨٦ والبيهقي ٩/ ٢٣١ كلهم من طريق موسىٰ بن أيوب الحمصي عن سُلَيْم بن عامر قال. . . فذكره

وقال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال رجاله ثقات موسىٰ بن أيوب ثقة كما في التقريب. وشيخه ابن عامر ثقة من رجال مسلم كما في التقريب، وبقية رجاله ثقات. معروفون.

تنبيه: فتبين من ذكر المصنف له تبعاً للزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٠ . ٣٩١ أن لفظ: «وفاء لا غدر» إنما هو من كلام عمرو بن عبسة، وهو صحابي جليل، فهذا موقوف عليه.

(٣) موقوف. ذكره صاحب الهداية على أنه مرفوع وتعقبه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٠ بكونه موقوفاً في أثناء الحديث المرفوع المتقدم، ووافقه ابن الهمام.

كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى ولو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى. **(وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالاً فلا بأس به)** لأن لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال. لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية. هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية، أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم

الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم، هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي، ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا: «كان في صلح رسول الله ﷺ أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله ﷺ وعهده دخل، فدخلت خزاعة في عقد رسول الله ﷺ، ودخلت بنو بكر في عقد قريش، فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً، ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله ﷺ ليلاً بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة، وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد، فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم، وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله ﷺ عند ذلك يخبره الخبر، فلما قدم عليه أنشده:

اللهمّ[1] إني ناشد محمدا ... حلف أبينا وأبيه الأتلدا
إن قريشاً أخلفوك الموعدا ... ونقضوا ميثاقك المؤكدا
هم بيتونا بالوتير هجدا ... فقتلونا ركعاً وسجدا
فانصر رسول الله نصرا عتدا

فقال رسول الله ﷺ: نصرت يا عمرو بن سالم، ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى في بلادهم». وذكر موسى بن عقبة نحو هذا «وأن أبا بكر قال له: يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة، قال: ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب؟» ورواه الطبراني من حديث ميمونة، ورواه ابن أبي شيبة مرسلاً عن عروة، ورواه مرسلا جماعة كثيرين في كتاب المغازي، وفيه «فقال أبو بكر: يا رسول الله أو لم يكن بيننا وبينهم مدة؟ فقال: إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غاربهم»[2] ثم في النبذ لا يكفي مجرد إعلامهم، بل لا بد من مضيّ مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته، ولا يجوز أن يغير على شيء من بلادهم قبل مضيّ تلك المدة قوله: **(وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ)** المسلمون **(على ذلك مالاً جاز لأنه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعاً أولى، إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم تكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل)** يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى. قال شارح: ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر: يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية

الغدر. وقوله: **(لما بينا من قبل)** يعني قوله إنه ترك الجهاد صورة ومعنى. وقوله: **(إذا لم ينزلوا بساحهم)** أي إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب. وقوله: **(لأنه مأخوذ بالقهر معنى)** يعني فيكون كالمأخوذ قهراً صورة ومعنى، وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال. وقوله: **(لما فيه من إعطاء الدنية)** أي النقيصة. وقوله: **(إلا إذا خاف الهلاك)** يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين، فحينئذ لا بأس بدفع المال. لما روي «أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله

---

(١) وقع في الأصل: لا هُمّ. وفي الزيلعي ٣/ ٣٩٠: اللهم. وفي ابن هشام ٤/ ٧: يا رب

(٢) انظر سيرة ابن هشام ٤/ ٣. ٩ فقد ذكر هذا الخبر مطولاً. حدثني الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة ومروان وغيرهم من علمائنا... فذكره وهذا إسناده جيد فابن إسحق صرح بالتحديث، وبقية رجاله ثقات. وابن رواه بعضهم عن عروة مرسلاً، فإن الحكم لمن وصله، وعروة ثقة لا يبعد أن يكون حدث به تارة عمن سمعه منه، وتارة من دون واسطة. وانظر سنن البيهقي ٩/ ٢٣٣، ٢٣٤ حيث رواه مختصراً من طريق ابن إسحق.

لأنه مأخوذ بالقهر معنى (**وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم**) لأن الإسلام مرجوّ منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم (**ولا يأخذ عليه مالاً**) لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين (**ولو أخذه لم يرده**) لأنه مال غير معصوم. ولو حاصر العدوّ المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله لما فيه من إعطاء الدنية

القتال، وهذا يقتضي أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيراً غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد، وفي أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الأجرة على الترك وباعتباره، ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول، أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهراً معنى. وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم، ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب وإلا فلا، لأن فيه تقرير المرتد على الردّة وذلك لا يجوز، ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا، قال: يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون عى دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف، فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية. وقوله: (لما نبين) يعني في باب الجزية (و) مع هذا (**لو أخذه لا يرده**) عليهم لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئاً إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم قوله: (**ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية**) أي النقيصة، ومن ذلك قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفاً عن الصلح: أليس برسول الله ﷺ؟ قال أبو بكر: بلى، قال: أولسنا بالمسلمين؟ قال: بلى، قال: أوليسوا بالمشركين؟ قال: بلى، قال: فعلام نعطي الدنية في ديننا؟ فقال له أبو بكر: الزم غرزه، فإني أشهد أنه رسول الله، فقال عمر: وأنا أشهد أنه رسول الله ﷺ(١).

تعالى **﴿هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالاً شديداً﴾** بعث رسول الله ﷺ إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة، فأبى إلا النصف، فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله ﷺ قام سيدا الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا: يا رسول الله إن كان وحي فامض لما أمرت له، وإن كان رأياً رأيته فقد كنا نحن وهم في

قال المصنف: (**ولا يأخذ عليه مالاً لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين**) أقول: هذا إنما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الإحصار ولا دلالة فيه على عدمه فتأمل. قال في الكافي: ولا يأخذ منهم على ذلك مالاً، لأن أخذ المال تقرير لهم على ذلك اهـ. وفيه بحث، فإن الموادعة تكون بزمان معين، فلو أخذ منهم على ذلك مالاً مقدراً إلى ذلك الزمان كيف يكون تقريراً لهم عليه؟

---

(١) أورده ابن هشام في السيرة ٣/ ٢٢٩ باب موقف عمر من الهدنة فذكره بأتم منه.
وقوله: إلزم غرزه: أي أمره.
وحديث صلح الحديبية مشهور أخرجه البخاري ٢٧٣١ و ٢٧٣٢ و ٢٧١١ و ٢٧١٢ و ١٦٩٤ و ١٦٩٥ و ٤١٧٨ و ٤١٧٩ و ٤١٨٠ و ٤١٨١ وأبو داود ٢٧٦٥ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٨/ ٣٧٢ وعبد الرزاق ٩٧٢٠ وأحمد ٤/ ٣٢٣. ٣٢٦. ٣٢٨. ٣٣١. ٣٣٢ وابن حبان ٤٨٧٢ والبغوي ٢٧١٥ و ٢٧٤٨ والطبري ٢٨/ ٧١. ٩٧ و ١٠/ ١٠٩ والبيهقي ٥/ ٢١٥ و ٧/ ١٧١ و ٩/ ١٤٤ و ٢١٨ و ١٠/ ١٠٩ والطبراني في الكبير ٢٠/ (١٣) (١٤) (١٥) (٨٤٢) كلهم من حديث المِسْور بن مخرمة ومروان بن الحكم رووه مطولاً ومختصراً.
وطوّله البخاري وفيه: «قال: فقال عمر: فأتيت رسول الله ﷺ، فقلت: ألست نبيّ الله حقاً؟ قال: بلىٰ. قلت: ألسنا علىٰ الحق، وعدوّنا علىٰ الباطل؟ قال: بلىٰ. قلت: فلم نعطي الدنية في ديننا إذاً؟ قال: إني رسول الله، ولستُ أعصيه، وهو ناصري...» وفيه «فأتيت أبا بكر، فقلت: يا أبا بكر أليس هذا نبي الله حقاً؟ قال: بلىٰ. قلت: ألسنا علىٰ الحق، وعدونا علىٰ الباطل؟ قال: بلىٰ قلت: فلم نعطي الدنية في ديننا إذاً؟ قال: أيها الرجل إنه لرسول الله، وليس يعصي ربه، وهو ناصره، فاستمسك بغرزه فوالله إنه علىٰ الحق...» الحديث.
وغرزه: أمره.

والحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك، لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن (ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم، ولأن فيه تقويتهم

ذكره ابن إسحاق في السير. وفي الحديث «ليس للمؤمن أن يذل نفسه»[١] فالعزة خاصية الإيمان قال الله تعالى ﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾ [المنافقون ٨] (إلا إذا خاف) الإمام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا بأس «لأن النبي ﷺ لما اشتدّ على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل إلى عيينة بن حصن الفزاري والحرب بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان وأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما. فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح، فلما أراد رسول الله ﷺ أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه، فقالا له: يا رسول الله أمراً تحبه فتصنعه أم شيئاً أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئاً تصنعه لنا؟ قال: بل شيء أصنعه لكم، والله ما أصنع ذلك إلا لأني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر مَّا، فقال له سعد بن معاذ: يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا تمرة إلا قرى أو بيعاً، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزّنا بك وبه نعطيهم أموالنا؟ ما لنا بهذا من حاجة، والله ما نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم، فقال رسول الله ﷺ: فأنت وذاك، فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة، ثم قال: ليجهدوا علينا»[٢]. قال محمد بن إسحاق: حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري. وعلل المصنف هذا بقوله: (لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهو تساهل فإنه يجب دفع الهلاك بإجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره؛ ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلماً منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاءنا

الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون في ثمار المدينة إلا بشراء أو قرى، فإذا أعزّنا الله بالدين وبعث إلينا رسوله نعطيهم الدنية، لا نعطيهم إلا السيف، فقال عليه الصلاة والسلام: إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم

---

(١) حسن غريب. أخرجه الترمذي ٢٢٥٤ وابن ماجه ٤٠١٦ كلاهما من طريق جندب عن حذيفة مرفوعاً: «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه. قالوا: وكيف يذلُّ نفسه؟ قال: يتعرض من البلاء لما لا يُطيق»

قال الترمذي: حسن غريب.

قلت: في إسناده علي بن زيد بن جدعان ضعيف مع أنه من رجال مسلم كما في االتقريب.

وله شاهد أخرجه البزار والطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٧/ ٢٧٤ كلاهما من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: إسناد الطبراني في الكبير جيد ورجاله رجال الصحيح غير زكريا بن يحيىٰ الضرير ذكره الخطيب روىٰ عن جماعة وعنه جماعة، ولم يتكلم فيه أحد، ورواه الطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٧/ ٢٧٤ كلاهما من حديث ابن عمر

وقال الهيثمي: إسناد الطبراني في الكبير جيد ورجاله رجال الصحيح غير زكريا بن يحيىٰ الضرير ذكره الخطيب روىٰ عن جماعة وعنه جماعة، ولم يتكلم فيه أحد، ورواه الطبراني في الأوسط من حديث علي، وفيه: الخضر عن الجارود، ولم ينسبا، ولم أعرفهما، وبقية رجاله ثقات.

وأخرج أبو يعلىٰ ١٤١١ من حديث الحسن عن أبي سعيد في خبر طويل وفيه: قال المعلّىٰ بن زياد ثم حدث الحسن بحديث آخر عن رسول الله ﷺ «ليس للمؤمن...» فذكره.

قال الهيثمي في المجمع ٧/ ٢٧٤: رجال أبي يعلىٰ رجال الصحيح اهـ. وذكره ابن حجر في المطالب العالية ٤٥٤٧ ونسبه لأبي يعلىٰ. قلت: هذا بالنسبة للحديث الطويل أما بالنسبة لما نحن في صدده فلم يذكر المعلّىٰ أن الحسن رواه عن أبي سعيد، ومع ذلك فالحديث فيه غرابة في المتن إذ يجوز للمسلم في باب الجهاد، أو الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر أن يتعرض للبلاء، وذلك في سبيل الله إعلاء لكلمة لا إله إلا الله. فالحديث إسناده بمجموع طرق حسن، وأما المتن، فغريب

تنبيه: وأما لفظ: «فالعزة خاصية الإيمان» فهو ليس من الحديث وقد ظنه محقق فتح القدير أنه من المتن، فجعله مع الحديث بين قوسين صغيرين اهـ فتنبه.

(٢) ضعيف. ذكره ابن هشام في السيرة٣/ ١٤٩ . ١٥٠ باب محاولة الصلح مع غطفان. والخبر ضعيف الإسناد، وهو مرسل لأن الزهري تابعي.

على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا. وكذلك الحديد لأن أصل السلاح، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حرباً علينا، وهذا هو القياس في الطعام والثوب، إلا أنا عرفناه بالنص «فإنه عليه

منهم مسلماً وهو قول مالك. وقال الشافعي: يجب الوفاء به في الرجال دون النساء «لأنه ﷺ فعل ذلك في الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد أسلم فردّه، فصار ينادي يا معشر المسلمين أأردّ إلى المشركين يفتنوني عن ديني؟ فقال له عليه الصلاة والسلام: اصبر أبا جندل واحتسب فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً، وكذا ردّ أبا بصير»[1] وأما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهنّ ولا شك في انفساخ نكاحها، فلو طلب زوجها الحربيّ المهر هل يعطاه؟ للشافعي فيه قولان: في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد، وفي قول يعطاه، قال تعالى ﴿فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ [الممتحنة ١٠] وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال أيضاً، إذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك، بل مفسدة ردّ المسلم إليهم أكثر، وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه، فإن كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى إنما يتولى ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسبّ والإهانة، ولقد كان بمكة بعد هجرة النبيّ ﷺ جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل إلى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والأمر الآن على خلاف ذلك قوله: (ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب) إذا حضروا مستأمنين (ولا يجهز إليهم) مع التجار إلى دار الحرب (لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم)[2] والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة»[3]. قال البيهقي: الصواب أنه موقوف. وأخرجه ابن عدى في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني، وقد اختلف فيه، ضعفه ابن معين، وقال ابن عدى: وهو عندي لا بأس به، ونقل عن أحمد نحو ذلك. قال المصنف (ولأن فيه) أي في نقل السلاح وتجهيزه إليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أي الخيل، ولا فرق في ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها (لأنها على شرف الانقضاء أو النقض) قال: (وهو القياس في الطعام) أي القياس فيه أن يمنع من حمله إلى دار الحرب لأنه به يحصل التقوّي على كل شيء والمقصود إضعافهم (إلا أنا عرفناه) أي نقل الطعام إليهم (بالنص) يعني حديث ثمامة، وحديث إسلامه رواه البيهقي من

عنكم، فإن أبيتم ذلك فأنتم وذاك، اذهبوا فلا نعطيكم إلا السيف» فقد مال رسول الله ﷺ إلى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين، فحين رأى القوّة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك قوله: (بأيّ طريق يمكن) قيل في هذا التعميم شبهة،

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً قبل حديثين فقط. وهو صواب قد رد النبي ﷺ أبا بصير وأبا جندل إلا أن أبا بصير قتل أحد الرجلين الذين أخذاه إلى مكة، وفرّ الآخر فانفلت أبو بصير. وأما أبو جندل فانفلت أيضاً من قريش ولحق بأبي بصير، وصار كل من يؤمن يلحق بهما، وصاروا يقطعون قوافل قريش. وهذا الخبر في البخاري ٢٧٣١ و ٢٧٣٢ مطولاً وهذا بعضه، وتقدم تخريجه كما ذكرت آنفاً.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٣/ ٣٩١، ووافقه ابن حجر في الدراية فقال: لم أجده اهـ الدراية ٢/ ١١٧ ثم قالا: رواه البزار، والبيهقي، والطبراني كلهم عن أبي رجاء عن عمران بن حصين: «أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع السلاح في الفتنة».

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩١: قال البيهقي: رفعه وهم، والصواب وقفه. وقال البزار: فيه عبد الله بن اللقيط ليس بالمعروف. وفيه بحر ابن كنيز لم يكن بالقوي وقد رواه غيره عن أبي رجاء عن عمران موقوفاً اهـ البزار وتابعه محمد بن مصعب القرقساني عن أبي رجاء عن عمران مرفوعاً بنحوه رواه ابن عدي في الكامل والعقيلي.

وقال العقيلي: القرقساني قال عند يحيىٰ: ليس بشيء. ولينه ابن عدي اهـ الزيلعي باختصار. وضعف ابن حجر هذا الحديث في الحبير ٣/ ١٨ فالحديث ورد مرفوعاً بإسناد ضعيف، وموقوفاً لكن يستأنس بالموقوف في هذا المقام انظر البيهقي ٥/ ٣٢٧ والمجمع ٤/ ٨٧/ ١٠٨ والمراد بالفتنة: إن كانت بين المسلمين المؤمنين أما إن كانت بين المسلمين، وبين أعداء الله، فيجوز بل هو من أقرب القربات، وأعداء الله لا يشترط كونهم كفرة ملاحدة فقد يكونوا قد حسبوا أنفسهم علىٰ المسلمين، وانتسبوا لهم انتساباً، ولكن في الحقيقة يحاربون الله ورسوله، ويسعون في الأرض فساداً.

(٣) تقدم في الذي قبله. وهو في الكامل لابن عدي ٦/ ٢٦٦.

الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه».

طريق محمد بن إسحاق عن سعيد المقبرى عن أبي هريرة، فذكر قصة إسلام ثمامة، وفي آخره قوله لأهل مكة حين قالوا له أصبوت؟ فقال: إني والله ما صبوت ولكني أسلمت وصدّقت محمداً وآمنت به، وايم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد ﷺ، وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش، فكتبوا إلى رسول الله ﷺ يسألونه بأرحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم الطعام، ففعل رسول الله ﷺ. وذكره ابن هشام في آخر السيرة، وذكر أنهم قالوا له صبأت؟ فقال لا، ولكني اتبعت خير الدين دين محمد، والله لا تصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ، إلى أن قال: فكتبوا إلى رسول الله ﷺ: إنك تأمر بصلة الرحم وإنك قد قطعت أرحامنا، فكتب عليه الصلاة والسلام إليه أن يخلي بينهم وبين الحمل[1] وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لأنه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية، فإن الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح. وذهب فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير إلى أنه لا يكره حيث قال: وهذا في السلاح، وأما فيما لا يقاتل به إلا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأساً و لا ببيع الخشب وما أشبه ذلك. وقال الفقيه أبو الليث في شرحه: وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمراً لأن العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمراً، وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال، ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة، قيل بإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره.

[فروع من المبسوط] طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الإسلام لا يجاب إلى ذلك، لأن التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام، ولأن الذمي من يلتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فشرط خلافه باطل، ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعوه إن شاء لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام في الأحرار، ولو أسلم كانوا عبيده، فكذا إذا صار ذمياً، وهذا لأنه كان مالكاً لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فإن ظفر عليهم عدوّ فاستنقذهم المسلمون فإنهم يردونهم على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة، وهذا لأن على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين، وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونه هم عبيده. ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيئاً معلوماً وعلى أن لا يجري عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك، إلا أن يكون خيراً للمسلمين لأنهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب، وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز إلا أن يكون خيراً للمسلمين،

وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا، فإن دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيداً. وأجيب عنها بأن معنى الكلام بأي طريق يمكن سوى الأمور التي رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها. وأقول: الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضاً. وقوله: (ولا يجهز إليهم) أي لا يبعث

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في دلائل النبوة كما في نصب الراية ٣/ ٣٩١. ٣٩٢ من طريق ابن إسحق حدثني المقبري عن أبي هريرة، فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين وزاد هذه الزيادة التي أوردها المصنف، وأسنده الواقدي في كتاب الردة عن أبي بكر بن أبي حثمة. فذكره مطولاً.
قلت: وخبر إسلام ثمامة في البخاري ٤٣٧٢ ومسلم ١٧٦٥ كلاهما من حديث أبي هريرة مطولاً وآخره: «والله لا يأتيكم من اليمامة حبة حنطة حتىٰ يأذن بها رسول الله ﷺ» اهـ.
وليس في الصحيحين زيادة: «فأمره النبي ﷺ أن يخليّ بينهم، وبين الحمل» فالخبر ضعيف في ذكر أمره ﷺ لثمامة بأن يسمح بإرسال الميرة لقريش. فالواقدي واهٍ متروك وابن إسحق متكلم فيه.

. . . .

ثم إن فعل ذلك إن كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدّم حكم هذا المال. ولو صالحوهم على أن يؤدوا إليهم في كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح، لأن هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز؛ ألا ترى أن واحداً منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لأن حريتهم تأكدت، بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإنه جائز لأن المعينين في السنة الأولى لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الأمان لهم، فإذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم إياهم عوضاً للمسلمين صاروا مماليك المسلمين بالموادعة، والمشروط في السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز. ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لأن مال المستأمن لا يملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه. ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين، ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم ينقادوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم، ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين.

التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع، والمراد به ها هنا السلاح والكراع والحديد. وقوله: (لما بينا) يعني قوله ولأن فيه تفويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله: أي أتاهم بالطعام.

فصل

(إذا أمن رجل حرّ أو امرأة حرة كافر أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تتكافأ دمائهم ويسعى بذمتهم أدناهم» أي أقلهم وهو الواحد.

فصل في الأمان

وهو نوع من الموادعة في التحقيق قوله: (إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على إسناد المصدر إلى المفعول (ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تتكافأ دماؤهم»)[1] أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ويرد عليهم أقصاهم، وهم يد على من سواهم»[2] ومعنى يردّ عليهم أقصاهم: أي يرد الأبعد منهم التبعة عليهم، وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منهم سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال. وأما قوله وهم يد الخ: أي كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم، لكن رواه ابن ماجه قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد»[3] فسر الرد في ذلك الحديث بالإجارة، فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيراً. والمقصود من هذا الحديث محل الدية. وهو في الصحيحين عن عليّ رضي الله عنه قال: ما كتبنا عن النبيّ ﷺ إلا القرآن وما في هذه الصحيفة. قال عليه الصلاة والسلام «المدينة حرم، فمن أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً»[4] وأخرج البخاري نحوه أيضاً[5] من حديث أنس ومسلم من

فصل

لما كان الأمان نوعاً من الموادعة لأن فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح. وقوله: (ويسعى بذمتهم) أي بعهدهم وأمانهم (أدناهم: أي أقلهم وهو الواحد) لأنه لا أقل منه، وإنما فسر الأدنى ها هنا بالأقل احترازاً عن تفسير

فصل وإذا أمن رجل حر

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٥٣١ وابن ماجه ٢٦٨٥ وأحمد ٢/ ١٩٢ . ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٩ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وإسناده حسن وشاهده حديث علي الآتي، فهو صحيح.

(٣) هذا اللفظ لابن ماجه وتقدم في الذي قبله. وقد ورد من حديث ابن عباس بنحوه أخرجه ابن ماجه ٢٦٨٣ وفيه حنش الصنعاني فيه ضعف. وأخرجه ابن ماجه ٢٦٨٤ من حديث معقل بن يسار باختصار.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٧٩ و ١٨٧٠ وابن حبان ٣٧١٧ وأحمد ١/ ١٢٦ كلهم من حديث علي هكذا مختصراً. وأخرجه البخاري ١١١ و ١٨٧٠ و ٣١٧٢ و ٣٠٤٧ و ٦٧٥٥ و ٦٩١٥ ومسلم ١٣٧٠ وأبو داود ٢٠٣٥ والترمذي ٢١٢٧ و ١٤١٢ والنسائي ٨/ ٢٣ والدارمي ٢/ ١٩٠ وابن ماجه ٢٦٥٨ وابن الجارود ٧٩٤ وأبو يعلى ٣٣٨ و ٦٢٨ وابن حبان ٣٧١٦ وأحمد ١/ ٨١ . ١٥١ . ١١٨ . ١٥٢ والبيهقي ٨/ ٢٨ من طرق عدة كلهم عن علي في خبر الصحيفة المشهور وفيه: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين. . .» الحديث. رووه مطولاً ومختصراً.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٦٧ و ٨٣٠٦ من حديث أنس لكن اقتصر على صدره، فلفظه: «عن النبي ﷺ قال: المدينة حرم من كذا إلى كذا لا يُقطع شجرها، ولا يحدث فيها حدث من أحدث حدثاً، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين» اهـ فليس فيه مراد المصنف.

ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره، ولأن سببه لا

حديث أبي هريرة(١) ، ومن قال(٢) إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث عليّ من جهة أبي داود. والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط، فإن ما في الصحيحين ليس فيه «تتكافأ دماؤهم» وهو يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط، وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد (وهو الواحد) احترازاً عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم، إذ هو على هذا التفسير أيضاً فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حراً أو عبداً. وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث: منها حديث أم هانىء في الصحيحين رضي الله عنها «قالت: يا رسول الله زعم ابن أمي عليّ أنه قاتل رجلاً قد أجرته فلان بن فلان، قال عليه الصلاة والسلام: قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت»(٣) ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانىء بنت أبي طالب رضي الله عنها قالت «ذهبت إلى رسول الله ﷺ فقلت له: يا رسول الله إني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما، فقال عليه الصلاة والسلام: ما كان له ذلك»(٤) الحديث. وكان الذي أجارته أم هانىء عبدالله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم. ومنها ما رواه أبو داود: حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز(٥) . وترجم الترمذي باب أمان المرأة، حدثنا يحيى بن أكثم إلى أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «إن المرأة لتأخذ للقوم» يعني تجير القوم على المسلمين (٦). وقال: حديث حسن غريب،

محمد حيث فسره بالعبد لأنه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين. وقوله: (ولأنه) أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر، وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «ما كانت هذه تقاتل» معناه بنفسها. وقوله: (لملاقاته) أي لملاقاة الأمان (محله) لأن محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا. وقوله: (ثم يتعدى) أي الأمان (إلى غيره) أي غير الذي أمن من أهل الإسلام كما في شهادة رمضان، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه إلى غيره قوله: (ولأن سببه لا يتجزأ وهو الإيمان) أي التصديق بالقلب (فكذا الأمان لا يتجزأ) فإذا تحقق من البعض فإما أن يبطل أو يكمل، لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني، كما إذا وجد الإنكاح من بعض الأولياء المتساوية في الدرجة

قوله: (وهو الإيمان: أي التصديق) أقول: قال الإتقاني: وهو الإيمان أي إعطاء الأمان اهـ. وأنت خبير بأن تفسير الشارح أولى منه، يدل عليه قول عمر رضي الله عنه إنه رجل من المسلمين على ما سيجيء. قوله: (وقوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول: بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٧١ بنحو حديث علي وفيه: وذمة المسلمين واحدة يسعى... الحديث.
أخرج من حديث أبي هريرة.

(٢) القائل هو الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٤ وليس في الصحيحين لفظ: «تتكافأ دماؤهم» فهو كما قال ابن الهمام. لكن أرى للزيلعي في انتقاده لشيخه علاء الدين مخرجاً، وهو أن يذكر ما في أبي داود، ثم يقول: وأصله في الصحيحين والله أعلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٧ و ٣١٧١ و ٦١٥٨ ومسلم ٧٢٠ حـ ٨٢ وأبو داود ٢٧٦٣ والترمذي بإثر حديث ١٥٧٩ ومالك ١/ ١٥٢ حـ ٢٨ والبيهقي ٣/ ٤٨ وابن حبان ١١٨٨ كلهم من حديث أم هانىء وله قصة. وكذا رواه أحمد ٦/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٤) حسن لشاهده ذكره ابن حجر في الفتح ١/ ٤٧٠، وقال: رواه الأزرقي من طريق الواقدي من حديث أم هانىء. وجزم ابن هشام في تهذيب السيرة بأن الذين أجارتهما أم هانىء هما الحارث بن هشام وزهير بن أبي ربيعة. ثم ذكر ابن حجر كلاماً، ومال إلى هذا القول ورجحه. فالحديث حسن لشاهده عن ابن إسحق، وإلا فالواقدي واهٍ. وانظر سيرة ابن هشام ٤/ ٢١

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٦٤ من حديث عائشة موقوفاً وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات معروفون وله حكم الرفع.

(٦) صحيح لشواهده. أخرجه الترمذي ١٥٧٩ من حديث أبي هريرة وقال: حسن غريب وسألت البخاري عنه فقال: صحيح. كثير بن زيد سمع الوليد ابن رباح، والوليد سمع من أبي هريرة، وهو مقارب الحديث. اهـ.
قلت فالحديث غير قوي كما ترى إلا أن البخاري صحح اتصال سنده، أو صححه لشاهده حديث أم هانىء. والله تعالى أعلم.

يتجزأ وهو الإيمان، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الإنكاح. قال: **(إلا أن يكون في ذلك مفسدة. فينبذ إليهم)** كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه. ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام لما بينا، ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه، بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة

وقال في علله الكبرى: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: هو حديث صحيح. وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح، والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة. ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله ﷺ أبا العاص، فقال عليه الصلاة والسلام: «ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم»(١) رواه الطبراني بطوله. قال المصنف **(ولأنه من أهل القتال)** أي الواحد ذكرا كان أو أنثى فإنها من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه **(فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله)** أي محل الأمان وهو الكافر الخائف، وإذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ **(ثم يتعدى إلى غيره)** أي غير المجير من المسلمين. وأما قوله ولأن سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلاً بلا واو للتعدي، فإن ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن، فأما تعديه إلى غيره فليس ضرورياً فلا بد له من دليل. وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلاً له فإنه إذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل. واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الإيمان لا يتجزأ فكذا الأمان، وفسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال آمنته فأمن: أي أعطيته الأمان فأمن. ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر: أي حصل له الأمان، وهذا إنما يتم إذا كان السبب علة وهو مجاز، فإن حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود، ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب مفض إلى أمان الحربي بإعطاء المسلم إياه له، فالحق أن كلاً منهما يصح الإيمان: أي إعطاء الأمان سبب الأمان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان، أو الإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للأمان لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان وصار **(كولاية الإنكاح)** إذا زوّج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل. واعلم أن كونها لا تتجزأ إنما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله: **(إلا إذا كان في ذلك)** أي أمان الواحد **(مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه)** في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزاً

صح النكاح في حق الكل لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزىء فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا. واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين: جعل المناط في أحدهما كون من يعطى الأمان ممن يخافونه وفي الآخر الإيمان، والأول يقتضى عدم جواز أمان العبد المحجور والتاجر والأسير، والثاني يقتضي جوازه، ولو جعلها علة واحدة بحذف الواو من الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى، ويمكن أن يجعل الأول علة والثاني شرطاً وسماه سبباً مجازاً، والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. وقوله: **(إلا أن يكون في ذلك مفسدة)** استثناء من قوله صح أمانهم. وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في باب الموادعة بقوله وإن صالحهم مدة الخ وإليه أيضاً أشار بقوله: **(لما بينا)** قيل قوله: **(ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش)** تكرار محض لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة. وأقول: يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام وهذا بعده، ويجوز أن يكون أعاده تمهيداً وتوطئه لقوله ويؤدبه الإمام لا فتياته على رأيه: أي لسبقه على رأي الإمام،

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم في المستدرك ٤/ ٤٥ والطبراني كما في المجمع ٩/ ٢١٣ والبيهقي ٩/ ٩٥ كلاهما من حديث أم سلمة بأتم منه، وهذا عجزه قال الهيثمي: فيه ابن لهيعة فيه ضعف، وبقية رجاله ثقات.
قلت: الراوي عند أحد العبادلة، وهو عبد الله بن وهب وهذا ممن سمع منه قبل اختلاطه. لذا سكت عليه الذهبي. وأخرجه الحاكم ٤/ ٤٥ من حديث أنس، ولفظه: «أجارت زينب بنت رسول الله ﷺ امرأة أبي العاص زوجها أبا العاص بن الربيع، فأجاز رسول الله ﷺ جوارها».
وفيه عبد الله بن السمح، وقد تابع صالح بن كيسان على الزهري به ورواه الطبراني مطولاً كما في المجمع ٩/ ٢١٤ . ٢١٦ من رواية ابن إسحق عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم حُدثت عن زينب. فذكره مطولاً.
وقال الهيثمي: هو مرسل، ورجاله رجال الصحيح اهـ فالحديث بمجموع طرقة يصير حسناً. لا سيما، وقد رواه البيهقي من جهة ابن إسحق عن يزيد بن رومان فذكره، وهو منقطع لكن يقوي حديث الباب، فهو حسن إن شاء الله انظر البيهقي ٩/ ٩٥.

بالتأخير فكان معذوراً (**ولا يجوز أمان ذميّ**) لأنه متهم بهم، وكذا لا ولاية له على المسلمين. قال: (**ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم**) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانة فلا ينفتح لنا باب الفتح، ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا (**ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال. وقال محمد يصح**) وهو قول الشافعي، وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية

عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى. وأما قوله: (**ولو حاصر الإمام حصناً وأمن وأمن واحد من الناس الخ**) فليس تكراراً محضاً بل ذكره ليبني عليه قوله: (**ويؤدبه الإمام لا فتياته على رأيه بخلاف، ما إذا كان فيه نظر**) لا يؤدبه (**لأنه ربما**) فعل ذلك مخافة أن (**تفوت المصلحة بالتأخير**) إلى أن يعلم الإمام بها ويؤمن هو بنفسه. والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق، وإنما يقال الافتعال للسبق إلى الشيء دون ائتمار من ينبغي أن يؤامر فيه، بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس: أي سبقني فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها، والتعليل به مطلقاً يقتضي أن يؤدبه مطلقاً لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة، فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله: (**ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم**) على المسلمين لموافقته لهم اعتقاداً، وأيضاً لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**﴾ [النساء ١٤١] والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (**ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم**) في دار الحرب (**لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان**) يختص بمحل الخوف، ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة، ولأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح قوله: (**ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا**) من أن الأمان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيماً في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله: (**ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال، وقال محمد يصح. وهو قول الشافعي**) وبه قال مالك وأحمد (**وأبو يوسف في رواية**) لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله «ويسعى بذمتهم أدناهم»[١] (و) لما (**روى أبو موسى الأشعري من قوله عليه الصلاة والسلام «أمان العبد أمان»**[٢] **ولأنه مؤمن ممتنع**) أي له قوّة يمتنع بها ويضر غيره (**فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال والمؤيد من الأمان**) وهو عقد الذمة، فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة، فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة، وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان. أما الإيمان فلأنه شرط

وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأي وهو افتعال من الفوت وهو السبق قوله: (**ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم**) أي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد. وقوله: (**لا يصح أمانه لما بينا**) يعني قوله والأمان يختص بمحل الخوف. قال: (**ولا يجوز أمان العبد الخ**) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روي أن عبداً كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به إلى قوم محصورين، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلاً لأن الرمي فعل المقاتل، وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة، ويصح عند محمد والشافعي. وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه، وذكره الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه، واعتمد عليه صاحب الأسرار، واستدلال

قوله: (**قيل قوله ولو حاصر الإمام**) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: (**وأقول يجوز أن يكون ذلك، إلى قوله: ويجوز أن يكون الخ**) أقول: في كلا الوجهين بحث.

---

(١) تقدم قبل قليل وإسناده صحيح لشواهده تقدم في أول هذا الباب

(٢) لا أصل له. قال عنه الزيلعي ٣/٣٩٦: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/١١٨: لم أجده.

وافقهما ابن الهمام كما سيأتي بعد قليل حيث قال: لا يعرف.

لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام «أمان العبد أمان» رواه أبو موسى الأشعري. ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الأمان، فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة، والجهاد عبادة، والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة. وإنما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول. ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه

للعبادات والجهاد من أعظمها. وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع، وهو (**إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة**) لا فيما لا مصلحة فيه (**وإنما لا يملك المسايفة**) أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل، وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين، فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (**ولأبي حنيفة**) ومالك في رواية سحنون عنه (**أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه**) لانتفاء الخوف منه (**فلم يلاق الأمان محله**) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الإعزاز لأنه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة، لأن الظاهر أنه يخطىء لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بالأمر من غير الممارس له.

وفي خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالاً راجحاً (**بخلاف**) العبد (**المأذون، وبخلاف**) الأمان (**المؤبد**) بإعطاء الجزية (**لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام**) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (**ولأنه مقابل بالجزية**) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (**ولأنه مفروض عند مسئلتهم**) لأن الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى ﴿**حتى يعطوا الجزية**﴾ [التوبة ٢٩] ففي عقد الذمة لهم (**إسقاط الفرض**) عن الإمام وعامة المسلمين، وهو كذلك (**نفع**) محقق (**فافترقا**) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين: قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال، وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور. ولا شك أن فرق أبي

محمد بالحديث ظاهر. وقوله: (**ولأنه مؤمن ممتنع**) أي ذو قوّة وامتناع إشارة إلى شرط جواز الأمان وهو الإيمان وإلى علته وهو الخوف لأن الخوف إنما يحصل ممن له قوّة وامتناع. وقوله: (**وبالمؤيد من الأمان**) يعني عقد الذمة، فإن الحربي إذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذمياً بالاتفاق حتى تجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك. وقوله: (**فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة**) يعني شرطنا الإيمان في قولنا ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لأنه شرط للعبادة (**والجهاد عبادة**) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. وقوله: (**والامتناع**) يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق إزالة الخوف به. وقوله: (**والتأثير إعزاز الدين**) يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له إعزاز الدين وإقامة المصلحة الخ. وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الإيمان، وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الأمان في الحر، فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة. وقوله: (**وإنما لا يملك المسايفة**) جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الأمان أيضاً، وتقريره إنما لا يملك المسايفة (**لما فيه من تعطيل منافع المولى**) وهو لا يملك ذلك (**ولا تعطيل**) لمنافعه (**في مجرد القول**) وقوله: (**ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال**) يصح أن يكون ممانعه. وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لأن الامتناع إنما يكون لتحقق

قال المصنف: (**فالإيمان لكونه شرطاً الخ**) أقول: سيجيء أن الأمان نوع قتال قوله: (**وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ**) أقول: يعني تقدم تخميناً بعشرين سطراً وهو قوله والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه، وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. قوله: (**ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال الخ**) أقول: إن أراد أنه محجور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع، بل هو أول المسألة وإن أراد أنه محجور عن الحقيقي فمسلم وليس الأمان منه ولعله إنما أمر بالتأمل لذلك.

لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله. بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه تحقق، ولأنه إنما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه، والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطىء بل هو الظاهر، وفيه سد باب الاستغنام، بخلاف المأذون لأنه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال،

حنيفة في الثاني متجه. وأما دفعه القياس الأول فلا لأنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم، فإنهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رواه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم. وأما بأن الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة، بل إذا كان كذلك نبذ إليهم الإمام به. نعم الاستدلال بالحديث المروى عن أبي موسى غير تام لأنه حديث لا يعرف[1] . فإن قلت: فقد روى عبد الرزاق: حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال: شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا، فحاصرناها شهراً، حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل، فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أماناً ثم رمى به إليهم، فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم، فقلنا لهم: ما شأنكم، فقالوا أمنتمونا، وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم، فقلنا: هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء، قالوا: لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان، فكتبنا إلى عمر رضي الله عنه، فكتب إن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم. ورواه ابن أبي شيبة وزاد: وأجاز عمر أمانه[2] . فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذوناً له في القتال، وأيضاً جاز كونه محجوراً والأمان كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم؛ إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إناطته مطلقاً بذلك، والحديث جيد، وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله: **(وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح)** بإجماع الأئمة الأربعة **(كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف)** بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه، وبقول محمد قال مالك وأحمد **(وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق)** بين أصحابنا، وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائر

إزالة الخوف وهم لا يخافونه، وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف، وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه، وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه، فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه. والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فإنهم لما رأوا شاباً مقتدراً على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع. ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل إثباتاً لمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فتأمل. وقوله: **(وفيه ما ذكرناه)** يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر. وقوله: **(وفيه سدّ باب الاستغنام)** أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم، فإذا كان ممنوعاً عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين. وقوله: **(وبخلاف المؤيد)** جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة **(لأنه)** أي الأمان المؤبد **(خلف عن الإسلام)** من حيث إنه ينتهي به القتال المطلوب به إسلام الحربي **(فهو بمنزلة الدعوة إليه)** أي إلى الإسلام وهي نفع **(ولأنه مقابل بالجزية)** وهي نفع **(ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك)** يعني أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه **(وإسقاط الفرض نفع فافترقا)** وقوله: **(فهو على الخلاف)** يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

---

(١) لا أصل له. تقدم في الذي قبله.

(٢) موقوف حسن أخرجه البيهقي ٩/ ٩٤ مختصراً وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٩٦ كلهم عن فضيل بن يزيد الرقاشي.
وقال الزيلعي: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. الرقاشي وثقه ابن معين اهـ.
تنبيه: وقع في نصب الراية وكذا فتح القدير: فضيل بن يزيد. وصوابه: ابن زيد كما في سنن البيهقي، والجرح لابن أبي حاتم ٧/ ٧٢ ونقل عن ابن معين فيه: صدوق ثقة.

وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه، ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك، وإسقاط الفرض نفع فافترقا. ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف. وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق.

بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون، والمراد بكونه يعقل أن يقعل الإسلام ويصفه، وأضاف أبا يوسف إلى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة، وإنما قال المصنف: والأصح والله أعلم لأنه أطلق المنع في الصبيّ المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الأجناس ناقلاً عن السير الكبير فقال: قال محمد: الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جاز له أمانه، ثم قال: وهذا قوله، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز، وكذا وقع الإطلاق في كفاية البيهقي فقال: لا يجوز أمان الصبيّ المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة، وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته، وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلماً بنفسه، فهذا كما ترى إجراء للخلاف في الصبي مطلقاً. قال المصنف: والأصح التفصيل بين كون العاقل محجوراً عن القتال أو مأذوناً له فيه، ففي الثاني لا خلاف في صحة الأمان. هذا ومن ألفاظ الأمان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام، ذكره في السير الكبير. وقال الناطفي في السير إملاء: سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بإصبعه إلى السماء لرجل من العدو، فقال: ليس هذا بأمان، وأبو يوسف استحسن أن يكون أماناً، وهو قول محمد والله أعلم.

لا يصح أمانه وعند محمد يصح. وقوله: (والأصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبيّ بعد الإذن.

باب الغنائم وقسمتها

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أي قهراً (فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر (وإن

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهى به من الموادعة ذكر ما ينتهي إليه غالباً وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها، وإنما كان ذلك غالباً لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الأكثر قوله: (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله وإذا حاصر الأمام، وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لأنها من عنا يعنو عنوة وعنوا إذا ذل وخضع، ومنه ﴿وعنت الوجوه للحي القيوم﴾ [طه ١١١] وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة: أي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم، وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد إلا في ألفاظ عند بعضهم، وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الإخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازي، لكن لينتقل منه إلى آخر هو المقصود بتلك الإرادة ككثير الرماد، ولو أراد به نفس الجود كان مجازاً من المسبب في السبب. والوجه أنه مجاز اشتهر، فإن عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفاً، وإذا فتح الإمام بلدة عنوة (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أي البلد (بين الغانمين) مع رؤوس أهلها استرقاقاً وأموالهم بعد إخراج الخمس لجهاته، وإن شاء قتل مقاتلهم وقسم ما سواهم من الأراضي والأموال والذراري، ويضع على الأراضي المقسومة العشر لأنه ابتداء التوظيف على المسلم، وإن شاء منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤوس والخراج على أرضهم من غير نظر إلى الماء الذي يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار أو ماء الخراج كالأنهار التي شقتها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر. وأما المنّ عليهم برقابهم وأرضهم فقط فمكروه، إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضي إلى أن تخرج الغلال، وإلا فهو تكليف بما لا يطاق. وأما المنّ عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حرباً علينا إلى دار الحرب. نعم له أن يبقيهم أحراراً ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه إليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعي والأعمال، وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر. هذا وقد قيل الأولى الأول وهو قسمة الأراضي وغيرها إذا كان بالمسلمين حاجة، والثاني عند عدمها. ثم استدل على جواز قسمة الأرض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما في البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: قال عمر رضى الله عنه: لولا

باب الغنائم وقسمتها

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم، فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها. والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة. وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً) قال في النهاية: قوله قهراً ليس بتفسير له لغة لأن عنا عنوّاً بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد، بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لأن من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أي قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر، وإن شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليه الجزية وعلى أراضيهم الخراج، كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فإن قيل: قد خالفه في

باب الغنائم وقسمتها

قوله: (وهو لازم وقهر متعد) أقول: دليل ثان على أنه ليس تفسيراً.

شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير. وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين، والثاني عند

آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر (١). ورواه مالك في الموطإ: أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمعت عمر يقول: لولا أن يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية إلا قسمتها سهماناً كما قسم رسول الله ﷺ خيبر سهمانا(٢) فظاهر هذا أنه قسمها كلها. والذي في أبي داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفاً لنوائبه ونصفا بين المسلمين، قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً(٣). وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله ﷺ أنه قسمها على ستة وثلاثين سهماً جمع كل سهم مائة سهم(٤). يعني أعطى لكل مائة رجل سهماً. وقد جاء مبيناً كذلك في رواية البيهقي، فكان لرسول الله ﷺ وللمسلمين النصف من ذلك، وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب المسلمين. وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال. ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها، فلما صارت الأموال بيد رسول الله ﷺ والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله ﷺ اليهود فعاملهم. زاد أبو عبيد في كتاب الأموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها، فلم يزل ذلك حياة رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى كان عمر، فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل، فأجلى عمر رضي الله عنه اليهود إلى أرض الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم. وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحاً وصحح أبو عمر بن عبد البر الأول. وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني، وغلطه ابن عبد البر قال: وإنما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه ﷺ لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل، فحاز رسول الله ﷺ الأموال وجميع الحصون إلا ما كان من ذينك الحصنين، إلى أن قال: فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح، ولعمري إنه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح، ولكنهم لم يتركوا أرضهم ألا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها، إلى أن قال: ولو كانت صلحاً لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن إسحاق عن الزهري: أي

ذلك جماعة. أجاب بقوله: (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفراً يسيراً منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال: اللهم اكفني بلالاً وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف: أي ماتوا جميعاً (وفي كل من ذلك قدوة فيتخير) ولقائل أن يقول: لا نسلم أن واحداً من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ إذ لم يصل إلى حد الإجماع. والجواب عنه من

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٣٥ و ٤٢٣٦ عن زيد ابن أسلم عن أبيه أن عمر فذكره وكذا رواه البيهقي ٩/ ٦٤. وأبو داود ٣٠٢٠ من طريق البخاري.

(٢) هو في معنى المتقدم، وهو ما رواه البخاري وغيره

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٠١٠ من حديث سهل ابن أبي حثمة ورجاله كلهم ثقات.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٧: قال في التنقيح - ابن عبد الهادي - إسناده جيد.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٣٠١٢ من حديث بشير بن يسار أنه سمع نفراً من أصحاب النبي ﷺ... فذكره وكرره ٣٠١٣ عن بشير بن يسار مرسلاً و ٣٠١٤ قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٨: بشير بن يسار تابعي ثقة، وقد اختلف عليه فيه، فبعضهم رواه عنه مرسلاً، وبعضهم عنه عن سهل ابن أبي حثمة، وبعضهم عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ اهـ.

قلت: ولا تضر الجهالة في الصحابي لكونهم عدول، فالحديث حسن. وأما قوله: وفي رواية البيهقي فكان... الخ.

فهو في حديث أبي داود الأول حيث فيه: قسم خيبر نصفين نصفاً لنوائبه وحاجته، ونصفاً بين المسلمين... الحديث وتقدم أنه إسناد جيد وذلك أول رواية في الحديث المتقدم.

عدم الحاجة ليكون عدّة في الزمان الثاني، وهذا في العقار. أما في المنقول المجرد لا يجوز المنّ بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه، وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المنّ إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله،

أنها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة[1] عنه اهـ قوله: **(وإن شاء أقرّ أهله إلى قوله: هكذا فعل عمر بسواد العراق)** لا شك في إقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهماً وقفيزاً، وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة، وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين، وعلى من لم يجد شيئاً اثني عشر درهماً، فحمل في أول سنة إلى عمر ثمانون ألف ألف درهم، وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم[2]، إلا أن المشهور عن أصحاب الشافعي أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين، فجعلت لأهل الخمس والمنقولات للغانمين. والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردّها وردّها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة. وقال ابن شريح: باعها من أهلها بثمن منجم. والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة، وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجاً بقوله تعالى **﴿ما أفاء الله على رسوله﴾** إلى قوله: **﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾** [الحشر ١٠] أي الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاءوا من بعدهم، وإنما تكون لهم بالمنّ بوضع الخراج والجزية، وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان، ونقل عن أبي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال: اللهم اكفني بلالاً وأصحابه. قال في المبسوط: فلم يحمدوا وندموا ورجعوا إلى رأيه. ويدل على أن قسمة الأراضي ليس حتماً أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبيّ ﷺ أرضها، ولهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفاً للمسلمين، وهو أدرى بالأخبار والآثار، ودعواهم أن مكة فتحت صلحاً لا دليل عليها بل على نقيضها؛ ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق بابه عليه فهو آمن»[3] ولو كان صلحاً لآمنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك وإلى ما ثبت من إجارة أم هانىء من أجارته

وجهين: أحدهما أن فعل النبيّ ﷺ إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أيّ جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة، فإذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه. والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوباً، فإن عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى **﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾** بعد قوله تعالى **﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فالله وللرسول ولذي القربى﴾** فيكون ثابتاً بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة، ففعل النبي ﷺ أحدهما وعمر الآخر **(وقيل)** في التوفيق بينهما أن **(الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين)** كما فعل النبي ﷺ فإنه كان عند حاجة المسلمين **(والثاني عند عدم الحاجة)** كما فعل عمر رضي الله عنه **(ليكون عدة في الزمان الثاني، وهذا)** أي إقرار أهل بلد على بلدهم بالمنّ عليهم **(في العقار، أما في المنقول المجرد فلا يجوز المنّ بالرد)** بأن يدفع إليهم مجاناً وينعم به عليهم، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المنّ عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ

قوله: **(ففعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر)** أقول: فيه نظر لأن الآية إن أفادت القطع بطريق الإشارة بطل العمل بالحديث لأنه ظني وإلا فيعود السؤال، وأيضاً الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول إلى دليل آخر لا التخيير وإلا لثبت

---

(١) إلى هنا كلام أبي عمر ابن عبد البر في كتاب المغازي نقله عنه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٨. ٣٩٩.

(٢) أثر عمر. أخرجه البيهقي ٩/ ١٣٦ مطولاً وكذا ابن سعد في الطبقات كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٠ وابن زنجويه في كتاب الأموال من عدة طرق عن عمر في خبر خراج سواد العراق.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ١٧٨٠ من وجوه وأحمد ٢/ ٢٩٢. ٥٣٨ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٧١. ٤٧٣ والطيالسي ٢٤٢٤ والنسائي في الكبرىٰ كما في التحفة ١٠/ ١٣٤ وابن حبان ٤٧٦٠ والبيهقي ٩/ ١١٨ كلهم من حديث أبي هريرة رووه مطولاً ومختصراً وفيه: «من أغلق بابه، فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان، فهو آمن...» الحديث وبعضهم رواه على التقديم والتأخير.

والخراج غير معادل لقلته، بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل، والحجة عليه ما رويناه، ولأن فيه نظراً لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد، والخراج وإن قلّ حالاً فقد جلّ مآلاً لدوامه، وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ

ومدافعتها علياً عن قتله (١)، وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة(٢) وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين «إن شاء الله تعالى حرّم مكة يوم خلق السموات والأرض لا يسفك بها دم، إلى أن قال: فإن أحد ترخص بقتال رسول الله ﷺ فقولوا له إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم»(٣) فقوله بقتال رسول الله ﷺ صريح في ذلك قوله: (وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لأن في المنّ) بالأرض (إبطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولي (فلا يجوز) للإمام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة إلى رقبة الأرض (بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان إجماعاً(٤). فإن قيل: لا ينعقد الإجماع بمخالفة بلال ومن معه. أجيب بأنه لم يسوّغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم، ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولأن فيه نظراً) للمسلمين (لأنهم) يصيرون (كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وإن قلّ

لهم العمل. وقوله: (لأنه لم يرد به) أي بالمنّ (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فإنه لا يجوز المنّ فيه. قال: (لأن في المنّ إبطال حق الغانمين) عندكم لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد صار محرزاً بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها وليس للإمام ذلك (أو ملكهم) يعني عندي، فإن الملك قد ثبت لهم بنفس الإحراز (فلا يجوز) يعني إبطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فإن قيل: الخراج يعادله. أجاب بقوله: (والخراج غير معادل لقلته) فإن قيل: فالحق أو الملك ثبت في رقابهم أيضاً وجاز له أن لا يقسمها. أجاب. بقوله: (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية، وهذا لأنها خلقت في الأصل أحراراً والملك ثبت بعارض، فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً (والحجة عليه ما روينا) يعني من فعل عمر رضي الله عنه. وقوله: (ولأن فيه نظراً) يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في إقرار النظر في إقرار أهلها عليها لأنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكرّ عليهم العدو، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً، فإذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالأكرة) أي المزارعين (العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزاً. قوله: (والخراج وإن قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل

في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة إذ لا تعارض هناك، بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافين كما هنا.

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث في الباب المتقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٦ و ٣٠٤٤ و ٤٢٨٦ و ٥٨٠٨ ومسلم ١٣٥٧ وأبو داود ٢٦٨٥ والترمذي ١٦٩٣ والنسائي ٥/ ٢٠٠. ٢٠١ وابن ماجه ٢٨٠٥ والدارمي ٢/ ٧٣. ٧٤ ومالك ١/ ٤٢٣ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٩٢ والحميدي ١٢١٢ وأحمد ٣/ ١٠٩. ١٦٤. ١٨٦. ٢٣١. ٢٣٢. ٢٣٣. ٢٣٤ وابن حبان ٣٧١٩ و ٣٧٢١ والبغوي ٢٠٠٦ والبيهقي ٧/ ٥٩ و ٨/ ٢٠٥ كلهم من حديث أنس: «أن رسول الله ﷺ دخل مكة، وعلى رأسه المِغْفَر، فلما وضعه قيل: هذا ابن خَطَل متعلق بأستار الكعبة. فقال: اقتلوه»

والمِغْفَر: هو ما يلبس تحت البيضة اهـ مصباح.

وقيل: قناع يتقنع به المتسلّح.

وسبب ذلك أن ابن خطل أرسله النبي ﷺ مع رجل من الأنصار فقتل الأنصاريّ في الطريق، ولحق بمكة، وذكر ابن إسحق أنه اتخذ قَيْنَتَيْن تغنيان له بهجاء النبي ﷺ. انظر شرح السنة للبغوي ٧/ ٣٠٥.

(٣) متفق عليه. تقدم في أواخر الحج في تحريم مكة.

(٤) أثر عمر. تقدم قبل قليل. والمراد أخذه الخراج من سواد العراق.

لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة. قال: (وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل، ولأن فيه حسم مادة الفساد (وإن شاء استرقهم) لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين) لما بيناه (إلا مشركي العرب والمرتدين) على ما نبين إن شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم إلى

حالاً فقد جل مآلاً) فربما يتحصل منه على طول الزمان أضعاف قيمة الأرض قوله: (وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) يعني إذا لم يسلموا (لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الأسارى إذ لا شك في قتله عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التي منها:

يا راكباً إن الأثيل مظنة ... من صبح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتاً فإن تحية ... ما إن تزال بها الركائب تخفق
مني إليك وعبرة مسفوحة ... جادت بواكفها وأخرى تخنق
ما كان ضرّك لو مننت وربما ... منّ الفتى وهو المغيظ المحنق

وطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي [1]. وأما ما قال هشيم إنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول: لو كان المطعم بن عدي حياً لشفعته في هؤلاء النتنى»[2] (ولأن في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وإ شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيراً بنفسه لأن الرأي فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه، وعلى هذا فلو قتل بلا ملجيء بأن خاف القاتل شرّ الأسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئاً (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد[3].

لقلته وتقرير الخراج وإن قل (حالاً) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جلّ مآلا لدوامه) بوجوبه في كل سنة. قوله: (وإن منّ عليهم) ظاهر. وقوله: (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الإمام التمرتاشي، فإن منّ عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز، ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي، قال: (وهو في الأسارى بالخيار) الإمام فيما حصل تحت يده من الأساري مخير بين الأمور الثلاثة: (إن شاء قتلهم لأنه ﷺ قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم، فإن أسلموا سقط عنهم القتل لأنه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر، فإذا زال الكفر سقط القتل (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام) فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لأن الرق جزاء الكفر الأصلي على ما عرف، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضاً لأنه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه. فإن قيل ﴿فاقتلوا المشركين﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز. أجيب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه. وقوله: (إلا مشركي العرب) استثناء من قوله وإن شاء تركهم أحراراً. ولقائل أن يقول: هذه

قوله: (وقوله إلا مشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول: فيه تأمل، والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الأسارى بالخيار.

---

(١) ذكر هذا الخبر ابن هشام في سيرته ٢/ ٢٦٣ باب من لقي مصرعهم ببدر من المشركين، وذكر في ص ٢٦٥ النضر بن الحارث وفي ٣٠٣ ذكر شعر أخته، ويقال لها: قتيلة بنت الحارث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٣٩ و ٤٠٢٤ وأبو داود ٢٦٨٩ والحميدي ٥٥٨ وأحمد ٤/ ٨٠ وأبو يعلى ٧٤١٦ والبغوي ٢٧١٣ والبيهقي ٩/ ٦٧ والطبراني في الكبير ١٥٠٦ و ١٥٠٧ و ١٥٠٨ من طرق كلهم من حديث جبير بن مطعم بن عدي: «أن النبي ﷺ قال في أسارى بدر: لو كان المُطْعِمُ بن عديّ حياً، ثم كلمني في هؤلاء النتنىٰ لتركتهم له»
هذا لفظ البخاري وغيره.

(٣) أثر عمر تقدم مراراً.

دار الحرب) لأن فيه تقويتهم على المسلمين، فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشرّ بدونه **(وله أن يسترقهم)** توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد **(ولا يفادي بالأسارى عند أبي حنيفة، وقالا: يفادي بهم أسارى المسلمين)** وهو قول الشافعي لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حرباً علينا، ودفع شرّ حربه خير من استنقاذ الأسير المسلم، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا. أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا. وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر، ولو كان

وقوله: **(إلا مشركي العرب والمرتدين)** يعني إذا أسروا فإن الكلام في الأساري، ويتحقق الأسر في المرتدين إذا غلبوا وصاروا حرباً **(على ما نبين إن شاء الله تعالى)** في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الإسلام أو السيف **(فإن أسلم الأسارى)** بعد الأسر **(لا يقتلهم)** لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام، ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الأصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب **(بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ)** لا يسترقون ويكونون أحراراً لأنه إسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم قوله: **(ولا يفادي بالأسارى عند أبي حنيفة)** هذه إحدى الروايتين عنه، وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية. وعن أبي حنيفة أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا تجوز المفاداة بهن عندهم، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم، وروي أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك، وهذه رواية السير الكبير.

قيل: وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لا بعدها، وعند محمد تجوز بكل حال. وجه ما ذكر في الكتاب **(أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حرباً علينا، ودفع شرّ حرابته خير من استنقاذ الأسير المسلم، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط)** والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين. وجه الرواية الموافقة لقول العامة إن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لأن حرمته عظيمة، وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه ظاهراً المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهراً فيتكافآن، ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح، ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ: أخرج مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين «أن رسول الله ﷺ

الأدلة تدل على خلاف المدعي لأن المدعي هو أن يكون الإمام مخيراً بين الأمور الثلاثة، والأدلة تدل على وجوب كل واحد منها لأنه قال: لأن فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة، ثم قال: لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وهو كالأول وأقوى. ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا، وهو إنما يصح على تقدير أن يكون ما فعله واجباً وإلا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز. والجواب أن كل واحد من الأمور واجب والإمام مخير بينها كما في الواجب المخير. وقوله: **(ولا يجوز أن يردهم)** ظاهر. وقوله: **(ولا يفادي بالأسارى)** المفاداة بين اثنين، يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته، ومنه قوله ولا يفادي بالأسارى: أي لا يعطي أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف محمد: يفادي بهم أسارى المسلمين، ولا تجوز الفدية بالمال، وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة. ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به. وقوله: **(وله أن فيه تقوية)** في بعض النسخ معونة ظاهر، ويجوز أن يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين.

قوله: **(والإمام مخير بينها كما في الواجب المخير)** أقول: إذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوباً يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير، فإن الدليل في الواجب المخير واحد دل على شيء واحد وهو التخيير، وها هنا ليس كذلك إذ لم يدل دليل من الأدلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها، إذ تعارض الأدلة لا يقتضي التخيير بل يصار إلى الترجيح إن أمكن، وإلا فإلى دليل آخر من الأدلة الأربعة كما تقرر في الأصول.

أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه، قال: (ولا يجوز المنّ عليهم) أي على الأسارى خلافاً للشافعي فإنه يقول منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر. ولنا قوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض، وما رواه منسوخ بما تلونا (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار

فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين»(١) وأخرج مسلم أيضاً عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه «خرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله ﷺ إلى أن قال: فلقيني رسول الله ﷺ في السوق فقال لي: يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك: أعني التي كان أبو بكر نفله إياها، فقلت: هي لك يا رسول الله، والله ما كشفت لها ثوباً، فبعث بها رسول الله ﷺ ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة»(٢) إلا أن هذا يخالف رأيهم فإنهم لا يفادون بالنساء ويبقى الأول قوله: (أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا) في المفاداة بالمسلمين من رده حرباً علينا (وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأساري بدر) إذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم إذ ذاك، فليكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال. وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ﴿ما كان لنبيّ أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض﴾ [الأنفال ٦٧] أي يقتل أعداء الله من الأرض فينفيهم عنها ﴿تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة﴾ [الأنفال ٦٧] وقوله تعالى ﴿لولا كتاب من الله سبق﴾ [الأنفال ٦٨] وهو أن لا يعذب أحداً قبل لانهي ولم يكن نهاهم ﴿لمسكم فيما أخذتم﴾ [الأنفال ٦٨] من الغنائم والأساري ﴿عذاب عظيم﴾ [الأنفال ٦٨] ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال ﴿فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً﴾ [الأنفال ٦٩] هي للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة. فإن قيل: لا شك أنه من الغنيمة. قلنا: لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضرّ بالمسلمين من غير حاجة، وفي رده تكثير المحاربين لغرض دنيوي. وفي الكشاف(٣) وغيره أن عمر رضي الله عنه كان أشار بقتلهم، وأبو بكر بأخذ الفداء تقوّياً ورجاء أن يسلموا(٤). وروى «أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية، فدخل عمر رضي الله عنه على النبي عليه الصلاة والسلام فإذا هو وأبو بكر يبكيان، فسأله فقال: أبكى على أصحابك في أخذهم

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) في إطلاق أسراهم (فلا تجوز في المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) أن فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حرباً علينا (وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) وسيجيء جوابه. وقوله: (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمنّ عليهم هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجاناً من غير استرقاق ولاذمة ولا قتل (خلافاً للشافعي فإنه يقول: منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر) يعني أبا عزة الجمحي (ولنا قوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين. (فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الأموال المغنومة (وما رواه) من المنّ على أبي عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى ﴿فإما منا بعد وإما فداء﴾ وكذلك قصة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٤١ وأبو داود ٣٣١٦ والترمذي ١٥٦٨ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٢٠٢ والشافعي ٢/ ١٢١ والحميدي ٨٢٩ وأحمد ٤/ ٤٣٠ و ٤٣٣ و ٤٣٤ وابن حبان ٤٨٥٩ وعبد الرزاق ٩٣٩٥ وابن الجارود ٩٣٣ والبيهقي ٩/ ٧٢ وفي الدلائل ٤/ ١٨٨ والطبراني ١٨[٤٥٣] من طرق كلهم من حديث عمران بن حصين. واللفظ للترمذي. وطوّله مسلم وغيره، وله قصة.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٥٥ وأبو داود ٢٦٩٧ وابن ماجه ٢٨٤٦ وابن حبان ٤٨٦٠ وأحمد ٤/ ٤٦ . ٥١ والطبراني ٦٢٣٧ والبيهقي ٩/ ١٢٩ من طرق كلهم من حديث إياس بن سلمة بن الأكوع حدثني أبي. . . فذكره موطلاً.

(٣) أي تفسير الكشاف للإمام الزمخشري.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ٣٠٨٤ والحاكم ٣/ ٢١ كلاهما من حديث ابن مسعود بأتم منه.
وقال الترمذي: حديث حسن. وأبو عبيدة لم يسمع من أبيه. . أي ابن مسعود.
وأخرجه الواحدي ص ١٧٨ بسنده عن ابن مسعود ثم أسنده عن ابن عباس فذكره، فالحديث حسن لشاهده، وشاهده الآتي يقويه، وكذا ما بعده، وهو أحسن من الآتي.

الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي: يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكله. ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء، ثم يحرّق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه، وبخلاف العقر لأنه مثلة، وتحرق

الفداء، لقد عرض عليّ عذابهم أدنى من هذه الشجرة»[1] قال: وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال «لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ»[2] لقوله كان الإثخان في القتل أحب إليّ والله أعلم بذلك قوله: **(ولو أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادي به لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه)** فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر قوله: **(ولا يجوز المنّ على الأسارى)** وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء **(خلافاً للشافعي)** إذا رأي الإمام ذلك، وبقولنا قال مالك وأحمد. وجه قول الشافعي قوله تعالى **﴿فإما مناً بعد وإما فداء﴾** [محمد ٤] ولأنه عليه الصلاة والسلام منّ على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة «لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم، بعثت زينب بنت رسول الله ﷺ في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها، فلما رأى النبي ﷺ ذلك رقّ لها رقة شديدة وقال لأصحابه: إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا، ففعلوا» ورواه الحاكم وصححه، وزاد «وكان النبي ﷺ قد أخذ عليه أن يخلي زينب إليه ففعل»[3] وذكر ابن إسحاق أن ممن منّ عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصاري فخلى سبيله[4]. وأبو عزة الجمحي كان محتاجاً ذا بنات

أسارى بدر، لأن سورة براءة كانت آخر ما نزل، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى **﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾** فكان ناسخاً لما تقدم كله. ولقائل أن يقول: قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياساً عليهم أو بحديث أبي عزة أو غيرهما. والجواب أن قياس الأسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الأسير وهي المناط، وكذا عن المستأمن لعدم استحقاق رقبته، وحديث أبي عزة متقدم على الآية، وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص لشيء من ذلك، والمواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم. والمأكلة بضم الكاف وفتحها

قوله: **(ولقائل أن يقول الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في أول الكتاب من أنه دليل قطعي فيفيد الفرضية.

---

(١) حسن غريب. أخرجه الطبري في تفسيره ١٠/ ٣١ مطولاً والواحدي في أسباب النزول ص ١٧٩ كلاهما من حديث أبي عبيدة عن أبيه ابن مسعود، وفيه انقطاع حيث لم يدرك أباه كما ذكر الترمذي فما قبله.

قلت: ثم رأيته في مسلم ١٧٦٣ من طريق عكرمة بن عمار حدثني سماك الحنفي قال: «سمعت ابن عباس يقول: حدثني عمر بن الخطاب...» فذكره مطولاً، وآخره ما ذكره المصنف وتمامه: «شجرة قريبة من نبيّ الله ﷺ وأنزل الله عز وجل الآية».

قلت: وإسناده غير قوي مع كونه في صحيح مسلم لأن في إسناده سماك بن الوليد الحنفي قال ابن حجر في التقريب: ليس به بأس اهـ.

وفيه: عكرمة بن عمّار. قال في التقريب: صدوق يغلط روى له مسلم. وفي الميزان ما ملخصه: وثقه يحيى، وضعفه أحمد، وقال أبو حاتم: صدوق ربما يهم اهـ.

وفي المتن غرابة فلو لم يكن في مسلم لحكمت بضعفه، ولكن كونه في مسلم أقول: حسن غريب والله أعلم.

(٢) ضعيف بهذا اللفظ. قال ابن حجر في تخريج الكشاف ٢/ ٢٣٧ أخرجه الطبري من طريق ابن إسحق، ورواه الواقدي من وجه آخر بإسناد منقطع بمعناه. أنظر تفسير الطبري ١٠/ ٣٤ فقد أخرجه من طريق ابن زيد فذكر عمر وحده. وأخرجه من طريق ابن إسحاق وذكر سعداً. وقد أخرجه الحاكم ٣/ ٣٢٩ عن مجاهد عن ابن عمر بأتم منه وآخره: «فلقي النبي ﷺ، فقال له: كاد يصيبنا خلافك بلاء» وصححه وقال: لم يخرجاه.

قال الذهبي: قلت: على شرط مسلم اهـ. فهذه موافقة لكن بذكر عمر وحده، ومع ذلك فليس على شروط مسلم لأنه مسلماً إنما روى له متابعة، وقد قال ابن حجر في التقريب: صدق لين الحفظ روى له مسلم. وفي الميزان ما ملخصه: ضعفه يحيى وابن عدي، وقال أحمد لا بأس به اهـ لكن له شواهد، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٦٩٢ والحاكم ٣/ ٢٣ وأحمد ٦/ ٢٧٦ وابن هشام في السيرة ٢/ ٢٢٠ كلهم عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن عائشة به رووه من طريق ابن إسحق وقد صرح بالتحديث في رواية أحمد والحاكم. فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

لذا قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

(٤) ذكر ذلك ابن هشام في السيرة ٢/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

الأسلحة أيضاً، وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار أبطالاً للمنفعة عليهم. **(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام)** وقال الشافعي: لا بأس بذلك. وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية. له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق. ولنا أنه عليه الصلاة

فكلم رسول الله ﷺ فمنّ عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحداً، وامتدح رسول الله ﷺ بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر، فقال: يا رسول الله أقلني، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تمسح عارضيك بمكة بعدها، تقول خدعت محمداً مرتين، ثم أمر بضرب عنقه»[١] ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر «لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له»[٢] والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المنّ لأن لو لامتناع الشيء لامتناع غيره: يعني فيفيد امتناع المنّ. ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المنّ جائزاً فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله إياهم، والإطلاق على ذلك التقدير لايثبت منه إلا وهو جائز شرعاً، وكونه لم يقع بعدم وقوع ما علق عليه، لا ينفي جوازه شرعاً وهو المطلوب. وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى ﴿**فاقتلوا المشركين**﴾ [التوبة ٥] من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن، وقصة بدر كانت سابقة عليها. وقد يقال إن ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق، فبه يعلم أن القتل المأمور حتماً في حق غيرهم قوله: **(وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش)** أي من مواشي أهل الحرب **(فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها)** كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان، وعقر جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه فرسه[٣]، ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها **(ولا يتركها)** لهم وقال: **(الشافعي)** وأحمد **(يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلى لمأكلة)** قلنا: هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام[٤] نعم روي من قول أبي بكر نفسه، رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد: أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشاً إلى الشام، فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال: إني أوصيك

بمعنى، وكلامه واضح. قال: **(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب)** قسمة الغنيمة في دار الحرب لا نجوز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف جاز، والتأخير إلى الخروج إلى دار الإسلام أحب إليّ **(وقال الشافعي رضي الله عنه: لا بأس بذلك. والأصل أن الملك لا يثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت. وينبني على هذا الأصل عدّة من المسائل ذكرناها في الكفاية)** أي كفاية المنهى. منها أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم لا لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فإنه لا يصح عندنا لعدم الملك، وكذا لو أتلف أحدهم شيئاً في دار الحرب لم يضمن، وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة. وقوله: **(له أن سبب الملك)** ظاهر. قوله: **(والثاني)** أي إثبات اليد الناقلة إلى دار الإسلام **(منعدم لقدرتهم)** أي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ **(ووجوده)** أي وجود الاستنقاذ **(ظاهراً)** لكون المسلمين في ديارهم. وقوله: **(ثم قيل**

---

(١) حسن. ذكر ابن هشام في السيرة الكبرى ٢/ ٢٢٦ صدره ثم ذكر قسماً منه في غزوة أحد ٣/ ٦٩ ولم يذكر آخره ولعله في سيرة ابن إسحق نفسه. وقد ذكره الواقدي في المغازي ١/ ٣٠٨. ٣٠٩ بطوله وأتم، وقد نسبهم السخاوي في مقاصده: ١٣٢٩ لابن إسحق.

(٢) صحيح. تقدم قبل عشرة أحاديث.

(٣) خبر جعفر. أورده ابن هشام في سيرته ٣/ ٢٨٠ باب استشهاد جعفر. ثم أسنده ابن إسحق عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن رجل كان في غزوة مؤتة قال: «والله لكأني أنظر إلى جعفر حين اقتحم على فرس له شقراء، ثم عقرها ثم قاتل حتى قتل» اهـ. وهذا إسناد حسن صرح ابن إسحق بالتحديث.

(٤) لا أصل له في المرفوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٠٦: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٠: لم أجده.

والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب، والخلاف ثابت فيه، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهراً. ثم قيل: موضع الخلاف ترتب

بعشر: لا تقتلن صبياً ولا امرأة ولا كبيراً هرماً، ولا تقطعنّ شجراً مثمراً، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة، ولا تخربنّ عامراً، ولا تحرقن، ولا تغرقن، ولا تجبن، ولا تغلل(١). ثم هو محمول على ما إذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار إسلام، وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك. وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لأنه إتلاف مال المسلمين؛ ألا ترى إلى قوله لا تحرقنّ وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام «أغِرْ على أُبْنى صباحاً ثم حرِّق»(٢) بقي مجرد ذبح الحيوان وأنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح **(ولا غرض أصح من كسر شوكتهم)** وتعريضهم على الهلكة والموت وإنما يحرق **(لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان)** والتحريق لهذا الغرض الكريم **(بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه)** وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال: «بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال لنا: إن وجدتم فلاناً فاحرقوهما بالنار، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال: إن وجدتم فلاناً وفلاناً فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله»(٣) ورواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن عبد القيس، وطوّله البيهقي. وذكر السبب أنهما كانا روّعا زينب بنت رسول الله ﷺ حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها. والقضية مفصلة عند ابن إسحاق معروفة لأهل السير(٤). وذكر البخاري أيضاً تحريق عليّ رضي الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله ﷺ «لا تعذبوا بعذاب الله» ولقتلهم لقوله ﷺ «من بدّل دينه فاقتلوه»(٥) وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال: كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثاً فألقيته في النار، فقالت: سمعت أبا الدرداء يقول: قال رسول الله ﷺ «لا يعذب بالنار الا ربّ النار»(٦)، هذا **(وتحرق الأسلحة أيضاً، وما لا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم)** وما في فتاوى الولوالجي: تترك النساء والصبيان في أرض غامرة: أي خربة حتى يموتوا جوعاً كي لا يعودوا حرباً علينا، لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حرباً علينا فبعيد، لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي ﷺ في

موضع الخلاف) أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا؟ فعنده يثبت. وعندنا لا يثبت. وقوله: **(لأن حكم الملك لا يثبت بدونه)** أي

---

(١) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/٤٤٧ ح ١٠ عن يحيىٰ بن سعيد وهو الأنصاري أن أبا بكر... فذكره وهذا منقطع إلا أن رواية ثقة، فهو في حكم المرسل.

(٢) تقدم تخريجه في أوائل باب كيفية القتال ٤/٤٤٥ وأبنى: قرية في فلسطين بين عسقلان، والرملة. ويقال: يُبنى. لكن إسناده ضعيف.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٦ وأبو داود ٢٦٧٤ والترمذي ١٥٧١ وابن الجارود ١٠٥٧ والدارمي ٢/٢٢٢ وابن حبان ٥٦١١ كلهم من حديث أبي هريرة. وأخرجه ابن بشكوال ١/١٢٠ من طريق أحمد بن عمرو البزار وسمىٰ الرجلين: هبّار بن الأسود، ونافع بن عبد عمرو، وأما ابن حبان، فسماهما: هبّار بن الأسود، ونافع بن عبد القيس، وإسناده حسن.

ووافقه ابن إسحق علىٰ هذه التسمية فيما نقله إن هشام عنه في السيرة ٢/٢٢٣ وإسناده حسن متصل. وذكر ابن هشام في سيرته ٢/٢٢١ وقصة هبّار مع زينب

(٤) أنظر سيرة ابن هشام ٢/٢٢١. ٢٢٢. ٢٢٣. وهبّار أسلم فيما بعد وله ترجمة في الإصابة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٧ و ٦٩٢٢ وأبو داود ٤٣٩١ والترمذي ١٤٥٨ والنسائي ٧/١٠٤ وابن ماجه ٢٥٣٥ والطيالسي ٢٦٨٩ وأحمد ١/٢٨٢. ٢٨٣. ٣٢٢. ٣٢٣ والبيهقي ٨/١٩٥ والدارقطني ٣/١٠٨. ١١٣ من طرق كلهم عن عكرمة عن ابن عباس به.

(٦) ضعيف. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٦/٢٥١ عن عثمان بن حبان عن أم الدرداء بهذا اللفظ. وقال الهيثمي: وفيه سعيد البزّاد ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات اهـ.

قلت: سعيد هذا مجهول والمجهول خبره ضعيف مردود عن الجماهير.

الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، لأن حكم الملك لا يثبت بدونه. وقيل الكراهية، وهي كراهة تنزيه عند محمد فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار الإسلام. ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة

النساء والصبيان لما فيه من التعذيب[1]، ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء، وقد أوصى النبي ﷺ بالأسرى خيراً. حدّث ابن إسحاق عن نبيه بن وهب أخي بني عبد الدار «أن رسول الله ﷺ حين أقبل بالأسارى فرّقهم بين أصحابه وقال: استوصوا بالأسارى خيراً، فقال أبو عزيز: مرّ بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرني فقال له شدّ يديك به فإن أمه ذات متاع، قال: وكنت في رهط من الأنصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا إذا قدّموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله ﷺ إياهم بنا، ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز إلا نفحني بها، قال: فأستحي فأردها على أحدهم فيردها عليّ ما يمسها»[2] فكيف يجوز أن يقتلوا جوعاً، اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة، والله أعلم قوله: **(ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرج إلى دار الإسلام. وقال الشافعي: لا بأس بذلك)** إذا انهزم الكفار. وعن أبي يوسف رحمه الله: الأحبّ إليّ أن لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي. وعنه إن لم تكن مع الإمام حمولة يحملها عليها يقسمها في دار الحرب. **(وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت)** بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لا تفيد ملكاً إلا إذا كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى. واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين: إما بالقسمة حيثما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قائلاً إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه. وعندنا لا يثبت إلا بالقسم في دار الإسلام، فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز لا يعتق، ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك، وتخرّج الفروع المختلفة على هذا: منها لو وطىء بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادّعاه يثبت نسبه عنده لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك، فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل. وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يحدّ لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين، وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل، بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد، وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الإمام. نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لأنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية، والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ. لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة، أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق. قال: والقليل إذا كانوا مائة أو أقل، وقيل أربعون، وفيه أقوال أخرى، قال في المبسوط: والأولى أن لا يوقت ويجعل موكولاً إلى اجتهاد الإمام. ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك أيضاً. ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد

. . . .

---

(١) تقدم في أوائل كتاب السير ١/ ٤٣٨.

(٢) حسن. أخرجه الطبراني في الصغير ٤٠٩ والكبير كما في المجمع ٦/ ٨٦ من طريق ابن إسحق عن أبي عزيز بن عمير ابن أخي مصعب بن عمير فذكره وقال الهيثمي: إسناده حسن.

. . . .

بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفي للإرث؛ ألا ترى أنا نقول إنه يورث إذا مات في دار الإسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لأنه لا ملك قبل القسمة، وهذا لأن الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط، واستدل على ضعف الحق قبل الإحراز بإباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الإحراز، بخلاف ما بعده فكان حقه ضعيفاً كحق كل مسلم في بيت المال، والشافعية إن منعوا الثاني لم يمنعوا الأول. ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فإنما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك، ولهذا لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام لا يعتق، وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذها قبل الإحراز لا يملكون شيئاً منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد. ذكره في النهاية، ومعناه: إذا لم يؤخذوا فإن إسلامهم بعد الأخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد. وفي التحفة: لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يضمن عندنا، قال: وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقرّ، ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه، ولو باع الإمام جاز، ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف، وهذا المذكور وفي التحفة ماش مع ما في المبسوط حيث قال: فأما عندنا فالحق يثبت بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ، وما دام الحق ضعيفاً لا تجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض. ووجه المصنف قول الشافعي بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لأن بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه، وهذا لأنه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح إلا سبق اليد إليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب، ولأنه ﷺ قسم غنائم حنين وبني المصطلق وأوطاس[1] في ديارهم. ولنا منع أن السبب تم فإن تمامه بثبوت اليد الناقلة، أي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلاً وإدخاراً وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لأن الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد؛ ألا ترى أن الدار مضافة إليهم فدل أنه مقهور ما دام فيها نوعاً من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهراً من وجه مقهوراً من وجه، فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لأنها بيع معنى. فإن البيع مبادلة وفي القسمة ذلك، فإن كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضاً عن نصيبه في الباقي، بخلاف ما إذا خرج العبد مراغماً حيث يعتق بوصوله إلى عسكر المسلمين وإن كان في دار الحرب. وكذا المرأة تبين بذلك فإنه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف «هم عتقاء الله» ولأن ذلك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهراً في الحال، وقال الله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات**﴾ إلى قوله: ﴿**فلا ترجعوهن إلى الكفار**﴾ [الممتحنة ١٠] الآية، وقسمة النبي ﷺ غنائم حنين كان بعد منصرفه إلى الجعرانة، وكانت أوّل حدود الإسلام، لأن مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة وإجراء أحكام الإسلام فيها، وهذا لأن دار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء الأحكام وبثبوت الأمن للمقيم من المسلمين فيها، وكونها متاخمة لدار الإسلام على قوله وعلى قولهما بالأول فقط. وأنت إذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك. وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح، فإذا اتصل به القسم ملك. ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك إلا عند تمامه وهو في دار

. . . .

(١) تقدم تخريجه في كتاب العبيد وإسناده حسن لطرقه.

(والردء والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف. وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها) خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الأصل، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز

الإسلام. واعلم أن القسمة إنما لا تصح إذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الإحراز، أما إذا قسم في دار الحرب مجتهداً فلا شك في الجواز وثبوت الأحكام، وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب[1] فغريب جداً. ثم ذكر المصنف خلافاً في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الإحراز أو في كراهتها، فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره. وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لأنهم إذا استغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب وربما يتفرقون، فربما يكرّ العدو على بعضهم فكان المنع في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز. ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فالأفضل أن لا يقسم في دار الحرب لأنه ﷺ ما قسم إلا في دار الإسلام، والأفعال المتفقة في الأوقات المختلفة لا تكون إلا لداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به. قيل: ونقل الخلاف هكذا، وإن كان في المبسوط غير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا ما يروى عن أبي يوسف. وهذا لأن المسائل الإفرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الإحراز، مثل ما سيأتي من أن من مات من الغانمين لا يورّث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف ونحوه شيء، ومنها عدم جواز التنفيل بعد الإحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الإحراز، ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان: أي بطلان القسمة قبل الإحراز راجح على دليل جوازها، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح، وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة، وهذا الكلام ينبو عن القواعد، فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح. وإذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون له مخالف ولا إجماع لا يوجب، بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه وإلا فكل خلافية من المسائل كذلك، وإذا لزم حكم البطلان فما موجب إثبات الكراهة؟ والتحقيق في سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لأن دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضة شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة. والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه إلى دليل، وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل، وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة، أما إذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها في دار الحرب قوله: (والردء) أي العون (والمقاتل) أي المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشيء، وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، وسنبين سببه فيما يأتي إن شاء الله تعالى قوله: (وإذا ألحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم) أي المدد (فيها) وعن الشافعي فيه قولان، وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام فجاز أن

بدون الملك. معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة. فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك. وعندنا ليست بمترتبة فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً وهذا لأن الملك علة لترتب الأحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا تخلف العلة عن المعلول. وإنما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف، فإنه إذا قسم مجتهداً جاز بالاتفاق. قوله: (وقيل الكراهة) أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٠٨: غريب جداً.
وقال الحافظ في الدراية ٧١٣: لم أجده.

. . . .

إسحاق بن راهويه من حديث ابن عباس(١) ، وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام، وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير(٢) والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير(٣) ، وأخرجه الدارقطني أيضاً من حديث جابر(٤)، وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة(٥) ، وأخرجه أيضاً من حديث سهل بن أبي حثمة (٦) . وهي مع أنها لم تسلم من المقال منها مالا ينافي قول أبي حنيفة لأنك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة. ونص حديث ابن أبي عمرة: «أتينا رسول الله ﷺ أربعة نفر ومعنا فرس» (٧) لا ينافيه، وكذا حديث أحمد «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهماً وفرسه سهمين» (٨) وكذا حديث جابر فإنه قال: «شهدت مع رسول الله ﷺ غزاة فأعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهماً» (٩) بل هذا ظاهر في أنه ليس أمره المستمر وإلا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه، فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي ﷺ غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهراً في أن غيرها لم يكن كذلك. نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير «أعطاني يوم بدر» وفي رواية له أخرى عنه «يوم خيبر» ولا تنافي، إذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما. وما في حديث سهل بن أبي حثمة «أنه شهد حنيناً فأسهم لفرسه سهمين وله سهماً»(١٠) . وفي حديث عبدالله بن أبي بكر بن حزم من طريق ابن إسحاق في غزوة بني قريظة «أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم، له سهم ولفرسه سهمان» (١١) لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام. وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة(١٢)، وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا. وأما حديث أبي كبشة عن النبي ﷺ قال «إني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهماً»(١٣) فمن نقصهما نقصه الله تعالى، فلم يصح لأنه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه قوله: **(ولا يسهم إلا لفرس واحد)** أي إذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر، وهذا قول مالك والشافعي وقال: **(أبو يوسف)** وهو قول أحمد **(يسهم لفرسين)** فيعطى خمسة أسهم، سهم له وأربعة أسهم لفرسيه. ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف، وإنما هو في رواية الإملاء عنه. واستدل المصنف لذلك بما روى **(أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين)**

. . . .

(١) تقدم تخريجه في أول الباب وفيه ضعف لكن جاء من طريقين فهو حسن وانظر نصب الراية ٣/ ٤١٢.
(٢) حسن. أخرجه أحمد ١/ ١٦٦ والدارقطني ٤/ ١١٠ . ١١١ كلاهما من حديث الزبير، وإسناده حسن لشواهده ومنها الآتي.
(٣) حسن. أخرجه الطحاوي ٢/ ١٦٧ والدارقطني ٤/ ١١١ والبيهقي ٦/ ٣٢٦ كلهم من حديث ابن الزبير، وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات.
(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٥ من حديث جابر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٥: فيه محمد بن يزيد بن سنان هو وأبوه ضعيفان.
(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١١ من حديث أبي هريرة وفي إسناده الواقدي واهٍ.
(٦) واهٍ. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١١ من حديث سهل بن أبي حثمة. وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٥: فيه الواقدي مجروح.
(٧) تقدم قبل تسعة أحاديث.
(٨) تقدم قبل خمسة أحاديث من رواية الزبير بن العوّام نفسه وإسناده لشاهده كما تقدم.
(٩) تقدم قبل أربعة أحاديث.
(١٠) تقدم قبل ثلاثة أحاديث، وإسناده واهٍ.
(١١) مرسل حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٣٢٦ وكذا في الدلائل كما في نصب الراية ٣/ ٤١٦ من رواية ابن إسحق حدثني عبد الله بن أبي بكر بن حزم فذكره.
ونقل الزيلعي عن البيهقي في الدلائل قوله: هذا هو الصحيح المعروف بين أهل المغازي اهـ.
أي كون الفارس له ثلاثة أسهم مع فرسه، وللراجل سهم فقط.
قلت: والخبر مرسل لكن اعتمد البيهقي على شواهده
(١٢) تقدم في ٣/ ٤٩٤ وإسناده واهٍ.
(١٣) تقدم قبل ثلاثة عشر حديثاً، وإسناده ضعيف فيه: القيسي غير قوي، وفيه الحبران عبد الله بن بشربه أعله الهيثمي كما تقدم.

يعيا فيحتاج إلى الآخر. ولهما «أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد» ولأن القتال لا

وهذا روي من حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال: «أسهم رسول الله ﷺ لفرسيّ أربعة أسهم فأخذت خمسة أسهم»(١) رواه الدارقطني. ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق: أخبرنا إبراهيم بن يحيى الأسلمي، أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول «أن الزبير حضر خيبر بفرسين، فأعطاه النبيّ ﷺ خمسة أسهم(٢)»، وهذا منقطع، وقد قبله الأوزاعي عن مكحول منقطعاً وقال به.

وقال الشافعي في دفعه: وهشام أثبت في حديث أبيه، إلى أن قال: وأهل المغازي لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين، ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرجز، ولم يأخذ إلا لفرس واحد انتهى(٣). يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال: «أعطاني رسول الله ﷺ يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهماً لي وسهماً لأمي من ذوي القربى». ومن رواية هشام بن عروة أيضاً عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جدّه قال: «ضرب رسول الله ﷺ عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم: سهم له وسهم لأمه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه»(٤) وهذا أحسن إلا أن قوله أهل المغازي لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك. قال الواقدي في المغازي: حدثنا عبد الملك ين يحيى عن عيسى بن معمر قال: «كان مع الزبير يوم خيبر فرسان، فأسهم له النبي ﷺ خمسة أسهم» وقال أيضاً: حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب «أن النبي ﷺ قاد في خيبر ثلاثة أفراس لزاز والضرب والسكب» وقاد الزبير بن العوام أفراساً، وقاد خراش بن الصمة فرسين، وقاد البراء بن أوس فرسين. وقاد أبو عمرة الأنصاري فرسين، فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهماً له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له، ويقال إنه لم يسهم إلا لفرس واحد، وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه ﷺ أسهم لنفسه إلا لفرس واحد. إلى هنا كلام الواقدي مع اختصاره(٥). وقال سعيد بن منصور: حدثنا فرج بن فضالة، حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهماً فذلك خمسة أسهم، وما كان فوق الفرسين فهو جنائب. وقال سعيد أيضاً؛ حدثنا ابن عياش عن الأوزاعي «أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين». وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد فغريب، بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله، وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال: روى محمد بن علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبدالله بن

إذا فعل لأجل الكرّ، فيكونان من جنس واحد (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء، والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه، وإذا كان متعذراً وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سببان نفسه والفرس، وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه) قوله: (ولا يسهم إلا لفرس واحد) واضح. وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله ﷺ والرجوع

---

(١) ضعيف أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٤ من حديث أبي عمرة بشير بن عمرو بن محصن الأنصاري وفيه عبد الرحمن بن أبي عمرة شبه مجهول.

(٢) مرسل. أخرجه البيهقي ٩/ ٥٢ عن مكحول مرسلاً وكذا عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤١٨ ونقل البيهقي عن الشافعي أنه منقطع، وقد قبله الأوزاعي مع أن هشام بن عروة أحرص على هذا الخبر لو زيد للزبير لفرسيه.

(٣) إلى هنا كلام الشافعي فيما نقله البيهقي في المتقدم.

(٤) تقدم تخريجه من طريقيه، وإسناده حسن في ٦. ٧/ ٤٩٦

(٥) ذكر روايات الواقدي هذه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٩ لكن الواقدي واهٍ بل اتهمه بعضهم راجع ميزان الذهبي.

يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس، وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعتاق سواء) لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ الله وعدوّكم﴾ واسم

أبي صعصعة عن البراء بن أوس «أنه قاد مع النبيّ ﷺ فرسين فضرب له خمسة أسهم»[1] إلا أن هذه غرائب. وقال مالك في الموطإ: لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد[2] واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل. قال: (كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال: قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله، إلى أن قال: فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام: «خير فرساننا اليوم أبو قتادة، وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع، ثم أعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل. فجمعهما لي جميعاً. ورواه ابن حبان قال: وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلاً فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين[3]. ورواه القاسم بن سلام وقال: كان سلمة قد استنقذ لقاح النبيّ ﷺ، قال ابن مهدي: فحدثت به سفيان فقال: خاص بالنبي ﷺ. قال القاسم: وهذا عندي أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه وإلا لم يسمّ نفلاً بل هبة[4]. وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة[5] قوله: (والبراذين) وهي خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق: أي كريم رائع وهي كرام الخيل العربيّة، والبراذين والخيل العربية هما (سواء) في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر، وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية، ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربياً وأمه برذونة. قيل إنما ذكر هذا لأن من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثاً شاذاً. وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من أن إطلاق الخيل يشملهما، وكذا الإرهاب، ولأن في كل خصوصية ليست في الآخر. فالعتيق إن فضل بجودة الكرّ والفرّ فالبرذون يفضل بزيادة قوّته على الحمل والصبر ولين العطف، وكونه ألين عطفاً من العربي غير صحيح لأن هذا دائر مع التعليم،

إلى ما بعدها وهو القياس بقوله: (ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضياً إلى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم الواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس. وقوله: (وما رواه محمول على التنفيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم، والعتاق الكرائم. يقال عتاق الخيل والطير لكرائمهما، والعراب خلاف فرس العجم. والهجين ما يكون

قال المصنف: (فلا يكون السبب الظاهر) أقول: أي لاستحقاق الغنيمة.

---

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٩ وهو غريب كما ذكر ابن الهمام لذا نقل ابن الهمام وكذا الزيلعي عن مالك قوله: لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد. وهو في الموطأ ٢/٤٥٦. ٤٥٧.
قلت: وعلى هذا يتخرج كلام الشافعي: وأهل المغازي لم يرووا... الخ أنه أراد المغازي المعتبرة.
وقد قال ابن حجر في عن الواقدي: هو غير حجة إذا لم يخالف غيره فكيف إذا خالف.
وفي الميزان ما ملخصه: الواقدي كذبه أحمد وقال البخاري وغيره: متروك. وقال يحيى: ليس بثقة.

(٢) تقدم في الذي قبله.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٠٧ وأبو داود ٢٧٥٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٣٣. ٥٣٨ وابن سعد ٢/ ٨١. ٨٤ وأحمد ٤/ ٥٢. ٥٤ وابن حبان ٧١٧٣ والبيهقي ٤/١٨٦ وفي الدلائل ٤/ ١٨٢. ١٨٦ من طرق كلهم من حديث إياس بن سلمة عن أبيه مطولاً في خبر الحديبية، وله قصة.

(٤) حسن. رواه أبو عبيد القاسم بن سلاّم في كتابه الأموال، ورجاله ثقات أيضاً.

(٥) أنظر سيرة ابن هشام ٣/ ١٩٧ حتى ٢٠٤ باب غزوة ذي قرد، وملخصه الخبر: «أن النبي ﷺ كانت له إبل، وكان قد جعل عليها راعياً، فأغار عيينة بن حصن الفزاري، وطائفة ممن معه على الإبل، وقتلوا الراعي، فتصدى لهم سلمة بن الأكوع رضوان الله تعالى عليه، فرماهم بالنبل، والحجارة حتى أخذ أكثرها، وقتل منهم غير واحد، ثم جاء بعد ذلك رجالات النبي ﷺ بعد أن بلغه الخبر، فانتقموا من عيينة، وأصحابه» اهـ راجع السيرة تراه مفصّلاً.

الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف إطلاقاً واحداً، ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا (ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه استحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلاً فاشترى فرساً استحق سهم راجل) وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين، وهكذا روى

والعربي أقبل للأدب من العجمي من الخيل، وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد. ويمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف. وفي سيرة ابن هشام: حدثني أبو عبيدة قال: كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى سلمان بن ربيعة الباهلي وهو بأرمينية يأمره أن يفضلَ أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف في العطاء، فعرض الخيل فمرّ به عمرو بن معدي كرب فقال له سلمان: فرسك هذا مقرف، فغضب عمرو وقال: هجين عرف هجيناً مثله، فوثب إليه قيس: يعني ابن مكشوح فتوعده، فقال عمرو:

أتوعدني كأنك ذو رعين ... بأفضل عيشة أو ذو نواس
وكائن كانَ قبلك من نعيم ... وملك ثابت في الناس راسي
قديم عهده من عهد عاد ... عظيم قاهر الجبروت قاسي
فأمسى أهله بادوا وأمسى ... يحوّل من أناس في أناس

قوله: **(ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه)** أيِ هلك فقاتل راجلاً **(استحق سهم الفرسان. ومن دخل راجلاً فاشترى)** في دار الحرب **(فرساً)** فقاتل فارساً عليه **(استحق سهم راجل، وجواب الشافعي على عكسه)** في الفصلين **(وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة)** أي فيما إذا دخل راجلاً فاشترى فرساً فقاتل عليه أن له سهم فارس، وظاهر المذهب الأول **(والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة)** أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب **(وعنده حال الحرب. له أن السبب)** في استحقاق الغنيمة إذا وجدت **(هو قتاله فيعتبر حال الشخص)** المستحق **(عنده)** دون المجاوزة لأنها إنما هي **(وسيلة إلى السبب)** أي العلة الحقيقية **(كالخروج من البيت)** لقصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب، وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر، فكذا عند المجاوزة. والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الراجعة إلى استحقاق الغنيمة اتفاقاً فيما إذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ، فظهر اعتباره شرعاً في حق استحقاق الغنيمة، وأنه غير متعذر **(ولو تعذر أو تعسر فبشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال)** من المجاوزة **(ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها)** والإغاظة، **(والحال بعدها حال بقاء القتال إلا أنه تنوع القتال إلى المجاوزة إلى دارهم، وسلوكهم قهراً بالمنعة لإهلاكهم وإلى حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال)** شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره،

أبوه من الكوادن وأمه عربية، والكودن البرذون ويشبه به البليد، والمقرف عكس الهجين، وإنما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لأن أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثاً عن رسول الله ﷺ شاذاً، وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(ألين عطفاً)** بفتح العين وكسرها، فمعنى الفتح الإمالة، ومعنى الكسر الجانب. قال: **(ومن دخل دار الحرب فارساً)** هذا البيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا. وقوله: **(وهكذا)** أي كقول الشافعي رضي الله عنه **(روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني)** يعني ما إذا دخل دار الحرب راجلاً

قوله: **(والمقرف عكس الهجين الخ)** أقول: في الصحاح والقاموس: الإقراف من قبل الفحل، والهجنة من قبيل الأم، فما في الشرح مخالف لما فيهما.

ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان. والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة، وعنده حالة انقضاء الحرب. له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت، وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه، ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال. ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها؛ ولأن

بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فأدير في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي إلى القتال ظاهراً مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة. وأما ما قيل في التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح، بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارساً لا يجر بذلك نفعاً لنفسه بل ضرراً فإنه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولاً الضرر، وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه؛ ألا يرى إلى ما في الحديث من قول أبي قتادة: من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين؟ فشهد له واحد فأعطاه إياه، وقال عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً له علية بينة»[1] ولا بينة إلا أهل العسكر من المقاتلة خصوصاً في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان) أو لمشجرة أو لأنه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها إذا خلص إلى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو آجره أو رهنه ففي الحسن يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة، وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به، وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا إذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الأصح أنه يسقط) لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما انتظر حالة العزة. وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلاً على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن، فبيعه فيها دليل أنه عنّ له غرض الآن فيه، إما

ثم اشترى فرساً وقاتل فارساً، وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب. قال الخليل: الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها، لكن المراد بالدرب ها هنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الإسلام ودار الحرب، حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حدّ دار الحرب، ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدّ دار الإسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أي تمامها وهذه رواية عنه، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة، ودليله يدل على ذلك، وكان المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه وبالدليل إلى الأخرى لأن قوله: (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال إشارة إلى حال شهود الوقعة لا إلى حال انقضائها. وقوله: (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا. وقوله: (كالخروج من مبيت) يعني للقتال، فإنه وسيلة إلى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه راجلاً أو فارسا، وكذلك في هذه الوسيلة. وقوله: (وتعليق الأحكام) جواب عما سنذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر. وبيانه أن الأحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل، وكذلك المرأة والعبد و الذمي، ولو كان ذلك متعسراً لما ترتب عليه الأحكام. ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلاً أو فارساً بحالة هي أقرب إلى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف، ومجاوزة الدرب قهراً، وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالاً. وإذا وجد أصل القتال فارساً لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لأن الفارس لا

قال المصنف: (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول: لم يجب عن قول الشافعي وتعليق الأحكام الخ، إذ هو أيضاً لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال في استحقاق الغنيمة فليتأمل.

---

(١) رواه الجماعة سوى النسائي سيأتي في أول فصل التنفيل، وهو الباب الآتي. حيث ساقه المصنف مطوّلاً.

الوقوف على حقيقة القتال متعسر؛ وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارساً كان أو راجلاً. ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة. وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً. ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض. والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا لأنه ينتظر عزته **(ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام)** لما روي «أنه

لأنه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك، ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه إذ ذاك انتظاراً لحالة الرغبات في الشراء. وفي المحيط: لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان، وإن كان الفرس مريضاً فعلى التفصيل المذكور فيه، ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلاً ففيه روايتان: في رواية له سهم فارس، وفي رواية سهم راجل. ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الأولى، إلا أن يزاد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع، فإنه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارساً قوله: **(ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبيّ ولا ذمي ولكن يرضخ لهم)** أي يعطون قليلاً من كثير، فإن الرضخة هي الإعطاء كذلك، والكثير السهم، فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه **(على حسب ما يرى الإمام)** وسواء قاتل العبد بإذن سيده أو بغير إذنه **(والمكاتب كالعبد)** لما ذكر في الكتاب. وقد استدل المصنف بأن النبي ﷺ كان لا يسهم الخ. أخرج مسلم: كتب نجدة بن عامر الحروري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما؟ فكتب إليه: أن ليس لهما شيء إلا أن يحذيا. وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز: كتب نجدة الحروري إلى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله ﷺ؟ قال: أنا كتبت كتاب ابن عباس رضي الله عنهما إلى نجدة، قد كن يحضرنَ الحرب مع رسول الله ﷺ، فأما أن يضرب لهن بسهم فلا، وقد كان يرضخ لهن[1]. وأخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى آبي اللحم قال: شهدت خيبر مع ساداتي، إلى أن قال: فأخبر أني مملوك فأمر لي بشيء[2]. وأما ما في أبي داود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه «أنها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة، فبلغ رسول الله ﷺ، فبعث إلينا فجئنا فرأينا في وجه الغضب فقال: مع من خرجتنّ؟ وبإذن من خرجتنّ؟ فقلن: يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا

يمكنه أن يقاتل فارساً دائماً لأنه لا بد له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصاً في المشجرة أو في الحصن أو في البحر. وقوله: **(ولأن الوقوف على حقيقة القتال)** واضح على ما ذكرنا. وقوله: **(وتوهم عجزه)** يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود إلى الرق، وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم. قوله: **(لأنها عاجزة عن حقيقة القتال)**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨١٢ ح ١٣٩ وأبو داود ٢٧٢٨ كلاهما عن ابن عباس به.
وأخرجه مسلم ١٨١٢ وأبو داود ٢٧٢٧ و ٢٧٢٨ والترمذي ١٥٥٦ أو البيهقي ٦/ ٣٣٢ وأحمد ١/ ٢٤٨. ٢٤٩. ٣٠٨. ٣٥٢ كلهم من طريق يزيد ابن هرمز بنحوه وصدره عند مسلم: «كتب نجدة المروري إلى ابن عباس يسأله عن خمس خلال» فذكره مطولاً، ومنه هذا الخبر.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧٣٠ والترمذي ١٥٥٧ وابن ماجه ٢٨٥٥ والدارمي ٢٣٨١ والحاكم ٢/ ١٣١ والبيهقي ٦/ ٣٣٢ كلهم من حديث عمير مولى أبي اللحم، ورجاله ثقات، وكذا رواه ابن الجارود ١٠٨٧
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وهو كما قالوا.

أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها، لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد.
قال: (ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا) وقال الشافعي في أحد قوليه: يسهم لهم لقوله عليه الصلاة

يشاركهم المدد إذا قام به الدليل، ولا ينقطع حق المدد إلا بثلاثة أمور: الإحراز بدار الإسلام، والقسمة بدار الحرب، وبيع الإمام الغنيمة قبل لحاق المدد، هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه، وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد، فقدم أبان وأصحابه على رسول الله ﷺ بخيبر بعد ما فتحها، إلى أن قال: فلم يقسم لهم»(١) لا دليل فيه، لأن وصول المدد في دار الإسلام لا يوجب شركة، وخيبر صارت دار إسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الإسلام.
وأما إسهامه لأبي موسى الأشعري على ما في الصحيحين عنه قال: «بلغنا مخرج رسول الله ﷺ ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين إليه أنا وأخوان لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلاً من قومي، فركبنا سفينة فألقتنا إلى النجاشي، فوفينا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده، فقال جعفر: إن رسول الله ﷺ بعثنا ها هنا وأمرنا بالإقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله ﷺ حين افتتح خيبر فأسهم لنا، ولم يسهم لأحد غاب عن فتح خيبر إلا أصحاب سفينتنا»(٢) فقال ابن حبان في صحيحه: إنما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن، ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها. وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فإنه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح قوله: (ولا حق لأهل سوق العسكر) أي (في الغنيمة) لا سهم ولا رضخ (إلا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم، وبه قال مالك وأحمد. وللشافعي فيه قولان: أحدهما كقولنا، والآخر يسهم لهم، واستدل الشافعي بما روى عنه عليه

المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكرّ العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهي كراهة تنزيه عند محمد) فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار الإسلام، وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة. وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح، والمخلص عنه أنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب، فقال بعض المشايخ: المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة. وقال بعضهم: المراد به الكراهة، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين. ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرّماً والمحرم راجح على المبيح (إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق، أما عند الشافعي فيجوز مطلقاً، وأما عندنا فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة) لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار. قال: (والردء والمقاتل في العسكر سواء) الردء هو العون، والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم في السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٣٨ وأبو داود ٢٧٢٣ والطيالسي ٢٥٩١ وسعيد بن منصور ٢٧٩٣ وابن الجارود ١٠٨٨ وابن حبان ٤٨١٤ و ٤٨١٥ والبيهقي ٦/ ٣٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة. علقه البخاري عن الزبيدي، ووصله الباقون، وهو الصواب وشاهده حديث أبي موسى الآتي حيث قال فيه: «ولم يسهم لأحد غاب عن خيبر غير أصحاب سفينتنا» اهـ وأبان هو ابن سعيد بن العاص.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٣٦ و ٣٨٧٦ و ٤٢٣٠ و ٤٢٣٣ ومسلم ٢٥٠٢ وأبو داود ٢٧٢٥ والترمذي ١٥٥٩ وابن الجارود ١٠٨٩ وابن أبي شيبة ١٢/ ٤١٠ وأحمد ٤/ ٤٠٥. ٤٠٦ وابن حبان ٤٨١٣ والبغوي ٢٧٢١ من طرق كلهم من حديث أبي موسى.
رووه مطولاً ومختصراً.
وكلام ابن حبان الذي ذكره ابن الهمام هو عقب حديث ٤٨١٤ أي بعد حديث واحد.

والسلام «الغنيمة لمن شهد الوقعة» ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد. ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال، وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه، أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال **(وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها)** قال العبد الضعيف: هكذا ذكر في المختصر، ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير. والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم. وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع

الصلاة والسلام أنه قال («الغنيمة لمن شهد الوقعة»)(١) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف، ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا وكيع، حدثنا شعبة. عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند. فأمدّهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فظهروا، فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة. فقال رجل من بني تميم: أيها العبد الأجدع تريد أن تشاركنا في غنائمنا؟ وكانت أذنه جدعت مع رسول الله ﷺ، فقال: خير أذنيّ سببت، ثم كتب إلى عمر رضي الله عنه، فكتب عمر إن الغنيمة لمن شهد الوقعة. ورواه الطبراني والبيهقي وقال: وهو صحيح من قول عمر(٢). وأخرج ابن عدّى عن علي رضي الله عنه: الغنيمة لمن شهد الوقعة(٣)، وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد إياه، وكذا عند الكرخي من مشايخنا، وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هي القتال، وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال إنما يعرف بأحلا أمرين: بإظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره، ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر، وهذا هو السبب الظاهر الذي ينبني عليه الحكم، وإما بحقيقة قتاله بأن كان خروجه ظاهراً لغيره كالسوقي وسائس الدواب فإن خروجه ظاهراً لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده إذ لا دليل على قصد القتال، فإذا قاتل

(أو شهود الوقعة) عند الشافعي رضي الله عنه **(على ما عرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا)** من الاستواء في السبب. قوله: **(وإذا لحقهم المدد)** ظاهر. وقوله: **(بناء على ما مهدناه من الأصل)** يريد ما مر أن سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به، وعندنا أن السبب هو الإحراز، فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي يتم به السبب شاركوه في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال **(وإنما تنقطع المشاركة بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد) (ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة)** بإطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ. وكذا ذكر في المبسوط، وعلل بأن قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وإرهاب العدوّ **(إلا أن يقاتلوا)** فلهم السهم وقال الشافعي رحمه الله: **(يسهم لهم في قول لقوله ﷺ «الغنيمة لمن شهد الوقعة» ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد)** وقوله: **(ولنا أنه لو**

---

(١) لا أصل له مرفوعاً. وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بإسناد صحيح كما في فتح الباري ٦/ ٢٢٤ عن طارق بن شهاب عن عمر أنه كتب إلى عمار: الغنيمة لمن شهد الوقعة. وله قصة، ورواه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٨ وكذا البيهقي ٩/ ٥٠ من رواية طارق بن شهاب عن عمر وقال البيهقي: هذا هو الصحيح الموقوف على عمر.
ورواه البيهقي عن أبي بكر الصديق موقوفاً، وفيه انقطاع لذا عقبه بروايته عن عمر، وتصحيحه إياه عن عمر.
تنبيه: نسب صاحب الهداية استدلال الشافعي للحديث المرفوع، ثم رجع وقفه اهـ. والصواب أن الشافعي لم يستدل به على كونه مرفوعاً. وإنما رواه موقوفاً، وأشار البيهقي إلى استدلال الشافعي بحديث أبان بن سعيد بن العاص الذي تقدم تخريجه قبل حديث واحد اهـ فتنبه لأن الشافعي عالم بالحديث صحيحه، وسقيمه موقوفه، ومرفوعه»
(٢) تقدم في الذي قبله مستوفياً.
(٣) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٩/ ٥١ وابن عدي في الكامل ٢/ ٥٧ كلاهما من طريق بختري العبدي عن علي موقوفاً. والعبدي غير قوي لكن له شواهد موثوقة تشهد له.

رفيقه فضل حمولة، ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (**ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب**) لأنه لا ملك قبلها، وفيه خلاف الشافعي، وقد بينا الأصل (**ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته**) لأن الإرث يجري في الملك، ولا ملك قبل الإحراز، وإنما الملك بعده. وقال الشافعي: من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه. قال: (**ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام**) قال رضي الله عنه: أرسل ولم يقيده بالحاجة، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى. وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا لحاجة كما في الثياب والدواب. وجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه

ظهر أنه قصده غير أنه ضم إليه شيئاً آخر كالتجارة في الحج لا ينتقص به ثواب حجه. وعلى كون السبب ما قلنا فرّع ما لو أسر في دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وإن لم يلقوا قتالاً بعده، ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها إلا أن يلقوا قتالاً فيقاتل معهم، لأنه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم، وإنما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لأنه حينئذ تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال، وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر، والمرتد إذا تاب ولحق بالعسكر، والتاجر الذي دخل بأمان إذا لحق بالعسكر إن قاتلوا استحقوا وإلا فلا شيء لهم قوله: (**وإذا لم يكن للإمام حمولة**) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (**يقسمها بينهم**) فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح، وقيل قسمة إيداع إلى دار الإسلام ويستردها فيقسمها، ثم على هذا يكون بالأجرة وهل يكرههم على ذلك؟ في السير الصغير لا يكرههم لأنه انتفاع بمال الغير لا يطيب من نفسه، فهو كمن تلفت دابته في دار الإسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرهاً بأجر المثل. وقوله: (**لأنه ابتداء إجارة**) أي من كل وجه احتراز عن مثل ما إذا انقضت مدة إجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فإنه تنعقد بينهما إجارة بأجر المثل جبراً. وفي السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص، ولأن منفعته راجعة إليهم والأجرة من الغنيمة. والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فإنها تصح للحاجة، وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة. وقوله في المختصر أي القدوري قوله: (**ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب**) لعدم الملك وهو المراد بقوله: (**وقد بينا الأصل فيه**) وهذا في

توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله: الغنيمة لمن شهد الوقعة (**موقوف على عمر رضي الله عنه**) ومثله ليس بحجة عنده لأنه لا يرى تقليد الصحابي (**أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال**) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس لهم شيء (**وإن لم يكن للإمام حمولة**) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (**قسمها بين الغانمين قسمة إيداع**) وكلامه واضح. وقوله: (**لأنه ابتداء إجارة**) أي من كل وجه، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة، فإن من استأجر سفينة شهراً فمضت المدة في وسط البحر فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك. وقوله: (**وصار كما إذا نفقت دابته**) يعني في كونه ابتداء إجارة من كل وجه. وقوله: (**ويجبرهم في رواية السير الكبير**) ظاهر، ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس، لأن في هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك، وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لأن شركة الملك هي التي لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال. وقوله: (**ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة**) واضح مما تقدم. قوله: (**ولا ملك قبل الإحراز**) فيه نظر لأنه يناقض قوله فيما تقدم لأن بكل منها يتم الملك. والجواب أنه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ها هنا اعتماداً على

يستصحبه فانعدم دليل الحاجة، وقد تمس إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال: **(ويستعملوا الحطب)** وفي بعض النسخ الطيب، **(ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة)** لمساس الحاجة إلى جميع ذلك **(ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة)** وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه **(ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتموّلونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه)**، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام. وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن باعه أحدهم ردّ الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة. وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك، إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدوابّ والمتاع، لأن المحرّم يستباح للضرورة فالمكروه أولى،

بيع الغزاة ظاهر، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لِأنه مجتهد فيه: يعني أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافاً فينعقد بلا كراهة مطلقاً قوله: (ومن مات من الغانمين) تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الإسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه قوله: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام)** علف الدابة علفاً من باب ضرب ضرباً فهي معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه. وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولاً، وما يؤكل إما يتداوى به كالهليج أو لا، فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أوانكسر سيفه. أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه ولو تلف نحو الحطب، بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثراً للملك فضلاً عن الاستحقاق، بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب، وكذا الثوب إذا ضرّه البرد فيستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه، ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه، ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم **(ولم يذكر)** محمد رحمه الله **(قسمه السلاح ولا فرق)** كما ذكر المصنف لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد، بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأن من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة، فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قبل الرجال وترك النساء والصبيان، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل: يعني بالأجر فيه روايتان تقدّمتا. وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله، وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة بل الفضول. وقال

ذكره هناك أو لأن ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للأمور الأصلية. وقوله: **(وقد بيناه)** أي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب. قوله: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر)** أي دوابهم العلف **(في دار الحرب)** وقوله لم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره **(وقد شرطها)** يعني محمداً **(في رواية)** هي رواية السير الصغير **(ولم يشترطها في أخرى)** وهي رواية السير الكبير، ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وعلف ظهره)** أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام **(فيعتبر حقيقتها)** أي حقيقة الحاجة في السلاح. وقوله: **(والدابة مثل السلاح)** يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن إذا اعتبر حاجة الركوب، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام **(ويستعملوا الحطب، وفي بعض النسخ الطيب)** قيل وليس بصحيح لأن القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب، أما الحطب فلتعذر النقل من دار الإسلام جاز استعماله كما في العلف. وأما الأدّهان بالدهن

قال المصنف: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا الخ)** أقول: أي لا بأس بأن يعلف العسكر دوابهم العلف، فالمفعول بهما محذوفان، علف الدابة يعلف علفاً من باب ضرب إذا أطعمها العلف قال المصنف: **(ويستعملوا الحطب الخ)** أقول: معطوف على قوله بأن يعلف قوله: **(وليس بصحيح)** أقول: القائل هو الإتقاني.

وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية، ولم يذكر القسمة في السلاح، ولا فرق في الحقيقة لأنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين، وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبى حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج. قال: (ومن أسلم منهم) معناه في دار الحرب (أحرز

عليه الصلاة والسلام «ردوا الخيط والمخيط»(١) ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب، فالمعتبر حقيقة الحاجة. وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل، والادّهان بتلك الأدهان لأن الادّهان انتفاع في البدن كالأكل ويوقحوا الدوابّ بها، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفى من كثرة المشي. والزاء أي الترقيح خطأ، كذا في المغرب لكن الأصح جوازه. ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال: هكذا قرأنا على المشايخ. وفي الجمهرة: رقح عيشه ترقيحاً إذا أصلحه، وأنشد:

يترك ما رقح من عيشه يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم، فالترقيح أعم من التوقيح، وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردّون الجلد إلى الغنيمة. ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس، ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان، وبه قالت الأئمة الثلاثة، فيجوز لكل من الفقير والغنيّ تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم، ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه. وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذ لأجله، ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعاً عن الأسباب فيدار الحكم عليه، بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة، والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» رواه البيهقي. أنبأنا عليّ بن محمد بن بشران، أخبرنا أبو جعفر الرازي، حدثنا أحمد بن حنبل، حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس ابن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ يوم خيبر «كلوا واعلفوا ولا تحملوا»(٢) وأخرجه الواقدي في

فالمراد به الدهن المأكول كالزيت، لأنه لما كان مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به بل يردّه إلى الغنيمة. قوله: (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفى من كثرة المشى، ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح، قال: هكذا قرأنا على المشايخ. قال صاحب المغرب: والراء خطأ لأن الأول ها هنا أولى وأليق. قلت: هذا التعليل إن كان منقولاً عنه فهو مناقض لأن ترك الأولى لا يسمى خطأ. وقوله: (وتأويله الخ) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل، لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز. وقوله: (وقد بيناه)

قوله: (وإذا لم يكن مأكولاً الخ) أقول: كدهن البنفسج والخيرى قوله: (ولا يتمولونه: أي يبيعونه بالعروض) قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله أن يبيعوا فتأمل.

---

(١) حسن. هو بعض حديث أخرجه أحمد ٢/١٨٤ من طريق ابن إسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «شهدت يوم حنين، وجاءت رسول الله ﷺ وفود هوازن. . .» وآخره «قال: يا أيها الناس ليس لي من هذا الفيء إلا الخمس، والخمس مردود عليكم، فردوا الخياط والمخيط، فإنه الغلول يكون على أهله يوم القيامة. . .» الحديث. ففيه التحذير من الغلول. واختصره الدارمي ٢٣٩٢ حيث رواه من حديث عبادة.

(٢) حسن لشواهده، أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/٤٠٩ من طريق الواقدي عن عبد الله بن عمرو بن العاص وضعفه البيهقي وأخرجه الواقدي في مغازيه ٢/٦٦٢. ٦٦٣ مطولاً. ومدار الطريقين على الواقدي، وهو واهٍ. بل وشيخه إسحق بن أبي فروة واهٍ أيضاً، وكذا أبوه وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/١٢١ اهـ.

قلت: لكن حديث البيهقي الضعف فيه سببه الواقدي لأنه من طريق آخر، وله شاهد وهو الآتي، فهو حسن إن شاء الله.

بإسلامه نفسه) لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً (وكل مال هو في يده)

مغازيه بغير هذا السند، وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير. وأخرج أبو داود عن عبدالله بن أبي أوفى: «أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف»[1]. وأخرج البيهقي عن هانيء بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه: إنا فتحنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك، فكتب إليه: دع الناس يأكلون ويعلفون، فمن باع شيئاً بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين[2]. وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتموّلونه، فإن باعوا ردوا الثمن إلى الغنيمة لأنه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقاً قوله: (ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل: إحداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر على الدار. والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات إلى آخر ما سنذكر. ثانيها أسلم في دار الحرب ثم خرج إلينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء إلا أولاده الصغار، لأنه حين أسلم كان مستتبعاً لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم، وما أودع مسلماً أو ذمياً ليس فيئاً لأن يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع إحراز المسلم فترد عليه، وما أودع حربياً ففي ظاهر الرواية فيء. وعن أبي حنيفة أنه له لأن يده تخلف بده. وجه الظاهر أنها ليست يداً صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله.

وثالثها مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن تباين الدارين قاطع للعصمة، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم، أما في غير الأولاد فظاهر، وأما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال. رابعها دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولاداً ثم ظهرنا على الدار فالكل له إلا الدور والأرضين فإنها فيء لأن يده صحيحة لأنه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لإحراز المسلمين إياها، فأما الأرضون فالوجه فيها ما سنذكر، ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته الحبلى الحربية وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لأنه ما دام في دار الحرب فيده عليها. ولنأت إلى مسألة الكتاب قال: ومن أسلم منهم الخ، قال المصنف: معناه في دار الحرب قيد به احترازاً عما لو أسلم مستأمن في دار الإسلام ثم ظهر على الدار فإن جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فيء على ما ذكرناه، وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج إلينا أو لم يخرج إلينا، والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفاً من أن الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه، فلا بد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون تبعاً وكل مال) بالنصب عطفاً على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقابلوا لقوله: (عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له») قال محمد: حدثنا الثقة: حدثنا ابن

إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه يستصحبه الخ. وقوله: (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض. وقوله: (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الإحراز، وكلامه واضح. وقوله: (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب. قال: (ومن أسلم منهم) إنما احتاج المصنف إلى قوله معناه في دار

قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال» الحديث) أقول: أي مع مال قوله: (فإن الإسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول: أي في هذا الباب. قال المصنف: (أو وديعة) أقول: عطف على قوله في يده.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٠٤ والبيهقي ٩/ ٦٠ كلاهما من حديث عبد الله بن أبي أوفى واللفظ لأبي داود وسكت عليه هو والمنذري في مختصره ٢٥٨٩ وكذا البيهقي وإسناده حسن وله شواهد. ومنها الآتي الموقوف على عمر.

(٢) موقوف حسن. أخرج البيهقي ٩/ ٦٠ بسنده عن هانيء بن كلثوم عن عمر موقوفاً وإسناده حسن.

لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له» ولأنه سبقت يده الحقيقة إليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فإن ظهرنا على دار الحراب فعقاره فيء) وقال الشافعي: هو له

أبي لهيعة قال: حدثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال «من أسلم على شيء فهو له» وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور: حدثنا عبدالله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال: قال رسول الله ﷺ الحديث[1]، وهذا مرسل صحيح. وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جدّه صخر بن العيلة «أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفاً، فساقه إلى أن قال فدعاه: أي دعا النبيّ ﷺ صخراً فقال له: إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم، ثم ساقه إلى أن قال: وسأل نبيّ الله ﷺ ماء لبني سليم فأنزله إياه وأسلم، يعني السُلَيميين، وساقه إلى أن قال: فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخراً ليدفع إلينا ماءنا فأبى، فدعاه فقال: يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع إلى القوم ماءهم»[2] وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه، وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت، ويقال ابن أبي العيلة (ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه) وقوله: (أو وديعة) أودعها (في يد مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (ويده) أي يد المودع (كيده، فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء) وماله من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للأرض وقال الشافعي: (هو له لأنه في يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافاً في شروح الجامع الصغير. ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال: (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما، وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال: فأما عقاره لا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن

الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فأسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فإن أولاده وأمواله كلها فيء، والفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام. قوله: (لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق) لأنه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل، فإنه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبيده، ولما كان مسلماً وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط، واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء، فإن الإسلام لا ينافيه كما تقدم. قوله: (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز. وقوله: (في يد صحيحة) احتراز عن يد الغاصب. وقوله: (محترمة) احتراز عن يد الحربي. قوله: (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيئاً) قول أبي حنيفة وأبي

(١) رواه محمد كما ذكر المصنف، وإسناده واهٍ فيه راوٍ لم يسمّ. وابن أبي لهيعة لعله صوابه ابن لهيعة، وهو واهٍ. وقد أشار ابن الهمام لضعف الإسناد حيث قال: وأحسن منه ما رواه سعيد بن منصور عن عروة مرسلاً.
قلت: رواه سعيد بن منصور في سننه ٣/١/٥٤/١٨٩ ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: مرسل صحيح. اهـ نصب الراية ٣/ ٤١٠.
وأخرجه أبو يعلى ٥٨٤٧ والبيهقي ٩/ ١١٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.
وقال البيهقي: فيه ياسين الزيات البخاري ويحيى وغيرهما. بل ذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٣٣٥ ونسبه لأبي يعلى، وقال: فيه ياسين الزيات متروك اهـ.
ورواه البيهقي ٩/ ١١٣ من حديث بريدة بمعناه، وإسناده واهٍ فيه ليث بن أبي سُليم ضعفه غير واحد اهـ.
قال البيهقي: وروي عن ابن أبي مليكة مرسلاً اهـ.
الخلاصة: هذا حديث بمجموع طرقه المرفوعة، والمرسلة يصير حسناً إن شاء الله تعالى، وشاهده الآتي.
(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٠٦٧ والدارمي ٢٣٧٦ وإسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤١٢ كلهم من حديث صخر بن العيلة. طوّله أبو داود، واختصره الدارمي. قال المنذري في مختصره ٢٩٤٣: في إسناده أبان ابن عبد الله بن أبي حازم. وثقه يحيى، وقال أحمد: صدوق صالح الحديث، وقال ابن عدي: أرجو أنه لا بأس به وقال ابن حبان ينفرد بالمناكير.
وقال أبو القاسم البغوي: صخر بن العيلة له صحبة اهـ ونقله الزيلعي ٣/ ٤١٢ عن المنذري.
وقال ابن حجر في التقريب عن أبان: صدوق في حفظه لين.
قلت: وللحديث شواهد كما ترى، فهو حسن إن شاء الله.

لأنه في يده فصار كالمنقول. ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة، وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال

فأجعل عقاره له لأن ملك محترم له كالمنقول اهـ. وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئاً وعند أبي حنيفة هو فيء، ووجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله: (**ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة**) بل حكماً ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعاً سالبة لما في أيديهم، وظاهر ما ذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فإنه قال لصخر حين منعهم ماءهم: إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالاً[١]. والمراد من الماء الأرض التي فيها الماء لا نفس الماء بخصوصه؛ ألا ترى إلى قوله أنزلني فأنزله إياه[٢]، والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[٣] بناء على تسميتها مالاً في ذلك الحديث، لكن قد ضعف[٤] أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الأرض لأجله. قال: (**وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيء**) وإن حكم بإسلامه تبعاً لخير الأبوين ديناً (**خلافاً للشافعي. هو يقول إنه مسلم كالمنفصل. ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره**) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (**بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون**) لا يتبعون في الإسلام، ولا خلاف في هذا (**ومن قاتل من عبيده**) فهو (**فيء**) خلافاً للأئمة الثلاثة، والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله. ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرّد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعاً لأهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (**ما كان من ماله في يد حربي غصباً فهو فيء**) لارتفاع يده بالغصب، واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة، ولأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة، قاله الفقيه أبو الليث. وكذا إذا كان وديعة عند حربي عنده خلافاً للأئمة الثلاثة في الفصلين لإطلاق الحديث[٥]، ولأبي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لأن يد المودع كيده، ولو كانت في يده حقيقة لا تكون

يوسف الآخر قال: (**شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير، فما كان في يده من المال فهو له إلا العقار فإنه فيء في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن في العقار أن أجعله له لأنه ملك محترم له كالمنقول، وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد، إلا إن كان عنه أيضاً روايتان فقد هان الخطب إذ ذاك. قوله: (عندهما)** أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن اليد على البقاع إنما تثبت حكماً ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم، وعند محمد تثبت (**وزوجته فيء**) لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام لأن المسلم يتزوّج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تبعاً لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد (**وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي رضي الله عنه**) في الحمل (**هو يقول إنه**) أي الحمل (**مسلم**) بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل (**ولنا أنه جزؤها**) وهي قد صارت فيئاً بجميع أجزائها؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في إعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها؛ فكما أن الحمل لا

قال المصنف: (**ولنا أن العقار، إلى قوله: وسلطانها**) أقول: قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل قوله: (**وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد**) أقول: فيه شيء.

---

(١) هو بعض المتقدم.

(٢) هو بعض المتقدم.

(٣) متفق عليه. تقدم في كتاب الزكاة.

(٤) قلت: لا فقط ضعفه ابن حبان وحده، وقد قال الذهبي في الميزان عنه: حسن الحديث اهـ. مع تعنت الذهبي وتشدده في الرجال. والله أعلم.

(٥) لعل المراد حديث: «أمرت أن أقاتل الناس... عصموا مني دماءهم وأموالهم» والله تعالى أعلم مفهوم الحديث أن من لم يقل لا إله إلا الله، فماله غير معصوم، ولا حرمة له. والله أعلم.

بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما، وعند محمد تثبت **(وزوجته فيء)** لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام **(وكذا حملها فيء)** خلافاً للشافعي. وهو يقول إنه مسلم تبعاً كالمنفصل. ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لأنه حرّ لانعدام الجزئية عند ذلك **(وأولاده الكبار فيء)** لأنهم كفار حربيون ولا تبعية **(ومن قاتل من عبيده فيء)** لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم **(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء)** غصباً أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة **(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا يكون فيئاً)** قال العبد الضعيف رحمه الله: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير. وذكروا في شروح

فيئاً فكذا إذا كانت في يده حكماً، بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكماً. ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة؛ ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم. وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها، كما أن التراب لما كان خلفاً عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوماً لعصمة صاحبه. أجيب بجوابين: أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة، وإنما ينعصم تبعاً لعصمة مالكه، وتبعيته له في العصمة إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكماً مع الاحترام وكلاهما منتف هنا، وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة، وغير المحترمة إنما هي يد الحربي الحقيقية. الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي، فاعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك. ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي. والنص يوجب في ملكه العصمة بالإسلام. وأما ما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافاً لهما. أو قال: **(هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير. وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة)** وفي بعض النسخ: وقالا لا يكون فيئاً إلى أن قال: وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد، فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له. ثم قال في النهاية: إنه تتبع النسخ، والصحيح منها أن يقال: وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا يكون فيئاً لأن رواية السير الكبير على ما ذكر الإمام شمس الأئمة هكذا، وكذا

يصير عبداً عند إعتاق الأم مستثنى بحال، فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الأم. وقوله: **(والمسلم محل للتملك)** جواب عن قوله إنه مسلم تبعاً. وتقريره سلمنا أنه مسلم تبعاً لكن المسلم محل التملك تبعاً لغيره، كما إذا تزوّج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه. وقوله: **(بخلاف المنفصل)** جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر، وكذلك قوله: **(وأولاده الكبار فيء، ومن قاتل من عبيده فيء لأنها لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل الدار)** وأهل الدار فيء، ومن لم يقاتل فليس بفيء لأنهم أتباعه. وقوله: **(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة)** اعترض عليه بأن ما قام مقام غيره إنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم، ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترماً نظراً إلى نفسه لا غير محترم نظراً إلى الحربي. وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي، واعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها، والعصمة لم تكن ثابتة لأن المال في أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك، وإنما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكماً مع الاحترام، لأنه بدون الاحترام يعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا تثبت بالشك. وقوله: **(وما كان غصباً في يد مسلم)** اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا **(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة، وقالا لا يكون فيئاً، قال رضي الله عنه: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير. وذكر في شرح**

قوله: **(وأجيب بأن قيام يد المودع الخ)** أقول: خلاصة الجواب أن العمل بوصف الأصل إنما يكون إذا لم يكن له معارض، وها هنا وجد المعارض وهو الإباحة الأصلية قوله: **(مع الاحترام)** أقول: أي احترام اليد الحقيقي.

الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد. لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها. وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام؛ ألا ترى أنها ليست بمتقوّمة إلا أنه محرّم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالإسلام. بخلاف المال لأنه خلق عرضة

في المحيط، ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد، وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد، لأن فخر الإسلام قال في الجامع: ولو كان وديعة عند حربي أو غصباً عند مسلم أو ذمي أو ضائعاً فهو فيء، وهذا قول أبي حنيفة، وقال: أبو يوسف ومحمد: لا يكون فيئاً. وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما **(لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله. وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام)** بل معه بسبب اندفاع شرّه به فإنما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً حمل الأمانة **(وإباحة التعرض)** كان **(بعارض شرّه)** فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل **(بخلاف المال فإنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك)** في الأصل **(وليست في يده)** حال الغصب لا حقيقة ولا حكماً فليس في يد أحد **(فلم تثبت العصمة)** فكان مباحاً بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فإنه في يد مالكه حكماً مع الاحترام فلم يكن فيئاً وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحاً، اللهم إلا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد قوله: **(وليست في يده حكماً)** أنث على تأويل الأموال

[فروع] أسر العدو عبداً ثم أسلموا فهو لهم لأنه مال أسلموا عليه، ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعاً فلزمه قيمته بطلت الجناية، ولزم الدين لأن حق وليّ الجناية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى؛ ألا ترى أنه لو

الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لأنه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا، بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا، وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضاً ليس بصحيح لأن المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فيئاً. قال رضي الله عنه: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير، وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير **(لهما أن المال تابع للنفس)** لكونه وقاية لها **(والنفس صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها. ولأبي حنيفة أنه)** أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم **(مال مباح)** لأنه ليس بمعصوم لعدم الإحراز حقيقة وحكماً؛ أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب، بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف. وقوله: **(والنفس لم تصر معصومة بإسلامه)** جواب عن قولهما وقد صارت معصومة بإسلامه. وتقريره: لا نسلم أنها صارت معصومة بإسلامه **(ألا ترى أنها ليست بمتقومة)** حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب. فإن قيل: لو لم تكن معصومة لما كانت محرّم التعرض كالحربي وليس كذلك. أجاب بقوله: **(إلا أنها محرم التعرض في الأصل)** يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة، وإنما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض في الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به **(وإباحة التعرض)** إنما هي **(بعارض شره. وقد اندفع بالإسلام)** فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة **(بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك)** فكان المقتضي موجوداً والمانع منتفياً لأن المانع كونه في يده حقيقة أو حكماً مع الاحترام، وهذا ليس في يده حكماً لأن يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيئاً. قوله: **(وإذا خرج المسلمون)** ظاهر. وقوله: **(معناه إذا لم تقسم)** يعني الغنيمة. وقوله: **(اعتباراً بالمتلصص)** فإنه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً فهولهم، ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة، إذ الغنيمة هو المأخوذ قهراً بإذن الإمام فهو مباح سبقت أيديهم إليه. قوله: **(وبعد القسمة**

قوله: **(لعدم الإحراز)** أقول: أي لعدم إحراز الحربي الذي أسلم قوله: **(وتقريره لا نسلم أنها صارت معصومة الخ)** أقول: الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن إثبات اليد، وظاهر أنه لا مجال لمنعه.

للامتهان فكان محلاً للتملك وليست في يده حكماً فلم تثبت العصمة **(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها)** لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام **(ومن فضل معه علف أو طعام ردّه إلى الغنيمة)** معناه إذا لم تقسم. وعن الشافعي مثل قولنا. وعنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص. ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده، وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء، وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه.

زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق وليّ الجناية، فأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه يتبدل الملك، وهذا لأن الدين شاغل لماليته، فإنما ملكه مشغولاً به. فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة: أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه، وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه، ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال قوله: **(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت، والإباحة)** التي كانت في دار الحرب إنما كانت **(باعتبارها، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه، ولا كذلك قبل الإخراج، ومن فضل معه طعام أو علف يردّه إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسم)** الغنيمة في دار الحرب بشرطه، ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول: **(وعنه أنه لا يرده اعتباراً بالمتلصص)** وهو الواحد الداخل أو الاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئاً فأخرجه يختص به. قلنا: مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت، بخلاف المتلصص لأنه دائماً أحق به قبل الإخراج وبعده، وأما بعد القسمة فيتصدّقون بعينه إن كان قائماً وبقيمته إن كانوا باعوه. هذا إن كانوا أغنياء، وإن كانوا محاويج فقراء انتفعوا به إن كان قائماً **(لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين)** لتفرقهم، وإن كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم، وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدّق بها الغني لا الفقير **(لقيام القيمة مقام الأصل)** وأخذها حكمه.

تصدّقوا به) أي إذا جاءوا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام الغنيمة في دار الإسلام تصدّقوا به. ويقال رجل محوج: أي محتاج، وقوم محاويج. وقوله لتعذر الرد على الغانمين: يعني لتفرقهم. وقوله: **(فأخذ حكمه)** أي أخذت الغنيمة حكم الأصل، وإنما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوّم أو على تأويل المذكور: يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائماً بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لأن الغنيمة تقوم مقام الأصل.

فصل في كيفية القسمة

قال: (**ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها**) لقوله تعالى ﴿**فإن لله خمسه**﴾ استثنى الخمس (**ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين**) لأنه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين (**ثم للفارس سهمان وللراجل سهم**) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا: (**للفارس ثلاثة أسهم**) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه، لما روى ابن عمرو رضي الله تعالى عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً» ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لأنه للكرّ والفرّ والثبات والراجل للثبات لا غير. ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى للفارس سهمين والراجل سهماً» فتعارض فعلاه، فيرجع إلى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام «للفارس سهمان وللراجل سهم» كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها، ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها، وإنما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام. والقسمة جعل النصيب الشائع محلاً معيناً قوله: (**ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها**) أي عن القسمة بين الغانمين (**ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين**) هذا قول القدوري. وقال المصنف لقوله تعالى ﴿**فإن لله خمسه**﴾ [الأنفال ٤١] (**استثنى الخمس**) أي الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للإخراج، وهو من استثنيت الشيء: أي زويته لنفسي، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس داخل في قسمته، إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطي خمسها لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتي، ويعطى الأربعة الأخماس للغانمين (**فعند أبي حنيفة**) وزفر (**للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما**) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (**للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم**) لهم ما روي عن ابن عمر «أنه ﷺ جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهماً». لفظ البخاري وأخرجه الستة إلا النسائي. وفي مسلم عنه «قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهماً» وفي رواية بإسقاط لفظ النفل. وفي رواية «أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم له

فصل في كيفية القسمة

لما بين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين (**ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى** ﴿**فإن لله خمسه**﴾ **استثنى الخمس**) أي أخرجه، استعار الاستثناء للإخراج لوجود معناه فيه (**ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين**) بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فلأن الله تعالى قال: ﴿**واعلموا أنما غنمتم من شيء**﴾ أضاف الغنيمة إلى الغانمين وهم الغزاة، ثم قال تعالى ﴿**فأن لله خمسه**﴾ فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة، وقد عرف ذلك في أصول الفقه. وأما السنة فلأن النبي ﷺ قسمها بين الغانمين، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع فيقسم بينهم أيضاً إيصالاً للحق إلى مستحقه. ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهماً (**عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالا: وهو قول الشافعي رضي الله عنه للفارس: ثلاثة أسهم**) ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالمد والفتح الإجزاء والكفاية والكرّ الحملة والفرّ بمعنى الفرار، والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد، والفرار في موضعه محمود

فصل في كيفية القسمة

قوله: (**ثم قال** ﴿**فأن لله خمسه**﴾ **فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة**) أقول: كقوله تعالى ﴿**وورثه أبواه فلأمه الثلث**﴾
قوله: (**ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع**) أقول: في العبارة مسامحة، وكان الظاهر أن يقول: وأما الإجماع فلأن الخ.

تعالى عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين» وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره، ولأن الكرّ والفرّ من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته

وسهمان لفرسه»[(١)] وهذه الألفاظ كلها تبطل قول من أوّل من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان، بل في بعض الألفاظ القائلة «قسم خيبر على ثمانية عشر سهماً، وكانت الرجالة ألفاً وأربعمائة والخيل مائتين»[(٢)] وعن ابن عباس مثله[(٣)] (ولأن الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الإجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكرّ) أي الحملة على الأعداء (والفرّ) الكائن للكرّة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار، وهو ما إذا علم أنه مقتول إن لم يفرّ كي لا يرتكب المنهى عنه في قوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة ١٩٥] (والثبات وليس للراجل إلا الثبات فأغني في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها. واستدل المصنف لأبي حنيفة بحديث ابن عباس «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً»[(٤)] وهو غريب من حديث ابن عباس، بل الذي رواه إسحاق بن راهويه في

لئلا يرتكب المنهى المذكور في قوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ (ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ظاهر، ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله فيعمل بها: يعني رواية ابن عباس. وقوله: (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لأن نفس الفرار ليس بمحمود، بل الفرار إنما يحسن

قوله: (والمسلك المعهود) أقول: الواو حالية. قال المصنف: (فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل الخ) أقول: قال الزيلعي: مع أنا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة؛ ألا يرى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة، ولأن الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الأصل، وما رووه محمول على التنفيل كما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل» وهو كان راجلاً أجيراً لطلحة، والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة، وإنما أعطاه رضخاً لجده في القتال. وقال: «خير رجالتنا سلمة بن الأكوع، وخير فرساننا أبو قتادة» اهـ. فيه بحث إن شئت فانظر إلى شرح الإتقاني حيث قال: فإن قلت السوقي من أهل سوق العسكر، والأجير لخدمة الغازي لا سهم لهما إذا لم يقاتلا كالعبد، ثم إذا قاتلا يسهم لهم كما يسهم لسائر الغزاة، والعبد إذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق؟ قلت: إن العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حين القتال لأنه لا تبعية حينئذٍ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اهـ. قال الزيلعي: الأجير لا يسهم له لأنه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة اهـ قوله: (لأن نفس الفرار الخ) أقول: كأن فيه إشارة إلى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ، فإنه ممنوع، ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهي، وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٦٣ و ٤٢٢٨ ومسلم ١٧٦٢ وأبو داود ٢٧٣٣ والترمذي ١٥٥٤ والدارمي ٢/ ٢٢٥. ٢٢٦ وابن ماجه ٢٨٥٤ وابن الجارود ١٠٨٤ وسعيد بن منصور ٢٧٦٠ و ٢٧٦٢ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٦. ٢٩٧ وأحمد ٢/ ٦٢. ٧٢. ٨٠ والدارقطني و ٤٨١١ و ٤٨١٢ والبغوي ٢٧٢٢ وعبد الرزاق ٩٣٢٠ والبيهقي ٦/ ٣٢٥ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عمر مع تغير يسير في ألفاظهم وقد بينها المصنف ابن الهمام رحمة الله عليه.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٠١٥ من حديث مجمع بن جارية بأتم منه وفيه: «وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهماً».
وإسناده حسن. فيه مُجمّع بن جارية الأنصاري صدوق كما في التقريب اهـ.

(٣) حسن. رواه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤١٤ و ٤١٥ من طريق الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس: «أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهماً» والحجاج واهٍ، وهو ابن أرطاة ورواه إسحق من وجه آخر عن ابن عباس، وفيه: «سهمان لفرسه، وسهماً لصاحبه».
وفيه ابن أبي ليلى صدوق شيء الحفظ كما في التقريب. لكن تابعه الحجاج فالخبر حسن إن شاء الله تعالى، وله شواهد تقدمت فقول المصنف: وعن ابن عباس مثله يعود على ما رواه الجماعة لا على حديث ابن عمر لأنه حديث ابن عمر مختلف عن حديث ابن عباس، ثم إن ابن الهمام لم يكمل حديث ابن عمر لأنه لم يرد الاستشهاد بتمامه. والله أعلم.

(٤) غريب بهذا اللفظ من حديث ابن عباس. كذ قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٦ ووافقه ابن الهمام وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٣٢ فقال: لم أجده بل روى إسحق عن ابن عباس خلافه اهـ.

فيدار الحكم على سبب ظاهر، وللفارس سببان النفس والفرس، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه.

مسنده قال: حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان، حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال: «أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً». وأخرجه أيضاً من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس(١)، وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس(٢) برواية غير واحد من الأئمة، لكن في هذا الباب أحاديث: منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الأنصاري قال: قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن عمه مجمع بن جارية الأنصاري، وكان أحد القراء الذين قرءوا القرآن، قال: «شهدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ، فلما انصرفنا عنها إذ الناسَ يهزون الأباعر، فقال بعض الناس لبعض: ما للناس؟ قالوا: أوحى إلى رسول الله ﷺ، فخرجنا مع الناس نوجف، فوجدنا النبيّ ﷺ واقفاً على راحلته عند كراع الغميم، فلما اجتمع عليه الناس قرآ عليهم ﴿إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً﴾ [الفتح ١] فقال رجل: يا رسول الله أفتح هو؟ قال نعم، والذي نفس محمد بيده إنه لفتح، فقسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهماً» قال أبو داود: وهذا وهم «وإنما كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهماً» وقال الشافعي: إنما قال: «فأعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل»(٣) يعني صاحبه، فغلط الراوي عنه. وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب. وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة. ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو «أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة، فأسهم له النبي ﷺ سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم»(٤). وفي سنده الواقدي. وأخرج الواقدي أيضاً في المغازي عن جعفر بن خارجة قال: قال الزبير بن العوام: «شهدت بني قريظة فارساً فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم» وأخرج ابن مردويه في تفسيره: حدثنا أحمد بن محمد بن السري، حدثنا المنذر بن محمد، حدثني أبي، حدثنا يحيى بن محمد بن هانىء عن محمد بن إسحاق قال: حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت: «أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق، فأخرج

. . . .

---

(١) تقدم قبل حديث واحد. مع ذكر لفظه بروايتيه، وهو حسن بمجموع طريقيه.

(٢) يسير المصنف لما أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٥/ ٣٤٠ وكذا ابن مردويه كما في نصب الراية ٣/ ٤١٢ كلاهما عن ابن عباس في تقسيم الغنائم وفيه: «ثم جعل - أي رسول الله ﷺ - للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم».
قال الهيثمي: فيه نهشل بن سعيد متروك اهـ. لكن ذكر الزيلعي له فرقاً أخرى انظر نصب الراية ٣/ ٤١٢.

(٣) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢٧٣٦ والحاكم ٢/ ١٣١ والدارقطني ٤/ ١٠٥. ١٠٦ وأحمد ٣/ ٤٢٠ والبيهقي ٦/ ٣٢٥. ٣٢٦ كلهم من حديث مجمع بن جارية الأنصاري.
وقال أبو داود: حديث ابن عمر - أي كونه ﷺ أعطى للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم - أصح والعمل عليه. وأرى الوهم في حديث مجمع أنه قال: ثلاثمائة فارس، وكانوا مائتي فارس اهـ.
وقال الحاكم: هذا حديث كبير صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.
وقال البيهقي: مجمع بن يعقوب شيخ لا يُعرف، فأخذنا بحديث ابن عمر، ولا يجوز رد خبر إلا بخبر مثله اهـ.
ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٧ عن ابن القطان قوله: علة الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع، ولا يعرف روى عنه غير ابنه اهـ ونقل الزيلعي عن الحاكم أنه سكت على الحديث.
قلت: وقد صححه كما ترى فلعله سقط من نسخته والله أعلم وقال الحافظ في التقريب في ترجمة يعقوب بن مُجمِّع: مقبول.
قلت: لكن هذا الحديث لا يقاوم حديث ابن عمر الذي رواه الجماعة، وغيرهم من طرق، وقد تقدم قبل خمسة أحاديث.

(٤) ضعيف. رواه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٣٤٢ من حديث المقداد بن عمرو بهذا اللفظ.
وقال الهيثمي: فيه الواقدي ضعيف اهـ. وأما رواية الواقدي الآتية عن الزبير ففيها انقطاع. مع ضعف الواقدي.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٣: وقد جاء عن الزبير خلافه.
قلت: يشير لما أخرجه أحمد ١/ ١٦٦ بسند لا بأس عن الزبير أن النبي ﷺ أعطاه سهماً، وأمه سهماً، وفرسه سهمين.

. . . .

الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين، فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً»[١] ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا أبو أسامة وابن نمير قالا: حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٢] اهـ. ومن طريقه رواه الدارقطني وقال: قال أبو بكر النيسابوري: هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا، وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا: يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم، ثم أخرجه عن نعيم بن حماد: حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ «أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٣] ولا شك أن نعيماً ثقة وابن المبارك من أثبت الناس. وأخرجه أيضاً عن يونس بن عبد الأعلى: حدثنا ابن وهب أخبرني عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٤] قال: وتابعه ابن أبي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري. ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس، ثم أخرجه عن حجاج بن منهال: حدثنا حماد بن سلمة، حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٥] وخالفه النضر بن محمد عن حماد. وممن روى حديث عبيدالله متعارضاً الكرخي، لكن رواية السهمين عنه أثبت. وروى الدارقطني أيضاً في كتابه [المؤتلف والمختلف] حدثنا عبدالله بن محمد بن إسحاق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روية قالا: حدثنا أحمد بن عبد الجبار، حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر «أن النبي ﷺ كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٦] . وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقاً نظراً إلى تعارض رواية غير

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن مردويه في تفسيره في سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/٤١٧ من حديث عائشة وسكت عليه الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٧ وكذا ابن حجر في الدراية ٢/١٢٣ مع أن في إسناده يحيئ بن محمد بن هانيء. قال عنه في التقريب: ضعيف وكان ضريراً يتلقَّن.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٦ من طريق ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عمر.

وقال الدارقطني: قال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة لأن أحمد بن حنبل، وعبد الرحمن ابن بشر وغيرهما رووا عن ابن نُمير خلاف هذا.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٦ بسنده عن ابن عمر

وقال: قال النيسابوري: لعل الوهم من نُعيم بن حماد لأن ابن المبارك من أثبت الناس اهـ. قال ابن الهمام: ولا شك أن نُعيماً ثقة اهـ.

قلت: نعم ثقة إلا أنه أخطأ في أحاديث لذا قال الحافظ في التقريب: صدوق يخطىء كثيراً اهـ. وفي الميزان ما ملخصه: وثقه أحمد ويحيئ على لين في حديثه. قال أبو داود: كان عند نُعيم عشرين حديثاً لا أصل لها وقال النسائي: ضعيف كثر تفرده عن الأئمة، فصار في حد من لا يحتج به اهـ.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٦ من حديث ابن عمر وفي إسناده عبد الله بن عمر ضعيف، ويقال له العمري. وأخوه عبيد الله بالتصغير ثقة ثبت.

تنبيه: وقد وقع في الأصل: عن عبيد الله عن نافع به. ولو كان كذلك لكان صحيحاً إلا أنه في الدارقطني، والزيلعي عن عبد الله العمري، وهو واهٍ كما ذكرت.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٧ من حديث ابن عمر. وقال الدارقطني: خالف النضرُ بن محمد الحجاج بن منهال وفيه: «للفارس سهم، وللفرس سهمان» اهـ انظر الدارقطني ٤/١٠٤ وقد خالف أيضاً جماعة من الحفاظ ابن منهال فيه، فالخبر الذي رواه عن حماد واهٍ.

(٦) منكر. أخرجه الدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٣/٤١٨ عن ابن عمر مرفوعاً به وسكت عليه الزيلعي! وكذا ابن حجر في الدراية ٢/١٢٤!

مع أن في إسناده عبد الرحمن بن آمين المدني قال عنه أبو حاتم في الجرح والتعديل فيما نقله ابنه: هو منكر الحديث لا يشبه حديثه حديث الثقات، ونقل ذلك الذهبي في المغني والميزان.

وفيه أيضاً يونس بن بكير يخطىء كذا قال الحافظ في التقريب.

تنبيه: وقع في الأصل: عبد الرحمن بن أمين اهـ ذكره تبعاً للزيلعي. وصوابه بالمد: آمين كذا في الجرح لأبي حاتم والميزان والمغني.

قوله: وإذا ثبت التعارض. . . الخ.

جوابه: لا تعارض لأن هذه الروايات واهية منكرة لا تساوي رواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر التي رواها الجماعة، وغيرهم كما تقدم، وله شواهد كثيرة ستأتي

(ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين، لما روي «أن النبي ﷺ أسهم لفرسين» ولأن الواحد قد

اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله، ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة في الغناء ضرورة وإن تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة، لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس، ولا يستنكر زيادة إغناء راجل عن فارس، فإنما (يدار الحكم على سبب ظاهر، وللفارس سببان) في الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على ابن عمر أيضاً ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب، وبالمعنى وهو (أن الكرّ والفرّ جنس واحد) والثبات جنس فهما النصف. وقول المصنف: (وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس[1] وعلمت ما فيه. فإن قيل: المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة، وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح[2]. قلنا: قدمنا غير مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لأنا نقول به، مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما، وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان إعمالهما أولى من إهمال أحدهما بعد كونه سنداً صحيحاً على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه[3]. وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع إلى قوله: يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف[4] وخطىء من عزاه لابن أبي شيبة، ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أوّلاً إلى الفعل، فإذا تعذر التمسك به حينئذ يصار إلى القول وليس كذلك. هذا، واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر[5]، فإنه روى من حديث ابن عمر[6] وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي عمرة عن أبيه[7] والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته[8]، وأخرجه أيضاً من حديث أبي كبشة الأنماري[9] والبزار من حديث المقداد[10]، وأخرجه

ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق وقوله: (وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أي سلمت عن المعارضة

---

(١) لا أصل له. مراده حديث ابن عباس الذي أورده صاحب الهداية قبل قليل ولفظه: «أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً».
وأجاب عنه الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٦ بقوله: غريب من حديث ابن عباس اهـ ووافقه الكمال بقوله: قد علمت ما فيه اهـ. وقال الحافظ في الدراية ٧١٩: لم أجده بل ورد عن ابن عباس خلافه.
قلت: لكن ذكر الزيلعي وكذا ابن حجر وابن الهمام حديث المجمِّع بن جارية بدلاً عن ابن عباس، وتقدم قبل بضعة أحاديث وإسناده غير قوي.
(٢) صحيح في غاية الصحة تقدم في أول هذا الفصل مستوفياً.
(٣) تقدم قبل قليل بيان علة هذه الروايات، والمتابعات.
(٤) لا يوجد. أورده صاحب الهداية مرفوعاً قولاً فقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٧: غريب جداً وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبة اهـ. ووافقه الكمال كما ترى وقال ابن حجر في الدراية ٧٢٠: لم أجده من قوله ﷺ
(٥) أي طرق من الثلاثة أسهم. للرجل سهم، ولفرسه سهمان. وسيذكر المصنف هذه الأحاديث.
(٦) أما حديث ابن عمر، فرواه الجماعة في أول هذا الفصل وقد تقدم تخريجه.
(٧) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٣٤ وأحمد ٤/١٣٨ كلاهما من حديث أبي عمرة، وإسناده غير قوي. فيه المسعودي اختلط، وكرره أبو داود ٢٧٣٥ من حديث أبي عمرة، وفيه المسعودي أيضاً لكن له شواهد، فهو حسن إن شاء الله تعالى.
(٨) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠١ والبيهقي ٦/٣٢٦ والطبراني كما في المجمع ٥/٣٤٢ كلهم من حديث أبي رهم قال الهيثمي: فيه إسحق بن أبي فروة متروك.
قلت: توبع إسحق في رواية ثانية للدارقطني لكن قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٤. قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. فيه قيس ضعفه غير واحد، وأبو رهم مختلف في صحبته.
(٩) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠١ والطبراني كما في المجمع ٥/٣٤٢ كلاهما من حديث أبي كبشة الأنماري وقال الهيثمي: فيه الحبراني ضعفه الجمهور، ووثقه ابن حبان
(١٠) حسن. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٢ . ١٠٣ من طرق وكذا البزار كما في نصب الراية ٣/٤١٤ كلاهما من حديث المقداد. ومداره على موسى بن يعقوب وذكر الزيلعي: أن في إسناده موسى بن يعقوب فيه ليس اهـ وقال الحافظ عنه في التقريب: صدوق سيىء الحفظ اهـ. فالحديث حسن لشواهده.

عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم» ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة: يعني أنه لم يسهم لهم، ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة، والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم، والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال، بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين، إلا أنه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد والأول ليس من عمله ولا

دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق، فقال: قمن حتى إذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال».(١) وبه قال الأوزاعي. وقال الخطابي: إسناده ضعيف لا تقوم به حجة. وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته. وقال الطحاوي: يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة. وقال غيره: يشبه أنه إنما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه(٢). هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء، وأرادت بالسهم ما خصص به. والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال. وإنما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان، لأنهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النفير العام في غير الصبي، ويزيد الذمي بأنه ليس أهلاً له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها. ومن الأمور الاستحسانية إظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والأصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي إذا قاتلا حيث يستحقان سهماً كاملاً، وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الأجير لأنهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعاً في حق الحكم بل في السفر ونحوه. ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل إخراج الخمس، وهو قول الشافعي رحمه الله وأحمد، وفي قول له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس، وفي قول للشافعي رحمه الله: من خمس الخمس، وقال مالك رحمه الله: من الخمس (ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل) وكذا الصبي والذمي لأنهم يقدرون على القتال إذا فرض الصبي قادراً عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه، بخلاف المرأة فإنها تعطى بالقتال وبالخدمة لأهل العسكر وإن لم تقاتل لأنها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها، والأمان يثبت بالشبهة احتياطاً فيه، ولا يرد إعطاء الذمي إذا لم يقاتل، بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخاً بل بمقام الأجرة ولهذا يزاد على السهم إذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه، بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد، ولا يسوّي في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصححه له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف. قالوا: والسهم مرفوع البتة لأنه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل، وهذا على قول الأكثر، وأما من يجيز إقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز

ظاهر. واعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لأنه إنما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال. وأجيب بأن الأمان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال، بل تثبت بشبهة القتال لأنه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها، وأما السهم من الغنيمة فإنما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٧٢٩ وأحمد ٥/ ٢٧١ و ٦/ ٣٧١ والبيهقي ٦/ ٣٣٣ والنسائي في الكبرىٰ كما في نصب الراية ٣/ ٤٢١ كلهم من حديث حشرج بن زياد عن جدته... فذكره

قال الخطابي في معالم السنن ٢٦١٣: إسناده ضعيف لا تقوم الحجة بمثله اهـ. ونقله عنه المنذري وكذا الزيلعي. وعلة الحديث حشرج، فإنه لا يُعرف وكذا الراوي عنه رافع بن سلمة لا يعرف أيضاً. قاله الذهبي وغيره. كابن القطان، وابن حزم انظر نصب الراية ٣/ ٤٣٢

(٢) هذا الكلام في نصب الراية ٣/ ٤٢١ وذكر كلاماً غيره أيضاً.

يسوّي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون، ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعي: لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير. ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما

نصبه ويكون النائب لفظ به. وهل يستعان بالكافر عندنا إذا دعت الحاجة جاز، وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر، وجماعة لا يجوّزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها «أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراة ونجدة، فقال له عليه الصلاة والسلام: تؤمن بالله ورسوله؟ قال لا، قال: ارجع فلن نستعين بمشرك» الحديث «إلى أن قال له في المرة الثالثة نعم، «قال انطلق»[(١)] وعن حبيب بن إساف قال: «أتيت أنا ورجل من قومي رسول الله ﷺ وهو يريد غزواً، فقلت: يا رسول الله إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم، فقال: أتسلمان؟ فقلنا: لا، فقال: إنا لا نستعين بالمشركين، قال: فأسلمنا وشهدنا معه. قال: فقتلت رجلاً وضربني ضربة وتزوّجت بنته بعد ذلك، فكانت تقول: لا عدمت رجلاً وشحك هذا الوشاح، فأقول: لا عدمت رجلاً عجل أباك إلى النار»[(٢)]. رواه الحاكم وصححه. وقول المصنف: ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة: يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الأحاديث، والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف رحمه الله: أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال: «استعان رسول الله ﷺ بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم»[(٣)]. ولكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف. وأسند الواقدي إلى محيصة قال: «وخرج رسول الله ﷺ بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين، ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم»[(٤)]. وأسند الترمذي إلى الزهري قال: «أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه»[(٥)] وهو منقطع وفي سنده ضعف، مع أن يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئاً ويقول هي بمنزلة الريح، ولا شك أن هذه

إذا قاتل لأنه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين **(والأول ليس من عمله)** أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملاً كسائر الأعمال فيبلغ أجره بالغاً ما بلغ. قال: **(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم)** أي في الأصناف الثلاثة، ومعنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨١٧ من وجوه وأبو داود ٢٧٣٢ والترمذي ١٥٥٨ وابن ماجه ٢٨٣٢ والدارمي ٢/ ٢٣٣ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٥ وأحمد ٣/ ٦٧ . ٦٨ . ١٤٨ . ١٤٩ وابن حبان ٤٧٢٦ والبيهقي ٩/ ٣٦ . ٣٧ من طرق كلهم من حديث عائشة اختصره أبو داود، وابن حبان وغيرهما، واللفظ لمسلم وأتم.

(٢) جيد. أخرجه الحاكم ٢/ ١٢١ . ١٢٢ والبيهقي ٩/ ٣٧ وأحمد ٣/ ٤٥٤ كلهم من حديث خبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده وصححه الحاكم، وأقره الذهبي. وجده هو الصحابي خبيب بن يَسَاف كذا ضبطه ابن حجر في التقريب. والحديث جيد في الجماعة، ورجاله ثقات.
تنبيه: وقع في الأصل. أي الفتح. حبيب بن إساف اهـ وصوابه ما ذكرت. خبيب بالخاء. وأما إساف فيصح

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ٩/ ٥٣ من طريق الشافعي عن أبي يوسف بسنده عن ابن عباس
وقال البيهقي: تفرد به الحسن بن عمارة، وهو متروك وأقره الزيلعي ٣/ ٤٢٢.

(٤) ضعيف. أخرجه الواقدي في مغازيه ٢/ ٦٨٤ . ٦٨٥ ومن طريق البيهقي ٩/ ٥٣ . ٥٤ عن فُطَير الحارثي عن حزام بن سعد بن مُحَيِّصة. هكذا وصله الواقدي، وأما البيهقي، فلم يذكر حزام لذا قال: هذا منقطع، وإسناده ضعيف.
قلت: وإن وصله الواقدي إلا أن الواقدي نفسه كمجروح.

(٥) مرسل. أسنده الترمذي بإثر حديث ١٥٥٨ عن الزهري مرسلاً. ومرسلات الزهري واهية لأنه حافظ ثبت لا يرسل إلا لعلة. هكذا قال العلماء. منهم صاحب التنقيح .ابن عبد الهادي. انظر نصب الراية ٣/ ٤٢٢.
تنبيه: وأما الإسناد إلى الزهري فقوي. وأما ما ذكره ابن الهمام من ضعفه مع انقطاعه، فهو لمرسل آخر ذكره الزيلعي في ٣/ ٤٢٢ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن الزهري، ولفظه: «كان يغزو باليهود، فيسهم لهم كسهام المسلمين».
ونقل الزيلعي عن البيهقي قوله: إسناده ضعيف، ومنقطع اهـ

قلناه وكفى بهم قدوة. وقال عليه الصلاة والسلام «يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوّض وهم الفقراء. والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال: «إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية

لا تقاوم أحاديث المنع في القوّة فكيف تعارضها. وقال الشافعي رحمه الله: ردّه ﷺ المشرك والمشركين كان في غزوة بدر[١]، ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع[٢] واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك، [٣]، فالرد إن كان لأجل أنه مخير بين أن يستعين به وأن يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفاً للآخر، وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده، ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين إذا خرجوا طوعاً ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم، ولم يثبت عن النبي ﷺ أنه أسهم لهم[٤]، ولعل رده[٥] من رده في غزوة بدر رجاء أن يسلم[٦] قوله: **(وأما الخمس)** أي الذي تقدم أنه يخرجه أولاً **(فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون)** على غيرهم لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا تحل لهم، هذا رأي الكرخي، وسيأتي رأي الطحاوي أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم، واليتيم صغير لا أب له، والمساكين منهم في سهم المساكين، وفقراء أبناء السبيل من ذوي القربى في أبناء السبيل. فإن قيل: فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم. أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئاً لأن استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها، ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور: لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن. أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تفضي إلى أن الفقير منهم لا يستحق لأنه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم. وفي التحفة: هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي: **(لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم)** وبقول الشافعي قال أحمد. وعند مالك الأمر مفوّض إلى رأي الإمام إن شاء قسم بينهم وإن شاء أعطى بعضهم دون بعض وإن شاء أعطى غيرهم إن كان أمر غيرهم أهم من أمرهم **(ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم)** من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة

عليهم، ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين، وأبناء السبيل منهم يدخلون في أبناء السبيل. وسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج، غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل، ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى أنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات **(ولا يدفع إلى أغنيائهم. وقال الشافعي رضي الله عنه: لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم)** من بني عبد شمس وبني نوفل **(لقوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير)** فشتركان **(ولنا أن الخلفاء**

---

(١) مراد حديث: «ارجع، فلن نستعين بمشترك». وتقدم قبل قليل ووقع في مسلم: قِبَلَ بدر اهـ فهذا يعني يوم بدر، وقد وقع صريحاً في غيره، فما ذكره الشافعي متّجه والله أعلم.

(٢) مراده ما تقدم قبل حديثين من رواية الواقدي والبيهقي.

(٣) خبر صفوان ثابت وقد تقدم مراراً وفيه استعار منه أدرعاً. لكن اختلف العلماء حين توجه صفوان إلى حنين هل كان مسلماً، والأكثر على عدم إسلامه بعد.

(٤) وهذا هو الصواب، والإجماع كذلك على أن المشرك لا يسهم له، وقال غير واحد: يرضح له. أي يعطى شيئاً غير معيّن.

(٥) وقع في الأصل: رده. والصواب: ردّكما في نصب الراية ٣/ ٤٣٢٤.

(٦) إلى هنا كلام الشافعي ذكره الحازمي في الناسخ والمنسوخ، ونقله الزيلعي ٣/ ٤٢٤.

والإسلام، وشبك بين أصابعه» دل على أن المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة. قال: (فأما ذكر الله تعالى في

المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب، فالخلاف في دخول الغني من ذوي القربى وعدمه. وقال المزني والثوري: يستوي فيه الذكر والأنثى، ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر إطلاق النص (له إطلاق قوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ بلا فصل بين الغني والفقير) ولأن الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فإنهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الإطلاق كقولنا، وذلك لأن اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيداً معنى بها. بخلاف ذوي القربى، ثم لا تنتفي مناسبتها بالغني لأنه لا يبعد كون قرابة رسول الله ﷺ توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدرة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان إجماعاً، إذ لا يظن بهم خلاف رسول الله ﷺ، والكلام في إثباته، فروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس كان يقيم على عهده الصلاة والسلام على خمسة أسهم: لله والرسول سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم. ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعليّ رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل[(١)]. وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبدالله بن المبارك عن محمد بن إسحاق قال: سألت أبا جعفر: يعني محمد بن عليّ فقلت: أرأيت علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى؟ قال: سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر، فقلت: وكيف وأنتم تقولون ما تقولون؟ قال: أما والله ما كان أهله يصدرون إلا عن رأيه، قلت: فما منعه؟ قال: كره والله أن يدعي عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر[(٢)] انتهى. وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه، وبه تصح رواية أبي يوسف عن الكلبي، فإن الكلبي مضعف عند أهل الحديث إلا أنه وافق الناس. وإنما الشافعي يقول: لا إجماع بمخالفة أهل البيت، وحين ثبت هذا حكمنا بأنه إنما فعله لظهور أنه الصواب لا أنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما، وقد علم أنه خالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الأولاد وغير ذلك، فحين وافقهما علمنا أنه رجع إلى رأيهما إن كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه. وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن عليّ قال: كان رأي عليّ في الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر. قال: ولا إجماع بدون أهل البيت لأنا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب إليه خلافهما، وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه إلا لرجوعه وظهور الدليل له، وكذا ما روي عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان في الأول كذلك ثم رجع، ولئن لم يكن رجع فالأخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى. فإن قيل: لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى أصلاً لأن الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق، وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لأنه أعطاهم بلا شبهة.

الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان إجماعاً. وقوله: (وقد قال النبي ﷺ) دليل على أنه لم يصرف إلى أغنيائهم شيء لأنه قال («يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوّض وهم الفقراء) يعني أن المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الأغنياء، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم لأن العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوّض وإلا لا يكون عوضاً لذلك المعوض. فإن قيل: هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً أو لا فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح، وإن كان الثاني لا يصح الاستدلال به؟ أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين: إحداهما إثبات العوض في المحل الذي فات

---

(١) واهٍ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٢٤ ونسبه لأبي يوسف عن ابن عباس. وفي إسناده الكلبي مجروح اتهمه غير واحد بالكذب.
(٢) منقطع. أخرجه الطحاوي في المعاني ٣/ ٢٣٤ عن محمد الباقر، وهو منقطع بلا خلاف فالخبر ضعيف.

الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبرّكاً باسمه، وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفّي) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة

أجاب على قول الكرخي أن الدليل دالّ على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام «يا معشر بني هاشم»(١) الحديث، وهو بهذا اللفظ غريب، وتقدم في الزكاة، وأسند الطبراني في معجمه: حدثنا معاذ بن المثنى، حدثنا مسدد، حدثنا معتم بن سليمان، وساق السند إلى ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحرث ابنيه إلى رسول الله ﷺ فقال لهما: انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات، فأتيا النبيّ ﷺ فأخبراه بحاجتهما، فقال لهما: «لا يحل لأهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي، إن لكن في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم»(٢). ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره: حدثنا أبي، حدثنا إبراهيم بن مهدي المصيصي، حدثنا معتمر بن سليمان بلفظ «رغبت لكن عن غسالة أيدي الناس إن لكم من خمس الخمس ما يغنيكم»(٣) وهو إسناد حسن، ولفظ العوض إنما وقع في عبارة بعض التابعين، ثم في كون العوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع، ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال ٤١] فقراء ذوي القربى، فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمراً، وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين إياهم مطلقاً، كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيئاً من غير استثناء فقرائهم، وكذا ينافيه إعطاؤه عليه الصلاة والسلام الأغنياء منهم، كما روى «أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبداً يتجرون. وقول المصنف (والنبي ﷺ **أعطاهم للنصرة الخ**) يدفع هذا السؤال الثاني، لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لأن الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته، وذلك لا يخص الفقير منهم، ومن الأغنياء من

عنه المعوض على ما ذكرنا، والثانية جعله على خمسة أسهم، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمس أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم، ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به، كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روي «أن رسول الله ﷺ صلّى على حمزة سبعين صلاة» وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد، ولكن يقول للحديث دلالتان، فإحداهما باقية وإن انتفت الأخرى. فإن قيل: لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته لما أعطاهم النبيّ عليه الصلاة والسلام، وقد ثبت أنه ﷺ أعطى بني هاشم وبني المطلب. أجاب بقوله: (والنبي ﷺ **أعطاهم للنصرة**؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال: **إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام**، وشبك بين أصابعه) وقصته ما روي عن جبير بن مطعم أنه قال «لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم، فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد، وشبك بين أصابعه وأشار إلى نصرتهم» وإذا كان كذلك (**دل على أن المراد بالنص**) أعني قوله ولذي القربى (**قرب النصرة لا قرب القرابة**) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال، يشير إليه قوله: «لا نفترق في جاهلية ولا إسلام» ولهذا يصرف للنساء والذراري. وإذا ثبت أن النبي ﷺ **أعطاهم للنصرة لا للقرابة** وقد انتهت النصرة انتهى الإعطاء لأن الحكم ينتهي بانتهاء علته. قال: (**فأما ذكر الله تعالى في الخمس**) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فقال: **فأما ذكر الله تعالى في الخمس** يعني قوله تعالى

---

(١) لا يعرف بهذا اللفظ. وتقدم في كتاب الزكاة معناه. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٢٥ ووافقه ابن الهمام، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٦ حيث قال: لم أجده هكذا اهـ وتقدم في الزكاة نحوه، وإسناده صحيح.

(٢) حسن. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٣/ ٤٢٥ من حديث ابن عباس. وكذا ابن أبي حاتم في تفسير سورة الأنفال من حديث ابن عباس أيضاً

قال الزيلعي: وهذا إسناد حسن، وإبراهيم بن مهدي وثقه أبو حاتم. وقال يحيى: يأتي بمناكير اهـ.

قلت: وابن مهدي هذا توبع في رواية الطبراني، فالحديث حسن كما قال الزيلعي، وابن الهمام. حيث تابعه مسدد على معتمر بن سليمان.

(٣) تقدم في الذي قبله.

تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم، وهو خلاف ما نقلتم عنهم أنهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة. ويعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهماً مع أنه لم يعرف إعطاء عمر بقيد الفقر مروياً، بل المروى في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب: حدثنا جبير ابن مطعم «أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما قسم لبني هاشم وبني المطلب» قال: وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ، غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم النبيّ ﷺ، وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه[1] وأخرج أبو داود أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت علياً قال: «اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل. قال: ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله ﷺ ثم ولاية أبي بكر كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير، فعزل حقنا ثم أرسله إليّ فقلت: بنا العام غني وبالمسلمين إليه حاجة فارده عليهم، فرده ثم لم يدعني إليه أحد بعد عمر، فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال: يا عليّ حرمتنا الغداة شيئاً لا يردّ علينا وكان رجلاً داهياً»[2] فهذا ليس فيه تقييد الإعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطي ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال: وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى، وفي حديث عليّ أنه قسم لهم، وحديث جبير صحيح، وحديث عليّ لا يصح انتهى[3].

والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين[4] لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب، وإلا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام، وذلك أن ذوي القربى وإن قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فإنهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم، فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف: أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد، كأن يعطي تمام الخمس لأبناء السبيل، وأن يعطي تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم، خصوصاً وقد رأوهم أغنياء متمولين إذ ذاك ورأوا صرفه إلى غيرهم أنفع. ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه، ويدفع قول الطحاوي إنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك، بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لا حق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخاً، ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته. فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل، لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفاً غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه، لأنه لو كان الغني مصرفاً صح الصرف إليه، وأجزأ لأن المصرف من حيث إذا صرف إليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك. هذا وأما أنه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده إلى سعيد بن

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٧٩ من حديث جبير بن مطعم وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات وسيأتي مستوفياً
تنبيه: وأما الموقوف على عمر، فهو غريب لذا أعرض عنه الزيلعي، وكذا المصنف، وذكرا حديث جبير بن مطعم

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٩٨٤ بهذا اللفظ من حديث علي.
قال المنذري في مختصره ٢٨٦٤: في إسناده حسين بن ميمون قال أبو حاتم: ليس بقوي الحديث.
وقال المديني: ليس بمعروف. وذكره البخاري في تاريخه الكبير بهذا الحديث وقال: لم يتابع عليه.
ونقله الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٢٨ عن المنذري.

(٣) ذكره في نصب الراية ٣/٤٢٨.

(٤) المراد أبو بكر وعمر. والراشدين. بالتنبيه.

مثل درع أو سيف أو جارية. وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه **(وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة)** لما روينا. قال: **(وبعده بالفقر)** قال العبد الضعيف عصمه الله: هذا

المسيب قال: أخبرني جبير بن مطعم قال: «فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم، فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة؟ فقال عليه الصلاة والسلام: إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد، وشبك بين أصابعه»[1] أشار بهذا إلى نصرتهم إياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية، فإنه ليس إذ ذاك نصر قتال فهو يشير إلى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم، والقصة في السيرة شهيرة. وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال. وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد، أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذريته النبي ﷺ والمطلب ونوفل وعبد شمس، فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة، فمقتضى استحقاق ذوي القربى أن يستحق الكل على قول الشافعي أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا، فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة، ومنع الراشدَيْن[2] لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل إنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا قوله: **(فأما ذكر الله تعالى الخ)** لما فرغ من بيان ذوي القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول، فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد، فإنه ليس المراد من قوله تعالى **﴿فأن لله خمسه وللرسول﴾** [الأنفال ٤١] ولكذا وكذا أن له سبحانه سهما كما لكل من الأصناف سهم، بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليتبرّك به بذكر اسمه تعالى فإن **﴿ولله ما في السموات وما في الأرض﴾** [النجم ٣١] فسهم الله تعالى ورسوله واحد. وقال أبو العالية: سهم الله ثابت يصرف إلى بناء بيته الكعبة إن كانت قريبة، وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس. ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكر، فإن هذا التفسير روي عن ابن عباس رضي الله عنه. رواه الطبري في تفسيره عن أبي كريب: حدثنا أحمد بن يونس، حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قرأ **﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾** [الأنفال ٤١] ثم قال: فأن لله خمسه مفتاح الكلام **﴿لله ما في السموات وما في الأرض﴾**[3] وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن عليّ ابن الحنفية فيه قال: هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة[4]، وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما «كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة»[5]،

﴿فأن لله خمسه﴾ (فإنه لافتتاح الكلام تبرّكاً بذكره، وسهم النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي) بالإجماع **(لأنه ﷺ كان يستحقه برسالته)** لأن الحكم متى ترتب على المشق فيكون المشتق منه علة **(ولا رسول بعده. والصفيّ شيء كان يصطفيه لنفسه ﷺ مثل درع أو سيف أو جارية)** اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر، واصطفى صفية من غنائم خيبر **وقال الشافعي رضي الله عنه: (يصرف سهم رسول الله ﷺ إلى الخليفة، والحجة عليه ما قدمناه)** أنه كان يستحقه برسالته **(وسهم ذوي القربى كانوا**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٠٢ و ٤٢٢٩ وأبو داود ٢٩٨٠ والنسائي ٧/ ١٣١ وابن ماجه ٢٨٨١ وأحمد ٤/ ٨١. ٨٣. ٨٥ والبيهقي ٦/ ٣٤١ كلهم من حديث جبير بن مطعم. واللفظ لأبي داود. وليس في البخاري: وشبّك بين أصابعه.

(٢) المراد أبو بكر وعمر.

(٣) موقوف واهٍ. أخرجه الطبري في تفسير سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/ ٤٢٦ بسند واهٍ عن ابن عباس موقوفاً.

(٤) مقطوع. أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٢٨ بسنده عن الحسن بن محمد ابن الحنفية، وهو تابعي فهو مقطوع.

(٥) هو بعض أثر ابن عباس المتقدم ساقه الزيلعي بتمامه، واختصره المصنف.

الذي ذكره قول الكرخي. وقال الطحاوي: سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع. ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة. وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء، أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة **(وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس)** لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً وغلبة لا اختلاساً وسرقة

فعلى قول هذا القائل تكون في ستة قوله: **(وسهم النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده، والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية)** قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به عليّ رضي الله عنه بعد أن قتل منبهاً ثم دفعه إليه، وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر(١). رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رحمه الله: **(يصرف سهم الرسول ﷺ إلى الخليفة)** لأنه إنما كان يستحقه بإمامته لا برسالته. قال المصنف **(والحجة عليه ما قدمناه)** أي من أن الخلفاء الراشدين إنما قسموا الخمس على ثلاثة، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لأنفسهم، ولم ينقل ذلك عن أحد، وأيضاً فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة. وأما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغنى فيه. وقوله: **(كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا)** يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم(٢) **(وبعده بالفقر)** لا يخفى ضعفه فإن قوله تعالى **﴿ولذي القربى﴾** [الأنفال ٤١] إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقاً في الحياة وبعد الممات، وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك: أي في حياته وبعد مماته، فليس الوجه فيه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كذلك: أي في حياته وبعد مماته، فليس الوجه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم، غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختياراً لأحد الحائزين له، لا أن الصرف إليهم كان واجباً عليه، كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف، ثم رأى الخلفاء الراشدين الصرف إلى غيرهم. وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير، وإنما قال: **(وقيل هو الصحيح)** أي قول الكرخي لأن من المشايخ كشمس الأئمة من يرجح قول الطحاوي عليه، غير أن توجيهه بأن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم. وقوله: **(والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء)** يريد إجماع الخلفاء الراشدين وإلا فهو محل النزاع إلى اليوم من العلماء قوله: **(وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ)** جمعه

يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا) أن النبي ﷺ أعطاهم للنصرة. لا يقال: قوله وسهم ذوي القربى وقع مكرراً حكماً وتعليلا. لأنا نقول: ما ذكره أوّلا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم، وهذا نقل لكلام صاحب القدوري. قال: أي القدوري **(وبعده)** أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام **(بالفقر)** قال المصنف: **(وهذا)** أي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي: **(وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع)** يعني قوله: ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة، ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوي القربى فكان إجماعهم دالاً على أنه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم. ومنع الشافعي رضي الله عنه الإجماع، وسنده ما روي عن أبي جعفر محمد بن عليّ رضي الله عنهم قال: كان رأي علي في الخمس رأى أهل بيته، ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضي الله عنهما والإجماع بدون أهل البيت لا ينعقد. وقلنا: لا يحل للمجتهد أن يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاماً له، فإن ثبت ما روي دل أنه كره المخالفة لأنه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده قوله: **(ولأن فيه)** أي في سهم ذوي القربى **(معنى الصدقة)**

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٩٩٤ والحاكم ٢/١٢٨ كلاهما من حديث عائشة ورجال إسناده ثقات لذا صححه الحاكم على شرطهما، وأقره الذهبي، وهو كما قالا، وله شواهد في الصحيح.
(٢) تقدم تخريجه قبل بضعة أحاديث.

والخمس وظيفتها، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة (فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام) لأنه مأخوذ قهراً وغلبة فكان غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين، بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم.

نظراً إلى قوله فأخذوا. ولا يخفى أن الكلام أيضاً في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيهاً على أن الثلاثة أيضاً مراد أي إذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير إذن الإمام (فأخذوا شيئاً لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد، وأما الأربعة فيخمس. وفي المحيط عن أبي يوسف: أنه قدر الجماعة التي لا معنى لها بسبعة، والتي لها منعة بعشرة، ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم أنه يخمس ما أخذه الواحد تلصصاً لأنه مال حربي أخذ قهراً فكان غنيمة فيخمس بالنص، ونحن وأحمد رحمه الله في رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة، بل الغنيمة ما أخذ قهراً وغلبة لا اختلاساً وسرقة، إذ المتلصص إنما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتساباً مباحاً من المباحات كالاحتطاب والاصطياد، ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص، بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين إذا دخلا بإذن الإمام لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم، كما عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالأربعة أو العشرة إذا دخلوا بغير إذنه تحامياً عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين، وكان المأخوذ قهراً غنيمة، وخذله خذلانا إذا ترك نصره وأسلمه.

لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير، إذ لو لم يكن فقيراً لا يجوز صرفه إليه بعد النبيّ ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى إياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله، وقد مرّ في باب الزكاة، وهذا الدليل إن كان بالنسبة إلى أصحابنا فهو تام، وإن كان بالنسبة إلى الشافعي رضي الله عنه فليس بذاك، لأن كون المصرف فقيراً ليس إلا في حيز النزاع عنده فإنه يسوي بين الغنيّ والفقير (وجه الأول) يعني قول الكرخي، وقيل: (هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يعني إجماع الخلفاء الأربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فيدخلون الأصناف الثلاثة) كما تقدم في أول البحث، وكرر هذه الزيادة للإيضاح، وإنما قال: وقيل هو الأصح لأن صاحب المبسوط اختار قول أبي بكر الرازي أن الفقراء لم يكونوا مستحقين، وإنما كان رسول الله ﷺ يصرف إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم، ولم يبق ذلك بعد رسول الله ﷺ، وهو مختار القدوري كما أشار إليه قوله: وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة. وقوله: (وإذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر، وقوله: (والمشهور أنه يخمس) ظاهر. ووجه الرواية الأخرى أن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين، فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة. فإن قلت: قوله تعالى ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ مطلق فيجب الخمس وجد الإذن أو لم يوجد. أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهراً وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة. وقوله: (وإن دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية. نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع: كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: إذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة، فإذا بلغوا ذلك فهم سرية قوله: (إذ لو خذلهم) أي ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) أي ضعفهم.

فصل في التنفيل

قال: (ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول «من قتل قتيلاً فله سلبه» ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه، قال الله تعالى ﴿يا أيها

فصل في التنفيل

نوع من القسمة فألحقه بها، وقدم تلك القسمة لأنها بضابط وهذا بلا ضابط لأنه إلى رأي الإمام بأن ينفل قليلاً وكثيراً ونحوهما. والتنفيل إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض، ويقال لولد الولد كذلك أيضاً، ويقال نفله تنفيلاً ونفله بالتخفيف نفلاً لغتان فصيحتان قوله: (ولا بأس بأن ينفل الإمام) أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط، وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه، وبه يتأكد ما سلف بأن قول من قال لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه. واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور، لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجباً بل يكون بغيره أيضاً من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى، فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجباً مخيراً، ثم إذا كان هو أدعى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير. وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء، وإلا حرم التنفيل لاستلزامه محرماً، وإنما قيد بقوله حال القتال لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره. ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً»[1] فإنما كان بعد فراغ الحرب في حنين قوله: (فيقول من قتل قتيلاً فله سلبه) أو من أصاب شيئاً فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس) أي بعد رفع الخمس. أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمان التي أوجبها الشرع إذ فيه تسوية الفارس بالراجل، وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم، ففصل عما قبله بفصل، يقال نفل الإمام الغازي: أي أعطاه زائداً على سهمه بقوله «من قتل قتيلاً فله سلبه» قوله: (لا بأس بأن ينفل الإمام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه، فإن التنفيل قبل إحراز الغنيمة مستحب لأنه تحريض والتحريض مندوب إليه بقوله تعالى ﴿يا أيها النبيّ حرّض المؤمنين على القتال﴾ فإن قيل: الأمر المطلق للوجوب فما الصارف عنه إلى الاستحباب؟ فالجواب أنه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف إلى الاستحباب قوله: (من قتل قتيلاً) تسمية الشيء باسم ما يئول إليه قوله: (ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعني التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لأن النبيّ ﷺ نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبي جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل، وإن فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير: إذا قال الإمام للعسكر جميعاً ما أصبتم فهو لكم نفلاً بالسوية بعد الخمس لا يجوز، لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل، وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم، ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الذي

فصل في التنفيل

قال المصنف: (فيقول من قتل قتيلاً الخ) أقول: الفاء للتفسير.

---

(١) سيأتي بعد قليل. وهو متفق عليه.

النبي حرّض المؤمنين على القتال﴾ وهذا نوع تحريض، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل، فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام) لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز. قال: (إلا من الخمس) لأن الحق للغانمين في الخمس (وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي:

لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص. ذكره في السير الكبير، وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئاً فهو له لاتحاد اللازم فيهما، وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئاً أصلاً بانتهائه فهو أولى بالبطلان، والفرع المذكور من الحواشي، وبه أيضاً ينتفي ما ذكر من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة فيه، وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة، ولا ينفل بجميع المأخوذ لأن فيه قطع حق الباقين، ومع هذا لو فعل جاز إذا رأى المصلحة فيه. ثم محل التنفيل الأربعة الأخماس قبل الإحراز بدار الإسلام، وبعد الإحراز لا يصح إلا من الخمس، وبه قال أحمد. وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح إلا من الخمس لأنه المفوض إلى رأس الإمام وما بقي للغانمين، قلنا: إنما هي حقهم بعد الاصابة، أما قبلها فهو مال الكفار، وفيه نظر لأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه ما لهم فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة. نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب، بخلافه بعده، وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمها العدو ليس له أن ينفل إلا من الخمس لأنه بمجرد الإصابة محرزاً بدار الإسلام قوله: (لأنه لا حق للغانمين في الخمس). أورد عليه أنه إن لم يكن حقاً لهم فهو للأصناف الثلاثة، فكما لا يجوز إبطال حق الغانمين كذا لا يجوز إبطال حق غيرهم. أجيب إنما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الأصناف الثلاثة، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكف لما قدمنا أنهم مصارف، ولهذا قال في الذخيرة: لا ينبغي للإمام أن يضعه في الغني ويجعل نفلاً له بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء، فجعله للأغنياء إبطال حقهم قوله: (وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك وقال الشافعي: (السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد، إلا أنه قال: إذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الأول قولاً واحداً. وله فيمن يرضخ له قولان: أحدهما كقول أحمد، والثاني لا سلب له. وشرطاً أن يقتله مقبلاً لا مدبراً، وأن لا يرمي سهماً إلى صف المشركين فيصيب واحداً فيقتله لأن ذلك ليس غناء كثيراً، إذ كل أحد لا يعجز عنه. واستدل عليه بما روى الجماعة إلا النسائي من حديث أبي قتادة: خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى حنين فساقه إلى أن قال: فقال عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه، قال: فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست، ثم قال مثل ذلك في الثانية، فقمت فقال رسول الله ﷺ: مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة: يعني قصة قتله للقتيل، فقال رجل من القوم: صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: لاها الله إذن لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه، قال عليه الصلاة والسلام: صدق فأعطه إياه، قال فأعطانيه»[1] وأخرج أبو داود في سننه عن

أوجبه الله تعالى في الغنيمة وإبطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز. وقوله: (لأنه لا حق للغانمين في الخمس) فيه نظر، فإنه إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة وذلك لا يجوز. وأجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فلم يكن ثمة إبطال حقهم إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون، لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فقيراً لأن الخمس حق المحتاجين لا حق الأغنياء

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٠٠ و ٣١٤٢ وعلقه برقم ٤٣٢٢ ووصله ٧١٧٠ ومسلم ١٧٥١ من وجوه وأبو داود ٢٧١٧ والترمذي ١٥٦٢ وابن ماجه ٢٨٣٧ وابن الجارود ١٠٧٦ وسعيد بن منصور ٢٦٩٦ ومالك ٢/ ٤٥٤. ٤٥٥ وعبد الرزاق ٩٤٧٦ وأحمد ٥/ ٢٩٥. ٣٠٥ وابن حبان ٤٨٠٥ و ٤٨٣٧ والبغوي ٢٧٢٤ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي قتادة. رووه مطولاً ومختصراً.

السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً فله سلبه» والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعثه له، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره. ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص. وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة «ليس

أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال يوم حنين «من قتل كافراً فله سلبه» فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم[(١)]. ورواه ابن حبان والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم، ولا خلاف في أنه عله الصلاة والسلام قال ذلك، وإنما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الأوقات والأحوال، أو كان تحريضاً قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصهما؛ فعنده (هو نصب الشرع) لأنه هو الأقل في قوله: (لأنه إنما بعث لذلك) وقلنا: كونه تنفيلاً هو أيضاً من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص، واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال الحبيب بن أبي سلمة: «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طلبت به نفس إمامك»)[(٢)] فكان دليلاً على أحد محتملي قوله «ومن قتل قتيلاً فله سلبه»[(٣)] وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لانصاب عام للشرع، وهو حسن لو صح الحديث أو حسن، لكنه إنما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط: بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله، فجاء بما معه، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة: لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل، فقال معاذ: يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه»[(٤)]. وهذا معلول بعمرو بن واقد. ورواه إسحاق بن راهويه: حدثنا بقية بن الوليد، حدثني رجل غن مكحول عن جنادة بن أمية قال: كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري إلى أن قال: فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد، فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول ببعضه، فقال حبيب لأبي عبيدة: قد قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» قال أبو عبيدة: إنه لم يقل ذلك للأبد، وسمع معاذ فأتى عبيدة وحبيب يخاصمه، فقال معاذ: ألا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك، فإنما لك ما طابت به نفس إمامك، وحدثهم بذلك معاذ عن النبيّ ﷺ، فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعض الخمس، فباعه حبيب بألف دينار[(٥)]. وفيه كما ترى مجهول. ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله ﷺ لحبيب وليس كذلك، وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة، ولكن قد لا يضر ضعفه، فإنا إنما نستأنس به لأحد محتملي لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام، وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل

فجعله للغني إبطال حق المحتاجين وقوله: (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر. وقوله: (وما رواه يحتمل نصب الشر ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحنين للحاجة إلى التحريض، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال «من أخذ أسيراً فهو له» ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧١٨ والطيالسي ٢٠٧٩ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٢٤ . ٥٣٠ وأحمد ٣/ ١١٤ . ١٩٠ . ٢٧٩ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٧ وابن حبان ٤٨٣٦ و ٤٨٣٨ والحاكم ٣/ ٥٣ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث أنس بن مالك. وله قصة. وأصله في مسلم ١٨٠٩. والحديث رجاله كلهم ثقات رجال مسلم، وقد صححه الحاكم على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

(٢) هو الآتي بعد حديث.

(٣) هو بعض حديث أبي قتادة تقدم قبل حديثين.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٥/ ٣٣١ بهذا اللفظ من حديث جنادة بن أبي أمية به.
وقال الهيثمي: فيه عمرو بن واقد، وهو متروك اهـ ورواه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤٣١ عن جنادة بن أبي أمية فذكر الخبر الآتي.
وقال الزيلعي: وذكره البيهقي في المعرفة، ثم قال: هو منقطع بين مكحول، ومن فوقه وراويه عن مكحول مجهول، وهذا إسناد لا يحتجُ به اهـ وأقره الزيلعي.
قلت: وفيه بقية بن الوليد يروي عن مجاهيل لذا لم يسمّ شيخه.

(٥) تقدم في الذي قبله.

لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك» وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما

يوم بدر، فإن فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفهما: «كلا كما قتله، ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده»(١) ولو كان مستحقاً للقاتل لقضى به لهما، إلا أن البيهقي دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبيّ ﷺ بنص الكتاب يعطي منها من شاء، وقد قسم لجماعة لم يحضروا، ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام للقاتل واستقرّ الأمر على ذلك انتهى(٢) . يعني ما كان إذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال، وقد يدّعي أنه قال في بدر أيضاً على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس، وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر «من قتل قتيلاً فله سلبه» فجاء أبو اليسر بأسيرين، فقال سعد بن عبادة: أي رسول الله، أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضنّ بالحياة أن نصنع ما صنع إخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة، قال: فأمرهم رسول الله ﷺ أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم(٣) ، فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للأبد. وهو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر: من قتل قتيلاً فله كذا وكذا(٤) . في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا، وإنما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله. وقد علمنا أنه لم يكن عني دراهم أو دنانير، فإن الحال بذلك غير معتاد، ولا الحال يقتضي ذاك لقلتها أو عدمها، فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه الراوي هو السلب، وما أخذ لأنه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل، وليس كل ما روي بطريق ضعيفة باطلاً فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله، غاية الأمر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله «من قتل قتيلاً فله سلبه»(٥) أنه ليس نصباً عاماً مستمراً، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقي إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع. ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات، فلما فتح الله عليهم قال المشيخة: كنا ردءاً لكم، لو انهزمتم فئتم إلينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى، فأبى الفتيان ذلك وقالوا: جعله

السلب (فيحمل على الثاني) يعني على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبي سلمة دفعاً للتعارض. وقوله: (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلاً أكثر غناء قوله: (كما ذكرناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة، أو من قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد في فصل كيفية القسمة قوله: (لما مر من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء، ولما لم يثبت

قال المصنف: (فنحمله على الثاني الخ) أقول: فيه بحث.

(١) صحيح. هو بعض حديث مصرع عدوّ الله أبي جهل وقد أخرجه البخاري ٣١٤١ و ٣٩٨٨ و ٣٩٦٤ ومسلم ١٧٥٢ وأحمد ١/ ١٩٢. ١٩٣ وابن حبان ٤٨٤٠ والطحاوي ٣/ ٢٢٧. ٢٢٨ والبيهقي ٦/ ٣٠٥. ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث عبد الرحمن بن عوف. مطولاً.

(٢) إلى هنا كلام البيهقي في المعرفة، ونقله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٣٢.

قلت: وقد سبق البيهقيّ إلى هذا ابنُ حبان في عقب روايته للحديث فذكر هذا وأتم منه، ومما قاله: وأما حديث من قتل قتيلاً، فله سلبه، فكان يوم حنين اهـ باختصار.

(٣) ضعيف. رواه ابن مردويه في تفسيره في أول سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/ ٤٣٠ من حديث عكرمة عن ابن عباس.

وقال الزيلعي: لكنه طريق ضعيف اهـ.

قلت: الطريق الأول فيه الكلبي متهم بالكذب خصوصاً بروايته عن ابن عباس.

والطريق الثاني فيه عطاء بن عجلان هو الحنفي قال في التقريب عنه: متروك بل اتهمه يحيى، وغيره بالكذب

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٣٧ بهذا اللفظ وأتم وكرره ٢٧٣٨ و ٢٧٨٩ من حديث ابن عباس، وإسناده جيد رجاله رجال مسلم. وسيتم ابن الهمام لفظ الرواية الأولى.

(٥) هذا بعض حديث أبي قتادة يوم حنين رواه الشيخان، وغيرهما، وقد تقدم.

رسول الله ﷺ لنا.(١) الحديث. فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين. وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا. قال: «خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة، ورافقني مدديّ من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين، وقعد له المددي خلف صخرة فمرّ به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلامه، فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي، قال عوف: فأتيت خالداً فقلت له: يا خالد أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل، قال بلى، ولكني استكثرته، قلت: لتردّنه أو لأعرفنكما عند رسول الله ﷺ فأبى أن يعطيه. قال عوف: فاجتمعنا عند رسول الله ﷺ فقصصت عله قصة المدديّ وما فعل خالد، فقال عليه الصلاة والسلام: يا خالد ردّ عليه ما أخذت منه، قال عوف: فقلت دونك يا خالد ألم أف لك، فقال ﷺ: وما ذاك؟ قال فأخبرته، قال: فغضب رسول الله ﷺ وقال: يا خالد لا تردّ عليه، هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره»(٢) ففيه أمران: الأوّل ردّ قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقل «من قتل قتيلاً فله سلبه»(٣) إلا في حنين، فإن مؤتة كانت قبل حنين، وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والإسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك، والآخر أنه منع خالداً من رده بعد ما أمره به، فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلاً وأن أمره إياه بذلك كان تنفيلاً طابت نفس الإمام له به، ولو كان شرعاً لازماً لم يمنعه من مستحقه. وقول الخطابي: إنما منعه أن يرد على عوف سلبه زجراً لعوف لئلا يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهداً، فأمضاه عليه الصلاة والسلام، واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع(٤) غلط(٥)، وذلك لأن السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وإنما كان للمددي ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام ١٦٤] وغضب رسول الله ﷺ لذلك كان أشدّ على عوف من منع المسلب وأزجر له منه. فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحبّ أوّلاً أن يمضي شفاعته للمددي في التنفيل، فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لا أنه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية. فهذا أيضاً يدل على أنه ليس شرعاً عاماً

الاستيلاء لم يثبت الملك. وقوله **(لأن التنفيل يثبت به الملك عنده)** دليله أن المدد لا يشاركونه فيها **(كما يثبت بالقسمة في دار الحرب)** وهو ليس بمتفق عليه لأن من أصحابنا من يقول قسمة الإمام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته. وقوله: **(ووجوب الضمان)** مراع على الابتداء. وقوله: **(قد قيل على هذا الاختلاف)** خبره. وفي بعض النسخ: وقد قيل بالواو فيكون معطوفاً على قوله الملك: أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من أتلف من

قال المصنف: (ومركبه) أقول: بالرفع.

---

(١) هذا اللفظ تتمة لرواية أبي داود المتقدمة، وهو الرواية الأولى.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٥٣ من وجهين وأبو داود ٢٧١٩ و ٢٧٢٠ وسعيد بن منصور ٢/ ٣٠٤ وأحمد ٦/ ٢٧ . ٢٨ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٣١ والبيهقي ٦/ ٢١٠ والبغوي ٢٧٢٥ وابن حبان ٤٨٤٢ من طرق كلهم عن عوف بن مالك بهذا اللفظ.

والمدديّ: هو الرجل يمد الجيش فيما بعد أي بعد أن يرسل الجيش إلى مكان ما يسمع بذلك رجال، فيتبعونهم أن الخليفة يرسل جيشاً آخر، فهذا يسمّى مدداً.

(٣) قوله: فيه رد قول من قال. . . الخ.

قلت: القائل هو مالك في الموطإ ٢/ ٤٥٥ حيث قال: لم يبلغني أن رسول الله ﷺ قال. . . الحديث.

(٤) إلى هنا كلام الخطابي في معالم السنن نقله الزيلعي عنه في نصب الراية ٣/ ٤٣٢.

(٥) قوله: غلط. . . . إلخ هذا رد ابن الهمام على الخطابي. فائدة: وذكر النووي في شرح مسلم ١٢/ ٦٤ نحو كلام الخطابي حيث قال: قد يشكل هذا الحديث من حيث أن القاتل قد استحق السلب وجوابه بوجهين.

أحدهما: لعله أعطاه بعد ذلك للقاتل وإنما أخّره تعزيراً له ولعوف بن مالك لكونهما أطلقا ألسنتهما في خالد وانتهكا حرمة الوالي، ومن ولاه.

الثاني: لعله استطاب قلب صاحبه فتركه صاحبه باختياره وجعله للمسلمين، وكان المقصود بذلك استطابة قلب خالد للمصلحة في إكرام الأمراء اهـ. كلام النووي والله تعالى أعلم.

تم بحمد الله ومنه وكرمه الجزء الخامس، ويليه السادس إن شاء الله تعالى.

رويناه. وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه **(والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه، وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب)** وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلب، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين، فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل، حتى ولو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها، وكذا لا يبيعها. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: له أن يطأها ويبيعها، لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي، ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف، والله أعلم.

لازماً. وقوله: **(وزيادة الغناء)** جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلاً فقال زيادة الغناء **(في الجنس الواحد لا تعتبر)** موجبة زيادة من المغنم لمن قامت به. وقوله: **(كما ذكرناه)** يعني ما قدمه في أوّل فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن إغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا، ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك إذ لا بعد أن يتفق إغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور، أو يشير إلى قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد قوله: **(والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه)** من ذهب وفضة **(وما)** سوى ذلك مما **(هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه)** بل حق الكل. والحقيبة الرفادة في مؤخر القتب، وكل شيء شددته في مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته. وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان: أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد، والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في بردته روايتان قوله: **(ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين)** فقط **(وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مرّ من قبل)** أي في باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة الخ **(حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له)** ومن أصاب شيئاً فهو له **(فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها)** في دار الحرب وقال محمد: **(له أن يطأها)** وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهداً حيث يحل وطؤها بالإجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق، لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها، ولهما أن سبب الملك في النفل ليس إلا القهر كما في الغنيمة، ولا يتم إلا بعد الإحراز بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب مقهور داراً وقاهر يداً فيكون السبب ثابتاً في حقه من وجه دون وجه، ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره، وأما الملك فإنما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا، بخلاف المشتراة لأن سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم، وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضاً قبل الإحراز لا لما ذكر لأن لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة. واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف. قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة، وجعل الأظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين. وقوله: **(ووجوب الضمان بالإتلاف)** ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن محمداً ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب نفله الإمام رجلاً يضمن ولم يذكر خلافاً فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء عندكما أيضاً بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فإنما يضمن عند محمد خلافاً لهما. وفي نسخة وقد قيل بالواو، والله الموفق.

الغزاة سلبه الذي أصابه، والأول أولى، وإنما ذكره دفعاً لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وبيان ذلك أن محمداً ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب من نفله الإمام يضمن لأنه الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف، فورد الضمان شبهة عليهما لأن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضاً بعد الاستبراء، فقال في دفع ذلك إنه أيضاً على الاختلاف عند محمد يضمن. وعندهما لا يضمن والله أعلم.

فهرس الجزء الخامس من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

كتاب الأيمان

كتاب الحدود

كتاب السرقة

كتاب السير

شرح فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:
تتمة كتاب السير - اللقيط - اللقطة - الإباق
المفقود - الشركة - الوقف - البيوع

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٣م - ١٤٢٤هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون القبة مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ ١١ بيروت لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

باب استيلاء الكفار

(وإذا غلب الترك على الروم وأخذوا أموالهم ملكوها) لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله تعالى **(فإن غلبنا على الترك حلّ لنا ما نجده من ذلك)** اعتباراً بسائر أملاكهم **(وإذا غلبوا على أموالنا**

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديمه الأول على الثاني ظاهر قوله: **(وإذا غلب الترك على الروم)** أي كفار الترك على كفار الروم **(فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه)** عن قريب **(فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال)** أي مما أخذوه منهم وإن كان بيننا وبين الروم موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالا خرج عن ملكهم. ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت إحداهما كان لنا أن نشتري المغنوم من مال الطائفة الأخرى من الغانمين لما ذكرنا. وفي الخلاصة: والإحراز بدار الحرب شرط، أما بدارهم فلا. ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئاً لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدراً بالآخرين فإنه على ملكهم. وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفساً أو مالاً؟ ينبغي أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالأمية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي، وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا لا قوله: **(وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها)** وهو قول مالك وأحمد، إلا أنّ عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها. ولأحمد فيه روايتان فقولنا وكقول مالك: فيتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من دخل دار الحرب بأمان من المسلمين أن يشتري ما أخذوه فيأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي: **(لا يملكونها لأن الاستيلاء)** أي استيلاءهم على أموالنا **(محظور ابتداء)** عند الأخذ **(وانتهاء)** عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقاً بتبويب باب له، وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين، والترك جمع التركي، والروم جمع الرومي: أي الرجال المنسوبون إلى بلادهم، والمراد به كفار الترك ونصارى الروم، وكلامه واضح. وقوله: **(حل لنا ما نجده من ذلك)** أي مما أخذه الترك من أهل الروم لأن المأخوذ صار ملكاً للترك كسائر أموالهم. وقوله: **(لأن الاستيلاء محظور ابتداء)** أي في دار الإسلام **(وانتهاء)** أي في دار الحرب بعد الإحراز. وقوله: **(على ما عرف من قاعدة الخصم)** أن المحظور ولو بوجه لا ينتهض سبباً للملك كما في البيع الفاسد، وأما المحظور من كل وجه بأن يكون محظوراً بأصله ووصفه

باب استيلاء الكفار

والعياذ بالله وأحرزوها بدراهم ملكوها) وقال الشافعي: لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم. ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سبباً للملك دفعاً

المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك. قال عليه الصلاة والسلام «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[١] والكفار مخاطبون بالحرمات إجماعاً **(والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على ما عرف من قاعدته)** فصار كاستيلاء المسلم وكاستيلائهم على رقابنا، ولأن النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسنداً إلى عمران بن الحصين قال: كانت العضباء من سوابق الحاج، فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين، وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء، فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها، فلما قدمت عرفت الناقة، فأتوا بها إلى النبيّ ﷺ فأخبرته المرأة بنذرها فقال: «بئس ما جزيتيها أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم». وفي لفظ: فأخذ ناقته[٢]. ولو كان الكفار يملكون بالإحراز لملكتها المرأة لإحرازهم إياها. وللجمهور أوجه من النقل والمعنى، فالأوّل قوله تعالى **﴿للفقراء المهاجرين﴾** [الحشر ٨] سماهم فقراء، والفقير من لا يملك شيئاً، فدل على الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها، وليس من ملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة. وأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل غداً بمكة؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من منزل. وروي أتنزل غداً بدارك؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع[٣]. وإنما قاله لأن عقيلاً كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فإن عقيلاً إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب، فإنه توفي وترك علياً وجعفراً مسلمين وعقيلاً وطالباً كافرين فورثاه، لا أن الديار كانت للنبيّ ﷺ، فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء. وروى أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال: «وجد رجل مع رجل ناقة له، فارتفعا إلى النبيُّ ﷺ، فأقام البينة أنها له، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبيّ ﷺ: إن شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق، وإلا فحل عن ناقته»[٤] والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم. وأخرج الطبراني مسنداً عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة، وفي سنده ياسين الزيات مضعف. وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه

كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدم فإنه لا يوجب الملك بالاتفاق **(ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح)** وورود الاستيلاء على مال مباح **(ينعقد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم)** وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى استيلاء ورد على مال مباح، وبيانه أن العصمة في المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر إنما تثبت على منافاة الدليل، فإن الدليل وهو قوله تعالى **﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾** يقتضي أن لا يكون مال ما معصوماً لشخص مّا، وإنما تثبت

---

(١) تقدم في كتاب الزكاة مستوفياً. رواه الشيخان.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٤١ وأبو داود ٣٣١٦ وابن حبان ٤٣٩٢ والنسائي في السير كما في التحفة ٨/ ١٧٧ وأحمد ٤/ ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٤ والبيهقي ١٠/ ٧٤، ٧٦ والحميدي ٧٢٩ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٣٦٢ كلهم من حديث عمران بن حصين طوّله مسلم وأبو داود وغيرهما.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٨٨، ٣٠٥٨، ٤٢٨٢ ومسلم ١٣٥١ وأبو داود ٢٩١٠ وابن ماجه ٢٧٣٠، ٢٩٤٢ والنسائي في الحج كما في التحفة ١/ ٥٨ والطبراني في الكبير ٤١٢، ٤١٣ وعبد الرزاق ٩٨٥١ والبيهقي ٥/ ١٦٠، ٦/ ٢١٨ والطحاوي في شرح المعاني ٤/ ٤٩، ٥٠ وفي مشكل الآثار ٣/ ١٩٨ وأحمد ٥/ ٢٠١، ٢٠٢ كلهم من حديث أسامة بن زيد.

(٤) مرسل. أخرجه البيهقي ٩/ ١١١، ١١٢ وأبو داود في «المراسيل» كما في نصب الراية ٣/ ٤٣٤ كلاهما من حديث تميم بن طرفة مرسلاً. وكذا الطحاوي ٣/ ٢٦٣ قال الزيلعي: قال عبد الحق في أحكامه: وقد أسند هذا الحديث من رواية يس الزيات عن تميم عن جابر بن سمرة وقال بعد الحق: يس الزيات ضعيف وقال ابن القطان: وهكذا قال ابن حزم ولست أعرف هذا السند والله أعلم.

لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع، فإذا زالت المكنة عاد مباحاً كما كان، غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً، والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك

الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم: «إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن»[١] وضعف بالحسن بن عمارة. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له، ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء»[٢] وضعف إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به. وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعاً «من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له، وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن»[٣] وفيه ياسين ضعف به. قال الشافعي: واحتجوا أيضاً بأن عمر بن الخطاب قال: من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له، وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة. قال: وهذا إنما روي عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلاً وكلاهما لم يدرك عمر. وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال: فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه: أي أدركه قبل أن يقسم فهو له، وإن جرت فيه السهام فلا شيء له[٤] وروى فيه أيضاً عن أبي عبيدة مثل ذلك[٥] وروى بإسناده إلى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله[٦]. وروى أيضاً بإسناده إلى قتادة عن خلاس أن عليّ بن أبي طالب قال: من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز[٧]. والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم، ويدور في ذلك بين تضعيف بالإرسال أو التكلم في بعض الطرق، فإن الظن بلا شك يقع في مثل ذلك أن هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب. ويبعد أنه وقع غلط للكل في ذلك، وتوافقوا في هذا الغلط، بل لا شك أن الراوي الضعيف إذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما أجاد فيه، وليس يلزم الضعيف الغلط دائماً ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط. هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح. وحديث العضباء[٨] كان قبل إحرازهم بدار الحرب، ألا يرى إلى قوله وكانوا إذا نزلوا منزلاً الخ فإنه يفهم أنها فعلت ذلك وهم في الطريق، وأما المعنى فما أشار إليه المصنف بقوله: **(الاستيلاء ورد على مال مباح)** يعني الاستيلاء الكائن بعد الإحراز في حال البقاء ورد على مال مباح **(فينعقد سبباً للملك كاستيلائنا على**

العصمة **(لضرورة تمكن المالك من الانتفاع، فإذا زالت المكنة)** بالاستيلاء **(عاد مباحاً كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار، لأنه)** أي لأن الاستيلاء **(عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلا)** والكفار ما داموا في دار الإسلام اقتدروا على المحل حالاً، وإنما يقتدرون عليه مآلاً بالإحراز لأنهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار، والاسترداد بالنصرة

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١٤، ١١٥ من حديث ابن عباس وفي إسناده الحسن بن عمارة متروك كما في نصب الراية ٣/ ٤٣٤.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١٣ من حديث ابن عمر، وإسناده واهٍ.

وقال الدارقطني: إسحاق بن أبي فروة متروك

(٣) ضعيف أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٦/ ٢ من حديث ابن عمر قال الهيثمي وفيه ياسين الزيات وهو ضعيف.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ١١٢ والدارقطني ٤/ ١١٤ والطحاوي ٣/ ٢٦٣ كلهم عن عمر بن الخطاب موقوفاً.

قال البيهقي: هذا منقطع قَبِيْصَة لم يدرك عمر.

وقال الدارقطني: هذا مرسل.

(٥) انظر معاني الآثار للطحاوي ٣/ ٢٦٤.

(٦) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ١١٣ عن زيد بن ثابت.

قال البيهقي: وهو هكذا منقطع وابن لهيعة غير محتج به.

(٧) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ١١٢ عن علي بن أبي طالب وقال: قتادة عن علي منقطع.

(٨) صحيح. تقدم قبل قليل.

العاجل؟ **(فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا)** لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة» ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد

أموالهم) فإنه ما تم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى **(وهذا)** أي كونه مباحاً إذ ذاك **(لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل)** وهو قوله تعالى **﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾** [البقرة ٢٩] يقتضي إباحة الأموال بكل حال، وإنما تثبت **(ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع، فإذا زالت المكنة)** من الانتفاع **(عاد مباحاً)** وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين، فإن الإحراز حينئذ يكون تاماً وهو **(الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً)** بالإدخار إلى وقت حاجته، بخلاف أهل البغي إذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لأن العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك، ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سبباً للملك فقال ذاك في المحظور لنفسه **(أما المحظور لغيره فلا فإنا وجدناه صلح سبباً لكرامة تفوق الملك وهو الثواب)** كما في الصلاة في الأرض المغصوبة **(فما ظنك بالملك الدنيوي)** والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لأنها ليست مالاً، وكذا على غصب المسلم مال المسلم، وذلك لأنه ليس فيه إحراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي. وأورد عليه أن العصمة إن أزالت بالإحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظوراً ليحتاج إلى هذا الكلام وإن لم تكن زالت لم تصر ملكاً لهم. وأجيب بأن العصمة المؤثمة باقية لأنها بالإسلام، والمقوّمة زالت لأنها بالدار. وقد يقال إن كان الملك زال تبعاً لزوال القيمة صار مباحاً وعاد الأول، وإن لم يسقط لزم الثاني فالمدار الإباحة وعدمها. ثم الوجه أن لا حاجة إلى إثبات أنه محظور لغيره، وذلك لأن الاستيلاء إن أريد به ابتداء الأخذ أو إدخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحاً لعينه لأنه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه، وإن كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف، كذا أورد في الأصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك، أجيب بأن المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام، بل نقول: ليس الاستيلاء الأول سبباً لملكه ولا الإدخال إلى دار الحرب، بل الإدخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الإباحة، وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لأنه ليس من الأفعال. ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر، وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لأنه على مال مباح وإباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة، فأما الأخذ وما يليه فأسباب لغير ذلك مما ذكرنا، فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح، والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الأخير لأنه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلول، بخلاف الغصب فإنه لا يستعقب إباحة أصلاً. وقول بعضهم في التقرير: لا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم، لأن استيلاءهم إنما يتحقق بعد الإحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح، كمال المسلم ثمة إذا لم يهاجر إلينا يقتضي أن ماله يباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم، وسببه أنه ليس في يده بل يكفي المنع بأن يقال: لا نسلم أنه محظور لأنه ورد على مال مباح الخ قوله **(فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء، وإن**

محتمل. وقوله: **(والمحظور لغيره)** جواب عن قول الخصم إن الاستيلاء محظور. وتقريره: سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا، والمحظور لغيره **(إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك)** كالصلاة في الأرض المغصوبة فإنها

قال المصنف: **(والمحظور لغيره إذا صلح الخ)** أقول: قال في الكافي: هذا مشكل، لأن العصمة لا تخلو إما إن زالت بالإحراز بدراهم أو لم تزل، فإن زالت لم يكن الاستيلاء محظوراً لما مر، وإن لم تزل لا يصير ملكاً كما في مسئلة البغاة، إلا أن يقال: العصمة المؤثمة باقية لأنها بالإسلام وإن زالت المقومة لأنها بالدار اهـ. ولك أن تقول إنه جواب عن التنزل والتسليم قوله: **(كالصلاة في الأرض المغصوبة الخ)** أقول: مخالف لما في كتب الأصول.

القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة **(وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وإن شاء تركه)** لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً، ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه، ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض، ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة، ولو كان مغنوماً وهو مثليّ يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ

وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «إن وجدته الخ»[1] وتقدم الكلام في الحديث ونظائره. فإن قيل: أخذه قبل القسمة إذا كان حكماً لازماً يقتضي قيام ملكه. أجيب بالمنع فإن الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعاً، وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الأخذ ولا ملك له. وحاصله أن في الشرع صوراً يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلأن يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرنا، فإنه لا ملك لأحد في المغنوم قبل القسمة فجبر ضرورة القوي بضرر يسير، فإن الشركة أولاً في الحق دون الملك، وثانياً هي شركة عامة فيخف ضرر كل واحد خفة كثيرة. وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في إثبات ملك منتف بإزالة ملك موجود بالثمن دفعاً لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر إتلاف مال الآخر، وأشبه بالتاجر إذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فإنه إزالة ملك ثابت بعوض بإحداث ملك زائل بعوض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها. وهذا لأن الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة غناء حصل له لا بمقابلة مال بذله إلا ببدله ليعتدل النظر ويخفّ الضرر من الجانبين، فلأن لا يزيله برفع ملك حصل بعوض بإحداث ملك إلا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى **(ولو)** أن التاجر **(اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض)** هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه وإخراجه من دار الحرب زماناً طويلاً له أن يأخذه بعده في ظاهر الرواية. وفي رواية ابن سماعة عن محمد: ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، والظاهر هو الأول **(ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص)** في مقابلة ما كالمال أو أثقل من المانة إذ المال ثابت معنى لأن المكافأة مطلوبة والظاهر إيقاعها **(فلا يزال إلا بالقيمة)** وقد يمنع هذا بالرجوع، ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثلياً كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا يأخذه بعدها لأنه لا فائدة فيه **(لأن أخذه بالمثل غير مفيد، وكذا إذا كان)** المثلي **(موهوباً)** من الكافر للمخرج له ليس فيه إلا المثل وهو غير مفيد لما قلنا **(وكذا إذا كان)** الذي أخذه من الكفار **(مشترى بمثله قدراً ووصفاً)** ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لأنه غير مفيد، وقيد بقوله قدراً ووصفاً لأنه لو اشتراه المشتري بأقل قدراً منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطي المشتري منهم.

تصلح سبباً لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة، فلأن تصلح سبباً للملك في الدنيا أولى. فإن قيل: لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازي. أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم، ألا ترى أن للواهب الرجوع في الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال، وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له. وقوله: **(فإن ظهر عليها المسلمون)** واضح. وقوله: **(لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة)** قيل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له مجاناً فلا يتضرر بالأخذ منه مجاناً، بخلاف ما ثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما تعين له بإزاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين. وأجيب بأن الملك ههنا أيضاً ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة فجعل

---

(١) تقدم الكلام عليه قبل قليل.

بالمثل غير مفيد. وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا، وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً. قال: (**فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عليه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدوّ**) أما الأخذ بالثمن فلما قلنا (**ولا يأخذ الأرش**) لأن الملك فيه صحيح، فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع

[فرع] اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لأنه إنما يتملك عليه ماله بما يقرّ هو به كالمشتري مع الشفيع إذا اختلفا في الثمن إلا أن يقيم المالك البينة إنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك قوله: (**فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ولا يأخذ الأرش لأن ملكه فيه صحيح**) لأنه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد، بخلاف المشتري شراء فاسداً على ما سنذكر (**فلو أخذه**) أي الآرش (**أخذه بمثله**) دراهم أو دنانير وعلمت أنه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان، ولو كانت أمة فباعها الغانم بألف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف، وعند محمد بحصته منها، وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ، فما أصاب كلاً فهو حصته من الألف (**ولا يحط شيء من الثمن**) بما نقص من عينه (**لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن**) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لأنها يحصل بها وصف الإبصار، وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه، وإنما لم يقابل شيء من الثمن بالوصف لأنه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن، ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئاً بمقابلته، ألا يرى أنه لو اشترى عبداً فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن، والعقر كالأرش. واستشكل بأن الوصف إنما يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالتناول، أما إذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبداً ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين، ولو اعورّت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن، وكذا في الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي قوبل ببعض الثمن، كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فإنه يسقط عن الشفيع حصته، ولو فات بآفة سماوية كأن جفّ شجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن، وبهذا أورد على إطلاق قوله: (**بخلاف الشفعة**)

ذلك معتبراً في إثبات حقه في القيمة. وقوله: (**ولو كان مغنوماً**) يعني لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوماً: أي مأخوذاً بالقهر والغلبة (**وهو مثلي**) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (**يأخذه قبل القسمة**) ولا يأخذه بعدها (**لأن الأخذ بالمثل غير مفيد، وكذلك إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بيناه**) أن الأخذ بالمثل غير مفيد (**وكذا إذا كان المشتري بمثله قدراً ووصفاً**) يعني إذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثلياً فاشتراه من مسلم بمثله قدراً ووصفاً ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لأنه غير مفيد، وإنما قيد بقوله قدراً ووصفاً احترازاً عما لو اشتراه المسلم بأقل قدراً منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفاً فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لأنه إنما فدى ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه لا أنه يشتريه ابتداء. قال: (**فإن أسروا عبداً**) إذا أخذ الكفار عبداً ودخلوا به دار الحرب (**فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدوّ، أما الأخذ بالثمن فلما قلنا**) إن المشتري يتضرر بالأخذ مجاناً (**ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح**) فكان الأرش حاصلاً في ملكه وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة، ومع هذا لو أخذه فإنما يأخذه بمثله لأن الأرش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد. وقوله: (**لأن الملك فيه صحيح**) احتراز عن المشتري شراء فاسداً، فإن الأوصاف هناك مضمونة (**ولا يحط شيئاً من الثمن لأن**

قوله: (**وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك**) أقول: إذ لا ملكٌ فيه قديماً.

صار المشترى في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسداً، والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب، أما ههنا الملك صحيح فافترقا **(وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانياً وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف**

لأن ذلك في القصدي، أما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء. وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد، وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لأنها مبنية على الأمانة دون الخيانة، وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب تحويله إليه. أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير. وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه: أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب، فالأصل في تقوّم الصفات هو النصب وإنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين. غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله إلى الآخر. وفي الكافي: ولأن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدوّ ثبت، بخلاف القياس نصاً وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه. هذا ولو أنه فقىء عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقىء فللمالك الأول أخذه من الفاقىء بقيمته أعمى عند أبي حنيفة، وقالا بقيمته سليماً وهي التي أعطاها الفاقىء للمولى. لهما أنه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه. وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الأصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأم، وهذا ينتقض بمسئلة الهداية، بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليماً ثم قطع طرفه باختياره فكان راضياً بتنقيصه، بخلاف مسئلة الكتاب لأن الفاقىء غيره بغير رضاه.

[فرع] أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري وماتت، فأراد المالك القديم أخذ الولد، فعند أبي يوسف له ذلك بألف، وعند محمد بحصته من الألف، وذلك بأن يقسم الألف على قيمته الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ، فما أصاب كلاً فهو حصته قوله: **(وإن أسروا)** أي الكفار **(عبداً)** لمسلم **(فاشتراه رجل)** منهم **(بألف درهم فأسروه ثانياً وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الأول)** وهو المأسور منه أوّلاً **(أن يأخذه من الثاني)** وكذا لو كان الثاني غائباً كما سيذكر

الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) واستشكل هذا التعليل هاهنا لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن إذا لم يصر بالتناول مقصوداً، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً ففقئت عينه وأخذ الأرش ثم قصد بيعه مرابحة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين لأنها صارت مقصودة بالتناول، بخلاف ما إذا اعورّت، وأجاب بعضهم بأنه إنما يحط في المرابحة للشبهة لأنه صار كأنه اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فإنه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزاً عن شبهة الخيانة، ولا كذلك هاهنا لأنه لا اعتبار للشبهة فيه، بخلاف الشفعة فإن الأوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها، حتى لو استهلك المشتري شيئاً من الدار سقط حصته من الثمن لأن المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشتري شراء فاسداً من حيث إن كل واحد منهما واجب الرد، والأوصاف تضمن في المشتري شراء فاسداً كما في الغصب، فإن من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها. فإن قيل: شراء التاجر هاهنا بمنزلة المشتري شراء فاسداً في المعنى المذكور وهو وجوب الرد. أجيب بأن إلحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسداً من حيث وجوب الرد إلى الشفيع، ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أو لا، ثم البيع إن رغب عنه الجار فإذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروهاً فصار لتمكن الفساد في العقد، ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فإنه لا يجب عليه العرض على المالك. قيل في مسئلة الشفعة

قوله: **(أجيب بأن إلحاق مسئلة الشفعة الخ)** أقول: وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسري إلى أول البيع، بخلاف شراء التاجر فإن وجوب الرد يتقرر عند طلبه قوله: **(فلم تكن مخالفة الخ)** أقول: فلا يصح قوله بخلاف الشفعة.

درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن) لأن الأسر ما ورد على ملكه **(وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن)** لأن الأسر ورد على ملكه **(ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء)** لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته **(ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة**

(لأن الأسر ما ورد على ملكه) بل على الثاني، فإنما يثبت حق أخذه للمشتري الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للمولى الأول، ولو كان المشتري الأول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته، كما لو وهبه الكافر لمسلم، ثم إذا أخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف فأراد المولى أن يأخذه من المشتري الأول أخذه بألفين لأنه قام عليه بذلك، وهو وإن تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي غرضه فيه، بخلاف ما لو أخذه بألف فإنه يفوّت الألف الأخرى على المشتري الأول بلا عوض أصلاً.

[فرع] لو باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به، إن مثلياً فبمثله، أو قيمياً بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته، لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأوّل، وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول إلا في رواية ابن سماعة عن محمد، وظاهر الرواية الأول والوجه في المبسوط. وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعوه لم يكن للقديم أن يأخذه قوله: **(ولا يملك علينا أهل الحرب الغلبة)** الكائنة بالإحراز بدارهم **(مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا، ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأنّ السبب)** وهو الاستيلاء التام **(إنما يفيد الحكم)** وهو الملك لما يرد عليه **(في محله، ومحله المال المباح والحرّ المسلم معصوم بنفسه، وكذا من سواه)** ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم **(لأنه تثبت الحرية فيهم من وجه)** مع الإسلام **(بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم)** بالكفر **(ولا جناية من هؤلاء)** ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتباً أو مدبراً ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوّض الإمام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته، ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله: **(وإذا أبق عبد لمسلم)** أو ذمي وهو مسلم **(ودخل إليهم)** دار الحرب **(فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة، وقالا يملكونه)** وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم، وهذا **(لسقوط عصمته لأنها لحق المالك وقد زالت)** وصار كما لو ندّت إليهم دابة: أي شردت من باب ضرب إلا أن مصدره جاء ندوداً كما جاء على ندا القياسي، وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا إذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه)** وهذا لأنه آدمي مكلّف فله يد على نفسه، ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لأنه صار مقبوضاً بمجرد عقده،

أيضاً إذا كان هلاك بعض المشتري بآفة سماوية لا يقابل الأوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر. وأجيب بأنها مخالفة في صورة العمد، فإن التاجر إذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن، بخلاف ما إذا استهلك المشتري بعض الأشجار في الشفعة فإنه يحط حصته من الثمن. وقوله: **(وإن أسروا عبداً)** صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بأنا لو أثبتنا حق الأخذ للذي اشتراه من العدو أوّلاً تضرر المالك لأنه حينئذ يأخذه بالثمنين. وأجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولاً أولى، لأن حقه يعود في الألف التي نقدها بلا عوض يقابلها، والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد، فكان قلناه أولى وقوله: **(وكذا من سواه)** أي من سوى الحر. وقوله: **(بخلاف رقابهم)** أي رقاب أحراراً الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم. وقوله: **(ولا جناية من هؤلاء)** أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وإن استولوا عليهم، وإذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضاً، حتى لو كان أخذهم أهل دار

قوله: **(لأن حقه يعود في الألف الخ)** أقول: يعني لو لم يثبت له حق الأخذ من المشتري الثاني.

مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لأن السبب إنما يفيد الملك في محله، والمحل المال المباح، والحرّ معصوم بنفسه، وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه، بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء **(وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة، وقالا يملكونه)** لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه. وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للملك، بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده. وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك

وإنما سقط اعتبار يده **(لتحقق يد المولى عليه تمكيناً للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى)** بمجرد دخوله دار الحرب **(فظهرت يد العبد على نفسه)** سابقة على يد أهل الحرب لأن أخذهم إياه لا بد أن يتراخى لحظة عن دخوله، وإذا سبقت يده يدهم **(صار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للتمليك، بخلاف الآبق المتردد)** في دارنا إذا أخذوه **(لأن يد المولى قائمة عليه)** ما دام في دار الإسلام حكماً **(لقيام يد أهل الدار)** فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق **(فمنع ظهور يده)** على نفسه، ولا كذلك المأذون في الدخول لأن دخوله بإذنه وهو على عزم العود إليه، وبخلاف الدابة التي ندّت فإنه لا يد لها على نفسها، والضمير في قول المصنف لأن سقوط اعتباره لليد، وكان الواجب أن يقول اعتبارها لأن اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أي سقوط اعتبار ظهوره **(وإذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوباً)** منهم للذي أخرجه إلى دار الإسلام **(أو مشترى)** منهم **(أو مغنوماً قبل القسمة وبعدها)** إلا أنه إذا أخذه بعد القسمة **(يؤدي)** الإمام **(عوضه من بيت المال)** للمأخوذ منه **(لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم)** وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج، وبيت المال معداً لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم، ولأنه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال، فإذا لحق غرامة كان فيه، ولا يعطي المشتري شيئاً إذا كان اشتراه بغير إذن المولى، فإن اشتراه بإذنه رجع عليه بما اشتراه به. وعندهما يأخذه بالثمن في المشتري وبالقيمة في الموهوب كما في المأسور غير الآبق. وإنما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلماً لأنه لو ارتدّ فأبق إليهم فأخذوه ملكوه اتفاقاً، ولو كان كافراً من الأصل فهو ذمي تبعاً لمولاه، وفي العبد الذمي إذا أبق قولان ذكره في طريقه مجد الأئمة قوله: **(وليس له)** أي الغازي أو التاجر **(جعل الآبق)** لأن استحقاقه إذا أخذه ليرده فيكون عاملاً له وهاهنا إنما هو عامل لنفسه قوله: **(وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه)** وجهه ظاهر، فيتفرع على ملكهم إياه أنه **(لو اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فإنما يأخذه مالكاً بالثمن إن شاء)** قوله: **(فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة، وعندهما يأخذ العبد**

الحرب من دار الإسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء. قال: **(وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم)** إذا أبق عبد لمسلم قالوا: قيد لمسلم اتفاقي لأن عبد الذمي كذلك **(فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: يملكونه لأن العصمة لحق المالك)** وهو ظاهر، وقوله: **(لأن سقوط اعتباره)** أي اعتبار يد العبد **(لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه)** لأنه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا إلى من يخلفه، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء، ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الإحراز فتمنع الملك لأنه لا ملك بدون الإحراز. فإن قيل: لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى لأن دار الحرب في أيديهم. أجيب بأن بين الدارين حداً لا يكون في يد أحد، وعند ذلك تظهر يد

قوله: **(فإن قيل: لا نسلم إلى قوله وأجيب بأن بين الدارين حداً الخ)** أقول: السؤال والجواب في شرح الإتقاني.

القديم بغير شيء موهوباً كان أو مشتري أو مغنوماً قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه **(وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه)** لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا، بخلاف العبد على ما ذكرنا **(وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء)** لما بينا **(فإن أبق عبد إليهم**

أيضاً بالثمن إن شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق إليهم عندهما دونه. وأورد عليه أنه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شيء لأن العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما في يده لأنه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها. أجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكاً للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء، وفيه نظر لأن الفرض أن سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده، فإنها يملكون المال بإباحته، وإنما يصير مباحاً إذا لم يكن عليه يد لأحد وإلا ملكوا العبد، والفرض أن هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لإخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم. وأجيب أيضاً بأن يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فاعتبرناها في حق نفسه دون المال. ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار قوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعتق لأن الإزالة كانت متعينة)** حال كونه في دار الإسلام **(بطريق معين وهو البيع)** فإنه إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع، فإن فعل وإلا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه إليه **(وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبداً في يده)** ولأن الإحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكاً لهم، فإنهم إذا أخذوا عبداً مسلماً من دار الإسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الإحراز حالة الإحراز **(ولأبي حنيفة أن الجبر على البيع في دار الإسلام ما كان إلا لوجوب تخليص المسلم عن إذلال الكافر)** فهو الواجب بالذات إجماعاً، ووجوب الجبر على البيع ليتوصل إليه، غير أنه تعين إخراجه بعوض بيعاً طريقاً حال قيام أمانة تحرزاً عن الغدر بأخذ ماله، ولولاه لأعتقناه عليه، فإذا زال أمانة وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالإعتاق عليه غير أن إعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب، إذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو إعتاق القاضي **(كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي)** بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب، بخلاف ما إذا لم يملكه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده، فإذا أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه إلى رقه جبراً فكان ذلك مانعاً للمقتضي عن عمله. وقول المصنف **(فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب)** ليس بجيد لأنه لو أسلم الزوج لا يفرق، وعلى هذا الخلاف

العبد على نفسه، ولأن يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار، إليه أشار فخر الإسلام، وفيه نظر لأن حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع. والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء، وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه. فإن قيل: لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك. أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى، فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصباً ملك المولى، وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض فإن الملك للمولى واليد لغيره. وقوله: **(بخلاف المتردد)** يعني في دار الإسلام لأن يد المولى باقية عليه حكماً لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضاً له، فبقاء اليد حكماً يمنع ثبوت اليد له، فإن استولى عليه المشركون ملكوه **(وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شيء إذا كان موهوباً أو مشتري)** أما إذا كان موهوباً فظاهر لأنه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالأخذ منه، وأما المشتري فلأن المشتري قد تملكه بغير أمره فكان متبرعاً، حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن، وإن كان مغنوماً فكذلك إذا كان قبل القسمة، وأما إذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لأن

وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله، وأخرجه إلى دار الإسلام فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء) اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق)** لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبداً. ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيقام الشرط

إذا أسلم عبد الحربي ولم يهرب إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافاً لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم إذ زال قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده. وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع قوله: **(وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو)** أسلم ولم يخرج حتى **(ظهر على الدار فهو حر، وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر المسلمين)** مسلمين، ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم **(لما روى)** أبو داود مسنداً إلى علي قال: «خرج عبدان إلى رسول الله ﷺ يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله ﷺ قالوا: يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك، وإنما خرجوا هرباً من الرق، فقال ناس: صدقوا يا رسول الله ردّهم عليهم، فغضب رسول الله ﷺ، وفيه فقال: هم عتقاء الله»[1] وفيه أحاديث قدمناها، ومنها إسلام عبيد الطائف،[2] ومنهم أبو بكرة والمنبعث تقدم في كتاب العتق فليرجع إليها فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا مسلمين. وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعه المسلمين صار كأنه خرج إليهم في أنه امتنع بهم. وقوله: **(واعتبار يده الخ)** جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقاً، وإنما الخلاف

نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك. وقوله: **(وليس له)** أي للغازي أو للتاجر **(جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه)** والجعل إنما يجب إذا أخذه الآخذ على قصد الرد إلى مالكه. قوله: **(وإن ندّ إليهم بعير)** ظاهر، وكذلك قوله: **(فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع)**. واعترض بأن على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضاً لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكاً لهم. وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال قوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً)** أو ذمياً أو أسلم أحد ممن كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده. فإن قيل: الذمي ملتزم أحكام الإسلام فجاز إجباره على بيع عبده بيع الذي أسلم والحربي ليس كذلك. أجيب بأن الأمان ينافي إبقاءهم في ملكه لأن فيه استذلالاً للمسلم وإعطاء الأمان على ترك ذلك فكان بالأمان ملتزماً ترك إذلال المسلمين فيلزمه. ووجههما ظاهر.

قوله: **(كالذمي يسلم عبده الخ)** أقول: فإنه يجبر على بيعه قوله: **(وجب عليه إجباره على العتق)** أقول: تخليصاً للمسلم قوله: **(لإزالة عصمة ماله)** أقول: الظاهر أن يقول لزوال قوله: **(مقام علة الإزالة)** أقول: في النهاية مقام علة الزوال قوله: **(وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام الخ)** أقول: فيه بحث، ثم أقول قال العلامة الكاكي في المبسوط: فإن قيل بارتفاع الأمان زال صفة الخطر لا أصل الملك، كمن أباح لغيره شيئاً لا يزول أصل ملكه به فملكه المباح في دار الحرب إبقاء ما كان من الملك له لا إثبات ملك له فيه ابتداء. قلنا: ما كان ملكه بعد إسلام العبد في دار الإسلام إلا باعتبار الخطر، فإنه لو لم يكن مستأمناً لكان العبد المسلم قاهراً له وكان حراً، فإذا زال الخطر بزوال الأمان زال أصل الملك؛ ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج إلينا كان حراً وكان ما خرج به من المال له اهـ. ففي كلام الكاكي بحث قوله: **(وإنما جعلناه قائماً مقام المزيل الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا أقيم مقام المزيل تكون الإزالة مستنداً إليه.

---

(١) تقدم في كتاب العتق. وإسناده حسن.

(٢) تقدم في كتاب العتق.

وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصاً له، كما يقام مضيّ ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب **(وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حرّ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار)** لما روي «أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ فقضى

فيما إذا عرّضه للبيع فباعه، فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم. أجاب بأن للعبد يداً على نفسه على ما تقدم، وإنما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع، ثم هي أسبق من يد المسلمين، أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصاً للمسلم من إذلال الكافر لأن مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق. هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق. قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلماً لأحد، لأن هذا عتق حكمي، وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري البيع أو لم يقبل، لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر ليزولَ به ملكه عنه، ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه، وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمر لحاجته، فإنه إذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي، لأنه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه، كما لو دخل سيده به وبما معه من المال.

[فرع] ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعاً فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له»[1] ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى، حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى حق ولي الجناية، وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه. ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه. ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى، كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص. ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ، ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلاً للنقل من ملك إلى ملك، ولأن ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله. ولو كانت أمة فتزوّجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الأخذ، بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لأنه حق

ووجه أبي حنيفة **(أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب)** على الإمام، فإن كان في دار الإسلام فالجبر على البيع للمسلمين دون الإعتاق لأن مال المستأمن معصوم ما دام في دار الإسلام بمقتضى الأمان، فإذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله، فلو كان للإمام ولاية عليه وجب عليه إجباره على العتق لإزالة عصمة ماله، فإذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الإزالة وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة إذا لم يمكن إضافة الحكم إليها كحفر البئر على قارعة الطريق. فإن قيل: إقامة الشرط هاهنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشيء مزيلاً له وهو باطل، وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم ملكوه، فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وهاهنا جعلتموه مزيلاً له، وفيه أيضاً نقض لقاعدة مطردة وهي أن البقاء أسهل من الابتداء فإن هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه. فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك إذا لم يكن ثابتاً، والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلاً في محل خاص تخليصاً للمسلم عن ذل الكافر. على أن ما جعلناه مزيلاً وإنما جعلناه قائماً مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلاً غير مزيل

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو يعلى ٥٨٤٧ والبيهقي ٩/١١٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.
قال الهيثمي في المجمع ٥/٣٣٥: وفيه ياسين بن معاذ الزيّات وهو متروك.

بعتقهم وقال: هم عتقاء الله» ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين، إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه، فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى، والله أعلم.

ضعيف في العين، ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله، والولد وإن كان جزءاً ففي المآل هو محل آخر، بخلاف حق المولى فإنه قوي لا يبطل ببيعه أو هبته فيسري إلى الولد. وليس له فسخ النكاح لأنه يتمكن من الأخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه، ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها، ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك. ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهي قيمتها واشتراها رجل أخذها مولاها الراهن بها ولم تبق رهناً لأنها تاوية في حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها فلا يأخذها المرتهن إلا أن يرد على الراهن الألف، وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لأنه مفيد. ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم، وكذا إذا صار ذمياً، وكذا إذا باعه من حربي آخر، ولو خرج إلينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه، إلا أنه إذا كان عبداً يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من إعادته إلى دار الحرب وإذلاله. ولو أسروا جارية وديعة عند رجل أو عارية أو إجارة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها لأن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد، بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لأن كلاً منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب، بخلاف الإحراز بدار الحرب. ولو كانت متزوّجة لا يبطل النكاح لأن غاية إحرازها توجب أن يملكوها، ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع، والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكماً، والمسلمة في دار الإسلام حكماً وإن كانت في دار الحرب حقيقة.

وهو الممتنع، وبقاء الشيء أسهل من الابتداء إذا لم يعتر البقاء ما يزيل سهولته وهاهنا بقاء المسلم في يد الكافر صعب يزيل سهولته. وقوله: **(كما يقام مضيّ ثلاث حيض)** تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة، فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الإسلام وتفريقه بعد الإباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب قوله: **(وإذا أسلم عبد لحربي)** ظاهر. وقوله لما روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا روي «أن النبي ﷺ لما حاصر الطائف قال: أيما عبد خرج إلينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها، فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم، فقال النبي ﷺ: هم عتقاء الله». وقوله: **(ولأنه أحرز)** متصل بقوله ثم خرج إلينا. وقوله: **(أو بالالتحاق)** متصل بقوله أو ظهر على الدار. وقيل بقوله مراغماً: أي مغاصباً ومنابذاً لأنه إذا خرج طائعاً لمولاه يباع فيه وثمنه للحربي لأنه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمناً إلى دارنا، والله أعلم بالصواب.

(باب المستأمن)

(وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً والغدر حرام، إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له

(باب المستأمن)

أخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك، وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر قوله: **(وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم، لأنه)** بالاستئمان **(ضمن)** لهم **(أن لا يتعرض لهم)** فإخلافه غدر **(والغدر حرام)** بالإجماع. وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام «إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان»[١] وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيوش والسرايا «لا تغلوا ولا تغدروا»[٢] في وصيته لهم، ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشتري من الطائفة الغالبة شيئاً من الأموال التي غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الإحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدراً، بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فإنه يحل لنا الشراء، والشرط الإحراز بدار الحرب لا بدراهم بخصوصها. ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فأقول: يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم إن كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه، وإن كانوا يدينون فلا، فإنهم قالوا: لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه. وقال الكرخي: إن كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم، والعامة يقولون: إن كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو إذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحراراً فيمتنع بيعهم، ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا: إن كانوا يدينون أن من قهر شخصاً ملكه جاز شراؤه منه وإلا لا، مع أن هذا ليس فيه إحراز بدار أخرى غير دار المقهور. وقوله: **(إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم الخ)** استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم، وكذا قوله بخلاف الأسير المسلم أيضاً **(لأنه غير مستأمن)** وقد صرح به حيث قال **(فيباح له التعرض وإن أطلقوه)** وتركوه في داره

باب المستأمن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهراً وغلبة شرع في بيان الاستئمان، لأن طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة، وقدم استئمان المسلم تعظيماً له وكلامه واضح قوله: **(والغدر حرام)** دليله قوله ﷺ لأصحاب السرايا «ولا تغدروا». وقوله: **(بخلاف الأسير)** يعني أن الغدر ليس بحرام عليه، فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا إلى دار الإسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيئاً فهو له خاصة **(فيباح لهم التعرض وإن أطلقوهم طوعاً)** لأنه لم يستأمن صريحاً حتى يكون غادراً بأخذ أموالهم قوله: **(ملكه ملكاً محظوراً)** أي خبيثاً، حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن يطأها لأنه قائم مقام البائع، ووطؤها للبائع كان مكروهاً فكذا المشتري قوله:

باب المستأمن

قال المصنف: **(فأدانه حربي الخ)** أقول: وفي المصادر الإدانة وأم دادن اهـ. وفي النهاية: الإدانة البيع بالدين، والاستدانة الابتياع

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٨٦ ومسلم ١٧٣٦ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٧/٣٩ وابن ماجه ٢٨٧٢ والدارمي ٢٤٤٧ وابن حبان ٧٣٤١ والطيالسي ٢٥٤ والبيهقي ٩/١٤٢، ٨/١٦٠ وأحمد ١/٤١١، ٤١٧، ٤٤١ وأبو يعلى ٥٣٤٢ كلهم من حديث عبد الله بن مسعود.

(٢) تقدم تخريجه مستوفياً في أول باب كيفية القتال رواه الجماعة إلا البخاري.

التعرض وإذا أطلقوه طوعاً (**فإن غدر بهم**) أعني التاجر (**فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً**) لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه (**فيؤمر بالتصدق به**) وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (**وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء**) أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية

(**طوعاً**) أو أعتقوه لأنه لم يستأمن، وعتقهم لا عبرة به لأنهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكاً لا خبث فيه (**فإن غدر بهم**) التاجر (**فأخذ شيئاً وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكاً محظوراً لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح**) عند عدم الإحراز إلا أنه بسبب محرم فأورث خبثاً فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان، وإنما يملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (**لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك**) كما في البيع الفاسد. وقوله: (**على ما بيناه**) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك الخ، وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به، حتى لو كان المأخوذ غدراً جارية لا يحل له.وطؤها ولا للمشتري منه، بخلاف المشتراة شراء فاسداً فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة، وتحل للمشتري منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد، وببيع المشتري انقطع حقه ذلك لأنه باع بيعاً صحيحاً فلم يثبت له حق الاسترداد، وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه. أما لو سبى قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابي لأنهم ملكوهم بالإحراز وهم كانوا على أصل الإباحة في حقه، وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدراً.

[فرع نفيس من المبسوط] لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن. لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه، لأن القتال لما كان تعريضاً لنفسه على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله، وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر. ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم، ولـم يضمنوا ذلك لهم، بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم، وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون. ومن فروعه: لو تزوّج في دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهراً ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها، وإن طاوعته فخرجت طوعاً معه لا يصح بيعها لأنه لم يملكها. واعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه، فإنه لو أخرجها كرهاً لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها قوله: (**وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه**) مالاً (**ثم خرج**) المسلم (**إلينا**

(**وهذا**) إشارة إلى قوله ملكه ملكاً محظوراً: يعني أن مال أهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الأمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (**على ما بيناه**) يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك الخ (**وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي**) أي باع بالدين فإن الإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين قوله: (**ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً**) أي لا على المسلم ولا على الحربي (**ولا وقت القضاء على المستأمن**) وهو ظاهر. وإذا لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية بينهما. وقوله: (**وأما الغصب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه**) أي سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً فيها لأن مال كل واحد منهما كان مباحاً وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب، إلا أن الغاصب إن كان هو المسلم يفتي برد المغصوب على المالك ولا يقضي عليه، لأنه

بالدين، وقولهم أدان بالتشديد من باب الافتعال: أي قبل الدين اهـ قوله: (**وأما غصب الكافر، إلى قوله: فإنهم يملكونه**) أقول: وكذا في

ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل. وأما الغصب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم على ما بيناه، وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا **(ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب)** أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي، والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام. وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد **(وإذا دخل المسلم دار الحرب**

واستأمن الحربي) فخرج أيضاً مستأمناً **(لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء. أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة)** على واحد منهما **(ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل)** ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى، وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم، ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم، وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد. واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً وصار كما لو خرجا مسلمين. وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضاً مما يحتاج إلى موجب. وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين، ولا يخفي ضعفه، فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب، بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك، والإدانة البيع بالدين، والاستدانة الابتياع بالدين **(وأما)** أنه لا يقضي **(بالغصب)** لكل منهما **(فلأنه صار ملكاً للذي غصبه)** سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً **(على ما بينا)** أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام، وفي غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ، إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر، وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى **(وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك)** أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه **(ثم خرجا)** إلينا **(مستأمنين لما قلنا، فإن خرجا مسلمين)** وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه **(يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب)** أما **(القضاء بالمداينة)** أي بالدين **(فلأنها)** حين وقعت **(وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام)** ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوّينا بينهما، وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفاً **(وأما الغصب)** فإنما لا يقضي به لإتلافه فيما ملكه **(ولا خبث في ملك الحربي ليؤمر بالرد)** وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها قوله: **(وإذا دخل المسلم فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين الخ)** عرف أحكامها مما تقدم قوله: **(وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل عمداً الدية في ماله)** ولا كفارة عليه **(وعلى القاتل خطأ الدية في ماله)** أيضاً **(وعليه الكفارة)** هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف. وذكر قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص في العمد كقول

لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم، وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر. وقوله: **(على ما بينا)** يعني فيما تقدم، وأما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله إن الاستيلاء ورد على مال مباح، وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً فإنهم يملكونه. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله من قبل إن القضاء يعتمد الولاية الخ. وقوله: **(ولو خرجا مسلمين)** ظاهر. وقوله: **(فغصب حربياً)** أي غصب شيئاً من حربي وليس هذا منحصراً في خروجهما مسلمين، بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمناً فالحكم كذلك. وقوله: **(فعلى القاتل الدية في ماله)**

النهاية وفيه بحث قال المصنف: **(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً)** أقول: أي مال حربي على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه.

بأمان فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد **(وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطإ)** أما الكفارة فلإطلاق الكتاب، وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب، وإنما تجب

الشافعي ومالك وأحمد، لأنه قتل شخصاً معصوماً بالإسلام عدواناً وظلماً وذلك موجب للقصاص، وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى. ولأبي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه، ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطناً هناك لا يكون معصوماً، فإذا كان مكثراً من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص. وذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإملاء، لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بذلك، والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام. ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر. قال المصنف **(أما الكفارة)** يعني في الخطأ **(فلإطلاق الكتاب)** يعني قوله تعالى **﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة﴾** [النساء ٩٢] (و) جوب الدية **(لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول)** إلى دار الحرب **(بالأمان، وإنما لا يجب القصاص)** في العمد **(لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب)** فلا فائدة في الوجوب. وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه، ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه منه، ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سبباً موجباً للقصاص وهو مشكل، لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب إذا كانت ثابتة عنده، كما لو رفع إلى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب، وعليه أن يقضي بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة، والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب، والمانع وهو استيفاء الإمام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الإقامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل، فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه، إذ نمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط، أو أن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارئة. وقد يقال: إن قلتم إنها دار إباحة للقتل مطلقاً فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد. ويجاب بأن كونها دار إباحة له في الجملة كاف، ألا ترى أن من قتل رجلاً قال له اقتلني لا قصاص عليه، مع أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعاً إلا أن نمنع عدم القصاص في قوله اقتلني. فإن قيل: ما ذكرتم مخالف لإطلاق قوله تعالى **﴿كتب عليكم القصاص﴾** [البقرة ١٧٨] **﴿والنفس بالنفس﴾** [المائدة ٤٥] فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ، فإنه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضاً. قال: **(وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد، وفي الخطأ)** إنما تجب

يعني في العمد والخطأ، هكذا ذكره من غير خلاف في عامة النسخ. وذكر الإمام قاضيخان أن هذا الحكم قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم قال: وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص في العمد لأنه قتل شخصاً معصوماً ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الإسلام. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة، فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص. وقوله: **(أما الكفارة فلإطلاق الكتاب)** يعني قوله تعالى **﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾** **(وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان)** لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الإسلام تقديراً حتى أن المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به، وكان القياس وجوب القصاص إلا أنه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى

الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطإ، لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها **(وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه)** أو قتل مسلم تاجر أسيراً **(فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطإ عند أبي حنيفة، وقالا: في الأسيرين الدية في الخطإ والعمد)** لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه، وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية في ماله لما قلنا. ولأبي حنيفة أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهم، ولهذا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلاً وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا.

أيضاً في ماله لأن وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك، ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب قوله: **(وإن كانا)** أي المسلمان **(أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل)** من أحكام الدنيا **(إلا الكفارة في الخطإ عند أبي حنيفة)** وإنما عليه عقاب الآخرة في العمد وقالا: **(في الأسيرين الدية في الخطإ والعمد، لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه)** يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين **(و)** أما **(امتناع القصاص فلعدم المنعة)** كما ذكرنا **(وتجب الدية في ماله لما قلنا)** إن العواقل لا تعقل العمد. هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولا به في الأسيرين لأن الوجه يعمهما **(ولأبي حنيفة)** وهو الفرق بين الأسيرين والمستأمنين **(أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهم حتى يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلاً)** لأن الأصل غير معصوم فكذا تبعه **(وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا)** في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهوراً في أيديهم **(و)** إنما **(خص الكفارة بالخطأ لأنه لا كفارة في العمد عندنا)** كما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى. هذا والأقرب أن يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه.

أن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن العواقل لا تعقل العمد. وقوله: **(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن بالأسر صار تبعاً لهم)** يعني وأهل الحرب أصول والأصول غير معصومين فكذلك الأتباع قوله: **(ولهذا)** توضيح للتبعية. وقوله: **(فيبطل به الإحراز أصلاً)** أي يبطل الإحراز بالعصمة المقومة بالكلية **(وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا)** بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لأنها مبنية على تلك العصمة، بخلاف الكفارة فإنها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالإسلام.

فصل

قال: **(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية)** والأصل أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين، ويمكن من الإقامة اليسيرة، لأن في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة، ففصلنا بينهما بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه، وإذا مكث سنة فهو ذمي لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار

فصل

قوله: **(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يكن أن يقيم في دارنا سنة)** ثم يرجع **(بل يقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية. وأصل هذا أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو بالجزية لأنه يصير عيناً لهم)** أي جاسوساً **(وعوناً علينا فتلتحق المضرّة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب)** وهو ما يجلب من حيوان وغيره **(ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية، فإن رجع قبلها فلا سبيل عليه، وإن أقامها بعد تقدم الإمام إليه)** أي قوله له ما يعتمده في ضرب الجزية عليه **(صار ذمياً)** فلا يمكن بعدها من العود إلى داره **(لأن عقد الذمة لا ينقض)** إذ فيه قطع الجزية وتصييره **(وولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين)** ولا يؤخذ منه جزية للسنة التي أقامها إلا إن قال له إن أقمتها أخذت منك الجزية. وقوله: **(بعد تقدم الإمام)** يفيد اشتراط تقدم الإمام إليه في منعه من العود إذا أقام سنة، وبه صرح العتابي فقال: لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله الرجوع. قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس شرطاً لصيرورته ذمياً، فإنه قال: ينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن قال: وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم، لأنه يصدق بقوله إن أقمت طويلاً منعتك من العود، فإن أقام سنة منعه، وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة، والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين، ولا ينبغي أن يلحقه عسراً بتقصير المدة جداً خصوصاً إذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها إلى مدة مديدة.

فصل

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها، وكلامه ظاهر، والعين: هو الجاسوس، والعون: الظهير على الأمر والجمع الأعوان، والميرة: الطعام يمتاره الإنسان من مار يمير، والجلب والإجلاب الذين يجلبون الإبل والغنم للبيع. وقوله: **(بعد تقدم الإمام)** يقال تقدم إليه الأمير بكذا أو في كذا إذا أمره به. وقوله: **(وللإمام أن يؤقت في ذلك ما دون السنة)** يعني أن تقدير الحول ليس بلازم، بل لو قدر الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن إن لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول **(فإذا أقام بعد ذلك في دارنا يصير ذمياً)** قال الإمام قاضيخان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لأنه إنما يصير ذمياً بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذمياً إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ الخراج فحينئذ يأخذ منه. قوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام صار ملتزماً للجزية. وقوله: **(فإذا**

فصل وإذا دخل الحربي الخ

قال المصنف: **(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة)** أقول: قال العلامة الكاكي في فتاوى العتابي: لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله أن يرجع اهـ. وفي النهاية: لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس بشرط لصيرورة الحربي المستأمن ذمياً عند إقامته تمام السنة في دار لإسلام، بل يصير ذمياً إذا أقام سنة فيها وإن لم يتقدم إليه الإمام بقوله إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اهـ. وقول المصنف **(لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام الخ)** يشير إلى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر قوله: **(والجلب والإجلاب الخ)** أقول: الجلب فعل يعني مفعول صرح به نقلة اللغة، وما ذكره الشارح مع أن خلاف المنقول لا يناسب السيرة.

ملتزماً للجزية فيصير ذمياً، وللإمام أن يؤقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين **(وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذمياً)** لما قلنا **(ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب)** لأن عقد الذمة لا ينقض، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين **(فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي)** لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس، فإذا التزمه صار ملتزماً المقام في دارنا، أما بمجرد الشراء لا يصير ذمياً لأنه قد يشتريها للتجارة، وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذمياً بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه. وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط

[فروع] لو مات المستأمن في دار الإسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته، فإذا قدموا فلا بد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا، فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحساناً لأنهم لا يمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، فإذا قالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم دفع إليهم المال وأخذ منهم كفيلاً لما يظهر في المال من ذلك. قيل هو قولهما لا قول أبي حنيفة كما في المسلمين. وقيل بل هو قولهم جميعاً، ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه، وإذا رجع إلى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الإسلام بل بالذي دخل به، فإن باع سيفه واشترى به قوساً أو نشاباً أو رمحاً لا يمكن منه، وكذا لو اشترى سيفاً أحسن منه، فإن كان مثل الأول أو دونه مكن منه، ومن وجد في دارنا بلا أمان فهو وما معه فيء، فإن قال: دخلت بأمان لم يصدق وأخذ، ولو قال: أنا رسول، فإن وجد معه يعرف أنه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمناً فإن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص بل بكونه رسولاً يأمن، وإن لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيئاً. وإذا دخل دار الإسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون فيئاً لجماعة المسلمين، وهو رواية بشر عن أبي يوسف، وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يختص به، ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيئاً للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج قوله: **(وإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج صار ذمياً)** وكذا لو اشترى عشرية فإنها تستمر عشرية على قول محمد فإنها وظيفة مستمرة، وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج، وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج إلى دار الحرب، وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ، ووجوب كف الأذى عنه، فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلاً عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلماً وعدواناً. وهذه الأحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير، والمراد بوضع الخراج إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته. ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذمياً، بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها فإنه لا يصير ذمياً إذا دخل وقت الأخذ لعدم الأخذ منه، وكذا إذا أخذ منه العشر على قول محمد، ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت

وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية: وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بأن اشترى أرضاً عشرية لأنهما جميعاً من مؤن الأرض لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس إذ كل واحد منهما من أحكام دارنا، فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي أن يكون من أهل دارنا. وقوله: **(فتعتبر المدة من وقت وجوبه)** أي وجوب الخراج وقوله: **(في الكتاب)** أي في الجامع الصغير **(فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد بشرط الوضع)** أي بأن وضع الخراج عليه شرط في جعله ذمياً، والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن، ودلت المسئلة على أنه لا يصير ذمياً بمجرد الشراء. ومن المشايخ من قال: يصير ذمياً بنفس الشراء، لأنه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام، كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما أشار إليه المصنف من قوله لأنه

الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه **(وإذا دخلت حربية بأمان فتزوّجت ذمياً صارت ذمية)** لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج **(وإذا دخل حربي بأمان فتزوّج ذمية لم يصر ذمياً)** لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزماً المقام **(ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود)** لأنه أبطل أمانه **(وما في دار الإسلام من ماله على خطر، فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئاً)** أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً لأن يد المودع كيده فيصير فيئاً تبعاً لنفسه، وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط

على هذه الأرض الخراج ونحوه، لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك، بل الخراج من حين استقرّ وظيفة للأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه. نعم لا يصير ذمياً بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لأنه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجردة حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعها قوله: **(وإذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوّجت ذمياً صارت ذمية)** ففي تزوّجها مسلماً أولى، وعكسه ما لو دخل حربي فتزوّج ذمية لا يصير ذمياً كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضاً قياساً على الرجل، ونحن بينا الفرق بأن تزوّجه ليس دلالة التزامه المقام، فإن في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها، فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه. ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج إلى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك قوله: **(ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود وما في دار الإسلام من ماله)** له ما دام حياً وإن مات فهو لورثته، وكذا إذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما إذا مات في دار الإسلام لأن ماله مشمول بأماننا ما دام في دارنا، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله. فإن قيل: ينبغي أن يصير فيئاً كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيئاً ولا تكون يد المودع كيده في دار الإسلام. أجيب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه. فإن دار الحرب دار إباحة لا عصمة فلا يصير معصوماً بالشك بخلاف ما في دار الإسلام تثبت من كل وجه فيبقى إلى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوماً وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيئاً لعامة المسلمين توضع في بيت المال لأنها في يده تقديراً، فإذا غنم غنمت، بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لأنها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا، ثم هذا ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين، وأما الدين فيسقط عمن في ذمته لأن ثبوت يده عليه منتف إذ قد صار ملكاً للمديون، وإنما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين. وإذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري غير محتاج إلى تعليله بأنه سبقت يده إليه قوله: **(وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال)** أي ما أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال. والوجف والوجيف ضرب من سير الإبل والخيل، ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته إذا حملته على الوجيف **(يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف في الخراج)** وكذا الجزية في عمارة القناطرة والجسور وسد الثغور وكري الأنهار العظام التي لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة، وإلى أرزاق

قد يشتريها للتجارة، وقوله: **(فيتخرج عليه)** أي على أن الوضع شرط **(أحكام جمة فلا تغفل عنه)** أي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج إلى دار الحربي وجزيان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذمياً لا قبله، وبوضع الخراج يصير ذمياً فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع وقوله: **(وإذا دخلت حربية بأمان)** ظاهر، وكذا عكسه، وكذلك قوله: **(ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان)** خلا أن قوله لأن يد المودع كيده منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيئاً فلم تكن يد المودع كيد المودع. وأجيب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع، وفي صورة

وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله، وهذا لأن حكم الأمان باقٍ في ماله فيردّ عليه أو على ورثته من بعده. قال: (**وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج**) قالوا: هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك. وقال الشافعي: فيهما الخمس اعتباراً بالغنيمة. ولنا ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية» وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون

القضاء والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه احد قالوا: (**هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك. وقال الشافعي: فيهما**) وفي بعض النسخ: فيها أي الأرض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج، ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة: أي أخرجهم فجلوا: أي خرجوا، وأجلى القوم أيضاً خرجوا، فكل من ذي الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى. ومذهب الشافعي أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس، وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس، وهو قول مالك، وفي الجديد يخمس. ولأحمد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس، ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف إلى من يصرف إليه خمس الغنيمة عنده على ما مر، وذكروا أن قوله في الجزية مخالف للإجماع. قال الكرخي: ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره. ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوّة من المسلمين. واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام، فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر[1] ونصارى نجران[2]، وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم ديناراً[3]، ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين، ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة، ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل، بل قد ورد فيه خلافه وإن كان فيه ضعف، أخرجه أبو داود عن ابن لعدي بن عدي الكندي: أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى من سأله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي

النقض ليس كذلك لأن دار الحرب ليست دار عصمة. قال: (**وما أوجف المسلمون عليه**) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفاً وأوجفه صاحبه إيجافاً. وقوله: (**وما أوجف المسلمون عليه**) أي أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله. والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الإخراج، يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا: أي أخرجهم فخرجوا، كلاهما يتعدى ولا يتعدى. وقوله: (**والجزية**) بالجر عطف على قوله الأراضي أي هو مثل الأراضي التي أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية. وقوله: (**وقال الشافعي رضي الله عنه فيهما**) أي في الأراضي التي أجلوا عنها أهلها وفي الجزية. وفي بعض النسخ: فيها أي في الأراضي والجزية والخراج قوله: (**ولأنه**) أي ولأن ما أوجف عليه المسلمون من المال. وقوله: (**من غير قتال**) يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (**بخلاف الغنيمة لأنه**) أي الغنيمة بتأويل المغنوم (**مملوك**) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (**فاستحق الخمس بمعنى**) وهو الرعب (**واستحق الغانمون الباقي بمعنى**) وهو مباشرة الغانمين

قال المصنف: (**وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب**) أقول: أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب النكاح.

(٢) سيأتي في صفحة ٤٤ أول باب الجزية.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ١٥٧٦ والترمذي ٦٢٣ والنسائي ٥/ ٢٥، ٢٦ كلهم من حديث أبي وائل عن معاذ.
وكرره أبو داود ٣٠٣٨ من طريق أبي وائل عن معاذ أيضاً وأخرجه ١٥٧٧ من طريق مسروق عن معاذ وكذا ابن ماجه ١٨٠٣.
ورواية الترمذي جعل فيها مسروق الأجدع بين أبي وائل ومعاذ بن جبل.
قال الترمذي: حديث حسن، وقد رواه بعضهم عن مسروق مرسلاً. وهو أصح.
قلت: مسروق بن الأجدع تابعي مخضرم روى عنه الجماعة وهو ثقة ولقاؤه لمعاذ محتمل والمعاصرة واقعة لا محالة، فالحديث أقل درجاته أنه حسن.

بمعنى، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم هاهنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء)** أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل. وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت

ﷺ «جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه»[1] فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم. وأما ما في السنن عن عمر: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله ﷺ خالصه ينفق على أهل بيته قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله[2] فمعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء، بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال إذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام إذ لم يكن إذ ما ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر، وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه، وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله: **(ولأنه مأخوذ بقوّة المسلمين من غير قتال، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوّة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا)** من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لأبعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم هنا)** أي في دار الإسلام **(ثم ظهر)** على البناء للمفعول **(على دارهم فذلك كله فيء. أما المرأة والأولاد الكبار فإنهم حربيون وليسوا بأتباع)** للذي خرج لأنهم كبار **(وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً)** يكون فيئاً مرقوقاً **(لما قلنا)** في باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها **(وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه)** بالإسلام **(لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئاً. فأما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء)** إلينا **(فظهر**

القتال **(وفي هذا)** أي فيما أوجف المسلمون عليه **(السبب واحد وهو ما ذكرناه)** يعني قوله إنه مال مأخوذ بقوّة المسلمين فلا معنى لإيجاب الخمس قوله: **(لما قلنا من قبل)** أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لأنها كافرة حربية الخ.
وقوله: **(وأما أولاده الصغار)** ظاهر قوله: **(وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً)** إنما قيد بالإيداع لأنه إذا كان غصباً في أيديهما يكون فيئاً لعدم النيابة قوله: **(فلما قلنا)** إشارة إلى قوله حربيون كبار وليسوا بأتباع قوله: **(وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطإ. وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستحلباً للكرامة)** وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة، ومن أراق دماً معصوماً إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة، وإن كان عمداً ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الإسلام **(وهذا)** أي وجوب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد إنما كان مبنياً على

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٩٦١ عن عمر بن عبد العزيز بهذا اللفظ.
قال المنذري في مختصره ٢٨٤١: في رواته مجهول وعمر بن عبد العزيز لم يدرك عمر بن الخطاب والمرفوع منه مرسل اهـ.
قلت: أخرج ابن حبان ٦٨٨٩ وأحمد ٢/ ٤٠١ وابن أبي شيبة ١٢/ ٢٥ وابن أبي عاصم ١٢٥٠ والبزار ٢٥٠١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة: «إن الله جعل الحق على لسان عمر وقلبه» وإسناد صحيح على شرط مسلم.
وورد عن ابن عمر أخرجه الترمذي ٣٦٨٢ وأحمد ٢/ ٩٥ وفي فضائل الصحابة ٣١٣ وابن سعد ٢/ ٣٣٥ والطبراني في الأوسط ٢٩١ من طرق وإسناده حسن.
وورد من حديث أبي ذر أخرجه أبو داود ٢٩٦٢ الخلاصة: في الخبر الذي ساقه المصنف ضعف لجهالة أحد رواته كما ذكر المنذري وأما المرفوع فإسناده جيّد.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٨٨٥ وأبو داود ٢٩٦٥ والترمذي ١٧١٩ والنسائي ٧/ ١٣٢ وأحمد ١/ ٢٥ كلهم عن عمر به.

ولايته، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئاً وغنيمة (**وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون**) تبعاً لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة (**وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له**) لأنه في يد محترمة ويده كيده (**وما سوى ذلك فيء**) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا. وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً لأن يد الحربي ليست يداً محترمة (**وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ**) وقال الشافعي: تجب الدية في الخطإ والقصاص في العمد لأنه أراق دماً معصوماً (**لوجود العاصم وهو الإسلام**) لكونه مستجلباً للكرامة، وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها

على الدار) وباقي الصورة بحالها (**فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم**) ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيهما (**إذ الدار واحدة، وما كان له من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو سالم له لأنه في يد محترمة ويده كيده**) لأنه نائب عنه في الحفظ، بخلاف ما لو كان في يدهما غصباً فإنه يكون فيئاً لعدم النيابة. وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئاً إلا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الأئمة الثلاثة، وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين في باب الغنائم مستوفي قوله: (**وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون**) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (**فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ. وقال الشافعي: تجب الدية في الخطإ والقصاص في العمد**) وهو قول مالك وأحمد (**لأنه أراق دماً معصوماً**) بالإسلام (**لكون الإسلام مستحقاً للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها**) العصمة (**المؤثمة لحصول أصل الزجر بها**) أي بالعصمة، ولو قال به، أي بالإثم لكان أحسن (**و**) العصمة (**المقومة كمال فيه**) أي في أصل العصمة (**لكمال الامتناع به**) أي بالتقوم على المنتهك لها (**فتعلق**) هذه العصمة (**بما علق به الأصل**) أعني المؤثمة. وقال النبي ﷺ «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[1] فتنصرف العصمة إلى كمالها وذلك بالمقوّمة والمؤثمة، ولنا قوله تعالى ﴿**فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة**﴾ [النساء ٩٢] فإنه في القتل الخطإ، ولم يستدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لأنه تعالى أفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطإ فقال سبحانه وتعالى ﴿**ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا**﴾ [النساء ٩٢] فأوجب الدية والكفارة ثم قال ﴿**فإن كان**﴾ أي المقتول ﴿**من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة**﴾ [النساء ٩٢] واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لأنه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدوّ لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب وإلا لم يكن بياناً لموجبه بل لبعض موجبه، وزاد المصنف وجهاً آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعاً إلى حرف الفاء، وقرر بأن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزي فلان: أي كفي وهو سهو لأن لفظ الجزاء المجعول

وجود العاصم الذي هو الإسلام (**لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها**) فإن من علم أنه يأثم بقتل ينزجر عنه نظراً إلى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (**وهي ثابتة**) فيما نحن فيه (**إجماعاً**) فإنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً في أي موضع كان (**والعصمة المقومة كمال فيه**) أي في أصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم دون المال، فكانت العصمة المقومة وصفاً زائداً على العصمة التي هي المؤثمة (**فتعلق بما تعلق به الأصل**) وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالإسلام، فالعصمة المقوّمة كذلك، فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا (**ولنا قوله تعالى ﴿فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾**) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضاً. ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذي في دار الإسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥ ومسلم ٢٢ والبغوي ٣٣ وابن منده ٢٥ والبيهقي ٣/ ٩٢، ٣٦٧ كلهم من حديث ابن عمر وقد تقدم تخريجه في كتاب الزكاة.

وهي ثابتة إجماعاً، والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفاً فيه فتتعلق بما علق به الأصل. ولنا قوله تعالى **﴿فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾** الآية، جعل التحرير كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملاً أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها. أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوّم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس، لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة، ثم

معنى الفاء لفظ اصطلاحي: أي جعلي لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي، بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء: أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحاً لا لغة فليتأمل **(ولأن العصمة المؤثمة)** في الأصل **(بالآدمية)** لا بوصف الإسلام **(لأنه خلق متحملاً أعباء التكاليف والقيام بها)** لا يمكن إلا مع **(حرمة التعرض له)** وإنما زالت بعارض الكفر فإذا انتفى عادت بخلاف الأموال لأنها بحسب الأصل مباحة لأنها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقوّمة بالعكس فالأموال هي الأصل فيها لا النفوس **(لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت)** ومن شرطه التماثل وهو في الأموال لا النفوس، فكانت النفوس تابعة في العصمة المقوّمة للأموال **(ثم العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة، فكذا في النفوس إلا أن الشرع أبطل اعتبار منعه الكفر)** فأوجب بطلانها. فإن قيل: أو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن إذا قتلا في دارنا الدية. أجاب بأنهما **(من أهل دار الحرب حكماً لقصد الانتقال إليها)** فلم يجب شيء. وأما قوله صلى الله عليه

عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل، فجعل الحكم في الأوّل الدية والكفارة بقوله تعالى: **﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾** وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين: أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافياً، فإذا كان كافياً كان كل الموجب ضرورة. والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره، وذلك يقتضي انتفاء غيره لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال، فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان. وقوله: **(ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية)** دليل معقول على عدم العصمة المقوّمة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقوّمة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها. وبيان ذلك أن العصمة المؤثمة بالآدمية **(لأن الآدمي خلق متحملاً أعباء التكاليف)** أي أثقالها، ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكاليف **(والقيام بها بحرمة التعرض)** أي إنما يتحقق له القيام بها إذا كان حرام التعرض، فالآدمي وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقاً، إلا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر، فإذا زال الكفر بالإسلام عاد إلى الأصل **(والأموال تابعة لها)** أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لأنها خلقت في الأصل مباحة، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية **(أما العصمة المقوّمة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت)** لأن المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الإبقاء والدوام بالمثل أو القيمة **(وذلك)** أي جبر الفائت **(في الأموال دون النفوس)** لأنه إنما يحصل بالمثل صورة ومعنى أو معنى فقط، ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الأصول **(فكانت النفوس تابعة)** للأموال في العصمة، ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء والعصمة المقوّمة أصل مستقل في شيء آخر، وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه، ثم العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأنها عزة والعزة بالمنعة، فالعصمة المقوّمة في الأموال بالمنعة والدار إنما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها، وإذا كانت العصمة المقوّمة في الأموال بالمنعة فكذلك في النفوس لأنها تابعة لها لما ذكرنا، لكن لا منعة لدار الحرب لأن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب إبطالها، وإذا لم يكن منعة لا يوجد الإحراز وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة، وإذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية، وهذا في غاية التحقيق، خلا أنه توهم أن لا يملكوا

قوله: **(والعصمة المؤثمة تعلقت بالإسلام الخ)** أقول: لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنياً على وجود العاصم الذي هو الإسلام. قوله: **(فإذا كان كافياً الخ)** أقول: قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجعه.

العصمة المقوّمة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها. والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكماً لقصدهما الانتقال إليها **(ومن قتل مسلماً خطأ لا وليّ له أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة)** لأنه قتل نفساً معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له **(وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية)** لأن النفس معصومة والقتل عمد والوليّ معلوم وهو العامة أو السلطان. قال عليه الصلاة والسلام «السلطان وليّ من لا وليّ له» وقوله وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد وهو القود عيناً، وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال **(وليس له أن يعفو)** لأن الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض.

وسلم «عصموا مني دماءهم»(١) فتقول: لا شك في ثبوت العصمة شرعاً ولا يستلزم كمالها إلا بدليل، ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام «إلا بحقه» ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو إلا أن هذا لا ينتهض في الأسير المسلم قوله: **(ومن قتل مسلماً خطأ لا وليّ له أو قتل حربياً دخل دار الإسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفساً معصومة)** بالإسلام وداره **(خطأ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لا وارث له)**(٢) بالفرض لا أن المأخوذ يملكه هو بل يوضع في بيت المال **(وإن كان)** قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصداً ولا تبعاً بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به إلينا **(عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية)** منه بطريق الصلح لا الجبر **(لأن موجب العمد عندنا القصاص عيناً)** إلا أن يتصالحوا على الدية، وإنما كان للسلطان ذلك لأنه هو وليّ المقتول قال: **(عليه الصلاة والسلام «السلطان وليّ من لا وليّ له»)**(٣) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الأولياء والأكفاء من هذا الكتاب فارجع إليه. والدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود إليهم من قتله منفعة أخرى هي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع في رأيه، وبما ذكرنا ظهر أن الأولى أن يقول: وهذا لأن الدية قد تكون أنفع وإلا كان يتعين الصلح منه عليها **(وأما أن يعفو فليس له ذلك لأن ولايته على العامة نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض)** ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا إشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه، ولو كان القتل عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية كالتي قبلها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله ولا أقتله لأنه لا يخلو عن وليّ كالأب ونحوه إن كان ابن رشدة، وكالأم إن كان ابن زنا، فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء. ولهما أنه لا يعلم له وليّ ولا هو في مظنته، واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفي.

أموالنا بالإحراز إلى الدار كما قال به الإمام الشافعي رضي الله عنه. ودفعه بأن معنى قولنا إن الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر، وذلك يوجب الملك لا محالة. وقوله: **(والمرتد والمستأمن)** جواب عما يقال إنهما محرزان بدار الإسلام ذاتاً فيجب أن يتقوّما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكماً لقصده الانتقال ظاهر، وأما المرتد فكذلك لأنه يقصده هرباً من القتل وقوله: **(ومن قتل مسلماً خطأ الخ)** واضح. واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث. وأجيب بأن الإمام هاهنا نائب عن العامة فصار كأن الوليّ واحد، بخلاف مسئلة الكتاب.

---

(١) هو الحديث المتقدم.
(٢) أيضاً هو الحديث المتقدم.
(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٠٨٤ والترمذي ١١٠٢ وابن ماجه ١٨٧٩ والدارمي ٢١٠٦ وابن حبان ٤٠٨٢، ٤٠٨٣ وأبو يعلى ٢٥٠٨ والبغوي في شرح السنة ٢٢٦٢ كلهم من حديث عروة عن عائشة. وتقدم الكلام على هذا الحديث في كتاب النكاح باب الأولياء والأكفاء.

باب العُشر والخراج

قال: (أرض العرب كلها أرض عشر، وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام

باب العُشر والخَراج

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذمياً ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه، وفي تفاريعهما كثرة فأوردهما في بابين، وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بعرض قريب، ثم ذكر العشر فيه أيضاً تتميماً الوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعاً، وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة. والعشر لغة واحد من العشرة، والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام، وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس، وحدد الأراضي العشرية والخراجية أوّلاً لأنه حينئذ أضبط فقال (**أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب**) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الأرض باعتبار خبره وهو لفظ «ما» في قوله ما بين العذيب (**إلى أقصى حجر باليمين**) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر، وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال: حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن ، فعرف أنه حجر بالفتح، والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها، ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن. وقولهم من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها، وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام: أي قراها، وقد يعبر بمنقطع السماوة. قال: (**الكرخي: وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية. والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها، وسمي حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد**) (**والسواد**) أي سواد العراق: أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره، وحده (**من العذيب إلى عقبة حلوان**) عرضها (**ومن العلث إلى عبادان**) طولاً (**ويقال من الثعلبية إلى عبادات**) قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير، إذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (**لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين**) بعده (**لم يأخذوا الخراج من أرض العرب**) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف، فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع (**ولأن شرط الخراج أن يقرّ أهلها**) عليها

باب العُشر والخَراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذمياً شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه، وذكر العشر استطراداً لأن سبب كل واحد منهما هو الأرض النامية، وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الإسلامية. والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة، والخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رءوسهم: يعني الجزية. والعذيب ماء لتميم، والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لأنه وقع في أمالي أبي يوسف: الصخر موضع الحجر، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرّف. ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل، وقيل اسم قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية سمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن، وهذا طولها، ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع إلى مشارف الشام: أي قراها عرضها، والسواد: أي أراضي سواد العراق: أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه، وحده عرضاً من العذيب إلى عقبة حلوان وهو اسم بلد، ومن الثعلبية وهي منازل البادية إلى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله. وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام، وهي قرية

باب العُشر والخَراج

قوله: (**وذكر العشر استطراداً الخ**) أقول: فيه عنونة الباب بما ليس مقصوداً منه، وقد استقبحه الشريف الجرجاني في أول مباحث الكليات من حاشية المطالع قوله: (**إلى مشارف الشام**) أقول: المشارف بالفاء.

والسواد أرض خراج، وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان، ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان) لأن النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم، وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام. قال: **(وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها)** لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً له أن يقرّ أهلها عليها ويضع عليها وعلى رءوسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل. قال: **(وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر)** لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم

(على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام) وإلا يقتلون، ولأنه كما لا رقّ على العرب فكذا لا خراج على أرضهم، وسواد العراق المحدد المذكور خراجي **(لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة)** وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين، وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع. وقوله: **(ووضع على مصر الخ)** أسند الواقدي إلى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رءوسهم والخراج على أراضيهم، ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك، وأسند أيضاً إلى عمرو بن الحرث قال: كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها إلى عمر رضي الله عنها كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه، ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه[1] وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحاً على يدي عمرو بن العاص، وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف. قيل ومدن الشام فتحت صلحاً وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل ابن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد، وفتحت أجنادين صلحاً في خلافة أبي بكر رضي الله عنه، وفي دالها الفتح في المشهور والكسر قوله: **(وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم)** فيها بالرهن والهبة **(لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رءوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل)** في باب قسمة الغنائم، ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين، فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله: **(وكل أرض أسلم أهلها)** عليها فأحرزوا ملكهم فيها **(أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة، ولأنه أخف حيث يتعلق)** الواجب **(بنفس الخارج)** فلا يؤخذ ما لم يكن خارجاً فهو أليق بالمسلم **(وكل أرض فتحت عنوة وأقرّ أهلها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به)** لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وإن لم يزرع، وفيه نظر نذكره في آخر الفصل إن شاء الله تعالى **(ومكة مخصوصة من هذا)** العموم **(فإنها فتحت)** عنوة على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه أنها فتحت عنوة **(ولم يوظف عليها خراجاً)** ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم. أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه ذكر فتح مكة فقال «أقبل رسول الله ﷺ حتى دخل مكة، فبعث الزبير رضي الله عنه على إحدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الأخرى وبعث أبا عبيدة على الجسر وأخذوا من بطن الوادي ورسول الله ﷺ في كتيبة، قال: فنظر إليّ وقال: يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال: اهتف لي

موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة، وكلامه واضح. وقوله: **(قدمناه من قبل)** يعني في أول باب الغنائم. قوله: **(والخراج أليق به)** يعني من حيث إن فيه معنى العقوبة، وأن فيه تغليظاً لوجوبه وإن لم يزرع، والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ،

---

(١) موقوف. رواه ابن سعد في الطبقات في ترجمة عمرو بن العاص والواقدي في مغازيه كما في نصب الراية ٣/ ٤٣٩ عن مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص فذكره.

والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج. **(وكل أرض فتحت عنوة فأقرّ أهلها عليها فهي أرض خراج)** وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به، ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله ﷺ فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج **(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر)** لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج. قال: **(ومن**

بالأنصار فلا يأتيني إلا أنصاري، فهتف بهم فجاءوا فأطافوا برسول الله ﷺ وبَشَّتْ قريش أوباشها، فقال لهم: ألا ترون إلى أوباش قريش وأتباعهم، ثم قال بيده فضرب بإحداهما على الأخرى وقال: احصدوهم حصداً حتى توافوني على الصفا، قال أبو هريرة: فانطلقنا فما شاء أحد منا أن يقتل من شاء منهم إلا قتله»[1] الحديث بطوله، فاضمم هذا إلى ما هناك. وقد ذكر القتبي ما فتح عنوة وصلحاً من البلاد فذكر أن الأهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي أبي موسى وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان، وكانت أصبهان على يدي أبي موسى خاصة، وأما خراسان ومرورود فتحتا صلحاً في خلافة عثمان على يدي عبد الله بن عامر بن كريز، وأما ما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحاً وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدي المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم. وأما الري فافتتحها أبو موسى في خلافة عثمان صلحاً، وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحاً، ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنبلوند سنة سبع وخمسين ومائة. وأما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحاً. وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولا، ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن. وأما الجزيرة ففتحت صلحاً على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة، وأما هجر فأدوا الجزية إلى رسول الله ﷺ، وكذا دومة الجندل، وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضي الله عنه. وأما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله: **(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار الخ)** قد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع أو زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري في الجامع الصغير إلى آخره، وهنا المخالفة ظاهرة، فإن قول القدوري: كل أرض فتحت عنوة فأقرّ أهلها عليها فهي أرض خراج مطلق، فهو أعم من أن يصل إليها ماء الأنهار أو لا يصل بأن استنبط فيها عين، ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل إليها ماء الأنهار، ونحن نقطع أن الأرض التي أقرّ أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن إلا خراجية لأن أهلها كفار. والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر، ثم كونها عشرية عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك، وأما في الإبتداء فهو أيضاً يمنعه، والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية. فإنه قال: ولفظ الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج، وكل شيء يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج، وكل شيء لم يصل إليها ماء الأنهار فاستخرج فيه عين فهي أرض

وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة: أي قهراً، لكن رسول الله ﷺ لم يوظف عليها الخراج، وكما لا رقّ على العرب فكذا لا خراج في أرضهم قوله: **(وفي الجامع الصغير، إلى قوله: فهي أرض خراج)** يعني سواء قسمت بين الغانمين أو أقرّ أهلها عليها، وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة قوله: **(ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها)** قيل هذا الإطلاق محمول على المقيد، وهو ما إذا كان المحيي مسلماً، وأما إذا كان ذمياً فعليه الخراج

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٨٠ وأبو داود ١٨٧٢ مختصراً والنسائي في الكبرى كما في التحفة ١٠/ ١٣٤ والطيالسي ٣٤٢٤ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٧١، ٤٧٣ وأحمد ٢/ ٥٣٨ والبيهقي ٩/ ١١٨ كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه.

أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه **(فهي خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية)** والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطي له حكمه،

عشر والأراضي التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر. فقوله وكل شيء يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة، والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى: وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج، وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج. وحاصله تقسيم أرض الخراج إلى ما يفتح عنوة وإلى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الأنهار. نعم يجب تقييد الأول بأن يقرّ أقلها عليها بالضرورة، وكأن هذا معلوم، إذ لا يبتدأ المسلم في أوّل الفتح قط بتوظيف الخراج في الأراضي المقسومة كما يجب تقييد الأنهار فإنها لا تكون خراجية ما لم تكن حولها الأنهار العظام كالنيل والفرات. والحاصل أن التي فتحت عنوة إن أقرّ الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر، وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار، وإن كان كذلك فبالضرورة يراد الأرض التي أحياها محيي، فإن التي فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة، والمقرر أهلها عليها ليس إلا الموات التي أحييت، ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج إذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم إن كان صفتها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية. وهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة، ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التي تليه فإنها هي. وحاصلها أن محمداً قال فيمن أحيا أرضاً ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقي الأنهار العظام التي لا يملكها أحد أو بالمطر فهي عشرية، وإن أحياها بماء الأنهار التي شقتها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لأن الاعتبار في مثله للماء لأنه السبب لنماء الأرض، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرهاً فيعتبر السقي لأن السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه **(وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها)** أي بما يقرب منها **(فإن كانت من حيز أرض الخراج: أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية)** لأن القرب من أسباب الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك، وأصله أفنية الدور أعطي له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الإنتفاع بفنائها وهو غير مملوك له، ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للأجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان، بل على المستأجر لأن كونه فناء بمنزلة كونه مملوكاً في انطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحفر وربط الدابة، غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرية عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك. هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم إلى آخره أن المراد بموضوع المسئلة: أعني قوله ومن أحيا أرضاً مواتاً لمسلم، ولا بد من ذلك لأنه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا، وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضاً أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج، وهذا لأن الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما سقى بما حموه وجب فيه ثمانية أرطال خلافاً لأبي يوسف. نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف: حدثني السري عن

قوله: **(والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع)**

وإن كانت من حيز أرض العشر، وإذا كان هذا مقيداً بكونه مسلماً وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج، إذا الخراج يجب جبراً للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما

كفناء الدار يعطي له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به. وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم (**وقال محمد: إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية**) وكذا إن أحياها بماء السماء (**وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم**) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (**فهي خراجية**) لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامة. قال: (**والخراج الذي وضعه عمر على أهل**

الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهماً ومختوماً. قال عامر: هو الحجاجي وهو الصاع انتهى. وعامر هو الشعبي. وقال محمد في الأصل: فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مراراً أو لم يزرعه كله سواء، وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع. والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي ﷺ ثمانية أرطال، والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيراً أو عدساً أو ذرة، قاله الطحاوي واستحسن. والدرهم ما يوزن سبعة. والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعاً وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لأن ذراع العامة ست. وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان، فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان، ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعاً، وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل، وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون مناً، وقيل خمسون في ديارهم. والمعول عليه ما في الهداية وغيرها. وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخارج (**وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه**) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزروعة فلا شيء فيها، بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه في الزروع، وكذا لو غرس أشجاراً غير مثمرة، ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية. وفي شرح الطحاوي: لو أنبت أرضه كرماً فعليه خراجها إلى أن يطعم، فإذا أطعم فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم وإن نقص فعليه قفيز ودرهم. وفي رواية عليه وظيفة الأرض إلى أن يطعم الكرم. ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك (ف) قال (**إنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق**) وهو الذي آخى النبي ﷺ بينه وبين عليّ بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والأنصار (**وجعل حذيفة مشرفاً عليه فمسح ستاً وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا، وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنه من غير نكير فكان إجماعاً منهم**) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا إنه

يسقي بماء حمته المقاتلة، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج، إلى هذا أشار شمس الأئمة قوله: (**والبصرة عنده عشرية**) جواب إشكال يرد على قول أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء في حيز الأرض الخراجية يجعل الأرض خراجية، والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحيا فيها مسلم يجب عليه العشر. ووجهه أن

قوله: (**وهو السقي من ماء الخراج الخ**) أقول: لا يخفى عليك أن هذا الكلام إنما يناسب مذهب محمد، وإلا فأبو يوسف لا يعتبر السقي من ماء الخراج، فلا وجه لإيراده في هذا المقام ظاهراً فتأمل.

السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم، ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر، فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق، وجعل حذيفة مشرفاً عليه، فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعاً منهم. ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها

سهو، بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا: أي وضع الخراج. ولا يخفى أن مرجع اسم الإشارة الست وثلاثون ألف ألف: أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب إلى قائل هذا، وقد تقدم رواية أبي يوسف به، وهو منقطع، لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه. واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيراً في تقدير الوظيفة، فروى ابن أبي شيبة: حدثنا عليّ بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال: وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهماً وقفيزاً من طعام، وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة، ولم يضع على النخيل شيئاً جعله تبعاً للأرض. ثم حدّث عن أبي أسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال: بعث عمر عثمان بن حنيف على مساحة الأرض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب القصب ستة دراهم: يعني الرطبة، وعلى جريب البر أربعة دراهم، وعلى جريب الشعير درهمين. وقال أبو عبيد في كتاب الأموال: حدثنا هشيم بن بشير: أنبأنا العوّام بن حوشب عن إبراهيم التيمي قال: لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله إلى أن قال: فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم، وعلى جريب العنب ثمانية دراهم، وعلى جريب القصب ستة دراهم، وعلى الجريب من البر أربعة، وعلى الجريب من الشعير درهمين، وفيه قال: فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهماً درهماً، فرفع ذلك إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فرضي به، فقد رأيت ما هنا من الاختلاف. ومالك رحمه الله يعتبر إجارة الإمام لأنها وقف على المسلمين عنده فتفوض إلى إجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر، فإن المأخوذ الآن بدل إجارة لا خراج، ألا ترى أن الأراضي ليست مملوكة للزراع، وهذا بعد ما؟ قلنا إن أرض مصر خراجية، والله أعلم كأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً من غير إخلاف ورثة فصارت لبيت المال، وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر وليّ اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت إليّ في شراء السلطان الأشرف برسباي رحمه الله لأرض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت: إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك. وأحمد في رواية كمالك، وفي رواية في جريب حنطة أو شعير درهم، والباقي كقولنا. وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة، وإنما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية، وما قلناه أشهر رواية وأرفق بالرعية. ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال **(ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة)** لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة وأكثرها ريعاً **(والمزارع)** أقلها ريعاً و **(أكثرها مؤنة)** لاحتياجها إلى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام **(والرطاب بينهما)** لأنها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة، أصله قوله عليه الصلاة والسلام

القياس ذلك لكن ترك ذلك بإجماع الصحابة قوله: **(لأن حيز الشيء يعطى له حكمه)** دليل أبي يوسف على مذهبه قوله: **(كفناء الدار)** يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن الفناء مملوكاً لصاحب الدار لاتصاله بملكه، فكذا هاهنا تعطي هذه الأرض المحياة حكم جوارها لاتصالها به، ولا يظن في إعادة قوله وكان القياس في البصرة أن تكون

مؤنة والرطاب بينهما، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها. قال: **(وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة)** لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه. قالوا: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه، لأن التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا آن نقسم الكل بين الغانمين. والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر، وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان. قال: **(فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام)** والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع؛ ألا ترى إلى قول عمر: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا: لا بل حملناها ما تطيق، ولو زدنا لأطاقت. وهذا يدل على جواز النقصان، وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتباراً بالنقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة، **(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه)** لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في

«ما سقت السماء ففيه العشر، وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر»[1] قوله: **(وما سوى ذلك)** أي من الأراضي التي فيها **أصناف** غير ما وظف فيه عمر رضي الله عنه **(كالزعفران)** والنخيل الملتفة **(والبستان)** وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار، وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة **(يوضع على ذلك بحسب الطاقة)** فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق، ولا يزاد على الكرم، وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله إلى غلتها، فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم، وإنما ينتهي إلى نصف الخارج **(لأن التنصيف)** بعدما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الأراضي والأموال **(عين الإنصاف. قوله فإن لم تطق ما وضع عليها)** بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص إلى نصف الخارج، كذا أفاده في الخاصة حيث قال: فإن كانت الأراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى. وفي هذا لا فرق بين الأرضين التي وظف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها. وأجمعوا أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الأراضي التي وظف فيها عمر رضي الله عنه أو إمام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي. وأما في بلد لو أراد الإمام أن يبتدىء فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد، وقال محمد هو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي: له ذلك، ومعنى هذا إذا كانت الأرض التي فتحت بعد الإمام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزاً وهي تطيقه ليس له ذلك. وعند محمد له ذلك اعتباراً بالنقصان، وهذا يؤيد ما ذكرته من حمل الأرض في قوله فإن لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضي الله عنه، ومنعه أبو يوسف بأن عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الأرض، ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون: أخاف أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق، قالا: حملناها أمراً هي له مطيقة ما فيها كبير فضل[2]. وروى عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر عن عليّ

خراجية تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك. ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد، ويزدجرد ملك من ملوك العجم قوله: **(لما ذكرنا)** من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها. قال: **(والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه)** اعلم أن الخراج على نوعين: خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض **(في كل جريب)** وهو أرض طولها ستون ذراعاً وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع

---

(١) تقدم في كتاب الزكاة وهو صحيح رواه الجماعة.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٣٧٠٠ عن عمرو بن ميمون قال: «رأيت عمر بن الخطاب. . .» فذكره مطوّلاً وفيه قصة بيعة عثمان.

الخراج، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج. قال: **(وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج)** لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوّته. قالوا: من انتقل إلى أخسّ الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع

ابن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن إبراهيم قال: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم، فقال: ليس إليهم سبيل قوله: **(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه)** أما في غلبة الماء أو انقطاعه **(فلأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج)** وأما في الاصطلام فلفوت **(النماء التقديري في بعض الحول، وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة، أو يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج)** لأنه التمكن من الزراعة قائم مقامه. فإذا وجد الأصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل. واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما إذا لم يبق السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانياً، فإن بقي لا يسقط الخراج لأنه عطلها. وفي الفتاوى الكبرى: تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أيّ زرع كان، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغاً يكون قيمته ضعف الخراج. والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لأن إدارة الحكم على حقيقة الخارج إن أسقط الواجب منه لا يمنع الإيجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان. وأما الوجه الأول فصريح في نفي الوجوب وإن بقي إمكان الزراعة إلى آخر السنة، ولم يذكر كثير من المشايخ هذا، وإعادة الزرع تستدعي مؤناً كالأول، فإن أخرج شيئاً فقصاراه أن يفي بالخراجين فأخذ الخراج إذا لم يزرع والحالة هذه تخير أصل مال الزارع وكذا إن زرع قوله: **(وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن)** من الزراعة **(كان ثابتاً وهو الذي فوّته)** أي فوّت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيد قوله لأن التمكن كان ثابتاً، فأما إذا لم يتمكن لعدم قوّته وأسبابه للإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي، أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الأجرة، أو يزرعها بنفقة من بيت المال، فإن لم يتمكن من ذلك ولم

العامة بقبضة **(قفيز هاشمي وهو الصاع)** من حنطة أو شعير على ما قال الإمام قاضيخان في فتواه أو مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم **(قوله فالكرم أخفها)** يعني وأكثرها ريعاً لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة **(والمزارع أكثرها مؤنة)** لاحتياجها إلى الزراعة وإلقاء البذر في كل عام **(والرطاب بينهما)** لأنها تبقى أعوماً ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع. وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك **(لأنه ليس فيه توظيف عمر)** فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف، ومن الإنصاف أن لا يزاد على النصف قوله: **(والبستان كل أرض يحوطها حائط)** ظاهر **(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه)** بالاتفاق **(لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة)** أي استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضاً **(لأنه فات النماء التقديري)** الذي أقيم مقام النماء الحقيقي **(في بعض الحول وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة)** فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لأنها لم تبق نامية في جميع الحول **(أو)** يقال **(يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج)** يعني أن النماء التقديري كان قائماً مقام الحقيقي، فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الأصل وقد هلك فيهلك معه الخراج. فإن قيل: إذا استأجر أرضاً للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الأجرة فما الفرق بينه وبين الخراج؟ أجيب بأن الأجر يجب إلى وقت هلاك الزرع لا بعده، وليس الأجر كالخراج لأنه وضع على مقدار الخارج إذا صلحت الأرض للزراعة، فإذا لم يخرج شيء جاز إسقاطه، والأجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج. ثم قال مشايخنا: ما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن تزرع الأرض ثانياً، أما إذا بقي فلا يسقط الخراج. قال: **(وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج)** إذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوّته. قيل هذا إذا كانت الأرض

الزيادة، وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا

يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشتري. وهذا وإن كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة بإثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل. ولو وقع البيع في أثناء السنة فإن بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا على البائع، وما عن أبي يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضاً ليعمل فيها صحيح أيضاً. ومن فروع ذلك (ما إذا انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت مثلاً تزرع الكرم فزرعها حبوباً (أخذ منه خراج الأعلى) وهو الكرم (لأنه هو الذي ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا: لا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين إذ يدعي كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله: (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافاً لمالك في رواية، وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم. وقوله: (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والأرض لا تخلو منها، فإبقاء ما تقرر واجباً أولى، ولأن وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان إلا ليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم، وفتح هذا الباب يؤدي إلى فوات هذا المقصود، فإن الإسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير. قال المصنف: (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقي: قال أبو يوسف: القول ما قال أبوحنيفة أنه كان لأبي مسعود وخباب بن الأرتّ والحسين بن عليّ ولشريح أرض الخراج فدل انتفاء كراهة تملكها. حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: إني اشتريت أرضاً من أرض السواد، فقال عمر: أنت فيها مثل صاحبها. قال البيهقي: وأخبرنا أبو سعيد، حدثنا أبو العباس الأصم، حدثنا الحسن بن عليّ بن عفان، حدثنا يحيى بن آدم قال: حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال: أسلمت امرأة من أهل نهر الملك، فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن اختارت أرضها وأدّت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها، وإلا فخلوا بين المسلمين وبين

صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها، أما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له، وإن شاء آجرها وأخذ ذلك من الأجرة، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال، فإن لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها، وهذا بلا خلاف وإن كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه إلحاق ضرر بواحد للعامة قوله: (قالوا) يعني المشايخ (من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت الأرض صالحة للزراعة للأعلى وهو الزعفران مثلاً فزرع الشعير مثلاً (وجب خراج الزعفران لأنه هو الذي ضيع الزيادة، وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) وردّ بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً. وأجيب بأنا لو أفتينا بذلك لا دعي كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر. قوله: (من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية إنه مكروه، لأن النبيّ ﷺ رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال: «ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا» ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كرّ عليهم عدوهم وجعلهم أذلة، ولأن الصغار إن كان قائماً يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء فلا، بخلاف خراج الرءوس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الإسلام. قوله: (وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني

يؤدون خراجها، فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأداثه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعي: يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»، ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما، وكفى بإجماعهم حجة؛ ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً،

أرضهم. وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة: حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت، فقال عمر: ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج. وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما: حدثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقاناً أسلم على عهد عليّ رضي الله عنه، فقال عليّ: إن أقمت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك، وإن تحوّلت عنها فنحن أحق بها. وقال ابن أبي شيبة: حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعليّ قالا: إذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها. قال المصنف: **(فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأداثه للمسلم من غير كراهة)** وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة. قيل: ولو قال من المسلم كان أولى، وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود، فإن الأخذ يقوم بالإمام، وليس المقصود إفادة أنه هل يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم، بل المقصود إفادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعرّضه بذلك للأخذ منه، هل يكره له ذلك أو لا؟ فيجب لفظ للمسلم ليتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة، لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك، لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال: «ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا»[1] ظناً منهم أن الذل بالتزام الخراج، وليس كذلك، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكّر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا ما ذكروه، إذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء، ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله: **(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج. وقال الشافعي)** ومالك وأحمد **(يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان)** ذاتاً، فإن العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، ومحلاً فإن العشر في الخارج والخراج في الذمة، وسبباً لأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج تحقيقاً، وسبب الخراج الأرض النامية به تقديراً ومصرفاً، فمصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما، ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج. قال المصنف: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»)**[2] وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة: حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا يجتمع على مسلم خراج وعشر»[3] ويحيى بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة، وإنما رواه أبو

ولمصرفين مختلفين، أما اختلاف المحل فلأن الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج، وأما اختلاف السبب فلأن سبب الخراج الأرض النامية تقديراً، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقاً. وأما اختلاف المصرف فإن مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء **(فلا يتنافيان)** لأن التنافي إنما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله ﷺ: **«لا يجتمع عشر وخراج في أرض**

قال المصنف: **(وأداثه للمسلم من غير كراهة)** أقول: قال الإتقاني: لو قال من المسلم لكان أولى اهـ فيه تأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٢١ من حديث أبي أمامة الباهلي.

(٢) باطل. أخرجه ابن عدي في الكامل ٧/ ٢٥٥ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ١٥١ كلاهما من حديث ابن مسعود.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٢؛ قال ابن عدي: يحيى بن عنبسة منكر الحديث، ويُروى من قول إبراهيم هكذا رواه أبو حنيفة فوصله ابن عنبسة وهو مكشوف الأمر لروايته عن الثقات الموضوعات. وقال الدارقطني: يحيى هذا دجّال يضع الحديث وهو كذب على أبي حنيفة.

(٣) هو المتقدم.

والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما **(ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج**

حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجاء يحيى فوصله. نعم إنما روي عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه، ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي: حدثنا إبراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض». وقال: حدثنا أبو نميلة، حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال: «لا يجتمع عشر وخراج في مال»[١] وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثاً مرسلاً. وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهباً لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال. وأما قوله: **(ولأن أحداً من الأئمة إلى آخره)** فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم، وعدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لأنه كان متبعاً له مقتفياً لآثاره، وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج إذا رجعت إليه يفيدك ذلك، ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معاً الأرض، ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام «ما سقت السماء ففيه العشر»[٢] فإنه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج إن كان، ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده، وسبب كل من الخراج والعشر الأرض النامية **(إلا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقاً)** لأنه اسم إضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره **(وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إليها)** فيقال خراج الأرض وعشر الأرض والإضافة دليل السببية، وكون الأرض مع النماء التقديري غير الأرض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية، فالأرض النامية هي السبب، وإذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة، فإن السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلاً، وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب. وأما قوله: **(ولأن الخراج يجب في الأرض إذا فتحت عنوة وقهراً، والعشر في الأرض إذا أسلم أهلها)** عليها، ولازم الأول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان، فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة، وهو ما إذا أقرّ أهلها عليها، وكذا بعض صور العشر وهو ما إذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين، كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح، أو بأن أحياها وسقاها بماء الأنهار الصغار، أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف، ومع ذلك فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعليّ رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشراً من أرض الخراج وإلا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضي العادة، وكونهم فوضوا الدفع إلى الملاّك في غاية البعد، أرأيت إذا كان العشر وظيفة في الأرض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الأخرى إليهم ليس لهذا معنى، وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم، وإذا كان

مسلم» رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي ﷺ. قوله: **(والوصفان لا يجتمعان)** لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر، وإذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان قوله: **(ولهذا يضافان إلى الأرض)** يقال عشر الأرض وخراج الأرض. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما)** أي العشر أو الخراج. صورته: رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا، وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي. ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الأرض فلم يجتمعان في محل واحد، فوجب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر. ولنا أن المحل واحد لأن كلاً منهما مؤنة

---

(١) هذه الآثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٢.

(٢) صحيح تقدم في الزكاة رواه الجماعة.

في سنة) لأن عمر لم يوظفه مكرراً، بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج، والله أعلم.

الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلاً بفعل الصحابة خصوصاً الخلفاء الراشدين ويكون إجماعاً. وذكر الإسبيجابي: لا يجتمع الأجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي، وكذا الرجم مع الجلد، وزكاة التجارة مع صدقة الفطر. والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع **(وكذا الزكاة مع أحدهما)** أي العشر والخراج خلافاً للشافعي. وصورته إذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا، وإنما لم يعكس لأن العشر والخراج ألزم للأرض، بخلاف الزكاة فإنه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما قوله: **(ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة، لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً)** في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها، وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان، فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مراراً، والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ بشيء، فإن أثبتت الخفة للعشر مطلقاً باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام. قلنا: وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الأرض من الزراعة بالكلية، ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبيّ والأراضي الموقوفة لأن وقفها إخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة، وينبغي أن يطالب بذلك الناظر.

الأرض النامية، وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الأرض، وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى، كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد. وإذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما. قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الأرض فلا يسقطان بإسقاط المالك وهو أسبق ثبوتاً من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقاً لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر، فإن الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وإن كانا بسبب ملك واحد، والباقي ظاهر.

قال المصنف: **(وعلى هذا الخلاف الزكاة)** أقول: لو اشترى أرضاً عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا، وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه فيه، ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح.

باب الجزية

(وهي على ضربين: جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدّر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله

باب الجزية

هذا هو الضرب الثاني من الخراج، وقدم الأول لقوته، إذ يجب اسلموا أو لم يسلموا، بخلاف الجزية لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا، ولأنه حقيقة الخراج، لأنه إذا أطلق الخراج فإنما يتبادر خراج الأرض، ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً فيقال خراج الرأس، وعلامة المجاز لزوم التقييد، وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء، وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ما سيعرف **(وهي على ضربين: جزية توضع بالتراضي والصلح)** عليها **(فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق)** فلا يزاد عليه تحرزاً عن الغدر، وأصله صلح رسول الله ﷺ أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، قال: «صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر، والنصف في رجب»[1] انتهى. وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب، فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة[2]. هذا، وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الأموال في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية: يعني قيمتها أوقية، وقول الولوالجي: كل حلة خمسون درهماً ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهماً، والحلة ثوبان إزار ورداء، وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رءوسهم وأراضيهم. قال أبو يوسف: ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رءوسهم تقسم على رءوس الرجال الذين لم يسلموا، وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي، والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم، وأما جزية رءوسهم فليس على النساء والصبيان اهـ. يعني أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الأراضي ذكر في هذا الباب خراج الرءوس وهو الجزية، إلا أنه قدم الأول لأن العشر يشاركه في سببه، وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم. والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى، وإنما سميت بها لأنها تجزي عن الذمي: أي تقضي وتكفي عن القتل، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل، قال الله تعالى **﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾** إلى قوله **﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾** فإن قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره؟ أجيب بأن الجزية لم تكن بدلاً عن تقرير الكفر، وإنما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كإسقاط القصاص بعوض، أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق قوله: **(وهي على ضربين)** ظاهر.

باب الجزية

قوله: **(أجيب بأن الجزية، إلى قوله: كالاسترقاق الخ)** أقول: هذا الجواب مع سؤاله في شرح الإتقاني، إلا أن الأظهر في الجواب هو الشق الأول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما، ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل. قال المصنف: **(كما صالح رسول الله ﷺ)** أقول: الكاف التعليل ولذلك عطف عليه قوله ولأن الموجب الخ.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٠٤١ عن إسماعيل السدي عن ابن عباس به.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٥: قال المنذري: في سماع السدي من ابن عباس نظر، وإنما قيل: رآه فقط اهـ.
قلت: والسدي غير قوي على كلٍّ، قال في التقريب: صدوق يهم اهـ.
وله علة ثانية، وهي أسباط بن نصر الراوي عن السدي قال في التقريب: صدوق كثير الخطأ اهـ فالحديث ضعيف. والله أعلم.
(٢) تقدم في كتاب الزكاة.

ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة، ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق

بعضهم أرضه أو لم يبع، ثم إذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله، ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشران من التغلبي المشتري. وقول المصنف: **(على ألف ومائتي حلة)** غير صحيح، وكذا قوله بني نجران، فإن نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة، فلذا كان الثابت في الحديث أهل نجران[(١)] **(و)** الضرب الثاني **(جزية يبتدىء الإمام بتوظيفها إذا غلب على الكفار)** ففتح بلادهم **(وأقرّهم على أملاكهم)** فهذه مقدرة بقدر معلوم شاءوا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا **(فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً)** بوزن سبعة **(يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم، وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً)** واحداً **(وقال الشافعي: يضع على كل حالم)** أي بالغ **(ديناراً)** أو اثني عشر درهماً. وقال بعض مشايخهم: الإمام مخير بينهما. والدينار في القواعد الشرعية بعشرة إلا في الجزية فإنه يقابل باثني عشر درهماً، لأن عمر قضى بذلك. وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار إلا بالسعر والقيمة. ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير. وقال مالك رحمه الله: يؤخذ من الغني أربعون درهماً أو أربعة دنانير، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار. وقال الثوري: وهو رواية عن أحمد: هي غير مقدرة، بل تفوّض إلى رأي الإمام «لأنه عليه الصلاة والسلام أمر معاذاً بأخذ الدينار[(٢)]»، وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة»[(٣)] وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا، وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين[(٤)]. فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشيء معين بل مفوض إلى رأي الإمام حتى لو نقص عن الدينار جاز. وعن أحمد روايتان أخريان: إحداهما كقولنا، والأخرى كقول الشافعي. وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة، ومن كل حالم ديناراً أو عدله معافر»[(٥)] من غير فصل بين غني وفقير. قال الترمذي: حديث حسن. وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.

(٢) تقدم تخريجه في ٣/ ٢٦ قبل عدة صفحات.

(٣) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) تقدم في كتاب الزكاة.

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ١٥٧٨ والترمذي ٦٢٣ والنسائي ٥/ ٢٥، ٢٦ وابن ماجه ١٨٠٣ وابن حبان ٤٨٨٦ والدارمي ١/ ٣٨٢ والطيالسي ٥٦٧ والبيهقي ٤/ ٩٨ والدارقطني ٢/ ١٠٢ وأحمد ٥/ ٢٣٠ وعبد الرزاق ٦٨٤١ والحاكم ١/ ٣٩٨ كلهم من حديث معاذ بن جبل.
قال الترمذي: حديث حسن اهـ وصححه الحاكم على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٣٤٧: قال ابن القطان: ولا أقول: إن مسروقاً سمع من معاذ رضي الله عنه إنما أقول: إنه يجب على أصولهم أن يحكم بحديثه عن معاذ بحكم حديث المتعاصرين اللذين لم يعلم انتفاء اللقاء بينهما بالاتصال وهو مذهب الجمهور سوى البخاري وابن المديني.
وقال ابن عبد البر في التمهيد ٢/ ٢٧٥: وقد روي هذا الخبر عن معاذ بإسناد متصل صحيح ثابت ذكره عبد الرزاق حدثنا معمر والثوري عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ...
وأخرجه أحمد ٥/ ٢٣٣، ٢٤٧ وأبو داود ١٥٧٦ والنسائي ٥/ ٢٦ وابن أبي شيبة ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٩/ ١٩٣ من طريق أبي وائل عن معاذ وأخرجه أحمد ٥/ ٢٤٠ من طريق يحيى بن الحكم عن معاذ وأخرجه الدارمي ١/ ٣٨ وكذا النسائي ٥/ ٢٦ وابن أبي شيبة ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٩/ ١٩٣ من طريق إبراهيم النخعي عن معاذ.
وأخرجه مالك في الموطأ ١/ ٢٥٩ عن حميد بن قيس المكي عن طاوس اليماني أن معاذ...
وأخرجه الشافعي ١/ ٢٣٧ والبيهقي ٤/ ٩٨ من طريق مالك وقال الشافعي: طاوس عالم بأمر معاذ وإن لم يلقه لكثرة من لقيه ممن أدرك معاذاً وهذا مما لا أعلم من أحد فيه خلافاً.
الخلاصة: هذا حديث قوي لأن رواته عن معاذ ثقات كلهم وإن كان أكثرهم لم يدرك معاذاً وأحسنها رواية مسروق لمعاصرته له فالحديث جيد والله تعالى أعلم.

(وجزية يبتدىء الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرّهم على أملاكهم، فيضع على الغنيّ الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً) وهذا عندنا. وقال الشافعي: يضع على كل حالم ديناراً أو ما يعدل الدينار، الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ «خذ من كل حالم

ﷺ مرسلاً قال: وهو أصح. ورواه ابن حبان في صحيحة والحاكم وصححه فهذا كما ترى فيه ذكر الحالمة. وفي مسند عبد الرزاق: حدثنا معمر وسفيان الثوري عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى أن قال: ومن كل حالم أو حالمة دينار أو عدله معافر[1]. وكان معمر يقول: هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة. وقال أبو عبيد: وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ، إذ كان في أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم، ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلاً أصابت من أبناء المشركين، فقال عليه الصلاة والسلام: «هم من آبائهم»[2]. ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال: «سألت رسول الله ﷺ عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم؟ قال: نعم فإنهم منهم، ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر»[3]. والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس. والمعافري ثوب منسوب إلى معافر بني مرة ثم صار اسماً للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب. وفي الفوائد الظهيرية: معافر حيّ من همدان تنسب إليه هذه الثياب المعافرية. وهذا ذكره ابن فارس في المجمل. وفي الجمهرة لابن دريد: المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب إليه الثياب المعافرية. وفي غريب الحديث للقتبي: البرد المعافري منسوب إلى معافر من اليمن. وفي الجمهرة قال الأصمعي: ثوب معافر غير منسوب، فمن نسب فهو خطأ عنده **(ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء، وهذا المعنى ينتظم)** فيه **(الغني والفقير)** لأن كلا منهم يقتل قوله: **(ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعليّ)** ذكره الأصحاب في كتبهم عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد، فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج، وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا، فلما رجعا أخبراه بذلك، ثم عمل عثمان

ونجران بلاد وأهلها نصارى، والحلة إزار ورداء هو المختار، ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين. وقوله: **(ولأن الموجب هو التراضي)** أي الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية، فإن موجبه في الأصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا. وقوله: **(فيضع على الغنيّ الظاهر الغني)** قال الإمام فخر الإسلام: من ملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئاً لكنه معتمل فعليه اثنا عشر، ومن ملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضاً فعليه أربعة وعشرون درهماً، ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعداً إلى ما لا نهاية له وهو معتمل أيضاً فعليه ثمانية وأربعون. ثم قال: وإنما شرط المعتمل لأن الجزية عقوبة فإنما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وإن كان مفرطاً في اليسار. قال: والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة. وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينظر إلى عادة كل بلد لأن عادة البلدان مختلفة في الغني؛ ألا ترى أن صاحب خمسين ألفاً ببلخ يُعد من المكثرين وإن كان ببغداد أو

---

(١) حسن غريب. أخرجه الدارقطني ٢/١٠٢ وعبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/٤٤٦ كلاهما عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ وفيه ذكر: حالمة قال الزيلعي: ورواه إسحاق في مسنده من ثلاث طرق دائرة على الأعمش.
ورواه عبد الرزاق عن مسروق مرسلاً قال: وكان معمر يقول: هذا غلط أي قوله: «حالمة» ليس على النساء شيء.
قال الزيلعي: وروى أبو داود في مراسيله عن جرير عن منصور عن الحكم مرسلاً وفيه ذكر: حالمة وله طرق أخرى ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٦ ٤٤٧. لكن ذكر: حالمة غريب وفي النفس منه شيء.

(٢) تقدم في باب كيفية القتال رواه الستة من حديث الصعب بن جَثَّامة.

(٣) إلى هنا كلام أبي عبيد وهو القاسم بن سلام في كتابه الأموال صفحة ٩٤.
راجع نصب الراية ٣/٤٤٧.

وحالمة ديناراً أو عدله معافر» من غير فصل. ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان، وهذا المعنى ينتظم الفقير والغنيّ، ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعليّ، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض، وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته، فكذا ما هو بدله، وما

كذلك ثم عمل عليّ كذلك. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عليّ بن مسهر، عن الشيباني، عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال: وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رءوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهماً، وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهماً. وهو مرسل. ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال: حدثنا أبو نعيم: حدثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع إلى آخره. وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات إلى أبي نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد، فوضع على الغنيّ إلى آخره. ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام إلى حارثة بن مضرّب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير[1]، فحل محل الإجماع. ثم عارض المصنف معناه بقوله: **(ولأنه)** أي الجزية **(وجب نصرة للمقاتلة)** أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار، لأن من هو من أهل دار الإسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم إلى أهل الدار المعادين لنا لإصرارهم على الكفر، ولهذا صرفت إلى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين، فتختلف باختلاف حالهم لأن نصرة الغنيّ لو كان مسلماً فوق نصرة المتوسط والفقير فإنه كان ينصر راكباً ويركب معه غلامه، والمتوسط راكباً فقط، والفقير راجلاً، وهذا معنى قول المصنف: **(وذلك)** أي النصرة **(يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله)** يعني الجزية، وإلحاقاً بخراج الأرض فإنه وجب على التفاوت. فأورد عليه لو كانت خلفاً عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الإمام منهم ذلك، والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك. أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للإمام تغيير المشروع. وتحقيقه أن النصرة التي فاتت نصرة المسلمين، فنصرة الإسلام فاتت بالكفر فأبدلت بالمال، وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها. نعم سيجيء ما يفيد أن الجزية خلف عن قتلهم، والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعاً. قال: **(وما رواه)** من وضع الدينار على الكل **(محمول على أنه كان صلحاً)** فإن اليمن لم تفتح عنوة بل صلحاً فوقع على ذلك، وقلنا: ولأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبي ﷺ يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء، يدل على ذلك. ما روى البخاري عن أبي نجيح قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال: جعل ذلك من قبل اليسار. هذا، ثم اختلف في المراد من الغنيّ والمتوسط والفقير، فقيل إن كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر، ومن كان له مائتان فصاعداً ما لم يصل إلى العشرة فمتوسط، ومن كان معتملاً فهو مكتسب. وعن بشر بن غياث: من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر، وإن ملك بلا فضل فهو الوسط، ومن لم يكن

بالبصرة لا يعد من المكثرين، وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعدّ من المكثرين، فيعتبر عادة كل بلد. وذكر هذا القول عن أبي نصر محمد بن سلام. وقوله ﷺ «من كل حالم وحالمة» معناه بالغ وبالغة **(أو عدله معافر)** أي أوخذ مثل دينار برداً من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب إلى معافر بن مرة ثم صار له اسماً بغير نسبة. وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب إليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله إذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه قوله: **(ولأنه وجب نصرة للمقاتلة)** وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتاً **(كما في خراج الأرض)** وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله ولأنه وجب نصرة للمقاتلة: يعني وإنما قلنا إن الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لأنها تجب بدلاً عن النصرة للمسلمين ببذل النفس المال لأن كل من كان من أهل دار الإسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال، قال الله تعالى **﴿يا أيها الذين**

---

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٧، ٤٤٨.

رواه محمول على أنه كان ذلك صلحاً، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية. قال: (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ الآية،

له قدر الكفاية فهو المعتمل: أي المكتسب. وقال الفقيه أبو جعفر: ينظر إلى عادة كل بلد في ذلك، ألا ترى أن صاحب خمسين ألفاً ببلخ يعدّ من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثراً. وذكره عن أبي نصر محمد بن سلام، ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب، والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب، وقيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعداً لا يجب عليه شيء، أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الأرض قوله: (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود، ويدخل فيهم السامرة فإنهم يدينون بشريعة موسى ﷺ إلا أنهم يخالفونهم في فروع. والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة ٢٩] وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب، ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان. وفي فتاوى قاضيخان: وتؤخذ: أي الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأطلق في أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم. وأما المجوس عبدة النار ففي البخاري: ولم يكن عمر رضي الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمٰن بن عوف «أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر»[1] وهذا قول المصنف: (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين قوله: (وعبدة الأوثان) بالجر: أي وتوضع على عبدة الأوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي. هو يقول القتال واجب لقوله تعالى ﴿وقاتلوهم﴾ [البقرة ١٩٣] إلا أنا عرفنا جواز تركه) إلى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعني ما تلوناه من قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة ٢٩] (وفي المجوس بالخبر) الذي ذكرناه في صحيح البخاري (فبقي من وراءهم على الأصل. ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلاً من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق

آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله إلى دار الحرب اعتقاداً قام الخراج المأخوذ منه المصروف إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس، ثم النصرة من المسلم تتفاوت إذ الفقير ينصر دارنا راجلاً ومتوسط الحال ينصرها راكباً وراجلاً والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره. ثم الأصل لما كان متفاوتاً تفاوت الخراج الذي قام مقامه. فإن قيل: النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفاً عن الطاعة؟ أجيب بأن الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو أعاروا دوابهم للمسلمين (وما رواه محمول على أنه كان صلحاً) والدليل على ذلك أنه أمر بالأخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء. قال: (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم (لقوله تعالى ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ وعلى المجوس لأن رسول الله ﷺ وضع الجزية على المجوس) روى البخاري «أن عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر» وهجر اسم بلد في البحرين (وعبدة الأوثان من العجم) وهو بالجر عطفاً على أهل الكتاب، وقيد بقوله من العجم احترازاً عن عبدة الأوثان من العرب فإنه لا توضع عليهم الجزية

قوله: (لأنها تجب بدلاً عن النصرة) أقول: من ههنا إلى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقاني قوله: (لأن كل من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال، قال الله تعالى الخ) أقول: في الدلالة بحث قوله: (فإن قيل: النصرة طاعة الخ) أقول: السؤال والجواب مذكوران في النهاية.

---

(١) تقدم تخريجه في ١/ ٢٦.

ووضع رسول الله ﷺ الجزية على المجوس. قال: (وعبدة الأوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي. هو يقول: إن القتال واجب لقوله تعالى ﴿وقاتلوهم﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل. ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه، (وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين) لأن كفرهما قد

فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا، وكذا الجزية (فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين) والحال أن (نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه إلينا أو بعضها، فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به، وذلك لأنه عام مخصوص بإخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى، وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لأصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حكمهم، فكان الجزية على الرجل وأتباعه في المعنى إن كان له أتباع، وإلا فهي عنه خاصة قوله: (وإن ظهر عليهم) أي على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية (فهم فيء) وللإمام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله: (ولا توضع) الجزية (على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما) يعني مشركي العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدوا للإسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل على الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعي يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لأن الاسترقاق إتلاف حكماً فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل. ولنا قوله تعالى ﴿تقاتلونهم أو يسلمون﴾ [الفتح ١٦] أي إلى أن يسلموا. وروي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال «لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف» وذكر محمد ابن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال «أو القتل»[(1)] مكان أو السيف. وعنه عليه الصلاة

على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لأن كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة، وأما الجزية فلأن الكافر يؤديها من كسبه، والحال أن نفقته في كسبه فكان إذا كسبه الذي هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكماً. ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل. وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر، وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله، وهذا ليس بدافع بل هو مقرّر للنقض. والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلاً، والمرأة والصبيّ ليسا كذلك لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان

قال المصنف: (فإنه يكتسب الخ) أقول: دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه قوله: (فكان إذا كسبه الذي هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكماً) أقول: قوله دارة حال، وقوله راتبة حال أيضاً، وقوله في معنى خبر كان. ثم أقول: وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالإجماع جاز ضرب الجزية عليهم لأنهما يعتدلان معنى، فالرقيق يصير منا داراً كالذمي ورفقه يعود إلينا دارة كالجزية تعود إلينا راتبة اهـ. فعلم منه أن الأولى للشارح أن لا يذكر دارة قوله: (وهذا ليس بدافع الخ) أقول: فيه بحث، فإنه لم لا يجوز أن يقال المراد، وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كانوا من أهل النصرة فإنها بدل النصرة في حق المسلمين كما سبق آنفاً قوله: (وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول: قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الأوثان.

---

(١) إسناده غير قوي. ذكره محمد كما ذكر المصنف ويعقوب هو أبو يوسف ثقة. لكن الحسن هذا هو ابن عمارة وهو متروك فالخبر غير قوي ويخالفه ما صح في نصارى بني تغلب وكونهم بقوا على النصرانية وقد أخذ عمر منهم الجزية. وفي خبرهم معه قصة.

تغلظ، أما مشركو العرب فلأن النبيّ ﷺ نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر. وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعد ما هدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة. وعند الشافعي رحمه الله يسترقّ مشركو العرب، وجوابه ما قلنا **(وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء)** لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرقّ نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين **(ومن لم يسلم من رجالهم قتل)** لما ذكرنا **(ولا جزية على امرأة ولا صبيّ)** لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية. قال: **(ولا زمن ولا أعمى)** وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا. وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي **(ولا على فقير غير معتمل)** خلافاً للشافعي. له إطلاق

والسلام «لا رقّ على عربي»[1] وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله ﷺ قال: «لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم»[2] قال المصنف: **(وجوابه ما قلنا)** يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه قوله: **(وإذا ظهر عليهم)** أي على مشركي العرب والمرتدين **(فنساؤهم وصبيانهم فيء)** يسترقون **«لأنه عليه الصلاة والسلام** استرق ذراري أوطاس وهوازن»[3] وأبو بكر استرق بني حنيفة. أسند الواقدي في كتاب الردة له في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال: ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي، ثم دخل حصونهم صلحاً فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي، ثم قسم السبي قسمين، وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله. قال الواقدي: وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت: قد رأيت أم محمد بن عليّ بن أبي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد ابن الحنفية. قال: وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال: كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي[4]، وحنيفة أبو حيّ من العرب سمي به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن نجيحة بن صعب بن عليّ بن بكر بن وائل. واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبده الأوثان لا يجبرون. وأما الزنادقة قالوا: لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته، فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية قوله: **(ولا جزية على امرأة وصبي)** وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي، أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك **(ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج)** وعن الشافعي تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار **(ولا)** تؤخذ **(من الشيخ الكبير)** الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب **(وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان**

عنه. وقوله: **(وإن ظهر عليهم)** أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم **(قبل ذلك)** أي قبل وضع الجزية عليهم **(فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء)** أي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم **(ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ)** على ما ذكر في الكتاب، وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام. **(زيادة في العقوبة)** عليه. ولقائل أن يقول: هذا منقوض بأهل الكتاب فإن تغلظ كفرهم، فإنهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مشخصة

قال المصنف: **(لأن أبا بكر رضي الله عنه)** أقول: الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصنف: **(استرق نسوان بني حنيفة)** أقول: قال في القاموس: حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبي حي منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ٧٣ بسندٍ فيه مجهول عن الشعبي عن عمر موقوفاً وأعله بالانقطاع.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٩/ ٧٤ من طريق الشافعي عن الواقدي بسنده عن معاذ مرفوعاً وقال البيهقي: وهذا إسناد ضعيف لا يحتج بمثله.

(٣) ذكره البيهقي ٩/ ٧٣ عن الشافعي في باب من يجري عليه الرّق. مرسلاً بلا سند.

(٤) نقل هذه الأخبار الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٥٠ عن الواقدي في كتاب الردة والواقدي غير قوي.

حديث معاذ رضي الله عنه. ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخرج، والحديث محمول على المعتمل **(ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد)** لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك **(ولا يؤدي عنهم مواليهم)** لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم **(ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس)** كذا ذكر هاهنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع

له مال **لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي)** في الحرب. وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله: **(لما بينا)** والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانه قوله: **(ولا على فقير غير معتمل)** أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة، وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته **(له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «خذ من كل حالم»[1] **(ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل)** أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه. وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال: حدثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع قال: حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال: أبصر عمر شيخاً كبيراً من أهل الذمة يسأل، فقال له مالك؟ ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني، فقال له عمر: ما أنصفناك، أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير **(ولأن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس)** بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوي **(والحديث محمول على المعتمل)** بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالإجماع جمعاً بين الدليلين. **فإن قلت:** ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل. قلنا: قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهماً أخرجه البيهقي[2]. لا يقال: فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به. لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر، ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحاً في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذراً وهو ما نقص عن نصف العام قوله: **(ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا)** وعلى الاعتبار الأول تجب لأن المملوك

ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية. وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الأوثان مخالف لقوله ﷺ يوم أوطاس «لو جرى رقّ على عربي لجرى اليوم» من غير فصل بين عبدة الأوثان وأهل الكتاب. والجواب عن الأول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى **﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾** الآية، وعن الثاني بأن مراده عليه الصلاة والسلام عربيّ الأصل، وأهل الكتاب وإن سكنوا فما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الأصل، وإنما العرب في الأصل عبدة الأوثان فإنهم أميون. وقوله: **(وجوابه ما قلنا)** يريد به قوله لأن كفرهما قد تغلظ. وقوله: **(وإذا ظهر عليهم)** أي على عبدة الأوثان من العرب والمرتدين **(فنساؤهم وصبيانهم فيء)** إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت حكم الإسلام في حقه، وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعاً لآبائهم فيجبرون عليه. والمرتدات كن مقرات بالإسلام فيجبرن عليه، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم. وحنيفة أبو حيّ من العرب، وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة. وقوله: **(لأنها وجبت بدلاً عن القتل)** يعني في حق المأخوذ منه **(أو عن القتال)** أي عن النصرة في حقنا كما تقدم، ولا يجب البدل إلا على من يجب عليه الأصل، والأصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الأهلية

---

(١) تقدم تخريجه قبل قليل وهو حديث بعثة معاذ إلى اليمن.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/١٩٦ بسنده عن عمر موقوفاً وقال: فيه إرسال.

عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف. وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية. ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس، والجزية في حقهم لإسقاط القتل، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفي بصحته في أكثر السنة **(ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه)** وكذلك إذا مات كافراً خلافاً للشافعي فيهما. له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل

الحربي يقتل **(وعلى الاعتبار الثاني لا تجب)** لأن المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الأصل في حقه فامتنع الخلف لأن شرطه انتفاء الأصل وإمكانه فدار بين الوجوب وعدمه **(فلا تجب بالشك)** والوجه أن يقال: إنها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعاً فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا، فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء، وهذا لما نذكره فيما يلي هذه المسئلة، وإذا كان خلفاً عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك، ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي فإن من المعلوم أن لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن قوله: **(ولا يؤدي عنهم مواليهم)** يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال إنها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم، فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليهم **(لأنهم تحملوا الزيادة)** في الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء **(بسببهم)** فلا يؤخذ منهم عنهم شيء آخر وإلا كانوا ملزمين بجزيتين، ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعاً فلا يجب شيء آخر، وهذا بناء على أن غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب قوله: **(ولا توضع على الرهبان)** جمع راهب، وقد يقال للواحد رهبان أيضاً، وشرط أن لا يخالط الناس، ومن خالط منهم عليه الجزية **(هكذا ذكر)** القدوري **(وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف. ووجه الوضع أنه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج)** من الزراعة **(ووجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل)** ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعي على ما تقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل، فأفاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفاً عن نصرتهم إيانا فمتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها. وعن محمد لا جزية على السياحين. قيل يجوز أنه أراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقاً، ويجوز أن يقول هو من لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل قوله: **(ومن أسلم وعليه جزية)** بأن أسلم بعد كمال السنة **(سقطت عنه، وكذا إذا مات كافراً خلافاً للشافعي**

فكذا البدل. وقوله: **(لما بينا)** يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان. وقوله: **(له إطلاق حديث معاذ)** هو قوله عليه الصلاة والسلام «**خذ من كل حالم وحالمة**» وقوله: **(وعلى اعتبار الثاني لا تجب)** يعني أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر تقريره، وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية لأن الأصل يتحقق في حق المماليك لأن المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضاً. وعلى اعتبار الثاني لا يجب لأن العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله. وقوله: **(لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم)** أي صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل، فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز. وقوله: **(ولا توضع على الرهبان)** واضح. قال: **(ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه)** إذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافراً أو عمي أو صار زمناً أو مقعداً أو شيخاً كبيراً لا يستطيع العمل أو فقيراً لا يقدر على شيء وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها **(خلافاً للشافعي رحمه الله له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض)** وكل ما وجب بدلاً عن شيء وقد وصل إليه المعوض **(لا يسقط عنه العوض بهذا العارض)** أي بالإسلام أو

قال المصنف: **(ومن أسلم، إلى قوله: خلافاً للشافعي فيهما)** أقول: في وجيز الشافعية: لو أسلم أو مات بعد مضي السنة استوفى. ولو مات في أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين.

إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ليس على مسلم جزية»، ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد، وعقوبة

فيهما) وكذا لو مات في أثناء السنة أو أسلم. وفي أصح قولي الشافعي لا يسقط فيهما أيضاً قسط ما مضى، وعلى هذا الخلاف لو عمي أو زمن أو أقعد أو صار شيخاً كبيراً لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شيء **(له أن الجزية وجبت بدلاً عن العصمة)** التي ثبتت للذمي بعقد الذمة كما هو قول للشافعي **(أو)** بدلاً **(عن السكنى)** في دار الإسلام كما هو قول آخر له **(وقد وصل إليه المعوض)** وهو حقن دمه وسكناه إلى الموت أو الإسلام وصار بذلك مستوفياً المبدل فتقرر البدل ديناً في ذمته **(فلا يسقط بهذا العارض)** الذي هو موته أو إسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلاً عمداً فصالح على مال ثم مات قبل أدائه **(ولنا ما)** أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: **(قال رسول الله ﷺ «ليس على مسلم جزية»**[١] قال أبو داود: وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال: يعني إذا أسلم فلا جزية عليه، وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «من أسلم فلا جزية عليه»[٢] وضعف ابن القطان قابوساً، وليس قابوس في مسند الطبراني، فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل إسلامه، بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة، إذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين، فالإخبار به من جهة الفائدة ليس كالإخبار بسقوطها في حال البقاء، وهذا يخص السقوط بالإسلام والوجه يعم موته وإسلامه، وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق إذ كل منهما عقوبة على الكفر، ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام، وكذا خراج الأرض، وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع، فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب الإتباع. على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إذلال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا، والمسلم ممن يسعى في بقائها للمسلمين

الموت **(كما في الأجرة والصلح عن دم العمد)** فإن الذمي إذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة لأن المعوض قد وصل إليه وهي منافع الدار، وكذا إذا قتل الذمي رجلاً عمداً ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البدل لأن المعوض وهو نفسه قد سلم له، وإنما ردد في قوله بدلاً عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء في أن الجزية وجبت بدلاً عما ذا؟ فقال بعضهم وجبت بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة، وبه قال الشافعي رحمه الله لأن الله تعالى أمر بالقتال ومدّه إلى غاية وهي إعطاء الجزية. وقال بعضهم وجبت بدلاً عن السكنى في دار الإسلام لأنهم مع الإصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الأصل وإنما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية. وقال بعضهم: وجبت بدلاً عن النصرة التي فاتت بإصرارهم على الكفر وقد تقدم. وأعيده هاهنا توضيحاً وذلك لأنهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها، ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لأن الظاهر أنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف إلى المقاتلة فتكون خلفاً عن النصرة. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الأصح؛ ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الأعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع أنهم مشاركون في السكنى لأنه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين، فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه. ولنا قوله ﷺ «ليس على مسلم جزية» رواه ابن عباس رضي الله عنهما، وهو مطلق

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٠٥٣ والترمذي ٦٣٣ والبيهقي ٩/١٩٩ وأحمد ١/٢٢٣، ٢٨٥ والدارقطني ٤/١٥٦ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه أبو ظبيان غير قوي. لكن معناه صحيح لما.
قال الترمذي: هذا حديث روي عن أبي ظبيان مرسلاً والعمل على هذا عند عامة أهل العلم.
قلت: وما أشار إليه الترمذي أخرجه الدارقطني ٤/١٥٧ فهو يعضد الحديث المتقدم.
(٢) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/١٣ من حديث عمر. وفيه مجاهيل.
قال الهيثمي: وفيه من لم أعرفهم.

الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت، ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشرّ وقد اندفع بالموت والإسلام، ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام. والعصمة تثبت بكونه آدمياً

بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار. وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين. بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم، والحق الخاص فضلاً عن العام ليس كالملك الخاص قوله: **(ولأنها)** أي الجزية إنما **(وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد)** وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية، ولا شك في انتفاء الأول، ولذا أخذت بطريق الإذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه **(فتسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت)** ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حدّ ثبت عليه، ولأن العقوبة الدنيوية لا تكون إلا لدفع شرّه في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشرّ، والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق **(وقد اندفع بالموت والإسلام)** وهذا لا ينافي كونها بدلاً: أي خلفاً عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفرة الذي هو سبب لحرابته دفعاً لها بإضعافه بأخذها منه وبدلاً عن نصرته الفائتة بكفره، وإذا كانت خلفاً أيضاً عن النصرة انتفت بالإسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الأصل وقد قدر عليها بالإسلام. وأما قوله إنها **(بدل عن العصمة)** فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية، وقوله **بدلاً** عن السكنى. قلنا إن الذمي يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة، ولأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الإقامة بها، والأحسن ترك الكلام في إبطال الأمرين فإن العصمة الأصلية زالت بالكفر، وهذه عصمة متجددة بالجزية، ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن إقامتها، وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي إلى حرابته، ولا يتمكن من إقامة هذه العقوبة على الاستمرار إلا بعصمته **(فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت)** أي الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين، ولا داعي إلى ذلك من أوّل الأمر، أو بتقدير مضاف: أي جزية حولين، ولفظ القدوري فيما ذكره

فيجري على إطلاقه، بل الإنصاف أن المراد به بعد الإسلام لأن كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالإسلام، إذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية. وقوله: **(ولأنها وجبت عقوبة إلخ)** ظاهر. واعترض بأنه ألحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال: ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقاً بعد الإسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلاً منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم؟ والجواب أن أداء الجزية لم يشرع إلا بوصف الصغار، وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الأصول، والإسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية به، بخلاف الاسترقاق فإنه لم يشرع كذلك. وقوله: **(والعصمة تثبت بكونه آدمياً)** جواب عن قوله إنها وجبت بدلاً عن العصمة، ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمي من حيث إنه آدمي لما مر أنه خلق متحملاً أعباء التكاليف فلا يصلح أن تكون الجزية الطارئة بدلاً عنها. ولقائل أن يقول: سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها سقطت بالكفر، فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلاً. والجواب أنها لو كانت بدلاً عن العصمة فإما أن تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل، لا سبيل إلى الأول وهو ظاهر، ولا إلى الثاني لأن الإسلام يغني عنها. وقوله: **(والذمي يسكن ملك نفسه)** جواب عن قوله أو السكنى، ومعناه أن الذمي يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الأسباب، فلا يجوز إيجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له، فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة لا محالة، ويشترط فيها التأقيت لأن الإبهام يبطلها، وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن الجزية لم تكن بطريق الإجارة، فإن قال قائل: كما أنه لا يجوز أن تكون بدلاً عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز أن تكون بدلاً عن النصرة أيضاً؛ ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة، فلو كانت بدلاً عنها

قوله: **(باعتبار الأصل)** أقول: الذي هو الإسلام لأن الدار دار الإسلام قوله: **(وهو الأصح إلخ)** أقول: بالنسبة إلى القول الثاني كما يفهم من دليله. وأيضاً نحن لا ننفي كونها بدلاً عن القتل قوله: **(وهو مطلق إلخ)** أقول: فينفى عنه ابتداء وبقاء.

والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى **(وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت. وفي الجامع الصغير: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ)** وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله **(وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً، وكذلك إن مات في بعض السنة)** أما مسئلة الموت فقد ذكرناها. وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف. وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق. لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفي، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين، بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر

الأقطع: وإن اجتمع عليه حولان **(وفي الجامع الصغير: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤخذ منه، فإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً، وكذا إن مات في بعض السنة. أما مسئلة الموت فقد ذكرناها. وقبل خراج الأرض على هذا الخلاف)** فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده، وعندهما يؤخذ منه ما مضى **(وقيل لا تداخل)** فيؤخذ ما مضى **(بالاتفاق لهما في الخلافية)** وهي تداخل الجزية **(أن الخراج)** أي الجزية لأنها خراج الرأس **(وجب عوضاً، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها)** على الوجه المأمور به **(تستوفي، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين)** لأنه ما دام كافراً أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له **(بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه)** لأن المسلم لا يجب إذلاله بل يجب توقيره، وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضاً وكون المتحصل منها أعواضاً خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق. فإن أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أبي حنيفة القائل: والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الإفطار في رمضان مع أنها عقوبة وعبادة، غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة. وقوله: **(ولهذا الخ)** استيضاح على أنها عقوبة، يعني **(لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في أصح الروايات، بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطي قائماً والقابض جالس. وفي رواية: يأخذ بتلبيبه)** وهو ما يلي صدره من ثيابه ويقول: **(أعط الجزية يا ذمي)** وقبولها من النائب يفوّت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء، قال تعالى **﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾** [التوبة ٢٩] ووجه آخر **(أنها**

لسقطت لأنه قد نصر بنفسه؟ أجيب بأنها إنما لم تسقط لأنه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للإمام ذلك، وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس. قال: **(فإن اجتمعت عليه الحولان)** أنث فعل الحولين، إما باعتبار حذف المضاف: أي اجتمعت جزية الحولين، وإما بتأويل السنتين، وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولإبهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه، وكلامه واضح. وقوله: **(وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق)** يحتاج إلى بيان الفرق بينهما. والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضاً خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء لهذا لم تشرع في حق المسلم أصلاً والعقوبات تتداخل. وقوله: **(لهما في الخلافية)** أي فيما إذا اجتمع عليه الحولان **(أن الخراج وجب عوضاً)** على ما تقدم وكل ما وجب عوضاً إذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفي كما في سائر الأعواض وقد أمكن لأن الفرض أنه حيّ، واستيفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع منه الإسلام **(بخلاف ما إذا أسلم)** وقوله: **(ولأبي حنيفة)** ظاهر. وقوله: **(على ما بيناه)** أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولأنها وجبت عقوبة على الكفر. ولقائل أن يقول: قد تكرر في كلامهم أنها وجبت بدلاً عن النصرة أو السكنى أو العصمة، وتكرر أيضاً فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر؛ ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل. والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلاً عن النصرة لأن إيجاب النصرة لغير أهل

قال المصنف: **(ولا تقام بعد الموت الخ)** أقول: يعني من قبلنا بل الله يقيمها، قال الله تعالى **﴿ولنذيقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون﴾** قال المصنف: **(وقد اندفع بالموت والإسلام)** أقول: لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يندفع بالموت قوله: **(والإسلام ينافي الصغار الخ)** أقول: أنت خبير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه، فالأولى أن يجاب بجواب غيره قوله: **(لما مر أنه خلق متحملاً)** أقول: في أواخر باب المستأمن قوله: **(ولكنها سقطت بالكفر)** أقول: كما سبق في باب المستأمن

استيفاؤه. ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه، ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات. بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً والقابض منه قاعد. وفي رواية: يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول: أعط الجزية يا ذميّ فثبت أنه عقوبة، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود، ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا، لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماضٍ، وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه. ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى، حمله بعض المشايخ على المضيّ مجازاً. وقال: الوجوب بآخر السنة، فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل. وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء. والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول، وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة. ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضيّ الحول فأوجبناه في أوله.

وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا، لكن في المستقبل) يعني عن القتل في المستقبل والنصرة في المستقبل **(لأن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض، وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه)** بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه إلى شيء من الأشياء. وفي المبسوط: ولأن المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره، وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة **(ثم قول محمد في الجامع: وجاءت سنة أخرى، حمله بعض المشايخ على مضيّ السنة مجازاً فقال: الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الإجتماع)** في الحولين أو في الجزيتين **(فتتداخل، وعند البعض هو مجرى على حقيقته)** وهو أن يراد دخول أول السنة، فإن مجيء الشهر بمجيء أوّله، ومجيء السنة بمنجيء أولها، والأصح هو هذا **(فالوجوب عندنا بأول السنة، وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتباراً بالزكاة. ولنا أن ما وجبت)** الجزية **(بدلاً عنه)** وهو النصرة **(والقتل لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه)** من أن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال دفعاً للضرر عن المسلمين وبدلاً عن نصرتهم، وإنما يحتاج إلى ذلك في المستقبل، بخلاف الزكاة لأن الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لأنه الممكن منه فصار المال به نامياً تقديراً.

دينه يستلزم عقوبة لا محالة. وقوله: **(ولهذا)** توضيح لقوله وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب، واللبب موضع القلادة من الصدر. وقوله: **(ولأنها وجبت بدلاً عن القتل)** استدلال من جهة الملزوم، وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر، وقد بيناه من قبل. وقوله: **(حمله بعض المشايخ على المضيّ مجازاً)** قال الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة أخرى؛ فقال بعضهم: معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لأنها عند آخر الحول تجب، وهذا ضرب من المجاز لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله. وأقول في مجوز المجاز أن مجيء الشهر يستلزم مجيء الآخر لا محالة وذكر الملزوم وإرادة اللازم مجاز. وقال بعضهم: معناه دخول أولها لأن الجزية تجب بأول الحول والتأخير إلى آخره تخفيف وتأجيل عند أبي حنيفة، وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز، وكلامه واضح. وقوله: **(على ما قررناه)** إشارة إلى قوله لأن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الخ، ويحتاج إلى الجواب عن الزكاة، وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لأنها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء..

قوله: **(لا سبيل إلى الأول وهو ظاهر)** أقول: فيه بحث؛ ألا يرى إلى قول الشافعي وقد وصل إليه المعوض. قال المصنف: **(والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول)** أقول: سيجيء في آخر كتاب الكراهية أن في زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف: **(وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة)** أقول: قال الإتقاني: قياسه ممنوع لأن الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اهـ. قال الزيلعي: ولا يلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء أو هي لا تجب إلا في المال النامي اهـ.

فصل

(ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة» والمراد إحداثها (وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لأن الأبنية لا تبقى دائماً، ولما أقرهم الإمام

فصل

لما كانت هذه الأحكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك. قوله: (ولا يجوز إحداث بيعه) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الإسلام) وهما متعبداً اليهود والنصارى، ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى، وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين، ولفظ الدير للنصارى خاصة. وقيد المصنف عموم دار الإسلام بالأمصار دون القرى لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر، فإحداثها فيها معارضة بإظهار ما يخالفها فلا يجوز، بخلاف القرى. ثم ذكر أن في قرى ديارنا أيضاً لا تحدث في هذا الزمان. ثم قال القدوري (وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لأن الأبنية لا تبقى دائماً، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة ضمناً غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان إلى آخر. لأنه إحداث) في ذلك المكان المنقول إليه فلا يجوز، وفي هذا التعليل إشارة إلى أن ذلك إذا كان بإقرار الإمام إياهم على ذلك، وذلك إذا صالحهم على إقرارهم على أراضيهم سواء كان إماماً في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم. قيل أمصار المسلمين ثلاثة: أحدهما ما مصرّه المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط، فلا يجوز فيها إحداث بيعه ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم، ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس. وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها إحداث شيء بالإجماع، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه؟ فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية يجب. وعندنا جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تهدم، وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد، لأن الصحابة فتحوا كثيراً من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديراً، ولم ينقل ذلك قط. وثالثها ما فتح صلحاً، فإن صالحهم على أن الأرض لهم والخراج لنا جاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح، فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث لا يمنعهم، إلا أن الأولى أن لا يصالحهم إلا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث شيء منها، وإن وقع الصلح مطلقاً لا يجوز الإحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع انتهى. وقوله يمنعون من شرب

فصل

لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكناهم في دار الإسلام شرع في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام لقوله ﷺ «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة») والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه: إذا نزع خصيتيه، والإخصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب، والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي أن إحداث الكنيسة في دار الإسلام إزالة لفحولية أهل داره معنى، كما أن الخصاء إزالة لفحولية الحيوان إن كان الخصاء على حقيقته، وإن كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «ولا كنيسة» إحداثها فهو نفي بمعنى النهي: أي لا تحدث كنيسة في دار الإسلام، ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم، وكذا البيعة كان مطلقاً في الأصل، ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى.

فصل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام قوله: (والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة، إلى قوله: فالمناسبة ظاهرة) أقول:

فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لا يمكنون من نقلها لأنه إحداث في الحقيقة، والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة، بخلاف موضع الصلاة في البيت لأنه تبع للسكنى، وهذا في الأمصار دون القرى، لأن الأمصار هي التي تقام فيها

الخمر: أيْ التجاهر به وإظهاره. وفي المحيط: لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون انتهى. وقال محمد: كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيئاً من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه، وكذا عن المزامير والطنابير والغناء. ومن كسر شيئاً من ذلك لم يضمن. واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها، وأما في الأمصار فاختلف كلام محمد، فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة، وذكر في الإجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا، فإنا رأينا كثيراً منها توالت عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر بهدمها إمام فكان متوارثاً من عهد الصحابة رضي الله عنهم، وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لا يهدم لأنه كان مستحقاً للأمان قبل وضع السور، فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لأنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس، ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهاراً في جوف المَدن الإسلامية، فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها فأحاط بها، وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم، لأنها إن كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها ويقوها، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب، وإن عرف أنها فتحت صلحاً حكمنا بأنهم أقرّوها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار، وانظر إلى قول الكرخي: إنهم إذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا، فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك، ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم، واستدل المصنف على عدم الإحداث بقوله ﷺ «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة»(١). قال المصنف رحمه الله: المراد إحداثها، وهذا لأن البيعة قد تحققت كثيراً من الصحابة في الصلح. وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة»(٢) وضعفه. ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام: حدثنا عبيد الله بن صالح، حدثنا الليث بن سعد، حدثني توبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عمن أخبره عن النبي ﷺ قال «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة»(٣) قال: وروى أبو الأسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبي الخير قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء(٤). وروى ابن عديّ في الكامل بسنده إلى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تبنى كنيسة في الإسلام ولا يبنى ما خرب منها»(٥) وأعلّ بسعيد بن سنان، وإذا تعددت طرق الضعيف يصير حسناً. ثم قيل: المراد

وقوله: **(والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة)** أي لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضاً للعبادة **(بخلاف موضع الصلاة)** أي صلاة الذمي **(في البيت)** فإنهم يمكنون من ذلك **(لأنه تبع للسكنى)** وقوله: **(والمروي عن صاحب المذهب)** أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه، والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفاً بقوله وهذا في الأمصار دون القرى. وقوله:

فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام «لا رهبانية في الإسلام».

---

(١) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٥٣: أخرجه البيهقي من حديث عباس وضعّفه.
(٢) هو المتقدم.
(٣) ضعيف. رواه أبو عبيد في كتاب الأموال صفحة ٩٤ عن توبة الحضرمي وهو ضعيف لجهالة المخبر لتوبة الحضرمي والراجح أنه قول عمر وهو الآتي.
(٤) موقوف. على عمر رواه أبو عبيدة صفحة ٩٤.
(٥) ضعيف أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٢٦٢ عن عمر مرفوعاً وأعلّه بسعيد بن سنان.

الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها. وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضاً لأن فيها بعض الشعائر، والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة. وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب». قال: **(ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح. وفي الجامع الصغير: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف)** وإنما يؤخذون بذلك إظهار للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين، ولأن المسلم يكرم والذمي يهان، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق،

بالخصاء نزع الخصيتين، وقيل كناية عن التخلي عن إتيان النساء **(والصومعة)** وهو ما يبنى **(للتخلي)** عن الناس والانقطاع **(فيها)** لهم مثلها فيمنع أيضاً وكذا يمنع بيت نار. **(والمروى عن صاحب المذهب)** يعني أبا حنيفة رضي الله عنه كان **(في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل ذمة)** بخلاف قرى المسلمين اليوم، ولذا قال شمس الأئمة في شرحه في كتاب الإجارات: الأصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وإن كان هو في السير الكبير قال: إن كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون، وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا، فصار إطلاق منع الإحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الإسلام قوله: **(وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها)** فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقرّ لأنهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة في إقرارها، إلا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكناً ووطناً، بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك. وذلك **(لقوله ﷺ: لا يجتمع دينان في جزيرة العرب)** أخرج إسحاق بن راهويه في مسنده: أخبرنا النضر بن شميل، حدثنا صالح بن أبي الأحوص، حدثنا الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قال في مرضه الذي مات فيه «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[(١)] ورواه عبد الرزاق قال: أنبأنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ «لا يجتمع بأرض العرب، أو قال بأرض الحجاز دينان»[(٢)] ورواه في الزكاة وزاد فيه: «فقال عمر لليهود: من كان منكم عنده عهد من رسول الله ﷺ فليأت به، وإلا فإني مجليكم، قال: فأجلاهم عمر». وقد كان رسول الله ﷺ قال ذلك في مرض موته. قال الدارقطني في علله: هذا صحيح، ورواه مالك في الموطإ. قال مالك: قال ابن شهاب: ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله ﷺ قال «لايجتمع دينان في جزيرة العرب» فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك[(٣)]. وفي صحيح البخاري ومسلم عن

(في جزيرة العرب) قيل: إنما سميت أرض العرب بالجزيرة لأن بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها. وقوله: **(ويؤخذ أهل الذمة بالتميز)** ظاهر. وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كأنه قال: وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ. والكستيج خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الإبريسم. وقوله: **(صيانة لضعفة المسلمين)** أي الضعفة في الدين لا البدن: أي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الإسلام أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا إلى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس

---

(١) حسن لشاهده. أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤٥٤ من حديث أبي هريرة.
قلت: ورجاله ثقات غير صالح بن أبي الأخضر.
قال ابن حجر في التقريب: ضعيف يعتبر به اهـ.
ويعضده المرسل الآتي فهو حسن إن شاء الله وكذا مرسل الزهري بعده.

(٢) مرسل قوي. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب أهل الكتاب كما في نصب الراية ٣/ ٤٥٤ بسنده عن ابن المسيب ورواه في الزكاة.
ورجاله ثقات وابن المسيب مُرسلاته صحيحة.

(٣) مرسل. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٨٩٢، ٨٩٣ عن ابن شهاب مرسلاً وكذا البيهقي ٩/ ٢٠٨.

فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز؛ والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام. ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات، ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة. قالوا: الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين، فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجاً بالصفة التي تقدمت، ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف **(ومن امتنع من الجزية**

ابن عباس رضي الله عنهما لما اشتد برسول الله ﷺ وجعه قال: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب»(١) وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول، وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام، وسميت جزيرة لانجزار المياه التي حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات. وقيل لأن حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات. وقال الأزهري: سميت بذلك لأن بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبي، وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات. وقال المنذري في مختصره: قال مالك: جزيرة العرب المدينة نفسها، وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة، وحكى البخاري عن المغيرة قال: هي أرض مكة والمدينة قوله: **(وتوخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم)** نفسهم **(وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم)** وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم في التوقير والإجلال وذلك لا يجوز، وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه، بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم ﷺ بذلك لأنهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال على المسلمين، وإذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه، بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا أمروا **(بالكستيجات)** وهو خيط في غلظ الأصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الإبريسم **(لأن فيه جفاء بالمسلمين)** أي إغلاظاً عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين فربما يمرقون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالاً منا فإنهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كدّ وتعب، وإليه أشار بقوله تعالى **﴿ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفاً من فضة ومعارج عليها يظهرون﴾** [الزخرف ٣٣] تنبيهاً على خسة الدنيا عند الله عزّ وجل، وإذا منع من شدّ زنار وهو حاشية رقيقة من الإبريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعدّ عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريراً أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والأبراد الرقيقة أولى. ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار، ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظماً عند المسلمين، بل ربما يقف بعض

والمراكب ورونق حالهم. فإن قيل: لم يأخذ النبي ﷺ من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة. أجيب بأنهم في زمن النبي ﷺ كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج إلى ذلك، ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف ممن لا يعرف وقعت الحاجة إلى ذلك، فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان

قوله: **(كانوا معروفين في المدينة)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(أن لا يركبوا إلا للضرورة)** أقول: في فتاوى الإمام التمرتاشي قبل آخر الكتاب بورقتين نخمينا. وفي شرح الحلواني: ولا يمنعون من ركوب الحمار لأن ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج، وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لأنه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار؛ ألا يرى أنه يوضع عليه الإكاف، بخلاف الفرس لأن ركوبه عز، وركوب الجمل جمال يمنعون عنه إلا عند الحاجة إليهم بأن يستعين بهم الإمام في المحاربة وللذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا، وهذا كله إذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم، فأما إذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الأشياء فإنهم يتركون على ذلك اهـ.

---

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٥٣، ٣١٦٨، ٤٤٣١، ٥٦٦٩، ٧٣٦٦ ومسلم ١٦٣٧، ٣٠٢٩ والحميدي ٥٢٦ وعبد الرزاق ٩٧٥٧ وأحمد ١/ ٢٢٢، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٥٥ وأبو يعلى ٢٤٠٩ كلهم من حديث ابن عباس.

أو قتل مسلماً أو سبّ النبي عليه الصلاة والسلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باقٍ. وقال الشافعي: سب النبي ﷺ يكون نقضاً لأنه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه إذا عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سبّ النبي ﷺ كفر منه، والكفر المقارن لا يمنعه فالطارىء لا يرفعه. قال: **(ولا**

المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر، وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريباً منه، ولا يركبون الخيل، بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلاً إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوه أو كان مريضاً: أي إلا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين إذ مرّ بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام، ويرد عليه بقوله وعليكم فقط. وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر، بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء، وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء. وكذا في الحمامات، وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كي لا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرّع كما يتضرّع للمسلمين **(ويمنعون من لباس يخص أهل العلم والزهد والشرف)** وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم، وهكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك قوله: **(ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة أو سبّ النبي ﷺ لم ينتقض عهده)** فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا، وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها نقض عهده. والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الإسلام، ولا ينقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح أو أن يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلماً، وهو قول مالك وأحمد، إلا أن مالكاً قال: ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فإنه يقتله به إن لم يسلم، ووافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية، وللشافعي أيضاً فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران: أحدهما لا ينتقض، والآخر ينتقض، وجه قوله هذا **(أنه بذلك ينتقض إيمانه)** لو كان مسلماً **(فينتقض به أمانه إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان)** في إفادة الأمان فما ينقض الأصل ينقض الخلف الأدنى بالطريق الأولى. وروى أبو يوسف عن حفص ابن عبد الله عن ابن عمر أن رجلاً قال له: سمعت راهباً سبّ النبي ﷺ، فقال: لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم العهود على هذا. قال المصنف **(ولنا أن سبّ النبي ﷺ كفر من الذمي)** كما هو ردّة من المسلم **(والكفر المقارن)** لعقد الذمة **(لا يمنع عقد الذمة)** في الابتداء **(فالكفر الطارىء لا يرفعه)** في حال البقاء بطريق أولى، يؤيده ما روي عن عائشة رضي الله عنها «أن رهطاً من اليهود دخلوا عليه ﷺ فقالوا: السام عليك، فقال وعليكم، قالت: ففهمتها وقلت: عليكم السام واللعنة، فقال ﷺ مهلاً يا عائشة فإن الله يحب الرفق في الأمر كله، قالت: فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا؟ قال ﷺ: قد قلت وعليكم»[1] ولا شك أن هذا سبّ منهم له ﷺ، ولو كان نقضاً للعهد لقتلهم لصيرورتهم

صواباً. قال ﷺ: «أينما دار عمر فالحق معه» وقوله: **(فإنه جفاء في حق أهل الإسلام)** أي ترك حسن العشرة بأهل الإسلام لأن في الأمر لأهل الذمة بتميزهم بما يوجب إعزازهم من اتخاذ الزنار من الإبريسم إهانة لأهل الإسلام، لأن من أعزّ عدوّ صديقة فقد أهان صديقة معنى. وقوله: **(أن لا يركبوا إلا للضرورة)** يعني كالخروج إلى الرستاق وذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه. وقوله: **(بالصفة التي تقدمت)** يعني كهيئة الأكف. وقوله: **(لأنه ينقض إيمانه)** يعني لو كان مسلماً وسبّ النبي ﷺ والعياذ بالله نقض إيمانه **(فكذا ينقض أمانه)** وذمته. قوله: **(وكذا في حكم ما حمله من ماله)** يعني أن الذمي إذا نقض

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٠٢٤، ٦٩٣٥، ٦٠٣٠، ٦٤٠١، ٦٢٥٦، ٦٣٩٥ وفي الأدب المفرد ٤١٢، ٣١١ ومسلم ٢١٦٥ والترمذي ٢٧٠١ وابن ماجه ٣٦٨٨ والدارمي ٢/٣٢٣ وابن حبان ٦٤٤١ والبيهقي ٩/٢٠٣ والبغوي ٣٣١٣ وأحمد ٦/٨٥، ٣٧، ١٩٩ وعبد الرزاق ١٩٤٦٠ كلهم من حديث عائشة.

ينقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لأنهم صاروا حرباً علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب **(وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد)** معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات، وكذا في حكم ما حمله من ماله، إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد.

حربيين. قالوا: وحديث ابن عمر إسناده ضعيف، وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه ﷺ. والذي عندي أن سبه ﷺ أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده، وإن لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا. وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص، ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعاً لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً، وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية، بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعاً لشرّهم إلى أن أمكن الله منهم، لأنه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير، وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمرداً عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار قوله: **(ولا ينتقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا)** أي أهل الذمة **(على موضع)** قرية أو حصن **(فيحاربوننا لأنهم)** بكل من الخصلتين **(صاروا حرباً علينا)** وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شرّ حرابتهم **(فيعرى عن الفائدة)** فلا يبقى **(وإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد، معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات)** وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً ويقسم ماله بين ورثته **(وكذا في حكم ما حمله من ماله)** إلى دار الحرب بعد النقض، ولو ظهر على الدار يكون فيئاً لعامة المسلمين كالمرتد إذا التحق بمال، ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من مال وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجاناً وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئاً وفي رواية لا. ولا يبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما. وقوله: **(إلا أنه لو أسر يسترق)** استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد **(بخلاف المرتد)** إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسر لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم، وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة، بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه، أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية، والله الموفق.

العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئاً، كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئاً، وقوله: **(إلا أنه لو أسر)** استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد: يعني بخلاف المرتد فإنه لا يسترقّ بل يقتل إن أصرّ على ارتداده.

فصل

(ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة **(ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم)** لأن الصلح وقع على الصدقة

فصل

أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى، وتغلب بن وائل من العرب من ربيعه تنصروا في الجاهلية، فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا: نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال: لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة، فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم، فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء. وفي رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه: إن بني تغلب الحديث، إلى أن قال: فصالحهم عمر رضي الله عنه علىٰ أن لا يغمسوا أحداً من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة، وعلى أن يسقط الجزية من رءوسهم[1] اهـ. ففي كل أربعين شاة لهم شاتان، ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين[2] ففيها أربع شياه، وعلى هذا في البقر والإبل. ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أو لا؟ فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبيّ، فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. قال الكرخي: وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعي لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية، فإذا صالحوهم على مال جعل واقعاً موقع المستحق، يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم. وقال أصحابنا: هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصلح وقع على ذلك، ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطي جالساً إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه **(والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية)** والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبيّ والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجود الزكاة عليهم عندنا، بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم.

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة، لأن لهم أحكاماً مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى، وكلامه واضح. والأصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج بإسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر: يا أمير المؤمنين إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم بإزاء العدو، فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة، فإن رأيت أن تعطيهم شيئاً فافعل، قال: فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحداً من أولادهم في النصرانية، وتضاعف عليهم الصدقة، وعلى أن تسقط الجزية عن رءوسهم، فكان نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين، فإذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم، وعلى هذا الحساب تؤخذ

فصل ونصارى بني تغلب

قال المصنف: **(يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين)** أقول: أي من أموال المسلمين على تقدير المضاف، والظاهر أنه لا حاجة إلى ذلك لاستقامة الكلام بدونه. قال المصنف: **(لأن عمر صالحهم الخ)** أقول: فإن قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى ﴿حتى

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/٢١٦ وابن أبي شيبة في مصنفه وأبو عبيد في كتاب الأموال صفحة ٥٤ و ٢٨ كما في نصب الراية ٢/٣٦٢ كلهم عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر فذكره.

(٢) قوله: (مائة وعشرين) صوب العلامة البحراوي نقلاً عن النهر مائة وأحد وعشرين اهـ. كتبه مصححه.

المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف. وقال زفر رحمه الله: لا يؤخذ من نسائهم أيضاً، وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر: هذه جزية فسموها ما شئتم، ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان. ولنا أنه مال وجب به الصلح، والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح

وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة. أما الأول فلأنه حقيقة الجزية. وأما الثاني فلأن ما وقع عليه الصلح لا يغير، وهذه الجزية التي وجبت بالصلح. وقد علمت أن الجزية قسمان: قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيفما وقع، والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدىء الإمام وضعها شاءوا أو أبوا على ما تقدم قوله: **(ويوضع على مولى التغلبي)** أي معتقه **(الخراج: أي الجزية وخراج الأرض، وقال زفر: يضاعف)** عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه **(لقوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»[1])** هذا الحديث استدللنا به في الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة، فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي، وجميع الأحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الكتاب **(ولنا أن هذا)** أي وضع الصدقة المضاعفة **(تخفيف)** إذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشقاقهم ما سواه **(والمولى لا يلحق بالأصل فيه)** أي في التخفيف، ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف، ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف الثابت بالإسلام فلأن لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى **(بخلاف حرمة الصدقات)** على الهاشمي لأنه ليس تخفيفاً بل تحريم **(والحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي به)** وينقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد إليه فقال **(لا يلزم لأن الغني من أهل الصدقة)** في الجملة، ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها **(وإنما الغني مانع)** من الإسقاط عن المعطى له شرعاً تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص

صدقاتهم، وكذلك الإبل والبقر إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين، ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين. وقوله: **(والمرأة من أهل وجوب مثله)** أي مثل مال وجب بالصلح. وقوله: **(ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها)** أي فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والإعطاء قائماً والقابض قاعد وأخذ التلبيب على ما مر. قوله: **(ويوضع على مولى التغلبي الخراج: أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي)** أي لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وإن لم يؤخذ من التغلبي قوله: **(ولنا أن هذا)** أي أخذ مضاعف الزكاة **(تخفيف)** يعني لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية **(والمولى لا يلحق بالأصل فيه)** أي في التخفيف **(ولهذا)** أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف **(توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً)** ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها. فإن قيل: حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله

يعطوا الجزية﴾ الخ، قلنا: ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مرت في باب الموادعة قال المصنف: **(ولنا أنه مال وجب بالصلح)** أقول: ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر، وتأمل أنت فيه قال المصنف: **(والمرأة من أهل وجوب مثله)** أقول: لعل لفظ مثل مقحم قوله: **(فإن قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ إلخ)** أقول: فيه بحث، فإن الإثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه، بل ثبوته بها، فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى. والقول بأن المراد إظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام. ثم إن المولى إنما لا يلحق بالأصل في التخفيف إذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه، وليس مولى الهاشمي كذلك. والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جواباً عما ذكره الشارح قوله: **(وقوله في حقه: أي فيما هو حق مولاه)** أقول: الأظهر أن يقال: أي في حق حرمة الصدقة، وأمر التذكير والتأنيث سهل، فإن الحرمة في تأويل أن يحرم أو الحرمان.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الزكاة وهو صحيح.

المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية؛ ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها **(ويوضع على مولى التغلبي الخراج)** أي الجزية **(وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي)** وقال زفر: يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام «إن مولى القوم منهم»؛ ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة. ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه، ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة، لأن الغنى من أهلها، وإنما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى؛ أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه. قال: **(وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل**

السيد **(أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لشرفه وكرامته)** لاتساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملاً **(فألحق به مولاه)** لأن التكريم أن لا ينسب إليه تلك الأوساخ بنسبة. فإن قلت: هذا تقديم للمعنى على النص، وهو قوله ﷺ «مولى القوم منهم»[١]. أجيب بأن الحديث غير مجرى على عمومه بالإجماع. فإن مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والإمامة فكان عاماً مخصوصاً بالنسبة إلى الكفاءة والإمامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه أيضاً، وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف إلى المولى الأسفل بدليل التخفيف بالإسلام لم يتعد إلى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الأسفل تنتسب إلى مولاه ووجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوماً لأحكامهم لأنه ليس منهم حقيقة، وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ما روي: أنه ﷺ استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد، وإن مولى القوم منهم»[٢] فإذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة. وأما الجواب بأن قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء بل قوله مروي عن الشعبي قوله: **(وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب، وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسدّ الثغور)** وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الإسلام **(وبناء القناطر والجسور)** وهي ما توضع وترفع فوق الماء ليمر عليه، بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع **(ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم، وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم)** فإنه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا **(لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال)** وما كان كذلك فهو مال بيت المال، بخلاف الحاصل بسبب القتال فإنه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال، وإذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم، وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضاً للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم، بخلاف المذكور هنا لأنه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين

بخلاف حرمة الصدقة الخ. وقوله: **(في حقه)** أي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة. فإن قيل: ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة. أجاب بقوله **(لأن الغني من أهلها)** أي من أهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له إذا كان عاملاً **(وإنما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى، وأما الهاشمي فليس بأهل لها أصلاً لأنه صين لشرفه. وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه)** ويجوز أن يقال: حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم، وفي إلحاق المولى بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه، وفي إلحاق مولاه به لا يزداد غنى، ولم

قوله: **(لا يزداد غنى)** أقول: فيه بحث، فإنه لو ازداد غنى لا يفيد أيضاً، إذ لا تعلق له بالإلحاق، والجواب منع ذلك فإن الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل قوله: **(فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ)** أقول: فإن قيل: النبي عليه الصلاة والسلام

---

(١) تقدم في كتاب الزكاة باب مصارف الزكاة.
(٢) تقدم في كتاب الزكاة باب مصارف الزكاة.

الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور، ويعطي قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم، ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معدّ لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلا يتفرّغون للقتال **(ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء)** لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت، وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي، والله أعلم.

قوله: **(ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين، ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض)** فلا يورث **(ويسقط بالموت)** وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة، والحق الضعيف لا يجري فيه الإرث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث، بخلاف ما إذا تأكد سهمه بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإنه يورث على ما أسلفناه، وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بأنه إذا مات آخرها يعطي ورثته، وقالوا: لا يجب أيضاً ولكن يستحب لأنه أوفى عناءه: أي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب أن يعطي. وعلل شمس الأئمة عدم وجوب إعطائه بعد ما تمت السنة أيضاً بما ذكرنا في نصفها، فأفاد أنه لم يتأكد الحق بعد ما تمت السنة أيضاً معولاً على أنه صلة فلا يملك قبل القبض، وهذا يقتضي قصر الإرث على حقيقة الملك. والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لأن حقه تأكد بإتمام عمله في السنة كما قلنا إنه يورث سهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ وإن لم يثبت له ملك. وقول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضي أن يعطي حصته من العام. ثم قيل: رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة، ولو أخذ في أوّلها ثم مات أو عزل قبل مضيها، قيل يجب رد ما بقي، وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب، وقال محمد: أحبّ إلي رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوّجها فمات قبل التزوّج لعدم حصول المقصود. وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة، ذكره في جامعي قاضيخان والتمرتاشي. والعطاء: هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم، وهو كالجامكية في عرفنا إلا أنها شهرية والعطاء سنوي.

يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومه، فإن مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالإجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لأنه من لوازمه، فإن الرجل إذا كان من القوم يقوم بنصرتهم. وقال شمس الأئمة السرخسي: القياس في الكل سواء، وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم، وهو ما روي: «أن أبا رافع سأل رسول الله ﷺ: أتحل له الصدقة؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم» والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه، وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لأن ذلك كان لإظهار فضيلة قرابة رسول الله ﷺ في إلحاقهم مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء. وقوله: **(وما جباه الإمام)** أي جمعه، والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان، والقنطرة مالا يرفع، والجسر ما يرفع. قوله: **(وهؤلاء عملتهم)** أي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل قوله: **(فلا شيء له من العطاء)** العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس، وفي الابتداء كان يعطي كل من كان له ضرب مزية في الإسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار، وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لأنه صلة فلا يملك قبل القبض وإنما وضع المسئلة في نصف السنة، لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبة لأنه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الوفاء.

مبعوث لبيان الأحكام. قلنا: ما نحن فيه أيضاً كذلك، حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق، فإن العقل باعتبار النصرة قوله: **(إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم، وهو ما روي أن أبا رافع رضي الله عنه الخ)** أقول: الأظهر أن يقال على ما روي أو نحوه، ثم أقول: فيه بحث، لأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، إلا أن يمنع العموم مستنداً بأنه مجمل فليتأمل.

باب أحكام المرتدين

قال: **(وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة كشفت عنه)** لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح، وفيه دفع شرّه بأحسن الأمرين، إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته.
قال: **(ويحبس ثلاثة أيام، فإن أسلم وإلا قتل. وفي الجامع الصغير: المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل)**

باب أحكام المرتدين

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارىء. والمرتد: هو الراجع عن دين الإسلام. قوله: **(وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة)** أبداها **(كشفت عنه لأنه عساه اعترته)** أي عرضت له **(شبهة فتزاح عنه، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين)** وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام. ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال: **(إلا أن العرض على ما قالوا)** أي المشايخ **(غير واجب)** بل مستحب **(لأن الدعوة قد بلغته)** وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة قوله: **(ويحبس ثلاثة أيام، فإن أسلم)** فيها **(وإلا قتل)** وهذا اللفظ أيضاً من القدوري يوجب وجوب الإنظار ثلاثة أيام على ما عرف من الأخبار في مثله، فذكر عبارة الجامع وهو قوله: **(وفي الجامع الصغير: المرتدّ يعرض عليه الإسلام، فإن أبى قتل)** أي مكانه فإنه يفيد أن إنظاره الأيام الثلاثة ليس واجباً ولا مستحباً، وإنما تعينت الثلاثة **(لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار)** بدليل حديث حبان بن منقذ «في الخيار ثلاثة أيام»[١] ضربت للتأمل لدفع الغبن، وقصة موسى ﷺ مع العبد الصالح **﴿إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني﴾** وهي الثالثة إلى قوله: **﴿قد بلغت من لدني عذراً﴾** [الكهف ٧٦] وعن عمر رضي الله عنه أن رجلاً أتاه من قبل أبي موسى فقال له: هل من مغربة خبر؟ فقال نعم. رجل ارتدّ عن الإسلام فقتلناه، فقال له: هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفاً لعله يتوب، ثم قال: اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم أرض[٢]. أخرجه مالك في الموطإ، لكن ظاهر تبري عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب. ثم قال المصنف: **(تأويل الأول)** وهو قول القدوري الدال على وجوب إمهال الأيام الثلاثة **(أن يستمهل فيمهل)** وظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال إذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام، لأن الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا إزالة تلك الشبهة، أو أنه يحتاج إلى التفكير ليتبين له الحق

باب أحكام المرتدين

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي ذكر في هذا الباب أحكام الكفر الطارىء إنما هو بعد وجود الأصلي وكلامه واضح. وقوله: **(إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب)** ظاهر المذهب. قال في الإيضاح: ويستحب عرض الإسلام على المرتدين، هكذا روي عن عمر لأن رجاء العود إلى الإسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة. وقوله: **(وتأويل الأول)** يعني به قوله ويحبس ثلاثة أيام **(أنه يستمهل)** أي يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام، وأما إذا لم يطلب فالظاهر من حاله أنه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله، إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة. فإن قيل: تقدير المدة هاهنا

باب أحكام المرتدين

قال المصنف: **(إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب)** أقول: قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب القدر قوله: **(إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة)** أقول: تعليل لقوله يستحب أن يستتاب قوله: **(أجيب بأن هذا الخ)** أقول: فيه تأمل فإن المهلة

---

(١) يأتي في كتاب البيوع باب خيار الشرط.
(٢) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٣٧ والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/ ٤٦٠ كلاهما عن محمد بن محمد عبد القاري عن أبيه عن عمر موقوفاً.

وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحبّ أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب. وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة. ولنا قوله تعالى ﴿**فاقتلوا المشركين**﴾ من غير قيد الإمهال، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام «من بدّل دينه فاقتلوه» ولأنه كافر حربيّ بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال، وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم، ولا فرق بين الحرّ والعبد لإطلاق الدلائل. وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لا دين له، ولو تبرأ عما

فلا بد من المهلة، وإذا استمهل كان على الإمام أن يمهله، ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كما في الخيار، ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب: تأويله أنه لعله طلب التأجيل **(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب. وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام، ولا يحل قتله قبلها لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام)** لما ذكرنا. والصحيح من قول الشافعي أنه إن تاب في الحال وإلا قتل لحديث معاذ رضي الله عنه[1]، وقوله ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه»[2] من غير تقييد بإنظار وهو اختيار ابن المنذر، وهذا إن أريد به عدم وجوب الإنظار فكمذهبنا والاستدلال مشترك، ومن الأدلة أيضاً قوله تعالى ﴿**فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**﴾ [التوبة ٥] وهذا كافر حربي، وإن كان أريد به نفي استحباب الإمهال فنقول هذه الأوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التأخير على ما عرف، ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه. وقول المصنف: **(وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم)** ليس بجيد إذ يقتضي كراهة الإمهال ثلاثة أيام، وهو يخالف المذهب ويخالف ما ذكرنا من أن الأمر المطلق لا يقتضي الفور إلا إذا خيف الفوات. فإن قيل: لا نسلم أن الأوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله «فاقتلوه» لأنها تفيد الوصل والتعقيب، قلنا: تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب. فإن قيل: فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لا يتأخر عن العلة. قلنا: المعلول وهو الحكم الشرعي وهو إيجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهي كفره، وأما إيجاب الامتثال على الفور فشيء آخر **(ولا فرق)** في وجوب قتل المرتد **(بين كون المرتد حرّاً أو عبداً)** وإن كان يتضمن قتله إبطال حق المولى بالإجماع **(وإطلاق الدلائل)** التي ذكرناها **(وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام لأنه لا دين له)** قيل هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين غير دين الإسلام. قيل لكن هذا

بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لأنه من المقادير. أجيب بأن هذا من قبيل إثبات الحكم بدلالة النص، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه، لأن التقدير بثلاثة أيام هناك إنما كان للتأمل، والتقدير بها ها هنا أيضاً للتأمل. وقوله: **(ولأنه كافر حربي)** بيانه أنه كافر لا محالة وليس بمستأمن لأنه لم يطلب الأمان ولا ذمي لأنه لم تقبل منه الجزية فكان حربياً. وقوله: **(لإطلاق الدلائل)** يعني قوله تعالى ﴿**فاقتلوا المشركين**﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «من بدّل دينه فاقتلوه» **(وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها)** يعني بعد الإتيان بالشهادتين **(وأما المرتدة فلا تقبل)** فإن قتلها رجل لم

في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود في المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام قال المصنف: **(وهذا لأنه لا يجوز إلخ)** أقول: بخلاف ما إذا استمهل فإن الإسلام حينئذ لا يكون موهوماً، فإن الاستمهال للتأمل ودلائل الإسلام ظاهرة، ولكن بقي

---

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/٢٦٣ من حديث معاذ «أن رسول الله ﷺ قال له حين أرسله إلى اليمن: أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه، فإن تاب فاقبل منه، وإن لم يتب فاضرب عنقه، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن تابت فاقبل منها، وإن أبت فاستتبها» وفيه راوٍ مبهم.

قال الهيثمي: وفيه راو لم يسمّ قال مكحول عن ابن لأبي طلحة اليعمري وبقية رجاله ثقات.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٧، ٦٩٢٢ وأبو داود ٤٣٥١ والترمذي ١٤٥٨ والنسائي ٧/١٠٤ وابن ماجه ٢٥٣٥ وأبو يعلى ٢٥٣٢، ٢٥٣٣ والبغوي ٢٥٦١ والشافعي ٣٢٠ والبيهقي ٨/١٩٥ وأحمد ١/٢١٧، ٢٨٢.

انتقل إليه كفاه لحصول المقصود. قال: **(فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره، ولا شيء على القاتل)** ومعنى

بعد أن يأتي بالشهادتين. والإقرار بالبعث والنشور مستحب، وبه قالت الأئمة الثلاثة **(ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود)** وفي شرح الطحاوي: سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم؟ فقال: يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، ويقرّ بما جاء به من عند الله، ويتبرأ من الدين الذي انتحله، وإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وقال: ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه: أي من الدين الذي ارتدّ إليه فهي توبة انتهى. وقوله قط يريد به معنى أبداً، لأن قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل. وفي شرح الطحاوي: إسلام النصراني أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، ويتبرأ من النصرانية، واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية، وكذا في كل ملة. وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلماً لأنهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة إلى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الإسلام به، هذا فيمن بين أظهرنا منهم. وأما من دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم، أو قال دخلت في دين الإسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل إسلامه، فكيف إذا أتى بالشهادتين لأن في ذلك الوقت ضيقاً. وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه، ولو ارتد بعد إسلامه ثانياً قبلنا توبته أيضاً وكذا ثالثاً ورابعاً، إلا أن الكرخي قال: فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يتب في الحال ولا يؤجل، فإن تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبداً ما دام يرجع إلى الإسلام قال الكرخي: هذا قول أصحابنا جميعاً أن المرتد يستتاب أبداً، وما ذكر الكرخي مروى في النوادر قال: إذا تكرر ذلك منه يضرب ضرباً مبرحاً ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى. وذلك لإطلاق قوله تعالى **﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾** [التوبة ٥] وعن ابن عمر وعليّ رضي الله عنهم: لا تقبل توبة من كرّر ردته كالزنديق، وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى **﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم﴾** [النساء ١٣٧] الآية. قلنا: رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى **﴿ثم ازدادوا كفراً﴾** وفي الدراية قال: في الزنديق لنا روايتان: في رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد، وفي رواية تقبل كقول الشافعي، وهذا في حق أحكام الدنيا، أما فيما بينه وبين الله جلّ ذكره إذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف، وما عن أبي يوسف: لو فعل ذلك مراراً يقتل غيلة، فسره بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف وقتل

يضمن شيئاً حرة كانت أو أمة. قال في النهاية: كذا في المبسوط. وقوله: **(لما روينا)** إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام

هاهنا بحث من وجهين: أما أولاً فلأن هذا التعليل يقتضي كراهية الإمهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب. وأما ثانياً فلأن الأمر لا يدل على الفور إلا إذا خيف الفوات، إلا أن يقال الفور يفهم من الفاء في «فاقتلوه». قال المصنف: **(وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام)** أقول: قال الكاكي: وفي المنية هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين سوى دين الإسلام، والإقرار بالبعث والنشور مستحب اهـ. قال الإتقاني: نقل الناطقي في الأجناس عن كتاب الارتداد للحسن: فإن تاب المرتد وعاد إلى الإسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات، وفي كل مرة طلب من الإمام التأجيل أجله الإمام ثلاثة أيام، فإن عاد إلى الكفر رابعاً ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله، فإن أسلم وإلا قتل. وقال الكرخي في مختصره: فإن رجع أيضاً عن الإسلام فأتى به إلى الإمام بعد ثلاثة استتابه أيضاً. فإن لم يتب قتله ولا يؤجله فإن هو تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص، فإذا فعل ذلك خلى سبيله، فإن عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبداً ما دام يرجع إلى الإسلام، ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم. وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعاً أن المرتد يستتاب أبداً اهـ. وفي معراج الدراية: وفي الزنديق لنا روايتان: في رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد. وفي رواية تقبل كقول الشافعي اهـ.

الكراهية هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب **(وأما المرتدة فلا تقتل)** وقال الشافعي تقتل لما روينا، ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها. ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل

الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله: **(فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه)** أو قطع عضواً منه **(كره ذلك، ولا شيء على القاتل)** والقاطع **(لأن الكفر مبيح)** وكل جناية على المرتد هدر **(ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب)** فهي كراهة تنزيه، وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم. وفي شرح الطحاوي: إذا فعل ذلك: أي القتل أو القطع بغير إذن الإمام أدب قوله: **(وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس أبداً حتى تسلم أو تموت)** ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لأحد، حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط، ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا ظاهر الرواية **(ويروى)** عن أبي حنيفة أنها **(تضرب في كل أيام)** وقدرها بعضهم بثلاثة، وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطاً إلى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة، وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه، ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود: إنه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلاً وهو غير المستحق، ثم الأمة تدفع إلى مولاها فيجعل حبسها ببيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح، ويتولى هو جبرها، قال المصنف: **(جمعاً بين الحقين)** يعني حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فإنه لا منافاة، بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه إليه لأنه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه، ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الإسلام، فإن لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق إذا سبيت. وعن أبي حنيفة في النوادر: تسترق في دار الإسلام أيضاً. قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسماً لقصدها السيىء بالردة من إثبات الفرقة، وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام أو يهبها الإمام له إذا كان مصرفاً لأنها صارت بالردة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة، وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل: وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام. وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة رداً عليها، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج، وتضرب خمسة وسبعين سوطاً، واختاره قاضيخان للفتوى، وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة، واقتصر المصنف على خلاف الشافعي. قال: **(لما روينا)** من قوله ﷺ «من بدّل دينه فاقتلوه»[1] وهو حديث في صحيح البخاري وغيره. قال: **(ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنها جناية متغلظة)** هي جناية الكفر **(وجناية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها)** وهو القتل **(ولنا أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء)**[2] كما مر في الحديث الصحيح. وهذا مطلق يعم الكافرة أصلياً وعارضاً، وثبت تعليله ﷺ بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصاً لعموم ما رواه بعد أن عمومه مخصص بمن بدّل دينه من

«من بدّل دينه فاقتلوه» وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾** **(ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنها جناية متغلظة)** وكل ما هو جناية متغلظة **(يناط بها عقوبة متغلظة، وردّة المرأة تشارك ردّة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها)** لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة، وفيه نظر لأنه إثبات ما يدرأ بالشبهات بالرأي **(ولنا أنه ﷺ نهى عن قتل النساء)** ولأن القتل جزاء الكفر **(والأصل في الأجزية تأخيرها إلى دار الجزاء وهي الآخرة لأن تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء)** الذي هو من الله تعالى إظهار علمه لأن الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه فصار في المعنى كالمجبورين وفيه إخلال بالابتلاء **(وإنما عدل عنه)** أي عن هذا الأصل إلى تعجيل

---

(١) تقدم تخريجه في الذي قبله.

(٢) تقدم في كتاب السير وهو صحيح.

النساء، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عنه **(دفعاً لشرّ ناجز وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية، بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية)**. قال: **(ولكن تحبس حتى تسلم)** لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد **(وفي الجامع الصغير: وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة. والأمة يجبرها مولاها)** أما الجبر فلما

الكفر إلى الإسلام، وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان، وهو أن الأصل في الأجزية بأن تتأخر إلى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فإنها الموضوعة للأجزية على الأعمال الموضوعة هذه الدار لها، فهذه دار أعمال وتلك دار جزائها، وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو إلا لمصالح تعود إلينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والأعراض والعقول والأنساب والأموال، فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شرّ حرابه لا جزاء على فعل الكفر، لأن جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى، فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل، ولهذا نهى النبي ﷺ عن قتل النساء، وعلله بأنها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم، ولهذا قلنا: لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا لردتها بل لأنها حينئذ تسعى في الأرض بالفساد، وإنما حبست **(لأنها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرّت به فتحبس كما في حقوق العباد)** قد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام، ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه. وفي بلاغات محمد قال: بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا ارتدت المرأة عن الإسلام حبست. وأما ما روى الدارقطني عن جابر «أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر النبي ﷺ أن يعرض عليها الإسلام فإن رجعت وإلا قتلت»[(١)] فمضعف بمعمر بن بكار. وأخرجه أيضاً من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة، وزاد: فعرض عليها الإسلام فأبت أن تسلم فقتلت»[(٢)] وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة. قال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به بحال. وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف: إنه متروك، ورواه ابن عدي في الكامل وقال: عبد الله بن عطارد بن أذينة منكر الحديث. وروي حديث آخر عن عائشة «ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت»[(٣)] وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه إنه يضع الحديث مع أنها معارضة بأحاديث أخر مثلها، وأمثل منها ما

بعضها **(دفعاً لشرّ ناجز وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك من النساء)** لأن بنيتهنّ غير صالحة لذلك **(بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية)** والكافرة الأصلية لا تقتل فكذا المرتدة. وما قيل رسول الله ﷺ قتل مرتدة فقد قيل إنه عليه الصلاة والسلام

قال المصنف: **(ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ)** أقول: لكنه مخصوص، فإنها إذا قتلت نفساً بحديدة عمداً تقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي قوله: **(لأن تعجيلها يخل، إلى قوله: لأن الناس الخ)** أقول: تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ قوله: **(خوفاً من لحوقه)** أقول أي لحوق الجزاء في الدنيا قال المصنف: **(وإنما عدل عنه الخ)** أقول: قال ابن همام: لا جزاء على فعل الكفر، فإن جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اهـ. فيه كلام لأنه يأباه ظاهر قوله وإنما عدل عنه.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/١١٨، ١١٩ والبيهقي ٨/٢٠٣ كلاهما من حديث جابر وإسناده ضعيف.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٥٩: قال العقيلي: ومعمر بن بكار في حديثه وهم.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/١١٩ والبيهقي ٨/٢٠٣ وابن عدي في الكامل ٤/٢١٤ كلهم من حديث جابر وفي إسناده عبد الله بن عطارد بن أذينة.

قال ابن عدي في الكامل: منكر الحديث ولا أعلم أحداً يرويه غيره.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٥٨: جرحه ابن حبان وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف: متروك.

(٣) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٣/١١٨ وأشار إليه البيهقي ٨/٢٠٣ كلاهما من حديث عائشة.

قال البيهقي: وروي من وجه ضعيف عن عائشة وهذا مذهب الزهري صحيح عنه اهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٥٨: ومحمد بن عبد الملك قال أحمد، وغيره فيه: يضع الحديث.

ذكرنا، ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين، ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام. **قال: (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعي، فإن أسلم عادت على حالها، قالوا: هذا عند أبي حنيفة،**

أخرجه الدارقطني عن أبي رزين عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «لا تقتل المرأة إذا ارتدت»[١] وفيه عبد الله بن عبسي الجزري، قال الدارقطني: كذّاب يضع الحديث. وأخرج ابن عدّي في الكامل عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن امرأة على عهد رسول الله ﷺ ارتدت فلم يقتلها»[٢] وضعفه بحفص بن سليمان. قال ابن عدّي: عامة ما يرويه غير محفوظ. وأخرج الطبراني في معجمه: حدثنا الحسن بن إسحاق التستري، حدثنا هرز بن معلى، حدثنا محمد ابن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن طلحة اليعمري عن أبي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ قال له حين بعثه إلى اليمن «أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه، فإن تاب فاقبل منه، وإن لم يتب فاضرب عنقه. وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن تابت فاقبل منها، وإن أبت فاستتبها»[٣] وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما، فما أسند الدارقطني عن ابن معين أنه قال: كان الثوري يعيب على أبي حنيفة حديثاً كان يرويه عن عاصم عن أبي رزين لم يروه أحد غير أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطني عن أبي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفراد أبي حنيفة الذي ادعاه الثوري. وروى عبد الرزاق عن عمر «أنه أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع في أهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير أهل دينها» وأخرج الدارقطني عن عليّ رضي الله عنه: «المرتدة تستتاب ولا تقتل»[٤] وضعف بخلاس قوله: **(ويزول ملك المرتد عن أملاكه زوالاً مراعى)** أي موقوفاً غير باتّ في الحال **(فإن أسلم عادت أمواله على حالها)** الأوّل **(وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم)** الحاكم **(بلحاقه استقر أمره فعمل السبب)** وهو كونه كافراً حربياً **(عمله)** مستنداً إلى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الإجازة مستنداً إلى وقت البيع، وجعله كخيار المجلس عند الشافعي يقتضي أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعاً كالرجوع في الهبة، وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا معنى للزوال المراعي والموقوف، لأنه إما أن يزول أو لا فأجاب بأنه

لم يقتلها بمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله ﷺ وكان لها ثلاثون ابناً وهي تحرضهم على قتال رسول الله ﷺ فأمر بقتلها. والجواب عما روى أنه ليس بمجرى على ظاهره لأن التبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى. وقوله: **(ولكن تحبس)** ظاهر. وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة. وقوله: **(والأمة يجبرها مولاها)** قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا ارتدت الأمة واحتاج المولى إلى خدمتها دفعت إليه وأمره القاضي أن يجبرها على الإسلام. قال المصنف: **(أما الجبر فلما ذكرنا)** يعني أنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار **(ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين)** أي الجبر والاستخدام، ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى إلى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير، وشرطها في رواية. قال فخر الإسلام رحمه الله: والصحيح أنها تدفع إلى المولى احتاج إليها أو استغنى. وقال: وكذلك لا يشترط طلب المولى. فإن قيل: للمولى حق الاستخدام في العبد والأمة جميعاً فكيف دفعت إليه الأمة دون العبد؟ أجيب بأن العبد إذا أبى قتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى قال: **(ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعى)** أي موقوفاً إلى أن يتبين حاله، **(فإن أسلم عادت على حالها، قالوا)** أي المشايخ **(هذا**

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٣/١١٧، ١١٨ والبيهقي ٨/٢٠٣ كلاهما من حديث ابن عباس، وفي إسناده عبد الله بن عيسى.
قال الدارقطني: هذا كذاب يضع الحديث على عفان وغيره.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٢/٣٨٣ من حديث أبي هريرة وفي إسناده حفص بن سليمان قال ابن عبدي: ضعفه أحمد، والنسائي، وابن معين. دعامة ما يرويه غير محفوظ.

(٣) تقدم تخريجه قبل سبعة أحاديث.

(٤) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/٢٠٠ عن علي موقوفاً وقال: خلاس عن علي لا يحتج به لضعفه.

وعندهما لا يزول ملكه) لأنه مكلف محتاج، فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص. وله أنه حربيّ مقهور تحت أيدينا حتى يقتل، ولا قتل إلا بالحراب، وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته، غير أنه مدعوّ إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه فوقفنا في أمره، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه. قال: **(وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته**

يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعاً، وإلا لم يستند إلى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع **(قالوا)** أي المشايخ **(هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه)** والأصح من قول الشافعي مثل قوله، وبه قال مالك وأحمد في رواية وقولهما قول آخر للشافعي. وجهه **(أنه مكلف محتاج)** ولا يتمكن من إقامة التكليف إلا بماله، وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه، فإن لم يقتل يبقى ملكه وصار **(كالمحكوم عليه بالرحم والقصاص)** لا يزول ملكه ما لم يقتل **(ولأبي حنيفة أنه كافر حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل)** والملك عبارة عن القدرة ولاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة، وكونه حربياً **(يوجب زوال ملكه ومالكيته)** ومقتضى هذا أن يزول في الحال على البتات **(إلا أنه مدعوّ إلى الإسلام ويرجى عوده إليه)** لأنه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به، نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنه وكرمه، فالغالب على الظن عوده إلى الإسلام **(فتوقفنا في أمره، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم)** وهو زوال الملك **(وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب)** عمله، وإن ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده، ولا يخفى أن الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة، فإن الحربي يملك غير أن مملوكه لا عصمة له، فإذا استولى عليه زال ملكه، فكون المرتد حربياً قصاري ما يقتضي زوال عصمة ماله ونفسه تبعاً، وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستنداً، ولهذا زاد قوله مقهوراً تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه. واعلم أنّ حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالاً باتاً، فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكماً باللحاق استمر بالزوال الثابت من وقت الردة، وإن عاد عاد الملك وهما هرباً من الحكم بالزوال لأن الساقط لا يعود، فيقول أبو حنيفة إن الردة لما اقتضت الزوال والإجماع على أنه إن عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول، ثم بالعود يعود شرعاً، هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه. قال الشيخ أبو نصر البغدادي: إن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال، وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث. وجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالاً، وأبو يوسف يمنعه ويقول: المرتد متمكن من دفع الهلاك بالإسلام والمريض غير قادر عليه قوله: **(وإن مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في**

عند أبي حنيفة، وعندهما لا يزول لأنه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك، فيبقى ملكه **(إلى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص)** والجامع أن كلاً منهم مكلف مباح الدم **(وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا)** بدليل أنه يقتل **(ولا قتل إلا بالحراب)** فكان القتل هاهنا مستلزماً للحراب لأن نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفاني، وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربياً **(وهذا)** أي كونه حربياً مقهوراً تحت أيدينا **(يوجب زوال ملكه ومالكيته)** لأن المقهورية أمارة المملوكية، فإذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته، وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال **(غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجوّ)** وذلك يوجب بقاء المالكية لأنه حيّ مكلف يحتاج إلى ما يتمكن به من أداء

قوله: **(وعندهما لا يزول لأنه الخ)** أقول: منقوض بملك المرقوق كما يشير إليه دليل أبي حنيفة قوله: **(والجامع أن كلاً منهم الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته)** أقول: قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيري قوله: **(يستلزم ارتفاع الملك الخ)** أقول: لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه، وإلا فظاهر أن الملك نفسه غير مرتفع.

المسلمين، وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً) وهذا عند أبي حنيفة **(وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما لورثته)** وقال الشافعي: كلاهما فيء لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر، ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً. ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باقٍ على ما بيناه فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم. ولأبي حنيفة أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة، ولا يمكن

حال ردته فيئاً) لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال **(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: كلا الكسبين لورثته. وقال الشافعي)** ومالك وأحمد **(كلاهما فيء لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر)** إجماعاً **(فبقي مال حربي لا أمان له)** لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب **(فيكون فيئاً. ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه)** من أنه مكلف محتاج إلى آخره **(فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم)** وهذا لا ينتهض على الشافعي إلا إذا بينا لمية الاستناد، وهو أن يقال: إن أخذ المسلمين له إذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعاً إلى ما قبيل ردته وإلا كان توريث الكافر من المسلم، ومحمل الحديث الكافر الأصلي الذي لم يسبق له إسلام. أو نقول: استحقاق المسلمين له بسبب الإسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة إلى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب قال تعالى ﴿**أو من كان مَيتاً فأحييناه**﴾ [الأنعام ١٢٢] **(ولأبي حنيفة)** ما قالاه في وجه التوريث إلا **(أنه إنما يمكن في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة)** وهي الموت فيستند الإرث إلى ما قبله، وقد قلت إن بمجرد ردته زال ملكه، فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكاً له ليمكن استناد التوريث فيه إلى قبيل موته الحكمي: أعني الردة لأنه إنما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول أملاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده، وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي باللحاق، وإذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكاً له، ثم إذا تحقق الموت وقلنا بوجوب إرثهم إياه والفرض أن له مالاً مملوكاً فلا بد من إرثهم له وإرثهم يستدعي استناده إلى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجوداً قبلها حكماً لوجود سببه وهو نفس المرتد وإن كان معدوماً حساً وقتئذ، والله أعلم قوله: **(ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة)** بأن كان حراً مسلماً **(وبقي كذلك إلى وقت موته)** أو لحاقه **(في رواية عن أبي حنيفة)** رواها عنه الحسن بن زياد، وهذا لاعتبار الاستناد في الإرث، فإن

ما كلف به، فبالنظر إلى الأول يزول ملكه، وبالنظر إلى الثاني لا يزول **(فتوقفنا في أمره)** وقلنا بزوال موقوف **(فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه)** لا يقال: إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع. لأنا نقول: ذلك مقتضاه إذا تساوى الجهتان وأفضى إلى الشك، وهاهنا ليس كذلك، فإن جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف، وإنما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازاً عن إحباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الإيمان، فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله. وقوله: **(وإن مات أو قتل على ردته)** أعادة لأنه لفظ القدوري رحمه الله، والأول كان لفظه ذكره شرحاً للكلام. وقوله: **(ثم هو مال حربيّ فيكون فيئاً)** يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج الخ. وقوله: **(ويستند)** يعني التوريث **(إلى ما قبيل ردته)** فيجعل كأنه اكتسبه في حال الإسلام فورثه ورثته منه من وقت

قوله: **(وقوله ويستند: يعني التوريث)** أقول: فيه بحث، فإن المرتد قبل ردته حي حقيقة وحكماً فكيف يستند إليه التوريث فإنه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل في جوابه، فالشرع جعل السبب هو الجزء المقدم على الردة من الزمان لئلا يلزم توريث المسلم من الكافر.

الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده، ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتباراً للاستناد. وعنه أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت. وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت لأن الحادث بعد انعقاد

المستند لا بد أن يثبت أولاً ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده، حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية **(وعنه أنه يرثه من كان وارثاً عند الردة)** فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة إلى الموت، وهذه رواية عن أبي يوسف عنه **(فلا يبطل استحقاقه)** أي استحقاق من كان وارثاً عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردته بعد ردة أبيه **(بل)** إذا مات أو ارتد **(يخلفه وارثه)** وهو وارث الوارث، وعلى هذه الرواية عوّل الكرخي لأن الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث **(وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت)** واللحاق وهي رواية محمد عنه. قال في المبسوط: وهذا أصح **(لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده)** ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقوداً عليه ويكون له حصة من الثمن إلا أنها غير مضمونة، حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع، فلو كان من بحيث يرثه كافراً أو عبداً يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه، وهو قول أبي يوسف ومحمد، إلا أن الكرخي حكى بينهما خلافاً في اللحاق، فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق، وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم. وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء. ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والأمان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدي الكتابة فإنه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة. وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأيوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء، بل في حكمه لانقطاع ولايتنا عنه وأحكامنا، فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد وذلك بالحكم به قوله: **(وترثه امرأته)** أي المرأة المسلمة **(إذا مات أو قتل)** أو لحق بدار الحرب **(وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت الردة)** وهذا لأن الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الإرث إذا مات وهي في العدة لأنه فار، ولو كان وقت الردة مريضاً فلا إشكال في إرثها. وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها أن يجعل بالردة كأنه طلقها، والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار، فالتحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو بإصراره على الكفر مختاراً في الإصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلاً أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار. وروى أبو

الإسلام **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد)** أي استناد التوريث **(في كسب الإسلام لوجوده)** أي لوجود الكسب **(قبل الردة، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها)** أي لعدم الكسب قبل الردة **(ومن شرطه وجوده)** قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم. لأنا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز **(ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة وبقي وارثاً إلى وقت موته)** حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه **(في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله)** وهي رواية الحسن عنه **(اعتبار للاستناد)** يعني أن الردة يثبت بها الإرث بعد وجود الأشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب، وإن لم يثبت قبل وجودها، فإذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلأجل هذا شرط أن يكون وارثاً إلى وجود أحدهما **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف **(أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته)** أي بموت الوارث **(بل يخلفه وراثه لأن الردة بمنزلة الموت)** في التوريث، ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد،

السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض، وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت الردة. والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء، بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي

يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة لأنها كانت وارثة عند ردته، وبه قال أبو يوسف، وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط، وهي رواية أبي يوسف وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة إلى الموت، أو على رواية اعتباره وقت موته فقط. هذا واشتراط قيام العدة يقتضي أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك، وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا إلى عدة فتصير أجنبية، ولما لم تكن الردة موتاً حقيقياً حتى أن المدخولة إنما تعتد فيها بالحيض لا الأشهر لم ينتهض سبباً للإرث إذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح، لأن الإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت، وبهذا أيضاً لا ترث المنقضية عدتها قوله: (**والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها**) إذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (**فلم يوجد سبب الفيء**) وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي إسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها (**بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله**) فإن كسبه في الردة فيء لكونه محارباً في الحال أو في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت أيدينا فلا يورث قوله: (**ويرثها زوجها المسلم إذا كانت ارتدت وهي مريضة**) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لأنها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها، بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فإنها بردتها هذه لم تبطل له حقاً متعلقاً بمالها، وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه، وردتها في صحتها كطلاقه في صحته. وبه لا يكون فاراً إذا عرض له موت وهي في العدة، بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فإن بردته في صحته ترث إذا عرض له موت، فلو جعلت ردته كطلاقه بائناً كان مطلقاً في صحته، وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار، فلذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب مرض موته ثم بإصراره جعل مطلقاً في مرضه فإذا مات ثبت حكم الفرار قوله: (**وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت**) ديونه المؤجلة. (**ونقل ما اكتسبه في دار الإسلام إلى ورثته المسلمين**) باتفاق علمائنا الثلاثة، وكذا ما اكتسبه في أيام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيماً في دار الإسلام، وأما ما أوصى به في حال إسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل

قيل وهو الأصح (**أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت**) يعني أحد الأمور الثلاثة سواء كان موجوداً وقت الردة أو حدث بعده (**لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض**) في أنه يصير معقوداً عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن. قال في النهاية: وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثاً وقت الردة وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فإنهما لا يرثان. وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الأول دون الثاني. وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول (**وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً**) لأنها سبب للهلاك كالمرض فأشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في العدة. فإن قيل: أبو حنيفة يسند التوريث إلى ما قبل الردة وذلك يستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن. أجيب بأن الموت الحقيقي سبب للإرث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها، وأما الردة فإنها جعلت موتاً حكماً ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة. وقوله: (**بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه**) فإن ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء عنده، وفرق بينهما بقوله لأنه لا حراب منها، ومعناه فلا تقتل إذ ذاك لما تقدم من

مريضة لقصدها إبطال حقه، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة، بخلاف المرتد. قال: **(وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين)**. وقال الشافعي: يبقى ماله موقوفاً كما كان لأنه نوع غيبة فأشبه

مطلقاً من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف. وذكر الولوالجي إن الإطلاق قوله وقولهما إن الوصية بغير القربة لا تبطل لأن لبقاء الوصية حكم الابتداء، وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح، وعند أبي حنيفة تتوقف فكذا هنا. قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية. وقال الطحاوي: لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه، وحمل إطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها. ووجه البطلان مطلقاً أن تنفيذ الوصية لحق الميت، ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لأن حق العتق ثبت للمدبر، وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفاً وقال: **(الشافعي)** ومالك وأحمد **(يبقى ماله موقوفاً)** ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر موته ثمة أو يعود مسلماً فيأخذه **(لأنه)** أي اللحاق **(نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام)** وهذا لأن الدار عندهم واحدة **(ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية إلزام أحكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى)** بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الإسلام، فإن أحكام الإسلام وولاية الزاماً ثابتة فيها فلا يلحق بذلك، وإذا صار اللحاق كالموت لا أنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقاً على القضاء بشيء من هذه الأحكام المذكورة في الصحيح، ولا أن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الأحكام المذكورة، ولكونها كالموت قلنا: إذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوّج بأختها قبل انقضاء عدتها، ولأنه لا عدة على الحربية من المسلم لأن في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له، ولو سبيت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود **(ثم المعتبر في كون الوارث وارثاً عند اللحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء إنما لزم لتقرره بقطع الاحتمال)** أي احتمال عوده: أي اللحاق لا يوجب أحكام الموت إلا إذا كان مستقراً وهو أمر غير

الملازمة، وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل. ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس، وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل، فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثاً لورثتها **(ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة)** والقياس أن لا يرثها لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهي في العدة، ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لأنها ليست في عدته ثم هاهنا لا عدة على الرجل فينبغي أن لا يرثها الزوج. ووجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله: **(لقصدها إبطال حقه)** وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت لأنها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لأنها لا تقتل، بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها قوله: **(وإن لحق بدار الحرب مرتداً)** إن لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه **(عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه، ونقل ما اكتسبه في حالة الإسلام إلى ورثته المسلمين)** عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه: **(يبقى ماله موقوفاً)** وهو أحد أقواله **(لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام)** والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جداً **(ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب حقيقة وحكماً)** أما حقيقة فلأنه بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم، وأما حكماً فلأنه لما أبطل إحرازه نفسه بدار الإسلام حين عاد إلى دار الحرب صار حرباً على المسلمين فأعطى

قال المصنف: **(ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت)** أقول: وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة. وأجيب بأن ردتها في حكم العدم وإسلامها باقٍ حكماً لأنها بعد الردة تجبر على الإسلام وتحبس، وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة، إلى هذا إشار في المبسوط. قوله: **(وهم كالميت في حق المسلمين، قال الله تعالى: ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾)** أقول: فيه بحث.

الغيبة في دار الإسلام. ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت، إلا أنه لا يستقرّ لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء، وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه في قول محمد لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال. وقال أبو يوسف: وقت القضاء لأنه يصير موتاً بالقضاء، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف **(وتقضي الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضي مما اكتسبه في حال ردته)** قال العبد الضعيف عصمه الله: هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام وإن لم يف بذلك يقضي من كسب الردة وعنه على عكسه. وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف، وحصول كل واحد من

معلوم فبالقضاء به يتقرر **(وعند أبي يوسف)** يعتبر كونه وارثاً **(وقت القضاء)** حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافراً أو عبداً ووقت القضاء مسلماً معتقاً ورث عند أبي يوسف لا عند محمد، وهذا **(لأنه)** أي اللحاق إنما **(يصير موتاً بالقضاء)** لأنه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء به، وبتقرره يصير موتاً والإرث يعتبر عند الموت، وقدمنا تمام وجهي القولين **(والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف)** في المرتد وعلى الأحكام التي ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها قوله: **(وتقضى ديونه التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وديونه التي لزمته في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته)** وعلى هذا فإن فضل من كسب الإسلام عن ديون الإسلام شيء ورثته الورثة وإلا لا يرثون شيئاً، ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يورث لأنه لا يورث كسب الردة. قال المصنف رحمه الله **(وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة)** قيل رواها زفر عنه، ولم ينسب الكرخي هذا إلى أبي حنيفة بل قال: وقال زفر والحسن: ما لحقه في حال الإسلام إلى آخره **(وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام)** فيقضي منه الدينان جميعاً، فإن وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئاً في هذه الصورة إلا أن يفضل عن كسب الإسلام شيء عن الدينين **(فإن لم يف كمل من كسب الردة)** وهذه رواية الحسن بن زياد عنه **(وعنه على عكسه)** وهو أن يقضي الدينان جميعاً من كسب الردة، فإن وفى بالديون ورثت الورثة كسب الإسلام كله، وإن لم يف كمل من كسب الإسلام وورثت الورثة ما فضل إن فضل شيء، وهذه رواية أبي

حكم أهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين، قال تعالى: ﴿**أو من كان ميتاً فأحييناه**﴾ ولأن ولاية الإلزام منقطعة عنهم **(كما هي منقطعة عن الموتى إلا أن لحاقه لا يستقرّ إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء، فإذا تقرر موته الحكمي تثبت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها)** يعني قوله عتق مدبروه الخ **(كما في الموت الحقيقي)** قوله: **(ثم يعتبر)** ظاهر. والضمير في لتقرره للحاق، وقيل للسبب وهما متقاربان قوله: **(هذا رواية عن أبي حنيفة)** هو رواية زفر رحمهما الله. وقوله: **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه **(أنه يبدأ بكسب الإسلام)** وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قوله: **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة أيضاً وهو رواية أبي يوسف عنه **(على عكسه)** وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة قوله: **(وجه الأول أن المستحق بالسببين)** أي المداينتين **(مختلف)** وتقريره أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدي من كسب واحد غير مختلف، فالمستحق بالسببين غير مؤدي من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقاً للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه إليه ليكون الغرم بإزاء الغنم وقوله: **(وجه الثاني)** تقريره أن كسب الإسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوراث فيه. ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين، وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر بأن لم يكن له كسب الإسلام. فإن قيل: لما لم يكن ملكه كيف يؤدي منه دينه؟ أجاب بقوله: **(كالذمي إذا مات ولا وارث له)** فلم يبق له ملك

قوله: **(وجب به المستحق وهو الدين الخ)** أقول: قوله وهو راجع إلى المستحق.

الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم. وجه الثاني أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه، ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورّث فيقدم بالدين عليه، أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه، كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين، ولو كان عليه دين يقضي منه كذلك هاهنا. وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه، فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الإسلام تقديماً لحقه. وقال أبو يوسف ومحمد: تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما، والله أعلم. قال: **(وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف، فإن أسلم صحت عقوده، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت)** وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ما صنع في الوجهين. أعلم أن تصرفات المرتد على

يوسف عنه **(وجه الأول)** وهو التفصيل **(أن المستحق بالسببين)** وهو دين الإسلام ودين الردة **(مختلف، وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب الذي به ليكون الغرم بالغنم. وجه الثاني)** وهو رواية الحسن **(أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه، ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث)** وهو مقدار ما عليه من الدين **(فيقدم الدين)** مطلقاً **(عليه أما كسب الردة فليس مملوكاً له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضي دينه منه، إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه)** فإن قيل: كيف يقضي منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين؟ أجاب فقال: لا بعد في هذا **(فإن الذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين)** ومع ذلك إن كان عليه دين يقضي منه أولاً وما فضل يكون للمسلمين **(فكذلك هاهنا)** قال في المبسوط: وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الإسلام **(وجه الثالث)** وهو رواية أبي يوسف **(أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه)** بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض، وإلا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول، غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاً له، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه وإذا كان خالص حقه **(كان قضاء دينه منه أولى، إلا إذا لم يف فحينئذ يقضي من كسب الإسلام تقديماً لحقه)** قال في المبسوط: وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين، فإذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله، فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة،

فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين، ومع ذلك لو كان عليه دين يقضي منه. وقوله: **(وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة)** تقريره: كسب الإسلام حق الورثة) وكسب الردة خالص حقه، وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضي دينه من كسب الإسلام تقديماً لحقه. وفيه بحث من أوجه: الأول ما قيل إن هذا يناقض قوله: أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة. والثاني أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع، فإن حقهم إنما يكون متعلقاً بالتركة بعد الفراغ عن حق المورّث. والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع، فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى. وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق هاهنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض، ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاً له، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له، وكذلك الذمي إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفاً. وعن الثاني بأن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت، لا بما زال من قبل، وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة، وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به. وعن الثالث بأن كسب الإسلام بعرضية أن يصير خالص حقه بالتوبة، فكان أحدهما خالص

قوله: **(أجاب بقوله كالذمي الخ)** أقول: فيه بحث لوضوح الفرق بينهما.

أقسام: نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية. وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له. وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم. ومختلف في توقفه وهو ما عددناه. لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك، ولا

ولو لم يكن له مال إلا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه وقال أبو يوسف ومحمد: **(تقضي ديونه من الكسبين لأنهما جميعاً ملكه عندهما)** حتى يجري فيهما الإرث قوله: **(وما باعه)** المرتد **(أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه إلى آخره)** قال المصنف رحمه الله: **(اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام: نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا إلى تمام الولاية)** في الطلاق، فإن الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله أقوى من الأب في جارية ابنه، ولذا تصح دعوى المولى ولد أمه مكاتبه وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه، حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للأب والمولى فيهما، والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فإنه لا ولاية له على نفسه. وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق. أجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق، وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة. وصرح في المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كما لو ارتدا معاً، ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تبني على حقيقة الملك **(وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنها تعتمد الملة ولا ملة له)** لأنه غير مقرّ على ما انتقل إليه من دين سماوي أو غيره، كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له، وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل، والمرتد لا يتحقق في نكاحه شيء من ذلك لأنه لا يقرّ حياً ومن هذا القسم إرثه، وأما الإرث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين **(وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لأنها تعتمد المساواة)** بين الشريكين **(ولا مساواة بين المسلم والمرتد)** فيتوقف عقد المفاوضة، فإن أسلم نفذت، وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عناناً عندهما، وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لأن في العنان وكالة وهي موقوفة عنده **(ومختلف في توقفه وهو ما عددناه)** من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون

حقه، والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الأولى أولى. هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه. وعندهما يقضي دينه من الكسبين جميعاً لأنهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما على ما تقدم من مذهبهما. قال: **(وما باعه أو اشتراه)** ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال: وهذا عند أبي حنيفة، وإنما قال كذلك لأن المسئلة من مسائل القدوري، وليس الخلاف فيه مذكوراً في هذا الموضع، وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح إلا ما نذكره، فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد بأحدهما الإسلام وبالثاني القتل والموت واللحاق. وقوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق؛ فقوله إلى حقيقة الملك: يعني في الاستيلاد، فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لأن حقه في ماله أقوى من حق الأب في جارية الابن واستيلاد الأب صحيح، فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج إلى حقيقة الملك، وإنما يكتفي فيه بحق الملك. وقوله: **(وتمام الولاية)** يعني في الطلاق فإنه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه. فإن قيل: الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد؟ أجيب بأن المرتد يقع طلاقه كما لو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقاً بائناً على ما عرف، على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معاً قوله: **(لأنه)** أي كل واحد من النكاح والذبيحة

قال المصنف: **(نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ)** أقول: في الكافي وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون اهـ. وعد الإمام التمرتاشي الحجر على المأذون من المختلف في توقفه قوله: **(وإن كان المراد بها الملة السماوية الخ)** أقول: وأيضاً المرتد إذا ارتد إلى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية، إلا أن يقال الشرع لم يجعلها له ملة حيث أجبر على العود إلى الإسلام.

خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً، وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل، ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته، إلا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام، إذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة.

والإجارة، والوصية عنده هي موقوفة إن أسلم نفذت وإن مات أو قتل أو لحق بطلت **(لهما أن الصحة)** للمعاملات التي ذكرناها **(تعتمد الأهلية)** لها **(والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً)** بالإيمان، وكذا قتله فرع كونه مكلفاً **(وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه)** يعني من قوله مكلف محتاج إلى آخره، ومما يوضح كون ملك المرتدة باقياً أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعداً ورثه، فلو كان ملكه زائلاً لم يرثه هذا الولد، ولو أن ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرثه، وإذا كان ملكه قائماً وأهليته نفذت تصرفاته عندهما **(إلا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح)** من جميع المال **(لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل)** فلا يكون كالمريض **(وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لأن من انتحل نحلة لا سيما)** إذا كان بها **(معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه)** فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت، إلا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الإسلام، بخلاف المريض **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك)** أي عودة لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه بردته ثم يعود بعوده إلى الإسلام من أنه حربيّ مقهور نفسه وماله تحت أيدينا **(وتوقف التصرفات بناء عليه)** فإن التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملاكاً لمن قامت به، وزوال أملاك مثلاً البيع يوجب أن يملك المبيع وأن يخرج من ملكه الثمن والإجارة كذلك، والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها في الحال، فإن أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف **(فصار)** المرتد **(كالحربي يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ)** أي يؤسر **(فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله)** حيث كان للإمام الخيار بين استرقاقه وقتله، فإن قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال **(فكذا المرتد)** وقوله: **(واستحقاق الخ)** جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عيناً خصوصاً فإنه لا يمكن له حالة غير القتل، بخلاف المرتد

(يعتمد الملة ولا ملة له) لأنه ترك ما كان عليه ولا يقرّ على ما دخل فيه لوجوب القتل. واستشكل بأن المراد بالملة إن كان الإسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبائحهم، وإن كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فإنهم ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة، وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم. وأجيب بأن المراد بالملة ما يتدينون به نكاحاً يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لأن ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل، والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الأغراض من النكاح، بخلاف المجوس وأهل الشرك فإنهم دانوا ديناً يقرون عليه قبل الإسلام وبعده إن لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة. وقوله: **(كالمفاوضة)** معناه أن المرتد إن فاوض مسلماً توقف، فإن أسلم نفذت المفاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق قوله: **(وهو ما عددناه)** يعني قوله وما باعه أو اشتراه الخ. وقوله: **(على ما قررناه)** إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج الخ. وقوله: **(ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر)** توضيح لوجود ملك المرتد: يعني فلو كان الملك زائلاً لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد. وقوله: **(ولو مات ولده بعد الردة)** يعني لو مات ولده المولود قبل الردة

قوله: **(وأجيب بأن المراد بالملة ما يتدينون به نكاحاً الخ)** أقول: قوله نكاحاً حال. ثم أقول: فيه تأمل، فإنه إذا أريد بالملة ذلك ينبني أن تحل ذبائح المجوس والمشركين وليس كذلك. قال في النهاية: فالحاصل أن حل الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي لمة لو ماتت عليها يرثها من كان عليها بذلك النكاح انتهى، فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنيي المشترك قال المصنف: **(والنفاذ الملك)** أقول: بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد، ولا يجوز النصب على المذهب المنصور لئلا

وعند محمد تصح كما تصح من المريض لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي إلى القتل ظاهراً، بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل. ولأبي حنيفة أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله، فكذا المرتد، واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللاً في الأهلية، بخلاف الزاني وقاتل العمد لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل **(فإن عاد**

فإن غيرها محتمل في حقه لاحتمال إسلامه، ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة. فأجاب بالفرق **(بأن استحقاق القتل في الفصلين)** أي الحربي والمرتد **(لبطلان العصمة)** بانتفاء سببها وهو الإسلام **(فأوجب خللاً في الأهلية، بخلاف الزاني والقاتل عمداً لأن استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية)** مع بقاء سبب العصمة وهو الإسلام فيبقى مالكاً حقيقة لبقاء عصمة ماله لقيام سببها، ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به، وإنما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة **(بخلاف المرتدة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل)** قال أبو اليسر: ما قالاه أحسن لأن المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقياً لا حكمياً، والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي، ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضى عليه بالرجم. وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول: إنما أوجب الاسترقاق ذلك في الأصل للقهر الكائن بسبب حرابته، وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لأن الرق يتصور معه ملك النكاح، بخلاف قهر المرتد قوله: **(وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه)** نقداً أو عرضاً **(أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه)** عنه بالموت المحكوم به **(وإذا عاد مسلماً)** فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة، ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة إذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوّج من ساعتها لأنها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الآن، قال تعالى **﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾** [الأنعام ١٢٢] فإذا حيي **(احتاج إليه فيقدم على الوارث)** وعلى هذا لو أحيا الله سبحانه وتعالى ميتاً حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته **(بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه)** سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه **(وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه)** لا يعودون في الرق **(لأن القضاء)** بعتقهم **(قد صح بدليل مصحح)** له وهو اللحاق مرتداً لأنه كالموت الحقيقي فنفذ، والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم: أعني المرتد الذي عاد مسلماً، هذا إذا جاء مسلماً بعد الحكم باللحاق، فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق **(فكأنه لم يزل مسلماً)** كأنه

بعدها قبل موت المرتد لا يرثه. فلو لم يكن ملكه قائماً بعد الردة لورثه هذا الولد لأنه كان حياً وقت ردة الأب، فإذا ثبت وجود الأهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب. وقوله: **(على ما قررناه في توقف الملك)** إشارة إلى ما قدمه من قوله وله أنه حربيّ مقهور تحت أيدينا **(وتوقف التصرفات بناء عليه)** أي على توقف الملك. وقوله: **(لتوقف حاله)** أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن. وقوله: **(وكذا المرتد)** يعني حاله يتوقف بين القتل والإسلام، ثم هناك إن استرق أو قتل بطل وإن ترك نفذ فكذلك هاهنا. واعترض عليه بأن الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيئاً فكيف تتوقف تصرفاته، والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض. وقوله: **(واستحقاقه القتل)** جواب عن قولهما ولا خفاء في الأهلية. وتقريره: لا نسلم وجود الأهلية لأن الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد، كما أنها ليست بموجودة في الحربي لأن كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدمياً مسلماً وذلك يوجب الخلل في

يلزم العطف على معمولي عاملين مختلفين، وبهذا تبين ما في شرح الإتقاني من الخلل، وأنت خبير بأنه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملك، إلا أن يقال يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل، وفيه بحث قوله: **(واعترض عليه بأن الحربي)** أقول: المعترض هو الإتقاني. قوله: **(وصار كالمرتدة)** أقول: أنت خبير بأن قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف: **(فما وجده في يد الخ)** أقول: قال في الكافي: ولكن إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا.

المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه، وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه؛ بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه، وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض، ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا **(وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه ولا يرثه، وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب)** أما صحة الاستيلاد فلما قلنا، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد، أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلماً تبعاً

لم يرتد قط **(لما ذكرنا)** من أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء، وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء، وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون إلى أجلها لعدم تقرر الموت، وصار كالعبد إذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد، إن كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل بالفسخ، وإن عاد قبله جعل الإباق كأن لم يكن قوله: **(وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية)** أو يهودية **(كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر)** ولو إلى عشر سنين **(منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه)** وثبت لأمه حق أمية الولد **(ولا يرثه فإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات)** المرتد **(على ردته، أو لحق بدار الحرب. أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا)** إنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الأب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير **(وأما أنه لا يرثه فلأن الأم إذا كانت)** يهودية أو **(نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا لأمه)** لقرب المرتد إلى الإسلام للجبر عليه، والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود **(فصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد)** ولا غيره **(وأما إذا كانت)** الأمة **(مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرهما ديناً. والمسلم يرث المرتد)** ولا يقال: لم لم يجعل تبعاً للدار فيما إذا كانت الأم نصرانية، لأنه إنما يجعل تبعاً للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبي وليس معه أحدهما أو يلتقط في دار الإسلام، ولا يظن أن هذا ينتقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما، فإنه يبقى مسلماً مع وجودهما لأن الحكم بإسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان عليه، بخلاف مسئلة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام إذا لم يوجد في زمن إسلامهما، وتقييد المسئلة بما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً احترازاً عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرثه إذا مات أو لحق أو قتل على ردته، وذلك للتيقن بحصول العلوق في حالة إسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حالة الردة يضعف بهذه المسئلة، لأن الولد يعني ولد الأمة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الإسلام، ومع هذا يرث، فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة أو حدث بعدها انتهى. وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الأئمة،

الأهلية. وقوله: **(في الفصلين)** يريد به فصل الحربي وفصل المرتد. فإن قيل: لو كان استحقاق القتل موجباً لخلل في الأهلية مؤثراً في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل. أجاب بقوله: **(لأن الاستحقاق في ذلك)** يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل وهو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة، والزاني والقاتل ليسا كذلك لأن الاستحقاق فيهما **(جزاء على الجناية)** وقوله: **(وبخلاف المرأة)** جواب عن قولهما وصار كالمرتدة.

قال المصنف: **(والمسلم يرث المرتد)** أقول: وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثاً عند الموت. قال الإمام العلامة الكاكي: فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبي حنيفة.

لها لأنها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد **(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم)** لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث، والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً **(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة، والمكاتبة والولاء**

وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله ﷺ «لا يرث المسلم الكافر»[1] بالكافر الأصلي، إلا أنه محتاج إلى دليل التخصيص. ويمكن كونه دلالة الإجماع على إرث المسلمين ماله إذا لم يكن له وارث، لأن ذلك لإسلامهم على ما قدمناه فارجع إليه، وهذا كله بناء على كونه إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة. والوجه أنه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الإسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها، وهذا يمكن إذا جاءت به لأقل من سنتين بلحظة لأنه أحوط للحكم بالإسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلماً ويرثه وإن كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لأقل من ستة أشهر، إلا أن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعداً لا يرث

قوله: **(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر)** المسلمون **(على ذلك المال فهو فيء)** بإجماع الأئمة الأربعة، وإنما يخالف الأئمة الثلاثة فيما كان في دار الإسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له إلى أن يظهر موته فيصير فيئاً. ولا يشكل كون ماله فيئاً دون نفسه، فإن مشركي العرب كذلك **(وإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال)** فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم **(إن وجدوه قبل القسمة رد عليهم)** وإن وجدوه بعدها أخذوه بقيمته إن شاءوا ولو كان مثلياً، فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الفائدة. ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن

قال: **(فإن عاد المرتدّ بعد الحكم بلحاقه)** أي إذا عاد المرتدّ بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام **(مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه)** لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب **(وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه)** أي على الوارث. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا: ولو كان هذا بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى وأعاده إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا إلا أنه خلاف العادة **(بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه)** فإنه لا سبيل له لأنه أزاله في وقت كان فيه بسبيل من الإزالة فنفذت **(وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين)** فإنه لا سبيل له عليهم **(لأن القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح)** وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية، لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يميته حقيقة، فإذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكماً، فإذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض **(ولو جاء مسلماً قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً)** فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي، وما كان عليه من الديون فهو إلى أجله كما كانت **(لما ذكرنا)** يعني من قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي. وقوله: **(وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية)** ظاهر. وقوله: **(فلما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الأكثر منها، وإنما قيد بقوله لأكثر من ستة أشهر احترازاً عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإن الولد يرث أباه المرتد وإن كانت أمه نصرانية، لأنا تيقناً حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً لأبيعه، وأما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلماً بإسلام الأب قبل الردة **(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء)** أي المال فيء دون نفسه، ويجوز أن يكون المال فيئاً دون نفسه كمشركي العرب **(وإن لحق ثم رجع)** يعني وإن لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع **(وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم)** والفرق بين المسئلتين أن الأول مال لم يجر فيه الإرث فهو مال الحربي، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محال **(والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً)** والمالك القديم إذا وجد ماله في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٦٤ ومسلم ١٦١٤ وأبو داود ٢٩٠٩ والترمذي ٢١٠٧ والنسائي كما في التحفة ٥٦/١ والدارمي ٢٧١/٢ والبغوي ٢٢٣١ وابن حبان ٦٠٣٣ وابن الجارود ٩٥٤ والشافعي ١٠٩/٢ والبيهقي ٢١٨/٦ وابن أبي شيبة ٣٧٠/١١ وعبد الرزاق ٩٨٥٢ وسعيد بن منصور ١٣٥ ومالك ٥١٩/٢ كلهم من حديث أسامة بن زيد. بزيادة «ولا الكافر المسلم».

للمرتد الذي أسلم) لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ، فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل، والولاء لمن يقع العتق عنه **(وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة. وقالا: الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً)** لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله. وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين، ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما. وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه، والثاني فيئاً عنده **(وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة)** أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت، بخلاف ما إذا قطعت يد

يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله، أما إذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لأنه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب. وأما إذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاقه ثانياً يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيقرر موته، وما احتيج إلى القضاء باللحاق لصيرورته ميراثاً إلا ليترجح عدم عوده فيتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء. وفي بعض روايات السير جعله فيئاً لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكاً للورثة. والوجه ظاهر الرواية قوله: **(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة)** خلافاً للأئمة الثلاثة **(والولاء والمكاتبة)** أي بدل الكتابة **(للمرتد الذي أسلم، لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ)** وهو القضاء بالعبد له، وإلى نقل الملك إلى الأب لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كأن الابن وكيل عنه، فإنه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف في ماله **(وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة)** بالكتابة **(والولاء لمن يقع العتق عنه)** فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً، بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن قوله: **(وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال إسلامه خاصة عند أبي حنيفة، وقالا: في مال اكتسبه في الردة والإسلام)** أما أن الدية في ماله **(فلأن العواقل لا تُعقل المرتد)** لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد، وأما أنها عنده في كسب الإسلام فقط فلأنه لا يملك غيره عنده، وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل، وعلى هذا إذا غصب مالاً فأفسده يجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل، وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافاً لهما وقوله: **(وماله المكتسب)** ماله مبتدأ، والمكتسب خبره، والأولى في مثله الإتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة، إلا أنه تركه للاهتداء إليه لفساد المعنى على الصفة، وجناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في غير الردة لأن الملك فيهما قائم بعد الردة، والمكاتب يملك أكسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر قوله: **(وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد**

الغنيمة قبل القسمة أخذه مجاناً، فإن لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها؛ ففي ظاهر الرواية يردّ على الورثة أيضاً لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتاً ظاهراً. وفي بعض روايات السير يكون فيئاً لا حق للورثة فيه لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء **(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة، والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم)** أما جواز الكتابة **(فلأنه لا وجه إلى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ)** وهو قضاء القاضي باللحاق، ثم بعد ذلك إما أن يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل إلى الأب، لا سبيل إلى الأول لأن الكتابة لا تخل بملك الرقبة، وقد ذكرنا أن المرتد إذا عاد مسلماً أخذ ما وجده بعينه في يد وارثه، ولا إلى الثاني لأن المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لأن في الوكالة خلافة احتيالاً لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكأنه وكله في كتابة عبده **(وحقوق العقد فيه)** أي في عقد الكتابة **(ترجع إلى الموكل)** وأما أن الولاء للمرتد

المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر قد يهدر بالإبراء فكذا بالردة. وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى، فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى. قال: **(فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: في جميع ذلك نصف الدية، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان)** كما إذا قطع يد مرتد فأسلم. ولهما أن

والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلماً ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما **(أما الأول)** وهو وجوب نصف الدية فما إذا مات فلأن القطع وإن وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت إذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد. وأيضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد، وإذا أهدرت السراية وجب دية اليد لأن هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد **(بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك)** القطع فإنه لا يجب الضمان أصلاً لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدراً **(والهدر لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر فقد يلحقه الإهدار بالإبراء فكذا بالردة)** وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عاد مسلماً فمات من القطع. قال المصنف: **(ومعناه إذا قضي بلحاقه فإنه صار ميتاً تقديراً)** بالقضاء باللحاق **(والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى)** على أنها قتل لأنه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه، وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة **(وأما إذا لم يقض بلحاقه)** حتى عاد مسلماً فمات **(فهو على الخلاف الذي نبينه)** قال شمس الأئمة: الصحيح أنه على الخلاف. وقال فخر الإسلام: لا نص فيه، ثم قال: وهو على الاختلاف، ويريد بقوله الذي نبينه ما يذكر من أن على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وإن لم يلحق: أي المقطوع يده مسلماً إذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق **(فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة)** استحساناً **(وعند محمد وزفر في جميع ذلك)** يعني الصور الأربعة، وهي ما إذا **قطعت** يده مسلماً فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم **(نصف الدية)** قياساً. ووجهه **(أن اعتراض الردة أهدر السراية)** حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه، فإذا أسلم بعد ذلك **(لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان)** من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي

الذي أسلم فلأن الولاء لمن أعتق، والعتق إنما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة، بخلاف ما إذا رجع مسلماً بعد أداء بدل الكتابة لأن الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ. قال: **(وإذا قتل المرتد رجلاً)** كلامه واضح. وقوله: **(لانعدام النصرة)** يعني أن التعاقل إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الإسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضي الله عنه **(وعندهما الكسبان جميعاً ماله)** فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر، وكان المقام مقتضياً لضمير الفصل ليفصله عن الصفة قوله: **(أما الأول)** يعني ما إذا مات على ردته قوله: **(فأهدرت)** يعني السراية لأنها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لأن قطع اليد صار نفساً **(بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك)** فإنه لا يضمن القاطع من ذلك شيئاً وإن كان معصوماً وقت السراية **(لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار)** يعني إذا لم يقع معتبراً ابتداء لا ينقلب معتبراً بعد ذلك لأن غير الموجب لا ينقلب موجباً **(أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذلك بالردة. قوله فإن لم يلحق وأسلم)** يعني إذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة قوله: **(في جميع ذلك)** أي فيما إذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم

قوله: **(لأنها لو لم تهدر الخ)** أقول: فيه نوع مصادرة قوله: **(لأن قطع اليد صار نفساً)** أقول: الظاهر أن يقال صار قتلاً.

الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس، كما إذا لم تتخلل الردة، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية، وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم، وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين **(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ بماله**

فأسلم لا يجب على الفاعل شيء **(ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم)** لأنه مسلم **(وتمت فيه)** لأنه مسلم في الحالتين **(فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة)** وهذا لأن تخللها كائن في حال البقاء فقط، وإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها، والواقع أنه لا معتبر ببقائها في ذلك، وإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سبباً، وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان **(وحالة البقاء بمعزل)** إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه **(فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين)** لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط، حتى إذا قال لزوجته إن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوّجها فدخلت طلقت، وكذا للعبد إن فعلت فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه ففعل عتق، وكذا وجود النصاب في إيجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه، هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد، فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط. فإن قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلماً، فإن كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلماً وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلاً فكانت على عاقلته، ولو كانت منه حال الردة كانت الدية في الخطإ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد قوله: **(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً)** في أيام ردته يفي بكتابته **(فأخذ بماله أي أسر)** وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته، وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً **(إذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى، وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته وأما عند أبي حنيفة رحمه الله)** فيشكل لأنه لا يملكه كسب الردة إذا كان حراً وملكه إياه مكاتباً. ووجهه **(أن المكاتب إنما ملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة)** ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في أكسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي. وقوله: **(ألا ترى إلى آخره)** توجيه لعدم توقف

وقوله: **(لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان)** دليله أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب إلا دية اليد كما لو مات على البيع، لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء، لأن الإقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى، وصار كما إذا قطع يد مرتد فأسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المارّ أن المهدر لا يلحقه الاعتبار **(ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم)** لأن الفرض أنه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لأن الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر. وقوله: **(وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين)** يعني إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق، أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق. وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإزاء ولا مستلزمة له لأنها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير إبراء، إلا أنه إذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة، بخلاف بيع العبد المجني عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه، فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع البدل أيضاً فصار كالإبراء. وذكر فخر الإسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمهما الله قياس، وقول أبي

قوله: **(سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول: الأولى هو الاكتفاء بقوله إذا مات من القطع وبيان حكمه، فإن تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضاً بناء على ما ذكره فتأمل. قوله: (كالاستيلاد والطلاق) أقول: الأولى أن لا يذكر الطلاق**

وأبي أن يسلم فقتل فإنه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً، **فكذا إذا كان مكاتباً.** وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة **فكذا أكسابه؛ ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى** وهو الرق، فكذا بالأدنى بالطريق الأولى **(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب** وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر عليهم **جميعاً فالولدان فيء)** لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد.

تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه، فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته، وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة، فإن منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاء، واستدلال المصنف وجه آخر. وحاصله حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه، مع أن الرق أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده، فأولى أن لا يتوقف بسبب ردته. والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام. وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع إذا اجتمعا، وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفي التصرف. أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم إلا بدليل، ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده، وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف، بل الترجيح بوصف في العلة قوله: **(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد كولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الإسلام)** قال الولوالجي: ولا يقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يقتل **(ولا يجبر ولد الولد)** أما جبر الولد فلأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلماً بإسلامهما ومرتداً بردتهما، فلما كان مرتداً بردتهما أجبر كما يجبران، وإنما لم يجبر ولد الولد لأنه لا يتبع جدّه بل أباه لقوله ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه»[1] الحديث: أي يستتبعانه في ذلك، وإنما لم يجعل تبعاً لأبيه في الردة فيجبر مثله لأن ردة أبيه كانت تُبعاً والتبع لا يستتبع، خصوصاً وأصل

حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان. ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلماً. وحكمه أنه إن كان عمداً فلا شيء له، لأن الواجب في العمد القود، وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجناية كان مسلماً، وجناية المسلم إذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جَنايته كانت قتلاً فلهذا كانت على عاقلته دية النفس، وإن كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد. وقوله: **(وأما عند أبي حنيفة)** أبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكاً له إذا كان حراً وجعله ملكاً له إذا كان مكاتباً، وجه الفرق ما ذكره أن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبه الموت، وإذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله: **(ألا ترى أنه)** أي المكاتب **(لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى)** يعني الردة **(بالطريق الأولى)** وإنما كان الرق أقوى من الردة في المانعية عن

فإنه صحيح من العبد أيضاً كما مر قوله: **(عدم منع الردة عنه الخ)** أقول: أي ردة المكاتب، وأنت خبير بأن آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعي الرق والارتداد لا الارتداد فقط، والأمر سهل قوله: **(وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ)** أقول: لعل

---

(١) تقدم وقد رواه الجماعة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعاً للجد، وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين. والثانية صدقة الفطر. والثالثة جرّ الولاء. والأخرى الوصية للقرابة. قال: **(وارتداد الصبي الذي يعقل**

التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل، بخلاف أبيه، وإذا لم يتبع الجد فيسترق، أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائراً أهل الحرب إذا أسروا، وأما الجد فيقتل لا محالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم **(وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعاً لجده)** فيجعل مرتداً تبعاً له. قال المصنف: **(وأصله التبعية في الإسلام)** يعني أصل الجبر على الإسلام تبعاً للجد هو ثبوت الإسلام تبعاً للجد **(وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين)** رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد، ورواية الحسن يكون تبعاً إحداها هذه **(والثانية صدقة الفطر)** للولد الصغير إذا كان جده موسراً ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن تجب عليه **(والثالثة جرّ الولاء)** صورتها: معتقة تزوّجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لأمه وولاؤه لمولى أمه، فإذا عتق جده لا يجرّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يجرّه كما لو أعتق أبوه **(والرابعة الوصية للقرابة)** لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب، وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لإخراج الحبل في دار الإسلام عن حكم المسئلة: أعني جبر الولد بل لإفادة حكم الجبر فيما إذا حبلت في دار الإسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى، لأنه إذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضي أنه أبعد عن الإسلام، فلأن يجبر إذا علق في دار الإسلام على الإسلام أولى. هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما، أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي كذا ذكر، ولو صح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتداً، وليس كذلك على ما تقدم من أنه ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلا بمزيل. والأحسن ما في المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلماً باللحاق به، فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئاً يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئاً لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه. فإن قيل: كيف يتبعها بعد تباين

التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والطلاق. وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما، وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها، ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى. قال صاحب النهاية رحمه الله: قلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه، لأنه إذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع، لأن للاجتماع تأثيراً كما في الشاهدين، ثم اجتمع هاهنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومرتداً، فجاز أن يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف. قال رحمه الله: أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة، وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة، كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود، بل الرجحان إنما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها إلى هذا لفظه. وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما أبرز السؤال من حيث إن إحدى علتي المنع تعارض علة الإطلاق وتترجح بالأخرى، بل أبرز من حيث إنهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعاً

المراد المجيب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضاً لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه، ومثله في المنع عن التصرف فلأن لا يترجح عليها بزيادتها وهو ليس من مرتبتها في القوة أولى بالطريق فتأمل قوله: **(تعارض علة الإطلاق)** أقول: الذي هو الكتابة قوله: **(ولعل الهيئة الاجتماعية الخ)** أقول: فيه منع ظاهر قوله: **(قيل قوله الخ)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(ولعل ذكره الخ)** أقول: قوله ولعل ذكره الخ مأخوذ مع الكافي مع تغيير يسير بعبارته فراجعه إن شئت قوله: **(هل تجب فطرة الحافد عليه)** أقول: يعني إذا لم يكن له مال قوله: **(فلأنه إذا أعتق الجد والحافد حر الخ)** أقول: بأن كانت أمه معتقة تزوجت عبداً فولدته فإن ولاءه لموالي الأم قوله: **(هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد)** أقول: يعني إذا أعتق.

ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويجبر على الإسلام ولا يقتل، وإسلامه إسلام لا يرث أبويه إن كانا كافرين. وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام) وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد. لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً. ولأنه يلزمه أحكاماً تشوبها المضرّة فلا يؤهل له. ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه، وصحح النبيّ عليه الصلاة والسلام إسلامه، وافتخاره بذلك مشهور.

الدارين قلنا: تباين الدارين يمنع الإتباع في الإسلام ابتداء لا في إبقاء ما كان ثابتاً، ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا بقي الولد مسلماً حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئاً، بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب. ومرت هاتان المسئلتان. وكذا إن كانت الأم مسلمة والولد معه في دار الحرب لأن بالموت يتأكد الإسلام ولا ينقطع وقوله: **(وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد)** أي يصح، فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: ليس بارتداد **(وإسلامه إسلام)** باتفاق الثلاثة **(فلا يرث أبويه الكافرين)** ويرث أقاربه المسلمين، ولا يصح نكاح المشركة له، وتحل له المؤمنة، وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك. وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف وقال زفر والشافعي: **(إسلامه ليس بإسلام وردته ليست بارتداد لهما)** أي لزفر والشافعي في عدم صحة إسلامه **(أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً)** لتناف بين صفة الأصلية والتبعية، لأن الأولى سمة القدرة والثانية سمة العجز، ثم إسلامه يصح تبعاً لأبويه فلا يجعل أصلاً مستقلاً به **(ولأنه يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة)** من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة **(فلا يؤهل له)** كالطلاق والعتاق **(ولنا فيه)** أي إسلامه **(أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه، وصحح النبي ﷺ إسلامه، وافتخاره بذلك مشهور)** أما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه:

سبقتكمو إلى الإسلام طرا ... غلاماً ما بلغت أوان حلمي

عن التصرف بناء على أن الهيئة بالاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد، ولعل الهيئة الاجتماعية إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة. قال: **(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله)** قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فإنها إن حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك، ولعله ذكره لفائدة وهي أن العلوق إذا كان في دار الحرب كان أبعد عن الإسلام، وإذا كان في دار الإسلام كان أقرب إليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع، فالجبر هناك يكون جبراً ههنا بالطريق الأولى، وكلامه ظاهر. وقوله: **(ولا يجبر ولد الولد)** وهو ظاهر الرواية. ووجهه أنه لو كان مسلماً تبعاً للجد كان تبعاً للجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام، ولو كان تبعاً لأبيه وهو تبع لكان التبع مستتبعاً لغيره **(وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجبر تبعاً للجد)** لأن التبعية في حق الأب للتفرع، والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير. وقوله: **(كلها على الروايتين)** يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب، أما صيرورة الولد مسلماً بإسلام جده فهي ما ذكرنا، وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الأب إذا كان فقيراً أو عبداً والجد موسر هل تجب فطرة الحافد عليه أو لا؟ وأما صورة جرّ الولاء فلأنه إذا أعتق الجد والحافد حر والأب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أو لا

قوله: **(بطريق التعبية موجود)** أقول: فيه بحث. قال المصنف: **(ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم صبياً وصحح النبي عليه الصلاة والسلام إسلامه)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: والتعلق به مشكل، إذا لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح إسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة. فإن قلت: صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أحكام الدنيا. فإن قلت: ذكره مطلقاً فانصرف إليهما. قلت: هي حكاية حال فلا عموم له، وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اهـ. قال العلامة الكاكي: أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم، فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صححه في أحكام الدنيا أيضاً اهـ. فتأمل فيه قال المصنف: **(وافتخاره بذلك مشهور الخ)** أقول: ويشهد لذلك قوله:

سبقتكمو إلى الإسلام طرا ... غلاما ما بلغت أوان حلمي

ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهي التصديق والإقرار معه، لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا تردّ، وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية، وهي من أجلّ المنافع وهو الحكم الأصلي، ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة أنها مضرة محضة، بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به

وأما ما عن الحسن أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح، بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين. قال ابن الجوزي: استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة لأنه إذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثاً وعشرين سنة وبقي بعد النبي ﷺ نحو ثلاثين سنة، فهذه مقاربة الستين، وهو الصحيح في مقدار عمره. ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: قتل عليّ رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة. قال: فمتى قلنا إنه كان يوم إسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانياً وستين ولم يقله أحد. وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال: أسلم عليّ وهو ابن ثمان سنين. وأخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين[1]. وأخرج أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما: دفع النبي ﷺ الراية إلى عليّ يوم بدر وهو ابن عشرين سنة[2]. وقال: صحيح على شرط الشيخين. قال الذهبي: هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين، بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين. وما ذكر الثعالبي وغيره في اتفاق الأعمار من أن كلاً من النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثاً وستين سنة يقتضي أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن إسحاق. قال صاحب التنقيح: ولأنه ﷺ عرض الإسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ[3]، وقد يقال تصحيحه ﷺ إسلامه إن أريد في أحكام الآخرة فمسلم، وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه ﷺ صححه في حق هذه الأحكام بل في العبادات، فإنه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك. نعم لو نقل من قوله ﷺ صححت إسلامه أمكن أن يصرف إليه باعتبار الجهتين، لكن لم ينقل ذلك، وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه. قيل: ومن أقبح القبائح أن لا يسمى مسلماً مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة. قيل: والعجب من الشافعي كيف يصحح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه إنما يختار من يطلق عناية إلى أهويته من اللعب وغيره ولا يصحح اختياره المقطوع بخيريته. فإن قال هو غير مكلف، قلنا: إنما يلزم ذلك إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقطاً للواجب، لكنا إنما نختار أنه يصح لتترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية، ثم إذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الإسلام بالحبس لا بالقتل

يكون. وصورة الوصية للقرابة إذا أوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الولدان فيها، وهل يدخل الجد أولى على الروايتين. وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا. وقوله: (**وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد**) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الإسلام ولا يقتل وأن أدرك كافراً ويحبس. وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر. وقوله: (**لهما**) أي لزفر والشافعي رحمهما الله (**أنه**) أي الصبي الذي يعقل (**تبع لأبويه فيه**) أي في الإسلام (**فلا يجعل أصلاً**) يعني يصح إسلامه بطريق التبعية للأبوين فلا يصح بطريق الأصالة، إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة، وبين القدرة والعجز تناف وأحد المتنافيين وهو الإسلام بطريق التبعية موجود بالإجماع فينتفي الآخر ضرورة. وقوله: (**ولأنه يلزمه**) دليل آخر وهو واضح قوله: (**وافتخاره بذلك مشهور**) يشير إلى ما قاله رضي الله عنه:

سبقتكمو إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي

(١) راجع هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٤٥٩، ٤٦٠ فقد أطال في هذا البحث وسرد آثاراً كثيرة.

(٢) حسن أخرجه الحاكم ٣/ ١١١ من حديث ابن عباس وقال: صحيح على شرط الشيخين. وأقره الذهبي وذكره ابن هشام في السيرة ٢/ ١٨٥ وفيه: «ودفع اللواء إلى مصعب بن عمير».

(٣) انظر نصب الراية ٣/ ٤٦٠ حيث نقله عن ابن عبد الهادي وهو صاحب التنقيح.

أعلى المنافع على ما مر. ولأبي حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة، ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له، ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم.

بخلاف المسلم بالغاً. وعند أحمد ومالك يقتل إن لم يعد إلى الإسلام. قال المصنف: **(ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه)** والتصديق الباطني يحكم به للإقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الأحكام المتعلقة بالباطن به، وإذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به في الوجود، فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والإتصاف. فإن قال: الإيمان الذي أنفيه منه هو المعتبر. فما دخل في الوجود لا أنفيه، لكن أقول لا يعتبر شرعاً. قلنا: دعوى عدم الإعتبار بعد وجود الحقيقة، إما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لأنه جعل أهلاً للنبوة كما في يحيى عليه الصلاة والسلام وهي فرع الأيمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما، وإما لعدم أهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفاً، إما لحاجز شرعي وهو منتف. ولا يليق أن يثبت شرعاً منع عن الإيمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفته، نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقط به، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوي به إسقاط الفرض، كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها إلا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالاً، لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضاً قبل البلوغ، وأما عند فخر الإسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الأداء، لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة. وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلاً لعدم حكمه وهو وجوب الأداء، فإذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه، لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها، فإذا فعل تمّ، ولا نعلم خلافاً بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبياً تبعاً لأبوية المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافران، ولو كان ذلك فرضاً لم يفعله أهل الإجماع عن آخرهم. وأما قوله يشوبها ضرر. قلنا ما تتعلق به السعادة الأبدية ويزول به توقع مضرة أبدية من رد إسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالي معه بذلك الضرر لأنه لا نسبة له بالضرر الآخر. وأما التنافي الذي ذكر فإنما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً معاً ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقرّ مختاراً، فإذا عقل وأقرّ مختاراً نقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلاً. وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعاً له حتى إذا لم تنو السفر تكون مسافرة، ولو

واختلفت الروايات في سنه حين أسلم رضي الله عنه وحين مات. قال جعفر بن محمد: أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة، لأن النبيّ ﷺ دعاه إلى الإسلام في أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت عليّ، فإذا ضممت خمساً إلى ثلاث وخمسين صار ثمانياً وخمسين. وقال القتبي: أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين قوله: **(ولأنه أتى بحقيقة الإسلام)** دليل آخر، وهو ظاهر قوله: **(وما يتعلق به سعادة أبدية)** يجوز أن يكون معطوفاً على التصديق: أي هو التصديق الأصلي وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون بغير ولو، ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى، وهو جواب عن قوله ولأنه يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة. وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضاً لأنه لا نفل في الإيمان ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب بالاتفاق، فإذا لم يمكن تصحيحه فرضاً لم يصح بخلاف سائر العبادات فإنه يتردد بين الفرض والنفل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً. فإن المسافر إذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضاً وليس بمخاطب به، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت. والجواب عن قولهما إنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً أن إحدى الجهتين

قوله: **(والجواب أنا لا نسلم إلخ)** أقول: لا يلزم من كون الشيء فرضاً أن يكون من أتى به مخاطباً

وهذا في الصبي الذي يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة، وكذا

نوته كانت مسافرة مقصوداً وتبعاً، فجعلهما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر. قال المصنف: **(ولهم في الردة)** يعني الشافعي وزفر وأبا يوسف **(أنها مضرة محضة، بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع)** ودفع أعظم المضار **(ولأبي حنيفة ومحمد)** ما قلنا من **(أنها موجودة حقيقة)** بوجود حقيقتها من الإنكار والإقرار به **(ولا مرد للحقيقة)** فإن قيل: لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الإسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر، ألا ترى أنه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة؟ الجواب أن الحقيقة الداخلة منه في الوجود إذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالإيمان والردة، فإنه لا يمكن أن يجعل عارفاً إذا علم جهله بالكفر ولا جاهلاً إذا علم علمه بالإيمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها، وصار كما إذا صام بنية يجعل صائماً شرعاً، فلو أكل جعل مفطراً ولم يجعل صائماً، وكذا إذا صلى ثم أفسدها، فأما إذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لأنا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الأمر، وذلك كالهبة فإنه جاز فيه تَونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف، وجاز كونه جاهلاً في ذلك بأن لم تكن جالبة لذلك فمنعناها، بخلاف القبول فإنا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلاً بها، وإذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة، ألا ترى أنا اتفقنا على جعله مرتداً إذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر قوله: **(إلا أنه)** أي الصبي المرتد **(يجبر على الإسلام لما فيه من النفع)** المتيقن ودفع أعظم المضار **(ولا يقتل)** وهذه رابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد: إحداها الذي كان إسلامه تبعاً لأبوية إذا بلغ مرتداً، ففي القياس يقتل كقول مالك والشافعي، وفي الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتداً. والثانية إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتداً ففي القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد، وفي الإستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر. والثالثة إذا ارتد في صغره. والرابعة المكره على الإسلام إذا ارتد لا يقتل استحساناً لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر، لأن قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في إسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الإسلام، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شيء، ذكر الكل في المبسوط. ولها خامسة وهو اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه، ولو بلغ كافراً أجبر على الإسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافراً. وقال المصنف في وجه عدم قتله **(لأنه)** أي القتل **(عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم)** وبين أن الكلام كله في الصبي الذي يعقل الإسلام. وفي المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم. واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بأنه يعذب في الآخرة مخلداً فليس بمرحوم، ونقل ذلك عن الأسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي رحمه الله، وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة، فالأولى في التعليل ما في المبسوط من أنه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة إسلامه. ولفظه في المبسوط في هذه المسألة: فإذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحساناً لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئاً لأن من ضرورة صحة ردته إهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل، ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء **(ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن ارتداده لا يدل على تغير العقيدة)** وكذا لا يصح إسلامه قوله: **(وكذا المجنون)** لا يصح ارتداده بالإجماع ولا إسلامه **(والسكران الذي لا يعقل)** كالمجنون، وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول. وقال في قول آخر: يصح ارتداده كطلاقه.

مؤيدة بالأخرى فلا يكونان متنافيين، وذلك كالجنديّ إذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان أيضاً قوله: **(ولهم)** أي لأبي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله. وقوله: **(ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها)** أي في الردة

المجنون والسكران الذي لا يعقل.

قلنا: الردة تبنى على تبدل الاعتقاد، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لأنه لا يفتقر إلى القصد ولذا لزم طلاق الناسي. وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع إليه في فصل: ويقع طلاق كل زوج إلى آخره.

[فروع] كل من أبغض رسول الله ﷺ بقلبه كان مرتداً، فالسباب بطريق أولى، ثم يقتل حداً عندنا فلا تعمل توبته في إسقاط القتل. قالوا: هذا مذهب أهل الكوفة ومالك، ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ولا فرق بين أن يجيء تائباً من نفسه أو شهد عليه بذلك، بخلاف غيره من المكفرات فإن الإنكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه، حتى قالوا يقتل وإن سبّ سكران ولا يعفى عنه، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختاراً بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون. وقال الخطابي: ولا أعلم أحداً خالف في وجوب قتله. وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في إسقاط قتله. ومن هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد، والألفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى، وإذا تهوّد نصراني أو عكسه لا نأمره بالرجعة إلى ما كان عليه لأنه لا يؤمر بالكفر، والردة محبطة ثواب جميع الأعمال. وإذا عاد إلى الإسلام إن عاد في وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانياً، وكذا يجب عليه الحج ثانياً إن كان حج. وإذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لأن عتق المرتد موقوف فبموته يبطل، وإعتاق ابنه قبل ملكه لأنه لا يملكه إلا بعد الموت حقيقة أو حكماً ولا يتوقف، بخلاف ما لو أعتق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فإنه ينفذ، والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا: إذا مات الابن وله معتق ثم مات الأب وهو مرتد وله معتق فماله لمعتقه لا لمعتق الابن لأنه مات قبل تمام سبب الملك، وتقبل الشهادة بالردة من عدلين، ولا يعلم مخالف إلا الحسن رحمه الله قال: لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا. وإذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لأن إنكاره توبة ورجوع، وقتل المرتد مطلقاً إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده. ومن أصاب حدّاً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد، وإن لحق ثم عاد لا يقام عليه. وعند الشافعي وأحمد يقام مطلقاً والمبنى ظاهر، وقدمنا أنه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين، وأما من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فهو المنافق، ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق، لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً، والمنافق مثله في الإخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من أمن إليه. والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق، فالزنديق إن كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطناً كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عربي، وإلا فلو فرضناه مظهراً لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته. وقال أصحابنا: للسحر حقيقة وتأثير في إيلام الأجسام خلافاً لمن منع ذلك وقال إنما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم، واعتقاد إباحته كفر. وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله، سواء اعتقد تحريمه أو لا ويقتل. وقد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز

(أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام) فإن ردّ الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح، كما أن رد الإسلام إنما يكون بالحجر عنه وهو كذلك. واعترض بأن هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس. وفرّق الشارع بينهما، ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الأصول. والجواب أن هذا قياس منا بوجود شيء

. . . .

فإنهم قتلوه بدون الاستتابة، وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن: حدثنا ابن قانع: حدثنا بشر بن موسى: حدثنا ابن الأصفهاني: حدثنا أبو معاوية عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبي ﷺ قال: «حد الساحر ضربه بالسيف»[1] انتهى، يعني القتل. قال: وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة. وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته. وأما الكاهن فقيل هو الساحر، وقيل هو العرّاف وهو الذي يحدث ويتخرّص. وقيل هو الذي له من الجن من يأتيه بالأخبار. قال أصحابنا: إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر. وعند الشافعي إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وإنها تفعل ما يلتمسه كفر. وعند أحمد حكمه حكم الساحر. في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه: اقتلوا كل ساحر وكاهن. وفي رواية: إن تاب لم يقتل، ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعرّاف وعدمه. وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض لا بمجرد عمله إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره، وإذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم إلى ذلك.

وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد، ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما. وقوله: (إلا أنه يجبر على الإسلام) هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد إسلامه. وقوله: (لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال في النهاية: فيه نظر لأنه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه، والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلداً كسائر الكفار، وذلك منصوص عليه في الأسرار والجامع الصغير للإمام التمرتاشي ومشار إليه في المبسوط. ثم قال: وأولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وإنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله في صحة إسلامه في الصغر، والله تعالى أعلم.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٤٦٠ والحاكم ٤/ ٣٦٠ والدارقطني ٣/ ١١٤ وابن عدي في الكامل ١/ ٢٨٥ والبيهقي ٨/ ١٣٦ كلهم من حديث جندب.

قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي.

يُضعَّف. ويروى عن الحسن أيضاً. والصحيح عن جندب موقوف.

وأسند الدارقطني ٣/ ١١٤ والحاكم ٤/ ٣٦١ من طريقين عن جندب أنه قتل ساحراً ضربه بسيفه ثم قال: أتأتون السحر وأنتم تبصرون.

باب البغاة

باب البغاة

قدّم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين، والوجه ظاهر. والبغاة جمع باغ، وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة. والبغي في اللغة: الطلب، بغيت كذا: أي طلبته، قال تعالى حكاية ذلك ﴿ما كنا نبغي﴾ [الكهف ٦٤] ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم. والباغي في عرف الفقهاء: الخارج عن طاعة إمام الحق. والخارجون عن طاعته أربعة أصناف: أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعه وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطّاع الطريق. والثاني قوم كذلك إلا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل، فحكمهم حكم قطّاع الطريق، إن قتلوا قتلوا وصلبوا، وإن أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف. والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم، وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله ﷺ. وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة. وعند مالك يستتابون، فإن تابوا وإلا قتلوا دفعاً لفسادهم لا لكفرهم. وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله ﷺ «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون والقرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، فأينما لقيتهم فاقتلهم، فإن في قتلهم أجراً لمن قتلهم يوم القيامة»[1] رواه البخاري. وعن أبي أمامة أنه رأى رءوساً منصوبة على درج مسجد دمشق فقال: كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار، وقد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله؟ قال: سمعت النبي ﷺ[2]. قال ابن المنذر: ولا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء. وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلاً قطعياً ونسبه إلى أكثر أهل السنة، والنقل الأول أثبت، نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين، وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من

باب البغاة

أخر هذا الباب عن الباب المرتد لقلة وجوده، والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض،

باب البغاة

قوله: (أخر هذا الباب الخ) أقول: ويجوز أن يقال يجري مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغي دون الارتداد. وأيضاً المرتد كافر، وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فإنه مسلم فليتدبر.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٦١١ و ٥٠٥٧ و ٦٩٣٠ ومسلم ١٠٦٦ وأبو داود ٤٧٦٧ والنسائي ٧/ ١١٩ وأحمد ١/ ٨١. ١١٣ كلهم من حديث علي.

وأخرجه الترمذي ٢١٨٩ وابن ماجه ١٦٨ وأحمد ١/ ٤٠٤ كلهم من حديث ابن مسعود.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٨/ ١٨٨ من حديث أبي أمامة وفيه أبو غالب يقال له: حَزَوَّر. ضعفه النسائي وغيره.

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لأن علياً فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم، ولأنه أهون الأمرين، ولعل الشرّ يندفع به فيبدأ به **(ولا يبدأ**

حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج. وهو قول الحضرمي: دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة، فإذا نفر خمسة يشتمون علياً رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول: أعاهد الله لأقتلنه، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه، فأتيت به علياً رضي الله عنه فقلت إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك، فقال: ادن ويحك من أنت؟ فقال: أنا سوار المنقري، فقال عليّ رضي الله عنه: خلّ عنه، فقلت أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك؟ قال: أفأقتله ولم يقتلني؟ قلت: فإنه قد شتمك، قال: فاشتمه إن شئت أو دعه. ففي هذا دليل على أن ما لم يكن للخارجين منعه لا نقتلهم، وأنهم ليسوا كفاراً لا بشتم عليّ ولا بقتله. قيل إلا إذا استحله، فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر، ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله، بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم، لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل، ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضاً حيث قال: وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد، فقال علي رضي الله عنه: كلمة حق أريد بها باطل، لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولن تمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا، ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا، ثم أخذ في خطبته. ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله، وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ عليّ في الخطبة ليشوّشوا خاطره، فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين، ولهذا قال عليّ رضي الله عنه: كلمة حق أريد بها باطل: يعني تكفيره. وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين، وأنه لا يعزّر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرّضوا به ولم يصرحوا. والرابع قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة قوله: **(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام)** الناس به في أمان والطرقات آمنة **(دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم)** التي أوجبت خروجهم **(لأن علياً رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء)** قبل قتالهم، وليس ذلك واجباً بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانياً وتستحب. وحروراء: اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر، ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة أحرورية أنت[1]؟ أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص عليّ إلى ابن عباس رضي الله عنهم قال: لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف. فقلت لعليّ: يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم، قال: إني أخافهم

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وذلك بطريق الاستحباب، فإن أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة إلى العود لم يكن عليهم شيء لأنهم علموا ما يقاتلون عليه، فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة **(لأن علياً رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء)** بالحاء المهملة ممدوداً ومقصوراً: قرية الكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم على أبا موسى الأشعري رضي

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٣٣٥ وأبو داود ٢٦٢ والترمذي ١٣٠ والنسائي ١/ ١٩١ وابن ماجه ٦٣١ والدارمي ١/ ٣٣٤ وأحمد ٦/ ٩٧ كلهم عن معاذة العدوية أن امرأة سألت عائشة فقالت: أتقضي إحدانا الصلاة أيام محيضها؟ فقالت عائشة: أحرورية أنت؟ قد كانت أحدانا تحيض على عهد رسول الله ﷺ ثم لا تؤمر بقضاء. هذا لفظ مسلم وغيره.
تنبيه: قول المصنف: ومنه قول عائشة لمعاذة أحرورية. . .إلخ.
فالصواب أنها قالت ذلك لامرأة أخرى ومعاذة راوية الحديث.

بقتال حتى يبدءوه، فإن بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف: هكذا ذكره القدوري في مختصره. وذكر الإمام المعروف بجواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون، بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده. ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم. وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم

عليك، قلت كلا، فلبست ثيابي ومضيت إليهم حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها، فقالوا مرحباً بك يا ابن عباس ما جاء بك؟ قلت: أتيتكم من عند أصحاب النبي ﷺ المهاجرين والأنصار، من عند ابن عم النبي ﷺ وصهره، وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد، جئت لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون، فانتحي لي نفر منهم، قلت: هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ وابن عمه وختنه وأول من آمن به، قالوا: ثلاث، قلت: ما هي؟ قالوا: إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله، وقد قال تعالى **﴿إن الحكم إلا لله﴾** [يوسف ٤٠] قلت: هذه واحدة. قالوا: وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم، فإن كانوا كفار فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم، قلت هذه أخرى. قالوا: وأما الثالثة: فإنه محا نفسه من أمير المؤمنين، فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه يكون أمير الكافرين، قلت: هل عندكم شيء غير هذا؟ قالوا: حسبنا هذا، قلت لهم: أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ﷺ ما يرّد قولكم هذا ترجعون؟ قالوا: اللهم نعم، قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم، قال تعالى **﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾** إلى قوله**﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾** [المائدة ٩٥] وقال في المرأة وزوجها **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾** [النساء ٣٥] أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربع درهم؟ قالوا اللهم بل في حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم، قلت: أخرجت من هذه؟ قالوا: اللهم نعم قلت: وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم؟ لئن فعلتم لقد كفرتم، فإن قلتم ليست أمنا فقد كفرتم، قال الله تعالى **﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم﴾** [الأحزاب ٦] فأنتم بين ضلالتين، فأتوا منها بمخرج، أخرجت من هذه الأخرى؟ قالوا: اللهم نعم، قلت: وأما قولكم إنه محا نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله ﷺ دعا قريشاً يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتاباً فقال: اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله، فقالوا: والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك، ولكن اكتب محمد بن عبد الله، فقال: والله إني لرسول الله وإن كذبتموني، يا عليّ اكتب محمد بن عبد الله، فرسول الله ﷺ خير من عليّ وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوّة، أخرجت من هذه الأخرى؟ قالوا: اللهم نعم.

الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب لقوله تعالى **﴿فقاتلوا التي تبغي﴾** الآية. وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى **﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾** وذلك أنه رضي الله عنه أنفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم إلى العود، فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنهما: هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام، وفيه

قوله: **(وذلك بطريق الاستحباب)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله دعاهم إلى العود. قوله: **(وفيه التحكيم بقوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾)** أقول: هذه الآية في سورة المائدة، ثم أقول: ظاهر هذا الكلام لا يدفع شبهتهم على ما قررها، فإنه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك المأمور به بالتحكيم فليتأمل. وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى **﴿فقاتلوا﴾** للوجوب.

ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشرّ بقدر الإمكان. والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة **(فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم وأتبع موليهم)** لاندفاع الشرّ دونه. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك في الحالين، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً. وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته **(ولا يسبي لهم درية ولا يقسم لهم مال)** لقول علي يوم الجمل: ولا يقتل أسير ولا يكشف سرّ ولا يؤخذ مال، وهو القدوة في هذا الباب. وقوله في الأسير تأويله إذا لم

فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والأنصار[1]. وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم عليّ فقال: لما كان حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة، إلى أن قال: بعث عليّ إليهم عبد الله بن عباس فخرجت معه، حتى إذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوّاء خطيباً فقال: يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس، فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به، هذا ممن نزل فيه وفي قومه **﴿بل هم قوم خصومه﴾** [الزخرف ٥٨] فردوه إلى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله، فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه، فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب وواضعوه ثلاثة أيام، فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على عليّ إلى آخر الحديث[2]. وقال: على شرط البخاري ومسلم قوله: **(ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه هكذا ذكره القدوري)** وهو عين ما قدمناه من قول عليّ رضي الله عنه، ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا **(وذكر الإمام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وقال الشافعي: لا يجوز حتى يبدءوا حقيقة)** وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم **(لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعاً وهم)** أي البغاة **(مسلمون)** لقوله تعالى **﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾** ثم قال: **﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾** [الحجرات ٩] ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك **(هو الاجتماع)** على قصد القتال **(والامتناع، لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع)** لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصاً والفتنة يسرع إليها أهل الفساد وهم الأكثر، والكفر ما أباح القتال إلا للحرابة والبغاة كذلك، ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا إن أبدوا ما يجوّز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلماً لا شبهة فيه، بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه، ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار. وخواهر زاده معناه ابن الأخت، وكان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد، وكنيته أبو بكر، واسم أبيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته، لأن شمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل، وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة. وفخر الإسلام أيضاً معاصر لهما وتوفي في سنة إحدى وثمانين وأربعمائة **(فإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان. والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله)** من قوله: الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في

التحكيم بقوله تعالى ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ فكان تحكيم عليّ رضي الله عنه موافقاً للنص فألزمهم الحجة، فتاب البعض وأصرّ البعض، وكلامه واضح.

---

(١) حسن. أخرج النسائي في الكبرى كما في نصب الراية ٣/ ٤٦١ والحاكم ٢/ ١٥٢ والبيهقي ٨/ ١٧٩ وأحمد ١/ ٨٦. ٨٧ كلهم من حديث عبد الله ابن شداد مصححه الحاكم وأقره الذهبي والصواب أنه حسن.

(٢) هو بعض المتقدم وهو عند الحاكم.

يكن لهم فئة، فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا، لأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال

بيته لقوله ﷺ «من فرّ من الفتنة أعتق الله رقبته من النار» وقال لواحد من الصحابة: «كن حلساً من أحلاس بيتك»[٢] رواه عنه الحسن بن زياد **(فمحمول على ما إذا لم يكن لهم إمام)** وما روي عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء، وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال. كما روي عن بعضهم أنه أتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رضي الله عنه وقال له: أين كنت يوم صفين؟ فقال: ابغني سيفاً أعرف به الحق من الباطل، فقال له: ما قال الله هذا، وإنما قال **﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾** [الحجرات ٩] وما روى «إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار»[٣] فمحمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين أو لأجل الدنيا والمملكة. قال الذهبي: صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال: رأيت كأن قباباً في رياض، فقلت لمن هذه؟ فقالوا لذي الكلاع وأصحابه، ورأيت قبابا في رياض فقلت لمن هذه؟ فقيل: لعمار بن ياسر وأصحابه، قلت: وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً، قال: إنهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى، وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد قوله: **(فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم)** أي يسرع في إماتته **(وأتبع موليهم)** على البناء للمفعول فيها للقتل والأسر **(دفعاً لشرهم كي لا يلتحقا)** أي الجريح والمولى **(بهم)** أي بالفئة على معنى القوم **(وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك)** وهو المطلوب **(وقال الشافعي)** وأحمد أيضاً **(لا يجوز ذلك)** أي الإجهاز والإتباع **(في الحالين)** حالتي الفئة وعدمها **(لأن القتال إذا تركوه)** بالتولية والجراحة المعجزة عنه **(لم يبق قتلهم دفعاً)** ولا يجوز قتلهم إلا دفعاً لشرهم، ولما روى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن عليّ رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل: لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح، ومن ألقى سلاحه فهو آمن. وأسند أيضاً ولا يقتل أسيراً **(وجوابه ما ذكرنا أن المعتبر)** في جواز القتل **(دليل قتالهم لا حقيقته)** ولأن قتل من ذكرنا إذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعاً لأنه يتحيز إلى الفئة ويعود شرّه كما كان، وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم قوله: **(ولا تسبى لهم ذرية)** إذا ظهر عليهم **(ولا يقسم لهم مال)** بين المقاتلة **(لقول علي)** رضي الله عنه فيما روى ابن أبي شيبة أن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر: يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال. وروى عبد الرزاق نحوه، وزاد: وكان عليّ رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول: من اعترف شيئاً فليأخذه. وفي تاريخ واسط بإسناده عن عليّ أنه قال يوم الجمل: لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيراً، وإياكم والنساء وإن شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم، ولقد رأيتنا في الجاهلية وإن الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده[٤]. هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من

وقوله: **(والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت)** يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام «من فرّ من الفتنة أعتق الله

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٧/ ٣٠١ من حديث سعيد بن زيد الأشهلي. وقال الهيثمي: رجال الكبير ثقات ا هـ. قلت: قاله رسول الله ﷺ لمحمد بن مسلمة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣١ و ٦٨٧٥ و٧٠٨٣ ومسلم ٣٨٨٨ وأبو داود ٤٢٦٨ و ٤٢٦٩ والنسائي ٧/ ١٢٥ وابن ماجة ٣٩٦٥ وابن حبان ٥٩٤٥ والطيالسي ٨٨٤/ ٢٥ والبيهقي ٨/ ١٩٠ وأحمد ٥/ ٤٦ كلهم من حديث أبي بكرة بأتم منه.

(٣) حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ١٨١ من طريق الشافعي عن علي بن الحسين والحاكم ٢/ ١٥٥ عن يزيد بن ضبيعة لكن قال: «نادى منادي عمار...» فذكره.
وصححه الحاكم، وأقرّه الذهبي.
مع أن في إسناده شريك غير قوي فالحديث حسن.

(ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه) وقال الشافعي: لا يجوز، والكراع على هذا الخلاف. له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه. ولنا أن علياً قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة، ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه

حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة؟ قال: الله ورسوله أعلم، قال: لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها»[1] وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد: وبلغنا أن علياً رضي الله عنه ألق ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة، فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر حديد لإنسان فأخذه **(وقول عليّ رضي الله عنه في الأسير تأويله إذا لم تكن له فئة فإن كانت فالإمام بالخيار إن شاء قتل الأسير)** وإن كان عبداً يقاتل **(وإن شاء حبسه)** والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس **(لما ذكرنا)** من دفعه الشرّ بقدر الإمكان، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة، ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه، ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي، وإذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل إلا في حال مقاتلتها دفعاً، وإنما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة قوله: **(ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج أهل العدل إليه)** وكذا الكراع يقاتلوا عليه وقال الشافعي: **(لا يجوز)** استعمالها في القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولا ترد قبله **(لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك إلا برضاه. ولنا أن علياً إلخ)** يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده إلى ابن الحنفية أن علياً رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح[2]. قال المصنف: **(وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك)** ولولا أن فيه إجماعاً لأمكن التمسك ببعض الظواهر في تملكه، فإن ابن أبي شيبة أسند عن أبي البختري: لما انهزم أهل الجمل قال عليّ رضي الله عنه: لا تطلبوا من كان خارجاً من العسكر، وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم، وليس لكم أم ولد، وأي امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشراً، فقالوا: يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم؟ فخاصموه، فقال: هاتوا نساءكم وأقرعوا على عائشة فهي رأس الأمر وقائدهم، قال: فخصمهم عليّ رضي الله عنه وعرفوا وقالوا: نستغفر الله[3] قال المصنف: **(ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل)** أي يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين إليه **(ففي مال الباغي أولى. والمعنى)** المجوّز **(فيه أنه دفع الضرر الأعلى)** وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين **(بالضرر الأدنى)** وهو إضرار بعضهم **(ويحبس الإمام أموالهم)** لدفع شرهم وإضعافهم بذلك **(ولا يردها إليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم)** أو على ورثتهم إذا ظهر ذلك، وإذا حبسها كان بيع الكراع أولى **(لأن حبس الثمن أنظر)** ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه، وهذا إذا لم يكن للإمام بها حاجة قوله: **(وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الإمام ثانياً)** إذا ظهر على البغاة **(لأن ولاية الأخذ)** إنما كانت **(له لحمايته إياهم ولم يحمهم)** وما قيل إن علياً رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم

رقبته من النار» **(محمول على حال عدم الإمام)** أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصراً لإمام المسلمين لقوله تعالى **﴿فقاتلوا التي تبغي﴾** فإن الأمر للوجوب. وقوله: **(أجهز وأتبع)** على بناء المفعول، ويقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممت عليه قوله: **(ولا يقتل أسير)** هو مقول عليّ رضي الله عنه **(ولا يكشف ستر)** أي لا تسبى نساؤهم، ألا ترى أن أصحاب عليّ

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٥ أو البيهقي ٨/ ١٨٢ سكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: كوثر متروك.
وقال البيهقي: تفرد به كوثر بن حكيم وهو ضعيف.

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة وابن سعد في الطبقات كما في نصب الراية ٣/ ٤٦٤ عن ابن الحنفية.

(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤٦٤ عن عطاء بن السائب عن أبي البحتري.

إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى **(ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم)** أما عدم القسمة فلما بيناه. وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها، إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر، وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها. قال: **(وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً)** لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم **(فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه)** لوصول الحق إلى مستحقه **(وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك)** لأنه لم يصل إلى مستحقه. قال العبد الضعيف: قالوا الإعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء، وفي العشر إن كانوا فقراء، فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة. وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته **(ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي)** ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل فلم ينعقد موجباً كالقتل

يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لأن الخوارج لا نعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها. قالوا وكان ابن عمر إذا أتاه ساعي الحروراء دفع إليه زكاته، وكذا سلمة بن الأكوع، ثم **(إن كانوا صرفوه إلى حقه)** أي إلى مصارفه **(أجزأ من أخذ منه)** ولا إعادة عليه **(لوصول الحق إلى مستحقه، وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الأداء فيما بينهم وبين الله تعالى)** قال المصنف رحمه الله **(قالوا)** أي المشايخ **(لا إعادة على الأرباب في الخراج لأنهم)** أي البغاة **(مقاتلة)** وهم مصرف الخراج **(وإن كانوا أغنياء، وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك)** وإن كانوا أغنياء أفتوا بالإعادة، وكذا في زكاة الأموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك، والمدفوع مصادرة إذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكاة فارجع إليه قوله: **(ومن قتل رجلاً إلى آخره)** يعني إذا كان رجلان من أهل البغي قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية، ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم لأنه قتل نفساً يباح قتلها، ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شيء فلما كان مباح القتل لم يجب به شيء، ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لإمامنا عليهم فلا يجب شيء وصار **(كالقتل في دار الحرب)** وعند الأئمة الثلاثة يقتل به لأن عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتهم فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه قوله: **(وإن غلبوا على مصر)** من أمصار أهل العدل **(فقتل رجل من أهل المصر رجلاً منهم عمداً ثم ظهرنا على ذلك المصر فإنه يقتص منه)** ومعنى المسئلة كما قال فخر الإسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم إمام العدل عن أهل المصر: أي أخرجهم قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود، أما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة قوله: **(وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه)** بالإتفاق لأنه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به **(وإن قتل الباغي)** العادل وقال: **(كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يرث الباغي)**

رضي الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال: فإذا قسمت فلمن تكون عائشة رضي الله عنها. والقدوة اسم للاقتداء كالأسوة اسم للائتساء، يقال فلان قدوة: أي يقتدي به قوله: **(لما ذكرنا)** إشارة، إلى قوله ويحبسهم إلى قوله دفعاً للشر قوله: **(ولأنهم مسلمون)** معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه. وقوله: **(أما عدم القسمة فلما بيناه)** إشارة إلى قول عليّ: ولا يؤخذ مال، وقوله لأنهم مسلمون. قوله: **(وأزعجوا)** يعني أقلع أهل البغي من المصر **(قبل ذلك)** أي قبل إجراء أحكامهم على أهله. وقوله: **(في الوجهين)** أي في الوجه الذي قال أنا على الحق وفي الوجه الذي قال أنا على الباطل. وقوله: **(رواه**

قال المصنف: **(ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا)** أقول: قوله ولا يقسمها تكرار محض مع أنه يوهم ذكره هاهنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية له، وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها.

في دار الحرب **(وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه)** وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك، وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص **(وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه، فإن قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)** وقال أبو يوسف: لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي. وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم. وقال الشافعي رحمه الله في القديم: إنه يجب، وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً. له أنه أتلف مالاً معصوماً أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة. ولنا إجماع الصحابة، رواه الزهري. ولأنه أتلف عن تأويل

العادل **(في الوجهين وهو قول الشافعي. وأصله)** أي أصل هذا الخلاف في **(أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن)** عندنا **(ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم)** وهذا بالإتفاق **(والباغي إذا قتل العادل)** بعد قيام منعتهم وشوكتهم **(لا يجب الضمان)** عليه **(عندنا)** وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد، ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقاً وكذا يضمنون المال **(وقال الشافعي في القديم يضمن)** وبه قال مالك لأنها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالإتلاف ظلماً وعدواناً **(وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً. ولنا أنه)** إتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الإلزام عليه فلا يؤاخذ به قياساً على أهل الحرب. والحاصل أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، فلو تجرد المنعة عن التأويل، كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، والدليل على ما ذكرناه **(إجماع الصحابة رواه الزهري)** قال عبد الرزاق في مصنفه: أنبأنا معمر، أخبرني الزهري، أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن إمرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوّجت ثم إنها رجعت إلى أهلها تائبة، قال فكتب إليه: أما بعد، فإن الفتنة الأولى ثارت وأصحاب رسول الله ﷺ ممن شهد بدراً كثير فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حداً في فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصاً في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتأويل القرآن، إلا أن يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه، وإني أرى أن ترد إلى زوجها وأن يحدّ من افترى عليها[1]. قال المصنف: **(ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدافع)** أي نفي الضمان وصار **(كما في منعه أهل الحرب وتأويلهم)** ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة إليه، وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الإلزام فيلزم السقوط كله مستنداً إلى الإجماع المنقول من الصحابة وإلا فلا يلزم من العجز عن الإلزام سقوطه شرعاً، بل إنما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن إلزامه ثابتاً، فإذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الإلزام كما يقوله الشافعي، لكن لما كان الإجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلاً شرعياً ضرورة الإجماع المذكور. إذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف: إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان، والحاجة هنا إلى إثبات الاستحقاق فإلحاقه به بلا دليل، وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعاً ما لولاه لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمداً، وإتلاف

الزهري) قال الزهري: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ كانوا متوافرين، فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحلّ بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع. قوله: **(ولا التزام لاعتقاد الإباحة)** يعني أن الباغي اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب. وقوله: **(ولهما**

---

(١) مقطوع. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤٦٤ عن الزهري: وهو مقطوع لأنه قول التابعي.

فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم، وهذا لأن لأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل، ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة، والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً، بخلاف الإثم لأنه لا منعة في حق الشارع. إذا ثبت هذا فنقول: قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث. ولأبي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة هاهنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث. ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضاً، إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه، إلا أن من شرطه بقاءه على ديانته، فإذا قال: كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان. قال: (**ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي**

المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه، فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة، والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من إثبات الميراث قوله: (**ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسكرهم لأنه إعانة على المعصية، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس، لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح، وإنما يكره بيع نفس السلاح**) لأنه يقاتل بعينه (**لا ما لا يقاتل به إلا بصنعة**) تحدث فيه، ونظيره كراهة بيع المعارف لأن المعصية تقام بها عينها (**ولا يكره بيع الخشب**) المتخذة هي منه (**وعلى هذا بيع الخمر**) لا يصح ويصح بيع العنب. والفرق في ذلك كله ما ذكرنا. وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة، ذكره في الفوائد الظهيرية.

[فروع] إذا طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إليها إذا كان خيراً للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون إلى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون، ومثله في المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الإسلام، وإذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا. وفي المبسوط: روي عن محمد قال: أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم. قال شمس الأئمة: وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين الإسلام وقد ظهر لهم خطؤهم، إلا أن ولاية الإلزام كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به. ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضاً للعهد، كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضاً للإيمان، فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة، وإذا وقعت الموادعة فأعطي كل فريق رهناً على أن أيهما غدر يقتل الآخرون والرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لأهل العدل قتل الرهن، بل يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالموادعة أو بإعطائنا الأمان لهم حين أخذناهم رهناً، والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا إلى فتنهم، وكذا إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا، فإن أبو جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لأنهم حصلوا في أيدينا آمنين. وحكي أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل، ثم إنهم غدروا فقتلوا رهنه، فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا: يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت، فقال له: ما تقول؟ قال ليس لك ذلك، فإنك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾ [الإسراء ١٥] فأغلظ عليه القول وأمر بإخراجه من عنده وقال: ما دعوتك لشيء إلا أتيتني بما أكره، ثم جمعهم من الغد وقال: قد تبين لي أن الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم. قال: سل العلماء، فسألهم فقالوا لا علم

فيه) أي لأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في قتل الباغي العال. وقوله: (**فيعتبر الفاسد**) أي يعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان. وقوله: (**لم يوجد الدافع**) أي التأويل الدافع للضمان. وقوله: (**وليس ببيعه بالكوفة**) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أوّلاً وإلا فالحكم في غيرها كذلك. وقوله: (**إلا بالصنعة**) به يريد الحديد، لأنه إنما يصير سلاحاً بفعل غيره فلا

عساكرهم) لأنه إعانة على المعصية **(وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس)** لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح، وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة؛ ألا ترى أنه يكره بيع المعارف ولا يكره بيع الخشب، وعلى هذا الخمر مع العنب.

لنا. قال أبو حنيفة: توضع عليهم الجزية، قال: لم وهم لا يرضون بذلك. قال: لأنهم رضوا بالمقام في دارنا على التأبيد، والكافر إذا رضي بذلك توضع عليه الجزية، فاستحسن قوله واعتذر عليه. وإذا أمن رجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغي جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقاقاً من الكافر، وهناك يجوز فكذا هنا، ولأنه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب، ولا يتأتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر، ومنه أن يقول: لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمي إذا كان يقاتل مع أهل البغي، ولو ظهر أهل البغي على بلد فولوا فيه قاضياً من أهله ليس من أهل البغي صح، وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل، فإن كتب هذا القاضي كتاباً إلى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد عنده، إن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغي أجازه، وإن كانوا من أهل البغي أو لا يعرفهم لا يعمل به لأن الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم، ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البغي لأنهم فسقة، ويكره أخذ رءوسهم فيطاف بها في الآفاق لأنه مثلة، وجوّزه بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم. ويكره للعادل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغي، بخلاف أخيه الكافر فإنه لا يكره لأنه اجتمع في الباغي حرمتان: حرمة الإسلام، وحرمة القرابة، وفي الكافر حرمة القرابة فقط، وإذا كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف أهل الحرب، لأنه أهدر دمه حين وقف في صفهم. ولو دخل باغياً بأمان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمناً في دارنا، وهذا لبقاء شبهة الإباحة في دمه. وإذا حمل العادل على الباغي فقال تبت وألقى السلاح كف عنه، وكذا لو قال كفّ عني حتى أنظر لعلي أتوب وألقى السلاح، وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله، ومتى ألقاه كف عنه، بخلاف الحربي لا يلزمه الكف عنه بإلقائه السلاح. ولو غلب أهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغي فأرادوا أن يسبوا ذراري أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لأنهم لا يسبون فوجب قتالهم. وإذا وادع أهل البغي قوماً من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غزوهم لأنهم مسلمون، وأمان المسلم إذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين، فإن غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لأحد من أهل العدل أن يشتري منهم. ولو ظهر أهل الشرك على أهل البغي على أهل العدل فألجأوهم إلى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لأن حكم أهل الشرك ظاهر عليهم، ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل البغي إذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر، ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لأنهم يقاتلون لإعزاز الدين، والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب، وإذا ولى البغاة قاضياً في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضي أهل العدل نفذ منها ما هو عدل، وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لأن قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وإن كان مخالفاً لرأي قاضي العدل. ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أماناً منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا، لأن المستأمن من يدخل دار الإسلام تاركاً للحرب وهؤلاء ما دخلوا إلا ليقاتلوا المسلمين.

ينسب إليه **(ألا ترى أنه يكره بيع المعازف)** قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن **(ولا يكره بيع الخشب)** لأنه إنما يصير معزفاً بفعل غيره. قوله: **(وعلى هذا بيع الخمر مع العنب)** أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب، والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمراً سيأتي في باب الكراهة إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما أنه يلقط. والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه، وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب. قال: (**اللقيط حرّ**) لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية، وكذا الدار دار الأحرار، ولأن الحكم للغالب

كتاب اللقيط

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والأموال تصير عرضة للفوات، وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال. واللقيط لغة: ما يلقط: أي يرفع من الأرض، فعيل بمعنى مفعول، سمي به الولد المطروح خوفاً من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار مآله إليه لأنه آيل إلى أن يلتقط في العادة كالقتيل في قوله ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه»[1] (**والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحياء نفس مسلمة**) إذا لم يغلب على الظن ضياعه (**فإن غلب على ظنه ضياعه كان واجباً**) وقول الشافعي وباقي الأئمة الثلاثة فرض كفاية، إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج إلى دليل الوجوب قبل الخوف. نعم إذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا، لأن هذا الحكم وهو إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمع عليه، والثابت إلزامه بقطعي فرض قوله: (**اللقيط حرّ ولو كان الملتقط عبداً**) أي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه، والجناية عليه كالجناية على الأحرار، ولا يحد قاذف أمه لأنا لا نعلم حريتها، ولا يقام الحد مع احتمال السقوط، وإنما حكم الشرع فيه بالحرية (**لأن الأصل في بني آدم الحرية**) لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم، فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به (**وكذا الدار دار الأحرار، ولأن الحكم للغالب**) والغالب في جميع أقطار الدنيا الأحرار قوله: (**ونفقته في بيت المال**) أي إذا لم يكن له مال، وهذا بلا خلاف. وأصله ما روى مالك في الموطإ عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمن عمر بن الخطاب قال: فجئت به إلى عمر فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين؟ إنه رجل صالح، قال كذلك؟ قال نعم، قال اذهب به فهو حرّ وعلينا نفقته[2]. وعن مالك رواه

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين. واللقيط: اسم لشيء منبوذ، فعيل بمعنى مفعول كالجريح. وفي الشريعة اسم لحيّ مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا، مضيعه آثم ومحرزه غانم لأن فيه الإحياء، وقد قال تعالى ﴿**ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً**﴾ فإذا كان بمعنى المفعول كأن تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه لما أنه يلتقط وهو حرّ أي في جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحد وقاذف أمه

كتاب اللقيط

قوله: (**واللقيط اسم لشيء منبوذ الخ**) أقول: لا من حيث إنه منبوذ بل من حيث إنه سيلقط.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٠٠، ٣١٤٢، ٤٣٢١، ٧١٧٠ ومسلم ١٧٥١ وأبو داود ٢٧١٧ والترمذي ١٥٦٢ وابن ماجه ٢٨٣٧ ومالك في الموطأ ٢/ ٤٥٤، ٤٥٥ وابن خبان ٤٨٠٥.

وابن الجارود ١٠٧٦ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ والبغوي ٢٧٢٤ وعبد الرزاق ٩٤٧٦ كلهم من حديث أبي قتادة الأنصاري وله قصة وورد من حديث أنس وله قصة أيضاً أخرجه مسلم ١٨٠٩ وأبو داود ٣٧١٨ والطيالسي ٢٠٧٩ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٣٠ والحاكم ٣/ ٣٥٣ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ وأحمد ٣/ ١١٤، ١٩٠، ٢٧٩ وفيه: من قتل كافراً. . . .».

(٢) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٣٨ والبيهقي ٦/ ٢٠١ والشافعي ٢/ ١٣٨ كلاهما عن سفيان بن جميلة: أنه وجد رجلاً منبوذاً في زمان عمر فذكره.

(ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعليّ، ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة، ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه. والملتقط متبرع

الشافعي في مسنده. وقال البيهقي: وغير الشافعي يرويه عن مالك ويقول فيه: وعلينا نفقته من بيت المال انتهى. وكذلك رواه عبد الرزاق قال: أنبأنا مالك عن ابن شهاب: حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذاً على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتاه به فاتهمه عمر رضي الله عنه، فأثنى عليه خيراً، فقال عمر رضي الله عنه: هو حرّ وولاءه لك ونفقته من بيت المال. وتهمه عمر دلّ عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جميلة أنه قال له: عسى الغوير أبؤساء، وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه، وأول من قالته الزباء. وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي أن يأتي به إلى الإمام أوّلاً ليس بلازم. نعم ما لم يتبرع بالإنفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن يأتي به إليه، وإذا جاء به إلى الإمام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته إلا أن يقيم بينة على الالتقاط لأنه عساه ابنه ولذا قال عمر رضي الله عنه: عسى الغوير أبؤساء. والوجه أنه لا يتوقف على البينة إلى ما يرجح صدقه، ألا ترى أن عمر لما قال عريفة إنه رجل صالح أنفق عليه، فإن هذه البينة ليست على أوضاع البينات فإنها لم تقم على خصم حاضر، وإنما كانت ليترجح صدقه في إخباره بالإلتقاط، ولذا قال في المبسوط: هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تكن على خصم: قال الواقدي: وحدثني محمد بن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: كان عمر إذا أتى بلقيط فرض له ما يصلحه رزقاً يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيراً، ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته، وروى عبد الرزاق، حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطاً فأتى به إلى عليّ رضي الله عنه فألحقه عليّ على ماله **(ولأنه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال ولا قرابة)** أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولأن ميراثه لبيت المال **(والخراج بالضمان)** أي لبيت المال غنمه: أي ميراثه ودينه، حتى لو وجد اللقيط قتيلاً في محله كانت على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال، ولو قتله عمداً فالخيار إلى الإمام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه **(ولهذا كانت جنايته في بيت المال)** وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلاً التقط لقيطاً فأتى به علياً رضي الله عنه فقال: هو حرّ، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحبّ إليّ من كذا وكذا. فحرّض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الإمامة لأنه لا ينبغي للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق به قوله: **(والملتقط متبرّع بالإنفاق عليه لعدم ولايته)** على أن يلحقه الدين ليرجع عليه إذا كبر واكتسب **(إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه)** يعني بهذا القيد بأن يقول: أنفق عليه ويكون ذلك ديناً عليه، وظاهر الحصر المذكور وفي قوله إلا أن يأمره إلى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون ديناً عليه لا يرجع بما أنفق، وهو كذلك في الأصح لأن مطلق الأمر بالإنفاق إنما يوجب ظاهراً ترغيبه في إتمام الاحتساب وتحصيل الثواب. وقيل يوجب له الرجوع لأن أمر القاضي كأمر اللقيط بنفسه إذا كان كبيراً **(لعموم ولاية القاضي)** فإذا أنفق بالأمر الذي يصيره ديناً عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع به، وإن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة قوله: **(فإن ادعى مدع أنه**

لا يحد، كذا في شرح الطحاوي. وقوله: **(لأن الأصل في بني آدم الحرية)** لأنهم من آدم وحواء وحما حران. والرق إنما هو لعارض الكفر على ما تقدم، والأصل عدم العارض، ولأن الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الإسلام الحرية. وقوله: **(هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما)** روي عن علي رضي الله عنه قال: «اللقيط حر وولاؤه للمسلمين. وعن عمر رضي الله عنه مثله. وقوله: **(والخراج بالضمان)** أي له غنمه وعليه غرمه، كغلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لأنه قبل الرد في ضمانه، يقال خراج غلامه: إذا اتفقا على ضريبة يؤديها عليه في وقت معلوم. وقوله: **(فيه)** أي في بيت المال، ويقال برع

في الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية. قال: **(فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه)** لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده **(فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله)**. معناه: إذا لم يدع

ابنه فالقول قوله) ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذمياً. قال المصنف معناه**(إذا لم يدع الملتقط نسبه)** يعني سابقاً على دعوى المدعي أو مقارناً، أما إذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى، وإن ادعياه معاً فالملتقط أولى ولو كان ذمياً والخارج مسلماً لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمي. ويحكم بإسلام الولد، ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحساناً. والقياس أن لا يثبت إلا ببينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه، وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامه المسلمين **(وجه الاستحسان أنه إقرار الصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب)** ويتأذى بانقطاعه، إذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغباً في ذلك غير ممتن به، ويد الملتقط ما اعتبرت إلا بحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك، وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوى فيقدم عليه، ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمناً مترتباً على وجوب إيصال هذا النفع إليه، لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي، وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح، ثم يترتب عليها استحقاق الميراث، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح، وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا، وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء، وأما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد **(فقيل يصح قياساً واستحساناً)** أي ليس فيه قياس مخالف، والصحيح أنهما أيضاً فيه إلا أن وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج، فإن ذلك هو استلزامه إبطال حق بمجرد دعواه، وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطة كان نافياً نسبه، فلما ادعاه تناقض. وجه الاستحسان فيه ما قدمناه، والتناقض لا يضر في دعوى النسب لأنه مما يخفي ثم يظهر، وهذا معنى ما في الأصل الذي أحال المصنف عليه **(ولو ادعاه اثنان)** خارجان معاً **(ووصف أحدهما علامة في جسده)** فطابق **(فهو أولى به)** من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلماً وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم، ولو أقاما البينة وأحدهما ذمي كان إبناً للمسلم **(ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق)** وهو الدعوى، وكذا لو أقاما وهما مسلمأن ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه، ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه، وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سبي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما، بخلاف ما لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئاً، وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لأن سبب الإستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة، فلو قضى له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة، وذلك لا يجوز،

الرجل وبرع بالفتح والضم: إذا فضل على أقرانه، ومنه يقال للمتفضل المتبرع. وقوله: **(إلا أن يأمره القاضي ليكون ديناً عليه لعموم الولاية)** في قوله ليكون ديناً عليه إشارة إلى أنه إنما يصير ديناً إذا قال ذلك، ومن أصحابنا من قال: مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك ديناً عليه، لأن أمر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه أن لوكان من أهله، ولو كان من أهله وأمر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق ديناً عليه، فكذا إذا أمره القاضي. والأصح أن لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لأن مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديناً عليه. وقوله: **(معناه: إذا لم يدع الملتقط نسبه)** يعني إذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لأنهما استويا في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى. وقوله: **(ثم قيل يصح في حقه)** أي في حق النسب، وقيل يبتني

قوله: **(لأن أمر القاضي إلى قوله كان ما يتفق عليه ديناً)** أقول: يعني أن أمر القاضي نافذ على اللقيط كأمر اللقيط بنفسه أن لو كان اللقيط من أهل الأمر، ولو كان من أهل الأمر الخ.

الملتقط نسبه وهذا استحسان. والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه. ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط. وقيل يبتني عليه بطلان يده، ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياساً واستحساناً، والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الأصل **(وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به)** لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه،

إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر. ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد، وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابناً لهما. وعند الشافعي يرجع إلى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد، ولا يلحق بأكثر من إثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد. وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة. وفي شرح الطحاوي: وإن كان المدعي أكثر من اثنين، فعن أبي حنيفة أنه جوز إلى خمسة. ولو ادعته امرأة لا يقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج، وإن ادعته إمرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما، عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص، وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه، وهذا كله في حال حياة اللقيط، فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث، ولا يصدق إلا ببينة على ذلك قوله: **(وإذا وجد)** اللقيط **(في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم)** فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصراً للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أو لا، ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أو لا **(فإن ادعاه ذمي أنه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلماً)** استحساناً. والقياس أن لا يثبت نسبه منه لأن في ثبوت نسبه عنه نفي إسلامه الثابت بالدار وهو باطل. وجه الاستحسان **(أن دعواه تضمنت)** شيئين **(النسب وهو نفع للصغير ونفي الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به)** وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه**(فصححنا دعوته فيما ينفعه)** من ثبوت النسب **(دون ما يضره)** إلا إذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافراً. وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زيّ أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني، وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى. ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لأن المسلمين كثيراً ما يفعلونه وإذا حكمنا بأنه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان كما قلنا في الحضانة إذا كانت أمه المطلقة كافرة قوله: **(وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعه أو كنيسة)** في دار الإسلام **(كان ذمياً)** هكذا قال القدوري. قال المصنف: **(هذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة، فإن كان مسلماً في هذا المكان)** أي في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة **(أو كان)** الواجد **(ذمياً)** لكن وجده **(في مكان المسلمين اختلف الرواية فيه، ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان)** في الفصلين، وهو ما إذا كان الواجد مسلماً في نحو الكنيسة أو ذمياً في غيرها من دار الإسلام، وعليه مشى القدوري

عليه بطلان يده لأن من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره. وقوله: **(ولو ادعاه الملتقط)** أي ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال إنه لقيط، قيل يصح قياساً واستحساناً لأنه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له في ذلك **(والأصح أنه على القياس والاستحسان)** أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الإستحسان: يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط، لكن وجه القياس هاهنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط. ووجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن إبطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه. ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بأنه لما زعم أنه لقيط كان نافياً نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطاً في يده ثم ادعى أنه ابنه فكان مناقضاً. وفي الاستحسان تصح دعواه لأن هذا إقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الإقرار يكتسب له ما ينفعه، وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية. وقوله: **(وإنه متناقض[1])** قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على

---

(١) ليست هذه القولة بنسخ الشرح التي بأيدينا فلعل المحشي كتب على نسخة أخرى اهـ مصححة.

وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب. ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى (وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير،

هنا لأن المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح **(وفي كتاب الدعوى)** اختلف النسخ **(في بعض النسخ اعتبر الواجد)** في الفصلين **(وهو رواية ابن سماعة)** في الفصلين لأن اليد أقوى من المكان **(ألا ترى)** أن الصبي المسبى مع أحد الأبوين إلى دار الإسلام يكون كافراً حتى لا يصلى عليه إذا مات **(وفي بعض نسخه)** أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط **(اعتبر الإسلام)** أي ما يصير الولد به مسلماً **(نظراً للصغير)** ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك، فعلى هذا لو وجده كافراً في دار الإسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلماً فصارت الصور أربعاً: اتفاقيتان، وهو ما إذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر، واختلافيتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين. وفي كفاية البيهقي قيل: يعتبر بالسيما والزيّ لأنه حجة، قال الله تعالى ﴿تعرفهم بسيماهم﴾ يعرف المجرمون بسيماهم. وفي المبسوط: كما لو اختلط الكفار: يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة، ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم أنه مسلم يجب الأخذ بقوله قوله: **(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل عنه)** لأن الأصل الحرية لما قدمنا **(إلا أن يقيم بينة)** لا يقال: هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببينة هنا، وإنما قلنا هنا كي لا ينقض بما إذا ادعى خارج نسبه فإن يده تزول بلا بينة على الأوجه. والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد، وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها، وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال إلا ببينة قوله: **(فإن ادعى عبداً أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه، وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة)** فيكون الأب عبداً والولد حراً لأنه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه **(فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك)** إذا لم تضف ولادته إلى امرأته أمه فإن أضاف إلى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد. ذكر في الذخيرة أن الولد حرّ عند محمد، وعند أبي يوسف عبد، فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق، وأحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره، وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضرورته تبعاً فيحكم برقه تبعاً، بخلاف الذمي فإنه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز إسلام زوجته، وعلى هذا لو قال الذمي إنه من زوجتي الذمية لا يصدق قوله: **(والحرّ في دعوته اللقيط أولى من العبد)** يعني إذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا أنه إذا كان الملتقط ذمياً ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه، وكذا إذا ادعى الذمي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم

الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده، والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه **(وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به)** أي يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط إلى الذي وصف علامة في جسده وأصاب في وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط. فإن قيل: ما الفرق بين اللقيط واللقطة فإن اللقطة إذا تنازع فيه اثنان ووصف أحدهما وأصاب ولم يصف الآخر فإنه لا يقضي لصاحب الوصف، بل إذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم. أجيب بأن الفرق بينهما هو أن الإصابة بوصف أمر محتمل، يحتمل أنه أصاب لأنه له، ويحتمل أنه أصاب لأنه رأى في يد غيره، والمحتمل لا يصلح سبباً للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحاً لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج. إذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط: قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط، ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف ليترجح سبب الاستحقاق، وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف، فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل

وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره **(وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً)** وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة، وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه، ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد؛ ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافراً، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير **(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه)** لأنه حرّ ظاهراً إلا أن يقيم البينة أنه عبده **(فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه)** لأنه ينفعه **(وكان حراً)** لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك **(والحرّ في دعوته اللقيط أولى من العبد، والمسلم أولى من الذمي)** ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه **(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له)**

بإسلامه، ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقاً، كما أن الذمي إذا ادعاه ابناً له وأقام بينة من المسلمين يكون كافراً، ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه. وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى، وكذا لو أقرّ بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى، ولو كان العبد مأذوناً في التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يداً على نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد، وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حراً إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده قوله: **(وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له)** بلا خلاف **(اعتباراً للظاهر)** أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها. وقوله: **(لما ذكرنا)** يريد قوله اعتباراً للظاهر **(ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع)** أي لا حافظ له، وماله وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ **(وللقاضي ولاية صرف مثله إليه)** وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله **(وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي)** أيضاً **(لأنه للقيط)** كما حكمنا به **(وللواحد الإنفاق عليه وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق)** وشراء ما لا بد منه عطف على ولاية من قوله وله

الاستحقاق والوصف لا يصلح سبباً له فافترقا. قوله: **(وإن وجد في مصر من أمصار المسلمين)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقال في النهاية: والمسئلة في الحاصل على أربعة أوجه: أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوماً له بالإسلام. والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوماً له بالكفر لا يصلى عليه إذا مات. والثالث أن يجده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم في مكان الكافرين، ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية. ففي كتاب اللقيط يقول: العبرة للمكان في الفصلين جميعاً. وفي رواية ابن سماعة عن محمد أن العبرة للواجد بالفصلين جميعاً، كذا في المبسوط. وقوله: **(في بعض النسخ)** أي في بعض نسخ دعوى المبسوط.

قوله: **(ومن ادعى أن اللقيط عبده)** ظاهر. فإن قيل: إن البينة لا تقبل إلا على خصم منكر ولا خصم هاهنا لأن الملتقط ليس بولي فلا يكون خصماً عنه. أجيب بأن الخصم هو الملتقط باعتبار يده لأنه يمنعه عنه، ويزعم أنه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعي إلى استحقاق يده عليه إلا بإقامة البينة، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لأن دعواه تضمنت شيئين: النسب وهو نفع للصبي لأنه يحصل له الشرف بثبوت النسب، والرق وهو مضرة فيثبت الأول دون الثاني لأن الأول لا يستلزمه لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك. ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما أنه يثبت نسبه لأنه ينفعه، وكل ما ينفعه يثبت له. والثاني أنه حرّ لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبداً، وقد تلد له الأمة فيكون

قال المصنف: **(لقوة اليد ألا يرى الخ)** أقول: فيه بحث، فإن التبعية في الأبوين للجزئية لا لليد بمجردها قال المصنف: **(فوق تبعية الدار)** أقول: لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان. قوله: **(لأنه يمنعه عنه)** أقول: أي يمنعه من المدعي قوله: **(لأن الأول لا يستلزمه)** أقول: إذا لم يستلزمه فكيف تضمنه؟

اعتباراً للظاهر، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه. وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهراً **(وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه)** كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق **(ولا يجوز تزويج الملتقط)** لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة. قال: **(ولا تصرفه في مال الملتقط)** اعتباراً بالأم، وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما. قال: **(ويجوز أن يقبض له الهبة)** لأنه نفع

ولاية الإنفاق: أي للواجد ولاية الإنفاق، وله شراء ما لا بد للقيط منه، وبهذا قال أحمد **(ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط)** واللقيطة **(لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة)** وهذا بلا خلاف **(ولا تصرفه في ماله ببيع)** ولا شراء شيء ليستحق الثمن ديناً عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك **(اعتبار بالأم)** فإنها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى **(وهذا)** أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه **(لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك)** إنما **(يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما)** لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأي، وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة، ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوّجها غير الأب والجد من كتاب النكاح قوله: **(ويجوز أن يقبض)** أي الملتقط **(للقيط الهبة)** والصدقة عليه **(لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها)** قال القدوري: ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيانته عن الفساد. ثم **(قال)** القدوري **(ويؤاجره)** لأنه من التثقيف يعني التقويم **(وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية)** قال المصنف: **(وهو الأصح)** لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها **(فأشبه العم، بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه)** بالاستخدام والإعارة بلا عوض، فبالعوض بالإجارة أولى.

[فروع] ادعاه الملتقط عبداً له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا ببينة كالخارج. ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه. وأثر هذه البينة في كونه كافراً ولا يثبت بذلك. ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلمه أحكام الإسلام، بخلاف الكافر. وإذا بلغ اللقيط فأقرّ أنه عبد فلان وفلان يدعيه، إن كان قبل أن يقضي عليه بما لا يقضي به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبداً لأنه غير متهم فيه، وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبداً لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعاً في ذلك، فهو كما لو

عبداً، والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك. قال: **(والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد)** إذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي، وكذلك إذا أقاما البينة وليست إحداهما أكثر إثباتاً، حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لأن بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست إحداهما أكثر إثباتاً فكان المسلم أولى. وأما إذا كانت بينة الذي أكثر إثباتاً فلا يعتبر الترجيح بالإسلام، فلو ادعى الذمي صبياً في يد رجل أنه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بينة أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة قضى للذمي بالصبي، ولم يترجح العبد بالإسلام لأن بينة الذمي أكثر إثباتاً لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه. وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها، فإن الملتقط إذا كان ذمياً فهو أولى من المسلم الخارج **(وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له)** وكذا الدابة **(اعتبار للظاهر)** لأن اللقيط لما كان في دار الإسلام كان حراً من أهل الملك، فما كان معه فهو له ظاهراً لعدم اليد الثابتة عيه كالقميص الذي عليه. فإن

قال المصنف: (ويؤاجره) أقول: بالنصب عطف على قوله أن يقبض.

محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها. قال: **(ويسلمه في صناعة)** لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله. قال: **(ويؤاجره)** قال العبد الضعيف: وهذا رواية القدوري في مختصره، وفي الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في الكراهية هو الأصح. وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه. ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم، بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى.

كذبه الذي أقرّ له بالرق. ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعدما كبرت إن كان بعد التزويج صح وكانت أمه للمقر له، ولا تصدق في إبطال النكاح لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم رقها انتفاء النكاح، ولو بلغ فتزوّج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق وصدقها لازم عليه لا يصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه فهو متهم في إقراره هذا، وكذا إذا استدان ديناً أو بايع إنساناً أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم، وتقدم أن ميراثه لبيت المال، فلو أنه والى رجلاً بعد ما أدرك الملتقط أو غيره، فإن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بين المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال. وإن كان قبل ذلك جاز لأن ولاؤه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالي من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالي من شاء إلا أن يجني فيعقله بيت المال.

قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك. أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير قوله: **(ثم يصرفه الواجد إليه)** ظاهر. وقوله: **(والموجود في كل واحد منهما)** أي من الملتقط والأم **(أحدهما)** لأن للملتقط رأياً كاملاً ولا شفقة له، وللأم شفقة كاملة ولا رأي لها قوله: **(لأنه من باب تثقيفه)** التثقيف تقويم المعوّج بالثقاف وهو ما يسوّي به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب قوله: **(بخلاف الأم لأنها تملكه)** أي تملك إتلاف منافعه فإنها تملك استخدام ولدها وإجارته، والله أعلم.

كتاب اللقطة

قال: (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره، وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة للذي يضحك منه ويهزأ به. وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال، فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً، وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط. وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضاً فمحمول على هذا: يعني يطلق على المال أيضاً. ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين، وبه قال أحمد يحل، والترك أفضل، وأما الحل فلأنه ﷺ لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ما سنذكر. وأسند إسحاق بن راهويه عنه ﷺ «من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل»[1] وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولو لم يذكر خصوص المكان، فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره، ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على أنه إليه، وقيده الطحاوي وغيره بما إذا كان يأمن على نفسه، فإن كان لا يأمن يتركها، ولأنه يجوز أن تصل يد خائنة إليها، فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع، ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره قوله: **(واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها، لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو أفضل)** وظاهر المبسوط اشتراط عدلين إلى آخره **(وإذا كان كذلك)** يعني إذا كان أشهد أو إذا كان أمانة بأن أشهد **(لا تكون مضمونة عليه)** فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه، وكذا إذا صدقه المالك

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما، وقدم الأول لشرف بني آدم على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه أمانة وقوله: **(إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها)** لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء رحمهم الله قوله: **(بل هو أفضل عند عامة العلماء)** احتراز عن قول من يقول إنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعاً وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه، فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع قوله: **(وهو**

كتاب اللقطة

قوله: **(واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما)** أقول: فيه أنه إذا عكس يوجد التمييز أيضاً فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب. والأولى ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كأنه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه، وميلان الطباع إليه فسمي لقطة على الإسناد المجازي، وفي المنبوذ من بني آدم إباء في القلوب عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطاً: أي ملقوطاً على سبيل التفاؤل وإرادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليماً والمهلكة مفازاً انتهى قوله: **(واللقطة وهي الشي الذي يجده ملقي فيأخذه أمانة)** أقول: كذا صحح في المغرب، ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ١٧٠٩ والطيالسي ١٠٨١ وكذا النسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٢٥٠ والطحاوي ٤/ ١٣٦ والطبراني ١٧/ ٩٨٥ والبيهقي ٦/ ١٩٣ ٦/ ١٨٧ وابن الجارود ٦٧١ وابن ماجة ٢٥٠٥ كلهم من حديث عياض بن حمار وإسناده صحيح على شرط مسلم.

مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة، ولو أقرّ أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغيره إذنه وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر

في قوله إنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبينته على أنه أخذها ليردها **(ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع، وإن لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه والمالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يضمن)** وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. وفي شرح الأقطع ذكر محمداً مع أبي يوسف **(والقول له)** مع يمينه أنه أخذها ليردها **(لأن الظاهر شاهد له)** إذ الظاهر من حال المسلم **(اختياره الحسبة لا المعصية)** ولأن الأخذ مأذون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك **(ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشك فلا يبرأ، وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون التصرف عاملاً لنفسه)** فإن قال كون أخذ المال سبباً للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع، وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم. فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد عند

الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل أن اللقطة عند عامة العلماء على نوعين: ما يكون أخذه واجباً وهو خاف الضياع، واستدل على ذلك بقوله تعالى **﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾** وإذا كان ولياً وجب عليه حفظ ماله، وبأن حرمة مال المسلم كحرمة ماله، فإذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه، فكذلك إذا خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجباً، وهو ما إذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى **﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى﴾** ولأنه لو تركها لا يؤمن أن يصل إليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها. وقيل تركه أفضل لما ذكرنا أن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب **(وإذا كان كذلك)** أي إذا كان أخذها مأذوناً فيه شرعاً **(لا تكون مضمونة عليه)** كذا وكذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله إذا تصادقا، والظاهر أن معناه وإذا أشهد الملتقط أنه يأخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لأنه لم يأخذ لنفسه، ويجوز أن يكون معناه وإذا كانت أمانة لا تكون مضمونة عليه، وكذا إذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما وصار كما إذا قام الملتقط البينة أنه أخذها ليوصلها إلى المالك **(ولو أقرّ)** الملتقط **(أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذتها لمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يضمن والقول قوله)** أما عدم الضمان فلأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لأن فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعاً، والذي يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه، وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الإشهاد منه، وأما أن القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب. وقوله: **(ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان)** ظاهر قيل هذا الاختلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه أن يشهد، أما إذا لم يجد أحداً يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الإشهاد لا يكون ضامناً بالاتفاق، وإن وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه. وقوله: **(ويكفي في الإشهاد أن يقول)** ظاهر. وقوله: **(وهذه رواية عن أبي**

قوله: **(كذا في بعض الشروح)** أقول: يعني في شرح الإتقاني قوله: **(وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ)** أقول: إنما لا يكون مناسباً أن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا عطفاً على قوله، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك يلازم فإنه يجوز أن يكون عطفاً على قوله إذا أشهد الخ قوله: **(ويجوز أن يكون معناه الخ)** أقول: وعندي هذا أظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا إذا تصادقا، وكذا تكون اللقطة أمانة إذا تصادقا، ويوجد التناسب والتلاؤم لكونه عطفاً على قوله اللقطة أمانة الخ، وعلى الوجه الذي ذكره قبله يكون المعنى وكذا لا تكون مضمونة عليه إذا تصادقا، وفيه نوع تأمل.

شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية، ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه عليّ واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس. قال: **(فإن**

الإمكان على ما ذكرنا آنفاً من رواية إسحاق «من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل» وهذا الاختلاف فيما إذا أمكنه الإشهاد، وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه إن أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع، والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الإشهاد كذا قال: **(ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه عليّ)** أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره، فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن، ولا فرق بين كون اللقطة **(واحدة أو أكثر لأنه)** أي اللقطة بتأويل الملتقط **(اسم جنس)** ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان. قال الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها، فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفي فجعل التعريف إشهاداً. وقول المصنف يكفيه من الإشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله، فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف. وقوله عليه الصلاة والسلام «من أصاب ضالة فليشهد»[1] معناه فليعرّفها. ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف: أي الإشهاد. فإنه إذا استشهد ثم عرق بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلاً، وإلا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول، وعلى هذا فخلافية أبي يوسف فيما إذا لم يعرّفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك. وقولهما إن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف، فإذا لم يعرّفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه، وعلى هذا لا يلزم الإشهاد: أي التعريف وقت الأخذ، بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه، وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر، لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه، وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها، فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن، وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا، والوجه ظاهر المذهب، وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعاً مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالأخذ قوله: **(فإن كانت)** اللقطة **(أقل من عشرة عرفها أياماً)** وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل، وذلك أنه روى عن أبي حنيفة: إن كانت مائتين فصاعداً عرّفها حولا، وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرّفها شهراً، وإن كانت أقل من عشرة يعرّفها عى حسب ما يرى. وفي رواية أخرى قال: فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعداً: يعني إلى العشرة يعرفها عشرة أيام، وإن كانت درهماً فصاعداً: يعني إلى ثلاثة يعرّفها ثلاثة

حنيفة) يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية، فإن الطحاوي رحمه الله قال: وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفسياً أو خسيساً في ظاهر الرواية وقوله: **(كانت مائة دينار تساوي ألف درهم)** يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسنداً إلى أبي بن كعب رضي الله عنه قال: «أخذت صرّة مائة دينار، فأتيت النبيّ ﷺ فقال: عرّفها حولاً، فعرّفها فلم أجد من يعرفها، ثم أتيته ثانياً فقال عرّفها حولاً، فعرّفتها فلم أجد، ثم أتيته ثالثاً فقال: احفظ وعاءها ووكاءها وعددها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها». وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. وأقول: هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولين، وليس ذلك بشرط بالإجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله: **(وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير)** إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وقوله: **(كالنواة وقشور الرمان)** يعني إذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فإنه يجوز له الانتفاع بها لأن القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع

قوله: **(قيل هذا الاختلاف في الإشهاد الخ)** أقول: أي في وقت انتفاء الإشهاد ففيه حذف مضافين.

---

(١) هو المتقدم.

كانت أقل من عشرة دراهم عرّفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرّفها حولاً) قال العبد الضعيف: وهذه رواية عن أبي حنيفة. وقوله أياماً معناه على حسب ما يرى. وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام «من التقط شيئاً فليعرّفه سنة من غير فصل». وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه مّا ففوضنا إلى رأي المبتلي به وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه

أيام، وإن كانت دانقاً فصاعداً يعرّفها يوماً، وإن كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كفّ فقير. قال شمس الأئمة: شيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يعرّف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد، والظاهر أنه إنما قدّر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن أن المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها، وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله ﷺ ما سيذكر، وكذا روي عن عمر وعليّ وابن عباس. وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام «من التقط شيئاً فليعرّفه سنة»[1] من غير فصل، وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرّفه سنة»[2] ومعنى لا تحل اللقطة: أي لا يحل للملتقط تملكها، وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه. وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «عرّفها سنة، ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدّها إليه»[3] **(وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم، والعشرة فما فوقها في معنى الألف شرعاً في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول)** إلحاقاً لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا **(وما دون العشرة ليس في معنى الألف شرعاً بوجه ما ففوضنا)** التعريف فيها **(إلى رأي المبتلى به)** والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن أبي بن كعب قال «أخذت صرّة مائة دينار فأتيت النبيّ ﷺ فقال عرّفها حولاً، فعرفتها فلم أجد، ثم أتيت بها فقال: عرفها حولاً فعرّفتها فلم أجد،

حصل بصنعه ولكنه لا يملكها، حتى أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها لأن الإلقاء متفرقاً دليل على الأذن لا على التمليك، لأن التمليك من المجهول لا يصح. ذكره في المحيط، فأما إذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها قوله: **(فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها)** يعني إن جاء صاحبها بعد التعريف دفعها إليه أيضاً لا لعين حقه المستحق الدفع إليه كما في بيع الفضولي **(وإلا)** أي وإن لم يجيء فهو بالخيار **(إن شاء)** تصدق بها أيضاً لا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها على مستحقة **(وإن شاء أمسكها رجاء)** للظفر

قوله: **(لأن العبرة بعموم اللفظ الخ)** أقول: فإن النكرة إذا وقعت في سياق الشرط تعم على ما صرحوا به، وسيأتي الحديث المروي كذلك قوله: **(وأقول هذا الحديث الخ)** أقول: فيه بحث إذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٨٢ والبزار في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤٦٦ كلاهما من حديث أبي هريرة.
قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٤٠: في إسناده يوسف بن خالد وهو ضعيف اهـ قلت: وهو المعروف بالسُمتي اتهموه.
(٢) هو المتقدم.
(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٢٨ ومسلم ١٧٢٢ وأبو داود ١٧٠٦.
والترمذي ١٣٧٣ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٣/ ٢٣٠، ٢٣١ وابن ماجه ٢٥٠٧ وابن حبان ٤٨٩٥ والطحاوي ٤/ ١٣٨ والطبراني ٥٢٣٧، ٥٢٣٨ والبيهقي ٦/ ١٩٢، ١٩٣ وابن الجارود ٦٦٩ وأحمد ٤/ ١١٦ و ٥/ ١٩٣ كلهم من حديث زيد بن خالد الجهني وله قصة عند البخاري.

المقادير ليس بلازم، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدّق بها، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرّفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به، وينبغي أن يعرّفها في الموضع الذي أصابها. وفي الجامع: فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لا يصح. قال: **(فإن جاء صاحبها وإلا تصدّق بها)** إيصالاً للحق إلى المستحق وهو واجب

ثم أتيته ثالثاً فقال: احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها»[1] وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار، وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقاً عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله: **(وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه التقادير ليس بلازم)** ولا التقدير بالعام **(ويفوض إلى رأي المبتلى به يعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدّق بها)** وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره. واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار، فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أو لا، وهذا يختلف باختلاف خط المال، ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر كبير أمره ﷺ أن يعرّفه ثلاث سنين قوله: **(وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرّفه حتى يخاف فساده فيتصدق به)** قال المصنف: **(وينبغي أن يعرّفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع)** يعني الأسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي. واعلم أن الأمر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفاً وعادة وإن كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة، ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتاً بعد وقت، ويكرر ذلك كلما وجد مظنة، وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه، أما الواجب فأن يذكرها مرة بعد أخرى قوله: **(وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فيجوز الانتفاع بها)** للواجد **(بلا تعريف)** وعنه ﷺ «أنه رأى تمرة في الطريق فقال: لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها»[2] ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء، ولكن تبقى على ملك مالكها، حتى إذا وجدها في يده له أخذها لأن الإباحة لا تخرجه عن ملك مالكه، وإنما إلقاؤها إباحة لا تمليك **(لأن التمليك من المجهول لا يصح)** وذكر شيخ الإسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لأنها تصير ملكاً له بالجمع، وعلى هذا

بصاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط بإذن الحاكم فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق إن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته. فإن قيل التوقف على الإجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم، حتى لو أجاز المالك بعد هلاكها صحت الإجازة. وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الإجازة لأن الملتقط لما كان مأذوناً في التصدق شرعاً ملك الفقير بنفس الأخذ لأن التصدق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الإجازة. فإن قيل: لو ثبت الملك للفقير قبل الإجازة لما ثبت للمالك حق الأخذ إذا كان قائماً في يد الفقير.

قال المصنف: **(وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها)** أقول: قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: قال أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه «وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة، فعرفتها فلم يعرفها أحد، فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام: عرفها سنة أخرى، فعرفتها، ثم أخبرته فقال: عرفها سنة أخرى، ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٢٦ ومسلم ١٧٢٣، ١٧٢٢ وأبو داود ١٧٠٢، ١٧٠٣ والترمذي ١٣٧٤ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ١/١٨، ١٩ وابن ماجه ٢٥٠٦ وابن حبان ٤٨٩١، ٤٨٩٢ والطيالسي ٥٥٢ والطحاوي ٤/١٣٧ وعبد الرزاق ٥/١٨٦ والبيهقي ١٩٦ وابن الجارود ٦٦٨ وأحمد ٥/١٢٦ كلهم من حديث أبي بن كعب واللفظ للبخاري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٥٥، ٢٤٣١ ومسلم ١٠٧١ وأبو داود ١٦٥١، ١٦٥٢ وابن حبان ٣٢٩٦ وأبو يعلى ٢٨٦٢ والطحاوي ٢/٩ والبيهقي ٦/١٩٥ والطيالسي ٨٣٩ وأحمد ٣/١٨٤، ١٩٣ كلهم من حديث أنس.

بقدر الإمكان، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازة التصدق بها، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها. قال: **(فإن جاء صاحبها)** يعني بعد ما تصدق بها **(فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة)** وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته، والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل، بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه **(وإن شاء ضمن الملتقط لأنه**

التقاط السنابل، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وفي غير موضع تقييد هذا الجواب: أعني جواز الانتفاع بهما بما إذا كانت متفرقة، فإن كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها. وعن أبي يوسف: لو جزّ صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به، ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه، ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذه بعد أن يعطيه ما زاد الدباغ. وفي الخلاصة: والتفاح والكمثري والحطب في الماء لا بأس بأخذه قوله: **(فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تصدق بها)** أو أكلها إن كان فقيراً، أو استقرضها بإذن الإمام ويتملكها إن شاء وإن شاء أمسكها أبداً حتى يجيء صاحبها، وإذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في المواريث، ثم الورثة أيضاً يعرّفونها، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرّفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لأنهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا: أي لم يعرّفوا، ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها عن صاحبها، ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب، فإن جاء صاحبها **(بعد التصدق فهو)** بأحد خيارات ثلاث **(إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه)** أي بإذن المالك وحصول الثواب للإنسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الإذن والرضا فبالإجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه لرضاه بذلك. فإن قيل: كيف تلحقه الإجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها؟ أجاب بأن ذلك فيما ذلك يتوقف فيه الملك على الإجازة كما في بيع الفضولي، أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعاً لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدّق عليه، وإذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعاً إجماعاً حتى ينتقل إليه الثواب **(وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه)** فإن قلت: لكنه بإذن الشرع وإباحة منه. قلنا: الثابت من الشارع إذنه في التصدق لا إيجابه **(هذا)** القدر **(لا ينافي)** وجوب الضمان **(حقاً للعبد كما في)** إذنه **(في تناول مال الغير عند المخمصة)** والمرور في الطريق مع ثبوت

أجيب بأن ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له، وكالمرتدّ إذا عاد من دار الحرب مسلماً بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فإنه يأخذ ما وجده قائماً بعد ثبوت الملك لهم، بخلاف بيع الفضولي فإن الملك فيه للمشتري إنما يثبت بعد إجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضاً، وسيجيء تمامه في البيوع إن شاء الله تعالى، وإن شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر. فإن قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها بإذن الشرع؟ أجاب بقوله: **(إلا أنه بإباحة من جهة الشرع)** يعني أن الإذن

بها فإنها رزق ساقه الله إليك» انتهى. ثم قال: وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا إن التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم، ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها؛ ألا يرى أن المائة دينار لما كان مالاً عظيماً كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى. فيفهم منه أن اللاقط يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه. وفي المحيط البرهاني والفقيه أبي جعفر: كان يقول إذا بلغ مالاً عظيماً بأن كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الإمام أنه كان يروي عن محمد أنه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر قوله: **(فالظاهر أنه ما ألقاها)** أقول: بل سقطت منه قال المصنف: **(فلا يتوقف على قيام المحل)** أقول: والأظهر عندي أن فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع إلى الإجازة.

سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع، وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة، وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه، وإن كان قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله) قال: **(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير)** وقال مالك والشافعي: إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل. وعلى هذا الخلاف الفرس. لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع، وإذا

الضمان، فإذا جاز أن يثبت إذنه مقيداً به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه **(وإن شاء ضمن المسكين)** إذا كان المدفوع إليه **(هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه)** فإن قلت: إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها. أجيب بأنه لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة. والمرتد: الراجع من دار الحرب مسلماً بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق، وإذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم إذنه **(وإن كان قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله)** وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه إنما يرجع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضي، أما إذا كان بأمره فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب، فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمنه إذا جاء فضلاً على الملتقط المتصدق بأمره، وهذا لأن القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظاً لها إتلافاً فلا ينفذ من إتلافه إلا ما لزمه شرعاً القيام والتصدق ليس كذلك قوله: **(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير. وقال مالك الشافعي)** وأحمد **(وإذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل. وعلى هذا الخلاف الفرس)** لهم **(أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع، وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها به)** كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس **(يقل)** ظن **(الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة في الأخذ والندب إلى الترك)** هذا، ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر **(ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة)** لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد ابن خالد الجهني قال: «جاء رجل يسأل النبيّ ﷺ عن اللقطة فقال: اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها، قلت: فضالة الغنم؟ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب، وفي الصحيح «قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضالة الإبل؟ قال: ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها»[1] وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال:

كان إباحة منه لا إلزاماً، ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم ولا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة **(وإن شاء ضمن المسكين)** لما ذكره في الكتاب وهو واضح **(وإن كانت العين قائمة أخذها لأنه وجد عين ماله)** وحاصله أن المالك إن لم يجز الصدقة فلا يخلو إما أن تكون العين قائمة في يد الفقير أو هالكة، فإن كانت قائمة أخذها، وإن كانت هالكة فإن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن الفقير، وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشيء، فإن كلاً منهما ضامن بفعله الملتقط، بالتسليم بغير إذن المالك والفقير بالتسلم بدونه. لا يقال: الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لأن التغرير إذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً. وقوله: **(ويجوز الإلتقاط في الشاة والبقر والبعير)** ظاهر سوى ألفاظ نذكرها. وقوله: **(والإباحة)** أي إباحة الأخذ. وقوله: **(وإذا كان معها)** أي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها: يعني ما يهلكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس. وقوله: **(فيقضي بالكراهة)** أي كراهة الأخذ. وقوله: **(وفي هذا نظر من الجانبين)** أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله، ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما اتفق

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٢، ٢٤٢٩، ٢٤٢٧، ٢٤٢٨، ٢٤٣٦، ٢٤٣٨، ٦١١٢ ومسلم ١٧٢٢ وأبو داود ١٧٠٥، ١٧٠٧ و ١٧٠٤ والترمذي ١٣٧٢ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٣/ ٢٤٢، ٢٤٣ والطحاوي ٤/ ١٣٤ وابن حبان ٤٨٨٩ وابن الجارود ٦٦٦، ٦٦٧ والطبراني ٥٢٥٠ والبغوي ٢٢٠٧ والبيهقي ٦/ ١٨٥، ١٨٦، ١٩٢ كلهم من حديث زيد بن خالد الجهني.

كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة **(فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرّع)** لقصور ولايته عن ذمة المالك، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين **(وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه، فإن كان للبهيمة منفعة آجرها**

سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لايؤوي الضالة إلا ضال»(١) وقال ﷺ «إن ضالة المسلم حرق النار»(٢) رواه الجماعة. أجاب في المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لا تصل إليها يد خائنة، فإذا تركها وجدها، وأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده، ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى. ومقتضاه أنه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق. فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وأن ذلك طريق الوصول، فإذا تغير الزمن وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الإلتقاط للحفظ والرد. وأقصى ما فيه أن يكون عاماً في الأوقات خص منها بعض الأوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حمار أنه ﷺ سئل عن الضالة فقال: «عرّفها فإن جاء ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء»(٤) فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه قوله: **(فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك)** أي عن أن يشغلها بالدين بلا أمره **(وإن أنفق بأمره كان ديناً عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين)** الآن **(فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان للبهيمة منفعة)** وثم من يستأجرها **(آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين على ملك مالكها بلا إلزام دين عليه، وكذا يفعل بالعبد الآبق وإن لم تكن لها منفعة)** أو لم يجد منه من يستأجرها **(وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة)** فإن الثمن يقوم مقام العين إذ يصل به إلى مثله في الجملة **(وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن)** له **(في ذلك وجعل النفقة ديناً عليه)** إذ **(فيه نظر من الجانبين)** جانب المالك بإبقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ: إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر

على اللقطة. وقوله: **(فإذا لم يظهر يأمره ببيعها)** قيل فإذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه، لأن الغريم إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضي أن يعينه على ذلك. وقوله: **(وفي الأصل شرط إقامة البينة)** يعني أن الملتقط

قوله: (لأن التغرير إذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً) أقول: لعل المراد عقد المعاوضة **قوله: (في البعير بكدمه ونفحه) أقول:** الكدم العض بأدنى الفم، والنفح بالحاء المهملة: الضرب بالرجل.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه أبو داود ١٧٢٠ وابن ماجه ٢٥٠٣ والبيهقي ٦/ ١٩٠ وأحمد ٤/ ٣٦٠، ٣٦٢ كلهم من طريق أبي حيان التيمي عن المنذر بن جرير عن جرير به. هكذا رواه أبو داود. والباقون زادوا الضحاك خال ابن المنذر بن جرير بين أبي حيان التيمي. والمنذر بن جرير.
قال ابن حبان في الثقات فنقل عن ابن المديني قوله: الضحاك لا يعرفونه ولم يرو عنه غير أبي حيان.
قلت: والحديث صحيح لكن بزيادة: «ما لم يعرّفها» أخرجه مسلم ١٧٢٥ وابن حبان ٤٨٩٧ والبيهقي ٦/ ١٩١ والطحاوي ٤/ ١٣٤ وأحمد ٤/ ١١٦ كلهم من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي معلقاً عند حديث ١٨٨١ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٢/ ٤٠٦ والدارمي ٢/ ٢٦٥، ٢٦٦ وابن حبان ٤٨٨٧ وأبو يعلي ٩١٩، ١٥٣٩ والطيالسي ١٢٣٤ والطحاوي ٤/ ١٣٣ والبيهقي ٦/ ١٩٠ والطبراني ٢١٠٩ وعبد الرزاق ١٨٦٠٣ وأحمد ٥/ ٨٠ كلهم من حديث الجارود، ورجاله ثقات.
وورد من حديث مُطَرِّف عن أبيه عبد الله بن الشِّخِّير أخرجه ابن ماجه ٢٥٠٢ وابن حبان ٤٨٨٨ والبغوي ٢٢٠٩، ٢٢١٠ وابن سعد ٧/ ٣٤ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٤/ ٣٦٠ وأحمد ٤/ ٢٥، ورجاله ثقات، وهو على شرط البخاري فالحديث أقل درجاته أنه حسن والله أعلم.

(٣) حديث عياض بن حمار تقدم في أول هذا الباب وإسناده صحيح رووه بألفاظ متقاربة وعجزه لإسحق.
تنبيه: وقع في الأصل: عن عياض بن حماد. وصوابه ما أثبته: عياض بن حماد.

وأنفق عليها من أجرتها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق **(وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها)** إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة **(وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالكها)** لأنه نصب ناظراً وفي هذا نظر من الجانبين، قالوا: إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة. قال رضي الله تعالى عنه: وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده فلا يأمر فيه بالإنفاق وإنما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء. وإن قال لا بينة لي بقول القاضي له أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقاً، ولا يرجع إن كان غاصباً. وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى

يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة للعين معنى، بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها، ولا نظر في ذلك أصلاً بل ينبغي أن لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر، وإذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة، لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه، وللقاضي أن يعينه عليه، ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على إجازة المالك، فإن جاء وهي قائمة في يد المشتري فإن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله وأخذها من يده، وإن جاء وهي هالكة فإن شاء ضمن المشتري قيمتها وإن شاء ضمن البائع، فإن ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة **(وفي الأصل)** يعني المبسوط **(يشترط البينة)** فإنه قال: فإن كان رفعها إلى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصححه المصنف **(لأنه يحتمل أنه غضبها، ولا يأمر بالنفقة إلا في الوديعة)** وهذه البينة **(لكشف الحال)** أي لينكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج إلى خصم له، ذكره في المبسوط. وفي الذخيرة: الإمام خصم فيها عن صاحبها **(وإن قال)** الملتقط **(لا بينة لي يقول له أنفق عليها إن كنت صادقاً)** وفي الذخيرة: يقول له ذلك بين يدي الثقاب بأن يقول أمرته بالبيع أو الإنفاق إن كان الأمر كما قال وقوله: **(في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها)** إشارة إلى أنه إنما يرجع **(إذا شرط القاضي)** ذلك **(وهذا رواية وهو الأصح)** وقيل يرجع بمجرد أمره، وقد مر في اللقيط **(وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع. وأقرب من ذلك رادّ الآبق له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا)** من

يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده. فإن قيل: البينة إنما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود هنا. أجاب بقوله: **(وليست تقام للقضاء)** أي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بأنه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه. وقوله: **(وإن قال لا بينة لي)** أي الملتقط قال لا بينة لي على أنها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط أنفق عليها إن كنت صادقا فيما قلت، وإنما يقول بهذا الترديد حذراً عن لزوم أحد الضررين، لأنه لو أمر قطعاً تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب، ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها. وقوله: **(إذا شرط القاض الرجوع على المالك)** متصل بقوله إنما يرجع: أي إنما يرجع الملتقط على المالك إذا شرط القاضي الرجوع على المالك، وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والأصح أن يأمر القاضي الملتقط بالاتفاق على أن يكون ديناً على اللقيط، فحينئذ يرجع على اللقيط

قال المصنف: **(وكذا يفعل بالعبد الخ)** أقول: قال الإتقاني: أي يؤجر الآبق وينفق عليه من أجرته. قال في خلاصة الفتاوى: لو احتاجت اللقطة إلى النفقة ينفق بأمر القاضي، والأولى أن يأمره القاضي بأن يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته. ثم قال: والعبد الضال كذلك، ثم قال: والآبق لا يؤاجر، فإن تطاولت المدة فالأولى أن يبيعه انتهى. وعلله في المحيط بأنه لا يأمن أن يأبق ثانياً قال المصنف: **(فلا بد من البينة لكشف الحال الخ)** أقول: فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر، فإن اشتراط الخصم في البينة يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال قوله: **(يقول القاضي للملتقط)** أقول: يعني عند الثقات قوله: **(إشارة إلى قوله لأنه حي بنفقته الخ)** أقول: فيه تأمل به هو إشارة إلى قوله كأنه استفاد الملك من جهته.

أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك، وهذه رواية وهو الأصح. قال: **(وإذا حضر)** يعني **(المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة)** لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع؛ وأقرب من ذلك رادّ الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن. قال: **(ولقطة الحل والحرم سواء)** وقال الشافعي: يجب التعريف في لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم «ولا يحل لقطتها إلا لمنشد» ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة» من غير فصل ولأنها لقطة، وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها، وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه

التشبيه بالمبيع **(ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس كالرهن)** من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل، ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل، ولو هلك بعده سقط لأنه كالرهن بعد اختيار الحبس، هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافاً وحافظ الدين في الكافي أيضاً، فيفهم أنه المذهب. وجعل القدوري هذا قول زفر. قال في التقريب: قال أصحابنا: وأنفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافاً لزفر لأنها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها: أي العين عقد يوجب الضمان. وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال: لو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر. وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم: أعني السقوط لعدم دليل السقوط، فإن الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهناً ليسقط بهلاكها إذ لم يتناولها عقد الرهن. والمصنف أوجد الدليل وهو الإلحاق بالرهن وإن لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت. وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه ليس له حبسها أصلاً فأبلغ قوله: **(ولقطة الحل والحرام سواء)** وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول، وفي قول يعرّفها أبداً حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدّق ولا تملك لقوله ﷺ فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قال النبي ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال: «إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنها لم تحل لأحد قبلي وإنما أحلت لي ساعة من نهار، وإنها لا تحل لأحد بعدي، لا ينفر صيدها ولا يختلي شوكها ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد»[1] الحديث. المنشد: المعرف، والناشد: الطالب، قال المثقب:

يسيخ للنبأة أسماعه إساخة المنشد للناشد

وإلا فلا، فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا إن مجرد أمر القاضي بالاتفاق عليه يكفي للرجوع. قال: **(وإذا حضر: يعني المالك)** كلامه ظاهر. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه حيّ بنفقته، يقال نشدت الضالة: أي عرفتها، وأنشدتها: أي طلبتها. ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله: «لا تحل لقطة مكة إلا لمنشدها» أي طالبها، وهو المالك عنده

قوله: **(يقال نشدت الضالة أي عرفتها)** أقول: في الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشداناً: أي طلبتها، وأنشدتها: أي عرفتها. وأما قول أبي داود:

ويصيخ أحياناً كما اسـ تمع المضل لصوت ناشد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٢، ٦٨٨٠، ٢٤٣٤ ومسلم ١٣٥٥ وأبو داود ٢٠١٧ والترمذي ١٤٠٥ وابن حبان ٣٧١٥ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ١١/ ٧١ وابن ماجه مختصراً ٢٦٢٤ والمجتبى ٨/ ٣٨ والبيهقي ٥/ ١٧٧ و ٨/ ٥٣ وأحمد ٢/ ٢٣٨ كلهم من حديث أبي هريرة في خبر فتح مكة وهو حديث طويل وهذا بعضه.

لمكان أنه للغرباء ظاهراً. **(وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة، فإن أعطى علامتها حلّ للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء)**. وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: يجبر، والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها. لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك، فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه، ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه. ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه» وهذا للإباحة عملاً بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي» الحديث ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً، وهذا بلا خلاف، لأنه يأخذ

ويروى يصيخ وهو بمعناه، فالفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها، وأنشدها إنشاداً: إذا أعرفتها، ومن الثاني نشدتها أنشدها نشداً ونشدانا بكسر النون: إذا طلبتها **(ولنا إطلاق قوله ﷺ)** في حديث زيد بن خالد الجهني[1] وغيره «وسئل عن اللقطة فقال **(اعرف عفاصها)** أي وعاءها من جلد أو خرقة ونحوها **(ووكاءها)** أي رباطها الذي شدت به **(وعرّفها سنة)** وتقدم، فإما أن يقضي العام على الخاص وإما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو أولى، لكن لا تعارض لأنه معناه: لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرّف ولا يحل لنفسه. وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر إباحته، فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف، وقد ثبت في صحيح مسلم «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج». قال ابن وهب: يعني يتركها حتى يجيء صاحبها، ولا عمل على هذا الزمان لفشوّ السرقة بمكة من حوالى الكعبة فضلاً عن المتروك، والأحكام إذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمناً مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها، بخلاف العلم بشرعيتها لسبب إذا علم انتفاؤه، ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لإظهار الجلادة قوله: **(وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة، فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء. وعند مالك والشافعي)** وأحمد **(يجبر)** وإعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك. والحق أن قول الشافعي كقولنا، والموجب للدفع مالك وأحمد، واحتجوا بقوله ﷺ فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن

والمعرف عندنا العفاص وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، والوكاء الرباط، يقال أوكى السقاء: شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به. وقوله: **(إبقاء ملك المالك من وجه)** يعني من حيث تحصيل الثواب **(فيملكه كما في سائرها)** أي كما في سائر اللقطات **(وتأويل ما روي)** من قوله عليه الصلاة والسلام «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها» أي لا تحل التقاطها إلا للتعريف. فإن قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم؟ أجاب بقوله: **(والتخصيص بالحرم)** وبيانه أن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء، لأن الناس يأتون إليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع إليها، فالظاهر أنها للغرباء لا يظن عودهم في سنة وأكثر فينبغي أن يسقط التعريف لعدم الفائدة، فأزال رسول الله ﷺ ذلك الوهم بقوله: «لا يحل

فهو المعرف هاهنا، ويقال هو الطالب لأن المضل يشتهي أن يجد مضلاً مثله ليتعزى به اهـ. ففي تقرير الشارح قصور لا يخفى، وقوله والمعرف عندنا لا يلائم لما سبق حيث لم يبين في الإنشاد معنى التعريف قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم «ولا تحل لقطتها إلا لنشدها»)** أقول: معناه على الدوام وإلا لم تظهر فائدة التخصيص قال المصنف: **(لا يحل الالتقاط إلا للتعريف)** أقول: ففي الحديث حذف المضاف. قال المصنف: **(العلامة)** أقول: أي إعطاء العلامة على حذف المضاف قوله: **(لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز)** أقول: ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض قوله: **(والجواب أن الشافعي إلخ)** أقول: وفيه أنه لا بد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا فما هو؟

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث وهو صحيح.

الكفيل لنفسه، بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده. وإذا صدّق قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه. وقيل يجبر لأن المالك هاهنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهراً، ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن لم يأت» يعني صاحبها، «فليتصدق به» والصدقة لا تكون على غنيّ

كعب «عرّفها، فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها»[١] وأخرجه أيضاً عن زيد ابن خالد الجهني وفيه «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها إياه وإلا فهي لك»[٢] وأيضاً **(فإن صاحب اليد)** وهو الملتقط **(إنما ينازعه في اليد لا في الملك)** لأنه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه، فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكتفي به **(ولا يشترط البينة لعدم منازعته)** من الوجهين جميعاً **(ولنا أن اليد حق مقصود كالملك)** حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي رووه على أن الأمر فيه للإباحة جمعاً بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٣] ويأتي إن شاء الله تعالى في الدعوى، والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة، ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلاً استيثاقاً. قال المصنف: **(وهذا بلا خلاف، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه، بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده)** أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده، وعندهما يؤخذ. والفرق لأبي حنيفة أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت، وكون غيره أيضاً له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم، وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلاً وهو الصحيح. وذكر في جامع قاضيخان أن فيه روايتين، والصحيح أنه لا يأخذ. وأورد على المصنف أنه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة. وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه: أي في أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان، والأصح أنه على الخلاف. على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ، هذا إذا دفعه بمجرد العلامة، فإن صدقه مع العلامة أو لامعها فلا شك في جواز دفعه إليه، لكن هل يجبر؟ قيل يجبر كما لو أقام بينة، وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها إليه، ودفع بالفرق **(بأن المالك هنا غير ظاهر)** أي المالك

رفع لقطتها إلا لمعرّفتها» كما هو الحكم في غيرها من البلاد. وقوله: **(لهما)** أي لمالك والشافعي رحمهما الله، حاصله أن الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج إلى إقامة البينة **(ولنا أنّ اليد حق مقصود كالملك)** بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد لأنه غير قابل للنقل ملكاً. وقوله: **(وهذا)** أي هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها **(للإباحة)** أي وجب حمله على الإباحة **(لأجل العمل بالمشهور)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فإنه لو لم يحمل على الإباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك. ولقائل أن يقول: الحمل على الإباحة عملاً بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضاً، لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز.

قال المصنف: **(وهذا بلا خلاف)** أقول: قال الإتقاني: وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان. والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافاً لصاحبيه، ونفي الخلاف هنا مع إثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى. قال الشارح أكمل الدين: هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً انتهى، فاندفع التناقض.

---

(١) صحيح. تقدم قبل خمسة أحاديث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٩٢ ومسلم ١٧٢٢ وأبو داود ١٧٠٨ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٣/ ٢٤٢ وابن ماجه ٢٥٠٤ وابن حبان ٤٨٩٣ والدارقطني ٤/ ٢٣٥، ٢٣٦ والحميدي ٨١٦ والبيهقي ٦/ ١٨٥، ٨٦، ١٩٠ والطحاوي ٤/ ١٣٤، ١٣٥ والطبراني ٥٢٥١ وأحمد ٤/ ١١٦ كلهم من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٣) صحيح. يأتي في الدعوى إن شاء الله.

فأشبه الصدقة المفروضة **(وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها)** وقال الشافعي: يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبيّ رضي الله عنه «فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها» وكان من المياسير، ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه. ولنا مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه، أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل، والغنيّ محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدّة التعريف، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبيّ رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو

الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر، والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر، وإنما أقرّ للحاضر بحق قبضها وإقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه إقباضه لأنه إقرار على ملك غيره، وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة أنها له إن كانت قائمة في يد المدعي قضى له بها وهو ظاهر، وإن كان هالكاً خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط، فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد، وإن ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه، وفي رواية يرجع وهو الصحيح. وجه قول أحمد الملتقط اعترف بأنه مالكها وصاحب البينة ظلمة بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه. ولنا أنه وإن صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذباً شرعاً بتكذيب القاضي فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق، ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببينة فقضى له به يرجع على البائع، ومثل هذا يجري في إقراره بأنه وكيل المودع. والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن، بل المودع ظلمه في تضمينه إياه، ومن ظلم لا يظلم غيره موهناً في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى قوله: **(ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو الصدقة لقوله ﷺ «فإن لم يأت: يعني صاحبها، فليتصدق به»**[1] **والصدقة لا تكون على غنيّ فأشبه الصدقة المفروضة)** والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي: حدثنا زياد بن سعد عن سمّي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «لا تحلّ اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرّفه سنة، فإن جاء صاحبه فليؤده إليه، وإن لم يأت فليتصدق به، فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له»[2] وفيه يوسف بن

والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب، والمصنف رحمه الله تعالى هاهنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم. وقوله: **(بخلاف الكفيل لوارث غائب عنده)** أي عند أبي حنيفة رحمه الله، وإنما ورد الضمير عليه وإن لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة، هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً. وقوله: **(لأن المالك هاهنا غير ظاهر)** يعني فجاز أن يكون المالك هو الذي حضر، فلما أقر الملتقط بأنه هو المالك كان إقراره ملزماً للدفع إليه **(وأما المودع فإنه مالك ظاهراً)** فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدّقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء وهاهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه، ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره، وهاهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا، كذا في المبسوط. وقوله: **(وكان من المياسير)** أي الأغنياء جمع الميسور ضد المعسور. وقوله: **(حملاً له على رفعها)** أي ليكون حاملاً وباعثاً على رفعها وقوله: **(لإطلاق النصوص)** يريد به قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم

---

(١) تقدم قبل اثني عشر حديثاً.
(٢) تقدم قبل قليل وإسناده ضعيف لضعف يوسف السّمتي.

جائز بإذنه (**وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها**) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره (**وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنياً**) لما ذكرنا، والله أعلم.

خالد السمتي. وليس للملتقط إذا كان غنياً أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام، وإن كان فقيراً فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة لا فرضاً فيكون فيه للمالك أجر الصدقه تحقيقاً للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط، ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط وإن كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (**وإن كان الملتقط غنياً لما ذكرنا**) من تحقيق النظر من الجانبين. وقال الشافعي: له أن يتملكها وإن كان غنياً بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام لقوله ﷺ: «**فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها**»[١] قالوا (**وأبيّ كان من المياسير**) بدليل ما في بعض رواياته أنه ﷺ قال «**وإلا فهي كسبيل مالك**»[٢] فقد جعل له مالاً، قلنا: هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأبيّ، فإنها كما في مسلم عن أبيّ بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة «عرّفها سنة، فإن جاء أحد، إلى أن قال: **فهي كسبيل مالك**»[٣] وظاهر هذا أنه يحكي قوله لسائل يسأله، وجاز كون ذلك كان فقيراً. ثم هنا ما يدل على فقر أبيّ في زمنه ﷺ، وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت: يا رسول الله إن الله تعالى يقول ﴿**لن تنالوا البرّ حتى تنفقوا مما تحبون**﴾ [آل عمران ٩٢] وإنّ أحبّ أموالي إليّ بيرحاء فما ترى يا رسول الله؟ فقال: «**اجعلها في فقراء قرابتك، فجعلها أبو طلحة في أبيّ وحسان**»[٤] وهذا صريح في أن أبياً كان فقيراً، لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك، إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرف إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال. وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي ﷺ عن اللقطة فقال: «**اعرف، إلى أن قال وإلا فشأنك بها**» وفي رواية «**فهي لك**»[٥] فهو أيضاً من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال، إذ يجوز كون السائل فقيراً، ولو سلم أن الخطاب لأبيّ لا يخرج عن قضايا الأحوال ذات الاحتمال، إذ المال لا يلزم كونه نصاباً، وكونه خالياً عن الدين لو كان نصاباً فجاز كونه أقل من نصاب، وكونه مديوناً. قالوا: لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنياً لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة، وقد أمره ﷺ بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد «أن عليّ بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال: ما يبكيكما؟ قالت: الجوع، فخرج عليّ رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق، فجاء فاطمة فأخبرها فقالت: اذهب إلى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقاً، فجاء اليهودي، فقال اليهودي: أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله؟ قال: نعم، قال: فخذ دينارك والدقيق لك، فخرج عليّ فأخبر فاطمة فقالت: اذهب إلى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحماً، فذهب فرهن الدينار بدرهم بلحم، فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاء، فقالت: يا رسول الله اذكر لك فإن

بينكم بالباطل﴾ الخ وقوله تعالى: ﴿**ولا تعتدوا**﴾ وقوله: ﴿**فمن اعتدى عليكم**﴾ وقوله: (**والإباحة للفقير لما رويناه**) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «**فليتصدق به**» قوله: (**والغنيّ محمول على الأخذ**) جواب عن قوله ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها قوله: (**وانتفاع أبيّ**) جواب عن استدلاله بحديث أبيّ رضي الله عنه. وقوله: (**وهو جائز**) أي الانتفاع للغني جائز

---

(١) تقدم قبل إحدى عشر حديثاً.
(٢) تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث.
(٣) تقدم تخريجه قبل ورقات.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٥٥ ومسلم ٩٩٨ وأبو داود ١٦٨٩ والنسائي ٦/ ٢٣١، ٢٣٢ والبيهقي ٦/ ١٦٥ والطبري في تفسيره ٧٣٩٥ وأحمد ٣/ ٢٨٥ كلهم من حديث أنس قال أبو طلحة...
وورد من حديث أنس أيضاً وله قصة.
أخرجه البخاري ١٤٦١، ٢٣١٨، ٢٧٥٢، ٢٧٦٩، ٤٥٥٤، ٥٦١١ ومسلم ٩٩٨ والترمذي ٢٩٩٧ والدارمي ١/ ٣٩٠ والطيالسي ٢٠٨٠ والطبري ٧٣٩٤ والبيهقي ٦/ ١٦٤، ١٦٥ وأحمد ٣/ ٢٥٦، ١١٥، ١٧٤، ٢٦٢ ومالك ٢/ ٩٩٥، ٩٩٦.
(٥) صحيح. تقدم قبل سبعة أحاديث.

. . . .

رأيته حلالاً لنا أكلناه، من شأنه كذا وكذا، فقال: كلوا باسم الله، فأكلوا فبينما هم مكانهم إذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار، فأمر النبي ﷺ به فدعى فسأله فقال: سقط مني في السوق، فقال النبي ﷺ: يا عليّ اذهب إلى الجزار فقل له إن رسول الله ﷺ يقول لك: ارسل إليّ بالدينار ودرهمك عليّ، فأرسل به فدفعه ﷺ إلى الغلام»[١] قلنا: هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه إنفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه. وقول المنذري: ولعل تأويله أن التعريف ليس صيغة يعتد بها فمراجعته لرسول الله ﷺ على ملإ من الخلق إعلان به، وهذا يؤيد الاكتفاء في التعريف بمرة غير ظاهر فإنه لم يذكر له ذلك إلا بعد أن اشتروا وخبزوا وأحضروه ﷺ على الأكل. نعم يجب الحكم بأن علياً عرّفه قبل أن يأتي به فاطمة وإن لم يذكر. وقد رواه عبد الرزاق وإسحاق بن راهويه والبزار وأبو يعلى الموصلي، وفيه «أنه أتى به النبي ﷺ فقال: عرّفه ثلاثة أيام، فعرفه فلم يجد من يعرفه، فرجع فأخبر النبي ﷺ، فقال شأنك به»[٢] وفيه دليل لمختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم، بل إلى أن تسكن نفسه إلى أن طالبه قطع نظره عنه. وفي سنده أبو بكر بن عبد الله، قال البزار على الظن: هو عندي أبو بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهو لين الحديث، وقال عبد الحق: هو متروك. والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الإضطراب، لأن ما في الرواية الأولى من أنهم إنما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهيئاً للأكل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه. وفي الأولى أنه دفع عينه للمنشد. وفي الثانية «أنه جعله ديناً عليه وقال: «إذا جاءنا أديناه إليك» وغير ذلك، والاضطراب موجب للضعف. ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به أن استقراضه بإذن الإمام جائز، وليس هذا محل النزاع كما تقدم، فلم يثبت بعد جواز افتراض الملتقط الغني، فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمتي كفانا جواز التصدق بالإجماع، ثم هو يثبت أن للملتقط الغني فيها حكماً آخر، ونحن نطالبه في إثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء.

بإذن الإمام لأنه في محل مجتهد فيه. وقوله: **(لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين)** يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين، والله أعلم.

قال المصنف: **(وهو جائز بإذنه)** أقول: قال الإتقاني: أي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغني بإذن الإمام على وجه يكون قرضاً لوقوعه في محل مجتهد فيه، فإن الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي انتهى، وفيه بحث قوله: **(أي الانتفاع للغني، إلى قوله: في محل الخ)** أقول: فيه بحث، فإن خلاصة استدلال الشافعي أنه لم يجز أن ينتفع بها الغني لما أذن رسول الله ﷺ لأبي بن كعب رضي الله عنه به إذ هو مبعوث لبيان الشرائع، ولا جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لابتناء إجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الأمة فليتأمل.

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ١٧١٦ والبيهقي ٦/ ١٩٤ كلاهما من حديث سهل بن سعد.

قال البيهقي: والأحاديث التي وردت في اشتراط التعريف سنة في جواز الأكل أصح، وأكثر فهي أولى ويحتمل أنه أباح له إنفاقه قبل مضي السنة للاضطراره إليه، والقصة تدل عليه، ويحتمل أنه لم يشترط مضي سنة في قليل اللقطة والله أعلم اهـ.

وذكر المنذري في مختصره ١٦٤٢ كلام البيهقي وزاد: في إسناده موسى بن يعقوب الزّمعي المديني. وثقة ابن معين، وقال ابن عدي: لا بأس به وقال النسائي: ليس بالقوي.

وقال ابن حجر في التقريب: صدوق سيىء الحفظ اهـ لكن ورد من حديث أبي سعيد. أخرجه البيهقي ٦/ ١٩٤ وفيه راوٍ مجهول وأخرجه من حديثه أبو داود ١٧١٤ وفيه الراوي عن أبي سعيد مجهول والمتن مختلف ثم أخرجه أبو داود ١٧١٥ والبيهقي ٦/ ١٩٤ من حديث علي بمتن آخر مختصر وقال البيهقي: في متن هذا الحديث اختلاف وفيه ضعف اهـ.

الخلاصة: هذا الحديث غير قوي وهو يخالف الأحاديث الثابتة من التعريف سنة لكنه حسن بمجموع طرقه والله أعلم. ولذا أقول عنه: حسن غريب. أي متنه مستغرب.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو يعلى ١٠٧٣ والبزار ١٣٦٨ كلاهما من حديث أبي سعيد.

وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٦٩، ١٧٠: وقال: وقد رواه أبو داود بغير سياقه، باختصار شديد، وفيه أبو بكر بن أبي سبرة وهو وضاع.

كتاب الإباق

(الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه) لما فيه من إحيائه، وأما الضالّ فقد قيل كذلك، وقد قيل تركه

كتاب الإباق

كل من الإباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف، إلا أن التعرف له بفعل فاعل مختار في الإباق فكان الأنسب تعقيب الجهاد به، بخلاف اللقطة واللقيط، وكذا الأولى فيه، وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب. والإباق في اللغة: الهرب، أبق يأبق كضرب يضرب، والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة إلى ما قيل هو الهرب قصداً. نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيداً والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه قوله: **(الآبق أخذه أفضل)** من تركه **(في حق من يقوى عليه)** أي يقدر على حفظه حتى يصل إلى مولاه، بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف، ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه وإلا فلا. واختلف في أخذ الضّال، قيل أخذه أفضل لما فيه من إحياء النفوس والتعاون على البرّ **(وقيل تركه لأنه أفضل لأنه لا يبرح مكانه)** منتظراً لمولاه حتى يجده، ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين، لا شك في أن محل هذا الخلاف إذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه، أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه وردّه قوله: **(ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان)** أو القاضي فيحبسه منعاً له عن الإباق لأنه لا يستطيع حفظه عن إباقه من الأخذ إلا بذلك عادة، بخلاف اللقطة. أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج إلى السلطان، وبهذا الاعتبار خيره الحلواني بين أن يأتي به إلى السلطان أو بحفظه بنفسه، وعلى هذا الضال والضالة من الإبل وغيرها، وإذا حبس الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة، فإذا حلف دفعه إليه. وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه، وإنما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطإ ونظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له، ثم إذا دفعه إليه عن بينة ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان، وكما يدفعه بالبينة يدفعه بإقرار العبد أنه له، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلاً رواية واحدة، وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال، بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه إذا كبر مال بيت المال لأنه كان مستحقاً له بفقره وعجزه عن الكسب، بخلاف مالك العبد، وإذا لم يجيء للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه، فإذا جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لأنه كحكمه، بخلاف الضّال إذا طالت مدته فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته لأنه لا يخشى

كتاب الإباق

قال صاحب النهاية رحمه الله: هذه الكتب، أعني اللقيط واللقطة والإباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضاً من حيث إن في كل منها عرضة الزوال والهلاك. والإباق: هو الهرب، والآبق: هو الهارب من مالكه قصداً **(والآبق أخذه أفضل في حق من يقوى)** أي يقدر **(عليه لما فيه من إحيائه)** إذ الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد إحياء له **(وأما الضّال)** هو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد فقيل إنه كذلك، وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك، ولا كذلك الآبق، **(ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه)** وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي، وأما اختيار شمس

كتاب الإباق

أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه، بخلاف اللقطة، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه، ولو رفع الضالّ لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً، بخلاف الضالّ. قال: **(ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جعله أربعون درهماً، وإن ردّه لأقل من ذلك فبحسابه)** وهذا استحسان. والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضالّ. ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل،

إباقه فلا يبيعه، أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره، وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لأن دارة النفقة مستأصلة، ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر قوله: **(ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جعله أربعون درهماً)** فضة بوزن سبعة مثاقيل **(وإن ردّه لأقل)** من مسيرة سفر **(فبحسابه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط)** بأن يقول من رد عليّ عبدي فله كذا كما إذا ردّ بهيمة ضالة أو عبداً ضالاً. وجه القياس أن الرادّ تبرع بمنافعه في ردّه، ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئاً فكذا هذا. وقولنا قول مالك وأحمد في رواية. قال المصنف في وجه الاستحسان **(ولنا إجماع الصحابة على أصل الجعل، إلا أن منهم من أوجب الأربعين ومنهم من أوجب ما دونها)** وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد. وذلك أن محمداً رحمه الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال: «كنت قاعداً عند عبد الله بن مسعود، فجاء رجل فقال: إن فلاناً قدم بإباق من الفيوم، فقال القوم لقد أصاب أجراً، قال عبد الله: وجعلا إن شاء الله من كل رأس أربعين». وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضاً، وروى عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني قال: «أصبت غلماناً أباقاً بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال: الأجر والغنيمة، قلت هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: أربعون درهماً من كل رأس»[1] وروى ابن أبي شيبة: حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهماً»[2]. وروي أيضاً عن وكيع: حدثنا عن أبي سفيان إسحاق قال «أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً». وروي أيضاً عن يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب «أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثنى عشر درهماً». وروي أيضاً عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحرث عن عليّ رضي الله عنه «أنه جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً»[3] وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار «أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم»[4]. وهذا حديث مرفوع مرسل.

الأئمة الحلواني فهو أن الرادّ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار. وقوله: **(ثم إذا دفع الآبق إليه يحبسه)** ظاهر. وقوله: **(ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل، إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها)** قال عمر رضي الله عنه في جعل الآبق: دينار أو اثنا عشر درهماً. وقال عليّ رضي الله عنه في جعل الآبق دينار وعشرة دراهم. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: أربعون درهماً. وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه: إن ردّه في المصر فله عشرة دراهم، وإن رده في خارج المصر استحق أربعين **(فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً)** أي جمعا بين الروايات المتعارضة. فإن قيل: كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه. أجيب بأنه لم يؤخذ بالأقل لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى

---

(١) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤٧٠ عن أبي عمر الشيباني قال: ذكرت لابن مسعود.

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٤٧٠ عن قتادة وأبي هاشم أن عمر فذكره.

(٣) انظر هذه الموقوفات في نصب الراية ٣/ ٤٧٠، ٤٧١.

(٤) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما كما في نصب الراية ٣/ ٤٧١ كلاهما عن عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ... فذكره وهو مرسل لأن عمرو تابعي.

إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها. فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً بينهما، ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يختفي، ويقدر الرضخ في الردّ عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي وقيل تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر. قال: **(وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضي له بقيمته إلا درهماً)** قال رضي الله عنه: وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف رحمهما الله: له أربعون درهماً، لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص

والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه، وعن هذا روى عمار «إن أخذه في المصر فله عشرة، وإن أخذه خارج المصر فله أربعون»، لغله اعتبر الحرم كالمكان الواحد. وقول المصنف: **(إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها)** يريد المروي عن عمر وعليّ وقد علمت الرواية عن عمر أيضاً أن الجعل أربعون وسنده أحسن من الأخرى والرواية عن علي مضعفة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها، وكذا قول البيهقي في سننه: هو أمثل ما في الباب، وإنما يؤخذ بالأقل إذا ساوى الأكثر في القوة. وقيل إنما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الأقاويل، وهنا يمكن إذ تحمل روايات الأربعين على ردّه من مسيرة السفر وروايات الأقل على ما دونها، ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر **(والتلفيق)** الضم لفقت الثوب ألفقه: إذا ضممت شقه إلى شقه، ولأن نصب المقادير لا يعرف إلا سماعاً فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع، وأصحها حديث ابن مسعود بعد كونه مثبتاً للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح، ولا يخفى ما في هذا **(ولأن إيجاب أصل الجعل حامل على الرد إذ الحسبة)** وهو رده احتساباً عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الراجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم **(وتقدير الجعل)** إنما يدري **(بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع)** إلحاقه به قياساً ودلالة أيضاً لأن الحاجة إلى صيانة الضال في رده دونها في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كي لا يأبق ثانياً مما ليس في رد الضال منه شيء، ولو كان الآبق لرجلين فصاعداً فالجعل على قدر النصيب، فلو كان البعض غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بنصيب الغائب فيرجع عليه لأنه مضطر فيما يعطيه لأنه لا يصل إلى نصيبه إلا به، هذا كله إذا رده بلا استعانة، فلو أن رجلاً قال لآخر: إن عبدي قد أبق فإذا وجدته خذه فوجده فرده ليس له شيء، لأن مالكه استعان به ووعده الإعانة والمعين لا يستحق شيئاً. وقوله: **(وما دونه فيما دونه)** أي أوجبنا ما دون الأربعين فيما دون السفر، وذلك لأنا

بالأقل على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر، وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر، وهذا أولى لأنه يعمل بكل منهما. وقوله: **(والتقدير بالسمع)** جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل. وفي قوله: **(ولأن الحاجة إشارة إلى نفي الإلحاق دلالة لأنها تقتضي التساوي بين الأصل والملحق وليس بموجود)**. وقوله: **(ويقدر الرضخ)** تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، فإن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم. قيل والأشبه التفويض إلى رأي الإمام. قوله: **(وأم الولد والمدبر في هذا)** أي في وجوب الجعل **(بمنزلة القن)** لأنهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن، وتعليل المصنف رحمه الله بقوله: **(لما فيه من إحياء ملكه)** أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من إحياء المالية، لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة رحمه الله. وقوله: **(لأنهما يعتقان بالموت)** بإطلاقه ظاهر في أم الولد وفي حق المدبر الذي

قوله: **(أي جمعاً بين الخ)** أقول: أي بقدر الإمكان. قال المصنف: **(ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة)** أقول: المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى قوله: **(والتقدير بالسمع)** أقول: قوله والتقدير مبتدأ وقوله بالسمع خبره قال المصنف: **(ولا سمع بالضال فامتنع)** أقول: لا يقال هذا لا يدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان. لأنا نقول: هذا جواب عن قياس الشافعي، وما ذكرته يندفع بقوله ولأن الحاجة الخ فتأمل قال المصنف: **(إلى صيانة الآبق)** أقول: قوله إلى في قوله إلى صيانة الآبق الخ متعلق بالضمير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة.

عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه. ومحمد أن المقصود حمل الغير على الردّ ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة، وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه؛ ولو ردّ بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القنّ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب. قال: **(وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه)** لأنه أمانة في يده لكن هذا إذا أشهد

لما عرفنا إيجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب، فإذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكماً بالإيجاب فيما دون السفر، لأنه ما ذكر ذلك إلا على أنه واجب قوله: **(ويقدر الرضخ في الردّ عما دون السفر باصطلاحهما)** أي المالك والرادّ أو يفوّض إلى رأي القاضي يقدره على حسب ما يراه، قالوا: وهذا هو الأشبه بالاعتبار. وقال بعض المشايخ **(تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة)** لكل يوم ثلاثة عشر وثلث قوله: **(وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضي له بقيمته إلا درهماً)** قال المصنف: **(وهذا قول محمد)** وهو قول أبي يوسف الأول كما قال أبو يوسف آخراً **(له أربعون)** وإن كانت قيمته درهماً واحداً، ولم يذكر قول أبي حنيفة في عامة كُتب الفقه، وذكر في شرح الطحاوي مع محمد وجه أبي يوسف **(أن التقدير بها ثبت بالنص)** أي قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما، والمراد بالنص إجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها **(ولمحمد أن المقصود)** من إيجاب الجعل **(حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص)** منه **(درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة)** أي فائدة إيجاب الجعل وتعيين الدرهم لأن ما دونه كسور **(وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القنّ إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه)** وبه تحيا ماليته له إما باعتبار الرقبة كما في المدبر أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده لأنها لا مالية فيها عنده لكنه أحق بأكسابها **(ولو ردّه بعد مماته لا جعل له فيهما لأنهما يعتقان بالموت)** فيقع رد حر لا مملوك على مالكه، وهذا في أم الولد ظاهر، وكذا المدبر إن كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقاً وإن لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لأنه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لأن المولى لا يستفيد برده ملكاً بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد غريم له وبرد غريم لا يستحق شيئاً، بخلاف القن قوله: **(ولو كان الرادّ أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل)** له، وقيد في عياله إن رجع إلى الراد أو إلى الإبن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل إذا كان الراد ابناً بكونه في عيال المالك: أي في نفقته وتموينه، وهو غير صحيح لأن الابن لا يستوجب جعلاً سواء كان في عيال أبيه المالك أو لا، وجملة الحال أن الراد إن كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصي لا يستحق جعلاً مطلقاً، أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتبار يجب، وكالأجير من وجه لأنه من باب الخدمة، والأب إذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه أجرة لأن خدمته واجبة على

لا سعاية عليه، وأما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن المستسعي كالمكاتب عنده وحرّ مديون عندهما، ولا جعل لرادّ المكاتب أو الحر قوله: **(ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله)** أي كل واحد منهما في عياله ظاهر، ولم يذكر جواب ما إذا لم يكونا في عياله. والقياس أن يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل إذا لم يكن في عياله، لكن استحسن فقيل إذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لأن رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة، وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك، وأما إذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب. وقوله: **(فلا يتناولهم إطلاق الكتاب)** أي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال: **(وإن أبق من الذي ردّه)** أي إذا أبق الآبق من الذي أخذه ليرده **(فلا شيء عليه)** أي لا ضمان عليه لأنه أمانة في يده **(لكن هذا إذا أشهد)** عند الأخذ، وقد **(ذكرناه في اللقطة)** أن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً. قال المصنف رحمه الله **(وذكر في بعض النسخ)** أي نسخ مختصر القدوري **(لا شيء له)** أي لا جعل للرّاد إذا أبق الآبق منه

وقد ذكرناه في اللقطة. قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له، وهو صحيح أيضاً لأنه في معنى البائع من المالك، ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وكذا إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا. قال: **(ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالإعتاق)** كما في العبد المشتري، وكان إذا باعه من الرادّ لسلامة البدل له، والرد إن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز. قال: **(وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده)** فالإشهاد حتم فيه عليه

الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك. وهذا يفيد عدم الوجوب، وإن لم يكن في عياله، فإذا كان في عياله فبطريق الأولى، وأما أحد الزوجين فإن كان زوجاً فالقياس يجب، وفي الاستحسان لا يجب لأن العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعاً في العرف لأنه ينتفع به، والثابت عرفاً كالثابت نصاً، وإن كان زوجة فلا يجب لهذا، ولأن الرد بجهة الخدمة يمنعها منه لأنها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد، ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شيء، وأما الوصي فإنما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لأنه من الحفظ، وشأن الوصي أن يحفظ ماله وإن كان غيرهم من الأب وباقي الأقارب، فإن كانوا في عيال المالك لا يجب لهم شيء، وإن لم يكونوا في عياله وجب لهم لأن العادة والعرف أن الإنسان إنما يطلب الآبق بمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتاً عرفاً وهو كالثابت نصاً، بخلاف ما إذا لم يكونوا في عياله لأن التبرع حينئذ لم يوجد نصاً ولا عرفاً قوله: **(وإن أبق من الذي ردّه فلا شيء عليه)** أي لا ضمان على الراد. وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له أي لا جعل للراد، وكل منهما صحيح **(وكذا إذا مات عنده)** إلا أن نفي الجعل يصح بلا شرط لأن الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك، لأنه بإباقه كالهالك من حيث فوات جميع الإنتفاعات به، وبالرد كأنه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل، والبائع إذا هلك في يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل، وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أبي حنيفة ومحمد لأنه حينئذ صار أمانة عنده كما في اللقطة. وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه أشهد أو لم يشهد إذا قال آخذته لأرده، والقول قوله في ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقاً، فلو أنكر المولى إباقة فالقول له لأن سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير إذنه ظهر من الرادّ ثم ادّعى ما يسقطه وهو إذن الشارع بإباقه والمالك منكر، وكذا لا يجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إباقة إلا أن يشهد شهود أنه أبق من مولاه أو يشهدوا على إقرار المولى بإباقة قوله: **(ولو أعتقه المولى كما لقيه)** أي رآه قبل قبضه **(يصير بالإعتاق قابضاً)** فيجب الجعل **(كما في العبد المشتري)** إذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضاً ويجب الثمن **(وكذا إذا باعه المولى من الرادّ)** أي قبل قبضه يصير به قابضاً **(لسلامة بدله)** وهو الثمن له. فإن قيل: للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من

(وهو صحيح أيضاً لأنه) أي الرادّ **(في معنى البائع من المالك)** لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك في يده المبيع سقط الثمن، فكذلك هاهنا يسقط الجعل، واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح **(وكذا إذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا)** إنه أمانة عنده **(ولو أعتقه المولى)** أي أعتقه قبل أن يقبضه **(وقت لقائه صار قابضاً بالإعتاق)** فيجب عليه الجعل، وأشار بقوله بالإعتاق إلى أنه لو دبر مكان الإعتاق لم يصر قابضاً. والفرق بينهما أن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير به قابضاً كما لو أعتق المشتري العبد المشتري قبل القبض، وأما التدبير فليس بإتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضاً إلا أن يصل إلى يده **(وكذا إذا باعه من الرادّ لسلامة البدل له)** وهذا بخلاف الهبة، فإن المولى لا يصير بها قابضاً قبل الوصول إلى يده لأن في الهبة قبل القبض لم يصل العبد إلى يد المولى ولا يد له فلا يكون لها حكم القبض. وقوله والرد وإن كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل إن الرد في معنى البيع من المالك ثم جوّز تم بيع المالك من الرادّ قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب أن النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل، والردّ ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث إعادة ملك

على قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لأنه رده لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن **(وإن كان الآبق رهناً فالجعل على المرتهن)** لأنه أحيا ماليته بالرد وهي حقه، إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه، والرد في حياة الراهن وبعده سواء، لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه

الرادّ قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز. أجاب بقوله**(لكنه بيع من وجه)** لا من كل وجه **(فلا يدخل تحت النهي)** المطلق **(عن بيع ما لم يقبض فجاز)**. وأورد أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات. أجاب بأن هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها، وهذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة قوله: **(وينبغي إذا آخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده)** قال المصنف: **(فالإشهاد حتم فيه)** أي في أخذ الآبق **(عليه)** أي على الآخذ **(على قول أبي حنيفة ومحمد)** وتفسير بعضهم حتم بأنه واجب تساهل وإلا يلزم بتركه استحقاق العقاب، ونقطع بأنه إذا أخذه بقصد الرد إلى المالك واتفق أنه لم يشهد لا إثم عليه، وإنما الإشهاد شرط عندهما خلافاً لأبي يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان إن مات عنده أو آبق **(لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه)** الرّاد **(من الآخذ أو اتهبه)** منه **(فرده على مولاه لا جعل له لأنه رده لنفسه)** لأنه بالشراء أو الإتهاب قاصداً لتملكه ظاهراً فيكون غاصباً في حق سيده فرده لإسقاط الضمان عن نفسه، وهذا معنى قوله ردّه لنفسه، وكذا أوصى له به أو ورثه في كل ذلك يكون قابضاً لنفسه فيضمنه، فإذا رده لا جعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه إلا أن يشهد عند الشراء من الآخذ أنه إنما اشتريته لأرده على مالكه لأنه لا يقدر على رده إلا بشرائه فحينئذ **(يكون له الجعل)** ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لأنه متبرع به كما لو أنفق عليه بغير إذن القاضي قوله: **(وإن كان الآبق هنا فالجعل على المرتهن)** لأن بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لأن الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية، ألا ترى أن بالإباق سقط دين المرتهن كما بالموت، وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فإن الدين يعود به **(والرد في حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا)** أي كون الجعل على المرتهن **(إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل، فإن كانت أكثر من الدين)** قسم الجعل على الراهن والمرتهن، فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن، مثلاً الدين ثلاثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة، وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء إن كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساماً عليهما كذلك قوله: **(وإن كان مديوناً)** أي إن كان العبد الآبق مديوناً بأن كان مأذوناً فلحقه في التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقرّ الملك له لأنه مؤنة الملك، والملك في العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف، إن اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لأن الملك استقر له، وإن اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن

التصرف إليه فقط، لأن ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالإباق فلا يكون داخلاً تحت النهي فيكون جائزاً. وقوله: **(وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه أخذه ليرده)** ظاهر. وقوله: **(فإن كان الآبق رهناً)** سيأتي الكلام فيه في الرهن إن شاء الله تعالى. وقوله: **(والجعل بمقابلة إحياء المالية)** فيه نظر لأنه يلزمه إذا ردّ أم الولد وما ثمة إحياء المالية عند أبي حنيفة. وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الرادّ ذلك بردّه. قوله: **(وإن كان مديوناً)** أي العبد الآبق إذا كان مديوناً بأن كان مأذوناً له فلحقه الدين في التجارة أو استهلك مال الغير وأقرّ به مولاه قوله: **(كالموقوف)** يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع، ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل قوله: **(وإن كان)** أي الآبق موهوباً فالجعل على الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد وإنما ذكر أن الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى إن اختار

والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء، وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين، وإن بيع بدىء بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم، وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الردّ، وإن كان لصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه.

يبدأ به قبل الدين قلنا إنه مؤنة الملك والباقي للغرماء، فظهر أن قول المصنف: **(فيجب)** أي الجعل على من يستقر له الملك تجوّز فإنه لا يجب على المشتري، وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه **(وإن كان)** أي العبد **(جانياً)** أي جنى خطأ فلم يدفعه. مولاه ولم يفده حتى أبق فرَده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له إن اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته إليه، فإن اختار الدفع إلى أولياء الجناية فعليهم لعودها إليهم، ولو كان قتل عمداً فأبق ثم ردّ لا جعل على أحد، أما المولى فلأنه إن قتل لم يحصل له بالرد منفعة، وإن عفا فإنما حصلت بالعفو. وأما ولي القصاص فإن قتل فالحاصل له التشفي لا المالية، وإن عفا فظاهر **(وإن كان موهوباً)** فإن أبق ممن وهب له ثم رد **(ف)**الجعل **(على الموهوب له)** سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا، أما إذا لم يرجع فظاهر، وأما إن رجع بعد المجيء فلأنه وإن حصلت إله المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك. وأورد عليه أنه حصل بالمجموع من ذلك، ومن الرد. أجيب بأن الترك آخر جزءي العلة وإليها يضاف الحكم. وأما الجواب بأنه إذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره **(وإن كان)** الآبق **(لصبي فالجعل في ماله)** لما تقدم **(أنه مؤنة ملكه، وإن رد وصية فلا جعل له)** وقد بيناه في التقسيم، وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقاً له، لأنه إذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع أن العرف فيه التبرع. وفي الكافي للحاكم: أبق أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد، فإن كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقاً. وفي الذخيرة والمحيط: ولو أخذ آبقاً فغصبه منه آخر وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة أنه أخذه يأخذ الجعل منه ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بما دفع إليه، ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد أبق من الأخذ فوجده آخر فرده إلى سيده، إن جاء به من مدة السفر فالجعل له، وإن وجده لأقل فجاء به لا جعل لواحد منهما. وفي المبسوط: لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير في ردّ الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم، والأولى أن يقال: لأخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له.

الفداء، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه. ووجه الدفع **(أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد)** أي بردّ الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك. فإن قيل: المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الرادّ. أجيب بأنه كان كذلك، لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجوداً فيضاف الحكم إليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجوداً، كذا هذا. وقوله: **(وإن كان لصبيّ إلى آخره)** ظاهر وبالله التوفيق.

قوله: **(فعلى المولى إن اختار الفداء الخ)** أقول: لعود المنفعة إليه.

كتاب المفقود

(وإذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحيّ هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبيّ والمجنون، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له. وقوله يستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته قوله: **(إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحيّ هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه)** أي على ماله **(ويستوفي حقوقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون)** فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا **(وقوله)** أي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقرّ به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده أي بعقد الذي نصب القاضي **(لأنه أصيل في حقوق عقده، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له عقار أو عروض في يد رجل)** ولا في حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه **(لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك)** عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك **(وإذا كان كذلك)** يعني إذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة **(فلو قضي بخصومته كان قضاء على الغائب)** والأوجه أو يقول للغائب: والقضاء عليه فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رداً بعيب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لأنهما إنما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصماً، والورثة إنما يصيرون خصماء بعد موت المورّث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب **(وهو لا يجوز إلا إذا رآه القاضي)** أي إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه. فإن قيل: ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه، كما لو كان القاضي محدوداً في قذف فإن نفاذ قضائه لموقوف على أن يمضيه قاض آخر. أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا، وإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف. وفي الخلاصة الفتوى على هذا **(ثم ما كان يخاف عليه الفساد)** كالثمار ونحوها **(يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه)** ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولاً كان أو عقاراً **(في نفقة ولا غيرها، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجىء فلا يجوز، فإن لم يكن له مال إلا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده)** أو

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة هذا الكتاب هنا، والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الأضداد، يقال فقدت الشيء: أي أضللته، وفقدته: أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل على أهله وهم في طلبه. وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله: **(إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحيّ هو أم ميت)** وقوله: **(نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه)** إشارة إلى بيان حكمه في الشرع، وكلامه واضح قوله: **(ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل)** بأن كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره قوله: **(وأنه)** أي الوكيل من جهة القاضي **(لا يملك الخصومة**

كتاب المفقود

قوله: **(وهو في اللغة من الأضداد الخ)** أقول: أنت خبير بأن الطلب ليس ضداً للإضلال، إلا أن يكون إطلاق الضد توسعاً بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل.

من غرمائه لأنه من باب الحفظ، ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين، وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى **(ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها)** لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ السورة

زوجته إلى النفقة لا يباع، بخلاف الوصي فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لأن ولايته ثابتة فيما يرجع إلى حق الموصي، وبيع العروض فيه معنى حقه، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ. وفي المبسوط: وقال أبو حنيفة: إن كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان. وفي القياس: ليس له بيع العروض وهو قولهما. وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في الأمالي وقال: هو حسن وجه الاستحسان أن الأب وإن زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج، وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير، وللوصي بيع العروض دون العقار **(وينفق على زوجته وأولاده من ماله)** يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر. قال المصنف: **(وليس هذا مقصوراً على الأولاد)** قلت: **ولا هو على إطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد**، يعني من الأب والجد وإن علا **(والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته)** لأن لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله إذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان إعطاء القاضي إن كان المال عنده أو تمكينهم إن كان عندهم إعانة لا قضاء على الغائب فإنهم كانوا مأذونين شرعاً أن يتناولوا بأنفسهم **(وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله)** فمن الأول: أعني المستحقين بلا قضاء **(والأولاد الصغار والإناث الكبار)** إذا لم يكن لهم مال، وكذا الأب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال

بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها **(وإذا كان كذلك)** يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب، والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز، لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصوّرة **(إلا إذا رآه القاضي)** أي جعل ذلك رأياً له وحكم به فحينئذ يجوز، لأن القضاء إذا لاقى فصلاً مجتهداً فيه نفذه. فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف. أجيب بأن المجتهد فيه سبب للقضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف قوله: **(ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي)** ظاهر. قوله: **(ومن الثاني الأخ والأخت)** إنما كان من الثاني لأنها نفقة ذي الرحم المحرم **(وهي مجتهد فيها فلا تجب إلا بالقضاء أو الرضا)** ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء والرضا. وقوله: **(فإذا لم يكن ذلك)** يعني الملبوس والمطعوم في ماله قوله: **(وهذا)** أي الذي ذكرناه من إنفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير **(إذا كانت في يد القاضي)** **(وهذا)** أي الاحتياج إلى الإقرار إنما هو **(إذا لم يكونا)** أي الدين والوديعة أو النكاح، والنسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً، والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما

قال المصنف: **(يتضمن الحكم به قضاء على الغائب)** أقول: فيه شيء، والظاهر أن يقال قضاء للغائب قوله: **(والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز)** أقول: في فصل القضاء بالمواريث من شرح الإتقان، وأحال على المختلف أنه قيل: يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده.

وهو ممكن. قال: **(وينفق على زوجته وأولاده من ماله)** وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد. والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع، فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمني من الذكور الكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة. وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب، وهذا إذا كانت في يد القاضي، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع

لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلاً عن غيبته، إلا الزوجة فإنها تستحق وإن كانت غنية لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تنعدم بالغنى **(ومن الثاني)** يعني من لا يستحق إلا بالقضاء **(الأخ والأخت والخال والخالة)** ونحوهم من قرابة غير الولاد **(وقوله)** أي قول القدوري **(من ماله، يعني الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن في ماله)** عين المطعوم والملبوس **(يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر)** أي غير المضروب **(كذلك لأنه يصلح قيمة كالمضروب)** وهذا إذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي **(فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منها)** إن كان المودع مقراً بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرّ بالدين والنكاح والنسب **(وهذا)** يعني اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب **(وإذا لم يكونا ظاهرين)** عند القاضي **(فإن كانا ظاهرين)** معروفين له **(فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما، ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب)** جعل كل اثنين واحداً **(يشترط إقرار من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهراً فيقر في الأول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده. وفي الثاني بأن له عندي وديعة أو عليّ دينه وقوله هذا هو الصحيح)** احتراز عن جواب القياس الذي به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين، قال: لا ينفق من الوديعة شيئاً عليهم لأن إقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصماً عن الغائب، ولا يقضي على الغائب بلا خصم، ومثل هذا في الدين أيضاً. قلنا: المودع مقرّ بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للولد والزوجة حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود، ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود، وقد يقال أيضاً في جوابه: نعم القياس ما ذكرت، لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان، وقد أسلفناه. قال فيه: «خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف»[1] إذ هو يفيد مطلقاً جواز الإنفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد، ثم إذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس، وثبوت نفقة الأب بالدلالة لأن حقه فيها آكد من حق الولد، فإن الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة، بل إذا كان عاجزاً عن الكسب والأب يستحقها بمجردها وإن كان يقدر على الكسب قوله: **(ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه)** فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض، وليس القاضي نائباً في الحفظ فقط، بل فيه وفي إيفاء ما عليه من الحقوق أيضاً مما لا يحتاج في ثبوته عنده إلى سماع بينة، وجاز له أن يوفي ما عليه من دين إذا علم بوجوبه، بخلاف المودع فإنه المأمور بالحفظ فقط فيضمن إذا أعطاهم بلا أمره. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المودع إذا دفعها إليهم لأنه لو رد الوديعة إلى من في

بلفظ التثنية قوله: **(هذا هو الصحيح)** احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر إنه لا ينفق منهما عليهم بالإقرار لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر، ولكنا نقول: المودع مقرّ بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر

---

(١) صحيح. رواه البخاري ومسلم وغيرهما وقد تقدم في باب النفقة.

والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار، وإن كان أحدهما ظاهر الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح، فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه. وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة، لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود. قال: **(ولا يفرق بينه وبين امرأته)** وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به إماماً، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرّق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منها الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين. ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان. وقول عليّ رضي الله

عيال المودع بريء. أجيب بأن ذلك إذا دفعها إليهم للحفظ عليه لا للإتلاف، والأحسن أن يأخذ القاضي منها كفيلاً لاحتمال أنه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة، لكن لو لم يأخذ جاز لأنه لا يجب أخذ الكفيل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا، **(فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلاً)** أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية **(أو جاحدين النسب والزوجية)** معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضي **(لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة)** الزوجة أو الأب أو الابن **(خصماً في ذلك)** أي في إثبات الدين أو النسب أو الوديعة بإقامة البينة على شيء من ذلك، لأن المودع والمديون ليسا خصماً في ثبوت الزوجية والقضاء بها، ولا ما يدعيه للغائب سبباً متعيناً لثبوت حقه الذي هو النفقة **(لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود)** وستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى في أدب القاضي قوله: **(ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرّق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوّج من شاءت، لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة)** **(ولأنه منع حقها بالغيبة)** وإن كان عن غير قصد منه **(فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة)** فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك، وهذا منه في الإيلاء بناء على أنه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها، وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها **(عملاً بالشبهين)** وحديث الذي أخذته الجنّ رواه ابن أبي شيبة: حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة: أن رجلاً انتسفته الجنّ على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتدّ فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق. وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد

فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود. وقوله: **(لأن القاضي نائب عنه)** اعترض عليه بأن القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للإنفاق على هؤلاء فلا يكون نائباً. وأجيب بأن القاضي نائب عنه في إيفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ لهذا جاز له أن يوفي ما عليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فإنه نائب عنه في الحفظ فقط. فإن قلت: إذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لأنه دفعها إلى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك. أجيب بأن الدفع إليهم لا يوجبه إذا كان للحفظ والدفع للإنفاق دفع للإتلاف. وقوله: **(لأن ما يدّعيه للغائب)** معناه أن الخصومة لا تسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر، ولا حكماً لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبباً لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود. ولا يكون الثابت حكماً إلا في مثل ذلك، وسيجيء تمامه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا يفرق بينه وبين امرأته)** كلامه واضح، وقصة من استهونه الجن: أي جرّته إلى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد

عنه فيها: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع، ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك، وعمر رضي الله عنه رجع

قال: دخلت الشعب فاستهوتني الجنّ، فمكثت أربع سنين، ثم أتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الأول. وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه: فقال له عمر لما جاء: إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها، قال: بل زوّجني غيرها، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره. ورواه الدارقطني وفيه: ثم أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر وعشراً. وروى مالك في الموطإ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل. وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود: تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً. وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد: تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا: تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها وليّ زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً[1]. قال المصنف: **(ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود «إنها إمرأته حتى يأتيها البيان»)** أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب: حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان» وفي بعض نسخة «حتى يأتيها الخبر»[2] وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل. قال ابن أبي حاتم عن أبيه: إنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل. وقال ابن القطان: وسوار بن مصعب. أشهر في المتروكين منه. ثم عارض المصنف بقول عليّ قول عمر، وهو ما روى عبد الرزاق: أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عتيبة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق. أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً مثله. وقال: أخبرنا ابن جريج قال: بلغني أن ابن مسعود وافق علياً على أنها تنتظر أبداً، وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوّج حتى يستبين موته[3] وقوله: **(ولأن النكاح الخ)** الحاصل أن المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان

الرحمن بن أبي ليلى قال: أنا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال: أكلت خزيراً في أهلي فخرجت فأخذني نفر من الجنّ فمكثت فيهم، ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا: أتعرف الخليل[4]؟ فقلت: نعم، فخلوا عني، فجئت فإذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتي بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوّجت، فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها عليّ وبين المهر. قال مالك: وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله ﷺ **(ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضيّ مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة)** والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضيّ سنة لرفع الضرر عنها، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين، فيتعين في حقه المدتان في التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور

قوله: **(قال أكلت خزيراً)** أقول: بالخاء المعجمة قوله: **(وحاضت وانقضت الخ)** أقول: يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة، فالأولى حذف قوله وحاضت من البين قوله: **(وبين المهر)** أقول: أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني قوله: **(وبين المولي وامرأته)** أقول: في التركيب شيء إلا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة، ويقال ويفرق بين المولي ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ قوله: **(ولكن عذر المفقود أظهر الخ)** أقول: في أظهريته من عذر العنين تأمل، إلا أنه يقال: إقدامه مع عنته على التزوج ينقص من عذره.

---

(١) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٤٧١، ٤٧٢.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣١٢ من حديث المغيرة قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٣: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن حديث رواه سوار عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة فقال أبي: هذا حديث منكر. ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث. يروي عن المغيرة مناكير أباطيل. وذكره عبد الحق من أحكامه وأعلّه بمحمد بن شرحبيل.

(٣) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٤٧٣.

(٤) خ: الخيل اهـ.

إلى قول عليّ رضي الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. قال: **(وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته)** قال رضي الله عنه: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة: وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدّره بعضهم بتسعين، والأقيس أن لا يقدر بشيء. والأرفق أن

الله عليهم أجمعين. فذهب عمر إلى ما تقدم. وذهب عليّ رضي الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان، والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحاً لا مثبتاً بالأصالة، وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر. ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال **(ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك)** وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول عليّ. ذكره ابن أبي ليلى قال: ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول عليّ: امرأة المفقود، وامرأة أبي كنف، والمرأة التي تزوجت في عدتها. وقولنا في الثلاث قول عليّ رضي الله عنه، فامرأة المفقود عرفت، وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوّجت، فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له: إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم: إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها، فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمر بين، وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوّجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول عليّ أن مراجعته إياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا.

وأما المرأة التي تزوّجت في عدتها فالمرأة التي ينعى إليها زوجها فتعتد وتتزوّج، وكان مذهبه فيها إذا أتى زوجها حياً يخيره بين أن تردّ عليه وبين المهر، وقد صح رجوعه إلى قول عليّ وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها، وتردّ إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك. قال: **(ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلاً)** وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي. قال: **(ولا بالعنة)** لأن الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة **(والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة)** فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضيّ السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها قوله: **(وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته)** قال المصنف رحمه الله **(هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدّره بعضهم بتسعين، والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين)** وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين، بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديراً بالأكثر، وأما ما قيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك، وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره، فما لا ينبغي أن يذكر توجيهاً لمذهب

فتتربص أربع سنين **(عملاً بالشبهين)** قوله: **(ولنا)** ظاهر، وحاصله أن البيان في الحديث المرفوع إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام مجمل، وقول عليّ رضي الله عنه خرج بياناً لذلك المبهم قوله: **(وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول عليّ رضي الله عنه)** رواه ابن أبي ليلى قوله: **(ولا معتبر بالإيلاء)** جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الإيلاء وهو ظاهر، فإن الإيلاء إذا كان طلاقاً كان مزيلاً للملك، بخلاف المفقود فإنه لم يظهر له منه طلاق لا معجل ولا مؤجل قوله: **(ولا بالعنة)** جواب عن القياس بالعنة. وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعاً للضرر عنها، بخلاف امرأة المفقود فإن حقها مرجوّ قبل مضي أربع سنين وبعده قوله: **(وإذا تم له مائة وعشرون سنة)** اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد، فإذا مضت هذه المدة حكمنا بموته. قيل: وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه

قوله: **(والطبيعة لا تنحل الخ)** أقول: في كلامه إشارة إلى أن قلما في كلام المصنف للنفي.

يقدر بتسعين، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت **(ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت)** كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي **(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه)** لأنه لم يحكم

من مذاهب الفقهاء، وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قول لهم على أمرهم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء. ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبني الحكم عليه. ثم اختلفوا: فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده، فإن الأعمار قد تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه وتعالى العادة، ولذا قالوا: إن الصقالبة أطول أعماراً من الروم، فإنما يعتبر بأقرانه في بلده، ولأن في ذلك حرجاً كبيراً في تعرّف موتهم من البلدان، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل. وأما المروي عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم. قيل إنه سئل عنه فقال: أنا أبينه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشراً، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا، وعقد عشرين، فإذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين، فإذا كان ابن أربعين يحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين، فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعقد ستين، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وغقد ثمانين، فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين. فإذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحوّل الحساب من اليمن إلى اليسرى، ولا شك أن يمثل هذا لا يثبت الحكم، وإنما المعوّل عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا، والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة. فقوله في المبسوط: وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجباً لخطئه لأنه مبني على الغالب عنده، وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئاً فيما أعطي من الحكم، وكذا ذكر الإمام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن

المدة، وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء. وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر، وهل يعتبر بأقرانه في جميع الدنيا أو في الإقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السرجية. وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة لأن الظاهر أن لا يعيش أحد في زماننا أكثر من مائة سنة، وقدر بعضهم بتسعين لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر، والأقيس وأفعل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم: أشغل من ذات النحيين أن لا يقدّر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الأقران، لأنه لو لم يقدر بشيء أصلاً لتعطل حكم المفقود، والأرفق أن يقدر بتسعين لأنه أقل ما ذكر فيه من المقادير قوله: **(وإذا حكم بموته)** ظاهر **(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي)** أي لا تصح الوصية بل توقف. وذكر في الذخيرة: وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء فإني لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذلك في الوصية، والأصل المذكور في الكتاب ظاهر قوله: **(وتصادقوا)** أي الورثة المذكورون والأجنبي، وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين، لأن إقرار

قوله: **(فطريقه)** أقول: أي فطريق معرفته قوله: **(وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر)** أقول: قوله وبناء مبتدأ، وقوله على الظاهر خبره قوله: **(أن لا يقدر بشيء من المقدرات الخ)** أقول: من القدر لا من القدرة قوله: **(لأنه لو لم يقدر الخ)** أقول: تعليل لتقييد شيء بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين قوله: **(والأرفق، إلى قوله: لأنه الخ)** أقول: في التعليل نوع قصور، والأولى أن يضم إليه، والتفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أولاً غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي، ولكن لا يخفى أن سلب الإمكان إنما يصح إذا اعتبر أقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية أنه ذهب بعضهم إلى أنها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الأمة، ففي تعليل الشارح بحث، إلا أن يقال: المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليتأمل.

بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة **(ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده)** لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق **(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي)** ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطي أقل النصيبين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطي أصلاً. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي

الحياة بعدها نادر، ولا عبرة بالنادر. وروي أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله: واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زماننا هذا، وهذا لا يصح إلا أن يقال، إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك، نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً، فلذا قال شمس الأئمة: الأليق بطريق الفقه أن لا يقدّر بشيء لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الأقيس الخ، ولكن نقول: إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته إعتباراً لحاله بحال نظائره، وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية: قال المصنف: **(والأرفق)** أي بالناس **(أن يقدر بتسعين)** وأرفق منه التقدير بستين. وعندي الأحسن سبعون لقوله ﷺ «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين»[1] فكانت المنتهى غالباً. وقال بعضهم: يفوض إلى رأي القاضي، فأيّ وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم للوفاة كأنه مات فيه معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي قوله: **(ومن مات منهم)** أي ممن يرث المفقود **(قبل ذلك)** أي قبل أن يحكم بموت المفقود **(لم يرث من المفقود)** بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فيجري مناسخة فترث ورثته من المفقود **(لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد)** وحين مات هذا كان المفقود محكوماً بحياته كما إذا كانت حياته معلومة **(ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت)** يعني وقت موت ذلك الأحد **(باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق)** بل في دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتاً في حق غيره فلا يرث هو غيره **(وكذلك)** لو **(أوصى له ومات الموصي)** في حال فقده قال محمد: لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود: يعني يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضي بموته، فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن، وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد، وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره قوله: **(ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود)** حجب حرمان **(ولكنه ينتقص حقه به يعطي)** ذلك الوارث **(أقل نصيبه ويوقف الباقي)** حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته **(وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى)** لذلك الوارث شيئاً **(بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال)** الموروث **(في يد أجنبي وتصادقوا)** أي الأجنبي والورثة **(على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به)** لأن أخاهما المفقود إن كان حياً فلهما النصف، وإن كان ميتاً فلهما الثلثان، فالنصف متيقن فتعطيانه **(ويوقف النصف الآخر)** في يد الأجنبي الذي هو في يده **(ولا**

ذي اليد فيما في يده معتبر، وقد أقرّ بأن ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما. وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه، هذا إذا أقرّ من في يده المال، أما لو جحد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما ومات وترك المال ميراثاً لهما ولأخيهما المفقود، فإن كان حياً فهو الوارث معهما، وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنتين النصف لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لأبيهما في هذا المال والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة، وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف، ويوقف النصف الباقي على يد عدل، لأن الذي في يده جحد وهو غير

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٣٥٤٥، ٢٣٣٢ وابن ماجه ٤٢٣٦ والحاكم ٢/٤٢٧ من حديث أبي هريرة وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وأقرّه الذهبي والصواب أنه حسن.

وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقين به ويوقف النصف الآخر ولا يعطي ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك **(ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة)** ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا

يعطي ولد ابن شيئاً لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً، ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة) بأن كان أنكر أن للميت عنده مالاً حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانته، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الأجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لأن إقراره معتبر فيما في يده، وقد أقرّ أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود، لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً ويوقف الثلث الباقي في يده، ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحوّل المال من موضعه ولا يؤخر شيء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثاً ويوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت، فإن ظهر المفقود حياً دفع إليه، وإن ظهر ميتاً أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو قالت البنتان: مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن: بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث، لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما، فإن ظهر حياته أخذ منهما السدس له، ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود يعطي البنتان النصف، لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده. ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات لم أدفع إليهما شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده، فإذا قامت على موته قبله يعطي لهم الثلث والثلثان للبنتين لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن، وإن قامت عليه بعده يعطي لهم النصف لأن الميت مات عن بنت وابن ثم مات الإبن عن ولد. قال المصنف: **(ونظيره)** أي في وقف

مؤتمن عليه، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فإن القاضي لا ينبغي له أن يحوّل المال من موضعه ولا يقف منه شيئاً للمفقود، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئاً من أيديهما لأن النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه. ويريد بقوله ولا يقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الابنتين ملكاً للمفقود على الحقيقة، وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فإنه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضي به لهما ولا لأبيهما، لأنا لو قدرنا الابن المفقود ميتاً كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقناً به. قوله: **(ونظير هذا)** يعني المفقود الحمل في حق توقف النصف فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى، وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض. قوله: **(ولو كان معه)** أي مع الحمل **(وارث آخر)** إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه، كما إذا ترك امرأة حاملاً وجدة فإن للجدة السدس لأنه لا يتغير فرضها بالحمل، وكذلك إذا ترك ابناً وامرأة حاملاً فإن المرأة تعطي الثمن لأنه لا تتغير فريضتها وإن كان ممن يسقط بالحمل لا تعطي كابن الابن والأخ أو العم، فإنه لو ترك امرأة حاملاً وأخاً أو عماً لا يعطى الأخ والعم شيئاً، لأن من الجائز أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم، فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكاً فلا يعطى شيئاً لذلك، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم، فإنه إن كان الحمل حياً ترث الزوجة الثمن والأم السدس، وإن لم يكن حياً فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود: يعني أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابناً مفقوداً فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه

قال المصنف: **(ولا ينزع من يد الأجنبي الخ)** أقول: وفي العقار خلاف سيأتي في فصل القضاء بالمواريث إذا جحد من في يده، والظاهر أن المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحود وإن كان المفهوم من كلام بعض الشارحين أنها هو هنا. قوله: **(لو ترك امرأة حاملاً أخاً الخ)** أو عماً. أقول: لم يذكر ابن الابن هنا لأنه علم حالة آنفاً مما ذكره في المفقود.

يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه، وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي، وإن كان ممن يتغير به يعطي الأقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي بأتم من هذا، والله أعلم.

الميراث عند الشك في النصيب (**الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى**) واحترز به عما روي عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك: رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربع بنين في بطن واحد وعما، عن محمد ميراث ثلاثة بنين، وفي أخرى نصيب ابنين، وهو رواية عن أبي يوسف، وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (**ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل**) يعطي كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا إذا ترك ابناً وامرأة حاملاً تعطي المرأة الثمن (**وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي**) شيئاً (**وإن كان ممن يتغير ويعطي الأقل للتيقن به**) مثاله ترك امرأة حاملاً: وجدة تعطي السدس لأنه لا يتغير لها، ولو ترك حاملاً وأخاً وعماً لا يعطى شيئاً لأن الأخ يسقط بالابن، وجائز أن يكون الحمل ابناً فكان بين أن يسقط ولا يسقط، فكان أصل الاستحقاق مشكوكاً فيه فلا يعطى شيئاً. ولو ترك حاملاً وأماً أو زوجة تأخذ الأم السدس والزوجة الثمن، لأنه لو كان ميتاً أخذت الأم الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن، لأنه لو كان ميتاً أخذت الربع، والله الموفق للصواب.

لا يتغير نصيبها، وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً لا يعطى الأخ شيئاً، وكذلك لو ترك أماً وابناً مفقوداً فإنه إن كان المفقود حياً تستحق الأم السدس، وإن كان ميتاً تستحق الثلث كما في الحمل، والله أعلم.

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه، قال: (الشركة ضربان: شركة أملاك،

كتاب الشركة

هو بإسكان الراء في المعروف. أو رد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين: كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر. وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورّثه وله وارث آخر والمفقود حيّ، وهذه مناسبة خاصة بينهما. والأولى عامة فيهما. وفي الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط، وإنما قدم المفقود عليها وأولاه الإباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق. وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال: لأن المال على عرضية التوي. وحاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة في تحصيل المال. والشركة لغة: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وما قيل إنه اختلاط النصيبين تساهل، فإن الشركة إسم المصدر، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط. وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له إسم من المادة، ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الإشتراك فعلهما أيضاً مصدر اشتراك الرجلان افتعال من الشركة، ويعدي إلى المال بحرف «في» فيقال اشتركا في المال: أي حققا الخلط فيه، فالمال مشترك فيه: أي تعلق به اشتراكهما: أي خلطهما. وركنها في شركة العين اختلاطهما، وفي شركة العقد اللفظ المفيد له. هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط، فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهي إضافة بيانية قوله: (الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء ١٢] وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد، وقوله تعالى ﴿وإن كثيراً من الخلطاء﴾ [ص ٢٤] أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إخباراً للخصمين عن شريعته إذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا. وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب «أنه قال للنبي ﷺ: كنت شريكي في الجاهلية

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارة انساقت إلى هاهنا على الوجوه المذكورة. ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مورّثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له، والشركة جائزة لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر. وهي على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، وكلامه ظاهر. وقوله: (خلطاً يمنع التمييز رأساً) كخلط الحنطة بالحنطة، أو إلا بحرج كخلطها بالشعير. وقوله: (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه. وقوله: (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط، فإذا حصل بغير تعدّ كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين. وقوله: (قابلاً للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصاً لا على وجه الاشتراك: أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة، ثم شركة المفاوضة من بينها

كتاب الشركة

قوله: (وهي عبارة عن اختلاط نصيبين الخ) أقول: فيه تسامح، فإن الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب. قال

وشركة عقود. فشركة الأملاك: العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب رجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو يخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا

فكنت خير شريك لا تداريء ولا تماري»[١] وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم[٢] عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام: «مرحباً بأخي وشريكي كان لا يداريء ولا يماري، يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك»[٣] وكان ذا سلف وصداقة، واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، وقول السهيلي فيه إنه كثير الاضطراب، فمنهم من يرويه عن السائب، ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب. ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة، إنما يصح إذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان، أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته ﷺ فثابت على كل حال. قال إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: يداريء مهموز في الحديث: أي يدافع. ثم إيراد المشايخ هذا إنما لا يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل: أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «قال الله تعالى «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما» زاد رزين «وجاء يد الشيطان»[٤] وضعفه القطان بجهالة والد أبي حيان وهو سعيد، فإن الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان، ورواه غيره عن أبي حيان مرسلاً، ورواه الدارقطني «يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما»[٥] ولا شك أن

مخصوصة بتضمن عقد الكفالة. ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله: **(ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه)** أي من عقد الشركة، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملاً لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركاً بينهما فصار كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بمقتضى عقد

المصنف: **(فشركة الأملاك العين)** أقول: أي شركة العين، فالمضاف مقدر قال المصنف: **(يرثها رجلان أو يشتريانها)** أقول: قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى **﴿كمثل الحمار يحمل أسفاراً﴾**.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٨٣٦ وابن ماجه ٢٢٨٧ والحاكم ٢/ ٦١ كلهم من حديث السائب بن أبي السائب. وكذا البيهقي ٦/ ٧٨.
قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٤: قال السهيلي في الروض الأنف: حديث السائب كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب بن أبي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء، ولا تقوم به حجة، واضطراب في متنه أيضاً فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من يجعله من قول أبي السائب في النبي ﷺ اهـ لكن كثرة الطرق عن السائب تعطيه قوة.
فائدة: قال إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: إن تداري مهموز من المداراة وهي المدافعة. وتماري. غير مهموز من المماراة وهي المجادلة اهـ الزيلعي.

(٢) قوله: (ابن خثيم) بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر هـ.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ٣/ ٤٢٥ والبيهقي ٦/ ٧٨ من حديث السائب بن عبد الله. وتقدم الكلام عليه في الذي قبله.

(٤) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٣٣٨٣ والحاكم ٢/ ٥٢ والبيهقي ٦/ ٧٨، ٧٩ والدارقطني ٣/ ٣٥ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٤: قال ابن القطان: إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً وأبو حيان أحد الثقات لكن أبوه لا يُعرف، وهو سعيد بن حيان، وقد رواه الدارقطني عن أبي حيان. مرسلاً، ورواية عن أبي حيان عن أبيه مرسلاً.
الخلاصة: الحديث ضعيف كونه موصولاً لكن اعتضد بالمرسل فهو يقرب من الحسن ولم أقل إنه حسن لأن المرسل من نفس الطريق ولو كان من طريق آخر لصار حسناً.

(٥) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٥ عن أبي حيان التيمي عن أبيه مرسلاً اهـ فهو مرسل.

بحرج، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى **(والضرب الثاني: شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)** وشرطه أن يكون التصرف

كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتاً مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه، إذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي ﷺ وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره ﷺ عليها قوله: **(الشركة ضربان: شركة أملاك، وشركة عقود، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها)** وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر، فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهبا عيناً أو ملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطاً يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير، ولو قال: العين يملكانها كان شاملاً، إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك، وقد يقال: بل يملك شرعاً ولذا جاز هبته ممن عليه، وقد يقال إن الهبة مجاز عن الإسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه، والحق ما ذكروا من ملكه، ولذا ملك ما عنه من العين على الإشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاه وأخر الآخر. قالوا: والحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته، وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلاً منهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة، وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما **(من غير الشريك فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز)** بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك **(إلا بإذن الشريك)** قال المصنف: **(وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى)** وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي، بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط، لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم، وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدياً سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط، فإذا حصل بغير تعدّ يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدي، فعند عدمه لا يثبت من وجه وإلا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها، وأيضاً فالزوال إلى الخالط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي، بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبي. وإنما قلنا: إن تمام السبب التعدي لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وإنما يتبين به أيّ تعد

الشركة. وقوله: **(ثم هي أربعة أوجه)** ذكر في وجه الحصر على ذلك أن الشريكين إما أن يذكرا المال في العقد أو لا. فإن ذكراً، فإما أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أولا. فإن لزم فهي المفاوضة وإلا فالعنان، وإن لم يذكراه فإما أن يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا، فالأول الصنائع والثاني الوجوه. ومعنى البيت: لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات، فإنهم إذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم، والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره. وقيل هو اسم جمع للسرى. وقوله: **(فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء)** أما ابتداء

المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه **(ثم هي**

هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه قوله: **(والضرب الثاني شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول)** ثم فسرهما المصنف بقوله **(وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)** أي في كذا من المال وفي كذا من التجارة .البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات، وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي، وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى، ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة، ويندب الإشهاد عليها. وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابها فقال: هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول: وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعاً وشتى، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة، وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول: لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا، ثم يقول: فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رءوس أموالهما، وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك، ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل، واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سيذكر، فإن كان شرطاً التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا، وإنما يكتب التاريخ كي لا يدّعي أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ قوله: **(وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة)** وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولاً لمعقود، وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة، وإنما شرط ذلك **(ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه)** أي حكم عقد الشركة **(المطلوب منه)** وهو الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وأصيلاً في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشتري، واحترز به عن الاشتراك في التكدّي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، فإن الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب قوله: **(ثم هي)** أي شركة العقود على **(أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه)** قيل في وجه الحصر إن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا، وفي الذكر إما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا، فإن شرطاً ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان. وفي عدم ذكر المال إما أن يشترط العمل في مال الغير أو لا، فالأول الصنائع، والثاني الوجوه. وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه ولا يكونان مفاوضة ولا عناناً، وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي، فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا: الشركة على

فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه، وأما انتهاء فلأن المفاوضة من العقود الجائزة، فإن لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء، وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله: **(وذلك)** أي تحقق المساواة في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار، حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون. وقوله: **(كل ذلك بانفراده فاسد)** أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد، حتى لو وكل رجلاً وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسداً، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل، فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان. فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف في ماله. أجيب بأن العموم ليس بمراد هاهنا، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلاً بمجهول الجنس فلا يجوز قوله: **(والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة)** يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعاً فكذلك هاهنا، ألا ترى أن شركة العنان تصح وإن تضمنت ذلك لأن ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة. وقوله: **(لأن المعتبر هو المعنى دون اللفظ)** يوضحه أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصل كفالة.

أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه. فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة، قال قائلهم:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أي متساويين. **فلا بد من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً وذلك في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر**

ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه. وكل منهما على وجهين: مفاوضة وعنان، وسيأتي البيان إن شاء الله تعالى قوله: **(فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما)** ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه **(لأنها شركة عامة)** يفوّض كل منهما إلى صاحبه على العموم **(في التجارات)** والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك، ولا يخفى أن قول المصنف إذ هي من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق، بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء: إذ عم وانتشر، وإنما أراد أن معناها المساواة، واستشهد بقول الأفوه الأودي:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وبعده:

إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده:

تهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت: إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلاً ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى ﴿**لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا**﴾ [الأنبياء ٢٢] والسراة جمع سري، وهو السيد، وجعله صاحب المفصل إسم جمع له كركب في راكب. والسري فعيل جمع على فعلة بالتحريك، وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً فصار سراة، وأصل سري سريو اجتمعتا وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم أدغمت في الياء، وسيأتي وجه المساواة **(فلا بد من تحقق المساواة ابتداء)** عند عقد الشركة **(وانتهاء)** أي في مدة البقاء لأن عقد الشركة عقد غير لازم، فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء فكان لبقائه حكم الإبتداء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه، حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عناناً، بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لأن الشركة انتقلت إلى المشتري فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه. ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة، وفي الاستحسان لا تفسد لأن الشراء بالمالين جميعاً قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج، ولأن المساواة قائمة معنى لأن الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقاً عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة، فلو كان لأحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض

وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لتحقق التساوي: أي في كونهما ذميين. وقوله: **(ولا تجوز)** أي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر. واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوي في التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنهما لا يتساويان في التصرف، فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها، والكتابي لا يتصرف فيها، وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي لأن ذبيحته لا تحل، وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف. وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة، وللتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لأن من جعل الموقوذة ما لا

التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه، وكذا في التصرف، لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملك الآخر لفات التساوي، وكذلك في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى، وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً. وفي القياس لا تجوز، وهو قول الشافعي. وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة، وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل ذلك بانفراده فاسد. وجه الاستحسان قوله ﷺ «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» وكذا الناس يعاملونها من غير نكير

وقيمتاهما متساوية صحت المفاوضة، بخلاف ما لو زادت، وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتهما ألف صحت، فإن زادت صارت عناناً، وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلت عناناً. ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض، ولو كان لأحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة، ولوكان له دين صحت إلى أن يقبضه، فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً، ولذا يعتبر التساوي في التصرف، فإنه لو ملك أحدهما تصرفاً لم يملكه الآخر فات التساوي، وكذا في الدين لما نبين عن قريب قوله: **(وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحساناً. والقياس أن لا يجوز، وهو قول الشافعي رحمه الله. وقال مالك رحمه الله: لا أعرف ما المفاوضة)** وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل: إذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد. والمعنى: لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع، وما لا وجود له شرعاً لا صحة له. وقد حكي عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما إلى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير أن لا يشترط التساوي في المالين، وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين، ذكره الشيخ أبو بكر الرازي **(وجه)** قولهما وهو وجه **(القياس أنها تضمنت الوكالة)** بشراء **(مجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل بانفراده فاسد)** ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته، ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فساداً. فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي أصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ما يشاء قلنا: العموم غير مراد، فإنه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلاً بمجهول الجنس **(وجه الاستحسان)** أمران: أحدهما ما روي عنه ﷺ أنه قال «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»[(١)] أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة، وقوله ﷺ «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»[(٢)] وهذا الحديث لم يعرف في كتب

متقوّماً لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتتحقق المساواة، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته. وأما مسئلة الحنفي والشافعي فإن المساواة بينهما ثابتة، لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامداً ليس بمال متقوم، ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعاً لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف. وقوله: **(ولا بين الصبيين)** يعني وإن أذن لهما أبوهما لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك، وكذلك المكاتبان. وقوله: **(إذ هو)** أي العنان قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً: يعني قد يكون عاماً في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها، والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة

قال المصنف: **(وكذا في التصرف)** أقول: عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف: **(وكذلك في الدين)** أقول: عطف على قوله وذلك في المال قوله: **(لما نبين إن شاء الله تعالى)** أقول: إشارة إلى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف: **(وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة)** أقول: قال في الكافي: وهو تناقض، لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد، إذ لا تصديق بلا تصور. ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اهـ. وفيه بحث.

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٥ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٤٤: لم أجده.
(٢) قال ابن الهمام: هذا الحديث لم يُعرف في كتب الحديث أصلاً.

وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوامّ، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى. قال: (فتجوز بين الحرّين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي، وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً تجوز أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحرّ والمملوك

الحديث أصلاً، والله أعلم به، ولا يثبت به حجة على الخصم، وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «ثلاث فيهن البركة: بيبع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البرّ بالشعير للبيع لا للبيع»[1] وفي بعض نسخ ابن ماجه: المفاوضة بدل المقارضة. ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث، وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس) لأن التعامل كالإجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن. ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لأنها إنما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً (كما في المضاربة) فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعاً الجواب عن إلزام الكفالة لمجهول، وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال: وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها، وهو منعدم هنا لأن كل واحد إنما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته، وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم، وكأن المصنف إنما لم يعرّج عليه، لأنه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء، لأن عند اللزوم لا بد أن يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الإلزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعاً لا قصداً، ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصداً عدم صحتها ضمناً، وعلى هذا يمكن إثبات صحتها شرعاً أخذاً من هذا الجواب، هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحته، والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع إذا ثبت قصداً، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصداً منعه إذا ثبت ضمناً. فإن قيل: فمن أين اشتراط المساواة في المال؟ قلنا: هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح، وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما. فقلنا: إن عقدا على الوجه الأول سمينا الشركة مفاوضة وإلا سميناها عناناً، غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا إياه علماً على تمام المساواة في أمر الشركة، فإذا ذكراها تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى، بخلاف ما إذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها إلا أن يذكرا تمام معناها، بأن يقول أحدهما: وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة، وعلى أن كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع، وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة إلى إفهامه، ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عناناً إذا لم يكن المنتفي من شروط العنان تعبيراً بالمفاوضة عن العنان قوله: (وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصل. وقوله: (لما قلنا)

ويراد معنى العنان، كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قوله: (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا: يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً، وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر، وإليه أشار بقوله:

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٢٨٩ من حديث صالح بن صهيب عن أبيه.
قال البوصيري في الزوائد: في إسناده صالح بن صهيب مجهول، وعبد الرحيم بن داود. قال العقيلي: حديثه غير محفوظ. ونصر بن قاسم قال البخاري: حديثه مجهول.

ولا بين الصبيّ والبالغ) لانعدام المساواة، لأن الحرّ البالغ يملك التصرف والكفالة، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى، والصبيّ لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الوليّ. قال: **(ولا بين المسلم والكافر)** وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة، ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة. ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية، إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود. ولهما أنه لا تساوي في التصرف، فإن الذمي لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح، ولو اشتراها مسلم لا يصح **(ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين**

أي لتحقق التساوي إذ الكفر كله ملة واحدة قوله: **(ولا تجوز بين الحرّ والمملوك ولا بين الصبيّ والبالغ لتعذر المساواة، لأن الحرّ البالغ يملك التصرف والكفالة، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى، والصبيّ لا يملك الكفالة)** أصلاً ولو أذن له الولي **(ولا يملك التصرف إلا بإذنه. قال: ولا بين الكافر والمسلم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة)** وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة **(وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة، ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره)** أي عقد الشركة بين المسلم والكافر **(لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود أو يحترز من الربا فيكون سبباً لوقوع المسلم في أكل الحرام)** وقوله: إلا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه، وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن ينتفي الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت، فإنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة: أي لكنه مكروه، وبعض أهل الدرس قالوا: يريد الاستثناء المنقطع لما رواه بمعنى لكن، وهو غلط لأن المستثني في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر، فالحمار لم يجيء في قولك جاءوا إلا حماراً فيقتضي إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة **(ولهما أنه لا تساوي في التصرف، فإن الذمي لو اشترى برأس ماله خموراً وخنازير يصح، ولو اشتراهما المسلم لا يصح)** لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه، وكذا بين الكتابي والمجوسي فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لأنه يعتقد ماليتها دون الكتابي، وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي. وأجيب بأن منهم من جعل الموقوذة مالاً متقوماً في حقهم فلا فضل بين المجوسي والكتابي فتتحقق المساواة في التصرف، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته، وأما الحنفي والشافعي

لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً. وقوله: **(لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه)** وهو قوله قد يكون على الشركة. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى هذا التعليل. وقوله: **(وللبائع)** أي لبائع الطعام والكسوة قوله: **(فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والإستئجار)** أما صورة البيع والشراء فظاهرة، وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الأشياء للمؤجر أن يأخذ أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلاً إلى مكة يحج عليها فللمكاري أن يأخذ أيهما شاء، إلا أن شريكه إذا ادى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره، وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدّي، وأما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه، ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة، فلو ادّعى رجل على أحد المتفاوضين جراحه خطأ لها أرش مقدراً واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومه له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة، فأما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون

المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان، إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً. قال: **(وتنعقد على الوكالة والكفالة)** أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه، وأما الكفالة: فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً. قال: **(وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم)** وكذا كسوته، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف،

فالمساواة ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقوّماً قائم، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي. وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم، وهكذا ذكره الكرخي. وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز عنده قوله: **(ولا بين الصبيين)** يعني ولو أذن وليهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين قوله: **(وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ)** وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حرّ وعبد أو مكاتب أو شرطاً عدم الكفالة تصير عناناً وإن عمما التصرف والمال وتساويا فيه، لأن عقد شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً، بخلاف المفاوضة لا تكون إلا عامة قوله: **(وتنعقد)** أي المفاوضة **(على الوكالة والكفالة)** وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره: أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر **(أما)** انعقادها على **(الوكالة فلتحقق غرض الشركة)** **وقوله (على ما بيناه)** يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراط في الربح **(وأما الكفالة فلتحقق المساواة)** التي هي مقتضي المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة **(وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم)** فيختص به، ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه له حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وإدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري، بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة إن شاء الله تعالى، وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة **(فإن الحاجة الراتبة معلوم وقوعها)** أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام، ومنه أمر ترتب: أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها **(ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه)** فكان مستثنى ضرورة **(والقياس وقوعه على الشركة لما بينا)** من أن مقتضي العقد المساواة، ثم كفالة كل الآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة، أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه، وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة، وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو

الآخر كفيلاً به، ألا ترى أنه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها، ومن هذا يتبين صورة غيره قوله: **(ولو كفل أحدهما)** ظاهر قوله: **(ولو صدر)** يعني عقد الكفالة، وإنما قيد بحال المرض لأن المريض لو أقرّ بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال بقائها، وفي حال البقاء الكفالة معاوضة. قوله: **(فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة)** يعني وحاجتنا هاهنا إلى البقاء إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لأنها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء، بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمة في الابتداء بأنه هل يلزمه أو لا، فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر

قوله: **(على أن يقيمه بنفسه أو بنائبة الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المسلم أيضاً من أهل أن يشتري الخمر أو الخنزير بنائبه كما سيجيء في كتاب الوكالة. وجوابه أن إجارة نفسه صحيحة دون اشتراه المسلم الخمر فتأمل. قال المصنف: **(وللبائع أن يأخذ بالثمن، إلى**

وكان شراء أحدهما كشرائهما، إلا ما استثناه في الكتاب، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة. والقياس أن يكون على الشركة لما بينا **(وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء)** المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدّى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما. قال: **(وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له)** تحقيقاً للمساواة، فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة. قال: **(ولو**

استهلاك عند أبي حنيفة، أو وديعة إذا جحدها أو استهلكها، وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير في معنى التجارة، ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص، وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم، لأن كل واحد لو أقرّ بما ادعاه المدعي يلزمهما، بخلاف الجناية لو أقرّ أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف. وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرّت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبي قوله: **(ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يلزم صاحبه لأنه)** أي الكفيل **(متبرع ولهذا لا تصح)** الكفالة **(من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب ولهذا)** أيضاً **(لو صدر)** أي عقد الكفالة **(من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالإقراض)** إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لا يلزم الشريك، وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض لو أقرّ بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال نقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره. ذكره في الأسرار. وكون الإقراض لا

هنا لأن الابتداء ثمة محتاج إليه، ولا كذلك هنا لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي قوله: **(لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ)** وأما الإقراض فعند أبي حنيفة: يعني أن فيه روايتين، قال في المبسوط: إن أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع وقوله: **(ولئن سلم فهو إعارة)** أي ولئن سلمنا أن إقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فإنما لا يلزم لأن الإقراض إعارة لا معاوضة بدليل جوازه، إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية، فعلم بهذا أن ما يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الإعارة الحقيقية قوله: **(حتى لا يصح فيه الأجل)** أي لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، لكن لا يلزم المضيّ على ذلك التأجيل قوله: **(ولو كانت الكفالة بغير أمره)** متصل بقوله إذا كانت الكفالة بأمره قوله: **(في الصحيح)** إشارة إلى نفي ما ذهب إليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما إذا كانت بأمره أو بغير أمره لإطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث في شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما. وأجاب عن إطلاق جواب الكتاب: أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء وإلا

قوله: **ما أدى)** أقول: ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتأمل قال المصنف: **(فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستجار)** أقول: قال الإتقاني: ولنا في عبارة صاحب الهداية نظر؛ لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلاً عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستجار، كذلك حق الكلام أن يقول: ومن القسم الآخر أرش الجناية والمهر والنفقة الخ، لأنها هي الديون الواقعة بدلاً عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها، إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر إن شاء الله تعالى اهـ. وفيه بحث، وفي قوله لأنه هو الدين الواقع بدلاً عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستجار بحث، لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلاً عنه فينبغي أن يقول: فما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه.

كفل أحدهما بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالا: لا يلزمه) لأنه تبرع، ولهذا لا يصح من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس. ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة

يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال بعضهم: وقال أبو يوسف: لا يجوز، ونسبه إلى الإيضاح، وعبارة الإيضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا، قال يضمن: يعني المقرض لشريكه توي المال أو لم يتو، وقياس قول يوسف يضمن المقرض حصة شريكه. قال: وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة، فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض، وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض **(ولأبي حنيفة أنه)** أي عقد الكفالة **(عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء)** كالهبة بشرط العوض **(لأنه)** أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة **(يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه)** إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه **(فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لا يصح ممن ذكره)** والوجه أن يقول ممن ذكراه: يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولا يبعد أن يكون مبنياً للمفعول بلا ضمير وأنه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء، وهذا لأن الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لأن التمام بناء على الابتداء. وقد يقال: إن الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح إقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه، بخلاف الحر البالغ لأنها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لأن لزومها ليس في حال البقاء، لأنا إنما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل، بخلاف الكفالة بالنفس فإنها تبرّع ابتداء وبقاء، إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال. وأما الإقراض فإنه إعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة، وإلا كان بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية **(فيكون لمثلها)** أي لمثل الدراهم أو الدنانير المقروضة **(حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل)** أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في الإعارة والقرض، وإلا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل، على أن عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض أنه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل قلنا إن نمنع قوله: **(ولو كانت)** الكفالة **(بغير أمره)** أي أمر المكفول عنه **(لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة)** انتهاء أيضاً، إذ لا يتمكن من الرجوع عليه. وقوله في الصحيح يشير إلى خلاف المشايخ، وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث، وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه، وعامة المشايخ جروا على الإطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا قوله: **(وضمان الغصب والاستهلاك)** وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء تلزم شريكه، ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لأن في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه، وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آنفاً، لأبي يوسف فيهما أنه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم

فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة: يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك التجارة في أنه يلزمه أيضاً. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك، وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمداً مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه. ووجه قول أبي يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو

قوله: **(وإنما قيد بحال المرض)** أقول: يعني إنما قيد الصدور بحال المرض قال المصنف: **(لأنه يستوجب الضمان)** أقول: تعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء.

بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء. وأما الإقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه، ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة. ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاء. قال: **(وإن ورث أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو**

شريكه كأرش الجناية، ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة. ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة، ولهذا صح إقرار المأذون به عبداً كان صبياً حراً، وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال، ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لأنه إنما تجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للتمليك، وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، وإذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزماً له ضرره ونفعه وفي الكافي: الإعارة للرهن نظير الكفالة خلافاً وتعليلاً. ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء أنه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه، ولو أقرّ أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما، وأصله أن الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافاً لهما، وسيأتي إن شاء الله تعالى قوله: **(وإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة فقبضه بطلب المفاوضة وصارت عناناً)** وكذا إذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا، كل ذلك إذا وصل إلى يده صارت عناناً، ولو ورث مالاً تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة، وكذا في باقي الأسباب التي ذكرناها، وإنما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة، إذ هي أن المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء، وإنما كان ما هو شرط ابتدائها شرطاً لبقائها لكونه: أي عقد الشركة عقداً غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها. وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الإبتداء والإجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي، ومع ذلك لدوامها حكم الإبتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين، فتبين أن كون العقد لدوامه حكم الإبتداء يتحقق مع كونه لازماً كما يتحقق مع كونه غير لازم. أجيب بأن القياس في الإجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوماً في الحال فهو كالعارية، لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار أن لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لأن الدار تنتقل إلى ملك الوارث بموت المستأجر، فلو بقيت لزم إرث المنفعة المجردة وهي لا تورث، ولهذا لو مات الموصي له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل إلى ورثته لأن المنفعة المجردة لا تورث وإن كانت الوصية لازمة، ولا بأس أن نذكر فروعاً من شركة العين إذ قل ذكرها في الكتاب: أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لأنه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر أن يعزل نفسه بغير حضور الموكل، وعلى هذا إذا اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو

بتجارة فلا يلزم شريكه كأرش الجناية. ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة فإنه يجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، وكذلك يصح إقرار المأذون له ويؤاخذ به في الحال، وكذلك يصح إقرار الصبيّ والمأذون له والمكاتب به، ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لأنه معاوضة انتهاء. وقوله: **(وإن ورث أحدهما مالاً)** بالتنوين أي المال الذي تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير

قال المصنف: **(وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ممن ذكره)** أقول: قال الإتقاني: أي ذكره أبو يوسف ومحمد، وكان القياس أن يقول: ذكراه بضمير الاثنين، أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اهـ. والأمر فيه سهل، فإن الضمير المستتر راجع إليهما بتأويل المذكور بل من ذكر قوله: **(والاستهلاك بمنزلة التجارة)** أقول:

وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان، فإن

بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم إلا بحضور الآخر لأن كلاً منهما وكيل لصاحبه، ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة، ولو أمره أن يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لأن الأوّل وكله بشراء نصفه له. وقيل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه، فكذا لغيره لأنه إنما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه، ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف إلى النصف الآخر لأن مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل، ولا يمكن تصحيحه إلا بذلك، ولو اشترى رجل عبداً وقبضه فطلب إليه آخر أن يشركه فيه فأشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به، وهذا بناء على أن مقتضى الشركة يقتضي التسوية، قال الله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء ١٢] إلا أن يبين خلافه، ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثاً، ولو اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشترين ربعه لأن كلاً صار مملكاً نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد، وفي الاستحسان له ثلثه، لأنهما حين أشركاه سوّياه بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما، ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم أثلاثاً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف. ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكاً جميع نصيبه منه بمنزلة قوله: قد أشركتك بنصفه، ألا ترى أن المشتري لو كان واحداً فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه، بخلاف ما لو قال: أشركتك في نصيبي فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكاً جميع نصيبه بإقامة حرف في مقام حرف الباء، فإنه لو قال أشركتك بنصيبي كان باطلاً فلذا كان له نصف نصيبه.

واعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبني على صيرورة المشتري بائعاً للذي أشركه وهو استفاد الملك منه، فانبنى على هذا أن من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلاً لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه إياه، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع، ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه لأن لفظ أشركتك صار إيجاباً للبيع، ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه بيع وشرط فاسد وهو أن ينقد عنه ثمن نصفه الذي هو له، ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الإشراك كان فاسداً والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب

والفلوس النافعة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب. وقوله: **(فإن المساواة ليست بشرط فيه)** أي في العنان ابتداء، وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواماً، لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقداً غير لازم، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضيّ على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك، وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الإجارة عقد لازم، ومع هذا فلدوامه حكم الإبتداء حتى أنها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين، فحينئذ

لا يلائمه قوله فيما سيأتي لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه قوله: **(يظهر لك سقوط ما اعترض به)** أقول: فيه بحث والمعترض الاتقاني والكاكي قوله: **(فإنه يجب بأصل السبب الخ)** أقول: فيه إشارة إلى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة إذ المعدوم غير قابل للملك قوله: **(ولهذا ملك المغصوب الخ)** أقول: مستند إلى أصل السبب قوله: **(وكذلك يصح إقرار**

المساواة ليست بشرط فيه، ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم **(وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له ولا تفسد المفاوضة)** وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه.

شيئاً، ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لأن الإشراك يقتضي التسوية، وإنما يصح إذا انصرف إشراكه إلى الكل، ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ، وقضية اللفظ إشراكه في كله، ولو قال رجل لآخر أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز، لأن كلاً منهما موكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له، فأيهما اشتراه كان مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه، فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما، فإن اشترياه معاً أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما، ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلاً عن الآخر في نقد الثمن من ماله، كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإن أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعاً نصيب شريكه بنصف الثمن، ولو باعه إلا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة، ومبناه على فصلين: أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف، وعندهما لا يملك. والثاني أن من قال بعتك هذا إلا نصفه بألف كان بائعاً للنصف بألف، ولو قال بعتك بألف على أن لي نصفه كان بائعاً للنصف بخمسمائة لأن الكلام المقيد بالإستثناء عبارة عما وراء المستثني، فكأنه قال بعتك نصفه بألف، فأما قوله على أن لي نصفه فحاصله ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه، وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان مفيداً تصح كما في شراء ربّ المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري.

(مسئلة) اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين، ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثاً لأن الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول. وأما بيع المرابحة والتوالية والوضعية فباعتبار الثمن الأول، ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في الغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه، وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثاً بينهما، فكذا الثاني يوضحه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضيعة في حق الآخر، وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك، بخلاف المساومة، الكل من المبسوط.

كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لإثبات مدّعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء، وذلك لأنا قد قلنا: كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالإستقراء ونضم هذه المقدمة إلى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء، وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضاً لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضرّ في مطلوبنا لأن الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها، وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له، ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب، ولأن هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء.

الصبي والمأذون الخ) أقول: الظاهر أن هذه الواو زائدة وإن اتفقت على إثباتها النسخ، والمأذون صفة الصبي قوله: **(تدرك سقوط ما اعترض عليه)** أقول: المعترض صاحب النهاية.

فصل

(ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك: تجوز بالعروض والمكيل والموزون

فصل

لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال الشركة المفاوضة احتاج إلى بيان أيّ مال تصح به فقال **(لا تنعقد الشركة)** أي شركة المفاوضة **(إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة)** يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك، وإنما قلنا هذا لأنه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ، لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه، وفي وجه يجوز بالعرض المثلي، وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها. وقال الأوزاعي وحماد بن أبي سليمان: تجوز الشركة والمضاربة بالعروض، ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد، وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضاً والآخر دراهم أو دنانير، ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح، بل الشرط وجوده وقت الشراء، وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح، إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة، وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الحليّ والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة إلا فيما سنذكره، وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافاً، بل اقتصر على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس. وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما، وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال: لو كان رأس مال أحدهما فلوساً لم يجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة. وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول. وقال المصنف: **(قالوا)** يعني المتأخرين **(هذا قول محمد**[1]**)** واستدل عليه بمسئلتين: إحداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كان بعينهما عند محمد خلافاً لهما، وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانهما احترازاً عما لو باع فلساً بفلسين ديناً فإنه لا يجوز اتفاقاً لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس. وجه قول مالك أن

فصل

لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته. وقال: **(ولا تنعقد الشركة)** أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير. وإنما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بحتم فيها فإن المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال، وكلامه واضح، غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظراً لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان، أو يكون تفريعاً على قول من يقول بها صنيع أبي حنيفة في المزارعة. ثم قوله: **(لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها)**. وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك. وقوله: **(بخلاف المضاربة)** يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم

فصل

(ولا تنعقد الشركة إلخ)

قوله: **(لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها)** أقول: قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره قوله: **(وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك)** أقول: فإن مالكاً يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف: **(بخلاف المضاربة)** أقول: في النهاية في كتاب المضاربة أن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن يثبت عنه روايتان اهـ.

---

(١) هنا تقديم وتأخير في هاتين القولتين بخلاف ترتيب كلام المصنف، اهـ مصححه.

أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود، بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن. فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأنه إذا باع كل واحد

الجنس إذا كان متحداً فقد **(عقدت على رأس مال معلوم)** فكانت كالنقود **(بخلاف المضاربة)** حيث لا تجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس **(لما فيها من ربح ما لم يضمن)** فإن المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه **(فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أن رأس مال الشركة)** في العروض والمكيل والموزون **(يؤدي إلى ربح ما لم يضمن)** لأنه إذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين **(فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله)** الذي هو ثمن عرضه **(ربح ما لم يملكه)** ولم يضمنه **(بخلاف النقود)** فإن كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله، وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجباً في ذمته فربحه ربح ما ضمنه. فإن قيل: هذا لا يلزم لأنه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدي القيمة كثياب الكرباس من بابة واحدة. قلنا: الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلاً، فإذا باعا حملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما بيبع من الأجزاء وقبضه المشتري متساوياً، بل الظاهر أنهما متفاوتان، فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه، والتخلص عنه ليس إلا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن ولا يفيد أن العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه، وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض، أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع. نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه **(ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء، وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشراؤه شيئاً بماله على أن يكون الآخر شريكاً فيه يجوز)** وعلمت أن الخلط لا ينفي ذلك **(وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقت بها)** ولأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة)** فإنها باصطلاح الناس لا بالخلقة، ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الحلقة. وتصير ثمناً بالاصطلاح القائم، ولا يخفي أن هذا إنما هو في الملاحظة، أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الإصطلاح عليها، ولذ قال الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس،

والدنانير لأن القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فإن المال غير مضمون على المضارب، فكأنّ ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه ربّ المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح إلا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير، وأما في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح قوله: **(ولأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن)** وبيان ذلك أن الرجلين إذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع، بل يثبت وجوب الثمن في الذمة إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين، فلما كان الثمن واجباً عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه

ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف: **(لأن القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن الخ)** أقول: لزوم ربح ما لم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور على مذهب مالك فإن عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد النقدين ربح ما لم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر، والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه، وفيه تأمل قوله: **(فلا يستحقه رب المال)** أقول: وفيه بحث، والصواب أن يقول: فلا يستحقه المضارب، والشارح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره، إلا أنه فرار من المطر إلى الميزاب فليتأمل.

منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن، ولأن أوّل التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز. وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها.

ولهذا لو اشترى شيئاً بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهلاكها. قال المصنف: **(وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أقيس وأظهر)** لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين **(وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها)** وعلى ما ذكر من مبسوط الإسبيجابي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال: **(ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر)** وهو غير المصوغ **(والنقرة)** وهي القطعة المذابة منها. ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك. رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات، وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم، فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين. ثم قال: **(إلا أن الأول أصح)** يعني دراية لأنهما إنما خلقا للتجارة **(لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص)** فخرج ضربها حلياً فإنها تتعين البتة، وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما أي ثم قال **(إلا أن يجري التعامل بهما)** أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة. ثم قال المصنف: قوله أي القدوري **(لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه)** بيننا **(قبل الخلط)** لأنها عروض محضة **(لكل منهما متاعه وعليه وضيعته)** ويختص بربحه **(وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف)** أي لكل منهما متاعة يخصه ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد، والوضيعة خسارة التاجر، يقال منه مبنياً للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته يوضع وضعية: أي خسر. وقال قوم من العرب: وضع يوضع كوجل يوجل **(وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد)** إذا كان المخلوط جنساً واحداً **(وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح)** فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم **(وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية)** عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضاً محضاً فلا يصح رأس مالها، وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه، كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه، وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرراً لأن المخلوط لا يكون إلا متعيناً فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححاً للعقد قوله: **(ولمحمد رحمه الله أنها)** أي المكيل والموزون والعددي المتقارب **(عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين)** ثمن من وجه حتى

بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن، ومعنى قوله: **(وتفاضل الثمنان)** أي فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا، وأما تفاضلهما معاً فمحال وقوله: **(ولأن أول التصرف في العروض)** دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره إلى ربح ما لم يضمن، وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة، ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن، فأما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن. وقوله: **(قالوا هذا)** أي جواز الشركة بالفلوس النافقة **(قول محمد)** وقيد **(بأعيانها)** لتظهر ثمرة الخلاف، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب. وأما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد، وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز، وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى. قوله: **(والأول)** يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة **(أقيس)** لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً في عدم جواز

قالوا: هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة. وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأوّل أقيس وأظهر، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها. قال: **(ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر)** النقرة فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب **(وفي الجامع الصغير: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة)** ومراده التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل، إلا أن الأوّل أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص

يصح الشراء بها ديناً في الذمة وهو من حكم الأثمان فعملنا **(بالشبهين بالإضافة إلى الحالين)** وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله، ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده، وهذا لأن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد **(بخلاف العروض)** المحضة **(فإنها ليست ثمناً بحال)** وظاهر الرواية هو الأظهر وجهاً لأن المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئاً غير العرض له شبه به بل هو عرض محض، وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متأصلاً في حقيقة وله شبه بأخرى لا يقال له شبهان، وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفين، والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط وإلا لزم قول مالك وقد بيناه، ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق **(والفرق لمحمد)** بين العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز **(أن ما كان من جنس واحد من ذوات الأمثال)** حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس المال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل **(و)** المخلوط **(من جنسين من ذوات القيم)** حتى يلزم متلفه قيمته **(فتتمكن الجهالة)** لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة **(كما في العروض)** قوله: **(فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء)** قيل أراد قضاء الجامع الصغير، ولم يتفق في هذا الكتاب، ويمكن تأويله أنه بينه في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة. والحاصل أن الخالط تعدياً يضمن نصيب المخلوط ماله إذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه، ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير، لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط، فإن هذا الخلط استهلاك، بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجباً للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه، وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً كان أو صغيراً أو كان في عياله، فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهما، فإذا رضيا بذلك صح، وإن أبى

الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأن هذه المسئلة مبينة على تلك المسئلة، لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض، والعروض لا تصلح رأس مال الشركة. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح المضاربة بها: أي بالفلوس النافقة. قال: **(ولا تجوز بما سوى ذلك)** كلامه واضح، والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله قوله: **(تصلح رأس المال فيهما)** أي في الشركة والمضاربة قوله: **(وهذا لما عرف)** إشارة إلى وقوله: **(أن النقرة لا تتعين بالتعيين لأيهما)** أي الذهب والفضة قوله: **(إلا أن الأول)** يعني رواية الجامع الصغير **(أصح)** وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية قوله: **(لأنها)** أي لأن مثاقيل الذهب والفضة قوله: **(إلا أن يجري التعامل**

قال المصنف: **(ومراده التبر)** أقول: قال في الكافي: التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ. لكن إذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب.

لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهراً إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال. ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف، والشركة شركة ملك لا شركة عقد. وعند محمد تصح شركة العقد. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله. ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة. ومبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين،

يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكر وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب حنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطاً فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط. قيل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد. ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط، فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه، أبو حنيفة لا يرى ذلك. والأصح أنه قولهم جميعاً لأن ملكها وإن انقطع عن المخلوط فاحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه، ولهذا لا يباح للخالط الإنتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان، فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط، إما صلحاً بالتراضي أو بيعاً وقسمة الثمن، وإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عيناً مشتركة، فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما، ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه، لأن كلاً منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة، وإن كانا جنسين مثلين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطا مخلوطاً لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما، وملك كل منهما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة، لكن مخلوطاً إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة، فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيراً فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلاً قيمة الشعير تزداد إذاً خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص، فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه، وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط، وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر. وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعاً فقال: قوله في الفصل الأول أنه

باستعمالها) استثناء من قوله إلا أن الأول أصح. يعني أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح، إلا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل. والأولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمينة تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق قوله: **(ولا خلاف فيه)** أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا، وإن خلط ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح، فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه، وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا **(فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف)** لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب **(يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله)** وهو ظاهر، وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن **(ووجه قول محمد أنها)** أي المكيل والموزون والعددي المتقارب **(ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة**

قوله: **(بدلالة السياق)** أقول: ولأنه أقرب.

فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال. ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات

تعتبر قيمته يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط، بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة، فإن قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع إلا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء. ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع، فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة، فكذا هنا يصار إلى معرفة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما، بخلاف ما إذا لم يخلطا لأن تقوّم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع قوله: **(وإذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة مفاوضة أو عناناً)** فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن تكون مضافة إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه حينئذ مضاف إلى المستقبل، وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما يثبت العقد بالدراهم. والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما، وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه، وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضاً كل من أمرين: لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة، وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه، ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه، فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان، وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل، ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وإن لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال

ومبيع) من وجه **(من حيث إنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين)** يعني الخلط وعدمه فلشبههما بالمبيع. قلنا: لا تجوز الشركة بها قبل الخلط، ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط، وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط، لأن بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لا محالة، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال، فلو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق، فمحمد يحتاج إلى الفرق وهو ما ذكره أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم، فإن من أتلفه يضمن قيمته، وإذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة كحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء: أي قضاء الجامع الصغير، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة. والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي: يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال

قوله: **(حتى جاز البيع الخ)** أقول: ويلزم ربح ما لم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل قوله: **(وهذا لأن إضافة العقد)** أقول: أي عقد الشركة قوله: **(فيتوقف ثبوتها على ما يقويها)** أقول: فيتوقف على ثبوتها.

الأمثال، ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه

القدوري أول الكتاب: ويستحب للمتوضىء أن ينوي الطهارة فقال المصنف: والنية في الوضوء سنة، ولم يضع الخلاف وضعه المعروف، ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت أنه منتف قوله: **(وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة)** لأنها خاصة بالمفاوضة، وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها، وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تنعقد عناناً، ثم هل تبطل الكفالة؟. ويمكن أن يقال: تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة. ويمكن أن يقال: لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عناناً، ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة: أي كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم

سنبينه، والذي بينه هنا في كتاب الوديعة أن الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك إلى الضمان. قال: **(وإذا أراد الشركة بالعروض)** لما كان جواز عقد الشركة منحصراً في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعه على الناس فقال: **(وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر ثم عقدا الشركة)** لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحاً. قال المصنف رحمه الله **(وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال شركة)** واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقدا الشركة، وبأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة إذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، أما إذا باع فهو الحيلة في جوازه. ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقدا الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد، لأن غرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض. وقال آخرون: معناه أنها شركة ملك وإن عقدا الشركة، لأن هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضاً، ونظم كلام المصنف لا يساعده، وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لأنه حل مفيد في هذا المعنى، قال: عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين أحدهما ربح ما لم يضمن كما بينا، والثاني جهالة رأس المال، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز، واختاره شيخ الإسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمهم الله، لأن رأس المال صار معلوماً وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا. وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافاً إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل، فعلى هذا يكون العقد على الدراهم. واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية أنه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى النفقة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة إصلاً لأنها

وقوله: **(إن العروض لا تصلح الخ)** أقول: تأمل في هذا العطف قوله: **(وقال آخرون)** أقول: أراد صاحب الكافي قوله: **(ونظم كلام المصنف لا يساعده)** أقول: فيه بحث، فإن مراد ذلك القائل أيضاً أن المصنف لم يقبل كلام القدوري، وسيشير الشارح إليه أيضاً في آخر كلامه قوله: **(وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز الخ)** أقول: شيخ الشارح هو الإمام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية، وشيخه هو الإمام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوي قوله: **(والثاني جهالة رأس المال)** أقول: كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما في العروض قوله: **(وصاحب شرح الطحاوي)** أقول: أراد به الإمام أبا بكر الرازي المعروف بالجصاص، فإنه قال في شرحه لمختصر الطحاوي: قال محمد: إن أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف

في كتاب القضاء. قال: **(وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)** قال: **(وهذه الشركة ملك)** لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة. قال: **(وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهي أن يشترك اثنان في نوع برّ أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة)** وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه، ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له: أي عرض، وهذا لا ينبيء عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت، بخلاف مقتضى اللفظ **ويصح التفاضل في المال)** للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة. ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح. وقال زفر

إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمناً، فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصداً فلا تصح. بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرا كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح، فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة، بخلاف العنان ليس المفرد معتبراً في مفهومه الكفالة قوله: (من عنّ لي كذا) أي اعرض. قال امرؤ القيس:

فعنّ لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل

من ذوات الأمثال، ويخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً، وقد يدخل في العقد تبعاً ما لا يجوز إيراد العقد عليه كبيع الشرب تبعاً للأرض. ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال: وهذه شركة ملك عندي لأن ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، ونظيره ما ذكره القدوري، ويستحب للمتوضيء أن ينوي الطهارة، ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة. وقوله: **(يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة)** نظيرة ما إذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمائة درهم مثلاً وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما، والله أعلم. قال: **(وأما شركة العنان)** هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة، فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عنّ إذا عرض، سمي به لأنه شيء عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة. وقيل إنه مأخوذ من عنان الفرس لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى، فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر. وقوله: **(كما بيناه)** إشارة إلى قوله من قبل، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه، ويصح أن يتساوياً في المال ويتفاضلا في

عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة، قال: ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز، حكى ذلك أبو الحسن. ثم قال أبو بكر الرازي: وإنما جازت لأنهما متساويان في المال شريكان فيها، ولا يحتاج عند القسمة إلى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين. إلى هنا لفظ أبي بكر نقله الإتقاني عنه: إذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فإنها جهالة لا تفضي إلى النزاع، والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضي إلى المنازعة، وإنما قلنا لا تفضي إلى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة، إلى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه، بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فإنهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي إلى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق قوله: **(على صاحبه بالثمن)** أقول: الذي هو نصف مال صاحبه قوله: **(وكان الربح الحاصل الخ)** أقول: الظاهر أنه يلزم هنا أيضاً ربح ما لم يضمن إذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلاً والآخر بمائتين فإن حصة الآخر غير مضمون على الأول مع أنه يكون شريكاً معه في المائتين فليتأمل قال المصنف: **(أو يشتركان الخ)** أقول: قال الإتقاني: عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى، وقد تهمل أن المصدرية تشبيهاً لهما بما المصدرية، وعليه قوله تعالى **﴿لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾** فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف: **(وحكم**

والشافعي: لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان، إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل، ولهذا يشترطان الخلط، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل. ولنا قوله ﷺ «الربح على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين» ولم يفصل، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة؛ وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لربّ المال، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة. وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل

أي اعترض لنا سرب: أي قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى: أي أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله، وهو بضم الدال وفتحها. وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها لسمنها بالعذارى، والملاء المذيل: أي الطويلات الذيل، وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه، وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي، فإنه فعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه، أو لأنه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصراً في حالتي الإرخاء وضده، إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في: استحجر الطين وأمثاله قوله: **(ويصح أن يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح)** وعكسه بأن يتفاضلا في رأس المال ويتساويا في الربح وهو قول أحمد. وقال مالك والشافعي وزفر: لا يجوز. وقوله ويتفاضلا الخ ليس علي إطلاقه، بل ذلك فيما إذا شرطا العمل عليهما سواء عمل أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحاً لا يجوز. وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتباراً للربح بالخسران **(ولنا)** ما ذكر المشايخ من قوله: ﷺ **(«الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين»)**[1] ولم يعرف في كتب الحديث، وبعض المشايخ بنسبه إلى عليّ رضي الله عنه **(ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة، وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل، و)** رأينا **(هذا العقد)** أي شركة العنان **(يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال)** غيره هو **(الشريك)** ويسترسح به **(ويشبه شركة المفاوضة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة)** في اشتراط الزيادة

الربح. وجملة القول في ذلك أنهما إن شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرط وإن عمل أحدهما دون الآخر، وأما إذا شرطا العمل على أحدهما. فإن شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً قوله: **(وهو قول زفر والشافعي)** واضح قوله: **(ولنا قوله ﷺ «الربح على ما شرط العاقدان، والوضيعة على قدر**

التصرف لا يثبت الخ) أقول: فيه بحث، إلا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد قوله: **(ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة)** أقول: يعني لا شركة قوله: **(ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة)** أقول: يعني لا شركة قال المصنف: **(إذ الضمان بقدر الخ)**

---

(١) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٥ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٤٤: لم أجده.

باشتراط العمل عليها. قال: **(ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض)** لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه **(ولا يصح إلا بما بينا)** أن المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه **(ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود)** وقال زفر والشافعي: لا يجوز، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى. قال: **(وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا)** أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق. قال: **(ثم يرجع على شريكه بحصته منه)** معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله

لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفرداً أو مع الآخر وإن كان ربحاً بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما، وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على ربّ المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما، بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض إن شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه، وإلى بضاعة إن شرط لربّ المال، إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها إلا أن يمنع، ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال، والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر، لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ قوله: **(إذ اللفظ)** أي لفظ العنان **(لا يقتضي المساواة)** ولا ينبىء عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله، ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم، ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساويا أو تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه قوله: **(وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة)** وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة، أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه، وأما بطلان الشركة **(فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال)** المعين **(لأنه يتعين بالتعيين في الشركة)** والهبة والوصية **(وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض)** حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً لموكله،

المال») رواه أصحابنا في كتبهم عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: **(من غير فصل)** يعني بين التفاضل والتساوي قوله: **(كما في المضاربة)** اعترض عليه بأنه إذا ألحقهم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال: اعمل في مالك وربحه لك، واعمل في مالي وربحه بيننا، وفي المضاربة إذا شرط عمل ربّ المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملهما. وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره أنه يشبهها من وجه، وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه. وقوله: **(بخلاف اشتراط جميع الربح)** جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز، فكذا إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال. ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة، لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضاً، وإن شرط

أقول: هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل. قال المصنف: **(فعملنا بشبه المضاربة)** أقول: قال الإتقاني: هذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بعد التسليم، وإنما قال بعد التسليم لأنه بين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح ما لم يضمن. قوله: **(يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ)**. أقول: وفي شرح الإتقاني: ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه، لا من مال الشركة إلا بقوله. والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده، والقول للاثنين مع اليمين تأمل، فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضاً قوله: **(فإنهما فيهما تبطل الخ)**

فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر، والقول للمنكر مع يمينه قال: **(وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة)** لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال، فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد

حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله، أما لو هلك قبل الشراء فإنما يبطل العقد لأن الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال: واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فإنها تبطل ببطلان الشركة، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان **(وكذا إذا هلك أحدهما لأنه)** أي الشريك الذي لم يهلك ماله **(لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه)** هو أيضاً **(في ماله)** بتقدير بقائه **(فإذا فات ذلك)** ظهر وقوع ما **(لم يكن راضياً)** به عند عقد الشركة **(فيبطل العقد لعدم فائدته)** وهي الإشتراك فيما يحصل قوله: **(فإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطا لأن الملك حين وقع وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء)** لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه **(فلا يتغير الحكم)** أي حكم **(الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك. ثم الشركة)** الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر **(شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد رحمهما الله)** فإنها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه. وجه قوله أن شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك بعدم ما يوجب زيادة عليه. ولمحمد وعليه اقتصر المصنف أن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلاً شركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين **(وإذا وقع المشتري على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن)** لأنه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه **(وقد بيناه)** قريباً **(هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أوّلاً ثم هلك مال الآخر، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر)** يعني الذي في يده المال **(بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة)** بأن قالا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بيننا، كذا صوّره في المبسوط **(فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك)** وبهذا جمع في

لربّ المال صار بضاعة، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي الشركة المفاوضة اسماً وعملاً فإنهما يعملان معاً فعملنا بشبه المضاربة. وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان، فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع، وهذا يتضمن الجواب عن قولهما إن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما. قال: **(ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ)** أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض، لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه: أي في هذا العقد، إذ اللفظ: أي لفظ العنان لا يقتضيه: أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء، بخلاف لفظ المفاوضة قوله: **(للوجه الذي ذكرناه)** يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما ثم يضمن. وقوله: **(ويجوز أن يشتركا)** ظاهر. وقوله: **(فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله)** يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من

أقول: إن لم يقبض المال قوله: **(كمن وكل رجلاً الخ)** أقول: مخالف للشروح؛ ألا يرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض؛ ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الإقرار قال المصنف: **(بخلاف المضاربة)** أقول: قال الإتقاني: فيه نظر لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمره انتهى. قال الأكمل: ولعل فيهما روايتين. قال المصنف: **(خلافاً للحسن بن زياد)** أقول: قال الإتقاني: فإن عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه. وجه قول

لعدم فائدته، وأيهما هلك هلك من مال صاحبه؛ إن هلك في يده فظاهر، وكذا إذا كان هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين **(وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطا)** لأن الملك حين وقع وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك، ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد، حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها. قال: **(ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه)** لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر. أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر، إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة. قال: **(وتجوز الشركة وإن لم يخلطا**

المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع: فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه، وفي بعضها: إن اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما، فجعل محمل الأول إذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها، ومحمل الثاني إذا صرحا بها على ما ذكر. وقوله: **(لما بيناه)** يريد قوله لأنه وكيل من جهته الخ قوله: **(وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال)** وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى، إلا أن مالكاً شرط أن يكون تحت يدهما بأن يكون في حانوت أو في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي رحمهما الله: **(لا تجوز لأن الربح فرع المال، ولا يكون الفرع على الشركة إلا والأصل على الشركة، وإنه)** أي الشركة في الأصل على معنى الاشتراك **(بالخلط)** لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط، وقد اتفقنا على أن المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضي اسمه. قال المصنف: **(وهذا)** أي كون الربح فرع المال **(أصل كبير لهما)** حتى تفرع عليه **(اعتبار اتحاد الجنس)** فلا تجوز الشركة إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير،

مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة، فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه قوله: **(فإذا هلك مال الشركة)** ظاهر، وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنهما فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً، وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل، وأما المضاربة فقد قال فخر الإسلام في شرح الزيادات: بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين، حتى إذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة، وهو مخالف لما ذكره المصنف أنها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة روايتين، قوله: **(لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله)** أي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك إلا على تقدير بقاء ماله بشركته في ماله كما يشترك هو في مال هذا قوله: **(وأيهما هلك من مال صاحبه)** ظاهر. وقوله: **(ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد)** فائدته تظهر في حق جواز بيع الكل. فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً. وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما إلا في حصته لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال

الحسن أن الشركة التي عقداها ارتفعت بهلاك مال الآخر، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى. ويؤيد قول الحسن إن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل في دفعه فإن رأس المال لم ينعدم هنا لصلاحية المشتري له بقاء قوله: **(لما بيناه إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته)** أقول: والأقرب أن يجعل إشارة إلى قوله آنفاً لأنه اشترى نصفه بوكالته قوله: **(وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمن الخ)** أقول: الأنسب للتفريع أن يقال إلا لتكون الثمرة مستندة إلى المال قوله: **(وكل ما هو مستند إليه فهو الأصل الخ)** أقول: كان الأظهر أن يقول: وكل ما هو مستند إلى العقد فالعقد أصل له

المال) وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط، وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه، ويشترط تعيين رأس المال، بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة، وإنما هو يعمل لربّ المال فيستحق الربح عمالة على عمله، أما هنا بخلافه، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس. ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال. ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من

ولا إذا كان لأحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز ما لأحدهما عن الآخر **(ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال)** لاختلاف الشركة في الأصل والفرع، ولا شركة التقبل والأعمال لعدم المال قوله: **(ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال)** حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة، وإلى العقد الذي هو علة التصرف، والحكم كما يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز، فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم، وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبني على الإضافة، وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعاً لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافاً إلا إلى العقد الشرعي الذي حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه، لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه، وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما، ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف، فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذوناً فيه شرعاً لا يوجب حل الربح للمتصرف، كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققاً فيه معنى اسمه فيه، لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بما يفيده شرعاً وهو الشركة في الربح والتصرف معاً لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة، بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه، وإذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لأن المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه. ثم قال المصنف: **(ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما)** ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفاداً بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف، وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط **(تحققت في المستفاد بدونه)** أي بدون الخلط **(وصار كالمضاربة)** تتحقق الشركة في الربح بلا خلط. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل. قلنا: إنما بطلت لمعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض، والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو

الآخر، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك قوله: **(وقد بيناه)** إشارة إلى قوله معناه إذا أدى من مال نفسه الخ قوله: **(أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر)** واضح. قوله: **(لما بيناه)** إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته قوله: **(وأنه بالخلط)** أي الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك قوله: **(وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال)** يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال لأن المحل: أي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف إليه، ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصح

فتأمل، ثم قوله مستند إليه بفتح النون قوله: **(فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه)** أقول: وذلك لا يكون إلا بجعل الشركة في الربح مستندة إليه وعلى ما قالاه لا احتياج في الشركة في الربح إلى العقد أصلاً، إذ الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها قوله: **(يتصرف في الكل)** أقول: أي في كل مال الشركة قال المصنف: **(فلا يستفاد الربح برأس المال)** أقول: فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع. قوله: **(وإذا بطل ذلك الأصل الخ)** أقول: يعني أصل زفر والشافعي.

تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل. وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل. قال: **(ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح)** لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما، ونظيره في المزارعة. قال: **(ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال)** لأنه معتاد في عقد الشركة، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا. قال: **(ويدفعه مضاربة)** لأنها دون الشركة فتتضمنها. وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة، والأصح هو الأول، وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة، وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، بخلاف الشركة حيث لا يملكها

بالشراء أوّلاً، فإذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض، وإذا كان الأصل هو العقد لا المال **(لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي)** في رأس المال ولا **(في الربح وتصح شركة التقبل)** قوله: **(ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحد دراهم مسماة من الربح)** قال ابن المنذر: لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم. ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم. وقوله: **(ونظيره في المزارعة)** يعني إذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا تخرج الأرض غيرها قوله: **(ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة)** من المتشاركين **(ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل)** للربح **(بغير عوض دونه)** وأنه أقل ضرراً، فإذا ملك ما هو أكثر ضرراً ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف قوله: **(وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بداً منه)** في بعض الأوقات والمضايق. وقوله: **(ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة)** لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة **(وعن أبي حنيفة)** لرواية الحسن **(أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة)** في الربح **(والأصح هو الأول وهو رواية الأصل، لأن الشركة في الربح غير مقصودة، وإنما المقصود تحصيل الربح)** فصار **(كما إذا استأجره بأجرة)** ليعمل له بعض أعمال التجارة **(بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك، بخلاف الشركة)** فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة **(لأن الشيء لا يستتبع مثله)** وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما، والناسخ مثل

بدون الخلط لأنها ليست بشركة، وإنما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عماله على قدر عمله قوله: **(وهذا أصل كبير)** إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال قوله: **(حتى يعتبر اتحاد الجنس)** يعني بناء على أصلهما ذلك، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافاً لزفر والشافعي، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضاً والآخر سوداً، ولا تجوز شركة التقبل: أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال. ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، وكل ما هو مستنداً إليه هو الأصل، أما أنها مستندة إلى العقد فلأن العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه، وأما أن كل ما هو مستند إليه فهو الأصل فلأن المراد بالمستند إليه هو أن يكون غيره مبنياً عليه وذلك حد الأصل، وإنما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد، لأن كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الأصالة وفي بعضه بطريق الوكالة، فكان العقد علة العلة، وجاز أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة، وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وإن لم يختلط المالان. والدليل الثاني وهو قوله ولأن الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الأول. فإن قيل: لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئاً لأن هلاك المال وبقاءه إذ ذاك بمنزلة لكون

لأن الشيء لا يستتبع مثله. قال: **(ويوكل من يتصرف فيه)** لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال: **(ويده في المال يد أمانة)** لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة.

المنسوخ. وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقاً، وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليها، وحقيقة الناسخ مبين لا غير، على أنه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير، ولكل واحد أن المشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحساناً، وليس لأحد شريكي العنان الرهن: أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له، بخلاف المفاوض له أن يرهن ويرتهن على شريكه، فإن رهن في العنان متاعاً من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامناً للرهن، ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء، وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه، فإن دفعه إليه برىء من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر، وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه، ولا أن يؤخر ديناً، فإن أخره لم يمض على الآخر، وكذا لا يمضي إقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر، فإن أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلاً كان أو مباشراً، وإن أقرّ أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه. ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يرده لأن ذلك من حقوق العقد، ولو أخذ أحدهما مالاً مضاربة اختص بربحه لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة، وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز، بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي إقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الآخر، بخلاف شريك العنان. ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادانه الآخر أو ادّاناه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أوّل الباب فيما هو ضمان التجارة **(و)** لكل من شريكي العنان أن **(يوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل)** صريحاً **(بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به)** شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله، لأحدهما أن يعمله إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فإن عمله ضمن نصيب شريكه، ولهذا لو قال أحدهما اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان أذن له فيه قوله: **(ويده)** أي يد الشريك مطلقاً **(في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة)** فيكون أمانة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه على وجه إعطاء البدل فيكون مضموناً، بخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين، وإذا كان مقبوضاً على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة.

الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبال بعد ذلك ببقائه. أجيب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع. واعترض أيضاً بأن المالين إذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض. وأجيب بأن علة فساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء إلى ربح ما لم يضمن. وقوله: **(وصار كالمضاربة)** يعني لما ظهر أن الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقاً بالعقد دون المال كما في المضاربة، فإنه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد، وإذا بطل ذلك الأصل بطل الفروع والمترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قوله: **(ولا تجوز الشركة)** واضح. وقوله: **(ونظيره في المزارعة)**

قال: (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون

واعلم أن جميع الأمانات إذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل إلا في مسائل: إحداها إذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فإنه لا يضمن لشريكه نصيبه. والأخرى في السير إذا أودع الإمام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات. ونذكر الثالثة في الوقف إن شاء الله تعالى.

[فروع في اختلاف المتفاوضين] قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما، ولو ادّعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه، وعلى المدعي البينة لأنه يدّعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر، فإن أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار، وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك. فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك أن هذا العين لي ميراثاً مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضياً عليه بنصف ما في يده، وبينة المقضي عليه في إثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة. ولو ادّعى ذو اليد عيناً في يده أنها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه إنما ادّعى تلقي الملك منه، ولو ادعى أنه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فأقرّ وقضى عليه ثم ادعى عيناً مما كان في يده أو ميراثاً أو هبة وأقام بينة قبلت. والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد هنا مقرّ بالمفاوضة مدع للميراث، ولا منافاة بينهما، وقد أثبت دعواه بالبينة، وفي الأول ذو اليد جاحد مدّعي عليه وقد صار مقضياً عليه بحجة صاحبه، ألا ترى أنه لو لم يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يستحلف خصمه، وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحيّ ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحي لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما، ولأنه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما فإنهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه. ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحيّ البينة على المفاوضة وأقاموا أن أباهم مات وترك هذا ميراثاً من مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون، فإنما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضي له بنصفه، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعاً، ولو قالوا: مات جدّنا وتركه ميراثاً لأبينا

يعني أنه إذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لأن الشركة تنقطع به، ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعاً. قال: ولكل واحد من المتفاوضين. هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لأنه معتاد في عقد الشركة، والمعتاد جاز له العمل به، ولأن له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف، وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لأن الاستئجار تحصيل بعوض والإبضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى، وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا، وأن يدفع مضاربة لأنها دون الشركة، ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لأنها دون الشركة فتضمنتها الشركة، هذا ظاهر الرواية **(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك، لأنه)** أي عقد المضاربة **(نوع الشركة)** لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة **(والأول)** أي جواز الدفع مضاربة **(صح وهو رواية الأصل لأن الشركة)** يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين، كما لو استأجر

قوله: **(وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ)** أقول: وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضاً في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث.

الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا. وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال، وهذا لأن الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه. ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل، لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر فيهما لأن المعنى المجوّز للشركة وهو

وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد، كما لو كان المفاوض حياً وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة، وإذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وأن قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره، فإن كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول ونقض له وإن لم يعلم، أو كان القضاء من قاضيين لزم كلاً منهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلاً منهما صحيح ظاهراً فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل قوله: **(وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل)** وشركة الأبدان وشركة الأعمال **(فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبل كل الأعمال)** أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك **(ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودها)** أي المقصود منها، وفي بعض النسخ: مقصودهما بالتثنية أي الشريكين **(وهو التثمير)** أي الربح **(لأنه لا بد)** في الربح **(من رأس المال)** لأنه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط **(ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح)** على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضاً كما مر، فجاز بالتوكيل بأن وكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل، فإن عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه، وإن عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه، وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه، ألا ترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه إلى مالكه فتطيب له الأجرة. ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل قوله: **(ولا يشترط فيه)** أي في جواز هذه الشركة **(اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك)** وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزفر أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل، وهو ينافي اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أجيب بأن عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في المبسوط، ففرّع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها. ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله: **(لأن المعنى المجوز لشركة التقبل)** من كون المقصود تحصيل الربح **(لا يتفاوت)** بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه قوله: **(ولو شرطا العمل نصفين)** يعني التساوي في العمل والربح أثلاثاً **(جاز)** بشرط كون المشروط له مشروطاً عليه العمل **(وفي القياس لا يجوز)** وهو قول زفر **(لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل)** أي لأنه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما **(ربح ما لم يضمن فلم تجز)** كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما

أجير ليعمل فإنه يجوز قولاً واحداً، فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على ربّ المال شيء، بخلاف الإجارة فإن الأجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة، بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله. فإن قيل: هذا منقوض بالمكاتب فإنه جاز له أن يكاتب عبده، والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده. فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع، فإن كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه، وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستتبعات، وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر.

ما ذكرناه لا يتفاوت **(ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز)** وفي القياس: لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه، ولكنا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربحاً لأن الربح عند اتحاد الجنس، وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوّم به فلا يحرم، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس

اشترى بالوجوه، وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح، قلنا: المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحاً حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال، وإنما يقال له ربح مجازاً وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير: أي بحسب التراضي، فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصاً إذا كان أحذق في العمل وأهدى، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملاً، وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم. وقوله: **(بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق)** فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن، وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس. هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة، والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر، فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي، فقال: وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا الربح، بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله: **(وما**

واعترض بأن الحكم الثابت مقصوداً أعلى حالاً من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة، والوكيل الذي كانت وكالته مقصوداً ليس له توكيل غيره، فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره. وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم: كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب وغيره، والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة، وجوابها وجه الإستحسان. **وقوله: (لأعلى وجه البدل)** احتراز عن المقبوض على سوم الشراء، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن قوله: **(والوثيقة)** احتراز عن الرهن فإن المرهون مقبوض لأجل الوثيقة. قال: **(وأما شركة الصنائع)** كلامه ظاهر. وقوله: **(لا تفيد مقصودهما)** أي مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر. وفي بعض النسخ: لا تفيد مقصودها، أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة قوله: **(ولا يشترط فيه)** أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك رحمهما الله، قالا: إن اتفقت الأعمال كالقصارين اشتركا أو صباغين جاز، وإن اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه، فإن ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق مقصود الشركة. ولنا أن المعنى المجوّز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما، أما الأول فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه، بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً. وأما الثاني فلأن أحد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر. فإن قيل: قد تقدم أن من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسئلة الخلط أن شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها إذا كانت الأعمال متفقة؟ أجيب بأن زفر له في هذه المسئلة: أعني الخلط قولان، فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال، وذكر هنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضاً قوله: **(ولو شرطا العمل نصفين)** أي إذا شرطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة أن يكون **العمل** نصفين والربح الحاصل أثلاثاً جاز استحساناً. والقياس أن لا تصح لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه: أي إلى ربح ما لم يضمن فصار كشركة الوجوه في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشتري بينهما

المتفق، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة. قال: (**وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه**) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (**ويبرأ الدفع بالدفع إليه**) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان. والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة. وجه الاستحسان

يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله، وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب ربّ الثوب مثلاً بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله. قال المصنف: (**هذا**) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة (**ظاهر**) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (**وفي غيرها**) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (**استحسان**) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (**والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة**) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه، وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عناناً في أن المنعقد عنان (**والكفالة مقتضى المفاوضة. وجه الاستحسان أن هذه الشركة**) أعني شركة الصنائع (**مقتضية للضمان**) في القدر الذي ذكرناه، لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضموناً على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمى للآخر (**بسبب نفاذ تقلبه عليه فجرى**) هذا العقد وإن كان عنانا (**مجرى المفاوضة في ضمان العمل**) عن الآخر (**واقتضاء البدل**) وإن لم يتقبل ضرورة، بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان، ولذا لو أقرّ أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها. ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملاً ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل، لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر، فإذا عمل الكل كان متطوعاً في الثلثين فلا يستحق إلا ثلث الأجر قوله: (**وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجههما**) أي بوجاهتهما وجاههما

على السواء، وأما إذا اشترطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضاً. وقوله: (**ولكنا نقول**) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحاً، لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا: لو استأجر داراً بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم، فإذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويماً للعمل فيتقدر بقدر ما قوّم به ولا يحرم لأنه لم يؤدّ إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق. وقوله: (**وربح ما لم يضمن**) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن، وذلك لا يجوز إلا في المضاربة، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز قوله: (**وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه يلزم شريكه**) ظاهر. وقوله: (**ويبرأ الدافع بالدفع إليه**) أي يبرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين، قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه: أي إلى صاحب الثوب مثلاً لو أخذ أحد الشريكين ثوباً للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغاً إلى صاحبه بريء من الضمان. وقوله: (**وهذا**) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (**ظاهر في المفاوضة وفي غيرها**) وهو العنان (**استحسان**) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان. والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وإن لم تذكر، وإنما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (**وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان**) ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (**ولهذا**) أي ولكون العمل مضموناً (**يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله**) أي تقبل

أن هذه الشركة **(مقتضية للضمان)** ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال: **(وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا)** سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي، والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل. قال: **(وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه)** لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة **(فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن**

والربح بينهما، لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل **(وأنها تكون مفاوضة)** بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف **(فتتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال)** أي الأثمان والمبيعات، وإن فات شيء مما ذكرنا كانت عناناً لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملاً. ومنعها الشافعي ومالك، والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال. ونقول: صحة العقد باعتبار صحة الوكالة، وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثاً صحيح، فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة، وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل، ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث إن كلا عامل في مال صاحبه، بخلاف شركة الوجوه فصح إعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح، بخلاف الوجوه.

صاحبه **(عليه)** ولو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الأجر لأن الغرم بإزاء الغنم، فإذا كان كذلك **(جرى)** هذا العقد **(مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل)** وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل، وإنما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشيئين لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة. قال: **(وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه)** وهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما **(على أن يشتريا بوجوههما)** أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا **(على هذا)** أي على كونهما يشتريان بوجوههما: أي سميت شركة الوجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الأبدال: أي الثمن والمثمن، فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم. وإذا أطلقت كانت عناناً لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي أن الربح عنده فرع المال، فإذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة. وقلنا إن الشركة في الربح مستندة إلى العقد إلى آخره قوله: **(ولا يجوز أن يتفاضلا فيه)** أي في الربح، وإن شرط لأحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما قوله: **(وهذا)** إشارة إلى تحتم المساواة في اشتراط الربح قوله: **(بالنصف)**

قوله: **(وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل)** أقول: يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز. قوله: **(قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل. قوله: **(وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإنه يصح فيها لما ذكرنا)** أقول: في رأس الصحيفة السابقة قوله: **(والجواب أن العنان بالعروض الخ)** أقول: والأولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح ما لم يضمن في

شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فربّ المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان، ولا يستحق بما سواها؛ ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني. واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في مضاها، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها، والله أعلم.

والحاصل أن شبه المضاربة إنما جوّز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر، وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس وإلا لم يجز إلحاق غيره به لشبهه به، بل نقول الربح يستحق شرعاً بأحد المعاني الثلاثة، منها العمل وإن كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعاً بالعمل في الإجارة، وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان، ونحن إنما لم نجوّزها لأدائها إلى ربح ما لم يضمن، لأن في جعل رأس مال الشركة عروضاً ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر لأنه يلزم من أول الأمر عند بيع العروض متفاوتة الثمن. فإن قيل: لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع؟ أجيب بأنه إنما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا.

قيد اتفاقي فإنه يجوز أن يلقي بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها. فإن قيل: لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة؟ أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما يجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله: **(ألا ترى)** توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها قوله: **(واستحقاق الربح في شركة الوجوه)** عود إلى المبحث لإتمام المطلوب يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل قوله: **(على ما بيناه)** قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لأن الضمان بقدر العمل. فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن. وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق إلخ. وتقرير كلامه: استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة فإنه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه: أي شركة الوجوه ليست في معناها لأن المال فيها. مضمون على كل واحد من الشريكين، وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على ربّ المال، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال ربّ المال فيلحق بها قيل فيه نظر لأن ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لأن العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة، لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن. والجواب أن العنان بالعروض لو كان مؤدياً إلى ربح ما لم يضمن فقط لاغتفرناه، ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة، وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به، وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة: فإما أن يلتزم مساغه، أو يصار إلى مخلصه المعلوم في الأصول.

المضاربة على خلاف القياس، ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير، فالتشبيه بها لا يكون علة إلا لتجويزه فيما يجوز فيه فليتأمل.

فصل في الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

فصل في الشركة الفاسدة

وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر قوله: **(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد)** وكذا الإحتشاش والتكّدي وسؤال الناس **(وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه)** أو أصابه من التكدّي **(فهو له دون صاحبه، وعلى هذا الاشتراك في كل مباح)** كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها، وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية، وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجراً ولو كان الطين مملوكاً، أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع، وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لأن هذه شركة الأبدان كالصباغين، ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال: «اشتركنا أنا وعمار وسعد يوم بدر، فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهم النبيّ ﷺ»[1]. أجيب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فيمتنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم، وفعله ﷺ إنما هو تنفيل قبل القسمة، أو أنه كان قدر ما يخصهم، وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي ﷺ يتصرف فيها كيف شاء ظاهر قوله: **(لأن أمر الموكل به)** أي بأخذ المباح **(غير صحيح)** لعدم ملكه وولايته **(والوكيل يملكه)** أي يملك المباح **(بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً)** عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل، وهذا لم يوجد هاهنا، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة. واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده. وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته بعد أن لم يكن يقدر عليه.

فصل في الشركة الفاسدة .

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح. قوله: **(لأن أمر الموكل به غير صحيح)** والوكيل يملكه دليلان على المطلوب. تقرير الأول المدعي أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح، وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادف غير محل ولايته. وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل لأن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل، ومن تملك شيئاً بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت. ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين، فإن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل. والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد، وصورة النقض ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء. وقوله: **(فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه)** أي في كتاب الشركة من المبسوط. قيل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رحمهما الله في الكتاب،

فصل في الشركة الفاسدة

قوله: **(لأنه صادف غير محل ولايته)** أقول: وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني قوله: **(والجواب أن معناه**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٨٨ والنسائي ٧/٣١٩ وابن ماجه ٢٢٨٨ والبيهقي ٦/٧٩ كلهم من حديث عبد الله بن مسعود.
قال المنذري في مختصرة: وهو منقطع فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه.
وقال ابن حجر في التقريب: ثقة لكن الراجح عدم صحة سماعه من أبيه اهـ. ولعل أبا عبيدة سمعه من رجل عن أبيه.
ومع ذلك فالحديث قوي الإسناد رجاله ثقات إثبات.

لأن أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك، وقد

وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه في ذلك، والكلام في التوكيل بخلافه، وإنما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه، فإذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه، فأما إذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير؟ يجاب بأن إطلاق نحو قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث»[1] لا يفرق بين قصد وقصد قوله: **(فإن أخذاه جميعاً)** يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما، وإن لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قيمة ما كان لكل منهما، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما، فالظاهر أنه بينهما نصفان، والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله، ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعي خلاف الظاهر **(وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل)** لوجود السبب منه **(وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن قلعه أحدهما وجمعه أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك)** وقوله: **(وقد عرف في موضعه)** يعني كتاب الشركة من المبسوط، فإنه ذكر فيه وجه قول كل منهما، فوجه قول محمد أن المسمى مجهول إذا لم يدر أيّ نوع من الحطب يصيبان، وهل يصيبان شيئاً أو لا، والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ. وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئاً، وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوماً عند الجمع والبيع، بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئاً فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالاً ومآلا فحينئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ، وقوله: **(لا يجاوز به)** بفتح الواو على البناء للمفعول. وقوله: **(نصف ثمن ذلك[2])** بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل.

وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد. وجه قول أبي يوسف أنه رضي بنصف المجموع وإن كان ذلك مجهولاً في الحال لأنه يعلم في المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع، فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضياً بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لأنه يعتبر رضاه في إسقاط حقه عن مطالبة الزيادة. ووجه قول محمد إنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لأنه مجهول جهالة متفاحشة جنساً وقدراً حيث لا يدري أيّ نوع من الحطب يصيبان وأي

يملكه الخ) أقول: فيه تأمل، فإن الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض قوله: **(قيل تقديم ذكر محمد)** أقول: القائل هو الإتقاني.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٢ من حديث ابن عباس بلفظ «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وثمنه حرام».
قال البوصيري في الزوائد: عبد الله بن خراش قد ضعفه أبو زرعه والبخاري وغيرهما وقال محمد بن عمار الموصلي كذّاب اهـ.
وهو بهذا اللفظ ضعيف وإنما يصح لفظ «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار».
أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٥/ ٣٦٤ والبيهقي ٦/ ١٥٠ كلهم عن أبو خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ.
وكذا لفظ «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار».
أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٣ من حديث أبي هريرة بإسناد صحيح كما قال البوصيري في الزوائد وكذا ابن حجر في التلخيص ٣/ ٦٥.
(٢) في الشرح تقديم وتأخير مخالف لترتيب الحاشية كما سبق في أمثال مصححه.

عرف في موضعه. قال: (**وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية**

[فرع] لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما، ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعاً كان ما أصابه لمالكه قوله: (**وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء وما تحصل بينهما لم تصح الشركة**) اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يرويه، ويقال رويت للقوم: إذا سقيت لهم، وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء، فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلاً يؤجر ما لكل واحد فما رزقا فهو بينهما، وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلاً قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا، ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجرهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل، لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الأجر مقسوماً بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين، بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجر البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان، ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت، وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الأجر على قول أبي يوسف، وبالغاً ما بلغ على قول محمد، وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الأجر كله لمالك الدابة، وكذا في السفينة والبيت لما بيناه، إذ تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا، ثم الأجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره، وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجاناً، بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاماً للمدفوع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها، لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها، والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسب ماله. وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة، وهو ظاهر قول الشافعي، وبه قال أحمد، والأجر كله للذي استقى، وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل، وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة. وجمع المزادة مزاد ومزايد (**أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح هو**) نقل (**الماء**) وأما وجوب الأجر فلأن المباح قد صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل وقوله: (**وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ**) كألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثاً، وإن كانا شرطاً الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط، ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثاً بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (**لأن الربح في**)

قدر منه يجمعان، ولا يدريان أيضاً هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه، فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال إن المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الأجر بالغاً ما بلغ، ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئاً كان له الأجر بالغاً ما بلغ فهاهنا أولى لأنهما أصابا. وقوله: (**وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر رواية**) الراوية في الأصل بعير السقاء لأنه يروي الماء: أي يحمله ثم كثر متى استعمل في المزادة وهي المرادة هنا. قال أبو عبيدة: المزادة لا تكون إلا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد. وقوله: (**لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره**) فيه نظر، لأن الربح عندنا فرع للعقد كما مر، وكل فرع تابع، وكونه تابعاً للمال إنما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضاً. والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً، وهاهنا قد فسد العقد فيكون تابعاً للمال

فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره **(وكل شركة فاسدة فالربح فيهما على قدر المال، ويبطل شرط التفاضل)** لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره، كما أن الربح تابع للبذر في الزراعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال **(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة)** لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتتحقق الشركة

وجوده **(تابع للمال)** وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له، ونظيره البزر في المزارعة والربع الزيادة قوله: **(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ والحق بدار الحرب بطلت الشركة)** مفاوضة كانت أو عناناً إذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلماً لم يكن بينهما شركة، وإن لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع، فإن عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف، فإن لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة، وإن مات بطلت من وقت الردة، وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عناناً عند أبي حنيفة رحمه الله؟ لا. وعندهما تبقى عناناً ذكره الولوالجي. وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة: أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فإنها لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة، وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعاً ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكمي فإن ملكه يتحوّل شرعاً إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه، وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعاً للضرر عنه، وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لأنه لو كان عروضاً فلا رواية في ذلك عن أصحابنا، وإنما الرواية في المضاربة وهي أن ربّ المال إذا نهى المضارب عن التصرف، فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط، وإن كان عروضاً لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ، وبعض المشايخ قالوا: تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضاً وهو المختار، وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهما معاً وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عرضاً، بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه.

[فروع] إنكار الشركة فسخ. وقوله لا أعمل فسخ، حتى لو عمل الآخر كان ضامناً لقيمة نصيب شريكه. وفي الخلاصة. قال: أحد الشريكين لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له. ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له. ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط، بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه ا هـ. وهذا غلط، وقد صحح

لأنه شرط، فإن العلة إذا لم تصلح لإضافة الحكم إليها تضاف إلى الشرط. والريع عبارة عن الزيادة، يقال: أخرجت الأرض ريعاً: أي غلة لأنها زيادة. وقوله: **(على ما بيناه من قبل)** إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بلحاقه إلى قوله ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ. وقوله: **(لأنه)** أي الموت **(عزل حكمي)** لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكماً لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على

على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي، والله أعلم.

هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس، فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه، وفي الرضا احتمال: يعني إذا كان ساكتاً، والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص. ولا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رءوس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثاً ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل.

ثبوت العلم به؛ ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته. وقوله: **(وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة)** متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت. واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة، وإذا كان كذلك كانت تابعة لها، ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع. وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة، أشار المصنف إلى ذلك آنفاً بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتتحقق الشركة، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه. وقوله: **(لأنه)** أي الفسخ **(عزل قصدي)** فيتوقف على العلم.

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه، لأنه ليس من جنس التجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته، فإن أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أدّيا على التعاقب، أما إذا أدّيا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن

فصل

لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردها بفصل وأخره قوله: **(وإذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله إذا حال الحول فحال فأدى)** وقد أدى الآذن المالك ضمن لشريكه ما أدّاه **(علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله)** وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه، هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط. ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك، ونص في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال: وهو الصحيح عندهما، وعلى هذا الخلاف لو دفع مالاً إلى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور **(وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة)** وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب، فإن أديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابى وعلل فيما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل، ولا يخفى أنه لا يفيد لأنه بعد تسليم أن أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل إلا بعد العلم والكلام فيه. وجه قولهما في خلافية الكتاب أنه أداه بالأمر ولا ضمان مع الأمر. ولا يقال: إنما أمره بأداء ما هو زكاة. لأنا نقول: ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته، وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء، ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضي بها ديناً عليه ثم أدّى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم، وصار أيضاً كدم الإحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الإحصار. **(ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي)** بعد أدائه **(لم يقع**

فصل

ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما نذكره. وقوله: **(أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه)** يعني عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وقوله: **(لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر)** يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر: أي بقاء الواجب في ذمته. وقوله: **(لأنه عزل حكمي)** اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين، فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل، فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن، وإن لم يعلم لم يضمن شيئاً، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل. وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدي مضمون على القابض على ما هو الأصل، لأن الديون تقضي بأمثالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجباً عزل الوكيل حكماً فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لألحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بأذنه إلخ قوله: **(قوله وأجيب بأن الوكيل إلخ)** أقول: وفي شرح الإتقاني والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الأجناس: من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قولهما، فأما على قول أبي حنيفة

المأمور علم أو لا. ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي لم يقع زكاة فصار مخالفاً، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر، وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي. وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف، وقيل بينهما فرق. ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار. وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار. قال: **(وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن**

زكاة فصار مخالفاً، وهذا لأن الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتنقيص المال إلا لدفع الضرر الديني وقد خلا أداؤه عن ذلك **(فصار بأدائه معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي)** لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفاً، وأما ما التزمتم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما، وقيل بل هو على الاتفاق. والفرق **(أن الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار)** أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج **(وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه)** وأما مسئلة الدين: فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وإن كان الآخذ دائنة، وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لإمكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء، ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه إيقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد، وكونه عزلا حكمياً

استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكاً، وهاهنا لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال. واعترض عليه أيضاً بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله، وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء. وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الآمر، وعندما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفاً لما أمره فلذلك ضمن. وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار؛ وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار؛ ولئن سلمنا أنه لا يضمن فالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرى فعل المأمور عن المقصود، بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن. وقوله: **(وإذا أذن أحد المتفاوضين)** صورة المسئلة ظاهرة، وتقرير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك، وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة. وقوله: **(وهذا)** بيان لقوله إنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة، وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه صاحبه بشيء، كما لو اشتراها قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء؛ وبين دخولها في الشركة بقوله: **(جريا على مقتضى الشركة)** أي شركة المفاوضة، فإن ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها، وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها؛ ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة. فإن قيل: لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها؟ أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير إذن، وقوله: **(غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه)** استثناء من قوله فأشبه حال عدم الإذن فإنه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الإذن يحل، فأزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه، لأن الوطء لا

رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الأحوال، فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق. قوله: **(واعترض عليه أيضاً، إلى قوله: وأجيب عنه بأنه أمره الخ)** أقول: هذا الاعتراض والجواب للإتقاني.

يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالا: يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة **(وهذا)** لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن، بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة. وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا **(وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء)** بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة.

لهما أن بمعناه لأنه موقوف على كون الأمر صح بدفعه مقيداً بوقوعه زكاة وهو ممنوع، وقد قيل إنه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً لها، فلو بادر إلى الأداء وقع المأمور به، فلما أخر حتى أدى الآمر كان بتأخيره متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه قوله: **(وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل)** وأدى جميع ثمنها من مال الشركة **(فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالا: يرجع عليه)** شريكه **(بنصف)** ما أدى **(لأنه أدى ديناً عليه من مال الشركة)** لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله **(وله أن الجارية دخلت في الشراء على الشركة)** جرياً على موجب المفاوضة **(إذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الإذن)** ثم **(الإذن)** له بالوطء **(يتضمن هبة نصيبه منه)** إذ **(لا يحل إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع)** الصادر من البائع لأحد الشريكين **(لما بينا)** من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد، ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعاً. واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكماً للإحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الأمة تمليكاً لها منه وهو منتف. وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالإحلال شقصاً منها، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي، فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة في تملك الجارية بالإحلال.

يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيع: يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جرياً على مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن، فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشائع لأن الجارية مما لا تقسم، بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لأن ذلك مستثني عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا أنها دخلت في الشركة. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد، والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه. والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكماً للإذن بالوطء، والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكماً للإحلال، فإن من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال. والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها، وما نحن فيه ليس كذلك لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه. وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً. قوله: **(وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء)** ظاهر، والله سبحانه وتعال أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

قوله: **(وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني الخ)** أقول: المسئلة مذكورة في الأصول قوله: **(وعن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن: وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً)** أقول: قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث، فإن الهبة إذا ثبت حكماً للإحلال يكون ثبوته ضمناً أيضاً، والأولى أن يقال: إن الجارية المشتركة أقبل تملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالإحلال شقصاً منها، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الأجنبي.

كتاب الوقف

كتاب الوقف

مناسبته بالشركة أن كلاً منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه، إلا أن الأصل في الشركة مستبقى في ملك الإنسان، وفي الوقف نخرج عنه عند الأكثر، ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدّار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الأحياء والموتى لما فيه من إدامة العمل الصالح، كما في الحديث المعروف «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية»[1] الحديث، ثم يحتاج إلى تفسيره لغة وشرعاً، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه، أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست، قال عنترة:

ووقفت فيها ناقتي فكأنها فدن لأقضي حاجة المتلوّم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى، ويجتمعان في قولك وقفت زيداً أو الحمار فوقف، وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة. وقال أبو الفتح ابن جني: أخبرني أبو عليّ الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال: يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب، ثم اشتهر المصدر: أعني الوقف في الموقوف، فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات. وأما شرعاً: فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحبّ وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ، وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لإفراده هنا أيضاً. وإنما قلنا: أو صرف منفعتها لأن الوقف يصح لمن يحبّ من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق. وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا بين الأحياء. وفي الآخر بالتقرب إلى ربّ الأرباب جل وعز. وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حراً بالغاً عاقلاً، وأن يكون منجزاً غير معلق، فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقه موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفاً، وأما الإسلام فليس شرط، فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز، ويجوز أن يعطي لمساكين المسلمين وأهل الذمة، وإن خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز، ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم، فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وإن قلنا إن الكفر كله ملة واحدة. ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه، وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف. ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب للحرمان، وهذا للبعد من الفقه، فإن

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال، وهو مصدر وقفت الدابة وقوفاً ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى، ووقفت الدار على المساكين وقفاً وأوقفتها لغة رديئة، وعرّفه شمس الأئمة السرخسي

كتاب الوقف

قال الإتقاني: الوقف الحبس، من قولهم وقفت الدابة إذا منعته من السير. قال صاحب الجمهرة: الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٣١ وأبو داود ٣٨٨٠ وكذا البخاري في الأدب المفرد ٣٨ والترمذي ١٣٧٦ والنسائي ٦/ ٢٥١ والطحاوي في مشكل الآثار ٢٤٦ والبيهقي ٦/ ٢٧٨ وأحمد ٢/ ٣٧٢ وابن حبان ٣٠١٦ كلهم من حديث أبي هريرة.
وفيه: الإنسان بدل ابن آدم.

. . . .

شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع، والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية، وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة، ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء؟ أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين، ولو دفع المتولي إلى المسلمين كان ضامناً فهذا مثله، والإسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال، والسبب هو إعطاء الواقف المالك، وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم، فلو وقف على بيعة مثلاً فإذا خرجت يكون للفقراء كان ابتداء، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافاً. ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فإنه إنما شرط أن يكون قربة عندهم، فقال صاحب المحيط: الوقف كالوصية، ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف، ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لأنه ليس قربة عندهم، بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم. وأما المرتد إذا وقف حال ردّته ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على ردته أو مات بطل وقفه. وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه ما نجيزه لأهل ذلك الدين، أما المرتدة فأبو حنيفة يجيز وقفها لأنها لا تقتل. وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحيحاً في أيّ وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثاً سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام وحكى الخصاف في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبنياً على الخلاف في الذمي يتزندق يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً، قال بعضهم: أقره على ما اختاره وأقرّ الجزية عليه لأني إن أخذته بالرجوع فإنما أرده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك. وقال بعضهم: لا أقره على الزندقة. وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة، وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الإسلام، ألا ترى إلى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم بإسلامهم. وأما الخطابية فإنما لم يقبلوا لأنه قيل إنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم. وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعي إذا حلف أنه محق. ومن الشروط الملك وقت الوقف، حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها، هذا على أنه هو الواقف. أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي. وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط. ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه، حتى لو حجر القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضاً له لا يجوز لأن حجره عليه كي لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاف. وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم، هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والإجارة فليس بشرط، فلو أجر أرضاً عامين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الإجارة، فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعلها له من الجهات، وكذا لو رهن أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك، ولو أقامت سنين في يد المرتهن فافتكها تعود إلى الجهة، فلو مات قبل الإفتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف، وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقت، وفي الإجارة إذا مات أحد المتآجرين تبطل وتصير وقفاً. وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الإضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم

وقفاً، وكذلك كل شيء حبسته، وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل. وقال ابن جني في شرح المتنبي: أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي

قال أبو حنيفة: لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا. وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول. وقال محمد: لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً

به. وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلاً له من كونه عقاراً أو دارا، وعند محمد ذلك مع كونه مؤبداً مقسوماً غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلماً إلى متولّ. وأما ركنه فالألفاظ الخاصة كأن يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين، ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه. ولا بأس أن نسوق شيئاً من الألفاظ: أرضي هذه صدقة، أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذراً يوجب التصدق بعينها أو بقيمتها، فإن فعل خرج عن عهدة النذر وإلا ورثت عنه، كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا إيصاء تورث عنه، وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف، فإنه يجعله بمجرد هذا اللفظ وقفاً على الفقراء، وهو قول عثمان البتي، وإذا كان مفيداً لخصوص المصرف: أعني الفقراء لزم كونه مؤبداً لأن جهة الفقراء لا تنقطع. قال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله أيضاً لمكان العرف، وبهذا يندفع ردّ هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغنيّ والفقير ولم يبين فبطل، لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم، فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضاً لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء، بخلاف قوله محبوسة أو حبس، ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة، وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفاً مؤبداً على الفقراء كان كذلك وإلا سئل. فإن قال: أردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها، وإن لم ينو كانت ميراثاً ذكره في النوازل. وقال في قوله جعلتها للفقراء إن تعارفوه وقفاً عمل به وإلا سئل، فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر، وكذا عند عدم النية لأنه أدنى، فإثباته به عند الاحتمال أولى. واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما، وذكر في إحداهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثاً، ولا يخفى أن كونه ميراثاً لا ينافي كونه نذراً لأن المنذور به إذا مات الناذر ولم يوفّ بنذره يكون ميراثاً إلا أنه اقتصر على إتمام التفصيل في إحداهما، وإلا فلا شك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذراً، فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثاً، ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه، وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذراً، وكذلك حبس صدقة. وكذلك صدقة محرمة. قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز، بخلاف ما لو حبس أو محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كإفراد لفظ موقوفة. وفي النوازل: لو قال جعلت نزل كرمي وقفاً وفيه ثمر أو لا يصير الكرم وقفاً، وكذا لو قال جعلت غلته وقفاً تصحيحاً للكلام ما أمكن كأنه قال كرمي بما فيه وقفاً، وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سنذكره، ولو زاد فقال صدقه موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه، كما لو قال مع ذلك مؤبداً وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على أنها العبارة الوافية، إلا أن قوله في الإسرار ولو لم يقل مؤبداً كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافاً، ولا ينبغي فإن التأبيد أن يجعله في أول الأمر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك. وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة قوله: (قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أي بخروجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت داري

رحمه الله بأنه حبس المملوك التمليك عن الغير. وسببه طلب الزلفى. وشرطه كون الواقف حراً بالغاً عاقلاً وكون المحل غير منقول. وركنه أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين. وحكمه خروج الوقف: أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم

بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال: يقال وقفت داري وأرضي، ولا يعرف أوقفت من كلام العرب انتهى. وفي شرح الكاكي: الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى، ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس

ويسلمه إليه) قال رضي الله عنه: الوقف لغة. هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى. وهو في الشرع عند

على كذا) وقال أبو يوسف **(يزول بمجرد القول)** الذي قدمنا صحة الوقف به، وقال محمد **(لا يزول حتى يجعل للوقف متولياً ويسلمه إليه)** بعد ذلك القول، وبه أخذ مشايخ بخارى، وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة، ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لا أن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه، كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتاً له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئاً، وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف، وهو ما أراد المصنف. بقوله: **(وهو الملفوظ في الأصل)** يعني المبسوط، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم لم يكن، وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم، والجواز والنفاذ فرع اعتبار الوجود، ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ الوقف بل لا يجيز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن، فأبو حنيفة لا يجيز الوقف: أي لا يثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم. وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه.

[فرع] يثبت الوقف بالضرورة. وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبداً أو لفلان وبعده للمساكين أبداً، فإن هذه الدار تصير وقفاً بالضرورة. والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت داري على كذا. قال المصنف: وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعته العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزل، فالعبارة الجيدة قول قاضيخان، إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولا يملك، وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد. وقال بعضهم: وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلاً للملك لامتناع السائبة. وعند مالك: هو حبس على ملك الواقف فلا يزول عند ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب. وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد، لأنه ﷺ قال «حبِّس الأصْلَ وسَبِّلَ الثَّمرة»[1] اهـ. وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته، وكل منهما له نظير في الشرع، فمن الأول المسجد وغيره، ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقياً ولا تباع ولا توهب ولا

دخوله في ملك الموقوف عليه، وكلامه واضح، وما عرّفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لأنه قال: والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح. وقوله: **(وهو)** راجع إلى قوله: **(فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو الملفوظ في الأصل)** يعني المبسوط، ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه، فإن لفظ المبسوط: فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك، ثم قال: فمراده أنه لا يجعله لازماً، فأما أصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك

الملك عليه، وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب الأمير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات قوله: **(وهو مصدر وقفت الدابة وقوفاً الخ)** أقول: فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقوفاً على ما اعترف به لا وقفاً. والجواب أن مقصوده أن مصدر وقفتها أنا، وذكر وقفت الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٣٣ وكذا البخاري ٢٧٦٤، ٢٧٧٧ وابن ماجه ٢٣٩٧ والدارقطني ٤/ ١٨٧ والبيهقي ٦/ ١٥٩ وأحمد ٢/ ١١٤، ١٥٦، ١٥٧ كلهم من حديث ابن عمر وله قصة وسيأتي لفظه.

أبي حنيفة: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية. ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق

تورث، وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل، ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه، فليثبت ذلك القدر فقط ويبقي الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق، فإن الذي في الحديث في بعض الروايات «تصدق بأصله» مع أنه ليس على ظاهره وإلا لخرج إلى مالك آخر، ثم رأينا غيره بينه بقوله «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»[1] أي بالثمرة أو الغلة، وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك، وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير. والحاصل أنه ثبت قوله ﷺ لعمر «تصدّق» وقوله «حبس» والمفهومان مختلفان، لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه، ومعنى حبس احبسه: أي على ما كان، ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما، وإلا كان ﷺ مجيباً لعمر رضي الله في حادثة واحدة بأمرين متنافيين. فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه إذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعاً، وإذا حبس عليه شرعاً امتنع بيعه، وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متولٍ، ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه، قالوا: فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك الوقف: فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدّق بثمنها، لأنه إذا كتب هذا لا يخاصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك، والوصية تحتمل التعليق بالشرط، وإذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله، كذا في فتاوى قاضيخان. وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته، أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث، وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة، فمحمل ما ذكر إذا لم يكن وقف في المرض، أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث قوله: **(واللفظ ينتظمهما)** أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه. إذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما، فالترجيح: أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل. ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك، ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب، ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة. وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث. وفي غاية البيان أنها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقاب منوناً وغير منون كما في دعد. قال محمد ابن الحسن في الأصل: أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى

الواقف فله أن يرجع، ويجوز بيعه ويورث عنه، ولا يلزم إلا بطريقين: قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهداً فيه، وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول: أوصيت بغلة داري، فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث قوله: **(واللفظ)** أي لفظ الوقف **(ينتظمهما)**: أي يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف، وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاماً واحداً من غير ترجيح، فلا بد من دليل مرجح. ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله: لهما قول النبيّ ﷺ لعمر رضي الله عنه. روى صخر بن جويرية عن نافع «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلاً نفيساً، فقال عمر: يا رسول الله إني استفدت مالاً وهو عندي نفيس أفأتصدّق به؟ قال: تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن لينفق من ثمرته، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه» ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقاً له غير متموّل عنه، وهذه الأرض كانت سهم عمر رضي الله

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٧٢، ٢٧٣٧، ٢٧٧٣ ومسلم ١٦٣٢ وأبو داود ٢٨٧٨ والترمذي ١٣٧٥ والنسائي ٦/ ٢٣٠ ٢٣١ وابن ماجه ٢٩٦ والبيهقي ٦/ ١٥٨، ١٥٩ والبغوي ٢١٩٥ والدارقطني ٤/ ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩ كلهم من حديث ابن عمر.

بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده، وهو الملفوظ في الأصل. والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث. واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل. لهما «قول النبيّ ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدّق بأرض له تدعى ثمغ: تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب» ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى. إذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك. ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «لا حبس عن فرائض الله تعالى» وعن شريح: جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس لأن الملك باقٍ فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف؛ ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه، لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة.

ثمغ، وقال: كان نخلاً نفيساً. قال: فقال يا رسول الله إني استفدت مالاً هو عندي نفيس أفأتصدق به؟ قال: فقال رسول الله ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته، قال: فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف والمساكين ولابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقاً غير متموّل فيه»[1] وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال «أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف»[2] الحديث. وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته»[3] ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أشار الشرع إلى إعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقه جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»[4] ولا طريق إلى تحقق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية إلا لزومه، وتقرير المصنف بأنه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه، ويمكن بإسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقاً بل يتحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الأقوال فيما مضى،

عنه بخيبر حين قسم رسول الله ﷺ خيبر بين أصحابه، وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة. وقوله: (**إذ له نظير في الشرع وهو المسجد**) لبيان نفي استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره، فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف. ولأبي حنيفة قوله: (**عليه الصلاة والسلام «لا حبس عن فرائض الله»**) أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله، ولكنا نقول: النكرة في موضع النفي تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن

قال المصنف: (**والملك فيه للواقف؛ ألا يرى أن له ولاية التصرف**) أقول: ومعنى الملك على ما سيجيء من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل قوله: (**إلا ما قام عليه دليل**) أقول: كالوصية.

---

(١) في إسناده جهالة حيث ذكر فيه عن مولى ابن عمر والصواب رواية الجماعة وهو الآتي.

(٢) صحيح تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

(٣) هذا اللفظ في رواية عند البخاري وتقوم قبل حديثين.

(٤) صحيح. تقدم قبل خمسة أحاديث.

بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف، وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به، وهنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى. قال رضي الله عنه: قال في الكتاب: لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته، وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم، والمراد بالحاكم المولى، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ. ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت.

ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لأنه إذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الأئمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه. وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالإجماع لا إلى مالك، وكذا الإعتاق، وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف قوله: **(وله)** أي لأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ «لا حبس عن فرائض الله»[1] أسند الطحاوي في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء ونزل فيها الفرائض نهى عن الحبس[2]. وروى هذا الحديث الدارقطني، وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما. ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على عليّ: حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال: قال عليّ رضي الله عنه: لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال إلا سماعاً وإلا فلا يحل، والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخاري ثابتة. وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع: حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال: «جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس»[3] وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين، وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل قوله: **(ولأن الملك الخ)** ظاهر مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل، والأولى أنه إنما ذكره ليصل الدليل بالدعوى، وتقريره أن حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف، وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل، فإما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله، واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف، وكذا الاستيضاح بنصب القوّام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه للعين إلا أن يوجب موجب لا مراد له خروجه عن ملكه، وأن تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق. وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محرراً عن أن يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة، والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد

الميراث إلا ما قام عليه دليل. وقوله: **(جاء محمد ببيع الحبيس)** يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ناسخة لذلك. وقوله: **(كالسائبة)** هي الناقة التي تسيب لنذر، وكان الرجل يقول: إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة. ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث إن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعاً بها، فإنه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه، فكذا إذا وقف أرضه أو داره، وقوله: **(بخلاف الإعتاق)** جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق فإنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد. وقوله: **(وبخلاف المسجد)** جواب عن قياسهم الوقف على المسجد. وقوله: **(قال في الكتاب)** يعني مختصر القدوري: لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته. صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٦٨ والبيهقي ٦/ ١٦٢ كلاهما من حديث ابن عباس وقال: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٦٨ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٩٦، ٩٧ كلاهما من حديث ابن عباس وفي إسناده ابن لهيعة ضعيف والراجح وقفه على عليّ كما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي ٦/ ١٦٢ وانظر نصب الراية ٣/ ٤٧٧.

(٣) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٤٧٧ بسنده عن شريح قال فذكره.

والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة، وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثالث والوقف في الصحة من جميع المال، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك. وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن

بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات، وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها. وأيضاً قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً إذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فأما الإعتاق فإتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك. وجواب شمس الأئمة أن الآدمي خلق مالكاً غير مملوك، وإنما عرض فيه المملوكية وبالإعتاق يعود إلى ما كان، بخلاف ما سواه لأنها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود إلى أصل هو عدم المملوكية بل إلى الحس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق، ويؤيد ما اختزناه من عدم الخروج عن ملكه، لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوماً لعدم لزومه صدقة أو برّاً، وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدبر. والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولاً كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يباع ولا يورث»[1] إلى آخره، وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أوّلها صدقة رسول الله ﷺ ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعليّ والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير، كل هؤلاء من الصحابة، ثم التابعين بعدهم كلها بروايات، وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه. وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثاً على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه، وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما قوله: (**وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم**) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلته إذ لا يتصوّر التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية، وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنما يلزم بعد موته، وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابلة من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط، ولذا لو قال إذا متّ من مرضي هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فمات لم تصر وقفاً وله أن يبيعها قبل الموت، بخلاف ما لو قال إذا متّ فجعلوها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه، وهذا لأن الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه. والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر. ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلاً عند أبي حنيفة، وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية. وقالوا: لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد مرتي صح. وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها، أما لو قال إن قدم ولدي فعليّ أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به. فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق، وإن وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه، وتعيين المعطي له النذر لغو فصار النذر الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من لبس كنفسه. فإن قلت: ينبغي أو لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب. قلت: بل

اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي بلزومه. وقوله: (**فالصحيح أنه لا يزول ملكه**) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة؛ فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك. وقيل لا يزول وهو الصحيح لأن الواقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك. ولأنه تصدق بالغلة دائماً،

---

(١) تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث.

التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة. قال: (**وإذا صح الوقف على اختلافهم**) وفي بعض النسخ: وإذا استحق مكان قوله إذا صح (**خرج من**

من جنسه واجب، فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال. ولو قال: إن شئت ثم قال شئت كان باطلاً للتعليق، أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل، بخلاف ما لو كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة، فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فإنها تصير وقفاً لأنه تعليق على أمر كائن، والتعليق على أمر كائن تنجيز، والمراد بالحاكم: يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي، وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه قوله: (**ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي: هو كالوصية بعد الموت**) حتى يلزم بعد الموت لأن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله، والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة إلا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه إذا مات قبل الحكم إلا أن تجيز الورثة. وعندهما يلزم إلا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة، وفي فتاوى قاضيخان: مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف، كما لو وقف داراً ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم، وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله، فإن وقفه لازم لا ينقصه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته قوله: (**وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو**) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لأنه إسقاط الملك كالعتق.

وعند محمد لا بد لزواله من التسليم إلى المتولي لأن للواقف أن يجعله لله فيصير حقاً له، وحقه إنما يثبت مسلماً في ضمن التسليم للعبد، وهذا لأن الوقف تمليك لله تعالى (**والتمليك منه وهو مالك لجميع الأشياء لا يتحقق مقصوداً تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة**) المنجزة. ولا يخفى أن التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصوداً ولا تبعاً لأنه تحصيل الحاصل المستمر. ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف توجيهه لأن غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا إلى أحد، وتوجه الخطاب بصرف غلته إلى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك، فإذا فعل خرج من عهدة الواجب كمّا هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر. نعم يمكن أن يلاحظ التسليم إلى المستحق تسليماً إليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكاة. ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس إلا فعل ما وجب بالوقف، فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين. وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ. وأما البخاريون: فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم. وفي المبسوط: وكان القاضي أبو عاصم يقول قول

ولا يمكن التصدق بها هكذا إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزمه. والمراد بالحاكم المولى: أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء. وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ. قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى: وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالأصح أنه ينفذ ولكن لا يفتي به قوله: (**وقال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت**) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة، بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده. ثم قال الطحاوي في مختصره: وقد روى محمد عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته، ثم قال: وهو الصحيح على أصوله. وقال المصنف: والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الإرث كالعارية، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال قوله: (**وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه**) أي يثبت التمليك من الله تعالى ضمناً للتمليك من غير الله تعالى، وإن كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصداً فيأخذ

ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه. قال رضي الله عنه: قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره. قال: **(ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف)** لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته. وقال محمد: لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط

أبي يوسف من حيث المعنى أقوى، إلا أنه قال: وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار: يعني ما روى أن عمر جعل وقفه في يد حفصة، وغير ذلك. ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره، وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفريغ نفسه من أمره. وأما قول محمد رحمه الله: لو تم قبل التسليم إلى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على التبرع، فجوابه منع ذلك بأن التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده المعتق له، والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده، وهذه أمور شرعية لا عقلية. ومما بنى على هذا الخلاف ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متولٍّ فهذا جائز نص عليه في السير الكبير، لأن هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده إلى قيم قال محمد: لا ولاية له والولاية للقيم، وكذا لو مات وله وصيّ فلا ولاية لوصية للقيم، ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك. وقال أبو يوسف: الولاية للواقف، وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يردّ النظر إلى نفسه، وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم لأنه بمنزلة الوكيل عنده، وهذا الخلاف بناء على أن عند محمد لا يصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية. وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف، فإذا سلم إلى قيم كان وكيله، وله أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيماً في حياته وبعد موته، وكذا يبتني عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد قوله: **(وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه)** وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلاً للملك

التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض قوله: **(فينزل منزلة الزكاة والصدقة)** يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير. قال: **(وإذا صح الوقف على اختلافهم)** أي إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث إنه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملفوظ في الأصل، والأصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف: يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملكه جاز له إخراجه من ملكه كسائر أملاكه، ولما انتقل إلى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق. وقوله: **(يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره)** اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف، وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم، ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل أرضه مسجداً بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح. والجواب عن الأول إنما ذكره في الكتاب هاهنا إنما هو في الصحة، وما ذكره قبل هذا فإنما هو في

قال المصنف: **(وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره)** أقول: يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الإطلاق، فإن ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود، وبقرينة النسخة الأخرى فإن الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضاً فليتأمل قوله: **(سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى اللزوم)** أقول: فيه تأمل، إذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله إلا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى قوله: **(وذلك يمنع عن الخروج لا محالة)** أقول: لا نسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون

فكذا ما يتم به، وهذا فيما يحتمل القسمة، وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضاً لأنه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف، لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى، ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلي فيه في وقت ويتخذ إصطبلاً في وقت، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة. ولو وقف الكل

إلا أنه يباع ولا يتملك، والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا. ثم قال المصنف: وقوله أي القدوري **(خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما)** لأن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال: إذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوّز بالصحة عن اللزوم قوله: **(وقف المشاع جائز عند أبي يوسف)** وعند محمد لا يجوز، والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع **(لأن القسمة من تمام القبض)** ولا بد من القبض فوجب، وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه، فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه، ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله في وقف المشاع. وأما إلحاق محمد الله بالهبة والصدقة **(المنفذة)** أي المنجزة في الحال فإنها لا تكون مشاعاً، فكذا الصدقة المستمرة، ففرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير، وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه، وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه. والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها، ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية، ومنعه محمد رحمه الله مطلقاً، وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة، فصار الإتفاق على عدم جعل المشاع مسجداً أو مقبرة مطلقاً: أي سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه، فلما لم يشرطه أبو يوسف أجاز وقفه، ولما شرطه محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض، ألا ترى أن الشائع كان مقبوضاً لمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند إمكان تمام القبض، وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أو لا ثم يقفه، وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها، لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم في الجملة، وإنما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقاً مسجداً

اللزوم، والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة، إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل. سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الوقف عنده معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وذلك يمنع عن الخروج لا محالة. وعن الثاني بأن خروج الملك إلى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه؛ ألا ترى أن القربات تصير بالإراقة إلى الله تعالى، ثم إن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك، بخلاف العبد فإنه يصير مالكاً لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره، وأما المسجد فالأصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد، فعلمنا أن الله تعالى لم يولّ التخصيص إلى الذي جعله

المعرف هو المعنى المصدري: أعني إحداث الوقف وإنشاءه، أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتأمل قوله: **(وعن الثاني بأن خروج الملك الخ)** أقول: فيه بحث فإنهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعاً، فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك، ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة القدرة الأصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه.

ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لأن الشيوع مقارن كما في الهبة، بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه في مرضه وفي المال ضيق، لأن الشيوع في ذلك طارىء. ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء، وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة. قال: ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً. وقال

ومقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لأنه يحتاج فيه إلى التهايؤ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجداً سنة وإصطبلاً للدواب سنة ومقبرة عاماً ومزرعة عاماً أو ميضأة عاماً، وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك، ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتهايئون، وعندهما يقسم، وأجمعوا أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب وأرادوا القسمة لا تجوز، وكذا التهايؤ، وعليه فرّع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا، فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين، فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط، وإذا انقرضوا تكري وتوضع غلتها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه، نعم له الإعارة لا غير، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم إلا سكناها تقسط على عددهم، ولو كانوا ذكوراً وإناثاً إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن تسكن أزواجهن معهن، وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناه لمن جعل له الواقف ذلك لا لغيرهم، ومن هذا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعاً يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكن، بل إن أحبّ أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لأحدهم ذلك، وإلا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معاً كل في بقعة إلى جنب الآخر. والأصل المذكور في الشروح والفرع في أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت. وكيف يخالف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور، ولو اقتسما: أعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانياً قوله: **(ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه)** يعني شائعاً **(بطل الوقف عند محمد رحمه الله)** لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف **(كما في الهبة)** إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا، بخلاف ما لو وهب الكل **(ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض)** الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوع طار، وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حياً وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته، وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفاً **(ولو كان المستحق جزءاً بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع)** فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط **(وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة)** لو استحق منهما جزء شائع بطلت، ولو استحق معين لا تبطل، ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزاً عند محمد، لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به، ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة، غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة

مسجداً، وإنما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة قوله: **(لأن القسمة من تمام القبض)** بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم إنما هي بالقسمة قوله: **(ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف)** لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض، وإنما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أو لا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه، وعند محمد شرط فكذا تمامه، وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضاً يجوزه ويعتبره كالهبة والصدقة المنفذة: أي الصدقة الخاصة المسلمة إلى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي فيما نحن فيه قوله: **(إلا في المسجد والمقبرة)** استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف،

أبو يوسف: إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم. لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع. ولأبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع، إلا أنّ عند

واحدة، فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء، بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعاً على حدة وجعل لها والياً على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان، فإن كلاً منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة، ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياً على حدة، ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضاً لا يجوز، حتى لو تصدق بنصفها مشاعاً على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لاقى جزءاً شائعاً، فكذا قبض الواليين هنا. ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحداً فسلماها إليه جميعاً جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع قوله: (**ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً**) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد، بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه وقال أبو يوسف: (**إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم**) هذا كلام القدوري، وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله: (**إن موجب الوقف**) يعني بعد التسليم إلى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (**زوال الملك بلا تمليك**) وزواله يتأبد بعتق (**وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلاً له**) كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقاً لأنه إنما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك، بل قال إذا انقطعت صار للفقراء. ثم نقل القدوري إنما هو على ما ذكره المصنف ثابتاً عنه من التأبيد حيث قال: (**وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع**، وإلا أن أبا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظ الوقف والصدقة منبىء عنه لما بينا أنه إزالة الملك كالعتق وعندهما يشترط. قال المصنف: (**وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا**

فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بأن كان الموضع صغيراً لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة. والحاصل أن جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلاً لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعاً ولا بعدها، أما قبلها فإن بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجيء، وأما بعدها فلأن فرض المسئلة فيما إذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقي أن يكون بطريق المهايأة والمهايأة فيهما في غاية القبح الخ ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر. قال: (**ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع**) مثل أن يقول عليّ وكذا كذا. ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً. وقال أبو يوسف: إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم. لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك: يعني لا إلى مالك، وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فإنه يتأبد كالعتق فموجب الوقف يتأبد، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعهم لا يتوفر عليه أي في الوقف مقتضاه، ولهذا كان التوقيت مبطلاً له لأنه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع. قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف، ثم قال هنا: موجبه زوال الملك. وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة، والمذكور في

قال المصنف: (**لهما أن موجب الوقف زوال الملك**) أقول: أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه. وجوابه مذكور في الشروح قوله: (**وقيل أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه إلى آخره**) أقول: فيه أنه إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلاً مجتهداً فيه فليتأمل قال المصنف: (**ولأبي يوسف رحمه الله تعالى عليه**) أقول: تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار.

أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وهذا هو الصحيح، وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص. قال: **(ويجوز وقف العقار)** لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه، **(ولا يجوز وقف ما**

صدقة بالمنفعة) إن كان وقف للسكنى **(أو بالغلة)** إن لم يكن ذكر السكنى **(وقد يكون ذلك مؤبداً وقد يكون غير مؤبد فمطلقة لا ينصرف إلى المؤيد)** بعينه **(فلا بد من التنصيص)** عليه فكان الأولى أن يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري، ثم يذكر الرواية الأخرى ويذكر دليلهما الأول. فأما الوجه الأول فإنما يناسب الرواية عن أبي يوسف بأنه بعد انقطاع الجهة يرجع إلى ملك الواقف أو ذريته، وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف. فمنها ما في المبسوط فيما إذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته، وأيّ إمرأة تزوّجت منهن أو خرجت منتقلة إلى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن، فلذلك جائز اعتباراً للسكني بالغلة، وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة، إلى أن قال: وإن لم يحتج من بقي منهن كان ميراثاً على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد، واشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده، فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود إلى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلاً للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكني داره بعد موته مدة معلومة فإنه جائز أن يلزم ويعود إلى الورثة إذا سقط حق الموصي له، ومن ذلك ما نقل للناطفي في الأجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف: إذا وقف على رجل بعينه جاز، وإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى ورثة الواقف. قال: وعليه الفتوى. وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لأنه لا فرق أصلاً، ومنها ما ذكر في البرامكة. قال أبو يوسف: إذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف إلى الفقراء. قال في الأجناس: فحصل عنه روايتان. وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح، فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف، بل قد سقط لأنه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود إلا أن ينص على ذلك فيقول فإن عادت أو فارقت عاد ما كان لها قوله: **(ويجوز وقف العقار)** وهو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الأرض تبعاً فيكون وقفاً معها، وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان: تدخل الأشجار والبناء في وقف الأرض كما تدخل في البيع، ويدخل الشرب والطريق استحساناً لأن الأرض لا توقف إلا للاستغلال، وذلك لا يكون إلا بالماء والطريق فيدخلان كما في الإجارة، ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين، ولو قال وقفتها

أول الكتاب عو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى، فيكون عنه في المسئلة روايتان. وقيل أرادا هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالإتفاق وهذا أوفق. وأقول: هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره. ولأبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرّب إلى الله تعالى، وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين، وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حياً، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً. ولقائل أن يقول: هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لأنه قال وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وذلك يدل على أن التأبيد شرط. والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران: أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلاً. والثاني أنه يشترط

قوله: **(والجواب أن المروي الخ)** أقول: هذا مما يهم في كثير من المواضع.

ينقل ويحوّل) قال رضي الله عنه: وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف: **(إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز)** وكذا سائر آلات الحراسة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من

بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال: لا تدخل في الوقف أيضاً، ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لأنه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق، ولا تدخل الزروع كلها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة. والحاصل أن كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف. وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف، فيدخل في وقف الأرض أصول الباذنجان وقصب السكر، ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينة ورماده، ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق. وقوله: **(لأن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وقفوه)** قدمنا ذكر جماعة من الرجال الصحابة ونسائهم وقفوا، وأسانيدها مذكورة في وقف الخصاف. ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه أرضه ثمغ[١]. وأخرج إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة: حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه: أن الزبير بن العوّام رضي الله عنه وقف داراً له على المردودة من بناته. قال: والمردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري: «وقف رسول الله ﷺ أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة»[٢]. وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول: أنا ابن سبع الإسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي ﷺ يكون فيها في الإسلام، وفيها دعا الناس إلى الإسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الإسلام، وتصدق بها الأرقم على ولده وذكر أن نسخة صدقته: بسم الله الرحمٰن الرحيم هذا ما قضى الأرقم، إلى أن قال: لا تباع ولا تورث[٣]. وفي الخلافيات للبيهقي: قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي: تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم، وتصدق عمر بربعه، وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم، وعثمان رضي الله عنه برومة فهي إلى اليوم، وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم. قال: وما لا يحضرني كثير[٤]، وهذا كله مما يشتدل به على أبي حنيفة في عدم إجازته الوقف.

[فرع] إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها.

[فرع آخر] وقف عقاراً على مسجد أو مدرسة هيأ مكاناً لبنائها قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها إلى الفقراء إلى أن تبنى، فإذا بنيت ردّت إليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء إلى أن يولد لفلان قوله: **(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحوّل)** كذا قال القدوري. قال المصنف رحمه الله **(وهذا على الإرسال)** أي على الإطلاق **(قول أبي حنيفة رحمه الله)** ثم قال القدوري **(وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز)** والأكرة الحراثون **(وكذا آلات الحراثة)** إذا

لكن لا يشترط ذكره باللسان. والمصنف أشار إلى القول الأول بالتعليل، وإلى الثاني بذكر المذهب، واستدل عليه بقوله: وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع الخ، وفي كلامه تعقيد لا محالة.

---

(١) صحيح. تقدم قبل سبعة أحاديث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٧٣ بسنده عن عمرو بن الحارث قال: ما ترك رسول الله ﷺ إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، أرضاً تركها صدقة ا هـ. وورد بنحوه وكرره البخاري في ٢٧٣٩ و ٢٩١٢ و ٣٠٩٨ و ٤٤٦١.

(٣) ضعيف. أخرجه الحاكم ٣/ ٥٠٢، ٥٠٣ من حديث عثمان بن أرقم. وفيه الواقدي وإن قبلوه في المغازي. إلا أن الراوي عنه الحسين بن الفرج اتهمه يحيى بالكذب والعجب سكت عليه الذهبي والحاكم.

(٤) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٤٧٧، ٤٧٨.

الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف، ومحمد معه فيه، لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى. وقال محمد: **(يجوز حبس الكراع والسلاح)** ومعناه وقفه في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا، وهو إستحسان. والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل. وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه: منها قوله عليه الصلاة والسلام «وأما خالد فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل

كانت تبعاً للأرض يجوز **(لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود)** منها **(وقد ثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كبيع الشرب)** والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً، وهذا كثير مستغن عن العدّ. ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف وإلا لا نفقة لهم، وإن لم يصرح به في مال الوقف فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فأخذ ديته عليه أن يشتري بها آخر. ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر، فإن كان الأصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف، وإذا فداه بفدية تزيد على أرش الجناية فهو متطوع بالزيادة، وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شيء، فإن فدوه كانوا متطوعين **(ومحمد مع أبي يوسف فيه)** يعني فلا مغني لإفراد أبي يوسف **(لأنه لما جاز إفراد بعض المنقولات بالوقف عنده)** أي عند محمد رحمه الله، فتجويزه تبعا للعقار أولى فضمير لأنه للشأن، أما وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف. قال المصنف: **(وقال محمد: يجوز حبس الكراع)** وهي الخيل والسلاح، ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه. أيضاً في ذلك **(على ما قالوا، وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل)** من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد **(وجه الإستحسان الآثار المشهورة فيه)** أي في الكراع والسلاح. منها قوله ﷺ في الصحيحين عن أبي هريرة بعث ﷺ عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيراً فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله، وأما العباس عم رسول الله ﷺ فهي عليّ ومثلها، ثم قال: أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه»[1] وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه، وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف[2]، وكذا لم يعرف جمعه على أكراع لأن فعالاً لا يجمع على أفعال بل على أفعل كعقاب وأعقب، وإنما ذكر له في الصحاح صيغتي جمع، قال: فالجمع أكرع ثم أكارع، إلا أن الطبراني أخرج عن ابن المبارك: حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال: لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال: لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي، وما من عمل

وقوله: **(وهذا على الإرسال)** أي ما ذكره القدوري من قوله: **(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول)** على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً، كراعا أو غيره، تعاملوا فيه أو لا. قول أبي حنيفة. والأكرة جمع أكار وهو الذرّاع كأنها جمع أكرا تقديراً. وقوله: **(والبناء في الوقف)** أي في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات. وقوله: **(لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول)** يعني من غير أن يجعل تبعاً لشيء كما في المتعارف مثل الفأس والقدوم والمراجل **(عنده)** أي عند محمد **(فلأن يجوز الوقف)** أي وقف المنقول **(تبعاً أولى)** والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح. وقوله: **(لما بيناه من قبل)** يعني ما مر أن

قال المصنف: **(والبناء في الوقف)** أقول: فيه نوع مصادرة لأن البناء مما ينقل تأمل في جوابه فإن تبعية البناء أقوى قال المصنف: **(فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى)** أقول: هذا فيما فيه تعامل مسلم، وأما مطلقاً فلا تدبر قوله: **(يعني ما مر أن من شرطه التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول)** أقول: وفيه تأمل، كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الزكاة.

(٢) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٧٩ عن أبي وائل.

الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى» ويروى أكراعه. والكراع: الخيل، ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها، وكذا السلاح يحمل عليها. وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمرّ والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف. وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه. ومحمد يقول: القياس قد يترك بالتعامل كما في

أرجى عندي من «لا إله إلا الله» وأنا متترس، ثم قال: إذا أنا متّ فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله. وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير، وقال فيه: ما من عمل أرجى عندي بعد لا إله إلا الله من ليلة بتها وأنا متترس والسماء تهلني ننظر الصبح حتى نغير على الكفار[1]. وإذا عرف هذا فالإبل تدخل في حكمه بالدلالة لأن العرب يغزون عليها مع أنه روي أن أم معقل جاءت إلى النبيّ ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحة في سبيل الله إني أريد الحج أفأركبه؟ فقال ﷺ: «اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله»[2] والحاصل أن وقف المنقول تبعاً للعقار يجوز وأما وقفه مقصوداً، إن كان كراعاً أو سلاحاً جاز، وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفاً كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة. ومما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف، قال أبو يوسف: لا يجوز، وقال محمد: يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي، كذا في الخلاصة. وفي الفتاوى لقاضيخان. وقف بناء بدون أرض قال هلال: لا يجوز انتهى. لكن في الخصاف ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار جاز فإنه قال في رجل وقف بناء دار له دون الأرض: إنه لا يجوز، قيل له فما تقول في حوانيت السوق إن وقف رجل حانوتاً منها؟ قال: إن كان الأرض إجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لأنا رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها، وإنما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره، فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه وإلا فلا. وذكر في موضع آخر في فتاوى قاضيخان: إذ بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثاً، ثم ذكر أنه إنما خص البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك. ثم قال: وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل. ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز، ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو إجارة، وإن كانت ملكاً لواقف البناء جاز عند البعض. وعن محمد: إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفاً عليها. ذكر الكل في الفتاوى. وإطلاق الإجارة يعارض قول الخصاف في أرض الحكور، اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالأملاك على ما ذكره وسمعته. وفي الخلاصة، إذا وقف مصحفاً على أهل المسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز، وإن وقف على المسجد ويقرأ في ذلك المسجد، وفي موضع آخر، ولا يكون مقصوراً على هذا المسجد، وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه

من شرطه التأبيد، والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل: قدور النحاس. وقوله: (**إلحاقاً لها بالمصاحف**) يعني أن وقف

---

(١) أخرجه الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ٣/٤٧٨ عن أبي وائل.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ١٩٩٠ والحاكم ١/١٨٣، ١٨٤ والبيهقي ٦/١٦٤ كلهم من حديث ابن عباس بنحوه.

«أراد رسول الله ﷺ الحج فقالت امرأة لزوجها: أحجّني على جملك فلان قال: ذاك حبيس في سبيل الله عز وجل. فأتى رسول الله ﷺ فقال: إن امرأتي تقرأ عليك السلام ونعمة الله، وإنها سألتني الحج معك. قالت: أحجني مع رسول الله ﷺ فقلت: ذاك حبيس في سبيل الله فقال: أما إنك لو أحججتها عليه كان في سبيل الله....»

قال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي بقوله: عامر ضعفه غير واحد، وبعضهم قوّاه. ولم يحتج به البخاري اهـ.

وقال ابن حجر في التقريب: صدوق يخطيء اهـ. وله شواهد فهو حسن.

الاستصناع، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء. وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصاحف، وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد، وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه. وقال الشافعي: كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به، فأشبه العقار والكراع والسلاح. ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد، ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير، بخلاف العقار، ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس. وهذا لأن

ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه، والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ. وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه، والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول: **(القياس يترك بالتعامل كما في الإستصناع، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء، وعلى قول محمد فقهاء الأمصار، وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا)** وقال الشافعي رحمه الله: كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه، وهذا قول مالك وأحمد أيضاً. وأما وقف مالاً ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي، وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته، وعن أحمد لا يصح وقفه، وأنكر الحديث، ذكره ابن قدامة في المغني. وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع، وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار، غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما، ولا يلحق دلالة أيضاً لأنه ليس في معناهما. وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها. ففي الخلاصة: وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزاً. وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك؟ قال نعم، قيل وكيف؟ قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه، وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة. قال: فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكرّ من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبداً على هذا السبيل يجب أن يكون جائزاً. قال: ومثل هذا كثير

المصاحف صحيح، فكذا الكتب. ذكر في فتاوى قاضيخان: اختلف المشايخ في وقف الكتب جوّزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى. وقوله: **(كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله)** احتراز عن الدراهم والدنانير، فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله في ملكه. وقوله: **(ويجوز بيعه)** احتراز عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضاً. ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأبيد لا بد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدراهم والدنانير. وقوله: **(بخلاف العقار)** جواب عن اعتباره بالعقار. وقوله: **(ولا معارض من حيث السمع)** جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح. ووجهه أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضاً كالدراهم، إلا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع. وقوله: **(ولا من حيث التعامل)** جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المراجل والقدوم وغيرهما، فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك. ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس. وقوله: **(وهذا)** استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما لقوتهما

قال المصنف: **(ولا بد منه على ما بيناه)** أقول: اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف، وذلك موجود في محل النزاع أيضاً فليتأمل.

العقار يتأبد، والجهاد سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما. قال: (وإذا صح

في الريّ وناحية دنباوند والأكسية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبداً جاز فتدفع الأكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها، ولو وقف ثوراً لإنزاء بقرهم لا يصح. ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله، فلو وقفه على أن يمسكه ما دام حياً إن أمسكه للجهاد جاز له ذلك، لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن لجاعلي فرس السبيل أن يجاهد عليه، وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل: يعني يبطل الشرط، ويصح وقفه، ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه. قال في الخلاصة: وهذه دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه ا هـ. وهذا عندي غير صحيح لأنه يعود إلى القبح الذي لأجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع، وهو أن يتخذ مسجداً يصلي فيه عاماً وإصطبلاً يربط فيه الدوابّ عاماً، ولو قيل إنما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكني ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه، ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية، ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجداً. نعم إن خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجداً عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين. وفي الخلاصة أيضاً: يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط، وإذا زوّج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز، ولو زوّج عبدَ الوقف لا يجوز، والفرق ظاهر، وهو أن في الأول اكتساباً للوقف دون الثاني، ولهذا لو زوّج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز. ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه: هو كوقف الضيعة مع الثيران. وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال: الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها، فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله، فإن نبتت ثانياً وإلا غرس مكانها. وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال: ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها، وما بقي متروك على حالها قوله: قوله: **(وإذا صح الوقف)** أي لزم، وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف. ثم قوله: **(لم يجز بيعه ولا تمليكه)** هو بإجماع الفقهاء **(إلا أن يكون مشاعاً فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته، أما امتناع التمليك فلما بينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام «تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب»[1] ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره، ولأنه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع **(وأما جواز القسمة)** أي عندهما، فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بصحة وقف المشاع لأنها مبادلة، ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات **(فلأنها تمييز)** معنى **(وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف فلم تكن بيعاً وتمليكاً، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف)** عند أبي يوسف، ووقف المشاع إنما يجوز على قوله: **(و)** لو طلب الشريك القسمة **(بعد موته)** فالقسمة **(إلى وصية، وإن وقف نصف عقار خالص له ف)** للقسمة طريقان: أحدهما أن **(يقاسمه القاضي)** بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلاً أن يقاسمه **(الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه)** إن أحب، وهذا

ليس في معناهما، ولم يذكر التعامل اعتماداً على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به. قال: **(وإذا صح الوقف لم يجز بيعه)** أي إذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه، إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته، فقوله إلا أن يكون مشاعاً استثناء من قوله لم يجز بيعه، وهو منقطع أو متصل، لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعاً، أما امتناع التمليك فلما بينا: يعني ما روي من قوله ﷺ «تصدق بأصلهما لا تباع ولا

(١) تقدم في ١/ ٢٠٥.

الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه، إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا. وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف فلم تكن بيعاً وتمليكاً؛ ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصية، وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز

(لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسماً ومقاسماً، ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعاً بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان النصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه، فقوله: **(إن أعطى الواقف لا يجوز)** يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف، ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيهما أنه أخذ الدراهم. واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائماً عامراً، أما إذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الواقف إن كان حياً، وإلى ورثته إن كان ميتاً. وقال الصدر الشهيد: في جنس هذه المسائل نظر: يعني لأن الواقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف، وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف، ولأن ذلك بشرط الفائدة، وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره، ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة، وحوض محلة خرب وصار بحيث لا تمكن عمارته فهو للواقف ولورثته، فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة. زاد في فتاوى الخاصي: إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه، وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه. وروي عن محمد: إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعاً كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً. وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه. قال في النوازل: يبيعها ويتصدق بثمنها. قال: وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك. قالوا: فالفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع، وهذا هو الصحيح حتى ذكر في

توهب» وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلخ. وقوله: **(وأما جواز القسمة)** فظاهر. وقوله: **(فهو الذي يقاسم)** أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي. وقوله: **(خالص)** صفة عقار: أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شراكة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعاً وجب أن يكون القاسم هاهنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً، فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالباً ومطالباً، وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه، أو يبيع نصيبه من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه، ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضياً على ذلك فإن إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا لضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى، فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها، فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطي بمقابلة الدراهم شيئاً من الوقف، وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز، لأنه حينئذ يشتري شيئاً بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز. وقوله: **(لأن الخراج بالضمان)** هذا لفظ الحديث، وهو من جوامع الكلم، ولإحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة، ومعناه هاهنا: أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم

قوله: **(استثناء من قوله لم يجز بيعه إلخ)** أقول: بل من قوله ولا تمليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف، نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والأمر سهل.

أن يكون مقاسماً ومقاسماً، ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء. قال: **(والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط)** لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن

شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة، ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده، هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال: يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة، وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالثمرة كذا قيل. والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعاً لزيادة مؤنة الهدم، إلا أن تزيد القيمة بالهدم. وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه قوله: **(والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشرط)** لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبداً وذلك **(بصرف الغلة مؤبداً)** ولا يمكن ذلك بلا عمارة، فكانت العمارة مشروطة اقتضاء، ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين، لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة. قال شمس الأئمة: وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة. فإذا شرط ذلك في صكه يقع الأمن بالشرط. قال المصنف: **(ولأن الخراج بالضمان)** أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء: أي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل. وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ «أنه قضى أن الخراج بالضمان»[1] قال أبو عبيد: معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيباً كان عند البائع فقضى أنه يردّ العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج، وإنما طابت لأنه كان ضامناً للعبد، ولو مات مات من مال المشتري لأنه في يده اهـ. ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع، وهذا الحديث من جوامع الكلم، وفي معناه: الغرم بالغنم، وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة. وقوله: **(وصار)** أي عمارة الوقف **(كنفقة العبد الموصي بخدمته فإنها)** تكون **(على الموصى له بها)** قوله: **(ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم)** لا يتصور أن يلزموا لعدم اجتماعهم ولعسرتهم **(وأقرب أموالهم هذه الغلة)** الكائنة للوقف **(فتجب)** العمارة فيها قوله: **(وإن كان الوقف على رجل بعينه)** أو رجال **(وآخره للفقراء فهو في ماله أيّ مال شاء في حياته)** فإذا مات فمن الغلة **(ولا يؤخذ من الغلة)** عيناً **(لأنه)** رجل **(معين يمكن مطالبته)** ثم هو يعطي إن شاء من الغلة وإن شاء من غيرها، ثم العمارة المستحقة عليه إنما هي **(بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف)**

أيضاً. ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم: أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرتهم، وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها. وقوله: **(ولو كان الوقف على رجل بعينه)** ظاهر. وقوله: **(ولا يؤخذ من الغلة)** يعني حتماً لأنه قال فهو في ماله أيّ مال شاء، وهذه الغلة أيضاً من ماله، فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه. وقوله: **(ولو كان الوقف على**

---

(١) جيّد. أخرجه أبو داود ٣٥١٠ والترمذي تعليقاً عقب حديث ١٢٨٥ وابن ماجه ٢٢٤٣ والبغوي ٢١١٨ وابن حبان ٤٩٢٧ والحاكم ٢/ ١٤، ١٥ وأحمد ٦/ ٨٠، ١١٦ كلهم من حديث عائشة.
وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.
وورد من وجه آخر عن عائشة في أثناء حديث وفيه: «أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان».
أخرجه أبو داود ٣٥٠٨ والترمذي ١٢٨٥ والنسائي ٧/ ٢٥٤، ٢٥٥ وابن الجارود ٦٢٧ وابن حبان ٤٩٢٨ والبغوي ٢١١٩ والحاكم ٢/ ١٥ والبيهقي ٥/ ٣٢١ والطحاوي ٤/ ٢١ والطيالسي ١٤٦٤ والشافعي ٢/ ١٤٣، ١٤٤ وأحمد ٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧ وإسناده حسن فالحديث جيد بمجموع طريقيه.

الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها. ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها. ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله: أيّ مال شاء في حال حياته. ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه. فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض، وعند الآخرين يجوز ذلك، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة. قال: **(فإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له**

عليها) **(فأما الزيادة فليست بمستحقة)** فلا تصرف في العمارة **(إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض)** أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها **(وعند آخرين يجوز ذلك)** أي الزيادة **(والأوّل أصح)** لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم، ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها إن لم يخف ضرر بين، فإن خيف قدّم. وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين، فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته، وإن لم يعمل لا يأخذ شيئاً. قال الإمام فخر الدين قاضيخان: رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلاً وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم لا يأخذ ما يأخذه إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل اهـ. فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيئاً، أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم قوله: **(فإن وقف دارا على سكنى ولده)** أو غير ولده **(فالعمارة على من له السكنى، لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصي بخدمته، فإذا امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها)** ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى **(لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً، والأول)** وهو العمارة **(أولى)** من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال إحداهما **(ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من)** إلزام الضرر **(بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيهما)** إذا عقد عقد **(المزارعة)** وبينا من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك **(ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأن امتناعه في حيز التردد)** يعني دلالة امتناع على الرضا بإسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بإبطال حقه وإنما قال أجرها الحاكم لأنه **(لا تصح إجارة من له السكنى)** وعلله بقوله **(لأنه غير مالك)** وفي تقريره قولان: أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع، وهذا ضعيف، فإن للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والمسئلة في وقف الخصاف، والآخر أنه ليس بمالك للعين والإجارة تتوقف عليه لأنها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فأقيمت العين مقام المنفعة

الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض: أي لا تصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء. وعند آخرين يجوز ذلك، والأوّل وهو أن يكون البناء الثاني مثل الأول لا زائداً عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وإن وقف دارا على سكنى ولده)** ظاهر. وقوله: **(والأول أولى)** يريد به إجارة الحاكم وعمارتها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكني. والثاني هو ترك العمارة. واستفيد ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً. وقوله: **(في حيز التردد)** بيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه. وقوله: **(ولا تصح إجارة من له السكنى)** إضافة المصدر إلى فاعله، وهذا لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك، ومن له السكني ليس بمالك. ونوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار

سكنى) لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته **(فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى)** لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً، والأول أولى، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد، ولا تصح **إجازة من له السكنى** لأنه غير مالك. قال: **(وما انهدم من بناء الوقف وآلته)** صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج

ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة، وهو مشكل لأنه يقتضي أن لا يصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، وأن لا يصح من الموقوف عليه السكني الإعارة لكنه يصح كما ذكرنا، فالأولى أن يقال لأنه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة، وإلا لملك أكثر مما ملك بخلاف الإعارة، وهذا الوجه والذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره، حتى أن الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضاً ليس له أن يؤاجر لأنه ليس بمالك للعين فلا يمكن إقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الإجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل. ونص الإستروشني أنه رأى في المنقول أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز، وإنما يملك الإجارة المتولي أو القاضي. ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يسترم تجوز إجارته وهذا في الدور والحوانيت، وأما الأراضي فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر إن لم يشرط ذلك، فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه، هذا وإن لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب، والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضاً على الأرض كرماد تسفوه الرياح وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها وبين أن يردها إلى ورثة الواقف قوله: **(وما انهدم من بناء الوقف وآلته)** وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفاً على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إليه، وأنت تعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة إلى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله إن احتاج إليه وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج، وإنما المعنى أنه إن كان التهيؤ للعمارة ثابتاً في الحال صرفه إليها وإلا حفظه حتى يهيأ ذلك وتتحقق الحاجة، فإن المنهدم قد يكون قليلاً جداً لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة، وإن تعذرت إعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك إقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لأنه من عين الوقف، ولا حق لهم في العين الموقوفة، لأنها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط، واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الانتفاع به هو فيما ورد عليه وقف الواقف، أما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط، وهذا لأن في صيرورته وقفاً خلافاً. والمختار أنه لا يكون وقفاً فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت قوله: **(وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف)** فهذان فصلان ذكرهما القدوري **(شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه. أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف)** وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري. ومن أصحاب الشافعي ابن سريج **(ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال)** الرأيي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري، وإنما نسب إلى الرأي: أي لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي

وليس بمالكها. وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة والمعدومة، ومن له السكني أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف، ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره. قال: **(وما انهدم من بناء الوقف وآلته)** قال صاحب النهاية: قوله وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالعطف على البناء: يعني ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد، ويحتمل أن يكون مرفوعاً بالعطف على ما

إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيهما لأنه لا بد من العمار ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف. فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها، وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل **(ولا يجوز أن يقسمه)** يعني النقض **(بين مستحقي الوقف)** لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه: وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم. قال: **(وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف)** قال رضي الله عنه: ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه. أما الأول

البصري، ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة. وقيل إن هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر. ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي، وفي المغرب هو تحريف، بل هو الرأيي بتشديد الراء المهملة لأنه من البصرة لا من الري. والرازي نسبة إلى الري، وهكذا صحح في مسند أبي حنيفة وغيره، وبقول محمد قال الشافعي ومالك، والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء. ثم **(قيل إن الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض)** أي قبض المتولي، فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه، وما شرط القبض إلا لينقطع حقه، ولما لم يشرطه أبو يوسف لم يمنعه **(وقيل مسئلة مبتدأة)** غير مبنية وهو أوجه، ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جارياً فيها على ما صححه المصنف. وقيل بل صحة شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح. وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان، فإن الكل جعلوا الصحة بالاتفاق. وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعاً لما بعد موته، كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف إذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم، أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لا يعتقون بموته فلا تبعية، ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه **(وجه قول محمد رحمه الله إن الوقف تبرع على وجه التمليك)** للغلة أو للسكنى **(فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة)** بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة، إذ لم يكن مملكاً على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر، فكذا في الصدقة الموقوفة **(وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه)** بيتاً **(ولأبي يوسف ما روي «أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته»[1] والمراد صدقته الموقوفة، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط)** فإن الإجماع على أن

الموصولة وهو المنقول عن الثقات، لأنه لا يقال انهدمت الآلة، والنقض بضم النون البناء المنقوض، وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير. وقوله: **(ولا يجوز على قياس قول محمد)** بناء على أن التسليم إلى المتولي شرط عنده ولم يوجد. قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف ترغيباً للناس في الوقف. وقوله: **(فقد قيل يجوز بالاتفاق)** وهو رواية المبسوط

قال المصنف: **(وقيل إن الاختلاف بينهما بناء الخ)** أقول: في هذا البناء نوع تأمل ظاهراً، لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازي قال المصنف: **(وقد قيل هو على الاختلاف أيضاً وهو الصحيح)** أقول: مخالف لرواية الكتب المذكورة قوله: **(لأن اشتراطه لهم في حياته)** أقول: ذكر الضمير في قوله لهم تغليباً للذكور على الإناث قال المصنف: **(وجه قول محمد رحمة الله تعالى عليه إن الوقف تبرع على وجه التمليك)** أقول: فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الموقف زوال الملك بدون التمليك، ولما قاله الشارحون من أن في الوقف إباحة المنفعة لا تمليكه كما سبق في الدرس السابق، وجوابه أن المنفعة غير العلة.

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٧٩ وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٤٦: لم أجده.

فهو جائز عند أبي يوسف، ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي. وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز. وقيل هي مسئلة مبتدأة، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء؛ ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل يجوز بالاتفاق، وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه. وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه، فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه، ولأبي يوسف ما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته» والمراد منها صدقته الموقوفة، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط، فدل على صحته، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه، وهذا جائز، كما إذا بنى خاناً أو

الواقف إذا لم يشرط لنفسه الأكل منها لا يحل له أن يأكل منها، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه، والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن في مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال: ألم تر أن حجراً المدري أخبرني قال: إن في صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر[1] **(ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه)** كذا قرره المصنف، وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع، وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك **(كما إذا بنى خاناً وشرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها، قال ﷺ «نفقة الرجل على نفسه صدقة»)** روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهوة، فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معد يكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال «ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقه»[2] وأخرجه النسائي عن بقية عن بجير بلفظ: «ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة» الحديث. وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل كسب مالاً حلالاً فأطعمه نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فإن له زكاة»[3] ورواه الحاكم إلا أنه قال «فإنه له زكاة» وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «كل معروف صدقة، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة، وما وقي به عرضه

والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف، فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جاز فلأمهات أولاده أولى، وإنما الإشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لأمهات أولاده في

---

(١) ذكره في نصب الراية ٣/٤٧٩ وقال: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة اهـ.
قلت: وحجر هذا تابعي فهو مرسل ورجاله ثقات.

(٢) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢١٣٨ من حديث المقداد بن معد يكرب.
قال البوصيري: في إسناده كلثوم بن جوشن القشيري ضعيف اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٧٩: أخرجه النسائي في باب عشرة النساء من حديث بقية عن بجير به اهـ.
وبقيّة مدّلس وقد عن عنعنه لكن للحديث شواهد فهو حسن إن شاء الله تعالى.

(٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٤٢٣٦ والحاكم ٤/١٢٩ و١٣٠ وأبو يعلى ١٣٩٧ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.
قال الهيثمي في المجمع ١٠/١٦٧: إسناده حسن.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي اهـ.
والصواب أنه حسن كما قال الهيثمي ولا يتعدّاه وإنما حسنته لشواهده وإلا ففي إسناده درّاج ضعيف.

سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه، ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه

صدقة»[١] الحديث. وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر: ما معنى وقي به عرضه قال: إن يعطي الشاعر وذا اللسان المتقي. **وقال صحيح الإسناد**. وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال «من أنفق على نفسه فهي له صدقة، ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة»[٢] وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل «أبدأ بنفسك فتصدّق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك»[٣] الحديث، فقد ترجح قول أبي يوسف. قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف، ونحن أيضاً نفتي بقوله ترغيباً للناس في الوقف، واختاره مشايخ بلخ، وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه. ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته، وكذا إذا قال إذا حدث عليّ الموت وعليّ دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما عليّ فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز. وفي وقف الخصاف إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف؟ قال: يكون لورثته لأنه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف أن شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والربع، وكذلك إذا قال: إذا حدث على فلان الموت: يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه، وفي كذا وكذا وسمي أشياء، أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهماً لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله قوله: **(ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى)** تكون وقفاً مكانه **(فهو جائز عند أبي يوسف)** وهلال والخصاف، وهو استحسان، وكذا لو قال علي أن أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكاناً. وقال محمد: يصح الوقف ويبطل الشرط، وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً، وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك، وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه أن ينقص من المعاليم إذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك، وليس لقيمه إلا أن يجعله له، وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانياً إلا بشرطه، ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لأن إفادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها، ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته. وفي فتاوى قاضيخان: قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لأن هذا شرط لا يبطل الوقف، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض، فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض أخرى، وفي نحو هذا عن الأنصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها إلا بإذن الحاكم، وينبغي للحاكم إذا رفع إليه

حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه، ولكن جوّز ذلك استحساناً للعرف، ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لأنهن يعتقن بموته، فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الأجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة، وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح، لأن اشتراطه لهم في حياته: أي اشتراط صرف الغلة في ابتداء الوقف لأمهات أولاده ومدبريه، وذكر الضمير تغليباً للمدبرين على أمهات الأولاد كاشتراطه لنفسه، ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي يوسف، فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة إلى أمهات أولاده ومدبريه. وجه قول

---

(١) حسن لشواهده أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٨ والحاكم ٢/ ٥٠ كلاهما من حديث جابر.

وصححه لحاكم، وتعقّبه الذهبي بقوله: عبد الحميد ضعفوه اهـ. لكن الحديث حسن لشواهده في الجملة.

(٢) أضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ٣/ ٤٨٠ من حديث أبي أمامه.

قال الزيلعي: ورواه ابن عدي في الكامل وأعلّه ببشر بن نمير اهـ. انظر الكامل ٢/ ٨. وبشر هذا ضعفه غير واحد.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٩٩٧ والنسائي ٧/ ٣٠٤ والشافعي ٢/ ٦٨ والطيالسي ١٧٤٨ وعبد الرزاق ١٦٦٦٤ والبيهقي ١٠/ ٣٠٩ وابن حبان ٣٣٣٩ كلهم من حديث جابر بن عبد الله.

ذلك، قال عليه الصلاة والسلام «نفقة الرجل على نفسه صدقة»؛ ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا

ولا منفعة في الوقت أن يأذن في بيعها إذا رآه أنظر لأهل الوقف، وإذا كان حاصله إثبات وقف آخر لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى. ولا يقال: حكم الوقف إذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه. لأنا نقول: حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف إذا لم يخالف أمراً شرعياً، وقد بينا أن شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره، وكون شمس الأئمة ذكر مسئلة ثم قال: ولهذا تهين خطأ من يجوز استبدال الوقف، وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد أن كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره، ولو أريد تجويز الإستبدال بغير شرط الإستبدال فيما إذا كان أحسن للوقف كان حسناً.

والحاصل أن الإستبدال إما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أو لا عن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان، وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعاً به فينبغي أن لا يجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى، ولأنه لا موجب لتجويزه لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة، ولا ضرورة في هذا إذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان، ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال، والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية، والإستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا. وفي فتاوى قاضيخان: أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال. أما بلا شرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بإذن القاضي، ولا يخفى أن محل الإجماع المذكور كون الإستبدال لنفسه إذا شرطه له. وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال وإلا فهو قد نقل الخلاف. وعرف من هذا أن محمل ما ذكرناه عن الأنصاري ما إذا يشرطه لنفسه، ثم إذا اشترى البدل للوقف صار وقفاً ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه، وليس للقيم أن يوصي بالاستبدال لمن يوصي إليه عند موته بالوقف. ومن فروع الاستبدال لو قال عليّ أن أبيعها بقليل أو كثير أو علي أن أبيعها وأشتري بثمنها عبداً نص هلال على فساد الوقف كأنه قال علي أن أبطلها، ولو اقتصر على قوله علي أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضاً جاز استحساناً، وإذا قال علي أن استبدل أرضاً أخرى ليس له أن يجعل البدل داراً، وكذا على العكس، ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها لأن الأماكن قد تختلف في جودة الأرض، وينبغي إن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى خير، ولو شرط الإستبدال ولم يذكر شيئاً استبدل ما شاء من العقار خاصة، ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع، ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته، وكذا لو استهلكه، أما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه، ولو اشترى بالثمن عرضاً مما لا يكون وقفاً فهو له والدين عليه، ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف. أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً، ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح. وقال أبو يوسف وهلال: لا يملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفاً مكانها، وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانياً، وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفاً فكأنه اشترى غيرها إلا أن يكون عمم لنفسه

محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه: أي بطريق التقرب إلى الله تعالى، فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة، فإنه لا يجوز أن يسلم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه، فقوله وشرط بالجر عطفاً على قوله كالصدقة المنفذة،

قوله: (فإنه لما جاز أن يستثني إلى قوله أيضاً) أقول: وفي الملازمة الأولى نوع تأمل.

شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف، وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل. ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف

الاستبدال، ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفاً، وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ما شاء، ولو استحقت الأولى في القياس تبقى الثانية وقفاً، وفي الاستحسان لا لأن الثانية كانت وقفاً بدلاً عن الأولى وبالاستحقاق انقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفاً، ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز، ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة وهو حيّ لو تمكن خلله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي، ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدلا معاً فتفرد بذلك الرجل لا يجوز، ولو تفرد به الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك، وما شرط لغيره فهو مشروط له، كما لو نصب قاضياً بلدين كل قيما كان لكل أن يتصرف وحده، ولو أن أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله وإلا فلا قوله: **(ولو شرط)** أي الواقف **(الخيار لنفسه ثلاثة أيام)** بأن قال وقفت داري هذه على كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام **(جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: الوقف باطل)** وهو قول الشافعي وأحمد وهلال. قال المصنف: **(وهذا بناء على ما ذكرنا)** يريد الأصل المختلف فيه: أعني شرط التسليم، فإن محمداً لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لأنه لا يتصور معه تمام القبض، وأما أبو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متولّ انبنى عليه جواز شرط الخيار. وروي عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل، وهو قول يوسف ابن خالد السمتي لأن الوقف كالإعتاق في أنه إزالة الملك لا إلى مالك، ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط، فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد، ومثل ذلك قال الهندواني: على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال، ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف، ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالإكراه على الوقف فلا يتم معه، بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطاً فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة، وكذا في الإعتاق فإن القبض فيه ليس شرطاً. والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف ثم له هذا وقدمنا ما فيه، وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوماً، حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق، وكذا روي عن أبي يوسف أنه قال: إن بين للخيار وقتاً جاز الوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان، ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد، فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبداً والخيار يمنع التأبيد، وكان شرط الخيار في نفس العقد، بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد، فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز، ذكره في فتاوى قاضيخان. ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة، ولهذا لو وقف أرضاً على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط. وفي فتاوى قاضيخان أيضاً قال الفقيه أبو جعفر: إعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف، ولو اشترى أرضاً فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء.

ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعاً عن الجواز في الكل، فكذا إذا جعل بعض الغلة لنفسه. وقوله: **(ولأبي يوسف ما روي «أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته»)** ذكر الحديث شيخ الإسلام في مبسوطه، والمراد منه الصدقة الموقوفة، ولا يحل الأكل منه إلا بالشرط بالإجماع فدل على صحته. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره إلى جهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك، وإلى قوله ولأبي يوسف أن المقصود هو التقرب، فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف،

ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف، وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا . وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب. وذكر هلال في وقفه وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد، لأن من أصله أنّ التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه. ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته، كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه. ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على

[فروع] اشترى أرضاً على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح، ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفاً ولو وقفها البائع صح، ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف، وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي، وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها قوله: **(وأما فضل الولاية فقد نص فيه)** أي القدوري **(على قول أبي يوسف)** حيث قال: أو جعل الولاية به إليه جاز على قول أبي يوسف **(وهو قول هلال أيضاً)** قال المصنف: **(وهو ظاهر المذهب. وذكر هلال في وقفه)** فقال **(وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم يشرط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه)** فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به، ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب. وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافي هذا الشرط. أجيب بوجهين: أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولي فإن الولاية تكون له عند محمد، فإنه ذكر في فتاوى قاضيخان، ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه، وأما إذا لم يشرط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم، إلى أن قال: وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم، إلا أن شرط الولاية لنفسه، وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشرطها، ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التتمة والذخيرة، والآخر أن معنى قول محمد إن شرط الولاية لنفسه فهي له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً، لأن شروط الواقف تراعى، ومن ضرورته سقوط التسليم. قال في النهاية: كذا وجدت في موضع بخط ثقة، وقدمنا فرعاً آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه. ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله: **(ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه)** ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبياً عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولي فيه من شاء ممن يصلح لذلك، وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل، لأن الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل، بخلاف ما إذا شرطها لنفسه، وقد يتم قوله: **(ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته)** دليلاً على ذلك فإن القاضي ليس أقرب منه إليه، والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وإن زال

وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف، فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالمسجد إذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله، ولو شرط الواقف الخيار

الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء، كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل.

الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف يصرفه إلى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب ولياً. وقوله: **(كمن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته ونصب المؤذن، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه)** أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه، وأما نصب المؤذن والإمام فقال أبو نصر فلأهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك. وقال أبو بكر الإسكاف: الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة. قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إماماً ومؤذناً والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك، وكذا في النوازل **(ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي)** أن يخرجه نظراً للفقراء، كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار، وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل، وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه، وفي فتاوي قاضيخان: لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحيّ في جميع الوقف. وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضي برأيهما. وفيها لو جعل أرضه وقفاً فمرض مرض الموت فجعل رجلاً وصي نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً فإن ولاية الوقف لا تكون إلى الوصيّ، ولو قال أنت وصي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف: هو كما قال، وقال أبو حنيفة: هو وصي في الأشياء كلها.

لنفسه في الوقف بثلاثة أيام جاز الوقف، والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر، وعند محمد الوقف باطل، وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة، حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضاً قوله: **(وهذا)** أي الخلاف **(بناء على ما ذكرناه)** إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف، فإنه لما جاز أن يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حياً فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروي النظر فيه، وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضاً، وبهذا البناء صرح في المبسوط، ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزاً بإبطال الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبداً وشرط الخيار يمنع التأبيد فكان شرط الخيار شرطاً فاسداً في نفس العقد فكان المفسد قوياً قوله: **(وأما فصل الولاية فقد نص فيه)** أي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً، وهو ظاهر المذهب، وذكر هلال في وقفه، وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم يشرط لم تكن له ولاية، وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لأن له الولاية شرط أو سكت، ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولي، فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ، ومعناه إذا سلمه إلى المتولي وقد شرط لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولي، والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه، وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم. قال قاضيخان: وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه، أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه. وقوله: **(ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته)** استدلال لأبي يوسف، وعبر عنه بقوله: ولنا إشارة إلى أنه المختار، وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم.

فصل

(وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه، أو لأنه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة، وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعذر

فصل

لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة، فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الإيصاء به، ولا يجوز مشاعاً عند أبي يوسف، ولا يشترط التسليم إلى المتولي عند محمد أفرده بفصل على حدته وأخره. هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضاً ما لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء، ولو اتخذها مسجداً قال الفقيه أبو جعفر: ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه قيمتها للبائع، وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع بفساد البيع. قال: فاشتراط البناء له دليل على أن لا يكون مسجداً قبل البناء عند الكل. وذكر هلال أنه يصير مسجداً في قول أصحابنا فصار فيه روايتان. قال الفقيه أبو جعفر: في الوقف أيضاً روايتان. والفرق على إحداهما عند هذا القائل إن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة، وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى، ولهذا قالوا لو اشترى داراً لها شفيع فجعلها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة، وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد قوله: **(وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة)** ومحمد في رواية عنهما، وفي رواية أخرى عنهما: لا يزول إلا بصلاة جماعة، وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجداً. أما قولهما فلأن الملك لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم، لكن لا يتعين المتولي لأن تعينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى، ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على مامر لا كل عبد، بل الذي تعود منفعته إليه، غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض، ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس

فصل

فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف، وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وإن لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد، فإن الوقف إذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافاً إلى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه، وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأن الوقف اجتمع فيه معينان: الحبس، والصدقة، فإذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لأن التصدق بالغلة المعدومة لا يصح، فإذا أوصى به أو أضافه إلى ما بعد الموت كان لازماً بعد موته، وأما إذا قال جعلت أرضي مسجداً فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه، فلو أزاله لله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالإعتاق، وكلامه واضح. وقوله: **(وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة)** وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذان وإقامة، حتى لو صلى جماعة بغير أذان وإقامة سراً لا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد، فإن أذّن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار

فيشترط أدناه. وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب وقال أبو يوسف: **(يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً)** لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط مالك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق، وقد بيناه من قبل. قال: ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به،

له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه، وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المتفرد، لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد، وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده، والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي، فكذا صلاته. ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة، فإنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة، ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما. ولو جعل له واحداً مؤذناً وإماماً فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق، لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة، ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض. وقولنا لا يتعين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متولّ جعله له صح وإن لم يصلّ فيه أحد. وفيه اختلاف المشايخ. والوجه الصحة، لأن بالتسليم إلى المتولي أيضاً يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه. وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبىء عنه، والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة فلا يصح، بل الوقف ينبىء عن الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد، بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبئاً عن إبقاء الملك ليحتاج إلى القضاء بزواله، فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضي العرف في ذلك بخروجه عنه، ومقتضى هذا أمران: أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك، وبه قال مالك وأحمد، وقال الشافعي: لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء، ونحن نقول: إن العرف جار بأن الإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به، فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر نثاراً كان إذناً في أكله والتقاطه، بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال، ولو جرت به عاة في العرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا. والثاني أنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصلّ فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد. وأبو يوسف رحمه الله مرّ على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة أو لم يأذن، ويصير مسجداً بلا حكم لأنه إسقاط كالإعتاق، وبه قالت الأئمة الثلاثة. وينبغي أن يكون قول أبي يوسف إن كلاً من مجرد القول والإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته

مسجداً بالاتفاق لأن صلاته على هذا الوصف كالجماعة. وقوله: **(وقد بيناه من قبل)** إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتمم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق، والسرداب بكسر السين معرب سردابة. وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد. وقوله: **(فله أن يبيعه)** أي لا يكون مسجداً وهو ظاهر الرواية، لأن المسجد ما يكون خالصاً له تعالى، قال تعالى **﴿وأن المساجد لله﴾** أضاف المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له، فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى، ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص قوله: **(وعن أبي يوسف أنه جوّز في الوجهين)** يعني فيما إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت. وعن محمد أنه أجاز ذلك كله: أي ما تحته

قوله: **(وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ)** أقول: وفيه بحث، بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ.

ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس. وروى الحسن عنه أنه قال: إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد، لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو. وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد معظم، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه. وعن أبي يوسف أنه جوّز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة. وعند محمد أنه حين دخل الريّ أجاز ذلك كله لما قلنا. قال: (**وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه**) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع، وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (**وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب**) اعتبره مسجداً، وهكذا عن

مسجداً لما ذكرنا من العرف قوله: (**ومن جعل مسجداً تحته سرداب**) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (**أو فوقه بيت**) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (**وله بيعه ويورث عنه إذا مات**) ولو عزل بابه إلى الطريق (**ولبقاء حق العبد متعلقاً به**) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق، قال الله تعالى ﴿**وأن المساجد لله**﴾ [الجن ١٨] مع العلم بأن كل شيء له فكان فائدة هذه الإضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكر. أما إذا كان السفل مسجداً فإن لصاحب العلو حقاً في السفل حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتد فيه وتداً على قول أبي حنيفة، وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء إلا بإذن صاحب العلو، وأما إذا كان العلو مسجداً فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل، بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلو موقوفاً لصاحب المسجد فإنه يجوز إذ لا ملك فيه لأحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب. ورووي عن أبي حنيفة أنه جعل السفل مسجداً دون العلو جاز لأنه يتأبد، بخلاف العلو، وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط، فإن التأبيد شرط وهو مع المقتضي، وإنما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد، وعن محمد عكسه لأن المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (**وعن أبي يوسف أنه جوّز ذلك في الأولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الأماكن و**) كذا (**عن محمد لما دخل الريّ**) وهذا تعليل صحيح لأنه تعليل بالضرورة (**وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس فيه**) إذناً عاماً (**له أن يبيعه ويورث عنه، لأن المسجد ليس لأحد حق المنع منه، وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه**) الأربع (**كان له حق المنع فلم يصر مسجداً، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى**) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجداً، لأنه لما رضي أن يكون مسجداً ولم يصر مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلاً بلا ذكر كما يدخل في الإجارة بلا ذكر قوله: (**ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه**) يعني بعد صحته بشرطه. وفي فتاوى قاضيخان: رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوماً أن يصلوا فيها بجماعة، قالوا: إن أمرهم بالصلاة فيها أبداً أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه، وإن أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لأنه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافيه، ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق إلا إذا اعترفت الورثة بأنه أراد الأبد، فإن نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم بما لم يثبت. ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه. ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرهاً، فلو كان طريقاً للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضرّ بالطريق. وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي

سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين، وإنما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص، ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد، وقوله لما قلنا يعني من الضرورة. قال: (**وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً**) وسط بالسكون لأنه اسم مبهم لداخل صحن الدار لا لشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح. وقوله: (**ولأنه أبقى الطريق**

أبي يوسف أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر. قال: **(ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه)** لأنه تجرّد عن حق العباد وصار خالصاً لله، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق. ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً

جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً، أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اهـ. يعني إذا احتاجوا إلى ذلك، ولأهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً، وكذا على القلب ويحوّلوا الباب أو يحدثوا له باباً آخر، ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك، ولهم أن يهدموه ويجددوه، وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك، وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم، وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي إلا بإذن القاضي، الكل من الخلاصة، إلا أن قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة، وفيه نظر. وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس: قيم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد أو في فنائه لا يجوز له أن يفعل، لأنه إذا جعل المسجد سكناً تسقط حرمة المسجد، وأما الفناء فلأنه تبع للمسجد قوله: **(ولو خرب ما جول المسجد واستغنى عنه)** أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بأن كان في قرية فخربت وحوّلت مزارع يبقى مسجداً على حاله عند أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. وعن أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر، وكذا في الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر لما روي أن عمر كتب إلى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد **(وعن محمد يعود إلى ملك الواقف)** إن كان حياً **(وإلى ورثته)** إن كان ميتاً وإن لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر. وجه قوله إنه **(عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه)** وقنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه، وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع عاد الكفن إلى ملك مالكه، وكهدي الإحصار إذا زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء. واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة، فإن الإجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة، إلا أن لقائل أن يقول: القربة التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق، ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة، وإن كان لا يصح منهم لكفرهم، على أن الإيمان لم ينقطع من الدنيا رأساً، فقد كان لمثل قسّ بن ساعدة أمثال. فالأوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجدد الملك، فما لم يتحقق لم يعد. وأما ما قاس عليه من هدي الإحصار فليس بلازم لأنه لم يزل ملكه قبل الذبح، وكذا الكفن باق على ملك مالكه، إنما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى

لنفسه) فلم يخلص لله تعالى، حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجداً قوله: **(ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه)** على بناء المفعول **(يبقى مسجداً عند أبي يوسف)** إلى أن قال: وعند محمد يعود إلى ملك الباني. قال في النهاية: وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيناه، فإن أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء، وإن ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء، وإذا ترك الناس الصلاة فيه الجماعة يخرج من أن يكون مسجداً. وحكى أن محمداً مرّ بمزبلة

قال المصنف: **(ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف، إلى قوله: وعند محمد يعود إلى ملك الباني)** أقول: قال الكاكي: حكى أن محمداً مر بمزبلة فقال: هذا مسجد أبي يوسف، وأبو يوسف مر بإصطبل فقال: هذا مسجد محمد، لأنه لما عاد إلى ملك الواقف ربما يجعله إصطبلاً بمرور الزمان انتهى. في توجه طعن أبي يوسف تأمل، فإن الاستبعاد في بقائه مسجداً على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف، وليس الإصطبل كذلك عند محمد فإنه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان.

عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه، وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه، إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير

المستعير فيعود إلى المعير. وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد، ولأنه ما جعله مسجداً ليصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقاً أهل تلك المحلة وغيرهم. وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيده لأنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد، واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور. وفي الخلاصة: قال محمد في الفرس إذا جعله حبيساً في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته كما في المسجد، وإن لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزي عليه ولا حاجة إلى الحاكم، ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلاً وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا يردّ إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر، فإن صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري أنها لا تعود إلى الورثة، وهكذا نقل عن الشيخ الإمام الحلواني في المسجد والحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس عنه أنه يصرف أوقافه إلى مسجد آخر أو حوض آخر.

واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا استغني عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانيه أو ورثته عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء البتة يخرج عن الوقفية، وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه، فإن لم يعرف فهو لقطة، وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثاً، ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد، فقول من قال: في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه. وفي الفتاوى الظهيرية: سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها أخرى؟ قال نعم. وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه، بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول، وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبلة إذا كان فيه مصلحة. وفي فتاوى قاضيخان: وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه، وإن كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفاً انتهى. ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوماً وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض. فإن قلت: على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرنا مقيدة بما إذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر. قلنا إلا لأن الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه، بخلاف هذه فإن المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين، ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الواقف إلى أن يحتاج الباقي إلى العمارة فيصرف فيه، وكذا إذا يبس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الأرض لذلك ولا يعطي المستحقون شيئاً من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلة،

فقال: هذا مسجداً أبي يوسف، يريد به أنه لما لم يقل بعوده إلى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة، ومرّ أبو يوسف بإصطبل فقال: هذا مسجد محمد: يعني أنه لما قال يعود ملكاً فربما يجعله المالك إصطبلاً بعد أن كان مسجداً، فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه لما أشار إليه. استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود إلى ملكه واستظهر بالكعبة، فإن في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام، ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن أن يكون موضعاً للطاعة والقربة خالصاً لله تعالى، فكذلك في سائر المساجد. ومحمد يقول: عين هذا الجزء من ملكه مصروفاً إلى قربة بعينها، فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيرة إذا استغنى عنه، إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير

والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر. قال: **(ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة)** لأنه لم ينقطع عن حق العبد؛ ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم **(وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول)** كما هو أصله، إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم. وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه، ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله، وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض، ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل

بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو إجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقي، ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف قوله: **(ولو بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** ولو سلمه إلى متولّ **(لأنه لم ينقطع حقه عنه، ألا ترى أنه ينتفع به)** في الحال **(فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت)** ليكون وصية فيلزم بعد الموت، وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر **(كما في الوقف على الفقراء)** بل أولى لأن الثابت في كل منهما لفظ ينبىء عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت، وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرنا، بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه **(بخلاف المسجد)** لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم. وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله. وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر **(وعند محمد)** لا يزول **(حتى يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط)** وتسليم هذه **(بما ذكرنا)** من سكناهم الخان والرباط إلى آخره **(ويكتفي بالواحد)** في التسليم الموجب لزوال الملك **(لتعذر فعل الجنس)** أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم **(وعلى هذا البئر)** إذا احتفره **(والحوض)** يزول الملك إذا استقى منهما واحد أو شربت دابة، ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد بإذنه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثاً **(ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه)** أعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض **(لأنه)** أعني المتولي **(نائب عن الموقوف عليهم ففعله)** أي تسليمه **(كفعلهم)** أي تسليمهم **(وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليماً، وقيل يكون)** وقد قدمناه مع وجهه، ووجه المصنف الصحة **(بأنه)** أي المسجد **(يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه، فإذا سلم إليه صح التسليم)** **(لأنه متول له عرفاً)**. واختلف في المقبرة، قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكفي في إزالة الملك عنه التسليم إلى متول **(لأنه لا متولي له)** فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها **(وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولي)** قوله: **(ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها)** أي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولي كقول أبي يوسف. وعند أبي حنيفة له أن يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم. ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما

والحشيش ينقل إلى مسجد آخر. وقوله: **(ومن بنى سقاية أو خاناً)** ظاهر. وقوله: **(بخلاف المسجد)** يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد. وقوله: **(وذلك بما ذكرنا)** يعني أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى

النائب كفعل المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولي فيه، وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه، فإذا سلم إليه صح التسليم، والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولي له عرفاً. وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي، لأنه لو نصب المتولي يصح وإن كان بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاجّ بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك إلى والٍ يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة تحلّ للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغنيّ والفقير، والفارق هو العرف في الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغنيّ لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه، والله تعالى أعلم بالصواب.

سواه، ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها، لأن النبش حرام، ولكن يسوّي الأرض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن. والفتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث. هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها، كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف، بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً، ولو نبتت فيها بعد الوقف إن علم غارسها كانت للغارس، وإن لم يعلم فالرأي فيها للقاضي إن رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف، ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة. ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد، أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف إن قال للقيم تعاهدها، ولو لم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارساً للوقف. ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو شط الحوض القديم فهي للغارس، لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة، وكذا على شط نهر القرية، لو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهي للفارس. ولو بنى رجل في المقبرة بيتاً لحفظ اللبن ونحوه، إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية، لكن إذا احتيج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه، ومن حفر لنفسه قبراً فلغيره أن يقبر فيه وإن كان في الأرض سعة، إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة، وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة. وذكر الناطفي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين، ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة، فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدوابّ فيها. ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوي الغني والفقير، بخلاف وقف الغلة على الغزاة فإنها تحل للفقراء دون الأغنياء منهم. قال المصنف: **(والفارق)** فيه **(العرف فإن)** الواقفين من **(أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول)** لأن الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه في كل مكان، ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر، وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لأن العرف على أن بناء الأربطة للفقراء. وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه.

والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة. وقوله: **(في هذه الوجوه)** أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله: **(ويكتفي بالواحد)** ظاهر. وقوله: **(سكنى الحاج بيت الله تعالى)** الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السّمار في قوله تعالى ﴿**سامراً تهجرون**﴾ والثغر موضع المخافة من فروج البلدان، رابط الجيش: أقام في الثغر بإزاء العدو مرابطة ورباطاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

. . . .

الفصل الأول في المتولي

قالوا: لا يولي من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد، وللمتولي أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً، ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى جاز بيعه. ومن سكن دار الوقف. غصباً أو بإذن المتولي بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معداً للاستغلال أو غير معدّ له، حتى لو باع المتولي داراً للوقف فسكنها المشتري ثم رفع إلى قاض هذا الأمر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجرة مثله، وللمتولي أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها، فإن كان أكثر فالإجارة له وعليه الدفع من مال نفسه، ويضمن لو دفع من مال الوقف، وإن علم الأجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف. ولو أدخل جذعاً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي إذا أنفق على الصغير، وله أن يشتري من غلة المسجد دهناً وحصيراً وآجراً وحصا لفرش المسجد إن كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة، وإن وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك، فإن لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله، ولا يستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف. وذكر الناطفي: وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي، لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره، بخلاف المتولي لا يملكه. والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع، أما إذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فإنه يرجع بالإجماع لأنه كالوكيل إذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف، فإن فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل. ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان، ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامناً للكل. ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج إلى مال لدفع شرهم قال الشيخ الإمام: ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه إلى ذلك على وجه القرض إذا لم تكن حاجة للمسجد إليه. وله أن يبني على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد، وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح. والأصح ما قاله ظهير الدين أن الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء، وإذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن إن فعل. ومن وقف وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى رجل قالوا يكون وصياً وقيماً، هذا في قول أبي يوسف، لأن التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيماً ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قيماً في الوقف. قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيماً بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والأصح لا تصح. بل نصب القيم إلى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من غلاته إذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق، لأنه إذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب إذا أجر المغصوب كان الأجر له ويتصدق به. كذا في فتاوى قاضيخان. وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب الأوقاف، بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين فإن لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح، لكن قيل الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم. وقيل بل الأولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم، وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير،

. . . .

. . . .

وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف. وللمتولي أن يفوّض إلى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي إلى غيره، إلا أنه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالاً مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه بل يرفع الأمر إلى القاضي إذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول، وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لأن للواقف في هذا ما ليس للحاكم، وكذا إذا أخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن. فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث هذه إحداها. والثانية إذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، أما لو كان القاضي أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد أنه يضمن، ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامناً، أما لو مات قبل أن يقول ضمن، وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون ديناً في تركته، وللناس أن يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف إذا مال إلى أملاكهم، فإن لم تكن له غلة يرفع إلى القاضي ليأمر بالاستدانة لإصلاحها، وله أن يبني قرية في أرض الوقف للأكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتاً يستغلها إذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة، فإن كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبني. وفي النوازل في إقراض ما فضل من مال الوقف قال: إن كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعاً ولا يؤجر الوقف إجارة طويلة وأكثر ما يجوز ثلاث سنين، وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف. ولو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف وقال زرعتها لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله، وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الأرض، وليس عليهما أجر مثل الأرض ويقول القاضي له ازرعها للوقف، فإن قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك، فإن قال لا يمكنني يقول لأهل الوقف استدينوا، فإن قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا لا يمكنهم، لأن الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرجه عنه إلا أن يكون غير مأمون، ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضيخان وغيره. وينعزل الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة نص عليه الخصاف لا إن دام أقل من ذلك، ولو عاد إليه عقله وبرأ من علته عاد إليه النظر. وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئاً، وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل، ولو جنّ انعزل وكيله ويرجع إلى القاضي في النصب. ولو أخرج حاكم قيماً فمات أو عزل فتقدم المخرج إلى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا جنحة لا يدخله لأن أمر الأول محمول على السداد، ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة أنه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف، فإن فعل أعاده. وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب إلى الله وأقام بينة أنه صار أهلاً لذلك فإنه يعيده، وليس على الناظر أن يفعل إلا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهي بالمصالح ويصرف الأجر من مال الوقف للعملة بأيديهم، ولذا قلنا لو عمى أو طرش أو خرس أو فلج، إن كان بحيث يمكنه الكلام من الأمر والنهي والأخذ والإعطاء فله الأجر الذي عينه له الواقف، وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطي قوماً مدة وله أن يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم . وفي وقف الخصاف: أن حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره، وما لم يحكم بذلك له أن يعطي غيره ويحرمه لأن في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط حتى ظفرت في المسئلة بقويلة أن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم.

. . . .

....

الفصل الثاني في الموقوف عليه

وقف على زيد ثم المساكين، وكذا إذا على زيد وعمرو فرد أحدهما أو ظهر أنه كان ميتاً فنصيبه للمساكين، وكذا إذا ردا جميعاً، ومن قبل بعد الرد لا يعود، ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك، أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها، ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل بعدها على ولده، وقوله على ولد فلان أبداً ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فإذا جاز من بعدهم رجع من الفقراء إليهم إلا أن يردوه، ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت، بخلاف ما لو أوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردّ واحد فحصته لورثة الموصي، وهذه مما افترق فيه الوصية والوقف، والفرق ذكره هلال وغيره. وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ما لولده صغاراً كانوا أو كباراً. وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والأنثى إلا أن يخص صنفاً ما دام واحد منهم فالكل له، فإن لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون، فإن كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية، وبه أخذ هلال. وعن محمد يدخل وصحيح ظاهر الرواية. ثم إذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن إليه، ولو ضم إلى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته، كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان. وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال: لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا، وإنما روي عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم، فإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الأولى. وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده، بخلاف قوله ولدي فإن ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية، لأن اسم ولده يتناول ولده لصلبه، وإنما وضع في ولد ابنه لأنه ينسب إليه عرفاً قال: وذكر محمد رحمه الله أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا، لكن ذكر المصنف في التجنيس أن الفتوى على ظاهر الرواية، فقد اختلفوا في الاختيار، والوجه الذي ذكر شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة، لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فإنه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام الواقفين منصرف إلى العرف فإن تخاطبهم به، بخلاف ما إذا لم يضف إلى الولد كما يقال ولدت فلانة فإنه يقال أولدت ذكراً أو أنثى؟ فإن هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه وإذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادي وأولاد أولادي إدخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لأنه ليس ابن ولد الولد، وعلى الرواية الأخرى يدخل، ثم إذا انقرض ولد الولد لا يعطي لمن بعدهم بل للفقراء، ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولدي صرفت إلى أولاده أبداً ما تناسلوا، ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوي الأقرب والأبعد إلا أن يرتب الواقف، ولو قال أولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي، ولو قال ولدي وأولادهم وله أولاد أولاد مات آباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الأولاد الموجودين، لأنه لما قال بعد موت أولئك على أولادي فإنما أراد الموجودين. وضمير أولادهم يرجع إليهم خاصة، بخلاف أولادي وأولاد أولادي لا موجب لقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم، ولو قال أولادي وهم فلان وفلان

....

. . . .

وفلان وبعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقين من إخوته، بخلاف ما لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد إذا مات من سواه، ولو قال على بنيّ وله ذكران صرف إليهما، وإن كان واحد فله النصف والنصف الآخر للفقراء لأن أقل الجمع اثنان، فإنما جعل مستحق كله اثنين. وعليه فرّع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج إلا واحد أن النصف له والنصف الآخر للفقراء، غير أنه يشكل بأولادي فإنه يصرف للواحد الكل إلا أن يكون عرف في أولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبنيّ والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادي، ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازه أبو يوسف لأن الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس. ومنعه محمد للجمعية فوجب إعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنيّ واختاره هلال. وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به. قال بعض المشايخ: في المسئلة روايتان انتهى. والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه، وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بنيّ تدخل البنات. قال في الخلاصة: وهذا إنما يستقيم في بني أب يحصون، أما فيما لا يحصون فيصح أن يقال هذه المرأة من بني فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد، ولو لم يكن له إلا بنات صرفت الغلة للفقراء، وعلى بناتي لا تدخل الذكور، ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقاً في بطن أمه، حتى لو حدث ولد بعد خروج للغلة بأقل من ستة أشهر استحق، ومن حدث إلى تمامها فصاعداً لا يستحق لأنا نتيقن بوجود الأوّل في البطن عند خروج الغلة فاستحق، فلو مات قبل القسمة كان لورثته. وهذا في ولد الزوجة، أما لو جاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لأنه متهم في الإقرار على الغير: أعني باقي المستحقين، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب. ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع إلى أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك، وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل مدة كذلك، بخلاف ما إذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال أنه من حمل حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا. وقال بعضهم: يوم يصير الزرع متقوماً ذكره في فتاوى قاضيخان، وهذا في الحبّ خاصة. وفي وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة، وينبغي أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما في الحب لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده. وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة، فكل من كان مخلوقاً قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا، وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصاغر ولدي أو العميان منها أو العور فإن الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة، بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلاً وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة، والأصل أن ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم، وكذلك إذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف، بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال. ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه، كما لو وقف على الأيامى على أن من تزوّجت سقط سهمها فتزوّجت بواحد ثم طلقت لا يعود إلا إن كان نص على ذلك، وكل من مات من المستحقين إذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين، فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغنيّ والفقير من الأولاد إلا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم، فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطي ما لم يثبتها عند القاضي، ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديماً لبينة غناه لأنها أكثر إثباتاً. ومن ولد لأقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لأنه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه، ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها،

. . . .

. . . .

واستحق عند الخصاف لأنه كان مخلوقاً قبل مجيء الغلة ولا مال له، ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين، ومن افتقر بعد الغني رجع إليه الكل. وفي وقف الخصاف رحمه الله: لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطي من كان فقيراً يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيراً وقت الغلة ثم استغنى فأعطيه، بخلاف من لم يكن موجوداً وقت القسمة لا يعطي من هذه القسمة شيئاً بل مما بعدها، وكذا لو خص عميان أولاده ونحوه تعينوا، والمحتاج الذي يصرف إليه من تدفع إليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وإن لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب، بخلاف الدار التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال، كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال.

واعلم أنه إذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم إلا أن يختص الفقراء كما ذكرنا. وأما غيرهم قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرفاً فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون، لأن المطلوب وجه الله تعالى. ومتى ذكر مصرفاً يستوي فيه الأغنياء والفقراء، فإن كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل، إلا إن كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالاً بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم، فانبنى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الأغنياء والفقراء على عدم الإحصاء ولا مميز في الاستعمال. ونص الخصاف على أن الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أن ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون، وكذا على قرّاء القرآن وعلى الفقهاء، أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا. والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمنى والعميان. وقرّاء القرآن والفقهاء وأهل الحديث، ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالاً لأن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر، وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة، والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك، وهي ما إذا جعل غلة أرضه وقفا على الغزاة مع أنه يصح ويصرف إلى فقراء الغزاة أن اسم الغزاء ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير أنه يشعر بالحاجة، ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم. وصرح في وقف الخصاف بصحة الوقف على أرامل بني فلان، وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كنّ يحصين أو لا، وهو للفقراء منهن إذا كانت بالغة، فمن أعطى منهن أجزأ. والأرملة المستحقة: كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات. وخالفوا في الأيامى، فإذا وقف على أيامى بني فلان وبعدهن للمساكين أو أيامى قرابتي إن كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة، وإن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين. والأيم المستحقة: كل أنثى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أو لا. ولو قال على كل ثبت من بني فلان أو من قرابتي فإن كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن، وإن كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين. والثيب: كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أو لا وإن لم تبلغ، ولأبكار قرابتي أو بني فلان، فإن كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث أبداً، وإن كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين. والبكر: من لم تجامع وإن كانت العذرة زائلة. وفي كل ما لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز، ومن أعطى أجزأ كالوقف على الأقارب. وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغني والفقير

. . . .

. . . .

ممن يناسبه إلى الأب الذي أدرك الإسلام أسلم ذلك الأب أو لا ممن كان موجوداً حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من مجيء الغلة، ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفار أو ذميين، ولا يدخل في ذلك الأب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد الذكور منهم وإن سفلوا، ولا تدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آباؤهم ممن يناسبه إلى ذلك الجد الذي أدرك الإسلام، ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد أخواته إذا كان آباؤهم من قوم آخرين. وقوله على آلي وجنسي كأهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم إلا إن خصهم، وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة وإن كان غنياً وقت الوقف، ولا يتقيد بمن كان غنياً فافتقر على الصحيح. ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه إلى أقصى أب في الإسلام من قبل أبيه، أو إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه، لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه. وفي دخول الجد روايتان، وظاهر الرواية لا يدخل، ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والأجداد الأعلون والجدات ورحمي وأرحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة. وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم. وإذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتي فإذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه، ولو عكس فقال على قرابتي فإذا انقرضوا فعلى أهل بيتي لم يصح، ومثله لو قال على إخوتي فإذا انقرضوا فعلى إخوتي لأبي وله إخوة متفرقون إذ بعد انقراض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز، ثم هم عند أبي حنيفة رضي الله عنه الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقته من الأحرار، ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الأبواب أو بعدت، وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد، فإن جمعتهم محلة واحدة وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين، فإن تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين. وقال محمد: هم الملازقون السكان سواء كانوا مالكين للدار أو لا، وسيأتي بقية هذا إن شاء الله تعالى، ولا يدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجار بطل حقه من الوقف.

. . . .

كتاب البيوع

كتاب البيوع

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خالصة، وحقوق العباد خالصة، وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب. فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات، فابتداء المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها، ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات، ثم في ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها، ووقع في آخرها ترتيب أوّل أقسام حقوق العباد: أعني البيع على الوقف. ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك. وفي البيع إلى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب، والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم، هكذا ذكر. ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان، فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات. ثم البيع مصدر، فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين، وقبله وهو البيع المطلق، وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن، ومقابضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك. والبيع من الأضداد، يقال باعه: إذا أخر العين عن ملكه إليه، وباعة: أي اشتراه، ويتعدى بنفسه وبالحرف، باع زيد الثوب وباعه منه. وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال فخر الإسلام: البيع لغة: مبادلة المال بالمال، وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ. والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً، فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه. وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة ٢٧٥] والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام «يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشربوه بالصدقة»[1] وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه[2]. والإجماع منعقد عليه. وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل، وذلك أن

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها، وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلاً منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال، وزيد عليه في الشرع فقيل: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب. وهو من الأضداد لغة. واصطلاحاً يقال: باع الشيء إذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه، ولاشتماله على الأنواع الآتي ذكرها جمعوه، وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ وبالسنة فإنه ﷺ بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة، وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم، وبالمعقول وهو سلب شرعيته، فإن تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك، وقد بينا ذلك في التقرير. وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على

كتاب البيوع

قوله: **(فقيل هو مبادلة الخ)** أقول: سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء، فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه. قوله: **(فإن تعلق البقاء المقدور)** أقول: من القدر

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٣٢٦ والترمذي ١٢٠٨ والنسائي ٧/ ١٤، ١٥ وأحمد ٤/ ٦، ٢٨٠ من طرق كلهم من حديث أبي وائل عن قيس بن أبي غَرَزَ وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وهو كما قال: رجاله رجال البخاري ومسلم.

(٢) هذا ثابت بالاستقراء.

قال: (**البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي**) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت، لأن

الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك، وفي الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحرّ والبرد إلى غير ذلك، فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري شيئاً ويبتدىء مزاولة شيء، فلو لم يشرع البيع سبباً للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يعبر حتى يموت، وفي كل منها يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه، فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن. وشرطه في المباشر: التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك، فصح بيع الصبيّ والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره، وفي المبيع كونه مالاً متقوّماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم. وقد قالوا شروطه: منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوّماً. ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية، حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية. وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيها. وهذا مفهوم الاسم شرعاً، وقد يكون ذلك الفعل قولاً، وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سيأتي، وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فإن لفظ بعت مثلاً ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه، فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر، فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا في بيع المكره، وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعاً قوله: (**البيع ينعقد بالإيجاب والقبول**) يعني إذا سمع كل كلام الآخر. ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق، ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه. وإنما قلنا هذا لأنه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه آنفاً من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره. هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم، وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي يثبت به قدرة التصرف، فالمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين: أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث، فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل، فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر. والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أوّلاً سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدىء المشتري فيقول اشتريت هذا بألف والقبول الفعل الثاني وإلا فكل منهما إيجاب، أي إثبات، فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولاً ورضا بفعل الأول،

ذلك. وشرطه من جهة العاقدين العقد والتمييز، ومن جهة المحل كونه مالاً متقوّماً مقدور التسليم. وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً، فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض فإنه ممتنع مع كونه ملكاً له لأن ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقاً لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع، وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن. وأنواعه باعتبار المبيع أربعة: بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة. وبيعها بالدين: أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف. وبيع الدين بالعين

قوله: (**ومن جهة المحل كونه مالاً متقوماً**) أقول: التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضاً قوله: (**بيع السلع الخ**) أقول: المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقاً عروضاً أو عقاراً لا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر، وسيجيء في هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب.

البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به. ولا ينعقد بلفظين أحدهما

وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمها وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت: أي الحكم، فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي، وقولنا في القبول إنه الفعل الثاني يفيد كونه أغم من اللفظ وهو كذلك، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تمّ البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع، وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي، ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر. وفي فتاوى قاضيخان قال: اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز، وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصاً فقطعه قبل التفريق. وقوله: **(إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت)** قال المصنف **(لأن البيع إنشاء تصرف)** أي إثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً **(والإنشاء)** على هذا الوجه لا **(يعرف)** إلا **(بالشرع)** لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك إنما له قدرة الإخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه، فقولهم من الإنشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه إنشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما يباينه، ألا ترى أن لفظ لعل زيداً يأتي وليت لي مالاً ليس علة لترجي ذلك أو تمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به، غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه إخباراً لما قلنا، بخلاف بعت وطالق فإنه علة تثبت به شرعاً معان لا قدرة للمتكلم على إثباتها.

والحاصل أن الإنشاء على هذا الوجه لا يمكن إلا ممن له الخلق والأمر تبارك الله ربّ العالمين، سواء سمى غيره إنشاء اصطلاحاً أو لا، وإذا كان الإنشاء لا يعرف إلا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه. والشرع استعمل في إثباته من اللغة لفظ الخبر: أي وضعه علة لإثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد: أي يثبت به. وأما تعليله بأن لفظ الماضي أدل على الوجود فإنه لا يصدق إلا بتحقق الوجود سابقاً فاختير له فربما يعطي قصر العلية عليه وليس كذلك، بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فإنه لا يقتصر عليه كما ستسمع قوله: **(ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل، والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح)** فإنه إذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك، أما البيع فإذا قال بعينه بألف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الأول اشتريت ونحوه، وهذا ونحوه مما قال الطحاوي إنه ينعقد بثلاثة ألفاظ. قال **(وقد مرّ الفرق هناك)** يعني قوله لأن هذا توكيل: يعني زوّجني، فإذا قال زوجتك كان ممتثلاً أمر الموكل مزوجاً له ولياً لمن زوّجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح، بخلاف البيع، وقدمنا من قال إن لفظة الأمر في النكاح جعلت إيجاباً لأن النكاح لا يصرح بالخطبة فيه، وطلبه إلا

ويسمى سلماً، وباعتبار الثمن كذلك المساومة، وهي التي لا تلتفت إلى الثمن السابق، والمرابحة، والتولية، والوضيعة وسيأتي تفسيرها. قال رحمه الله وقوله: **(البيع ينعقد بالإيجاب والقبول)** الانعقاد هاهنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل. والإيجاب الإثبات، ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول، فإذا قبل يسمى كلامه قبولاً وحينئذ لاخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولاً. وشرطه أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف شرعي، وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن، وهو صادق على البيع لا محالة، وأما كونه شرعياً فلأن الكلام في البيع شرعاً، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقي الأمور الشرعية لا يكون إلا منه

قال المصنف: **(البيع ينعقد بالإيجاب والقبول الخ)** أقول: يجيء من المصنف في آخر باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب أن حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي. قوله: **(والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار الخ)** أقول: يجوز أن يقال: أراد الشيخ بالموضوع

لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي، بخلاف النكاح، وقد مرّ الفرق هناك. وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود، ولهذا ينعقد بالتعاطي

بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالباً فلا يكون لفظ طلبه: أعني زوجني مساومة بل تحقيقاً فاعتبر إيجاباً، بخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الأخر، وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لأنه مبني على كونه توكيلاً. وأما الفرق بأن رد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالأولياء، بخلاف رد البيع فمبني على جعل الأمر فيه إيجاباً. ثم فيه نظر، لأنه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لأنه أيضاً شين وانكسار يلحقهم. وهذه ثمانية مواضع: منها البيع، والإقالة لا يكتفي بالأمر فيهما عن الإيجاب. ومنها النكاح والخلع يقع فيهما إيجاباً. الخامسة إذا قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق. السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة. السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك عليّ من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة. الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة، فإذا كان غائباً فقدم وأجاز كفالته جاز. واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية. ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقاً. وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال: الصحيح ما ذكره الطحاوي لأن المضارع في الأصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوّز اهـ. وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله إذا ادّعاه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ، بخلاف المستقبل وهو الأمر، فلو ادعى في قوله يعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي، مثال ذلك أن يقول: أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الإيجاب للحال، والحق أن المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلاً على أحد القولين، وإلا فالمختار أنه موضوع للحال، وأما الأمر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة، وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الإخبار كمال انقطاع فلا يتجوّز به فيه، فلا يقال بعينه والمراد اشتريته فلا ينعقد به إلا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الإيجاب اقتضاء، ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعاً ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال. واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه، والوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية، وقيده في نظم الزندويستي بما إذا لم يكن نصبه القاضي قوله: **(وقوله رضيت)** هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الألفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لإفادتها إثبات المعنى والرضا به، وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته: أعني الأمر بالأخذ

والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء فينعقد به، هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء إلى ذلك وهو أن يقال: وكان استعماله بلفظ الماضي وإلا لا يتم الدليل وهو ظاهر. قال رحمه الله وقوله: **(ولا ينعقد بلفظين: أحدهما الماضي، والآخر بلفظ المستقبل)** وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي ﷺاستعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصراً عليه، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة. وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال. وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي. ثم قيل في تعليله، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية. وقيل لأن هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوّز، وفيه بحث لأن المذكور لفظ المستقبل، وهو

للإخبار المعهود وهو لفظ الماضي، والمراد بالإخبار الإخبار عن الكائن.

في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة. قال: (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء)

يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي إلا أن استدعاءه الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء، فهو كما إذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حرّ عتق ويثبت اشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال هو حرّ بلا فاء لا يعتق. وإنما صح بهذه ونحوها **(لأنها تؤدي معنى البيع، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود)** ألا يرى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع. قالوا: إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى، وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير، فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلاً فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل، ثم تقييده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية، ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية. ومن الصور لفظة نعم تقع إيجابا في قول المستفهم أتبيعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم، وكذا أبيعك. ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد، وكذا إذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت، ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت انعقد، ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح، وكذا على العكس، وكذا إذا قال بعد معرفة الثمن إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحساناً.

إنما يكون بالسين أو سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل، وإن أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال إنه لم يقل بالجواز به وإن كان بالنية لأنها إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج إلى النية ولا ينعقد به لما مر من الأثر والمعقول، ولا يقال: سلمنا أنه حقيقة في الحال لكن النية إنما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لإرادة الحقيقة، لأن المعهود أن المجاز يحتاج إلى ما ينفي إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ما ينفي إرادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الأثر. فإن قيل: فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي؟ فالجواب أن يقال: المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية. فقوله: **(بخلاف النكاح)** يعني أنه ينعقد بذلك، فإن أحدهما إذا قال زوّجني فقال الآخر زوجتك انعقد، وقد مر الفرق هناك، وهو ما قال إن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح. قال رحمه الله: وقوله: **(رضيت أو أعطيتك)** هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به، فإذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت: أي المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود وكذا إذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه: يعني بعت بذلك فخذه لأنه أمره بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فقدّر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لأن المعنى هو المعتبر في هذه العقود، وقيده بذلك لأن بعض العقود قد يحتاج إلى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة إذا لم يبينا جميع ما تقتضيه **(ولهذا)** أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود **(ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق** المقصود وهو التراضي.

قوله: **(والفعل المضارع عند الخ)** أقول: في جميع العقود أو في غير البيوع، والأول مخالف ما نذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب قوله: **(هو اللفظ الماضي)** أقول: أي في البيوع قوله: **(والمضارع فيها مجاز)** أقول: ضمير فيها راجع إلى الحال، وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع إلى الحال أيضاً. قوله: **(لأن المعنى هو المعتبر الخ)** أقول: فيه أن الاعتبار في المعارضة أيضاً للمعنى كما صرح به المصنف هناك، ومساس الحاجة إلى اللفظ إنما هو لبعده عن علم العوام. قال المصنف: **(لتحقق المراضاة)** أقول: سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن. وفي النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد: التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي.

قبل في المجلس وإن شاء ردّ، وهذا خيار القبول، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوّه عن إبطال حق الغير، وإنما يمتد إلى آخر

[فروع: في اختلاف الإيجاب والقبول] قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألفين جاز، فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين، والأصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلا رضاه، ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتكه بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفاً، ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة، فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعاً. وقال الطحاوي: يلزم بآخرهم كلاماً مطلقاً. ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قدر مع عنه، وليس هكذا في الطلاق والعتاق، فإن قال قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف: يعني يكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها، وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني، وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه، وإذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري قوله: **(ولهذا ينعقد)** أي ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد **(بالتعاطي في النفيس والخسيس)** قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس ما دونه وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز من قول الكرخي إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة. قال أبو معاذ: رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى. وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل. وفي الإيضاح: هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع اهـ. وفي شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام في رجل قال لرجل: يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له، ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته، قال يأخذه فلان، فإن قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له، فإن سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان بيعاً للذي أخذه من المشتري وكأن العهدة عليه: أي للآخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس. وفي المنتقى: له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً جاز هذه الساعة، وكذا لو ساوم رجلاً بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز، ومن صوره إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة. وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها. ومنها قول الدلال للبزّار هذا الثوب بدرهم فقال ضعه. وفي أجناس الناطفي: لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع، وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع، حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي، وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن، بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزنها له

وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وأمثاله. ثم إن محمداً رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه، قال رحمه الله **(وإذا أوجب)** إذا قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار، إن شاء قال في المجلس قبلت، وإن شاء ردّ، وهذا يسمى خيار القبول. وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي، فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف، وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوّه عن إبطال حق الغير: فإن قيل: سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير. فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك

المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. والكتاب

الخيار لأنه ليس بمعلوم، بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ، وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تمّ البيع. واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف، والصحيح الثاني. ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع. ونصه في الجامع على تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر. ومنها لورد بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي قوله: **(وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء ردّه)** وللموجب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل، ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه، ألا يرى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء، ولو صادف ردّ البائع قبول المشتري بطل. وأورد في الكافي الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير. وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب، وإنما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه تمّ الأمر، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شطره فلا يكون البيع موجوداً، وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه. أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك، وإليه ذهب قاضيخان حيث قال: فإن قام أحدهما بطل: يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض. فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة، فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الإعراض. قلنا الصريح إنما كان أقوى، ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه، وهنا لم يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه، ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس. وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه أشير في جمع التفاريق، وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره، وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كان على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية، واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه

كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول، فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه قوله: **(وإنما يمتد إلى آخر المجلس)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم يتوقف على ما وراء المجلس. وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري، وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً، والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أوّل الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. فإن قيل: فلم لا يكون الخلع والعتق على مال كذلك؟ فالجواب أنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء

قوله: **(وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول)** أقول: أنت خبير بأنا لم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض، مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض، فالأولى في التعليل طي ذكره من البين، أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليتأمل قوله: **(فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف)** أقول: إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع؛ ألا يرى أن بيع المكره منعقد قوله: **(فالجواب أن الإيجاب الخ)** أقول: الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل.

كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن

إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز. وفي الخلاصة عن النوازل: إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة، ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح، وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز، بخلاف ما لو أكملها أربعاً، ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز، وكذا لو أكل لقمة لا يتبدّل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل، ولو ناما جالسين لا يختلف، ولو مضطجعين أو أحدهما فهي فرقة. والسفينة كالبيت، فلو عقدا وهي تجري فأجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها. وقيل يجوز في الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما، أما المسير بلا افتراق فلا، وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة. ولو قال بعتك بألف ثم قال لآخر بعتك بألف فقبلا فهي للثاني لا للأول، ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل قوله: **(والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة)** فصورة الكتاب أن يكتب: أما بعد، فقد بعت عبدي منك بكذا، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد، والرسالة أن يقول: اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، وكذا إذا قال بعت عبدي فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل، وهذا لأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً، فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لأنه ليس رسولاً بل فضولياً، ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز، ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الأول قبلت. وأما ما ذكر في المبسوط: لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع. وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعني من الحاضر يكون استياماً عادة، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد، هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ، وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة، فأما الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالإجماع إذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر، بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فإنه لا يتوقف بالإجماع، وفي النكاح مرّ

المجلس. قال رحمه الله **(والكتاب والخطاب)** إذا كتب أما بعد فقد بعتك عبدي فلاناً بألف درهم أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه. وأخبر الرسول المرسل إليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت تم البيع بينهما، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، وكان ذلك سواء في كونه مبلغاً، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه. قال رحمه الله **(وليس له أن يقبل في بعض المبيع)** يعني إذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعداً وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير، فإن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرّر البائع بتفريق الصفقة عليه لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الجيد إلى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الرديء به، فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لا محالة، وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح، وأما إذا وضعت المسئلة فيما إذا باع عبداً بألف مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح. والصحيح فيه أن يقال: يتضرر البائع بسبب الشركة. فإن قيل: فإن رضي البائع في المجلس هل يصح أو لا. أجيب بأن القدوري قال: إنه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبول ورضا البائع قبولاً. قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة، وفي القفزين باعهما بعشرة لأن الثمن ينقسم عليهما

يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة، إلا إذا بين كل واحد لأنه صفقات معنى. قال: **(وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، لأن القيام دليل الإعراض)** والرجوع، وله ذلك على ما ذكرناه، وإذا

الخلاف، فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا قوله: **(وليس له أن يقبل إلى آخره)** يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالإجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وإن قبل الآخر.

ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فإنها مما وقع فيها تجاذب فنقول: الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له في وقوله وليس له راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري، فمعناه في البائع: أنه إذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته، فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور. وأما في المشتري فمعناه: إذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الرديء ليروّجونه، فلو ألزمناه البيع بقي الرديء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك، ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه، أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري البيع، ولا أن المشتري يقبل المشتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع. والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره، فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من إلزام الشركة. مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعتكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون

باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة، فأما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضي البائع لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء، وأنه لا يجوز كما سيأتي، وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع، وإليه أشار بقوله: **(إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنها صفقات معنى)** والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه، والعقد يحتاج إلى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها، فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة، وكذا إذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت، واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة إيضاً كما ذكر في الكتاب، واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة، واتحاد الجميع سوى المشتري كأن قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع، والثمن إن كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء، هذا كله قياساً واستحساناً، وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياساً لا استحساناً. وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه، قال: وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء ردّ، وهو إشارة إلى أن ردّ الإيجاب تارة يكون صريحاً وأخرى دلالة، فإن القيام دليل للإعراض والرجوع، وقد ذكرنا أن الموجب

قوله: **(لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لا يجوز)** أقول: ويجوز بقاء ويجيء. قال المصنف: **(إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى)** أقول: سيجيء في آخر باب البيع الفاسد أنه لا تتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن، فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد قوله: **(فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة)** أقول: تأمل في هذا التعبير قوله: **(وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ)**

حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية. وقال الشافعي رحمه الله يثبت

الآخر تعددت، فلا يلزم لأنه لو تم في الصف، لأنه إنما خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلاً بالنصف، فلو لزم شريكاً للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه، وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فإن بيعه إنما يتم في نصيبه فتعددت. فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضاً، وأما إذا كان الموجب اثنين خاطباً واحداً فقالا بعناك أو اشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم، لكن لا لتعددها بتعدد العاقد بل لإجابته في البعض، ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحداً والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضاً، فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد، وأما من غيره فبصورتين: إحداهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فإن في كل منهما الصفقة واحدة، فإذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح، فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره، ففيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان، فإذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع، وفي موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم. وقال آخرون صفقة واحدة، وأن مراد صاحب الهداية إذا كرّر لفظ البيع، فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياساً واستحساناً فليس له أن يقبل في أحدهما. وقيل الأول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، والثاني قياس وهو قولهما. والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء، وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل منهما قوله: **(وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية)** وهو قول مالك رحمه الله **(وقال الشافعي)** وأحمد رحمهما الله **(لهما خيار المجلس لقوله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرّقان)**[١] أو يكون البيع خياراً، رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وروى البخاري أيضاً أن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[٢] وروى البخاري أيضاً من حديث حكم بن حزام رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا»[٣] ولنا السمع

الرجوع صريحاً، والدلالة تعمل عمل الصريح. فإن قيل: الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وهاهنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة. أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها **(وإذا حصل الإيجاب والقبول ثم البيع ولزم، وليس لواحد من المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤية)** خلافاً للشافعي رحمه

أقول: ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الأولى، وفيه شيء يمكن دفعه، ولعل الأولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري. قوله: **(وقد تقدم تفسيره الخ)** أقول: الذي تقدم تفسيره كان مختصاً بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب، فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٠٧، ٢١٠٩ ومسلم ١٥٣١ وأبو داود ٣٤٥٥، ٣٤٥٦ والترمذي ١٢٤٧ والنسائي ٧/ ٢٥١، ٢٥٢، ٢٤٨ وابن حبان ٤٩١٢ والطحاوي ٤/ ١٢ والبغوي ٢٠٤٨ وابن الجارود ٦٢٠ والدارقطني ٣/ ٦ والبيهقي ٥/ ٢٧١ والحميدي ٦٥٤ وعبد الرزاق ١٤٢٦٢ والشافعي ٢/ ١٥٤ وأحمد ٢/ ٣، ٤، ٧٣ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. هو رواية للبخاري وقد تقدم تخريجه في الذي قبله.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٧٩، ٢٠٨٢، ٢١٠٨، ٢١١٠، ٢١١٤ ومسلم ١٥٣٢ وأبو داود ٣٤٥٩ والنسائي ٧/ ٢٤٤، ٢٤٥ والدارمي ٢/ ٢٥٠ والطيالسي ١٣١٦ والشافعي ٢/ ١٥٤، ١٥٥ وابن حبان ٤٩٠٤ والبغوي ٢٠٥١ والطبراني ٣١١٥، ٣١١٦، ٣١١٧ والبيهقي ٥/ ٢٦٩ وأحمد ٣/ ٤٠٣، ٤٠٢، ٤٣٤ كلهم من حديث حكيم بن حزام.

لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرّقا» ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز. والحديث محمول على خيار القبول. وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

والقياس. أما السمع فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة ١] وهذا عقد قبل التخيير، وقوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء ٢٩] وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير، فقد أباح تعالى أكل المشتري قبل التخيير، وقوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة ٢٨٢] أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعاً، وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة، وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعاً، وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض. وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له: «إذا ابتعت فقل لا خلابة ولي الخيار»[1] فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه، والمتشاغلان: يعني المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لا يقال: هذا أيضاً مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان. لأنا نقول: هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر، والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه، فبالضرورة يصدق مخبراً حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد. قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيحمل عليه) جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر. لا يقال: إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لا خيارهما لأنه ممنوع، بل الموجب أيضاً له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع، وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول، وإسناد التفرق إلى الناس مراداً

الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى أن لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد أن يردّ العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرّقا بالأبدان. واستدل على ذلك بقوله ﷺ: («البيعان بالخيار ما لم يتفرقا») فإن التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الأبدان

---

(١) صحيح. أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٢٢ والبيهقي ٥/ ٢٧٣ والدارقطني ٣/ ٥٤، ٥٥ كلهم من حديث ابن عمر قال: كان حبان بن منقذ رجلاً... فذكره.
وقد سكت الحاكم وصححه الذهبي.
وله شاهد من حديث ابن عمر «أن رجلاً ذُكِرَ لرسول الله ﷺ أنه ينخدع في البيوع فقال رسول الله ﷺ: إذا بعت فقل: لا خلابة...».
أخرجه البخاري ٢١١٧، ٤٩٦٤ ومسلم ١٥٣٣ وأبو داود ٣٥٠٠ والنسائي ٧/ ٢٥٢ وابن حبان ٥٠٥١، ٥٠٥٢ والبغوي ٢٠٥٢ ومالك ٢/ ٦٨٥ وعبد الرزاق ١٥٣٣٧.
فالحديث صحيح لشاهده.

أو يحتمله فيحمل عليه، والتفرق فيه تفرق الأقوال. قال: **(والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع)** لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة **(والأثمان المطلقة لا تصح)** إلا

به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف، قال الله تعالى **﴿وما تفرّق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾** [البينة ٤] وقال ﷺ «افترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة، وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة»[(١)] وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر اختر أتقبل أو لا، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول، والله سبحانه وتعالى أعلم. وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع، وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث، فإنما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين. وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به، فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به قوله: **(والأعواض المشار إليها)** سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثماناً كالدراهم والدنانير **(لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع)** فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لأن الباقي جهالة الوصف: يعني القدر وهو لا يضر، إذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة. قال في الفتاوى: قال لغيره: لك في يديّ أرض خربة لا تساوي شيئاً فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع، بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا، ولا في رأس مال السلم إذا كان مكيلاً أو موزوناً عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء. ثم المسئلة مقيدة بغير الأموال الربوية وبالربوية إذا قوبلت بغير جنسها، أما الربوية إذا قوبلت بجنسها كالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الإشارة إليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعاً، والتقييد

(ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر) وهو لا يجوز. والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره، وفيه إشارة إلى ذلك لأن الأحوال ثلاث: قبل قبولها، وبعد قبولها، وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب. وإطلاق

قوله: **(والثالث حقيقة)** أقول: فيه بحث. قوله: **(وهذا التأويل منقول الخ)** أقول: أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر قوله: **(والتفرق تفرق الأقوال الخ)** أقول: الافتراق أحد الأكوان الأربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين قوله: **(وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق الخ)** أقول: إسناد التفرق إلى القول مجازاً بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حق لي على فلان قوله: **(أن نقول التفرق يطلق على الأعيان والمعاني)** أقول: فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع، والظاهر أن منع كون ما يطلق التفرق مطلقاً من الأعراض قوله: **(ثمناً كانت أو مثمناً)** أقول: وتقرير صدر الشريعة صريح في أن المراد بالأعواض الأثمان فتأمل في الترجيح.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٩٦ والترمذي ٢٦٤٢ وابن ماجه ٣٩٩١ وابن حبان ٦٢٤٧ وأبو يعلى ٥٩١٠، ٥٩٧٨ وأحمد ٢/ ٣٣٢ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح وهو كما قال وله طرق كثيرة.
وورد من حديث أنس أخرجه ابن ماجه ٣٩٩٣ قال البوصيري في الزوائد وهي مصباح الزجاجة: إسناده صحيح ورجاله ثقات اهـ.
وورد من حديث معاوية بن أبي سفيان أخرجه أبو داود ٤٥٩٧ والدارمي ٢/ ٢٤١ والطيالسي ٢٧٥٤ والحاكم ١/ ١٢٨.
ومن حديث عوف بن مالك أخرجه ابن ماجه ٣٩٩٢ والمطالب العالية ٢٩٥٦.
فالحديث جيد بمجموع طرقه.
ولكن فيه «إحدى وسبعين فرقة» بدل «اثنتين وسبعين» وفيه أيضاً «ثنتين وسبعين» بدل «ثلاث وسبعين».

أن تكون معروفة القدر والصفة، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم

بمقدارها في قوله لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة، فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجياد، ولو وجدها ستوقة أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها، ولو قال اشتريتها بهذه الصرّة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع يتصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع، بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد، لأن الصرّة يعرف مقدار ما فيها من خارجها، وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود قوله: **(والأثمان المطلقة)** أي عن قيد الإشارة **(لا تصح حتى تكون معلومة القدر)** كخمسة وعشرة دراهم أو أكرار حنطة، بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فإنه ليس عوضاً مشاراً إليه، فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب، فلهذا إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار. ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزاً، وكذا لا تجوز بألف درهم إلا ديناراً أو بمائة دينار إلا درهماً، وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم **(والصفة)** كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية، وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها، فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة. واعلم أن الأعواض في البيع إما دراهم أو دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً، وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة

المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه. والثالث حقيقة فيكون مراداً، أو يحتمل أن يكون مراداً فيحمل عليه. والفرق بينهما أن أحدهما مراداً والآخر محتمل للإرادة. لا يقال: العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما، لأن الباقي بعد كلامهما، حكم كلامهما شرعاً لا حقيقة كلامهما، والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن إبراهيم النخعي. وقوله: **(والتفرق تفرق الأقوال)** جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر. ولقائل أن يقول: حمل التفرّق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع متكلمي أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليها مجازاً، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم. وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع، فصار بسبب فشوّ الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة، قال تعالى **﴿وما تفرّق الذين أوتوا الكتاب﴾** الآية وقال **﴿لا نفرق بين من رسله﴾** والمراد التفرق في الاعتقاد. وقال ﷺ «**استفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة**» وهو أيضاً في الاعتقاد، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً كذلك، على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، ولعل الأولى أن يقال: حمله على التفرّق بالأبدان ردّ أبي الجهالة، إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بفساده عادة، وهذا معنى قول مالك رحمه الله: ليس لهذا الحديث حد معروف. أو نقول: التفرق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وتترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة وهذا التأويل: أعني حمل التفرّق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله. قال رحمه الله **(والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها)** الأعواض المشار إليها ثمنا كانت أو مثمناً لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع، لأن بالإشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع، فإن جهالة الوصف لا تفضي إلى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف، وكون التقابض ناجزاً في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن الأعراض ربوية،

قوله: **(فإن جهالة الوصف الخ)** أقول: والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بياناً لحال جهالة الوصف فيه قوله: **(ناجزاً في البيع)** أقول: أي حاضر قوله: **(فجهالة المقدار تمنع الصحة)** أقول: إذا بيعت بجنسها. قوله: **(يمتنع**

والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز، هذا هو الأصل، قال: (**ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً**) لإطلاق قوله تعالى ﴿**وأحلّ الله البيع**﴾ وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى

فهي مبيعة أبداً، ولا يجوز فيها البيع إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أنها ثمن، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة، فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز، ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض، فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات، فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن، وما كان معيناً فمبيع، فإن كان كل منهما معيناً، فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمناً والآخر مبيعاً. وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع: المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل، فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للحنطة. واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال: اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير أو دراهم، إن كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس، وإن كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف إلى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى. وحاصل هذا أنه إذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوساً يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع قوله: (**ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل**) لإطلاق قوله تعالى ﴿**وأحل الله البيع**﴾ [البقرة ٢٧٥] وما بثمن مؤجل بيع. وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (**اشترى**) رسول الله ﷺ (**طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً له**) من حديد وفي لفظ

أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا، وإنما لم يقيد في الكتاب لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه. قال: (**والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة**) الأثمان المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها، والصفة ككونها بخاريا أو سمرقنديا لأن التسليم واجب بالعقد، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع، فالتسليم يمتنع بها (**وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم**) ويفوت الغرض المطلوب من المبيع. قال: (**ويجوز البيع بثمن حالّ**) قال الكرخي رحمه الله: المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين، وهذا على المذهب، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق. وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح: الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالسلم فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بثمن، وقيل المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر، فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة، والثمن ما يقابله. وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد، فالمبيع المحض هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلاً عن عين فإنها أثمان، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمناً بل ليصير ملحقاً بالسلم في كونها ديناً في الذمة، والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فإنها مبيعة نظراً إلى الانتفاع بأعيانها أثمان نظراً إلى أنها مثلية كالنقدين، فإن قابلها

حصوله بالجهالة الخ) أقول: أي بجهالة ذلك الواجب قوله: (**إلى النزاع**) أقول: في ذلك الواجب قوله: (**والثمن ما لم يتعين**) أقول: هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم إذا كان عيناً قوله: (**وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة**) أقول: لا يبعد أن يقال: المعرف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثمناً بكل حال، فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الإطلاق الذي يصرف على الكمال قوله: (**وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ**) أقول: ويجوز أن يكون احترازاً عن الثمن قوله: (**والثمن ما يقابله**) أقول: أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته.

أجل معلوم ورهنه درعه». ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها. قال: (**ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد**) لأنه المتعارف، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه (**فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما**) وهذا إذا كان

الصحيحن «طعاماً بنسيئة»[1]. وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعاً عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير»[2] (**ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة في التسلم والتسليم، فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها**) ولأنه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الأجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[3] وعلى كل ذلك انعقد الإجماع وأما البطلان فيما إذا قال بعتكه بألف حالاً وبألفين إلى سنة فلجهالة الثمن، ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر، ولو قال إلى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر، ويبطل شرط الإيفاء في بلد آخر لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح، فلو كان له حمل ومؤنة صح، ومنه على قول محمد ما إذا باعه على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فإن البيع فاسد لأن محمد رحمه الله علله بتضمنه أجلاً مجهولاً حتى لو سمى الوقف الذي يسلم إليه فيه المبيع جاز البيع. وأما أبو يوسف فإنما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد قوله: (**ومن أطلق الثمن في البيع**) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلاً (**انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف**) المطلق (**إليه**) فإنه كان إطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف، وإن كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل

النقدان فهي معينة، وإن قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لأن البيع لا بد له منهما وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر فجعل كل واحد مبيعاً وثمناً وإن كانت أعنى المكيلات والموزونات غير معينة، فإن دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكرّ حنطة وقد وصفها كانت ثمناً، وإن دخلت في غيرها كأن يقال: اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعاً ولا يصح إلا سلماً بشروطه. هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع. وأقول: الأعيان ثلاثة: نقود أعني الدراهم والدنانير. وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك. ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المخض والثمن المحض، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعاً وثمناً، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه. قال: (**والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز**) لإطلاق قوله تعالى ﴿**وأحل الله البيع**﴾ ولما روي (**أنه ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه**) لكن لا بد وأن يكون الأجل معلوما لئلا يفضي إلى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم، فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر إلى بعيدها. قال: (**ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد**) ومن أطلق الثمن

قوله: (**وأقول الأعيان ثلاثة الخ**) أقول: ولعل وجه العدول كما ذكروه استلزامه فقدان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المقايضة، بخلاف ما اختاره. قال المصنف: (**والاختلاف بين العدالي الخ**) أقول: والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها قوله: (**وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ، إلى قوله: هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع**) أقول: فيه بحث فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا، فحينئذ يظهر استواؤهما في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٦٨، ٢٠٩٦، ٢٢٥٢، ٢٣٨٦، ٢٥٠٩ ومسلم ١٦٠٣ والبيهقي ٦/ ١٩ كلهم من حديث عائشة.

(٢) هذه رواية البيهقي في سننه ٦/ ١٩.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٩، ٢٢٤٠، ٢٢٤١، ٢٢٥٣ ومسلم ١٦٠٤ وأبو داود ٣٤٦٣ والترمذي ١٣١١ والنسائي ٧/ ٢٩٠ وابن ماجه ٢٢٨٠ وابن حبان ٤٩٢٥ وابن الجارود ٦١٤، ٦١٥ والطبراني في الكبير ١١٢٦٣، ١١٦٢٤ والبغوي ٢١٢٥ والدارمي ٢/ ٢٦٠ والحميدي ٥١٠ والشافعي ٢/ ١٦١ والبيهقي ٦/ ١٨، ١٩. ٢٤ وأحمد ١/ ٢١٧، ٢٢٢، ٢٨٢ كلهم من حديث ابن عباس.

الكل في الرواج سواء، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحرياً للجواز، وهذا إذا كانت مختلفة في المالية، فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا، وينصرف إلى ما قدر به من أيّ نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية. قال: **(ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة**

منهما واجب تحرياً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل **(فإن كانت النقود مختلفة)** المالية كالذهب الأشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء **(فالبيع فاسد)** لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحاً لعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم المبيع الثاني إليه إذ به يصير ثمنهما عشرة، وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه، وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً فالبيع صحيح ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة، وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء لأنه لا فضل لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت. وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين، حتى لو أراه درهماً اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهماً آخر جاز: يعني إذا كانا متحدي المالية والثنائي والثلاثي اسما دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية، وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعدالي اسم لدراهم قوله: **(ويجوز بيع الطعام)** وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة: «كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعا من طعام أو صاعا من شعير»[1] فقوله: **(والحبوب)** عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي: أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام **(مكايلة)** أي بشرط عدد من الكيل، وإلا ففي اللغة المكايلة أن تكيل له ويكيل لك **(ومجازفة)** أي بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة. والجزف في الأصل: الأخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر ومرجعه إلى المساهلة. قال المصنف: **(وهذا)** يعني البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا، وهذا أيضاً مقيد بما يدخل تحت الكيل منها، وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال: ما حرم في الكثير حرم في القليل. والقيد مقيد أيضاً بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره. ومع ذلك لو باع

عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخارياً أو سمرقندياً وقع العقد على غالب نقد البلد، وإن كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسداً إلا أن يبين أحدها.

واعلم أني أذكر لك في هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة إجمالاً ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله، فإني ما وجدت من الشارحين من تصدي لذلك على ما ينبغي فأقول: إذا كان في البلد نقود مختلفة، فإما أن يكون

المالية وأنه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل. قوله: (وإن كان مما يدخل تحته، إلى قوله: لا يقال لا دلالة للحديث على المنع الخ)

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٠٦ ومسلم ٩٨٥ وأبو داود ١٦١٨ والنسائي ٥/ ٥١ والدارمي ١/ ٣٩٢ وابن حبان ٣٣٠٧ وأبو يعلى ١٢٢٧ والشافعي ١/ ٢٥١، ٢٥٢ والبغوي ١٥٩٥ والطحاوي ٢/ ٤١، ٤٢ والدارقطني ٢/ ١٤٦ والبيهقي ٤/ ١٦٤ ومالك ١/ ٢٨٤ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.

ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد» بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه

الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز، لأن المانع إنما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل، وهو منتف فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز. والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرّ بالبرّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يداً بيد»[1] **(ولأن)** هذه **(الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم)** لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع **(فشابه جهالة القيمة)** للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته، فإنه لو اشترى مِن إنسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع قوله: **(ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره)** قد قيد الإناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز، وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه، ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين، فلو ملأ له بأصغر منها لا يقبل، وكذا راوية منه يوفيه في منزله. وعن أبي يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالاً لا يجوز، ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني. وفي

الاختلاف في المالية والرواج، أو في المالية دون الرواج، أو في الرواج دون المالية، أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلاً، فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الإروج، وإن كان الثاني لا يجوز لأن الجهالة في المنازعة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، وإن كان الثالث يجوز وينصرف إلى الأروج تحرياً للجواز، وإن كان الرابع فكذلك لأن الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم. وإذا عرف هذا فقوله: **(فإن كانت النقود مختلفة)** يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي، فإن المصري أفضل في المالية من المغربي إذا فرض استواؤهما في الرواج **(فالبيع فاسد)** لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثاني، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما، فحينئذ يجوز. وقوله: **(أو يكون أحدهما أغلب وأروج فحينئذ يصرف البيع إليه تحرياً للجوْاز)** إشارة إلى القسم الأول أو إلى القسم الثالث، لأن كون أحدهما أروج أعم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما. وقوله: **(وهذا)** أي فساد البيع إذا كانت مختلفة في المالية: يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الثاني، أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقاً والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقاً والنصرتي اليوم بسمرقند فإنه بمنزلة الناصري ببخارى، والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدلياً، وكل هذا يختلف في المالية مع التساوي في الرواج. وقوله: **(فإن كانت سواء فيها)** أي في المالية: يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله: **(جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا)** أي المتأخرون من المشايخ **(وينصرف)** اسم الدراهم **(إلى ما قدر به)** من المقدار كعشرة ونحوها **(من أيّ نوع كان)** من غير تقييد بنوع معين لأنه لا منازعة لاستوائهما في الرواج **(ولا اختلاف في المالية)** وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله، فإنه فصل بين قوله إذا كانت مختلفة في المالية، ومثاله وهو قوله كالثنائي

أقول: أنت خبير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل الدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه، وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا، تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفاً لما اختاره المصنف من النظام. قوله: **(وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الأولى الخ)** أقول: إذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجيء أن الفساد فيه للجهالة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٧ وأبو داود ٣٣٥٠ والترمذي ١٢٤٠ وابن حبان ٥٠١٨ والبيهقي ٥/ ٢٧٨، ٢٨٤ وابن الجارود ٦٥٠ كلهم من حديث عبادة بن الصامت. وورد من حديث ابن عمر أخرجه أبو يعلى ٥٧١٦ وورد بنحوه من حديث أبي الأشعث أخرجه مسلم ١٥٨٧ وأبو داود ٣٣٤٩ والنسائي ٧/ ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٧ وابن ماجه ٤٤٥٤ والبيهقي ٥/ ٢٨٦. فالحديث مشهور.

جهالة القيمة. قال: **(ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره)** لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً، والأوّل أصح وأظهر، قال: **(ومن باع صبره طعام كل**

الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحساناً إذا كانت القربة معينة. وعن أبي يوسف أيضاً يجوز في القرب مطلقاً. وفي المحيط: بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في وعاء. ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى، وفيه نظر فإن في المجازفة الإشارة إلى عين المبيع ثابتة تفيد الإحاطة بمقدار جرمه وأقطاره، ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك. والوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهباً نص في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به، ومعلوم أن ذلك بالوزن. وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار، وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية **(عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً)** كما لا يجوز في السلم، فقوله لا يجوز: أي لا يلزم. قال المصنف: **(والأول أصح)** أي من جهة الرواية **(وأظهر)** أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب. وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة وهي المانعة، وذلك لأنه يتعجل فيندر هلاكه، بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه، ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار، وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه: وهي ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح، ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها، لكن هذه الرواية أتم، وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه. هذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف، وعول بعضهم على ذلك وليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصاً في ذلك الزمان، وما قد يعرض من تأخره يوماً أو يومين ممنوع، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه، والفرض إن أقل

بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء فصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز، ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي إلخ متعلقاً بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان منه نقاداً وثلاثة منه دانقاً لا يكونان في المالية سواء، لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء، هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله أعلم. قال: **(ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة)** المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لأنه يقع عليهما عرفاً، وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالها، كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه، وإذا بيع **(مجازفة)** فإن كان شيئاً لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا **(بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»)** لا يقال: لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط، وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث، ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم، وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما إذا باع شيئاً لم يعلم العاقدين قيمته بدرهم، بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال: **(ويجوز)** بإناء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب **(بإناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز)** لأن الجهالة المانعة ما تفضي إلى المنازعة، وهذه ليست كذلك لأن التسليم في بيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الإناء والحجر قبل التسليم. وقيل يشكل على هذا إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقين، أو اشترى بأي ثمن شاء فإن الجهالة لن تقض إلى المنازعة والبيع باطل، وليس بوارد لأنا قلنا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه، ولم نقل إن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة، فيجوز أن يكون البيع باطلاً لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى ولعدم الثمن في الثانية. وروي عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها،

قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم، إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس، وصار هذا كما لو أقرّ وقال لفلان عليّ كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع. ولهما أن

مدة السلم ثلاثة أيام، ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضي إلى المنازعة لأن هلاكه إن ندر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر، وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال: لو اشترى بهذا الإناء يداً بيد فلا بأس به، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى، وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكر وتقدم النظر في الأولوية. هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ما إذا باع عبداً من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي إلى المنازعة. أجيب بأن المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة، وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة، لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي، ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القربة من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده، كما لو باعه كراً من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون سلماً. وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمي نوع القربة في ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قربة كتافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء. ونظير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة أن له الخيار إذا علم، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة وجاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان: أي صفة ونحوها، كذا في فتاوى القاضي.

وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز، ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز. وفي الفتاوى: بعت منك ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع، ولو قال ما في هذا البيت جاز، وإن لم يعلم به لأن الجهالة يسيرة، وإذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق، ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول، ولو اشترى موزوناً بإناء على أن يفرغه ويزن الإناء فيحطّ قدر وزنه من الثمن جاز، وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم، فلذا اختلفوا فيما إذا باع الجمد الكائن في المجمدة، قيل لا يجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع، والأصح جوازه مطلقاً وهو اختيار الفقيه أبي جعفر إذا سلم قبل ثلاثة أيام، ولو سلم بعدها

أما إذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فإنه لا يجوز، بخلاف السلم فإنه لا يجوز بإناء مجهول القدر وإن كان معيناً، وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة. وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضاً لا يجوز كالسلم لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار، وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء فإن الفرض عدم المجازفة، والمكيال إذا لم يكن معلوماً لم يسم شيء من القدر **(والأول أصح)** يعني من حيث الدليل فإن المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة **(وأظهر)** يعني من حيث الرواية. قال: **(ومن باع صبرة طعام)** إذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، فإما أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل في المجلس أولا، فإن كان الأول فالبيع جائز والمبيع علة ما فيها من القفزان، وإن كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله، وجملة القفزان كالأول عندهما. لأبي حنيفة أن صرف اللفظ إلى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم الثمن

قوله: **(لأبي حنيفة إلى قوله جهالة تفضي إلى المنازعة)** أقول: ولعل الأولى أن يقول جهالة تفضي إلى امتناع تسليم الثمن الواجب

الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع، وكما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار. ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمتشري الخيار لتفرق الصفقة عليه، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه

لا يجوز لأنها تذوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم، غير أن النقص قليل قبل الأيام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز، وقيل إنه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر إلى ما يعده الناس كثيراً بحسب الأوقات فيجوز إذا سلمه قبل، وسيأتي من هذا الباب شيء في خيار الرؤية إن شاء الله تعالى قوله: **(ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله)** يعني أن موجب هذا اللفظ والإشارة إيجاب البيع في واحد عنده، ويتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري، فإن رضي هل يلزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضاً. روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا بتراضيهما، وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه، وقال أبو يوسف ومحمد: صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة، ثم إذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان **(له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل لجهالة المبيع والثمن)** ولا جهالة في القفيز فلزم فيه، وإذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذ المؤثر في الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى، بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد، وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد، بخلاف ما بعده، ولا يلزم إسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس، وكذا زوال جهالة الأجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لأن المفسد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس، وهذا لأن أثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل. وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيراً أو قليلاً، فجوابه أن المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر لعدم الإشارة ولا معرف شرعاً له غير ذلك. وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدرة فيتنازعان فتهافت ظاهر، لأنه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذي يطالب به، إذ لا يمكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم، ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلاً المنازعة المفسدة **(لهما أن هذه جهالة بيدهما إزالتها)** بأن يكيلا في المجلس

أوّلاً والثمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذّر الصرف إلى الكل صرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز، لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم. فإن قيل: سلمنا انعقاده فاسداً لكن ينقلب جائزاً كما إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام. أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس، وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الأجل **(ولهما أن هذه جهالة إزالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع)** أما أن إزالتها بأيديهما فلأنها ترتفع بكيل كل منهما، وقيد بقوله بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز، لأن إزالتها إما بيد البائع إن

بالعقد قوله: **(لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولاً الخ)** أقول: هذا غير معقول قوله: **(إلا أن تزول الجهالة الخ)** أقول: تأمل في هذا الاستثناء قوله: **(فإن قيل: سلمنا انعقاده فاسداً لكن ينقلب جائزاً)** أقول: بلا تقييد بالمجلس قوله: **(كما إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول الخ)** أقول: كان يبيع إلى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقطا الأجل قبل حلوله، وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد. قوله: **(أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوي الخ)** أقول: يرد أن يقال: إذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلاً كما في بيع الدرهم بالدرهمين وإسقاط الدرهم الزائد، ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة قوله: **(لأن التفريق وإن كان**

علم ذلك الآن فله الخيار، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. قال: **(ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع**

والجهالة التي هي كذلك لا تفضي إلى المنازعة كبيع **(عبد من عبدين)** أو ثلاثة **(على أن المشتري بالخيار)** يأخذ أيهما شاء. وقد أورد عليه نقض إجمالي لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما إزالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة، على أن المشتري مخير في تعيينه، وأن يجوز البيع بأي ثمن شاء، لكن البيع في الكل باطل، أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا، وجوازه إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني، بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البيع يعلم بكيل المشتري، ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء، ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع، فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعاً بلا مبيع، وكان مقتضي هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة إلا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة، فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتها بعد كونها في صلب

كان هو الراقم، أو بيد الغير إن كان الراقم غيره، وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالتها، وأما أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار. وأجيب لأبي حنيفة أن القياس فيه الفساد أيضاً، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص، ومعناه أنه معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتاً بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى إلى غيره، ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياساً واستحساناً، ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع، لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضياً به، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسمّ، وأما إذا لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له، وفيه بحث. أما أولاً فلأن تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك، فإنه إذا باع الرجلان عبداً مشتركاً بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له، فهاهنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار. وأما ثانياً فلأن قياس قول أبي حنيفة أن لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع إلى الواحد لعلمه كما لو اشترى قناً مع مدبر فإنه لا خيار له في القن لعلمه أن البيع ينصرف إليه. والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق أن لو كان العقد وارداً على الكل والمشتري يقبل البعض، وليس كذلك هاهنا على قول أبي حنيفة. والجواب عن الأول أنا لا نسلم تفريق الصفقة لأن الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً، وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير لأن في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قناً ومدبراً فإن البيع ينصرف إلى القن فقط لأن المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن. وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة، وهذا ضعيف لأن قولهما إن الكل مبيع فمن أين التفريق. والأولى أن يقال: قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لأن الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضاً الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع، ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد إلى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان، وليس تفريق الصفقة إلا ذلك. بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعاً، وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله: **(وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزانها)** يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لأنه علم ذلك الآن، فربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجاناً، وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع، وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة.

في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضياً به، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم الخ) أقول: وعندي أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يعم صورة عدم علمه بجملتها فإنه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع، فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضياً بموجبه فتأمل قوله: **(فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له)** أقول:

في جميعها عند أبي حنيفة، وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان، وكذا كل معدود متفاوت، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا، وعنده ينصرف إلى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت. وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتقضي

العقد، وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء، أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع، وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتها ثابت في حمل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين إلا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما، وفي الرقم يظهر بالبائع فقد لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد، وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في احتمالات أربعة لا تتعداها، فلأن تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أولى، بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد، وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة، وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن، والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها، وغايته إذا المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم، بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها لجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع، وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فإنما يتناول أدناه لصيانته عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم إنما يلزمه درهم واحد، وكذا إجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل.

[فرع] اشترى طعاماً بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد، لأن المشتري يملكه بنفس العقد، فإذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد، ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد، ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد. واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف، فإن الإنسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر، وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والإيفاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد، واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل قوله: **(ومن باع قطيع غنم الخ)** لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات، فإذا أضاف البيع على الوجه

(وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد، وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات) إلا أن التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة، بخلاف المكيلات وحكم المذروعات إذا بيعت مزارعة حكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن، وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعتك هذا الثوب

إن أراد أنه لا خيار له مطلقاً ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك، وإن أراد أنه ليس له خيار الرؤية فمسلم، وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة. ثم الأولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل قوله: **(وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه الخ)** أقول: قيل الانصراف إلى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضاً، ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجيء في باب البيع الفاسد فما الفرق قوله: **(وهذا ضعيف لأن قولهما أن الكل مبيع فمن أين التفريق)** أقول: فيه أنه يجوز أن يكون مراد المجيب أنهما يقصدان كون الكل مبيعاً على مذهبهما، والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفرق الصفقة عليها فليتأمل قوله: **(وما ثمة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الجهالة مانعة كما اعترف به قوله: **(وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه)** أقول: وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضاً.

إليها في الأول فوضح الفرق. قال: **(ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع)** لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف **(ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دارهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار، إن شاء**

المذكور في الحيوانات بأن قال بعتك هذه القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة، أما إذا سمي أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاماً فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالتها وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن وإلغاء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالإجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل، ولهذا لو باع شاة أو عشراً من مائة شاة أو بطيخة أو عشراً من وقر بطيخ كان باطلاً. وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي: إن ذلك في ثوب يضره التبعيض، أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام، وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والأواني والرقيق والإبل. ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وإن بينه بعد ذلك، وكذا في الدار، وهذا غير الأليق بأصله المذكور في الخلافية. وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا، والوقر عنده معروف، إن كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، وإن كان العنب أجناساً لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة كقطيع الغنم، وعندهما يجوز إذا كان جنساً واحداً في كل العنب كل وقر بما قال، وكذا إذا كان الجنس مختلفاً فكذا أورد الصدر الشهيد، والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقاً عليه وإن كان من أجناس مختلفاً فيه. ثم قال الفقيه: والفتوى على قولهما تيسيراً للأمر على الناس انتهى، وتفريع الصدر الشهيد أوجه قوله: **(ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز)** مثلاً **(بمائة)** تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة **(كان للمشتري الخيار، إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن)** لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلاً أو موزون **(فإن شاء فسخ البيع لتفريق الصفة)** الواحدة عليه وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون **(وإن وجدها زائدة فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين)** ليس له جهة الوصفية، فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع،

وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم، أو قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح. أما الأولى فظاهرة، وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم، وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب. وأما الثالثة فلأنه لما سمي لكل ذراع درهماً وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوماً، وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والأواني، وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال: **(ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم)** فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر، فإن كان الأول فذاك، وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا، وإن كان الثالث فالزائد للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفاً، والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه إلا بصفقة

قوله: **(فهو جائز في الكل لما قلنا)** أقول: من أن إزالة الجهالة بيديهما قوله: **(وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ)** أقول: قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير إذ لا معنى له، وأيضاً لا يكون الكلام مطابقاً للمشروح قوله: **(لتفرق الصفقة عليه)** أقول: فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق.

أخذها بجملة الثمن، وإن شاء ترك) لأن الذراع وصف في الثوب؛ ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن، بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته، إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. قال: **(وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع)** لأنه صفة، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيباً، فإذا هو سليم

ولو كان المشتري ثوباً أو أرضاً على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن وإن شاء ترك، وإن وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري **(ولو)** كان **(قال على أنها مائة ذراع)** مثلاً **(بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشتري الخيار)** إن شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه **(وإن كان)** وجدها أكثر فله الخيار إن شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع، وأصل هذا أن الذرع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء، فإن لم يفرد بثمن كان تابعاً محضاً فلا يقابل بشيء من الثمن، وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك، وإذا كان تابعاً محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعوّرت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن، أو اعورّت عند المشتري جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في الصورة النقص، وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة، وله الزائد في الصورة الزائدة **(كما إذا باعه)** على أنه معيب فوجده سليماً، هذا إذا لم يفرد بالثمن، فإن أفرد بالثمن وهو إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب، ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين

على حدة، وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيراً فيها إن شاء باشرها أو تركها، وإذا كان المشتري مذروعاً كأن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لأن الذرع وصف في الثوب المبيع، وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن، أما أنه وصف فقد بينه بقوله: ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض، وأما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان، فإن من اشترى جارية فاعورّت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء، فلهذا أي فلكون الذرع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن، بخلاف الفصل الأول: يعني المكيل لأن المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته **(وقال إلا أنه يتخير)** استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن، وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن، فصار كما إذا باع عبداً على أنه أعمى فإذا هو بصير. واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه، وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفاً، والاستدلال بقوله، ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم. لأنه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير، ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة، فكيف جعل الذراع الزائد وصفاً دون القفيز؟ وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف، واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم: ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل. وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل، وما لا يكون كذلك فهو وصف، وهو قريب من الثاني، والمكيل لا يتعيب بالتبعيض، والمذروع يتعيب، وعشرة أقفزة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أقفزة، وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري

قال المصنف: **(ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض)** أقول: إلا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول.

(ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم **(وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ**

أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة، فكذا إذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة، وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذاً كل ذراع بدرهم، ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وإن كان بينهما فرق، فإن عدد الثياب إذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يردّ إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه. أما هنا فالذراع ليس أصلاً من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ، لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار، وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع إلى القدر، ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج إلى الفرق فقيل لأن المثلي لا تنقص قيمته بنقصان القدر، فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت إلى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز، بخلاف الثوب والأرض، ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفضل قباء أو فرجية كان بثمن، إذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار، ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الأسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير، وذلك لأنه لا يفيد العرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد

معه، فإن الثوب العتابي إذن مثلاً إذا كان خمس عشرة ذراعاً فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضاً. وإذا عرف هذا عرف أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف، وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار. فإن قيل: سلمنا أن الذرع وصف لكن لا نسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فإن المبيع المعيب إذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب، كمن اشترى عبداً وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان أصبع يرجع على بائعه بالنقصان، وكمال الأصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور. أجيب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول، فإنه إذا صار مقصوداً بالتناول حقيقة كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكماً كما إذا امتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع بأن كان ثوباً فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب أخذ شبهاً بالأصل فأخذ قسطاً من الثمن، ولو قال بعتكها: يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية، وفيه نظر لأن المبيع إن كان ثياباً لم تكن هذه المسئلة. والأولى أن يقال: يعني الأرض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فإن وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو ترك، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب، وهذا معنى قولهم إن الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصوداً بالتناول، وهذا: أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو لأنه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذاً كل ذراع بدرهم وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، لأن كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه. ونوقض بالمسئلة الأولى لأن الذراع لو أمكن أن يكون أصلاً بذكر الثمن كان أصلاً في المسئلة الأولى أيضاً لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع، ومقابلة الجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد: وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث إنه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز، ووصف من وجه من حيث إنه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة، ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الإفراد عند ذكر كل

قوله: **(وفيه نظر لأن قوله من حيث هو الخ)** أقول: تسامح في العبارة، فإن معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لا هذا القول قوله: **(فلا يكون علة لها)** أقول: يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولاً لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة قوله: **(والأولى أن يقال يعني الأرض)** أقول: فيه أن قول المصنف فتزل كل ذراع منزلة ثوب ينبيء عن إرجاع الضمير إلى الأرض كما لا يخفى، ثم يجوز أن يرجع الضمير إلى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل

الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه لما بينا أنه صار أصلاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط. قال: **(ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وقالا: هو جائز، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً)** لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم. وله أن الذراع اسم لما يذرع به، واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع، وذلك غير معلوم، بخلاف السهم. ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافاً لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة، ولو اشترى

قوله: **(ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: هو جائز)** وبه قال الشافعي رحمه الله **(وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم)** منها **(جاز في قولهم جميعاً)** ومبنى الخلاف على أن المؤدي من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم، وعنده مؤداة قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع، فلو اتفقوا على أن مؤدي عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب، فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه، أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز، فالشأن في ترجيح المبني. فأبو حنيفة يقول: **(الذراع اسم لما يذرع به)** ومعلوم أنه يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعاراً لما يحلها، وما يحله معين فكان المبيع معيناً مقدراً بعشرة أذرع **(بخلاف)** عشرة أسهم لأن السهم اسم

ذراع لزم إلغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره، وبالأصلية عند ذكره عملاً بالشبهين، وفيه نظر لأن قوله من حيث إنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها. والأولى أن يقال: إذا لم يفرد كل ذراع بالذكركان كون كل ذراع مبيعاً ضمناً، ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف يصير أصلاً إذا كان مقصوداً بالتناول، وإن وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار الفسخ فلأنه إن حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير، وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلاً مشروطاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط. وفيه بحث من وجهين: أما الأول فهو أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل، كما لو كان العقد وارداً على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتي. وأما الثاني فهو أن الذراع لو كان أصلاً بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد، كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشر، فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة، وقد تقدم وهاهنا دخلت في تلك الصفقة. والجواب عن الأول أن الأثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك. وعن الثاني بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعاً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحرياً في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك، قال: **(ومن اشترى عشرة أذرع)** شراء عشرة أذرع **(من مائة ذراع من دار أو حمام)** أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز إذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق **(لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع)** كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم. ولأبي حنيفة أن الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وإرادتها هاهنا متعذرة فيصير مجازاً لما يحله بطريق ذكر الحال وإرادة المحل،

هذا تأويل ما في النهاية قوله: **(فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل الخ)** أقول: ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على أنه عشرة أثواب قوله: **(وعن الثاني بأن الذراع الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الأصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين، ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح. قال المصنف: **(وله أن الذراع اسم لم يذرع به واستعير لما يحله الذراع)** أقول: قال الإتقاني: كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند إلى ضمير الذراع وهي مؤنثة، لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اهـ. لكن قال في القاموس: الذراع بالكسر من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيهما جمع أذرع وذرعان بالضم اهـ. وذكر باعتبار الخبر.

عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (**ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار، ولم يجز في الزيادة**) لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في

للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم. وقد يقال إن تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه إنما أراد بيع الشائع لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشرة وإلا فلا فائدة في تعيينه لأن العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه. وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد، فإن بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ، وعلى قول آخرين يجوز لأنها جهالة بيدهما إزالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الأول. ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما إذا لم يعرف لجملة الذرعان، وأما إذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية، وكذا من جهة الدراية فإن الفساد عنده للجهالة كما قلنا، وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه. واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا باع ذراعاً أو عشرة أذرع من هذه الأرض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لأن صحته على قولهما باعتبار أنه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها، والصحيح أنه يجوز لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع قوله: (**ومن باع عدلاً**) صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلاً ولم يفصل لكل ثوب ثمناً بل قابل المجموع بالمجموع (**فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع**) في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلاً من وجه (**والثمن**) في صورة النقصان لأن الثمن لا ينقسم أجزاؤه على حسب أجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدراً مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً (**ولو**) كان (**فصل لكل ثوب ثمناً**) بأن قال كل ثوب بعشرة (**جاز**) البيع (**في فصل النقصان بقدره**) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه (**ولم يجز في الزيادة**) لأن جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر (**وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز**) البيع (**في فصل النقصان أيضاً**) قال في الذخيرة: وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما.

وما يحله لا يكون إلا معيناً مشخصاً لأنه فعل حسي يقتضي محلاً حسياً، والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (**وذلك**) أي العشرة الأذرع غير معلوم هنا، إذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة، بخلاف السهم فإنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي إلى المنازعة فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان، ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع، وبين ما إذا لم يعلم، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافاً لما يقوله الخصاف أن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان. وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً فإنه يجوز عنده. قال: (**ومن اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب**) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل إذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع. أما إذا زاد فلجهالة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده، والأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة. وأما إذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً، وحينئذ لا تدري قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن

فصل النقصان أيضاً وليس بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإن أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما، لأنه جعل القبول في المروي شرطاً لجواز العقد في الهروي، وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا. **(ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو**

أما على قول أبي حنيفة فاسد في الكل. لأنه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي، وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل **(اشترى ثوبين على أنهما هرويان)** كل ثوب بعشرة **(فإذا أحدهما مروي)** بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين القريتين، قال: فسد البيع في الثوبين جميعاً عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في الهروي، والفائت في مسئلة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدها أولى، وإليه مال الحلواني وقال إنه الصحيح عنده، وكذا نسبه شمس الأئمة السرخسي إلى أكثر مشايخنا، ثم قال: والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعاً: يعني عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة في نظائر هذا المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة، وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد، بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد. وأقول: قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم إن كان صريحاً معلوم ولا يضر، فإن في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروي صريحاً وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين، ، ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك، فكان قبوله في العاشر شرطاً لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر، فكان قبوله في المعدوم شرطاً إلى آخره. وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً للقبول في الآخر بذلك الوصف، فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في القبول في الآخر، بخلاف ما إذا كان معدوماً بذاته ووصفه فإنه ليس

فلا يشك في فساده، وإذا بين لكل ثوب ثمناً بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوماً، وله الخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. ومن مشايخنا من قال: إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضاً لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حرّ وعبد في صفقة وسمي لكل واحد ثمناً فإنه لا يجوز البيع عنده في الفن خلافاً لهما كذلك هذا. واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما هروي والآخر مروي، فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهم يجوز في الهروي. ووجه الاستدلال أن الفائت في الصفة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسداً للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد. قال الشيخ: وليس بصحيح لأن ثمن الناقص معلوم قطعاً فلا يضرّ الباقي. وفرّق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد لأن المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، وهذا لا يوجد هاهنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد. وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب إلى هراة

قال المصنف: **(فإذا أحدهما مروي)** أقول: قال ابن الهمام: بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، وأما النسبة إلى مرور المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين قريتين اهـ. وفيه كلام قوله: **(لأن المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد)** أقول: لا يقال إذا كان غير مذكور فبأي شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته إليهما حين البيع فليتأمل.

عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء، وقال محمد رحمه الله: يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لأن

حينئذ داخلاً في العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطاً، فلما لم يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر. فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه، ولا شك أن اعتبار الغلط إنما يتأتى من جهة البائع على معنى أنه إنما أوجب في تسعة، ولكنه عبر عنها بعشرة غلطاً، فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطاً فما تلاقي الإيجاب والقبول، كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة، وإن كان معنى غلطة أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع إلا تسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة، وهذا لأنه جادّ في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلاً كما ذكر فيمن باع كراً من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل، ولأنه باع ما ليس عنده. وفي المحيط: روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الأول، وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرّ فوجدها كذلك جاز، إلا في رواية عن أبي يوسف، وإن وجدها كراً أو أكثر فالبيع فاسد، وكذا إذا قال على أنها أكثر من كر فوجدها كذلك، وإن وجدها كرّاً أو دونه ففاسد، ولو قال كرّ أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه بخير في الأقل، كما لو قال على أنها كرّ، وعلى هذا إذا اشترى عنباً في كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتهى. ووجه الفساد في الأكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فإنه ليس للأقل من الكرّ والأكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد إلى البائع، بخلاف ما إذا قال كرّاً أو كرين، ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لأن غاية ما في ذلك أنه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني، والله أعلم قوله: (**ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول أخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني أخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف رحمه الله: في الأوّل يأخذ بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير**) وجه قوله (**إن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه**) حكم المقابلة و (**وحكمها**) أن يجب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا، وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه: أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر، وضمير يجزأ يصح عوده إلى كل من الذراع والدرهم، إلا أن الدرهم أقرب مذكور، وإنما يخير في الزيادة لأن سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه إلا بالتزامه، وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (**ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد**) بيع على أنه ذراع لما عرف أن إفراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية إلى الأصلية (**وقد انتقص**) عن الذراع فلا

ومرو قريتان بخراسان. قال: (**ولو اشترى ثوباً واحداً**) إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة: إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار، وفي النقصان بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف: إذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء، وإن نقص بعشرة إن شاء. وقال محمد: أخذه في الأول بعشرة ونصف، وفي الثاني بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم. (**فيجزأ عليه**) من التجزئة. وفي بعض النسخ يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة، ويجيز لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (**ولأبي يوسف أن بإفراد البدل صار كل ذراع**) كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم. ولأبي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل

من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها. ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقض. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه.

ينتقص شيء من الثمن، وإنما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن الزيادة نفعاً يشوبه ضرر، وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه **(ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط)** وكان الأولى أن يقول: حكم الأصل أو الثوب المنفصل بالشرط لأن المقدار أيضاً وصف على ما تقدم، وأخذه حكم الأصل مقيد بكونه ذراعاً، فإذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الأصل فيبقى على الأصل من كونه وصفاً لا يقابله شيء من الثمن، وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لأنه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص، كما لو اشتراه معيباً فوجده سليماً، ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة، ثم من الشارحين من اختار قول محمد، وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح، وذكر حاصل الوجه المذكور له. وفي قوله مقيد بكونه ذراعاً إشارة إلى الجواب عن قول محمد إنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة.

بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً وزوال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجاناً. وقيل هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والأقبية، أما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لأنه وإن اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع، وعلى هذا قال المشايخ: إذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها.

قوله: **(كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع)** أقول: الأولى هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول: كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع، ولا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من أنه إذا باع ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة فإن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضاً، ولعله يمنع ذلك للتفاوت في أطراف الثوب الواحد، ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالباً قوله: **(والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً الخ)** أقول: ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً.

فصل

(ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) ولأنه

فصل

لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل. واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك قوله: **(ومن باع داراً الخ)** في المحيط: الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسالم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحى، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحساناً، والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار، وهذا متعارف في ديارهم، أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع، والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار. نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فإن كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري. واستدل المصنف على دخول البناء **(بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار)** واستشكل الأول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحنث، فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث، وهذا لو أبطل التعليل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى. ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان. وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن داراً فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول، وتدخل البئر الكائنة في الدار، وإن كان عليها بكرة تدخل، ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها إلا إن كان قال بمرافقها، ويدخل البستان الذي في الدار صغيراً كان أو كبيراً، وإن كان خارج الدار لا يدخل، وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان، وقال أبو جعفر: إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل، وإن كان أكبر أو مثلها لا يدخل، وقيل إن صغر دخل وإلا لا. وقيل يحكم الثمن. وفي المنتقى: اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الأرض، وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف. وفي المحيط جعله قول محمد والحسن، وقول أبي يوسف لا يدخل، وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لأنه جزء الحائط حقيقة، ويدخل في بيع

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحاً. والثانية: أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال إقرار كان تابعاً له في الدخول، ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى **أن ما** وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار، وعلى هذا **(دخل بناء**

فصل ومن باع داراً

قوله: **(مسائل هذا الفصل)** أقول: أي بعضها، وإلا فبعضها بل أكثرها لا ينبني على واحدة منهما قوله: **(مبنية على قاعدتين)** أقول: بمعنى أنه لا يخلو من البناء على واحدة منهما قوله: **(على معنى أنه ما وضع الخ)** أقول: أي اتصال ما وضع الخ، فالمضاف مقدر قوله: **(وما وضع لا لأن يفصله الخ)** أقول: يعني واتصال ما وضع الخ قوله: **(لأن تناوله إياه باعتبار كونه صفة لها الخ)** أقول: لعل خلاصة الجواب أنه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في اليمين إذ هي للامتناع عن الشيء، والبناء لا يكون داعياً إلى اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل. ثم أقول: ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءاً من الدار فإنه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره؛ ألا يرى أن من حلف لا يكلم زيداً فكلمه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونهما داخلين في زيد وإذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى، وهذا الكلام إجمالي، وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الأحكام قوله: **(إذا لم تكن داعية لا يتقيد بها)** أقول: لا ينعقد بها في العرف قوله: **(ولأن البناء متصل به: أي بالأرض على تأويل المكان)** أقول: لم يتقدم ذكر الأرض، والأولى أن يقال: أي بالعرصة، نعم ما ذكره صحيح في قوله لأنه متصل به للقرار.

متصل بها اتصال قرار فيكون تبعاً له. **(ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه)** لأنه متصل بها

الحمام القدور دون قصاعه، وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الأرض فلا يدخل، وإن قال بحقوقها. قلت: ينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقها، وأما الطريق ونحوه فسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحقوق.

[فروع] باع فرساً دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرساً وعليه سرج، قيل لا يدخل إلا بالتنصيص أو يحكم الثمن؛ ولو باع حماراً قال الإمام محمد بن الفضل: لا يدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع، ولم يفصل بين ما إذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضيخان وهو الظاهر، فالإكاف فيه كالسرج في الفرس. وقال غيره: يدخل الإكاف والبرذعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع، وإذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية، ولا يدخل المقود في بيع الحمار لأنه ينقاد دونه، بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا. باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع، ولا يكون للثياب قسط من الثمن، حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيباً لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب؛ ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن، على هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما ربّ الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه، فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن، ثم الثمن كله لربّ الأرض لانتقاض البيع في حق النخل، والثمن كله بمقابلة الأصل وهو له دون التبع. ولو باع أتاناً لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف، قيل يدخلان، وقيل لا يدخلان، وقيل يدخل العجول دون الجحش. ولو باع عبداً له مال إن لم يذكر المال في البيع فماله لمولاه، وإن باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع، وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع، وإن كان عيناً جاز البيع إن لم يكن من الأثمان، فإن كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك، فإن كان الثمن أكثر جاز، وإن كان مثله أو أقل لا يجوز لأنه بيع للعبد بلا ثمن؛ وإن كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز إذا تقابضا في المجلس؛ وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن، وإن افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد. اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالاً، إن قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لأنها وصلت إلى المشتري منه، وإن قال ليس لي كان كاللقطة. ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه قوله: **(ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء)** ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة، فكان الحق دخول الكل، خلافاً لما قال بعض المشايخ إن غير المثمرة لا تدخل إلا بالذكر لأنها لا تغرس للقرار بل للقلع إذ كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم إن الصغيرة لا تدخل. وفي فتاوى قاضيخان: ولو باع أرضاً وفيها أشجار صغار تحوّل في فصل الربيع وتباع، إن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع إلا بشرط. نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على

الدار في بيعها وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال: لا نسلم تناوله البناء في العرف فإنه لم يدخل في باب الأيمان التي مبناها على العرف كما تقدم **(لأن يتناوله إياه باعتبار كونه صفقة لها)** وهي إذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم، والبناء ليس بداع إلى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام **(ولأن البناء متصل به)** أي بالأرض على

للقرار فأشبه البناء **(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية)** لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها **(ومن**

شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها، ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها، ويدخلان في الإجارة والرهن والوقف والقسمة لأنها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما، بخلاف البيع فإنه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها، ولا يدخل الثمر الذي على رءوس الأشجار إلا بالشرط، وما كان من الأوراق وأوراق الفرصاد والتوت لأنه بمنزلة الثمر، ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة، بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولداً يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة: تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف؛ وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعاً كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية، كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية، لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع. وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة: باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود؟ اختلف المشايخ، واستثنى الحياض، وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة قوله: **(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل)** أي لفصل الآدمي إياها لانتفاعه بها **(فشابه المتاع الذي فيه)** أي في المبيع، فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فإنه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى، وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به، وأيضاً الأم وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية، بخلاف الزرع ليس مجانساً للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل، فبعد ذلك ينظر إن كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلاً للحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية، وإن كان اتصالاً للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلاً فلا يدخل. فإن قيل: ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم. الجواب بأن الموجب للدخول إما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له، والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لا مجرد اتصاله الحالي مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول، والله أعلم قوله: **(ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)** لنفسه: أي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها، ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤترة في كونها للبائع إلا بالشرط، ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع، وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير، فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري. والتأبير: التلقيح، وهو أن يشق عناقيد الكم ويذرّ فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمر إناث النخل، لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبيّ ﷺ أنه قال «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وفي لفظ البخاري «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع»[1] وحاصله

تأويل المكان **(اتصال قرار)** فيكون تآبعاً له. **(وإذا باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجرة)** كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الأصح **(وإن لم يسمه للاتصال فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فأشبه المتاع الموضوع في الدار)** ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأم للفصل ويدخل في بيع الأم. والجواب أنه غير وارد على التفسير

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ وأبو داود ٣٤٣٣ والنسائي ٧/ ٢٩٧ وابن ماجه ٢٢١١ وابن الجارود ٦٢٨ و ٦٢٩ وابن حبان ٤٩٢٣ والحميدي ٦١٣ والشافعي ٢/ ١٤٨ والبغوي ٢٠٨٥ و ٢٠٨٦ والبيهقي ٥/ ٣٢٤ وأحمد ٢/ ٩ كلهم من حديث ابن عمر.
ولفظ البخاري ومسلم «من ابتاع نخلاً» بعد أن تُؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المباع».

باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع. ويقال للبائع

استدلال بمفهوم الصفة، فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته. وقد روى محمد رحمه الله في شفعة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1] من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر، وهو الحديث الذي ذكره المصنف. وما قيل إن في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه، إنما يلزمهم لو كان لقباً ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا، ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضاً يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد. والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله إنه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع، وهو قياس صحيح، وهم يقدّمون القياس على المفهوم إذا تعارضا، وحينئذ فيجب أن يحمل الإبار على الإثمار لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الإبار علامة الإثمار فعلق به الحكم بقوله نخلاً مؤبراً: يعني مثمراً. وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقاً للمشتري بعيد إذ يضاد الأحاديث المشهورة **(وإذا)** كانت الثمرة للبائع **(يقال له اقطعها وسلم المبيع، وكذا إذا كان فيها زرع)** يقال له اقلعه وسلم المبيع **(لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع)** وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله **(لأن الواجب هو التسليم المعتاد)** ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال إذا بيعت ليلاً وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين **(وفي العادة لا يقطع إلا بعد ما قلنا وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع)** فإنه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض، وإذا كان كذلك فلا يبالي بتضرّر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض، لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزماً للضرر المذكور، ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد: جاء وقت حصاده. أجاب المصنف **(بأن هناك)** أي في الإجارة **(أيضاً يجب التسليم)** ولذا تجب الأجرة في التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض، ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الإجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض في الحال، وإلا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك، فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره، ثم يقول هو في البيع بتركه إلى ما ذكرنا مجاناً، وفي الإجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك، وإلا فإذا فرق بين البيع والإجارة بأن إقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغاً دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه، بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الإجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة، اتجه أن يقال: إنما يكون إقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم

المذكور، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم. قال: **(ومن باع نخلاً)** باع نخلاً **(أو شجراً عليه ثمر فثمرته للبائع إلا)** أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته لقوله: ﷺ **«من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)** وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلاة والسلام «الثمرة للبائع إلا أن يشترط» ولم يذكر النخل. وقوله: **(ولأن الاتصال وإن كان خلقة)** فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقة أو موضوعاً **(ويقال للبائع سلم المبيع)** فارغاً لوجوب ذلك عليه،

قوله: **(وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب قوله: **(وقد عارضه دلالة الرضا بذلك)** أقول: أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم

---

(١) رواه محمد في شفعة الأصل كما ذكر المصنف ولم يذكر إسناده فليحرر.

(اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي رحمه الله: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد، والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع. قلنا: هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر، وتسليم العوض كتسليم المعوّض، ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة

يكن التأخير إلى الصلاح معتاداً، أما إذا كان معتاداً فلا، وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة، فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع، والله أعلم. ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع ببيعها إن اشتراها للقطع؟ لا تدخل بالإجماع، وإن اشتراها بيعاً مطلقاً لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأرض أصل والشجر تبع، فلا ينقلب الأصل تبعاً وهو قول الشافعي. وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي: يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها. وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى: هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض، وإلا فهو جذع وحطب فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها، وقيل قدر ساقها، وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدراً فعلى ما شرط. وقوله: **(ولا فرق)** بين أن يكون **(له قيمة)** أو لا في الصحيح احترازاً عن قول البعض إنه إن **(لم يكن له)** قيمة يدخل، والصحيح لا يدخل في الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن، وعلله أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار، وما يصح بيعه وليس للقرار **(لا يدخل في البيع)** تبعاً لغيَره، بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً ولكنه موضوع للقرار، قوله: **(وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمتاع)** هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد، وقيده في الذخيرة بما إذا لم يعفن، أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض. واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف. وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال: ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فللبائع، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع، ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع، وقيل يدخل، ولم يرجح المصنف منها شيئاً ورجح في التجنيس قال فيه: قال الفقيه: لا يدخل، والصواب أنه يدخل، نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الإسبيجابي انتهى.

فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي: **(يترك حتى يبدو صلاح الثمر، ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد، والمعتاد أن لا يقطع)** وقاسه على إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع فإنه يؤخر إلى الحصاد. والجواب أنا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت البدوّ والاستحصاد، سلمناه لكنه مشترك فإنهم قد يبيعون للقطع سلمناه، ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغاً قوله: **(هناك)** إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره **(التسليم واجب)** في صورة انقضاء مدة الإجارة أيضاً **(ولا يتركه إلا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض)** لا يقال: فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي، **(ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن)** في كونه للبائع **(في الصحيح)** وقيل إذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري. وجه الصحيح أن بيعه منفرداً أصح الروايتين، وما صح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره إذا لم يكن موضوعاً للقرار قوله: **(وأما إذا بيعت الأرض)** يعني معطوف على قوله ولا فرق: يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن

أن العرف في أمثال ذلك عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد فتأمل، والله الموفق للرشاد قال المصنف: **(قلنا هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض)** أقول: لا يقال الأجر عوض المنفعة لا الأرض فلا يتم التقريب لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجيء.

أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها

وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم. وفي فتاوى قاضيخان، قال شيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: هذا إذا صار الزرع متقوماً: أي لا يدخل، فإن لم يكن متقوماً يدخل الزرع من غير ذكر، قال: وإنما تعرف قيمته بأن تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوماً انتهى. وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست واقعة بل قولان: عدم الدخول مطلقاً، والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا، وكان المناسب أن يقول: تقوّم الأرض بلا ذلك الزرع وبه، فإن زاد فالزائد قيمته، وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فإنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري، ويعلله بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة. قال المصنف: **(وكأن هذا)** بتشديد النون: يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه **(بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل)** من قال لا يجوز بيعه قال يدخل، ومن قال يجوز قال لا يدخل. ولا يخفى أن كلاً من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه، فإن القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال قوله: **(ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ)** يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجراً فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق، وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضاً لما ذكرنا بعينه، ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلاً، هذا في المتصل بالأرض والشجر؛ أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل، ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجدود بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد: أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود قوله: **(ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها)** لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدوّ الصلاح بشرط الترك، ولا في جوازه قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدوّ الصلاح، لكن بدوّ الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد. وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدوّ الحلاوة، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدوّ الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع، فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز؛ وعندنا إن كان بحال لا ينتفع به في الأكل ولا في علف الدوابّ خلاف بين المشايخ، قيل لا يجوز، ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال إن لم يكن منتفعاً به في الحال، وقد أشار محمد في

لم تكن له قيمة **(وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمتاع)** وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض، وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعاً، **(ولو نبت ولم يصر له قيمة)** قال أبو القاسم: الصفار لا يدخل. وقال أبو بكر الإسكاف يدخل. قال الشيخ **(وكأن)** وصحح بعض الشارحين تشديد النون **(هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه)** يعني فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه جعله تابعاً مشفراً كبعير شفته والجمع مشافر. والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل. قال: **(ولا يدخل الزرع والثمر)** أعلم أن الألفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة: الأول أن يقول بعت الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك. والثاني بعت بحقوقها ومرافقها. والثالث بعت

قوله: **(لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي)** أقول: يعني سيأتي من أنه يكون صفقة في صفقة، ثم قوله لما سيأتي في جواب عن قوله لا يقال الخ.

كالمتاع، ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه، وقد قيل يدخل فيه، وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما. ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه. أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به. قال:

كتاب الزكاة إلى جوازه، فإنه قال: لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن جائزاً لم يوجب فيه العشر على المشتري، وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع على ما ذكرنا من قريب وإلا فلا انتفاع به مطلقاً فلا يجوز بيعه، والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثري أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعاً للأوراق كأنه ورق كله، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفاً للدوابّ فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقاً، ويجب قطعه على المشتري في الحال، فإن باعه بشرط الترك فإن لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل، وإن كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو القياس. ويجوز عند محمد استحساناً، وهو قول الأئمة الثلاثة، واختاره الطحاوي لعموم البلوى. وفي المنتقى: ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين **(أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة)** لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعارة في البيع أو بأجرة فشرط إجارة فيه، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك. وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل، كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد، وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناه أنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الجذاذ. ومحمد يقول بمعنه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم. ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد إلا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه، إذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل، فكون ما لم يتناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد، ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإما بإذن البائع إذناً مجرداً، أو بإذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، أو بلا إذن، ففي الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل، أما في الإذن المجرد فظاهر، وأما في الإجارة فلأنها إجار باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار والحاجة، فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار، وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها. ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه، وقد لا يوافقه البائع على بيع الأشجار، فالأول أولى،

بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها. والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها. وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لأن الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب. والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان. وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ، هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر، وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان إلا بالتصريح به. قال: **(ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها)** بيع الثمر على الشجر لا يخلو إما أن يكون قبل الظهور أو بعده، والأول لا يجوز، والثاني جائز بدا صلاحها بصلاحها لانتفاع بني آدم أو علف الدوابّ، أو لم يبد لأنه مال متقوّم لكونه منتفعاً به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كمبيع الجحش والمهر. وذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهى النبي ﷺ عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه، ولأن البيع يختص بمال متقوم، والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ: والأول أصح: يعني رواية ودراية، أما الأولى فلما أشار إليه محمد رحمه

قوله: **(وصحح بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني قوله: **(يذكر لما هو تبع)** أقول: أي للمبيع.

(ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح **(وعلى المشتري قطعها في الحال)** تفريغاً لملك البائع، وهذا

وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز، وكذا لو استأجر أشجاراً ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي. وإذا بطلت بقي الإذن معتبراً فيطيب، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز إجارتها، وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبثاً. أما هنا الإجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن فطاب، أما الفاسد فله وجود فكان الإذن ثابتاً في ضمنه باعتباره فمنع، وهنا صار الإذن مستقلاً بنفسه، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن كان جاهلاً ببطلان الإجارة. وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة، أما إذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير إذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء لأنه لم يزدد في ذاتها شيء، وهذا قول المصنف **(لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة)** أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس عليه. نعم عليه إثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة بإثبات خبث فيها. وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وعن بيع النخل حتى تزهو. قيل: وما تزهو قال: تحمارّ أو تصفارّ»[(١)] وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها. وكان إذا سئل عن صلاحها قال: حتى تذهب عاهتها»[(٢)] وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسودّ، وعن بيع الحب حتى يشتد»[(٣)] قال الترمذي: الحديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة. ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[(٤)]، فجعله للمشتري بالشرط، فدل على جواز بيعه مطلقاً لأنه لم يقيد دخوله في

الله في باب العشر، ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن الشراء جائزاً في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري. وأما الثانية فلأنه مال متقوم في الزمان الثاني، ونفي جوازه مفض إلى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق. والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك أو المراد به النهي عن بيعها سلماً بدليل قوله ﷺ «أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك

قوله: **(وأما الثانية، إلى قوله: يعصى إلى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو نائب بالاتفاق)** أقول: إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركته الزمان الثاني كما في المقيس عليه قوله: **(والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك)** أقول: فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الأغلب يكون فيه قوله: **(وإنما يتوهم هذا)** أقول: أي إذهاب الله الثمرة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٩٧ ومسلم ١٥٥٥ والبيهقي ٥/ ٣٠١ كلهم من حديث أنس ورواية لمسلم «قيل: وما تزهي؟ قال: تحمرّ».

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٣٤ والبيهقي ٥/ ٣٠٠ كلاهما من حديث ابن عمر.
ولفظ مسلم في رواية «فقيل لابن عمر: ما صلاحه قال تذهب عاهته».

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٣٧١ والترمذي ١٢٢٨ وابن ماجه ٢٢١٧ والبيهقي ٥/ ٣٠١ والحاكم ٢/ ١٩ وأحمد ٣/ ٢٢١، ٢٥٠ كلهم من حديث أنس زاد ابن ماجه في أوّله «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو» وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
وقال الترمذي: حسن غريب اهـ.
إسناده صحيح رجاله ثقات على شرط مسلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ الترمذي ١٢٤٤ والنسائي ٧/ ٢٩٦ والبيهقي ٥/ ٣٢٤ والطحاوي ٤/ ٢٦ والطيالسي ١٨٠٥ وأحمد ٢/ ٨٢ كلهم من حديث ابن عمر.

إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة، وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة، وإن اشتراها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر

البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه. وفي موطإ عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت «ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي ﷺ فعالجه وقام حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال: يأبى أن لا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي ﷺ فقال: هو له»[1] ولولا صحة البيع لم يترتب الإقالة عليه. أما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره، فإنهم أجازو البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع، وهذه معارضة صريحة لمنطوقه، فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر، وهو لا يحل إن لم يكن لموجب، وهو عندهم تعليله عليه عليه الصلاة والسلام بقوله ﷺ «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه»[2] فإنه يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة، قبل الإدراك ومزهية قبل الزهو.

وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمرّ أو تصفرّ، وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة، فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع، فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسودّ وهو لا يكون عنباً قبل السواد يفيده فإنه قبله حصرم، فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنباً قبل أن يصير عنباً، وذلك لا يكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح، ويدل عليه تعليل النبي ﷺ بقوله «أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[3] فالمعنى إذا بعتموه عنباً قبل أن يصير عنباً

إلى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم، وإذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع. قوله: (وهذا) إشارة إلى الجواز: أي الجواز إذا (اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع) أما إذا قال اشتريته على أني أتركه على النخل فقد فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير، أو أن في هذا البيع صفقة في صفقة لأنه إعارة في بيع أو إجارة فيه، لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجر أو غيره، والثاني إعارة والأول إجارة وذلك منهي عنه، وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إجارتها وليس كذلك، نعم هو إنما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك، فإنّ إعارتها وإجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة. هذا إذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قوله: (فقد فسد البيع، إلى قوله: لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول: أنت خبير بأن شرط الترك على النخيل لا ينافي تسليم المعقود عليه على ما سيجيء في مسئلة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية، ففي تقريره ركاكة لا تخفى، وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله قوله: (وفيه تأمل، إلى قوله: وليس كذلك) أقول: إعارة الأشجار ينبغي أن تجوز، ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكي عن الجامع الأصفر فراجعه. قوله: (وها هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول: إنما يمكن

---

(١) مرسل قوي. أخرجه مالك ٢/ ٦٢١ والبيهقي ٥/ ٣٠٥ كلاهما عن محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة مرسلاً وورد بنحوه من حديث عائشة أخرجه ابن حبان ٥٠٣٢ وأحمد ٦/ ٦٩، ١٠٥.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٨، ٢١٩٨، ٢١٩٥، ٢١٩٧، ٢٢٠٨ ومسلم ١٥٥٥ والبغوي ٢٠٨٠ وابن حبان ٤٩٩٠ والشافعي ٢/ ١٤٨، ١٤٩ ومالك ٢/ ٦١٨ وابن الجارود ٦٠٤ والطحاوي ٢/ ٢٤ والبيهقي ٥/ ٣٠٠ وأحمد ٣/ ١١٥ كلهم من حديث أنس بن مالك وهو طرف حديث.

(٣) هو المتقدم.

النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبراً، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثاً؛ ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز. ولو

بشرط الترك إلى أن يصير عنباً فمنع الله الثمرة فلم يصر عنباً «بم يستحل أحدكم» يعني البائع مال أخيه المشتري، والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولاً للنهي، وإذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي، فإنا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقاً غير متناول للنهي بوجه من الوجوه، فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث، وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها: أعني حديث التأبير سالم عن المعارض، وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في ثاني الحال إلى آخره، وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأبير عاماً عارضه خاص وهو حديث بدوّ الصلاح، وأن الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر. والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحها إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقاً لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا، وإما مطلقاً فإذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق

الله، وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد، وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال: لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الأرض أو الشجر. والجواب أنا لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الإذن في تركه بلا شرط في العقد، ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها، فإن كان بإذن البائع طاب له الفضل، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوّم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما، لأن ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الأرض المغصوبة. وإذا تركها بغير إذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة من النيء إلى النضج لا تحقق زيادة في الجسم، فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير إذنه شيء، بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم، وإن اشتراها مطلقاً عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لبطلان إجارة النخيل لعدم التعارف، فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها، وهاهنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سنذكره. وإذا بطلت الإجارة بقي الإذن معتبراً فيطيب له الفضل. فإن قيل: لا نسلم بقاء الإذن فإنه ثبت في ضمن الإجارة، وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن. أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلاً وصفاً شرعاً على ما عرف، والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد، والفاسد ماله تحقق من حيث الأصل فأمكن أن يكون متضمناً لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثاً وسبيله التصدق. ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز، وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط، والقول في مقدار الزائد قول المشتري لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهداً له هذا ظاهر المذهب، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروي عن أصحابنا.

للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك، ولا يشبه ثمار الأشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى. ثم أقول: وصح ما ذكره لم تصح الإجارة مطلقاً بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى.

أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده، وكذا في الباذنجان والبطيخ، والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه، قال: **(ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها، أرطالاً معلومة)** خلافاً لمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن

محل النهي إلا بيعها بشرط الترك، ونحن قائلون بأنه فاسد **(ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز)** فأشبه هلاكه قبل التسليم **(ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره)** مع يمينه **(لأنه في يده وكذا في)** بيع **(الباذنجان والبطيخ)** إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا. وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل، وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وكذا حكي عن الإمام الفضلي وكذا يقول: الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه يكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه: اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً. وقال: استحسن فيه لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عادتهم حرج، وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق، ثم جوّز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله **(والمخلص)** من هذه اللوازم الصعبة **(أن يشتري)** أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث **(على ملكه)** وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن. وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط قوله: **(ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة خلافاً لمالك)** أجازه قياساً على استثناء شجرة معينة. قلنا: قياس مع الفارق، لأن الباقي بعد إخراج المستثني غير مشار إليه، ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً، بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة قالوا: هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد رحمهم الله. وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقي شيء بعد إخراج المستثني فظاهر، وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر قوله: **(وكذا في الباذنجان والبطيخ)** يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان **(والمخلص)** أي الحيلة في جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصيل الزيادة على ملكه، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي: إنما يجوز بجعل الموجود أصلاً والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة، ولا ضرورة هاهنا لاندفاعها ببيع الأصول قال: **(ولا يجوز أن يبيع ثمرة)** إذا باع ثمرة **(واستثنى منها أرطالاً معلومة لم يجز خلافاً لمالك)** ولم يبين أن مراده الثمرة على رءوس النخيل أو ثمرة مجذوذة، وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل. وأما بيع المجذوذ فجائز، وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال: إذا باع الثمر على رءوس النخيل إلا منها يجوز البيع لأن المستثني معلوم، كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً يجوز، وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء، واستدل بقوله: **(لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول)** والمجهول لا يرد عليه العقد، وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيهما سواء **(بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة)** كم هي

قوله: (وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه) أقول: في الصورة الأولى أيضاً قوله: (وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول: فيه بحث، فإن اللازم منه أن من قال بالأول قال بالثاني والعكس ليس بلازم.

الباقي معلوم بالمشاهدة. قال رضي الله عنه: قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي؛ أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان، لأنه لا يجوز بيعه، فكذا استثناؤه **(ويجوز بيع الحنطة في**

مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة. قال المصنف رحمه الله **(فأما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل)** من الجارية الحامل أو الشاة **(وأطراف الحيوان لا يجوز)** كما إذا باع هذه الشاة إلا إليتها وهذا العبد إلا يده فيصير مشتركاً متميزاً، بخلاف ما لو كان مشتركاً على الشيوع فإنه جائز، وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعاً إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفض إلى المنازعة. فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع؛ ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححاً. وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأرطال فبعيد إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأرطال لا تستغرق الكل، وإلا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء قوله: **(ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره، وكذا الأرز والسمسم. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر، وكذا الجوز**

نخلة، قال المصنف: **(قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي)** واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع، وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة. وأجيب بأنا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفضي إلى النزاع. سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر إلا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح، كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى، وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى قوله أرطالاً معلومة. وردّ بأنه لو كان المستثني صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك، وبأنه لا يخلو إما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أو لا، وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد، أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثني معلوماً، سلمنا أن الباقي غير معلوم وزناً لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة. وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع. وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً، وفيه نظر لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة، ثم قال المصنف **(أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز)** يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ولهذا قال: ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراد يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه، وينعكس إلى أن مالاً يجوز أيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه، وفي بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه، وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثني مقصوداً معلوماً، وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصوداً معلوماً فتشاركا في القصد والعلم، فما جاز أن يقع معقوداً عليه بانفاده جاز أن يستثني وبالعكس. وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها بدرهم صح في جميع الصبرة إلا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد

قوله: **(فيبطل الاستثناء)** أقول: فيه بحث قوله: **(وينعكس إلى أن ما لا يجوز الخ)** أقول: ليس ما ذكره عكس تلك القضية. قوله: **(واستثناؤها جائز لكن لا نسلم)** أقول: فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل.

سنبلها والباقلاء في قشره) وكذا الأرز والسمسم. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده. وله في بيع السنبلة قولان، وعندنا يجوز ذلك كله. **له أن المعقود عليه** مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ولنا ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام **«أنه نهى** عن بيع النخل حتى يزهى، وعن بيع السنبل حتى يبيضّ ويأمن العاهة» ولأنه حبّ منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالاً متقوّماً، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز، وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنابل. **(ومن**

واللوز والفستق في قشره الأول عنده. وله) في بيع الحنطة **(في السنبل قولان)**، وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها **(وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه)** وهو المبيع **(مستور بما لا منفعة عليه)** فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه، والمعول في الاستدلال نهيه ﷺ عن بيع الغرر، وفي هذا غرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل، والمبيع ما أريد به إلا الحبّ لا السنابل فرجع إلى جهالة قدر المبيع، وألزم على هذا أن لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث **(ولنا ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيضّ»)**[1] رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة. ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهى يزهي لغة، ففي الاشتقاق من الزهو لغتان، وأنكر الأصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن الغير إنكار يزهو الثلاثية. لا يقال: أنتم لم تعملوا بصدر الحديث. لأنا نقول: قد بينا أنا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها شرط الترك إلى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم معلوم **(فيجوز بيعه كالشعير في سنبله)** بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا، أما أنه مال متقوم فظاهر، وأما أنه معلوم فلأنه مشار إليه وبالإشارة كفاية في التعريف، إذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة، وليس معرفته على التحرير شرطاً وإلا امتنع بيع الصبرة المشاهدة. وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضاً في غلافه. أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدماً هالكاً في العرف، فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم **(بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا)** حتى لو باع بخلاف جنسه جاز، وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والإلية والأكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم في العرف. لا يقال: هذا عصير وزيت في محله، وكذا الباقي. واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد

عليه. وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه، ولو قال إلا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثناؤه، وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد، بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة. قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعتك

قوله: **(وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية)** أقول: في نظره نظران قوله: **(والأولى أن يستدل بقوله نهى الخ)** أقول: فيه بحث، فإن في الاستدلال ما ذكره اعترافاً بفساد العقد.

---

(١) صحيح أخرجه مسلم ١٥٣٥ حـ ٥٠ وأبو داود ٣٣٦٨ والترمذي ١٢٢٦، ١٢٢٧ والبيهقي ٥/٣٠٢، ٣٠٣ وأحمد ٢/٥ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر وزادوا: «نهى البائع والمشتري» ورواية «الثمار» بدل «النخل».

باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها**) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه. قال: (**وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع**) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة الوزان والزراع والعدّاد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم؛ ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده، وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه. قال: (**وأجرة وزان الثمن على المشتري**)

الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره قوله: (**ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها**) المراد بالغلق ما نسميه ضبة، وهذا إذا كانت مركبة لأنها تركب للبقاء لا إذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الأقفال في بيع الحوانيت لأنها لا تركب، وإنما تدخل الألواح وإن كانت منفصلة لأنها في العرف كالأبواب المركبة، والمراد بهذه الألواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان، وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معوّل عليه وقوله: (**لأنه لا ينتفع بها إلا به**) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها، بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها، ولذا لما كان العقد عليها مقصوراً على ذلك كما في الإجارة أدخلنا الطريق.

[فرع] يناسب ما نحن فيه من حيث إنه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وإن كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع إليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه وإن كان يعلم بالحال، لأن المشتري الأول رضي بهذا ففسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتريه، وإنما كتبتها لأنها كثيراً ما تقع في الأسواق قوله: (**وأجرة الكيال ووزان المبيع وذرّاعه وعاده**) إن كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العدّ (**على البائع**) لأن عليه إيفاء المبيع ولا يتحقق ذلك إلا بكيله ووزنه ونحوه، ولأن بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره، ومعلوم أن الحاجة إلى هذه إذا بايع مكايلة أو موازنة ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة، وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الأئمة الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه، وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة والمشايخ، فروى ابن رستم عن محمد أنه

هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى. وأجيب بأن في الاستثناء المستثني لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن إفرادها إخراجاً بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه، وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أوّلاً في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل، ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد إلا عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره، ولو قال على أن لي عشرة لم يصح. قيل ولقائل أن يقول: سلمنا أن إيراد العقد على الأرطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول. والجواب أنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثني إذا كان معلوماً ما لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع. قال: (**ويجوز بيع الحنطة في سنبلها**) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (**والأرز والسمسم. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفستق في قشرة في قوله الأول**) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد، واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له، والعقد في مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله. ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى، وعن بيع السنبل حتى يبيّض ويأمن العاهة» وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والأولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهي يقتضي المشروعية كما

قوله: (**والداخل في الداخل**) أقول: كيف يكون داخلاً وقد قال كالجزء منه فتأمل قوله: (**والثاني مسلم الخ**) أقول: ولعل مثل هذا الترديد جائز في المتنازع فيه فتأمل.

لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. قال: **(ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أوّلاً)** لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين

على البائع وهو المذكور في المختصر. ووجهه أن النقد يحتاج إليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج إليه لاحتياجه إلى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه. وروى ابن سماعة عنه أنه على المشتري، وبه كان يفتي الصدر الشهيد لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج إليه. وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن أنه على المشتري إلا إذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على ربّ الدين. وفي الخلاصة: الصحيح أنه على المشتري، وكذا قال القدوري إنه على المشتري إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة. قال: واختار في الواقعات أنه على المشتري. وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار. وفي المنتقى: إخراج الطعام من السفن على المشتري، ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جزافاً على المشتري، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشتري، وكذا قطع الثمر: يعني إذا خلى البائع بينها وبين المشتري، الكل من الخلاصة قوله: **(ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أوّلاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض)** لأنه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها **(لما)** عرف **(أنها لا تتعين بالتعيين)** في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا، ولو كان المبيع غائباً لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد، ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالثمن كفيلاً أو رهن المشتري به رهناً، أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس، وكذا إذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان: في رواية كقول أبي يوسف، وفي رواية إذا أحال البائع به رجلاً سقط، وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط، وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه، فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بأن كان حيواناً فقتل نفسه أو بأمر سماوي بطل البيع، فإن كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري، وإن كان بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلى المثل وإلا فالقيمة؛ فإن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل

عرف قوله: **(ولأنه حبّ منتفع به)** كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له. وتقريره: لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشرة حب منتفع به، ومن أكل الفولية شهد بذلك وأن الحبوب المذكور تدخر في قشرها، قال الله تعالى **﴿فذروه في سنبلة﴾** وهو انتفاع لا محالة، فجاز البيع كبيع الشعير بالشعير يجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما، وبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز. وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة، فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفاً؟ أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة، يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن، وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله. قال: **(ومن باع دار الخ)** الإغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دخل في البيع أغلاقها بناء على ما تقدم أن ما كان موضوعاً فيه للقرار كان داخلاً، والأغلاق كذلك لأنها مركبة فيها للبقاء، والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه إذ لا ينتفع به بدونه، والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء. فإن قيل: عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فإن الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بطريق ولا يدخل في بيع الدار. فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة، وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق قلنا: الانتفاع بها لا يمكن إلا بالطريق مطلقاً أو من حيث السكنى، والأول ممنوع

تحقيقاً للمساواة. قال: **(ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل لهما سلما معاً)** لاستوائهما في التعين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

لا يطيب له، وإن كان من خلافه طاب، وإن شاء اختار البيع وأتبع الجاني في الضمان فإن له ذلك وعليه الثمن للبائع، فإن كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل قوله: **(ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل لهما سلماً معاً لاستوائهما في تعين حق كل منهما)** قبل التسليم، فإيجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معاً ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة. في التجريد: تسليم المبيع أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن. وفي الأجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان: أن يقول خليت بينك وبين المبيع، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع، وأن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره. وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: القبض أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته، فإن أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيراً، وإن كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش فخطا معه فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته. وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض، وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية. ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً، ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً، وإن كانت قريبة كان قبضاً، وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة. وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المبيع يبعد عنهما. وقال الحلواني: ذكر في النوادر إذا باع ضيعة وخلي بينها وبين المشتري إن كان يقرب منها يصير قابضاً أو يبعد لا يصير قابضاً. قال والناس عنه غافلون، فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض. وفي جامع شمس الأئمة: يصح القبض وإن كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلف، وكذا إذا اشترى بقراً في السرح فقال البائع اذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضاً. ولو باع خلاً ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض. ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح. ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض

يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة، والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الإجارة ولكن ليس الكلام في ذلك، والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم إن اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل، وإن لم يتصل لا يدخل. قال: وأجرة الكيال وناقد الثمن إذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عدداً واحتاج إلى أجرة الكيال والوزان والعداد فهيَ على البائع لأن التسليم واجب عليه وهو لا يحصل إلا بهذه الأفعال وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وأما أجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع، وهو المذكور في المختصر، وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري. وجه الأولى أن النقد يكون بعد التسليم لأنه إنما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج إلى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده. ووجه الثانية أن المشتري هو المحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن، وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لأنه المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. قال: **(ومن باع سلعة)** بيع السلعة معجلاً إما أن يكون بثمن أو بسلعة، فإن كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة في تعين حق كل واحد منهما، وفي المالية أيضاً لأن الدين أنقص من

. . . .

حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم، وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح. ولو اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسئلة الطير، وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل. ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري. قال القاضي الإمام: هذا إذا لم يكن على الدابة سرج، فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً وإلا فلا، ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضاً كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معاً.

العين، وعلى هذا إذا كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه، وإن كان الثاني يقال لهما سلما لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع، والله أعلم بالصواب.

باب خيار الشرط

قال: (**خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها**) والأصل فيه ما رويَ:

باب خيار الشرط

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين، والأصل أن لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل. ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار، وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه ﷺ عن بيع وشرط[1]، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماً ومعنى لا حكماً، وللمستلزم علة اسماً ومعنى حكماً، وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الأصول. والموانع خمسة أقسام: مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لأنها لا تنعقد إلا في محلها، ومحل البيع المال والحرّ ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه. ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سنته. ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه. ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري. والمانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته تقليلاً لعمله بقدر الإمكان، وذلك لأن عمله إثبات الحظر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه. ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الحظر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سبباً للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك، والحظر طرد في ذلك لا أثر له. نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً، بخلاف الأصل، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر[2] فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أو لا قوله: (**خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة أيام**) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف: أي في ثلاثة وبرفعها على أنه خبر مبتدإ محذوف: أي هو ثلاثة أيام. ثم في فتاوى قاضيخان: إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع

باب خيار الشرط

قال: (**خيار الشرط جائز البيع، تارة يكون لازماً وأخرى غير لازم**) واللام ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار، ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره، ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم، وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بدّ من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس، وهو على أنواع: فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشتريت على أني بالخيار أو على أني بالخيار أياماً أو على أني بالخيار أبداً. وجائز بالاتفاق

باب خيار الشرط

قوله: (**ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره**) أقول: فإن قيل: ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره. قلنا: يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل.

---

(١) ضعيف. ذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ٨٥ في خبرٍ وفيه قصة لأبي حنيفة وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه فقال اهـ وسيأتي.

(٢) أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٧/ ٢٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة وسيأتي.

أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات، فقال له النبيّ عليه الصلاة والسلام «إذا

الفاسد كالصحيح قوله: (**والأصل فيه ما روى «أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات»**) الحديث. روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر قال: «كان حبان بن منقذ ابن عمرو رجلاً ضعيفاً، وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله ﷺ الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه، وكان قد ثقل لسانه، فقال له النبيّ ﷺ: بع وقل لا خلابة» وكان يشتري الشيء فيجيء به إلى أهله فيقولون له هذا غال فيقول: إن رسول الله ﷺ قد خبرني في بيعي وسكت عليه[1]. وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة. ورواه الشافعي من طريق محمد بن إسحاق قال: أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحاق به، ثم قال الشافعي رحمه الله: والأصل في بيع الخيار أنه فاسد، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاثة أيام في البيع[2]. وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال ﷺ. وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر: «سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن في البيوع، فقال له: إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال»[3] قال ابن إسحاق: فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو قد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع، فذكره نحوه. ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه آمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن، فأتي النبي ﷺ فذكر ذلك له[4]. الحديث. وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو، لا حبان ابنه، ولا شك أن هذا منقطع، وغلط من عزاه لأبي داود، وكذا رواه البخاري في تاريخه الأوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال: وعاش مائة وثلاثين سنة[5]، والحديث وإن دار على ابن إسحاق فالأكثر على توثيقه، ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الأنف، وكذا رواه ابن أبي شيبة. عن محمد بن يحيى بن حبان قال: قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو «قل لا خلابة،

وهو أن يقول على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها. ومختلف فيه وهو أن يقول علي أني بالخيار شهراً أو شهرين، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقدين أو لهما جميعاً أو شرط أحدهما الخيار لغيره. وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روي: أن حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام» والخلابة: الخداع. ووجه الاستدلال أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وكل ما هو كذلك فهو مفسد إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه. فإن قيل: كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعد في مدته، فالجواب أن في النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ المفاعلة، ولأن البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة، وكثير المدة ليس كقليلها لأن معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد. ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين» ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن، فإنه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة. والجواب أن حديث

---

(١) صحيح. تقدم تخريجه في ٣/٢٥٨.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٨ ومسلم ١٥٢٤ من وجوه وأبو داود ٣٤٤٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٣) صحيح. تقدم تخريجه في ٣/٢٥٨ أيضاً.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠١ والترمذي ١٢٥٠ والنسائي ٧/٢٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٤ وابن الجارود ٥٦٨ وابن حبان ٥٠٤٩، ٥٠٥٠ والحاكم ٤/١٠١ والدارقطني ٣/٥٥ وأحمد ٣/٢١٧ والبيهقي ٦/٦٢ كلهم من حديث أنس بن مالك، وإسناده قوي، ورجاله ثقات وقد صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وله طرق كثيرة فهو جيد وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

(٥) رواه البخاري في تاريخه الأوسط كما في نصب الراية ٤/٧ والبيهقي ٥/٢٧٣ كلاهما عن محمد بن يحيى بن حبان وإسناده غير قوي.

بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام» (ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي. وقالا

وإذا بعت بيعاً فأنت بالخيار»[1] ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لأن هذا منقطع وذلك موصول، هذا وشرط الخيار مجمع عليه. وأما ما روي في الموطإ والصحيح عن ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابة»[2] والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود؛ والعجب ممن قال الأصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب.

[فرع] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع، حتى لو شرط الخيار بعد البيع الباتّ شهراً ورضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ألحقا به شرطاً فاسداً بطل الشرط، ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة. ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره. ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أنه له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره. ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر؛ فعند أبي حنيفة يستمر له إلى أن يخرج وقت الظهر، وعندهما لا تدخل الغاية قوله: **(ولا يجوز أكثر منها)** أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة **(وهو قول زفر والشافعي)** وكما لا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز إذا أطلق وقالا: **(يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أجاز البيع إلى شهرين»**[3]**)** وهذا دليل جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت. وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير **(لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن)** شرع للحاجة إلى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد، ثم جاز أيّ مقدار تراضياً عليه وبقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون عند شروطهم»[4] وقال مالك: إذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر

حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر، سلمنا أنهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن

قوله: **(والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكايه حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما)** أقول: فيه بحث، إذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج إلى الترجيح، فإن مفهوم العدد إن كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فإن للمنع مجالاً. ثم أقول: ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني، والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة.

---

(١) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/ ٧ من حديث محمد بن يحيى بن حبان مرسلاً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٠٧، ٢٤١٤ ومسلم ١٥٣٣ ومالك ٢/ ٦٨٥ وأبو داود ٣٥٠٠ والنسائي ٧/ ٢٥٢ كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨. ومراده: لا أصل له.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٩٤ والدارقطني ٣/ ٢٧ والحاكم ٢/ ٤٩ والبيهقي ٦/ ٧٩ كلهم من حديث أبي هريرة بزيادة «والصلح جائز بين المسلمين وإسناده حسن».

وورد من حديث عمر بن عوف أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ دون لفظ المسلمون على شروطهم والدارقطني ٣/ ٢٧ والبيهقي ٦/ ٧٩ وابن عدي ٦/ ٦١.

قال الترمذي: حسن صحيح اهـ.

مع أن مدارة على كثير بن عبد الله المزني.

قال عنه ابن حجر في التقريب: ضعيف اهـ.

وله شاهد أخرجه ابن عدي ٦/ ٤٢ وإسناده ضعيف رواه من حديث رافع بن خديج. وله شاهد آخر أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧ مختصراً وكذا أخرجه الحاكم ٢/ ٥٠ كلاهما من حديث عائشة وفيه ضعيف.

وله شاهد من حديث أنس أسنده الحاكم ٢/ ٥٠ والدارقطني ٣/ ٢٨ وفيه ضعف إلا أن هذه الطرق بمجموعها تقوي حديث الباب وترقى به إلى درجة الصحة.

ولعلّ الترمذي قواه لأجل هذا. وانظر تلخيص الحبير ٣/ ٢٣.

(يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أنه أجاز الخيار إلى شهرين») ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن. ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص، فيقتصر على المدة

من يوم، وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة، ويمكن أن يقال: لم يتعين اشتراط الأكثر طريقاً لأنه إن كانَ لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة إلى شرط الخيار أصلاً لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة، وإن كان للتروّي في أمرها هل تساوي الثمن المذكور أو لا أو هي منتفع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها؟ فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث. وأما ما يتسارع إليه الفساد فحكمه مسطور. وفي فتاوى القاضي: اشترى شيئاً يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء. وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعاً للضرر من الجانبين، وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد عدل، فإن عدلت البينة يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع؛ ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لأن بيع القاضي كبيعه، ولو لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعي عليه لأن البيع لم يثبت وبقي آخذاً مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً عليه بالقيمة. وجه قول أبي حنيفة **(أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم)** ثبت نصاً على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروّي فيما يدفع الغبن عنه، ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فإن معرفة كونه مغبوناً في هذه الصفقة أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والإشكال ليحتاج في حصوله إلى مدة تزيد عليها، فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس. ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعذر. ولا يبنى الفقه باعتباره لأن مثله زائل العقل. وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان إنه خرج مخرج الغالب غير صحيح، ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان أنه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماغه مأمومة أفسدت حاله، أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الأوسط، فأي حالة تزيد على هذه من الضعف إلا عدم العقل بالكلية، ومع ذلك لم يجعل له النبي ﷺ سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحاً، وهو وإن لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة. وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس «أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام»[1] إلا أنه أعلّ بأبان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً، وكذا أخرج

يكون المراد به خيار الرؤية والعيب، وأنه أجاز الرد بهما بعد الشهرين، ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل في الحاجة، فإن صاحب الخلابة كان مصاباً في الرأس فكان أحوج إلى الزيادة، فلو زادت كان أولى بها، فدل على أن المقدر لنفي الزيادة

---

(١) ضعيف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٨ من حديث أنس وفي إسناده أبان بن أبي عياش.
قال الزيلعي: أعلّه عبد الحق في «أحكامه» بأبان، وقال: لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلاً صالحاً اهـ.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٤: في إسناده أبان وهو متروك.

المذكورة فيه وانتفت الزيادة، **(إلا أنه إذا أجاز في الثلاث)** جاز عند أبي حنيفة خلافاً لزفر، هو يقول: إنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً. وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس، ولأن

الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «الخيار ثلاثة أيام»[1] وفيه أحمد بن ميسرة متروك. وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار. وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا، فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا بإطلاقه، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده، حتى له أنه لو شرع الأجل أيضاً مقيداً بمدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضاً، ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ما ورد إلا للمشتري. قلنا: ممنوع بل للأعم، فإنه ﷺ قال له «إذا بايعت»[2] وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً قوله: **(إلا أنه)** استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها: أي لا يجوز في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته داخل الثلاثة **(عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لزفر)** وبه قال الشافعي **(وهو)** أي زفر **(يقول إنه)** أي العقد **(انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً)** كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحاً، أو باع عبداً بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر، وهذا لأن البقاء على حسب الثبوت فإن الباقي هو الذي كان قد ثبت **(ولأبي حنيفة أنه)** أي من له الخيار **(أسقط المفسد)** وهو اشتراط اليوم الرابع **(قبل تقرره)** أي قبل ثبوته وتحققه لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزاً **(كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به)** وهذا لأن المفسد ليس هو شرط الخيار، بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحاً. ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين الأمر خلاف الظاهر فينقلب صحيحاً، وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد

سلمناه، لكن في الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم. والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء. وهي إنما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج إلى مدة طويلة. قوله: **(إلا أنه إذا أجاز)** يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها، ومعناه: لا يجوز أكثر منها، لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز، ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور، والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل. وزفر يقول: إن هذا عقد قد انعقد فاسداً والفاسد لا ينقلب جائزاً لأن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبداً بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر؛ وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة. ولأبي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تقرره. اعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً ثم ينقلب صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد، فقوله إنه أسقط المفسد قبل تقرره: أي قبل مضي ثلاثة أيام تعليل على الرواية الأولى. وتقريره أن العقد فاسد في

قوله: **(لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز)** أقول: لكن لو ذكر الخ يشير إلى أن الاستثناء منقطع، والظاهر الأولى أن يحمل على الاتصال: أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته في الثلاث فليتدبر، وقوله: **(فيقتصر على المدة المذكورة)** من تتمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به قوله: **(والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل)**

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/٥٦ من حديث ابن عمر وفي إسناده عبد الله بن ميسرة.

قال في نصب الراية ٤/٨: إن كان هو الحراني الغنوي فهو متروك والله أعلم، وقال ابن الجوزي في التحقيق: عبد الله بن ميسرة ضعفه الدارقطني اهـ الزيلعي وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٤٨: إسناده واهٍ.

(٢) هو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

الفساد باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد، ولهذا قيل: إن العقد يفسد بمضيّ جزء من اليوم الرابع، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط، وهذا على الوجه الأول **(ولو اشترى على أنه إن لم**

صحيحاً، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة. وذكر الكرخي نصاً عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف. ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد في نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الأمر. فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف، ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعاً بإسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه، وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال: **(ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط)** وقوله: **(وهذا على الوجه)** الأوّل: يعني قوله أسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب، فإن التعليل هو الذي ينبني على الأصل لا أن أصل القاعدة ينبني على التعليل. والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لأنه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه، وكما ينقلب العقد جائزاً إذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزاً في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن قوله: **(ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا أجاز)** والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البائع، وكذا لو قبض الثمن وقال إن رده البائع إلى ثلاثة أيام فلا بيع. يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمة. ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه. ولو أعتقه البائع نفذ **(وإلى أربعة أيام لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** فإن نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع، وإن لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص

الحال بحكم الظاهر، لأن الظاهر دوامها على الشرط، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزاً، وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسداً لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع، فإذا زال المغير عاد جائزاً فصار كما إذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك، فإذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزاً بالاتفاق قوله: **(ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع)** تعليل على الرواية الثانية، وتقريره أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد، وإنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة، فإذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحاً. والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فأمكن. قال: **(ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن)** إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه: فأما إن قال على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن أياماً فلا بيع وهما فاسدان، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة. والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد، واشتراط الإقالة في البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد، فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد. واستحسن العلماء جوازه. ووجهه أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة، إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ، وإذا كان في معناه كان ملحقاً به. وردّ بأنا لا نسلم أنه في معناه لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهاهنا لو سكت حتى

أقول، يعني أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف. قوله: **(والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد الخ)** أقول: وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق قال المصنف: **(ولو اشترى على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام الخ)** أقول: قال الإمام القاضي ظهير الدين: هاهنا مسئلة لا بد من حفظها، وهي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه، وإن كان في يد البائع لا ينفذ، وعلى هذا إذا اشترى عبداً ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار.

ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً) والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقاً به، وقد مرّ أبو حنيفة على أصله في الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاث، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس، وفي هذه المسئلة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها

عليه ظهير الدين وقال: لا بد من حفظ هذه المسئلة، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لا إن كان في يد البائع (**وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام وأكثر**) على قياس قوله في شرط الخيار (**فإن دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعاً. والأصل فيه**) أي في صحة هذا البيع إلى ثلاثة أيام في الثمن (**أن هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياساً، والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي**) وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل مع فهم الأصل مع فهم اللغة، وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه أن شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة، وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له، لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة، إلا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسداً (**وقد مرّ أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في الملحق به**) وهو أنه لا يزاد على الثلاثة فكذلك في الملحق، وكذلك محمد حيث جعله جائزاً بلا تقييد بمدة، وأبو يوسف فرّق فأخذ في الأصل بالأثر: يعني أثر ابن عمر[1] في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وأخذ في هذه المسئلة بالقياس: أي في نفي الزائد على الثلاثة. وأما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء[2] على ما سنذكره له في خيار التعيين. هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا، وقد روي عنه أنه رجع إلى قول محمد رواه الحسن بن أبي مالك عنه. وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة، وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئاً وحكموا على قوله بالاضطراب (**وفي هذه المسئلة قياس آخر**) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلاً (**وهو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة**

مضت المدة بطل العقد. وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة فيها، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير. فإن قيل: الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإنه إن لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياساً واستحساناً من غير خلاف فيه. أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر، وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية. وأما إذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه: لم يجوّزه أبو حنيفة وأبو يوسف، وجوزه محمد. أما أبو حنيفة فقد مرّ على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث، وكذلك محمد مرّ على أصله في تجويز الزيادة في الملحق به، وأبو يوسف احتاج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول. ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس. وتفسيره على وجهين: أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار، وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، والمراد بالأثر ما روي عن ابن عمر «أنه أجاز الخيار إلى شهرين» ومعناه: تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر، وعلمنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه. والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في

حتى إذا قبض المشتري يكون مضموناً عليه بالقيمة، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ، ولو أعتقه البائع ينفذ اهـ. ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لإشارة قول المصنف إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد، ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد، إلا أن يثبت في المسئلة روايتان قوله: (**فإن قيل: الحاجة تندفع، إلى قوله: يجوز البيع قياساً واستحساناً من غير خلاف فيه**) أقول: فيه بحث، لأن شرط الخيار مخالف للقياس، لكن المراد قياس زفر قوله: (**أجيب بأن من له الخيار، إلى قوله إلا بحضرة الآخر الخ**) أقول: فيه

---

(١) أثر ابن عمر تقدم قبل أربعة أحاديث وهو موقوف واستغربه الزيلعي جداً.

(٢) حديث ابن البرصاء سيأتي في خيار التعيين وهو موقوف.

بالشرط، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى. ووجه الاستحسان ما بينا. قال: **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)** لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع **(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة)** لأن

لتعلقها بالشرط) وهو عدم الثمن في الثلاثة الأيام، والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعاً جديداً في حق ثالث، وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعتك على أن أقيلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقيلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد **(فاشتراط الفاسدة أولى)** وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد، فكلهم منعوا صحة البيع. والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس، وهو المراد بقول المصنف: وجه الاستحسان ما بيناه قوله: **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، لأن تمام هذا السبب)** الذي هو البيع **(بالمراضاة)** لما عرف من قوله تعالى **﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** [النساء ٢٩] الرضا **(مع الخيار)** لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع فيه بلا اختلاف، وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته إلى كل من له الخيار، وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري، ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع **(فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً)** في حق المبيع، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه **(لا نفاذ بلا محل فبقي)** في يد المشتري **(مقبوضاً)** لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله أنه لم يضمنه لأنه ما رضي البائع بقبضه إلا على جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض **(على سوم الشراء، وفي)** المقبوض على **(سوم الشراء القيمة)** إذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلى إذا كان القبض بعد تسمية الثمن، أما إذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح. وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون: في رجل أخذ ثوباً فقال اذهب به فإن رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء، وإن قال إن رضيته اشتريته بعشرة كان ضامناً للقيمة، وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور، وعندهم وجه في ضمانه بالثمن، وهو قياس قول أحمد لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لأن السبب قد تم

الأصل: أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر، وهو ما روى «أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما» **(وفي هذا)** أي في الزائد على ثلاثة أيام **(بالقياس)** وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله: **(وفي هذه المسئلة قياس آخر)** تقدم معناه. قال: **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)** قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لأحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعاً، فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق، وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه، فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع؟ فيه خلاف. قال أبو حنيفة: لا يدخل، وقالا: يدخل. أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما ذكره من قوله: **(لأن تمام هذا السبب)** أي العلة **(بالمراضاة)** لكون الرضا داخلاً في حقيقته الشرعية. ولا تتم المراضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماً ومعنى لا حكماً فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه

بحث، فإنه ذكر ظهير الدين أنه لا ينفسخ بمضي المدة بل يفسد العقد، نقل عنه في النهاية وغيره. قوله: **(وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه)** أقول: يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً، وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما أنه بيع الخ قوله: **(لكون الرضا داخلاً في حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار)** أقول: فيه بحث، فإن بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه قوله: **(لأن البيع به يصير علة اسماً)** أقول: تأمل في صحة هذا التعليل.

البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق. قال: **(وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع)** لأن البيع في جانب الآخر لازم، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر. قال: إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة، وقالا: يملكه لأنه

بالإيجاب والقبول، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب. قلنا: قولك تم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فمسلم، ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا، وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعدها، وأنه حينئذ يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما انبرم المبيع لعدم فسخ البائع في المدة **(ولو هلك)** المبيع **(في يد البائع)** والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه ينفسخ **(ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق)** عن شرط الخيار فإن فيه: إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع، والتقييد بالصحيح ليس لإخراج الفاسد لأن الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع، بل لأن الإعتبار الأصالة والفاسد يأخذ حكمه منه قوله: **(وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع)** وقوله: **(لأن البيع)** إلى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله إذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج **(وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل)** الذي هو من جهة **(من له الخيار)** لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان. وقوله: **(إلا أن المشتري لا يملكه)** بمعنى لكن، وهو استدراك لأمر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه، فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري، وهذا **(عند أبي حنيفة، وقالا: يملكه)** المشتري، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول **(لأنه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى)** ملك **(مالك ولا عهد لنا به في الشرع)** في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبداً لسدانة الكعبة، والضيعة الموقوفة بعبيدها إذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فإنه لا يدخل في ملك المشتري لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور **(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان)** الثمن والمبيع في الملك**)** أحد المتعاوضين **(حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع)** وأنى يكون **(والمعاوضة تقتضي المساواة)** بين المتعاوضين

(ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع، فإن قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثلياً، خلافاً لابن أبي ليلى. هو يقول: قبض: قبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة في يده، ونحن نقول: البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة وهو معنى قوله: **(لأنه كان موقوفاً)** ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك، وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلأنه مقبوض بجهة العقد، وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء، وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة، وإنما يتحوّل منها إلى الثمن عند تمام الرضا، ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الأصلي مدة الخيار، وأما إذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا، ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحاً مطلقاً عن الخيار. قيل: وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلمين على الصلاح. وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه. وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر؛ وأما

لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروّى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر. قال: **(فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب)** بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع

في تبادل ملكيهما، بخلاف ضمان غاصب المدبر إذا أبق من عنده سواء قلنا إنه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد، فإنه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية، وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه، فإن المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد **(ولأن خيار المشتري شرع نظراً له ليتروّى فيقف على المصلحة)** في رأيه **(ولو أثبتنا الملك له)** بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده **(إذ ربما)** كان المبيع من **(يعتق عليه)** فيعتق **(من غير اختياره)** فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذا كان مفوّتاً للنظر وذلك لا يجوز، وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والإجماع. أجيب بأنه إنما استحقها لأنه صار أحق بها تصرفاً لا لأنه ملكها كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى.

وحاصل هذا مع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما في معناه، وهذا تكلف لا يحتاج إليه، وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحاً، وما في الأجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها إذا رآها ويبطل خيار الشرط **(فإن هلك)** المبيع **(في يد المشتري)** ولو في مدة الخيار **(هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب)** لا يرجى زواله كأن قطعت يده ولو بغير صنعه فإنه يلزمه الثمن ويمتنع الرد، بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بأن مرض فإن المشتري على خياره، لكن ليس له أن يرده مريضاً بل حتى يبرأ في المدة، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه. وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأيّ وجه كان إلا في خصله، وهي أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره، بل إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ الأرش من البائع. وقوله: **(بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع)** متصل بقوله هلك بالثمن: يعني الفرق بين ما إذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فإنه يهلك بالقيمة، وبين ما إذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فإنه يهلك بالثمن هو أن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب

أن البدل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة. ونوقض بالمدبر، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد. وأجيب بأن قوله: **(حكماً للمعاوضة)** يدفع النقض، فإن ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك: يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع. ونوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري. وأجيب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم تم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف، وحكم الأوقاف قد تقدم. ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروّى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لا له بأن كان المبيع قريبه

قوله: **(قيل، إلى قوله: لحال المسلمين على الصلاح)** أقول: ولأنه يعلم منه حاله بالولاية.

الرد، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. قال: **(ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد**

يمنع الرد حال قيامه كائناً ما كان، فإذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد، وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة **(بخلاف ما تقدم)** من كون الخيار للبائع، فإنّ تعيب المبيع لا يمنع الرد حكماً لخيار البائع **(فيهلك والعقد موقوف)** فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة قوله: **(ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح)** عند أبي حنيفة **(لأنه لم يملكها لما له من الخيار)** والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار، فلو رد البيع استمرت زوجة عنده. وعندهما إذا فسخه رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها **(وإن وطأها)** بعد الشراء **(له أن يردها)** بالخيار لأن الوطء لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأن له في النكاح ملكاً قائماً يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه إجازة **(إلا إذا كانت بكراً، لأن الوطء ينقص البكر)** فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده، ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضاً للنقص الذي دخلها لا لذات الوطء. فإن قيل: لما زوّجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضياً بردها ناقصة. أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا إلى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه وقالا: **(يفسد النكاح لأنه ملكها، فإن وطئها لا يردها)** ولو كانت ثيباً لأن الوطء بعد انفساخ النكاح ليس إلا بملك اليمين فكان مسقطاً للخيار ورضا بالبيع، وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه **(ولها أخوات)** ذكرها المصنف تفريعاً على الخلاف في ذلك **(منها عتق)** العبد **(المشتري على المشتري)** بشرط الخيار **(في مدة الخيار إذا كان قريبه)** قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق تنقضي المدة ولم يفسخ لأنه لم يملكه **(ومنها أن من قال: إن ملكت عبداً فهو حرّ)** فاشترى عبداً بشرط الخيار فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط، وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه. **أما لو قال**: إن اشتريت عبداً فهو حر فاشترى عبداً بشرط الخيار فإنه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشىء للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية. لا من كل وجه، ولذا لا يعتق عن الكفارة إذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته. ومنها لو اشترى

فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض قوله: **(فإن هلك في يده)** أي إن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً. ومراده عيب لا يرتفع كأن قطعت يداه. وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال في الأيام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع. وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد، وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري إذا كان الخيار للبائع، ويوجب الثمن إذا كان للمشتري فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق. ووجهه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض، وكذلك إذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى. وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لا له فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة. قال: **(ومن اشترى امرأته)** هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره، وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده، وعندهما يدخل، فعلى هذا إذا اشترى امرأته **(على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح)** لأنه لم يملكها، وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار، إلا إذا كانت بكراً فليس له أن يردها لأن الوطء ينقصها، وهذا يشير إلى أن قوله: **(وإن وطئها له أن يردها)** معناه: إذا لم ينقصها الوطء، فأما إذا نقصها فلا يردها وإن كانت ثيباً إليه أشير في شرح الطحاوي، وعندهما يفسد النكاح وإن وطئها لم يردها وإن كانت ثيباً لأنه ملكها ووطئها بملك اليمين. ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الأصل المتقدم: منها عتق المشتري على المشتري في

قال المصنف: **(والعقد قد انبرم)** أقول: انبرم مطاوع قولهم أبرمت الأمر إبراماً: إذا أحكمته.

النكاح) لأنه لم يملكها لما له من الخيار **(وإن وطئها له أن يردها)** لأن الوطء بحكم النكاح **(إلا إذا كانت بكراً)** لأن الوطء ينقصها، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: **(يفسد النكاح)** لأنه ملكها **(وإن وطئها لم يردها)** لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً، ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه: منها عتق المشتري على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار، ومنها: عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبداً فهي حرّ، بخلاف ما إذا قال: إن اشتريت فهو حرّ لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار. ومنها أن

جارية على أنه بالخيار فحاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزىء بتلك الحيضة لأنها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء. وعندهما يجتزىء بها لوجودها بعد الملك، وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لأن السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض، ولو اختار الفسخ فردها إلى البائع لا يحتاج البائع إلى استبرائها عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده. وعندهما إن كان قبل القبض لا استبراء عليه استحساناً، وإن كان في القياس يجب وإن كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياساً واستحساناً لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل، وأجمعوا أن العقد لو كان باتاً ثم فسخ بإقالة أو غيرها إن كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء، وفي الاستحسان غير واجب، وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياساً واستحاناً، ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لأنها لم تخرج عن ملكه، وإن أجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الإجازة بالإجماع. ومنها إذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما، وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض، ولا بد منه لما ذكر في المبسوط: لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالإجماع. وصوّر الطحاوي هذه الخلافية فيما إذا ولدت قبل الشراء قال: اشترى جارية وقد ولدت منه ولداً بشرط الخيار، فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حاله إلا إذا اختارها صارت أم ولد له، وعندهما تصير أم ولد له بالشراء، ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره، وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء **(ومنها إذا قبض المشتري)** بشرط الخيار له **(المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع)** عنده **(لارتفاع القبض بالرد)** لأنه لما لم يملكه ارتفع القبض بالإيداع لأن البائع لا يصلح أن يكون موداعاً لملك نفسه فلا يكون الإيداع صحيحاً، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع **(وعندهما)** يهلك **(من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام ملكه)** وقد يقال

مدة الخيار إذا كان قريباً للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافاً لهما. ومنها ما إذا قال إن ملكت عبداً فهو حرّ فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافاً لهما. بخلاف ما إذا قال إن اشتريت، لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده، ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا، فإن قيل: لو كان كالمنشىء وجب أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناوياً عن الكفارة. أجيب بأنه جعل كالمنشىء تصحيحاً لقوله فهو حرّ فلا يتعدى إلى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنه كالمدبر في الاستحقاق، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا. ومنها أن المشتراة إذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزىء بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافاً لهما، ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده. وعندهما إذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحساناً. والقياس أن يجب لتجدد الملك، وإن كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياساً واستحساناً. وأجمعوا في البيع البات يفسخ بإقالة أو غيرها أن الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض قياساً وبعده قياساً واستحساناً. ومنها إذا ولدت المشتراة في

حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده، وعندهما يجتزأ؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما، ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في

عدم صحة الإيداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعاً لملك نفسه صحيح، لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالإتفاق فلا يكون مودعاً لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق إيداع غير المالك كالمضارب وغيره، وقد يراد ملكه بحسب المآل إلا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول إلى ملكه بأن يختار المشتري البيع. أما لو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعاً، ولو كان البيع باتاً فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقاً لأن هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الإيداع منه **(ومنها لو كان المشتري)** بالخيار **(عبدا مأذوناً فأبرأه البائع من الثمن في المدة)** يصح إبراؤه استحساناً لا قياساً لأن البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح إبراؤه مما لا يملكه. وفي الاستحسان: يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع. وإذا صح إبراؤه إلا لاتفاق **(بقي على خياره)** في السلعة ن شاء أجاز البيع فيأخذها بلا ثمن، وإن شاء رده فيرد السلعة للبائع عند أبي حنيفة لأنه لم يملك المبيع فكان رده امتناعاً عن تملك شيء بلا عوض **(والمأذون يليه)** أي يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة **(وعندهما)** لما برىء من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو ردّه كان متبرعاً مملكاً بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات، فإذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء. واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الإبراء منه. والجواب أن الإبراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره، ألا يرى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وإنما اشتغلت ذمته لصحة السبب لأن شرط الخيار ليس داخلاً على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن، ولا يظن أنه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلاً على ما عرف **(ومنها إذا اشترى**

المدة بالنكاح لا تصير أم ولد عنده. قال صاحب النهاية: لا بد من أحد تأويلين: إما أن يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار، أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لهما، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة. وتقرير كلامه: إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار، وفيه تعقيد لفظي كما ترى. قال صاحب النهاية: وإنما احتجنا إلى أحد التأويلين. لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لأن الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعييت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار. ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لأن القبض قد ارتفع بالرد إذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع، وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده. ومنها ما لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعاً منه عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض والمأذون ليس من أهله. فإن قلت: إذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه إبراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه؟ أجيب بأن القياس ينفي صحة هذا الإبراء، وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد. ومنها إذا

قوله: (لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول: يعني الإطلاق.

المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك. ومنها لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع من الثمن في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله. ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك

ذمي من ذمي خمراً على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار **(بطل خياره)** عندهما **(لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم، وعنده بطل البيع لأنه لم يملكها ولا يمكنه تملكها بإسقاط الخيار)** بعد الإسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالإجماع، هذا آخر ما فرعه المصنف، ومن الفروع أيضاً على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيراً بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه، ومنها ما إذا اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكناها قال الإمام السرخسي: لا يكون اختيار وإنما الاختيار ابتداء السكنى، وقال خواهر زاده: استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك العين وعنده ليس باختيار لأنه بالإجارة أو الإعارة لم يملك شيئاً ومنها حلال اشترى ظبياً بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع. وقالا: يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده، ومنها أن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري. وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه قوله: **(ومن شرط له الخيار)** سواء كان بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً **(له أن يجيز)** في مدة الخيار بإجماع الفقهاء **(وله أن يفسخ، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه)** يريد بغير علمه **(جاز)** فإذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث: بمضي مدة الخيار وبموته وبإعمائه وجنونه في المدة، فإن أفاق فيها قال الإسبيجابي: الأصح أنه على خيار، ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج، ولو ارتدّ فعلى خياره إجماعاً، فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، والمعنى الثالث أن يجيز البيع كأن يقول: أجزت البيع ورضيته وأسقطت خياري ونحو ذلك، وإذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع، وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف الملاّك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره وإن لم يسلمه على الأصح، وكذا إذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها، ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان، ولا يحل في غير الملك بحال، فإن كان

اشترى ذمي من ذمي خمراً بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما، وعنده بطل الخيار والبيع. ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح؛ وإذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالإجماع؛ وإذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع لأن العقد من جانبه باتّ، فإن اختاره المشتري صار له، وإن ردّ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمار حكماً. قال: **(ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة)** هذا العموم يتناول البائع والمشتري والأجنبي، لأن شرط الخيار يصح منهم جميعاً، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بثلاثة أشياء: بأن يقول أجزت وبموته في مدة الخيار لأنه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذاً، وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ وإذا كان للمشتري فبذلك، وبأن يصير المبيع في يد المشتري إلى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم. وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً. والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عيناً فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري فإن العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لأنه فسخ حكمي، والشيء قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً.

قال المصنف: **(لأن الرد امتناع عن التمليك)** أقول: الظاهر أنه يقال عن التملك.

ردها وهو مسلم. وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم. قال: **(ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز، فإن أجازه بغير حضرة صاحبها جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون**

يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره، فالوطء إجازة، وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة، والنظر إلى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لأن ذلك يحل في غيره الملك في الجملة، فإن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشر. نعم التقبيل لا إلا أن النظر إليه من حيث هو مس، ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره، وكذلك إذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع لأن شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه، ولأبي حنيفة أو حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الأشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في إيجاب الحرمة كالمضاف إلى الرجل. وأما المباضعة مكرهاً كان أو مطاوعاً اختيار، أما عند أبي حنيفة فظاهر، وأما عند محمد فلأن الوطء تنقيص، حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد، فأما المباشرة إذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار، وإنما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة إذا أقرّ بشهوتها لأن فعلها يلزم إسقاط خياره فيتوقف على إقراره بما يسقط خياره، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يسقط خياره، والاستخدام ليس بإجازة لأنه يمتحن به، والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر. وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال: الاستخدام مراراً لا يكون إجازة. وقال في موضع آخر: قال المرة الثانية تبطل الخيار، وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار. وفي فتاوى قاضيخان: إذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين، وركوبها ليسقيها أو يردها ويعلفها إجازة. وقيل إن لم يمكنه بدون الركوب لا يكون إجازة. وأطلق في فتاوى قاضيخان أنه لا يبطل خياره فقال: وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحساناً فجعله الاستحسان. ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل. ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط. ولو درس فيه يسقط، وقيل على العكس، وبه أخذ أبو الليث، وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها، بخلاف خيار الرؤية والعيب. ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يلزمه العقد بفعل البائع لأن البائع لا يقدر على إلزام البيع، ومتى قلنا إنه يلزم بجنايته أثبتنا له قدرة إلزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري، بخلاف ما إذا كان من أجنبي فإن لزومه لا من قبله. ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن، فمتى رد الباقي كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد، وهو لا يجوز كفعل الأجنبي، وإذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالأرش، ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره، لأن ما انتقص بغير مضمون على البائع، وكذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري، ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لأن ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن، فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري. ولو بزغ الدابة

وأما الأول فهو ما يكون بالقول، وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت، فإن كان ذلك بحضرة الآخر: أي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق، وإن كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله، لأبي يوسف أن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة، وهو قياس منه لأحد شطري العقد على الآخر، ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا، وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط من جهته **(ولهما أن الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع و)** هو **(لا يعرى عن المضرة)** أما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضرراً. وأما إذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشترياً، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى،

الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه. له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد

فهو رضا، ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه، وقال أبو يوسف: لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه. ولو سقى حرثاً في الأرض فيما إذا اشترى الأرض أو حصد الزرع أو فصل منه شيئاً فيما إذا اشترى الزرع فهو رضا. ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا. ولو طحن في الرحى فهو رضا، وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحى الماء وليست في ديارنا. ولو كان المبيع داراً فيها ساكن فطلب المشتري الأجرة من الساكن فهو إجازة. ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا قوله: **(وإن فسخ)** أي من له الخيار في المدة **(بغير حضرة الآخر)** أي بغير علمه **(لم يجز)** عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك **(وإنما كنى بالحضرة عن العلم)** حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة ثم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال أبو يوسف: **(يجوز وهو قول الشافعي)** وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع، وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر. وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً، وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به بالانفساخ، بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك، فإن كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاّك كالعتق والبيع والوطء، وجميع ما قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع **(له)** أي لأبي يوسف **(أنه)** أي الفاسخ منهما **(مسلط على الفسخ من جهة صاحبه)** يعني الذي لا خيار له **(فلا يتوقف)** فسخه **(على علمه)** كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل **(ولهما أنه تصرف في حق الغير)** وهو الذي لا خيار له **(بالرفع ولا يعرى عن الضرر لأنه)** أي الغير الذي لا خيار له **(عساه يعتمد على تمام البيع السابق)** إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ **(فيتصرف)** المشتري **(فيه)** فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ **(فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك)** وقد تكون القيمة أكثر من الثمن **(ولا يطلب لسلعته مشترياً)** اعتماداً على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتماداً على تمامه **(فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر)** يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصداً حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلاً بالشراء، وببطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلاً بالبيع، وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد. **والحاصل** قياساً تعارضاً قياس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل، ثم في قياسهما أمور طردية **لا معنى** لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع، فإن هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم، إنما أثره في نفي الصحة بلا

والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل. والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الإلزام، ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك، وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا، وكونه لا بد منه في البياعات لأنه لا إلزام فيها. وعورض بأن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو أنه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار إلى مضيّ المدة فيلزم البيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى. وأجيب بأنه ضرر مرضيّ به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة، واعلم أن مدار دليلهما إلزام ضرر زائد غير مرضيّ به، فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً، فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق

قوله: **(وهو قياس منه لأحد شطري العقد)** أقول: فيه تسامح لظهور أن الفسخ ليس أحد شطري العقد.

تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه،

إذن، فإن كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن، فهو بالنسبة إلى العلم طرد، والإذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له. فإن قيل: لا نسلم أن شرط الخيار تضمن الإذن له بالفسخ مطلقاً إنما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر، أما إذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا. قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس كون فسخ مظنة ذلك الضرر، وصح قولنا إن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه، وحينئذ فيقتصر النظر على إثبات الضرر. ولا يخفى أن الضرر الذي ذكر أنه يلحق المشتري إذا كان الخيار للبائع في حيز التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثري، بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض، بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصاً بياعات الأسواق فبطل ذلك الشق، وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلعته مشترياً، فإنما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أو لا، ومثل هذا كثير في الفقه أعني إلزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة، بخلاف الوكيل فإن ضرره لازم بإلزام ثمن ما يشتريه عليه إن كان وكيلاً للشراء، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف فيتضرر بإلزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به، وقد لا يكون مالكاً لمقداره وبإهدار أقواله: أعني عقوده إذا كان وكيلاً بالبيع. وهذا أضرّ على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره، فالوجه لأبي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم. وقوله حينئذ **(ولا نقول إنه مسلط)** من جهته **(وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه)** مشاحة لفظية، فإن المراد من سلطة أذن له التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة، فإذا منع تضمن شرط الخيار الإذن بلا علمه للضرر، فكان الإذن مقيداً بعدم محل الضرر وهو حال العلم. فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه، وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفتح يتضرر هو أيضاً لأنه يمكن أن يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي، فقالوا هذا الضرر إنما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل. وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن إحضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه. وقيل: الظاهر أنه لا يختفي لأنه أمين حيث أثبت الخيار لصاحبه. واعلم أن الإلزام بهذا الفرع على إحدى الروايتين. في فتاوى قاضيخان: جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصماً ليرده عليه، قال بعضهم: ينصب نظراً للمشتري، وقال محمد بن سلمة: لا يجيبه لأن

والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات، وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كإسقاط الحمل عن الدابة، ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم لأنه ليس فيها إلزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد، سلمناه لكن ليس فيه إلزام ضرر لأن النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضرراً ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به لعدم الإلزام بل ذلك بالتزامه أو لأنه لا ضرر فيه، فإن الإيجاب فيه حصل منه، ولو رأى ضرراً ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه إلزام لأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالإقدام على سببه، ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم، وفيه إلزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه، ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصاً دون الطلاق، بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة، وهو غير مرضيّ به من جانب الآخر فلا يلزمه إلا بعلمه قوله: **(ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه)** يشير

قوله: **(لأن ذلك، إلى قوله: من الإلزام الخ)** أقول: العتق إثبات القوة الحكمية على ما بين لأنه إسقاط، والأظهر أن يقال ليس فيه ضرر.

ولا نقول إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، ولو كان

المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلاً مع احتمال غيبته فلا ينظر له، فإن لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الإعذار عن محمد روايتان: في رواية يجيبه فيبعث منادياً ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إن خصمك فلاناً يريد أن يرد المبيع عليك، فإن حضرت وإلا نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا إعذار. وفي رواية: لا يجيبه إلى الإعذار أيضاً، وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري؟ قال: ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيلاً ثقة إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب يرده على الوكيل: وطريق نقض القاضي على إحدى الروايتين أنه إذا قال الخصم إني أعذرت إليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى، فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار، فإن ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والإعذار، وهذا لأنه لا يمكن من إقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لأنه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه، وإذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضاً مسلمة لأنها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف، لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل: فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك. وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بإيجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم، وهو مدفوع بأن إثبات خيار الفسخ بمنزلة إثبات خيار الطلاق، فإن كان الطلاق بإيجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بإيجابه فيجوز حال غيبته. ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة، حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ إذا أثبت الرجعة قبلها: أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكماً جديداً لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وإنما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجوداً أو لا. ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص، فإن حكمها يلزم غيره بلا علمه. وأجيب بأنها إسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه. ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها. أجيب لا رواية فيها. وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبته لها الشرع مطلقاً وله الولاية عليها، ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع، فإن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه، فإن قلت: فما الضرر الذي يلزمه أوّلاً حتى يحتاج إلى جوابه؟ قلنا: امتناعه عن تزوّج أمة بناء على قيام نكاح التي أعتقت. ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين: أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه، فإذا ردّ فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم أصلاً في حقه فإنه يقع الانعقاد حكماً. ومنها العدة فإنها تلزم على المرأة بتطليق الزوج، وإن كان بغير علمها. أجيب بأن العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة، ألا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بإزالة ملك أقدره الله تعالى عليه فإنما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن، وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه.

إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور، وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد. قال: **(وإذا مات من له الخيار بطل خياره)** إذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالإجماع. وقال الشافعي رحمه الله: إذا مات من له الخيار انتقل الخيار إلى وارثه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين

قوله: **(لأن النكاح من عوالي النعم الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(أو لأنه غير زائد على موجب التخيير)** أقول: وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالأولى أن يقال أو لأنه مرضى به، ولولاه لما أقدم على الإيجاب قوله: **(أهو مرضى به ولولاه لما أقدم على الإيجاب بالإقدام على سببه)** أقول: سببه الإعتاق لا النكاح.

فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي

[فروع] اشتريا غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا ردّ للآخر عنده. وقالا له ردّ نصيبه. ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ، فإن هلك في يد المشتري سقط الثمن، ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته، ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى. وفي الفتاوى: باع أرضاً على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه إلى البائع فإن أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها، لأنه لما زرعها بإذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع، ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري، وإن صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه. ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطاب له إذ حاصله زيادة في الثمن، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن، ولو أمره ببيع عبده على أن يشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز، ولو أمره مطلقاً فباعه بشرط الخيار للآمر أو للأجنبي صح، ولو وكله بالشراء توكيلاً صحيحاً فهو على ما ذكرنا من التفضيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع، لأن الشراء إذا لم يجد نفاذاً نفذ على العاقد قوله: **(وإذا مات من له الخيار بطل خياره)** بائعاً كان أو مشترياً **(ولم ينتقل إلى ورثته)** وإذا بطل خياره يلزم البيع، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته، وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة إن لم يكن قبضه. وقيد بمن له الخيار لأنه إذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالإجماع، فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ وقال الشافعي: **(يورث عنه)** وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة **(ولأنه)** أي الخيار **(حق)** للإنسان **(لازم)** حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله **(فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين)** فإنهما يورثان بالاتفاق **(ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله)** لأنه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك **(والإرث فيما)** يمكن **(فيه الانتقال)** وهو الأعيان، ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس، وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً إلا مشيئته مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد إلا بدله، والمختار أن المفرغ له هو المعمول، ففي ما قام إلا زيد فاعل **(بخلاف)** ما قاسوا عليه من **(خيار العيب)** لأن الإرث فيه للعين

على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء. ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان، والعرض لا يقبل الانتقال، والإرث فيما يقبل الانتقال لأنه خلافة عن المورّث بنقل الأعيان إلى الوارث، وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به. لا يقال: قال عليه الصلاة والسلام «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته» والخيار حق فيكون لورثته، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر، والخيار ليس كذلك. قيل: المالكية صفة تنتقل من الموروث إليه في الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك. وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني. قيل: فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً. وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه، وكم من مبيع لا خيار فيه، بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك، وفيه نظر فإن الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه، والخيار يلزمه. والصواب أن يقال: الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها، وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك، فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك. فإن قيل: القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك. أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشفي، وهما في ذلك سيان، إلا أن

المدة قبل الفسخ. قال: (**وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته**) وقال الشافعي: يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين. ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب لأن المورّث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار. قال: (**ومن**

ومن جملته الجزء المستحق، فإذا دخل في ملكه تمام الأجزاء وبعضها محتبس عند إنسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعاً إلا بردّ الكل (**وأما خيار التعيين**) فجعله أصلاً آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجيز خيار التعيين فكأنه ذكره إلزاماً لنا. وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما إذا ورث مالاً مشتركاً فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والإفراز وهو معنى الخيار، فجاء الخيار لازماً للعين الموروثة في الموضعين ضمناً لا قصداً على وجه الاستقلال، ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوماً للخيار لينتقل إلى الوارث بما فيه، على أنه لا يتصور فيما إذا كان الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث، ووجهه قوي على ما تقدم، ويقال: على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف إن أردت حقيقته فمسلم، لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعاً ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لا عين ذلك الملك، والاستحقاق المقيد بالإضافة إلى الميت لأن ذلك غير ممكن. فالوجه في الاستدلال ليس إلا أن يقال: ثبوت ذلك شرعاً في أملاك الأعيان معلوم متفق عليه، وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد، ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي، فإن قالوا: بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي[1]» قلنا: الثابت قوله مالاً في الصحيح، وأما الزيادة الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل. وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعدّ أنه في غاية الضعف، إذ لا معنى لكون الإرث انتقالاً لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل، فإن حقيقة انتقالها إنما هو المكان فآل إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير، ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح، هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار الملجس عندهم والمنقول عنهم عدمه. ثم نقول: مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار إلى الورثة على قول أبي

المورث متقدم فإذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث: أعني التشفي، والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط. لا يقال: البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيه ما ذكرتم لأن كلامنا من يقول بالنقل، وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم. قلنا: البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث، والأول مسلم ولا كلام فيه، والثاني عين النزاع قوله: (**بخلاف خيار العيب**) جواب عما قاس عليه. وتقريره لا نسلم أنه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث فكان ذلك نقلاً في الأعيان دون الخيار، وذلك لأن سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء. بخلاف خيار الشرط فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث، وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت، لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين، وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٧١ ومسلم ١٦١٩ من وجوه وأبو داود ٣٩٥٥ والترمذي ١٠٧٠ والنسائي ٤/٦٦ وابن ماجه ٢٤١٥ وأحمد ٢/٢٨٧ وابن حبان ٣٠٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة.
وورد من حديث جابر أيضاً أخرجه مسلم ٨٦٧ من وجوه والنسائي ٣/١٨٨ وأبو داود ٣٣٤٣ وابن ماجه ٤٥ رووه بنحوه سياق المصنف وأتم، وليس فيه لفظ: «حقاً».

اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار

حنيفة، أما على قولهما فينبغي أن يورث فإنهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه، وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكاً لهم قوله: **(ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره)** يعني لغير الذي ليس هو عاقداً وإلا فغيره يصدق على البائع **(فأيهما أجاز)** من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره **(جاز، وأيهما نقض)** البيع **(انتقض)** فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره، وإذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم **(وأصل هذا)** أي جواز اشتراطه لغير العاقد **(أن جوازه استحسان. وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر)** وقول الشافعي، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعي، إلا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين: في وجه يثبت لهما، وفي وجه يثبت للغير وحده. وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان، في وجه يفسخ البيع، وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط. وجه **(قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري)** واشتراط ملك المبيع لغير المشتري، واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين، ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك، وقياساً على خيار الرؤية والعيب. وجه الإستحسان أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه، وأجنبيته عن العقد إنما تمنع إن سلمنا صحة مانعيته لو أجزناه أصلاً مستقلاً، لكنا لم نعتبره إلا تبعاً لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحاً لتصرفه فيثبت لهما. واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء والثابت به إنما هو يكون تبعاً. قلنا: الملازمة ممنوعة لأن المراد التبعية، والأصالة بالنسبة إلى ما هو المقصود أوّلاً وبالذات لا بالنسبة إلى الوجود، فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عني بألف إنما هو العتق، فكان التملك مقصوداً لغيره

وهذا الخيار غير ذلك الخيار، ألا ترى أن المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره مؤقتاً، والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بمؤقت. قال: **(ومن اشترى وشرط الخيار لغيره)** تقرير كلامه: ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز: يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف، واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر، لأن الخيار إذا شرط في العقد صار حقاً من حقوقه واجباً من واجباته بمقتضى الشرط المسوّغ شرعاً، وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره، لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار. وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء، إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف تصحيحاً له بقدر الإمكان. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضي، ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لأن التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه، ولا خفاء أن العاقد أعلى

قوله: **(حذفه لدلالة قوله الخ)** أقول: ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبراً بالتأويل المشهور في وقوع الإنشاء خبراً وهو تقرير القول قال المصنف: **(لأن الخيار من مواجب العقد)** أقول: فيه بحث قوله: **(واجباً من واجباته)** أقول: فيه بحث، والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه: أي كبعض مواجب العقد. قوله: **(تصحيحاً له بقدر الإمكان)** أقول: وهذا وجه ثبوت اقتضاء.

له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض **(ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق)** لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه. وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، ولما

تبعاً لقصده ليصح العتق عنه، وإن كان أصلاً بالنسبة إلى الوجود فكذا هنا المقصود أو لاً وبالذات ليس إلا الاشتراط للأجنبي لأنه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض، فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به، فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعاً على ما هو الأصل في الاقتضاء. هذا هو التحقيق إن شاء الله تعالى، ولا حاجة في جوابه إلى تكلف زائد. فإن قيل: فلم لم يجر اشتراط الثمن على الأجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء؟ أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل، فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضي وهو اشتراطه فإنه إنما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد. نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح **(وعند ذلك)** أي صيرورة الخيار لهما **(يكون لكل منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض)** البيع **(انتقض، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية)** كتاب البيوع نقض أو أجاز **(والتصرف)** الذي هو **(الفسخ في أخرى)** هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي **(وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه)** والتصرف الصادر عن أصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابه، واستشكل بما إذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقاها معاً فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عيناً، ولو كان المرجح الأصيل تعين طلاقه. أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر **(وجه الثاني أن)** لا ترجيح بكونه أصيلاً أو وكيلاً لأن الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف، و **(الفسخ أقوى)** لأنه يلحق المجاز فيبطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه. قال شمس الأئمة

مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء، والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أوّلاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك. وأجيب عن الأوّل بأن الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه. وأما التحرير فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه. وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة، والمذكور هاهنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض. فإن قيل: فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين. فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه **(وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض)** ولو اختلفت فعلهما في الإجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه **(ولو خرج الكلامان معاً اختلفت الرواية)** ففي رواية بيوع المبسوط **(يعتبر تصرف العاقد)** فسخاً كان أو إجازة **(و)** في رواية ما دون المبسوط يعتبر **(تصرف الفسخ)** سواء كان العاقد أو من غيره **(وجه)** القول **(الأول أو تصرف العاقد أقوى)** والأقوى: يقدم على غيره، وفقه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج إليه عند انتفاء تصرف المنوب، وأما عند وجوده فلا احتياج إليه. واستشكل بما إذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معاً فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه، وأجيب بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة، وأما إذا اتحدا فالمطلوب حاصل

قوله: **(والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط الخ)** أقول: في ظاهر عبارته تناقض، بيانه أنه جعل الخيار ثابتاً للعاقدين اقتضاء، ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء. ودفع التناقض أن النيابة تثبت اقتضاء وإن كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير، وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لأنه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك قوله: **(فالجواب أن المشتري أصل الخ)** أقول: فيه

ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف. وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف، واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما. قال: (**ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع**) والمسئلة على أربعة أوجه: أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن

الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (**الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف، واستخرج**) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما إذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر، فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للأصالة (**وأبو يوسف يعتبرهما**) على السواء فيجعل العبد مشتركاً بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة. وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف: أي فيما إذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قوله: (**ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد إلخ، والمسئلة على أربعة أوجه**) في ثلاثة البيع فاسد، وفي واحدة صحيح (**أحدهما أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار**) وهي المذكورة في الجامع الصغير، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله: (**وهو الوجه الأول**) المذكور (**في الكتاب**) والأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها (**وفسادها لجهالة المبيع والثمن**) جميعاً، وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار، ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء. وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلاً بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين. فإن قيل: إن انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار، وهو غير داخل في الحكم شرطاً لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع

بدونه فلا حاجة إليه. و (**وجه**) القول (**الثاني أن الفسخ أولى لأن المجاز يلحقه الفسخ**) كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (**والمفسوخ لا تلحقه الإجازة**) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة، ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك. ونوقض بما إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة فإن على المشتري الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان للبائع فكان ذلك فسخاً للفسخ وهو إجازة للمفسوخ. وأجيب بأن الكلام في أن الإجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا إجازة وقوله: (**وقيل الأول قول محمد، والثاني أبي يوسف**) في المبسوط. قيل والثاني أصح، ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف إشارة إلى ذلك: يعني لما كان كل منهما أصلاً في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والأجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الأمر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف. لا يقال: الفسخ والإجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العقد عارضته في ذلك قوله: (**واستخرج ذلك**) يعني أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما (و) إنما (**استخرج بما إذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معاً، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبر تصرفهما**) ويجعل العبد مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع، ووجه الاستخراج أن تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد، فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشترين بالنصف، فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما

بحث، لأنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للمقاصد والغير هو مقصود البائع بمطالبته الثمن، وجوابه أن الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع. قوله: (**لأن عدم رجحان تصرف المالك**) أقول: حاصله أنه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه، وكلمة لما تدل على الترتيب قوله: (**لأن فيها تفصيل الثمن إلخ**) أقول: والسبب فرع تصور الإيجاب قوله: (**فكان**

العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مكسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قنّ ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين. والرابع أن يعين ولا يفصل، فالعقد فاسد في الوجهين: إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن. قال: **(ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار**

بين حرّ وعبد، وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله: **(وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه)** أي من فيه الخيار **(محلاً للبيع)** فهو **(كما لو جمع بين قنّ ومدبر)** وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القنّ بحصته وإن كان قبول العقد في المدبر شرطاً فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً، بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحرّ والعبد. لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد، وفي الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد. وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا، والفساد فيه لجهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا إن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية. فإن قلت: ما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جمع بين عبدين في البيع بثمن واحد فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريتين فإذا إحداهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة؟ أجيب بأن من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال: قياس ما ذكر هنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل. ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا بالعقد لفظاً ومعنى، فأثر الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء، بخلاف تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظاً فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة، ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكماً شرعياً لم يتصل به حكم قاض يسقطه، وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان: باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضياً على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة، ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغواً كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق، كما كان، كما لو باع عبداً واحداً أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه قوله: **(ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ)** المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة

ذكرنا أنه وارد على الإجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لأنه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به، كذا في النهاية. وهو كلام لا وضوح فيه لأن عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه، نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الإجازة لا على وجه الإستخراج، ولعل الأوضح في وجه ذلك أن يقال: الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد هاهنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف، واعتبارهما يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه،

الداخل في العقد) أقول: أي فتخلص الحكم. قوله: **(وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط)** أقول: وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن

ثلاثة أيام فهو جائز، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع، وهو قول زفر والشافعي. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا

غير معين على أن يأخذ أيهما شاء، وهذا خيار التعيين: يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعنيه بعد تعيينه للمبيع، أما إذا قال بعتك عبداً من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقاً كقوله بعتك عبداً من عبيدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز **(والقياس أن يفسد البيع في الكل)** في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة **(وهو)** أي القياس **(قول زفر والشافعي رحمهما الله. وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان)** قد **(يحتاج إلى رأي غيره)** في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحجبها خصوصاً إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الأسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع إليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق **(ولا يمكنه البائع من حمله إليه إلا مبيعاً فكان في معنى ما ورد به النص)** فيجوز **(غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والرديء والوسط فيها)** فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة. وقول المصنف: **(والجهالة لا تفضي إلى المنازعة)** جواب عن تعليل زفر والشافعي بها، وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق

والفسخ أقوى لما ذكرنا، قال: **(ومن باع عبدين بألف)** هذه المسئلة على أربعة أوجه لأن فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار، فإما أن لا يحصلا أو حصلا جميعاً، أو حصل التفصيل دون التعيين، أو العكس من ذلك. فإن كان الأول بأن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهما أولى، وذلك لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله. وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم. فإن قيل: العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحرّ في عقد القن إذا جمع بينهما في البيع. أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان داخلاً في العقد وإن لم يدخل في الحكم، فصار كما إذا جمع بين قن ومدبر في البيع، فإن المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وقن فإن الحرّ ليس بمحل للبيع أصلاً فلم يكن داخلاً في العقد ولا في الحكم. ولقائل أن يقول: في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً. والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً. وله لمظنة فضل تأمل منك فاحتط، وإن كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضاً لجهالة المبيع، وإن كان الرابع فلجهالة الثمن. فإن قيل: لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر لفسد في القنّ إذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن. أجيب بأن عدم التفصيل مفسداً إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم، فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم، ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصة. قال: **(ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء)** ومن قال اشتريت أحد هذين

له الخيار حيث يتروى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزاً شرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل. قوله: **(بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحساناً)** أقول: فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف، فإن المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين، إلا أنه غيره إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجيء

يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربع، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما. ثم قيل: يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير. وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً؛ وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما. ثم ذكر في بعض النسخ: اشترى ثوبين وفي

والأرفق، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمة منه فيرد جانب البائع إلى القياس، فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع. وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط، وأنت عرفت الفرق. ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة. قيل نعم كما (**هو المذكور في الجامع الصغير**) تصويراً على ما ذكرناه، ونسبه قاضيخان إلى أكثر المشايخ، وقال شمس الأئمة في جامعه هو الصحيح (**قيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير**) وغيره، والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قيداً، وصححه فخر الإسلام فقال: الصحيح عندنا أنه ليس بشرط، وهو قول ابن شجاع. وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأتي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة، وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشراط، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط، ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه، وهو جواز أن يردّ كلاً من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع، لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار

الثوبين على أن لي أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحساناً، وكذا الأثواب الثلاثة، وأما إذا كانت الأثواب أربعة فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الأربعة لأن المبيع أحد الأثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله. وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز إلحاقاً به، وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، لأنه ربما (**يحتاج إلى اختيار من يثق به**) لخبرته أو اختيار من يشتريه لأجله كامرأته وبنته (**والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع**) فكان باعتبار الحاجة (**في معنى ما ورد به الشرع**) ولا نسلم أن (**الجهالة تفضي إلى المنازعة**) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه إستبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة، فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر. وأما الحاجة فإنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء فيه، والزائد يقع مكرراً غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء العلة، والحكم لا يثبت إلا بتمام علته. واعلم أن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام. وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك. وعلى ذلك اختلف المشايخ

قوله: (**فهو مجهول جهالة مفضية الخ**) أقول: لو كان منع الجهالة لإفضائها إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة إلى مرخص إذ ليس فيه هذه الجهالة، فالأولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره قوله: (**أو اختيار من يشتريه لأجله كامرأته وبنته، والبائع لا يمكنه من الحمل إليه**) أقول: ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشتريه قوله: (**وإن لم يذكر الزيادة**) أقول: يعني قوله ولي الخيار إلى ثلاثة أيام قال المصنف: (**وهو المذكور في الجامع الصغير**) أقول: لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين قوله: (**وفيه نظر الخ**) أقول: ولك أن تقول: مراد الأولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتاً معلوماً اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر إذ يعود الضمير على هذا إلى خيار التعيين. قوله:

بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة، والأول تجوّز واستعارة. ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب، ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً. ولو مات من

أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لا أنه يسقط خياره، ولو ردّ أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين، ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله، وعندهما أيّ مدة تراضيا عليهما بعد كونها معلومة، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاثة في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر، وقد طولب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذا بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها، أجيب بأن في خيار النقد تعليقاً صريحاً بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وارداً فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه، وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه، ونفى الزائد بالقياس، وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال: بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، فأجاز ابن عمر هذا البيع[1]. ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، إلا أنه لا يطابق قول المصنف في مسئلة خيار النقد فيما تقدم، فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس قوله: **(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب)** علله المصنف بامتناع الرد بالتعييب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب. فلو هلك الآخر

فيه، فقال أكثرهم: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتاً معلوماً ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة، وزيادة على ذلك في قولهما، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وقال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة، وذكرها فيما ذكر كان اتفاقاً لا قصداً وهو اختيار فخر الإسلام حجة الأولين أن جوازه بطريق الإلحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه، وفيه نظر لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الإلحاق، كما أن القضاء والكفارة يحتاجان إلى الأكل والشرب عامداً في رمضان من جماع مع أن النص إنما ورد به. وحجة الآخرين أن خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة، ومعناه أن العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الأيام الثلاثة. وأما إذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه، وهذا لأن الحال لا يخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أو لا، فإن لم يذكر

(وحجة الآخرين، إلى قوله: ومعناه أن العقد الخ) أقول: كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط، كذا في الذخيرة، والمحيط البرهاني، وهذا هو الوجه. وأما ما ذكره الشارح فخلله بين، فإن التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما، ولهذا استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة، فيجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة، وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل. ثم أقول: محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط إذا كان مجامعاً له على ما كان قبله إذا لم يعين المشتري أحدهما، فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل قال المصنف: **(والأول تجوز واستعارة)** أقول: ويجوز أن يكون على حذف المضاف والقرينة القريبة. قوله: **(فكان**

---

(١) موقوف. رواه محمد بن الحسن في الجامع كذا نقله أبو الليث في شرحه للجامع.

له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث. وأما خيار

بعده هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة، أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك، ولوهلك الكل قبل القبض بطل البيع **(ولو هلكا معاً)** بعد القبض **(لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة)** فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر، وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما. وأثر هذا إنما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية، فإن كانا متفقين فلا، وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلفا في الهالك أوّلاً فادعى البائع أن أكثرهما ثمناً وقال المشتري الأقل فإن القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد. وكان أبو يوسف يقول أولاً يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر، وإن حلفا يجعل كأنهما هلكا معاً، ثم رجع إلى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل، فإن أقاماها قضى ببينة البائع لإثباتها الزيادة، ولو تعيبا معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر، ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئاً استحساناً لأن المعيب محل لا بتداء البيع أيضاً، بخلاف الهالك ليس محلاً لابتدائه فليس محلاً لتعيينه، ولو كان البيع فاسداً فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة، ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما، بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل. فإن قيل: من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما أن أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم. إذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة. أجيب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فإنه سبب لإيجاب الضمان، ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته. وأما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحال. فإن قيل: لم لم يضمن الآخر إذا هلك ثانياً باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء؟ الجواب بمنع أنه كتلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لأحدهما، وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم

فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وبمدة معلومة أيّ مدة كانت عندهما كما في الملحق به. فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لأنه أخذ بالقياس في قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما. أجيب بأن قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه، بخلاف خيار التعيين فإنه من جنس خيار الشرط لأن في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه **(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة)** حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء، وهذا لأن المعيب ممتنع الرد لأن رده إنما يكون إذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختياراً دلالة. فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهنا تجب القيمة عند الهلاك. أجيب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة. فإن قيل: كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فماتت إحداهما فإن الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة، وكذلك في العتاق. أجيب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك، والثوب إذا أشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعاً، ولو هلكا جميعاً معاً لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيهما. وأما إذا ذكر خيار الشرط، فيثبت له خيار الشرط، وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فلة أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده، فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما، وإن اختار أحدهما لزمه ثمنه لأنه عين المبيع فيه ولزومه وكان في الآخر أميناً، فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن. ولو مات المشتري في الأيام

التعيب اختياراً دلالة) أقول: فيه بحث قوله: **(لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ)** أقول: أي ليستديم اشتراءه، فإن مقصوده استدامة اشتراء أحدهما، وقد تعين ذلك الأحد بالتعيب فبقي الآخر أمانة أقول: أجيب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع

الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل، قال: **(ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا)** لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك

بالضرورة أن قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعاً وأحدهما غير عين أمانة، فإذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة. فإن قيل: لأيّ شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع؟ أجاب على القمي بأنه لا فرق في الحاصل لأن الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها، غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق، فإذا هلك العبد على ملكه تعين الباقي للأمانة، وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لأيّ شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي، وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الأحد الدائرّ بين المعينات، لا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلاً للردّ بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة، وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلاً للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة، وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فإنه يمتنع عليه رد الآخر، لأن العقد تناولهما جميعاً حتى ملك إتمام العقد فيهما، فإذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وهنا العقد إنما يتناول أحدهما حتى لا يملك إتمام العقد فيهما قوله: **(ومن اشترى داراً على أنه بالخيار)** ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما **(فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا)** بالبيع فيسقط خياره، واستفدنا من هذا أن من اشترى داراً بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لأنها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به **(لأنه)**

الثلاثة بطل خيار الشرط، وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما، أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث، وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير. فإن قيل: هل لعموم قوله من له الخيار فائدة؟ قلت: كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع، فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحساناً. قالوا: وإليه أشار محمد في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياساً على خيار الشرط. وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما جوّز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق، إذ المبيع كان معه قبل البيع، فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس، ولم يذكره محمد لا في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير، وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة، والتركيب الدال على ذلك حقيقة، ومن اشترى أحد الثوبين، وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف، ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة، وفي بعضها ثوبين وهو مجاز، وأثبتها فخر الإسلام وقال: في وجه المجاز أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً قال: اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب إطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى **﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾** أضاف الخروج إليهما وإن كان يخرج من أحدهما. قال: **(ومن اشترى داراً على أنه بالخيار)** رجل اشترى داراً بخيار الشرط **(فبيعت دار أخرى بجانبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضا)** يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك، لأن طلب الشفعة لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار، والجوار يثبت باستدامة الملك، واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار، ويثبت الملك من وقت

الطلاق. أقول: فيه تأمل، فإن خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالإشراف على الهلاك غير مسلم. قوله: **(وأما إذا ذكر خيار الشرط)** أقول: معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً، وهو قوله فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث قال المصنف: **(لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط)** أقول: يعني لا للشرط، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث الخ، فقوله ولهذا إيضاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار، بل خيار ابتدائي كما سبق، ولهذا لا يتوقت، وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الإتقاني. قال المصنف: **(ومن اشترى داراً، إلى قوله: إلى اختياره الملك)** أقول: لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار

بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة. قال: **(وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده)** عند أبي حنيفة: وقالا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية. لهما أن

أي الشأن **(ما ثبتت)** الشفعة **(إلا لدفع ضرر الجوار وذلك)** أي ضرر الجوار يحصل **(باستدامة)** الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك **(فيتضمن سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة)** لأنه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها، وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلاً يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار سابقاً على شراء ما فيه الشفعة، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتتجه له الشفعة بها. والوجه أنهما أيضاً يحتاجان إلى زيادة ضميمة لأن الملك وإن كان ثابتاً عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر، فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك. وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة، وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصريف فيها، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها، ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسناً ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك، هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها، ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها، وسيأتي أنه له أسقط خيار الرؤية صريحاً لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم، فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية، وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به قوله: **(وإذا اشترى الرجلان عبداً)** مثلاً **(على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع)** بطل خيار الآخر **(فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية)** بأن اشترى الرجلان شيئاً فاطلعا على عيب فرضي به أخذهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده، وعندهما له ذلك أو اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي أحدهما دون

الشراء فكان الجوار ثابتاً عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة. وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة، وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها. قال شمس الأئمة: أما وجوب الشفعة للمشتري فوضح على مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة، وأما عند أبي حنيفة فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة دارهما، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصر أحق بالتصرف فيها. ولو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي. قال: **(وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: له أن يرده)** وكذا إذا اشترياه ورضي أحدهما بعيب فيه، وكذا لو اشترياه ولم يرياه **(لهما أن إثبات الخيار لكل واحد منهما)** وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما، ألا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن

لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل، والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه يطلبه قال المصنف: **(فيثبت الملك من وقت الشراء)** أقول: إنما قال من وقت الشراء إذ لا مرجح لإثبات الملك في الأوقات التي بعده حتى يتعين له قوله: **(لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار)** أقول: يعني فلا بد من الجواز قوله: **(فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ)** أقول: ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت

إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. قال: (**ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه**

الآخر (**لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه**) حقه (**وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد**) فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك بطريق المهايأة، والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاق الضرر بالآخر. فإن قيل: هذا الضرر حصل في ملك البائع. قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع. فإن قيل: لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب، أجيب أنه إنما رضي به في ملكهما. فإن قيل: بل رضي به مطلقاً لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند إبرام فشرطه رضا بكل من الأمرين. أجاب عنه المصنف بقوله: (**وليس من ضرورة إلى آخره**) يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضياً بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما، فإذا جاز هذا كان هو الظاهر. والظاهر أن التصرف من العاقل إذا احتمل كلاً من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه إنما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه، لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى ما يضره بلا فائدة قوله: (**ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب**) أي حرفته ذلك (**فكان بخلاف ذلك، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه**) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعاً لأنه في ضمن ملك العين، وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع، ولو كان موجوداً فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته، فكان شرطه إذا لم يكن فيه غرر صحيحاً، والأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفاً لا غرر فيه فهو جائز، وما فيه غرر لا يجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوباً فيه، فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد

البائع قبل البيع كان متمكناً من الانتفاع متى شاء، وبعده إذا رد البعض لا يتمكن إلا مهايأة، والخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره، وإنما قيد الضرر بالزائد لأن في امتناع الرد ضرراً أيضاً للراد، لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه. فإن قيل: بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض. أجيب بأنه إن سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه. فإن قيل: حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا: بل حصل بفعل المشتري برد نصفه، والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره، لكن العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله قوله: (**وليس من ضرورة إثبات الخيار**) جواب لهما. وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر، ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم إثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد، فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما. قال: (**ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب**) رجل اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب، فإن امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوّم العبد كاتباً أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة

الشراء تنافياً لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته، وثبوته لا يجامع الملك عند أبي حنيفة الخ. قال المصنف: (**فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ**) أقول: لقائل أن يقول: لم لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى، وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد قوله: (**وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما الخ**) أقول: ولك أن تقول: لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضي بالمبيع لكنه متعدد، ولا كذلك الوكيلان فليتأمل قوله: (**وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر**) أقول: فيه أن ذلك أيضاً لما فيه من إبطال حق الآخر. قوله: (**ضرراً للراد**) أقول: أي المريد الرد قوله: (**لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد**) أقول: إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك، وإن أراد تفرقه بين البائع والراضي فلا نسلم أنه بالعقد بل بفعل المشتري

فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط، ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض، فلا يفسد

عندنا خلافاً للشافعي على الأصح عنده لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها، حتى لو شرط أنها حلوب جاز، كما إذا شرط في الفرس أنه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح، ومنه شرط كونه ذكر أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولاً به. أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه. قيل لا يجوز كالناقة والشاة، وقيل يجوز لأن الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب، وقيل إن اشتراها ليتخذها ظئراً فشرط أنها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة، وإن لم يرد ذلك جاز حملاً لقصد البراءة من عيب الحبل. ومنه أو اشتراه على أنه معيب فوجد سليماً صح، وكان له. هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز. وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنها حلوبة لا يجوز لأن المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن. قال محمد في مسئلتنا: فإن قبضه المشتري ووجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد، ومعناه: أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز: أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة، فإن فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئاً يسيراً ناقصاً في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله، وإذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوّم العبد كاتباً فيرجع بالتفاوت. وعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا، والصحيح ما في ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب. ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع سلمته إليك كاتباً ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها فالقول للمشتري. والأصل في هذا أن القول لمن تمسك بالأصل وأن العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل، وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد، وإن لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في إلزام الخصم. إذا عرف هذا، فإذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة، فإن فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك، وإن قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لأن الأصل عدم هذه الصفة، وإن لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة. ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن بكر

المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك، أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر، وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار، وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن أو المثمن كان ملائماً للعقد، ألا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسداً له. ونوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه. وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً، ولهذا لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي، سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل. بخلاف ما نحن فيه فإن

قوله: (ليس له أن يرده الخ) أقول: يعني وكذا لا يرد إذا كان الرد موجباً للعيب. **قوله: (سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ)** أقول: لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل.

العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لأن الأصل البكارة، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد، لكن يثبت حق الخصومة لتتوجه اليمين على البائع، إذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة، والخصومة حق ضعيف لأنها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن، فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر، فإن نكل ردت عليه، وإن حلف لزم المشتري وروي عن أبي يوسف ومحمد في رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع، وإن لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لأن العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري إلى أن يحضر من النساء من يوثق بهن، ولو قال بعتها وسلمتها إليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لأن الأصل هي البكارة، ولا يريها القاضي النساء لأن البائع مضرّ بزوال البكارة، وإنما يقول زالت في يدك. واعلم أنه إذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار. والثياب أجناس: أعني الهروي والإسكندري والمروي والكتان والقطن. والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان، وفي سائر الحيوانات جنس واحد. والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه، فإن اشترى ثوباً على أنه إسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مروياً، أو كتان فوجده قطناً، أو أبيض مصبوغ بعصفر فإذا هو بزغفران، أو داراً على بناؤها آجر فإذا هو لبن، أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو أرضاً على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة، أو على أنه عبد فإذا هو جارية، أو فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك. ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد، أو غلام على أنه تاجر أو كاتب فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصي أو عكسه، أو أنها بغلة فإذا هو بغل، أو ناقة فكان جملاً، أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار. ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة أو حمار، أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هي بخلافه جاز، ولا خيار له لأنه صفقة أفضل من الصفة المشروطة. وينبغي في مسئلة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدّر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل. ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري.

له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح، وعلى تقدير كونه ولداً لا نعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته، وإذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لأن المشتري ما رضي بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف: أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف، كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعاً إلى الجنس، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد، وإن كان مما لا يوجبه كان راجعاً إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده، لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة، وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم، والله أعلم.

باب خيار الرؤية

قال: **(ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه)** بجميع الثمن **(وإن شاء رده)**

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية قوله: **(ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده)** سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، مثل أن يشتري جراباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زقّ، أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً، ومنه أن يقول بعتك درّة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار إذا رأى شيئاً من ذلك. وفي المبسوط: الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى. لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا، مثل أن يقول بعت منك ما في كمي، بل عامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده. وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه، والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول بعتك شيئاً بعشرة. وقول المصنف وقال الشافعي: **(لا يجوز العقد أصلاً)** هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً أنه لا يجوز، وأما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز. وعن مالك وأحمد مثل قولنا، واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال، وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما. وذكر المصنف في وجه قوله إن المبيع مجهول مقتصراً عليه: يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه ﷺ عن بيع الغرر[1]، ونهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان[2]، وما ذلك إلا

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه، إذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم. قال القدوري: من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المتقبة فإنه جائز عندنا، وله الخيار إذا رآه. وعند الشافعي لا يجوز. وكذا العيب الغائب المشار إلى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة. قال صاحب الأسرار: لأن كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية

باب خيار الرؤية

قال العلامة الكاكي في المبسوط: الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٧/ ٢٦٢ وابن ماجه ٢١٩٤ والبغوي ٢١٠٣ وابن حبان ٤٩٥١ وابن الجارود ٢١٩٤ والبيهقي ٥/ ٣٣٨ والدارقطني ٣/ ١٥، ١٦ وأحمد ٢/ ٢٣٦ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٣ والترمذي ١٢٣٢ وابن ماجه ٢١٨٧ وكذا النسائي ٧/ ٢٨٩ والبيهقي ٥/ ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩ وأحمد ٣/ ٤٠١، ٤٠٣ كلهم من حديث حكيم بن حزام.

ومن وجه آخر أخرجه الترمذي ١٢٣٥ عن حكيم وكذا أخرجه ١٢٣٣ من وجه ثالث عنه أيضاً بلفظ: «نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي».

قال الترمذي وهذا حديث حسن وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الترمذي ١٢٣٤ وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٢، ٣٣ وذكر حوله كلاماً ملخصه: أنه حديث حسن. وكذا جاء في تلخيص الحبير ٣/ ٥ لابن حجر.

وقال الشافعي: لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه» ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالة الوصف في

للجهالة. قلنا: أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع فقضينا عهدته، وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره، وذلك ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع، ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه، ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري، فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقف جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فأنى يتناوله النهي عن بيع الغرر والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً فكان مشروعاً قطعاً، فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك، فظهر أن كلاً من الحديثين لم ينف ما أجزته فكان نفيه قولاً بلا دليل، وكفانا في إثباته المعنى، وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً، وينفي الحديث الذي ذكره المصنف[1] زيادة في الخبر، وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلاً. حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه»[2] والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم، وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها. وقد روى هذا الحديث أيضاً الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضاً، وعمل به مالك وأحمد، وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم، فدل قبول العلماء على ثبوته، والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبني على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له، وهي مسئلة مختلفة بين الأصوليين، والمختار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث، وقد روي الحديث أيضاً مرفوعاً، رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فهو للخيار إذا رآه»[3] ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة إلا أن في طريقه إلى أبي حنيفة عمر بن إبراهيم الكردي نسب إلى وضع الحديث. هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم

حاصلة لكان البيع جائزاً: أي بالإجماع. قال الشافعي: المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم **(ولنا قوله ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»)** وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض. فإن قيل: هو معارض بحديث حكيم ابن حزام وهو أنه قال: قال عليه الصلاة والسلام «لا تبع ما ليس عندك» والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لإجماعنا على أن

أقول: في كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط جواز سيما بالإجماع كلام فتأمل. قوله: **(فإن قيل هو معارض الخ)** أقول: فيه كلام لأن النهي يقتضي المشروعية.

---

(١) هو الآتي.

(٢) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٣/٥ والبيهقي ٥/٢٦٨ كلاهما من حديث أبي هريرة ورويا من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً أيضاً.
قال الدارقطني: عمر بن إبراهيم يقال له الكردي يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح لم يروه غيره وإنما يروي عن ابن سيرين من قوله اهـ.
وكذا ذكر البيهقي مثل قول الدارقطني.
وأخرجه الدارقطني ٣/٤ والبيهقي ٥/٢٦٨ كلاهما عن مكحول مرسلاً وفي إسناده أبو بكر بن أبي مريم ضعيف كذا قال الدارقطني.
وأخرجه البيهقي ٥/٢٦٨ عن الحسن من قوله.

(٣) تقدم تخريجه في الذي قبله.

المعاين المشار إليه **(وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده)** لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا

المجاز، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها. مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته، وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن تلك الرؤية غير معرّفة للمقصود الآن، وكذا اشتراه الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية. وقول المصنف **(فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه)** يعنى فيما لو اشترى ثوباً مشاراً إليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لأنه لا خيار في المشبه به، أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف، قوله: **(وكذا إذا قال رضيت)** إلى آخره، أي وكذا له الخيار إذا رآه: يعني إذا قال رضيت كائناً ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لأن ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار إذا رآه، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله: **(وحق الفسخ الخ)** جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبل الرؤية. فإنه إذا أجاز قبلها لا يلزم، وإذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط. وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط، فإن الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة، فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الإجازة والفسخ بها، لأن معنى الخيار له أن يجيز وأن يفسخ، ثم لم تثبت الإجازة بسبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية، بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية، فإذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره إذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك. وأما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري، وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة وإلا فهو لازم وقد فرض غير لازم، هذا خلف. وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية، ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وأنه لا رواية فيه. وأما

المشتري إذا كان قد رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد. قلنا: بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال «يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه، فقال عليه الصلاة والسلام: لا تبع ما ليس عندك» وقد أجمعنا على أنه لو باع عيناً مرئياً لم يملكه ثم ملكه فلم لم يجز؟ وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس في ملكه، والمعقول وهو أن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره، وإنما أفضت إليها لو قلنا بانبرام العقد ولم يقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة، وعورض بأن البيع نوعان: بيع عين، وبيع دين، وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الأول المشاهدة، ثم ما هو طريق إلى الثاني إذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد، وكذلك ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة إذا تراخى فسد. وأجيب بأن المعارضة ساقطة لأن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله: **(وكذا إذا قال)** تفريع على مسئلة القدوري: يعني كما أن له الخيار إذا لم يقل رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره ثم رآه، لأن الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط، ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها، وهو ثابت بالنص عندها فما أدى إلى إبطاله فهو باطل قوله: **(وحق الفسخ)** جواب سؤال تقريره: لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها. وتقرير الجواب أن حق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبرماً فجاز فسخه لو هاء فيه، ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطاً ولا

يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت. قال: (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً

قول المصنف (ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تمّ لزم أن لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لأن حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب، ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية، وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية. قلنا: نمنع عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع باتّ فليس له فسخه، فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً. واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجازة. والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة، وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخالصة، بخلاف ما لو كان البيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار. ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما، ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعياناً لأنه لا يفيد فيها، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائماً، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبداً، وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط قوله: (ومن باع ما لم يره) بأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له. وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أوّلاً: له الخيار اعتباراً بخيار العيب) فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة (وخيار الشرط) فإنه يجوز لهما. ولو اختصر على خيار العيب كأن أقرب لأن ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع، بخلاف خيار الشرط، وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه جوز متأخراً للمصلحة التي ذكرناها. ثم تقرير المصنف حيث قال: (وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعني في حق البائع (وثبوتاً) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية) يخال أنه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع

شرعاً، بخلاف الرضا فإنه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز إثباته على وجه يؤدي إلى بطلانه كما مر آنفاً، وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد منها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزوم قوله: (ولأن الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر، وتحقيقه أن الإمضاء للرضا والرضا بالشيء (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور. وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات. لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح. ذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه، ولكن المشايخ اختلفوا؛ فقال بعضهم: لا يصح قياساً على الإجازة، وقال بعضهم: يصح دون الإجازة وهو مختار المصنف. قال: (ومن باع ما لم يره) من ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: له الخيار اعتباراً بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري، بل إذا

قوله: (وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول: بل ذلك لعدم وقوعه منبرماً لو هاء فيه على ما فصله المجيب، غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية، وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل قوله: (والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول: هذا أيضاً ممنوع لما سيجيء في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف: (ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول: فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض، فإن غير المرئي قد يعلم بالوصف، ويجوز أن يقال: المراد هو العلم الشخصي بأوصافه.

له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال. ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه. وروي أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة: إنك قد غبنت،

على البتات وهو تعليل بالعدم. وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا. ويرد عليه أن حكم الأصل: أعني خيار الشرط متوقف شرعاً على تراضيهما، فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا إذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا، وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الأصل والفرع، ولو لم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه، فلذا حق له أن يرجع. وذكر للمرجوع إليه وجهين: أحدهما: **(أنه معلق بالشراء روينا فلا يثبت دونه)** ولا يخفى أنه نفى للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط. والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص «أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالاً، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال عثمان: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة رضي الله عنه: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان»[1]. والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً قوله: **(ثم خيار الرؤية غير موقت)** بوقت خلافاً لما ذهب إليه بعض المشايخ من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه، والمختار أنه لا يتوقف **(بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله، و)** يبطله **(ما يبطل خيار الشرط من تعيب)** يعني بعد الرؤية **(أو تصرف يبطل خيار الرؤية)** بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقاً فلذا وصله بقوله: **(ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه)** للمتصرف **(كالإعتاق)** للعبد الذي اشتراه ولم يره **(وتدبيره أو تصرفاً يوجب حقاً للغير)** كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري.

وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوّزه وإن شاء رده كالمشتري وإذا وجد المبيع معيباً، لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم **(وهذا)** أي الخيار للبائع إنما هو باعتبار **(أن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً)** أي من جهة البائع **(وثبوتاً)** أي من جهة المشتري **(وتمام الرضا لا يتحقق إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية)** فإن بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة **(فلم يكن البائع راضياً بالزوال)** فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ **(وجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه)** كما تقدم. فإن قيل: البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة. أجيب بأنهما ليسا بسببين فيه، لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه، والبائع لو ردّ لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به، قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهاهنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع. وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس، سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل، وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعاً على ما ذكر في المتن فبطل الإلحاق دلالة وقياساً، ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث. قال: **(ثم خيار الرؤية غير موقت)** قيل خيار الرؤية يوقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب. والأصح عندنا أنه باق ما لم يوجد ما يبطله لأنه ثبت حكماً لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا، ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه. والضابط في

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٥/٢٦٨ والطحاوي في مشكل الآثار ٢/٢٠١ باب تلقي الجلب كلاهما عن ابن أبي مليكة أن عثمان... فذكره.

فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره. وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم. فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم. ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل

وقوله: **(كالبيع المطلق)** إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لأن به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم **(والرهن والإجارة يبطل خيار الرؤية)** سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ **(وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار)** ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله ﷺ «له الخيار إذا رآه»[1] مقيدا بما إذا لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه، وحاصله تقدير مخصص بالعقل **(وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار)** للبائع **(والمساومة، وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية)** لأنه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا، وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته أولى، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا. ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيداً بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع، فإنهما إذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يردّ الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لأنه سقط فلا يعود إلا بسبب جديد إلا في رواية عن أبي يوسف، وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من مجال التخصيص. ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه إذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله: **(ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية الخ)** والأصل في هذا رؤية جميع أجزاء **(المبيع غير مشروط)** في انتفاء ثبوت خيار الرؤية **(لتعذره)** عادة وشرعاً، وإلا لجاز أن ينظر إلى عورة العبد والأمة اللذين يريد أن يشتريهما، ولزم في صحة بيع الصبرة النظر إلى كل حبة منها، ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع. إذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر إلى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية، بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى

ذلك أن المشتري بالخيار إذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار، وإلا لبطلت فائدة الخيار لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان، فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فاتت فائدة الخيار. ويعلم من هذا أنه إذا فعل ما لا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار، فعلى هذا إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لأنه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة، فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختياراً للملك لعدم الحاجة إليها ولحصول الامتحان بالأولى، ولو وطئها بطل خياره لأنه وإن كان مما يمتحن به لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر، لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختياراً له. قيل: يشكل على هذا الكلي مسئلتان: إحداهما: أنه لو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط. والثانية إذا عرض

قوله: **(فأشبه الرد بالعيب)** أقول: فيه تأمل قوله: **(والضابط في ذلك)** أقول: يعني أن الضابط يفهم مما ذكر إلى قوله ويعلم قوله: **(ويحل في غير الملك)** في الجملة. أقول: يعني بإجازة المالك قوله: **(قيل يشكل على هذا الكلي، إلى قوله: والثانية إذا عرض الخ)** أقول: ولك أن تقول هما أيضاً يبطلانه بعد الرؤية، وذلك يكفي في صحة الكلية، فإنه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقاً. قوله: **(والعرض**

---

(١) تقدم قبل حديث وإسناده واه بمرة.

الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال: **(ومن نظر إلى وجه الصبرة، أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له)** والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. ولو دخل في البيع أشياء، فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية

وجههما، لأن سائر الأعضاء في الإماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء. وفي الدوابّ يعتبر رؤية الوجه والكفل لأنهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف. وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها. ونقل صاحب الأجناس عن المجرّد عن أبي حنيفة في الدابة إذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية. وإن رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار. وعن محمد يكفي الوجه اعتباراً بالعبد. وفي رواية المعلي عن أبي حنيفة: يعتبر في الدوّاب عرف التجار **(فإن دخل في البيع أشياء فإن كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون، وعلامته)** أي علامة ما لا يتفاوت آحاده **(أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها)** في سقوط الخيار **(إلا إذا كان الباقي أرداً مما رأى حينئذ يكون له الخيار)** يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع. وفي الكافي: إذا كان أردأ له الخيار لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها، وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضي سوق كلام المصنف. والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب، وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حدّ العيب وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال **(وإن كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد)** لكن على الوجه الذي ذكرنا: أعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد **(والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي)** قال

المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية. والمسئلتان في فتاوى قاضيخان. وأجيب بأن الأصل فيهما هو أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الأولى لأنه دونه. ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية، وفيه نظر لأنه ليس بدافع. والحق أن الإشكال ليس بوارد لأنه قال: وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيباً أو تصرفاً: يعني في المبيع، والأخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين. ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين: تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها، وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها. فأما الأول فهو الذي لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط، والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والإجارة، وهذا لأن هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة، وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار، حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الإجارة أورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه. والثاني أن هذه التصرفات إما أن تكون صريح

على البيع) أقول: لا نسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه قوله: **(مانع من الفسخ)** أقول: أي فسخ البائع استقلالاً قوله: **(لا يمكن رفعها)** أقول: مطلقاً أو من التصرف مستقلاً قوله: **(وعن الثاني بأن دلالة الرضا)** أقول: والجواب عن الثاني عندي أن يقال: ليس بطلان الخيار هنا لدلالة الرضا أو صريحه، بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف قال المصنف: **(البيع بشرط الخيار والمساومة)** أقول: قال الإتقاني: تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً، ومنه: «ولا يسوم الرجل على سوم أخيه» أي لا يشتري، كذا في المغرب انتهى. وقال العلامة الكاكي: المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة، كذا في الفوائد انتهى. قوله: **(فإن في رؤية جميع**

واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار. وإن كان تتفاوت آحادها كالثياب والدوابّ لا بد من رؤية كل واحد منها، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة.

إذا ثبت هذا فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم، والوجه هو المقصود في الآدمي، وهو والكفل في الدوابّ فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره. وشرط بعضهم رؤية القوائم. والأول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله. وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به،

المصنف: **(وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة)** وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الأصح. ثم السقوط برؤية البعض في المكيل إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل، ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء، والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لأنه يعرف حال الباقي، هذا إذا ظهر له أن ما في وعاء الآخر مثله أو أجود، أما إذا كان أردأ فهو على خياره، وإن كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي، ولو قال رضيت وأسقطت خياري، وفي شراء الرحى بآلاته لا بد من رؤية الكل، وكذا السرج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل **(وفي شاة اللحم لا بد من الجس)** باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها **(لأن المقصود اللحم، وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود)** فلا يسقط الخيار بدون ذلك، وكذا إذا رأى وجه الثوب مطوياً لأن البادي يعرف ما في الطيّ، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان

الرضا أو دلالته، وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته؟ وأجيب عن الأول بأن ذاك فيما أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة إلى محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة. وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وها هنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال. وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا: أي لا يزيد عليه، وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى: يعني إذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال: **(ومن نظر إلى وجه الصبرة)** اعلم أن المبيع إما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، والثاني إما أن يكون متفاوت الآحاد أو لا، فذلك أقسام ثلاثة، فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية، لأن الرؤية الجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما، وذلك في العبد لا يجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ. وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعاً في غير الملك لأن العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراماً، وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطيّ والنشر فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد. وإن كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده. وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهما،

بدنهما رؤية عورتهما) أقول: لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها إذا وقع البيع بعدها، وإلا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع، ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح، بل الأولى أن يقال: فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما، وهما ليسا في ملكهما وهي حرام فليتأمل، فإنه يمكن أن يقال: المقصود إثبات المدعي بالطريق الأولى وفيه ما فيه، بل المراد الرؤية بعد البيع، وهي تسقط الخيار إذا قبض بعدها.

وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعرّف للمقصود قال: **(وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها)** وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج. وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه، اللهم إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلاً الوجهين، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم. ثم قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر، وفي المبسوط: الجواب على قول زفر، وفي البساط: لا بد من رؤية جميعه، ولو نظر إلى ظهور المكاعب لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل. قيل: وينبغي أن ينظر إلى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً. وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو، وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها، فإن كانت محشوة مما يحشي بها مثلها يبطل خياره، وإن كان ممن لا يحشى به مثلها فله الخيار، هذا إذا كان المبيع واحداً قوله: **(وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها، وكذا إذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج)** لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر، إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر وإلى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها **(وعند زفر لا بد من دخول البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الأبنية)** في الكوفة **(فإن دورهم لم تكن متفاوتة)** وأما في ديارنا **(فلا بد من الدخول داخل الدار)** كما قال زفر **(لتفاوت الدور)** بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوماً بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح، وهذا لا يفيد، إلا أن يقال: وكل من ذلك مقصود، وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلوّ إلا في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر. وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي، وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق. وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رءوس الأشجار أو رؤية

لأن برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت، وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها، فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكيل يعرض بالنموذج **(والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعرف البقية إلا أن يكون في طية ما كان مقصوداً كموضع العلم)** وإذا نظر إلى وجه الآدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود به العبد والأمة وسائر الأعضاء تبعاً له، ألا ترى أن تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء، وإذا نظر إلى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لأنهما مقصودان في الدوابّ. هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله. وشرط بعضهم رؤية القوائم لأنها مقصودة في الدواب، فإن كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في أحدهما فإن كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار، وإن كان دونه فهو على الخيار، لكن إذا ردّ ردّ الكل لئلا تتفرّق الصفقة، وإذا اشترى شاة فإما أن تكون للحم أو للقنية أي الدر والنسل، ففي الأول لا بد من الجس لأن المقصود إنما يعرف به، وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع، وفي المطعومات لا بد من الذوق لأنه المعرف للمقصود قال: **(ومن رأى صحن الدار فلا خيار له)** رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية. لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل، فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلاّ في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند. وقال زفر رحمه الله: وهو قول ابن أبي ليلى:

قوله: **(يشترط رؤية الكل)** أقول: هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية. ثم أقول: كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروح.

قال: **(ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي**

خارجهُ فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال: المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره. وفي جامع قاضيخان: لا يكتفي برؤية الخارج ورءوس الأشجار انتهى. وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئاً، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض. ولو اشترى دهناً في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل، وعن محمد: يكفي لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن، وروى هشام أو قول محمد موافق لقول أبي حنيفة. وفي التحفة: لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل مثاله، ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء، قال بعضهم يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع، وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع. وأما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية. وروى بشر عن أبي يوسف إن كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم إن باعه بعد ما نبت نباتاً يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضي به يلزم البيع في الكل إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت له الخيار، فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل، وإن قلعه المشتري بغير إذنه إن كان المقلوع شيئاً له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضي بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد، لأن بالقلع صار المقلوع معيباً لأنه كان حياً ينمو وبعده صار مواتاً. والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية، وإن كان المقلوع شيئاً لا ثمن له لا يبطل خياره لأن وجوده كعدمه. وإن كان شيئاً يباع عدداً إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه له الخيار في الباقي، حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لأنه عددي متفاوت، فرؤية بعضه لا تكون كرؤية كله، وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره. وقد حكي فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: رؤية بعضه كرؤية كله، وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن ببعضها يستدل في العادة على الكل، وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد، وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله: **(ونظر الوكيل)** إلى المبيع مكشوفاً: يعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف، وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني بقبضه **(كنظر المشتري حتى لا يرده)** المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته **(إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل)** والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه، وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولاً لا وكيلاً لأنه من ما صدقات أمرتك، وقد قيل: لا

لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب: أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الأبنية، فإنها تختلف بالضيق والسعة، وفيما وراء ذلك يكون كصفقة واحدة، وهذا يصير معلوماً بالنظر إلى جدرانها من خارج، فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها، فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر. قال: **(ونظر الوكيل كنظر المشتري)** قيل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك ذلك. وصورة الإرسال أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه. وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرده إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم. وقال الفقيه أبو جعفر: إذا كان عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه، فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرده عند أبي حنيفة، وقالا: نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق، ونظر الوكيل

حنيفة رحمه الله، وقالا: هما سواء، وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع. لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً. وله أن القبض نوعان: تام وهو أن يقبضه وهو يراه. وناقص، وهو أن يقبضه مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل. ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل. وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد

فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار. ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (**هذا عند أبي حنيفة، وقالا: هما**) يعني الرسول والوكيل بالقبض (**سواء**) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (**فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع**. **لهما أنه توكل**) أي قبل الوكالة (**بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به**) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (**وصار كخيار العيب والشرط**) بأن اشترى معيباً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل، وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (**و**) صار أيضاً (**كالإسقاط قصداً**) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (**وله أن القبض على نوعين**) قبض (**تام**) وهو أن يقبضه وهو يراه، وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض، فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (**وناقص وهو أن يقبضه مستوراً**) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (**ثم الموكل ملك القبض بنوعه، فكذا وكيله لإطلاق التوكيل**) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار لأن بقبضه (**مستوراً انتهى التوكيل**) بالقبض (**الناقص فلا يملك**) الوكيل بعد ذلك (**إسقاطه**) لانتفاء ولايته، ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما، إحداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار، والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره. والثانية لو قبضه الموكل مستوراً ثم بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل. وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمناً لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة، وليس هذا ثابتاً في مجرد رؤيته قبل القبض، ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح، وبعين الجواب الأول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمناً للقبض الصحيح، بل ثبت بعد انتهاء الوكالة

كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (**لهما أنه توكل**) أي قبل الوكالة (**بالقبض دون إسقاط الخيار**) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (**فلا يملك**) إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيلاً بقبضه فقبض الوكيل معيباً رائياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل، وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل، وكما إذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستوراً ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل. ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (**أن القبض على نوعين: تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور**) قوله: (**وهذا**) إشارة إلى تنوعه بالنوعين، وبيانه (**أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم**) الصفقة (**مع بقاء خيار الرؤية**) لأن تمامها تناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد إلا برضاه أو قضاء، وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك، وإذا ظهر هذا قلنا: الموكل ملك القبض بنوعيه، وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند إطلاق التوكيل عملاً بإطلاقه. فإن قيل: لا نسلم

قوله: (**فيما إذا قال أمرتك بقبضه**) أقول: فلا يسقط الخيار قوله: (**وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين**) أقول: ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تأمل. قوله: (**والثاني ممنوع، فإن من توكل بشيء الخ**) أقول: لو صح هذا لزم أن لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص

ذلك، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه، وخيار الشرط على هذا الخلاف. ولو

بالقبض الناقص. وقوله: (**بخلاف خيار العيب لأنه**) يثبت مع (**تمام الصفقة**) لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار، ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما إذا اشترى شيئين. وقوله في الكتاب إلا من عيب، قال فخر الإسلام: يحتمل إلا من عيب لم يعلمه الوكيل، فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر، ولم يسلم مسئلة خيار العيب. والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم. وقوله: (**وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ**) يعني وخيار الشرط لا نص فيه، فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري، وهو رواية الهندواني لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (**ولئن سلم**) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح (**فالموكل لا يملك التام منه**) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (**بخلاف الرسول**) بالبيع والشراء (**فإنه لا يملك شيئاً**) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة، ولذا لا يملك التسليم أيضاً، وصور الإرسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع، وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان إني اشتريت منك كذا وكذا بمعين كذا وكذا قوله: (**وبيع الأعمى وشراؤه جائز**) باتفاق الأئمة الثلاثة. وقال الشافعي: لا يجوز إلا في السلم، والشراء يمد في لغة الحجاز، ويقصر لأهل نجد (**وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره**) فيدخل في عموم قوله ﷺ في الحديث السابق «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»[1] (**وقد**

ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه أسقط الخيار قصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة. أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبياً فلا يملك إسقاطه، وفي هذا الجواب تعرض إلى ردّ قياسهما على الإسقاط القصدي، وإلى ردّ قولهما دون إسقاط الخيار. وتقريره أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصداً أو ضمناً والأول مسلم، ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار، بخلاف الموكل، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً. والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يتمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله: (**بخلاف خيار العيب**) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضا أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة لا منع تمام القبض ولهذا ملك ردّ المعيب خاصة بعد القبض، ولم يجعل تفريقاً للصفقة لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع، ولما لم يمتنع هاهنا دل أنها كانت تامة، وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل، وخيار الشرط لا يصلح مقيساً عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار فوكل وكيلاً بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة مع بقاء خيار الشرط، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله، وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص، والرسول ليس كالوكيل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم. قال: (**وبيع الأعمى وشراؤه جائز**) بيع الأعمى وشراؤه جائز عندنا (**وله الخيار**) وقال الشافعي رحمه الله: إن كان بصيراً فعمي فكذا الجواب، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلاً لأنه لا علم له بالألوان والصفات، وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره

كلام على السند الأخص فلا يجدي نفعاً قوله: (**لأن الاختيار**) أقول: التتابع بالياء بنقطتين بعد التاءين، والاختيار بالياء المنقطة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير. قال المصنف: (**وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار**) أقول: فيه بحث، فإن الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت

---

(١) تقدم قبل قليل وإسناده واهٍ.

سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض، والتسليم إذا كان رسولاً في البيع. قال: **(وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى)** لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل **(ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس، ويشمه إذا كان يعرف بالشم، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق)** كما في البصير **(ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له)** لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وعن أبي

قررناه من قبل) في أول الباب، ولأن الناس تعارفوا معاملة العميان بيعاً وشراء، والتعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين **(ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس)** كالشاة **(ويشمه إذا كان يعرف بالشم)** كالطيب **(ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق)** كالعسل. وقوله: **(كما في البصير)** ظاهر في أن البصير إذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له **(ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له)** في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم يذكر له صفته. ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط، واكتفى بذكر الوصف **(لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم)** وممن أنكره الكرخي، وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علماً **(وعن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس، وإجراء الموسى على رأس من لا شعر له)** في الإحلال من الإحرام، ولا يخفى ضعفه لأن العجز لا يتحقق إلا بتحقق العجز عن الوصف فإن القائم مقام الشيء بمنزلته، وقد ثبت شرعاً اعتباره بمنزلته في السلم، ووجوب إجراء الموسى مختلف فيه، وكذا التحريك غير لازم للأمي. وعن أبي يوسف أيضاً أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضاً ولم يعتبر الشم ولا الذوق والحس لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا. وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والأشجار، فإذا قال رضيت سقط خياره لأن الأعمى إذا كان ذكياً يقف على مقصوده بذلك، وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار. وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس، لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا إلا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رءوس الشجر فيعتبر

فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعاً وفيه من القبح ما لا يخفى. ولنا **(أنه اشترى ما لم يره، ومن اشترى شيئاً لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل)** وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام «لم يره سلب» وهو يقتضي تصوّر الإيجاب وهو إنما يكون في البصير، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع، ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود، فإن كان المبيع مما يعلم بمسه فخياره يسقط بجسه، وإن كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات. وأما إذا كان شجراً أو ثمراً على شجر أو عقاراً فإن خياره لا يسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وقال بعض أئمة بلخ: يمس الحائط والأشجار، فإذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار. وروي عن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيراً لرآه وقد قال رضيت سقط خياره، لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين وإجراء الموسى في حق الآدمي والأصلع، وإطلاق الرواية يدل على أنه يقول

قبلها كما سلف، إلا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازاً. والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازاً على ما قالوا فلا إشكال، إلا أن قوله إذا اشترى يأبى عن هذا نوع إباء فليتأمل قوله: **(وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب)** أقول: فيه بحث لأن التصور لا يستلزم التحقق؛ ألا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بموجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه، والأولى إيراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام «فله الخيار إذا رأى» فإن إذا تستعمل في المتحقق فليتأمل، فإن المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا.

يوسف رحمه الله أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه وقال قد رضيت سقط خياره، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج. وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفاً. قال: **(ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن**

فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات، وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لأبي الليث وقال الحسن: **(يوكل وكيلاً يقبضه وهو يراه)** فيسقط بذلك خياره. قال المصنف: **(وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل)** ولو وصف للأعمى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الوصف قوله: **(ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما، لأن رؤية أحدهما ليست رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره)** فله رده بحكم الخيار **(ثم لا)** يتمكن من رده وحده **(فيردهما)** إن شاء **(كي لا يكون تفريقاً للصفقة)** على البائع **(قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده)** كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه **(بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل)** لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج إلى القضاء والرضا، فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لا يرد الباقي، وهنا وفي خيار الشرط يردّ الآخر إذا رد أحدهما بعد القبض.

بذلك من غير اشتراط الوصف. قال محمد في الجامع الصغير: قال أبو يوسف في الأعمى: يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال: له أن يرده، وإن كان في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده. وقال الفقيه: قال بعضهم: يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ومع ذلك يوصف له، وهذا أحسن الأقاويل، قال: وبه نأخذ. وقال الحسن: يوكل وكيلاً يقبضه وهو يراه. وهذا أشبه بقول أبي حنيفة، لأن رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم. ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تمّ وسقط الخيار فلا يعود. ولو اشترى بصيراً ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز، وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية، قال: **(ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما)** قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها، وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار، لكن لا يردّ الذي رآه وحده، بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة، وأنها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخاً من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه. فإن تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث «نهى النبيّ عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة» قيل: تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعاً إن شاء، وقوله ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره» الحديث يدل على أن له أن يردّ الذي لم يره وحده، فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز؟ وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صوره، وموجب المجيز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيح، أو لأنه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن؟ لأن

قوله: **(وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة)** أقول: تقدم بورقة تخميناً، وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية، لأن تمامها تناهيها في اللزوم قال المصنف: **(وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده)** أقول: قال العلامة الكاكي: يعني فيما إذا قبضه مستوراً، كذا قيل، ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى، وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في مسئلة نظر الوكيل قوله: **(فإن تفريق الصفقة منهي عنه)** أقول: تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام قوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى شيئاً لم يره» الحديث، يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده، فما وجه ترجيح حديث النهي)** أقول: وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح، وأيضاً المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد، فرؤية أحدهما دون الآخر كرؤية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل قوله: **(أو لأنه متأخر عن المبيح الخ)** أقول: في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح

يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره، ثم لا يرده وحده بل يردهما كي لا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل. **(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره)** لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط **(ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له)** لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به

أجيب أن ردّ أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما، وفي الاستحقاق: لو رد كان بعد التمام لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يردّ الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط، لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق، ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام، ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليست بعيب فيه، ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام، ولو وجد بأحدهما عيباً في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم قبل القبض. هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر، وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً، غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فإنه ضرر مال فإنه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر، وهو فوق ضرر المشتري فإن ضرره ليس إلا ببطلان مجرد قوله إذا ألزمناه ردهما، بعد القبض ضرر المشتري أكثر لأنه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما قوله: **(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث)** على ما ذكرناه من الوجه **(في خيار الشرط)** وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله: **(ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن وجده على الصفة التي رآه)** عليها **(فلا خيار له، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة)** فلم يتناوله قوله ﷺ «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»[1] لأنه بإطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله

رد أحد الثوبين لا يكون رداً لأنه اشترى ثوبين لا أحدهما، والرد إنما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقها مطلقاً، وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر، ومثله مرجوح. والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة، فإنه إذا أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء إلى الجيد ترويجاً له بالجيد، فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق، فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي، وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضاً لأن فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية. وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به، لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري، فإن شاء رضي وإن شاء رد. وفي خيار الرؤية عله رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع. قال: **(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره)** قد تقدم أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال لأنه مشيئة، وهو عرض والعرض لا ينتقل والإرث فيما ينتقل، فكذا خيار الرؤية، وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفي فلا يحتاج إلى إعادته. قال: **(ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على تلك**

كلام متعلق بهذا المقام فراجعه قوله: **(والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق، إلى قوله: قبل التمام بالقياس)** أقول: تقييد المطلق نسخ

---

(١) تقدم قبل قليل وإسناده واهٍ.

(وإن وجده متغيراً فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره، وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر، إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري، بخلاف

(إلا إذا كان) المشتري **(لا يعلمه مرئية)** أي لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت إياها كان له الخيار **(لعدم)** ما يوجب الحكم عليه **(بالرضا)** أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك **(وإن وجده متغيراً)** عن الحالة التي كان رآه عليها **(فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه)** فكانت رؤيته وعدمها سواء **(فإن اختلفا في التغير)** فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير **(فالقول للبائع لأن)** دعوى **(التغير)** بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر **(حادث)** بعده والأصل عدمه فلا تقبل إلا ببينة **(بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية)** فقال البائع رأيته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لأن البائع يدعي أمراً عارضاً هو العلم بصفته **(والمشتري ينكره فالقول له)** وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه. وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية. ولقائل أن يقول: الغالب في البياعات كون المشتري رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا إن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه، وهذا لأن المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض، فالقول فيه قول القابض ضمنياً كان أو أميناً كالغاصب والمودع، بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره. وقوله: **(إلا إذا بعدت المدة)** استثناء من قوله القول قول البائع: أي إلا في صورة ما إذا طالت المدة **(على ما قالوا)** أي المشايخ **(لأن الظاهر شاهد للمشتري)** إذ الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغيير وهي الدنيا زماناً طويلاً لم يطرقه تغير. قال محمد رحمه الله تعالى: أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق، بل يصدق لأن الظاهر شاهد له. قال شمس

الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة، وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار، فبين العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة، ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه كما إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل، وهو لا يعلم أن المشتري ذلك المرئي فإن له الخيار حينئذ لعدم الرضا به، وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف، وهاهنا لما كان المبيع مرئياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلاً فلا يكون له الخيار، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم أنه مرئية لم يرض به فكان له الخيار وإن وجده متغيراً فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه، لأن التغير حادث لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل، لأن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه، وقيل هو الرؤية السابقة، وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهراً، والأصل لزوم العقد، والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله: **(إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا)** أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري، لأن الظاهر يشهد له، فإن الشيء يتغير بطول الزمان، ومن يشهد

وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل. قوله: **(يندفع ما استشكل بالاستحقاق)** أقول: أي يظهر اندفاعه. قال المصنف: **(لأن تلك الرؤية لم تقع معلماً)** أقول: الظاهر أن يقول معلمة قوله: **(وقيل هو الرؤية السابقة)** أقول: لا يظهر الفرق بين المعنيين الأوليين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة، وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه قوله: **(وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة)** أقول: عندي أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتأمل.

ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله. قال: **(ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يزد شيئاً منها إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط)** لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها، بخلاف خيار العيب لأن

الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والإمام المرغيناني فنقول: إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري. مثاله: لو رأى دابة أو مملوكاً فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لأن الشهر في مثله قليل قوله: **(ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوباً منه أو وهبه)** ثم رأى الباقي **(ليس له أن يرد شيئاً منها إلا من عيب)** وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله: أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب، وهذا **(لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه)** فلو رد الباقي فقط كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام، ولما مر من **(أن)** قيام **(خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها)** وإن كان بعد القبض **(بخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، وفيه)** أي في المقبوض **(وضع المسئلة)** لأنها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته، ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله إلا من عيب، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيباً لا يرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء. لا يقال: في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى. قلنا: لم نقل بعدم رده مطلقاً، بل قلنا: إذا رده يرد معه الآخر، فزدنا شرطاً في الرد عملاً بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معاً جمعاً بينهما. والعدل: المثل، والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه: أي يعادلهما وفيها أثواب. والزط في المغرب: جيل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية، وقيل جيل بسواد العراق. وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنثه في قوله لم يرد شيئاً منها على معناه، فكان نظير قوله تعالى ﴿**وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتاً أو هم قائلون**﴾[الأعراف ٤] هذا **(ولو عاد)** الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه **(إلى المشترى بسبب هو فسخ)** محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة **(فهو)** أي المشتري للعدل **(على خياره)** أي خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة **(كذا ذكره شمس**

له الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال: أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك. وقوله: **(بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية)** متصل بقوله فالقول قول البائع: يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعي عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين. قال: **(ومن اشترى عدل زطي)** العدل بالكسر المثل، ومنه عدل المتاع، والزط: جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية. ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوباً، كذا لفظ الجامع الصغير. وهو مراد المصنف، لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة، فإذا قبضه فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يردّ شيئاً منها: أي من الثياب الزطية إلا من عيب. ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا إلى العدل، وأنث في قوله منها نظراً إلى الثياب، فإنه إذا باع منه ثوباً لم يبق عدلاً بل ثياباً من العدل، وكذا إذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوباً منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين يمنعان تمامها كما مر. وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض، وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه **(فلو عاد)** الثوب الذي باعه **(إلى المشتري بسبب هو فسخ)** بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع

الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة. فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف لأنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط، وعليه اعتمد القدوري.

الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف) وهو رواية عليّ بن الجعد عنه **(أنه)** أي خيار الرؤية **(لا يعود)** لأن الساقط لا يعود **(كخيار الشرط)** إلا بسبب جديد، وصححه قاضيخان **(وعليه اعتمد القدوري)** وحقيقة الملحظ مختلف، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله، ولحظ على هذه الرواية مسقطاً، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه، لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها، والله الموفق.

في الهبة فهو أي المشتري الأول أو الواهب على خياره، فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف أن خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لأن الساقط لا يعود **(كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري)**.

باب خيار العيب

(وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده لأن مطلق

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد، يقال عاب المتاع: أي صار ذا عيب، وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الأصل، والعيب: ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً قوله: **(وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع)** ولم يكن شرط البراءة من كل عيب **(فهو بالخيار، إن شاء أخذ)** ذلك المبيع **(بجميع الثمن، وإن شاء رده)** هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة، فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص، وإنما ثبت له هذا الخيار **(لأن مطلق العقد)** وهو ما لم يشرط فيه عيب **(يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير)** بيان الأول من المنقول والمعنى، أما المنقول فما علقه البخاري حيث قال: ويذكر عن العداء بن خالد قال: «كتب لي النبي ﷺ: هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد، بيع المسلم من المسلم عبداً لا داء ولا خبثة ولا غائلة»[1] ثم قال البخاري: وقال قتادة: الغائلة الزنا والسرقة والإباق. وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال: حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال: حدثنا عباد بن ليث قال: حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال: قال لي العداء بن خالد بن هوذة: ألا أقرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قال: قلت بلى، فأخرج لي كتاباً «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم»[2] ففي هذا أن المشتري العدّاء. وفي الأول أنه النبي ﷺ، وصحح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعليق البخاري إنما يكون صحيحاً إذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله، وقال معاذ لأهل اليمن. ففي قوله عليه الصلاة والسلام «بيع المسلم المسلم»[3] دليل على أن بيع المسلم

باب خيار العيب

أخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام، وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه. إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده لأن مطلق إذا العقد يقتضي وصف السلامة: أي سلامة المعقود عليه عن العيب، لما روي أن رسول الله ﷺ اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبداً وكتب في عهدته «هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبداً لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم» وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة المرض في الجوف والكبد والرئة، فإن المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما

باب خيار العيب

العيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. قوله: **(ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته)** أقول: ضمير فواته راجع إلى

---

(١) ذكره البخاري معلّقاً بصيغة التمريض بإثر حديث ٢٠٧٨ باب ١٩ قال ابن حجر في الفتح ٤/ ٣١: وصله الترمذي وغيره واتفقوا على أن المشتري هو العدّاء عكس ما في البخاري.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٢١٦ وابن الجارود ١٠٢٨ وابن ماجه ٢٢٥١ وابن عدي ٤/ ٤٣٥ والدارقطني ٣/ ٧٧.
كلهم من حديث العدّاء بن خالد بن هوذة وفي إسناده عبّاد بن الليث
قال ابن عدي في الكامل: سألت يحيى بن معين عن عباد بن الليث فقال: ليس هو بشيء.
وقال ابن عدي: عباد هذا معروف بهذا الحديث إذ لا يروي غيره. وقال الترمذي: حسن غريب.

(٣) هو المتقدم.

العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير) كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وليس له أن يمسكه ويأخذ

المسلم ما كان سليماً، ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده إلى عائشة «أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان»[1] وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها. والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة إذا كان ممن يحرم سببه، وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده. ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب، وتفسيره للداء يوافق تفسير أبي يوسف له. وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة، وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة وهو قول الزمخشري. الغائلة: الخصلة التي تغول المال: أي تهلكه من إباق وغيره والخبثة: هو الاستحقاق، وقيل هو الجنون، وأما المعنى: فلأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها، ولأن العادة أن القصد إلى ما هو متحقق من كل وجه لأن دفع الحاجة على التمام به يكون، والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلا بذكره وتعيينه، ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده **(كي لا يتضرر بإلزام ما لم يرض به)** قوله: **(وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان)** أي نقصان العيب، وبه قال الشافعي خلافاً لأحمد، لأن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضرراً على الآخر من غير التزام له، والبائع يلتزمه لأنه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيباً، وهذا لأن الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالماً به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده، ولذا بعينه اتفق العلماء على أنه إذا باعه على أنه معيب فوجده سليماً لا خيار له. ولا يقال إنه ما رضي بالثمن المسمى إلا على اعتبار أنه معيب فلا يكون راضياً به حين وجده سليماً لأنه أنزل عالماً بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضياً بالثمن على اعتباره سليماً فلا يرجع بشيء، كما جعل عالماً بالعيب فأنزل غير راض فيه معيباً إلا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده، فإن بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الأوجه.

يكون في الجوف والكبد والرئة. وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال: الداء المرض، والغائلة ما تكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة، والخبثة هي الاستحقاق، وقيل هي الجنون، وفي هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به. فإن قيل: تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع، لأن مطلق العقد إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزماً له، فإذا فات اللازم انتفى الملزوم. فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو العقد اللازم، ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد **(وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان)** لأن الفائت وصف، إذ العيب إما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة، وإما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والفر والبخر في الجارية، وفي ذلك كله فوات وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون

وصف قوله: **(لأن الرضا داخل في حقيقة البيع)** أقول: أي البيع اللازم قوله: **(ينتفي الرضا)** أقول: أي ظاهراً قوله: **(إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزماً)** أقول: هذا غير مسلم وإنما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاماً لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك؟ قوله:

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه أبو داود ٣٥١٠ وابن ماجه ٢٢٤٣ والطحاوي ٢/٢٠٨ وابن الجارود ٦٢٦ والحاكم ٢/١٥ كلهم من حديث عائشة.
وقد صححه الحاكم ووافقه الذهبي مع أن في إسناده مسلم بن خالد الزنجي وهو غير قوي بل قال عنه ابن حجر في في التقريب صدوق كثير الأوهام.
فالحديث بهذا اللفظ ضعيف وأما المرفوع منه فله شواهد كثيرة وهو جيد.

النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره، والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند

وذكر المصنف قبل قوله: **(ولأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد)** فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئاً، وهذا لأن الثمن عين فإنما يقابله مثله، والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعاً لمعروضه غير منفرد عنه. وقوله بمجرد العقد احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة، كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول، أو حكماً بأن امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جناية. ولذا قلنا: إن من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لأن تلك الزيادة التي أتلفها جزء مبيع لا أنها تبع محض.

[فرع] لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز، وبه قال مالك والشافعي في وجه، وفي وجه لا يجوز، والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قوله: **(وكل ما أوجب نقصان الثمن)** الذي اشترى به **(في عادة التجار فهو عيب)** وهذا ضابط العيب الذي يرد به، وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به، والمرجع في كونه عيباً أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو باب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، وبهذا قالت الأئمة الثلاثة، وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود للصحيح القوي على العمل، وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك قوله: **(والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير)** وقوله: **(ما لم يبلغ)** بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير، وإذا كان ذلك عيباً في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضاً عند المشتري في الصغر أن يرده به. ثم قال القدوري **(فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ)** وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال: **(ومعناه)** أي معنى قوله فإذا بلغ إلى آخره، وحاصله أنه إذا ظهرت هذه الأشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لأنه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه **(بأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش)** للصغير **(لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في الباطن، والإباق في الصغر لحبّ اللعب والسرقة)** في الصغير **(لقلة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن)** فإذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله، وإذا كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده، بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ، فإن له أن يرده بها، وإذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند

الثاني أو بالعكس، لا سبيل إلى الأول والثاني لئلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث قوله: **(في مجرد العقد)** احترازاً عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم قوله: **(ولأنه لم يرض بزواله)** دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو أرشه. وتقريره أن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضية، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون إلزاماً على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في

(وفي ذلك كله فوات وصف) أقول: وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع قوله: **(لئلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل)** أقول: أنت خبير بأن المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل قوله: **(كما تقدم)** أقول: في أوائل كتاب البيع.

البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضاً به. قال: **(وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب)** لأن التضرر بنقصان المالية. وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله **(والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ)** ومعناه: إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في باطنه،

المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع، واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر، لأنه لا يقال عاد زيد فيما إذا ابتدأ غيره، فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضاً وإلا فلا معاودة. وقوله ليس بعيب: أي لا يرد به وقوله: **(والمراد من الصغير)** إلى آخره تقييد للصغير الذي ذكر أنه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يردّ بأن يكون صغيراً يعقل، وأما الصغير الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضالّ لا آبق، وكذا لا يكون بوله وسرقته عيباً. قال في الإيضاح: السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً، وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة. وفي بعض المواضع: ويستنجي وحده، وإذا قدر بها حذو ما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به، لأنهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك، لكن وضع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين. وفي الفوائد الظهيرية هنا مسئلة عجيبة، هي أن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ، لا رواية فيها، قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالاً بمسئلتين إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه. والثانية إذا اشترى عبداً فوجده مريضاً كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع ثم برىء بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى. وفي

أخذ النقصان. قيل: البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له. وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما. وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه. وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع، فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار، ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض، لأن ذلك: أي رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة. قال: **(وكل أوجب نقصان الثمن)** العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال: **(وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية)** ونقصان المالية **(بانتقاص القيمة، فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله)** قال: **(والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير)** الذي يعقل إذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس، فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى، والسفر وما دونه فيه سواء، فلو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاها فليس بإباق، وإن أبقت منه ولم ترجع إلى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن فات أحدهما فليس بعيب، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك، وإذا سرق درهماً من مولاه أو من غيره فكذلك لإخلالها بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيباً بلا تفرقة بين المولى وغيره إلا في المأكولات للأكل، فإن سرقها من مولاها ليست بعيب، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يردّ به، وإذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك، وأما إذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره

والإباق في الصغر لحبّ اللعب والسرقة لقلة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً. قال: **(والجنون في الصغر عيب أبداً)** ومعناه: إذا جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول، إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن، وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري، لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما

فتاوى قاضيخان: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد الثمن ثم حاضت، قالوا: إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك. وفيها أيضاً اشترى عبداً وقبضه فحمّ عنده وكان يحم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده، وفي غيره فلا، فقيل له: فلو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع، قال: له أن يرد لأن سبب النزّ واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ماء غالب أو كان المشتري رفع شيئاً من ترابها فيكون النزّ غير ذلك أو يشتبه فلا يدري أنه عينه أو غيره. قال القاضي الإمام: يشكل بما في الزيادات: اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول. ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد، وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقاً قوله: **(والجنون عيب أبداً)** هذا لفظ محمد رحمه الله، فلو جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يرده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد **(وهو فساد الباطن)** أي باطن الدماغ، فهذا لفظ أبداً المذكور في لفظ محمد **(وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة)** للجنون **(في يد المشتري)** كما ذهب إليه طائفة من المشايخ، فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وإن لم يجنّ عند المشتري فهذا غلط **(لأن الله تعالى قادر على إزالته)** أي إزالة سببه **(وإن كان قلما يزول)** وقد حققنا كثيراً من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة، فإن لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب **(فلا بد من معاودة الجنون بالردّ)** وهذا هو الصحيح، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير، واختاره الإسبيجابي. قال محمد بعد قوله إذا جنّ مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً بأسطر، وإن طعن المشتري بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جنّ، وصرح باشتراط المعاودة في الجنون، وهذا بخلاف ما إذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع، أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح، وإن لم تلد ثانياً عند المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى. وفي رواية كتاب البيوع: لا ترد. وفي المحيط: تكلموا في مقدار الجنون، قيل هو عيب وإن كان ساعة، وقيل إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب، وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب. والسرقة وإن كانت أقل من عشرة عيب، وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيباً،

فلا يرد به لأن سبب هذه الأشياء مختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب. قال: **(والجنون في الصغر عيب أبداً)** معناه: أن الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين، لأن السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن، فإذا جنّ في يد البائع في صغره يوماً أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يردّ به، وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام، وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع، وذلك تبين في حماليق عينيه لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء، والأصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد إلا بالمعاودة

يزول فلا بد من المعاودة للرد قال: **(والبخر والدفر عيب في الجارية)** لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب **(والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام)** لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام، إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا، لأن اتباعهن يخل بالخدمة.

والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره إلا في المأكولات، فإن سرقتها لأجل الأكل من المولى ليست عيباً ومن غيره عيب، وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب، ونقب البيت عيب وإن لم يسرق منه، وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف. واختلفوا في أنه هل يشترط خروجه من البلد؟ فقيل شرط، فلو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيباً، ومن القرية إلى مصر إباق وكذا على العكس. ولو أبق من غاصبه إلى المولى فليس بعيب، ولو أبق منه ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب، فإن كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن لم يعرفه أو لا يقدر فلا قوله: **(والدفر الخ)** هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيباً في الغلام: البخر، والدفر، والزنا، وولد الزنا، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيباً، بخلاف الغلام فإنه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعه منه فلا يعد عيباً، إلا إذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيباً في الغلام أيضاً لأن الداء عيب. وفي فتاوى قاضيخان قال: إلا أن يكون فاحشاً لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيباً. وعن أبي حنيفة: الدفر ليس عيباً في الجارية أيضاً إلا أن يفحش فيكون عيباً فيها إذا كان العبد أمرد يكون البخر عيباً به، والصحيح أنه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر: نتن ريح الإبط، يقال رجل أدفر وامرأة دفراء، ومنه للسبّ يقال يا دفار معدول عن دافرة، ويقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بإعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتنّ، وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر. ذكره في الجمهرة، وفيها وصفت امرأة من العرب شيخاً فقالت: ذهب ذفرة وأقبل بخره. قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة. والبجر بالجيم عيب، وهو انتفاخ تحت السرّة ومنه سمي بعض الناس أبجر، وفي الصحابة غالب ابن أبجر، أو قلبه وسمى به فرس لعنترة، وكذا الآدر وهو عظم الخصيتين، والأذن عيب، وهو من يسيل الماء من منخريه، والبخر الذي هو عيب هو الناشيء من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها. ووجه كون الجارية ولد زنا عيباً بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد، لأنها إذا كانت ولد زنا عير الولد بأمه. وقوله: **(إلا أن يكون الزنا له عادة)** استثناء من قوله دون الغلام. وقوله: **(على ما قالوا)** يعني المشايخ **(لأن اتباعهن يخل بالخدمة)** إذ كلما وجه لحاجة اتبع هواه. قال: قاضيخان: لو كان الزنا منه مراراً كان عيباً لأنه يضعفه عن بعض الأعمال ويزداد بالحدود ضعفاً في نفسه انتهى. بل وفي عرضه وربما تأذى به عرض سيده. ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولودين البالغين، بخلافهما في الصغيرين، وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً.

وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير. قال: **(والدفر والبخر عيب في الجارية)** الدفر: رائحة مؤذية تجيء من الإبط، والذفر بالذال المعجمة: شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة، ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية، وهكذا في الرواية. والبخر: نتن رائحة الفم، كل منهما عيب في الجارية للإخلال بما عسى يكون مقصوداً وهو الاستفراش، وليس بعيب في الغلام لأنه لا يخل بالخدمة المقصودة منه إلا أن يكون فاحشاً لا يكون في الناس مثله، لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيباً، والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام، لأن الأول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد، فإن الولد يعير بزنا أمة وليسا بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام، إلا أن يتكرر وذلك منه

قوله: **(ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء، وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ)** أقول: فيه تأمل قال المصنف: **(والزنا وولد الزنا)** أقول: وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه قوله: **(والثاني بطلب الولد)** أقول: خص الثاني بإخلال طلب الولد مع أن الأول

قال: **(والكفر عيب فيهما)** لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زوال العيب. وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب قال: **(فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو**

وفي الفتاوى قاضيخان: وهذا عندهم: يعني عدم الختان في الجارية المولدة، وأما عندنا عدم الخفض في الجواري لا يكون عيباً قوله: **(والكفر عيب فيهما)** أي في الغلام والجارية **(لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر)** للعداوة الدينية، وفي إلزامه به غاية الإضرار بالمسلم، ولا يأمنه على الخدمة في الأمور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف إليه من مكان إلى مكان، ولا يقدر على إعتاقه عن كفارة قتل خطإ فتقلّ رغبته، والوجه هو الأول ولذا إنه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زائل العيب، والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام، وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو أنه إن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بأن اشترى شيئاً بغير إذن المولى، وإن كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده إلا أن يقال: وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه قوله: **(وإذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن انقطاع الحيض)** في أوانه **(واستمراره علامة الداء)** فكان الانقطاع والاستمرار دليلاً على الداء والداء عيب، وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه، بخلاف ما إذا كانت بسن الإياس فإن الانقطاع ليس عيباً حينئذ فحقيقته التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم: إذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه، لأن الانقطاع بدونهما لا يعد عيباً، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء قول الأطباء، ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع إلا أن يتفق منهم عدلان، بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء فإنه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة، وكذا في الحبل. وفي الكافي:

على ما قال المشايخ فإنه يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهن وهو مخل بالخدمة، قال: **(والكفر عيب فيهما)** الكفر عيب في الجارية والغلام لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته، والنفرة عن الصحبة تؤدي إلى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيباً، ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق، وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة، فإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً فلا شبهة في الرد، فإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لم يردّ عندنا لأنه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيباً فإذا هو سليم، فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة. وقال الشافعي: يرد به لأنه فات شرط مرغوب، لأن الأولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج، والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات، فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روي عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روي عن محمد أو ستين فيما روي عن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله أنها لم تحض لحبل بها أو لداء كان ذلك عيباً تردّ به، والمرجع في الحبل قول النساء، ويكتفي بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة، وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين. وقال أبو المعين: يكفي قول عدل واحد منهم. وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة، لأنه إذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الإصغاء إلى ذلك، وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل إلى انقطاع الحيض، أو على انضمام الداء إليه لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً، وكذا إذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيباً، لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، لأن العادة في التي

مخل به أيضاً لاختصاص الثاني به قوله: **(فإن الولد يعير بزنا أمه)** أقول: وتأبى النفس من الاستيلاد ممن يعير بسراية ذلك إلى ولده. قوله: **(ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل)** أقول: الأولى أن يقال: يمنع عن صرفه في كفارة القتل قوله: **(ولا عبرة به في المعاملات)** أقول: أي عند التجار قوله: **(بأن تكون دعواه مشتملة)** أقول: معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة قوله: **(لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً)** أقول: فيه بحث؛ ألا يرى أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن ارتفاع الدم علامة الداء لأن العادة الخ قوله: **(وكذا إذا بلغت المدة المذكورة)** أقول: التقييد بالبلوغ إلى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل مخل، فإن الاستمرار قبله عيب أيضاً قال

عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، **ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح. قال:**

نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل، ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة، وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه، لأنه لتوجه الخصومة لا للرد. وفي التحفة: إذا كان العيب باطناً لا يعرفه إلا الخواص كالأطباء والنخاسين، فإن اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل، ويثبت العيب في إثبات حق الخصومة. وفي فتاوى قاضيخان: إن أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى، ثم يقول القاضي: هل حدث عندك هذا العيب؟ فإن قال نعم قضى عليه بالرد، وإن أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر **(ويعتبر في الارتفاع)** الموجب للعيب **(أقصى غاية البلوغ وهو)** أن يكون سنها **(سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك)** أي الارتفاع والاستمرار **(بقول الأمة)** لأنه لا طريق له إلا ذلك **(فإذا انضم إلى قولها نكول البائع)** إذا استحلف **(قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت)** واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة. وعما عن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء. وجه الصحيح أن شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها إلا بمؤيد وهو نكول البائع، ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدى الانقطاع، فإن ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه، وإن ذكر مدة مديدة سمعت. والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر، وعن محمد بأربعة أشهر وعشر. وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين، وما دون المديدة قصيرة، فإن كان القاضي مجتهداً أخذ بما أدى إليه اجتهاده وإلا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان، وإذا سمع الدعوى يسأل البائع أهي كما ذكر المشترى، فإن قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري، وإن قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامها للحال، وإن طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فإن حلف برىء، وإن نكل ردت عليه، وإن شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لأنها مما يمكن الاضطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيباً، وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟ عند أبي حنيفة لا. وعندهما يستحلف، وهذا ينبو عن تقرير الكتاب، وإنما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر. هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيخان: اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً. قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب، وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى. وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر، وينبغي أن يعوّل عليه، وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر، فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان، وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبي حنيفة، وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر، وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى، والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعاً إلى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقياً ماؤه زرع

خلقت على السلامة الحيض في أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم، فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في بطنها والداء عيب، ويعرف ذلك: أي الارتفاع والاستمرار بقول الأمة، فإن انكر البائع ذلك لا ترد عليه إلا بحجة، ولا يقبل فيه قول الأمة وحدها فيستحلف البائع، فإن نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية، وهو الصحيح لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط. وعن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقول الأمة وبشهادة النساء لأن العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز أن يفسخ بشهادتهن قال:

المصنف: (وهو الصحيح) أقول: قال ابن الهمام: احترز بقوله هو الصحيح عما روي عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة. وعن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى. وله كلام متعلق به بعد صحيحه.

غيره، فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل، فإذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس. وقدره محمد وأبي حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت عدّة المتوفى عنها زوجها، ولأن فيها يظهر الحبل غالباً لو كانت حاملاً، وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها جعلت عدة التي لا تحيض، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيباً فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيباً باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقاً إليه، وذلك لا يتوقف على مضيّ مدة معينة مما ذكر. وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به إلى تعيين أنه عن حبل أو داء في الدعوى فإن كونه عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء لا لأنه لا يكون إلا عن داء يتقدم عليه، فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيخان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما، بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى العيب، ويكفي شهر واحد فإن به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب، لأنه إذا كان في الواقع مسبباً عن داء فهو عيب وطريقاً إليه، فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعوّل عليه، وإلا فقلما يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر، وكثيراً ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء، وهذا هو ظاهر الهداية، ألا ترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة، وكذا قال الإمام العتابي وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لايقف على ذلك غيرها، فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصوّر أن يثبت بقولها حينئذ غيرها، توجه اليمين على البائع، بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء، فظهر أن ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض، ثم إنه يحتاج في توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما في الكتاب، بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم،

وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا قال المشتري ليست بكراً وقال البائع بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة، وإن قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكمّ البيع وهي بكر إن كان بعد القبض، وإن كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما، وفي البكارة لا بد من رؤية النساء، وكيف ولا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها، بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها، وإذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح إن كان احترازاً عن قول أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة، وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب، فإن ماعن أبي يوسف ومحمد في ذلك إنما هو دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح، إذ لا يعرف ذلك إلا من النساء، وقول النساء هنا إنها منقطعة الحيض غير معتبر، وقد ذكروا أن الشهادة على الإنقطاع الكائن عيباً لا تقبل إذ لا يطلع عليه. وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيخان والعتابي وهو ما صصحناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع، فإن اعترف البائع بهما ردت عليه، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده، فإن نكل ردت عليه، وهذا قول المصنف ترد إذا انضم إليه نكول البائع، ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع، والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه إذا أنكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما، ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشتري، فإن نكل اتجهت الخصومة وإن حلف تعذرت، ولعمري قلما يحلف كذلك إلا وهو بار، ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض، وكأن المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة، وأما على ما في الهداية

(وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا

فإن القول قولها في الانقطاع. ويمكن أن يجري فيه أيضاً، وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما، وكثرة الخيلان وحمرة الشعر إذا فحشت بحيث يضرب إلى البياض، وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر، والعشا أن لا يبصر ليلاً، والسن الساقطة ضرساً أو غيره وسواده وسواد الظفر، والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطع العمل بيمينه، بخلاف أعسر بسر وهو أن يعمل بهما معاً فإنه زيادة حسن، والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج في الأعضاء، والغرب وهو ورم في الأماقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل، والحول والحوص نوع منه، والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الأشتر، والظفر هو بياض يبدو في إنسان العين وجرب العين وغيرها، والشعر والقبل في العين، ومنه قول الشاعر يصف خيلاً:

* تراهن يوم الروع كالحدإ القبل *

والماء في العين والسبل، والسعال القديم إذا كان عن داء فأما القدر المعتاد منه فلا، والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين، والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة، والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى، والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج، والسلعة والقروح وآثارها، والدخس وهو ورم يكون بأطراف حافر الفرس والحمار، والحنف وهو ميل كل من إبهامي الرجل إلى أخرى. وقال محمد بن الأعرابي: الأحنف الذي يمشي على ظهر قدميه، وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق، وقيل ميل في البدن، والشدق سعة مفرطة في الفم، والتخنث قيل إذا فحش أو كان يأتي بأفعال رديئة، والحمق، وكونها مغنية، وشرب الغلام، وترك الصلاة وغيره من الذنوب، وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام، ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط، وعدم المسيل في الدار والشرب للأرض، وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقي إلا بالسكر، وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها، بخلاف ما إذا كانت دميمة أو سوداء، والعثار في الدواب إن كان كثيراً فاحشاً، وكذا أكل العذار والجموح والامتناع من اللجام، وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة إذا علق عليه فيها، وكثرة التراب في الحنطة ترد به، بخلاف ما إذا كان معتاداً ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته، وكذا لو اشترى خفاً أو مكعباً للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب. ولو باع سويقاً ملتوتاً على أن فيه كذا من السمن أو قميصاً على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه وظهر خلافه فلا خيار له قوله: **(وإذا حدث عند المشتري عيب)** بآفة سماوية أو غيرها **(ثم اطلع على عيب كان عند**

(وإذا حدث عند المشتري عيب) إذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوّم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباً به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه **(ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع)** بخروج المبيع من ملكه سليماً من العيب الحادث وعوده إليه معيباً به والإضرار ممتنع **(ولا بد من دفع الضرر عنه)** أي عن البائع، ويجوز أن يعود إلى المشتري لأنه أيضاً يتضرر بالمعيب، لأن مطلق العقد يقتضي السلامة، والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعاً، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه رضي بالضرر، والرضا إسقاط لحقه، كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم. **فإن قيل**: أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً كان لها حصة من الثمن، وهاهنا كذلك كما

قال المصنف: **(ولا بد من دفع الضرر عنه)** أقول: أي عن البائع، ويجوز أن يعود إلى المشتري. والثاني أولى عندي، فإن ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى.

أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر. قال: **(ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب)** لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث **(فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك)** لأن الامتناع لحقه وقد رضي به **(فإن**

البائع فله أن يرجع بنقصان) العيب **(وليس له يرد المبيع لأن الرد إضرار بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً)** فلو ألزمناه به معيباً تضرر **(ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه)** الحادث عند المشتري فله ذلك **(لأنه رضي بالضرر)** وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه، فإذا رضي فقد أسقط حقه، اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان المبيع عصيراً فتخمر عند المشتري، ثم اطلع على عيب فإنه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على إهداره، كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها. فإن قيل: ينبغي أن يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغروراً من جهته. أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله، كالغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالخمرة لأن الظالم لا يظلم، والضرر عن المشتري يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب. فإن قيل: فقد تقدم أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها. أجيب بأنها اعتبرت أصولاً ضرورة جبر حق المشتري وإلا يهدر كما صيرت أصولاً بالقصد من إتلافهما، وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوّم مع العيب وينظر إلى التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق، ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري، أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان، وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع، ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع.

[فرع] لا يرجع بالنقصان إذا أبق العبد ما دام حياً عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي لأن الرد موهوم فلا يصار إلى خلفه وهو الرجوع بالنقصان إلا عند الإياس من الأصل: وعند أبي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم قوله: **(ومن اشترى ثوباً فقطعه)** يعني ولم يخطه **(ثم وجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه**

مر. قال: **(ومن اشترى ثوباً فقطعه)** ومن اشترى ثوباً فقطعه **(فوجده معيباً رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع)** الذي هو عيب حادث. لا يقال: البائع يتضرر برده معيباً والمشتري بعدم رده، فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لأن البائع غره بتدليس العيب. لأنا نقول: المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب إذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره، وفي عدم الرد وإن كان إضرار بالمشتري لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو أنظر لهما، إلا إذا قال البائع أنا أقبله كذلك فإن له ذلك لأن الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان إسقاطاً لحقه. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا اشترى بعيراً فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله. أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد، ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع، فإن باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضا البائع، فإن المشتري يصير بالبيع حابساً المبيع ولا رجوع بالنقصان إذ ذاك لإمكان رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع، ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لأن الرد قد امتنع بسبب الزيادة، لأن الفسخ إما أن يرد على الأصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الأول فلأنها لا تنفك عنه، وأما الثاني فلأن الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد إلا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه رباً فليس للبائع أن يقول أنا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعاً للضرر. ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد بالعيب لأن

باعه المشتري لم يرجع بشيء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان **(فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر، أولتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)** لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه، ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً **(وليس للبائع أن يأخذه)** لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه **(فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان)** لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع، وعن هذا قلنا: **(إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً**

عيب حادث، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك) أي مقطوعاً **(كان له ذلك لأن الامتناع)** أي الامتناع رده **(لحقه وقد رضي به)** أي برده معيباً فزال المانع **(فإن باعه المشتري)** أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله **(لم يرجع بشيء لأن الرد لم يمتنع)** بالقطع **(برضا البائع)** فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعاً **(صار حابساً المبيع)** بالبيع **(فإن)** كان المشتري **(قطع الثوب وخاطه أو صبغة أحمر أو كان)** المبيع **(سويقاً فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لأنه امتنع الرد بسبب الزيادة)** المتصلة، وإنما امتنع **(لأنه لا وجه للفسخ في الأصل)** أعني الثوب بدونها كالصبغ مثلاً والخياطة والسمن لأنه لا ينفك عنه ولا إلى الفسخ معها **(لأن الزيادة ليست مبيعه)** والفسخ لا يرد على غير المبيع لأنه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان، فلو رده على الزيادة لزم الربا فإن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز **(فامتنع أصلاً، وليس للبائع أن يأخذه)** وإن رضي المشتري بترك الزيادة **(لأن الامتناع)** لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه بإسقاط حقه لا يتعدى إلى حق الشرع بالإسقاط، وإذا امتنع الرد بالفسخ **(فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لأن الرد)** لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابساً له عن البائع **(وعن هذا)** الأصل وهو أن الرد إذا كان ممكناً فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لأنه حابس، وإن كان مع عدم إمكانه يرجع لأنه غير حابس قلنا: **(إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان)** لأن التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلماً إليه وهو نائبه في التسلم فصار به حابساً للمبيع مع إمكان الرد، والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان **(ولو كان الولد كبيراً)** والباقي بحاله **(رجع)** بالنقصان لأنه لم يصر مسلماً إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل إخراجه عن ملكه، فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة أو لا في جواز الرجوع بالنقصان، وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من أن الأصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون

فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعاً للأصل لأن الزيادة هنا تمحضت تبعاً للأصل باعتبار التولد. بخلاف الصبغ والخياطة. واعلم أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة، وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة، فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية، وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق، والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما مر من التعليل؛ وغير المتولدة كالكسب لا تمنع، لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجاناً، بخلاف التولد. والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لأنه تولد من المنافع، والمنافع غير الأعيان ولهذا كانت منافع الحرة مالاً، وإن لم يكن الحرّ مالاً والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن تسلم له مجاناً لما فيه من الربا، فإن باع المشتري الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعاً قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابساً بالمبيع، ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابساً، والأصل في ذلك أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب، وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد وإن رضي به البائع، فإن أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب **(وعن هذا)** أي عما قلنا إن المشتري متى كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابساً يرجع قلنا: **(إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان)** لأن التمليك

لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً) يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه. قال: **(ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على**

المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد وإن رضي البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى. وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللتّ بالسمن والغرس والبناء، وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافاً للشافعي وأحمد، ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا. ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحماً فشواه أو دقيقاً فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لأنه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع، وفي كون الطحن والشيء من الزيادة المتصلة تأمل. والمتولدة من الأصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية، لأن الزيادة تمحضت تبعاً للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها، فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلاً، والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والأرش والعقر، وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها، ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمته ألفاً وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة، وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة، وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله. وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع إنه استغل غلامي فقال ﷺ «الخراج بالضمان»[1] وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري، ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الأعيان، ولذا كانت منافع الحر مالاً مع أن الحرّ ليس بمال، والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له مجاناً لما فيه من شبهة الربا. ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن، وبه قال الشافعي قبل الحكم بالأرش، وإنما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فإن السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع، وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق قوله: **(ومن اشترى عبداً فأعتقه)** المشتري **(أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به)** والشيء بانتهائه يتقرر، فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع، إذ امتناع الرد إنما يكون مانعاً إذا كان عن فعل المشتري، أما إذا ثبت حكماً لشيء فلا، وهنا ثبت حكماً للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان. واستشكل عليه ما إذا صبغ الثوب أحمر وأخواته

حصل قبل الخياطة، لأنه لما قطعه لباساً له كان واهباً له وقابضاً لأجله فتتم الهبة بنفس الإيجاب وقامت يده مقام يد الصغير. فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك، لكن باعتبار أن القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابساً للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب، وهذه نظير ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة، وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج إليه إلا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية **(ولو كان الولد كبيراً رجع بنقصان العيب)** لأن القطع عيب حادث، فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقاً للتسرع بسبب الزيادة، فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابساً للمبيع لامتناع الرد قبله، وهذه نظير ما إذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللتّ قال: **(ومن اشترى عبداً فأعتقه)** اشترى عبداً فأعتقه **(أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به)** أي يتم، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر. فإن قيل: قوله: **(والامتناع**

---

(١) هو المتقدم.

عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل، وفي الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك، وإنما يثبت الملك فيه موقتاً إلى الإعتاق فكان إنهاء فصارت كالموت، وهذا لأن الشيء يتقرّر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر

فإنه يرجع بالنقصان مع أن الامتناع بفعله. وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك إنما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقاً للشرع للزوم شبهة الربا. قيل فكان ينبغي للمصنف أن يزيد فيقول لا يفعله الذي لا يوجد زيادة **(وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع)** وهو قول الشافعي وأحمد **(لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل للملك، وإنما يثبت الملك فيه)** عن سببه **(موقتاً إلى الإعتاق)** فيثبت **(أنه إنهاء فصار كالموت، وهذا)** وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه إنهاء **(لأن الشيء بانتهائه يتقرر)** إلى آخر ما قررناه. وقوله: **(والتدبير والاستيلاد بمنزلته)** أي بمنزلة الإعتاق وإن لم يزيلا الملك كما يزيله الإعتاق **(لأنه يتعذر)** معهما **(النقل)** من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرد. وقوله: **(مع بقاء المحل)** احتراز عن الموت والإعتاق. وقوله: **(بالأمر الحكمي)** أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل **(فإن أعتقه على مال)** ثم اطلع على عيب **(لم يرجع بشيء)** وكذا لو كاتبه لأن المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل **(وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه)** أي المعتق على مال **(يرجع)** بالنقصان وهو قول أبي يوسف، وبه قال الشافعي وأحمد **(لأن العتق)** سواء كان بمال أو بلا مال هو **(إنهاء للملك)** أعني الرق، وبهذا يثبت به الولاء في الوجهين، وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد، والوجه ما تقدم من كونه حابساً له بحبس بدله قوله: **(فإن قتل المشتري العبد)** أي لم يمت عنده حتف أنفه **(أو كان)** المبيع **(طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمذكور)** من عدم الرجوع فيه **(ظاهر الرواية)** عن أصحابنا **(وعن أبي يوسف أنه يرجع)** وذكر صاحب الينابيع أن محمداً معه وهو قول الشافعي وأحمد **(لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي)** من قصاص أو دية **(فكان كالموت حتف أنفه)** وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان بغير حق **(ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً)** قال ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج»[1] أي مهدر **(وإنما سقط الضمان)** عن المولى **(بسبب الملك)** وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضموناً، ولما سقط الضمان عن المولى **(صار كالمستفيد بالعبد عوضاً)** هو سلامة نفسه إن كان عمداً وسلامة الدية للمولى إن كان خطأ فكان كأنه باعه **(بخلاف الإعتاق)** لأنه ليس بفعل مضمون لا محالة لأنه

حكمي لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبغ الثوب أحمر فإنه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب. أجيب بأن امتناع هناك بسبب وجود زيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا. وردّ بأنه حينئذ يجب أن يقول: والامتناع حكمي لا يفعله الذي لا يوجب الزيادة، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابساً حكماً فكأنه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك فيه يثبت فيه موقتاً إلى وقت الإعتاق والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه، فكان الإعتاق إنهاء كالموت قوله: **(وهذا)** أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر فصار حابساً، ألا ترى أن الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك **(والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق)** لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرد

قوله: **(قوله فإن قيل قوله والامتناع حكمي، إلى قوله: لا يرجع بالنقصان)** أقول: إن أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سبباً مستقلاً لعدم الرجوع فهو ممنوع، وإن أراد دلالتها على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فمسلم، ولا يرد النقض

---

(١) تقدم تخريجه في باب كيفية القتال من كتاب السير.

الحكمي **(وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء)** لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض **(فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع)** لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً، وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً، وأما الأكل فعلى الخلاف، فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق. وله أنه

في ملك الغير لا ينفذ، وعتق أحد الشريكين إن نفذ لا يتعلق به ضمان إذا كان معسراً، بل إذا كان موسراً على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد: أي لم يلزم استفادته بالإعتاق عن ملكه شيئاً حقيقة ولا حكماً **(وأما الأكل فعندهما يرجع به)** وبه قال الشافعي وأحمد، وفي الخلاصة عليه الفتوى، وبه أخذ الطحاوي **(وعنده لا يرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق)** ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع **(لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه)** من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به **(فكان كالإعتاق)** بخلاف القتل والإحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتاداً غرضاً من الشراء مقصوداً به.**(وله أنه أتلفه بفعل مضمون منه)** لو وجد في غير ملكه غير أنه سقط: أي انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضاً **(كالقتل)** فلا يرجع **(ولا معتبر بكونه مقصوداً)** بالشراء لأنه وصف طردي لا أثر في إثبات الرجوع **(ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع)** وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحساناً مع تأخيره جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما، وأورد عليه القطع والخياطة فإنهما موجبان للضمان في ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما.

أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله، ولا كذلك هنا فإنه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة، أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعاً كان له ذلك بخلافه مخيطاً ومصبوغاً بغير السواد قوله: **(ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده)** يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل **(لأن الطعام كشيء واحد)** حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار **(فصار كما لو باع بعضه)** ثم اطلع على عيب فإنه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فإنه قال: يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، وعنهما روايتان: رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي، ورواية يرد ما بقي

بالأمر الحكمي مع بقاء المحل والملك. فإن قيل: كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما فالجواب أن الانهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائناً، وهاهنا الملك متقرر فلا حاجة إليه **(وإن أعتقه على مال)** أو كاتبه **(لم يرجع بشيء)** لأنه حبس بدله، وحبس البدل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء الملك وإن كان بعوض لان المال فيه ليس بأمر أصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به. وإن قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يرجع، وذكر في الينابيع قول محمد معه لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يفيد بدلاً كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه، وجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا

والرد الذي أوردته على جوابه، ولك أن تقول: الباء فيه للملابسة، ولا يلزم الاطراد فتأمل، وأنت خبير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لأن الامتناع بفعله لكان أظهر، إذ لا يرد حينئذ ما أوردناه، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد. أقول: أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأبى عن الحمل على هذا المعنى قوله: **(فصار حابساً)** أقول: فيه بحث لعدم مناسبة المقام قوله: **(فالجواب أن الإنهاء يحتاج الخ)** أقول: فيه بحث فإن مراد القائل كيف يكونان كالإعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل قال المصنف: **(ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد)** أقول: ولقائل أن يقول: المعتق يستفيد بإعتاق الولاء فلم لم يجعل مستقضياً. .

تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل، ولا معتبر بكونه مقصوداً؛ ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض، وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل، وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال: **(ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله)** لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً، ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قبل لأن ماليته باعتبار اللبّ

لأن الطعام لا يضره التبعيض فكان قادراً على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل، هكذا ذكر المصنف، وهو نقل القدوري في كتاب التقريب، وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال: يرجع بالنقصان في الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، وأن الثاني قول محمد قال: وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وفي شرح المجمع قال أبو يوسف: يرد ما بقى إن رضي البائع لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه. وقال محمد: يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعيض لا يضره، وفيما لو باع البعض عنهما روايتان: في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل، وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع. وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي، وبه يفتي، ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق، ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه مرّ ردّ ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقرّ البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عنده وبه يفتي. وفي الكفاية: كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به قوله: **(ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً)** أو قرعاً أو فاكهة **(فكسره)** غير عالم بالعيب **(فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به)** كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً بخلاف ما لو كسره عالماً بالعيب لا يرده **(ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره)** بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشتري للوقود **(على ما قيل)** من أنه إذا كان كذلك يرجع بحصة اللبّ ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لأن العقد فيه صادف محله **(لأن مالية الجوز)** قبل الكسر ليس إلا **(باعتبار اللبّ)** وإذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجوداً فيظهر أن العقد وقع باطلاً، واختاره المصنف وأشار إليه الإمام

مضموناً لقوله ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج» أي مبطل. وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده إنما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضاً، بخلاف الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقاً لعدم نفوذه، ومن أحد الشريكين إذا كان معسراً فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضياً فيمنع الرجوع، وإذا كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحساناً، وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتل، وذلك لأن الأكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير، وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له. والجواب عن قولهما إنه لا معتبر بكونه مقصوداً لأن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن أكل بعضه ثم علم بالعيب، فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض. وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان: في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى. وفي رواية: يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله. وفي بيع البعض عنهما روايتان: في إحداهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور ها هنا لأن الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل. وفي الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتباراً للبعض بالكل. قال: **(ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً)** إذا اشترى بيضاً أو بطيخاً **(أو قثاء أو جوزاً)** أو شيئاً من

(وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لأن الكسر عيب حادث **(و)** لكنه **(يرجع بنقصان العيب)** دفعاً للضرر بقدر الإمكان. وقال الشافعي رحمه الله: يرده لأن الكسر بتسليطه. قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه، ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل

السرخسي **(وإن كان ينتفع به مع فساده)** بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لأن الكسر عيب حادث عند المشتري **(فيمتنع الرد فيرجع)** بالنقصان إلا أن يتناول شيئاً منه بعد العلم فلا يرجع بشيء، ولذا قال الحلواني: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه، فإن تناول شيئاً منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء. وأما إذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً. وقول المصنف وقال الشافعي: **(يرده)** يعني إذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه. وفي شرح الأقطع قيده بما إذا كان الكسر مقداراً لا يعلم العيب إلا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى. وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب أن هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه قلنا: **(التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان)** المبيع **(ثوباً فقطعه)** المشتري ثم اطلع على عيب فإنه لا يرده مع أنه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالإجماع على أنه لا يرده. وفي مسئلة القطع أن تسليطه هذا هدر، وأن التسليط المعتبر هو ما لو سلطه أن يكسره وهو في ملكه: أي **ملك** البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر، وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا إثبات **(ولو وجد البعض فاسداً فإن كان قليلاً جاز البيع استحساناً لأن كثيراً)** من الجوز والبيض **(لا يخلو عن قليل فاسد)** فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلاً، وفي القياس يفسد وهو الظاهر **(وإن كان كثيراً لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحرّ والعبد)** في صفقة واحدة، ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة. وقال المصنف في القليل إنه كالواحد والمثنى، وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف، وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا قال: لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد: يعني عند البيع. ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه: قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع، وقيل يفسد في الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لأنه يصير كالجمع بين الحيّ والميت في البيع، وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن

الفواكة **(فكسره)** غير عالم بعيبه **(فوجد الكل فاسداً)** بأن كان منتناً أو مراً أو خالياً بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدوابّ ولم يتناول منه شيئاً بعد ما ذاقه **(فله أن يرجع بالثمن كله)** لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المآل والمذكور ليس كذلك، ونقطن من القيود بأضدادها، فإنه إذا كسره عالماً بعيبه صار راضياً، وإذا صلح لأكل بعض الناس أو الدوابّ أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد، وإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه صار راضياً، وإذا لم يكن مالاً لا يكون محلاً للبيع فيكون باطلاً. فإن قيل: التعليل صحيح في البيض لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحاً في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا. أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل، لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلاً فيرد القشر ويرجع بكل الثمن، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً، وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان من الجانبين.

الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحرّ والعبد قال: **(ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه)** لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن

وهو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة قوله: **(ومن باع عبداً فباعه المشتري)** ثم رد عليه بعيب فإنه قبله بقضاء القاضي (ب)سبب **(إقراره)** بالعيب أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر **(أو ببينة)** على ذلك لإنكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب **(فله أن يرده على بائعه)** الأول: يعني له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب معه إلى أن يرده عليه. وقيده في المبسوط بما إذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع، وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال: ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالإجماع، لأن المشتري الأول لم يصر مكذباً فيما أقرّ به، ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد، هذا وإنما يرده على ذلك التقدير لأن الرد بهذا الطريق **(فسخ من الأصل)** يعني من كل وجه **(فجعل البيع كأن لم يكن)** وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه إذ لا مانع من ذلك، وما يخال مانعاً منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع إنكاره العيب فبخصومته البائع الأول فيه يكون مناقضاً فلا تسمع خصومته، ولذا قال زفر: إنه لا يرده عليه للتناقض المذكور، وكذا بالإقرار فإن معناه على ما فسره المصنف أن يدعي عليه أنه أقرّ بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالإقرار، فإن إقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم، ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الأوّل بالاتفاق. أجاب المصنف عنه بقوله: **(لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء)** فانعدم إنكاره العيب هذا بعد تسليم أن إنكاره ظاهر في الصدق وإلا فيجوز كونه لدفع الخصومة فإن كثيراً من الناس يفعله فصار ظاهراً يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه، ثم لو كان ظاهراً في صدقه ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه، بخلاف قوله لا عيب بعد الرد الرد لأنه لا مكذب له. وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مؤاخذاً في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول.

وقال الشافعي رحمه الله: يرده لأن الكسر وإن كان عيباً حادثاً لكنه بتسليطه. قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري، وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا باع ثوباً فقطعه ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدراً، ولو وجد البعض فاسداً فالفاسد إما أن يكون قليلاً كاثنين في المائة أو كثيراً كما فوقه: ففي الأول جاز البيع استحساناً وليس له أن يخاصم البائع لأصله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا. وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره، وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحرّ والقن قال: **(ومن باع عبداً فباعه المشتري)** ومن باع عبداً فباعه المشتري **(ثم ردّ عليه بعيب ف)** إما **(إن قبل بقضاء القاضي)** أو بغير قضائه، فإن كان الأول فإما أن يكون بإقرار، ومعنى القضاء في هذه الصورة أن الخصم ادعى على المشتري الإقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه إقالة وإما أن يكون **(ببينة أو بإباء يمين)** وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه **(لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم)** والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله: **(غاية الأمر)** إشارة إلى جواب زفر عما قال: إذا جحد العيب ليس له أن يدعي على البائع الأول أن به عيباً لكون كلامه متناقضاً. ووجهه أن غاية أمر المشتري إنكاره قيام العيب، لكنه لما صار مكذباً شرعاً بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئاً وأقرّ أن البائع باع ملك نفسه ثم

قوله: **(وإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه صار راضياً الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يكن مالاً وكان بيعه باطلاً لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضي بشراء الميتة والدم حيث لا يصححه الشرع برضاه، فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كما لا يخفى على المتأمل.

لم يكن، غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك واحداً

وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لأن المعني له أن يخاصم فيرده، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردّ ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بإباء يمين أو بإقرار من المأمور بالعيب، كذا لفظ الجامع حيث يكون رداً على الموكل من غير حاجة إلى خصومة والرد عليه بالخصومة لأن ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الأول قائماً بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج إلى الخصومة في الرد، وهنا البيع واحداً فإذا ارتفع رجع إلى الموكل من غير تكلف زيادة، وقيده فخر الإسلام بعيب لا يحدث مثله. فقال: له الرد بالبينة وبإباء اليمين وبالإقرار هو عيب لا يحدث مثله. أما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وبإباء اليمين ولا يرده المأمور مع الإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الآمر. ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار والفرض أنه لا يحدث مثله أنه إذا اشتبه على القاضي أن هذا عيب قديم أو لا أو علم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري إلى إقامة البينة أو غيرها من الحجج أم تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه، أما إذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج إلى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداً على الموكل بلا زيادة خصومة، وقد اعترض قول محمد أنه بنكول الوكيل يلزم الموكل، فإن النكول بذل عنده إقرار عندهما، وبذل الإنسان لا يثبت في حق غيره وإقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآمر في عيب يحدث مثله. أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه، ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبد مأذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز إلا في نحو الضيافة اليسيرة، وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه، ولو كان إقراراً لم يملك الرجوع عنه، والشيء إذا أجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار؟ عند أبي يوسف لا، وعند محمد نعم، وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف: لو ادعى داراً في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعي بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه، ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل. وقال محمد بن سماعة: لا تقبل في الوجهين، والنكول بمنزلة الإقرار، وأبو يوسف يقول: ليس بصريح الإقرار فيقبل. وفي الإيضاح إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله، لأن هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى. يعني الفسخ الذي بلا قضاء. وقوله: **(وإن قبل)** يعني المشتري الأول **(بغير قضاء القاضي)** بل برضاه **(لا يرده)** على بائعه، هذا

جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن قوله: **(وهذا بخلاف الوكيل)** إشارة إلى الجواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل، وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداً على البائع. ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل، وفيما نحن فيه بيعان وبرد أحدهما لا يرتد الآخر، وإن كان الثاني فليس له أن يرده لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الأول ثالثهما هذا إذا رد المشتري الثاني على الأول بعد القبض وأما إذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما إذا كان الرد بقضاء أو بغيره، لأن الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الأصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية، وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة، وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء، وإن كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الأصل، والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الردّ بغير قضاء إقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. قال: **(ومن اشترى عبداً فقبضه**

قوله: **(لأنه إقالة الخ)** أقول: لعل المراد لأنه كالإقالة.

والموجود هاهنا بيعان، فيفسخ الثاني والأول لا ينفسخ **(وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده)** لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما **(وفي الجامع الصغير: وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب**

هو الشق الثاني من ترديد المسئلة. وحاصلها أن من اشترى عبداً أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الأول خلافاً لزفر، وإن قبله بالتراضي ليس له أن يرده عليه لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الأول ثالثهما كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني. ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرده على الأول فلا خصومة فكذا هذا، ولهذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان. وقال الشافعي: يرده إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله، نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا، ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخاً في حقهما. فإن قيل: لما باشر الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضياً بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعاً في حق ثالث. أجيب بأن المسئلة فيما أقرّ بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبراً فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا، وقد قدمنا أن معنى الإقرار الشهادة عليه به، ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الأصل وهو أنه فسخ من الأصل مسائل: إحداها المبيع لو كان عقاراً لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخاً من الأصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الأصل. والثانية ما إذا باع أمته الحبلي وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولداً فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته، ولو كان الرد بقضاء فسخاً من الأصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الأب. والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل

فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فإن حلف البائع دفع إليه الثمن، وإن أقام المشتري البينة فهو إن شاء يدفع الثمن أو المبيع. واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الإجبار إما يمين البائع أو بينة المشتري، وذلك بالنسبة إلى الأولى صحيح، لأن باليمين يتوجه الإجبار، وبالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن بإقامة البينة يستمر عدم الإجبار لا ينتهي به. وأجابوا بأوجه: بأنه من باب

* علفتها تبناً وماءً بارداً *

تقديره وسقيتها ماء بارداً، وبأن يجعل الكلام متضمناً للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم: أي حكم الإجبار أو حكم عدم الإجبار لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام، وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها تبناً أنه بمعنى أطعمتها، فإنه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب، قال تعالى ﴿ومن لم يطعمه فإنه مني﴾ أي ومن لم يشربه وبأن الانتظار مستلزم لعدم الإجبار، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية. والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله: **(لأنه أنكر وجوب دفع الثمن)** تعليل لعدم الإجبار لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب، وإنكار تعين الحق إنكار علة وجوب دفع الثمن، لأن وجوب دفع الثمن أوّلاً ليس إلا لتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين حقه في المبيع لأن حقه في السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أوّلاً وفي إنكار العلة إنكار المعلول فانتصب خصماً ولا بد حينئذ من حجة، وهي إما بينة أو يمين البائع. فإن قيل: في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث. فالجواب الاعتبار بالمعنى لا

قال المصنف: **(لكنه صار مكذباً شرعاً)** أقول: قال ابن الهمام: وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مؤاخذاً في حق نفسه بزعمه، وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول اهـ، وفيه بحث قوله: **(وإن كان الثاني فليس له أن يرده)** أقول: معطوف على ما تقدم في هذا القول، وهو قوله فإن كان الأول فإما أن يكون بإقرار.

لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء. وفي بعض روايات البيوع: إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول قال:

الحوالة ولو كان فسخاً من الأصل بطلت. أجيب ببيان المراد وهو أن محمد ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى، ألا ترى أن من وهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول فسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائداً إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول، وكذا الرجل إذا وهب دار لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة، وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه. أما الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، وكذا المسئلة الثانية لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة، وكذا المسئلة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في إبطالها، ولأن صحتها لا تستدعي عندنا ديناً على المحال عليه، ولهذا قال شيخ الإسلام: قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض، لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل وإذا انعدم الفسخ في الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلناه. وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما إذا كان المبيع من غير النقود، أما منها فلا، وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى: أن من اشترى ديناراً بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه، وذلك لمعنى وهو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع، فإذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فإنهما موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه، وإذن ما فيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد. وقوله: **(وفي الجامع الصغير)** إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدوري، فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله، وقيدها في الجامع حيث قال: وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال: إنما قيد به ليعلم أنه كذلك

بالصورة، وهو فيه مدّع يدعي ما يوجب دفع الثمن أوّلاً وإن كان في الصورة منكراً قوله: **(ولأنه لو قضى بالدفع)** دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق، وما ادعاه المشتري من العيب موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقق. وتقريره أن ما ادعاه المشتري وإن كان موهوماً لكن يجب على القاضي اعتباره صوناً لقضائه عن النقض، فإنه إذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء. قال: **(فإن قال المشتري شهودي بالشام)** إذا طلب من المشتري إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي بالشام غيب **(استحلف البائع)** فإن حلف دفع إليه الثمن لأن في الانتظار ضرراً بالبائع. فإن قيل: في إلزام المشتري دفع الثمن له ضرر أيضاً. أجاب المصنف بقوله: **(وليس في دفع الثمن كبير ضرر به لأنه على حجته)** يعني هو بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده. وفيه بحث من وجهين: الأول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه. والثاني أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه؟ والجواب عن الأول أن القاضي هاهنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان. وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم. لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره، وإذا طلب المشتري يمين البائع فنكل ألزم العيب لأن النكول حجة في ثبوت العيب. قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول في الأشياء الستة عند أبي حنيفة. قال: **(ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً)** إذا ادعى المشتري إباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنه أبق عنده يسمع دعواه وقال

(ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) لأنه أنكر

فيما يحدث مثله بطريق أولى، لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائد. والناقصة والسن الشاعبة، فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى. قال المصنف: **(وفي بعض روايات البيوع)** أي بيوع الأصل **(إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع)** يعني على البائع الأول إذا رده بالتراضي **(للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول)** وقد فعلاً بغير قضاء ما لو رفع إلى قاض فعله لأن الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقاً أو في مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني. قيل ووجه عامة الروايات أن هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد، ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة، وإنما يصار إلى الرد للعجز فإذا نقلاه إلى الرد لم يصح في حق غيرهما، ألا ترى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب، وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحوّل إلى غيره فافترقا. هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه، أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأوّل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بيعاً فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقاً، وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء. قال في الإيضاح: الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الإطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل، ولهذا لا يتوقف على القضاء، فأما بعد القبض فموجب العقد وقد تناهي إلا أن حقه في صفة السلامة قائم، فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلاً لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة، وإنما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة، ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة، بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسخ في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلاً لأنهما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفياً حقاً له، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء قوله: **(ومن اشترى عبداً وقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)** على البائع أن العيب كان عنده وعنده، ومقتضى هذا التركيب أنه إذا أقام هذه البينة يجبر

للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء، وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بينة فإن أقامها عليه رده عليه، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكراً لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري، لأن السلامة أصل والعيب عارض، ومعرفته إنما لا تكون بالحجة، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدّع، بل فيما إذا ادعى العيب في يد البائع. والثاني أن سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل به عارض، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فأيّ فرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر ديناً فأنكر المدعى عليه ذلك، فإن القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب، وإن لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الأول بأن إقامة هذه البينة من تتمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك إلا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار، وعن الثاني بأن قيام الدين في الحال لو كان شرطاً لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة، أو كانت له بينة لكن لا يقدر على إقامتها لموت أو غيبة، بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن

قوله: **(وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ)** أقول: هذا الجواب للإمام ظهير الدين قوله: **(وبأن يجعل الكلام متضمناً الخ)** أقول: هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي، وفيه تأمل قوله: **(فيقال لم يجبر على دفع الثمن)** أقول. أي لم يحكم

وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب، ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه **(فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن)** يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته، أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه قال: **(ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف**

على دفع الثمن وهو فاسد، فقدر ظهير الدين للثاني خبراً هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى. ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لأن معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف، وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن، بل إذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع إحدى صورتي التحليف كما يثبت مع إقامة البينة. وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان: أعني الحلف وإقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة، ومنهم من أول لا يجبر بينتظر بدفع الثمن، وإنما قلنا إنه لا يجبر على دفع الثمن إذا طالبه البائع به فادعى هو عيباً **(لأنه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فإنه به أنكر تعين حقه)** لأن حقه في السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجباً دفع الثمن عليه (و) وجوب **(دفع الثمن أولاً ليتعين حق البائع بإزاء تعين)** حق المشتري في **(المبيع)** ولم يتعين لأنه السليم وقد أنكره. وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق. فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع، وأيضاً فقد يثبت ما ادعاه فيؤدي إلى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما أمكن **(فلو أن المشتري قال شهودي بالشام)** مثلاً فأمهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل **(يستحلف البائع)** ويقضي **(بدفع الثمن إن حلف)** وإن نكل رد المبيع، وإنما قلنا هذا **(لأن في الإنتظار بالبائع كبير إضرار)** لأن التأخير إلى غاية غير معلومة يجري مجرى الإبطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة، وليس في الدفع كبير إضرار بالمشتري **(لأنه على حجته)** إذ له أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن، بخلاف ما لو قال شهودي حضور فإن الإمهال هنا إلى المجلس الثاني، ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيهمل.

إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل، وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط، كذا ذكر في المبسوط. وقيل المراد بالكتاب هاهنا الجامع الصغير، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى، وبه يتضرر المشتري، وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً، ولجواز أن يحدث الغيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً، ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري. وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح، ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال: إلا أنهم قالوا: النظر للمشتري ينعدم إذا استحلفه بهذه الصفة. وذكر الوجه المذكور ثم قال: والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً، وعلى هذا

بشيء قوله: **(وإقامة البينة حكم من الأحكام)** أقول: أي وجه حكم فالمضاف محذوف. قوله: **(والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم)** أقول: فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في التلويح خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين قوله: **(لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه)** أقول: ضمير حقه راجع إلى المشتري قوله: **(فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ)** أقول: ولعل الصحيح في الجواب أن يقال: إن صنة الإنكار إنما تقتضي إسناد اليمين إليه لو لم يكن إنكاره في

البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عبده) والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده، لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة **(فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما**

ولو قال أحضر بينتي إلى ثلاثة أجلها، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة، لأن ذلك في العقود والفسوخ، ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير، فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط، وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله: أعني ما إذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل. وأما إذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة. في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة، وعند محمد لا تقبل، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف. وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل، وفي جمع النسفي في قبول البينة عن أصحابنا روايتان: نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاء إذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف، وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافاً لأبي يوسف وقوله: **(أما إذا انكل ألزم العيب لأنه)** يعني النكول **(حجة فيه)** أي في ثبوت العيب، وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء إذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالإجماع ولا في الأشياء الستة عند أبي حنيفة قوله: **(ومن اشترى عبداً فادعى)** المشتري **(إباقاً)** عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الإباق عنده **(لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده)** أي عند المشتري لأنه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه، وإنما لزم ذلك **(لأن القول وإن كان قوله)** أي قول البائع لكن لا يعتبر إنكاره ولا يتوجه اليمين عليه **(إلا بعد)** ثبوت قيام المدعي مسبباً للرد **(ومعرفته)** أي معرفة قيام العيب **(بالحجة)** عند إنكاره، وهذا في دعوى نحو الإباق مما يتوقف الرد على وجود العيب عندهما، أما في عيب

فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال: **(أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب)** وعلله **(بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله)** وقالوا: إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً، وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الأحوط فيستقيم. فإن قيل: الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات. فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزمه. وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك، أما إذا ادعى أن لي علماً بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك، فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف، وقيل لا خلاف في هذه المسئلة **(لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة)** وكل ما يترتب عليه البينة **(يترتب)** عليه **(التحليف)** بالاستقراء ولأبي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح الدعوى إلا من خصم، ولا يصير المدعي وهو المشتري هاهنا خصماً إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها. ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف، فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل قد تقوم على

ضمن دعوى خلاف الظاهر، وهاهنا في ضمن ذلك فإن الظاهر في المبيع هو السلامة قوله: **(وإن كان في الصورة منكراً)** أقول: فيه بحث، فإنه مدع صورة، ألا يرى أنه يدعي وجود العيب وثبوت حق الرد قوله: **(وإن كان موهوباً لكن يجب على القاضي الخ)** أقول: إذا سلم كونه موهوباً فلا يجب على القاضي اعتباره، وإلا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعاً، إلا أن يفرق بين موهوم وموهوم. والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للتسليم أو هو مع قبضه، وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام قوله: **(قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً)** أقول: وإذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الأولى أيضاً، إلا أن يقال: التوقيت هنا لضرورة دفع الضرر والأصل الإطلاق ولا ضرورة هناك قوله: **(وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود، متهم)** أقول: ولك أن تجيب أيضاً بأنا لم ننف الضرر عن المشتري، بل قلنا إن ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فليتأمل قوله: **(لجواز أن يكون ذلك مماطلة)** أقول: إذ ليس له غاية معلومة قوله: **(هذا العيب في الحالة التي كانت الخ)** أقول: يعني في الكبر أو في الصغر قوله:

أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب، وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه النظر

لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا، وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي إباقاً فينكر قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده، فإن اعترف رده عليه بالتماس المشتري، وإن أنكر طولب المشتري بالبينة، على أن الإباق وجد عند البائع، فإن أقامها رده وإلا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط. قال المصنف: **(كذا قاله في الكتاب)** أي الجامع، فإن عبارته هكذا: فإذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط. قالوا: **(وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق)** عندك قط، كل من هذه العبارات حسنة، بقيت عبارتان محتملتان وهماً أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب، أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب. قالوا: لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، فإذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان باراً في يمينه، وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في يمينه: أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه يوجب برّه شرعاً، وليس كذلك فإن تأوّله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس، والأخضر مع الوفاء بالمقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط **(ولو لم يجد المشتري بينه على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما. واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة)** هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة؟ فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف، وعندهما نعم. وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد: لا خلاف في هذه المسئلة، وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما، وإنما يحلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير، بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده، فقيل لأنه وإن كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الحالف مدعياً العلم به، أما إذا كان مدعياً فلا، ألا ترى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير. وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليماً، وهو قول الإمام السرخسي. والأول أوجه فإن

ما لا دعوى فيه أصلاً كما في الحدود، بخلاف التحليف. والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضياً سابقة الخصم وأن يكون المشتري هنا خصماً إلا بعد إثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم، وأما البينة هاهنا فمشروعة لإثبات كونه خصماً فلا تستلزم كونه خصماً **(وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد)** على البتات **(على الوجه الذي قدمناه)** على ما تقدم. قال المصنف: **(إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ)** لما تقدم، فلو حلف مطلقاً كان ترك النظر في حق البائع، لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذراً عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به. قال: **(ومن اشترى جارية وتقابضا)** ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع **(فوجد)** المشتري **(بها عيباً)** فأراد البائع تخصيص الثمن عل تقدير الرد **(فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال**

(وفيه بحث من وجهين، إلى قوله: والثاني أن سلامة الذمم الخ) أقول: ولنا أن نجيب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد الغيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرده، ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالإيفاء، بل يكفيه وجوده في الحال قوله: **(وقيل المراد بالكتاب)** أقول: القائل هو الإتقاني. قوله: **(لأن شمس الأئمة، إلى قوله: والأصح عندي)** أقول: تصحيح شمس

للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله. لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف. وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب، وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه. قال رضي الله عنه: إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ

معنى تسليمه سليماً ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير. وأورد على الأول مسئلتان: إحداهما ما لو باع رجلان عبداً من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثة البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيباً فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعي العلم بانتفاء العيب. الثانية إذا باع المتفاوضان عبداً وغاب أحدهما فادعى المشتري عيباً يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علماً بذلك كما قلنا انتهى. والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه، لأن تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد: أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل، فالوجه ما ذكرنا، والمسئلتان مشكلتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أو جهله كان أيضاً كذلك إلا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما أبق عندي، وعلى العلم في مدة شريكه ما أعلم أنه أبق عند شريكي، فليكن محملهما ذلك، وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفي بذلك، إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا، ولو لم تكن إقامته إلا عند الذي مات لا يحلف إلا على البتات لأن العقد اقتضى وصف السلامة. واعلم أن مما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته يرده به لأنه معيب. والعقد أوجب على هذا البائع السليم، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم، وكذا في كل عيب يرد بتكرره. وجه قوله على تقدير الخلاف وهو **(ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب)** وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري **(يحلف ثانياً لرد على الوجه الذي قدمناه)** لأنه بنكوله أنزل مقرّاً بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا. وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلاً في الحدود، وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلاً

المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض **(كما في الغصب)** فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول قول الغاصب لأنه القابض **(وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض)** في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري **(لما بينا)** أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقاً لقبضهما، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى. قال: **(ومن اشترى عبدين**

الأئمة لا يكون حجة على غيره قوله: **(وهو المذكور في النوادر)** أقول: أي الاختلاف هو المذكور قوله: **(وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ)** أقول: بل قوله كقولهما. قوله: **(والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة)** أقول: وكذلك البينات، فإذا كان لها حكم مخصوص هاهنا فلم لا يجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك.

الرجال، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال: **(ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري)** لأن الاختلاف في مقدار المقبوض

ففي دعوى غير صحيحة أولى. وفي الكافي: الأصح أنه لا يحلف لأن التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها، وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإن توجه اليمين هو من الخصومة فيها تنتهي خصومة لا تندفع، وكثيراً ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى. وأما قوله في الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول: إن كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك، لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه: ألا ترى إلى قولهم فإن اعترف أن الأمر كذلك رد عليه، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعل المشتري البينة، فإن عجز عنها حلف إلى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري. وكل ذلك فرع إلزامه بالجواب بأحد هذه، غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الأولى وهو وجوده، لأن تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد إن لم يثبت عودة عنده فلا يترتب عليه فائدته إلا بعده فوجب تقديمه، وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك، وبهذا ظهر أن لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلاً منهما يستدعي جواباً بما يليق بالحال وإن تكليف الفرق مع ضعفه على أن الخصومة هناك تتجه قبل إثبات الدين وهنا لا تتجه إلا بعد إثبات العيب غلط، وإنما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب، فكما أن له أن يجيب هنا بإنكار العيب عندهما رأساً كذلك له أن يجيب بإنكار الدين رأساً، بمعنى أنه لم يثبت قط، ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه أن يثبت دخول الدين في الوجود كذلك، وإذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده إليه، فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده، فإذا تأملت لا فرق والله أعلم. فالوجه ما قالاً من إلزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض، لأنه ادعى عليه معنى لو أقرّ به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول، وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال إلا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضرّ، لأنه إذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من إثبات كل منهما. ثم قال المصنف رحمه الله **(قال العبد الضعيف)** يعني نفسه **(إذا كانت الدعوى في إباق)** العبد **(الكبير يحلف البائع (ما أبق)** عندي **(منذ بلغ مبلغ الرجال)** لأنه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ، وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم، فلو ألزمنا الحلف ما أبق عنده قط أضررنا به وألزمناه مالاً يلزمه، ولو لم يحلف أصلاً أضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا، وهذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده، بخلاف ما لا يختلف كالجنون، وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه، وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا. وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع: الأوّل أن يكون عيباً ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائد والعمى والناقصة والسن الشاعبة: أي الزائدة، فالقاضي فيهما يقضي بالردّ إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري، إلا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند

صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل **(وقبض أحدهما)** وهو سليم **(فوجد بالآخر عيباً)** ليس له أن يرد المعيب خاصة **(بل يأخذهما أو يدعهما)** جميعاً **(لأن الصفقة تتم بقبضهما)** لما أن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ، وما تتم بقبضه الصفقة لا تتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل إذ ذاك، فالتفريق قبل قبضهما تفريق **(قبل التمام)** وهو لا يجوز **(لما ذكرنا)** يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد

فيكون القول للقابض كما في الغصب **(وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض)** لما بينا. قال: **(ومن**

الشراء أو الإبراء منه، فإذا ادّعاه سأل المشتري، فإن اعترف امتنع الرد، وإن أنكر أقام البينة عليه، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضي ونحوه، فإن حلف ردّه، وإن نكل امتنع الرد. الثاني أن يدعي عيباً باطناً لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال، فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا، وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده. الثالث أن يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة، فعلى هذا أنه إذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية، فإذا قالت ثيباً أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم، وإذا انضم إليه نكولة عند تحليفه غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الأصبع الزائدة إلا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا. وفي شرح قاضيخان: العيب إذا كان مشاهداً وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وإن كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار، وهذا يعرف مما قدمناه. ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء، ولو وجد به عيباً فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لأنه عرض على البائع، ولو قال بعه فإن لم يشتر رده عليّ فعرضه فلم يشتر سقط الرد. ولو وجد البائع الثمن زيوفاً فقال المشتري للبائع أنفقه، فإن لم يرج رده علي فأنفق فلم يرج رده استحساناً، ولو كان ثوباً فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط، فإن قطعه وإلا رده ففعل فإذا هو قصير فله الرد. اشترى لميت كفناً ثم وجد به عيب لا يرده ولا يرجع بالأرش حتى يحدث به عيب مانع من الرد. وفي القنية: لو وجد معيباً فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة إياماً ثم عاد إليها فقال له بائعه لم سكتّ عن الخصومة مدة؟ فقال لأنظر أنه يزول أو لا فله رده. كذا في المجتبى قوله: **(ومن اشترى جارية)** أو غيرها من الأعيان **(وتقابضا)** فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية **(فوجد بها)** المشتري **(عيباً)** فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد إلا أنه **(قال بعتك هذه وأخرى معها)** وإنما يستحق عليّ رد حصة فقط لا كل الثمن **(وقال المشتري بعتنيها وحدها)** فأردد جميع الثمن ولا بينه لأحد **(فالقول قول المشتري لأن هذا اختلاف في مقدار المقبوض، والقول)** فيه **(قول القابض)** أميناً كان أو ضمنياً لأنه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك سقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله، وصار **(كالغصب)** إذا ادعى المغصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله **(وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع)** بأن اتفقا على أن المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري **(لما بينا)** من أن القول قول القابض قوله: **(ومن اشترى عبدين)** أو ثوبين **(صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر)** الذي لم يقبض **(عيباً فإنه بالخيار)** إن شاء أخذهما بجميع الثمن، وإن شاء ردهما، وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة **(لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما)** لأنها إنما تتم بقبض المبيع ولم يوجد **(فيكون)** رد أحدهما وحده **(تفريقاً قبل التمام، وهذا)** أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقاً للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها

القبض وإن كانت لا تتم قبله **(وهذا)** أي التفريق في القبض لا يجوز **(لأن للقبض شبهاً بالعقد)** من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد، كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد **(فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد)** ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا.

قوله: **(لما بينا، إلى قوله: بل هاهنا أولى)** أقول: فيه تأمل.

اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد، ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه. ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة، والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه **(ولو قبضهما ثم وجد)** بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر. هو يقول: فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن

في نفس العقد فيما إذا قال بعتكما بألف فقال قبلت في هذا بخمسمائة، وإنما كان كذلك **(لأن القبض له شبه بالعقد)** لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة، ولأنه أعني القبض مؤكد لما اثبته العقد، حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لأنه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه، فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل في تمامه، وحكم المشبه حكم المشبه به، فإن الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام. ولو صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروهاً ليس تمثيلاً صحيحاً فإن الثابت الكراهة، وإنما يكون حكمه لو ثبتت الحرمة، هذا إذا كان العيب في غير المقبوض **(فإن وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه. يروي عن أبي يوسف أنه يرده خاصة)** لأن الصفقة تامة في المقبوض **(والصحيح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله)** فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقاً قبل التمام **(وصار تمام الصفقة)** **(كحبس البيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول)** الحبس **(دون قبض جميعه)** حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه، ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك **(ف)**أما **(لو)** كان **(قبضهما)** أعني العبدين **(ثم وجد بأحدهما عيباً)** فإن له أن **(يرده خاصة لزفر. هو يقول: فيه)** أي في رده وحده **(تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة ضم الجيد إلى الرديء)** لترويج الرديء، وفي إلزامه المعيب وحده إلزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده **(وأشبه خيار الشرط والرؤية)** في أن الصفقة لا تتم إذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر، خلاف زفر في المبسوط وغيره. وقال القدوري في التقريب: قال أصحابنا، إذا اشترى عبدين صفقة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة. وإن كان قبل القبض ردّهما. وقال زفر: يرد المعيب في الوجهين لأن العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض. وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف

قال: **(ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه)** إذا وجد المشتري بالمقبوض عيباً، قالوا في شروح الجامع الصغير: **اختلف** المشايخ فيه، وكلام المصنف يشير إلى أن الاختلاف بين العلماء، فإنه قال: **(ويروي عن أبي يوسف أنه يرده خاصة)** ووجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة **(والأصح أنه)** ليس له ذلك **(لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع)** لأجل الثمن فإنه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتباراً لأحد البدلين بالآخر **(ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً له أن يرده خاصة)** وقال زفر: لا فرق بينه وبين ما تقدم لأن فيه تفريق الصفقة **(ولا يعرى عن ضرر إذ العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض)** بجامع دفع الضرر **(وأشبه خيار الرؤية والشرط)** ولنا أنه إذا قبضهما جميعاً فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر، بخلاف خيار الرؤية والشرط فإن الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مرّ في خيار الرؤية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد، والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد، وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري. لا يقال: لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضاً لوجود التدليس منه، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام وإنه لا يجوز، قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين. وأما إذا لا يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة قوله: **(ولهذا)** أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله

ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط. ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر، ولهذا لو استحق

الرواية عن زفر (**ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض يتم في خيار العيب، بخلاف خيار الرؤية والشرط**) والتفريق بعد التمام جائز شرعاً بدليل أنه (**لو استحق أحدهما**) بعد القبض (**ليس له أن يرد الآخر**) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع أنه تفريق الصفقة على المشتري، والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمناً أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه، ثم هذا فيما يمكن إفراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين، أما إذا لم يكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيباً فإنه يردهما أو يمسكهما بالإجماع لأنهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد، والمعتبر هو المعنى. وفي الإيضاح والفوائد الظهيرية: ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله: (**ومن اشترى شيئاً مما يكال**) كالحنطة والتمر (**أو يوزن**) كالسمن والزعفران وغير ذلك (**فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله، ومراده**) إذا كان الإطلاع على العيب (**بعد القبض**) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل، بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وإنما قلنا بعد القبض يرد الكل (**لأن المكيل إذا كان من جنس واحد**) كالحنطة أو الشعير (**فهو كشيء واحد**) فإن الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (**ألا ترى أنه يسمى**) المتعدد منه المجتمع (**باسم واحد كالكرّ**) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب، بخلاف الثوبين والعبدين فإنه بعد قبضهما يردّ المعيب خاصة لأنهما شيئان حقيقة وتقوّما وانتفاعاً لا يوجب إفراد أحدهما عن الآخر عيباً حادثاً فيه (**قيل هذا**) يعني كونه يرد الكل (**إذا كان في وعاء واحد**) أما (**لو كان في وعاءين**) كما إذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيباً فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره فخر الإسلام قال: **لأنّ** تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب، فإنه إذا كان مختلطاً بالجيد يكون أخف عيباً مما إذا انفرد، فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري، بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب. قال الفقيه أبو الليث: هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في المجرد أن

(**لو استحق أحد العبدين**) بعد قبضهما (**ليس للمشتري أن يردّ الآخر**) بل العقد قد لزم فيه لأنه تفريق بعد التمام **قال: (ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن)** تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان، وبعده يجوز في غير المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحداً سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ. وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع. ووجه الأظهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسماً وحكماً. أما الأول فلأنه يسمى باسم واحد ككرّ وقفيز ونحوهما، وأما الثاني فلأن المالية والتقوّم فيهما باعتبار الاجتماع، لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد، وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيباً ليس له إلا رد الكل أو إمساكه، لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الأعيان المجتمعة عيب فردّ المعيب خاصة ردّ بعيب زائد وليس له ذلك. فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل

قال المصنف: (**ومراده بعد القبض**) أقول: أما قبل القبض فالحكم في غير المثلي والموزون أيضاً كذلك قال المصنف: (**وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد**) أقول: اختار هذا القول في فتاوى قاضيخان ولم يذكر غيره قوله: (**لأن رد الجزء المعيب**) أقول: فيه بحث.

أحدهما ليس له أن يرد الآخر قال: **(ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله)** ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد؛ ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكرّ ونحوه. وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد، فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. **(ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي)** لأنه لا يضره التبعيض، والاستحقاق لا يمنع تمام

رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً، فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يردّ بعضه دون بعض. وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد: لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا والآخر سواء، فإما أن يرده كله أو يترك كله، فقد رأيت كيف جعل التمر أجناساً مع أن الكل جنس التمر، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية، وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين، ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن في الأعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الأعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الأعدال برنياً وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة، أما إذا كان الأعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنياً أو صيحانياً أو لبانة أو عرقية فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها قوله: **(ولو استحق بعضه)** أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرده. وروي عن أبي حنيفة أن له رده دفعاً لضرر مؤنة القسمة **(وجه الظاهر أنه لا يضره التبعيض)** لا في القيمة ولا في المنفعة، أما في القيمة فإن المدّ من القمح يباع على وزان ما يباع به الأردب والغرارة. وأما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به، بخلاف غيره فإنه إن كان مما يفصل يصير معيباً بتبعيضه فإن الفضلة من الثوب كالذراع إذا نودي عليه في الأسواق لا تبلغ قيمته متصلاً بباقي الثوب، وإن كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيباً بعيب الشركة، بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فإنهما إن شاءا اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما وقوله: **(والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة)** جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه. فأجاب بأن تفريق الصفقة إنما يمتنع قبل التمام لا بعده، وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق، والاستحقاق لا يمنع تمامها **(لأن تمامها برضا العاقد)** وقد

بالإجماع. فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط، وعلى الأخرى إنما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعيض، لأن استحقاق البعض لا يوجب عيباً في المستحق وغيره لأنهما في المالية سواء، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيباً في المالية والانتفاع لا يوجب ضرراً بخلاف ما لو وجد بالبعض عيباً وميزه ليرده لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلا رد الكل أو إمساكه قوله: **(والاستحقاق)** يجوز أن يكون جواب سؤال. تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضياً، وتوجيهه أن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا أجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً، فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك **(وهذا)** أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها، وإن كان المبيع ثوباً واحداً وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي، لأن التشقيص في الثوب عيب لأنه يضر في ماليته والانتفاع به. فإن قيل: حدث بالاستحقاق عيب جديد في المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب. أجاب المصنف بقوله:

الصفقة **لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي** لتفرق الصفقة قبل التمام. قال: **(وإن كان ثوباً فله الخيار)** لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف المكيل والموزون قال: **(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا)** لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا

تحقق **(لا برضا المالك)** يعني المستحق، ولذا قلنا: إذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحاً فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك. وقوله: **(وهذا)** أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد **(إذا كان بعد القبض، أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة)** عليه **(قبل التمام)** لأن تمامها بعد الرضا بالقبض **(ولو كان)** المستحق **(ثوباً)** ونحوه كعبد وكتاب **(فله الخيار، لأن التشقيص في الثوب عيب)** والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكاً، لا يقال: ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لأنه حدث عنده عيب بالاستحقاق. وأجاب بقوله: **(وقد كان)** إلى آخره: أي هذا العيب: أعني عيب الشركة كان ثابتاً **(وقت البيع)** وإنما تأخر ظهوره، والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد، بخلاف تمييز الجيد من الرديء في المكيل إذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فإنه عيب حدث عنده فلا يمكنه إلا ردّ الكل قوله: **(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً)** ونحوه من مرض أو عرض فداواها **(أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه)** وفي بعض النسخ **(حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء، بخلاف خيار الشرط)** إذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطاً للخيار **(لأن ذلك)** الخيار **(للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه)** لحاجته مرة أو الاستخدام مرة **(مسقط)** له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش، فمن ذلك العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب، بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرة الثانية، لأن الأولى للاختيار الذي لأجله شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا. أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه، فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق، إنما الخلاف فيما إذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بأن كان هناك حاكم فلم يفعل، ولم يفعل ما يدل على الرضا، فعندنا لا يبطل خيار الرد منه، وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لأنه **(لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشتري لها علفاً فليس برضا)** وله الرد بعد ذلك **(أما الركوب للرد فإنه سبب الرد)** فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالاً في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركوب **(والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته)** إلى ذلك فيهما لأنها قد تكون صعبة، ففي قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزاً عن المشي **(أو لكون العلف في عدل واحد)** فلا يتمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكباً، وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا. ذكره قاضيخان وغيره. ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها

(وقد كان وقت البيع) يعني أنه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعاً، بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضرّ، وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيبين قبل القبض في جميع الصور: أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما. أما العيب فظاهر، وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وتجد حكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون لأنه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر، وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال: ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي. قال: **(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواه المشتري)**

يكون الركوب مسقطاً قال: **(وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا)** أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد. والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه، إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، وأما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا. قال: **(ومن اشترى**

للسقي أنها لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلَق امتناع الرد إذا كان العلف في عدلين. ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك. وقال المشتري لأردّها عليك فالقول قول المشتري. فأما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لأن الظاهر أن المسوّغ للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف، فربّ رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلاف. نعم لو حمل عليها علفاً لغيرها كان رضاً ركبها أو لم يركبها.

[فرع] وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قوله: **(ومن اشترى عبداً قد سرق)** عند البائع. وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره **(ولم يعلم)** المشتري **(به)** أي يفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد **(فقطع عند المشتري فله أن يرده)** على بائعه **(ويأخذ الثمن)** كله منه **(عند أبي حنيفة)** هكذا في عامة شروح الجامع الصغير، وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال: وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقاً بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار، إن شاء رجع بنصف الثمن وإن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن، كما لو قطعت يده عند البائع، ولما ثبت الخيار بين رده وإمساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفاً إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفاً إلى اختياره إمساكه. وفي شرح الطحاوي للإسبيجابي: لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة إن شاء رضي بالعبد الأقطع بنصف الثمن وإن شاء ترك. وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يرده، ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوّم عبداً وجب عليه القطع وعبداً لم يجب عليه القطع ويرجع بإزاء النقصان من الثمن إلا إذا رضي البائع أن يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن، وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أنْ يرده ويرجع بالكل، وما في نقل المؤتلف والمختلف فيما إذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع أنه يرجع بنصف الثمن من الإيقاع في الإلباس، وأقرب ما يظن أنهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما كرنا. وعبارة الهداية أخف فإنه قال: فله أن يرده ويأخذ الثمن فإنها لا تمنع أن له شيئاً آخر، لكن لا يجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقاً عليه فاقتصر على محل الخلاف، لكن الفرض أن الخلاف ثابت في الآخر، وهو إذا أمسكه فإنه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله: **(وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد عند البائع)** من قتل عمداً أو رده ونحو

جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عدّ رضا بالعيب لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء لأن المداواة إزالة العيب وهي تمنع الرد، لأن نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الإمساك، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب، وله ذلك بعيب آخر لأن الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره، وكذلك الركوب لحاجته، بخلاف خيار الشرط لأنه للاختبار، والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطاً **(وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس ذلك برضا، أما الركوب للرد فلا فرق)** فيه بين أن يكون له منه بدّ أو لا، لأن في الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر، وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجد منه بداً لصعوبة الدابة لكونها شموساً، أو لعجزه عن المشي لضعف أو كبر، أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا وجد منه بدّ لانعدام الأولين أو لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا، لأن حمله حينئذ ممكن بدون الركوب. قال: **(ومن اشترى عبداً قد سرق ولم**

عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع. والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما. لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل. وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق، وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد

ذلك: يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتماً. وعندهما يقوّم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن. قال المصنف: **(فالحاصل أنه)** أي القطع والقتل: أي ثبوته في العبد **(بمنزلة الاستحقاق)** ولو استحق كله بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا **(وعندهما)** ذلك **(بمنزلة العيب)** وفي المبسوط: فإن مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع إلا بنصف الثمن لأن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف **(لهما أن الموجود عند البائع سبب القتل والقطع)** وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه، ولو مات كان الثمن مقرراً على المشتري وليس لوليّ القصاص حق في ماليته، ولذا لو كان ولي القصاص يأتي شراء المشتري إياه صح شراؤه، ولو كان له حق في ماليته لم يصح، كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية، فعرف أن استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته، والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري، وبه لا ينتقض قبض المشتري لأنه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيباً حادثاً في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان **(وصار كما إذا اشترى حاملاً)** لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض **(فماتت)** عنده **(بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وغير حامل)** ولفظة إلى في قوله إلى غير حامل ليس لها موقع **(وله أن سبب وجوب القطع والقتل)** وجد **(في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى سبب)** القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافاً إليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب إذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أونصفها، كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود إلى سبب الوجوب الكائن عند الأول. وإذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية، إلا أنه لا يظهر أثر ذلك إلا بحقيقته فعل الاستيفاء، وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه، فأما إذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا **(وما ذكر من المسئلة)** موت الحامل **(ممنوعة)** على قول أبي حنيفة، بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد

يعلم به إلخ) رجل اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده ويأخذ الثمن كله، وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة، وقالا: إنه يقوّم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الردة: لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية، ألا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمدها لكنه متعيب لأن مباح اليد أو الدم لا يشتري كالسلم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالإجماع، والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه، وها هنا قد تعذر الرد. أما في صورة القتل فظاهر، وأما في صورة القطع فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده، ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان، كما إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه

الغاصب، وما ذكر من المسئلة ممنوعة. ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا. وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن

وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الأصل استدلالاً بما ذكر في الجامع الصغير في الأمة المغصوبة إذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه. وإن سلمنا فنقول: الموجود في يد البائع العلوق، وإنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي إليه غالباً بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي إلى الوجود فهو نظير موت من الجلد، بخلاف مسئلة الغصب لأن الرد لم يصح لأن شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب، وهنا الحبل لا يمنع من التسليم إلى المشتري، ثم إن تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقاً عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه، وإن لم يكن مستحقاً لا ينتقض. ونوقض بمسائل: الأولى إذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف إلى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع أن موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع. وثانيها إذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن. وثالثها ما إذا زوّج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع. ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فماتت منه لا يرجع على البائع بالثمن وإن كان موته بسبب كان عند البائع. وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وإن كان موته بسبب كان عند البائع، أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الألم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه، وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي قطع سراية القطع لأن السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية، وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع. وأما الثالثة فإن البكارة لا تستحق بالبيع، حتى لو وجدها ثيباً لا يتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب. وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب إنما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حداً مستحقاً. وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله: (**ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما**) أي بالسرقتين جميعاً (**فعندهما يرجع بالنقصان**) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (**وعند أبي حنيفة**) رحمه الله (**ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث**) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما، ولكن إن رضي البائع كذلك رده

يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وما بين قيمتها غير حامل. وله أن سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي إلى الوجوب والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق فصار كالمستحق، والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله، أو لأنه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن إن رده، كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما إذا غصب عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلاً عمداً فرده على المولى فاقتص منه في يده، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب. والجواب عن مسئلة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما. وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما إذا اقتص من العبد المشتري، ولئن سلمنا فنقول: ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري، وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لأنه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم، فمن هذا الوجه سارت المالية كأنها هي المستحقة، وأما إذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لأنه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري، وإذا قتل فقد تم الاستحقاق، ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في حكم الاستيفاء،

اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداهما رجوع فيتنصف؛ ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب. وقوله: (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به، ولا

ورجع بثلاثة أرباع الثمن، وإن لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن **(لأن اليد في الآدمي نصفه)** في حق الإتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي إن رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن، وبربعه إن أمسكه بأن لم يرض البائع لأن نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع، وهذا لأن البائع إنما قبله أقطع معيباً لا مع أن يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما، كما في الغاصب للعبد إذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فإنما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله: **(ولو تداولته الأيدي)** بعد أن سرق عند البائع ثم تداولته الأيدي بعده **(ثم قطع عند الأخير)** بتلك السرقة **(رجع الباعة بعضهم على بعض)** بالثمن **(كما في الاستحقاق عند أبي حنيفة)** لأنه أجراه مجرى الاستحقاق، ولا يخفى أن هذا إذا اختار الرد لأنك علمت أن حكم المسئلة عنده أنه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن **(وعندهما يرجع الأخير)** الذي قطع في يده **(على بائعه)** بالنقصان **(ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب)** أما رجوع الأخير فلأنه لما لم يبعه لم يصر حابساً للمبيع مع إمكان الرد بالعيب، وعلمت أن بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله: **(في الكتاب)** أي الجامع الصغير **(ولم يعلم به)** أي وقت البيع ولا وقت القبض **(يفيد على قولهما)** لأنه عيب **(والعلم بالعيب)** عند البيع أو القبض **(مسقط للرد والأرش)** وأما عنده فعنه روايتان: في رواية كقولهما فلا يرجع إذا علم باستحقاق يده أو نفسه. قال المصنف تبعاً لشمس الأئمة: الصحيح أنه يرجع وإن علم بسرقته أو إباحة دمه وقت البيع أو القبض لأن هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه، فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن إذا لم يعلم، ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملاً بالشبهين. ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، وكونه أجرى مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه عيباً قوله: **(ومن باع عبداً الخ)** ليس العبد بقيد، فإن البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره، ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضاً خلافاً لمحمد في الحادث. وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل

حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص، قال: **(ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ)** إذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً. وعند أبي حنيفة لا يرده إلا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده، ثم الأمر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل، فإن لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لأنها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد، وإن قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لأن اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين، وفي إحداهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه. فإن قيل: إذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك؟ أجيب بأن هذا على قول أبي حنيفة نظراً إلى جريانه مجرى الاستحقاق، وما ذكرتم لا يتصور فيه. فإن قيل: ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف ها هنا بينهما؟ قلنا: بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب، وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام

قوله: **(والنصف الآخر الخ)** أقول: يعني الذي لم يتلف قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: يستويان)** أقول: يعني ما تقدم بورقة تخميناً، وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيبين قوله: **(لينتقض القبض من الأصل لما مر آنفاً)** أقول: يعني ما تقدم

يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال: (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسمّ العيوب بعددها) وقال الشافعي: لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح. هو يقول: إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

الحادث في البراءة، وللشافعي قول كقولنا، وقول إنه لا يبرأ من عيب أصلاً. وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ. ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه، لما روى «أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت شرط البراءة فوجد زيد به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال لا، فرده عليه». والفرق أن كتمان المعلوم تلبيس، بخلاف غير المعلوم، وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما، فذكر المصنف خلافه مطلقاً هو أحد أقواله. قال: وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبنى فقال: (هو يقول في الإبراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ، وكذا لا يصح تعليق الإبراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر(١) وهذا بيع الغرر، لأنه لا يدري أن المبيع على أيّ صفة هو، ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك، ولنا أن الإبراء إسقاط حق يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركم هم ولا أعيانهم، كأن ورث عبيداً في غير بلده أو زوّجه وليه صغيراً فبلغ وهي في غير بلده، ولذا لا يصح تمليك الأعيان بلفظ الإبراء، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط كأن يقول: أسقطت عنك ديني عليك، والإسقاط لا يبطله

فعسى يكفي شبهاً بين ما نحن فيه، والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الأصل لما مر آنفاً. قال: ولو تداولته الأيدي: يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع. إذا تداولته الأيدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الأخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لأنه بمنزلته، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لأنه بمنزلته، وهذا لأن المشتري الأخير لم يصر حابساً حيث لم يبعه، ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم قوله: (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على ملهبهما لأن) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به، ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لأنه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع، وقوله: (في الصحيح) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق، قلنا عن الجهل به يرجع بجميع الثمن، ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء، لأنه إنما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه. وقال شمس الأئمة: إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضاً إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق. وقال فخر الإسلام: الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع. قيل فيه نظر، لأنا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته، لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً سواء كان عالماً بذلك أو

بصحيفة تخميناً، وهو قوله فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله. قوله: (قيل فيه نظر) أقول: أي فيما قاله فخر الإسلام قوله: (والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً) أقول: لا يخفى عليك أن نزاع القائل إنما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الأول فليتأمل قوله: (وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول: أنت خبير بأن منع السند مما لا يجوزه أحد، فقوله ممنوع خارج عن الآداب. وجوابه أن المنع متوجه إلى ما جعله المعترض مبني لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق. بقي الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل. ثم أقول: بقي هاهنا شيء آخر، وهو أن كونه عيباً لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه، وأيضاً عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين، وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي إلغاء جهة العيب، ولم يقل المعترض إن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى. قوله: (أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول: ليس في هذا كثرة

---

(١) تقدم تخريجه في أوائل باب خيار الرؤية رواه مسلم وغيره.

ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة، ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله:

جهالة الساقط، لأن جهالته **(لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك)** فأظهرنا أثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ بإسقاط حقوقه، بخلاف التمليك فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه، أما الإسقاط فإن الساقط يتلاشى فلا يحتاج إلى تسليم، فظهر أن المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم، ولذا جاز بيع قفيز من صبرة، وإنما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت. وأما عدم الصحة في قوله أبرأت أحدكما فلجهالة من له الحق، كما لم يصح قوله لرجل علي ألف وصح لفلان عليّ شيء، ويلزم بالتعيين، على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه. وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه، وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى، ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل، ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي ﷺ ليصلح بين بني خزيمة «وذلك أنه ﷺ وسلم بعث أولاً خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود، فدفع ﷺ إلى عليّ مالاً فوداهم حتى ميلغة الكلب، وبقي في يده مال فقال: هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله ﷺ، فبلغ ذلك رسول الله فسّر به»[1] وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة، وروي أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في مواريث درست، فقال ﷺ: «استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه»[2] وفيه إجماع عملي للمسلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معامليه من غير نكير، والمعنى الفقهي ما ذكرنا، والغرور والله أعلم إيهام خلاف الثابت. ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على إيهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره. وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة. قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم، وكون السلامة مقتضاه إن أردت العقد المطلق سلمناه، أو المقيد بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعناه، إلا لزم أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المساة إن ظهرت وجوازه اتفاقاً. وقوله: **(ويدخل في هذه البراءة)** يعني البراءة المذكورة في الكتاب، فإن الإشارة

جاهلاً قبل القبض أو بعده، وهنا لا يبطل البيع. والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً يجوز أن يكون من حيث صحة النقل

شناعة، إذ لا يلزم رؤية البائع، والمحكي أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبداً كذا كان يلزمه أن يرى ذلك. قوله: **(ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم)** أقول: بأن زوج أولياءه في صغره نسوة لا يعلم كم هن، والله أعلم.

---

(١) ذكره ابن هشام في السيرة ٤/٣٧، ٣٨ عن ابن إسحق حدثني حكيم بن حكيم عن محمد الباقر فذكره مع خبر علي بتمامه وزيادة. وليس فيه ذكر السجود وهذا إسناد ومنقطع.

وقد أخرجه البخاري ٤٣٣٩ و ٧١٨٩ والنسائي ٨/٢٣٧ والبيهقي ٩/١١٥ وأحمد ٢/ ١٥٠ كلهم عن ابن عمر: أن النبي ﷺ بعث خالداً إلى بني جَذِيمَةَ فدعاهم إلى الإسلام، فلم يُحسنوا أن يقولوا أسلمنا فقالوا: صبأنا صبأنا. فجعل خالد يقتل منهم، ويأسره، ودفع إلى كل رجلٍ منا أسيره حتى إذا كان يومٌ أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره. فقلت: والله لا أقتل أسيري ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره حتى قدمنا على النبي ﷺ فذكرناه فرفع يديه فقال: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد. مرّتين.

هذا لفظ البخاري، والنسائي، وغيرهما. ولم يذكروا خبر علي وَوَدْيِهِ إياهم.

ونقل ابن حجر في الفتح عن الخطابي قوله: لعل خالداً نقم عليهم العدول عن لفظ الإسلام لأنه فهم أن ذلك وقع منهم على سبيل الأنفة ولم ينقادوا إلى الدين فقتلهم متأولاً قولهم. اهـ الفتح ٨/ ٥٧.

تنبيه: وقع للمصنف في الأصل: بني خزيمة. وصوابه ما أثبته جَزِيمَة. بالجيم مكسور ما بعدها وهي مفتوحة.

(٢) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٨٤ و ٣٥٨٥ والحاكم ٤/ ٩٥ والبيهقي ٦/ ٦٦ وأحمد ٦/ ٣٢٠ كلهم من حديث أم سلمة: أن رجلان من الأنصار أتي رسول الله ﷺ يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بنية فقال ﷺ: إنكم تختصمون إليّ، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته. . . وفيه: فاقتسما وتوفيا الحق، ثم استرحا ثم تحالاً. وصححه الحاكم على شرط مسلم، ووافقه الذهبي وهو كما قالا.

لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت. ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد

إليها وهي البراءة من كل عيب. واحترز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به، وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالإجماع، والمراد بقوله: **(في قول أبي يوسف)** ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة وقال محمد: **(لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر)** والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف **(لأن البراءة تتناول الثابت)** فتنصرف إلى الموجود عند العقد فقط **(ولأبي يوسف أن)** الملاحظ هو المعنى والغرض، ومعلوم أن **(الغرض)** من هذا الشرط **(إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة)** ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال **(وذلك بالبراءة عن كل عيب)** يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك، فاقتضى الغرض المعلوم دخوله. وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالإجماع فكيف يصح من أبي يوسف إدخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله. أجيب بمنع أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث، ثم قال: وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السببَ وهو العقد مقام العيب الموجب للرد. ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعاً لتقرير غرضهما، وكم من شيء لا يثبت مقصوداً ويثبت تبعاً، ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف. وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث، لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن، فإذا ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً لا يصدق إلا بحجة. وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله.

[فرع] جمعها في الدراية: شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرباً من العيوب لم ينصرف إلى الحادث بالإجماع ويصح تخصيصه، ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به إليه وجعله محمد للمشتري فيرد بأيهما شاء. ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب. ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والإباق

وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل. وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه. قال: **(ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب)** البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها أولاً علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أو لا موجوداً كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية. قال محمد: لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك. وقال زفر: إذا كان مجهولاً صح البيع وفسد الشرط وقال الشافعي: **(لا تصح البراءة من كل عيب)** ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري. وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي، فقال له أبو حنيفة: أرأيت لو باع جارية في المأتى منها عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها؟ أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبداً برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يرى المشتري ذلك؟ وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به. الشافعي يقول: إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد، وفي قول آخر له: البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح، لأن في الإبراء معنى التمليك، ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الإبراء لم يصح الإبراء، وتمليك المجهول لا يصح. ولنا أن الإبراء إسقاط لا تمليك لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني، ولأنه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلاً له، ولهذا جاز طلاق نسائه

بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

والفجور، وكذا روي عن أبي يوسف. ولو أبرأ من كل داء، فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً. وقال أبو يوسف: يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك. وفي جمع التفارق قطع الأصبع عيب والأصبعين عيبان والأصابع مع الكف عيب واحد. ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو. ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية. وفي المحيط: أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها، ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا إباقه بريء من إباقة. ولو قال الإباق فله الرد بالإباق، ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك. ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقراراً بانتفاء العيوب، حتى لو وجد به عيباً رده. ولو عين فقال ليس بآبق صح إقراره. ولو وجد به عيباً فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز. ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لأنه رباً وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط إذا زال. ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرده. ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وإن لم يجد به عيباً، ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الأعراب في المصحف عيب، ولو وجد به عيباً فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي الأجنبي بذلك وجاز حط المشتري دون البائع، ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً جاز، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهماً قيل هذا غلط، وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع. وفي المجتبى: أدخل المشتري القدوم في النار أو حدّ المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرّاة أو غيرها. وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبي يوسف: والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا. وهل يرجع بالنقصان؟ في رواية الكرخي لا، وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة، وقيل لو اخترت هذه للفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصرية. ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا. ولو وقف الأرض أو جعلها مسجداً ثم اطلع على عيب امتنع الرد، والرجوع بالأرش عند محمد. وعند أبي يوسف يرجع بالأرش. ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لأنه إن جمع غلاتها فهو رضا، وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد.

وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم. وقوله: **(وإن كان في ضمنه التمليك)** إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد. وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمناً، وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفوّت التسليم، كما إذا باع قفيزاً من صبرة فلان لا يبطل الإسقاط الذي فيه معنى التمليك، والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التسليم أولى. ووجه قول محمد إن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله. وأبو يوسف يقول: الغرض من الإبراء إلزام العقد بإسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث. فإن قيل: لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة؟ قلنا لا نسلم الإجماع فإنه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه ها هنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً. والجواب عن قوله إن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط كما تقدم قوله: **(ويدخل في هذه البراءة)** احتراز عما لو قال بعت هذا العبد على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود.

باب البيع الفاسد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز، والجائز ثلاثة أنواع: بيع الدين بالعين وهو السلم، وبيع العين بالعين وهو المقايضة، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق، وغير الجائز ثلاثة أنواع: باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن، وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف. حصره في الخلاصة في خمسة عشر: بيع العبد والصبي المحجورين: أي موقوف على إجازة المولى والأب أو الوصي، وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على إجارة المرتهن والمستأجر والمزارع، فلو تفاسخا الإجارة أورد الرهن لوفاء أو إبراء لزمه أو يسلمه للمشتري، وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً حتى لو تفاسخا لا ينفذ، وفي العقار على الخلاف المعروف. وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس، وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان، وبيع المال المغصوب ذكره محمد إن أقرّ الغاصب أو جحد للمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير. ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب: ذكر أنه إذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع، وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن، فإن لم يجيزا وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخة، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجارة وقت البيع، وكذا إن علم عند محمد وعند أبي يوسف إن علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد، وقيل بل قول أبي يوسف، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف. وفي المرتهن خلاف المشايخ، وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ، ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح، وقيل لا لأنه أخلف بدلاً. وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف أنه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى. وعن أبي حنيفة روايتان، وتقدم أن المزارعة والإجارة سواء: أعني سواء كان البذر منه أو لا، فإن أجاز فلا أجر لعمله وفي النوازل: فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم، وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع، وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى. ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود، فإن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة. وأما الفاسد فعقد مخالف للدين، ثم إنه وإن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد. وفي قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد

باب البيع الفاسد

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه، ولقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة

باب البيع الفاسد

قوله: (ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول: ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له

(وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر، وكذا إذا كان

مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله، والباطل غير المشروع بواحد منهما، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه، وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل، لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يباينه، فإنهم قالوا: إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده أصلاً فقابلوه به وأعطوه حكماً يباين حكمه وهو دليل تباينهما، وأيضاً فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم له أنه مشروع بأصله لا وصفه. وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين، فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان. اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف، لكن نجعله مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتباراً لمعنى اللغوي، ولذا يوجه بعضهم الأعمية بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة، ولذا أدخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور، ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن؛ فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع، والفساد بمعنى البطلان إلا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه. ومنها العجز عن التسليم أو التسلم إلا بضرر كجذع من سقف. ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد، بخلاف الصحيح، وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا، والاتباع مقصوداً كحبل الحبلة تدخل في عدم الملك، وبيع الأوصاف كإلية شاة حية يرجع إلى ما في تسليمه ضرر إذ لا يمكن شرعاً إلا بذبحها إذ في قطعها حية عجز عن التسليم لأنها تصير ميتة يبطل بيعها، وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن، وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن قوله: **(إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر، وكذا إذا كان)** أحدهما **(غير مملوك كالحرّ)** هذا لفظ القدوري، وقد ذكرنا آنفاً أن لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لأن أحد العوضين يصدق على كل من المبيع، والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لأنه يراد به المعوض، ولا شك أن المبيع إذا كان محرماً لا يصح، فإن كان مالاً فالبيع باطل كالخمر، وكذا الثمن إذا كان محرماً ميتة فهو باطل، فلذا قال المصنف رحمه الله **(هذه فصول جمعها)** أي في حكم واحد وهو الفساد **(والواقع أن فيها تفصيلاً)** يعني ليس كلها فاسداً، فإن منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الباطل والفاسد، فإن الأعم لا ينفي عن الأخص. قال: **(فنقول: البيع بالميتة والدم باطل)** لا فاسد بإجماع علماء الأمصار **(وكذا بالحرّ)** بأن يجعل الميتة والحرّ ثمناً لثوب مثلاً، وذلك **(لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد)** يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالحرّ باطلاً وإن كان مالاً عند بعض الناس (و) أما **(البيع بالخمر والخنزير)** فـ **(فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه)** أي كلاً من الخمر والخنزير **(مال عند البعض)** وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال: إنه مال لأهل الذمة لحلها عندهم، وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا

وقوعه بتعدد أسبابه. والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً، والفاسد هو ما لا يصح وصفاً، وكل ما أورث خللاً في ركن المبيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه ودعم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال: البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف

غير مملوك كالحرّ) قال رضي الله عنه: هذه فصول جمعها، وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول: البيع بالميتة والدم باطل، وكذا بالحرّ لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعدّ مالاً عند أحد، والبيع

وهو كذلك، غاية الأمر أن الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الأديان فاسد، وبما ليس مالاً في دين سماوي باطل وهذا سهل، وإنما الإشكال في جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره إن شاء الله تعالى. ثم قال **(أما بيع الخمر والخنزير)** يعني إذا جعلا مبيعاً **(فإن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان بعين)** بيع المقايضة **(ففاسد. والفرق أن الخمر مال)** في الجملة في شرع ثم أمر بإهانتها في شرع نسخ الأول، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء، بخلاف جعله ثمناً، وإذا بطل كون الخمر مبيعاً فلأن يبطل إذا جعل الميتة والحر مبيعاً أولى، ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لأن كلاً منهما مبيع، لكن لما كان كل منهما ثمناً أيضاً كما أن كلاً منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما، فاعتبر الخمر ثمناً والثوب مبيعاً والعكس وإن كان ممكناً لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الإعزاز للثوب مثلاً فيبقى ذكر الخمر معتبراً لإعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر، ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع. وجه البطلان في بيع هذه الأشياء النص، لقوله ﷺ عن الله تعالى «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرّاً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»[1] ومعنى أعطى بي: أعطى ذمة من الذمات، ذكره في صحيح البخاري. وقوله ﷺ في الصحيح «لعن الله الخمر إلى أن قال: وبائعها»[2] وفي الصحيحين «لعن الله

أنفه، والدم والحرّ باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، لأن هذه الأشياء لا تعدّ مالاً عند أحد ممن له دين سماوي، وإنما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وإن كان ميتة عندنا، بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم، وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال، فإنه أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر، وإنما أولنا بذلك لأنه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم، لأن الشرع أبطل تقومها في

قوله: **(كالتسليم والتسلم الواجبين به)** أقول: ضمير به راجع إلى البيع قال المصنف: **(كالبيع بالميتة)** أقول: الميتة في اللغة وهو الذي

---

(١) تقدم في السير باب الأمان رواه البخاري وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٦٧٤ وابن ماجه ٣٣٨٠ وأحمد ٢/ ٢٥ . ٧١ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٥/ ٤٧٨ من طرق كلهم من حديث ابن عمر. وكذا رواه أبو يعلى ٥٥٨٣ وجه آخر وأحمد ٢/ ٩٧ كلاهما من حديث ابن عمر. وله طريق ثالثة أخرجه الطيالسي ١٩٥٧ عن أبي توبة المصري عن ابن عمر مرفوعاً. وفيه محمد بن أبي حميد ضعيف.

وورد من طريق رابعة عن ثابت بن يزيد الخولاني عن ابن عمر مطولاً فذكره في أثناء قصته وفيه: فإن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وساقيها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومشتريها، وآكل ثمنها. . الحديث وهذا أخرجه الحاكم ٤/ ١٤٤ . ١٤٥ والبيهقي ٨/ ٢٨٧ والطحاوي في المشكل ٤/ ٣٠٥ . ٣٠٦ كلهم من هذا الوجه مصححه الحاكم وأقره الذهبي وإسناده غير قوي إلا أنه صحيح لشواهده.

وله شاهد من حديث أشهر أخرجه الترمذي ١٢٩٥ وابن ماجه ٣٣٨١ وفيه شبيب بن بشر.

قال الترمذي: غريب من حديث أنس.

وقال الحافظ في التقريب عن ابن بشر: صدوق يخطىء.

وورد من حديث ابن مسعود. أخرجه البزار، والطبراني كما في المجمع ٥/ ٧٢ . ٧٣ وقال الهيثمي: فيه عيسى ابن أبي عيسى الخياط ضعيف.

قال: ورواه أحمد، والطبراني من حديث ابن عباس ورجاله ثقات.

وأخرجه الطبراني من حديث عثمان بن أبي العاص وفي إسناده عبيد الله بن موسى العطار لم أعرفه. وبقية رجاله ثقات اهـ كلام الهيثمي.

قلت: فالحديث صحيح بمجموع طرقه إلا أنه لم يروه البخاري ولا مسلم.

بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض، والباطل لا يفيد ملك

اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا ثمنها»[1] وحديث «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرّم ثمنه»[2] وأما الإجماع فظاهر. ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها، أما المنخنقة والموقوذة فهي وإن كانت في حكم الميتة شرعاً فإنا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لأنها مال عندهم كالخمر. كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقاً عن الخلاف، وفي جامع الكرخي: يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قول محمد أن أحكامهم كأحكامنا شرعاً إلا ما استثنى بعد الأمان، والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الأصل. واتفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز إلا الخمر، ومنعاً جواز كل ما حرم شربه، وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع. وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح، لأنها وإن كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم **(الباطل لا يفيد ملك التصرف. ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه)** أي في البيع الباطل **(يكون أمانة عند بعض المشايخ)** هو أبو نصر بن أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة **(لأن العقد غير معتبر فبقي)** مجرد **(القبض بإذن المالك)** وذلك لا يوجب الضمان **(وعند البعض)** كشمس الأئمة السرخسي وغيره **(يكون مضموناً)** بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة **(لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما ك)** الخلاف الكائن بينهم في **(أم الولد والمدبر)** إذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما، والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول: اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة، فإذا هلك ضمن قيمته، فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى، ولمن ينصر المروي عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمناً كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن

حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون، ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج إلى تأويل لكنه خلاف الظاهر. وقوله: **(والباطل لا يفيد ملك التصرف)** كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد،

مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فإنها ليست ميتة لغة وإن كانت ميتة عندنا قوله: **(وعلى هذا إلى قوله: والبيع بالخمر والخنزير فاسد)** أقول: فيه بحث فإن البيع بالخمر والخنزير يقضي بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم إرادة العموم؟ وجوابه أنه ليس محرماً عندهم، تأمل فإن فيه ما لا يخفى قوله: **(أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ)** أقول: وأنت خبير بأن قيد التقوم مما لا حاجة إليه في إثبات المطلوب قوله: **(وإنما أولنا بذلك)** أقول: أشار به إلى قوله متقوم قوله: **(لأنه مال عندنا بلا خلاف)** أقول: فلا وجه لتخصيص البعض.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٦ و ٤٦٣٣ ومسلم ١٥٨١ وأبو داود ٣٤٨٦ والترمذي ١٢٩٧ والنسائي ٧/ ٣٠٩. ٣١٠ وابن ماجه ٢١٦٧ وابن الجارود ٥٧٨ وابن حبان ٤٩٣٧ والبيهقي ٩/ ٣٥٤. ٣٥٥ من طرق كلهم من حديث جابر ذكره الأكثر بلفظ: قاتل. بدل: لعن.
قوله: جملوها. أي أذابوها حتى صارت ودسماً. أي سمناً، وقال البغوي في معالم التنزيل ٢/ ١٣٩. فيه دليل بطلان كل حيلة يُحتال بها للتوصل إلى محرم، وأنه لا يتغير حكمه بتغير هيئته أو اسمه.
وأخرجه مسلم ١٥٨٣ من حديث أبي هريرة وأخرجه البخاري ٢٢٢٣ ومسلم ١٥٨٢ والنسائي ٧/ ١٧٧ والشافعي ٢/ ١٤١ والحميري ١٣ وعبد الرزاق ١٤٨٥٤ وابن أبي شيبة ٦/ ٤٤٤ والدارمي ٢/ ١١٥ وأحمد ١/ ٢٥ وابن الجارود ٥٧٧ والبيهقي ٨/ ٢٨٦ والبغوي ٢٠٤١ كلهم عن ابن عباس عن عمر بلغه أن سَمُرَة باع خمراً فقال: قاتل الله سَمُرَةَ ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: لعن الله اليهود حُرِّمت عليهم الشحوم، فَجَملوها، فباعوها، وورد من حديث ابن عباس. أخرجه أبو داود ٣٤٨٨ وابن حبان ٤٩٣٨ والبيهقي ٦/ ١٣. ١٤ وأحمد ١/ ٢٤٢. ٢٩٣. ٣٢٢ والطبراني ١٢٨٨٧ و ١٢٣٧٨ كلهم من حديث ابن عباس بزيادة: وإن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه.
وإسناده حسن رجاله رجال الصحيح غير بركة بن العريان أبي الوليد. وهو ثقة كما في التقريب.
(٢) إسناده حسن هو بعض الرواية المتقدمة في حديث ابن عباس.

التصرف؛ ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله، وسنبينه بعد هذا. وكذا بيع الميتة والدم والحرّ باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع. وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير. ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلى أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشتري للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر

رضيته اشتريته بعشرة سلمناه، وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعاه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً لا يضمن، وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً **(والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به)** إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضموناً عليه بالمثل إن كان مثلياً أو القيمة، وكذا إذا قبضه في مجلس العقد بغير إذنه على الصحيح، وفي غير مجلس العقد هل يملكه؟ سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد، وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين. ووجه لزوم القيمة وما عليه من الإشكال. وقوله: **(وفيه)** أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد **(خلاف الشافعي)** وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل، وسيبينه المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد: أي يبين الوجه من الجانبين قوله: **(وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(ومعناه باطل لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم)** بجهة لازمة على المولى

والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة **(ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ)** أبي أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير، نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير **(لأن العقد)** باطل والباطل **(غير معتبر)** والقبض بإذن المالك فيكون أمانة **(وعند بعض آخر)** شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد أنه **(يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء)** لوجود صورة العلة ها هنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ها هنا، والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة. أما إذا لم يسمّ الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن، نص عليه أبو الليث في العيون. قيل وعليه الفتوى. وقال محمد بن مسلمة البلخي **(الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به)** أي إذا كان ذلك القبض بإذن المالك باتفاق الروايات، وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك، قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، وأما إذا كان شيئاً يملكه فقبض الثمن منه يكون إذناً بالقبض. فإن قيل: لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسداً وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك. فالجواب أن ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فما ذكرت لأن في الاشتغال بالوطء والأكل اعراضاً عن الرد، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز. واعلم أن المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد: فذهب العراقيون إلى أنه مبنى على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين، واستدلوا بالمسائل المذكورة.

بالثوب لأنه لا يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة. قال: **(وبيع أم الولد والمدبّر والمكاتب فاسد)** ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في المدبر في

بقوله ﷺ في أم الولد «أعتقها ولدها»[1] وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتصحيح التدبير شرعاً، وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سبباً للعتق في الحال لانتفاء أهلية الإعتاق عن السيد بعد موته والإجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سبباً في الحال **(والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى)** حتى يملك فسخ الكتابة **(فلو ثبت الملك)** للمشتري **(بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز)** البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل، وذكر في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال «أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال: لا يبعن في دين» وحديث «أعتقها ولدها»[2] تقدم في باب الاستيلاد، وإذا كان أقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالإجماع **(ولو رضي المكاتب ففيه روايتان، والأظهر جواز بيعه)** وتنفسخ الكتابة في ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضي بإسقاطه **(والمراد)** بالمدبر

قالوا لو ملك العين لملك الأمور المذكورة ولم يملكها. وذهب مشايخ بلخ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين. واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه. ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء. ولو باع الأب أو الوصيّ عبد يتيم بيعاً فاسداً وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين. وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح. وإذا كان مفيداً للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه: أي في البيع الفاسد، وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله: **(وكذا بيع الميتة)** يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا بيع هذه الأشياء لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع، وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها، وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض. ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم: أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه، وما أمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوّماً، وفي تملكه بالعقد مقصوداً: أي يجعله مبيعاً إعزاز له وهو خلاف المأمور به، وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوّم أصلاً لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به. وحينئذ يكون البيع باطلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشترى الثوب يجعله مبيعاً إنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً ومثمناً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صوناً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان. قال: **(وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد)** أي باطل، وإنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض

قوله: **(فالجواب إنما لم يحل وطؤها)** أقول: وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد: منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً، وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك قوله: **(إلا أنه غير متقوم)** أي غير معزوز. أقول: عز لازم، فالظاهر أن يقول غير معزز. قال المصنف: **(وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل)** أقول: قال الزيلعي: أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى، فإن ما يقابله يملك بالقبض، إلا أنه سيجيء في آخر هذا الباب أن البيع فيما ذكر موقوف قوله: **(لا يدخل عليها الإبطال)** أقول: وللخصم أن ينازع فيه.

---

(١) هو الآتي، وتقدم في باب الاستيلاد.

(٢) تقدم هذا الحديث في باب الاستيلاد. تقدم وهو ومرسل ابن المسيب.

الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان، والأظهر الجواز، والمراد المدبّر المطلق دون المقيد. وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله، وقد ذكرناه في العتاق. قال: **(وإن ماتت أم الولد أو المدبّر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: عليه قيمتهما)** وهو رواية عنه. لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال، وهذا لأن المدبّر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به. وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته

(المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق، أما المقيد فجواز بيعه اتفاق. واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدبّر وأخويه باطل فإنه يوجب كونهم كالحرّ، ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن إذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما إذا ضم إلى حرّ وهو منتف، بل يصح بيع القن ويلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى. وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله، فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون. وأما تملك القن المضموم إليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه، ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ، وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين. وهذا الجواب ربما يوهم أنه بيع فاسد، ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض. والحق أن لا حاجة إلى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه، وجاز أن يختلف إفراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية. فإن قيل: التخصيص لازم على كل حال، فإنه إن كان فاسداً فلا يملك بالقبض فهو تخصيص، وإن كان باطلاً فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم إليه، وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسداً مخصوصاً من حكم الفاسد فلا حاجة إلى تأويله بالباطل. قلنا نحن لم نعط حكم الباطل أنه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه، إنما قلنا حكمه أن لا يملك بالقبض، غاية الأمر أنه اتفق أن بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر، وأصل السؤال فاسد لأنه مغالطة لأن قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم إليه ممنوع، وإنما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف. فصار حاصل الصورة: لو كان باطلاً كان كالحر في بعض الوجوه، ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر قوله: **(وإن ماتت أم الولد والمدبّر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: عليه قيمتهما للبائع وقولهما)** هذا **(رواية عنه)** وفي النهاية أن الروايتين عنه في المدبر، أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها إذ لا تقوم لأم الولد عنده، وإنما تضمن بما يضمن الصبي الحر إذا غصب، ومعناه أنه إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه، أما المدبّر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه **(لهما)** في ضمان المدبر وأم الولد **(أنهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه)** بالقبض **(كسائر الأموال)** المقبوضة على سوم الشراء **(وهذا)** أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب أنهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما مما يصح تملكه وتمليكه، وإذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع **(بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه)** لأنه حرّ يداً فلا يضمن بقبضه

والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت إلخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يبطلها، وأحد المتنافيين وهو

قال المصنف: **(وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه)** أقول: قوله وهو: أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد، ففي كلامه تساهل وسيجيء في باب كتابة العبد المشترك من الأكمل وغيره أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة.

في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه، كذا هذا. قال: **(ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد)** لأنه باع ما لا يملكه **(ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد)** لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسدّ عليها المدخل لعدم الملك. قال: **(ولا بيع الطير في الهواء)** لأنه

على إحدى الروايتين: أعني التي تبطل بيعه، وإن دخل تحت البيع إذا ضم إليه القن فلا يتحقق في حقه القبض **(وهذا الضمان بالقبض)** وقد يجعل المشار اليد بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا إليه أحسن إن شاء الله تعالى، لأن المذكور بعده تعليل للمشار إليه، وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل إذا صلح له وهو صالح، بل انصبابه ليس إلا عليه، فإنه دعوى أنه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع. وأما كونه مقبوضاً فبفرض وقوعه حساً، وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشتري بعد القبض إن وافقه، فلو صح لزم أن لا يضمنا لأنهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض إن وافقا بل قبضا بعد الموافقة وإتمام البيع بزعمهما، فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان، فالحق أن المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع، فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء، وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء، وما نحن فيه ليس مقبوضاً على سوم الشراء وإلا صار الأصل عين الفرع، فالمقبوض على سوم الشراء هو الأصل فيما نحن فيه، والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق **(وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته)** أي حقيقة حكمه وهو الملك، لأن ضمان القيمة في البيع إنما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع، ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض بإذن المالك، فلو أوجبناها كان عدوانا محضاً، بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فإنه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير إذن المالك، وهنا الإذن موجود ودخولهما في البيع ليس إلا ليثبت حكمه فيما ضم إليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب **(فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده)** ويدخل إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الأصح وإن كان قد قيل إنه لا يصح أصلاً في شيء، وإذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدبّر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قناً، وقيل نصفها وبه يفتي، وتقدم ذلك في العتاق قوله: **(ولا يجوز بيع السمك في الماء)** بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز، فإن كانت له حظيرة فدخلها السمك، فإما أن

الاستحقاق ثابت لقوله ﷺ «أعتقها ولدها» فينتفي الآخر لا يقال: وهو متروك الظاهر لأنه يوجب العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلاً لأن المجاز مراد بالإجماع، وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لأن الملك مع الحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال، لأنه لو لم يكن ثابتاً في الحال لكان إما غير ثابت مطلقاً أو ثابتاً بعد الموت، والأول باطل لأنه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى، وكذلك الثاني لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية، فمتى قلنا إنه ينعقد سبباً بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سبباً في الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت، وكذلك بين استحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة، لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر، وإنما قيد بقوله في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه، فإن قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحرّ وحينئذ بطل بيع القن المضموم إليهم في البيع كالمضموم إلى الحر والأمر بخلافه. فالجواب أن بيع الحرّ باطل ابتداء وبقاء

غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال: **(ولا بيع الحمل ولا النتاج)** «لنهى النبي

يكون أعدّها لذلك أو لا، فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع، وإن لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه، ثم ينظر إن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه وإلا لا يجوز، ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه، فإن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم، أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكاً فليس مقدور التسليم. وقال أبو يوسف في كتاب الخراج: رخص في بيع السمك في الآجام أقوام، فكان الصواب عندنا في قول من كرهه: حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لا تبايعوا السمك في الماء فإنه غرر». وأخرج مثله عن ابن مسعود. ومعلوم أن الأجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر، وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر.

[فروع] من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد، فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لأحد أخذه وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه. نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه، فلو كان نصبها ليجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه، وهو لمن يأخذه إلا أن يأتي فيحوزه، ومثله إذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه، ولو وقع في حجره ولو لم يكن هيأه لذلك فلو أحد أن يسبق فيأخذه ما لم يكف حجره عليه، وكذا من هيأ مكاناً للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض. وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال: أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرمّاد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له أو لا، أما النحل إذا عسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيداً بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد، وكذا الفرخ لا يملك إلا بإعداد المكان لذلك قوله: **(ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك، وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم)** عقيب العقد، ثم لو قدر على التسليم

لعدم محلية البيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها، والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أو الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم، ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه، وإذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاً له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فإنه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وأنه باطل على ما يجيء. قال: **(ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز إلخ)** لأن عدمه كان لحقه، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع. وروي في النوادر أنه لا يجوز، والمراد هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير، وفي المطلق خلاف الشافعي، وقد تقدم فيه، وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا: يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة، وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر، روى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنها لا تضمن بالبيع والغصب لأنها لا تقوم لماليتها. والفرق لأبي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى أن ضمان البيع وإن أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمان بالقبض، لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار، فإذا لم يكن محلاً للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضاً بإذن المالك فلا يجب الضمان. لهما أنه أي كل واحد من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع، لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم إليهما في البيع كما مر آنفاً، وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سوم الشراء. فإن قيل: لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجباً للضمان لكان في

قوله: **(لأن استحقاقه[1] عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال)** أقول: وللخصم فيه أن ينازع فيه.

---

(١) قوله: **(قوله لأن استحقاقه الخ)** تنظر هذه القولة لأنا لم نعثر عليها اهـ. مصححه.

عليه الصلاة والسلام عن البيع الحبل وحبل الحبلة» ولأن فيه غرراً، **(ولا اللبن في الضرع للغرر)** فعساه انتفاخ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. قال: **(ولا الصوف على ظهر الغنم)** لأنه من أوصاف الحيوان، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره، بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى، وبخلاف الفصيل لأنه يمكن قلعه، والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضعه القطع، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام نهى

بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود، وكذا عن الطحاوي، وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمناً لأن العين المجهولة ثمناً مبيع في حق صاحبه. وذكر التمرتاشي: لو باع طيراً يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر أنه لا يجوز، وفي فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراً له يطير، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا، وقول المصنف فيما يأتي: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم، يوافقه قوله: **(ولا الحمل)** بسكون الميم ما في البطن من الجنين **(ولا النتاج)** لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبالة»[1] وكان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها، وفي الموطإ: أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة»[2] وإنما بطل هذا البيع للغرر، فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك. وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة[3] فغير معروف. والملاقيح ما في الأرحام جمع ملقوح، والمضامين ما في الأصلاب، وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلا باء، يقال ضمن الشيء أن تضمنه. قوله: **(ولا اللبن)** يجوز بالجر عطفاً على المضاف إليه، وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف **(للغرر فلعله انتفاخ)** وبه قال الشافعي وأحمد، وأجازه مالك أياماً معلومة إذا عرف قد رحلا بها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رءوس النخل، وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر[4] **(لأنه يتنازع في كيفية الحلب)** في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في

المكاتب كذلك. أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم. ولأبي حنيفة أن جهة البيع إنما توجب الضمان في الأموال إلحاقاً بحقيقته في محل يقبل الحقيقة، وهما: أي أم الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله: **(وليس دخولهما)** جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع، ومعناه أن فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز أن تكون عائدة إلى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم إليهما، وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما إذا باع عبداً مع عبد المشتري من المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا. قال: **(ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاده)** بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز، وإذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الأخذ منها إلا بتكلف واحتيال، فإن كانت كبيرة لا يجوز لأنه غير مقدر التسليم، وإن كانت صغيرة جاز لأنه باع مقدور التسليم، وإذا سلمها إلى المشتري فله خيار الرؤية وإن رآها في الماء لأن السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره قوله: **(إلا إذا اجتمعت)** استثناء من قوله جاز: يعني الحظيرة إذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٣ و ٢٢٥٦ ٣٨٤٣ ومسلم ١٥١٤ وأبو داود ٣٣٨٠ و ٣٣٨١ والترمذي ١٢٢٩ والنسائي ٧/ ٢٩٣ . ٢٩٤ وابن ماجه ٢١٩٧ ومالك ٢/ ٦٥٣ حـ ٦٢ والحميدي ٦٨٩ والبغوي في شرح السنة ٢١٠٧ وأحمد ٢/ ٦٣ . ١٠٨ . ٧٦ . ٨٠ . ١٤٤ . ١٥٥ وأبو يعلى ٥٦٥٣ والبيهقي ٥/ ٣٤٠ من طرق كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) مقطوع. أخرجه مالك ٢/ ٦٥٤ حـ ٦٣ عن ابن شهاب عن ابن المسيب. فذكره. وإسناده صحيح وهو مقطوع لأنه قول التابعي إلا أن له حكم الرفع.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره صاحب الهداية. وتعقبه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٠ فقال: غريب بهذا اللفظ.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٤٩: لم أره بهذا اللفظ ووافقهما ابن الهمام.

(٤) صحيح تقدم مراراً.

عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وعن سمن في لبن» هو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوّز بيعه فيما يروى عنه. قال: (**وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه**) لأنه

التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب إلا لقطعه فبطل قول مالك لذلك، ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص قوله: (**ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان**) لأنه يقوم به أو لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (**ولأنه ينبت من أسفل**) ساعة فساعة (**فيختلط المبيع بغيره**) بحيث يتعذر التمييز (**بخلاف القوائم**) أي قوائم الخلاف (**لأنها تزيد من أعلاها**) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فإنها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل، فالزائد يكون على ملك المشتري. وقال الإمام الفضلي: الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز، لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقاً عليه بل هي خلافية، منهم من منعها إذ لا بد في القطع من حفر الأرض، ومنهم من أجازها للتعامل (**بخلاف القصيل**) لأنه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائماً في الأرض. قال المصنف (**وقد صح أنه ﷺ نهى إلى آخره**) وذلك أن الطبراني قال: حدثنا عثمان بن عمر الضبي، حدثنا حفص بن عمر الحوضي، حدثنا عمر بن فروخ، حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع»[1]. وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني: وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم

يسد عليها المدخل فإنه لا يجوز لعدم الملك، وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه، وفيه إشارة إلى أنه لو سدّ صاحب الحظيرة عليها ملكها، أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو فرخت فإنه لا يملك لعدم الإحراز. لا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيىء له موضعاً، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها، بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فإنها ليست فيها على وجه القرار. قال: (**ولا**) يجوز (**بيع الطير في الهواء**) بيع الطير على ثلاثة أوجه: الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك. والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضاً لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم. والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو أيضاً لا يجوز في الظاهر. وذكر في فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراً له يطير في الهواء، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا (**ولا**) يجوز (**بيع الحمل**) أي الجنين (**ولا نتاج الحمل**) هو حبل الحبل، «وقد نهى النبيّ ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبل». والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ها هنا. والحبل مصدر

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ١٤ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ١٠٢ والبيهقي ٥/ ٣٤٠ كلهم من طريق عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً.

وقال الهيثمي: رجاله ثقات.

وقال الدارقطني والبيهقي: رواه وكيع عن ابن فَرُّوخ فأرسله. وزاد البيهقي: وابن فروخ ليس بالقوي. ثم روياه من وجه آخر عن ابن عباس موقوفاً وكذا ابن أبي شيبة. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١، ورواه أبو داود في مراسيله عن ابن فروخ عن عكرمة مرسلاً. لم يذكر حبيب بن الزبير ولا ابن عباس. ورواه ابن أبي شيبة بسنده عن عكرمة مرسلاً اهـ.

قلت: الحديث المرفوع والمرسل مداره على عمر بن فروخ قال عنه في التقريب: صدوق ربما وهم.

وقال الذهبي في الميزان: قال البيهقي: ليس به القوي. وأما يحيى وأبو حاتم فقالا: ثقة. ورضيه أبو داود ثم قال الذهبي وقع لي من عواليه... فشاق بسنده هذا الحديث. مرفوعاً.

وهذا من الذهبي تثبيت لهذا الحديث.

والخلاصة: ورد مرفوعاً ومرسلاً فالمرفوع وإن كان ضعيفاً إلا أن وروده مرسلاً يعضده وكذا الموقوف لأن مثله لا يقال بالرأي. فلعل ابن عباس تارة حدث به مرفوعاً، وتارة أفتى بما يحفظه عن رسول الله ﷺ، فالخبر يشبه الحسن والله أعلم.

لا يمكن التسليم إلا بضرر، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه، ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً، وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً، أما الجذع فعين موجود. قال: **(وضربة القانص)** وهو ما يخرج من الصيد بضرب

يذكر ابن عباس. وهذا السند حجة. وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره، فإنه إن كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع، لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ، فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة. ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي ﷺ. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن». ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبيّ ﷺ بلفظ ابن أبي شيبة. وروى مرة موقوفاً على ابن عباس في مراسيل أبي داود، وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال: أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهي عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها[1] فعرف بذلك أن كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها وأليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد الخلقة، والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه، والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما، والله الموفق قوله: **(وجذع من سقف)** بالجر: أي لا يجوز بيع جذع من سقف **(وذراع من ثوب)** أي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز. وقول الطحاوي في آجرّ من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به. أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة، وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك. وأورد عليه أنه ضرر لزم البائع بالتزامه. أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه. وقول فخر الإسلام إن رضي فله أن

حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمى به المحمول كما سمي بالحمل، وإنما دخلت عليه التاء إشعاراً لمعنى الأنوثة فيه. قيل معناه: أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله ﷺ، ولأن فيه غرراً وهو ما طوى عنك علمه. قال المغرب في الحديث: «نهى عن بيع الغرر» وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أو لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء. قال: **(ولا اللبن في الضرع للغرر إلخ)** وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر: لجواز أن يكون الضرع منتفخاً يظن لبناً والغرر منهي عنه، وللنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع. وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض، بخلاف ما يكون متصلاً بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر. فإن قيل: القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها. وأجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط، حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركت أياماً يبقى الخيط أسفل مما

قوله: **(فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان متمكناً من الرجوع شرعاً لا يعتبر بمنازعته، إذ لا وجه لها، والأولى عندي أن يقال بدله: ولا يكون لازماً، والبيع إذا لم يكن مشروطاً فيه الخيار يكون لازماً فيبطل فليتأمل.

---

(١) تقدم هذا مستوفياً في الذي قبله.

الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً. قال: (**وبيع المزابنة، وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله**

يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحاً كذلك، فإن الرجوع لا يمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر، وأما إيراد المحاباة فدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال. نعم يرد بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز والبعض قد منعه. وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب، وهذا يفيد أن المنظور إليه في المنع تعيب البيع، والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر. والحق أنه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعوّل عليه، وذلك هو الحديث السابق من نهيه ﷺ عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن، أفاد أن المنع إذا كان لا يسلم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فإن اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن. وأظهر من هذا ثبوت الإجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وإليتها ورجلها، وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها إلى هدم أكتاف الأبواب على من يصحح بيعها قوله: (**ولو لم يكن معيناً**) يعني الجذع والذراع (**لا يجوز لما ذكرنا**) من لزوم الضرر (**وللجهالة**) ومعلوم أن هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (**ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحاً لزوال المفسد**) قبل نقض البيع، ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز. وقوله: (**بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ**) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (**لا يعود صحيحاً**) لأن الفساد للغرر (**إذ في وجودهما احتمالاً**) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلاً، بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة، وإنما يفسد للزوم الضرر فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعاً بلا فساد وهو معنى الصحيح، فهذا معنى قولهم انقلب صحيحاً بخلاف الأول وقع باطلاً وهو معنى المعدوم شرعاً فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعاً بلا بطلان، بل إذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه، وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح. ونوقض بعدم جواز البيع فيما إذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح. أجيب بأن المنع هناك لعلة أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلاً متضمناً له خلقة والنص يمنعه وهو

في رأسها الآن، والأعلى ملك المشتري، وما وقع من الزيادة وقع في ملكه. أما الصوف فإن نموه من أسفله، فإن خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله. فإن قيل: القصيل كالصوف وجاز بيعه. أجاب بأن القصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقلع، وأما القطع في الصوف فمتعين إذ لم يعهد فيه القلع: أي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع، وقد صح «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن» وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم. قال: (**وجذع في سقف**) إذا باع جذعاً في سقف أو ذراعاً من ثوب: يعني ثوباً يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أولاً، لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجبه العقد، ومثله لا يكون لازماً فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة، بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فإن بيعه جائز لانتفاء العلة (**ولو لم يكن الجذع معيناً لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضاً. ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحاً لزوال المفسد**) وهو الضرر (**ولو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً**) أي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه. فإن قيل: بيع الحنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فإنه شيء مغيب في غلافه وهو جائز. أجيب بأن جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به، فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها إنما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحاً هو المعقود عليه فصح العقد إعمالاً لتصحيح لفظه، وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه، إذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن، فلم يكن المبيع مذكوراً، وما هو المذكور فليس بمبيع، وهذا

خرصاً) «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة» فالمزابنة ما ذكرنا، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً، ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض، وكذا العنب بالزبيب على هذا. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز فيما دون خمسة أو سبق «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق». قلنا: العرية:

النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن. وقد يقال: لا أثر لذلك فيما فيه الكلام، وهو أنه إذا أزال المانع بالذبح والفصل. فإن قيل: يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهياً. قلنا: وكذا الجذع في السقف سواء قوله: **(وضربة القانص)** بالرفع والجر على قياس ما تقدمه **(وهو)** الصائد يقول بعتك **(ما يخرج من)** إلقاء هذه **(الشبكة مرة)** بكذا. وقيل بالغين والياء الغائص. قال في تهذيب الأزهري: نهى عن ضربة الغائص وهو الغوّاص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلىء فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ولجهالة ما يخرج قوله: **(وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً، لأنه ﷺ نهى عن بيع المزابنة)** في الصحيحين من حديث جابر «نهى رسول ﷺ عن المزابنة والمحاقلة. وزاد مسلم في لفظ: وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا. والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا»[1]. وأخرج البخاري عن أنس قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة»[2]. وقول المصنف **(بمثل كيله خرصاً)** الخرص الحزر **(وكذا العنب بالزبيب)** لا يجوز، ومعنى

على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه. وقوله: **(أما الجذع فعين موجودة)** إشارة إلى إتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك. فإن قيل: إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزاً وإن كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها. أجيب بأن المبيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعاً له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لا أنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد، فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز، وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم. قال: **(وضربة القانص)** القانص الصائد، يقال قنص إذا صاد. وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة. يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها، ومنه نهى عن ضربة. وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغوّاص على اللآلىء وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا، والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وأن فيه غرراً لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئاً قال: **(وبيع المزابنة)** الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز، والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة

قوله: **(قال وبيع المزابنة، إلى قوله: من المجذوذ لا يجوز)** أقول: قوله الرفع فيه: أي وحده، وقوله والجر والرفع: أي كلاهما. وقوله والمزابنة مبتدأ، وقوله لا تجوز خبره.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٨١ ومسلم ١٥٣٦ حـ ٨٢ والسياق له وكذا الشافعي ١٢٧٤ والطحاوي ٢/ ٢١٤ والبيهقي ٥/ ٣٠٧ كلهم من حديث جابر والسياق لمسلم كما أسلفت.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٠٧ والحاكم ٢/ ٥٧ والبيهقي ٥/ ٢٩٨. ٢٩٩ والطحاوي ٢/ ٢٠٩ والدارقطني ٣/ ٧٥ كلهم من حديث أنس: أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة، والمخاضرة، والملامسة، والمنابذة، والمزابنة.

هذا لفظ البخاري وغيره. كلهم ذكروا: المخاضرة.

بدل: المخابرة. وقد تبع ابن الهمام الزيلعي على ذلك حيث وقع عنده: المخابرة اهـ فتنبه.

ويؤكد ذلك أن البخاري والبيهقي وغيرهما بَوّبوا به حيث قالوا: باب بيع المخاضرة.

قال ابن حجر في الفتح: المخاضرة. جاء تفسيرها في رواية الإسماعيلي عن يونس بن القاسم قال: والمخاضرة. بيع الثمار قبل أن تطعم، وبيع الزرع قبل أن يشتدّ ويفرك منه اهـ.

قال الحكم: هذا حديث صحيح تفرد بإخراجه البخاري.

العطية لغة، وتأويله أن يبيع المغري له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون برّاً مبتدأ. قال: (**ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابزة**) وهذه بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن

النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (**كما لو كانا موضوعين على الأرض**. **وقال الشافعي رحمه الله: تجوز**) المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (**فيما دون خمسة أوسق**) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة «أنه ﷺ رخص في بيع العرايا»[1]. وفي الصحيحين أيضاً عن ابن عمر عن زيد بن ثابت «رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن تباع بخرصها». وفي لفظ «رخص في العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أرطباً»[2] ووافق الشافعي أحمد في ذلك إلا أنه لم يبحها إلا للضرورة. قال الطحاوي: جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها، فقال قوم: العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر، قالوا: وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص ﷺ لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمراً لينصرف هو وأهله عنه. وروي هذا عن مالك. قال الطحاوي: وكان أبو حنيفة يقول: فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: معنى ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمراً. قال الطحاوي: وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك، لأن العربة إنما هي العطية: ألا ترى إلى الذي مدح الأنصار كيف مدحهم إذ يقول:

فليست بسنهاء ولا رجبية ... ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي أنهم كانوا يعرون في السنين الجوائح: أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون[3]. والحق أن قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققوا مذهبه، واستدل عليه بأن العرية مشهورة

مجذوذة مثل كيل ما على النخل من الثمر حزراً وظناً لا حقيقياً، لأنه لو كان مثله كيلاً حقيقياً لم يبق ما على الرأس ثمراً بل تمراً مجذوذاً كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز «لأن النبيّ ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة» والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً، ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصاً لأن فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم، كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصاً، وبيع العنب بالزبيب على هذا. وقال الشافعي: يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق، وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا، وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمراً فيها دون خمسة أوسق،

---

(١) صحيح. أخرجه ٢١٩٠ و ٢٣٨٢ ومسلم ١٥٤١ وأبو داود ٣٣٦٤ والترمذي ١٣٠١ كلهم من حديث أبي هريرة وزادوا: بخرصهما فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق. شك داود. أحد الرواة. قال: دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق. ورواه الطحاوي ٤/ ٣٠ جاء في المغرب: العريّة هي النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً. أي يجعل ثمرتها له عامها.
وقال النووي في شرح مسلم: أوسُق. جمع وَسِق. بفتح الواو ويقال: بالكسر، والفتح أفصح. والوسق ستون صاعاً، والصاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادي اهـ.
وقدره الشيخ شعيب الأرناؤوط في صحيح ابن حبان ٥٠٠٦ بـ (٧٠٠) كغ تقريباً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٨٨ و ٢١٨٣ و ٢٣٨٠ و ٢١٨٤ و ٢١٩٢ ومسلم ١٥٣٩ من وجوه عدة وأبو داود ٣٣٦٢ والترمذي ١٣٠٢ والنسائي ٧/ ٢٦٧ وابن ماجه ٢٢٦٨ ومالك ٢/ ٦١٩ . ٦٢٠ والشافعي ٢/ ١٥٠ وفي الرسالة فقرة ٩٠٨ وعبد الرزاق ١٤٤٨٦ والدارمي ٢/ ٢٥٢ والحميدي ٣٩٩ والطحاوي ٤/ ٢٩ وأحمد ٥/ ١٨٢ . ١٨٨ . ١٨٦ ؛ ١٩٠ وابن حبان ٥٠٠١ و ٥٠٠٤ و ٥٠٠٩ والبيهقي ٥/ ١٨٦ . ١٨٧ والبغوي ٢٠٧٤ وأبو يعلى ٥٤١٦ والطبراني في الكبير ٤٧٦٤ و ٤٧٦٥ و ٤٧٦٦ و ٤٧٦٧ و ٤٧٦٩ و ٤٧٧٩ من طرق كثيرة كلهم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت. رووه مطولاً ومختصراً.

(٣) إلى هنا كلام الطحاوي في معاني الآثار ٤/ ٣٠ . ٣١.

يتراوض الرجلان على سلعة: أي يتساومان، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع؛ فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة، والثالث إلقاء الحجر، «وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة» ولأن فيه تعليقاً بالخطر. قال: **(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين)** لجهالة المبيع؛ ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً، وقد ذكرناه بفروعه. قال: **(ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها)** المراد الكلأ، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث، وأما الإجارة فلأنها عقدت على

بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك، ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة، وتخصيص ما دون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من إخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق بإعطاء هذا التمر خرصاً وهو غير الموعود دفعاً للضرر عنه. وكون إخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عند عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان، فإنه كان سبق إليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثاً لحديث عنه ﷺ «علامة المنافق ثلاث: إن حدث كذب، وإن وعد أخلف، وإن اؤتمن خان»[١] وأما ما ذكر من تأويل العرية الإمام موفق الدين روى محمد بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت: «ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطباً»[٢] وقال: متفق عليه فقد وهم في ذلك، فإن هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة. قال الإمام الزيلعي مخرج الحديث: ولم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ، ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير إسناد قوله: **(ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة)** إلى قوله: **(وقد نهى النبيّ ﷺ إلى آخره)** في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة» زاد مسلم: أما الملامسة فإن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل[٣] فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية، وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة أو يكون مطوياً مرئياً متفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق

وأنث الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة. قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول: سلمنا أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا فإن في الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها، لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣ و ٢٧٤٩ و ٦٠٩٥ ومسلم ٥٩ حـ ١١٠ من وجوه والترمذي ٢٦٣١ والنسائي ٨/ ١١٧ وأحمد ٢/ ٣٥٧. ٣٩٧. ٥٣٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً: آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان.
وورد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بنحوه.
أخرجه البخاري ٣٤ و ٢٤٥٩ ومسلم ٥٨ والترمذي ٢٦٣٢ والنسائي ٨/ ١١٦ وأبو عوانة ١/ ٢٠ وابن حيان ٢٥٤ و ٢٥٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٩٣ وأحمد ٢/ ١٨٩ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٢) غريب. ذكره موفق الدين المقدسي صاحب المغني وعزاه للبخاري ومسلم. وتبعه على ذلك صاحب العدة بها الدين المقدسي. والصواب أنه لم يرو مسنداً وإنما ذكره الشافعي هكذا بلا سند. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٣. ١٤ ونقل ذلك عن صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. وأقره ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٣٠.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٦ ومسلم ١٥١١ والترمذي ١٣١٠ والنسائي ٧/ ٢٥٩. ٢٦٠. ٢٦١ وابن ماجه ٢١٦٩ وابن أبي شيبة ٧/ ٤٣ وعبد الرزاق ١٤٩٨٩ ومالك ٢/ ٦٦٦ والشافعي ٢/ ١٤٤ وأحمد ٢/ ٣٨٠. ٤٧٦. ٤٨٠ والبغوي ٢١٠١ وابن حبان ٤٩٧٥ والبيهقي ٥/ ٣٤١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
رواية البخاري وابن حبان مختصرة واللفظ لمسلم وزاد: والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه اهـ.
وصدره عند مسلم: نهى عن بيعتين الملامسة، والمنابذة. . . ، الحديث. ورواه مختصراً مثل رواية البخاري وغيره.
وورد من حديث أبي سعيد. أخرجه البخاري ٢١٤٤ و ٥٨٢٠ ومسلم ١٥١٢ وأبو داود ٣٣٧٩ و ٣٣٧٨ و ٣٣٧٧ والنسائي ٧/ ٢٦٠ والدارمي ٢/ ٢٥٣ وابن ماجه ٢١٧٠ وابن الجارود ٥٩٢ وابن حبان ٤٩٧٦ وابن أبي شيبة ٧/ ٤٣ وعبد الرزاق ١٤٩٨٧ والبيهقي ٥/ ٣٤١. ٣٤٢ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد.

استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى. قال:

التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس. والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعاً، وهذه كانت بيوعاً يتعارفونها في الجاهلية، وكذا إلقاء الحجر أن يلقي حصاة وثمة أثواب فأيّ ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن، ولا فرق بين كون المبيع معيناً فإذا تراوضا فألقاه إليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه، ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو إذا لمسته أو نبذته. والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً، ومنه «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»[1] أي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لا يشتري كما قيل، بل نهيه عن السوم يثبت التزاماً لأنه إذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قوله: (**ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين**) لجهالة المبيع إلا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعتك واحداً منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحساناً، وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط قوله: (**ولا يجوز بيع المراعي**) ثم فسرها بالكلإ دفعاً لوهم أن يراد مكان الرعي فإنه جائز (**ولا إجارتها، أما البيع فإنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه**) اشتراك إباحة لا ملك، ولأنه لا يحصل به للمشتري فائدة، فإن المقصود من الملك يحصل بلا بيع إذ يتملكه بدونه (**للحديث**) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال: غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثاً فكنت أسمعه يقول «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والنار، والكلإ»[2] ورواه أحمد

وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمراً مجذوذاً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفاً لوعده، وبه نقول لأن الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً بل هبة مبتدأة، ويسمى بيعاً مجازاً لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد، واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده. وفيه بحث من وجهين: الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا» فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر. والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه. والجواب عن الأول أن القران في النظم لا

قوله: (وأي ثوب نبلته): أقول فيه مسامحة لا تخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٣ ومسلم ١٤١٣ والنسائي ٧/ ٢٥٨. ٢٥٩ وأحمد ٢/ ٤٨٧ كلهم من حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، أو يتناجشوا أو يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يبيع على بيع أخيه.
هذا السياق للبخاري، ومسلم وأتم. وزاد مسلم: ولا يسم الرجل على سوم أخيه.
وكرره حـ ٥٤ بلفظ: لا يسم المسلم على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبته.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٥/ ٣٦٤ والبيهقي ٦/ ١٥٠ كلهم عن أبي خِداش عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ.
قال البيهقي: وأبو خداش هو حِبَّانُ بن زيد الشَّرْعَبي اهـ.
وقد قال الحافظ في التقريب: ثقة اهـ.
وبقية رجاله ثقات وله شواهد سيأتي في إحياء الموات مفصلاً إن شاء الله تعالى.
تنبيه: وقع للمصنف: أبي خراش بن حيان بن زيد اهـ وصوابه حبان بن زيد.

(ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: يجوز إذا كان محرزاً، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل

في مسنده وابن أبي شيبة، وأسند ابن أبي عدي في الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر، ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب: يعني إذا أوقد رجل ناراً فلكل أن يصطلي بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه. كذا ذكره القدوري. ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة. وفي الكلإ أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة، غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في أرضه، فإذا منع فلغيره أن يقول إن لي في أرضك حقاً، فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرجه إليه. أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لأنه بذلك ملكه، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه، فأما لو كان سقى الأرض وأعدها للإنبات فنبتت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد، وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلأ بإنباته جاز بيعه، وكذا لو حدّق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت القصب صار ملكاً له، ولا يجوز بيع كمأة في أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء. وقال القدوري: لا يجوز بيع الكلإ في أرضه وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة لأن الشركة فيه ثابتة، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة، والأكثر على الأول، إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطيّ لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة له. ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد أنه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلأ، وكان الفضلي يقول: هو أيضاً كلأ. وفي المغرب: هو كل ما رعته الدوابّ من رطب ويابس وهو واحد الأكلاء **(وأما الإجارة فلأنها)** لو صحت ملك بها الأعيان، وحكمها ليس إلا ملك المنافع. نعم إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استئجار الظئر فيملك بعد إقامة العمل تبعاً، أما ابتداء فلا **(وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز)** مع أنها عقدت على استهلاك عين مملوكة **(فهذا أولى)** لأنها على استهلاك عين غير مملوكة، وهل الإجارة فاسدة أو باطلة؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه، وقيل في لبن الآدمية إنه في حكم المنفعة شرعاً بدليل أن عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه. والحيلة في ذلك أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعي فيحصل مقصودهما قوله: **(ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** وقال محمد: يجوز إذا كان محرزاً، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه منتفع به حقيقة |وشرعاً مقدور التسليم إذا كان محرزاً **(فيجوز بيعه، وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار)** يجوز بيعهما وإن لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه من الهوامّ فلا يجوز بيعه)** كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية، وهذا

يوجب القران في الحكم. وعن الثاني أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور «التمر بالتمر مثلاً بمثل» والمشهور قاض عليه. قال: **(ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر)** سام البائع السلعة: أي عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها.

بيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعاً لها رضي مالكها بذلك أو لم يرض، وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها إلزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه. وبيع إلقاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها، وهذه كانت بيوعاً في الجاهلية فنهى عنها رسول الله ﷺ. وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما، ولأن فيه تعليقاً بالخطر

والحمار. ولهما أنهما من الهوامّ فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج، حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كذا ذكره الكرخي رحمه الله **(ولا يجوز بيع دود القزّ عند أبي حنيفة)** لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القزّ تبعاً له. وعند محمد

وهو أنه في نفسه من الهوام لأنه غير منتفع به (و) إنما **(الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه)** بخلاف الجحش فإنه ينتفع به في ثاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه، فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام، ولذا قال في الجامع الصغير: إن وجد بها عيباً بكم يردها إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها، حتى لو باعه تبعاً لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق. وقال القدوري: إنه حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه، والنحل ليس من حقوق العسل، إلا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف، والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوّارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوّى من طين. وفي التهذيب: كوارة النحل مخففة، وفي المغرب بالكسر من غير تشديد، وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم قوله: **(ولا يجوز بيع دود القزّ عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام. وعند أبي يوسف يجوز**

والتمليكات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أيّ ثوب ألقيت عليه الحجر بيدك فقد بعته، وأيّ ثوب لمسته بيدك فقد بعته، وأيّ ثوب نبذته إليّ فقد اشتريته **(ولا يجوز بيع ثوب من الثوبين لجهالة المبيع، إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحساناً، وقد تقدم الكلام فيه)**. قال: **(ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها)** والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش، كذا روي عن محمد، وقيل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلأ، وإنما فسر المراعي بذلك لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعي، ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز، وهو غير صحيح لأن بيع الأراضي وإجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ أو لم يكن، أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلأنه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث، وهو قوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار» وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه، ومعنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والأنهار المملوكة من الأراضي المملوكة والاحتشاش من الأراضي المملوكة، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه، فإن منع كان لغيره أن يقول له إن لي في أرضك حقاً، فإما أن توصلني إلى حقي أو تحشه فتدفعه إليّ أو تدعني آخذه، كثوب لرجل وقع في دار إنسان هذا إذا نبت ظاهراً، وأما إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي ففيه اختلاف الرواية. وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل أن صاحبها يملكه وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه فجاز بيعه. وذكر القدوري أنه لا يجوز بيعه لأن الشركة في الكلإ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه، وأما عدم جواز الإجارة فلمعنيين: أحدهما وقوع الإجارة في عين غير مملوكة. والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح، فعلى استهلاك عين مباح أولى، وذلك لأن المستحق بعقد الإجارة على الآجر المنافع لا الأعيان إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظؤورة، ولم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة، وذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها. قال: **(ولا يجوز بيع النحل)** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز بيع النحل. وقال محمد: يجوز إذا كان محرزاً: أي مجموعاً وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه، وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً، وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار. ولهما أنه من الهوام وهي المخوفة من الأحناش لا يجوز

قوله: **(لعدم ما يمنع عنه)** أقول: أي عن الإيقاع قوله: **(قيل قوله لا بعينه احتراز الخ)** أقول: القائل هو الإتقاني والخبازي قوله: **(وفيه بعد لخروجهما الخ)** أقول: فيه تأمل فإنه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به. قال المصنف: **(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة)** أقول: لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز، حيث جوز الأول تبعاً دون الثاني قوله: **(وهذه العبارة تشير الخ)** أقول: فيه تأمل.

رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به **(ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يجوز)** لمكان الضرورة. وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز

إذا ظهر فيه القزّ تبعاً له) وأجاز بيع بزر القزّ الذي يكون منه الدود **(وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به)** وأجاز السلم فيه كيلا إذا كان وقته وجعل منتهى الأجل في وقته. وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ، والوجه قول محمد للعادة الضرورية، وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز. وفي الخلاصة في بيعهما قال: الفتوي على قول محمد. ثم لا يخفى أن محمداً ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه، وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه. وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل، وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاً للكوّارة ظاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ، وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القزّ بل يقولان معاً إن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام. وإن كان تبعاً للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لإفراد أبي حنيفة في هذه، وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية[1] والقنافذ والجعل[2] والضب.

ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك. وقال محمد: إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القزّ بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز، وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان. وفي فتاوى الولوالجي: امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلقها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف قوله: **(والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها)** أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها، وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة إنها تجيء فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدور التسليم، وتجويز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ

بيعها. قال في الجامع الصغير: أرأيت إن وجد بها عيباً بكم يردها، وفيه إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله: **(والانتفاع بما يخرج منه)** جواب عن قوله حيوان منتفع به: يعني لا نسلم أنه منتفع به بعينه، بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم في الحال. قيل قوله لا يعنيه احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما، وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه، وإذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعاً به، حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل إذا سوّى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كذا ذكر الكرخي في مختصره. وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر: وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وإن لم يجز إفراده بالبيع كالشرب والطريق. ثم قال: وقد حكي عن الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل، إلا أنه ذكر في جامعه هذا العليل بعينه عن أبي يوسف. قال: **(ولا يجوز بيع دود القزّ وبيضه)** وهو البزر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوامّ وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث

قوله: **(والآبق الذي، إلى قوله: هل يصير)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) العَظَايَةُ: سامٌ أبرص اهـ مصباح.

(٢) الجُعَلُ: بضم الجيم وفتح العين: الجزباء اهـ مصباح.

بيعها لأنه مال مقدور التسليم **(ولا يجوز بيع الآبق)** لنهى النبيّ عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه **(إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده)** لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع، ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، ولو كان لم

كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برّ فإنه يجوز وإن جاز أن لا يعود قوله: **(ولا يجوز بيع الآبق)** الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه، غير أنه إذا أعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم في حجره، بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لأن شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظراً للصغير، فإنه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكر أنه في يده لثبوت التسليم، والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم، فإذا كان ثابتاً حصل المقصود، بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز. وإذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع إن كان حين قبضه أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضاً لأن قبضه هذا قبض أمانة، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن، وإن لم يشهد يصير قابضاً لأن قبضه إذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع، ولو عاد من إباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزاً إذا سلمه؟ فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد، كما إذا باع خمراً فتخللت قبل التسليم أو باع **(طيراً في الهواء)** ثم أخذه لا يعود صحيحاً، وهذا يفيد أن البيع باطل، وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لأن وجود الشرط يجب كونه عند العقد، وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق، ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون إذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع، وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى إذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضي البيع أو تخاصما فإنه لا يعود صحيحاً

منه وهو معدوم في الحال. وجاز عند محمد لكونه منتفعاً به ولمكان الضرورة في بيعه، قيل وعليه الفتوى، وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاً له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة، ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده، وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوّز بيعه بانفراده، فأما إذا كان تبعاً فيجوز، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء، وإنما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمة كذلك. قال: **(ولا يجوز بيع الآبق)** بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله «بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق» ولأنه غير مقدور التسليم، والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون آبقاً في حق المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع المطلق منه، وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لا، إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق، وإن قبضه للرد، فإما أن يشهد على ذلك أو لا، فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى **(وقبض الأمانة لا**

قوله: **(والآبق الذي، إلى قوله: هل يصير)** أقول: فيه تأمل.

يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غضب. ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه؛ ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم، كما إذا أبق بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد رحمه الله. قال: **(ولا بيع**

اتفاقاً، وهذا يقتضي أن البيع فاسد، فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد، فإنك علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً لأن البيع قائم مع الفساد، وارتفاع المبطل لا يرجع لأن البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً، فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم، ووجه الفساد قيام المالية والملك. والوجه عندي أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف، فإنهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وإن كان أخذه ثم أرسله فإنه لا يخرج عن ملكه، وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه؛ فطائفة مع الكرخي يعود جائزاً والبلخيون لا يعود جائزاً، فبالضرورة أن من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم، وقول من قال المحلية كونه مالاً مملوكاً مقدور التسليم، إن عنى محلية البيع الصحيح فنعم وإلا فلا، بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره، فإن كان له فنافذ أو لغيره فموقوف، والنافذ إما صحيح إن كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد وإلا ففاسد. وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى إسحاق بن راهويه: أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال: حدثنا جعفر بن الحرث أبو الأشهب الواسطي قال: حدثني من سمع محمد بن إبراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها، وعن بيع العبد وهو آبق» ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن إبراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه إلى أن قال: «وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة القانص» وشهر مختلف فيه. وقال أبو حاتم: إن محمد بن إبراهيم مجهول، وقيل فيه انقطاع أيضاً[1]، وعلى كل حال فالإجماع على ثبوت

ينوب عن قبض البيع) لأن قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك، أما اللزوم فلأن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه، بخلاف الأمانة. وأما الملك فلأن الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل، بخلاف قبض الهبة، وإن كان الثاني يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وذكر الإمام التمرتاشي أنه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف، وقول المصنف يجب أن يصير قابضاً كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً إلى القاعدة. ولو قال المشتري هو عند فلان بيعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقاً في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم، إذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج إلى عقد جديد؟ ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج إلى عقد جديد لوقوعه باطلاً، فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما إذا باع الطير في الهواء ثم

قوله: **(لدفع ما عسى أن يتوهم)** أقول: هذا التوهم بعيد جداً بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع قوله: **(لأنه مشروب طاهر،**

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢١٩٦ وأحمد ٣/ ٤٢ وأبو يعلى ١٠٩٣ والدارقطني ٣/ ١٥ كلهم من حديث أبي سعيد. وليس عند الدارقطني ذكر العبد الآبق.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٥: قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: فيه محمد بن إبراهيم شيخ مجهول اهـ كلامه في العلل ١١٠٩.

ورواه إسحق من طريق أبي الأشهب حدثني من سمع محمد بن إبراهيم التّيمي عن أبي سعيد مرفوعاً اهـ.

قلت: له علل ثلاث. الأولى: جهالة شيخ أبي الأشهب والثانية: كون محمد بن إبراهيم في هذا الإسناد أيضاً وهو مجهول كما قال أبو حاتم، وكذا قال الحافظ عنه في التقريب. ويقال فيه: التّيمي، ويقال: الباهلي. والثالثة: الانقطاع بينه وبين أبي سعيد.

وقوله: ضربة الغائص معناه أن يقول من يعتاد الغوص في البحر لغيره ما أخرجته في هذه الغوصة فهو لك بكذا من الثمن.

لبن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر. ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفعها فكذا على جزئها. قلنا: الرق قد حل نفعها، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن. قال: **(ولا يجوز بيع شعر**

حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الأمر قوله: **(ولا بيع لبن امرأة في قدح)** هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فإنه لا يكون في قدح إلا بعد انفصاله، أما عين القدحية فليس قيداً بل سائر الأواني سواء، وإنما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد **(وعند الشافعي يجوز لأنه مشروب طاهر)** فيجوز بيعه ونحن نمنع أنه مشروب مطلقاً بل للضرورة حتى إذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه، والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازه إذا عرف أنه دواء عند البرء (و) نقول **(هو جزء من الآدمي مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الأمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز في لبن الأمة لأنه لا يجوز إيراد العقد على كلها فيجوز على جزئها. قلنا)** الجواز يتبع المالية ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلاً للرق **(وهو للحيّ ولا حياة في اللبن)** ولأن العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة. فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالإتلاف. أجيب بمنع ضمان إجزائه مطلقاً بل المضمون ما انتقص من الأصل، حتى لو نبت السن التي قلعت لا ضمان إلا ما يستوفي بالوطء فإنه مضمون وإن لم ينتقص شيئاً تغليظاً لأمر البضع فجعل ما يستوفي بالوطء في حكم النفس، بخلاف من جزّ صوف شاة فإنه يضمن وإن نبت غيره، وبإتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الأصل، ولأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه، ففي إشاعته ببيعه فتح لباب فساد الأنكحة، فإنه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الأنكحة بين المسلمين. وهذا وإن كان يندفع إذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم أن شراءه ليس إلا لمنفعة أخرى كشراء الأمة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها شرعاً لكنهم يجيزون شربه للكبير. هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث إلى محمد بسند متصل قال: سمعت الفقيه أبا جعفر يقول: سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حمّ قال: قال نصير بن يحيى: سمع الحسن بن سيهوب[1] يقول: سمعت محمد بن الحسن يقول: جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها، لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الأموال، لأنه لو كان مالاً لم تجز الإجارة؛ ألا ترى أن رجلاً لو استأجر بقرة على

أخذه وسلمه في المجلس. وعورض بأن الإعتاق يجوز، ولو فات المحل لما جاز، وأجيب بأن الإعتاق إبطال الملك وهو يلائم النوى بالإباق، بخلاف البيع فيه فإنه إثباته، والنوى ينافيه، وروي عن أبي حنيفة أن العقد يتم إذا لم يفسخ، والبائع إن امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لأن العقد قد انعقد لقيام المالية لأن مال المولى لا يزول بالإباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره، والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما إذا أبق العبد بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا. وأما إذا رفعه المشتري إلى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فإنه يحتاج إلى بيع جديد، قال: **(ولا لبن امرأة في قدح)** قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات، وفي القدح يجوز فقال: إنه لا يجوز في

وبيع مثله جائز) أقول: الماء مشروب طاهر، ولا يجوز بيعه قبل الإحراز كالكلإ، فعلم أن مجرد ذلك لا يكفي. قوله: **(وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم الخ)** أقول: قياس من الشكل الثاني قوله: **(لا يرد عليه الرق)** يعني استقلالاً قوله: **(وليست بمال)** أقول: أي متقوم.

---

(١) قوله: (سيهوب) كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجده فحرر اهـ. مصححه.

الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه، ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع، ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف. وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهاراته. ولأبي يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها **(ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها)** لأن الآدمي مكرم لا مبتذل

أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة، فلما جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالاً. هذا وأما المصنف فإنما علل للمنع بأن الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يتبذل بالبيع وسيأتي باقيه قوله: **(ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له)** أورد عليه أنه جعل البيع هنا في لبن المرأة إهانة مانعة من جواز البيع للزوم الإكرام والبيع ينفيه، وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير إعزازاً فبطل للزوم الإهانة شرعاً والبيع إعزازاً، وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة إلى محل إهانة وبالنسبة إلى آخر إكرام. مثلاً: لو أمر السلطان بعض سائسي الدوابّ أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الإكرام له، ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الإهانة له، فالخمر والخنزير في غاية الإهانة شرعاً، فلو جعل مبيعاً مقابلاً ببدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية إكرامه والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً فإيراد العقد عليه وإبداله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له. هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين، فالمعوّل عليه التعليل بالانتفاع والحاجة إليه مع إمكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي **(ثم يجوز الانتفاع به للضرورة)** فإن الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه **(و)** هو **(يوجد مباح الأصل فلا حاجة إلى بيعه)** فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز، وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث: فلو لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة إليه. وقد قيل أيضاً إن الضرورة ليست ثابتة في الجزر به بل يمكن أن يقام بغيره. وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير، فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به. وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لأن ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا، إلا أن يقال: ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجاً مثله ثم **(قال أبو يوسف إنه لو وقع في ماء قليل أفسده، وعنده محمد لا ينجس به لأن حل الانتفاع به دليل طهارته)** والصحيح قول أبي يوسف، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدراهم ينبغي أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم، أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه، فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار قوله: **(ولا يجوز**

قدح. وجوّز الشافعي بيعه لأنه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الألبان، وعقب بقوله طاهراً احترازاً عن الخمر فإنها ليست بطاهرة. ولنا أنه جزء الآدمي لأن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية، وجزء الآدمي ليس لأن الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه. وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً بالإتلاف كبقية أجزاء الآدمي. أجيب بأنا لا نسلم أن الأجزاء تضمن بالإتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن إذا نبتت قوله: **(وهو)** أي الآدمي بجميع أجزائه مكرّم،يجوز أن يكون دليلاً آخره وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال، وما يرد عليه البيع ليس بمكرّم ولا مصون عن الابتذال، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتباراً للجزء بالكل. والجواب أنه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز. وبيانه أن الرقّ حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه، وأما اللبن فلا رق فيه لأن الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق: يعني العتق، وهو أي المحل هو الحي، ومعناه أنهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان، وإذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة، والأول ممنوع، فإنه إذا استغنى عنه حرم شربه. والثاني مسلم لأنه غذاء في تربية الصغار لأجل الضرورة فإنهم لا يتربون إلا بلبن الجنس عادة، ولكن لا يدل ذلك على كونه مالاً كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه. قال: **(ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين)** ونجس العين لا يجوز

فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً وقد قال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الواصلة والمستوصلة» الحديث، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن. قال: **(ولا بيع جلود الميتة قبل أن**

بيع شعر الإنسان) مع قولنا بطهارته **(والانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً)** وفي بيعه إهانة، وكذا في امتهانه بالانتفاع، وقد قال ﷺ فيما ثبت عنه في الصحيحين **(لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة)**[1]، فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء، والمستوصلة المعمول بها بإذنها ورضاها، وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به، ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير، فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة وإلا لمنع القراميل، ولا شك أن الزينة حلال، قال الله تعالى **﴿قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده﴾** [الأعراف ٣٢] فلولا لزوم الإهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضاً، وفي الحديث «لعن الله النامصة والمتنمصة أيضاً»[2] والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترقه، والمتنمصة التي يفعل بها ذلك قوله: **(ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ)** لأنها غير منتفع بها، قال ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب»[3] وتقدم في الصلاة[4] تقريره وتخريجه، ولا خلاف في هذا، فإن قيل:

بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لأن غيره لا يعمل عمله. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه. أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع. وقال أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء، ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لأن الإطلاق للضرورة إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال. وقال محمد: لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه، وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره، قيل: هذا إذا كان منتوفاً، وأما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان، قال: **(ولا يجوز بيع شعور الإنسان الخ)** بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز. وعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالاً بما روي «أن النبيّ ﷺ حين حلق

قوله: **(وقد قال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الواصلة والمستوصلة» الحديث)** أقول: قال الزيلعي: إنما لعنا للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم انتهى، وفيه بحث قوله: **(وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثله في التحقير والتعظيم جائزاً، وليس كذلك إلا أن يقال: لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل، أو يقال: ما ذكرته كلام على السند، ولعل الأولى أن يقال في جواب أصل السؤال إن بعض الأشياء خلق مالكاً فجعله مملوكاً إهانة له لكونه حطا عن درجته، وبعض الأشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكاً رفع له عن مرتبته، ولا بعد في إيجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين؛ ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل قوله: **(فليس ذلك)** أقول: أي ما ذكر من الإهانة والإعزاز قوله: **(من المبيع في شيء)** أقول: لعل المراد أن المبيع ليس موجباً تاماً لهما حتى يرد السؤال.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٣٧ و ٥٩٤٠ و ٥٩٤٢ و ٥٩٤٧ ومسلم ٢١٢٤ وأبو داود ٤١٦٨ والترمذي ٢٧٨٣ وابن ماجه ١٩٨٧ وابن حبان ٥٥١٣ وابن أبي شيبة ٤٨٧/٨ والبغوي ٣١٨٩ من طرق كلهم من حديث نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ لعن الواصلة، المستوصلة، الواشمة، والمستوشمة.

وورد صدره من حديث عائشة. أخرجه البخاري ٥٩٣٤ ومسلم ٢١٢٣ والطيالسي ١٥٦٤ والنسائي ١٤٦/٨ وأحمد ١١١/٦ وابن حبان ٥١٤ والطحاوي في المشكل ٤١/٢ والبيهقي ٤٢٦/٢ كلهم من حديث عائشة.

وورد من حديث إبن مسعود. أخرجه البخاري ٤٨٨٦ و ٤٨٨٧ و ٥٩٤٣ و ٥٩٤٨ ومسلم ٢١٢٥ والترمذي ٢٧٨٢ والنسائي ١٤٦/٨. ١٨٨ والدارمي ٢٧٩/٢ وأحمد ٤٣٣/١ و ٤٣٤ . ٤٤٣ .٤٥٤ . ٤٦٢ . ٤٤٨ وابن حبان ٥٥٠٤ و ٥٥٠٥ والبيهقي ٢٠٨/٧ والبغوي ٣١٩١ والحميدي ٩٧ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود بزيادة: والنامصة، والمتنمصة. وله قصة

(٢) تقدم في رواية ابن مسعود الأخيرة في الحديث المتقدم

(٣) تقدم في كتاب الطهارة.

(٤) صوابه في الطهارة.

تدبغ) لأنه غير منتفع به، قال عليه الصلاة والسلام «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة **(ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ)** لأنها قد طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة **(ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله)** لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل. والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به. قال: **(وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)** لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه

نجاستها ليست إلا يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس. أجيب بأن المنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهي كعين الجلد، فعلى هذا يكون الجلد نجس العين، بخلاف الثوب والدهن والنجس فإن النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه. وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا ليحتاج إلى الجواب عنه، فإنه ما علل المنع إلا بعدم الانتفاع به، وإنما يرد على من علل بالنجاسة. ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلاً، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا. وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعاً، والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعاً على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة **(ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها)** وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة قوله: **(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد)** فيكون حكمه حكمه، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به، قيل وروي «أن النبي ﷺ اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير،

رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتركبون به» ولو كان نجساً لما فعله، إذ النجس لا يتبرك به. وجه الظاهر أن الآدمي مكرم غير مبتذل، وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلاً مهاناً وفي البيع والانتفاع ذلك، ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة» والواصلة من تصل الشعر، والمستوصلة من يفعل بها ذلك. فإن قيل: جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير إعزازاً فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي إهانة له البيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجباً، لأمرين متنافيين. وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع، فإن كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره إعزاز له فلا يجوز لإفضائه إلى إعزاز ما حقرة الشرع، وإن كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك إهانة له فلا يجوز لإفضائه إلى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء، وإنما هو من وصف المحل شرعاً، ثم إن عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لأن شعر غير الإنسان لا ينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى، ولأن في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة. وقال الشافعي: نجس لحرمة الانتفاع به، وهو محجوج بالضرورة، ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر لزيد في قرون النساء: أي في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل، ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع بها لنجاستها، قال ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» وهو اسم لغير المدبوغ، كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة، فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس. أجيب بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد، بخلاف نجاسة الثوب. فإن قيل: قوله ﷺ **(لا تنتفعوا)** وهو يقتضي المشروعية فمن أين اللاجواز؟ فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو يفيده، طالع التقرير تطلع عليه **(ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت به)** لأن تأثيره في إزالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ. ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها

قوله: **(فالجواب أنه نهى الخ)** أقول: فيه بحث.

حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب. قال: **(وبيع الطريق وهبته**

ومنهم من حكى إجماع العلماء على جواز بيعه. وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره: أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون به ويدهنون فيها لا يرون بأساً. وقال ابن سيرين وإبراهيم: لا بأس بتجارة العاج. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد. وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه، وهو المختار لأنه مما ينتفع به في بعض الأشياء قوله : **(وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)** لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي **(وحق التعلي ليس بمال لأن المال عين يمكن إحرازها)** وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء ما لا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما. وقول المصنف: **(والمال هو المحل للبيع)** تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال **(بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات)** فيما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض، أما إذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ. والصحيح أنه لا يجوز مفرداً كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته، وجوّزه مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكافي ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه، والقياس يترك بالتعامل كما جوّز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل **(ولأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب)** فإنه قال فيه: ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن. وقيل لو باع أرضاً بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب، وأما ضمانة بالإتلاف وهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي، وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن، وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه، ولا يضمن قبل الجمع، وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف. وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانة بالإتلاف على ما إذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال: لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة، لأنه لو ضمن بغيرها فإما

وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة، وقد تقدم في كتاب الصلاة **(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد)** اعتباراً به في حرمة اللحم وغيرها. قال لا تقع عليه الزكاة، وإذا دبغ جلده لم يطهر. وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لأنه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك، فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع. قالوا: بيع عظمه إنما يجوز إذا لم تكن عليه دسومة، وأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه. قال: **(وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لعدم إمكان إحرازه والمال هو المحل للبيع)** فإن قيل: الشرب حق الأرض ولهذا قال في كتاب الشرب: إذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز. أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء لوجوب الضمان بالإتلاف، فإن من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن، ولأن له حظاً من الثمن ذكره في كتاب الشرب. قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لأنهما اختلفا في ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب، وإنما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال، بخلاف بيعه معها لزوالها باعتبار التبعية. قال: **(وبيع الطريق وهبته جائزة)** بيع رقبة الطريق وهبته

قال المصنف: **(لأنه حظ من الماء)** أقول: فإن قيل: سلمنا أنه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع، وإن وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفرداً. قلت: لا حاجة إلى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه. أما قوله والماء ليس بملك. قلنا: إذا وجد في أرضه وأتلفه إلى آخر يضمن علم أنه يملكه، كذا في شرح شاهان، إلا أنه مخالف لما ذكروه في شرح قول المصنف: ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتأمل، وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن إذا سقى من شرب غيره.

جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسيل. فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان. ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين

بالسقي أو يمنع حق الشرب، لا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد، وأما أنه حظ من الماء فهو عين شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لو كان عيناً ينبغي أن لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء، وأجيب بأنه إنما جوّز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجموع المقدار فلا يجوز بيعه، وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفرداً، قالوا: وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه، والضرورة في بيع الشرب مفرداً على العموم منتفية بل إن تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس.

[فرع] باع العلو قبل سقوطه جاز، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض قوله: **(وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل)** قال المصنف: **(المسئلة تحتمل وجهين)** أن يكون المراد **(بيع رقبة الطريق والمسيل، و)** أن يكون المراد **(بيع حق المرور)** الذي هو التطرق **(والتسييل، فإن كان الأول)** وهو بيع رقبة الطريق والمسيل: أي مع اعتبار حق التسييل **(فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً)** فإن بينه فلا إشكال في حق نفسه، وإن لم يبينه جاز أيضاً، وهو المراد بالمسئلة هاهنا فإنه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة **(أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء)** ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل، أما لو بين حدّ ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده. **(وإن كان)** المراد **(الثاني)** وهو مجرد حق المرور والتسييل **(ففي بيع حق المرور)** مجرداً **(روايتان)** على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي لجهالته، وعلى رواية كتاب القسمة يجوز، فإنه قال: دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فإنه لا حق له في غير الطريق، فإذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرءوس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى. فقد جعل لصاحب حق المرور قسطاً من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ، واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز **(فوجه الفرق على إحداهما)** أي وجه الفرق **(بين حق المرور وحق التسييل)** على الرواية المجيزة لبيع حق المرور **(أن**

جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه إن بين ذلك وهو ظاهر، وإلا قدّر بعرض باب الدار العظمى، وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع. وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته إذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء، والقيد الأول لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها. ذكره شمس الأئمة السرخسي. والثاني لإخراج بيعه من حيث هو مسيل إذا بين حدوده وموضعه فإنه جائز أيضاً. ذكره قاضيخان، وهذا أحد محتملي المسئلة، وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الأرض جائز في رواية ابن سماعة، وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن حيث قال: دار بين رجلين آخر ليس له منعهما من القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن حيث قال: دار بين رجلين فيها طريق لرجل فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لأنه لا حق له في غير الطريق، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد، وقسمة الطريق تكون على عدد الرءوس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في

حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان. قال: **(ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما)** بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير

حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما التسييل) فإن كان على السطح **(فهو نظير حق التعلي)** لا يجوز باتفاق الروايات ومرّوجه فساده وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء، وفي هذا نظر، فإن ذلك إذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فإنما يكون نظير ما إذا باع حق التسييل على سطح وإن كان على الأرض، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمرّه على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت الحاجة إلى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية، وإنما احتيج إلى الفرق لأنه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بمال فيرد عليه أن حق المرور كذلك، وقد جاز بيعه في رواية، وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين، وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين، أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال، وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبه المنافع، بخلاف الأرض فليس بذاك لأن البيع كما يرد على ما يبقى من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبه المنافع، ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور قوله: **(ومن اشترى إلى آخره)** إذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع، وهذه وأمثالها تبتني على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسماها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرهما ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ، وحيئنذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى، ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد، فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما، وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً، وإن كان قليلاً اعتبرت الإشارة فينعقد البيع لوروده

الانتفاع، فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع، وفي رواية الزيادات: لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالإنفراد لا يجوز، وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز، وهذا محتملهما الآخر. وإذا عرف هذا، فإن كان المراد المحتمل الأول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفاً، وإن كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج إلى الفرق لشمول عدم الجواز، وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم إما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق، وأما المسيل فإما أن يكون على السطح أو على الأرض، والأول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلقاً به مع كونه مجهولاً لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته، والثاني مجهول فعاد إلى الفرق في المحتمل الأول، وهذه الرواية: أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلجىء إلى الفرق بينه وبين التعلي، والفرق بينهما ما ذكره بقوله إن حق التعلي تعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها، أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان والبيع يرد عليها، فظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التي هي أموال أو حق يتعلق بها، وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلاً حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه. قال: **(ومن باع جارية فإذا هو غلام)**

اعلم أن الذكر والأنثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما، وقد يكونان جنساً واحداً لقلته، فالغلام والجارية جنسان لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، والكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل والذكر

والفرق ينبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خبّاز فإذا هو كاتب، وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس

على مبيع قائم إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار. وقول المصنف: **(والفرق ينبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد)** لا يريد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه، وإنما ذكره محمد في خلافيته في المهر مستدلاً به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدنّ من الخل فإذا هو خمر في الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم وإن كان متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد ألحقا بمختلفيهما، بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم غير الآدمي فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار. ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرهما، فحكم بجواز البيع. وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهما، فألحقا بالجنسين، فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة، والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش، بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقيه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً، فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي، وهذا قول المصنف **(وهو المعتبر في هذا دون الأصل)** يعني المعتبر في أنهما جنسان أو حبس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل: يعني الذاتي، ولذا قالوا **(الخل مع الدبس جنسان)** مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما **(والوذاري والزندنيجي)** كذلك، والوذاري بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة: نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند، والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنة بفتح الزاي والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس **(مع اتحاد أصلهما)** هكذا ذكره المصنف عن المشايخ. وما ذكر لأبي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخمر جنساً واحداً، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك. ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير، كما إذا باع[1] عبداً على أنه خبّاز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أو لا في ثبوت الخيار، كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشتري، فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضاً له الآن، وكأن مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبداً على أنه كافراً فإذا هو مسلم لا خيار له، لأنه خير مما

والأنثى في ذلك سواء، فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل كالخل والدبس فإنهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت. والوذاري بكسر الواو وفتحها: ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند، والزندنيجي ثوب منسوب إلى زندنة: قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير. وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر بتسمية، فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسى ويبطل بانعدامه، وإذا قال بعتك هذه الجارية فإذا هي غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي أبلغ في التعريف من الإشارة، فإن التسمية لبيان الماهية يعني موصوفاً بصفة، والإشارة لتعريف الذات يعني مجرداً عن بيان صفة، والأبلغ في التعريف أقوى، وإن كان مما يكونان جنساً واحداً فالعقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده لأن العبرة إذ ذاك للإشارة للتسمية لأن ما سمى وجد في المشار إليه فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه، وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليم محمد رحمه الله: إذا باع كبشاً

---

(١) قوله (كما إذا باع الخ) كذا في النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اهـ. ومصححه.

جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما. قال: **(ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو**

عين. وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافراً من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف قوله: **(ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن)** بمثل الثمن أو أكثر جاز، وإن باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا، وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه، ولو اشترى ولده أو والدة أو زوجته فكذلك عنده. وعندهما يجوز لتباين الأملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر. ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول جاز عنده خلافاً لهما، لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكماً فكان كما لو اشترى لنفسه فمات فورثه البائع. وعندهما عقد الوكيل كعقدة. ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم، وعن أبي يوسف لا يجوز، ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب بلا شبهة، وبه تختلف المسببات، وبقولنا قال مالك وأحمد. وقيد بقوله قبل نقد الثمن لأن ما بعده يجوز بالإجماع بأقل من الثمن، وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن وقال الشافعي رحمه الله: **(يجوز)** كيفما كان، كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الأول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لأنه هو المطلق في الأصول التي عينها، وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل، لأنه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحساناً خلافاً لزفر، وقياسه على العرض بجامع أنه خلاف جنسه فإن الذهب جنس آخر بالنسبة إلى الدراهم. وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث

فإذا هو نعجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب، فإنه إذا خرج عن كونه معرفاً جعل للترغيب حذراً عن الإلغاء فصار كمن اشترى عبداً على أنه خبّاز فإذا هو كاتب فهو بالخيار. وقد يشير كلام المصنف إلى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص، لأن الظاهر أن صفة الخبز لا تربو على الكتابة. وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك. وقال فخر الإسلام وأخوه صدر الإسلام والصدر الشهيد: إن الموجود إن كان أنقص من المشروط الفائت كان له الخيار، إن كان زائداً فهو للمشتري. ونص الكرخي على ذلك في مختصره، ولكل واحد منهما وجه. أما الأول فلأن المشتري قد يكون محتاجاً إلى خبّاز فبإلزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا. وأما الثاني فلما تقدم أن المشتري إذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير، وإن وجد أحد عشر فهو له بلا خيار. قال: **(ومن اشترى جارية بألف درهم)** من اشترى شيئاً بألف درهم **(حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن)** فالبيع الثاني فاسد خلافاً للشافعي. هو يقول: الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه، وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة على الثمن الأول أو بالعرض وقيمته أقل من الألف. وحاصل ذلك أن شراء ما باع لا يخلو من أوجه: إما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر. والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً: أعني سواء اشترى بالثمن الأول أو بأنقص أو بأكثر أو بالعرض. والأول إما أن يكون بأقل أو بغيره، والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق. والأول هو المختلف فيه. فالشافعي رحمه الله جوّزه قياساً على الأقسام الباقية، وبما إذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضاً بالاتفاق، ونحن لم نجوّزه بالأثر والمعقول. أما الأثر فما قال محمد: حدثنا أبو حنيفة يرفعه إلى عائشة رضي الله عنها: أن امرأة سألتها فقالت: إني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الأجل، فقالت عائشة رضي الله عنها: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، فأتاها

قال المصنف: **(والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما)** أقول: الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة: ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند، والزندنيجي: ثوب منسوب إلى زندنة قرية ببخارى، كذا في المغرب. قوله: **(والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً)** أقول: إلا من وارثه، نص عليه الإتقاني وغيره قوله: **(فقالت عائشة: بئسما شريت)** أقول: أي بعت فإن الشراء من الأضداد.

نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو

كونهما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً والزم أن اعتبارهما جنساً واحداً يوجب التفاضل بينهما احتياطاً. والجواب أنه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر إجماع **(ولنا قول عائشة)** إلى آخر ما نقله المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيداً بعد أن اشترت منه وحصل له الربح، لأن شريت معناه بعت، قال تعالى ﴿**وشروه بثمن بخس**﴾ أي باعوه، وهو رواية أبي حنيفة، فإنه روى في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي السفر أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة، فقالت: أبلغيه عني أن الله أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. ففي هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل الربح له، ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه. روى الإمام أحمد بن حنبل: حدثنا محمد بن جعفر، حدثنا شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني بعت من زيد غلاماً بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقداً، فقالت: أبلغي زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بئس ما اشتريت وبئس ما شريت[1]. وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة. وقال ابن عبد الهادي في التنقيح: هذا إسناد جيد وإن كان

زيد بن أرقم معتذراً، فتلت عليه قوله تعالى ﴿**فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف**﴾ ووجه الاستدلال أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ، وأجزية الأفعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً، وأن زيداً اعتذر إليها وهو دليل على كونه مسموعاً لأن في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه. وفيه بحث لجواز أن يقال: إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو أجل مجهول. والجواب أنه ثبت من مذهبها جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب عليّ رضي الله عنه فلا يكون كذلك، ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت: بئس ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى، فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به إلى الثاني. فإن قيل: القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه. أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض. فإن قيل: الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فإنه جائز مع وجود الوعيد. أجيب بأن الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً. وأما الثاني فهو ما قال إن الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض، فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل

قال المصنف: **(إن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله تعالى عليه وسلم)** أقول: هذا على سبيل التوبيخ والتهديد. قوله: **(فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقاً به)** أقول: قوله فلا يكون: أي الوعيد قوله لذلك: أي لكون البيع إلى العطاء، قوله تطرقاً به: أي بالبيع إلى العطاء قوله: **(دليل على أنه الربا لا لعدم القبض)** أقول: فيه بحث.

---

(١) موقوف حسن أخرجه الدارقطني ٣/ ٥٢ والبيهقي ٥/ ٣٣٠ وأحمد في مسنده كما في نصب الراية ٤/ ١٦ وكذا عبد الرزاق من طرق كثيرة عن أبي إسحق السبيعي عن العالية عن عائشة به.

وجاء في نصب الراية ٤/ ١٦ ما ملخصه: العالية هذه وكذا أم محبة صاحبة القصة. مجهولتان لا يحتج بهما. وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح: هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة. وكذلك قول الدارقطني عن العالية: مجهولة لا يحتج بها. فيه نظر فقد خالفه غيره، ولولا أن عند أم المؤمنين عائشة علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد اهـ.

وقال ابن الجوزي في التحقيق: العالية معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال: العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحق السبيعي سمعت من عائشة اهـ الزيلعي. انظر كلام ابن سعد في ٨/ ٣٥٧ الطبقات وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: العالية معروفة وذهب إلى حديثهما الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، وأصحابه، ومالك، وابن حنبل، والحسن بن صالح. وروي عن الشعبي، والحكم، وحماد فمنعوا ذلك. كذا في الاستذكار اهـ.

قلت: والاستذكار لابن عبد البر. فالخبر عليه الجمهور وهو موقوف حسن لكن له حكم الرفع وقواه عمل الفقهاء به.

بالزيادة أو بالعرض. ولنا قول عائشة رضي الله عنها: تلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة: بئسما

الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة. وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر، فقد خالفه غير واحد، لولا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره: هذا مما لا يدرك بالرأي. والمراد بالعالية امرأة أبي إسحاق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة. قال ابن الجوزي: قالوا: إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها. قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال: العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة.
وقولها بئس ما شريت: أي بعت، قال تعالى ﴿وشروه بثمن بخس﴾ [يوسف ٢٠] أي باعوه، وإنما ذمّت العقد الأول لأنه وسيلة وذمت الثاني لأن مقصود الفساد. وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألتها امرأة فقالت: كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة: إلى قولها إلا أن تتوب، وزاد: فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾[1] [البقرة ٢٧٥]. لا يقال: إن قول عائشة وردها لجهالة الأجل وهو البيع إلى العطاء، فإن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء. ذكره في الأسرار وغيره. والذي عقل من معنى النهي أنه استربح ما ليس في ضمانه. ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن[2]، وهذا لأن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض، فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه، وهذا لا يوجد فيما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل إلحاق الشافعي بذلك، بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً، وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لأن الملك لم يعد إليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن، بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه، حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين، ولذلك إذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لأن الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس، لأن الفضل إنما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الأول لظهوره بلا تقويم، وقد أورد عليه تجويز كون إنكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع إذ القبض لم يذكر في الحديث. قلنا: لا يصح هذا لأنها ذمته لأجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا. ولا يخفى ضعف هذا الجواب لأن تلاوة الآية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جواباً لقول المرأة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل، كان هذا مع التوبة، فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وإن كان سوقها في القرآن في الربا[3]. وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن

خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما إذا باعه من غيره لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لأنه لم يعد إليه المستفاد من جهته لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، وبخلاف ما إذا اشترى بأكثر فإن الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه، وبخلاف ما إذا باع بالعروض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة، وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول لأن النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري، وبخلاف ما إذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الأول قياساً، وهو قول زفر لأن ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير، وفي الاستحسان لا يجوز لأنهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح.

---

(١) تقدم في الذي قبله مستوفياً وهو موقوف حسن.
(٢) هو بعض حديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهما سيأتي في ص ٤٤٢.
(٣) مراده ما تلته عائشة وهو قوله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ وهذه الآية من سورة البقرة. جاءت عقب النهي عن الربا.

شربت واشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصّة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض، بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة. قال: **(ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع**

بيع الولد الكائن مع أمه مفرداً لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي. أجيب بأن النهي إذا كان لأمر يرجع إلى نفس البيع أوجبه، وإن كان لأمر خارج لا، والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع، حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء، وهنا هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقته قوله: **(ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع)** بخمسمائة **(قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى)** وهذا فرع المسئلة السابقة. وهي أن شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز **(و)** وجهه **(أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى)** والتي باعها **(بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها)** وهي التي ضمت إليها. وأورد عليه أن علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان إصابة حصتها إياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة، لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلاً منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، لكن ذكروا أنه أيضاً فاسد. أجيب بأن الفساد في هذا لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز، وليس البعض في الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز، بخلاف الأكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف، وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجاريتين؛ وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم. والحق أن

قال: **(ومن اشترى جارية بخمسمائة)** هذه من فروع المسئلة المتقدمة لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع، وبيانه ما قال لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً لأخرى بأقل مما باع، وقد تقدم فساده ونوقض بما إذا باعهما بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد. ذكرها في جامعهما العلمان في الإتقان شمس الأئمة وفخر الإسلام، ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الأصل المذكور. وأجيب بأن الفساد لتعذر جهات الجواز. وبيانه أنا لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفاً جاز، وإن جعلنا ألفاً وحبة جاز وهلم جرا، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز. وليس البعض أولى، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز. فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مربحة عليها ترجيحاً بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف. والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه، والترجيح هنا للمفسد ترجيح للمحرم، ولا يسري الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمور: إما لأنه مجتهد فيه بخلاف

قوله: **(وبيانه أنا لو جعلنا بإزاء ما باعها)** أقول: أنث الضمير الراجع إلى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية قوله: **(والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه)** أقول: فيه بحث. ثم اعلم أن الضمير الأول في قوله تقتضيه راجع إلى الجواز، والضمير الثاني في تقتضيه راجع إلى الفساد قوله: **(وفيه نظر، أما أولاً فلأن كونه مجتهداً فيه الخ)** أقول: يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهداً فيه أنه محل للاجتهاد قابل له، وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك، فإنه لو لم يكن محلاً للاجتهاد لم يخالف الشافعي به فليتدبر قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ أقول: وأجيب بأن السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط ولم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السراية، بخلاف ما نحن فيه. وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجعه قوله: **(لأن شمس الأئمة قد قال: البيع في المدبر)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ قوله: **(والثاني المقاصة)** أقول: معطوف على قوله أحدهما أنه قابل للثمن.

قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا، أو لأنه طارىء لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها. قال: **(ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل**

بينهما فرقا، فإن هناك الموجبات متحققة وهنا المجوّز موقوف على الاعتبار، فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة، فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له، ومع ذلك لم يعمل المجوّز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل. وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل إلى وجه ذكر أنه الوجه، وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الأولى من الألف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد، وليس هذا من المذهب في شيء، بل إذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحاً كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتباراً لتصحيح تصرف المسلم. ولا إشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارناً، فدفعه المصنف بوجوه: أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للأخرى كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبّر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد. واستشكل بما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروي فإنه باطل في الكل عنده، وعندهما يصح في المروي؛ كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل، وعندهما يصح في حصة الزيت مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإن إسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي، ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالإجماع عليه إلى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما، وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطاً لقبول في المروي، فيفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس، وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع. ثانيها أن الفساد في الأولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمونة، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت إلى المشتراة أوّلاً كان اعتباراً لشبهة الشبهة، وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري، وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفا بخمسمائة. ثالثها أن الفساد في الأول طارىء غير مقارن. وله وجهان: أحدهما أنهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فإنه

الشافعي المتقدم وفيه نظر؛ أما أولا فلأن كونه مجتهداً فيه إن كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإنه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عن الشافعي، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهي في المروي؛ وإما لأن الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة، وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسئلة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، وإما لأن الفساد طارىء لوجهين: أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة، إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول. لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع، ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى إلى الأخرى. ولا يشكل بما إذا جمع بين عبد ومدبّر وباعهما صفقة واحدة فإن المفسد مقارن لأن قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر، والعقد جائز في العبد لأن شمس الأئمة قد قال البيع في المدبّر غير فاسد، ولهذا لو أجاز

ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه. قال: **(ومن اشترى سمنا في زق فردّ الظرف وهو عشرة أرطال)** فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان أو

قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة، ولكن بعد ذلك ينقطع الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه. وهذا فساد طرأ الآن لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى إلى الأخرى والآخر بسبب المقاصة، فإن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الأول فضل بلا عوض، وذلك لأن البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارىء فلا يظهر في الأخرى؛ كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحقا في ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا ما نحن فيه، وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو أنه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرطاً لقبوله في الآخر. قلنا: قبول العقد فيه ليس شرطاً فاسداً: ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنسه كان صحيحاً، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه، وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد الثاني. وفي المبسوط: لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الأجنبي في نصفه. ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل، إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل، وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لا على ضمانه قوله: **(ومن اشترى زيتاً في ظرف)** صورتها في الجامع: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً قال هذا فاسد، وإن كان قال على أن تطرح عني وزن الظرف فهو جائز، لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن، بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فإن البيع حينئذ فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين، لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري، وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء الثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع، والمسئلة بعدها فرع عليها.

وهو ما في الجامع: رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزقّ كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلاً والزق هذا وزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة **(لأن هذا)** الاختلاف **(إن اعتبر اختلافاً راجعاً إلى تعيين الزقّ المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان)**

القاضي بيعه جاز، ولكنه غير نافذ لحق المدبّر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى إلى الآخر. والثاني المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصّا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصّة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرده فلا يسري إلى غيرها. قال: **(ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه الخ)** اشترى زيتاً على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، فإنه شرط ما لا يقتضيه العقد، فإن مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه، وإن اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقاً لمقتضاه. قال: **(ومن اشترى سمناً في زقّ الخ)** ومن اشترى سمناً في زق وردّ الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري، لأن هذا الاختلاف إما أن يعتبر في تعيين الزق المقبوض أو في مقدار السمن، فإن كان الأول

قال المصنف: **(ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف)** أقول: ذكره استطرادي، فإنه ليس من مسائل البيع الفاسد.

أميناً، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة. قال: **(وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمراً أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا لا يجوز: على المسلم)** وعلى هذا الخلاف الخنزير، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده. لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه

كالغاصب **(أو أميناً)** كالمودع، ولأن البائع يدعي عليه زقاً آخر والمشتري ينكر الزيادة، وإن اختلفا في قدر السمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن **(فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة)** واستشكل بمسئلتين: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر ويرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف. والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف، وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافاً في الثمن. أجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد، فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة. وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أو لا يوجب التحالف قوله: **(وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** حتى يدخل الخمر أو الخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء، وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير. وصورته أن يكون كافراً فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلها وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافراً ببيعها فعليه أن يتصدق بثمنها لتمكن الخبث فيه، قال ﷺ «إن الذي حرّمها حرّم بيعها وأكل ثمنها»[1] وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى: لا يصح هذا التوكيل. وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل، ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعيه ما جعلوه مانعاً فيبقى الجواز على الأصل. لهم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه، وهذا معنى قول المصنف **(الموكل لا يليه فغيره لا يوليه)** بنصب غيره لأنه مفعول مقدم ليوليه، كما أنه لما لم يملك تزوّج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه إياها **(ولأن ما يثبت للوكيل)** من الملك **(ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر)** الشراء أو البيع **(بنفسه فلا يجوز. ولأبي حنيفة أن الوكيل)** في البيع **(يتصرف بأهلية نفسه)** لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعاً فلا مانع شرعاً من توكله، والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت

فالمشتري قابض **(والقول قول القابض ضميناً)** كان كالغاصب **(أو أميناً)** كالمودع، وإن كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن **(فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة)** والقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل: الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول إلى الحلف؟ أجيب بأنه يوجبه إذا كان قصداً وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق. والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقداً آخر، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجبه. قال: **(وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة خلافاً لهما)** وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالاً ببيع صيده على هذا الخلاف قالا: الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسياً بتزويج مجوسية، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه، ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به. وقال أبو حنيفة: المعتبر في هذا الباب أهليتان: أهلية الوكيل وأهلية الموكل، فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك، والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكماً للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم؛ ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إرثاً إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير. لا يقال: الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأنى يتشابهان، لأن ثبوت الحكم: أعني

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٧٩ والدارمي ٢/١١٤ وأبو يعلى ٢٤٦٨، ٢٥٩٠ والدارقطني ٣/٧ والبيهقي ٦/١٢ وأحمد ١/٢٤٤، ٣٢٣، ٣٢٤ ٢١٣٠ كلهم من حديث ابن عباس «أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية فقال له رسول الله ﷺ: هل علمت أن الله قد حرّمها قال: لا. فسارّ إنساناً فقال له رسول الله ﷺ: بم ساررته؟ فقال: أمرته ببيعها فقال: إن الذي حرّم شُرْبَها حَرّم بيعها قال: ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها».

غيره، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز: ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما، ثم إن كان خمراً يخللها وإن كان خنزيراً يسيبه. قال: **(ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبّره أو يكتبه أو أمة على أن**

الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل: منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه. ومنها أن القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي ويملك توكيله به، وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به، والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة، ويجوز من وصيه بعد موته. وكذا لا تبيع الأم عرض الولد ووصيها ببيعه إذا لم يكن من ميراثها. فإن قيل: إن قلت إن تملك المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه، وهنا كذلك إذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه إذ لا وجود له في الشرع. قلنا: نختار الثاني ونمنع أن التوكيل سبب للملك بل الشراء، وإنما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سبباً له بل شرط، وإنما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسبباً عنها إذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يحللها بقي تصرّفاً غير معقب لفائدته، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع. وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة قوله: **(ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبّره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط قد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط)** قال الطبراني في معجمه الوسط: حدثنا عبد الله بن أيوب المقري، حدثنا محمد بن سليمان الذهلي، حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط شرطاً فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة؟ فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا. حدثني عمرو بن

الملك للموكل بعد تحقق العلة: أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كما في الموت؛ ألا ترى أن المأذون له النصراني إذا اشترى خمراً يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق، وإذا ثبتت الأهليتان لم يمتنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لا سالب، ثم الموكل به إن كان خمراً خللها، وإن كان خنزيراً سيبه، لكن قالوا: هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة، وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت الملك للوكيل الأول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه، وبالذمي إذا أوصى لمسلم وقد تركهما فإن الوصي يوكل ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه. والقياس على تزويج المجوسي مدفوع، فإن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل والوكيل سفير لا غير. قال: **(ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري)** شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلاً جامعاً لفروع أصحابنا. وتقريره أن الشرط ينقسم أوّلاً إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع، وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك، وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفاً وإلى ما ليس كذلك، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه. ففي القسم الأول جاز البيع والشرط يزيده وكادة. لا يقال: نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق. وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط

قال المصنف: **(كما إذا ورثهما)** أقول: وصورة إرثهما بأن كانا لذمي فأسلم فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث قوله: **(لا يقال إلى قوله: لأن ثبوت الحكم)** أقول: لأن ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال لوراثة الخ.

يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبيّ ﷺ عن بيع وشرط. ثم جملة المذهب فيه أن يقال: كل

شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أمرني النبي ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا. حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال: «بعت من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز. وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث. ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه[1] وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها. فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه، واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة، فإن النبي ﷺ ما ردّ في حديثها إلا الولاء، وذكر الأقطع أنها رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: «جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: إني عرضت عليه ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله ﷺ فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة»[2] الحديث. وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع، وفيه إبطال قول من منع بيعه. وقال: إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو: إن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، وذلك لأنه ﷺ قال: «إنما الولاء لمن أعتق»[3] وردّ اشتراطهم الولاء لأنفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها، هذا لا خلاف فيه. ولو قال قائل: إن الشرط إذا كان أمراً لا يحل شرعاً مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقته بطل

التشريك كذلك، لأن الثابت بالعرف قاضٍ على القياس. لا يقال: فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاضٍ عليه، لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً، والعرف قاضٍ عليه، وفيما إذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض، لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا. لا يقال: لا تطلق الزيادة إلا على المجانس

قوله: **(لأنه في الحقيقة الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام قوله: **(لأنه معلول الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال فساد البيع قوله: **(بجامع كونه شرطاً)** أقول: مفضياً إلى الزيادة العارية عن العوض، وفيه بحث.

---

(١) ضعيف. رواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ٨٤ والحاكم في علوم الحديث كما في نصب الراية ٤/ ١٨ وابن حزم في المحلّى، والخطابي في معالم السنن كما في تلخيص الحبير ٣/ ١٣ كلهم من طريق أبي حنيفة.

قال الهيثمي: حديث عمرو بن شعيب في إسناده مقال اهـ وقال الزيلعي: سكت عنه عبد الحق وقال ابن القطان: فيه ضعف وعلّته ضعف أبي حنيفة في الحديث.

وقال ابن حجر في التلخيص: بيّض له الرافعي، واستغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلّى ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي اهـ

ومما قاله الزيلعي نقلاً على ابن الجوزي في التحقيق: حيث استدل على صحة البيع بشرط العتق بحديث بريرة. فإن عائشة اشترتها بشرط العتق فأجاز النبي ﷺ ذلك وصحح البيع والشرط وإنما بين فيه بطلان الولاء لغير المعتق ولم يذكر بطلان شرط العتق وأقرّه صاحب التنقيح عليه اهـ فالحديث واهٍ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٥، ٢٥٦٣، ٢٥٦١، ٢٧١٧ ومسلم ١٥٠٤ وأبو داود ٣٩٢٩، ٢٢٣٣، ٣٩٣٠ والترمذي ١١٥٤ والنسائي ٦/ ١٦٤، ١٦٥ وابن ماجه ٢٥٢١ والبيهقي ١٠/ ٢٩٩ وأحمد ٦/ ٢١٣ ٨١، ٨٢، ٢٧٢ ومالك ٢/ ٧٨٠، ٧٨١ كلهم من حديث عائشة.

(٣) هو بعض المتقدم.

شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من

هو دون البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر إذا كان خارجاً عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة. وأما الحنيفة فإنما لم يخصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح، والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعاً. وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخة بما فيه النهي. وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد، كذا قاله الشافعي رحمه الله، ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام. فإن قلت: كيف قال الشافعي بإفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جدّه[1] من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث؟ قلت: ذلك إذا لم يصرح فيه بجدّ أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه به أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ «لا يحلّ سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[2] ولهذا قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وروي هذا أيضاً من حديث حكيم ابن حزام في موطإ مالك بلاغاً[3]. وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع: عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وبيع ما ليس عندك، وربح ما لم يضمن»[4].

للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوّض عنه بشيء فكان ربا، ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدي وتمام العقد بالمعقود عليه، حتى لو زعم أنه حرّ كان البيع باطلاً فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين، وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل، كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة، فكان الشرط لغواً وهو ظاهر المذهب. وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به، نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد

قوله: **(لأنه مال)** أقول: جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ. وقوله مال: أي في حكم المال.

---

(١) هن المتقدم قبل حديثين.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٤ والترمذي ١٢٣٤ والنسائي ٧/ ٢٨٨، ٢٩٥ وابن ماجه ٢١٨٨ والدارمي ٢/ ٢٥٣ والدارقطني ٣/ ٧٥ وابن الجارود ٦٠١ والطحاوي ٢/ ٢٢٢ والحاكم ٢/ ١٧ والطيالسي ٢٢٥٧ وأحمد ٢/ ١٧٤، ١٧٩، ٢٠٥ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وهذا إسناد حسن وقد توبع عمرو بن شعيب فقد أخرجه أبو داود ٣٦٤٦ والدارمي ١/ ١٢٥ والحاكم ١/ ١٠٥، ١٠٦ وأحمد ٢/ ١٦٣، ١٩٢ وابن حبان ٤٣٢١ وعبد الرزاق ٥٧٣٥ والبيهقي ١٠/ ٣٢٤ كلهم عن عبد الله بن عمرو بن العاص بنحوه مع تغيّر يسير وإسناده جيد جاء من طريقين فرواية عبد الرزاق وابن حبان من طريق عطاء الخراساني عن ابن عمرو. وعطاء هذا غير قوي لكن رواية أبي داود، وأحمد، والدارمي، والحاكم وغيرهم من طريق يوسف بن ماهك عن ابن عمرو، وهذا إسناد جيد فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح، وقد صححه الترمذي والحاكم، ووافقه الذهبي. وهو كما قالوا. يوسف بن ماهك ثقة مشهور.

(٣) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ٨٥ من حديث حكيم بن حزام. ورواه مالك بلاغاً كما في نصب الراية ٤/ ١٩ قال الهيثمي: في إسناده العلاء بن خالد الواسطي وثقة ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل اهـ فالحديث غير قوي إلا أنه يقوّيه ما قبله فهو حسن والله أعلم

(٤) هو المتقدم.

المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة. إذا

ومعنى السلف في البيع: البيع بشرط آن يفرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتي قوله: (**ثم جملة الأمر فيه**) أي في الشرط (**أنه إما أن يقتضيه العقد**) كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه، لكن ثبت تصحيحه شرعاً بما لا مردّ له كشرط الأجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعاً رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضاً لما سيأتي، وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر، وقبل الكفالة، أو بأن يرهنه به راهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لزفر، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضراً فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز، فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد، بخلاف الرهن لا يشترط حضرته، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ، وشرط الحوالة كالكفالة، ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا، فأما ما فيه منفعته لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهراً أو ثوباً على أن يخيطه فالبيع فاسد، وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يعجبه أن لا تتداوله الأيدي، وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلاً. وفي الخلاصة: اشترى عبداً على أن يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز: أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً، وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين. ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجداً أو طعاماً على أن يتصدّق به فهو فاسد. أما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزرعة جائزة والشرط باطل، لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة، وكذا ذكر الحسن في المجرد. قال المصنف: (**وهو الظاهر من المذهب**) لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق (**انعدمت المطالبة**) والمنازعة (**فلا يؤدي إلى الربا**) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدي إليه لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا. ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو

المتعاقدين. والجواب أن المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه، لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخير لا الإلزام، والشرط يقتضي الإلزام حتماً، والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما. وقلنا إنه فاسد والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه؛ فبالنظر إلى وجود ركن العقد كان مشروعاً، وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً. ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي إلا في البيع بشرط العتق في قول فإنه يجوّزه ويقيسه على بيع العبد نسمة، وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق، وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أن يعتقه لا أن يشترط فيه، فإن كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقيسه لأنهما غير أن فيصح قياس أحدهما على الآخر إن ظهر جامع، وإن كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه. وبيان إلحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة، إذ جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة فقالت: إن شئت عددتها لأهلك وأعتقتك، فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها. وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول

ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد

يكاتبه أو يدبّره، والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه. ثم إن أعتقه المشتري فذاك وإلا خيّر البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه، وفي قول آخرين يجبر، قال المصنف: **(ويقيسه الشافعي (على بيع العبد نسمة)** ثم فسره **(بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك)** وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس. وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقيس عليه إلا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه، وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا يقاس. قال: **(والحجة عليه ما ذكرناه)** يعني من الحديث والمعنى، وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة[1]. وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلاً أن البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلاً لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع، ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرّضاً للعتق، وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت في مثل قوله ﷺ «فك الرقبة وأعتق النسمة»[2] فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله: **(فلو أعتقه المشتري الخ)** هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق، ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيحاً حتى يجب الثمن عنده، وعندهما لا يعود صحيحاً فتلزمه قيمته، وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالإجماع لأنه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع. وجه قولهما إنه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد **(فلا ينقلب جائزاً كما لو تلف بوجه آخر)** من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياساً على تدبيره واستيلادها فإن هناك الضمان بالقيمة اتفاقاً فهو أوفى بالشرط

الله ﷺ، وغيرها في معناها في هذا الشرط فألحق به دلالة، وإنما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لأنها عند الشافعي قياس جليّ على ما عرف في الأصول، والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول. فالحديث «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط». رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ. والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد. وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضي بذلك فإن بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها. النسمة من نسيم الريح، وسميت بها النفس، وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه الصلاة والسلام «فك الرقبة وأعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال، كذا في المغرب، فإن وفي بالشرط وأعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة. وقالا: يبقى فاسداً كما كان فوجبت عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع، وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف فإنه مضمون بالقيمة اعتباراً لحقيقة الحرية بحق الحرية **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه)** من تقييد التصرف به المغاير للإطلاق **(ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والمنهي**

قوله: **(فلا بد أن يفسر قول المصنف)** أقول: كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره قوله: **(وبيان إلحاقه بالدلالة)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) حديث بريرة تقدم تخريجه قبل قليل وتقدم في كتاب الطلاق. رواه الجماعة.

(٢) حسن. أخرجه الطيالسي ٧٣٩ والبغوي ٢٤١٩ وابن حبان ٣٧٤ كلهم من حديث البراء بن عازب وإسناده حسن وكذا قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٤٠: ورجال أحمد ثقات اهـ وقد تقدم في كتاب العتاق وله شواهد.

نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه، وتفسير المبيع نسمة أن يباع ممن يعلم أن يعتقه لا أن يشترط فيه، فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يبقى فاسداً حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفاً. قال: **(وكذلك لو باع عبداً على أن**

اعتباراً لحقيقة الحرية بحق الحرية **(ولأبي حنيفة أن شرط العتق)** وإن كان **(لا يلائم العقد على ما ذكرناه)** يعني قوله لأن قضية العقد الإطلاق في التصرف والتخيير إلى آخره **(ولكنه من حيث حكمه)** وهو ثبوت الحرية **(يلائمه لأنه)** أي العتق **(منه للملك)** الذي هو أثر البيع **(والشيء بانتهائه يتقرر)** وجوده، والفاسد لا تقرر له فكان صحيحاً **(ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب)** إذا اطلع عليه بعد أن أعتقه، بخلاف ما إذا تلف بوجه آخر لأنه لا يصير به هذا الشرط ملائماً فيبقى على مجرد جهته المفسدة، ولذا لو مات لا ينقلب صحيحاً لأن بموته لا يصير شرط العتق ملائماً وهو المنظور إليه في إفساده العقد وتصحيحه، وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائماً لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسداً ملائماً. وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحاً إذا دبره المشتري أو استولدها لأنه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائماً لأنه بتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد. وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححاً ينبغي أن يكون العقد صحيحاً في الابتداء عند اشتراطه. أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وإنما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته، وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه. ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يجوز في الأول لأنه ملائم للعقد. قلنا: الملائم له إطلاق الوطء لا إلزامه. وعند محمد يصح فيهما الأول لما لأبي يوسف، والثاني إن لم يقتضيه العقد ولا يرجع نفعه لأحد فهو شرط لا طالب له قوله: **(وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية)** أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قباء فهو فاسد **(لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين)** وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو **(نهيه ﷺ عن بيع وسلف)** أي قرض. ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال: **(ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن)** بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى **(ويكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما**

للشيء مقرر له؛ ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر إلى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسداً كما كان وبين أن ينقلب جائزاً بوجود الشرط **(فإذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز)** عملاً بالدليلين. وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل، وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسداً أو لا، فإن كان الأول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع، وإن كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزاً، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم، فقلنا بالفساد في الابتداء عملاً بالذات والصورة، وبالجواز عند الوفاء عملاً بالحكم والمعنى، ولم نعكس لأنا لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً ووجدنا فاسداً ينقلب جائزاً كالبيع بالرقم، بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر فإنه لم ينقلب جائزاً لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد، وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة. فإن الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال القضاء القاضي بجواز بيع المدبّر وأم الولد، والمكاتب مخيّر في الإجازة، والإنهاء إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري إلى ملك غيره كما في الإعتاق والموت. قال: **(وكذلك إذا باع عبداً على أن يستخدمه**

يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف، لأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبيّ عليه

يكون إعارة في بيع. **وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة)**[1] فيتناول كلاً من الاعتبارين المذكورين. رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة»[2] أما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام. وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت، وفسره أبو عبيد القاسم ابن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى. ورواية ابن حبان للحديث موقوفاً «الصفقة في الصفين ربا»[3] تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة، فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة. واعلم أنه روي عن رسول الله ﷺ «أنه نهى عن بيعتين في بيعه»[4] ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول وليس كذلك بل هذا أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع، وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري. وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حسن صحيح، ورواه مالك بلاغاً[5]. وفي فتاوى الولوالجي: لو قال

البائع شهراً إلخ) البيع بهذه الشروط فاسد، لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستدل بالحديث لأن المراد به هذا المذكور، وإنما قال على أن يقرضه المشتري درهماً احترازاً عما إذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضني فلان الأجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لأنها لم تلزم الأجنبيّ لا ضماناً عن المشتري لأنها ليست في ذمته فيتحملها

---

(١) هو الآتي

(٢) جيد لشواهده. أخرجه أحمد ١/ ٣٩٨ والطبراني في الأوسط والبزار كما في المجمع ٤/ ٨٤ كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً

قال الهيثمي: رجال أحمد ثقات اهـ

ولفظ الطبراني «لا تحل صفقتان في صفقته»

وورد موقوفاً على ابن مسعود بلفظ «الصفقة في الصفقتين ربا» أخرجه البزار ١٢٧٨، ١٢٧٧ وأحمد ١/ ٣٩٣، ٣٩٨ وابن حبان ١٠٥٣ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ٨٤ رواه وابن حبان وغيره «وأمرنا رسول الله ﷺ بإسباغ الوضوء» وهذا موقوف.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٠: رواه العقيلي في ضعفائه عن سماك به مرفوعاً، وأعلّه بعمر بن عثمان وقال: لا يتابع على رفعه، والموقوف أولى، ثم أخرجه من طريق أبي نعيم عن سفيان به موقوفاً اهـ.

قلت: روي مرفوعاً وموقوفاً. والموقوف لا يقال مثله بالرأي فله حكم الرفع، ويشهد له حديث أبي هريرة: نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. وهذا أخرجه الترمذي ١٢٣١ والنسائي ٧/ ٢٩٦ والبغوي ٨/ ١٤٢ كلهم من حديث أبي هريرة وقال الترمذي: حسن صحيح. والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم اهـ.

وأخرجه أحمد ٢/ ٧١ والبزار ١٢٧٩ كلاهما من حديث ابن عمر.

وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٨٥: رجال أحمد رجال الصحيح. وأخرجه أحمد ٢/ ١٧٤. ١٧٥. ٢٠٥ والبغوي ٨/ ١٤٤ كلاهما من حديث عبد الله بن عمر وبن العاص.

فهذا الحدث بمجموع هذه الطرق يرقىٰ إلىٰ درجة الحسن الصحيح وهو وإن رواه بعضهم: عن ابن مسعود موقوفاً فكما ذكرت مثله لا يقال بالرأي. فتارة حدث به مرفوعاً وتارة أفتىٰ به معاً حفظه وعلمه عن رسول الله ﷺ والله أعلم.

(٣) موقوف بهذا اللفظ. أخرجه ابن حبان ١٠٥٣ وعبد الرزاق ١٤٦٣٦ والطبراني ٩٦٠٩ وابن خزيمة ١٧٦ والبزار ١٢٧٨ كلهم من طريق سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابن مسعود قال: صفقتان في صفقة رباً. وإسناده حسن وهو موقوف. لكن بهذا اللفظ وأما النبي عن صفقتين في صفقة فتقدم أن الصواب كونه مرفوعاً. ورد من عدة طرق وله شواهد.

(٤) تقدم قبل حديثين مع حديث ابن مسعود وهو حديث أبي هريرة وإسناده قوي.

(٥) هو في الموطأ ٢/ ٦٦٣ ح ٧٢ بلاغاً. وقد تقدم أنه وصله الترمذي والنسائي من حديث هريرة.

الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة. قال: **(ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد)** لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان. قال: **(ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد)** والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد، والحمل من هذا القبيل، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون

بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي، لأنه لو لزمه فإما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن. لا وجه إلى الأول لأنه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل، ولا إلى الثاني لأنه لم يقل على أني ضامن، وإذا لم يلزم الأجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع، لأنه لو ثبت إنما يثبت إذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك. وفي الفتاوى الصغرى وقال: بع عبدك من فلان على أن الثمن عليّ والعبد لفلان، حكي عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز، وهو خلاف ظاهر الرواية، واستبعده أبو بكر الجصاص.

[فروع] باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الإطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين. وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا، ويصح الأول لأن العقد يقتضيه. وعند محمد يصح فيهما. ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبياً لا يفسد العقد، وذكر القدوري أنه يفسد، ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كأن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله أو ثوباً بشرط أن يلبسه جاز. وذكر الإمام قاضيخان العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة: قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال. وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد. وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد. وفي الخلاصة: التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والإجازة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف في رواية. وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع، ولو بغير مال، والعتق بمال وبلا مال، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة، والوصاية، والشركة، والمضاربة، والقضاء، والإمارة، والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافاً لأبي يوسف، والكفالة، والحوالة، والوكالة، والإقالة، والنسب، والكتابة، وإذن العبد، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد، والجراحة التي فيها القصاص حالاً ومؤجلاً، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة، وعقد الذمة، وتعليق الرد بالعيب، وتعليق الرد بخيار الشرط، وعزل القاضي. والنكاح لا يصح تعليقه ولا إضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط، وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط، وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى. فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه، فمن الأول الإقرار والإبراء، ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق. وعند محمد يتعلق لأنه من إطلاق الولاية كالقضاء والإذن والإيصاء والوكالة، وإن جعل الوكالة في شرح

الكفيل، ولا زيادة في الثمن لأنه لم يقل على أني ضامن، بخلاف اشتراط الإقراض على المشتري «لأن النبيّ ﷺ نهى عن بيع وسلف» وأيضاً اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن. قال: **(ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر الخ)** الأجل في المبيع العين باطل لإفضائه إلى تحصيل الحاصل فإنه شرع ترفيهاً في تحصيله باتساع المدة، فإذا كان المبيع أو الثمن حاصلاً كان الأجل لتحصيل الحاصل، وإنما قيد بالعين احترازاً عن السلم فإن ترك أجل فيه

على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطاً فاسداً، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة. والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل، بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذا الوصية لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية، لأن الوصية أخت الميراث

الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه قوله: **(ومن باع عيناً على أن لا يسلمه)** إياها **(إلى رأس الشهر فالبيع فاسد، لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون)** لأنها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه، بخلاف المبيع العين فإنه معين حاضر فلا فائدة في إلزامه تأخير تسليمه إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون إضراراً بالبائع من غير نفع للمشتري قوله: **(ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع، والأصل)** الممهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد، وما لا يصح استثناؤه هو **(أن ما لا يصح إفراده بالعقد)** ابتداء **(لا يصح استثناؤه من العقد)** وما يصح يصح ومما لا يصح إفراده بالعقد فلا يصح استثناؤه، هذا وهو كون الحمل لا يصح إفراده بالعقد **(لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة)** كرجل الشاة وأليتها حتى أنه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد إجماعاً. ومن فروعه بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها بكذا يجوز لأن إفراد قفيز منها بالبيع يجوز، ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة بألف لا يجوز لأنه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها، بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فإنه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز إفرادها بالعقد، وكذا الحال في كل عددي متفاوت. ومنه ما إذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لنهيه ﷺ عن بيع الحبل. وأما أنّ ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلأن الاستثناء إنما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعاً ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثني. وأما قول المصنف: **(بيع الأصل يتناولهما)** أي الأصل والتبع **(فالاستثناء يكون على خلاف الموجب)** فلا يفيد لأن الاستثناء ليس إخراجاً من حكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء، وإصلاحه أن يريد بالتناول فيهما الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب: أي طريق الاستثناء ومهيعه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز، وإذا لم يصح الاستثناء بقي **(شرطاً فاسداً)** وفيه نفع للبائع **(والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة)** والأحسن أن يقال: تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة، وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات، إلا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد،

مفسد للحاجة إلى التحصيل. قال: **(ومن اشترى جارية إلا حملها إلخ)**. ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام: الأول ما فسد فيه العقد والاستثناء. والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء. والثالث ما صح فيه كلاهما. أما الأول فكالبيع والإجارة والكتابة والرهن، فإذا باع جارية إلا حملها أو آجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها أو كاتب عبده على جارية إلا حملها فسد العقد لأنها عقود تبطل بالشروط الفاسدة، لأن غير البيع في معناه من حيث إنها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم، فكذا ما في معناه، والاستثناء يصير شرطاً فاسداً فيها فيفسدها، وذلك لما ذكره من الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد، والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في أول البيوع، وهذا لأن الحمل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الأصل يتناوله، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثني مقصود ودلالة العقد على أن الحمل تابع فيصير ذكره شرطاً فاسداً قوله: **(غير أن المفسد في الكتابة)** استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة، ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل. وأما إذا لم يكن في صلبه كما

قال المصنف: **(لأن الأجل في المبيع العين باطل)** أقول: قيد المبيع به احترازاً عن المسلم فيه فإنه مبيع دين، ويصح الأجل فيه بالنص.

والميراث يجري فيما في البطن، **بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها.** قال: **(ومن اشترى ثوباً**

وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره، وإنما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الإعتاق والنكاح من حيث إن أحب البدلين ليس بمال في حق نفسه، وكونه معاوضة إنما هو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شبهان: شبه بالبيع، وشبه بما ليس بمعاوضة، فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع، ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح، وهما لا يفسدان مطلقاً بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره **(و)** أما **(الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد)** فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط **(فلا تبطل باستثناء الحمل)** فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية إلا حملها، أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعني عليها إلا حملها، أو اجعلها بدل الصلح إلا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء، ويدخل الحمل والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات، لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد، لأنه ﷺ أجاز العمري بشرط عود المعمر فتصير العمري لورثة الموهوب له لا الورثة المعمر. وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء **(حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها)** بأن أوصى بجارية إلا خدمتها أو إلا غلتها حيث لا يصح الاستثناء **(لأن الميراث لا يجري في الخدمة)** والغلة بانفرادها، حتى لو أوصى بخدمة الجارية أو غلّتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود إلى ورثة الموصي، بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملها له. وأورد على الأصل أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناؤها. أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمناً لا يصح أجرة، وبأن الوصية ليست عقداً حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضاً.

إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال في حق المولى ولا تصح إلا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه، ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه. وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها، فإنه ﷺ أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء. وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فإنه يصح، والجارية وصية والحمل ميراث. أما عدم بطلان الوصية فلأنها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد. وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين، وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور. واعترض على قوله الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه. والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه. وأجيب بأن هذا العكس غير لازم؛ ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد؛ ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقاً. ولقائل أن يقول: اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم

قوله: **(والميراث يجري)** أقول: إن أراد أنه يجري فيه تبعاً لأمه فلا يفيده، وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فليتأمل في دفعه.

على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر **(ومن اشترى نعلاً على أن يحذوها البائع قال أو يشرّكها فالبيع فاسد)** قال رضي الله عنه: ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بيناه. وفي الاستحسان: يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب،

[فروع] باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافاً لما روي عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما. وعن أبي يوسف: لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولى هذه فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين، ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة. ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لإدخال صفقة في صفقة، ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقاً إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا طريقاً إلى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة، ولو باع بيتاً على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقاً فظهر أن لا له يردّ، ولو باعه بألف دينار إلا درهماً أو إلا ثوباً أو إلا كرّ حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لا يجوز، ولو كانت بعينها جاز، ولو باع داراً على أن لا بناء فيها فإذا فيها بناء البيع فاسد لأنه يحتاج إلى نقض البناء، ولو باعها على أن بناءها من آجرّ فإذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنهما جنسان، كما لو باعه ثوباً على أنه هروي فظهر بلخيا، ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها، وكذا إذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار. وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علو لها، ومثله لو اشترى بأجذاعها قوله: **(ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد)** بإجماع الأئمة الأربعة **(لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر)** من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجازة في بيع، وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير، وعلى تقدير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع قوله: **(ومن اشترى نعلاً على أن يحذوها البائع)** المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلاً له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله. ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها: أي أن يجعل معها مثالاً آخر لينتم نعلاً للرجلين، ومنه حذوت النعل بالنعل: أي قدرته بمثال قطعته، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلاً لقوله نعلاً، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً فلا بد أن يراد حقيقة النعل **(فالبيع فاسد)** قال المصنف رحمه الله

الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحاً لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد، فما الفرق بينهما؟ والجواب أنا ما منعنا العكس وجوباً، وإنما منعنا لزومه. والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثني لوارث الموصي، فما صلح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه. قال: **(ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع الخ)** قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء، يشير إليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجارة والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية. قال: **(ومن اشترى نعلاً)** حذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه إذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال، وشرّك النعل وضع عليها الشرك وهو سيرها الذي على ظهر القدم، فمن اشترى صرماً واشترط أن يحذوه أو نعلاً على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس. ووجهه ما

قال المصنف: **(ومن اشترى نعلاً على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد)** أقول: أراد بالنعل الصرم، تسمية للشيء باسم ما يؤول إليه، كذا في شرح الكاكي، وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام.

وللتعامل جوّزنا الاستصناع. قال: **(والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل)** وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه

(ما ذكره) يعني القدوري **(جواب القياس، ووجهه ما بيناه)** من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين **(وفي الاستحسان: يجوز)** البيع ويلزم الشرط **(للتعامل)** كذلك، ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه: أي على أن يسمر له سيراً **(وصار كصبغ الثوب)** مقتضي القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوّز للتعامل. ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل، لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر واللبن آلة فعلهما **(وللتعامل جوّزنا الاستصناع)** مع أنه بيع المعدوم، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا، وما تقدم كان المشروط معدوماً فيشترط أن يفعل من هذا. ذكر هشام عن محمد: اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع، وعن الشافعي قولان. وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال بعض أصحابه: القولان في غير الآدمي، أما في الجواري يصح قولاً واحداً وهو قولنا. ذكر هشام عن محمد: اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظئورة فيفسد. ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه، وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فساداً بعد الرضا به. وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن للبائع يذكره على بيان العيب عادة. ولو وجد من المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة، ولو اشترى سمسماً أو زيتوناً أو حنطة على أن فيها كذا هنا أو يخرج كذا دقيقاً فالبيع فاسد وبه قال الشافعي. ولو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد، واختلف فيه، فالكرخي يفسد، والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لأنه مرغوب فيه. والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا، ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلاناً كذا ففيه اختلاف المشايخ. وقال محمد: كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على أجنبي فهو باطل، وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على أجنبي فهو جائز، ويخيّر المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع، ويخيّر المشتري إن شاء أخذه بمائة وإن شاء ترك، وعن أبي يوسف: لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي ديناراً من الثمن فالمبيع فاسد. وفي المنتقى خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشتري. قال: لو اشترى على أن يهب له ديناراً من الثمن جاز وهو حسن، لأن حاصل هذا حطيطة مشترطة ومآلها إلى الشراء بالثمن الأنقص. ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز. ولو باع عبدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد، ولو قال نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال أنا شريكك في نصفه، ومقتضى النظر أن يجوز الأول أيضاً لأنه في الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعاً صفقة ولا مانع من ذلك، ولو باع هذا بألف إلا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة قوله: **(والبيع إلى النيروز)** وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرّب، وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال: كل

بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين. وفي الاستحسان: يجوز للتعامل، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعاً فعلياً كصبغ الثوب، فإن القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع **(والبيع إلى النيروز)** معرّب نوروز أول يوم من الربيع **(والمهرجان)** معرب مهركان يوم في طرف الخريف **(وصوم النصارى وفطر اليهود)** ومعناه تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان **(لجهالة الأجل)** المفضية إلى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة أي المجادلة في النقصان، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ومثلها يفسد البيع

لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه. قال: **(ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج)**، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها، ولأنه معلوم الأصل؛ ألا يرى أنها تحتمل الجهالة في أصل

يوم لنا نوروز حين كان الكفار يبتهجون به. والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان، وقيل هما عيدان للمجوس **(وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل)** وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع، لأن مجرد تأجيل المبيع مفسد، ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل، وقوله: **(إذا لم يعرف إلى آخره أن الفساد)** بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين، فلو كانا يعلمان ذلك صح. قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم. والحاصل أن المفسد الجهالة، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز. ولذا قال: **(أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام وهي معلومة)** وهي خمسة وخمسون يوماً. واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح إذا كان الأجل معلوماً هو في الثمن الدين، أما لو كان ثمناً عيناً فيفسد البيع بالأجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسداً لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عيناً على أن يسلمه إلى رأس الشهر. وقوله: **(لابتنائها على المماكسة)** المماكسة: استنقاص الثمن، والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة، فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة. وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضرّ بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك، وحقيقة هذا يصلح تعليلاً لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة، بخلاف الكفالة **(ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد)** بفتح الحاء وكسرها **(و)** مثله **(القطاف)** وهو للعنب **(والدياس)** وهو دوس الحبّ بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسر قبلها **(والجزاز)** أي جزّ صوف الغنم **(لأنها تتقدم وتتأخر)** وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل **(ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة)** أي قريب تداركها وإزالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة، وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لأنها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها. وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحملاً؛ ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبي عن هذا المحل. ثم أجاب بأن الأصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافاً لقول البعض إنها لا يصح تأجيل الصداق إليها، وإنما يرد هذا إذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر. وقوله: **(لاختلاف الصحابة)** أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة، فإن من الصحابة من

(وإن كانا يعرفان ذلك لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) جاز **(لأن مدة صومهم بالأيام معلومة)** وهي خمسون يوماً فلا جهالة. قال: **(ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج إلخ)** الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع، والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم، والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة، والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع إلى وقت قدوم الحاج وإلى هذه الأوقات غير جائز للجهالة المفضية إلى النزاع بتقدم هذه الأوقات وتأخرها، والكفالة إلى هذه الأوقات جائزة **(لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة؛ ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه أولى)** لكون الأصل أقوى من الوصف **(وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها)** فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع إلى العطاء وإن احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة، وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله، وهذا قد

الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن، فكذا في وصفه، بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز، لأن هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد **(ولو باع إلى هذه الآجال ثم**

أجازه كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء. وابن عباس منعه[1] وبه أخذنا. ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها، وقد قالوا: إن العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلاً إذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه، وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيراً فلا يصح التأجيل إليه الآن. فإن صح هذا فكيف يتصوّر من ابن عباس خلافه، والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس. ثم قيل: اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر، والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح. وقوله: **(ولأنه معلوم الأصل)** أي ولأن الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لأنه للكفالة إذ يستلزم ديناً: يعني الأصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلاً إلى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر. وقوله: **(ألا يرى إلى آخره)** ابتداء لا تعليل لقوله لأنه معلوم الأصل، وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها، وبأن الدين المكفول به معلوم الأصل فلم تبق جهالة إلا في الوصف، وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع إلى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بأن بعض الكفالة تحتمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلأن يتحمل جهالة الوصف فيه أولى **(بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه)** فاتجه عليه أن يقال: لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه، وهو أخف لأن الأصل أقوى. أجيب بأن الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم، وعلة عدم تحملها في الأصل الإفضاء إلى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف، ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو إذا ذكرت في أصل العقد، أما إذا عقده بلا أجل وهو قوله: **(بخلاف ما إذا باع مطلقاً)** أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً **(ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات)** فإنه يجوز، فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لأنه حينئذ تأجيل دين من الديون، بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد، وقبول هذه الآجال شرط فاسد، قوله: **(ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا على إسقاط الأجل)** قبل أن يجيء بأن أسقطاه **(قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً)** كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال وقال زفر: **(لا يجوز)** وتقييده بهذه الآجال لإخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر، فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً. وجه قوله إن العقد فاسد **(فلا ينقلب جائزاً كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل)** وكالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب

يشير إلى أن الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلاً، والبيع لما لم يكن محتملاً للجهالة في أصل الثمن لم يكن محتملاً لها في وصفه. ورد بأنه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لأن الأصل أقوى إذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه. وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو إفضاؤها إلى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه. وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين **(وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة)** لعدم ابتنائه على المماكسة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يفسد بالشرط الفاسد **(ولو باع إلى هذه الآجال)** أعني النيروز والمهرجان إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزاً، خلافاً لزفر رحمه الله. وهو يقول: انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً كإسقاط

---

(١) أثر ابن عباس. أورده الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢١ وقال: رواه البيهقي في المعرفة من طريق عبد الكريم الجزري عن ابن عباس قال: لا تبيعوا إلى العطاء، ولا إلى الأندر، وإلى الدياس اهـ.
قلت: والجزري هذا ثقة وكذا بقية رجاله فهو موقوف جيد

تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما إذا باع الدرهم

جائزاً، وبيع الدرهم بالدرهمين إذا سقطا الدرهم لا يعود صحيحاً **(ولنا)** أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل، وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي، فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحاً، بخلاف ما قاس عليه من الإشهاد المتأخر، فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسداً لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً، مثلاً: إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة، وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة، وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقداً آخر فلا يصح إسقاط الدرهم **(لأن الفساد في صلب العقد)** والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا سقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرف، اللهم إلا أن يقال، هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم، بخلاف ما إذا باع الخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذ لا مستتبع هناك، هذا وإلحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام فإنه يجيز النكاح الموقت. ثم قول المصنف رحمه الله وقوله: **(في الكتاب تراضيا)** أي قول القدوري في مختصره قوله: **(ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما)** سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل **(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد)** بما سمي له وكذا في الذكية، وإذا لم يُسَمِّ بطل بالإجماع، وبقول أبي حنيفة قال مالك، وعن الشافعي وأحمد كل من القولين، وعلى الخلاف ما إذا باع دنين خلا فإذا أحدهما خمر **(ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره)** ولم يفصل الثمن **(صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة. وقال زفر فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبّر)** وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر **(لزفر الاعتبار بالفصل الأول)** وهو ما إذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعاً صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس

الأجل في النكاح: يعني على أصلكم. وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح، وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي، وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة، والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل، فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً. فإن قيل: الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد. أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما ذكرت فإن الفساد فيه في صلب العقد. واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد، فإذا باع إلى أن يهب الريح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزاً. وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قويّ كما لو كان في صلب العقد، ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة، وعن الثاني هبوب الريح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً

قال المصنف: **(وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً)** أقول: لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف: **(ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه)** أقول: يعني على أصلكم، أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز، والشرط باطل كما مر في النكاح.

بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد، وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح. وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. قال: **(ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكية **(وإن جميع بين عبد ومدبّر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن)** عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر رحمه الله: فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبّر له الاعتبار بالفصل الأول، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح، بخلاف ما إذا

بمال **(ولهما)** في الأول **(أن الفساد لا يتعدى)** محل المفسد، وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه حينئذ بلا موجب، لأن كلاً منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن؛ ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبداً وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح، بخلاف ما إذا لم يسمّ ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه **(ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين)** أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبّر والعبد **(أن الحرّ لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة)** بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد **(بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد، أما بيع هؤلاء فموقوف)** على القضاء في المدبّر ورضا المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير **(فقد دخلوا في العقد لقيام المالية)** على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضاً فدخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف **(إلا أن المالك)** أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع **(باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع)** بعد وجوده فيما يقبله، وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافاً لمحمد، وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة. وعند محمد نعم، فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظراً إلى الخلاف. وعنده لا نظراً إلى الإجماع وارتفاع الخلاف، مع أن قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدا لي رأي أنهم يبعن فقال رأيك في الجماعة أحبّ إلينا من رأيك وحدك، ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا علياً. وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسئلة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجيء في الصرف،

بكلامه قوله: **(وبخلاف النكاح)** جواب عن قياس زفر على النكاح. وتقريره أنا قد قلنا إن العقد الفاسد قد ينقلب جائزاً قبل تقرير المفسد، ولم نقل أن عقداً ينقلب عقداً آخر، والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحاً **قوله: (في الكتاب)** أي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. قال: **(ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ)** إذا جمع في البيع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقاً أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمي لكل واحد ثمناً مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكية **(وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافاً لزفر رحمه الله فيهما)** أي في العبد والمدبر. أي في الجمعين جميعاً **(ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر)**. فإن قيل: متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه من المذكي كبيع القن مع المدبر. أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى **﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾** حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحرّ والعبد في البيع **(لزفر الاعتبار بالفصل)** الأول: يعني بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع. ولأبي يوسف ومحمد: إذا سمي لكل ثمناً أن الفساد بقدر المفسد إذا الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته في عقد النكاح، بخلاف ما إذا لم يسمّ ثمن كل واحد لأن ثمن العبد مجهول. ولأبي حنيفة

لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول. ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحرّ لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحرّ شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبر الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبّر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد

فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح، كذا في المبسوط. قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدً وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبّر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد. أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء، ويصح بيع المدبّر به، والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص. هذا، وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها، فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله. وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع. وما في الأخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمناً على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبي حنيفة. وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً. أجيب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أوّلاً وليس بشيء، ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوّم والحر ليس بمال فيكون بدله خالياً عن العوض فيكون رباً. وقوله: **(وكان هذا)** يعني رد البيع **(إشارة إلى البقاء)** يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح، وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصة الآخر من الثمن، وإذا كان المدبّر وما معه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع.

رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن الحرّ لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر، وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطاً لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطاً فاسداً، وفيه نظر. أما أوّلاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد. وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً. وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر. وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكرر البيع أو الشراء، وقد تقدم في أول البيوع. وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع، فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إليّ خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا. وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما قوله: **(بخلاف النكاح)** جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، بخلاف البيع. وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان قوله: **(ولهذا ينفذ)** يجوز أن يكون توضيحاً لقوله موقوف، فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته، وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين، وفي المدبر على قضاء القاضي، وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ، وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه. فإن قيل: كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل؟ فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه.

[فروع] في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح، وقال الحلواني: يفسد فيهما ثم رجع وقال: جاز في الملك كما في العبد والمدبّر. ولو باع كرماً فيه مسجد قديم، إن كان عامراً يفسد البيع وإلا لا، وكذا في المقبرة. ولو اشترى داراً فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب. ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق، إن شاء أمسكها بحصتها، وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً بها، وإن كان متميزاً لزمه الدار بحصتها. ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود. وفي المنتقى: إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع، والمسجد الخاص كالطريق المعلوم، ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل، وفي بعض النسخ: ولو كان مسجد جامع فسد في الكل، وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى. والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد، إلا إن كان من ريعه معلوم يعاد به. ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع.

كلامه هناك، ويجوز أن يكون توضيحاً لقيام المالية، فإن الإجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله، وإذا نفذ هاهنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسداً، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء استحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، وهذا أي الردّ بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء، فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة، وهذا أي الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطاً للقبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع، ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه: أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر.

فصل في أحكامه

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع

فصل في أحكامه

قال: **(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع)** صريحاً أو دلالة كما سيأتي **(وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته)** ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد، ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً إنما هو بعد هلاك المبيع في يده، أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي: **(لا يملكه وإن قبض لأنه)** أي البيع الفاسد **(محظور فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد)** بين المشروعية والنهي، والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية **(ولهذا)** أي كونه غير مشروع **(لا يفيد الملك قبل القبض)** ولو كان مشروعاً لثبت قبله كما في البيع الصحيح **(وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم)** فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب **(ولنا أن ركن العقد صدر من أهله في محله، ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام)** أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان. قوله: **(نعمة)** الملك لا تنال بالمحظور. قلنا: ممنوع، بل ما وضعه الشرع سبباً لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه. أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر[1] بالمراجعة رفعاً للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلاً في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصي به. وقوله النهي نسخ للمشروعية: يعني يفيد انتفاءها مع الوصف، فنقول: ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه؟ إن أردت الأول سلمناه ومتعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع، وإن أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل. لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لأن فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فإنه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع. لما كان حكم الشيء لكونه أثراً ثابتاً به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه. والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف، وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير **(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع)** يعني بإذنه **(وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة)** ذكر القبض لترتب الأحكام عليه، وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً وإن اتصل به القبض وأمر البائع: يعني به الإذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة، والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع، فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقاً، وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها. وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي

فصل في أحكامه

قوله: **(والبيع عندنا الخ)** أقول: أي ما يطلق عليه لفظ البيع قوله: **(غير ما مر)** أقول: في أول البيع قوله: **(بخلاف الصريح)** أقول: هنا نوع مسامحة قوله: **(وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها)** أقول: ذكره بعد ورقة تخميناً، وهو قوله وشرط أن يكون

---

(١) تقدم في الطلاق رواه الجماعة

ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد، ولهذا لا يفيده قبض القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية. وركنه: مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك، وإنما

للتحريم أو لكراهة التحريم إذا كان ظني الثبوت، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالاً بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلاً فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزاً فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلاً وما يفيده فاسداً أخذاً من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد، ولا خفاء في حسن هذا التقرير إن شاء الله تعالى وكفايته. وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ **(النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور)** يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وإلا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكانه فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد، فإنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع، وإن أرادوا تصوّره شرعياً أي مأذوناً فيه شرع فممنوع، وإن قالوا نريد تصوّره مشروعاً بأصله لا مع هذ الوصف الذي هو مثير النهي. قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه. والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً إذ نسلم أنه مشروع بأصله: أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً، وحينئذ فقوله: **(فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك)** يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه؟ إن قلت: الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا. وأما قوله: **(وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء)** فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن وإلا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الخطر، والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر. هذا إلا أني أقول وبالله التوفيق مع ذلك: إن الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا، فإن الشارع أهانهما بكل وجه حتى «لعن حاملها ومعتصرها»[1] مع أنها مقصودة حال الاعتصار، بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمراً وبائعها وآكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم، وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون

رحمه الله: **(القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور)** والمحظور **(لا تنال به نعمة الملك)** لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضادّ بين النهي والمشروعية إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشرُوعية لا يفيد حكماً شرعياً **(ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدارهم)** أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك. ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله، لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله، إذ الكلام في أن لا خلل في العاقدين مضافاً إلى محله كذلك، وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده. لا يقال قد يكون النهي مانعاً عن ذلك، لأن النهي يقرر المشروعية عندنا

في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ. قوله: **(وقد تقدم الكلام فيه الخ)** أقول: في أوائل البيع الفاسد قال المصنف: **(ولأن النهي نسخ للمشروعية)** أقول: جوابه وبالله العون إن أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى، كيف وهو أول المسئلة، وإن أراد بها المأذونية شرعاً فمسلم، ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتب الأحكام فليتأمل قوله: **(أو بالميتة)** أقول: ظاهر عطف علي بالدرهم فلا يوافق المتن، إذ لا تخصيص فيه للميتة بجعله ثمناً للخمر بل عام قوله: **(ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ)** أقول: لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد

---

(١) تقدم تخرج حديث الخمر في لعنها ولعن شاربها وحاملها والمحمولة إليه... إلخ. وإسناده قوي له شواهد كثيرة.

المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح

فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها، فإذا كان أحد العوضين خمراً أو خنزيراً في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وإن كان ثمناً، وإن كان في بيعهم فصحيح، والله أعلم. وقوله: **(وإنما لا يثبت الملك قبل القبض إلى آخره)** جواب عن مقدّر هو أنه إذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه إلى وقت القبض؟ فأجاب: وحاصل الوجه فيه أنا قد أريناك أنه بسبب محظور وأن ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وإن ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع، وحيث أمرنا بإعدامه بعد فعله صار فيه ضعف، ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الأسباب فأخرناه إلى القبض، فإنه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها إلا بالقبض. وقوله: **(كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد)** أي إلى زيادة تقريره، فإن المبادرة إليه تزيده وجوداً مع أنه واجب الرفع فلا يفعل ذلك. قوله: **(وإن كان الخمر مثمناً فقد خرّجناه)** يريد ما قدمه من بطلان البيع إذا كانت مبيعاً لأن في جعلها المقصود بالعقد إعزازاً لها. وقوله: **(وشيء آخر)** أي وجه لبطلان العقد إذا كانت مبيعة، وهو أن الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها، والقيمة لا تكون إلا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع، وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من أن المقابل للسلع من النقود ثمن: لا يقال: لا مانع من ذلك، فإن الدراهم والدنانير إذا

لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلي بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه. فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك. لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً كما في البيع وقت النداء عملاً بالوجهين، وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم. واعترض بأن المحظور في البيع وقت النداء مجاور، وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً، وأيضاً الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد. وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم، والمجاور جمعاً والمتصل وصفاً سيان في ذلك وبأن غرضه أن حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك قوله: **(وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد)** جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجوب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لأنهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد، وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد: يعني إذا كان المبيع مقبوضاً فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسلم. ثم الرفع بالاسترداد. وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده، لأن كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط، وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريراً للفساد. والجواب عن الأول أنه ممنوع وإلا لزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال، وخيار الشرط إنما استوى فيه القبض وعدمه لأن ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى، لأنه يقول على أني بالخيار، والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده، وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه. فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لأن الشرط أهدر الغير: أعني القبض. وعن الثاني أن تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان، فإن القبض يوجب الضمان فإن لم ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز، والضمنيات لا معتبر بها قوله: **(ولأن السبب)**

الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلاؤم بين كلاميه فليتأمل قال المصنف: **(وركنه مبادلة المال بالمال)** أقول: يعني حقيقته، وإلا فركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف: **(وفيه الكلام)** أقول: أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان. قال المصنف: **(والنهي)** أقول: معارضة للدليل الثاني قال المصنف: **(يقرر المشروعية)** أقول: بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعاً لا بمعنى المأذونية شرعاً قال المصنف: **(لاقتضائه التصور الخ)** أقول: يعني تصوره موجود شرعاً تصوراً مطابقاً للواقع، فإذا كان

فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً لا مثمناً. ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر، إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق، وكذا القبض في الهبة في

قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعاً وثمناً، والخمر قد قوبلت بالدراهم فإذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم. لأنا نقول: الثابت هنا كون كل مبيعاً وثمناً، وهنا يلزم مبيعاً ليس غير. وقد يقال: لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل إلى الصرف فتكون القيمة مبيعاً وثمناً كالقيمة التي يدفعها المشتري **(ثم شرط)** في الملك **(أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر)** من المذهب **(إلا أنه يكتفي بالإذن دلالة كما إذا)** اجترء ف **(قبضه في مجلس العقد)** ولم يمنعه البائع **(استحساناً، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهيه كان بحكم التسليط السابق)** أما إذا كان أمره بالقبض فإنه يملكها، ولو كان القبض مع غيبة البائع، ولو قيل لا نسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن إفادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة، فالجواب أن ضعفه إنما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقاً، وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها **(في مجلس العقد يصح استحساناً)** وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيداً بالمجلس، حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياساً واستحساناً، وعن الهندواني أنه قال: يجب أن يكون القبض بعد الإفتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من إطلاق سيأتي. وأما ما ذكر في المأذون

دليل آخر على إفادة البيع الفاسد الملك بعد القبض. ووجهه أن السبب: يعني البيع الفاسد **(وقد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح)** فيشترط اعتماده بالقبض في إفادة الحكم لأن للقبض شبهاً بالإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه إلى ما يعضده العقد من القبض قوله: **(والميتة ليست بمال)** جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة. وتقريره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه، ولو كان الخمر مثمناً وهو ما إذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه: يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مثمناً بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر: أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو أن العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها، فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمناً لأن كل عين يقابله الدراهم أو الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعاً، ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه قوله: **(ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع)** إشارة إلى صحة الإذن بالدلالة، كما إذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فإنه يصح استحساناً قوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عما ذكره صاحب الإيضاح، وسماه الرواية

موجوداً شرعاً يترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة إذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف: **(فنفس البيع)** أقول: مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف: **(مشروع)** أقول: أي مأذون فيه، فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة إلى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى قوله: **(قد يكون النهي مانعاً عن ذلك)** أقول: أي عن المشروعية قوله: **(لكن لا بد فيه من قبح مقتضي النهي)** أقول: قوله مقتضي النهي حال. قوله: **(لأنهما من مواجب العقد)** أقول: الظاهر أن يقول من مواجب الملك إلا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازاً كما في: رعينا غيثاً قوله: **(والجواب عن الأول أنه ممنوع الخ)** أقول: لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاماً على السند قوله: **(لأن الشرط أهدر الغير)** أقول: وللخصم أن يقول إن الفساد أهدر الغير أيضاً قوله: **(فإن القبض يوجب الضمان)** أقول: إن أراد بعد الهلاك فمسلم وليس الكلام فيه، وإن أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص، ولو صح ما ذكره لملك المغصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتأمل، فإن جواب النقض يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكماً للمعاوضة والمقام بعد محل كلام. قوله: **(بإذن البائع، إشارة إلى صحة الإذن)** أقول: في حصول الإشارة مما ذكره خفاء، ولعل مراده هذا القول الخ قوله: **(كما إذا قبضه)** أقول: ينبغي أن تكون الكاف

مجلس العقد يصح استحساناً، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرّج عليه البيع بالميتة والدم والحرّ والريح والبيع مع نفي الثمن، وقوله لزمته قيمته، في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من

من اشتراط إذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله إذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمراً مثلاً حتى لا يملك بالقبض، فأما إذا ملك به فلا يحتاج إلى الإذن ويكون قبض الثمن منه إذناً منه بالقبض. وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات، والأصح أنها ليست بقبض. وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير، وفي المحيط: باع عبداً من ابنه الصغير فاسداً واشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله، وفي جمع التفاريق: لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها.

وقوله: **(فيخرّج عليه)** أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم **(البيع)** وبطلانه **(بالميتة والدم والحرّ والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن)** كلها باطلة لعدم المال في العوض، وقيد بنفي الثمن لأنهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا إثبات انعقد فاسداً ويثبت الملك بالقبض موجباً للقيمة لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع. وقوله: **(لزمته قيمته)** يعني يوم القبض. ولو زادت قيمته في يده فأتلفه لأنه إنما دخل في ضمانة بالقبض فلا يتغير كالغصب. وقال محمد: عليه قيمته يوم أتلفه لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ، كذا في الكافي، وهذا **(في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل)** ومنها العدديات المتقاربة **(لأنه مضمون بنفسه)** أي بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح. هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن، فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع قوله: **(ولكل واحد من المتبايعين فسخة رفعاً للفساد)** أي للمعصية فرفعه حق الله تعالى، فإن نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك: أي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم. والوجه أن يكون حراماً لأن الإجماع على منعه شرعاً قطعي يوجب الحرمة، وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال: وعلى كل واحد فسخه، غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه. وحاصل المنقول في المسئلة أنه إذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو المثمن كبيع

المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض، وهذه الرواية هي المشهورة. وجه الصحيح أن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط سابق فيكتفي به، وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً، وعلى رواية صاحب الإيضاح يحتاج إلى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد، وذلك بأن العقد إذا وقع فاسداً لم يتضمن تسليطاً على القبض لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت بمقتضاه شرعاً والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض، بخلاف ما إذا وهب فإنه يكون تسليطاً على القبض استحساناً ما دام في المجلس، لأن التصرف وقع صحيحاً فجاز أن يكون تسليطاً بمقتضاه، وإنما يتوقف على المجلس لأن القبض ركن في باب الهبة وأنه ينزل منزلة القبول في حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحرّ والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلاً لعدم المالية في هذه الأشياء سواء كانت ثمناً أو مثمناً، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان. وقوله أي قول القدوري لزمته قيمته: معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة، فأما في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، والحكم في الغصب كذلك بناء على أن المثل صورة ومعنى

زائدة على ما يدل عليه تفسيره الإذن دلالة في أول الفصل. قوله: **(والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي)** أقول: في التفريغ كلام، فإن للبيع الفاسد وجوداً شرعياً، ولا يكفي ذلك في ثبوت المقتضي، ثم أقول له يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي: يعني يجب إعدامه شرعاً فلم يثبت المقتضي شرعاً قال المصنف: **(ليتحقق ركن البيع)** أقول: يعني ليظهر تحققه، فإن الفاسد قد يستعمل في معنى العام

المثل معنى. قال: **(ولكل واحد من المتعاقدين فسخه)** رفعاً للفساد، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد، إلا أنه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط. قال: **(فإن باعه المشتري**

درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع ففيه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه. وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضاً ولم يحك المصنف هذا الخلاف **(وإن كان الفساد بشرط زائد)** كالبيع على أن يقرضه ونحوه، أو إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل **(من له)** منفعة **(الشرط)** والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بحضرة الآخر **(دون من عليه)** عند محمد رحمه الله تعالى، لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة عليه صح فسخه لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد، وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى اللزوم وعن العقد، والعقد إذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه. كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده، وهذا إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص، أما إذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل أولاً أو منفصلة كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل الغير بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً فسنذكره. وقوله: **(إلا أنه)** إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد، وهو أنه لما كان قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ وإن كان له منفعة الشرط. فأجاب بأن القياس ذلك، إلا أنه لما لم تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ قوله: **(فإن باعه)** أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً بيعاً صحيحاً **(نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق)** البائع الأول في **(الاسترداد لتعلق حق العبد)** بالعقد **(الثاني ونقض الأول)** ما كان إلا **(لحق الشرع وحق العبد)** عند معارضة حق الله تعالى **(يقدم)** بإذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه، ولا ينقض بالصيد إذا أحرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد. لأنا نقول: الواجب عليه إطلاقه لا إخراجه عن ملكه، فيطلقه بحيث لا يضيع عليه، وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع إذا مات البائع من المشتري مع أنه تعلق به حق العبد وهو الوارث لأن الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولاً بحق البائع في الرد فينتقل إليه كذلك، أما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لأن له ملكاً متجدداً بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري، ولو قيل المشتري الثاني أيضاً إنما ينتقل إليه المبيع مشغولاً بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الأول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه إلى المشتري إلا مشغولاً بذلك احتاج إلى الجواب **(و)** أيضاً **(الأول مشروع بأصله لا وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه)** لزيادة قوته **(ولأنه)** أي البيع الثاني **(حصل بتسليط**

أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه إلا إذا تعذر. قال: **(ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد الخ)** لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده، أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم أنه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من أن يفيد الحكم، وأما إذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد: أي لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر، أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النيروز والمهرجان ونحو ذلك، فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد. وعند أبي يوسف بحضرته وغيبته. وإن كان الثاني فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض، وأما إذا كان بعده فللذي له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص. وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي. قيل المذكور في الكتاب قول محمد. ووجهه ما ذكره أن العقد قوي فكان الواجب أن لا

للباطل أيضاً. قوله: **(فإن كان الأول كان الخ)** أقول: كان الظاهر أن يقول: فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد، إلا أنه عدل عنه إلى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما إذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر قوله: **(فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض الخ)**

نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد

من جهة البائع) أي البائع الأول لأن التمليك منه مع الإذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني وإلا كان ساعياً في نقض ما تم به ويؤدي إلى المناقضة، قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى. والجواب أنه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعياً في نقض ما تم به لأن الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بأن يفعل المسلط، وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه أن يتدارك بالتوبة، وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط، فإذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره، وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس إلا لتدارك رفع المعصية بالتوبة، ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته. أما الوارث فإنه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك. وهذا **(بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة)** بالبيع والهبة فإنه لا يمنع حق الشفيع، وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وإن تعلق بها حق الغير لأن حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه، ويترجح الشفيع لأنه أسبق، ولأنه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع. وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لأنه ثان فيكون ناسخاً. أجيب بأنه إنما ينسخ إذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجّح الشفعة قوله: **(ومن اشترى عبداً بخمر)** المراد عبداً شراء فاسداً بخمر أو غيره **(فأعتقه أو باعه أو وهبه)** وسلمه **(فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته)** فيه **(و)** إنما وجبت القيمة لأنه **(بالإعتاق قد هلك)** فوقع الإياس عن الاسترداد **(فتعينت القيمة، وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر)** في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد: أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم

يكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد، وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه، كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي، فإن باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض، وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه، سواء كان تصرفاً لا يحتمل النقض كالإعتاق والتدبير، أو يحتمله كالبيع والهبة. ورد بأن المبيع لو كان مأكولاً لم يحل أكله، ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي، فلم يملك التصرف مطلقاً. وأجيب بالمنع، فإن محمداً نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك. وذكر شمس الأئمة الحلواني: يكره الوطء ولا يحرم، فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب، ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل. وإذا كان البيع نافذاً سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع. وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغني الشرع، وفيه بحث لأن التصرف إن كان إجارة أو تزويجاً لم يسقط حق استرداده، وكذا إذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وإن تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكماً. وأجيب عن الأول بأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي، ولم يذكر محمد من يفسخها. وذكر في النوادر أن القاضي يفسخها، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم. وعن الثاني بأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث

أقول: لا يخفى عليك أن الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله، ففي تقريره ركاكة ظاهرة. قوله: **(كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي)** أقول: وهو ظاهر كلام القدوري أيضاً، ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة قوله: **(وكل من ملك بالقبض)** أقول: ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة قوله: **(وجواز التصرف الخ)** أقول: لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الأثر كثبوت النسب.

الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع. قال: **(ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة)** لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة، وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد عذر،

فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة **(والكتابة والرهن)** بعد قبضه **(نظير البيع)** يعني إذا كاتب العبد المبيع بيعاً فاسداً أو رهنه فهو نظير البيع **(لأنهما لازمان)** لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة **(إلا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن)** ولا فائدة في تخصيصهما بذلك، بل يعود حق الاسترداد في المبيع والهبة إذا انتقضت هذه التصرفات كالرّد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بغير قضاء لأنه عاد إلى قديم ملكه. ثم حق الاسترداد إنما يعود إذا لم يقض بالقيمة على المشتري، فإن قضى بها عليه ثم عاد إلى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحوّل حقه من العين إلى القيمة كالعبد والمغصوب إذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا. وقوله: **(وهذا بخلاف الإجارة)** فإنه إذا أجر المشتري شراء فاسداً لا ينقطع به حق الاسترداد **(لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر، ولأن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون)** الاسترداد بالإضافة إلى المنافع التي تحدث **(امتناعاً)** عن العقد عليها والنكاح كالإجارة لأنه عقد على منفعة، فإذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراءً فاسداً كان للبائع أن يستردها لأن حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولأنه لا يفوته ملك المنفعة، فإن مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع. نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه بيتاً غير أنه إذا ظفر بها له وطؤها. ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً وأخذ المشتري الأرش أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه. ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب؛ ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير

كذلك، حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يستردّ المبيع من المشتري بحكم الفساد، وهذا بخلاف ما إذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حتى الاسترداد من الموصى له لأن الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب. فإن قيل: قولهم إذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما إذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب عليه إرساله وفيه تقديم حق الشرع. أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لإمكانه بالإرسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فإنه إنما يصار إليه إذا امتنع الجمع قوله: **(ولأن الأول)** دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع، ووجهه أن البيع الأول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا، والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه إذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف. وحاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح قوله: **(ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع)** دليل آخر على ذلك، ومعناه أن البيع الثاني حصل بتسليط البائع الأول حيث كان القبض بإذنه، فاسترداده نقض ما تمّ من جهته وذلك باطل. ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته. والجواب أنا لا نسلم التمام فيه، فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام، فإذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر. وإذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك إلا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضاً لما تم من جهته قوله: **(بخلاف تصرف المشتري)** جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها. وتوجيه الجواب ما قال إن كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه. وحاصله أن تعلق حق الغير إنما يمنع النقض إذا كان في مقابلته ما هو

قوله: **(لأنه عند صحة الأخذ الخ)** أقول: الكلام في صحة الأخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير. والأظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سيأتي في كتاب الشفعة قوله: **(على ما مر آنفاً من قوله لتعلق حق العبد)** أقول: والأولى أن يجعل قول على ما مر إشارة إلى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفاً.

ولأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً. قال: **(وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن)** لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن **(وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن)** لأنه يقدم عليه في

البائع بين آخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب. والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك إذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع. وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد. وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري، وزيادة المشتري شراء فاسداً لا تمنع الاسترداد، إلا إذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ، ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان، وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وإن كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الأرش من المشتري، وإن شاء أخذه من الجاني، وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني. ولو وطىء المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع، فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع، أما إن أتلفها ضمن قيمتها قوله: **(وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن)** قيل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه **(لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن)** وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التي دفعها للمؤجر، وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لأن هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين **(ولو مات البائع)** بيعاً فاسداً أو المؤجر إجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك، فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت **(لأنه مقدم عليه في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته)** إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطي فما فضل فللغرماء، بخلاف ما إذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فإنه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولاً بحق المحتال كما في الرهن، لأن الاختصاص إنما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال **(ثم إن كانت دراهم الثمن)** التي دفعها **(قائمة يأخذها)** المشتري **(بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو**

مرجوح عنده، وأما إذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صح الأخذ تتحول الصفقة إليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض، ولأنه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته، وهذا لأن التسليط إنما يثبت بالإذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك. قال: **(ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه الخ)** ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه بإذن البائع وأعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه **(أو وهبه وسلمه فهو)** أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة **(أما جوازه فلما ذكرنا أنه ملكه بالقبض)** والملك مطلق التصرف فينفذ، وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب **(وبالإعتاق قد هلك)** فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة **(وبالهبة)** والتسليم **(والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر)** آنفاً من قوله لتعلق حق العبد بالثاني **(والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان)** فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازماً في حق الراهن كالكتابة في حق المولى **(إلا أن حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع)** وهو تعلق حق العبد. قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة، فإنه ثابت في جميع الصور إذا نقض التصرفات، حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه إليه، ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة، وأما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله: **(وهذا)** أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة **(بخلاف الإجارة)** فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا **(أنها تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد من أقوى الأعذار ولأنها تنعقد**

قوله: **(بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عوضاً كان أو نقداً ثمناً كان أو قيمة)** أقول: فيه بحث.

حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد، وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا، قال: **(ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها)** عند أبي حنيفة رحمه الله، رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك

الأصح) خلافاً لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف، ورواية أبي سليمان تتعين وهو الأصح، لكن سيأتي ما يقوي رواية أبي حفص **(لأن البيع الفاسد بمنزلة الغصب)** والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب **(وإن كانت مستهلكة)** قال المصنف رحمه الله تعالى **(له أخذ مثلها)** وكذا ذكر قاضيخان. وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الإسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري، فإن فضل شيء عما دفعه يصرف إلى الغرماء، ولا شك أنه غير لازم لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم قوله: **(ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري)** أو غرس فيها أشجاراً **(فعليه قيمتها)** وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس **(وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء)** ويقلع الغرس **(وتستردّ الدار لهما أن حق الشفيع)** في الدار التي يستحق فيها الشفعة **(أضعف من حق البائع)** بيعاً فاسداً في الاسترداد بدليل أنه **(يحتاج)** في ثبوت الملك له في الدار **(إلى القضاء ويبطل بالتأخير)** بعد العلم ولا يورث، وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته **(و)** الاتفاق على أن **(حق الشفعة الأضعف لا يبطل بالبناء)** والغرس **(فأقواهما)** وهو حق البائع **(أولى)** أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته **(ولأبي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع)** به **(حق الاسترداد كالبيع)** والهبة **(بخلاف حق الشفيع فإنه)** وإن كان أضعف **(لم يوجد)** ما يبطله وهو تسليطه على الفعل: أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع **(ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة)** أيضاً بل

شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً) ولعل في الجوابين إشارة إلى المذهبين فيها. قال: **(وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يردّ الثمن)** قال في النهاية: أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح، بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضاً كان أو نقداً ثمناً كان أو قيمة، وهذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة أيضاً وغيرها **(فيصير المبيع محبوساً بالمقبوض)** فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع إلى أن يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن، لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **(وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه حال حياته)** لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع إلى أن يأخذ ما أدى إليه، وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن، فإن الراهن إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين **(ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها)** فيه **(تتعين)** بالتعيين على رواية أبي سليمان **(وهو الأصح)** وعلى رواية أبي حفص لا تتعين، والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم إلى أجل في تعيين المقبوض للردّ على الروايتين. وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح. ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع. وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها إذا كانت قائمة **(وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا)** أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك. وذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري. فإن فضل شيء يصرف إلى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين. قال: **(ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: ينقض البناء وترد الدار)** وكذا إذا اشترى أرضاً وغرس فيها. وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخراً مع أبي حنيفة **(لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه إلى القضاء)** أو الرضا **(ويبطل بالتأخير)** ولا يورث **(بخلاف حق البائع)** فإنه لا يحتاج إلى ذلك، وقد تقدم أن البائع بيعاً فاسداً إذا مات كان لورثته الاسترداد، والأضعف إذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به وهو بديهي، وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك **(ولأبي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع)** وكل ما هو كذلك **(ينقطع به حق الاسترداد كالبيع)** الحاصل من المشتري

قوله: **(والقبض الفاسد، إلى قوله: على الروايتين)** أقول: قوله والقرض مبتدأ، وقوله على الروايتين خبره.

في الرواية. وقالا: **(ينقض البناء وترد الدار)** والغرس على هذا الاختلاف. لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير، بخلاف حق البائع، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى. وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه. وشك يعقوب في

يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لأن البيع ليس بتسليط منه. وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع؛ فقول المصنف **(وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة)** بذلك، قالوا إنه شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه: يعني أن مذهبه معروف أنه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري **(فإن محمداً نص على)** هذا **(الاختلاف في كتاب الشفعة)** فإنه قال: إذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسداً فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا شفعة، فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لأن حق الشفعة في الدار المبيعة بيعاً فاسداً مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد، فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها، غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها وإنما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها صريح في الإنكار لا في الشك، وصريح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف. وقول المصنف **(فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف)** معناه أن حق الشفعة وجوداً وعدماً مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجوداً وعدماً، فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده، وعلى هذا فثبوته على

(بخلاف الشفيع إذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع، وكذا لو باعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالأول بالقيمة وإن كان لا شفعة في البيع الفاسد لأن حق البائع قد انقطع هاهنا، وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه، وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة. قيل: وإنما أدخله فيها إشارة إلى الاحتراز عن الإجارة، فإن البناء والغرس بالإجارة لا يقصد بهما الدوام، ولعله ذكره لأن يلحقه بالبيع في كونه منهياً مقرراً لأنه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهياً للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري. واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى لأن فيه إعدام الفاسد. وإذا تؤمل ما ذكر فليس بوارد، إذ البائع مسلط دون الشفيع، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الأولوية وبطلت الملازمة. واعترض أيضاً بأنه إذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء، كما إذا باع المشتري شراء فاسداً بيعاً صحيحاً ورد عليه المبيع بما هو فسخ. وأجيب بوجود مانع آخر فإن المانع من الاسترداد إنما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وأنه مانع آخر من الاسترداد، وهذا لأن النقض إنما وجب ضرورة إبقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضي صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم إلى الشفيع. روي وجوب القيمة في هذه المسئلة عن أبي حنيفة ويعقوب رحمهما الله، ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن أبي حنيفة لا في مذهبه. والدليل على أن مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة أن عند أبي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسداً وبنى فيها أو غرس، وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه، فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع، ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لأن وجود الملزوم بدون لازمه محال، وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك إلا في روايته عنه لمحمد رحمهم الله. قال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد. قال أبو يوسف: ما رويت عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أن ينقض البناء. وقال محمد: بل رويت لي عنه أنه يأخذ قيمتها، وهذا كما ترى يشير إلى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا، وإنما قال ما رويت وفيه تأمل. ولما كان هذا الموضع محتاجاً

حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف. قال: **(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها**

الاختلاف بالجرّ. وجماعة من الشارحين قالوا: وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره، وهو عطف على مبنى والمعنى ثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف، فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بأنه ينقطع، وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد، والأقرب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع في الاسترداد، والمعنى حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم، وعنده ينقطع فلا يسترد. واتفقت الروايات أن طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء. وأورد على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه إعدام الفساد. أجيب بمنع الملازمة، فإن البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى. فإن قيل: إذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد، كما إذا فسخ البيع عن العبد. أجيب بأن المانع من الاسترداد إنما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكماً لملكه. هذا وقولهما أوجه لأن قول أبي حنيفة إن البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الإجارة على إيجاب القلع، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا. فإن قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء. قلنا: المشتري شراء فاسداً أيضاً يكلف القلع عندنا، وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الأمر أن يعلم الخلاف، ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء إلا مدة ما. وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب، لأن ذلك فيما إذا كان العبد عبداً آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسداً أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح، وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته، وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى، بخلاف ما إذا اتصل به حق من لا جناية منه فإنه جلّ وعلا أذن في تقديم حقه قوله: **(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها)** المشتري **(وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح في الثمن)** الذي قبضه من المشتري إذا عمل فربح، والأصل في هذا أن المال نوعان: نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير، ونوع يتعين وهو ما سواهما. والخبث نوعان: خبث في البدل لعدم الملك في

إلى توكيد كرر المصنف قوله: **(شك يعقوب في الرواية)** وفي كلامه نوع انغلاق لأنه قال: رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير، والراوي في الجامع الصغير عنه محمد لأنه تصنيفه، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد. قال: **(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً)** اعلم أن الأموال على نوعين: نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير، ونوع يتعين كخلافهما. والخبث أيضاً على نوعين: خبث لفساد الملك، وخبث لعدم الملك. فأما الأول فإنه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين. والثاني يؤثر فيهما جميعاً. وإذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها تصدّق بالربح وإن اشترى البائع بالثمن شيئاً وربح فيه طاب له الربح لأن الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لأنه لفساد الملك لا لعدمه، ومعنى عدم التعين فيها أنه لو أشار إليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها لما أن الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار إليها في البياعات، وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة، وهي أنها لا تتعين لا على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين في البيع الفاسد لأنها بمنزلة المغصوب. ومن

قوله: **(وفيه تأمل)** أقول: لأنه إنما قال ما رويت لأن النزاع كان في الرواية لا في المذهب، فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضاً، بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر. ثم قوله: **(ما رويت)** صريح في نفي الرواية لا في الشك فيها، إلا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقاً.

تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح، والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق،

المبدل، وخبث لفساد الملك. **(فالخبث لعدم الملك)** يعمل في النوعين حتى إن الغاصب أو المودع إذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند أبي حنيفة ومحمد لأنه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة، لكنه إنما توسل إلى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير **(من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع)** أن نقد الدراهم المغصوبة **(أو تقدير الثمن)** إن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لأن الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا، والخبث **(لفساد الملك)** دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث، وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى إلى بدلها. و **(شبهة الشبهة)** فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين، وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الأصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى، وإلا اعتبر ما دونها كشبهة شبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح، فلذا قال: يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن، ولا شك أن هذا إنما هو على الرواية القائلة: إنه لا تتعين النقود في البيع الفاسد، أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب، وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الأصح، فحينئذ الأصح وجوب التصدق على البائع أيضاً بما ربح في الثمن، غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع، فإن فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعاً فاسداً بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال: يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم، وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال. وقول المصنف **(لا تتعين في العقود)** أي عقود البياعات، بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب، وقول بعضهما احترز به عن الوديعة والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكوراً للمصنف وليس كذلك، وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يطيب له الربح مطلقاً لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد، وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل

غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد، لأن الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين. وقال أبو يوسف: يطيب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والفرض وجوده. ولهما أن العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال **(وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن)** وبيانه أنه إذا اشترى بها فلا يخلو أما إن أشار إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها، فإن كان الأول فقد تعلق به سلامة المبيع لأنه هو الواقع ثمناً، وإن كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الأول حصل بملك الغير من كل وجه. وفي الثاني توسل إليه بمال الغير لأن بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعاً، وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين إلى شبهته، لأن حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه، بل بماله فيه شائبة ملك تنزل، وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين إلى شبهة الشبهة، لأن تعلق سلامة المبيع

قوله: **(وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي أنها لا تتعين الخ)** أقول: فيه بحث، فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه في الأول، فقوله إنما يستقيم الخ فيه ما فيه قوله: **(لا على الأصح وهي التي تقدمت الخ)** أقول: يعني تقدم ذكرها بورقة تخميناً بقوله ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الأصح. قوله: **(لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ)** أقول: كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته. وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وإن أدى الضمان فقد ملك على أصله، ثم إذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك، أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة، وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. قال: **(وكذلك إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح)** لأن الخبث لفساد الملك هاهنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين.

لأن الدراهم والدنانير تتعين، حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل، وليس له أن يحبسها ويعطي مثلها عندهما قوله: **(وكذلك إلخ)** قال في الجامع الصغير: وكذلك لو ادعى على ما آخر مالاً فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه **(يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية)** أي بالإقرار عند دعواه المال **(ثم استحق بالتصادق)** فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين **(وبدل المستحق مملوك)** أي ملكاً فاسداً سواء كان عيناً أو ديناً، أما عيناً فبدليل أن من اشترى عبداً بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لم يصح العتق، إذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة. وإذا ملكه فاسداً فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثاً فطاب له الربح. وفي الجامع الكبير لقاضيخان: بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبداً لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث، لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه فلم يحنث، وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتتمكن فيه شبهة عدم الملك؛ ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث، فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر. واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمداً للكذب فدفع إليه لا يملكه أصلاً لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه، والله أعلم.

أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها. قيل بالحديث وهو ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن الربا والريبة» والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة. وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير، وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضاً داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعي والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها أيضاً دفعاً للتحكم، لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة، إذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها. قال: **(وكذلك إذا ادعى الخ)** رجل قال لآخر لي عليك ألف درهم فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لأن الخبث فيه لفساد الملك لأن الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلاً عنه فكان تصرفه مصادفاً لملكه. لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لأن بدل المستحق مملوك به إذا كان عيناً يتعين، كما إذا اشترى عبداً بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فإن العتق نافذ، ولو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص، فإذا كان ما لا يتعين أولى، لكنه يفسد الملك إذ الاستحقاق قصداً في مقابله لا فيه، فلو كان فيه كان باطلاً والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين.

لعدم الملك. والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك، وإنما يثبت الملك مستنداً بالضمان، وفي المستند شبهة العدم، وشبهة العدم ملحقة بحقيقة العدم فيما يبتني على الشبهات والصدقة تبتني عليها، فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة إلى الربح، فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه، لأنه بالنسبة إليه كالعدم اهـ. ونحن نقول: فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث، وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة، إذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرجه إلى الحقيقة فليتأمل.

فصل فيما يكره

قال: **(ونهى رسول الله ﷺ عن النجش)** وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال «لا

فصل فيما يكره

لما كان دون الفاسد آخره عنه، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد، وإلا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافاً في الإثم. ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه، والحاضر للبادي في القحط والإضرار فاسداً، وتلقي الجلب إذا لبس باطلاً أو يثبت له الخيار، وهذا لأن النهي مطلقه للتحريم إلا لصارف. وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه، فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك، وشراء ما جيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم، وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك، أو منعقداً ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي، وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا ينفي ما ذكرنا إذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد، على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض، وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه، ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروهاً على اصطلاحنا، ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً قوله: **(ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره)** بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرير للمسلم ظلماً، فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة **(قال ﷺ «لا تناجشوا»**[1]) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن

فصل فيما يكره

قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحق به وأخر عنه، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهاً. وإذا كان بوصف متصل كان فاسداً وقد قررناه في التقرير **(ونهى رسول الله ﷺ عن النجش)** بفتحتين **(وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره)** ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام **(لا تناجشوا)** أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بأزيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروهاً، وظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروهاً لانتفاء الخداع **(ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام)** «لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية، وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز، لكنه يكره لاشتماله على الإيحاش والإضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروهاً إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن، وكذلك في النكاح. أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد. وقد روى أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ باع قدحاً وحلساً بيع من يزيد». قال: وعن تلقي الجلب: أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب:

فصل فيما يكره

(١) هو بعض الآتي.

تناجشوا». قال: (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام: لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً. قال: (وعن تلقي الجلب) وهذا إذا كان يضرّ بأهل البلد فإن كان لا يضرّ فلا بأس به، إلا إذا لبس السعر على

رسول الله ﷺ قال «لا تتلقى الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد»[1] والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله: (وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ «لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له»[2] وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان» إلى أن قال «وأن يستام الرجل على سوم أخيه»[3] وعرفت مثيره وهو ما فيه من الإيحاش والإضرار، وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته. وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضرّ بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله ﷺ «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»[4] جامعاً للبيع والشراء مجازاً، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام، وكذا محله في الخطبة، فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيدوا ولا بأس به كما سنذكر قوله: (وعن تلقي الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس: «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد»[5]. قال: لا يكون له سماراً[6]. وللتلقي صورتان: إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيتهما أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر، ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه

أي المجلوب. وصورته المصري أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إما أن يضرّ بأهل البلد أو لا، والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أو لا، فإن كان الأول بأن كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك، وإن كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره، وإلا فلا بأس بذلك قال: (وبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع حاضر للباد» وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال، فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في قحط يتضررون، فإن كان الثاني فهو مكروه،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٠ ومسلم ١٥١٥ ح ١١ وأبو داود ٣٤٤٣ والبيهقي ٥/ ٣٤٦ كلهم من حديث أبي هريرة بزيارة: ولا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلُبَها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردَّها، وصاعاً من تمر. وهكذا رواه مالك ٢/ ٦٨٣ وجاء في شرح مسلم للنووي: والصَّرُّ: معناه في المشهور: لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها حتى يعظم ضرعها فيظن المشتري أن ذلك كان لها مستمرة اهـ.

والنجش: هو أن يزيد في السلعة لِيَغُرَّ كثيره. وهو لا يريد أن يشتري. ومثله في النكاح اهـ. مصباح.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٤٢، ٢١٤٠.

ومسلم ١٤١٢ وأبو داود ٢٠٨١ والترمذي ٢٢٩٢ والنسائي ٦/ ٧٣، ٧٤ والدارمي ٢/ ١٣٥ والطحاوي ٣/ ٣ والبيهقي ٥/ ٣٤٤ كلهم من حديث ابن عمر واللفظ لمسلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٧ وأطرافه في ٢١٤٠، ٢١٥٠، ٢١٥١، ٢١٦٠، ٢١٦٢، ٢٧٢٣.

ومسلم ١٤١٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.

(٤) تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٨ ومسلم ١٥٢١ وأبو داود ٣٤٣٩ وابن ماجه ٢١٧٧ والبيهقي ٥/ ٣٤٦ وأحمد ١/ ٣٨٦ كلهم من طريق طاووس عن ابن عباس مرفوعاً وآخره «قال. أي طاووس.: فقلت لابن عباس: ما قول حاضر لباد. قال: لا يكون لهم سمساراً». واللفظ للبخاري ومسلم.

الواردين فيحتئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر. قال: **(وعن بيع الحاضر للبادي)** فقد قال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع الحاضر للبادي» وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم. أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال: **(والبيع عند أذان الجمعة)** قال الله تعالى **﴿وذروا البيع﴾** ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة. قال: **(وكل ذلك يكره)** لما ذكرنا، ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد

يعصي، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق إن خرج فرآهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصي. والوجه لا يعصي إذا لم يلبس. وعندنا محمل النهي إذا كان يضرّ بأهل البلد أو لبس، أما إذا لم يضرّ ولم يلبس فلا بأس قوله: **(وعن بيع الحاضر للبادي)** تقدم النهي عنه، ومحمل النهي **(إذا كان أهل البلد في عوز)** أي حاجة **(أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي)** للإضرار بهم وهم جيرانه **(أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر)** وقال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالي. ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس. وفي بعض الطرق زاد قوله ﷺ «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[1] وفي المجتبى: هذا التفسير أصح، ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث، وعلى هذا فتفسير ابن عباس[2] بأن لا يكون له سمساراً ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة، فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه، فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادي قال: المقصود أن لا يكون له سمساراً فنهى عنه للسمسار قوله: **(والبيع عند أذان الجمعة، قال تعالى) ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة﴾ إلى قوله تعالى ﴿وذروا البيع﴾** [الجمعة ٩] كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولاً بصلاة الجمعة تعظيماً لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير **(وفيه)** زيادة أنه قد يفضي إلى **(الإخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلاة)** وهو ما يكون بعد دخول الوقت، وقوله: **(كل ذلك يكره)** أي كل ما ذكرناه من أول الفصل إلى هنا يكره: أي لا يحل على ما قدمناه **(ولا يفسد به البيع)** باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي، لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه، وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش، وكذا بيع الحاضر للبادي، وبه

وإن كان الأول فلا بأس بذلك. وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من. وقيل في صورته نظراً إلى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة. قال: **(والبيع عند أذان الجمعة)** أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى **﴿وذروا البيع﴾** وتسميته منهياً باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله: **(بيان للقبح المجاوز، فإن البيع قد يخل بواجب السعي إذ قعدا أو وقفا يتبايعان، وأما إذا تبايعا يمشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة، وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال وكل ذلك)** أي المذكور من أول الفصل إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد، **لأن الفساد**: أي القبح لأمر خارج زائد: أي مجاور، وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسر ببيع من يزيد، وروى أنس رضي الله عنه قد مر آنفاً **(نوع منه)** أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه، ومن ذلك صغيرين أو

قال المصنف: **(والبيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى ﴿وذروا البيع﴾)** أقول: قال الزيلعي: وذكر في النهاية أنهما إذا تبايعا وهما

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٢٢ وأبو داود ٣٤٤٢ والترمذي ١٢٢٣ والنسائي ٧/٢٥٦ وابن ماجه ٢١٧٦ والشافعي ٢/١٤٧ والطيالسي ١٧٥٢ وابن أبي شيبة ٦/٢٣٩ وأحمد ٢/٣١٢. ٣٠٧. ٣٨٦. ٣٩٢ وابن حبان ٤٩٦٠ و ٤٩٦٣ و ٤٩٦٤ من طرق كلهم عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: لا يبيعنّ حاضر لبادٍ دعوا... الحديث. وكذا رواه البغوي ٢٠٩٩ والبيهقي ٥/٣٤٦ من هذا الوجه.
وأبو الزبير صرح بالتحديث في رواية ابن أبي شيبة والنسائي ورواية أحمد فزالت شبهة التدليس.

(٢) خبر ابن عباس تقدم قبل حديث جابر. رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

ولا في شرائط الصحة. قال: **(ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا. وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد» ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه)** قال: **(ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً)** والأصل فيه قوله ﷺ «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» «ووهب النبي ﷺ لعليّ رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين

قال أحمد، وعلل الصحة **(بأن الفساد)** فيه **(في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة)** واستشكله في الكافي لأن البيع يفسد بالشرط وهو خرج عن العقد ليس في صلبه قال: إلا أن يؤوّل الخارج بالمجاور، وأنت علمت ما عندنا في ذلك قوله: **(ولا بأس ببيع من يزيد)** وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة **(لأنه ﷺ باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد)** روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك «أن رجلاً من الأنصار أتى النبيّ ﷺ يسأله فقال له: أما في بيتك شيء؟ قال: بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه الماء، قال: ائتني بهما، فأتاه بهما فأخذهما رسول الله ﷺ وقال: من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، فقال: من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً، فقال رجل: أنا بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين، فأعطاهما الأنصاري وقال: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر فأساً فأتني به، فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال: اذهب فاحتطب وبع، ولا أرينك خمسة عشر يوماً، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً، فقال رسول الله ﷺ: هذا خير لك من أن تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسئلة لا تصلح إلا لثلاثة: لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع» وأخرجه الترمذي مختصراً «أنه ﷺ باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد»[1] قال الترمذي: حديث حسن

صغيراً وكبيراً أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله ﷺ «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» قوله: **(ووهب)** معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى، لأن تقريره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام «ووهب النبي ﷺ لعليّ غلامين أخوين صغيرين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما، فقال أدرك أدرك. ويروى: اردد اردد». ووجه الإستدلال بالأول هو الوعيد، وبالثاني تكرار الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع، فقلنا بكراهة البيع لإفضائه إلى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة، والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير، وفي بيع أحدهما قطع الإستئناس والمنع من التعاهد، وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد النبي على ذلك

يمشيان فلا بأس به، وعزاه إلى أصول الفقه لأبي اليسر. وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ فلا يجوز بالرأي اهـ. وفيه بحث. قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه»**

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٦٤١ والترمذي ١٢١٨ والنسائي وابن ماجه ٢١٩٨ وابن الجارود ٥٦٩ والطيالسي ١٣٢٦ وابن أبي شيبة ٨/ ١٨٣ وأحمد ٣/ ١٠٠ . ١١٤ كلهم من طريق الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عن أنس به.
اختصره الترمذي والنسائي وطوله أبو داود وابن ماجه وغيرهما. وحسنه الترمذي وقال رواه غير واحد عن الأخضر.
وجاء في نصب الراية ٤/ ٢٣ ما ملخصه: قال ابن القطان: وهذا اللفظ يعطي أن أنساً لم يشاهد القصة، ولم يسمع ما فيها من النبي ﷺ، فالله أعلم أن الرواية مرسلة.
والشيء الثاني: الحديث معلول بأبي بكر الحنفي فإني لا أعرف أحداً نقل عدالته فهو مجهول الحال اهـ.
وقال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة. وأبو بكر الحنفي اسمه عبد الله اهـ. الزيلعي.
وأما ابن حجر فقال في تلخيص الحبير ٣/ ١٥ ما ملخصه: أعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي ونقل عن البخاري أنه قال: لا يصحُّ حديثه.
تنبيه: الحِلْس بكسر الحاء وإسكان اللام كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير. قاله الجوهري اهـ ابن حجر. قلت: وعلماً هذا فقط من البخاري في هذا الحديث. وكون الحنفي تفرد به وهو مجهول. فالخبر ضعيف وفيه اضطراب حيث رواه بعضهم مطولاً واختصر، البعض. وقد قال ابن حجر والذهبي عنه: لا يعرف حاله.

صغيرين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما، فقال: أدرك أدرك، ويروى: اردد اردد». ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه تم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب

لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي، وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة[١] قوله: **(نوع منه)** أي من البيع المكروه: أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية، وإنما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق، بخلاف الأول **(ومن ملك مملوكين)** بأيّ سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثاً **(صغيرين)** أو **(أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما)** سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع، ولا ينظر في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم **(والأصل فيه قوله ﷺ)** فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول **«من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»**[٢] وقال: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر[٣] فيه فإن فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه، وللاختلاف فيه لم يصححه الترمذي، ورواه أحمد بقصة. وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من فرّق بين والدة وولدها»[٤] وقال: إسناده

بقوله ﷺ «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» إن كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق، ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا» ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصداً فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم

الحديث) أقول: قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدة وولدها ويجوز أن يكون خبراً. قوله: **(والأصل فيه ما قال**

---

(١) تقدم أنه واه وأن علته شيخ الأخضر لا الأخضر.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٢٨٣ والدارمي ٢٣٨٥ وأحمد ٥/ ٤١٢ ـ ٤١٣ والحاكم ٢/ ٥٥ والدارقطني ٣/ ٦٧ كلهم من حديث أبي أيوب الأنصاري وكرره الترمذي في السير ١٥٦٦

وقال عقب الروايتين: حسن غريب. وزاد عقب الثانية: والعمل على هذا عند أهل العلم.

وقال الحاكم: صحيح على شرط ما مسلم. وسكت الذهبي. وجاء في نصب الراية ٤/ ٢٣ ما ملخصه: وصححه الحكم على شرط مسلم. وفيما قاله نظر: لأن حُييّ بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح شيء بل نقل ابن القطان عن البخاري قوله: فيه نظر. وقال أحمد: أحاديثه مناكير. وقال يحيى والنسائي: لا بأس به. قال ابن القطان: ولأجل الاختلاف في لم يصححه الترمذي اهـ.

قلت: تابعه في رواية الدارمي عبد الله بن جنادة. لكن هذا الآخر ضعيف أيضاً كما في التقريب. لكن للحديث شواهد فهو قوي وستأتي.

(٣) كذا وقع للمصنف: وصوابه: وفيه نظر اهـ هذه عبارة الزيلعي كما تقدم.

(٤) حسن لشواهده. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٥ والدارقطني ٣/ ٦٧ كلاهما من حديث طليق بن محمد عن عمران بن حصين مرفوعاً. وصححه الحاكم وسكت الذهبي. وقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٦٧ عن طليق بن عمران عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً وصدره: لقي ورواية: نهى... إلخ بدل: لعن.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٢٥ ما ملخصه: ذكره عبد الحق في أحكامه ثم قال: اختلف فيه على طليق فرواه بعضهم عنه عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً

ورواه بعضهم عنه عن عمران بن حصين.

ورواه بعضهم عنه مرسلاً وقال: هو المحفوظ.

وقال ابن القطان: وبالجملة فالحديث لا يصح لأن طليقاً لا يعرف حاله اهـ.

قلت: قال عنه ابن حجر: مقبول اهـ.

وللحديث شواهد. تقدم أحدها وسيأتي بعضهما فهو حسن.

ولا قريب غير محرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده، ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد

صحيح، وفيه طليق بن محمد، تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين، وتارة عنه عن أبي بردة، وتارة عن طليق عن النبي ﷺ مرسلاً. قال الدارقطني: وهو المحفوظ، وقول ابن القطان لا يصح لأن طليقاً لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك وإلا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة وألفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه، وهو منع التفريق إلا أن في سوقها طولاً علينا[1]. وأما حديث عليّ رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن عليّ رضي الله عنه قال «وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما، فقال رسول الله ﷺ: يا عليّ ما فعل غلامك؟ فأخبرته فقال: رده رده»[2] قال الترمذي حديث حسن غريب. وتعقبه أبو داود بأن ميموناً لم يدرك علياً وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك. وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عليّ رضي الله عنه قال: «قدم على النبيّ ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرّقت بينهما، ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته فقال: أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعاً فلا تفرق بينهما» وصححه الحاكم على شرط الشيخين، ونفى ابن القطان العيب عنه وقال: هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب، ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع، ولا يضرّ على أصلنا على ما عرف[3]. قال المصنف **(ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده)** أي يصلح شأنه

ولا ما لا محرمية بينهما أصلاً، حتى لو كان أحدهما أخاً رضاعياً للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعاً أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص النافي ورد بخلاف القياس، لأن القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين، وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والأخوان. قيل: في كلام المصنف تناقض، لأنه علل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير، وقال: ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح، ثم قال: لأن النص ورد بخلاف القياس، وما كان كذلك لا يكون

عليه الصلاة والسلام) أقول: على أن تكون ما مصدرية قوله: **(ووجه الاستدلال بالأول)** أقول: لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك واردد إلى التكرار. نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الأمر قوله: **(بقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها» الحديث)** أقول: الدعوى

---

(١) ما ذكر ابن الهمام صواب وهو ما تميل إليه النفس.

(٢) جيد لشواهده. أخرجه أبو داود ٢٦٩٦ والترمذي ١٢٨٤ وابن ماجه ٢٢٤٩ والحاكم ٢/ ٥٥ والدارقطني ٣/ ٦٦ كلهم من طرق عن ميمون بن أبي شبيب عن علي بألفاظ متقاربة والقصة واحدة.

وقال الترمذي: حسن غريب.

وقال أبو داود: ميمون لم يدرك علياً قُتل بالجماجم سنة ثلاث وثمانين.

وأما الحاكم فقال: هذا متن إسناده صحيح

قلت: وقد توبع ميمون فقد أخرجه الحاكم ٢/ ٥٤ والدارقطني ٣/ ٦٥. ٦٦ كلاهما من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي به وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٦ رواية شعبة عن الحكم عن ابن أبي ليلى هذه لا عيب بها وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب اهـ.

وقال الزيلعي: ورواه أحمد، والبزار من طريق سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن ابن أبي ليلى عن علي به.

وقال: قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. هذا إسناد رجاله رجال الصحيحين إلا أن ابن أبي عروبة لم يسمع من الحكم شيئاً. قاله: أحمد والنسائي وغيرهما.

قال الزيلعي: ورواه إسحق وبينهما رجل مجهول. حيث رواه عن ابن أبي عروبة عن صاحب له عن الحكم به اهـ وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٦: قال الدارقطني في علله لا يمتنع كون الحكم سمعه من ابن أبي ليلى. ومن ميمون فتارة حدث به عن هذا ومرة عن هذا اهـ.

الخلاصة: الحديث قوي بشواهده فهو حسن صحيح والله أعلم

(٣) تقدم الكلام في الذي قبله مستوفياً.

منهما، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه

(فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا»[١] ورواه[٢] ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص، وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب. وروى الطحاوي في مشكل الآثار: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، حدثنا ابن وهب، أنبأنا مالك بن أبي الخير الزيادي عن أبي قنبل عن عبادة بن الصامت عنه ﷺ قال «ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا»[٣] وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة[٤]، وقد روى من حديث عدة من الصحابة[٥] فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي ﷺ. قال المصنف **(ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب)** كمحرم الرضاع وامرأة الأب **(ولا قريب غير محرم)** كابن العم **(ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده)** ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة وولدها والأخوين. فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين. فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً

معلولاً فجاء التناقض. والجواب ما أشرنا إليه في تفسير كلامه أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرّمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصداً فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه، لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه، فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس. وإذا ظهر هذا تبين أنه ليس في القرابة والمحرمية، ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها. فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولاً بالقرابة المحرّمة للنكاح لما جاز التفريق عند

عامة، والحديث مخصوص بالوالدة والولد. قوله: **(فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه)** أقول: دعوى المساواة

---

(١) صحيح لشواهده. أخرجه أبو داود ٤٩٤٣ من طريق ابن أبي شيبة عن ابن عامر عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وأخرجه الترمذي ١٩٢٠ والبخاري في الأدب المفرد ٣٥٥ و ٣٥٨ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهذه سلسلة الحديث الحسن. وقد قال الترمذي: حسن صحيح. وله شواهد ستأتي فهو صحيح لشواهده

(٢) صوابه: رواه أبو داود من طريق ابن أبي شيبة: كذا في نصب الراية ٤/ ٢٦.

(٣) صحيح لشواهده. أخرجه أحمد ٥/ ٣٢٣ والطبراني كما في المجمع ٨/ ١٤ والطحاوي في المشكل كما في نصب الراية ٤/ ٢٧ كلهم من حديث عبادة بن الصامت

وقال الهيثمي: إسناده حسن.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٣ والحاكم ٤/ ١٧٨ وصححه وأقره الذهبي. وورد من حديث ابن عباس. ، أخرجه ابن حبان ٤٥٨ والبزار ١٩٥٥ والبغوي ٣٤٥٢ وكذا الترمذي ١٩٢١ والقضاعي في الشهاب ١٢٠٣ وأحمد ١/ ٢٥٧ والطبراني في الكبير ١١٠٨٣ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وفي بعض رجاله كلام إلا أن شواهده تقويه وورد من حديث أنس. أخرجه الترمذي ١٩١٩ وأبو يعلى ٣٤٧٦ وكذا الطبراني في المجمع ٨/ ١٤.

وقال الهيثمي: في إسناد أبي يعلى يوسف بن عطية متروك. وفي إسناد الطبراني غير واحد ضعيف اهـ.

وعن واثلة بن الأسقع. عند الطبراني في الكبير ٢٢ (٢٢٩) عن الزهري عن واثلة وقال الهيثمي في المجمع ٨/ ١٤ الزهري لم يسمع من واثلة.

وعن جابر. رواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨/ ١٤ وضعف الهيثمي إسناده.

وأخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٦ والطبراني في الكبير ٧٧٠٣ من طريقين فرواه الطبراني عن عفير بن معدان وقال الهيثمي: ضعيف جداً اهـ.

وأما رواية البخاري فهي عن القاسم بن عبد الرحمن وهو غير قوي أيضاً.

الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الصحيح كيف وبعضها حسن وهي رواية عمرو بن شعيب. والله تعالى أعلم.

(٤) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٥) تقدمت هذه الروايات عن الصحابة الكرام. وكما قال المصنف ابن الهمام رحمه الله فقد بلغ هذا الحديث حدّ الشهرة. والله أعلم.

دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به. قال: **(فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا

وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بأنّ خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين، فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرّمة فثبت في الخال والخالة بالدلالة، ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم. بقي إيراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة، منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي: ما إذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية، أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور إذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وإن كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يمسكهما كما في مصراعي الباب إذا وجد بأحدهما عيباً. والرابعة أن يدير أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر. والخامسة أن يكون لحربي مستأمن فباع أحدهما، فللمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري. والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير. والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالإخراج عن ملكه. والثامنة لو كان الولد مراهقاً فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه. فالجواب عن الثلاثة الأول ما أشار إليه المصنف بقوله: **(لأن المنظور إليه)** في منع التفريق **(دفع الضرر عن غيره)** وهو الصغير **(لا)** إلحاق **(الضرر به)** أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم، فلو منعنا التفريق كان إلزاماً للضرر بالمالك، والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضرراً بالمالك، فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها، وبهذا يجاب عن الرابع إذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأساً، بخلاف ما قبل التدبير فإنه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما. وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم، فإنه إن لم يشتره أحد يذهب به إلى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشبّ ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لأنه ضرر الدين والدنيا، فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي، والسبي هلاك، ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه. وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش، وقد بقي له من يقوم مقام الثالث. على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال، أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لأنه يستوحش بفراق الكل. وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فإن المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار. وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلوّ الوصف الظاهر المنضبط عن الحكم فلا يشرع معه الحكم فآل الكل إلى عدم العلة في الحقيقة. ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقاً بينه وبين أمه لأنه يصير مسلماً بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق قوله: **(فإن فرّق كره ذلك وجاز العقد)** إذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأذوناً، أما إذا كان كافراً فلا لأنهم

وجود هذه العلة؛ لكنه جاز في سبعة مواضع وإن كان أحدهما صغيراً فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ. والأول من المواضع السبعة ما إذا صار أحدهما في ملكه إلى حال لا يمكنه بيعه كما إذا دبره أو استولده إن كانت أمة فإنه لا بأس ببيع الآخر وإن حصل التفريق. والثاني إذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فإن للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع أنه مخير بين الدفع والفداء، وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة. والثالث إذا كان المالك حربياً جاز

فيما إذا كان أحدهما عماً أو خالاً، لمورد النص مشكلة وللإشارة إلى ذلك قال عسى قوله: **(أو لزم التزام القول بتخصيص العلل)** أقول: فإنه ظهر أن العلة هي الرحم المحرمية الغير المستلزم ضرراً بالمالك والصغير قصداً قوله: **(وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ)** أقول: فيه

يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا، فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة

غير مخاطبين بالشرائع. والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرّض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعاً في ملتهم لا يجوز **(وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك)** أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث عليّ رضي الله عنه وقول النبيّ ﷺ «أدركهما وارتجعهما»[١] فإن الأمر بالإدراك والارتجاع لا يكون إلا في البيع الفاسد **(ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور)** والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم **(فشابه كراهة الاستيام)** على سوم أخيه، وحينئذ يجب تأويل الأمر بالإدراك والارتجاع على طلب الإقالة مع ظهور أن يقيله رغبة في ثواب الإقالة أو أن يبيع الأخ لآخر منه. واعلم أن مدة منع التفريق إنما تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض. وذكر فيه حديثاً في المبسوط عنه ﷺ «لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية» وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام «لا تفرقوا بين الأم وولدها، فقيل إلى متى؟ فقال: إلى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية»[٢] رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي. وفي أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب، وإلى زمان سقوط الأسنان، والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح، وقال: الأشبه أنه موضوع، وسببه أن في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان، قال الذهبي: كذاب، وقيل رماه ابن المديني بالكذب، غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعاً. وقال بعض مشايخنا: إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك قوله: **(وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص)** ليثبت فيه المنع إلحاقاً بالدلالة إذ كان أصله على خلاف القياس **(وقد صح أنه ﷺ فرّق بين مارية وسيرين)** بالسين المهملة، ذكره ابن عبد البر في

للمسلم شراء أخذهما، وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء. والرابع إذا ملك صغيراً وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحساناً وإن لزم التفريق. والخامس إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق. والسادس جاز إعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق. والسابع إذا كان الصغير مراهقاً جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق. وإذا تأملت ما مهد لك آنفاً ظهر لك عدم ورودها فإن ما خلا الأخيرين يشتمل على الضرر، أما الأول فلأن بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به. لا يقال: المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له أضرار فكيف تحمل لأنه لو لم يتحمل ذلك لزم إهمال الحديث. وأما الثاني فلأنه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر. وأما الثالث فلأن منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض، فإن الحربيّ يدخلهما دار الحرب فينشآن فيها، وضرر

بحث. قال المصنف: **(لا الإضرار به)** أقول: قال ابن الهمام: أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اهـ وفيه بحث. قوله: **(وإطلاق التفريق يدل الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن قوله وجاز البيع يدل على التقييد، نعم لا كلام في إطلاق التفريق الواقع في

---

(١) هو بعض حديث علي حيث باع أحد الأخوين. وتقدم في ٥/ ٥٨٠ قبل روايات حديث: ليس منا. إلخ.

(٢) باطل. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٥ والدارقطني ٣/ ٦٨ كلاهما من حديث عبادة بن الصامت.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد!!!

ورده الذهبي بقوله: قلت: موضوع. وابن حسان كذاب اهـ.

وقال الدارقطني عقب حديثه: فيه عبد الله بن عمرو بن حسان الواقعي ضعيف الحديث. رماه علي المديني بالكذب.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠ عن ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله: الأشبه أن يكون موضوعاً.

ثم نقل الزيلعي كلام الذهبي وأقره وأقرهما ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٤، فالخبر باطل.

الاستيام **(وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما)** لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام فرّق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين».

الاستيعاب. قال البزار بعد أن غلطه للحديث طريق ذكرها، لكن روي هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم ابن إسماعيل ودلهم بن دهشم انتهى. ويشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: «أهدى المقوقس القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم. وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان» وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة، وأخرجه البيهقيّ بسند آخر في دلائل النبوّة مرسلاً «أنه ﷺ بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس، إلى أن قال: وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدي وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر» وهذا مخالف لما تقدم. وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية فجئت بكتاب رسول الله ﷺ فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إليّ وجمع بطارقته، إلى أن قال: وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد، فأهدى إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهم أم إبراهيم ابن رسول الله ﷺ: واحدة وهبها لأبي جهيم بن حذيفة العدوي، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت»[1] فهذا

ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الأسر والقتل وفي الآخرة، لأن ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم. وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر إضرار للمولى. وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف. وعلى ظاهر الرواية إنما جاز لأن رد السالم عن العيب حرام من كل وجه، وفي إلزام المعيب إضرار للمشتري فيتعين رده دفعاً للإضرار عنه. وأما في السادس فلأن الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه، لأن المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد، ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل

الحديث. قوله: **(والجواب عن الحديث أنه محمول الخ)** أقول: في «أدرك، واردد» قوله: **(أو بيع الآخر الخ)** أقول: في أدرك ثم لفظ أو هاهنا لمنع الخلو.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه البزار في مسنده من طريق بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه. وقال البزار: وهم فيه محمد بن زياد فرواه عن ابن عيينة عن بشير بن مهاجر به وابن عيينة ليس عنده عن ابن مهاجر شيء. ولكن رواه عن ابن مهاجر حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهشم قلت. أي الزيلعي .: هكذا رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا خلد بن خداش ثنا حاتم بن إسماعيل ثنا بشير بن مهاجر به سنداً ومتناً وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة.

- ورواه البيهقي في الدلائل عن ابن إسحق حدثني الزهري عن عبد الرحمن بن عبد القاري بنحوه لكن فيه مخالفة لما رواه البزار حيث في هذا المرسل: وأما الجارية الأخرى فوهبها لجهم بن قيس العبدي.

ويجمع بين ذلك ما رواه البيهقي أيضاً بسنده عن حاطب بن أبي بلتعه وفيه: أهداه ثلاث جوار. منهنّ أم إبراهيم أم ولد رسول الله ﷺ، وواحدة وهبها عليه السلام لأبي جهيم، واحدة لحسان بن ثابت اهـ.

قلت: ورواية البيهقي هذه الأخيرة واهية. ففي الإسناد عبد الرحمن بن زيد بن أسلم. وقد قال يحيى بن معين: أولاد زيد بن أسلم ليسوا بشيء. وفيه غير واحد من المجاهيل أيضاً.

ومع ذلك قال ابن الهمام: وليس في هذه الروايات أن الجاريتين كانتا أختين.

ثم قال الكمال: وقد ذكر الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي بإسناد له. . . فذكره وفيه: جاريتين أختين. . الخبر.

قال الكمال: هذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه اهـ.

قلت: وقع في رواية ابن المهاجر عن بريدة في كتاب الإصابة لابن حجر ٤/٣٣٩ رقم ٦٠٩ وفيه: جاريتين أختين. . . الحديث اهـ فالله أعلم.

وقال الهيثمي في المجمع ٩/١٦٢: روى الطبراني بإسنادين في أحدهما الواقدي وفي الآخر محمد بن الحسن بن زبالة وكلاهما متروك. عن سيرين قالت: حضرت موت إبراهيم بن رسول الله ﷺ، وكنت كلما صحت وأختي صاح النساء ولا ينهانا فلما مات نهانا عن الصياح. . الحديث اهـ.

. . . .

يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه، وليس في شيء منها أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال. لا جرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي بإسناد له: أن المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال: فارجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك، وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرفاً واحداً» فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب، وقد أسلفنا توثيقه[١]، وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب، ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالله أعلم بذلك، وإنما بوّب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال: «خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة، إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبي بكر وفيهما امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب، فنفلني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي ﷺ: يا سلمة هب لي المرأة، فقلت هي لك، ففدي بها أسارى مكة»[٢] انتهى مختصراً فهذا التفريق وإن كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي ﷺ علمه واتهب الجارية ولم يردها إلى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها، فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين، والله أعلم.

المعنى الموجب في إبقائهما جميعاً مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه. وأما في السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر، ففيما عدا الأخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به. وأما السادس فلا تفريق فيه، وأما السابع فمن قبيل إسقاط الحق، ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لأن التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقاً ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابناً صغيراً له أو كبيراً وهما في مؤنته أوّلاً وسواء كان زوجته أو مكاتبته، ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء إذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله: **(ولو كان التفريق بحق مستحق)** تقدم تقريره في أثناء الأسئلة وجوابها. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: إذا جنى أحدهما أنه يستحب الفداء لأنه مخير بين أن يدفع أو يفدي فكان الفداء أولى. قال: **(فإن فرّق كره ذلك وجاز العقد إلخ)** فإن فرّق كره ذلك، وإطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز. وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها،

= الخلاصة: قد جاءت الرواية كونهما أختين في أكثر من مكان فقد جاءت في رواية بريدة كما ذكرت في الإصابة، وجاءت في رواية الواقدي عن سيرين وهو وإن وثقه ابن الهمام إلا أنه فيه نظر فالجمهور على أنه واهٍ لكن تابعه ابن زبالة كما ذكر الهيثمي وهو واهٍ أيضاً. فالخبر بهذه الطرق يعلم أن له أصلاً وأنهما كانتا أختين.

قلت: ثم رأيت بحمد الله ومنه وكرمه في كتاب الإصابة برقم ٩٨٤ في ترجمة مارية قال ابن حجر ما ملخصه: ذكر ابن سعد من طريق عبد الله بن أبي صعصعة قال: بعث الموقس صاحب الإسكندرية سنة سبع من الهجرة إلى رسول الله ﷺ بمارية القبطية وأختها سيرين... فشاهد خبراً طويلاً.

ثم ذكر ابن حجر حديث البزار عن بريدة وحكم بأنه حديث حسن الإسناد. لكن ليس فيه لفظ: أختين اهـ.

أخير: كون مارية القبطية هدية من موقس مصر هذا ثابت بل مشهور وأما كونها أخت سيرين فهذا لم يأت بإسناد جيد ولا صحيح. فلا أستطيع أن أدفعه أو أردّه ولا أستطيع أيضاً أن أثبتهُ فالله تعالى أعلم.

(١) تقدم الكلام على هذا الخبر في الذي قبله مستوفياً.

وأما الواقدي: فالأكثر على أنه واهٍ متروك بل كذبه غير واحد في رواية الحديث. وقد نقل الذهبي عن توثيقه عن جماعة منهم محمد بن إسحق الصنعاني وكذا مصعب ومعن القزاز ويزيد بن هارون وإبراهيم الحربي وقد شهد له الذهبي في السير والمغازي والحوادث حيث قال: كان إلى حفظة المنتهى في الأخبار والسير والمغازي والفقه وغير ذلك.

ثم ختم الذهبي ترجمته بقوله: واستقر الإجماع على وهن الواقدي اهـ انظر الميزان ٣/ ٦٦٢ . ٦٦٦.

(٢) هو بعض حديث سلمة بن الأكوع. أخرج مسلم وغيره وتقدم في كتاب السير. باب التنفيل وفداء الأسارى وهو في صحيح مسلم ١٧٥٥ من حديث سلمة.

. . . .

[فروع] إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم. وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون إلا معاً اعتباراً لاختلاف الجهة. والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأن شفقة الأم تغني عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة، والجدة كالأم؛ فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة، ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا إلا معاً لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة، ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار، في رواية الأمالي لا يباع واحد منهم، والصحيح أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطني لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب، وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغني. وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كباراً وثلاثة صغاراً فباع مع كل صغير كبيراً جاز استحساناً، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم بُاع غير الشقيقة؛ ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة. القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما، وفي الاستحسان لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطاً فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وإن كانوا في درجة، فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لا يفرق، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه، ومثل الخالة والعمة أخ لأب وأخ لأم، والله الموفق.

وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي «أدرك أدرك» ولزيد بن حارثة «اردد اردد» فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام. والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قوله: **(وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما)** لأنه ليس في معنى ما ورد به النص يشير إلى أن مراده فيما تقدم الإلحاق بدلالة النص كما قررناه، وقد صح «أن النبي ﷺ فرّق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين» روي «أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله ﷺ جاريتين أختين وبغلة، فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية، ووهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين» بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب، وهذا كله إذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مأذوناً له، وأما إذا كان كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع.

باب الإقالة

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة» ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما **(فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن**

باب الإقالة

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد، والمكروه أنه إذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صوناً لهم عن المحظور، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة إلى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره، وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة، وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان. وأيضاً الإقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد، والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات. ثم قيل: الإقالة من القول، والهمزة للسلب، فأقال بمعنى أزال القول: أي القول الأول وهو البيع كأشكاه أزال شكايته. ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول، ولأنه ذكر الإقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو، وأيضاً ذكر في مجموع اللغة: قال البيع قيلا وإقالة فسخه قوله: **(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول)** عليه إجماع المسلمين لقوله: (ﷺ **«من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»)** أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته» زائد ابن ماجه «يوم القيامة»[(1)] ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين. وأما لفظ نادماً فعند البيهقي. قال المصنف **(ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما)** التي لها شرع البيع وغيره. ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى إنما يفيد مجرد جواز الإقالة، وأما لزوم كونه على الثمن الأول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله:

باب الإقالة

(الإقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد، والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها إياهما، وهي من القيل لا من القول، والهمزة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله ﷺ

باب الإقالة

فإن قيل: ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالإقالة؟ قلنا: المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع بقرينة مقابلة الإقالة للبيع قوله: **(وهي من القيل لا من القول)** أقول: في مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخه قوله: **(والهمزة للسلب)** أقول: فأقال بمعنى أزال القول: أي القول الأولى وهو البيع قوله: **(وشرطها أن تكون بالثمن الأول الخ)** أقول: لو كان شرطاً لانتفى بانتفائه، وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٦٠ وأحمد ٢/ ٢٥٢ والحاكم ٢/ ٤٥ وابن حبان ٥٠٣٠ والبيهقي ٦/ ٢٧ كلهم من حديث أبي هريرة.
وصححه الحاكم على شرط الشيخين وأقره الذهبي وكذا المنذري في الترغيب ٣/ ٢٠.
وأخرجه ابن ماجه ٢١٩٩ من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً وزاد هو وابن حبان لفظ: يوم القيامة.
وأخرجه ابن حبان ٥٠٢٩ والقضاعي في الشهاب ٤٥٣ والبيهقي ٦/ ٢٧ كلهم من حديث أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً بمثل سياق صاحب الهداية.
وفي إسناده إسحق بن محمد الفروي صدوق كُفّ فساء حفظه روى له البخاري وغيره قاله في التقريب.
قلت: والراجح أن حفظه لأنه تابعه غير واحد على أبي صالح فالحديث حسن أو صحيح والله أعلم. ونقل أبي حجر في تلخيص الحبير عن ابن حزم أنه صححه اهـ التلخيص ٣/ ٢٤ وقال أبو الفتح القشيري هو على شرطهما.

الأول) والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخاً فتبطل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن فتبطل. وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن فتبطل. لمحمد

(والأصل) أي الأصل في لزوم الثمن الأول حتى يبطل الأقل والأكثر **(أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول، وثبوت الحال الأول هو برجوع عين الثمن الأول إلى مالكه كأن لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والأجل. نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعاً فيعطي بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع كما سنذكره **(فإن لم يمكن جعله فسخاً)** كأن ولدت المبيعة بعد القبض، وكما إذا كان المبيع عرضاً بالدراهم فهلك **(تبطل، هذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً)** بأن وقعت الإقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخاً، فإن تعذر كونها بيعاً وفسخاً كما لو كان المبيع عرضاً بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل. وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسخ إلا أن يتعذر فبيع إلا أن تعذر فتبطل؛ والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الإقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل، كما لو قال أقلني فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف. ومحمد يقول إنها فسخ ويقول: لا تنعقد إلا بالمضيّ فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع. وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجري في الإقالة، فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع. هكذا في شرح القدوري، وذكره في الدراية. والذي في فتاوى قاضيخان أن قول أبي حنيفة كقول محمد. وفي الخلاصة اختاروا قول محمد، ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت، ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل، كما إذا قطعه قميصاً في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت. وجه قول محمد **(أن اللفظ)** أي لفظ الإقالة وضع **(للفسخ والرفع)** بدليل الاستعمال فإنه يقال: **(أقلني عثرتي)** بمعنى أسقط أثرها باعتبارها عدماً بعد وجودها، وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعاً غير ممكن بعد الدخول في الوجود **(فيفور عليه قضيته. وإذا تعذر)** الفسخ **(يحمل على محتمله وهو البيع. ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي. وهذا هو حدّ**

«من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة» ندب ﷺ إليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب إخباراً أو ادعاء، وكلاهما لا يكون إلا لمشروع، ولأن العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما، وشرطها أن تكون بالثمن الأول **(فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول، والأصل في ذلك أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه. ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض بيعاً جديداً في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع، ولو كان فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك، وشرط التقابض إذا كان البيع صرفاً فكانت في حق الشريعة بيعاً جديداً، وهذا لأن لفظها ينبىء عن الفسخ كما سنذكره، ومعناها ينبىء عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي، وجعلها فسخاً أو بيعاً فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى، فجعلناها من حيث اللفظ فسخاً في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعاً في حق غيرهما، فإن تعذر فجعلها فسخاً بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولداً فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع. وهذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعاً، كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخاً إلا إن تعذر جعلها فسخاً فتبطل، كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك، كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعاً إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه. استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال: إن اللفظ للفسخ

رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع، ومنه يقال: أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع؛ ألا ترى أنه بيع في حق الثالث: ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع، ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبىء عن الرفع والفسخ كما قلنا، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند

البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به، غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما في التولية وأخذ الدار بالشفعة **(ولهذا تبطل)** الإقالة **(بهلاك المبيع)** بعد الإقالة قبل الرد، ووجب للذي كان بائعاً الرد بالعيب الحادث عند المشتري **(وهذه أحكام البيع)** فإذا ترتبت على شيء كان بيعاً. غير أنه إذا تعذر جعله بيعاً كما إذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا إلى مجازه بجعله فسخاً تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن. وكونه لا يبتدأ عقد البيع بإنشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ، فإنه قال: يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة، وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع، وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبيء عن الرفع)** على ما قلنا لمحمد رحمه الله **(والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية)** وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته، إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعاً لذلك. فإن قيل: فتكون بيعاً لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية. قلنا: إنما نريد البيع ما كان مفيداً لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع حكماً على الشرع بذلك: أي بأنه وضع بهذا الاعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح، على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقاً شرعاً أو بقيد أن لا يكون تراجعاً، والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ. بقي أمر آخر هو أنها لم

والدفع: يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث. واستدل أبو يوسف بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك، واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة. وعورض بأنه لو كانت بيعاً أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك. وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ، وبالفرق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلاً تعذر تصحيحها بيعاً لأن الإقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها، وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود: أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعاً مجازاً وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز. والثاني أن قوله أقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد، وذلك يقتضي نفي سابقة العقد. واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبيء عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها، فإن تعذر ذلك صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطلا، وهاهنا لم يمكن أن يجعل مجازاً عن ابتداء العقد لأنه لا يحتمله لكونها ضده، واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف في موضعه. فإن قيل: الإقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك. أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة، وهذا ليس كذلك إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملاً في حقه، بل هو أمر ضروري، لأنه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد. وتقريره بوجه البسط أن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته، والإقالة وضعت لإزالة

قوله: **(واستدل أبو يوسف بمعناه الخ)** أقول: منقوض بما إذا كانت الإقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فإنها حينئذ فسخ إجماعاً مع جريان الدليل فيه قوله: **(فلم يلزم من إرادة المجاز الخ)** أقول: أي المعنى المجازي قوله: **(وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة)** أقول: ألا يرى أن يجعله فسخاً إذا لم يكن جعله تبعاً. ولك أن تقول: يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة

تعذره لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة، إذ لا ولاية لهما على غيرهما. إذا ثبت هذا نقول: إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل

تستعمل في البيع مجازاً عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله: **(ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ، لأنه)** أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي **(ضد،)** أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه، وهذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال في الضد إنما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة سيئة، وليس هنا ذلك **(فتعين البطلان، وكونه بيعاً في حق ثالث)** ليس باعتبار جعلنا إياه مجازاً عنه، ولكن **(لأمر ضروري)** وهو أنه لما ثبت **(به مثل حكم البيع هو الملك)** ببدل ظهر في حق غيرهما، إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعاً في حق غيرهما، ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة، فإذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله: **(إذا ثبت هذا)** أي هذا الخلاف في هذا الأصل **(فنقول تفريعاً عليه)** إذا شرطا **(في الإقالة)** الأكثر **(كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالإقالة على الثمن الأول)** عند أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة **(لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة)** وإنما بطل لأن الإقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن **(لأن رفع ما لم يكن ثابتاً محال)** ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة. توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع أصلاً إلا أن أصل العقد له وجود، وإياه عنيا بالإقالة، غير أنهما زاداه شرطاً فاسداً فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه **(بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فيه ويتحقق به الربا)** ويصير بيعاً فاسداً فلا يتصور إثباتها في الرفع **(وكذا إذا شرط الأقل)** عنده يصح بقدر الثمن الأول **(لما بينا)** أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول **(إلا أن)** يكون **(حدث بالمبيع عيب)** فيصح بالنقصان جعلا للحط بإزاء ما فات بالعيب **(وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف)** وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعاً، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع **(وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول)** باعتباره مريداً للأول لكنه سكت عن بعضه **(ولو سكت عن الكل)** بأن قال أقلتك **(يكون فسخاً)** عليه، فإذا سكت عن بعضه **(أولى، بخلاف ما إذا زاد، ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا)** من جعل الحط بإزاء ما نقص من العيب.

الملك وإبطاله، وثبوت الملك للبائع من ضروراته، فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة، فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما. ووجه آخر أن المدعي أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخاً بمقتضاها، فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال. والجواب لأبي حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الأحكام ما قيل: الشارع يبدل الأحكام فلا يغير الحقائق فإنه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثاً،

المشابهة، فالمعنى لا يلزم من إزالة المعنى المنقول إليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل إليه إرادة المعنى المنقول إليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر. فإن قيل: بماذا ثبت النقل؟ قلنا: باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة، ويترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف، فعنده مجاز شرعي في الفسخ. قوله: **(معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد الخ)** أقول: مستعيناً بالله تعالى: لا نسلم أن معناه ذلك، بل معناه بعتك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقاً، فإنه ليس مجازاً عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادي عليه كلام المجيب. وأيضاً المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الأصول قوله: **(وذلك يقتضي نفي سابقة العقد)** أقول: الأولى أن يقول لا يقتضي سابقة العقد قوله: **(لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما)** أقول: ليصرفا موجب البيع عنه.

بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع، وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداء البيع، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده، وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول، ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً فهذا أولى، بخلاف ما إذا زاد. وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس

[فرع] باع صابوناً رطباً ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق قوله: (ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (**فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع لما بينا**) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد إذا تعذر جعله فسخاً جعل بيعاً قوله: (**ولو ولدت المبيعة ولداً**) يعني بعد القبض (**ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد**) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة إذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقاً للشرع، بخلاف ما قبل القبض. والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش والعقر إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع، وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها، والإقالة لا تصح على قوله إلا فسخاً (**وعندهما تكون بيعاً**) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانياً جاز البيع، خلافاً لأبي يوسف لأن الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ. ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقاً لأنه بيع في حق الغير، لو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وثمرة كونها بيعاً في حق غيرهما في مواضع أيضاً: منها أن المبيع لو كان عقاراً له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الإقالة اتفاقاً. ومنها أن المبيع لو كان صرفاً كان التقابض من الجانبين شرطاً في

وفساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الإقالة، وأما الإقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ. إذا ثبت هذا: أي ما ذكر من الأصل نقول: إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله، والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض، والإقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا يؤثر في صحة البيع، بخلاف البيع فإن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيستحق الربا، ولأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة، وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بينا من أن رفع ما لم يكن ثابتاً محال، والنقصان لم يكن ثابتاً فرفعه يكون محالاً إلا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. وصورة هذه المسائل الثلاث: ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الإقالة، وإن تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغا ذكر الباقي، وإن تقايلا بألف إلا مائة، فإن لم يدخلها عيب صحت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري، وإن دخلها عيب صحت الإقالة بما شرط ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب، لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن. وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أو لا. وقال بعض المشايخ: تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسخاً، لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعاً ممكن، فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صوناً لكلام

قال المصنف: (إما لا يمكن إثباتها في الرفع) أقول: لفظ إما هنا ليس في مقامه، والظاهر أن يقول بدله لكن.

الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغواً عندهما بيع لما بينا. ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقابلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ. وعندهما تكون بيعاً والإقالة قبل القبض في المنقول، وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع. وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده. قال: **(وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها)** لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن **(فإن هلك بعض**

صحة الإلة لأقانه مستحق الشرع فكانت بيعاً جديداً في حق الشرع. ومنها أنه لو اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد. ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لأن البائع في حق الواهب كأنه اشتراه قوله: **(وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها)** ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكماً لأنه عين متعين، بخلاف الثمن لأنه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكماً فيما إذا لم يشر إلى نقد، وإما مال حكماً لا حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمثله في ذمته، والدين مال حكماً لا حقيقة، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية، وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال، ولا تتأدى زكاة العين بالدين لأن الدين أنقص من العين في

العقلاء عن الإلغاء. ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع، وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخاً فهذا أولى. واعترض بأن كونه فسخاً إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق، والأول رد المختلف، والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن، بخلاف صورة النقصان. فإن فيها ما يصلح ثمناً. فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل: يعني بالاتفاق، لما بينا أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب، ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة، ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الإقالة عنده لأن الولد مانع من الفسخ، هذا إذا ولدت بعد القبض، أما إذا ولدت قبلة فالإقالة صحيحة عنده. وحاصله ما ذكره في الذخيرة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا، فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرش والعقر، لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت الزيادة بعد القبض، إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة لا يصححها إلا فسخاً وقد تعذر حقاً للشرع، وإن كانت متصلة فهي صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها، والتقايل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخاً، والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع، وأما في غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز المبيع في العقار قبل القبض عنده. قال: **(وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة إلخ)** هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيام البيع، فإن رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن لأنه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً كما عرف في الأصول. ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام المبيع فيه، ولو تقايضا جازت الإقالة بعد هلاك أحدهما: أي أحد العوضين ابتداء بأن تبايعا عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيع في الجارية وجب ردّ قيمة العبد، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائماً، أما إذا كان أحدهما هالكاً وقت الإقالة والآخر قائماً وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الإقالة، ولا يشكل بالمقايضة فإنهما لا تبقى إذا هلك أحد العوضين قبل القبض أو كان أحدهما هالكاً وقت البيع فإنهما لا تصح، مع أن كل واحد منهما

قوله: **(والأول رد المختلف على المختلف)** أقول: رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده، وله نظائر في هذا الكتاب، مع أن المقصود من هذا الكلام إثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل قوله: **(يعني بالاتفاق)** أقول: اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع.

المبيع جازت الإقالة في الباقي) لقيام البيع فيه. وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً. والله أعلم بالصواب.

المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص، ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام، وإذا كان للمبيع هذه المزية وجب إظهارها، وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لأن حاجته إلى المبيع والثمن سواء، فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكماً مضافاً إلى قيام المبيع، فإذا هلك ارتفع البيع وإن كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الإقالة، إذ رفع ما لا وجود له لا يتصور، وإنما جازت الإقالة فيما إذا كان رأس مال السلم عرضاً معيناً وقبضه المسلم إليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه مبيع شرعاً معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعاً، ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الإقالة، ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الإقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر. أما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك أحدهما أياً كان فالإقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك أو مثله **(ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه)** قوله: **(ولو تقايضا)** بالياء المثناة من تحت: أي تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين **(جازت الإقالة لأن كلاً منهما مبيع)** من وجه **(فكان البيع باقياً)** ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه. وعليه تفرع ما لو اشترى عبداً بأمة وتقابضا ثم إن مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع في الأمة جازت الإقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد، وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الأرش ثم أقال البيع في الأمة. ولو هلك البدلان قبل الإقالة ارتفع البيع فامتنعت الإقالة، أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الإقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الإقالة أيضاً. والفرق بين المقايضة والصرف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الإقالة، وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الإقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما، بخلاف غيره من البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع. ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم إليه رده، وإن كان هالكاً فإنما عليه رد مثله، ولو تقايلاه بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى ربّ السلم رد عين ما قبضه لأن المقبوض بعقد السلم وإن كان عقداً على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الإسبيجابي.

[فروع] ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة، ولذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي تتوقف الإقالة على القبول في المجلس، وتجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالإبراء خلافاً لأبي يوسف، وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالإجماع، وفسخ الموكل مع المشتري جائز. وفي جمع التفاريق: إقالة الوارث جائزة، وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي، وهو مقيد بما إذا لم يبع بأكثر من القيمة، فإن باع بأكثر منها لا تصح إقالته، وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الإقالة، ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الإجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة، ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب انفسخ الأول، وكذا لو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير أو على القلب، أما لو جددا بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه، وقالوا لو باع باثني عشر وحط

في معنى الآخر لأن الإقالة وإن كان لها حكم لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين، بخلاف المقايضة فإنها بيع على الحقيقة، ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فألحق بالبيع من كل وجه، وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض، وإنما قيد بهلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعاً مبطل للإقالة، بخلاف التصارف فإن هلاك البدلين

قوله: **(لأن الإقالة وإن كان الخ)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة.

. . . .

عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الأول لأنه مثله، إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر درهماً. ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع: بعه لنفسك فإن باعه جاز وانفسخ الأول، ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لأنه توكيل. ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع، ولو وهبه قبل القبض انفسخ: يعني إذا قبل. ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف العتق باطل. وفي الفتاوى الصغرى: جحود ما عدا النكاح فسخ، وعليه ما فرع في فتاوى قاضيخان وغيرها. باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لأن جحود المشتري فسخ في حقه، وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما، وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها، ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لأنه أنكر قبض غيرها، فإن رضي البائع بها حل وطؤها لأن المشتري لما رد أخرى فقد رضي بتملك البائع الثانية بالأولى، فإذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي، وكذا القصار والإسكاف. وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري إلى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحساناً، وللمشتري منه أن ينتفع به وإن كان يعلم ذلك لأن البائع رضي بانفساخ البيع الأول والمشتري كذلك ظاهراً، ثم ينظر إن كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة، وإن كان أنقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الأول. ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في إنكار الإقالة، فإن كان البائع هو الذي يدعي أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الإقالة يحلف كل على دعوى صاحبه.

جميعاً فيه غير مانع عن الإقالة، مع أن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة، لأنهما لما لم يتعينا لم تتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل ردّ المقبوض ورد مثله سيان، فصار هلاكهما كقيامهما، وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فمتى هلك لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الإقالة عليه. واعلم أن الإقالة تصح بلفظين: أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتباراً بالبيع. ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع.

باب المرابحة والتولية

قال: (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول

باب المرابحة والتولية

قوله: (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه. وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مرابحة، وكونه لا يجوز شيء آخر. واعلم أن معنى السؤال المرابحة جائزة بلا استثناء شيء، وهذا من مما صدقاته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز. والجواب عنه بأن المراد نقل ما ملكه مما هو ببيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول، فإن كون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقاً ثم إنما لم تجز المرابحة في ذلك لأن بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعاً. والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححنا به الإيراد ما إذا اشتراه بثمن نسيئة لا يجوز أن يرابح عليه مع أنه يصدق النقل بالثمن الأول إلا أن يقال إذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شيئين فلم يصدق في أحدهما أنه بمثل الثمن الأول. والحق أنه وارد على الطرد، وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً فيرد السؤال. وعلى عكسه مسائل: الأولى ما إذا أبق العبد المغصوب فقضي بقيمته على الغاصب ثم عاب للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التي أداها فهذا بيع مرابحة، ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الأول، وكذا إذا باعه مرابحة بما قام عليه، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقوّمه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة أنه يجوز. وصورة هذه المسئلة أن يقول: قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه. ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقداراً سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائناً، فإن غبن المشتري فيه فمن قبل جهله. وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات، ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزاً فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به، وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب أنه يقول قام عليّ بكذا، وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب، والثالثة ما ذكرنا من أن مبنى المرابحة على عدم الخيانة، وهو إذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائناً. والحق أنه لا يدفع ما على عكس الحد، وهو أن المرابحة

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما، وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه. وعرّف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس. أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه. وأما الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه، وبأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلوّ التعريف، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله، لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول فلا يكون عينه مراداً في البيع الثاني، ولا إلى الثاني لأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه باعه مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً

باب المرابحة والتولية

قوله: (من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول: من الذي فيه الخيار ومن الفاسد قوله: (أما الأول، إلى قوله: فلأن المغصوب)

بالثمن الأول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان. لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من

نقل ما ملكه بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلاً والله أعلم. ومما يرد أيضاً ما إذا كان رأس المال عبداً مثلاً فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار إليه العبدُ بربح معين فإنه يجوز مرابحة، ولا يصدق عليه أنه بمثل الثمن الأول فإنه بعينه لا بمثله. ويجاب بأن هذا العبد في حكم عبد آخر لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان **قوله: (والبيعان جائزان)** استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال: إن النبي ﷺ إلى آخره[1]. وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها: منها ما أخرج عبد الرزاق، أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال «التولية والإقالة والشركة سواء» لا بأس به، ولا خلاف في مرسل سعيد: أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي ﷺ حديثاً مستفاضاً بالمدينة قال «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يشرّك فيه أو يوليه أو يقيله»[2] وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة. وفيه «إن أبا بكر قال للنبي ﷺ: خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي هاتين، فقال ﷺ: بالثمن»[3] أخرجه في بدء الخلق. وفي مسند أحمد قال ﷺ «قد أخذتها بالثمن»[4] وفي الطبقات لابن سعد: «وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فأخذ إحداهما وهي القصواء»[5]. فما رواه المصنف يصح بالمعنى[6]، وتفصيله قريب مما ذكر ابن

يجوز به الشراء لأن الكل ثمن. والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصّار والصباغ والطراز وغيرها لأنها ليست بثمن في العقد الأول، على أن الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلاً فإنه لو ملك ثوباً بهبة أو وصية فقوّمه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز، والمسئلة في المبسوط. قيل: فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده. والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل. وعن الثاني بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء، وإذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب، والمراد بالمثل في المقدار، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المبسوط، وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله: **(والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن**

أقول: المسئلة في قاضيخان قوله: **(وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول:** الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة في الصرف، والأولى أن يقول: لا سبيل إلى الأول إذ لا يتصور ذلك قوله: **(من جنس رأس المال الدراهم) أقول:** قوله الدراهم بدل من رأس المال قوله: **(من الدراهم) أقول:** بيان لجنس قوله: **(أو من غير الدراهم) أقول:** عطف على من جنس قوله: **(من الدنانير) أقول:** بيان لغير قوله: **(أو على العكس الخ) أقول:** بأن يكون رأس المال دنانير، ولا يخفى عليك أن ما

---

(١) غريب بهذا اللفظ. حيث ذكر صاحب الهداية خبر الهجرة وفيه قال لأبي بكر: ولين أحدهما. أي البعيرين.
فقال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣١: غريب. وقد روى عبد الرزاق بسنده عن ابن المسيب عن النبي ﷺ قال: التولية والإقالة سواء لا بأس به.
ثم أسند عن ربيعة نحوه مرسلاً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٥٤ عما أورده صاحب الهداية: لم أجده اهـ.

(٢) تقدم مرسل ابن المسيب في الذي قبله ومرسلاته قوية يقبلها حتى الشافعي مع أنه يرفض المرسل. ومرسل ربيعة أيضاً تقدم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٠٥ من حديث عائشة في خبر الهجرة مطولاً وفيه: فقال رسول الله ﷺ لأبي بكر.: قد أُذن لي في الخروج. فقال أبو بكر: الصحابة بأبي أنت وأمي يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: نعم. قال أبو بكر: فخذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحلتيّ هاتين. قال رسول الله ﷺ: بالثّمن. قالت عائشة: فجهزناهما أَحَثَّ جهاز وصنعنا لهما سُفْرة في جراب، فقطعت أسماء قطعة من نطاقها فربطت به على فم الجراب فبذلك سُميت ذات النطاقين. . الحديث.

(٤) هذا اللفظ عند أحمد ٦/٢١٢ من حديث عائشة أيضاً وإسناده صحيح.

(٥) انظر طبقات ابن سعد ١/١٥٣ في القسم الأول من الجزء الأول. وسماها القصواء.

(٦) مراده صاحب الهداية وتقدم عن الزيلعي أنه غريب أي بهذا اللفظ واستدل ابن الهمام على ثبوت معناه بهذه الروايات. ولا سيما رواية ابن إسحق الآتية.

البيع، لأن الغبيّ الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى

إسحاق في السيرة قال فيها «فلما قرّب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله ﷺ قدم أفضلهما ثم قال له: اركب فداك أبي وأمي، فقال رسول الله ﷺ: لا أركب بعيراً ليس لي، قال: فهي لك يا رسول الله، قال: لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا، قال قد أخذتها بذلك، قال هي لك يا رسول الله، فركبا وانطلقا»[١] ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم، أنه سئل لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك، وقد دفع إليه حين بني بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر: ألا تبني بأهلك يا رسول الله؟ فقال: لولا الصداق، فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشا. والنش هنا عشرون درهماً؟ فقال: إنما فعل لتكون الهجرة منه ﷺ بنفسه وماله رغبة منه ﷺ في استكمال فضل الهجرة إلى الله تعالى، وأن يكون على أتم أحوالها، وهو جواب حسن[٢] وأما المعنى فهو قوله: **(لاستجماع شرائط الجواز)** ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علتها بقوله: **(والحاجة ماسة إلى هذا النوع من التصرف لأن الغبيّ الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد)** على **(فعل المهتدي وتطيب بنفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما)** ولا يخفى أنه لا يحتاج إلى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطاً للصحة، بل دليل شرعية البيع مطلقاً بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما، إذ لا زيادة فيهما إلا اقترانهما بإخبار خاص، إذ حاصله أن يبيعه بثمن كذا مخبراً بأن ذلك الثمن الذي اشتريت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها، ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله: **(ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض)** يعني الثمن **(مما له مثل)** كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب، بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما **(لأنه لو لم يكن له مثل)** بأن اشترى ثوباً بعبد مقايضة مثلاً لو رابحه أو ولاه إياه كان بيعاً بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز. أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب **(جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه)** من الثمن بخلاف **(ما لو**

الأول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الأول، والجواب الجواب **(والبيعان جائزان)** لاستجماع شرائط الجواز، ولتعامل الناس من غير إنكار ولمساس الحاجة، لأن الغنيّ الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح، وقد صحت التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوزاهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع **(ولهذا)** أي للاحتياج إلى الاعتماد كان مبنى المبيعين: أي بناؤهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها، وأكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك، وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم لأن المعادلة والمماثلة في ذوات

نقله من ذينك الكتابين إنما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس قوله: **(والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لا يجوز البيع الفاسد، ويصدق عليه مبادلة المال بالمال، ويجوز أن يقال المعرف هاهنا المرابحة الصحيحة، والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، ثم أقول: ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الأول بأن يقال: المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام إلى هنا فيه: أعني السلع، أو المراد بالعقد الأول العقد المعهود الذي كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن، فإن السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما، والفرق بين الجوابين ظاهر، فإن الأول أشمل قوله: **(وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ)** أقول: لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا.

---

(١) ذكر هذا الخبر ابن هشام في السيرة ٢/ ٧٥ في باب الهجرة. خبر راحلة النبي ﷺ.

(٢) إلى هنا كلام السهيلي في الروض الأنف عن بعض العلماء وختمه بقوله: وهو جواب حسن.
وذكر ابن حجر في الفتح ٧/ ٢٣٥ عن السهيلي بعضه.

وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها، وقد صح «أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي ﷺ: ولني أحدهما، فقال: هو لك بغير شيء، فقال عليه الصلاة والسلام: أما بغير ثمن فلا» قال: **(ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل)** لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة **(ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك**

باعه) والحالة هذه **(بربح ده يا زده)** فإنه **(لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته)** فإن معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر، وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد، وهذا بناء على أن لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر: أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي أن يكون الحادي عشر من جنس العشرة، ولا شك أنه غير لازم من مفهوم ذلك، ولكن لزوم ذلك رفعاً للجهالة ولا يثبت، وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده تقتضي أنه باعه بالعبد وببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه، وحين عرف أن المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر وهو أنه باعه بالعبد وببعض قيمته.

[ومن فروع ذلك] اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني، والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لأنه عرف بنسبته إليه. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور، وقال ببلخ قام عليّ بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضاً عنه، حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال قوله: **(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ)** أسود كان الصبغ وغيره **(والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام)** براً أو بحراً **(لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به)** أي برأس المال **(وما**

القيم إنما تعرف بالحرز والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة في الأموال الربوية لذلك، وكل ما حرم حرم ما يشبهه لأن الحرمة مما يحتاط فيه. قال: **(ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل إلخ)** لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفاً أن مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيميات إن أمكن، وقد لا يمكن عن شبهها لأن المشتري لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما وقع فيه من الثمن، إذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه، ولا دفع مثله إذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالجزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة، إلا إذا كان المشتري باعه مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الأول بسبب من الأسباب فإنه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم. وأما إذا اشتراه بربح ده يازده مثلاً: أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الأول عشرين درهماً كان الربح درهمين وإن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فإنه لا يجوز لأنه اشتراه برأس المال، وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال فصار البائع بائعاً للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزءاً من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز، ثم الثمن الأول إن كان نقد البلد فالربح ينصرف إليه، وإن كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب إلى رأس المال، فإن كان الأول كما إذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد، وإن كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة ده يازده فالربح من جنس الثمن الأول لأنه عرفه بالنسبة إليه فكان على صفته. ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام، لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، لأن كل ما يزيد في المبيع أو

البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز) لأنه يقدر على الوفاء بما التزم **(وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز)** لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال. **(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام)** لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان **(ويقول قام عليّ بكذا ولم يقل**

عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته) من الطراز والفتل **(يزيد في العين والحمل)** من مكان إلى مكان **(يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن)** قال في الإيضاح: هذا المعنى ظاهر، ولكن لا يتمشى في بعض المواضع، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر **(يقول قام عليّ بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب وسوق الغنم)** والبقر **(كالحمل)** يضمه **(بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين)** ولا القيمة فلا يضمن، وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع، بخلاف سائق الغنم (و) كذا **(أجرة تعليم العبد)** صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً **(لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه)** أي في المتعلم **(وهو حذاقته)** فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجباً للزيادة في المالية، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم، ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبغ فإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم. وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف، قال: وكذا في تعليم الغناء والعربية، قال: حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال، وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف، وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية. وفي جامع البرامكة: لا تضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة، ووجه ظاهر الرواية العرف فيه. وقيل: إن كانت مشروطة في العقد تضم، وقيل أجرة الدلال تضم، كل هذا ما لم تجر عادة التجار، ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب، وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة. ويضم علف الدوابّ إلا أن يعود عليه شيء متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه، لأن الغلة ليست متولدة من العين، وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقي وتضم أجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ما بقيت هذه، فإن زالت لا تضم، وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه، ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الأعمال لا يضم شيئاً منها، وكذا لو تطوّع متطوع بهذه الأعمال أو بإعارة قوله: **(فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة)** إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار. وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور ببينة ولا نكول، والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فإنها تسمع **(فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك)** وإن اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال أبو

في قيمته يلحق به، هذا هو الأصل وهذه الأشياء تزيد في ذلك، فالصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة لأنها تختلف باختلاف المكان فيلحق به، ويقول قام عليّ بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كي لا يكون كاذباً لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى، وإذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فأنا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة، وبخلاف أجرة التعليم، فإذا انفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لأن الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما أنفق على المعلم، وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان **(فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة)** إما بالبينة إو بإقرار البائع أو بنكوله عن اليمين **(فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه**

اشتريته بكذا) كي لا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى، وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته، فإن اطلع المشتري على خيانة في

يوسف: **(يحط فيهما)** أي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي وقال محمد: **(يخير فيهما)** وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى **(لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس إلا للتسمية)** لأن الثمن به يصير معلوماً وبه ينعقد البيع، ولا خيار بأنه الثمن الأول فيهما لا يتعلق الانعقاد به، إنما هو **(ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه)** كوصف الكتابة والخياطة **(فبفواته)** بظهور أن الثمن ليس ذاك **(يتخير. ولأبي يوسف أن الأصل فيه)** أي في عقد المرابحة والتولية **(كونه تولية ومرابحة)** وذلك بالبناء على الثمن الأول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه **(وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحطه منه ومن الربح)** على نسبته، حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسه وهو درهم **(ولأبي حنيفة)** في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو **(أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول)** والعقد إنما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما **(في المرابحة لو لم يحط)** لا تخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف **(وإن كان يتفاوت الربح)** فإنه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري **(فأمكن القول)** ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه **(فلو هلك)** المبيع **(قبل أن يرده)** أو استهلكه **(أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط)** وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ

بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف: يحط فيهما) أي في المرابحة والتولية وقال محمد: **(يخير فيهما)** لمحمد أن الاعتبار للتسمية لأن الثمن يجب أن يكون معلوماً ولا يعلم لا بالتسمية، وإذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى **(والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة)** وفواته يوجب التخيير **(ولأبي يوسف أن الأصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية)** لا التسمية. ولهذا لو قال وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول والحال أنه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد، والتسمية كالتفسير فإذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول فيحط الخيانة في الفصلين جميعاً، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال والربح جميعاً، كما إذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الأول ثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان، ويحط من الربح درهماً فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً **(ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية)** لأنها تكون بالثمن الأول وهذا ليس كذلك، لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا، فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة، فمن قال بالحط كان له الحط **(ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية)** وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره، بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه، وقيد بالروايات الظاهرة احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري. قال: **(ومن اشترى ثوباً فباعه بربح)** الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وإنما الكلام في دليلها قالا: **(العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول)** وهو ظاهر، وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريته **(وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح)** والحاصل بالعقد الأول ثابتة **(بالعقد الثاني لأنه كان على شرط السقوط)** بأن يردّ عليه بعيب، فإذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرط السقوط، وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط، وإذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً

المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه **(وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف رحمه الله: يحط فيهما. وقال محمد رحمه الله: يخير فيهما)** لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته. ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة

فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد **(بخلاف خيار العيب)** لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به **(فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه)** وأما على قول أبي يوسف، فلو هلك المبيع أو انتقص يحط. وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن قوله: **(ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه)** من الذي باعه منه بمثل ما باعه **(فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك، فإن كان)** الربح **(استغرق الثمن لم يبعه مرابحة)** إلا أن يبين **(هذا عند أبي حنيفة)** وهو مذهب أحمد وقال أبو يوسف ومحمد: **(يبيعه مرابحة على الثمن الأخير)** وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله **(صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة)** ممن باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها **(فيبيعه مرابحة)** على خمسة **(ويقول قام عليَّ بخمسة، ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه)** فمن باعه منه **(بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً)** إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة **(وعندهما يبيعه مرابحة على)** الثمن الأخير وهو **(عشرة في الفصلين)** من غير بيان **(لهما أن العقد الثاني)** وإن كان ممن كان باعه منه فهو **(عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول)** ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني، وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة، ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير، ولا يعتبر ما كان قبله وإلا لم تجز المرابحة أصلاً، وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف، وصار **(كما لو تخلل ثالث)** بأن اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين **(ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به)** أي بالعقد الثاني **(ما كان على شرف**

وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها كحقيقتها احتياطاً في بيع المرابحة، ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحة منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والحطيطة، ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة، فكذا إذا تمكنت الشبهة. وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض. وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع، وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة. وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب، كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة. قال: **(وإذا اشترى العبد المأذون)** وإذا اشترى العبد المأذون **(له في التجارة ثوباً بعشرة)** والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة **(وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد)** أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد، وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له أن

وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه. قال: **(ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير)** صورته: إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام عليّ بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين. لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني

السقوط) من ذلك الربح **(بأن يظهر)** المشتري **(على عيب)** فيرده فيزول الربح عنه، فإذا اشتراه منه تأكد: أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد، وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة، وهذا الاعتبار واجب **(لأن الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة ولذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة)** لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة. فإن قيل: لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض. أجيب بأن التأكيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احترازاً عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع، وشرعية المرابحة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع، ولذا إذا رضي المشتري به وقد علم يجوز، ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لو رضيا به. وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة. وأجيب بأنه ممنوع في رواية، وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال، ولا تثبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن، بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلاً لأنه معنى يزداد في الثمن، وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة، ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة. ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن، لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافاً للشافعي في

يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدماً في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة، وإذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول، وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئاً لم يصح لأنه لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، هكذا قيد محمد رحمه الله في الأصل، وكذا فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان، ولم يقيده الطحاوي والعتابي، والحق قيده لما ذكرنا. قال: **(وإن كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف)** إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف **(فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من ربّ المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف)** لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة **(لأن هذا البيع)** أي بيع الثوب من ربّ المال وإن حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر فيه شبهة العدم. وجه قول زفر إن البيع مبادلة المال بالمال، وهو إنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فإن فيه

ثابتة، لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره. قال: **(وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة؛ وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد)** لأن في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول.

ذلك **(وبخلاف ما لو تخلل ثالث)** لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه قوله: **(وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه)** أي المولى **(يبيعه مرابحة على عشرة، وكذلك إذا كان المولى اشتراه)** بعشرة **(فباعه من العبد)** بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة **(لأن في هذا العقد)** أعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً لإفادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً **(فله شبهة العدم)** لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولهذا كان للمولى أن يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده، وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه، ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز **(مع المنافي)** وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين **(فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار لـ)** عقد **(الأول)** وهو الكائن بعشرة **(فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول)** وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى **(وكان يبيعه)** أجل **(المولى في الفصل الثاني)** وهو ما إذا باعه المولى من عبده **(فكان المعتبر الثمن الأول)** وهذه المسئلة بالاتفاق، وكذا الجواب إذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق. وقوله فاعتبر عدماً في حكم المرابحة يفيد أنه إنما اعتبر عدماً للمرابحة لا لكونه معدوماً من وجه. وسببه أن المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة، والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك، ولهذا قال أبو حنيفة: اشترى شيئاً من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة إلا على الثمن الذي قام على البائع، إلا أنهما خالفاً في هذه فقالا: يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الأملاك والحقوق فكانا كالأخوين. وأبو حنيفة يقول: ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا، ثم القيد المذكور وهو كونه مديوناً بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة، والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان،

استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية ربّ المال عن ماله في التصرف فيه، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود، وإذا كان مشتملاً على الفائدة ينعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة، ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن، وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر، وقد استوضحه المصنف بقوله: ألا ترى أنه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه، وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه، وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لأن ذلك حق ربّ فيحط عن الثمن احتراز عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك. قال: **(ومن اشترى جارية سليمة فاعوّرت عند المشتري)**

قوله: **(شبهة حصول الربح الحاصل، إلى قوله: بالعقد الثاني)** أقول: قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول قوله: **(لأنه كان على شرف السقوط الخ)** أقول: سيجيء نظيره في كتاب الإكراه.

قال: **(وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من ربّ المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف)** لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. قال: **(ومن اشترى جارية فاعوّرت أو**

ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال: عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط، ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأئمة في المبسوط فقال: إذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبه، ولا شك أن ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء، بل إذا كان لا يرابح إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبي من كسبه فلأن لا يربح إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى لأنه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلاً إنما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه، والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف. ولو اشترى من شريكه سلعة، إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول نحو أن تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك. ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله: **(وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف، لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله)** وهو وجه المنع لزفر لكنا أجزناه (**لما فيه من**) فائدة **(استفادة ولاية التصرف وهو المقصود)** بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب **(والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه)** أي المضارب **(وكيل عنه)** أي عن رب المال **(في البيع الأول من وجه)** وذلك يمنع صحة بيعه منه، كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لأنه ماله وتصرفه فيه جائز. ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجر ربّ المال عليه في البيع. ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لربّ المال وطؤها

بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها **(أو وطئها وهي ثيب)** ولم ينقصها الوطء **(جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان)** لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن **قوله: (ولهذا)** توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن، وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن. وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفي من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري. وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها. فإما أن يردها، مع العقر أو بدونه، لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجاناً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع **(وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول)** أي في صورة الأعورار **(من غير بيان)** كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد **(أو إذا فقأ عينها)** راجع إلى أول المسئلة. وفي بعض النسخ قلنا: فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله: يعني إذا فقأ المشتري عينها **(بنفسه أو**

قوله: **(وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، إلى قوله: والحق قيده لما ذكرنا)** أقول: وإنما لم يقيد إذ لا مدخل له في حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة إلا على الثمن الأول، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل، ثم في قوله والصدر الشهيد بحث، وإن شئت فعليك بمطالعة غاية البيان.

وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء. وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتبس بفعله وهو

وإن لم يكن في المال ربح (**فاعتبر البيع الثاني عدماً في نصف الربح**) الذي هو حصة ربّ المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط، وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتهم فيه. ولو اشتريا سلعة فاقتسماها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن، إن كانت القسمة استيفاء محضاً كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة، وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا قوله: (**ومن اشترى جارية فاعورّت**) أي من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (**يبيعها مرابحة ولا يبين**) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (**وطئها وهي ثيب**) ولم ينقصها الوطء، وهذا (**لأن الأوصاف لا يقابلها**) جزء من (**الثمن**) لأنها تابعة ما لم تكن مقصودة بالإتلاف (**ولهذا لو فاتت قبل التسليم**) إلى المشتري بعد العقد (**لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن. وعن أبي يوسف في الفصل الأول**) وهو ما إذا اعورّت الجارية (**أنه لا يبيع**) مرابحة (**من غير بيان، كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي**) وزفر. والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله: (**وأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ**) بأمر المشتري أو بغير أمره (**فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين**) والتقييد بفقء المشتري والأجنبي احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فإنه كما بالآفة السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حابساً شيئاً، وأخذ الأرش ليس بقيد بل إذا أعورها الأجنبي لا يرابح إلا ببيان لتحقق وجوب الضمان. والفرق لنا (**أنه صار مقصوداً بالإتلاف**) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (**فيقابل ببعض الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها**) (و) من هذا (**لو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر أو حرق نار**) أو طعاماً فتغير (**يبيعه مرابحة من غير بيان**) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (**ولو تكسر**) الثوب (**بطيه ونشره**) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث. وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة. والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة، وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبيّ أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها، وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن، وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريراً له. وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئاً يسيراً، فإن نقصه قدراً لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة، يعني بلا بيان، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفرّ الثوب

فقأها أجنبي) سواء كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، أما إذا كان بأمر المشتري فلأنه كفعل المشتري بنفسه، وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابساً بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان، وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير. وقال في النهاية: كأن ذكر الأرش وقع اتفاقاً، لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش ووجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش فأخذ حكمه، ثم قال: والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الأرش، ونقل المبسوط كذلك (**وكذا إن وطئها وهي بكر**) لا يبيعها مرابحة إلا بالبيان (**لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها**) فلا بد من البيان (**ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر**) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض: إذا قطعه، ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (**أو حرق نار**) جاز أن (**يبيعه مرابحة من غير بيان**) لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (**ولو تكسر**) الثوب (**بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة**) بلا بيان لأنه صار مقصوداً بالإتلاف. وقوله: (**والمعنى ما بيناه**) إشارة إلى

قول الشافعي رحمه الله **(فأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين)** لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها **(ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين)** والمعنى ما بيناه. قال: **(ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل)** لأن للأجل شبهاً بالمبيع؛ ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة

لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي. واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف، ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. أجيب بأن الأجل يعطي لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان. وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من ردها، وإن كانت ثيباً وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابساً جزءاً من المبيع عنده. وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لأنه لو ردها فإما مع العقر احتراز عن الوطء مجاناً أو من غير عقر، لا وجه إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه، ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع، وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرش والعقر فكذا الوطء.

[فرع] لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئاً رابح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة، بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها، فإنه إذا ربح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام عليّ بكذا، وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدوابّ أنه يضمنه في غير السرف، ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئاً من المعقود عليه، ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره. ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع، وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لا يرابح إلا ببيان. وفي المبسوط: اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعه مرابحة أو تولية أو وضيعة فالثمن بينهما ثلاثاً؛ ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك، ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء، بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول، ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فإنه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا. وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء، وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا، بل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم، وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل، وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فإن له أن يرابح على كل الثمن

هذين الدليلين. قال: **(ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين)** ذلك للمشتري **(فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل لأن للأجل شبهاً بالمبيع)** فإنه يزاد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما، والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة. ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد في ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإذا فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين. وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصاً عليها لأنها في مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول إن أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن في الأجل بالشرط، ولا يثبت ذلك في سلامة الأعضاء، وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد، وإن هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه

في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب **(وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة)** لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. قال: **(فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن)** شاء لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول **(وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة)** لما ذكرناه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى. وقيل يقوّم بثمن حالّ وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه

ويوليه قوله: **(ومن اشترى غلاماً)** أو غيره **(بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين)** أنه اشتراه نسيئة بالألف **(فعلم المشتري)** بذلك **(فـ)** له الخيار **(إن شاء رده وإن شاء قبل)** بالألف والمائة حالة، وإنما يثبت له الخيار **(لأن للأجل شبهاً بالمبيع؛ ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجله، والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين)** بالألف **(وباع أحدهما)** بها على وجه المرابحة، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقة، فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة **(فإذا ظهرت يخير)** على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد. ولو فرّع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل، هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع **(فلو علم)** بعد ما هلك أو استهلكه **(لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء)** حقيقة والذي كان ثابتاً له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا **(لو كان ولاه إياه ولم يبين)** أنه اشتراه إلى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك: يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة. ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا **(وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا)** من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة **(وعن أبي يوسف أنه)** بعد الهلاك **(يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير)** قوله في **(ما إذا استوفى)** صاحب الدين من دائنه **(مكان)** الدين **(الجياد زيوفا)** وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فإنه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد **(وسيأتيك)** إن شاء الله تعالى في مسائل منثورة **(وقيل يقوّم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما)** على البائع، قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني **(ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن)** ما كان إلا **(حالا)** في العقد، أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده إلى شهر مطلاً فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالألف قوله: **(ومن ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه البائع: يعني في المجلس)** ما قام به عليه **(فهو بالخيار، إن شاء رد البيع، وإن شاء قبل لأن الفساد)** وإن كان في صلب العقد لكنه **(لم يتقرر)** إنما يتقرر بمضي المجلس، وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسداً له عرضية الصحة، وهو الصحيح خلافاً لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد. ولما كان المجلس جامعاً للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معاً كان تأخير البيان: أي بيان قدر الثمن **(كتأخير القبول إلى آخر المجلس)** فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس، كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفاً إلى آخره،

بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن: يعني في الحقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ إن كان المبيع قائماً، فأما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل. قال: **(وإن كان ولاه إياه)** يعني أن التولية كالمرابحة فيما إذا علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار، لأن التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان **(وإن)** كان **(استهلكه ثم علم)** بالخيانة **(لزمه بألف حالة ذكرنا)** أن الأجل لا يقابله بشيء من الثمن حقيقة **(وعن أبي**

منجم معتاد قيل لا بد من بيانه، لأن المعروف كالمشروط، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حالّ. قال: **(ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد)** لجهالة الثمن **(فإن أعلمه البائع، يعني في المجلس فهو بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه)** لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل

فإن تبين فيه اتصل بالإيجاب الذي سكت فيه عنه، وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحاً **(وإنما يتخير)** بعد العلم في المجلس **(لأن الرضا لم يتم قبله)** فلم يتم البيع **(كما في خيار الرؤية)** لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير.

[فروع] اشترى ثوباً ليس له أن يرابح على ذراع منه لأن الثمن لا ينقسم على ذرعانه. ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز. ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أيّ النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به، وإن شاء باع كله مرابحة على ثلاثمائة، ويقول قام عليّ بكذا. ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله. ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح إلا على ما بقي، ولو باعه الثمن عرضاً أو أعطى به رهناً فهلك كان له أن يرابح على الثمن لأنه صار قابضاً له بهذا الطريق. ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفاً فتجوّز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد. ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة، وكذا إن باعه ثم ردّ عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة له أن يرابح على الثمن الذي كان اشترى به. ولو اشترى ثوباً فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إلى الملك المستفاد بالشراء الأول. ولو وجد بالمبيع عيباً فرضي به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار. ولو اشترى شيئاً بغبن فاحش أو بدين له على إنسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يرابح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية. وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم، لكن الوجه أنه إذا علم أنه ثمنه وجب أن يرابح عليه لأن منع المرابحة ما كان إلا لتهمة الحطيطة، فإذا تيقن انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى. ولو اشتّريا رزمة ثياب فاقتسماها ليس لأحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة، بخلاف ما لو اشتريا مكيلاً جنساً واحداً فاقتسماه حيث يجوز ذلك، ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوباً ثوباً ليس له أن يبيع ثوباً منها مرابحة على ما قوّم إلا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوّم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بأزيد من ثمنه. أما لو أسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه إن كان ثوباً واحداً ليس له ذلك، وإن كان مثلياً وهو جنس واحد كطعام

يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل) منثورة قبيل كتاب الصرف.-وقال الفقيه أبو الليث: روي عن محمد أنه قال: للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه، وهذا على أصله في التحالف مستقيم، فإنه أقام القيمة مقامه، وقيل هو قول أبي جعفر البلخي **(يقوّم بثمن حال وبثمن مؤجل. فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد لكنه منجّم)** معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر إما جملة أو منجّماً، قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل لا يجب بيانه لأن الثمن حال. قال: **(ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه إلخ)** إذا قال وليتك هذا بما قام عليّ يريد به ما اشتراه مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه **(فالبيع فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه البائع في المجلس)** صح البيع ويخير المشتري **(إن شاء أخذه وإن شاء تركه)** أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فساد يحتمل

قوله: **(وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل إلخ)** أقول: في الإشارة خفاء.

كابتداء العقد وصار لتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخيير كما في خيار الرؤية.

أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالإجزاء، بخلاف الأول لأن انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الأوصاف: أعني الذرعان، ولا ينقسم الثمن باعتبارها، وعلى هذا ينبغي أن لا يرابح في نصف العبد على نصف الثمن. ولو اشترى ثياباً صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يرابح حتى يبين أنه اشتراه مع غيره. ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقة أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءاً، فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم.

الصحة، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر، والفساد المتقرر لا يقبل الإصلاح، ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه. وأما خيار المشتري فللخلل في الرضا لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به.

فصل

ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحوّل لم يجز له بيعه حتى يقبضه، «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم

فصل

قوله: (ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) إنما اقتصر على البيع ولم يقل إنه يتصرف فيه لتكون اتفاقية، فإن محمداً يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض. وقال مالك: يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض إلا في الطعام، لأنه ﷺ خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا بيعه حتى يستوفيه» أخرجه الشيخان، وفي لفظ «حتى يقبضه»[1] قلنا: قد رواه ابن عباس أيضاً قال: وأحسب كل شيء مثل الطعام[2] أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن إسحاق إلى ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحاً حسناً فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتّ فإذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تجوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ «نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[3] ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه. وقال في التنقيح: سنده جيد. وقال ابن إسحاق: صرح فيه بالتحديث، وأخرج النسائي أيضاً في سننه الكبره عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن

فصل

وجه إيراد الفصل ظاهر لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمرابحة والتولية. قال: (ومن اشترى شيئاً مما ينقل) نقلاً حسياً (و) هو المراد بقوله (يحول) فسره بذلك لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبّر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه «لأنه ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض») وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ﷺ قال: «إن اشترى أحدكم طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» وفي رواية «حتى يستوفيه» فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، لأن ابن عباس قال: وأحسب كل شيء مثل الطعام. وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مراداً وكان ذلك معروفاً بين الصحابة. حدّث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً إلى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال:

فصل ومن اشترى مما ينقل

قوله: (احتراز عن المدبر) أقول: فإنه لا ينقل نقلاً شرعياً. قوله: (فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول: فيه أن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٢٤ و ٢١٢٦ و ٢١٣٦ ومسلم ١٥٢٦ من وجوه عدة وأبو داود ٣٤٩٢ والدارمي ٢/ ٢٥٢ والنسائي ٧/ ٢٧٦ وابن ماجه ٢٢٢٦ ومالك ٢/ ٦٤٠ والشافعي ٢/ ١٤٤ وأحمد ٢/ ٦٣ . ٦٤ وابن أبي شيبة ٦/ ٣٦٦ وابن حبان ٤٩٧٩ و ٤٩٨٦ والبغوي ٢٠٨٧ والبيهقي ٥/ ٣١١ والطحاوي ٢/ ٣٧ من طرق كلهم من حديث ابن عمر.

والأكثر بلفظ: حتى يستوفيه. ورواية: حتى يقبضه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٣٢ و ٢١٣٥ ومسلم ١٥٢٥ من طرق وأبو داود ٣٤٩٦ و ٣٤٩٧ والترمذي ١٢٩١ والنسائي ٧/ ٢٨٥ . ٢٨٦ وابن ماجه ٢٢٢٧ وابن الجارود ٦٠٦ والطحاوي ٢/ ٣٩ والشافعي ٢/ ١٤٢ والطيالسي ٢٦٠٢ وأحمد ٢/ ٢٧٠ . ٣٥٦ . ٣٦٨ . ٣٦٩ وعبد الرزاق ١٤٢١١ وابن أبي شيبة ٦/ ٣٦٨ . ٣٦٩ وابن حبان ٤٩٨٠ والبغوي ٢٠٨٩ والبيهقي ٥/ ٣١٢ . ٣١٣ والطبراني ١٠٨٧٣ و ١٠٨٧٤ و ١٠٨٧٥ و ١٠٨٧٦ و ١٠٨٧٧ و ١٠٨٧٨ من طرق كلهم من حديث ابن عباس به.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٩٩ وابن حبان ٤٩٨٤ والحاكم ٢/ ٤٠ وأحمد ٥/ ١٩١ والبيهقي ٥/ ٣١٤ والطبراني ٤٧٨٢ و ٤٧٨٣ و ٤٧٨١ كلهم من حديث عُبيد بن حُنين عن ابن عمر به.

وإسناده قوي رجاله ثقات وقد صرح ابن إسحق بالتحديث فانتفت شبهة التدليس.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٢ عن ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله: إسناده جيد اهـ.

قلت: وتابعه جرير بن حازم في رواية الطبراني ٤٧٨١. والعجب أن الحاكم سكت عليه وكذا الذهبي!.

يقبض» ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك. (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف

عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال: «قلت يا رسول الله إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه»[1] ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال: هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة.

والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم، ومنهم من لا، وابن عصمة ضعيف جداً في قول بعضهم. قال صاحب التنقيح: قال ابن حزم: عبد الله بن عصمة مجهول، وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لأنه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه. والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات. وقال عبد الحق: إنه ضعيف، وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطىء، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه[2].

«ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتّ فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبيعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجارة إلى رحالهم» وإنما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق، فإن الهبة

الخصم ينازع في كون المفهوم حجة، ولو سلم فلا يعارض المنطوق قوله: **(معروفاً بين الصحابة)** أقول: فيه تأمل. قوله: **(وأجيب بأن**

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٣ والترمذي ١٢٣٢ والنسائي ٧/ ٢٨٩ وابن ماجه ٢١٨٧ والشافعي ٢/ ١٤٣ وأحمد ٣/ ٤٠٢ . ٤٣٤ والطبراني ٣٠٩٧ و ٣٠٩٨ و ٣٠٩٩ و ٣١٠٠ و ٣١٠١ و ٣١٠٢ كلهم عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام بإسقاط عبد الله بن عصمة.

قلت: ويوسف بن ماهك ثقة من الثالثة روى عنه الجماعة فهو ثقة وحديثه متصل.

وأخرجه الشافعي ٢/ ١٤٣ وأحمد ٣/ ٤٠٣ والنسائي ٧/ ٢٨٦ والطحاوي ٤/ ٣٨ كلهم عن عطاء بن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام به.

وأخرجه عبد الرزاق ١٤٢١٤ والطيالسي ١٣١٨ وأحمد ٣/ ٤٠٢ والطحاوي في المعاني ٤/ ٤١ والدارقطني ٢/ ٨ . ٩ وابن حبان ٤٩٨٣ وابن الجارود ٦٠٢ والبيهقي ٥/ ٣١٣ من طرق عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم به. وقال البيهقي: إسناده متصل.

وأخرجه عبد الرزاق ٢/ ١٤٢ من وجه آخر عن يوسف عن رجل أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام...

وأخرجه الطحاوي ٤/ ٤١ عن يعلى بن حكيم عن أبيه به وأخرجه الشافعي ٢/ ١٤٣ وأحمد ٣/ ٤٠٣ والنسائي ٧/ ٢٨٦ والبيهقي ٥/ ٣١٢ والطبراني ٣٠٩٦ و ٣١٣٢ و ٣١٣٧ و ٣١٣٩ و ٣١٤١ و ٣١٤٢ من طرق عن حكيم بن حزام به.

وقال ابن حبان: هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم ليس فيه ذكر عبد الله بن عصمة.

قلت: وأخرجه النسائي ٧/ ٢٨٦ وابن أبي شيبة ٦/ ٣٦٥ . ٣٦٦ والطحاوي في المعاني ٤/ ٣٨ وابن حبان ٤٩٨٥ من طرق عن عطاء بن أبي رباح عن حزام بن حكيم - يعني - حكيم بن حزام. كذا وقع عند ابن حبان وإسناده صحيح على شرط مسلم.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٢ . ٣٣ ما ملخصه: قال صاحب التنقيح - ابن عبد الهادي - قال ابن حزم: عبد الله بن عصمة مجهول. وصوب ابن حزم صحة الحديث كونه عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام. لأن قاسم بن أصبغ صرح بسماع يوسف من حكيم.

قال ابن عبد الهادي: والصحيح أن بين يوسف وحكيم عبد الله بن عصمة وهو الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات. وأما عبد الحق فقال عنه: ضعيف جداً وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطىء. وقد اشتبه عليهما ابن عصمة هذا بابن عصمة النصيبي أو غيره مما يسمى عبد الله بن عصمة اهـ.

قلت: أصاب ابن عبد الهادي. فإن عبد الله بن عصمة النصيبي واهٍ ذكره الذهبي في الميزان إلا أنه من طبقة دون ابن عصمة الذي نحن في صدده.

وقد ميز الذهبي بينهما حيث عقبه بعبد الله بن عصمة فقال: سمع حكيم بن حزام. سمع منه يوسف بن ماهك قاله البخاري.

قال الذهبي عقبه: لا يُعرف. اهـ.

وأما ابن حجر فقال عنه في التقريب: مقبول. روى له النسائي اهـ.

ولم يذكر ابن حجر النصيبي لأنه واهٍ لم يرو عنه واحد من الأئمة الستة. وقد أثبت البخاري سماع ابن عصمة هذا من حكيم بن حزام. فهذا تدعيم وتقوية للحديث كيف وقد توبع من عدة وجوه. ولا يستبعد سماع يوسف بن ماهك من حكيم بن حزام لأن ابن حجر في التقريب قال عن ابن عصمة: من الثالثة. في حين قال عن يوسف بن ماهك من الثالثة.

وقال عنه ثقة روى له الأئمة الستة ولم يذكر عنه أنه كان يدلس أو كان يرسل فالحديث جيد والله تعالى أعلم.

(٢) قد ذكرت ما ذكره المصنف مع زيادة بيان وإيضاح والحديث قوي كما تقدم.

رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز) رجوعاً إلى إطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول وصار كالإجارة. ولهما

فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك، والحاجة بعد ذلك إلى دليل التخصيص بغير العقار لأبي حنيفة يذكر هناك والأحاديث كثيرة في هذا المعنى، ثم علل الحديث **(لأن فيه غرر انفساخ العقد)** الأول **(على اعتبار هلاك المبيع)** قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك بغير إذنه وذلك مفسد للعقد. وفي الصحاح «أنه ﷺ نهى عن بيع الغرر»[1] والغرر: ما طوى عنك علمه، والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في إبدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزاً فلا يضرّها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها، وبدل الخلع للزوج والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز إذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا. هذا وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز إجارته ولا هبته ولا التصدق به، خلافاً لمحمد في الهبة والصدقة، وكذا إقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك. وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الأجرة قبل قبضها إذا كانت عيناً أولى، فصار الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالبيع في البيع والأجرة إذا كانت عيناً في الإجارة، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولأن يشرك فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا، وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز، كالمهر إذا كان عيناً وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف. ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع، لأن الوصية أخت الميراث، ولو مات قبل القبض ورث عنه، فكذا إذا أوصى به، ثم قال محمد كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه. ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فإنها تجوز إذا سلطه على قبضه إذ لا مانع فإنه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتي جاز، ويكون الفقير نائباً عنه في القبض ثم قابضاً لنفسه، بخلاف البيع. وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع. وأيضاً هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصراً في حق إطلاق التصرف، وأما أعتق عن

والصدقة جائزة عند محمد، وإن كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فإنه جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه، لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه، والجواب أن البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لأنه تمليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى قوله: **(ولأن فيه غرر انفساخ العقد)** استدلال بالمعقول، وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، والغرر غير جائز «لأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر». والغرر: ما طوى عنك علمه وقد تقدم. واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضاً متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع. ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا. وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى

عدم جواز الخ) أقول: الاعتراض كان متوجهاً على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث، فلا يستقيم هذا الجواب قوله: **(فلم يلحق به)** أقول: أي بطريق الدلالة قوله: **(رجوعاً إلى إطلاق الحديث)** أقول: أي عمومه. قال المصنف: **(ولهما أن ركن البيع الخ)**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٧/ ٢٦٢ وابن ماجه ٢١٩٤ وابن الجارود ٢١٩٤ والدارقطني ٣/ ١٥ وابن حبان ٤٩٥١ وأحمد ٢/ ٤٣٦ . ٤٩٦ والبغوي ٢١٠٣ والبيهقي ٥/ ٣٣٨ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

وورد من حديث ابن عمر. أخرجه أحمد ٢/ ١٤٤ وابن حبان ٤٩٧٢ والبيهقي ٥/ ٣٣٨ كلهم عن ابن عمر به. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

أن ركن البيع صدر من أهله في محله، ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر، بخلاف المنقول، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز والإجارة، قيل على هذا الخلاف؛ ولو سلم

كفارتي فإنه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم. فإن قيل: لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضاً لاحتمال ظهور الاستحقاق. فالجواب أنه أضعف لأن ما يتحقق به القبض يتحقق به قبله، ويزيد باعتبار الهلاك أيضاً فكان أكثر مظاناً قبل القبض، ولأن اعتباره بعده يسدّ باب البيع. ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازاً عن الإقالة. فإن قيل: هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء. أجيب بأن الغرر في المبيع لا مجاور له، فإنه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك. وأورد على التأثير أن بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض: أي امتناع فيه فليكن كذلك، وغاية الأمر أنه ظهر أن البيع الثاني لم يصح فيترادّان، ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله: **(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** وهو قوله الآخر وقال محمد: **(لا يجوز)** وهو قول أبي يوسف الأول، وقول الشافعي **(رجوعاً إلى إطلاق الحديث)** يعني عمومه، وهو ما في حديث حكيم من قوله «لا تبيعنّ شيئاً حتى تقبضه»[1] بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فإنه خاص بالمنقول: أعني قوله «نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[2] وللنهي عن ربح ما لم يضمن[3]. ولو باع العقار بربح يلزم ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كإجارته وإجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه، ولأن السبب هو البيع إنما يتم بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد، والملك إنما يتأكد بتأكد السبب، وفي هذا العقار والمنقول سواء **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن ركن البيع صدر من أهله في محله)** والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف **(فإن هلاك العقار نادر)** والنادر لا عبرة به، ولا يبنى الفقه باعتبار فلا يمنع الجواز، وهذا لأنه لا يتصور هلاكه إلا إذا صار بحراً ونحوه، حتى قال بعض المشايخ: إن جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحراً أو يغلب عليه الرمال، فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي، وفي الاختيار: حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض، والحديث الذي استدل به **(معلوم به)** أي بغرر الانفساخ، والدليل عليه أن التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوّج عليه، وبه ظهر فساد قولهم إن تأكد الملك بتأكد السبب، وذلك بالقبض لأن العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع، ويجوز في المبيع قبل القبض العتق. وإنما قلنا: التزوج لا يبطل بالغرر لأنه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح. وأورد أنه تعليل في مقابلة النص فإنه تخصيص عمومه فيؤدي إلى تقديم القياس، والمعنى على

﴿**وأحل الله البيع**﴾ وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به. ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز رجوعاً إلى إطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهيّ عنه شرعاً، والنهي يقتضي الفساد

أقول: إذا استدل محمد بأنه إذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح ما لم يضمن وهو منهي فما جوابهما عنه قوله: **(ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه إلى قوله: وأجيب بأنه)** أقول: المجيب هو الإتقاني، وضمير فإنه راجع إلى المانع، وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه

---

(١) حديث حكيم بن حزام تقدم قبل حديث واحد مستوفياً وإسناده جيد.

(٢) حديث ابن عمر تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) هو بعض حديث تقدم في باب البيع الفاسد.

فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر. قال: **(ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة فاكتاله أو**

النص وهو ممنوع. الجواب أنه خص منه أشياء: منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه، وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته، وكذا الزوج في بدل الخلع، وكذا ربّ الدين في الدين إذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز، وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشتري، ولا شك أن تملكه حينئذ شراء قبل القبض، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض، وهذا يخرج إلى الاستدلال بدلالة الإجماع على جواز بيع العقار قبل القبض. وأما الإلحاق **(بالإجارة)** ففي منع الإجارة قبل القبض منع فإنه قيل إنه **(على هذا الخلاف)**، والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية: إن الإجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف إلا أن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض، وفي الكافي وعليه الفتوى: وإذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بأن يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وإن كان قد سلف فالدراهم والدنانير أثمان أبداً وذوات القيم مبيعه أبداً والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة إذا قوبلت بالنقد مبيعه أو بالأعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فمبيعه، كمن قال اشتريت كرّاً من الحنطة بهذا العبد فلا يصح إلا بشرائط السلم. وقيل المثليات إذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقاً، ولو دخل عليها الباء، إذا عرف هذا فالأثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالاً في غير الصرف والسلم. واختلف في القرض والأصح جوازه، والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق. ولو باع عبداً وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز، ومن الأجنبي لا يجوز، وللشافعي قولان. والأصل أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد، وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري كالأجنبي قوله: **(ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة)** أي اشتراه على كذا كيلا أو رطلاً **(فاكتاله أو اتزنه)** لنفسه **(ثم باعه مكايلة أو موازنة)** في الموزون **(لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن «لأن النبي ﷺ**

فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة **(ولهما أن ركن البيع صدر من أهله)** لكونه بالغاً عاقلاً غير محجور عليه **(في محله)** لأنه محل مملوك له، وذلك يقتضي الجواز، والمانع هو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود، ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه غرر الانفساخ، وقد يوجب بالرد بالعيب. وأجيب بأنه لا يصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكاً للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد، وفيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضي عاد له الرد. والأولى أن يقال: كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ، وإذا كان الهلاك في العقار نادراً كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفياً، والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملاً بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع. واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض» وهو عام. والتعليل في موضع النص غير مقبول، وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض، ومثل هذا العام يجوز

راجع إلى الرد. قوله: **(لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ)** أقول: فيه بحث، فإن لفظة ما لم يقبض يتناول العقار أيضاً، والقياس تخصيصه بالمنقول قوله: **(وإن لم يكن وقع التعارض)** أقول: فيه تأمل، إذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسنداً إلى الأعرج قوله: **(وبينه وبين أدلة الجواز)** أقول: إذا كان مخصصاً لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض قال المصنف: **(والإجارة قيل على هذا الاختلاف)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفي الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع ومالاً فلا. وفي الفوائد الظهيرية: وقيل الإجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول، والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك، وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى. قوله: **(لأن المنافع بمنزلة المنقول)** في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الإمام أبو الفضل الكرماني أورد عليه إشكالاً: أنه إذا أجر المستأجر قبل القبض يجوز، ولو صح ما قال لا يجوز انتهى. قال ابن البزازي: وأنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الآلتين فينظر أيضاً إلى ما قام به المنفعة انتهى. وما ذكره تأييداً للإشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته.

اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) «لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة

نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري»(١) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفاً أسنده عنه ابن ماجه وإسحاق وابن أبي شيبة، وأعلّ بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلفظه من حديث أبي هريرة وزاد فيه: «فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار: حدثنا محمد بن عبد الرحمن، حدثنا مسلم الجرمي، حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال: لا نعلمه يروي عن أبي هريرة إلا من هذا الوجه، وله طريقان أخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان. وقال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير «أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه

تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول، كذا في المبسوط، وفيه بحث لأن المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام «إذا ابتعت شيئاً فلا تبعه حتى تقبض» سلمنا أنه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الأسباب، لكن الإجماع لا يصلح تخصيصاً سلمنا صلاحيته لذلك، لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله، وإذا كان الحديث معلولاً بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك، إذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولاً فردياً واعلم أني أذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال: الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض لعموم قوله تعالى **﴿وأحلّ الله البيع﴾** لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى **﴿وحرّم الربا﴾** والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وهو ما روي **«أنه نهى عن بيع ما لم يقبض**، ثم لا يخلو إما أن يكون معلولاً بغرر الانفساخ أو لا، فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار، وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسنداً إلى الأعرج عن أبي هريرة **«أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»** وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولاً بذلك» إعمال لثبوت التوفيق حينئذ، والأعمال متعين لا محالة، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق، وبدل الخلع ويكون مختصاً بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، هذا والله أعلم بالصواب قوله: **(والإجارة)** جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها لأنها على الاختلاف. قال في الإيضاح: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في التابع. وقيل: لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول

---

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٢٢٨ والدارقطني ٣/ ٨ والبيهقي ٥/ ٣١٦ وإسحق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/ ٣٤ كلهم من حديث جابر.
ومداره على محمد بن أبي ليلى وهو واهٍ.
قال الزيلعي: هو معلول بابن أبي ليلى.
وقال البوصيري في الزوائد: ابن أبي ليلى ضعيف.
وأخرجه البزار كما في المجمع ٤/ ٩٨ . ٩٩ من حديث أبي هريرة وكذا البيهقي ٥/ ٣١٦.
وقال الهيثمي: مسلم بن أبي مسلم الجرمي لم أجد ترجمة وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ.
قلت: سكت عليه الزيلعي. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٥: حديث البزار عن أبي هريرة إسناده جيد قلت: مسلم بن أبي مسلم الجرمي ذكره ابن حجر في اللسان ٦/ ٣٢ وقال: ذكره ابن حبان في الثقات.
وقال الأزدي: حدث بأحاديث لا يتابع عليها اهـ.
قلت: فالإسناد لا يبلغ درجة الجيد ولعل ابن حجر قواه لشاهده.
المتقدم. وإلا فابن حبان متساهل في التوثيق كما هو معروف وله شاهد من حديث أنس أخرجه ابن عدي ٣/ ١٤.
وقال: هذا حديث منكر. وخالد بن يزيد ضعيف وقد حدث بأحاديث لا يتابع عليها.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٥: وأخرجه ابن عدي من حديث ابن عباس وأسند عن البخاري وغيره تكذيب معلى بن هلال الطحان.
ورواه ابن أبي شيبة عن الحسن مرسلاً اهـ.
الخلاصة: هذا الحديث بمجموع هذه الطرق يصير حسناً والله أعلم.

له، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب، بخلاف القدر، ولا معتبر بكيل

في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل، فنهاهما رسول الله ﷺ أن يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما»[1] فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة إياه، فإنه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم، وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض إذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع إذ عسى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن، وكل تصرف يبني على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما وألحقوا بالمكيل الموزون. وينبغي إلحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى معاددة، وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العدّ ثانياً لاتحاد الجامع، وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين، فإن الزيادة فيه للبائع خلافاً لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد. ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها؛ فلو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع؛ لأنه لو زاد كان للمشتري، ولو نقص كان له الخيار، فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطاً خياره على تقدير النقص وله ذلك. ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما إذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً، فلو كان ثمناً بأن اشترى بهذا البر على أنه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن، لأن التصرف في الثمن قبل قبضه جائز، فأولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه. ثم لا يخفى أن ظاهر النص منع بيع الطعام إلا مكايلة فيقتضي منع بيعه مجازفة، ولا نعلم خلافاً في أن ظاهره متروك وأنه محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة. أما إذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن كل المشار إليه له فلا يتصور اختلاط الملكين.

وقول المصنف فيه **(لأن الزيادة له)** قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره، وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما إذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك، أما إذا اشتراه مجازفة فإنما يحتاج إذا باعه مكايلة إلى كيل واحد للمشتري. وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه، وهو محمول على ما إذا كان البائع اشتراه مكايلة، أما لو كان ملكه بالإرث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كرّ ثم باعها فالحاجة إلى صاع واحد وهو صاع هذا

والإجارة تمليك النافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول. قال: **(ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة الخ)** إذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام: اشترى مكايلة وباع مكايلة، أو اشترى مجازفة باع كذلك، أو اشترى مكايلة وباع مجازفة، أو بالعكس من ذلك، ففي الأول لم يجز للمشتري من المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الأول كذلك «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف، وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله. وفي الثاني لا يحتاج إلى الكيل لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار. وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل لأنه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشاراً إليه فكان متصرفاً في ملك نفسه. قال المصنف: **(لأن الزيادة له)** واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة. وأجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلاً فاكتاله على أنه عشرة أقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الأول وفيه من التمحل ما ترى. وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع، وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري، ويجوز أن يجعل من باب العرض، ومعناه أن المانع من التصرف هو احتمال الزيادة. ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة، فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى. ويجوز فرض المحال إذا تعلق به عرض كقوله تعالى **﴿إن تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم﴾** وفي الرابع يحتاج إلى كيل واحد، إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لأن الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة إلى تعيين المقدار الواقع مبيعاً، وأما المجازفة

---

(١) تقدم الكلام على هذه الروايات في الحديث المتقدم. وانظر نصب الراية ٤/ ٣٤ ـ ٣٥.

البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط، ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً ولا تسليم إلا بحضرته. ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين. والصحيح أنه يكتفي به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى. ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروي عنهما لأنه ليس بمال الربا، وكالموزون فيما يروى عن

المشتري، وإن كان الاستقراض تمليكاً بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكماً لأن ما يرده عين المقبوض حكماً ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكاً بلا عوض حكماً؛ ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر ابن سماعة يجوز. وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسداً. ونص على الفساد في الجامع الصغير، ونص على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراماً لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل، فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها ثم أكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراءً فاسداً، وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراماً قوله: **(ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع)** من المشتري الثاني **(وإن كان)** كاله لنفسه **(بحضرة المشتري)** عن شرائه هو **(لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط)** بالنص **(ولا بكيله بعد البيع)** الثاني **(بغيبة المشتري)** وغيبة وكيله في القبض لأن التسليم إلى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب **(وإن كاله)** أو وزنه **(بعد العقد بحضرة المشتري)** مرة فيه اختلاف المشايخ. قال عامتهم: كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه إذا قبضه. وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجاً بظاهر الحديث. والصحيح قول العامة لأن الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض، ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم إليه من رجل كراً لأجل ربّ السلم وأمر ربّ السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فإن في ذلك يشترط صاعان: صاع للمسلم إليه، وصاع لربّ السلم فيكيله للمسلم إليه ثم يكيله لنفسه، بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز. ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كان البائع قفيزاً منها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفير مما بقي ولا يقع به الإفراز، ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أو لا، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فبيعه بيع ما لم يقبض

فلا يحتاج إليه لما ذكرنا. فإن قيل: النهي عن بيع الطعام إلى الغاية المذكورة يتناول الأقسام الأربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب؟ فالجواب أنه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور إذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه. وردّ بأنه دعوى مجردة. وأجيب بأن التفصي عن عهدة ذلك بأن يقال: قوله تعالى ﴿وأحلّ الله البيع﴾ يقتضي جوازه مطلقاً وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد. وفيه ذكر جريان الصاعين، وليس ذلك إلا لتعيين المقدار وتعيين المقدار إنما يحتاج إليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على أنه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل. ثم في قوله اشترى مكيلاً إشارة إلى أنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره، وكذا لو وقع ثمناً كما سيأتي حكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لأن الزيادة له، إذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به، بخلاف القدر فإنه مبيع لا وصف، ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الأول قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري الثاني لأن الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم إذ المبيع يصير به معلوماً ولا تسليم إلا بحضرته. ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين. والصحيح أنه يكتفي به لأن المبيع صار

أبي حنيفة رحمه الله. لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط. قال: **(والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)** لقيام

فلا يجوز قوله: **(والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)** بالبيع والهبة والإجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطلق، وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع إلا أنه منع بالنص لغرر الانفساخ، وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها، واستثناء السلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فأتيت النبيّ ﷺ وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال: إذا أخذت واحداً منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع، فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له»[(1)]. وقد صححه الحاكم والدارقطني، وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة. قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه، وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه، وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه، ورفعه سماك وأنا أهابه[(2)] لأن المختار في

---

(1) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٣٣٥٤ و ٣٣٥٥ والترمذي ١٢٤٢ والنسائي ٧/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣ وابن ماجه ٢٢٦٢ والدارقطني ٣/ ٢٣ ـ ٢٤ والحاكم ٢/ ٤٤ وابن حبان ٤٩٢٠ والطحاوي في المشكل ٢/ ٩٥ وعبد الرزاق ١٤٥٥٠ وأحمد ٢/ ٣٣ ـ ٨٣ ـ ٨٤ ـ ١٣٩ والطيالسي ١٨٦٨ والبيهقي ٥/ ٢٨٤ ـ ٣١٥ من طرق كلهم عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به.

وقال الترمذي: حديث غريب لا تعرضه مرفوعاً إلا من حديث سماك. وقد رواه داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفاً.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وسكت الذهبي! وقال المنذري في مختصره ٣٢١٦: وذكر الترمذي أنه روى عن ابن عمر موقوفاً.

وأخرجه النسائي عن ابن عمر من قوله. وكذا عن سعيد بن جبير من قوله. وقال البيهقي: تفرد برفعه سماك.

وقال شعبة رفعه سماك وأنا أفرقه اهـ.

قلت: وقد اضطرب سماك في متنه وهذا يدل على وهنه جاء في تلخيص الحبير ٣/ ٢٥ ـ ٢٦ ما ملخصه: جاء في رواية: لا بأس به بالقيمة. وفي رواية: لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء. رواية أحمد وغيره.

ورواية أبي داود: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء. وفي لفظ لأحمد: لا بأس به بالقيمة. ولفظ للنسائي: ما لم يفرق بينكما شيء.

قال الترمذي والبيهقي: لم يرفعه غير سماك اهـ وعلّق الشافعي في سنن حرملة القول به على صحة الحديث. ورواه البيهقي عن الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا فقال شعبة: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر. ولم يرفعه. وأنبأنا قتادة عن ابن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه.

وأنبأنا يحيى بن أبي إسحق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه ورفعه لنا سماك وأنا أفرقه اهـ كلام ابن حجر.

وقال الحافظ في التقريب عن سماك: صدوق وقد تغير بآخرة. فكان ربما يُلقَّن.

وجاء في الميزان ما ملخصه: ضعفه سفيان وعن يحيى: ثقة. وضعفه شعبة. وقال أحمد: مضطرب الحديث. وضعفه صالح جزرة. وقال النسائي: إذا انفرد بأصل لم يكن بحجة لأنه كان يُلَقّن فيتلقّن اهـ.

قلت: قد ذكر ابن حجر اضطرابه في عجز المتن. وقد اضطرب أيضاً في وسطه: فعند الترمذي: فأتيت رسول الله ﷺ، فوجدته خارجاً من بيت حفصة، ومثله رواية الحاكم. وعند أبي داود: فوجدته في بيت حفصة، وكذا الدارقطني. ومثله للنسائي في رواية. وباقي روايات النسائي لم تذكر البيت أصلاً.

وعند المصنف ابن الهمام فيه: فأخذته بثوبه وهو يريد أن يدخل حجرته اهـ وهذه الأخيرة غريبة لأن أدب ابن عمر يمنعه أن يأخذ بثوبه فهذا اضطراب في المتن في موضعين في وسطه وعجزه بل وفي صدره أيضاً. وقد خالفه غير واحد فلم يرفعوه.

وقد صوب غير واحد وقفه وسماك وإن روى له مسلم لكن ضعفه غير واحد وتغير بأخره فالصواب أن مسلماً انتقى ما صح من حديث قبل أن يتغير حفظه. والله تعلى أجل وأعلم.

(٢) لفظ شعبة: وأنا أفرقه. يعني بذلك أخاف أن يكون وهم في رفعه وهذا هو الصواب لأن شعبة ضعفه كما ذكر في الميزان وقد تقدم.

الخلاصة: هذا حديث يشبه الحسن لا يتعداه. خصوصاً ولم يتابع عليه. والقول الفصل قول النسائي: أنه إذا انفرد بأصل لم يكن بحجّة لأنه كان يلقّن اهـ والله تعالى أعلم.

المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين، بخلاف المبيع. قال: **(ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع، ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك)** فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأ. ولنا أنهما

تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة، ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقتضي أحد النقدين عن الآخر مستمراً من غير أن يكون عرفه عنه ﷺ، وأمره رسول الله ﷺ أن لا يفارقه وبينهما بيع[1] معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فمنع النسيئة فيه. وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف الموروث في الملك وكان للميت ذلك التصرف، فكذا للوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث قوله: **(ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن، ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن)** وسنذكر شرط كل منهما **(ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك)** من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها، ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن، وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط **(وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان)** أي الزيادة والحط **(على اعتبار الالتحاق)** بأصل العقد **(بل)** الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط إبراء من بعض الثمن متى رده

معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسلّيم وانتفى احتمال الزيادة، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في باب السلم أن من أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً أو أمر ربّ المال بقبضه لم يكن قبضاً، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين. واعلم أن في كلام المصنف رحمه الله إيهام التناقض، وذلك لأنه وضع المسئلة أولاً فيما إذا كان العقدان بشرط الكيل. واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث، ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً بشرط الكيل، لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية إنما هو في العقد الواحد بشرط الكيل. وأما إذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين. ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الأول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني، ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل، ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه، فكأنه يقول: الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفقتان كما في أول المسئلة وما سيأتي في باب السلم. وأما فيما نحن فيه فلا. هذا وإذا نظرنا إلى العقليل وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفي بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضاً كما ذكرنا، ولو ثبت أن وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعاً جارياً على القوانين لكن لم أظفر بذلك. ولو اشترى المعدود عداً فهو

قوله: **(لعدم تعينها بالتعيين: أي في النقود)** أقول: فيكون الدليل أخص من المدعي قال المصنف: **(وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأ)** أقول: قوله وكذا الحط: أي لا يلحق بأصل العقد قوله: **(فلا يمكن إخراجه)** أي إخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع.

---

(١) هو بعض حديث ابن عمر المتقدم اهـ.

تم بحمد الله ومنّه وكرمه الجزء السادس من فتح القدير ويليه السابع إن شاء الله تعالى. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. والله أسأل أن يجعل هذا العمل متقبلاً إنه خير سميع وخير مجيب.

بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحاً أو خاسراً أو عدلاً. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغير، وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه، بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به. وعلى

يرتد. وجه قولهما إن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الأول، فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلاً عن ملكه وهو المبيع، وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضاً عن ملكه: أعني الثمن. قلنا: إنما يكون ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره، لكنا إنما قلنا إنهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الأول وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه بهذا المقدار، ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما. أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه بإلحاق الخيار، وكذا من كونه حالاً إلى مؤجل بإلحاق الأجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحالّ عندنا، وأما الثاني فبالإقالة وهي تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من

كالمذروع فيما يروي عن أبي يوسف ومحمد، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه ليس بمال الربا، ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع، وحكمه قد مرّ أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مزارعة، وكالموزون فيما يروي عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لأنه لا تحل الزيادة؛ ألا ترى أن من اشترى جوزاً على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون. قال: **(والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)** سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين كالمكيل والموزون، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكرّ من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «كنا نبيع الإبل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم، وكان يجوزه رسول الله ﷺ» ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين: أي في النقود بخلاف المبيع. قال: **(ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن)** إذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه، ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك: يعني الأصل والزيادة، فإذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما، وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة: أي الهبة ابتداء لا تتم إلا بالتسليم. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز، وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجه عن ذلك فصار براً مبتدأ. ولنا أن البائع والمشتري بالحط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع، لأن البيع المشروع خاسر ورابح وعدل، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلاً والعدل رابحاً، والحط يجعل الرابح عدلاً والعدل خاسراً وكذلك الزيادة في

قوله: **(فصار)** أي كل واحد من الزيادة والحط. قال في الذخيرة. وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع: إذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضاً، وإن كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري، ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الإبراء انتهى. ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهما فإنه مهم في الغاية قوله: **(وإذا صحح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له)** أقول: الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف، فكيف يصح الالتحاق فيهما إذا كانت مبيعة قوله: **(ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء)** أقول: وعندي أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسراً ورابحاً وعدلاً على ما يدل عليه سياق الكلام، ولو صح ما ذكره لبقي التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه قوله: **(فإن قيل: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك الخ)** أقول: يعني بطريق الالتحاق، وإلا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق قوله: **(فالشرط فيه قيام الثمن)** أقول: وإلا لم يكن بيعاً قوله: **(لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلاً)** أقول: كما سبق في أحكام البيع الفاسد.

اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه، ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون

وصف كونه رابحاً إلى خاسر أو خاسراً إلى رابح، وإلى كونه عدلاً، وثبت صحة الحط شرعاً في المهر بقوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾ [النساء ٢٤] فبين أنهما إذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز، وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقداً بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به إذ وصف الشيء يقوم به، بخلاف ما لو حط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع فلا يلحق به، وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ما ذكرا (**ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز**) المرابحة (**على الكل**) من الأصل والزائد. ويجب أن يرابح على المبيع الأول وما زاده البائع مبيعاً لا الأول فقط، وكذا التولية (**ويباشر**) العقد في المرابحة والتولية (**على الباقي**) بعد الحط (و) كذا (**في الشفعة حتى يأخذها**) الشفيع (**بالباقي**) فقط. فإن قيل: لو التحقا لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة، أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع؟ أجاب بقوله: (**وإنما كان للشفيع أن يأخذها**) في صورة الزيادة (**بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت**) قبلها، فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به، والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه. ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (**ثم الزيادة**) إلى آخره: يعني أن شرطها قيام المبيع في ظاهر

المبيع، ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما إذا كان لأحد العاقدين أولهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح إلحاق الزيادة بعد تمام العقد، وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له، ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه، فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها. فإن قيل: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض. أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لأنه تبديل بأصله لا تتغير بوصفه، لأن عمل الحط في إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً. وأما حط الجميع فتبديل للعقد، لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلاً لعدم الثمن حينئذ وقد علمت أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع، ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه. ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل في الزيادة، وعلى الباقي في الحط فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة، ويظهر حكمه أيضاً في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله: (**وإنما كان للشفيع**) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد. وتقرير الجواب: إنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الأول، وفي الزيادة إبطال له، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله إذا كان المبيع قائماً. وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه، إذ الاعتياض إنما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله لكونه إسقاطاً

قوله: (**فيلتحق حط البعض**) أقول: لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقتضى أيضاً ولم يتبين فلا يستقيم التفريع.

الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً. قال: **(ومن باع بثمن حالّ ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً)** لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه، ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً، ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت

الرواية؛ فلو هلك حقيقة بأن مات العبد أو الدابة أو حكماً بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذمياً لا تصح الزيادة لفوات محل العقد، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها إذا فعل في المغصوب ذلك، وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية، فلو زاد بعد موتها لا تصح، بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة، وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفاً أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري أرشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه، وإنما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك **(لأنه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه)** والالتحاق وإن كان يقع مستنداً فالمستند لا بد أن يثبت أولاً في الحال ثم يستند، وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة إذا كان المبيع هالكاً وقتها قوله: **(على ظاهر الرواية)** احتراز عما روى الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه. وفي المبسوط: وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضاً، وهذا الالتزام صحيح منه وإن لم يملك شيئاً بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وإن لم يملك الأجنبي شيئاً بمقابلته هذا في زيادة الثمن. فأما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع، وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن، حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن **(بخلاف الحط)** فإنه يصح بعد هلاك المبيع لأن المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط **(البدل)** أي الثمن **(عما يقابله)** وحاصله إخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمناً، فإنما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باقٍ فيثبت الحط ملتحقاً بأصل العقد؛ ألا ترى أنه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فإنه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به، فإسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح قوله: **(ومن باع بثمن حالّ ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً)** وهو قول مالك خلافاً للشافعي، وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالتأجيل وهو قول زفر لأنه بعد أن كان حالاً ليس إلا وعداً بالتأخير. قلنا **(الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه)** وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول: لا شك أن له أن يؤخر إنما الكلام في أنه يلزم التأخير شرعاً إذا أخر. وقوله: **(ألا ترى)** إلى آخره يستدل به مستقلاً في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند إسقاطه السقوط، والتأجيل التزام الإسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعاً السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً بإسقاطه مطلقاً **(ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح)** ومجيء المطر **(لا يجوز)** ولا يجوز التأجيل به ابتداء **(وإن كانت)** يسيرة **(كالحصاد والدياس**

والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً. روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع. ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقديراً وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل، واشتراط المحل لإثبات الملك أو إبقائه بطريق التجدد فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى والزيادة في المبيع جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن، حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها

قوله: **(والزيادة في المبيع جائزة)** أقول: بعد الهلاك.

الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل. قال: **(وكل دين حالّ إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً)** لما ذكرنا **(إلا القرض)** فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظه الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبيّ ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه

يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها **(وقد ذكرناه من قبل)** يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين **(وكل دين إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا، إلا القرض فإن تأجيله لا يصح)** ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل. وعند مالك يصح أيضاً لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون. ولو مات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض. وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه، ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضاً. والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ. وجه المسئلة أن القرض تبرّع **(لأنه صلة في الابتداء وإعارة حتى يصح)** القرض **(بلفظ أعرتك)** هذه الألف بدل أقرضتك ونحوه **(و)** لهذا **(لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي)** والعبد والمكاتب **(ومعاوضة في الانتهاء)** لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم ردّ مثله بعد ذلك وأخذ مثله **(فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل، كما)** لا يلزم تأجيل **(الإعارة)** فإنه لو أعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده في الحال إذ لا تأجيل في التبرع **(وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح)** أيضاً **(لأنه يصير)** بهذه المعاوضة **(بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا)** ولأنه لو لزم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكفّ عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات، قال تعالى **﴿ما على المحسنين من سبيل﴾** [التوبة ٩١] نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق، فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين، ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين، وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الأعيان لا يصح

شيء من الثمن. قال: **(ومن باع بثمن حال)** ثم أجله أجل معلوم إذا باع شيئاً بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الأجل معلوماً أو مجهولاً، فإن كان الأول صح وصار مؤجلاً. وقال زفر: لا يلحق الأجل بالعقد، وبه قال الشافعي لأنه دين فلا يتأجل كالقرض. ولنا أن الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقاً بمن عليه، ولأن التأجيل إثبات براءة مؤقتة إلى حلول الأجل، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلأن يملك البراءة المؤقتة أولى، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة، فإن كان الأول كما إذا أجله إلى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز، وإن كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة، لأن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع **(وقد ذكرناه من قبل)** يعني في أواخر البيع الفاسد قال: **(وكل دين حالّ إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً)** كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً **(لما ذكرنا)** أنه حقه، لكن القرض لا يصح تأجيله، وهذا لأن القرض في الابتداء صلة وإعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات، ولهذا يصح بلفظ الإعارة **(ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصيّ والصبيّ، ومعاوضة في الانتهاء)** لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين **(فعلى اعتبار الابتداء لا يصح)** أي لا يلزم التأجيل فيه **(كما في الإعارة إذ لا جبر وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو رباً)** وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع إليه، وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم **(ونوقض بما إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة)** فإنه

قوله: **(حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه)** أقول: العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه، لئلا يلزم تقديم معمول «ما» في حيز أن «عليه» وتصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيراً للمقدر قبل أن، والله أعلم.

يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي، والله تعالى أعلم.

(**بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان إلى سنة حيث يلزم**) ذلك (**من ثلثه لأنه وصية بالتبرع**) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال، وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات، ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه جاز، وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظراً له فضلاً من الله ورحمة، وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، والله تعالى أعلم.

قرض مؤجل وأجله لازم (**حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه**) إلى سنة. وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها، ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصي، والله أعلم.

فهرس الجزء السادس من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:
تتمة كتاب البيوع - الصرف - الكفالة - الحوالة - أدب القاضي
الشهادات - الرجوع عن الشهادة - الوكالة

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع

باب الربا

هو من نوع البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذي آمنوا لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] بسبب زيادة فيه، فمناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية، والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه، والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ قوله: (الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ: الربا محرم في كل مكيل إلى آخره، وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد، ومنه ظاهر قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه، وسنذكر تفصيلها. ويقال لنفس الزيادة: أعني بالمعنى المصدري، ومنه وأحل الله البيع وحرّم الربا أي حرّم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وإن يزاد في بيع تلك الأموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به، ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً، أو لا فائدة فيه

باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾ شرع في بيان أنواع بيوع نهي الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ فإن النهي يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا، ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد؟ قال قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال. والربا في اللغة هو الزيادة، من ربا المال: أي زاد، وينسب فيقال ربوي بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب. وفي الاصطلاح: هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع. قال: (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا هو حرمة الفضل والنسيئة جار في ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل)

باب الربا

قوله: (لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول: لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه قوله: (عن العوض المشروط) أقول: صفة العوض تدل على تعريف السغناقي في المكاتب بقوله: الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر، وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة. قال المصنف: (الربا محرم في كل مكيل) أقول: في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه، ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل.

الجنس. قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس. وهو أشمل. والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا» وعد الأشياء الستة: الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال. ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً. ومعنى الأول بيع التمر، ومعنى الثاني

بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة، أما على استعمال الربا في حرمته فيكون لفظ الربا مجازاً، أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف الربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره: أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل. ثم قوله: **(فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس)** مرتباً بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته، ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس **(و) قد (يقال)** بدل الكيل والوزن **(القدر وهو أشمل)** وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح، إذ يشمل العد والذرع وليسا من أموال الربا: أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة **(والأصل فيه الحديث المشهور)** أخرج الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبّر بالبّر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثلاً سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1] وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «مثله سواء» وزاد بعد قوله «يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[2] وأخرج مسلم أيضاً من حديث

لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر **(والأصل فيه الحديث المشهور)** الذي تلقته العلماء بالقبول **(وهو قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا» وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال)** ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم. وروى بروايتين بالرفع «مثل بمثل» وبالنصب «مثلاً بمثل» ومعنى الأول بيع الحنطة وحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بإعرابه ومثل خبره، ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل، والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي «كيلاً بكيل» وكذلك في الموزون «وزناً بوزن» فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة، فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه، ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصمت «جيدها ورديئها سواء»، وكلام رسول الله ﷺ يفسر بعضه بعضاً، فإن قيل: تقديراً بيعوا يوجب البيع وهو مباح. أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء إذا مات، وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة قوله: **(يد بيد)** المراد به عندنا عين بعين، وعند الشافعي قبض بقبض قوله: **(والفضل ربا)** الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام **(والحكم معلول بإجماع القائسين)** احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين إن الحكم مقصور على الأشياء الستة، والنص غير معلول **(لكن العلة عندنا ما ذكرنا)** من القدر والجنس **(وعند الشافعي الطعم في**

قال المصنف: **(وهو أشمل)** أقول: وقال ابن الهمام: لكنه يشمل المذروع والعدد وليسا من أموال الربا انتهى. ويمكن أن يقال: الألف واللام في القدر للعهد، والمراد الكيل والوزن قوله: **(ومعنى الثاني بيعوا التمر)** أقول: كان الظاهر بيعوا الحنطة قوله: **(وكذلك في الموزون الخ)** أقول: أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل «وزناً بوزن» حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره.

---

(١) صحيح. أخرجه الإمام الشافعي في مسنده ٢/ ١٥٧. ١٥٨ ومسلم ١٥٨٧ من وجوه، وأبو داود ٣٣٤٩ و ٣٣٥٠ والترمذي ١٢٤٠ والنسائي ٧/ ٢٧٤. ٢٧٥ وابن ماجه ٤٤٥٤ وابن الجارود ٦٥٠ وابن حبان ٥٠١٥ و ٥٠١٨ والدارقطني ٣/ ٢٤ وعبد الرزاق ١٤١٩٣ وأحمد ٥/ ٣٢٠ وابن أبي شيبة ٧/ ١٠٣. ١٠٤ والبيهقي ٥/ ٢٧٧. ٢٨٢. ٢٨٣ من طرق كلهم من حديث عباده بن الصامت.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٤ ح ٨٢ والنسائي ٧/٢٧٧ وابن الجارود ٦٤٨ وأحمد ٣/ ٤٩. ٥٠. ٦٦. ٦٧. ٩٧ والبيهقي ٥/ ٢٧٨ كلهم من حديث أبي سعيد.

بيعوا التمر، والحكم معلوم بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي رحمه الله: الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط، والمساواة مخلص. والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على

أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله «فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»[١] وليس فيه ذكر الذهب والفضة، والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل، وأما رواية مثلاً بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن: حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا»[٢] وهكذا قال إلى آخر الستة، وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا» إلى آخر الأشياء الستة، وذكر التمر بعد الملح آخر. وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت «الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها» إلى أن قال: «ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد، وأما النسيئة فلا»[٣] انتهى. ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبّر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير، بل لو كان الزائد الذهب والبّر جاز، ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبّر على الشعير قوله: **(والحكم)** يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية **(معلول بإجماع القائسين)** أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه، بخلاف الظاهرية، وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها. أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله: «خمس من الفواسق»[٤] قلنا: تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين» كما سيأتي عند الشافعي دليل، وسنقيم عليه الدليل. وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع، ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص، أما بالزيادة بالعلة فلا، وتخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها، وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة، وهو أيضاً مأثور عن قتادة وطاوس، قيل فانخرم قوله بإجماع القائسين قوله: **(لكن العلة عندنا ما**

المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط) لعلم العلة عملها حتى لا تعملَ العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة، وسيأتي **(والمساواة مخلص)** يتخلص بها عن الحرمة لأنه: أي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لأنه قال: «يداً بيد

قوله: **(وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء)** أقول: ضمير لها راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ.

---

(١) صحيح. لكن من حديث أبي هريرة كذا رواه مسلم ١٥٨٨ والنسائي ٧/٢٧٨ ومالك ٢/ ٦٣٢ وأحمد ٢/ ٢٦٢. ٤٣٧ وأبو يعلى ٦١٠٧ كلهم من حديث أبي هريرة: التمر بالتمر والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى. إلا ما اختلفت ألوانه .. هذا لفظ مسلم وأبي يعلى. ورواية مالك وغيره مختلفة.

تنبيه: فالحديث لم يروه مسلم بهذا اللفظ من حديث أبي سعيد وهو سبق قلم من المصنف. ويؤكد ذلك كون الزيلعي ذكره في نصب الراية ٤/ ٢٦ ونسبه لمسلم عن أبي هريرة وأكد ذلك بقوله: ليس فيه ذكر الذهب والفضة.

(٢) غريب هكذا. وهو في مسند أبي حنيفة كتاب البيوع ج ٦ ص ١٢١ عن عطية العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً فذكره وفيه: مثلاً بمثل ا هـ أي على النصب لا على الرفع. وعطية العوفي واه كما في الميزان فالصواب في روايته ما وافقه رواية الجماعة وذلك بالنصب: مثلاً بمثل ا هـ فتنبه.

(٣) جيد. هذا اللفظ عند أبي داود ٣٣٤٩ والنسائي ٧/ ٢٧٦ والطحاوي في المعاني ٤/ ٦٦ والبيهقي ٥/ ٢٧٧ كلهم من حديث عبادة. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات رجال مسلم غير مسلم بن يسار المكي وهو ثقة عابد كما في التقريب.

(٤) صحيح. تقدم تخريجه في أواخر كتاب الحج. وتتمة الحديث: يقتلن في الحلّ والحرم: العقرب والحِدَأة والغُراب الأبقع والفأرة والكلب العقور.

أخرجه البخاري ١٨٢٩ ومسلم ١١٩٨ من وجوه وابن حبان ٥٦٣٣ وأحمد ٦/ ٨٧. ٢٥٩ والبيهقي ٥/ ٢٠٩ كلهم من حديث عائشة. وتقدم الكلام عليه مع ذكر تغير ألفاظه وطرقه.

شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزّة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح، فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع، إذ هو ينبىء عن التقابل وذلك بالتماثل، أو صيانة لأموال الناس عن التوى، أو تتميماً للفائدة باتصال

ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء، وبأحدهما مفرداً يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتي **(وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص)** من الحرمة **(وهي)** أعني الحرمة **(الأصل)** وعند مالك العلة الاقتيات والادخار، فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا ومالاً فلا، لأنه ﷺ خص البرّ وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهراً فيه، فنبه بالبرّ على مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به، والشعير يشاركه فيه مع كونه علفاً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها، ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالباً كالعسل والسكر والزبيب، وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الأبازير وما في معناها، والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الأشياء وأصول الأثمان. وقال الشافعي في القديم: العلة الطعم مع الكيل أو الوزن، وفي الجديد: هي الطعم فقط في الأربعة والثمنية في النقدين، ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي إلى الفلوس الرائجة وجه. والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية، والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء. وعلى الجديد يحرم الربا في الماء، وجه قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[1] رواه مسلم، والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة، وروي: «لا تبيعوا الطعام»[2] إلى آخره. فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها، إذ لو اقتصر على قوله: «لا تبيعوا» لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص، إذ يجوز الحفنة بالحفنتين، وهذا الطريق يفيد أنها علة

مثلاً بمثل» منصوبان على الحال والأحوال شروط، هذا في رواية النصب، وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب إلا أنه عدل إلى الرفع للدلالة على الثبوت **(وكل ذلك)** أي كل من الشرطين **(يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح)** فإذا كان عزيزاً خطيراً **(يعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم)** في المطعومات **(لبقاء الإنسان به، والثمنية في الأثمان لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك)** أي في إظهار الخطر والعزة **(فجعلناه شرطاً)** والحاصل أن العلة إنما تعرف بالتأثير، والطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر، لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به **(ولنا أن الحديث أوجب المماثلة شرطاً في البيع بقوله مثلاً بمثل)** لما مرّ

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٩٢ وأحمد ٦/ ٤٠١ وابن حبان ٥٠١١ والطبراني ٢٠ (١٠٩٥) والبيهقي ٥/ ٢٨٣ من طرق كلهم عن معمر بن عبد الله: أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال: بعه، ثم اشتر به شعيراً، فذهب الغلام، فأخذ صاعاً وزيادة بعض الصاع فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال معمر. لم فعلت ذلك؟ انطلق فَرُدَّهُ ولا تأخذنَّ إلا مثلاً بمثل. فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل. قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله. قال: إني أخاف أن يُضارعَ. هذا لفظ مسلم.

قال النووي: معنى يضارع يشابه، ويشارك. ومعناه أخاف أن يكون في معنى المماثل فيكون له حكمه في تحريم الربا. واحتجّ مالك بهذا الحديث في كقرن الحنطة والشعير صنفاً واحداً لا يجوز التفاضل فيهما، والجمهور على أنهما صنفان يجوز التفاضل بينهما. ودليل الجمهور حديث: فإذا اختلفت هذه الأجناس، فبيعوا كيف شئتم وأما حديث معمر فإنه تورع منه حيث قال: أخاف ا هـ وقول المصنف: روي: «لا تبيعوا الطعام. .» الخ.

فلم أره مرفوعاً عند مسلم ولا غيره. وإنما أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٧٠ بسند حسن عن أبي بكر كتب في وصيته لأمراء الأجناد: أما بعد فإنكم قد هبطتم أرض الربا أي الشام. فلا تبايعون الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن، ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن، ولا الطعام بالطعام إلا كيلاً بكيل ا هـ.

(٢) تقدم في الذي قبله. وأن لفظ: لا، جاء في خبر أبي بكر. والله أعلم.

التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى، والمعيار يسوي الذات،

منصوصة، ولو أخذنا في استنباط علته أدانا إلى هذه العلة أيضاً، ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط **(يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح)** فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر، وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات **(ولا أثر للجنسية)** والقدر **(في ذلك)** أي في إظهار العزة والخطر **(فجعلناه شرطاً، والحكم قد يدور مع الشرط)** كالرجم مع الإحصان **(ولنا أنه)** أي النص المشهور **(أوجب التماثل شرطاً للبيع)** وإيجاب المماثلة **(هو المقصود بسوق الحديث)**[1] إذ لا بد فيه من إضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلاً: أي بيعوا هذه الأشياء مثلاً بمثل، وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل. وقوله: «**لا تبيعوا الطعام**» الحديث إنما ينصرف النهي إلى ما بعد إلا نحو ما جاء زيد إلا راكباً، وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها، ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً لمعنى البيع المنبىء عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع **(أو)** أوجب المماثلة **(صيانة لأموال الناس عن التوى)** فإنه إذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء، فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تاوياً على مالكه، فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة، بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين، ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فإن للحال مزية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم **(والمماثلة بين الشيئين)** تمامها **(باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوّي الذات)** أي الصورة **(والجنسية تسوّي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخال عن عوض شرط فيه)** أي في العقد، وعلمت أن الخلوّ في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس **(ولم يعتبر)** في إثبات المماثلة عدم تفاوت **(الوصف)** إما **(لأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً)** وفيه نظر **(أو لأن في اعتباره سد باب البياعات)** وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن

أنه حال بمعنى مماثلاً، والأحوال شروط **(و)** وجوب المماثلة **(هو المقصود بسوق الحديث)** لأحد معان ثلاثة **(لتحقيق معنى البيع فإنه ينبيء عن التقابل)** وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل، لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه **(أو صيانة لأموال الناس عن التوى)** لأن أحد البدلين إذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما فيه الفضل **(أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به)** أي بالمماثل: يعني أن في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك، وفيه نظر لأنه خارج عن المقصود، إذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدراً لا بيان المماثلة من حيث القبض. والأولى أن يقال: لو لم يكن أحد العوضين مماثلاً للآخر لم تتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضرراً في حق الآخر، وإذا كان مثلاً الآخر يكون نفعاً في حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً. ولقائل أن يقول: هذه الأوجه

قوله: **(ولقائل أن يقول: إلى قوله: لأنها لا تنفك عن التقابل)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى واقتضاء تتميم الفائدة قوله: **(ولقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل)** أقول: إذا كان مراعاة شرط الحل واجبها على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن انفراد الحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة)** أقول: فيه بحث، فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي. والمكروه هو الثابت بظني كالفرض والواجب؛ ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق.

---

(١) مراده حديث عبادة في أول الباب.

والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات، أو لقوله عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء» والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع، والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره، إذا ثبت هذا نقول: إذا بيع

تفاوت ما فلم يعتبر. وقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»[1] إن صح يفيده، وإلا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب[2] والإجماع عليه، وعلة إهداره ما ذكرنا، وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد، فإن الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم، وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم، فإن الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة. فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات إلى آخر ما ذكروا عندهم. وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم؛ وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لبّ فضلاً عن فقيه. وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لأن الطعم مما تشتد الحاجة إليه اشتداداً تاماً **(والسبيل في مثل ذلك الإطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق)** فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلأ للدواب، فإن قال: دل الترتيب على المشتق عليه، قلنا: ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أنا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الأعيان الخاصة وهو البرّ والشعير لا يعرف المخاطبونّ بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام؛ ألا ترى أن مالكاً فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام، قال: لأنه ﷺ خصه بالذكر[3] ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الأرمني، وهو صحيح لولا دليل آخر عمه. وإلحاقه بالبضع فيه خلل لأن البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتذال والإباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة، بخلاف باقي الأموال فإن أصلها الإباحة، ويوجد كثير منها مباحاً حتى الذهب والفضة، وإنما لزم فيها العقد بعد تعلق حق إنسان به دفعاً لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعاً للحوائج الأصلية فإلحاقها به غير

الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة الأموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول. والجواب أن موجبها في الربا هو النص، والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف، وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه. لقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة، وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى

قوله: **(ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة، إلى قوله: بالقدر والجنس الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧: غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد في أول الباب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٦: لم أجده.

(٢) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مالك ٢/ ٦٢٣ ومن طريقه البخاري ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ و ٢٣٠٢ و ٢٣٠٣ و ٤٢٤٤ و ٤٢٤٥ ومسلم ١٥٩٣ والنسائي ٧/ ٢٧١، ٢٧٢ وابن حبان ٥٠٢١ والبيهقي ٥/ ٢٩١ والبغوي ٢٠٦٤ كلهم عن عبد المجيد بن سهيل عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: لا والله يا رسول الله. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل. بعْ الجَمْعَ بالدراهم، ثم ابتغ بالدراهم جنيباً ا هـ. جاء في المغرب ما ملخصه. : الجَمْعُ. هو ما يخلط من تمر خمسين نخلة. وقيل: كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جَمْع، ثم غلب على التمر الرديء. والجنيب ـ فعيل ـ هو من أجود التمر ا هـ.

(٣) تقدم حديث الطعام وهو من حديث معمر بن عبد الله.

المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجوب شرط الجواز، وهو المماثلة في المعيار؛ ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله، مثلاً بمثل كيلاً بكيل، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن **(وإن تفاضلا لم يجز)** لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف **(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين)** لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف.

صحيح، إلا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة، فأجازوا **(بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة)** من البرّ **(بحفنتين)** لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل، وهذا في غير الجواز من العددي المتقارب. أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا، لأن الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت، إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا. ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها، فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها. وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وهذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع، فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة. وفي جمع التفاريق قيل: لا رواية في الحفنة بقفيز واللبّ بالجوز، والصحيح ثبوت الربا، ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا. وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام **(و)** يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر قوله: **(والجنس)** مع التفاضل على ما قررناه للصيانة قوله: **(وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية)** هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين

الكراهة، فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة قوله: **(والمماثلة بين الشيئين)** بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لأن المماثلة بين الشيئين **(باعتبار الصورة والمعنى)** وهو واضح **(والمعيار يسوي الذات)** أي الصورة **(والجنسية تسوي المعنى)** فإن كيلاً من بر يساوي كيلاً من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى. ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات، وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لإثبات الشرط وذلك باطل. والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً فأثبتناه في غيرها تعدية فكان جائزاً، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس **(يظهر الفضل على ذلك، فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه)** أي في العقد قال **(ولا يعتبر الوصف)** يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف، وتقرير الجواب: ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية، والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك إلا من باب اليسير، وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف **(أو لأن في اعتباره سد باب البياعات)** لأن الحنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه، والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار

وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم **الحفنة** لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا **يجوز** عندنا لوجود القدر والجنس. وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية.

وبعير ببعيرين، وجوازه مجمع عليه إذا كان حالاً. فإن قيل: الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن. قلنا: إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها، وصون المال ظاهر منضبط، فإن المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها، غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفادياً عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين. وفي الأسرار: ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله: **(وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه)** وهو القدر **(حلّ التفاضل والنساء)** كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروي بهرويين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل **(لعدم العلة المحرمة)** وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم، لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة **(والأصل في البيع)** مطلقاً **(الإباحة)** إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل **(وإذا وجدا)** أي الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر **(حرم التفاضل والنساء)** كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوي والتقابض **(لوجود العلة)** المعرّفة للحكم على ما بينا **(وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم)** ثوباً **(هروياً في ثوب هروي)** في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل أو الوزن لا يجوز، وكذا إذا باع عبداً بعبد إلى أجل لوجود الجنسية، ولو باع العبد

الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات **(أو لقوله ﷺ «جيدها ورديئها سواء»)** قال **(والطعم والثمنية)** جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة. وتقريره أن ذلك فاسد لأنهما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الإطلاق لشدة الحاجة دون التضييق، ألا ترى أن الحاجة إذا اشتدت أثرت في إباحة الحرم حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح، بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك، وعلى هذا فالأصل في هذه الأموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد، فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة **(وإذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الأصل من الجانبين نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل)** أي كيلاً بكيل أو وزناً بوزن قوله: **(جاز البيع)** لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط، والجودة فلا يجوز بيع الجيد بالرديء إلا متماثلاً. قال: **(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين)** أي ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين، لأن عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل، ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل، واستوضح ذلك بقوله **(ولهذا)** أي ولأن الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا **(كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف)** لا مثلها، فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم. وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لأن علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والملخص المساواة ولم توجد، وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة، فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف صاع جاز البيع عندنا لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه. وأما إذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط، ومن ذلك ما **(إذا تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية. قال: فإذا عدم الوصفان)** إذا ثبت أن علة الحرمة شيئان، فإما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر، فالأول ما تقدم، والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة، وتحقيقه ما أشار إليه بقوله: **(والأصل فيه الإباحة)** يعني إذا كانت أصلاً وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر، والجنس يظهر عند عدمهما لا أن

قال (**وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حلّ التفاضل والنّساء**) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة. وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة. وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل، وحقيقة الفضل غير مانع فيه

بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز (**أو حنطة في شعير**) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى، وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لأنها وزنية (**فحرمة ربا الفضل بالوصفين**) جميعاً (**وحرمة النساء بأحدهما**) والنساء بالمد ليس غير (**وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم نساء**) لأنه دليل عليه. وأيضاً دل الدليل على نفيه وهو ما روي عن ابن عمرو[١] رضي الله عنهما «أنه ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل»[٢] وهذا. يكون سلماً. وعن ابن عمر: «أنه باع بعيراً بأربعة إلى أجل»[٣]. وعن عليّ رضي الله عنه أنه باع بعيراً يقال له عُصَيفِيراً بعشرين بعيراً إلى أجل»[٤]. والمعنى أن التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكماً، والتفاوت حقيقة أكثر تأثيراً منه حكماً، فإذا كان التفاوت حقيقة في هذه الأموال بأن باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع إذا كان حالاً اتفاقاً فالتفاوت حكماً أولى، وهذا معنى قول المصنف لأن بالنقدية إلى آخره (**ولنا أنه مال الربا نظرا إلى القدر أو الجنس و**) عرف أن (**النقدية أوجبت فضلاً في المالية**) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (**فتتحقق**) بوجوده (**شبهة**) علة (**الربا**) فتثبت شبهة الربا (**وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا**) بالإجماع على منع بيع الأموال الربوية مجازفة وإن ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل، بل قالوا: لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضاً خلافاً لزفر، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه ﷺ عن الربا

العدم يثبت شيئاً، فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (**مثل يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمة الفضل بالوصفتين وحرمة النساء بأحدهما**) حتى لو باع عبداً بعبد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز (**وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل**) بالاتفاق (**وحقيقة الفضل غير**

قوله: (**وإن كان علة ذلك غير القدر الخ**) أقول: إذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص.

---

(١) وقع في الأصل: ابن عمر. وصوابه ما أثبته: ابن عمرو.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٥٧ والحاكم ٢/ ٥٦. ٥٧ والبيهقي ٥/ ٢٨٧ والدارقطني ٣/ ٦٩. ٧٠ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وكذا أحمد ٢/ ١٧١ قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وسكت الذهبي! مع أن في إسناده: مسلم بن جبير لم يرو له مسلم. بل قال عنه الذهبي في الميزان: لا يدرى من هو. وقال عنه الحافظ في التقريب: مجهول. وفي الإسناد أيضاً: عمرو بن حريش. جاء في نصب الراية ٤/ ٤٧ ما ملخصه: قال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد. وعمرو بن حريش مجهول الحال اهـ.

قلت: وله طريق آخر. فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٦٩ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما من طريق ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وهذا إسناد حسن وابن جريج صرح بالإخبار فزالت شبهة التدليس. فالحديث بمجموع طريقيه يصير حسناً إن شاء الله تعالى.

تنبيه: لفظ: إلى أجل. ليس من الحديث حيث لم يذكره أحد في كتب التخريج ولا ذكره الزيلعي. فلعل ابن الهمام فهمه من الحديث فهو تفسير منه، وسيأتي في السلم، ولم يذكر هذه الزيادة.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٦١ والبيهقي ٥/ ٢٨٨ كلاهما من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر. وهذا إسناد كالشمس وهو موقوف.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٥/ ٢٨٨ من طريق الشافعي عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب. وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: قال ابن الأثير في شرح مسند الشافعي هذا الحديث مرسل لأن الحسن لم يدرك جده علياً. وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي خلاف ذلك اهـ.

حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز، وإن

والريبة[(١)]، وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعوّل عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة إلا البخاري من قوله في آخر الحديث «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[(٢)] فألزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة، وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله ﷺ: «ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد، وأما النسيئة فلا»[(٣)] وأخرج أبو داود أيضاً قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[(٤)] فقام دليلاً أن وجود أحد جزئي علة الربا علة لتحريم النَّساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا: أعني الفضل. وإنما قلنا هذا لأن مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضاً، لأن لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما،

مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة، فإن القدر عنده كذلك، فإنه يجوز إسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص، ويمكن أن يقال: إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم يوجد عنده في صورة الجنس، وأما في صورة القدر فقد يوجد، فإنه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير، وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده. ولنا ما قال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت أن في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك، والشبهة إذا انفردت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة، ولا

قوله: (وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم، إلى قوله: لتحقق شبهة الربا الخ) أقول: أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لا شبهة الفضل، فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين، فما ذكره الشارح مغالطة لا يجدي شيئاً: ألا ترى إلى قول المصنف بعد سطور: فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها، إلى أن قال لتوهم الفضل فليتأمل قوله: (وهو ما ذكرنا) أقول: يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميناً وهو قوله ما يجري فيها الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ قوله: (فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول: إذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح

---

(١) نهيه ﷺ عن الربا في حديث ابن مسعود: لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله. أخرجه مسلم ١٥٩٧ وأبو داود ٣٣٣٣ والترمذي ١٢٠٦ وابن ماجه ٢٢٧٧ وأحمد ١/ ٤٠٩ والطيالسي ١٣٥١ وأبو يعلى ٤٩٨١، وحديث الريبة: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. أخرجه النسائي ٨/ ٣٢٧ والدارمي ٢/ ٢٤٥ والترمذي ٢٥١٨ والطيالسي ١١٧٨ والحاكم ٢/ ١٣ من حديث الحسن وصححه ووافقه الذهبي وهو كما قالا.

(٢) حديث عبادة تقدم في أول هذا الباب.

(٣) رواية أبي داود هذه أيضاً تقدم تخريجها.

(٤) حسن أخرجه أبو دادو ٣٣٥٦ والترمذي ١٢٣٧ والنسائي ٧/ ٢٩٢ وابن ماجه ٢٢٧٠ والدارمي ٢/ ٢٥٤ والطحاوي في المعاني ٤/ ٦٠ ـ ٦١ والبيهقي ٥/ ٢٨٨ والطبراني في الكبير ٦٨٤٧ و ٦٨٤٨ و ٦٨٤٩ و ٦٨٥٠ و ٦٨٥١ من طرق كلهم عن الحسن عن سَمُرَةَ مرفوعاً.

وقال الترمذي؛ حسن صحيح.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٨ عن البيهقي في المعرفة قال: قال الشافعي: هذا الحديث غير ثابت. وقال البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة في غير حديث العقيقة ا هـ.

قلت: قد توبع الحسن على سمرة فقد أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند ٥/ ٩٩ والطبراني ٢٠٥٧ عن جابر بن سمرة وفيه ضعف كما في المجمع ٤/ ١٠٥ وله شواهد. فقد أخرجه ابن حبان ٥٠٢٨ وعبد الرزاق ١٤١٣٣ وابن الجارود ٦١٠ والطبراني في الكبير ١١٩٩٦ والطحاوي ٤/ ٦٠ كلهم عن عكرمة عن ابن عباس بمثل حديث سمرة. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٨ عن البزار أنه قال بعد أن رواه: ليس في الباب أَجَلُّ إسناداً من هذا وقال البيهقي: الصحيح عن عكرمة مرسلاً كذا رواه غير واحد. قال الزيلعي: وروي أيضاً مسنداً من أكثر من وجه ا هـ. ورواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقه ابن حبان وغيره وضعفه يحيى بن معين ا هـ.

قلت: فهذا الحديث بهذه الطرق والشواهد لا ينزل عن درجة الحسن والله أعلم.

جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة.

ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين(١) لأنه محرم وذلك مبيح، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا. ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع. أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الأموال مختلف، فإنه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات، وفي الزعفران بالأمناء والقبان، وهذا اختلاف في الصورة بينهما، وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين، وآخر حكمي، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن، وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانياً، وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله **(فإذا اختلفا)** أي النقد والزعفران ونحوه قوله: **(فيه)** أي في الوزن **(صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه**

يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها وإلا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة، وما يجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظراً إلى أن القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي أذا كان أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلاً في المالية، فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة، وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلاً شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة، والأول ممنوع والثاني مسلم، لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الأولى أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم. وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبه العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا، كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها. فإن قيل: ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالأحاديث التي تدل على كل واحد منهما، كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن النبي ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل» للشافعي رحمه الله، وبما روى أبو داود في السنن عن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» لنا. فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك. فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب. فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها. وقوله: **(إلا أنه إذا أسلم)** استثناء من قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فإن ذلك يقتضي عدم إسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن

للمحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الأصول، وهذا يكفي في الاستدلال لنا، والشافعية يستدلون بما يروى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظر في كتبهم قوله: **(فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء)** أقول: قوله إجماع الصحابة مبتدأ، وقوله على حرمة النساء خبره.

قوله: **(وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن الخ)** أقول: لا يظهر كون هذا اختلافاً في معنى الوزن، بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين قوله: **(لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي)** أقول: لا يخفى عليك أن نفي اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة.

---

(١) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقد تقدم قبل ستة أحاديث.

قال: (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبدا، وإن ترك الناس الكيل فيه

فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكماً نشر مرتب بعد اللفّ، ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن، وليس الاختلاف باعتباره اختلافاً في معنى الوزن، وكذا الأول فإن الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضاً، وكذا الأخير، بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك. وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز إن أراد أنه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع، بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه إليه ليصح تصرف الآخر فيه، وكذا نقول في الدراهم إذا قبضها، وأما أن يقال إذا بالدراهم حتى كانت ثمناً أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها، بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه، بخلاف المبيع، وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن. وإذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرنا، ويلحق به تأثير الكيل الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كي لا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك، إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة؛ فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه ربا الفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة. وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية، وهل يجوز بيعاً؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ المسلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً بثمن مؤجل، هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود؛ فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي. وقال مالك: جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأن اسم الطعام يقع عليهما. قلنا: بل جنسان لأنهما مختلفان اسماً ومعنى، وإفراد كل عن الآخر في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير» يدل على أنهما جنسان، وإلا قال الطعام بالطعام، وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الأخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلاً كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالإنسان والفرس، ولم يلزم من ذلك أن يكون جنساً واحداً بالمعنى الفقهي، والثوب الهروي والمزوي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثواب بها، وكذا المزوي المنسوج ببغداد وخراسان واللد الأرمني والطالقاني جنسان، والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان، والأدهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة قوله: **(وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه)** حتى لا يجوز بيعه وزناً وإن تماثلا في الوزن إلا أن علم أنهما متماثلان في الكيل أيضاً **(وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون**

كإسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد، لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه. أما الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالصنجات وهي معربة سنك ترزون. ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين. وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين. وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة

مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى **(ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس)** لأنها دلالة. وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك

أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف) لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر لليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى، ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1].

وفي المجتبى: ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزوناً متساوياً لا يجوز **(وما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس)** في الأسواق **(لأنها)** أي العادة **(دلالة)** على الجواز فيما وقعت عليه لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً»[2] الحديث، ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص، وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجاً من أصل فهو ملحق به لأنه تبع له كالدقيق **(وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك)** الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذاك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك **(وقد تبدلت)** فتبدل الحكم. وأجيب بأن تقريره ﷺ إياهم على ما تعارفوا[3] من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يعتبر بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً، كذا وجه. ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول: يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان ﷺ حياً لنص عليه على وزان ما ذكرنا في سنية التراويح، مع أنه ﷺ لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك، لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة، لأنا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية، فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص، والله أعلم **(فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً والذهب بجنسه متماثلاً كيلا لا يجوز عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(وإن تعارفوا ذلك لتوهم**

دنانير مثلاً فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن. ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن **(وإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة)** فإن الموزونين إذا اتفقا فالمنع للشبهة، فإذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة **(وهي غير معتبرة)** لا يقال: لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظي ليس إلا، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. وفي عبارة المصنف رحمه الله

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ)** أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية.

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطيالسي ٢٤٦ وأحمد في كتاب السنة، وكذا البزار، والطبراني كما في المقاصد الحسنة ٩٥٩ كلهم عن ابن مسعود قال: إن الله عز وجل نظر في قلوب العباد، فاختار محمداً ﷺ، فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، فاختار له أصحاباً، فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح.
وقال السخاوي: هذا موقوف حسن.

(٢) تقدم أنه غير مرفوع. ولم يذكر أحد أنه مرفوع.

(٣) مراده ما تعارف عليه الناس في أيامه ﷺ هو أن الذهب، والفضة يباع وزناً. وأن الحنطة، والشعير، ونحوهما يُباع كيلاً. وعلى هذا قرّرهم. وانظر كلام صاحب الهداية يدلك على هذا المعنى.

لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً، أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه، كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم.

قال: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** معناه ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً، بخلاف سائر المكاييل، وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

الفضل في أحدهما) وقوله **(إلا أنه إلى آخره)** استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبداً: أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبداً فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزناً فاستثناه وقال: يجوز ذلك لأن المصحح فيه كون المسلم فيه معلوماً على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن، بخلاف بيعها بجنسها فإن المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين، فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز، وهذا مختار الطحاوي. وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لأنها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين. والفتوى على الأول وقد عرفت الفرق. وقوله في الكافي: الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك، بل إذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع، وفي جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزناً في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يجوز، وكذا أطلقه الطحاوي فقال: لا بأس بالسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلا، هذا الذي ذكره فرق بين الكيليّ نصاً الوزني عادة وقلبه، فأما الوزني نصاً وعادة كما في إناءين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزناً من الآخر؛ ففي الإناءين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانت العادة أن لا يباعان وزناً لأنه عددي متقارب، وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز. فإنه يجري فيهما ربا الفضل، وإن كانت لا تباع وزناً في العادة فإن الوزن في الذهب والفضة نصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة، وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضاً من أن يكون موزوناً بالعرف قوله: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب إليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها أنها اسم يرجع إلى الوزن كما اشتهر في المنّ والقنطار أو إلى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدرى أهذه الأسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والأوقية،

تسامح، فإنه قال: فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة، ولهذا قال شمس الأئمة: بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكماً، إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة. وقال العراقيون في وجه ذلك: إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود، فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لا نسد باب السلم في الموزونات على ما هو الأصل والغالب، فأثر شرع الرخصة في التجويز، وهذا ظاهر من الفرق. قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به قال: **(وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا)** كالحنطة والشعير والتمر والملح **(فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزناً)** كالذهب والفضة **(فهو موزون أبداً)** لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف، والعرف ليس بحجة إلا على من تعارف به، والأقوى لا يترك بالأدنى **(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها)** أي عادات الناس **(دلالة)** على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» **(وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك)** أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه، فكان المنظور إليه هو العادة

قال: **(وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)** لقوله عليه الصلاة

فأفاد أن المنسوب إليها من البيعات وزني فيجري عليه ذلك، فلو بيع ما ينسب إلى الرطل والأوقية كيلاً بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلاً ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف. ولو تبايعا كيلاً متفاضلاً وهما متساويا الوزن صح، وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزناً لإفادة أنه لو ظهر تساويهما وزناً يجوز، فإنا قدمنا أن أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافاً لزفر، وقول الشافعي كقولنا، بل لإفادة أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما إليه من الكيل والوزن كان جائزاً. ثم الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار، ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهماً بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك، وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان، ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة، وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية، وربما كان في غيرها عشرين أوقية، وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل. وفي زمنه ﷺ كانت أربعين درهماً ثم الأوقية مثلاً اثنا عشر كما ذكرنا، وفي نحو المسك والزعفران عشرة. والحاصل أن هذه الأسماء مع اسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال. وقوله بمكيال لا يعرف وزنه إلى آخره عرف تقريره قوله: **(وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان)** ذهباً وفضة بجنسه أو بغير جنسه، فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الأبدان، وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخاً ثم تقابضا وافترقا صح وأن لا يكون به خيار، وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر، وهو مستدرك لأن اشتراط التقابض يفيده. ولو أسقط الخيار والأجل في المجلس عاد صحيحاً خلافاً لزفر، وإن كان بخلاف جنسه كالذهب والفضة اشترط ما سوى التساوي. واستدل على اشتراط التقابض بقوله ﷺ: «الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء»[1]

في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك **(وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساوياً وزناً أو ذهباً بجنسه متماثلاً كيلا)** جاز عنده إذا تعارفوا ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة، لكن يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً على ما اختاره الطحاوي لوجود الإسلام في معلوم، فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان. قال المصنف **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضاً، لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت)** أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية. قال: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** الرطل بالكسر والفتح نصف منّ، والأواقي جمع أوقية كأثفية وإثاف. قيل هي وزن سبعة مثاقيل: وذكر في الصحاح أنه أربعون درهماً، والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان، وكل ما يباع بالأواقي فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن، إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالأواقي وزناً، بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لأنها قدرت: يعني أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار، وعلى هذا إذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة، ولو كان المبيع مكيلاً جاز. وإنما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز. قال في المبسوط: وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: يريد به الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمناء والسنجات في

---

(١) هو الآتي.

والسلام «والفضة بالفضة هاء وهاء» معناه يداً بيد، وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى.

قال: **(وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي في بيع الطعام)**. له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف «يداً بيد» ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا. ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من

وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[١] ورواه أصحاب الكتب الستة: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا»[٢] إلى آخره، وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح، ومعناه خذ وهات: يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ، ومنه: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ [الحاقة: ١٩] وفسره بأنه يعنى يداً بيد في الحديث المتقدم ثم قال: **(وما سواه)** أي ما سوى عقد الصرف **(مما فيه الربا)** من بيع الأموال الربوية بجنسها، أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض، فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا **(خلافاً للشافعي في بيع الطعام)** أي كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله ﷺ: «يداً بيد»[٣] ولأنه حينئذ يقع التعاقب في القبض وللنقد

كل وقت لأنه لا يستمسك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذ الرطل في ذلك تيسيراً، فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به، والإسلام فيه بذكر الوزن. قال: **(وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان الخ)** عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس. قوله: **(يعتبر فيه)** خبر ثان لقوله عقد الصرف؛ ومعنى يعتبر يجب لقوله ﷺ: **(الفضة بالفضة هاء وهاء)** معناه يداً بيد، وقد تقدم دلالته على الوجوب. وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ: أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان، وفسره بقوله يداً بيد جراً إلى إفادة معنى التعيين كما نبين **(وما سوى جنس الأثمان)** من الربويات **(يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافاً للشافعي في بيع الطعام)** أي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كرّ حنطة بكرّ حنطة أو بغير جنسه ككرّ حنطة بشعير أو تمر، فإنه إذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله ﷺ في الحديث المعروف «يداً بيد» والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية، وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية. فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل **(ولنا أنه مبيع متعين)** لأنه يتعين بالتعيين، وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها، وهذا أي عدم اشتراط

قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة هاء وهاء»)** أقول: قال الإتقاني: قال المطرزي: هاء بوزن هاع بمعنى خذ، منه، قوله تعالى: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى، وفي شرح مسلم النووي فيه لغتان المد والقصر، والمد أفصح وأشهر وأصله هناك فأبدلت الهمزة من الكاف، ثم قال: وغلط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا: الصواب المد والفتح وليست بغلط هي صحيحة كما ذكرنا وإن كانت قليلة قوله: **(وقد تقدم دلالته على الوجوب)** أقول: في أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح. أجيب بأن الوجوب مصروف إلى لصفة قوله: **(وهاء ممدود عن وزن هاع ومعناه خذ)** أقول: فمعنى الحديث والله تعالى أعلم: بيعوا الفضة بالفضة قائلاً كل منكم لصاحبه هاء وهاء، وفيه بحث، بل المعنى متقائلين هاء وهاء قوله: **(أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ)** أقول: لو صح هذا التفسير يلزم

---

(١) صوابه: من حديث عمر. انظر المصنف لابن أبي شيبة ٧/ ٩٩. ١٠٠. وانظر الحديث الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٣٤ و ٢١٧٠ و ٢١٧٤ ومسلم ١٥٨٦ وأبو داود ٣٣٤٨ والترمذي ١٢٤٣ والنسائي ٧/ ٢٧٣ وابن ماجه ٢٢٥٩ و ٢٢٦٠ وابن الجارود ٦٥١ ومالك ٢/ ٦٣٦. ٦٣٧ والشافعي ٢/ ١٥٥. ١٥٦ وعبد الرزاق ١٤٥٤١ والحميدي ١٢ وأحمد ١/ ٢٤. ٣٥. ٤٥ وابن حبان ٥٠١٣ و ٥٠١٩ والدارمي ٢/ ٢٥٨ والبيهقي ٥/ ٢٨٣. ٢٨٤ والبغوي ٢٠٥٧ من طرق كلهم عن عمر بن الخطاب مرفوعاً وتمامه: إلا هاءَ وهاءَ، والتمر بالتمر رباً إلا هاءَ وهاءَ، والشعير بالشعير رباً إلا هاءَ وهاءَ. وله قصّة ستأتي بعد قليل حيث ذكرها ابن الهمام. فهذه رواية الجماعة. وقد أشار البيهقي إلى رواية ابن أبي شيبة المتقدمة عقب روايته للحديث الذي رواه الجماعة، وكأنه أشار إلى رواية ابن أبي شيبة. حيث قال: ورواية الجماعة كما مضى ا هـ. البيهقي ٥/ ٢٨٤.

(٣) هو بعض حديث أبي سعيد وعبادة وغيرهما وتقدم في أول الباب.

التصرف ويترتب ذلك على التعيين، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به؛ ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «يداً بيد» عيناً بعين، وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً، بخلاف النقد والمؤجل.

مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت في البدلين **(ولنا أنه بيع متعين فلا يشترط في)** صحة بيعه **(القبض كالثوب)** بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض، بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض، فإن الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض. قال: ومعنى قوله: **(يداً بيد عيناً بعين)** وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت: «يداً بيد» وله رواية أخرى عند مسلم «عيناً بعين» ولفظه في مسلم «سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرّ بالبرّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[1] وفيه قصة، وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع، بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الأجل. وقد استشكل بأنه استدل بيداً بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف، ثم استدل به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميماً للمشترك أو للحقيقة في المجاز.

القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض. فإن قيل: لو كان كذلك لم وجب القبض في الصرف. أجاب بقوله بخلاف الصرف، فإن القبض فيه يتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود. قوله: **(ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام)** جواب عن استدلال الخصم بالحديث، فإنه إذا كان معناه عيناً بعين لم يبق دليلاً له على القبض، والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه «عيناً بعين». ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر. قوله: **(يدا بيد)** يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آلته كما تقدم، وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله: **(عيناً بعين)** محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم، ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام. لأنا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض، لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المحالّ كلها، لكن تعيين كل شيء بحسبه. ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين، فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط. وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمناً خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعاً لها. واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان تتعين، وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزماً. والجواب أنه ذكره بطريق المبادي ها هنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه قوله: **(وتعاقب القبض)** جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتاً في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل، وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالاً معيناً.

أن يكون القبض شرطاً في غير الأثمان أيضاً، إذ لفظ هاء وهاء مذكور في الحنطة والشعير بالشعير فليتأمل قوله: **(المدلول عليهما)** أقول: يعني ظاهراً قوله: **(وأما عنده فبالعكس)** أقول: فيه بحث، فإن القبض إذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك، إذ لا يوجد القبض إلا وأن يوجد التعيين. فإن قيل: مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث. قلنا: انتفاؤه أيضاً ممنوع عنده قوله: **(ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ)** أقول: لا يقال فيه بحث، فإن عموم المشترك إرادة كلا معنيي المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك: ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالعشير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد» الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٧ من حديث عبادة بهذا اللفظ وله قصة. وتقدم تخريجه في أول الباب بألفاظ أخرى.

قال: **(ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين)** لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا. والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: **(ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما)** عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما، وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية

والجواب أنه فسر هاء وهاء بيدا بيد، وفسر يداً بيد بالتعيين لرواية عيناً بعين، واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضاً، لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالاً عليه، لكن ينبغي أن يقال حمل يداً بيد على معنى عيناً بعين ليس أولى من قلبه. وأجيب عنه بأن رواية عيناً بعين تفسير للمحتمل، لأن يداً بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له. ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عيناً بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فلزم أن عيناً بعين تفسيراً ليداً بيد. ولقائل أن يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض. ويجب أن يحمل عيناً بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين، وكل قبض يتضمن تعييناً وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض، ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين: أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفاً بمائة دينار، فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالعشير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[1] وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه، وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الأفعال ومنه: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ وقال قائل:

تمزج لي من بغضها السقاء ... ثم تقول من بعيد هاء

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بأن الاسم ينبيء هناك عن صرف كل إلى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية، وليس في الفرع ذلك إلا أنه لا حاجة له إليه لأن الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه قوله: **(ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين)**

قال **(ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ)** بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلاً جائز إن كانا موجودين لانعدام المعيار، وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالاً في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين؟ أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان. وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبراً. وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: **(ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما الخ)** بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على أوجه أربعة: بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما. وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما. والكل فاسد سوى الوجه الرابع. أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً في العقد وهو الربا. وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض. وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض. وأما الوجه

قال المصنف: **(ويجوز بيع الفلس بالفلس بأعيانهما)** أقول: الضمير راجع إلى البدلين قوله: **(أما الأول فلأن الفلوس)** أقول: ولأنه كالىء بكالىء.

---

(١) أخرجه الجماعة من حديث عمر. وتقدم قبل حديثين.

للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح على العدّ إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير

إلى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر، غير أن ذلك كله مشروط بكونه يداً بيد، أو هي من مسائل الجامع الصغير. صورتها فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يداً بيد جاز إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً. وصوره أربع: أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط الجودة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً مشروطاً في العقد وهو الربا. وأن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز، وإلا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر. أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع إليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خالياً عن العوض. وكذا لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه، لأنه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع إليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بعقد البيع، وهذا على تقدير إن رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن. والرابع أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافاً لمحمد. وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجاً عند محمد، وعندهما يتعين، حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد. وجه قول محمد أن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين

الرابع فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل، وما يثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثماناً وهي لا تتعين بالاتفاق، فلا فرق بينه وبين ما إذا كان بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين. وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها، كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة **(ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية لغيرهما عليهما)** وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل اصطلاحهما كذلك. واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما. وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل. وأما إذا اصطلحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر لأنه ينافي قوله إن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما. ويمكن أن يقال: معناه أن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية، وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضاً تتعين بالتعيين. فإن قيل: إذا عادت عرضاً عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز. أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنياً لأنهما بالإقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا إلى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدوداً، واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله إذ في نقضه: يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد، وفيه نظر لأنه مدعي الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الربويات، والأول ممنوع والثاني لا يفيد قوله: **(فصار كالجوزة بالجوزتين)** بيان لانفكاك العددية عن الثمنية. وقوله **(بخلاف النقود)** جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحهما. وقوله: **(وبخلاف)** جواب عما يقال كما إذا كان بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز لكونه كالئاً بكالىء: أي نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه قوله: **(وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه)** جواب عن القسمين

قوله: **(واستدل على بقاء الاصطلاح الخ)** أقول: لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند قوله: **(والأول ممنوع الخ)** أقول: الظاهر أنه لا مجال للمنع، فإن الأصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملاً لأمور المسلمين على الصلاح وتحسيناً للظن بهم، ولا يخفى عليك إمكان حمله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس،

أعيانهما لأنه كالىء بالكالىء وقد نهى عنه، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضاً. اعترض عليه بأن الفلوس إذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضاً باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها. أجيب بأن الفلوس في الأصل عروض، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل فلا يجوز أن تصير ثمناً باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل وخلاف الناس. وأما إذا اصطلحا على كونها عروضاً فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمينة. وقوله ولا يعود وزنياً وإن صار عروضاً جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لأنه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن. فأجاب بأن الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية، واصطلاحهما على إهدار ثمنيتها لا يستلزم إهدار العددية، فإنه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض، بخلاف الدرهم بالدرهمين لأن النقود للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير عينهما لأنه بيع الكالىء بالكالىء وقد نهي عنه، ولا يخفى ضعف قوله لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، وإنما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك؛ ألا ترى أن البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون في ذلك حالاً فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، والكالىء بالكالىء قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة. وفي الفائق: كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالىء إذا تأخر. قال الشاعر:

وعينه كالكالىء الضمار

يهجو رجلاً يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتأخر الذي لا يرجى، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر: أي أكثره تأخيراً، وتكلأت كلأ: أي استنسأت نسيئة. وحديث النهي عن الكالىء بالكالىء رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالىء بكالىء»[1] وضعفه أحمد بن حنبل بموسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروى عنه،

الباقيين، لأن عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم النساء. قال (**ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق**) بيع الحنطة بالدقيق

والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف: (**لأنه كالىء بالكالىء وقد نهى عنه**) أقول: روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نهى عن الكالىء بالكالىء**». قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة. وقال صاحب الفائق: كلأ الدين كلوءاً فهو كالىء: إذا تأخر، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر: أي أطوله وأشده تأخراً، وكلأته: أي أنشأته، وكلأت في الطعام: أي أسلفت.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في المطالب العالية ١٣٣٥ والبزار كما في المجمع ٤/ ٨٠. ٨١ والطحاوي في المشكل ٣٤٦/١ والبيهقي ٥/ ٢٩٠ كلهم من حديث ابن عمر ومداره على موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار.
قال الهيثمي: بقوله فيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف. وأخرجه الحاكم ٢/ ٥٧ والدارقطني ٣/ ٧٢. ٧٣ كلاهما من حديث موسى بن عقبة عن ابن دينار عن ابن عمر. ومن حديث موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر. وصحيح الحاكم الطريق الأول فقال: صحيح على شرط مسلم! وسكت الذهبي!. وأما الطريق الثاني فتعقبه الذهبي بقوله: ذؤيب بن عمامة ضعيف ا هـ.
وأما البيهقي فقال: الصواب في كلا الإسنادين موسى بن عبيدة الربذي وقد قال شيخنا الحاكم: عن موسى بن عقبة. وهو خطأ والعجيب من الدارقطني شيخ عصره وقع له ذلك في كتاب السنن ثم أسنده البيهقي من طرق كثيرة عن ابن دينار وعن نافع وعن غيرهما. لكن الراوي عنهم إنما هو موسى بن عبيدة الربذي. وقال: الحديث مشهور بموسى الربذي اهـ. ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠ كلام البيهقي باختصار ووافقه.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٧: في إسناده موسى بن عبيدة متروك ووقع في رواية الدارقطني: موسى بن عقبة. وهو غلط. واغتر الحاكم بذلك، فصحّح الحديث، وتعقبه البيهقي. وتابعه إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي على ابن دينار. رواه عبد الرزاق. وفي الباب عن رافع بن خديج ا هـ. وقال الزيلعي عن رواية عبد الرزاق: هو معلول بالأسلمي ا هـ.

قال: (**ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق**) لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل (**ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلا**) لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة

فقال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه. ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالأسلمي. ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عتبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم، وغلطهما البيهقي وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الزبذي. ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالىء بكالىء[1]. والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك قوله: (**ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق**) أي دقيقها بوجه من الوجوه (**ولا بالسويق**) أي سويق الحنطة. أما سويق الشعير فيجوز لأن غاية ما يستلزم شبهة التفاضل، وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلاً عن شبهته، وإنما امتنع لأن المجانسة بين الحنطة ودقيقها وإن انتفت اسماً وصورة ومعنى موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة وإخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضاً فالحنطة كسرت على أجزاء صغار، وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل، والكيل لا يوجب التسوية بينهما لأن بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (**فيه**) أي في الكيل: أي مضمنة انضماماً شديداً، والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلاً بل هو محتمل، فصار بيع أحدهما بالآخر كيلاً كبيع الجزاف لذلك الاحتمال، وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الأخرى، فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (**فلا يجوز وإن كانت كيلاً بكيل**) مساو، وقولنا قول الشافعي في الأظهر عنه، وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافاً لمالك وأحمد في أظهر قوليه، لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جداً بكبيرة جداً، وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه. وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف، إلا أن الشافعي أجازه

أو بالسويق لا يجوز متساوياً متفاضلاً لشبهة الربا لأنها مكيلة، والمجانسة باقية من وجه لأنهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئاً آخر زائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني، فإن ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق، فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق. وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتاً قبل الطحن وبصيرورته دقيقاً زالت المجانسة من وجه دون وجه، فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك. فإن قيل: لا يخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا، والثاني يوجب الجواز متساوياً ومتفاضلاً لا محالة،

قال المصنف: (**لأنهما من أجزاء الحنطة**) أقول: وإنما لم يقل أجزاؤهما لأن من أجزائهما النخالة أيضاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٤٠ من حديث رافع بن خديج. وفي إسناده أيضاً موسى بن عبيدة الربذي. فهذا ليس بشاهد. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٢٦. ٢٧ ما ملخصه: هذا لا يصلح شاهداً لحديث ابن عمر فإنه من طريق موسى بن عبيدة أيضاً وكأن أحد الرواة عن موسى وهم فجعله من حديث رافع.
وقال ابن حجر عن حديث ابن عمر: قال أحمد: لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره وليس في هذا حديث يصح. لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ا هـ. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث ا هـ.
وقد جزم الدارقطني في العلل أنه موسى بن عبيدة، تفرد به فهذا يدل على أنه الوهم في قوله: ـ أي في سننه ـ عن موسى بن عقبة عن غيره ا هـ كلام ابن حجر. فالحديث ضعيف، ولو كان حديث رافع بن خديج من طريق آخر غير موسى الربذي لكان حسناً كما ذكر ابن الهمام. وجاء في الميزان في ترجمة موسى الربذي ما ملخصه: قال أحمد: لا يكتب حديثه. وقال يحيى: ليس بشيء. وقال ابن عدي: الضعف على رواياته بيّن.

متفاضلاً، ولا متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه. وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة.

لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لا تطعم. وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا بيع بجنسه، أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزناً بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك قوله: **(ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً)** وهو قول أحمد، وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلاً، ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لأنه لا يعتدل في الكيل لأنه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل، ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم، وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره. وفي الذخيرة عن الإمام الفضلي: إنما يجوز إذا تساويا كيلا إذا كانا مكبوسين وهو حسن، ولفظ متساوياً نصب على الحال، ونصب كيلاً على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقاً والأصل متساوياً كيله. وفي بيع الدقيق بالدقيق وزناً روايتان، وفي الخلاصة: لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزروع والثمار، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزناً لا يجوز وفيها أيضاً سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة. وفي شرح أبي نصر: يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة. والذي في الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة، وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز إلا مماثلاً، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق.

والأول يوجب الجواز إذا كان متساوياً كذلك. أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة **(فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل)** قبل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الأصل، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف. وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة، والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة، والأول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني. ويجوز أن يقال: الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها، وفيما نحن فيه لا تتحقق. ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوّي ومتساوياً وكيلاً بكيل، قيل حالان متداخلان، لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً، ويجوز أن يكونا مترادفين. وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزناً. حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلاً إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساوياً ولا متفاضلاً، لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق

قال المصنف: **(فكذا بيع أجزائهما)** أقول: كان الظاهر أن يقول: فكذا بأجزائهما، إلا أنه عدل إلى هذا إشارة إلى أنها مبيعة أيضاً في أمثال هذا البيع قوله: **(وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة)** أقول: قوله في الحنطة أو في الشبهة يحتمل أن يكون قيداً للمساواة، فمعنى قوله فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة: أي بشبهة المساواة التي في النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضاً، ويحتمل أن يكون قيداً للربا وهو الأنسب بقوله فإن حرمة النساء الخ، والأول أقرب فليتأمل؛ وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثاني وإلا لزم التكرار قوله: **(ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ)** أقول: بأن يكون كلا البدلين نسيئة، فإنه لا يجوز للزوم الكالىء بالكالىء قوله: **(ومتساويا وكيلاً بكيل حالان متداخلان)** أقول: فكيلا ينبغي أن يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي أن انتصاب كيلاً على التمييز أن متساوياً كيله تأمل، وسيجيء من الشارح تفسير كيلاً بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله: «والرطب بالرطب» يجوز متماثلاً كيلاً فذلك كالتصريح بكون كيلاً تمييزاً قوله: **(لقيام المجانسة من وجه)** أقول: مع انتفاء المستوى قوله: **(بأجزاء بعض آخر)** أقول: لذلك أيضاً قوله: **(لأنهما جنسان لاختلاف المقصود)** أقول: لا يقال: اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع أنهما جعلاهما متحدي الجنس من وجه، إذ المسألة اتفاقية، فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لأن الحنطة إذا قليت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد، وإذا فرقت الأجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضاً من وجه، ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة، وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل.

قال: (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه لا

ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً، أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساوياً ومتفاضلاً (لأنهما) أي دقيق الحنطة وسويقها مثلاً (جنسان) وإن رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافاً كثيراً بعد القلي والطحن فإن المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزاً أو عصيداً أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق، كما أن ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلتّ بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق، وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً. وأبو حنيفة يمنع أنهما جنسان وله طريقان: أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقاً، وذلك ليس إلا لاعتبار اتحاد الجنس، وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر، والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية، ولم يزد الدقيق على الحنطة إلا بتكسيره بالطحن، وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده. والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز، وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق، وليس ذلك إلا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت إلا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقاً. قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد، فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السالمة من السوس (مع المسوّسة) ومع ذلك جعلا جنساً واحداً غير أن المسوّسة يجوز بيعها بالعلكة كيلاً متساوياً، والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما. فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا. قيل يجوز إذا تساويا وزنا ذكره في الذخيرة. وقيل لا وعليه عوّل في المبسوط. ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى. ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست: أي أدخلت السوس فيها قوله: (ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين، أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم. وفصل محمد رحمه الله فقال: إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية. ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان، وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم، وباقي

أجزاؤها مقلية، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر. وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود إذا هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلتّ بالسمن أوالعسل أو يشرب بالماء، وكذلك الاسم «وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد». والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلي إذا شوى، ويجوز مقلوة من قلا يقلو، والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع، والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام، ومنه حنطة مسوّسة بكسر الواو المشددة. قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه: منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلاً وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين. ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط، وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين في الوزن وإلا فلا. ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز إلا أن

يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما

اللحم (**بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا**) إما لزيادة السقط إن كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم، أو لزيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهلة وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك الاعتبار، والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع؛ ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزناً بالإجماع، والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط، وإن كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل، أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة، وأما على قول محمد فإنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحداهما مع سقطها بإزاء السقط، وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز، لأن اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بإزاء الجلد ونحوه، فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه. وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لا بطريق الاعتبار ولا بغيره، خلافاً للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز؛ وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان، وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق (**أنه باع موزوناً بما ليس بموزون**) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن، لكن اتحاده مع اختلاف المقدّر به إنما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه، وإنما قلنا إن الحيوان ليس بموزون (**لأنه لا يوزن عادة**) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل، لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى

يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق. ومنها ما إذا باعه بجنسه حياً وهو مسألة الكتاب وهو جائز عند محمد (**إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا**) إما (**من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم**) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (**فصار كالحل**) أي الشيرج (**بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون**) لأن اللحم موزون لا محالة، والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن، لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوّة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت، بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير يوزن الثجير وهو ثقله، وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان. والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال، وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم، والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم، فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون. وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً، فإن اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلاً بعد أن يكون يداً بيد. فإن قيل: إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك. أجيب بأن النسيئة إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان، وإن كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال: (**ويجوز**

قوله: (**والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ**) أقول: أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل: أي يظهر شموله إياهما عند التمييز قوله: (**وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ**) أقول: يعني بوزن الحل الذي جعل مبيعاً فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضاً فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانياً، بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة، فلعل المراد من تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا.

ليس بموزون، لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى، بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير، ويوزن الثجير.

قال: (**ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة**) وقالا: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه «أوينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: لا إذا» وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة

حاله، بخلاف الدهن والسمسم (**لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من الثجير**) ثم يوزن الثجير هذا على التنزل وإلا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى: ﴿فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر﴾ أي بعد نفخ الروح، فعلم أن الحيّ مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار، وإنما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه. واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان، ومنه ضعيف وقويّ، فمن القويّ ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان»[١]. وفي لفظ: «نهى عن بيع الحيّ بالميت». ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق. وقال ابن خزيمة: حدثنا أحمد بن حفص السلمي، حدثني أبي، حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه[٢]. قال البيهقي: إسناده صحيح، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً ومن لم يثبته فهو مرسل جيد. وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقاً. وأسند الشافعي إلى رجل مجهول من أهل المدينة: «أنه ﷺ نهى عن يباع حيّ بميت»[٣] وأسند أيضاً عن أبي بكر

بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالإجماع، ومثلاً بمثل جوّزه أبو حنيفة خاصة وقالا: (**لا يجوز لقوله ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر**) وقال: (**أينقص إذا جف؟ فقيل نعم، قال: لا إذاً**) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف. وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك قوله: (**فقال عليه الصلاة والسلام**) هو الدليل. ولأبي حنيفة المنقول والمعقول. أما الأول «فلأنه ﷺ سمى الرطب تمراً حين أهدي رطباً فقال: أو كل تمر خيبر هكذا؟» وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من حديث المشهور، وأما المعقول فما روي أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا شديداً عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا، فإن كان تمراً جاز العقد بأول الحديث: يعني قوله التمر بالتمر» وإن لم يكن جاز بقوله: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة. واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن. سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به

قوله: (**وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً الخ**) أقول: هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما قوله: (**لا إذا**) أقول: مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام.

---

(١) مرسل صحيح. رواه مالك في الموطأ ٢/ ٦٥٥ ح ٦٤ ومن طريق أبو داود في المراسيل كما في نصب الراية ٤/ ٣٩ وكذا البيهقي ٥/ ٢٩٦ كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن المسيب مرسلاً. ومن هذا الوجه رواه الدارقطني ٣/ ٧١ وهذا مرسل صحيح. ومرسلات ابن المسيب قوية مقبولة عند الأئمة الأربعة.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٥/ ٢٩٦ من طريق ابن خزيمة عن الحسن عن سَمُرَةَ: أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم. وقال البيهقي: إسناده صحيح. ومن أثبت سماع الحسن من سَمُرَةَ عدَّهُ موصولاً وإلا فهو مرسل جيد. يضم إلى مرسل ابن المسيب اهـ ووافقه الزيلعي في ٤/ ٣٩ وله شواهد فهو حسن والله أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٤٥ ومن طريق البيهقي ٥/ ٢٩٦. ٢٩٧ كلاهما عن القاسم بن أبي بَزَّة، فذكره عن رجل من أهل المدينة. وله قصة وقال في آخره: فسألت عن ذلك الرجل، فأخبرت عنه خيراً ا هـ قلت: هذا إسناد واهٍ. شيخ الشافعي مسلم الزنجي واهٍ. والرجل مجهول ولا أظنه من الصحابة لأن جهالة الصحابي لا تضر. وقولي لا أظنه ـ أي الرجل ـ من الصحابة مأخوذ من قول الحافظ في التقريب عن القاسم بن أبي بزّة: ثقة من الخامسة ا هـ وكونه من الطبقة الخامسة يضعف احتمال سماعه من الصحابة. والله أعلم. ومع ذلك يشهد لما تقدم.

والسلام حين أهدي إليه رطب «أوكل تمر خيبر هكذا» سماه تمراً. وبيع التمر بمثله جائز لما روينا، ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فبأخره، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا

الصدّيق رضي الله عنه: «أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[1] وبسنده إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر ابن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون، وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى، فإن مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن جزوراً نحر على عهد رسول الله ﷺ فجاء أعرابيّ بعناقه فقال: أعطوني بهذا العناق لحماً، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لا يصح هذا»[2] وتأوّلوه على أنه كان من إبل الصدقة نحر ليتصدق به قوله: **(ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة)** وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز، فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز. وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً للجماعة قوله ﷺ فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال البيضاء، فنهاه عن ذلك وقال: «سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا جفّ؟ قال نعم. فنهاه عن ذلك»[3]. فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثاني الحال عن المساواة. ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح **(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الرطب تمر لقوله ﷺ حين أهدى له رطب «أَوَكُلُّ تمر خيبر هكذا» فسماه)** أي سمى الرطب **(تمراً)** وهذا إنما يتم إذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمراً. أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ

المشور. واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره. فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره، ويجوز أن يقال إنه حنطة قوله: **(فيجوز بأول الحديث)** قلنا: إنما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلاً، ولا تثبت لما قيل إن القلي صنعة يغرم عليها الأعواض، فصار كمن باع قفيزاً بقفيز ودرهم. لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة، لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث. وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة، فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق، وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والرديء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه

قوله: **(فأورد عليه حديث سعيد)** أقول: الظاهر أن يقال سعد قوله: **(من إطلاق اسم التمر عليه)** أقول: أي اسم التمر.

---

(١) موقوف. أخرجه الشافعي ٢/ ١٤٥ ومن طريق البيهقي ٥/ ٢٩٧ كلاهما عن أبي بكر موقوفاً وإسناده غير قوي فيه ابن أبي يحيى واهٍ والشافعي يكثر عنه وأحياناً يقول عنه: حدثني من لا أتهم. أو حدثني الثقة. ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩ عن الشافعي قوله: ولا نعلم أحداً من الصحابة قال بخلاف ذلك وإرسال ابن المسيب عندنا حسن ا هـ.

(٢) قلت: رواية الشافعي المتقدمة هي عن ابن عباس عن أبي بكر، وهي مختصرة، وأما بهذا السياق فلم أره. وهو ضعيف بكل حال سواء كان مختصراً أو مطولاً. لكنه شاهد.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٣٥٩ والترمذي ١٢٢٥ والنسائي ٧/ ٢٦٩ وابن ماجه ٢٢٤٦ ومالك ٢/ ٦٢٤ والحاكم ٢/ ٣٨ والبيهقي ٥/ ٢٩٤ وابن حبان ٤٩٩٧، ٥٠٠٣ والبغوي ٢٠٦٨ والدارقطني ٣/ ٤٩ والشافعي ٢/ ١٥٩ وأحمد ٢/ ١٧٥ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص. قال البغوي في شرح السنة ٨/ ٧٨: والبيضاء: نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوة يكون ببلاد مصر والسلت: نوع آخر غير البرّ.
وقال بعضهم: البيضاء الرطب من السُّلت وهذا أليق بمعنى الحديث بدليل أنه شبهه بالرطب مع التمر ا هـ. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات. قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح خصوصاً في حديث أهل المدينة ثم لمتابعة الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن زيد ا هـ.

كيف شئتم» ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة.

بعث أخا بني عدي الأنصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ فقال لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا» وكذلك الميزان. ولفظ آخر: «إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً»[١] والجمع أصناف مجموعة من التمر. وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً أنه يحنث فليس كذلك، بل المذهب أنه لا يحنث لأن مبناها على العرف، وسنذكر تمامه. ثم قال المصنف **(ولأنه إن كان تمراً)** هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر، فسألوه عن التمر فقال: الرطب إما أن يكون تمراً أو لم يكن، فإن كان تمراً جاز العقد عليه لقوله ﷺ: «التمر بالتمر»[٢] وإن لم يكن جاز لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»[٣] فأورد عليه الحديث، فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. وأبدله المصنف بقوله: **(ضعيف عند النقلة)** وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش، وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي. قال الإمام الزيلعي المخرّج رحمه الله: ليس ذلك بصحيح. قال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الدورقي. ويقال المخزومي، ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس. وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول، وقد ردّ ترديده بين كونه تمراً أو لا بأن هنا قسماً ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما، فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل، وإنما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو أن يجفّ الآخر. وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمراً خلقياً وهو زيادة الرطوبة، بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل، بخلاف الآخر لتخلخل كثير وردّ طعنه في أبي عياش أيضاً بأنه ثقة كما نقلنا آنفاً من قول صاحب التنقيح، وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول.

المذكور، ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله وقيل: **(لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغيرها)** وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه، فإن النص لما ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً: أي من حيث الكيل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لأنه ربوي يتفاوت في أعدل الأحوال: أعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق. ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساوياً فكان جائزاً، وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع، من أنقع إذا ألقى في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز في جميع ذلك، وهو يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حال الجفاف، ومفرعه حديث سعد، وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملاً بإطلاق المشهور، وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه، واحتاج محمد إلى الفرق بين هذه الفصول: يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة إلى آخرها، وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب. وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه، وإذا ظهر

---

(١) صحيح. تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث مستوفياً.
(٢) هو بعض حديث عبادة في أول الباب.
(٣) هو بعض حديث عبادة المتقدم في أول الباب.

قال: (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه. وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبادلة بمثلها أو باليابسة، أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال المنذري: كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران ابن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه، وقد عرفه أئمة هذا الشأن، وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال. وقال ابن الجوزي في التحقيق: قال الإمام أبو حنيفة: زيد أبو عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما ذكرنا. وقد أجيب أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة، فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة، أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالرطب نسيئة» وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار، ورواه الدارقطني وقال: اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكاً وإسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر[١]، وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها[٢] لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد. ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع، فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الوفق. لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة: «أينقص الرطب إذا جف»[٣] عرياً عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة. وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبنى على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه قوله: (وكذا العنب بالزبيب: يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز. وقوله: (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو

بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد إذا لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبراً. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذا كان العقد وارداً على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تتبدل. قال: (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه

قوله: (ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول: الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قوله: (وهذه الرواية تقوي قول من قال الخ) أقول: فيه بحث، فإن تقويتها إنما هي لاعتبار التفاوت الصنيعي إذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه.

---

(١) إلى هنا كلام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤١، ٤٢ نقلاً عن الأئمة. وزاد كلاماً لم يذكره ابن الهمام. وقول ابن الهمام: وآخر. ذكره الزيلعي فسماه سلمة بن زيد. وقال: رواية هؤلاء الأربعة ليس فيها لفظ: نسيئة. وهذا نقله الزيلعي عن الدارقطني.

(٢) قلت: هذا ليس مُطّرداً. فهناك زيادة تكون من الثقة عند مخالفته لمن هو أو ثقة منه، أو مخالفته لجماعة الثقات تسمى عند علماء المصطلح. زيادة شاذة أو رواية: شاذة. فليس بلازم قبول زيادة الثقة فأحياناً يقال عنها: إنها شاذة. فتنبه. ومالك وحده أحفظ وأثبت من يحيى بن أبي كثير. وأما قول من قال: إن زيد بن عياش مجهول. فجوابه قول الحافظ عنه في التقريب: صدوق اهـ. وعند جواب آخر وهو قول يحيى بن معين إمام الجرح، والتعديل: كل من روى عنه مالك فهو عندي ثقة. فتلخص من ذلك أنه الرجل ثقة عند ابن معين. بل وعند غيره حيث روى عنه اثنان ثقتان كما تقدم. والله أعلم.

(٣) مراده بالرواية الصحيح. رواية مالك ومن وافقه بدون لفظ: نسيئة.

وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدال الأحوال وهو المال، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال، وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما

قوله ﷺ: «أينقص إذا جفّ»[1] باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها. ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساوياً أو لا يجوز مطلقاً. ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعاً. وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار، فقال المصنف (**وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية**) فإنه لا يجوز البيع لأن القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية، بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل، فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات: لا يجوز اتفاقاً، يجوز اتفاقاً وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب، يجوز عنده، وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون. والفرق لأبي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (**وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلاً كيلا**) وكذا العنب بالعنب يجوز (**عندنا**) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافاً للشافعي، وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثري والرمان والإجاص لا يجيز بيع رطبه برطبه، كما لا يجيز بيع رطبه بيابسه لأنه لا يعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر، وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمثله، لأن بين الباقلاءتين قضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية، وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز، وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة إلى هنا. والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع. وأصله أن محمداً يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد، وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة. أما مع اليابسة فظاهر، وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل، قال الحلواني: الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلاً. وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (**عملاً بإطلاق الحديث**) أي حديث عبادة بن الصامت[2] وغيره (**إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه**) من حديث سعد بن أبي وقاص[3] وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه، والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب. وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر، وقوله الأول كقول محمد، وقد نقض ما تقدم من الأصل وهو أن التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع، وما بأصل الخلقة لا

تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يداً بيد جائز بالإجماع، وبيع الكفرّي بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لأنه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساوياً وتفاضلاً يداً بيد، لأن الكفرّي ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله: (**والكفرّي عددي متفاوت**) قيل: هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمراً لجاز إسلام التمر في الكفرّي لكنه لم يجز. وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده في

---

(١) هو بعض حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم الكلام عليه.
(٢) رواه الجماعة إلا البخاري وتقدم في أول هذا الباب.
(٣) حديث سعد تقدم قبل حديثين مع الكلام عليه مستوفياً.

رويناه لهما. ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر. ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر، بخلاف الكفريّ حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر، فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله، والكفريّ عددي متفاوت، حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة.

قال: **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون**

بالحنطة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد. أجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي **(ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول)** من بيع الحنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه **(وبين الرطب بالرطب)** حيث أجازه، وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه، وحاصله **(أن التفاوت)** إن ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد، وإن ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد، ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد، فإن الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه، وفي الحنطة المبلولة ما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع **(ولو باع البسر بالتمر)** متساوياً يجوز **(ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفريّ)** وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشق **(حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر)** أي كيلاً من التمر بكيلين من الكفريّ وقلبه لأنه ليس بتمر **(لأن)** الكفريّ لم ينعقد بعد في صورة التمر **(وهذا الاسم)** أعني التمر له **(من أول ما تنعقد صورته لا قبله)** وبهذا استدل بعضهم لأبي حنيفة في بيع الرطب بالتمر، فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره. فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح، بل المسألة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمراً فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا، إذ يكفيه أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة، وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول.

وقوله: **(والكفريّ عددي متفاوت إلى آخره)** جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفريّ تمراً ينبغي أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال: الكفريّ عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهدر فلا يجوز إسلامه فيه، ولا أن يشتري به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة قوله: **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج)** معلوماً أنه **(أكثر مما في الزيتون والسمسم)** فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز، فالاحتمالات أربع، والجواز في أحدهما بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد **(والزائد)** منه

المالية فلا يجوز الإسلام فيه للجهالة. قال **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ)** الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره، والمراد به ها هنا ما يتخذ من السمسم. واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن. ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول، ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن، وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني، ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع. فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أو لا، والثاني لا

قوله: **(ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم الخ)** أقول: ولك أن تقول: المراد بالضمير الراجع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام، أو يقال المضاف مقدر: أي مسماه بقرينة جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الإشكال.

والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له، فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع.

(ب)مقابلة **(الثجير)** وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله: إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان الثقل في البدل الآخر شيئاً له قيمة، أما إذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد، يروى ذلك عن أبي حنيفة. وقال زفر: يجوز مع عدم العلم لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك. والأصل الصحة. وقلنا: الفساد غالب لأنه على تقديري النقصان والمساواة، والصحة على تقدير الأكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به. وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد. واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج[1] مع السمسم، وتنتفي باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد والبنفسج نظراً إلى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان؛ أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً، وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلاً حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز طبق برطلي لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطلي زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة على الرطل خلافاً للشافعي، فإنه لا يجيز الدهن المطيب وغيره إلا مثلاً بمثل. وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأي وجه كان لأن الدهن وزني والسمسم كيلي. أجيب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس. فإن قيل: فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل من دهنه وثجيره إلى خلاف جنسه. أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسألة الإكرار ولا صورة هنا منفصلة. وقوله: **(والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار)** يعني إن كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز، وقد علمت تقييده بما إذا كان الثفل له قيمة وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد، وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما

يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب، والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أو لا. والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير إن نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والثجير وحده: أي ساواه على تقدير أن يكون الثجير ذا قيمة، وأما إذا لم يكن كما في الزبد بعد إخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فإنه يجوز، وهو المروى عن أبي حنيفة، والأول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. ولقائل أن يقول مثلاً: السمسم يشتمل على الشيرج والثجير، فإما أن يكون المجموع منظوراً إليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لأن الشيرج وزني والسمسم كيلي، أو من حيث الإفراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه، كما إذا باع كرّ حنطة وكرّ شعير بثلاثة أكرار حنطة وكرّ شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظوراً إليه فقط، والثاني منتف عادة، والأول يوجب أن لا يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك. والجواب أن المنظور إليه هو المجموع من حيث الإفراد،

---

(١) الشَّيْرَج: هو دهن السِّمْسِم. ويقال للدُّهن الأبيض أيضاً: شَيْرج ا هـ مصباح.

قال: **(ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً)** ومراده لحم الإبل والبقر والغنم؛ فأما البقر والجواميس جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي. قال: **(وكذلك ألبان البقر والغنم)** وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود. ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة.

يخرج، والله أعلم **(واختلفوا في القطن بغزله)** فبعضهم لا يجوز متساوياً لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق. وقال بعضهم: يجوز. وفي فتاوى قاضيخان: لا يجوز إلا متساوياً لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون، وإن خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلاً. وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال. قال المصنف بالإجماع. وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً وهكذا عن أبي حنيفة أيضاً. ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بإزاء حبّ القطن وهو مما ينتفع به، وقد يعلف لبعض الدوابّ. وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بإزاء صنعة الغزل، فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعوّل عليها دون الروايات قوله: **(ويجوز بيع اللحمان)** جمع لحم **(المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ومراده لحم الإبل والبقر والغنم)** لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين **(فأما البقر والجواميس)** ف **(جنس واحد)** لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلاً **(وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي)** لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلاً لاتحاد الجنس، وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلاً لأنه ليس مال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال، وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه. وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس: الطيور جنس، والدوابّ أهليها ووحشيها جنس واحد، والبحريات **(وكذا ألبان البقر والغنم)** يجوز متفاضلاً لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين **(وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود)** من الكل وهو التغذي، وهذا قول الشافعي غير المختار، والصحيح من قوله أنه مثل قولنا، ثم دفع هذا القول بأن أصولها **(مختلفة)** الأجناس **(فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة)** فإنها حينئذ تعد أجناساً، ولهذا جاز بيع الخبز

ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً. قوله صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه. قلنا: ذاك إذا كانا منفصلين خلقة كما في مسألة الإقرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك. واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً فقيل لا يجوز لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق، وقيل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين، كذا في فتاوى قاضيخان. وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالإجماع، وهذا يخالف ما روي عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقاً قال: **(ويجوز بيع اللحمان الخ)** كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلاً. وعنه أنه لا يجوز، والعراب والبخاتي والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً، وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً وكذلك الألبان. وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوّي فكان الجنس متحداً. ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه، والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص، ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلاً يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذاك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي، وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً قوله: **(إذا لم تتبدل بالصنعة)** قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، فإذا تبدلت الأجواء بالصنعة تكون مختلفة، وإن كان الأصل متحداً كالهروي

قال: (**وكذا خلّ الدقل بخل العنب**) للاختلاف بين أصليهما، فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين. وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد.

بالدقيق والسويق متفاضلاً (**وكذا خلّ الدقل بخل العنب**) متفاضلاً وكذا عصيرهما (**لاختلاف أصليهما**) جنساً، وتخصيص الدقل وهو رديء التمر باعتبار العادة، لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا (و) أما (**شعر المعز وصوف الغنم**) فـ (**جنسان لاختلاف المقاصد**) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف، فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء: اختلاف الأصول، واختلاف المقاصد، وزيادة الصنعة. فإن قيل: بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً، وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة. فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم، وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى، وألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود. وأجيب بمنع اتحاده فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لا يتأتى منه ذلك، وكذا أغراض الآكل تتفاوت، فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الإبل. ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع إناءي صفر[1] أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمقمة بقمقمتين[2] وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة (**ويجوز بيع شحم البطن بالألية أو باللحم**) واللحم بالألية متفاضلاً (**لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً**) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والألية جنسان، وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما، وأما الرؤوس والأكارع والجلود فيجوز يداً بيد كيفما كان لا نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز قوله: (**ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً**) يداً بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (**لأن الخبز صار**) إما (**عددياً**) في عرف (**أو موزوناً**) في عرف آخر (**فخرج من أن يكون مكيلاً**

والمروي، وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها، فكأنه يقول: اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، وأما إذا تبدلت فلا توجبه، وإنما توجب الاتحاد، فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول. قال: (**وكذا خلّ الدقل بخلّ العنب الخ**) الدقل هو أردأ التمر، وبيع خله بخلّ العنب متفاضلاً جائز يداً بيد، وكذا حكم سائر التمور. ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالباً أخرج الكلام على مجرى العادة، وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما: يعني الدقل والعنب جنسين بالإجماع (**وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد**) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل، فإن

قوله: (**لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة**) أقول: وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف: (**فكذا أجزاؤهما إذا لم تتبدل بالصنعة**) أقول: ولعل المعنى: وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والإناء والقمقمة على ما تبين فليتدبر قوله: (**قيل مراده**) أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: (**فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ**) أقول: مأخوذ من الخبازية.

---

(١) الصُفر: بتشديد الصاد وضمها وتكسر في لغة. هو النحاس اهـ مصباح.
(٢) القُمْقُمُ: آنية العطار. وأيضاً آنية من نحاس يسخّن فيه الماء تسمى في الشام: غلاّية اهـ مصباح.

قال: **(وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)** لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً. قال: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً)** لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه، والفتوى على الأول، وهذا إذا كانا

من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل، والدقيق إما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا، ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً. وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه، وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي، وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة، إذ في الخبز أجزاء الدقيق، أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك **(والفتوى على الأول)** وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطلحوا عليه **(وهذا إذا كانا نقدين)** فأما بيعهما نسيئة **(فإن كانت الحنطة نسيئة)** أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيهما فدفعه نقداً **(جاز أيضاً، وإن كان الخبز)** نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حد له فإنه يتفاوت في الصنعة عجناً وخبزاً، وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف **(ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني)** أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحس العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر، واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجوزاً ما هو دون ما سمى صنعة، وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفاً فقل أن لا يصير مستبدلاً **(ولا خير في**

المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر، فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح، والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة. لا يقال: لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحداً، لأنا لا نسلم ذلك، فإن لبن البقر قد يضرّ حين لا يضر لبن الغنم فلا يتخذ القصد إليهما. والأولى أن يقال: قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول، ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول، فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة، وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض، ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل، ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان، وينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجح. قال **(وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)** جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً، أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره، ولا شك في ذلك عند تصوّر هذه الأشياء. وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة. وأما اختلاف المنافع فكافلة الطب. قال: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة)** بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقداً والآخر نسيئة، فإن كان الأول جاز لأنه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل **(وعليه الفتوى)** وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه: أي لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتعم

قوله: **(لا يقال: لو اختلف الجنس الخ)** أقول: يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحدا المقصود منهما بناء على ذلك التغليب، فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً، وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح في حيز، والأولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق قوله: **(فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ)** أقول: فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها، والأظهر أن المراد بالصور الأشكال.

نقدين؛ فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر. وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده.

استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً **(والتقديم)** في التنور **(والتأخير)** عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك، وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع **(وعند محمد رحمه الله يجوز بهما)** أي عدداً أو وزناً **(للتعامل)** بين الجيران بذلك، والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران **(وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في آحاده)** ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً، والقياس يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن قوله: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** أي المأذون غير المديون **(لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)** لعدم تحقق البيع وكذا المدبّر وأم الولد **(فإن كان عليه دين لا يجوز)** أي البيع بطريق الربا **(أما عند أبي حنيفة)** فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما **(وعندهما)** إن لم يزل ملكه عما في يده لكن **(تعلق بما)** في يده **(حق الغرماء فصار المولى (كالأجنبي)** عنه **(فيتحقق الربا)** بينهما **(كما يتحقق بينه وبين مكاتبه)** وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، بخلاف المكاتب لأنه صار كالحر يداً وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما قوله: **(ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي)** ومالك وأحمد، وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا؛ فلو باع مسلم دخل إليهم مستأمناً درهماً بدرهمين حل، وكذا إذا باع منهم ميتة أو خنزيراً أو قامرهم وأخذ المال يحل، كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ومن ذكرنا **(لهم)** إطلاق النصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان، والقياس على المستأمن منهم في دارنا، فإن الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا إليهم بأمان. ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أنه ﷺ قال: **(«لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»[1])** وهذا الحديث غريب، ونقل ما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال ذلك. قال الشافعي: قال أبو يوسف: إنما قال أبو

نفي جميع جهات الخبز، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز، فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره، وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر. قال المصنف **(والفتوى على قول أبي يوسف)** وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح: يعني قول أبي يوسف، وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض، ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة، وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه، وبالتنور في كونه جديداً فيجيء خبزه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه، وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره، وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما. وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً، ترك قياس السلم فيه للتعامل. وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده.

---

(١) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٤: غريب. وأسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول مرسلاً قال الشافعي: هذا ليس بثابت ولا حجة فيه ا هـ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٨: لم أجده. ثم ذكر ابن حجر ما ذكره البيهقي في خبر مكحول مرسلاً.

قال: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه.

حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام» قال الشافعي: وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه، أسنده عنه البيهقي. قال في المبسوط: هذا مرسل، ومكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول[1]، ولأن أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى: ﴿الم غلبت الروم﴾ [الروم: ٢] الآية قالت له قريش: ترون أن الروم تغلب؟ قال: نعم، فقال: هل لك أن تخاطرنا، فخاطرهم فأخبر النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: اذهب إليهم فزد في الخطر ففعل، وغلبت الروم فارساً فأخذ أبو بكر خطره، فأجازه النبي ﷺ[2]، وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك **(ولأن ما لهم مباح)** وإطلاق النصوص في مال محظور، وإنما يحرم على المسلم إذا كان بطريق الغدر **(فإذا لم يأخذ غدراً فبأيّ طريق يأخذه حل)** بعد كونه برضا **(بخلاف المستأمن منهم)** عندنا **(لأن ماله صار محظوراً بالأمان)** فإذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدراً، وبخلاف الزنا إن قيس عليه الربا لأن البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص، أما المال فيباح بطيب النفس به وإباحته، وهذا لا يفيد لمعارضة إطلاق النصوص إلا بعد ثبوت حجية حديث مكحول. وقد يقال: لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز، وإثبات قيد زائد على المطلق من نحو: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] ونحوه هو الزيادة فلا يجوز. ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق لمالكه، ومال الحربي ليس محظوراً إلا لتوقي الغدر، وهذا التقدير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر

قال: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا، فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع **(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما)** وإن كان ملكه، لكن لما **(تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي)** فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه. وقال: **(ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب)** لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

قال المصنف: **(ولا ربا بين المولى وعبده الخ)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفي المبسوط: فلو كان على العبدين فليس بينهما ربا أيضاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه، كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، لأن ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر، فعليه رد ما قبض لحق الغرماء، وكذا أم الولد والمدبر لأن كسبه مال، بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحر يداً وتصرفاً في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره انتهى. وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين، وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا

---

(١) هو مرسل ضعيف لجهالة من حدث أبا يوسف، ثم هذا المرسل لم يأت من طرق صحيحة حتى نقول المرسل مقبول أو حجة، وليس كل المراسيل تقبل، وإنما تعرض على الكتاب والسنة وقد قال مسلم في مقدمة صحيحه: والمرسل في قولنا وقول جمهور أصحابنا: أنه ضعيف وغير حجة ا هـ أو كما قال رحمه الله.

(٢) حسن غريب. جاء في الدر المنثور للسيوطي ٥/ ١٥٠. ١٥١ ما ملخصه: أخرجه ابن جرير بسنده عن ابن مسعود قال: كان فارس ظاهرين على الروم... وفيه: وذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ما بضع سنين عندكم؟ قال: دون العشر. قال: اذهب فزايدهم وازدد سنتين في الأجل.
وأخرجه ابن جرير، وابن أبي حاتم، والبيهقي عن قتادة وفيه: قال ﷺ: فزايدوهم، ومادُّوهم في الأجل. وهذا الإسناد متصل إلا أنه موقوف على قتادة. وما قبله ضعيف وخبر مخاطرة أبي بكر وقريش ورد بلفظ آخر. أخرجه الترمذي ٣١٩٣ من حديث ابن عباس وقال: حسن صحيح غريب. ومن حديث نيار بن مكرّم برقم ٣١٩٤ وقال: حسن صحيح غريب.

قال: (**ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب**) خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأيّ طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه غدر، بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان.

المذكور، أعني كون ماله مباحاً إلا لعارض لزوم الغدر، إلا أنه لا يخفى أنه إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر، وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له، فالظاهر أن الإباحة تفيد نيل المسلم الزيادة، وقد التزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الله خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا، فإنه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز، فكذا إذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع. ولأبي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ذكره محمد بن الحسن، ولأن مال أهل الحرب في دارهم مباح بالإباحة الأصلية، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه لعقد الأمان حتى لا يلزم الغدر، فإذا بذلك الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لأجله (**بخلاف المستأمن**) جواب عن قياس. وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لأحد أخذ ماله لأنه صار محظوراً بعقد الأمان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة.

بينهما إذا كان عليه دين، ولعل ما في المبسوط على مذهب الإمامين فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه قوله: (**لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع**) أقول: أي مع عدم تعلق أحد به، وإنما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع إشكال بأن مجرد الملكية لا يبقى البيع؛ ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديوناً فليتأمل قوله: (**فعدم تحقق الربا**) أقول: تأمل في صحة هذا التفريع فإنه يلزم منه المصادرة قوله: (**بعد وجود البيع بحقيقته الخ**) أقول: أي صورة وظاهراً قوله: (**صار كالأجنبي فيتحقق الربا**) أقول: أي شبهته إذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»**) أقول: قال ابن العز: قال في المغني: هذا خبز مجهول لم يرو في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به، وهو مع ذلك مرسل محتمل. ويحتمل أن المراد بقوله لا ربا النهي عن الربا كقوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ انتهى. وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيداً للمطلقات مثل لا تأكل الربا، إذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب. قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور إلا لعارض من الغدر فليتأمل.

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه. ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى، ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود. والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه. والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه، والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه. وقيل في عرفنا

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله: **(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل)** حاصل ما هنا أن الأسماء ثلاثة: البيت، والمنزل، والدار. فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه، فمنهم من يقتصر على هذا، ومنهم من يزيد له دهليزاً. والجواب فيه أن علوه لا يدخل في بيعه: يعني إذا باع البيت لا يدخل العلو. وإن قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحاً لأن العلو مثله فإنه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه. وأورد: المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده. وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع، بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابته عبده من أكسابه. والمنزل فوق البيت دون الدار، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً ونهاراً، وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة

باب الحقوق

قيل: كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع، وكذا هاهنا، ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع. قال: **(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل)** ذكر ثلاثة أسماء: المنزل والبيت والدار، فسره ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه. قال: الدار اسم لما أدير عليه الحدود، والبيت اسم لما يبات فيه، والمنزل بين البيت والدار لأنه لا يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدوابّ. وإذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الأعلى في العقد إلا أن يشتريه، ويصرح بذكر إحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه **(ومن اشترى بيتاً فوقه بيت)** وذكر إحدى العبارات الثلاث **(لم يدخل الأعلى. ومن اشترى داراً بحدودها)** ولم يذكر شيئاً من ذلك **(دخل فيه العلو والكنيف)** وهذا لأن الدار لما كان اسماً لم أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه دخل فيه، والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلا لكان الشيء تابعاً لمثله، وهو لا يجوز. ولا يشكل بالمستعير، فإن له أن يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب، فإن له أن يكاتب لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الإفراد إذ فرض المسألة في معلوم، ولا من لوازمه، وليس في الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع. ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه لغيره، وإما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذراً من وقوع التغير به، والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف مايوصله إلى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة. وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر

باب الحقوق

قوله: **(فسره)** أقول: أي فسر كل واحد قوله: **(بكل حق هو له)** أقول: الباء للمصاحبة قوله: **(لأن المراد بالتبعية هاهنا)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ. والحق أن يعمم لدخول المثل إذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع قوله: **(لأنه ليس بلفظ عام الخ)** أقول: تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور.

يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مبني على هواء

فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور، إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدوابّ فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص، وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه، أو بكل حق له أو بمرافقه، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة. والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان. ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار، وكذا يدخل الكنيف الشارع. والكنيف هو المستراح، أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على إسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة؛ فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير وهو فيها أو منها **(لأنه)** أي الظلة بتأويل الساباط **(مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل)** بلا ذكر زيادة، ولأن مفتحها إذا كان في الدار كانت تبعاً للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم: أي عرف أهل الكوفة **(أما في عرفنا يدخل العلو)** من ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتاً فوقه علو أو منزلاً كذلك، لأن كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيراً كالبيت أو غيره إلا دار السلطان تسمى سراي قوله: **(ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً)** فيها **(أو مسكناً)** فيها **(لم يكن له الطريق)** في هذه الدار إلى ذلك المشتري **(إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكرها)** وفي المحيط: المراد الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل، وكذا ما كان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة. وقال فخر الإسلام: إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر

التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه **(وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك)** أي الدار والبيت والمنزل، لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو، وفيه نظر لأن الخلوّ وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل، ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وأنه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالعرف، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحه في الدار، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب. وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا: يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشابه الكنيف. وقوله إن كان مفتحه في الدار يضعف قول قاضيخان في تعريف الظلة لأنه جعل المفتح في الدار. قال: **(ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق)** إلا أن يذكر إحدى العبارات الثلاث **(وكذا الشرب والمسيل)** لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظراً إلى الأول، ودخل بذكر التوابع: أي بقوله كل حق نظراً إلى الثاني **(بخلاف الإجارة)** فإن الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع، ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير، وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه. وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة، ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر، والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل

قوله: (ولا من لوازمه) أقول: أي من لوازم المعنى الموضوع له قوله: (يدخل العلو فيه تبعاً) أقول: فيه بحث، فإنه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً قوله: (إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول: استثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة، وقوله وهو راجع إلى ما في قوله ما ذكرنا.

الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف. قال: ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به، إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه، وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة، والله تعالى أعلم.

الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق، إلا أن تعليله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب. فالحق أن كلاً منهما لا يدخل، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع وملك الأجنبي إلا بذكره، ثم قال: فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت للبائع يؤمر برفعها، وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سيل ماء، فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة. وقوله: **(بخلاف الإجارة)** متصل بقوله لم يكن له الطريق: يعني في الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لأن المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الأشياء، والبيع ليس كذلك فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً، بل إما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال، وكذا الأرض السبخة، ولا تصح إجارة ذلك. وفي الكافي: ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة، بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح، ولو استحق العلو ثم أجيز البيع صح لأن القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية، ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لأنه بمقابلة المبيع، والمبيع البناء لا الساحة لأن حقه في الهواء. فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة، فعلى قياس ما ذكرتم في الإجارة ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحرياً لجواز القسمة كما أدخلتموها تحرياً لجواز الإجارة. أجيب بأن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة، وإنما يتوسل به إلى الانتفاع، والآجر إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع؛ ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع، أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك، فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر، ولا يجوز الإضرار دون رضاه، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق. واعلم أنه إذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه إحداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل، وفي القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق. والفرق أن البيع إيجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقاً. والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد، إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة، وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق.

عادة، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور، وقد يستأجرها أيضاً، وقد تكون مقصودة التجارة فبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة.

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقرّ بها لرجل لم يتبعها ولدها)

باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً، ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه قوله: **(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل)** فإن كان **(ببينة)** استحق ولدها معها وأرشها إن كان **(وإن)** كان **(ب)**مجرد **(إقرار)** المشتري **(له بها)** لا يستحق الولد بذلك **(ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة)** أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه **(فإنها كاسمها مبينة)** لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الأصل ولا القاضي، وإنما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير، كما لو ادعت في يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عليه إظهار البينة الملك فيكون له **(أما الإقرار فحجة قاصرة)** على المقرّ حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال، والولد في الحال منفصل عنها، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه، وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له. وذكر التمرتاشي أنه إنما لم يكن للمقرّ له إذا لم يدعه، فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له، وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالأم هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به؟ قيل نعم كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً **(وقيل)** لا، بل **(يشترط القضاء بالولد أيضاً)** لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب، قال المصنف **(وإليه تشير المسائل)** التي ذكرها محمد رحمه الله، فإن محمداً قال: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت عنده)** لا باستيلاده **(فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها)** وإن أقرّ المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها. ووجه الفرق ما ذكره أن البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة، ولهذا إذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له. وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار لأن الإقرار إخبار والإخبار لا بد له من مخبر به، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق

باب الاستحقاق

قوله: **(وأما البيع فلتمليك العين الخ)** أقول: مقتضى كلام المصنف أن كليهما يعقد الانتفاع، لكن الانتفاع في الإجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروح. وأيضاً إن أراد بقوله لا المنفعة أنه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد، وإن أراد أنه ليس لتمليكها أصلاً فمسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضاً، والانتفاع بالمهر والأرض السبخة ممكن على ما ذكروه. ويدفع بأن يراد المنفعة في الحال فليتأمل فإن البيع من غيره ليس منفعة في الحال قوله: **(لا المنفعة)** أقول: يعني في الحال قوله: **(ووحد الضمير الخ)** أقول: أي وحد الضمير في قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث، فإن توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشتري الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى.

ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها فيكون له، أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له. ثم قيل: يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل، فإن القاضي

الزوائد في يد غائب لم تدخل، فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشتري القضاء بالولد بخصوصه. ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق البيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع، ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة، فاعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي: يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق، وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا: يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الإجازة. واستوضح بما في الفتاوى الصغرى: اشترى شيئاً ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشتري يوماً لا يؤمر بالتسليم إلى البائع لأنه وإن جعل مقراً بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار. ثم قال: لا جرم له اشترى عبداً قد أقر نصاً أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل إليه يوماً يؤمر بالتسليم إلى البائع لأن إقراره بالملك له لم يبطل. ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى. وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور. وقوله إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا إن أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجاناً، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن إليه، فظهر أن إثبات الاستحقاق ليس ملزوماً لعدم الرضا بالبيع، بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه. وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيداً له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل إليه، ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل إليه، ولا شك أنه إذا اتصل بإثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع وإلا لم يأخذ وأجازه فأين هذا من مجرد إثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه، والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا إله غيره ولا مرجو إلا خيره. وفي الذخيرة: مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه

من الأصل، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له: يعني إذا لم يدّع المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له، كذا في النهاية نقلاً عن التمرتاشي. ثم إذا قضى بالأم للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا؟ قيل يدخل لتبعيته لها، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبداً فلا بد من الحكم به، قيل وهو الأصح لأن المسائل تشير إلى ذلك. قال محمد رحمه الله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب

قال المصنف: **(وقيل يشترط القضاء بالولد)** أقول: في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع، ولكن يوجب وقفه على إجازة المستحق انتهى. وفي غاية البيان خلاف ذلك. وفي الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ، وقال ابن الهمام: وفي الذخيرة: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتىٰ لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام قوله: **(وهي مملوكة فيكون له)** أقول: الواو في قوله وهي حالية.

إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد في الحكم، فكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً.

قال: **(ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد له، فإن كان البائع حاضراً أو**

بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء. وفي الزيادات: روي عن أبي حنيفة أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء. وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح انتهى. ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضاً: إذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقي الملك من المستحق ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى. يعني يلزم العجز عن إثبات ذلك، أو المراد أن يفسخ المستحق فإنه هو المالك، نعم لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد أن قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فإن سكوته بعد الأخذ عن الإجازة قدر ما يتمكن فيه من الإجازة، ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع قوله: **(ومن اشترى عبداً)** أي اشترى إنساناً **(قال له اشترني فإني عبد فإذا هو حر)** أي فظهر أنه حرّ ببينة أقامها **(فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة)** أي يدري مكانه **(لا يرجع على العبد بشيء)** من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض **(وإذا كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد)** بما دفع إلى البائع من الثمن **(ورجع)** العبد **(على بائعه)** بما رجع المشتري به عليه إن قدر، وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه، بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره فليس مضطراً فيه فإنه لا يرجع به، والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فإني عبد لا يرجع عليه بشيء **(ولو ارتهن عبداً مقراً بالرق فظهر حراً)** وقد كان قال ارتهني فإني عبد الراهن **(لم يرجع عليه)** أي على العبد **(على كل حال)** أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً يعرف مكانه أو لا يعرف، وهذا ظاهر الرواية **(عنهم. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما)** أي في البيع والرهن **(لأن الرجوع بالمعاوضة)** وهي المبايعة هنا **(أو بالكفالة)** وليس واحد منهما ثابتاً **(بل)** الثابت **(ليس إلا)** مجرّد **(الإخبار كاذباً فصار كما لو قال أجنبي)** لشخص **(ذلك)** وكقول العبد **(ارتهني فإني عبد وهي المسألة المذكورة ثانياً. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره)** فكان مغروراً من جهته، والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الإمكان فكان بتغريره

فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد. قال: **(ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ الخ)** رجل قال لآخر اشترني فإني عبد فاشتراه فإذا هو حرّ فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة **(وإما أن يكون غائباً غيبة منقطعة لا يدري أين هو)** فإن كان الأول فليس له على العبد شيء، وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع، وإن لم يقل إني عبد ليس على العبد شيء في قولهم، وإن قال ارتهني فإني عبد فوجده حراً لم يرجع المرتهن على العبد بحال: أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود، وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترني وإقراره بالعبودية بقوله فإني عبد إذ القول قوله في الحرية، فحين أقرّ بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير، وإقراره مغرور

قوله: **(والإخبار لا بد له)** أقول: أي لصدقه قوله: **(من مخبير به)** أقول: يعني محقق قوله: **(أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له)** أقول: لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع، وإن ارتهن عبداً مقرّاً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا

(ضامناً) لدرك **(الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه كالمولى إذا قال)** لأهل السوق **(بايعوا عبدي فإني قد أذنت له)** ففعلوا **(ثم ظهر استحقاق العبد)** فإنهم **(يرجعون على المولى بقيمة العبد)** ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعاً للغرور عن الناس **(بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه)** فلو هلك يقع استيفاء للدين، فلو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام، وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً لأنه ليس تغريراً في عقد معاوضة، ولهذا قالوا: لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه، غير أنه استحق عند الله عذاباً لا يطاق **(وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله)** فالرجل هو الذي اغتر. قال المصنف **(ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى)** أي دعوى الحرية **(شرط)** في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض، فإن دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه. فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى إن كانت بحرية الأصل **(فالدعوى ليست بشرط عنده)** كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً **(لتضمنه تحريم فرج أمه)** على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كما في عتق الأمة حتى أن الشهود يحتاجون في شهادتهم إلى تعيين الأم والحرمات لا تحتاج في القضاء بها إلى الدعوى، وإذا لم تحتج إلى الدعوى لا يضر التناقض فيها**(وقيل هو)** أي الدعوى **(شرط)** مطلقاً في حرية الأصل ودعوى الإعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض **(لكن التناقض)** في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها، أما في حرية الأصل **(فلخفاء)** حال **(العلوق)** فإنه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية، وفي الإعتاق العارض فلأن المولى ينفرد به، ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدّعيه، والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه **(وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق)** الزوج إياها **(ثلاثاً قبل اختلاعها)** تقبل **(وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة)** تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة إقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة. وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق. وهي: رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وأثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع، لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب إلى الضامن، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد على ملك المشتري بعد ما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به

من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للغرور بقدر الإمكان، كما في المولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنه حرّ فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه قوله: **(والبيع عقد معاوضة)** إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئاً لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل

يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على ما أمره وإقراره أني عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامناً للسلامة كما هو

لا يرجع على البائع لأنه متيقن الكذب، ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضي بها له ولا يرجع على بائعه، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، ولو كان أقام البينة أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن. وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع، وكذا إذا اشترى لحماً فشواه. ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة قوله: **(حقاً في دار)** أي مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت **(الدار إلا ذراعاً لم يرجع)** على الذي صالحه **(بشيء)** لتمكنه من أن يقول مرادي من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي أدعيه هذا الباقي **(ولو)** كان **(ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه، لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته، ودلت المسألة على)** أمرين: أحدهما **(أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز)** لأن الإبراء عن المجهول جائز عندنا **(لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة)** والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به، ولذا لو أقام به بينة لا تقبل، أما إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة.

فمات فظهر بخلافه لكونه تغريراً في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه. وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الآمر به ضماناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى، والعبد بعد ما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية. والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعتاق عارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما ما قاله عامة المشايخ أن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها، فإنه إذا كان حرّ الأصل كان فرج الأم على مولاه حراماً وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً. والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطاً في حرية الأصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض الخفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفوّ كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء إذ المولى يستند به، فربما لا يعلم العبد

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما)** أقول: قوله فيهما: أي البيع والرهن، ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشيء مقيماً عليه لنفسه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: تقرير الكلام أما في الرهن فبالإجماع، وأما في البيع فلأن الرجوع الخ. وترك التفصيل للاعتماد على الفهم قال المصنف: **(بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ)** أقول: فيه بحث، فإن شئت فراجع آخر كتاب الحجر.

قوله: **(لتضمنه تحريم، إلى قوله: إلى تعيين الأم)** أقول: أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كما في تحريم فرج الأخوات والبنات، ولعل التعرض للاحتياج إلى التعيين لكون التضمن فيه أظهر قوله: **(والدعوى ليست بشرط)** أقول: أي في حرمة الفرج قوله: **(لم يكن التناقض مانعاً)** أقول: إذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية إذا لم تدع قال المصنف: **(وقيل هو شرط)** أقول: تذكير الضمير الراجع إلى الدعوى لكونها في تأويل أن يدعي، وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر قوله: **(قبل يوم أو يومين)** أقول: من وقع الخلع قوله: **(وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك)** أقول: إذ فرض المسألة فيما إذا لم يمكن القضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه.

موجبه، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى. وقيل إذا كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة.

[فروع] إشترى شيئاً ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذ لم يعلم عيبه ولا سلامته. ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، فإذا ادعاه لغيره تناقض؛ بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبّرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى. باع عقاراً ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك، بخلاف الإعتاق؛ ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري الأخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان. اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما. ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه. ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض؛ ولو قضى للمستحق بعد إثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطناً وظاهراً عنده، ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم؛ ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل، ولو استهلكه أورده لا يقبل، ولو أقرّ عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه. هكذا ذكر رشيد

إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك، كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فإنها تقبل منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت. وإنما قيد بالثلاث لأنه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك، وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة. ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البينة على ما ادعياه. قال: (ومن ادعى حقاً في دار) من ادعى حقاً مجهولاً في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مئة درهم فاستحق الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي، وإن ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه، إذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلاً عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل (**ودلت المسألة على أن الصلح عن**

قال المصنف: (**ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز**) أقول: وسيجيء أيضاً في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي. فحينئذ تصح وتقبل البينة.

قال: **(ومن ادعى حقاً في دار)** معناه حقاً مجهولاً **(فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء)** لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي. قال: **(وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه)** لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل، ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه. وذكر في باب ما يكون إقرار من المدعى عليه من فتاواه المدعي، لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة، لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر، وذكر في آخر كتاب الدعوى: ادعى عيناً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالإقرار، اختلف فيه المشايخ. بعضهم قالوا بالإقرار، وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكراً واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقراره. قال: والأول أظهر وأقرب إلى الصواب، وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين إلا أن تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجتين بعينها فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغي على ما جعله الأظهر أن يقضي بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة، غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع، ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ. ولو أحبّ البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلاً لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط. قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني، فإذا أقرّ على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه، والله أعلم.

المجهول على المعلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) قالوا: ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة.

فصل في بيع الفضولي

قال: (**ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع؛ وإن شاء فسخ**) وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة، لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمري لغصبه أو فضوله. وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله، والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه؛ فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر قوله: (**ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ**) وهو قول مالك وأحمد (**وقال الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية**) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم، وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية، وقال رسول الله ﷺ لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك»[(١)] قلنا: المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ، أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال، وحكم ذلك السبب ليس هذا، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة. وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم: «يا رسول الله إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها، فقال ﷺ: لا تبع ما ليس عندك» وقال الكرخي: حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال: حدثنا الحسن بن القزاز قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن غردقة سمعه من قومه عن عروة البارقي. وحدثنا إبراهيم قال: حدثنا ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان بن شبيب بن غرقدة: حدثنا الحي عن عروة البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعه بالبركة، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه»[(٢)] وروي «أنه ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين،

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فإنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي. والفضولي بضم الفاء لا غير، والفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه، وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ. قال: (**ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ**) ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ، وهو مذهب مالك وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد: لم ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لأن الانعقاد لا يكون إلا بالولاية الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك، وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول

فصل في بيع الفضولي

قوله: (**لأن بيع الفضولي صورة الخ**) أقول: لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة قوله: (**لأن المستحق إنما يستحق الخ**) أقول: كلمة إنما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق قوله: (**لأنها بالملك أو بإذن المالك**) أقول: ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك.

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً في خيار العيب مع ذكر طرقه ومخارجه.

(٢) حديث عروة البارقي تقدم تخريجه مستوفياً في الأضحية.

الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده. إذ لا ضرر فيه للمالك مع

ثم اشترى شاة بدينار وجاء الشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فأخبره بذلك فقال ﷺ: بارك الله لك في صفقتك؛ فأما الشاة فضحّ بها، وأما الدينار فتصدّق به»[1] وقولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، إن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع، ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر، ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات. أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهماً له والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم. ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون، المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع، فهذا أصل لقياس صحيح. لا يقال: فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد. لأنا نقول: الثابت دلالة ما لا ضرر فيه، وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت بهذا القدر. فأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به، إذ قد لا يريد بيعه فيثبت، بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل، فإن الطير ليس بمملوك أصلاً قبله وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع، وبيع الآبق ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد للملك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فإنه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وإن كان عاقلاً إذ صح توكيله بذلك من غيره، وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ، بخلاف ما لو اشترى أو زوّج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ. فإن قيل: يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك. قلنا: لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً

بانعقاده، أما أنه تصرف تمليك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لأن التمليك من غير المالك لا يتصور. فإن قيل: تصرف التمليك شرع لأجل التمليك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها، فإذا لم يفد التصرف التمليك كان لغواً. فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا التصرف لما كان موقوفاً لما نذكر أفاد حكماً موقوفاً كما أن السبب الباتّ أفاد حكماً باتاً أو أن السبب إنما يكون لغواً إذا خلا عن الحكم، فأما إذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار، وأما صدوره من الأهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ، وأما المحل فإن محل البيع هو المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً. وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا لمانع والمانع منتف لأن المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين، أما المالك فلأنه مخير بين الإجازة والفسخ، وله

قوله: **(لأن التمليك من غير المالك لا يتصور)** أقول: فيه منع، فإن وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق. وأيضاً إذا كان إضافته من قبيل العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف في معنى تمليك إذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك قوله: **(فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ)** أقول؛ الأولى هو القصر على العقل على ما سيجيء في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي.

(١) تقدم في أواخر الجمع باب الأضحية.

تخييره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء،

بل هو مرجو فلا يلزم عدمه، وكون متعلق العقد مرجواً كاف في صحة التصرف. وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط، وإلا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سبباً في الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا. وقول المصنف **(تصرف تمليك)** من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب، والإضافة في مثله بيانية: أي تصرف هو تمليك وحركة هي إعراب، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت، وللتصرف مجيز: أي من يقدر على الإجازة سواء كان تمليكاً كالبيع والإجارة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطاً، حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها، وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعي، وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي، وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال: بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس، أما إذا قال الفضولي: اشتريت هذا لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري فلا يتوقف لأنه أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه، بخلاف البيع لم يجد نفاذاً قوله: **(وله الإجازة)** أي للمالك **(إذا كان المعقود عليه باقياً)** وهو المبيع **(و)** كذا **(المتعاقدان)** وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة: الثلاثة المذكورة، والمالك حتى لو مات لا تصح إجازة الوارث كما سنذكر، هذا فيما إذا كان الثمن ديناً: أي مما لا يتعين وهذا **(لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد)** الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه **(بقيام العاقدين والمعقود عليه)** وإنما لم يذكر المالك لأنه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده. وفي الإيضاح. عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء، ولا بد في الإنشاء من قيام الأربعة، وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن، وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً والمالك لأن الإجازة تكون منه لا من وارثه **(وإذا أجاز المالك صار)** المبيع ملكاً للمشتري **(والثمن مملوكاً له أمانة في يده)** أي في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه **(كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة)** من حيث أنه بها صار تصرفه نافذاً وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وهذا بسبب أن الملك الباتّ إذا طرأ على الوقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف، ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير إذنه فات قبل الإجازة توقف النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك باتّ للوارث في البضع ليبطل، وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد، بخلاف نحو ابن العم **(وللفضولي)** أي في البيع **(أن يفسخ قبل إجازة المالك)** حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال

فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن، وأما الفضولي فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء، وأما المشترى فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه المنافع. فإن قيل: القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجدا. أجاب عن ذلك منكراً بقوله كيف وأن الإذن ثابت دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» وكذلك العجز عن التسليم؛ ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما؟ فالجواب أن قوله لاتبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع الباتّ فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة. والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال: حدثنا إبراهيم قال: حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن

وفيه نفع المشتري فثبت للقدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع، قال: **(وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما)** لأن الإجازة تصرّف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه، وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه، بخلاف

العقد الموقوف، وإنما كان له ذلك **(ليدفع الحقوق عن نفسه)** فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه **(بخلاف الفضولي في النكاح)** ليسّ له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل **(لأنه معبر محض)** أي كناقل عبارة، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق، وقد ثبت للمالك والوليّ حق أن يجيز، وكذا بالفعل كأن زوّج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجة أختها توقف العقد الثاني أيضاً، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولاً أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء الباتّ على الوقوف **(هذا)** الذي ذكرناه فيما **(إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً)** بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض، وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشترياً بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً فينفذ على الفضولي فيصير مالكاً للعرض، والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية فقيمته، فيصير

غرقدة. قال: أخبرنا الحسن عن عروة البارقي: «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري أضحية، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعة بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه» لا يقال: عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشتري له أضحية، ولو كان لنقل على سبيل المدح له. فإن قيل: هل يجوز شراء الفضولي كبيعه أو لا؟ أجيب بأن فيه تفصيلاً، وهو أن الفضولي إن قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف. وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري حيث أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك، بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج إلى الإيقاف على رضا الغير، وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة قوله: **(وله)** أي للمالك **(الإجازة)**. اعلم أن الفضولي إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه، وإما أن يبيع بثمن عين، فإن كان الأول فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما، فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي، وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء: ما ذكرنا من الأمور الأربعة، وقيام ذلك العرض أيضاً، والإجازة اللاحقة إجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد، لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، لأن الثمن إذا كان عرضاً صار البائع من وجه مشترياً، والشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف على الإجازة؛ وكما أن للمالك الفسخ فكذا

قوله: **(فالجواب أن قوله لا تبع نهي عن البيع الخ)** أقول: وإنما لم يجب لأن النهي يقتضي المشروعية كما سبق لأنه تجر إلى فساد البيع فليتأمل قوله: **(والقدرة على التسليم الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه ذكر في مسألة بيع الآبق إذا عاد من الإباق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية، ويحتاج إلى عقد جديد أنه وقع باطلاً فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل، فما قرره هنا مخالف لذلك إلا ليكون هذا مبنياً على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر.

الفضولي في النكاح لأنه معبر محض، هذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كانا العرض باقياً أيضاً. ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً، لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة ولو هلك المالك

مستقرضاً للجارية أو الثوب، والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً، وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضي وهو الشراء لا غير، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم، فكذا فيما جعل تبعاً له، فكذا هنا إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية، والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعاً، هذا وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يضفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر، فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل. فإنه ذكر في شرح الطحاوي: ولو اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف.

وقوله: (**ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث**) قدمنا الكلام فيه، وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم. ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد، وإن هلك بعده فللمالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري، وأيهما اختار برىء الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكاً، فإذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضموناً عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وإن كان قبض أمانة، وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع، وهو محمول على أنه سلمه أوّلاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب، هذا إذا باعه بثمن دين، فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته إن كان قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد (**ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أوّلاً، وهو قول محمد**) رحمه الله (**لأن الأصل بقاؤه**) ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك

لكل من الفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله أن يتحرز عن التزام العهدة، بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لا ترجع إليه وهو فيه معبر، فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي. ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة انفسخ. ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين: أي فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً، لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلا يجوز لإجازة غيره. واستشكل بما إذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاها بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه فإن النكاح توقف على إجازة الابن، فإن أجاز صح وإلا فلا، فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث. أجيب بأن عدم التوقف لطريان الحل الباتّ على الحل الموقوف لأنه يبطله، وهاهنا لم يطرأ للوارث حل باتّ لكونها موطوءة الأب فيتوقف دفعاً للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث، حتى لو لم تكن موطوءة الأب بطل نكاحها (**ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم**) حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد، لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن

قال المصنف: (**وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه**) أقول: إذ الظاهر بقاء ما وجد.

لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره. ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً، وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك.

قال: (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحساناً. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه الصلاة والسلام «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» والموقوف لا يفيد الملك، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه،

وقع في شرط الإجازة فلا يبت مع الشك قوله: (ومن غصب عبداً فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز المولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً، لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل؛ وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز. وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً. وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه، وسيجيء إن شاء الله تعالى. قالوا: وقول محمد قياس. وقول أبي حنيفة استحسان. وجه قول محمد أنه لا عتق بلا ملك بقوله ﷺ: («لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[1] والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الإجازة (ثبت مستنداً وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه[2] (ولهذا) أي لأجل أن الشرط الملك الكامل (لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) يشرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع

الشك وقع في شرط الإجازة. وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك. فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه وهاهنا طرف البقاء راجح إذ أصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وهاهنا لم يتيقن. أجيب بالاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن هاهنا نحتاج إلى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة. قال: (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري). قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسألة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب. قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت أن العتق جائز. وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى لبيع والعتق جاز استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» لا ملك هاهنا، لأن (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند، وهو ثابت من وجه وذلك غير مصحح للإعتاق (إذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه بإطلاق ما روينا، ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس الملك فيه كاملاً لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه، واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله: (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك. وقوله: (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك.

قوله: (لأن محل العتق هو الرقبة الخ) أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ قوله: (ولهذا لا يصح أن يعتق الخ) أقول: وعندي معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما وتقدم في كتاب العتق مع ذكر طرقه والكلام عليه باستيفاء والله أعلم.
(٢) هو المتقدم.

والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك، وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح،

المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذاً) من العتق **(حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان)** بعد أن باع **(وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان)** ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجيز لا يقع على المرأة، وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء، وكذا إذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض، فإن طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ وإلا لا **(ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر)** أول الباب **(فيثبت الإعتاق موقوفاً مرتباً عليه ثم ينفذ بنفاذه)** ومطلق بفتح اللام، واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتاً ولا موقوفاً، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح، وبموضوع لإفادة الملك عن الغصب؛ فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان، على أن الغصب ليس سبباً موضوعاً لإفادة الملك إنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية أن يعتبر سبباً لا أنه وضع سبباً فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى إلى الزوائد المنفصلة، بخلاف البيع إذا أجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة. وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح منه لبطلان عقده بالإجازة، فإن بها يثبت الملك للمشتري باتاً، والملك الباتّ إذا ورد على الموقوف أبطله. وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع الباتّ مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه الباتّ، وإلا فقد كان فيه ملك باتّ وعرض معه الملك الموقوف **(وصار كإعتاق المشتري من الراهن)** فإنه يتوقف بالاتفاق على إجازة المرتهن أو فك الرهن، والجامع أنه إعتاق في بيع موقوف **(وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين. وأما)** عتق المشتري من الغاصب **(إذا أدى الغاصب الضمان)** فنقول **(ينفذ)** كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف. ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى، وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه أن

وقوله: **(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب)** يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذا إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق؛ ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه؛ ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه، وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلأن لا ينفذ غيره أولى قوله: **(وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك)** فيه **(ثبت موقوفاً)** والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه، أما أنه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر، وأما أنه موقوف فلما تقدم، وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه إعتاقاً موقوفاً في ملك موقوف، وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه

قال المصنف: **(ولهما أن الملك موقوفاً الخ)** أقول: لعلهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث أن المراد بالعتقد هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكاً تاماً وإن عمم العتق للنافذ وغيره يعمم الملك أيضاً بلا فرق فليتأمل قوله: **(وهذا أبعد من الأول الخ)** أقول: لأن في الأول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن.

وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق، وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً، وبخلاف بيع المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، وأما إذا أدّى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح.

كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا إلى أن نجعله سبباً في الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سبباً في الحال، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستنداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة. وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له إذا ثبت، وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أو لا وهو منتف هنا، فلو ثبت لكان ليس إلا لصحة وقوع الطلاق، بخلاف ملك اليمين فإنه يجوز أن ينعقد مقصوداً لصحة العتاق، والمراد من قوله ﷺ «لا عتق» الحديث النافذ في الحال، وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فإنا لم نوقعه قبل الملك. فحاصل الخلاف كما قال الإمام القاضي يرجع إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا في ملك فيبطل، كما لو باعه المشتري من الغاصب، وعندهما يوجبه موقوفاً لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه،

الله للاستظهار به، واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار، وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك، وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة، فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك. قال في النهاية: وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فإنه يرد عليه أن يقال: لما كان غير موضوع لإفادة الملك. وجب أن لا ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة الملك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والملك هنا بالإجازة، ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال: وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة، لأن المستبد به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو قدّر في كلام المصنف مضاف: أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان على أنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله: **(بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع)** جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام، فإن قوله على أني بالخيار مقرون بالعقد نصاً، وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله قوله: **(وبخلاف بيع المشتري من الغاصب)** جواب عن الثالثة. ووجهه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد. وفيه بحث من وجهين: الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على

قوله: **(ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة)** أقول: إلى هنا كلام صاحب النهاية قوله: **(بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده)** أقول: يعني الغصب يفيد حكم الملك قوله: **(الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان الخ)** أقول: إنما قال: ثم أدى الضمان لأنه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك ببيع أو هبة أو إرث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لأن الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله، كذا في فتاوى التمرتاشي في باب بيع عبد غيره.

قال: **(فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري)** لأن الملك قد تم له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق

وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد إن المصحح للإعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع. ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك قوله: **(فإن قطعت يد العبد)** أي عند المشتري من غاصبه. وحاصل وجوه هذه المسألة المذكورة أن من غصب عبداً فباعه، فإما أن يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرش فأخذ أرشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع، وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز، فهي أربعة فروع تتفرع على إجازة بيع الغاصب: أولها ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها. والثاني ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جناية فأخذ أرشها فإن الأرش يستحقه المشتري من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المعقود عليه بقطعها. بخلاف موته فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرش يده لما ذكرنا من أن البيع موضوع سبباً للملك، بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت الملك مستنداً لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم **(يتصدق)** هذا المشتري **(بما زاد)** من أرش اليد **(على نصف الثمن لأنه)** أي ما زاد على نصف الثمن **(لم يدخل في ضمانه)** لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لأن أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته، وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن

ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف. والثاني أن طروء الملك الباتّ على الموقوف لو كان مبطلاً له لكان مانعاً عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك باتّ فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك باتّ فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك الباتّ والموقوف لا يجتمعان في محل واحد، وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طروء الملك الباتّ يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال. وقوله: **(أما إذا أدى الغاصب الضمان)** جواب عن الرابعة. وتقريره: أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشترى منه لا ينفذ بل ينفذ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى. قال المصنف: وهو الأصح، ولئن سلم فنقول: هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكاً له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد. قال: **(فإن قطعت يد العبد الخ)** إذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشتري لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه، ولكن

قوله: **(والمنع إنما يكون بعد الوجود)** أقول: فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله: أي بعد وجود التعارض، ومنه يتنبه لدفع الشارح فتنبه قوله: **(وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لاسيما إذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد قوله: **(فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى)** أقول: الوقف تحرير الأرض، كما أن العتق تحرير العبد، ولعل الأولوية من حيث أن لزوم الوقف يحتاج إلى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الإعتاق.

قوله: **(وقيل بخلاف الإعتاق)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(وهذا أقرب)** أقول: أي معنى وإن كان أبعد لفظاً.

الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى، فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري، بخلاف الإعتاق على ما مر. **(ويتصدق بما زاد على نصف الثمن)** لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك. قال: فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر.

فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن **(فيه شبهة عدم الملك)** لأن الملك في الأرش يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك، وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل، لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد. ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئاً.

ووزع في الكافي الوجهين فقال: إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود: أي الملك حقيقة وقت القطع، وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه. ولو كان المشتري من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للعبد. قال المصنف: وهذه أي هذه المسألة. وفي بعض النسخ هو **(حجة على محمد)** يعني كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف، وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف **(والعذر له)** أي جوابه بالفرق **(بأن الملك من وجه)** يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز ف**(رد في الرق فإ)**ن **(الأرش للمولى)** مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه **(وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البائع البيع)** يكون **(الأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر)** حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه، والثالث من الفروع ما ذكره بقوله **(فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول)** أي بيع الغاصب **(لم يجز البيع)** أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر **(لما ذكرنا)** يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً إلى آخره **(ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول)** أي بيع الغاصب **(بخلاف الإعتاق عندهما)** أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(فإنه)** أي الإعتاق

امتنع ثبوت الملك له المانع وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع بالإجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرش له، وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها، لأن ملكه بقي متقرراً فيها، والكسب والأرش والولد لا يملك إلا بملك الأصل. واعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرش وإن ملك المضمون، وبالفضولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة. وأجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف

قوله: **(إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لغرر الانفساخ فلم ينعقد)** أقول: منظور فيه، فإن الشراح صرحوا في كتاب الإكراه أن المغصوب منه إذا أجاز بيعاً من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة، ولو لم ينعقد لما نفذ قال المصنف: **(فإن لم يبعه المشتري فمات في يده)** أقول: قال الإتقاني: لم يذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير ولكن ذكروها في شروحه، وصاحب الهداية أيضاً ذكرها تفريعاً انتهى. فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الإتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحد أن كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمداً أو القدوري.

قال: **(فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز)** لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل، إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل فتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه.

قال: **(ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو ربّ العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته)** للتناقض في الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته، والبينة مبنية على صحة الدعوى **(وإن أقرّ البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك)** لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار،

(لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز، ولو باعه لا يجوز. وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق. واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقاً غاصباً أو غير غاصب، إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة، ومع ذلك ينعقد موقوفاً وتلحقه الإجازة. أجيب بأن هناك معارضاً لغرر الانفساخ مرجحاً عليه، وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر، وليس مثله ثابتاً في البيع الثاني لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلاً، وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلاً، لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانعاً غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع. وفرق العتابي بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكماً، والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع إزالة له بلا إنهاء فكان ضداً محضاً لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه. والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان، ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع. والرابع ما ذكره بقوله **(فإن لم يبعه المشتري و)** لكن **(مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات)** وهذا **(في الموت)** ظاهر **(و)** أما **(في القتل)** فلم لم يعتبر إيجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقياً ببقاء بدله فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت، بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله، وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكاً يقابل بالبدل لأنه ملك موقوف، والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح قوله: **(ومن باع عبد غيره بغير أمره)** قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة، بل صورتها: باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أن لم يأمره مالكه ببيعه. أو أقام على قول ربّ العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته، وأنه

وهي تندفع بثبوته من وقت الأداء فلا يملك الأرش لعدم حصوله في ملكه. وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت جوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة. فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة، وهذه أي كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر: أي الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجه كاف لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم ردّ رقيقاً فإن الأرش للمولى، وكما إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فإن الأرش للمشتري لثبوت

وللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما، فلهذا شرط طلب المشتري. قال رحمه الله: وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدّق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل. وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري. وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري.

يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه، إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبني على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل؛ ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر مناقض، إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر، بخلاف الآخر، ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة، ذكره في شرح الزيادات، بخلاف ما لو أقرّ البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان، والرد أن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الأقرار ولذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه، إلا أن الإقرار حجة قاصرة: يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة، فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع، والمراد بفسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما لا أن الفسخ يتوقف على القضاء أو فروعها أن صاحب العبد إذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر، وإن كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه، ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له، ويبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك الإقالة بغير رضا الآمر، وعلى قول أبي يوسف لا يملك قوله: (**وذكر في الزيادات**) إلى آخره. صورة مسألة الزيادات: اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصماً لأنه يدعيها لنفسه، فإن أقرّ بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره بها له لا يكون حجة على البائع، وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لأن نكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره. فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب يحدث مثله بإقراره لا يلزم الموكل، وإن رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة، لأن المشتري مختار في النكول لأنه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك، ولو كان مضطراً فالاضطرار إنما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير، أما الوكيل فمضطر في النكول إذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فإن غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك. ولو قال المشتري أنا أقيم البينة أنها للمستحق لا رجع على البائع لا يلتفت إليه لأنه مناقض في دعواه، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحة البيع، وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون. رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة أن البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع

الملك من وجه، بخلاف الإعتاق: يعني لا ينفذ إعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر، وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده، كذا في النهاية. وقيل بخلاف الإعتاق متعلق بقوله إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش: يعني أن إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه، وقوله: (**على ما مر**) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرش اليد الواحدة في الحرّ نصف الدية. وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع، وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به. وفي الكافي: إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل المبيع مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن

. . . .

أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد: إذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. وفرق؛ أما في مسألة الواهب فالفرق أن تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد، والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. وعندي أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنهما مما قد يخفى على المتناقض المدعي بها بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلاً، والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته. وأما في مسألة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري. ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على إقرار البائع أنها للمستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره، وهو خص في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو إقرار البائع، ولو كان مناقضاً فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم. ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق، كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة أنه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول إليه من جهة الغائب. ولو أقامها على إقرار المدعي تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته. وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية، وهو أنه لا تقبل بينة المشتري على إقرار البائع أنه لم يأمره، كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسألة في الجامع فيما إذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر، وسلامة البيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعياً حق الرجوع. وفي الزيادات: وضع فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعياً لنفسه حق الرجوع، قال: ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري، ومع هذا قبلت بينته. لأنا نقول ذلك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده، وهذا هو فرق المصنف، وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضاً في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك، فالأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن ربّ العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع، ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر

العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه، وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين. قال: **(فإن باعه المشتري من آخر الخ)** يعني إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا أن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ، والملك الباتّ، إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به. قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وأن لا يجيز، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً. وأجيب أن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم؛ فبالنظر إلى الغرر يفسد، وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما. لا يقال: الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك إجماعاً، وهو أن لا يصح بيع أصلاً لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض، وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم. عما يعارضه إذ المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الإعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر؛ ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الإنفساخ، والإعتاق قبل القبض يصح. قال: **(فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل)** أي فإن لم يبعه المشتري من الغاصب فمات

قال: **(ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع)** عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول

بعد البيع. قال: ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضاً فتقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين انتهى. وقيل مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو ربّ العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت. ومما يناسب المسألة: باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد: تقبل بينته ويبطل البيع الأول. ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الأمة للمستحق أو ليست له؟ أجابه القاضي إلى ذلك لأنه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره، فيسأله القاضي فإن أقرّ بذلك ألزمه الثمن، وإن أنكر وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي إلى ذلك. فمنهم من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى، فإنه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه أنه ملك المستحق إنكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته، وكما لا تقبل البينة إلا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف إلا بعد دعوى صحيحة. دل عليه ما في المأذون: اشترى عبد شيئاً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه، وإن أقرّ به البائع يلزمه. وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع أنك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه مني لم يكن له ذلك، وإن أقر به البائع يلزمه. والجواب أن في

في يده أو قتل **(ثم أجاز المالك البيع)** أي بيع الغاصب **(لم يجز)** بالاتفاق **(لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات)** بالموت والقتل لامتناع إيجاب البدل للمشتري بالقتل، فلا يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل لأن ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلاً بالبدل **(بخلاف البيع الصحيح)** فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ **(لأن ملك المشتري ثابت باتّ فأمكن إيجاب البدل فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه)** وهو القيمة والمشتري بالخيار، فإن اختار البدل كان البدل للمشتري. قال: **(ومن باع عبد غيره بغير أمره)** رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك **(فأقام المشتري البينة)** أن رب العبد أو البائع أقرّ أنه لم يأمر البائع ببيعه **(لا تقبل بينته)** لأنها تبتنى على صحة الدعوى فإن صحت الدعوى صحت البينة وإلا فلا وهاهنا بطلت الدعوى **(للتناقض)** لأن إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وأن البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وأن البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة **(وإن أقرّ البائع بذلك)** أي بأنه باعه بغير أمره **(بطل البيع)** إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقرّ به صح إقراره، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير، فإذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض. وذكر المصنف رحمه الله مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير. وتصويرها ما قيل: رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وإن تناقض في دعواه. قال: **(وفرقوا)** أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات **(بأن العبد في هذه المسألة)** أي في مسألة الجامع الصغير **(في يد المشتري)** فيكون المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع **(وفي تلك)** أي مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه. قيل في هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري. ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض. وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة. قال صاحب النهاية: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر، وفيه نظر لأن التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء، ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقرّ بذلك ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم، والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه. وما قيل إن التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه

أبي يوسف رحمه الله آخراً، وكان يقول أولاً: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهي مسألة غصب العقار

مسألتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الإقرار من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه، فعلناه مناقضاً في حق البينة ولم نجعله مناقضاً في حق اليمين ليكون عملاً بهما، والعمل على هذا الوجه أولى لأن البينة حجة متعدية، فلو لم نجعله مناقضاً في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمينْ بطريق الأولى، بخلاف مسألة المأذون لأن العبد منكر لحكم العقد أصلاً، لأن شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه، وبخلاف مسألة الجامع لأن ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة، وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال: ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الأصل، فإن أقرّ المشتري بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع. أما حرية الجارية فلأنها كانت له من حيث الظاهر فصح إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره. منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لأن الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة، وعندهما يجري إلا أن اليمين تكون على الأمة وسلبت فانقادت لذلك فانقيادها كإقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لأن الظاهر شاهد له، فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه الثمن. فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين: أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لأنه فيها يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق، وذلك دين عليه لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع، فكانت البينة مظهرة أن إقدامه على الشراء لم يكن إقراراً بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض. أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع، فلو قبلنا بينة المشتري أنها للمستحق لا يظهر ببينته أنها للمستحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك اليمين للبائع، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً شهوده ساعياً في نقض ما تم به. والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين، إلا أن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى، كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره، وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت. واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع أرضاً ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف. منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع. ومنهم من قال تقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه. وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله إنما تقبل بينة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل، وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى، والتناقض يمنع الدعوى. ولو ادعى المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقرّ المشتري بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا، فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك، إن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لأنه يثبت ببينته أنها لم تدخل في العقد فكان مدعياً للدين فلا يكون مناقضاً، فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد، والإعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق قوله: **(ومن باع داراً لرجل)** أي عرصة غيره بغير أمره. وفي جامع فخر الإسلام: معنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري **(لم يضمن البائع عند أبي حنيفة)** لمن أقرّ بالغصب منه

بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه فجعلناه متناقضاً في مسألة الجامع الصغير لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له إذ هو في يده ولم نجعله

وسنبينه إن شاء الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

(وهو قول أبي يوسف آخراً، وكان يقول أوّلاً يضمن، وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) هل يتحقق أو لا؟ عند أبي حنيفة لا فلا يضمن، وعند محمد نعم فيضمن.

[فروع تتعلق بهذا الفصل] باع الأمة فضولي من رجل وزوّجها منه فضولي آخر فأجيزا معاً ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة؛ ولو زوّجاها من رجل فأجيزا بطلا، ولو باعاها من رجل فأجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معاً ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها. والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة، بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع، ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبداً وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك، وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف. ولو تبايع غاصباً عرضي رجل واحد له فأجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الإجازة. ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو غصبا النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب. وتقدم أن المختار في بيع المرهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن، فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع، ولو لم يجيزا فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما، وإن علم فكذلك عند محمد، وقيل هو ظاهر ارواية. وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم، وقيل هو ظاهر الرواية، وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر. وفي المرتهن اختلاف المشايخ. وفي مجموع النوازل: بيع المغصوب موقوف إن أقرّ به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع، وقيل لا لأنه أخلف بدلاً، والأول أصح. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى. وعن أبي حنيفة روايتان: رجل غصب عبداً وباعه ودفعه إلى المشتري ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء. قال محمد: إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب، وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب. ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده، وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي، وكذا الذي بلغ سفيهاً والمعتوه، وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافاً لمن قال فاسد، فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت إجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء، وإن أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيع، ومنه بيع المريض عيناً من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض، فإن صح من مرضه نفذ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل، والله أعلم.

متناقضاً في الفصل الثاني لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان فصرنا إليه قال: **(ومن باع داراً لرجل)** قيل معناه: باع عرصة غيره بغير أمره **(وأدخلها المشتري في بنائه)** قيل يعني قبضها وإنما قيد بالإدخال في البناء اتفاقاً **(لم يضمن البائع)** أي قيمة الدار **(عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً، وكان يقول أوّلاً يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار)** على ما سيأتي.

قوله: **(قيل في هذا الفرق نظر)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(وما قيل، إلى قوله: يجاب عنه بأن المشتري الخ)** أقول: هذا الجواب مذكور في الخبازية وزيادات قاضيخان، ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل إن التناقض الخ قوله: **(متناقضاً من وجه)** أقول: من حيث اللفظ قوله: **(دونَ وجه)** أقول: أي من حيث الحقيقة، والله أعلم.

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة، فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: أشهد أن الله تعالى أحلّ السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية.

باب السلم

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم، لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق، أو قلبه وهو السلم، أو ثمن بثمن فالصرف، أو عين بعين فالمقايضة. ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الآخرين، ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما، فقدم انتقالاً بتدريج. وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه: أعني تسليم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق، لكن لما كان وجود السلم في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل، وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل، وعرف أيضاً أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا، ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك إلى آخره، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ. وعرف أن ركنه ركن البيع. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وسيذكر المصنف شرائطه. وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة، ومعناه لغة السلف، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه، وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه قضاء كأنه هو، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد، ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء قوله: **(وهو)** يعني السلم **(عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة)** أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢][(١)].

باب السلم

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب. وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن. وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل. قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط. ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم، ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك. وركنه الإيجاب

باب السلم

قوله: **(أخذ عاجل بآجل)** أقول: يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل قوله: **(قيل فهو الخ)** أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: **(ورد بأن السلعة)** أقول: الرد للإتقاني قوله: **(ولو قيل بيع آجل بعاجل مالخ)** أقول: قوله ولو قيل الخ أيضاً من كلام الإتقاني قوله: **(فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به)** أقول: إن

(١) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي ١٣١٤ والحاكم ٢/٢٨٦ والبيهقي ٦/١٨ كلهم عن ابن عباس موقوفاً ورواه أيضاً عبد الرزاق، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٤٥ وقد صححه الحاكم على شرطهما. والصواب أنه على شرط مسلم لأن البخاري لم يخرج لأبي حسّان الأعرج.

وبالسنة وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخّص في السلم» والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه. ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه.

وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة، وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري، وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم، والمصنف قد ذكر لفظ الحديث: أحل السلف المضمون، فقال بعض المشايخ: المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل، وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة. ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعا بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (**بالسنة**) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (**«وهو أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»**)[1] وإن كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ. قيل[2] والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، إلى أن قال: ولا تبع ما ليس عندك»[3] قال الترمذي: حسن صحيح، وتقدم. والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: «قدم النبيّ ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[4] وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «إن كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب»[5]. ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون البيع نازلاً عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع. ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم،

والقبول، بأن يقول ربّ السلم لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم مي كرّ حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت، ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه. ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه والقبول من ربّ السلم صح. وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه إن شاء الله تعالى. قال: (**السلم عقد مشروع بالكتاب الخ**) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ معناه إذا تعاملتم بدين

أراد أنه لا معتبر به مطلقاً فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فمسلم ولا يفيده، إذ لا ينازع أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل، وأيضاً لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس تناقض آخر كلامه أوله.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٥ ثم ذكر الزيلعي أن القرطبي ذكره بتمامه على أنه حديث واحد.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٩: لم أجده هكذا. وإنما هما حديثان ا هـ.
قلت: ولا حجة في ذكر القرطبي لخبر لا يوجد في كتب الحديث والأثر.

(٢) القائل هو الزيلعي ووافقه ابن حجر في الدراية، وكذا ابن الهمام.

(٣) هذا حديث تقدم في خيار العيب وإسناده قوي جاء من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث حكيم بن حزام، وغيرهما وتقدم مستوفياً.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٩ و ٢٢٤٠ و ٢٢٤١ و ٢٢٥٣ ومسلم ١٦٠٤ من وجوه وأبو داود ٣٤٦٣ والترمذي ١٣١١ والنسائي ٧/ ٢٩٠ والدارمي ٢/ ٢٦٠ وابن ماجه ٢٢٨٠ والشافعي ٢/ ١٦١ وعبد الرزاق ١٤٠٥٩ و ١٤٠٦٠ وابن أبي شيبة ٧/ ٥٢ والحميدي ٥١٠ وأحمد ١/ ٢١٧. ٢٢٢. ٢٨٢ وابن الجارود ٦١٤ و ٦١٥ وابن حبان ٤٩٢٥ والطبراني في الكبير ١١٢٦٣ و ١١٢٦٤ و ١١٢٦٥ والبيهقي ٦/ ١٨. ١٩ والبغوي ٢١٢٥ من طرق كلهم عن ابن عباس به. السلف والسلم معناهما واحد.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٢ و ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ و ٢٢٤٥ و ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ والنسائي ٧/ ٢٨٩. ٢٩٠ وعبد الرزاق ١٠٤٧٧ وأحمد ٤/ ٣٨٠ وابن أبي شيبة ٧/ ٥٤ وابن ماجه ٢٢٨٢ وابن الجارود ٦١٦ وابن حبان ٤٩٢٦ والبيهقي ٦/ ٢٠. ٢٥ والطيالسي ٨١٥ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن أبي أوفى. والسياق لرواية البخاري الأولى والثانية. وله قصة.

قال: **(وهو جائز في المكيلات والموزونات)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد أن

قال: بل هو على وفقه فإنه كالابتياع بثمن مؤجل. وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس. قال: وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس، وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه: فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة، وأطال كلاماً وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس. وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به، وليس كلامه هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه، وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبراً في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده. وقوله أيّ فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس. ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع، فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لأن الوجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن. وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس، وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس. قال المصنف **(رحمه الله؛ والمراد بالموزونات)** أي التي يجوز السلم فيها **(غير الدراهم والدنانير)** أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل، وإن أسلم غيرها من العروض ككرّ حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلماً بالاتفاق، لأن المسلم فيه لا بد أن يكون ثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها، وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعاً في الكرّ والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأساً؟ حكى المصنف فيه خلافاً **(قيل يبطل)** وهو قول عيسى بن أبان **(وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل)** ولا يبطل، وهو قول أبي بكر الأعمش، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه إلا في الدراهم، ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل

مؤجل فاكتبوه، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوماً. ووجه الاستدلال **(ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها)** أي في السلف على تأويل المداينة **(أطول آية في كتاب الله، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم﴾ الآية)** فإن قيل: هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به. قلنا: عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به قوله: **(المضمون)** صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى: ﴿يحكم بها النبيون الذين أسلموا﴾ ومعناه الواجب في الذمة. وأما السنة **(فما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس يأبى جوازه)** لأنه بيع المعدوم، إذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص. قال: **(وهو جائز في المكيلات والموزونات)** السلم جائز في المكيلات والموزونات **(لقوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»)** والوجوب ينصرف إلى كونه معلوماً وهو يتضمن الجواز لا محالة. فإن قيل: من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى: ﴿قل إن كان للرحمن ولد فأنا أوّل العابدين﴾ فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع، وإنما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات **(والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا يكون ثمناً بل يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما. ثم قيل: يكون باطلاً، وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بقدر الإمكان والاعتبار في العقود للمعاني)** والأول قول عيسى بن أبان، والثاني قول أبي بكر الأعمش

قوله: **(وهو يتضمن الجواز)** أقول: فإن وجوب الوصف شرعاً يتضمن جواز موصوفة شرعاً، هذا هو مراده ظاهراً قوله: **(فالجواب أن الدليل قد دل الخ)** أقول: وأيضاً من الحديث الشريف تعلم طريق السلم، وظاهر أن ذلك لا يكون إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة.

يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلاً، وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان، والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك.

قال: **(وكذا في المذروعات)** لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض، لأن العددي المتقارب معلوم

باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة، وهذا من إفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيا إذا اشترى خمراً بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتباراً لتحصيل غرضهما ما أمكن قوله: **(وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها)** أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة. وعرف من تعليله هذا أن شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطاً على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة، فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري إذا بين الطول والعرض. وفي الإيضاح: يحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته، والحرير كلما خف زادت انتهى. وهذا في عرفهم. وفي عرفنا ثياب الحرير أيضاً وهي المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة. فالحاصل أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لأنه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما. لا يقال: السلم مخصوص من عموم «لا تبع ما ليس عندك» ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به. لأنا نقول: ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره. فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لاتبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعدمه، وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصاً بما ليس عنده، بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته، كما أن ما عنده أيضاً لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه. فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل، وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعييناً لهما ولا أمراً بخصوصهما

رحمهما الله. وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع، وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه في المسلم فيه، وهو إذا كان من الأثمان لا يصح تصحيحه لأنها لا تكون مثمناً، وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحاً. قال: **(وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها)** أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما. وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء إنما يلحق بغيره دلالة إذا تساويا من جميع الوجوه، وليس المذروع مع

قوله: **(فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ)**. أقول: هذا منع لا يضر.

القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً، وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي

على تقدير السلم، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بياناً لشرط الصحة وهو عدم الجهالة. يدل عليه سياق الحديث وهو «أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال: من أسلم في شيء. يعني من هذه الثمار. فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم»(١)، ثم إنه ﷺ زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل، فإن سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالآجل وإعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم، ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة إلى أخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة من القزازين في المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات، يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة: أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها. فإن قيل: في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما. فالجواب حينئذ. إن قلت: الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح؛ بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه، والاختلاف فيه ليس في الصنعة، ونحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى ينضبط، كما أن المكيل أيضاً لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه، فتأمل هذا التقرير فإن في غيره خبطاً، والله أعلم قوله: **(وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض)** أي يجوز السلم فيها عدداً **(لأن العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه)** عدداً **(والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت)** بعد أن يكون من جنس واحد لأن التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به، ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين، وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب، وهو مرويّ عن أبي يوسف، وعليه عوّل المصنف: أعني أن ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤوس والأكارع والسفرجل، فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية إلا إذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك. ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها إلا بذكر مميزات. وأجازوه في الباذنجان والكاغد عدداً لإهدار التفاوت، وفيه نظر ظاهر، أو يحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز، وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك، بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً، فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين. وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام

المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيمياً، وهما مثليان لأن المناط هو ما ذكرنا، إذ الجهالة المفضية إلى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيمياً أو مثلياً. فإن قيل: الدلالة لا تعمل إذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله: «لا تبع ما ليس عندك» فإنه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله: «من أسلم منكم» الحديث، فبقي ما وراءهما تحت قوله لاتبع. فالجواب إنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لأن القران شرط له وهو ليس بموجود، سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضاً للدلالة (**وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت**) آحادها (**كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم**) فكان مناط الحكم موجوداً كما في المذروعات (**فجاز السلم فيه إلحاقاً بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت**) فإنه قلما

---

(١) تقدم قبل حديث واحد وهو من رواية ابن عباس وفيه: ووزن معلوم.

المتقارب. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية، ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل. وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان. ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل

ادعاء لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز، وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض أو إهداره. قال المصنف **(وكما يجوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه ليس بمكيل بل معدود، وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت)** بين آحاده. قلنا: أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لا تفاوت في ماليته؛ وأما كونه معدوداً فمسلم، لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس إلا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر. فإن قيل: الكيل غير معدوم فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل: قلنا: قد علمنا به ورضي رب السلم فإنما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها، وكيله إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً ليكون ربوياً. وإذا أجزناه كيلاً فوزناً أولى قوله: **(وكذا في الفلوس عدداً)** أي يجوز السلم في الفلوس عدداً، هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف، فكان هذا ظاهر الرواية عنه. وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربا لأنها أثمان، وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل، وإذا كانت أثماناً لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه. وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج، لكن ظاهر الرواية عنه الجواز. والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمناً، فإذا أقدما على السلم فقد تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية، ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد، بخلاف البيع فإنه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين، وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه. وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنياً: يعني إذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية إلى الوزنية، إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا، فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه

يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض **(بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً)** فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الأنواع، وهذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله، ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية. ثم كما يجوز السلم فيها: أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه عددي لا كيلي. وعنه أنه لا يجوز عدد أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجاز إهداره والاصطلاح على كونه كيلياً قوله: **(وكذا في الفلوس عدداً)** ذكره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف: وأما عند محمد فلا يجوز: أي لا يجوز السلم في الفلوس لأنها أثمان، والسلم في الأثمان لا يجوز. ولهما أن الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما

(**ولا يجوز السلم في الحيوان**) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب. ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار

الأعصار عددية في ديارنا أيضاً قوله: (**ولا يجوز السلم في الحيوان**) دابة كان أو رقيقاً، وهو قول الثوري والأوزاعي (**وقال الشافعي**) ومالك وأحمد (**يجوز**) للمعنى والنص. أما المعنى (**فلأنه يصير معلوماً**) أي منضبطاً (**ببيان الجنس**) كفرس أو إبل أو عبد (**والسن**) كابن مخاض أو عشار (**والنوع**) كعربي وبختي وحبشي (**والصفة**) كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة (**والتفاوت بعد ذلك يسير**) وهو مغتفر بالإجماع وإلا لم يصح سلم أصلاً، فإن الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي، فإنّ بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتاً لا يخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما، وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعاً فصار الحيوان كالثياب والمكيل، وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل فأمره أن يأخذه على قلائص الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[1]. ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وأخرج الطحاوي بسنده إلى أبي رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي للرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال: أعطه إياه، إن من خيار الناس أحسنهم قضاء»[2] فدل على ثبوت الحيوان في الذمة. وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة. وفي رواية: بأربعة أبعرة مضمونة[3]،

إبطالهما باصطلاحهما، فإذا بطلت الثمنية صارت مثمناً تتعين بالتعيين فجاز السلم، وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلس بالفلسين. ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد بين البيع والسلم، وهو أن كون المسلم فيه مثمناً من ضرورة جواز السلم، فإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمناً، وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمناً فإن بيع الأثمان بعضها ببعض جائز، فالإقدام على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمناً كما كان، وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله: (**ولا يجوز السلم في الحيوان**) وهو لا يخلو إما أن يكون مطلقاً أو موصوفاً، والأول لا يجوز بلا خلاف، والثاني لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالإبل، والسن كالجذع والثني، والنوع كالبخت والعراب، والصفة كالسمن والهزال، والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب، وقد ثبت: «أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل. وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكراً وقضاه رباعياً» والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض. ولنا أن بعد ذكر الأوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن إحداهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة المنافية لوضع الأسباب، بخلاف الثياب لأنه

قوله: (**فتقل الآلات كان من دار الحرب الخ**) أقول: يعني الآلات المهمة في تجهيز جيش الإسلام من الخيل والجمال وغيرهما، فكان الأمر لعمر شراءها منهم.

---

(١) تقدم تخريجه في ٢/ ١١ في باب الربا وإسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٦٨٠ ح ٨٩ وعنه مسلم ١٦٠٠ وأبو داود ٣٣٤٦ والدارمي ٢/ ٢٥٤ والترمذي ١٣١٨ والبيهقي ٥/ ٣٥٣ وأحمد ٦/ ٣٩٠ كلهم من حديث أبي رافع. وقال الترمذي: حسن صحيح.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه مسلم ١٦٠١ والترمذي ١٣١٦ و ١٣١٧ مع تغير يسير فيه والقصة واحدة.

قال النووي في شرح مسلم ما ملخصه: البكر من الإبل الصغير والأنثى بكرة، فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة فهو رباع، والأنثى رباعية. بتخفيف الياء. وقوله: أعطه رباعياً. هو بتخفيف الياء.

وفي الحديث جواز السلم في الحيوان، وحكمه حكم القرض ا هـ النووي.

(٣) موقوف تقدم تخريجه في باب الربا رواه مالك وغيره وهو صحيح.

المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال

واستوصف بنو إسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف، وقال ﷺ: «ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر إليها»[١] فقد جعل الموصوف كالمرئي. وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الإبل دية في الذمة وأثبت مهراً في الذمة، وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعي والمشهود به معلوماً. قلنا: أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش، فإن العبدين المتساويين سناً ولوناً وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والأخلاق والأدب وفهم المقاصد ما يصيره بأضعاف قيمة الآخر، وكذا بين الفرسين والجملين (**بخلاف الثياب**) فإنها مصنوعة العبد بآلة خاصة، فإذا اتحدت لم تتفاوت إلا يسيراً، وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك. وقول المصنف رحمه الله (**قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد**) يريد أنهما يتفاوتان قليلاً لا عدم التفاوت أصلاً كما هو استعمال قلما فإن هذا الفعل: أعني قل إذا كف بما استعمل للنفي: كقوله:

وقلما وصال على طول الصدود يدوم

وحين علمنا أنه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت، ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين إذا اتحد الصانع والآلة اتحدا[٢] المصنوع من التساهل. وأما النص[٣] المذكور فقال ابن القطان: هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد، فرواه حماد بن سلمة هكذا، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير. ذكر هذه الرواية الدارقطني. ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه: عن ابن إسحاق عن يزيد بن حبيب عن أبي حبيب: عن سلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش. ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش. ورواه عن عبد الأعلى أبو بكر ابن أبي شيبة، فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير، ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكراً ولا أعلمه في غير هذا الإسناد، وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه[٤]. فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه، وهو ما

مصنوع العباد، فقلما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد ذكر الأوصاف، وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان في دار الحرب ولا ربا بين الحربي والمسلم فيها، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ، ولم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٤٠ و ٥٢٤١ وأبو داود ٢١٥٠ والترمذي ٢٧٩٢ وأحمد ١/ ٣٨٠. ٣٨٧. ٤٤٣. ٤٦٣. ٤٦٤ والطيالسي ٣٦٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٩٧ وابن حبان ٤١٦٠ و ٤١٦١ والبغوي ٢٢٤٩ والبيهقي ٦/ ٢٣ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً: لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها.

هذا لفظ البخاري في روايتيه وكذا رواه الباقون هكذا وأما رواية ابن الهمام فهي غريبة، ولعله رواها بالمعنى والله أعلم.

قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٣٣٨: قال القابسي: هذا أصل لمالك في سد الذرائع، فإن الحكمة في هذا النهي خشية أن يعجب الرجل بالوصف المذكور. فيفضي إلى تطليق الواصفة، أو الافتتان بالموصوفة.

(٢) قوله: اتحدا. لعل الصواب: اتحد. وزيادة الألف لعلها تحريف من النساخ. وقوله من التساهل: أي الشارحون يتساهلون.

(٣) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) إلى هنا كلام ابن القطان وقد نقله الزيلعي ٤/ ٤٧ بتمامه. لكن للحديث طريق أخرى عن الدارقطني ٣/ ٦٩ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما عن ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وهذا إسناد حسن. صرح ابن جريج بالإخبار فزالت شبهة التدليس لذا حكمت على الحديث بأنه حسن بمجموع طريقيه وذلك في باب الربا ٢/ ١١ والله أعلم.

واحد. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان» ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير.

أخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[1]. ورواه عبد الرزاق: حدثنا معمر به، وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار: ليس في الباب أجل إسناداً من هذا. وقول البيهقي إنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله: إن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت، لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسنداً، وغاية ما فيه تعارض الوصل والإرسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف، وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق: منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[2] وقول البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له، فإنه فرّع القول بسماعه منه مع أن الإرسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح، مع أنه قد يكون شاهداً مقوياً فلا يضره الإرسال. وأيضاً اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر، وحديث آخر أخرج الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء، ولا بأس به يداً بيد»[3] قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة. وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء[4]، وقول البخاري مرسل[5] وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر[6] لذلك[7] أيضاً مع أنه ليس كذلك. وأخرج الإمام أحمد: حدثنا حسين بن محمد، حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهين، فقال رجل: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ قال: لا بأس إذا كان يداً بيد»[8] وحمل هذه الأحاديث على كون النهي فيما إذا كان النساء من الجانبين حتى

يجوز أن يفعل ذلك قوله: (**وقد صح**) يجوز أن يكون إشارة إلى جواب ما يقال: التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل، وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندكم. وتقريره أن عدم جواز السلم في

---

(١) تقدم في ٤/ ١٢ مع حديث سمرة الآتي مع ذكر شواهد أخرى لهما. راجع باب الربا.

(٢) تقدم في الذي قبله. وما ذكره البيهقي هو الحق حيث أن الجمهور من المحدثين على أن الحسن لم يسمع من سَمُرَةَ إلا حديث العقيقة. ثم إنه في هذا الحديث لم يصرح بالسماع وهو مدلس، فروايته غير حجة، وكذا الراوي عنه هو قتادة مدلس أيضاً، وقد عنعنه. لكنه يعتضد بشواهد، فهو حسن وقد تقدم.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ١٢٣٨ وابن ماجه ٢٢٧١ كلاهما من حديث جابر. وقال الترمذي: حسن صحيح!

قلت: مع أن له علتين الأولى: ضعف الحجاج بن أرطاة واختلاطه. كما في التقريب. والثانية: أبو الزبير مدلس وقد عنعنهُ.

فالحديث ضعيف، ولعله يصير حسناً لشواهده وأما صحيح فهذا بعيد.

(٤) ضعيف. رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقة ابن حبان، وغيره وضعفه ابن معين.

(٥) مراده حديث ابن عباس حيث نقل المصنف أن البخاري أعله بالإرسال، وأجاب ابن الهمام قبل أسطر أن الحكم لمن وصله لأنه زيادة ثقة.

(٦) قلت: بل يضر. قال عنه الحافظ في التقريب: هو محمد بن دينار الأزدي الطّاحي. صدوق شيء الحفظ رُمي بالقدر وتغير بآخره ا هـ.

قلت: فالرجل ضعيف، وقد ذكر ابن الذهبي في الميزان أحاديث تدل على وهنه.

(٧) لعل الصواب: ذلك.

(٨) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٢/ ١٠٩ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ كلاهما من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه أبو جناب الكلبي. مدلس ثقة ا هـ. فالحديث حسن لشواهده وإلا فهو بمفرده غير قوي.

تنبيه: وقع عند المصنف في الإسناد: عن أبي خباب. والصواب: أبي جناب كذا في مسند أحمد وفي المجمع. ووقع في نصب الراية أيضاً: عن أبي حسان. وهو تصحيف أيضاً.

قال: **(ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع)** للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها. قال: **(ولا في**

يكون بيع الكالىء بالكالىء تقييداً للأعم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب. وقال المصنف رحمه الله **(صح «أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان»)** هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن إسحاق بن إبراهيم بن جوني، حدثنا عبد الملك الذماري، حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان»[١] ويقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتضعيف ابن معين إبن جوني فيه نظر[٢] بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة [٣] والحسان ما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث، وكذا يحب أن يرجح على حديث أبي رافع [٤] إن صح لأنه أقوى سنداً: أعني حديث ابن حبان[٥]، ولأن المانع يرجح على المبيح. وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص، فلما حلت أخذ بعضاً وبقي بعض، فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه، فقال عبد الله: أفعل زيد؟ فقال نعم، فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله: اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان. قال صاحب التنقيح: فيه انقطاع[٦] يريد بين إبراهيم وعبد الله، فإنه إنما يروي عنه بواسطة علقمة أو الأسود، إلا أن هذا غير قادح عندنا خصوصاً من إرسال إبراهيم، فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم[٧] عن رسول الله ﷺ في المطلوب، وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فإنما ذكر الله لهم

الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فإنه يجوز في الديباج دون العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة. لا يقال: النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع، لأن محمد بن الحسن ذكر في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة، فقال ابن مسعود: اردد مالنا لا تسلم أموالنا. وهو دليل على أن

قوله: **(لا يقال في كلام المصنف تسامح)** أقول: يعني في قوله في الحيوان، ثم أقول: فيه شيء، إلا أن يقال في قوله تسامح تسامح، والمعنى في كلام المصنف اعتراض قوله: **(لأن ذكر ذلك الخ)** أقول: جواب لقوله ولا يتوهم.

---

(١) واهٍ. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٧ والدارقطني ٣/ ٧١ كلاهما من حديث ابن عمر. وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وأقره الذهبي! بينما نقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: فيه إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب. وقال الحاكم: روى أحاديث مصنوعة ا هـ.
وقال ابن حجر في اللسان: إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال ابن حزم عنه: مجهول. والظاهر أنه الطبري ا هـ. ثم ذكر ابن حجر ترجمة الطبري، واسمه أيضاً إسحاق بن إبراهيم فنقل عن ابن عدي قوله: منكر الحديث وكذلك قال الدارقطني. قلت: وما توقعه ابن حجر موافقة لماجزم به ابن عبد الهادي وهو الراجح لأن الراوي عنه صنعاني وهو صنعاني أيضاً. فالخبر واه بمرة لكن لما كان له شواهد. يرقى إلى الضعف فقط.

(٢) قلت: لا حاجة للنظر. فإنه متهم بالكذب وهو منكر الحديث والعجب كيف صحح الحاكم حديث مع أن ابن حجر نقل عنه في اللسان أنه قال عنه في كتابه المدخل: روى أحاديث مصنوعة ا هـ والمدخل كتاب للإمام الحاكم. تنبيه: ثم إن صوابه: جوتي. بالتاء. لا بالنون.

(٣) أما الصحيحة فليس في هذه الروايات حديث صحيح وأما الحسن فهو محتمل خاصة إذا اعتضدت مع بعضها.

(٤) قلت: هذا عجيب من المصنف رحمه الله فإن حديث أبي رافع تقدم قبل أحاديث، وقد أخرجه مالك ومن طريق مسلم، وأبو داود، وغيرهم، وإسناده في غاية الصحة. ولعل السبب الذي أدى بالمصنف لقول مثل هذا هو أنه عزاه فقط للطحاوي ا هـ فتنبه والله أعلم.

(٥) تقدم قبل أحاديث والمراد هو حديث ابن عباس وتقدم أنه معلول بالإرسال إلا أنه يصير حسناً لشواهده ولكن لا يعارض حديث أبي رافع لأنه ليس في درجته.

(٦) موقوف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٦ ونسبه لمحمد في كتاب الآثار. وهو مع إرساله موقوف. لكن يشهد للروايات المتقدمة التي تمسك بها الحنفية.

(٧) تقدمت هذه الأحاديث والله تعالى أعلم

الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً) للتفاوت فيها، إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه**

أوصافاً ظاهرة ليطبقوها على معين موجود، ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في أنه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقاً معناه. وأما منعه ﷺ وصف الرجل الحديث فللحوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص. وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلاً بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة، بخلاف ما قوبل بمال فإنه تجري فيه المشاححة فجرينا على موجب ذلك وقلنا: ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاححة عادة، بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضاً عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما. ولقائل أن يقول: كون التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشاً لا يضر، لأن ذلك باعتبار الباطن، ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر من الأوصاف الظاهرة، فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلاً بحسب الباطن أو كثيراً لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف فقط. نعم لو عين من الأوصاف الذكاء وجودة الفهم والأخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف إلا بعد زمان الاختبار، وبعده تجري المنازعة في أن أخلاقه ما هي وفي تحريرها، فالمفزع في إبطال السلم في الحيوان ليس إلا السنة، وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال: قلت له: إنما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف، قال: لا، لأنا نجوز السلم في الديابيح[1] ولا يجوز في العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: والعصافير وإن كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه يقام مقام الموجود، بخلاف السمك الطري لرجحان إمكان أخذه، وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف النصوص عن محمد. وقد روي عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها، وهو مشكل على الدليل، لأنا إن عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص، وإن اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز. فإن قيل. فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياساً على الثياب بقلة التفاوت. قلنا: إنما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك، بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه قوله: **(ولا في أطرافه)** أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان **(كالرؤوس والأكارع)** وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدوابّ. قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه أبعاضه، وليس بشيء لأنها

المنع لم يكن لكونه مطلقاً لأن القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيواناً. لا يقال: في كلام المصنف تسامح لأن الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما الدليل على ذلك فهو السنة. قال: **(ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع)** والكراع ما دون الركبة من الدواب، والأكارع جمعه لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لأنها تباع عدداً وهي عددية فيها الصغير والكبير فيقضي السلم فيها إلى المنازعة، ولا يتوهم أنه يجوز وزناً لقيده عدداً لأن معناه أنه عددي، فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بطريق الأولى لأنه لا يوزن عادة. وذكر في الذخيرة أنه إن بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ **(ولا في الحطب حزماً)** لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه، فإن عرف ذلك جاز، كذا في المبسوط، ولا في الرطبة جرزاً بضم الجيم

---

(١) لعل صوابه: الديابيج. بالجيم لا بالحاء، وهو جمع ديباجة والدّبج: النقش والديباج معرّب جمعه ديابيج ودبابيج والناقة الفتية الشابة، والمدبَّج المزيَّن به وضرب من الهام ومن طير الماء اهـ قاموس. فليحرر.

موجوداً من حين العقد إلى حين المحل، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» ولأن القدرة على

لا يصدق عليها الحيوان إن كان النهي تعبداً، ولا المعنى إن كان معلولاً بالتفاوت الفاحش لأن ذلك إنما يكون في حالة الحياة، وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة، ولذا يجوز السلم في الجلود وزناً. والمصنف إنما ذكر في منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عدداً وغير عدد لانتفاء المقدور. وعندي لا بأس بالسلم في الرؤوس والأكارع وزناً بعد ذكر النوع، وباقي الشروط، فإن الأكارع والرؤوس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وقول مالك بجوازه عدداً بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد أنها رؤوس عجاجيل أو أبقار كبار ونحوه في الغنم، فإن التفاوت بعد ذلك يسير **(لا في الجلود عدداً)** وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس، إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطاً لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقداراً من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم، وكذا في الأديم بأن يقول طائفي أو برغالي، وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه.

وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدداً محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه، إلا أن يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي، وفي الجواليق طوله ووسعه، وكذا كل ما كان مميزاً له عن غيره قاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز **(في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك)** بأن يبين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان لا يتفاوت، وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز بهذا العقد، ولو قدر بالوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب، وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع أن يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه إلا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلاً، وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزناً، بخلاف ما إذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزناً وهو كيلي لما عرف في باب الربا، أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لأن رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزناً كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلاً، وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزناً. وذكر قاضيخان أن الفتوى على

بعدها راء مفتوحة وزاي: وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً)** وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حلول الأجل شرط جواز السلم عندنا، وهذا ينقسم إلى ستة أقسام: قسمة عقلية حاصرة، وذلك لأنه إما أن يكون موجوداً من حين العقد إلى المحل أو ليس بموجود أصلاً، أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس، أو موجوداً فيما بينهما، أو معدوماً فيما بينهما. والأول جائز بالاتفاق، والثاني فاسد بالاتفاق، والثالث كذلك، والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي، والخامس فاسد بالاتفاق، والسادس فاسد عندنا خلافاً لمالك والشافعي. له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد، ولأن القدرة على التسليم إنما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل، والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه

قوله: **(وهذا ينقسم إلى ستة أقسام الخ)** أقول: بل إلى ثمانية أقسام، والقسمان الأخيران. أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل. وأن يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد، إلا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس قوله: **(فليكن وجود المسلم فيه)** أقول: فيه تأمل.

التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل. **(ولو انقطع بعد المحل فربّ السلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم، وإن شاء انتظر وجوده)** لأن السلم قد صح والعجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض.

الجواز لتعامل الناس، ويجوز السلم في القت وزناً والرطبة القضب، والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة: وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه، وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز قوله: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل)** بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول **(حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك)** وهو موجود عند العقد والمحل **(لا يجوز)** وهو قول الأوزاعي **(وقال الشافعي)** ومالك وأحمد وإسحاق **(إذا كان موجوداً عند المحل جاز)** وإن كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي. ولهم أيضاً إطلاق الحديث المتقدم أعني: «أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث»[(١)] فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[(٢)] فلو كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه، وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله. قلنا: بل فيه مدرك شرعي، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه، واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل نجراني. قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع؟ قال: لا، قلت: لم؟ قال: «لأن رجلاً أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله ﷺ قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: أؤخرك حتى تطلع، فقال البائع: إنما النخل هذه السنة، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع: أخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله، اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه»[(٣)] وجه الدلالة أنه أوّلاً يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدوّ صلاحها، وفيه مجهول كما رأيت، والحديث المعروف وهو: «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[(٤)] فيكون متناولاً للنهي، ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال: «سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نساء بناجز» وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه»[(٥)] فقد

وإن وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب، وهذا حجة عليهما. واعترض بأنه إذا كان عند العقد موجوداً كفى مؤنة الحديث، وإذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز. وأجيب بأن القدرة إنما تكون موجودة إذا كان العاقد باقياً إلى ذلك الوقت، حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه، وفي ذلك شك. وردّ بأن الحياة ثابتة فتبقى. وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى. فإن قيل: بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك. أجيب بأن وجوده كالنصاب وجوده لا ككماله، ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله: **(ولو انقطع بعد المحل)** يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله، وربّ السلم بالخيار إن شاء فسخ

---

(١) هو بعض حديث ابن عباس المتقدم في أول الباب وهو الحديث الثاني من رواه الستة.

(٢) تقدم في أوائل الباب بعد بضعة أحاديث وهو من حديث ابن عباس أيضاً رواه الجماعة.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٧ وابن ماجه ٢٢٨٤ كلاهما من حديث ابن عمر وعنه رجل نجراني لم يسمَّ.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٩: قال المنذري في مختصره: فيه رجل مجهول. وقال عبد الحق في أحكامه: فيه انقطاع ا هـ.

قلت: ذكره الذهبي في الميزان ٤/٦٠١ وقال: روى له ابن ماجه عن عمر في السلم. قال ابن معين، وابن عدي: مجهول.

(٤) صحيح. تقدم في البيوع.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٧ و ٢٢٤٨ و ٢٢٤٩ و ٢٢٥٠ من رواية أبي البختري عن ابن عمرو عن ابن عباس فذكره.

قال: (**ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً**) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع (**ولا يجوز السلم فيه عدداً**) للتفاوت. قال: (**ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً**) لأنه ينقطع في زمان الشتاء، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة.

ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع أنهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم. وأما لزوم وجوده بينهما فإما لعدم القائل بالفصل لأن الثابت قائلان: قائل باشتراطه عند المحل فقط، وقائل عندهما وفيما بينهما، فالقول باشتراطه عندهما لا غير إحداث قول ثالث، ونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الأداء يتأخر عنه فلا يضطر إليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر، لأن الظاهر استمرار الوجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل، فإن أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئاً فشيئاً في مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الأحكام فلا يلتفت إلى كون بعض من يسلم إليه قد يحصله دفعة عند حلول الأجل كالذراع وأهل النخل، فإن ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات، أرأيت المسلم إليه في الجلود أيذبح عند حلول الأجل ألف رأس ليعطي جلودها لربّ السلم، وكذا الأسماك المالحة والثياب والأخشاب والأحطاب والأعسال. والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي، وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلاً قليلاً، لأن وضع السلم شرعاً لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه. وفي مبسوط أبي الليث: لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان بسجستان (**ولو انقطع بعد المحل**) أي حلول الأجل قبل التسليم لا يبطل العقد (**لكن ربّ السلم بالخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء انتظر وجوده**) وقال زفر: يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته، كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا. ولنا (**أن السلم قد صح**) ثم تعذر التسليم بعارض (**عن شرك الزوال**) فيتخير المشتري (**كما لو أبق المبيع قبل القبض**) وهذا لأن المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجوّاً، بخلاف المبيع العين فإن بهلاكه يفوت محل العقد، وكذا الفلوس إذا كسدت فإنها وإن كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل، ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود،

العقد وإن شاء انتظر وجوده (**لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض**) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم، فإن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق. وفي قوله والعجز الطارىء على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك هاهنا. ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسداً. قال: (**ويجوز السلم في السمك المالح الخ**) السلم في السمك لا يجوز عدداً طرياً كان أو مالحاً للتفاوت، ووزناً إما أن يكون في المالح أو الطري، فإن كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه. وإن كان في الطري إن كان في حينه جاز كذلك،

قال: **(ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز)** لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل. ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه. وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة. وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه

بخلاف ما نحن فيه لأن لإدراك الزرع والثمار أواناً معلوماً، وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص قوله: **(ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً)** بأن يقول بوري[1] أو راي، وفي أسماك الإسكندرية الشفش والدونيس وغيرها **(لأنه)** حينئذ **(معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم، ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت)** في التحفة: وأما الصغار فيجوز فيه كيلاً ووزناً سواء فيه الطري والمالح. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح، ولا يقال مالح. إلا في لغة رديئة. قال بعض الشارحين: لكن قال الشاعر:

بصرية تزوّجت بصرياً أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء، وظاهر هذا الاستدراك أنه لي برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب إلا في لغة رديئة، وليس لهذا الاستدراك فائدة، بل قال ابن دريد ملح ومليح، ولا يلتفت إلى قول الراجز:

أطعمها المالح والطريا

ذاك مولد لا يؤخذ بلغته. وأما الطري فيجوز حين وجوده وزناً أيضاً، فإذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء. ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء، وهذا معنى قول محمد: لا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه: يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد والحلول، وإن كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقاً وزناً لا عدداً لما ذكرنا من التفاوت في آحاده. وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتباراً بالسلم في اللحم فإنه يمنع السلم في اللحم. وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزناً مع إجازته في اللحم فإن هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك. وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لأن الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع، فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليردّ ما ذكره قوله: **(ولا خير في السلم في اللحم)** وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز، وقول من قال إن المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزاً عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد، فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا، وكلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات، وأيضاً المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك وقالا: **(إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة)** ككونه ذكراً وخصياً وسميناً بعد أن بين جنسه من نحو

وإن كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز. وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال. ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار. قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز:

بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا

لأنه مولد لا يؤخذ بلغته. قال الإمام الزرنوجي: كفى بذلك حجة للفقهاء. قال: **(ولا خير في السلم في اللحم)** خير نكرة

---

(١) نوعان من أنواع السمك. والبوري إلى الآن في الشام يطلق عليه هذا الاسم.

الثاني وهو الأصح. والتضمين بالمثل ممنوع، وكذا الاستقراض. وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته، أما الوصف فلا يكتفى به.

الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ الكتف أو الجنب مائة رطل. وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم. وقد قيل لا خلاف، فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرناه. ووجهه أنه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف. وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزوناً وكذا لكونه مضموناً بالمثل جائز الاستقراض، وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قاطع فيه، وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم، ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الألية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع **(بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه)** لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً. وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصطاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه. وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز، وعنده لا يجوز. وقيل يجوز عند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح. فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم، فإن العلة حينئذ ثابتة، ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم. فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أوراكاً أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكها، فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف أغراض الناس. ولأبي حنيفة رضي الله عنه وجهان: أحدهما أنه يقع سلماً في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته، بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم إهداره بين الناس. ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره. وقولهما إذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم. قلت: للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المعاكسة بين البائع والمشتري في العظم. حتى أن المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه، فكيف في المؤجل المستأخر التسليم، وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه. ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمناً وهزالاً، فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الأجل في فصل الهزال. وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه. قال المصنف: **(وهو الأصح)** لأن الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع إحداهما كما يثبت معهما. وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم. قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم إلا هنا من الجامع الكبير، لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقي أنّ أبا يوسف روى عن أبي حنيفة: إذا استهلك لحماً قال عليه قيمته، وحل عبارة المصنف **(أن القبض)** أي قبض اللحم القرض **(يعاين فيعرف مثله به)** أي بالمقبوض. أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا

وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة. قال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في اللحم، وقالا: إذا وصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لكونه موزوناً معلوماً كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل. فإن قيل: لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم. أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه، وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه، وفي تعليله تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره. ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك وإليه مال شيخ الإسلام، وهذا يقوّي وجه التأمل. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما

قال: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** وقال الشافعي رحمه الله: يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» فيما روينا، ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي.

يكتفي به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذاك مذهبهما، وبعد التسليم: أي تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الإسبيجابي أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدي الناس، وهو الوجه لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها، وتمام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى. أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصلي رد العين والمثل أقرب إلى العين، بخلاف القيمة، وكذا بتقدير تسليم استقراضه. فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالأول. أما السلم فإنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل، وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به: أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أوّلاً والمقبوض ثانياً. ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقاً ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلاً وإن اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع قوله: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله **(وقال الشافعي رحمه الله: يجوز السلم الحالّ)** بأن يقول مثلاً: أسلمت هذه العشرة في كرّ حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط. وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر **(لإطلاق النص)** وهو قوله **(ورخص في السلم)** (١) والظاهر أنهم لا يستدلون به لأنهم أهل حديث، وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه، وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الأجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هو شرط جواز العقد وهي ثابتة، والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه، ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال، بخلاف الكتابة الحالة فإن العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة. وأما استدلالكم بقوله ﷺ: «من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» (٢) فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال، بل معناه: من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم، لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد، ونحن نقول: لا شك أن أهل الإجماع قاطبة في إخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة

أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود؛ ألا ترى أنه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن، وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع. والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلإ وكثرته والسلم لا

قوله: **(فيحمل على المقيد الخ)** أقول: على ما هو مذهب الشافعي قوله: **(لما نذكره)** أقول: إشارة إلى ما يذكره في حيز فإن قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد قوله: **(لأن قوله رخص في السلم الخ)** أقول: وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق عل المقيد على ما هو أصل الخصم، ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين.

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. وقد تقدم في الحديث الثاني من هذا الباب استغربه الزيلعي، وقال ابن حجر: لم أجده.
(٢) هو حديث ابن عباس قد تقدم رواه الستة.

قال: **(ولا يجوز إلا بأجل معلوم)** لما روينا، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والأول أصح **(ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع**

عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره، وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه. ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً من عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه؛ فقول المصنف **(ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص)** معناه لو لم يذكر الأجل، والله تعالى أعلم، وقولهم: الغرر في السلم الحالّ أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً: أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال، فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحالّ قوله: **(والأجل أدناه شهر إلى آخره)** في التحفة: لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل. واختلفت الروايات عنهم. والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل. وقال الصدر الشهيد: الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، كل هذا تنفتح فيه المنازعات، بخلاف المقدار المعين من الزمان. وفي الإيضاح: فإن قدراً نصف يوم جاز، وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالاً بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر انتهى. والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي. وصحح المصنف الأول لأنه مرويّ عن محمد، ولأنه مأخوذ من مسألة اليمين وهي ما إذا حلف ليقضينّ دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل، فالشهر وما فوقه آجل، قالوا: وعليه الفتوى قوله: **(ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه)** قال المصنف **(معناه إذا كان لا يعرف مقداره)** أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع، وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء. قال **(وقد مرّ من قبل)** يريد أول كتاب

يكون إلا مؤجلاً، ولا يدري أنه عند المحل على أيّ صفة يكون، وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف، وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح قوله: **(والتضمين بالمثل)** جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى، والقبض يعاين: يعني أن الاستقراض حالّ فيعرف حال مثل المقبوض، ولا تفضي الجهالة به إلى المنازعة، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع لجهالة فلا يكتفي به. قال: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** السلم الحالّ لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى. استدل بإطلاق رخص في السلم. لا يقال: مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» لما نذكره. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر. فإن قيل: معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول، والحصر ممنوع، وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق، والدليل على ذلك قوله: «في كيل معلوم ووزن معلوم» فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً ووزن معلوم إن كان وزنياً، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً. فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل. سلمناه، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة، ولا ضرورة في التقدير في الأجل. لا يقال: العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحالّ. على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل، ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، وما شرع لذلك لا بد وأن يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس وإلا لم يكن مفيداً لما شرع له، والسلم

رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مرّ من قبل، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله.

البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه، إلى أن قال: بخلاف السلم إلى آخره. وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة، وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما، والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة، ثم لا بد **(أن يكون المكيال مما لا ينقبض وينبسط كالقصاع)** والحديد والخزف **(فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل)** والغرارة **(لا يجوز للمنازعة)** عند التسليم **(إلا في قرب الماء روي عن أبي يوسف للتعامل فيه)** فإنه أجازه، وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلاً بهذه القربة وعينها جاز البيع، ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القربة، والله أعلم ولكن بمقدارها. والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضاً قوله: **(ولا في طعام قرية بعينها)** كحنطة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر **(أو ثمرة نخلة بعينها)** أو بستان بعينه **(لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم)** قال المصنف: **(وإليه أشار رسول الله ﷺ بقوله: «أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه»)**[1] فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمناً إن لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح، بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز، فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً[2]. والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع، أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة، حيث قال له رسول الله ﷺ: «أخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ما أخذت منه»[3] الحديث. وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[4] فيصدق على كل من السلم والبيع، ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسألة أيضاً. وفي الصحيحين عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا؟»[5] **(فلو كانت**

الحالّ ليس كذلك، لأن دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم إليه فيه إما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لا، فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقي على النافي، وإن كان الثاني فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم وإلا لأدى إلى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض. فإن قيل: لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده أكرار حنطة. أجيب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم، وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدالّ عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر. قال: **(ولا يجوز إلا بأجل معلوم)** إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوماً بما روينا، وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع، فهذا يطالبه بمدة قريبة

---

(١) استغربه الزيلعي كونه ورد في السلم وقال: إنما ورد هذا اللفظ في البيع ا هـ. نصب الراية ٤/ ٥٠ ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٠.

(٢) كأن المصنف يُعَرِّضُ بالزيلعي. حيث قال: ورد في البيع.

(٣) تقدم قبل خمسة أحاديث. وإسناده واهٍ. واعترف ابن الهمام هناك بذلك حيث قال: فيه واهٍ مجهول وذلك موافقة منه للزيلعي.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٥٤ وأبو داود ٣٤٧٠ والنسائي ٧/ ٣١٢ والدارمي ٢/ ٢٥٢ وابن ماجه ٢٢١٩ وابن الجارود ٦٣٩ وابن حبان ٥٠٣٤ و ٥٠٣٥ والدارقطني ٣/ ٣٠ـ ٣١ والبيهقي ٥/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث جابر.

(٥) حديث أنس متفق عليه تقدم في بيع الثمار.

قال: **(ولا في طعام قرية بعينها)** أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال: «أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة.

نسبة الثمرة إلى قرية) معينة **(لبيان الصفة)** لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه **(كالخشمراني والبساخي)** ببخارى وهي قرية حنطتها جيدة **(بفرغانة لا بأس به)** ولأنه لا يراد خصوص النابت هناك، بل الإقليم، ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه إقليم، وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله، فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد. والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره: لو أسلم في حنطة بخارى أو حنطة سمرقند أو إسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه. ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي: يعني من صفته ومؤنته يجبر ربّ السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا يبينه ما في الخلاصة قال: لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشمراني فإنه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم وإلا لا، أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه. وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال، وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله: **(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط)** تذكر في العقد. وأما عندهما فهي الخمس الأولى. ولا شك أن للسلم شروطاً غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها. وشرائط جمع شريطة؛ فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شريطة وكل وارد على اعتبار خاص، والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط **(جنس معلوم كحنطة شعير نوع معلوم كسقية)** وهي ما يسقى سَيْحاً **(أو بخسية)** وهي ما يسقى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً **(وصفة معلومة كجيد رديء)** وسط مشعر سالم من الشعير **(ومقدار معلوم كذا كيلاً بمكيال معلوم)** فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه **(و)** الخامس **(أجل معلوم)** والأصل فيه: أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا: يعني قوله ﷺ: «من أسلم منكم»[1] الحديث، نص على شرطي القدر المعلوم والأجل المعلوم، وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة.

وذلك يؤديه في بعيدها. واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلال بمسألة كتاب الأيمان. حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل، وقيل ثلاثة أيام، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بخيار الشرط، وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر، وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم، وبه قال أبو بكر الرازي، والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان. قال: **(ولا يجوز السلم بمكيال رجال بعينه)** لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع

---

(١) هو بعض حديث ابن عباس تقدم مراراً.

قال: **(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط: جنس معلوم)** كقولنا حنطة أو شعير **(ونوع معلوم)** كقولنا سقية أو بخسية **(وصفة معلومة)** كقولنا جيد أو رديء **(ومقدار معلوم)** كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزنا **(وأجل معلوم)** والأصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا **(ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره)** كالمكيل والموزون والمعدود **(وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة)** وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان. ولهما في الأولى

وقوله: **(والفقه فيه ما بينا)** يعني قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس **(ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره)** يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه، وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة، وهذا الشرط في قدره احترازاً عما إذا كان ثوباً لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيئاً من الثمن، والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه لأن الأوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد، وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقاً فصارت أحد عشر شرطاً. والثاني عشر تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه. والثالث عشر أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط. والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم، وفي التبر روايتان. والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة، كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل إعلام قدره (و) السابع **(تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة)** أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله **(وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً)** يقبضه دفعة **(ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان)** خلافيتان بينه وبينهما **(لهما في الأولى)** وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول إن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة **(يحصل بالإشارة)** إلى العين الثمن المعجل فأغنى عن إعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل، والأجرة المعجلة في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه إعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله. ما روي عن ابن عمر أنه قال به، وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس. والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم، ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقاً وجهالة رأس المال مؤد إليه، وما يؤدي إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً. بيان تأديته إليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده، وقد يكون أكثر رأس المال زيوفاً فإنه إذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما، وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار

فيفضي إلى المنازعة، ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يداً بيد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة، وقد مر: يعني في أول البيوع أن البيع يداً بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك، لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها؛ أما إذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لأن فعيلاً بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل. قال: **(ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها)** لأن انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهوم **(فتنتفي القدرة على التسليم)** أشار إلى ذلك قوله ﷺ حين سئل عن السلم في ثمر فلان «أما من ثمر حائط فلان فلا، أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق

أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب. ولأبي حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى ردّ رأس المال، والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره. ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما،

ذلك، فإذا لم يكن قدر المكيل معلوماً لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار، وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً، وهذا وإن كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (**لشرعه مع المنافي**) وهو كون المبيع معدوماً فإن ما يشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور، وهذا في الحقيقة تعليل قوله ﷺ (**«أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»**)[1] (**بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه**) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره، ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال مخرقاً وسمى عدداً من الذرعان فيه فوجده المسلم إليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفاً لا ينتقص من المسلم فيه شيء، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي به بكل المسلم فيه، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه. واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتمالاً، ثم اختيار الرد كذلك، ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك، والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث[2] فإن المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة. أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبني على وجود الزيف، وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة، وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن

التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها. وقوله مال أخيه أراد به رأس المال: أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة: أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنط تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد، فإن تعيين الخشمراني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس إلا، بل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشمراني، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول، فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان، فإن الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هروياً. وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر ربّ السلم على القبول، بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنابت في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة فكان تعييناً للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول. قال: قوله: (**ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط**) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على خمسة، فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم سقية أو بخسية، والبخسي خلاف السقي منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. وصفة معلومة جيدة أو رديئة، ومقدار معلوم عشرين كرّاً بمكيال معروف أو عشرين رطلاً، وأجل معلوم. والأصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله ﷺ «من أسلم منكم» الخ، ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، فأما المختلف فيه (**فمعرفة مقدار رأس المال إن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل**) بفتح الحاء (**ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال**)، فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة، وهو المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافاً لهما. قالا في المسألة الأولى: إن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة: يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة وأشير إليهما جاز وإن لم يعرف مقدارهما، فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً وصار

---

(١) تقدم في بيع الثمار، وتقدم أيضاً قبل حديث واحد.
(٢) هو المتقدم.

أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما. ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر فصار كالقرض والغصب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين، بخلاف القرض والغصب، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان، صار كجهالة الصفة، وعن هذا قال من

طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق، ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد إجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول. قال المصنف **(ومن فروعه)** أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال **(إذا أسلم في جنسين)** ككرّ حنطة وكرّ شعير عشرة مثلاً **(ولم يبين رأس مال كل منهما)** من العشرة **(أو أسلم جنسين)** كدنانير ودراهم في جنس واحد كبرّ أو أسلم تمراً وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران **(ولم يبين مقدار أحدهما)** يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو **(لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً. ولهما في)** المسألة **(الثانية)** وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة **(أن مكان العقد يتعين)** للإيفاء **(لوجود العقد)** فيه **(الموجب للتسليم)** ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره. وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق، فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره، فإن تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية العقد يقتضيهما معاً، فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للأداء على قول الكرخي في الأمر المطلق، وتقريره أن التسليم يحتاج إلى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الإمكان، وإلحاقاً أيضاً بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان

كما إذا كان رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعاته. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها. وقوله: **(أو وربما)** وجه آخر لفساده، وهو أن المسلم إليه **(قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله)** وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك. فإن قيل: ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص. أجاب المصنف حمه الله بأن **(الموهوم في هذا العقد كالمتحقق) (لشرعه مع المنافي)** إذ القياس يخالفه؛ ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم. فإن قيل: في هذا اعتبر للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضاً محتمل، والمعتبر هي دون النازل عنها. فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذاك، وقيل بل هذه شبه واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيفاً والأول أظهر قوله: **(بخلاف الثوب)** جواب عما قاساه عليه من الثوب. وتقريره أن الثوب لا يتعلق العقد على مقداره **(لأن الذرع)** في الثوب المعين **(صفة)** ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وقد تقدم، وليس كلامنا في ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق، ولم يجب عن الثمن والأجرة لأن دليله تضمن ذلك، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد. ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كرّ حنطة وكرّ شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً. وعندهما يجوز لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت، أو أسلم دراهم ودنانير في كرّ حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لأن مقدار أحدهما إذا كان مجهولاً بطل العقد في

قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة. وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب

الغصب والقرض والاستهلاك. ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما إذا اشترى كرّاً وشرط على البائع حمله إلى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه. أجيب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها، فإذا شرط حملاً فقد شرط عملاً في ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعاً آجراً ومشترياً مستأجراً معاً فهو صفقة في صفقة فيفسد. أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لأن المعقود عليه دين لا عين، فإنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان إلى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعاً وآجراً. وأورد أيضاً في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه، فإنه قال في رجل باع طعاماً والطعام في السواد إن كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار. ولو تعين مكان البيع مكاناً للتسليم لم يكن له الخيار، ثم قيل: إنما يجوز البيع إذا كانت خوابي الحنطة في بيت واحد، فإن كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة لأن المشتري يطالبه بالتسليم في أقرب الأماكن والبائع يسلمه إليه في الأبعد، وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين. أجاب بأنه إنما يتعين إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين إذا كان **(ولأبي حنيفة أن التسليم)** في السلم **(غير واجب في الحال فلا يتعين)** مكان العقد **(بخلاف القرض والغصب)** فإن التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال، وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فإنه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه، بل العقد يوجب التسليم فقط إلا إن اقتضى أمراً آخر تعيين مكانه **(فإذا لم يتعين فالجهالة تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان)** دفعاً للمنازعة لأن المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم إليه على

حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر، وعندهما يجوز لوجود الإشارة. وقالا في المسألة الثانية: إن مكان العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب في موضع العقد، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأوّل أوقات الإمكان في الأوامر، فإن الجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم. ونوقض بما إذا باع طعاماً وهو في السواد، فإنه روي عن محمد رحمه الله أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار. وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين، فإن من اشترى كرّ حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله ويفسد عقده اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه. والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضراً بحضوره، وفيه نظر لأن فيه قيداً لم يذكر في التعليل ومثله يعدّ انقطاعاً. وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة، فإذا جاء بصريح يخالفها يبطلها، وإنما فسد في بيع العين لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الأجل بالاتفاق، وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتاً على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلاً، بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها

قوله: **(لأن العقد الموجب، إلى قوله: ولأنه لا يزاحمه)** أقول: والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي، إذ لا يتم أحدهما إلا بالآخر فليتدبر.

أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن. والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء.

قال: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع)** لأنه لا تختلف قيمته **(ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)** قال رضي الله عنه: وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع. وذكر في الإجارات أنه يوفيه في

عكسه. وبخلاف رأس المال لأن تسليمه واجب للحال فافترقا، وإلحاقه بالأمر في تعين أول الأوقات بلا جامع، لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع إذ لا ملازمة تظهر، وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى إذا حل الأجل وجب تسليمه في ذلك المكان، فالأولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان وإلحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع، لأن أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضاً إذا كان مؤجلاً، وأنه يجب تعيينه أيضاً كما سيذكره المصنف وبرأس مال السلم يمنع فيه حكم الأصل، فإنا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكالىء بالكالىء. فلو عقدا السلم ومشيا فرسخاً ثم سلمه إليه قبل أن يفارقه جاز. وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه. قلنا: نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فإنه لا ملازمة عقلية في ذلك لأنه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الإيجاب مطلقاً فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعاً قوله: **(وعن هذا)** أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده، كما لو اختلفا في صفة الثمن أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة، فهو كما إذا اختلفا في جودته ورداءته. وقيل على

يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه. قال أبو حنيفة: أرأيت لو عقداً عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل، هذا مما لا يقوله عاقل. وإذ ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء بقي مكان الإبقاء مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن وربّ السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم إليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان **(وعن هذا)** أي عما ذكرنا أن جهالة المكان كجهالة الوصف قال: **(من قال من المشايخ إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف)** عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين وقيل: **(على عكسه)** أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه. وعندهما يوجبه لأن تعين المكان قضية العقد: أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد. وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة. وصورة الثمن: اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد. وقيل إنه لا يشترط بالاتفاق، والأول أصح **(وهو اختيار شمس الأئمة)** لأن الثمن مثل الأجرة وهي منصوص عليها في كتاب الإجارات. وصورة الأجرة: استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في إجارة الدار مكانها، وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها. وصورة القسمة: اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء خلافاً لهما ويتعين مكان القسمة. قال: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء الخ)** وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة. وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً. وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة، واتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء؟ فيه روايتان **(في رواية الجامع الصغير وبيوع الأصل)** يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الإجارات **(يوفيه في أيّ مكان شاء وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء)** إذ المالية لا

قوله: **(قال أرأيت لو عقدا السلم الخ)** أقول: ناظر إلى قوله: **(ولأبي حنيفة يعني قال ولأبي حنيفة أرأيت الخ)**.

قال المصنف: **(لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)** أقول: هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسألة الثانية فتأمل.

أيّ مكان شاء، وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء، ولا وجوب في الحال. ولو عينا مكاناً؛ قيل لا يتعين لأنه لا يفيد، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا.

عكسه: أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه، لأن تعيين المكان ليس قضية العقد عنده. وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالإجماع فكذا هنا قال **(وعلى هذا الاختلاف الثمن)** في البيع الناجز إذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين **(والأجرة)** بأن استأجر داراً مثلاً بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا **(والقسمة)** فيما **(إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن)** بالإجماع **(والصحيح أنه يشترط)** عنده **(إذا كان موجلاً وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وعندهما يتعين مكان الدار)** في القسمة **(ومكان تسليم الدابة)** في الإجارة **(للإيفاء)** قوله: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة)** كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ: يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالاً، وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء عندهم وهو الأصح من قول الشافعي **(ويوفيه في المكان الذي أسلمه فيه)** وكلما قلنا يتعين مكان العقدِ معناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالاً بأن أسلم إليه درهماً في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها منه. قال المصنف **(وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع)** يعني من أصل المبسوط، وذكر في الإجارات من أصل المبسوط **(يوفيه في أي مكان شاء، وهو الأصح)** والأصح من قول الشافعي أيضاً **(لأن الأماكن كلها سواء)** إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة، بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها، بخلاف ما له مؤنة فإن الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد **(ولو عينا مكاناً، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد)** والشرط الذي لا يفيد لا يجوز **(وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق)** وهو الأصح، وبه قال الشافعي وأحمد، ذكره في التحفة **(ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا)** يعني: أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة. قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين لأنه مفض إلى المنازعة، ذكره في المحيط. ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله إلى منزله لا خير فيه. ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحساناً. وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم. وقيل إنما لا يجوز قياساً إذا شرط الإيفاء في موضع ثم الحمل إلى منزله. أما لو شرط الإيفاء في منزله فيجوز قياساً واستحساناً. وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وعند محمد لا يجوز، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة، فإن كان لا يجوز البيع. ولو اشترى طعاماً بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيفما كان،

تختلف باختلاف الأماكن فيه قوله: **(ولا وجوب في الحال)** جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره، فلو عين مكاناً قيل لا يتعين لأنه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة: وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد ربّ السلم سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة. وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة. وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين

قوله: **(وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة)** أقول: لا يخفى عليك بعد هذا القيل قوله: **(فإذا افترقا كذلك)** أقول: يعني إذا افترقا من غير قبض قوله: **(وهذا وجه الاستحسان)** أقول: أشار بقوله هذا إلى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل

قال: (**ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه**) أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبيّ عليه الصلاة والسلام عن الكالىء بالكالىء وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم، ولهذا قلنا: لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير

ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً، ولا يجوز أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه في المكان المشروط لأنه حقه قوله: (**ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه**) بدناً. تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (**أما إذا كان**) رأس المال (**من النقود فلأنه**) لو لم يقبض (**افتراق عن دين بدين**) لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (**وقد نهى رسول الله ﷺ عن الكالىء بالكالىء**)[1] أي النسيئة بالنسيئة، إلا أن مالكاً رحمه الله يجيز التأخير ويقول: إذا لم يشرط التأجيل لا يخرجه إلى الدين عرفاً، وبقولنا قال الشافعي وأحمد (**وإن كان عيناً**) ففي القياس لا يشترط تعجيله لأن عدم تسليمه لا يؤدي إلى بيع دين بدين بل بيع عين بدين. وفي الاستحسان يشترط إعمالاً لمقتضى الاسم الشرعي، لأن الإسلام والإسلاف في كذا ينبىء عن تعجيل المسلم دون الآخر لأن وضعها في الأصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضاً أنها صارت إعلاماً فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الأحكام فلزم التعجيل (**ولأنه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم**) إليه إذ الفرض إفلاسه وحاجته إلى العقد لإفلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل (و) لهذا: أي لاشتراط التسليم قلنا: (**لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم**) الذي هو الملك، وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر، فإنه وإن خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل فإنه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لأن تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض، وهذا بخلاف الاستحقاق فإن رأس المال إذا ظهر مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز إجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وإن كان

نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة. قال: (**ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال**) معناه أن السلم لا يبقى صحيحاً بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صحبه بدناً لا مكاناً، حتى لو مشيا فرسخاً قبل القبض لم يفسخ ما لم يتفرقا عن غير قبض، فإذا افترقا. كذلك فسد، أما إذا كان رأس المال من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبيّ ﷺ عن الكالىء بالكالىء: أي النسيئة بالنسيئة وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل، والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فإنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة، وهذا وجه الاستحسان، والقياس جوازه، لأن العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد إلى بيع الدين بالدين، بخلاف الدراهم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب: أي ليتصرف المسلم إليه فيه فيقدر

قوله: (**والقياس جوازه الخ**) أقول: إذا كان رأس المال عيناً قال المصنف: (**ولأنه لا بد من تسليم رأس المال**) أقول: في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى. ثم اعلم أن قوله ولأنه لا بد الخ الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل. قوله: (**لأن خيار الشرط يمنع**)، إلى قوله: (**والقبض مبني عليه الخ**) أقول: فيه أنه حينئذ يكون مانعاً عن القبض نفسه لا عن تمامه قوله: (**أحدهما أن الضمير في قوله فيه**) أقول: حيث قال: وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية قوله: (**ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة**) أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم تخريجه في باب الربا وإسناده غير قوي.

مفيد، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض، ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر، وقد مر نظيره (**وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله، فإن أسلم مائتي درهم في كرّ حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد**) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارىء، إذ السلم وقع صحيحاً، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا،

الاستحقاق يمنع الملك لأن منعه الملك ليس بقضية السبب. بل السبب وجد مطلقاً لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير، فإذا أجاز التحقت الإجارة بحالة العقد. بخلاف خيار الشرط فإن عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالإبطال من عدم القبض، وهذا لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض، ولذا قلنا إن إعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف إذا كان في البيع خيار للبائع وإعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (**وكذا لا يثبت فيه**) أي في السلم (**خيار رؤية**) بالإجماع (**لأنه غير مفيد**) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد قد ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله، ولأن إعلام الدين ليس إلا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية، ذكره في الكافي. ولا يشكل بالاستصناع فإنه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية: يعني إذا رد ما يأتي به ينفسخ لأنا لا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي، وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لأنه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة، وهذا إذا كان عيناً مثلياً أو قيمياً (**بخلاف خيار العيب**) في المسلم فيه فإنه يصح (**لأنه لا يمنع تمام القبض**) لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد قوله: (**ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز**) السلم (**خلافاً لزفر**) وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً لأنه بالإهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فلو صح كان برأس مال هو دين، وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد، ولأنه الآن في معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً، وقول الشافعي ومالك كقول زفر (**وقد مرّ نظيره**) في باب البيع الفاسد، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم. قال المصنف رحمه الله (**وجملة الشروط جمعوها إلى آخره**) فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة، ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية، فإن لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها شاء، ولو تفاوتت رواجاً انصرف إلى غالب نقد البلد كما في البيع، وينبغي في ديارنا إذا سمى

على التسليم (**ولهذا**) أي ولاشتراط القبض (**قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم**) وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه، وما كان مانعاً من المبني عليه فهو مانع عن المبني، وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين، فلو رد المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانياً وثالثاً إلى ما لا يتناهى، فإذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ، قيل فيه إشكالان: أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه، لا سبيل إلى الأول لأن خير الرؤية ثابت في رأس المال، صرح به في التحفة وقال: لا يفسد به السلم، ولا إلى الثاني لانتفاء التقريب لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبياً. والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية. والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطراداً، ويجوز أن يعود

وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً.

مؤيدية يعطيه الأشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية، والاستواء في المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء يتم أحد عشر، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع، فإن القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا، ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيواناً، وانتقاد رأس المال إذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا وعدم الخيار، فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم. ثم فرّع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرّ حنطة **(منها مائة دين على المسلم إليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد)** في الكل خلافاً لزفر رحمه الله. وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد. وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد. ولنا أن الفساد طارىء. فلا يشيع في غير محل المفسد، أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقاً بأن قال أسلمت إليك مائتين في كذا ثم جعل إحداهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك، وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين، والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل: من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل إلا إذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعاً بلا ثمن، بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد، ولذا قيد المصنف كون المائة ديناً على المسلم إليه لأن المائة على الأجنبي ليست مالاً في حقهما، وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك، بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة، ولهذا لو نقض المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطاً إلى آخره إذ لم يلزم الفساد بالإضافة لفظاً إلى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة. وقال في المنظومة:

إن كان رأس المال نوعين نقد هذا ودين ذاك فالكل فسد
إن لم يبين قسط ذا وقسط ذا والبرّ في الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقيل: إنما قيد بالنوعين، لأنه إذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية. واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لأن عنده إذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لأنه يصير قبول الفاسد شرطاً إلى آخره، قال: إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الطارىء، وهذا طارىء لأن قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في نفسه فصحيح. واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد إذا كان رأس المال نوعين

إلى رأس المال وهو إن كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد، وإن كان عيناً وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة. وعن الثاني أنا لا نسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد **(ولو أسقط)** رب السلم **(خيار الشرط قبل الافتراق)** فلا يخلو إما أن يكون رأس المال قائماً أو لا، فإن كان الثاني لم يصح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه بإسقاط الخيار، وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء. والجواب أنه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع، وإن كان الأول جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر. قال: **(وجملة الشروط جمعوها)** جمع المشايخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله، والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم، وفي إعلام المسلم فيه وهو يشتمل

قال: **(ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض)** أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد. وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز **(ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه)** لأنه تصرف فيه **(فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي عند الفسخ، ولأنه أخذ شبهاً

أيضاً، ثم قال: يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسألة التي قدمها المصنف تفريعاً على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره، فإذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى. وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال إلا أن على هذا لا حاجة إلى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فإنه لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضاً قوله: **(ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض: أما الأول)** وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق **(وأما الثاني)** وهو المسلم فيه **(فإنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز)** لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه، وقول القدوري بعد ذلك **(ولا تجوز الشركة و)** لا **(التولية)** مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه، بخلاف المرابحة والوضيعة فإنه غير معتاد ولأنه دين، وفي الوضيعة إضرار برب السلم فيبعد وجودهما، بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب، والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به، وقيل هو احتراز عن قول البعض إن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم قوله: **(فإن تقايلا السلم لم يكن له)** أي لرب السلم **(أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»)**[1] أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[2] وهذا يقتضي أن لا يأخذ

على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر، وفي تأجيله: يعني إلى أجل معلوم، وقد تقدم بيان مقداره، وفي بيان مكان الإيفاء كما مر، وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا **(فإن أسلم مائتي درهم في كرّ حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل)** سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين لفوات القبض. ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه، ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارىء إذ السلم وقع صحيحاً؛ أما إذا أطلق ثم جعلا المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا إشكال في طروّه، كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة الطارئة، وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح، وهذا لأن النقود لا

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٤٥ من حديث أبي سعيد وإسناده ضعيف لضعف العوفي ولفظه سيأتي عقب رواية أبي داود.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٨ وابن ماجه ٢٢٨٣ والدارقطني ٣/ ٤٥ والبيهقي ٦/ ٢٥ كلهم من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥١ ما ملخصه: ورواه الترمذي في علله الكبير وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن.

وقال عبد الحق: عطية العوفي لا يحتج به.

وقال ابن عبد الهادي: عطية ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسّن حديثه. وقال ابن عدي: ومع ضعفه يكتب حديثه ا هـ. ومن طريق العوفي أورده ابن أبي حاتم في علله ١١٥٨ وقال: قال أبي: إنما هو عطية العوفي عن ابن عباس قوله. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٢٥: عطية العوفي ضعيف وأعله أبو حاتم، والبيهقي، وابن القطان، وعبد الحق بالضعف، والاضطراب ا هـ.

قلت: أعله أبو حاتم بالوقف فقط كما تقدم ا هـ. وقال الحافظ في التقريب عن العوفي: صدوق يخطىء كثيراً وكان شيعياً مدلساً ا هـ.

قلت: فهذه علة ثالثة: وهي أنه رواه عنعنة، وهو مدلس. وأما الأولى: فإن العوفي واهٍ، وأما الثانية: اضطرب فيه وقد صوب أبو حاتم وصفه. فهذه علل ثلاث تقدح بالحديث فهو ضعيف والله أعلم.

بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه خلاف زفر رحمه الله، والحجة عليه ما ذكرناه.

إلا هو. ورواه الترمذي وحسنه وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه. وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور[١] وقال: اللفظ للدرهمي. وقال إبراهيم بن سعيد: فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله[٢]، وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن[٣]، ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر. أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: «إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه». وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا سلمك: يعني حال قيام العقد. أو رأس مالك: أي عند الفسخ. فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه **(وهذا)** أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع (بـ)سبب **(أن الإقالة بيع جديد في حق ثالث)** غير المتعاقدين والشرع ثالث، وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض؛ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة، وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً. وأورد عليه: لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع، فأجاب عنه المصنف **(بأنه)** يعني عقد الإقالة **(ليس في حكم الابتداء من كل وجه)** وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين، وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالإقالة. ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير. وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له **(وفيه خلاف زفر)** أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد إقالة السلم. فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو

تتعين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً فصار الإطلاق والتقييد سواء؛ ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء. وقيد بقوله **(مائة منها دين على المسلم إليه)** لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنها ليست بمال في حقهما. قال: **(ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ)** لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازاً عن الكالىء بالكالىء، فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز، ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري، فرأس المال إن كان مثلياً جاز أن يبيع مرابحة، وإن كان قيمياً لا يجوز إلا ممن عنده ذلك الثمن **(ولا تجوز الشركة)** وهو أن يشترك شخص آخر في المسلم فيه (و) لا **(التولية)** وصورتها ظاهرة، وإنما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لأنهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة. وقيل احتراز عن قول البعض إن التولية

قوله: **(لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم)** أقول: يعني أن القبض شرط صحة السلم قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» يعني حالة البقاء وعند الفسخ)** أقول: قوله حالة البقاء ناظر إلى قوله: «إلا سلمك» وقوله عند الفسخ ناظر إلى قوله: «أو رأس مالك».

---

(١) يعود الضمير هنا على رواية أبي داود، وابن ماجه. لا على لفظ صاحب الهداية ا هـ فتنبه.
(٢) هذا سياق الدارقطني في إحدى روايتيه وهو قريب من سياق صاحب الهداية.
(٣) كذا قال. والصواب أنه واهٍ وقد بينت علله انظر تخريجه المتقدم.

قال: (**ومن أسلم في كرّ حنطة فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز**) لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبيّ عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو

القياس، لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون. قال (**والحجة عليه ما ذكرنا**) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس قوله: (**ومن أسلم في كر**) وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف (**فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر ربّ السلم أن يقبضه قضاء**) عن المسلم فيه فاقتضاه ربّ السلم بحقه بأن اكتاله مرة وجازه إليه لم يكن مقتضياً حقه، حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه ويطالبه ربّ السلم بحقه (**وإن أمره أن يقبضه له**) أي للمسلم إليه (**ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له**) أي رب السلم للمسلم إليه (**ثم اكتاله**) مرة أخرى (**لنفسه**) صار مقتضياً مستوفياً حقه وهذا (**لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان**)[١] صاع البائع وصاع المشتري (**وهذا هو محمل الحديث على ما مر**)[٢] في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين. والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى فيه وهو الكرّ، وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معيناً للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه؛ ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله إقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكرّ والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه وربّ السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعاً من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين، وهذا عين قاصصه به، وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه. وعندي ليس هذا بشرط، بل الشرط أن يكيله مرتين، حتى لو قال له اقبض الكرّ الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضاً، لأن الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه بالكيل الأول بل الثاني، فلما قال اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن

جائزة لأنها إقامة معروف فإنه يولي غيره ما تولى (**فإن تقايلا السلم لم يكن لربّ السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»**) يعني حالة البقاء وعند الفسخ، وهذ نص في ذلك (**ولأنه أخذ شبها بالمبيع**) (**لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث**) وهو الشرع، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (**لسقوطه**) بالإقالة (**ف**)لا بد من (**جعل رأس المال مبيعاً**) ليرد عليه العقد وإلا لكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خاف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه، وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلأن يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى، وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً للانتهاء بالابتداء: أجاب بقوله (**لأنه**) أي لأن عقد الإقالة (**ليس في حكم الابتداء من كل وجه**) لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق ثالث لا غير، وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة، فإن ثبت بالتنبيه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالىء بالكالىء والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض، والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من

قوله: (**فيما هو بيع من وجه دون وجه**) أقول: وهو الإقالة قوله: (**لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل**) أقول: ضمير لأنه راجع إلى الابتداء قوله: (**وهي طريقة**) أقول: ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة.

---

(١) تقدم في باب المرابحة والتولية.
(٢) أي في المرابحة والتولية.

محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة. وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء. وإن لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكرّ جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفقتان.

الآمر وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه ففعل ذلك صار قابضاً حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضاً. ولفظ الجامع يفيد ما قلنا، فإنه لم يزد فيه على قول فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز. وقوله: **(والسلم وإن كان سابقاً إلى آخره)** جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع ربّ السلم مع المسلم إليه كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي. فأجاب بقوله السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه **(لكن قبض)** رب السلم **(المسلم فيه لاحق)** لشرائه من بائعه **(وأنه)** أي قبض المسلم فيه **(بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة)** واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقاً فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بائعه. والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة في كرّ ثم اشترى المسلم إليه من ربّ السلم كرّ حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. يريد أن ربّ السلم اشترى ما باعه وهو الكرّ قبل نقد الثمن بأقل مما باعه، وإنما يلزم ذلك إذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقداً، ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزوناً كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم، بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة، وتجوّز به يكتفي بكيل واحد، لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم. ولو اشترى المعدود عداً والسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العدّ في بيع المعدود بعد شرائه عدّاً هذا **(فلو لم يكن سلماً)** ولكن أقرضه **(فأمره بقبض الكرّ)** ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة **(جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقاً فلم**

عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه: ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله:

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم ... بهنّ فلول من قراع الكتائب

قوله: **(وفيه)** أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً **(خلاف زفر)** هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين **(والحجة عليه ما ذكرناه)** من الحديث والمعقول. قال: **(ومن أسلم في كرّ فلما حل الأجل الخ)** رجل أسلم في كرّ الحنطة وهو ستونٌ قفيزاً **(فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء)** حتى لو هلك المقبوض في يد ربّ السلم كان من مال المسلم إليه **(وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل)** الأولى صفقة المسلم إليه مع بائعه والثانية صفقته مع ربّ السلم **(فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبيّ ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو محمل الحديث على ما مر)** في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يتبين. قوله: **(والسلم وإن كان سابقاً)** جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع ربّ السلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي، وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك **(لكن قبض المسلم فيه لاحق)** وقبض المسلم فيه **(بمنزلة ابتداء البيع)** لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما

قال: **(ومن أسلم في كرّ فأمر ربّ السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء)** لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر، لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم

تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا، ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة، وكذا لو كان الدين الأول سلماً فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا، وهذا لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل قوله: **(ومن أسلم في كرّ فأمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيله له في غرائر ربّ السلم)** والموضع موضع الإضمار فيهما لكنه أظهره لدفع الإلتباس **(ففعل وهو)** أي رب السلم **(غائب لم يكن قضاء)** حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته، لأنه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع **(لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر، لأن حقه في الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعير الغرائر منه جاعلاً ملك نفسه فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع)** الدائن إليه كيساً **(ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً)** هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قيل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير. قال في المبسوط: والأصح عندي أنه يصير قابضاً لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضاً، وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بهما خاتماً ففعل جاز وصار بالخلط قابضاً **(ولو كانت مشتراة)** غير مسلم فيه **(والمسألة بحالها)** أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته **(وصار قابضاً لأن الأمر قد صح)** هنا **(لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه)** ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراماً لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه، ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري، فلو هلك الدقيق في الأول هلك من ملك المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان؛ ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه، ومثله **(إذا أمر)** رب السلم المسلم إليه **(أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه)** ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فيهلك **(من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل)** الواحد **(في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري)** وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي إلا بكيلين على ما مر قبل باب الربا، ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل

وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و) إن **(كان)** الكرّ **(قرضاً فأمر)** المستقرض المقرض **(بقبض الكر)** ففعل **(جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة)** ولو لم يكن إعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأن التأجيل في العوارى غير لازم فيكون المردود عين المقبوض **(مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفقتان)** وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد، قال: **(ومن أسلم في كرّ فأمر رب السلم** الخ رجل **أسلم في كرّ فأمر** رب السلم **أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو)** أي رب السلم **(غائب لم يكن)** له في غرائره طعام فإنه لا يكون **(قضاء)** فلو هلك هلك من مال المسلم إليه **(لأن الأمر بالكيل لم)** يصادف ملك الآمر إذ حقه في الدين لا في العين فلا **(يصح)** الأمر **(وصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضاً)** ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضاً لأنه ملكه بالشراء لا محالة فصح الأمر لمصادفته الملك، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد

يصر قابضاً، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضاً لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع؛ ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحرة في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري، ويتقرر الثمن عليه لما قلنا، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر

بغيبته لم يصر قابضاً (**لأنه استعار غرائره ولم يقبضها**) فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض (**فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه**) على تأويل الظرف ونحوه (**وصار كما لو أمر المشتري**) البائع (**أن يكيله ويعزله في مكان من بيت البائع**) ففعل بغيبته لم يصر قابضاً (**ولو اجتمع الدين والعين**) بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرّاً معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته، إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (**أما العين فلصحة الأمر فيه**) لأنه لاقى ملكه (**وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة**) ولم يقبضها (**ثم أمر**) المقرض (**أن يزرعها في أرض المستقرض، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار**) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (**وإن بدأ بالدين**) فكاله في الغرائر (**لم يصر قابضاً، أما في الدين فلعدم صحة الأمر**) لما قلنا (**وأما**) في (**العين فلأنه يخلط مال المشتري**) بجنسه من مال نفسه (**يصير مستهلكاً له عند أبي حنيفة فينتقض البيع**) بهلاك المبيع قبل القبض. لا يقال: هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكاً لأنه بأمره. أجاب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (**وعندهما**) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (**بالخيار إن شاء نقض البيع**) لعيب الشركة (**وإن شاء شاركه في المخلوط**). وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضاً به. أجيب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين، والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال قوله: (**ومن أسلم جارية في كرّ حنطة**) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الإقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة؛ ففي السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض؛ ففي السلم المبيع قصداً هو المسلم فيه، فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت

المشتري حكماً فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله: (**ألا ترى**) توضيح لتملكه بالبيع (**فإنه إذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري**) وإذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم إليه (**وفي الشراء من مال المشتري**) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحته موقوفة على الملك، فلولا أنه ملكه لما صح أمره، ويجوز أن يكون توضيحاً لقوله لأن الأمر قد صح (**ولهذا**) أي ولأن الأمر قد صح (**يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأن البائع نائب عنه في الكيل**) فإن قيل: البائع مسلم فكيف يكون متسلماً. أجاب بقوله: (**والقبض بالوقوع**) أي وتحقق القبض بالوقوع (**في غرائر المشتري**) فلا يكون مسلماً ومتسلماً، وإنما قال في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكاً بظاهر ما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري».وقد مر قبل باب الربا (**ولو أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر**) المشتري (**قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده**) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض، فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً لأنه مستعير لم يقبض قوله: (**ولو اجتمع الدين والعين**) صورته رجل أظلم في كرّ حنطة فلما حل الأجل اشترى من المسلم إليه كرّاً آخر بعينه ودفع غرائره إليه ليجعل الدين: أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولاً الدين أو العين، فإن كان الثاني (**صار**) المشتري قابضاً لهما جميعاً، أما العين فلصحة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر. ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كما لو وكله كذلك نصاً. وأجيب بأنه ثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا، وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (**كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن**

المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده، فكذا ما يقع فيها، وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً، ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري، إن بدأ باا. ن صار قابضاً، أما العين فلصحة الأمر فيه، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه،

الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه، وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب، وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا تجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها، ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلاً منهما مبيع من وجه قوله: **(ومن أسلم إلى رجل إلى آخره)** الأصل في هذه المسائل أنهما إذا اختلفا في الصحة، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره.

قال أبو حنيفة: القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وإن أنكر الصحة. إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل **(أسلم إلى رجل في كرّ فقال المسلم إليه شرطت لك رديئاً وقال ربّ السلم لم تشترط فالقول قول المسلم إليه)** بالاتفاق وهو قول الشافعي **(لأن ربّ السلم متعنت)** لأنه بإنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه **(لأنه)** على كل حال **(يربو على رأس المال في العادة)** وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الأجل، ولولا أنه يربو عليه وإن كان آجلاً لم تطبق آراؤهم عليه، وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة إلى آخره فيخص أبو حنيفة تمشيته في غير هذا المحل، والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول لمدعي الصحة دائماً ليعللا دائماً هنا بظهورها في مباشرة العاقد **(وفي عكسه)** بأن ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلاً لم يذكره محمد في الكتاب **(وقالوا)** أي المشايخ يجب **(أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة)** وهو قول الشافعي **(لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً)** وكلامه خصومة **(وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة)** وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسألة التي تلي هذه **(ولو قال)** المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب **(السلم)** أي بالاتفاق، وكذا

يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصبغ، فإن الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر، ولم يصر قابضاً لأن المعقود عليه في الإجارة الفعل لا العين، والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً، وإن كان الأول لم يصر قابضاً. أما الدين فلعدم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر **(وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينفسخ العقد)** فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينقض البيع. أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضاً هو الذي كان مأذوناً به. وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزماً، واستدل بقوله: **(لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين)** فيكون الدليل أعم من المدعي ولا دلالة للأعم على الأخص، ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به قوله: **(لجواز)** سند المنع فاستقام الكلام **(وعندهما المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما)**. قال: **(ومن أسلم جارية في كرّ حنطة الخ)** رجل أسلم جارية في كرّ حنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الإقالة بهلاكها، لأنهما لو تقايلا بعد هلاك

وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار، وإن بدأ بالدين لم يصر قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم إليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه قوله: **(وهو الأجل)** لأن الأجل لترفيه السلم إليه وهذا استحسان. وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعي الفساد لأن المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتاً، وهذا الإيراد هو وجه القياس، فأجاب عنه المصنف بقوله **(والفساد لعدم الأجل ليس متيقناً)** حتى يكون إنكاره إنكار الصحة دافعاً لزيادة المسلم فيه لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين **(فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال)** لأنه ليس بلازم قطعاً **(بخلاف عدم الوصف)** كالرداءة ونحوها على ما تقدم فإنه ملزوم قطعاً للفساد **(وفي عكسه)** وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره **(القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه)** وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار **(كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق)** زيادة **(الربح)** وإن تضمن ذلك إنكار الصحة. ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط، لأن على هذا التقدير القول للمضارب، ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا **(وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه)** وهو قول الشافعي **(لأنه يدعي الصحة وقد اتفقنا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً)** إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد، ولأنه هو المفيد لتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعاً، ولأن شرط الشيء تبع له، فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه، فإنكار الأجل إنكار بعد الإقرار ظاهراً فلا يقبل، وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود **(بخلاف المضاربة)** لأنه أي عقد المضاربة **(ليس بلازم)** ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه

الجارية كانت الإقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا صح ابتداء صح انتهاء لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية، فكأن أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قيل إن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الإقالة، وقد تقدم في الإقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الإقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء، وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح. قال: **(ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرّ حنطة الخ)** إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم، فمن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق، ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة، وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرّ حنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر، فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم إليه وقول من شهد له

قوله: **(ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر)** أقول: لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهراً ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجيء قوله: **(لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه)**، إلى قوله: **(فإنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ)** أقول: فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعاً يتم المقصود بدونه.

قال: **(ومن أسلم جارية في كرّ حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها؛ ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز)** لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها **(ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة)** لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه.

قال: **(ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرّ حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً**

برأس المال، وكذا المضارب له فسخه، وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما، وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له **(أما السلم ف)** عقد **(لازم)** فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضاً ظاهراً كما ذكرنا، ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعي الفساد يدعي الإجارة، ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد، بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحنث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفسادِهِ فالقول لمدعي الصحة. واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فإن القول للمضارب، ولم يقل اختلفا في نوع العقد. أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفاً عليه يدعي الفساد لأن

الظاهر أقرب إلى الصدق. وفيه بحث لأنا لا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كنت كثيرة. سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيداً. وأما إذا كان رديئاً فممنوع. سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وهو بإطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وإن أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة، وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وإن كان رديئاً والاعتبار للمعاني دون الصورة؛ فمنكر صحة الصورة وإن كان منكراً لكنه مدّع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة وإن انعكست المسألة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير. والمتأخرون من المشايخ قالوا: **(يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً)** وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة قوله: **(وسنقرزه من بعد)** يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما، وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق ونقرره. ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره لأنه ينكر ما ينفعه وهو الأجل. فإن قيل: لا نسلم أنه متعنت لأنه بإنكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم إليه وهو القياس. أجاب المصنف **(بأن الفساد بعدم الأجل غير متيقن لمن كان الاجتهاد)** فإن السلم الحالّ جائز عند الشافعي، وإذا لم يكن متيقناً بعدمه لم يلزم من إنكاره ردّ رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبراً، بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الأولى فإن الفساد بعدمه متيقن، وفيه نظر لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح. فالأولى أن يقال: إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة إن ثبت ذلك، وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية

قوله: **(وإن كان رديئاً)** أقول: مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه قوله: **(فمنكر صحة الصورة الخ)** أقول: الأصوب أن يقال فالمدعي صورة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد قوله: **(لكنه مدع)** أقول: إن له حق الفسخ.

فالقول قول المسلم إليه) لأن ربّ السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة، وفي عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لربّ السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً. وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال ربّ السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم)** لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال، بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول لربّ السلم عندهما لأنه ينكر حقاً له عليه فيكون القول قوله، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر

أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه، بخلاف قوله إلا عشرة بالاستثناء فإنه يتوقف إذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد، قيل فيه نظر لأن في الأصول فيما إذا زوجه الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان، لأنه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وإن كان بحرف العطف، وأورد أيضاً بما إذا قال: تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع أنه يدعي فساد العقد: أجيب بأنه ما أقرّ بأصل لعقد بل أنكره حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية. واعلم أن إنكار الأجل على ثلاثة أوجه: أحدها في أصل الأجل وهي مسألة الكتاب. والثاني في مقدار الأجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع يمينه، فإن قامت بينة للمدعي الأكثر قضى بها، وإن قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة. والثالث في مضي الأجل إذا قال رب السلم مضى الأجل المسمى وقال المسلم إليه لا فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة عليه، ومن أقام بينة قضى له، فإن أقاماها فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل، هذا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لأنه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة: يعني أنه ما هو فإنهما يتحالفان لأن الوصف جار مجرى الأصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي، فإن قالا جيد أجبر على القبول، وإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف، ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وإن قامت لأحدهما بينة قضى بها، وإن قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف. والمسألة على ثلاثة أوجه: لأن رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه. اتفقا على رأس المال

وغيره، وفي عكسه وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله، وإن أنكر الصحة كربّ المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة القول قول المسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. واختلفا في جوازه وفساده، وكانا متفقين على الصحة ظاهراً لوجهين: أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. الثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه، والأجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقراراً بالصحة، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فإنهما إذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت كانت إجارة، وإذا صحت كانت شركة، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر

قوله: **(والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه)** أقول: لشرائط العقد أو لشرائط صحته؟ الأول مسلم، وليس لأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته، والثاني غير مسلم.

الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة.

قال: **(ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة)** لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما

واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلف فيهما، فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرّ حنطة وقال الآخر في نصف كرّ أو في شعير أو في حنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالإجماع، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرّ حنطة وقال الآخر في كرّ شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين، فمحمد مرّ على أصله. وأبو يوسف يقول: كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير، إن اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دارهم في كري حنطة وقال الآخر خمسة عشرة في كر وأقاما، فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرّين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كرّ وعقد بعشرة في كرّين. ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضي بسلمين كما في الثوبين، وفيها: أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه: إما إن كان كيلياً أو وزنياً أو ذرعياً، ففي الكيلي فإن أسلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهماً جاز لأنه باع قفيزاً بثمن معلوم، ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهماً فقبل جاز أيضاً فإنه إقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وقدمنا أنه في الأرداءِ والأجود يجوز بالإجماع إذا لم يكن معه شيء آخر. وفي الثوب إن جاء بأزيد بذراع وقال زدني درهماً جاز وهو ذراع بدرهم يمكن تسليمه، بخلاف بيعه مفرداً، وكذا إذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فإنه يجوز عندهم، وإن جاء بأنقص فرد معه درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته لأن الذراع وصف وحصته مجهولة، هذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة، فإن بين جاز بلا خلاف، وكذا لو جاء بأنقص وصفاً لا يجوز ولو بأزيد وصفاً جاز الكل في الأصل قوله: **(ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لأنه أسلم في معلوم)** والرقعة يراد بها قدر، ولا خلاف

خلافه، ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل، وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل. ولما كان السلم عقداً واحداً كان الاختلاف فيه إنكاراً بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الإنكار. وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر. وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لأنه بالفساد لا ينقلب عقداً آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقداً آخر عند الاختلاف. فإن قيل: هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول للمضارب، وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لإنكاره ما يدعيه المضارب في ماله، فالجواب أن العذر المذكور كان مبنياً على انتفاء ورود النفي والإثبات على محل واحد، وهاهنا قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه، كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والإثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم، وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقلّ دموعه. قال: **(ويجوز السلم في الثياب الخ)** السلم في الثياب جائز إذا بين

ذكرنا، وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه. **(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز)** لأن آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن **(ولا بأس بالسلم في اللبن والآجرّ إذا سمى ملبناً معلوماً)** لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمى الملبن.

في هذا بل اشتراط وزنه إذا كان حريراً فإنّ عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر، وكذا يجوز في البسط والأكسية والمسوح والجوالق والبواري إذا بين الطول والعرض والصنعة، وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفاً كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزاً. في المنتقى: إذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز إلا وزناً بوزن وهذا هو الصحيح في السلم، بخلاف البيع لأن الإشارة يكتفي بتعريفها في البيع، غاية الأمر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع، وفي الطول يذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين إرخاء الثوب ومده إن كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه إلا أن يكون أحدهما هو المتعارف، وإذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزافاً فلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يداً بيد لا يجوز إلا وزناً كأواني الصفر قوله: **(ولا يجوز السلم في الجواهر)** بلا خلاف إلا لمالك **(ولا في الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً)** في المالية فإن الجوهرتين قد يتحدان وزناً ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة، اللهم إلا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزناً **(ولابأس بالسلم في اللّبِن والآجر إذا سمى ملبناً معلوماً)** لأنه عددي متفاوت إذا سمى الملبن. قوله: **(لا سيما إذا سمى إلى آخره)** يعطي أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل إذا سمى يكون أحسن، وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وذكر بعضهم أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون، وفي عرف بلادنا يسمونه قميناً أو قميراً وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيراً لأنه يتفاوت في النضج تفاوتاً فاحشاً فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالمتفاوت المتقارب قوله: **(وكل ما أمكن ضبط صفته إلى آخره)** لا خلاف فيه كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر[1] والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع إذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً والقصب وصوف الأخشاب، ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر، وقيل هو

الطول والعرض والرقعة. يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم، وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الإبريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضاً لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن، فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده، لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة، وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة. قال: **(ولا يجوز السلم في الجواهر الخ)** العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلىء والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لإفضائه إلى النزاع. وفي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية **(ولا بأس بالسلم في اللبن والآجرّ)** إذا اشترط فيه ملبنا معروفاً، لأنه إذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدى المتقارب. قال: **(وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ)** هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين: أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه، ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان لي بحيوان. والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع، والأصل ذكر القاعدة أوّلاً ثم تفريع الفروع عليها. والجواب عنا لأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم» الحديث، وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى

---

(١) الصُفْرُ: هو ما يعمل منه الأواني، وهو ضرب من النحاس هذا إذا أراد المصنف ضم هذه الكلمة للمعادن وهو ما أراده لأنه سيذكره بعد أسطر ويصلح ضمها للحناء وما بعدها. ففي القاموس: الصَفْرَةُ: نبت سهليٌ رمليٌ ورقه كالخس ا هـ لكن كونه نبتاً لا معدناً فيه زيادة تاءٍ مربوطة ا هـ فتنبه والله أعلم.

قال: **(وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه)** لأنه لا يفضي إلى المنازعة **(وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه)** لأنه دين، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف)** لاستجماع شرائط السلم **(وإن كان لا يعرف فلا خير فيه)** لأنه دين مجهول.

موزون، وقيل يعتبر التعارف، وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفاً قوله: **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك)** كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن إذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلا يسيراً قوله: **(وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً)** الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً[١]: أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين. والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي، إذ لا يمكن إجارة لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصبغ أحمر بكذا لا يصح ولا بيعاً لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، ولكنا جوّزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[٢] وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً[٣]. «واحتجم ﷺ وأعطى الحجام»[٤] مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات

قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق. وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه، وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم وإلا فلا خير فيه)** أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتفي. قال: **(وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير ذكر الأجل جاز الخ)** الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا

قوله: **(أحدهما أن عكسها الخ)** أقول: فيه أنه ليس عكس الأول، بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل.

---

(١) آنية يوضع فيها الطعام. والعامة تطلق عليه: طشط.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه الترمذي ٢١٦٧ والحاكم ١/ ١١٥ ـ ١١٦ كلاهما من حديث ابن عمر: إن الله لا يجمع أمتي أو قال: أمة محمد ﷺ على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شذَّ شذَّ إلى النار قال الترمذي: حديث غريب، وسليمان المدني هو عندي سليمان بن سفيان. قد روى عنه غير واحد ا هـ. قلت: ساقه الحاكم من وجوه كثيرة، ومدارها على سليمان بن سفيان المدني، وقد قال عنه الحافظ في التقريب: ضعيف وقال الذهبي في الميزان: قال عنه يحيى بن معين: ليس بشيء. وقال مرة: ليس بثقة وكذا قال النسائي. وقال أبو حاتم والدارقطني: ضعيف ا هـ.
ورواه الحاكم من وجه آخر عن سلم بن أبي الذيّال عن ابن دينار عن ابن عمر مرفوعاً وقال: لو كان محفوظاً من الراوي لكان من شرط الصحيح.
قال الحاكم: وله شواهد لا أدّعي صحتها. ثم أسنده عن ابن عباس مرفوعاً وفيه إبراهيم بن ميمون وثقة عبد الرزاق ا هـ. وأخرجه الترمذي من حديث ابن عباس برقم ٢١٦٦ من هذا الوجه لكن اقتصر على لفظ يد الله مع الجماعة وأخرجه أحمد ٦/ ٣٩٦ والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة في تاريخه كما في المقاصد الحسنة ١٢٨٨ من حديث أبي بصرة الغفاري: سألت ربي أربعاً وفيه: أن لا يجمع أمتي على ضلالة.
وفيه رواية لم يسمه أحمد وإنما قال أحمد في روايته: عن أبي وهب الخولاني عن رجل قد سماه عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً. . . فذكره.
قال السخاوي: ورواه الطبراني في تفسيره عن الحسن مرسلاً وبالجملة فهو حديث مشهور المتن ذو أسانيد كثيرة وشواهد متعددة في المرفوع وغيره ا هـ. فائدة: قال الترمذي: الجماعة عند أهل العلم هم أهل الفقه والعلم والحديث. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٤١ ما ملخصه: هذا حديث مشهور له طرق كثيرة لا يخلو واحد منها من مقال ا هـ.

(٣) جيد. يشير المصنف لما أخرجه النسائي ٨/ ١٩٣ وأحمد ٣/ ١٠١ كلاهما عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: قد اصطنعنا خاتماً، ونقشنا عليه نقشاً، فلا ينقش عليه أحد. وإسناده جيد رجاله ثقات.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٧٧ ومسلم ١٥٧٧ كلاهما من حديث أنس: أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأمر له بصاع، أو صاعين من طعام، وكلّم مواليه، فخفف عن غلّته، أو ضريبته.

قال: (**وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً**) للإجماع الثابت بالتعامل. وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم، والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، والمعقود عليه العين دون

وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد. ومثله شرب الماء من السقاء. وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر(٤) ولم يبين له شرطاً. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن، وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل، وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه. ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة، فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق. والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوّزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في كل، وسماه شراء فقال: إذا رآه المستصنع فهو

وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم، وهو لا يخلو إما أن يكون فيما فيه تعامل، وإليه أشار بقوله شيئاً من ذلك: أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أو لا. والثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل، إليه أشار قوله بغير أجل. وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام، ولا يشكل بالمزارعة فإن فيها للناس تعاملاً، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع. واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة، والصحيح أنه بيع لا عدة، وهو مذهب عامة مشايخنا، وكان الحاكم الشهيد يقول: هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار. وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية، وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه، كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوباً بغزل من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصاً بكرباس من عنده، والمواعدة تجوز في الكل، وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة، ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة. فإن قيل: كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً. أجاب (**بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً**) كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل. فإن قيل: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع. أجاب (**بأن المعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز**) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول: المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان. وأجيب بأن الاستصناع شبها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبها بالبيع من حيث أن المقصود منه العين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل

قوله: (**ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار**) أقول: أي في رواية عن أبي حنيفة قوله: (**ألا ترى أنهما إذا تبايعا الخ**) أقول: وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذلك، وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشترياً لما لم يره فلا وجه لخياره إلا ما قررناه فتأمل.

---

(١) تقدم تخريجه في فصل بيان.

العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، ولا يتعين إلا بالاختيار، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، وهذا كله هو الصحيح.

قال: **(وهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه)** لأنه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح، لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضاً لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا. وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوّز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم، وإنما قال بغير

بالخيار لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدارهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع، ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. قوله: **(والمعقود عليه العين دون العمل)** نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عيه العمل لأن الاستصناع ينبيء عنه كما قلنا، والأديم والصرم بمنزلة الصبغ، والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره، ولذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما نبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة. وفي الذخيرة: هو إجارة ابتداء بيع انتهاء، لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع. فإن قيل: لو انعقد إجارة أجبر الصانع عل العمل والمستصنع على إعطاء المسمى.

أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والإجارة تفسخ

بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع. فإن قيل: أيّ فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة. أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير **(ولا يتعين)** المستصنع **(إلا باختيار)** المستصنع **(حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله)** أي كونه بيعاً لا عدة، وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه إلا باختياره **(هو الصحيح)** وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك. قال: **(وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ)** أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط، فيجبر على العمل لأنه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له، وهو الأصح بناء على جعله بيعاً لا عدة. وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعاً للضرر عنه لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا أوّلاً، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لا يشتريه بمثله؛ ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً. فإن قيل: الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً. أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه. فإن قيل: ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام. أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب

قوله: **(فإن قيل: إنما يصح ذلك الخ)** أقول: الحصر ممنوع، فإنه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجوداً، إلا أن يقال: المشار إليه بقوله ذلك كونه بيعاً لا اعتباره موجوداً.

أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم

ففسخ بهذا العذر، ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته، وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشراء ما لم يره، ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع، بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع، والله أعلم.

على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيارة اجتهاد جميع المجتهدين، وفيه نظر لأن غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة بحرّ ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ، فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها، ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع. وقوله بغير أجل في أول المسألة احتراز عما إذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فإنه حينئذ يكون سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. وأما إذا ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه فإنه يصير سلماً بالاتفاق، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد لا يصيره سلماً لأن ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلماً، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وفيما إذا صار سلماً يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية أن اللفظ حقيقة في الاستصناع. وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلماً لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل، وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل، وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الأول **(بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم)** تقريره: لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع، فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال، وإذا كان محتملاً للأمرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه **(وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة)** يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة، ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع.

قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما، أما الصانع فلما ذكرنا)** أقول: ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع باع ما لم يره قوله: **(اختيار بعض المتأخرين الخ)** أقول: بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا، إلا أنه لا منافاة بينهما فتأمل.

قوله: **(وفيه نظر لأن غير الأب الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن مآل هذا النظر التكلم على السند الأخص وأنه لا يجدي نفعاً قوله: **(يعتبر شرائط السلم)** أقول: من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية قوله: **(يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة)** أقول: ظاهره مخالف لما أسلفه في صحيفة ١١٦ من الفرق بين الاستصناع والمزارعة، ثم أقول: قال الإتقاني في تعليل الشبهة: لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى. وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الإتقاني.

مسائل منثورة

قال: **(ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء)** وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب، لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من

مسائل منثورة

المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة: أي متفرقة عن أبوابها قوله: **(ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء)** هكذا أطلق في الأصل، فمشى بعضهم على إطلاقه كالقدوري. وفي نوادر هشام عن محمد: نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته. وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور، وعلى هذا مشى في المبسوط فقال: يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم. ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعليم، وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم، وقال: هذا هو الصحيح من المذهب. قال: وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى.

فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليماً. وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة: رواية الحسن الجواز، ورواية أبي يوسف بالمنع. وقال أبو يوسف: أكره بيعه لأنه لا منفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة. وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. ويجوز بيع الهرّة لأنها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوّام الأرض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان. وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كا ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز، ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعاً للتراب المخلوط، بخلاف الدم يمتنع مطلقاً قوله: **(وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب)** مطلقاً سواء كان للصيد أو لم يكن، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع، لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره إلا إن خاف لصوصاً أو أعداء للحديث الصحيح «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية

مسائل منثورة

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا. قال: **(ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع)** بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل؛ أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلاً للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً فيكون مالاً. وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد، فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به **(وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور)** أي الجارح **(لا يجوز لأنه غير منتفع به)** ولأنه ﷺ نهى عن إمساكه وأمر بقتله. قلنا: كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع وقال الشافعي: **(لا يجوز بيع الكلب، لقوله ﷺ: «إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب»)** السحت: هو الحرام. والبغيّ: الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء إلحاقاً بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد **(ولأنه نجس العين)** بدلالة نجاسة سؤره فإنه

مسائل منثورة

قوله: **(وترك التاء إلحاقاً الخ)** أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض قوله: **(كقولهم ملحفة جديد)** أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف قوله: **(«قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً» الخ)** أقول: ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له.

السحت مهر البغيّ وثمن الكلب» ولأنه نجِس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفياً. ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية» ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً

نقص من أجره كل يوم قيراطان»[١] وجه قوله[٢] ما روى ابن حبان في صحيحة عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت»[٣] وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف. وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»[٤]. وفي صحيح مسلم عن جابر «أن النبي ﷺ زجر عن ثمن الكلب»[٥] **(ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته)** فلا يجتمعان، وعارضه المصنف بوجهين: أحدهما **(«أنه ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»)**[٦] وهو غريب بهذا اللفظ. نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد»[٧] وضعفه الترمذي قال: وقد روي أيضاً عن جابر مرفوعاً ولا يصح إسناده، والأحاديث ليس فيها هذا الاستثناء، لكن روى أبو حنيفة في سنده عن

متولد من اللحم، وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشعر بهوان المحل، وجوازه البيع بإعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفياً **(ولنا «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»)** وهي التي تحرس المواشي. واعترض بأن الدليل أخص من المدعي، فإن المدعي جواز بيع الكلاب مطلقاً، والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير. وأجيب بأن ذكره لإبطال شمول العدم الذي هو مدعي الخصم، وأما إثبات المدعي فثابت بحديث ذكره في الأسرار

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٠ و ٥٤٨١ و ٥٤٨٢ ومسلم ١٥٧٤ من وجوه والترمذي ١٤٨٨ والنسائي ٧/ ١٨٧. ١٨٨. ١٨٩ ومالك ٢/ ٩٦٩ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٩ وأحمد ٢/ ٤. ٥٥. ١٠١. ١١٣. ١٤٧ والبيهقي ٦/ ٩ والبغوي ٢٧٧٥ وابن حبان ٥٦٥٣ كلهم من حديث ابن عمر.
وورد من حديث أبي هريرة لكن فيه: قيراط بدل: قيراطان. أخرجه البخاري ٢٣٢٢ و ٢٣٢٤ ومسلم ١٥٧٥ من وجوه وأبو داود ٢٨٤٤ والترمذي ١٤٩٠ والنسائي ٨/ ١٨٩ وابن ماجه ٣٢٠٤ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٩ وأحمد ٢/ ٢٦٧ وابن حبان ٥٦٥٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. ومن حديث عبد الله بن مغفل. أخرجه أبو داود ٢٨٤٥ والترمذي ١٤٨٦ والنسائي ٧/ ١٨٨ وابن ماجه ٣٢٠٥ وأحمد ٤/ ٨٥ و ٥/ ٥٦. ٥٧ والدارمي ٢/ ٩٠ والطحاوي ٤/ ٥٤ وابن حبان ٥٦٥٧ والبغوي ٢٧٧٦ كلهم من حديث ابن مغفل. فهذا حديث مشهور. أسانيده صحاح كلها.
(٢) يعود الضّمير في لفظ: قوله. على الشافعي.
(٣) جيد. أخرجه ابن حبان ٤٩٤١ من حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم. وورد من طريقين عند الدارقطني ٣/ ٧٢. ٧٣ عن عطاء عن أبي هريرة.مرفوعاً: ثلاث كلهم سُحت... فذكره وفي كلا الإسنادين ضعف لكن فيهما متابعة لقيس بن سعد على عطاء. وقيس ثقة من رجال مسلم على كل حال.
(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٧ و ٢٢٨٢ و ٥٣٤٦ و ٥٧٦١ ومسلم ١٥٦٧ وأبو داود ٣٤٨١ والترمذي ١٢٧٦ و ١١٣٣ والدارمي ٢/ ٢٥٥ وابن ماجه ٢١٥٩ ومالك ٢/ ٦٥٦ والشافعي ٢/ ١٣٩ وابن أبي شيبة ٦/ ٢٤٣ وأحمد ٤/ ١١٨. ١١٩. ١٢٠ والحميدي ٤٥٠ والطحاوي ٤/ ٥١. ٥٢ وابن الجارود ٥٨١ وابن حبان ٥١٥٨ والبغوي ٢٠٣٧ والطبراني ١٧ (٧٢٦) (٧٢٨) من طرق كلهم من حديث أبي مسعود الأنصاري.
(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٦٩ وأبو داود ٣٤٧٩ والترمذي ١٢٧٩ والنسائي ٧/ ٣٠٩ وابن ماجه ٢١٦١ وابن حبان٤٩٤٠ . والطحاوي ٤/ ٥٣ والبيهقي ٦/ ١٠ وأحمد ٣/ ٣٤٩ من طرق كلهم من حديث جابر. وفيه تصريح أبي الزبير بسماعه من جابر.
(٦) لا يوجد بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٣ واستغربه بهذا اللفظ. ووافقه ابن الهمام. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦١: لم أجده بهذا اللفظ.
(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٢٨١ من حديث أبي هريرة وقال: لا يصح من هذا الوجه وأبو المهزّم اسمه يزيد بن سفيان ضعفه شعبة، وروي عن جابر مرفوعاً بنحوه، ولا يصح إسناده أيضاً ا هـ.
وما أشار إليه الترمذي أخرجه النسائي ٧/ ١٩١. ١٩٠ والبيهقي ٦/ ٥ والدارقطني ٣/ ٧٣ كلهم من حديث جابر.
وقال النسائي عقبه: حديث حجاج بن محمد عن حماد ليس بصحيح.
ورواه الدارقطني، وكذا البيهقي عن حماد بن سلمة وقالا: ولم يذكر حماد عن النبي ﷺ، وهذا أصح.
زاد البيهقي: ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي ﷺ. ورواه الهيثم بن جميل عن حماد مرسلاً، ورواه الحسن بن أبي جعفر موصولاً، وليس بالقوي والأحاديث الصحاح في النهي عن ثمن الكلب لا تذكر هذا الاستثناء والله أعلم ا هـ. ونقله الزيلعي عن البيهقي في نصب الراية ٤/ ٥٣ وأقره، وكذا أقره ابن حجر في الدراية فالخبر ضعيف والله تعالى أعلم.

فكان ما لا يجوز بيعه، بخلاف الهوامّ المؤذية لأنه لا ينتفع بها، والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهما عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع.

الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أرخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد»[1] وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين[2]، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصاً والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوة عندهم، حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدّعاهم من عموم منع البيع، ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى، وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعاً به، وخصوص الاصطياد ملغى إذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجاً سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور.

ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول: كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل. ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس. فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفعٍ لا تربو عليه مفسدة، ويدّعي في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لأن منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه. وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلاً على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم: أعني شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثاني، وعلى تقريرنا يتم الأول أيضاً. وقد استدل في الأسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله ﷺ «أنه قضى في كلب بأربعين درهماً»[3] ولم يخصص نوعاً من أنواع الكلاب. وهذا الحديث أولاً لا يعرف إلا موقوفاً حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الأعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش»[4]. وثانياً هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلاً على العموم خطأ

برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهما» من غير تخصيصه بنوع. وفيه نظر لأن الطحاوي حدّث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً» وهذا مخصوص بنوع كما ترى. وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة **(ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً)** لفّ ونشر **(فكان مالاً فيجوز بيعه)**. واعترض بوجهين: أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه، وذلك

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ١٩٤ من طريق أحمد بن علي المدائني بسنده عن أبي حنيفة عن الهيثم الصراف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وقال ابن عدي بعد أن ذكر للمدائني مناكير يرويها عن أبي حنيفة: وهذه الأحاديث لأبي حنيفة لم يحدث بها إلا أحمد المدائني، وهي بواطيل عن أبي حنيفة. وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٤: وهذا سند جيد. يعني من أبي حنيفة ومن فوقه ثم ذكر الزيلعي كلام ابن عدي وأكده بقوله: وقال ابن القطان: أحمد المدائني المعروف باللجلاج لم تثبت عدالته، وقد حدث بأحاديث كثيرة لأبي حنيفة كلها مناكير لا تُعرف ا هـ. قلت: فلو صحح نسبة مسند أبي حنيفة لأبي حنيفة لكان الإسناد جيداً كما قال الزيلعي أولاً وابن الهمام. ولكن لما لم يثبت جاء الطعن على أحد الرواة عن أبي حنيفة لا من قبل أبي حنيفة فإنه إمام فقيه معتبر والله أعلم.

(٢) تقدم أن علته معن هو دون أبي حنيفة لا من فوقه. وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية بسبب ضعف أحمد المدائني ا هـ انظر الدراية ٢/ ١٦١.

(٣) موقوف. أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٥٨ والبيهقي ٦/ ٨ كلاهما من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده موقوفاً ولفظهما: أن عبد الله قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش. قال البيهقي: هذا موقوف وابن جريج لا يروى له سماعاً من عمرو بن شعيب قال البخاري رحمه الله: لم يسمعه ثم أسنده البيهقي من طريق البخاري عن جساس أنه سمع عبد الله بن عمرو قضى... فذكره.

وقال البيهقي: قال البخاري: لا يتابع عليه ا هـ. فالخبر موقوف وإسناده غير قوي.

(٤) هو المتقدم.

قال: **(ولا يجوز بيع الخمر والخنزير)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» ولأنه ليس بمال في حقنا، وقد ذكرناه.

ظاهر. ثانيهما هو قوله: **(ولأنه ينتفع به حراسة واصطياداً فكان مالا)** يعني مالاً مملوكاً متقوماً. أما كونه مالاً فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعاً، وهذا كذلك فكان مالاً، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعاً في الانتفاع به، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوّم بالتمول، وكلاهما مأذون فيه شرعاً إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجع على النص الصريح الصحيح. غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال. فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك، وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمراً محققاً في الأول من رسول الله ﷺ[1]، ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكرة قال: حدثنا سعيد بن عامر قال: حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: ما لي وللكلاب؟ ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد»[2]. ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سؤرها[3] والنهي عن ثمنها وبيعها[4] ثم الترخيص في بيع الذي أذن في اقتنائه[5]، الأول على الحالة الأولى والثاني على الثانية، فكان منع البيع على المعموم منسوخاً بإطلاق

لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة وهو ليس بمال. والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة وليس بمال. وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة: ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة وجميع ما لا يؤكل لحمه. وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعاً فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حالة المخمصة. وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب، بخلاف الهوام المؤذية كالحيّات والعقارب والزنابير لأنها لا ينتفع بها قوله: **(والحديث محمول)** جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى، وتقريره ما روي عن إبراهيم أنه قال: روي عن النبيّ ﷺ «أنه رخص في ثمن كلب الصيد» وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ، فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به في الكلاب. فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء، ويجوز أن يقال: الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون إلا في المبايعة قوله: **(ولا نسلم**

قوله: **(ويجوز أن يقال الخ)** أقول: أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي قوله: **(والثمن بالحقيقة لا يكون الخ)** أقول: له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصوراً بصورته، وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت» كما في مهر البغي وفي حرم بيعها وأكل ثمنها.

---

(١) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٣٣٢٣ ومسلم ١٥٧٠ من وجوه عدة والترمذي ١٤٨٨ والنسائي ٧/ ١٨٤ وابن ماجه ٣٢٠٢ والدارمي ٢/ ٩٠ ومالك ٢/ ٩٦٩ وعبد الرزاق ١٩٦١٠ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٥. ٤٠٦ وأحمد ٢/ ٢٢. ٢٣. ١٠١. ١١٦. ١١٧ وابن حبان ٥٦٤٨ والبغوي ٢٧٧٩ والبيهقي ٦/ ٩ من طرق كلهم من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه أمر بقتل الكلاب. وورد من حديث ابن عباس. أخرجه مسلم ٢١٠٥ وأبو داود ٤١٥٧ والنسائي ٧/ ١٨٦ وابن حبان ٥٦٤٩ وأحمد ٦/ ٣٣٠ مطولاً وله قصة.

(٢) صحيح. أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٥٦ بهذا اللفظ من حديث عبد الله بن مغفل وإسناده جيد. وقد أخرجه مسلم ١٥٧٣ من طرق عدة عن عبد الله بن مغفل وآخره: ثم رخص في كلب الصيد، وكلب الغنم. ورواية: ورخص في كلب الغنم، والصيد، والزرع اهـ.
قلت: فالذي نسيه أحد رواة الطحاوي حفظه رواة مسلم وبالله التوفيق.

(٣) يشير المصنف لحديث: إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات إحداهنّ بالتراب. ورواية: أخراهن. وتقدم في الطهارة رواه الجماعة.

(٤) تقدمت هذه الروايات في أول هذا الفصل.

(٥) وهو كلب الماشية، والزرع، والصيد كما تقدم في رواية مسلم من حديث عبد الله بن مغفل قبل حديثين فقط.

قال: **(وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين)** لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين.

بيع البعض بالضرورة. وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل إطلاق الانتفاع به. قال **(ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه)** بل منع بالبيع الانتفاع شرعاً، ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا، بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها، فإن ثبت شرعاً إطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه، وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله ﷺ فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال: سألت عباس عما يعصر من العنب، فقال ابن عباس رضي الله عنهما «إن رجلاً أهدى إلى النبي ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمت أن الله حرّم شربها؟ قال: لا، قال: فسار إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: بم ساررته؟ قال: أمرته ببيعها، فقال: إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها، قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها»[(١)] وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول وهو بمكة «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: لا «هو حرام، ثم قال: قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه»[(٢)]. وهذا يتم به شرح المسألة المذكورة بعد هذه المسألة.

وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكالاً على جواز بيع السرقين، اللهم إلا أن يقال: لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو: حرمت الخمر، فإنا بينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدر إضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير، فقوله ﷺ في حديث «إن الله حرّم شيئاً» يعني إذا حرّم ما هو المقصود من الشيء «حرم بيعه وأكل ثمنه»[(٣)] كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب، وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع، فإن قال النجاسة سبب، قلنا: ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر. أما هذا الحديث فإنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه قوله: **(وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين)** يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها، وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في

نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع، فإن تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء. قال: **(ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ)** بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز: يعني أنه باطل، وتقدم وقوعهما مبيعاً وثمناً وما يترتب على ذلك في البيوع. واستدل بقوله ﷺ: «أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا محمد بن قيس

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٧٩ من حديث عبد الرحمن بن وَعْلَة أنه سأل ابن عباس... فذكره. بمثل سياق المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٦ و ٤٦٣٣ ومسلم ١٥٨١ وأبو داود ٣٤٨٦ والترمذي ١٢٩٧ والنسائي ٧/ ٣٠٩. ٣١٠ وابن الجارود ٥٧٨ وابن حبان ٤٩٣٧ والبيهقي ٩/ ٣٥٤ وأحمد ٣/ ٣٢٦ كلهم من حديث جابر.

وورد من حديث ابن عمر. أخرجه البخاري ٢٢٢٣ و ٣٤٦٠ ومسلم ١٥٨٢ وابن أبي شيبة ٦/ ٤٤٤ والشافعي ٢/ ١٤١ والحميدي ١٣ كلهم من حديث ابن عمر.

ومن حديث ابن عباس أخرجه أبو داود ٣٤٨٨ وأحمد ١/ ٢٤٢. ٢٩٣. ٣٢٢ وابن حبان ٤٩٣٨ والبيهقي ٦/ ١٣. ١٤ كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح رجاله ثقات.

(٣) إسناده صحيح وتقدم في كتاب الأشربة. وهو تمام اللفظ المتقدم.

قال: (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإنّ عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون. دل عليه قول عمر: ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. قال: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق

صرف، وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (إلا في الخمر والخنزير) فإنا نجيز بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال: سمعت سويد بن غفلة يقول: حضر عمر بن الخطاب والجتمع إليه عماله فقال: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم، ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم[1]. والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله ﷺ «أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»[2] لم يعرف قوله: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف وإباء أو ابتداء. قال في بعض الشروح: ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقالت طلقت يجعل قبولاً استحساناً، فكذا هذا. وفي بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال: ولو لم يكن إباء ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك، وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده، بخلاف طلقي نفسك في التفويض في الخلع فلا بد

«ان رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله ﷺ: كل عام راوية من خمر، فأهدى إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي، فقال النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرّم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك، قال: فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك، فقال له النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها» قال: (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الأصل: لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً، هم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام. واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله ﷺ في ذلك الحديث: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة؛ ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كما في حق المسلمين، إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون، دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا إليه وقال لهم: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ذلك، ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا

قوله: (دل على ذلك قول عمر الخ) أقول: وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً قوله: (فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول: مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه.

---

(١) موقوف. رواه أبو يوسف في كتاب الخراج كما ذكر المصنف وكذا عبد الرزاق وأبو عبيد في كتاب الأموال كما في نصب الراية ٤/ ٥٥ كلهم عن عمر به.

(٢) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٥: لا أعرفه بهذا اللفظ. وتقدم حديث معاذ في كتاب الزكاة وحديث بريدة في السير وفيهما هذا المعنى دون اللفظ. ا هـ بتصرف. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٢: لم أجده هكذا.

بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً، ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح.

أن المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك، ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه، والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. والضمان جائز الإضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع. وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه إن باعه بألف، وهذه رشوة إذا لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط، ثم في الأول إن كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة، وللمشتري أن يرابح على ألف وخمسمائة، ولو كانت داراً ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة.

ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن، ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الألف ويأخذها الشفيع بألف. ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللأجنبي أن يسترد الخمسمائة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه. أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن الأجنبي لا يجوز إذا لا رواية فيه عن أصحابنا. وتعقبه الرازي بأن محمداً نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري، فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري، ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبي قتادة «في الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة رضي الله عنه فصلى عليه»[1] فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم يحصل للأجنبي في مقابلتها شيء. ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز ذلك. فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة

يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن. والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المار (**أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، لأنه**) أي الإلحاق (**تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها**) فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو، لكن لا بد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة وإن فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة، فإذا

قوله: (**بناء على الأصل المار**) أقول: في فصل بعد باب المرابحة.

---

(١) صحيح، أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٤/ ٦٥ وابن ماجه ٢٤٠٧ والدارمي ٢/ ٢٦٣ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٢٩٧، ٣١٥ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من عدة طرق كلهم من حديث أبي قتادة: أن رجلاً أتي به النبي ﷺ ليصلي عليه فقال: صلوا على صاحبكم فإن عليه ديناً فقال أبو قتادة: أنا أكفل به قال: بالوفاء؟ قال: بالوفاء، فصلى عليه ﷺ، وكان عليه ثمانية عشر أو سبعة عشر درهماً. وإسناد أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وفي رواية: فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم. ديناران قال: ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، قال: فصلوا على صاحبكم... الحديث.

قال: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية، وهو

لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي. وقد يقال: هذا التعليل قاصر، فإن الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء، ووجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد، فإن أحواله ثلاثة: كونه خاسراً، ورابحاً، وعدلاً. وكونها لا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة، وهو كونه رابحاً فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلبية في المشابهة خصوصاً إذا كان يبنى عليها حكم شرعي، فالأولى ما قيل إن الزيادة ثبتت تبعاً فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً. فإن قيل: لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل. قلنا: لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل، ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز كذلك، وذلك لأن المشتري لم يلتزمها إنما التزم هذا القدر من الثمن الأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب قوله: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للأئمة الثلاثة.

أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على الأمة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو مالكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به، وإنما جاز إنكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض، والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه: أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح، ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز. وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض، وإذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض وارداً في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته. وأما الثاني فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري، ولو وطئها المشتري كان قابضاً فكذلك الزوج، ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً، حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع. والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، حتى إذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعييب منه للمبيع، وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج، والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضاً له. وجه الاستحسان أنهّ لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالإقرار منه عليها بدين، والمشتري إذا أقرّ بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً فكذا مجرد التزويج، بخلاف الفعل الحسي كان فقأ عينها مثلاً أو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل. واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي. والجواب إنما قلنا ذلك فيما يكون نفس

قال من الثمن وجد الشرط فيصح، وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال، والرشوة حرام لا تلزم بالضمان. واعترض بأوجه: لأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه. الثاني لو كان خمسمائة ثمناً لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق. الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة، والفكر الصائب في أصل هذه المسألة يغني عن هذه الأسئلة والجواب عنها، ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق، فإن ورود السؤال إذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره، وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغني عن أن تقابل بالمال جزءاً فجزءاً فجاز أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البدل، كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل، ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبدل الخلع، وإذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير، والملتزم فيما نحن فيه الأجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن، فإن أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون

الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر. وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله **(وإن لم يطأها فليس بقبض)** والقياس أن يصير قابضاً لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي. وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا قال: **(ومن اشترى عبداً فغاب فأقام**

الفعل قبضاً، والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء، والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه، وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء. هذا وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد. قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلاً، وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت، حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع قوله: **(ومن اشترى عبداً فغاب)** قبل القبض ونقد الثمن **(فأقام البائع البينة أنه باعه إياه)** ولم يقبض الثمن **(فإن كانت غيبة)** المشتري غيبة **(معروفة لم يبعه)** القاضي **(في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع)** فيكون إبطالاً لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة **(وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن)** بنصب الثمن مفعولاً ثانياً لبيع[1] وقوله وإن لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو. وقول المصنف في تعليل بيع القاضي **(لأن ملك المشتري ظهر بإقراره)** يعني بإقرار البائع **(فيظهر على الوجه الذي أقر به)** وهو كونه **(مشغولاً بحقه)** يبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليجيبه القاضي إلى البيع نظراً للغائب لا ليثبت عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك **(وإذا تعذر استيفاؤه)** والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لأنه كالرهن في يده إلى استيفاء الثمن، حتى لو مات المشتري مفلساً كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن إذا مات الراهن فإنه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه **(بخلاف ما بعد المبيع لأن حقه)** أي البائع **(لم يبق معلقاً به)** بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين، وهذا طريق الإمام السرخسي رحمه الله، وتقرير شيخ الإسلام يشعر بخلافه حيث قال: القياس أن لا تقبل هذه البينة لأنها على إثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي، فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل، وإن كان لا يصل إلى حقه. وفي الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية، بخلاف ما لو أقامها ليثبت

كالزيادة، وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته. وقع في الكتاب والخمسمائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف إليه، وقيل لا خلاف في امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً، وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر في المضاف إليه على حذف مضاف: أي الخمس خمسمائة. قال: **(ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها الخ)** رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح **(لوجود سبب الولاية)** للنكاح **(وهو الملك في الرقبة على الكمال)** وما ثمة مانع عن الجواز لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك، وهذا التزويج يكون قبضاً لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله **(وإن لم يطأها)** الزوج

قوله: **(وهذا التزويج)** أقول: الظاهر أن الإشارة إلى الوطء.
قوله: **(والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود الخ)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) قول الفتح: **(مفعولاً ثانياً لبيع)** صوابه لأوفى كما هو ظاهر، كتبه مصححه.

البائع البينة أنه باعها إياه، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه إبطال حق المشتري **(وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن)** لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقرّ به مشغولاً بحقه، وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض، بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقاً به، ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضاً.

قال: **(فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبي يوسف: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم**

حقاً على الغائب لينتزع شيئاً من يده لا يقبلها، والإجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع يستوفي حقه مما في يده. وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض. أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه. وقال آخرون: لا يحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع يثبت ضمناً لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع ضمن له.

هذا إذا كان المشتري واحداً فغاب، فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده اختلفوا في مواضع: الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب؟ عند أبي يوسف لا، وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر. والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر؟ عند أبي يوسف لا، بل لا يقبض إلا نصيبه على وجه المهايأة، وعندهما يجبر. والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده؟ عند أبي يوسف لا، وعندهما يرجع، والحاضر حبس نصيب الغائب إذا حضر يعطيه ما نقده عنه. وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع، وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لأنه أجنبي عنها **(ولهما أنه مضطر فيه)** أي في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأداء الجميع، لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس، وصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب، فإن المعير إذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لأنه مضطر فيه، وصار كصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل إذا لم يبنه مالكه بغير

(فليس) أي مجرد التزويج **(قبضا)** استحساناً، وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إن هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج عيب حكمي، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها، والمشتري إذا عيب المعقود عليه صار قابضاً فصار كالإعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين. وجه الاستحسان أن في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه إليه وبه يصير قابضاً، وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً. والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضاً. قال: **(ومن اشترى عبداً فغاب المشتري الخ)** رجل اشترى منقولاً فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت إلى ذلك حتى يقيم البينة دفعاً للتهمة، فإذا أقامها فلا يخلو إما أن تكون الغيبة معروفة أو لا، فإن كان الأول لم يبعه في الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع إبطال حق المشتري، وإن كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقرّ به وقد أقرّ به مشغولاً بحقه فيعتبر كذلك، وهذا لأن العبد في يده والقول قول الإنسان فيما في يده، فلو ادعى الملك كان مسموعاً، ولو أقرّ به لغيره كاملاً صح بحكم اليد، فكذا إذا أقر به ناقصاً مشغولاً بحقه ويثبت الملك له ناقصاً على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه، كالراهن إذا مات فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إن تعذر الاستيفاء، والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً فإن المبيع يباع في ثمنه، بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البائع لم تقبل لأن حقه لم يبق متعلقاً به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لإثبات الدين والإثبات على الغائب ممتنع عندنا. وفيه بحث من أوجه: الأول أن إقامة البينة على الغائب لا تجوز لأنها تعتمد إنكار الخصم وذلك من الغائب مجهول. الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم

يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه. ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة، وله حق الحبس ما بقي شيء منه، والمضطر يرجع كمعير الرهن، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه.

قال: **(ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان)** لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب

أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطيه ما صرفه، غير أن في مسألة السفل لا يفترق الحال بين كونه صاحبه غائباً أو حاضراً، وفي مسألتنا لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائباً، لأنه إذا كان حاضراً لا يكون مضطراً في إيفاء الكل، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه، بخلاف مسألة السفل فإن صاحب العلو لو خاصمه في أن يبني السفل لا ينقضي عليه ببنائه فكان مضطراً حال حضوره كغيبته**(وله)** أي للحاضر. ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعاً لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب، إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشي. وإذا ثبت حق الحبس في مسألتنا للحاضر فله حبسه إلى أن يستوفي الكل، ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن قوله: **(ومن اشترى جارية الخ)** صورتها أن يقول: اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ. ولفظ الجامع: في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما لو قال بألف من الدارهم والدنانير لا يحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياد. وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وإن احتمل العدة إذا أراد به الحال. وقيل بل هذه العبارة مساومة، والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم

بطلانه. الثالث أن ذلك يفضي إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز، وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضاً وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم. والجواب عن الأول أن إقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء، وإنما القاضي يقضي بموجب إقرار المقرّ بما في يده، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم. وعن الثاني من وجهين: أحدهما قول بعض المشايخ إن القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لأن بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض. وردّ بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلاً عنه. وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره. والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه والبيع يحصل ضمناً، ويجوز أن يثبت ضمناً ما لا يثبت قصداً. وعن الثالث ما ذكرنا أن هذ ليس قضاء على الغائب، وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما في يده، وذلك إنما يكون إذا لم يقبضه المشتري، فأما إذا قبضه فلا يكون ذلك، وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم **(ثم إذا باعه، فإن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه، وإن نقص يتبع هو)** أي يتبع البائع المشتري، فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر، وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لأجله، وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن، ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض إلا نصيبه مهايأة لا غير، فإذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله وليس له حق الحبس على ذلك **(وكان متطوعاً بما أدّى عن صاحبه)** لأنه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك **(وهو أجنبي عن نصيب صاحبه)** فليس له القبض **(ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة، ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن)** فإن من أعار شيئاً رجلاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فإنه يرجع على الراهن بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره في القضاء، وهذا مما لا ينكر فإن للضرورات أحكاماً. فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحاً لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه. فالجواب أن الاضطرار في

من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما، قال: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه)** لأن حقه في الوصف مرعي كهو في

باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام. وفيه أن إضافة المثقال إلى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلاً يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً إليها المثقال، وينفي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لأن المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف إليهما، وكذا صفة الجودة لأن العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين، فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة، ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعاً جميعاً غدا فإنهما مضافان. ذكره في كشف الغوامض. وفي المبسوط: لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لأنه المتعارف في الدراهم فينصرف إليه، وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة، لأن المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك، وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف إلى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم.

وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس، إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً أو وديعة أو بيعاً أو شراء أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع، ومنه ما لو قال على كرّ حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس قوله: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفاً وهو)** أي رب الدين **(لا يعلم)** أنها زيوف **(فهو قضاء)** حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشيء وهذا **(عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد)** وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس، وقول أبي يوسف هو الاستحسان. له أن حقه

حالة حضوره مفقود لإمكان أن يخاصمه إلى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا استأجر داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجرة فإنه يكون متبرّعاً بالإجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة. كذا ذكره الإمام التمرتاشي **(وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه)** على ما سيجيء إن شاء الله تعالى. قال: **(ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ)** رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال **(لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء)** لأنه عطف على المضاف إليه، وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة، وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوي. قيل وكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لأن الناس لا يتبايعون بالتبر؛ ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وبيوع الأصل. ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف، إلا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم. ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. قال: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ)** رجل له على رجل عشر دراهم جياد **(فقضاه زيوفاً والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه**

الأصل، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولهما أنه من جنس حقه. حتى لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له.

في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده **(لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا)** من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف **(ولهما أنه)** أي الزيوف **(من جنس حقه، حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال)** به كالصرف ورأس مال السلم **(جاز)** وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالاً بل نفس الحق **(فيقع به الاستيفاء، وإنما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها)** بعد هلاك الدراهم **(لما ذكرنا)** من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **(ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه)** يعني هو إيجاب للقابض على نفسه **(ولا نظير له)** في الشرع إلا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها، فإن قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها. قلنا: وكذلك لا يصير مقتضياً حقه بالزيف إلا إن علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض جنس حقه، فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذ المديون لا يضمنه شيئاً. قلنا: يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون، وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشراء الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد، ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون، وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع. ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد به، بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك، ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له. وفي النوازل: اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لأنه إنما يأخذ بما اشترى، ولو باعها مرابحة فإن رأس المال الجياد. وفي الأجناس: اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد. قال أبو جعفر: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث، والله الموفق.

ويرجع عليه بالجياد لأن حقه في الوصف مرعي) من حيث الجودة، كما أن حقه مرعي في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا إذ نقص في كيفيته، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلناه. ولأبي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلاً، فلم يبق حقه إلا في الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك، ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع. واعترض بوجهين: أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد وهاهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له حتى لو اشترى صح. والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر. والجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه. وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعاً له. قال: **(وإذا أفرخ طير في أرض رجل الخ)** إذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعدّها لذلك لم يملكه **(فهو لمن أخذه، وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها ظبي)** وفي بعض النسخ: تكسر فيها ظبي **(لأنه مباح سبقت يده إليه)** فيملكه **(ولأنه**

قوله: **(وعن الثاني الوصف تابع الخ)** أقول: هذا يرجع إلى تغيير الدليل، والله أعلم.

قال: **(وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه)** وكذا إذا باض فيها **(وكذا إذا تكنس فيها ظبي)** لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه، وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه، وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا إذا

قوله: **(ولو أفرخ في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها ظبي)** أي دخل كناسه والكناس بين الظبي. وفي بعض النسخ تكسر: أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للآخذ، ولا يختص بصاحب الأرض **(لأنه)** أي لأن كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لأنها **(مباح سبقت يده)** أي يد الآخذ إليه **(ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد)** فيلحق به **(ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه)** لأنه المقصود بقوله تعالى ﴿تناله أيديكم﴾ في قوله تعالى ﴿ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [آل عمران: ٩٤] كذا ذكر. وقوله: **(وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك)** جملة حالية هي قيد لقوله فهو لمن أخذه: أي إنما يكون للآخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئراً ليسقط فيها أو أعد مكاناً للفراخ ليأخذها، فإن كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل ربّ الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً، كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لأنه لم يعدها الآن للأخذ، وكما إذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه، وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سدّ الكوة[1] كان لصاحب الدار، وكذا إذا وقع في ثيابه النثار[2] من السكر أو الدارهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه، وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان: أي للآخذ في زمان عدم كفه الثوب. وقوله أو كان مستعداً له: أي للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره، فإذا كفه أو كان مستعداً فهو له، أما إذا عسل النحل في أرضه فهو لصاحب الأرض لأنه عد من إنزاله: أي من زيادات الأرض: أي ما ينبت فيها فيملكه تبعاً للأرض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها. والأنزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لأنه هو عائد على الأرض وهي مؤنثة على تأويل المكان، ومثله وقع في شعر العرب قال:

فلا مزنة ودقت ودقها ولا أرض أبقل إبقالها

ومن جنس هذه المسائل: لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه، ولو اتخذت لغيره، فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء لصاحبه وإلا فالماء للآخذ، ولو باض صيد

حينئذ **صيد والصيد لمن أخذه)** بالحديث، وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض إنسان فإنه للآخذ دون صاحب الأرض. والتكنس: التستر، ومعناه في الأصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي، ومعنى تكسر انكسر رجله، وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له **(والبيض في معنى الصيد لأنه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه)** قوله: **(وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك)** إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له، فأما إذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ **(وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه)** أي يضمه إلى نفسه **(أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه)** فإن

---

(١) الكُوَّةُ: الثقبُ في الحائط. ويُستعار لمفاتح الماء إلى المزارع أو الجداول فيقال: كوى النّهر. قلت: وتسمى في الشام: طاقة. وهي عبارة عن خرق في الجدار صغير نافذ إلى الدار. والغاية منه قديماً كما كنت أعلم وأشاهد: دخول الدجاج أو البط أو نحوه من الطريق إلى الدار، ومن فوائده أيضاً: أنه إذا جاء الرجل صاحب الدار ولم يجد أحداً في المنزل تراه يأت بطفل صغير يدخل من هذا الثقب ليفتح له الباب ا هـ.

(٢) النّثار: هو ما ينثره العروس أثناء دخوله على الناس وأحياناً بعض الناس ينثره على العروس. ويقال له في العاميّة ـ أي للعروس ـ: يا عريس كتّر مُلبّس.

دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء، والله أعلم.

في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الأرض، فإن كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريباً منه بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض كأنه أخذه عنده، وإن لم يكن بحضرته لا يملك.

العسل لصاحبها **(لأنه عدّ من أنزاله)** أي من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه، والفرق بينهما أن العسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها **(كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء)** بخلاف الصيد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الصرف

قال: **(الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان)** سمى به للحاجة إلى النقل في بدليه

كتاب الصرف

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجوداً. وأيضاً لما كان عقداً على الأثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية: أعني المبيعات، ومفهومه لغة وشرعاً يذكره المصنف، وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وإن اختلف الجنس، ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين، بخلاف خيار الرؤية، والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض، فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز إلا أنه لا يتصوّر في النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلها لا عينها، حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدارهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الأواني والحلي. ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والأجل عاد الصرف صحيحاً خلافاً لزفر. وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فإنما هو حكمه. والجواب أن المختار أنه ليس إلا شرط بقائه على الصحة، فالإشكال على قول البعض القائلين إنه شرط الجواز. وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك فهو معتبر مقارناً أو متقدماً شرعاً وإن كان متأخراً صورة، ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنيَ عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر، وأما مفهومه شرعاً فبيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض، وهذا قول القدوري **(الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان)** وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمناً صريحاً ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف، وإنما سمي اصطلاحاً به لأن مفهومه اللغوي هو النقل، ومنه في دعاء الاستخارة: «فاصرفه عني واصرفني عنه»[1] ونقل كل من البدلين عن مالكه إلى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه **(أو هو)** أي معناه اللغوي الزيادة، وهذا العقد لا يقصد به إلا

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص، وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان، وقد تقدم ما يدل على تأخيره على السلم في أول السلم، وسمي هذا العقد صرفاً لأحد المعنيين: إما **(للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد. والصرف هو النقل والرد لغة، وإما لأنه لا يطلب به إلا الزيادة)** يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصيغة، إذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً، وقد دل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾

كتاب الصرف

قوله: **(وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم)** أقول: الذي يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى، لكن ذلك يعلم منه أيضاً فاكتفى به قوله: **(ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً)** أقول: الأظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل قوله: **(قد دل على مشروعيته قوله: «وأحل الله البيع» الخ)** أقول: البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع. فإن قيل: ما ذكره مشروع

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٦٢ و ٦٣٨٢ و ٧٣٩٠ وأبو داود ١٥٣٨ والترمذي ٤٨٠ والنسائي ٦/ ٨٠ وابن ماجه ١٣٨٣ وأحمد ٣/ ٣٤٤ وابن حبان ٨٨٧ والبيهقي ٣/ ٥٢ كلهم عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يعلمنا الاستخارة كما يعلمنا السورة من القرآن يقول: إذا همَّ أحدكم بالأمر، فلْيَرْكعْ ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل: اللهم إني أستخيرك بعلمك، واستقدرك بقدرتك، وأسألك من فضلك العظيم، فإنك تقدر، ولا أقدر وتعلم، ولا أعلم، وأنت علاّم الغيوب. اللهم إن كنت تعلم هذا الأمر ـ يسميه بعيْنه ـ خيراً لي في ديني، ومعاشي وعاقبة أمري، فقدِّره لي، ويسِّرْهُ لي، وبارك لي فيه اللهم: وإن كنت تعلمه شراً لي في ديني، ومعاشي، وعاقبة أمري، فاصرفه عنّي، واصرفني عنه، وقدِّر ـ رواية: واقدر ـ لي الخير حيث كان ورضني به.

من يد إلى يد. والصرف هو النقل والرد لغة، أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه، والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً.

الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لأنه لاينتفع بعينه، بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار، والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة ولاربح فيه بالنفل وإلا خلا العقد عن الفائدة، والزيادة تسمى صرفاً وبه سميت العبادة النافلة صرفاً في قوله ﷺ «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»(١) فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة، والعدل الفرض الذي هو حق مستحق عليه، ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلاً عليه فقيل قد فسّر الزمخشري بغير هذا. قال في الفائق: في ذكره ﷺ لأمر المدينة «من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة، لا يقبل منه صرف ولا عدل»(٢) الصرف: التوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البّر. والعدل: الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه، والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد. والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك، فقد ذكر في الجمهرة عن بعض أهل اللغة: الصرف الفريضة، والعدل النافلة. وفي الغريبين عن بعضهم: الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف، ولا اعتراض مع أنه الأنسب. واعلم أن الأموال تنقسم إلى ثمن كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أولاً، وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره، وإلى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والحيوان، وإلى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهوالمكيل والموزون، فإنها إذا عينت في العقد كانت مبيعة، وإن لم تعين، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة، وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة. قال الفراء في قوله تعالى ﴿وشروه بثمن بخس﴾ الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد إلا ديناً خلافاً للأئمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة إذا عينت حتى لو هلكت والدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها. هذا تقسيم المال باعتباره في نفسه، وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمينة وهو في الأصل سلعة، فإن كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين، وإن كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس قوله: **(فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل)** يعني في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط **(وإن اختلفا في الجودة والصياغة)** فيدخل الإناء بالإناء، فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز، ولو وزنا في المجلس فظهرا متساويين يجوز،

الآية، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب» الحديث، وإذا كان المطلوب به الزيادة **(والصرف هو الزيادة لغة، كذا قاله الخليل)** ناسب أن يسمى صرفاً **(ومنه)** أي من كون الصرف هو الزيادة لغة **(سميت العبادة النافلة صرفاً)** قال ﷺ: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً» والعدل هو القرض، سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق. وشروطه

بأصله. قلنا: فليكن ما نحن فيه كذلك أيضاً، وعليك بالتأمل الصادق قوله: **(وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل)** أقول: والشرط الأول لا يغني عن الثالث إذ المراد عد شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلاً، فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٣٢٦ و ٤٣٢٧ ومسلم ٦٣ ح ١١٤. ١١٥ كتاب الإيمان وأبو داود ٥١١٣ والدارمي ٢/ ٢٤٣. ٢٤٤ وابن ماجه ٢٦١٠ وابن حبان ٤١٥ والطيالسي ١٩٩ وأحمد ١/ ١٧٤. ١٧٩ و ٥/ ٣٨ وأبو عوانة ٢/ ٣٠ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ كلهم عن أبي عثمان النهدي قال: لما ادُّعِيَ زياد لقيت أبا بكرة فقلت له: ما هذا الذي صنعتم؟ إني سمعت سعد بن أبي وقاص يقول: سمع أُذُناي من رسول ﷺ يقول: من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غيرُ أبيه فالجنة عليه حرام. ورواية: سمعته أذناي، ووعاه قلبي.. فذكره.
تنبيه: وأما سياق المصنف ابن الهمام فقد جاء في حديث علي في خبر الصحيفة وفيه: ومن والى قوماً بغير إذنه مواليه، فعليه لعنةُ الله، والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل... الحديث رواه البخاري ٦٧٥٥ وليس فيه ذكر أبيه.

(٢) هو خبر علي المتقدم في شأنه الصحيفة.

قال: (فإن باع فضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام «الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل ربا» الحديث. وقال عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء» وقد ذكرناه في البيوع.

وعد أبي حنيفة لا يجوز، ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز، وإن كانا متساويين خلافاً لزفر. هو يقول: الشرط التساوي وقد ثبت، واشترط العلم به زيادة بلا دليل. قلنا: بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلوم شرعاً، وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة، ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً، لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشىء الآن لأن ساعاته كساعة واحدة. وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزناً معلوماً فلعدم العلم بالمساواة كيلاً، إذ المساواة وزناً تستلزمه بالنسبة إلى الكيل، والمعتبر فيما كان مكيلاً في عهد النبي ﷺ التقدير بالكيل على ما سلف. وعن هذا إذا اقتسما مكيلاً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع. واستدل المصنف على وجوب المساواة بقوله: (ﷺ «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث)[1] وقد تقدم، وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر: أي بيعوا، والأولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور: أي الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل. نعم حديث الخدري في البخاري عنه ﷺ «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثل بمثل» ظاهر في أنه مفرغ للحال، وبقية الحديث «ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[2] والشفّ بالكسر من الأضداد يقال للنقصان والزيادة، والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض، ولا يتضح في معنى النقص وإلا لقال ولا تشفوا بعضها عن بعض، وقوله وزناً بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلاً بمثل، فإن المثلية أعم، ففسرها بأنها من حيث المقدار، وتقدم حديث «جيدها ورديئها سواء»[3] أيضاً، وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته، فبعثني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة، فذكرت ذلك لعمر فقال: أما الزيادة فلا. هذا ويدخل في إطلاق

على الإجمال؛ التقابض قبل الافتراق بدناً، وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل. وأقسامه ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر. قال: (فإن باع فضة بفضة الخ) فإن باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث، والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء» وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا. حدّث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الأصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته، فبعثني به لأبيعه، فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال: أما الزيادة فلا. قال: (ولا بدا من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق

قال المصنف: تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول: سيجيء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه قوله: (قيل هو منصوب الخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني، والأظهر أن يكون معطوفاً على قوله تحقيقاً للمساواة بحسب المعنى.

---

(١) تقدم في أول باب الربا.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٧٧ ومسلم ١٥٨٤ والترمذي ١٢٤١ والنسائي ٧/٢٧٩ ومالك ٢/ ٢٣٢- ٢٣٣ والشافعي ٢/١٥٧ وفي الرسالة فقرة ٧٥٨ وابن الجارود ٦٤٩ والطيالسي ٢١٨١ وعبد الرزاق ١٤٥٦٣ و ١٤٥٦٤ وأحمد ٣/ ٥٣- ٦١ وابن أبي شيبة ٧/١٠١ والبغوي ٢٠٦١ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد واللفظ للبخاري ومسلم في رواية وطوله مسلم وغيره في رواية أخرى فذكر له قصة.

(٣) تقدم أوائل باب الربا في ٨/١ وأنه لا يوجد بهذا اللفظ كذا قال الزيلعي. وإنما الموجود معناه وذلك في أحاديث. النهي عن الربا.

قال: (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا، ولقول عمر رضي الله عنه: وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره، ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالىء بالكالىء ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا

المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية، حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز، بخلاف إناءين من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزناً مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضاً، وذلك لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك، بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع قوله: (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) بإجماع الفقهاء. وفي فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد، وذكرنا آنفاً أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله: فإذا افترقا بطل العقد، وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح. وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يفسد على القول الأصح. وقوله: (لما روينا) يعني قوله «يداً بيد»[1] وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله ﷺ «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[2] وقول عمر: وإن استنظرك إلى آخره، رواه مالك في الموطأ عنه قال «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد هات وهات، إني أخشى عليكم كالربا»[3] وفي رواية قال «الرما» بالميم وهو الربا. ورواه عبد الرازق وقال: أن

بالأبدان واجب بالمنقول وهو: (ما روينا من قوله: «يداً بيد» وقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى. وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما إخراجاً للعقد عن الكالىء بالكالىء وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقاً للمساواة نفياً لتحقق الربا) قوله: (في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله: (ولأن أحدهما) دليل آخر، وتقريره أن أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معاً (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب» الحديث، وهو يتناول المصوغ وغيره قوله: (ولأنه إن كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالىء بكالىء، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعين. وتقريره أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا. فإن قيل: فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمناً شبهة عدم

قوله: (فإن قيل: إلى قوله: بالمصوغ نسيئة الخ) أقول: المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا تأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق قوله: (فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول: أي بلا قبض قوله: (كان بالنظر إلى كونه الخ) أقول: فإذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة. وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة إلى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الأموال الربوية فراجعه قوله: (أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة الخ) أقول: أي بدون القبض قوله: (بقوله يداً بيد) أقول: إذ معناه عيناً بعين على ما سلف في باب الربا، والتعيين في المضروب لا يتحقق إلا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص، بخلاف المصوغ فإن تعيينه لا يتوقف على القبض إذ هو مبيع متعين في نفسه، إلا أن فيه شبهة عدم العيين بالنظر إلى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل.

---

(١) تقدم في أول باب الربا من حديث عبادة وغيره وهو صحيح.

(٢) تقدم تخريجه قبل حديثين وهو حديث أبي سعيد.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٣٥. ٦٣٤ عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً وإسناده كالشمس.

يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا، والمراد منه الافتراق بالأبدان، حتى لو ذهبا عن المجلس

يدخل بيته. ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف، وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا، ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعلا معاً نسيئة قال: لا بد شرعاً من قبض أحد العوضين كي لا يلزم الكالىء بالكالىء: أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا. وأيضاً يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما مستويان في معنى الثمينة، فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية. فإن قيل: تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ. فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما روينا من قوله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة»[1] وعلل الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضاً كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين إذ فيه شبهة الثمينة إذ قد خلق ثمناً، والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة. ولما كان المعول عليه تناول النص بإطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا في هذا الحكم. وقوله في جهة واحدة لأنهما لومشيا كل في جهة كان افترقا مبطلاً. وقول ابن عمر: وإن وثب من سطح فثب[2]، يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان، بل إذا لم يوافقه الآخر فيه، وهذا لأن بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مانعاً إلا إذا لم يثب معه. وحديث ابن عمر[3] هذا غريب جداً من كتب الحديث، وذكره في المبسوط فقال: وعن أبي جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: «إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشر بتسعة ونصف، فقال: لاتفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب عن سطح فثب معه»[4]. وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس. وعن ابن عباس أيضاً رجوعه، وفيه دليل أن المفتي إذا أجاب لابأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل ﷺ حيث قال لبلال «بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به»[5] إنما المحظور تعليم الحيل

التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله: «يداً بيد» لا بالشبهة لأن الحكم في موضع النص مضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (**والمراد بالافتراق ما يكون بالأبدان حتى لو مشيا معاً إلى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما: وإن وثب من سطح فثب معه**) وقصته ما روي عن أبي جبلة. قال: «سألت عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعناه الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع، ورقهم العشرة بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب من سطح

قوله: (**يرجع، إلى قوله: لم يبطل الصرف**) أقول: بل يرجع إلى قوله المراد منه الافتراق بالأبدان فتأمل تدبر، ثم قوله بالأبدان على معنى دون المكان.

---

(١) تقدم في أول باب الربا.

(٢) ذكره صاحب الهداية عن ابن عمر موقوفاً واستغربه الزيلعي جداً في نصب الراية ٤/ ٥٦.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٣: لم أجده. ثم نسبه ابن الهمام للمبسوط حيث ساقه بلا سند.

(٣) هو موقوف ولا يوجد في كتب الحديث.

(٤) هو المتقدم.

(٥) غريب. والصواب ما أخرجه البخاري ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ و ٤٢٤٤ و ٤٢٤٥ ومسلم ١٥٩٣ والدارمي ٢/ ٢٥٨ ومالك ٢/ ٦٢٣ وابن حبان ٥٠٢١ وكلهم عن أبي سعيد، وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمرٍ جنيب. فقال له: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال: لا. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين. فقال له: لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً ا هـ. والجنيب: التمر الجيد. قلت: فذكر بلال لا يوجد وفي الفتح: بعث أخا بني عدي من الأنصار. ورواية لأبي عوانة سماه: سواد بن غزيَّة.

يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب معه، وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم، بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالاعراض فيه **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل)** لعدم المجانسة **(ووجب التقابض)** لقوله عليه الصلاة والسلام «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» **(فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد)** لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى لقبض مستحقاً وبالثاني يفوت القبض المستحق، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله.

الكاذبة لإسقاط الوجوبات. قال **(وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم)** يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس **(بخلاف خيار المخيرة)** فإنها لو قامت قبل الاختيار بطل، وكذا إذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فإن ذلك دليل إعراضها عما كانت فيه لأن المعتبر في الإبطال هناك دليل الإعراض، والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس، ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما. وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس، حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة، لو ناما جالسين فلا. وعنه: القعود الطويل فرقة دون القصير، ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً لا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلاً، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهما متفرقان. وعن محمد لو قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل. هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم قوله: **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض)** لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[1] قيل: ومعنى قوله ربا: أي حرام

فثب معه». وفي دليل على أن المفتي إذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام، ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل. وقيد مشيهما بجهة واحدة، لأنه لو مشيا إلى جهتين يوجب تفرق الأبدان، وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم قوله: **(بخلاف خيار المخيرة)** يرجع إلى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشي المخيرة مع زوجها وإن كان إلى جهة واحدة يبطل خيارها لأنه يبطل بالإعراض **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض)** لقوله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى: ﴿هاؤم اقرؤوا كتابيه﴾ قوله: **(فإن افترقا في الصرف)** متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين: يعني لبقاء العقد، فإن افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح، بخلاف قول من يقول إن القبض شرط الصحة، فإن شرط الشيء يسبقه والقبض إنما هو بعد العقد، وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارناً لحالة العقد، إلا أن اشتراط القبض مقارناً لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لأن المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب

قوله: **(بخلاف قول من يقول: إن القبض شرط الصحة، فإن شرط الشيء يسبقه الخ)** أقول: فيه بحث، وجوابه ظاهر قوله: **(وما أجيب به بأن شرط الجواز)** أقول: قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمحل قوله: **(فعلقنا الجواز)** أقول: في التفريع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد. وأما لو قال لما فيه من إيجاب إثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لا ندفع ذلك قوله: **(وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت)** أقول: قوله استحقاق القبض فائت: أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق: أي لكونه مالكاً، وقوله شرعاً فائت: أي للتأجيل.

---

(١) تقدم في أوائل باب الربا. رواه الجماعة من حديث عمر.

قال: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد)** لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى، وفي تجويزه فواته، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها، ولكنا نقول: الثمن في

بإطلاق اسم الملزوم على اللازم، ولا مانع من جعله في حقيقته شرعاً وأن اسم الربا تضمن الزيادة من الأموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع. ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك. وقوله: **(إلا إذا أسقط الخيار في المجلس)** استثناء من لازم قوله لا يصبح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان: أي شرط الخيار يفوّت الشرط إلا إذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز.

وقدمنا نقل خلاف زفر فيه: هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالأجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة، وهي ما إذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الألف فيصير صرفاً فيه وتسعمائة للجارية بيعاً، فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق، وبيع الجارية بتسعمائة صحيح، ولو فسد بالأجل فسد فيهما عنده خلافاً لهما. وفرق بأن في الأول انعقد صحيحاً ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو **الصرف**، وفي الثاني انعقد أوّلاً على الفساد فشاع، وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة. وفي الكامل: لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور، وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها، بخلاف التبر والحلى والأواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه، ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفاً أو ستوقاً فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم قوله: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه)** وكل منهما ثمن الصرف. فالحاصل أنه لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع، فإن فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه، فإن بطل الصرف لتعذر وجوب القبض، وإذا تعذر الشرط ينتفي المشروط، وإن لم يقبل لا ينتقض لأن البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد. وفرّع عليه **(ما لو**

والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكماً، ولو كان موجوداً وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز، فكذا إذا كان موجوداً حكماً فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء **(ولهذا)** أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل **(لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الأجل)** بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر **(لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقاً)** لمنعه الملك **(وبالأجل بفوت القبض المستحق)** والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقاً وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء مفوت له، كذا قيل، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت قوله: **(إلا إذا أسقط في المجلس)** يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك **(فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره)** استحساناً خلافاً لزفر رحمه الله وهو القياس، وإن أسقط الأجل فكذلك، وإن أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لم يصح حتى يرضى صاحبه، والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي؛ وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، لا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين فإنه لا فائدة في رده بالخيار إذ العقد لا ينفسخ برده وإنما يرجع بمثله، ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة. قال: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ)** التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز، فإذا باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقاً لله تعالى إذ الربا حرام حقاً لله، والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لأن

قوله: **(حقاً لله تعالى)** أقول: إذ القبض واجب بالسنة قوله: **(إذ الربا حرام)** أقول: يعني النسيئة.

باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه.

قال: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا.

باع ديناراً بعشرة) مثلاً **(ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد، لأن القبض)** في العشرة **(مستحق حقاً لله)** فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين، فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه. وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك. أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لأنه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا لأنه يرتفع والتقديم فيما إذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلاً، وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين، فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها، وهذا على إحدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات، فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا: قلنا قبض بدل الصرف واجب الاستبدال يفوّته فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطاً فاسداً فيمتنع الجواز لأسقاط الثمن به، كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا في عدم تعين النقد في البيع من أنه لو أشار إلى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها. وحاصل شراء الثوب ببد الصرف ليس إلا تعيين الثمن الدراهم، فلو كان ذلك شرطاً فاسداً يمنع الجواز بطل ما ذكروا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لأنه لا يتعين، لا جرم أن المصنف إنما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعاً ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعاً وثمناً وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قل القبض لا يجوز: يعني وإذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب، وأت تعلم أن زفر إنما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمناً فجاز أن يعطي من غيره، ولا شك أن يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض، فإذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلاً بأن البيع انعقد موجباً دفع مثله، ويكون تسمية بدل الصرف تقديراً لثمن الثوب سواء سميته مبيعاً أو ثمناً لأنه إنما يلزم بيع المبيع قل القبض إذا لزم تسليمه بعينه، وليس هنا هكذا، فإن كان هذا واقعاً لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب وإعطاء ثمن يملكه البائع، ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة إعطاء غيره، وهكذا نقل القدوري عنه: أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري، قال: وهذا على إحدى الروايتين عن زفر أن الدراهم لا تتعين، فإذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف، وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقاً كما هو جواب المذهب مشكل. وتنظير النهاية بغاصب الدراهم إذا اشترى وأشار إليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لأن إجازة بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه قوله: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** وكذا

الدراهم لا تتعين عيناً كانت أو ديناً فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل الصرف إذ ذاك سواء، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعاً فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثمناً من

قال المصنف: (ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع) أقول: ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعاً فيما إذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى، ويؤيد ذلك ما سيجيء في بيع الدراهم الغالبة بمثلها متفاضلاً حيث شرط القبض في المجلس قوله: **(إذا كانت ديناً)** أقول: وقابلها مبيع.

قال: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة)** لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الإتيان بالواجب **(وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق)** لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما **(وكذلك إن باع سيفاً محلى بماءة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا، وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما)** لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله **(فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية)** لأنه

سائر الأموال الربوية، بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لأن المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة **(والمساواة غير مشروطة فيه)** أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا، يعني قوله ﷺ «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»[1] لكن العادة في مثله أن يقول لما روينا، ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه قوله: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا)** صرف المنقود إلى الطوق وإن لم ينص الدافع عليه، وكذا لو قال خذه منهما صرف أيضاً إلى الطوق وصح البيع فيهما تحرياً للجواز بتحكيم ظاهر حالهما، إذ الظاهر قصدهما إلى الوجه المصحح لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة، فكان هذا الاعتبار عملاً بالظاهر والظاهر يجب العمل به، بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضة التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه. فإن قلت: ففي قوله خذه منهما عارضة أيضاً. قلنا: لا نسلم لأن المثنى قد استعمل فى الواحد أيضاً قال تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن:

وجه وإن كانا ثمنين خلقة، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة، واعتبرنا كل واحد منهما ثمناً من وجه مبيعاً من وجه ضرورة انعقاد البيع وإن كان كل واحد مبيعاً حقيقة. قيل لا نسلم عدم الأولوية فإن ما دخله الباء أولى بالثمنية. وأجيب بأن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت ديناً في الذمة لا في الأثمان الخلقية. قال: **(وليس من ضرورة كونه)** جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعاً وجب أن يكون متعيناً، فقال كونه مبيعاً لا يستلزم التعيين، فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين. وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعاً لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك، فإنه لو باع ديناراً بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح. وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما اعتبر مثمناً بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمناً بعده ثمناً قبله فلا يشترط وجوده قبله. قال: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** إذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لأن المساواة فيه غير مشروطة، لكن القبض شرط لقوله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فإنه لا يجوز إذا لم يعرف المتعاقدين قدرهما وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لأن الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق، والنبي ﷺ لم يرد المماثلة في علم الله لأنه لا سبيل إلى ذلك، وإنما أراد المماثلة في علم العاقدين ولم توجد؛ وإن لم توجد، فإن كانا وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً لكنهم استحسنوا جوازه لأن ساعات المجلس كساعة واحدة. وقال زفر رحمه الله: **إذا عرف التساوي بالوزن** جاز سواء كان في المجلس أو بعده لأن الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع. والجواب ما قلنا إن المراد بها ما هو في علمهما. قال: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ)** الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما

قوله: **(إذا عرف التساوي بالوزن الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يوزن أصلاً فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل في جوابه.

---

(١) هو بعض المتقدم. متفق عليه.

صرف فيها (وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر) لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف **(وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية)** لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه، فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله، وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت.

٢٢] ولامراد من أحدهما وهو البحر والملح، و﴿يا معشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم﴾ [الأنعام: ١٣٠] وإنما الرسل من الإنس في مذهب أهل الحق، وقال تعالى ﴿نسيا حوتهما﴾ [الحوت: ٦١] وإنما نسيه فتى موسى. وقال ﷺ في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما»(١) وإنما أراد أن يؤذن أحدهما، وقال تعالى ﴿قد أجيبت دعوتكما﴾ [يونس: ٨٩] والمراد دعوة موسى، إلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه، فإذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا، وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الأجل في العقد شاع الساد في الجارية أيضاً على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق. هذا ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط، بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه، ومثل هذا فيما إذا باع سيفاً محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذه الاعتبارات، ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لأنه صرف فيها ويصح في الجارية. وأما السيف فإن كانت الحلية لم تتخلص منه إلا بضرر فيه فسد في السيف أيضاً لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر فيه، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كما مر في جذع من سقف، فإن كان يتلخص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراده وبطل في الحلية خاصة. ثم الجواب في المسألتين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة: يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية، فإن كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما إذا لم يدر الحال، وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة. فإن قيل: في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد. أجاب بأن جهة الفساد متعددة، فإنها من وجهين، وهو تجويز الأقلية والمساواة، بخلاف الصحة فإنها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد، على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفسادة فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف إذا اجتمعا، وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب

يقابلها من الثمن. باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفي مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقاً للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره، والظاهر من حال المسلم الإتيان بالواجب تفريغاً للذمة، كما إذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضاً ثم أتى بسجدتي السهو وسلم تصرف إحدى سجدتي السهو إلى الصلاتية وإن لم ينوها ليكون الإتيان بها على وجه الصحة، وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية، والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز، وكذا لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته

قوله: **(وإن قال عن ثمن السيف، إلى قوله: لأن الترجيح الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) رواه الجماعة وتقدم في كتاب الصلاة باب الإمامة.

قال: **(ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما)** لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارىء لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع.

قال: **(ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده)** لأن الشركة عيب في الإناء **(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له)** لأنه لا يضره التبعيض.

ذهباً مع غيره قوله: **(ومن باع إناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم)** يقبض **(و)** لا يشيع **(الفساد)** في الكل لأنه **(طارىء)** بعد صحة العقد في كل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في الكل **(فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع)** ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض، بخلاف ما لو استحق بعض الإناء فإن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده **(لأن الشركة عيب)** ولم يحدث بصنعه، بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق حيث يأخذ الباقي بحصتها **(ولا خيار له لأنه يضره التبعيض)** فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن يقطع حصته منها قوله: **(ومن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز)** البيع **(وجعل كل واحد)** من الجنسين **(بخلافه)** فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار **(وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا باع**

خمسون ودفع من الثمن خمسين، فإن دفع ساكتاً عنهما جاز البيع وكانا لمقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الإتيان بالواجب، وإن صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ وإنما يخرجان من أحدهما فيحمل عليه بقرينة الحال، وإن قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه، وإن قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والإضافة، ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله أن المدفوع ثمن السيف، فإن لم يتقابضا شيئاً حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها. وأما في السيف فإن كان لا يتخلص إلا بضرر فكذلك لعدم إمكان التسليم بدونه، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الخلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله: **(وهذا إذا كانت الفضة المفردة)** يعني الثمن **(أزيد مما فيه)** أي المبيع تعميم للكلام لأن فرض المسألة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الأخر وهي أربعة: الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها، وهو جائز لأن مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضي إلى الربا. والثاني أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز، لأنه ربا لأن الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها. والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح. والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافاً لزفر فإن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض، فإن لم يعلم به حكم بجوازه. والجواب أنّ ما لا يدرى يجوز في الواقع أن يكون مثلاً وأن يكون أقل وأن يكون زائداً، فإن كان زائداً جاز وإلا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت. واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح. وأجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة. قال: **(ومن باع إناء فضة ثم افترقا الخ)** ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الإناء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح: أي بقي صحيحاً في بعض وبطل في آخر، وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز

قوله: **(والدليل على ذلك الوقوع الخ)** أقول: لا يطابق المشروح قوله: **(لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ)** قول: ذلك في الثالث غير ظاهر إذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل.

قال: **(ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه)** وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّي شعير وكرّي حنطة. ولهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين، والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف، كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه. وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم

كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّي شعير وكرّي حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين، وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين **(لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه)** أي تصرف العاقد **(لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين)** وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلاً لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء، وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة، وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة، وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة لذرة أخرى ولأنه حينئذ ينتفي الانقسام بأدنى تأمل، والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبداً وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعاً، ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعاً، وتغيير تصرفهما لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف بدليل الإجماع، على أن من اشترى قلباً وزنه عشرة بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده ليخلو القلب عن

فيكون الفساد طارئاً فلا يشيع. لا يقال: على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز، وهاهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعاً وقد تقدم معنى تمام الصفقة. قال: **(ولو استحق بعض الإناء الخ)** أي ولو استحق بعض الإناء في هذه المسألة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء ردّ لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة تعد عيباً لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير، بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض. قال: **(وإن باع قطعة نقرة الخ)** المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة. فإضافة القطعة إلى النقرة من باب إضافة العام إلى الخاص. وإذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأن التبعيض لا يضره بخلاف الإناء. قال: **(ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع الخ)** رجل باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا إذا باع كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّي شعير وكرّي حنطة. والأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها إلى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحاً للعقد خلافاً لهما، قالا: إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر، والدليل على ذلك الوقوع فإنه إذا اشترى قلباً: أي سواراً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه لصرف الألف إليه، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده،وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف إلى الثوب،

قوله: **(فلأن كل مطلق يحتمل المقيد الخ)** أقول: فيه بحث.

وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا. ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس، وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عدّ من المسائل. أما مسألة المرابحة فلأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب. والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه

التفاضل، وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز، ويفسد في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام إجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف لا يجوز، وإن كان يتوصل به إلى تصحيحه. قال إمام الحرمين: والمعتمد عندي في التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقاً وهنا لم تتحقق فيفسد العقد. قال صاحب الوجيز: وللخصم أن يقول: تعبدنا بتحقق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الإطلاق. فإن قلت: الثاني فممنوع، وإن قلت الأول فمسلم، وليس صورة الخلافية، انتهى ببعض تغيير. وحاصلة أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد، وإنما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة، وذلك لا يكون إلا إذا قوبل معين بمعين وتفاضلاً، وحينئذ لا حاجة في التصحيح إلى التوزيع وصرف كل إلى خلاف جنسه عيناً، لكن الأصحاب اقتحموه بناء على أصل إجماعي، وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة، ولهذا يحمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته إذا كان لا يصح على تقديره، ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها إذا كان لا يصح إلا بذلك، كأنهم نظروا إلى أن المقابلة على وجه الشيوع إن لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة، وشبهة الربا معتبرة كحقيقته؛ فقالوا العقد كذلك إنما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه، لأن اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين

وليس ذلك كله إلا لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين، فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز. ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مراداً، أما أنه جائز الإرادة فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة، ولهذا إذا باع كرّ حنطة بكريها فسد لأن الكرّ قابل الكرّ وفضل الآخر. وأما وجوب أن يكون مراداً فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه، ولئن منع تعينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر. قلنا: هذا غلط، لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أيّ وجه كان. على أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين. والجواب عن قولهما إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله، والأول مسلم ولا نسلم أنه مانع عن الجواز، والثاني ممنوع لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقياً ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها. أما الأولى: أعني مسألة المرابحة فبقوله لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب، ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير في الأصل أو غير ذلك؛ فإن كان الثاني فلم يبينه، وإن كان الأول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن أن الانتقال من الزيادة إلى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، ولعله يجوز أن يقال إن ذلك في المساومة، أما إذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير إلى التولية في أصل العقد لا في وصفه، وأما الثانية فبقوله والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف للمشتري، وقد تقدمت هذه المسألة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما

يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري. وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين

بدليل أنه يصح تفسيره به؛ فإنه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه، وعلى هذا التقدير لا حاجة إلى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر إلى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعاً لا أصله لأنه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه، بخلاف المسائل المذكورة فإن عدم الصرف فيها لعدم الإمكان والتعيين. أما مسألة المرابحة فعدم الصرف لأنه يتغير أصل العقد إذ يصير تولية في القلب. واعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسألة الطوق والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما: يعني الثوب، كما حمل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لا يضر إذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة، وفي المسألة الثانية وهو ما إذا باع عبداً اشتراه بألف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعاً ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه، لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعاً للمشتري ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه. ونقض بأن طريق الصحة أيضاً ليس متعيناً فيما قلتم، بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم. أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين، وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ما قلنا متعيناً، بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات. وأيضاً فإن الذي ادعيناه طريقاً متعيناً هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق، وما ذكرتم من ذلك ومن أنّ أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وإلى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب: التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيح بل تساوت، لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فيمتنع، أما إذا كان فلا، وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه، ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظراً استند إلى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة. وأما في المسألة الثالثة وهي ما إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فلأن البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته، ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة، فإن زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أن يحتمله فيجب حمله عليه. وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حرّ إنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف إلى المعين. واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة إن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا يضرك النقض في إثبات المطلوب، إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع. وأما في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض

الثالثة فلأنه أضيف البيع إلى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده. وأما في الأخيرة فإن العقد قد انعقد صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض، وكلامنا في الابتداء: يعني أن الصرف إلى خلاف الجنس لصحة

قوله: (فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول: لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد أنه يؤول إلى مقابلة المنع بالمنع.

ضده. وفي الأخيرة العقد انعقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء.

قال: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشره دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم)** لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر

فليس مما نحن فيه، فإن العقد انعقد صحيحاً، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارىء. فإن قيل: فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحاً كما يصرف لينعقد صحيحاً والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة. قلنا: الفساد هناك ليس طروّه متحققاً ولا مظنوناً ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم، لأن الظاهر أنهما يتقابضان بعد ما عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار. وأما المسألة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فإنما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع، ونحن نقول هو الأصل، وإنما قلنا إذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسألة المفروضة؛ ألا ترى إلى ما في الإيضاح قال: الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر. وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن كان العقد مما لا ربا فيه، فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة، وأما فيما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد. مثاله: باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد، فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب انتهى. ونظير المسألة المذكورة المسألة التي تلي هذه وهي قوله: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع)** وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهماجنسان لا يعتبر التساوي بينهما. ثم فرّع المصنف فرعاً بين فيه أن بعض هذه البياعات وإن كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال **(ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب)** يعني وأحدهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة، وإن لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفاً من زبيب أو فلسين. وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك؟ قال: مثل الجبل. ولم ترو الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة، قال: وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز، وهكذا ذكر في المحيط أيضاً. وقيل إنما كرهه لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه لهذا. وأورد لو كان مكروهاً كان البيع في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسألة الخلافية مكروهاً ولم يذكره. أجيب بأنه إنما لم يذكر الكراهة هناك لأنه وضع المسألة

العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح. قال: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار الخ)** المسألة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الأموال الربوية وفي هذه أحدهما وهي صحيحة كالأولى، وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لأن شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهراً، إذ الظاهر من حال البائع إرادة هذا النوع من المقابلة حملاً على الصلاح وهو الإقدام على العقد الجائز دون الفاسد. قال: **(ولو تبايعا فضة بفضة الخ)** ولو باع عشرة دراهم وشيئاً معه بخمسة عشر درهماً، فإما أن يكون له قيمة أو لا، والأول إما أن تبلغ قيمته الفضة أو لا، فإن كان مما لا قيمة له كالتراب مثلاً لا يجوز البيع لأن الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وإن كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة، وإن لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة. والكراهة، إما لأنه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في أخذ الزيادة بالحيلة، وإما لأنه يفضي إلى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز. فإن قيل: فالمسألة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيهاالكراهة. أجيب بأنه إنما لم يذكرها لأنه وضع المسألة فيما إذا كان الدينار الزائد بمقابلة

التساوي فيهما (**ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع**) لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا.

قال: (**ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصّا العشرة بالعشرة فهو جائز**) ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة. ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة، فإذا تقاصّا يتضمن ذلك

فيما إذا كان الزائد ديناراً بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة، ولا يخفى أن العقد واحد، وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه، فالعقد مكروه بالنظر إلى الطرف الآخر. والذي يقتضيه النظر أن يكون مكروهاً إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة في جهة الكراهة، وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه، ثم ذكر أصلاً كلياً يفيده، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف، وأما إذا ضم ما لا قيمة له ككفّ من تراب لا يصح لأنه لم يقابل الزيادة مال.

[فرع] اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة، ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب. ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فمشترى التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره قوله: (**ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة وقبض الدينار**) فإن كان أضاف إلى العشرة الدين جاز اتفاقاً، ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعينه بالقبض لأن تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعين الآخر لدفع الربا بالتساوي، وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقاً، فعند الإضافة إلى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضاً قبضاً يحصل به التعيين، بخلاف ما إذا لم يضف إليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين، ولذا قال زفر رحمه الله فيما إذا باعه المديون بالعشرة ديناراً بعشرة وهي مسألة الكتاب ثم تقاصّا

الدرهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد، وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم. والحق أن السؤال ساقط لأن الكراهة إنما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسألة المتقدمة لأن فيها الظاهر من حالهما إرادة المبادلة، بخلاف هذه المسألة، فإن إرادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة قوله: (**ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ**) مسألة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام: لأنه إما أن يكون سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً، فإن كان سابقاً وقد أضاف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه لأنه ملكها بدلاً عن الدينار. غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازاً عن الكالىء بالكالىء. ويشترط قبض الآخر احترازاً عن

قوله: (**وهو لا يتحقق في المسألة المتقدمة**) أقول: فيه بحث قوله: (**وهو على ثلاثة أقسام الخ**) أقول: إن اعتبر ما أضيف إليه العقد فالأقسام اثنان سابق ومقارن، وإن اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة قوله: (**ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا وذلك الخ**) أقول: أشار بقوله ذلك إلى الربا قوله: (**بأن أطلق العقد الخ**) أقول: فإنه إذا أطلق يكون بدل الدينار وهو لعشرة دينار في ذمة المشتري مقارناً للعقد الفرض أنه لم ينقد بل تقاصاً قوله: (**ما لم يتقاصا**) أقول: هذا زائد قوله: (**بقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد»**) أقول: الأولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام: «هاء وهاء» فإن لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في مجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه ما رواه المصنف هذا إلا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى.

فسخ الأول والإضافة إلى الدين، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة، وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء، وهذا إذا كان الدين سابقاً، فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول، والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز.

لا يجوز، لأن موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة، ونحن نقول: موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك، غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا، ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة. وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق، بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر، بخلاف العشرة مطلقاً مع هذه العشرة للصدق، لأن الإطلاق ليس قيداً في العقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلاً إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى ذلك مشوا.

وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاه، ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عني بألف إنه يقع عن الأمر إذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا إذا كان الدين سابقاً) على بيع الدينار (فإن كان لاحقاً) قبل الافتراق والمسألة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوباً بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح، والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والإضافة إلى الدين بعد تحققه. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد

الربا وذلك لأن بقبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا، وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك. وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد القبض الآخر للاحتراز عن الربا، ولا ربا في دين يسقط وإنما هو في دين يقع الخطر في عاقبته، وإن كان مقارناً بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التي عليه وقع الدينار؛ فإما أن يتقابضا أو لا، فإن كان الثاني لم تقع المقاصّة ما لم يتقاصّا بالإجماع، وإن كان الأول جاز ووقعت المقاصّة استحساناً، والقياس ينفيه، وبه قال زفر رحمه الله، لأنه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضاً. ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد» والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصّة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين، لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه، لكنهما إذا أقدما على المقاصّة بتراضيهما لا بد ثمة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول، والإضافة إلى الدين الذي كان عليه ضرورة إذ لولا ذلك كان استبدالاً ببدل الصرف وهو لا يجوز، وعلى هذا كان الفسخ ثابتاً بالاقتضاء، ولهما ذلك لأن لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى، وهو نظير ما إذا تبايعاً بألف ثم بألف وخمسمائة. وفيه بحث من أوجه: الأول أن عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصّة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق. الثاني أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي، وإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصّة لأنه يقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات الفسخ. الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصّة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف

قوله: (فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول: فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف: (وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة) أقول: فإن اختلج في بالك شيء في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الإضافة إلى الدين لا يتعين الدين، ولهذا إذا تصادقا أن لا دين لا يبطل كما يجيء في كتاب الوكالة فكان الإطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف: (على ما نبينه) أقول: قال الإتقاني: إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى، وفيه بحث قوله: (فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول: الإطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج إليه يكفي لصحة الاستدلال.

قال: **(ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة)** والغلة ما يردّه بيت المال ويأخذه التجار. ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة.

قال: **(وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً**

وجد منه القبض قوله: **(ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح، والغلة ما يرده بيت المال)** لا للزيافة، بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ إلا الغالي، وإنما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لأن الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة قوله: **(وإذا كان الغالب الخ)** الدراهم والدنانير إما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل، أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين، فإن كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتباراً للغالب لأنها على ما قيل قلما تنطبع إلا بقليل غش **(وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه)** الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعاً عند المقابلة بالجيد. فكذا الغش المغلوب إلحاقاً له بها، وإذا كان كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص مع الذهب والفضة إلا متساويين في الوزن، وكذا بيع بعضها ببعض. وكذا لا يجوز استقراضها بها إلا وزناً كاستقراض الذهب والفضة الخالصين **(وإن كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير)** الخالصة **(اعتباراً للغالب، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف)** وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضاً إذا كان لا تتخلص الفضة إلا بضرر، وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش **(وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس)** أي يصرف كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى **(لأنها في حكم شيئين فضة و)** غش **(صفر)** أو غيره **(ولكنه)** مع هذا **(صرف حتى يشترط القبض)** وقبل الافتراق وتجوّز المصنف **(بالمجلس)** عنه **(لوجود الفضة من الجانبين، وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر)** ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبة الغش، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث

حكم الصرف. والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله: **(وفي الإضافة إلى الدين)** يعني المعهود **(تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه)** وعن الثاني بأن المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لأنهما لما أبطلا عقد الصرف صارا كأنهما عقدا عقداً جديداً فتصح المقاصة به.

وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الإقالة حكم البيع، وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسألة فتعين له وجه القياس. فإن قيل: لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي أنه قال لرسول الله ﷺ: «إني أكري إبلاً بالبقيع إلى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير، أو قال بالعكس، فقال ﷺ: لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل» فالجواب أنه يدل على المقاصّة، وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعاً حتى يلتزمه زفر وإن كان لاحقاً بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم.وقبض الدينار ثم إن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصّا ففيه روايتان. في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام، وقال المصنف: في أصح الروايتين تقع المقاصة، وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيخان: لا تقع المقاصّة لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوّز المقاصّة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما. ووجه الأصح أن قصدهما المقاصد يتضمن الانفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصّة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول؛ وهو ليس بدافع كما ترى إلا إذا

قوله: **(ويقوي به الوجه)** أقول: أي وجه الأصح.

في الوزن. وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش، وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة، والجيد والرديء سواء **(وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير)** اعتباراً للغالب، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف **(وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً لجنس إلى خلاف الجنس)** فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين، فإذا شرط القبض في الفضة

تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك، فأما إذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلاً بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف، وإنما هو كاللون وقد كان في أوائل قرب سبعمائة في فضة دمشق قريب مع[1] ذلك. قال المصنف رحمه الله **(و)** مع هذا **(مشايخنا)** يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند **(لم يفتوا بجواز ذلك)** أي بيعها بجنسها متفاضلاً **(في العدالي والغطارفة)** مع أن الغش فيها أكثر من الفضة **(لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا)** الصريح، فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع ذلك حسماً لمادة الفساد. والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال الرشيد **(ثم إن كانت)** هذه الدراهم التي غلب غشها **(تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن، وإن كانت إنما تروج بالعدّ فالبيع بها والاستقراض لها بالعدّ)** ليس غير **(وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن نص)** على ما عرف في الربا **(وما دامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت غير رائجة فهي سلعة تتعين بالتعيين)** ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم، وهذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم،

أضيف أن القياس يقتضي أن لا تقع المقاصّة بين الدين والعين أصلاً لعدم المجانسة، إلا أنها استحسن ذلك بالأثر، ويقوّي هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم، فالمطلق والمقيد منه سواء، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول، وإلا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف؛ أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد، فإذا أضيف إلى الدين السابق تجانسا، وإذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما المجانسة حينئذ بينهما، وبين الدين المقارن وهذا أوضح. قال **(ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ)** الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعاً ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع. أما الأول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة، وأما الثاني فلأن المانع أن تصور هاهنا في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس. قال: **(وإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ)** الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة؛ كما في الرديء، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت، وإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأنه المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك، فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساوياً في الوزن **(وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير)** فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة، فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد، وإن كانت أكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف **(وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر)** قوله: **(ولكنه صرف)** جواب عما يقال إذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس فلا يكون صرفاً فلا يبقى التقابض شرطاً.

قوله: **(وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز)** أقول: تحقيقه في النهاية، ثم أقول: وجه الإشارة لا يخلو عن خفاء، ثم قوله إلى أن الاستهلاك: أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر.

---

(١) لعل صوابه: (من) بدل: مع والله أعلم.

يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. قال رضي الله عنه: ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالى والغطارفة لأنها أعزّ الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا، ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعدّ فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص، ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً لا تتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه، وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه **(وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف رحمهما الله: عليه قيمتها يوم البيع. وقال محمد رحمه الله: قيمتها آخر ما تعامل الناس بها)** لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه. وإذا بقي العقد وجبت القيمة، لكن عند أبي يوسف

فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة، فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرائجة، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به، وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج، فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع، وتعيين المصنف الجياد تساهل **(و)** من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنه **(لو اشترى سلعة بها فكسدت)** أي قبل قبضها **(بطل البيع عند أبي حنيفة)** فإن كان المبيع قائماً مقبوضاً رده، وإن كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً، وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: لا يبطل. ثم اختلفوا **(فقال أبو يوسف: عليه قيمتها يوم البيع)** قال في الذخيرة: وعليه الفتوى **(لأنه مضمون به)** أي بالبيع، وهو نظير قوله في المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب **(وقال محمد: عليه آخر ما تعامل الناس بها)** وهو يوم الانقطاع **(لأنه أوان الانتقال إلى القيمة)** وفي المحيط والتتمّة والحقائق به يفتي رفقاً بالناس **(لهما أن البيع قد صح)** بالإجماع **(إلا أنه تعذر التسليم)** أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية **(بالكساد)** والضمير ضمير الشأن **(وأنه)** أي الكساد **(لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب)** شيئاً **(فانقطع)** في **(أوانه)** بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا **(ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد)** لأن مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش **(بالاصطلاح)** لا بالخلقة **(وما بقي)** الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية **(فبقي بيعاً بلا ثمن)** بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح، كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة. لا يقال: فلتصر مبيعة إذا انتفت ثمنيتها. لأنا نقول: تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز إلا في

ووجه ذلك أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفاً **(واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين. وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر)** وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله **(ومشايخنا)** يريد به علماء ما وراء النهر **(لم يفتوا بجواز ذلك)** يعني التفاضل **(في العدالى والغطارفة)** أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال هارون الرشيد **(لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه)** أي لو أفتي بإباحته **(تدرجوا إلى الفضة والذهب بالقياس)** ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد **(فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعدّ فهما فيها بالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن**

قوله: **(يستقيم على قول محمد)** أقول: محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل.

رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل؛ وإذ أبطل البيع يجب ردّ المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد.

السلم. واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين، إلا أن المجيب نظر إلى أن صورة المسألة أنه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها، وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض، وليس في صورة المسألة أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان، وهذا لأن الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثماناً وإنما كسدت بعده قبل القبض، فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسألة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلا ثمن، ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد، فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لأنها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار إن شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمته دنانير. قالوا: وما ذكر في العيون على قول محمد، وأما على قولهما فلا. وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين. عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس. وعند محمد لا يجوز اعتبار لاصطلاح الكل، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً، وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع، والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت، فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع. والجواب عن البيع بالرطب أن الرطب مرجوّ الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها، بخلاف الكساد فإنه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها

منصوصاً عليها، **ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً لا تتعين بالتعيين)** فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله **(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعيين بالتعين)** كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم، وإن لم يعلما أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار إليه **(وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً)** إن علم البائع خاصة لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف. وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لم يبطل وعليه قيمتها، لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع، وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها، والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها، ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد. ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن، وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع لعيه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير. قالوا: وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا يستقيم، وينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين. عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس، وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً **(لهما أن العقد قد صح)** لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي **(إلا أنه تعذر التسليم بالكساد)**، وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع، وإذا بقي العقد قال أبو يوسف: وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع، وقال محمد: قيمته يوم الانقطاع: أي الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى

قوله: (لأنا نقول، إلى قوله: فكذا هذا) أقول: ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الأول دون الثاني مع أن كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني.

قال: (**ويجوز البيع بالفلوس**) لأنها مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها (**وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما**) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (**ولو استقرض فلوساً نافقة**

بل الظاهر عدم العود لأن الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية، والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه. وفي الخلاصة عن المحيط: دلال باع متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لأن حق القبض له قوله: (**ويجوز البيع بالفلوس**) لأنها نوع من أنواع المال (**فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم تتعين**) بل لو عينت لا تتعين وللعاقد أن يدفع غير ما عين (**لأنها**) حينئذ (**أثمان**) كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز، ولو استبدل بها جاز، ولو باع فلساً بفلسين يجوز على ما سلف في باب الربا؛ ولو باع فلساً بغير عينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا، وإن كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصحا لعقد عليها ما لم تتعين (**وإذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه**) أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما، ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف، وعند محمد يوم الانقطاع، هكذا ذكر القدوري الخلاف. والذي في الأصل وشرح الطحاوي والأسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله. استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به وإباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيها. وأجيب بما تقدم في الرطب. وأما العبد فماليته لم تبطل بالإباق بل هو مال باق حيث هو، وإنما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعاً، بخلاف الكساد لهلاك الثمن به، إلا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري، إذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل ثمن بالاصطلاح، فإن غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلاً، فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به. وفي شرح الطحاوي: لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لأنهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه، فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لأن كسادها كهلاكها.

القيمة في ذلك اليوم. ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح، فإذ ترك الناس المعاملة بها بطل، وإذا بطل الثمنية بقي بيعاً بلا ثمن وهو باطل لا يقال: العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم. لأنا نقول: إن العقد تناولها بصفة الثمنية لأنها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة، وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية، وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الأعيان؛ ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا. والجواب عن الرطب أن الرطب مرجوّ الحصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هالكاً من كل وجه فلم يبطل، لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل. أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها في ثاني الحال لأن الكساد أصلي والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه، وإذا بطل البيع فإن لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً، وإن كان مقبوضاً فإن كان قائماً وجب رده بعينه؛ وإن كان هالكاً أو مستهلكاً، فإن كان مثلياً وجب رد مثله، وإن كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد، هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وإن كان صدّر البحث بالكساد. وأما إذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع. قال: (**ويجوز البيع بالفلوس الخ**) البيع بالفلوس جائز لأنه مال معلوم: أي معلوم قدره ووصفه. وإنما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه، ثم إنها إما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد، فإن كان الأول جاز البيع وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح، فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينفسخ العقد، وإن كان الثاني فلا بد لجواز

فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة، وموجبه ردّ العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به. وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها، كما إذا

وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع، وإن كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحساناً لأن كساد الفلوس كهلاكها، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد، والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه. وقال بعض مشايخنا: إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً لأن كسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والأول أظهر. ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها. وله أن يستردّ نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع، وعليه أن يردّ المبيع إن كان قائماً أو القيمة أو مثله، وهذا معلوم مما ذكرنا إلا أن أبا يوسف قال في هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع، وفرّق بين هذا وبين المسألة الأولى وهي ما إذا باع الفلوس بدرهم لأن هناك لو أوجبنا ردّ قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وهاهنا لا يتمكن. وفي المسألتين جميعاً إذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها قوله: **(ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يردّ مثلها)** عدداً اتفقت الروايات عنه بذلك، وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة: عليه مثلها، ولست أروي ذلك عنه، ولكن لرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت. وقال أبو يوسف: عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم، وقال محمد: عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها. وجه قوله **(أنه)** أي القرض **(إعارة وموجبه)** أي موجب عقد الإعارة **(ردّ العين)** إذ لو كان استبدالاً حقيقة موجباً لرد المثل استلزم الربا للنسيئة فكان موجباً رد العين إلا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين؛ فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك بردّ المثل، ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل إذا أتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد **(والثمنية فضل في**

البيع بها من التعيين لأنها سلع. وإذ باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيف بطل البيع خلافاً لهما. قال الشارحون: هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالفاً لما في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة. وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ما قيل فيه: إذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا، وقال زفر لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه، والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه، وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق، لكن الدليل مفسداً هاهنا يفضي إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق ولم أظفر بذلك. قال رحمه الله: **(ولو استقرض فلوساً فكسدت)** إذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه ردّ مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله **(لأنه)** أي استقراض المثلي **(إعارة)** كما أن إعارته قرض **(وموجب استقراض المثلي ردّ عينه معنى)** وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة، لكن لما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات ردّ عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز. فإن قيل: كيف

قال المصنف: **(لأنه إعارة)** أقول: الظاهر أن يقال لأنه استعارة قوله: **(لأنه أي استقراض المثلي)** أقول: والأولى عندي إرجاع الضمير إلى الاستقراض مطلقاً، فإنه إعارة على ما سبق قبيل باب الربا أو إلى استقراض الفلوس قوله: **(إعارة كما أن إعارته قرض)** أقول: قوله إعارة: يعني ابتداء كما سيجيء تفصيل هذا البحث في العارية قوله: **(وموجب استقراض المثلي الخ)** أقول: وعندي أن ما ذكره المصنف قياس من الشكل الأول. تقريره لأن الاستقراض إعارة لا يمكن الانتفاع به إلا بإهلاك عينه، وكل إعارة كذلك موجبها رد العين معنى، فهذا كذا إلا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتماد على فهم الناظرين، أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سواء الارتباط.

استقرض مثلياً فانقطع، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل، وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع، وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين، وقول أبي يوسف أيسر.

القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد، وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية **(ولهما أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها)** وهذا لأن القرض وإن لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها إذا كان المقبوض قرضاً موصوفاً بها لأن الأوصاف معتبرة في الديون لأنها تعرف بها، بخلاف الأعيان المشار إليها وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما **(ثم أصل الاختلاف)** في وقت الضمان اختلافهما **(فيمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم القضاء)** وقولهما أنظر للمقرض من قول أبي حنيفة لأن في ردّ المثل إضراراً به، ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع **(فكان قول محمد أنظر)** للمستقرض من قول أبي يوسف **(وقول أبي يوسف أيسر)** لأن القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فإنه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك قوله: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم)** فاكهة أو غيرها بأن قال مثلاً لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك **(انعقد موجباً لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة، وكذا إذا قال بدانق من الفلوس)** وهو سدس درهم **(أو بقيراط)** وهو نصف السدس **(وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدّ لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها)** وإلا فالثمن مجهول، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إيفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة. فإن المعنى أنه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوساً وهو أن يبيعه بالدانق فلوساً، ونحن نقول: إن ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس، لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدّ بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم **(ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند**

يكون المثلي بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً. أجاب المصنف رحمه الله **(بأن الثمنية فضل)** فيه أي في القرض إذ القرض لا يخبص به: أي بمعنى الثمنية، ومعناه أن الثمنية ليست عين الفرض وهو ظاهر ولا لازماً من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال؛ ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون أو عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال، بخلاف البيع لأن دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد. وتحقيقه أن المثل المجرد عن الثمنية أقرب إلى العين من القيمة فلا يصار إليها ما دام ممكناً **(وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض)** وليس المثل المجرد عنها في معناها **(فيجب رد قيمتها كما إذ استقرض مثلياً فانقطع، لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكسد على ما مر من قبل، وأصل الاختلاف)** يعني بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(فيمن غصب مثلياً فانقطع)** فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجيء وقوله: **(محمد رحمه الله أنظر)** للمقرضَ وللمستقرض لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب ردّ المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض، وعلى قول أبي يوسف تجب القيمة يوم القبض، ولا شك أن قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين **(وقول أبي يوسف أيسر)** لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس، وقيمة

قال المصنف: **(وقول محمد أنظر)** أقول: قال الكافي: في بعض النسخ: أنظر للجانبين اهـ. والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة إلى قول أبي يوسف.

قال: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس)** وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر: لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها، ونحن نقول: ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد. ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس. وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارنا.

أبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم، لأن المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: وقول أبي يوسف أصح ولا سيما في ديارنا) أي المدن التي وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم، ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحاً للعلم بأنه المراد، ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلاً عن الدرهم، ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه، وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال أعطني بنصفه)** أو ربعه أو قيراطاً منه **(فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة)** وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم إلا حبة وقس الباقي **(جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي)** من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور **(لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف)** درهم **(إلا حبة ربا فلا يجوز، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قويّ)** مقارن للعقد **(فيشيع وقد مر نظيره)** يعني في باب البيع الفاسد في مسألة الجمع بين العبد والحرّ إذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقاً، وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع **(فلو كرّر لفظ الإعطاء)** بأن قال أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة **(كان جوابه كجوابهما)** في أن الفساد يخص النصف الآخر **(لأنهما بيعان)** لتعدد الصفقة، وهذا هو المختار خلافاً لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الإسلام والمظفر أنه لا يجوز وإن كرّر لفظ الإعطاء لأن تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الإيجاب ولفظ أعطني مساومة،

يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر. قال: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ)** رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس: يعني أن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس، وكذ إذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس. وقال زفر: لا يجوز لأنه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم دانق وقيراط منه موزونة، وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولاً وهو مانع عن الجواز. وقلنا: فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً من حيث العدّ فكان مغنياً عن ذكر العدد، وإذا زاد على الدرهم جوّزه أبو يوسف بناء على كونه معلوماً، وفصل محمد رحمه الله بين ما دون الدرهم وما فوقه، فجوّز فيما دون الدرهم خاصة لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: والأصح قول أبي يوسف لا سيما في ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوماً ولاشتراك العرف. قال رحمه الله: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً الخ)** هذه ثلاث مسائل: الأولى أن يعطي درهماً كبيراً ويقول أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً؛ أي درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأنه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف إلا حبة وهو ربا فلا يجوز، وعلى هذا قياس قول أبي

قوله: **(وهو ضرر بالمستقرض)** أقول: يعني وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شيء ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل يوم القبض، ثم قوله وهو ضرر أي وجوب القيمة يوم القبض ضرر قوله: **(بنصف درهم فلوس)** أقول: قوله فلوس صفة درهم أو بدل قوله: **(أو بقيراط فلوس)** أقول: وهو نصف السدس قوله: **(وإذا زاد على الدرهم)** أقول: الأظهر أن يقال: على ما دون الدرهم قوله: **(وفصل محمد رحمه الله)** أقول: في غير ظاهر الرواية عنه.

قال: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما)** لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز **(وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل)** لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره، ولو كرّر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان **(ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز)** لأنه قابل الدرهم

وإذا كان قوله بعني بكذا ليس إيجاباً، حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الأول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى، وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى. وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب، وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضاً إلا أنهم لم يذكروه، أو أن الكلام فيما إذا دفع إليه المخاطب قبل الافتراق فإنه يجعل بيعاً في النصفين بالمعاطاة فيهما، والله أعلم **(ولو قال)** حين دفع إليه الدرهم الكبير **(أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة جاز)** فيهما **(لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة ف)**يتحرى للجواز بأن **(يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس)** نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة، وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص بنصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم إلا حبة، وجوابه أن موجب التحري أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة، وما يباع بنصف درهم فلوس، وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة بمثله. قال المصنف رحمه الله **(وفي أكثر نسخ المختصر)** يعني القدوري **(ذكر المسألة الثانية)** ولم يذكر الأولى، ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ، ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف.

[فروع] تقدم بعضها في ضمن التعليل فربما يغفل عنها. تصارفا جنساً بجنس متساوياً فزاد أحدهما أو حط شيئاً وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد. وقال أبو يوسف: لا يلتحق فيهما ولا يبطل. وقال محمد: لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة. ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف، وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمهما الله لا يشترط لأنها هبة ابتدائية. ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض، والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده، ويردّ الذي حط ما حط، وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلاً لأن في تبعيضه ضرراً وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة إذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه. ولو اشترى مصوغاً من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيباً له أن يرده بالعيب، فإن رده بقضاء لا بأس به وإن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لأنه فسخ وبغير قضاء

حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعاً علّيه فيشيع، كما إذا جمع بين حرّ وعبد وباعهما صفقة واحدة، وعبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله. والثانية أن تكرر لفظ الإعطاء والمسألة بحالها فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع لأنه عقدان، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذه الألف عبداً وبنصفها دناً من الخمر، فإن البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة السفقة. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصح هاهنا أيضاً وإن كرد لفظ الإعطاء لاتحاد الصفقة. فإن قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع، وهذا لأن بذكر المساواة لا ينعقد البيع، فإن من

قوله: **(كما لو قال بعين بنصف الألف عبداً وبنصفها دنا من الخمر)** أقول: الظاهر أن يقال: بعني بنصف هذه الألف عبداً وبعني بنصفها من الخمر، بتكرير لفظ بعني.

بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس. قال رضي الله عنه: وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية، والله تعالى أعلم بالصواب.

يشترط القبض في مجلس الرد، فإن قبض صح الرد وإلا بطل وعاد البيع الأول لأنه بيع في حق الشرع، فإن تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهباً لتعذر الفسخ، وإن كان فضة لا يرجع لأنه يؤدي إلى الربا، فإن قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد. ولو اشترى ديناراً بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز، وفي المكيل لا يجوز. وعن أبي حنيفة رحمه الله: اشترى فلوساً بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز، ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم الطحاوي. اشترى سيفاً حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فإن شاء زاد في الثمن مائة أخرى وإن شاء فسخ، والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليتمحض المائتان للحلية، ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل، ولو كان ذلك في إبريق فضة يبطل العقد في نصف الإبريق، والله تعالى أعلم.

قال بعني فقال بعتك لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت، وإذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها؟ قيل والأول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله. والثالثة أن يقول: أعطني نصف درهم فلوس. وفي بعض النسخ فلوساً بدلاً عن نصف ونصفاً إلا حبة جاز، والفرق بينها وبين الأولى أنه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس وبنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله والباقي بإزاء الفلوس. قال المصنف رحمه الله **(وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية)** أراد قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا، يريد بذلك أن المسألة الأولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر. قال أبو نصر الأقطع في شرحه للمختصر: وهو غلط من الناسخ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: **(ولو قال أعطني نصف درهم فلوس)** أقول: قال ابن الهمام: يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف اهـ. ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الكفالة)

الكفالة: هي الضم لغة، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ ثم قيل: هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح.

كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالباً يكون تحققها في الوجود عقيب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم، فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعدها أوردها في التعليم بعدها، ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه، ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده. ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقرّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتنّ الله تعالى بها حيث قال: ﴿وكَفَّلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] في قراءة التشديد[١] يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يتوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وسمي نبياً بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم. وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه. وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً. ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٢] رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعارضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة **(والكفالة في اللغة: هي الضم. قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾)** أي ضمها إلى نفسه، وقرىء بتشديد الفاء ونصب زكريا: أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها **(وفي الشريعة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل**

كتاب الكفالة

قال الإمام السرخسي في مبسوطه في باب القاضي في الكفالة من كتاب الكفالة: لو كتب القاضي بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كتابه أنه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره، وهذا لأنه لما كفل عنه بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه التزم باختياره، فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى.

---

(١) قوله: قراءة التشديد. يعني قوله تعالى: ﴿وكفّلها زكريا﴾ بتشديد الفاء وهي قراءة حفص وهي الشائعة في هذه الأيام. وقرأ غيره بتخفيف الفاء: ﴿وكَفَلَها﴾.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥ و ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ و ٢٤٠٥ والطيالسي ١١٢٨ وأحمد ٥/٢٦٧ والبيهقي ٦/٨٨ والبغوي ٢١٦٢ والطبراني ٧٦١٥ و ٧٦٢١ كلهم من حديث أبي أمامة العارية مؤداة والمنحة مردودة والدّين مقضيٌ والزعيم غارم. هذا السياق لأبي داود، وأحمد وغيرهما.

قال الترمذي: حسن غريب. وقد روي من وجه آخر. قلت: وإسناده حسن هو من رواية إسماعيل بن عباس وروايته عن الشاميين يحتج بها وشيخه شرحبيل بن مسلم شامي فالحديث حسن لأنه في شرحبيل ليناً، لكن توبع، فقد أخرجه الطبراني ٧٦٤٧ من طريق خراش و ٧٦٤٨ من طريق أبي عامر الهوزي كلاهما من حديث أبي أمامة.

وأخرجه أحمد ٥/٢٩٣ عن سعيد المقبري عمن سمع النبي ﷺ وجهالة الصحابي لا تضر. ورجال أحمد ثقات كلهم. فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

. . . .

والإجماع. وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع، فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب، ولا تصح من المريض إلا من الثلث، وفي الدين أن يكون صحيحاً؛ فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس ديناً صحيحاً إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة، بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم، وأما مفهومها لغة فقال المصنف: الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى. قال في المغرب: تركيبه دالّ على الضم والتضمين، ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه، وكفل الشيطان مركبه. وأما في الشرع فما أشار إليه من قوله **(ثم قيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل في الدين، قال: والأول أصح)** فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية؛ فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل، ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين. قال في المبسوط: وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب. فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر، ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئاً يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، إنما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين، ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنا جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي إلى ذلك. ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه. ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل، وبقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها. وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار، والأعيان المضمونة بغيرها وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين، ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها. وأما الأعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها، بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً. وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية، ولم يجعل أبو يوسف

في الدين، والأول أصح) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة نفسها كما سيجيء ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين، وعورض بما إذا وهب ربّ الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قيل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز. وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح

قال: (الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول

في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي. واختلفوا على قول أبي يوسف؛ فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد. وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل، وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا، وفي رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعذر ذلك. وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور: ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة، وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه. احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أنه ﷺ حضر جنازة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال عليّ رضي الله عنه: أنا لهما ضامن، فقام ﷺ ثم أقبل على عليّ رضي الله عنه فقال: جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة؟ فقال للناس كافة»[1] فدلّ أن المضمون عنه بريء من الضمان، وللعامة قوله ﷺ: «نفس

التصرف وجعلناه في حكم دينين، وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين. قال: (**الكفالة ضربان الخ**) الكفالة ضربان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها إحضار المكفول به. وقال الشافعي: لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه لأنه رقباني مثله لا ينقاد له ليسلمه، ولأنه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً. أما إذا كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه (**ولنا قوله ﷺ «الزعيم غارم»**) أي الكفيل ضامن. ووجه الاستدلال أنه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها. لا يقال: هو مشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل. والكفيل بالنفس لا يغرم شيئاً لأن

---

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٧٨ والبيهقي ٦/ ٧٣ كلاهما من حديث عطية العوفي عن أبي سعيد به سكت عليه الدارقطني!
وقال البيهقي: الحديث يدور على عبيد الله بن الوليد الوصافي، وهو ضعيف جداً.
وقد روي عن علي من وجه آخر بإسناد ضعيف ثمّ أسنده البيهقي عن طريق عطاء بن عجلان، وأعله به حيث قال: ابن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح ا هـ.
وأما ابن حجر فذكره في التلخيص ٣/ ٤٧ وقال: رواه الدارقطني، والبيهقي بأسانيد ضعيفة.
قلت: لم يرو إلا من وجهين. الأول مداره على الوصافي وهو واهٍ بمرة كما قال البيهقي، وذكره الذهبي في الميزان ونقل عن النسائي، وعلي الفلاس: أنه متروك. ثم ذكر له مناكير.
وله علة ثانية وهي ضعف شيخه عطية العوفي كما في الميزان وأنه كان يتشيع. والحديث في فضل آل البيت فاشتد ضعفاً فهذه علل ثلاث لحديث أبي سعيد.
وأما حديث علي، فضعفه البيهقي، وأعله بعطاء بن عجلان. وأنه ضعيف. قلت: وقد ترأف البيهقي بحال ابن عجلان هذا وإلا فالصواب أنه متهم بالكذب.
جاء في الميزان ما ملخصه: قال عنه يحيى: ليس بشيء كذاب وقال الفلاس: كذاب، وقال البخاري: منكر الحديث ا هـ. فالحديث باطل هو من مصنع الرافضة والصحيح كون الضامن إنما هو أبو قتادة. فقد أخرج البخاري ٢٢٧٩ و ٢٢٩٥ وأحمد ٤/ ٤٧ـ ٥٠ والبيهقي ٦/ ٧٢ كلهم من حديث سلمة بن الأكوع قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأُتِيَ بجنازة فقالوا: هل عليها فقال: صل عليه دين... وآخره: فقال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صلّ عليه يا رسول الله ﷺ وعليّ دينه، فصلى عليه.
وكون الكفيل إنما هو أبو قتادة ورد في أحاديث أخرى. فقد أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٤/ ٦٥ والدارمي ٢/ ٢٦٣ وابن ماجه ٢٤٠٧ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٥/ ٣١١. ٢٩٧ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من طرق كلهم من حديث أبي قتادة ورجال أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وقد قال الترمذي: حسن صحيح. وقد أصاب. وورد من حديث جابر. أخرجه أبو داود ٣٣٤٣ والنسائي ٤/ ٦٥ـ ٦٦ وعبد الرزاق ١٥٢٥٧ وابن حبان ٣٠٦٤ والبيهقي ٦/ ٧٥ كلهم من حديث جابر ورجال إسناده ثقات كلهم رجال البخاري ومسلم. فهذه الروايات متفقة على كون الضامن إنما هو أبو قتادة وأما كونه علياً فمركب ومزيّف.

به) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز لأنه كفر بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به،

المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[١] وقوله في خبر أبي قتادة: «الآن بردت جلدته»[٢] وصلاته ﷺ على المضمون عنه لأنه بالضمان صار وفاء، وإنما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلّف وفاءً، وقوله: «فك الله رهانك»[٣] لأنه كان بحال لا يصلى عليه، فلما ضمن عنه فكه عن ذلك. ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد، فإن الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان عليّ إذ يدل على أن الضمان تم بذلك قوله: **(قال)** أي القدوري **(الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال)** ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها **(والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)** ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا. واستدل لقوله المضعف **(بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به)** فكان كبيع الطير في الهواء، وهذا لأنه حرّ لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصاً إذا كفل بغير أمره، وكذا بأمره لأن أمره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله ﷺ: **(«الزعيم غارم»)**[٤] باعتبار عمومه. وقوله: **(بنوعيه)** أي نوعي عقد الكفالة، واعترض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم، والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال. وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره، والغرام اللازم ذكره في المجمل، والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار، وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله **(والحاجة إليه ماسة، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة)** وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرائط، وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لأن الظاهر أنه ينقاد إذا كان بأمره، وإن كان بلا أمره يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم. وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلاً. ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنياً على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل. وروي: «أنه ﷺ كفل رجلاً في تهمة»[٥] وكان بين عليّ وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس عليّ رضي الله عنه. واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فإن الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وإن كان تسليم النفس واجباً كتسليمها

الغرم ينبيء عن لزوم ما يضرّ وهو موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم الكفيل الإحضار وهو يتضرر به **(ولأنه يقدر على**

---

(١) صحيح. أخرجه الترمذي ١٠٧٩ وابن ماجه ٢٤١٣ والدارمي ٢/ ٢٦٢ والطيالسي ٢٣٩٠ وأحمد ٢/ ٤٠٤، ٤٧٥ وابن حبان ٣٠٦١ والبيهقي ٦/ ٧٦ والبغوي ٢١٤٧ كلهم من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وحسنه الترمذي والبغوي، وهو قوي رجال كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.

وأخرجه الترمذي ١٠٧٨ والحاكم ٢/ ٢٦، ٢٧ والبيهقي ٦/ ٧٦ وأحمد ٢/ ٥٠٨ من رواية أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وصححه الحاكم على شرطهما وأقره الذهبي وهو كما قالا.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٧٥ وأحمد ٣/ ٣٣٠ والدارقطني ٣/ ٧٩ كلهم من حديث جابر في خبر ضمان أبي قتادة عن الميت وآخره: الآن بَرَدْتَ عليه جلده اهـ وأما: جلدته. فلم أره في كتب الحديث ولعله تحريف. وإسناده حسن فيه: عبد الله بن محمد بن عقيل. قال في التقريب: صدوق في حديثه لين.

(٣) باطل. هو بعض حديث أبي سعيد المتقدم قبل حديثين.

(٤) تقدم في أول هذا الكتاب ـ أي: كتاب الكفالة ـ وإسناده قوي.

(٥) ضعيف: أخرجه البيهقي ٦/ ٧٧ من حديث أبي هريرة قال: إن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة. وقال مرة أخرى: أخذ من متهم كفيلاً تثبتاً. وقال البيهقي: فيه إبراهيم بن خيثم ضعيف.

وقال الذهبي في الميزان: قال الجوزجاني عنه: كان غير مقنع اختلط بآخره. وقال النسائي: متروك. ومنبطه في الميزان فقال: إبراهيم بن خيثم.

تنبيه: فتنبيه ومع ضعف الرواية: أن النبي ﷺ ليس هو الذي كفله وإنما طلب كفيلاً.

بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «زعيم غارم» وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه، وقد أمكن تحقق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه.

للجواب. والجواب منع عدم صحتها مطلقاً بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس. ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها. وأما حدّ الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي، فإن الحدد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما. وأما الجبر على إعطاء الكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلأن الكفالة لا تفيد لأن الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء إما أن يجيب ويحضر أو لا؛ ففي الأول لا حاجة إلى الكفالة، وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه قوله: **(وتنعقد إذا قال تكفلت الخ)** شروع في ذكر الألفاظ التي تثبت بها الكفالة، وهي صريح وكناية، فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعليّ وإليّ ولك عندي هذا الرجل وعليّ أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو أودعه إليّ، وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به، يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع. وروي في الفائق «الحميل ضامن»[1] وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل، ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع، وهذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مرّ مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة ومجازاً كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق، ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه. قال البلخي رحمه الله: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك، بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق **(وكذا)** إذا أضاف إلى جزء شائع منه ككفلت **(بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق**

تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه. وتقريره أنا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه **(إذ لا قدرة له على نفس المكفول به)** ممنوع فإن قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي، على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلاً له قوله: **(والحاجة ماسة)** استظهار بعد منع الدليل وذلك لأن معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا، والحاجة وهي إحياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز إلا تعنتاً وعناداً. قال: **(وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ)** لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها، وهي في ذلك على قسمين: قسم يعبر به عن البدن حقيق كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه، وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله **تكفلت** بوجهه وبرأسه وبرقبته. فإن كلاً منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف، وكذا إذ عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكن ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة إضافته إليه، بخلاف ما إذا قال

قوله: **(مبني على عدم جواز الكفالة)** أقول: فيه أن البناء على ذلك ممنوع، فإن الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفاً.

قوله: **(وكذا إذا عبر الخ)** أقول: في صحة عطفه تأمل قال المصنف: لأنه لا يعبر بهما عن البدن) أقول: حقيقة ولا عرفاً فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى: ﴿تبت يدا أبي لهب﴾.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. والحميل، والكفيل، والزعيم، والقبيل. كلها بمعنىً واحد.

قال: (وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبرجهه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مرّ في الطلاق، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنته) لأنه تصريح بموجبه (أو قال) هو (عليّ) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إليّ) لأنه في معنى عليّ في هذا المقام، قال عليه الصلاة والسلام («ومن ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإليّ») (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه. والقبيل هو الكفيل، ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة.

الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها) ووجه ضمنت (**بأنه تصريح بموجبه**) لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (**وعلى صيغة التزام وإليّ في معناه قال ﷺ «من ترك كلاً»**)[1] أي يتيماً (**فإليّ**) لأن العطف يقتضي المغايرة.

وقوله: (**وقد روينا فيه**) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2]. في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلا فإلينا»[3] وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقداد بن معد يكرب قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كلا فإليّ، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»[4] ورواه ابن حبان في

تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما، وكذا تنعقد إذا قال ضمنته لأنه صريح بموجب عقد الكفالة، وكذا إذا قال عليّ لأنه صيغة الالتزام، وكذا إذا قال إليّ لأنه في معنى علي، في هذا المقام قال

---

(١) يأتي بعد حديث واحد.

(٢) تقدم قبل قليل وذلك في أول الباب وإسناده قوي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٨ و ٥٣٧١ و ٦٧٦٣ ومسلم ١٦١٩ من وجوه عدة وأبو داود ٢٩٥٥ والدارمي ٢/ ٢٦٣ والنسائي ٤/ ٦٦ والترمذي ١٠٧٠ وابن ماجه ٢٤١٥ والطيالسي ٢٣٣٨ وأحمد ٢/ ٢٩٠. ٤٥٣. ٤٥٦ وعبد الرزاق ١٥٢٦١ وابن حبان ٣٠٦٣ والبيهقي ٦/ ٢٠١ ـ ٣٥١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة رووه بألفاظ متقاربة. وأحد ألفاظه: كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ إذا مات وعليه دين سأل: هل له وفاء؟ فإذا قيل: نعم. صلى عليه وإذا قيل: كلاً. قال: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح. قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالاً فللوارث. هذا اللفظ للبخاري ومسلم في رواية لهما.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٩٩ و ٢٩٠٠ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٥١٠ وابن ماجه ٢٦٣٤ و ٢٧٣٨ وسعيد بن منصور ١٧٢ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٦٤ وأحمد ٤/ ١٣١. ١٣٣ والطحاوي في المشكل ٤/ ٥ والمعاني ٤/ ٣٩٨ والدارقطني ٤/ ٨٥. ٨٦ وابن حبان ٦٠٣٥ والحاكم ٤/ ٣٤٤ والبيهقي ٦/ ٢١٤ والبغوي ٢٢٢٩ وابن الجارود ٩٦٥ كلهم من حديث المقدام به ومداره على علي بن أبي طلحة عن راشد بن سعد وقال الحاكم: صحيح على شرطهما! ورده الذهبي بقوله: علي بن أبي طلحة قال أحمد: له أشياء منكرات ولم يخرج له البخاري.

قلت: ومع ذلك فعلي بن أبي طلحة من رجال مسلم وهو صدوق وقد توبع فقد أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٣٩٧. ٣٩٨ عن يزيد العقيلي عن راشد بن سعد به. لكن يزيد هذا واهٍ كما في التقريب.

وأخرجه أبو داود ٢٩٠١ والبيهقي ٦/ ٢١٤ من طريق يزيد بن حجر عن صالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده. ويزيد مجهول. وصالح مستور وأبوه يحيى بن المقدام ليس الحديث قاله الحافظ في التقريب. وأخرجه ابن حبان ٦٠٣٦ من وجه آخر عن راشد بن سعد عن عبد الرحمن بن عائذ عن المقدام به. وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر راشد بن سعد عن أبي عامر الهوزني عن المقدام بن معدي كرب، وسمعه من عبد الرحمن بن عائذ عن المقدام. فالطريقان جميعاً محفوظان.

ومال أيضاً الطحاوي في المشكل ٤/ ٧ إلى تقوية الحديث وأما البيهقي: فأعله به الاضطراب، وتعقبه ابن التركماني بأن ابن حبان صححه. وجاء في العلل ٢/ ٥٠ لابن أبي حاتم قال: قال أبو زرعة: حديث المقدام حسن. وورد نحوه من حديث أبي عبيدة بن الجراح.

أخرجه الترمذي ٢١٠٣ وابن ماجه ٢٧٣٧ والطحاوي ٤/ ٣٩٧ وابن الجارود ٩٦٤ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٦٣ وأحمد ١/ ٢٨. ٤٦ والدارقطني ٤/ ٨٤. ٨٥ وابن حبان ٦٠٣٧ والبيهقي ٦/ ٢١٤ من طرق كلهم من حديث أبي أمامة أسعد بن سهل بن حنيف عن أبي عبيدة. فهذا شاهد لحديث المقدام. وإسناده حسن، وقد حسنه الترمذي.

قال: (**فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت**) وفاء بما التزمه، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه، ولكن لا يحبسه أوّل مرة لعله ما درى لماذا يدعى. ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق.

صحيحه. وفي لفظ لأبي داود: «وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً أو ضيعة فإليّ»[1] (**بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته**) لا تثبت به الكفالة (**لأنه التزم المعرفة دون المطالبة**) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله، ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ. والوجه أن يلزمه لأنه مصدر متعدّ إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب. وعن نصير قال: سأل ابن محمد ابن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم. قال الفقيه أبو الليث في النوازل: هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد، وفي خزانة الواقعات وبه يفتى: أي بظاهر الرواية، لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. وفي فتاوى النسفي: لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام. وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله منجزاً فلو معلقاً يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدي، نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج قوله: (**فإن شرط في الكفالة**) أي بالنفس (**تسليم المكفول به في وقت بعينه**) أو يوم (**لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه**) وهذا إذا لم يظهر عجزه عن إحضاره فيه، فإن ظهر لا يحبسه إذ لا فائدة في حبسه، كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل، فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها، فإن لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين، وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله، ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل؛ فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم

ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإليّ» والكلّ: اليتيم، والعيال: من يعول: أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال، وكذا إذا قال أنا زعيم به لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا فيه أو قبيل لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لأنه التزم المعرفة دون المطالبة. وذكر في المنتقى أنه إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف، وعلى هذا معاملة الناس. قال: (**فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه، فإن أحضره برئت ذمته، وإن لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعي**) فإذا علم ذلك وامتنع، فإما أن يكون لعجز أو مع قدرة، فإن كان الثاني حبسه الحاكم، وإن كان الأول فإما أن يعلم مكانه أولاً، فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق، وإن كان الثاني فالطالب إما أن يوافقه على ذلك أو لا، فإن

قال المصنف: (**فإن شرط في الكفالة. إلى قوله. في ذلك الوقت**) أقول: لا قبله كما في الدين المؤجل، فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع.

---

(١) هذا اللفظ لأبي داود في رواية، ولابن حبان في روايته الثانية، وهو من حديث المقدام.

قال: **(وكذا إذا ارتدّ والعياذ بالله ولحق بدار الحرب)** وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر، ولو سلمه قبل ذلك برىء لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل.

قال: **(وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة)** لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرّة.

قال: **(وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء)** لحصول المقصود، وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيداً **(وإن سلمه في برية لم يبرأ)** لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه. وعندهما لا يبرأ لأنه قد

المطالبة. وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدّق في دعوى ما يسقطها، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه. وفي بعض النسخ قوله: **(وكذا إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب)** يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادعة، فإن لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق، وإن كان موتاً فهو حكمي في ماله ليعطي الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها، ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة. للشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان: أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها، والثاني يسقط إلحاقاً بالغيبة المنقطعة قوله: **(وإذا أحضره وسلمه إليه في مكان يقدر المكفول له على أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر)** من الأمصار **(برىء الكفيل من الكفالة)** سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب **(وهذا لأنه ما التزم التسليم)** بالكفالة **(إلا مرة)** وقد حصلت. ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر وهو المصر الذي كفل فيه. وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم، ووضعها هنا أنسب. وجه قوله إنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته، وهذا لا يكون ظاهراً إلا في مصره لأن شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الأمصار، ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به، وقولهما أوجه. وفي الفتاوى: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فإن الكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برىء، وإن سلم إلى المدعي لا، وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي، فإن أضاف بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس، أما إن عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه في السوق برىء لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة. وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إيصاله إلى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيداً. وقد روي عن أبي يوسف نصاً وقال: لأن الناس لا يعينونه للإحضار. قيل ويجب أن يفتى بهذا. ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز، ذكره في الخلاصة **(ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ)** اتفاقاً **(ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير**

كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال، وإن كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة إياه. وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة. قال: **(وإذا أحضره**

قوله: **(وقال بعضهم لا يلتفت إلى قول الكفيل)** أقول: وعمل القضاة اليوم على هذا.

تكون شهوده فيما عينه. ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه.

قال: **(وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة)** لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وما له لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال. ولو مات المكفول له فللوصيّ أن يطالب الكفيل، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت.

الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المنتقى: رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن، ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه. وفي العيون: لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد: لا يبرأ لأنه في السجن؛ ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ، ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس، إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع، وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ. ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إليّ فدفعه وهو في الحبس قال محمد: برىء بتسليمه إليه وهو في حبسه. ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب. ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزاً أيضاً وبرىء الكفيل. وفي الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره قوله: **(وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل)** يعني يبرأ **(لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب)** الذي هو إحضار النفس **(بخلاف الكفيل بالمال)** إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي، فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الأصيل: أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة، ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته إليه. وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضاً. أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود على قدرته، والوصيّ أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك قوله: **(ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه)** أي دفع المطلوب هو (موجب

وسلمه في مكان الخ) إذ أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل لأن المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي، فإذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرىء الكفيل لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحد وقد حصل ذلك بما قلنا، وإن كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة. وقال شمس الأئمة السرخسي: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت. أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الإحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود. والجواب أن شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه، فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ، وهذا لأن المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي إما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل. وقيل هذا اختلاف عصر وأوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل

قال: **(ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء)** لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين، ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع، وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه.

التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط، والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة، فإذا وجد وجدت وقد وجد، إذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة إلى اشتراطها.

وقوله: **(كما في قضاء الدين)** يعني إذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض بريء، وإن لم يقبضه كالغاصب إذا ردّ المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فهاهنا أولى، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار قوله: **(ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته)** أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي إليك من كفالة فلان **(صح)** عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك. قال شمس الأئمة: لا نعلم فيه خلافاً. قال المصنف **(لأنه)** أي المكفول **(مطالب بالخصومة)** وفي بعض النسخ مطالب بالحضور: يعني إذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطاً ذلك عن نفسه إذا طالبه بمعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله **(وكذا إذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه)** يعني إذا قال سلمت إليك نفسه عن الكفيل، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل، ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك إلا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ، بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا

مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. ولو سلمه في السجن، فإن كان الحابس هو الطالب بريء، وإن كان غيره لم يبرأ لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه. وذكر في الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره، ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه حال ما كفل قادر على الإتيان به. قال: **(وإذا مات المكفول به بريء الكفيل من الكفالة بالنفس)** بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقطاً لها، أما إذا مات المكفول به فلأن الكفيل عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وأما إذا مات الكفيل فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة. فإن قيل: فليؤدّ الدين من ماله. أجاب بأن ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب وهو إحضار المكفول به وتسليمه إلى المكفول له لا أصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال، ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس، بخلاف الكفيل بالمال فإن الكفالة لا تبطل بموته لأن ماله يصلح نائباً، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة. وإذا مات المكفول له فللوصيّ أن يطالب الكفيل إن كان له وصي، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت. قال **(ومن كفل بنفس آخر الخ)** ومن كفل بنفس آخر بالإضافة ولم يقل فإذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه بريء لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب، ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف، وكحلّ الاستمتاع فإنه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات. وقال في النهاية: لأنه موجب التصرف: أي لأن دفع المكفول به إلى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها

قوله: **(فتعارض الموهومان)** أقول: فيه بحث، لأن الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض.

قال: **(فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال)** لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح، فإذا وجد الشرط لزمه المال **(ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس)** لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق. وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع. ولنا أنه يشبه

يبرأ قوله: **(فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن)** للألف **(لأن الكفالة بالمال)** في هذا **(معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة)** المعلقة **(لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثق)** ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان: أما الأول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة **(لأنه)** أي لأن تعليق الكفالة **(تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع)** فكما يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك. هذا **(ولنا أنه)** أي عقد الكفالة **(يشبه البيع)** في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة **(ويشبه النذر)** ابتداء **(من حيث أنه)** تبرع في الابتداء بـ **(التزام)** المال؛ فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه، وبالنظر إلى الثاني فقط يجوز مطلقاً، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً فعملنا بالشبهين **(قلنا إن كان)** التعليق **(بشرط متعارف)** بين الناس أي تعارفوا تعليقها به **(صح عملاً بشبه النذر)** وإن كان بغير متعارف كدخول الدار **(وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملاً بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف)** ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسألة وهي الألف اتفاقي في التصوير، فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت

صريحاً، وليس بشيء لأن الكلام في أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إنما أورد هذا النفي الاشتباه لأن تسليم النفس محتاج إليه وقتاً بعد وقت حتى يصل إليه حقه، فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل، ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار إذا وجد التسليم، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لأن الكفيل يبرىء نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه، فلو توقف لربما امتنع عن ذلك إبقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الإمكان، ولو سلم الأصيل نفسه عن كفالته: أي كفالة الكفيل وقال دفعت إليك نفسي من كفالة فلان برىء الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لأن المكفول به مطالب بالخصومة، وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل إذا طولب به فهو يبرىء نفسه عن ذلك بهذا التسليم، لكن إذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لأن تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين: من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ، وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لأنه مطالب بالخصومة: أي لأن المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه إلى الطالب متبرعاً فيه نظر، لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لأن ثمة جهة أخرى كما بينا، ولأنه يستلزم أن يبرأ الكفيل وإن لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما، وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه.

قال: **(وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا الخ)** رجل قال إن لم أواف بفلان إلى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه: أي آتاه من الوفاء، وقيد بقوله لما عليه، وهو مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافاً لهما، وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لأنه إذا قال فعليّ مالك وعليه ولم يسمّ الكمية جاز لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع، ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت، وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع أنها لم تعلم هل تبلغ النفس

قوله: **(فيه نظر لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ)** أقول: فيه تأمل، ثم إن الضمير في قوله فيه نظر راجع إلى «ما» في قوله فما ذكر في النهاية.

البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام. فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه. ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

لك بمالك عليه صح، ومهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه. وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فإنما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق. وأما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس أوّلاً ثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما مسقطاً للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً، وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه، على أني إن لم أواف به إلى كذا كنت كفيلاً بما عليه بدل نفسه، ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان. ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ، ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلاً فيسلمه إليه، وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ويرد عليه. قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا، وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف. ولو فعله القاضي فهو حسن، ذكره في الخلاصة، وفيها كفيل بنفس رجل على أنه إن لم يواف بعه غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول. وهنا ثلاث مسائل: إحداهما أن يكون الطالب والمطلوب واحداً أوا ثنين، وإن كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين اثنين فهو المختلف فيه، ولو كفل بنفسه إلى غد فإن لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم تواف غداً لتقبضه مني فأنا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصدق واحد منهما، فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة بريء من الكفالتين، وكلما كفل على أنه إن لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا

أو لا. ثم الحكم في هذه المسألة شيئان: أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله. والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط. والدليل على الأول قوله لأن الكفالة بالمال: يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة، وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط، وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لأنه شرط متعارف، وسنذكر أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح، فإذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال. وعلى الثاني قوله لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه، وتقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا تبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت. وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما، ولأن كلاً منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يفضي إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع. وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلاً عن الكفالة بالنفس، ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة. وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبأن اجتماعهما صحيح والوفاء بهما إذ ذاك واجب، بخلاف خصال الكفار على الصحيح. وقال الشافعي: هذه الكفالة: أي المعلقة بالشرط لا تصح لأنه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الأصيل إذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا هاهنا. والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن

(قال المصنف: ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول: تعليق النذر بالشرط صحيح. قال في البدائع: إذا قال إن كلمت فلاناً فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها انتهى.

قال: (**ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال**) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة.

يصدق، ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة قوله: (**ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال، فإن مات المكفول عنه**) يعني بعد الغد (**ضمن المال**) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المال إذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت. أجيب بالفرق بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه، بخلاف الانفساخ بالموت إنما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديها إلى الكفالة بالمال. وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق إبراءه بعدم الموافاة. فخروج عن الظاهر احتياطاً لإيجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان؛ فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان، وإنما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل، بخلاف موت المكفول عنه لأنه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه، وإلا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه، إذ قد عرف أن المدار وجود الشرط، ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه، هذا إذا مات المكفول به، فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال ديناً في تركته إذا مضى الوقت؟ قال ظهير الدين: في الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال: إن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال، وإن أبى القبول يجبر عليه لأن لهم حقاً في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله: (**ومن ادعى على آخر الخ**) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة: في رجل لزم رجلاً وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غداً فعليّ مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غداً، قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد: إن ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه. وأراد

الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال. سلمناه، ولكن أشبه البيع مطلقاً أو من وجه، والأول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لأنه يشبه البيع من وجه كما مر، ويشبه النذر من حيث الالتزام، فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها، وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وإعمال الشبهين أولى، فقلنا: لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملا بهما، والتعليق بعدم الموافاة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. قال: (**ومن كفل بنفس رجل الخ**) ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، وهذه مسألة الجامع الصغير، فهي وإن وافقت مسألة القدوري المذكورة في أن كلاً منهما وجب عليه المال بعدم الموافاة بالشرط لكنه عدمها هاهنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بياناً لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره، وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة، ولهذا إذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت إذا سقطت الأولى بالإبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه، لأن الأولى سقطت بالموت لما تقدم أن الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به وإلا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيداً للغير مقصوداً بالذات وذلك خلف باطل. وأجاب الإمام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة

قال: **(ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه)** لأنه علق مالاً مطلقاً بخطر؛ ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه، بخلاف ما إذا بين. ولهما أن المال ذكر معرّفاً فينصرف إلى ما عليه، والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية.

بالوجهين ما إذا بينها: أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل. والأفيد أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة عينها أولاً، وما إذا لم يدع شيئاً حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل. لمحمد وجهان: أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة إذا لم ينسب المائة إلى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك، وعلى هذا الوجه عوّل أبو منصور الماتريدي، وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس. الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى **(ولم تصح)** مع جهالة المدعى به **(من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنه بناء عليه)** وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية، وعلى هذا الوجه عوّل الكرخي وهو مبطل للكفالتين. قال المصنف **(ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى)** قبل الحضور إلى مجلس القاضي احترازاً عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه **(فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها)** صحة **(الثانية)** ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعليّ مائة دينار، وكذا ذكر غير واحد، وكذا في المبسوط، فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي سيدعيها حكامنا بأن الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر. وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور

من كل وجه، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة، لأن المستحق به تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، هذا ما ذكره، ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصوداً لأن المؤكد لم يسقط بالنسبة إليه فهو تأكيد كما كان. فإن قيل: إذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع. قلنا: الالتزام منه غير مدفوع، وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن. فإن قيل: ترك الاستثناء ظناً منه أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها. قلنا: دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه في إن لم يواف فلا يفيده في إضرار غيره. قال: **(ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ)** ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وقال محمد: إن لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة، وذلك لوجهين: أحدهما أن الكفيل علق في كفالته مالاً مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه إلى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غداً، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي، وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال وبه صرح المصنف. والثاني أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبني عليها، وهذا

قال: **(ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله)** معناه: لا يجبر عليها عنده، وقالا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير. بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «لا كفالة في حدّ من غير فصل» ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات

الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت أنه إنما كفل بالألف المدعى به. وفي الخلاصة قال: إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء عليّ والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه، وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده. ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل، وسنذكر ما يظهر فيها قوله: **(ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه)** قال المصنف **(معناه لا يجبر)** على إعطاء الكفيل **(عنده، وقالا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد)** ولهذا يشترط الدعوى **(وفي القصاص لأنه خالص حق العبد)** ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد، ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته إلا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطي كفيلاً **(بخلاف الحدود الخالصة حقاً لله)** كحدّ الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصيل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره. وأورد عليه: ينبغي أن لا يحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر. أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لإثبات الحدّ بل لتهمة الإعارة والفساد تعزيراً، وإذا لم يكفل به ماذا يصنع؟ قال: يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس، فإن أحضر البينة فيها

منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى. ولهما أن المال ذكره معرفاً لأنه قال: فعليّ المائة فينصرف إلى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى. وهذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية. وتقريره أن المال إذا لم يكن معلوماً لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعاً لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة، وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعاً، ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة. قال: **(ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ)** من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طالب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعي المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجاز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لأنه خالص حق العبد: أي لأن المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب، وليس تفسير الجبر هاهنا الحبس بل الأمر بالملازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول، بخلاف الحدود الخالصة

قوله: **(وفي القصاص لأنه خالص حق العبد)** أقول: معطوف على قوله يجبر في حد القذف.

فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير **(ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع)** لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم.

قال: **(ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي)** لأن الحبس للتهمة هاهنا، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة: إما العدد أو العدالة، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا

وإلا خلى سبيله. وروي عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب، لأن شرّ هذا على الناس وشرّ الأول على نفسه **(ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «لا كفالة في حد»)**[1] رواه البيهقي وقال: تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواه ابن عدي. في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به. قال: مجهول لا أعلم روي عنه غير بقية، كما يروىَ عن سائر المجهولين **(ولأن مبنى الكل)** يعني الحدود الخالصة حقاً لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص **(على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير)** حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه. هذا **(ولو سمحت نفسه)** أي نفس المطلوب **(بإعطاء الكفيل بلا جبر)** يعني في حد القذف والقصاص **(جاز لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه)** وهو تسليم النفس **(لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم)** ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة حقاً لله لأن تسليم النفس واجب فيها، لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب، ولأنه معارض بوجوب الدرء **(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي)** أنه عدل لنفي المجهول **(لأن الحبس هنا للتهمة)** لا لاستيفاء الحد **(والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة، إما العدد أو العدالة)** فإذا وقعت التهمة حبس بالنص، وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن

لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل إقامة البينة أو بعدها. أما قبل إقامتها فلأن أحداً لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل؛ وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل **(ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ: «لا كفالة فيْ حد» من غير فصل)** يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله، قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ. ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح. وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ **(ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل)** فإن قيل: حبس بإقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل. أجيب بأن الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق **(بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير)** فإنه محض حق العبد يسقط بإسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في الأموال **(ولو سمحت نفسه)** أي لو تبرع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص **(وحدّ القذف صح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم)** وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين. قال: **(ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ)** لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه، وفي بعض النسخ فيهما: أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو

---

(١) منكر. أخرجه البيهقي ٦/ ٧٧ وابن عدي في الكامل ٥/ ٢٢ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقال البيهقي: تفرد به بقية بن الوليد عن عمر الكلاعي. والكلاعي من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة. وقال ابن عدي: لا أعلم روىٰ عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكرة، وغير محفوظة.

وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٩ وذكر كلامهما ووافقهما. فالحديث ولو كان شيخ بقية معروف لكان خبره ضعيفاً لكونه مدلساً وقد رواه عنعنة، فكيف وشيخ بقية مجهول، وصاحب مناكير.

يثبت إلا بحجة كاملة. وذكر في كتاب أدب القاضي أن علي قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة.

رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة»[1]، وقدمنا تخريجه والكلام فيه في الحدود **(بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه)** أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها. أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل، والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحدّ والقصاص. وفي الصحاح والمغرب: التهمة بالتحريك، وأصل التائي فيه واو من وهمت الشيء أهمه وهماً من باب ضرب: أي وقع في خلدي، والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلاناً بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله أو تهمت كما في اتكلت أصله أو اتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال. قال المصنف **(وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة)** إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما. ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على كفيل، وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل، ولا يخفى أن المراد بالحدود حدّ القذف والقصاص قوله: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج)** لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه، والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن **(فأمكن ترتيب موجب العقد)** أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به. وظهر بما قررناه أن قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لفّ ونشر، فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن. وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصّلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة، لكن لما كان ملزوماً للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران، بخلاف دين الزكاة فإنه وإن كان مطالب من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين، لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال شكراً لله على نعمة الغني، ولذا لا يؤخذ من تركته جبراً للورثة عندنا، ولم يخلص كونه له مطالب

شاهد عدل يعرفه، أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس هاهنا للتهمة: أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعي لأنه يحتاج إلى حجة كاملة، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة، لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. وقد روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة. وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء لا يحبس فسه إلا بحجة كاملة، وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل

قوله: **(قيل هذا إلى قوله مرفوعاً)** أقول: القائل هو الإتقاني، وقال في شرحه: ولنا في دفعه نظر قوله: **(بخلاف الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات)** أقول: تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل قوله: **(أي لتهمة الفساد لا لإتيان المدعي)** أقول: الأظهر لا لثبوت.

قوله: **(ينافي الدرء)** لا نسلم ذلك، وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل، وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدده كذلك، وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل قوله: **(ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء)** أقول: فحينئذ يكون الاتهام أكثر فليتأمل.

---

(١) تقدم في الحدود أخرجه أبو داود ٣٦٣٠ والحاكم ٤/ ١٠٢ وأحمد ٥/ ٢ والبيهقي ٦/ ٥٣ من حديث بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده صححه الحاكم، وأقره الذهبي والصواب أنه حسن كما هو المعروف في سلسلة بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. وهو معاوية بن حيدة.

قال: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج)** لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما.

من العباد عن شبهة عدم ذلك، فإن المالك للعين يتحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة، بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً للمالك، فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير، ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك، بخلاف سائر الديون فإنها مملوكات قوله: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر)** بنفسه جاز **(وهما كفيلان)** بالنفس **(لأن موجبه التزام المطالبة)** وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق.

ثم إذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالإجماع، بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا معاً طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل. مثلاً: كفل ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها، ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف، وأيهم قضى سقطت عن الباقين قوله: **(وأما الكفالة بالمال)** هو عديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو إنما قال فالكفالة بالنفس الخ، والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم. وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر: لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في

ثبوت المدعي بالحجة ينافي الدرء بالشبهات، والدرء ثابت بقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه، فإذا وجه أحد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته، والإيفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبي ﷺ في ذلك وقع تعليماً للجواز حيث لم يكن النبي ﷺ ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء، والله أعلم بالصواب. وذكر في كتاب أدب القاضي: لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغني عن الحبس. وقيل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما، وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة. قال: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ)** أورد هذه المسألة هاهنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك، ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه، وإنما قيل مطلقاً يعني في الحياة والممات احترازاً عن الزكاة فإنها يطالب بها، أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام، وأما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الإمام، والكفالة بها لا تجوز لأنها غير مطالب بها بعد الموت، وما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة، فقوله: **(لأنه دين مطالب به)** إشارة إلى صحة الكفالة، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة، والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لأجله فيه. وقوله: **(ممكن الاستيفاء)** إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقاً بجانب الاستيفاء فيترتب موجب

قوله: **(وقيل معنى كلامه)** أقول: القائل هو الكاكي قوله: **(أورد هذه المسألة هاهنا الخ)** أقول: أنت خبير بأنه لا يدل على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس، وهل المهم بيانه إلا ذلك، ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر هين **(قال المصنف: فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما)** أقول: قال الإتقاني: الضمير في عليه راجع إلى الخراج، وفي فيهما راجع إلى الكفالة انتهى. والأظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج قوله: **(قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش)** أقول: القائل هو الإتقاني.

قال: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان)** لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان **(وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع)** لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار، وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراده أن لا يكون بدل

ذلك، ويدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعليّ، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة. ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع، وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أيّ مقدار شاء **(وعلى ضمان الدرك إجماع)** وضمان الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله، وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدَرك، وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار فيمكن أن يدعي أن حمل البعير كان مقداراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به **(وصار كما لو كفل بشجة)** أي خطأ، فإن العمد على تقدير السراية يجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فإنها إن سرت إلى النفس وجب دية النفس وإلا فأرش الشجة ومع ذلك صح، وقدمنا أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده، وكذا يحترز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة، لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا. والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها **(ثم المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل)** وهو قول أكثر أهل العلم. وعن مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصيل **(وله مطالبتهما)** جميعاً لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوّغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوّز بها فيها فتجري حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما **(بخلاف المالك)** المغصوب منه **(إذا اختار تضمين أحد الغاصبين)** يعني الغاصب وغاصب الغاصب إذا قضى القاضي عليه بذلك ليس

العقد في الرهن والكفالة عليه. قيل في كلام المصنف لفّ ونشر مشوّش ولا بعد في قصده ذلك. قال: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الخ)** تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة: أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه، ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتدّ برده لرجوعه إلى إلزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق، وما يزاد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجوداً والمانع منتفياً، فالقول بامتناعه قول بلا دليل، وإذا صحت الثانية لم يبرأ الأول لأنا إنما صححناها ليزداد التوثق، فلو برىء الأول ما زاد إلا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل. وقال ابن أبي ليلى: يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجباً على الأول كان واجباً في موضعين وهو بناء على أصله أن الكفيل إذا كفل بالدين برىء المطلوب فكذلك هاهنا. والجواب أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويفضي إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل، ثم إذا أسلم أحد الكفيلين نفس الأصيل إلى الطالب برىء دون صاحبه. قال: **(وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ)** لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال، وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف،

قوله: **(لرجوعه إلى إلزام من له الطلب لخ)** أقول: فيه تأمل.

الكتابة، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: **(والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله)** لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة **(ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما)** لأن مقتضاه الضم، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني، أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق.

قال: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط)** مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعليّ أو ما ذاب لك عليه فعليّ أو ما غصبك فعليّ. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع، أو

له أن يضمن الآخر **(لأن اختياره)** تضمين **(أحدهما)** أي إن قضى القاضي عليه **(يتضمن التمليك منه)** فيبرأ الآخر بالضرورة، بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء قوله: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط)** مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعليّ وما ذاب لك عليه، أي ما وجب وثبت فعليّ من ذوب الشحم، لأن المعنى إن بايعته فعلى درك ذلك البيع. وإن ذاب لك عليه شيء فعليّ، وكذا ما غصبك فعليّ، وإذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية، ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نصاً. وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة: يلزمه كله، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح، حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلاناً ليصير المكفول عنه معلوماً فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الإضافة. ولو قال ما بايعت من الناس فعليّ ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع. مثال ذلك لو قال: ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو عليّ لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، وكذا لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو عليّ لا تصح لجهالة المكفول له. ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعليّ جاز لانتفائهما، ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة، كأنه قال: ما يجب لك على واحد من الناس فعليّ، وفيه لا تصح لجهالة

أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع: يعني من الضمان بعد أن كان ديناً صحيحاً، لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة. وقوله: **(وعلى الكفاك بالدرك)** بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كالثمن في البيع. وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول، وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أيّ شجة كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار. وإنما قيل خطأ لأنها إذا كانت عمداً وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فإنها توجب القصاص والكفالة به لا تصح. ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج إلى التقييد به **(وشرط أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً)** وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح، إذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه. وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به. قال: **(والمكفول له بالخيار الخ)** المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الأصل: أي الدين ويسمى الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الذين بغير دين غير متصوّر فكانت المطالبة فرعاً،

قوله: **(ولما مر ذلك)** أقول: فيه بحث قوله: **(وقيل لأن المولى الخ)** أقول: فيه شيء، ويندفع بقولنا قياساً تأمل.

لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا

المكفول عنه. ومن بايع فلاناً اليوم من بيع فعليّ لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لأنه ضمن الواحد من الناس، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعليّ يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين، وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسألة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين وإلا فلا فرق. ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له. ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أن مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقين فرق بين المكفول له. وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له. وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والإضافة حيث يصح في التنجيز دون الإضافة. أما الأول فما ذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق. وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الإرسال والتعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك في حق الطالب. وإنما جوّز استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً فإذا كان مجهولاً يبقى على القياس. وحاصل هذا أن المبطل هو الإضافة لا جهالة المكفول عنه. إذا عرف هذا جئنا إلى مسألة الكتاب، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة، وكذا قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا. والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مسألة واحدة ستأتي. وعامة المشايخ قالوا: الاستدلال به صحيح، فإن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له؛ فقد اشتملت على أمرين: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة. وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال عليّ هما عليّ، فصلى عليه الصلاة والسلام عليه[1] فدل على جواز الأمرين. ثم قام

وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة، فعلى هذا له أن يطالبهما جميعاً جملة ومتعاقباً، بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين: أي الغاصب وغاصب الغاصب، فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك إذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني. أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك. قال: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ)** يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم، مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل أن يقول: إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حلّ مالك عليه ولم يوفّ به فعليّ. ولا يجوز بشرط

---

(١) تقدم مستوفياً في أول الباب بعد حديث واحد.

جعل واحد منهما أجلاً، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق. **(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل)** لأن الثابت

الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك. ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً، وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور: أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف **(بأن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع)** فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل. الثاني **(أن يكون شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه)** فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه. الثالث **(أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل إن غاب عن البلد)** أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً. ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان إن توى وإن حل مالك عليه ولم يوافك به. وفي الخلاصة نقلاً عن الأصل قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك، أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إذا قال إن قتلك ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح، بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائماً كإن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق **(وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً)** يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح، إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الأجل، بخلاف ما لو علقها بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فإن الكفالة باطلة أصلاً. ولو جعل الأجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل. فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصح حالة

مجرد عن الملاءمة كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وقيد بكون زيد مكفولاً عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح. واستدل بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ فإن منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك، وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قال بعض الشافعية إن هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة، فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره وهاهنا قد التزم عن نفسه. والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة. والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادي للغير: إن الملك يقول: لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة. وعن الثانية بأن في الآية أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر. فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له، فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً؟ فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى: ﴿حملُ بعيرٍ﴾ وهو غير معلوم لأنه يختلف باختلاف

قال المصنف: **(وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه)** أقول: أي في معنى الذي ذكرناه، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف: **(فإما لا يصح التعليق بمجرد الشرط)** أقول: ولا يصح الكفالة أيضاً هنا كما ذكره الشارحون قوله: **(وجهالة المكفول له الخ)** أقول: كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك قوله: **(وهذا هو الموعود)** أقول: الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب، فإنه إذا كانت الكفالة تمليكاً في حقه وإضافة التمليك إلى المستقبل لا تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل قال المصنف: **(وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً)** أقول: أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف: **(لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط)** أقول: أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازاً: أي بأجل متعارف.

بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به **(وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما**

ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله **(لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق)** يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة، وإنما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل. هذا وظاهر شرح الإتقاني المشي على ظاهر اللفظ، فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به، ومثل بقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق. وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة انتهى. وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إن كانت في صلبها قوله: **(فإن قال تكفلت بمالك عليه)** هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل، وهذا على اختلاف الألفاظ التي تقع بها الكفالة، فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء إلا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها **(لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه)** فوجب عليه **(ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه)** مع يمينه **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه، ويصدق)** المكفول عنه **(في حق نفسه)** بما أقرّ به على نفسه **(لولايته عليها)** بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو عليّ أو ما ثبت فأقرّ المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل وقد حصل بإقراره، بخلاف الكفالة بما لك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب، والوجوب يثبت بإقراره، بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم إلا أن يقضي القاضي ومثل مالك ما أقرّ لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالاً واجباً عليه لا مالاً يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه، فإن قال ما أقرّ به فأقرّ في الحال يلزمه؛ ولو قامت بينة

البعير فلم تمنع مطلقاً، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لا للجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يابى القياس جوازها على ما يأتي، وإنما جوّزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالمجهول باق على أصل القياس، والثالثة إنما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب، وفي حق المطلوب بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق، وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله: **(وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلاً)** أي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما أجلاً للكفالة وفي كلامه نظر من أوجه: الأول أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن الكفالة لا تجوز. الثاني أن قوله وكذا إذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل، ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذا لم يذكر ثالثاً. والأول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة. والثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة، ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع، إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه، وقد تقدم في الصرف ما يقاربه إن

قوله: **(فاعل يصح هو التعليق)** أقول: يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراداً به التأجيل على طريقة الاستخدام.

يعترف به) لأنه منكر للزيادة **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله)** لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه **(ويصدق في حق نفسه)** لولايته عليها.

أنه أقرّ له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقرّ لك، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقرّ فلان به فهو عليّ فمات الكفيل ثم أقرّ فلان فالمال لازم في تركة الضامن، وكذا ضمان الدرك. وفيها: رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو عليّ صح، فإن قال الطالب بعته متاعاً بألف وقبضه مني وأقرّ به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحساناً بلا بينة، ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما، ولو قال إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضاً، ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال اذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز، فإن قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل، ولو قال إن تقاضيت فلاناً مالك عليه ولم يعطك فأنا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان، ولو قال إن عجز غريمك عن الأداء فهو عليّ فالعجز يظهر بالحبس إن حبسه ولم يؤد لزم الكفيل. وفي فتاوى النسفي: رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة. وفي مجموع النوازل: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون الذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص، فلو أخذ الوالي منهم شيئاً فلهم الرجوع، قال: هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية، وعلى قول عامة المشايخ لا يصح، ولو كفل بما له على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه، فإن هلكت برىء الكفيل والقول قول الكفيل أنها هلكت، فلو غصبها ربّ الوديعة أو غيره أو استهلكها برىء الكفيل والحوالة على هذا؛ ولو ضمن بألف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار قوله: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا)** وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن **(ولأنه)** أي عقد الكفالة **(التزام المطالبة وهو)** أي هذا الالتزام **(تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب)** لأن ضرره **(بثبوت الرجوع)** ولا رجوع عليه **(لأنه)** أي الرجوع **(عند أمره و)** عند أمره يكون **(قد رضي به، فإن كفل بأمره رجع بما أدى لأنه قضى دينه بأمره)** مقيد بأمرين: أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر، فلو كان صبياً أو محجوراً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبيّ مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه

كان على ذكر منك. وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل، وتقديره: وكما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: **(ويجب المال حالاً)** وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق، ويجوّز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما**(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة)** ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك إذا ثبت بالبينة فصح الضمان به **(وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة)** وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقرّ بشيء مجهول، وإنما كان

قال المصنف: **(لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه)** أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحساناً. والقياس لا يلزمه شيء لما بينا. وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأي طريق كان في مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهماً فلا يصدق ما لم يقم البينة اهـ. وفيه بحث.

قال: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره)** لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به **(فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه)** لأنه قضى دينه بأمره **(وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)** لأنه متبرّع بأدائه، وقوله رجع بما أدى

لصحة أمره بسبب الإذن. ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه، فلو قال اضمن الألف التي لفلان عليّ لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في إشارات الأسرار: إذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان خليطاً أو شريكاً. وقال أبو يوسف: يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه، وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضاً منه، ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الأمر لأنه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الأمر وعدمه سواء. أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع، والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه، وأورد مطالبة بالفرق بين الأمر في الكفالة وبين ما إذا قال أدّ عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به. وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضياً عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكاً للآمر، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل وهو الدين السابق له، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلا القرض. وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد، من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط. والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني، وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب؛ ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض. وقوله: **(وإن كفل بغير أمره لم يرجع)** هو قول الشافعي ورواية عن أحمد، وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في

مع يمينه لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصماً فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال، وإليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقرّ به لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها)** كالمريض إذا أقرّ في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقرّ له في حالة المرض. قال: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ)** الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز، لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره، ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير، وذلك تصرف في حق نفسه، وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره، وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرّر بل منتفع لا محالة، والمطلوب إن تضرر فإنما يتضرر بالرجوع عليه، وذلك لا

قال المصنف: **(لأنه قضى دينه بأمره)** أقول: المراد أمره المعهود قوله: **(لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك)** أقول فيه تأمل، فإنه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد ما عتق، ثم قوله لأن المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ قوله: **(لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح)** أقول: جواب لقوله ولا بما إذا قال لغيره الخ.

قوله: **(كما يجب المال للطالب على الكفيل)** أقول: فيه شيء، فإنه لا دين على الكفيل في الأصح.

معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل.

استيفاء المال من الأصيل. وقلنا: تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فإنما معناه التشبيه: أي هو كالمملك، وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكماً للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه، وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره **(لأنه متبرع)** ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع. وقوله: **(رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه)** فإنما **(يرجع بما ضمن)** حتى لو كان الدين زيوفاً: فأدى عنها جياداً فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جياداً فأدى عنها زيوفاً وتجوّز الطالب بها فيرجع بالجياد، بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى، فلو كان الدين جياداً فأدى زيوفاً يرجع بالزيوف، ولو كان زيوفاً فأدى جياداً رجع بالزيوف أيضاً لأن رجوعه بحكم الأمر، ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفاً تحت الأمر. أما الكفيل فإنما يرجع بحكم الكفالة، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإن ماله عينه، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدّق به عليه فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه. فإن قيل: ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار، وبهذه المسألة استدل من قال إن الكفالة ضم في الدين. أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحساناً، وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل. والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء، وإنما اخترنا هذه العبارة لأن بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب إذ صار ملكاً له شرعاً جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه. والأوجه إما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصيل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين، أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحاً للتصرف، وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله، بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة وبالإبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد. وقوله: **(وكما إذا ملك المحتال عليه الدين)** بالأداء إلى المحتال بأن أحال المديون رجلاً على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فإنه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى، حتى لو أدى عروضاً أو دراهم عن الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل، وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال.

يكون إلا عند الأمر، فما لم يأمر لم يتضرر، وإن أمر فقد رضي، والضرر المرضي غير ضائر فتبين أن الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب. ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره، ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه، ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صبياً محجوراً عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى لا يرجع على الصبيّ أصلاً ولا على العبد ما دام رقيقاً، لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك، ولا بما إذا قال لغيره أدّ عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدّى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على أني ضامن، لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم، وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع. وقال مالك: الكفيل إذا أدّى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره، لأن الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل. والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة؛ كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل

قال: **(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه)** لأنه لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية.

وقوله: **(كما ذكرنا في الحوالة)** أي حوالة كفاية المنتهى **(بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء)** فإنما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريباً **(وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف)** المكفول بها **(على خمسمائة)** حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف **(لأنه إسقاط)** أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وقوله: **(فصار كما لو أبرأ الكفيل)** يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة، فكذلك إذا صالح على خمسمائة عن الألف لا يرجع إلا بخمسمائة؛ أو المعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتباراً للبعض بالكل قوله: **(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، لأنه)** أي الكفيل **(لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث)** له أن **(يرجع)** على المكفول بالثمن **(قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية)** فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل **(فإن لوزم)** الكفيل **(بالمال فله أن يلازم المكفول عنه)** إذا كانت الكفالة توجب الرجوع **(حتى يخلصه، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه)** خلافاً

على الأصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه، وهذا لا يكون عند كفالته بغيرأمره قوله: **(رجع بما أدى)** اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول: منها الأداء إلى صاحب الدين، ومنها هبته إياه، ومنها إرثه له، ومنها صلحه إياه على جنس آخر. فأما الفصل الأول فعلى نوعين: أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن. والثاني أن يقول أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفاً بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك، وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى. قال المصنف: **(لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب)** والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته، وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل بما ضمن، وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فإن يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين. والثاني أن الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد: أعني ما أدى وما ضمن. والجواب عن الأول بوجهين: أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحساناً إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه، وهذا لأن ذلك إنما لا يصح لأنه تمليك ما لا يقدر على تسليمه. وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه إياه، وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز. والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة، وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهاهنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما، وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له في أن الإبراء لا يرتدّ بالرد والهبة ترتد به، فإن الإبراء إسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد، والهبة لما كانت تمليكاً اقتضت ملكاً مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة إلى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد، فكما لو وهب الدين من الأصيل صح الرد فكذا من الكفيل.

وعن الثاني بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك، بخلاف ما ضمن فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك

قوله: **(فلا بد من اعتبارهما)** أقول: فيه تأمل.

قال: **(فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه)** وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله **(وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل)** لأن براءة الأصيل توجب

للشافعي في الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. وقلنا: ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه وإلا فيعامله بمثل ما عامله به قوله: **(وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برىء الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل)** بالإجماع **(لأن الدين عليه)** أي على الأصيل **(في الصحيح)** خلافاً لمن ذكر أن الدين في ذمة الكفيل كذا قيل. وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل إن الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس إلا في ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصيل. ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول، ولو ردّه ارتد ودين الطالب على حاله. واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا؟ فبعضهم يعود وبعضهم لا، بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا قريباً، ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته؛ فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة، فإن قبلوا صح، وإن ردوا ارتد، وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء **(وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لأن عليه)** أي على الكفيل **(المطالبة)** دون الدين **(وبقاء الدين بدونه)** أي بدون المطالبة على تأويل الطلب **(جائز)** فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه **(وكذا إذا أخر عن الأصيل فهو)** تأخير عن كفيله، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل: الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الأصيل يرتدان كلاهما. والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم، وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما

الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب قوله: **(بما ذكرنا في الحوالة)** قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى قوله: **(بخلاف المأمور بقضاء الدين)** جواب دخل. تقريره: الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما، فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها، وعلى هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح، وأما إذا صالح الكفيل ربّ الدين فهو على نوعين: أحدها أن يصالحه على أقل من الدين كما إذا صالح عن الألف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما يذكره. والثاني أن يصالحه على جنس لآخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي. قال: **(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال)** الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لأن الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الأداء فانتفى الموجب، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما: أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية، ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة. قال: **(فإن لوزم بالمال الخ)** إذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره. وقال الشافعي رحمه الله: ليس له ذلك لأنه لا يتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء. وقلنا هو مورط فعليه الخلاص، فإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برىء الكفيل لأنه أبرأ الأصيل، وإبراء الأصيل يستلزم إبراء الكفيل لأن المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالإبراء فلم تبق المطالبة على

براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح **(وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه)** لأنه تبع، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز **(وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل)** لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلاً فيه، أما هاهنا فبخلافه.

ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كإسقاط الخيار، وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة، وليس بإسقاط؛ ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض، فإذا عرف هذا فما لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حالّ يطالبان به للحال، وهذا **(بخلاف ما لو كفل بالمال)** أي بالدين **(الحالّ مؤجلاً إلى شهر)** مثلاً **(فإنه يتأجل عن الأصيل)** إلى شهر **(لأنه)** أي المكفول له **(لا حق له حال الكفالة إلا في الدين)** فليس إذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواه **(فكان الأجل)** الذي يشترطه الكفيل **(داخلاً فيه)** فبالضرورة يتأجل عن الأصيل **(أما هاهنا)** وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل **(فبخلافه)** لأنها تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله: **(فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة)** إن شرط براءتهما جميعاً عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعاً، وإن شرط براءة الكفيل وحده بريء الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة، بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف، وإن لم يشرطا براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الألف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب **(برئا جميعاً)** عن خمسمائة **(لأنه)** أي الكفيل **(أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو)** أي الدين **(على الأصيل)** فيبرأ الأصيل **(من خمسمائة)** ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على

الأصيل وهو ظاهر، ولا على الكفيل لأن الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه إلا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها. وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضاً على ما تقدم. ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصيل لا توجب براءة الكفيل، فإن ذلك بالإجماع، ويعلل بأن الكفالة لا تكون إلا فيما هو مضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عن الأصيل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضاً لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا. فإن قيل: قولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة فإن براءة الأصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل. قلنا: لا نقض في ذلك، فإنا قلنا إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم نقل بأن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه **(وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصيل)** لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز؛ ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل **(وإن أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله، وإن أخر عن كفيله لا يكون تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت)** لإسقاط المطالبة إلى غاية **(فيعتبر بالإبراء المؤبد)** ورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل؛ ألا ترى أن الكفيل لو ردّ الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة، ولو ردّ الإبراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالاً. والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه وإلا لا يبقى الاعتبار. نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكروه أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد قوله: **(بخلاف ما إذا كفل)** يجوز أن يكون جواب دخل. تقريره لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون

قال: **(فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل)** لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة التي أوفاها ولا خلاف في هذا **(بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لأنه)** أي الصلح بجنس آخر **(مبادلة فيملكه)** أي الدين **(فيرجع بجميع الألف)** وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لأنه أوفى هذا القدر، ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لأن الخمسمائة لا تجعل عوضاً عن الألف لما فيه من الربا، ولا يمكن تمليكها من الكفيل لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحاً للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التمليك، وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا، بل هو إسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل فتسقط عنهما، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كان كفل بأمره **(ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل)** لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة، وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة قوله: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً)** بأمر المكفول عنه **(قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)** بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية، والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين. وهذا معنى الإقرار من ربّ الدين وبالقبض من الكفيل، كأنه قال دفعت إليّ فلا يرجع على واحد منهما، ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا. وهنا ثلاثة مسائل: إحداها هذه، والثانية

تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين، لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره، وإذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً **(أما هاهنا أي فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين)** قال **(فإن صالح الكفيل ربّ المال الخ)** مصالحة الكفيل ربّ المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه: هو أن يشترط براءتهما جميعاً، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترط شيء من ذلك. ففي الأول والثاني برئا جميعاً، وفي الثالث برىء الكفيل عن خمسمائة لا غير والألف بحاله على الأصيل والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل وإن شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره. وفي الرابع وهو مسألة الكتاب. فإن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الألف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعاً عن خمسمائة لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الأصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى لأنه أوفى هذا القدر بأمره، وإن قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخاً للكفالة لا إسقاطاً لأصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى

قوله: **(إن كان الصلح والكفالة بأمره)** أقول: لوجوب كون الصلح بأمره تأمل.

قال: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)** معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فيكون هذا إقراراً بالأداء فيرجع **(وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه)** لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن

قال أبرأتك من المال ليس إقراراً بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به، والثالثة برئت من المال ولم يقل إليّ فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إليّ. وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتاً للأدنى وهو براءة الكفيل إذ في الزائد عليه شك فلا يثبت. وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك بريء الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعاً كقوله برئت إليّ بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء. وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إليّ لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب. وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل، وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي عليّ، ومنهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من هذا المال الذي ادعاه، ومنهم من قال لا يكون إقراراً لأن الدعوى تكون بحق وبباطل. ولو قال الكفيل أنت في حلّ من المال فهو كقوله أبرأتك لأن

ومصالحته إياه، بخلاف الجنس تمليك لأصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الألف. واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز. وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلاً من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الأصيل لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، بخلاف ما إذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلاً عن الألف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الأصيل والبراءة مشروطة له، وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرءان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كفل بأمره كما ذكرنا. قال: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً الخ)** ذكر هاهنا ثلاث مسائل تتعلق بالإبراء: إحداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب، والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب، والثالثة بالعكس. فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالاً قد برئت إليّ من المال، وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب: أي الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إليّ المال أو قبضته منك وهو إقرار بالقبض فلا يكون لربّ الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل. والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون إقراراً بالإيفاء وهاتان بالاتفاق. والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه. قال محمد رحمه الله: هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء والثانية أدناهما فتثبت قوله: **(ولا يرجع الكفيل بالشك)** يجوز أن يكون دليلاً آخر، وتوجيهه أن يقال تيقناً بحصول البراءة بأي الأمرين كان وشككنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع الكفيل، وإن كانت بالإبراء لم يرجع فلا يرجع بالشك. وقال أبو يوسف: هو مثل أن يقول برئت إليّ لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب، فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً وهو فيما نحن فيه الإيفاء لأنه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع؛ فأما البراءة بالإبراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة. وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله في هذه المسألة، وكأنّ المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى.

قال المصنف: **(لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره)** أقول: الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة، والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي.

إقراراً بالإيفاء. ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك. وقال أبو يوسف رحمه الله: هو مثل الأول لأنه أقرّ ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء. وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل.

لفظة الحل تستعمل في البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض. قالوا في شروح الجامع الصغير: هذا إذا كان الطالب غائباً، فأما إذا كان حاضراً يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل في البيان، والمراد من المجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت إليّ معنى لأني أبرأتك لا حقيقة المجمل: يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً لإزالة الاحتمالات، خصوصاً إن كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً، منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء قوله: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** أي بالشرط المتعارف مثل إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال على أني إن وافيت به غدا فأنا بريء من المال فوافاه به بريء من المال لأن هذا شرط ملائم، على أنه لا ورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد إحداهما **(ويروى أنه يجوز)** وهو أوجه لأن المنع لمعنى التمليك وذاك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب، أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة **(فكان)** إبراؤه **(إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتدّ بالرد من الكفيل بخلاف الأصيل)** لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تمليك المال. وقوله: **(كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به)** كنفس **(الحدود و)** نفس **(القصاص)** إذ لا يقتل الكفيل بدلاً عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم قوله: **(وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافاً للشافعي)** اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو غير مضمونة، فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر، والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين فالثلاثة الأول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناء على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء. وقالوا: رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها، بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها، وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل، فإن هلك فعليه بدله لأن هذا القدر لا يجب على الأصيل، بل لو هلك المبيع إنما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره، والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل، وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا، ومتى هلك فلا شيء على الكفيل، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء،

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل، وأما إذا كان غائباً فالاستدلال على الوجوه المذكورة. واعترض بوجهين: أحدهما هو أن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان المجمل، وقد ظهر مما ذكر أن العمل به ممكن. والثاني أن حكم المجمل التوقف قبل البيان، وهاهنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالإثبات والنفي فكيف يكون مجملاً مع انتفاء لازمه. وأجيب بأن قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق إيفاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إليّ لأني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال. وما ذكروه في تعليل الأوجه الثلاثة استدلالي لا صريح في الإيفاء وغير الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحاً في دلالته على المراد، وكونه غير صريح في الإيفاء والإبراء هو الذي سوّغ استعمال لفظ المجمل، والرجوع إلى بيان الطالب صريحاً وقت

قال: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات. ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتدّ الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل.

وما ذكر شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل، فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط، ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة. والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاثة الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الأمانات، إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب، فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردّها إليه فنقول: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد إحضاره إليها، ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا، ومن حمل المردود إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها، ويجب على الكفيل ما يجب على الأصيل وهو دفع العين، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل. وفي المبسوط: ادعى عبداً في يد رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب، وإن شاء على الكفيل لأن بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوباً والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين، كما أن الواجب على الأصيل كذلك، والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل: أعني الغاصب، فإن أقرّ الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل. وفي المبسوط: كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لأن عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك بالكفالة، ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلاً ضمن الكفيل مائة لأنه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الأصيل، ولو استعار الراهن المرهون من

حضوره ليكون العمل به عملاً بدليل لا شبهة فيه، وهذا تطويل لا طائل تحته إن كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي، وإن كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه إبهام فالخطب إذاً يهون هوناً. قال: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ)** تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة لا يجوز لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض. وردّ بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوّز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به، والمسألة في الإيضاح، ويروى أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالردّ بخلاف إبراء الأصيل والإسقاط المحض يصح تعليقه. وقيل في وجه اختلاف الروايتين إن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غد ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس، كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل، فأما إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسألة المنقولة من الإيضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل؛ ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عجل خمسمائة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحاً، وإن علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله. قال: **(وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ)** ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به. ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو حزّ الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعاً، وعبر عنه بعدم

قوله: **(فإن كان الأول)** أقول: ويجوز أن يعكس فيتبين ببطلان الأول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس، بل هذا أظهر.

قال: **(وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص)** معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة.

قال: **(وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز)** لأنه دين كسائر الديون **(وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح)** لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره

المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضاً، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب، ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين، وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل؛ ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لأن الأجارة تنفسخ به وخرج الأصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين، وإنما وجب رد الأجرة والكفيل ما كفل الأجر قوله: **(ومن استأجر دابة للحمل، فإن كانت بعينها)** أي آجره أن يحمله على هذه الدابة **(لا تصح الكفالة لأنه عاجز عن الفعل)** الواجب على الأصيل وهو حمله على هذه الدابة لأنه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها **(وإن كانت بغير عينها جازت لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه)** أو على دابة يستأجرها **(والحمل هو المستحق)** وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به **(ووازنه من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا)** من أنه عاجز عنه إذ لا يملك العبد، أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف، ولو هلك لا شيء على الكفيل. وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة إذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل، فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الأصيل فلا تصح، بخلاف ما إذا كانت غير معينة لأن الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى. واعترض الأصحاب بأن الواجب إن كان ليس إلا تسليم الدابة المعينة بسبب أن تحميله الذي هو فعله غير معقود عليه، وإنما المعقود عليه حمل الدابة

الإمكان مبالغة في نفي الصحة، فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر. إذ الوجوب عليه، إما أن يكون أصالة والفرض خلافه، أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات. قالوا: لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعودون إلى الجناية وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة. والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع. قال: **(وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ)** الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون، وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. واعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة، وإلى ما هو مضمون. ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً

قوله: **(فقد لا يحصل المقصود)** أقول: تأمل فإن عدم الحصول نادر لا يضرنا قوله: **(وما لم تجب قيمته عند الهلاك)** أقول: الموصول عبارة من الأعيان المضمونة.

كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة. ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً.

قال: **(ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل)** لأنه عاجز عنه **(وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة)** لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق **(وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل)** لما بينا.

فكذلك إجارة حمله على دابة إلى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أيّ دابة كانت إذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق، فينبغي أن لا تجوز الكفالة فيه أيضاً لأن الحمل أيضاً غير واجب على الأصيل بعين ما في التي قبلها. والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة، ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل ينبغي أن لا تصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها، ففي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها إذ ليست له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها قوله: **(ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ)** أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف **(الإجازة)** بل إنه نافذ إن كان المكفول له غائباً وهو الأظهر عنه. والحاصل أن عنه روايتين **(والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً)** وجه رواية النفاذ **(أنه التزام فيستبد به الملتزم)** ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئاً لأنه مختار في المطالبة لا

بالغير، وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري إن هلك المبيع فعليّ بدله لأنه غير مضمون بغيره وهو الثمن، ولا بالمرهون لأنه مضمون بالدين، ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لأنها أمانة، وتجوز في المبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب. ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر، ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان، وأن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناء على أصلنا إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضموناً على الأصيل لا محالة، والأمانات ليست كذلك، والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن، والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد، ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفياً لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثاني: أعني الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة، فما كان مضموناً بغيره كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، والمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز. وذكر في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين، ولعل محمله اختلاف الروايتين، فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل

قوله: **(فإن الواجب فيها عدم المنع الخ)** أقول: هو أيضاً يعد تسليماً فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا قوله: **(قيل وهذا ليس بصواب)** أقول: القائل هو الكاكي.

قوله: **(وما ذكرنا في الإيضاح)** أقول: قوله وما ذكرنا مبتدأ خبره يجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ قوله: **(لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ)** أقول: لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور إما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتأمل.

قال: **(ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله قولاً آخراً: يجوز إذا بلغه أجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه. ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس **(إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز)** لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسمّ المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح

ملزوم، فإن رأى مطالبته طالبه وإلا لا. وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف حتى إذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقداً تاماً بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف إلا أن خاطبه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام **(ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود)** من الموجب وحده **(شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس)** وهذا يقتضي أنه لو تم عقداً بقبول فضولي آخر توقف، وقد صرح بذلك عندهما. قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ قوله في وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح، بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضراً فتنفذ، أو يقبل عنه فضولي آخر إن كان غائباً فتتوقف إلى إجازته أو ردّ، وقوله: **(إلا في مسألة واحدة)** استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس، فإن هذه المسألة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه **(وهي أن يقول المريض)** المديون **(لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكفل)** عنه **(به مع غيبة الغرماء)** فإنه يصح استحساناً فللغرماء مطالبته. وذكر للاستحسان وجهين: أحدهما أن قوله تكفل عني وصية: أي فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك، وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة، وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها، فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا. ثانيهما ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق

لأن العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لأن عين الرهن إن كان بمقدار الدين أو زائداً عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها. وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم، ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه، كما لا تجوز بعينها. وإن كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الأجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فإن هلكت فليس على الكفيل شيء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه ردّ الأجر والكفيل ما كفل به، وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة إشارة إلى عدم جوازه، وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فإنه قال: الكفالة بتسليم العارية باطلة، قيل وهذا ليس بصواب، فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وفيه نظر لأن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها قوله: **(لأنه التزم فعلاً واجباً)** دليل لما ذكره، وفيه إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله: **(ومن استأجر دابة للحمل)** علم أن من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفاً، وإن استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل

قوله: **(لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد)** أقول: أي من محمد فلا يرد شيء تأمل قوله: **(فالموجود في بعضها الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(في بعض مواضع نسخ المبسوط)** أقول: فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر هين قوله: **(ومنع كونه التزاماً فقط)** أقول: مستنداً بأنه عقد التبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول قوله: **(وبأن الإقرار الخ)** أقول: في العطف تأمل.

إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ، ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه.

الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار، فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته، وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه. فإن قيل: غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكفل، ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه، كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت. أجاب المصنف بقوله (إنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتيج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة، فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالأمر بالنكاح) فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي

على دابة نفسه، وإن استأجرها معينة لأن الدابة المعينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله، واستدل به على عدم جوازها في الأعيان مطلقاً، وما ذكر في الإيضاح جواباً للشافعي رحمه الله، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه، لأن ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع، لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضاً (وكذا) (إذا استأجر عبداً بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به. قال: (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وقال آخراً: تجوز إذا أجاز حين بلغه، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، قيل: أي نسخ كفالة المبسوط. وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وإنما هي نسخة واحدة، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر، وذكر في الإيضاح. وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط، وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الإجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر، وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاماً فقط، وبأن الإقرار إخبار عن واجب سابق والإخبار

قوله: (وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول: الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني، ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره. وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى قوله: (فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب دينه لا في الحياة ولا بعد موته الخ) أقول: بخلاف الوارث إذا كان فإنه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما يملكه إليه وتعلق حق الطالب بتركته. الحاصل أن الوارث إذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس إليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به، وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة، بخلاف الأجنبي لأنه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلاً، فما لم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا. ولقائل أن يقول: إذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته، فإذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الأجنب وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل.

قال: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا تصح)** لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب، ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة، ولو تبرع به إنسان يصح، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة

والصحيح سواء، ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب، منهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه، وما في المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وإن لم يبين الدين ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه، والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الأرجح وهو أنها كفالة، ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة،

يتم بالمخبر والنذر من العبادات، ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به. وله في وجه رواية التوقف على الإجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو أن يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد، ومنع عدم الضرر بجواز رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل عن حق الطالب، كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة إذا صحت برىء الأصيل وفي ذلك ضرر على الطالب. ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمليك لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول، والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس، وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطريه. قال: **(إلا في مسألة واحدة الخ)** استثناء من قوله لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فكأنه قال: لا يصح ذلك عندهما إلا في مسألة واحدة استحساناً. والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض. وللاستحسان وجهان: أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسمّ المكفول لهم، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ: إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحاً لمعنى الوصية، وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً. قيل في كلام المصنف تسامح لأنه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه، لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض. وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال: لأن ذلك وصية في الحقيقة، ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر، وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي. فإن قيل: قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط هاهنا. أجاب المصنف بقوله: **(وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق)** أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت، وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة. قال: **(ولو قال المريض ذلك لأجنبيّ اختلف المشايخ الخ)** إذا قال المريض لأجنبيّ تكفل عني بما عليّ من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ؛ فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبيّ أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض. ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها. قال: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون الخ)** إذا مات المديون مفلساً ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه إنسان وارثاً كان أو أجنبياً

ولهذا يوصف بالوجوب. لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلقه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة، والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق.

وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضرّ في الكفالة، وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولاً حكماً لهذا الاعتبار قوله: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً)** بل مات مفلساً **(فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد)** والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم **(تصح لأنه كفل بدين ثابت)** لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»(١) ولما روي: «أنه ﷺ أتي بجنازة أنصاري فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقام أبو قتادة وقال: هما عليّ فصلى ﷺ عليه»(٢) فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة، ولأنه كفل بدين ثابت **(لأنه)** أي الدين **(وجب)** في حياته **(لحق الطالب)** وهو باق **(ولم يوجد المسقط)** وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك، ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة **(و)** أنه **(لو تبرّع به إنسان جاز)** أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه، وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط)** في حكم الدنيا لا مطلقاً، والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذه فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين **(كذلك، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)** والموصوف بالأحكام الأفعال **(وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه)** هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة **(والتبرع لا يعتمد قيام الدين)** ولو كان بقيد الإضافة: أي التبرع بالدين وهو الحق فإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له، والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له، ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته، بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط **(ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق)** فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت المليء.

لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هي صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة. ولهما أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل، وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة. وإنما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديناً صحيحاً هو المفروض، وثبوته إما أن يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة. لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة، وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضاً لأنه وجب لحق الطالب بلا خلاف، وما وجب لا ينتفي إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله، فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل، ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان صح، ولو برىء المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع، وإذا كان به كفيل أو له مال فإن الدين باق بالاتفاق، فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت، ومما يدل على ذلك أن المشتري لو مات مفلساً قبل أداء الثمن لم يبطل العقد؛ ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلساً لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن، ولما لم يبطل هاهنا علم أن الدين باق عليه في أحكام الدنيا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة، ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء والدليل على ذلك وصفة بالوجوب، يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فإن قلت: لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به، وإن قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله: **(لكنه)** أي

---

(١) تقدم في أول الباب وإسناده جيد.
(٢) تقدم أيضاً في أول الباب مستوفياً رواه الجماعة.

قال: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها)** لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة

وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح أنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من إنشائها والإخبار بها على حد سواء، ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع، ويحتمل الوعد بها وإن كان مرجوحاً، وامتناعه ﷺ من الصلاة عليه[1] ليظهر طريق إيفائهما لا بقيد طريق الكفالة، فلما ظهر بوعدها أو بالإقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه. ونوقض إثبات سقوط الدين بمسائل: أحدها لو مات المشتري مفلساً قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع، ولو سقط الثمن بطل، ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا يبطل الدين. ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلساً ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة. ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلساً وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين، ولأن تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة، كالعبد المحجور إذا أقرّ بدين فكفل عنه به كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت. أجيب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا، وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة. وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد. وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن. وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحيّ وإن كان لا يطالب به

قوله: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه)** أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل **(الألف)** التي كفل بها **(قبل أن يعطيه)** أي قبل أن يعطي الكفيل الألف **(صاحب المال)** وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه **(فليس له)** أي ليس للرجل المكفول عنه **(أن يرجع فيها)** وهو وجه للشافعي. وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول. مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الأصيل، ونحن نبين أنه يملكه وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل

الدين **(في الحكم مال)** لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال، فوصف المال بالوجوب لأن الأداء الموصوف به يؤول إليه في المآل فكان وصفاً مجازياً. فإن قلت: العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقرّ بدين فإنها تصح، وإن تعذر المطالبة في حالة الرق. قلنا: غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلاً للوجوب عليها، وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط، وسيذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي قوله: **(والتبرع لا يعتمد قيام الدين)** جواب عما قالا

قوله: **(والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه الخ)** أقول: فيه شيء قوله: **(فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ)** أقول: من أنه صفة إضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم، هذا ما ذكره في التقرير قبيل صفة الحسن للمأمور به ففي كلامه مساهلة قوله: **(ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ)** أقول: أنت خبير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك، فإن قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتأمل قوله: **(وسيذكر السند بقوله الخ)** أقول: ذلك القول دليل السند كما لا يخفى.

---

(١) مراده حديث من تحمل أبو قتادة الوفاء عنه تقدم في أول الباب.

في يده **(وإن ربح الكفيل فيه فهو لا يتصدق به)** لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا أنه أخرت

على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه، وهذا الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف **(لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال)** إلحاقاً بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعاً ما بقي هذا الاحتمال **(و)** الوجه الثاني **(أنه)** أي القابض **(ملكه بالقبض على ما نذكر)** يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

ولو تبرع به إنسان صح يعني أن التبرع لا يعتمد قيام الدين، فإن من قال لفلان عليّ ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً، ولأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقياً في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير، وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلساً لبقائه في حق البائع، فإن السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره، بخلاف الفلوس إذا كسدت فإن الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله: **(وإذا كان به كفيل)** جواب عن قولهما وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو له مال. وبيانه أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل أو له مال، فإن انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق قوله: **(أو الإفضاء)** على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين فالإفضاء **(إلى الأداء)** بوجودهما **(باق)** بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لفّ ونشر، وتقديره فخلفه وهو الوكيل أو الإفضاء إلى ما يفضي إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة، إما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الأداء، وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله:

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأي مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لأن رجاء الأداء منهما باق، فإن الخلف ما به يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين، وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالأولى. فإن قيل: إن استدل الخصم بإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه لا يفصل بين الحيّ والميت، وبما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام: فهل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليه وقال: صلوا على صاحبكم، فقام عليّ أو أبو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما عليّ يا رسول الله، فصلى رسول الله ﷺ» ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك؟ فالجواب أن قوله: «الزعيم غارم» يدل على أن الكفيل يغرم ما كفل به، والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا، وأما حديث الأنصاري فإنه يحتمل أن يكون ذلك من عليّ أو أبي قتادة إقراراً بكفالة سابقة، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال. ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام» كان يقول لعليّ ما فعل الديناران؟ حتى قال يوماً قضيتهما فقال: «الآن بردت عليه جلدته» ولم يجبره على الأداء، ولو كان كفالة لأجبره على ذلك. والحق أن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم أليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم. قال: **(ومن كفل عن رجل بألف الخ)** رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال، فلا يخلو إما أن يكون قضاه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك

قوله: **(فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» الخ)** أقول: لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل قوله: **(ولو كان كفالة لأجبره على ذلك)** أقول: في الملازمة كلام، فإن الإجبار موقوف على طلب الدائن حقه قوله: **(والحق، إلى قوله: لعدم ما يضم إليه)** أقول: لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لا أنها تخرب قال المصنف: **(فليس له أن يرجع فيها)** أقول: الضمير المؤنث في فيها راجع إلى الألف على تأويل الدراهم قوله: **(لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز)** أقول: قال الإتقاني: وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقاً للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء.

المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح، فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع **(ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم)** لما بينا أنه ملكه **(قال: وأحب إليّ أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: **(لأنه ملكه حين قبضه. أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا لو قضى المطلوب بنفسه)** الدين ولم يقض الكفيل **(وثبت)** للمطلوب **(الاسترداد)** بما دفع للكفيل، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه **(لأنه)** أي الكفيل **(وجب له)** بمجرد الكفالة **(على الأصيل مثل ما وجب للطالب)** على الكفيل وهو المطالبة **(إلا)** أي لكن **(أخرت مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل)** ما للكفيل على الأصيل **(بمنزلة الدين المؤجل)** ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا **(ولهذا)** أي والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخراً أنه **(لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل أدائه)** أي قبل أداء الكفيل **(يصح)** حتى لا يرجع على الأصيل بعد ذلك إذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الأصيل رهناً به قبل أدائه **(فكذا إذا قبضه يملكه)** يعني إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه، وإذا ملكه كان الربح له **(إلا)** أي لكن استثناء منقطع **(فيه نوع خبث)** على قول أبي حنيفة

حقه فخذها قبل أن تؤدي فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب، فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها: أي في الألف المدفوع، وأنثه باعتبار الدراهم، لأنه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال بأداءا لأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقياً لئلا يكون سعياً في نقض ما أوجبه، وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي لأنه ليس له أن يستردها لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول، فما دام الاحتمال باقياً ليس له الرجوع، ولأن الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره، وإن كان الثاني فليس له أن يسترده أيضاً لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض في يده أمانة، فإن تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدّق به لأنه ملكه حين قبضه، والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة. وإنما قلنا إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل، فإن كان الأول فظاهر لأنه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلاً، وإن كان الثاني فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل. قال في النهاية: وذلك لأن الكفالة توجب دينين: ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل. وقال: كذا ذكره الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي، وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً، والمسائل المستشهد بها، ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فإنه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الأصيل من المطالبة، إلا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء، فنزل ما وجب للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل، ولهذا: أي لكونه نازلاً منزلته لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح، وكذا إذا أخذ رهناً أو وهبه منه، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه، ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله: أي الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة، وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله

قوله: **(والربح الحاصل من ملكه طيب له)** أقول: إذا لم يكن مانع كما في مسألة الكر قوله: **(قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ)** أقول: كما في شرح الإتقاني.

ومحمد رحمهما الله: هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه، وعنه أنه يتصدّق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية، ويردّه عليه في رواية لأن الخبث لحقه، وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له.

(نبينه) عما قريب (فلا يعمل مع الملك فيمن لا يتعين) وهو الألف التي قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه قوله: (ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة) فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالربح له) أي الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أي ملك الكرّ، وإنما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض قال: (وأحبّ إليّ أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه، وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة، فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالا: هو له لا يرده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل الخ (فيسلم له. ولأبي حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك، إما) لقصور ملكه بسبب أن الأصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضي) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لأنه) إنما (رضي به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به) والوجه أن يعطف بالواو فإنهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت، وهو قصورالملك بسبب ثبوت

من المطالبة من أن المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فإن له المطالبة ولا يملك ما قبض. ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لأنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات: دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل، ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، ودين ومطالبة للكفيل على الأصيل، إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم. فإن قيل: فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل؟ قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلاً ملكه، فكذا هنا، هذا ما سنح لي، والله أعلم بالصواب إلا أن فيه: أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين؛ وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلاً في قولهم جميعاً. وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ربح من أصل خبيث، وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح فإنه على الاختلاف. قال: (ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين، أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككرّ من حنطة قبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا أنه ملكه. قال أبو حنيفة: وأحبّ إليّ أن يرده على الذي قضاه: يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم، وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي رواية كتاب البيوع عنه: الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الأصيل، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله. وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به. وجه رواية كتاب البيوع وفي دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه، ومن ربح في ملكه يسلم له الربح. ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لأحد الوجهين: إما لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضي الكرّ بنفسه، وإن كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقرّ وأن لا يقرّ، ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. وإما لأنه رضي به أن يكون المدفوع ملكاً

قال: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه)** ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة؛ سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل. ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة عليه لأنه العاقد.

تلك الخبثية وعدم رضا الأصيل بملك الكفيل بما دفعه إليه إلا على ذلك التقدير وهو منتف **(وهذا الخبث يعمل فيما يتعين)** وهو الكرّ لا فيما لا يتعين كالألف مثلاً **(فيكون سبيله التصدق في رواية، ويرده عليه في رواية)** أخرى **(وهي الأصح لأن الخبث لحق الأصيل)** لا لحق الشرع فيرده إليه ليصل إلى حقه **(لأن الحق له)** وهذا يفيد أنه يطيب له فقيراً كان أو غنياً، وفيه روايتان، والأوجه طيبه له وإن كان غنياً لما ذكرنا من أن الحق له **(إلا أنه استحباب لا جبر)** لأن الملك للكفيل. واعلم أنه تكرر في هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أوّلاً أحبّ إليّ أن يرده ولا يجب في الحكم: أي في القضاء. وثانياً لكنه استحباب لا جبر: يعني لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجباً فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحبّ في القضاء غير مجبور عليه، والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان. قال: ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكاً فاسداً من وجه. فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد، وإنما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه، فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجه صحيحاً من وجه، ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكيلاً أو موزوناً ملكاً فاسداً وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه، كالغاصب إذا أجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدّق به أو يرده على المغصوب منه، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه، ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو

للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الأصيل بنفسه لم يكن راضياً به فتمكن فيه الخبث، وهذا الخبث: أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أوّل الكلام، وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع، فهذا الخبث يعمل في الكرّ لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به. ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه: أي لحق الذي قضاه، فإذا رد إليه وصل الحق إلى مستحقه، وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر؛ فإذا ردّ عليه فإن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه روايتان. قال الإمام فخر الإسلام: والأشبه أن يطيب له لأنه إنما ردّ عليه باعتبار أنه حقه، هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل، وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب. قال: **(ومن كفل عن رجل بألف الخ)** إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنساناً بطريق العينة، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى

قوله: **(وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ)** أقول: يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له.

قال: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)** لأن المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله:

التصدق به، غير أنه ترجح الردّ، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلاً بحديث «الخراج بالضمان»[1] قوله: **(ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره)** أي فأمر الكفيل **(الأصيل أن يتعين عليه حريراً)** أي أن يشتري له حريراً بطريق العينة وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما وسطا الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عيناً تساوي عشرة مثلاً في السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا، إذ ليس المراد من قوله تعين عليّ حرير اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها **(ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ)** كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعليّ، وضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد، حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعليّ أو قال لمشتري العبد إن أبق عبدك هذا فعليّ لا يصح **(وقيل هو توكيل فاسد)** ومعنى عليّ منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة، كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها، ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو

عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل، وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم، وكأنّ الكره حصل من المجموع، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً إلى قوله عليّ فإنه كلمة ضمان لكنه فاسد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه، كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فإنه غير صحيح، وأما وكالة فاسدة نظراً إلى قوله تعين: يعني اشتر لي حريراً بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني، وفسادها باعتبار أن الحرير غير متعين: أي غير معلوم المقدار والثمن كذلك. فإن قيل: الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولاً؟ أجاب بقوله الجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل في الثمن، وإذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد. ومن الناس من صوّر للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب فاثني عشر من المستقرض ثم إن

قوله: **(وعند أبي يوسف يطيب)** أقول: مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فلطلب التفصيل ثمة إلا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان.

---

(١) إسناده جيد تقدم مستوفياً.

أطال الله بقاءك، فالدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح. **(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي على الكفيل خاصة)** وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق، بخلاف ما تقدم. وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع

قدر ما يقع به الإيفاء كان الحاصل اشتر لي حريراً يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم **(وكيفما كان)** توكيلاً فاسداً إلا ضماناً باطلاً **(يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة)** التي يخسرها **(عليه لأنه العاقد)** ومن صور العينة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه إلا عشرة وثبت له خمسة عشر. ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول. قالوا: وهذا البيع مكروه لقوله ﷺ: «إذا تبايعتم بالعين وتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[١] والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن. وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره. وقال محمد رحمه الله: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[٢] أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية: «سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم»[٣] وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. ثم ذموا البياعات الكائنات الآن

المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه إلى المستقرض فتندفع حاجته، وإنما توسطا بثالث احترازاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. ومنهم من صوّر بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ بذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم» وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. قال: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ)** رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لأن قبولها يعتمد صحة الدعوى، ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضيّ به على الأصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فإن معنى ذاب تقرر والتقرر إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما، وإما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك فهو وإن كان ضعيفاً لأن إرادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لإطلاقها وتقيد المكفول به، حتى قيل إذا ادعى على الكفيل أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ، والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسألة إلى أن المكفول به مال قضى أو يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي ألفاً يصح أن يكون قبل

قوله: **(وهو مذموم الخ)** أقول: لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضاً.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٤٦٢ وابن عدي ٥/ ٣٦١ وأبو نعيم في الحلية ٥/ ٢٠٩ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً: إذا تبايعتم بالعِيْنَةِ وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم.
وفيه عطاء الخراساني غير قوي. وعنه إسحاق بن أسيد جائز الحديث كما في الميزان. وله طريق آخر أخرجه أحمد ٢/ ٢٨ ورجاله ثقات.
والعينة: أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من الأول اهـ قاله الرافعي.

(٢) هو المتقدم.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد.

ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره. وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام

أشد من بيع العينة، حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ للتجار: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم، وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقرّ الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته، ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرجه الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتريه المديون ويبيعه في السوق بعشرة حالة، ولا بأس في هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة قوله: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام)** رجل **(بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل)** القاضي هذه البينة ولا يقضي بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم، إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضيّ بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك، وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً **(والدعوى مطلق عن ذلك)** والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي إذ لا ينتصب خصماً **(وهذا في لفظة القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى)** وهي لفظة ذاب **(لأن معنى ذاب تقرر)** ووجب **(وهو بالقضاء)** بعد الكفالة، حتى لو ادعى أني قدمت الغائب إلى قاضي كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلاً، وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره، إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة. وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسألة تعليق الكفالة بالشرط، ولو ضمن ثمن ما باعه أو داينه أو أقرضه فغاب المطلوب فيرهن الطالب على الكفيل أنه كفل به وقد داينه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف، لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصماً عنه فيقع القضاء عليهما قوله: **(ومن أقام البينة)** صورتها في الجامع. وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله: إذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر

عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك، وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلاً كما ترى، والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه، أو مال يقضى به ومع غيبة الأصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة، ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعاً، وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهاهنا يحتاج إلى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين: أحدهما أن البينة قبلت هاهنا دون ما تقدم، لأن المكفول به هاهنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضياً به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة، بخلاف ما تقدم كما مر.

قوله: (لعدم مطابقتها الخ) أقول: فيه شيء.

الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. وقال زفر رحمه الله: لا

المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فإني أقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب، فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى. يعني لا يقع القضاء على الأصيل، وإنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصاً لا أن في المسألة اختلافاً **(وإنما قبلت)** هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها **(لأن المكفول به)** هنا **(مال مطلق)** ودعوى المدعي مطلقة أيضاً فصحت فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى **(بخلاف ما قبلها)** لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيداً بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى للمدعي ولا البينة **(وإنما اختلف)** القضاء **(بالأمر وعدمه)** حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال لأنه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر فلا يرجع **(لأنهما)** أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر **(يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما)** وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء **(لا يقضي له بالآخر)** وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضياً عليه **(وإذا قضى بها)** أي بالبينة **(بالأمر ثبت أمره)** أي أمر المكفول عنه **(وأمره يتضمن إقرار الأصيل بالمال)** إذ لا يأمل غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف بأن عليه للمقضى له ديناً **(فيصير مقضياً عليه بخلاف الكفالة بغيرأمره)** فإنها **(لا تمس جانبه)** أي جانب الأصيل **(لأن صحة الكفالة)** بلا أمر المكفول **(إنما**

ومن الفرق بينهما أن هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه: أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال، وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت إليه. والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع أن القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره. ووجه ذلك ما ذكره بقوله لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرّع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء، وكل ما كانا كذلك فهما غيران لا محالة، وإذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي؛ ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً وهو الملك، فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضى بالكفالة بالأمر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه، وإذا ادعاها بغير أمره فإنها لا تمس جانب الغائب، إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل لأنه: أي الشأن أن همة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل، حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل

قوله: **(فهو وإن كان ضعيفاً الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن حكمه بالضعف لا يوافق المسألة الآتية بعد سطرين، لعل تصديرها بصيغة التمريض إشارة إلى ذلك قوله: **(فلا يدخل تحت الكفالة بالشك)** أقول: لو صح هذا لم يتم الجواب في المسألة التي مرت آنفاً لمكان الشك قوله: **(وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك)** أقول: وليس فيه ما يأبى عنه قوله: **(أو مال يقضي به)** أقول: ولم يدعه أيضاً كما لا يخفى قوله: **(ومع غيبة الأصيل لا يصح)** أقول: وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضاً كما لا يخفى قوله: **(لكونه: قضاء على الغائب الخ)** أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا فيه: إن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة. قال في الفصول العمادية: إذا ادعى رجل أنه كفيل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعي عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضي به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يتلفت إلى إنكاره انتهى. ونحن نقول: يمكن أن يجاب عنه بأن يقال: إن الكفيل ويكون هناك خصماً، بخلاف ما نحن فيه. ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال: لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضياً به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلاً فلا يكون خصماً، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا وأحمد، ويصح عند الشافعي ومالك، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا يرى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بمال الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ.

يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه.

قال: **(ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم)** لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل الإقرار بملك البائع.

تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل) إذ زعمه لا يلزم غيره **(ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر)** حيث ثبت الأمر **(وقال زفر رحمه الله: لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره)** وهو الأصيل **(ونحن نقول)** قد **(صار)** الكفيل في إنكاره الدين على الأصيل **(مكذباً شرعاً)** بقيام البينة بخلافه **(فيبطل زعمه)** فيثبت حكم الكفالة بالأمر، وهذا كمن اشترى عبداً واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معترفاً بأن البائع ظلم. واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبداً فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد إنكاره العيب؛ فعند محمد لا يرده على بائعه خلافاً لأبي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة. أجيب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطاً للرد على الثاني. وفي الجامع الكبير جعل المسألة على أربعة أوجه فقال: إما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان، أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم، وكل وجه على وجهين: إما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً. والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً

وجب المال عليه، وإن لم يجب على الأصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل إلى الأصيل. والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر، وأقام على ذلك بينة أن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فإنه يقضي بها على الكفيل والأصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره. ووجهه أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر إلا بإثبات ما يدعي على الغائب، والكفالة إذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل لأنه معلوم ومعروف بذاته، وإذا كانت بمجهول لا تصح ما لم يكن على الأصيل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف، والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعي، وسيأتي تمام ذلك قوله: **(وفي الكفالة بأمر)** يجوز أن يكون فرقاً آخر بين ما إذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما إذا أقام عليها بغيره، فإن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو ثبتت الكفالة بالأمر عياناً رجع الكفيل بما أدى على الأصيل فكذا إذا ثبتت بالبينة. وقال زفر: لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره. وقلنا: لما قضى القاضي عليه صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه؛ كمن اشترى شيئاً وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لأن الشرع كذبه في زعمه. ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبداً فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه. وأجيب بأنه إنما لم يكن له أن يرده على بائعه لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا. قال: **(ومن باع داراً وكفل عنه رجل بالدرك الخ)** ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر، والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم: أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة في البيع أو لا، فإن كان الأول وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد، فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته

قال: **(ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه)** لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما

لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقرّ الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل، وكذا الحوالة على هذه الوجوه، وكذا كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه إلا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب؛ كمن قذف رجلاً فادعى المقذوف الحدّ فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبداً لفلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لأنه ادعى حقاً وهو الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه، وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك إن أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب، وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق قوله: **(ومن باع داراً فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم)** وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع، وقوله تسليم: أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع، فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه، إذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد. وأيضاً **(فالكفالة إن كانت مشروطة في البيع)** بأن باع بشرط أن يكفل له **(فتمام البيع بقبوله)** أي بقبول الكفيل **(ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به)** ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعاً **(وإن لم يكن)** أي عقد الكفالة **(مشروطاً فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه إلا بالكفالة)** تسكيناً لقلبه **(فينزل)** عقد الكفالة **(منزلة الإقرار بملك البائع)** وإلا كان تغريراً فلا يصح دعواه إياه أصلاً بعد ذلك هذا إذا

وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فإنها صحيحة وإن كان طلبها سعياً في نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض، وإن كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذا الدار ولا تبال فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن، وذلك إقرار بملك البائع، ومن أقرّ بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك، وإنما قال فنزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى. قال: **(ولو شهد وختم الخ)** لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليماً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا، فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، فإن ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره، فالشهادة على أنه باع لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك لما تقدم. قال مشايخنا: ما ذكر أن الشهادة على البيع لا تكون تسليماً محمول على ما إذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه، مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك، وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدي، وأما إذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه، وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ.

قوله: **(وبطلان السعي في نقض ما تم الخ)** أقول: فيه تأمل.

تقدم، قالوا: إذا كتب في الصكّ باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

كفل، فأما إذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته إن كان رسم مكتوباً على الصك وفيّ الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه بيعاً باتاً نافذاً ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها، وإن لم يفد ذلك مثل أن يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقرّ بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها، فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة، وقوله: (وختم) هو أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع نقش خاتمه كي لا يطرقه التبديل، وليس هذا في زماننا.

فصل في الضمان

قال: (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع ربّ المال فالضمان باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم

فصل في الضمان

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك قوله: (ومن باع لرجل ثوباً) اللام في لرجل لام الملك: أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لربّ المال فالضمان باطل لأن الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة إليهما) أي إلى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامناً لنفسه) فيصير مطالباً مطالباً، وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين برّ، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث، بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير لا ترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامناً لنفسه (ولأن المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضموناً عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضاً فيما (إذا باع رجلان عبداً) مثلاً بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقاً (يصير ضامناً لنفسه) لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه، فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له، فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقداره ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب

فصل في الضمان

(ومن باع لرجل ثوباً الخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد، ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ. واعلم أن كل من رجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به؛ فمن وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئاً وضمن لربّ المال لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما: أي إلى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه؛ ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كانا حانثاً، وكذا المضارب، وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة، ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر، فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه أميناً لم يكن أميناً، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييراً لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوبية، وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً. فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك. ولقائل أن يقول: الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنا، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعاً للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة. والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته، وبطلانها حينئذ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها، بخلاف مسألة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للأوّل. وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه

الشرع فيردّ عليه كاشتراطه على المودع والمستعير **(وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما حصته من الثمن)** لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك، بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة؛ ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

شريكه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لأنه في الذمة لا يقبل القسمة لأنها إفراز، ولا يمكن إلا في عين خارجية، والدين وصف اعتباري. ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه؛ فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له. قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا: ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح، لكن بعد ما صار الوجه مردداً بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الأول بما ذكر للناظر أن يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا، إلا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها، أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعاً ويحكم بأنه المراد. وقوله: **(بخلاف ما إذا باع صفقتين)** يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حدته، وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معاً وسميا لكل نصيب ثمناً ثم ضمن أحدهما صحّ الضمان **(لأنه لا شركة)** بينهما بحكم الشرع بذلك، ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعا معاً دون الآخر صح، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص. ولا يخفى أن هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبي حنيفة وإلا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع. قال

حصته من الثمن لم يصح، لأنه إن صح، فإن كان بحصته من الثمن شائعاً صار ضامناً لنفسه وقد تقدم فساده، وإن صح في نصيبه مفرزاً أدّى إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حساً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور. وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالاً بدليل أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء، فهذا معنى قول مشايخنا إن في تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء، ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صحا لضمان إما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه، لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. وقوله ولا وجه إلى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه، ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره، وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدّى وهو ممنوع، بل هو من حيث إنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه. وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلاً له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض أفراده لا تعلق له بالباقي من

قوله: **(كان للآخر ولاية المشاركة)** أقول: غير مسلم، قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح: ولا سبيل للشريك على الثوب لأنه ملكه بعقده قوله: **(ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن)** أقول: الظاهر أن يقال فيما يؤديه قوله: **(لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه)** أقول: تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ قوله: **(وليس فيه معنى القسمة)** أقول: أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه قوله: **(نقله صاحب النهاية)** أقول: نقله من الفوائد الظهيرية قوله: **(يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ)** أقول: قال بعض الفضلاء: هذا غير مطابق للواقع، فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان للآخر حق المشاركة، ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو

قال: (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه وهو) يخالف الزكاة.

الإمام قاضيخان: ولو تبرّع يعني الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازاً من الكفالة، ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به قوله: **(ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه)** قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج **(وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل)** هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك بل إيجاب إخراج مال ابتداء بدلاً عن مال نفسه فليس بدين حقيقي، ولو وجبت في نصاب مستهلك وإنما لها شبه الدين في بعض الأحكام على ما قدمناه، بخلاف الخراج لأنه مال يجب في مقابلة الذبّ عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة، وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لا خراج

الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل، وقوله لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع الخ. يجاب عنه بأنه إنما تلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه، بخلاف ما إذا باعا صفقتين بأن سمى كل واحد منهما ثمناً لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمة لأنها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه. واستوضح بقوله ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر. وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن كان قبل الكل، ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك. قال: **(ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ)** الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز. أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج. قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض لأنه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة، وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة. وذكر المصنف رحمه الله فرقاً آخر بقوله وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل، إذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء، والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته إلا بالوصية، وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق، والأول ككري الأنهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالاً على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين. والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقيجر ففيه اختلاف المشايخ. قال بعضهم: لا يصح الضمان بها لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ولا شيء عليه هاهنا شرعاً، وقال بعضهم: يصح وممن يميل إليه الإمام البزدوي يريد فخر الإسلام رحمه الله، لأن صدر الإسلام ممن مال إلى عدم صحتها. قال فخر الإسلام: وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها.

كان واقعاً على الشركة كما كان له ذلك، وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه، وسيجيء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره. والأولى أن يقال: إن البيع أمر حكمي، وبإضافة البيع إلى نصيبه مشاعاً لا يلزم محذور، بخلاف إضافة الكفالة فإن اعتبار الشيوع فيه يؤدي إلى أن يصير ضامناً لنفسه من وجه وهو غير مشروع، فوضح الفرق واندفع الإشكال، ثم في صورة البيع إذا اعتبرنا إضافته إلى نصيبه شائعاً بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة، ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافته إلى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع، فإن الملك للعاقد وإن أضاف إلى تعد غيره على ما عرف، وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجيء انتهى. ونحن نقول قوله وإن كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضاً بل ذلك فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله وسيجيء: يعني في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله فوضح الفرق واندفع الإشكال كلام خال عن الفائدة، إذ ليس في كلامه ما يدفع الإشكال.

لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية. وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوي، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة. منها والرواية بأو، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة،

مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فإنه غير واجب في الذمة **(وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك)** للعامة **(وأجرة الحارس)** للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير **(والموظف لتجهيز الجيش)** في حق **(وفداء الأسارى)** إذا لم يكن في بيت المال شيء **(وغيرها)** مما هو بحق **(فالكفالة به جائزة بالاتفاق)** لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة وليّ الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شيء فيه **(وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات)** الموظفة على الناس **(في زماننا)** ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم. فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها، فقيل: تصح إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور، وينبغي أن كل من قال إن الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هاهنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقاً **(وممن يميل إلى الصحة الإمام البزدوي)** يريد فخر الإسلام، أما أخوه صدر الإسلام فأبى صحة الكفالة بها **(وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصة منها)** إذا قسمها الإمام، ولا حاجة إلى كون الرواية قسم بلا هاء، لأن قسمة في القرآن بمعنى قسم، قال تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] إذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري، لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو **(وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب)** ما هو **(منها غير راتب)** فتغايرا **(والحكم)** يعني في القسمين **(ما بيناه)** من الصحة في أحدهما

والعبرة في الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً وإن كان من جهة الذي يأخذ باطلاً، ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحساناً بمنزلة ثمن المبيع. قال شمس الأئمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرهاً في الأمر فلا يعتبر أمره في الرجوع. وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم: معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. وقال بعضهم: هي النوائب بعينها، وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها: أي من النوائب: يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع. قيل: ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى: ﴿من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ فأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو، وأما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر. وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة، والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب. قيل: وممن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام، والحكم ما بيناه: يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق، واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق. قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر الخ)** ومن قال لآخر لك عليّ

قوله: **(وأجيب بما أجيب به الشافعي)** أقول: يعني بفساد الاعتبار وفيه شيء.

والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه. **(ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة، فالقول قول المدعي، ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن)**. ووجه الفرق أن المقرّ أقرّ بالدين. ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار، أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل، والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني والفرق قد أوضحناه.

والخلاف في الأخرى، ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان في ذاك الزمان لأنه إعادنة على الجائحة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له، وإن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب. وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من أن الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف قوله: **(ومن قال لآخر)** المراد الفرق بين مسألتين: إحداهما من أقرّ بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقرّ له وأنكر الأجل القول للمقر له، ولو أقرّ بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقرّ له وأنكر الأجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافاً للشافعي حيث ألحق الأول بالثاني فجعل القول في المسألتين للمقرّ. ولأبي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالأول فجعل القول فيهما للمقر له، وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك، وهو أن الشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب. وجه قول الشافعي رحمه الله إن الدين نوعان: حالّ ومؤجل. فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل. وجه قول أبي يوسف إنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق إلا بحجة كما في الأول وصار الأجل كالخيار فيما لو أقرّ بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في إنكاره الخيار. وجه المذهب أن المقرّ بالدين أقرّ بما هو سبب المطالبة في الحال، إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلاً عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا ببدل في الحال، فكان الحلول الأصل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً لعارض لا نوعاً **(ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها)** والآخر ينكره **(وفي الكفالة ما أقرّ بالدين)** على

مائة إلى شهر فقال المقرّ له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة؛ وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن. وروي عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقرّ له. وقال الشافعي: القول فيهما للمقرّ. له أن الدين نوعان: حال ومؤجل فإذا أقرّ بالمؤجل فقد أقرّ بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة. وأجيب بفساد الاعتبار لأن الأجل في الدين عارض كما سيأتي. ولأبي يوسف أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجة اعتباراً بالإقرار بالدين. وأجيب بما أجيب به الشافعي. ووجه الفرق بينهما أن المقرّ أقرّ بالدين مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره، والأول مقبول والثاني يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما. ولقائل أن يقول: هب أنه لا دين عليه فيقرّ به أليس أنه قد أقرّ بالمطالبة فللخصم أن يقول: أقرّ بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه إلى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق، وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال: الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل، لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى.

والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقناعياً جدلياً لدفع الخصم في المجلس، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل. والثاني موجود فيما نحن فيه

قال: **(ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع)** لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل. وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل

ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك، فإنما أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر، بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فإنها ضعيفة لقلة وجودها فَتَنَزَّلَتْ منزلة العدم، وهذا مخلص ممن ادعى مالاً وهو مؤجل في الواقع. فإن اعترف به مؤجلاً لا يصدق، وإن أنكر يكون كاذباً وخاف إن اعترف به كذلك لا يصدق في الأجل، فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل، فإن قال مؤجل حصل المقصود، وإن قال معجل فينكر وهو صادق. وفي العيون: من عليه دين مؤجل إذا حلف ما له اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس إن كان لا يقصد به إتواء حقه قوله: **(ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل)** وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول: يعني لم يطالبه قوله: **(حتى يقضي له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق)** أو القضاء به وبالمبيع قوله: **(لا ينتقض البيع)** أي لا ينفسخ **(على ظاهر الرواية)** واحترز بظاهر الرواية عن رواية الأمالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن لأن الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل. وجه الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود إلى ملك المشتري، حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه، وكذا لو كان المشري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وإذا لم يجب الثمن على الأصيل لا يجب على الكفيل، بخلاف ما لو قضى بحريه العبد ونحوه لأن البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقاً مبطلاً للملك رأساً، وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع بردّ الثمن لارتفاعه حينئذ. وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، والرجوع بالقضاء يكون فسخاً. ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة

فلا مناقضة قوله: **(ولأن الأجل في الديون عارض)** هو الفرق الثاني، ومعناه على أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن، لأنا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً والأجل في الديون بهذه المثابة لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل ذاتياً لبعض الكفالة منوعاً له كالناطق الممنوع لبعض الحيوان. وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في إظهار المأخذ. وإذا كان الأجل في الديون عارضاً لا يثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار، وإذا كان في الكفالة ذاتياً كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله. ووقع في المتن والشافعي ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني، والعكس هو المشهور من مذهبهما. فمن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما، ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر قوله: **(ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ)** ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه

قوله: **(والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول الخ)** أقول: وعندي أن الفرق الأول أيضاً صحيح لا يرد عليه ما أورده، فإن المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك، والمقر بالكفالة لم يقر بشيء في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل، وهذا كلام إجمالي كتبته تذكرة.

الزيادات في ترتيب الأصل. **(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل)** لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً، ولو ضمن

الغليظة ودعوى الوقف في الأرض المشتراة، أو أنها كانت مسجداً، ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلاً منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشيء من جهته مستحقاً عليهم، حتى أنه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته، ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه، وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة.

قوله: **(وموضعه)** أي الاستحقاق **(أوائل الزيادات في ترتيب الأصل)** يريد ترتيب محمد فإنه بدأ بباب المأذون، واحترز بالأصل عن ترتيبها الكائن الآن فإنه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هي عليه الآن، وإنما سماه محمد بالزيادات لأن أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلاً ثم يزيد عليه تفريعاً تتميماً له قوله: **(ومن اشترى عبداً وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة)** المراد فإنها **(تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه)** وقال الشيخ أبو بكر الرازي: هو كتاب الشراء وهو ملك المشترى فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه، وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري، وتقال لنفس العقد لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعهد والعقد واحد، وتقال على حقوق العقد لأنها ثمراته وعلى خيار الشرط، وهي في الحديث «**عهدة الرقيق ثلاثة أيام**» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه قد بيناه، وإذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان **(بخلاف)** ضمان **(الدرك فإنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً)** فلا تعذر. وذكر بعض المشايخ أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك **(ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع)** إن قدر عليه **(أو)** تسليم **(قيمته)** وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد: يعني فيكون صحيحاً لأن ضمان الدرك عندهما تصحيحاً للكلام، فتمت الألفاظ ثلاثة: ضمان الدرك جائز بالاتفاق، وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر

فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع بردّ الثمن، لأن احتمال الإجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن، لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه، فلو كان الثمن عبداً فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الأصيل، وإذا لم يجب على الأصيل لم يجب على الكفيل، وإنما قال على ظاهر الرواية احترازاً عما قال أبو يوسف في الأمالي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع، لأن الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته، فكذلك يجب على الكفيل. فإن قيل: فإذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق؟ وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل، أراد بترتيب الأصل ترتيب محمد، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب تبركاً بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى وبين أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلاً، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل)** ذكر هاهنا ثلاث مسائل: الأولى ضمان العهدة وقال إنه باطل ولم يحك خلافاً. والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق. والثالثة ضمان الخلاص. وقد اختلفوا فيه فأما بطلان الأولى فلأن هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها

الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح.

الرواية، وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية. وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو ردّ الثمن. وإن لم يذكر ردّ الثمن يفسد لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع. وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً، أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على إرادته فيجوز بالإجماع.

فإنها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه، وما ليس بمضمون على الأصيل لا تصح الكفالة به، وقد تقع على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد، وقد تقع على حقوق العقد لأنها من ثمرات العقد، وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق، وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهماً تعذر العمل به. وأما جواز الثاني: أي ضمان الدرك فإن العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيناً له فوجب العمل به. وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال: هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة: أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لأنه إن ظهر مستحقاً فربما لا يساعده المستحق، أو حراً فلا يقدر مطلقاً، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل، وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحاً للضمان وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عنه وضمان الدرك صحيح. وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال، ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن، فهذا يشير إلى أن بطلان الضمان إنما كان بالخلاص منفرداً، أما إذا انضم إليه ردّ الثمن فهو جائز. قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة، هذا ما يدل عليه كلام المصنف. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد، وهو تفسير الدرك، وهذا يدل على أن الخلاف في العهدة أيضاً ثابت. وذكر في الفوائد الظهيرية: وأما ضمان العهدة فقد ذكر هنا: أي في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً. وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك، وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف، والله أعلم بالصواب.

قوله: (ووجب للمشتري الخ) أقول: فيه شيء إلا أن يكون وجب بمعنى ثبت.

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد

باب كفالة الرجلين

لما نُزِّلَ هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه قوله: **(وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معاً عبداً بألف)** أو اقترضا معاً **(وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد)** وجهين: أحدهما **(أن كلاً منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصلة و)** ما عليه **(بحق الكفالة)** لقوة الأوّل وضعف الثاني **(لأن الأول دين)** عليه. **(والثاني مطالبة)** بلا دين **(ثم هو تابع)** فوجب صرف المؤدي عن الأقوى تقديماً له على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة. لا يقال: إن هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدي. بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما. لأنا نقول: الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإنه الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة، ألا ترى أن المريض إذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال، ولو كفل كان من الثلث. وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز، ولو كفل وعليه دين لا يجوز. وأما كونه يصرف بنيته. قلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد، حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح إذ في الجنسين يعتبر تعيينه لأنه حينئذ مفيد. ثانيهما **(أنه لو وقع في النصف عن صاحبه)** للكفالة كان له أن يرجع عليه به **(فلصاحبه أن يرجع)** بعين ما رجع عليه به المؤدي **(لأن أداء نائبه)** يعني كفيله بأمره **(كأدائه بنفسه)**، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع. قال: **(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ)** إذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالثمن دين عليهما لا محالة، فإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما أدى إلى تمام النصف كان عما عليه بحق الأصالة صرفاً إلى أقوى ما عليه؛ كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس، وما عليه بحق الأصالة أقوى لأنه دين، وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين، فإن المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه، بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف إليه إلى تمام النصف، وفي الزيادة عليه لا معارضة إن لم يكن عليه فيها بحق الأصالة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين، وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه قوله: **(ولأنه)** دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال: لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع

باب كفالة الرجلين

قوله: **(وفي المصنف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه)** أقول: ضمير انتفائها راجع إلى المعارضة، وضمير لا لانتفائه راجع إلى أحدهما قوله: **(مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه)** أقول: قوله وهو راجع إلى محال قال المصنف: **(لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور)** أقول: في الملازمة ما لا يخفى قوله: **(لأن أداء نائبه كأدائه)** إن أريد كأدائه عن نفسه بحق الأصالة أو ما يعمه فمسلم ولا يفيد، وإن أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع، وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليتأمل.

منهما عن صاحبه فما أدّى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة، لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو

بنائبه، لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه، وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه. بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها، لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة، وإنما يرجع بما عليه من الكفالة **(فيؤدي إلى الدور)** وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع، إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع، وقد علمت أنه امتنع للدور. واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه، بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه، فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره، وكذا الأول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه. والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدي عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر، هذا مجازفة عظيمة قوله: **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً أو كثيراً. ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة)** من غير نظر إلى أنها مع الدين أولاً **(فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل)** لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به **(كما تصح عن الأصيل)** بالتزام المطالبة بما عليه **(وكما تصح الحوالة من المحتال عليه)** للمحال بما أحيل به عليه على آخر **(وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة)** وما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر **(فلا ترجيح للبعض على البعض)** ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة **(بخلاف ما تقدم)** وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر **(فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء)**

عليه. وقوله: **(لأن أداء نائبه كأدائه)** بيان للملازمة. وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديته عني بأمري فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدى عنك، فإن رجعت عليّ وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذي أدّيته عني فهو أدائي في التقدير، فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقرير أدائي كذلك، والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إليّ الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة إلا النصف فيقيد الرجوع **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه)** بكل المال وعن الأصيل كذلك، فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل، وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسألة في الصحيح **(وكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان المؤدى أو كثيراً)** لأن ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف ما تقدم فإن الأصالة في النصف راجحة بعد صورة

وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً)** ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه. وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض

للاستواء في العلة وهي الكفالة **(وقد حصل برجوع أحدهما)** وهو المؤدي **(بنصف ما أدى فتنقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب، بخلاف ما تقدم)** لا استواء فيه في العلة، فإن أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على النصف، وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى، ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدي، واحتسابه به عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع عليّ به بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به، ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول **(ثم يرجعان)** يعني الكفيلين المتكافلين **(على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، وإن شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)** ثم أداه **(ولو أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع، لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله)** قوله: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في)** كتاب **(الشركة)** من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى **(ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين)** المديونين بدين واحد، والله الموفق قوله: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة)** بأن قال مثلاً كاتبتكما على ألف إلى عام **(وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه. ووجهه أن هذا العقد)** وهو عقد الكفالة **(جائز استحساناً)** خلافاً للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط، ولأنه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل، وأيضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل، والكتابة تبطل بالشروط

المعارضة بينها وبين الكفالة، وإذا وقع شائعاً رجع على شريكه بنصفه. ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة، بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم، وإنما قال في الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال: **(ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه)** ولو لم يكن كل منهما كفيلاً عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما، وقال: **(وإن شاء)** يعني من أدى منهما شيئاً **(رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)** ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. وقال: **(وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه)** من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذه به وهو ظاهر. قال: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ)** إذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلأصحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك، فإن أدى أحدهما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة، وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق، فإذا طلبوا أحدهما وأخذوا

قال المصنف: **(وبالكل عن الشريك)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(فتجتمع الكفالتان على ما مر)** أقول: قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان.

على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم، ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه **(وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه)** لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال: **(وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب)** براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به.

قال: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين)** لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة **(ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف)** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين.

قال: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه)** ووجهه أن هذا العقد جائز استحساناً، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب

الفاسدة. وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه، وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقاً بأدائه كما في الولد المولوه في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما **(ولو لم يؤديا شيئاً)** حتى أن المولى **(أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم يبق وسيلة)** لحصول عتقه بطريق آخر **(فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة**

الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مرّ من الوجهين في كفالة الرجلين. قال: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ)** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف **(إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه)** صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلاً. أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صحيحاً وبدل الكتابة ليس كذلك. ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه: أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بألف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب، وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها، وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق، وإذا عرف ذلك عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة: أعني الكفالة فكان كل البدل مضموناً على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤدّ جميع البدل، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء لانتفت المساواة، ولو لم يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرىء المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعها. وإذا أعتق استغنى عنه وانتفى لضرورة فاعتبر مقابلاً برقبتهما ولهذا يتنصف. وعورض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي إلى النصف لئلا يلزم الدور كما مر. وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على

قال المصنف: **(وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع)** أقول: ليس هذا موضع مال.

الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة.

قال: **(ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق)** لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما. وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً وبرقبتهما فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة، وإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم.

مقابل بعتقهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوّف الشارع إلى العتق **(فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما فوجب أن يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء، المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة)** وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامناً لبدل الكتابة وهو لا يجوز. أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح **(فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدّى، وإن أخذ الآخر به لم يرجع)** على الذي عتق **(لأنه)** ربما **(أدى عن نفسه)**.

المولى، لأن المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برىء بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ويعتقا جميعاً فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً، وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء، وأما المعتق فبالكفالة، وأما صاحبه فبالأصالة: قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة. وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت، فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عن نفسه.

قوله: **(أي بأداء كل واحد منهما)** أقول: الأولىٰ أن يطرح كلمة كل فإنهما يعتقان بأداء واحد منهما.

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسرته، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى رجع

باب كفالة العبد وعنه

أخر ما يتعلق به لتأخره بالردّ بالرق قوله: **(ومن ضمن عن عبد مالاً)** موصوفاً بكونه **(لا يجب على العبد حتى يعتق)** كأن أقرّ باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معايناً معلوماً فإنه يؤخذ به في الحال، فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله: **(لم يذكر حلولاً ولا غيره لزم)** الكفيل **(حالاً لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة)** وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) إنما **(لا يطالب به لعسرته، إذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به)** أي بتعلق الدين بملكه **(والكفيل غير معسر)** فالمانع الذي تحقق في الأصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال **(فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب)** يلزمه في الحال مع أن الأصيل لا يلزمه، وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة، بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى، فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى، بل الوجه نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره: أعني تصرف القرض والبائع للعبد ولم يرض بإيداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة، وعدم نفاذ قول العبد في حق

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحرّ، إما لشرفه وإما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية، ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث، ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه. قال: **(ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه الخ)** قوله لا يجب عليه صفة لمالاً. وجواب المسألة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسمّ حالاً ولا غير حال إلى عبارته في الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل، فإن العبد إذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال. قال فخر الإسلام: مراده إذا أقرّ بالاستهلاك وكذبه المولى. وقال بعضهم: مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالاً فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الإعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسمّ حالاً ولا غيره فلا يحتاج إلى شيء لتناولها ما إذا أقرّ العبد باستهلاكه للحال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بذلك كله للحال، أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المليء أو المفلس، وأما كونها حالاً فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة، لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه، وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح، ويؤخذ به الكفيل حالاً وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فإنها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وإن كان في حق الأصيل متأخراً إلى الميسرة. فإن قيل: إذا لم يؤخذ من

باب كفالة العبد وعنه

قوله: **(ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق)** أقول: وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب قوله: **(وفيه ما فيه)** أقول: فإن عادة المصنفين ذكر الإجمال على وفق التفصيل وفيه منع قوله: **(إلى عبارته في الكتاب)** أقول: قوله إلى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد.

على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه **(ومن ادعى على عبد مالاً وكفل له رجل بنفسه فمات العبد بريء الكفيل)** لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حراً.

المولى إذا كان يكذبه، بخلاف الاستهلاك المعاين فإنه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعاً لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب وإلا تباع رقبته فيه إلا أن يفديه المولى، هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق **(بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر)** صحيح، ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه قوله: **(ومن ادعى على عبد مالاً وكفل رجل بنفسه فمات العبد بريء الكفيل لبراءة الأصيل)** وهو ظاهر، لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً أو عبداً، وإنما فرضها في العبد ليرتب عليها مسألة دعوى الرقبة وهي قوله: **(فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته)** لأن على المولى ردّ رقبة العبد **(على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك، وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل)** فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه، فإن عجز فبقيمته. فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى، بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد، وكذا عن الحر فمات الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعاً، بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه قوله: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر)** بشيء (و) نقل **(عن زفر رحمه الله)** في شرح الجامع **(أنه يرجع)** قال المصنف **(ومعنى الوجه الأول)** يعني ضمان العبد عن سيده **(أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده)** وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لا تصح مطلقاً لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون، غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذن السيد، فإذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره إياه بالكفالة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق في ماليته فيعمل إذنه له في أن يكفل عنه.

العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل. أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر: يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر: أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً، وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ثم إذا أدّى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه. قال: **(ومن ادعى على عبد مالاً الخ)** الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرّاً أو عبداً فإنه بموته يبرأ الكفيل لبراءة الأصيل كما لو كان حرّاً، وذكر هذه تمهيداً للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما **(فإن ادّعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردّ الرقبة على وجه يخلفها القيمة)** عند العجز عن ردها، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل، وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل، بخلاف الأوّل: أي الضمان الأول لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله، وإنما قيده بإقامة البينة احترازاً عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقرّ الكفيل بما أقرّ به الأصيل. قال: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ)** إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أو لا، فإن كان الأول لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وإن كان الثاني صحت إن كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين، وإذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديوناً كان العبد أو غير مديون، فإذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه. وقال زفر:

قال: **(فإذا ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته)** لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل. بخلاف الأول.

وفي بعض النسخ الهداية: ومعنى المسألة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا. أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا. فإن قيل: دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضي من ماليته وهي ملك المولى فأي فائدة في هذه الكفالة؟ أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أوّلا معه ليقضي من جميع أمواله، بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع، وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون **(لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده)** ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر **(قد زال)** بالعتق فإن الأداء منهما بعده فيجب الرجوع **(ولنا أنها وقعت)** من كل منهما **(غير موجبة للرجوع)** بما قلنا إن واحداً منهما لا يستوجب ديناً على الآخر **(فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره)** فبلغه قوله: **(فأجاز فأدّى الكفيل لا يرجع)** لأن معنى الأمر وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل أن ما يقع[1] لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء، وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً إلا أن يكون العبد مديوناً فحينئذ يثبت له الدين على السيد، وإذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإن العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على يده فلم لا يرجع هنا؟ أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما إذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى، أما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه قوله: **(ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حرّ تكفل به أو عبد)** وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب **(لأنه)** أي عقد الكتابة **(ثبت مع المنافي)** وهو عبدية للسيد المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وذلك يقضي نفي الدين للسيد على عبده، وإن ثبت فإنما على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع إليه فيقصر عليه **(فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط)** هذا الدين **(ولا يمكن إثباته)** أي إثبات هذا الدين **(على هذا الوجه على الكفيل)** وهو

يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا: هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال، وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل بشيء لذلك. ونوقض بأن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه. وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرت الحرّ يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه، ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد، وإنما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة، أما في بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقرّ لثبوته مع المنافي وهو الرق فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقرّ: أي ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها ديناً مستقراً لأنها لتوثيق المطالبة، وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة، بل قد تكون هزؤاً ولعباً قوله: **(ولأنه)** دليل آخر على عدم استقراره، فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وقوله: **(ولا يمكن إثباته)**

---

(١) قوله: **(أن ما يقع)** في نسخة العلامة البحراوي: أن ما لا يقع، وكتب عليها بالهامش: أصل النسخ بحذف لا النافية، فليتأمل مع ما يأتي ا هـ.

قال: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه)** وقال زفر: يرجع، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال. له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال. ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه **(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به أو عبد)** لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد، وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده.

كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه **(وإثباته مطلقاً)** في ذمة الكفيل عن هذا الوصف **(ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد)** ولو أثبتناه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكينه من إسقاطه على الأصيل لم يتحد الدين عليهما **(وبدل السعايه كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب عنده)** للعلة الأولى، لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده. وقسمها دون العلة الثانية إذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه، وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مديون عندهما، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة. وأما العبد التاجر إذا أدان مولاه ديناً، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً، وإن كان عليه دين صحت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لا تصح، وإن كان صحت.

دليل آخر على المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة، وتقريره أن الكفالة إن صحت به فلا يخلو إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل إلى كل واحد منهما. أما الأول فظاهر لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك. وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونفياً للزيادة على الملتزم؛ ألا ترى أن الدين لو كان على الأصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة، ولو كان جيداً أو زيفاً على الأصيل كان على الكفيل كذلك، والمطلق غير متحد مع المقيد، فلو ألزمناه مطلقاً لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز، وأما في غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائها عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً **(وبدل السعاية كمال الكتابة)** في عدم جواز الكفالة به للمولى **(على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي)** لما أن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرهما. وعلى قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرّ المديون، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

قوله: **(وإنما قال بمال الكتابة الخ)** أقول: فيه رد لصاحب النهاية حيث قال: التخصيص بمال الكتابة غير مفيد، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، ذكره في المبسوط انتهى. إلا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً قوله: **(أما في بدل الكتابة، إلى قوله وتقريره أن الكفالة إن صحت الخ)** أقول: وتقريره الأول عندي أن مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص، وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص، فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة. وتقرير الثاني أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به، لأنه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل، والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل. ثم أقول: قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث، إذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره، بل الظاهر أن قوله ولأنه دليل آخر على المدعي، وقوله ولا يمكن إثباته تتميم الدليل، والله الهادي إلى مستقيم السبيل قوله: **(أما الأول فظاهر)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وأما غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز الخ)** أقول: معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقر.

كتاب الحوالة

قال: **(وهي جائزة بالديون)** قال عليه الصلاة والسلام «من أحيل على مليء فليتبع» ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبيء عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين.

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع الفرد، والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها. وأيضاً أثر الكفالة أقرب إلى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه. والحوالة اسم من الإحالة، ومنه يقال أحلت زيداً بما له على عمرو فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال، ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه، ويقال محتال عليه، فتقدير الأصل في محتال الواقع فاعلاً محتول بكسر الواو، وفي الواقع مفعولاً محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول، وإما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها، بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه. وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل، ويقال للمحتال حويل أيضاً، فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال ربّ الدين، والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين. وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم، بخلاف الكفالة فإنها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق، وإنما اختلف المشايخ أن الدين أيضاً ينتقل أوّلاً وسنذكره من قريب، فلو أريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو وقول النافين قيل نقل المطالبة فقط قوله: **(وهي جائزة بالديون)** قال ﷺ فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن فيها التزاماً بما على الأصيل كما في الكفالة، ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر إذا اشترط موجب إحداهما للأخرى عند ذكر الأخرى، لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن براءة الأصيل والبراءة تقفو الكفالة فكذا لما يتضمنها. والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال. وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به. وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام، وكذا حكمها وأنواعها. قال: **(وهي جائزة بالديون الخ)** الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان، أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل. أما الأول فما روى أبو داود في السنن وقال: حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، ومعناه: إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل. أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأموراً به من الشارع فدل على جوازها. وأما الثاني فلأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر، وذلك

كتاب الحوالة

قال في البدائع: الأصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى. وفي التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب وديعة، وإذا صحت الحوالة برىء المكاتب وعتق. وقال فيه: وإن أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده بدل الكتابة لا تصح، وإن قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلاً عن السيد بأداء الكتابة إلى غريمه، ولا يعتق ما لم يؤد، فإن مات سيده قبل الأداء إلى آخر ما ذكر في التتارخانية. قال الإتقاني: يحتاج هاهنا إلى معرفة أربعة أشياء: المحيل وهو الذي عليه الدين، والمحتال له وهو الدائن، والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة، والمحتال به وهو المال انتهى. وفي معراج الدارية: يقال أحلت زيداً بما له على رجل فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحال عليه، وتقدير المحتال في الفاعل على محتول بكسر الواو، وفي المفعول بالفتح، وقولهم للمحتال نه لغو لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال حويل قوله: **(والبراءة تقفو الكفالة)** أقول: إذا لم يكن بأمر قوله: **(وفي إصلاح الفقهاء تحويل الدين ألخ)** أقول: هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجيء.

قال: **(وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه)** أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه، وأما المحيل

«مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[1] متفق عليه. وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال: قال رسول الله ﷺ «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على مليء فليتبع»[2] ورواه أحمد وابن أبي شيبة «ومن أحيل على مليء فليحتل»[3] قيل: وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلماً، فإذا أحيل على مليء فليتبع لأنه لا يقع في ظلم والله أعلم. ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب، وعن أحمد للوجوب، والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعاً أو المطالبة، فإن بعض الأملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه، ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر في إطلاق واحد، فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد وإلا فهو دليل الجواز للإجماع على جوازها دفعاً للحاجة، وإنما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان، بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين قوله: **(وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه وهو)** أي الدين **(الذي ينتقل بها)** أي بالحوالة **(والذمم متفاوتة)** في حسن القضاء والمطل **(فلا بد من رضاه)** وإلا لزم الضرر بإلزامه إتباع من لا يوفيه **(وأما المحتال عليه فلأنه)** الذي **(يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه)** ولو كان مديوناً للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر **(وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو)** أي المحيل **(لا يتضرّر به بل فيه نفعه)** عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحل وآجلاً بعدم الرجوع عليه **(لأنه لا يرجع إلا بأمره)** وحيث تثبت الحوالة

يوجب الجواز كالكفالة، وأما اختصاصها بالديون فلأنها تنبيء عن التحويل لما ذكرنا، والتحويل في الدين لا في العين. وتقريره الحوالة تحويل شرعي، والتحويل الشرعي إنما يتصور في محول شرعي وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه. وأما العين إذا كان في محل محسوساً فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي، وليس ذلك مما نحن فيه. قال: **(وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه الخ)** شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه، وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم، وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا. وقال الشافعي: إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط، وبه قال مالك وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه، كما لو باع عبداً فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع، وقلنا إنه إلزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام. لا يقال: إلزام الحاكم بالبينة على المنكر إلزام

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٨٧ و ٢٢٨٨ و ٢٤٠٠ ومسلم ١٥٦٤ وأبو داود ٣٣٤٥ والترمذي ١٣٠٨ والنسائي ٧/ ٣١٧ وابن ماجه ٢٤٠٣ ومالك ٢/ ٦٧٤ والشافعي ٢٤٥ برواية المزني وعبد الرزاق ١٥٣٥٦ و ١٥٣٥٥ وابن الجارود ٥٦٠ والطحاوي في المشكل ٤/ ٨ وأحمد ٢/ ٢٦٠. ٣٧٩. ٣٨٠. ٤٦٥ وابن أبي شيبة ٧/ ٧٩. وابن حبان ٥٠٥٣ و ٥٠٩٠ والبغوي ٢١٥٢ والبيهقي ٦/ ٧٠ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) حسن. رواه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٤/ ٥٩. ٦٠ من حديث أبي هريرة. ولم يذكره الهيثمي في المجمع لأن أصحاب الكتب الستة رووه.

وقد ذكره من حديث ابن عمر وقال: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح. خلا الحسن بن عرفة وهو ثقة. وآخره: فليحتل ـ بدل فليتبع انظر المجمع ٤/ ١٣١.

(٣) تقدم قبل رواية الطبراني مع رواية الجماعة.

فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرّر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

قال: **(وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول)** وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة، إذ كل واحد

بغير رضاه كان بغير أمره، وأوّل في الأوضح المذكور في القدوري بما إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإن قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون إسقاطاً لمطالبة عن نفسه: أعني نفس المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه، كذا في الخبازية. واشتراط رضا المحيل وقول الأئمة الثلاثة، قالوا لأن للمحيل إيفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً. وقال ابن قدامة أن رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح. وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك، وسنبين الحق فيه عندنا. هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كم قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على إجازته إذا بلغه، وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه، حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت قوله: **(وإذا تمت الحوالة بالقبول برىء المحيل من الدين)** هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب، وقول طائفة أخرى: لا يبرأ إلا من المطالبة فقط **(وقال زفر: لا يبرأ)** من المطالبة أيضاً، فالنظر في خلاف المشايخ أوّلاً حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر، فالقائلون إن المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك. فمنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كإبراء الكفيل، ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك. ومنها أن المحيل إذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول، فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعاً بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره. ومنها

بدون الالتزام لأن الحكم إظهار للالتزام لا إلزام، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره. وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه. والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه، والأول إحالة وهو فعل اختياري لا يتصوّر بدون الإرادة والرضا، وهو وجه رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه. وهو وجه رواية الزيادات، وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي. قال: **(وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول الخ)** إذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين، وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة، والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم، وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا، فإن منهم من ذهب إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعاً، ومنهم من ذهب إلى أنها توجب براءتها عن المطالبة، ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاماً تدل على القولين. فمما يدل على الأول ما قال إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا إبراؤه، ولو بقي الدين ذمته وجب أن تصح، ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح، وهذا يقتضي

قوله: **(وقلنا إنه إلزام الدين الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الدين كان ثابتاً في ذمته فليتأمل. قال صاحب البدائع: ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداه بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى، فيه تأمل قوله: **(قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ)** أقول: ضمير اشتراطه راجع إلى الرضا، ثم إن القائل هو الكاكي قوله: **(وقيل لعل الخ)** أقول: القائل هو الخبازي نقلاً من الأوضح قوله: **(وعلى هذا اشتراطه الخ)** أقول: قوله اشتراطه مبتدأ، وقوله ليس على ما ينبغي خبره.

منهما عقد توثق، ولنا أن الحوالة للنقل لغة، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها. أما

أن المحتال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح، ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبياً عنه، وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح. ومنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل، فلو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل إلا إن لم يكن للمحيل عليه دين وإلا التقيا قصاصاً، ولو كان الدين يتحول إلى ذمته كان الإبراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع. والقائلون إن المذهب ينتقل الدين استدلوا بأن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحولة لا يصح إبراؤه وهبته، ولو بقي الدين في ذمته صح، وجعل شيخ الإسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين. قال: وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين: إحداهما أن الراهن إذ أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن. والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه برىء بالحوالة، وعند محمد يصح وبرىء المحيل لأن أصل الدين باق في ذمته، وإنما تحولت المطالبة ليس غير، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين، بل ذكر أحكاماً متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين، وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين، إذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى، ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل، فاعتبر المعنى في بعض الأحكام واعتبر الحقيقة في بعضها. نعم يحتاج إلى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان، وسيجيب المصنف عن بعضها في خلافية زفر هذه. إذا عرف المذهب حينئذ جئنا إلى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع أن كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة، ولأن عدم الانتقال أدخل في معنى التوثق إذ يصير له مكنة أن يطالب كلا منهما فكذا هذا **(ولنا أن الحوالة للنقل لغة**

تحول الدين إلى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه. ومما يدل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتدّ بالرد كإبراء الكفيل. ولو انتقل أصل الدين إلى المحال عليه وجب أن يرتد برده، كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة، فإن الإبراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين، والتمليك يرتد بالرد. ومنها أن المحيل إذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول، ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعاً في نقد المال كالأجنبي، والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر ربّ المال لا تصح لبراءته بالحوالة، وعند محمد على قبوله. قالوا: والأول هو الصحيح لأنه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله. وقيل الأول قول أبي يوسف والثاني قول محمد، والفائدة تظهر، فالراهن إذا أحال المرتهن بالدين هل يسترده؛ فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن، وفيما إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته، إذ المتحول بها هو المطالبة لا غير. لا يقال: ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها، لأن انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها إياه. وقال زفر رحمه الله: لا يبرأ لأن الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة. وقال ابن أبي ليلى: ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله: الكفالة كالحوالة لما ذكرنا، وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة، وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف إلى ما ذكرتم من المشترك بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة، فإن الحوالة للنقل لغة، ومنه حوالة الغراس، وإذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها. أما الكفالة فللضم وهو يقتضي بناء ما

قوله: **(لأن انتقال الدين بلا مطالبة)** أقول: لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لأن المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانتقاله إذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فإن فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فإن للكلام محلاً بعد.

الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية التوثق باختيار الإملا والأحسن في القضاء، وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً.

ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين **(والدين إذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم)** لغة لأنها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة إلى الذمة **(لأن الأحكام)** يعني العقود **(الشرعية)** المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الأسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها قوله: **(عقد توثيق)** والتوثيق أن يطالب كلا منهما. قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الإملا والأيسر في القضاء فيكتفي به في تحقيق معنى التوثيق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق، وهذا الدليل ينتهض على زفر فإنه قال ببقاء الدين والمطالبة على الأصيل. أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا، فإنه إذا قال الحوالة تنبىء عن النقل فيعتبر فيها ذلك. قالوا: سلمنا، واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت. لزفر أن تحقيق التوثق يحصل باختيار الإملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق. وقوله وإنما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول، فلو لم يكن الدين باقياً عل المحيل لم يجبر لأنه حينئذ متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله. أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعاً محضاً، وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل إليه بعينه ممكناً مخوفاً قد يتوقع، فأما إن كان فلا لأنه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها، فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة، وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلاً بما إذا وقعت بغير إذن المحيل. وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء، إلا أنه قد يقال لو صح

يضم إليه، والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعاني اللغوية. واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فإنها حوالة صحيحة كمامر، ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض إجمالي. والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله: **(والتوثق باختيار الإملا)** جواب لزفر، وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق، لكن براءة المحيل لا تنافيه لأن التوثق يتحقق معها باختيار الإملا: أي الأقدر على الإيفاء لبسوطة سعة ذات اليد، والأحسن قضاء بأن يوفيه بالأجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب. وقوله: **(وإنما يجبر على القبول)** جواب نقض يرد على قوله والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية، وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبياً منه، فإذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول: أي لا ينزل منزلة القابض إذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل إذ ذاك متبرّعاً كالأجنبي، وبأداء الأجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول، وتقرير الجواب لا نسلم أن المحيل متبرع في النقد وإنما يكون متبرعاً كالأجنبي إن لو لم يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعاً. قال: **(ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ)** عطف على قوله بريء المحيل: أي إذا تمت الحوالة بالقبول بريء المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى. وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى لأن براءة المحيل حصلت مطلقة: أي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى، وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد، وكل ما كان كذلك لا يعود إلا بسبب جديد كما في الإبراء، وتأيد بما روي عن ابن المسيب أنه كان له على عليّ رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب: اخترت علياً فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع. قلنا: البراءة حصلت مطلقة لفظاً أو مطلقاً، والثاني ممنوع والأول مسلم، لكن لا يفيدكم

قال المصنف: **(إذ كل واحد منهما عقد توثق)** أقول: وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تعين كما في الكفالة فيها كما تقدم فيها.

قوله: **(كان له على عليّ رضي الله تعالى عنه الخ)** أقول: ليس في حديث عليّ كرّم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلساً كما لا يخفى.

قال: **(ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى لأن البراءة حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد. ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود، أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع.

هذا لصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضاً بهذا الوجه لأنه إذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شيء. والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية، وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محال إلى محل ذمة المحال عليه. وعندي أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه، لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه، والنقل إنما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة، وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة وإلا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه قوله: **(ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى[1] حقه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى)** بموت أو إفلاس أو غيره، وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد. وعن أحمد إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم الطلب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك، لأن الإفلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع، ولأن المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به **(لأن البراءة)** الحاصلة بالانتقال **(حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد)** ولا سبب فلا عود، ويؤيده ما روي عن ابن المسيب أنه كان له على عليّ رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت علياً فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه، ونحن نمنع كون البراءة مطلقة

لجواز ان تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول: إنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وإن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال، لأن المقصود من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب، لأن الذمم لا تختلف في الوجوب، وإنما تختلف بالنسبة إلى الإيفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول لكونه هو المطلوب، فإذا فات الشرط عاد الحق إلى المحل الأول فصار وصف السلاَمة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري، وهذا يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ، وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته أي لفوات المقصود وهو السلامة لأنه قابل للفسخ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت، وكل ما هو قابل له إذا فات المقصود منه ينفسخ، كالمشتري إذا وجد المبيع معيباً واختار رده فإنه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وإن لم يشترط ذلك في العقد لما مرّ إشارة إلى عبارة آخرين منهم، وهو يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل، فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقي المشايخ رحمهم الله، واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين، ويؤيد ما ذهبنا إليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان، ولا توى على مال مسلم. ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الإجماع. وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه إلى ذمة المحال عليه وبين أن يأباها إبقاء لحقه في ذمة المحيل، وكل مخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود إلى الآخر كالمغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء، وكالمولى إذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء. والجواب أن قوله إذا اختار أحدهما تعين عليه إما أن يريد به شيئين: أحدهما أصل، والآخر خلف عنه، أو كل واحد منهما أصل، فإن كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد، وإن كان الأول فلا نسلم أنه إذا اختار أحدهما تعين، بل إذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع إلى الأصل لأن اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق، فإضافة إتواء الحق إلى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع. قال: **(والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ)** توى المال إذا تلف. وهو عند أبي حنيفة

---

(١) جاء في المغرب: تَوِيَ المال: هلك وذهب.

قال: (**والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه، أو**

بل هي مقيدة معنى بشرط السلامة وإن كانت مطلقة، وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول، فإذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الأصيل فصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لأن البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض، فإذا لم يسلم يعود. يؤيده ما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً في المحتال إذا مات مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال لا توى على مال امرىء مسلم[1]. ولفظ الأسرار قال: إذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان، ولا توى على مال مسلم[2]. وذكر محمد في الأصل عن شريح بمثل ذلك، وهذان الحديثان متعارضان[3]،

يتحقق بأحد الأمرين: إما أن يجحد المحال عليها لحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لأنه حينئذ لا يقدر على مطالبته، وإما أن يموت مفلساً لأن العجز على الوصول إلى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما. أما في الأول فلما ذكرنا. وأما في الثاني فلأنه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع، وقالا: هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافاً لهما، قال: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق وقد حصل هاهنا لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزاً يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لأن مال الله غاد ورائح، وقد تقدم معناه في الكفاءة فلم يكن كالموت. ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلساً وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط. وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة، يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر، وفلسه القاضي: أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة. قال: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل الخ**) إذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعياً قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لأن سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق بإقراره إلا أنه يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقول قول المنكر والبينة للمحيل، فإن أقامها بطل حق المحتال عليه في الرجوع. فإن قيل: لم لا يجوز أن تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه؟ أجاب بقوله لأنها قد تكون بدونه: أي الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييداً بلا دليل (**وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل**) فإن قيل: الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فإن

(١) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ٦/ ٧١ بسنده عن عثمان موقوفاً.
وقال البيهقي: قال الشافعي: احتجَّ به محمد بن الحسن، وزعم أنه عن رجل مجهول عن رجل معروف منقطع عن عثمان فهو في أصل قوله: يبطل من وجهين وهو وإن ثبت عن عثمان لم يكن فيه حجة لأنه لا يدري، أقال ذلك في الحوالة أو الكفالة ا هـ كلام الشافعي.
قال البيهقي: الراوي المجهول هو خليد بن جعفر لم يحتج به البخاري، وروى له مسلم متابعة. وأما الانقطاع: فمعاوية بن مرة لم يدرك عثمان. وتعقبه ابن التركماني: بأن مسلماً احتج بخليد بن جعفر. وأما الانقطاع: فمردود، فقد ذكر ابن عساكر أن لمعاوية بن مرة رؤية، وحكى عن ابن سعد أنه عده في الطبقة الثانية. قلت: لعل ابن التركماني أصاب أولاً، ولم يصب ثانياً قال الحافظ في التقريب: خليد/ م ت س.
وعلى هذا روى له مسلم. وإلا لذكر أنه متابعة فيجعل عند ذلك بعد الميم (عو) فيقول: م عو. وأما الانقطاع: فهو الصواب. قال الحافظ في التقريب: معاوية بن قرة ثقة عالم من الثالثة مات سنة ثلاث عشر وهو ابن ست وسبعين سنة ا هـ. وعلى هذا مات عثمان قبل ولادته، فكيف يكون متصلاً.
تنبيه: وأما كونه مرفوعاً، فلم يروه أحد، ولا أصل له في المرفوع، والموقوف ضعيف.
(٢) هو المتقدم.
(٣) يعود الضمير على أثر علي مع ابن المسيب في الورقة المتقدمة وعلى أثر عثمان والله أعلم بالصواب.

يموت مفلساً) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة **(وقالا هذان الوجهان. ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته)** وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما، لأن مال الله غاد ورائح.

فإن كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ. هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع إذا هلك قبل القبض، وقيل في الموت عن إفلاس تنفسخ ويعود، وفي الجحود بفسخ ويعاد، وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه. قلنا: لا نسلم بل له الرجوع إلا أنه سقطت المطالبة بالإعسار ولهذا كلما ظهر لأحدهما مال أخذه كما في الكفيل والمكفول عنه إذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة، ثم لا يدل على أن المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه. قالوا: مال الحوالة جعل كالمقبوض، لأنه لو لم يكن كالمقبوض لأدّى إلى الافتراق عن دين بدين، ولأنه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف. ولولا أنه كالمقبوض لم تجز الحوالة. وإذا مات المحيل مفلساً لا يكون المحتال أسوة للغرماء، وإذا كان كالمقبوض لا يرجع. قلنا: ليس كالمقبوض وإلا لجاز للمحتال أن يشتري شيئاً من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه. وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديناً بدين إنما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض. وأما الصرف والسلم فحجة لنا لأنه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فإنه إذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد، ولو كانت الحوالة قبضاً لكان هذا افتراقاً بعد القبض فلا يفسد العقد، وأما كون المحتال لا يصير أسوة الغرماء إذا مات ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع. قال في الجامع الكبير: ولو أن المحال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لأن هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكاً للمحال لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصوّر لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بدليل أن العبد المأذون إذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته ثم وكسبه بين الكل بالحصص انتهى. وإذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله: **(والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه)** للمحتال ولا للمحيل، فقوله **(له)** يعني كلا من المحيل والمحتال **(أو يموت مفلساً)** لا مال له معيناً ولا ديناً ولا كفليل عنه بدين المحتال، وعندهما بهذين. ووجه آخر وهو أن يحكم حاكم بإفلاسه، وهذا بناء على أن تفليس القاضي يصح عندهما، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل. والتوى التلف، ويقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تو وتاو. ولو قال المحتال مات مفلساً وقال

لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر. قال: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ)** اعلم أن الحوالة على نوعين: مقيدة، ومطلقة. فالمقيدة على نوعين: أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب. والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه. والمطلقة وهي أن يرسلها إرسالاً لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وإن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دبن ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة. فالحالة هي أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها لتحويل الدين من الأصيل فيتحول على الصفة التي على الأصيل والفرض أنها كانت على الأصيل حالة فكذا على المحال عليه، وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصيل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة. والمؤجلة

قال المصنف: **(فصار كوصف السلامة في المبيع)** أقول: بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري، وهذا التقرير ناظر إلى الكلام الأول، فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدام قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين.

قال: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين**) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه.

المحيل بخلافه ففي الشافي والمبسوط: القول للطالب مع اليمين على العلم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة، ولو كان حياً فزعم أنه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته.

وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين لإنكاره عود الدين قوله: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل**) إنما (**أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بأمره، ولأن المحيل يدعي ديناً عليه وهو ينكر والقول للمنكر**) ولا يقال: قبول الحوالة من المحتال عليه إقرار بالدين عليه. لأنا نقول: ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك، بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأداء من وجه والقبض (**وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال إني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين عليك، فالقول للمحيل لأن المحتال يدعي عليه**) أي على المحيل (**ديناً وهو ينكر**) فالقول له لأن فراغ الذمة هو الأصل، وبه قال الشافعي في وجه، وفي وجه آخر القول للطالب لأن الحوالة بالدين ظاهراً، فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد. وقول المصنف (**ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه**) جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال، ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطىء فيهما وإلا فادعاؤه مجازاً متعارفاً يخص قولهما فإن الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف، وقد تكلف شمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وإنما بعته لنفسي فالقول للمحيل، لأن أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر أنه له انتهى. وظاهره تخصيص المسألة بنحو هذه الصورة، وليس كذلك بل جواب المسألة مطلق في سائر الأمهات. والحق أنه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل له عليّ أو في ذمتي لأن فراغ

هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلاً فيحيل مؤجلاً على المحال يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة. والمؤجله هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلاً فيحيل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الأجل فإن المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الأجل، لأنه قبلها كذلك. إذا عرف هذا، فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة، وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه، وذلك لوجهين: أحدهما أن الأداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الأداء فكان أقدر. والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه، وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين، فلأن تكون جائزة بالعين أجدر، فإن هلكت الوديعة برىء المودع وهو المحال عليه، وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها: أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الأداء إلا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين. وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف مغصوباً عند المحال عليه، وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة، وأنها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً فكان الفوات بهلاكه فواتاً إلى خلف، وذلك كلا فوات فكان باقياً حكماً. وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً بيان لجوازها مقيدة بالدين كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه فإنها جائزة، وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لأنه تعلق به حق

قال: **(وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل)** لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه.

الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثله من اللفظ، ومنه نحو قوله اتزنها في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزنها على الألف المدعاة، بخلاف مجرد قوله أحلتك قوله: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء)** لتيسر ما يقضى به وحضوره، بخلاف الدين عليه **(فإن هلكت برىء)** المحال عليه وهو المودع **(لتقيدها بها)** أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت **(فإنه)** أي الرجل **(ما التزم الأداء إلا منها، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة)** بعين **(مغصوب)** عرض أو ألف ردهم مثلاً، فإنه إذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب ردّ العين، فإن عجز ردّ المثل أو القيمة، فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ **(لأن)** له خلفاً و **(الفوات إلى خلف كلا فوات)** فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال **(وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً)** بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام: مقيدة بعين أمانة، وبعين مضمونة، وبدين خاص **(وحكم المقيدة في هذه الجملة)** أعني الأقسام الثلاثة **(أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه)** بذلك العين ولا بذلك الدين **(لأن الحوالة)** لما قيدت بها **(تعلق حق الطالب به)** وهو استيفاء دينه منه **(على مثال الرهن)** وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز؛ فلو دفع المحال عليه أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب فإنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه. ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر أنه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال: **(وإن كان)** أي المحتال **(أسوة الغرماء)** فيه **(بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي)** للمحيل **(حق المطالبة)** بما أحال به من الأمر المعين **(فيأخذه منه بطلت الحوالة و)** الواقع **(أنها حق المحتال)** فليس له أن يبطل حقه، وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديناً أو عيناً، والفرق ما قدمناه أنه وإن كان حق المحتال متعلقاً بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له.يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص، وإذا كان المحتال أسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه، وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم. هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الإبراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه

المحتال فإنه إنما رضي بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفي حقه مما للمحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه، وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها. ولو دفعها المودع أو غيرها إلى المحيل ضمن لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير على مثال الرهن، فإن الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الأخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن. وقوله وإن كان أسوة للغرماء إشارة إلى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حكم الأخذ للمحيل والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين الذي له بيد المحال عليه أو الدين الذي عليه فالمحال أسوة الغرماء بعد موته خلافاً لزفر رحمه الله، وهو القياس لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبياً من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه في حال حياته فكذا بعد وفاته، ولأن المحتال كان أسبق تعلقاً بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غيره

قوله: **(فإن لفظ الحوالة الخ)** أقول: كما سيجيء في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه. قال العلامة الكاكي: قيل المجاز لا يعارض الحقيقة، فاحتمال المجاز لا يخرجه عن إرادة الحقيقة. أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن إرادة الحقيقة، ولو لم يخرجه كان محتملاً فلا يدل على الإقرار انتهى وفيه تأمل قوله: **(لما في الوكالة من نقل التصرف الخ)** أقول: فيه شيء.

قال: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء، فإن هلكت بريء)** لتقيدها بها، فإنه ما التزم الأداء إلا منها، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلافوات، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً، وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي له مطالبته فيأخذه

لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه. والفرق أن الهبة من أسباب الملك، وكذا الإرث، فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالأداء، ولو أدى لا يرجع المحيل عليه، فكذا إذا ملكه بالهبة، بخلاف الإبراء فإنه في الأصل موضوع للإسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وإنما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله: **(بخلاف المطلقة)** يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين. والحاصل أن الحوالة قسمان، مقيدة كما ذكرنا، ومطلقة. وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه، فإذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به **(لأنه)** أي الشأن **(لا تعلق لحق المحتال به)** أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه **(بل بذمة المحتال عليه)** وفي الذمة سعة **(فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة)** وما عليه يرجع إلى الدين أو الغصب أو عنده يرجع إلى الوديعة. ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء. وتنقسم المطلقة إلى حالة ومؤجلة. فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الأصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدي، ولكن له إذا لوزم أن يلازمه، وإذا حبس أن يحبسه. والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف إلى سنة فأحال الطالب عليه إلى سنة كانت عليه إلى سنة؛ ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد، وقالوا: ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة لأنه تحمل ما على الأصيل بأي صفة كان، فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه، لأن حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته، ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لأنه حي محتاج إلى الأجل، ولو حل عليه إنما يحل بناء على حلوله على الأصيل فلا وجه له لأن الأصيل بريء عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالأجانب؛ ولو مات المحال عليه قبل الأجل والمحيل حيّ حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته؛ فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله الأجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه

كالمرتهن. قلنا: العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكاً للمحال بعقد الحوالة لا يداً وهو ظاهر، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك وإنما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يداً وحبساً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه قوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل، وتقريره ما ذكرناه آنفاً، وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وأنها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لأن الضمير للشأن لا تعلق لحق المحال به: أي بما عند المحال عليه أو عليه، بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة، وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت. قال: **(وتكره السفاتج الخ)** السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرّب، أصله سفته يقال للشيء المحكم، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره. وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالاً قرضا ليدفعه إلى صديقه، وقيل هو أن يقرض إنساناً مالاً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وهو نوع نفع استفيد

قوله: **(والمطلقة، إلى قوله، على نوعين حالة ومؤجلة)** أقول: قوله والمطلقة مبتدأ، وقوله على نوعين خبره قوله: **(وقوله بخلاف الخ)** أقول: قوله وقوله مبتدأ، وقوله بيان لجوازها خبره.

منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده.

قال: **(ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق)** وهذا نوع نفع استفيد به «وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جزء نفعاً».

مفلساً فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبداً من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا قوله: **(ويكره السفاتج)** جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم، سمي هذا القرض به لإحكام أمره. وصورته أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضاً ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه ﷺ نهى عن قرض جرّ نفعاً[1]، رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة، أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال: سمعت علياً رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا»[2] وهو مضعف بسوار بن مصعب، قال عبد الحق: متروك، وكذا قال غيره. ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضاً. وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «السفتجات حرام»[3] وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات. وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جرّ منفعة[4]، وفي الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، ولو لم يكن مشروطاً جاز. وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز، وكذا لو قال اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه. وفي كفاية البيهقي: سفاتج التجار مكروهة، ثم قال: إلا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السفتجة فلا بأس به، كذا روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما؛ ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا. والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه، كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً، وإنما أورد القدوري هذه المسألة هنا لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة، والله أعلم.

بالقرض، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جرّ نفعاً. وقيل: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة؛ وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك. ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة في هذا الموضع لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فإنها معاملة أيضاً في الديون، والله أعلم.

قوله: **(ثم قيل)** أقول: القائل صاحب النهاية.

---

(١) هو الآتي.

(٢) واه بمرة. أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده كما في المطالب العالية ١٣٧٣ من حديث علي.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٠: قال عبد الحق: فيه سوار بن مصعب وهو متروك. وقال ابن عبد الهادي: ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف وقال: إسناده ساقط، وسوار متروك ا هـ.

(٣) باطل. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٢٦٨ من حديث جابر بن سمرة وأعله بإبراهيم بن نافع الجلاّب وقال عنه: منكر الحديث، وأعله أيضاً بعمر بن موسى بن وجيه، ومن طريق أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٤٩.

(٤) هذا هو الصواب. فقد أخرج البيهقي ٥/ ٣٥٠ بسند جيد وابن الجوزي في التحقيق ٣/ ٢٧/ ١ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً بنحوه. وورد عن أبي بن كعب موقوفاً أخرجه البيهقي أيضاً. وأخرجه عن ابن مسعود في ٥/ ٣٥٠. ٣٥١ و ٦/ ٣٩ بنحوه. وأخرجه البيهقي عن فضالة بن عبيد صاحب رسول الله ﷺ قال: كل قرض جرّ منفعة، فهو وجه من وجوه الربا. فهذه الموقوفات حجة في هذا المقام، والاجتماع على هذا.

كتاب أدب القاضي

قال: (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأنّ

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء. والأدب الخصال الحميدة والقاضي محتاج إليها فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه؛ وسميت الخصال الحميدة أدباً لأنها تدعو إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال منه أدب زيد يأدب أدباً بوزن ضرب يضرب ضرباً إذا دعاك إلى طعامه فهو آدب، والمأدبة الطعام المصنوع المدعو إليه، ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل:

ورثــوا الــسـؤدد عــن آبــائـهــم ... ثــم ســادوا ســؤدداً غــيــر زمــر
نــحــن فــي الـمـشـتـاة نـدعـو الـجـفـلـى ... لا تــرى الآدب فــيــنــا يــنــتــقــر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود: إن هذا القرآن مأدبة الله، فمن دخل فيه فهو آمن. وروي عنه أيضاً مأدبة الله فتعلموا من مأدبته، بفتح الدال: أدى تأديبه، وكان الأحمر يجعلهما لغتين. قال أبو عبيد: لم أسمع أحداً يقول هذا غيره. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: يستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر: يعني بإكماله. وفي الشرع يراد به الإلزام، ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس. وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا هذا إذا كان السلطان لا يفصل بنفسه، فإن فعل لم يأثموا كما في البزازية، وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بإلزام المانعين منها، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء، وقد أمر الله تعالى به نبيه ﷺ فقال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة: ٤٩] وقَبْلَهُ ﷺ داود بقوله تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾ [ص: ٢٦] وبعث ﷺ: «علياً قاضياً على اليمين[1] ومعاذاً وقال له: بم تقضي؟ فقال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد، قال: بسنة

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي، والقاضي يحتاج إلى خصال حميدة يصلح بها للقضاء، وهذا الكتاب لبيان ذلك. والأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد. ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمداً صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾ وقال: ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ قال: (ولا تصح ولاية القاضي الخ) لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول، واختاره

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الإشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي: القاضي بتأخير الحكم آثم وعزل وعزر انتهى. قال الإمام السرخسي في مبسوطه: وإن طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن. وفي رواية: ردوا الخصوم من ذوي الأرحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين إن طمع في الصلح، لأن في زيادة على ذلك إضرار لصاحب الحق، وإن لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بجواب عليه ردهم، وإنما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك قوله: (لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول: ما ذكره يقتضي إيراده عقيب

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وغيرهم وسيأتي بعد أحاديث مع ذكر لفظه.

حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح، إلا أنه لا ينبغي

رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد برأيي»(١) فأقره وعليه إجماع المسلمين قوله: **(لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد)** هذا لفظ القدوري، وذكر المولى على لفظ المفعول للإشعار بأنه ألقى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى **(أما الأول)** وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة **(فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة)** يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من سر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدوداً في قذف، والكمال فيه أن يكون عدلاً عفيفاً عالماً بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة.

[فرع] قلد عبد فعتق جاز أن يقضي بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد، كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق، كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء. وذكر بعد ورقة: لو قلد قضاء مصر لصبي فأدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر، ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد: هو على قضائه، ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد. والفرق أن كلاً منهما له ولاية وبه مانع، وبالعتق والإسلام يرتفع، أما الصبي فلا ولاية له أصلاً. وما في الفصول: لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصلّ بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبيّ، لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط، وما تقدم تنجيز، وإذا لم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً، فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سأله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال: ينبغي أن

على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضياً بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ، ويكون: أي المولى من أهل الاجتهاد. أما الأول: يعني اشتراط شرائط الشهادة فلأن حكم القضاء يستقى: أي يستفاد من حكم الشهادة لأن كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لأن ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها، وربما لوّح المصنف بقوله فيستقى استعارة للاستفادة إلى ذلك، وعلى هذا كل ما كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة، حتى لو قلد جاز، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته،

كتاب الدعوى. وأيضاً كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذي قبله على ما هو دأبهم قوله: **(قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة﴾ الخ)** أقول: ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف: **(حتى يجتمع في المولى)** أقول: قال في الكفاية: المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على ما يجيء إن شاء الله تعالى انتهى. وفي وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وإن طلبه قوله: **(لابطلبه التولية)** أقول: كما يدل عليه صيغة التفعل فإنها للتكليف الذي يستلزم الطلب قوله: **(شرائط الشهادة)** أقول: أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين، وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى.

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٥٩٢ والترمذي ١٣٢٧ وأحمد ٥/ ٢٣٠. ٢٣٦. ٢٤٢ كلهم من طريق شعبة عن أبي عون الثقفي عن الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ فذكره وهو بزيادة: ولا آلو فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله.
السياق لأبي داود، واختصر الترمذي من كلمات يسيرة. وهو مرسل حيث ليس فيه ذكر معاذ عندهما وذكره أحمد في رواياته. ثم رواه أبو داود ٣٥٩٣ والترمذي ١٣٢٨ من هذا الوجه بزيادة: عن أناس من أهل حمص عن معاذ عن النبي ﷺ
وقال الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل، وأبو عون الثقفي اسمه محمد بن عبيد الله.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٣ بعد أن ذكر كلام الترمذي: وقال البخاري في تاريخه الكبير: الحارث بن عمرو الثقفي عن أصحاب معاذ عن معاذ روى عنه أبو عون، ولا يصح، ولا يعرف إلا بهذا وهو مرسل اهـ قلت: ومع الإرسال علة ثانية وهي جهالة الحارث الثقفي كما في التقريب: وكما أشار إلى ذلك البخاري والله أعلم.

أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كانا القاضي عدلاً

يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطاناً، وتقليد القضاء منه غير أنه يعدّ نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى. ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه، وهذا لا يكون إلا إن عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة، وذلك أن السلطان لا ينعزل إلا بعزله نفسه وهذا غير واقع. وأما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شيء إلا فيهما. وقد اختلف في قضاء الفاسق، فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله، لكن الغزالي قال: اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلوّ العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه السلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهر المذهب عندنا، فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد. والحاصل أنه إن كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك، ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها، وإن قبل نفذ الحكم بها، وفي غير موضع ذكر الأولوية: يعني الأولى أن لا تقبل شهادته، وإن قبل جاز، ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ **(ولو كان عدلاً)** قبل الولاية فولى **(ففسق)** وجار **(بأخذ الرشوة وغيرها)** من أسباب الفسق **(لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)** البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول. وقيل إذا ولي عدلاً ثم فسق انعزل لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته، لأنه حين ولاه عدلاً اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها، ولا شك أنه لو لزم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم، والإضافة كأن يقول: جعلتك قاضياً في رأس الشهر، ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضياً إلا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا، لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل. وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء، وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق، ففي البقاء لا ينعزل. واتفقوا في الإمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة. ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث البعث إلى مؤتة وأمّر عليهم زيد بن حارثة «إن قتل زيد فجعفر

ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظراً إلى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم ﷺ بالخيرية، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم، ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر، وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام البزدوي. وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب. وروي عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فإن اختيار الطحاوي أن الفاسق إذ قلد القضاء لا

قوله: **(لأن كل واحد الخ)** أقول: في دلالته على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الأشهرية. قال في النهاية: هذا من قبيل بيان حكم المرجع: أي مرجعهما إلى أصل واحد، وهو أن يكون القاضي حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً كما في الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبنياً على حكم الشهادة، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس، يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك، ولأن أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشيء لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لأهلية القضاء بهذا ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى. قوله: **(لأن ولاية القضاء الخ)** أقول: هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية قوله: **(أو أكمل من ولاية الشهادة)** أقول: إذ به يقطع النزاع قوله: **(أو مترتبة عليها كانت أولى الخ)** أقول: في ثبوت الأولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى. لا يقال: إن القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بها يكون شرط الشهادة شرطاً لها.

ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله.

أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»[1] وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي. ثم الرشوة أربعة أقسام: منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضياً. الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل. أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه. وأما في الباطل فأظهر. وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال: لا ينفذ فيما ارتشى فيه، وينفذ فيما سواه. وهو اختيار شمس الأئمة، لا ينفذ فيهما، ينفذ فيهما، وهو ما ذكر البزدوي، وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه، ولا فرق بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي، وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني، لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب إليه، والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتساباً في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء. الثالث أخذ المال ليسوّي أمره عند السلطان دفعاً للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع، وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني. وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال: حلال من الجانبين كالإهداء للتودد. وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم، حلال من جانب المهدى حرام على الأخذ وهو أن يهدى ليكفّ عنه الظلم. والحيلة أن يستأجره الخ، قال: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان الإهداء بلا شرط ولكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي إليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به، وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع. الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع

يصير قاضياً، والأول أظهر لقوله (**وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه**، وهو قول الشافعي فإنه لا **يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده**) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال من الإيمان عنده، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (**وقال بعض المشايخ إنه إذا قلد الفاسق يصح، ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لأن المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضياً بتقليده دونها**) فكان التقليد مشروطاً ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها. واعترض بأن قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء، والعزل بالفسق الطارىء، والأول ثابت لأنه من مسلّمات هذا

بالطريق الأولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لأنه مغالطة كما لا يخفى قوله: (**ولو قيل جاز، إلى قوله: في غيرهم**) أقول: فيه أن ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل. نعم يدل على عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني لجواز قبول شهادة الفاسق قوله: (**وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ**) أقول: مسلم كما لا يخفى فإن قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء قوله: (**وهذا إشارة إلى أن استحقاق الخ**) أقول: الظاهر إسقاط أن في قوله إلى أن الخ، ثم أقول: وعلى الأول تدل عبارة الكافي حيث قال: ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى قوله: (**ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك**) أقول: يتأويل ما ذكر قوله: (**والأول أظهر لقوله الخ**).

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٦١ وابن حبان ٤٧٤١ وأبو نعيم في الحلية ١/١١٧ من حديث ابن عمر وتمامه: قال عبد الله ـ أي ابن عمر ـ كنت معهم تلك الغزوة، فالتمسنا جعفر بن أبي طالب، فهوجدناه في القتلى، ووجدنا فيما نيل من جسده بضعاً وسبعين ضربة ورمية. وانظر هذا الخبر في المغازي، والسير باب غزوة مؤتة.

وقال الشافعي رحمه الله: الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ رحمهم الله: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها، وهل يصلح الفاسق مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور

حرام على الآخذ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب **(وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا لأنه من أمور الدين)** وقد ظهرت خيانته للدين **(وقيل يستفتى لأنه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسبه فقهاء عصره إلى الخطأ، وأما الثاني)** وهو اشتراط أهلية الاجتهاد **(فالصحيح أنها ليست شرطاً للولاية بل للأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا)** ويحكم بفتوى غيره **(خلافاً للشافعي)** ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الأصل، أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً ولكن المختار خلافه. قالوا: القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم. قلنا: يمكنه القضاء بفتوى غيره **(ومقصود القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه)** ورفع الظلم **(يحصل به)** فاشتراطه ضائع، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب، وكون معاذ قال: أجتهد برأيي[1] لا يلزمه اشتراطه، وإنما لم يذكر معاذ الإجماع لأنه لم يكن حجة في زمنه ﷺ. وقد قدمنا أيضاً عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان. في بعض نسخ الهداية: الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي ﷺ علياً اليمن[2] ولم يكن مجتهداً فليس بشيء، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه. فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غيره، وسنذكر سند حديث عليّ رضي الله عنه. واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا المجتهد، وقد

الفن ينبني عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها، وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء، فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارىء. والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقاً بالشرط، فإن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز بدليل ما روي: «أن رسول الله ﷺ بعث جيشاً وأمّر عليهم زيد بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم» وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي، والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه. والفرق بين القضاء والإمامة والإمارة في أن الإمام أو الأمير إذا كان عدلاً وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة. والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والقهر والغلبة؛ ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الأعمال منه وصلوا خلفه. وأما مبنى القضاء فإنه على العدالة والأمانة، وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة **(والفاسق هل يصلح مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور الدين، والفاسق لا يؤتمن عليها، وقيل يصلح لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطأ فلا يترك الصواب. وأما الثاني)** يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء. فإن لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح، وقد ذكر محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً، لكن **(الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية)** قال الخصاف: القاضي يقضي باجتهاده نفسه إذا كان له رأي فإن لم يكن له رأي وسأل فقيهاً أخذ بقوله قوله: **(فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا)** يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لأنه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلاً بالنسبة إلى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام، ويحتمل أن

أقول: وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الأظهرية قوله: **(وقيل هذا بناء الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(والأول ثابت)** أقول: يعني قوله البقاء أسهل قوله: **(وامتناعه الخ)** أقول: يعني امتناع النكاح بلا شهود قوله: **(وجواز الشيوع في الهبة الخ)** أقول: كما إذا رجع الواهب في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع.

---

(١) تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف نصّ على ذلك البخاري والترمذي. وأما خبر إرسال معاذ إلى اليمن بدون هذا الخبر فهو في الصحاح وانظر تلخيص الحبير ٤/ ١٨٢.

(٢) خبر علي سيأتي بعد قليل.

الدين وخبره غير مقبول في الديانات، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطأ، وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية. فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، وهو يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم. ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه. وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله

استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور، وشهد هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزوّ ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب، فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به، بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب ذكره في بعض الجوامع. وعندي أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولاً منها فإن المقلد له أن يقلد أيّ مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه أنه الأصوب أولى. والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه، وعلى هذا إذا استفتى فقيهين: أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا المنتقل من مذهب إلى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد. ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به، وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به، لأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة، فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادوا

يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله: **(خلافاً للشافعي)** فإنه علل له بقوله: **(إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم)** ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري، فإن الإنسان لا يصل إلى المقصود لتحري غيره بالاتفاق، فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك. والأول هو الظاهر **(ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلى المستحق)** وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره، ويؤيد ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن عليّ رضي الله عنه قال: «أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن، فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله تعالى سيهدي

قوله: **(وأما مبنى القضاء الخ)** أقول: إذا كان عدلاً وقت التقليد.

قوله: **(ويحتمل أن يكون المراد به لا يحفظ شيئاً الخ)** أقول: فيه بحث، فإن مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء قوله: **(ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد)** أقول: لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود: أعني العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام قوله: **(وشبهه بالتحري)** أقول: يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العل فصار كالتحري فإنه لا يصل بتحري غيره قوله: **(فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ)** أقول: الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل. قوله: **(فلا يلتفت إلى ما قيل الخ)** أقول: وقد مر في باب الإحرام من كتاب الحج.

عليه الصلاة والسلام «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين».

هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بإلزامه نفسه قولاً أو نية شرعاً، بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه لقوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به، والغالب أن مثل هذه إلزامات منهم لكفّ الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه. وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوّغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه، وكان ﷺ يحبّ ما خفف عن أمته، والله سبحانه أعلم بالصواب **(وينبغي للمقلد)** وهو من له ولاية التقليد **(أن يختار من هو أقدر وأولى)** لديانته وعفته وقوّته دون غيره ويرزقه من بيت المال. ولا بأس للقاضي أن يأخذ وإن كان غنياً مَثرياً وإن احتسب فهو أفضل. والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم إذا عمل فيه الوصي ﴿ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرّغ نفسه للعمل للمسلمين، فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا: وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه، أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن عليّ رضي الله عنه أو غلاء السعر، فرزق القاضي لا يقدر بشيء لأنه ليس بأجر لأنه لا يحل على القضاء. وإنما يختار الأولى لقوله ﷺ فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»[1] وقال: صحيح الإسناد. وتعقب بحسين بن قيس فإنه ضعيف، وضعفه العقيلي وقال: إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فقد خان

لسانك ويثبت قلبك، فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك» فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجوز لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد **(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله ﷺ: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»)** وهو حديث ثبت بنقل العدول، فلا يلتفت إلى ما قيل إنه خارج عن المدوّنات، فإنه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله: **(وفي حدّ الاجتهاد)** إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالاً، فإن بيانه تفصيلاً موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً **(وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة**

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٩٢، ٩٣ ومسدد في مسنده كما في المطالب العالية ٢١٠٣ وابن عدي في الكامل ٢/ ٣٥٢ والعقيلي في الضعفاء ١/ ٢٤٨ كلهم من حديث ابن عباس ومداره على حسين بن قيس ولقبه حنش. وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٢: وتعقبه شيخنا الذهبي في مختصره فقال: حسين بن قيس ضعيف.
قال الزيلعي: وضعف حسين بن قيس أيضاً النسائي وأحمد، وكذا أعله العقيلي، وابن عدي به. وقال العقيلي: إنما يعرف من كلام عمر.
ورواه الطبراني من طريق حمزة النصيبي عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعاً.
وأخرجه الخطيب عن إبراهيم بن زياد القرشي عن ابن عباس وقال: إبراهيم في حديثه نكرة، وقال يحيى بن معين: لا أعرفه.
قال الزيلعي: وورد من حديث حذيفة أخرجه أبو يعلى في مسنده من حديث حذيفة ا هـ. وذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٢١١، ٢١٢ وقال: رواه الطبراني في معجمه وفيه أبو محمد الجزري حمزة، ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح ا هـ.
قلت: حمزة أظنه النصيبي. فقد جاء في الميزان: حمزة بن أبي حمزة الجزري النصيبي. قال يحيى: لا يساوي فلساً، وقال البخاري: منكر الحديث ا هـ. فأظن أحد مشايخ الطبراني دلّسه وقد اتفق معه في نسبته وفي اسمه كما ترى ويؤكد ذلك أن الزيلعي جزم بأنه حمزة النصيبي كما تقدم ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٥. فالحديث بمجموع هذه الطرق لا يرقى إلى الحسن لشدة ضعف أكثرها فهو يقرب من الحسن والله أعلم.

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها.

الله ورسوله وجماعة المسلمين»[1] وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين»[2] والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولي ويعزل، كذا قالوا. ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون، ولو ولي فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك إمضاء للقضاء، والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالأصالة لا بطريق النيابة، فإن السلطان إذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز، فإن نصبه كنصب السلطان بنفسه قوله: (وفي حدّ الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الأول نسبته إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفي الثاني عكسه. ثم إن المصنف رتب على الأول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار، والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطاة الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث، وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان، ولا شك في ذلك لأنهما متضادان لأن كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس. فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الأقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة لأنه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله: (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد

بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نير وقيل: (أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادي، ومنها إلى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة، فإن من الأحكام ما يبتني عليها مخالفاً للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك. قال: (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاه وقام بما هو فريضة وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ وقال لنبينا ﷺ: ﴿إنا

قوله: (وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول: قوله له خبر، ويجوز أن يكون حالاً وأن يكون صفة بل هو أولى. قوله: (من عرف أو عادة) أقول: للتخير في التعبير قوله: (وتعاطي العجين) أقول: أي استقارضه فإن القياس يأبى جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء.

---

(١) تقدم في الذي قبله. وأما قول ابن الهمام: رواه الطبراني من غير طريق حسين. فجوابه: هو من طريق حمزة النصيبي، وهو أسوأ حالاً من حسين.

(٢) تقدم تخريجه في الذي قبله.

قال: **(ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه)** لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف.

أحداً قوله: (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه، لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) أما أن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف[1]. وكذا عليّ رضي الله عنهما لرواية أبي داود عن عليّ قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسل الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأوّل، فإنه حري أن يتبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد»[2] ورواه أحمد وإسحاق بن راهويهِ والطيالسي والحاكم وقال: صحيح الإسناد، وأخرجه ابن ماجه وفيه: «فضرب صدري وقال: اللهم أهد قلبه وثبت لسانه، قال: فما شككت»[3] الحديث، وصححه أيضاً الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال: «بعث النبيّ ﷺ علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: علمهم الشرائع واقض بينهم»[4] الحديث، وصححه[5] ثم قلد عليّ شريحاً الإمام[6]. وأما أنه فرض كفاية فقد قدمناه، غير أن مقتضاه أن يكون

أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس﴾ فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه، لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر. واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية إن لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها. وأجيب بأنه كذلك إلا أن فيه خطر الوقوع

---

(١) حديث معاذ تقدم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٨٥. ٨٦ والطيالسي ١٢٥ وأحمد ١/ ٩٠. ٩٦. ١١١ والبيهقي ١٠/ ١٣٧ من طرق كلهم عن سماك بن حرب عن حنش عن علي به ومن هذا الوجه رواه الحاكم ٤/ ٩٣.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وسكت الذهبي! مع أن في إسناده سماك بن حراب، وهو صدوق تغير بآخرة فكان ربما يلقن. قاله الحافظ في التقريب وشيخه حنش هو ابن المعتمر: صدوق له أوهام ويرسل. قاله في التقريب.

ولعل الذهبي، وافقه الحاكم لشواهده. ومنها الآتي.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٣١٠ وأبو يعلى ٣١٦ ووكيع ١/ ٨٤ والحاكم ٣/ ١٣٥ وابن سعد ٣/ ٣٣٧ والنسائي في خصائص علي ٣١ و ٣٢ و ٣٣ كلهم من طريق أبي البختري عن علي. وصححه الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي! مع أن فيه انقطاعاً. فإن أبا البختري واسمه سعيد بن فيروز لم يسمع من علي شيئاً.

ويؤكد ذلك أن الطيالسي أخرجه في مسنده ٩٨ وكذا أحمد ١/ ١٣٦ ووكيع ص ٨٥ والبيهقي ١٠/ ٨٦. ٨٧ كلام من طريق شعبة عن عمرو بن مرة عن أبي البختري عمن سمع علياً عن علي به.

وقد توبع أبو البختري، فقد أخرجه أحمد ١/ ٨٨. ١٥٦ ووكيع ١/ ٨٥ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ والنسائي في خصائصه ٣٥ عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرِّب عن علي.

وإسناده لا بأس به حارثة ثقة كما في التقريب لكن أبو إسحاق مدلس وقد عنعنه. وبقية رجاله ثقات. وأخرجه أبو يعلىٰ ٢٩٣ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ والنسائي في الخصائص ٣٦ عن أبي إسحاق عن عمرو بن حبشي عن علي وإسناده حسن في الشواهد. وورد من حديث ابن عباس وهو الآتي.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٨٨ من حديث ابن عباس وقال: صحيح على شرطهما. ووافقه الذهبي مع أن في إسناده: ورقاء بن عمر، وهو وإن روى له الشيخان إلا أنه متكلم فيه، ولكن لا يتزل حديثه عن الحسن خصوصاً في جملة الشواهد.

وأخرجه ابن حبان ٥٠٦٥ من حديث ابن عباس عن علي مطولاً وإسناده واه فيه سماك بن حرب. ضعيف في روايته عن عكرمة، وهذا رواه عن عكرمة. وفي ألفاظ ابن حبان نكارة. لكن أصل الحديث هو المعتمد وقد تقدم ذكره مع طرقه وشواهده. وانظر نصب الراية ٤/ ٦١. ٦٢ وتلخيص الحبير ٤/ ١٨٢.

(٥) هذه مكررة. فقد ذكر ابن الهمام في بداية هذه الرواية أن الحاكم صححه. فلا حاجة لتكرارها.

(٦) لا أدري ما وجه ذكر لفظ: الإمام. عقب ذكر شريح. ولعل الصواب: شريحاً القاضي. لأن شُرَيحاً اشتهر بالقضاء.

قال الذهبي في التذكرة ١/ ٥٩: شريح بن الحارث روى له البخاري وغيره من المخضرمين استقضاه عمر على الكوفة ثم علي فمن بعده.

وجاء في التقريب: ثقة مخضرم مات قبل الثمانين، أو بعدها، وله مائة وثمان سنين قال بعضهم: حكم سبعين سنة.

قال: **(ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه)** كي لا يصير شرطاً لمباشرته القبيح، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطىء ظنه ولا يوفق له أولاً يعينه عليه

الدخول فيه مستحباً؛ وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى. وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف: أي الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وإن أمن أبيح رخصة، والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب. هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه، وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه، إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك. وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»[(١)] حسنه الترمذي، وأخرجه ابن عديّ في الكامل من حديث ابن عباس. عن النبي ﷺ قال: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»[(٢)] وحكي أن بعض القضاة استخفّ بهذا الحديث ثم دعا من يسوّي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه إذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه، وقد جاء في التحذير من القضاء آثار. وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال: البحر عميق فكيف أعبر

في المحظور فكان به بأس. قال: **(ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ)** من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً: أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء، وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له عليّ مطالبة بكذا فإن قضيت لي فلك كذا، وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا أنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة هاهنا بعدم الجواز. قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً؛ ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي،

قوله: **(وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٢ وابن ماجه ٢٣٠٨ والدارقطني ٤/ ٢٠٣ والحاكم ٤/ ٩١ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع في أدب القضاة ١/ ٨ وأحمد ٢/ ٢٣٠ ـ ٣٦٥. من طرق عن عثمان بن محمد الأخنسي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً وزاد ابن ماجه وكذا أبو داود: بين الناس فقد ذبح..) وصححه الحاكم، وأقره الذهبي! مع أن الأخنسي ضعيف ولكن ربما لمجيئه من طرق أخرى.
وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٦ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع ١/ ٩ عن الأخنسي عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به وصدره: من وُلّي...
ورجح وكيع كونه عن سعيد المقبري لا عن سعيد بن المسيب.
قلت: وقد توبع الأخنسي فقد أخرجه أبو داود ٣٥٧١ والترمذي ١٣٢٥ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع ١/ ١٢ والقضاعي في الشهاب ٣٩٦ في ١/ ٢٤٦ والدارقطني ٤/ ٢٠٤ من طرق عن عمرو بن عمرو عن المقبري به قال الترمذي: حسن غريب وقد روي من غير هذا الوجه.
وأخرجه أحمد ٢/ ٢٣٠ من طريق عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن المقبري عن أبي هريرة به فهذه متابعة ثانية للأخنسي على المقبري.
وهناك متابعة ثالثة عند الطبراني في الصغير ١/ ١٧٦ والقضاعي ٣٩٥ من طريق زيد بن أسلم عن المقبري به وأخرجه البغوي ٢٤٩٦ عن الثوري عن زيد بن أسلم عن سعيد به. وهو في الواهيات وأعله ابن الجوزي في الواهيات ٢/ ٧٥٦ بأن الراوي عن الثوري هو بكر بن بكار وقال: قال عنه يحيى: ليس بشيء.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٨٤: وليس كما قال ابن الجوزي. وبكر قد أخرج له النسائي وكفاه قوة اهـ.
قلت: وكلاهما قد أصاب فبكر واهٍ لكن العمدة رواية أصحاب السنن، وقد تقدم مستوفياً، فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح والله أعلم.
فائدة: جاء في تلخيص الحبير: قال ابن الصلاح: معناه ذُبح من حيث المعنى لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد، وعذاب الآخرة إن فسد.
(٢) ضعيف، أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٩٨ من حديث ابن عباس. وفيه داود بن الزبرقان أعله به، ونقل تضعيفه عن ابن معين والنسائي، وأقره الزيلعي في ٤/ ٦٥ وله علة ثانية وهي: ضعف ابن السائب قلت: والصواب كونه من حديث أبي هريرة.

غيره، ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد.

بالسباحة؟ فقال أبو يوسف: البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة: كأني بك قاضياً. وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة: ما وجدت القاضي إلا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق. وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة. واجتنبه كثير من السلف. وقيد محمد بن الحسن نيفاً وثلاثين يوماً أو نيفاً وأربعين يوماً ليتقلده. وقد أخرج مسلم عن أبي ذرّ رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال له: «يا أبا ذرّ إني أحبّ لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم»[1].

وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»[2] وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره»[3] وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه، فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره إلى يمينه ثم رمى به في

فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال: أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا، وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد. واستدل المصنف على ذلك بقوله ﷺ: «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» رواه أبو هريرة رضي الله عنه. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال: لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بإزهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر، ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره

قوله: (**فكان به بأس**) سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لابأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه قوله: (**كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح**) أقول: فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعي كون الدخول شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل قوله: (**ألا ترى أن**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٢٦ وأبو داود ٢٨٦٨ والنسائي ٦/ ٢٥٥ والطحاوي في المشكل ٥٦ بتحقيق شعيب الأرناؤوط وابن حبان ٥٥٦٤ والبيهقي ٣/ ١٢٩ و ٦/ ٢٨٣ من طرق كلهم من حديث أبي ذر مرفوعاً: يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب. . . الحديث. وتكلم في إسناده الدارقطني، ورده النووي بقوله: ولم يُحْكِمْ الدارقطني فيه بشيء فالحديث صحيح إسناداً، ومتناً ا هـ.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٣ والترمذي ١٣٢٢ وابن ماجه ٢٣١٥ والحاكم ٤/ ٩٠ والبيهقي ١٠/ ١١٦ من طرق كلهم من حديث ابن بريدة وهو عبد الله عن أبيه مرفوعاً. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٨٢ في ٤/ ١٨٥: وقال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون، ورواته مراوزة.

قلت: له طرق أخرى غير هذه قد جمعتها في جزء ا هـ.

وورد من حديث ابن عمر أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٩٣ من حديث ابن عمر وقال: رواه الطبراني في الأوسط والكبير، ورجال الكبير ثقات، ورواه أبو يعلى بنحوه.

قلت: وفيه تغير يسير.

(٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٥٠٥٥ وأحمد ٦/ ٧٥ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٢٠ ـ ٢١ والبيهقي ١٠/ ٩٦ كلهم من حديث عائشة. وفيه صالح بن سرج وثقه ابن حيان.

وأورده الهيثمي في المجمع ٤/ ١٩٢ وقال: رواه أحمد وإسناده حسن ا هـ وهو كما قال لكن لشواهده وستأتي.

قال: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه

جهنم»[1] وروى النسائي عن مكحول: لو خيّرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي. وأخرج ابن سعد في الطبقات قال: استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء، فقال: أتهنونني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين. وأما ما في البخاري «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلى ظله: إمام عادل»[2] فلا ينافي مجيئه أوّلاً مغلولة يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض قوله: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله ﷺ: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه» الخ)** أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سأل القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولفظ أبي داود: «من طلب القضاء واستعان عليه» وأخرجه الترمذي أيضاً عن أنس مرفوعاً: «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده»[3] وقال: حسن غريب، وهو أصح من حديث إسرائيل يريد سند الأول، وأصح من الكل حديث البخاري قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها»[4] وإذا كان طلب الولاية أن يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه محذور

جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك. وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حكي أن قاضياً روى له هذا الحديث فازدراه وقال: كيف يكون هذا، ثم دعا في مجلسه

أبا حنيفة الخ) أقول: فيه أن قصة حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها، ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف: **(والصحيح الخ)** أقول: فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب قوله: **(لأنه قد يخطىء ظنه فيما اجتهد الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المجتهد إذا أخطأ يثاب. وعندي الأصوب أن يقال فلعله يخطىء ظنه: أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضي بالحق لعله يخطىء إذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف قوله: **(إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم)** أقول: أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي.

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه الحاكم ٤/ ١٠٣ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٥/ ٢٠٦ كلاهما من حديث ابن عباس بهذا اللفظ. وقال الهيثمي: سعدان لم أعرفه.
وقال الحاكم بعد أن سكت عليه ولم يصححه كعادته: سعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث.
وله شواهد كثيرة أوردها الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ـ ٢٠٦ ـ ٢٠٧ فالحديث حسن والله أعلم. لشواهده وإلا فإن سعدان غير مشهود بعدالة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٠ و ١٤٢٣ و ٦٤٧٩ و ٦٨٠٦ ومسلم ١٠٣١ والنسائي ٨/ ٢٢٢. ٢٢٣ وابن خزيمة ٣٥٨ وابن حبان ٤٤٨٦ وأحمد ٢/ ٤٣٩ والبيهقي ٣/ ٦٥ ـ ٦٦ و ٤/ ١١٠ و٨/ ١٦٢ وكذا الترمذي بإثر حديث ٢٣٩١ كلهم من حديث أبي هريرة وتمامه: وشابٌ نشأ في عبادة الله تعالى، ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه، ورجل قلبه معلق في المساجد، ورجلان تحابا في الله اجتمعا عليه وتفرقا، ورجل دعته امرأة ذاتُ منصب وجمال فقال إني أخاف الله رب العالمين، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٧٨ والترمذي ١٣٢٣ والحاكم ٤/ ٩٢ وإسحاق والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٦٩ كلهم من حديث إسرائيل عن عبد الأعلى عن بلال بن أبي موسى عن أنس مرفوعاً.
وقال الحاكم: صحيح الاسناد، ووافقه الذهبي. وكرره الترمذي ١٣٢٤ وكذا أبو داود بإثر الحديث ٣٥٧٨ عن أبي عوانة عن عبد الأعلى عن بلال الفزاري عن خيثمة البصري عن أنس به.
وقال الترمذي عن هذا الإسناد: هو أصح من الأول وهو حسن غريب ا هـ.
وله شاهد وهو الآتي، فالحديث قوي الإسناد لشاهده، وإلا فمداره على عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، وهو صدوق يهم كما في التقريب. والله أعلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٢٢ و ٦٧٢٢ و ٧١٤٧ و ٧١٤٦ ومسلم ١٦٥٢ من وجوه وأبو داود ٢٩٢٩ والترمذي ١٥٢٩ والنسائي ٨/ ٢٢٥ والدارمي ٢/ ١٨٦ وأحمد ٥/ ٦٢. ٦٣ وابن الجارود ٩٩٨ وابن حبان ٤٣٤٨ والبيهقي ١٠/ ١٠٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة زاد البخاري ومسلم في رواية: وإذا حلفتَ على يمين، ورأيت غيرها خيراً منها، فأتِ الذي هو خير، وكفِّر عن يمينك.

فيلهم. **(ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل)** لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد عليّ رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائزاً إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد، بخلاف ما إذا كان يمكنه.

قوله: **(ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد عليّ رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوا من الحجاج)** هذا تصريح بجور معاوية، والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الجماعة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات، وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري فولاه الشام بعده[1]. وقوله في نوبته: نوبة عليّ التي ذكرها المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض إنه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين. وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»[2] وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة، ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البرّ في الاستيعاب قال: قالت رضي الله عنها لابن عمر: يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري؟ قال: رأيت رجلاً غلب عليك: يعني ابن الزبير، فقالت: أما والله لو نهيتني ما خرجت. وأما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي إسحاق قال: كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه. وأسند في موضع آخر

بمن يسوّي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه. ثم قال المصنف **(والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل)** روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال **(الترك عزيمة لأنه قد يخطىء ظنه)** فيما اجتهد **(ولا يوفق له)** إذا كان مجتهداً **(أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة)** إن كان غير مجتهد. وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف: دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون؛ وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لأنه يلتزم أن يقضي بحق ولا يدري أيقدر على الوفاء به أو لا، وفي ترك الدخول صيانة نفسه، وهذا إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء **(فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد)** في حقهم **(وإخلاء للعالم عن الفساد)** في الحدود والقصاص، فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وإلا فلا، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى. قال: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ)** من صلح للقضاء ينبغي أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» وكل بالتخفيف: أي فوّض أمره إليها، ومن فوّض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب لأن النفس أمّارة بالسوء، لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه

قوله: **(احتراز عما يقوله الروافض)** أقول: ويحتمل أن يكون احتراز عن خلافة معاوية استقلالاً.

---

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٩.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٧ ومسلم ٢٩١٥ وابن سعد ٣/ ٢٥٢. ٢٥٣ وأحمد ٣/ ٩٠. ٩١ والطيالسي ٢١٦٨ وابن حبان ٧٠٧٨ و ٧٠٧٩ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وكرره البخاري ٢٨١٢ في الجهاد في باب: مسح الغبار عن الرأس في سبيل الله. وفيه قصة بناء مسجد رسول الله ﷺ قال أبو سعيد: كنا نحمل لَبِنَةً، وعمار لَبِنَتَيْن لَبِنَتَيْن، فرآه النبي ﷺ، فجعل ينفض التراب عن رأسه ويقول: يا ويح عمار تقتله الباغية، عمارٌ يدعوهم إلى الله ويدعونه إلى النار!؟ هذا السياق للبخاري وغيره.

وورد من حديث أم سلمة. أخرجه مسلم ٢٩١٦ من طرق والطيالسي ١٥٩٨ وابن سعد ٣/ ٢٥٢ والنسائي في فضائل الصحابة ١٧٠ وابن حبان ٦٧٣٦ والبيهقي ٨/ ١٨٩ وفي الدلائل ٦/ ٤٢٠ من طرق كلهم من حديث أم سلمة باختصار.

قال: **(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله)** وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها، لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء. ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إذا

عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر. وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي: ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوساً بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها. وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن أخي عبد الرحمن ابن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة، وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكرة رضي الله عنهم[1]. وقوله: **(إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق)** استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر **(لأن المقصود لا يحصل من التقلد)** حينئذ وهو ظاهر. هذا وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد من كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقرّوا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولى قاضياً أو يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم إماماً يصلي بهم الجمعة.

[فروع في العزل] للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة، ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله، بخلاف ما إذا مات القاضي ينعزل نائبه. وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضي لأنه نائب للسلطان، وينعزل القاضي بعزله نفسه إذا بلغ السلطان، وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل. وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لأن قضاءه صار حقاً للعامة فلا يملك إبطاله. وعن أبي يوسف: لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس، ومثله وصي القاضي إذا عزل نفسه يشترط علم القاضي، ويجوز تعليق العزل بالشرط. ومن صوره: إذا كتب الخليفة إليه إذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل إليه الكتاب. ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء، وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل أمراء الخليفة، ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل؟ الأول عن أبي يوسف لا ينعزل. قال في الخلاصة: وهو الأشبه. ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمتثل أمر أحد فخالف انعزل. وعن أبي حنيفة لا

وأعجب فيحرم التوفيق، وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالإكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه. ومن يتوكل على الله فهو حسبه. فيلهم الرشد والتوفيق قوله: **(ثم يجوز التقلد)** تفريع على مسألة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقلد لأهله بين أن يكون المولى عادلاً أو جائراً، فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر، وهذا لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع عليّ رضي الله عنهما في نوبته، دلّ على ذلك حديث عمار بن ياسر، وإنما قيد بقوله **(في نوبته)** احترازاً عما يقوله الروافض إن الحق مع عليّ رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين، وليس الأمر كما قالوا، بل أجمع الأمة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الإمامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق. وقوله: **(إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء)** استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر، فإنه إذا كان لا يمكنه من القضاء **(لا يحصل المقصود بالتقلد)** فلا فائدة لتقلده **(بخلاف ما إذا كان يمكنه)** قال: **(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ)** من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله، والديوان هو الخرائط

قوله: **(وإلا لا تفيد)** أقول: يعني فائدتها المطلوبة منها قوله: **(لأنها تؤول إليها بالتذكير)** أقول: لم يذكر البينة لأن الحجة عند

---

(١) أورد هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٩. ٧٠.

كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تديناً لا تموّلاً، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً، ويجعلان كل نوع منها في خريطة كي لا يشتبه على المولى، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام.

يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا قوله: **(ومن قلد القضاء يسأل)** أي أول ما يبدأ به من الأعمال. هذا وهو أن يسأل: أي يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه **(الخرائط التي فيها السجلات وغيرها)** من كتب الأوقاف وكتب نصب الأوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للأيتام وغيرهم مما اقتضاه الحال، وإنما يطلبه **(لأنها)** إنما **(وضعت)** عند القاضي **(لتكون حجة)** ووثيقة محفوظة **(عند)** القاضي إذا وقعت **(الحاجة)** إلى الحجة ومعرفة الأحوال **(فتجعل عند من له ولاية النظر)** في أمورهم وما كانت عند الأول إلا لأنه كذلك **(ثم إن كان البياض)** الذي كتب فيه القاضي ورقاً أو رقا **(من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لأنه رضي به)** لأنه للقاضي لا لأنه ملك الذات **(وقد انتقل)** القضاء **(إلى)** القاضي **(المولى وإن كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لأنه اتخذه تديناً)** ليحفظ به أمور الناس وحاجتهم **(لا تموّلاً، ويبعث)** المولى **(اثنين)** أو واحداً مأموناً **(ليقبضاها بحضرة المعزول أو)** من **(أمينه ويسألان)** أعني الأمينين **(المعزول شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة)** مثلاً الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الأوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول، بخلاف ما إذا خلط الكل فإن في الكشف عنه حينئذ عسراً شديداً، وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب أوقافهم، بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف **(وهذا السؤال لكشف الحال)** لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختما عليه خوفاً من طرق التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة، فإن كتب

التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لأنها: أي السجلات وغيرها إنما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء وإلا لا تفيد، وسماها حجة وإن لم يكن الكتاب منفرداً عن التذكير والبينة حجة لأنها تؤول إليها بالتذكير. ثم البياض: أي الذي كتب فيه الحادثة ورقاً كان أو رقاً لا يخلو عن أمور ثلاثة: إما أن يكون من بيت المال، أو من مال الخصوم، أو من مال القاضي الأول؛ فإن كان الأول فوجه تسليم القاضي إياه ظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إن كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تمولا. وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لأنه ملكه أو وهب له، ولكن الصحيح فيهما ما ذكر قوله: **(ويبعث أمينين)** بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المتولي رجلين ن ثقاته وهو أحوط، والواحد يكفي **(فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى)** وهذا لأن السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج إليه وقت

قيام البينة هي البينة لا الكتاب الشرعي، بخلاف صورة التذكير فإنه لما كان سبباً للتذكير الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل، فإن في عبارة تؤول إليها نوع سهو عما قلنا، ولكن الأمر سهل. بقي هاهنا بحث لأن الحجة بالتذكير إنما بالنسبة إلى القاضي الذي وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد إياها قوله: **(لأنه ملكه أو وهب له)** أقول: لو اقتصر على قوله لأنه ملكه لانتظم الصورتين، وإنما ذكر قوله أو وهب له تنبيهاً على طريق تملكه إذ ربما يخفي على بعض الأفهام فتأمل. ثم قوله لأنه ملكه: أي في الثاني وقوله أو وهب له: أي في الأول قوله: **(وهذا السؤال: أي سؤال المعزول)** أقول: أو سؤال أمينه فالسؤال أمينه فالسؤال هاهنا مضاف إلى مفعوله قوله: **(قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام)** أقول: ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء: أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرائط فنوعاً آخر بعده مثلاً يستعطيان أولاً خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك، وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال: أي الاستعطاء على هذا الوجه، ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء وقوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم قوله: **(شيئاً فشيئاً منصوب)** أقول: يعني منصوب على المفعولية.

قال: **(وينظر في حال المحبوسين)** لأنه نصب ناظراً **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** لأن الإقرار ملزم **(ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة)** لأنه بالعزل التحق بالرعايا، وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه **(فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في أمره)** لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً

الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله: **(وينظر في حال المحبوسين)** فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون، ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم، وثبوته عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء، لأن قول الأول لم يبق حجة **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** وردّه إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال، وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة، فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى ينظر في حالهم، فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم **(ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق)** بواحد من **(الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة)** موجبة للعمل **(لا سيما)** وهي **(على فعل نفسه)** وبهذا قال الشافعي ومالك. وقال أحمد: يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع، وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً إلا بحجة **(وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة)** بما وجب حبسه **(لا يعجل)** بإطلاقه **(لأن فعل القاضي ظاهراً)** ما كان إلا **(بحق)** فيحتاط لخصمه الغائب فينادي عليه، وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت إلى القاضي يفعل ذلك أياماً، فإذا حضر وادّعى وهو على جحوده ابتدأ

الطلب، وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك، فإن تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل إلى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك **(وهذا السؤال)** أي سؤال المعزول **(لكشف الحال لا للإلزام)** فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة، ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازاً عن الزيادة. قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بعن وهنا ليس كذلك. وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها. وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه: أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها، وليس بشيء لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول، والأولى أن يجعل حالاً بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابه باباً باباً. قال: **(وينظر المولى في حال المحبوسين)** بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم يأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم **(لأنه نصب ناظراً)** لأمور المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** وحبسه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار وليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته: أي حبسه **(ومن أنكر)** ما يوجب الحبس **(لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه)** فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك **(وإن لم تقم بينة)** أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق **(لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه)** أياماً إذا جلس يقول المنادي إن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه، فإن لم يحضر الرجل منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهراً فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه إذا حضر. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلاً على ما سيجيء أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمر موهوم.

قوله: **(لأن الإقرار ولي الواجد يحل عرضه الخ)** أقول: قال صاحب البدائع: قال النبي عليه الصلاة والسلام: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» انتهى. فإن قيل: من أين علم أنه واجد قلنا: من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يساره لم يحبسه. قال المصنف: **(لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة)** أقول: فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول قوله: **(فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ)** أقول: يعني بعد النداء قوله: **(على ما سيجيء)** أقول: في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب.

فلا يعجل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير. (**وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده**) لأن كل ذلك حجة (**ولا يقبل قول المعزول**) لما بيناه (**إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها**) لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ثم أقرّ بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقرّ له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضي.

الحكم بينهما، وإن لم يحضر أخذ منه كفيلاً بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب، وأمارته أنه في حبس قاض، والظاهر أنه بحق، فإن قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلاً وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادي شهراً فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما. أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث إذا اقتسموا على ما سيأتي، والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهراً حق لهذا الوارث، وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لأمر موهوم، وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول، فليس أخذ الكفيل لموهوم، ولو قيل فبالنظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً قوله: (**وينظر في الودائع وارتفاع الأوقاف**) الكائنة تحت أيدي أمناء القاضي، والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (**فيعمل**) فيها (**على**) حسب (**ما تقوم به البينة**) أنه لفلان أو غير ذلك (**أو يعترف**) الذي هو في يده (**ولا يقبل قول المعزول**) على من هي في يده إذا أنكر وقال هي لي إلا ببينة (**لما بينا**) أنه التحق بواحد من الرعايا، بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الإلزام حتى أن الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر، والواحد لا يقبل قوله: (**إلا أن يعترف الذي في يده أن**) القاضي (**المعزول سلمها إليه فحينئذ إما أن يقول سلمها إليّ ولا أدري لمن هي، أو يقول سلمها إليّ**) وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقرّ

وأما هاهنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل هاهنا أيضاً على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق، وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا بالاتفاق، فالفرق المذكور يكون محتاجاً إليه، وإن قال: لا كفيل لي أو لا أعطي كفيلاً، فإنه لم يجب عليّ شيء نادى عليه شهراً ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطاً، فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهراً (**وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف**) لأنه نصب ناظراً في أمور الناس (**فيعمل في المذكور على**) حسب (**ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده**) لأنه لا بد لعمله من حجة (**وكل ذلك حجة، ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذو اليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول، لأنه بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه بيده للحال**) ولو كان بيده عياناً صح إقراره به، فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع (**إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغير من أقرّ له القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي**) والحاصل أن هذه المسألة على خمسة أوجه: وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله، فإن كان الثاني فالقول قوله، ولا يجب بقول المعزول عليه شيء؛ وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إليّ وهو لفلان ابن فلان من أقرّ له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولاً بتعليله وإما أن يقول دفعه القاضي إليّ ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل، وإما أن يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقرّ له القاضي

قوله: (**فإن الحق للغائب ثابت بيقين**) أقول: إطلاق اليقين على ما ثبت نظراً إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى قوله: (**ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له**) أقول: يعني ويسلم القيمة.

قال: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد)** كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو

له القاضي المعزول: ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه يثبت بإقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل إقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال إقراره، أو يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان، وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول، ويدفع لمن أقرّ به له لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأنّ المال في يده فأقرّ به لواحد وأقرّ به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه إليّ القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقرّ له الأمين، ويضمن مثله إن كان مثلياً أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول إلى من أقرّ له به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقرّ بما هو في يده. فلما قال دفعه إليّ القاضي فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقرّ به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفاً لذلك على من أقر له القاضي بإقراره لغيره فيضمنه. هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلاناً مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك.

[فرع يناسب هذا] لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما. ويعتبر قول القاضي، وعند محمد تقبل وينفذ ذلك قوله: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين)** وفي الخلاصة: ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار، وكذا المفتي والفقيه **(والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر)** ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفي السوق، ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا، وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه وقال الشافعي: **(يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه)** أي القضاء **(يحضره المشرك وهو بالنص)** قال تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد﴾ [التوبة: ٢٨] **(والحائض وهي ممنوعة عن دخوله)** ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر، والخصومات تقترن بالمعاصي كثيراً من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى **(ولنا)** ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث

وحكمه ما تقدم، لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر؛ ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح، وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه إلى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخراً وحكمه أن المال يسلم إلى المقرّ له أوّلاً لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضي إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقرّ له وإذا قال بعد ذلك دفعه إليّ القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضي، وبإقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامناً للمثل أو القيمة. كذا نقل صاحب النهاية وغيره غن الصدر الشهيد وغيره. وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أو لا، وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم، ولم أر أحداً ذكر الضمان للمقرّ له ثانياً في الوجه الرابع. ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار إبطال وما بعده وإلا فلا، وذلك لأن الإقرار ممن لا يد له لصدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد، فإذا أقرّ باليد الشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقراراً في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه

قوله: **(وهوالمذكور في الكتاب أولاً الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن المذكور في الكتاب أولاً لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الأخيرتين أيضاً.

نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم. وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه» وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في

سهل بن سعد، وفيه «فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد»[1] ولا بد من كون أحدهما كاذباً حانثاً في يمين غموس، وفي الصحيحين أيضاً عن كعب بن مالك: «أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه»[2] وأخرج الطبراني مسنداً إلى ابن عباس قال: «بينا رسول الله ﷺ يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال: اجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم عليّ الحدّ، قال وما حدك؟ قال: أتيت امرأة حراماً، فقال ﷺ لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوّج، فقيل يا رسول الله ألا تجلد التي خبث بها، فقال له رسول الله ﷺ: من صاحبتك؟ قال: فلانة فدعاها ثم سألها، فقالت: يا رسول الله كذب عليّ والله إني لا أعرفه، فقال ﷺ: من شاهدك؟ فقال: يا رسول الله ما لي شاهد، فأمر به فجلد حدّ الفرية ثمانين جلدة»[3] وأما أن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى: يعني وقع منهم هذا، ولا يكاد يشك في أنّ عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك. ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً. ففي البخاري: لاعن عمر عند منبر رسول الله ﷺ[4]. وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك، فما قيل إنه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ، وليس كذلك. وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن

إقراراً على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك، والله أعلم. قال: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد الخ)** الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المسجد كي لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق بالناس. قال الإمام عليّ البزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجداً في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾ ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد. وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة، ولم يكره الأول وكره الثاني. ولنا ما روي أنه ﷺ قال: «إنما بنيت

قوله: **(وروي عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى)** أقول: يعني أنه قال: والمسجد عطفاً على الكلام السابق.

---

(١) صحيح. وهو بعض حديث أخرجه البخاري ٤٢٣ و ٥٣٠٩ باب التلاعن في المسجد و ٧١٦٥ ومسلم ١٤٩٢ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي في خبر اللعان وقد تقدم في باب اللعان.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٧ و ٢٤١٨ و ٢٧١٠ ومسلم ١٥٥٨ وأبو داود ٣٥٩٥ والدارمي ٢/ ٢٦١ وأحمد ٦/ ٣٩٠ و ٣/ ٤٥٤. ٤٦٠ وابن حبان ٥٠٤٨ والبغوي ٢١٥١ والطبراني ١٩(١٢٧) كلهم من حديث عبد الله بن كعب عن أبيه به. وكرره البخاري ٢٤٢٤ و ٢٧٠٦ والنسائي ٨/ ٢٤٤ والبيهقي ٦/ ٥٢ من طريقين عن عبد الله بن كعب عن أبي كعب فذكره.

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٧١. ٧٢ من حديث ابن عباس، وسكت عليه هو، وابن حجر في الدراية ٨٢٠ مع أن في إسناده القاسم بن فياض الأبناوي مجهول كما في التقريب، وشيخه خلاد بن عبد الرحمن فيه كلام أيضاً. فلا حجة في رواية المجاهيل.

(٤) موقوف. ذكره البخاري ١٣/ ١٥٤ معلقاً بلا سند لكن بصيغة الجزم ولم يذكر الحافظ من وصله.

ظاهره فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة.

بابك. قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة. وإلى محمد بن عمر قال: لما ولى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم إمرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولى أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد، قال: أبو طوالة ثقة يروى عن أنس بن مالك. وإلى إسماعيل بن أبي خالد قال: رأيت شريحاً يقضي في المسجد، وإلى الأسود بن شيبان قال: رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد[1]، وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو إنكاره عن أحد. وأما الحديث الذي ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»[2] فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله ﷺ: «مه مه، فقال ﷺ: لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال، ثم دعاه رسول الله ﷺ فقال: إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر، وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن، قال: وأمر رجلاً من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه»[3] وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه **(والحائض تخبر بحالها ليخرج إليها القاضي)** أو يرسل نائبه **(كما لو كانت الدعوى في دابة، ولو جلس في داره فحسن به)** شرط **(أن يأذن للناس)** على العموم ولا يمنع أحداً من الناس لأن لكل أحد حقاً في مجلسه، وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد أن الأولى أن يكون في وسط البلد. وفي المبسوط: ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء، ولأنه مشغول بما هو فيه، ولا بأس بأن يتكىء لأنه نوع جلسة كالتربع وغيره، وطباع الناس في الجلوس مختلفة، وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع. والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه، وأصله حديث: «لا يقضي القاضي

المساجد لذكر الله تعالى والحكم» وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه» وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله: **(ونجاسة المشرك)** جواب عن دليل الشافعي. وتقريره: نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت أن النبيّ ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد **(فلا يمنع من دخوله)** إذ لا يصيب الأرض منه شيء **(والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة)**. فإن قيل: يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها. قلنا: الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها **(ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك)** قال الإمام فخر الإسلام: إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد، فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن لكل أحد حقاً في مجلسه **(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد)** حتى يكون أبعد من التهمة **(إذ في الجلوس وحده تهمة)** الظلم وأخذ الرشوة. قال: **(ولا يقبل: هدية إلا من ذي رحم محرم منه الخ)** الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء. أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من جوالب القضاء إذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام، والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن الأتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقال رسول الله ﷺ: فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا» واستعمل عمر رضي

---

(١) ذكر هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٢.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٠ وقال: غريب بهذا اللفظ.
وقال ابن حجر في الدراية ٨١٩: لم أجده هكذا. ووافقهما ابن الهمام.

(٣) تقدم في كتاب الطهارة. رواه مسلم وغيره.

قال: **(ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته)** لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه، حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة إلا

وهو غضبان»[1] معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً، ولا يقدم رجلاً جاء الآخر قبله، ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً (و) ينبغي أن **(يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة)** الرشوة أو الظلم. وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة، ويستحبّ أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: فإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده، فإن طباع الناس تختلف، فمنهم من يمنعهم حشمة الفقهاء من فصل القضاء. ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده. وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه. ومن يسمع يخل، فربما تفسد العامة غرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى قوله: **(ولا يقبل الهدية)** الحاصل أن المهدي إما له خصومة أو لا، فإن كانت لا يقبل منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم، وإن لم يكن خصومة فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فإن زاد لا يقبل الزيادة. وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها، وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره، فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل. وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال: ولا يقبل الهدية إلا من

الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال: من أين لك هذا؟ فقال: تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا، فقال: أي عدوّ الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال. فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة. وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فإنه من جوالب القرابة، وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الردّ معنى القطيعة وهو حرام. ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون. وعبارة النهاية تدل على أن المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي، وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فإنه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة. والحاصل أن المهدي للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أو لا. والأول لا يجوز قبول هديته مطلقاً: أي سواء كان قريباً أو مهادياً قبل القضاء أو لم يكن. والثاني إما أن يكون قريباً أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا، والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه، والأول يجوز قبوله إن لم يزد من له العادة على المعتاد. وقال الإمام فخر الإسلام: إن زاد على المعتاد عندما ازداد ما لا يقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله، ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به؟ اختلف المشايخ فبعضهم قالوا: يضع في بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الردّ يتعذر لبعدهم يضعها في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٥٨ ومسلم ١٧١٧ وأبو داود ٣٥٨٩ والترمذي ١٣٣٤ والنسائي ٨/ ٢٣٧. ٢٣٨ وابن ماجه ٢٣١٦ والشافعي ٢/ ١٧٧ والطيالسي ٨٦٠ والحميدي ٧٩٢ وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٣ وأحمد ٥/ ٣٦. ٣٨. ٤٦. ٥٢ والطحاوي ٢/ ٨٤٥. ٨٤٦ في الشروط وابن حبان ٥٠٦٣ و ٥٠٦٤ وابن الجارود ٩٩٧ والبغوي ٢٤٩٨ والبيهقي ١٠/ ١٠٤. ١٠٥ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٨٢ والدارقطني ٤/ ٢٠٥. ٢٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي بكرة مرفوعاً: لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان.

هذا لفظ مسلم، ومن تابعه.

ولفظ البخاري: لا يقضينّ حكم بين اثنين، وهو غضبان.

أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو

ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل إذا لم تكن خصومة. والوجه هو ظاهر النهاية. ثم صرح في مسألة الدعوى عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة، نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر، وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة: إذا كثر ماله. ثم إذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيداً حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة، فإن جاء المالك يوماً يعطاها، وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي. وفي شرح الأقطع: الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها انتهى. والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: «استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللُّتْبِيَةِ على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي، قال عليه الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا»[1] قال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة[2]، ذكره البخاري. واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بمال فقال له: من أين لك هذا؟ قال: تلاحقت الهدايا، فقال له عمر رضي الله عنه: أي عدوّ الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا، فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال[3] وتعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا، وعند الشافعي هو محرم كالرشوة. هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله: (**ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة**) يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (**ويدخل في هذا الجواب قريبه**) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (**وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة**) هكذا حكى الخلاف الطحاوي. وقال الخصاف:

بيت المال، وحكمه حكم اللقطة، وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم (**ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة**) قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة، وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة، وذكر المصنف أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: إنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية، وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوّزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٧٤ و ٧١٩٧ من حديث أبي حميد الساعدي وتمامه: والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته إن كان بعيراً له رُغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تَيْعَرُ، ثم رفع يديه حتى رأينا عُفْرَتي إبطيه ألا هل بلغت ثلاثاً. ورواه مسلم ١٨٣٢ من عدة وجوه. وجاء في الفتح ١٣/١٦٦ شاة تَيْعَرُ: قال القزاز: هو يُعار، وهو صوت الشاة الشديد.
وقال غيره: اليُعار صوت المعز.

(٢) أثر عمر بن عبد العزيز. ذكره البخاري عند حديث ٢٥٩٦ معلقاً بصيغة الجزم. وقال الحافظ في الفتح: وصله ابن سعد، وأبو نعيم في الحلية وفيه قصة.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وجاء في الإصابة ١١٩٠ قال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين: أن عمر استعمل أبا هريرة على البحرين، فقدم بعشرة آلاف. فقال عمر: استأثرت بهذه الأموال فمن أين لك؟ قال: خيلٌ نتجت وأعطية تتابعت، وخراج رقيق لي، فنظر فوجدها كما قال. ثم دعاه ليستعمله فأبى اهـ وإسناده جيد رجاله رجال البخاري ومسلم وليس فيه أنه أخذها منه كما ذكر ابن الهمام. فتنبه.

قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية، والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها.

يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم، وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية، قال: يقبل منه مطلقاً، ولم يفصل بين جري العادة وغيره، وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن. قال شيخ الإسلام: قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبي سواء. وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء، فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى. فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك لإمكان الذي قدمناه. واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. وقال المصنف **(الخاصة)** هي **(التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها)** والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. وعندي أن ما حكي عن القاضي أبى على النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين، وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط، فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا، ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي، والله أعلم.

وعند الشافعي وأحمد: يحضر الولائم مطلقاً لأنه ﷺ كان يحضر[1] وهو الذي كان يقضي. قلنا كان ﷺ معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت قوله: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** المراد مريض لا خصومة له وإلا لا يعوده، إنم وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «حق المسلم على المسلم خمس: ردّ السلام، وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعيادة المريض، واتباع الجنائز، وإذا استنصحك فانصح له»[2] فهذه هي السادسة. ورواه ابن حبان وقال فيه: وإذا عطس فحمد الله يُشَمِّته[3]. وروى

أن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده، وما ذكروا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة. قال: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ)** الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم. قال ﷺ: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمسلم على المسلم ستّ خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه: إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعوده، وإذا مات أن يحضره، وإذا لقيه أن يسلم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشمته» كذا في تنبيه الغافلين **(ولا يضيف أحد الخصمين لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك)** روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «نهانا رسول الله ﷺ أن نضيف الخصم إلا أن يكون

---

(١) أي الولائم وهذا يعرف بالاستقراء وبه يثبت.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٤٠ ومسلم ٢١٦٢ وأبو داود ٥٠٣١ وعبد الرزاق ١٩٦٧٩ والطيالسي ٢٢٩٩ وابن حبان ٢٤١ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٢٢ و ٤/ ١٥٠ والبغوي ١٤٠٤ وأحمد ٢/ ٣٣٢. ٥٤٠ والنسائي في اليوم والليلة ٢٢١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
وليس فيه: وإذا استنصحك، فانصح له. وإنما هذا اللفظ في رواية ثانية لمسلم ٢١٦٢ ح ٥ من حديث أبي هريرة أيضاً ولفظه: حق المسلم على المسلم ست. قيل: ما هنّ يا رسول الله؟ قال: إذا لقيته، فسلم عليه، وإذا دعاك، فأجبه، وإذا استنصحك، فانصح له، وإذا عطس، فحمد الله فشمتهُ وإذا مرض فَعُدْهُ وإذا مات فاتَّبِعْهُ ا هـ.
فتبين أن المصنف أخذ لفظ: «وإذا استنصحك فانصح له» من رواية مسلم الثانية. وإلا كيف يقول في بداية حديثه الأول: خمس... ثم يعدُّها على أنها ستّ.

(٣) هو عند ابن حبان ٢٤٢ من حديث أبي هريرة أيضاً وهو بعض المتقدم.

قال: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» وعدّ منها هذين **(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه)** لأن النبيّ ﷺ نهى عن ذلك، ولأن فيه تهمة.

البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي قال: كنا غزاة في البحر زمن معاوية، فانضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري، فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال: دعوتموني وأنا صائم فلم يكن لي من أن أجيبكم لأني سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن للمسلم على أخيه ست خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه لأخيه: يسلم عليه إذا لقيه، ويجيبه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويحضره إذا مات، وينصحه إذا استنصحه»[١] ولا بد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث، فإن ظاهرة وجوب الابتداء بالسلام، وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندباً أو جوباً بالاصطلاح قوله: **(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه)** الآخر، لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده عن الحسن قال «جاء رجل فنزل على عليّ رضي الله عنه فأضافه، فلما قال إني أريد أن أخاصم، قال له عليّ رضي الله عنه: تحول فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه»[٢]. وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقنطي **(ولأن فيه تهمة)** الميل قوله: **(وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال)** لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده: أخبرنا بقية بن الوليد عن إسماعيل بن عياش، حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»[٣] وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن

خصمه معه» **(ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة)** قال: **(وإذا حضرا سوّى بينهما الخ)** إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولاه والآخر فقيراً أو كانا أباً وابناً يسوّي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض، لأنه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٩٢٢ والطحاوي في المشكل ١/٢٢٣ و ٤/١٤٩ كلاهما من حديث أبي أيوب.
وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد الإفريقي. ضعيف في حفظه وكان رجلاً صالحاً. قاله الحافظ في التقريب، وبقية رجاله ثقات، ولكن لما كان للحديث شواهد بمثله يرقى إلى درجة الحسن، ويُظنُّ بأن عبد الرحمن هذا حفظه. ولم أقل صار صحيحاً لأن فيه زيادة لفظ الوجوب وهو غريب والله تعالى أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه إسحاق كما في المطالب العالية ٢١٣٦ والبيهقي ١٠/١٣٧ وعبد الرزاق والدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٤/٧٣ كلهم عن الحسن قال فذكره. وهو مرسل. فالحسن لم يدرك علياً وورد متصلاً. فقد أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٧. ١٣٨ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/١٩٧ كلاهما عن الأسود الديلي عن علي به
وقال الهيثمي: فيه الهيثم بن غصن لم أجد من ذكره، وبقية رجاله ثقات.
قلت: لعله وقع تصحيف في رواية الطبراني. لأن البيهقي قال في إسناده: عن القاسم بن غصن. قلت: وما توقعته قد كان فقد جاء في الميزان للذهبي: القاسم بن غصن عن داود بن أبي هند قال أحمد: حدث بأحاديث مناكير، وكذا قال ابن حبان. وقال أبو حاتم: ضعيف ا هـ.
قلت: وهذا الحديث هو عن داود بن أبي هند فهو القاسم بن غصن.
ولهذا الخبر طريق آخر. وهو ما أخرجه البيهقي ١٠/١٣٧ عن الحسن عن رجل نزل على علي... فذكره وهذا متصل. قد صرح فيه الحسن بالتحديث فزالت شبهة التدليس.

(٣) ضعيف. أخرجه إسحاق في مسنده كما في نصب الراية ٤/ ٧٣. ٧٤ من طريق بقية عن إسماعيل بن عياش من حديث أم سلمة.
وبقية مدلس وقد عنعنه وشيخه مقبول في روايته عن الشاميين وجاءت هنا عن الحجازيين فهي واهية.
وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٧ و ٦٩٢٤ والدارقطني ٤/٢٠٥ والبيهقي ١٠/١٣٥ والطبراني كما في المجمع ٤/١٩٧ و ٤/١٩٤ كلهم من حديث أم سلمة ومداره على عباد بن كثير الثقفي.
وقال البيهقي عقبه: إسناده ضعيف.
وقال الهيثمي: فيه عباد الثقفي: ضعيف. وهذا عقب الرواية الثانية وأما في الرواية الأولى فقال عنه الهيثمي: متروك.

قال: **(وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة والنظر» **(ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة)** للتهمة ولأن فيه مكسرة

عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي ﷺ «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده»[1] وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن: آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حلفك ولا ييأس ضعيف من عدلك[2]. **(ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجته للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترىء بذلك على خصمه، ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء)** والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجالس واحداً عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلاً، ولذا كان ﷺ يخص به أبا بكر دون عمر. وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو بن الزبير على السرير، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقة الآخر فقال هنا، فقال عبد الله: الأرض الأرض قضاء رسول الله ﷺ، أو قال: سنة رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي[3]. وفي النوازل والفتاوى الكبرى: خاصم السلطان مع رجل مجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما. وبهذه المسألة يظهر أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي ولاه، ولادليل عليه قصة شريح مع عليّ فإنه قام فأجلس علياً رضي الله عنه مجلسه، وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما، ويسند القاضي ظهره إلى المحراب، وهذا رسم زماننا. قالوا: وهو أحسن لأنه موافق لفعله ﷺ. أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة، ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب، وإذا حضرا فالقاضي بالخيار إن شاء ابتدأ فقال مالكما وإن شاء تركهما حتى يبتدئا هما بالنطق، وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما، فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لأن في تكلمهما معاً شغباً وقلة حشمة لمجلس القضاء، ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي ذلك. وقيل إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول اسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها، وإلا قال قم فصحح دعواك، وإذا صحت

فكذلك لفضل اليمين، وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما كي لا يكون مفضلاً لأحد الخصمين على الآخر، وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه، وكذلك يسوي بينهما في الإقبال وهو التوجه والنظر. والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة والنظر» قال: **(ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه)** لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرّاً ولا يشير إليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه **(ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لأن في ذلك كله تهمة)** وعليه الاحتراز عنها **(ولأن فيه كسر القلب الآخر فينحيه عن طلب حقه فيتركه)** وفيه اجتراء من فعل فعل به ذلك على خصمه **(ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء)** وينبغي أن يقيم بين يديه رجلاً يمنع الناس

---

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من طرق عن عمر به وإسناده جيد بمجموع طرقه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٨ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ والحاكم ٤/ ٩٤ كلهم عن عبد الله بن الزبير به. واللفظ للحاكم. وأما أبو داود فلم يذكر القصة. قال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي!

مع أن فيه: مصعب به ثابت الزبيري. قال في التقريب: لَيِّنُ الحديث اهـ فالخبر غير قوي لكن له شواهد فهو حَسَن والله أعلم.

لقلب الآخر فيترك حقه **(ولا يضحك في وجه أحدهما)** لأنه يجترىء على خصمه **(ولا يمازحهم ولا واحداً منهم)** لأنه يذهب بمهابة القضاء.

الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع، فإن قال أريد جوابه سأله. والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود، وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم، واختار محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول، ويضع على ذلك أميناً لا يرتشي يعرّفه السابق، وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع، ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فإن بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها، ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيباً لا تخافه الناس. وأنكر الأئمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيئاً ليمكنه من الدخول وهو يعلم. قالوا: هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحداً من التقدم إلى باب القاضي في حاجة، والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة، وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي. قيل: وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس لحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز، وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي، واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفاً، بل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذه أيضاً من المحدثات لما فيه من الحاجة إليه. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلاً سيء الأدب، فقيل له في ذلك فقال: أما علمت أن الشر بالشّر يدفع. والمقصود أن الناس مختلفوا الأحوال والأدب، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراداً به الخير لا حشمة النفس المؤدي إلى الإعجاب ولا حول ولا قوّة إلا بالله. ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب، وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف، ولا يترك شيئاً من الحق، ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها كي لا يقع السجل فاسداً بالإخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر، ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهم وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء، بخلاف عرف العادة اليوم بمصر قوله: **(ويكره تلقين الشاهد)** وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به الشاهد علماً ليه الأئمة الثلاثة. وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه **(في غير موضع التهمة)** أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين. وفي المبسوط: ما قالاه عزيمة لأن القاضي منهي عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه. وقول أبي يوسف رخصة، فإنه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة، ويحصر مضارع حصر من باب علم إذا امتنع عليه وضاق صدره به، وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة، وأيضاً أمراً بإكرام الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق، وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لا ينسب إليه القصور. وقوله بمنزلة الأشخاص هو إرسال شخص ليأتي بخصمه، يقال شخص من بلد إلى بلد ذهب من حد منع. قيل وتأخير قول أبي

عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع، ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس.

قال: **(ويكره تلقين الشاهد الخ)** تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل، وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعي ألفاً

قال: (**ويكره تلقين الشاهد**) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم. واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل.

يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف، وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي، وقد لا يلزم ويكفي كونه أخر دليله في ذلك. وفي فتاوى قاضيخان: لا ينبغي للقاضي أي يبيع ويشتري بنفسه بل يفوّض ذلك إلى غيره، وبه قالت الأئمة الثلاثة. وعن محمد يتخذ وكيلاً لا يعرف أنه وكيل القاضي تحرزاً عن المحاباة. وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي. وقال بعض أشياخ المالكية، ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك. وعن محمد: لابأس أن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء، وينبغي للخصوم إذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي، فإذا سلموا يجب على القاضي ردّ سلامهم، فإن ردّ يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن ثيابه، والله الموفق.

وخمسمائة والمدعي عليه ينكر خمسمائة وشهدا الشاهدان بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. وتأخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والإشخاص هو إرسال الراجل لإحضار الخصم.

قوله: (**تلقين الشاهد إلى قوله مكروه لأنه إعانة الخ**) أقول: تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره.

فصل في الحبس

قال: (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول

فصل في الحبس

أحكام القضاء كثيرة منها ما ذكر، ومنها الحبس، إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته. والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] وبالسنة على ما سلف «أنه ﷺ حبس رجلاً في تهمة»[(١)] وذكر الخصاف «أن ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً، فبعث إليهم رسول الله ﷺ حبسهم»[(٢)] ولم يكن في عهده ﷺ وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبساً. وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً إلى زمن عليّ رضي الله عنه فبناه، وهو أول سجن بني في الإسلام. قال في الفائق: إن علياً بنى سجناً من قصب فسماه نافعاً، فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه، ثم بنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، وفي ذلك يقول عليّ رضي الله عنه:

ألا تراني كيساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيسا
باباً حصينا وأميناً كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل، والكيس حسن التأني في الأمور، والمكيس المنسوب إلى الكيس. وأراد بالأمين السجان الذي نصبه فيه، والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه لأنه ليضجر قلبه فيسارع للقضاء، ولهذا قالوا: ينبغي أن يكون موضعاً خشناً ولا يسبط له الفراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد، وفي غيرهم لا وعليه الفتوى. وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج فقال لا. ولو مرض في السجن فأضناه، إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت، وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض، ولا يجوز أن يكون الدين مقضياً للتسبب في هلاكه، ولو

فصل في الحبس

لما كان الحبس من أحكام القضاء وتتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ فإن المراد به الحبس، وبالسنة وهو ما روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» خلا أنه لم يكن في زمان النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن عليّ رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعاً فنقبه اللصوص فبنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، ولأن القاضي نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الأداء،

فصل في الحبس

قوله: (وهو ما روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً الخ) أقول: وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود قوله: (فسماه مخيساً) أقول: خيس تخييساً ذلله فتخيس بالخاء المعجمة. قال في القاموس: مخيس كمعظم انتهى. قال في النهاية: المخيس بالكسر: أي المذلل من التخييس وهو التذليل، وروي بفتح الياء وهو موضع التخييس، وهو الذي اختاره في المغرب.

---

(١) تقدم تخريجه في الكفالة وإسناده حسن. ومضى في الحدود أيضاً
(٢) لم أعثر عليه فيما بين يدي من الكتب والمراجع.

الوهلة فعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره.

احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه، وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لأنه قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث. والمال غير مقدر في الحبس، فيحبس في الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك قوله: (**وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة**) بقوله ﷺ «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[1] رواه أبو داود، وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (**فلا بد من ظهور المماطلة**) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار (**إذ لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال**) وإنم يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع (**أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره**). وفي الفوائد الظهيرية: وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا، وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول هلة لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن عليّ ديناً له بخلافة بالإقرار لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه، وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الإقرار والبينة قوله: (**فإن امتنع**) أي بعد أمره بقضائه (**حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده**) كالقرض وثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه (**به**) والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء، وإلا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به: يعني إذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على إيفائه، وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه، ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (**ولا يحبسه فيما سوى هذين**) النوعين (**إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه**) حينئذ (**لأنه وجد دلالة اليسار**) أي قدرته على الدين المدعي به، هكذا ذكر في الكتاب (**ويروى أن القول لمن عليه في جمع ذلك**) أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكماً لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (**لأن الأصل هو العسرة**) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال، ولهذا قال: إذا ثبت

ولا خلاف أن لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى. قال: (**وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ**) إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو إما أن يثبت بالإقرار أو بالبينة، فإن كان الأول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه مماطلاً في أول الأمر لأن من حجته أن يقول ظننت أنك تمهلني فلم أستصحب المال فإن أبيت أوفيك حقك، فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس، وإن كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بإنكاره. وروي عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك. ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديناً عليّ فإذا علمت الآن لا أتوانى في قضائه، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه، لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به، والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والأضحى الجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله، لأن حقوق الميت تصير مقامة بغيره، وفي الخروج تفويت حق الطالب، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين. وليس في هذا القدر

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٢٨ والنسائي ٧/ ٣١٦. ٣١٧ وابن ماجه ٢٤٢٧ والطحاوي في المشكل ١/ ٤١٣. ٤١٤ وابن حبان ٥٠٨٩ والحاكم ٤/ ١٠٢ وأحمد ٤/ ٢٢٢. ٣٨٨. ٣٨٩ والبيهقي ٦/ ٥١ كلهم من حديث محمد بن ميمون عن عمرو بن الشريد عن أبيه. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي!

وفيه محمد بن ميمون قال في التقريب: مقبول اهـ ووثقه ابن حبان. وكذا رواه الطبراني ٧٢٤٩. وعلقه البخاري ٥/ ٦١ فقال: ويُذكر... فذكره قال الحافظ: وصله أحمد وأبو داود وإسحاق في مسنديهما وكذا النسائي، وإسناده حسن اهـ.

اللّيُّ: المطل.

قال: **(فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة)** لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله.

الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أو لا، فإن قال لا استحلفه فإن نكل حبسه، وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته. وعندنا يحبسه ولا يسأله، فإن قال أنا فقير حينئذ ينظر **(ويروى أن القول له)** أي للمديون **(إلا فيما بدله مال)** كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيهما قول المدعي. ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف، ومن العلماء من قال: يحكم الزي إن كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أي يثبت المدعي قدرته، وإن كان بزي الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء، والعلوية والعباسية لا يحكم الزي لأنهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم، وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زي الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس لحكم فإن القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك، فإن أقام البينة أنه كان عليه زي الأغنياء جعل القول قول المدعي، فإن لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون، وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنها تقدم لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال. ثم ذكر المصنف مسألتين محفوظتين نصاً عن أصحابنا بلا خلاف: إحداهما أن المرأة إذ ادّعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعسار أن القول للزوج. والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئاً ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق.

من الخروج كثير ضرر للطالب، وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر، وإن لم يكن له خادم أخرجوه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه، ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤهما حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج. وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده. قال: (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً الخ) فإن امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فإن ادعى الإعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه، فقال بعضهم: كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي، وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة، واستدل المصنف على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل، وبقوله وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا بما يقدر على أدائه، وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلاً عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سنذكره، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته. قال القدوري: **(ولا يحبسه فيما سوى ذلك)** يعني ضمان الغصب وأرش الجنايات **(إذا قال إني فقير)** لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه **(إلا أن يثبت المدعي أن له مالاً بينة فيحبسه، وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك)** أي فيما كان بدلاً عن مال وما لم يكن **(لأن الأصل هو العسرة)** إذ الآدمي يولد ولا مال له، والمدعي يدعي عارضاً، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه **(ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال)** وهو مرويّ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قوله: **(فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ)** أقول: العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدوري ما التزمه بعقد بما لزمه بدلاً عن مال فتأمل قوله: **(يعني ضمان الغصب)** أقول: فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع. وجوابه أن وضع المسألة فيما إذا

قال: **(ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه)** لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعي إثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع

قال المصنف **(والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين)** يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك، وقول القائل القول لمن عليه إلا فيما بدله مال. أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق، فلو كان الصحيح المذكور أولاً كان القول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما الثاني فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالاً جعل القول قول من عليه، فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران، كذا في النهاية. ومنهم من استروح في الأول فقال: أما تأييدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر، وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية. ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد، فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب، فإن البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهة، وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً: أعني العتق، ويؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمديون إلا فيما بدله مال فإن البدل في المسألة ليس مالاً، ويجعل القول للمديون تأيد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد، ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون، فما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر. وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان، فإن كون القول للمطلوب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالاً فالقول للمدعي، أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحاً، فالذي لا شبهة فيه إنما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير. وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة، وهذا معنى قوله **(والتخريج على ما قال في الكتاب الخ)** فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب على قوّته وثبوته **(ثم فيما)** إذا **(كان القول قول المدعي إن له**

الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي، وما لم يكن بدله مالاً كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكاً بالأصل وهو العسرة، فذلك ثلاثة أقوال. وفي المسألة قولان آخران: أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البرّ والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم. والآخر أن يحكم الزيّ إن كان زي الفقراء كان القول له، وإن كان زيّ الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكلفون في الزيّ مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزيّ فيهم دليل اليسار. وقوله: **(وفي النفقة)** بيان لما هو المحفوظ من الزواية. ذكر في كتاب النكاح أنّ المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج. وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله، وهاتان مسألتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخرين. أما تأييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق، فلو كان الصحيح ما ذكر أوّلاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق ما لا يجعل القول قول من عليه، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران. وقوله: **(والتخريج على ما قال في الكتاب)** يعني القدوري جواب عن

ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضي وما في البدائع إذا باعه لآخر مثلاً قوله: **(والمدعي يدعي عارضاً الخ)** أقول: ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذي ذكره المصنف آنفاً والأصل إبقاؤه حتى يظهر خلافه قوله: **(ولم يعرف قدرته على القضاء)** أقول: بل علم بإقدامه على التزامه باختياره.

قوله: **(فلأنه جعل القول قول الزوج الخ)** أقول: لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين، فإن المراد باليسار في قولهم وإقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة قوله: **(مع أنهما باشرا عقد**

ذلك لأن الأصل هو العسرة. ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال. وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق، والمسألتان تؤديان القولين الأخيرين، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق، ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالاً أو يثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه.

مالاً أو ثبت ذلك بالبينة بحبس) المديون **(شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم إنما يحبس مدة ليظهر ماله)** فيؤدي ما عليه **(فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره)** وهو شهران أو ثلاثة، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة **(ويروى غير ذلك من التقدير بشهر)** وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الأجل شهراً والأقصى لا غاية له فيقدر بشهر. وروي **(أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر)** وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: أي ما بين أربعة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة قوله: **(والصحيح الخ)** ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد، فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوّض إلى رأي القاضي إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان له مال، وهذا يختلف باختلاف الناس إن غلب على ظن القاضي بعد مدة أنه لو كان له مال فرّج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر على قضاء الدين أبد حبسه، وإن قالوا إنه ضيق الحال أطلقه، ولو رأى أن يسأل

المسألتين نصرة للمذكور فيه، وتقريره أنه: أي النفقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة. ولهذا تسقط بالموت بالإنفاق، وقد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله، وحينئذ لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال أو التزمه بعقد، لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه، ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أن له مالاً أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعساره. أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال، وأما توفيته فلأنه لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر، ويروى غير اتقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن ما دونه عاجل والشهر آجل. قال شمس الأئمة الحلواني: وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب. وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر، والصحيح أن شيئاً من ذلك ليس بتقدير لازم، بل هو مفوّض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك، فإن سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة إلى لفظة الشهادة والعدد، بل إذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله، والاثنان أحوط إذا لم يكن حال منازعة، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البينة، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى

النكاح والإعتاق) أقول: أنت خبير بأن الالتزام في صورة الإعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الإعتاق مجرداً على الالتزام فلا نقض قوله: **(بدل المهر)** أقول: الظاهر أن يقول بدل النفقة قوله: **(فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران)** أقول: كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان إلا أن يقال: المراد أن الصحيح لا يعدوهما لأن كلا منهما صحيح قوله: **(أي النفقة على التأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة)** أقول: الإنفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل، والأصوب أن يقال على التأويل الدين وأن يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمان الإعتاق قوله: **(وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ)** أقول: في الكفالة قوله: **(ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر)** أقول: قوله بشهر متعلق بمقدر.

قال: **(فإن لم يظهر له مال خلى سبيله)** يعني بعد مضيّ المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً؛ ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية، ولا تقبل في رواية، وعلى الثانية عامة المشايخ

قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك. وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الإعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد: في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل وإسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي وأحمد، والأكثر على أنها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك. قيل وهو الأصح، فإن بينة الإعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت، إذا الظاهر أنه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته. واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط وإلا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال، وإليه يشير قوله فإن لم ينكشف له

سبيله، وليس هذا شهادة على النفي لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضي، فإن نكل أطلقه وإن حلف أبد الحبس. وقال شيخ الإسلام: هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط، وليس بواجب لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي أن يعمل برأيه، ولكن لو سأل كان أحوط. قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة أن له نصيباً في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فإن القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما؟ وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين، والقدرة عليه إنما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوماً في نفسه. أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لأن القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما. قال: **(فإن لم يظهر له مال خلى سبيله الخ)** فإن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضيّ المدة التي رآها القاضي برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ فكان الحبس بعده ظلماً. وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقاً بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم تمض المدة، وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضي وقالوا: وإذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس، وعلى ما ذكرنا لا يردّ عليه شيء من ذلك **(ولو قامت البينة على إفلاسه قبل مضيّ المدة)** بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية ففيه روايتان **(تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ)** وإن كان ذلك قبل الحبس؛ فعن محمد فيه روايتان: في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله. وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت إلى هذه البينة لأنها على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت، فإذا حبس ومضت مدة قد تأيدت به إذ الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال: **(في الكتاب)** أي القدوري **(خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام)** يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس **(في الملازمة)** هل للطالب ذلك أو لا **(وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين إن شاء الله تعالى)** وذكر في الجامع الصغير: **(رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان**

قوله: **(وفي بعض الشروح جعل قوله إلى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك)** أقول: المراد من البعض هو الإتقاني، وسيظهر جواب آخر آنفاً بأن ما في الكتاب على رواية الأصل. فاندفع الإشكال على أن ثبوت الإعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم قوله: **(فإن أصحابنا ذكروا، إلى قوله: أخرجه من الحبس)** أقول: ممنوع فإنه يفهم مما ذكره أيضاً أنه إذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخليه قال المصنف: **(ولا تقبل في رواية)** أقول: وهذا إذا كان أمره مشكلاً وإفلاسه غير ظاهر بين الناس وإلا فلا يحبس قوله: **(وهذا الكلام يعني المنع من ملازمة المديون)** أقول: لعل الصواب يعني عدم المنع كما لا يخفى.

رحمهم الله، قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. وفي الجامع الصغير: رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أوّلاً ومدته قد بيناه فلا نعيده.

مال خلى سبيله، ولو طلب المديون يمين المدعي أنه ما يعلم أنه معسر حلف، فإن نكل أطلقه، ولو قبل الحبس وإن حلف أبد حبسه، ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته. قال أبو القاسم في كيفية شهادة الإعسار أن يقول: أشهد إنه مفلس لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية، بخلاف ما إذا مضت المدة فسأل فإنه يكفي الواحد العدل في إخباره بالعسرة، والاثنان أحوط. ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الإسلام قوله: (**وفي الجامع الصغير: رجل أقرّ بدين عند القاضي فإنه يحبسه ثم يسأل عن حاله**) إنما ذكره لما في ظاهرة من المخالفة لما قدمه من قوله إذا ثبت الدين بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، فإن هذا ظاهر في وصل الحبس بإقراره فذكره ليؤوّله بقوله (**ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا**) إلى القاضي فإنه يحبسه بمجرد جوابه أنه لم يعطه إلى الآن شيئاً قوله: (**ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع**) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته إلى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله: (**ولا يحبس والد في دين ولده فإنه عقوبة**) ولا يستحق الوالد عقوبة لأجل الولد لأن التأفيف لما حرم كان الحبس حراماً لأنه فوقه، وكذا لا يحد له إذا قذفه ولا يقتص منه إذا قتله، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يحبس، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق أباً كان أو أماً أو جداً، لأن في ترك الإنفاق سعياً في هلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إهلاك الولد (**ولأنه لا يتدارك لسقوطها**) أي لسقوط النفقة (**بمضي الزمان**) بخلاف الدين فإنه لا يسقط. وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لأن المولى لا يستوجب عليه ديناً، ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف يحبس له، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء في التحقيق، ويحبس مولى

معسراً خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل أن الحق إذا ثبت بالإقرار لا يحبسه أول وهلة فيحتاج إلى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله: (**ومراده**) أي مراد محمد (**إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته**) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل، أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل قوله: (**والحبس أولاً**) يعني أن المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولاً ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج إلى ذكره لها فلا نعيده. قال: (**ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ**) إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت إلى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (**ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص**) قال الله تعالى: ﴿**ولا تقل لهما** أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة﴾ (**إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده**) وفي تركه سعي في هلاكه. ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف مال الولد (**ولأن النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها**) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين، فإن كان حبس لأن ذلك لحق الغرماء، وكذا العبد لمولاه لأنه

قال: (**ويحبس الرجل في نفقة زوجته**) لأنه ظالم بالامتناع (**ولا يحبس والد في دين ولده**) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (**إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه**) لأن فيه إحياء لولده، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضيّ الزمان، والله أعلم.

المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن في الجنس له حق أخذه. فإذا أخذ يلتقيان قصاصاً وفي غير جنسه لا تقع المقاصة. والمكاتب في أكسابه كالحرّ فله حق المطالبة فيحبس لمطله، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لا يصير ظالماً، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون.

لا يستوجب عليه ديناً، وكذا الدين مكاتبه إذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة، وإذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة، والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحرّ فيحبس المولى لأجله، وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من إسقاطه فلا يكون بالمنع ظالماً ويحبس في غيره لأنه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وقيل تجب التسوية بينهما لأنه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال: **(ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده)** للحاجة على ما نبين **(فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة)** لوجود الحجة **(وكتب بحكمه)** وهو المدعو سجلاً **(وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم)** لأن القضاء على الغائب لا يجوز **(وكتب بالشهادة)** ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي،

باب كتاب القاضي إلى القاضي

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس، والعمل بكتاب القاضي إلى القاضي على خلاف القياس لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه، والقاضي لو أخبر قاضي البلد الأخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لأن إخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به، لكنه جاز بإجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس إلى ذلك، فإن الإنسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بأن كان في بلدين فجوّز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فإن الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذاك لأن هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه إلى القاضي المرسل وأنه ختمه. وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان: «أنه عليه الصلاة والسلام كتب: أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»[1] رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه. لا يقال: لا نسلم مساس الحاجة إلى كتاب القاضي لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج إليه لأنا نقول: في الشهادة

باب كتاب القاضي إلى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين، والقياس يأبى جواز العمل به لأنه لا يكون أقوى من عبارته، ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم إلا أنه جوّز لحاجة الناس لما روي أن علياً رضي الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء. قال: **(ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق الخ)** يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرىء بها إذا شهد به بضم الشين عند المكتوب إليه للحاجة، وهو نوعان: المسمى سجلاً، والمسمى الكتاب الحكمي، وذلك لأن الشهود إما أن يشهدوا على خصم أو لا،

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قوله: **(ليحكم بها المكتوب إليه)** أقول: وما يفعله القضاة من إرسال المدعى عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجيء في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضي القاضي على غائب قوله: **(وإلا فلا)** أقول: بأن كان مما اختلف فيه الفقهاء.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٧ والترمذي ١٤١٥ وابن ماجه ٢٦٤٢ والبيهقي ٨/ ٥٧- ١٣٤ وأحمد ٣/ ٤٥٢ من حديث سعيد بن المسيب قال: «كان عمر يقول: الدية على العاقلة، ولا ترث المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحاك بن سفيان...» فذكره.

وقال الترمذي: حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم. ورواه مالك ٢/ ٨٦٦ ح ٩ عن الزهري مرسلاً بدون ذكر ابن المسيب.

تنبيه: وقد وهم الألباني في هذا الحديث حيث ذكره في الإرواء ٢٦٤٩ وقال: هذا مرسل لأن ابن المسيب في سماعه من عمر خلاف. وحديث الزهري الذي رواه مالك منقطع قلت: أما خبر الزهري فهو مرسل كما قال وهو لمالك.

وأما رواية أصحاب السنن من رواية الزهري عن ابن المسيب فهو متصل. وابن المسيب إنما سمعه من الضحاك بن سفيان لا من عمر كما توهم الألباني.

ويؤكد كون ابن المسيب رواه عن الضحاك هو ما ذكره ابن حجر في الإصابة ٤١٦٦ حيث قال: روى ابن المسيب عنه حديث امرأة أشيم، وتوريثها من زوجها اهـ. وجاء في الاستيعاب، وهو عندي بحاشية الإصابة في ٢/ ٢٠٨ في ترجمة الضحاك قال ابن عبد البر: روى عنه ابن المسيب، والحسن البصري اهـ.

وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى، وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة. وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف لا

على الشهادة يحتاج القاضي الثاني إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك في بلده، وبالكتاب يستغني عن ذلك لأنه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قوله: **(ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق)** أي التي تثبت مع الشبهات، بخلاف الحدود والقصاص **(إذا شهد به)** أي بالكتاب **(عند القاضي)** المكتوب إليه على ما نبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب. ثم فصل فقال **(فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة)** يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخراً وهو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه، وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر، لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه **(و)** إذا حكم **(كتب بحكمه)** إلى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق **(و)** هذا الكتاب المتضمن للحكم **(هو المدعو سجلاً)** في عرفهم **(وإذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم)** لأنه حينئذ قضاء على غائب **(و)** إنما **(يكتب بالشهادة إلى القاضي الآخر ليحكم)** هو **(بها وهذا هو الكتاب الحكمي))** في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار ما يؤول **(وهو في الحقيقة نقل الشهادة)** إلى ذلك القاضي، وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به. والفرق بين الكتابين أن السجلّ يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه، والكتاب الحكمي لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به **(ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة)** واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة، وكذا في الأمانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الأعيان المدعى بها. وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه، وذلك لا يحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم، والإشارة إلى الخصم شرط. ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمته بأيّ طريق كان ضمناً أو قصداً تتعذر على شهود القاضي الكاتب. فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب، بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة، فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى. فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد **(ويقبل في العقار أيضاً)** إذا بين حدودها الأربع **(لأن التعريف يحصل به ولا يقبل في الأعيان المنقولة)** كالحمار والثوب والعبد **(للحاجة إلى الإشارة)** فيها **(وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة**

وتنكيره يشير إلى أنه ليس المدعى عليه إذ لو كان إياه لما احتيج إلى الكتاب، والكتاب لا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب، فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصماً، فإن كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً لأن السجل لا يكون إلا عند الحكم. وإن كان الثاني لم يحكم لأنه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو الكتاب الحكمي. والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، وأما الثاني فإن وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به، وقد يشير إلى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة، وهي أن تكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم، وسنذكر ما عداها إن شاء الله قوله: **(وجوازه)** هو الموعود بقوله على ما نبين، وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم، فكما جوّز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد فكذا جوّز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان.

قوله: **(وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط)** أقول: إذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا: جواز الاستحسان على خلاف القياس.

يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها. وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط

الإباق في العبد) لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر فلمساس الحاجة فيه جوّزه، بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والإماء (وعليه المتأخرون) ونص الإسبيجابي على أن الفتوى عليه، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول، فإن المانع منه ما كان إلا الحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غائبة في بلد المكتوب إليه، ولا شك أن في الدين أيضاً لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الإثبات عليه، وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه، وما ذاك إلا لأن عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الإشارة والتعيين، ويتبين ذلك بإيراد الصور، فصورة الدين إذا شهدوا على فلان ابن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا

وقوله: (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة (والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته قوله: (وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير إلى ثلاثة أشياء: إلى أن الدين إنما يجوز فيه الكتاب لأنه يعرف بالوصف لا يحتاج إلى الإشارة، وإلى أن ما يحتاج فيه إلى الإشارة لا يجوز فيه الكتاب، وإلى أن الأمور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا تحتاج إلى الإشارة. واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج إليها فإن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان، وكتاب القاضي إلى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية. وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به إنما هو نفس النكاح والأمانة وغير ذلك مما هو من الأفعال؛ ألا ترى أن الإشارة إلى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالإجماع (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج إلى الإشارة (ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري (واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الإماء لغلبة الإباق في العبد دون الأمة) فإن العبد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الإباق فتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الأمة فإنها تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضي. وصفة ذلك بخاريّ أبق عبد له إلى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك ويكتب: شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند، فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضي له به، لأن شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل إلى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله. وفي رواية عن أبي يوسف أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرىء الكفيل، وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: هذا استحسان فيه بعض قبح، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهراً ويستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لأن الحلية والصفة تشتبهان فإن المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالأخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحوّل وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول.

تعرف في موضعها. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحوّل وعليه المتأخرون.

سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو. أما بعد: فإن رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقاً على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكر، وسألني أن أسمع بينته وأكتب إليك بما يستقرّ عندي من ذلك، فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهماً ديناً حالاً، وسألني أن أحلفه بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألني أن أكتب له كتاباً إليك بما استقرّ عندي من ذلك فكتبت إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهود أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود. قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه، فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه إلى المدعي، فإذا أتى به المدعي إلى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سأله البينة على كتاب القاضي، ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم، فإذا أحضره وأقرّ أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه، فإن أنكر القاضي الذي ذكر، فيقول لهم: أقرأ عليكم ما فيه، فإذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم، فإذا عدلوا لا يفكه أيضاً حتى يحضر الخصم، فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه، فإن أقرّ ألزمه إياه، وإن أنكر قال ألك حجة وإلا قضيت عليك، فإن لم يكن له حجة قضى عليه، وإن كانت له حجة قبلها، وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر، قال له هات بينة أن في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينتسب بمثل ما تنتسب إليه وإلا ألزمتك ما شهد به الشهود، فإن جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب إليه أبطل الكتاب، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى. فقد علمت أن التعيين الذي هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره الأمر قبل القضاء عليه، وفي هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة ننبه عليها: منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها، وقالوا لو كتب وأقام بشهوداً عدولاً عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم، وعندي لا بد أن يقول أحرار عدول إذا لم يسمهم. والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته إن تاجرا فتاجر أو مزارعاً فمزارع، والمقصود تتميم تعريف الشهود، ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن الخصم إذا أحضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان، وإلا فيقول سموهم لي فإني قد يكون لي فيهم مطعن. ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان القاضي واحداً فإن كان لها قاضيان لا يصح. ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد، وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً بالاتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا. وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي، فجماعة من مشايخنا قالوا: لا يجوز فيما دون مسافة القصر، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه. وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر، وقال بعض المتأخرين: هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك، والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة. ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كما

. . . .

قال: (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم، وبخلاف رسول

قال. ومنها قوله وعدلوا ظاهر في أنه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر، وإن كانت داراً قال وادعى أن له داراً في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام. ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحساناً خلافاً لزفر، ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب. وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي، وقد أبق إلى الإسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الإسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر، فإذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له به لأن الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتماً من القاضي في كتف العبد ولا حاجة إلى هذا إلا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته، فإذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتاباً إلى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف، فإذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفعل المكتوب إليه، ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه، فإذا شهدوا قضى له به وكتب إلى قاضي الإسكندرية بما ثبت عنده ليبرىء كفيله. وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضي بالعبد للمدعي لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي الإسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرىء الكفيل. وصورته في الجواري كما في العبد، إلا أن القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعي بل يبعثها على يد أمين لاحتمال أنه إذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتماده أنها ملكه. قال في المبسوط: ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا: هذا فيه بعض القبح، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ويستغله، فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره، ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه، وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة، وإذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجري فيها ما يجري فيها لأنه يبعد أن تجري مجرى الديون، لأنها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة أن في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع إلى المدعي يطؤها قوله: (ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب إليه الكتاب (إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وأنه ختمه وإن فيه كذا وكذا، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب القاضي المسلمين، ولو كان الكتاب الذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الأنكحة والوصايا، وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه، ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال: جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي إليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة، فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا

قال: (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إلا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أما اشتراط الحجة فلأنه ملزم ولا إلزام بدونها، وأما قبول رجل وامرأتين فلأنه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما

قال المصنف: (ولا يقبل الكتاب) أقول: أي لا يعمل به لا أنه لا يأخذه ليخالف ما سيجيء من قوله فإذا سلمه.

القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية.

الكتاب إلى زياد فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا، وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياساً على كتاب الاستئمان، وعلى رسول القاضي إلى المزكى ورسول المزكى إلى القاضي. قلنا: الفرق أن هذا نقل ملزم، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزماً إذ للإمام أن يعطيهم ما طلبوه، وله أن لا. وأما الرسول فلأن التزكية ليست ملزمة، وإنما الملزم هو البينة. وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كنفسه، وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجيز بإجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه. فإن قلت: فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز العمل به لأحد من القضاة، وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم.

[فرع] يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشبهات. ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير، ففي الفتاوى لا يقبل لأن إيجاب العمل بالبينة، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه. وفي الاستحسان: يجوز للأمير أن يمضيه لأنه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، ولأنه لو أرسل إليه بذلك رسولاً ثقة

يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق، وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة قياساً على كتاب أهل الحرب. وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان: يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة، حتى لو أمنه الإمام صح لأنه ليس بملزم، فإن للإمام رأياً في الأمان وتركه، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي وعكسه فإنه يقبل بغير بينة لأن الإلزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة، ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح، وقوله وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي قيل قد يشير إلى رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها، والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فإنه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه، لأن القياس يأبى جوازهما، وفرق بينهما بوجهين: أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس. والثاني أن الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة، وأما الرسول فقائم مقام الرسل، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا. قال: (**ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ**) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود، ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ ويختمه بحضرتهم ويسلمه إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير إذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا

قوله: (**ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ**) أقول: في هذا التنوير بحث فإن صحة القضاء أمر والإلزام أمر آخر لتحقق الأول بدون الثاني. وجوابه أن صحة الحكم قبل التزكية إذا كانت بالشهادة والإلتزام بعدها فيكون بها أيضاً قوله: (**قيل قد يشير الخ**) أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى قوله: (**في حق لزوم القضاء عليه ببينة**) أقول: على كونه رسول القاضي.

قال: **(ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به)** لأنه لا شهادة بدون العلم **(ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم)** كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط، وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: **شيء من ذلك ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة. واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله.**

كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضي إلى القاضي قوله: **(ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم)** شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها. والحاصل إن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرؤه عليهم أو يعلمهم ما فيه: أي بإخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصكّ مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية. ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، ولا بد أن يكون الكتاب معنوناً: أي مكتوباً فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن، فإن لم يوجد وكان معنوناً في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير، وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: **(شيء من ذلك ليس بشرط، فالشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه)** بعد ما كان أوّلاً يقول كقول أبي حنيفة **(وعن أبي يوسف أيضاً أن الختم ليس بشرط أيضاً رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة، وهذا اختيار شمس الأمة السرخسي)** ولا شك عندي في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه، نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم، بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم، وإن كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتب لا يقبل، وذلك لينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أو لا، وكذا إن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لا تقبل. وفي خزانة الفقه:

قولهما. وقال أبو يوسف: إنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعي ويدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم، فإن فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما. وقال أبو يوسف آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، بل إذا أشهدهم أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب إليه كان كافياً. وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وإنما قال آخراً لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيراً على الناس. قال: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم الخ)** لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه، فإذا وصل الكتاب إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأن ذلك بمنزلة أداء الشهادة، وذلك لا يكون إلا بمحضر الخصم، فكذلك

قال المصنف: **(ويسلمه إليهم)** أقول: قال في النهاية: أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي انتهى. ثم قال: وأجمعوا في الصك أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ.

قال: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم)** لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم.

يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين، ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق، ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى. والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق، ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعليّ بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان. ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكنى هو الذي اشتهر بها أو غيره، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحداً فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية، ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً بل إذا لم يكن معنوناً وكان مختوماً وشهدوا بالختم كفى قوله: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضر من الخصم)** وفي بعض النسخ: لم يفتك إلا بمحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم، والمراد أنه لا يقرؤه إلا بحضوره لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم، وترتيب الحال أنه إذا وصل المدعي إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه، فإن اعترف استغنى عن الكتاب، وإن أنكر قال له هل لك حجة، فإن قال معي كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه، فإذا حضروا أحضر خصمه إن لم يكن حاضراً فيشهدون بحضرته أنه كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأ عليه، وإنما لم يقرأه إلا بحضوره **(لأنه)** أي الكتاب في المعنى **(بمنزلة الشهادة)** على الشهادة لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته **(بخلاف القاضي الكاتب)** فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائباً **(لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل)** فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الأصل، وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا،

هذا، بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزاً وإن كان بغيبته. وقال في شرح الأقطع: وقال أبو يوسف: يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به. قال: **(فإذا سلمه الشهود إليه الخ)** إذا سلم الشهود الكتاب إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر أنه لم يشترط شيئاً من ذلك، ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف: والصحيح أنه يفضّ الكتاب: أي يفتحه بعد العدالة؛ كذا ذكره الخصاف لأنه إذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه، فأما إذا فكّ الخاتم فلا يمكنهم ذلك، وهذا يرى أنه دور ظاهر، فإن المدعي إنما يحتاج إلى زيادة الشهود إذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر، فأما إذا لم تكن شرطاً فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج إلى زيادة شهود.

قال المصنف: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم)** أقول: وفي المحيط: لو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اهـ. وفيه أيضاً الأولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وإن فتح بغير محضر منه جاز ا هـ قوله: **(لما فرع، إلى قوله: بجانب المكتوب إليه)** أقول: وأنت خبير أن قوله ولا يقبل الكتاب إلا الخ من الأحكام المعلقة بالمكتوب إليه. وجوابه أن قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكتاب قوله: **(فأما إذا لم يكن شرطاً)** أقول: كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجيء في الشهادة قوله: **(وقد استدل على ذلك)** أقول: قوله وقد استدل: أي بوجه آخر، وقوله على ذلك: أي على اشتراط العدالة قوله: **(بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ)** أقول: لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الأوسط فإن الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسببية. وأيضاً للقائل الاشتراط منع الكبرى فليتأمل قوله: **(وفيه نظر الخ)** أقول: فيه تأمل.

قال: (**فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفضّ الكتاب بعد ثبوت العدالة، كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل

وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد، وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة أنه كتابه وختمه (**ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة**) في شهود الكتاب (**للفتح**) حيث قال فإذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف (**والصحيح أنه يفضّ الكتاب بعد ثبوت العدالة، ذكره الخصاف**) واحترز به عما ذكر في المعنى فإنه قال فيه: وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة، ثم قال: ما ذكر محمد أصح: أي تجويز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه. ووجهه المصنف بما ذكره الخصاف من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهوداً، ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم.

[فرع] لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلده فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوّزنا للأول الكتابة نجوّز للثاني والثالث وهلم جراً للحاجة. ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب، بل يعيد المدعي شهادتهم لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (**وإنما يقبله المكتوب إليه**) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه إلى أن يمضي أمر الكتاب، فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل إلى المكتوب إليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى، قالوا أو فسق، وإنما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب قال أبو يوسف والشافعي: يعمل به، وبه قال أحمد لأن كتاب القاضي إلى القاضي كالشهادة على الشهادة، لأنه ينقل به

والجواب أنا لا نسلم أنه يحتاج إلى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج إليها إذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن، وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب، وفيه نظر لأن فك الخاتم عمل للكتاب لا به، ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود، كذا نقله الصدر الشهيد في المغني. والمكتوب إليه إنما يقبل الكتاب إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب. وقال أبو يوسف في الأمالي: يعمل به، وهو قول الشافعي رحمهما الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وأنه لا يمنع القضاء. ولنا القول بالموجب وهو أن الكاتب وإن كان ناقلاً إلا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح إلا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة، وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله إليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها. واستدل المصنف بقوله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل إخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما، وهذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لأن الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا. ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة، فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى، وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه. وقال الشافعي: يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال

أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا، ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير عملهما، وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له وهو معرّف، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل

شهادة الذين شهدوا عنده إلى المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الأصل بعد أداء الفرع فإنه لا يمنع القضاء. وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه، لأن هذا النقل بمنزلة القضاء، ولهذا لا يصح إلا من القاضي فلا يتم إلا بوجوب القضاء ولا يجب إلا بقراءته؛ وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف **(التحق بواحد من الرعايا)** يعني قبل تمام القضاء **(ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر)** غير المكتوب إليه **(في غير عمله أو غير عملهما)** ولو كان على قضائه لأنه بالنسبة إلى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالإجماع، ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب إليه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية **(وكذا لو مات المكتوب إليه)** أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا **(إلا إذا)** كان **(كتب إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له)** وقد قدمنا ما هنا، وقال الشافعي وأحمد: يعمل به لأن المعوّل عليه شهادة الشهود على ما تحملوه، ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب وإلى كل قاض وصل إليه. وأجيب بأن الكاتب لما خص الأول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانة فصح التعيين، بخلاف ما إذا أردفه بقوله وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأنّ الكل مكتوب إليهم معينين. أما لو كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا أنه أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة، والظاهر أن محمداً مع أبي حنيفة. والوجه قول أبي يوسف لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجماع والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء **(ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه)** سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه قوله: **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** وهو قول الشافعي. وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا. قلنا **(لأن فيه)** أي في كتاب القاضي **(شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة)** لا يقام بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط بالشبهات **(وفي قبول الكتاب سعي)** واحتياط **(في إثباتهما)** وعرف من تقريرنا أن المعني على عدم الواو في قوله ولأن مبناهما الخ. والله أعلم. واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها. في رجل وامرأة ادّعيا ولداً وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد، وإن ادّعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجرداً فكان كدعوى الدين، بخلاف المسألة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدي.

[فرع] هل يكتب القاضي بعلمه؟ في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه، والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع، كذا قال بعضهم. ولو أقام شاهداً واحداً عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالبه إذا

وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، وهناك قد لا يعتمد على كل أحد، فكذا ههنا إلا إذا صرح باعتماده على الكل بعد

إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معرّف، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما.

حل هناك، ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به؛ فعند محمد يكتب، وعند أبي يوسف لا يكتب. وأجمعوا أنه لو قال: جحدني الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب، وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب؟ هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، وكذا امرأة ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف، والقياس في الكل سواء وهذا احتياط.

تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأنه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعاً له، بخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة. وقيل الظاهر أن محمداً معه لأنه من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط كما مر وهو ردّ لقول أبي يوسف في جوازه، فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيراً تسهيلاً للأمر على الناس **(ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه)** سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** وقال الشافعي في قول: يقبل لأن الاعتماد على الشهود **(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة)** وهي غير مقبولة فيهما **(ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما)**.

قال المصنف: **(بخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ)** أقول: قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ. وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم اهـ.

فصل آخر

(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتها وقد مرّ الوجه **(وليس للقاضي**

فصل آخر

قوله: **(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص)** وقال الأئمة الثلاثة: لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلاً للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم، قال ﷺ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[1] رواه البخاري. قال المصنف **(وقد مرّ الوجه)** يعني وجه جواز قضائها، وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية. وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية، ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص، والأحسن أن يجعل كلاً منهما، والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج إلى الجواب عن الدليل المذكور. والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقاً لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حدّ سلب ولايتها بالكلية؛ ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه؛ ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا: الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال، ولذلك النقص الغريزي نسب ﷺ لمن بوليهن عدم الفلاح[2]، فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال، وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت

فصل آخر

قال في النهاية: قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد يذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضي إلى القاضي، لكن قوله آخر ينافي ذلك لأنه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر. والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر في أدب القاضي، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر. قال: **(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص الخ)** قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها، وقد مرّ الوجه: أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما. وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما، وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها **(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء)** بعذر وبغيره **(إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به)**

فصل آخر

قوله: **(والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر، إلى قوله: وهذا فصل آخر)** أقول: نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي، لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الأول يحتاج إلى سبب، وذلك ما قاله صاحب النهاية.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٢٥ و ٧٠٩٩ والترمذي ٢٢٦٢ والنسائي ٨/ ٢٢٧ والطيالسي ٨٧٨ وأحمد ٥/ ٣٨. ٤٧. ٥١ والبغوي ٢٤٨٦ والقضاعي في الشهاب ٨٦٤ و ٨٦٥ والبيهقي ٣/ ٩٠ و ١٠/ ١١٧ ـ ١١٨ والحاكم ٣/ ١١٨ ـ ١١٩ و ٤/ ٢٩١ من طرق كلهم من حديث أبي بكر واللفظ للبخاري وغيره.

ورواية الطيالسي: لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة.

(٢) هو المتقدم.

أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة، وهذا لأنه حضره رأي

بالحق لماذا يبطل ذلك الحق قوله: **(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء)** في صحة ولا مرض **(إلا أن يفوض ذلك إليه)** فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا **(لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل)** ليس له أن يوكل **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث)** جاز له أن **(يستخلف)** لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فكان المولى له آذناً في استخلافة دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة، أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة، بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بان وليس بمفتتح، والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الأصل، ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح، وبهذا الشروع التحق ومن شهد الخطبة حكماً، وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها، بخلاف ولاية القضاء فإنما هي إذن في أن يعمل لغيره، وهذا ما قالوا: من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه، ومن قام مقام غيره لنفسه كان له، وبخلاف الوصي يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت، وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الإذن بالاستخلاف. وقوله: **(ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى)** بغيبته فبلغه **(فأجاز جاز كما في الوكالة)** إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته أو بغيبته فأجازه نفذ **(لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط)** فإنه المقصود بتوكيله، وتحقيق حاله أنه فضولي ابتداء وكيل انتهاء، ولا يمتنع إذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه **(وإذا فوّض إليه)** الاستخلاف **(يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل)** يعني السلطان **(حتى لا يملك الأول عزله)** إلا إذا كان المقلد قال له ولّ من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله، أو قال جعلتك قاضي القضاة فإن قاضي القضاة

أي بالقضاء **(فصار كالوكيل)** لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوّض إليه ذلك **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث)** يجوز له أن **(يستخلف لأن أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته)** بوقت يفوت الأداء بانقضائه **(فكان الأمر به من الخليفة إذناً له بالاستخلاف دلالة)** لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح. واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز، وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة. وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة. وأرى أن إلحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل. قوله: **(ولا كذلك القضاء)** أي ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء **(فلو)** فرضنا أنه استخلف و **(قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني)** عند غيبة الأول **(فأجازه الأول جاز)** إذا كان من أهل القضاء **(كما في الوكالة)** فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الأول أو أجازه الأول جاز. وقوله: **(لأنه حضره رأي الأول)** يصح دليلاً للمسألتين، أما في هذه المسألة فلأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله، والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً به، وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في

قوله: **(وقيل أراد به الخ)** أقول: القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف: **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة)** أقول: قال في الكافي مطلقاً اهـ. أي مطلقا عن الإذن بالاستخلاف.

الأول وهو الشرط، وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملكة الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح.

هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً، وفيه خلاف الشافعي وأحمد قوله: **(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة)** المشهورة **(أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه)** وفي بعض نسخ القدوري: أو يكون قولاً الخ **(وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)** قالوا: إنما أعاده لأن في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري: إحداهما تقييده بالفقهاء، أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ. قال شمس الأئمة: وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر. والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك، فإن القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه في ذلك موافقاً لحكم الأول أمضاه، وإن كان مخالفاً له لا يمضيه، فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً: يعني بالطريق الأولى، ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه، أو غير عالم فإنه أعم من كونه عالماً، ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف، وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه، وليس فيه دليل على أنه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة. نعم في الجامع التنصيص على

الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه. وأجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيداً به قوله: **(وإذا فوّض إليه يملكه)** أي إذا قال الخليفة للقاضي ولّ من شئت كان له أن يولي غيره **(فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله)** لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله، وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى إلى غير ما فوّض إليه، فإذا قال الخليفة ولّ من شئت واقتصر على ذلك كان أمراً له بالتولية، والعزل خلافه، وإذا أضاف إلى ذلك واستبدل من شئت كان أمراً له بهما فكانا له، فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان إذناً بالاستخلاف والعزل دلالة لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليداً وعزلاً، كذا في الذخيرة. قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فإن كلاً منهما مفوّض إليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاء؟ وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي له راضياً باستعانته بغيره، ولا كذلك القضاء. وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاء ولا يملك التقليد، والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما. وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر. قال: **(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه الخ)** إذا تقدم رجل إلى قاض وقال حكم عليّ فلان القاضي بكذا وكذا نفذه إن لم يكن مخالفاً للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ أو السنة: أي المشهورة كالحكم بحلّ المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني، فإن اشتراط

قوله: **(وأن الحكم الذي الخ)** أقول: التعويل على الجواب الثاني.

قوله: **(فيكون الموصى له راضياً)** أقول: كي لا تفوت مصالحه قوله: **(وقيل القاضي يملك الخ)** أقول: المذكور في الفتاوى أن القاضي لا يملك نصب الوصي إذا لم يكن ذلك مكتوباً في منشورة فلا يحتاج إلى الفرق قوله: **(والتعليل المذكور الخ)** أقول: يعني قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد قوله: **(وهو تعليل للاستثناء)** أقول: فيه بحث، بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع، لكنها مستندة إلى دليل قوي من تلك الثلاثة أيضاً. قال في الكافي: بأن يكون قولاً لا دليل عليه أي لا دليل يعتمد عليه ا هـ فتأمل قوله: **(إذا لم يعلم الخ)** أقول: أنت خبير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، إنما مفاده أن ما اختلف الفقهاء فيه في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لا، فإنه أعم من كونه عالماً. نعم ربما يفيد كون الثاني عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل في القاضي الأول فتأمل.

قال: (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا

أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوري يفيده أيضاً فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، وإنما في الجامع النصوصية عليه إذا كان مخالفاً. وقوله إلا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد، ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا، فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة: يعني المشهورة مثل: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً، ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه. فالأول مثل: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية، لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ. والثاني مثل: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمداً، وهذا لا ينضبط فإن النص قد يكون مؤوّلاً فيخرج عن ظاهره، فإذا منعناه يجاب بأنه مؤوّل بالمذبوح للأنصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤوّل، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤوّل قاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه. نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا، ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الأشياء ويجيزونه وبالعكس، ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضاً وإن كان كثيراً لم يحكوا الخلاف. ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال: وأما القضاء بحل متروك التسمية عمداً فجائز عندهما، وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى. وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفاً للإجماع وسواء كان ذلك على الحكم أ على تأويل السمعي أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده، وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه، فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي أنه رجع عنه، وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، ولا يعني أنه لا يعتبر في انعقاد الإجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد، ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين وإلا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً، إذ ما من محل اجتهاد إلا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر، إذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوه قط إلا بخلاف ابن عباس ونحوه، وهو خلاف رجل واحد، فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقين، ثم هذا أعم من كونهم سوّغوا اجتهاده ذلك أو لا. والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوّغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الإجماع، وإن لم يسوّغوا لا يصير المحل مجتهداً فيه. قال: وإليه أشار أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف. ثم قال المصنف: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول: يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة. وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين؛ وعليه فرّع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لأنه مخالف لإجماع التابعين. وقد حكى في هذا الخلاف عندنا، فقيل هذا قول

الدخول ثابت بحديث العسيلة، وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي، أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه، أو يكون قولاً لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك. وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً

(١) يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى، وهو حسن لشواهده.

دليل عليه. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقاضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

محمد، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ. وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به، فاختلفت الرواية عن أبي يوسف. وقال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسألة تنبني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع: يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن، فعن عليّ الجواز وعمر وغيره على منعه، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله الثاني. وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني، ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم: إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز، فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية. وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الأول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم: إن للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه: يعني إنما يلزم إذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الأول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي، فلو لم يكن فيها قول الصدر الأول بل الخلاف مقتضب فيها بين الإمامين للقاضي أن يبطله إذا خالف رأيه. وعندي أن هذا لا يعوّل عليه، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية، بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة، يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الأب إذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه، فإذا قضى به قاض نفذ. وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر، فإذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لأنه مجتهد فيه، إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها لأنها كثيرة الوقوع، ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف. قال: ألا ترى أن القاضي إذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لأنه مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه، وكذا لو قضى في حدّ أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه، وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة، إذ ظاهر قوله تعالى: ﴿فرجل وامرأتان﴾ يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المداينة لأن العبرة لعموم اللفظ، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء في هذه الصورة؛ ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود، وقد اعتبر خلافهما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل، إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا

للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه. وفيه فائدتان: إحداهما أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع إليه على قول العامة كذا في الذخيرة. والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى، ورواية القدوري ساكتة عن الفائدتين جميعاً.

قوله: (ورواية القدوري الخ) أقول عبارة القدوري أعم تتناول ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وليس في عبارة الجامع إلا التنصيص على ما إذا كان مخالفاً، ويعلم حال الموافقة بالأولوية كما ذكره إلا أنه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدوري فتدبر.

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذه ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول، وقد يرجع

تشترط الشهادة انتهى. ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه، فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ إذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول، ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص يحلف المدعي أن فلاناً قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] مع أن معه ظاهراً في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة إن شاء الله تعالى ربّ العالمين. ولو قضى بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضاً وهو حديث العسيلة. وفي السير من الجامع الكبير: إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة، ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ. وفي الفصول نقلاً عن فتاوى رشيد الدين: الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مساغاً وهو صريح: ﴿ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] وهو أيضاً مذهب زفر. ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقاً. ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لأنه خلاف الجمهور، وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر. ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض أنه لا حق لها في القصاص لا ينفذ. ولو زنى بأم امرأته فقضى بإقرار البنت معه نفذ. وحكى في الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافاً عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه، وعند محمد يجوز، وبصحة السلم في الحيوان ينفذ، وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحداً منهم وبالشهادة لأبيه، وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد، وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقدا موقتاً بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ. ولو قضى بردّ زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة، وكذا بصحة رد الزوجة له. ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا إقرار ولا بينة لم ينفذ، وكذا إذا قضى أن لا يؤجل العنين. هذا في القضاء بالمجتهد فيه. أما إذا كان نفس القضاء مجتهداً فيه فهذه فريعات منه، وأصله أن الخلاف إذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على إمضاء قاض آخر فإن أمضاه ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه: أعني قضاء الأول. وعليه فرّع إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على إمضاء قاض آخر، وقيل أن يمضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهد فيه، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخيّر بين أن يجيزه أو يرده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء، ومنه ما لو قضى المحدود أو الأعمى. وأما قضاء السلطان في أمر فالأصح أنه ينفذ، وقيل لا ينفذ. فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر. وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه نفذ قضاء الثاني بإطلاقه عن الحجر قوله: **(والأصل)** حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع إليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الأول في الصحة مثلاً فتعارض اجتهاداهما ويترجح الأول

(والأصل) في تنفيذ القاضي ما يرفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة **(أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ**

(١) حديث حسن يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي

باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه قوله: **(ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة)** رواية واحدة **(وإن كان عامداً ففيه روايتان)** عنه **(ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين)** لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده الصواب، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين، فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ. ووجه عدم النفاذ أن قضاءه مع اعتقاد أنه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه إلى جهة فصلى إلى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه، فكذا هذا، وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجندي. وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفرّع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الإرسال إلى الشافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز إلا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي وإلا كان مقلداً لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل. قال الشيخ أبو المعين: هذا خلاف ما عليه السلف، فإنهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذاً وإن كان مخالفاً لرأي الخلفاء انتهى. وأوكد الأمور في هذا حكم شريح بما يخالف رأي عليّ كثيراً وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله، فقيل صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلّد أبا الدرداء القضاء فاختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم نفى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال: قضى عليّ فقال: لو كنت مكانه قضيت لك، قال: فما يمنعك؟ فقال عمر: ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك. وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل إليه.مأمور به من عند الله، فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت في نفس الأمر، لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس إصابة ذلك بل العمل بمظنونه، وإن خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان إرسال الحنفي إليه إرسالاً لأن يحكم بما أمره الله تعالى، ولا جناح عليه في ذلك مع علمه أن الله جوّز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من أفتاه به أو حكم به عليه. واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده. هذا عند أبي حنيفة **(وعندهما لا ينفذ في الوجهين)** يعني وجه النسيان والعمد **(لأنه قضى بما هو خطأ عنده)** وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل، ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما. وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى. والوجه في هذا الزمان أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل. وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم. هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حمل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه. وقال: وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه. وجه المنع قوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ الآية. واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره. والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعاً، وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس إلا قضاؤه، بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء. هذا ومن تتمة اليمين المضافة أنه إذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوّج لا يحتاج إلى تجديد العقد، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الأئمة يكون الوطء حلالاً، ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوّج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوّج بأخرى هل

ولا يرد غيره **لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول)** في أن كلاً منهما يحتمل الخطأ **(وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه)** درجة وهو ما لم يتصل القضاء به. ولقائل أن يقول: القضاء في المجتهد فيه متفرّع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لأصله. ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحاً لأصله من حيث هو منه أو مطلقاً. والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحاً لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع، إذ الشيء المساوي للشيء في

حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين، وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا. والمراد بالسنة المشهورة منها

يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة؟ ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا. وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج. واختلف فيه المشايخ أيضاً.

وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضي القاضي عند تزوّج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقاً من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة، وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاماً آخر في باب التحكيم قوله: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك)** أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك **(وكذا إذا قضى بإحلال)** يكون حلالاً عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور **(وهذا)** عند أبي حنيفة وهو مشروط بما **(إذا كانت الدعوى بسبب معين)** للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق، وهذه المسألة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطناً خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة. ومن المثل: ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافاً لهم، وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجحده، ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشتريتها حل للمنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها، وكذا في الفسوخ بالبيع والإقالة. وفي الهبة روايتان. ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال، ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالماً بكذب الشهود. ومن صور التحريم: صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلماً وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطناً وظاهراً. ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود، وأجمعوا في الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطناً، والوجه في الأصل. والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء، ومن الأوجه لأبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فبأمر الله أولى، والقاضي مأمور بذلك منه جلا وعلا. وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء. وفي الخلاصة: وأجمعوا على أنه لو أقرّ بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها، وأن الشهود لو ظهروا عبيداً أو كفاراً أو محدودين لا ينفذ باطناً. وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثاً أخذاً بقول عليّ نفذ القضاء ظاهراً وباطناً، ثم بعد ذلك إن كان

القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر، والأول مسلم وليس الكلام فيه، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه، فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال: إن زيداً قضى عليّ يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقضيت لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة؟ فاقض لي فقال عمر: لو كان هنا نص آخر لقضيت لك، ولكن هاهنا رأي والرأي مشترك **(ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان. ووجه النفاذ)** وهو دليل النسيان أيضاً بطريق الأولى **(أنه ليس بخطأ بيقين)** لكونه مجتهداً فيه، وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات. ووجه عدمه أنه

قوله: **(لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول الخ)** أقول: وفيه أن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب، ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالأول عندنا قوله: **(ويؤيده ما روي عن عمر الخ)** أقول: قال الزيلعي: وقد صح أن عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة قال المصنف: **(وإن كان عامداً ففيه روايتان)** أقول: قال النسفي في الكافي وفي الصغرى: إذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى ا هـ. قال ابن الهمام: الوجه في هذا الزمان

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول.

الزوج مجتهداً يتبع رأى القاضي عند محمد، وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي إن كان مقضياً عليه، وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين عليه، وإن كان عامياً فإن استفتى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى. والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين، وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من القربان قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً كما فرضت المسألة فلا قوله: **(ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه، وقال الشافعي**

زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده)** فيعمل به بزعمه قال المصنف: **(وعليه الفتوى)** قال: **(ثم المجتهد فيه أن ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا)** لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لأنه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد، بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فوقع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع، والثاني مخالف للإجماع ومخالف الإجماع باطل لا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوّج امرأة الأب وجاريته التي وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه **(والمراد بالسنة المشهورة منها)** كما ذكرنا **(والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور)** أي جلّ الناس وأكثرهم **(ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف)** فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه وأنكروا عليه، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوّغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة، ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله: **(والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول)** معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم، وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه. قال: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ)** كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر: أي فيما بينا فهو في الباطن: أي عند الله حرام، وكذا إذا قضى بإحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الأملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، فمن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر، وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر. ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة

أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، ثم قال: وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد، وأما المقلد فإنما ولاء ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ قوله: **(بطريق الأولى)** أقول: وجه الأولوية أن التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان.

قوله: **(لأن القاضي يصير منشئاً)** أقول: الظاهر أن يقال منشىء قوله: **(لأنه تبرع)** أقول: أي من وجه قوله: **(فإذا دخل بها لا يحل)** أقول: بوجوب العدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

قال: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله)** وكذا إذا قضى بإحلال، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرّت في النكاح.

قال: **(ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه)** وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد، ولأنه

يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد، وإن كان في البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك. والفرق أن في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا. احتجوا بقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل. ولنا قوله ﷺ لعليّ حين استقضاه على اليمين: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر»[2] وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه، فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء، وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم معه، ولأن حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها، والعجز عنه لا يعلم إلا مع حضوره أو نائبه، ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لا تسمع على مقرّ، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الإنكار، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم، ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الأصل لأنه

الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصداً والإنشاء هاهنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات. وقال بعضهم: إنما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بمحضر من الشهود لأنها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضي يصير منشئاً وإنما يصير منشئاً فيما له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لأنه تبرع. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حلّ للبائع وطؤها. ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك، وقالا: إن كان عالماً بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطناً، وإن لم يعلم بها حل له ذلك، وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخراً وإن كانت الفرقة لم تقع باطناً، لأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدونه. وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرّاً؛ وعلى قول محمد يحل للأوّل وطؤها ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم. قال: **(ولا يقضي القاضي على غائب الخ)** القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه. وقال الشافعي: إن غاب عن البلد أو على مجلس الحكم واستتر في البلد جاز، وإلا لا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييعاً للحقوق دون غيره، واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود

قوله: **(قلنا إذا كانت شرطاً الخ)** أقول: فيه تأمل، ثم الظاهر أن يقال: إذا كان بدل قوله إذا كانت قوله: **(وبأنه مفيد الخ)** أقول: ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم.

---

(١) يأتي في أول كتاب الدعوى.
(٢) تقدم في أول باب أدب القاضي مستوفياً، وهو حسن.

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، ولو أنكر ثم غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل

يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده، ولذا قلنا جميعاً فيمن قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرّ فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطاً لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الأصل. فإن قيل: الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب. قلنا: لأن بقاء الإنكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به، وإنما يقضى عليه بالبينة إذا حضر وسكت لإنزال الشرع إياه منكراً لا لأنه غير منكر، وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لأنه إما أن يقرّ أو ينكر. وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لأن مع حضوره يحتمل أن يقرّ فيبطل حكم البينة أولاً فيطعن في البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضى عليه بالبينة، ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز، وهذا لأن حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالإقرار يقتصر على

الحجة وهي البينة، فإذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعله حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقرّ بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الإنكار ولم يوجد، فإن قال قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت. أجيب بأن الشرع أنزله منكراً حملا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعا لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الإنكار موجوداً حكماً، وإن قال سلمنا أن لا منازعة إلا بالإنكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك. قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعي صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً. وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك. قلنا إذا كانت شرطاً فالملازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، وسيأتي له جواب آخر. وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لأنه إن حضر فأقرّ لزمت الدعوى وإن أنكر فكذلك. فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع، بأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبته أن يسلم الدعوى ويدعي الأداء ويثبته، أو يقرّ قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة، ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه إبطاله، وصون الحكم عن البطلان من أجلّ الفوائد قوله: (**ولأنه يحتمل الإقرار الخ**) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشأن، ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه في وجه القضاء وأعمل الثاني؛ ومعناه أن الشأن يحتمل الإقرار والإنكار، أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة، وقد تقدم في أوّل باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقرّ بها الرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعاً عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض، فإن استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي» فإنه لا يفصل بين كون الخصم حاضراً أو غائباً، أو بحديث هند حيث قالت: «يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجبناه عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئاً فعليه إقامة البينة، وهو مع كونه متروك

قوله: (**والضمير للشأن**) أقول: فيه بحث، فإن الجملة بعده تحتمل ضميره إلا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح قوله: (**ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه الخ**) أقول: وأتى بضميره في الأول، والإضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع، إلا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج إلى لبيان قوله: (**وعن حديث هند الخ**) أقول: ولأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى قوله: (**وفيه خلاف أبي يوسف الخ**) أقول: وفيه تأمل قوله: (**واعلم أن قيام الحاضر الخ**) أقول: كأنه يشير إلى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه: أي وقيام من يقوم.

أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي، وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب، أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع.

المقرّ، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها، ولو أقرّ بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض. وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه قال: يحكم بها لأن إنكاره سمع نصاً فوجد شرط حجيتها كما لو أقرّ ثم غاب يقضى بالإقرار. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالإقرار، وهو قول أبي حنيفة لأن في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق، أما ليس له حق الطعن في إقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقاً له. وكان أبو يوسف يقول أولاً: لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعاً، ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال: يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظاً لأموال الناس، فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه، فمن يقوم مقامه أحد ثلاث: نائب بإنابته كوكيله، أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي. وقد يكون حكماً: يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً، أي يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم له، واقتصر المصنف عليها نفياً للمسخر من جهة القاضي فإن فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى، وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته، وإنما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك، أما في غير ذلك الموضع فلا. وذكر محمد في الجامع. رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة: يعني على الغائب. قال شيخ الإسلام: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب. قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي أنه مسخر. والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا: لا ينفذ، وفي مفقود خواهر زاده. لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غيرخصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضي على الغائب، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى. والذي يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إمضاء قاض، لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه، وحيث قضى على غائب فلا يكون عن إقرار عليه. ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الأول من الفتاوى الصغرى: عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدّقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب

الظاهر لأن الخصم إذا أقرّ ليس على المدعي إقامة البينة ليس بمحل للنزاع، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا، وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات، وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله ﷺ لعليّ حين بعثه إلى اليمين: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي» رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن. وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان؛ ألا ترى

قوله: (فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول: جزاء، فإن كان في قوله فإن كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً.

قال: (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة

بالشراء بإقراره، وهي عجيبة لأنه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه بالتسليم. قال: وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة إلى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجدها ثمة. وأما الثالث فما إذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة، لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان) ما يدعيه الغائب (شرطاً لحقه) لا سبباً لا محالة، أو قد يكون سبباً وقد لا يكون (فإنه لا معتبر به في جعل الحاضر خصماً عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع). مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل: ثلاث فيما يكون المقضي شيئين، وثلاث فيما يكون واحداً. أما ثلاث الواحد: إحداها ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإنه يقضى بها في حق الحاضر والغائب، لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه. والثانية ادّعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يذوب[1] له عليه فأقرّ المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره. الثالثة ادعى شفعة في دار في يد إنسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب. ومثال ثلاث الشيئين: إحداها قذف محصناً فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعليّ حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الأحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيئان. الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة أن مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لأن العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة. الثالثة رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبي مالاً وأنكر القاتل فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعاً. فإن قيل: هذا منتقض بما إذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلاً مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة. أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت إذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق، وإن اختار الاستسعاء يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولاً فلم يقبل. وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر، بل قد يكون وقد لا يكون، فقد

أنها لم تقم البينة قوله: (لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء.وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب. وأجيب أن الاستصحاب يصلح للرفع لا للإثبات. قال: (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكماً شرعياً، والأول إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما إذا وكل شخصاً وهو ظاهر أو القاضي كما إذا أقام وصياً من جهته. والثاني إما أن يكون ما يدعي به على الغائب سبباً لازماً لما يدعي به على الحاضر أو شرطاً لحقه، فإن كان سبباً لازماً سواء

(١) ذابَ: وَجَبَ. وذاب لي عليه حق: وجب اهـ مغرب.

مضمونة، والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه **(وإن أقرض الوصي ضمن)** لأنه لا يقدر على الاستخراج،

يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً، وبيانه في مسألتين: إحداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك إليه فأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البينة به. والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك إليه فأقامت بينة أنه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق، فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج إلى إعادتها أو بينة أخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد، لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة، وقد يتحقق موجباً للانعزال فأن وجد بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث أنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصماً عن الغائب، ومن حيث أنه قد يكون سبباً قبلنا البينة فيما يرجع إلى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق، ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق. ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين، إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سبباً لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل: إحداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع أنه كان زوّجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشتري على ذلك بينة فإنه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان: الردّ بالعيب على الحاضر، والنكاح على الغائب. والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما يدعي على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها، فإن أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على أنها امرأته للحال لا تقبل أيضاً لأن البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسداً إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لإبطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز أنه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد، وإذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا. الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان، والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء، لأنه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة، وإنما

كان المدعي واحداً كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإن المدعي وهو الدار شيء واحد، وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك لا محالة، أو شيئين مختلفين، كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة، والمدعي شيئان: المال على الحاضر والعتق على الغائب، والمدعي على الغائب سبب المدعي على الحاضر لا محالة لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب، لأن المدعي شيء واحد في الأول أو كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك، فإذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره ولا يحتاج إلى إعادة البينة، ولهما نظائر في الكتب المبسوطة، والمصنف لم يتعرض إلا للسببية، وأما أن يكون المدعي شيئاً واحداً أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم، فإن الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه، وقيدنا السبب بقولنا لازماً احترازاً عما إذا كان سبباً في وقت دون وقت. فإن الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب إن زوجك فلاناً الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت إنه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى إذا حضر وأنكر الطلاق يجب

والأب بمنزلة الوصي في أصحّ الروايتين لعجزه عن الاستخراج.

تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه؛ ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا. وأما ما يكون شرطاً فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما يدعيه. وصورته: قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، فادعت أن فلاناً طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لأنه ابتداء القضاء على الغائب. وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصماً عن الغائب، ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وإن كان فلان غائباً. والجواب أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له فصار الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق الغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب، وما تضمن إبطالاً عليه لا يقبل قوله: **(ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق)** وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الإقراض، وهذا **(لأن في الإقراض مصلحتهم)** لأن بقاءه على وجه الأرض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر، وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة **(والقاضي يقدر على الاستخراج)** فكان النظر في الإقراض بخلاف الوصي فإنه لا يقدر على الاستخراج، إذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم، ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل، وفي الجثوّ بين يدي القضاء ذل وصغار فكان إضراراً بالصغار على الاعتبار **(والأب كالوصي في أصح الروايتين)** لأنه لا يقدر على الاستخراج. ووجه الأخرى أنه أعم ولاية من الوصي لأنها في المال والنفس كولاية القاضي، ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر، والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده، وعلى هذا قالوا: لو أخذه الأب قرضاً لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز. والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه، بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج، ولا يخفى أن قدرة هذا إنما تفيد مع وجود الملاءة. أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة، وعن هذا قال الخصاف: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلّ حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل

عليها إعادة البينة لأن المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلاً بالحمل قبل الطلاق فكان المدعي على الغائب سبباً لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملاً بهما. فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت: اكتفى بالإطلاق لصرف المطلق إلى الكامل عن التقييد، وإن كان أعني ما يدعي به على الغائب شرطاً لحقه، أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف: فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وهو قول عامة المشايخ، لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة الأوزجندي إن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب، لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط. لا يقال: المعتبر هو السب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين، لأن المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب وهو في الشرط موجود. وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلاً عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصيّ من جهة القاضي لأن كلامه فيمن يقوم

قوله: **(والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وأخرج المصنف، إلى قوله: كالوصي)** أقول: فيه شيء فإن كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره.

قوله: **(ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ)** أقول: فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولاً له ليكتب. وعندي أن قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى.

. . . .

أن يعسر فلا يقدر، وكذا لو كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه، وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولنفصلها. فعندنا وفي قول للشافعي أنه يجوز، وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز، وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لأنه ﷺ قال لهند بنت عتبة «خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] فهذا قضاء بعلمه، وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدّ خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حدّ قذف. وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت إليه لا يقضي عنده، وقال: يقضي وفي التجريد جعل قول محمد مع أبي حنيفة، ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلداً للرستاق أو لم يكن، وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد. ونص أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد، وهكذا في النوادر عن محمد. ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء، فعند أبي حنيفة لا يقضي، وعندهما يقضي. وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً، والله الموفق.

مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه، ذكره في الذخيرة وهو إحدى الروايتين فيه فكأنه اختاره. قال: **(ويقرض القاضي أموال اليتامى الخ)** للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل تذكره الحق وهو الإقراض، لأن في إقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فإن القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة إن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة، وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها. فإن قيل: نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى لجحود المستقرض، أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوماً له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان، بخلاف الوصيّ فإنه ليس له أن يقرض، فإن فعل ضمن لأن الحفظ والضمان وإن كان موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل، والأب كالوصيّ في أصح الروايتين لأنه عاجز عن الاستخراج، وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد والعتابي، وفي رواية: يجوز له ذلك لأن ولاية الأب تعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنع من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده، وإن أخذه الأب قرضاً لنفسه فالقراض يجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١١ و ٥٤٦٣ ومسلم ١٧١٤ ح ٧ وأبو داود ٣٥٣٢ والدارمي ٢/ ١٥٩ والنسائي ٨/ ٢٤٦-٢٤٧ وابن ماجه ٢٢٩٣ والشافعي ٢/ ٦٤ والحميدي ٢٤٢ وأحمد ٦/ ٣٩. ٥٠-٢٠٦ وابن حبان ٤٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٤٦٦ و ١٠/ ١٤١ - ٢٦٩. ٢٧٠ والبغوي ٢١٤٩ و ٢٣٩٧ كلهم من حديث عروة عن عائشة قالت: «قالت هند للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي إلا ما يُدْخِلُ عليّ. قال: خذي ما يكفيك، وَوَلَدَكِ بالمعروف».

ورواية: لا حرج عليك أن تنفقي بالمعروف عليهم وهي عند البخاري ٢٤٦٠ و ٥٣٥٩ و ٣٨٢٥ و ٦٦٤١ و ٧١٦١ ومسلم ١٧١٤ ح ٨-٩ وأبو داود ٣٥٣٣ وأحمد ٦/ ٢٢٥ والبيهقي ١٠/ ٢٧٠ والبغوي ٢٠٥٠ وابن حبان ٤٢٥٧ كلهم من حديث عائشة.

باب التحكيم

(وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء، ولا

باب التحكيم

هذا أيضاً من فروع القضاء، والمحكم أحطّ رتبة من القاضي، فإن القاضي يقضى فيما لا يقضي المحكم فأخره عنه، ولهذا قال أبو يوسف: إنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته، بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح، أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك. والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله﴾ [النساء: ٣٥] الآية، وفيه نظر. وأما السنة فما قال أبو شريح: «يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا»[(١)] رواه النسائي وأجمع على أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ[(٢)]. وروي أنه كان بين عمر وأبيّ بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر: هلا بعثت إليّ فآتيك يا أمير المؤمنين، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم، فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبيّ: لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر:

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي. وهو مشروع بالكتاب والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم **(وإذا حكم رجلان رجلاً ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما)** لصدور حكمه عن ولاية عليهما **(وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لأنه بمنزلته فيما بينهما)** واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده. وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف، بخلاف القضاء والإمارة لأنه

باب التحكيم

قوله: (وعموم ولاية القاضي) أقول: المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدي الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وأمثاله، لا أنه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فإنه قد يفوض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المبينين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال: لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٩٥٥ من حديث هانىء بن يزيد أبي شريح، وفيه قصة، وهي أنه كان يكنى بأبي الحكم فغيره رسول الله ﷺ وقال له: إن الله هو الحكم، فَلِمَ تكنى أبا الحكم.
وفيه يزيد بن مقدام صدوق كما في التقريب. وبقية رجاله ثقات كلهم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤٣ و ٣٨٠٤ و ٤١٢١ و ٦٢٦٢ ومسلم ١٧٦٨ وأبو داود ٥٢١٥ و ٥٢١٦ والنسائي في الفضائل ١١٨ وأحمد ٣/ ٢٢. ٧١ وابن سعد ٣/ ٤٢٤ وابن حبان ٧٠٢٦ وأبو يعلى ١١٨٨ والطبراني ٥٣٢٣ والبيهقي ٦/ ٥٧. ٥٨ و ٩/ ٦٣ والبغوي ٢٧١٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري: «أن بني قُريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد، فجاء على حمار، فقال رسول الله ﷺ: قوموا إلى خيركم، أو إلى سيدكم. قال: إن هؤلاء قد نزلوا على حكمك. قال: فإني أحكم فيهم أن يُقْتَلَ مقاتلَتُهم، وتُسْبَى ذريتُهم. فقال رسول الله ﷺ: لقد حكمتَ فيهم بحكم الله، وقال مرة: لقد حكمت بحكم الملِكِ».
وورد من حديث عائشة مطولاً. أخرجه أحمد ٦/ ١٤١. ١٤٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٠٨. ٤١١ وابن سعد ٣/ ٤٢١. ٤٢٣ وابن حبان ٧٠٢٨ وإسناده حسن ورجاله ثقات، والعمدة حديث أبي سعيد

يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبيّ لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم

يمين لزمتني، فقال أبيّ: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه[1]، وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس، وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس. وفي الحديث جواز التحكيم وأن زيداً كان معروفاً بالفقه. وقد روي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركابه عند ركوبه، وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا ، فقبل زيد يده وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا[2]. وفيه أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه، وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه ليأتيه وإن كان أوجه الناس. وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله ﷺ: «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه»[3] وبسط النبيّ ﷺ رداء لعدي بن حاتم، وأن الخليفة ليس كغيره، واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول، وأنه لا بأس بالحلف صادقاً، وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لأمر آخر[4]، وأن اليمين حق المدعي له أن يستوفيها وتسقط بإسقاطه قوله: **(وإذا حكم رجلان رجلاً)** أو امرأة **(فحكم بينهما ورضيا بحكمه)** إلى أن حكم **(جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما)** وسنذكر لهذا تخصيصات: أولها قوله: **(وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم)** بأن يكون أهلاً للشهادة **(فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي)** إلا أن يحكمه ذميان لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم **(و)** كذلك **(المحدود في القذف والفاسق)** لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء **(لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة. والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى)** الفاسق ينفذ حكمه. وقوله: **(وينفذ**

تفويض **(وإذا كان المحكم بمنزلة الحاكم)** اشترط له أهلية القضاء **(فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لأنها من أهل الشهادة فيها)** قال: **(ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ)** قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكماً ولا محكماً، فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي إن حكمه المسلمون، وإن حكمه أهل الذمة جاز لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون

قال المصنف: **(فيشترط أهلية القضاء)** أقول: وفي المحيط: يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، حتى أنه إذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقف الحكم بأن كان الحكم عبداً فأعتق وحكم لا ينفذ حكمه. هكذا ذكر صاحب الأقضية والشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسألته في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى. المسألة المذكورة في فصل التقليد هو أنه إذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر في باب الجمعة من صلاة المنتقى، رواه إبراهيم عن محمد. والعبد إذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضي بذلك الأمر انتهى. واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الدراية أيضاً قوله: **(ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ)** أقول: في المحيط: ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى. وفي شرح الكافي: المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر.

---

(١) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ١٠/ ١٤٥ بسنده عن الشعبي مرسلاً. وفيه محمد بن الجهم لا يُعرف.
فللخبر علتان الارسال، وجهالة ابن الجهم هذا والله أعلم.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ٣/ ٤٢٣ في مناقب زيد وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.
تنبيه: ليس في النسخة المطبوعة من المستدرك زيادة: فقبل زيدٌ. . .) وقد ذكرها محقق المستدرك نقلاً عن كنز العمال.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ١٦٢ من حديث عائشة.
وقال: فيه سليمان بن أرقم بن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات.
وله طريق آخر فقد أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة سعيد بن مسلمة في ٢/ ٤٥٦ من حديث ابن عمر وذكره الذهبي من طريق ابن عدي، وقال: سعيد بن مسلمة قال يحيى عنه: ليس بشيء. وقال البخاري: ضعيف.
وورد من حديث معاذ. أخرجه ابن عدي ١/ ١٧٧ في ترجمة أحمد بن عبد الله الحراني، وقال: حدث عن الثقات بالمناكير.

(٤) أثر عثمان يأتي في الدعوى. والقصة معروفة حيث اختلف هو ورجل. ورواية المقداد في قدر المال الذي كان لعثمان عليه. وانظر نصب الراية ٤/ ١٠٣.

عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً **(وإذا حكم لزمهما)** لصدور حكمه عن ولاية عليهما **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه)** لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه **(وإن خالفه أبطله)** لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)** لأنه لا ولاية لهما على

حكمه عليهما) عطف على جواب المسألة: أعني قوله جاز، وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب، ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للحصر فيفيد أنه لا ينفذ على غيرهما، فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول، ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما، ولم يتعدّ لأنه كالمصالح. ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما عبداً فعتق أو صبيا أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الإضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من إضافة المصدر إلى المفعول، ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض. وفي المغني: يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرّ، وتحكيم الذمي ذمياً ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا قوله: **(ولكل واحد من الحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما)** إذ هما الموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا **(وإذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما)** فقط لأنه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع قوله: **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه)** بعينه قوله: **(وإن خالفه أبطله)**.

وقال مالك وابن أبي ليلى: هو كالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له، بخلاف المولِيين له إنما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي أنه لم يحكمه، ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا، وهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خاله أبطله ليس ما

الإسلام، فكذا تحكيمه، والمحدود في القذف وإن تاب لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي، والفاسق والصبيّ لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن إذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضي أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز **(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما)** لاتفاقهما على ذلك **(فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً)** لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً. فإن قيل: إخراج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته. قلنا: ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان فإنه لازم **(وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه لأنه)** إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك **(فلا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه)** وفائدة إبرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، لو لم يمض لتمكن لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه **(وإن خالفه أبطله لأن حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه)** بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلأنه لا يبطله الثاني وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان

وقال في النهاية: هو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك انتهى. فلا مخالفة كما توهم. ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول يقال: حكمه أي فوض الحكم إليه قوله: **(فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الخ)** أقول: المراد بالكافر ما عدا الذمي الذي بقرينة المقابلة.

دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما، وهو صحيح إلا أنه لا يفتي به، ويقال يحتاج إلى الحكم المولى دفعاً لتجاسر العوامّ وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا

يعفيه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل جواز أن يبطله وأن ينفذه. وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي قوله: **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)** وهذا إحدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف. قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف: من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس. وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما، ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز، وهو الصحيح لأن حكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص وحدّ القذف بالصلح، ولأنهما يندرئان بالشبهات، وحكمه شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما، وأيّ شبهة أعظم من هذا. قال المصنف قالوا: **(وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح)** وفي الخلاصة: قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمداً ببينة عادلة جائز إذا وافق رأي القاضي. وعن أبي حنيفة: لا يجوز في القصاص. ونقل الناصحي عن أبي بكر الرازي في القصاص: ينبغي أن يجوز لأن وليّ القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم. وتوجيه المصنف بأنهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الإباحة: يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه، وهذا لأن المقضى عليه هو الأصل في التحكيم، والآخر: أعني الطالب تبع فكون أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الأقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر، والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه. وفي الفتاوى الصغرى: حكم المحكم في الطلاق والمضاف ينفذ لكن لا يفتى به. وفيها: روي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. قال: **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ)** لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ، قال شمس الأئمة: من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز. وذكر في الذخيرة عن صلح الأصل أن التحكيم في القصاص جائز لأن الاستيفاء إليهما وهما من حقوق العبادة فيجوز التحكيم كما في الأموال. وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف واستدل بقوله لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة، وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود. وقالوا في ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف قوله: **(وقالوا)** أي قال المتأخرون من مشايخنا **(وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات)** كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا **(وهو صحيح)** لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك، قال شمس الأئمة الحلواني: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا عليّ النسفي كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا. وإن حكماه في دم خطأ لا ينفذ إلا في صورة لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل، فإن كان الأول

قوله: **(وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما الخ)** أقول: كالبيع فإنه لا يفسخ إلا باتفاق المتبايعين. ففي الجواب كلام قال المصنف: **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي مذهبه أمضاه)** أقول: فعلى هذا حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضيه الحاكم الحنفي بهذا الدليل بعينه إذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالأصح.

تحكيم من جهتهم. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضاً إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله **(ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار)** لأنه حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله

فقيها عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها. وروي عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه إذا استفتى أوّلاً فقيهاً فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة فإن تزوّج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما. وفي الذخير: فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثاً فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز، وكذا لو حكما يجوز، ولا يفتى به لما مر: يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوّام: يعني على هدم المذهب. قال: وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز. ثم قال المصنف **(ولو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذا لم يحكموه، وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله)** فإن القاضي **(يرده ويقضي)** بما هو الحق وهو كونه **(على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وللنص)** وهو حديث حمل بن مالك **(إلا إذا ثبت القتل)** وهو قتل الخطأ **(بإقراره)** فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل، لأن العواقل لا تعقل القتل الثابت بالإقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لأن إقراره لا ينفذ في حقهم إذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله، وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات إن كنت بحيث لا تعقلها العاقلة، بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً، وإن بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لأنه يخالف الشرع، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلاً لأنه إن قضى على الجاني خالف الشرع، وعلى العاقلة لا يجوز لأنهم لم يحكموه قوله: **(ولو أخبر)** يعني المحكم لو قال: لأحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقضى عليه أن يكون أقرّ وأقام البينة لم يلتفت إلى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقياً لأن الحكم ما دام تحكيمهما قائماً كالقاضي

لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم، وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك: «قوموا فدوه» كما سيأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى قوله: **(إلا إذا ثبت)** استثناء من قوله رده القاضي: أي رد قضاءه بالدية في ماله إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعداً وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلاً، لأنه إن قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله: **(ويجوز أن يسمع البينة)** يعني أنه لما صار حكماً عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة **(ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع، وإذا أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين)** بأن يقول لأحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا **(أو بعدالة الشهود)** مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقرّ عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك **(إذا كان على تحكيمهما)** فيملك الإخبار كالقاضي المولى إذا قال في قضائه

قوله: **(وثبت ذلك بالإقرار والنكول)** أقول: فيه أنه إذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضاً فلا وجه للتقييد بالإقرار والنكول
قوله: **(وقد ألزمتك ذلك الخ)** أقول: إنشاء الإلزام والحكم أيضاً.

لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل **(وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء)** وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي، والله أعلم بالصواب.

المقلد، ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت إنكار إلى المقضى عليه، فكذا الحكم إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لأنه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا **(وحكم الحاكم)** سواء كان قاضياً أو محكماً **(لأبويه وولده وزوجته)** وكل من لا تقبل شهادته له **(باطل لمكان التهمة)** بخلاف بما إذا حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله: **(ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأن الحكم أمر يحتاج فيه إلى الرأي)** وإنما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في إخبارهما عن الحكم إذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما، ولو شهد الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لأنهما ما حملاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما. وإذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبداً وحراً لم يجز، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الإمام رجلاً بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي، ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام إلا أن يجزيه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم، ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز، وليس للحكم أن يفوض إلى غيره، ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني، ولو حكما واحداً فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده وإن كان جوراً أبطله، وكتاب الحكم إلى القاضي وقلبه يجوز، فإن كتب إليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب.

لإنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندي عفي ذلك **(فإنه يصدق في ذلك)** ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه فكذا هاهنا **(وإن أخبر بالحكم)** مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا **(لم يصدق)** لأنه إذا حكم صار معزولاً ولا يقبل قوله إني حكمت بكذا كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا **(وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل)** لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم **(ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأن الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة، فكذلك القضاء. وإذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج إلى الرأي)** فلو حكم أحدهما لا يجوز لأنهما إنما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لأنهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه.

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال: **(وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوّة عند أبي حنيفة رحمه الله)** معناه بغير رضا صاحب العلو **(وقالا: يصنع ما لا يضرّ بالعلو)** وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوّه. قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف. وقيل الأصل عندهما الإباحة

مسائل منثورة من كتاب القضاء

قوله: **(وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوّة عند أبي حنيفة رضي الله عنه: أي بغير رضا صاحب العلوّ)** وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً، والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قالا: **يصنع ما لا يضرّ بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه)** أي يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيفاً. والكوة بفتح الكاف[1]. ويقال: وَتِدَ وَتَدْاً يَتِدُهُ مِنْ بابِ ضربه[2] قيل: **(ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة)** لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه **(فلا خلاف)** بينهم **(وقيل)** بل بينهم خلاف وهو في محل وقوع الشك، فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً، وما فيه شرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع، لأن **(الأصل)** فيه **(الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع)** لأن اليقين يزال بالشك، كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كاتب نصيبه لا يجوز، وللشريك حق فسخه **(وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير)** ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه. وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة. وقال شيخ الإسلام أيضاً: إذا أشكل تصرف صاحب العلو وهل يضرّ بالسفل أو لا يملكه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى: أي متفرقة من شتت تشتيتاً: إذا فرق. ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكاً لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة. قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وإنه لجدير بالتأخير لا محالة **(وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا أن ينقب فيه كوّة بغير رضا صاحب العلوّ)** وليس لصاحب العلوّ أن يبني على علوّه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنيفاً إلا برضا صاحب السفل **(عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: جاز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضرّ به، وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله)** يعني أن أبا حنيفة إنما منع عما منع إذا كان مضراً، وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلاً مجمعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه **(وقيل)** ليس ذلك بتفسير له وإنما **(الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق)** فلا يمنع عنه إلا بعارض الضرر، فإذا لم يكن ضرر لم يمنع **(بالاتفاق، و)** إنما تظهر ثمرة الخلاف **(إذا أشكل)** فعندهما **(لم يجز**

مسائل شتى من كتاب القضاء

قوله: **(مسائل شتى: أي متفرقة من شتت تشتيتاً)** أقول: بل من شت يشت شتاً وشتاتاً وشتيتاً: إذا فرق وافترق.

---

(١) الكُوَّة: ثقبُ البيت والجمع كوىً وقد يضم الكاف في المفرد والجمع ا هـ مغرب.

وفي المصباح: الكُوَّةُ: تُفتح، وتُضم الثقبة في الحائط. وجمع المفتوح: كَوَّات. وجمع المضموم: كُوَىً.

(٢) الوتِد: بكسر التاء في لغة الحجاز وهي الفصحى. وفتح التاء لغة، وهي من باب وعد. ا هـ مصباح بتصرف.

لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلوّ من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه.

بالاتفاق. وقال الصدر الشهيد: المختار أنه إذا أشكل لا يملكه، وإذا لم يضر يملكه. وذكر قاضخيان: لو حفر صاحب السفل في ساحته بئراً وما أشبه ذلك، عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر، وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه، فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو، كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون، وهذا أصل كلي، كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوّع لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكري الآخر، أو سفينة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر، وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كعلو الرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه، وإذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته. واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع، والصحيح وقت البناء. وإما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبني في نصيبه. وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال: وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق، وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء. ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر، أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه إذا بنى لا يكون متطوعاً، وكذا إذا انهدم بعضه لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعاً. وفي فتاوى النسفي: دار لجارين سطح إحداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه، ولكن يطالبه بتسييل مائه إلى طرف الميزاب. وإذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لأجل إسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى. فرق بين حق التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الأول يجبر على البناء، ولو هدم في الثاني لا يجبر. وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً. وفي الأقضية: حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك؛ إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر، وإن هدماه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخران كان أسّ الحائط عريضاً يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، وإن كان لا يمكن يجبر

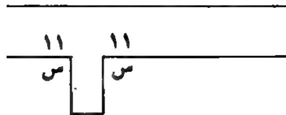
(المنع) لأنّ الإطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك **(والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو)** صاحب العلو لأن قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر **(والإطلاق بعارض)** وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل **(فإذا أشكل لا يزول المنع)** لما ذكرنا قوله: **(على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه)** استظهار على المنع لإفادة ما قبله ذلك.

قوله: **(وإنما تظهر ثمرة الخلاف)** أقول: فيه بحث قوله: **(إذا أشكل)** أقول: كهذه الأشياء المذكورة قوله: **(وهو الرضا به دون عدم الضرر)** أقول: وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق؛ ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه. قال الزيلعي: وهو عدم الضرر بيقين انتهى. الباء متعلق بالعدم لا بالضرر قوله: **(فتأمل)** أقول: كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته: أمر بالتأمل تنبيهاً على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض، ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض العدم وليس كذلك انتهى. وأقول: يجوز أن يكون إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة.

قال: **(وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى)** لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة. قيل المنع من المرور لا من فتح

كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة. وفي شهادات فتاوى الفضلي: لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي، وإن كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى. فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري. فليكن هو المحمل، وهذا لأنه لما كان مضطراً في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطراً في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة، ولو كان الحائط صحيحاً فهدم أحدهما بإذن الشريك لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراده الآخر كما لو هدماه وإن هدمه بغير إذن الشريك. وفي كتاب الحيطان: رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يخرب السكة المختار أنه يمنع، فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادراً على البناء يجبر على البناء، قيل والأصح أنه لا يجبر. وفي كتاب الغصب من الخلاصة: رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن قوله: **(وإن كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة)** يعني المنشعبة **(فليس)** لأحد من **(أهل الزائغة الأولى)** إذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك باباً في الزائغة المنشعبة، وهذه صورتها:

والذي يمكنه أن يفتح باباً في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية، وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور لا حق لأهل الزائغة الأولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لأهلها على الخصوص، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها، بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح باباً في الأولى لأن له حق المرور فيها، و**(بخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة)** ولا خلاف أن له أن يفتح. قال بعض المشايخ: لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن فتح الباب رفع بعض جداره، وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه، والأصح أن يمنع من الفتح لأن منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذا لا يمكن مراقبته ليلاً ونهاراً في الخروج فيخرج، ولأنه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقاً في المرور، ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب ممهد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب **(ولو كانت)** المنشعبة **(مستديرة فلهم أن يفتحوا لأن لكل منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة)** غاية الأمر فيها اعوجاجاً **(ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها)** وهذه صورتها:



قال: **(وإذا كانت زائغة مستطيلة الخ)** سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة: ليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى لأن فتح الباب للمرور، ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها

الباب لأنه رفع بعض جداره. والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة. ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب **(وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا)** باباً لأن

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد إنسان: يعني من أهله أن يتخذ طيناً إن ترك من الطريق قدر الممر لناس ويرفعه سريعاً ويفعل في الأحايين مرة لا يمنع منه، وكذا لو أراد أن يبني آرياً أو دكاناً وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة، ولو استأذن رجلاً في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتري أن يأخذه برفعها إلا إذا شرط بقاءها عن البيع، وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بإزالتها إلا إذا شرطها، ولو أن لرجل حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل ليبّل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفرة وإصلاحها ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك، كذا روي عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ، غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر. وفي أول القسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار: رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أي يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماماً أو تنوراً، وإن كف عما يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك. ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه، ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستر مهبه. ولو اتخذ بئراً في ملكه أو كرياساً أو بالوعة فنزّ منها حائط جاره وطلب جاره مه تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية. وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكا إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في

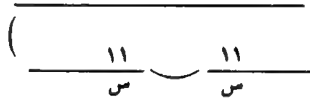
لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح باباً بغير إذنهم، فكذا هذا؛ ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة. ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأن الفتح رفع بعض جداره. وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى، ولهذا لو فتح كوّة أو باباً للاستضاءة دون المرور لم يمنع، والأصح أنه يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه إذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع، وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائغة الأولى غير نافذة، وقد سرح بذلك الإمام التمرتاشي والفقيه أبو الليث، إلا إذا جعلت الضمير موضوعاً موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالاً من الزائغتين جميعاً لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى: ﴿قل أرأيتم إن أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به﴾ أي بذلك على أحد الوجهين، وإن كانت الزائغة

قوله: **(فيجوز أن يكون حالاً الخ)** أقول: الجواز لا يستلزم الدلالة، ففي اتصال الاستثناء تأمل قوله: **(لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة)** أقول: يعني أن الإشارة بلفظ ذلك إلى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر.

الكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها.

دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فحبست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة، وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني. وفي مضاربة النوازل: لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم في الحكم منعه، وبه قال الشافعي وأحمد. ولو حفر في داره بئراً فنزّ منها حائط جاره ليس له منعه. قال في فصول العمادي نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك، وذكر غيره تمسكهم بقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[1] والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سدّ الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكاً ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع، وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لا رواية لها في الكتب، وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها. وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين. قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه، وإن كان بسقفين فليس له منعه، قال: وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان. قال في الخلاصة: فلو أقام أحدهما البينة على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبينة القديم أولى، قال: ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا. قال في الذخيرة: ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى. وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسألة وهي مسألة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى. وأما قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[2] فلا شك أنه عام خصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به، وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن

القصوى مستديرة قد لزق طرفاها: يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أيّ موضع شاء، لأنها سكة واحدة إذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذ بيعت دار منها بهذه الصورة:



---

(١) جيد. أخرجه ابن ماجه. ٢٣٤ وأحمد ٥/٣٢٦، ٣٢٧ كلاهما من حديث عبادة من الصامت وفيه ضعف لجهالة إسحاق بن يحيى. وأخرجه ابن ماجه ٢٣٤١ وأحمد ١/٣١٣ من حديث ابن عباس.

وكذا الدارقطني ٤/٢٢٨ وزاد «للجار أن يضع خشبته على جدار جاره وإن كره...» وورد من حديث أبي سعيد الخدري أخرجه الدارقطني ٣/ ٧٧ والحاكم ٢/٥٧، ٥٨ والبيهقي ٦/٦٩ وصححه الحاكم وسكت الذهبي! وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٤/٢٢٨ وكذا أخرجه من حديث عائشة وقد رواه مالك مرسلاً ٢/٧٤٥ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرفوعاً وأخرجه أحمد ١/٣١٢ من حديث ابن عباس: لا ضرورة في الإسلام. وورد من حديث جابر رواه الطبراني كما في المجمع ٤/١١٠ وقال الهيثمي: فيه ابن إسحاق وهو ثقة ا هـ فهو جيد بمجموع طرقه.

(٢) هو المتقدم.

قال: (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على

يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش. وفي الذخيرة: حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً. قيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك. والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سبباً للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه. وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريباً، ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه: حجرة سطحها وسطح جاره متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك، فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة، إن كان صعد يقع بصره في دار جاره له المنع، وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع. قال في فصول العمادي: وعلى قياس المسألة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوّة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره، ألا ترى أن محمداً رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوّة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة، والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة أن يشاركه في بنائها لا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان: دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما نبني حاجزاً بيننا ليس على الآخر إجابته، وإن كان أحدهما يوذي الآخر بالاطلاع لعيه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضي للمصلحة. ونظيرها في فتاوى أبي الليث: رجل في داره شجرة فرصاد[1]، فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه. قال في الذخيرة: وعلى قياس مسألة فتح الكوّة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى. ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال: المختار أن المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لأن هذا جمع بين الحقين قوله: **(ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى)** ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به. ونقل عن والد ظهير الدين أنه كان يقول: الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة، لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى. قال: وهذا يكشل على قول أبي حنيفة، فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فصالحته على مال دفعته إليه صح أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده، فالحق أن المصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح، ولذلك قال المصنف **(والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة)** يعني وهو المانع قوله: **(ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت)** يعني ذكر وقتاً عينه

قال: (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بيد

---

(١) الفِرْصاد: قيل هو شجر التوت الأحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت. وقال الليث: الفِرْصاد شجر معروف وأهل البصرة يسمون الشجرة فرصاداً وحملها التوت اهـ مصباح.

قلت: وقول: شجر التوت الأحمر. أظنه ما يسمى بـ: التوت الشامي. والله أعلم.

الإنكار) وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى، **والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة على ما مرّ.**

كقوله منذ شهر وسلمها إليّ فملكتها وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها إليّ فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتاً قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة **(لا تقبل لظهور التناقض)** بين الدعوى والبينة، لأن الدعوى أن الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بأنه قبل الهبة وبين نفس أجزاء الدعوى لأنه بمقتضى البينة.

وقوله كأنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضاً **(ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق)** الذي وفقه **(ولو ادعى الهبة)** يعني وأرّخ فطولب بالبينة **(فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها)** توفيقاً **(لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ)** كأنه يريد نسخ الأصل **(لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها، ودعوى الشراء رجوع منه فعدّ مناقضاً بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملك الواهب عندها)** أي عند الهبة، ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخاً بعد الهبة لإمكان الحمل على ما ينتفي به التناقض، وهذا على إحدى الروايتين في تصحيح الدعوى إذا أمكن التوفيق وإن لم يوفق المدعي. وشاهده ما ذكر في رجل ادّعى داراً في يد رجل أنها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعي على ذلك بينة ولم تزك أو لم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة أنها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الإرث تناقضاً، ولو ادعى الإرث من الأب أوّلاً ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول، بخلاف الثاني. قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يدع المدعي التوفيق. وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لا تقبل بينة إلا أن يوفق المدعي، فكان التوفيق من المدعي شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى. وفي المحيط: قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس، وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان. فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم. أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد إلا النكاح، وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده، وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما، فإذا اشترى هو ذلك فقد

رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقاً. وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جازالصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسيأتي الكلام فيه في الصلح إن شاء الله تعالى. فإن قيل: **(كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى؛ ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لم تصح دعواه. أجاب بأن المدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة)** والمانع منها ما أفضى إليها. ولقائل أن يقول: جهالة المدعي إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا، فإن كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئاً لكنها لم تصح، ذكره في النهاية ناقلاً من الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعي لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بإعلام مقدار مما يدعي فلا يكون رده مفيداً قال: **(ومن ادّعى داراً في يد رجل الخ)** إذا ادّعى

قوله: **(فإن قيل: كيف يصح الصلح الخ)** أقول: الأنسب أن يقرر السؤال الأول هكذا: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي جهالة مفسدة لسائل العقود فيفسد الصلح أيضاً. ويجاب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع، وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط، وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول، بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(لجهالة المدعي)** أقول: فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدي بالصلح على ما سيجيء قوله: **(لأنه لقطع الشغب)** أقول: ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في الهامش.

قال: **(ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته)** لظهور التناقض إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها، ودعوى الشراء رجوع عنه فعدّ مناقضاً، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملكه عندها **(ومن قال**

اشترى مالاً يملكه قوله: **(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ل)** وجهين أحدهما **(أن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت بالجحد كما إذا تجاحدا)** معاً حيث ينقسم قطعاً **(فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ)** وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ؛ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ. الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها أو نقلها إلى بيته، فإن إمساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتاً به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها 'ان ذلك قبولاً دلالة، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول. وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية. وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعاً ذكره في الجامع: اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني، فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده، أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني،

داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وإنما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لأني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت إلى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء، فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين: أحدهما من حيث أن المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها منه، والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. والثاني من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لأنه حينئذ يكون قائلاً وهب لي هذه الدار وكانت ملكاً لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء، وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق. ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله: أي قبل عقد الهبة أو وقتها، وفي بعضها قبلها: أي قبل الهبة، وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده، ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضاً لأن دعوى الهبة إقراراً منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعدّ مناقضاً. وأما إذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لأنه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض. قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً لأنه ادعى شراء باطلاً لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً، قال: **(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية الخ)** رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكره إن أجمع على ترك الخصومة: أي عزم بقلبه، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه: أي حل له أن يطأ الجارية لأن المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل والفسخ رفع له من الأصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فإنه يجعل فسخاً لا محالة، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين. قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح

قوله: **(إن ثبت موجب الشهادة)** أقول: وجعلناه مدعياً على وفقها قال المصنف: **(بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة)** أقول: المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل.

لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جحده كان فسخاً من جهته). إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ، وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه.

وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوّج، والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب. الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي، وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً قوله: (**ومن أقرّ**) هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين، أما مسائل القبض ما إذا أقرّ (**أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق. وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض**) يعني أقرّ أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد نعم هي زيوف أو نبهرجة يصدق في الوصل والفصل. وفي المبسوط: أقرّ الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل، وإطلاق المصنف قوله صدق يفيده، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بالدين. في المبسوط في باب الإقرار بالدين: لو قال لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة. وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل. ولو قال لفلان عليّ ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ: هو على الخلاف أيضاً لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة إذ هو اللائق بحال المسلم. وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة، وتأتي الحجج إن شاء الله تعالى من الجانبين. وقال الشافعي وأحمد: إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة فهم الجياد. وقوله هي زيوف رجوع عما أقرّ به. قلنا: في

وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ، لكن ليس لها ذلك. وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع. فإن قيل: مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف في الجواب فقال: وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهيه كالاستخدام، لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة، وبه يندفع ما قال زفر إنه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقايل موجود دلالة قوله: (**ولأنه**) دليل آخر فإن المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه، ولما تعذر فات رضا البائع، وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخاً على ما مرّ. والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع. وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. قال: (**ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ**) ومن أقرّ

قوله: (**تنزل المصنف في الجواب الخ**) أقول: في العبارة تسامح قوله: (**لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ**) أقول: فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهيه، والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي.

قوله: (**لفوات ركن البيع**) أقول: فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركناً مجازاً قوله: (**أو ثمن سلعة**) أقول: فيه بحث قوله: (**ثم قال إنه زيوف**) أقول: أي المقبوض زيوف قوله: (**دل على ذلك الخ**) أقول: أي على استوائهما، فإنه إذا صدق في قوله مفصولاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى قوله: (**لو أقرّ بالجياد وهو حقه أو بحقه**) أقول: قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد.

قال: (ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى، وهو عبارة عن القبض أيضاً. ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا لو تجوّز به في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه، بخلاف ما إذا أقرّ أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لأنه ليس من

مسألتنا إنما أقرّ بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد، لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة، فإذا قال هي زيوف أو نبهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكراً أنه قبض حقه أعني الجياد، فيصدق مع يمينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعاً عن شيء لأن الأعم يصدق على كل أخص، فإذا نفى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدقاته الأخرى لا يكون مناقضاً، بخلاف ما لو قال هي ستوقة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعاً. وأما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو

أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضاً أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال إنه زيوف صدق سواء كان مفصولاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره. وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيهما سواء. ووجه ذلك أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، بدليل أنه لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. فإن قيل: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجياد حملاً لحاله على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك؛ ولو أقرّ بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه، فكذا هذا. أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة، وقوله حملاً لحاله عى ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لأنه دون حقه، وإنما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه، وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه، والقول قول المنكر باليمين، والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم. وعلم من هذا أنه لو أقرّ بالجياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً أو نبهرجة لم يصدق لإقراره بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجياد والثمن جياد الاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضاً. ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقرّ بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني: أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القبيل الأول. قال صاحب النهاية: جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء. فإنه إذا أقرّ أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى أنها زيوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً، وفيما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً. والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقرّاً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح، كما لو قال لفلان عليّ ألف إلا مائة؛ فأما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقرّ

قال المصنف: (أو استوفى) أقول: معطوف على قبض الجياد، والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام قوله: (فكان في دعواه الزيوف متناقضاً) أقول: لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضاً. والجواب هو المنع قوله: (ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول: قوله أنكر: أي في زعم السائل، وقوله أقر: أي دلالة. ثم أقول: قال العلامة الزيلعي: وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع، فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضاً فلا يقبل كلامه، بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة، فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه. انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب. وفيه بحث، لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض قوله: (وليس الحكم فيها على السواء) أقول: لأن قوله جياداً مفسر لا يقبل التأويل، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل قوله: (والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول: ولا يخفى عليك أن دعواه كونها زيوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق.

جنس الدراهم، حتى لو تجوّز به فيما ذكرنا لا يجوز. والزيف ما زيفه بيت المال، والنبهرجة ما يرده التجار، والستوقة ما يغلب عليه الغش.

استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة، لأنه في هذا مقرّ بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن، وكذا بدل الإجارة هي الجياد. قال في النهاية: جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء، فإنه إذا أقرّ بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً، وفيما بقي يصدق موصولاً لا مفصولاً. والفرق أن قوله قبضت مالي عليه أو حقي إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولاً كما لو قال عليّ ألف إلا مائة. أما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقرّ بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كما إذا قال عليّ مائة درهم ودينار إلا ديناراً فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولاً. فإن قيل: يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها، واستثناء التبع موصولاً لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولاً. قلنا: إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعاً فلا يجوز إخراجه موصولاً. وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصوداً كالوزن لأنه أقرّ بقبض ما عليه، وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله ما لي عليه وحقي عليه مقصوداً لا تبعاً فيجوز استثناؤه موصولاً انتهى. وقال صاحب الدراية بد أن نقله: فيه نوع تأمل. وعندي أن التأمل يشده لا يرده، وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبداً تابعة للموصوف، وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصوداً. فحاصل ردّه

بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كمن قال لفلان عليّ مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان الاستثناء باطلاً. وإن ذكره موصولاً كذا هاهنا قوله: **(وفي الستوقة لا يصدق)** يعني لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم، حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضاً في دعواه. قال صاحب النهاية: ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك. ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم، إن كان مفصولاً لم يسمع، وإن كان موصولاً لا يسمع. والستوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص، فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى وكأن الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف، فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى فإنه للتراخي، ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة أنه إذا ادعاه لا تقبل مفصولاً، وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذكره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً، وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر. بقي الكلام فيما إذا أقرّ بالدراهم الجياد وادعى أنها زيوف فإنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم. ويجاب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر، لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف، فإنه ما عزاه إلى شيء من النسخ، وتمثيله باستثاء الدينار قد لا ينهض لأن الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن، ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال: أي ردّه والنبهرجة بما يرده التجار، ولعله أردأ من الزيف، والستوقة ما يغلب عليه الغش، قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم.

قوله: **(وذكر أحد الجانبين)** أقول: يعني البيان مفصولاً قوله: **(فهم الجانب الآخر)** أقول: جواب لما قوله: **(وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر)** أقول: فيه ما مر قوله: **(لا يصح استثناؤه)** أقول: مطلقاً أو إذا كان دخوله في المستثنى منه تبعاً لا مقصوداً والثاني مسلم، ولا كذلك فيما نحن فيه والأول ممنوع.

قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء)** لأن إقراره هو الأول وقد ارتدّ برد المقر له، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه،

على السائل أن ما يكون تبعاً في الوجود قد يكون مقصوداً للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصوداً من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعاً في الوجود له أو أصلاً مثله، وإنما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب، واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين. فإذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم إلا مجازاً، ولذا قيل هو معرّب سه طاقه: يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة، والأوسط نحاس، وهي شبه المموّه. وتعقب في النهاية إطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك إذا قال مفصولاً، أما في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في إقرار المبسوط: لو أقرّ أنه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة، وإن قال موصولاً فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بياناً مغيراً لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولاً ففي الستوقة أولى، لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم. وذكر المحبوبي في جامعه مصرحاً فقال: فأما إذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصاً قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولاً، وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جياداً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أحلفه إذا اتهمته قوله: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء)** أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره، فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منا، لا إن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقرّ له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه يثبت استحساناً لا قياساً، بخلاف ما لو أقرّ سيد العبد بنسبه لإنسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقرّ لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للرادّ أن يعود ويدعيه، فلما لم يبطل بالردّ بقي مقراً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه **(ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكر، له أن)** يعود فـ **(يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ)** فإنكاره إن كان فسخاً من جهته لا يحصل به الانفساخ، وكان العقد قائماً بعد إنكاره فله أن يصدقه بعد ذلك **(أما المقرّ له)** بالمال **(فيتفرد بالرد فافترقا)** وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ، وفيما تقدم: يعني من مسألة التجاحد قال: ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى، وهو صحيح. ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً.

قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم الخ)** اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله، فإن كان الأول فإما أن يستقل المقرّ بإثباته أو لا، والأول يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا إذا قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء. ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقرّ أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له فيرتد. وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بدّ لها من حجة: أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقرّ ثانياً لزمه المال استحساناً. وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد: يعني المقر له لا يتفرد بالرد، كما أن المقر لا يتفرد بإثباته، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيتفرد الآخر بالرد. قلت: إن عزم المقرّ على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الإنكار، فإن الفسخ قد تم، ولهذا لو كانت جارية حلّ وطؤها كما تقدم، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كانا دليل

قال المصنف: **(فلا بد من الحجة)** أقول: كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه، تأمل في جوابه.

بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، أما المقرّ له يتفرد برد الإقرار فافترقا.

[وهذه فروع ذكرها في النهاية] لو صدقه ثم ردّ إقراره لا يرتد. ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل، وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده، وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لأنه إعتاق، هذا كله في ردّ المقرّ له إقرار المقرّ. فأما لو رد المقرّ إقرار نفسه كأن أقرّ بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقرّ بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً وأراد تحليف الدائن أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لأنه متناقض، فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالاً وأراد تحليفه لا يحلف، وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد، لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزاً من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعي العادة، وصار كما لو أقر بالبيع وقال: كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه، كذا هذا. وقال الصدر الشهيد؛ الرأي في التحليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقرّ وأشهد يحلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو بالتفرس في الأخصام والله الهادي قوله: **(ومن ادعى على آخر مالاً)** معلوم القدر وما تصح به الدعوى **(فقال)** المدعى عليه **(ما كان لك عليّ شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته، وكذلك)** لو أقامها **(على الإبراء. وقال زفر لا تقبل)** ونقل عن ابن أبي ليلى **(لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب)** حيث قال ما كان لك عليّ شيء قط، فإذا أقام بينة على أنه قضاه ناقض **(ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي دفعاً للشغب)** وإن لم يكن عليه حق **(ويبرأ منه و)** لذا **(يقال قضى بباطل، و)** أيضاً **(قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا لو قال ليس لك عليّ شيء قط لأن التوفيق أظهر)** لأنه نفى في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً لجواز القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده، وهذا الإطلاق يقتضي قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق. وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق، ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الأقضية: لا ينبغي

الفسخ، وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب، وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وهاهنا لما أقرّ المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني، كما إذا أقرّ بنسب عبده من إنسان فكذبه المقرّ له ثم ادّعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالردّ وإن وافقه المقر على ذلك. قال: **(ومن ادعى على آخر مالاً الخ)** إذا ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك عليّ شيء قط، ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعي البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو على الإبراء قبلت بينته. وقال زفر: وهو قول ابن أبي ليلى: إنها لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب، وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا إذا قال ليس لك عليّ شيء والمسألة بحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفي الحال، فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً، قالوا: دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه، واستدل الخصاف لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال: ألا ترى أنه لو ادعى

قوله: **(فإن العزم والنقل الخ)** أقول: النقل قد يكون بالأمر للغلام نفسه أو لغيره والآمر في مكانه.

قال: **(ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك عليّ شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته)** وكذلك على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره نيكون مناقضاً. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا إذا قال ليس لك عليّ شيء قط لأن التوفيق أظهر **(ولو قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء)** وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين، أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة. وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق.

قال: **(ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها**

للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي. وفي الفوائد الظهيرية: كان والدي يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكناً يجب على الحاكم التوفيق كي لا تتعطل حجج الشرع. والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك عليّ شيء ثم أقامها على أنه قضاه ونحوه، **وإن كان متكلفاً لا يعتبره القاضي واقعاً ما لم يذكره المدعي، والله سبحانه** أعلم. وذلك مثل قوله وهبها لي ثم أنكرها فاشتريتها، وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة. هذا **(فلو)** زاد على ذلك ف **(قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك)** أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء **(لم تقبل)** لتعذر التوفيق **(وذكر القدوري)** عن أصحابنا **(أنها تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق)** فعلى هذا قالوا يجب التفصيل، فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وإلا قبلت. وفي الشافي: لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعته، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدّقه المدعي عياناً لا يكون مناقضاً ذكره التمرتاشي. وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة **(قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على شرائه)** إياها منه فقبضها **(فوجد بها أصبعاً زائدة)** أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردها **(فأقام البائع بينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل. وعن أبي يوسف**

على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت، وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت الألف إليه قبلت؛ ولو قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة. وذكر القدوري عن أصحابنا أنه أيضاً تقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكناً. قالوا: وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل

قال المصنف: **(ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ)** أقول: يخالف لما سيأتي في الإقرار في تعليل كون قوله قضيتكها إقراراً قال المصنف: **(وكذا إذا قال ليس لك الخ)** أقول: لأن ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لا ظاهراً ولا حقيقة، بخلاف قوله ما كان لأنه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر.

أصبعاً زائدة فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا. ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر.

أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين. وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه، ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير، وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله. ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع، ولكنه لما ادعى عليّ البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. قال شارح: ولأن البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر، ولا يخفى ما فيه. وذكر في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقاً فإقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً، والوجه أعم، لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك. ونظيره ما ذكر التمرتاشي: أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر، ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد البيع قبلت، ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فأقالني، **(ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه قد يقضي وإن كان باطلاً)** ولا يخفى أن كلاً من وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا قوله: **(ذكر حق)** يعني صكاً في إقرار بدين **(قال في آخره: ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه)** يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق، ثم كتب **(إن شاء الله)** متصلاً بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلاناً المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصة إن شاء الله **(فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله)** الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص **(وعندهما كل من الدين والشراء صحيح، وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه)** وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة **(وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد)** اتصل به الاستثناء **(فينصرف إلى الكل)** للاتفاق على أن قول القائل عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر **(ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد)** فقام العلم

بينته، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة. قال: **(ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ)** ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيباً لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة على أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينته. ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً. والخصاف أثبته عن أبي يوسف، وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين، فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضي فأمكن التوفيق، فكذلك يجوز هاهنا أن يقول: لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر. قال **(ذكر حق كتب في أسفله الخ)** إذا أقرّ على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره: ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه، وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقرّ به لازم لأنه استثناء، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأنه للاستيثاق والتوكيد وصرفه إلى الجميع مبطل، فما فرض للاستيثاق لم يكن له، هذا خلف باطل، ولأن الأصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطاً ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه

قال: **(ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وليّ ما فيه إن شاء الله تعالى، أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار)** لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد. وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى؛ ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت، والله أعلم بالصواب.

بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه إلى الأخير، هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على أنه قد يكتب للإبطال لغرض قد يتفق. وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء، غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة بسبب العطف، وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد، إذ لو كان كذلك لم يتصوّر وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف إلى الأخيرة لأن وجود الجمل المتعددة إنما يكون بالعطف، فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسألة، بل الوجه إن شاء الله شرط، وحكم الشرط إذا تعقب جملاً منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا، فمشى أبو حنيفة على حكمه، وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملاً متعاطفة وهو ما ذكرناه، ولذا كان قولهما استحساناً راجحاً على قوله. هذا إذا كان إن شاء الله مكتوباً متصلاً بالكتابة، فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئاً اتفاقاً. وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء، ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه، وتوكيل المجهول لا يصح. أجيب بأن الغرض من الكتابة إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي، فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده. ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول، والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً. وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز، لكن ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً.

وهذا استحسان. والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقاً، أو إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى، والثاني مسلم ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل في الكلام الاستبدال إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل، كما لو قال عبده حرج وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى فإنه ينصرف إلى الجميع، هذا إذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام، وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت. وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة، وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بضائر لأنه في الإسقاط، فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقرّ له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة، فإذا رضي فقد أسقط حقه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم. وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لأنه لا يجوّز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه.

قال المصنف: (وله أن الكل، إلى قوله: إن شاء الله) أقول: لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله، لأن ذلك في الاستثناء بإلا، وقوله إن شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل، والله تعالى أعلم.

فصل في القضاء بالمواريث

قال: **(وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة)** وقال زفر رحمه الله: القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة؛ وهذا ظاهر نعتبره للدفع؛

فصل في القضاء بالمواريث

(وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا أستحق في ميراثه **(وقالت الورثة)** بل **(أسلمت قبل موته)** فلا ميراث لك **(فالقول قول الورثة)** وكان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه، ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم وقال زفر: **(القول لها لأن الإسلام حادث ف)** الظاهر **(إضافته إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان)** من الميراث **(ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر)** هو استصحاب: أعني استصحاب الماضي للحال **(نعتبره للدفع؛ وما ذكره)** استصحاب هو عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ولكنه **(اعتبره للاستحقاق)** وليس حكم الاستصحاب كذلك، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال: كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال، فإذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكذا هذا، والتعبير

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضع. قال: **(وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ)** ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر. وهو على نوعين: أحدهما أن يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود. والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة. وقال زفر: القول قولها لأن الإسلام حادث بالاتفاق، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال: أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة إذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فإنه يحكم في الحال، فإن كان الماء جارياً في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة، وإن كان منقطعاً كان القول للمستأجر. قوله: **(وهذا)** يعني تحكيم الحال أو الحال **(ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث)** وهو صحيح **(وهو)** أعني زفر **(يعتبره للاستحقاق)** وهو ليس بصحيح عندنا، وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر، والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر **(ولو مات المسلم وله**

فصل في القضاء بالمواريث

قوله: **(كان القول للآخر وهو صاحب الطاحونة)** أقول: أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة إطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه. قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: الماء إذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الأجر فقد تمسكتم بالحال لإثبات استحقاقه الأجر. قلنا: اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد، وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما: أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة. فإن قيل: يشكل هذا بمسألة ذكرها في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه فالقول قول الابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة. قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال، أما إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا

وما ذكره يعتبره للاستحقاق؛ ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي

بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً **(ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضاً ولا يحكم الحال)** هنا **(لأن الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون)** والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته، فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق. فإن قيل: اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهداً للماضي عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فإن به يستحق مالكها أجر الماضي إذا كان جارياً. أجيب أن هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح حجة للتأكيد. وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت. واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة.

امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضاً ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك، وبهذا القدر يتم الدليل. وقوله: **(أما الورثة فهم الدافعون)** إشارة إلى معنى آخر، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب. أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاماً حادثاً؛ فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال. والأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى هو من النوع الثاني، فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قوله. وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث، فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت، والنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته، فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً وهو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به. وقوله: **(ويشهد لهم)** دليل آخر وهو أن الإسلام حادث

يصار إلى تحكيم الحال[1] وإن كان السبب قائماً؛ ألا يرى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر بل انقطع شهراً فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدار انقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال، وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام، والثابت في الحال نفس الإسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام التمرتاشي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال: لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فاراً به وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة، لأنها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة: يعني الأصل عدم المانع انتهى. وفيه تأمل، ثم أقول: في قوله: فإن قيل يشكل هذا إلى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البنوة بحث ظاهر، إذ يجوز أن يقال: السبب هنا البنوة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البنوة فقط قوله: **(وهذا أي تحكيم الحال إلى قوله: وفيه نظر لأن زفر الخ)** أقول: فالضمير البارز في يعتبره راجع إلى الظاهر لا إلى الحال كما لا يخفى.

---

(١) **(قول المحشي إلى تحكيم الحال، إلى آخر القولة)** كذا في نسخة، وفي أخرى بدله «إلى الإشهاد» بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة ا هـ. قال الفاضل الشهير بخضرشاه عليه رحمة الله: كذا في النهاية وليس كما ينبغي، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه: أعني الملك بنفسه، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه: وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا يثبت الحكم بنفسها، بل إذا نقله إلى مجلس القاضي وحكم القاضي بها، ولعمري إن هذا م الظهور، وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلاً عن هادي الأعلام ا هـ. وقيل معناه أن حكم البيع لثبوت الملك للمشتري في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره، أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا، والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به، ولأن تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى.

محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً.

أجيب بأنه إنما يصار لما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال، وأما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائماً، حتى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآجر شهراً فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان الماء أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدار هو غير ثابت للحال. وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام التمرتاشي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل: أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر؛ وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض فصار فاراً فأنا أرث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت المانع من الإرث وهو الطلاق في الصحة: يعني والأصل عدم المانع قوله: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم)** مثلاً **(وديعة فأقرّ المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)** فإن القاضي يقضي عليه بالدفع إليه **(لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث)** ملك له **(خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ)** المودع **(لرجل أنه وكيل المودع بالقبض)** أي بقبض الوديعة **(أو أنه اشتراه)** أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع **(حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع)** وملكه في الوديعة الآن **(إذ هو حيّ فيكون إقراراً على مال الغير، ولا كذلك بعد موته)** لزوال ملكه فإنه أقرّ له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره: أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة، ثم لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها؟ قيل لا لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم به. وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسألة، ولو لم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع، وقيل لا لأنه لم يجب عليها لدفع **(بخلاف المديون إذا أقرّ لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه)** فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقرّ على مال غيره **(إذ الديون تقضى بأمثالها)** والمثل ملك المقر **(فإنما أقرّ على نفسه)** حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم **(فيؤمر بالدفع. ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضاً وأنكر الابن الأول قضى بالمال للأوّل)** وحده **(لأنه لما صح إقراره للأول)** على ذلك الوجه **(انقطع يده على المال فيكون إقراراً على)** الغير وهو الابن **(الأول فلا يصح كما لو كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب)** وهو الأول **(فلا يصح)** وهل يضمن للابن شيئاً. قال في غاية البيان: إنه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئاً بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت

والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبر في الدلالة كان ظاهر زفر في مسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات، وزفر يعتبره للإثبات. ونوقض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر. والجواب أنه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر، وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعاً لا موجباً، واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل. قال: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ)** رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه إلى المقرّ له لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة. ومن أقرّ بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقرّ أنه حق المورّث وهو حيّ أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حياً فيكون إقراراً على مال الغير. ولقائل أن يقول: كان الواجب في المسألة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المآل باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين وغيره: فإن خلافة الوارث

قال: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه)** لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقرّ أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع إذ هو حيّ فيكون إقراراً على مال الغير، ولا كذلك بعد موته، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه **(فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضاً وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأوّل)** لأنه لما صح إقراره للأوّل انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول

فلم يتحقق التلف، وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوّة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبنوّة إقراراً بالمال. وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدّى للابن الثاني الذي أقرّ له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي. وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول، وفي قول لا يضمن لأن إقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم منه شيء. وقال في النهاية: فإن قيل: كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقرّ له أنه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالإقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضي إليه، وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن للقاضي قيمته. قلنا: هنا أيضاً يضمن إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضي نصف ما أدى إلى الأول انتهى. وهذا هو صواب. واختلف في اللقطة إذا أقرّ الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع إليه؟ مذكور في اللقطة. وفي الجامع الصغير: لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع، هذا كله في الابن، فلو أقرّ المودع لرجل أنه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلاً أنه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لأن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقرّ على الغير لأنه أقرّ أنه ليس بخلف عن الميت، وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية، وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدّع ما أقرّ به لكن بكفيل ثقة، وإن لم يجد كفيلاً أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة، وإن كان غير ثقة تلوّم القاضي حتى يظهر أنه لا وارث للميت، أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه، ولم يقدر مدة التلوّم بشيء بل موكول إلى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدّر بحول، هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية. قال: وعن أبي يوسف مقدر بشهر، هذا إذا قال ذو اليد لا وارث له غيره، فإن قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إلى أحد منهم شيئاً لا قبل التلوّم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثاً غيره، وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والأب والأم والبنت كالابن؛ ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت

متأخرة عن ذلك. والجواب أن استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت في المآل متوهم فلا يؤخر اليقين به، فإذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أو لا؟ قيل يضمن، وقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له إن يستردها؟ قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم من جهته، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها، ولو أقرّ المودع بعد الإقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضاً ابن الميت وأنكره الأول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول، لأنه لما صح إقراره للأوّل في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال، فالإقرار الثاني يكون إقراراً على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لم يكذبه أحد فصح إقراره، وحين أقرّ للثاني كذبه الأول فلا يصح. واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول. وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقرّ بتسليم الوديعة من

فلا يصح إقراره للثاني، كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب فلم يصح.

أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثاً غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الإقرار، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوّة مدّعي الأخوّة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلاً بإقرار ذي اليد فمدعي الأخوّة أو البنوّة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية، فإن أقام أخذ بها، وهل يؤخذ منه الكفيل؟ تقدم، ولو أقرّ ذو اليد أن الميت أقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه، أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر، بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقرّ بسبب منتقض قوله: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء)** أو بين الورثة **(لا يؤخذ منهم كفيل)** عند أبي حنيفة **(و)** قال **(هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم)** كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كاني فعله بالكوفة **(وقالا: يؤخذ الكفيل)** أي لا يدفع إليهم حتى يكفلوا **(والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره)** أما إذا ثبتا بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق، وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لا يحجب، ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحساناً. ثم ما ذكر من نفي الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً آخر هو فيما إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره، وتفصيل المسألة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال: وإذا حضر الرجل وادعى داراً في يد رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع إليه شيئاً حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوماً، والقضاء بغير المعلوم متعذر. وهنا ثلاثة فصول: الأول هذا، وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم. والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره، فإن القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوّم. الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فإن القاضي يتلوّم زماناً على قدر ما يرى، فإن حضر وارث آخر قسم المال بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه ويأخذ كفيلاً عندهما. ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم إنما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن لا يحجب كالأب والابن، فإذا كان يحجب بغيره كالجد والأخ والعم لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف، وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة، وقول أبي حنيفة مضطرب. هذا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة، فأما إذا ثبت بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق. ومن صوره ما إذا أقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه، وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زماناً يغلب على ظنه أنه لو كان له

القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي وقد تقدم في أدب القاضي، وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً فلا يلزمه الإقرار به. قال: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ)** إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له؛ فإما أن يقرّ به ذو اليد أو لا، فإن كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه: أحدها أنهم قالوا تركها ميراثاً لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم، والقضاء بالمجهول متعذر. والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثاً غيره، وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوّم وهاتان بالاتفاق. والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره، فإن القاضي يتلوّم

قال: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يؤخذ الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره. لهما أن القاضي ناظر للغيب، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب

ابن آخر لظهر، وقدره الطحاوي بعام، فإن لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر. قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة **(لهما أن القاضي ناظر للغيب)** أي مأمور بالنظر لهم **(والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع)** القاضي **(الآبق واللقطة إلى)** الذي أثبت عنده أنه **(صاحبه)** أخذ كفيلاً للمعنى الذي ذكرنا وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا **(أعطى امرأة الغائب)** يعني إذا كانت تستنفق: أي تطلب **(النفقة)** وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقرّ بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها **(من ماله)** ويأخذ كفيلاً **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعاً)** أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوماً **(أو ظاهراً)** فيما إذا كان موجوداً والقاضي لم يكلف بإظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده **(فلا يؤخر)** إلى زمان التكفيل **(لحق موهوم)** أرأيت لو لم يجد كفيلاً كان منع حقه هذا ظلماً وصار **(كمن أثبت الشراء ممن في يده)** لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من ربّ الدين **(الذي أثبت دينه على العبد)** بالبينة **(حتى بيع)** العبد **(لأجل دينه)** وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد **(ولأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت والزوج معلوم، فأما الآبق واللقطة ففي)** أخذ **(الكفيل روايتان عنه، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع)** مع العلامة وإقرار العبد بالإباق. لا يقال: يأخذ

زماناً على قدر ما يرى. وقدر الطحاوي مدة التلوّم بالحول، فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب والابن، فإن كان ممن يحجبو بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله، وقول أبي حنيفة مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم. قيل أراد به ابن ليلى وقالا: له ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة. لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه، كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة إلى رجل عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلاً، وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة يقرّ بها المودع وبقيام النكاح فإنه يفرض لها النفقة

قوله: **(كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً الخ)** أقول: وأما في المسألة المتقدمة فلم يكن مكذباً شرعاً في قوله تسلمتها من القاضي إذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها لمن أقر له فافهم قال المصنف: **(وإذا قسم الميراث)** أقول: فيه تسامح قوله: **(ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره)** أقول: أو غريماً غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه قوله: **(هل يؤخذ منه كفيل الخ)** أقول: وفي الدرر بالنفس قوله: **(وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة)** أقول: قال في النهاية: قال الإمام التمرتاشي: لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زماناً على حسب ما يرى. وذكر بكر أن كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضاً إلى القاضي، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول، وإن لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر، هذا قولهما. وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة ا هـ.

قوله: **(أجيب بأنه إذا أقر به الخ)** أقول: فما الجواب في مسألة الآبق واللقطة، ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح قوله: **(وعورض بأن القاضي الخ)** أقول: ويمكن توجيهه نقضاً كما لا يخفى قوله: **(وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم)** أقول: ألا ترى أن الوهم موجود وإن قال الشهود لا نعلم له وارثاً آخر.

النفقة من ماله. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعاً، أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم. وأما الآبق واللقطة ففيه

الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لأنه ليس بخصم، ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل. فإن قيل: القاضي يتلوّم في هذه الصورة بالإجماع ذكره في الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد، والتلوّم: إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر، وبعد التلوّم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين. أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوّم لأن التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن، فإن التلوّم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النفي، بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره، أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم. قال المصنف وقوله: **(ظلم)** أي قول أبي

ويأخذ منها كفيلاً، ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعاً وإن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل، وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهماً فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل قوله: **(ولأن المكفول له)** دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهاهنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد الغرماء. فإن قيل: إذا أقرّ به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول. أجيب بأنه إذا أقرّ به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة أن ثمة مالكاً لا محالة، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له. ونقل التمرتاشي فيه خلافاً فإن ثبت فلا إشكال. لا يقال: الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة. وعورض بأن القاضي يتلوّم في هذه الصورة بالإجماع على ما يراه، وفي ذلك تأخير ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز. وأجيب بأن التلوّم ليس للحق الموهوم، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفس الشريك، والتلوّم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق، بخلاف طلب الكفالة. وقوله: **(بخلاف النفقة)** جواب عما استشهد به من المسائل، أما مسألة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة **(وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان)** قال في رواية: لا أحبّ أن يأخذ منه كفيلاً، وقال في رواية: أحبّ أن يأخذ منه كفيلاً، قالوا في شروح الجامع الصغير: والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ. وقال العتابي **(إن دفع العبد بإقراره إلى المدعي واللقطة بإخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالإجماع)** قال المصنف **(لأن الحق غير ثابت)** ولهذا كان له أن يمنع قوله: **(وقوله)** أي قول أبي حنيفة **(ظلم: أي ميل عن سواء السبيل)** إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله **(وهذا)** أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه **(يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب)** ويقرر أن مذهب

قال المصنف: **(والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ)** أقول: قال في الكافي: أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الأمر عليه وقد زال اهـ. يعني أن الظاهر ذلك، وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما إن الجاحد خائن قال المصنف: **(والنزع أبلغ فيه)** أقول: أي في المنقول: كذا في معراج الدراية والنهاية. الظاهر أن يقال: أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي.

روايتان، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع. وقوله ظلم: أي ميل عن سواء السبيل، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض.

قال: **(وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن كان الذي هي في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يد أمين، وإن لم يجحد ترك في يده)** لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده، بخلاف المقرّ لأنه أمين. وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرّاً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي، ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ

حنيفة **(يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض)** أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرّهم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجباً. وسبب نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، ولو حمل على ظاهره لكان متناقضاً، إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق، وإلا لكان الحق متعدداً، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب: أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب. وقال محمد: ولو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما نفذ وقال أخطأ السنة قوله: **(وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده)** إلى أن يحضر الغائب **(ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: إن كان الذي هي في يده)** قد **(جحد)** فأقيمت عليه البينة **(أخذ منه)** النصف **(فوضع على يد أمين، وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن)** ظهرت خيانته بالجحد **(فلا يترك في يده)** لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة **(بخلاف ما لو أقرّ)** أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها **(ولأبي**

أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب، وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى. قال: **(وإذا كانت الدار في يد رجل الخ)** دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل، وهذا: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عدم الاستيثاق بالكفيل هاهنا فبالإجماع، وقالا: من في يده الدار إن كان جاحداً أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين وإلا ترك في يده، لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يد والمقرّ أمين فيجوز أن يترك المال بيده. ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصوداً تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختاراً له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من غير مختار له، وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما إذا كان من بيده مقرّاً فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك قوله: **(وجحوده)** جواب عما ذكراه. ووجهه أن الخيانة بالجحود إما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي، والأول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه. والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك، وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة. لا يقال: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملاً، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له **(ولو كانت الدعوى في منقول)** والمسألة بحالها **(فقد قيل ينزع من يده)** النصف الآخر **(بالاتفاق)** والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ. وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزع أبلغ فيه، أما أنه

والنزع أبلغ فيه، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير. وقيل المنقول على الخلاف أيضاً، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عيناً لأن المقضيّ له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت، إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده. ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

حنيفة أن القضاء) إنما **(يقع أوّلاً للميت مقصوداً)** لأنه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال **(وكونه مختار الميت ثابت)** مع جحده **(فلا تنقض يده كالمقرّ وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي)** بها للميت **(والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي)** وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب، وكذا احترق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته **(فلو كانت الدعوى في منقول)** وأنكر والباقي بحاله **(فقد قيل يؤخذ منه)** النصف **(بالاتفاق لأنه محتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ)** من تركه في يده إذ ربما يتصرّف فيه متأولاً كما ذكرنا أو خيانة **(بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا)** أي ولأجل أن المنقول محتاج إلى الحفظ دون العقار، والنزع أبلغ في حفظه من تركه **(يملك الوصيّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار. وكذا حكم وصيّ الأم والأخ والعم على الصغير)** يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال **(وقيل المنقول على الخلاف أيضاً)** عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه **(وإنما لا يؤخذ الكفيل)** على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده **(لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها)** وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلاً أو لا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة **(ثم إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء)** الكائن في غيبته **(لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديناً كان أو عيناً)** فقد قامت على

يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل إلى محل، أو ما أن النزع أبلغ فيه فلأن النزع أبلغ في الحفظ، لأنه لما جحده من يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلاً ظاهراً فكان المال به محفوظاً **(بخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصيّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا وصى الأم والأخ والعم على الصغير)** وإنما خصهم بالذكر لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه **(ومن المشايخ من قال المنقول أيضاً على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر)** بناء على ما ذكرنا من حاجته إلى الحفظ، فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه، ولو أخذ منه لم يكن مضموناً على الذي يضعه القاضي في يده فكانا لترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل إنه لما جحد من في يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقطاً لعبرة نظراً إلى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة، وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله: **(وإنما لم يؤخذ الكفيل)** راجع إلى قوله ولا يستوثق منه بكفيل. ومعناه أخذ الكفيل إنشاء خصومة، لأن من بيده الباقي

قوله: **(أو لزعمه أنه ملكه)** أقول: أي إن كان عدلاً قوله: **(فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه)** أقول: يعني لجحوده السابق وفيه بحث، فإنه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفاً فينبغي أن لا يضمن قوله: **(ومعناه أخذ الكفيل)** أقول: الأولى طلب الكفيل قوله: **(والقاضي يطالبه به)** أقول: فيه إشارة إلى أن ما في النهاية من قوله والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقته المشروح قوله: **(فإن قيل: هب الخ)** أقول: ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل قوله: **(وهو مشروع لقطع الخ)** أقول: القطع الخصومة المتقدمة، ثم أقول: فيه بحث لأنه إن أراد كلياً فممنوع؛ ألا يرى إلى ضمان الدرك، وإن أراد جزئياً فسلم ولا يفيد، اللهم إلا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم أنه ليس هاهنا خصومة متقدمة إلا أن يقال: ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتأمل قوله: **(إذا أقام الحاضر البينة الخ)** أقول: التفصيل في باب الشهادة

قال: (**ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء**) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال. أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة، أما

خصم حاضر بالنسبة إلى كل الورثة وهذا منهم. وقوله: (**لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة**) على ما ذكرنا من قريب (**وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء**) أي استيفاء نصيبه (**لأنه عامل فيه لنفسه**) لا للميت (**فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفي إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت**) فإنه يقضي بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه. وقوله: (**إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة**) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (**إذا كانت**) التركة كلها (**في يده**) أي في يد الحاضر، حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لأنه لا خصومة بدون اليد، ذكره في الجامع الكبير.

قال في شهادات المواريث: ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها شائعاً وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه، فإن حضر الغائبان وصدقا في الإرث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض، وإن كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالإرث يقال للمدعي أعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين. قال العتابي: قال مشايخنا: هذا إذا لم تكن الدار مقسومة، أما إذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيها، بخلاف ما قبل القسمة لأنه مبقي على حكم ملك الميت على ما عرف. ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقرّ بأنه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعي، وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث إنما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره. قال

قد لا تسمح نفسه بإعطائه والقاضي يطالبه به فينشىء الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها. فإن قيل: هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه بإعطائه. قلت: يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعاً لشيء كان منشئاً له هذا خلف قوله: (**وإذا حضر الغائب**) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البينة إذا حضر، فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص إذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادتها، .ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف، قال الإمام فخر الإسلام: وهو الأصح لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقاً وعليه إن كان الكل بيده كما سيجيء (**ديناً كان أو عيناً لأن المقضى له وعليه في الحقيقة إنما هو الميت**) لما ذكرنا (**وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك**) كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى

في القتل قوله: (**وجوابه أن السائل الخ**) أقول: اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء إلى جواب آخر، وأنت تعلم أن كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل، ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليتأمل قوله: (**يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ**) أقول: في أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين، فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد الحاضر شيء على ما صرحوا. ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل.

الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة، إذ جهة المؤنة راجحة عنده، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يمتحض مؤنة. ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال، والمقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في

الاستروشني فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده، حتى أن من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه، وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء قوله: **(ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة)** فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته، فإذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك، وإذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أو لا، لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره، ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفي **(ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل)** فيهما **(وبه قال زفر)** والبتي والنخعي والشافعي. وقال مالك وأحمد: يتصدق بثلث ماله لقوله ﷺ لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة: «يجزئك الثلث»[1] **(لعموم اسم المال كالوصية)** وقال عليه الصلاة

رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل، وكذا إذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل. فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. أجاب بقوله: **(بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره)** ولقائل أن يقول: فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه. وجوابه أن السائل قال: لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع، وما كان كذلك لا يقبل التشكيك، وقوله: **(وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت)** أي بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله إلا أنه استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً إلى قوله له وعليه: يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده، ذكره في الجامع وإلا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارمي ١/ ٣٩٠ وأحمد ٣/ ٤٥٢. ٤٥٣. ٥٠٢ والبخاري في تاريخه الكبير ٢/ ٣٨٥ وابن حبان ٣٣٧١ والطبراني ٤٥٠٩ و ٤٥١٠ والبيهقي ٤/ ١٨١ وأبو داود بإثر حديث ٣٣٢٠ كلهم من طريق الزهري عن حسين بن السائب بن أبي لبابة أن جده أبا لبابة حين تاب في تخلفه عن رسول الله ﷺ قال: يا رسول الله إني أهجر داري التي أصبت فيها الذنب وأنتقل إليك وأساكنك وإني أتخلع من مالي كله صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال له رسول الله ﷺ: يُجزِئُكَ من ذلك الثلث.

ورواه مالك عن الزهري بلاغاً في الموطأ ٢/ ٤٨١ والمتصل مداره على حسين بن السائب.

قال عنه في التقريب: مقبول ١هـ.

وذكره ابن حبان في الثقات وقال: يروي عن أبيه ويروي المراسيل ا هـ. والظاهر أنه مرسل لذا أرسله مالك.

قلت: وهذا الإسناد غير قوي، وهو غريب وهو ليس من الثلاثة. والمشهور في خبر تبوك والتخلف عنها هو كعب بن مالك وصاحباه: مَرارةُ بن الربيع العمريّ، وهلال بن أمية الواقفيّ، وفي آخره قال كعب: «يا رسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله، ورسوله. قال رسول الله ﷺ: أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك. فقلت: فإني أمسك سهمي الذي بخيبر، وفيه قصة طويلة في توبة كعب».

هكذا رواه الجماعة منهم البخاري ٤٤١٨ ومسلم ٢٧٦٩ والترمذي ٣١٠٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٤٠. ٥٤٥ وعبد الرزاق ٤٤/ ١٩٧ وابن حبان ٣٣٧٠ والبيهقي في دلائل النبوة ٥/ ٢٧٣. ٢٧٩ كلهم من حديث كعب بن مالك.

وأخرج بعضه أبو داود ٣٣٢٠ باب: فيمن نذر أن يتصدق بماله.

قلت: فتبين أن أبا لبابة ليس من هؤلاء الثلاثة لأن اسمه بشير بن عبد المنذر وقيل: يسير. بالسين كذا في الإصابة ٩٨١ ولم يذكر ابن حجر كونه تخلف عن تبوك، ولا غيرها ا هـ فتنبه والله تعالى أعلم.

لفظ الملك فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، **(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته، ثم إذا أصاب شيئاً تصدّق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة)** ولم يقدّر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه. وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله.

والسلام «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[1] **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)** وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الإيجاب ببعضه، قال تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ [التوبة: ١٠٣] ولم يعم كل مال، وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخذ من كل مال، وذكرنا في الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة، وإنما ذاك قول الشافعي، والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى: ﴿ولا تبسطها كل البسط﴾ [الإسراء: ٢٩] فوجب تقييدها ببعضها، ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصدق منها. وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[2] لا ينافيه لأن إخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة، وإنما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية. وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده. وأما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك أيضاً فقلنا: لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة. وأما نفاذه في الكل إذا لم يكن له ورثة فلأنها إنما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي، وهذا لأن النهي ما كان في حالة الحياة إلا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[3] فيؤدي إلى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية، وهذا المعنى منتف بعد الموت. وقول المصنف: **(ولأن**

قال: **(ومن قال مالي في المساكين صدقة الخ)** رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أو لا، لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة، وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك **(وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس)** في الأول أيضاً **(أن يقع على كل شيء كما قال به زفر)** لأن اسم المال عام يتناول الجميع **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله)** إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به لئلا ينزع إلى الشركة وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة، فكذا إيجاب العبد، ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء، وهو معتبر لأنه لبث في

قال المصنف: **(ومن قال مالي في المساكين الخ)** أقول: وفي إيراد مسألة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث.

قوله: **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ)** أقول: ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى، وإلا لم يجب له التصدق بكل ما له وهو ظاهر.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٩٦ و ٦٧٠٠ ومالك ٢/ ٤٧٦ والشافعي ٢/ ٧٤، ٧٥ وأحمد ٦/ ٣٦، ٤١ والدارمي ٢/ ١٨٤ وأبو داود ٣٢٨٩ والترمذي ١٥٢٦ والنسائي ٧/ ١٧ وابن ماجه ٢١٢٦ والطحاوي في المشكل ٣/ ٣٧ والمعاني ٣/ ١٣٣ وابن حبان ٤٣٨٧ و ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والبغوي ٢٤٤٠ والبيهقي ٩/ ٢٣١ من طرق كلهم من حديث عائشة وتمامه: «ومن نذر أن يعصي الله، فلا يَعْصِهِ».

(٢) هو المتقدم.

(٣) هذا حديث يذكره الفقهاء هكذا، وهو مركب من حديثين. كما بينه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ١٨٤ برقم ٨٧١ وقد تقدم في الزكاة وصدقة الفطر.

قال: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم الوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم)**. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة. ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا

الظاهر أنه إنما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريراً لإبداء المخصص يعني أن العموم وإن كان ثابتاً لكن هنا معنى يخصصه وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم، فكان ظاهراً في إرادة الخصوص، وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضاً من إبداء المخصص، وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة. وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبة في العشر. وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا، لأن جهة المؤنة غالبة عنده، ولا تدخل الخراجية اتفاقاً لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبيّ والوقف **(ولو)** كان **(قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)** لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال. قال المصنف: **(والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة)** وهذا يؤذنك بقصدهم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل، وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله عليّ أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي. إلا أن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل، بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فلله عليّ أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم، إلا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف، وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه، وقوله: **(على ما مر)** يريد وجه الاستحسان هذا. **(ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب)** يعني مال الزكاة على بعد ذلك **(يمسك منه قوته)** ويتصدق بما سواه **(وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدّر محمد)** مقداراً في أصل المبسوط **(لاختلاف أحوال الناس)** من قلة العيال أو كثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف يمسك **(وقيل المحترف يمسك ليوم)** لأنه يكتسب يوماً فيوماً **(وصاحب الغلة)** وهو من له حوانيت أو دور يجبيها الاعتبار **(شهراً)** لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر **(وصاحب الضياع لسنة)** لأن غلتها كذلك، وأما في عرف

مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات، أو لأنه في معنى الصلاة لأنه لانتظار أوقات الصلاة، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة **(أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كالوراثة)** من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت **(ولا يختص الميراث بمال دون مال)** في الشرع فكذا الوصية قوله: **(ولأن الظاهر)** دليل آخر: يعني أن الظاهر من حال الناذر **(التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة)** لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة **(أما الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء عن الأموال فتنصرف إلى الكل، والأرض العشرية تدخل في النذر وعند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة عنده راجحة)** في العشر فصارت الأرض العشرية كأموال التجارة لأنها من جنس الأموال التي تجب فيها الصدقة **(ولا تدخل عند محمد)** وذكر الإمام التمرتاشي قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله **(لأنه)** أي الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر **(سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده)** فصارت مثل عبد الخدمة **(وأما الأرض الخراجية فلا تدخل بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة)** لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء **(ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال)** زكويا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكرها في الأمالي

قوله: **(وإيجاب الشرع في المال الخ)** أقول: إذا عبر بلفظ المال كقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ قوله: **(فكذا إيجاب العبد)** أقول: إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال قوله: **(وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع)** أقول: ممنوع، فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كما في إيجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً؛ ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبذلة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فليتأمل.

يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث. أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم، وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول يفوت لعجز الموصي **(ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه)** لأنه إثبات حق لا إلزام أمر.

ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر **(وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله)** قوله: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي)** بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلاً حتى يعلم **(وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً لأن الوصاية إنابة)** أي استنابة والمعروف من اللغة في الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع من أناب إلى الله، واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم، والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبي تمام وأبي الطيب **(ووجه الفرق على ظاهر الرواية)** بين الوصاية والتوكيل **(أن الوصاية خلافة)** في التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكلة **(لإضافتها)** إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث، ولذا لو باع شيئاً ثم ظهر موت المورّث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف **(إلى)** ما بعد الموت أيضاً وهو **(زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم)** كالوراثة **(لقيام ولاية المنوب عنه)** ولهذا ينعزل الوكيل بالموت، بخلاف الميت فيتوقف على العلم **(وهذا لأنه)** إذا وقفناه على العلم **(لا يفوت النظر)** لقيام ولاية الموكل وقدرته **(وفي الأول يفوت لعجز الموصي)** بالموت، وهذا إذا ثبتت الوكالة قصداً، أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان، وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب إلى فلان يبيعك أو لامرأته اذهبي إلى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل، ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز، وذكر في الزيادات أنه لا يجوز فكان فيه روايتان: في إحداهما لا يتوقف على العلم، وفي أخرى لا بد من العلم. وذكر في المأذون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدي فإني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالإذن، وإذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال **(كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه)** بشرط كونه مميزاً رجلاً كان

لأن ما أملك أعم من مالي لأن الملك يطلق على المال وغيره، يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة، والمال لا يطلق على ما ليس بمال، وإذا كان أعم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضاً إظهاراً لزيادة عمومه. فإن قيل: الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. أجاب: بأن المقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع **(والصحيح أنهما)** أي لفظ مالي وما أملك **(سواء)** فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار الإمام شمس الأئمة السرخسي **(لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة)** قال في النهاية: إن قوله: **(على ما مر)** إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد إيجابُ الشرع وهو لفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزامُ الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع إليه **(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقدمة)** إذ لو يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه **(ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد)** في المبسوط **(مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه)** بكثرة العيال وقلتها **(وقيل المحترف يمسك قوت يومه)** لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً **(وصاحب الغلة)** وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الإنسان **(لشهر)** لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً فشهراً **(وصاحب الضياع لسنة)** لأن يد الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنة **(وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله)** وفي إيراد المسألة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث. قال: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ)** وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفاً. ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز، وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة

قال: (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجلا عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية. وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط

أو امرأة فاسقاً كان أو عدلاً مسلماً كان أو ذمياً. وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود و (لأنه) تسليط على مال الغير قلنا (إنه إثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا إلزام أمر) فإنه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده، وهو محل الإجماع والنص، فقد كان ﷺ يقبلها من العبد والتقيّ ويشتري من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والإخبار بها سواء، وعند أبي حنيفة لا يثبت حتىٰ يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما إنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم أنه مذهب أبي حنيفة، وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق، وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة؛ ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به، وهو الصحيح (وهذا لأنه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه. وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم. ولما لم يكن هذا الإلزام كذلك كان إلزاماً فيه قصور، ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الإلزام من وجه، ثم يكفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا، بخلاف الإعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يلزم أحد شطري الشهادة، وأجمعوا على أن المخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينعزل قوله: (وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ستّ مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنتين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه. أما الثلاث فإحداها عزل الوكيل. والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولاً ينحجر فاسقاً كان أو عدلاً، وإن كان فضولياً يشترط أحد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه، وإن كان فاسقاً إن صدقه انحجر وإلا فالمسألة على الخلاف. والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية،

حتى باع لم يجز بيعه. وعن أبي يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الإنابة: أي النيابة جامع، فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله، وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله. ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح، بخلاف الوكالة فإنها إنابة لقيام ولاية المستنيب، والإنابة تتوقف على العلم لأنها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصي. فإن قيل: إذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه. أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصداً، وهذا كما إذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين في إحداهما صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمنا، فإذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عدلاً أو على أضداد ذلك بعد ما كان مميزاً جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر: أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف. وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو والأول سواء، لأنه من جنس المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة وإذن العبد في التجارة.

ولأبي حنيفة أنه خبر ملزم، أما أنه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام، وأما أنه ملزم فلأنه ينفي جواز التصرف بعده، وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبراً كالخبر بالتوكيل والإذن وغيرهما ليس في معناها، وبالنظر إلى ما فيه من نوع إلزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملاً بالوجهين،

أحد شطريها وهو العدد أو العدالة، بخلاف الأول. وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا.

فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقاً، إن صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختاراً للدية. وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختاراً للدية، وعندهما يصير مختاراً لها.

وأما اللتان في النوادر فإحداهما الحربي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا، أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئاً منها كان عليه قضاؤه إجماعاً، وإن كان فاسقاً فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف. قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه يلزمه القضاء هاهنا اتفاقاً لأن المخبر له رسول رسول الله ﷺ: وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول. والثانية الشفيع إذا أجبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف، فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل. والسادسة البكر إذا زوّجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه قوله: (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء) أي لأجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئاً (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد

بخلاف الأول فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يكن في معناها أصلاً فلم يشترط فيه شيء من ذلك، وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله قوله: (وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شطريها فيما فيه إلزام المسائل المذكورة. قال في النهاية إنها ستّ مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر، والسادسة قاسها المشايخ عليها، والمصنف ترك منها مسألة. أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل. والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب، وإن كان فاسقاً وكذبه ثبت عندهما خلافاً له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر، وهذه المسألة لم يذكرها المصنف هاهنا. والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختياراً منه للفداء، وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك، وإلا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء، وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف، وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله ﷺ فألزمه. وثانيها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت، وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف. والسادسة إذا بلغ الكر تزويج الوليّ فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف، وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف. قال: (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبداً للميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام، والإمام لا يضمن كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد) صبياً محجوراً أو عبداً (محجوراً عليه) وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء. (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري

قوله: (أنه ثبت ضمناً) أقول: أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف قوله: (والكلام في الوكالة يثبت قصداً) أقول: قوله يثبت حال.

قال المصنف: (فيشترط، إلى قوله: أو العدالة) أقول: فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد وأن قوله عدل صفة رجل.

قال في التلويح وهو الأصح قوله: (كعبارة المرسل للحاجة) أقول: فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً قوله: (إذ ربما لا يتفق الخ) أقول: علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال.

قال: **(وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن)** لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم **(وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي)** لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه.

قال: **(ورجع الوصي على الغرماء)** لأنه عامل لهم، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه. قالوا: ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له.

الناس عن قبول هذه الأمانة، و) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء **(يرجع)** بالثمن **(على الغرماء)** أو الغريم **(لأن البيع)** والتصرف **(واقع لأجلهم)** فترجع العهدة عليهم وصار **(كما إذا كان العاقد محجوراً عليه)** عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما، ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية في الصبيّ وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد، وأقرب الناس في مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم؛ ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق **(ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم)** وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصيّ والوصي يرجع على الوارث لما قلنا إن البيع لأجله وهو الذي ينتفع به، فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه **(فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه)** بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري. قال المصنف **(قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً)** يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة **(لأنه لحقه)** ذلك **(في أمر الميت)** وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق: أعني جواز أن يقال: وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف. قيل نعم، وقال مجد الأئمة السرخسي: لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره. وفي الكافي: الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت.

على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن أوصى إليه الميت فظاهر، وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه، وعقد النائب كعقد المنوب عنه **(فصار كما إذا باعه)** الميت **(بنفسه)** في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فهاهنا يرجع على من قام مقامه **(ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه)** أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف **(قالوا: يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت)** وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره **(والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له)**.

قوله: **(والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ)** أقول: قوله اثنان: أي فضوليان، وقوله أو واحد: أي فضولي قوله: **(إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ)** أقول: وفي كشف البزدوي قال عليه الصلاة والسلام: «نضر الله» امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها» وفي حديث آخر: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب» ا هـ. والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام: «بلغوا عني ولو آية» فليتأمل قوله: **(وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله ﷺ فألزمه)** أقول: لعدم اشتراط العدالة في الرسول.

فصل آخر

(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة، لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل يقبل مولى ومعزولاً أخره قوله: **(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل)** بمجرد إخباره هذا **(وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة)** التي عنها حكم فيه بذلك. قال الفقيه أبو الليث: روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته، وزاد جماعة على هذا فقالوا: أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك، وهذا يفيد أن القاضي يشهد، وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحدّ لا على حكم القاضي، وإلا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه، وليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد، وهذا بعيد في العادة: أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده، ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا **(لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل)** لأن القطع بنفيهما ليس إلا للأنبياء عليهم الصلاة والسلام **(وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي)** لأن الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده **(واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي)** لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق، ولما كان عدم الاعتماد معللاً بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف[1] لا إطلاقه **(فقال الإمام أبو منصور: إن كان القاضي عدلا عالماً يقبل قوله لانتفاء التهمة)** في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم **(وإن كان عدلاً جاهلاً استفسر، فإن أحسن)** في بيان سبب حكمه وشروطه **(وجب تصديقه)** للعدالة وترك

فصل آخر

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً. قال: **(وإذا قال القاضي قد قضيت الخ)** إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك، وهو ظاهر الرواية، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرتك، وهو رواية ابن سماعة عنه، لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا، وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً، إلا أنهم تركوها فيه للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء، ومن يتمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره، وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها. والثاني ممنوع، والأول يجر إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة، ولأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه، وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقالوا به إذا كان القاضي عدلاً فقيهاً، وعلى هذا تتأتى الأقسام العقلية كما قال الإمام أبو

فصل آخر

قوله: **(ما لم تكن الشهادة بحضرتك)** أقول: أو الإقرار بحضرتك قوله: **(لأن قوله يحتمل الغلط)** أقول: لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب قوله: **(وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً)** أقول: يعني مطلقاً.

---

(١) كتب بهامش نسخة العلامة البحراوي قوله: (في التوقف) كذا في النسخ، ولعله في القبول لا إطلاقه: أي القبول، فقوله لا إطلاقه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم فتدبر.

زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء فيقبل لخلوّه عن التهمة، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة، وفي تصديقه طاعة. وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة.

المصنف[1] قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقاً عالماً أو جاهلاً، فإن الفسق مانع من الركون لإخباره بالاستفسار، وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره **(وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه)** في الحال **(فيقبل لخلوّه عن التهمة)** لأن التهمة إنما تتحقق في إخبار بأمر لا يمكن إنشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة، أما إذا كان ذلك مما يقدر على إنشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيد، فإن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وإن لم يعاين الشهادة والشروط، ولذا قال محمد: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئاً. ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهاً آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد، ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلدة قاضيان، وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء، وهذا لا يتحقق عند المأمور إلا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط، وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أو لا، فلا يلزم لذلك تكثيرهم، فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة قوله: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ)** صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفاً بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها إليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي، ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لأن هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي، وإلا امتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا، بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان إعمال ذلك الاحتمال مفيداً، نعم كون القول له على الاتفاق مقيد بما إذا كان

منصور، فإن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والخيانة لعدالته، وهذا القسم لا يحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ، فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلاً استفسرت المقرّ بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه، وأنه قتل عمداً بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله، وإلا فلا لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً أو الشبهة غير دارئة، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق. قال: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ)** لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله، فإذا أخبر القاضي المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه، فإن كان الأول فالقول للقاضي بلا خلاف، وإن كان الثاني فكذلك في الصحيح. فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلماً فالقول قول القاضي لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً والقول

قوله: **(ومن يتمكن من الإنشاء الخ)** أقول: فيه ركاكة قوله: **(أو يكذبه في حقيقته)** أقول: ظاهر لا يقابل الاحتمال الأول.

---

(١) قوله: **(وترك المصنف الخ)** لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيه القسمان المذكوران ا هـ.

قال: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي، وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق، هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرّين أنه فعل ذلك وهو قاض)** ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له، إذ

المدعي مقراً بأنه فعل ذلك وهو قاض، لأنهما لما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض، والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه **(لا يقضي بالجور ثم لا يمين)** على المعزول **(لأنه ثبت فعله)** وهو **(في)** حال **(قضائه بالتصادق، و)** لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك **(لا يمين عليه)** فكذا بعده **(ولو أقر القاطع)** المأمور **(أو الآخذ)** للمال بأمر القاضي **(بما أقرّ به القاضي)** وهو أن القطع منه والأخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع **(لا يضمن أيضاً)** كالقاضي **لأنه أقرّ** أنه فعله في حال قضائه، وهو كما لو كان دفع القاضي المال إلى الآخذ معايناً للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعته **(ف)** أما **(لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد)** أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف **(والصحيح أن القول أيضاً للقاضي، لأنه)** أي القاضي **(أضافه إلى حاله معهودة منافية للضمان فصار كما إذا)** اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و **(قال)** بل **(وأنا مجنون وكان جنونه معهوداً)** فالقول له، وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به، واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة، وكذا أفرضه شمس الأئمة

لمن يشهد له الظاهر لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفضي إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء. وفي هذه الصورة لو أقرّ القاطع أو الآخذ بما أقرّ به القاضي لا يضمن أيضاً لأن فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشيء صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الآخذ معايناً في حال القضاء فإنه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك هاهنا، وكذا إذا كان أمره بالقطع معايناً في حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل

قوله: **(لأنه ثبت فعله الخ)** أقول: فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلاً لأي شيء قال المصنف: **(ولا يمين على القاضي)** أقول: قال الكافي: لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً، وقضاء الخصم لا ينفذ ا هـ. وفيه بحث. والأولى أن يقال: إنا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف: **(ولو زعم المقطوع يدها لخ)** أقول: قال شمس الأئمة السرخسي: إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته. ومن ادعى تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا بحجة، لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الإسناد إلا بحجة، بخلاف المسألة الأولى لأنه ثبت الإسناد بمصادقتهما، والصحيح هو الأول، وهو اختيار فخر الإسلام على البزدوي والصدر الشهيد. ونظيره إذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد، وكذا إذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، وإن كان قائماً فالقول قول الموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء فيصير مدعياً، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي. وقال الزيلعي: أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها، وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناده الفعل إلى حالة منافية له. وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التملك له، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم ا هـ. لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى قوله: **(كإسناد من عهد منه الجنون الخ)** أقول: في الشعب لطافة لا تخفى.

القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً **(ولا يمين عليه)** لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي **(ولو أقرّ القاطع والآخذ بما أقرّ به القاضي لا يضمن أيضاً)** لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينا **(ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضاً)** هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً

فإنه قال: فأما إذا زعم: أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ. قال: ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا ببينة، فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل، ولكنه ذكر في تعليله ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسألة الطاحونة، وفي الحال فعله موجب للضمان عليه، وبهذا الإسناد يدعي سقوطه، بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر، ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد، لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله، كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً وإن كان قائماً بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعياً، وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقرّ له بل وأنت حرّ فالقول للعبد ولا ضمان، وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة، وإن كانت قائمة فالقول للعبد، ويأخذه من المولى لأنه أقرّ بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعياً، وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي، ذكره المحبوبي. واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقال بل وأنا حرة فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان، ولو قلت أقرّ هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فهاهنا أيضاً أقرّ بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل، وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي. أجيب بالفرق بأن المولى أقرّ بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك، كما لو قال أخذت منك ألفاً هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر، وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام، بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم، وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية قوله: **(ولو أقرّ القاطع أو الآخذ في هذا الفصل)** وهو فصل زعم لمأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقرّ القاطع والقابض إني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه،

التقليد أو بعد العزل فالقول أيضاً للقاضي في الصحيح، لأن القاضي أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر فصار إسناد القاضي هاهنا كإسناد من عهد منه الجنون إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه معلوماً بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع، وإنما قال هو الصحيح احترازاً عما قال شمس الأئمة السرخسي إن القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال، وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه، وأما في الأولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقاً، ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي **(ولو أقرّ القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقرّ به القاضي ضمنا لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره،**

(ولو أقرّ القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقرّ به القاضي بضمان) لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقرّ به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه)** لأنه أقرّ أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة.

والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده **(يضمنان)** ولا يضمن القاضي **(لأنهما أقرّا بسبب الضمان)** وهو مباشرتهما الأخذ والقطع **(وقبول قول القاضي)** في ذلك **(لدفع الضمان عن نفسه)** بسبب يخصه وهو كي لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب. وقوله: **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً)** هذا قيد فيما يلزم جواب المسألة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر، فإن لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقاً فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك: أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً، أما إذا كان قائماً فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل، علله محمد في الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم، قالوا: معناه أن القاضي لما أقرّ بالأخذ يصير شاهداً لغيره بالكلام الثاني، وإقراره بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة، ولأن القابض أقرّ بسبب الضمان حيث أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا ببينة، وقول المعزول ليس ببينة عليه لأنه ليس شاهداً بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان.

بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال: الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضي لأن جهة الضمان راجحة لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي، وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضاً لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان **(ولو كان المال باقياً في يد الآخذ وأقرّ بما أقرّ به القاضي أخذ منه المال)** سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه **(لأن الآخذ أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول ليس بحجة)** فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم.

قوله: **(في هذه الصورة)** أقول: في الإطلاق تأمل قوله: **(لأن إقرار الرجل، إلى قوله: لا يعارض القطعي)** أقول: الإقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود، إلا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضي قوله: **(لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق الخ)** أقول: هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل. والأولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان، فإن حالة القضاء لا تنافي الضمان في حق غير القاضي لأنه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم، وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة إذ الكلام فيه، وكذا حال القطع فليتأمل، واَ أعلم.

كتاب الشهادات

قال: (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي) لقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا

كتاب الشهادات

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لأن لقضاء موقوف عليها، إذ كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه للمقصود على الوسيلة. والشهادة لغة، إخبار قاطع، وفي عرف أهل الشرع إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة. وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات. وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه، فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب. وشرطها البلوغ والعقل والولاية، فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة في الجملة. وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الإخبار. وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة، وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب إنما ثبتت كي لا يفوت الحق قوله: (الشهادة فرض) يعني أداؤها بعد التحمل، فإنها تقال للتحمل كما يقال للأداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوّغاً للإطلاق في قصد التحمل فيكون معتبراً مشتركاً لفظياً عند عرف أهل التكلم وافتراض الأداء إلا في الحدود مجمع عليه، وقوله تعالى ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] محتمل أن يراد النهي عن الإباء عن التحمل إذا دعي إليه، ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهية الإباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الأولى لأن التحمل لما فيه من إعانة المسلم على حفظ حقه أولى. ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الإباء، وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الإباء إذا ادعى، ولا اتصاف قبل الدعاء إلا بالتحمل فيلزم كون النهي عن إباء الأداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ، والأداء المفروض لا يكون إلا عن الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب إذا دعي إلى الحاكم للأداء. وقال الله تعالى ﴿ولا تكتموا

كتاب الشهادات

إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة، إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم. ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها، قال الله تعالى: ﴿كونوا قوامين لله شهداء بالقسط﴾ فلا بد من حسنه. وهي في اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، ولهذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبىء عن المعاينة. وفي اصطلاح أهل الفقه وعبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجنس يشملها والأخبار الكاذبة. وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات. وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهداته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والأبصار في المبصرات ونحو ذلك.

كتاب الشهادات

قوله: (إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول: لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لأن المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولاً، وإليه تشير عبارة الشارح قوله: (ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول: أي ومن معرفات حسنه، ويؤيده قوله فلا بد من حسنه وإلا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأموراً به مذهب الأشعري ولا ترتضيه الحنفية قوله: (فلا بد من حسنه) أقول: ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها قوله: (بصحة الشيء) أقول: أي بثبوته قوله: (إنها مشتقة من المشاهدة) أقول: بالاشتقاق الكبير قوله: (وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق) أقول: فإطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الحق وإطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الأيمان قوله: (فالإخبار كالجنس يشملها) أقول: ويشمل سائر الأخبار الصادقة.

ما دعوا﴾ وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق. **(والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار)** لأنه بين حسبتين

الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الإظهار للقاضي وهو الأداء فرضاً عليهم لأنه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان إلا به، ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو تأكيد في تأكيد، لأن قوله تعالى ﴿فإنه آثم﴾ [البقرة: ٢٨٣] تأكيد، وإضافة الإثم إلى القلب الذي هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد. ولأنه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا، بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالأعضاء الظاهرة فإنها وإن كانت مسبوقة بمعصية القلب هو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلاً لتمامها، قالوا: يلزم إذا كان مجلس القاضي قريباً، فإن كان بعيداً. فعن نصر: إن كان بحال يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه يجب لأنه لا ضرر عليه، ولو كان شيخاً لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لابأس به، وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود إلى ضيعة فاستأجر لهم حميراً فركبوها لا تقبل شهادتهم، وفيه نظر، لأنها العادة وهي إكرام الشهود وهو مأمور به وفصّل في النوازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجره دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل، ولو وضع للشهود طعاماً فأكلوا إن كان مهيأ قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لأجلهم لا تقبل. وعن محمد لا تقبل فيهما. وعن أبي يوسف رحمه الله: تقبل فيهما، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهداً أو لا، ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل، وفيه نظر، فإن الأداء فرض، بخلاف الذهاب إلى الأمير. وعند أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي إن علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد. وفي العيون: إن كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع، وإن لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب. وقال شيخ الإسلام: إذا دعى فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدّى لا تقبل لتمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة انتهى. والوجه أن تقبل ويحمل على التعذر من نسيان ثم تذكر أو غيره قوله: **(والشهادة في الحدود)** أي الأداء في

وسبب أدائها إما طلب المدعي منه الشهادة، أو خوف فوت حق المدعي إذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً. وشرطها: العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً. وحكمها: وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها، والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب، لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب

قوله: **(وسبب تحملها)** أقول: تحمل الشهادة التي هي الإخبار مبنى على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي قوله: **(معاينة ما يتحملها له)** أقول: أي لإثباته قوله: **(وسبب أدائها)** أقول: الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها قوله: **(إذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً)** أقول: والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعي قوله: **(والقدرة على التمييز الخ)** أقول: يعني التمييز بالبصر قال المصنف: **(الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي)** أقول: الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين، فإن الثانية تأكيد للأولى إلا إذا جعل قوله إذا طالبهم قيداً للثانية فقط فتأمل قوله: **(واستدل بقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها)** أقول: الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف، على أن يكون المراد إذا ادعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام، بل الوجه أن يقال: لا ليتحملوها لأنهم قبل التحمل ليسوا بشهداء، ولا ضروة تدعونا إلى ارتكاب المجاز قوله: **(وسموا شهداء باعتبار ما يؤول إليه)** أقول: أي على الاحتمال الثاني قوله: **(يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة)** أقول: حيث أكد النهي بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى: **﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾** ألا يرى إلى نسبة الإثم إلى الكاتم ثم إلى قلبه الذي هو أشرف أعضائه إذا فسد فسد جميع الجسد قوله: **(والنهي عن أحد النقيضين الخ)** أقول: وأخصر منه أن يقال: النهي عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعاً فيجب النقيض الآخر قوله: **(كان الإعلان ثابتاً)** أقول: وفي معراج الدراية: النهي عن الشيء يكون أمراً بضده إذا كان له ضد مقصود بأمر آخر، وهاهنا كذلك لأن الأداء منصوص بقوله تعالى: **﴿وأقيموا الشهادة﴾** قوله: **(وما لم يجب لا يثبت)** أقول: أي لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين قوله: **(وليس بالصحيح من المذهب)** أقول: بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه في التوضيح وغيره. قال الشيخ الإمام سراج الدين الهندواني في شرح المغني: أما

إقامة الحد والتوقي عن الهتك **(والستر أفضل)** لقوله ﷺ للذي شهدا عنده «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك» وقال

الحدود يخيّر فيها بين الأداء والترك لأن النهي في القرآن وإن كان عاماً لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر، فمن ذلك قوله ﷺ للذي شهد عنده «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»(١) كذا ذكره المصنف، والمعروف في الحديث أن هذا قاله ﷺ لهزال. ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد: بلغه أن رسول الله ﷺ قال لرجل من أسلم يقال له هزال «لو سترته بردائك لكان خيراً لك»(٢) والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته ماعز رضي الله عنه. روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه: «أن ماعز بن مالك أتى النبي ﷺ فأقرّ عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال: لو سترته بردائك لكان خيراً لك» وإن هزالاً هو لذي أشار على ماعز أن يأتي النبي ﷺ ويقرّ عنده ولم يكن شاهداً، لأن ماعزاً إنما حد بالإقرار. أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالاً أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ فيخبره(٣). ورواه الحاكم وزاد. وقال شعبة: قال يحيى: فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم ابن هذال فقل يزيد: هذا هو الحق، هذا حديث جدي وقال: صحيح الإسناد. ورواه ابن سعد في الطبقات، وفيه قال في هزال: «بئسما صنعت، لو سترته بطرف ردائك لكان خيراً لك، قال: يا رسول الله لم أدر أن في الأمر سعة»(٤) ومنه قوله ﷺمن رواية أبي هريرة «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة»(٥) رواه البخاري ومسلم. وتلقين الدرء من رسول الله ﷺ: أي تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده إلى الستر والستر يحصل بالكتمان، فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصاً من عموم تحريمه، فمن ذلك ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة قال: «أتي بسارق إلى النبي ﷺ فقيل: يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق»(٦) وروى أبو داود: «أنه ﷺ أتي بلص

الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. قال: **(الشهادة فرض تلزم الشهود الخ)** أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده، وشرط مطالبة المدعي تحقيقاً لسبب الأداء على ما مر، واستدل بقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها، وسموا شهداء باعتبار ما تؤول إليه، وهو بظاهره يدل على النهي عن الإباء عند الدعوة، وبقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن

النهي عن الشيء فأمر بضده إذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمراً بالإيمان وإن كان له أضداد، ففيه الخلاف انتهى قوله: **(على أن طلبه شرط وهو غير السبب)** أقول: ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازاً قوله: **(لأن معنى كلامه إلى قوله: فلا مخالفة حينئذ)** أقول: فيه بحث، فإن سببية الشيء للشيء لا يكون إلا بعد وجود الشيء الأول، فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل عللاً أخرى فافهم قوله: **(قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره)** أقول: الأول مسلم والثاني ليس كذلك. قال في التوضيح في تعريف الحكم: الخطاب نوعان: إما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، وإما وضعي وهو الخطاب بأن هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لها قوله: **(ورد بأن الاعتبار لعموم اللفظ)** أقول: العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد: أي شهداء الديون قوله: **(وقيل إن الخبر الأول ورد في ماعز)** أقول: إذا كان وارداً في حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله للذي شهد عنده فتأمل قوله: **(لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد**

---

(١) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٤ الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء، ولكنه حمل ماعزاً على الاعتراف اهـ ووافقه ابن الهمام بأنه المعروف في هذا الحديث أنه قال لهزال.
(٢) تقدم في حد الزنا.
(٣) تقدم في حد الزنا.
(٤) أخرجه الحاكم ٤/ ٣٦٣ وأحمد ٥/ ٢١٦ وتقدم في الحدود مستوفياً.
(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٩٩ وأبو داود ٤٩٤٦ والترمذي ١٤٢٥ وابن ماجه ٢٢٥ وأحمد ٢/ ٢٥٢. ٥٠٠. ٥١٤ وابن حبان ٥٣٤ والبغوي ١٢٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه.
وأخرجه البخاري ٢٤٤٢ و ٦٩٥١ ومسلم ٢٥٨٠ وأبو داود ٤٨٩٣ والترمذي ١٤٢٦ وابن حبان ٥٣٥ والبيهقي ٦/ ٩٤ و ٨/ ٣٣٠ وأحمد ٢/ ٩١ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يُسْلِمُهُ. من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج من مسلم كربةً فرّج الله بها عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة».
(٦) تقدم في باب السرقة.

عليه الصلاة والسلام: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (**إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ**) إحياء لحق المسروق منه (**ولا يقول سرق**) محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع

قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال له ﷺ: ما إخالك سرقت، قال فأعاد مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع»[١] الحديث. وروي عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ قال لماعز: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال لا»[٢] الحديث قدمناه في الحدود. فإن قلت: كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد، وأيضاً شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك. قلت هذه الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغاً لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها، أو هي مستند الإجماع على تخيير الشاهد في الحدود، فثبوت الإجماع دليل ثبوت المخصص. وأما المقارنة فإنما هي شرط التخصيص في نفس الأمر، وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به، فإذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارناً أو أنها ليست تخصيصات أول[٣] كما أنا إذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدماً على التحريم فنسخ حكماً لوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه، وكثيراً ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص، ومرادهم في تلك الأماكن ما ذكرنا، هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأما إذا قيدناه بم إذا دعوا للشهادة في الدين المذكور أول الآية: أي قوله تعالى ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ ثم قال ﴿ولا يأبى الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] يعين بذلك الدين فظاهر قوله: (**إلا أنه يجب أن يشهد بالمال**) استدراك من قوله مخيّر في الحدود، فإنه يقتضي أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها مطلقاً لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال إحياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق، فإن الأخذ أعم من كونه غصباً أو على ادعاء أنه

يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة، والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهياً عنه كان الإعلان ثابتاً وهو يساوي الإظهار فيكون ثابتاً، وثبوته بالأداء وما لم يجب لا يثبت فكان إظهار الأداء واجباً. قال في النهاية: النهي عن الشيء لا يكون أمراً بضده إذا لم يكن له ضد واحد، وأما إذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الأرحام فإنه أمر بضده، وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه (**وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق**) ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة.

فيها بالستر) أقول: الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر قوله: (**والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج**) أقول: التخصيص إضافي فإن في عتق الأمة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل. ومحل الجواب أن التخصيص إضافي بالإضافة إلى حقوق الله تعالى التي تستوفى لا حقيقي. أو نقول: المراد الخوف أو الكتمان في الحقوق التي تستوفى إنما يحرم الخ قال المصنف: (**إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة**) أقول: استدراك من قوله مخير في الحدود، إذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقاً لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه.

---

(١) تقدم في الحدود.
(٢) تقدم في حد الزنا.
(٣) قوله: (أول) بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى.

والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه **(والشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال)** لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ **(ولا تقبل فيها شهادة النساء)** لحديث الزهري رضي الله عنه: مضت السنة من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها

ملكه مودعاً عند المأخوذ منه وغير ذلك، فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه، لأنه إذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمن المال إن كان أتلفه قوله: **(والشهادة على مراتبها)** أربعة **(منها الشهادة في الزنا)** والشهادة في بقية الحدود والقصاص، والشهادة فيما سواها من المعاملات، والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء. أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] وروى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء(١) انتهى. وتخصيص الخليفتين، يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما إلا الاتباع، ولأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى ﴿أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود. وغاية الأمر المعارضة بين عموم ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة. وأيضاً هذه تفيد زيادة قيد

والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فألحق به. لا يقال: قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبب لأداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وإنما يشترط طلب المدعي فإنه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجوب سبب الأداء وهو طلب المدعي، فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ. فإن قلت: أما تجعله شرطاً، وقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء﴾ ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ سبباً. قلت: نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ قال: **(والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار الخ)** الشاهد في الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لأنه مخيّر بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد، وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله، والستر أفضل نقلاً وعقلاً، أما الأول فقوله ﷺ للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمي: «لو سترته بثوبك» وفي رواية: «بردائك لكان خيراً لك» وقوله ﷺ: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وما روي من تلقين الدرء عن النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم فإن فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر. قيل الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بخبر الواحد. وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها. وردّ بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب. والحق أن يقال: القدر المشترك فيما نقل عن النبي ﷺ وأصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به. وقيل إن الخبر

قوله: **(ولفظ أربعة نص الخ)** أقول: فيه بحث، إلا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه قوله: **(فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده)** أقول: إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق قوله: **(وإنما قال شبهة البدلية إلى قوله مع إمكان الأصل)** أقول: فيه أن ذلك في الخلف لا في البدل، فإن المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار إليه مع إمكان المبدل منه فليتأمل قوله: **(لما مر في عموم اللفظ)** أقول: فيه بحث قوله: **(والذكورة والبلوغ)** أقول: وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف، وإنما هو إذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى، ففي قوله والبلوغ تأمل.

---

(١) مقطوع. جاء في نصب الراية ٤/٧٩ ما ملخصه: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١١/٧٩ عن الزهري فذكره وأخرج أيضاً عن الشعبي والنخعي والحسن والضحاك قالوا: لا تجوز شهادة النساء في الحدود. وأخرجه عبد الرزاق بسنده عن علي قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء اهـ. وهذا الأخير فيه الحسن بن عمارة متروك. والصواب كونه عن الزهري، وغيره من التابعين، وهو مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح لكن له حكم الرفع عند أكثر علماء هذا الفن. والله أعلم.

مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات **(ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين)** لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ **(ولا تقبل فيها شهادة النساء)** لما ذكرنا قال: **(وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح)** والطلاق والعتاق والعدّة والحوالة والوقف والصلح **(والوكالة والوصية)** والهبة والإقرار والإبراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك.

وزيادة القيد من طرق الدرء فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة إلى ما ليس فيه زيادة تقييد، ولأن فيها شبهة البدلية، ولذا تقبل فيها الشهادة على الشهادة، وذلك لأن قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتهن إلا عند عدم رجال يشهدون. وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولاً به عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات. وسائر ما سوى حدّ الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا، وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات: أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالاً أو لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب. وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالإذن وشرط الخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال، وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط، كقول الشافعي رحمه الله قال مالك. وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما، وقصور الولاية حتى أنها لا تصلح للإمارة ولا تقبل شهادة الأربع منهن، لكن خرج عن الأصل شرعاً في الأموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة، وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه، بخلاف النكاح فإنه مع كونه أعظم خطراً أقل وقوعاً فلا يلحق الحرج بالاشتراط، ولذا قال تعالى في الرجعة ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق. قال المصنف **(ولنا أن الأصل فيها القبول)** فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الأصل عدم القبول، ثم أثبت هذه بوجود ما ينبنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ. واعترض بأن المشاهدة والضبط أهلية الأداء لا أهلية الشهادة، بل هي

الأول ورد في ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به، وفيه نظر لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر، وأما الثاني فلأن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج إلى الأموال والله تعالى غنيّ عن العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض أخيه المسلم، ولا شك في فضل ذلك قوله: **(إلا أنه يجب أن يشهد)** استثناء من قوله يخيّر، وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود، وإنما يجب ذلك لأن فيها إحياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق **(محافظة على الستر)** ولأنه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد، والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز. والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة. قال: **(والشهادة على مراتب)** رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة، فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها. وأما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحبّ الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة **(ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين)** يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما **(من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص)** وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله ﷺ: «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر» **(ولأن في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال)** في غير الحدود، قال الله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ على سياق قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ وإنما قال شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كالآية الثانية،

وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة، والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى، وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار، نقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن.

كما قال في الأسرار: إن أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية، والإرث والنساء في هذا كالرجال. بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة. فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم: إن جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لإظهار درجتهن عن الرجال ليس غير، ولقد نرى كثيراً من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجل لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء. سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل يندرىء بالشبهات، وهذه لحقوق تثبت مع الشبهات، وأما عدم قبول الأربع فعلي وخلاف القياس كأنه كي لا يكثر خروجهن قوله: **(وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب وبالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)** مسلمة حرّة عدلة والثنتان أحوط وبه قال أحمد. وشرط الشافعي أربعاً، ومالك ثنتين. له أن كل ثنتين يقومان مقام رجل. ولمالك أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة، وقد سقط اعتبر الذكورة فبقي العدد. ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهدات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا: قال رسول الله ﷺ: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»[1] وهذا مرسل يجب العمل به[2]. وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم

وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين، وإذا كان فيها شبهة البدلية **(فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود)** كحدّ الشرب والسرقة وحد القذف **(والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾)** فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مرّ من عموم اللفظ، وهو نص في بيان العدد

قال المصنف: **(ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة)** أقول: يعني أهلية قبولها فالمضاف مقدر قوله: **(والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك الخ)** أقول: وإلا لكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلاً للشهادة قوله: **(لعدم توقفها عليها)** أقول: لتقدم أهلية الشهادة على الأداء قوله: **(كذلك)** أقول: لا جمعا ولا فرادى قوله: **(على أنه لا يلزم من وجوده وجود للشروط)** أقول: يعني أهلية الشهادة قوله: **(فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ)** أقول: اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية، إلا أن يرتكب التأويل في كلامه بأن يراد بالعلية المدخلية فيها قوله: **(وهو القبول)** أقول: أي أهلية القبول.

---

(١) باطل. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٠ وقال: غريب.
قلت: والإسناد الذي ذكره ابن الهمام من طريق أبي يوسف فيه غالب بن عبيد الله العُقيلي الجزري جاء في الميزان ما ملخصه: يروي عن عطاء ومكحول ومجاهد قال ابن معين عنه: ليس بثقة. وقال الدارقطني: متروك. وتركه وكيع لأنه قال: حدثنا ابن المسيب اهـ. قلت: وهذا الحديث من هذا القبيل فقد جمع أئمة بل ثقات التابعين معاً في هذا الخبر، ولو وجد هذا الخبر عند واحد منهم لما تركه أصحاب الكتب الستة لشهرة هؤلاء الأربعة، فالخبر مركب، وعلته غالب هذا.

(٢) هذا لو ثبت كيف وهو مركب مزوّر!؟

قال: (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» والجمع المحلى بالألف واللام يراد بها لجنس فيتناول الأقل. وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام **(ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق)** وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها

يكن اعتبارها في العهد إذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والأكثر أحسن فقلنا كذلك. وروى عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن[1] الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، وهذا مرسل حجة عندنا، وهو مثل ما ذكره المصنف، ورواه ابن أبي شيبة. وروى عبد الرزاق أيضاً أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء. وله مخارج أخر[2]. قال المصنف: **(ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق)** أي

والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله: **(ولا تقبل شهادة النساء)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال، فالآية هذه عقبت بقوله: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ وليست شهادتهن فيها مقبولة. ووجهه أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، ولئن أوجب فعدم قبوله لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن. فإن قلت: ما مسلك الحديث من الآية هاهنا أتخصيص أم نسخ. قلت: مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه، وهو إما التخصيص إن ثبتت المقارنة أو النسخ. وقول الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الأول بالقبول فكان مشهوراً تجوز الزيادة به. قال: **(وما سوى ذلك من الحقوق الخ)** وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق **(مالاً كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية)** أي الوصاية لأنه في تعداد غير المال **(ونحو ذلك)** يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها، كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار. واستدل بأن الأصل شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة **(ولهذا)** أي ولأن الأصل عدم القبول **(لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها مستثناة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة إحياء حقوق العباد)** لكثرة وقوعها ودنوّ خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً وأقل وجوداً كالنكاح والطلاق والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص **(ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة)** التي يحصل بها العلم والضبط

قوله: **(ولم يذكر الجواب عن الخ)** أقول: فيما بحث قوله: **(لا نقصان في عقلهن)** أقول: في صحاح الكتاب الإيمان. من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال: «خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى، فمر بالنساء فقال: يا معشر النساء تصدقن فإني أريتكن أكثر أهل النار، فقلن: وبم يا رسول الله؟ فقال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ فقال: أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان عقلها، قال: أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان دينها» انتهى الحديث الشريف. وأنت خبير بأن ما ذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث قوله: **(في تحصيل البديهيات الخ)** أقول: فيه أنهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى قوله: **(لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك)** أقول: فيه أن تكليفهن دون تكليف الرجال؛ إلا يرى أنه لا تفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه قوله: **(ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة)** أقول: ولا يخفى عليك أيضاً أن الشهادة ضرب من الولاية.

---

(١) الصواب حذف لفظ: عن. لأن ابن شهاب هو الزهري.

(٢) ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٠ هذه الآثار. وجاء في سنن البيهقي ١٠/ ١٥٠ بسنده عن الشعبي قال: كان شُريح يجيز شهادة النسوة على الاستهلاك وما لا يطلع عليه الرجال. قال البيهقي: وهذا قول الكافة اهـ وانظر تعليقات ابن التركماني في الجوهر النقي ١٠/ ١٥١ وهذه بمجموعها حجة.

لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل، وكذا في رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع، وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي

في باب ثبوت النسب منه. وفي المبسوط: لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري إليها تقبل إذا كان عدلاً، ولو قال تعمدت النظر لا تقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعي. وقال بعض مشايخنا: إن قال تعمدت النظر تقبل أيضاً، وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله. وأما حكم البكارة، فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها فأنكرت ترى النساء، فإن قلن هي بكر تخيّر فإن اختارت الفرقة فرق للحال، وإنما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الأصل، إذ البكارة أصل، ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في إلزام الخصم، وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء، فإن قلن هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الأصل، وإن قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم

الذي يبقى به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذي يحصل به العلم للقاضي **(ولهذا)** أي ولكون القبول أصلاً فيها **(قبل إخبارها في الأخبار)** ولقائل أن يقول: ما ذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون علة لها أو شرطاً. لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك لا جمعاً ولا فرادى. والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعاً ولا فرادى، على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط. والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والإسلام والبلوغ. وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها، وإنما هي علة لأهلية قبولها، فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضاً وفاته أحد الأمور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الأداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته، وإن كانت علة استلزام وجودها وجود معلولها وهو القبول، وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف: أي أهلية قبول الشهادة قوله: **(ونقصان الضبط)** جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط. وتوجيهه أن يقال: إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها، وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها. أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل، وأما الوكالة والإيصاء والأموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال، ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل، ولا عن قوله لقصور الولاية. والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف. وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع

قوله: **(والعيوب من النساء في موضع الخ)** أقول: قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الأصبع الزائدة قوله: **(فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة)** أقول: فيه شيء، فإن ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف. ثم لا يخفى أنه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلاً، بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فإنه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات. فالأصوب أن يقال: سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل قوله: **(لا عكسه كما فهم صاحب النهاية)** أقول: عبارة النهاية ثم اعلم أنه ذكرها هنا ثلاثة أشياء، ثم خص شهادة امرأة واحدة، وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب، فإن شهادة رجل واحد تقبل أيضاً فيهما لأنه ذكر في الإيضاح مطلقاً بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب وشهادة النساء من شهادات المبسوط قال: ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد بذلك: أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظري إليها. والجواب أنه لا يمنع قبول شهادته إذا كان عدلاً في مثل هذا الموضع. لما الصحيح أنه لا يشترط العدد لأن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة، فلما ثبت المشهود به هاهنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى. وقد قال بعض مشايخنا: إنه وإن قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بعبارته. أقول: القياس على سائر المراتب: أي مراتب الشهادة يقتضي ما ذكره في النهاية قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء» الخ)** أقول: دليل لأصل الدعوى قوله: **(ينصرف إلى الجنس)** أقول: إذ الكل ليس بمراد قطعاً قوله: **(فعملنا بهما الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد.

حنيفة رحمه الله في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنها من أمور الدين. وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة. قال:

البيع وهي بكر، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر، فإن نكل ردت عليه، وإن حلف لزم المشتري، وأما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق، وأما في حق الإرث فعندهما كذلك، وعند أبي حنيفة لا تقبل إلا شهادة رجلين وامرأتين لأن الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال، بخلاف الولادة فإنها انفصال الولد من الأم فلا يطلع عليه الرجال هما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة، وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح قوله: **(ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة)** حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل. وثالث وهو

مراتب: الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم. والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر، ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف. والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب وهو يسمى العقل بالفعل. والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد، وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه إن نسيت، فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك، وقوله ﷺ: «هن ناقصات عقل» المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً فتأمل قوله: **(وعدم قبول الأربع)** جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الأربع. ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضاً لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن. قال: **(وتقبل في الولادة والبكارة)** اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية. واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله ﷺ: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه. وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات. قوله: **(ولأنه)** دليل معقول لنا. ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لأن نظر الجنس أخفّ وفي إسقاط العدد تخفيف النظر فيصار إليه، إلا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة، لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة. والجواب أن يقال: خفة النظر توجب عدم وجود اعتبار العدد، ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً **(ثم حكمها)** أي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة **(شرحناه في الطلاق)** يعني في باب ثبوت النسب حيث قال: وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة، وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: تطلق، وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة: يعني تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة، وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما، فإذا نظرن إليها وشهدن فإما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أو لا، فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة، وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليها ما يؤيدها، فعلى هذا إذا شهدن بأنها بكر فإن كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لأن شهادتهن تأيدت بالأصل وهو البكارة، وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولمقتضى البيع وهو اللزوم،

قوله: **(وإن قلن إنها الخ)** أقول: وفيه بحث يعلم من قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف قوله: **(فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب الخ)** أقول: فيه أنه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ، فإن الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالإباق كما ذكر هاهنا بلا فرق فليتأمل. والجواب أن الفرق فيما إذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري إذا حلف البائع كاف في ضعف حجتها، وفيه تأمل قوله: **(ثم يحلف البائع، إلى قوله: كانت في يده الخ)** أقول: فما الجواب فيما قبل القبض؟

(ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ ولأن العدالة هي المعينة للصدق، لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح، إلا أن

التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل، وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال. أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وقال تعالى ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولأن العدالة هي المعينة لجهة الصدق، فإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم، فبذلك لا يلزم كونه صدقاً حتى يعمل به. فإن قيل: المنكر أيضاً قد يكون عدلاً. فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح إخبار المدعي بالشهادة **(وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس)** كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم **(تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح)** لأن هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل **(إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا)** ويكون القاضي عاصياً **(وأما)** اشتراط **(لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها)** أي في النصوص **(بهذه اللفظة)** قال تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد»[1].

وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر، فإن حلف لزم المشتري وإن نكل ترد عليه. فإن قيل: شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب بالردّ بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث. أجاب بأن العيب يثبت بقولهن: يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فإن المشتري إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل. فإذا قلت: إنها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده. وأما شهادتهن على استهلال الصبيّ ففي حق الإرث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لأن الاستهلاك صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لأنه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان. وعندهما في حق الإرث أيضاً مقبولة لأنه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة.

والجواب أن المعتبر في ذلك إمكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **(قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ)** لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من

قوله: **(وأما اشتراط العدالة الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(فلقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾)** أقول: فإن قيل: بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق، وإذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة؟ قلنا: المطلق ينصرف إلى الكامل قوله: **(وما سواها معدات)** أقول: فيه بحث، إلا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف: **(ويمتنع عن الكذب بمروءته)** أقول: تجيء المسألة في باب من تقبل شهادته، وفي التعليل مغايرة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٤/ ٩٨ والبيهقي ١٠/ ١٥٦ كلاهما من حديث ابن عباس. بنحوه.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢: قال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي فقال: بل هو حديث واهٍ فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد.

قال الزيلعي: وبه أعله ابن عدي والعقيلي، وأسند ابن عدي تضعيفه عن النسائي، ووافقه ا هـ وسيأتي لفظه وكذا أعله البيهقي به، وقال: لم يرو من وجه يعتمد.

القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح، والمسألة معروفة. وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها زيادة توحيد، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشدّ. وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى

وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة. فإن قيل: غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى: ﴿وربك فكبّر﴾ [المدثر: ٣] ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله ﷺ: «تحريمها التكبير»[1] ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة؟ قلنا: لفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر. وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة في قوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد»[2] فلزم لذلك لفظ الشهادة، بخلاف التكبير فإنه التعظيم، وليس لفظ أكبر أبلغ من أجلّ وأعظم فكانت الألفاظ سواء، فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر. وقوله: (في ذلك كله) أي في المراتب الأربع كلها تشترط فيها العدالة، ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها خبر كالشهادة على هلال رمضان. ووجه الظاهر وهو قول

شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته، وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما اشتراط) العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ والفاسق لا يكون مرضياً ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (ولأن) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وما سواها معدّات (لأن من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضاً. وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل) شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً وجيهاً ذا مروءة كان أو لا (أصح) لأن قبولهما إكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك، قال ﷺ: «إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر» والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا، وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ و ﴿أشهدوا إذا تبايعتم﴾ و ﴿استشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ وقال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» (ولأن في لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به قوله: (في ذلك كله) يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك: أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه

قوله: (بوجه مكفهر) أقول: أي شديد العبوس قال المصنف: (إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) أقول: فيه كلام لأنه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ما ذكره. وجوابه أن الشهادة هوالإخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضي لا مطلق الإخبار فتأمل قوله: (ولأن في لفظة الشهادة) أقول: الأولى أن يجعل هذا وجهاً لدلالة النصوص على الاشتراط، إذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلاً مستقلاً على المدعي كما فعله قوله: (بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول: جواب عما يقال ما الفرق بين الأوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الأوامر حتى روعي في الأولى اللفظ الذي ورد به الأمر دون الثانية مثل كبير.

---

(١) تقدم مستوفياً في باب الوضوء من كتاب الطهارة.
(٢) تقدم قبل حديث واحد، وهو ضعيف.

الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام **(قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف» ومثل ذلك مرويّ عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرّم دينه، وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع **(إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود)** لأنه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها، ولأن الشبهة فيها دارئة، وإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم

سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها، بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات، لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم، ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء، أما في العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى. ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرمضانية. قالوا: يدّعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقرّ الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان، لأن إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم. ذكره أيضاً في شهادات الخلاصة. واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام: يعني في الشهادة على المسلم، وإلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا قوله: **(قال أبو حنيفة)** يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة. قال

الحرية والإسلام. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة، فإذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو إما أن يطعن الخصم أو لا، فإن كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف» وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية. فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وهاهنا يثبت للمدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة. فالجواب ما أشار إليه بقوله إذ لا وصول إلى القطع، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالأول وهلم جراً، ويدور أو يتسلسل. ويجوز أن يقال: بالظاهر هاهنا اعتبر للرفع لا للاستحقاق، وبيان ذلك أن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضاً، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعاً قوله: **(إلا في الحدود والقصاص)** استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم، إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها، ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك، وإن كان الأول يسأل عنهم بالاتفاق، لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم، فإن الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ إلى الترجيح. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد أن يسأل عنهم في السرّ والعلانية في جميع الحقوق، لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة، وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً **(وقيل**

قوله: **(إذ لا وصول إلى القطع)** أقول: يمكن الوصول إلى القطع بالتواتر، فالأولى أن يقال: يكتفي بالظاهر للاستحقاق إذا لم يكن ثمة منازع، كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع، وهنا كذلك إذ الكلام فيما إذا لم يطعن الخصم في الشهود. قوله: **(وبيانه أنه لو لم يكتف الخ)** أقول: والأظهر أن يبين عدم إمكان الوصول إلى القطع لو زكى، فإن المزكي يخبر عن عدالته متمسكاً بظاهر حاله، لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية إذ لا ينسد احتمال فساد الإعتاق مثلاً فتأمل قوله: **(فالجواب ما أشرنا إليه بقوله)** أقول: الظاهر أن يقال ما أشار إليه بقوله قوله: **(ويدور أو يتسلسل)** أقول: مع أن المطلوب حاصل قوله: **(وبظاهر العدالة اندفع الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(استثناء من قوله ولا يسأل)** أقول: بل من قوله يقتصر الحاكم قوله: **(ولأن الشبهة فيها دارئة)** أقول: فيه بحث، فإن وجه السؤال إذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس إلا لأنه يحتال لإسقاطها فاندرج هذا التعليل في التعليل الأول فما وجه عده تعليلاً مستقلاً، فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الأول لكان أولى.

لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا بد أن يسأل عنهم في السرّ والعلانية في سائر الحقوق)** لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان.

أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل. وقال ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»[١] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه. قال في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري وقدمنا بعضه وفيه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في قذف، أو مجرّباً في شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة»[٢] رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف. ومن طريق آخر حسنة، وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة، وإذا كان الثابت ظاهراً هي العدالة اكتفى بها، إذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء. نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ولم يوجد، ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل. وأوّل من سأل ابن شبرمة، بخلاف الحدود والقصاص لأنه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالاً للدرء، إذ ربما يعجز عن التزكية فيندرىء الحد وهو مطلوب. وأورد أن الظاهر إنما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق. وأجيب بأن الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية. والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق، والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب. وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السرّ والعلانية، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك من كان مشهوراً بالعدالة لا يسأل عنه، ومن عرف جرحه ردّت شهادته، وإنما يسأل إذا شك. وإنما قلنا لا بد من السؤال مطلقاً لأن القضاء ينبني على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك، ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك. وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة، ولكن يقول: طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصاً مع ما روينا عن النبي ﷺ[٣] والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى

هذا) الاختلاف **(اختلاف عصر وزمان)** لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولاً. وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما. ولهذا قال: **(والفتوى على قولهما في هذا الزمان)** قال: **(ثم التزكية في السرّ الخ)** اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السرّ وتزكية في العلانية. فالأولى: **(أن يبعث القاضي المستورة)** وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرّاً بيد أمينه إلى المزكي سميت بها لأنها تستر عن نظر العوام **(إلى المعدل)** مكتوباً **(فيها النسب والحلي)** بضم الحاء وكسرها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره **(والمصلى)** أي مسجد المحلة

قال المصنف: **(لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية)** أقول: لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٨١ من طريق حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وفي إسناده حجاج بن أرطاة اختلط بآخرة، وهو مدلس، وقد عنعنه. فالحديث واهٍ، ولم يتابعه على رفعه أحد والله أعلم.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٦-٢٠٧ من حديث أبي المُلَيْح الهذلي قال: كتب عمر.. فذكره مطولاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢: فيه عبد الله بن أبي حميد ضعيف. وأخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٧ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ من طريق سعيد بن أبي بردة، وفيه: هذا كتاب عمر...).
وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من طريق يزيد بن رومان قال: كتب عمر.. فذكره باختصار. وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من وجه آخر عن يزيد بن أبهم قال: كتب عمر. فهذا الأثر بمجموع طرقه وإن كان في بعضها مقال إلا أنها تتقوى، فيصير حسناً.

(٣) مراده الحديث المتقدم، وأثر عمر.

قال: (**ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردّها المعدّل**) كل ذلك في السرّ كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (**وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد**) لتنتفي شبهة تعديل غيره، وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول، ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا تحرّزاً عن الفتنة.

على قولهما لاختلاف حال الزمان، ولذلك قالوا: هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان، وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما. وما قيل بأنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه ﷺ حيث قال: «خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم»[1] وهما أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر. فإن أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث. وقوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق، والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الإسلام. وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض.

[فرع] لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر. وقال بعضهم سنة، ولو كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة قوله: (**ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة**) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى: أي مسجد محلتهم، وينبغي أن لا يختار إلا معدّلاً صالحاً زاهداً كي لا يخدع بالمال مأموناً أعظم من يعرفه في هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم، ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلاً لهم لا منزوياً عنهم، فإن هذا الأمر لا يعرف إلا بالمخالطة والمداخلة، فإن لم يجد إلا أهل مجلسه يسألهم عنه، فإن وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الأخبار. وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة: يجوز في تزكية السرّ المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولاً، ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من

حتى يعرفه المعدل، وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلاً يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره، ولا يكون طماعاً ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال، وفقيهاً يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه، فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئاً احترازاً عن الهتك، أو يقول: الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك، ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سراً كي لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع. والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره، فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة؛ وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد

قال المصنف: (**ثم التزكية في السر أن يبعث الخ**) أقول: فيه تسامح، فإنه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكننا لمراد معلوم قوله: (**كي لا يظهر فيخدع**) أقول: بالرشوة قوله: (**أو يقصد الخداع**) أقول: الصواب أو يقصد بالأذى على تقدير الجرح.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٥٨ و ٦٤٢٩ ومسلم ٢٥٣٣ من وجوه والترمذي ٣٨٥٩ والطحاوي في المشكل ٣/١٧٦ وابن حبان ٤٣٢٨ والطيالسي ٢٩٩ وأحمد ١/٣٧٨ ـ ٤١٧ ـ ٤٣٨ ـ ٤٤٢ والبيهقي ١٠/١٢٢ ـ ١٢٣ كلهم مُن حديث ابن مسعود: «سئل رسول الله ﷺ أي الناس خير؟ قال: قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينُهُ شهادتَهُ.

هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، وأما الثانية، فصدره: «خير الناس قرني...» الحديث.

وورد من حديث عمران. أخرجه الترمذي ٢٢٢١ وابن حبان ٧٢٢٩ والطحاوي في المشكل ٣/١٧٦ والحاكم ٣/٤٧١ وابن أبي شيبة ١٢/١٧٦ والطبراني ١٨ (٥٨٥) كلهم من حديث عمران بن حصين.

وأخرجه أحمد ٤/ ٢٦٧ـ ٢٧٦ـ ٢٧٧ وابن حبان ٦٧٢٧ والبزار ٢٧٦٧ وابن أبي عاصم في السنة ١٤٧٧ والطحاوي في المشكل ٣/١٧٧ وأبو نعيم في الحلية ٢/٧٨ و ٤/١٢٥ كلهم من حديث النُّعمان بن بشير.

وقال الهيثمي في المجمع ١٠/١٧: وفيه عاصم بن بهدلة وهو حسن الحديث، وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ وله طرق أخرى، وشواهد، فهذا حديث مشهور، وليس فيه لفظ: القرون. والصواب: خير الناس.

ويروى عن محمد رحمه الله: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لا بد أن يقول المعدّل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدّل، وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح.

قال: **(وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل)** معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته، لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد عنده شرط. ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدّلاً،

تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها إلا لفظة الشهادة فقط، لأن تزكية السرّ من الإخبار بالأمور الدينية، وكل من هؤلاء يقبل خبره في الأمر الديني إذا كان عدلاً كما تقبل روايته للأخبار، فإذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة، وإلا يكتب هو غير عدل. وفي فتاوى قاضيخان: إن عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازاً عن الهتك، أو يقول الله أعلم، إلا إذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك. ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم يردّ المستورة مع أمين القاضي إليه كل ذلك في السرّ كي لا يظهر الأمر فيخدع المزكي أو يقصد بالأذى. وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي إذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين. وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لأنهم كان يغلب عليهم الصبر للحق، ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة. وقد روي عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة، ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يكون عدلاً وهو غير جائز الشهادة. وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة، وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظراً إلى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق. ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعاً على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم: يعني المدعى عليه إذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدعي

الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى **(ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا)** لأن العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى **(يروى عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل، وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار)** قال المصنف: **(وهذا أصح)** لأن في زماننا كل من نشأ في دارا الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته وإنما يسأل عن عدالته. قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، ويقبل إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لأنه اعترف بالحق **(وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته لأن العدد شرط عنده)** هذا إذا كان عدلاً يصلح مزكياً، فإن كان فاسقاً أو مستوراً وسكت عن جواب المدعي ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لأن العدالة شرط في المزكي عند الكل **(ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً)** لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. ولقائل أن

قال المصنف: **(وهذا أصح)** أقول: الأظهر أن يعمل بالقيل الأول في ديارنا قوله: **(على قول من يقول بالسؤال إذا سأل)** أقول: يعني إذا سأل القاضي قال المصنف: **(ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره)** أقول: قال العلامة علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير: وهذا كله إذا جحد الخصم، فأما إذا كان ساكتاً وهو ممن يجوز أن يرجع إليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح، وكان كافياً عند أبي يوسف، وعند محمد يضم إلى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى. ويفهم ذلك من إشارة الهداية أيضاً قال المصنف: **(وموضوع المسألة إذا قال إنهم عدول الخ)** أقول: المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد، فإذا كان المدعى عليه عدلاً يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله، إلا أن يقال: شهادة الشهود تتضمن جرحه.

وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق. **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز والاثنان أفضل)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي، وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية

وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً لأن العدالة شرط في المزكي بالإجماع، وعن أبي يوسف ومحمد، يجوز قوله ذلك تعديد، لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته أي تزكية الخصم لأن العدد عند محمد في المزكي شرط، وموضوع المسألة أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا. أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع. وعن محمد فيما إذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل، فإن قال بحق فهو إقرار، وإن قال بغير حق لا يقضى بشيء.

[فرع] إذا شهد فعدّل ثم شهد لا يستعدل إلا إذا طال، فوقت محمد شهراً وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر قوله: **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز والاثنان أفضل، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان، والمراد)** من رسول القاضي **(المزكي)** وهو المسؤول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول. والحاصل أنه يكفي في التزكية الواحد، وكذا الرسالة إليه والرسالة منه إلى القاضي، وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال مالك وأحمد في رواية. وعند محمد لا بد من اثنين، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية لمحمد أن التزكية في معنى الشهادة، لأن ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة، ولذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها. ولهما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم، بل ما كان في معنى الشهادة التي بها

يقول: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً لأن العدالة ليست بشرط في المقرّ بالاتفاق. والجواب أن المصنف قال: **(وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا)** ومثله ليس بإقرار بالحق، وفيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة. والجواب أنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان فأنى يكون إقراراً. قال: **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود)** بلفظ المبنى للمفعول **(واحداً جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان)** ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول هاهنا هو المزكي، ولا شك في ذلك إذا كان الفعل مبنياً للمفعول **(وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي)** ورسول المزكي إلى القاضي **(والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية)** فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية، وإذا كانت في معناها **(يشترط فيها شرائطها من العدد والعدالة بالتزكية)** فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية، وإذا كانت في معناها **(يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود)** والأربعة في تزكية شهود الزنا **(ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء)** فلا يشترط فيه ما اشترط فيها، سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس، لأن القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لأن انقطاعه إنما يكون بالتواتر ورجحان الصدق إنما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الإخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها إلى التزكية. فإن قيل: فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها. فالجواب أنه إنما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق والتعدية جميعاً قال: **(ولا يشترط أهلية الشهادة الخ)** تزكية السرّ لا يشترط في المزكي فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكياً لمولاه وغيره والوالد

فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه، وتشترط الذكورة في المزكي والحدود والقصاص. ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء، واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها، **(ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر)** حتى صلح العبد مزكياً، **فأما في تزكية العلانية فهو** شرط، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء. قالوا: يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله.

ثبوت الحق يكون مثلها وما لا فلا يلزم. والتزكية لا يستند إليها ثبوت الحق بل إلى الشهادة، فكانت التزكية شرطاً لا علة، ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالإجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية، على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره. واشتراط العدد في الشهادة أمر تحكمي في الشهادة يعني تعبدي. وفي المبسوط: هو بخلاف القياس. وهذا زيادة على كونه تعبدياً إذ في القياس يكفي الواحد العدل لأن خبره موجب للعمل لا علم اليقين، وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها: أي لا يتعدى الشهادة إلى التزكية، وهذا الخلاف في تزكية السر، فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالإجماع على ما ذكره الخصاف، مع أن الوجه المذكور يجري فيه، وقدمنا أنه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقاً، ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد. قال المشايخ: فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا، والله أعلم.

لولده وعكسه **(فأما تزكية العلانية فهي شرط، وكذلك العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف)** وفيه بحث لأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السرّ لأن المزكي في السرّ هو المزكي في العلانية. والجواب أن الخصاف شرط أن يكون المزكي في السرّ غير المزكي في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر، وإليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف. قال في الخلاصة: شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكى في السرّ، أما عندنا فالذي يزكيهم في السرّ يزكيهم في العلانية.

قال المصنف: **(وكذا العدد بالإجماع)** أقول: إذا كان المستند هو الإجماع لا يرد شيء مما يختلج بالأوهام.

فصـل

وما يتحمله الشاهد على ضربين: أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وإن لم يشهد عليه **(لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو**

فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوّغه

قوله: **(وما يتحمله الشاهد على قسمين: أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه)** أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولاً كان مثل البيع والطلاق والإقرار وحكم الحاكم. أو فعلاً كالغصب والقتل، فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضياً يشهد جماعة مّا على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى، فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الأخذ والإعطاء. وقيل يشهدون على البيع كالقولي، ولا يقول أشهدني لأنه كذب، وإنما جاز الأداء بلا إشهاد لأنه علم الموجب بنفسه، وهو أي علم الموجب الركن المسوّغ لأداء الشهادة لأنه لا حقيقة لمسوّغ الأداء سواه. وقوله في إطلاق يعني مطلق الأداء. واستدل على تسويغ الشرع للأداء في ذلك بقوله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦] فأفاد أن من شهد عالماً بحق كان ممدوحاً فلزم أن ذلك مطلق شرعاً وإلا لم يكن ممدوحاً. وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد» فأمر بالشهادة عند العلم يقيناً، فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد عليّ بما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك عليّ كذا وغير ذلك حلّ له، بل يجب أن يشهد عليه بذلك. وفي الخلاصة: اشترى عبداً وادعى على البائع عيباً به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر، فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال. والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد أو دع»[1] صححه الحاكم. وتعقبه الذهبي بأن محمد بن سليمان بن مشمول

فصـــل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد. وهو على نوعين: أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج إلى الإشهاد مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه. وكل من علم ذلك جاز له الأداء بوجود ما هو الركن في جواز الأداء، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء مخالف للنصين جميعاً فإنهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته، إذ الأحوال شروط وإذا موضوعة للشرط. وأجيب بأنه مجاز عن الشرط، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه. قال: **(ويقول أشهد أنه باع الخ)** إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع **(ولا يقول أشهدني لأنه كذب ولو سمع الإقرار من وراء حجاب)** يحجب عن رؤية شخص المقرّ **(لا يجوز أن يشهدْ ولو فسر للقاضي)** بأن قال أشهد بالسماع من وراء

فصل فيما يتحمله الشاهد

قوله: **(في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد)** أقول: أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى قال المصنف: **(أحدهما ما ثبت بنفسه)** أقول: أي يثبت حكمه كما في القسم المقابل، ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام. قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه: أي ما لا يحتاج إلى الإشهاد، بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد، بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى. قال الفاضل الشهير بحضرشاه: كذا في النهاية وليس كما ينبغي، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له. وحكمه

---

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث، وإسناده ضعيف.

الركن في إطلاق الأداء، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال النبيّ ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» قال: (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لأنه كذب، ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت وعلم

ضعفه غير واحد انتهى. والمعلوم أن النسائي ضعفه، ووافقه ابن عدي، وفي العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه. ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد، ولو شهد وفسره للقاضي بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة إلا إذا أحاط بعلم ذلك لأن المسوّغ هو العلم غير أن رؤيته متكلماً بالعقد طريق العلم به فإذا فرض تحقق طريق آخر جاز، وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الإقرار أو البيع فإنه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لأنه حصل به العلم في هذه الصورة. ونحوه ما في الأقضية: ادّعى على ورثة مالاً فقالا نشهد أن فلاناً المتوفى قبض من المدعي صرّة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها إن فهما قدرها وأنها دراهم وأن كلها جياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فإذا شهدا به جاز. وفي الفتاوى: إذا أقرّت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها فحينئذ يجوز. أجمل في هذه المسألة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا

الحجاب **(لا يقبله، لأن النغمة)** وهو الكلام الخفي **(تشبه النغمة)** والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للأداء. وقوله: **(إلا إذا)** كان استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ، وكذا إذا رأى شخص المقرّ حال الإقرار لرقة الحجاب، وليست رؤية الوجه شرطاً ذكره في الذخيرة لأنه حصل العلم في هذه الصورة. قال: **(ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ)** النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه **(مثل الشهادة على الشهادة فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته لأن الشهادة)** أي شهادة الأصول **(موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء)** ولا يكون النقل إلا بالإنابة والتحميل. والأول إشارة إلى مذهب محمد رحمه الله فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل، والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فإنهما لم

يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه: أعني الملك بنفسه، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه، وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه. وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا تثبت الحكم بنفسها بل إذا نقله إلى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري إن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلاً عن هؤلاء الأعلام انتهى. وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع ثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره، أما الشهادة فمما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي، هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به، ولأن تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى قال المصنف: **(مثل البيع)** أقول: الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول: أي مثل ما يتحمل فيها قوله: **(كالبيع الخ)** أقول: إذا كان بالعقد قوله: **(كالغصب)** أقول: وكالبيع إذا كان بالتعاطي قوله: **(بما يوجبه)** أقول: متعلق بعلم قال المصنف: **(قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾)** أقول: وأنت خبير بأن العلم هنا، وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل قوله: **(قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء)** أقول: بل هو ركن في إطلاق الأداء: أي في تجويز الأداء قوله: **(وإذا موضوعة للشرط)** أقول: إن أراد أنها موضوعة للشرط المصطلح عليه في عرف الفقهاء فمسلم، والسند ظاهر، وإن أراد أنها موضوعة للشرط النحوي فمسلم ولا يفيد لأنه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾ فإن القيام إليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به في الأصول قوله: **(وشهد عنده اثنان)** أقول: الظاهر أن يقال أو شهد، فإن في الصورة الأول تمس الحاجة إلى الشهادة إذا علم أن الكائن في داخل البيت من هو قال المصنف: **(فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد الخ)** أقول: علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لأنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من الإنابة والتحميل منه انتهى. ولأمر ما ترك دليل صاحب الهداية إلى هذا فليتأمل في أنه هل يمكن إرجاع ما في الهداية إلى ما ذكره صاحب الكافي بأن يجعل دليلاً على صحة تفريع قوله فلا بد من الإنابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح.

أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد لأنه حصل العلم في هذه الصورة **(ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهد عليها)** لأن الشهادة غير موجبة بنفسها، وإنما تصير موجبة

الشهادة على امرأة لا يعرفها سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال: لا يجوز حتى يشهد جماعة أنها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة. وهل يشترط رؤية وجهها؟ اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يشترط وإليه مال الإمام خواهر زاده. وفي النوازل قال: يشترط رؤية شخصها. وفي الجامع الأصغر: يشترط رؤية وجهها، وأنت تعلم أنه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الأداء عليها، فإذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز لزم أن لا حاجة إلى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الإسلام جواهر زاده، إلا إذا لم يوجد من يعرفها، وإذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور أنه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة، ويوافقه ما في المنتقى: تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فماتت فشهدا عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها، نقله في الخلاصة. وفي المحيط: شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت حاضرة، فقال القاضي أتعرفانها، فإن قالا لا لا تقبل شهادتهما، ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان، بخلاف الأول لأنهما هناك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة، فهذا ونحوه يفيد ما قلناه. ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل، ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره، وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة.

[فروع] كتب إلى آخر رسالة: من فلان إلى فلان. كتبت تتقاضى الألف التي لك عليّ وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي عليّ خمسمائة، أو كتب إلى زوجته: قد بلغني كتابك تسأليني الطلاق فأنت طالق طلقت ساعة كتب، وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق. بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا عليّ بما فيه ولم يقرأه عليهم، قال علماؤنا: لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه، وقيل لهم ذلك.

يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل. قال الإمام فخر الإسلام: أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإن الحكم يضاف إلى الفروع، لكن تحملهم إنما يصح بعيان ما هو حجة، والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل إلى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل، وفيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لا بد منه، ولكن توقفه على التحميل يحتاج إلى بيان. فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل، لأنا لا نعني بها إلا ذلك، ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان، وعلى هذا إذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره. قال: **(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه الخ)** الشاهد إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط، والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل: **(هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله)** بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ، ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع إلى وقت الأداء **(وعندهما يحل له ذلك)** رخصة **(وقيل هذا)** أي عدم حل الشهادة **(بالاتفاق)** وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي

قال المصنف: **(وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء)** أقول: قال الزيلعي وصاحب النهاية: ولهذا تعتبر عدالة الأصول انتهى. وقال ابن الهمام: وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة انتهى. وفيه تأمل سيجيء في العناية في باب الشهادة على الشهادة نقلاً عن الفوائد الظهيرية، وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه انتهى. وفي لطائف الإشارات: ولا يشهد على شهادة غيره بلا إشهاد لأنه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجل الحكم قوله: **(لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق**

بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد **(وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد)** لأنه ما حمله وإنما حمل غيره، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن

والصحيح الأول وإنما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه إذا قرأه عليهم أو رأوه يكتب وهم يقرؤونه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا عليّ بما فيه، ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل إلا في الأخرس، ومثله ما إذا دفع إليهم وصية مختومة. وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا عليّ بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه. وعن أبي يوسف: إذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد، لأنه إذا كان في يده كان معصوماً من التبديل. واعلم أنه إنما يجوز لهم أن يشهدوا في المسألة السابقة إذا كان الكتاب على الرسم المعروف بأن كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة إلى الغائب. وإذا شهد على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الإقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه للتجربة، بخلاف الكتابة المرسومة، وبخلاف خط السمسار والصراف لأنه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإقرار قوله: **(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا إذا تذكر شهادته)** التي صدرت منه فإن لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد، لأن هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم، هكذا ذكره القدوري، ولم يذكر خلافاً هو ولا في شرحه للأقطع، وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافاً. ولما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الأئمة قال المصنف: قيل هذا على قول أبي حنيفة، وعندهما يحل له أن يشهد. وقيل هذا بالاتفاق: يعني عدم جواز الشهادة إذا رأى ولم يتذكر، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه: يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده، وبه قال الشافعي. ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به، وبه قال مالك وأحمد في رواية. وكذا إذا رأى قضيته: أي رأى

شهادة شهود شهدوا عنده واشتبه في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم **(أو قضيته)** أي وجد حكمه مكتوباً في خريطته كذلك فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوّزاه لأن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فإذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل إليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر **(ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا)** الاختلاف إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت، فإنه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق، وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: **(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه الخ)** قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان **(والقياس**

التحميل) أقول: ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد إشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد قوله: **(لكن تحملهم إنما يصح بعيان ما هو حجة)** أقول: إذ لا فائدة في تحمل ما لا يصير حجة، ثم المراد من قوله ما هو حجة كونه حجة في المال قوله: **(والشهادة إلى قوله بما هو حجة)** أقول: إذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة، فلعل القاضي لا يقبلها لأمر لا يحيط به علم الشاهد قوله: **(ولكن توقفه على التحميل محتاج إلى بيان)** أقول: ويمكن أن يبين بأنه لم يكن بل تبين تقبل شهادة الأصول، وظاهر أن نقلها تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإزالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الإشهاد فلا بد من التحميل صفة الأصل، إلا أن يقال: إنهما كالتعليم والتعلم والإيجاب والوجوب، وفيه نظر. نعم الإشهاد على الشهادة تحميل كسائر الإشهادات، لكن الكلام في احتياج الشهادة إلى الإشهاد قوله: **(لأنا لا نعني بها إلا ذلك)** أقول: يعني على مذهبهما، ثم نقول: فيه بحث، فإن احتياج الشهادة على الشهادة إلى التحميل محتاج إلى البيان، بل يجوز أن يقال هو أول المسألة.

الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم. قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يحل له أن يشهد. وقيل هذا بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت.

حكمه مكتوباً في خريطته وهي القمطرة[1] ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف، فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحداً بينه وبينهما، وشمس الأئمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم، وأما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوباً بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك، وقد صارت الفصول ثلاثة: وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه، ووجدان الشاهد خطه، والراوي في الحديث. قال محمد: أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيراً وقال: يعتمد الخط إذا كان معروفاً، وأبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لأن المكتوب كان في يده أو يد أمينه. وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة لأنه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه. وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم أن وضع الخط ليرجع إليه عند النسيان وإلا فلا فائدة، وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك، بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان إلا أني أرى أنه إذا كان محفوظاً مأموناً عليه من التغيير كأن يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها، بخلاف ما إذا كان عند غيره لأن الخط يشبه الخط، ورأينا كثيراً تتحاكى خطوطهم حتى أني رأيت ببلدة الإسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيهاً مالكياً شاعراً أديباً فصيحاً، وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الإنسان بين خطيهما أصلاً. ودمامين بالنون بلدة بالصعيد. ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلاً كان معيداً في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدواناً فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه. وهذا قول أبي يوسف، ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد إذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة. وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب إليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد؟ قال: إذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد.

وقال في المجرد: قال أبو حنيفة: لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيئاً من ذلك، فإن أنفذه قاض غيره ثم اختصموا إليه فيه أنفذه، لأن هذا مما يختلف فيه القضاة، وهذا يفيد أنه لو ذكر القاضي أني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل، فإنه لم يحك خلافاً. ولو نسي قضاءه ولا سجلّ عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا، فإن تذكر أمضاه، وإن لم

أن لا يجوز **لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة)** بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب **(وذلك بالعلم)** أي المشاهدة وكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة، ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم **(ولم يحصل فصار كالبيع)** فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة **(ووجه الاستحسان أن هذه)** الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها **(أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس)** لا يطلع عليها إلا هم **(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون)** كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء

قال المصنف: **(وإنما الخلاف، إلى قوله: يؤمن عليه الخ)** أقول: قوله أو قضيته أي حكمه: يعني فيما جوزه لأن ما يكون الخ، ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر آنفاً وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا.

---

(١) القِمَطْرُ والقِمَطْرَةُ: ما يصان فيه الكتب، وفي ملحقات جامع الغوري: خريطة كتب ديوان القاضي، وجرائده، وهو المعنيّ عند الفقهاء اهـ مغرب.

قال: (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان. والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من

يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك، وقيل وأبو يوسف كذلك، وعند محمد يعتمد ويقضي به، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى. وعلى هذا لو سمع من غيره حديثاً ثم نسي الأصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة، وأبي يوسف لا يعمل به، وعند محمد يعمل به. ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه، ومحمد كان لا يدع روايتها عنه، كذا قالوا والله أعلم أن في تخريج المسائل الست إشكالاً، لأن المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما إذا صلى أربعاً وترك القراءة في إحدى الأولبين وإحدى الأخريين أنه يلزمه قضاء أربع، فقال أبو يوسف: ما رويت لك إلا ركعتين، وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع، بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول، ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك، بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يجزم بالإنكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله. نعم إذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجاً على أصول أبي حنيفة يمكن قوله: قوله: (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق، أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار، بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت إلا واحد، لأن الإنسان يهابه ويكرهه، فإذا رآه واحد عدل، ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبره غيره، ثم يشهدان بموته، ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه، وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لأحد أن يشهد بموته إلا إن شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك، ذكره في الفتاوى، والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله: لا يشهد حتى يسمع من جماعة. وقال الخصاف في الكل: حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل. وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة. وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل الشهادة. وأبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي. وفي النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله إلى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق. ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول. وقول للشافعي ورواية عن مالك، والمصنف لم يحك خلافاً بل جعل قياساً واستحساناً. فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحداً بعد اشتراكهما في

القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الإحصان والنسب في الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى ذلك) وهو باطل، بخلاف البيع فإنه مما يسعه كل واحد. فإن قيل: هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم مشروط في الكتاب ولا

قال المصنف: (ولا يجوز للشاهد، إلى قوله: وولاية القاضي) أقول: سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الأموال بالتسامع.

قوله: (قد تقدم الخ) أقول: في الدرس السابق قوله: (وقد تقدم معناه) أقول: حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه ومن المواجهة، وقال هناك من الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى، ويجوز أن يكون الثلاثي مشتقاً من المنشعبة بهذا الاشتقاق قوله: (وكأنه من باب القلب) أقول: يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ قوله: (ويجوز أن يكون، إلى قوله: ولم يحصل) أقول: السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل، إلا أن يقال: الألف واللام عوض عن المضاف

المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع. وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدّى إلى الحجر وتعطيل

الحروف الأصول، والمشاهدة منتفية: يعني القطع فلا تجوز كما في البيع وغيره، كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره. وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة، وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوّج فلانة، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات فإن الوطء لا يشاهد، وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص، وإنما يحضرون جلوسه وتصديه للأحكام، وإذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالباً لا يحصل إلا لبعض أفراد وأن الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوّغاً للشهادة وإلا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مرّ الأعصار كالنسب والنكاح والإرث والموت، ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والإحصان وكمال المهر في الدخول، والحاسم لمادة الشغب الإجماع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبي بكر رضي الله عنهما وأنها زوجة النبي ﷺ وأنه دخل بها، وأن علياً رضي الله عنه ابن أبي طالب وعمر رضي الله عنه ابن الخطاب، وأن شريحاً كان قاضياً، وأن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضي الله عنهم ماتوا[1] وإن لم نعاين شيئاً من ذلك. وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول: لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع، فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة. ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لأنه أمر يشتهر، بخلاف الزنا فإنه فاحشة تستر قوله: **(وينبغي أن يطلق أداء الشهادة)** فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض، أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته، كما أنه إذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل، ولو فسر فقال لأني رأيتها في يده في وقت من الأوقات لا تقبل. وفي الفوائد الظهيرية: شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصوّر اجتماعهم على الكذب لا تقبل. وقيل تقبل. وقال صاحب العمدة: لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الأصح واختاره الخصاف. وفي فصول الأستروشني: لو شهد على النكاح فسألهما القاضي هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع، وقيل لا تقبل كأنهما قالا لم نعاين. ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا، ولو شهد أنهما دفناه أو قالا شهدنا جنازته تقبل. ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لأنها تثبت العارض، ذكره رشيد الدين في فتاواه. وفي

علم فيما نحن فيه. أجاب بقوله: **(وإنما يجوز للشاهد)** يعني لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فإنه إنما يجوز للشاهد **(أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب)** ويبين أن العدد فيمن يثق به شرط وهو **(أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم)** وهذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر **(وقيل يكتفي في الموت بإخبار واحد أو واحدة)** فرقوا جميعاً بين الموت والأشياء الثلاثة: أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء، ون الغالب فيها أن تكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين، والولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك

إليه: أي من أسباب علم المشاهدة فليتأمل قال المصنف: **(وجه الاستحسان، إلى قوله: خواص من الناس)** أقول: الظاهر أن اعتبار الأسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء إلا أن يحمل على التغليب وفيه شيء قال المصنف: **(ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون)** أقول: على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية، إلا أنه لم يثبت، ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى.

---

(١) هذا كله مجمع عليه من قبل المسلمين كافة بدون شك، أو ريب.

الأحكام، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب. ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم. وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة. أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم

الخلاصة: لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته، إن كان المخبر بالموت عدلاً ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوّج بعد انقضاء عدتها. ثم قال: هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدي الحياة أولى وكذا بقتله انتهى. وأطلق في وصايا عصام الدين فقال: شهدا أن زوجها مات أو قالت وآخران على الحياة فالموت أولى. وفي فتاوى الفضلي: شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوّج؟ روايتان: في السير لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز.

ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي: قال رجل لامرأة: سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلاً، فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حيّ إن صدقت الأول يصح النكاح. وفي المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط، وقد يخال أن هذا خلاف ما تقدم. وقد يفرق بأن ذلك في حل إقدامها وعدمه، وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهراً، والشيء بالشيء يذكر إذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بأن زوجها طلقها أو مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج. وذكر رشيد الدين أيضاً فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفاً بأن كان عالماً أو من العمال، أما إذا كان تاجراً أو من هو مثله لا تجوز

تقليد الإمام للقضاء. وأما الموت **(فإنه قلما يشاهده غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج)** بخلاف النسب والنكاح وقوله: **(وينبغي أن يطلق أداء الشهادة)** بيان لكيفية الأداء، وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا أبي قحافة والخطاب ولم يشاهد شيئاً من ذلك **(فأما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر)** بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده **(لا تقبل كذلك هذا، ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضياً)** وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه وإذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته، فإن سأله القاضي هل كنت حاضراً؟ فقال: لا، تقبل شهادته، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي ﷺ، فعلى الرؤية أولى. وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي أنه شهد به بالتسامع، ولو قال أشهد لأني سمعت لا تقبل فكذا هذا **(ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله)** لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه. ولو قالا نشهد أن فلاناً مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح. وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لأنه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل. وقوله: **(ثم قصر الاستثناء في الكتاب)** بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أو لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن أبي يوسف رحمه الله آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب، قال ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء، ألا ترى أنا نشهد أن قنبراً مولى عليّ وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وإن لم ندرك ذلك **(وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار)** والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام

قال المصنف: **(أو بإخبار من يثق به)** أقول: لعله عطف على قوله بالاشتهار، فإن ثبوت الشهرة بإخبار عدلين لا يخلو عن بعد. ثم بقي هاهنا بحث، لأن إخبار من يثق لا يفيد حكم العلم، وإلا لصح الشهادة بذلك في البيع وأمثاله، واشتراط التواتر يعدم أو يهدم مبني الاستحسان. ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر في حق المشهود به، ففي حق هذه الأشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله قوله: **(يشترط أن يكون الإخبار)** أقول: أي إخبار عدلين.

تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة، ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا. ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حلّ له أن يشهد على كونه قاضياً وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عيناً في يد غيره. ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة، حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف رحمه الله آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

إلا بالمعاينة قوله: **(ثم قصر الاستثناء في الكتاب)** أي استثناء القدوري حيث قال: إلا في النسب إلى آخر الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما. وعن أبي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع إليه، وكان أولاً يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز إلا أن يسمعا العتق، ثم رجع إلى أنه تجوز لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(١) وفي النسب تجوز بالتسامع، فكذا في الولاء، ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا

تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البينة. قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحل فيه بالتسامع مطلقاً، ويدل عليه عبارة الكتاب. وقال بعضهم: تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه، لأن أصله هو الذي يشتهر، ولا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل، كذا في

قال المصنف: **(أما إذا فسر للقاضي إلى قوله لم تقبل شهادته)** أقول: لأن إسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره قوله: **(فعلى الرؤية أولى)** أقول: فتحمل شهادته على أحدهما قوله: **(لأنه، إلى قوله: إنه شهد به بالتسامع)** أقول: فيه بحث لأنه يجوز أن يشهد بالرؤية **(قول ولولا قالا الخ)** أقول: المسألة في النهاية نقلاً عن صاحب العمدة.

قوله: **(أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين الخ)** أقول: يعني إزالته بالإعتاق قوله: **(مقام البينة)** أقول: الظاهر أن يقال مقام المعاينة قوله: **(ويدل عليه عبارة الكتاب)** أقول: يعني قصر الاستثناء قوله: **(وقال بعضهم: تقبل في أصله)** أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة، والمراد بأصل الوقف أن هذه الضيعة وقف على كذا، فبيان المصرف داخل في أصل الوقف.

قال المصنف: **(ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة)** أقول: ولعله إنما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيئاً وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة إذ لا معاينة فيها قال المصنف: **(لأن اليد، إلى قوله: في الأسباب كلها)** أقول: قال في الكافي: لأن أقصى ما في الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما، لكن البيع إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكاً للبائع وكذا الهبة وإنما يعرف كون المبيع ملكاً للبائع والموهوب ملكاً للواهب بيده بلا منازعة انتهى. فإن قيل: بل يعرف كونها ملكاً بتصرف ذي اليد بيعاً وهبة لا بمجرد اليد. قلنا: لا تصرف في صورة الإرث وهو يكفينا في نفي قول الشافعي قال المصنف: **(فيكتفي بها)** أقول: قال العلامة النسفي

---

(١) حسن بطرقه. أخرجه الشافعي ٢/ ٧٢- ٧٣ ومن طريقه الحاكم ٤/٣٤١ والبيهقي ١٠/٢٩٢ عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً

وأخرجه ابن حبان ٤٩٥٠ فجعل بين أبي يوسف، وابن دينار عبيد الله بن عمر. وفيه بشر بن الوليد وثقه ابن حبان والدارقطني، ومسلمة بن قاسم، وأثنى عليه أحمد. وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ١٢٣ عن الحسن مرسلاً وإسناده صحيح.

وأخرجه عبد الرزاق ١٦١٤٩ وسعيد بن منصور ٢٨٤ وابن أبي شيبة ٦/ ١٢٢ من طرق عن داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

قال ابن حجر في الفتح ١٢/ ٤٤: والمحفوظ ما أخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن ابن أبي هند عن ابن المسيب موقوفاً عليه. وقد تناقض ابن حجر فقد جاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٣ ما ملخصه: قال البيهقي في المعرفة: كأن الشافعي حدث به من حفظه، فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده. وقد رواه محمد بن الحسن فذكر فيه عبيد الله بن عمر وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ لأن الثقات رووه عن ابن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو عن الحسن مرسلاً رواه الدارقطني.

وروىٰ الحاكم من طريق محمد بن مسلم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر مثل لفظ أبي يوسف والطائفي فيه مقال، وتابعه يحيى بن سليم على إسماعيل بن أمية. قال البيهقي: وابن سليم هذا ضعيف سيء الحفظ.

ورواه أبو جعفر الطبري في تهذيبه، وأبو نعيم في معرفة الصحابة، والطبراني في الكبير من حديث عبد الله بن أبي أوفى، وظاهر إسناده الصحة، وهو يعكر على البيهقي حيث قال عقب حديث أبي يوسف: يروىٰ بأسانيد ضعيفة اهـ فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق، والروايات مع مرسل الحسن يرقىٰ إلى درجة الحسن، والله تعالى أعلم.

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مرّ الأعصار، إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه. وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون

مولى عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعاً مولى ابن عمر وبلالاً مولى أبي بكر الصديق. ولهما أنه ينبني على العتق، والعتق لقوله قولاً يسمع، وكثيراً ما يقصد الإشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه، وليس تجويزنا بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى إذ لا يرى العلوق، وكذا تقليد القاضي القضاء إلا الخواص والموت والباقي فيؤدي إلى ما ذكرنا، ولا كذلك العتق. وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق، وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق أنه لا تقبل بالتسامع، وعليه نص شمس الأئمة. وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضاً عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافاً لهما، وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي. وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطاً لم يذكره محمد في المبسوط فقال: إنما تقبل إذا كان العتق مشهوراً وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام. قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الأقطع في شرحه: قال محمد تجوز، وقوله لأن أصله هو الذي يشتهر ليس بذاك، والوجه في التوجيه أنه وإن كان قولاً مما يقصد الإشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الأعصار تبيد الشهود والأوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة إن لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة إلى ذلك. وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ. قال في الفصول: اختلف المشايخ. قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل. ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا. وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات: إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل. ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديماً لا بد من ذكر الواقف، وإذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا. ثم قال: وما ذكر هنا. وفي الأصل صورته: أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة، ولم يذكروا أنه يبدأ بغلتها فيصرف إلى كذا ثم ما فضل يصرف إلى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع، وهكذا قال

الذخيرة قال: (ومن كان في يده شيء الخ) رجل رأى عيناً في يد آخر ثم رآها في يد غيره والأول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها، فإن الإنسان وإن عاين

في الكافي: وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر في التسامع، لأن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى. وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل. والقول الفصل والكلام الجزل في شرح الكنز للزيلعي. وعبارة الكنز: وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى. وعبارة الزيلعي: أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع، أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته، لأن التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة. أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يجوز أن يحكم بها؛ ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده، ولا برؤية نفسه في يد إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره، وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة، وفيما لا تجب لا يجب، فكذا ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به، إلا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم، فإن فيه نفعاً في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الأوهام. قال في النهاية: ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضاً القضاء به، حتى أن القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى. ولا تتوهمن المخالفة بين ما ذكره الزيلعي وما في النهاية: فإن ما في شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى قوله: (لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول: كيف يلزم الانسداد إذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف قوله:

شرائطه، لأن أصله هو الذي يشتهر.

قال: **(ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له)** لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق. وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك. قلنا: والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة وأصالة. ثم المسألة على وجوه: إن عاين المالك حل له أن يشهد، وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته، وإن لم يعاينها أو

المرغيناني قال: لا بد من بيان الجهة أنه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته. قال: وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف أنه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا وكذا، ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل. ذكره في الذخيرة. وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضاً. وأنت إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع قوله: **(ومن كان في يده شيء الخ)** صورتها: رأى عيناً سوى ما استثناه في يد إنسان ثم رآها في يد غيره والأول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعي لأن الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه، ولا دليل سواه لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورّث، وشيء من هذه الأسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الأول. وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول إلى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف: قالوا يعني المشايخ: يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية. قال الصدر الشهيد: ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ. وقال أبو بكر الرازي: هذا قولهم جميعاً. ووجهه أن الأصل في حل الشهادة اليقين لما عرف، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب لأن كون اليد مسوّغاً بسبب إفادتها ظن الملك، فإذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد، ولهذا قالوا: إذا رأى إنسان درّة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي. وقال الشافعي: دليل الملك

البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملكا لمشتري إلا بملك البائع وملك البائع لا يعلم إلا باليد، وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع، فإنها إذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أن له أن الأصل في الشهادة العلم بالنص وعند إعواز ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب

(لأن العيان ليس سبباً للوجوب) أقول: قال في النهاية لكنه ليس سبباً للجواز انتهى، فيه بحث قال المصنف: **(لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك)** أقول: لعل المراد من الإنابة النيابة، وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث، وفي الكافي: لأن اليد تتنوع إلى ملك وأمانة وضمان قال المصنف: **(قلنا والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة وأصالة)** أقول: فيه أن شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الأول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا قوله: **(وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال)** أقول: فيه تأمل، فإن ضم الخبر المحتمل لكذب إلى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الأخبار المتواترة قوله: **(بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه)** أقول: ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققها بدونها قوله: **(وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة. والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق قوله: **(والتسامع إنما هو بالنسبة الخ)** أقول: لأن الشاهد إذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب إلى فلان بن فلان. فإن الذي يستفيده أو لا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب إليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك إليه إنما هو في المرتبة الثانية، إذ لا تعرف النسبة إلا بعد معرفة المتنسبين.

عاين المالك دون الملك لا يحل له. وأما العبد والأمة، فإن كان يعرف أنهم رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما، وإن كانا

اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف، وهو قول مالك، لأن اليد تتنوّع إلى ملك ونيابة وضمان. قلنا: وكذا التصرف أيضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف، ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال إنه شهد بناء على اليد لا تقبل، وهذا لأن معاينة اليد مطلق للشهادة مجوّز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة، ولهذا قلنا: إذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك بيعت دار إلى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وإن ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها إذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه لأن العيان ليس سبباً للوجوب بل للجواز قوله: **(ثم إن عاين الملك الخ)** حاصله أن المسألة على أربعة أوجه: الأول أن يعاين الملك والمالك، وهو إن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الأول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك. الثاني أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكاً بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل

معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم؛ ألا ترى أن صاحب الملك إن كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك. وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال وهي باطلة. وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان، والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً وهو مقبول فيه كما تقدم، وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن. وإن كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به قوله: **(وأما العبد والأمة)** مردود إلى قوله سوى العبد والأمة. وتقريره أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقهما أو لا، فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان الثاني فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين، فإن كان الأول فكذلك لأنه لا يد لهما

قالوا: **(ويحتمل أن يكون هذا)** أي ما ذكر من شهادة القلب **(تفسير إطلاق محمد في الرواية)** وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له: يعني إذا وقع ذلك في القلب. قيل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبلها القاضي إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك. وأجيب بأنا جعلنا العيان مجوّزاً للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رحمه الله: **(دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا)** وهو الخصاف **(لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك)** فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها. والجواب أن التصرف كذلك، وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم **(ثم)** هذه **(المسألة على وجوه)** أربعة بالقسمة العقلية: لأنه إما أن يعاين الملك والمالك، أو لم يعاينهما، أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك. فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم. وإن كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة. وإن كان الثالث وهو إن عاين الملك بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له. وفي الاستحسان يحل لأن الملك

قال المصنف: **(وإن كانا كبيرين فذلك)** أقول: في الكافي أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى. والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغاً أم لا كما يشير إليه صاحب العناية.

كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يداً على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب، والفرق ما بيناه، والله أعلم.

له أن يشهد استحساناً. والقياس أن لا تجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة، فكذا في المشهود له. وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع أيضاً. وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع. وأجيب بأن الشهادة بالملك هنا ليست قصداً بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز، وهنا كذلك لأنه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن، ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيعة، والله أعلم. وعلى هذا قال الناضحي: فإن كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال، فإن كان الملك مشهوراً أنه لها جاز أن يشهد عليه لأن شهرة الاسم كالمعاينة. الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لأنه مجازف في هذه الشهادة. الرابع أن يعاين المالك بأن عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود قوله: (**وأما العبد والأمة**) يعني إذا عاينهما في يد إنسان يخدمانه إذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لأنهما بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهد في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده، وإن لم يعرف رقهما، فإن كانا صغيرين: أي لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكهما له لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما، وإن كانا كبيرين: أي يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والأمة لأن لهما يداً على أنفسهما فتدفع الغير عنهما، حتى أن الصبيّ الذي يعقل لو أقرّ بالرق على نفسه لغيره جاز إقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه، وإذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك إذ الحرّ قد يخدم الحرّ خدمة العبيد، وهذا الاحتمال يهدر إذا كانا لا يعبران عن أنفسهما، فأما إذا كان لذلك أهلاً فلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق، فإن لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما به، وإنا لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما. هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد في الكبيرين أيضاً، وكذا عن أبي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلاً على الملك بدليل أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده عليه. وقوله: (**والفرق ما بينا**) يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما.

على أنفسهما، وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان أو بالغاً فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والأمة، فإن اليد في ذلك لا تدل على الملك لأنهما في أيدي أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكماً، حتى أن الصبيّ الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه. واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما. وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب، وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فجعلوا اليد دليلاً على الملك في الكل؛ ألا ترى أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدوابّ. والفرق ما بينا وهو قوله لأن لهما يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما، بخلاف الثياب، والله تعالى أعلم.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال: (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لأن المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته. والأصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله ﷺ: «لا شهادة لمتهم»[1] والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة قوله: (ولا تقبل شهادة الأعمى) مطلقاً سواء عمي قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: (تقبل فيما تجوز فيه التسامع لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه) وهو قول للشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري. وتقبل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع. وقال أبو يوسف: تجوز فيما طريقه السماع، وما لا يكفي فيه السماع إذا كان بصيراً وقت التحمل ثم عمي عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الأعمى إلا بالنغمة (وفيه) أي في التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة إلى إهداء هذه التهمة، بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمته فإنه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فأهدرت دفعاً للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر، بخلاف الميت لأنه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود، على أن الإشارة ثم تقع إلى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه، ولا حاجة إلى الإلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بالإجماع بل ما تقدم يكفي إذ الرد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لأن تلك يحتاط في درء الحكم فيها. وأما الاستدلال بما ورد عن علي

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع، وقدم ذلك على هذا لأنه محالّ الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة، قال ﷺ: «لا شهادة لمتهم» ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح، وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق، فإن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضاً فكان متهماً بالكذب، وقد تكون لمعنى في الشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل في أداء التمييز

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قوله: (والشروط مقدمة على المشروط) أقول: المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة قوله: (وأصل رد الشهادة الخ) أقول: لا دلالة فيه على الأصالة قوله: (وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول: أو ملك أو شركة، ففي التخصيص بالقرابة بحث قوله: (يتهم بإيثار المشهود له) أقول: أي يتهم للشاهد قوله: (وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول: وهو الإتيان بأربعة شهداء قال المصنف: (ولا تقبل شهادة الأعمى) أقول: لو قبل القاضي شهادة الأعمى وحكم بها يصح حكمه لأنه مجتهد فيه حيث قال مالك: تقبل شهادته مطلقاً كالبصير.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرج البيهقي في سننه ١٠/١٥٥ من حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ خطب وقال: ألا لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا الموقوف على حدّ». وقال البيهقي: فيه يحيى بن سعيد الفارسي متروك، وعبد الأعلى ضعيف اهـ.
تنبيه: وأما بسياق المصنف، فلم أعثر عليه بعد البحث والله أعلم.

على الميت. ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص. ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء

رضي الله عنه أنه ردّ شهادة الأعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد ونفيه، وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما إذا كانت شهادته في الدين والعقار. أما في المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل. واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي، فإن الشهود لا يشيرون إلى أحد وتقبل. وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رأيناه عرفناه، والأعمى لا يعرفه، إذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل. وأيضاً فنقول: كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة

كالعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى: ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ قال: (ولا تقبل شهادة الأعمى الخ) شهادة الأعمى إما أن تكون في الحدود والقصاص أو لا، فإن كان الأول فليست بمقبولة بالاتفاق وإن كان الثاني فإما أن تكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت أو لا، فإن كان الأول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة، وإن كان الثاني، فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي، وإن انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق. فالمعتبر عند أبي يوسف الإبصار عند التحمل، وعندهما استمراره، حتى لو عمي بعد الأداء قبل القضاء امتنع القضاء. أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلأنها تندرىء بالشبهات والصوت والنغمة في حق الأعمى يقوم مقام المعاينة، والحدود لا تثبت بما يقم مقام الغير. وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه. والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون، وسيأتي جواب آخر. وأما وجه قول أبي يوسف والشافعي فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل، ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة، والأداء إنما يكون بالقول ولا خلل في القول لأن لسانه غير موف فكان المقتضي لصحة التحمل والأداء موجوداً والمانع وهو عدم التعريف منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبته. والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الأداء بل الأداء مفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه أي في النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، فإن بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الأعمى، والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل، ولا إشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور، بخلاف الأعمى. وفي قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن الميت، فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم، والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته، وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للأعمى فيما هو أعظم خطراً من الأموال وهو وطء زوجته وجاريته فإنه لا يميزهما

قوله: (لم تقبل بالاتفاق) أقول: المراد اتفاق مالك، وإلا فعنده مقبولة قياساً على قبول روايته قال المصنف: (لو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء) أقول: وقال أبو يوسف: لا يمتنع بل يقضي بها لأنها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب. وقال صدر الشريعة: وقول أبي يوسف أظهر قوله: (والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول: ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر إذ ليس واحد منهما أهل الولاية، بخلاف الأعمى قوله: (وسيأتي جواب آخر) أقول: في قوله ولنا أن الأداء يفتقر الخ قوله: (والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول: الظاهر أن يقال: والشرط وهو التعريف موجود قوله: (وفيه أي في النغمة الخ) أقول: ويجوز إعادة الضمير إلى التمييز بالنغمة فلا حاجة إلى التأويل قوله: (والمراد بالتمييز بالإشارة الخ) أقول: فيؤول الكلام إلى نوع مصادرة قوله: (فصار كالحدود والقصاص) أقول: عدم قبول شهادة الأعمى فيهما لأنهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر، وليس كذلك الأموال، ألا ترى أنها تثبت بالنسبة في كتاب القاضي إلى القاضي مثلاً فكيف يلحق بهما قال المصنف: (ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية) أقول: الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجوراً كان أو مأذوناً تجوز وكالته فتأمل في جوابه.

لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا، لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت **(قال ولا المملوك)** لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا

في شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا. قال: فلو أدى بصيراً ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لأنها إنما تراد للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء، والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء، وأبو يوسف قاسه بما إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات. قلنا: بالموت انتهت الشهادة وتمت بالغيبة ما بطلت، بخلاف العمى فإنه مبطل لها. وفي المبسوط أنه لا تجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق منه، ونقض بأن الأصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل إذا كانت فيه إشارة مفهومة، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعي، ولا شك في تحقق التهمة في الإشارة فهو أولى بعدم القبول من الأعمى لأن في الأعمى إنما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر قوله: **(ولا تقبل شهادة المملوك)** أي الرقيق، وبه قال مالك والشافعي، وقال أحمد تقبل على الأحرار والعبيد، وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه، وهو قول عثمان البتي وإسحاق وداود. وعن عليّ رضي الله عنه: تقبل على مثله لا الأحرار، والمعوّل عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تميزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع. وأما ادعاء الإجماع على عدم قبوله فلم يصح. قال البخاري في صحيحه، وقال أنس رضي الله عنه: شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً. وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى. وقال ابن سيرين: شهادته جائزة إلا العبد لسيده. وأجازه الحسن وإبراهيم، وقال شريح كلكم بنو عبيد وإماء، إلى هنا لفظ البخاري[1]. ولا تقبل شهادة الصبيّ عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء. وعن مالك تقبل في الجراح إذا كانوا مجتمعين لأمر مباح قبل أن يتفرقوا، ويروى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه. والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف.

[فروع] إذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فأداها بعد العتق قبلت، كالصبي إذا تحمل فأدى بعد البلوغ، وكذا الذمي إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز قوله: **(ولا المحدود في قذف وإن تاب)** وقال الشافعي ومالك وأحمد تقبل إذا تاب، والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه في قذفه، وهل يعتبر معه إصلاح العمل؟ فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [آل عمران: ٨٩]

عن غيرهما إلا بالنغمة وذلك تناقض. وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات، بخلاف ما نحن فيه، ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر، وفيه إشارة أيضاً إلى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف. وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارىء بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده، ولا قيام لها بالعمى فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق، فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جنّ أو ارتدّ بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته، والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء، لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فتمنع القضاء، والعمى الطارىء بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء، وعند أبي يوسف لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء قوله: **(بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا)** جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الأهلية وقت

---

(١) ذكر هذه الآثار في صحيحه عقب حديث ٢٦٥٨ كتاب الشهادات: ٥٢ باب: شهادة الإماء والعبيد. وذكر الحافظ في الفتح ٥/ ٢٦٧. ٢٦٨ من وصل هذه الآثار. وانظر سنن البيهقي ١٠/ ١٦١.

تثبت له ولاية على غيره، (**ولا المحدود في قذف وإن تاب**) لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ولأنه من تمام الحدّ لكونه مانعاً فيبقى بعد التوبة كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة.

وقيل لا لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة تب تقبل شهادتك[1]. وقد يجاب بأن أبا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم، فصلاح العمل كان ثابتاً له فلم يبق إلا التوبة بإكذاب نفسه، وأصله أن الاستثناء في قوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا﴾ [آل عمران: ٨٩] ينصرف إلى الجملة الأخيرة أو إلى الكل، والمسألة محررة في الأصول، وهي أن الاستثناء إذا تعقب جملاً متعاطفة هل ينصرف إلى الكل أو إلى الأخيرة؟ عندنا إلى الأخيرة، وقد تقدم ثلاث جمل هي قوله تعالى ﴿فاجلدوهم﴾ ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد. أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه، بخلاف قوله ﷺ: «جلد مائة وتغريب عام»[2] فإنه لا يناسب الحد، لأنه ربما يصلح مانعاً في المستقبل من فعله، والتغريب سبب لزيادة الوقوع لأنه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحي من أحد يراقبه، فإذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه، وكذا قيد التأبيد لا فائدة له إلا تأبيد الرد، وإلا لقال: ولا تقبلوا لهم شهادة. وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول. ثم استثنى الذين تابوا، وهذا لأن الرد على ذلك التقدير ليس إلا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة. وأما رجوع الاستثناء إلى الكل في قوله تعالى في المحاربين: ﴿أن يقتلوا أو يصلبوا﴾ إلى قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه، وهو قوله تعالى: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فإنه لو عاد إلى الأخيرة: أعني قوله تعالى: ﴿لهم عذاب عظيم﴾ لم يبق لقوله ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فائدة للعلم بأن التوبة تسقط العذاب، ففائدة قوله تعالى: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ ليس إلا سقوط الحد، وهذا لأنا إنما نقول بعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل، فأما إذا اقترن به عاد إليها كما يقول هو إن عوده إلى الكل إذا تجرد عن دليل عوده إلى الأخيرة فقط لو اقترن به عاد إليها فقط، وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لأنها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام

القضاء شرط، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا أهلية عنده. ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت (**قال ولا المملوك الخ**) لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية، وليس له ولاية قاصرة، فأولى أن لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما، وأن معنى قوله لهم: أي للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدوداً في قذف، ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعاً عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتباراً له بالأصل قوله: (**بخلاف**

قوله: (**وأن معنى، إلى قوله: عن كونه محدوداً في قذف**) أقول: لعل مراده أن نسبة أمر إلى المشتق تفيه عليه المأخذ، فمعنى الآية: ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين في القذف، وفي التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف: قوله: (**ولأنه من تمام الحد**) أقول: دليل على المدعي مع قطع النظر عن لفظة أبداً بخلاف الدليل الأول قال المصنف: (**لأن الرد المفسق**) أقول: لا لأنه من تمام الحد قوله: (**إذ الحكم الثابت له التوقف الخ**) أقول: فيه تأمل، إذ لا منافاة بين التوقف والنهي عن القبول، وسيجيء في شهادة أهل الذمة في هذا الباب ما يؤيد ما قلنا.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/ ١٥٢ بسنده عن ابن المسيب أن عمر قال لأبي بكرة: «إن تبت قبلت شهادتك، أو قال: تب تُقبل شهادتُك» وإسناده جيد، ثم ساقه من عدة طرق.

تنبيه: وقع في الأصل لابن الهمام: تب قبل شهادتك. والصواب ما أثبته: تقبل. والله أعلم.

(٢) تقدم في حد الزنا مستوفياً، وهو في الصحاح.

وقال الشافعي رحمه الله تقبل إذا تاب لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ استثنى التائب. قلنا: الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (**ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم**

الحد فكان قياساً في مقابلة النص. لا يقال: ردّ الاستثناء إلى الجملة الأخيرة ينفي الفائدة لأنه معلوم شرعاً أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية. لأنا نقول: كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلاً بل سمعاً، وذلك بإيراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه، وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بأن طريق القرآن تكرار الدوالّ خصوصاً إذا كان مطلوب التأكيد ﴿كأقيموا الصلاة﴾ [البقرة: ٤٣] وقد تكرر قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ [المائدة: ٣٤] لذلك الغرض، ففي آية ﴿إلا الذين تابوا﴾ إلى قوله: ﴿فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم﴾ [البقرة: ٦٠] وفي أخرى ﴿إلا من تاب وآمن﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئاً﴾ [مريم: ٦٠] وفي أخرى: ﴿إلا من تاب﴾ إلى قوله تعالى ﴿فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات﴾ [الفرقان: ٧٠] ومواضع أخرى عديدة، ولم يسع أن يقال في أحداهما قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا إلا من أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى، وإنما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى، ولأنه إذا لم يذكره إلا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس، فإذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع تلك الآية سمع تلك، ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان في تعداد إفادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه، وأما عن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة تب أقبل شهادتك ففي توبته نظر، لأن رواية عمرو بن قيس[1]، ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضاً بما قاله لأبي موسى الأشعري في كتابه له: والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلود في قذف، أو مجرباً في شهادة زور، أو ظنيناً بقرابة[2]. وقد قدمنا عنه عليه الصلاة والسلام من رواية ابن أبي شيبة قوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»[3] وبقولنا قال سعيد بن المسيب

المحدود في غير القذف) جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف. ووجه ذلك أن ردّ الشهادة إن كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف، وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا، وليس للفسق إذ الحكم الثابت له التوقف

قوله: (**فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلبي الخ**) أقول: أي بمعنى فسقوا، فتقدير الكلام حينئذ: ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وفسقوهم، ويكون إيثار صيغة الإخبار للمبالغة قوله: (**كما في قوله «بالوالدين إحساناً»**) أقول: حيث أول بأحسنوا قوله: (**سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة**) أقول: لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حداً فإن الحد هي العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك، مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف وإحلاله المشار إليه بقوله تعالى: ﴿وأصلحوا﴾ فإن من جملة الإصلاح الاستحلال، أشير إليه في التلويح قوله: (**لكنه كان أبداً مجازاً الخ**) أقول: فيه بحث، فإنه باق على حقيقته في حق التائب الذي هو الباقي بعد الثنيا والنهي عن القبول بالنسبة إلى شهادتهم فليتأمل قال المصنف: (**أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن**) أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: لأن

---

(١) أثر عمر. تقدم قبل حديث واحد، وما ذكره المصنف من أنه معلول بعمر بن قيس، فهو صواب لأن ابن قيس واهٍ إلا أن البيهقي أخرجه ١٠/ ١٥٢ من طرق أخرى وإحدى هذه الطرق رجاله كلهم ثقات، والمتكلم فيه منهم أحمد بن شيبان، وقد جاء في الميزان: صدوق. قيل: كان يخطىء، ووثقه ابن حبان ا هـ. وبقية رجاله ثقات رجال البخاري ومسلم. وله طرق أخرى وعلته على ذلك واحدة، وهي أن ابن المسيب لم يسمع من عمر هذا على قول: مالك، ويحيى وذكره ابن التركماني في الجوهر ١٠/ ١٥٣.

(٢) موقوف. وقد تقدم في أواخر الشهادات.

(٣) ضعيف. تقدم في أواخر الشهادات، وفيه حجاج ابن أرطاة واهٍ.

فائدة: جاء في الجوهر النقي ١٠/ ١٥٢. ١٥٣ ما ملخصه: قال ابن التركماني: وفي المحلى لابن حزم روينا من طريق ابن جريج عن عطاء الخراساني عن ابن شهاب: شهادة القاذف لا تجوز، وإن تاب. وصحح عن الشعبي في أحد قوليه، والنخعي، وابن المسيب في أحد قوليه، والحسن، ومجاهد في أحد قوليه، ومسروق، وعكرمة في أحد قوليه: «أن القاذف لا تقبل شهادته أبداً، وإن تاب» وعن شُريح: «المحدود في قذف لا تقبل شهادته أبداً» وهو قول: أبي حنيفة، وأصحابه، وسفيان. ا هـ.

تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده يردّ شهادته بعد العتق قال: (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده، ولا

وشريح والحسن وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير، وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهم. قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لأن التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين، فكأنه قيل: وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فإن الله غفور رحيم: أي يغفر لهم ويرحمهم، وإذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعاً: أي زاجراً يبقى بعد التوبة كأصله: أي كأصل الحد فإنه لا يسقط بالتوبة، فكذا ما كان تماماً له. وفي المبسوط: الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته قوله: (ولو حدّ الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة) في الجملة فكان ردها من تمام شهادته، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حدّ في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته، لأنه لم تكن له شهادة إذ ذاك، فلزم كون تتميم حدّه بردّ الشهادة التي تجددت له. وقد طولب بالفرق بينة وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد إلى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب إلى الإمكان بالخروج إلى دار الإسلام. أجيب بأن الزنا في دار الحرب لم يقع موجباً أصلاً لعدم قدرة الإمام، فلم يكن الإمام مخاطباً بإقامته أصلاً لأن القدرة شرط التكليف، فلو حدّه بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب، وغير الموجب لا ينقلب موجباً بنفسه خصوصاً في الحد المطلوب درؤه. أما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير أنه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق. قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف: هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في الديانات، أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد، وهذه العدالة لم تصر مجروحة بإقامة الحد، بخلاف العبد فإنه بالعتق لا

بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ لا النهي عن القبول. وقال الشافعي رحمه الله: تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى. إلا الذين تابوا. استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره: ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا. والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ وهو ليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبي وهو إخباري. فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ قلت: يأباه ضمير الفصل، فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الإخبارية. سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل، سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو تناقض ظاهر. سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود. سلمناه لكن جعله مجازاً ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعاً للمحذورات، وتمام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة. قوله: (ولو حد الكافر) يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار، فإذا أسلم جازت شهادته مطلقاً لأن للكافر شهادة على مثله، ومن له ذلك وحدّ في القذف كان ردّ شهادته من تتمة حدّه، وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الأولى فلا يكون الرد من تمامها، والعبد إذا حدّ في القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده، وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام وبين العبد إذا حدّ في القذف حيث جعل القذف قائماً في حقه إلى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائماً إلى حصول نفوذ الولاية، وفرق بينهما بأن الزنا لم

التائبين ليسوا من الفاسقين، فكان معناه: ولكن الذين تابوا فإن الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم، فكان كلاماً مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى. وفي قوله لأن التائبين الخ بحث ظاهر، إذ له أن يقول: الاستثناء من قوله أولئك هو الظاهر كما في أمثاله قوله: (في الاستدلالات الفاسدة) أقول: في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم قوله: (والقذف موجب في حق الأصل) أقول: أراد من الأصل الجلد.

قوله: (لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول: ومالك يخالفنا في قرابة الوالد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزيلعي. وقال العلامة الكاكي في معراج الدراية: ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لأصحاب مالك رحمهم الله.

شهادة الولد لأبويه وأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره» ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة.

قال العبد الضعيف: والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت» وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها.

يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة بإقامة الحد. ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله إذا حد ثم أعتق، لأنه لو لم يحد عتق فحد لا تقبل أيضاً، ولكن وضعه كذلك لأنه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر، والكافر لو قذف مسلماً ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته، ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال إسلامه فيه اختلاف الروايتين. ومر في حد القذف وفي هذه المسألة ثلاث روايات: لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام لحد، تسقط إذا أقيم أكثره، تسقط إذا ضرب سوطاً لأن من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعاً بكذبه قوله: **(ولا شهادة الوالد)** وإن علا لولده وإن سفل **(ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده)** أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له. قال المصنف: والأصل فيه قوله ﷺ: «لا تقبل»[1] الخ. وهذا الحديث غريب، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال: لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره «ولا الأجير لمن استأجره ولا العبد لسيده» انتهى. وقال ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن سيفان به وأخرجا نحوه عن إبراهيم النخعي، لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ أنه كبير في العلم رواه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها: ثنا صالح ابن زريق وكان ثقة: ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره»[2] انتهى. وقد فسر في روية شريح أمر الشريك. وذكر المصنف أيضاً عنه ﷺ «لا شهادة للقانع بأهل البيت» وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عنه أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ ردّ شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه وشهادة القانع بأهل البيت وأجازها لغيرهم»[3]. قال أبو داود: الغمر

ينعقد موجباً في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجباً، والقذف موجب في حق الأصل فيوجب الوصف عند إمكانه، واعترض على كلام المصنف بأنه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الإعتاق، لأنه إذا حد بعد الإعتاق ترد الشهادة أيضاً لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فأوجب الرد. وأما إذا قذف الكافر مسلماً ثم أسلم فحد في حال إسلامه لم تقبل شهادته، ولو حد قبل الإسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الإسلام مفيداً. والجواب أن فائدته تطبيق المسألتين في عروض ما

---

(١) واه بمرة. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢ وقال: غريب. وهو في مصنف عبد الرزاق وابن أبي شيبة من قول شريح. وأخرجا نحوه عن النخعي وقال في الخلاصة: رواه الخصاف بإسناده مرفوعاً اهـ. قلت: ساق إسنده ابن الهمام رحمه الله، وفي إسناده يزيد بن أبي زياد الشامي. قال عنه ابن حجر في التقريب: متروك اهـ. فلا حجة بما أسنده الخصاف، والصواب كونه عن شُريح.

(٢) تقدم أن فيه يزيد بن زياد الشامي، وهو متروك انظر ما قبله.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٠٠ و ٣٦٠١ وأحمد ٢/ ٢٠٤. ٢٢٥. ٢٢٦ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ كلهم من طريق سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. ورواية: «لا تجوز شهادة...» الخ بدل: ردّ.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٨: وسنده قوي اهـ وسليمان توبع فقد أخرجه ابن ماجه ٢٣٦٦ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ وأحمد ٢/ ٢٠٨ وفيه الحجاج بن أرطاة غير قوي وتابعهما آدم بن فائد على عمرو بن شعيب. لكن آدم هذا كما قال الذهبي في الميزان. وهذا عن البيهقي ١٠/ ١٥٥ دون لفظ: القانع وشاهده الآتي، فهذا حسن بمجموع طرقه.

قال: (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله: تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم إذا

الشحناء، وكذا رواه عبد الرازق في مصنفه، وعنه رواه أحمد قال في التنقيح: محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما، وتكلم فيه بعض الأئمة، وقد تابعه غيره عن سليمان، ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في الدارقطني، ولم يذكرا فيه القانع. وأخرج الترمذي عن زيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لاتجوز شهادة خائنٍ ولا خائنة، ولا مجلود حداً، ولا ذي غمر على أخيه، ولا مجرّب بشهادة زور، ولا القانع بأهل البيت، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة»[1] انتهى. وقال: غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، وهو يضعف في الحديث. قال: والغمر العداوة انتهى. وقال أبو عبيد: الغمر العداوة، والقانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم. قال: يعني ويطلب معاشه منهم. والظنين: المتهم في دينه. فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن. فإذا ثبت ردّ القانع وإن كان عدلاً فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد، لأن قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ ردّ شهادتهم بدلالة النص، ويكون دليلاً على صحة حديث الترمذي المذكور فيه «ولا ظنين في ولاء ولا قرابة»[2] وإن كان راويه مضعفاً، إذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل إنما يرد التهمة الغلط لضعفه، فإذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا لمتن وجب اعتباره صحيحاً وإن كان من روايته، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه، ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعاً وضع الزكاة فيهم، وعلى هذا كان شريح حتى ردّ شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعليّ رضي الله عنه فقال عليّ: أما سمعت أنه ﷺ قال للحسن والحسين «هما سيدا شباب أهل الجنة قال: نعم صدق رسول الله ﷺ، ولكن أئت بشاهد آخر، فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه»[3] فقيل رجع عليّ رضي الله عنه إلى قوله، وقوله والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله ﷺ «لا شهادة للقانع بأهل البيت»[4] وقد ذكرناه. وفي الخلاصة: والتلميذ

يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحروج إلى الفرق. وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الإعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه. قال: (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره») قيل: ما فائدة قوله لسيده، فإن العبد لا شهادة له في حق أحد. وأجيب بأنه ذكره على سبيل الاستطراد، فإنه عليه الصلاة والسلام لما

قال المصنف: (أو تتمكن فيه الشبهة) أقول: فيه كلام، وفي بعض النسخ: أو تتمكن فيه التهمة: أي تهمة الميل وهي المراد بالشبهة قوله: (من القنوع) أقول: لا من القناعة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٣١٨ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلهم من حديث عائشة وقال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف، ولا نعرف معنى هذا الحديث، ولا يصح عندي من قبل إسناده ا هـ. وكذا ضعفه الدارقطني، والبيهقي. وشاهده المتقدم أحسن إسناداً منه.
وأخرجه الدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ من حديث ابن عمر وقال البيهقي: فيه يحيى بن سعيد الفارسي متروك وعبد الأعلى بن محمد ضعيف.

(٢) تقدم في الذي قبله، وحديث أبي داود أحسن من حديث الترمذي.

(٣) حسن. هذه القصة لم أعثر عليها. وأما الحديث المرفوع فقد أخرجه الترمذي ٣٧٦٨ وابن أبي شيبة ١٢/ ٩٦ وأحمد ٣/ ٣. ٦٢. ٨٤ والنسائي في المناقب كما في التحفة ٣/ ٣٩٠ وابن حبان ٦٩٥٩ وأبو يعلى ١١٦٩ كلهم من حديث أبي سعيد: الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة. وقال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال. وزاد ابن حبان وغيره: إلا ابني الخالة عيسى ويحيى. ومن حديث حذيفة. أخرجه ابن حبان ٦٩٦٠ وأحمد ٥/ ٣٩١ والترمذي ٣٧٨١ والحاكم ٣/ ٣٨١ وصححه الحاكم وسكت الذهبي وحسنه الترمذي وهو كما قال.

(٤) هو بعض حديث عائشة، وعبد الله بن عمرو بن العاص. وتقدما.

شهد لمديونه المفلس. ولنا ما روينا، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير

الخاص لذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة. وقيل المراد بالأجير الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة، لأنه إذا كانت إجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الأداء في أجرته فيكون مستوجباً الأجر بها فيصير كالمستأجر عليها لأن العقد وقع موجباً تمليك منافعه، ولهذا يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يعمل، بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لأن العقد لم يقع موجباً تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له، ولهذا لا يستحق الأجرة حتى يعمل فافترقا. وفي العيون: قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً يوماً واحداً فشهد له الأجير في ذلك اليوم: القياس أن لا تقبل، ولو كان أجيراً خاصاً فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها، ولو شهد ولم تكن أجيراً ثم صار أجيراً له قبل أن يقضي فإني أبطل شهادته فإن لم تبطل الإجارة ثم أعاد الشهادة جازت، كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز. وما في زيادات الأصل من قوله تقبل شهادة الأجير حمل على الأجير المشترك كما حمل ما في كتاب كفالة الأصل لا تجوز شهادة الأجير على الأجير الخاص لما في نوادر ابن رستم قال محمد: لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجيراً مشترك قبلت شهادته ا هـ. وأما شهادة الأستاذ للتلميذ والمستأجر للأجير فمقبولة لأن منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له قوله: (**ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر**) ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكاً. وقال الشافعي: تقبل، وبقولنا قال مالك وأحمد. وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي: لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة. وجه الشافعي أن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة: أي كل يد في حيز غير حيز الأخرى فهي ممنوعة عنه من حاز الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس بالدين، ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل مهما بمال الآخر لأنه غير مقصود بالنكاح لأنه لم يقصد لأن ينتفع كل منهما بمال الآخر، وإنما يثبت ذلك تبعاً للمقصود عادة وصار كالغريم إذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه في منفعته. ولنا ما روينا من قوله ﷺ: «ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته»[1] وقد سمعت أنه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف، ولو لم يثبت فيه

عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال: لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة إليهم، واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة. قال المصنف رحمه الله: (**والمراد بالأجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه**) قيل: التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت» من القنوع لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم. وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة، وهو الأجير الواحد فيستوجب: أي فإنه إذا كان كذلك يستوجب الأجر بمنافعه، وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها، وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه، إذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له ووضع الزكاة فيه، لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس. وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه، ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة. قال: (**ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال:**

قال المصنف: (**والأيدي متحيزة**) أقول: قال ابن الهمام: أي يد كل منهما في حيز غير حيز الأخرى، فهي مجموعة عنه من حاز الشيء جمعه فلا اختلاط فيها انتهى. وفي القاموس وغيره: تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى. وهذا المعنى هو الأنسب هنا قوله: (**بخلاف الرجل لكونه قواماً**) أقول: وبخلاف المرأة فإن لها حق الأخذ للنفقة والظفر ليس موهوماً.

---

(١) تقدم قبل قليل وأن الصواب كونه عن شُريح من قوله. وأما رواية الخصاف ففي إسناده يزيد بن زياد الشامي، وهو متروك كما في التقريب.

متهماً، بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية على المشهود به، **(ولا شهادة المولى لعبده)** لأنه شهادة لنفسه من كل

نص كفى المعني فيه، وإلحاقه بقرابة الولاد في ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنياً بمال الآخر، ولذا قال تعالى: ﴿ووجدك عائلاً فأغنى﴾ [الضحى: ٨]قيل بمال خديجة رضي الله عنها[1]، بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والأولاد، بل قد يعادي أبويه لرضا زوجته وهي لرضاه، ولأن الزوجية أصل الولاد لأن الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع إلى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا، بخلاف القصاص لأن بعد الموت لا زوجية. وفي المحيط: لا نقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح في بعض الأحكام. ولو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة تقبل، بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلاً وأعاد تلك الشهادة لا تقبل، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح، لأن القاضي لما ردها صار مكذباً في تلك الشهادة شرعاً فلا تقبل، بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي إذا أردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك وهو رواية عن أحمد: لا تقبل كالردّ للفسق. قلنا: ردّ شهادتهم لعدم الأهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الردّ، فإذا صاروا أهلاً تقبل. ولو قيل الردّ في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به، وبالإعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبة في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج إلى الجواب، فصار الحاصل: كل ما ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل إذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى، إلا العبد إذا شهد فردّ والكافر والأعمى والصبي إذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم، وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأته ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته قوله: **(ولا شهادة المولى لعبده)** لما تقدم من رواية الخصاف، ولأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ومن وجه إذا كان، ولأن الحال: أي حال مال العبد فيما إذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الأئمة الثلاثة. وقوله لما قلنا: يعني من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه. وفي المبسوط: وكذا لا تقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء، وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه، وكان مقتضى القياس أن تقبل لأنها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السبق «ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما»[2]، بخلاف ما ليس من شركتهما

الشافعي تقبل **لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة)** أي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة في ملك الآخر غير متعدية إليه، ولهذا يقتضي من أحدهما للآخر ويحبس بدينه، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم. لا يقال: في قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لأن كل واحد مهما يعدّ نفع صاحبه نفع نفسه، لأن ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبراً. كربّ الدين إذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فإنها تقبل، وإن كان له فيه نفع لحصوله ضمناً **(ولنا ما روينا)** من حديث عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته» **(ولأن الانتفاع متصل)** ولهذا لو وطىء جارية امرأته وقال ظننت أنها تحلّ لي لا يحدّ **(وهو)** أي الانتفاع **(هو المقصود)** من الأموال **(فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً)** في شهادته بجرّ النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله: **(بخلاف شهادة الغريم)** جواب عما ذكره الشافعي. ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به إذ هو مال المديون ولا تصرّف له عليه، بخلاف الرجل فإنه لكونه قوّاماً عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة، لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان.

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره ٢٠/٩٩ في تفسير سورة الضحى من غير أن يعزوه لأحد. ولم أجده في الدر المنثور، ولا في ابن كثير. ومع ذلك، فهو داخل في العموم.

(٢) تقدم قبل قليل من حديث عائشة، وفيه يزيد الشامي ضعيف.

جهة إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى **(ولا لمكاتبه)** لما قلنا **(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)** لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه)** لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض.

حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لأن كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا: لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق، لأن ما سوى هذه مشترك بينهما، وينبغي أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لأنه لا شركة بينهما فيه قوله: **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه)** قيل بلا خلاف، لكن قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي من السلف: من قال لا تقبل شهادة الأخ لأخيه، ولا شك في ضعف التهمة لأنه لا بسوطة وليس مظنة ملزومة للإلف، بل كثيراً ما يكون بينهم العداوة والبغضاء، وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالأخ تقبل فيه الشهادة قوله: **(ولا تقبل شهادة المخنث، ومراده المخنث في الرديء من الأفعال)** وهو التشبه بالنساء تعمداً لذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية. روى أبو داود بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء»[1] يعني المتشبهات بالرجال، فكيف إذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك، فأما الذي في كلامه لين خلقه وفي أعضائه تكسر خلقه فهو عدل مقبول الشهادة قوله: **(ولا نائحة ولا مغنية)** هذا لفظ القدوري، فأطلق ثم قال بعد ذلك: ولا من يغني للناس، فورد أنه تكرار لعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية. والوجه أن اسم مغنية ومغن إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال، ألا ترى إذا قيل ما حرفته أو ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أو حداد، فاللفظ المذكور[2] هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث

قال: **(ولا شهادة المولى لعبده الخ)** لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا، ولأن شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه، لك لأنه لا يخلو إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن كان الأول فهي له من وجه لأن الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه، وإن كان الثاني فهي له من كل

قوله: **(قيل هذا الخ)** أقول: أي قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية قوله: **(هذا إذا كانا شريكي عنان الخ)** أقول: فيه بحث، لأنه إذا كان ما عداها مشتركاً يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضاً فلا وجه للإخراج فتأمل، إلا أن تخص بالأملاك بقرينة السياق، ثم إن قوله لأن ما عداها مشترك بينهما غير صحيح، فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار ولا العروض، ولهذا قالوا: لو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٨٥ و ٦٨٣٤ وأبو داود ٤٩٣٠ والترمذي ٢٧٨٤ و ٢٧٨٥ وأحمد ١/ ٢٢٥. ٢٢٧. ٢٣٧ كلهم من حديث ابن عباس قال: لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال.
ورواية لأحمد: ١/ ٣٣٩ بلفظ: لعن الله المتشبهين... الحديث.
ورواية للبخاري ٥٨٨٦: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء».

(٢) ضعيف. يشير المصنف لما أخرجه الترمذي ١٠٠٥ من حديث جابر قال: «أخذ النبي ﷺ بيد عبد الرحمن بن عوف، فانطلق به إلى ابنه إبراهيم، فوجده يجود بنفسه، فأخذه النبي ﷺ، فوضعه في حجره، فبكى، فقال له ابن عوف: أتبكي؟ أو لم تكن نهيت عن البكاء؟ قال: لا. ولكني نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين صوت عند مصيبة خمش وجوه، وشق جيوب، ورنَّة شيطان».
هذا لفظ الترمذي وقال عقبه: وفي الحديث كلام أكثر من هذا. وهو حديث حسن ا هـ ورواه البزار من حديث ابن عوف وفي رواية البزار: «صوت عند نغمة لهو، ولعب ومن مزامير الشيطان، وصوت عند مصيبة لطم وجوه، وشق جيوب...» الحديث. وهو عنده من رواية عبد الرحمن بن عوف. وقال الهيثمي: فيه محمد بن أبي ليلى فيه كلام. ا هـ المجمع ٣/ ١٧ قلت: مداره على ابن أبي ليلى فتارة جعله من مسند ابن عوف، وتارة من مسند جابر وقد ورد في الصحيح خبر وفاة إبراهيم، وليس فيه ذكر المغنية، ولا هذه الزيادة. قال الحافظ في التقريب عن ابن أبي ليلى: صدوق سيء الحفظ جداً ا هـ.
فالخبر ضعيف كما ترى والله أعلم.

قال: **(ولا تقبل شهادة المخنث)** ومراده المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فاسق، فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة **(ولا نائحه ولا مغنية)** لأنهما يرتكبان محرماً فإنه عليه الصلاة والسلام: **«نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية»** **(ولا مدمن الشرب على اللهو)** لأنه ارتكب محرم دينه. **(ولا من يلعب**

وهو قوله ﷺ: «لعن الله النائحات، لعن الله المغنيات»[1] ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لا لوصف الأنوثة ولا للتغني مع الأنوثة، لأن الحكم المترتب على مشتق إنما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى. نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام، ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف، ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفاً لمن جعلت النياحة مكسبة، وحينئذ كأنه قال: لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها لا من لم يكن ذلك صناعته، ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. وفي النهاية أن الغناء في حقهن مطلقاً حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية، وقيد في غناء لرجال بقوله للناس. ولا يخفى أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لأن من تطلق على المؤنث خاصة فضلاً عن الرجال والنساء معاً، وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وإن كان المعنى على التأنيث، فكيف إذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر. فإن قلت: تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقاً حرام وإن كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لأنهم إنما يجتمعون على الاستماع بالذات إلا أن كون الاستماع محرماً ليس إلا حرمة المسموع، وليس كذلك فإنه إذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره. وقيل ولا يكره إذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان. وقيل ولا يكره لاستماع الناس إذا كان في العرس والوليمة، وإن كان فيه نوع لهو بالنص في العرس. فالجواب أن في التغني لإسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافاً بين المشايخ. منهم من قال: لا يكره، إنما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجاً بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام، ويحمل حديث البراء بن

وجه لأن العبد وما يملك لمولاه **(ولا)** تقبل شهادة المولى **(لمكاتبه لما قلنا)** من كون الحال موقوفاً مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبياً، وإن لم يؤدِّ عاد رقيقاً فكانت شهادة لنفسه **(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)** لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض وذلك باطل، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة إذ هي شهادة واحدة **(ولو شهد بما ليس**

وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط قال المصنف: **(«فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين» الخ)** أقول: أي صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل «عيشة راضية» قوله: **(فإن وقع نفس الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه ولهذا لم يقيد هاهنا)** أقول: فيه بحث لأن المراد بالمغنية التي أتخذت ذلك مكسباً فلا حاجة إلى التقييد، ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعاً في المال فما أسرع ما نسي، ثم ما ذكره جاز في النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطاً للعدالة إذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما في مسألة الزيادات من كان التغني مكسبه فليتأمل قوله: **(ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)** أقول: فيه بحث، لأن الظاهر من تعليل المصنف بقوله لأنه ارتكب محرم دينه، وقوله ولا من يأتي باباً من الكبائر الخ أن مراده غير الخمر، وأما في الخمر فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فإن

---

(١) أخرجه أبو داود ٣١٢٨ وأحمد ٣/ ٦٥ كلاهما عن أبي سعيد مرفوعاً: لعن الله النائحة والمستمعة اهـ ورمز السيوطي في الجامع الصغير لصحته! مع أن فيه عطية العوفي واهٍ.
ورواه البزار والطبراني كما في المجمع ٣/ ١٣ وقال الهيثمي: فيه الصباح أبو عبد الله لم أجد من ذكره. وللطبراني من حديث ابن عمر وفيه الحسن بن عطية واهٍ اهـ. وعند الديلمي من حديث أشبه ٥٤٤٤ فبمجموعها يصير حسناً.
تنبيه: وعجز الحديث لم أره بعد.

بالطيور) لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ: ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني **(ولا من يغني للناس)** لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة.

مالك[1] أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره. قال ﷺ: «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[2] وإنشاد المباح من الأشعار لا بأس به. ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية، وإذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلاً بتعميم المنع كشيخ الإسلام رحمه الله، إلا أنا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعنية الحية وصف الخمر المهيج إليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته. ويدل على أن وصف المرأة كذلك

من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل: هذا إذا كانا شريكي عنان. أما إذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه إلا في الحدود والقصاص والنكاح، لأن ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه. قال: **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه الخ)** تقبل شهادة الأخ لأخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الأقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الأملاك ومنافعها **(ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالرديء من الأفعال)** أي التمكن من اللواطة **(فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية)** لارتكابهما المحرم طمعاً في المال. والدليل على الحرمة «نهى النبي ﷺ عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية» وصف الصوت بصفة صاحبه، والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسباً. والتغني للهو معصية في جميع الأديان. قال في الزيادات: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه، ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل **(ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)** والمراد به كل من أدمن على شرب شيء من الأشربة المحرمة خمراً كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف. وشرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة **(ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة)** ثم هو مصرّ على نوع لعب **(ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره)** وذلك فسق. فأما إذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة،

للكلام مجالاً واسعاً قوله: **(وهو مستغني عنه الخ)** أقول: فيه بحث لأن كثيراً من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قداحة، المغني في الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة أنه ﷺ قال: «إن الله تعالى بعثني رحمة للعالمين، وأمرني بمحق المعازف والمزامير لأنه مطرق مصد عن ذكر الله تعالى». والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح، وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره.قوله: **(وإنما لم تكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ)** أقول: لانفهام حكم الرجال تبعاً على عكس ما هو الأصل، وفيه بحث قوله: **(لأنها كانت على الإصلاق)** أقول: فيه بحث قوله: **(واختاره المصنف وعلل بأنه يجمع الناس الخ)** أقول: فيه بحث، فإن ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الإسلام فإن اجتماعهم للاستماع، وإن يكون الاستماع كذلك وذلك بكون المسموع كبيرة.

---

(١) قوله يحمل حديث البراء الخ. نقله المصنف عن العناية في شرح الهداية حيث قال: وأصل ذلك ما روي عن أنس أنه دخل على أخيه البراء بن مالك، وهو يتغنى، وكان من زهاد الصحابة ا هـ. فالمتبادر بقوله: حديث النجم أنه مرفوع، وليس كذلك كما رأيت، وإنما هو موقوف.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٤٦٩ و ١٤٧٠ والدارمي ٢/ ٤٧١ والحميدي ٧٦ وابن أبي شيبة ٢/ ٥٢٢ و ١٠/ ٤٦٤ وأحمد ١/ ١٧٥. ١٧٩. ١٧٢ وابن حبان ١٢٠ والطحاوي في المشكل ٢/ ١٢٧. ١٢٨ وأبو يعلى ٦٨٩ والحاكم ١/ ٥٦٩ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص: ليس منا من لم يتغنّ بالقرآن ا هـ وقال ابن حبان معناه: ليس مثلنا. وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وهو عند أبي يعلى بأتم منه، وفيه: «فمن لم يتغنّ بالقرآن، فليس منا» وكذا عند ابن ماجه ١٣٣٧ والبيهقي ١٠/ ٢٣١ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه البخاري ٧٥٢٧: «ليس منا من لم يتغنّ بالقرآن».

وورد من حديث ابن عباس عند الحاكم ١/ ٥٧٠ فهذا حديث مشهور. والله أعلم.

. . . .

غير مانع ما سلف في كتاب الحج من إنشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم:

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة وكعباً أدرما

وإنشاد ابن عباس رضي الله عنهما:

إن يصدق الطير ننك لميسا

لأن المرأة فيهما ليست معينة، فلولا أن إنشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة، ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي ﷺ:

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي ﷺ منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها:

تبلت فؤادك في المنام خريدة تسقي الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز:

سقاها بغابات خليج كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض، وقوله:

وترى الريح إذا مسحن غديره صقلنه ونفين كل قذاة

ما إن يزال عليه ظبي كارعاً كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا. نعم إذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وإن كان مواعظ وحكماً للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم. وفي المغنى: الرجل الصالح إذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته.

وفي مغنى ابن قدامة: الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إن الله تعالى بعثني رحمة للعالمين، وأمرني بمحق المعازف والمزامير»[1] والنوع الثاني مباح وهو الدفّ في النكاح، وفي معناه ما كان من حادث سرور. ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا سمع صوت الدفّ بعث ينظر، فإن كان في وليمة سكت، وإن كان في غيره عمد بالدرة. وفي الأجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه، قال: لا يقدح في شهادته. وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم. والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح، وإلا فغير مباح، كذا ذكر. وقد قدمنا في باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل. ونقلنا هناك عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع: ما اسمك؟ قال محمد، فقال: أيعجبك أن يقال لك يا موحامد؟ هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضاً في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة، فأما إذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال: لم يرد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي

. . . .

(١) حسن. أخرجه أحمد ٥/ ٢٥٧ من حديث أبي أمامة، وفي إسناده علي بن زيد عن القاسم، والقاسم غير قوي، وعلي بن زيد ضعيف.
وقال العراقي في الإحياء ٢/ ٢٧٢: ورواه أحمد من حديث قيس بن سعد بن عبادة بنحوه وكلاهما ضعيف ا هـ وله طرق أخرى فالحديث بمجموعها يرقى إلى الحسن.

. . . .

تنوح في مصيبة غيرها، اتخذت ذلك مكسبة لأنها ارتكبت معصية وهي الغناء لأجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح في مدة طويلة، ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت، لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أو لا. قال ﷺ: «لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة»[1] وقال عليه الصلاة والسلام: «ليس منا من ضرب الحدود وشقّ الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية»[2] وهما في صحيح البخاري، ولا شك أن النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية، لكن الكلام في أن القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج إلى الشهرة ليصل إلى القاضي فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى، وإلا فهو يرد عليه مثله في قوله: ولا مدمن الشرب على اللهو، يريد شرب الأشربة المحرّمة خمراً أو غيره. ولفظ محمد رحمه الله في الأصل: ولا شهادة مدمن خمر، ولا شهادة مدمن السكر. يريد من الأشربة المحرمة التي ليست خمراً، فقال هذا الشارح يشترط الإدمان في الخمر، وهذه الأشربة: يعني الأشربة المحرّمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان، ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان، لكن نص عليه في الأصل كما سمعت فما هو جوابه؟ هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس، ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط ليظهر عند الناس، فإن من شربها سراً لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة. فكذا التي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس، وانظر إلى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الإدمان بأنه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته، بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في ردّ شهادته، وصرح بأن الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته. ومنهم من فسر الإدمان بنيته وهو أن يشرب ومن بنيته أن يشرب مرة أخرى، وهذا هو معنى الإصرار، وأنت تعلم أنه سيذكر ردّ شهادة من يأتي باباً من أبواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غيره توقف على نية أن يشرب، ولأن النية أمر مبطن لا يظهر للناس، والمداراة التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد أن تكون ظاهرة لا خفية لأنها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالإدمان الظاهر. نعم بالإدمان الظاهر يعرف إصراره، لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الإصرار، بل أن يأتيها ويعلم ذلك، وإنما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك. وأما من يلعب بالطيور فلأنه يورث غفلة، وهذا كأنه بالخاصية المعروفة بالاستقراء. ونرد شهادة المغفل لعدم الأمن من زيادته ونقصه، ولأنه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره، وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقاً إلا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فإن الداعية إلى الشيء كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في

. . . .

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٤ والنسائي ٤/ ٢٠ وأحمد ٤/ ٣٩٦ ـ ٤٠٤ ـ ٤١٦ وابن حبان ٣١٥١ كلهم من حديث أبي موسى: «أن رسول الله ﷺ قال: أنا بريء ممن حلق، وسلق، وخرق».
هذا لفظ مسلم في رواية ورواية عن أبي بردة قال: وَجِعَ أبو موسى وجعاً فَغُشِيَ عليه، ورأسه في حجر امرأة من أهله، فصاحت امرأة من أهله، فلم يستطع أن يردّ عليها شيئاً، فلما أفاق قال: أنا بريء مما برئ منه رسول الله ﷺ، فإن رسول الله ﷺ بريء من الصالقة، والحالقة، والشاقّة».
قال النووي في شرح مسلم: فالصالقة وقعت في الأصول بالصاد، وبالسين وهما صحيحان، وهما لغتان، وهي التي ترفع صوتها عند المصيبة، والحالقة، وهي التي تحلق رأسها عند المصيبة، والشاقة، وهي التي تشق ثوبها عند المصيبة. هذا هو المشهور. وحكى عياض عن ابن الأعرابي: «أن الصلق ضرب الوجه» اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٩٤ و ٣٥١٩ و ٢١٩٧ و ١٢٩٨ ومسلم ١٠٣ والترمذي ٩٩٩ والنسائي ٤/ ٢٠ وابن ماجه ١٥٨٤ وابن الجارود ٥١٦ وابن حبان ٣١٤٩ وأحمد ١/ ٤٣٢. ٤٥٦. ٤٦٥ والبغوي ١٥٣٣ والبيهقي ٤/ ٦٣. ٦٤ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود بهذا اللفظ.

(ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق. قال: **(ولا من يدخل الحمام من غير مئزر)** لأن كشف العورة حرام **(أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج)**. لأن كل ذلك من الكبائر، وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة، لأن للاجتهاد فيه مساغاً. وشرط في

لعب الشطرنج، فإنه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى أنهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب، وهذا من أظهر وجه على أنه من دواعي الشيطان. والأوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعاً مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة. هذا وفي تفسير الكبائر كلام، فقيل: هي السبع التي ذكرت في الحديث، وهي الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر، وزاد بعضهم: أكل الربا، وأكل مال اليتيم. وفي البخاري عنه عليه الصلاة والسلام: «اجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: يا رسول الله وما هن؟ فذكرها وفيها السحر، وأكل الربا وأكل مال اليتيم»[1] وفيه عنه عليه الصلاة والسلام: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وكان متكئاً فجلس فقال: ألا وقول الزور وشهادة الزور، فما زال يكررها»[2] الحديث. وقد عُدّ أيضاً منها السرقة، وورد في الحديث: «من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى باباً من أبواب الكبائر»[3] وقيل الكبيرة ما فيه حدّ، وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن، وقيل ما كان حراماً لعينه. ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراماً مخصاً مسمى في الشرع فاحشة كاللواطة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق، أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم، ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع، إلا إذا داوم على ذلك فإن العدالة تزول بالإصرار على الصغائر فهذا أولى، وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر، في نفس الحديث، وذكره الأصحاب. وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال: وأصحابنا لم يأخذوا

إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلاً للحرام. وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغني عنه بقوله ولا من يغني للناس فإنه أعم من أن يكون معه آلة لهو أو لا، وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق، وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لإزالة وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، واختاره المصنف، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم. ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك. قال: **(ولا من يأتي باباً من الكبائر الخ)** من أتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته، وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٦٦ و ٢٧٦٤ و ٦٨٥٧ ومسلم ٨٩ وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائي ٦/ ٢٥٧ وابن حبان ٥٥٦١ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٨٢ وأبو عوانة ١/ ٥٥ والبغوي ٤٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله، وما هُنّ؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولّي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٥٤ و ٥٩٧٦ و ٦٢٧٣ و ٦٢٧٤ و ٦٩١٩ ومسلم ٨٧ والترمذي ٢٣٠٢ وأحمد ٥/ ٣٦ـ ٣٨ من طرق كلهم من حديث أبي بكرة.

تنبيه: وقد ورد أحاديث في غير الصحيحين فيها زيادة في الكبائر على ما في الصحيحين فقد جاء في الفتح ١٢/ ١٨٢ ذكر هذه الزيادات، فارجع إليها إن شئت، والله الموفق.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٨٨ وأبو يعلى ٢٧٥١ والحاكم ١/ ٢٧٥ وأبو يعلى ٢٧٥١ والبيهقي ٣/ ١٦٩ كلهم من حديث ابن عباس، وصححه الحاكم، وقال: حنش ثقة! ورده الذهبي بقوله: بل ضعفوه وكذا قال الترمذي: حنش هو حسين بن قيس. ضعيف عند أهل الحديث ضعفه أحمد، وغيره. وتقدم تخريجه في الصلاة.

الأصل أن يكون آكل الربا مشهوراً به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا.

بذلك، وإنما بنوا على ثلاثة معان: أحدها ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى. والثاني أن يكون فيه منابذة للمروءة والكرم، وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة. والثالث أن يصرّ على المعاصي والفجور. ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضاً. وما في الفتاوى الصغرى: العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته. وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القاضي لعصام وعليه المعوّل، غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور، فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الإدمان، والله سبحانه وتعالى أعلم. ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته. وفي الذخيرة والمحيط: وكذا الإعانة على المعاصي، والحث عليها من جملة الكبائر قوله: **(ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام)** وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك، وأما ما ذكر الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لأنه يخل بالمروءة قوله: **(أو يأكل الربا، إلى قوله: ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** أما أكل الربا فكثير أطلقوه، وقيده في الأصل بأن يكون مشهوراً به فقيل لأن مطلقه لو اعتبر مانعاً لم يقبل شاهد لأن العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقلّ من يباشر عقود البياعات ويسلم دائماً منه. وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصياً مع ذلك فكان ناقصاً في كونه كبيرة، والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلاً على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك، بخلاف أكل مال اليتيم حيث تردّ شهادته بمرة. وقيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به، وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان. وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه، والدالّ على تجويز شهادة الزور منه يكفي كونه مرتكباً محظور دينه؛ ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجيهاً تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه مخالف لنص الكتاب، قوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦] وأما الأول فالربا لم يختص بعقد على الأموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة، بل أكثر ما كانوا عليه، ونزلت آية الربا بسبب إقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو إلى أجل، فإن لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية، وهذا هو المتداول في غالب الأزمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلاً أو إلا قليلاً. وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة، وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي، لأن الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال. والحاصل أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعاً، غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول: إذا علم أنه يلعب بالنرد ردّ شهادته سواء قامر به أو لم يقامر، لما في حديث أبي داود:

حد أو قتل. وقال أهل الحجاز وأهل الحديث: هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ في الحديث المعروف وهي: الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر. وقال بعضهم: ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة **(ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة، ولا من يلعب بالنرد أو الشطرنج)** إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة: القمار، أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو إكثار الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان، ولم يفرّق بين النرد والشطرنج في شرط أحد الأمرين. وفرق في الذخيرة، وجعل اللعب بالنرد مسقطاً للعدالة مجرداً لقوله عليه الصلاة والسلام: «ملعون من لعب بالنرد» والملعون لا يكون عدلاً، ويجوز أن يكون إفراد قوله فأما مجرّد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة إشارة إلى ذلك قوله: **(لأن للاجتهاد فيه مساغاً)** قيل: لأن مالكاً والشافعي يقولان بحلّ اللعب بالشطرنج، وشرط أن يكون آكل الربا

قال: **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق)** لأنه تارك للمروءة، وإذا كان

«من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله»[1] ولعب الطاب في بلادنا مثله لأنه يرمي ويطرح بلا حساب وإعمال فكر، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أو لا. فأما الشطرنج فقد اختلف في إباحته، فعندنا لا يجوز، وكذا عند الإمام أحمد لما رويناه، فإنه قد قيل: إن النردشير[2] هو الشطرنج، ولما سيأتي في باب الكراهة إن شاء الله تعالى مع قوله عليه الصلاة والسلام: «كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاثة: تأديبه لفرسه، ومناضلته عن قوسه، وملاعبته من أهله» ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام: «ليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله»[3] وعند الشافعي ومالك: يباح مع الكراهة إن تجرد عن الحلف كاذباً والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجرداً مساغ لم تسقط العدالة به. وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكاكاً لأنه إما ساحر أو كذاب: أعني الذي يأكل منها ويتخذها مكسبة، فأما من علمها ولم يعملها فلا، وصاحب السيميا على هذا قوله: **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** وفي بعض النسخ المستقبحة، وفي بعضها المستخفة وإن لم تكن في نفسها محرمة. والمستخفة بفتح الخاء وكسرها: أي التي يستخف الناس فاعلها، أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه ما لا يليق، وعلى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ولا يستخفنك الذين لا يوقنون﴾ [الروم: ٦٠] وذلك **(كالأكل على قارعة الطريق)** يعني بمرأى الناس، والبول عليها، ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور، وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة

مشهوراً به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا، فلو ردّت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالباً، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فإنه يسقط العدالة. وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** وفي نسخة المحتقرة، وفي أخرى المستقبحة، وفي أخرى المستخفة، وفي أخرى المسخفة كلها على اسم

قوله: **(فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق)** أقول: قال الكاكي في معراج الدراية: واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمناً عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اهـ. ففي قول الأكمل: إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة بحث.

---

(١) جيد. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ١٢٦٩ و ١٢٧٢ وأبو داود ٤٩٣٨ وابن ماجه ٣٧٦٢ ومالك ٢/ ٩٥٨ ح ٦ والحاكم ١/ ٥٠ والبيهقي ١٠/ ٥١٤. ٥١٥ وأحمد ٤/ ٣٩٤. ٣٩٧. ٤٠٠ من طرق عن سعيد بن أبي هند عن أبي موسى مرفوعاً. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وفيه إرسال حيث قال ابن أبي حاتم في مراسيله ١١٨. قال أبي لم يلق سعيدُ بن أبي هند أبا موسى ا هـ. لكن له شاهد فقد أخرجه مسلم ٢٢٦٠ وأبو داود ٤٩٣٩ وابن ماجه ٣٧٦٣ وأحمد ٥/ ٣٥٢. ٣٦١ كلهم من حديث بريدة مرفوعاً: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم خنزير، ودمه».

فائدة: قال الذهبي في كتابه الكبائر عند حديث ١٩٨: وقد أجمع المسلمون على تحريم اللعب بالنرد، ويكفي على تحريم النرد هذا الحديث ا هـ.

فائدة: جاء في شرح مسلم للنووي ١٥/ ١٥ ما ملخصه: قال العلماء: النردشير هو النرد، فالنرد عجمي معرّب وشير معناه: حلو. وهذا الحديث حجة للشافعي، والجمهور في تحريم اللعب بالنرد.

وأما الشطرنج فمذهبنا أنه مكروه ليس بحرام، وهو مروي عن جماعة من التابعين. وقال مالك، وأحمد: حرام. قال مالك: هو شر من النرد، وألهى عن الخير وقاسوه على النرد. وأصحابنا يمنعون القياس ويقولون: هو دونه. ومعنى صبغ يده... الخ. في حال أكله منهما، وهو تشبيه لتحريمه بتحريم أكلهما.

(٢) هذا القول ضعيف، والنرد غير الشطرنج كما تقدم في كلام النووي.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٢٥١٣ والترمذي بإثر حديث ١٦٣٧ وابن ماجه ٢٨١١ وأحمد ٤/ ١٤٨ والنسائي ٦/ ٢٨ من طرق كلهم من حديث عقبة بن عامر. وأخرجه الترمذي عن عبد الله بن عبد الرحمن برقم ١٦٣٧ وفيه إرسال وأخرجه الحاكم ٢/ ٩٥ من حديث أبي هريرة وصححه على شرط مسلم ورده الذهبي بقوله: فيه سويد بن عبد العزيز. متروك ا هـ وحديث الباب حسنه الترمذي وصححه.

لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم **(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف)** لظهور فسقه بخلاف من

وبعض من لا يستحي من الطلبة، والمشي بسراويل فقط، ومدّ رجله عند الناس، وكشف رأسه في موضع يعدّ فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء، لأن من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور. وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوّة الأولى إذا لم تستحِ فاصنع ما شئت»[1] وعن الكرخي: لو أن شيخاً صارع الأحداث في الجامع لم تقبل شهادته لأنه سخف. وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذي يسمى في عرف ديار مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل، وبه قال الشافعي وأحمد، ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم، ورأيت أكثر مخلف للوعد السمكري. والأصح تقبل لأنها قد تولاها قوم صالحون، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة، ومثله النخاسون والدلالون فإنهم يكذبون كثيراً زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل إلا من علم عدالته منهم. وقيل لا تقبل شهادة بائع الأكفان. قال شمس الأئمة: هذا إذا ترصد لذلك العمل، فأما إذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الأكفان فتقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون. وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذباً، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة. والصحيح تقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح، فإنهم غالباً إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلاً له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة إذا صدر المعنى بعدها. وردّ بعض العلماء شهادة القروي والأعرابي، وعامة العلماء تقبل إلا بمانع غيره. ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف. وفي الحديث: «ويل للذي يحدّث ويكذب كي يضحك منه الناس، ويل له ويل له»[2] وقال نصير بن يحيى: من يشتم أهله ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل وإن كان أحياناً تقبل، وكذا الشتام للحيوان كدابته، وأما في ديارنا فكثيراً يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك، ولا من يحلف في كلامه كثيراً ونحوه. وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عن أبي يوسف فردّ شهادته فشكاه إلى الخليفة، فقال الخليفة: إن

المفعول سوى المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة إلى السخف: رقة العقل، من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل، وصحح صاحب المغرب هذه الأخيرة **(كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المروءة، وإذا كان لا يستحيي من مثل ذلك)** فالظاهر أنه **(لا يمتنع عن الكذب)** فكان متهماً.

قوله: **(سوى المسخفة الخ)** أقول: أي الأفعال التي تكون سبباً لنسبة صاحبها إلى السخف ورقة العقل. ثم أقول: يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة بفتح النون من السخف والسن حينئذ تكون أصلية، وأما المستخفة بالتشديد عى صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة قال المصنف: **(وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لأنهم يكذبون كثيراً، فأما من كان عدلاً منهم تقبل شهادتهم اهـ. وفيه لا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقص والمسخرة بلا خلاف. وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله: لا تقبل شهادة البخيل. وقال مالك: إن أفرط البخل لا تقبل. قال الزيلعي: وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل، فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والأقارب اهـ.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٤٨٣ و ٣٤٨٤ وفي الأدب المفرد ٥٩٧ و ١٣١٦ وأبو داود ٤٧٩٧ والطيالسي ٦٢١ وأحمد ٤/ ١٢١. ١٢٢ و ٥/ ٢٧٣ وابن حبان ٦٠٧ وابن ماجه ٤١٨٣ وعبد الرزاق ٢٠١٤٩ وأبو نعيم في الحلية ٨/ ١٢٤ والبيهقي ١٠/ ١٩٢ والبغوي ٣٥٩٧ كلهم من حديث أبي مسعود البدري وفي الباب من حديث حذيفة. أخرجه أحمد ٥/ ٣٨٣. ٤٠٥ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٣٧١ والخطيب في تاريخ بغداد ١٢/ ١٣٥. ١٣٦.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٢٣١٥ والحاكم ١/ ٤٦ والديلمي ٧١٥٠ وأحمد ٥/ ٣. ٥. ٧ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، وهو معاوية بن حيدة. وقال الترمذي: حديث حسن. وهو كما قال الترمذي للاختلاف المعروف في سلسله بهز بن حكيم عن أبيه عن جده والجمهور أنها من نوع الحسن. والإسناد إلى بهز قوي جاء من عدة طرق.

يكتمه **(وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية)** وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنه

وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته؟ قال: لأني سمعته يوماً قال للخليفة: أنا عبدك، فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذباً فكذلك، فعذره الخليفة. والذي عندي أن ردّ أبي يوسف شهادته ليس لكذبه، لأن قول الحرّ لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك، وكوني تحت أمرك ممتثلاً له على إهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع، ووجه الشبه ليس كذباً محظوراً شرعاً ولذا وقع المجاز في القرآن، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وتملقه لأجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره. والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة. وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل. وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء. والسخف: رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل. وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل. وقال مالك: إن أفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق قوله: **(ولا من يظهر سبّ السلف)** كالصحابة والتابعين، ومنهم أبو حنيفة رحمه الله، وكذا العلماء. ونص أبو يوسف على عدم قبوله، قال: لأنه إذا أظهر سبّ واحد من المسلمين تسقط عدالته، فإذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولاً، وقيد بالإظهار لأنه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته، ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة: لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله ﷺ، وأقبل شهادة من يتبرأ منهم، لأن إظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتي به إلا الأوضاع والأسقاط، وشهادة السخيف لا تقبل، ولا كذلك المتبرىء لأنه يعتقده ديناً مرضياً عند الله وإن كان على باطل. فالحاصل أنه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة قوله: **(وتقبل شهادة أهل الأهواء)** كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة، إلا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب، لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم، وهو الذي ذكره المصنف، فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للأمر الأول. وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية. وأما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف. وجه قول مالك ما ذكر أن البدعة في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب ردّ شهادته بالآية. ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى أنه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به. وأما الآية فإنها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الإسلام، فكان المراد منها الفسق الفعلي، ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل. والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول رواياتهم للحديث. وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماده الغلوّ في الصحة مع أن قبول الرواية أيضاً مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى، وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم. والخطابية نسبة إلى أبي الخطاب وهو محمد بن أبي وهب الأجدع، وقيل محمد ابن أبي زينب الأسدي الأجدع. وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس

(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة **(لظهور فسقه)** وقيد بالإظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل. روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: لا أقبل شهادة من سبّ أصحاب رسول الله ﷺ، وأقبل شهادة من يبرأ منهم. وفرّقوا بأن إظهار سبه لا يأتي به إلا الأسقاط السخفة، وشهادة السخيف لا تقبل، ولا كذلك المتبرىء لأنه يعتقد ديناً وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه **(وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية)** منهم، والهوى ميلان النفس إلى ما يستلذّ به من الشهوات، وإنما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض، فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، ثم كل واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة.

فسق من حيث الاعتقاد وأما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطي. أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم. وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم.

قال: **(وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم).**

وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناائس قوله: **(وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض)** قيد بها لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد إنها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه **(وقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا تقبل أصلاً لأنه فاسق، قال تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾)** ووقع في كثير من نسخ الهداية: والكافرون هم الفاسقون. وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخي قال تعالى للكافرين: هم الفاسقون إذ الذي في القرآن: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ **(فيجب التوقف في خبره، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتدّ)** بذلك الجامع، ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وقال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكافر ليس ذا عدل ولا مرضياً ولا منا، ولأنا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقولهم. قال المصنف: **(ولنا ما روي: «أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض»)** قال الإمام: المخرج غريب[1]. وغير مطابق للمدعي، وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم، ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق، وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله: «أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض»[2] ومجالد فيه مقال. ثم قال شيخنا علاء الدين: ويوجد في

وقال الشافعي رحمه الله: **(لا تقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق)** إذ الفسق الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي **(ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد)** وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين، والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً فصار كحنفي شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامداً معتقداً إباحة فإنه لا يصير به مردود الشهادة. والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس لأنه كان يزعم أن علياً الإله الأكبر وجعفراً

قال المصنف: **(وقال الشافعي: لا تقبل لأنه أغلظ من وجوه الفسق) أقول:** عدم قبول شهادة أهل الأهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية، وأما قول الشافعي فقولنا بلا اختلاف.

قوله: **(فإنه معطوف على قوله: ﴿ما لكم من ولايته من شيء﴾ الآية) أقول:** هذه الآية في سورة الأنفال قوله: **(فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني) أقول:** وللخصم أن يقول: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، وقد ورد نص على عدم القبول فليتأمل. ثم لو صح ما ذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى قال المصنف: **(قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الفاسقون﴾) أقول:** هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون قوله: **(أجاز شهادة النصراني) أقول:** الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى قوله: **(ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول:** قال في النهاية: المسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح قوله: **(فله أهلية الشهادة) أقول:** لأن الشهادة من باب الولاية قوله: **(فالجواب أن القياس في الذمي الخ) أقول:** وفيه بحث، فإن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية للذمي على المسلم فكيف يكون القياس في الذمي كذلك، ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دار حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين داراً لا يتمشى هذا الجواب، إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه ابن ماجه ٢٣٧٤ من حديث جابر وفيه مجالد بن سعيد. قال البوصيري في الزوائد: ضعيف.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٥: مجالد فيه مقال. قلت: ولفظ ابن ماجه: «أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض».
وقال الحافظ في التقريب عن مجالد: ليس بالقوي، وتغير بآخرة.

(٢) هو المتقدم.

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا تقبل لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ فيجب التوقف في خبره، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد. ولنا ما روي أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محظور الأديان، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه، ولأنه يتقوّل عليه لأنه يغيظه قهره إياه، ومن الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقوّل.

بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى، وذكر ما رواه أبو داود بهذا الإسناد: «جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا إلى رسول الله ﷺ، فقال: ائتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بابني صوريا، فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد فيها إذا شهد أربعة منكم أنهم إذا رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما، قال: فما يمنعكما أن ترجموهما؟ قالا: ذهب سلطاننا فكرهنا القتل، فدعا رسول الله ﷺ باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة، فأمر رسول الله ﷺ برجمهما»(١) قال: هكذا وجدته في نسخة علاء الدين يده، وهو تصحيف، وإنما هو فدعا بالشهود بخط كشفته من نحو عشرين نسخة، وكذا رواه إسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا: فدعا بالشهود. قال في التنقيح: قوله في الحديث: «فدعا بالشهود فشهدوا» زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرده به انتهى كلامه. لكن الطحاوي أسنده إلى عامر الشعبي عن جابر، وفيه أنه ﷺ قال: ائتوني بأربعة منكم يشهدون»(٢) ثم قول القائل(٣) لا يقبل ما تفرد به

الصادق الإله الأصغر. وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك، وقيل لكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لأنهم كافرون إن كانوا كما قيل أولاً، ولتمكن التهمة في شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانياً أو ثالثاً. قال: (**وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ**) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني. وقال ابن أبي ليلى: إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» والجواب أنه مخالف لقوله تعالى: ﴿الذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ والمراد به الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ﴿ما لكم من ولايتهم من شيء﴾ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي: لا تقبل لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾) والظلم فاسق (**فيجب التوقف في خبره**) لقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه

قوله: (**والجواب أنه ليس بمرضي**) أقول: لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضياً من حيث الشهادة، وإلا فليس واحد من الخصوم راضياً للشهادة على نفسه بل كونه مرضياً من حيث أمواله، فالأولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات، والشهادة منها وجوابه ظاهر قوله: (**ومن بعدهم على أن الحق ماهم عليه**) أقول: قوله ومن بعدهم مبتدأ، وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي هاهنا بحث فليتأمل قوله: (**منع لوجود الملزوم**) أقول: يعني منع لوجود الولاية قوله: (**وقد مر لنا الخ**) أقول: مر آنفاً قال المصنف: (**لأنه يغيظه**) أقول: قال الكاكي: أي المسلم وفي النهاية للشأن: أي الشأن هو أن يسخط الذي قهره إياه.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٥٢ والدارقطني ٤/ ١٦٩. ١٧٠ وإسحاق، والبزار، وأبو يعلى في مسانيدهم كما في نصب الراية ٤/ ٨٥ كلهم من حديث جابر ومداره على مجالد بن سعيد. وقال الدارقطني: تفرد به مجالد، وهو ليس بالقوي.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٥: قال في التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ: لفظ: فدعا بالشهود، فشهدوا». زيادة في الحديث تفرد بها مجالد، ولا يحتج بما انفرد به. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ.
قال الزيلعي: ورواه أبو داود عن الشعبي مرسلاً لم يذكر فيه: «فدعا بالشهود، فشهدوا» والله أعلم قلت: مرسل الشعبي عند أبي داود ٤٤٥٣.

(٢) ومع ذلك هو واهٍ لمخالفته لرواية من هو أوصى منه. ثم الحديث في البخاري ٣٦٣٥ و ٦٨٤١ و ٧٣٣٢ و ٧٥٤٣ ومسلم ١٦٩٩ وغيرهما، وليس فيه ذكر الشهود أصلاً.

(٣) القائل هو ابن عبد الهادي صاحب التنقيح، وهو الحق. والله أعلم لأن مجالداً لم يتابع على تلك الزيادة.

قال: (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من

مجالد يجري فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف إذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط، ولا شك أن رحمه عليه الصلاة والسلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما. وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة إذ هو يوافق ما أنزل إليه، فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة في نفس الأمر منهم وإن لم يذكر في الرواية المشهورة، لأن القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأماكنهم، فهذه دلالة على أن مجالداً لم يغلط في هذه الزيادة. وأنت علمت في مسألة أهل الأهواء أن مراد الآية فسق الأفعال لأنه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد، إلا أن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١] فبقيت على بعضهم بعضاً. ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمي من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه، بخلاف المرتد المقيس عليه إذ لا ولاية له أصلاً فلا شهادة له، ولأنه يتقوّل على المسلم لغيظه بقهره فكان متهماً فيه، بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى، لأنه وإن عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه، ولا يخفى ما فيه إذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلماً ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد، رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فإنها تجوز على ملة غيرهم»[1] وأيضاً فقول الراوي أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها، ويحتمل أنه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عيناً، غير أن في هذه خلافاً في الأصول، ورجح الثاني وهو مسألة قول الراوي: «قضى بالشفعة للجار»[2] قوله: (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به المستأمن لأنه لا يتصوّر غيره، فإن الحربي لو دخل بلا أمان قهراً استرقّ، ولا شهادة للعبد على أحد، وذلك لأن الذمي أعلى من المستأمن

ولخلاف جنسه (ولنا ما روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين. فإن قيل: المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس. فالجواب أن القياس في الذمي كذلك، لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ واعترض بأن الله تعالى قال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ والكافر ليس بمرضي. والجواب أنه ليس بمرضيّ بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقاً. والأول مسلم وليست بمقبولة. والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض قوله: (والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق. وتقريره: الفسق مانع حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد. والثاني ممنوع والأول مسلم، لكن فسق الكفر ليس من بابه فإن الكافر يجتنب محرم دينه. واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلاً على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور، وهم ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها، قال الله تعالى:

قوله: (لأنه مأخوذ قهراً) أقول: جواب لقوله لا يقال يجوز الخ، قال المصنف: (لأن الذمي من أهل دارنا) أقول: قال الكاكي: وإنما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/٦٩ وابن عدي ٥/١٦ في الكامل والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/٢٠١ كلهم من حديث أبي هريرة مصدره: «لا ترث ملة ملة...» وقال الهيثمي: فيه عمر بن راشد ضعيف.
وقال ابن عدي: قال أحمد: عمر بن راشد لا يسوى شيء وقال يحيى: ضعيف. وفي رواية: ليس بشيء. ووافقهم الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٦.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١٤ و ٢٢٥٧ و ٢٤٩٦ وأحمد ٣/٣٩٩ وابن حبان ٥١٨٦ والطحاوي ٤/١٢٢ والبيهقي ٦/١٠٢ والبغوي ٢١٧١ كلهم عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مال لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق، فلا شفعة.

أهل دارنا وهو أعلى حالاً منه، وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي (**وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل**) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث، بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا، ولا كذلك المستأمن (**وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية**) هذا هو الصحيح في حدّ العدالة المعتبرة، إذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا، فأما الإلمام بمعصية لا تنقدح به العدالة

لأنه قبل خلف الإسلام وهو الجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه، ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن. وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فإن كانوا من دارين: يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وإن كانوا من أهل دارين مختلفين لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي، وإنما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الإرث والمال قوله: (**وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته**) هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل، وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي. والمروي عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتي بكبيرة ولا يصرّ على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة، هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال: أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي، ثم ذكر ذلك، وكان يكفيه إلى قوله ومروءة ظاهرة. وقول المصنف (**فأما الإلمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة**) يريد الصغيرة، ولفظ والإلمام وألمّ قد اشتهر في الصغيرة، ومنه قول ابن خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة:

إن تغفر اللهم تغفر جما   وأيّ عبـد لـك لا ألـمـا

﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلوّاً﴾ وأجيب بأن المراد به الإخبار على عهد رسول الله ﷺ المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظور إذ هو محظور الأديان كلها. وقوله (**بخلاف المرتد**) جواب عن قوله فصار كالمرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل. وقوله: (**وبخلاف شهادة الذمي على المسلم**) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم. ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة، وهو كما ترى منع لوجود الملزوم، وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال، ولأنه يتقوّل عليه جواب آخر. وتقريره: سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه فإنه

في الإرث والمال انتهى. فلم لا يقال مثل هذا في المستأمنين من دارين مختلفين قوله: (**لأنه لا ولاية له على الذمي**) أقول: لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقاً على ما ذكره في الذمي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم قوله: (**وتقبل شهادة الذمي عليه**) أقول: لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده، بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم الشهادة المستأمن على الذمي قوله: (**وفيه نظر لأن اختلاف الدارين الخ**) أقول: لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما داراً مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالاً من الآخر: أعني تساويهما في الحال قوله: (**فإن قلت: أما يجوز أن يكون علة القبول الخ**) أقول: لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه قوله: (**فله الولاية العامة**) أقول: أنت خبير بأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ما لكم من ولايتهم من شيء﴾ وأيضاً مخالف لما نص عليه المصنف آنفاً من سلب ولاية الذمي بالإضافة إلى المسلم، فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه، فالأولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا قال المصنف: (**إذ لا بد من توقي الكبائر كلها**) أقول: وفيه بحث، ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سراً وهو قول آخر من أصحابنا في البدائع. ومن أصحابنا من من قال: إذا كان الرجل صالحاً في أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شيء من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحياناً لصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلاً، وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلاً لأن شرب الخمر يكون كبيرة محضة وإن كانت للتداوي انتهى. ولعل هذا الأخير هو الأولى، ويفهم من قوله هذا هو الصحيح في حد العدالة انتهى فليتأمل.

المشروطة فلا تردّ به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سدّ بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق.
قال: **(وتقبل شهادة الأقلف)** لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً،

هكذا أورده العتبي عنه بسنده، ونسبه الخطابي إلى أمية، ونسبه صاحب الذخيرة إياه إلى النبي ﷺ غلط. ولا بأس بذكر أفراد نص عليها: منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال وإن كان متأوّلاً في تركها كأن يكون معتقداً فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك، وكذا بترك الجمعة من غير عذر، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي، والأول أوجه. وذكر الاسبيجابي: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر، ولا بد من كونه في غير إرادة التقوّي على صوم الغد أو مؤانسة الضيف، وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الأمير عند قدومه. وردّ شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في نفقة طريق مكة كأنه رأى منه تضييقاً ومشاححة فشهد منه البخل. وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لأنه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال، وتردّ شهادة من لم يحج إذا كان موسراً على قول من يراه على الفور، وكذا من لم يؤدّ زكاته، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكل من شهد على إقرار باطل وكذا على فعل باطل، مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهوداً. قال المشايخ: إن شهدوا حلّ لهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجهات والإجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم قوله: **(وتقبل شهادة الأقلف)** نص عليه الخصاف. قال: وتجوز صلاته وإمامته إلا إذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفاً من الهلاك، وكل من يراه واجباً يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه ﷺ أنه قال: «الختان للرجال سنة، وللنساء مكرمة»[1] وما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما

يحمله على التقول عليه، بخلاف ملل الكفر فإنها وإن اختلفت فلا تقهر لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول، قال: **(ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي الخ)** لا تقبل شهادة الحربي على الذمي. قال المصنف **(أراد بالحربي المستأمن)** وإنما قال ذلك لأن شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لأنها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الإسلام. لا يقال: يجوز أن يدخل حربي دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لأنه مأخوذ قهراً فيصير عبداً، ولا شهادة للعبد لأحد ولا عليه، وإنما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب، واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية، وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في

قال المصنف: **(إلا إذا تركه)** أقول: الختان المفهوم من الكلام.

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد ٥/ ٧٥ وابن عدي في الكامل ١/ ٢٧٤ والبيهقي ٨/ ٣٢٥ كلهم من حديث أبي المليح بن أسامة الهذلي عن أبيه مرفوعاً ومداره على حجاج بن أرطاة.
قال البيهقي عقب حديثه: لا يحتج به. وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٥ من حديث ابن عباس وقال: هذا إسناد ضعيف، والمحفوظ موقوف. ثم أسنده البيهقي موقوفاً على ابن عباس.
وأخرجه أيضاً من حديث أبي أيوب، وفيه حجاج أيضاً، وهو واهٍ. وهو عند الديلمي ٣٠١٣ من حديث شداد بن أوس وفيه الحجاج أيضاً وهو واهٍ.
وقال ابن أبي حاتم في علله ٢٢٣١: سألت أبي عن حديث حجاج رواه عن شداد بن أوس، ورواه عن مكحول عن أبي أيوب. قال أبي: أتوهم أن حديث مكحول خطأ. وقد رواه النعمان بن المنذر عن مكحول مرسلاً وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٨٢ ما ملخصه: الحجاج مدلس، واضطرب فيه، فتارة رواه عن أسامة الهذلي وتارة زاد: شداد بن أوس. وتارة عن مكحول عن أبي أيوب.
وقال ابن عبد البر في التمهيد: مداره على حجاج، وليس ممن يحتج به. قلت: رواه البيهقي من وجه آخر وضعفه. وقال البيهقي في المعرفة: لا يصح رفعه اهـ. فالحديث ضعيف، ولعل الراجح وقفه كما ذكر البيهقي. وانظر الكلام عليه في فتح الباري ١٠/ ٣٤١.

(والخصي) لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده **(وولد الزنا)** لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم. وقال مالك رحمه الله: لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثله فيتهم. قلنا: العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه، والكلام في العدل.

قال: **(وشهادة الخنثى جائزة)** لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **(وشهادة العمال جائزة)** والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ، لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم. وقيل العامل

أنه قال: «لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته»[1] إنما أراد به المجوسي؛ ألا ترى إلى قوله: «ولا تؤكل ذبيحته»[2] قوله: **(والخصيّ إذا كان عدلاً)** لأنه لا مانع لأن حاصل أمره مظلوم. نعم لو كان ارتضاء لنفسه وفعله مختاراً منع. وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصيّ على قدامة بن مظعون، رواه ابن أبي شيبة بسنده. ورواه أبو نعيم في الحلية: حدثنا إسماعيل بن مسلم عن أبي المتوكل أن الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر، فقال عمر رضي الله عنه: هل معك شاهد آخر؟ قال: لا، قال عمر: يا جارود ما أراك إلا مجلوداً، قال: يشرب ختنك الخمر وأجلد أنا، فقال علقمة الخصي لعمر: أتجوز شهادة الخصي؟ قال: وما بال الخصي لا تقبل شهادته؟ قال: فإني أشهد أني رأيته يتقيؤها، فقال عمر: ما قاءها حتى شربها، فأقامه ثم جلده[3]. وأخرجه عبد الرزاق مطوّلاً قوله: **(وولد الزنا)** أي تقبل شهادته في الزنا وغيره، إذ لا تزر وازرة وزر أخرى. وعن مالك رحمه الله: لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب **(وشهادة الخنثى المشكل جائزة)** إذا شهد مع رجل وامرأة، فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل، إلا إذا زال الإشكال بظهور ما يحكم به بأنه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه قوله: **(وشهادة العمال جائزة)** والمراد عمال السلطان، لأن العمل نفسه ليس بفسق لأنه معين للخليفة على إقامة الحق وجباية المال الواجب، ولو كان فسقاً لم يَلِهِ أبو هريرة وأبو موسى الأشعري لعمر وكثير، وهذا أحسن مما قيل، ولو كان فسقاً لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لأن هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملاً يكون نائبه

الفرائض، وعلى هذا قوله وهو أعلى حالاً منه: أي أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهاراً على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لأنه لكونه أعلى حالاً أقرب إلى الإسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن، وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكماً علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك إليه للعلية في بعض الصور دون بعض الحكم، والأول هو الظاهر. فإن قلت: أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزاء لعلة انقطاع الولاية. قلت: بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل.

قوله: (سلمنا لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول: فيه بحث، إذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه. والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مغياً بالتحدث: يعني سلمنا أنه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة، إلا أن المؤاخذة في إرادة ذلك واختياره لا في مجرد الحب الطبيعي، ولا نسلم أن العدل يريد ذلك،

---

(١) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٥ بسنده عن قتادة عن رجل عن ابن عباس موقوفاً، وكرره من وجه آخر عن ابن عباس موقوفاً أيضاً ومداره على إسحاق بن إبراهيم الدبري، وهو متكلم فيه وفي الإسناد الأول واهٍ مجهول. وفي الثاني: داود بن حصين عن عكرمة. قال الحافظ في التقريب: ثقة إلا في عكرمة ا هـ.

وقال الذهبي في ميزانه: إسحاق الدبري روى عن عبد الرزاق أحاديث منكرة ا هـ.

الخلاصة: مداره على الدبري هذا عن عبد الرزاق وهو واهٍ. لكن رواه ابن أبي شيبة من وجه آخر كما في نصب الراية ٤/ ٨٧ فتقوى به.

تنبيه: قوله: لا تقبل شهادته الخ. أي الأقلف الذي لم يختتن.

(٢) هو بعض أثر ابن عباس المتقدم.

(٣) ذكر هذا الأثر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٦، ٨٧.

إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مرّ عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق، لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة.

قال: **(وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً، وإن أنكر الوصي**

فيه، وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر وينقشع عنه الظلم كالحجاج. وقيل أراد ما روي عن أبي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه وردّه شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية. وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل، لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لإظهار مخالفتهم، وكيف لا وكسبهم أطيب كسب، وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل، وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعاً لا تقبل. وقدمنا على البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلماً، فعلى هذا تقبل شهادته، والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد. ومثله المعرّفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم قوله: **(وإذا شهد الرجلان)** صورتها: رجل ادعى أنه وصى

وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكماً على وجه لا يلزم ذلك. قال: **(وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض الخ)** المستأمنون في دارنا لا يخلو إما أن يكونوا من دار واحدة أو لا، فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض، وإن كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله: **(بخلاف الذمي)** جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت. ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها، فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت. ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة على المسلم المسلم كعكسه، لكن تركنا بالنص كما مر، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنه من دارنا فهي تجمعهم، بخلاف المستأمنين. قال: **(وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ)** وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون مما لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والإصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله في تعاطي الصغائر، فإن كان إتيانه بما هو مأذون في الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بإلمام الصغائر لئلا يفضي إلى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لإحيائها **(وتقبل شهادة الأقلف وهو من لم يختتن)** لأن الختان سنة عند علمائنا، وترك السنة لا يخل بالعدالة إلا إذا تركها استخفافاً بالدين فإنه لا يبقى حينئذ عدلاً بل مسلماً، وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتاً معيناً، إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك ولا إجماع، والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع و بعد السابع، لكنه شاذ **(و)** تقبل شهادة **(الخصي)** وهو منزوع الخصية لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنها قطعت ظلماً فصار كمن قطعت يده **(و)** تقبل شهادة **(ولد الزنا)** لأن فسق الأبوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى وقال مالك: **(لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثله)** والكاف زائدة كما في قوله تعالى: ﴿ليس كمثله شيء﴾ فيهتم: قلنا: الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لأنه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به، سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه. **(وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص)** قال الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ ويشهد

قال المصنف: **(وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان)** أقول: يقال أوصى إليه: أي جعله وصياً، وأوصى له بكذا: أي جعله موصى له قال المصنف: **(والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً)** أقول: قوله والوصي يدعي: أي الوصي يرضى، هكذا سنح للبال. ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود ما نصه: والمراد من الدعوى في قوله والوصي يدعي هو الرضا، إذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي أن ينصب وصياً إذا رضي به انتهى.

لم يجز) وفي القياس: لا يجوز وإن ادعى، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصيّ إذا كان طالباً والموت معروف، فكيفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقرّان

فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحساناً. والقياس أن لا تجوز، لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد. أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرءان بالدفع إليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعاً لا تقبل. وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئاً لم يكن واجباً عليه، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء. ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضي في تعيين الأنصباء، فكذا هذه الشهادة في هذه الصورة لم تثبت شيئاً، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصيّ عن القاضي، فإن للقاضي إذا ثبت الموت ولا وصيّ أن ينصب الوصي، وكذا إذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فإن الشهادة لم تثبت شيئاً وثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصياً، فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك، فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح، وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعي منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما، أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضي الآخر، وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضي لا يملك نصب وصيّ قبل الموت إلا في شهادة الغريمين المديونين فإنه لا يشترط في إثبات الوصي الذي شهدا له ثبوت الموت لأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعاً، وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لأنه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب، فلو أثبت القاضي وكالته لكان مثبتاً لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف، وإذا تحققت ما ذكر ظهر

مع رجل وامرأة للاحتياط، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة قال: **(وشهادة العمال جائزة)** قال فخر الإسلام: وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير أنه كان يعني أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لأن نفس العمل ليس بفسق، لأن أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالاً يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فإنه لا تقبل شهادتهم قوله: **(وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته)** لعله يريد به إذا كان عوناً له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق **(لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة)** وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادتهم، فيكون إيراد هذه المسألة رداً لقولهم لأن كسبهم أطيب

قوله: **(لأنه ليس له نصب ولاية الوصي)** أقول: الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصي.

على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة.

أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياساً واستحساناً إذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وإنما ثبت عندهما نصب القاضي وصياً اختاروه، وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان، ولو اعتبرا في نفس إيصاء القاضي إليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياساً واستحساناً. والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس إلا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى إليه قال: جائز إن ادعى ذلك، وإن أنكر لم يجز، وإن شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلاً في ذلك كله لأن القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب، فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة.

[فروع] إذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكاً لمودعهما تقبل، ولو شهدا على إقرار مدعيها أنها ملك المودع لا تقبل إلا إذا كانا ردّا الوديعة على المودع، ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت، ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته للمدعي لإقرارهما بالغصب، ولو شهدا على إقرار المدعي بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل، وإن كان الرهن هالكاً إلا إذا شهدا بعد رد الرهن، وإذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعي لما ذكرنا، ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا تقبل إلا إذا كان بعد رد المغصوب، ولو هلك في يدهما ثم شهدا للمدعي لا تقبل، ولو شهد المستقرضان بأن الملك في المستقرض للمدعي لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده، ولو ردّ عينه، وعن أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء إذا شهد المشتريان شراء فاسداً بأن المشتري ملك للمدعي بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضي العقد أو تراضوا على نقضه هذا إذا كان في يدهما، فلو ردّاه على البائع ثم شهدا قبلت، ولو شهد المشتري بما اشترى لإنسان ولو بعد التقايل أو الردّ بالعيب بلا قضاء لا تقبل، كالبائع إذا شهد بكون المبيع ملكاً للمدعي بعد البيع، ولو كان الردّ بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذي عليهما لهذا المدعي لا تقبل وإن قضيا الدين، وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعي إن قال المدعي إن الإجارة كانت بأمري لا تقبل، ولو قال كانت بغير أمري تقبل، وشهادة ساكن الدار بغير إجارة للمدعي أو عليه تقبل خلافاً لمحمد فيما عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل. وفي العيون: أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند جحوده تجوز إجماعاً، ولو وكله بالخصومة في ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضي ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي فشهد بهذه الألف لموكله جازت، خلافاً لأبي يوسف فإنه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل، ولو كان خاصم عند القاضي والباقي بحاله لم تجز، ولو خاصم في الألف عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار، إن كان التوكيل عند القاضي قبلت، وإن كان خارجاً عنه فاحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضي بالإشهاد لا تقبل لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم، بخلاف الأول لأن القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصماً فتقبل في غير ما صار فيه خصما، هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين. وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل، أما العامة وهي أن

الأكساب، قال ﷺ «أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده» فأنى يوجب جرحاً؟ قال: **(وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان الخ)** إذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى إلى ثالث معهما فذلك خمس مسائل، فلا يخلو إما

قال: (**ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك**) لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام، ولأنه هتك السرّ والستر واجب والإشاعة حرام، وإنما يرخص ضرورة إحياء

يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشيء على أحد بعد العزل إلا على ما وجب بعد العزل. شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل إذا جحد المطلوب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصيّ للميت بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أو لا، ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية، ولو لكبير وصغير معاً في غير الميراث لا تقبل، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين دار أو غيرها لوارث بالغ تقبل، والله أعلم قوله: (**ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به**) قيل قوله ولا يحكم به تكرار. أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الأمرين، والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد، فإن كان متضمناً أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها، وذلك بأن يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة، أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة، أو إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى، أو إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة. ففي هذه الوجوه تقبل لثلاثة أوجه: أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم، والفسق لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأحد لتمكنه من رفعه في الحال بالتوبة. الثاني أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته، وهذا لأن فيه إشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه، قال تعالى: ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة

أن يكون الموت معروفاً والوصي راضياً أو لم يكن، فإن كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان إلا في الرابعة فإن ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وإن كان الأول جاز استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأنها شهادة متهم لعود المنفعة إليه بنصب من يقوم بإحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم. وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لأنها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي إذا رضي الوصي والموت معروف حفظاً لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيئاً فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي. فإن قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له. أجاب بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالها به فكان كما تقدم بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت لأنه ليس له نصب ولاية الوصي إذ ذاك فكانت هي الموجبة إلا في الغريمين له عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يعرف الموت لأنهما يقرّان على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكل فلاناً بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال (**ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ**) الجرح إما أن يكون مجرداً أو غيره لأنه لا يخلو إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولاً. والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم، والأول هو الثاني ولك أن تسميه مركباً، فإذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء وأقام الغريم بينة على الجراح المفرد مثل إن قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها. واستدل المصنف بوجهين: أحدهما قوله لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة

قوله: (**هم فسقة أو زناة**)أقول: أي زناة في زمن متقادم قوله: (**أجيب بأن من شرط ذلك في زماننا الخ**) أقول: فيه أن التقييد بقوله في زماننا يدل على جواز تفسيق الشهد علانية في الزمان الأول، وهو للمفهوم أيضاً من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتأمل في جوابه.

الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (**إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل**) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم.

قال: (**ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل**) لأنه شهادة على جرح مجرد، والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل

في الذين آمنوا لهم عذاب أليم﴾ [النور: ١٩] فإن قيل: ليس المقصود إشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه. أجيب بأن دفعه ليس ينحصر في إفادة القاضي على وجه الإشاعة بأن يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس، إذ يندفع بأن يخبر القاضي سراً فيتفرع على هذا الصور التي ذكرناها. ومنها ما لو أقام رجل: يعني المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذا الأداء لأنه على جرح مجرد. فإن قيل: الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح. أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وإن كان أمراً زائداً فلا خصم في إثباته، لأن المدعى عليه ليس نائباً عن المدعي في إثبات حقه هذا بل أجنبي عنه. وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الضيق من وجه آخر، وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم، وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح. أجيب بأن المعدل في زماننا يخبر القاضي سراً تفادياً من إشاعة الفاحشة والتعادي، وأما الرجوع عن الشهادة فإنه لا يسمع إلا عند القاضي، وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك أو ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة، فأما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن إثبات حق للعبد أو لله سبحانه بأن يشهدوا أن المدعي استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالي الذي كان في يده أو أني صالحتهم على كذا ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذي وصل إليهم تقبل، بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا إلى آخره، لكن لم أدفع إليهم المال لا تقبل لأنه جرح مجرد، وكذا إذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شرب الخمر أو سرق مني أو زنى أو شريك المدعي فيما ادعى به من المال أو شهدوا على إقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الأمر قبلت، أو على إقرار المدعي أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقاً للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح. ومنه الشهادة برقهم فإن الرق حق للعبد. ومنه ما تضمن حقاً للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بأنهم محدودون، فإنها قامت على إثبات قضاء القاضي وقضاء لقاضي حق الشرع. ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة

ورفع الإلزام، وسماعها إنما هو للحكم والإلزام. والثاني قيل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هتك السر وهو إظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقاً بهتك واجب الستر وتعاطي إظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم. فإن قيل: ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد؟ أجيب بأن من شرط ذلك في زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضي بذلك سراً إذا سأله القاضي تفادياً عن التعادي واحترازاً عن إظهار الفاحشة، وليس فيما نحن فيه ذلك، وإنما قال ولا يحكم بذلك وإن كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعمله أيضاً قوله: (**إلا أنه**) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع: أي لكن إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي أنه أقرّ أن شهودي فسقة فإنها تقبل (**لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم**) ولم يظهروا الفاحشة وإنما حكوها عن غيرهم وهو المدعي، والحاكي لإظهارها ليس كمظهرها، وكذا إذا شهدوا بأن المدعي استأجر الشهود لم يسمعها لأنه جرح مجرد، وضم الاستئجار إليه ليس بمخرج له عن ذلك لأنه من حقوق العباد فيحتاج إلى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبياً عنه (**حتى لو أقام البينة أن المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لأنه خصم في ذلك**) فكان جرحاً

قوله: (**إلا أنه استثناء الخ**) أقول: في نسخ الهداية إلا إذا الخ، فقول الشارح قوله إلا أنه الخ ليس كما ينبغي، بل الصواب أن يقال: إلا إذا. ثم إن قوله استثناء من قوله لأن الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضي البينة.

لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه، وكذا إذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال، ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل.

فتقبل. ومنه شهادتهم بأنهم شركاء المشهود له إذ ليس فيه إظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة، والمراد أنه شريك مفاوض فمهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أن شريكه في المدعى به وإلا كان إقراراً بأن المدعى به لهما، وكذا كل ما يشهدون به على إقرار المدعي بما نسبه إلى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم، بل إخبار عن إخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والإنسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الإشاعة في شهادتهم أنهم محدودون إنما هي منسوبة إلى قضاء القاضي أو شهادة القذف. هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل في وجهه أنه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق. وأوّل جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم على إقرار المدعي ذلك أو أنه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه. ثم قد وقع في عدّ صور عدم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة خمر. وفي صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحاً مجرداً لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج إلى جمع وتأويل قوله: **(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي: أي أخطأت لنسيان)** عراني بزيادة باطلة بأن كان شهد بألف فقال إنما هي خمسمائة، أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هي ألف **(جازت شهادته)** إذا كان عدلاً: أي ثابت العدالة عند القاضي أولاً فسأل عنه فعدل **(ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء)** إذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك، بخلاف ما إذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل **(وعلى هذا إذا غلط في بعض الحدود)** بأن ذكر الشرقيّ مكان الغربي ونحوه **(أو في بعض النسب)** بأن قال محمد بن عليّ بن عمر إن تداركه في المجلس قبل وبعده لا، وإذا جازت ولم ترد فبماذا يقضي؟ قيل بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقاً للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت، ولا بد من

مركباً فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه **(وكذا إذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال)** لما قلنا، بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته إليهم فإنه جرح مجرد غير مسموع قوله: **(ولهذا قيل)** أي ولما قلنا إنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن، وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل، والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة **(أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعي قبلت)** لأنه إثبات حق يدخل تحت الحكم من غير إشاعة فاحشة. أما قوله إنه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمي أثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه. وأما قوله إنه محدود في قذف فلأنه تعلق

قال المصنف: **(وكذا لو أقامها على أني صالحت)** أقول: لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما قوله: **(ولهذا قيل)** أقول: القائل هو الكاكي قوله: **(وليس له ذكر في المتن)** أقول: والأمر فيه بين أيضاً، فإن المعلومية بالالتزام تكفي في ذلك لأن تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة، فإن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور قوله: **(وقيل لما قلنا الخ)** أقول: والأظهر أن يقال: لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبني على هذين الدليلين. قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لأن الأصل هو القبول ولا مانع، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لما لا يخفى بما في تقرير الشارح حيث يدل على أن ما ذكره مبني على ذينك الدليلين وليس الأمر كذلك قوله: **(وكان المناسب أن يقول ولذلك)** أقول: ليكون إشارة إلى بعده قوله: **(أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعي)** أقول: أو شارب: أي ولم يتقادم، وقوله أو سارق: أي من المدعى عليه، وقوله أو قاذف: أي والحال أن المقذوف يدعيه، وقوله أو شريك المدعي: أي والمدعي مال.

قال: **(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي، فإن كان عدلاً جازت شهادته)** ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق عليّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة. ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة

قيده بأن يكون المدعي يدعي الزيادة، فإنه لو شهد له بألف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع إلا إن ادعى الألف وخمسمائة. وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألف وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته، لكن هل يقضي بألف أو بألف وخمسمائة؟ قيل يقضي بالكل، وقيل بما بقي فقط وهو الألف، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وإنما هو خمسمائة يقضي بخمسمائة فقط لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بألف فكذا إذا غلط، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فعلى هذا قوله في جواب المسألة جازت شهادته: أي لا ترد، لكن لا يقضي، إلا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما، وظاهر هذا أنه يقضي بالكل. وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي، وإن لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة. وعن محمد: إذا شهدوا بأن الدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا في شهادتنا، وإن قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه. فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قولهم شككنا قبل القضاء وبعده في أنه يقبل إذا كانوا عدولاً، بخلاف ما إذا لم يكن موضع شبهة وهو ما إذا ترك لفظ الشهادة أوالإشارة إلى المدعى عليه أو المدعي أو اسم أحدهما، فإنه وإن جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لأن القضاء لا يتصور بلا شرطه هو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء.

به حكم وهو إكمال الحد برد شهادته وهو حق الله، وكذلك حد الشرب وحدّ القذف وحد السرقة. فإن قيل: في هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت؟ فالجواب أن إظهار الفاحشة إذا دعت إليه ضرورة جائز لقوله ﷺ: «اذكروا الفاجر بما فيه» وقد تحققت لإقامة الحد. لا يقال: وقد تحققت في الجرح المجرد أيضاً لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه، لأنها تندفع بأن يقول للقاضي سراً ولا يظهره في مجلس الحكم، وعلى هذا في إقامة البينة على ذلك اعتباران: أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهوغير مقبول. والثاني لإقامة الحد وهو مقبول، ومن علاماته عدم التقادم. وأما إثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعي أو أبوه. قال: **(ومن شهد ولم يبرح الخ)** ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتي قال فخر الإسلام: أي أخطأت بنسيان ما يحق عليّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة: يعني تركت ما يجب عليّ أو أتيت بما لا يجوز لي، فإما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعد ما قام عنه ثم عاد إليه، وعلى كل من التقديرين إما أن يكون عدلاً أو غيره، والمتدارك إما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أو لا، فإن كان غير عدل ردت شهادته مطلقاً: أي سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع الشبهة أو غيره، وإن كان عدلاً قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل أن يدّعي لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه أو الإشارة إلى أحدهما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره، وتدارك ترك لفظ الشهادة إنما يتصور قبل القضاء، إذ من

قال المصنف: **(حتى قال قال أوهمت بعض شهادتي)** أقول: منصوب على نزع الخافض: أي في بعض شهادتي قال المصنف: **(قوله أوهمت أي أخطأت)** أقول: الأولى حذف أي التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازاً من باب ذكر الخاص وإرادة العام، لأن أوهم بمعنى أسقط قال المصنف: **(أو بزيادة كانت باطلة)** أقول: جملة كانت باطلة صفة لزيادة قوله: **(تجميع ما شهد أو لا)** أقول: أي ألفاً أو خمسمائة قوله: **(وبما بقي أو زاد عند آخرين الخ)** أقول: والأظهر عندي قول الآخرين. فإن على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذباً في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقاً، ثم إن المراد من قوله وبما بقي خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف قوله: **(وبعدها)** أقول: الظاهر أن يقال بعده.

مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت، لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، ولا كذلك إذا اختلف. وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب

[فروع] من الخلاصة: وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد في المكتب قبلت، فإن كان لهم أولاد فالأصح أنه تجوز أيضاً، وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشيء، وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل، وكذا إذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا أنه وقف لأبناء السبيل. وقيل إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل. وقال بعضهم منهم الإمام الفضلي: لا تقبل شهادة أهل المسجد. وقال أبو بكر بن حامد في جنس هذه المسائل: تقبل على كل حال لأن كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبيّ في المكتب غير لازم بل ينتقل، وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف. ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصى قال محمد: لا تقبل للابن وتبطل للباقين، وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك. وفي وقف هلال قال: وتقبل شهادة الجيران على الوقف. قلت: وكذا ذكر الخصاف في أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال: تجوز الشهادة لأن فقراء الجيران ليسوا قوماً مخصوصين؛ ألا ترى أنه إنما ينظر إلى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة، فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق؛ إلا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فإن الوقف ليس لهما بأعيانهما خاصة، ألا ترى أن وليّ الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزاً، وكذلك كل شهادة تكون خاصة، وإنما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك أن الشهادة جائزة. وذكر قبل هذا بأسطر إن شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة، وكأن الفرق تعينهما في هذه الصورة إذ لا جيران له سواهما، بخلاف تلك الصورة. ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل، ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل، وإن كان خراج كل أرض معيناً أو لا خراج للشاهد تقبل، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل، وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل. وفي النافذة: إن طلب حقاً لنفسه لا تقبل، وإن قال لا آخذ شيئاً تقبل، وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى النسفي. وقيل إن كانت السكة نافذة تقبل مطلقاً. وفي الأجناس في الشهادة على

شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط. وأما إذا كان في موضع شبه التلبيس كما إذا شهد بألف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة أو بالعكس فإنها تقبل إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أو لا عند بعض المشايخ، لأن المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت. وبما بقي أو زاد عند آخرين، لأن الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها، قال المصنف (**ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل إذا تداركه في أوانه**) وهو قبل البراح من المجلس (**وهو عدل وأما إذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل**) لأنه يوهم الزيادة من المدعي بإطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (**فوجب**

قوله: (**وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة**) أقول بل في الدليل الأول أيضاً إشارة إليه يظهر ذلك بالتأمل قال المصنف: (**وهذا إذا كان موضع شبهة**) أقول: أي شبهة التلبيس. وفي النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث.

وهذا إذا كان موضع شبهة، فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً، والظاهر ما ذكرناه والله أعلم.

الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما. ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئاً. ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما. ووضع هذه الخصاف فيما إذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهي باطلة. قال: وكذا إذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة، لأنهما إن افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما، وكل شهادة تجرّ نفعاً للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لا تجوز.

الاحتياط) قوله: **(لأن المجلس إذا اتحد)** دليل آخر على ذلك، وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة فإنه ألحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه **(وعلى هذا)** أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم **(إذا وقع الغلط في بعض الحدود)** فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس **(أو في بعض النسب)** كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن عليّ بن عمر مثلاً، فإن تداركه قبل البراح عن المجلس وإلا فلا **(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه قبل قوله في غير المجلس)** أيضاً في جميع ذلك، لأن فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير **(والظاهر ما ذكرناه)** أوّلاً من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس، والله أعلم.

باب الاختلاف في الشهادة

قال: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت، وإن خالفتها لم تقبل)** لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها.

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل، بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك، والشهادة كذلك لأنها تتفرع إما عن رؤية كما في الغصب والقتل أو سماع إقرار وغيره، والشاهدان مستويان في إدراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف قوله: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل)** لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لأنها لإثبات في حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى **(وقد وجدت)** الدعوى **(فيما يوافقها)** أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل **(وانعدمت فيما يخالفها)** فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة. واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة، بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به، بخلاف ما إذا كان أكثر، فمن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل، ويقضي بمهر المثل إن كان قدر ما سماه أو أقل، فإن زاد عليه لا يقضي بالزيادة، كذا في غير نسخة من الخلاصة. والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدعية، ومنه إذا ادعى ملكاً مطلقاً أو بالنتاج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا، لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث، والمطلق أقل من النتاج لأن الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين، وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل. ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان ذلك السبب الإرث، لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور. وقيده في الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف سماه ونسبه. أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية. وذكر الخلاف في القبول رشيد الدين، وعن هذا اختلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب، وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب. واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له. قلت: كيف وفيه إبطال حقه فإنها لا تقبل فيما لو ادعاها

باب الاختلاف في الشهادة

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً، والاختلاف إنما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعاً للتناسب. قال: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت الخ)** الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت، وإن خالفتها لم تقبل، وقد عرفت معنى الشهادة، فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعاً وكما وكيفا وزماناً ومكاناً وفعلاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبة. فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر

باب الاختلاف في الشهادة

قوله: **(والاختلاف إنما هو بعارض الجهل)** أقول: وأيضاً الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد: أي ملزومه، وأيضاً الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب، إذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل قال المصنف: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت)** أقول: صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين؛ ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى عمن له أدنى بصيرة قوله: **(وقد عرفت معنى الشهادة)** أقول: في أول كتاب الشهادة قوله: **(فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص)** أقول: أي من له خلاصة كقوله تعالى: ﴿فإن الجنة هي المأوى﴾ قوله: **(أو ادعى شق زقه)** أقول: فيه بحث قوله: **(وشهد بانشقاقه)** أقول: أي من غير شقه قوله: **(أو ادعى أنه ملكه)** أقول: لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف في الملك الذي هو إحدى مقولات العرض، وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة.

. . . .

بسبب. ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت. في الخلاصة تقبل. وحكى في فصول العمادي خلافاً، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق؛ ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك. وفي زوائد شمس الإسلام: دعوى الدين كدعوى العين، وكذا في شرح الحيل للحلواني، فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقاً، قال شمس الأئمة محمود الأوزجندي: لا تقبل. قال في المحيط في الأقضية: مسألتان يدلان على القبول انتهى. وعندي الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له، بخلاف العين. وفي فتاوى رشيد الدين: لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق. ولو شهدوا أولاً على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه ببعض ما شهدوا به أولاً. ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضي بالملك الحادث كما لو شهدا جميعاً به، وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث. ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقاً لا تقبل كما لو شهدوا جميعاً بالمطلق ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق. وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ. ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل، ولو كان للشراء شهران فأرّخوا شهراً تقبل. وعلى القلب لا، ولو أرّخ المطلق بأن قال هذا العين لي منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل.

ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعاً فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها أكثر من المدعى به. ادعى داراً واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئاً لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتاً ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل. وفي المحيط نقلاً من الأقضية وأدب

بالكوفة وشهد يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرهما لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط، ألا ترى أن المدعي يقول أدعي على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك، واستدل المصنف على ذلك بقوله: **(لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها)** أما أن تقدّمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها، ولا نعني بالخصومة إلا الدعوى، وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب. وأما

قوله: **(أما أن تقدمه)** أقول: الظاهر أن يقال تقدمها قوله: **(فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها)** أقول: هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقاً. والأصوب أن يقال: لأن الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعي في حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقاً قوله: **(وأما وجودها عند الموافقة الخ)** أقول: كذا ذكره الشارحون، وعندي الأولى أن يقال: أما وجودها عند الموافقة فظاهر، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أي دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثاني أصلاً، على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعي بشاهدين آخرين، وأيضاً ما ذكره في الجواب مخالف لما سيأتي في مسألة الشهادة بالألف والخمسمائة إذا ادعى المدعي الألف حيث جعل سكوت المدعي عن الخمسمائة تكذيباً للشاهد وتفسيقاً له ولهذا لم تقبل فليتأمل قوله وعن الثاني: **(عملاً بالأصل)** أقول: مخالف لما سيجيء أن إكذاب المدعي شاهده تفسيق له فراجعه.

. . . .

القاضي للخصاف: إذا ادعى الملك للحال: أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل. قال رشيد الدين بعد ما ذكرها: لا يجوز للقاضي أن يقول: امرو زملك وي مي دانيت. انتهى، ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم. نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط، ذكره في المحيط. قال العمادي: فعلى هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين. ومثله إذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي. أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالتملك على ما أسلفناه. وعن أبي يوسف يقضى بها، وخرّج العمادي على هذا ما في الواقعات: لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه، فقال هذا أيضاً دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل، وهذا غلط فإنه إنما تعرّض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه، بل ربما يؤخذ من منعه إحدى العبارتين دون الأخرى ثبوت القبول في إحداهما دون الأخرى، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك، وأن القاضي حينئذ لا يقضى بشيء، وسيأتي من مسائل الكتاب إذا علم شاهد الألف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقرّ بقبضها، والله سبحانه أعلم. وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهد أنها له اختلف في قبولها. والأصح أنها لا تقبل، وكذا لو ادعى أنه كان له وشهد أنه كان له لا تقبل، وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال، إذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي إلا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما إياه في الحال لجواز قصدهما إلا الاحتراز عن الإخبار بما لا علم لهما به إذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب. وفي الخلاصة: ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطاً تقبل ويقضى بالرديء، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولاً فشهدوا على غير المنخول لا تقبل. وفيها أن من ادعى على رجل ألفاً من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل، وعن هذا ذكر في المسألة المسطورة وهي ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع إنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة: هو محمول على أنهما شهدا على إقراره بذلك: أي إقرار المدعى عليه بثمن الجارية لأن بمثله في الإقرار تقبل لما سيأتي في المسألة المذكورة قبلها. وفي الكفالة: إذا شهدوا أنه كفل بألف عن فلان، فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب. ومثله ادعى أنه آجره داراً وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الإجابة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل. ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة. وقال قاضيخان: قالوا تقبل عند أبي يوسف. ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعي دفع إليه كذا ولم يقولوا

عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه قال: تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم، ولكن وجود

قال: (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم

وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فإن الشهادة على البيع شهادة على الشراء، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه. ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل، ولو شهدوا جميعاً بالإقرار به قبلت. ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل، وكذا لو شهدوا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالي جملاً بغير حق مثلاً وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى، فإذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي. وإنما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازاً عن حقوق الله سبحانه، فإن دعوى مدّع خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في إثباته، وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهداً من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها إلى خصم آخر قوله: **(ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ)** أي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضاً لوجوب القضاء. ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله **(في اللفظ والمعنى)** والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن **(فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل)** فلم يقض بشيء **(عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين)** بخلاف ما لو كان يدعي ألفاً لا يقضي بشيء اتفاقاً لأنه أكذب شاهد الألفين، إلا إن وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضي له بالألف. وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلاً عنده، وعندهما يقضي بالأقل، وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان، وهذا في دعوى الدين. أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي. وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمهما الله. ثم في رواية عن الشافعي

الشرط لا يستلزم وجود المشروط. والثاني أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعي؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع، لا أن وجود الشرط استلزم وجوده. وعن الثاني بأن الأصل في الشهود العدالة لاسيما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملاً بالأصل. قال **(ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ)** الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة، ولكنهم اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة، فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف، ولهذا إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة، وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر

قال المصنف: **(ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ)** أقول: المراد منه تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، فلا يضر مخالفة اللفظ إذا اتحد المعنى كما في الهبة والعطية والنكاح والتزويج قوله: **(الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ)** أقول: في العموم بحث، فإن موافقة الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجيء في مسألة سرقة البقرة

تقبل الشهادة عنده. وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث. لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصّل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال.

وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه **(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما وصار كالألف والألف والخمسمائة)** حيث اتفقنا على أنه يقضى بالألف وهو أنهما اجتماع على الشهادة بها **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا)** في لفظ غير مرادف **(لأن الألف لا يعبر به عن الألفين)** ويلزمه اختلاف المعنى فإنما **(هما)** أي الألف والألفان **(جملتان)** أي عددان **(متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما إذا اختلف جنس المال)** بأن شهد أحدهما بكرّ شعير والآخر بكرّ حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء أصلاً لأن المدعي كذب شاهد البيض، إلا أن يوفق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ، أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فإنه يقضي بالسود، ولم يحكوا خلافاً ذكره في الخلاصة عن الأقضية. وكذا لو شهدا لمدعي كرّ حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضي بالأقل، وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعي

بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوازه **(فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقالا: تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين** وهو دين **وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة)** وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما، كما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجيء **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً)** لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية، واختلاف الألفاظ إفراداً وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة، وإن شئت بالتثنية فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لا حقيقة ولا مجازاً والألفان لا يعبر بهما عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاماً مبايناً لكلام الآخر **(وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد)** فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافها في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة، قيل ذكر في المبسوط إذا ادعى ألفين وشهد بألف قبلت بالاتفاق، ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك؟ وأجيب بأن اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين، فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالإقرار به قبلت، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر

وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الإمام التمرتاشي هناك، وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجيء في المبسوط وصرح قاضيخان، نعم للشارح تردد فيه قوله: **(وأما اختلافه بحيث، إلى قوله: بالتضمن)** أقول: كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته: إطلاق التضمن هاهنا ليس عى اصطلاح أهل المعقول لأنهما نوعان عندهم على ما عرف في موضعه انتهى. فأقول: في قوله نوعان عندهم بحث قال المصنف: **(وذلك يدل على اختلاف المعنى)** أقول: فيه إشارة إلى أن المعتبر عنده هو الاتفاق في المعنى، واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل إلا عنده فتدبر قال المصنف: **(وهذا لأن الألف لا يعبر به الخ)** أقول: وأيضاً إن شرط الشهادة خالق الدعوى، كما لأن المدعي يدعي الألفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى قال المصنف: **(فصار كما إذا اختلف جنس المال الخ)** أقول: ولا يخالف الشهادة فيها الدعوى، كما لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين؛ ألا يرى أنه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلاً تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الألف تأمل قوله: **(لا حقيقة ولا مجازاً)** أقول: مسلم: ألا يرى إلى قوله:

قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل

....

يدعي النيسابورية وهي أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. فإن قيل: لم يقع جواب قولهما الشاهد بالألفين شاهد بالألف في ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل. أجيب بأنه ما شهد بها إلا من حيث هي جزء الألفين، فإنما تثبت الألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الألفان فلم يثبت الألف. فإن قيل: يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط على قول الكل. وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلاً مع إفادتهما معاً البينونة. وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل. أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا بإقراره به تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل، وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة، فإنه لما كان يدعي ألفين كان مدعياً الألف وقد شهد به اثنان صريحاً فتقبل، بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم يثبت الألفان. وفي المبسوط والأسرار: الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة: يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة، ولو اعتبر ما قالا إن الواحدة توجد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعاً، ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد، غير أنه لغا ما فوق الثلاث شرعاً. وأما عن الثاني فيمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار

بالإقرار به لم تقبل. ولقائل أن يقول: قد تقدم في تلقين الشاهد إذا كان في موضع التهمة بأن ادعى ألفاً وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بألف فالقاضي يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسألة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي. فالحق في الجواب لأبي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الإيفاء، ولا يلزم أبا حنيفة ما إذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقعت واحدة، ولا ما إذا قال لها أنت طلق ألفاً فإنه يقع ثلاث لأن الأكثر في ذلك ثابت فيتضمن لأقل، وليس فيما نحن فيه كذلك لأن الأكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء.

قوله: (ذكر في المبسوط، إلى قوله: وأجيب) أقول: ذكر قاضيخان في فتاواه إن كان المدعى به ديناً فشهدوا بأقل مما ادعاه المدعي نحو ما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق، وكذا لو ادعى ألفاً وشهدوا بخمسمائة يقضي بخمسمائة، ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولا يوجد، بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة، والموافق بين الدعوى والشهادة لفظاً ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اهـ قوله: (ووجوب الموافقة الخ) أقول: الواو للحالية قوله: (ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول: قبيل باب الحبس في كتاب القاضي قوله: (أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول: أي التلقين إذ الكلام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التنافي، وجوابه ظاهر، فإنه إذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى. قوله: (فوقعت واحدة) أقول: وذلك لكون الثلاث صارت في يدها مع أبعاضها كمن ملك عبداً يملك رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها قوله: (لأن الأكثر في ذلك ثابت) أقول: إن أراد ثابت لفظاً ففي محل النزاع كذلك أو حكماً ففيه بحث إذ ليس في الشرع ألف طلاق.

قال: (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة قبلت الشهادة على

معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين، غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة، والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى، فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول: ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها ببرية وإلا فلم تقع البينونة. هذا كله إذا لم يدّعِ المدعي عقداً، أما إن ادعى المال في ضمن دعوى العقد من البيع والإجارة، فالجواب ما ستعلمه في آخر الباب. واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة، ذكرها ولم يذكر خلافاً بل أشار إلى أنها اتفاقية، فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه والباقي للمساكين، وكذا إذا سمى أحدهما مالاً لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطي لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بلمعروف وقال الآخر يعطي ألفاً قال أقدّر نفقته وعياله في العام، فإن كانت أكثر من الألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين، هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال: قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما؟ قال: المعنى فيه أنه إنما أراد الواقف إلى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل انتهى. فإيراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية، فإن إيراده ليس إلا باعتبار قول أبي حنيفة، وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه، ثم قال: هذا استحسان، والقياس أن الشهادة باطلة انتهى. وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر.

[فروع] ادعى بالمبيع عيباً فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل، كما لو ادعى عيناً أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل. قال ظهير الدين: الرهن في هذا كالغصب، وكذا الوديعة لو أعادها فشهدا بإقرار المودع قبلت، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب. وعلى قياس القرض تقبل، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقرّ بذلك تقبل للموافقة لأن البيع في الإخبار والإنشاء واحد. ومثله ادّعت صداقها فقال وهبتني إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط. وقيل لا للاختلاف لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك. والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد، ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل. وفي المحيط: ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل، بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت في يده. وإذا راجعت القاعدة التي نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين في القول والفعل خرّجت كثيراً من الفروع، والله سبحانه العليم قوله: (**وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على ألف**) بالاتفاق عندهما ظاهر، وعنده لأنهما اتفقا على الألف لفظاً ومعنى،

قال: (**وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة الخ**) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول (**إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر المعطوف عليه**) ونظيره إذا شهد

الألف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون، بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين **(وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة)** لأنه كذبه المدعي في المشهود به، وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق، ولو قال كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه.

وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالألف، كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما، ولو كان إنما يدعي الألف وسكت عن التوفيق لم يقض بشيء لأنه إكذاب لشاهد الألف وخمسمائة ظاهراً، لأن السكوت في موضع البيان بيان إلا إن وفق فقال كان حقي ألفاً وخمسمائة فقضاني أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحاً لا يقضى بشيء، ولا يكفي احتمال التوفيق في الأصح، بخلاف ما إذا قال ما كان لي إلا ألف لأنه إكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشيء قوله: **(وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالألف لقبول شهادتهما عليها، ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد)** بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل **(إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف)** رحمه الله في غير المشهور عنه **(أنه يقضى بخمسمائة)** فقط **(لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس إلا خمسمائة. وجوابه ما قلنا)** يعني قول لاتفاقهما عليه، يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل، بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاه إياها بعد قرضه فإنه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف: لا تقبل شهادة شاهد القضاء، وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية فإنه إكذاب من المدعي فهو كما لو فسقه. وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما إلى آخره ولا يلزم من الإكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطاً له **(قال)** القدوري **(وينبغي للشاهد إذا علم بذلك)** أي بقضاء الخمسمائة **(أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها)** لأنه لو شهد فإما بالألف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه. وإما بخمسمائة يثبت اختلافهما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة. وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المدعي.

أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة أو بمائة وخمسين، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالألف والألفين، هذا إذا كان المدعي يدعي الأكثر، وأما إذا ادعى الأقل وقال: **(لم يكن لي إلا الألف فشهادة من شهد بالأكثر باطلة)** لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له إلا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء. فإن قيل: لم يكذبه إلا في البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي في الإقرار إذا كذب المقرّ في بعض ما أقرّ به؟ أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق، بخلاف الإقرار لأن عدالة المقرّ ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الإقرار قوله: **(وكذا إذا سكت)** يعني إذا ادعى الأقل وسكت عن قوله لم يكن إلا الألف. والمسألة بحالها لا يقضي له بشيء **(لأن التكذيب ثابت ظاهراً)** فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لأن التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الأصح، وعلى هذا لو قال: كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق. وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعي أقل المالين إذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة: إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق، أو يوفق. وجواب الأوّلين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر. قال: **(وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة)** إذا ادعى ألفاً شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة **(قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر)** فإن قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لأنه إذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لا غير. أجيب بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة وذلك

قال: **(وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف)** لاتفاقهما عليه **(ولم يسمع قوله إنه قضاه)** لأنه شهادة فرد **(إلا أن يشهد معه آخر)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضي بخمسمائة، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة. وجوابه ما قلنا.

قال: **(وينبغي للشاهد)** إذا علم بذلك **(أن لا يشهد بألف حتى يقرّ المدعي أنه قبض خمسمائة)** كي لا يصير معيناً على الظلم. **(وفي الجامع الصغير: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها،**

فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه، والمراد هنا من لفظ لا ينبغي نص عليه في جامع أبي الليث، ومن هذا النوع: رجل أقرّ عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاه كله فالشهود بالخيار إن شاءوا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء، فإن كان المخبرون عدولاً لا يقضي القاضي بالمال، هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام، ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة، وكذا إذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثاً أو قيل عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا، وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك للثاني لا يسعه أن يشهد بالملك للأول، ولو أخبراه أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما. هذا وإنما نص على مسألة الجامع بعد مسألة القدوري لأنه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبي يوسف التي نقلها يقتضي أنه لو شهد أحدهما بألف فقال أحدهما قضاه إياها أن لا يقضى بشيء على رواية أبي يوسف فذكرها للإعلام بالفرق. وقيل لأنه قد كان لقائل أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدماً لأن في مسألة الأولى للشاهد أن يقول: أنا تحملت الشهادة وأحتاج إلى الخروج منها وقد قضاه

بقبض العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به أولاً وهو الدين فلم يعد متناقضاً **(وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة)** لأن القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة ربّ الدين غريمه عن خمسمائة، فلم يكن الدين إلا خمسمائة، فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، وفي ذلك يقضي بالأقل كما قلنا في الألف والألفين، إلا أن محمداً خالفه هنا لأن ذلك فيما تكون الشهادة بالأقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اهـ **(وجوابه ما قلنا)** أنهما اتفقا على وجوب الألف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة. وعورض بأن المدعي كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له، وكيف يقضي بشهادته وجوابه سيأتي قوله: **(وينبغي للشاهد)** يعني أن الشاهد بقضاء خمسمائة إذا علم بذلك ينبغي أن لا يشهد بألف حتى يقرّ المدعي أنه قبض خمسمائة كي لا يصير معيناً على الظلم بعلمه بدعواه بغير **(حق وفي الجامع الصغير: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء)** والفرق بين مسألة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه **(وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يقبل، وهو قول زفر لأن المدعي أكذب شاهد القضاء)** وهو تفسيق له **(قلنا: هذا)** إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض، لأنه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الأول لا محالة، ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهدا له فأكذبهم. وحاصله أن إكذاب المدعي

قوله: **(مكان الدين الذي هو غيره)** أقول: الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس قوله: **(وجوابه ما قلنا إنما اتفقا على وجوب الألف)** أقول: إن أريد أنهما اتفقا على وجوب الألف الآن فمسلم، وإن أريد على وجوبه سابقاً فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق. قلنا: الظاهر الأول، فإن قضاء الدين إذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى، والمراد من كون القضاء تلواً للوجوب ترتبه عليه ترتباً ذاتياً لا زمانياً فليتأمل.

فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا. وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل، وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعي أكذب شاهد القضاء. قلنا: هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول.

قال: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين)** لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى **(فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل)** لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية.

خمسمائة ولكني أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف، فإذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالألف. أما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أداؤها فشهادتي باطلة فلا يقضى بالألف، فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة. واستروح في النهاية فقال: التفاوت بين مسألة الجامع والمسألة التي قبلها أن في مسألة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين قوله: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض)** بواحدة منهما، فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فإنه يقتل المشهود عليه. أما الأول فلكذب إحداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول. وأما الثاني فللأولوية باتصال القضاء الصحيح بها فإنه حين قضى بالأولى لا معارض لها إذ ذاك فنفذ شرعاً فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعاً بحدوث معارض، كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلاته في الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه. وكذا الاختلاف في الآلة، قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل، وكذا إن شهد بالقتل والآخر بالإقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لأن القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب، وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالأخرى حقيقة ولا حكماً، لأنه لا يمكن جعل الفعل الثاني إخباراً عن الأول ليتحد الفعل نفسه، وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقاً والغصب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه إحضار الشهود فاختلافهما في الزمان أو المكان أو الإنشاء أو الإقرار يمنع القبول لما ذكرنا، إذ المراد بالإنشاء والإقرار ذكر أن إنشاء الفعل والإقرار به. مثاله: ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل، ولو شهدا جميعاً بالإقرار به قبلت، بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والرهن والإقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول، فإن القول مما يتكرر بصيغة

لشهوده تفسيق له لكونه اختيارياً، وأما إكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لأنه لضرورة الدفع عن نفسه. قال: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة الخ)** قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول، فإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضي القاضي بالأولى لم يقبلهما لأن إحداهما كاذبة بيقين، إذ العرض الواحد: أعني القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست إحداهما بأولى من الأخرى **(فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)** قال: **(وإذا شهدا على رجل**

قال المصنف: **(وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه الخ)** أقول: والأشهر أن يكون هذا قول أبي يوسف قال المصنف: **(ومثله لا يمنع القبول)** أقول: والمفهوم من كلام قاضيخان أنه إنما لم يمنع إذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور قوله وحاصله إلى قوله: **(تفسيق له)** أقول: الظاهر أن يقال تفسيق لهم.

قوله: **(فليس بتفسيق)** أقول أي حكماً قوله: **(قد ذكرنا أن اختلاف الخ)** أقول: أي علم مما ذكرنا التزاماً.

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثوراً لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقالا: لا يقطع في الوجهين)** جميعاً، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض، وقيل هو في جميع الألوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى، لأن أمر الحدّ أهم وصار كالذكورة والأنوثة. وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره

واحدة إنشاء وإخباراً وهو في القرض بحمله على قول المقرض أقرضتك، وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وإن كانا يشهدان بمعاينة القبض لأن القبض يكون غير مرة. وفي المحيط: ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقاً لا تقبل، لأن شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال، كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال، وكذا لو ادعى القتل مطلقاً وشهدوا به من شهر لأنه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل إلا إذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض.

ومن الفروع على الأصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لأنه قول، ولو ادعى النكاح أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لأنه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب، هذا كله مذهبنا. وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته، اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل إلا إذا شهدا أنه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقرّ بطلاقها يوم الجمعة، وإذا شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت. ولو ادعى البيع وشهدا على إقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت، وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الإقرار به تقبل لأن لفظهما سواء في الإقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى: لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك قوله: **(وإذا شهدا الخ)** صورتها: ادعى على رجل أنه سرق بقرة ولم يذكر لها لوناً وأقام بينة فشهد

أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن اختلافهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهدا على رجل بسرقة بقرة **(واختلفا في لونها قطع)** سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أولاً كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح. وقيل إن كانا يتشابهان قبلت وإلا فلا، وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعاً لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما لصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسألة بحالها فإنها لم تقبل بالاتفاق، بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندرىء بالشبهات وفيه إتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والأنوثة في المغايرة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالباً **(واللونان يتشابهان)** كالحمرة والصفرة **(أو يجتمعان)** بأن تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر، وإذا كان

قوله: **(فإذا شهدا على رجل الخ)** أقول: هذا لا يتفرع على ما فرع عليه، فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع، إلا أن يقال: ضمير اختلافهما راجع إلى الشاهد والمدعي لا إلى الشاهدين، لكن لا يخفى عليك بعده قوله: **(فلم يتم على كل واحد)** أقول: الأولى حذف كلمة كل قال المصنف: **(لأن أمر الحد أهم)** أقول: لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن قوله: **(أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال الخ)** أقول: في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لإيجاب الحد والحد يحتال لدرئه. قلنا: الشهادة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لإيجاب الحد. ثم إذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصداً انتهى؛ ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني، ثم إن الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافي أيضاً في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه قوله: **(والثاني أن التوفيق وإن كان الخ)** أقول: كما سلف في الدرس السابق.

البياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده، بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه.

أحدهما بسرقته حمراء والآخر سوداء. قال أبو حنيفة رحمه الله: تقبل ويقطع، وقالا هما والأئمة الثلاثة لا يقطع، ولو أن المسروق منه عين لوناً كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعاً لأنه كذب أحد شاهديه، ولا فرق فيما إذا لم يعين المدعي لوناً بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف. وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول، ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية، وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقاً فقال أحدهما هروي والآخر مروي، ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعاً لما ذكرنا من الفرق بين السرقة ولاغصب بقليل تأمل. لهما أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا في ذكورتها وأنوثتها أو في قيمتها لا تقبل كذا هذا. وأيضاً بطريق الدلالة في الغصب فإنهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها إثبات حد فلأن لا تقبل فيم يوجب حداً أولى لأن الحد أعسر إثباتاً فإنه لا يثبت بشهادة النساء. وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام: أعني السرقة بل يخص الزنا. ولأبي حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعي لوناً خاصاً يثبت الحد، ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به، وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها، فإنهما لو قالا لا نعلم لونا لا تسقط شهادتهما ويجب الحد، واختلافهما في أمر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد، كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فإنه يقطع، وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فإنه يحد، وعلى هذا فلا حاجة في قبولها إلى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسي، غير أنا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالباً ليلاً ونظر الشاهد من بعيد، وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وإن كانا متباعدين في البلقاء فيرى كل لوناً غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين، فعلى الأول أو الثاني إذا اختلفا في المتقاربين، وعلى الثاني فقط في المتباعدين. بخلاف الغصب فإنه يقع نهاراً فلا اشتباه فيه،

التوفيق ممكناً وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال لإثبات الحدّ وهو القطع، والحدّ يحتال لدرئه لا لإثباته. والثاني أن التوفيق وإن كان ممكناً ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها. والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالاً لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصاباً فيقطع به أو لا، وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه؛ ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافاً في صلب الشهادة. وعن الثاني بأنه جواب القياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا، والله أعلم بالصواب قوله: **(بخلاف الغصب)** جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالباً على قرب منه. وقوله: **(والذكورة والأنوثة)** جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فإنهما لا يجتمعان في واحد، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج إلى التوفيق. قال: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ)** رجل ادعى على آخر أنه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المشهود به مختلف، إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم إثباته وهو مختلف

قال: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة)** لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد،

وبخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصاباً أو لا، ولأن ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق، فالاختلاف وإن كان في زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطاً لإثبات الحد، كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان إلى مكان احتياطاً لإثباته، ولا أن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الأسرار. وما قيل إن التوفيق لإثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ إن لم يصح منع وجوبه مطلقاً بل إذا لم يستلزم وجوب حد قوله: **(ومن شهد لرجل الخ)** صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف وشهداً بألف وخمسمائة، قال: يعني أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل إلى آخر ما هناك، فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قضى بألف بالاتفاق بين الثلاثة، وهنا لا تقبل في شيء، ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد، ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع، ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب، وإذا كان المدعي به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً **(ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه)** وهو الشاهد بالألف **(وكذا إذا كان المدعي هو البائع)** بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك **(ولا فرق بين أن يدعي المدعي منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا)** من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي.

باختلاف الثمن، إذ الشراء بألف غيره بألف وخمسمائة، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة. فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه. أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج إلى سبب معين، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب. فإن قيل: التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أوّلاً ألفا فزاد في الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر. أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندي ذهب إلى ذلك وقال: تقبل الشهادة، بخلاف ما إذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار. ووجه ما في الكتاب أن الشراء بألف وخمسمائة إنما يكون إذا كان الألف والخمسمائة ملصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن قوله: **(ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه)** دليل آخر على ذلك **(وكذا إذا كان المدعي هو البائع)** سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب، ، وكذا إذا كانت الدعوى في الكتابة، أما إذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصوداً، وأما إذا كان هو المولى فلأن العتق لا يثبت قبل الأداء

قوله: **(وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه)** أقول: إذا كانت الشهادة بالذكورة والأنوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن التحمل في الليالي من بعيد قال المصنف: **(على كل واحد منهما)** أقول: لفظة كل مما لا حاجة إليه قوله: **(أجيب بأن دعوى السبب المعين الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن دعوى السبب المعين لا نسلم أنها تدل على ما ذكره، بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة إلى المقصود فيها، لأنه لو ادعى الملك المطلق فيما يملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به تحرزاً عن الكذب، إذ المطلق غير الملك بسبب فإنهما مختلفان حيث ثبت الملك من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده، ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله في الكنز وشرحه للزيلعي في أول باب الاختلاف في الشهادة. ثم أقول: إذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بالملك بسبب قبلت، لأن الملك بسبب أقل من المطلق، ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث.

ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا **(وكذلك الكتابة)** لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر، وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكأن المقصود إثبات السبب **(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا**

وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد السمرقندي: تقبل لأن الشراء الواحد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد، بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار، لأن الشراء لا يكون بألف ثم يكون بمائة دينار. وقال بعض المحققين من الشارحين: فيه نوع تأمل، كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن إذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما، ثم لا يفيد لأنه تعوّد الخصومة كما كانت في الألف والخمسمائة المدعى بها، وإنما كان السبب وسيلة إلي إثباتها.

ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف: إحداها هذه. والثانية الكتابة ذكرها في الجامع. قال: **وكذلك الكتابة إذا ادعاها العبد وأنكر المولى**: يعني الكتابة على وزن ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا إذا كان المدعي هو المولى لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح، إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه يتصور له عليه دين إلا به، فالشهادة ليست إلا لإثباتها. الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن كان المدعي هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد، لأن المقصود إثبات العقد لأنه هو الذي يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم **(وإن كان الدعوى من الجانب الآخر)** وهو: الزوج والمولى وولي القتيل **(فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه)** وهو أنه إذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل، فإن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقاً، وإن كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء، وهذا **(لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين)** والسادسة الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء أصلاً لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح **(لأنه)** أي الراهن **(لا حظّ له في الرهن)** أي لا يقدر على

فكان المقصود إثبات العقد، وفيه نظر لفظاً ومعنى. أما الأول فلأنه قال العتق لا يثبت قبل الأداء، وذلك مشعر بأن مقصود المولى هو العتق والأداء هو السبب، وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة. وأما الثاني فلأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ. والجواب عن الأول أن تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة. أو يقال معناه أن المقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هي المقصودة. وعن الثاني بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين **(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد)** أما أن المدعي إذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصوداً والحاجة ماسة إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه، وإن كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعي الألف، أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعي الألف، أو قال ولي القصاص صالحتك بألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف فهو بمنزلة

قوله: **(فإن قيل التوفيق ممكن الخ)** أقول: إمكان التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب قوله: **(وأما إذا اشترى بألف إلى قوله بأصل الثمن)** أقول: فيه إن ما ذكره لا يتمشى في احتمال أن يكون الثمن أولاً ألفاً وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن، وأيضاً إذا كان الثمن أولاً ألفاً ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول بزيادة ربح، والتولية كذلك من غير زيادة ربح، وإنما يأخذ الشفيع بأصل الثمن في الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه. وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده قوله: **(قوله ولأن المدعي الخ)** أقول: إن لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعي يدعي الأكثر فلا نسلم الإكذاب والسند ظاهر، وإن لوحظت يؤول إلى الدليل الأول. وجوابه اختيار الشق الثاني والإكذاب أمر مغاير لما ذكر في الدليل الأول قوله: **(إن المقصود هو السبب)** أقول: وإن المدعي يكذب أحد شاهديه.

كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، وإن كان الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن، إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظّ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع، وإن كان بعد مضيّ المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين.

استرداده ما دام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح **(وإن كان)** المدعي هو **(المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين)** وعلمت حكمه فإن قيل: الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء. أجيب بأن الرهن غير لازم في حق المرتهن، فإن له أن يرده متى شاء، بخلاف الراهن ليس له ذلك، فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن إذ الرهن لا يكون إلا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الدين ويثبت الرهن بألف ضمناً وتبعاً للدين. ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلاً هكذا أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود إلا المال، وذكر الرهن زيادة إذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه، بخلاف دين الثمن في البيع، وإن كان هكذا أطالبه بإعادة رهن كذا وكذا كأن رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد، فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة، وإن كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لأن عقد الرهن يختلف به. والسابعة الإجارة، إن كان في أول المدة فهو كابيع بأن ادعى المستأجر أو الآجر أنه أجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الإجارة كالبيع، إذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود إثبات العقد وهو يختل باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة **(وإن كان بعد مضيها)** استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم، فإن كان

دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفاً وخمسمائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافاً لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما **(لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى في الدين، وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل)** لعدم الدعوى، لأنه لما لم يكن له أن يستردّ الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن، وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الذي يقضي بأقل المالين إجماعاً قبل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه. وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الردّ متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين، لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت

قوله: **(وفيه نظر لفظاً ومعنى)** أقول: في كونه فيه نظر لفظاً نظر، إذ لا خلل في نفس اللفظ قوله: **(العتق لا يثبت قبل الأداء)** أقول: فيه بحث، فإن معنى كلامه أن العتق لا يثبت قبل أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو بأداء بعض البدل حتى يؤول دعوى المولى إلى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الإعتاق على مال فلا إشعار لما ذكره ولا حاجة إلى تقدير شيء قوله: **(بدل العتق لا يثبت الخ)** أقول: أي لا يحصل في يد المولى قوله: **(إن مقصود المولى العتق)** أقول: أي العتق بعد أخذ المال قوله: **(لجواز أن لا يختار الخ)** أقول: لا يقال فيكون العبد مدعياً أيضاً لأنه لا يقع إلا أنه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسألة مطلقة قوله: **(بأدنى البدلين)** أقول: وأنت خبير بأنه لا يخلو إما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أو لا، فإن كان الأول فلا يفيد شاهدي المولى كما لا يخفى، أو يوفق بينهما بأنه أسقط بعض البدل بعد العقد الأول، بل نقول: نقبل شاهدي المولى وتفصيله في التخالف في الشروح، وإن كان الثاني فلا يفيد أيضاً لقدرته على الاستخدام بدونه إذ لا سبب يخرجه عن يده. وأيضاً هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم في حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجيء آنفاً في مسألة الرهن، وجوابه غير خفي على المتأمل قوله: **(لأن الرهن لا يكون إلا بدين الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفاً فتأمل في جوابه قال المصنف: **(وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر الخ)** أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة في أول الإجارة أن الأجير هو معطي الأجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح، إلا أن يكون كلابن وتامر، ويؤيده أنه استعمل الأجير بمعنى المؤجر في هذا المقام.

قال: **(فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً، وقالا: هذا باطل في النكاح أيضاً)** وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله. لهما أن هذا اختلاف في العقد، لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه

المدعي هو المؤجر فهو دعوى الأجرة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الأكثر يقضى بألف إذ ليس المقصود بعد مضي المدة إلا الأجرة، وإن شهد الآخر بألفين والمدعي يدعيهما لا يقضي بشيء عنده وعندهما بألف، وإن كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه، ولا يثبت العقد للاختلاف. والثامنة النكاح، وقد علمت أن النكاح أجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف، حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوّجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوّجها منه لا تقبل، ولو ادعى هو عليها ثانياً أنها زوّجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل، وإنما تقبل إذا ادعى أنها زوّجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوّجها لأن لفظ زوّجت نفسها يصدق به في العرف. وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال: فأما النكاح فإن أبا حنيفة كان يقول: إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالألف وهي تدّعي ألفاً وخمسمائة، فأما يعقوب ومحمد فقالا: النكاح باطل أيضاً، فمشى المصنف رحمه الله على إطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج أو الزوجة، وجعله الأصح نفياً لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لأنه دعوى العقد إذا الزوج لا يدعي عليها مالاً وكونه الزوجة فهو على الخلاف، وقال في الوجه الأصح ما ذكرنا. يعني ما ذكره من التعليل لأبي حنيفة من أن المال تابع في النكاح، وإنما المقصود منه الحل والازدواج والملك، ولا اختلاف في هذا بل في التبع، وإذا وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه، وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف، فإن هذا الوجه يقتضي الصحة بالأقل بلا تفصيل. وأيضاً أجرى إطلاقه في دعوى الأقل والأكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي الأقل أو الأكثر، وهذا مخالف للرواية، فإن محمداً رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال: جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفاً وخمسمائة، والمفهوم يعتبر رواية، وبقوله ذلك أيضاً يفهم لزوم التفصيل في المدعي به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الأكثر كما عوّل عليه محققو المشايخ، فإن قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما إذا كانت هي المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف.

الرهن بالألف ضمناً وتبعاً للدين. وفي الإجارة لا يخلو إما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها، فإن كان الأول لم تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل. وإن كان الثاني، فإما أن يكون المدعي هو الآجر أو المستأجر، فإن كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي بأقل المالين إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الأجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الألف، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافاً لهما، وإن كان المستأجر قال في النهاية: كان ذلك اعترافاً منه بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى تفاق الشاهدين واختلافهما، وهذا لأنه إن أقرّ بالأكثر لم يبق نزاع، وإن أقرّ بالأقل فالآجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك. وفي بعض الشروح: فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العبد بالإجماع وهو في معنى الأول، لأن الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه. قال: **(فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً)** إذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان. وقال أبو يوسف ومحمد: هذا باطل في النكاح أيضاً. وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة. لهما أن هذا اختلاف في السبب، لأن المقصود من الجانبين هو العقد، والاختلاف في

قوله: **(إن المال في النكاح تابع)** أقول: أي غير داخل في صلب العقد، بخلاف البيع فإن المال فيه داخل في صلب العقد.

البيع. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع، والأصل فيه الحلّ والازدواج والملك، ولا اختلاف في ما

[فروع] شهد أنه أقرّ أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر أنه أقرّ أنه أخذه منه يقضى به للمدعي، ولو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه أخذه منه والآخر أنه أقرّ بأنه له لم يقض للمشهود له بشيء، ولو شهد أنه أقرّ أنه غصبه منه والآخر أنه أقرّ بأن المدعي أودعه إياه تقبل. وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب: لو قال المدعي أقرّ بما قالا لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقراً بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده، ثم قال فيما لو شهد أحدهما على إقراره بأخذه والآخر على إقراره بالإيداع منه وقال المدعي إنما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الإقرار بملك ولا بأخذ، لأن شاهد الوديعة لم يشهد بالأخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل. واعلم أنه ذكر فيما إذا شهد على إقراره بغصبه والآخر على إقراره بأخذه منه يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته، لأن إقراره بالأخذ ليس إقرار بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة إذا كان الأخذ لا يدل على الملك. شهد أنه أقرّ بأنه اشترى هذا العين من المدعي والآخر على إقراره بإيداعه المدعي إياه منه قضى للمدعي، لو كان الشاهد الثاني شهد بأنه أقرّ بأن المدعي دفع إليه هذا العين قضى به للمدعي أيضاً، لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل، ألا ترى أن رجلاً لو قال دفع إليّ فلان هذا العين ثم برهن على أنه اشتراه منه تقبل. وفي الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لا تقبل. ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الألف إجماعاً. ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لا تقبل، إلا إن وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لأن الأولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وإنما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه. ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل. ادعى داراً فشهدا له بمدعاه وقضى له ثم أقرّ المقضى له أن البناء للمقضى عليه لا يبطل الحكم بالأرض للمدعي، وإن شهدا بالبناء والأرض والباقي بحاله بطل الحكم لأنه أكذبهما فيما قضاه من البناء، بخلاف الأول لأن دخول البناء محتمل، فإقرار المدعي بعدم دخوله بيان لأحد الاحتمالين. شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه، أو شهد أنها ولدت منه غلاماً والآخر جارية تقبل. شهد أنه أقر أن المدعي سكن هذه الدار والآخر أنها له لا تقبل. ولو شهد أنه أقرّ بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له. شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على إقراره بها لا تقبل. شهد على صريح الإذن والآخر أنه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل، بخلافهما على الإذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الإذن. وفي الأقضية: ادعى عبداً في يد رجل فشهدا على إقراره أنه ملكه تقبل، ولو على إقراره بالشراء منه وأنكر المدعي البيع يأخذه المدعي لأن الإقرار بالشراء والاستيام إقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقرّ أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعي فيأخذه، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بالشراء منه والآخر على إقراره بالهبة منه والمدعي ينكر، وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بألف والآخر بمائة دينار، أو قال الآخر استأجره منه، وكذا لو شهد أنه باعه المدعي منه والآخر أنه أودعه عنده، وكذا لو شهدا على إقراره أن

السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع. ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والأخ، والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الأصل فكان ثابتاً قوله: (**والأصل فيه الحل والازدواج**) دليل آخر. وتقريره الأصل في النكاح الحل والازدواج والملك لأن شرعيته لذلك، ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجاناً كما عرف في موضعه، ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل، لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالأقل لاتفاقهما عليه. واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين. وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل، وفيه نظر فإن مراد

قوله: (**والأصل فيه الحل**) أقول: أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر، بخلاف البيع

قوله: (**دليل آخر**) أقول: في صحة كونه دليلاً آخر مستقلاً بدون ملاحظة الأول تأمل.

هو الأصل فيثبت، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه، ويستوي دعوى أقل المالين أو

المدعي دفعها إليه. شهد على إقراره بأنه أخذ منه هذا والآخر على إقراره بأنه أودعه منه تقبل لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الوديعة أو الأخذ منه منفرداً. شهد أن له عليه كذا دينار والآخر أنه أقرّ أنه عليه تقبل. شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها في المنتقى عن أبي يوسف لا تقبل، ولو كان هذا بالإقرار بالمال تقبل، وليس الطلاق كذلك لأني أنويه في وجوه كثيرة، وفيه لو شهد أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال له «آزاد»[1] تقبل. وفيه لو قال إن كلمت فلاناً فأنت حر فشهد أنه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل، وذكر فيه مسألة الطلاق قال طلقت، ولا شك أنه يجب في العتق ثبوته إذا وفق العبد بأن قال كلمته في اليومين جميعاً. وفيه شهد أنه قال إن دخلت هذه الدار فكذا والآخر إن دخلت هذه وهذه لا تقبل، وفيه إن طلقتك فعبده حرّ فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق، ولو قال إن ذكرت طلاقك إن سميته إن تكلمت به فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق لأن شهادتهما اختلفت في الكلام؛ ولو اختلفا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافاً لهما، وفي إنشائه وإقراره لا تقبل إجماعاً. ادعى ألفاً فشهد أحدهما بأنه أقرّ أن له عليه ألفاً قرضاً والآخر أنه أقرّ أودعه ألفاً تقبل لاتفاقهما أنه وصل إليه منه ألف وقد جحد فصار ضماناً هي قسمان: قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة، وقسم من الاختلاف بين الشاهدين: القسم الأول ادعى ملكاً على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطل فلا تقبل، وقيده في الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف كأن قال اشتريته من فلان ابن فلان وذكر شرائط التعريف، أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت، وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافاً. ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا به بسبب تقبل، كذا اطلقه في الجامع الكبير. وزاد في الأجناس في القبول أن القاضي يسأل المدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهدوا به إن قال نعم قضى أو لا لا. وفي الدعوى والبينات: إذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب. واختلف فيه المشايخ، والأصح أنه لا يسعه ذلك. ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشوهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف. وحكى العمادي فيه اختلافاً، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد، وقيل لا تقبل لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق، ألا ترى أنه لا يقضى له بالزوائد ذلك. وفي فوائد شمس الإسلام دعوى الدين كدعوى العين، وهكذا في شرح الحيل للحلواني، لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقاً كان شمس الأئمة محمد الأوزجندي يقول: لا تقبل كما في دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق. قال: وفي الأقضية مسألتان يدلان على القبول انتهى. وفي فتاوى رشيد الدين: لو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم إذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك، ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب

المعترض ليس بطلان الأصل بل بطلان التبع، ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل. والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى. والجواب أن المال إذا لم يكن مقصوداً كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا

قوله: **(ولا اختلاف للشاهدين فيها)** أقول: الظاهر تذكير الضمير وتأنيثه باعتبار كون الأصل عبارة عن الأمور المذكورة قوله: **(وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود)** أقول: المجيب صاحب النهاية قوله: **(والجواب أن المال إذا لم يكن مقصوداً)** أقول: أي من العقد، فإن العقد يصح بدونه. وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن الفوائد الظهيرية، وإنما لم يذكره ثانياً حذراً عن التكرار فلا وجه لإيراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل قوله: **(كان كالدين)** أقول: المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد.

---

(١) فارسي.

أكثرهما في الصحيح. ثم قيل: الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع

تقبل لأنهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولاً فتقبل. أما النكاح فلو ادعى على امرأة أنها أمرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل إن كان قدر المسمى أو أقل، فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة، ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط، ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعاً بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث، وإن ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقاً لا تقبل كما إذا شهدوا جميعاً بالمطلق، وفيما لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل، ولو ادعى المطلق فشهودا على النتاج لا لأن دعوى مطلق الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال، والشهادة على النتاج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل. وهذه المسألة دليل على أنه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل. ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل. وفي المحيط: لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل، بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى. ولا يشكل أنه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل. وفي الفصول: القاضي إذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لأنه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم. وقال رشيد لدين: ويخرج من هذا كثير من المسائل، ولو ادعى ملكاً مطلقاً مؤرخً فقال قبضته مني منذ شهر فشهودا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار، ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق، وينبغي أن يستثنى ما إذا أرّخ. ففي الخلاصة: ادعى داراً في يد رجل أنها ملك أبيه مات وتركها ميراثاً له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه من سنتين لا تقبل إلا إذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبي ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق. وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا، ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهراً تقبل وعلى القلب لا، ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا أنه له سنتين لا تقبل، ولو قال منذ منذ سنتين وشهدوا أنه له منذ سنة تقبل، ولو ادعى أنه قبض مني عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض في الحال وعليه شهدوا. وقدمنا من مسائل القبض شيئاً. دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعاً وفي يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها أكثر من المدعى به. ومثله لو ادعى داراً واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتاً ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال صدقوا لكني بعت هذا البيت منها تقبل. وفي المحيط من الأقضية وأدب القاضي للخصاف: وإذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها تثبت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل. وقال العمادي: وعلى هذا إذا

يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم، فالتشكيك فيه غير مسموع. قال المصنف: **(ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما)** بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي. وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عما قال بعضهم إنه لما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين، وإليه ذهب شمس الأئمة. ووجه ما في الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود: أعني الدين. وقال: **(ثم قيل**

قوله: **(ويستوي إلى قوله بكلمة أو الخ)** أقول: وفيه بحث، فإنه من قبيل:

سيان كسر رغيفه ... أو كسر عظم من عظامه

على أنه لا تقبل، لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد. وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا، والله أعلم.

ادعى الدين وشهد شاهدان أنه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية أين مقدار «زردردمه اين مدعى عليه بود مرين مدعي را»[١] ينبغي أن تقبل كما العين انتهى. ونظيره في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين: إذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أنه هذا ملكه في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول «امرو زملك وي مي دانيت»[٢] انتهى. ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم. نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط، ذكره في المحيط فيما إذا ادعى ملكاً مطلقاً في عين فشهدوا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا لملكه في الحال، أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعي لكن ينبغي أن يسألهم القاضي إلى آخر ما ذكرنا وكذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي. أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية، وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه. وعن أبي يوسف يقضى بها، وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات. لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضاً دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل، وهذا غلط فإن مقتضاه أنه لا فرق بين الشاهدة بأنه كان له عليه أو له عليه، والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه، فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى. والذي يقتضيه الفقه أنهما إذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقرّ به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كم عرف فيما إذا علم شاهد الألف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم، وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بأن قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها، والأصح لا تقبل، وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بأن شهدوا أنها كانت له لا تقبل لأن إسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال إذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي إلا ذلك، بخلاف الشاهدين إذا أسند ذلك لا يدل على نفيهما إياه في الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراس عن الإخبار بما لا علم لهما به لأنهما لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الأمر فيحترس عنه الشاهد وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب. وفي الخلاصة: ادعى النقرة بالجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة[٣] والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالرديء، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولاً فشهودا على غير المنخول لا تقبل. وفيها أن من ادعى على رجل ألفاً من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل. وعن هذا ذكر في

الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، فأما إذا كان المدعي هو الزوج فالإجماع على أنها لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فإن مقصوده ليس إلا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول **(وقيل الخلاف في الفصلين)** يعني ما

وفي الفرائض السراجية: وذلك في مسألتين: زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، فإن أو بمعنى الواو. وقال الزيلعي: ولا يكون بدعوى الأقل مكذباً للشاهد لجواز أن يكون الأقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى. وفيه تأمل، فإنهم لم يجوزوا ذلك في البيع كما صرح به في الشروح. وجوابه أن النكاح ليس كالبيع، فإنه يجوز النكاح بدون تسمية المهر، بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل قال

---

(١) فارسي.

(٢) فارسي.

(٣) النُّقْرَةُ: القطعة المذابة من الذهب، أو الفضة.

المسألة المسطورة: وهي ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة: هو محمول على أنهم شهدوا على إقراره بذلك: أي إقرار المدعي عليه بثمن الجارية لأن مثله في الإقرار يقبل لما ذكروا في المسألة المذكورة قبلها، وفي الكفالة: إذا شهودوا أنه كفل بألف على فلان فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب. ومثله ادعى أنه أجره داراً وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقرّ بقبض مال الإجارة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة، لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل، ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار فقد أطلق القبول في المحيط والعدة. وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف. ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعي دفع إليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت عليه قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه، ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل، ولو شهدا جميعاً بالإقرار قبلت، ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل، وكذا لو شهدا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع. ادعى عليه أنك قبضت من مالي جملاً بغير حق مثلاً وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالي ولم يقل قبضت من فلا يكون ما شهدوا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى. القسم الثاني: اختلاف الشاهدين. ادعى بالمبيع عيباً فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عيناً أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل. قال ظهير الدين: الرهن في هذ كالغصب، وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا بإقرار المودع قبلت، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب، وعلى قياس القرض تقبل، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقرّ بذلك تقبل لأن لفظ البيع في الإخبار والإنشاء واحد. ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتني إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط، وقيل لا للاختلاف، لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك والأول أوجه لأنه وإن كان آسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد. ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل. وفي المحيط: ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل، بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت في يده، وإذا راجعت قاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجّت كثيراً من الفروع، والله سبحانه أعلم.

إذا كانت المرأة تدعي وما إذا كان الزوج يدعي **(وهذا أصح)** لأن الكلام ليس في أن الزوج يدعي العقد أو المال أو المرأة تدعي ذلك، وإنما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللاً في نفس العقد أو لا. قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك. وقالا يوجبه، وقد ذكر المصنف دليلهما وإليه أشار بقوله: **(والوجه ما ذكرناه)** والله أعلم.

المصنف: **(وهذا أصح والوجه الخ)** أقول: قال الإتقاني: ولنا في قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير، وكذلك لم يذكره في شرح الطحاوي فيما إذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد انتهى. وفيه نظر فإنه قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير، وإن كان المدعي هو الزوج اختلفوا على قول أبي حنيفة، والأصح أنها تقبل عنده لأن المال تابع.

فصل في الشهادة على الإرث

(ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه

فصل في الشهادة على الإرث

وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحي عن حي ظاهر قوله: **(ومن أقام بينة الخ)** اختلف علماؤنا في أنه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثاً لهذا المدعي. فعند أبي يوسف لا. وعند أبي حنيفة ومحمد نعم. وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله: **(هو يقول ملك المورث ملك الوارث)** لأنه يصير ملكه خلافة، ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويردّ عليه ويصير مغروراً إذا كان المورّث مغروراً، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة إلى أمر زائد يشترط القضاء به له، وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة، ولو شهدا أنها لأبيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف، فقيل تقبل عند أبي يوسف، وقيل لا تقبل بالاتفاق **(وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة، ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير)** ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصاً بل إما نصاً كما ذكرنا من قولهم وتركها ميراثاً له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت. إذا عرف هذا فالمسألة التي ذكرها المصنف اتفاقية، وهي قوله: ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له. أما على قول أبي يوسف فظاهر، وأما على قولهما فلأن الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك، وقد وجد الثاني في مسألة الكتاب لأنه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لأن يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه، وقد طولبا بالفرق بين هذا وما إذا شهدا لمدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن، وكذا لو شهدا لمدعي عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة

فصل في الشهادة على الإرث

ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الأحكام المتعلقة بالأحياء بحسب مقتضى الواقع. واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث، هل تحتاج إلى الجر والنقل، وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثاً له أو لا، قال أبو حنيفة ومحمد: لا بد منه، خلافاً لأبي يوسف. هو يقول: إن ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به، وإن كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث. وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحل للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يسوي أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك. لا يقال: قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها

فصل في الشهادة على الإرث

قال المصنف: **(ومن أقام بينة على دار الخ)** أقول: وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وترك ميراثاً لأن الملك للمورث قبل موته بزمان فبقاؤه إلى زمان الموت بطريق الاستصحاب، والثابت بطريق الاستصحاب لا يبتنى

مات وتركها ميراثاً له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورّث لا يقضي به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث، وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحلّ للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورّث الفقيرُ فلا بد من النقل، إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده على

على ملكه، فإذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وإن لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع، وهذه أشبه بمسألتنا، فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك. والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث، بخلاف مدعي العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده، وبخلاف مسألة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لا بد لثبوت المشتري من بقائه لأن الشراء أخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافاً إلى الشراء وهو ثابت بالبينة. أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سبباً موضاعاً للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ، والله سبحانه أعلم. هذا إذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة **(فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده)** والأب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف إنها كانت في يد فلان: يعني أبا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لإثباتهما اليد للميت إلى حين الموت، وبذلك يثبت الملك له لأن اليد وإن تنوعت إلى يد غصب وأمانة وملك، فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك، لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع إذا مات مجهلاً يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضموناً عليه شرعاً، ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه، ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات، أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش، أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئاً من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لأنها خرجت بقوله بواسطة الضمان، وهذه الأمور ليست موجبة للضمان. قال التمرتاشي: لا تثبت اليد على المحل بهذه الأشياء حتى لا يصير غاصباً ولا يصير ذو اليد مقراً بذلك، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فإن اليد تثبت بها ويصير بها غاصباً. هذا إذا شهدا كذلك لميت، فلو شهدا لحي ادعى عيناً في يد رجل كذلك: أي شهدا أنها كانت في

لتنقلب بواسطته يد ملك، لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو تعدّ يوجب الضمان، وإذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها له كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق. أما عند أبي يوسف فلأنه لا يوجب الجر في الشهادة، وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، ومن أقام البينة أنها كانت في

عليه غيره؛ ألا يرى أنه لو ادعى ألفاً فقال إن كان له علي ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق، ولو شهدوا بالألف الآن يحكم بالطلاق ويعين حق الوارث، بخلاف ما لو شهدوا أنه كان في يد مودعه أو مستعيره عند الموت لأن يدهما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لأن الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شيء، بخلاف المسألة الأولى لأنه في الإرث في الثابت بالاستصحاب، والمعنى هذا لا ما ذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالاً بوجوب الاستبراء في الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث، لأن الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد؛ ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مراراً فإنه يستبرئها، وإن لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك؛ ألا يرى أن المورث الذي اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد قوله: **(بحسب مقتضى الواقع)** أقول: فإن الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت قال المصنف: **(مات وتركها ميراثاً له)** أقول: وهو المراد بالجر والنقل. قال

ما نذكره، وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجرّ والنقل **(وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان وهي في يده جازت الشهادة)** لأن الأيدي عند الموت

يد هذ المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتاً، فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة. وقالا: لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة. لأبي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكاً للمدعي تقبل على ما قدمناه في الفروع استصحاباً لملكه إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحاباً ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة. وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان، ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول، بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء، وبخلاف الأخذ فإن له موجباً معلوماً هو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه. قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّه فيقضى به» وأيضاً اليد المعاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه، وليس الخبر كالمعاين فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي. واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد، وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعي الملك. أجيب بأن ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوّع. وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثاني بتأمل يسير قوله: **(وإن أقرّ الخ)** يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي، وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان، فإنه لو قال لفلان عليّ شيء صح ويجبر على البيان، وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقرّ بأنها كانت في يد المدعي تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم، وإنما الجهالة في المقّر به لا تمنع صحة القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت ويؤمر بالبيان.

يد فلان مات وهي في يده، فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الأيدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته، ومن أقامها أنها كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً لم تقبل عندهما لعدم الجر، وما قام مقامه، وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورّث قوله: **(وإن قالوا لرجل حيّ)** مسألة أتى بها استطراداً إذ هي ليست من باب الميراث، وصورتها: إذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لم تقبل. وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن

الكاكي: ولهذا لو ادعى ديناً على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لا يقبل حتى يقولوا إنه مات وهو عليه ذكره في القنية انتهى. ثم اعلم أنه أنث الضمير في قوله وتركها بتأويل التركة قال المصنف: **(ويحل للوارث الخ)** أقول: قال الزيلعي: ولولا تجدد الملك لما حل له انتهى، وفيه بحث فإنه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك قال المصنف: **(لأن الأيدي عند الموت الخ)** أقول: في الكافي لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لأنها لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إذا كانت يد غصب لأنها تصير يد ملك، لأن بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكاً له، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضاً فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى. وفي قوله لأنها تصير يد ملك تسامح قوله: **(إذ الظاهر من حال المسلم)** أقول: في دلالته على المدعي تأمل إلا أن يتمم بقولنا فيكون تاركاً للحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب الضمان ويملكه فتدبر قوله: **(لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال الخ)** أقول: قوله تزول بأسباب الزوال: يعني بالبيع والهبة وغيرهما، ولكن بقي هاهنا بحث لأن الملك أيضاً يزول بأسباب الزوال فربما زال بعد ما كان، والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلاً مستقلاً بل من بعض مقدماته. وتقريره أن يد المدعي زائلة للحال ولا يؤمر بالإعادة إليه إلا عند التيقن بكون الشيء حقاً له ولم يتيقن بذلك لأن الأيدي مختلفة الخ قوله: **(ويد المدعي مشهود به)** أقول: الظاهر أن يقال مشهود بها قوله: **(وليس المخبر به لاحتمال زواله)** أقول: بل الاحتمال كذب الخبر في نفسه.

تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت **(وإن قالوا لرجل حيّ نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك؛ ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء

[تتمة] شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه، فلو قالوا إنه لمورثه تقدم أن محمداً رحمه الله قال: لا يصح ولم يحك خلافاً، لأن المورث إن كان حياً فالمدعي ليس خصماً، وإن كان ميتاً فإثبات الملك للميت حالاً محال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لأنا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول، ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع، ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثاً له لا تقبل ما لم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات، وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء. وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثاً ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً سواه، فإن كان ممن يرث في حال دون لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر ثم يقضي بكله، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضي بالأقل، فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا لا تعلم له وارثاً غيره، وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالأكثر، والظاهر الأول، وليس الأصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلاً عندهما لا عنده على ما تقدم. ولو قالوا: لا نعلم له وارثاً بهذا الموضوع كفى عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

[فروع] إذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثاً غيره ولم يذكرا سبباً يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الإرث، وكذا إذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الأخوة والعمومة: أي يبينا الأسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد، ويذكرا أيضاً أنه وارثه، وهل يشترط قوله ووارثه في الأب والأم والولد؟ قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه، وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه. وفي الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لا بد من ذلك. وفي الشهادة أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه، ولا يشترط ذكر اسم أب الميت، حتى لو شهدا أنه جدّ الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت. وفي الأقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث، ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان الآخر أنه ابن

اليد مقصودة كالملك، ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعي فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعي. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر، وقوله: **(وهي متنوعة)** دليل آخر: أي اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان، وكل ما كان كذلك فهو مجهول، والقضاء بإعادة المجهول متعذر، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله: **(وإن أقرّ المدعى عليه)** يعني إذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت إليه لأن الجهالة في المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار وكذا إذا شهد شاهدان بإقرار المدعى عليه بذلك دفعت إليه لأن المشهود به هو الإقرار وهو معلوم، والجهالة في المقرّ به

بإعادة المجهول، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الآخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به، وليس الخبر كالمعاينة. **(وإن أقرّ بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي)** لأن الجهالة في المقرّ به لا تمنع الإقرار **(وإن شهد شاهدان أنه أقرّ أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه)** لأن المشهود به هاهنا الإقرار وهو معلوم.

الميت لا يبطل القضاء للأول بل يضمنان للابن ما أخذ الأول من الإرث، ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل. وفي الزيادات: شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه، فإن لم يبين أمضى القضاء الأول لعدم المنازع في الحال، فإن جاء آخر وبين أنه وارثه، فإن كان أقرب من الأول قضى للثاني، وإن كان أبعد منه لا يلتفت إليه، وإن زاحمه بأن كان مثلاً الأول ابناً والثاني أباً قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لإمكان العمل بهما.

وذلك لا يمنع القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت الشهادة ويؤمر بالبيان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الشهادة على الشهادة

قال: **(الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة)** وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق، ولهذا

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع قوله: **(الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة)** فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص. فأما التعزير ففي الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد: يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة. ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضي إلى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة، وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء إلا الحدود والقصاص، وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول، وأصح قوليه وهو قول مالك: تقبل في الحدود والقصاص أيضاً لأن الفروع عدول، وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع قوله: **(وهذا استحسان)** أي جواز الشهادة على الشهادة، والقياس أن لا تجوز لأنها عبادة بدنية وجبت على الأصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والإجبار عليها. والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لأن كون قول إنسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه إليه وهو ينفيه ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعاً عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال، فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وإن اختلف محل الأداء، لأن محله في الأصلين في إثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الأصلين ثم يرجع إلى الحق المدعى به، لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الأداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الإجماع صيانة لحقوق الناس. لا يقال: يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بأن يستشهد على كل حق عشرة مثلاً فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي. لأنا نقول: المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله، وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة إليها، ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في إثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول فاستحقت التأخير في الذكر، وجوازها استحسان، والقياس لا يقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزمت الأصل لاحقاً للمشهود له لعدم الإجبار، والإنابة لا تجري في العبادات البدنية إلا أنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها، لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض، فلو لم يجز لأدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوّزت وإن كثرت: أعني الشهادة على الشهادة وإن بعدت **(إلا أن فيها شبهة)** أي لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك. واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل، لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز. وأجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به، فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي، وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع، وإذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات النساء مع الرجال. وقوله: **(أو من حيث أن فيها)** زيادة احتمال

باب الشهادة على الشهادة

قال المصنف: **(إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ)** أقول: فإن الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البدلية في العبادة، وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه قوله: **(لعدم الإجبار)** أقول: أي لعدم الإجبار على الشهادة قوله: **(أي لكن فيها شبهة البدلية)** أقول: إنما قال شبهة البدلية لما سيجيء من أن البدلية حقيقة ليس إلا في المشهود به أو الإضافة بيانية قوله: **(لعدم جوازه)** أقول: فيه إعمال الضمير في

جوّزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت، إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أن فيها زيادة احتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص **(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين)**. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام

الكذب كان خلافاً للشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية، فأورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين، إذ البدل لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه. وأجيب بأن البدلية هنا بحسب المشهود به، فإنا علمنا بثبوت المشهود به للأصول فيه شبهة كما ذكرنا، وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الأصول لأن شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه، وبعد تحمله يرده إلى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين، وهو خلاف ما ذكره المصنف، لا جرم أن أصل السؤال غير وارد لأنه إنما يرد على حقيقة البدلية والمصنف إنما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها. فإن قيل: ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حدّ فلاناً في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان. أجيب بأن لا نقض، فإن المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها، فأورد أن فعل القاضي موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد. أجيب بالمنع بل الموجب لردها إن كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة قوله: **(وتجوز شهادة شاهدين)** أو شهادة رجل وامرأتين **(على شهادة شاهدين)** يعني إذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معاً على شهادة هذا وشهادتهما أيضاً على شهادة الآخر. أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الأصل الآخر فلا يجوز إلا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز. وفي الجملة أن على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي وإسحاق تجوز الشهادة، لأن الفرع قائم مقام الأصل بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القضاء فكأنه شهد بنفسه واعتبروه برواية الأخبار **(ولنا ما روي عن عليّ رضي الله عنه: لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين)**(١) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب. والذي في مصنف عبد

معطوف على قوله منْ حيث البدلية: يعني أن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال، فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود بأن يزيدوا في عدد الأصول عند إشهادهم حتى إن تعذر إقامة بعض قام بها الباقون، فلا تقبل في الحدود والقصاص. قوله: **(ويجوز شهادة شاهدين)** أي يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان، لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما **(ولنا قول عليّ رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين)** فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان **(ولأن نقل الشهادة)** معطوف على قوله ولنا قول عليّ معنى، ومعناه أن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق، فإذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الأول، بخلاف شهادة المرأتين فإن النصاب لم يوجد لأنهما

الظرف قوله: **(بين البدل والمبدل)** أقول: كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها قوله: **(وأجيب بأن البدلية الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب بأنه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سنح للبال الفاتر، ثم رأيت في شرح الكنز للعلامة الزيلعي أنه أجاب بهذا فشكرت الله تعالى قوله: **(فإن المشهود به الخ)** أقول: فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهور بهما فليتأمل قوله: **(وإذا ثبت البدلية)** أقول: أي شبهتها.

---

(١) موقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٧ ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن علي موقوفاً بنحوه، وكذا ابن أبي شيبة عن الشعبي بأتم منه.

شاهد واحد فصارا كالمرأتين، ولنا قول عليّ رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، ولأن نقل

الرزاق: أنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن عليّ قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. وأسند ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن إسماعيل الأزرق عن الشعبي قال: لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين، ولأن شهادة كل من الأصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الأصول لا يجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان[1]. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تجوز، واختاره المزني لأن الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين، ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما، ولأن أحدهما لو كان أصلاً فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الآخر لا تجوز اتفاقاً، فكذا إذا شهدا جميعاً على شهادة الأصلين. وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا، وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول عليّ رضي الله عنه فإنه بإطلاقه ينتظم محل النزاع، ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الأصلين، ثم شهد بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة، بخلاف أداء الأصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الأصل الآخر مع آخر، فإنه إنما لا يجوز لأن فيه يجتمع البدل والمبدل منه، بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث يجوز. وقوله: **(وهو حجة على مالك)** فيه نظر، إذ كتبهم ناطقة بأن شهادة الواحد على الأصل لا تجوز، وما ذكره المصنف رواية عنه، وإنما نقل هذا عمن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول، وكرواية الأخبار. ويدفعه ما ذكرنا عن عليّ رضي الله عنه[2] ولأن كل واحد حق فلا يثبت إلا باثنين. وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد: لا بد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين قوله: **(وصفة الإشهاد)** أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع **(أن يقول شاهد الأصل له للحنابلة)** عن أحمد: لا بد من أربعة فروع

بمنزلة رجل واحد، ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافاً لمالك. قال: الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة. ولنا ما روينا عن عليّ رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الأخبار قال: **(وصفة الإشهاد أن يقول: شاهد الأصل الخ)** لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الإشهاد وأداء الفروع فقال: وصفة الإشهاد أن يقول: شاهد الأصل لشاهد الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عن الأصل فلا بد من التحمل والتوكيل على ما مر، وإنما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الأصل في شهادته بل في المشهود به، ولا بد أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد الأصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه، ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي، والأول أوضح لقوله لينقله إلى مجلس القضاء، وإن لم يقل الأصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد. قال: **(ويقول شاهد الفرع الخ)** هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة **(يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته: أعني الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل)** والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو أوسط العبارات **(ولها)** أي لشهادة

قوله: **(فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ)** أقول: ينظر فيه.

قوله: **(وذكر التحميل)** أقول: يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو أشهد على شهادتي فأحدهما مغن عن الآخر فينبغي أن يكتفي بثلاث شينات.

---

(١) أثر الشعبي، وأثر علي تقدما.

(٢) موقوف. وهو قبل أثر الشعبي.

شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل **(ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد)** لما روينا، وهو حجة على مالك رحمه الله، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة **(وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه)** لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر، ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء **(وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز)** لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد

ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين قوله: **(وصفة الإشهاد)** أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع **(أن يقول شاهد الأصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه)** وإنما شرط إشهاد الأصل الفرع في شهادة الفرع **(لأنه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة)** وذلك بالتحميل، بخلاف شهادة الأصل تجوز على المقرّ وإن لم يحمله، وكذا كل من شاهد أمراً غير الشهادة له أن يشهد به وإن لم يحمل كالإقرار والبيع والغصب **(على ما مر)** يعني في فصل ما يتحمله الشاهد، وإنما لم يقل لأنه نائبه لأنه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لامتناع الجمع بين الأصل والخلف لكنه جائز. قوله: **(ولا بد أن يشهد)** أي شاهد الأصل عند الفرع **(كما يشهد)** شاهد الأصل **(عند القاضي لينقله الفرع إلى مجلس القضاء وإن لم يذكر)** شاهد الأصل في شهادته عند الفرع. قوله: **(وأشهدني)** يعني المقر **(على نفسه)** بذلك **(جاز)** لما ذكرنا آنفاً من الفرق. وإذا وقع التحميل بما ذكر فيقول: **(شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان)** ويعرفه **(أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك)** فلا بد من ذكر الفرع جرّ شاهد الأصل فلزم فيه خمس شينات، وذلك **(لأنه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الأصل والتحميل)** قال المصنف **(ولها)** أي لشهادة الأداء من الفرع **(لفظ أطول من هذا وأقصر)** أما الأطول فأن يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات، وأما الأقصر فأن يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بأن فلاناً أقرّ عنده بكذا ففيه شينان، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر، وحكى فتوى شمس الأئمة السرخسي به، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة. وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له. قال في الذخيرة: فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل، وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر، ثم قال **(وخير الأمور أوساطها)** وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر وهو ثلاث شينات. قال: ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث

الفروع عند الأداء **(لفظ أطول من هذا)** وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلان شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولاً خمس شينات **(وأقصر منه)** وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان، ولا يحتاج إلى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير **(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل)** بالاتفاق. أما عند محمد فلأن القضاء عنده يقع بشهادة الأصول والفروع حتى إذا رجعوا جميعاً اشتركوا في الضمان: يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الأصول والفروع، وذلك إنما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمره. وأما عندهما فلأنه وإن لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد إنساناً على نفسه ثم منعه من الأداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الأصول إلى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فإنها ليست بحجة في نفسها ما لم تنقل، ولا بد للنقل من التحميل. ولقائل أن يقول: كلام المصنف مضطرب لأنه جعل المطلوب في كلامه التحميل، واستدل عليه بقوله لأنه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف

قوله: **(يعني يتخير المشهود عليه)** أقول: كما يجيء في باب الرجوع عن الشهادات.

(ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لأنه لا بد من شهادته، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل، ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه، وخير الأمور أوسطها **(ومن قال: أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي)** لأنه لا بد من التحميل، وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع، وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة.

لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، ثم قال: وما ذكر صاحب الكتاب: يعني القدوري أولى وأحوط. ثم حكى خلافاً بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه، وعند أبي يوسف يجوز. قال: وجه قولهما أنه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب، ويحتمل أنه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك. ولأبي يوسف أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى. والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصاً المتخذ بها مكسبة للدراهم، وقولهم في إعطاء الصور: أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل، وإلا فلا بد أن يعرف شاهد الأصل. قال في الفتاوى الصغرى: شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة قوله: **(ومن قال أشهدني الخ)** أي إذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك. ووجه المصنف بأنه لا بد من التحميل. أما عند محمد فلأنه يقول باشتراك الأصول والفروع في الضمان إذا رجعوا، ومعنى هذا أن محمداً يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والأصول، وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معاً، فإن اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الأصول، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب رجع على غاصبه، وأما عندهما قال فلأنه لا بد من

عليه فيظهر بالنصب، وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل لا يكون إلا بالتحميل. ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لأن الشهادة لا تكون حجة إلا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل مزيف، لأن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالتحميل والتوكيل. ووجه ذلك أن الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادته

قال المصنف: **(فيظهر تحميل ما هو حجة)** أقول: فيه بحث، فإن المقصود إثبات وجوب التحميل، فمن أين يثبت وجود التحميل حتى ما هو حجة، ولا يبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى: ﴿بفاحشة مبينة﴾ يصح الكلام حينئذ على ما أشار إليه الشيخ أكمل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد. وقال الإتقاني: قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لا بد، ويجوز أن يقال إنه عطف على قوله ليصير اهـ وفيه بحث قوله: **(وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ)** أقول: هذا مسلم، بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل قوله: **(قولهم في هذا الموضع الخ)** أقول: على ما مر في الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد، وأشار إليه هنا. ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيفاً قوله: **(فلا يحصل العلم للقاضي)** أقول: هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية، ولعله سهو، والصحيح فلا يحصل العلم للفرع قوله: **(لأن الفرع لا يسعه، إلى قوله: عند القاضي في مجلسه)** أقول: فيه بحث فإنه لو أراد أنه لا يسعه بعد ما شهد في مجلس القاضي ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك؛ إلا أنه لا يلزمهم، فإن مرادهم أنها لا تكون حجة إلا في مجلس القاضي إذا حكم بموجبها، وإن أراد أنه لا يسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغواً من الكلام إذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتأمل قوله: **(ووجه ذلك أن الأصل الخ)** أقول مراد القوم أيضاً ليس إلا ذلك كما لا يخفى على ذي تأمل، فإن الولاية تنفيذ القول على الغير شاآ أو أبى فما لم يحم القاضي بشهادته لا يظهرن للأصول ولاية ولا يوجد إبطال ولايته، فقولهم لا يكون حجة إلا في مجلس القاضي إشارة إلى هذا.

قال: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم)** لأن جوازها للحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز. وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في

التحميل **(لأنه لا بد من النقل)** يعني إلى مجلس القاضي **(ليصير حجة فيظهر)** بالنقل **(تحميل ما هو حجة)** يعني شهادة الأصول، وهذا الكلام يقتضي أن وجوب التحميل لوجوب النقل، والنقل لا يتحقق إلا بالتحميل، حتى لو سمع شاهداً يقول لرجل اشهد على شهادتي إلى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بحضرته، فإذا نقل ظهر للقاضي أنه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة، بخلاف ما لو سمع قاضياً يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فإنه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لأن قضاءه حجة كالبيع والإقرار، بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل إلى القاضي. ولقائل أن يقول: كون النقل إلى القاضي والحجية تتوقف على التحميل شرعاً مما يحتاج إلى دليل إن لم يكن فيه إجماع الأمة، وهو منتف على الأصح عند الشافعية وإلا فالاتفاق على أن من سمع إقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وإن لم يشهده، بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فإخراج الإقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج إلى دليل من الشرع. وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمراً آخر وهو أن الأصل له منفعة في نقل شهادته، فإن شهادته حق عليه يلزمه أداؤه إذا طلب منه من هي له، ومقتضى هذا أن لا يحتاج إلى التوكيل والتحميل لأن من عليه دين إذا تبرع إنسان بقضاء دينه جاز وإن لم يكن بأمره لكن فيها مضرة إهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية إنكاح صغيرة لو نكحها إنسان لا بأمره لا يجوز ذلك قوله: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام)** ولياليها **(فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم**

من وجه، وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه إقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين. ومن عليه الدين إذا تبرّع إنسان بقضائه عنه يجوز وإن لم يكن بأمره، فباعتبار هذا لا يشترط الأمر لصحتها، غير أن فيها مضرة من حيث أنها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بدون أمره مضرة في حقه، فباعتبار هذا يشترط الأمر وصار كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا أنكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لما فيه من إبطال الولاية عليه. وهذا كلام حسن لسد الخلل. وأما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها إشعار بالمطلوب، وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد، والله أعلم. قال: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع الخ)** قد تقدم أن مجوّز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد ولا تقبل إلا أن يموت الأصول أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضاً يمنعهم الحضور إلى مجلس الحكم لأن الحاجة تتحقق بهذه الأشياء لعجز الأصول عن إقامتها، وإنما اعتبر السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الأضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج **(وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الإشهاد)** دفعاً للحرج، و **(إحياء لحقوق الناس قالوا: الأول)** أي التقدير بثلاثة أيام **(أحسن)** لأن العجز

قوله: **(لما فيه من إبطال الولاية عليه)** أقول: إلى هنا كلام الفوائد الظهيرية قوله: **(وقد تقدم لنا الخ)** أقول: في فصل ما يتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه قال المصنف: **(وبهذه الأشياء الخ)** أقول: الظاهر أن تقديم الجار لإفادة الحصر قال المصنف: **(والثاني أرفق)** أقول: أي بأرباب الحقوق من الناس فإن الشهود ربما لا يقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فينوي الحقوق خصوصاً في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الأمور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الأول بشهادة السباق.

أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

قال: **(فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز)** لأنهم من أهل التزكية **(وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح)** لما قلنا، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه، كيف وأن قوله في حق نفسه وإن ردّت شهادة صاحبه فلا تهمة.

لأن جوازها للحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصاً عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الأضحية والجمعة **(وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غدا لأداء الشهادة صح شهادة الفروع إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول أحسن)** يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع **(والثاني أرفق إحياء لحقوق الناس)** وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية **(وبه أخذ الفقيه أبو الليث)** وذكره محمد في السير الكبير. وعن محمد: تجوز الشهادة كيفما كان حتى روي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل. وقال الإمام السرخسي وغيره: يجب أن تجوز على قولهما خلافاً لأبي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم، وعنده لا إلا برضاه وإلا قطع، صرح به عنهما فقال: وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل وإن كانوا في المصر.

[فروع] خرس الأصلان أو عميا أو جنا أو ارتدّا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع، وتجوز شهادة الابن على شهادة الأب دون قضائه في رواية، والصحيح الجواز فيهما. ولو شهد واحد على شهادة نفسه. وآخران على شهادة غيره صح، وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي إلى القاضي. وفي الأصل: لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل، لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة، لأنها لو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق، كذا ذكره الإمام السرخسي. ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان، بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح. ولو شهدا على شهادة رجلين بشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة وإن كثروا. سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما أن يشهدا أن القاضي قضى عليه وإن كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأقيس وعن أبي يوسف: لا يجوز إن سمعاه في غير مجلس القاضي، وهذا أحوط قوله: **(فإن عدل شهود الأصل الخ)** شهود الأصل منصوب مفعولاً وشهود الفرع فاعل. والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة، وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل **(وكذا لو شهدا**

شرعاً يتحقق به كما في سائر الأحكام التي عددناها فكان موافقاً لحكم الشرع فكان أحسن **(والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث)** وكثير من المشايخ. وروي عن أبي يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا في المصر لأنهم ينقلون قولهم فكان كنقل إقرارهم **(فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز)** وحاصل ذلك أن الفرعين إذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة: إما أن يعرفهما القاضي أو لا يعرفهما، أو عرف الأصول دون الفروع أو بالعكس، فإن عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما، وإن لم يعرفهما يسأل عنهما، وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع، وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول، فإن عدل الفروع الأصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لأنهم من أهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة **(وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا)** إنه من أهل التزكية. وقوله: **(غاية الأمر)** ردّ لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهماً، فأشار إلى رده بقوله غاية الأمر: أي غاية ما يرد

قال: **(وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم)** وهذا عند أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل. ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل، لأنه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

اثنان فعدّل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي **(الآخر جاز)** خلافاً لقول بعض المشايخ إنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته، وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله: **(غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه)** يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعاً كذا ما نحن فيه **(وإن سكتوا)** أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي **(جازت)** شهادة الفروع **(ونظر القاضي)** في حال الأصول، فإن عدّلهم غيرهم قضى وإلا لا **(وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد)** إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم **(لا تقبل)** شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع **(ولأبي يوسف أن المأخوذ)** أي الواجب **(على الفروع ليس إلا نقل)** ما حملهم الأصول **(دون تعديلهم)** فإنه قد يخفى حالهم عنهم، فإنهم إذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الأصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الأصول لازماً عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية إن كانوا عدولاً فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم، فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم، كذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية. وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الأصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما: أي الفروع في ظاهر الرواية، لأن هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة. ثم قال: وروي عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحاً لأنه يحتمل كونه توقيفاً في حالهم فلا يثبت جرحاً بالشك انتهى. وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما. ولو قالا: لا نعرف عدالتهما ولا عدمها، فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي. وذكر الحلواني أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستوراً فيسأل عنه. وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو

فيه من أمر الشبهة أن يقال: ينبغي أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب **(أن في تعديله منفعة)** له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به **(لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه)** فإنه يحتمل أن يقال: إنما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع **(كيف)** يكون ذلك مانعاً وأنه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لأن قوله: **(في نفسه مقبول وإن ردّت شهادة صاحبه)** حتى إذا انضمّ إليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما **(فلا تهمة، وإن سكتوا عن تعديلهم)** وقالوا لا نخبرك **(جازت)** شهادتهم **(و)** لكن **(ينظر القاضي في حال الأصول)** بأن يسأل من المزكين غير الفروع **(عند أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد: لا تقبل)** شهادة الفروع **(لأن لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل)** ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم. ثم القاضي **(يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا)** وإذا قالوا لا نعرف أن الأصول عدول أو لا؟ قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء، وكأنه أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو الصحيح، لأن شاهد الأصل بقي مستوراً **(وإن أنكر شهود الأصول الشهادة)** بأن قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء

قوله: **(وكأنه أشار إليه الخ)** أقول: وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لأخبروا بها، نعم لو قال: فإذا لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك.

قال: (**وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الشهود الفرع**) لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (**وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا: لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة**) لأن

عشرين سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا؟ فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكمُ من يسأله عن حاله، إن كان الأصل مشهوراً كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها، وإن كان غير مشهور لا يقضى به، ولو أن فرعين معلوماً عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما، وإن قال ذلك أحدهما لا يلتفت إلى جرحه. وفي التتمة: إذا شهد أنه عدل وليس في المصر من يعرفه، فإن كان ليس موضع للمسألة: يعني بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سراً، فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية قوله: (**وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع**) لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه، وخبر الأصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض قوله: (**وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على لانة بنت فلان الفلانية بألف درهم**) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه. فيقولان قد أخبرانا أنهما يعرفانها ويجيئان بامرأة فيقولان لا ندري هي هذه أم لا؟ قال: يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة الفلانية بعينها فأجيز الشهادة. والمصنف أفرد فقال: (**فجاء بامرأة**) يعني المدعي جاء بها وهو أنسب وهذا (**لأن الشهادة**) بالألف (**على المعرّفة بالنسبة قد تحققت**) بالشهادة المذكورة للفروع (**والمدعي يدعي**) الألف (**على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة**) التي بها شهدا بالألف عليها. قال المصنف (**ونظير هذا إذا تحملوا شهادة ببيع محدودة**) قال قاضيخان: وهذا كرجلين يشهدان أن فلاناً اشترى داراً في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الأرض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء. وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال: تحملوا الشهادة ببيع محدود. وذكر التمرتاشي رحمه الله: وصار كرجل ادعى محدوداً في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود. ثم

الفروع يشهدون بشهادتهم (**لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الأصول وخبر الفروع، وهو**) أي التحميل (**شرط**) صحة شهادة الفروع. قال: (**وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ**) إذا شهد فرعان على شهادة أصلين (**على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا**) الأصلان (**أنهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقالا**) الفرعان (**لا نعلم أهي هذه أم لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها هي، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري**) بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (**لا بد من**) شاهدين (**آخرين يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود، وكذلك إذا كتب قاضي بلد إلى آخر**) شاهدان شهدا

قال المصنف: (**وإن أنكر شهود الأصل الشهادة**) أقول: قال الزيلعي: أي الإشهاد، ومعناه: إذا قال شهود الأصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لأن التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين اهـ. وفي الكافي: معنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا انتهى. فظهر مما ذكره الزيلعي وما في الكافي أن الحكم واحد، سواء أنكر الأصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا إشهادهم الفروع على شهادتهم. نعم ظاهر كلام الهداية على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الزيلعي، فإنه قال الشهادة لا الإشهاد (**قول المصنف فجاء بامرأة الخ**) أقول: لعل الفاء للترتيب الذكري إذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم، أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة، ولعل هذا هو الأولى، ويدل عليه قول الإمام التمرتاشي ليمكن للشاهد الإشارة إليها في الشهادة.

الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده.

قال: **(وكذا كتاب القاضي إلى القاضي)** لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور

تصوير المصنف يصدق فيما إذا كان المدعي شفيعاً والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فقال المشتري العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود. ثم قال المصنف **(قال)** يعني محمد في الجامع الصغير **(وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي)** فإنه ذكر فيه المسألتين فإنه قال بعد قوله فأجيز الشهادة، وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة شاهدين. وقال أبو حنيفة رحمه الله **(إن قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها)** إلى هنا لفظ الجامع الصغير: يعني أن القاضي إذا كتب في كتابه إلى القاضي الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب إليه وقال هي هذه يقول له المكتوب إليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الإشارة إليها في القضاء عليها. قوله: **(إلا أن القاضي الخ)** جواب عن مقدر وهو أنه إذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لأنه كشاهد الفرع شهد على الأصول بما شهدوا به فقال إن للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل. ثم قال المصنف: قال: ولو قالوا في هذين فلفظ قال أيضاً على ما ذكرنا من قول المصنف نقلاً للفظ الجامع على ما نقلناه آنفاً: أي قال في الجامع: قال أبو حنيفة: لو قالوا في هذين البابين: أي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها إلى فخذها، يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها، وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح. وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ، وجعله في ديوان الأدب بكسر الخاء وأنه

عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فأحضر المدعي فلاناً في مجلس القاضي المكتوب إليه ودفع إليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في الكتاب لتمكن الإشارة إليه في القضاء، **(لأنه)** أي كتاب القاضي إلى القاضي **(في معنى الشهادة)** على الشهادة **(إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل)** فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب، إذ العدد من شأنهم دون الكتاب لأن ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد **(ولو قال الشهود في هذين البابين)** يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي **(فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة)** يعني التي لا خاصة دونها. قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست: أولها الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ. وقال في غيره: إن الفصيلة بعد الفخذ؛ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العمائر، والعمارة بكسر العين تجمع البطون، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل **(وهذا)** أي عدم الجواز **(لأن التعريف لا بد منه، ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية**

قال المصنف: **(ونظير هذا، إلى قوله: في يد المدعى عليه)** أقول: قال في النهاية: ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن فلاناً باع والمحدود في يد المشتري ولي حق الشفعة، وأما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة إلى كون المبيع في يد المشتري لأن للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري انتهى. ويظهر أيضاً إذا ادعى المدعي الاستحقاق وإثبات البيع حينئذ لأن كون المحدود للبائع قد يكون مشهوراً والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بأن يده ليست يد خصومة، ولا يندفع ذلك إلا بإثبات الشراء فتأمل قوله: **(فجاء المدعي بامرأة)** أقول: أنكرت أنها إياها قوله: **(ونظير هذا إذا تحملوا، إلى قوله: في يده الخ)** أقول: فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعي في يد المدعى عليه وإن اعترف هو به على ما سيجيء قوله: **(الذي في يدي الخ)** أقول: قوله الذي في يدي مبتدأ، وقوله غير محدود خبره قوله: **(ودفع إليه الكتاب الخ)** أقول: وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان.

ولايته ينفرد بالنقل (**ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها**) وهي القبيلة الخاصة، وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة. وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة، (**وقيل السمرقندية والبخارية عامة**) وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن كان يتهم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى، والله أعلم.

أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال: والعرب على ست طبقات: شَعْبٌ، وقبيلة، وعمارة، وبطن، وفخذ، وفصيلة، فالشعب تجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل، فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير، وسميت شعوباً لأن القبائل تتشعب منها، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصيّ بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة. وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها، ولهذا قال تعالى: ﴿وفصيلته التي تؤويه﴾ [المعارج: ١٣] وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة. والعمارة بكسر العين، والشعب بفتح الشين، وأسلفنا هناك ذكرها منظومة في شعر. ثم إنما لم يكتف بذكر نحو التميمية لأنها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك. ونقل في الفصول عن قاضيخان: إن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجد، وإن كان لا يحصل بذكر الأب والجد لا يكتفي بذلك. وفي الفصل العاشر في فصول الاستروشني: رأيت بخط ثقة: لو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل. وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء. فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفي؟ فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يكفي. وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف، فإذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لأنه وقع في فصل مجتهد فيه، قال: كذا رأيت في بعض الشروط. ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه، ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك، فإنه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسهم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك. الأوجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء، غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا، ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة إلى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة إلى جد مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (**وقيل السمرقندية والبخارية عامة**) بخلاف الأوزجندية (**وقيل**) في النسبة (**إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة**) ثم قال المصنف (**ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عن أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف**) في عدم اشتراطه ذكر الجد (**على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى**) أي الجد الأعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص، وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع: إن قالا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها، فإنه ذكره فيما إذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد، فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد إذا كان نسبة إلى أخص الآباء.

عامة) بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامي آبائهن (**ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة**) ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى في النسبة وهو أب الأب.

قوله: (**قال في الصحاح: الفخذ آخر القبائل الخ**) أقول: هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركاً أو مجازاً على سبيل التغليب قوله: (**والقبائل تجمع الخ**) أقول: والظاهر أن يقال والقبيلة الخ.

فصل

قال: **(أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره. وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه)** وهو قول الشافعي رحمه الله. لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه، ولأن

(قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لأنها خلاف الأصل، إذ الأصل الصدق لأن الأصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان، وشاهد الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك ولا يحكم به بردّ شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعي له إذ قد يكون محقاً في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه. وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حياً. ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم. وإذا ثبت كونه شاهد زور. فقال أبو حنيفة رحمه الله: يعزّر بتشهيره على الملأ في الأسواق ليس غير **(وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه)** فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضر به. فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الأسواق، وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا إلى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك **(لهما ما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً)** رواه ابن أبي شيبة: حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام أن شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه. وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً. وقال: أخبرنا يحيى بن العلاء. أخبرني أبو الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل[1]. فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر، أما من لا يراه فبوجهين: أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان إجماعاً، وليس بشيء لأن الإنكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد، فإذا فرض أنه أداه اجتهاده إلى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت. والثاني أنه أتى كبيرة من الكبائر. على ما صرح به النبي ﷺ فيما روى البخاري أنه ﷺ قال: «ألا أخبركم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس قال: ألا وقول الزور وشهادة الزور، فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت»[2] وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال ﴿فاجتنبوا

فصل

(قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق الخ) شاهد الزور، وهو الذي أقرّ على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حياً يعزّر، وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة، فقوله ولا أعزره: يعني لا أضربه، وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك. لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة، من السخام: وهو سواد القدر، أو بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود. لا يقال: الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما، لأنهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع، ولا يبلغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولاً على السياسة. قوله: **(ولأن هذه)** أي شهادة الزور **(كبيرة)** ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان

فصل

قوله: **(لأن مقصودهما الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ.

---

(١) أثر عمر. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٨ ونسبه لابن أبي شيبة في الحدود، وكذا لعبد الرزاق في مصنفيهما.
(٢) متفق عليه. وقد تقدم في باب: من تُقبل شهادته ومن تُرد. في ٢/ ٤١٢.

هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزّر. وله أن شريحاً كان يشهر ولا يضرب، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه. وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين

الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج: ٣٠] وإذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير، وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فإنه إنما يقتضي التعزير وهو لا ينفيه، بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لأنه ينفي ضربه وهما يثبتانه، فإن كان الضرب زيادة في التعزير فليكن إذ قد ثبت الزيادة فيه به (**ولأبي حنيفة رحمه الله أن شريحاً رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب**) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم إن شريحا يعرّفكم ويقول لكم إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وإن كان من العرب أرسل به إلى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى. ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي حصين قال: كان شريح يبعث شاهدَ الزور إلى مسجد قومه أو إلى السوق ويقول إنا زيفنا شهادة هذا. وفي لفظ: كان يكتب اسمه عنده. وقال الخصاف في أدب القاضي: حدثنا وكيع قال: حدثنا سفيان عن أبي حصين قال: كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبي حصين سفيان. وقد يقال: ليس في هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضر به بل لأنه فعل ذلك، ولا ينفي هذا أن يقول مع شيء آخر. ثم وجدنا هذا المحتمل مروياً. قال عبد الرزاق: أنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال: أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى مسجد يعرّفه الناس[1]، غير أن أبا حنيفة يقول: إن فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا إنه إنما يعرف شاهد الزور بإقراره فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك، فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع، فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقراً في النفوس يكون صارفاً له عن الرجوع وحاملاً على التمادي فوجب أن يترك ويكتفي بما ذكرت من التعزير، هذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله ﷺ فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر. وأما الجواب

واجتنبوا قول الزور﴾ وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة عن أبيه أن النبيّ ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس فقال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور، فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت» (**وتعدّى ضررها إلى العباد**) بإتلاف أموالهم (**وليس فيه حد مقدر فيعزره. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شريحاً رحمه الله كان يشهر ولا يضرب**) وكان ذلك في زمن عمر وعليّ رضي الله عنهما والصحابة متوافرة، وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الإجماع (**ولأن المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفي به. والضرب وإن كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعاً من الرجوع**) فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (**فوجب التخفيف من هذا الوجه**) وذلك بترك الضرب (**وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى**

قال المصنف: (**أجمع ما كانوا**) أقول: حال من الظرف: أي حال كونه أجمع الأوقات التي كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما في: أخطب ما يكون الأمير قائماً، وهذا أولى، ويجوز أن يكون بدلاً من بعد العصر بل صفة له قال المصنف: (**يقرئكم السلام**) أقول: قرأ عيه السلام أبلغه، ولا يقال أقرأه إلا إذا كان مكتوباً، كذا في القاموس، فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بأن يكتب شريح إليهم كتاباً ينقل رسوله ما فيه إلى القوم قوله: (**أجمع ما كانوا: أي مجتمعين الخ**) أقول: فيه بحث، بل المعنى ما ذكرنا قوله: (**فيمن كان تائباً أو مصراً**) أقول: وقع في بعض النسخ لفظ الإقرار بدل لفظ الإصرار، والصحيح الإصرار.

---

(١) أثر شُريح القاضي في نصب الراية ٨٨/٤.

والتسخيم د. ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا، ويقول: إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضاً. والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما، وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود **(وفي الجامع الصغير: شاهدان أقرّا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران)** وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقرّ على نفسه بذلك، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات، والله أعلم.

بأن ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة، فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله، فقد يردّ بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله في البلاد. وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء، فإن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه، وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك. وأما كون التسخيم[1] مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم، لا باعتبار عرض يغسل فيزول.

واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه: إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزّر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزّر اتفاقاً، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور. وقيل لا خلاف بينهم. فجواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى. وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة. والتسخيم بالجرّ عطفاً على قوله بدلالة التبليغ: يقال سخم وجهه، إذا سوده من السخام وهو سواد القدر، وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود. وفي المغني: ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء.

الأربعين) وهو منهي عنه. قال ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» (و) بدلالة **(التسخيم)** هذا تأويل شمس الأئمة، وأوله شيخ الإسلام بأن المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير، فإن الخجل يسمى مسوداً مجازاً، قال الله تعالى: **﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظلّ وجهه مسوداً﴾** **(وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث إلى سوقه، إن كان سوقياً، أو إلى قومه إن لم يكن سوقياً بعد العصر أجمع ما كانوا)** أي مجتمعين، أو إلى موضع يكون أكثر جمعاً للقول ويقول: **(إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وذكر شمس الأئمة أن عندهما أيضاً يشهر، والحبس والتعزير مقداره مفوّض إلى ما يراه القاضي)** ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائباً أو مصراً أو مجهول الحال. وقد قيل إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف، وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا. ثم إنه إذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لا؟ إن كان فاسقاً تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة، ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر، وعند آخرين سنة. قالوا: والصحيح أنه مفوّض إلى رأي القاضي. وإن كان مستوراً لا تقبل أصلاً. وكذا إن كان عدلاً على رواية بشر عن أبي يوسف لأن الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء. وروى أبو جعفر أنها تقبل. قالوا: وعليه الفتوى. قال: **(وفي الجامع الصغير)** وذكر أن فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بأنه الذي أقرّ على نفسه بذلك، فإما إثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لأنه نفي للشهادة والبينات شرعت للإثبات، ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حياً أو بموته وكان حياً إما لندرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك، والله أعلم.

---

(١) سَخَّمَ وجهه: أي سَوّد وجهه، ويُسَخَّمُ: يُسَوّد. من السُّخام، وهو سواد القدر. وأما بالحاء فهو من الأسحم الأسود.

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال: **(إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت)** لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا إيجاب رفع الشهادة وما تقدم إيجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتاباً كما لذاك ولتحققه بعد الشهادة، إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأ قوله: **(إذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت)** عن الاعتبار فلا يقضى بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض، ولأنه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالأول، فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما. قالوا: ويعزّر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور إن تعمده، أو التهوّر والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة وعلى ذنب ارتفع بها وليس فيه حدّ مقدر قوله: **(ولا ضمان عليهم)** لأنهم لم يتلفوا شيئاً على المشهود له أو عليه قوله: **(فإن حكم الخ)** إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول، ولا الأول أولى من الثاني فتعارضا، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما، وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى، لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم، وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم: أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإتلاف كان تعدياً لأنه وقع على خلاف الحق، والتسبب في الإتلاف تعدياً سبب للضمان. وكان أبو حنيفة رحمه الله أوّلاً يقول: ينظر إلى حال الشهود، إن كان

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات. وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر، إذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زوراً وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا، فإما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده، فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضي، ولا قضاء هاهنا لأن القاضي لا يقضي بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالإتلاف، ولا إتلاف هاهنا، لأنهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه. أما على المدعى عليه فظاهر، وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقاً في الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها، وإن كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الأول، والكلام المناقض ساقط العبرة عقلاً وشرعاً فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع، ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالأول، وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح، وقد ترجح

كتاب الرجوع عن الشهادة

قوله: **(وأما على المدعي الخ)** أقول: ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف: **(فلا ينتقض الحكم بالتناقض)** أقول: لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلاً وشرعاً كما سيصرح به آنفاً قوله: **(لئلا يؤدي إلى التسلسل الخ)** أقول: كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه قوله: **(كالملجأ من جهتهم)** أقول: أي من جهة الشهود قوله: **(واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين)** أقول: أي في فصل الرجوع قبل الحكم بها وبعده قوله: **(وهو مسلم فإن الرجوع إقرار الخ)** أقول: ويجوز تقريره معارضة قوله: **(والجواب أن الاستحقاق**

بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المشهود عليه **(فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم)** لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به **(وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم)** لإقرارهم على أنفسهم بسبب

حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم، وفي حق غيرهم فيعزّرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه، وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزّرون، ولا ينقض القضاء، ولا يجب الضمان على الشاهد. وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان. ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال، فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما قوله: **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)** سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره، وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال، وإليه أشار المصنف حيث قال **(وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما)** أنهما لم يرجعا **(لايحلفان وكذا)** لو أقام بينة على هذه الرجوع **(لا تقبل لأنه ادعى رجوعاً باطلاً)** وإقامة البينة وإلزام اليمين لا تقبل إلا على دعوى صحيحة. ثم قال **(حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل)** فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك، ونقل هذا عن شيخ الإسلام. واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان، وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد، وذكر أنه إنما تركه تعويلاً على هذا الاستبعاد، ويتفرّع على اشتراط المجلس أنه لو أقرّ شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع، ولو أقر في مجلس قاض أنه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه، ولو رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما. ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين: أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة، فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها، وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصوّر الأداء عنده بالضرورة، بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه، والإقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء. وأجاب في النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء

الأول باتصال القضاء به فلا ينتقض به، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان، فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجإ من جهتهم، فكان التسبيب منهم تعدّياً فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق. فإن قيل: كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلامَ الضمان؟ أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وعد بتقريره من بعد، واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم. قال: **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم الخ)** الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو لا لأنه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به، وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم. والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها، الرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من

الخ) أقول: انظر في هذا الجواب قوله: **(ولأن الرجوع توبة)** أقول: عطف على قوله لأنه فسخ للشهادة قوله: **(ومعناه حكم عليه)** أقول: فعلى الأول معطوف على رجع وعلى الثاني على قوله أقام البينة قوله: **(لأن سبب الضمان الخ)** أقول: وفي غاية البيان لأن سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي قوله: **(فإنها قبول البينة)** أقول: فيه بحث لأن المعنى حينئذ تقبل الشهادة لأن الدعوى: أعني دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتأمل.

الضمان، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)** لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أيّ قاض كان، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية، فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعاً باطلاً، حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح. **(وإذا شهد شاهدان بمال**

كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه، وهذا أيضاً مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو الترادّ، والتراد يتوقف على قيامه، بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان، ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس. ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه. وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كي لا يلزم الافتراق عن الكالىء بالكالىء وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه، وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصوّر الأداء بخلاف الفسخ. ثم تمهيد الجواب بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع. نعم الرفع يردّ على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها، ولو تسهلنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصوّر كون مجلس الحكم شرطاً لبقاء الشهادة،

توابعه. لا يقال: البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء، ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطاً بشرط الابتداء لكونه أسهل منه. لأنا نقول: مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ **(ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان)** وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به **(وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما)** وأقام على ذلك بينة أو عجز عنها وأراد أن يحلف الشاهدين **(لم يقبل القاضي بينة عليهما ولا يحلفهما)** لأن البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة **(حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل)** بينته **(لأن السبب صحيح)** والضمير المستكنّ في ضمنه يجوز أن يكون للقاضي، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن، ويجوز أن يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه، والألف واللام في قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قبول البينة: أي لأن سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم، وقيل هو الضمان، ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم، وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل **(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه)** هذه المسألة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم، إلا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض. قال الشافعي: لا ضمان عليهما لأنهما تسببا في الإتلاف، ولا معتبر به عند وجود المباشر. وقلنا وجب عليهما الضمان لأنهما تسببا للإتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان إذ لم يمكن إضافته إلى المباشر، وهاهنا كذلك لأن المباشر هو القاضي، وإضافة الضمان إليه متعذرة لأنه كالملجإ إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسق وليس بملجإ حقيقة لأن الملجاء حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك، ولأن في إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء، وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله، وتعذر استيفاؤه من المدعي أيضاً لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب. فإن قيل: ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع، فإنه إذا شهد شاهدان على أنه قتل عمداً فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم، وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص. وعند الشافعي يجب عليهما القصاص، جعل المسبب كالمباشر. قلنا: فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجيء، والشافعي جعله مباشراً بما ورد عن عليّ رضي الله عنه في شاهدي السرقة إذا رجعا: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما. والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة، وجاز أن يهدد الإمام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه: ولو تقدمت في المتعة لرجمت، والمتعة

فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعدياً. وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر

ولو أرخينا العنان في الآخر فإنما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذي كان شرطاً للأداء، والمجلس المشروط هنا مجلس آخر. وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلاً لها فاختص بموضع الشهادة، ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضادّ اتحاد المحل. ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه، كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها. والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه، ولا شك أن ذلك أيضاً غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبيّ ﷺ إلى أهل اليمن فقال أوصني، فقال: «عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت، إلى أن قال: وإذا عملت شراً فأحدث توبة السرّ بالسر والعلانية بالعلانية»[1] وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه علانية وهو إذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معلناً قوله: **(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه)** وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما مسببان ولا عبرة بالتسبب، وإن كان تعدياً مع وجود المباشرة. قلنا: المباشر القاضي والمدعي. ولا ضمان على القاضي اتفاقاً لأن كالملجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة، وإذا ألجأه الشرع لا يضمنه، ولأنه يوجب عدم قبول القضاء من أحد. وأما المدعي فلأنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم، وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعاً. وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق. واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسألة. والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا، والقول الآخر لا ينقض. ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الأداء. وقد نقض عليه أيضاً بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص

لا توجب الرجم بالاتفاق، وإنما يضمنان: يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعي ما قضى له به ديناً كان أو عيناً، وهو اختيار شمس الأئمة، لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض، وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين، ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. وبيان ذلك أنهما إذا ألزما ديناً بشهادتهما، فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما. وفرّق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال: إن كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعي، وإن كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه، وذلك لأنه ضمان الإتلاف وضان الإتلاف مقيد بالمثل، وإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك، فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنتفي المماثلة، وإذا كان ديناً فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا. والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي.

قوله: **(فيتحمل الضرر الخاص)** أقول: لعله يريد به تضمين الشهود قوله: **(في الشهادة)** أقول: متعلق بقوله ترك قوله: **(كما سيجيء)** أقول: أي في هذا الكتاب أيضاً في الدرس الثالث قوله: **(والجواب أنه الخ)** أقول: هذا جواب عن دليل الشافعي قوله: **(قد استوفى)** أقول: المقضى عليه قوله: **(ولا مماثلة بينهما)** أقول: إذ العين خير من الدين.

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجمع ١٠/٧٤ من حديث معاذ بن جبل. وقال الهيثمي: إسناده حسن.

إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً، لأن الإتلاف به يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين.

قال: (**فإن رجع أحدهما ضمن النصف**) والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي

والقاضي. وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول عليّ رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاءوا بآخر وقالوا هذا الذي سرق: لو علمت أنكما تعديتما لقطعت أيديكما. أخرجه الشافعي وقال: بهذا القول نقول. فإن نوقض بأنه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بأني إنما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال. قلنا: الأشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة، ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد؟. قال المصنف (**إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً**) لأن هذا ضمان إتلاف والإتلاف على المدعى عليه إنما يتحقق بأخذه منه، وهذا اختيار شمس الأئمة. وفرق شيخ الإسلام بين كون المشهود به عيناً فيضمنان قبل قبض المدعي إياها بعد القضاء له بها أو ديناً فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي. وجه الفرق أن ضمانهما ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمماثلة، فإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه، فلو أزلنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة، أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أوجبا عليه ديناً بغير حق، فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لأن المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه، وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين: إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل، لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئاً ما لم يخرج من يده. قال البزازي رحمه الله في فتاواه: والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أو لا، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة.

[فروع] شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالاً ثم رجعان على المطلوب بعد سنة، ولو توى[1] ما على

قال: (**وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ**) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم. وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى وعلى هذا إذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق. قيل لا نسلم ذلك، فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء. وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما يصلح في الابتداء لذلك، كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره (**وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه**) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق (**لأن استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة**) التامة، واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط

قوله: (**فبإزالة العين عن ملكهما الخ**) أقول: الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ قوله: (**لأن وجوب الحق الخ**) أقول: لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة. والأولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل قوله: (**وعلى هذا إذا شهد الخ**) أقول: ينبغي أن يكون تفريعاً على الأصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل قوله: (**فكذا بقاء**) أقول: فينبغي أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

---

(١) توى المال: هلك، وذهب اهـ مغرب.

من يبقى بشهادته نصف الحق **(وإن شهدا بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)** لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع**

المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة. ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمناً. ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمناً قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع. شهدا أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل قوله: **(والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع)** وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إتلاف له، فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع إتلاف شيء، ومن المحال أن يضمن مع عدم إتلاف شيء. وأما ما أورد من أنه ينبغي إذا رجع واحدا من الاثنين أن لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء، ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء، وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شي بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لها برجوعه. إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه أتلفه برجوعه **(وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)** لأنه بقي الحق من غير إتلاف شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة **(والمتلف متى استحق سقط الضمان)** كما إذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فإنه يأخذه ويسقط الضمان لزيد **(فأولى أن يمنع الضمان)** وما نحن فيه من هذا فإن بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التي أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه، وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق الشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه **(فإن رجع آخر)** من الثلاثة **(ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء الثالث يبقى نصف المال)** فلو قال الراجع الأول كيف أضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا، كما لا يقبل قول أحدهما لو رجع الثلاثة لا يلزمني شيء لأن غيري يثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا عليّ. وحقيقة الوجه أن تلف النصف وإن كان مما يستقل به رجوع واحد إذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت**

الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع **(فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق)** قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقياً فإذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه. وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعاً، ثم رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره، فإذا رجع الثاني تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة، فعند رجوع الأول وجد الإتلاف، ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع إيجاب الضمان عليه، فإذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن**

قوله: **(إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له)** أقول: الضمير في قوله له راجع إلى زيد قوله: **(سقط الضمان الخ)** أقول: مع أن الإتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل إنما هو بحسب زعيم الراجع فقط قوله: **(فلأن يمنعه الخ)** أقول: الضمير في قوله يمنعه راجع إلى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ.

الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على الرجل النصف وعلى

إحداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي، وإن رجعتا ضمنتا نصفه لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن (ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقي (والربع بشهادة الباقية) (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة. وعندهما على الرجل النصف وعلى لنسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل). قال ﷺ في نقصان عقلهن «عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل» روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت امرأة منهن: يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لبّ منكن، قالت: يا رسول الله وما نقصان العقل والدين؟ فقال: أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين»[1] (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن

رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن نصف الحق باق لشهادة الرجل (وإذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعاً فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحج فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء، وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع (ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال ﷺ في نقصان عقلهن: «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» وإذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر، وإنما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين مهن بشهادة رجل. والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكرّر فكان الإطلاق ككلمة كل (وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعاً لما قلنا) أن المعتبر هو بقاء من بقي، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن المرأة الواحدة شطر العلة، ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافاً إلى شهادة رجلين دونها فلا تضمن

قوله: (ثم إذا رجع الأول الخ) أقول: الأظهر أن يقال: إذا رجع الأول لم يظهر الإتلاف فضلاً عن إتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة. فإذا رجع الثاني أيضاً تبين سببه الأول في الإتلاف أيضاً لعدم الأولوية فليتأمل. ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفاً من أنه إذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. والجواب أن ذلك فيما إذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك قوله: (ثابت بطريق التبيين) أقول: التبيين إنما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بثبوته وإلا إلا فلا، كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا قوله: (واحتمل كذب غيره الخ) أقول: احتمالاً أكثر من الاحتمال الثابت قبله، لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة قوله: (كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم قوله: (فعند رجوع الأول وجد الإتلاف) أقول: أي علم وجوده بل علم قصده الإتلاف كما لا يخفى وفيه بحث. ويمكن أن يقال: لعل المراد وجد الإتلاف الزعمي، ثم المرء مؤاخذة بزعمه وإقراره، فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ، فكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤ و ١٤٦٢ و ١٩٥١ و ٢٦٥٨ ومسلم ٨٠ في الإيمان والنسائي ٣/ ١٨٧ وابن ماجه ١٢٨٨ وابن حبان ٥٧٤٤ كلهم من حديث أبي سعيد بأتم منه. ورواه مسلم مختصراً ٨٨٩.

النسوة النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا **(وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين)** لما قلنا **(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة)** لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم.

نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج. فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل، كما لو شهد ست رجال ثم رجع خمسة ثم ليست إحداهن أولى بضمان النصف من الآخرين **(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد)** لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحد شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئاً. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين، ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء. وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثاً على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع. ثم يقام كل امرأتين مقام رجل، فثلاث نسوة مقام رجل ونصف، فإن رجعوا جميعاً فعندهما أنصافاً. وعنده أخماساً على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان قوله: **(وإن شهدا إلى آخره)** إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئاً في الصورتين كما ذكره المصنف. وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلهما عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. قال في باب أبي يوسف: لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا. ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنياً على مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر. فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكان يقضي لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة. وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئاً وتبعه صاحب المجمع. وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية. وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافاً ولا رواية، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي، فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي. وذكروا وجهه بأن البضع متقوّم لثبوت تقومه حال الدخول، فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه. وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوماً

عند الرجوع شيئاً. قال: **(وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ)** وإن شهد على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما، سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك، لأن المتلف هاهنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف، ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله: **(وإنما تتقوم)** جواب عما

قوله: **(وإذا رجع الثاني ارتفع المانع)** أقول: كنزع الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة قوله: **(إلا مع رجل فيتعين الخ)** أقول: يعني «يتعين رجل للقيام قوله: **(قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن)** أقول: لفظ «في» في قوله عليه الصلاة والسلام «في نقصان» للسببية قوله: **(أن لو قال عدلت شهادة الخ)** أقول: فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال، فإذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض قوله: **(فالرجل يبقى ببقائه)** أقول: الضمير في قوله ببقائه راجع إلى الرجل.

قال: **(وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها)** لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف، وإنما

في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوّم فلا تضمن لأن التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتتمول والأعراض التي تتصرم ولا تبقى. وفرّع في النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى، هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئاً، وكذا إذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها. وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل. وأورد على قولنا نقضاً أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الإتلاف الحكمي. وأجاب نقلاً عن الذخيرة بأنه في الإتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس، والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وارداً في الحكمي، ونظيره ما في شرح الطحاوي: لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهراً بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله: **(وكذا لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل يتزوّج امرأة بمهر مثلها)** بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح عى كل حال بعد ما قضى به، ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لأنهما عوضا ملك البضع وهو متقوّم حين ورود العقد عليه، والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج، والإتلاف بلا عوض هو الذي يحكم به على الشاهدين **(وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة)** على مهر المثل **(لأنهما أتلفاها بلا عوض)** وهي من الأعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها قوله: **(وإن شهدا ببيع شيء بمثل أو أكثر)** بأن ادعى مدع فشهدا له به **(ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض، وإن)** شهدا به **(بأقل من القيمة)** ثم رجعا **(ضمنا نقصان القيمة لأنهما أتلفا هذا القدر)** عليه **(بلا عوض)** هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا، فإما ينظماهما في شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع. وجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء

يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل في الملك، فمن ضرورة التقوّم في إحدى الحالتين تقوّمها في الأخرى لكنها متقوّمة عند الدخول بالاتفاق. ووجه ذلك أنها إنما تضمن وتتقوّم بالتملك إبانة الخطر المحل لأنه محل خطير لحصول النسل به، وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الإزالة، ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي، وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. وكذلك إن شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوّم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف، كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله: **(وهذا لأن مبنى الضمان)** معناه أن الإتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة **(وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض)** وهو يوجب الضمان. قال: **(وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة الخ)** شهدا بأنه باع عبده بألف درهم ثم رجعا، فإن كان الألف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيئاً لما مر أن

قوله: **(لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص)** أقول: قال الله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ قوله: **(ووجه ذلك الخ)** أقول: ناظر إلى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ قوله: **(إبانة لخطر المحل)** أقول: حتى يكون مصوناً عن الابتذال ولا يملك مجاناً، فإن ما يملك المرء مجاناً لا يعظم خطره عنده. ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الإتلاف، فلأجل هذا كان متقوماً على المالك دون المتلف قوله: **(لأنه محل خطير)** أقول: يعني من النفوس.

تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل **(وكذا إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها)** لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض **(وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة)** لأنهما أتلفاها من غير عوض.

بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده أو أقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة، فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمناه برجوعهما. ثم قال المصنف **(ولا فرق بين كون البيع باتاً أو فيه خيار البائع لأن السبب)** يعني البيع **(هو السابق)** حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه **(فانضاف التلف إلى الشهود)** وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله: ينبغي أن لا ضمان عليهما إنما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع، وبه لا يزول ملكه عن المبيع وإنما يزول إذا لم يفسخ حتى مضت المدة، وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختاراً في إزالة ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان. والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف إليهم. غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد، فإذا فسخ كان معترفاً بصدوره فيظهر للناس تناقضه وكذبه، والعاقل يحترز عن مثله، وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه، ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أتلف ماله باختياره، كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضاً قوله: **(وإن شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر)** هذا إذا كان في العقد مهر مسمى، فإن لم يكن ضمناً المتعة لأنها الواجبة فيه، وذلك **(لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط)** وعلى المؤكد ما على الموجب. أما كونه على شرف السقوط فإن المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلاً. وأما أن على المؤكد ما على الموجب فبمسألتين: هما ما إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه، وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره، وكذلك بارتدادها ونحوه **(ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب**

الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفاً لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع بأن شهدا بأقل من القيمة كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضياً به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف إلى السبب السابق وهو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده، والبائع لما كان منكراً لأصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار، إذ العاقل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب حسب طاقته، فلو أوجبا البيع في المدة لم يضمنا شيئاً لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الإتلاف **(وإن**

قوله: **(معناه أن الإتلاف بغير عوض الخ)** أقول: أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة، فإن معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين في الصورة المذكورة كان إتلافاً لما لهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل، فإنه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لأن مبنى الإلحاق المماثلة قوله: **(ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها)** أقول: الضمير في قوله أتلفاها راجع إلى الزيادة.

قال: **(وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا)** لأنه ليس بإتلاف معنى. نظراً إلى العوض **(وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان)** لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع، لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم. **(وإن شهدا**

سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها كما كان سالماً فلا يجب بمقابلته شيء **(ثم يجب نصف المهر ابتداء)** فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالاً فيجب ضمانه عليهما، وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء، وإنما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه إليها سالماً، ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية. وحكمه أن لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج، وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالاً بلا عوض. وفي التحفة: لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لأن بقدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها. ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف. وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء به. فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وبإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف. وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس إيقاعاً منه فيبقى حقها ثابتاً في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى. والوجه عدمه لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكذيباً له في إنكاره الطلاق. على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعوّل عليه قوله: **(وإن شهدا أنه أعتق عبده)** فقضى بالعتق **(ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه)** مالاً متقوماً **(بلا عوض)** فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لا يتقيد باليسار **(والولاء للمولى لأن العتق من جهته)** وهو وإن كان منكراً للعتق مكذباً شرعاً، وإنما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضاً نافياً للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به. ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان

شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج، وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيداً فذبحه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان، والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن، فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع، وإنما قال في معنى الفسخ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ، لكن لما عاد كل المبدل إلى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ **(وإن شهدا**

قوله: **(أو فيه خيار البائع بأن شهد الخ)** أقول: قوله بأن شهدا ناظر إلى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف: **(وإن كان بأقل من القيمة ضمنا الخ)** أقول: قال ابن الهمام: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا؛ فإما أن ينظماهما في شهادة واحدة بأن يشهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن، أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع. ووجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضي بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر قوله: **(إذ العاقل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب)** أقول: فيه أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً في أمثاله عند أبي حنيفة، فلو فسخ البيع في المدة لم ينسب إلى الكذب أصلاً عنده بل عند الإمامين أيضاً، إذ يجعل الفسخ مبنياً على حكم القاضي بالبيع والخيار فليتأمل قوله: **(فلو أوجب البيع في المدة)** أقول: أي في مدة الخيار.

على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما.

عليهما ضمان ما بين قيمته مدبّر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير. وإن مات المولى بعد رجوعهما فتعق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبداً لورثته، لو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته. والفرق أنهما بالكتابة حالاً بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته، ثم إذا ضمنا تبعاً المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى، وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة، وإن عجز فرّد في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى مالك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق، فهو كغاصب المدبّر إذا ضمن قيمته بعد إباقه ثم رجع يكون مردوداً على المولى على الغاصب ما أخذه منه. ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك، فإن مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإن هما نصا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا أنه أقرّ أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد، فإن قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين في تركته لهما. والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفا، عليهم بشهادتهما قوله: **(وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما)** وهو مذهب مالك خلافاً لأشهب والدية على عاقلة الشهود. ومذهب أحمد إن قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما، وإن قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله: **(يقتص لوجود القتل)** منهما **(تسبيباً فأشبه)** الشاهد قوله: **(المكره)** فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي، كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فيقتل كما

أنه أعتق عبده) نقضى بذلك **(ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل)** وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمان، فكذلك الولاء لأنه تابع له. قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق. وأجيب بأنه مكذب في ذلك شرعاً بقضاء القاضي بالحجة. وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان. وأجيب بأنه لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم، ثم لا يختلف الضمان باليسار والإعسار لكونه ضمان إتلاف وإنه لا يختلف بذلك. قال: **(وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ)** إذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما **(ولا يقتص منهما. وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسبيباً فأشبه المكره)** أي فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل، أو فأشبه القاضي المكره لأنه كالملجأ بشهادتهما، حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول. وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل. وقوله **(بل أولى)** أي التسبب هاهنا أولى من

قوله: **(لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط)** أقول: يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط. قال الزيلعي: وينقض هذا بمسألتين ذكرهما في التحرير: إحداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الألف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلاً على حاله يسقط بارتدادها. والثانية لو أن رجلاً قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وإن وجدا التأكيد منه، إذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتاً، ولكن نقول: القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر، والدين المؤجل ثابت في الحال، وإنما تأخرت المطالبة، ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيئاً إذ تحصيل الحاصل محال. أو يقال: لا نسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضي بها ديونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله، ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث.

قال: (**وإن شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته**) لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحوّل إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (**وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا**

يقتل المكره (**بل هو أولى منه لأن ولي القصاص**) بعد الشهادة (**يعان**) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (**والمكره**) لا يعان على القتل بإكراهه بل (**يمنع**) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (**ولنا أن القتل**) من الشاهد (**لم يوجد**) تسبيباً (**لأن التسبيب ما يفضي إليه**) أي إلى ما تسبب فيه (**غالباً**) والشهادة لا تفضي إلى قتل الولي على وجه الغلبة، وإن أفضت إلى القضاء، بل كثيراً ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالباً إليه بل قد وقد، فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي، ومنهم من يغلب عليه العفو بمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول ما ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى، ولا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه، وإذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (**بخلاف المكره**) يعني فحالف الولي المكره (**لأن**) الغالب أن (**الإنسان يؤثر حياته**) على حياة غيره فكان المكره بإكراهه مسبباً حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الإيثار الطبيعي، ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو إثبات ما يفضي غالباً إلى الفعل. ووجه آخر وهو (**أن الفعل الاختياري**) ذي الاختيار الصحيح: أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة (**مما يقطع نسبة الفعل**) إلى الشاهد كما عرف فيمن فك إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله، كمن دفع إنساناً في بئر حفرها غيره تعدياً فإنه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختاراً، بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري عن الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار، ولذا لا يصح مع اختياره هذ البيع ولا إجازته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتيل، على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرىء بالشبهات (**بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة**) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء، وقوله والمكره يمنع بفتحها، والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث. وفي شرح الجامع الكبير للعتابي: إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً خطأ أو عمداً فقضى بذلك

الإكراه لأن التسبيب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء هاهنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه، والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء، ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى (**ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد**) وهو ظاهر، وهو مستغنى عنه هاهنا لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم وهو تكلف بعيد، وكذا تسبيباً لأن التسبب إلى الشيء هو ما يفضي إليه غالباً، وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ بخلاف المكره فإن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً، لأن المكره يؤثر حياته ظاهراً. ولقائل أن يقول: ظهر إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً، والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص، والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً ولهذا تنزل فقال: (**ولأن الفعل الاختياري**) يعني سلمنا أن ثمة تسبيباً، ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره، والفعل هاهنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود. سلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرىء بها القصاص. فإن قيل: لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضاً لأنه بدل القصاص. أجاب بقوله (**بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات**) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها، وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الإكراه فإنه لم يتحلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لأن

قال المصنف: (**لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض**) أقول: والولاء لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور.

الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله: **يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيباً فأشبه المكره بل أولى،** لأن الوليّ يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد، وكذا تسبيباً لأن التسبيب ما يفضي إليه غالباً، وهاهنا لا يفضي لأن العفو مندوب، بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة، ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص، بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف.

قال: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا)** لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم **(ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم)** لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء **(وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم)** لأن القضاء وقع

وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حياً، فالعاقلة في الخطأ إن شاءوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد، وإن شاءوا ضمنوا الشهود لأنهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الوليّ لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولي أخذ مالهم. وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود، لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد، وبين أن يضمنوا الشاهدين، وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التمليك لأنه ليس مالاً، وعندهما يرجعون بما ضمنوا لأن أداء الضمان

اختياره فاسد واختيار المكره صحيح، والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه، وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية، فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكماً، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي، فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قالا: كانا عاملين للولي فيرجعان عليه، وقال: ضمنا لإتلاف المشهود عليه حكماً، والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه، وعليه يعرف في المختلف

قال المصنف: **(وإذا شهدا إلى قوله ضمنا الدية)** أقول: قال ابن الهمام: والدية على عاقلة الشهود انتهى. وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافاً قوله: **(وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل الخ)** أقول: نعم إلا أنه كالملجأ من حيث ظهور إيثاره القصاص بالطبع تشفياً على ما سيعرف به، ومن تأمل كلام المصنف: أعني قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية إرادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول. ثم اعلم أن صاحب القيل السغناقي والكاكي قال المصنف: **(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيباً)** أقول: أي تسبيباً يوجب القصاص، إذ الكلام فيه لا مطلق التسبيب فإنه مما لا مجال لإنكاره. قال الإمام السغناقي: ذكر في الأسرار: ومن مشايخنا من قال في تعليل المسألة بأن الشهود مسببون، إلا أنه ضعيف لأن المذهب عنده أن المسبب والمباشر واحد؛ ألا يرى أنه يلزمه الكفارة، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضعاً كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين، فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل. وفي الكافي في قوله في الهداية: ولنا أن القتل إلى قوله يؤثر حياته ظاهراً مشكل لأن الأمر على القلب، فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحاً له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لأنه لا يباح له قتله، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف: **(لأن السبب)** أقول: الألف واللام بدل من المضاف إليه، والضمير في إليه راجع إليه غالباً وهو السبب الملجيء أو ما يجري مجراه قال المصنف: **(ما يفضي إليه غالباً)** أقول: منقوض بحافر البئر. والجواب أن المراد سبب القتل الذي يوجب القصاص ما يفضي إلى القتل غالباً فليتأمل، وإن شئت التفصيل فراجع إلى الكشف شرح البزدوي في مباحث السبب قوله: **(ولقائل أن يقول، إلى قوله: بالقصاص ظاهراً)** أقول: بين الظهورين فرق ظاهر، فإن إيثار الحياة مطبوع عليه الحيوان؛ ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار، بخلاف إيثار التشفي فإنه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثيراً إيثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء في العاجل وإظهار السماحة والكرم أيضاً وذلك يدعو إلى العفو فليتأمل قوله: **(ولهذا تنزل فقال ولأن الفعل الخ)** أقول: أي ولكون هذا السؤال متوجهاً نزل المصنف قوله: **(يعني سلمنا أن ثمة الخ)** أقول: إذا كان كلام المصنف منعاً يكون اعتراض الشارح خارجاً عن الآداب.

بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم. وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير)** لأن القضاء وقع

انعقد سبباً لملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبراً وغصبه آخر ومات في يده وضمن المالك الأول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا)** وهذا بالاتفاق **(لأن الشهادة)** التي **(في مجلس القضاء)** وهي تلك بها القضاء **(صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد الفرع على شهادتنا لم يضمنوا)** ولم يذكر المصنف خلافاً.

وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى. وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حياً لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الأصلين أشهداهما غير أن الوليّ يرد على العاقلة ما أخذ منها، ولو حضر الأصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت إلى إنكارهما ولا ضمان على الأصلين. أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لو رجعا بأن قالا أشهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لأن شهادتهما وإشهادهما للفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سبباً للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء، فإذا لم يضمنا بالرجوع فكذا إذا ظهر المشهود بقتله حياً. فأما عند محمد فيضمنان بالرجوع. ثم قال هنا: لا يضمنان: يعني قال محمد في إنكار الأصول الإشهاد لا يضمن الأصلان، ثم ذكر تردداً في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقاً. وأما صاحب النهاية فصرح بأن عدم الضمان بالإجماع. قال المصنف في وجهه **(لأنهم أنكروا)** أي شهود الأصل **(السبب وهو الإشهاد، وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل)** الصدق والكذب **(فصار كرجوع الشاهد)** يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا **(بخلاف ما)** إذا أنكروا الإشهاد **(قبل القضاء)** لا يقضي بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله، هذا إذا قالوا لم نشهدهم **(فإن قالوا أشهدناهم وغلطنا)** أو أشهدناهم ورجعنا **(ضمن الأصول)** هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بأن الضمان قول محمد. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الأصول. لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأدّيا فإذا رجعا ضمنا. وغاية الأمر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكماً باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع، ولا حاجة إلى اعتبار الفرعين نائبين عن الأصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع، فإنه لو كان كذلك لعمل منع الأصلين إياهما عن الأداء بعد التحميل ولا يعمل، فلهما بل عليهما أن يؤديا

تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم. قال: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق)** لأن الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع الأصول، فإما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا، أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك، فإن كان الأول فلا ضمان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهما، ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا، وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: ضمنوا **(لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة)** وقد عاين شهادتهم، والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سبباً للإتلاف **(وله أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي)** والقضاء يحصل بشهادة الأصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما ثم رجعا، وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هاهنا **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً)** فعندهما **(يجب الضمان)** على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم **(وعند محمد المشهود عليه مخير)** بين تضمين الأصول والفروع عملاً بالدليلين، وذلك **(لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر)** أبو حنيفة وأبو يوسف **(وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد)** والعمل بهما أولى من

بشهادتهم: وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين **(وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك)** لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

لو منعاهما بعد التحميل. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع لأنهم يشهدون بشهادة الأصول، فهو كما لو شهدوا بحق آخر إنما يقضى به بشهادتهم، وهذا لأن القاضي إنما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما. وإذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما، وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره قوله: **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع)** بناء على ما عرف لهما من **(أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع)** والضمان إنما يكون برجوع من قضى بشهادته **(وعند محمد المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا)** وهو قولهما إن القضاء بما عاين القاضي من الحجة، وإنما عاين شهادة الفروع **(ومن الوجه الذي ذكر)** أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الأصول. وقوله: **(والجهتان متغايرتان)** جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف؟ فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم. وقيل لأن إحداهما إشهاد والأخرى أداء للشهادة في مجلس القضاء، ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد، فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين بل أثبت له الخيار في تضمين أيّ الفريقين شاء، ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدّى على الفريق الآخر، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب، فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلاً من الفريقين مؤاخذ بفعله، فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الأصول، إذ لولا إشهاد الأصول ما تمكن الفروع من النقل، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان. أما الفروع فبالنقل. وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل، إذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعاً حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قوله: **(وإن رجع المزكون عن التزكية)** بعد القضاء بالمال **(ضمنوا)** المال أطلقه القدوري. وذكر المصنف

إهمال أحدهما. فإن قيل: فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف. أجاب بقوله: **(والجهتان متغايرتان)** لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره، وتأخير دليل محمد في المسألتين يدل على اختيار المصنف. قول محمد **(وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم)** ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم، لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئاً. قال: **(وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ)** إذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيداً أو كفاراً، فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا عى ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم، إذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال، وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية، وكل ما هو كذلك فهو

قوله: **(والجهتان متغايرتان)** أقول: المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والإمامين.

قال: **(وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصاروا كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض **(وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود**

وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يضمنون لأن القضاء الذي به الإتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف إليهم فلا يضمنون **(وصاروا كشهود الإحصان)** إذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة إعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافاً إلى التزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا، والإحصان ليس مثبتاً للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا، فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض: أي عند وجوده فيكون الحد كذا، وتمام المؤثر في الحد رجماً كان أو جلداً ليس إلا الزنا، إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف إلا إليها. وهذا فرع ذكره في المبسوط: شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار، فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود، أما الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم في الشهادة، بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار. وأما المزكون فلأنهم اعتمدوا قول الناس في ذلك، وليس إخبارهم القاضي بذلك شهادة، وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف وهو الزنا، إنما أثنوا على الشهود خيرا. وأبو حنيفة يقول: جعلوا ما ليس بموجب: أعني الشهادة موجباً بالتزكية إلى آخره: يعني ما ذكرنا قوله: **(وإذا شهد شاهدان باليمين)** أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان **(فالضمان)** لنصف المهر وقيمة العبد **(على شهود اليمين خاصة)** واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فإنه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية. قال: لأن التلف حصل بشهادتهم. قلنا: القضاء بالعتق والطلاق إنما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حرّ فإنه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب، وذلك إنما أثبته شهود اليمين، بخلاف شهود الدخول لأن الدخول لم يوضع شرعاً علة

بمنزلة علة العلة من حيث التأثير، وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها، وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة، وإنما هي سبب أضيق إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة، بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً. قال: **(وإذا شهد شاهدان باليمين الخ)** إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعاً فالضمان على شهود اليمين خاصة، وقوله خاصة رد لقول لزفر رحمه الله، فإنه يقول: الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما. وقلنا: السبب هو اليمين لا محالة، والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر قوله: **(ألا ترى)** توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول **(ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه)** ومال شمس الأئمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط،وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعد فيضاف إلى الشرط خلفاً عن العلة وشبهة بحفر البئر. قيل وهو غلط، بل الصحيح من المذهب

قوله: **(فإن ثبتوا على التزكية الخ)** أقول: سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا قوله: **(أو قال ذلك لامرأته الخ)** أقول: هاهنا نوع مسامحة، إذ يدل على أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت حرة، والمراد واضح.

الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب، والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض: ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه. ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول.

لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة، وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لأن العلة إنما هي الثقل فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى. ومن هذا إذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لأن الاختيار هو العلة والتخيير سبب، ولا يلزم على هذا إذا شهدا أنه تزوّج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وإن كان وجوب المهر بالتزوّج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون إتلافاً، ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم بإثباتهم ما يثبت السبب عنده، بخلاف ما إذا رجع معهم شهود اليمين، وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ. قال العتابي قال أكثر المشايخ: يضمنون لأنهم تسببوا في التلف بغير حق، لأن له أثر في وجود العلة عنده فيكون سبباً للضمان عند عدم العلة، بخلاف الإحصان لأنه أثر في منع وجود العلة لأن الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب إتيانه فلا يلحق بالعلة. وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ما ذكرنا من كلام العتابي، ثم قال: وهذا غلط، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات، لأن قوله أنت حرّ مباشرة الإتلاف، وعند وجود الشرط يضاف إليه لا إلى الشرط سواء كان تعدياً أو لا. بخلاف مسألة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي، وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا يجعل الإتلاف مضافاً للشرط وهو إزالة المسكة. ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم إذا أقر بالتعلية فشهدا بوجود الشرط. وأما لو شهد اثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم، والله أعلم.

أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة لإتلاف المالية، وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا، بخلاف مسألة الحفر فإن العلة هناك ثقل الماشي، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافاً إلى الشرط قوله: **(ومعنى المسألة)** يريد به صورة المسألة وقد قدمناها في صدر البحث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: **(كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان الخ)** أقول: أنه سبب قريب والعلة الثقل، فإذا ضمن مثبت السبب القريب فيما إذا اجتمع السببان لقربه فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى قوله: **(وإن لم يشهد بالدخول)** أقول: فيه تأمل.

كتاب الوكالة

قال: (**كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره**) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه

كتاب الوكالة

أعقب الشهادة بالوكالة لأن كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما. والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك إلى من وكلته اعتماداً عليه فيه ترفها منك أو عجزاً عنه. والوكالة أبداً إما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف، ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف، وفسر قول لبيد:

وكأني ملجم سوذانقا أجدليا كرّه غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق: الشاهين، والأجدل: الصقر نسب فرسه إليه ووكله جعله وكيلاً: أي مفوّضاً إليه الأمر، ومنه وكل أمره إلى فلان، ومن هذا قول الحطيئة:

فلأيا قصرت الطرف عنهم بحرّة أمون إذا واكلتها لا تواكل

يعني إذا فوّضت أمرها إليها لا توكل نفسها إلى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف فيه، أو توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله واتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فأدغمت في تاء الافتعال. وأما الوكيل فهو القائم بما فوّض إليه من الأمور وهو فعيل بمعنى مفعول: أي موكول إليه الأمر، فإذا كان قوياً على الأمر قادراً عليه نصوحاً تم أمر الموكل فإذا رضي سبحانه وتعالى أن يكون وكيلاً عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم، فكيف إذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلاً منه. قال الله عز وجل ﴿ربّ المشرق والمغرب لا إلٰه إلا هو فاتخذه وكيلا﴾ [المزمل: ٩] وعلى هذا استمرار إحسانه وبرّه لا إلٰه غيره. وأما شرعاً فالتوكيل إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم، فلو لم يكن التصرف معلوماً ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط. وفي المبسوط: قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالي: إنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط. وقال الإمام المحبوبي: إذا قال لغيره أنت وكيل في كل شيء كان وكيلاً بالحفظ. وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة إليها كما سيظهر في كلام المصنف. وأما ركنها فالألفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحاً أو دلالة فيما إذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فإنه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله. وروى بشر عن أبي يوسف أنه إذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقني أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل. ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلاً، فلو طلق لا يقع. ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذوناً. وقال الفقيه أبو الليث: الجواب في الوكالة كذلك، أما في الإذن يجب أن يكون مأذوناً في قول علمائنا لأن العبد بسكوت المولى يصير مأذوناً وهذا فوق

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لان الإنسان لما خلق مدنياً بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض، والشهادات من التعاضد والوكالة منه، وقد يكون فيها التعاوض أيضاً فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها. والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك، والوكيل هو القائم بما فوّض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه

كتاب الوكالة

قوله: (**والشهادات من التعاضد الخ**) أقول: ولأن الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فإنها كما سيجيء آنفاً عقد جائز فاستحقت التأخير قوله: (**وقد يكون فيها التعاوض أيضاً**) أقول: كما إذا كان وكيلاً بالبيع أو الشراء مثلاً قوله: (**وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم﴾ الآية**) أقول: فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون رسالة؟ قلنا: الرسالة تبليغ الكلام إلى الغير بلا دخل له في التصرف، والمبعوث إلى المدينة كان مأموراً بشراء الطعام.

على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة. وقد صح أن النبي ﷺ وكل

السكوت، ذكره في الذخيرة. ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته إذا رآه يبيع، وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلي في كل شيء يكون بالحفظ، قالوا: فلو زاد فقال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك أو أمرك؛ فعند محمد يصير وكيلاً في البياعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله، وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط، ولا يلي العتق والتبرع. وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز. ومثله إذا قال وكلتك في جميع أموري. ولو قال فوضت أمر مالي إليك يصير وكيلاً بالحفظ فقط، وكذا فوضت أمري إليك الصحيح أنه مثله. وفي المبسوط: إذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضي بيع ولا شراء، وفوضت لك أمر مستغلاتي وكان أجرها ملك تقاضي الأجرة وقبضها، وكذا أمر ديوني ملك التقاضي، وأمر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف، وأمر مماليكي ملك الحفظ والنفقة، وفوضت إليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس، بخلاف ما لو قال وكلتك. والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور إليه المعاني. وكلتك في كل أموري وأقمتك مقام نفسي ليس توكيلاً عاماً، فإن كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلاً ينصرف إلى ذلك، وإن لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة. ولو قال وكلتك في جميع الأمور التي يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام يتناول البياعات والأنكحة. وأما شرطها فما سيأتي عند قوله: ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام. وأما صفتها فإنها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولكون شرعيتها غير لازمة ردّ المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تتجدّد وكالته، فإن تعليق الوكالة بالشرط جائز فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله. ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل؛ فقيل أن يكون عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز. وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة، وذلك إنما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبول وجود الشرط، فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح. وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين: يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تتنجز وكالة أخرى من المعلقة. وقيل هذا إنما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احتراز عن قول أبي يوسف إن الإخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح. وأما على قول محمد إنه يجوز فلا وهو المختار. وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل. ولا بد من تقييده بكونه الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به، وإلا فمن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل قوله: **(كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به)** هذا ضابط لا حدّ فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلماً ببيع خمره، وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمي، فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوّض إليه التصرف مطلقاً فإنه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به، فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبداداً لا بناء على إذن غيره

الأمر: أي مفوض إليه. وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم. وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ ولم يلحقه النكير. والسنة وهو ما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية» وبالإجماع. فإن الأمة قد أجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ

بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر ابن أم سلمة رضي الله عنهما.

قوله: (صح عن النبيّ ﷺ الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول «أنه ﷺ دفع له ديناراً ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية إلى رسول الله ﷺ، فتصدّق النبي ﷺ به ودعا له أن يبارك له في تجارته»[1] ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح[2] إذا كان حبيب إماما ثقة. وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال: حدثني الحيّ عن عروة البارقي قال: «أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى تراباً ربح فيه»[3] وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زيادة عن عروة فذكره، والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له ﷺ مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما[4] بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال. وأما أنه وكل عمر ابن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال: حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة: «أن

إلى يومنا هذا. وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وركنها لفظ وكلت وأشباهه. روى بشر عن أبي يوسف: إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع. وشرطها أن يملك الموكل التصرف. ويلزمه الأحكام كما سنذكره. وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه، وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه. قال: (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز

قوله: (هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول: مخالف لما سيجيء من قوله إن العكس غير لازم وغير مقصود قوله: (فقد يتفق) أقول: أي العقد.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٣٨٦ والبيهقي ٦/ ١١٢. ١١٣ كلاهما من حديث حكيم بن حزام. وفيه راوٍ لم يُسَمّ. لذا أشار البيهقي لضعفه. وقال الزيلعي في ٤/ ٩٠: فيه راوٍ مجهول وأخرجه الترمذي ١٢٥٧ عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام به وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم اهـ.

وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٥: قال البيهقي: حديث حكيم ضعيف من أجل أن فيه رجلاً مجهولاً. وقال الخطابي: هذا المجهول لا يدرى من هو اهـ.

قلت: وإسناد الترمذي مرسل لأن حبيباً مدلس، وقد عنعنه. جاء في التقريب في ترجمة حبيب: ثقة فقيه كثير الإرسال والتدليس.

(٢) لم يصح من حديث حكيم وإنما صح من حديث عروة الآتي.

(٣) جيد. أخرجه البخاري ٣٦٤٢ وأبو داود ٣٣٨٤ وابن ماجه ٢٤٠٢ والشافعي ١٣٣٣ والبيهقي ٦/ ١١٢ وأحمد ٤/ ٣٧٥ وابن حزم في المحلى ٨/ ٤٣٦. ٤٣٧ كلهم من طريق شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحيّ يتحدثون عن عروة البارقي... فذكره ورواية: حدثني الحيّ عن عروة... فذكره.

وأخرجه أبو داود ٣٣٨٥ والترمذي ١٢٥٨ وابن ماجه ٢٤٠٢ والبيهقي ٦/ ١١٢ وأحمد ٤/ ٣٧٦ كلهم من طريق الزبير بن الخرّيت عن أبي لبيد عن عروة البارقي به. وجاء في نصب الراية ٤/ ٩٠. ٩١ ما ملخصه: قال ابن القطان: نسبة هذا الحديث للبخاري كما ينسب إليه ما يخرجه من صحيح الحديث خطأ. لأن ليس مذهبه تصحيح حديث في إسناده من لم يُسَمّ، فإنَّ الحيّ الذين حدثوا شبيباً به لا يعرفون، فإن هذا الحديث منقطع. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٥ ما ملخصه: ورواه أبو داود والترمذي، وغيرهما عن أبي لبيد لِمَازة بن زياد وقد قيل: إنه مجهول. وقد وثقه ابن سعد. وقال حرب: أثنىٰ عليه أحمد.

وقال النووي، والمنذري: إسناده حسن لمجيئه من وجهين، وقال الخطابي: هو غير متصل. وقال الرافعي في التذنيب: هو مرسل. قلت: والصواب أنه متصل في إسناده مبهم اهـ. أقول وبالله التوفيق: أما حديث عروة البارقي، فهو قوي لمجيئه من طريقين. الأول: شبيب حدثني الحيُّ عن عروة البارقي. وشبيب ثقة روىٰ له الستة، وهو من الرابعة وهذا يعني أنه سمع هذا الخبر عن جماعة من التابعين، وربما من الصحابة لأنه تابعي صغير. ولما كان ثقة، فهذا يعني أن الخبر له أصل كيف، وقد جاء من وجه آخر عن لِمازة. بكسر اللام وتخفيف الميم. متصل الإسناد حيث رواه عن عروة، وهو. أي لمازة بن زبّار. صدوق كما في التقريب. فحديثه وحده حسن كيف، واعتضد برواية شبيب، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله والله أعلم.

(٤) الراجح كون الحادثة وقعت مع عروة فقط لأن حديث حكيم ضعيف.

. . . .

النبي ﷺ بعث إليها يخطبها فأرسلت إليه إني امرأة مصبية، وإني غيرى، وإنه ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال النبي ﷺ: أما كونك غيرى، فسأدعو الله فتذهب غيرتك، وأما كونك مصبية فإن الله سيكفيك صبيانك، وأما أن أحداً من أوليائك ليس شاهداً فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضى بي، فقالت أم سلمة: قم يا عمر فزوّج رسول الله ﷺ، فزوّجه إياها»[١] ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال: صحيح الإسناد. واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سماه غير حماد بن سلمة. ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان إذ ذاك: يعني حين تزوّجها عليه الصلاة والسلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوّج. واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال: وإن كان الكلاباذي وغيره قاله فإن ابن عبد البرّ قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة. ويقوّي هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم؟ فقال ﷺ: سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك، فقال عمر: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال ﷺ: أما والله إني لأتقاكم لله وأخشاكم له»[٢] وظاهر هذا أنه كان كبيراً. ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلاً عن أمه لأنها هي القائلة له قم يا عمر فزوّج لا عن رسول الله ﷺ، وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي «أنه ﷺ خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبي سلمة، فزوّجها رسول الله ﷺ وهو يومئذ غلام صغير»[٣] إلا أنهم يضعفون الواقدي خلافاً لنا. وفيه دليل على وكالة الصبي العاقل خلافاً لهم. إن نظرنا إلى حديث الواقدي فظاهر، وإلى الحديث الصحيح فلأنه لم يزوّجها بحكم الولاية على أمه لأن الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة. وقد قيل[٤] إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو المقول له زوّج والمزوّج هو سلمة بن أبي سلمة. ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق في كتاب الوصايا: حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول: «أردت الخروج إلى خيبر

التوكيل به وما لا يجوز، فإن مبناه الاحتياج، فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة **(فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي ﷺ وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر ابن أم سلمة)** بتزويجها إياه عليه الصلاة والسلام. واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة. أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، والتوكيل به باطل، والوكيل بعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز، والذمي إذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز، وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها. وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة. والجواب عن الأول

قوله: **(جاز له أن يستقرض الخ)** أقول: والاستقراض من العقود قوله: **(والتوكيل به باطل)** أقول: كما سيصرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء قوله: **(وليس بموجود)** أقول: يعني شرعاً قوله: **(لأن الدراهم، إلى قوله: في ملك الغير باطل)** أقول: منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجيء ما ذكره الشارح في معرض الجواب قوله: **(والجواب الخ)** أقول: يعني عن الرد قوله: **(وأن محل عقد الوكالة الخ)** أقول: سيجيء تحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع قوله: **(وفي الاستقراض)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٦/ ٨١، ٨٢ وأحمد ٦/٣١٧ والحاكم ٢/١٧٨ وأبو يعلى ٦٩٠٧ و ٦٩٠٨ وإسحاق كما في نصب الراية ٤/٩٢ كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة عن أم سلمة به، واللفظ للنسائي. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا على شرط مسلم.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١١٠٨ وابن حبان ٣٥٣٨ والبيهقي ٤/ ٢٣٤ كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة به.
وجاء في التقريب: عمر بن أبي سلمة ربيب النبي ﷺ صحابي صغير أمه أم سلمة زوج النبي ﷺ روى له الجماعة.

(٣) هذا الخبر نسبه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٩٣ وقال مخرجه: لم أره في البيهقي، ورأيته في طبقات ابن سعد في ترجمة أم سلمة اهـ. والواقدي في الأخبار، والمغازي مقبول عند بعض العلماء كما ذكر ابن الهمام، ويؤيد ذلك قول ابن حجر في التقريب عنه: صحابي صغير اهـ فهذا يدل على كونه كان مميزاً.

(٤) هو في نصب الراية ٤/ ٩٣ ولم يذكر الزيلعيُّ القائل.

قال: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات. وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً، وبعد ما أسنّ وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه **(وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس)** لأنها

فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه وقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»[1] وابن إسحاق عندنا من الثقات. وأما على توكيل عليّ رضي الله تعالى عنه عقيلاً فأخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال: كان عليّ يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني. وأخرج أيضاً عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة[2]. وقول المصنف رحمه الله: إن الإنسان قد يعجز إلى آخره. بيان حكمة شرعية الوكالة قوله: «**(تجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** لما قدمنا من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر، وكذا يجوز التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص في النفس، وما دون النفس فإن الوكالة لا تصح بإيفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس، وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفي مطلق، إذ الايفاء ليس إلا بتسليم ظهره أو نفسه لإقامة الواجب، وليس ذلك الأمر إلا من الجاني وليس هو الوكيل، فكان ذلك قيداً في الاستيفاء. وإنما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لأنها: أي الحدود والقصاص تندرىء بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي، قال تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] بخلاف غيبة الشاهد بالحدّ والقصاص فإنه يستوفي ذلك مع غيبته لأن الشبهة فيه ليس إلا الرجوع، وليس قريباً في الظاهر ولا ظاهر إلا من جهة الأصل ولا الغالب لأن الأصل الصدق خصوصاً مع العدالة والرجوع ليس غالباً، بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف إلا ما وقع

أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطاً كما عرف، وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. ردّ بأنه تقرير للنقض لا دافع، وبأن التوكيل بالشراء جائز، وما ذكرتم موجود فيه. والجواب أنه من باب التخلف لمانع. وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم، وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه.

لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذاك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبداً به والوكيل ليس كذلك. والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن

قوله: **(لا يقال إلى قوله لأن ذلك الخ)** أقول: قوله بأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ، والضمير في قوله فيه راجع إلى الاستقراض، والضمير في بدلها راجع إلى الدراهم في قوله وفي الاستقراض للدراهم المستقرضة قوله: **(والذمي جاز له توكيل الخ)** أقول: وهذا على تقدير صحته يكون جواباً عن النقض بالاستقراض أيضاً إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً. والحق في الجواب أن

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٦٣٢ من حديث جابر وسكت عليه. وقال المنذري في مختصره (٣٤٨٥): فيه محمد بن إسحاق ا هـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٩٤: سكت عليه عبد الحق فهو صحيح عنده. لكن أعله ابن القطان بابن إسحاق وأنكر على عبد الحق سكوته عليه. ا هـ.
قلت: ابن إسحاق نعم ثقة إلا أنه مدلس، وقد عنعنه فلا حجة في حديث يرويه مدليس، ولم يصرح بالسماع، أو التحديث.

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٨١ من وجهين أحدهما عن عبد الله بن جعفر والأخر عن علي ومدارهما على جهم بن أبي جهم، وقد قال عنه الذهبي في الميزان: لا يعرف. وتعقبه ابن حجر في اللسان فقال: ذكره ابن أبي حاتم، ولم يذكر فيه جرحاً، وذكره ابن حبان في الثقات ا هـ.

تندرىء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بل هوالظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء، فلو منع عنه

عند عليّ رضي الله تعالى عنه، والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا، وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم (**بخلاف**) الاستيفاء (**حال حضرة الموكل**) فإن الوكالة به تجوز، فإن المستحق قد لا يحسن الاستيفاء، فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص. وأما الحدود فإن الذي يلي استيفاءها الإمام، وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد وإلا امتنع. ثم لا يخفى أن تعليل المصنف النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم في القصاص دون الحدود لأن العفو فيها لا يتحقق أصلاً كما أسلفناه في الحدود، ولو كان حدّ قذف وسرقة لأن الحق صار لله سبحانه وحده، حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت إليه ويقطعه، فالوجه أن يضم ما يجري فيه من إمكان ظهور شبهة أو غلط. فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر إلى أن يحضر نفس المستحق احتياطاً للدرء قوله: (**وهذا الذي ذكرناه**) أي من جواز التوكيل بإثبات الحدود: أي من جهة المقذوف والمسروق منه بإقامة البينة على السبب قوله: (**أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة بإثباتها**) وقول محمد مضطرب تارة يضم إلى أبي يوسف وتارة إلى أبي حنيفة، وظاهر كلام المصنف ترجيحه، وكذا فعل في المبسوط (**وقيل هذا الخلاف**) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (**عند غيبة الموكل**) فلو وكل بإثباتها وهو حاضر جاز اتفاقاً (**لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره. لأبي يوسف أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب**) أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (**ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض**) لثبوت الحدّ (**لأن وجوبه**) إنما (**يضاف إلى**) نفس (**الجناية**) لا إلى الخصومة (**والظهور**) أي ظهور الجناية إنما يضاف (**إلى**) نفس (**الشهادة**) لا إلى السعي في إثباتها فكان السعي في ذلك حقاً (**كسائر الحقوق**) فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع.

الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود. واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً. وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز. قال: (**وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ**) الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة، وكذا بإيفائها واستيفائها. أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة، إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً في الخصومة لكونه ذكياً حاضر الجواب، وبعد ما أسنّ عقيل وقّره فوكل عبد الله بن جعفر، وأما بإيفائها واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لأن الحدود تندرىء بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال.

يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض، والذي يملك أن يوكل غيره وهو ذمي مثله فتأمل. ثم أقول: بقي فيه بحث آخر، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار، ثم ليت شعري ما معنى جوازه قوله: (**وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم الخ**) أقول: في التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر في كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل في الجنس، فيضاف الحكم إلى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى. وأنت خبير بأن إضافة الحكم إلى الوصف هنا غير واضح فتأمل قوله: (**ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ**) أقول: هاهنا كلام إلا أن يقال قد للتحقيق كذا قيل، وفيه بحث لأن التعليل ليس بالنسبة إلى أحوال التوكيل بل بالإضافة إلى أحوال الإنسان قوله: (**فلأنه جاز أن يباشر بنفسه الخ**) أقول: الأظهر أن يقال فللحاجة أيضاً إذ هي المال كما لا يخفى قوله: (**لأن الحدود تندرىء بالشبهات**) أقول: وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن، فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود قوله: (**لأن الحدود لا يعفى عنها**) أقول: غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت إليه ويقطع.

ينسد باب الاستيفاء أصلاً، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً)** ومحمد مع أبي حنيفة، وقيل مع أبي يوسف رحمهم الله، وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه. له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرر عنها في هذا الباب **(كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء)** ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص. وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع، غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

وقوله سائر الحقوق: أي باقيها: أي فتجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق، ولا حاجة إلى تفسيره بجميع الحقوق معوّلاً على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بأنه إنما هو بمعنى الباقي لا الجميع. هذا وقد يمنع انتفاء المانع، فإن هذه الخصومة ليس إلا السعي في إثبات سبب الحدّ والاختيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لإسقاطه. فإن قيل: لو صح هذا لم يجز إثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لأنه ساع إلى آخره وذلك يخلّ بالإجماع. قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيلٍ وزيادة تكلف لإثباته لأن الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الإثبات والشرع أطلق في إثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه، بل إذا عجز ترك لأنه علة الدرء لأنه ﷺ قال للذين اتبعوا ماعزاً حين هرب لما أذلقته الحجارة «هلا تركتموه»[1] أو نحو ذلك قوله: **(وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدّ والقصاص)** أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف (و) لا شك أن **(كلام أبي حنيفة فيه أظهر)** منه بالوكالة بإثباتها **(لأن الشبهة)** التي بها منع أبو يوسف هناك **(لا تمنع الدفع)** بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه، ثم لا يجوز للموكل الإقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة فخلافه هنا عجيب، والله تعالى أعلم.

وقوله: **(وشبهة العفو)** دليل على القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها. وتقريره: القصاص يندريء بالشبهات وهي موجودة، لأن شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل، بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ وفيه خلاف الشافعي، يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعاً للضرر عن نفسه. قلنا: سائر حقوقه لا تندريء بالشبهات، بخلاف غيبة الشاهد: يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو الصدق لا سيما في العدول، وبخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة: أي شبهة العفو فإنه في حضوره مما لا يخفى. فإن قيل: إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه. أجاب بقوله: وليس كل أحد يحسن الاستيفاء: يعني لقله هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لئلا ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية قوله: **(وهذا الذي ذكرناه)** يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص، فإنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقي إثبات الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر

قال المصنف: **(ينسد باب الاستيفاء أصلاً)** أقول: فيه شيء، لكن المراد الانسداد بالنسبة إلى الذي لا يحسنه كما صرحوا به قوله: **(عند حضوره استحساناً)** أقول: والقياس أن لا يجوز للبداية قوله: **(وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل)** أقول: لا يخفى عليك أن المشار إليه هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لأنه هو المذكور صريحاً، وهو اللائق لأن يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف، وما في الشرح تبعاً للإتقاني تكلف ظاهر فليتأمل قوله: **(واستثنى إيفاء الحدود والقصاص)** أقول: الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما، ولا يتوهم جواز التوكيل بإيفائهما حتى يحتاج إلى الاستثناء قوله: **(بقي الحدود والقصاص الخ)** أقول: الأظهر أن يقال بقي الخصومة في الحدود والقصاص.

---

(١) تقدم في حد الزنا. وهو صحيح.

(وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. وقالا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله. ولا خلاف في

ثم وجه عدم صحة إقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت إلى الجواب مطلقاً نوعاً من المجاز فنعتبر عمومه فيما لا يندرىء بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرىء بالشرع العام في الدرء بالشبهات، وفي اعترافه شبهة عدم الأمر به قوله: **(وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بالخصومة)** من قبل المدعي أو المدعى عليه **(إلا برضا الخصم)** إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً **(وقالا: يجوز)** ذلك **(بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله)** قال المصنف رحمه الله **(ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم)** قالوا: فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم إلا برضا الآخر. وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك، وساق عباراتهم فلم ترد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا، وهو لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم، وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه، وإنما فسروه بذلك. وسبق المصنف شمس الأئمة إلى ذلك فقال: التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح، لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب، ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه. وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لأحد القول بأنه إذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافياً في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا تجوز إلا برضاه، أنها لا تمضي على الآخر وتلزم عليه إلا أن يرضى، ومعنى هذا ليس إلا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور، ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة: لا أقبل وكالة من حاضر صحيح إلا أن يرضى خصمه، وهي قريبة من التفسير المذكور. والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى أنه إذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل

الحقوق فقال: **(هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوّز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود، وقول محمد رحمه الله مضطرب. وقيل: هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائباً)** أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره. لأبي يوسف أن التوكيل إنابة والإنابة فيها شبهة لا محالة، وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة)** والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع. لا يقال: المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء، والشهادة على الشهادة لأنها في الشرط لا يصلح مانعاً لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور، وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلاً بالجواب بدفع ما عليه. وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع، ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة، لكن هذا الوكيل لو أقرّ في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحساناً، والقياس صحته، لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق. ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الأمر به. قال: **(وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم)** اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم. قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بها إلا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو

قوله: **(وفيه نظر لأنا لا نسلم أن الجواز الخ)** أقول: الظاهر أنه حمل الجواز على الإمكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع قوله: **(ليس بمجاز)** أقول: بل كناية كما صرح به في المفتاح، وفيه بحث، فإنهم صرحوا بأن العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها، ولا تعويل على ما ذكره الكاكي، كيف وقد اعترف هو أيضاً بأن ما ذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه.

الجواز إنما الخلاف في اللزوم. لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون. وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره. والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة، ولو

خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره (و) لا شك أن **(الناس يتفاوتون في الخصومة)** كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام: «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من نار»[1] ومعلوم أن الوكيل إنما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وإن لم يكن الحق معه، كما أفاده الحديث المذكور، وفي ضرر بالآخر فلا يلزم إلا بالتزامه، وصار **(كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين)** فإنه تصرف في خالص حقه، ومع هذا لما كان متضمناً الإضرار بالآخر كان له فسخها، وكمن استأجر دابة ليركبها إجارته إياها تصرف في حقه ومملوكه، ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الإضرار بالمؤجر إذ كان الناس يختلفون في الركوب، بخلاف ما قاس عليه من التوكيل بتقاضي الدين فإنه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فإن القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضي ما عليه، وللتقاضي حد معلوم إذا جاوزه منع منه، بخلاف الخصومة فإن ضررها أشد من شدة التقاضي، وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على إثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه، إلا إذا كان معذوراً وذلك بسفره فإنه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه، وتوكيل علي رضي الله عنه وغيره بالخصومة إن لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا بدل لأحد. قال شمس الأئمة: والذي نختاره أن القاضي إذا علم من المدعي التعنت في إبائه التوكيل يقبله من غير رضاه، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالتوكيل لا يقبله إلا برضا الآخر فيتضاءل وقع الضرر من الجانبين. ثم ذكر في حد المرض: إن لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على إنسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل، وإن لم يزدد اختلفوا فيه. والصحيح أن له أن يوكل لأن نفس الخصومة مظنة وزيادة سوء المزاج فلا يلزم به **(وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم)** من الحاضر **(عند إرادة السفر)** غير أن القاضي لا يصدقه في دعواه بإرادته فينظر إلى زيه وعدة سفر ويسأله مع من يرد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك،

المدعى عليه إلا بالمرض أو السفر وقالا: **(يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله)** قال المصنف: **(ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم)** ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه وهل يرتدّ برده أو لا؟ عنده يرتد خلافاً لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازاً لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم، فإن الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم. وفيه نظر لأن لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه. سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز. والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم، بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازاً **(لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه)** لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة.

قوله: **(في قوة قولنا التوكيل الخ)** أقول: فيه نظر، فإنا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره، فإن مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به. والحاصل أن نفي الجواز أخص بناء على أن نقيض الأعم أخص من نقيض الأخص من نفي اللزوم، والمقصود بالإفادة هنا هو الثاني لا الأول إذ لا خلاف فيه قوله: **(وإلا فلا)** أقول: هذا مناف لغرضه قوله: **(لأنه وكله الخ)** أقول: أنت خبير بقصور الدليل عن إفادة المدعي فإنه كان عاماً لتوكيل المدعى أيضاً قوله: **(والمستحق للغير)** أقول: يعني المستحق للمدعي قوله: **(فكان خالص حقه)** أقول: الظاهر أن يقال حقهما إلا أنه راعى عبارة الدليل فافهم، والضمير في قوله حقه راجع إلى الموكل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٨٠ وسيأتي في تتمة الوكالة.

إلى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة **(لهما أن التوكيل)** بالخصومة **(تصرف في خالص حقه)** لأن الخصومة حقه الذي لا يصد عنه فاستتابته فيه تصرف في خالص حقه **(فلا يتوقف على رضا غيره)** وصار **(كالتوكيل)** بغير ذلك بتقاضي الديون. وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه، ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه. وغاية ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الإنسان في

كما إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر فإنه لا يصدقه إذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا، فإن قالوا نعم تحقق العذر في فسخها قوله: **(ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي)** وهو الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي **(يلزم التوكيل)** منها **(لأنها لو حضرت لم تستطيع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها)** أو يضيع حقها. قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني إما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره. عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة، والفتوى على ما اختاروه من ذلك، وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدىء بترفيع ذلك وتبعوه. ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال. أما التي جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة، وليس هذا بحق، بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز، فأما حديث المنصة فقد يكون عادة العوام تفعله بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها **(يلزم توكيلها)** لأن في إلزامها بالجواب تضييع حقها، وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى. ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها. وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: إذا كان المدعى عليه مريضاً أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج إلا لضرورة، فإن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف بعث نائباً يفصل الخصومة هناك وإن لم يكن بعث أميناً وشاهدين يعرفان المرأة والمريض، فإن بعثهما يشهدان على إقرار كل منهما أو إنكاره مع اليمين لينقلاه إلى القاضي، ولا بد للشهادة من المعرفة، فإذا شهدا عليهما قال الأمين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل. ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الأمين عليه، فإن أبى الحلف عرضه ثلاثاً، فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله. قال السرخسي: هذا اختيار صاحب الكتاب، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول. فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول، فقال بعضهم: الأمين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان إلى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي. وقال بعضهم: يقول القاضي للمدعي أتريد حكماً يحكم بينكما بذلك ثمة؟ فإذا رضي بعث أميناً بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك، فإذا رضي بحكمه وحكم، فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ، وإن كان مما فيه خلاف توقف على إمضاء القاضي. والقضاء بالنكول مختلف فيه، فإذا أمضاه نفذ على الكل. وفي الذخيرة من الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم. عند أبي حنيفة رحمه الله: حيض المرأة إذا كان القاضي

والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي: أي بقبض الديون وإيفائها. ولأبي حنيفة رحمه الله: إنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه، فإن الجواب مستحق على الخصم. ولهذا يستحضره في مجلس القاضي، والمستحق للغير لا يكون خالصاً له. سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وها هنا ليس كذلك لأن الناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الإمضاء والفسخ قوله: **(بخلاف المريض)** بيان وجه مخالفة المستثني للمستثنى منه، وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جواباً عن التنزل بأن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الأسهل، والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقاً. وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فإذا ازداد

كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها. قال: وهذا شيء استحسنه المتأخرون.

قال: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** لأن الوكيل يملك التصرف

يقضي في المسجد، وهذه على وجهين: إن كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه، أو مطلوبة إن أخرها الطالب إلى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب. ولو كان الموكل محبوساً فعلى وجهين، إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لأن القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده، وإن كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل قوله: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** فهذان شرطان للوكالة في الموكل. قيل إنما يستقيم الأول على قولهما، أما على قوله فلا لأنه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه، بل الشرط عنده كون الوكيل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل به. وأجاب بعضهم بأن المراد للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها، ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ إذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع. وأورد عليه ما إذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشتر لي عبداً صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا، كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز. أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة، فإنها إنما تمنع في المباشرة لا التوكيل، وذلك لأنها إنما تمنع لإفضائها إلى المنازعة لا لذاتها، ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه، وجهالة الوصف لا تفضي إليها في التوكيل لأنه ليس بأمر لازم، بخلاف المباشرة للزومها، ثم إذا صح التوكيل بذلك فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه إن كنت قيمته مثل

مرضه صح التوكيل وإن لم يزدد. قال بعضهم: هو على الخلاف، وقال بعضهم: له أن يوكل وهو الصحيح، إرادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك إلا بالنظر إلى زيه وعدّة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الإجارة **(ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم. قال أبو بكر الرازي: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها. قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون)** وأما في الأصل فإنه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة إلا بالعذرين المذكورين، وعندهما كذلك في جوازها. وقال ابن أبي ليلى: تقبل من البكر دون الثيب والرجل. قال: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي يملك التصرف الذي وكل به وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبيّ والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة من جنس

قوله: **(قال صاحب النهاية: إن هذا القيد الخ)** أقول: في الكافي: اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله، ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره، وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فإما أن يكون الموكل مالكاً للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير للمسلم في الأصل وإن امتنع لعارض النهي انتهى. فعلى هذا لو جعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضاً فليتأمل قوله: **(ومنشأ هذا التوهم)** أقول: سبقه إلى هذا الكلام الإتقاني قوله: **(حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ))** أقول: ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره قوله: **(احتراز عن الصبي)**.

من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره. (و) يشترط أن يكون **(الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده)** لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل أو مجنوناً

قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز، وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة. ولا يخفى أن قوله فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على إطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية. وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الأحكام فلأن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه. ثم قيل: هو احتراز عن توكيل الوكيل فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك، فلا يصح توكيله إلا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكره. وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح. وأورد على هذا الوجه أنه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب أنه يملك التصرف فيملك تمليكه. والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجد فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة قوله: **(ويشترط إلى آخره)** ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده، أي يعقل معناه: أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة إلى كل من المتعاقدين جالب إلى كل منهما، فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم[1] إن هذا الشرط احتراز عن الهزل: يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع

التصرف قوله: **(وتلزمه الأحكام)** يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لأنه لم تلزمه الأحكام، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح والأحكام لا تلزمه. فإن قلت: إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله. قلت: غلط، فإن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قوله: **(لأنه الوكيل)** دليل اشتراط ما شرطت به، وذلك لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال. ولقائل أن يقول: الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه، والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح. والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن

أقول: يعني المحجور قوله: **(فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف. والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم إدخال «من» في من يملك، لكن ظاهر أن المراد أيضاً جنس التصرف المخصوص فلذلك قال: فإن الأنسب الخ، ثم إن الأنسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى قوله: **(يحتمل أحكام ذلك التصرف)** أقول: أي التصرف الموكل به قوله: **(وجنس الأحكام)** أقول: أي جنس أحكام جنس التصرف قوله: **(فالأول)** أقول: يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف قوله: **(لأنه لم يلزمه الأحكام)** أقول: حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن قوله: **(والثاني)** أقول: يعني قوله وجنس الأحكام قوله: **(احتراز عن الصبي الخ)** أقول: يعني الصبي المحجور، ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنهما. لا يقال: الصبي قد يلزمه الأحكام كما إذا باع أو اشترى أبوه له، لأن المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه قوله: **(وهذا أصح)** أقول: ويؤيده تخصيص المعطوف عليه بإقامة الدليل قوله: **(قوله لأن الوكيل دليل الخ)** أقول: صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكاً للتصرف، فقوله لأن الوكيل إشارة إلى دليل الصغرى، وقوله فلا بد الخ إلى الكبرى قوله: **(ما شرطت به)** أقول: يعني ما شرطت الوكالة به قوله: **(والجواب أن الوكيل الخ)** أقول: كيف يقال هذا إذا وكل ذمياً ببيع هذا الخمر فإنه لا يعقل فيه ما ذكره قوله: **(يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ)** أقول: أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه قوله: **(بحيث يلزمه أحكام الخ)** أقول: فيه بحث، لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه، فما أسرع ما نسي ما قدمت يداه.

---

(١) **(قول الكمال وقول بعضهم الخ)** مبتدأ خبره أي ارتباط الخ: أي يقال لذلك البعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الأصل.

كان التوكيل باطلاً. **(وإذا وكل الحرّ العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة **(وإن وكلا صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق**

والشراء أي ارتباط صحة الوكالة، وكون الوكيل هزل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة، وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وإنما اشترط ذلك في الوكيل لأنه قائم مقام الموكل في العبارة، والموكل لا يصح عقده وعبارته به إلا إذا كان يعقل ذلك، وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه. نعم إن وكله بأن يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة. ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه قوله: **(وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الأحكام وعقلية الوكيل معنى العقد، ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد، ومعلوم أيضاً أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالاً منهما كتوكيل العبد المأذون حر أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبداً مأذوناً قوله: **(وإن وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما)** هذا الكلام له منطوق ومفهوم، فمنطوقه ظاهر، ووجهه ما ذكر المصنف **(من أن الصبي)** أي العاقل **(من أهل العبارة)** حتى **(نفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد)** من أهل التصرف في **(حق نفسه مالك له، وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً)** من الموكل **(في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة، فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل)** ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق

الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه. ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل. والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لأهليته في كل فرد فرد، سواء كان الموكل يملكه أو لا لعارض عرض في بعض ذلك لأن مبناها على التوسع. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون، ويقصده بأن لا يكون هازلاً لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة، وهذا يشير إلى أنّ معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده» في الحيوان و «ده دوازده» في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه **(وإذا وكل الحرّ البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز)** ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة. وكل وكالة كان الموكل مالكاً للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم، وإن وكل الحر البالغ صبياً محجوراً عليه، أو عبداً محجوراً عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك، أما من جانب الموكل فظاهر، وأما من جانب الوكيل فلأن الصبيّ من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل

قوله: **(ويقصده الخ)** أقول: فيه تأمل، والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيري على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر، ويؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه، وأيضاً عدم كونه هازلاً في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة قوله: **(لأنه يقوم مقام الموكل الخ)** أقول: هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ قوله: **(وهذا)** أقول: يعني التعليل أشار به إلى قوله لأنه يقوم الخ قوله: **(يشير)** أقول: حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة قوله: **(ليست بشرط الخ)** أقول: ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي، ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على أن قال: أي يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه قوله: **(ومعرفة أن ما زاد إلى قوله: مما لا يطلع)** أقول: ومعرفة مبتدأ، وقوله مما لا يطلع خبره قوله: **(مما لا يطلع عليه أحد الخ)** أقول: مسلم فإنا نرى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات، ثم قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الأعمى في هذا الكتاب، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل.

بموكلهما) لأن الصبي من أهل العبارة؛ ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة. أما الصبيّ لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل. وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم

بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق، بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع إليه. وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبياً مأذوناً أو عبداً مأذوناً تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلاً في الذخيرة قال: إن كان الوكيل صبياً مأذوناً، فإن وكل بالبيع بثمن حال ومؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي، وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضمن إنما التزم مالاً على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة. وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة. وفي الاستحسان تلزمه لأن للصبي ملكاً حكمياً في المشتري فإنه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه. والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكماً فإنه لا يحبسه عن الموكل إلى الاستيفاء، والعبد إذا توكل على هذا التفصيل. ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتباراً لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد

التصرف على نفسه مالك له، وإنما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة: الصبي لقصور أهليته؛ والعبد لحق سيده. ويعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال، والصبيّ إذا بلغ لم تلزمه لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزماً في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ، وإنما قيد بقوله محجوراً عليه فيهما إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبيّ المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياساً واستحساناً بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشتري، وليس هذا كذلك إنما هذا التزم مالاً في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة، والصبيّ المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة، وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة. وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، والصبيّ المأذون من أهل ذلك. والجواب في العبد المأذون أيضاً على هذا التفصيل **(وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبيّ أو عبد)** وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجنّ ويفيق **(له خيار الفسخ)** لأنه ما رضي بالعقد إلا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه بتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض به.

قال المصنف: **(وإذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز)** أقول: قال صدر الشريعة، ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ، والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل قوله: **(أو المأذون البالغ)** أقول: لعل قيد البالغ هنا وقع سهواً قوله: **(ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ)** أقول: ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الإسلام المسلم، فإن النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه قوله: **(لأن الموكل مالك التصرف الخ)** أقول: لأن الموكل تعليل لقوله جاز، ولكن بقي هاهنا بحث، فإنه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجريانه فيه بعينه، إلا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى. أو يقال: المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالاً من غير استفادة من غير وفيه شيء لخروج توكيل الوكيل المأذون به، والظاهر أن الشمول له مقصود أيضاً قال المصنف: **(والعبد من أهل التصرف)** أقول: كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول: والعبد أيضاً من أهل العبارة، إلا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهراً من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شيء فليتأمل.

علم أنه صبيّ أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب.

السلم فقال: والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد. وفي المبسوط: إن كان المأذون مرتداً جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فعلى الآمر. وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعاً وشراء، ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه قوله: (والعقد).

هذا ما انتهى إليه كلام الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله
ويليه
تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨
تغمدهم الله برحمته آمين

فهرس الجزء السابع من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

نتائج الأفكار

في

كشف الرموز والأسرار

تأليف

شمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة شرح فتح القدير

للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

الوكالة ـ الدعوى ـ الإقرار ـ الصلح ـ المضاربة

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة[1]

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ثم الله شهيد على ما يفعلون﴾ [يونس: ٤٦]، وقوله تعالى حكاية: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾ [آل عمران: ١٧٣]، وإما لأن كلاً منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في حقه، وإما لأن كلاً منهما يصلح سبباً لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات، كذا في النهاية. قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة: لأن الإنسان خلق مدنياً بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض، والشهادة من التعاضد والوكالة منه؛ وقد يكون فيها التعاوض أيضاً فصارت كالمركب من المفرد فآثر تأخيرها انتهى. وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضاً كما إذا كان وكيلاً بالبيع أو الشراء مثلاً انتهى. أقول: هذا سهو ظاهر، لأن التعاوض فيما ذكره من المثال إنما هو في متعلق الوكالة، أعني الموكل به، وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة، والكلام فيها لا في الأول، وإلا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضاً كما إذا شهد بالبيع أو الشراء مثلاً. والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض. كما إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعاً، إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها، بخلاف الشهادة فإنها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلاً. ثم إن محاسن شرعية الوكالة ظاهرة، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم؛ فإن الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه، ولا كل أحد يهتدي إلى المعاملات، فمست الحاجة إلى شرعية الوكالة، فنبينا ﷺ باشر بعض الأمور بنفسه الكريمة تعليماً لسنة التواضع، وفوّض بعضها إلى غيره ترفيهاً لأصحاب المروءات. ثم إن هاهنا أموراً يحتاج إلى معرفتها تفسيراً للوكالة لغة وشرعاً، ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها. أما تفسيرها لغة: فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل، من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك. والوكيل هو القائم بما فوض إليه، والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر: أي مفوّض إليه. وأما شرعاً: فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم. وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩] لأن ذاك كان توكيلاً وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا

---

(١) (تنبيه) قد ابتدأ صاحب التكملة في شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح إلى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها إلى قول صاحب الهداية «والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين الخ» فأثبتنا الكتابتين تكثيراً للفائدة ومحافظة على استيفاء التكملة، واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن إعادته هنا فليعلم، كتبه مصححه.

. . . .

نكير فكان شريعة لنا. والسنة هي ما روي «أن النبيّ ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية وعروة البارقي[١] به أيضاً، ووكل عمر بن أم سلمة[٢] بالتزويج. والإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتي في الكتاب. وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات. وأما ركنها: فالألفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه. روى بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع. وأما شرطها: فأن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام كما سيأتي في الكتاب، وستعرفه مشروحاً. وأما صفتها: فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه. وأما حكمها: فجواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه(**قال**) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (**كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره**) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لأحد، فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس على مانصوا عليه. والعجب هاهنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بأن العكس غير لازم وليس بمقصود. قال في شرح هذا المقام: هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى. فإن العكس إذا لم يكن لازماً ولا مقصوداً في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به، وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه: الأول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز. والثاني أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز. والثالث أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه، ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها. وأجيب عن الأول بأن المراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبداً به والوكيل ليس كذلك. وعن الثاني بأن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطاً على ما عرف، وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. وردّ هذا بأنه مقرر للنقض لا دافع. ودفع بأنه من باب التخلف لمانع، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم. ونقض بالتوكيل بالشراء فإنه جائز وما ذكرتم موجود فيه. وفرّق بأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه. وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل. ودفع بأن ذاك محل التوكيل بإيفاء الاستقراض، هذا نهاية ما في العناية. أقول: ولقائل أن يقول كما أن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضاً باطلاً بناء على هذا، وليس كذلك. ثم أقول: يمكن أن يدفع ذلك بأن المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة. وأما المأمور بالاستقراض فإن تصرّف في عبارة نفسه بأن قال للمقرض مثلاً أقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به، وإن تصرف في عبارة الآمر بأن قال مثلاً: إن فلاناً يستقرض منك عشر دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر، ولكن المأمور يصير في هذه الصورة رسولاً لا وكيلاً، والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه، فإن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل، فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه. وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة

---

(١) تقدم تخريجه في أول كتاب الوكالة. حديث عروة قوي وحديث حكيم: واحد.

(٢) تقدم في الوكالة بشرح ابن الهمام.

. . . .

كما نص عليه في الذخيرة. بقي هاهنا شيء وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة؛ وسيأتي تمام بحثه إن شاء الله تعالى. وأجيب عن الثالث بأن الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضاً، حتى أنه لو وكل ذمياً آخر ببيعها يجوز، وإنما لم يجز توكيل المسلم هاهنا لمعنى في المسلم، وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك آمراً عارضاً في الوكيل، والعوارض لا تقدح في القواعد، حتى أن قائلاً لو قال: كل من تزوّج امرأة بنكاح صحيح حلّ له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة، هذا زبدة ما في أكثر الشروح. وأجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه، وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل، وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا على تقدير صحته يكون جواباً عن النقض بالاستقراض أيضاً، إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، أما أوّلاً فلأن ما ذكره صاحب العناية هاهنا لا يكاد يكون جواباً عن النقض بالاستقراض، لأن المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير، والمانع هاهنا على رأيه إنما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك. وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن، فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب لما في قوله إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف الخ. ثم قال ذلك القائل: بقي فيه بحث، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار، ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى. أقول: هذا ساقط جداً، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر، بخلاف التوكيل والتوكل، فإن التوكيل تفويض الأمر إلى الغير، والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به، ولا شك في جواز تحقق الأول بدون الثاني، ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعدّ، ألا يرى إلى صحة قولك خيرته فلم يختر، وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما، فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا إشكال أصلاً. قال المصنف رحمه الله في تعليل جواز الوكالة فيما ذكره: **(لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال)** بأن كان مريضاً أو شيخاً فانياً أو رجلاً ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه **(فيحتاج إلى أن يوكل غيره)** فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص **(فيكون)** أي الإنسان **(بسبيل منه)** أي من التوكيل **(دفعاً لحاجته)** ونفياً للخرج. واعترض على هذا بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً. وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد. قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور: ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى. أقول: وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع، فإنهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بأن الوكالة أبداً إما للعجز وإما للترفه، والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل **(وقد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء)** أي بشراء الأضحية **(حكيم بن حزام)** ويكنى أبا خالد. ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين، أسلم يوم الفتح

. . . .

. . . .

وشهد مع رسول الله ﷺ مسلماً، وكان من وجوه قريش وأشرافها، وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة، ومات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم. وقال الكرخي في أول كتاب الوكالة في مختصره: حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال: حدثنا يعقوب الدورقي قال: حدثنا عبد الرحمن بن زيزي عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام «أن النبيّ ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية، فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين، ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية، فتصدق النبي ﷺ بالدينار ودعا له بالبركة»[1] **(وبالتزويج عمر ابن أم سلمة)** أي وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبي ﷺ[2] كذا في الشروح. قال صاحب غاية البيان: ولنا في توكيل عمر ابن أم سلمة نظر لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين، كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى، وكان عمر ابن أبي سلمة يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين، قاله الواقدي. ويكون على هذا الحساب سنّ عمر ابن أم سلمة يوم تزوّج رسول الله ﷺ أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ وهو طفل لا يعقل؟ انتهى. وقد سبقه إلى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال: في هذا الحديث نظر، لأن عمر ابن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوّجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين، وكيف يقال لمثل هذا زوّج. بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوّجها في سنة أربع، ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى[3]. وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح: قوله إنه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره. وقال: قال ابن عبد البر: إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة. ويقوّي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر ابن أم سلمة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام: سل هذه، فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك، فقال عمر رضي الله عنه: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال ﷺ: «أما والله إني لأتقاكم لله تعالى وأخشاكم»[4]. وظاهر هذا أنه كان كبيراً. وأقول: ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبيّ ﷺ وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلاً عقلياً عليه، فيتجه على ذلك أن توكيل النبيّ ﷺ في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبيّ ﷺ لا إقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة، وكأنه عن هذا قال: وقد صح أن النبيّ ﷺ وكل الخ، ولم يقل ولأن النبيّ ﷺ وكل الخ **(قال)** أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** أي في جميعها **(لما قدمنا من الحاجة)** يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره **(إذ ليس كل أحد يهتدي وجوه الخصومات)** تعليل لجريان ما قدمه هاهنا. قال صاحب غاية البيان: أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فإنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبيّ ﷺ وكل في الشراء[5]، فإذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره، لأن كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع، ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره، وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى. أقول: تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح

(١) تقدم في أول كتاب الوكالة وإسناده واحد.
(٢) تقدم تخريجه في أوائل كتاب الوكالة، وهو حسن غريب.
(٣) تقدم في أوائل كتاب الوكالة، وذكره الزيلعي في نصب الراية.
(٤) أيضاً تقدم في أول كتاب الوكالة. رواه مسلم وغيره.
(٥) تقدم في الوكالة لابن الهمام، ومراده حديث عروة البارقي.

. . . .

لا ريب فيه، وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام هاهنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود، وما ذكره في تعليله الأول إنما يتمشى في العقود دون الخصومات، ولذلك قال المصنف رحمه الله **(وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيلاً)** أي وكله في الخصومات، وإنما كان يختار عقيلاً لأنه كان ذكياً حاضر الجواب، حتى حكي أنّ عليا رضيّ الله عنه استقبله يوماً ومعه عنز فقال عليّ رضيّ الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق، فقال عقيل: أما أنا وعنزي فعاقلان **(وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر)** الطيار رضي الله تعالى عنه، إما لأنه وقر عقيلاً رضي الله عنه لكبر سنه، أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شاباً ذكياً، كذا في المبسوط. أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال: كان عليّ رضي الله عنه يكره الخصومة، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني. وأخرج عن عليّ رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة. وقال الخصاف في أدب القاضي: حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال: حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول: إن لها قحماً تحضرها الشياطين، فجعل عليّ رضي الله عنه الخصومة إلى عقيل، فلما كبر ورقّ حوّلها إليّ، فكان عليّ رضي الله عنه يقول: ما قضى لوكيل فلي وما قضى على وكيلي فعليّ[1] انتهى. وقال الزمخشري في الفائق: إن علياً رضي الله عنه وكل أخاه عقيلاً بالخصومة، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، وكان لا يحضر الخصومة ويقول: إن لها لقحماً، وإن الشياطين تحضرها: أي مهالك وشدائد. وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى. وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة. وفيه دليل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع عليّ رضي الله عنه. وقال بعض العلماء: الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين، وقد ورد الذم على ذلك، قال الله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ [النور: ٤٨]. ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا﴾ [النور: ٥١]. وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والإجابة من المؤمن اعتقاداً، كذا في شرح أدب القاضي. وذكر في غاية البيان **(وكذا بإيفائها واستيفائها)** أي وكذا تجوز الوكالة بإيفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة **(إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها)** أي باستيفاء الحدود والقصاص **(مع غيبة الموكل عن المجلس)** وأما الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقاً: أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بيّن، لأن إيفائها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة، وهذا لا يصح إلا من الجاني، إذ إقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح، فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل، وقال في تعليله **(لأنها)** أي الحدود والقصاص **(تندرىء بالشبهات)** فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **(وشبهة العفو ثابتة حال غيبته)** أي غيبة الموكل، هذا الوجه مخصوص بالقصاص، إذ الحدود لا يعفى عنها، فالمراد أن في القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل **(بل هو الظاهر)** أي بل العفو هو الظاهر **(للندب الشرعي)** لقوله تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فإنه يقول: هو خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعاً للضرر عن نفسه، ولكنا نقول: هذه عقوبة تندرىء بالشبهات، بخلاف سائر حقوقه فافترقا **(بخلاف غيبة الشاهد)**

---

(١) موقوف أخرجه البيهقي ٦/٨١ عن عبد الله بن جعفر وإسناده حسن.

. . . .

حيث يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته **(لأن الظاهر عدم الرجوع)** يعني أن الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع، إذ الصدق هو الأصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة. أقول: يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود، ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك، اللهم إلا أن يقال: عدم استيفاء الحد إذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل **(وبخلاف حالة الحضرة)** أي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفي ذلك عندها **(لانتفاء هذه الشبهة)** أي شبهة العفو، فإن العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة. أقول: لقائل أن يقول إن انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقاً، والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص، فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود أصلاً. ولما استشعر أن يقال إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء رأساً إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله **(وليس كل أحد يحسن الاستيفاء)** إما لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك **(فلو منع عنه)** أي عن التوكيل بالاستيفاء **(ينسد باب الاستيفاء أصلاً)** أي ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لئلا ينسد بابه. قال المصنف رحمه الله **(وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله)** وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المصنف: هذا أي جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا في توجيه تفسيرهم إياه بهذا المعنى: لأنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق: أي جميعها وبإيفائها واستيفائها، واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال: هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المصنف رحمه الله هاهنا تكلف بارد وتعسف شارد، حيث جعلوا البعض الغير المعيّن في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كليته مشاراً إليه بلفظ هذا الذي يشار به إلى المحسوس المشاهد، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد. ثم إن هاهنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه، وهو أن هذا الذي ذكرناه صريحاً فيما مر آنفاً من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً)** أي قال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو إثبات الحدود والقصاص أيضاً: أي كما لا تجوز الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق. **(وقول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، وقيل مع أبي يوسف رحمه الله)** يعني أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف، ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الأول كما لا يخفى على الفطن. قال في الكافي بعد قوله وقول محمد مضطرب: والأظهر أنه مع أبي حنيفة **(وقيل هذا الاختلاف)** بين أبي حنيفة وأبي يوسف **(في غيبته)** أي غيبة الموكل **(دون حضرته)** أي هو جائز في حضرته بالاتفاق **(لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره)** فصار كأنه متكلم بنفسه. **(له)** أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى **(أن التوكيل إنابة)** والإنابة فيها شبهة لا محالة **(وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب)** أي في باب الحدود والقصاص لأنه مما يندرىء بالشبهات **(كما في الشهادة على الشهادة)** أي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق، كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي إلى القاضي **(وكما في الاستيفاء)** أي وكالشبهة التي في التوكيل باستيفاء

. . . .

. . . .

الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فإنها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض)** أي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور **(لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة)** والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه **(فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق)** أي باقيها لقيام المقتضي وانتفاء المانع. لا يقال: المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر. لأنا نقول: الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع، إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنها يتعلق بها الظهور **(وعلى هذا خلاف)** المذكور **(التوكيل بالجواب من جانب من عليه)** أي من جهة من عليه **(الحد)** أو القصاص، فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب. قال المصنف **(وكلام أبي حنيفة فيه)** أي في التوكيل بالجواب **(أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع)** يعني أن التوكيل بالجواب إنما يكون للدفع، ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال، فالشبهة التي ذكرت في دليل أبي يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع هاهنا **(غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه)** أي على موكله: يعني لو أقرّ الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل إقراره استحساناً **(لما فيه)** أي لما في إقراره **(من الشبهة عدم الأمر به)** فلم يعتبر فيما يندرىء بالشبهات. والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق. ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله. وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب، لأن جواب الخصم من الخصومة، ولكن هذا نوع من المجاز، فأما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة، والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرىء بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات. كذا في المبسوط، وذكر في كثير من الشروح. واعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوّزه إنما هو في حد القذف وحد السرقة. وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقاً لأنه لا حق فيهما لأحد من العباد، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة، فإذا كان أجنبياً عنه لا يصح توكيله به، نص عليه في الكافي والتبيين **(وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة)** سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب **(بغير رضا الخصم)** ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب، كذا في الشروح والفتاوى **(إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً)** يعني إلا أن يكون الموكل معذوراً بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضاً **(وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد **(يجوز التوكيل بغير رضا الخصم)** أي يجوز ذلك عندهما في جميع الأحوال سواء رضي الخصم أم لا، وسواء كان الموكل معذوراً أم لا، وكان أبو يوسف يقول: أو لا يقبل ذلك من النساء دون الرجال، ثم رجع عن ذلك وقال: يقبل من النساء والرجال جميعاً **(وهو قول الشافعي رحمه الله)** أيضاً، وفي الخلاصة: والفقيه أبو الليث يفتي بقولهما. وفي فتاوى قاضيخان. وبه أخذ أبو القاسم الصفار. وقال: شمس الأئمة السرخسي: الصحيح عندي أن القاضي إذا علم بالمدعي التعنت في إباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت إليه، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل. وذكر شمس الأئمة الحلواني أن ذلك يفوض إلى رأي القاضي، وهذا قريب من الأول انتهى. قال المصنف رحمه الله **(ولا خلاف في الجواز)** أي لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز، حتى إذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة **(إنما الخلاف في**

. . . .

. . . .

اللزوم) معناه إذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا؟ عنده خلافاً لهم، فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري. قال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم: أي لا يلزم ذكر الجواز، وأراد اللزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وإرادة الملزوم، كذا في الشروح. وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريراً وإيراداً حيث قال: فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازاً لقوله ولا يلزم ذكر الجواز، وأراد اللزوم فإن الجواز لازم اللزوم فيكون من ذكر اللازم وإرادة الملزوم، وقال: فيه نظر، لأنا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في أصول الفقه. سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازاً بأن ما ذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذهب إليه الكاكي من أن الانتقال في المجاز من الملزوم إلى اللازم، وفي الكناية من اللازم إلى الملزوم لكنه ليس بشيء. أما أولاً فلأن لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فإنه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار ردّه المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور. وأما ثانياً فلأنهم حققوا أن الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم إلى اللازم. وردوا ما ذهب إليه الكاكي بأن اللازم ما لم يكن ملزوماً لم ينتقل منه إلى الملزوم، وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها، فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازاً عن معنى يلزم بلا محذور أصلاً. ثم قال صاحب العناية: والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم، بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازاً انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل، لأنه إن أراد بقوله إن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الأول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه، وليس كذلك إذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم، فنفي الأول يغاير نفي الثاني قطعاً، وإن أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الأول مجازاً أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز، فإن المتبادر من الألفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر إلى ذهن الناظر في مسألتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز، فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه. ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأوّل من حمل الخلاف المذكور على اللزوم، بل سبقه إلى ذلك كثير من المشايخ منهم الإمام شمس الأئمة السرخسي حيث قال في شرح أدب القاضي: إن التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويجيب، ومنهم الإمام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف: التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازماً. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يقع لازماً. وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد. وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة. بعضهم قالوا: رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه، وقال بعضهم: لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل، وإنما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب. ذكر في شفعة الأصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وذكر في وكالة الأصل: لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة. والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير

. . . .

. . . .

لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور. والجواب لخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضاً مرضاً لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم، أو غائباً مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى. وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد **(أن التوكيل تصرف في خالص حقه)** أي في خالص حق الموكل، وهذا لأنه إما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه. أما الخصومة فلأنها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها. وأما الجواب فلأنه إما إنكار أو إقرار، وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه، وإذا كان كذلك **(فلا يتوقف على رضا غيره)** فصار **(كالتوكيل بتقاضي الديون)** وقبضها وإيفائها **(وله)** أي لأبي حنيفة رحمه الله **(أن الجواب مستحق على الخصم)** يعني أن الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه **(ولهذا يستحضره)** أي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه، وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفاً في خالص حق الموكل، لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعدّ إلى الإضرار بالغير **(و)** هاهنا ليس كذلك، إذ لا شك أن **(الناس متفاوتون في الخصومة)** أي من جهة الدعوى والإثبات، ومن جهة الدفع والجواب. فربّ إنسان يصورّ الباطل في صورة الحق، وربّ إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه، وقد دل قوله عليه الصلاة والسلام «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشي من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار»[1] ذكره في أدب القاضي والأسرار، ومعلول أنه لا يوكل عادة إلا من هو ألدّ وأشد في الخصومات ليغلب على الخصم **(فلو قلنا بلزومه)** أي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم **(يتضرر به)** أي يتضرر الخصم به **(فيتوقف على رضاه)** فصار **(كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما)** أي أحد الشريكين **(يتخير الآخر)** أي يتخير الشريك الآخر بين إمضاء الكتابة وفسخها، فكان تصرف أحدهما متوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شريكه. قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله: ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه، والناس يتفاوتون في هذا الجواب، فربّ إنكار يكون أشد دفعاً للمدعي من إنكار. والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشد، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه إضرار بالخصم، وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه، ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه. وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضاً. أقول: فيه نظر، لأن أصل هذه المسألة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي، ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة في صدر المسألة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضاً. وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلا الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيراً منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معاً كما ذكرناه في شرحنا. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولأبي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه، فإن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي، والمستحق للغير لا يكون خالصاً له. سلمنا

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٢٦٨٠، ٧١٦٩، ٢٤٥٨، ٧١٨١، ٧١٨٥ ومسلم ١٧١٣ والترمذي ١٣٣٩ والنسائي ٨/ ٢٣٣ وابن ماجة ٢٣١٧ وابن الجارود ١٠٠٠ والبغوي ٢٥٠٦ والطحاوي ٤/ ١٥٤ وفي «المشكل» ١/ ٣٢٩، ٣٣٠ والدارقطني ٤/ ٢٣٩ وابن حبان ٥٠٧٠ وأبو يعلى ٦٨٨٠ والبيهقي ١٠/ ١٤٣، ١٤٩، ١٥٠ وأحمد ٦/ ٣٢٠ ومالك ٢/ ٧١٩ كلهم من حديث أم سلمة. وورد من حديث أبي هريرة أيضاً أخرجه ابن ماجة ٨/ ٢٣ وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٤، ٢٣٥، وأحمد ٢/ ٣٣٢ وابن حبان ٥٠٧١. وورد من طريق آخر من حديث أم سلمة أيضاً. أخرجه البخاري ٦٩٦٧ وأبو داود ٣٥٨٣ والطبراني في الكبير ٢٣/ ٧٩٨ وابن حبان ٥٠٧٢ والبيهقي ١٠/ ١٤٩ وصدر الحديث: «إنما أنا بشر...».

. . . .

خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس يتفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى. أقول: فيه أيضاً نظر، لأنه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين: أحدهما معنى لما قالاه، والآخر تسليمي له، فيرد حينئذ على الدليل الأول ما يرد على التقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصاً بإحدى صورتي المسألة العامة المدّعاة تأمل تقف. فالوجه أن يجعل المجموع دليلاً واحداً ويقرر بوجه يعم الصورتين معاً كما فعلناه في شرحنا، لكن الإنصاف أن تأثير المقدمة القائلة إن الجواب مستحق على الخصم إنما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل **(بخلاف المريض والمسافر)** متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً، والمراد بيان وجه مخالفة المستثني للمستثنى منه وذلك **(لأن الجواب غير مستحق)** أي غير واجب **(عليهما)** أي على المريض والمسافر **(هنالك)** أي فيما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة، فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص، قال الله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] أقول: هاهنا شيء، وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق إنما ينفذ في صورة إن كان التوكيل من جانب المدعى عليه، وأما في صورة إن كان من جانب المدعي فلا، لأن الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحاً مقيماً أو مريضاً مسافراً، فإن الجواب إنما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها، مع أن المسألة عامة للصورتين معاً كما تحققته، فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال: إن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشدّ من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الأدنى دون الأعلى. وفي فتاوى قاضيخان: وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائباً أدنى مدة السفر أو كان مريضاً في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه إلى باب القاضي كان له أن يوكل مدعياً كان أو مدعى عليه، وإن كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر إنسان، فإن ازداد مرضه بذلك صح التوكيل، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه، قال بعضهم: هو على الخلاف أيضاً، وقال بعضهم: له أن يوكل وهو الصحيح انتهى **(ثم كما يلزم التوكيل عنده)** أي عند أبي حنيفة **(من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة)** إذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه. وفي فتاوى قاضيخان: وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر لكن لا يصدّق أنه يريد السفر، ولكن القاضي ينظر إلى زيّه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الإجارة انتهى **(ولو كانت المرأة مخدرة)** اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة؛ فقال بعضهم: هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور المجلس القاضي. وقال الإمام البزدوي: هي التي لا يراها غير المحارم، وأما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة، فاختار المصنف التفسير الأول حيث قال **(لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم)** فإن هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها **(قال الرازي)** أراد به الإمام أبا بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع وأحكام القرآن، وإليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة **(يلزم التوكيل)** أي يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر **(لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها)** دفعاً للحرج، فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة

. . . .

. . . .

من العدول يستحلفها أحدهما ويشهد الآخران على حلفها، وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجري في الأيمان، هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز، لأن مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره. **(قال رضي الله عنه)** أي قال المصنف **(وهذا)** أي ما قاله الرازي **(شيء استحسنه المتأخرون)** وفي فتاوى قاضيخان: ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكراً كانت أو ثيباً، كذا ذكره أبو بكر الرازي. وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده: ظاهر المذهب عن أبي حنيفة أنها على الاختلاف أيضاً، وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى. **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف)** قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد، فأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكاً للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد. وقيل المراد به أن يكون مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض، وبيع الخمر يجوز للمسلم في الأصل، وإنما امتنع بعارض النهي، كذا في الكافي والكفاية والتبيين. قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف: أي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به، وقال: قد ذكرنا فى أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط، ثم قال: فإن قلت: يشكل على ما ذكرناه في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله وإذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لي به عبداً صح التوكيل بهذا، وإن لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف، فإن من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبداً لا يجوز. قلت: إنما جاز ذلك في التوكيل بهذا ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة، وأما إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي إلى المنازعة لأن التوكيل ليس بأمر لازم، ولا كذلك المباشرة لأنها لازمة فتفضي إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه. أقول: في جوابه بحث لأن الفارق المذكور فيه إنما أفاد كمية صحة التوكيل في مسألة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها، وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لأن حاصله أن ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسألة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها. والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى. وقال صاحب العناية: قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أنه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي لا يملك التصرف الذي وكل به، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل، وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل إن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف، وأجاب حيث قال: لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف. والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم إدخال «من» في من يملك

. . . .

. . . .

انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه، فإنا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد؛ ألا يرى إلى الحقوق المشتركة مالاً كانت أو غيره، فإن كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفاً مخصوصاً، وإن وصل مبلغهم في التعدد إلى الألف، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك أن كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره. ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة إدخال «من» حينئذ في من يملك، فإن ذلك إنما يتوهم لو كانت كلمة من هاهنا للتبعيض، وأما إذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جداً كما لا يخفى. ثم إن ما ذكره كله مبني على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخل على الاسم الموصول. والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف، إذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط، فوجه الأنسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف في النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف في الأصول، فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه، ولا شك أن الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود، ثم قال ذلك البعض إن الأنسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى. أقول: هذا أيضاً ليس بسديد، فإن قوله ويقصده وإن لم يكن مقروناً بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكماً فإنه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد. ولا شك أن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله على ما تقرر في علم الأدب، فقد حصلت الأنسبية المذكورة هناك أيضاً. ثم إن حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق إليه صاحب غاية البيان حيث قال: قيل لا يستقيم هذا الشرط إلا على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأنه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكاً للتصرف على مذهب أبي حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها، وهو جائز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه، فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه، بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل به. ثم قال: قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل، وإنما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لأنه لا يدرك كنه كلام القدوري، إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل. فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام. والثاني: أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعاً في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً على وجه يلزمه حكم التصرف، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعاً وشراء، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته. والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذمي لأنه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده، فصح الشرط إذن على مذهب الكل، والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، إلى هنا كلامه. وردّ عليه الشارح ابن الهمام حيث قال: قيل إنما يستقيم الشرط الأول على قولهما أما على قوله فلا، لأنه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه. وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها، ثم حمد الله على ما هداه لذلك، وهو خطأ

. . . .

. . . .

إذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه. أقول: ما ذهب إليه صاحب الغاية هاهنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام، فإن الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه، وهذا لا يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله. وأما قوله بأن يكون بالغاً عاقلاً ففضلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجوز. وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى، وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطاً فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبيّ المأذون عنه صراحةً (**ويلزمه الأحكام**) قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك، لأن الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره. وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين؛ فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما، كذا في أكثر الشروح. قال صاحب غاية البيان للقول الثاني: وهذا هو الأصح من الأول ولم يبين وجهه. وقال صاحب العناية: قوله ويلزمه الأحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام. فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لأنه لم تلزمه الأحكام، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني: احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف. فإن قلت: إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت: غلط لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (**لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل**) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به: يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (**فلا بد أن يكون الموكل مالكاً**) أي للتصرف (**ليملكه من غيره**). قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه، والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح. والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة، وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه، ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل انتهى. أقول: في جوابه نظر، لأن كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكاً لجنس التصرف من جهة الموكل إنما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بأن قال اصنع ما شئت أو اعمل برأيك، وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذمياً ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعاً، إذ لا شك أن الوكيل هناك إنما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقاً وإلا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر، كأن يهب الخمر التي وكل ببيعها لذمي أو يشتري بها منه شيئاً أو نحو ذلك من جنس التصرفات، وليس كذلك قطعاً. والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل. ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الأصل فإن بيع الخمر جائز للمسلم في الأصل، وإنما امتنع

. . . .

يعارض النهي، وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلاً عن الكتب المعتبرة **(ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد)** بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر المعتبرات، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون **(ويقصده)** أي يقصد العقد، والمراد أن لا يكون هازلاً فيه، كذا رأي جمهور الشراح. وردّ عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم: أيّ ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلاً في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى. أقول: يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة هاهنا حيث قال: القصد شرط في وقوع العقد عن الآمر، حتى لو تصرف هازلاً لا يقع عنه انتهى فتأمل. وإنما اشترط ذلك في الوكيل **(لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة)** وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز كألحان الطيور **(حتى لو كان)** أي الوكيل **(صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً)** إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم. قال صاحب العناية: وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل، لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح، ومعرفة ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده في الحيوان» و «ده دوازده» في العقار، أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه. انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع، إذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلاً فضلاً عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده» في الحيوان، و «ده دوازده» في العقار غبن فاحش، وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق. وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم، لكن لا يجدي ذلك شيئاً، إذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثاني **(وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** هذا لفظ القدوري في مختصره، وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضاً لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز، وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلاً، أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد، وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبيّ المأذونين، فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما. ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون؛ ألا يرى أن التعليل بقوله **(لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة)** يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية، وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحرّ البالغ مثله أو المأذون، وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى. وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال: ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى. أقول: لا يذهب عليك أنه لا يجدي كثير طائل، إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلاً للكلام، على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة إذ لا أحد فوق الحرّ البالغ **(وإن وكل)** أي الحر البالغ أو المأذون **(صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز)** خلافاً للشافعي رحمه الله **(ولا يتعلق**

قال: (**والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل**). وقال الشافعي رحمه الله: تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم

بهما الحقوق) أي حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (**وتتعلق بموكلهما**) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه، أما من جانب الموكل فظاهر، وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (**لأن الصبيّ من أهل العبارة؛ ألا يرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له**) أي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (**وإنما لا يملكه**) أي التصرف (**في حق المولى**) دفعاً للضرر عنه (**والتوكيل ليس تصرفاً في حقه**) أي في حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة، فإن صحتها بكونه آدمياً (**إلا أنه لا يصح منهما**) أي من الصبيّ والعبد المحجور (**التزام العهدة، أما الصبي لقصور أهليته**) أي أما الصبيّ المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (**والعبد لحق سيده**) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته، فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى، وإذا كان كذلك (**فتلزم**) أي العهدة (**الموكل**) لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بتصرفهما. ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق، وأن الصبيّ إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزماً في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضاً. والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحاً في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان. ثم إن في تقييد الصبيّ والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة. وهو أن الصبيّ المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً وإذا وكل بالشراء؛ فإن وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري، وهذا ليس كذلك إنما هذا التزام ما لا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة، والصبيّ المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة. وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة. وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبيّ المأذون من أهل ذلك، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى. والجواب في العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل. ثم اعلم أن الصبيّ والعبد المحجورين وإن لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من بعد في فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال: والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو

قال: (**والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين الخ**) العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين: ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل، وآخر بالموكل. فضابطة الأول كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل. وقال الشافعي: تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، وحكم التصرف هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه، واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح (**ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكماً**) أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه

قوله: (**العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين**) أقول: الظاهر أن القسمة إلى الضربين باعتبار الإضافة إلى نفسه، وإلى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم، وإنما سلك المصنف هذه الطريقة قصراً للمسافة حيث بين القسم ضمناً وحكمه صريحاً بكلام واحد فليتأمل، ثم لما كان الحكم مقصوداً ذكره صريحاً.

بالكلام، وصحة عبارته لكونه آدمياً وكذا حكماً لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب (**يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه**) لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه، اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال العبد الضعيف:

الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى. (**وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد محجور**) وفي بعض النسخ: أو مجنون، فقيل المراد به من يجنّ ويفيق، وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون. قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين: وفي الكافي للعلامة النسفي: ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (**له خيار الفسخ**) أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة (**لأنه**) أي لأن المشتري (**دخل في العقد على**) ظن (**أن حقوقه تتعلق بالعاقد**) يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (**فإذا ظهر خلافه يتخير**) لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه، فصار (**كما إذا عثر**) أي اطلع (**على عيب**) أي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا. وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (**قال**) أي القدوري في مختصره (**والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين**). وقال في بعض نسخه: والعقد الذي يعقده الوكلاء: أي جنس العقد كذا في غاية البيان (**كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه**) أي تصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكل (**كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل**) أقول: هذه الكلية تنتقض بما إذا كان الوكيل صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه، فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد مما يضيفه الوكيل إلى نفسه كما عرفته فيما مر. (**وقال الشافعي: تتعلق بالموكل**) وبه قال مالك وأحمد (**لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار**) أي صار الوكيل في هذا الضرب (**كالرسول**) فإن قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف (**والوكيل بالنكاح**) أي وصار كالوكيل بالنكاح من ضرب الثاني فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقاً كما سيجيء (**ولنا أن الوكيل هو العاقد**) يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد (**حقيقة**) أي من حيث الحقيقة (**لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته**) أي وصحة عبارة العاقد: أي صحة كلامه لكونه آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلاً، فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء. وفي الكافي: فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له غير أن الموكل لما استنابه في

آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء. وأما حكماً فلأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلاً في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط: يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد قوله: (**والملك يثبت للموكل خلافة**) جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه. وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء، والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل فكان قائماً مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا. وقال شمس

قوله: (**جواب عما قاله الخ**) أقول: فخلاصة الجواب أنكم إن أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك، وإن أردتم مطلقاً فممنوع وهل النزاع إلا فيه قوله: (**على سبيل الخلافة الخ**) أقول: قوله على متعلق بقوله يقع، والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل قوله: (**والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل**) أقول: قوله للوكيل متعلق بقوله موجباً قوله: (**فإن قيل، إلى قوله: فإنه يقول**) أقول: الضمير في قوله فإنه راجع إلى أبي طاهر.

وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى. قال: **(وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن**

تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق **(وكذا حكماً)** أي وكذا الوكيل **في هذا** الضرب هو العاقد من حيث الحكم **(لأنه)** أي الوكيل **(يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً)** عنه **(لما استغنى عن ذلك)** أي عن إضافة العقد إلى الموكل **(كالرسول)** والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه **(وإذا كان كذلك)** أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكماً **(كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق)** حقوق العقد **(به)** أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل **(فلهذا)** أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصلاً في الحقوق **(قال في الكتاب)** أي قال القدوري في المختصر. وقيل: أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط **(يسلم المبيع)** أي يسلم الوكيل المبيع **(ويقبض الثمن)** إذا باع **(ويطالب)** بصيغة المجهول: أي يطالب الوكيل **(بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع)** أي ويقبض المبيع إذا اشترى **(ويخاصم في العيب ويخاصم فيه)** بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني، فالأول فيما إذا باع، والثاني فيما إذا اشترى على الترتيب السابق. واعلم أن هاهنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال: يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان: حق يكون للوكيل، وحق يكون على الوكيل. فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق، ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال، وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا، وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورّثهم. وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه. وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما إلى هنا كلامه **(والملك يثبت للموكل خلافة عنه)** أي عن الوكيل، هذا جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه. تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضاً بل خلافة عن الوكيل، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجباً حكمه للوكيل فكان الموكل قائماً مقام الوكيل في ثبوت الملك **(اعتباراً للتوكيل السابق)** والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك **(كالعبد يتهب ويصطاد)** فإنه إذا اتهب: أي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط. وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة

الأئمة: قول أبي طاهر أصح. وقال المصنف: هو الصحيح. فإن قيل: قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جواباً عنه مع التزام قوله فإنه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق، فالجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة. وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكل، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل، وإليه أشار المصنف بقوله: **(اعتباراً للتوكيل السابق)** فتعين الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة

قوله: **(وهي أن الملك يثبت)** أقول: وقد سبق آنفاً أنه مقتضى القياس قوله: **(لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام)** أقول: المطلق ينصرف إلى الكامل كما نص عليه في كتب الأصول، والملك الكامل هو الملك المستقر قوله: **(وقال القاضي الخ)** أقول: والذي يظهر من كلام المصنف أنه اختار قول أبي زيد إلا أن يؤول قوله كان أصلاً في الحقوق ويحمل على المبالغة في التشبيه قوله: **(ثم ينتقل إلى الموكل من قبله)** أقول: يعني بأن يوكله.

دم العمد **فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها)** لأن الوكيل فيها سفير محض؛ ألا يرى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من

الوكيل، فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل، وإليه أشار المصنف بقوله اعتباراً للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب، كذا في العناية. ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا. قال شمس الأئمة السرخسي: قول أبي طاهر أصح. وقال المصنف **(هو الصحيح)** واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل أوّلاً ثم ينتقل إلى الموكل، وإليها ذهب بعض أصحابنا وهي اختيار الإمام قاضيخان كما ذكر في التحرير، وإنما قال هو الصحيح لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك. قال صاحب العناية: وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقرّ دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل إلى الموكل باعتبار الوكالة السابقة. قال في الزيادات فيمن تزوّج أمة ثم حرّة على رقبتها فأجاز مولاها فإنه تصير الأمة مهراً للحرة ولا يفسد النكاح وإن ثبت الملك للزوج فيها، لأن ملكه غير مستقرّ حيث ينتقل منه إلى الحرة فكذلك هاهنا انتهى. وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب: وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[1] الحديث انتهى. أقول: الجواب عن هذا النظر ظاهر، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة. قال الصدر الشهيد: إن القاضي أبا زيد خالفهما وقال: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن، كذا ذكر في الإيضاح والفتاوى الصغرى **(قال رضي الله عنه)** أي قال المصنف رحمه الله **(وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى)** أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده، وإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه، كذا في عامة الشروح. قال بعض الفضلاء: القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ. أقول: الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب إنما هو الذي ذكره الشراح هاهنا، فإن الوكيل إذا اشترى شيئاً ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل. ثم بعد هذا إن بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له،

والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن طريقة الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو ملك المشتري لكان ذلك. وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضي ملكاً مستقراً. قال في الزيادات فيمن تزوّج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الأمة مهراً للحرة ولم يفسد النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقرّ ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه. وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق

قال المصنف: **(وفي مسألة العيب، إلى قوله: وإذا اشترى الوكيل الخ)** أقول: القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ.

---

(١) تقدم في كتاب العتق، وإسناده قوي.

شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً. والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار.

وإن لم يبق في يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على إذن الموكل. ولما لم يعلم هذا التفصيل هاهنا وكان مما يحتاج إلى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء. وأما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه، فإن حاصل ذلك أنه إذا ردّ العبد على الوكيل بالبيع بغيب فإن ردّ عليه بحجة كاملة يرده على الموكل، وإن ردّ عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه، وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل، ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب، فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكل عقد يضيفه)** أي يضيفه الوكيل **(إلى موكله)** هذه ضابطة الضرب الثاني: أي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل **(كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل)** ففرّع على ذلك بقوله **(فلا يطالب)** بصيغة المجهول **(وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها)** أي تسليم المرأة إلى زوجها **(لأن الوكيل فيها)** أي في هذه العقود **(سفير محض)** أي معبر محض حاك قول الموكل، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير **(ألا يرى أنه)** أي الوكيل **(لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل)** كيف **(ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح)** مثلاً **(له)** أي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه **(فصار كالرسول)** يعني إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيراً محضاً فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه، ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول **(وهذا)** يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل، وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى: وهذا لأن الخ، ويريد به بذكر دليل آخر لمّي بعد أن ذكر دليلاً إنيا فها هنا لما بين إنية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيراً محضاً غير مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل أراد أن يبين لميته أيضاً بقوله **(لأن الحكم فيها)** أي في هذه العقود **(لا يقبل الفصل عن السبب)** حتى لم يدخل فيها خيار الشرط، إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تقبل ذلك **(لأنه)** أي لأن السبب في هذه العقود **(إسقاط)** أي من قبيل الإسقاطات، أما في غير النكاح فظاهر، وأما في النكاح فلأن محل النكاح

قوله عليه الصلاة والسلام «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» الحديث. وقال القاضي أبو زيد: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثمّ تنتقل إلى الموكل من قبله، فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم. قال الصدر الشهيد: هذا حسن. قال المصنف **(وفي مسألة العيب تفصيل نذكره)** وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه. قال: **(وكل عقد يضيفه إلى موكله الخ)** هذه ضابطة الضرب الثاني: كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل. فإنه إن أضافه إلى نفسه كان النكاح

قوله: **(لكونهن من بنات آدم)** أقول: منقوض بالتوكيل بشراء العبد وبيعه فتأمل في الفرق قوله: **(أو الحكم ينتقل إلى الموكل)** أقول: هذا على قول الكرخي قوله: **(أن يثبت له خلافة)** أقول: هذا على قول أبي طاهر الدباس قال المصنف: **(والضرب الثاني الخ)** أقول: والضرب مبتدأ والجملة التي بعده يعني قوله من أخواته الخ خبره قوله: **(والضرب الثاني)** أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواته، وإنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته كما لا يخفى. قال العلامة النسفي في الكافي: والحقوق في كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن إنكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى.

فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً، وكذا إذا كان

الأنثى من بنات آدم، وهنّ في الأصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقاً لمعنى النسل، فكان ذلك إسقاطاً لمعنى المالكية الذي كان ثابتاً للحرية بطريق الأصالة، كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل كذا ذكر في الكافي. وإذا كان السبب في هذه العقود إسقاطاً **(فيتلاشى)** أي فيضمحل **(فلا يتصوّر صدوره)** أي صدور السبب بطريق الأصالة **(من شخص وثبوت حكمه لغيره)** كما في الضرب الأول **(فكان سفيراً)** أي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيراً محضاً. فإن قلت: ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا تقبل الفصل عن السبب؟ قلت: إنهم قالوا في الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق، وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتباراً لعبارته، وهاهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط؛ فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني، وإليه أشار بقوله فكان سفيراً **(والضرب الثاني)** وهو كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله **(من أخواته)** أي من أفراده التي بينهن أخوّة: أي مشاركة في الحكم **(العتق على مال)** قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف. وقوله من أخواته خب مقدم لمبتدأ ثان وهو قولها لعتق على مال. والجملة أعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الأول، فحاصل المعنى ومن أخواتِ الضرب الثاني العتق على مال. قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف هاهنا: أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواتها العتق على مال، وقال: إنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته. أقول: لا يذهب على ذي مسكة أن التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلاً فكيف يحمل المعنى عليه، وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته فإنما ينافي اعتبار الأخوّة بين الضرب الثاني ومشمولاته، وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف هاهنا لأنه يجوز أن يكون إضافة الأخوات إلى ضمير الضرب الثاني لكونها من أفراده، ويكون التعبير عنها بالأخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما أشرنا إليه

له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكأنّ العقد صدر منه، ومن صدر منه العقد رجع إليه الحقوق كما في الضرب الأول. قال المصنف **(وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب، لأنه)** يعني أن السبب في هذه العقود إسقاط فيتلاشى، ومعنى الإسقاط في غير النكاح ظاهر. وأما فيه فلأن الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور، إلا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك إسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره. ولقائل أن يقول: ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب؟ والجواب أنا قد قلنا في الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له خلافة اعتباراً للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتباراً لعبارته، وهاهنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للإسقاط، فإما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني، وإليه أشار بقوله فكان سفيراً لله درّه على فضله وتنبهه للطائف العبارات، جزاه الله عن الطلبة خيراً. قال: **(والضرب الثاني من أخواته الخ)** أي ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال

قوله: **(هو جار مجرى البيع الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه ليس كل صلح عن إقرار جار مجرى البيع لما سيجيء أن كل شيء وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد قوله: **(أو برهنا فقبض الوكيل)** أقول: زيادة من عنده مخلة، فإن الحكم كذلك وإن لم يقبض الوكيل قال المصنف: **(لأن الحكم فيها يثبت بالقبض)** أقول: أي قبض الوكيل، وفيه بحث، بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه.

الوكيل من جانب الملتمس، وكذا الشركة والمضاربة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه. قال: **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه)** لأنه أجنبي عن العقد

في تفسير قوله من أخواته. نعم المتبادر من الإضافة اعتبار الأخوّة بين المضاف والمضاف إليه كما في نظائره، لكن قرينة المقام صارفة عنه إلى ما قلنا فتدبر **(والكتابة)** عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق؛ وكذا قوله **(والصلح على الإنكار)** وإنما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لأنها من الإسقاطات دون المعاوضات. أما العتق على مال والكتابة فلأن البدل فيهما بمقابلة إزالة الرق وفك الحجر. وأما الصلح على الإنكار فلأن البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين في حق المدعى عليه **(فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول)** أراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن إقرار فيما إذا كان من مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع، وأما إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وإن كان عن إقرار لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً محضاً كما صرح به المصنف رحمه الله في باب التبرّع بالصلح والتوكيل من كتاب الصلح. أقول: فبهذا ظهر أن ما وقع هاهنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن إقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام، كيف ولو كان ذلك كافياً هاهنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير **(والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً)** وتفسير هذا ما ذكره في الإيضاح حيث قال: ولو وكل وكيلاً بأن يهب عبده لفلان أو يتصدّق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل، وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه، لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيراً ومعبراً عن المالك انتهى. وأشار المصنف رحمه الله إلى التعليل المذكور فيه أيضاً بقوله **(لأن الحكم فيها)** أي في العقود المذكورة **(يثبت بالقبض)** أي يقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهم **(وأنه)** أي القبض **(يلاقي محلاً مملوكاً للغير)** أي لغير الوكيل، فالحكم أيضاً يلاقي محلاً مملوكاً لغير الوكيل وهو الموكل **(فلا يجعل)** أي الوكيل **(أصيلاً)** لكونه أجنبياً عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلاً فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له. قال صاحب العناية: فقوله فلا يجعل أصيلاً مقتضاه أصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل كان

والكتابة والصلح على الإنكار فيضيف إلى موكله والحقوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات **(وأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع)** وهو الصلح عن إقرار **(فهو من الضرب الأول)** لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل. وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعير دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهبه لك موكلي أو رهنه، وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه. قال المصنف رحمه الله **(لأن الحكم فيها)** يعني في الصور المذكورة **(يثبت بالقبض، والقبض يلاقي محلاً مملوكاً للغير)** فالحكم يلاقي محلاً مملوكاً للغير، فقوله: **(فلا يجعل أصيلاً)** مقتضاه أصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل كان ثابتاً لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم

قوله: **(فقوله فلا يجعل إلى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم)** أقول: إذا لم يكن أصيلاً في حق الحكم لا يكون أصيلاً في حق الحقوق، والوكيل في الضرب الأول أصيل في حق الحكم ويثبت الموكل خلافة عنه فكان أصيلاً في حق الحقوق فلا حاجة إلى ما ذكره مع توجه المنع إلى ما أشار إليه من حديث الأولوية، بل لك أن تمنع صحة القياس فضلاً عن الأولوية، إذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها إلا التلاشي ولزم كونه إسقاطاً لأضعف العلية، والتلاشي هنا مفقود فأين الجامع؟ قوله: **(لضعفها في العلية)** أقول: الضمير في قوله لضعفها راجع إلى العبارة.

....

ثابتاً لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية انتهى. أقول: ما استشكاله بشيء ولا دفعه. أما الأول فلأنه إذا ثبت أن الوكيل في هذه العقود لم يجعل أصيلاً في الحكم ثبت أيضاً ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود، إذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الأول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل، وهذا إنما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلاً في الحكم، فإذا لم يجعل في العقود المذكورة أصيلاً فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها. وأما الثاني فلأن الباعث على انتقال الحقوق إلى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس إلا كون السبب إسقاطاً متلاشياً، والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلاً عن الأولوية. وأما الضعف في العلية فإن كان له مدخل فإنما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتأمل **(وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس)** يعني إذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيراً أيضاً فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله. وفي العناية: أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل، وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه انتهى **(وكذا الشركة والمضاربة)** يعني إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيراً أيضاً وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل، إذ لا بد له من إضافة العقد إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لا عن موكله **(إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل)** استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس **(حتى لا يثبت الملك للموكل)** فللوكيل أن يمنع الذي استقرضه من الآمر، ولو هلك هلك من ماله. قال صاحب العناية: واعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء، فإن ظهر لك فاحمد الله تعالى، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه: التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز. وردّ بالتوكيل بالشراء فإنه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير. وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه. وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل. وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض. وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار

بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة، ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل دون الوكيل. أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض

قوله: **(ورد بالتوكيل بالشراء الخ)** أقول: هذا نقض إجمالي. ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال: إن أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وإن أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فمسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك في الاستقراض، فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل قوله: **(وأجيب بأن محله الخ)** أقول: منع لجريان الدليل مستنداً بأن محله الخ قوله: **(وأورد بأنه هلا جعل الخ)** أقول: فتكون الصغرى ممنوعة مع السند قوله: **(وأجيب بأن ذلك الخ)** أقول: يؤول إلى إبطال السند. ثم أقول: سيجيء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وأن الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح، وكيفية تصحيحه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع فراجعه قوله: **(بإقامة الموكل)** أقول: مضاف إلى الفاعل قوله: **(فالجواب، إلى قوله: خلفا عن البدل الخ)** أقول: وفيه نظر، فإنه لو سلم ما ذكره من قصة الخلفية فإنما هي خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقاً والبدل في الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل.

. . . .

والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل. والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه. فإن قيل: فليكن في الاستقراض كذلك. فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة، فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد، والله تعالى أعلم بالصواب، إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث أما أولاً فلأن الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتامّ عندي، لأن التصرف في ملك الغير والأمر به إنما لا يجوز لو كان بغير إذن المالك ورضاه، كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه. وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعاً؛ ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله، ولا خلاف لأحد في جواز ذلك، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف في ملك المقرض بإذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكره في الرد له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح، إذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بإيجاد العقد، وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الأمر بالشراء أمراً بقبض المبيع. سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضاً لكنه أمر به بعد إيجاد العقد لا قبله كما لا يخفى، والمبيع بعد إيجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير، بخلاف الاستقراض فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به. فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال: إنه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها. وأما ثالثاً فلأنه إن أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لأن نفس الثمن إنما هو محل التوكيل بإيفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه، وإن أراد بذلك أن محله هو إيجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم، لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الإيراد الآتي فإن معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضاً إيجاب البدل في ذمة الموكل، ولا يتيسر الجواب عنه بأن ذلك محل إيفاء القرض لأن محل إيفائه هو نفس البدل لا إيجابه في ذمة الموكل. بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من أن البدل في باب القرض إنما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض، فلا بد من تصحيح الأمر بالقبض أوّلاً حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته، والأمر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير. وأما رابعاً فلأن قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة إن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل غير تام، فإنه إن قال الوكيل بالاستعارة إن فلاناً أرسلني إليك يستعير منك كذا، وقال الوكيل بالاتهاب إن فلاناً أرسلني إليك يتهب منك كذا، فإنهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة، والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة، فإن الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضاً حتى

له فصار كما إذا قبضه بنفسه (**وكذا**) إذا وكل بعقد (**الشركة أو المضاربة**) كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة قوله: (**إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل**) استثناء من قوله، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس. واعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرته

وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (**فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً**) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه، ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة،

أن الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال إن فلاناً أرسلني إليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها. وإن قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل، فإنهما في هاتيك الصورة جرياً على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل أصلاً حيث لم يحكيا عنه كلاماً، بل إنما تكلما بكلام أنفسهما إلا أنهما أضافا العقد إلى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني، فأين يتمشى القول بأن محل التوكيل فيهما عبارة الموكل، على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة. وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة فيها للوكيل. وأما خامساً فلأن قوله فالجواب إنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء، لأن اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه إنما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات، وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا، وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية هاهنا. وأيضاً استحالة اجتماع الأصل والخلف إنما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفاً عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقاً، فلم لا يجوز أن تعتبر محلاً للتوكيل في الاستقراض أيضاً لضرورة صحة العقد وإن لم تجعل خلفاً عن بدل؟ ألا يرى أنها اعتبرت محلاً للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل. وقال صاحب غاية البيان: قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل: إن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. قلت: هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة، فإنه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير، وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل، بل معناه أن الوكيل بالاستقراض إذا أضاف العقد إلى نفسه وقال أقرضني كان التوكيل باطلاً حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل، إلا إذا أضاف العقد إلى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان إليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل، وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته، انتهى كلامه. قول: وفيه

في أوّل كتاب الوكالة، وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء، فإن ظهر لك فاحمد الله، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه: التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمرٌ بالتصرف في مال الغير وإنه لا يجوز. ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير. وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه. وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل. وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض. وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح، ولا محل له سوى المستعار والموهوب، إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل. والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والإتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك. فإن قيل: فليكن

قوله: (**قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ**) أقول: بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة. وفيه بحث، فإنه قال في الخانية: إن وكل بالاستقراض، إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال إن فلاناً استقرض منك كذا أو قال أقرض فلاناً كذا كان القرض للموكل، وإن لم يضف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى قوله: (**إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة**) أقول: تصحيحاً لكلام العاقل بقدر الإمكان يحمل توكيله على الرسالة مجازاً فليتأمل.

ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع

بحث، إذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل هاهنا سفير أيضاً لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لإضافته العقد إلى موكله دون نفسه، وإن قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح، ولو كان معنى كلام المصنف هاهنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى، إذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، فإن كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله، لأن هذه العقود كلها من الضرب الثاني، ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله، فإذا انتفى بطلت الوكالة قطعاً، ولعمري إن هذا الشارح قد هرب هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية. قال المصنف (**بخلاف الرسالة فيه**) أي في الاستقراض فإنها تصح. قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح، ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض: أي المرسل. وقال الإمام الزيلعي في التبيين: وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه**) أي فللمشتري أن يمنع الثمن من الموكل (**لأنه**) أي الموكل (**أجنبي عن العقد وحقوقه؛ لما**) تقدم (**أن الحقوق تعود إلى العاقد**) في البيع وأمثاله، ولهذا إذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح، وإن نهاه الموكل عن ذلك لا يصح، وإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذن الوكيل (**فإن دفعه إليه**) أي إن دفع المشتري الثمن إلى الموكل (**جاز**) يعني ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز دفعه إليه استحساناً. فالفاء في قوله فإن دفعه للعطف لا للسببية، ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (**ولم يكن للوكيل أن يطالبه به**) أي بالثمن (**ثانياً لأن نفس الثمن المقبوض حقه**) أي حق الموكل وإن كانت مطالبته حق الوكيل (**وقد وصل إليه**) وقد وصلَ حق الموكل إلى نفسه (**فلا فائدة في الأخذ منه**) أي من الموكل (**ثم في الدفع إليه**) أي إلى الوكيل. واعلم أن هذا في غير الصرف، وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول؛ ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل، أشير إلى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح، (**ولهذا**) أي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (**لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة**[1]، **ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل**) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن، وهذا لأن المقاصة إبراء

في الاستقراض كذلك. فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة، فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل، والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا، والله أعلم بالصواب (**بخلاف الرسالة**) فإنها

قال المصنف: (**إن كان يقع المقاصة الخ**) أقول: قوله إن للوصل في قوله إن كان قال في النهاية: قوله إن كان يقع المقاصة الخ: يعني «اكرجه دين مشترى بدين وكيل مقاصة ميشود وقتي كه تنهادين وكيل إبود سبب إن كه وكيل إبراء مشترى، وأما لكسب ترداپشان ولكن وقتي كه مشترى رابر موكل وبروكيل دين بود دين مشترى بل بادين موكل مقاصة شود وبدين وكيل» انتهى. وأنت خبير بأن الحق أن يقول موضع قوله: «ولكن وقتي كه الخ، ولكن وكيل ضامن ميشود هرموكل را» بخلاف موكل فافترقا ليطابق الشرح المشروح قوله: (**لكنه يضمن للموكل في الإبراء والمقاصة**) أقول: فافترقا.

---

(١) تقاصُّوا: إذا قاصّ كلٌّ منهم صاحبه في الحساب، فحبس عنه مثل ما كان له عليه اهـ. مغرب.

المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين.

بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرآه جميعاً بغير عوض وخرج الكلامان معاً برىء المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا هاهنا، ولأنا لو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضي للموكل، ولو جعلناه قصاصاً بدين الموكل لم نحتج إلى قضاء آخر فجعلناه قصاصاً بدين الموكل قصراً للمسافة فقد أثبتنا حكماً مجمعاً عليه، فإن الوكيل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل لأثبتنا حكماً مختلفاً فيه فكان ما قلناه أولى، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده. ولما استشعر أن يقال المقاصة لا تدل لي كون نفس الثمن حقاً للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده. أجاب بقوله **(وبدين الوكيل إذا كان وحده)** إن كان **(تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه)** أي الوكيل **(يملك الإبراء عنه)**أي عن المشتري **(عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد: يعني أنه إن كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الإبراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة أيضاً لأنها إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض **(ولكنه يضمنه)** أي ولكن الوكيل يضمن الثمن **(للموكل في الفصلين)** أي في فصل الإبراء والمقاصة، بخلاف الموكل فإنه لا يضمن لأحد في شيء من الفصلين فافترقا. وقال أبو يوسف: لا يجوز إبراء الوكيل استحساناً لأن الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل، فإبراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري. وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإبراء إسقاط الحق القبض، والقبض خالص حق الوكيل، ألا ترى أن الموكل لا يمنعه عن ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الإبراء عن القبض حق نفسه فيصح منه. ثم إنه لما أسقط حق القبض انسدّ على الموكل باب الاستيفاء إذ ليس له حق القبض فصار ضامناً له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه، كذا في

تصح في الاستقراض. قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان ويستقرض منك، فحينئذ يثبت الملك للمستقرض: يعني المرسل. قال: **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن الخ)** إذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع إلى العاقد ولهذا إذا نهاه الوكيل عن ذلك صح، وإن نهاه الموكل لا يصح، فإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذنه، ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل صح، ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانياً لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع إليه، وهذا في غير الصرف. وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكانت إذا ثبت له حق القبض قوله: **(ولهذا)** توضيح لقوله إن نفس الثمن المقبوض حقه؛ فإنه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة، ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه، ولأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض؛ ولو أبرآه جميعاً بغير عوض وخرج الكلامان معاً برىء المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك هاهنا، فإن قيل: المقاصة لا تدل على كون الثمن حقاً للموكل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده. أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعوض وهو معتبر بالإبراء بغيره. وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أي يبرىء المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمنه للموكل في الإبراء والمقاصة، وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل، فكان الإبراء مسقطاً حق نفسه، وفيه نظر، فإنه لو كان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل ولا تضمين الوكيل. والجواب أن الثمن حقه فجاز إبراؤه فإن الإبراء من الوكيل هو ذلك، فإذا أبرأه أسقط حق القبض، وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة، وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان، كالراهن يعتق الرهن فإنه يضمن للمرتهن الدين لسدّه باب الاستيفاء من مالية العبد عليه، واستحسن أبو يوسف

. . . .

المبسوط. فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لأنه خالف الموكل، لأنه إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه وهاهنا لا يصل. قلت: إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل إليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصاً بدين الآمر عندهم جميعاً، لأن الآمر يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الإبراء بعوض بطريق الأولى. كذا في الذخيرة.

رحمه الله فقال: الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه إلا بإذنه. والجواب القول: بالموجب. سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفاً. قيل: كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه. وأجيب بأن في المقاصة وصولاً متقدماً إن كانت بدين الموكل، ومتأخراً بالضمان إن كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز.

قوله: (والجواب القول بالموجب الخ) أقول: لعل هنا مسامحة.

باب الوكالة في البيع والشراء

فصل في الشراء

قال: (ومن وكل رجلاً بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبىء عن إثبات الملك والبيع ينبىء عن إزالته، والإزالة بعد الإثبات كذا في الشروح. أقول: هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جداً، بل هو أمر وهمي لا تحقيقي، لأن الشراء كما ينبىء عن إثبات الملك في المبيع ينبىء أيضاً عن إزالة الملك عن الثمن وإن البيع كما ينبىء عن إزالة الملك عن المبيع ينبىء أيضاً عن إثبات الملك في الثمن، وعن هذا قالوا إن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه، فهما سيان في الإنباء عن الإثبات والإزالة. وإن وجه بأن الأصل والعمدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي إنباء الشراء عن الإثبات والبيع عن الإزالة بالنظر إليه. قلنا: لا شك أن ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه، وإلا يلزم أن يجتمع في كل مبيع في آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه، فتعين أن ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء إنما يتحققان معاً بالنسبة إلى الشخصين. وأما قضية كون الإزالة بعد الإثبات فإنما تجري في محل واحد بالنسبة إلى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه. فالأظهر أن الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التي قلما يخلو الإنسان في أوقاته من الاحتياج إليها، وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه، بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره **(ومن وكل رجلاً بشراء شيء)** أي شيء غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح **(فلا بد من تسمية جنسه)** كالعبد والجارية، فإن العبد جنس عند أهل الشرع، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام **(وصفته)** أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والهندي. قال صاحب العناية: فيحتاج إلى تعريف الجنس والنوع، فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه، وذكر في الفوائد الظهيرية محالاً إلى أهل المنطق: الجنس اسم دالّ على كثيرين مختلفين بالنوع، والنوع اسم دالّ على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى. أقول: لا يذهب على

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبىء عن إثبات الملك والبيع ينبىء عن إزالته والإزالة بعد الإثبات. قال: **(ومن وكل رجلاً بشراء شيء الخ)** إذا وكل رجلاً بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته: أي نوعه أو جنسه ومبلغ ثمنه، والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان، والنوع هو

باب الوكالة في البيع والشراء

فصل في الشراء

قوله: **(وقد فصل الشراء لأنه ينبىء الخ)** أقول: ولأن الوكالة بالشراء أكثر وقوعاً وأمس حاجة من التوكيل بالبيع؛ ألا يرى أن أكثر

به معلوماً فيمكنه الائتمار، **(إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت)** لأنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأي شيء

ذي فطرة سليمة أنه لم يأت بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع هاهنا لأن الذي ذكره أوّلاً لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لأمور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هاهنا قطعاً. والذي ذكره ثانياً لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعاً ما ذكروه من أمثلة الجنس والنوع. وقال صاحب الغاية: وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو، والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو، أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه، ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص، وقد مرّ بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى. أقول: كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوّز كونها مرادة بالجنس هاهنا منظور فيه. أما الأول فلأنه إن أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الأجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فإنهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الإنسان، وإن أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الأنواع الشرعية بل أصنافها أيضاً، فإن كل واحد منها قسم مما هو الأعم منه، فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام. وأما الثاني فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس. وحاصله ما علق على شيء لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الأجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق، فإن كل واحد منها مما يجمع الأجناس الشرعية كما صرحوا به، ويصدق أيضاً على ما تحت الأجناس الشرعية من الأنواع الشرعية وما دونها، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام. وأما الثالث فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء اليونان في الجنس على ما نقل عن أبي عليّ بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الأجناس الشرعية وما تحتها من الأنواع الشرعية وأصنافها، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ عن غيره أيضاً فيختل معنى المقام. وقال صاحب العناية: والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلاً، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى. أقول: لا يخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب إلى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع، لكن فيه أيضاً إشكال لأنه إن أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه، يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقي، بل هو نوع عند أهل المنطق أيضاً، وإن أراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلاً صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الإنسان وليس بنوع عند أهل الشرع، بل هوعندهم مما يجمع الأجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به، وإن العبد والجارية مثلاً صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه **(أو جنسه ومبلغ ثمنه)** أي أو تسمية جنسه

المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب إما هو كالإنسان مثلاً، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح أولئك، وبالنوع الصنف، فمن وكل رجلاً بشراء شيء فإما أن يكون معيناً أو لا، والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء، والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبداً هندياً، أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبداً بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار فإن ذكر الجنس

الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع قال المصنف **(وصفته)** أقول: أي نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر قوله: **(والمراد ها هنا بالجنس ما يشمل أصنافاً الخ)** أقول: سواء كان نوعاً أو أخص منه كالرقيق قوله: **(وبالنوع**

يشتريه يكون ممتثلاً. والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، لأن مبنى

ومقدار ثمنه (**ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار**) أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل، فإن ذكر الجنس مجرّداً عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمره الموكل به. واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو شراء نوع من جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه كذا في العناية.
أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع، كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسمّ الموكل بشراء شيء نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوماً فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به، وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض، وإن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم، لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حيئذ معلوم، وهو شراء نوع ما من جنس، فإذا اشترى الوكيل أي نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمراً بما أمر به. ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وإن كان شراء نوع مطلق من جنس نظراً إلى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس، فإذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق مراده، فمعنى كلام المصنف **ليصير الفعل الموكل به معلوماً** على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق ذلك ويرشد إليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة (**إلا أن يوكله وكالة عامة**) استثناء من قوله فلا بدّ من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه: يعني إذا وكله وكالة عامة(**فيقول ابتع لي ما رأيت**) فلا يحتاج إلى ذكر شيء منها (**لأنه**) أي الموكل في هذه الصورة (**فوّض الأمر إلى رأيه**) أي إلى رأي الوكيل (**فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً**) لأمر الموكل فيقع عنه.
اعلم أن الجهالة أنواع: فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وإن بيّن الثمن لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال. ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن يبيّن الثمن. وقال بشر بن غياث: لا تصح الوكالة لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية ولم يبيّن صفتها. ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيحتمل فيها الجهالة اليسيرة استحساناً. وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره. وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار، فإن بيّن الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقاً بجهالة النوع، وإن لم يبيّن الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال. كذا ذكر في الكافي أخذا من المباسيط والجوامع. فأراد المصنف أن يشير إلى هذه الأنواع الثلاثة من الجهالة، وأن يبين حكم كل واحد منها في

مجرداً عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمر به. واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي ما رأيت فإنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأيّ شيء يشتريه يكون ممتثلاً ويقع عن الآمر (**والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة**

المصنف) أقول: فيه بحث، لأن الحمار نوع وليس بصنف منطقي قوله: (والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء) أقول: من الجنس والنوع والثمن صريحاً ولا بد من ذكر بعضها صريحاً في الثاني، فلا يراد أن يقال في الثاني لا تمس الحاجة إلى تسمية الجنس لما سيجيء أنه إذا سمى نوع الدابة تصح الوكالة، فإن عمم الذكر الضمني أيضاً يقال الجنس والنوع مذكوران ضمناً في الأول، فليتأمل قال المصنف:

التوكيل على التوسعة لأنه استعانة. وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع **(ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً**

باب الوكالة. فقال: **(ولأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً)** هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة، وإنما قيد بالاستحسان لأن القياس أن لا تتحمل الجهالة في الوكالة وإن قلّت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء، ألا يرى أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز إلا بيان وصف المعقود عليه. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله **(لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط)** يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة **(بعض الحرج وهو مدفوع)** شرعاً بالنص **(ثم إن كان اللفظ)** أي لفظ الموكل **(يجمع أجناساً)** كالدابة والثوب **(أو ما هو في معنى الأجناس)** كالدار والرقيق **(لا يصح التوكيل وإن بيّن الثمن)** هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة، وإنما كان الحكم فيها كذلك **(لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس)** أي يوجد فرد من كل جنس **(فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة)** فالوكيل لا يقدر على الامتثال **(وإن كان)** أي اللفظ **(جنساً يجمع أنواعاً)** كالعبد والأمة **(لا يصح)** أي التوكيل **(إلا ببيان الثمن أو النوع)** هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وإنما كان الحكم فيها كذلك **(لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال)** أي امتثال أمر الآمر **(مثاله)** أي مثال هذا النوع من أنواع الجهالة، وإنما ذكر المثل لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسألة الجامع الصغير، بخلاف هذا النوع وهذا سرّ تفردت ببيانه **(إذا وكله)** أي إذا وكل رجل رجلاً **(بشراء عبد أو جارية لا يصح)** أي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ **(لأنه يشمل أنواعاً)** أي لأن هذا اللفظ: يعني لفظ عبد وجارية يشمل أنواعاً فلا يدري المراد **(فإن بيّن النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد)** وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الإسلام **(جاز)** أي التوكيل **(وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه)** أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً. قال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبيّن النوع كذا في الذخيرة **(ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبيّن الصفة)** وهي **(الجودة والرداءة والسطة)** أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها عوّضت عن الواو الساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب **(جاز)** أي التوكيل **(لأنه)** أي هذا القدر من الجهالة **(جهالة مستدركة)** أي يسيرة فلا يبالي بها **(ومراده)** أي مراد القدوري **(من**

في باب الوكالة استحساناً) والقياس يأباه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل، وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به. ووجه الاستحسان ما ذكره **(لأن مبنى التوكيل عل التوسعة لأنه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج)** فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرجاً، وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول: إذا بيّن الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة. وإن بيّن الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت وإلا فلا، وإن بيّن النوع ولم يبيّن الوصف كالجودة وغيرها فكذلك، وعلى هذا إذا قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في الحقيقة اسم لما يدبّ على وجه الأرض. وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناساً كثيرة، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهراً، وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان فيتعذر الامتثال، **لأن** بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش

(والأصل فيه أن الجهالة الخ) أقول: والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ قوله: **(فلو اعتبرناه لكان إلى قوله: خلف باطل)** أقول: فيه شيء قوله: **(وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك)** أقول: يعني فكذلك جازت الوكالة قوله: **(فيتعذر الامتثال)** أقول: وإن بين الثمن قوله: **(إلا إذا وصفها)** أقول: مع ذكر الثمن.

أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة **(وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع)** لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال. مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً فإن بيّن النوع كالتركي والحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز، وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه، ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة، ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع **(وفي الجامع الصغير: ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة)** للجهالة الفاحشة، فإن الدابة

الصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصرة **(النوع)** ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ **(وفي الجامع الصغير: ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة)** أي وإن بيّن الثمن كما ذكر فيما مر، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعاً على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال: رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة **(للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدّب على وجه الأرض. وفي العرف ينطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً)** يعني أن لفظ الدابة حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناساً فكانت الجهالة فيه فاحشة **(وكذا الثوب)** أي هو أيضاً يجمع أجناساً **(لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء)** أي من الأعلى إلى الأدنى فكانت الجهالة فيه أيضاً فاحشة **(ولهذا لا يصح تسميته)** أي تسمية الثوب **(مهراً)** فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضاً **(وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس)** يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناساً حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس **(لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيعتذر الامتثال)** أي يعتذر الامتثال لأمر الآمر بشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة. قال: **(وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز)** أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف **(معناه)** يعني جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار **(نوعه)** فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر. قال صاحب النهاية: وتقييده بذكرنوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه: وإن وكله بأن يشتري له داراً ولم يسمّ ثمناً لم يجز ذلك، ثم قال: وإن سمى الثمن لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة. والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. وأنا أقول: في تحقيق المقام: إنما حمل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير هاهنا على النوع لئلا يختل معنى المقام، فإنه لو أجرى الجنس هاهنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركاً بالنظر إلى مسألة الدار ومخلاً بالنظر إلى مسألة الثوب. أما الأول فلأن الموكل إذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها، إذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة، وإنما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل. وأما الثاني فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى: إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل، ولا صحة له على تقدير إن كان الجنس يجري على معناه الظاهري، لأن الثوب من قبيل ما يجمع أجناساً فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترتفع. وإن بيّن الثمن، فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس. وأما إذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسألة الثوب بلا غبار، إذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعاً، وإنما يبقى

الجهالة، إلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن، وإذا قال اشتر لي عبداً أو جارية لا يصح لأن ذلك يشمل أنواعاً، فإن قال عبداً تركياً أو حبشياً أو مولداً وهو الذي ولد في الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرساً أو بغلاً صحت، لأن بذكر النوع تقلّ الجهالة، وكذا إذا قال عبداً بخمسمائة أو جارية بألف صحت لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً عادة فلا يمتنع الامتثال. وتبيّن من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة، وإن لم يذكر الصفة: أي الجودة والرداءة والسطة. وفائدة ذكر الجامع الصغير بيان اشتمال لفظة على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه. قال:

في حقيقة اللغة اسم لما يدبّ على وجه الأرض. وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان فيتعذر الامتثال. قال: **(وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز)** معناه نوعه، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن

الكلام في مسألة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع، مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط، بل في رواية عامة الكتب، فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب، لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا أيضاً كذلك، فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف، ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به. ثم إنا إن جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكره في الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقاً لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل. قال المصنف: **(وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حماراً ونحوه)** أي يصح التوكل بشراء الحمار ونحوه وإن لم يبيّن الثمن، وبه صرح في المبسوط لأن الجنس صار معلوماً بتسمية النوع، وإنما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن. فإن قيل: الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها لا يصلح إلا للحمل عليه. قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل حتى قالوا: إن القاضي أو الوالي إذا أمر إنساناً بشراء حمار ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه، بخلاف ما لو أمره الفاليزي بذلك، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح. أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن ما ذكره المصنف هاهنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسألة التزوّج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوّجها على فرس أو حمار انتهى. فقد جعل الحمار هناك جنساً وهنا نوعاً والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد، إذ قد صرح المصنف هاهنا بأن الحمار نوع، ولا شك أن مراده بالنوع هاهنا ما هو مصطلح الفقهاء وإلا للزم بيان ثمن الحمار أيضاً، وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنساً على مصطلح الفقهاء أيضاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها)** وإنما قيد بدفع الدراهم الخ لأنه إذا لم يدفع إليه دراهم وقال اشتر لي طعاماً لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا في الكافي وغيره، وما ذكر في الكتاب استحسان **(والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة)** أن لحقيقة الطعام **(كما في اليمين على الأكل)** يعني إذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أي طعام كان **(إذ الطعام اسم لما يطعم)** بحسب الحقيقة **(وجه الاستحسان أن العرف أملك)** أي أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة **(وهو)** أي العرف **(على ما ذكرناه)** أي على الحنطة ودقيقها **(إذا ذكر)** أي الطعام **(مقروناً بالبيع والشراء)** يعني أن العرف في شراء الطعام إنما يقع على الحنطة ودقيقها، وبائع

(ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً الخ) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً يقع على الحنطة ودقيقها استحساناً، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة، كما إذا حلف لا يأكل طعاماً إذ الطعام اسم لما يطعم

قال المصنف: **(وإن سمى ثمن الدار، إلى قوله: جاز معناه نوعه)** أقول: وفي شرح الجامع الصغير للإمام التمرتاشي: ولو قال اشتر لي حماراً أو فرساً أو ثوباً يهودياً أو هروياً صح التوكيل وإن لم يبين الثمن، لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر. ولو قال اشتر لي جارية أو عبداً أو لؤلؤة أو داراً، إن بين الثمن صحت الوكالة وإلا فلا، لأن جهالة هذه الأشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب، فإن بين الثمن ألحق بجهالة الفرس، وإن لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى. ولا يخفى عليك مخالفة المذكور في الهداية لما في هذا الكتاب.

قال حماراً أو نحوه. قال: **(ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها)** استحساناً. والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم. وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل فبقي على

الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص، كذا في المبسوط. وقال في الكافي: ولهذا لو حلف لا يشتري طعاماً لا يحنث إلا بشراء البرّ ودقيقه **(ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع)** أي فبقي الطعام في حق الأكل على الوضع والحقيقة، ولهذا يحنث في اليمين على الأكل بأكل أيّ مطعوم كان. قالوا: هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه إلى الحنطة ودقيقها إنما هو عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كل مطعوم. وقال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه. قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، كذا في الذخيرة وغيرها **(وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق)** هذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولاً مطلق: أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها، وهذا الذي ذكره ثانياً وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأول وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الإمام قاضيخان في فتاواه إلى شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده... ولكن قال صاحب النهاية: إنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول، وإليه أشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا: ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشتري بها خبزاً، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز، لأن ادّخاره غير ممكن، وإنما يمكن الادخار في الحنطة. وذكر في الذخيرة: وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز إلى آخره. ثم قال: قال القدوري: إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم، فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر إلى هاهنا كلام صاحب النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية هاهنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للأول بل هو داخل فيه. وأقول: في تحقيق ذلك العرف يصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف. وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة

(وجه الاستحسان أن العرف أملك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس، والعرف في شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها. قالوا: هذا عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، أما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم. قال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه. وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فهو على الخبز، وإن كان بين ذلك فعلى الدقيق، وهذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أوّلاً مطلق: أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها، وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأوّل وهو قول أبي جعفر الهندواني، ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول، وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله: قال

ثم أقول: ويحتمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالكافي وغيره. نعم الموافق لكلامه السابق إبقاء الواو على معناه فليتأمل قوله: **(وأرجح بالاعتبار من القياس)** أقول: الأولى أن يقال من الحقيقة.

الوضع، وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق. قال: **(وإذ اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده)** لأنه من حقوق العقد وهي

ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى. وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال: نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة. ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه انتهى. وأقول: لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكر أولاً من أصل المسألة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانياً بقيل في الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكر هاهنا بقيل. وفي الذخيرة بتحكم الدراهم وقصد إفادة هذه المعاني الثلاثة بقيل داخل في الأول، وقد ذكر فيه الخبز أيضاً دون الأول، وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف، والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه. لا يقال: يجوز أن يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل في حكمهما فيكتفي بذكرهما عن ذكره. لأنا نقول: لا مجال لشيء من ذلك لأنهم جعلوا الخبز قسيماً للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا: إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فأنى يتيسر ذلك. نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في أصل المسألة وبيان تحكيم الدراهم كما مرّ تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية، فحينئذ لا إشكال، ولكن الكلام في تصحيح مسألة الكتاب ومسألة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلاً في الأول فتأمل. **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب)** أي فللوكيل أن يردّ ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه **(ما دام المبيع في يده، لأنه)** أي الردّ بالعيب **(من حقوق العقد)** أي من حقوق عقد الشراء **(وهي كلها إليه)** أي الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل في مثل هذا العقد **(فإن سلمه إلى الموكل)** أي فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكّل **(لم يردّه إلا بإذنه)** أي لم يردّه على البائع إلا بإذن الموكل **(لأنه انتهى حكم الوكالة)** أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة والقطع حقه **(ولأن فيه)** أي في الردّ بالعيب بعد التسليم إلى الموكل **(إبطال يده)** أي يد الموكل **(الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه)** أي بإذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية

في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا: ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشتري بها خبزاً، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لأن ادّخاره غير ممكن، وإنما يمكن الادخار في الحنطة. أقول: في تحقيق ذلك العرف ينصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف. وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل به عليه، مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك. قال: **(وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ)** وإذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب، فإما أن يكون المشتري بيده أو دفعه إلى الموكل، فإن كان الأول جاز له أن يردّه إلى البائع بغير إذن الموكل، لأن الردّ بالعيب من حقوق العقد وهي كلها إليه، وإن كان الثاني لم يرده إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة، ولأن في الردّ إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه **(ولهذا)** أي ولكون الحقوق كلها إليه **(كان خصماً لمن يدعي في المشتري**

قوله: **(وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ)** أقول: نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة، فقال بعد نقل كلام المبسوط: وذكر في الذخيرة: وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف إلى الخبز، ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه
قوله: **(إلى الحنطة ودقيقها)** أقول: الأولى أن يقول وخبزها أيضاً.

كلها إليه (**فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه**) لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه، ولهذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده. قال: (**ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم**) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر، ومراده التوكيل

(**ولهذا**) أي ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح. أقول: فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف فيما سيأتي قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لا يخفى، مع أن كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى. فالحق في التفسير أن يقال: أي لما ذكرنا من الأدلة على جواز الردّ في صورة وعدم جوازه في أخرى (**كان**) أي الوكيل (**خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع**) إذا ادعى حق الشفعة في المشتري (**وغيره**) أي وغير الشفيع كمن يدّعي الاستحقاق في المشتري من حيث الملك (**قبل التسليم إلى الموكل**) متعلق بقوله كان خصماً: أي كان الوكيل خصماً لذلك المدعي قبل التسليم إلى الموكل (**لا بعده**) أي لم يكن خصماً له بعد التسليم إليه (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم**) يعني إذا وكل شخصاً أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة (**على ما مر**) في أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره. قال جمهور الشراح: يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم إليه فإنها لا تجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز، فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه. فقال صاحب غاية البيان: فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضاً لكونه بيع المعدوم، إلا أنه جوّز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس. وقد روي «**أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم**» وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره. أو نقول: جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة، فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضاً على الكلي الذي قاله القدوري، لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعارض الضرورة، والعوارض لا تقدح في القواعد. وقال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام، وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه أجملهما. أقول: في كل أحد منهما نظر. أما في الأول فلأنه منقوض بعقد الإجارة مثلاً لأنه كما يجوز أن يباشره الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف، مع أنه ثابت أيضاً على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في أول كتاب الإجارة. ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه، فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص، كما أن جوازه في عقد الإجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لأجل ذلك. وأما في الثاني فلأنه مع انتقاضه أيضاً بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن في التوكيل أيضاً ضرورة دفع الحاجة سيما إذا كان الموكل مريضاً أو شيخاً فانياً أو نحو

دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحقّ (**قبل التسليم إلى الموكل**) قال (**ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ**) إذا وكل شخصاً بأن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لأنه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في أول كتاب الوكالة، ولو وكله بأن يقبل السلم لا يجوز لأن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وذلك لا يجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون. واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظاً للقاعدة المذكورة عن الانتقاض، وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة، والثمن يجب

قوله: (**ولهذا: أي ولكون الحقوق كلها إليه**) أقول: الشارح تبع في هذا التفسير الإتقاني، وفيه بحث، فإن الأولى أن يقول: أي لما ذكر من الأدلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده إلا بإذنه، إذ لا يتفرع قوله لا بعده على ما ذكره مع أنه مذكور في حيز التفريع، ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده، بخلاف الإتقاني فليتأمل.

بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا

ذلك، فيكون الثابت بالضرورة مقدراً بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضاً. لا يقال: إنما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن لا لمطلق الضرورة. والذي يتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لا غير. لأنا نقول: بل يتحقق في التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن أيضاً مع زيادة، فإن المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته إلى الثمن. قال المصنف **(ومراده التوكيل بالإسلام)** أي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالإسلام، وهو توكيل ربّ السلم غيره بأن يعقد عقد السلم، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم. يقال: أسلم في كذا: إذا اشترى شيئاً بالسلم **(دون قبول السلم)** أي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه **(لأن ذلك)** أي لأن التوكيل بقبول السلم **(لا يجوز فإن الوكيل)** حينئذ **(يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره)** أي الموكل **(وهذا لا يجوز)** لأنه من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالسلم من البيوع. وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً له عليه، كذا في المبسوط وغيره. فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية. فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالثمن في ذمة المشتري. قلنا: بين الدينين فرق، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور: إن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم

في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه. وأجيب عن الأول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس. والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها فلا يتعدى إلى جواز التوكيل به، والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص، والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى إلى الآمر به، وعن الثاني بأن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته. فإن قيل: فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء. فالجواب هو الجواب عن السؤال الأوّل المذكور آنفاً، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً عليه، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى الآمر لإطلاق ما يدل على بطلانه، ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس المال السلم في المجلس، فإن قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان مما يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالصبيّ والعبد المحجور عليه فإن قبضه صحيح وإن لم يكن لازماً **(فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض)** قال شيخ الإسلام:

قال المصنف: **(فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره)** أقول: لأن الحقوق ترجع إليه فيكون الطعام ديناً في ذمته، كما أن الثمن يكون ديناً في ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل، فإنا لا نسلم أن الثمن دين في ذمة الوكيل قوله: **(فلم لا يجوز أن يكون المال الخ)** أقول: يعني أن يكون الثمن قوله: **(وبالنص على خلاف القياس)** أقول: المراد من النص هو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم» كما مر في أول باب السلم قوله: **(فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ)** أقول: جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الأول.

يجوز. **(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد)** لوجود الافتراق من غير قبض **(ولا يعتبر مفارقة الموكل)** لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبيّ والعبد

البدل في ذمته. وقال: فإن قيل: فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء. فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفاً انتهى كلامه. أقول: إنه عدل هاهنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد، لأن مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف، والمصير إلى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الأول الذي حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة، فيقتصر على مورد النص ويتقدّر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الآمر به. والدليل الذي ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره. على أن الجواب عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل **(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد)** هذا لفظ القدوري في مختصره: أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد **(لوجود الافتراق من غير قبض)** يعني أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس، فإذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد. قال صاحب النهاية: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأنّ الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل، كذا ذكره الإمام خواهر زاده. قال الزيلعي في التبيين: وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى. **(ولا تعتبر مفارقة الموكل)** أي لا تعتبر مفارقته قبل القبض **(لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه)** أي قبض الوكيل بدل الصرف **(وإن كان لا يتعلق به الحقوق)** أي وإن كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد **(كالصبيّ والعبد المحجور عليه)** **(لأن القبض في الصرف** من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد: أقول: لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق، إذ لا يخفى أن المدعي هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم، كما أن قوله فيما قبله فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما. والدليل الذي ذكره هاهنا خاص بباب الصرف لأن التوكيل في باب السلم إنما يصح من جانب ربّ السلم لا من جانب المسلم إليه كما مر، والوكيل من جانب ربّ السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعي، بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر **(بخلاف الرسول)** متعلق بقوله فيصح قبضه. ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين: أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم: أي من جانب ربّ السلم

هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً فيه فإن الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل. وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر، ومفارقة الموكل غير معتبرة لأنه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله: **(بخلاف الرسول)** متعلق بقوله فيصح قبضه، ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين: أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم: أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول، ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه **(لأن الرسالة في العقد لا في القبض)** وإلا لكان افتراق بلا قبض، وإذا كانت

قوله: **(وهو مشكل، فإن الوكيل أصيل في باب البيع الخ)** أقول: وهذا الإشكال توارد على الزيلعي أيضاً. ونص عبارته: قال في النهاية: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده. وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر. ثم ذكر فيه بعده بأسطر

المحجور عليه، بخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول

ومن جانب المسلم إليه، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح **(لأن الرسالة في العقد لا في القبض)** وذلك لأن الكلام هاهنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم، ورسالة الرسول في العقد إنما تثبت في العقد لا في القبض، لأن القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا. وقال صاحب العناية في توضيح قوله لأن الرسالة في العقد لا في القبض: وإلا لكان افتراق بلا قبض، وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال: فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن هذا إنما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط، لا أن تكون في العقد والقبض معاً، وبدون دفع هذا الاحتمال أيضاً لا يتم المطلوب هاهنا كما لا يخفى على المتأمل **(وينتقل كلامه إلى المرسل)** أي وينتقل كلام الرسول في العقد إلى المرسل **(فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح)** أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به. أقول: هاهنا إشكال، وهو أن الرسالة في السلم إنما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم إليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به، فالمراد بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب ربّ السلم فقط، ولا شك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم، وإنما القبض وظيفة المسلم إليه فلا يتم الكلام بالنظر إلى الرسول في باب السلم كما لا يخفى. ثم إن هذا الإشكال ظاهر على نسخة، بخلاف الرسولين وهي نسخة أطبق عليها الشراح حتى أن صاحبي النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكر النسخة الأخرى أصلاً وصاحب غاية البيان جعلها أصلاً وذكر الأخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم. وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك إن جعل الرسول عاماً للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب إليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم، وكما أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: بخلاف الرسول: أي في الصرف والسلم انتهى. وأما إذا جعل مخصوصاً بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقاً لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه، فإن المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الإشكال **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع)** لم يكن متبرّعاً **(فله أن يرجع به)** أي بالثمن **(على الموكل لأنه انعقدت بينهما)** أي بين الوكيل والموكل **(مبادلة حكمية)** أي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع من الموكل. قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أوّلاً ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى. أقول: هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه، لأن انتقال الملك أوّلاً إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخي، والمصنف قد اختار فيما مرّ طريقة أبي طاهر، وقال: هوالصحيح احترازاً عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك، ومنهم هذا الشارح. وطريقة أبي طاهر

فيه ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح. قال: **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله)** إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعاً فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية: أي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أمارتها، فإنهما إذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان، وإذا وجد الموكل عيباً بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة. فإن قيل: ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلاً عليه؟

فقال: المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضره، وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه، وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً وإن كان حاضراً انتهى، وعليك بالتأمل قوله: **(لأنه كما لا يجوز إلى قوله: فكذلك الرسول)** أقول: لعموم الدليل لنفي الرسالة أيضاً كما ينفهم من قوله لإطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل، والمراد من الدليل في قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى.

قبض غير العاقد فلم يصح. قال: **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل)** لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل يكون راضياً بدفعه من ماله **(فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن)** لأن يده كيد

ثبوت الملك ابتداء للموكل، لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله، فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضاً على ذلك، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبي طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعي. ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وإن لم يكن كافياً في المبادلة الحقيقية **(ولهذا)** أي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما **(إذا اختلفا في الثمن يتحالفان)** والتحالف من خواص المبادلة **(ويردّ الموكل بالعيب على الوكيل)** أي وإذا وجد الموكل عيباً بالمشتري رده على الوكيل، وهذا أيضاً من خصائص المبادلة. لا يقال: ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلاً عليها. لأنا نقول: هذا دليل إنّي لا دليل لميّ فلا ينافي الفرعية تأمل **(وقد سلم المشتري للموكل)** أي والحال أنه قد سلم المشتري للموكل **(من جهة الوكيل فيرجع عليه)** أي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن. والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعاً **(ولأن الحقوق)** دليل آخر **(لما كانت إليه)** أي لما كانت راجعة إلى الوكيل **(وقد علمه الموكل)** أي علم رجوعها إليه **(فيكون)** أي الموكل **(راضياً بدفعه)** أي بدفع الثمن **(من ماله)** أي من مال الموكل. وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل، والأمر ثابت هنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم أنه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة **(فإن هلك المبيع في يده)** أي في يد الوكيل **(قبل حبسه)** أي قبل حبس الوكيل المبيع **(هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن)** أي لم يسقط عن الموكل، هذا لفظ القدوري: يعني أن هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه إياه لا يسقط الرجوع على الموكل **(لأن يده)** أي يد الوكيل **(كيد الموكل، فإذا لم يحبسه)** أي الوكيل **(يصير الموكل قابضاً بيده)** أي بيد الوكيل، فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع **(وله)** أي للوكيل **(أن يحبسه)** أي يحبس المبيع عن الموكل **(حتى يستوفي الثمن)** سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع، كذا في الشروح نقلاً عن المبسوط. قال في الذخيرة: لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه. وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أن له ذلك، وأنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة، وكيف خفي عليه هذا. وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل

قلنا: الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلاً، وإنما الممتنع كونه علة لأصله، وإذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله: **(ولأن الحقوق)** دليل آخر. وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل، والإذن ثابت هاهنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضياً بذلك آمراً به دلالة. وهلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا

قوله: **(وإلا لكان افتراق الخ)** أقول: فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله، إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة قوله: **(أي صار الوكيل كالبائع من المشتري)** أقول: الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل.

الموكل، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده **(وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن)** لما بينا أنه بمنزلة البائع من

وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء، إلى هنا لفظ محمد في الأصل انتهى. قال المصنف **(لما بينا أنه)** أي الوكيل **(بمنزلة البائع من الموكل)** أشار به إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري بقبض الثمن فكذا للوكيل، وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا. **(وقال زفر: ليس له ذلك)** أي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن **(لأن الموكل صار قابضاً بيده)** أي بيد الوكيل: يعني أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل **(فكأنه سلمه إليه)** أي فكأنّ الوكيل سلم المبيع إلى الموكل **(فيسقط حق الحبس)** تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكماً، فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس، وكذا إذا وقع في يده حكماً **(قلنا)** لنا طريقان في الجواب عنه: مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل. ومدار الآخر منع ذلك. فأشار إلى الأول بقوله **(هذا)** أي هذا القبض **(مما لا يمكن التحرز عنه)** يعني سلمنا أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس، لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه، وإذا كان كذلك **(فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس)** وأشار إلى الطريق الثاني بقوله **(على أن قبضه موقوف)** يعني على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف: أي متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حق نفسه، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه **(فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه)** يعني إن لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملاً للموكل فيقع له، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضاً بقبضه **(فإن حبسه)** أي حبس الوكيل المبيع **(فهلك)** أي المبيع **(كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف)** يعني يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة **(وضمان المبيع عند محمد)** يعني يسقط به الثمن قليلاً كان أو كثيراً، وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك، ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادي:

يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبس صار الموكل قابضاً بيد الوكيل، فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع. وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل، وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن، وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا. وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيد الوكيل فصار كأنه سلمه إليه. والحبس في السلم غير متصور، وإنما في ذلك طريقان: أحدهما أن يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضي الرضا، وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضرورياً لا يمكن التحرّز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً فلا يسقط حق الحبس. والثاني: أن يقال إن قبض الوكيل في الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حقه، وإنما يتبين أحدهما بحبسه فكان الأمر فيه موقوفاً في الابتداء، إن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً للموكل، وإن حبسه كان عاملاً لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضاً بقبضه، فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن. عند أبي يوسف يعتبر الأقل من

قوله: (وتحقيقه أن التبرع، إلى قوله: ها هنا دلالة) أقول: الأظهر تبديل الآذن بالآمر، ألا يرى إلى قوله آمراً به قوله: (والحبس في السلم غير متصور) أقول: يعني غير متصور شرعاً قوله: (لأن المبادلة تقتضي الرضا الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (والثاني أن يقال الخ) أقول: جواب يمنع قوله لأن الموكل صار قابضاً بيده كما أن الأول جواب بعد تسليمه.

الموكل. وقال زفر: ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس. قلنا: هذا لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه **(فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد)** وهو قول

ذكر في الجامع قول أبي حنيفة مثل قول محمد، فلذلك قال المصنف **(وهو)** أي قول محمد **(قول أبي حنيفة)** ولم يقل رأساً وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما إذا اتحد قولهما **(وضمان الغصب عند زفر)** يعني يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت. قال في العناية: فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إذا كانت قيمته أكثر انتهى. وهو المفهوم مما ذكر في أكثر الشروح. وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر انتهى. وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية، وهو الظاهر عندي على قول زفر تأمل تقف **(لأنه)** أي الحبس **(منع بغير حق)** لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل، وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً **(لهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(أنه)** أي الوكيل **(بمنزلة البائع منه)** أي من الموكل كما تقدم **(فكان حبسه لاستيفاء الثمن)** إذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن **(فيسقط)** أي الثمن **(بهلاكه)** أي بهلاك المبيع. واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس. وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملاً لنفسه فتقوي جهة كونه بائعاً فلزم الضمان، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا في العناية. أقول: لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضاً لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر، فإن لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما إذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى، وإن جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور عل الإسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسألة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما إذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسألة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس، وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل **(ولأبي يوسف أنه)** أي الهالك **(مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن)** أي بعد أن لم يكن مضموناً لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم وصار مضموناً بعد الحبس، وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن، أشار إليه بقوله **(وهو الرهن بعينه)** يعني هو بمعنى الرهن، وهذا لإثبات مدعاه، وقوله **(بخلاف المبيع)** لنفي قولهما: يعني أن المشتري المحبوس هاهنا ليس كالمبيع **(لأن البيع ينفسخ بهلاكه)** أي بهلاك المبيع **(وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد)** يعني الذي بين الوكيل وبائعه. وأجاب

قيمته ومن الثمن، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة البيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة. وضمان البيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة يسقط الثمن به قليلاً كان أو كثيراً. وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت، ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر. زفر يقول: منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً **(ولهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد **(أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل)** كما تقدم، والبائع حبسه إنما هو لاستيفاء الثمن، فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع. واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس. وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملاً لنفسه فتقوى جهة كونه بائعاً فلزم الضمان، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك

قوله: **(ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر)** أقول: مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه: وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى. أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر قوله: **(وليس له حق الحبس فيه صار غاصباً)** أقول: الأظهر أن يقال فصار غاصباً.

أبي حنيفة رحمه الله، وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق: لهما أنّه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه، ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وها هنا لا ينفسخ أصل العقد. قلنا: ينفسخ في حق الموكل والوكيل، كما إذا ردّه

المصنف عنه بقوله **(قلنا ينفسخ)** أي العقد **(في حق الموكل والوكيل)** وإن لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع **(كما إذا رده الموكل بعيب)** أي إذا وجد الموكل عيباً بالمشتري فرده إلى الوكيل **(ورضي الوكيل به)** فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وإن لم ينفسخ بينه وبين بائعه. قال صاحب غاية البيان: وهذه مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس؛ ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وأنه كما ترى فاسد، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة، وذلك لأن البائع عن الوكيل بمنزلة بائع البائع، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما: يعني غلطا أو مغالطة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم، بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم)** أي إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهماً، وإنما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أرطال منه لا تساوي درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع، كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب **(لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم)** إلى هنا لفظ القدوري. قال المصنف **(وذكر في بعض النسخ)** أي في بعض نسخ مختصر القدوري **(قول محمد مع قول أبي حنيفة)** وقال المصنف **(ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل)** أي في المبسوط فإنه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه: وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشترياً لنفسه، وفي القدر الذي يتناوله أمره قدحصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشترياً للآمر، إلى هنا لفظ الأصل، ولم يذكر الخلاف كما ترى **(لأبي يوسف أنه أمره)** أي أن الموكل أمر الوكيل **(بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً)** يعني أن الوكيل لم يخالف للموكل فيما أمره، وإنما جاء ظنه مخالفاً

عنده أمانة **(ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس الاستيفاء بعد أن لم يكن)** لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم، وصار مضموناً بعد الحبس، وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لإثبات مدعاه. وقوله: **(بخلاف المبيع)** لنفي قولهما: يعني أن المشتري ليس كالمبيع هاهنا لأن البيع ينفسخ بهلاك المبيع، وهاهنا لا ينفسخ أصل البيع: يعني الذي بين الوكيل وبائعه. وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ في حق البائع، ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيباً بالمشتري فردّه ورضي به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل. قيل: وهذا مغالطة على أبي يوسف، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس؛ ففي الأول ينفسخ البيع، وفي الثاني لا، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع، وأنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد البائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق، بل إذا تأملت حق

قوله: (لنفي قولهما) أقول: يعني صريحاً قوله: (يعني أن المشتري) أقول: أي المشتري المحبوس كما يدل عليه كلام الإتقاني قوله: (فرده ورضي به) أقول: يعني رده على الوكيل قوله: (في يد الوكيل بعد الحبس) أقول: وكذلك لا ينفسخ إذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقاً.

الموكل بعيب ورضي الوكيل به. قال: **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم)**

للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما إذا زاده خيراً **(وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين)** حيث جاز ذلك فكذا هذا **(ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة)** أي بشراء عشرة أرطال لحم **(ولم يأمره بشراء الزيادة)** وظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً وقد خالفه فيما أمره به **(فينفذ شراؤها)** أي شراء الزيادة **(عليه)** أي على الوكيل لكونه غير مأمور به **(وشراء العشرة على الموكل)** أي وينفذ شراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به. فإن قيل: ينبغي أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضاً لأن هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له. قلنا: ذاك مسلّم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لأن المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل، وأما هنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى خير فينفذ على الموكل، ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصوداً فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين. أقول: الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه. وأما الوجه الأول منه فمشكل لا يعقل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل، ولا شك أن حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء دائماً، فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضاً، فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل، ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى. فإن قلت: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالاً إلى المنتقي، وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة. قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في واحد منهما، وهنا أيضاً حصل مقصود الآمر وزاده خيراً، ومع ذلك لا ينفذ ما

التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطاً أو مغالطة، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما. قال: **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ)** وكل رجلاً بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم، فإما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلاً بدرهم، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة: وقالا: يلزمه العشرون. وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل: أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه: لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور. لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفاً للواقع، وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما إذا زاد خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً وقد خالفه فيما أمره به فينفذ

قوله: **(ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال الخ)** أقول: يعني لا نسلم أنه أمره بصرف الدراهم إلى اللحم، فإن الشراء جالب للملك، فالتوكيل لجلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم إلا أنه ظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً قوله: **(لم يثبت لعدم التوكيل الخ)** أقول: لم يثبت على الموكل أو مطلقاً الثاني ممنوع والأول لا ينفعه قوله: **(وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين الخ)** أقول: ويجاب أيضاً بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه، بخلاف الطلاق فإنه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك، وولا على الموكل لعدم الأمر، والموافقة شرط فيه فليتأمل.

وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل. لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع

اشتراه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ هاهنا شراء العشرة على الموكل. قلت: يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث إن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات. والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال، وهي لا تتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة، وكلامنا فيه لأن الكلام فيما إذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل: أيّ عشرة شاء، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة، لكن ذلك إنما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولاً فلا ينفذ عليه، وإلى هذا أشار في التتمة فقال: لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، كذا في النهاية. قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية: وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثلياً، وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضاً من ذوات القيم، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب فإن في تطرّق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة ورقعة، وأجله كونه حاصلاً بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خللاً انتهى كلامه **(بخلاف ما استشهد به)** جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين **(لأن الزيادة هناك)** أي فيما استشهد به **(بدل ملك الموكل)** ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بغير إذنه، ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح **(فتكون له)** أي فتكون الزيادة للموكل. قال صاحب العناية: ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ. والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً. والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث، بخلاف اللحم، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه. أقول: في كل واحد من الرد والجواب شيء فتأمل **(بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم)** متعلق بأصل المسألة **(حيث يصير)** أي يصير الوكيل في هذه الصورة **(مشترياً لنفسه بالإجماع)** لوجود المخالفة **(لأن الأمر يتناول السمين، وهذا)** أي ما اشتراه **(مهزول فلم يحصل مقصود الآمر)** فلم يكن ذلك له **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له)** أي للوكيل **(أن يشتريه لنفسه)** أي لا يجوز، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح به لشراء لنفسه بأن قال اشهدوا أني قد اشتريت لنفسي، هذا إذا كان الموكل غائباً، فإن كان حاضراً وصرح

شراؤها عليه، وشراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به. وفيه بحث من وجهين: الأول يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة ثبتت ضمناً للعشرين إلا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة، كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث. والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له. والثاني: أنه إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة. قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في كل واحد منهما: يعني لا يلزم الآمر منهما شيء، والمسألة كالمسألة حذو القذّة بالقذّة، وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني، وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه، وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه، وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزّع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء. وعن الثاني صاحب النهاية يجعل اللحم من ذوات الأمثال، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أيّ عشرة شاء، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، فالثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل

عبده بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به. لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له، بخلاف ما إذا اشترى ما

الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشترياً لنفسه. كذا في الشروح نقلاً عن التتمة. ووضع المسألة في العبد في الذخيرة ثم قال: وإنما كان كذلك لأن العبد إذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأنه)** أي لأن الشراء لنفسه **(يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه)** وذلك لا يجوز **(ولأن فيه)** أي في اشترائه لنفسه **(عزل نفسه)** عن الوكالة **(ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل)** لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان. أقول: يرد عليه أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة: منها حضور صاحبه، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه، ومنها إرسال الرسول إليه وتبليغه الرسالة إياه، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع وإخبار واحد عدلاً كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في البدائع. فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل، لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب، اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضاً، لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلاً، ويحتمل أن يكون السرّ في إقحام المصنف قوله على ما قيل الإيماء إلى ذلك فتأمل. واعلم أن صاحب البدائع قال في بيان هذه المسألة: الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك إلا بمحضر من الموكل، كما لا يملك عزله إلا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أن الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء: منها عزل الموكل إياه ونهيه بأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي. ولصحة العزل شرطان: أحدهما علم الوكيل بأن العزل فسخ فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل، وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب، وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة وقال: إن فلاناً أرسلني إليك يقول إني

فيثبت حقه مجهولاً فلا ينفذ عليه، وإلى هذا أشار في التتمة فقال: لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثلياً وهو مختار صاحب المحيط، وأما عنده غيره فلا بد من تعليل آخر، ولعل ذاك أن يقال اللحم أيضاً من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة ورقعه، وأجله كونه حاصلاً بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللاً قوله: **(بخلاف ما استشهد به)** جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له. ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ. والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً. والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود

قوله: **(والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً)** أقول: ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان، وذلك هو الأصل لأن العدد حاصل في مدلوله على ما عرف في الأصول، وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة. وفي صورة الوكيل بيع العبد معلوم إن ذكر العدد لمنع النقصان فقط، إذ لا يأبى أحد من زيادة في ماله، وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الأصل، إذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل قوله: **(بخلاف اللحم)** أقوله: مخصوص بمثل اللحم مما يسرع إليه الفساد، ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات، ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلاً فإنه يكون للموكل أيضاً.

يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع، لأن الآمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر. قال: **(ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه)** لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد

عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائناً من كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حرّاً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا، لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أيّ صفة كان، وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل إليه رسولاً ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء صدّقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر، لأن خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات، وإن لم يكن عدلاً فخبر العدد أو العدل أولى. وإن أخبره واحد غير عدل، فإن صدقه ينعزل بالإجماع، وإن كذبه لا ينعزل، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة. وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه إلى هنا كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعاً، فإن ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه أو عزله بغيبته منه، ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله، وما ذكره أوّلاً من قوله كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة إن عزله بمحضر منه كما ترى. والعجب أنه أحال الأول على الثاني بقوله على ما نذكره في موضعه. قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به. وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل، فإن الوكيل بالنكاح لا بد أن يضيف النكاح إلى موكله فيقول زوّجتك لفلان، والموجود فيما إذا نكحها من نفسه ليس بمضاف إلى الموكل، فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوّجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل، بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فإن الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف إلى الموكل، فإذا أتى بذلك يقع على الموكل **(فلو كان الثمن مسمى)** يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى **(فاشترى بخلاف جنسه)** أي بخلاف جنس المسمى بأن سمى دراهم مثلاً فاشترى بدنانير **(أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود)** كالمكيل والموزون **(أو وكل)** أي الوكيل **(وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني)** أي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل **(وهو غائب)** أي والحال

الفارق، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف. وإن كان الثاني كان المشتري للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة، لأن الأمر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الآمر. قال: **(ولو وكله بشراء شيء بعينه الخ)** ولوكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشتريه بنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير المسلم لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود، فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل إلا إذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة، فإذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسمّ فاشترى بغير النقود أو وكل رجلاً فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لأنه خالف الآمر فينفذ عليه. أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وكذا إذا اشترى بغير النقود لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه، وكذا إذا وكل وكيلاً لأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته. قيل: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع عن الوكيل لا عن الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به. وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاحُ مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه، فإن الإنكاح من نفسه هو أن

قال المصنف: **(ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه)** أقول: وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه، إذ المراد هناك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل قوله: **(لأن المتعارف فقد البلد)** أقول: والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل، فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه. ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل

أن الوكيل الأول غائب (**يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه**) أي في هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري: يعني إنما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه إذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة: أما إذا وجد فيكون الشراء للوكيل الأول (**لأنه**) أي الوكيل الأول (**خالف أمر الآمر**) وهو الموكل. أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه، وأما إذا وكل وكيلاً بشرائه فلأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (**فتنفذ**) أي الشراء (**عليه**) أي على الوكيل الأول (**ولو اشترى الثاني**) أي الوكيل الثاني (**بحضرة الوكيل الأول نفذ**) أي الشراء (**على الموكل الأول لأنه حضره رأيه**) أي رأي الوكيل الأول (**فلم يكن مخالفاً**) أي لم يكن الوكيل الأول مخالفاً لأمر آمره، وذلك لأنه إذا كان حاضراً يصير كأنه هو المباشر للعقد؛ ألا يرى أن الأب إذا زوّج ابنته البالغ بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كأنها هي التي باشرت العقد وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين، كذا في المبسوط. قيل: ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه يجوز، وبين الوكيل بالطلاق والعتاق؟ فإنه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول، والرواية في التتمة والذخيرة. وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر، لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأي فجعلنا الوكالة فيهما مجازاً عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل، فصار المأمور فيهما مأموراً بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل. وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لأنها مما يحتاج فيه إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل**) إلى هنا لفظ القدوري (**قال**) أي المصنف (**هذه المسألة على وجوه: إن أضاف**) أي الوكيل (**العقد إلى دراهم الآمر كما للآمر**) هذا هو الوجه الأول من وجوه هذه المسألة. وقال المصنف: (**وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله**) يعني أن المراد بقول القدوزي أو يشتريه بمال الموكل هو الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه (**لأن فيه**) أي لأن في النقد من مال الموكل (**تفصيلاً**) فإنه بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (**وخلافاً**) فإنه إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف يحكم النقد على ما سيجيء (**وهذا بالإجماع**) أي لو أضاف العقد إلى دراهم الآمر

يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لا محالة فكانت المخالف موجودة فوقع عن الوكيل، وإذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشتري بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسمّ أو إذا اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لأنه إذا حضره رأيه لم يكن مخالفاً. قيل: ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق، فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأوّل لا يقع، والرواية في الذخيرة والتتمة. وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأي فجعلناها مجازاً للرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل

الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً. قال: **(وإن وكله بشراء عبد بغير عينه: فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل)** قال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً، وهذا

يقع له بالإجماع **(وهو مطلق)** أي قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل، كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام. أقول: فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور في قول المصنف لأن فيه تفصيلاً، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن كان من دراهم الوكيل كان الشراء له، وليس بصحيح لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري أو يشتريه بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق، إذ لا مساس له بكلام القدوري، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال. ثم إن صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد إخلالاً حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسألة: وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى. فإن قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد هاهنا، لأنه إذا لم ينو لنفسه، فإن نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلاً كما صرح به، فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن لم ينو للموكل أيضاً كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبي يوسف رحمه الله فقط، إذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء، فكان ما ذكره صاحب العناية مناسباً لشرح قول المصنف وخلافاً لشرح قوله تفصيلاً. وأيضاً أنه بعد ما صرح أن التفصيل إنما هو في النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير في النقد المطلق بأن قال إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له. والحاصل أن الركاكة في تقرير صاحب العناية أفحش. وأقول: الحق في هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل في قوله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً صورتي التكاذب والتوافق، وبالخلاف الخلاف الواقع في صورتي التوافق؛ فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً، فإنه إذا نقد من ماله فإذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع؛ وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضاً، وخلافاً فإنه إذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لأحدهما، فعند محمد هو للعاقد، وعند أبي يوسف يحكم النقد، بخلاف الإضافة إلى دراهم الآمر فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها، كان حمل كلام القدوري عليها أولى. ثم أقول: بقي لنا بحث فيما ذهب إليه المصنف هاهنا، وهو أن فيه إخلالاً بأصل المسألة، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكاذباً في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري، فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع أنه يحكم النقد فيها بالإجماع، ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعاً، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضاً حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء

فكان المأمور مأموراً بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل. وأما في البيع والشراء وغيرهما فإن العمل بحقيقة الوكالة ممكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته. قال: **(وإن وكله بشراء عبد بغير عينه الخ)** إذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل. وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل، وأن تكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف، وذلك لأن هذه المسألة على وجوه؛ لأنه إما أن

بالإجماع وهو مطلق. وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً. وإن أضافه إلى دراهم مطلقة، فإن نواها للآمر فهو

المذكور، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضاً للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع أن فيها خلافاً كما سيأتي، فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف. وبالجملة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها فما الفائدة فيه؟ ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسألة فقال: ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله، وقال: فهذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل إلى آخره **(وإن أضافه إلى دراهم نفسه)** أي إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه **(كان)** أي العقد **(لنفسه)** هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسألة **(حملاً لحاله)** أي حال الوكيل **(على ما يحل له شرعاً)** تعليل لقوله إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر: يعني أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر، لأنه لو لم يقع للآمر لكان واقعاً للوكيل، فلو وقع له كان غاصباً لدراهم الآمر، وهو لا يحل شرعاً. كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح. أقول: فيه نظر، لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الآمر، وأما إذا أضاف إلى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعاً. وجواب مسألة الإضافة إلى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب **(أو يفعله عادة)** عطف على قوله يحل له شرعاً وتعليل لقوله وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه: يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافاً إلى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد هاهنا إلى دراهم نفسه وقع له حملاً لأمره على وفق العادة في النهاية وعليه العامة. قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف هاهنا على الطريقة المذكورة: وهي توزيع التعليل المزبور على المسألتين، ويجوز أن يكون التعليلان للمسألة الأولى، والحكم في المسألة الثانية يثبت بطريق الدلالة، لأنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه. وأما العادة فجارية على أنه لا يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه، وكذا على العكس انتهى. وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة: ويجوز أن يكون قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة دليلاً على الوجه الأول،

يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلقة، فإن كان الأول كان للآمر حملاً لحال الوكيل على ما يحل له شرعاً، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً لكونه غصباً لدراهم الآمر، وإن كان الثاني كان للمأمور حملاً لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم، ويجوز أن يكون قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة. دليلاً على الوجه الأول، والثاني يعلم بالدلالة، فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة، والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني فلا امتناع فيه شرعاً، وإن كان الثالث فأما إن نواها للآمر فهي له، أو لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لأنه توكيل لشيء بغير عينه وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعاً، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد: هو للعاقد لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت

قوله: **(لكونه غصباً الخ)** أقول: قوله لكونه غصباً الخ ممنوع وإنما يكون غصباً إذا نقد وليس بلازم قوله: **(بوقوع الشراء لصاحب الدراهم)** أقول: قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع قوله: **(ويجوز أن يكون قوله حملاً الخ)** أقول: حتى لا يلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على ما يحل له شرعاً وتعليله وهو قوله إذ الشراء لنفسه الخ قوله: **(ويضيف الثمن إلى غيره الخ)** أقول: الأظهر في العبارة ويضيف إلى دراهم غيره قوله: **(والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني)** أقول: فيكون الأول صواباً.

للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله: هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت. وعند أبي يوسف رحمه الله: يحكم النقد لأن ما

والثاني يعلم بالدلالة، فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى الدراهم غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة. ثم قال: والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني فلا امتناع فيه شرعاً انتهى. أقول: إن قول المصنف **(إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً)** ينادي بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معاً للوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة؛ فالأولى أن يجعل مجموع قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة دليلاً على الوجه الأول، ويكتفي في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني: أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك. والإنصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيداً واضطراباً كما ترى، ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي **(وإن أضافه)** أي العقد **(إلى دراهم مطلقة)** هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسألة، وفيه تفصيل أشار إليه بقوله **(فإن نواها)** أي الدراهم المطلقة **(للآمر فهو)** أي العقد **(للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه)** أي فالعقد لنفسه **(لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل)** أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة. أقول: لقائل أن يقول: إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر من كونه غاصباً لدراهم الآمر. فإن قلت: الغصب في صورة الإضافة إلى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه، وأما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه العقد فافترقت الصورتان. قلت: الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة، ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الإضافة إلى دراهم الآمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين، بل إنما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معاً فلا يتم الفرق تدبر **(وإن تكاذبا)** أي الوكيل والموكل **(في النية)** فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي **(يحكم النقد بالإجماع)** فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له **(لأنه)** أي النقد **(دلالة ظاهرة على ما ذكرناه)** من حمل حاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة **(وإن توافقا على أنه لم تحضره النية)** ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد قال محمد: **(هو)** أي العقد **(للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه)** يعني أن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه. **(إلا إذا أثبت جعله)** أي جعل العمل **(لغيره)** بالإضافة إلى ماله أو بالنية له **(ولم يثبت)** أي والفرض أنه لم يثبت **(وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقاً)** أي من غير تعيين بنيته **(يحتمل الوجهين)** وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه **(فيبقى موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه)** فتعين أحد المحتملين **(ولأن مع تصادقهما)** على أنه لم تحضره النية **(يحتمل النية للآمر)** بأن نوى له ونسيه **(وفيما**

جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية له والفرض عدمه. وقال أبو يوسف: يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين، أن يكون له ولغيره فيكون موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما يحتمل أنه كان نوى للآمر ونسيه قوله: **(وفيما قلنا)** يعني تحكيم النقد **(حمل حاله على الصلاح)** لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصباً كما في حالة التكاذب. وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم

قال المصنف: **(لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه)** أقول: قوله على ما ذكرناه حال لا صلة للدلالة، وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة الخ قال المصنف: **(إن توافقا على أنه لم تحضره النية)** أقول: ها هنا احتمالان آخران، أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي، والثاني عكس هذا قال المصنف: **(قال محمد هو للعاقد)** أقول: لا بد لمحمد من فرق بين صورتي التكاذب والتصادق وهو ظاهر فإن النية متقدمة على الأصالة، ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه.

أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر، وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه

قلنا) أي في تحكيم النقد **(حمل حاله)** أي حال الوكيل **(على الصلاح)** وهو أن لا يكون غاصباً على تقدير النقد من مال الآمر **(كما في حالة التكاذب)** بقي الكلام في هذه المسألة وهو أن الإضافة إلى أيّ نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين. وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين، وإنما نقول الوكالة تتقيد بما على ما سيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة، كذا في العناية وعليه جمهور الشراح، ومأخذهم المبسوط. أقول: في الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالإجماع، وكذا بعده عند عامة المشايخ، وإنما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله، صرّح به في عامة المعتبرات، وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب. وجواب مسألة الإضافة إلى دراهم الآمر وإلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الإضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة بل هو مطلق، وبالإجماع كما تقرر فيما مرّ فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه؟ وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسألة الإضافة إلى ثمن معين: لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به، وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى. لكنه لم يأت أيضاً بما يشفي الغليل هاهنا كما ترى. ثم أقول: الأولى في الجواب أن يقال: ليس العلة في كون العقد لمن أضافه إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة كما مر مبيناً ومشروحاً، فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسألتنا هذه، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: والدراهم وإن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر شرعاً وعرفاً انتهى. قال المصنف **(والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه)** المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقاً وخلافاً؛ وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفياً لقول بعض مشايخنا: فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً ولا يحكم النقد. وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة التوكيل بالإسلام وهم فرّقوا بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثراً في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له

ينو لنفسه، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافاً فيما إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يقع للوكيل أو يحكم النقد، وفي الإضافة إلى مال الموكل يقع له بالإجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري على الإضافة أولى، ولهذا قال المصنف: وهو المراد عندي. بقي الكلام في أن الإضافة إلى أيّ نقد كان؟ ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين؟ وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين، وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله: **(والتوكيل بالإسلام على هذه الوجوه)** إنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفياً لقول بعض مشايخنا، فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف

قوله: **(لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له)** أقول: أي للوكيل قوله: **(وخلافاً فيما إذا تصادقا)** أقول: معطوف على قوله تفصيلاً إذا اشترى الخ قوله: **(وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين)** أقول: بحيث تكون هي مستحقة البتة قوله: **(وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أنها تتعين في الوكالات)** أقول: ولا يلزم من تعينها في الوكالة تعينها في الشراء قوله: **(وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ)** أقول: الأظهر أن يقال وإذا تقيدت بها فإذا أضاف الشراء إليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر.

الوجوه. قال: **(ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر، فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور)** لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر. وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله.

العقد يستبان بالنقد، وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملاً بقضية الأصل. كذا في الشروح. وفرّق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقداً لنفسه فإن الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفاً بترك ما هو للشرط. وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفاً فيبقى حكم عقده موقوفاً على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال)** أي المأمور **(قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر، فإن كان)** أي الآمر **(دفع إليه)** أي إلى المأمور **(الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول)** وهو ما إذا لم يكن الثمن منقوداً إلى المأمور **(أخبر)** أي المأمور **(عما لا يملك استئنافه)** أي استئناف سببه **(وهو الرجوع بالثمن على الآمر)** فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه، والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل **فعلت** ومات عندي لإرادة الرجوع على الآمر **(وهو)** أي الآمر **(ينكر)** ذلك **(والقول للمنكر)** فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا **يملك** استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف، والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى «ما» في عما لا يملك استئنافه، وهذا هو الوجه الأحسن في حل عبارة المصنف هنا، وإليه ذهب صاحب العناية. وقيل: إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر، فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكراً للمسبب وإرادة للسبب، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر، وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح. قال في الكفاية بعد ذكر هذا: وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه، وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على

بين أبي يوسف ومحمد في مسألة التوكيل بالإسلام، وهذا القائل فرّق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثراً في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملاً بقضية الأصل. قال: **(ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف الخ)** ومن وكل رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل، فإما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره، والأول سيجيء، والثاني إما أن يكون العبد ميتاً عند الاختلاف أو حياً. وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون الثمن منقوداً أو غيره، فإن كان ميتاً والثمن غير منقود فالقول للآمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر، فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه، لأن العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد، فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله، فقوله: **(لا يملك استئنافه)** معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف، وقوله: **(وهو)** راجع إلى «ما» في عما، وإن كان الثمن منقوداً فالقول قول المأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله، وإن كان حياً حين اختلفا، فإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك

قوله: **(نفياً لقول بعض مشايخنا الخ)** أقول: أنت خبير بأن نفي قول ذلك البعض إنما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق أنه لم تحضره النية، إلا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جعل مسألة الشراء مشبهاً بها فليتأمل قال المصنف: **(أخبر عما لا يملك استئنافه)** أقول: قال صدر الشريعة: أخبر بأمر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن الباء وهو الأولى قال المصنف: **(وهو الرجوع بالثمن)** أقول: أي الإخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسناداً مجازياً أو راجع إلى ما لا يملك، والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعني العقد أو يقدر المضاف في قوله استئنافه: أي استئناف سببه قوله: **(لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن)** أقول: الأظهر إرجاع ضمير هو إلى الإخبار المذكور في ضمن أخبر، وجعل إسناد الرجوع إليه من قبيل الإسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبراً عنه هكذا قيل، وأنت خبير بأن ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ.

ولو كان العبد حياً حين اختلفا، إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه. وعن أبي حنيفة رحمه الله: القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده هاهنا، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حيّ فالقول

الآمر، وهذا ظاهر انتهى **(وفي الوجه الثاني)** وهو ما إذا كان الثمن منقوداً إلى المأمور **(هو)** أي المأمور **(أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله)** قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: علل في الهداية فيما إذا لم يدفع الآمر الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه، وفيما إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة. أقول: كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق، بل لا بد من انضمام أمر آخر، وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر، وفيما إذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر، إلى هنا كلامه. أقول: ليس الأمر كما زعمه، بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته. أما الأول فلأن كون المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر، والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض للوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعاً، وقد لبس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الأول وترك آخره الفارق بين الصورتين. والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه. وأما الثاني فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها إنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى **(ولو كان العبد حياً حين اختلفا)** فقال المأمور اشتريته لك، وقال الآمر بل اشتريته لنفسك **(إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين)** يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مرّ **(وإن لم يكن)** أي الثمن **(منقوداً فكذلك)** أي فالقول للمأمور أيضاً **(عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء)** للآمر إذ العبد حي والحيّ محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الآمر **(فلا يتهم في الإخبار عنه)** أي عن الشراء لأجل الآمر. فإن قيل: إن وقع الشراء أولاً للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل. كذا في الشروح **(وعند أبي حنيفة القول قول الآمر، لأنه)** أي لأن الإخبار عن الشراء لأجل الآمر **(موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه)** أي بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه **(فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر)** أي أراد أن يلزمها الآمر **(بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً، لأنه)** أي الوكيل **(أمين فيه)** أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه **(فيقبل قوله تبعاً لذلك)** أي للخروج عن عهدة الأمانة، وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً **(ولا ثمن في يده هاهنا)** أي لا ثمن في يد الوكيل فيما إذا كان العبد حياً والثمن غير منقود حتى يكون أميناً فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة فافترقا **(وإن كان أمره بشراء عبد بعينه)** يعني إن كان التوكيل بشراء عبد بعينه **(ثم اختلفا والعبد حيّ)** أي والحال أن العبد حي **(فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود، وهذا بالإجماع)** أي هذا الوجه من وجوه هذه المسألة بالإجماع بين أئمتنا الثلاثة **(لأنه)** أي المأمور **(أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه)** أي في إخباره عن ذلك **(لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته)** أي في حال غيبة الموكل؛ قيد به،

استئناف الشراء لكون المحل قابلاً فلا يتهم في الإخبار عنه. فإن قيل: إن وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور. ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل. وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك: أي للخروج من عهدة الأمانة **(ولا ثمن في يده هاهنا)** يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أميناً فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة **(وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور**

للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله. ومن قال لآخر: **(بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء**

إذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته **(على ما مرّ)** أشار به إلى قوله ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل **(بخلاف غير المعين)** أي بخلاف ما إذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا **(على ما ذكرناه لأبي حنيفة)** يعني ما ذكره فيما مر آنفاً من جانب أبي حنيفة وهو قوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر. أقول: لقائل أن يقول: التهمة متحققة في صورة المعين أيضاً بأن اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له، كأن اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الأول، ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه فإنه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر. وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعاً على ما مر في محله، فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة؟ ثم أقول في الجواب عنه: إن احتمال أن اشتراءه لنفسه شبهة، وبعد ذلك احتمال أن اشتراءه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة، وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر، والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة، فاعتبرت في الأولى ولم تعتبر في الثانية. قال صاحب النهاية والكفاية: فإن قيل الوليّ إذا أقرّ بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال. قلنا: قوله يملك استئنافه وقع على قولهما، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الإشكال على قوله. أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضاً، فكان ذلك إنشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الإشكال لما أنه إنما لا يقبل هناك إقرار بتزويج الصغيرة عند عدم

سواء كان الثمن منقوداً أو لا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله. أما عندهما فلأنه يملك استئنافه، وأما عند أبي حنيفة فلأنه لا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته، بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له، بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من

قوله: **(وإن كان التوكيل بشراء عبد الخ)** أقول: هذا هو الموعود بقوله والأول سيجيء قوله: **(وأما عند أبي حنيفة فلأنه لا تهمة فيه الخ)** أقول: أشار بتوزيع التوكيل إلى دفع ما يعترض به هنا من أن الأصل في الدلالة الاطراد، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فإن الأب إذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة، وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولي العبد إذا أقر بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، مع أن المقر يملك استئناف العقد. قال الإتقاني في جوابه: لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يملك الإقرار لأنه لم يملك الإنشاء بلا شهود انتهى. وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحث، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا. ثم قال الإتقاني: وقول بعض الشارحين إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى. وأقول: إن لم يوجد في مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضاً، وإن وجدت فلا حاجة لدفع السؤال إلى التوزيع قوله: **(لأن التوكيل بشراء شي بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل)** أقول: لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضاً كما سبق قوله: **(وإن كان غير منقود فالقول للآمر)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغي أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما إذا كان حياً فليتأمل، فإن الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتني، إلا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره، والقول قول من يتمسك بالظاهر، والقول بأن الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الإلزام.

فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه) لأنّ قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق. **(فإن قال فلان لم آمره لم يكن له)** لأن الإقرار يرتدّ برده **(إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعاً عنه وعليه العهدة)** لأنه صار

الشاهدين لأنه لا يتصور إنشاؤه شرعاً لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسألتين انتهى كلامهما. وقال صاحب غاية البيان: فإن قلت: الأصل في الدلائل الإطراد، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لأن الأب إذا أقرّ على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة، وكذا وكيل الزوج والزوجة ومولى العبد إذا أقرّ بالنكاح لا يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه مع أن المقرّ يملك استئناف العقد؟ قلت: لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملك مقيداً بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود، وهذا هو الجواب الثاني. وقول بعض الشارحين: إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحث، فإنّ تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى. أقول: هذا ساقط جداً لأن مرادهم بالدوران مع التصور الإمكان الشرعي، وما لم يحضر الشهود لم يمكن إنشاء النكاح شرعاً. وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قال: لأنه لا يتصوّر إنشاء شرعاً لعدم الشهود. وأفصح عنه صاحب الغاية أيضاً حيث قال: ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود، فكون تملك الاستئناف دائراً مع التصور لا يقدح أصلاً في قول صاحب الغاية. لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحال حضرة الشهود. ثم اعلم أن هذه المسألة على ثمانية أوجه كما صرح به في الكافي وغيره؛ لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون الثمن منقوداً أو غير منقود. وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون العبد حياً حين اختلفا أو هالكاً. وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدللاً ومفصلاً كما عرفت فبقي منها وجهان، وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه، ويكون العبد هالكاً والثمن منقوداً أو غير منقود، وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه: وإن كان العبد هالكاً والثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى. أقول: دليل الوجه الأخير منها محل إشكال، فإن الآمر وإن كان منكراً لاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك. وقد تقرر أن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لإنكار الآمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضاً فتأمل **(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان)** أي لأجل فلان **(فباعه ثم أنكر)** أي المشتري **(أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه)** يعني أن لفلان ولاية أخذه من المشتري، وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأن قوله السابق)** أي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان **(إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق)** لأن الإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق. فإن قيل: قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة: لو أن أجنبياً طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحساناً كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك. قلنا: اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة، وسؤال

جانب أبي حنيفة، وإن كان العبد هالكاً والثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر. قال: **(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ)** رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان: يعني لأجله فباعه منه، فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فإن لفلان ولاية أخذه، لأن قوله السابق: يعني قوله لفلان إقرار منه

مشترياً بالتعاطي، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب. قال: **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز)** لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع **(إلا فيما لا يتغابن الناس فيه)** لأنه توكيل بالشراء، وهذا كله بالإجماع

التسليم من الأجنبي قرينة في مسألة الشفعة، ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه. كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح **(فإن قال فلان لم آمره بذلك)** ثم بدا له أن يأخذه **(لم يكن له)** أي لم يكن له على العبد سبيل **(لأن الإقرار)** أي إقرار المشتري **(ارتدّ بردّه)** أي بردّ فلان، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه **(إلا أن يسلمه المشتري له)** روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلاً، وقوله له: أي لأجله ويكون المفعول الثاني محذوفاً وهو إليه، فالمعنى: إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه. وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر وهو فلان، ويكون الفاعل مضمراً يعود إلى المشتري، فالمعنى: إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشتري له وهو فلان. ثم إن هذا الاستثناء من قوله لم يكن له: أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صوره التسليم إليه لأن فلاناً لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك، بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري. كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير **(فيكون بيعاً عنه)** أي فيكون تسليم العبد بيعاً مبتدأ **(وعليه العهدة)** أي وعلى فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن، كذا فسر شيخ الإسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان، ويدل عليه قوله **(لأنه صار مشترياً بالتعاطي)** كما لا يخفى **(كمن اشترى لغيره)** أي كالفضولي الذي اشترى لغيره **(بغير أمره حتى لزمه)** أي لزم العقد المشتري **(ثم سلمه المشتري له)** حيث كان بيعاً بالتعاطي. قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير: وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك، وإن كان أخذاً بلا إعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الأموال والخسيس في بيع التعاطي سواء. وأشار المصنف إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله **(ودلت المسألة)** أي دلت هذه المسألة **(على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو)** أي البيع بالتعاطي **(يتحقق في النفيس والخسيس)** أي نفيس الأموال وخسيسها **(لاستتمام التراضي)** أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما **(وهو المعتبر في الباب)** أي التراضي هو المعتبر في باب البيع

بالوكالة عنه، والإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق. فإن قيل: قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك: أي لأجل شفاعتك. قلنا: خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه **(وإن قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتدّ بالرد إلا أن يسلمه المشتري له)** أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لأجله إليه، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلاناً العبد المشتري لأجله، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها **(فيكون بيعاً وعليه العهدة)** أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشترياً بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لأجله. ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع.

قوله: **(إلا أن يسلم المشتري له)** أقول: قوله له متعلق بالمشتري أي المشتري لأجل فلان قوله: **(ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلاناً العبد المشتري لأجله)** أقول: الضمير في قوله لأجله راجع إلى قوله فلاناً قوله: **(بنا على الروايتين بكسر الراء وفتحها)** أقول: قال الإتقاني والكاكي في شرحيهما: والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وإن كان للفتح وجه على معنى إلا أن يسلم

(ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتها سواء؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة، فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شرّ قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز **(إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً)** لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه

لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافاً لما يقوله الكرخي إن البيع بالتعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة، وقد مرّ ذلك في أول كتاب البيوع **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق)** يعني أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجري على إطلاقه **(وقد لا يتفق الجمع بينهما)** أي بين العبدين **(في البيع)** فوجب أن ينفذ على الموكل **(إلا فيما لا يتغابن الناس فيه)** استثناء من قوله جاز: أي جاز اشتراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز فيه **(لأنه)** أي لأن التوكيل المذكور **(توكيل بالشراء)** وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش **(وهذا كله بالإجماع)** أي ما ذكر في هذه المسألة كله بالإجماع، وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما، وقد سمى له ثمنهما وهي المسألة الثانية **(ولو أمره بأن يشتريهما بألف)** أي لو أمر رجلاً بأن يشتري العبدين بألف **(وقيمتهما سواء)** أي والحال أن قيمتهما سواء **(فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز)** أي جاز الشراء ويقع عن الموكل **(وإن اشترى بأكثر)** قلّت الزيادة أو كثرت **(لم يلزم الآمر)** بل يقع عن الوكيل **(لأنه)** أي الآمر **(قابل الألف بهما)** أي بالعبدين **(وقيمتهما سواء فيقسم)** أي الألف **(بينهما نصفين دلالة)** أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح **(فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بها)** أي بخمسمائة **(موافقة)** لأمر الآمر **(وبأقل منها)** أي بالشراء بأقل من خمسمائة **(مخالفة إلى خير)** فيجوز **(وبالزيادة إلى شرّ)** أي الشراء بالزيادة مخالفة إلى شر **(قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز)**. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها. وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في

قال: **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما الخ)** ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما **(ولم يسمّ ثمناً فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق)** عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين **(فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع)** أي الشراء **(إلا فيما لا يتغابن)** استثناء من قوله جاز: أي جاز شراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يجوز لأنه توكيل بالشراء وهو يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع بغبن فاحش. ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء. فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء، وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الأمر بذلك دلالة فكان آمراً بشراء كل واحد بخمسمائة، ثم الشراء بذلك موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير، وبالزيادة مخالفة إلى شرّ قليلة كانت أو كثيرة، فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً. والقياس أن لا يلزم الآمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسمائة،

المشتري العبد إلى المشتري له انتهى. وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للأولوية على ما صرح به النحاة قوله: **(لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع)** أقول: أي هو شرط وسماه ركناً مجازاً قال المصنف: **(ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما)** أقول: من قبيل قوله تعالى: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ فإن صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازاً قال المصنف: **(فاشترى أحدهما جاز)** أقول: أي بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء قوله: **(فقد لا يتفق الجميع بينهما في البيع أي الشراء)** أقول: لا حاجة إلى إخرج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء، بل يجوز إبقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى.

المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتريه بمثله الباقي جاز)** لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه**

الذي يتغابن الناس في مثله إنه يلزم الآمر، فإذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف، واحتمل أن المسألة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة إذا زاد على خمسمائة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الآمر، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه. وقال شيخ الإسلام: إن بعض مشايخنا قالوا: ليس في المسألة اختلاف في الحقيقة، فإن قول أبي حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعاً لأنه لا تسمية في حق هذا الواحد، فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسمّ ثمناً فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا هاهنا. ثم قال: والظاهر أن المسألة على الاختلاف، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى. والمصنف اختار ما ذهب إليه شيخ الإسلام حيث قال: وبالزيادة إلى شرّ قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز **(إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما)** فيجوز حينئذ ويلزم الآمر **(استحساناً)** قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة، وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله **(لأن شراء الأول قائم)** يعني أن شراء العبد الأول قائم لم يتغير حاله بالخصومة **(وقد حصل غرضه المصرّح به)** أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الأول الذي صرح به **(وهو تحصيل العبدين بألف وما ثبت الانقسام)** أي لم يثبت **(إلا دلالة والصريح يفوقها)** أي يفوق الدلالة: يعني أن الانقسام بالسوية إنما كان ثابتاً بطريق الدلالة، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة. **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي)** أي والحال أنه قد بقي **(من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز)** ولزم الآمر **(لأن التوكيل مطلق)** أي غير مقيد بخمسمائة **(لكنه يتقيد بالمتعارف وهو)** أي المتعارف **(فيما قلنا)** أي فيما يتغابن الناس فيه **(ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي)** من العبدين **(ليمكنه)** أي ليمكن المأمور **(تحصيل غرض الآمر)** وهو تملك العبدين معاً **(قال)** أي محمد في

وإن قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الألف قبل الاختصام لثبوت المخالفة. ووجه الاستحسان أن شراء الأول قائم، فإذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف والانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل وإن حصل مطلقاً لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر. قال: **(ومن له على آخر ألف الخ)** ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً معيناً صح على الآمر ولزمه قبضه وإن مات قبله عند المأمور، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع؛ ولو عين البائع جاز كما سنذكره، فكذا إذا عين المبيع بالاتفاق، وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتراه، فإن قبضه الآمر فهو له كذلك، وإن مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور، وعلى هذا الخلاف إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما

قال المصنف: **(لأن شراء الأول قائم)** أقول: في الكافي: فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل؟ قلنا: العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بألف، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها الصريح، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى. فلا تعتبر مخالفة الدلالة إذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين قوله: **(لأن التوكيل، إلى قوله: بالمتعارف)** أقول: في تقريره قصور.

جاز) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع؛ ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى. قال: **(وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري، وإن قبضه الآمر فهو له)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور)** وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه. لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً؛ ألا يرى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل

الجامع الصغير **(ومن له على آخر ألف درهم فأمره)** أي الآخر **(بأن يشتري بها)** أي بتلك الألف **(هذا العبد)** يعني العبد المعين **(فاشتراه جاز)** ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور **(لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى)** يشير إلى ما سيذكره بقوله بخلاف ما إذا عين البائع الخ **(وإن أمره أن يشتري بها)** أي بالألف التي عليه **(عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده)** أي فمات العبد في يد المشتري **(قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري)** فالألف عليه **(وإن قبضه الآمر فهو)** أي العبد **(له)** أي للآمر **(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(هو)** أي العبد **(لازم للآمر إذا قبضه المأمور)** سواء قبضه الآمر أو مات في يد المأمور. قال المصنف **(وعلى هذا)** أي على هذا التفصيل **(إذا أمره)** أي إذا أمر من عليه الدين **(أن يسلم ما عليه)** أي يعقد عقد السلم **(أو يصرف ما عليه)** أي أو يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق، وإلا فعلى الاختلاف. قال الشراح: وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس. أقول: فيه نظر، إذ قد سبق في أوائل هذا الفصل مسألة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفي، فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما، وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم. فالحق عندي أن تخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردّد في الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف أيضاً أم لا، بناء على أن لهما شأناً مخصوصاً في بعض الأحكام، فقوله هذا على نهج قوله فيما مرّ في آخر مسألة التوكيل بشراء شيء بغير عينه، والتوكيل في الإسلام بالطعام على هذه الوجوه **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً)** يعني سواء كانت الدراهم والدنانير ديناً ثابتاً في الذمة أوعيناً غير ثابتة في الذمة، ونوّر ذلك بقوله **(ألا يرى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد)** ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء **(فصار الإطلاق)** بأن قال بألف ولم يضفه إلى ما عليه **(والتقييد)** بأن أضافه إلى ما عليه **(فيه)** أي في العقد المزبور **(سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر)** أي ويلزم العقد الآمر، وصار

عليه، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق، وإلا فعلى الاختلاف، وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس **(لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كان أو عيناً؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد)** وما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر، لأن يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت)** ونقل الناطفي عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل. والمسألتان تدلان على أن النقود في الوكالة تتعين بالتعيين، لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وبعده، والأخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب. قال في النهاية: هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل، وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في

قوله: (وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول: فيه تأمل.

كيده. ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن

كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز (**ولأبي حنيفة رحمه الله أنها**) أي الدراهم والدنانير (**تتعين في الوكالات**) قال صاحب النهاية: لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل. وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في الوكالات أيضاً بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة. وقال: قال محمد في الزيادات: رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الألف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل. ثم قال: والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين؟ اختلف المشايخ فيه. بعضهم قال: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير يتعينان في الأمانات. وعامتهم على أنها لا تتعين. وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان: أحدهما يؤقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل. والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، ديناً للبائع على الوكيل، وديناً للوكيل على الموكل، إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع إجمال: ولقائل أن يقول: فعلى هذا في كلام المصنف نظر، لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة. والجواب أن المصنف لم يتعرّض بأن ذلك قول بعض المشايخ، فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله في الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى. أقول: ليس السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة لم يقولوا ما ذهبوا إليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم إلى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم إياه من أصل أبي حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف هاهنا من قبيل إثبات قول أبي حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ، وأمثال هذا أكثر من أن تحصى. وأما الثاني فلأن حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره هاهنا من مفهوم قول محمد في الزيادات فلم يسلمها إلى الوكيل. فيرد عليه أن محمداً لم يذكر الخلاف هناك، فإن لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضاً، فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشتري للوكيل عند محمد فيما إذا سلم الموكل الدراهم إلى الوكيل وقال له اشتر لي بها عيناً فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبي يوسف بخلافه كما صرّحوا به قاطبة، وذكر في مسألة الكتاب، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى. أقول: هو مدفوع بحمل إطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام

الوكالات أيضاً بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة. وقال: قال محمد رحمه الله في الزيادات: رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل. ثم قال: والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تتعين لما ذكرنا، وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال: وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقّت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لأن المراد به هو التوقت

يوكله بقبضه وذلك لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض

الثقات، إذ قد تقرّر في الأصول أن المطلق والمقيد إذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وهاهنا كذلك فتدبر **(ألا ترى)** تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات **(أنه)** أي الآمر **(لو قيد الوكالة بالعين منها)** أي من الدراهم والدنانير **(أو بالدين منها ثم استهلك)** أي الآمر أو الوكيل **(العين)** كذا في معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول **(أو أسقط)** أي الموكل **(الدين)** بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية أيضاً. ويجوز فيه أيضاً بناء المفعول **(بطلت الوكالة)** جواب لو قيد الوكالة. ونقل الناطفي في الأجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل. ثم قال: هذه المسألة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة. قال صاحب النهاية: إنما قيد: يعني المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك. والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال: رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوباً قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوباً للآمر بدراهم نفسه فإن الثوب للمشتري لا للآمر، لأن الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها، ولو اشترى ثوباً للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحساناً، كالوارث والوصي إذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه. أقول: دلالة ما نقله عن الإمام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة. غاية الأمر أنه صوّر المسألة بما إذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل، ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما إذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل؛ ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها، ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك. وقال صاحب غاية البيان: قال بعض الشارحين: إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك

ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه. ولقائل أن يقول: فعلى هذا في كلام المصنف نظر، لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة. والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ، فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعد التسليم. ثم قال صاحب النهاية: إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك. وردّ بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله: **(وإذا تعينت)** هو تتمة الدليل. وتقريره أنها تتعين في الوكالات، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض، وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري

قوله: **(قال في النهاية هذا)** أقول: أي التعيين قوله: **(ثم قال والأصل أن الدراهم الخ)** أقول: يعني قال في الذخيرة قوله: **(لأن المراد به هو التوقت ببقائها الخ)** أقول: فيه نظر، فإن التوقت عادي لا شرعي فافهم. ثم اعلم أن الضمير في قوله به راجع إلى التعيين قوله: **(وقطع الرجوع الخ)** أقول: عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثانية قوله: **(على الموكل)** أقول: متعلق بقطع، والظاهر أن يقال عن بدل على قوله: **(ولقائل أن يقول)** أقول: تأمل فيه قوله: **(والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ)** أقول: فيه نظر، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر قوله: **(من التقييد بعدم التسليم)** أقول: حيث قال فلم يسلمها قوله: **(ورد بأنه مخالف)** أقول: الرد للإتقاني إلى آخر قوله بل إنما قيد المصنف قوله: **(بطلت الوكالة)** أقول: ويدل عليه ظاهر الفائدة الأولى قوله: **(لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الخ)** أقول: فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول قوله: **(لأنه يضمن الدراهم الخ)** أقول: بخلاف ما إذا هلك فإنه لا يضمن.

قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض

دون الهلاك، هذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة. فأقول: كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم، إلى هنا كلامه. وقال صاحب العناية: ثم قال صاحب النهاية: إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك. وردّ بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى. أقول: هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك، وأنه ليس بسديد، إذ لم نجد في نسخ النهاية هنا مسألة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك، بل المذكور فيها هاهنا إنما هي مسألة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل **(فإذا تعينت)** أي الدراهم والدنانير، وهذا من تتمة الدليل، وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات، وإذا تعينت **(كان هذا)** أي التوكيل المذكور **(تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله)** أي ذلك الغير **(بقبضه)** أي بقبض الدين **(وذلك)** أي تمليك الدين على الوجه المزبور **(لا يجوز)** لعدم القدرة على التسليم **(كما إذا اشترى بدين على غير المشتري)** بأن كان لزيد على عمرو مثلاً دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز، فكان تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه، كذا في النهاية وعليه أكثر الشراح. وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام: أي كما إذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى. ووافقه صاحب الغاية حيث قال: يعني كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لا يجوز لكونه

بأن كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز لذلك **(أو يكون أمراً بصرف)** أي بدفع **(مالاً يملكه إلا بالقبض قبل القبض، وذلك)** لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان ما أدى المديون إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المديون، ولا يملكه الدائن قبل القبض، والأمر بدفع ما ليس بملكه **(باطل)** وصار **(كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت)** فإنه باطل لأنه أمر بصرف مالاً يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه قوله: **(بخلاف ما إذا عين البائع)** يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للآمر **(لأنه يصير)** البائع أوّلاً **(وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه)** وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلاً بالقبض أو لا لكونه معيناً. وأجيب بأن عدم الجواز هاهنا لكونه بيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير قوله: **(وبخلاف)** جواب ممن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر. وقوله: **(وإذا لم يصح التوكيل)** رجوع إلى أول البحث: يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور، فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي، فإن هلك عنده هلك من ماله. قال: **(ومن دفع إلى آخر ألفاً الخ)** رجل دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول

قال المصنف: (كما إذا اشترى بدين على غير المشتري) أقول: قال في النهاية: تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه انتهى. وقال الإتقاني: يعني كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين، فكذا ما نحن فيه وهو ما إذا أمر الوكيل أن يشتري بدين على الوكيل عبداً بغير عينه انتهى. فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى.

ثم يتملكه، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدّق لأنه جعل المال لله وهو معلوم. وإذ لم يصح التوكيل نفذ الشراء على

تمليك الدين من غير من عليه الدين، فكذا فيما نحن فيه انتهى. وبين المعنيين تغاير لا يخفى **(أو يكون أمراً بصرف)** أي بدفع **(مالا يملكه إلا بالقبض قبله)** أي قبل القبض متعلق بصرف، وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين؛ والمعنى: أو يكون التوكيل المذكور أمراً من ربّ الدين للمديون بدفع مالاً يملكه ربّ الدين إلا بالقبض قبل القبض، وذلك لأن الديون تقضي بأمثالها فكان ما أدّى المديون إلى البائع أو إلى ربّ الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض **(وذلك باطل)** أي أمر الإنسان بدفع ما لا يملكه باطل **(كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت)** فإنه باطل، لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه **(بخلاف ما إذا عين البائع)** يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع، فإن التوكيل صحيح هناك **(لأنه)** أي البائع **(يصير)** أولاً **(وكيلاً عنه)** أي عن الموكل **(في القبض)** تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان **(ثم يتملكه)** أي ثم يتملكه البائع فيصير قابضاً لرب الدين أوّلاً ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين المبيع لأن في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولاً والمجهول لا يصلح وكيلاً. قيل: يشكل بما لو آجر حماماً بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة فإنه يجوز، وإن كان هذا أمراً بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه لأن الأجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح. وأجيب بأن ذاك قولهما، ولئن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة، فإن المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائماً مقام الآجر في القبض، كذا في الكفاية وغيرها. واعترض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعل البائع وكيلاً بالقبض أوّلاً لكونه معيناً. وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه بيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير، كذا في العناية وبعض الشراح. أقول: في هذا الجواب بحث، أما أوّلاً فلأن البائع لو جعل هنا وكيلاً بالقبض لم يكن العقد بيعاً بشرط أداء الثمن على الغير، بل يكون أداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع. وأما ثانياً فلأن النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلاً. وأما ثالثاً فلأنه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعاً بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله، ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فإنه لا يجوز لذلك معنى، فإن أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما إذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب إليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب إليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الأكثر فتأمل. وأجيب عن الاعتراض المذكور في بعض

للمأمور، ومراده إذا كانت تساوي الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر، فإن كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأن الوكيل خالف إلى شرّ حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن، فإن لم يكن دفع الألف إليه واختلفا فالقول للآمر، أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شرّ وإن كانت قيمتها ألفاً فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوي ألفاً وجب أن يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها، لأنه لما اشتراها بألف كان موافقاً للآمر، وإن اشتراها بأقل كان مخالفاً إليّ خير وذلك يلزم الآمر، وهذا لأنهما في هذا أي في هذا

قوله: (وذلك ليس بتمليك الخ) أقول: إذ يقول إذا قبضه يكون عيناً قوله: (واعترض بأنه لو اشترى الخ) أقول: مخالف لقوله فإنه لا يجوز لذلك قوله: (وأجيب بأن عدم، إلى قوله: على الغير) أقول: النقود لا تتعين في المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط.

المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطياً. قال: **(ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة. وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور)** ومراده إذا كانت

الشروح بوجه آخر أيضاً، وهو أن البائع لو صار وكيلاً فإنما يصير وكيلاً في ضمن المبايعة، ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن، والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن، بخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الآمر، وأنه يسبق الشراء، وبخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقاً على التمليك معنى **(وبخلاف ما إذا أمره بالتصدّق)** جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما **(لأنه)** أي الآمر بالتصدق **(جعل المال لله تعالى)** ونصب الفقير وكيلاً عن الله عزّ وجل في قبض حقه، كذا في الكافي وغيره **(وهو معلوم)** أي الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع في المسألة الأولى. وأما مسألة التصادق في الشراء بأن لا دين له عليه فلأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عيناً أو ديناً ولكن يتعينان في الوكالات، فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين، كذا ذكره الإمام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان **(وإذا لم يصح التوكيل)** رجوع إلى أوّل البحث: يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح **(نفذ الشراء على المأمور فهلك من ماله)** يعني إذا هلك هلك من مال المأمور **(إلا إذا قبضه الآمر منه)** فإنه إذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر **(لانعقاد البيع)** بينهما **(تعاطيا)** فكان هالكاً في ملك الآمر. قال الإمام الزيلعي في التبيين: وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع، وكذا بعده عند عامتهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء، وعزاه إلى الزيادات والذخيرة، فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة. والتعليل الصحيح له أن يقال: إن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، فكذا التوكيل به، وإنما جاز في المعين لكونه أمراً له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلاً للمدين بالتمليك، وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للمدين بالتمليك في الإسلام والشراء والصرف ولا يجوز، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر إذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره أيضاً، إذ يجوز أن يقال من قبلهما إن عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه، فإنه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الألف التي على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له، بل صح اشتراء المأمور عبداً له بأية ألف كانت، فكان ذكر تلك الألف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل. وقد أشار إليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال: فكان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل، ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير إلى تعيين النقود في الوكالات وإن كان

الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، فإذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور، وفيه مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحكم في ذلك؟ والجواب أن في الأول سبقت الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه، بخلاف الثاني. قال: **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد الخ)** وإذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمناً فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه. قيل لا تحالف هاهنا وهو قول أبي جعفر الهندواني لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأه لزم الآمر فكذا هاهنا، بخلاف المسألة الأولى فإن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه **(وقيل يتحالفان كما ذكرنا)** فإن قيل:

قال المصنف: **(فالقول قول المأمور)** أقول: قال صدر الشريعة بلا يمين قال المصنف: **(ومراده)** أقول: يعني مراد محمد رحمه الله قال المصنف: **(لأنه أمين فيه)** أقول: ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح.

تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن. قال: **(وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر)** أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا يتنزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور. قال: **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه)** قيل لا تحالف هاهنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع، إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى وهو

على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف، فلله دره في تدقيقه وتحقيقه **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور)** إلى هنا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف **(ومراده)** أي مراد محمد **(إذا كانت)** أي الجارية **(تساوي ألفاً)** يعني أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما إذا كانت قيمة الجارية ألفاً **(لأنه)** أي المأمور **(أمين فيه)** أي في الخصوص المزبور **(وقد ادعى الخروج عن عهد الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو)** أي المأمور **(ينكر)** والقول قول المنكر **(فإن كانت)** أي الجارية **(تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه)** أي الوكيل **(خالف)** أي خالف الآمر إلى شرّ **(حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر يتناول ما يساوي ألفاً)** وأيضاً فيه غبن فاحش **(فيضمن)** أي المأمور لأنه لا يملك أن يخالف الآمر إلى شرّ ولا أن يشتري بغبن فاحش **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإن لم يكن دفع إليه الألف)** واختلفا **(فالقول قول الآمر، أما إذا كانت قيمتها)** أي قيمة الجارية **(خمسمائة فللمخالفة)** ولتحقيق الغبن الفاحش كما مر آنفاً **(وإن كانت قيمتها ألفاً، فمعناه)** أي فمعنى قول محمد فالقول قول الآمر **(أنهما يتحالفان)** ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير: إن الجارية إذا كانت تساوي ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها، لأنه إن اشتراها بألف كان موافقاً للآمر، وإن اشتراها بأقلّ منها كان مخالفاً إلى خير، وكل ذلك يلزم الآمر، كذا في العناية وغيرها. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذاك؟ والجواب الذي أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتأمل. قال المصنف **(لأن الموكل والوكيل في هذا)** أي في هذا الفصل **(ينزلان منزلة البائع والمشتري)** للمبادلة الحكمية بينهما **(وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ)** يعني فإذا تحالفا يفسخ **(العقد الذي جرى بينهما)** أي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي **(فتلزم الجارية المأمور)** قيل هنا مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك؟ وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسمّ له ثمناً فاشتراه)** ووقع الاختلاف في الثمن **(فقال**

المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه. أجاب بقوله: **(وقد ذكر)** يعني محمداً **(معظم يمين التحالف وهو يمين البائع)** لأن البائع وهو الوكيل مدّع ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف. وأما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين، فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت على المدعي فعلى المنكر أولى قوله: **(والبائع بعد استيفاء الثمن)** جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما

قال المصنف: **(فالقول للآمر)** أقول: يعني لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولاً مع اليمين قال المصنف: **(لأنه خالف حيث اشترى الخ)** أقول: ولأن فيه غبناً فاحشاً فلا يلزم الآمر قوله: **(فمعنى قوله فالقول للآمر الخ)** أقول: وأنت خبير بأنه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه إذا كان بسببين مختلفين والكلام في وجود القرينة الصارفة فإنها ليست بظاهرة هنا كظهورها في المسألة الثالثة.

غائب، فاعتبر الاختلاف، وقيل يتحالفان كما ذكرنا، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف، وهذا قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر.

الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور) اشتريته (**بألف وصدق البائع**) أي بائع العبد (**المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه**) إلى هنا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف (**قيل لا تحالف هاهنا**) وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني (**لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو**) أي البائع (**حاضر**) فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد لزم الآمر فكذا هاهنا (**وفي المسألة الأولى هو**) أي البائع (**غائب فاعتبر الاختلاف**) لعدم ما يرفعه ووجب التحالف (**وقيل يتحالفان**) في هذه المسألة أيضاً وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي (**كما ذكرنا**) أي في المسألة الأولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، ولما استشعر أن يقال كيف قيل إنهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله (**وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع**) يعني أن محمداً اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف. وهو يمين البائع: أي المأمور لأنه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكماً، وإنما قال إن يمين البائع الذي هو المأمور معظم يميني التحالف لأنه مدّع هاهنا ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف، وأما المشتري وهو الآمر فمنكر، وعلى المنكر اليمين في كل حال، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين، ثم إذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلأن تجب على الآمر وهو المنكر أولى، كذا في الشروح. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط: هكذا ذكر المشايخ إلا أن فيه إشكالاً، لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك، فإن قوله إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (**والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما**) هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر: يعني أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معاً (**وقبله**) أي قبل استيفاء الثمن (**أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما**) أي بين البائع والموكل (**بيع**) فلم يكن كلامه معتبراً (**فلا يصدق عليه**) أي على الموكل (**فبقي الخلاف**) بين الآمر والمأمور فلزم التحالف. قال المصنف (**وهذا**) أي القول بالتحالف (**قول الإمام أبي منصور وهو أظهر**) وقال صاحب الكافي: وهو الصحيح، ولكن جعل الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح. قال الإمام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا: هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل، وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه، ويلزم العبد الوكيل لأن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله، فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: يرد على ظاهره أن وضع هذه المسألة فيما إذا لم يسمّ عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الإمام المحبوبي بعد ذلك هذا إذا تصادقا على الثمن؟ ويمكن الجواب بأن التصادق في الثمن خلاف التخالف فيه، فيصوّر بأن يتصادقا على تسمية الثمن المعين، وبأن يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلاً. وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث تسميته، والثاني هو المراد في قول الإمام المحبوبي.

وقبله أجنبي عن الموكل إذا لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبراً فبقي الخلاف والتحالف. قال المصنف (**وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر**) قال في الكافي: وهو الصحيح.

قال المصنف: (**وقد ذكر معظم يمين التحالف**) أقوله: ونظيره ما سيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله للبائع» قال المصنف: (**وهو أظهر**) أقول: وإنما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد بقي قوله مع يمينه بلا فائدة.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال: (وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه، فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقاً على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة، كذا في العناية وكثير من الشروح. واستشكله بعض الفضلاء بأن الكلام لا يتناول إلا للمسألة الأولى إن أريد الشراء وكالة، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسألتين معاً. وأما الاحتياج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضروري على كل حال، لأن المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك، إذ نفس الشراء مطلقاً ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعاً. ثم أقول في استشكال ما في الشروح: التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسألة الثانية، بل إنما يتمشى في المسألة الأولى لأن شراء العبد نفسه من مولاه إنما يصير إعتاقاً على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه. وأما إذا كان لغيره فلا. والتوكيل في المسألة الثانية إنما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل، فإن وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض، وإن خالف أمره فيكون شراؤه إعتاقاً على مال، ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسألة من مسائل فصل التوكيل بالشراء، إذ المسألة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لأن الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره. وأما التوكيل في المسألة الأولى فإنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد، فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقاً على مال معنى، وإن كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسألة دون الأخرى فكان قاصراً. قال في النهاية ومعراج الدراية: ثم إن الألف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الإضافة وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر إلى المسألة الأولى: أي توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه والأجنبي بالنظر إلى المسألة الثانية: أي توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقاً له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره في فصل على حدة. والتوكيل بشراء نفسه العبد من مولاه على وجهين: أن يوكل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى. وأن يوكل العبد رجلاً ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل. قال: (وإذا قال العبد لرجل الخ) إذا وكل العبد رجلاً بأن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه، فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حرّ والولاء للمولى، أما أنه حرّ فلأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قوله: (لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول: أي وكالة فيتناول المسألتين، إذ في الأول شراء نفسه بوكيل، وفي الثانية وكيل أيضاً إلا أنه خالف أمر الموكل، ولا يخفى عليك ما فيه، بل لا يتناول الكلام لا للمسألة الأولى إن أريد الشراء وكالة، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل. والأظهر أن يقال: لما كان تصرف الوكيل في هذه الوكالة شراء على تقدير وإعتاقاً على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر في فصل على حدة، وفي قوله من مولاه إعتاقاً على مال

فباعه على هذا فهو حرّ والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء **(وإن لم يعين للمولى فهو**

وقال في العناية: والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين: أن يوكل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى، وأن يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه. فالعبد في الأول موكل، وفي الثاني وكيل. وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل انتهى. أقول: تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسألتين على كلا التقديرين إنما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى، فالأوجه أن يقدر كل واحد من المضاف إليه والمتروك أمراً عاماً، مثل أن يقال: فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسألتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى)** أي من مولاي **(بألف ودفعها)** أي دفع العبد الألف **(إليه)** أي إلى الرجل الذي وكله **(فإن قال الرجل)** أي الوكيل **(للمولى اشتريته أي العبد لنفسه)** أي لنفس العبد **(فباعه على هذا)** أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه **(فهو حرّ)** أي فذلك العبد حرّ يعني صار حرّاً **(والولاء للمولى)** أي وولاء ذلك العبد للمولى **(لأن بيع نفس العبد منه)** أي من العبد **(إعتاق)** أي إعتاق على مال، والإعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق، وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله **(وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه)** أي عن العبد حيث أضاف العقد إليه **(إذ لا يرجع إليه الحقوق)** أي لا يرجع إلى المأمور حقوق العقد، لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولاً، ولا عهدة على الرسول، وإذا كان كذلك **(فصار كأنه)** أي العبد **(اشترى)** نفسه **(بنفسه)** أي بلا واسطة **(وإذا كان إعتاقاً)** أي وإذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقاً لذلك العبد **(أعقب الولاء)** أي أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد في هذه الصورة صار حرّاً

القبول من المعتق وقد وجد ذلك، لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه، وأما أن الولاء للمولى فلأنه إذا كان إعتاقاً أعقب الولاء للمعتق، وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري، لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن، وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة. فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمناً للعبد، فإنه أي الثمن في ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح. قال في النهاية: وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير: وفيما إذا بيّن الوكيل للمولى أن يشتريه للعبد هل يجب العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب، وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه. قلت: وفي كلام المصنف ما يشير إليه، فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل، وهذا **(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد)** يعني أن يوكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل؛ لأن العقدين: يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة، وفي الحالين: أي حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان، أما ما نحن فيه فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عساه لا يرضاه: أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب

الخ مسامحة فإن الإعتاق إنما هو بيعه من نفسه قوله: **(وكلام المصنف يتناولهما)** أقول: أي على سبيل البدل قوله: **(وجعل المصدر الخ)** أقول: والأولى أن يقدر المضاف إليه والمتروك كلاهما أمراً عاماً مثل أن يقول في توكيل شخص شخصاً أو أحد أحداً حتى يتناولهما كلام المصنف معاً على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم قوله: **(كان إعتاقاً بلا بدل)** أقول: لأن الألف المؤدي ملك المولى قبل الإعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلاً عن ملكه.

عبد للمشتري) لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذ لم يعين فيحافظ عليها. بخلاف شراء العبد نفيه لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له **(والألف للمولى)** لأنه كسب عبده **(وعلى المشتري ألف مثله)** ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء، بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد، أما هاهنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة

وكان ولاؤه للمولى **(وإن لم يعين للمولى)**أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **(فهو عبد للمشتري)** يعني صار ملكاً له **(لأن اللفظ)** أي لأن قوله اشتريت عبدك بكذا **(حقيقة للمعاوضة)** أي موضع للمعاوضة دون الإعتاق **(وأمكن العمل بها)** يعني أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها **(إذا لم يبين)** أي إذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لأجل نفسه **(فيحافظ عليها)** أي فيحافظ اللفظ على الحقيقة. فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. قلنا: قد أتى الوكيل هاهنا بجنس تصرف آخر، لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفاً للآمر فينفذ عليه، وستجيء الإشارة من المصنف إلى نظير هذا في المسألة الثانية **(بخلاف شراء العبد نفسه)** حيث يجعل للإعتاق لتعذر العمل بالحقيقة **(لأن المجاز)** وهو كون الشراء مستعاراً للإعتاق **(فيه)** أي في شراء العبد نفسه **(متعين)** لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالاً فصار شراؤه نفسه مجازاً عن الإعتاق، أو لأن نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره، والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازاً عن الإعتاق والمجوّز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر، والإعتاق يزيله لا إلى آخر **(وإذا كان معاوضة)** يعني إذا كان العقد معاوضة فيما إذا لم يعين للمولى **(يثبت الملك له)** أي للمشتري **(والألف للمولى)** أي والألف التي دفعها العبد إلى المشتري حين أن وكله تكون للمولى **(لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله)** أي مثل ذلك الألف **(ثمناً للعبد)** قوله ثمناً نصب على التمييز: أي من جهة أنه ثمن للعبد **(فإنه)** أي الثمن **(في ذمة)** أي في ذمة المشتري **(حيث لم يصح الأداء)** لأن المشتري أدّى تلك الألف إلى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمناً. قال في النهاية: وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضيخان: وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب. وينبغي أن تجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه انتهى. وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية: قلت وفي كلام المصنف ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل انتهى فتأمل **(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره)** أي من غير العبد بأن يوكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه **(حيث لا يشترط بيانه)** أي بيان الشراء: يعني لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل **(لأن العقدين)** يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل **(هناك)** أي في تلك الصورة **(على نمط واحد)** أي على نوع واحد وهو المبايعة، والنمط النوع والطريقة أيضاً **(وفي الحالين)**أي حال الإضافة إلى نفسه وحال الإضافة إلى موكله **(المطالبة تتوجه نحو العاقد)** فلا يحتاج إلى البيان **(وأما**

الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة، والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان، وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله. وقوله: **(ولا مطالبة على الوكيل)** هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة في بالعتق أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل. وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل. وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير. ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هاهنا. ووجه الأول وهو الصحيح أن الوكيل

على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر)** لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته، والبيع يردّ عليه من حيث أنّه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع، فإذا

هاهنا) أي فيما نحن فيه **(فأحدهما)** أي أحد العقدين **(إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل)** أي لا مطالبة في الإعتاق على الوكيل لأنه سفير **(والمولى عساه)** أي لعله **(لا يرضاه)** أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به **(ويرغب في المعاوضة المحضة)** أي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة **(فلا بد من البيان)** اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق، فإن محمداً رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل. وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل، وهكذا في وكالة الجامع الكبير. وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره، وهناك يصير هوالمطالب بتسليم الثمن فكذا هاهنا. وعن عيسى بن أبان قال: الصحيح أن الثمن على العبد لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر، فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر، وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل، ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والألف عليه إلى ذلك الأجل، والذي يلي قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك)** هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين يشملهما هذا الفصل، فمن وكل عبداً بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العبد العقد إلى موكله أو إلى نفسه، أو أطلق فإن أضافه إلى موكله **(فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل)** أي ففعل المولى ذلك **(فهو)** أي العقد أو العبد **(للآمر لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه، لأنه)** أي العبد **(أجنبي عن ماليته)** لأنها

من جانب العبد في عتقه سفير فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل. قال: **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك الخ)** هذه هي المسألة الثانية. ومن وكل عبداً بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العقد إلى موكله أو إلى نفسه أو أطلق، فإن أضافه إلى موكله بأن قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبيّ عن ماليته لأنها لمولاه، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح، وله عبارة ملزمة كالحرّ والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبيّ بشراء نفسه **(إلا أن ماليته)** يعني هو أجنبي عن ماليته إلا أنها بيده، حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة إليه. فإن قلت: الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليماً يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل إنه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز. أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مردّ له، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر، وفيه نظر، فإن مالية العبد أمر اعتيادي وكونها بيده كذلك، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس. والصواب أن يقال: القبض أمر حسّي إذا قام بمكان لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة، وأما مالية العبد فإنها لا تنفك عن نفسه، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت إليه، ولا حبس بعد التسليم قوله: **(فإذا أضافه إلى الآمر)** نتيجة الدليل. وتقريره: العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال، وكل من يصلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا

قال المصنف: (حتى لا يملك البائع الحبس) أقول: قال الزيلعي: لكونه قابضاً لنفسه بمجرد العقد، كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى. وفي الكافي: والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضراً في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير محلياً بين المبيع والمشتري فصار قابضاً له بنفس

أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر. **(وإن عقد لنفسه فهو حر)** لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون

لمولاه، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح **(والبيع يردّ عليه)** أي على العبد **(من حيث أنه مال)** لا من حيث أنه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه. قال شمس الأئمة: أما صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر، وإنما يصلح الحر أن يكون وكيلاً لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد **(إلا أن ماليته في يده)** استثناء من قوله **(لأنه أجنبي عن ماليته)** يعني أن مالية العبد في يد نفسه **(حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع)** فإنه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لأن ماليته في يده لكونه مأذوناً له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها **(لاستيفاء الثمن)** لكونها مسلمة إليه. قال تاج الشريعة: فإن قلت: الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس، كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز. قلت: الشرع لا يردّ بالمحال، وكون المالية هاهنا في يد العبد أمر حسي لا مردّ له، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر انتهى. أقول: كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه. أما السؤال فلأن قوله كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود، لأن حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لأنه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه، وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن، وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم إلى الموكل هناك فلا يكون نظيراً لما نحن فيه. فالوجه أن يقال: بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل. وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على ما مر: أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم إليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس. وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه إن حبسه، وصحة التنظير على القول الأول دون الثاني. وأما الجواب فلأن الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الأول أمر حسي لا مردّ له، والثاني أمر اعتباري، فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الأول مما لا يجدي طائلاً في قطع مادة السؤال المذكور، لأن خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطاً لحق الحبس بناء على كونه تسليماً ضرورياً لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه، وكون مالية العبد مما لا مردّ له إنما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا

أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالاً، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد له قياساً على حرّ توكل بشيء وفعله. وقوله: **(ففعل فهو للآمر)** يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت، وهو يخالف ما ذكره في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد؛ حتى لو قال للعبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفين فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي. فإن قلت إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن؟ أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد. فإن قلت: قد يكون محجوراً عليه ومثله لا

الشراء وصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فإنه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى. ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء ليتصور الحبس فإنه إذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالباً، لا لأن الحضور شرط لعدم الحبس قوله: **(لكونها مسلمة إليه)** أقول: يعني بالتخلية قوله: **(كما قلنا في قبض الوكيل)** أقول: يعني في الفصل السابق قوله: **(للوكيل حق الحبس عندنا)** أقول: خلافاً لزفر قوله: **(أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي)** أقول: أي بمنزلة الأمر الحسي لأنه في يده حقيقة فمآل هذا الجواب إلى ما استوجبه أيضاً. ويمكن أن يجاب عن قوله فإن قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدي إلى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له، بخلاف حبس الوكيل عن الموكل قوله: **(لا مرد له)** أقول: أي للحبس **(قوله فكان الأمر بالعكس)** أقول: إنما يكون كذلك لو كان قبض للموكل أمراً حسياً لا مرد له.

المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا

منع كون التسليم فيه مسقطاً لحق الحبس كما لا يخفى. وإنما تأثير الفرق المزبور بالنظر إلى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر إلى ما هو المقصود. قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب: وفيه نظر، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك، وقبض الوكيل أمر حسي لا مردّ له فكان الأمر بالعكس. والصواب أن يقال: القبض أمر حسي إذا قام بمكان لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة، فأما مالية العبد فإنها لاتنفك عن نفسه، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت إليه، ولا حبس بعد التسليم، إلى هنا كلامه.

أقول: في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث. أما في الأول فلأن الأمر الحسي الذي لا مردّ له إنما هو قبض الوكيل، والذي عدّاه تاج الشريعة في جوابه أمرا اعتبارياً إنما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل، وأين هذا من ذاك فلم يكن الأمر بالعكس كما لا يخفى. وأما في الثاني فلأنه إن أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الأمر فهو مع كونه ممنوعاً في نفسه مناف لما قاله سابقاً في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك، وإن أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فللمسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل؟ على أن حاصل هذا الجواب أيضاً الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز في الأول دون الثاني، فتعين التسليم هاهنا دون الأول، وهذا إنما يدفع منع تحقق التسليم هاهنا، وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطاً لحق الحبس لا منع تحقق التسليم هاهنا، لا يتم ما ذكره جواباً عنه، اللهم إلا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره، لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن إيفاء حق المقام. والأشبه في تقريب ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال: فإن قيل: وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وإن كانت يده كيد الموكل حكماً لأنه لا يمكن الاحتراز عنه. قلنا: لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات، ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بأن باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى **(فإذا أضافه)** أي أضاف العبد العقد **(إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر)** هذا نتيجة الدليل. تقريره أن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال، وكل من صلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالاً، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر. ثم اعلم أن قوله في الكتاب ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت، وهو يخالف ما ذكر في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت، وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما سيأتي فإنه إعتاق على مال مقدر، والواحد يتولى طرفي الإعتاق إذا كان المال مقدراً فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي. فإن قيل: إذا أضاف العبد العقد إلى الآمر فمن المطالب بالثمن؟ قلنا: العبد لأنه العاقد، فيجب الثمن عليه

ترجع إليه الحقوق. أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فإن المباشرة تستدعي تصوّر صحة المباشرة وهو إذن، وإن أضافه إلى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حرّ لأنه إعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فإن قيل: العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه؟ أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرّف آخر وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً فينفذ عليه كما تقدم، وإن أطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين: الامتثال وغيره، فلا يجعل امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه لأن الأصل في التصرف أن يقع عمن باشره.

لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه.

إلا أنه يرجع به على الآمر. فإن قلت: قد يكون العبد محجوراً عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق. قلت: زال الحجر هاهنا بالعقد الذي باشره مع مولاه، فإن المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو إذن **(وإن عقد لنفسه)** أي إن أضاف العقد إلى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت **(فهو حرّ لأنه إعتاق)** لما تقدم **(وقد رضي به المولى)** **لأنه** علم أن بيع العبد منه إعتاق **(دون المعاوضة)** أي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر. ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه. أجاب بقوله **(والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر)** وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً **(وفي مثله ينفذ على الوكيل)** فإن الوكيل بشراء شيء بعينه إذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل-دون الموكل كما تقرر فيما مر **(وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان)** أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك **(فهو حرّ لأن المطلق يحتمل الوجهين)** يعني الامتثال وغيره **(فلا يقع امتثالاً)** أي فلا يجعل امتثالاً **(بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه)** أي لأن الأصل في التصرف أن يقع عمن باشره. قال صاحب العناية: وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة. وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصوّرة ورضي المولى بذلك، وإليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى. أقول: هذا الجواب مما لا يكاد يصح هاهنا لأن الكلام الآن إنما هو في مسألة الإطلاق عن المولى المولى الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل والقرينة المذكورة إنما وجدت في مسألة الإضافة إلى نفسه، وقول المصنف وقد رضي به دون المعاوضة إنما وقع فيها وقد تقدم ذكرها، وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلاً. لا يقال: ليس المراد بالإضافة إلى نفسه التي عدّت قرينة هاهنا الإضافة المارة في المسألة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني، بل الإضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي، وهذه الإضافة موجودة في مسألة الإطلاق أيضاً. لأنا نقول: هذه الإضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز، إذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة، بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الإعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة، بل الثاني هو الظاهر نظراً إلى الحقيقة. وقال صاحب العناية: لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً. لأنا نقول: الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ، وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بصحيح إذ لا إضافة إلى نفسه فيما نحن فيه، لأن وضعه فيما

وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم؛ وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة. وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن

قوله: **(فينفذ عليه كما تقدم)** أقول: يعني في الفصل السابق قوله: **(وهي إضافة العبد للعقد الخ)** أقول: فيه أن الكلام في الإطلاق عن الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل قوله: **(ورضي المولى بذلك)** أقول: إن أراد رضى المولى مطلقاً فسلم لكن لا يصح أن يكون دافعاً للمعنى الحقيقي، وإن أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لأن رضاه بالإعتاق دون المعاوضة إنما يصح أن لو تعين المعنى المجازي إذا أطلق وهل النزاع إلا فيه **(قوله بذلك)** أقول: أي بالمعنى المجازي قوله: **(لأنا نقول الاحتمال إنما هو الخ)** أقول: فيه أن المعنى الحقيقي متعين من حيث اللفظ إذا قطع النظر عن القرينة قال المصنف: **(وكذا لو قال بعني نفسي الخ)** أقول: لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد، إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق. ولأنا نقول: الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقطا فيرجع إلى غرض المولى، فإنه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلق إعتاق، واقتصاره على إضافته إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليثبت له الولاء.

. . . .

أطلق ولم يضف إلى أحد فكيف يتصوّر الترجيح فيه من حيث الإضافة إلى نفسه. وأيضاً إن أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فأين توجد الإضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز؟ وإن أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها، وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئاً، لأن وضع المسألة في الإطلاق مجموع ما صدر عن العبد، إذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الإضافة فلا بد من خروج قيد الإضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الإطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور. وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الألباب. والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا: فإن قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق لأن اللفظ لحقيقته في الأصل، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل، وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولاً على حقيقته وهي المعاوضة، ولو وقع للعبد كان معمولاً بمجازه لأنه غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة. قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهراً وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض، أو نقول: لما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق لأنه تصرف مندوب إليه، والمعاوضة مباحة محضة انتهى.

حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضي المولى بذلك، وإليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة. لا يقال: فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً. لأنا نقول: الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ.

فصل في البيع

قال: (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة.

فصل في البيع

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء، ولم لم يذكر ذلك في الفصل المتقدم: منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجدّه الخ، فإن الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء. ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فإن الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء. ومنها قوله وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ، فإن الحكم فيه أيضاً حكم التوكيل بالشراء؛ فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة. ويمكن الجواب بنوع عناية فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له)** أي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه، صرح القدوري في مختصره بهذه الأمثلة، إلا أن المصنف قصد الإجمال فقال بدلها: ومن لا تقبل شهادته له. قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه. أقول: في تمثيله الثاني خبط ظاهر، فإنه تقبل شهادة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة. وأما إذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز وإن قال ذلك، كذا صرح به في المبسوط، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية **(وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)** قال بعضهم: تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء وإلا ففيه خلاف أيضاً. وقال صاحب النهاية: خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة، وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه إشارة إلا أنه لا يجوز عندهما أيضاً في الغبن اليسير، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة. ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقاً بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا

فصل في البيع

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع، وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع. قال: **(الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجدّه الخ)** إذا وكل شخصاً بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له إذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشبه عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة **(وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه)** وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز، وهو المذكور في شرح الطحاوي. وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقاً بمثل القيمة، ولا بد من تقرير الأقوال قبل الدلائل فنقول: عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك، وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي، وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما، وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات، غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب، وفي رواية المضاربة جائز. إذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في

فصل في البيع

قال المصنف: (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول: إذا كان البيع منهم بدين يسير لا يجوز على

وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع

تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، وإن كان بمثل القيمة؛ فعن أبي حنيفة روايتان، في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز، وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات. فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه. فإن قيل: ما وجه الفرق لأبي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوّز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل. أجيب بأن وجهه أن المضارب أعمّ تصرفاً من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه، وقد يكون نائباً محضاً في بعض الأحوال فلشبهه بالمستبدّ بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة، ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير، فأما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهماً في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وإن كان بمثل القيمة **(إلا من عبده أو مكاتبه)** فإنه لا يجوز عندهما أيضاً، قيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذي لا دين عليه لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه، فكان منه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإن العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى. أقول: نعم إن العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما إلا أنه يتعلق به حق الغرماء، حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبداً يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء، وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده؛ ولو أعتق من كسبه عبداً لا يعتق. ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضاً حتى يصير مولاه ممنوعاً عن أن ينزّعه من يده، ولهذ جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئاً من أكسابه وبيع مولاه منه شيئاً من أمواله عندهم جميعاً ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئاً من مولاه ولا يبيع مولاه شيئاً منه عندهم أصلاً، وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون، فقوله في المبسوط لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه، بخلاف العبد المديون. قال

جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق: أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجوداً والمانع منتف، لأن المانع هو التهمة ولا تهمة هاهنا؛ لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو المالية وليس شيء منهما بموجود. أما الأول فلأن الأملاك متباينة حيث يحلّ للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة، ولما حلّ له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فإن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع. وأما الثاني: فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه، وإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي، وإنما لم يجز من عبده: يعني الذي لا دين عليه لأنه بيع من نفسه، لأن ما في يد العبد لمولاه، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفيه كان مستزيداً مستنقصاً قابضاً مسلماً مخاصماً مخاصماً في العيب، وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة، وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لا تصح تبرّعاته ولا تزويج عبده

ما ذكر في شرح الطحاوي موافقاً لما في الهداية، وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب قوله: **(عند أبي حنيفة بمثل القيمة)** أقول: متعلق بقوله أن يعقد قال المصنف: **(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)** أقول: تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء، وإلا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح قوله: **(وعبارة الكتاب)** أقول: المراد منه قوله بمثل القيمة قوله: **(يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز)** أقول: إلا أن دليلهما يقتضي جوازه، فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة وإلحاق الغبن اليسير بمثل القيمة قوله: **(وعكسه غير جائز)** أقول: يعني بغبن فاحش قوله: **(كذلك)** أقول: يعني بلا خلاف.

منقطعة، بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب

المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما **(لأن التوكيل مطلق)** أي عن التقييد بشخص دون آخر، والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجوداً والمانع منتف، لأن المانع هو التهمة **(ولا تهمة هاهنا)** لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو من حيث إيثار المالية وليس شيء منهما بموجود؛ أما الأول فلما ذكره بقوله **(إذ الأملاك متباينة)** ألا يرى أنه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه، ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه **(والمنافع منقطعة)** لأن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع، وإذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث إيثار العين فلا تهمة. وأما الثاني فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه، فإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي **(بخلاف العبد)** يعني الذي لا دين عليه لما عرفت **(لأنه بيع من نفسه)** أي لأن بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه **(لأن ما في يد العبد)** أي ما في يد مثل ذلك العبد **(للمولى)** أي ملك خالص للمولى لاحق فيه للغير، فصار البيع منه بيعاً من نفسه، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفي البيع كان مستزيداً مستنقصاً قابضاً مسلماً مخاصماً مخاصماً في العيب، وفيه من التضادّ ما لا يخفى **(وكذا للمولى حق في كسب المكاتب)** حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده **(وينقلب حقيقة بالعجز)** يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد **(وله)** أي ولأبي حنيفة **(أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات)** يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة **(وهذا)** أي ما نحن فيه **(موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة)** أي فيما بينهم **(ولأن المنافع بينهم متصلة)** لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه **(فصار)** أي بيع الوكيل من هؤلاء **(بيعاً من نفسه من وجه)** فكان فيه تهمة إيثار العين. قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة هاهنا: ولأبي حنيفة القول بالموجب. أقول: ليس الأمر كذلك، لأن القول بالموجب على ما تقرر في كتب الأصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف، وهاهنا ليس كذلك لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك

وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد. ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب: يعني سلمنا أن التوكيل مطلق، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة، وهي موجودة هاهنا بدليل عدم قبول الشهادة، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إيثار العين. **فإن قيل:** ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل؟ أجيب بأن المضارب أعم تصرفاً من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك ربّ المال نهيه، كما إذا صار المال عروضاً فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظراً إلى جهة استبداده، والإجارة والصرف على هذا الخلاف؛ وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكان مما يوهم جوازهما مع هؤلاء، فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل. قال: **(والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض)** الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفاً، إذ

قوله: **(والمطلق يعمل بإطلاقه)** أقول: صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بأن الإطلاق ككلمة كل فتذكر قوله: **(لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين الخ)** أقول: أي من حيث إيثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث، بل الظاهر أن المراد إيثار نفسه بأحدهما قوله: **(أما الأول فلأن الأملاك متباينة الخ)** أقول: فلا نفع له في إيثار العين فلا تهمة قوله: **(ولا يحل له وطء جارية أبيه)** أقول: فيه بحث قوله: **(وأما الثاني فلأن التقدير الخ)** أقول: ولأنه إيثار لنفسه بالمالية، ثم إن المفهوم من تعليله أنه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد إيثار المالية لنفسه وليس كذلك، ولا مجال لحمل كلامه على إيثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر، لأن قوله وليس شيء منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه. والجواب أن المراد من قوله وليس شيء منهما: أي التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل.

حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه، والإجارة والصرف على هذا الخلاف. قال: (والوكيل بالبيع

وانقطاع المنافع. وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة، والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام، فلم يكن له من القول بالموجب في شيء. نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليماً للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى. قال المصنف **(والإجارة والصرف على هذا الخلاف)** يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما، كذا في الشروح. أقول: السلم أيضاً شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما، كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور: والسلم والصرف والإجارة على هذا الخلاف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة)** ويجوز بيعه بأجل غير متعارف أيضاً عنده، صرح به في الذخيرة وغيرها، ولقب هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع بما عزّ وهان وبأي من كان وإلى أيّ أجل كان متعارفاً وغير متعارف كذا قالوا **(وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه)** أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير **(ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير)** أي لا يجوز إلا بالنقود، وكذا لا يجوز بيعه عندهما إلا بأجل متعارف. قال في الذخيرة: وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال: إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد، فأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني، أو قال بع فإن الغرماء يلازمونني، أو قال بع فإني أحتاج إلى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى. قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما **(لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف)** أي بما هو متعارف بين الناس **(لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها)** أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات **(والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا)** أي ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها **(يتقيد التوكيل**

التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد الوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، وبالجمد بسكون الميم: ما جمد من الماء لشدة البرد، تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف، وبالأضحية بأيام النحر أو قبلها، كل ذلك من تلك السنة، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصي لا يملكانه، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل. ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق

قوله: **(يعني الذي لا دين عليه)** أقول: فيه تأمل، فإن العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة قوله: **(لأن الواحد إذا تولى طرفيه الخ)** أقول: ولأن فيه مانع التهمة وهو إيثار العين، لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينفي جوازه وإن صرح به الموكل، إلا أنه بقي فيه لأن الأب والوصي يتوليان طرفي العقد كما إذا اشترى الأب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه، وكذا الوصي، إلا أن يقال تعدد الجهة مجوز للاجتماع فليتأمل قوله: **(وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه)** أقول: الضمير في قوله مقابليه راجع إلى التقابل قوله: **(وهي موجودة هاهنا)** أقول: قوله وهي راجع إلى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة قال المصنف: **(ولأن المنافع بينهم متصلة)** أقول: هذا الدليل لا يجري في الأخير.

يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصيّ. وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع بالغبن أو

بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم، لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(والجمد)** بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر، كذا في الصحاح والديوان **(والأضحية بزمان الحاجة)** متعلق بيتقيد: أي يتقيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، وبشراء الجمد بأيام الصيف، وبشراء الأضحية بأيام النحر أو قبلها، كل ذلك من تلك السنة، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر **(ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه)** وهو ظاهر **(وهبة من وجه)** ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث، والأب والوصي لا يملكانه، وهو وكيل بالبيع دون الهبة **(وكذا المقايضة)** أي البيع بالعرض **(بيع من وجه وشراء من وجه)** لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء **(فلا يتناوله)** أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة **(مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصيّ)** لأن المطلق ينصرف إلى الكامل **(ولأبي حنيفة أن التوكيل بالبيع مطلق)** أي غير مقيد بشيء **(فيجري)** أي يجري المطلق **(على إطلاقه في غير موضع التهمة)** فيتناول كل ما يطلق عليه البيع. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولأبي حنيفة القول بالموجب: أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة. أقول: هذا أقبح مما قاله في المسألة الأولى، إذ لم يقل الخصم هنا قط إن التوكيل بالبيع مطلق، بل قال إن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف: يعني أن ما هو في صورة الإطلاق من الآمر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف، فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلاً للمنع أو التسليم، فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة هاهنا قولاً بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق. والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الأمر هاهنا مقيداً بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم إجراء المطلق على إطلاقه في غير موضع التهمة، وأن حاصل معنى قوله **(والبيع بالغبن أو بالعين)** أي العرض **(متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم)** أي السآمة **(من العين)** تنزل في الجواب من المنع المذكور: يعني سلمنا أن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف، لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها، وعند التبرم من العين، وفي هذا لا يبالي بقله الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركاً فلم يصلح حجة لأحد الخصمين على الآخر **(والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه)** أي من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم، وهي مسائل شراء الفحم والجمد والأضحية ليست بمسلمة على قول أبي حنيفة، بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه. وأما عند أبي حنيفة فهي على إطلاقها لا تتقيد بزمان

يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله: **(والبيع بالغبن)** تنزل في الجواب: يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف، لكن البيع بالغبن أو بالعين: أي العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها، وعند التبرم من العين وعند ذلك لايبالي بقلة الثمن وكثرته، فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لأحد الخصمين، بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته. والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف

قال المصنف: **(فتتقيد بمواقعها)** أقول: فيه بحث قوله: **(فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما)** أقول: قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو، وقوله كهو متعلق بقوله الحكم.

بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على

الحاجة. قال في غاية البيان: ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبي حنيفة أيضاً فنقول: إنما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء، والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحرّ وذلك يختص بالصيف، حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل، كذا قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف. وكذا التوكيل بالأضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى. وقال في الكافي: ولأنه مطلق في حق الوقت لا عامّ فلم يتناول إلا واحداً، وقد صار المتعارف مراداً فلم يبق غيره مراداً، فأما هذا فعام انتهى. وهكذا ذكر في الكفاية أيضاً **(وأنه)** أي البيع بالغبن **(بين من كل وجه)** جواب عن قولهما ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه: يعني لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه **(حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به)** أي بالبيع بغبن فاحش، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك. واعترض عليه بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع؛ ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الآمر. وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع بها عادة فلا يقع التوكيل عليه، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك. وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً، أما حقيقة فظاهر، وأما عرفاً فيقال بيع رابح وبيع خاسر، كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: في الجواب بحث لأن حاصله الإعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعاً لا حقيقة ولا عرفاً، فرد عليه أنه إن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من وجه فهو مسلم، لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه، وإن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من كل وجه فهو ممنوع إذ هو أول المسألة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه، ونحن بصدد الجواب عنه بمسألة اليمين، فإذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير إلى الأصل المتنازع فيه **(غير أن الأب والوصيّ لا يملكانه)** جواب عن سؤال مقدر تقريره لو

رحمه الله على ذلك الوجه. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك. واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الآمر. وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق، والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك. وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً، أما حقيقة فظاهر وأما عرفاً فيقال بيع رابح وبيع خاسر. فإن قيل: لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي. أجاب بقوله غير أن الأب والوصيّ لا يملكانه، ومعناه أن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهم ليسا مأمورين. سلمنا ذلك، لكن ليس أمرهما مطلقاً بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه، ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حدّ كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع، وكل ما صدق عليه هذا

قوله: **(لكن المطلق يجري على إطلاقه الخ)** أقول: الأوجه أن يوجه بأن التوكيل بالبيع مطلق، والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا في كتاب الأيمان، بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي، ولو سلم فالعرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتأمل. ثم أقول: صرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسألة إجماعية بأن العرف أملك فلا مخالفة لأن مراده ثمة العرف اللفظي لا العملي قوله: **(أو لغيرها)** أقول: مختص بالبيع بالغبن قوله: **(بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدعيه)** أقول: من قوله فتتقيد بمواقعها.

ما هو المروي عنه، وأنه بيع من كل وجه، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به، غير أن الأب والوصي لا يملكانه

كان البيع بغبن فاحش بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي: يعني أن الأب والوصيّ إنما لا يملكان البيع بغبن فاحش **(مع أنه بيع)** أي من كل وجه **(لأن ولايتهما)** أي ولاية الأب والوصيّ على الصغير **(نظرية)** أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وإيصال النفع إليه **(ولا نظر فيه)** أي في البيع بغبن فاحش **(والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه)** جواب عن قولهما، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه: يعني لا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه، بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه **(لوجود حدّ كل واحد منهما)**. قال صاحب العناية: وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع. قال: وكل ما صدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه. أقول: فيه خلل، أما أولاً فلأنه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع، وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري، والحدّ المذكور: أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب إنما هو حدّ البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما، فذلك بمعزل عن قوله لوجود حل كل واحد منهما. وأما ثانياً فلأن قوله وكل ما صدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحدّ حداً لكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعاً من كل وجه وشراء من كل وجه، إذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيع ولم يقل به أحد قط. واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر، فإن الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحدّ الشراء انتهى. أقول: هذا ساقط لأن باء المقابلة

الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه. ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلاً به إلى تحصيل ملك غيره له، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلاً إليه بإخراج ملكه، وكلاهما صادق على المقايضة، فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه، وبذلك يتميز البائع عن المشتري، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء، فيسقط ما قيل إذا كان بيعاً من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع، وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلاً بالشراء، وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق، فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة إلا إذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيراً كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه، ويجوز له أن يبيع بما عزّ وهان، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلاً لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله، فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظاً بعين البصيرة تحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى. قال: **(والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ)** الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش، لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه أو قد وجده خاسراً ألحقه بغيره على ما مر، حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه. وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله، فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش. وقال بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضاً، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّج موكله

قوله: **(أن كلامنا في الأمر المطلق الخ)** أقول: في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده قوله: **(وهو مبادلة المال بالمال الخ)** أقول: فيه نظر، فإن الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء. ثم إن أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف، وإن أراد أنه حد للمعنى الأعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بأن كل ما صدق عليه حد الحيوان إنسان من كل وجه فرس من كل وجه.

مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه، والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد

والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء، فإن المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت، وإنما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه. ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلاً به إلى تحصيل ملك غيره، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلاً إليه بإخراج ملكه، وكلاهما صادق على المقايضة انتهى. أقول: هذا هو الصواب، وإن كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفاً عنده، إلا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معاً فلا ينتقض بسائر البياعات، فإن صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر. ثم قال صاحب العناية: فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه، وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى. أقول: وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء، فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الأضداد يطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء، وصرّحوا به في أوّل كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضاً هناك بأن لفظ البيع من الأضداد لغة واصطلاحاً. وقال: يقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، وإذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين، وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين بإطلاق أحد ذينك اللفظين عليه، ولا شك أن ما هو من الأضداد يصح إطلاقه على كل من معنييه، على أن اتحاد معنيي البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد. وأما ثانياً فلأن البيع كما ينعقد بالإيجاب والقبول ينعقد أيضاً بالتعاطي كما تقرّر في البيوع، وفي صورة التعاطي لا يلزم إطلاق لفظ على شيء منهما، فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء. وأما ثالثاً فلأنه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعاً ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بأن المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه، بل هي حينئذ إما بيع وإما شراء لا غير. اللهم إلا أن يحمل المراد بكونها بيعاً وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد، وأما بعد

امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان. ثم بيّن الغبن اليسير والفاحش فقال: (**والذي لا يتغابن فيه مالاً يدخل تحت تقويم المقوّمين**) فيكون مقابله مما يتغابن فيه. قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب، فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل، وإن

قوله: (**وكلاهما صادق على المقايضة الخ**) أقول: بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور قوله: (**فالبيع والشراء يطلقان، إلى قوله: يخصه عليه**) أقول: قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع إلى البيع والشراء، والضمير في قوله يخصه راجع إلى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله عقد قوله: (**فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ**) أقول: ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار، ومهد به عذرا لاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال: يحتاج إليها كل متعلم، وبين اتحادهما بالذات بعض الأفاضل وهو مولانا معين الدين قوله: (**يتعين كل منهما بإطلاق لفظ الخ**) أقول: أي في المقايضة، بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود، فإن التعيين فيه لا يتوقف على إطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر قوله: (**وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه**) أقول: هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ، وقوله فيعتبر ذلك: يعني يعتبر البيع، وقوله ويترجح جانبه: يعني يترجح جانب البيع قوله: (**ولا يجوز له أن يبيع بالأكثر**) أقول: إذا باع بجنسه.

منهما. قال: (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس

صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف. ثم إنه فرّع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل هاهنا. ولما لم يصح الأصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضاً لأن صحة الفرع صحة الأصل كما لا يخفى. واعلم أن هاهنا أسئلة وأجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول: إن قيل من المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة، فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقع لزم هذا المحال. قلنا إنما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة، وليس كذلك فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه، وإنما قلنا هكذا لأن البيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس كل واحد منهما بأولى من الآخر في أن يجعل هو مبيعاً أو ثمناً، فجعل كل واحد منهما مبيعاً بمقابلة الآخر وثمناً بمقابلة الآخر. فإن قيل: لا نسلم عدم الأولوية في أحدهما لأنه لا بد من إدخال الباء في واحد منهما لتحقق إلصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الأثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعاً بحياله. قلنا: قد ذكر في أوائل كتاب البيوع أن الباء إنما تعين ما دخلت عليه بالثمنية إذا كان ذلك الشيء من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير، فإن الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل، والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل. أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة، فإن دخلت عليها الباء تتعين للثمنية؛ كما إذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة، وأما إذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضاً. ثم إن كلامنا هاهنا في بيع المقايضة وهي تنبىء عن المساواة يقال هما قيضان: أي مساويان، فكان كلا البدلين متعيناً فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، وإن دخلت الباء في أحدهما. فإن قيل: إذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعاً من كل وجه فمن أيّ وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده إذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش؟ قلنا: رجح هو جانب البيع استدلالاً بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض؛ ألا يرى أن حد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشترياً لنفسه، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه، فإن باعه بعرض يتوقف أيضاً، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. فإن قلت: كما أن كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرض نفسه مشترياً بالنسبة إلى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس أحد البدلين أولى من الآخر في جعله مبيعاً أو ثمناً، فجعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول أبي حنيفة في ظاهر الرواية خلافاً لرواية الحسن كما ذكره في الذخيرة والمبسوط، ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة؟ قلت: الفرق بينهما إنما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضاً، وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش إنما لا ينفذ على الموكل للتهمة، فإن من الجائز أنه عقد لنفسه، فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل، وهذا المعنى موجود هنا فإن الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط. وأما في بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة

قلّت الزيادة كالفلس مثلاً لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم، ولا حاجة هاهنا للعلم به فلا يدخل. وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر. وقيل الفاحش، ويساعده سوق الكلام في العروض «ده نيم» وفي الحيوانات «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده» فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً لزم الآمر، وإن زاد على ذلك لزم

في مثله) لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر، حتى لو كان وكيلاً بشراء

عرض الموكل، فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة. وذكر في الذخيرة أن الوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف، لأن الغبن على قول أبي حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد لأن الثمنية في الدراهم والدنانير أصل والعبرة للأصل فكان شراء من كل وجه، والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق، كذا في النهاية. قال صاحب العناية: ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلاً لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى. أقول: فيه نظر لأن موكله إنما لا يملك البيع بالأقل فيما إذا اتحد البدلان في الجنس، وأما إذا اختلفا فيه فيملكه قطعاً كما تقرر في كتاب الصرف. ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس، بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه، بل المسألة مصوّرة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه: وإن وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الآمر انتهى. فتلزم هذه الصورة قطعاً وتكفي في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب. ولعمري إن صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسألة عن سنن الصواب، وغبن في تصرفاته غبناً فاحشاً، ومع ذلك قال في آخر كلامه: فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظاً بعين البصيرة تحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها)** وهي الغبن اليسير **(ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)** وهو الغبن الفاحش. وقال في شرح الأقطع: وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير لعموم الأمر، كذا في غاية البيان. علل المصنف ما في الكتاب بقوله **(لأن التهمة فيه)** أي في الشراء **(متحققة فلعله)** أي فلعل الوكيل **(اشتراه)** أي اشترى الشيء الذي وكل به **(لنفسه)** أي لأجل نفسه **(فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره)** وهو الموكل **(على ما مر)** إشارة إلى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى. والتهمة في باب الوكالة معتبرة، ولأن الوكيل بالشراء يستوجب الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر، والإنسان متهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يعدله، ولهذا لو قال: اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن لا يقبل قوله، بخلاف الوكيل بالبيع، فإنه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله، ولأن أمره بالشراء يلاقي ملك الغير، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه، بخلاف البيع فإن أمره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولأن اعتبار العموم أو الإطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن، لأنه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير، وفي جانب البيع اعتبار العموم، والإطلاق ممكن لأنه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضي بزوال ملكه عنه. وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط **(حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا)** أي المشايخ **(ينفذ على الآمر)** أي

الوكيل، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته، ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلاً، والدرهم مال يحبس لأجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً، والنصف من النصفة فكان يسيراً

قال المصنف: **(والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها)** أقول: قال الإتقاني: قال الشيخ الإمام خواهر زاده: جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد، فأما ماله

شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة، ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق

ينفذ العقد على الآمر وإن كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة **(لأنه)** أي الوكيل **(لا يملك شراءه)** أي شراء ذلك الشيء المعين **(لنفسه)** وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش. وقال بعضهم: لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضاً كما في الذخيرة وغيرها **(وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه)** أي زوّج موكله **(امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده)** أي عند أبي حنيفة، ذكره محمد في الأصل في أول باب الوكالة في النكاح حيث قال: وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه فهو جائز، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد إذا زوّجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز، وإن زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه، وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته، ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشتري عبداً بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر، إلى هنا لفظ الأصل. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأنه)** أي الوكيل بالنكاح **(لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد)** أي في عقد النكاح **(فلا تتمكن هذه التهمة)** أي تهمة أن يعقد أولاً لنفسه ثم يلحقه بغيره **(ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد)** أي لا يضيفه إلى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان، يعني يجوز له الإطلاق ولا يجب عليه الإضافة إلى الموكل فتتمكن تلك التهمة. قال شيخ الإسلام خواهر زاده: جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدوابّ وغير ذلك؛ وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما، فإذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلاً **(قال)** في بيوع التتمة وبه يفتي **(والذي لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين)** هذا لفظ القدوري في مختصره. ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه. قال في الذخيرة: تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، والصحيح ما روي عن محمد رحمه الله في النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين فهو فاحش. قال: وإليه أشار في الجامع في تعليل مسألة الزكاة. قال المصنف: **(وقيل في العروض «ده نيم» وفي الحيوانات «ده يازده» وفي العقارات «ده دوازده»)** اعلم أن ظاهر سوق الكلام هاهنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش، لأن صريح ما ذكره سابقاً كان تفسيراً للغبن الفاحش، فإذا قال بعده: وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضاً تفسيراً للغبن الفاحش، وأما الذي يقتضيه

وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه، وكان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه، والله أعلم. قال: **(وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ)** وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على إطلاقه، واستوضح بقوله: ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده، فإذا باع النصف به أولى. وقالا: لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة

قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت. قال في بيوع التتمة: وبه يفتي انتهى. وقال الزيلعي: هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلساً واحداً انتهى قال المصنف: **(ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)** أقول: قال الزيلعي: وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى. وقد علم ذلك ضمناً في التوكيل بالشراء في شرح قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه قوله: **(أو قد وجده خاسراً الخ)** أقول: فيه أن المراد بعدم الموافقة في عبارة الهداية هو وجدانه خاسراً وإلا لا يكون دليلاً لمدعاه فلا وجه لكلمة أو، والظاهر أن أو تصحيف، والأصل إذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلاً لمدعاه فليتأمل.

العقد. قال: (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، وقيل في العروض «ده نيم» وفي

التطبيق لما عين في سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسيراً للغبن اليسير، وعن هذا كان الشراح هاهنا فرقتين: فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملاً للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه، ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر. وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة: وكان قوله وقيل معطوفاً على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، فإنه إذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبناً يسيراً. والحق عندي أن يكون تفسيراً للغبن اليسير لأنه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء. وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة، منهم الإمام البارع علاء الدين الإسبيجابي فإنه قال في شرح الطحاوي: وروي عن نصير بن يحيى أنه قال: قدر ما يتغابن الناس في العروض «ده نيم» وفي الحيوان «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده» انتهى. ومنهم الشيخ أبو المعين النسفي، فإنه قال في شرح الجامع الكبير: اختلف المشايخ في الحدّ الفاصل بين القليل والكثير: منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير، ومنهم من قال ذلك مفوّض إلى رأي القاضي. ومحمد قدّر في هذا الكتاب: يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب. حكى عنهم أنهم قدّروا اليسير في العقار بده دوازده، وفي الحيوان بده يازده، وفي العروض بده نيم انتهى كلامه. إلى غير ذلك من الأئمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسيراً للغبن اليسير. هذا وإنما كان التقدير في الأقسام المذكورة على الوجه المذكور (لأن التصرف يكثر وجوده في الأول) وهو العروض (ويقلّ في الأخير) وهو العقارات (ويتوسط في الأوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته، ثم إن عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلاً والدرهم مال يحبس لأجهل فقد لا يتسامح به في المماسكة فلم يغتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر فيه ضعفه، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا وكله) أي إذا وكل رجل رجلاً (ببيع عبد) أي ببيع عبد له، وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) إنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور، لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالإتفاق، ذكره في الإيضاح. قال المصنف (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجري على إطلاقه، ونوّر ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أي كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة (فإذا باع النصف به) أي بذلك الثمن (أولى)أي فهو أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن. وإنما قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما لكونه غبناً فاحشاً. فإن قيل: إنما جاز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شرّ فينبغي أن لا ينفذ على الموكل. قلنا: ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف، فإذا جاز هذا على قوله فلأن

فيحتاج إلى التفريق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفاً في التوكيل بالبيع. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ. وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادق ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه، وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق: أي إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف، والعرف فيه أن يشتري العبد جملة.

قال المصنف: (وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول: وكان ينبغي أن لا يجوز عنده أيضاً لأن الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشراء.

الحيوانات «ده يازده» وفي العقارات «ده دوازده»). لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في

يجوز ذلك وهو أهون أولى **(وقالا: لا يجوز)** أي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد **(لأنه غير متعارف)** يعني أن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المتعارف، وبيع النصف غير متعارف **(ولما فيه من ضرر الشركة)** لأنها عيب **(إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما)** أي الموكل والوكيل **(لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبض نقض البيع الأول تبين أنه)**أي البيع الأول **(وقع وسيلة)** إلى الامتثال **(وإذا لم يبع)** الباقي **(ظهر أنه)** أي البيع الأول **(لم يقع وسيلة)** إلى الامتثال **(فلا يجوز، وهذا)** أي كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة **(استحسان عندهما)** إذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف، كذا في معراج الدراية. وقال الزيلعي في التبيين: وقولهما استحسان، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله ا هـ. والمعنى الأول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن **(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل، لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً)** الشقص: الجزء من الشيء والنصيب، كذا في المغرب **(فإذا اشترى الباقي قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع)** أي شراء البعض **(وسيلة)** إلى الامتثال **(فينفذ على الآمر)** لأنه يصير كأنه اشتراه جملة. قال المصنف **(وهذا)** أي جواب هذه المسألة وهو كون الشراء موقوفاً **(بالاتفاق)** بين أئمتنا الثلاثة. ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، فقال أبو يوسف: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز. وقال محمد: إن أعتقه الوكيل جاز، وإن أعتقه الموكل لم يجز. فأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل؛ ألا يرى أنه لو أجاز صريحاً نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه، ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلاً بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلم ينفذ إعتاقه. ومحمد يقول: إنه قد خالف فيما أمره به، وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف، وقبل أن يشتريه بقي مخالفاً فإذا أعتقه الآمر لم يجز، كذا في النهاية والكفاية نقلاً عن الإيضاح **(والفرق لأبي حنيفة)** أي بين البيع والشراء **(أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر)** إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ: يعني أن التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية **(وآخر)** أي وفرق آخر لأبي حنيفة بين البيع والشراء **(أن الأمر بالبيع)** في صورة التوكيل بالبيع **(يصادف ملكه)**أي ملك الآمر **(فيصح)** أي الأمر بالبيع لولاية الآمر على ملكه **(فيعتبر فيه إطلاقه)** أي إطلاق الأمر **(والأمر بالشراء)** في صورة التوكيل بالشراء **(صادف ملك الغير)** وهو مال البائع **(فلم يصح)** أي الأمر بالشراء **(فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق)** أي تقييد الأمر وإطلاقه فيعتبر فيه

ولقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح. والجواب أن القياس يقتضي ذلك، ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام، فإن النبي ﷺ وكله بشراء الأضحية، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملاً بالدلائل بقدر الإمكان، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالاً للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى. قال:

قال المصنف: **(والذي لا يتغابن الناس الخ)** أقول: قال الإتقاني: قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير: ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن إدريس. حكي عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده، وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم، هذا كلامه انتهى. هذا مخالف لما في الهداية: فإن المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغبن الفاحش قوله: **(قال شيخ الإسلام: هذا التحديد فيما الخ)** أقول: هذا التحديد للفرق وإزالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش. فلا يرد أن قوله لأن هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لأن المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما، وإذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة إلى الفرق قوله: **(وقيل الغبن اليسير الخ)** أقول: أراد صاحب النهاية قوله: **(وهو الظاهر)** أقول: يعني من سائر الكتب قوله: **(ويساعده سوق الكلام)** أقول: يعني في الهداية والكافي قوله: **(في العروض)** أقول: مقول القول قوله: **(فإذا كان الغبن الخ)** أقول: توضيح للقيل الأول.

الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف. قال: **(وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)** لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع؛ ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى **(وقالا: لا يجوز)** لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة **(إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما)** لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما. **(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل)** لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن

المتعارف، والمتعارف فيه أن يشتري العبد جملة كذا في العناية، وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف. قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح: ولقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح. والجواب أن القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام، فإن النبيّ ﷺ وكله بشراء الأضحية، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملاً بالدلائل بقدر الإمكان، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالاً للقياس والعرف من كل وجه، والإعمال ولو بوجه أولى، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب شيء، وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل، فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالبيع أيضاً لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك. فإن قلت: لم يعمَل بالقياس في صورة الشراء، فلو لم يعمل بالعرف أيضاً لزم إبطال الدليلين معاً، بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الأمر فيها صادف ملك الآمر. قلت: لا تأثير لهذا الفرق هاهنا، لأنا إنما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقي الكلام في العرف، فلو جاز تقييد الإطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الإمكان لجاز تقييده به في صورة البيع أيضاً بناء على ذلك. وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني: إن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف، لأن الأمر وقع مطلقاً عن الجمع والتفريق. وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في مال الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه، ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر إطلاقه فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، وذلك يتأدّى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده انتهى. أقول: هذا القدر من البيان وإن كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف إلا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج إلى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً**

(ومن أمر رجلاً يبيع عبده الخ) ومن أمر رجلاً أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبضه فردّه المشتري على البائع بعيب، فإما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم يكن؛ فإن لم يكن، فإما أن يكون العيب ظاهراً والقاضي عاين البيع أو لم يكن، فإن كان الأول لا يحتاج إلى الحجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للردّ إليها، وإن لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج إليها لظهوره، وقد لا يكون العيب ظاهراً كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء أو الأطباء في توجه الخصومة، والردّ لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج إلى الحجة، وفي هاتين الصورتين الردّ على الوكيل ردّ على الموكل فلا يحتاج إلى ردّ وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية

قوله: **(فإذا باع النصف به أولى)** أقول: من أين علم أنه باع النصف به فإنه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن إلا أن يبني على الظاهر من الحال.

كل موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً، فإذا اشترى الباقي قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر، وهذا بالاتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر. وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق.

ببيع عبده فباعه) وسلمه **(وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه)** أي على البائع المشتري **(بعيب لا يحدث مثله)** أي لا يحدث مثله أصلاً كالأصبع الزائدة والسن الشاغية، أو لا يحدث مثله في مثل هذه المدة **(بقضاء القاضي)** متعلق بردّه: أي رده بقضاء القاضي، وهو احتراز عما إذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتي **(ببينة)** متعلق بقضاء القاضي أي قضائه ببينة المشتري **(أو بإباء يمين)** أي أو قضائه بإباء البائع عن اليمين عند توجهها إليه **(أو بإقراره)** أي أو قضائه بإقرار البائع **(فإنه)** أي البائع وهو المأمور **(يردّه)** أي يرد العبد الذي رد عليه **(على الآمر)** بلا حاجة إلى خصومة، إذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل. فإن قيل: إذا أقرّ الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار؟. قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان إجباراً على القبول، كذا في النهاية وكثير من الشروح. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: فإن قلت: إن كان الوكيل مقراً بالعيب يردّ عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة ذكره؟ قلت: الكلام وقع في الردّ على الموكل، فإذا كان الرد على الوكيل بإقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل، وإن كان عيباً لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة إذاً فافهمه واغتنمه، انتهى كلامه. أقول: هذا الجواب ليس بشاف، إذ هو لا يحسم عرق السؤال، لأن هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء. أي حاصلة بعد حصوله، وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء. يعني أن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات، ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة، وفيما إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة إلى القضاء رأساً فبأي سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة؟ فالجواب الشافي هو الأول لأن امتناع المقرّ بالعيب عن قبول المعيب يقتضي الاحتياج إلى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع)** إذ الكلام في عيب لا يحدث مثله **(فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج)** يعني البينة والنكول والإقرار. قال جماعة من الشراح: هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال: لما كان العيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج، بل ينبغي أن يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعاً بوجود هذا العيب عند البائع. فأجاب بأن قال: لم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج الخ. أقول: لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وإن كان صالحاً لأن يكون جواباً عن ذلك السؤال، إلا أن تفريع قوله

القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل، وإن كان بعيب يحدث مثله، فإن رده ببينة أو بإباء يمين فكذلك لأن البينة حجة مطلقة: أي كاملة فتتعدى، والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر، وإن رده بإقرار لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصر وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكول الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة وهي الإقرار قاصرة؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزمه،

(قال إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول: أراد به الاختصام إلى القاضي ونقض القاضي البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح، وقول المصنف قبل نقض البيع قوله: **(فلعله اشتراه لنفسه)** أقول: وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر قوله: **(وفرق آخر أن الأمر بالبيع الخ)** أقول: وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف في كله ملكه التصرف في بعضه أيضاً، والعرف العملي لا يصح مقيداً للفظ كمن قال لامرأته طلقي نفسك ثلاثاً فطلقتها واحدة حيث يصح، ومرت المسألة في الاختلاف في الشهادات بدليلها، ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف في الكل يتضمن تمليكه في

قال: **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه يرده على الآمر)** لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن

ولم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج على ما قبله بإدخال الفاء عليه يأبى ذلك جداً لأن منشأ السؤال ما سبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه؟ وكأن صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج. هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور. ثم لما جاء إلى تقرير الجواب قال: فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم الخ، فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج، لكن لا يجدي ذلك طائلاً، أما أولاً فلأنه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه إلى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانياً فلأنه لا مجال لإخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وإدخاله في التعليل السابق، لأن التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور. والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى. وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف إلى غير ذلك صرحوا بأن قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً الخ جواب عن ذلك السؤال، ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ، فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى **(وتأويل اشتراطها)** أي اشتراط هذه الحجج **(في الكتاب)** يعني الجامع الصغير **(أن القاضي يعلم أنه)** أي العيب المذكور **(لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه)** أي على القاضي **(تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج)** أي إلى واحدة منها **(لظهور التاريخ)** أي لأجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه **(أو كان عيباً)** إشارة إلى تأويل آخر: أي أو كان للعيب الذي يريد المشتري الردّ به عيباً **(لا يعرفه إلا النساء)** كالقرن في الفرج ونحوه **(أو الأطباء)** أي أو عيباً لا يعرفه إلا الأطباء كالدق والسعال القديم **(وقولهن)** أي قول النساء **(وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة)** للمشتري **(لا في الرد)** أي ليس بحجة في الرد على البائع **(فيفتقر)** أي القاضي **(إليها)** أي إلى الحجج المذكورة **(في الرد)** على البائع. أقول: في هذا التأويل نظر، إذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفاً، فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج والاحتياج، إلى التأويل إنما كان لأجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسألة أيضاً، إذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة إن كان ذلك بإقرار، لأنه لما لم يكن قول النساء ولا قول الأطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقراً إلى إحدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضاً كان قضاؤه على المأمور بإقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور إليها، فينبغي أن لا تتعدى إلى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتأمل. ثم إن صاحب الكافي زاد هاهنا تأويلاً ثالثاً وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال: ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا. أو علم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلاً، ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجج ليظهر التاريخ،

وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة. وإن كان الثاني، فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لا، فإن كان الأول وكان رده بإقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره، وعبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه لأنه

البعض فلم يمكن اعتبار الأمر فبقي اعتبار العرف العملي، الحمد لله على ما هدانا قوله: **(فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق)** أقول: لظهور أن اعتبار إطلاق الأمر وتقييده فرع عن صحة الأمر قوله: **(وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن)** أقول: ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل وإلا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيراً لا تتعلق به الحقوق، وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر **(قال المصنف: بعيب لا يحدث مثله)** أقول: أي في تلك المدة كما يفهم من المقابلة، يدل عليه قول القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة أشهر، وهذا أعم مما لا يحدث أصلاً أو يحدث لكن لا في تلك المدة.

قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج. وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ، أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الردّ فيفتقر إليها في الردّ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو ردّ على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّ وخصومة. قال: **(وكذلك إن ردّه عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين)** لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن

أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء كالقرن في الفرج ونحوه. وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة، ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر إلى هذه الحجج للرد انتهى، وذكره صاحب غاية البيان أيضاً. أقول: ذلك التأويل مما لا يرى له وجه صحة هاهنا، لأن الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله، والعيب الذي يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله، إذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده وإلا لما صح رده على البائع ولو بحجة، وإن المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري، فالذي يشتبه أنه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله وإلا لما اشتبه حاله، فإن ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة **(حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج)** أي القاضي **(إلى شيء منها)** أي من تلك الحجج **(وهو)** أي الرد على الوكيل **(ردّ على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّ وخصومة)** مع الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل قال: **(وكذلك إذا رده)** أي وكذلك الحكم إذا ردّ المشتري العبد **(عليه)** أي على الوكيل **(بعيب)** أي بسبب عيب **(يحدث مثله ببينة)** متعلق برده: أي رده عليه ببينة **(أو بإباء يمين)** أي بالنكول عن اليمين **(لأن البينة حجة مطلقة)** أي كاملة فتتعدى، كذا في العناية وهو الظاهر. وقيل: أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل، كذا في معراج الدراية أخذاً من الكافي **(والوكيل مضطر في النكول)** هذا جواب عن خلاف زفر في إباء عن يمين، فإنه قال: لو ردّ على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيئاً وباعه من غيره، ثم إن المشتري الثاني وجد عيباً فرده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه، فجعل هذا وما لو ردّ عليه بإقراره سواء في حق البائع، فكذا في حق الوكيل، ولكنا نقول: الوكيل مضطر في هذا النكول **(لبعد العيب عن علمه)** أي عن علم الوكيل **(اعتبار عدم ممارسة المبيع)** فإنه لم يمارس أحوال المبيع وهوالعبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذباً فينكل، والموكل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة **(فيلزم الآمر)** أي فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر، بخلاف ما إذا أقرّ فإنه غير مضطر إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الإقرار مختاراً لا مضطراً، وبخلاف المشتري الأول فإنه مضطر إلى النكول، ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره، كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(فإن كان ذلك)** أي الرد على الوكيل **(بإقرار)** أي بإقراره **(لزم المأمور)** أي لزم العبد المأمور وهو الوكيل **(لأن الإقرار حجة قاصرة)** فيظهر في حق المقرّ دون غيره **(وهو)** أي المأمور **(غير مضطر إليه)** أي إلى الإقرار **(لإمكانه السكوت والنكول)** برفع السكوت والنكول: يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالسكوت والنكول **(إلا أن له أن يخاصم الموكل)**

بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء، والبائع: أي الموكل ثالثهما. وإن كان الثاني والرد بإقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الأصل لأن الرد متعين، وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي إن رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رداً على الموكل. وفي عامة الروايات أنه لا يلزم الآمر، وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد في حق ثالث. وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان، ولم يذكر صورة الرد بالبينة

علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر. قال: **(فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور)** لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الردّ بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما، والردّ بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار؛ فمن حيث الفسخ كان له أن

يعني لكن للوكيل أن يخاصم الموكل **(فيلزمه ببينة أو بنكوله)** أي بنكول الموكل. قال بعض الفضلاء: لم يذكر الإقرار إذ لا فائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقراً بخلاف الوكيل انتهى. أقول: ليس هذا بتام، إذ يجوز أن يقرّ الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول؛ ففائدة الخصومة أن يجبره القاضي على القبول كما قالوا في إقرار الوكيل، على أنه يجوز أن يظهر إقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها، فلا معنى لقوله إذ لا فائدة في المخاصمة هاهنا إذا كان مقراً فتدبر **(بخلاف ما إذا كان الردّ)** أي الرد بإقرار الوكيل **(بغير قضاء)** يعني أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي بإقراره، وأما إذا كان ذلك بغير قضاء **(والعيب يحدث مثله)** فبخلافه **(حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه)** يعني الموكل **(لأنه)** أي الرد بالإقرار والرضا من غير قضاء **(بيع جديد في حق ثالث)** وإن كان فسخاً في حق المتعاقدين **(والبائع)** يعني الموكل **(ثالثهما)** أي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري. وقال صاحب غاية البيان: وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره، وكان ينبغي أيضاً أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو والآمر ثالثهما، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى. واعتذر عنه صاحب العناية بأن قال: عبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرّر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه انتهى **(والردّ بالقضاء فسخ)** هذا جواب سؤال وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلاً فيما إذا حصل الرد بإقرار الوكيل لكونه بيعاً جديداً في حق الموكل، فقال الردّ بالقضاء فسخ **(لعموم ولاية القاضي)** يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لأن القاضي يردّه على كره منه فيجعل فسخاً لعموم ولاية القاضي **(غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار)** يعني لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة وهي الإقرار فعملنا بالجهتين **(فمن حيث الفسخ)** أي من حيث أن الردّ بالقضاء فسخ **(كان له)** أي للوكيل **(أن يخاصم)** أي مع الموكل **(ومن حيث القصور في الحجة)** أي من حيث أن الإقرار حجة قاصرة **(لا يلزم الموكل إلا بحجة)** أي إلا بإقامة الوكيل الحجة على الموكل. قال صاحب العناية: وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في نهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب، لا حاجة حينئذ إلى قضاء لأنه لا محالة انتهى. أقول: فيه بحث، إذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله، وما قال في النهاية إنما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء، فإنه إذا أقرّ الوكيل

والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء. قال: **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد الخ)** إذا اختلف الآمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول للآمر لأن الأمر يستفاد من جهته، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا

قال المصنف: **(فيفتقر إليها)** أقول: قال الإتقاني: أي فيفتقر المشتري إلى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلاً برد المبيع انتهى. ولعله قصور قال المصنف: **(إن كان ذلك بإقرار لزم المأمور)** أقول: قال الكاكي: وإذا كان عيباً لا يحدث مثله فرده بإقراره بقضاء يكون رداً على الموكل باتفاق الروايات، لأن القاضي فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى. بقي هاهنا أمر وهو ما إذا كان علم القاضي للعيب القديم بإقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكاً للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشتري الرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضي بعيب ففي مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتأمل قوله: **(أو بنكول الموكل الخ)** أقول: لم يذكر الإقرار

يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة، ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في

بالعيب لم يبق هناك حاجة إلى قضاء، فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة، وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية، فإن للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش. ثم إن صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال، وأجاب عنه بأن قال: يمكن أن يقرّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان جبراً عليه على القبول انتهى. وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسألة، ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه، فإن فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المصنف في باب خيار العيب في مسألة رد المشتري الثاني على المشتري الأول بعيب بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين حيث قال هناك: ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة انتهى فتفكر. فإن قيل إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالإجارة، فإنه إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة في حق الموكل، فكذا هذا. قلنا: من أصحابنا من قال: لا فرق بينهما في الحقيقة لأن المعقود عليه في إجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار، ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر، فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الإجارة. وقال: شمس الأئمة السرخسي: وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين، وقال: إن فسخ الإجارة ليس بإجارة في حق أحد، لأن على إحدى الطريقتين الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع، فبعد الرّد بالعيب يمتنع الانعقاد إلا أن يجعل ذلك عقداً مبتدأ. وعلى الطريقة الأخرى العقد منعقد باعتبار إقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقداً مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء)** أي وكان الرد بغير قضاء **(بإقراره)** أي بإقرار الوكيل **(يلزم الموكل من غير خصومة في رواية)** أي في رواية كتاب البيوع من الأصل **(لأن الرد متعين)** وذلك لأنهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رداً على الموكل. قال في الكافي: فإذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة **(وفي عامة الروايات)** أي عامة روايات المبسوط **(ليس له)** أي للوكيل **(أن يخاصمه)** يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث **(والحق)** أي حق المشتري **(في وصف السلامة)** هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لأن الرد متعين: يعني لا نسلم أن الرد متعين لأن حق المشتري يثبت أوّلاً في الجزء الفائت وهو وصف السلامة **(ثم ينتقل)** بضرورة العجز عن ذلك **(إلى الردّ، ثم)** ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة في المبيع **(إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد)** وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحوّل إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع. قال

الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه؛ ولو قال وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف مدّعاه من الإطلاق؛ ولو اختلف المضارب وربّ المال في الإطلاق والتقييد فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل في البزّ وقال المضارب

إذ لا فائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقراً، بخلاف الوكيل قال المصنف: **(ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة)** أقول: وعدم الاضطرار إليه، وهذا مراد أيضاً كما يفهم من تقرير المصنف، وإلا فينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة النكول أيضاً إلا بحجة، لأن النكول حجة قاصرة أيضاً خصوصاً على أصلهما فإنه إقرار عندهما قوله: **(لأنه يقبله لا محالة)** أقول: إذ لا نسلم أنه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة قوله: **(ثم إنه ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع)** أقول: إذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشتري بعيب آخر.

وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا. قال: **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول قول الآمر)** لأن الآمر يُستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق. قال: **(وإن اختلف في ذلك المضارب وربّ المال فالقول قول المضارب)** لأن الأصل في المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق،

المصنف **(وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا)** يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية: ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة، ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحداً رآها. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور: وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها، وبين الروايتين تفاوت كثير لأن فيه نزولاً من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية. وكان الأقرب أن يقال: لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى. أقول: ولعمري إن رتبته لا تتحمل الإقدام على مثل هذا الكلام، لأن ما عدّه أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الإطلاع على الأدلة المذكورة فإنها تقتضي ما في إحدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل **(قال)** أي قال محمد في الجامع الصغير **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول قول الآمر)** يعني إذا اختلف الآمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً زائداً عليه فالقول قول الآمر **(لأن الأمر يستفاد من جهته)** أي من جهة الآمر. ومن يستفاد الأمر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود، وقد أشار إليه بقوله **(ولا دلالة على الإطلاق)** إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقاً ولا دليل على أحد الوجهين. على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه؛ ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ وكان مدعياً لما هو الأصل فيه فكان القول قوله **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإن اختلف في ذلك)** أي في الإطلاق والتقييد **(المضارب ورب المال)** فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئاً **(فالقول قول المضارب)** قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف هاهنا: فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل في البزّ وقال المضارب دفعت إليّ المال مضاربة ولم تقل شيئاً. أقول: هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسألة الجامع الصغير. فإن صورتها هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فاختلفا فقال ربّ المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه، وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئاً. قال القول قول المضارب الذي أخذ المال. انتهى لفظ محمد. قال المصنف في تعليل هذه المسألة **(لأن الأصل في المضاربة العموم)** يعني أن الأمر

دفعت إليّ المال مضاربة ولم تقل شيئاً فالقول للمضارب، لأن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة ربّ المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل في المضاربة العموم؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة، بخلاف ما إذا ادّعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لربّ المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفاً **(ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان)** متعارف، عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يتقيد بأجل متعارف **(والوجه)** من الجانبين **(تقدم)** في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافاً لهما **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)** قيل المراد

قوله: (قيل المراد، بالكفالة، إلى قوله: يرفع الأمر إلى حاكم يرى براة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلساً).

بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان عند أبي حنيفة، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم. قال: **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)** لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها

وإن كان مستفاداً من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق **(ألا ترى أنه)** أي المضارب **(يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة)** يعني أن المضاربة تصح عند الإطلاق ويثبت الإذن عاماً **(فقامت دلالة الإطلاق)** أي فقامت الدلالة على الإطلاق، فمن ادعى الإطلاق في المضاربة كان مدعياً لما هو الأصل فيها، فكان القول قوله **(بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة في نوع)** أي في نوع مسمى **(والمضارب في نوع آخر)** أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر **(حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل)** أي عقد المضاربة **(إلى الوكالة المحضة)** وفيها القول للآمر كما مرّ آنفاً **(ثم مطلق الأمر بالبيع)** في صورة الوكالة **(ينتظمه)** أي ينتظم البيع **(نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان)** متعارف عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها **(عند أبي حنيفة. وعندهما يتقيد بأجل متعارف)** حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده خلافاً لهما **(والوجه قد تقدم)** أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة الوكيل بالبيع، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف. قال صاحب الغاية: وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة في أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع)** أي الرهن **(في يده أو أخذ به)** أي بالثمن **(كفيلاً فتوى المال عليه)** أي على الكفيل **(فلا ضمان عليه)** أي على المأمور. قال الكاكي في معراج الدراية: فلا ضمان عليه: أي على الكفيل، وتبعه الشارح العيني. أقول: لا وجه له أصلاً، إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلاً عن الحكم بخلافه، وإنما الكلام في عدم الضمان على الوكيل إذ هو محل شبهة فهو مورد البيان؛ ألا يرى قول المصنف في تعليل المسألة **(لأن الوكيل أصيل في الحقوق)** أي في حقوق العقد **(وقبض الثمن منها)** أي من الحقوق **(والكفالة توثق به)** أي بالثمن **(والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء)** أي لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن **(فيملكهما)** أي فيملكهما الوكيل، فإذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه، ولو هلك الثمن في يده هلك أمانة فكذلك الرهن. وقيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصيل لا يبرأ. وقيل بل هي على حقيقتها، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين. وقيل التوى فيها بأن يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلساً، كذا في الشروح. واعلم أن القول الثالث هو الذي ذهب إليه صاحب الكافي حيث قال: فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل انتهى. وإن الإمام الزيلعي قد اختار ذلك، وزيف القولين الأولين حيث قال في التبيين: وفي النهاية المراد بالكفالة هاهنا الحوالة، لأن التوى لا يتحقق في الكفالة، وقيل الكفالة على حقيقتها، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين، وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هاهنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ

بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصيل لا يبرأ. وقيل بل هي على حقيقتها، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين، وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلاً ويرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلساً، وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل في الحقوق، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به،

والكفالة توثق به، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه.

كفيلاً أيضاً لم يتو دينه كما في الرهن، والتوى الذي ذكره هاهنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلاً أيضاً لتوى بموت من عليه الدين مفلساً، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلساً بل يرجع به على المحيل، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة. والأوجه أن يقال: المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذه الكفيل، وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلساً مثل أن يكون القاضي مالكياً ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلساً إلى هاهنا كلامه فتأمل **(بخلاف الوكيل بقبض الدين)** إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلاً فإنه لا يجوز **(لأنه)** أي الوكيل بقبض الدين **(يفعل نيابة)** أي يتصرف نيابة عن الموكل حتى إذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه **(وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن)** فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره **(والوكيل بالبيع يقبض)** أي يقبض الثمن **(أصالة)** لا نيابة **(ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه)** أي عن قبض الثمن، فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك، والمالك لو أخذ بالثمن رهناً أخذ به كفيلاً جاز فكذلك الوكيل بالبيع.

والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء، ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلاً فإنه لا يجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض.

أقول: قوله يرفع الأمر إلى حاكم: يعني إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصيل ولا يرى الرجوع على الأصيل بموت الكفيل مفلساً. ورجح الزيلعي القيل الثالث لأن المراد توى مضاف إلى أخذ الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلاً لم يتو دينه كما في الرهن ولا يتحقق ذلك في القيل الثاني، لأنه لو لم يأخذ كفيلاً لتوى بموت من عليه الدين مفلساً، وفي الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل.

فصل

قال: **(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر)** وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى **الرأي** كالبيع والخلع وغير ذلك، لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، والبدل وإن كان مقدراً ولكن التقدير

فصل

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما، كذا في الشروح. قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه: ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة، إلا أن يقال: يفهم هنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والإعتاق والإجارة، وهذا حسن انتهى **(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر)** هذا لفظ القدوري في مختصره. اعلم أن هذا الحكم فيما إذا وكلهما بكلام واحد بأن قال وكّلهما ببيع عبدي أو بخلع امرأتي، وأما إذا وكلتهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء: وإذا وكل رجلاً ببيع عبده ووكل آخر به أيضاً فأيهما باع جاز لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وهاهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر **(في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك)** أقول: فيه شيء، وهو أنه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في مختصره مقيداً بتصرف يحتاج فيه إلى الرأي لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور، وهي ما سوى الخصومة لأنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأي كما سيأتي التصريح به من المصنف، ومع ذلك لما تمم الجمع بين تلك الأمور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلاً بالنظر إلى التوكيل بالخصومة ومنقطعاً بالنظير إلى التوكيل بما سواها، وقد تقرر في كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، فالأظهر أن كلام القدوري هاهنا مطلق، وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأي، وما يحتاج فيه إلى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلاً بالنظر إلى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام. فإن قلت: ليس مراد المصنف أن كلام القدوري هاهنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر، بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه. قلت: حاصل المعنى هاهنا بملاحظة

فصل

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً ووضعاً **(وإذا وكل وكيلين، فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف)** لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقباً وإن كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الأحكام أو أحدهما صبي أو عبد محجور، إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببيع كذ أو بخلع كذا لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف قوله: **(والبدل وإن كان**

فصل

قوله: **(يعني أن أحد الوكيلين الخ)** أقول: لعله بيان لخلاصة المعنى، وإلا يكون الاستثناء منقطعاً بالنسبة إلى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية إليه، إذ المستثنى منه وهو كلام القدوري مطلق عن الاحتياج إلى الرأي كما لا يخفى.

لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. قال: **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة قال: **(أو بطلاق زوجته بغير عوض**

الاستثناء الآتي أن يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه، وهذا أخص مما ذكره المصنف، فبيان المعنى هاهنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كبير طائل كما لا يخفى. وقال المصنف في تعليل أصل المسألة **(لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما)** إذ لا يقال برأي أحدهما ما ينال برأيهما، حتى إن رجلاً لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز إلا أن يجيز الآخر. وفي المنتقي: وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز، وإن كان غائباً عنه فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة، كذا في الذخيرة. وذكر في المبسوط: لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضي ببيعه وحده حين ضم إليه رأي الآخر، ولو كانا حرّين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزاً لأن تمام العقد برأيهما، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لأنه ما رضي برأيه وحده **(والبدل وإن كان مقدراً)** هذا جواب شبهة، وهي أنه إذا قدّر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج إلى الرأي، فينبغي أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالإعتاق بغير عوض، فأجاب عنها بأن البدل وإن كان مقدراً **(ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري)** يعني أن تقدير البدل إنما يمنع النقصان لا الزيادة، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج إلى رأيهما من هذه الحيثية، وكذا يختار أحدهما المشتري الذي يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج إلى ذلك من هذه الحيثية أيضاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** هذا استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر: يعني أنّ أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده إلا في الخصومة، فإنه لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز،. وذكر في الفوائد الظهيرية: فإذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه في خصومته؟ بعض مشايخنا قالوا: يشترط، وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط، وإطلاق محمد يدل على هذا. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأن الاجتماع فيها)** أي في الخصومة **(متعذر للإفضاء إلى الشغب)** الشغب بالتسكين تهييج الشرّ، ولا يقال شغب بالتحريك، كذا في الصحاح **(في مجلس القضاء)** ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لأن المقصود فيه إظهار الحق وبالشغب لا يحصل، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة أحدهما **(والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة)** إشارة إلى دفع قول زفر، فإنه قال: ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل إنما رضي برأيهما. وجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفي بذلك **(قال)** أي القدوري في مختصره **(أو بطلاق زوجته بغير عوض)** هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أي أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض. فإن لأحدهما أن يطلقها بانفراده **(أو بعتق عبده بغير عوض)** أي أو أن يوكلهما بعتق عبده بغير عوض، فإن لأحدهما أن

مقدراً) جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما. ووجه ذلك أن البدل وإن كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة، فإذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختار أن من هو أحسن أداء للثمن. وقوله: **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر: يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأي إلا في الخصومة، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء. وقوله: **(والرأي يحتاج إليه سابقاً)** إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما، ووجه ذلك أن المقصود وهو

أو بعتق عبده بغير عوض أو بردّ وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض، وعبارة المثنى والواحد سواء، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما

يعتقه وحده **(أو يردّ وديعة عنده)** أي أو أن يوكلهما برد وديعة، فإن لأحدهما أن يردها منفرداً. قيد بردها، إذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منها أن يتفرد بالقبض، صرح به في الذخيرة. فقال: قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامناً لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة، لأن حفظ اثنين أنفع. فإذا قبض أحدهما صار قابضاً بغير إذن المالك فيصير ضامناً. ثم قال: فإن قيل: ينبغي أن يصير ضامناً للنصف، لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف. قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، وأما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه انتهى. وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة هاهنا. ولكن ما عزاه إلى الذخيرة. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية: وفيه كلام، وهو أن هذا إنما يتم فيما يقسم عند أبي حنيفة على ما سيجيء في الوديعة انتهى. أقول: ليس كلامه بشيء، إذ منشؤه الغفول عن قيد الإذن، فإن الذي سيجيء في الوديعة هو أنه إن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين انتهى. ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا إذن صاحبه في الوجهين معاً بلا خلاف، وأن لا يجوز ذلك بإذن الآخر أيضاً فيما يقسم عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وما ذكر في الذخيرة وفي العناية إنما هو فيما إذا قبض أحدهما الكل بغير إذن صاحبه، فهو تامّ في الوجهين معاً بالاتفاق **(أو بقضاء دين عليه)** أي أو أن يوكلهما بقضاء دين على الموكل، فإنّ لأحدهما الانفراد فيه أيضاً **(لأن هذه الأشياء)** يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض وردّ الوديعة وقضاء الدين **(لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو)** أي بل أداء الوكالة فيها **(تعبير محض)** أي تعبير محض لكلام الموكل **(وعبارة المثنى والواحد سواء)** لعدم الاختلاف في المعنى **(وهذا)** أي جواز انفراد أحدهما **(بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما، أو قال أمرها بأيديكما)** حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين **(لأنه)** أي لأن ما قاله لهما فيهما **(تفويض إلى رأيهما)** فلا بد من اجتماعهما، ونوّر ذلك بقوله **(ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس)** كما مر في باب تفويض الطلاق. وإذا كان تمليكاً صار التطليق مملوكاً لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر. قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة. وأجيب بأن

اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفي بذلك. وقوله: **(أو بطلاق زوجته بغير عوض)** وما بعده معطوف على المستثنى. فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز، وكذا بالعتق المفرد، وكذا إذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض، وعبارة المثنى والواحد فيه سواء؛ ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما كان قابضاً بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأمور بقبض النصف إذا كان مع صاحبه. وأما منفرداً فغير مأمور بقبض شيء منه. قوله: **(وهذا)** أي جواز انفراد أحدهما، **(بخلاف**

قوله: **(وجه ذلك أن المقصود الخ)** أقول: ناظر إلى قوله إشارة إلى دفع قول من قال الخ قوله: **(ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ)** أقول: أي نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم. ثم أقول: هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى، بل هذا ظاهر فيما لا يقسم قوله: **(لأنه مأمور بقبض النصف الخ)** أقول: بين فيما يقسم إذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالأولوية، ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأمور بقبض النصف أيضاً، وفي النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيعم الكلام قسمي الوديعة فافهم. ثم اعلم أن قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر.

لأنه تفويض إلى رأيهما؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس، ولأنه علق الطّلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما. قال: **(وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به)** لأنه فوّض إليه التصرّف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضي برأيه والناس

فيه إبطال حق الآخر، إذ بإيقاع النصف تقع تطليقة كاملة. فإن قيل: الإبطال هنا ضمني فلا يعتبر. وأجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما إلى الاجتماع. وقال بعض الفضلاء: قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضاً كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة، ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً انتهى. أقول: جميع مقدمات دليله على النقض سقيم، أما قوله فإنه تمليك أيضاً فلأنه خلاف المقرر، لأن قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك، وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال: وإن قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده، وله أن يرجع لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً اهـ. وأما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلأنه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله، وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً فلأنه خلاف المصرح به. ألا يرى إلى قول المصنف في أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق: ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع انتهى. وإلى قوله في أواسط فصل الأمر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى **(ولأنه)** أي الآمر **(علق الطلاق بفعلهما)** أي بفعل المأمورين **(فاعتبره)** صيغة أمر من الاعتبار **(بدخولهما)** أي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين: أي بدخولهما الدار مثلاً. يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعاً، حتى لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً، فكذلك هاهنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً. قال صاحب النهاية: قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجع إلى قوله طلقاها إن شئتما، وقوله لأنه تفويض إلى رأيهما راجع إليه. وإلى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه في جعل قوله، ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجعاً إلى قوله طلقاها إن شئتما كثير من الشراح؛ فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال: قوله ولأنه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها إن شئتما، ومنهم من أظهره في أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما، حتى لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً، فكذا هنا في قوله طلقاها إن شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً. أقول: وأنا لا أرى بأساً في إبقاء كلام المصنف هاهنا على ظاهر حاله، وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاماً للصورتين معاً بناء على أن التعليق كما يوجد في صورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما يوجد أيضاً في صورة إن قال لهما أمرها بأيديكما، وقد صرح المصنف في فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق بأن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق. وقال الشراح في بيانه: وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق انتهى. ولذلك لم أخصص قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما، بل شرحته بوجه يعم الصورتين معاً كما رأيته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به،**

ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما، أو قال أمرها بأيديكما، لأنه تفويض إلى رأيهما؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر، وإذا كان تمليكاً صار التطليق مملوكاً لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر، قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة. وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر. فإن قيل: الإبطال ضمني فلا يعتبر. أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله: **(ولأنه)** متعلق بقوله طلقاها إن شئتما، فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو

قوله: **(ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس الخ)** أقول: منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضاً كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل لاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً.

متفاوتون في الآراء. قال: **(إلا أن يأذن له الموكل)** لوجود الرضا **(أو يقول له اعمل برأيك)** لإطلاق التفويض إلى

لأنه) أي الموكل **(فوّض إليه)** أي إلى الوكيل **(التصرّف)** أي التصرف الذي وكل به **(دون التوكيل به)** أي لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه **(وهذا)** أي عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به **(لأنه)** أي لعلة أن الموكل **(رضي برأيه)** أي برأي الوكيل **(والناس متفاوتون في الآراء)** فلا يكون الرضا برأيه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشراً غير ما أمر به الموكل ولا تجوز. قال صاحب العناية: وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به، فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى من الأول. وأيضاً الرضا برأي الوكيل وردّ توكيله تناقض؛ لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه في رأي الأول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان. ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف، فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى. أقول: الجواب الذي ذكره إنما يدفع الوجه الأول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه، لأن قبول توكيل الأول وإن كان مناقضاً لظن الموكل، إلا أن ردّ توكيله أيضاً مناقض لرضا الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه، فما الرجحان في إيثار هذا التناقض على ذاك التناقض؟ ثم أقول في الجواب عن الوجه الثاني منه: إن الموكل إنما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الإجارة أو نحو ذلك، والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في ردّ توكيله، وإنما يصير ذلك تناقضاً لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقاً، ولهذا إذا أذن له الموكل في التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي. واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بأن الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأي والمدعي عام لغيره أيضاً. أقول: أصل الدليل أنه رضي بفعله دون فعل غيره، وللناس متفاوتون في الأفعال فيعم ما يعمه المدعي، إلا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال: لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء **(قال)** أي القدوري في مختصره **(إلا أن يأذن له الموكل)** استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، فإنه إذا أذن له في ذلك يجوز أن يوكل غيره **(لوجود الرضا)** أي لوجود الرضا حينئذ برأي غيره أيضاً **(أو يقول له)** عطف على يأذن له الموكل: أي أو إلا أن يقول للوكيل **(اعمل برأيك)** فيجوز أيضاً أن يوكل غيره **(لإطلاق التفويض إلى رأيه)** أي إلى رأي الوكيل فيدخل

التطليق، فيكون معتبراً بالطلاق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، فكذا هاهنا. فإن قيل: ففي قوله طلقاها أيضاً معلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما. أجيب بالمنع، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شئتما. فإن قيل: فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضاً إلى رأيهما. أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأي بخلاف الأمر باليد. قال: **(وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ)** وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به، والتوكيل ليس بتصرف فيه، قوله: **(وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء)** وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأياً من الأول. وأيضاً الرضا برأي الوكيل وردّ توكيله تناقض، لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه في رأي الأول لما وكله، فرد توكيله مع

قوله: **(فإن قيل فاجعله)** أقول: الضمير في قوله فاجعله راجع إلى قوله طلقاها في قوله فإن قيل ففي قوله طلقاها الخ قال المصنف: **(لأن رضي برأيه)** أقول: الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأي والمدعي عام لغيره أيضاً قوله: **(فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأياً الخ)** أقول: فيكون الرضا بتوكيله ثابتاً بطريق الأولى قوله: **(وأيضاً الرضا برأي الوكيل الخ)** أقول: لا يذهب عليك أنه إنما رضي برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون، وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فإنه ينبغي أن يحمل كلام الشارح على هذا قوله: **(لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه)** أقول: الضمير في قوله أو قويه راجع إلى قوله رأياً.

رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول، وقد مرّ نظيره في أدب القاضي. قال: **(فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز)** لأن

توكيله الغير تحت الإجازة. قال المصنف **(وإذا جاز في هذا الوجه)** أي إذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بأن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره **(يكون الثاني)** أي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل **(وكيلاً عن الموكل)** لا عن الوكيل الأول **(حتى لا يملك الأول)** أي الوكيل الأول: **(عزله)** أي عزل الوكيل الثاني **(ولا ينعزل)** أي الوكيل الثاني **(بموته)** أي بموت الوكيل الأول **(وينعزلان)** أي الوكيل الأول والوكيل الثاني **(بموت الأول)** أي بموت الموكل الأول **(وقد مر نظيره في أدب القاضي)** وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك، إلى أن قال: وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله. أقول: والعجب من الشراح هاهنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية أنهم قالوا في بيان ما مر نظيره في أدب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك، إلى أن قال: ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجازه الأول جازكما في الوكالة، فحققوا الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ما ذكره المصنف هنا إنما هو ما تركوه، وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه: وإذا فوّض إليه يملكه يصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله، وكأنهم إنما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة، لكن مراده بذلك إنما هو التشبيه بما سيأتي من أنه إن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى. بقي هاهنا بحث، وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الأول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لأن الإذن له في ذلك لا يقتضي الإذن له في العزل أيضاً، وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لأنهم صرحوا بأن قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره، وأنه إثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك، فحينئذ ينبغي أن يملك الوكيل الأول عزل الوكيل الثاني أيضاً بعموم وكالته عن الموكل الأول، وبكونه كالمالك بإثبات صفة المالكية له، كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه إذا فوض إليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف في محله. ويؤيد

الرضا برأيه مما لا يجتمعان. ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز قوله: **(إلا أن يأذن)** استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره أو أطلق التفويض إلى رأيه، وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول، وقد مر نظيره في أدب القاضي حيث قال: وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر ثمة، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور الرأي وقد حصل. قيل أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الإجازة صريحاً ذكره في الذخيرة، فما الفرق بينهما؟ وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال: محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير: إذا باع

قوله: **(أنه ظن لأثمة من يفوقه من هذا التصرف)** أقول: الظاهر أن يقال في هذا التصرف قوله: **(فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز)** أقول: يعني قبول توكيله جبراً من الشرع قال المصنف: **(حتى لا يملك الأول عزله)** أقول: فيه أنه ينبغي أن يملك عزله فيما إذا قال الموكل اعمل برأيك قوله: **(وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال: محمّد قال في الجامع الصغير الخ)** أقول: قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قاله في الجامع الخ خبره قوله: **(وعاد الوكيل الثاني فضولياً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة)** أقول: الضمير في قوله وعقده راجع إلى قوله فضولياً.

المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه. **(وإن عقد في حال غيبته لم يجز)** لأنه فات رأيه إلا أن

هذا ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: رجل وكل رجلاً بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله، ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل، حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني؛ ولو مات الموكل الأول أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان، ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني جاز عزله لأن الموكل الأول رضي بصنيع الأول وعزل الأول الثاني من صنيع الأول، إلى هاهنا كلامه. ولا يخفى أن الموكل الأول فيما نحن فيه أيضاً رضي بعمل الوكيل الأول برأيه، وأن عزل الوكيل الأول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله إياه. والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن وكل)** أي الوكيل **(بغير إذن موكله فعقد وكيله)** أي وكيل الوكيل **(بحضرته)** أي بحضرة الوكيل الأول **(جاز)** أي جاز العقد **(لأن المقصود)** أي مقصود الموكل الأول **(حضور رأي الأول)** أي حضور رأي الوكيل الأول **(وقد حضر)** أي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد. قال صاحب النهاية: فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه فإنه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه، بل لا بد من الإجازة صريحاً كما ذكر في الذخيرة والمبسوط. قلت: ما ذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الأول محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة، هكذا ذكر في الذخيرة. وقال: ثم إن محمداً رحمه الله قال في الجامع الصغير: إذ باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة الأصل وشرط إجازته فقال: إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول جاز. وحكي عن الكرخي أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، فكان يحمل المطلق على المقيد، وإلى هذا ذهب عامة المشايخ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة، ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته، لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملاً، كذا هاهنا. ومتى أجاز فإنما يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولى. ومنهم من يجعل في المسألتين روايتين. وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع

الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكره في وكالة الأصل في موضع، وذكر في موضع آخر منها وشرط إجازته قال إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز. حكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، فكان يحمل المطلق على المقيد، وإلى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم، وعاد الوكيل الثاني فضولياً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة، ومنهم من جعل في المسألة روايتين، ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر. ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة، بخلاف الغيبة، وعلى هذا أحد وكيلي البيع، وفيه نظر. أما فيما نقل عن محمد رحمه

قوله: (وهو أصل) أقول: الظاهر أن يقال وهو حاصل قوله: (وفيه نظر، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصاً الخ) أقول: أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الأول عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما. نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره فتأمل. ثم أقول: لا يخفى عليك أن مآل ما ذكره تخطئة مشايخنا في مثل ذلك الأمر الذي لا يخفى على أصاغر الطلبة، والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن في أثناء تقرير دليل المسألة أو غيره، بل الظاهر أن ما ذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها وأوجزوها قوله: (فلأنه

يبلغه فيجيزه **(وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه)** لأنه حضر رأيه **(ولو قدّر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز)** لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن، لأنه لما

الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لتعرّي العقد عن رأي الأول، ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الأول، وعلى هذا أحد وكيلي البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة فباع بحضرته، في رواية لا يجوز إلا بإجازته، وفي رواية يجوز من غير إجازته انتهى، واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب: وفيه نظر، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب، فأجاز الوكيل، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود وهو الرأي وقد حضر كما ذكره انتهى. وأجاب بعض الفضلاء عن نظره بما نقل عن محمد حيث قال: أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما. نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى. أقول: وفيه نظر، لأنه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف، كما في قولك: زيد فاضل فأكرمه، ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه؛ ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفاً على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقاً بكل من قيدى المعطوف عليه: أعني قوله والوكيل الأول حاضر أو غائب، إذ قد تقرر في محله أن العطف على مقيد بشيء إنما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما إذا كان القيد مقدماً على المعطوف عليه، كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً، وقولنا إن جئتني أعطك وأكسك، وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء، وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى، فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط. ثم قال صاحب العناية: ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين، والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك، فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه انتهى. قال المصنف **(وتكلموا في حقوقه)** أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الأول: يعني إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون؟ لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه. قال الإمام المحبوبي: منهم من قال العهدة على الأول لأن الموكل إنما رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني، ومنهم من قال العهدة على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول، والثاني كالوكيل للموكل الأول، حتى لو مات الموكل الأول ينعزل الوكيل الثاني بموته، ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الأول، كذا في الملتقط. وقال في الذخيرة: ثم إذا باع أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من؟ لم يذكر محمد رحمه

الله فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود هو الرأي، وقد حضر كما ذكره. وتوجيه كونه فضولياً في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه مأمور من الموكل في الجملة، بخلاف وكيل الوكيل، ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين. والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضاً لا محالة، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا

معارض بأن المقصود الخ) أقول: وإذا تعارضا تساقطا وبقي كون الأصل في التوكيل الخصوص سالماً عن المعارضة فلا يجوز بلا إجازة فتأمل قوله: **(وتوجيه كونه فضولياً، إلى قوله: بخلاف وكيل الوكيل)** أقول: هو غير مأمور بالتصرف استقلالاً فيكون في تصرفه كذلك فضولياً؛ ألا ترى أن أحدهما إذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق في الصحيفة السابقة.

فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه، أما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن. قال: **(وإذا زوج المكاتب أو العبد**

الله هذا الفصل في الجامع الصغير، وذكر البقالي في فتاواه أن الحقوق ترجع إلى الأول، وفي حيل الأصل والعيون أن الحقوق ترجع إلى الثاني انتهى. وقال في فتاوى قاضيخان: فإن وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز، وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض، وذكر في الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى **(وإن عقد)** أي الوكيل الثاني **(في حال غيبته)** أي في حال غيبة الوكيل الأول **(لم يجز)** أي لم يجز العقد **(لأنه فات رأيه)** أي رأي الوكيل الأول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه **(إلا أن يبلغه)** أي إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الأول **(فيجيزه)** أي فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه **(وكذا لو باع غير الوكيل)** أي وكذا يجوز لو باع الأجنبي **(فبلغه)** أي فبلغ خبر البيع الوكيل **(فأجازه)** أي فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر **(لأنه حضره رأيه)** أي بإجازته **(ولو قدّر الأول)** أي الوكيل الأول **(الثمن)** أي ثمن ما أمر ببيعه **(للثاني)** أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير إذن موكله بأن قال له بعه بكذا **(فعقد بغيبته)** أي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدّر بغيبة الأول **(يجوز)** أي العقد **(لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً)** إنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه **(وقد حصل)** أي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأي. واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن إنما يمنع النقصان لا الزيادة، فلو باشر الأول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته. قال المصنف **(وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن)** فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار **(لأنه لما فوّض إليهما)** أي لأن الموكل لما فوّض الرأي إلى الوكيلين **(مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري)** الذي لا يماطل في تسليم الثمن **(على ما بيناه)** إشارة إلى قوله فيما مر والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **(أما إذا لم يقدّر)** أي الموكل **(الثمن وفوّض إلى الأول)** أي وفوض الرأي إلى الوكيل الأول **(كان غرضه)** أي غرض الموكل **(رأيه)** أي رأي الوكيل الأول **(في معظم الأمر)** أي معظم أمر عقد البيع **(وهو التقدير في الثمن)** وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح، والعادة جرت في الوكالة أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول، فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضاً كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري، فكيف يتم أن يقال هاهنا: فبعد ذلك

لجواز أن يكون سكوته غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه. هذا ما سنح لي في هذا الموضع، والله أعلم بالصواب. قوله: **(وتكلموا في حقوقه)** يعني إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون؟ لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وتكلم المشايخ رحمهم الله في ذلك؛ فمنهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني. ومنهم من قال على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول، والثاني كالوكيل للموكل الأول، حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني **(وإن عقد الثاني في غيبة الأول لم يجز)** لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه، كما لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه بحضور رأيه، ولو قدّر الوكيل الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل التقدير، وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف

قوله: **(حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني)** أقول: فيه نظر، إذ يقال ثبت العرش ثم انقشه ٧.

أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف في مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية؛ ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى

لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع)**أي أو باع واحد منهم **(أو اشترى لها)** أي الصغيرة الموصوفة المذكورة **(لم يجز)** أي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة. قال المصنف **(معناه)** أي معنى قول محمد: أو باع أو اشترى لها **(التصرف في مالها)** أي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء، وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين: أحدهما أن يشتري لها شيئاً من مال نفسه، والآخر أن يشتري لها بمالها. ولما كان الأول جائزاً لا محالة كان المراد هاهنا هو الثاني. وقال في تعليل المسألة **(لأن الرقّ والكفر يقطعان الولاية)** يعني أن التصرفات المذكورة من باب الولاية، والرقّ في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية **(ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره)** يعني إذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الأولى، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة **(وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم)** لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] **(حتى لا تقبل شهادته)** أي شهادة الكافر **(عليه)** أي على المسلم **(ولأن هذه)** أي هذه الولاية **(ولاية نظرية)** أي ولاية ثابتة نظراً للضعفاء والصغار لعجزهم **(فلا بد من التفويض)** أي تفويض هذه الولاية **(إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر)** بالقدرة والشفعة **(والرقّ يزيل القدرة)** قال الله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] **(والكفر يقطع الشفقة على المسلم)** كما لا يخفى **(فلا تفوّض إليهما)** أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية إلى العبد والكافر. قال الشارح العيني: وفي بعض النسخ: إلى العاقد المشفق مكان القادر المشفق، وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلاً. وقال: وفي بعض النسخ إلى القادر مكان العاقد. أقول: وأنا لم أر نسخة إلى العاقد قط ولم أجد لها وجهاً هاهنا، إذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: **(والمرتدّ إذا قتل على ردّته والحربي كذلك)** أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله. قال الشراح: إنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتدّ بالبيع والشراء ونحوهما نافذة، وإن قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فإنها موقوفة

رحمه الله، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدير المعين لذكائه وهدايته، وإنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار، لأنه لما فوّض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة، واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. وأما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن، وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح، والعادة جرت في الوكالات أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول، فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة. قال: **(وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته)** إذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرّة أو باع أو اشترى لها. يعني تصرف في مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك، وإنما احتاج إلى التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه، وذلك جائز لا محالة لأن التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية

قوله: (فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه الخ) أقول: اختيار المشتري أيضاً من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الأول الثمن تكون النيابة في مجرد العبارة.

النظر، والرقّ يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما. قال أبو يوسف ومحمد: **(والمرتدّ إذا قتل على ردته والحربي كذلك)** لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية، وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح.

بالإجماع. **أقول**: قد أدرج في قولهما الحربي أيضاً، والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعاً فلا يتم **(لأن الحربي)** وإن كان مستأمناً **(أبعد من الذمي)** لأن الذمي صار منا داراً وإن لم يصر منا ديناً، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام وهو الجزية، بخلاف الحربي فإنه لم يتحقق في حقه شيء من الأصل والخلف **(فأولى بسلب الولاية)** أي فالحربي أولى بسلب الولاية: يعني إذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها **(وأما المرتدّ فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(لكنه)** أي لكن تصرفه **(موقوف)** أي موقوف على إسلامه؛ إن أسلم صح، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل **(على ولده ومال ولده)** متعلق بما يرجع إليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية: يعني لكن تصرفه: أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على إسلامه **(بالإجماع)** متعلق بقوله موقوف. **أقول**: لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف هاهنا تعقيداً قبيحاً واحتياجاً إلى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به. وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلاً مع تقيدهم بكثير من الأمور الجزئية البينة في مواضع شتى. فحق العبار هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وأما المرتدّ فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع **(لأنها)** أي لأن ولاية الأب على ولده ومال ولده **(ولاية نظرية وذلك)** أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال ذلك مشترك **(باتفاق الملة)** أي بسبب اتفاق الملة بين الأب والولد **(وهي)** أي الملة **(مترددة)** في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوّ الوجود لأن المرتدّ مجبور عليها فيجب التوقف **(ثم تستقرّ جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل)** أي تصرفه **(وبالإسلام)** أي بالعود إلى الإسلام **(يجعل)** أي المرتدّ **(كأنه لم يزل مسلماً فيصح)** أي تصرفه. **أقول**: بقي في هذا المقام شيء، وهو أن ما ذكره من قوله وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته إلى هاهنا ليس من مسائل الوكالة قط، وقد وجد ذكره مرة في باب الأولياء والأكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه: ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى. فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة.

مع الكفر والرقّ. أما الرقّ فلأن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وهو محجور عن التصرف المالي إلا بتوكيل من غيره وليس بموجود. وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ولهذا لا تقبل شهادته عليه، ولأنها ولاية نظرية وهي تحتاج إلى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر، والرقّ يزيل القدرة. والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: والمرتدّ إذا مات على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي وإن كان مستأمناً، لأن الذمي صار منا داراً وإن لم يصر منا ديناً، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام دون الحربي، فإذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى. وأما المرتدّ فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع إن أسلم جاز، وإلا فلا لأنها ولاية نظرية، وذلك أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة، والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوّة الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف، فإن قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده، وإن أسلم جعل كأنه لم يزل مسلماً فصحت. ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتدّ خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وإن كانت المسألة بالاتفاق.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال: **(الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** عندنا خلافاً لزفر. **هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة**

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعاً فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور، كذا في العناية. وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضاً. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث، لأنا لا نسلم ذلك، كيف وقد وقعت من رسول الله ﷺ والصحابة رضي الله تعالى عنهم[1]، وانظر إلى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها ا هـ. أقول: هذا ساقط جداً لأن المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا فتفشلوا﴾ [الأنفال: ٤٦] وإنما شرعت ووقعت من الأشراف باعتبار كونها مجازاً عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلاً ومشروحاً، وقد وقع التصريح به هاهنا أيضاً في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا: لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا فتفشلوا﴾ [الأنفال: ٤٦] حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازاً أخّر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعاً بل هو مقرر على حقيقته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً، فإن الإمام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً وكيل بالقبض **(عندنا)** أي عند علمائنا الثلاثة، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(خلافاً لزفر)** فإنه يقول: الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض، وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد، وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا **(هو)** أي زفر **(يقول)** إنه **(رضي)** أي الموكل **(بخصومته)** أي بخصومة الوكيل **(والقبض غير الخصومة)** لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحقوق والقبض فعل حسي **(ولم يرض به)** أي ولم يرض الموكل بالقبض إذ يختار للخصومة في العادة ألخ الناس وللقبض آمن الناس، فمن يصلح للخصومة ملك من لا يرضى بأمانته عادة **(ولنا أن من ذلك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض)** يعني أن الوكيل بالشيء مأمور بإتمام ذلك الشيء، وإتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة باقية ما لم يقبض، وذلك لأنه ما لم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل، ويحتاج إلى المرافعة بإثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعاً فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور. قال: **(الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض: أي بقبض الدين والعين **(خلافاً لزفر رحمه الله. وهو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة)** لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسي **(ولنا أن الوكيل ما دام**

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قوله: **(لأن الخصومة تقع)** أقول: أي قد تقع **(أو لأنها مهجورة شرعاً)** أقول: قوله أو لأنها مهجورة معطوف على قوله لأن الخصومة الخ فيه بحث لأنا لا نسلم ذلك، كيف وقد وقعت من رسول الله ﷺ والصحابة، وانظر إلى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها قوله: **(لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسي)** أقول: فيه نظر قوله: **(ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه.

---

(١) تقدم في أوائل باب السلم، وأنه منتزع من حديثين.

ولم يرضى به. ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن

ضمناً كذا قرره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط والأسرار. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية، وقال صاحب العناية في تقريره: ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به، وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب اهـ. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قوله: ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه. أقول: ليس هذا بشيء، فإن منشأه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلاً في قوله إن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به، إذ لا شك أن الوكيل ما دام ثابتاً على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به وإلا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعاً، ومعنى ما ذكره في أوائل كتاب الوكالة أن الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوّض إليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل إياه أو عزل الوكيل نفسه وإعلامه الموكل، ثم ردّ عليه أيضاً ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض بأنه إن أريد قبض الوكيل فغير مسلم، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم، ولكن لا يترتب عليه مطلوبه. أقول: المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل، ويترتب عليه مطلوبه قطعاً بمقتضى مقدمته القائلة: وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأنه لما فوض الموكل الخصومة إلى الوكيل والتزم الوكيل إقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة إلا به وهو القبض فملكه الوكيل قطعاً ووجب عليه القيام به ما دام على وكالته (**والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال**) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة. أما نصاً فظاهر، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد أيضاً، كذا ذكره الإمام المحبوبي في جامعه، وذكر في الشروح أيضاً إلا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك: وفيه نظر، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. قال المصنف: (**ونظيره**) أي نظير الوكيل بالخصومة (**الوكيل بالتقاضي**) فإنه (**يملك القبض على أصل الرواية**) وهو رواية الأصل (**لأنه في معناه وضعا**) أي لأن التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع، وعن هذا قال في الأساس تقاضيته ديني وبديني، واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته. وقال في القاموس: وتقاضاه الدين قبضه منه. ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن فسر قول المصنف لأنه في معناه وضعا بقوله: أي لأن التقاضي في معنى القبض قال فيه نظر، لأنه قال في

وكيلاً **يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض**) لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (**ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء**) ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة. أما نصاً فظاهر، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد رحمه الله، وفيه نظر، فإن

قوله: (**والخصومة لا تتم إلا بالقبض**) أقول: إن أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه قوله: (**لتوهم الإنكار بعد ذلك الخ**) أقول: قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر، والنادر لا حكم له فراجعه قال المصنف: (**لأنه في معناه وضعاً**) أقول: ولأن الوكيل بالتقاضي مأمور بقطع مماطلة المطلوب، وإنما يحصل هذا القطع بالقبض كذا في المحيط، وهذا التعليل أنسب بأصل الإمامين إذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل قوله: (**وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة الخ**) أقول: وفي نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لأن الحقيقة مستعملة، كيف والزيلعي وصاحب المحيط

لا يملك. قال: **(فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً)** لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما. واجتماعهما

المغرب: تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واستقضيته طلبت قضاءه، واقتضيت منه حقي أخذته. وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه: قلت لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض. أقول: بل لا وجه لما قال، لأن وجه النظر هو أن المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف، ولا يدفعه قوله لأنه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض، إذ لا شك أن معنى قوله إنه في معناه وضعاً أنهما متحدان معنى من حيث الوضع في أصل اللغة، ولو كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعاً. ثم أقول في الجواب عن النظر المذكور: لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هوالمعنى العرفي للفظ التقاضي لكونه غالباً على معناه الوضعي الأصلي كما ستعرفه، فحينئذ لا يكون مخالفاً لما ذكره المصنف، وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الأخذ والقبض بناء على أصل الوضع، ويرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء والتقاضي، ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه، وإلا فلا فرق بينهما في أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفاً عن الأساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال: واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر **(إلا أن العرف بخلافه)** أي بخلاف الوضع لأن الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة **(وهو)** أي العرف **(قاض على الوضع)** أي راجح عليه لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه **(والفتوى على أن لا يملك)** يعني فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف. قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة. والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اهـ كلامه. أقول: لا النظر شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالإمام فخر الإسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما. قال في المحيط البرهاني: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة، هكذا ذكر محمد في الأصل. ثم قال: وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض، كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة إلى هنا كلامه. وأما الثاني فلأن كون الحقيقة المستعملة

الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب **(ونظير هذا الوكيل بالتقاضي فإنه يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا)** يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته **(إلا أن العرف بخلافه)** لأن الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض **(والعرف قاض على الوضع)** وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة رحمه الله. والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية، ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن

وغيرهما مصرحون بأنها مهجورة. ونص عبارة الزيلعي: ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة، وهي في أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى، يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني: أي أخذت، والعرف أملك فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً قوله: **(والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية الخ)** أقول: النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب ما يدفعه. والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى قوله: **(لأنه وكيل بالقبض الخ)** أقول: لا يذهب عليك أن ما ذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلاً واحداً لإثبات المطلوب. الأول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة. والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء قوله: **(إذ قبض نفس الدين غير متصور الخ)** أقول: قال في البدائع في تعليله: لأن الدين إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو

ممكن بخلاف الخصومة على ما مر. قال: **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً: بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله)** حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن

أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبي حنيفة لم يرجع عنه قط، فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف، وهو قاض على الوضع على أصل أبي حنيفة قطعاً، ولم يكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسألتنا هذه، إذ يلزم حينئذ ترك أصل إمامهم المجتهد، وليست وظيفتهم إلا الجريان على أصله الكلي، وإن جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية. لا يقال: يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد، فإن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما. لأنا نقول: الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسألة بين أئمتنا الثلاثة؛ ألا يرى إلى قول محمد في الأصل: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة، ولو كان لأصله المذكور تأثير في هذه المسألة لما وقع الإتفاق بينهم فيها، على أن صاحب التلويح قال: وفي كلام فخر الإسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف إنما يترجح عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسألة أكل الحنطة ا هـ. ولا يخفى أن الأمر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لأصلهما المذكور هاهنا رأساً، فلا مجال لأن يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ. فالتحقيق في هذا المقام أن التوكيل بالتقاضي كان مستعملاً على حقيقته في الأوائل، ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الأيام، فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية. وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على أن جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الأصل المقرّر المتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(فإن كانا)** أي الرجلان **(وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً)** أي لا يقبضان حق الموكل إلا مجتمعين **(لأنه)** أي الموكل **(رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما)** وحده **(واجتماعهما ممكن)** أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعاً فإنهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور **(بخلاف الخصومة)** فإن اجتماعهما عليها غير ممكن شرعاً **(على ما مرّ)** أشار به إلى قوله لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة)** قيد

الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء. قالوا على العرف فلا يملك القبض **(وإن وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن، بخلاف الخصومة)** فإن اجتماعهما عليها غير ممكن **(لما مر)** أنه يفضي إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته. قال: **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة الخ)** الوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، فإذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصماً فلا تقبل بينة الخصم، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لأنه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلاً بها، ولأن الوكيل بالقبض مؤتمن على المال، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إلى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها. ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض نفس الدين غير متصوّر لكونه وصفاً ثابتاً في ذمة من عليه، لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك

تسليم المال، وإما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه قوله: **(والتوكيل بقبض الديون)** أقول: عطف على قضاء ديون قوله: **(والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والأصيل فيها خصم فيها)** أقول: يعني والأصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق. ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى، وقوله والأصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني.

أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه، فأشبّه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة

بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالإجماع على ما سيجيء، والكلام فيه يرجع إلى أصله. وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلاً بالخصومة، لأن التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلاً بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الأصل في دليل المسألة. ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعاً إن كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلاً بقبض ديون الغائب، كذا في غاية البيان. ثم إن المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسألة فقال **(حتى لو أقيمت عليه)** أي على الوكيل بقبض الدين **(البينة على استيفاء الموكل)** أي على استيفاء الدين من المديون **(أو إبرائه)** أي أو على إبراء الموكل المديون عن الدين **(تقبل عنده)** أي تقبل البينة عند أبي حنيفة. وفي الذخيرة: إذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته؟ على قول أبي حنيفة تقبل، وعلى قولهما لا تقبل **(وقالا: لا يكون خصماً)** أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكون الوكيل بقبض الدين خصماً **(وهو)** أي قولهما **(رواية الحسن عن أبي حنيفة)** وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في ظاهر الرواية **(لأن القبض غير الخصومة)** فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلاً بالخصومة **(وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها)** أي بالخصومة **(ولأبي حنيفة أنه)** أي الموكل **(وكله بالتملك)** أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصاً **(لأن الديون تقضى بأمثالها)** لا بأعيانها **(إذ قبض الدين نفسه)** أي قبض نفس الدين **(لا يتصوّر)** لأنه وصف ثابت في ذمة من عليه **(إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه)** استثناء من قوله لأن الديون تقضى بأمثالها: يعني أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفاً، إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الأداء، ولو كان تملكاً محضاً لما أجبر عليه، وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حلّ له الأخذ. هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح في هذا المقام. وأما صاحب العناية فقال في شرحه: لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها، والتوكيل بقبض الدين، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك كان توكيلاً بالاستقراض، إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان، والتوكيل بالاستقراض باطل ا هـ. أقول: فيه بحث، إذ لمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير يجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال: وفي المسألة نوع إشكال، لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض

كان توكيلاً بالاستقراض إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله لم يتقاصان، والتوكيل بالاستقراض باطل، والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد، والأصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل يأخذ بالشفعة إذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فإنها تقبل والشفعة تبطل، والوكيل بالرجوع في الهبة إذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فإنها تقبل والرجوع يبطل، والوكيل بالشراء فإنه خصم يطلب حقوق العقد، وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل، وبالردّ بالعيب على البائع فإنه إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل. قالوا في شروح الجامع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، لأن الوكيل في هذه يكون خصماً قبل القبض كما يكون هاهنا كذلك. وأما الوكيل بالشراء فإنه لا يكون

والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك. والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها.

معنى، لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه ربّ الدين من المديون يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصاً. وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح. والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلاناً وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بدّ للرسول في الاستقراض من الإضافة المرسل بأن يقول: أرسلني فلان إليك يقول لك أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه أنه رسالة معنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، إلى هنا كلامه. ثم اعلم أن الإمام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الإشكال والجواب المزبورين وقال: هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة، ثم قال: وهذا سؤال حسن، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة، فإنه لو كان رسولاً لما كان له أن يخاصم اهـ. **أقول**: ليس ذاك بسديد، إذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصماً، بل المراد أنه رسول بالاستقراض بالنظر إلى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر إلى المقاصة الحاصلة بعد ذلك، وكونه خصماً حكم مترتب على الثاني دون الأول فلا غبار على الجواب **(فأشبه)** أي الوكيل بقبض الدين **(الوكيل بأخذ الشفعة)** يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصماً، فإنه إذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل **(والرجوع في الهبة)** بالجر عطف على أخذ الشفعة: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالرجوع في الهبة، فإنه إذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل **(والوكيل بالشراء)** بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة **(والقسمة)** بالجر عطف على الشراء: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالقسمة. فإن أحد الشريكين إذا وكل رجلاً بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل **(والردّ بالعيب)** بالجر عطف على الشراء أيضاً: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالردّ بالعيب على البائع، فإن البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل **(وهذه)** أي مسألة الكتاب وهي مسألة الوكيل بقبض الدين، وفي بعض النسخ وهذا: أي الوكيل بقبض الدين **(أشبه بأخذ الشفعة)** أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير. واعلم أن شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه هاهنا فقال صاحب النهاية: أي الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء، وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضاً، لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين، فقال صاحب العناية: قالوا في شروح الجامع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء. وقال صاحب الغاية: قالوا في شروح الجامع الصغير: إن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء. وقال تاج الشريعة: أي مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ

خصماً قبل مباشرة الشراء قوله: **(وهذا)** إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق. قال: **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة الخ)** الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض، حيث لا مبادلة هناك لكونه وكيلاً بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول، فإذا وكل بقبض عبد له فأقام من بيده العبد بينة أن الموكل باعه إياه دفع العبد إلى الوكيل، ولم يلتفت إلى بينة ذي اليد في القياس لأنها قامت لا على خصم. وفي الاستحسان: وقف الأمر حتى يحضر الآمر لأنه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما إذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل في قصر يده فكذا هذا،

قال: **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة)** بالاتفاق لأنه أمين محض، والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول **(حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب)** وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على

الشفعة من المسائل الثلاث الأخر، وعلل ذلك بأن في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسألة الشفعة وقبض الدين، وإليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني أيضاً، ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الأخر من بين المسائل الأربع الباقية بعد مسألة الوكيل بأخذ الشفعة. ثم إن المصنف بيّن وجه الأشبهية بقوله **(حتى يكون خصماً قبل القبض)** أي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصماً عند أبي حنيفة قبل قبض الدين **(كما يكون)** أي كما يكون الوكيل **(خصماً قبل الأخذ)** أي قبل أخذ العقار **(هنالك)** أي في التوكيل بأخذ الشفعة **(والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء)** فافترقا. أقول: لا يذهب عليك أن تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هاهنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء، فيكون معناه: أن مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب إليه فرقة من شراح الهداية، واخترناه أيضاً في شرحنا هنالك بناء على هذا، ولكن بقيت شبهة، وهي أن الوكيل إن لم يكن خصماً قبل المباشرة لما وكل به في المسائل الأربع الباقية. أيضاً لا يظهر لتخصيص مسألة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه إياها فقط وجه وإن كان خصماً قبل ذلك في تلك المسائل أيضاً كما هو الظاهر سيما في مسألة التوكيل بالقسمة، إذ لا شك أن الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على أن الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته، لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه، إذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضاً من الوكيل بالشراء فتأمل **(وهذا)** إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة بقوله إنه وكله بالتملك **(لأن المبادلة تقتضي حقوقاً)** كالتسليم والتسلم وغير ذلك **(وهو)** أي الوكيل بالتملك **(أصيل فيها)** أي في الحقوق **(فيكون خصماً فيها)** أي في الحقوق: يعني كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة، والمأمور بالمبادلة يكون أصيلاً في حقوق المبادلة، كذا في النهاية وأكثر الشروح. وقال صاحب العناية: قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق اهـ. فعليك الاختبار ثم الاختيار. واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال: فيه بحث، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله، فكيف يكون الوكيل أصيلاً في حقوقها. وقال: فإن قيل: المبادلة في التملك بأخذ الدين. قلنا: ذلك لم يقع بعد فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بمتوجه، لأن تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز؛ ألا يرى أن حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الأخذ، فكذا هاهنا، وقد أشار إليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك. ثم إن التحقيق أن قبض الدين وإن كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بأمثالها إلا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر، فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل، ولشبهه بأخذ عين الحق جازت

وكذلك إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه والوكيل يقبض العبد والجارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والأمة على العتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فإنها لا تقبل قياساً لقيامها لا على خصم. وفي الاستحسان: تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعتق والرهن، ومن

قال المصنف: **(وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها)** أقول: فيه بحث، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلاً في حقوقها. فإن قيل: المبادلة في التملك بأخذ الدين. قلنا: ذلك لم يقع بعد فتأمل قوله: **(وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه)** أقول: الإشارة إلى ما ليس بمذكور.

البيع، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا. قال: **(وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك)** ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق. قال: **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله**

الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد إليه ما ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال: لا يقال لو كان وكيلاً بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض. لأنا نقول: إنما لا تلحقه العهدة في المقبوض لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه، لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصماً، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة في المقبوض عملاً بهما ا هـ **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق)** أي باتفاق أصحابنا. وللشافعي وأحمد فيه قولان كما في قبض الدين **(لأنه)** أي لأن الوكيل بقبض العين **(أمين محض)** حيث لا مبادلة هاهنا لأنه يقبض عين حق الموكل **(والقبض)** أي قبض العين **(ليس بمبادلة فأشبه الرسول، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له)** أي للموكل **(فأقام الذي هو في يده)** أي فأقام ذو اليد **(البينة)** على **(أن الموكل باعه)** أي باع العبد **(إياه)** أي ذا اليد **(وقف الأمر حتى يحضر الغائب)** أي الموكل **(وهذا)** أي وقوف الأمر **(استحسان)** أي مقتضى الاستحسان **(والقياس)** أي مقتضاه **(أن يدفع)** أي العبد **(إلى الوكيل)** ولا يلتفت إلى بينة ذي اليد **(لأن البينة قامت لا على خصم)** بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة **(فلم تعتبر)** أي البينة **(وجه الاستحسان أنه)** أي الوكيل **(خصم في قصر يده)** أي في حق قصر يد نفسه عن العبد **(لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده)** أي يد الوكيل: يعني يصير أثر البينة مجرّد قصر يده لا إثبات البيع **(وإن لم يثبت البيع، حتى لو حضر الغائب)** وهو الموكل **(تعاد البينة على البيع)** يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من إعادة إقامة البينة على البيع في محضر الموكل، ولا يكتفي بالبينة السابقة في إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصماً من هذه الجهة **(فصار)** هذا **(كما إذا أقام)** أي ذو اليد **(البينة على أن الموكل عزله)** أي عزل الوكيل **(عن ذلك)** أي عن التوكيل بقبض العين **(فإنها تقبل)** أي فإن البينة تقبل هناك **(في قصر يده)** أي في حق قصر يده **(كذا هذا)** أي ما نحن فيه **(قال)** أي محمد في مختصره **(وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك)** كالارتهان، فإنه إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل، كذا في الشروح. قال المصنف **(ومعناه)** أي معنى قول محمد: وكذلك العتاق والطلاق **(إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة)** أي وإذا أقام العبد والأمة

ضرورة ذلك قصر يد الوكيل، والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات العتق على المولى، ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره. قال: **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله الخ)** إذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فأقرّ باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه، فإن كان ذلك عند القاضي جاز، وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا أنه إذا أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع إليه المال؛ ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه. وقال أبو يوسف رحمه الله: جاز إقراره في الوجهين جميعاً، وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أوّلاً، لا يجوز في الوجهين جميعاً. والقياس إما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله، وإما شمول العدم كما هو مذهبهم، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان، وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة، والإقرار ليس بمنازعة

قوله: **(إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه)** أقول: قوله نقلها مفعول أراد قوله: قال: **(وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ)** أقول: لا يذهب عليك أن ما ذكره في وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما إذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعي والمدعى عليه.

عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز في

البينة **(على العتاق على الوكيل بنقلهم)** متعلق بالإقامة: أي وإذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم إلى الموكل يعني إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه وأراد الوكيل بقبض العبد والأمة نقلهما إلى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما إليه، فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها، وأقام العبد والأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما **(فإنها تقبل في قصر يده)** أي في حق قصر يد الوكيل عنهم **(حتى يحضر الغائب)** أي إلى أن يحضر الغائب **(استحساناً)** أي تقبل استحساناً، وأما قياساً فلا تقبل لقيامها لا على خصم **(دون العتق والطلاق)** أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياساً ولا استحساناً، وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصماً في قصر يده، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره. وجملة الكلام في هذه المسألة أن البينة قامت على شيئين: على البيع والعتق والطلاق، وعلى قصر يد الوكيل. ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم، وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق إزالة ملك الموكل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي)** متعلق بأقر أي أقرّ عند القاضي **(جاز إقراره عليه)** أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه، فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعياً أو مدّعى عليه، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل، فإقرار وكيل المدعي هو أن يقرّ أن موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقرّ بوجوب المال على موكله، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقرّ بثبوته عليه. ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي: ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقرّ بالقبض أو الإبراء، أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق **(ولا يجوز عند غير القاضي)** أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي **(عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا)** وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز وبقوله

لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار، ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه، كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع، وفيه نظر لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء. قوله: **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة)** قال في النهاية: هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو أيضاً على هذا الخلاف، كذا في المختلفات البرهانية. وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وإن اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه، وذلك أي ما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عيناً لأن الخصم إذا كان محقاً وجب عليه الإقرار، وإن كان مبطلاً وجب عليه الإنكار، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلى المطلق مجازاً على ما سيأتي تحرياً للصحة قطعاً قوله: **(ولو استثنى الإقرار)** جواب عن مستشهد زفر رحمه الله. ووجهه: لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه

قوله: **(ولو ادعى بعد ذلك، إلى قوله: إنه مبطل في دعواه)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وجه القياس أن الوكيل الخ)** أقول: فإن قيل: إن قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأبى ذكره. قلنا: المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان، والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتاً بالقياس المتفرع على الاستحسان، فإن صرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بالجواب ثابت استحساناً، وعدم اختصاص إقراره بالمجلس ثابت قياساً، ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل قوله: **(مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة)**

الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً، وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادّه لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار، وكذا لو وكله

لم يجز كما ذكر في النهاية فتأمل (**إلا أنه يخرج عن الوكالة**) فلا يدفع المال إليه. ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل في دعواه (**وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه، وإن أقرّ في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين**) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (**وهو**) أي قول زفر والشافعي (**قول أبي يوسف أوّلاً وهو القياس**) أي مقتضاه (**لأنه**) أي الوكيل (**مأمور بالخصومة وهي**) أي الخصومة (**منازعة**) ومشاجرة (**والإقرار يضادّه**) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (**لأنه**) أي الإقرار (**مسالمة**) ومساعدة (**والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا**) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضد ذلك الشيء (**لا يملك**) أي الوكيل بالخصومة (**الصلح والإبراء**) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره، فإن في كل واحد من هذه الأفعال ما يضادّ الخصومة (**ويصح**) أي يصح التوكيل بالخصومة (**إذا استثنى الإقرار**) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار، أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقرّ عليّ. قال صاحب النهاية: هذه المسأل دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازاً لمطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق. ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل، وذلك لا يجوز، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا. فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب ا هـ كلامه. أقول: فيه نظر، لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق، فلا نسلم أن الأمر كذلك، إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الإقرار والإنكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عيناً كما سيأتي بيانه مفصلاً ومشروحاً سيما من الشارح المذكور، وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معاً في حال واحدة فهو مسلم، إذ لا يصح جمع الإنكار والإقرار معاً في جواب قضية واحدة، ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل، إذ اللازم فيهما حينئذ إنما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى. وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضاً، إذ يصح

لا يملك الاستثناء، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً، وقد لا يحل له كما مر آنفاً. ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه إنما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه إياه. وبيان ذلك ما قلنا إنه لا يحل له الإنكار لجواز أن يكون الخصم محقاً، فإذا نص على استثناء الإقرار دلّ على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار، وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب. وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبوراً عليه. قال في النهاية: أي على الإقرار لأن المدعي يثبت

أقول: الضمير في قوله لأنها راجع إلى المنازعة قال المصنف: (**والأمر بالشيء لا يتناول ضده**) أقول: تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الإقرار، وكل ما هو ضد الشيء لا يدخل في الأمر به ضده قوله: (**ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل الخ**) أقول: فإن حقوق الشيء تدخل فيه بالتبعية، وما هو كذلك لا يصح استثناؤه إلا أن كون الإقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان قوله: (**كما لو استثنى الإنكار**) أقول: استثناء الإنكار أيضاً مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الأصح، والتفصيل في كتب الأصول قوله: (**وفيه نظر لأنه الخ**) أقول: لا يهمه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر.

بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى. وجه الاستحسان

استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار، نص عليه في الذخيرة وغيرها. ثم أقول: وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضاً في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل: وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار فأقرّ الوكيل لم يصح إقراره، لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار، فلو تناوله بطل الاستثناء. وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز ا هـ. فإنه إن أراد بقوله لأن الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلاً فليس كذلك قطعاً، وإن أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الأفراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى. وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام: معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في حل المقام، ولكن أورد عليه حيث قال: ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع. ثم قال: وفيه نظر، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى. أقول: نظره ساقط جداً لأن عدم التناول إنما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع، ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة شرعاً هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور. نعم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة، بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب. واعلم أن الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف: ويصح إذا استثنى الإقرار جواباً عن سؤال يرد على قولهم: أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أوّلاً، وقرّر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما. ولما رأينا تفصيل ذلك إطناباً مملاً أعرضنا عنه، على أن مآل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية، ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة)** يعني الإنكار **(إذ العادة)** في التوكيل **(جرت بذلك ولهذا يختار فيها)** أي في الخصومة **(الأهدى فالأهدى)** والإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية. قال صاحب النهاية: هذه المسألة مبتدأة خلافية، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الاختلاف أيضاً، كذا في المختلفات البرهانية ا هـ. وقد اقتفى أثره في ذلك أكثر الشراح، إلا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية. وقال صاحب غاية البيان: وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية، وظني أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة: يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح

ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذا وكيله، إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته. ولقائل أن يقول: المدعي قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقاً فيكون الاستثناء

قال المصنف: **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً)** أقول: والظاهر من سياق العلامة النسفي في الكافي أن هذه المسألة ذكرت استشهاداً، فإنه قال: ولو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل، ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحاً لا يملك الإقرار، فكذا إذا استثناه دلالة، والظاهر أن يكون مستثنى في توكيله الإقرار، ولهذا لو وكله بالجواب مطلقاً ينصرف إلى جواب هو خصومة، إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى، والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل. فإنه يجوز أن يكون نظير مسألتي الفحم والجمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر.

أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود

وصح استثناء الموكل الإقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار لا بجواب هو مسالمة وهو الإقرار، ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بخصومة الأهدى في الخصومة فالأهدى، ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره، لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار، لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعاً، بخلاف المأمور بالخصومة، إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة، ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح؛ فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة، وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال: هذه مسألة مبتدأة لا للاستشهاد، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلاً عن أن ينسب إلى صاحب الهداية ذلك الإمام الذي لن تسمح بمثله الأدوار ما دار الفلك الدوّار، فإن بين الكلام المذكور وما ظنه مراداً بذلك بونا بعيداً من حيث اللفظ والمعنى، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهواً عن الآخر. وأما ثانياً فلأنا لا نسلم عدم إمكان تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره. قوله لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار. قلنا: إن أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف آخراً بجواب هو خصومة فهو مسلم، لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول أبي يوسف أوّلاً كما هو مراده قطعاً، وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أوّلاً أيضاً بجواب هو خصومة فهو ممنوع، كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بأن هذه المسألة أيضاً على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة. قوله لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعاً، بخلاف المأمور بالخصومة إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة. قلنا: لزفر أن يقول في مسألة التوكيل بالجواب مطلقاً أن الأمر ينصرف إلى جواب هو خصومة، إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى، والوكالة تتقيد بدلالة العرف، وصرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين، ولا شك أن اتفاق جواب المسألتين لا يقتضي اتحاد دليلهما. قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح. قلنا: لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف، على أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح عند جميع الأئمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه. وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه هاهنا بحذافيره. ثم أقول: الإنصاف أن كون ما ذكره المصنف هاهنا مسألة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف إذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسألة التوكيل بالخصومة، فما

مفيداً. والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض اليمين وهو مبطل فكان مجبوراً في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيداً فيه، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيداً، ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والإبراء. وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء

قال المصنف: **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أقول: ولا يبعد إرجاع الضمير في قوله يملكه إلى التوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر قوله: **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أقول: أي ما يملكه الموكل شرعاً، ثم اعلم أن الضمير في قوله بتناوله راجع إلى التوكيل في قوله وجه الاستحسان أن هذا التوكيل قوله: **(فتذكر ما تقدم فيه)** أقول: في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجعه متشبثاً بذيل إنصافك هل تجد هناك ما ينفع في دفع النقض هنا. وعندي أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعاً: أي إجماعاً متكفل بدفع النقض، فإن صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه، وأقل درجة الخلاف إيراث الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل قوله: **(لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه الخ)**

على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً؛ ولو استثنى الإقرار، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه. وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه؛ وعند الإطلاق

الضرورة في شروع مسألة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسألة قبل تمامها؟ فالوجه عندي أن هذه المسألة ذكرت هاهنا على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحاً لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار بدلالة العرف. ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى. فكيف يتناول الإقرار ما إذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً. نعم مسألة التوكيل بالجواب مطلقاً أيضاً على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية فلا يحصل بها إلزام الخصم، إلا أن ذكرها هاهنا من قبيل ردّ المختلف على المختلف، فيصير استشهاداً تحقيقياً عند المستدل وإن لم يكن إلزامياً، ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر **(وجه الاستحسان أن التوكيل)** يعني أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة **(صحيح قطعاً)** أي صحيح من كل وجه بالإجماع **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لأن التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح. قال صاحب غاية البيان: ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر أو شرائها فإنه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك ذلك بنفسه. لأنا نقول: إن ذلك مملوك للمسلم ضمناً وحكماً لتصرف الوكيل وإن لم يكن مملوكاً قصداً على وجه لا يلحقه اللوم والإثم في ذلك. على أنا نقول: إن للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرّاً عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته. ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد، وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام اهـ

فلم يوجد مجوّز المجاز، وفيه نظر، فإن إفضاءها إلى الصلح أو الإبراء لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة. وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان، فينبغي أن تجوز الاستعارة. والأولى أن يقال: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم. والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازاً قوله: **(فبعد ذلك)** شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة: أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله **(يقول أبو يوسف)** في التسوية بين مجلس القاضي وغيره **(الوكيل قائم مقام الموكل، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه، وهما يقولان إن التوكيل بالخصومة يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً)** لما مر أنه يصرف إلى مطلق الجواب، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار **(والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء)** فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازاً، إذ لإقرار خصومة مجازاً من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به **(أما)** أنه خصومة مجازاً فـ **(لأنه خرج في مقابلة الخصومة)** فكان مجوزه التضادّ. وهو مجوّز لغوي

أقول: الضمير في قوله ملكه راجع إلى الاستثناء قوله: **(وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم)** أقول: فيه أنه لم يحمل في الإطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح لظهور أن في الإطلاق أيضاً دلالة على ذلك كما يدل عليه قوله المصنف للتنصيص زيادة دلالة. ويمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيراً منع الاعتداد بتلك الدلالة، بخلاف التنصيص فليتأمل. قال في الكافي: لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى المجاز حملا على ما هو الأولى بالمسلم، إذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى: يعني حملنا دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الإطلاق فافهم، إلا أنه بقي البحث في قوله والمنازعة حرام لأن حرمة المنازعة ممنوعة على الإطلاق فليتأمل قوله: **(فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته)** أقول: فإنه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الإقرارين فتفوت فائدة الاستثناء قوله: **(والجواب أن المطلوب مجبور الخ)** أقول: لا يقال إذا كان المدعى عليه محقاً لا يقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضاً لأنا لا نسلم أنه لا يقر لجواز أن يخدعه الطالب بإعطاء الرشوة مثلاً فيقر فليتأمل. ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لا يقر كاذباً على موكله، بل إنما يقر إذا كان الخصم محقاً، وفي تلك الصورة يضطر الموكل إلى الإقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه ويندفع عنه ما ذكره هذا الشارح كما لا يخفى

يحمل على الأولى. وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه؛ فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله: إن الوكيل قائم مقام الموكل، وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا

كلامه. أقول: في جوابه الثاني بحث، لأنه لا يدفع النقض اللازم هاهنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده، فإنه إذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد فجاز عند أبي حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغي أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضاً صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك، فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً. وقال صاحب العناية: وإن اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه ا هـ. أقول: الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف. قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي يملك التصرف الذي وكل به، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبيّ والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد ا هـ. ولا يخفى أن مآل هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني، وقد بينا أنه لا يدفع النقض هاهنا بل. يؤيده **(وذلك)** أي ما يملكه الموكل **(مطلق الجواب)** المتناول للإنكار والإقرار جميعاً **(دون أحدهما عيناً)** أي دون أحد الجوابين بعينه لأنه ربما يكون أحدهما بعينه حراماً لأن خصمه إن كان محقاً يجب عليه الجواب بالإقرار وإن كان مبطلاً يجب عليه الجواب بالإنكار فلا يملك المعين منهما قطعاً فلا يصح التوكيل به قطعاً بل يصح من وجه دون وجه، وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما **(وطريق المجاز)** أي بين الخصومة ومطلق الجواب **(موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى)** على ما سيأتي عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسألة **(فيصرف إليه)** أي فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب **(تحرياً للصحة قطعاً)** أي تحرياً لصحة كلام الموكل قطعاً، فإن كلام العاقل يصان عن الإلغاء **(ولو استثنى الإقرار؛ فعن أبي يوسف أنه لا يصح)** جواب عن مستشهد زفر والشافعي: يعني لا نسلم صحة هذا الاستثناء، بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الإسلام في شرح الجامع الصغير في أصول الفقه أيضاً **(لأنه)** أي لأن الموكل **(لا يملكه)** أي لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً، وقد لا يحل ذلك كما مر آنفاً، كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح، أو لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الوكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتاً بالوكالة حكماً لها فلا يصح استثناؤه، كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع، فإن ذاك الاستثناء باطل كذا هذا، كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح **(وعن محمد أنه يصح)** يعني ولئن سلمنا أن استثناء الإقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه

لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوّزاً شرعياً **(أو لأن الخصومة سبب الإقرار)** فكان المجوّز السببية وهو مجوّز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف، وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ **(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق و)** المستحق **(هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به)** ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود قوله: **(لكن)** استدراك من قوله فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب

فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الإقرار وجوداً وعدماً قوله: **(إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ)** أقول: فيه إساءة الظن بالمسلم، ثم لا يلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقاً إلا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته، إذ لا علم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء في الأول دون الثاني، وفيه السعي في إلغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من إساءة الظن. ويمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب بإقرار الوكيل.

إقرار نائبه. وهما يقولان: إن التوكيل يتناول جواب يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً، إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في

إنما يصح **(لأن للتنصيص)** أي لتنصيص الموكل على الاستثناء **(زيادة دلالة على ملكه إياه)** أي على تملكه الإنكار. وبيان ذلك أنه إنما لم يحل له الإنكار لجواز أن يكون خصمه محقاً، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار **(وعند الإطلاق)** أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار **(يحمل على الأولى)** أي يحمل كلامه على ما هو الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب **(وعنه)** أي عن محمد **(أنه فصل بين الطالب والمطلوب)** أي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الإقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الأول وهو الطالب **(ولم يصححه في الثاني)** وهو المطلوب **(لكونه)** أي لكون المطلوب **(مجبوراً عليه)** أي على الإقرار، كذا في النهاية وفي العناية أيضاً نقلاً عن النهاية، أو على ترك الإنكار كذا في كثير من الشروح. وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك: أو يقال لكون المطلوب شخصاً يجبر عليه في الخصومة **(ويخير الطالب فيه)** أي في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها، كذا في الكفاية. وذكر في التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه: يعني أن الوكيل إذا كان من جانب المدعي صح استثناء الإقرار لأن المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والإنكار أدّى الاستثناء فائدته في حقه. وأما إذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك، لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه، أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذلك وكيله، إلا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملاً. ولقائل أن يقول: المدعي قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقاً فيكون الاستثناء مفيداً. والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبوراً في الجملة فلم يكن استثناؤه مقيداً فيه، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدً إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب نظر لأنه إذا لم يتعين كون المطلوب مجبوراً على الإقرار بل كان ذلك احتمالاً محضاً موقوفاً على كونه مبطلاً لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الإقرار، بل كان ذلك أيضاً احتمالاً محضاً، فبمجرد الاحتمال كيف يجوز إساءة الظن بالمسلم وإلغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء؟ أقول: بقي هاهنا بحث، وهو أن الطالب أيضاً قد يكون مجبوراً على الإقرار لأن إقرار الطالب لا يتصور من حيث أنه مدّع، إذ الدعوى والإقرار متباينان. بل متضادان، وإنما يتصور ذلك من حيث أنه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه، ولا شك أن الطالب من حيث أنه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبوراً على الإقرار. لا يقال: المراد أن الطالب من حيث إنه طالب: أي مدع يصح منه استثناء الإقرار لعدم كونه مجبوراً على الإقرار من هذه الحيثية بل مخير، بخلاف المطلوب من حيث أنه مطلوب: أي مدعى عليه فإنه قد يكون مجبوراً

كان الواجب أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة. ومعناه **(إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصي إذا أقرّ في مجلس القضاء)** فإنهما إذا ادّعيا شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصيّ ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما **(لا يصح ولا يدفع المال إليهما)** لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك هاهنا قال **(ومن كفل بمال عن رجل الخ)** ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها، أما

قال المصنف: **(إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة)** أقول: فيكون مجازاً على سبيل المشاكلة كقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾.

مجلس القضاء فيختص به، لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر

عليه. لأنا نقول: الطالب من حيث إنه طالب لما لم يتصوّر منه الإقرار قط لم يمكن استثناء الإقرار هناك أصلاً فضلاً عن صحته فليتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والإبراء. وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوّز المجاز، وفيه نظر فإن إفضاءها إلى الصلح والإبراء إن لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة، وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان فينبغي أن تجوز الاستعارة، والأولى أن يقال: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا، ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع جواب، وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازاً، إلى هنا كلامه. أقول: فنظره الأول ساقط جداً، إذ لا نسلم أن إفضاء الخصومة إلى الصلح والإبراء أشدّ من إفضائها إلى الإقرار أو مثل إفضائها إليه، كيف والخصم قد يضطر إلى الإقرار عند عرض اليمين عليه، بخلاف الصلح والإبراء فإن الخصم لا يضطر إليهما أصلاً بل هو مختار فيهما مطلقاً، على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معاً، وإلى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الإتقاني في تقرير جوابه حيث قال: والجواب عن القياس على الصلح فنقول: إنما لم يصح صلح الوكيل لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح، بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما ا هـ **(فبعد ذلك)** شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة الثلاثة: أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله **(يقول أبو يوسف)** في التسوية بين مجلس القضاء وغيره **(إن الوكيل قائم مقام الموكل)** فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكاً له **(وإقراره)** أي إقرار الموكل **(لا يختص بمجلس القضاء)** لأن الإقرار موجب بنفسه، وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول **(فكذا إقرار نائبه)** أي هو أيضاً لا يختص بمجلس القضاء **(وهما)** أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله **(يقولان)** في الفرق بين مجلس القضاء وغيره **(أن التوكيل)** أي التوكيل بالخصومة **(يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة)** وهو الإنكار **(أو مجازاً)** وهو الإقرار لما مر أنه ينصرف إلى مطلق الجواب، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء، فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر،

بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لا تجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة، وأما قبل البراءة فلأن الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر، والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملاً لنفسه في إبراء ذمته كالمحال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فإنه لا يصير وكيلاً لما قلنا. ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملاً في ذلك لنفسه، ذكره في الجامع الصغير. وأجيب بالمنع مستنداً إلى ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع. سلمناه لكن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض. واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل أصيلاً في إثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر. وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل. فإن قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فإنها تنسخها. قال

قوله: **(لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء)** أقول: لا يذهب عليك ما في كلامه من الركاكة ظاهراً. ويندفع بجعل قوله إلا في مجلس القضاء حالاً من اسم لا يكون قوله: **(إذ الإقرار خصومة الخ)** أقول: من قبيل قياس المساواة المنتج قوله: **(أما أنه خصومة مجازاً)** أقول: أي من حيث إنه جواب، ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم قوله: **(فلأنه خرج في مقابلة الخصومة)** أقول: أي جواباً عنها قوله: **(فكان مجوزه التضاد)** أقول: بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف: **(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق)** أقول: تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء: يعني لا الإقرار في غيره فتأمل قوله: **(ولو قال لأن الواجب عليه الخ)** أقول: إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها.

بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصيّ إذا أقرّ في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما.

ولا مجازاً إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازاً من حيث أنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به. ثم إن طريق كون الإقرار من حيث إنه جواب خصومة مجازاً كما وعَد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره هاهنا بقوله **(والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه)** أي الإقرار **(خرج في مقابلة الخصومة)** جواباً عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدواناً في قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى: ٤٠] كذا في المبسوط والأسرار. قال صاحب العناية: فكان مجوّزه التضاد وهو مجوّز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوّزاً شرعياً. وقال بعض الفضلاء: بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة. أقول: لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه، وإنما غرّه تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى: ٤٠] وقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] ولكن جواز المشاكلة أيضاً في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه، تأمل تقف **(أو لأنه)** أي الخصومة على تأويل التخاصم، كذا في النهاية وغيرها. وقال في معراج الدراية: وفي بعض النسخ: أو لأنها **(سبب له)** أي لإقرار، وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع أنها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة، وكما يسمى جزاء السيئة سيئة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب فكان المجوّز السببية. قال في العناية: وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف **(لأن الظاهر إتيانه)** أي إتيان الخصم **(بالمستحق)** فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى إليه ظاهراً، كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني، فحينئذ يكونُ قوله لأن الظاهر الخ تعليلاً لقوله أو لأنه سبب له. وقيل هو تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء: يعني لا الإقرار في غيره فتأمل ا هـ. ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال: وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق الخ فتفكر **(وهو)** أي المستحق **(الجواب في مجلس القضاء)** لا غير **(فيختص به)** أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء. قال صاحب العناية: ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود انتهى. وقال بعض الفضلاء: إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرّق المنع على دعوى الوجوب، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن مداره على زعم أن ضمير عليه وإتيانه في قوله لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق راجع إلى الوكيل من حيث إنه وكيل، وليس كذلك بل هو راجع إلى الخصم وهو الموكل حقيقة، وإن عدّ الوكيل أيضاً خصماً لقيامه مقام الموكل فالوجوب هاهنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة، ووجوب الجواب على الخصم بما لا يقبل المنع قطعاً، وما مر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه إنما هو حكم الوكالة، وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور هاهنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سنداً لمنع ذلك؛ ألا يرى أنه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون

المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير: الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة. فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله، والوكالة دون الكفالة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه قوله: **(ولأن قبول قوله)** دليل آخر. وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أميناً، ولو صححنا الوكالة هاهنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئاً نفسه، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده، وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان

قال: **(ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً)** لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه

الموكل مع إطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه، فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره، والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل **(لكن إذا أقيمت البينة على إقراره)** أي على إقرار الوكيل **(في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة)** هذا استدراك من قوله فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جواباً كان الواجب أن يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة، ومعناه لكن إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة **(حتى لا يؤمر)** أي لا يؤمر الخصم **(بدفع المال إليه)** أي إلى الوكيل **(لأنه صار مناقضاً)** في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الأول، والمناقض لا دعوى له. قال في الكافي: حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلاً بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضاً في كلامه، فلو بقي وكيلاً بقي وكيلاً بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقاً انتهى **(وصار)** أي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء **(كالأب والوصي إذا أقرّ)** أي أقر واحد منهما **(في مجلس القضاء)** فإنه **(لا يصح)** إقراره ولا يدفع المال إليه، بيانه أن الأب أو الوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما لا يصح **(ولا يدفع المال إليهما)** لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه، فكذلك هاهنا، كذا ذكر في أكثر الشروح، والأحسن ما ذكر في الكفاية من أن الأب والوصي إذا أقرّا على اليتيم في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح إقرارهما عليه، ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ، وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير انتهى. واعلم أن حاصل هذه المسألة أعني مسألة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه: الأول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار بالإجماع ويصير وكيلاً بالإقرار أيضاً عند علمائنا الثلاثة. الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار، لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب إنما يتناول جواباً مقيداً بالإنكار. هكذا ذكر شيخ الإسلام في الأصل، وذكر الإمام فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف لا يصح، وعند محمد يصح، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح وكالة الأصل؛ وفي الفتاوى الصغرى أن استثناء الإقرار

التوكيل باطلاً لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره، وهاهنا لما كان المولى ضامناً لقيمته كان في مقدارها عاملاً لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فيكون التوكيل باطلاً. قال: **(ومن ادّعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ)** ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه أقرّ على نفسه، لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى

قوله: **(لا بعد براءة الكفيل الخ)** أقول: بأن أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف: **(فلأن الوكيل من يعمل لغيره)** أقول: ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني، أو هو قياس من الشكل الأول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملاً لنفسه، وكل من صار عاملاً لنفسه فليس بوكيل إذ لا شي ممن هو عامل لنفسه بوكيل، وهذا الأم بعض عبارته فتأمل قال المصنف: **(ولو صححناها صار عاملاً لنفسه الخ)** أقول: قال الزيلعي: فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته. قلنا: ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك انتهى. فيه بحث لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك، إلا أن يقال إنه من قبيل المبالغة في التشبيه، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلقي نفسك فإنه تمليك الطلاق فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضاً قوله: **(ونوقض بتوكيل المديون)** أقول: بتوكيل مضاف إلى المفعول قوله: **(سلمناه لكن الإبراء تمليك الخ)** أقول: يعني لا نسلم كون الإبراء من جنس الإسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلقي نفسك إلا أنه محل تأمل قوله: **(واعترض بأن عمل الوكيل الخ)** أقول: هذا الاعتراض معارضة قوله: **(بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل)** أقول: إذا كان المحل قابلاً له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلاً فتأمل قوله: **(فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ)** أقول: قال الله تعالى: ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها﴾.

أميناً، ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً نفسه فينعدم بانعدام لازمه، وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن

من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد. الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإقرار، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية؛ وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء. الرابع: أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالخصومة والإقرار، حتى لو أقرّ صح إقراره على الموكل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ويجب أن يعلم أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا، ولا يصير الموكل مقراً بنفس التوكيل عندنا، ذكر محمد المسألة في باب الوكالة بالصلح. الخامس: أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار، ولا رواية في هذا الوجه عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه: بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلاً لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة، وجواب الخصومة إقرار وإنكار، فإذا استثنى كلاهما لم يفوّض إليه شيئاً. وحكي عن القاضي الإمام صاعداً النيسابوري أنه قال: يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلاً بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه، وإنما يصح التوكيل بهذا القدر لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة يحصل به، كل ذلك من الذخيرة. ثم اعلم أنه لو أقرّ الوكيل بالخصومة في حدّ القذف والقصاص لا يصح إقراره، لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرىء بالشبهات، كذا في التبيين **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه)** أي بقبض المال **(عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك)** أي لم يكن الكفيل وكيلاً في قبض المال عن الغريم **(أبداً)** أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها، حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل، أما بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة، وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله **(لأن الوكيل من يعمل لغيره)** وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فإنه عامل لنفسه في إبراء ذمته **(ولو صححناها)** أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه **(صار)** أي صار الوكيل **(عاملاً لنفسه في إبراء ذمته)** لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله **(فانعدم الركن)** أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلاً لما قلنا. فإن قيل: يشكل هذا بربّ الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه يصح نص عليه في الجامع الكبير، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته. قلنا: ذكر شيخ الإسلام في تعليل هذه المسألة أن المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب بإبراء

بأمثالها، فما أداه المديون مثل مال ربّ المال لا عينه، وقد تقدم فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقرّ على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقرّ له، فإن حضر الغائب فصدّقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانياً، لأنه إذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله لأن الدين كان ثابتاً والمديون يدّعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده، لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله أن ينقض، وإن ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ: يعني الأخذ الثاني، والمظلوم لا يظلم غيره. فإن قيل: هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه إذ كانت العين في يده

قوله: **(فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ)** أقول: وفي خلاصة شرح القدوري: وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لأنه أمين فلا يصير ضامناً انتهى، ففيما ذكره الشارح بحث. قوله: **(فما أداه المديون مثل مال رب المال لاعينه وقد تقدم)** أقول: أي في هذا الباب قوله: **(لأن القول في ذلك قوله الخ)** أقول: قوله القول اسم أن، وقوله قوله خبر أن.

قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه. قال: **(ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه)** لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص

نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال، كذا في الفوائد الظهيرية. ولئن سلمنا ذلك فنقول: إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتدّ بالرد، فلا يرد علينا نقضاً لأن كلامنا في التوكيل لا في التمليك، كذا في النهاية وأكثر الشروح. أقول: في الجواب نظر، أما في المعنى فلأن ما ذكر شيخ الإسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال، وأما في التسليمي فلأن النقض ليس بنفس الإبراء بل بالتوكيل بالإبراء، فما معنى قولهم إن كلامنا في التوكيل لا في التمليك على أن المنقوض هاهنا ليس نفس المسألة بل دليلها المذكور فإنه جار بعينه في صورة توكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور أصلاً كما لا يخفى. اللهم إلا أن يقال: مرادهم أن التوكيل بالإبراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وإن كان توكيلاً صورة، وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة، والدليل المذكور أيضاً إنما يجري في التوكيل الحقيقي لأن كون الوكيل عاملاً لغيره إنما هو في ذلك، ويميل إلى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال: فإن قيل: الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته. قلنا: إنما يصح ثمة لأنه تمليك لا لأنه توكيل كما قوله طلقي نفسك انتهى فتأمل. قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي: قلت لو كان تمليكاً لاقتصر على المجلس ولا يقتصر ا هـ. أقول: يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تمليكاً لما ارتد بالرد كما أشير إليه في سائر الشروح حيث قيل: إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر. ثم إن الإمام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال: فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته. قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك ا هـ. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه: فيه بحث، لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك، إلا أن يقال: إنه من قبيل المبالغة في التشبيه، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلقي نفسك فإنه تمليك للطلاق، فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضاً ا هـ. أقول: يجوز أن يختار كل واحد من شقي ترديده. أما الأول فلسقوط منع ذلك بإقامة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تمليكاً للدين بل كان إسقاطاً له لما ارتد بالرد، فإن الإسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف، وقد أشار إليه الشراح بقولهم: الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد. وأما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فإن التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو إنابة محضة لا تمليك شيء أصلاً. فقوله فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق أيضاً ساقط جداً، إذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر أن التوكيل تمليك شيء، بل هم مصرحون بكونه مقابلاً للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق. ثم قيل: ينبغي أن تصح وكالة الكفيل في مسألتنا لأنه عامل لربّ الدين قصداً، وعمله لنفسه كان واقعاً في ضمن عمله لغيره، والضمنيات قد لا تعتبر. وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل،

باقية أيضاً. فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله: **(إلا أن يكون)** استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني إذا ضاع في يده ولم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لي ما دفعت إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته إليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً أرد عليك

ماله (**فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً**) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (**ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده**) لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه (**وإن كان**) ضاع (**في يده لم يرجع عليه**) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو

إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره. وقيل لما استويا في جهة الأصالة ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة، لأن الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة، كما إذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فإنها تكون ناسخة للوكالة، فإن الإمام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير أنا لوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة. وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس، لأن الشيء جاز أن يكون منسوخاً بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه، والوكالة دون الكفالة في الرتبة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه، بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه (**ولأن قبول قوله**) أي قبول قول الوكيل (**ملازم للوكالة**) هذا دليل آخر على المسألة. تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (**لكونه أميناً، ولو صححناها**) أي لو صححنا الوكالة هاهنا (**لا يقبل**) أي لم يقبل قوله (**لكونه مبرئاً نفسه**) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (**فينعدم**) أي التوكيل الذي هو الملزوم (**بانعدام لازمه**) الذي هو قبول قوله لأن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده، وما كان كذلك فهو معدوم (**وهو نظير عبد مديون**) أي ما ذكر من مسألتنا نظير مسألة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون. وفي بعض النسخ: ونظيره عبد مديون (**أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته**) أي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً (**للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب**) أي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (**بقبض المال عن العبد كان باطلاً**) أي كان التوكيل باطلاً (**لما بيناه**) من أن الوكيل من يعمل لغيره وهاهنا لما كان المولى ضامناً لقيمة العبد كان في مقدارها عاملاً لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فكان التوكيل باطلاً (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ومن ادعى أنه وكيل الغائب**) أي وكيل فلان الغائب (**في قبض دينه فصدقه الغريم**) أي المديون (**أمر**) أي الغريم (**بتسليم الدين**) وفي بعض النسخ بتسليم المال (**إليه**) أي إلى مدعي الوكالة (**لأنه**) أي لأن تصديق الغريم إياه (**إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله**) أي لأن ما يقضيه المديون خالص مال المديون، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر، فما أداه المديون مثل مال ربّ الدين لا عينه، فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقرّ على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له (**فإن حضر الغائب**)أي ربّ الدين (**فصدقه**) أي صدق الوكيل فيها (**وإلا**) أي وإن لم يصدقه (**دفع إليه**) أي إلى ربّ الدين (**الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء**) أي استيفاء رب الدين حقه (**حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله**) أي القول في إنكار الوكالة قول ربّ الدين (**مع**

ما قبضته منك على رواية التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ، لأن المأخوذ ثانياً مضمون على ربّ الدين في زعم الوكيل والمديون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانياً فكأنه قال: أنا ضمان لك ما يقبضه منك فلان، وهو ضمان صحيح لإضافته إلى سبب الوجوب، وهو قبض ربّ الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه: أي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (**ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة**) يعني ولم يكذبه أيضاً لأنه فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا (**ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه، وكذا إذا دفعه إليه مكذباً له في**) دعوى (**الوكالة**) وهذا أي جواز الرجوع في صورة التكذيب (**أظهر**) منه في الصورتين الأولبين وهو التصديق مع التضمين والسكوت، لأنه إذا

قوله: (**والمظلوم لا يظلم غيره**) أقول: متمسكاً بأنه ظلم قوله: (**فإن قيل هذا الوجه الخ**) أقول: أنت خبير بأن الظلم في التضمين بعد الهلاك في يده لا في الاسترداد حال قيامه إذ لا ملك ولا حق للوكيل، ولعل مآل ما ذكره الشارح إلى هذا.

مظلوم في هذا الأخذ، والمظلوم لا يظلم غيره. قال: **(إلا أن يكون ضمنه عند الدفع)** لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما، وهذه كفالة أُضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه، وكذا إذا دفعه إليه على

يمينه) لأن الدين كان ثابتاً والمديون يدعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل وربّ الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء **(فيفسد الأداء)** أي يفسد الأداء إلى مدعي الوكالة، وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً إلى ربّ الدين **(ويرجع به)** أي ويرجع المديون بما دفعه أوّلاً **(على الوكيل)** أي على مدعي الوكالة **(إن كان باقياً في يده)** أي إن كان ما دفعه إلى الوكيل باقياً في يده **(لأن غرضه)** أي غرض المديون **(من الدفع)** أي من الدفع إلى الوكيل **(براءة ذمته)** من الدين **(ولم تحصل)** أي لم تحصل البراءة **(فله أن ينقض قبضه)** أي فللمديون أن ينقض قبض الوكيل **(وإن كان ضاع)** أي إن كان من دفعه إلى الوكيل ضاع **(في يده لم يرجع)** أي المديون **(عليه)** أي على الوكيل **(لأنه)** أي المديون **(بتصديقه)** أي بتصديق الوكيل **(اعترف أنه)** أي الوكيل **(محق في القبض)** والمحق في القبض لا رجوع عليه **(وهو)** أي المديون **(مظلوم في هذا الأخذ)** أي في الأخذ الثاني، وهذه الجملة أعني قوله وهو مظلوم في هذا الأخذ معطوف على ما في حيز أنّ في قوله اعترف أنه محق في القبض؛ فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضاً أنه زعم أنه مظلوم في هذا الأخذ الثاني **(والمظلوم لا يظلم غيره)** فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الإهلاك. قال صاحب العناية: فإن قيل: هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً. فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى. أقول: لقائل أن يقول: إن المحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه أيضاً بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وإن المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل إليه بوسيلة كنقض القبض هاهنا فلا يتم الجواب المذكور. فالجواب الواضح أن الوكيل وإن كان محقاً في القبض على زعم المديون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة، بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة، فلم يكن ما قبضه ملك نفسه، فإذا أخذ الدائن من المديون ثانياً ولو كان ظلماً في زعم المديون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لوصول حق الموكل إلى نفسه من الغريم، فإن كان عين ما قبضه الوكيل باقياً في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلماً له أصلاً لأن ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضاً لأجل الإيصال إلى موكله؛ وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضاً لأجل الإيصال إلى موكله؛ وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع إليه، بخلاف ما إذا كان عين ما قبضه هالكاً، فإن ما قبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة، وتضمين الأمين ظلم لا يخفى. ثم إن الإمام الزيلعي قال في التبيين: ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلاً وله ألف آخر

كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب. وقوله **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة، لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية **(وفي الوجوه كلها)** أي الأربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب، ودفعه مع التكذيب **(ليس للغريم أن يستردّ المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً)** وهو في حالة التصديق **(أو محتملاً)** وهو في حالة التكذيب. وقيل ظاهراً إن كان الوكيل ظاهر العدالة، أو محتملاً إن كان فاسقاً أو مستور الحال **(فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة)** فإنه **(لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر تصرفاً لغرض ليس له أن ينقضه ما**

تكذيبه إياه في الوكالة، وهذا أظهر لما قلنا، وفي الوجوه كلها ليس له أن يستردّ المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه. ومن قال

دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الألف العين نصفين فادّعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذ المكذب. وذكر في الأمالي أنه لا يرجع، لأن الغريم زعم أنه بريء عن جميع الألف، إلا أن الابن الجاحد ظلمه، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضي من التركة. وجه الظاهر أن المصدق أقرّ على أبيه بالدين، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين، لأن الديون تقضى بأمثالهما فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفي، لأن الدين مقدم على الإرث، إلى هنا كلامه فتأمل **(قال)** أي المصنف في البداية **(إلا أن يكون ضمنه عند الدفع)** هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه: يعني إذا ضاع في يده لم يرجع عليه، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع، وهذا اللفظ مرويّ بالتشديد والتخفيف، ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسنداً إلى المديون والضمير البارز راجعاً إلى الوكيل، وفي التخفيف على العكس، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامناً عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لي ما دفعته إليك عن الطالب، حتى لو أخذ الطالب مني ماله آخذ منك ما دفعته إليك، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً فأنا أرد عليك ما قبضته منك. وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل **(لأن المأخوذ)** منه **(ثانياً مضمون عليه)** أي على رب الدين **(في زعمهما)** أي في زعم الوكيل والمديون، لأن ربّ الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانياً **(وهذه)** أي هذه الكفالة **(كفالة أضيفت إلى حالة القبض)** أي إلى حالة قبض ربّ الدين ثانياً **(فتصح)** أي فتصح هذه الكفالة لإضافتها إلى سبب الوجوب وهو قبض ربّ الدين فصارت **(بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان)** أي بما يذوب: أي يجب له عليه، وهذا ماض أريد به المستقبل، وقد مرّ تقريره في كتاب الكفالة، فوجه المشابهة بين

لم يقع اليأس عن حصول غرضه) لأنّ سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود، وقد تقدم. ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا. قال الخصاف رحمه الله: لا يحلف على قول أبي حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به لزمه فإذا أنكره يحلف لكنه على العلم لأنه على فعل الغير، وله أن الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة، وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف، وكذا لم يذكر ما إذا أقرّ بالوكالة وأنكر الدين، والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافاً لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره **(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بمال الغير)** بحق القبض فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح **(بخلاف الدين)** على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة، فإن دفعها إليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولاً، فهو على الوجوه المذكورة إن دفعها إليه مصدقاً لا يرجع وإن صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين في يده باقية وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان، وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر **(ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى)** أي لأن مال الوديعة لا يبقى **(مال المودع بعد موته)** وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله

قوله: **(إما ظاهراً وهو في حالة التصديق أو محتملاً وهو في حالة التكذيب)** أقول: وفي حالة السكوت.

إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقرّ له بمال الغير، بخلاف الدين؛ ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته، فقد

المسألتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه **(ولو كان الغريم لم يصدقه)** أي لم يصدق الوكيل **(على الوكالة)** يعني ولم يكذبه أيضاً بل كان ساكتاً، لأن فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا **(ودفعه إليه)** أي دفع المال إلى الوكيل **(على ادعائه)** أي بناء على مجرد دعوى الوكيل **(فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه)** أي الغريم **(لم يصدقه)** أي الوكيل **(على الوكالة، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة)** أي على رجاء أن يجيزه صاحب المال **(فإذا انقطع رجاؤه)** أي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه **(رجع عليه)** أي رجع الغريم أيضاً على الوكيل **(وكذا إذا دفعه إليه)** أي وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل **(على تكذيبه)** أي على تكذيب الغريم **(إياه)** أي الوكيل **(في الوكالة)** أي في دعوى الوكالة **(وهذا)** أي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب **(أظهر)** أي أظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت، لأنه لما رجع عليه في تينك الصورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعاً **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية كما لا يخفى **(وفي الوجوه كلها)** يعني الوجوه الأربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب، ودفعه مع التكذيب **(ليس له)** أي ليس للغريم **(أن يستردّ المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً)** وهو في حالة التصديق **(أو محتملاً)** وهو في حالة التكذيب، كذا في عامة الشروح. أقول: الحق في بيان قوله أو محتملاً أن يقال وهو في حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها. وقيل ظاهراً إن كان الوكيل ظاهر العدالة، أو محتملاً إن كان فاسقاً أو مستور الحال **(فصار)** أي صار الحكم في الوجوه كلها **(كما إذا دفعه)** أي كما إذا دفع الغريم المال **(إلى فضولي على رجاء الإجازة)** من صاحب المال فإن الدافع هناك **(لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة)** فكذا هاهنا **(ولأن من باشر التصرّف لغرض)** عطف على قوله لأن المؤدي صار حقاً للغائب **(ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه)** أي عن حصول غرضه لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود كما إذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة لأنه لو كان له الشفعة كان سعياً في نقض ما تم من جهته وهو البيع، ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يحلف أو لا؟ قال الخصاف: لا يحلف على قول أبي حنيفة، ويحلف على قولهما لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به لزمه فإذا أنكره يحلف، لكنه على العلم لأنه على فعل

نصب ماله ووجهه بكونه حالاً كما في كلمته فاه إلى في: أي مشافها، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكماً له وتبعه غيره من الشارحين، وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة: أي كلمته في حال المشافهة. وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى: أي لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث، **(فقد اتفقا على أنه مال الوارث)** فلا بد من الدفع إليه **(ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه، لأن المودع ما دام حياً كان إقرار المودع)** إقراراً **(بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان في دعوى البيع عليه)** ولقائل أن

قوله: **(فإن دفعها إليه فحضر الغائب)** أقول: يعني إن دفع الوديعة الخ قوله: **(إن لم تكن العين الخ)** أقول: قوله إن لم تكن ناظر إلى قوله لا يرجع وإلى قوله يرجع معاً قوله: **(وأما الاسترداد، إلى قوله: لما مر)** أقول: فيه بحث مذكور وجهه في شرح الكنز للزيلعي في فصل القضاء بالمواريث فراجعه.

اتفقا على أنه مال الوارث. ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام

الغير. وله أن الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة، وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف، وكذا لم يذكر ما إذا أقرّ بالوكالة وأنكر الدين، والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافاً لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده، وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره، كذا في العناية أخذاً من النهاية. وذكر في الكافي أنه إن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البينة على أنه ليس بوكيل أو أقام البينة على إقراره أن الطالب ما وكله لا تقبل، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لأن كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب، فإن أقام الغريم البينة على أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال مني تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وضرورة ولا يثبت مقصوداً اهـ **(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه)** هذا لفظ القدوري في مختصره، علله المصنف بقوله **(لأنه)** أي المودع بفتح الدال **(أقرّ له)** أي للوكيل **(بمال الغير)** وهو المودع بكسر الدال، فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح **(بخلاف الدين)** حيث يؤمر المديون بالتسليم إلى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر، فإن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرار المديون إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض، كذا ذكره الإمام قاضيخان. ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة أيضاً؛ فإنه قال في المبسوط: وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال ربّ الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال هلك مني أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا إن صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اهـ. وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم، ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير أنه لا يملك الاسترداد لأنه ساع في نقض ما أوجبه. وقال أيضاً: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن؟ قيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اهـ **(ولو ادعى)** أي ولو ادعى أحد، وفي بعض النسخ: فلو ادعى ذكر المصنف هذه

يقول: قد تقدم هاتان المسألتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء، وهاهنا باعتبار الدعوى، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى، وهنالك بقوله ومن أقرّ ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة. قال **(فإن وكل وكيلاً بقبض دينه)** ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلاً بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم اتبع ربّ المال فاستحلفه. قال المصنف **(لأن الوكالة قد ثبتت)** يعني بالبينة لأن وضع المسألة كذلك **(والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق)** إلى تحليف رب الدين **(ثم يتبع الغريم ربّ الدين فيستحلفه رعاية لجانبه)** فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** والنيابة لا تجري في الأيمان، وقال زفر رحمه الله: أحلفه على العلم، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته، لأن الوكيل لو أقرّ بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه. والجواب أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل

قوله: **(وأما قوله لا يبقى إلى قوله والظاهر في إعرابه الرفع)** أقول: فيه بحث، فإن استقامة المعنى مما لا يمكن إنكاره، والنفي متوجه إلى القيد على ما هو الأصل، بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضاً لظهور أن المال عينه باق وغير الباقي منسوبيته إليه وتلك من أحوال ذلك المال قوله: **(أي لأن المودع الخ)** أقول: أو لأن الشأن.

حياً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه. قال: **(فإن وكل وكيلاً يقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه)** لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا

المسألة تفريعاً على مسألة القدوري **(أنه)** الضمير للشأن **(مات أبوه)** أي أبو المدعي **(وترك الوديعة ميراثاً له)** أي للمدعي **(ولا وارث له)** أي للميت **(غيره)** أي غير المدّعي **(وصدقه المودع أمر بالدفع إليه)** أي أمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعي. أقول: من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال في تفسير هذه المسألة: أي فلو ادعى من قال إني وكيل أنه أي إن فلاناً مات أبوه الخ. ولا يخفى على من له أدنى مسكة أن هذه المسألة مسألة الوراثة ذكرت تفريعاً على مسألة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم، وأنه لا مجال لأن يكون الضمير المستكن في ولو ادعى أو فلو ادعى راجعاً إلى من قال إني وكيل، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعي الوكالة أصلاً. قال المصنف في تعليل هاتيك المسألة **(لأنه)** أي لأن مال الوديعة **(لا يبقى ماله)** أي لا يبقى مال المودع **(بعد موته)** أي بعد موت المودع. قال صاحب النهاية: ماله بالنصب، وقال هكذا كان معرباً بإعراب شيخي: أي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته: أي منسوباً إليه ومملوكاً له، فكان انتصابه على تأويل الحال كما في كلمته فاه إلى فيّ: أي مشافها ا هـ. وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه: ويجوز الرفع. وقال صاحب غاية البيان: قوله لا يبقى ماله بالنصب على أنه حال كما في قوله كلمته فاه إلى فيّ: يعني لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه ا هـ. وقال صاحب العناية: وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالاً كما في كلمته فاه إلى فيّ: أي مشافهاً، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكاً له وتبعه غيره من الشارحين. ورأى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة: أي كلمته في حال المشافهة. وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى: أي لأن المودع لا يبقي ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ا هـ كلامه. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في علم البلاغة أنه يجوز في أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أوّلاً فيؤول المعنى إلى نفي القيد، وأن يعتبر النفي أوّلاً فيؤول المعنى إلى تقييد النفي ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له، فإن أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الأول فممنوع، إذ لا يخفى أن نفي بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه إليه بعد موته معنى ظاهر مقبول، وإن أراد بذلك أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فمسلم، لكن المراد هاهنا هو الاعتبار الأول كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه على تقدير رفع ماله على أنه فاعل لا يبقي يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته، وليس هذا بمعنى صحيح إذ المال باق بعينه بعد موته وإنما المنتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه إليه، وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية، ولا يفهم من الرفع على الفاعلية،

فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الأيمان، بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة. قال: **(وإن وكيله بعيب في جارية الخ)** إذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري، بخلاف ما مرّ من مسألة الدين لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل، وأما هاهنا فغير ممكن لأن العقد ينفسخ بالقضاء، والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبي حنيفة لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً وإن ظهر الخطأ بالنكول، وعلى هذا لا يحلف

قوله: **(فكان ذكرهما تكراراً)** أقول: والأولى أن يقال ذكرهما استطرادي تفريعاً على مسألة القدوري ولهذا لم يذكرهما في البداية فليتأمل قوله: **(ومن أقر)** أقول: أي بمعناه.

يؤخر الحق. قال: **(ويتبع رب المال فيستحلفه)** رعاية لجانبه، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب. قال: **(وإن وكله**

اللهم إلا أن يدعي أنه يؤخذ من إضافة المال إلى الضمير الراجع إلى المودع لكنه بعيد جداً، فالظاهر في إفادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى. ثم إن الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية: والصواب هو الرفع على ما قاله الأكمل. وقد فاته شيء آخر، وهو أن من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها، إلا أنه يجوز بالتأويل. ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متموّلاً: أي لا يبقى الميت بعد موته متمولاً لكان أوجه ا هـ. قول: ليس ما زاده بشيء، أما قوله إن من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع؛ ألا يرى إلى قول ابن الحاجب. وكل ما دل على هيئة صح أن يقع حالاً مثل هذا بسر أطيب منه رطباً. ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالاً بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال: إلا أنه يجوز بالتأويل، وقد بيّن صاحب النهاية التأويل هاهنا حيث قال منسوباً إليه مملوكاً له، فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغواً من الكلام. وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متموّلاً: أي لا يبقى الميت بعد موته متموّلاً لكان أوجه فمما لا ينبغي أن يتفوّه به العاقل لأن المتموّل إنما هو المالك لا المال قطعاً فكيف يتصوّر تأويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له، بل على تقدير إرجاع ضمير لا يبقى إلى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام **(فقد اتفقا)** أي مدعي الوراثة والمودع. وقال العيني: أي الذي ادعى الوكالة والمودع. أقول: هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله **(على أنه)** متعلق باتفقا: أي فقد اتفقا على أن مال الوديعة **(مال الوارث)** فلا بد من الدفع إليه قال صاحب التسهيل: أقول فيه إقرار على الغير بالموت فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي انتهى فتأمل **(ولو ادعى)** أي ولو ادعى أحد **(أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر)** أي لم يؤمر المودع **(بالدفع إليه)** أي إلى مدعي الشراء، وهذه المسألة أيضاً ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية، وقال في تعليلها **(لأنه)** أي لأن صاحب الوديعة **(ما دام حياً كان إقراراً بملك الغير: أي كان إقرار المودع لمدعي الشراء إقراراً بملك الغير)** وهو صاحب الوديعة **(لأنه)** أي الحيّ **(من أهله)** أي من أهل الملك **(فلا يصدقان)** أي مدعي الشراء والمودع المصدق إياه **(في دعوى البيع عليه)** أي على صاحب الوديعة، قال صاحب العناية: ولقائل

المشتري عنده بعد ذلك لأنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة. واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع، ولو كان القضاء ماضياً على الصحة لم ترد الجارية على المشتري. وأجيب بأن الرد مذهب محمد، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية. سلمنا أن هذا قول الكل، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا

قوله: **(لأن الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة الخ)** أقول: مقصوده دفع الاعتراض المذكور في النهاية، ونص عبارته: فإن قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة، ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة، فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفاً بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عنه دعوى المدعي ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالإيفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل انتهى. وكذا قرر الزيلعي تبعاً لصاحب النهاية، لكن الحق ما في شرح الإتقاني والأكمل نقلاً عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة، ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يخلو من بحث.

بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسألة الدين لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وهاهنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا

أن يقول: قد تقدم هاتان المسألتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وهاهنا باعتبار الدعوى، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن أقرّ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة إلى هاهنا كلامه. أقول: تضعيفه ساقط لأن ذكر المسألة المتقدمة عليهما وهي مسألة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها، لأن ذكرها لما أوقع في ذهن السامع أن الحكم فيهما أيضاً كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها إزالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين إحداهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الأخرى فكان إيرادهما في هذا الباب قريب المناسبة **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(فإن وكل وكيلاً بقبض ماله)** أي إن وكل رجل وكيلاً بقبض مال له على غريمه **(فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه)** أي فإن الغريم **(يدفع المال إليه)** أي يؤمر بدفع المال إلى الوكيل. قال المصنف في تعليله **(لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه)** أي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة **(فلا يؤخر الحق)** أي حق القبض إلى تحليف ربّ الدين. قال صاحب النهاية: فإن قيل: لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأيّ دليل يعلم ثبوت الوكالة؟ ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة، بل هو دليل على عدم صحة الوكالة، لأن الدين إذا كان مستوفي من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادّعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفاً بأصل الحق؛ ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء ربّ الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء، فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل ا هـ. أقول: جوابه منظور فيه، إذ لا كلام في أن ادعاء الغريم استيفاء ربّ الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق، وإنما الكلام في أن الوكالة بأيّ دليل ثبتت، ومجرد عدم إنكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها، ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرّاً للوكالة، فكيف إذا تكلم بما يشعر بإنكار الوكالة، وقد أشار إليه السائل بقوله: بل هو دليل على عدم صحة الوكالة إلى قوله: فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى، فكأنّ الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلاً بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلاً عن أن تقع وكيلاً عنه تدبر. وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسألة: ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلاً بذلك المال وأقام الوكيل البينة

من المشتري، وفي مثله لا ينقذ القضاء باطناً كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه، وقالوا هذا أصح، فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا: أي على هذا الأصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية، ولا يؤخر إلى تحليف المشتري لأن عدم التأخير إلى تحليف ربّ الدين إنما كان لكون التدارك ممكناً عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردّت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف. وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في

قال المصنف: **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** أقول: ذكر في الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم قوله: **(لأن الوكيل لو أقر بذلك)** أقول: يعني لو أقر بالاستيفاء.

يفيد، وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر، لأن التدارك ممكن عندهما

عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم ادفع ربّ المال فاستحلفه. ثم قال في شرح قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت: يعني بالبينة، لأن وضع المسألة كذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: لو كان مدار قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسألة على اعتبار قيد إقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسألة لما وسع للمصنف في بدايته وهدايته ولعامة المشايخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسألة، ولا ينبغي أن يدعي كون تركهم إياه بناء على ظهور اعتباره، كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما، حتى ذهبوا إلى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور، فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الأجلاء **(قال ويتبع)** أي يتبع الغريم **(رب المال فيستحلفه)** أي فيستحلف الغريم ربّ المال على عدم الاستيفاء **(رعاية لجانبه)** أي جانب الغريم، فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع الغريم القابض فيستردّ ما قبضه **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** والنيابة: لا تجري في الأيمان. وقال زفر رحمه الله: أحلفه على العلم، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لأن الوكيل لو أقرّ بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه. والجواب أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل، فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الأيمان، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة، كذا في الشروح أخذاً من الإيضاح **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(وإن وكله بعيب في جارية)** أي إن وكله بردّ جارية بسبب عيب **(فادعى البائع رضا المشتري)** أي رضاه بالعيب **(لم يرد عليه)** أي لم يردّ الوكيل على البائع **(حتى يحلف المشتري)** يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على أنه لم يرض بالعيب **(بخلاف ما مر من مسألة الدين)** حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف ربّ الدين. قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل. أقول: ليس هذا بمعنى المقام قطعاً، إذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسألتين، فإن الوكيل لا يحلف في شيء منهما أصلاً. ثم اعلم أنه ذكر في المبسوط الفرق بين مسألة الدين ومسألة العيب من وجهين: أحدهما أن في الدين حق الطالب ثابت بيقين، إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافي ثبوت أصل حقه، لكنه يدعي الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط. وأما في العيب فإن علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد أصلاً، فالبائع لا يدعي مسقطاً بل يزعم أن حقه في الردّ لم يثبت أصلاً، فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من

الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائباً. قال **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ)** ومن دفع إلى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذي أخذه من الموكل لا يكون متبرعاً فيما أنفق. قيل: هذا استحسان. ووجهه أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدّى من الثمن، وقد قررناه: يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، وهذا أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال المتوكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال، وفي القياس ليس له ذلك، ويصير متبرعاً فيما أنفق ويردّ الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال

قوله: **(واعترض بأن الوكيل إذا ردها الخ)** أقول: بقضاء القاضي على خلاف قول أبي حنيفة

لبطلان القضاء. وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. قال: **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله**

الرد عليه. والثاني: أن الردّ بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ لا يعود، فلو أثبتنا له حق الردّ تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه، وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده، فإذا حضر الموكل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين، وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي أراده المصنف بقوله **(لأن التدارك ممكن هنالك)** أي في مسألة الدين **(باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله)** أي نكول الموكل عن اليمين، إذ القضاء لم ينفذ باطناً لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالأملاك المرسلة، كذا في الكافي والكفاية **(وهاهنا)** أي في مسألة الرد بالعيب، وفي بعض النسخ: وفي الثانية أي وفي المسألة الثانية وهي مسألة الرد بالعيب **(غير ممكن)** أي التدارك غير ممكن **(لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه)** لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده كما مر في كتاب القضاء، وفي كتاب النكاح أيضاً **(ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك)** أي بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة **(لأنه)** أي لأن الاستحلاف **(لا يفيد)** فإنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعاً، قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك: أي بعد نكول الموكل، وتبعه الشارح العيني: أقول: هذا تفسير فاسد، إذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري، وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن. وفي الذخيرة: وإن لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب وردّ الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويردّ الجارية على الآمر، لأن الآمر مع البائع تصادقا على أن الجارية ملك الآمر لأن البائع ادّعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية إياه وصدقه الآمر في ذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار، ويثبت بهذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد وأن قضاءه بالرد نفذ ظاهراً لا باطناً فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن فكان للآمر أن يأخذها. بعض مشايخنا قالوا: هذا على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة لا سبيل للآمر على الجارية، وبعضهم قالوا: هذا قول الكل وهو الأصح. ووجهه أن نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطناً كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى. وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضاً، ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب، ثم إن صاحب العناية ذكر ذلك هاهنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال: واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع، ولو كان القضاء ماضياً على الصحة لم تردّ الجارية على المشتري. وأجيب بأن الرد مذهب محمد، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية. سلمنا أن هذا قول الكل، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه

نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرّعاً. وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين، وهو أن يدفع المديون إلى رجل ألفاً ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه في القياس متبرّع، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس

قوله: **(وقالوا هذا أصح)** أقول: أي كونه قول الكل أصح قوله: **(في الفصلين الخ)** أقول: قوله في الفصلين متعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد الجواب الخ.

فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه) وقد قررناه

بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري، وفي مثله لا ينفذ القضاء باطناً كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه، وقالوا: هذا أصح انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقوّيه لأنه إذا جاز نقض القضاء هاهنا عند أبي حنيفة أيضاً بأيّ سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ هاهنا لم يكن ماضياً على الصحة عنده أيضاً فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين فتأمل **(وأما عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(قالوا)** أي المشايخ **(يجب أن يتحد الجواب على هذا)** أي على الأصل المذكور في الفصلين) أي في فصل الدين وفي فصل الردّ بالعيب **(ولا يؤخر)** أي لا يؤخر القضاء بالرد إلى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين إلى تحليف ربّ الدين **(لأن التدارك ممكن)** أي في الفصلين معاً **(عندهما لبطلان القضاء)** يعني أن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين في فصل الدين إنما كان لأن التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل، وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضاً لأن قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردّت الجارية عليه فلا يؤخر إلى التحليف **(وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر)** أي القضاء **(في الفصلين لأنه)** أي لأن أبا يوسف **(يعتبر النظر)** أي النظر للبائع، كذا في الشروح. أقول: الأولى أن يقال: أي النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك **(حتى يستحلف)** أي أبو يوسف **(المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع)** يعني أن من مذهب أبي يوسف أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً وأراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدّع البائع، فإذا كان المشتري أو ربّ الدين غائباً فأولى أن لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظراً للبائع والمديون **(فينتظر للنظر)** أي فينتظر في الفصلين نظراً للبائع والمديون. قال في النهاية فينتظر للنظر: أي للبائع، فعلى هذا ينبغي أن ينتظر في الدين نظراً للغريم انتهى. وقال في غاية البيان: فعلى هذا ينتظر عنده في الدين أيضاً نظراً للغريم، وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى. وقال في العناية: لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائباً انتهى. أقول: لا يخفى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية إليه، فالوجه ما قرّرناه فتبصر **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله)** أي لينفقها عليهم **(فأنفق عليهم عشرة من عنده)** أي من مال نفسه **(فالعشرة بالعشرة)** أي فالعشرة التي أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل: يعني لا يكون الوكيل متبرعاً فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكاً له. قال الإمام التمرتاشي: هذا إذا كانت عشرة الدفع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها، أو كان مطلقاً لكن ينوي تلك العشرة، أما إذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشترياً لنفسه ويكون متبرعاً بالإنفاق، لأن الدراهم تتعين في الوكالة، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية. وقال في الكفاية بعد ذلك: وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها،

الألف التي دفعت إليه لا يكون له ذلك. وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرّع، وذلك لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل، فلو لم يجعل متبرّعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرّعاً قياساً. فأما الإنفاق

قوله: **(فالعشرة الذي أنفقه الخ)** أقول: والأولى أن يقال: فالعشرة التي أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التي أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل، قال الإتقاني: أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله انتهى، وهذا أولى أيضاً مما ذكره الأكمل فتأمل ليظهر لك وجه الأولوية قوله: **(فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال)** أقول: يعني التجويز دلالة قوله: **(وفي القياس ليس له ذلك الخ)** أقول: هذا القياس يجري ظاهراً في التوكيل بالشراء.

فهذا كذلك. وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرّعاً. وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء، فأما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه، والله أعلم بالصواب.

بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقاً فيهما. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه)** أي في الوكيل بالشراء **(ما ذكرناه)** من رجوع الوكيل على الموكل بما أدّى من الثمن **(وقد قررناه)** يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية **(فهذا)** أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق **(كذلك)** لأن الوكيل بالإنفاق على الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال. واعلم أن محمداً لم يذكر في الأصل مسألة الإنفاق، بل ذكر فيه مسألة قضاء الدين فقال: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها إلى الموكل ويكون متطوعاً في التي دفع، ولكني أدع القياس في ذلك وأستحسن أن أجيزه، إلى هنا لفظ الأصل. وإنما ذكر مسألة الإنفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه: هذا الذي ذكره استحسان، والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها، وهو قول زفر، وهذا معنى قول المصنف **(وقيل هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً)** أي ليس للوكيل إنفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل، بل إذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعاً فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن. وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أُنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعاً. وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفاً بقوله لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء الخ، وقالوا في شروح الجامع الصغير أيضاً: من المشايخ من قال: ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الأصل. أما الإنفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان، بل صح ذلك قياساً واستحساناً حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياساً واستحساناً، وهذا معنى قول المصنف **(وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء)** هذا وجه القياس: يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً. ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله: لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له ا هـ **(فأما الإنفاق)** فإنه **(يتضمن الشراء)** لأن الأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً **(فلا يدخلانه، والله أعلم)** أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الإنفاق، بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرّعاً بالإنفاق من مال نفسه.

فيتضمن الشراء لأنه أمر بالإنفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه بل بمثلها في الذمة، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرّعاً قياساً أيضاً، والله أعلم.

قوله: **(وفي الإستحسان له ذلك)** أقول: وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له: يعني من الدراهم كذا ذكره الإتقاني نقلاً من شرح الاسبيجابي للكافي للحاكم الشهيد قوله: **(وذلك لأن قضاء الدين)** أقول: أي كونه متبرعاً في القياس.

باب عزل الوكيل

قال: (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه فله أن يبطله، إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان

باب عزل الوكيل

أخّر باب العزل، إذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخراً (قال) أي القدوري في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أي حق الموكل (فله أن يبطله) أي فللموكل الذي هو صاحب الحق أن يبطل حقه (إلا إذا تعلق به)أي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقاً (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير، وذلك (بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أي لما في العزل في هذه الصورة (من إبطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه، وإبطال حق الغير لا يجوز، قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلاً بالطلب يملك الموكل عزله، سواء كان الخصم حاضراً أو غائباً، وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب: أي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضراً أو غائباً. ثم إن عدم صحة العزل إذا كان بطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب. وأما إذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب أو لا، وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكره في الذخيرة، فإنه قال فيها: وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين: الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غائباً لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه، لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره. والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب، وأنه على وجهين أيضاً: الأول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائباً، والوجه الثاني إذا كان التوكيل بالتماس أحد، إما الطالب وإما القاضي، وفي هذا الوجه إن كان الوكيل غائباً وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال، لأن هذه الوكالة غير نافذة لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعاً وامتناعاً فيصح، وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلاً. وإن كان الوكيل حاضراً وقت التوكيل أو كان غائباً ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب أو سخط، لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه. وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلاً لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل

باب عزل الوكيل

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج إلى بيان. واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا، لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أوّلاً وإن كان للمطلوب، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك. وإن كان، فأما إن علم الوكيل بالوكالة أولاً، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعاً ولهذا لم يذكره المصنف، وإن علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لأن التوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى، وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الموكل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه

باب عزل الوكيل

قوله: (وهو المذكور أولاً) أقول: فيه بحث، فإن المذكور أولاً يعمه، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلاً لعموم كلام القدوري، وجوابه أن القصر إضافي: أي لا عزل وكيل المطلوب قوله: (وإن كان للمطلوب فإن لم يكن الخ) أقول: قال الزيلعي في تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة إذ هو لم يطلب قوله: (فكان العزل امتناعاً) أقول: أي فكان العزل اللفظي امتناعاً حقيقة لا عزلاً.

وكيلاً بالخصومة يطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير، وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن. قال:

أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضاً فيبطل حقه أصلاً. وأما إذا كان الطالب حاضراً فحقه لا يبطل أصلاً لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلاً آخر إلى هنا لفظ الذخيرة. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أو لا. وإن كان للمطلوب، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك، وإن كان فأما إن علم الوكيل بالوكالة أو لا، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعاً ولهذا لم يذكره المصنف، وإن علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى، وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه اهـ كلامه. واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أوّلاً، وأجاب حيث قال: فيه بحث، فإن المذكور أوّلاً يعمه، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلاً لعموم كلام القدوري: وجوابه أن القصر إضافي: أي لا عزل وكيل المطلوب اهـ. أقول: جوابه ليس بتامّ فإن المذكور أوّلاً وهو قول وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضاً سيما الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الإضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب. ثم أقول: الحق الصريح أن كلام القدوري الذي ذكره المصنف هاهنا أوّلاً، وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعمّ جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل، وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلاً للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب، ويمشي في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله، فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أوّلاً مقصوراً على صورة عزل وكيل الطالب، وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب أصلاً سهو بيّن **(وصار)** أي صار التوكيل الذي كان بطلب من جهة الطالب **(كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن)** أي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بأن وضع الرهن على يدي عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطاً على بيع الرهن عند حلول الدين، فإنه إذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك، لأن البيع صار حقاً للمرتهن، وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن، وكذا إذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجه عن الوكالة نحو أن أمره أن يبيع ويستوفي الدين من ثمنه، كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة. قيل: من أين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الأول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وإن لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن إذا لم يرض به المرتهن مع أنه في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك؟ وأجيب

طلب نصب وكيل آخر منه، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه قوله: **(فصار)** أي فصار التوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب **(كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن)** بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل على البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقاً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق. فإن قيل: عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن

قوله: **(بأن وضع الرهن الخ)** أقول: تفسير للعام بالخاص، فإنه إذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجيء التفصيل في الرهن.

(فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من

بأن الفرق بينهما من حيث إن العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلاً لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب. وأما في مسألة الرهن، فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع إذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع. وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن لم يبلغه العزل)** أي فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه **(فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم)** أي حتى يعلم الوكيل عزله، وهذا عندنا وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الأصح: ينعزل، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه؛ ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما، ولأن الوكالة للموكل لا عليه، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه، وذلك لا يجوز. ولكنا نقول: العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة، وجوّز لهم رسول الله ﷺ حين لم يعلموا[1]، وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك[2]، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ [المائدة: ٩٣] وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به، ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله **(لأن في العزل)** أي في عزل الوكيل من غير علمه **(إضراراً به)** أي بالوكيل من وجهين: أحدهما أشار إليه بقوله **(من حيث إبطال ولايته)** فإن في إبطال ولايته تكذيباً له لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة. والثاني: ما أشار إليه بقوله **(أو من حيث رجوع الحقوق إليه)** أي إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه **(فينقد من مال الموكل)** إن كان وكيلاً بالشراء **(ويسلم المبيع)** إن كان وكيلاً بالبيع، فلو كان معزولاً قبل العلم كان التصرف واقعاً له **(فيضمنه)** أي فيضمن ما نقده وما سلمه **(فيتضرّر**

كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب رضي به أو لا، ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة. أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل

قوله: **(ثم أراد الراهن الخ)** أقول: الأظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فإنه إذا أراد قوله: **(ليس له ذلك)** أقول: استئناف بياني.

(١) صحيح. يشير إلى ما أخرجه البخاري ٤٤٠٣، ٤٤٩١، ٤٤٩٤، ٧٢٥١، ٤٤٩٠، ٤٤٩٣ ومسلم ٥٢٦ والترمذي ٣٤١ والنسائي ٢/ ٦١ والدارمي ١/ ٢٨١ وابن حبان ١٧١٥ والدارقطني ١/ ٢٧٣ والبيهقي ٢/ ٢، ١١ وأحمد ٢/ ١٦، ٢٦ والبغوي ٤٤٥ كلهم من حديث ابن عمر.
ولفظه «بينما الناس بقباء في صلاة الصبح إذا جاءهم آتٍ فقال لهم: إن رسول الله ﷺ قد أُنزِل عليه الليلة قرآن وقد أُمِرَ أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى الكعبة».
قال البغوي: فيه دليل على أن حكم النسخ لا يلزم المرء قبل بلوغ الخبر إليه لأن أهل قباء كانوا شرعوا في الصلاة إلى بيت المقدس بعد النسخ لأن آية النسخ نزلت بين الظهر والعصر، وأول صلاة صلاها رسول الله ﷺ إلى الكعبة صلاة العصر، ووصل الخبر إلى أهل قباء في صلاة الصبح، ثم انحرفوا، وبنوا على صلاتهم، ولم يعيدوها اهـ. البغوي.
(٢) صحيح يشير المصنف إلى ما أخرجه البخاري ٥٥٨٣، ٥٦٢٢ ومسلم ١٩٨٠ وابن حبان ٥٣٥٢ والحميدي ١٢١٠ وكذا النسائي ٨/ ٢٨٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٠ وأحمد ٣/ ١٨٣، ١٨٩، ١٩٠ كلهم من حديث أنس.
ولفظه «أن أنس بن مالك أخبرهم قال: بينما أنا قائم على الحيّ وأنا أصغرهم سناً على عمومتي إذ جاء رجل فقال: إنها حَرُمَت الخمر، وأنا قائم عليهم أسقيهم من فضيخ لهم، فقالوا: اكفأها، فكفأتها فقلت لأنس: ما هو؟ قال: البسر، والتمر، وقال أبو بكر بن أنس، وكانت خمرهم يومئذ، فلم ينكره أنس بن مالك».
وقوله «من فضيخ لهم» الفضيخ: اسم للبسر إذا شدخ ونبذ.

حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به، ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده. قال: **(وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه**

به) والضرر مدفوع شرعاً. ثم إن الوجه الأول عامّ يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك. وأما الوجه الثاني: فمختص بالتصرفات التي ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما. وعن هذا قال المصنف **(ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول)** يعني أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظراً إلى الوجه الأول. وفي الذخيرة: وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى. وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى. قال في المحيط البرهاني: وإذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلاً، هكذا ذكر في الأجناس في مسائل البيوع، وفي مسائل الغصب من الأجناس أيضاً: إذا قال اشهدوا أني لم أوكل فلاناً فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل، وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل. وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى. وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً. قال المصنف: **(وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر)** أشار به إلى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ **(فلا نعيده)** لعدم الاحتياج إلى الإعادة. اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرّاً كان أو عبداً عدلاً كان أو فاسقاً، رجلاً كان أو امرأة، صبياً كان أو بالغاً، وكذلك العزل عندهما، وعند أبي حنيفة لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الإثنين إذا لم يكونا عدلين. ثم إن هذا الاختلاف فيما إذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة. وأما إذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق، كائناً من كان الرسول، عدلاً كان أو غير عدل، حرّاً كان أو عبداً، صغيراً كان أو كبيراً، نص عليه في البدائع. وقال في تعليله: لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أيّ صفة كان **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً)** بالباء المكسورة: أي دائماً، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لا تفارق ليلاً ولا نهاراً، وقيل مطبقاً: أي مستوعباً، من أطبق الغيم السماء إذا استوعبها **(ولحاقه)** بفتح اللام: أي وتبطل بلحاق الموكل **(بدار الحرب مرتداً)** وفي الذخيرة قالوا: ما ذكر في الجواب في الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقاً، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جنّ جنوناً مطبقاً لا يصح، فكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة. وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل

الحق بطل العزل، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزاً، وأما في مسألة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع أصلاً إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع. قال: **(فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ)** إذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في عزله إضراراً به من وجهين: أحدهما من حيث بطلان ولايته لأن الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك، وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته، وضرر التكذيب ظاهر لا محالة. والثاني من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان

قال المصنف: **(ولحاقه بدار الحرب مرتداً)** أقول: اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب. قال الزيلعي: المراد بلحاقه دار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم انتهى. هذا لا يوافق ما في الهداية كما لا يخفى، إذ يكون الحكم المذكور في اللحاق على قولهما حينئذ فإن تبطل صيغة الاستقبال.

جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتدّاً) لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء، وحدّ المطبق شهر عند أبي

على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث إنه لا يملك الموكل عزله. ومن ملك شيئاً من جهة أخرى ثم جنّ الملك فإنه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عيناً فكذا إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جنّ الزوج لا يبطل الأمر انتهى. وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى: وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله، أما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحساناً ولا ينعزل قياساً انتهى. أقول: في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى إشكال، لأن الظاهر من عبارته أن يكون الأمر باليد للمرأة من باب التوكيل، وليس كذلك فإنه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق، بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل. ثم أقول: فيما بقي هاهنا شيء، وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الأولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه، إذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها، اللهم إلا أن يقال: الأصل في الوكالة عدم اللزوم، واللزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأن التوكيل تصرف غير لازم)** قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة: إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى. وقد سبقه تاج الشريعة إلى هذا التعليل. أقول: فيه خلل، لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازماً كان أو غير لازم، وإنما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين؛ فقولهما إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح. والصواب أن يقال: إذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وهاهنا ليس كذلك **(فيكون لدوامه)** أي لدوام التوكيل **(حكم ابتدائه)** لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه، فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إنزالاً للمتمكن مكان المبتدىء والمنشىء كما قالوا في قوله تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى﴾ [البقرة: ١٧٥] فصار كأنه يتجدّد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد

وكيلاً بالشراء ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع، فإذا كان معزولاً كان التصرف واقعاً له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به، والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب أدب القاضي فلا يحتاج إلى الإعادة. قال: **(وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ)** قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب، ففي الأول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتداً، لأن التوكيل تصرف غير لازم، إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة

قوله: **(إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده)** أقول: فيه مسامحة لعل هنا سهواً، والصحيح عما يتوقف رفع وجوده وإلا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين، ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم قوله: **(لأن كلا منهما ينفرد في فسخها)** أقول: مع أن انفراد أحدهما يكفي في انتفاء اللزوم قوله: **(فكذا فيما هو بمنزلته)** أقول: الضمير في قوله بمنزلته راجع إلى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد قوله: **(ونوقض بالبيع بالخيار فإنه الخ)** أقول: فيه مغالطة، فإن المتقرر هو البيع لا الخيار، وهذا هو خلاصة الجواب قوله: **(وكلام**

يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم. وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت. وقال محمد: حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطاً. قالوا: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته، فإن أسلم نفذ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردّته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير، وإن كان

(فلا بد من قيام الأمر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة إذا كان لا بد من أمره بذلك في ابتداء العقد، فكذا فيما هو بمنزلته **(وقد بطل)** أي أمر الموكل **(بهذه العوارض)** وهي الموت والجنون والارتداد. فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار. قلنا: الأصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار، فإذا مات تقرّر الأصل وبطل العارض، كذا في الشروح **(وشرط)** أي شرط في بطلان الوكالة **(أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله)** أي قليل الجنون **(بمنزلة الإغماء)** فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالإغماء **(وحدّ المطبق)** أي حدّ الجنون المطبق **(شهر عند أبي يوسف)** وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة **(اعتباراً بما يسقط به الصوم)** أي صوم شهر رمضان. وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة: والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدّر بالشهر، لأن ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيراً، والشهر فصاعداً في حكم الآجل فكان طويلاً **(وعنه)** أي عن أبي يوسف **(أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار)** أي فصار من جنّ في هذه المدة **(كالميت)** فلا يصلح للوكالة **(وقال محمد: حول كامل)** قال الناطفي في الأجناس: قال ابن سماعة في نوادره: قال محمد في قوله الأوّل: حتى يجنّ يوماً وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة، ثم رجع وقال: حتى يجنّ شهراً، ثم رجع وقال: حتى يجنّ سنة **(لأنه يسقط به)** أي بالحول الكامل **(جميع العبادات)** وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لأن وجوبها مقدّر بالحول فلا يكون في معنى الموت **(فقدّر به)** أي فقدر حدّ الجنون المطبق بالحول الكامل **(احتياطاً)**. قال في الكافي: وهو الصحيح، وكذا قال في التبيين **(قالوا)** أي المشايخ **(الحكم المذكور في اللحاق)** أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري، وهو ما ذكر قبل هذا بقوله: ولحاقه بدار الحرب مرتدّاً **(قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته)** قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير: اعلم أن تصرفات المرتدّ على أربعة أقسام: نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية، وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملّة له، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم، ومختلف في توقفه وهو ما عددناه ا هـ. وقال الشراح هناك: يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف. أقول: فقد تلخص من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده، فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك، ولكن عبارته غير واضحة في إفاد المراد **(فإن أسلم نفذ)** أي فإن أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق **(وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته**

وللموكل أن يمنع الوكيل عنها، وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد، ولا بد في ذلك من الأمر فكذا فيما هو بمنزلته، وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء، ونوقض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ويتقرر بالموت. وأجيب بأن الأصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار، فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل،

المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول: لا يقال إنما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله إلا إذا تعلق به حتى الغير الخ لأنه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلاً فلا ينفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل قوله: **(يسقط به جميع العبادات)** أقول: حتى الزكاة قوله: **(وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت)** أقول: ما سبق ويبطل ما بعده.

الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. قال: **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا، فهذه الوجوه تبطل**

إلا أن يموت أو يقتل على ردّته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقرّ أمر اللحاق **(وقد مرّ في السير)** أي مرّ كون تصرف المرتد موقوفاً عند أبي حنيفة نافذاً عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير. واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال: فيما نسب إلى أبي حنيفة نظر، إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلماً صار كأن لم يزل مسلماً عند أبي حنيفة أيضاً فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضي بذلك. وقول أبي حنيفة في السير إنه حربي مقهور غير أنه يرجى إسلامه فتوقفنا، فإن أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب، وإن مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق، بل لا بد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده ا هـ كلامه. وأقول: هنا كلام آخر وهو أن الإمام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف هاهنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير: وإن وكل رجلاً ثم ارتدّ الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم ا هـ، فإنه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعاً لا قول أبي حنيفة فقط. فإن قلت: يجوز أن يكون المراد باللحاق لدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها. قلت: ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك، فإن جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسألة الكتاب أيضاً حتى تكون المسألة إجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول أبي حنيفة. ثم أقول: اللحاق عندي أن المراد بما ذكر في الكتاب الحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسألة إجماعية، وعن هذا قال الإمام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز: والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع ا هـ. ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبي حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب، منهم صاحب المحيط؛ فإنه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتدّ ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون، فعند أبي حنيفة توقف هذه التصرفات، فإن أسلم تنفذ، وإن مات أو قتل على ردّته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل، وعندهما تنفذ هذه التصرفات ا هـ. ومنهم الإمام قاضيخان، فإنه قال في فتاواه أثناء بيان الوجوه الأربعة لتصرف المرتد: ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والإجارة والإعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبي حنيفة: هذه التصرفات موقوفة، فإن أسلم نفذت، وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل، وعند صاحبيه تنفذ في الحال ا هـ. إلى غير ذلك من الثقات، حتى أن صاحب الوقاية قال في باب المرتد: وتوقف مفاوضته وبيعه

وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن، وفيما إذا جعل أمر امرأته بيدها لأن التوكيل في هذا النوع صار لازماً لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الأمر. وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه. والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم، وشرط الإطباق في الجنون لأن قليله بمنزلة الإغماء فلا تبطل به الوكالة. وحد المطبق شهر عند أبي يوسف، وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتباراً بما يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد. وقال محمد آخراً: حول كامل لأنه يسقط

قال المصنف: **(وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة)** أقول: ولقد أصاب المحرر حيث اختار صيغة المضي هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لأن عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضاً، وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتأمل.

الوكالة على الوكيل، علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز

وشراؤه وهبته وإجارته وتدبيره ووصيته، إن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل ا هـ **(وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته)** أي بالإجماع **(حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها)** لأنها لا تقتل **(على ما عرف)** في السير. قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية: ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق، فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتداً انتهى. أقول: هذا خبط منه، فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب، وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتدّ تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق، وليس مراده ذلك، بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلاً فارتد فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا. وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معاً قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق. ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة إن كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال، ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لوكيلها، فبعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بالتجديد، كذا في المبسوط. وذكر في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز)** أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرقّ **(أو المأذون له)** أي أو وكل العبد المأذون له **(ثم حجر عليه)** أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات **(أو الشريكان)** أي أو وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه **(فافترقا)** أي فافترق الشريكان بعد التوكيل **(فهذه الوجوه)** أي العجز والحجر والافتراق **(تبطل الوكالة على الوكيل علم)**. أي علم الوكيل بذلك **(أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل)** أي قيام الأمر **(بالحجر)** في المأذون له **(والعجز)** في المكاتب **(والافتراق)** في الشريكين، وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له، لأن في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالباً بإيفائه، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما بالشركة بينهما، كذا في المبسوط. قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط: ولقائل أن يقول: هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله، فما الفارق؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان: جهة مباشرته، وجهة كونه شريكاً، فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً

به جميع العبادات فقدر به احتياطاً قال المشايخ: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة، فإن أسلم نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، فأما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق، وقد مر في السير: أي كون تصرف المرتد موقوفاً أو نافذاً في باب أحكام المرتدين، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو

والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل.

إلى هنا كلامه. واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً، وكان القياس أن لا يجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف، وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك. وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوّض الأمر إليه على العموم، لأن مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذوناً من جهة صاحبه بالتوكيل. قال صاحب غاية البيان: قال الشيخ أبو نصر البغدادي: وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الأصل إلا في الشريكين، وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر، إلى هنا لفظه، يعني أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة إذا وكل وكيلاً ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري، ولكن ذلك خلاف الرواية الأخرى؛ ألا يرى إلى ما قال محمد في الأصل: وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم إن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً. وكذلك لو كانا وكلاه جميعاً لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر، وليس تفرقهما ينقض الوكالة، إلى هنا لفظ محمد في باب وكالة أحد المتفاوضين. ثم قال صاحب الغاية: والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري. والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة، وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة انتهى. أقول: إن قوله وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محال ليس بتامّ لا محالة، إذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفاً للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل. وفي الرواية المذكورة أيضاً إشارة إلى ذلك، فإن قول محمد في الأصل: إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احتراز عن التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى. لا يقال: مراد صاحب الغاية وإلا يلزم أن يكون ظاهر إطلاق قوله مخالفاً للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل. لأنا نقول: هذا المعنى مشترك الالتزام، فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضاً، وأوله بتأويل بعيد كما ترى **(ولا فرق بين العلم وعدمه)** أي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك **(لأن هذا عزل حكمي)** أي عزل عن طريق الحكم **(فلا**

تلحق بدار الحرب، لأن ردتها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقتل، ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة، لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لوكيلها، فبعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بالتجديد. قال: **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز الخ)** وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم. وإذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم، كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل، وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه، وله

قوله: **(وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه)** أقول: قوله هو راجع إلى أحد المتفاوضين، والضمير في قوله وليه راجع إلى شي. قال في النهاية: والشريكان فافترقا: أي وكل أحد الشريكين الثالث، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه، وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق، لأنه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط، وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا إلى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى. ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه إلى الوكيل وهذا الشارح إلى أحد المتفاوضين. والأصح عندي إرجاعه إلى ما أرجع الشارح إليه، وعليك بالتأمل الصادق قوله: **(لم تبطل الأخرى وهي مستندة)** أقول: قوله هي راجع إلى قوله الأخرى.

قال: **(وإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة)** لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته وإن لحق بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً قال: وهذا عند محمد، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة، لمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع. أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين

يتوقف على العلم) إذ العلم شرط للعزل القصدي دون العزل الحكمي **(كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل)** أي إذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة)** لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل. قال المصنف في تعليل ما ذكر **(لأنه لا يصح أمره)** أي أمر الوكيل **(بعد جنونه وموته)** والأمر في قوله لا يصح أمره مصدر مضاف إلى المفعول، ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به لم يبق صحيحاً، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء، كذا في العناية. أقول: هاهنا شائبة الاستدراك، إذ لا يخفى على أولي النهي أن ذكر كون موت الوكيل مبطلاً للوكالة قليل الجدوى لأنه بيّن غنيّ عن البيان. لا يقال: المراد بذلك دفع احتمال جريان الإرث من الوكيل في حق الوكالة. لأنا نقول: احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف، لأن الأمر بالوكالة وإن لم يبق صحيحاً بالنظر إلى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبقى صحيحاً بالنظر إلى وارثه الحيّ فلا يتم التقريب **(وإن لحق)** أي الوكيل **(بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود)** من دار الحرب إلى دار الإسلام **(مسلماً)** هذا إذا حكم القاضي بلحاقه فإنه قال شيخ الإسلام في المبسوط: وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار إليه شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه حيث قال: ولو ارتدّ الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الإسلام، وإذا قضى القاضي بلحاقه فقدر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى، كذا في النهاية وغيرها **(قال)** أي قال المصنف **(وهذا)** أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلماً **(عند محمد، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة)** أي وإن عاد مسلماً **(لمحمد أن الوكالة إطلاق)** أي إطلاق التصرف **(لأنه)** أي الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر **(رفع المانع)** فإن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً عن أن يتصرف في شيء لموكله، فإذا وكله رفع المانع **(أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به)** أي بالوكيل: يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية وولاية، بل إنما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له

ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما، كذا في المبسوط. ولقائل أن يقول: هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله، فما الفارق؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان: جهة

قوله: **(وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعاً الخ)** أقول: الظاهر أنه أراد مسألة الشريكين ومسألة المكاتب والمأذون عدهما واحداً لاتحادهما في المملوكية والحجر قوله: **(وقد أول بعض الشارحين الخ)** أقول: يعني الإتقاني قوله: **(على أنه مخالف لعبارة الكتاب)** أقول: فإن المعنى المفهوم من قوله إذا وكل أحد الشريكين أنه إذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب، وأيضاً لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم. ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علماً بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة قال المصنف: **(بطلت الوكالة لأنه لم يصح أمره بعد جنونه وموته)** أقول: يعني لم يورث منه، ففي قوله لأنه لا يصح أمره بحث قوله: **(ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به)** أقول: الضمير في قوله به راجع إلى قوله الأمر قوله: **(وإنما عبر عنه بذلك الخ)**.

الدارين، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً. ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ولو عاد

(وإنما عجز) أي وإنما عجز الوكيل عن التصرف **(بعارض اللحاق لتباين الدارين)** يعني أن الإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض، ولكن إنما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض **(فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً)** وفي المبسوط: ومحمد يقول: صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب، ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال، فإذا زال يصير كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو أغمي عليه زماناً ثم أفاق **(ولأبي يوسف أنه)**أي التوكيل **(إثبات ولاية التنفيذ)** أي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له **(لأن ولاية أصل التصرف)** ثابتة له **(بأهليته)** لجنس التصرف في حد ذاته **(وولاية التنفيذ بالملك)** أي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة **(وباللحاق)** أي باللحاق بدار الحرب **(لحق)** أي الوكيل **(بالأموات)** فبطل الملك **(وبطلت الولاية)** أي إذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة **(فلا تعود)** أي الولاية: يعني إذا بطلت الولاية فلا تعود **(كملكه في أم الولد والمدبّر)** فإنه إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلماً لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق، فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن وضع المسألة فيما إذا قضى القاضي بلحاقه. وأما إذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعاً كما ذكرنا من قبل. قال صاحب العناية: بقي الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال: الوكيل له ولايتان: ولاية أصل التصرف، وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية لم تكن ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى. أقول: إن قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم أنه بعيد التعلق عما استدل به عليه، بل هو دليل على مفهوم ذلك، وهو لا إثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا إليه في شرح هذا المقام من قبل، فالمعنى أن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له، حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلماً كما قاله محمد، لأن ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته في حد ذاته، فلا يتصور أن يثبتها الموكل له بالتوكيل، وإن لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول: هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة

مباشرته، وجهة كونه شريكاً، فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً لأن كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين، وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعاً كما ترى، وفيه ما فيه. وقد أول بعض

أقول: أي عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة، فإن قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة قوله: **(وهذا ينزع إلى تخصيص العلة)** أقول: وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلل إنما هو في الأوصاف المؤثرة في الأحكام لا في العلل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ قوله: **(ومخلصه معروف)** أقول: وهو جعل ارتفاع المانع جزءاً من العلة والتفصيل في كتب الأصول قوله: **(ولأبي يوسف أنه إثبات الخ)** أقول: لا يقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول إنه إثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل، لأن اللحاق بملكه في المدبر وأم الولد في عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات، وفيه منع فإنه لم يكف الإلحاق في عدم العود وما المقتضى لملاحظة كونه ملكاً قوله: **(فكان الوكيل مالكاً)** أقول: فيه نوع مصادرة حيث كان إثبات المقدمة الأولى بهذه المقدمة فليتأمل قوله: **(للتنفيذ بالوكالة)** أقول: أي مالكاً لولاية التنفيذ.

الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر. وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل. والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم

المقام وهي لا إثبات ولاية التصرف له فلا إشكال على كل حال **(ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً)** أي وقد لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاقه، صرح به في المبسوط وغيره **(لا تعود الوكالة في الظاهر)** أي في ظاهر الرواية **(وعن محمد أنها)** أي الوكالة **(تعود كما قال في الوكيل)** وفي السير الكبير يقول محمد: يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضاً لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته، كما لو وكل ببيع عبده تم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله، كذا في المبسوط **(والفرق له على الظاهر)** يعني أن محمداً فرق بين الفصلين: أي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل إذ عاد مسلماً في جميع الروايات، وبعدم عودها في ارتداد الموكل إذا عاد مسلماً في ظاهر الرواية. فوجه الفرق له على ظاهر الرواية **(أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال)** أي وقد زال ملك الموكل بردّته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات **(وفي حق الوكيل)** أي ومبنى الوكالة في حق الوكيل **(على معنى قائم به)** أي بالوكيل كما بيناه من قبل **(ولم يزل)** أي ولم يزل المعنى القائم به **(باللحاق)** أي بلحاقه الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقياً، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر. وأما أبو يوسف فسوّى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن وكل آخر بشيء)** من الإثباتات أو الإسقاطات **(ثم تصرف)** أي الموكل **(بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة)** إلى هنا لفظ القدوري. قال المصنف **(وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً كثيرة)** من المسائل **(مثل أن يوكله)** أي الآخر **(بإعتاق عبده)** أي عبد الموكل **(أو بكتابته)** أي بكتابة عبده **(فأعتقه)** أي أعتق ذلك العبد **(أو كاتبه الموكل بنفسه)** فإن الوكالة تبطل حينئذ **(أو يوكله بتزويج امرأة)** أي أو أن يوكله بتزويج امرأة معينة إياه **(أو بشراء شيء)** أي أو أن يوكله بشراء شيء بعينه له **(ففعله بنفسه)** أي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه، فإن ذلك كان عزلاً للوكيل فتبطل الوكالة **(أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج)** وهو الموكل **(ثلاثاً)** أي ثلاث تطليقات **(أو واحدة)** أي أو طلقها طلقة واحدة **(وانقضت عدتها)** فإن الوكالة تبطل هناك أيضاً، ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها، وإنما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة، والمراد بها ما دون الثلاث لأنه

الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة، فإنهما إذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها، هذا على تقدير صحته يختص بمسألة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب. قال: **(وإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً الخ)** لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل، فإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد موته وجنونه، والأمر مصدر مضاف إلى المفعول ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به لم يبق صحيحاً، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء، وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز أن يتصرف فيما وكل به إلا أن يعود مسلماً. قال المصنف: وهذا عند محمد، فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلماً. لمحمد أن التوكيل إطلاق لأنه رفع المانع، ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في شيء لموكله، فإذا وكله رفع المانع، وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك، فإنه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له، والإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا

قوله: **(ورد عليه بعيب الخ)** أقول: هذه المسألة متفق عليها بين أبي يوسف ومحمد على ظاهر الرواية، ولذلك قال المصنف وعن أبي يوسف فتصلح للاستشهاد قوله: **(وقد زال بردته الخ)** أقول: وزال الأمر بالتصرف ولم يتجدد.

يزل باللحاق. قال: (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً: مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه

إذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية. فإن للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة، وأما إذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثاً فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله أيضاً قادراً عليه، وما لا فلا، كذا ذكره في النهاية والعناية. أقول: في هذا الأصل نوع إشكال إذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسألة وبين مسألة التوكيل بتزويج امرأة، فإن الموكل هناك لو تزوّجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به في عامة الكتب، وذكره المصنف أيضاً فيما بعد، مع أن الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضاً على أن يزوجها منه مرة أخرى؟ وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية. والظاهر أن هذا التعليل يقتضي أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقاً في مسألة التوكيل بالطلاق أيضاً. فإن قيل: الوكالة في مسألة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد. قلنا: قد انقضت الحاجة في مسألة التوكيل بالطلاق أيضاً بتطليق الموكل بنفسه. لا يقال: قد تقع الحاجة إلى تكرار الطلاق تشديداً للفرقة. لأنا نقول: قد تقع الحاجة إلى التزوّج مرة أخرى أيضاً فلم يتضح الفرق فتأمل (أو بالخلع) أي أو أن يوكله بأن يخالع امرأته (فخالعها) أي فخالعها الموكل (بنفسه) فإن الوكالة تبطل هناك أيضاً. قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة كلها (لأنه) أي الموكل (لما تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) في جميع ما ذكر (حتى لو تزوّجها) أي لو تزوّج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أي أبانها بعد أن تزوّجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أي لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لأن الحاجة قد انقضت) أي لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه. أقول: هاهنا كلام: أما أوّلاً فلأن تفريع هذه المسألة بحتى على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام، لأن الموكل إنما تصرّف بنفسه في تزوجها مرة أولى، فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور. وفحوى هذه المسألة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى، ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لأن الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها، فالأولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسألة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات. وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله لأن الحاجة قد انقضت أن الحاجة إلى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم، ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة إلى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب، وإن أراد بذلك أن الحاجة إلى تزوّجها مطلقاً قد انقضت فهو ممنوع، إذ قد يحتاج الرجل

العارض. وإنما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة ومخلصه معروف. ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ، ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ، فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة، وولاية التنفيذ بالملك: أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق، فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لأنه لحق به بالأموات فصار كسائر أملاكه، وإذا بطل الملك بطلت الولاية، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول، وإذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وأم الولد، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن فرض المسألة فيما إذا قضى القاضي بلحاقه، وأما إذا لم

قوله: (جرد ذكرها في هذا الموضع) أقول: الضمير في قوله ذكرها راجع إلى المسألة في قوله ولعل إيراد هذه المسئلة.

أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها، بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة، حتى له تزوّجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت، بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل وأبانها له أن يزوّج الموكل لبقاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه، فلو ردّ عليه بعيب بقضا قاض؛ فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه

إلى تزوّج امرأة واحدة مراراً متعددة لأسباب داعية إليه. فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكر في البدائع من أن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية **(بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل)** أي بخلاف ما إذا تزوّج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل **(وأبانها)** أي وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون **(له أن يزوّج الموكل)** تلك المرأة المبانة **(لبقاء الحاجة)** أي لبقاء حاجة الموكل إلى تزوّجها **(وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه)** أي فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة أيضاً **(فلو ردّ عليه)** أي فلو ردّ العبد على الموكل **(بعيب بقضاء قاض؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى)** روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة **(لأن بيعه بنفسه)** أي لأن بيع الموكل ذلك العبد بنفسه **(منع له من التصرف)** حكماً **(فصار كالعزل)** أي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلاً إلا بتجديد الوكالة **(وقال محمد: له)** أي للوكيل **(أن يبيعه)** أي أن يبيع ذلك العبد **(مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه)** أي لأن الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة **(إطلاق)** أي إطلاق التصرف وهو باق والامتناع إنما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل **(والعجز قد زال)** أي وعجز الوكيل قد زال بعود العبد إلى قد يملك الموكل فعادت الوكالة، وإنما قيد الردّ بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع، لأن الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء. واعلم أنه ذكر في المبسوط مسألة الردّ بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع للوكيل، ووضع المسألة في الأمة فقال: ولو باع الوكيل أو الآمر، ثم ردّت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لأن الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الأصل وعادت إلى قديم ملك الموكل، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها، وكذلك إن تقايلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها، لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المالك انتهى. ولم يذكر الخلاف أيضاً في المسألة المذكورة في الأصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للإمام علاء الدين الإسبيجابي، ولكن ذكره القدوري في شرحه فقال: قال أبو يوسف رحمه الله: ليس للوكيل

يقض بذلك فإنه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعاً. بقي الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية لم تكن ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة له، ولو عاد الموكل مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه وردّ عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته. والفرق له على الظاهر أن

قال المصنف: **(لأن الحاجة قد انقضت)** أقول: قال الإتقاني: فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها إياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد لأنها صارت أمة، ونكاح الأمة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما انتهى. وقد سبق أدلة الجانبين لأصلهما في النكاح.

منع له من التصرف فصار كالعزل. وقال محمد رحمه الله: له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه مختار في الرجوع

أن يبيعه. وقال محمد له أن يبيعه. ثم اعلم أن صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسألة المذكورة قال: ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه، حمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والهبة، ووجه الفرق له لم يتضح انتهى. فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال **(بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب)** أي الموكل **(بنفسه ثم رجع)** عن هبته حيث **(لم يكن للوكيل أن يهب)** مرة أخرى بالإجماع **(لأنه)** أي لأن الموكل الواهب بنفسه **(مختار في الرجوع فكان ذلك)** أي كان رجوعه مختاراً **(دليل عدم الحاجة)** إلى الهبة، إذ لو كان محتاجاً إليها لما رجع عنها فكان دليلاً على نقض الوكالة **(أما الردّ بقضاء)** أي أما ردّ المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو **(بغير اختياره)** أي بغير اختيار الموكل البائع **(فلم يكن دليل زوال الحاجة)** إلى البيع. أقول: من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال في شرح قول المصنف: أما الرد بقضاء: أي أما ردّ الهبة بقضاء القاضي، وفي شرح قوله بغير اختياره: أي اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين ردّ الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بما سبق من مسألة توكيله بالبيع، وماذا يقول في قوله **(فإذا عاد إليه)** أي إلى الموكل **(قديم ملكه كان له)** أي للوكيل **(أي يبيعه، والله أعلم)** فإنه صريح في أن مراده الفرق. بين البيع والهبة. وذكر في التتمة قال محمد: لا يشبه الهبة البيع، لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة. فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانياً بحكمها، أما الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه، فإذا رجع الموكل في هبته عاد إليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانياً انتهى. قال في البدائع: ثم هذه الأشياء التي ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل به أو إذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة، لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل، فكذا لو دبّره وأعتقه أو استحق أو كان حرّ الأصل، وفيما إذا مات الموكل أو جنّ أوهلك العبد الذي وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع.

مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوّى في عدم العود بين الفصلين، ولعل إيراد هذه المسألة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب، لكن لما ذكر العود هاهنا جرّد ذكرها في هذا الموضع، والله أعلم. **(ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ)** ومن وكل آخر بشيء من الإثباتات أو الإسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة، فإذا وكله بعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت، وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوّجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو تزوّجها الوكيل فأبانها فإن له أن يزوّجها لموكله لبقاء الحاجة، وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز، وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها، وإنما قيد بقوله ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو اثنين بائنة كانت أو رجعية فإن له أن يطلقها ما دامت في العدة. والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا، وكذا إذا وكل بالخلع فخالطها قوله: **(لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة)** متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت، فلو ردّ عليه بعيب

فكان ذلك دليل عدم الحاجة، أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه، والله أعلم.

والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولاً بتصرف الموكل لكنه صار مغروراً من جهته بترك إعلامه إياه فصار كفيلاً له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة، ومعنى الغرور لا يتقرّر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق. ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل، لأنه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه، ولو كان كذلك لرجع عليه، فكذ هذا، إلى هنا لفظ البدائع.

بالقضاء؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل. وقيد بقوله بقضاء قاض لأن الموكل إذا قبضه بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء. وقال محمد: له أن يبيعه مرة أخرى، لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق وهو باق، والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب، لأن الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة: أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه، والله أعلم.

كتاب الدعوى

قال: (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سبباً داعياً إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب. ثم إن هاهنا أموراً من دأب الشراح بيان أمثالها في أوائل الكتب، وهي معنى الدعوى لغة وشرعاً وسببها وشرطها وحكمها ونوعها، فقال صاحب العناية: وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي عرف الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة. أقول: هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها، إذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء؛ ألا يرى أن كل شيء مباين لصحته لكونها وصفاً مغايراً له وليس بمباين لنفسه قطعاً غاية ما لزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطاً بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه، فإن صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائماً وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل: وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع، لأن دعوى المدعي لا تخلو إما أن تكون أمراً راجعاً إلى إبقاء نسله أو أمراً راجعاً إلى بقاء نفسه وما يتبعهما، وكلاهما قد ذكرا. وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء، لأن الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي. ومن شرائط صحتها أيضاً أن يكون دعوى المدعي على خصم حاضر، وأن يكون المدعي به شيئاً معلوماً، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً وأن يكون المدعي به مجهولاً، لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعي أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره، فإن القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله في الحال. وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب. وأما أنواعها فشيئان: دعوى صحيحة، ودعوى فاسدة. فالصحيحة ما يتعلق بها أحكام وهي إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر، وفي مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدعي بالبينة أو بالنكول، والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الأحكام، وفساد الدعوى بأحد معنيين: إما أن لا يكون ملزماً للخصم شيئاً وإن ثبتت على ما قلنا من أن يدعي على غيره أنه وكيله. والثاني أن يكون مجهولاً في نفسه والمجهول لا يمكن

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة. وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره. وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته. وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات، لأن المدعي به إما أن يكون راجعاً إلى النوع أو الشخص. وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعي به وكونه ملزماً على الخصم، فإن ادّعى على غائب لم تسمع، وكذا إذا كان المدعى به مجهولاً لعدم إمكان القضاء. ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله في الحال. وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على

كتاب الدعوى

قوله: (وهي مطالبة حق الخ) أقول: فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة.

بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه، فمنها ما قال في الكتاب

إثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى. **أقول**: في تحريره نوع اختلال واضطراب، فإن قوله وأما شرط صحتها على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطاً أربعة: وهي مجلس القضاء، وحضور الخصم، وكون المدعي به شيئاً معلوماً وأن يتعلق به حكم على المطلوب. ويقتضي هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهي: انتفاءات هذه الشروط الأربعة، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً إلى قوله لأنه يمكنه عزله في الحال يشعر بأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة، وهي عدم حضور الخصم، وأن يكون المدعي به مجهولاً، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ كما في قوله إن الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو: الكرم التقوى. والإمام من قريش على ما عرف في علم العربية، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لا غير، لأن إضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربي زيداً في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شروح التلخيص، ثم إن قوله وأما أنواعها فشيئان لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة (**قال**) أي القدوري في مختصره (**المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة**) وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في متنه: المدعي من لا يجبر على الخصومة، وقال في شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لأنه غير مجبور حالتي الترك والفعل، والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى. **أقول**: فيه بحث إذ على تقدير ترك قيل الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصوّر الجبر على الفعل حالة حصوله. وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (**ومعرفة الفرق بينهما**) أي بين المدعي والمدعى عليه (**من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى**) فإن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] والإنسان قد يكون مدّعياً صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (**وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه**) أي في الفرق بينهما (**فمنها ما قال في الكتاب**) يعني مختصر القدوري (**وهو حدّ عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة**) وهي البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم في باب اليمين (**كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد**). قال صاحب العناية: وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة انتهى. **أقول**: يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين: أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع

الخصم بالنفي أو الإثبات. وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها، وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة. قال (**المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ**) الدعوى لا تحصل إلا من مدّع على مدّعى عليه؛ فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى، فإن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فلا بد من معرفتهما. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه. فمنه ما قال في الكتاب: يعني القدوري: المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، وهو حدّ عام صحيح. وقيل: المدّعي من لا يستحق إلا بحجة: يعني البينة أو الإقرار كالخارج، والمدّعى عليه من يكون مستحقاً بقوله

قوله: (إما أن يكون راجعاً إلى النوع) أقول: كما في دعوى النسب **قوله: (بل من حيث) أقول**: للتعليل.

---

(١) هو الحديث الآتي.

وهو حدّ عام صحيح. وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من

مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة، وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئاً، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة. ثم أقول: يمكن الجواب عن الوجهين معاً بأنه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعاني دون الصور، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة، فحينئذ لا ضير في عدم تناول تعريف المدعي صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة لعدم كونه مدعياً حقيقة أو معنى. ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّع ردّ الوديعة لا يستحق إلا بحجة، وأما استحقاقه بقوله فإنما هو من حيث أنه مدعى عليه، وبالجملة قيد الحيثية معتبر. وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور: ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى. أقول: ويمكن الجواب عن هذا أيضاً بأن دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه، بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق، فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقاً بقوله، وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقاً بقوله من غير حجة، فإنه إذا قال هو لي كان مستحقاً له ما لم يثبت الغير استحقاقه. فإن قلت: صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقاً بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقياً على ما كان عليه قبل الدعوى. قلت: هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضاً بأن يقال: المراد بمن يكون مستحقاً بقوله من يكون ثابتاً على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقاً مجازاً ثابتاً على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد، ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى: ﴿اهدنا الصراط المستقيم﴾ [الفاتحة: ٥] من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم؛ فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدّد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه. وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: قد مرّ في الدرس السابق أو لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء، مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً بقوله إيماء إلى دفع هذا الكلام، لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات ا هـ. أقول: في كل من شقي جوابه نظر: أما في شقه الأول فلأنا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب

من غير حجة كذي اليد، وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادّعى رد الوديعة، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره. وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وبمعناه قول من قال: المدعي كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه من ادعى ظاهراً وقرار الشيء على ماهيته، والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم، فالمدعي هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه، ولعله منقوض بالمودع، فإنه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر، إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل ربّ المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال، لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم

قوله: (**يعني البينة أو الإقرار**) أقول: أي بإقرار المدعى عليه قوله: (**لعدم تناوله صورة المودع**) أقول: إذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة حيث يقبل قوله أيضاً مع يمينه بل هو لا يستحق لشي وهذا هو الأولى في توجيه النقض قوله: (**إذا ادعى رد الوديعة**) أقول: فإنه لا يستحق لشي قوله: (**ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه الخ**) أقول: قد مر في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً إيماء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات.

غير حجة كذي اليد، بقوله من غير حجة كذي اليد، وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من

السابق، ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل. وأما في شقه الثاني فإنه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الأدبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقاً بقوله في إفادة التجدد والحدوث، لأن صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعاً، وكون الخبر اسماً في الثانية مما لا مدخل له في إفادة الدوام والثبات أصلاً، على أن الثقات من محققي النحاة كالرضي وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص، إما ماضياً أو حالاً أو استقبالاً، فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال. وقال الفاضل الرضي: وذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي، وشبهته قوله تعالى: ﴿وكان الله سميعاً بصيراً﴾ [النساء: ١٣٤] وذهل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعاً بصيراً لا من لفظ كان؛ ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائماً فاستيقظ، وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضاً. وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائماً أو منقطعاً ردّ على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائماً كما في الآية، ومنقطعاً كما في قولك كان زيد قائماً، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة، إلى هنا كلامه. فقد تقرر من هذا أنه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين، وإنما ذهب إليه بعض ذهولاً. وأم الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب إليه أحد قط، فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية، نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (**وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر**). قال صاحب العناية: ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه، وليس بمتمسك بالظاهر إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذ ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل ربّ المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدّع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اهـ. أقول: فيه بحث، إذ لا نسلم أن المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو بمتمسك بالظاهر. قوله إذ رد الوديعة ليس بظاهر. قلنا: مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه، بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر، وكذا لا نسلم أنه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو ردّ الوديعة. والحاصل أن صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعياً حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما، وليس الأمر كما زعمه، كيف ولو تم ما زعمه لو ردّ النقض بالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة على التعريف الأول أيضاً بأنه مدع ردّ

الضمان. وقال محمد: في الأصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله ﷺ «اليمين على من أنكر» وروي «اليمين على المدعى عليه» لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدّعي الرد صورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه. قال (**ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره الخ**) قد ذكرنا أن معلومية المدعي به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك، وقدره مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كرّاً، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة، والإلزام في المجهول غير متحقق، فإن كان المدعي به عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة

قوله: (**ولعله منقوض بالمودع الخ**) أقول: ويندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين.

يتمسك بالظاهر. وقال محمد رحمه الله في الأصل: المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت

الوديعة ويجبر على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حدّ عام صحيح. ثم إن ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضاً فيما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلاً. واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هاهنا حيث قال: فيه كلام، وهو أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل، بل إنما هي مجرد إنكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته، بخلاف صورة الدين، وأشير إلى هذا في الكافي ا هـ. أقول: نعم قد أشير إليه، بل صرح به في الكافي وعامة الشروح. والظاهر أن صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال، ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة، إذ قد تقرر في كتاب الوديعة أنها عقد استحفاظ، وأن حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه، ويتم مرامه. وأما قوله ولهذا قلنا إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ، فيجوز أن يكون مبنياً على مجرد الاشتراك بين المسألتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في إحداهما بالمال وفي الأخرى بالحفظ، فالذي يقطع عرق إيراد صاحب العناية هاهنا ما قدمناه لا غير **(وقال محمد** رحمه الله: **في الأصل المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح)** لما ورد من قول النبي ﷺ «واليمين على من أنكر»[(١)] وروي «اليمين على المدعى عليه»[(٢)] **(لكن الشأن في معرفته)** أي معرفة المنكر **(والترجيح بالفقه)** أي بالمعنى دون الصورة **(عند الحذاق من أصحابنا** رحمهم الله **لأن الاعتبار** للمعاني **دون الصورة فإن المودع**

إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفياً للجهالة، وذلك في المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهماً مثلاً أشخص إليه، لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك، فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من أوّلهم إلى آخرهم: أي أجمعوا. والأصل فيه قوله تعالى ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ إلى قوله ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ سماهم ظالمين لإعراضهم عن الطلب، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره، ولزم عليه إحضار المدعي به لما قلنا من الإشارة إليها، ولزم عليه اليمين إذا أنكره وعجز المدعي عن إقامة البينة، وسنذكره: أي وجوب اليمين عليه في

قوله: **(يعني إذا تعارض الجهتان الخ)** أقول: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي.

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٣٦١٩ والبيهقي ١٠/ ٢٥٢ والدراقطني ٣/ ١١٠ كلهم من حديث أبي هريرة: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر إلا في القسامة».

وكرره الدارقطني ٣/ ١١١ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بأسانيد ضعاف. وأخرجه البيهقي ١٠/ ٢٥٢ من حديث ابن عباس بلفظ «لو يعطي الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». وأصله في البخاري ٤٥٥١ ومسلم ١٧١١ والنسائي ٨/ ٢٤٨ والشافعي ٢/ ١٨١ والبيهقي ١٠/ ٢٥٢ وأحمد ١/ ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣ كلهم من حديث ابن عباس.

ولفظه: «لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وأخرجه البخاري مسلم مختصراً بلفظ «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين على المدّعى عليه» فهذا شاهد للحديث.

(٢) رواه البخاري ومسلم بهذا اللفظ، وهو عجز حديث، وتقدم تخريجه في الذي قبله.

الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان. قال: **(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره)** لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق فإن كان

إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين. قال صاحب العناية: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت، والقول له مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اهـ. أقول: شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح. أما أوّلاً فلأنه غير مطابق للمشروح لأن قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في أن المعتبر هو المعاني لا غير، وقول صاحب العناية: فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه مخالف له لأنه صريح في أن الصورة أيضاً معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح إحداهما على الأخرى. وأما ثانياً فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره، فإن قوله في الأول إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، صريح في أن المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة، وقوله في الآخر فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناها، صريح في أن كلتا الجهتين معتبرتان. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية هاهنا وتبيين مرامه فقال: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي اهـ. أقول: هذا أيضاً غير صحيح. أما أوّلاً فلأن الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضاً، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة يدلّ قطعاً على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيداً للادعاء في قوله وإن كان مدعياً للرد صورة. وأما ثانياً فلأنه لا معنى للتعارض بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي، لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف في الحقيقة أو التنافي في الصدق، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي. أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر، وأما عدم تحقق الثاني بينهما فلأن المنكر المعنوي فيما إذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان، والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد، ولا تنافي بين إنكاريهما في الصدق لجواز أن يصدقا معاً بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة في يده من غير تعدّ منه، فإذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان في قوله: يعني إذا تعارض الجهتان. وأيضاً إنما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد، ومحل الإنكار الصوري مغاير لمحل الإنكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما، بخلاف الادعاء الصوري والإنكار المعنوي فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعاً، ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعاً للتعارض ونعم ما قيل ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر. ثم إن الحق عندي أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف، وهو أنه إذا تعارضت الجهتان: أي جهة الادعاء الصوري وجهة الإنكار المعنوي فالترجيح بالفقه:

آخر هذا الباب. قال **(وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها)** يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها **(ليصير المدعي به معلوماً)** وذكر الوصف ليس بكاف **(لأن العين لا تعرف بالوصف)** وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر، فذكره في تعريفها غير مفيد **(والقيمة)** شيء **(تعرف به)** العين فذكرها يكون مفيداً، وقوله **(وقد تعذر مشاهدة العين)** جملة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف: يعني والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لا يخفى **(وقال**

عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار

أي بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعياً للرد صورة، وأن يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة: إنما تقبل بينة المودع إذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه، فإن البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه، منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال: إن المرأة تدعي الزيادة، فإن أقامت بينة قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضاً لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا أقام المودع بينة على ردّ الوديعة على المالك تقبل ا هـ. فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه)** كالدراهم والدنانير، والحنطة وغير ذلك **(وقدره)** مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً. واعلم أن هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين، فإن العين إذا كانت حاضرة تكفي الإشارة إليها بأن هذه ملك لي، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ما سيفصل. فإن قلت: عبارة الكتاب لا تدل على التقييد. قلت: نعم، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان، ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحاً للمقام. وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأن فائدة الدعوى الإلزام)** أي الإلزام على الخصم **(بواسطة إقامة الحجة)**، والإلزام في المجهول لا يتحقق. أقول: فيه بحث، وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع، إذ قد تقرّر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقد مرّ في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضاً لكونه مؤاخذاً بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضاً لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار. وبالجملة إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار، فإن لم يتصوّر الأول في دعوى المجهول يتصوّر الثاني فيها فلا يتم المطلوب. لا يقال: إقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل. لأنا نقول: المراد بتحقق الإلزام الذي عدّ فائد الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائد في كثير من دعاوى المعلوم أيضاً، كما إذا عجز المدعي عن البينة ولم يقرّ الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعاً **(فإن كان)** أي المدعي **(عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها)** أي كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم **(ليشير)** أي المدعي **(إليها بالدعوى)** هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(وكذا في الشهادة والاستحلاف)** يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة، **لأن** حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده، فإنه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته، فلو لم يكن عين المستهلك ملكاً له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة، والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز، وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم

قوله: (فإن كان المدعي به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها) أقول: يعني كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين قوله: **(والإشارة أبلغ في التعريف لكونها الخ) أقول:** يعني لكون الإشارة.

العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره، وسنذكره إن شاء الله تعالى. قال: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً)** لأن العين لا تعرف بالوصف، والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وقال الفقيه أبو الليث:

المدعى عليه عليها كلف إحضاره إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف **(لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف)** حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أو بعث أميناً، كذا في الكافي وغيره **(ويتعلق بالدعوى)** أي بالدعوى الصحيحة: أي بمجردها، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وجوب الحضور)** أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي **(وعلى هذا القضاة)** أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ إلى قوله: ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ [النور: ٤٨] سماهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب **(من آخرهم)** أي من آخرهم إلى أوّلهم وقال صاحب النهاية: أي بأجمعهم، وهذا أيضاً صحيح بالنظر إلى المآل. وقال تاج الشريعة: أي من أوّلهم إلى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى **(في كل عصر)** فإن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله، وعثمان وعليّ رضي الله عنهما فعلا ذلك، والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع **(ووجوب الجواب إذا حضر)** عطف على وجوب الحضور: أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أم بلا **(ليفيد حضوره)** أي حضور الخصم، فإن المقصود من حضوره الجواب **(ولزوم إحضار العين المدعاة)** أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضي **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله ليشير إليها بالدعوى **(واليمين)** بالجر عطف على إحضار العين المدعاة، فالمعنى: ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم اليمين على المدعى عليه **(إذا أنكره)** أي إذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة **(وسنذكره إن شاء الله تعالى)** أي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب قال: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها)** هذا لفظ القدوري في مختصره: أي وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة **(ليصير المدعي معلوماً)** فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم **(لأن العين لا تعرف بالوصف)** لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد

القاضي بماذا يقضي، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة. ومن المشايخ من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة، فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة. قال **(وإن ادّعى عقاراً حدّده الخ)** إذا كان المدعي به عقاراً فلا بد من ثلاثة أشياء: تحديده، وذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه به. أما الأول فللإعلام بأقصى ما يمكن فيه، وذلك إنما يكون

قوله: **(لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك)** أقول: فيه تأمل قوله: **(على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم)** أقول: الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم إلى أولهم قوله: **(أي أجمعوا الخ)** أقول: يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة، وأن يكون تفسيراً لقوله من أولهم إلى آخرهم قال المصنف: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: إن المدعي إن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى. وعزاه إلى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة. وقال العلامة الزيلعي في شرح الكنز: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته قال المصنف: **(والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين)** أقول: حال من الضمير المستتر في قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد إلى ذي الحال لاتحاده معه، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقول تعرف به في الحال قوله: **(إذا وقع الدعوى، إلى قوله: فذكرها يكون مفيداً)** أقول: يعني أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ في الوصف لإمكان المشاركة في الوصف كما مر. فذكر الوصف في تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيداً قوله: **(جملة حالية من قوله لأن العين الخ)** أقول: بل من قوله والقيمة تعرف به فإنه أقرب لفظاً ومعنى.

يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة. قال: **(وإن ادعى عقاراً حدّده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه**

(والقيمة تعرف به) أي والقيمة شيء تعرف العين به فذكرها يفيد **(وقد تعذر مشاهدة العين)** جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به: أي والقيمة شيء تعرف به: يعني والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يمكن الإعلام. وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الإختيار **(وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة)** قال صاحب الكافي نقلاً عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة: وإن كان العين غائباً وادعى أنه في يد المدعى عليه فأنكر أن بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به ا هـ. وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلاً عن الإمام فخر الإسلام البزدوي: إذا كانت المسألة مختلفاً فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرّ به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه، ثم قال: وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى ا هـ. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته ا هـ. وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي: أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر، والجبر على البيان إذا أقرّ أو نكل عن اليمين فليتأمل، فإن كلام الكافي لا يكون كافياً إلا بهذا التحقيق، الحمد لله على التوفيق انتهى. أقول: يرد عليه ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول ديناً كان أو عيناً، فيقتضي صحة دعوى المجهول ملقاً مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً غير مجهول، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت في دعوى العين الغائبة فقط. ويمكن أن يقال في دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقاً، بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها، وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة، وهي أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. وبقي بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها، ولكن يرد حينئذ أن يقال: إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضاً من صور دعوى المجهول، كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به، إذ الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلاً عن أن يعرفهما عند كونه في ذمم الناس، فينبغي أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما

بذكر البلدة، ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده، لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، إلا إذا كان معروفاً مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فإنه يستغني عن ذكرهما، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا، خلافاً لزفر لوجود الأكثر، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي، بخلاف ما إذا غلط في الحدّ الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به: أي بالغلط في الحد المدعي، ولا كذلك بتركها، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر

قوله: **(على أكثر من قيمته)** أقول: كما سيجيء في كتاب الصلح.

به) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التجديد فإن العقار يعرف به، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر

قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه مما لم يقل به أحد. ثم أقول: الظاهر من قولهم: وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به، لكنه مشكل جداً، فإن القاضي بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعي على المدعى عليه، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا: إن من شروط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً، وعللوه بعدم إمكان القضاء بالمجهول. لا يقال: القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول. لأنا نقول: الجبر عليه إنما يصح لو أقرّ بما ادعى عليه على الجهالة، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الإقرار. وأما إذا لم يقرّ به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجمل شيئاً فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الإشكال. فإن قلت: القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم بردّ تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول. قلت: قد مرّ في الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها. وأيضاً إذا حكم القاضي بردّ العين الغائبة إلى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردّها إلى صاحبها ولم يردها إليه فالقاضي إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال، وإن لم يحكم بها يضيع حق المدعي ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة. فإن قيل: القاضي لا يحكم على الخصم بشيء من المال بلا يحبسه ليردّ العين المدعاة إلى المدعي ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس. قلنا: إلى متى يحبسه، إن حبسه أبداً يصير ظالماً له بعد أن ظهر عجزه عن ردّها إلى المدعي بأن يمضي على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب، وإن حبسه إلى مدة ظهور عجزه عن ردها إلى المدعي ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع عند إثبات الحقوق المالية. وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال (قال) أي القدوري في مختصره **(وإن ادعى عقاراً حدده)** أي ذكر المدعي حدوده **(وذكر أنه)** أي العقار **(في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به)** أي وذكر أن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعي. أقول: هكذا وقع وضع هذه المسألة في عامة معتبرات المتون، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى، وليس كذلك إذ قد صرّح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضاً بأنه إذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود. وقال في الخلاصة: تصح الدعوى إذا بيّن المصر والمحلة والموضع والحدود.

الترك على الغلط، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وأما الثاني فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان المدعي به في يده، وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعي عليه أنه في يده، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل، وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفياً لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة. وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه، وفي عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه

قوله: **(وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ)** أقول: يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذي هو فيه بطريق الدلالة فافهم.

أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بدّ من ذكر الجدّ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة، أو علم

وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم، وذكر المصر أو القرية لازم انتهى. وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضاً بأن الفقهاء اختلفوا في البداءة، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه: إذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار، ثم من ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة، فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم بالمحلة اختياراً لقول محمد، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل منه إلى الأخص. وقال أبو زيد البغدادي: يبدأ بالأخص ثم بالأعم، فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد، فيبدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد. قال: في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه، فإن جعفراً في الدنيا كثير، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد وهذا أخص، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجد انتهى. وقال في المحيط: اختلف أهل الشروط في البداءة بالأعم أو بالأخص، وأهل العلم بالخيار في البداءة بأيهما شاء انتهى. وقال عماد الدين في فصوله: قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص، أو من الأخص إلى الأعم إجماع منهم على شرطية البيان انتهى. فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار، بل لا بد أيضاً من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر. قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار **(لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل)** أي نقل العقار **(فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به)** أقول: لقائل أن يقول: إن تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالإشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه إليه فيشير المدعي إليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر. ويمكن أن يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه إلى الحرج، بخلاف العقارات فإنها كثيراً، فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه إليها لأدى إلى الحرج فافترقا

يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا: أي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول: يجب أن يقول وهو في يده بغير حق، لأن العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق، وإن كان المدعي به حقاً في الذمة ذكر المدعي أنه يطالبه به لما قلنا: يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهباً أو فضة، فإن كان

قال المصنف: **(نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما)** أقول: قال ابن البزازي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر: ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين النقول وغيره أن النفلي لو كان قائماً لا بد من إحضاره فيعاين الحاكم يده، وإن كان هالكاً فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لأنه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم، فربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهوداً زوراً فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الأداء بأنه ملكه بحكم الحاكم، ولو فسره أيضاً على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم، وهذه التهمة في المنقول منتفية لأن المنقول يكون في يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة، ولأن المالك لا يمكنه من النقل والإحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البزازي، فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضاً قوله: **(ليحكم القاضي باليد)** أقول: فيه بحث، إذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه، ولو سلم فهو

القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة.

(ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الأب يكفي **(ولو كان الرجل مشهوراً)** مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى **(يكتفي بذكره)** يعني لا حاجة إلى ذكر الأب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب. وفي الدار لا بد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه. وله أن قدرها لا يصير معلوماً إلا بالتحديد، كذا في الكافي وغيره **(فإن ذكر ثلاث من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر)** دليل لنا: يعني أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به هاهنا أيضاً **(بخلاف ما إذا غلط في الرابعة)** أي في الحدّ الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافاً لزفر. وأما إذا ذكر الحد الرابع أيضاً وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر **(لأنه يختلف به)** أي بالغلط **(المدعي ولا كذلك بتركها)** ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلط في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط **(وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة)** فيجري في الثانية ما يجري في الأولى **(وقوله في الكتاب)** أي قول القدوري في مختصره **(وذكر أنه)** يعني العقار **(في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه)** أي المدعى عليه **(إنما ينتصب خصماً)** أي في دعوى العين **(إذا كان في يده)** أي إذا كان المدعي في يده **(وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه)** أي العقار **(في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة)** بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم، وكذا الحال في غير هذه الصورة، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع، كذا ذكر في معتبرات الفتاوى **(أو علم القاضي)** عطف على البينة أي أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده، وإنما لا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة أو علم القاضي على القول الصحيح **(نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه)** أي لعله **(في يد غيرهما)** أي غير المدعي والمدعى عليه. قال صاحب النهاية: أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه، وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير، ويؤدي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث ا هـ كلامه. وقد اقتفى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم

مضروباً يقول كذا كذا ديناراً أو درهماً جيد أو رديء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك. وبالجملة: لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف. قال **(وإذا صحت الدعوى الخ)** إذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم، فإنه على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج عما لزمه بالحجة، أو يصير ما هو بعربية أن يصير حجة حجة، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر، فإن كان

قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك؛ ألا يرى أنهما إذا ترافعا إلى القاضي وعجز المدعي عن البينة فحلف المدعى عليه يترك المدعي في يده، ثم إذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه. والحق ما في النهاية أخذاً من المبسوط فراجعه متأملاً قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول)** أقول: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها، ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع إلى المدعي لا إلى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار قال المصنف: **(وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق)** أقول: قال صاحب الوقاية: وفي المنقول يزيد بغير حق. قال صدر الشريعة في شرحه: فإن الشيء يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لأجل الثمن. أقول: هذه تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى. ونحن نقول: فإن احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية. وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال: إن

وقوله أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في

الشارح العيني. أقول: هذا خبط عظيم منهم، أما أوّلاً فلأن المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيئاً بل يصدق المدعي في قوله إن العقار في يد المدعى عليه، ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصوّر هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه، والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى. وأما ثانياً فلأن الحكم من القاضي لا يصح إلا بحجة من البينة أو الإقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة. أما انتفاء البينة فلأن المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه. وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق للغير على نفسه. ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصوّر من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة إلى حق اليد في تلك الصورة، فإذا لم تتحقق الحجة أصلاً لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك، فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ. والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعي عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير، ولقد أفصح الإمام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال: وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلاً لو أقام البينة على رجل أن في يده الدار التي حدّها كذا وبيّن حدودها فإن القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة أن الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها في يده ويقيم المدعي بينته عليه أنها له والدار في يد غيرهما، وهذا باطل لأن هذا قضاء على المسخر اهـ **(بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة)** فلا مجال للمواضعة المذكورة **(وقوله)** أي قول القدوري في مختصره **(وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه)** قال صاحب العناية: في عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بدّ من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالب مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالبة حقه فلا بد من طلبه اهـ كلامه. أقول: كل من إيراده وجوابه ساقط. أما سقوط الأول فلأن الضمير في طلبه ليس براجع إلى حقه كما توهمه، بل هو راجع إلى ما يرجع إليه ضمير حقه وهو المدعي؛ فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي إعانته فلا مسامحة أصلاً. وأما سقوط الثاني فمن وجهين: الأول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول هاهنا هو المدعى عليه، والذي دخل عليه الباء هو المدعي، فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي، ولا خفاء في فساده.

الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقرّ به لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الإنسان على نفسه، فكان الحكم من القاضي أمراً بالخروج على موجب ما أقرّ به، ولهذا قالوا: إطلاق الحكم توسع، وإن كان الثاني فالحكم فيه أن يجعل القاضيّ الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة

دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد كما قال في الهداية إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى. ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن. ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى. وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلام ومستمداً من ولي الفيض والإلهام فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير

يده، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق. قال: **(وإن كان**

والثاني أن المدعي أيضاً ليس بحق المدعي البتة، بل إن ثبت دعوى المدعي يكون المدعي حقه وإلا فلا، ففي ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه، اللهم إلا أن يقال إنه حقه في ابتداء الأمر أيضاً على زعمه، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول. ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف. وقال بعض الفضلاء: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها ا هـ. أقول: هذا بعيد عن الحق، وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه. أما الأول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين. وأما الثاني فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة، بخلاف ما قال صاحب العناية **(ولأنه يحتمل أن يكون)** أي المدعي **(مرهوناً في يده)** أي في يد المدعى عليه **(أو محبوساً بالثمن في يده)** فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن **(وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال)** إذ لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد قبل أداء الدين أو الثمن **(وعن هذا)** أي بسبب هذا الاحتمال **(قالوا)** أي المشايخ **(في المنقول)** أي في دعوى المنقول **(يجب أن يقول في يده بغير حق)** أي يجب أن يقول المدعي هذا الشيء الذي أدعيه في يد المدعى عليه بغير حق إزالة لهذا الاحتمال، فإن العين في يد ذي اليد في تينك الصورتين بحق، أقول: يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة، كما في دعوى العقار فينبغي أن لا تجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول، كما لا تجب في دعوى العقار، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضاً بصورة دعوى المنقول. ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام، وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين، لكن لا يجب ذكرها قبل إحضار المدعى عليه المنقول إلى مجلس القاضي، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعي بأقصى ما يمكن شرط، وذلك في المنقول لا يكون إلا بالإشارة كما مر، فما لم يحضر المنقول إلى مجلس القاضي لم تحصل الإشارة إليه، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصر معلوماً بما يجب إعلامه به، وما لم يصر معلوماً بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به، يرشد إليه قول المصنف فيما سيأتي، لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة. ولا شك أن

في حق العمل مسقطاً احتمال الكذب فيها، فإذا لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين؛ فإذا سأل، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه، وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله ﷺ «لك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه» سأل ﷺ ورتب اليمين على فقد البينة، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب، وإن عجز عنها وطلب يمين

معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة، وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه، فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق. أو تقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتنم هذا

حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من

إحضار المنقول إلى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى، فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك أن يقول في يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه إحضار المدعي المنقول إلى مجلس القاضي، ويصح للقاضي تكليفه بإحضاره إليه. والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعى عليه إحضار المدعي إلى مجلس الحكم، ووجوب إحضار المدعي إلى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها. ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل إحضار المدعى عليه المدعي إلى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره إليه إلا علة واحدة، وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين، بخلاف دعوى العقار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف؛ وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية: أقول هذه العلة تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم ا هـ. ثم إنها هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها. فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال: إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد، كما قال في الهداية: إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى ا هـ وردّ عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر ا هـ. وقال بعض الفضلاء: وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام، فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلام، ومستمداً من وليّ الفيض والإلهام، فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحدّ لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة. وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادّعت النكاح لا يحدّ الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق. أو نقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته، ولم يندفع في تلك الحالة. شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة

خصمه استحلفه عليها لما روينا، يريد به قوله ﷺ «لك يمينه» ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام في قوله «لك يمينه». قيل إنما جعل يمين المنكر حق المدعي لأنه يزعم أن خصمه أتوى حقه

تعريفه بالوصف لأنه يعرف به. قال: (**وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها**) لينكشف له وجه الحكم (**فإن اعترف قضى عليه بها**) لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (**وإن أنكر سأل المدعي البينة**) لقوله عليه الصلاة والسلام «ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه» سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه

متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتنم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل. ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار، إلى هنا كلامه. وأقول: ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلاً وما هو بذلك التلقيب بحقيق. أما أوّلاً فلأن خلاصة كلامه هي أن مدعي العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيداً للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه، فإن في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة، لأن الحاصل منها أن لا يصح الإتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيداً للكلام الأول، وهذا لا ينافي صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاماً مستقلاً بأن يقول المدعي إنه في يده وإن يده بغير حق، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاماً مستقلاً كما ترى وتصير متأخراً في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد، كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها، إذ قيل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة أيضاً في بيان أن يده بغير حق، وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقاً في دعوى المنقول. وبالجملة إن ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيداً للكلام الأول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعاً. وأما ثانياً فلأنه حينئذ يبقى الإشكال في المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول أيضاً بالمطالبة، فينبغي أن تترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تترك في دعوى العقار، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعاً من ذكر المطالبة في المنقول أيضاً فلا يدفع: أي لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه. وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الإشكال ما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾ (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإن كان حقاً في الذمة**) أي وإن كان المدعي حقاً ثابتاً في الذمة: يعني إن كان ديناً لا عيناً (**ذكر أنه يطالبه به**) يعني ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر (**لما قلنا**) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (**وهذا**) أي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (**لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه**) أي تعريف ما في الذمة وهو الدين (**بالوصف**) أي بالصفة؛ فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره (**لأنه يعرف به**) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف: أي الصفة، بأن يقال إنه جيد أو وسط

بإنكاره، فالشرع جعل له حق استحلافه، حتى إذا كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالقصاص، وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقاً، ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه، لأن فيه إساءة الظن

فإنه هو الكلام الفصل، والقول الجزل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾. ثم اعلم أن المطالبة في

الاستحلاف. قال: (**فإن أحضرها قضى بها**) لانتفاء التهمة عنها (**وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه**

أو رديء بعد أن يذكر جنسه وقدره، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيما إذاكان المدعي ديناً وزنيا إن كان في البلد نقود مختلفة. أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ، لكن الأظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان، فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة أيضاً بالبيان: أي ببيان ما يحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقاً، ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلاً عن الذخيرة وفصول الأستروشني. وبالجملة لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإذ صحت الدعوى**) أي وإذا صحت الدعوى بشروطها (**سأل**) أي القاضي (**المدعى عليه عنها**) أي عن الدعوى (**لينكشف له وجه الحكم**) أي لينكشف للقاضي وجه الحكم: أي طريق إن ثبت حق المدعي فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة: البينة، والإقرار، والنكول. ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (**فإن اعترف قضي عليه بها**) أي فإن اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعي أو بموجب الدعوى. ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء، فكان الحكم من القاضي إلزاماً للخروج عن موجب ما أقرّ به، بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها، كذا في الشروح وغيرها، وقد أشار إليه المصنف بقوله (**لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره**) أي يأمر القاضي المدعى عليه (**بالخروج عنه**) أي عما يوجبه الإقرار (**وإن أنكر**) أي المدعى عليه (**سأل المدعي البينة**) أي طلب القاضي من المدعي البينة (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام للمدعي (**ألك بينة؟ فقال لا**) أي قال المدعي لا بينة لي (**فقال**) أي قال النبي ﷺ (**لك يمينه**)[1] أي يمين المدعى عليه (**سأل**) أي سأل رسول الله ﷺ المدعي عن البينة (**ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال**) أي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة (**ليمكنه الاستحلاف**) أي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (**قال**) أي القدوري في مختصره (**فإن أحضرها**) أي فإن أحضر المدعي البينة على وفق دعواه (**قضى بها**) أي قضى القاضي بالبينة (**لانتفاء التهمة عنها**) أي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي: أي البينة فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل، وقيل فيعْلة من البيّن إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (**وإن عجز عن ذلك**) أي وإن عجز المدعي عن إحضار البينة (**وطلب يمين خصمه**) وهو

بالآخر وذلك لا يجوز، فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه

المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار.

قوله: (**وإذا صحت الدعوى، إلى قوله فإنه الخ**) أقول: يعني فإن الحكم على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج الخ.

قوله: (**وإن كان الثاني، إلى قوله: إذا قضى القاضي بها حجة**) أقول: قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف: (**لقوله عليه**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٩ وأبو داود ٣٦٢٣ والترمذي ١٣٤٠ والطحاوي ٤/١٤٨ وفي المشكل ٤/٢٤٨ وكذا النسائي في الكبرى كما في التحفة ٩/٨٦ والبيهقي ١٠/١٤٤، ٢٥٤، ١٣٧، ٢٦١ وأحمد ٣١٧ كلهم من حديث علقمة بن وائل عن أبيه.

ولفظه مسلم: «قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: ألك بينة قال: لا قال: فلك يمينه قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يُبالي على ما حلف عليه، وليس يتورّع في شيء فقال: ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقيَن الله، وهو عنه معرض».

وورد بنحوه في حديث عبد الله بن مسعود، أخرجه البخاري ٢٤١٦، ٢٤١٧، ٢٦٦٦، ٢٦٦٧، وأبو داود ٣٢٤٣ والترمذي ١٢٦٩ وابن ماجة ٢٣٢٣ والبيهقي ١٠/١٧٩، ١٨٠ وأحمد ١/٣٧٩، ٤٢٦، ٥/٢١١.

عليها) لما روينا، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه.

المدعى عليه **(استحلفه عليها)** أي استحلف القاضي خصمه على دعواه **(لما روينا)** إشارة إلى قول النبي ﷺ لك يمينه بعد أن قال المدعي لا **(ولا بد من طلبه)** أي من طلب المدعي استحلاف خصمه **(لأن اليمين حقه)** أي حق المدعي **(ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحلاف اللام)** أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي بحلاف اللام في قوله ﷺ «لك يمينه»[1] والإضافة إليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه، وإنما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف. قال صاحب الكافي: والفقه فيه: أي في كون اليمين حق المدعي أن المدعي يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتواء بمقابل إتواء، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلا وقع وألا ينال المدعي عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقاً، ولا يتضرّر به بوجه انتهى. وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي: ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس، لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعي لأن فيه إساءة الظن بالآخر، وذلك لا يجوز فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها، فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فلو حلفناه أوّلاً ثم أقام المدعي البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وفي نظر، وبيّن وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال: وجه ذلك أن الشرع ولو ورد بتقديم اليمين لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة، كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة ا هـ. وقال بعض الفضلاء: قوله لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل ا هـ. أقول: بحثه هذا ليس بشيء لأن مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد إليه قطعاً قوله كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة، ومراد صاحب النهاية أيضاً بقوله إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه، لأن افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة إنما يلزم في هذه الصورة، فاحتمال كون مشروعية البينة إذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية، على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لأن النكول عن اليمين ليس بعجز عنها، إذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي، بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى. ثم أقول: بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية، وهو أن مشروعية إقامة البينة بعد اليمين تقتضي أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذوراً شرعياً، لأن إقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور، ومشروعية إقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها، فإن كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا، والظاهر أن ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي أيضاً فلا يصير الافتضاح المزبور محذوراً شرعياً فلا يتم التقريب فتأمل.

بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فمن الجائز إقامتها بعدها، وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة، وفيه نظر.

الصلاة والسلام«ألك بينة؟ فقال لا، فقال لك يمينه» أقول: الرواية في المصابيح «فلك يمينه» وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب.

قوله: **(قيل إنما جعل)** أقول: هذا القيل لصاحب النهاية وأصله في المبسوط قوله: **(وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة)** أقول: انتهى كلام النهاية مع تفسير يسير في بعض عبارته قوله: **(وفيه نظر)** أقول: نقل من خط الشارح ما هو صورته: وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة. انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل.

---

(١) هو المتقدم.

باب اليمين

(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه حاضرة في

باب اليمين

قال صاحب النهاية: وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة، فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين ا هـ. أقول: فيه شيء، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة لا يجري على قول أبي يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد رحمه الله في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب، فلم يكن ما ذكره وجهاً جامعاً لأقوال أئمتنا، على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة إجمالاً ذكر فيه أيضاً حال اليمين إجمالاً، فهما مشتركان في الذكر الإجمالي فيما قبل هذا الباب. وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين في هذا الباب، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي؛ فالأولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى. وقال صاحب غاية البيان: أقول ما كان يحتاج هاهنا إلى الفصل بالباب، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان: قلت الذي رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها انتهى. أقول: هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب، لأن ما استقبحه صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة، كيف وقد قال: بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه. ثم أقول: في دفع ذلك إن إفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم، وهذا الباب أيضاً من ذلك القبيل، ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على إفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هاهنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى **(إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(معناه حاضرة في المصر)** أي معنى قول القدوري: إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر. واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإن البينة إذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيما سيأتي كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس، واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن الغائبة عن المصر، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف

باب اليمين

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين. قال **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ)** إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام **«لك يمينه»** فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا من

باب اليمين

قوله: **(فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة على أن لا يكون

المصر. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف، فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه، كما إذا كانت البينة

بالاتفاق. ثم إن الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران: أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسألة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر. وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسألتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير، فاقتضى هذا السرّ تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه)** أي حق المدعي **(بالحديث المعروف)** فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي ﷺ «لك يمينه»[1] ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح: ويجوز أن يريد به قوله ﷺ «واليمين على من أنكر»[2] أقول: لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[3] لما عدل عن أسلوبه المقرر؛ ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا مريداً به الحديث المذكور فيما قبل. فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[4] أي ما جوّزه صاحب الغاية لا غير. ويؤيده تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال: وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[5] انتهى. فإن قلت: الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن اليمين حقه، فإن كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص. قلت: نعم ولكن يفهم ذلك أيضاً من قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فإن كلمة على في قوله «على من أنكر»[6]

قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه» فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي، ولا تردّ اليمين على المدعي لأنه ﷺ قسم بين الخصمين فجعل البينة على

حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع قال المصنف: (فلا يكون حقه دونه) أقول: لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا شهيدين من رجالهم﴾. فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان. ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل، فإنه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير إليه

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.
(٢) تقدم قبل أربعة أحاديث.
(٣) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.
(٤) تقدم قبل ستة أحاديث.
(٥) هو المتقدم.
(٦) هو المتقدم.

حاضرة في المجلس. ومحمد مع أبي يوسف رحمها الله فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. قال: **(ولا تردّ اليمين على المدعي)** لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» قسم

تدل على أن المنكر هوالمستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي. نعم انفهامه من الأول أظهر، لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة **(فإذا طالبه به يجيبه)** أي إذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي: أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي: أي يحلف **(ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه»(١) فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة **(فلا يكون حقه دونه)** أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة: أي بغير العجز عنها. أقول: لقائل أن يقول: إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتباً على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»(٢) **(كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس)** أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هاهنا والجامع القدرة على إقامة البينة. أقول: لأبي يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بأن يقول: إذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، فإن هذا الغرض: أعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه في الحال يحصل بإقامة البينة، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضاً كما يشعر به كلام المصنف **(ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي)** قال صاحب غاية البيان: وهذه رواية عجيبة، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوي قال في مختصره: ومن ادّعى على رجل مالاً ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعي أن له على دعواه بينة حاضرة، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف له على ذلك، ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه، إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلاً كما ترى، ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوي؛ ألا ترى أن القدوري قال في كتاب

المدعي واليمين على من أنكر، والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **(قوله وجعل جنس الأيماء على المنكرين في قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» وليس وراء الجنس شيء)** استدلال آخر بالحديث، وفيه خلاف الشافعي وسيأتي. قال **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ)** ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه، وليس عليه البينة لما روينا، وقيد بالملك المطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا

قوله كما إذا كانت الخ قوله: **(ومحمد مع أبي يوسف)** أقول: ولعل أبا يوسف يكتفي بالعجز في المجلس فإن للمجلس خصائص قال المصنف: **(قسم الخ)**.

---

(١) تقدم قبل قليل.
(٢) تقدم مراراً.

والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين، وليس وراء الجنس شيء، وفيه خلاف الشافعي رحمه

التقريب: قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية. وقال الشارح العيني بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمداً مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالاً. قلت: لا وجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى. أقول: هذا الكلام منه عجيب، لأن الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوي بناء على أن الطحاوي قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره، فكيف يصح أن يسندها المصنف إليه، وليس الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها، حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها، وكون محل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما يتأدى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا تردّ اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»)**[1] وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله **(قسم)** أي قسم النبيّ ﷺ بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر **(والقسمة تنافي الشركة)** لأن الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان. وبقوله **(وجعل جنس الأيمان على المنكرين)** إذ الألف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك معهود، وهاهنا كذلك **(وليس وراء الجنس شيء)** أي شيء من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين، فلو ردّ اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسألة المذكورة من وجهين كما ترى **(وفيه خلاف الشافعي)** أي في عدم ردّ اليمين على المدعي خلاف الشافعي. قال صاحب الكافي: وعند الشافعي إذا لم يكن للمدعي بينة أصلاً وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به وإلا لا، لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، وكذا إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ اليمين عليه، فإن حلف قضى له بما ادّعى، وإن نكل لا يقضي له بشيء، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين[2]، ثم قال: وحديث الشاهد واليمين غريب، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول

تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع. فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدّعى عليه. قلت: نعم لأن قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدّعى عليه قلت لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة وهاهنا لم يعجز، وإذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً. وقال

أقول: استئناف بياني قال المصنف: **(وفيه خلاف الشافعي)** أقول: قيل إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعي صار الظاهر شاهداً للمدعي وصار المدعي من هذه الحيثية منكراً، فإن المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظياً. قلنا: على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعي وعدمه، وهذا يحققه، وإنما يكون تسليم ذلك رافعاً للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الأيمان على المنكرين وعدمه، وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في المجمع، ولا يجبر ردها على المدعي، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعي منكراً من حيثية النكول، إذ

---

(١) تقدم تخريجه قبل قليل.
(٢) هو الآتي.

الله. قال: (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق، وبينة الخارج أولى). وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد

حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى. وقال الإمام الزيلعي في التبيين: قال الشافعي: إذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه، فإذا نكل تردّ اليمين على المدعي، فإن حلف قضى له، وإن نكل لا يقضي له لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، فإنه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر يمينه. وقال أيضاً: إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضي له، لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين» ويروى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد»[1]. ولنا ما

يلزم منه عدم تعيين المدعي والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل، وكذا ما يؤدي إليه قال المصنف: (ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول: بل عليه اليمين إن عجز الخارج، ولهذا المعنى أوردها هنا، ويجوز أن يكون ذكرها

---

(١) جيد. أخرجه مسلم ١٧١٢ وأبو داود ٣٦٠٩ وابن ماجة ٢٣٧٠ وابن الجارود ١٠٠٦، والطحاوي ٤/ ١٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٦٧، والشافعي ٢/ ١٧٨ والدارقطني ٤/ ٢١٤ وأحمد ١/ ٢٤٨، ٣١٥، ٣٢٣ كلهم من حديث ابن عباس ولفظ مسلم «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين، وشاهد».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو داود ٣٦١١، ٣٦١٠ والترمذي ١٣٤٣ وابن ماجة ٢٣٦٨ والبغوي ٢٥٠٣ والطحاوي ٤/ ١٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٦٨ والشافعي ٢/ ١٧٩ وابن الجارود ١٠٠٧ وأبو يعلى ٦٦٨٣ وابن حبان ٥٠٧٣ ولفظه «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وورد من حديث جابر. أخرجه الترمذي ١٣٤٤ وابن ماجة ٢٣٦٩ وابن الجارود ١٠٠٨ والبيهقي ١٠/ ١٧٠ وأحمد ٣/ ٣٠٥.
وورد كذلك من حديث سعد بن عبادة أخرجه الترمذي ١٣٤٣ والدارقطني ٤/ ٢١٤، والبيهقي ١٠/ ١٧١ والشافعي ٢/ ١٧٩ وأحمد ٥/ ٢٨٥. ومن حديث علي أخرجه الدارقطني ٤/ ٢١٥ والبيهقي ١٠/ ١٧٠. زاد أحمد في رواية «إنما ذلك في الأموال» وجاء في نصب الراية ٤/ ٩٧: وأسند البيهقي عن الشافعي قوله: حديث ابن عباس ثابت لا يرى أحد من أهل العلم مثله، وهو لا يخالف ظاهر القرآن لأنا نحكم بشاهدين، وبشاهد وامرأتين، ولا يمين، فإذا كان شاهد حكمنا بشاهد ويمين اهـ. وقال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح لا مطعن لأحد في إسناده ولا خلاف بين أهل العلم في صحته، وقد روى القضاء باليمين، والشاهد من حديث أبي هريرة، وعمر، وابن عمر، وعلي، وابن عباس، وزيد، وجابر، وسعد ابن عبادة، وعبد الله بن عمرو بن العاص، والمغيرة بأسانيد حسان. قال الزيلعي: والجواب على حديث ابن عباس من وجهين أنه معلول بالانقطاع.
قال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس اهـ. ومما يدل على ذلك قول الدارقطني عقب الحديث وخالفه عبد الرزاق حيث لم يذكر طاوساً، ومنهم من زاد جابر بن زيد، ورواية الثقات لا تعلل برواية الضعفاء.
وقال الطحاوي: لا أعلم قيس بن سعد يُحدث عن عمرو بن دينار بشيء. قال الزيلعي: فيصر فيه انقطاعا. وقال ابن القطان: وإن أخرجه مسلم، فهو يُروى بالانقطاع من موصفين، ثم ذكر كلام البخاري، والطحاوي اهـ. وقال أبو داود عقب حديث أبي هريرة: وروينا عن الشافعي عن عبد العزيز الدراوردي قال: فذكرت ذلك لسهيل بن أبي صالح فقال: أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة. أني حدثته إياه، ولا أحفظه. قال عبد العزيز: أصابت سُهيلاً عِلَّة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه.
ومن وجه آخر قال سليمان بن بلال: لقيت سهيلاً فسألته عن هذا الحديث، فقال: لا أعرفه. فقلت له: إن ربيعة أخبرني به عنك. قال: فإن كان ربيعة أخبرك، فحدث به عن ربيعة عني. وقال الترمذي: قال ربيعة: وأخبرني ابن سعد أن ابن عبادة قال: وجدنا في كتاب سعد أن النبي ﷺ قضي باليمين مع الشاهد. وحديث أبي هريرة حسن غريب وأخرجه الترمذي ١٣٤٥ من مرسل الباقر وقال: هذا أصحّ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وخالفهم أهل الكوفة. وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٥ ما ملخصه: حديث ابن عباس قال النسائي: إسناده جيد وقال البزار: في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده كذا قال، وقد قال عباس الدوري في تاريخ يحيى بن معين عنه: ليس بمحفوظ، وقال البيهقي: أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث به عن عمرو بن دينار بشيء قال البيهقي: ليس ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره. وقال الحاكم: قد سمع ابن دينار من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً وسمعه من بعض أصحابه عنه اهـ. الخلاصة: ابن دينار ثقة ثبت على فرض أنه لم يسمعه من ابن عباس فقد سمعه من بعض أصحابه كيف، وقد توبع!؟ وورد عن جماعة في الصحابة كما ذكر ابن عبد البر وغيره، فهذا حديث مراتبه أنه حسن أو صحيح. فائدة: قال النووي في شرح مسلم ١٢/ ٤ عقب حديث الشاهد واليمين: واختلف العلماء في ذلك، فقال أبو حنيفة والكوفيون والشعبي والحاكم والأوزاعي والليث والأندلسيّون من أصحاب مالك: لا يحكم بشاهد، ويمين في شيء من الأحكام. وقال جمهور علماء الإسلام من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار: يقضي بشاهد ويمين في الأموال وما يقصد به الأموال، وبه قال أبو بكر وعلي وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأحمد، وفقهاء المدينة، وسائر فقهاء الحجاز، ومعظم علماء الأمصار، وحجتهم حديث ابن عباس وغيره.

لاعتضادها باليد فيتقوّى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتائج

روينا وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً عن أن يكون معارضاً للمشاهير، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد: يعني بجنسه وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة، والمراد على التعاقب، ولئن سلم أن يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر، فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير، إلى هنا كلامه **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق)** أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرّخا وتاريخ ذي اليد أسبق، فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع، كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد هذا، فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه؟ قلت نعم، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه؟ قلت: لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة، وهاهنا لم يعجز، إلى هاهنا كلامه. وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأوّل بأنه لو كان مدعياً لصدق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه. وعلى جوابه عن السؤال الثاني بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً؟ أقول: إيراده الثاني متوجه ظاهر، وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه، وأما إيراده الأوّل فمندفع لأن ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة، وإنما يجبر عليها من حيث أنه مدّعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدّع على ذي اليد استحقاقه لما في يده. وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها. وتحقيقه أن دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث

الشافعي: يقضى ببينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتمد أقوى، فصار كما إذا أقاماها على نتاج دابة وهي في يد أحدهما، أو أقاماها على نكاح ولأحدهما يد، فإنه يقضى لذي اليد، وصار كدعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق، وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً: يعني في علم القاضي، أو إظهاراً: يعني في الواقع،

استطراداً للمسألة السابقة كأنه قيل: لا تقبل يمين المدعي ولا بينة المدعى عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي قوله: **(فهو من تلك الجهة مدع)** أقول: لو كان مدعياً لصدق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه قوله: **(قلت لا لأن اليمين)** أقول; أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً فليتأمل قوله: **(لعدم زيادة يصير بها الخ)** أقول: يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعياً قوله: **(أو إظهاراً الخ)** أقول: لعل الأظهر أن أو للتخيير في التعبير قوله: **(لأن قدر ما أثبته اليد الخ)** أقول: تعليل لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتاً قوله: **(وما هو إلى قوله لأجله فيه)** أقول: الضمير في قوله فيه واجع إلى الموصول في قوله وما هو قوله: **(كما تقدم الخ)** أقول: في الورق السابق عند شرح قول المصنف: وإذا صحت الدعوى بشروطها:

لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قال: **(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادع عليه)** وقال الشافعي: لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال،

يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالأصالة، فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة، ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئاً لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج، وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلاً، ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرّر عندهم، وهو أن المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة، كما إذا ادّعى رجل على آخر ديناً معيناً فادّعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إبراءه عن ذلك الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء، وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه. ثم أقول: بقي لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول، وهو أنه بيّن الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ، فالأول والثالث صحيحان، والثاني ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضاً في الصورة الثانية أن يكون المدعي في يده بالفعل لا أن يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب، وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان. ولا يخفى أن كون المدعي في يد القابض في تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلاً فضلاً عن إقامة البينة عليه وقبول بينته بالإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام. فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر **(وبينة الخارج أولى)** يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا، وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك. لا قضاء ملك، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله **(وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد)** أي لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك **(فيتقوى الظهور)** أي فيتقوّى ظهور المدعي **(وصار)** أي صار حكم هذه المسألة **(كالنتاج)** أي كحكم مسألة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضي لذي اليد **(والنكاح)** أي وكحكم مسألة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذي اليد أولى **(ودعوى الملك مع الإعتاق)** أي وكحكم مسألة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى **(أو الاستيلاد)**

فإن بينته ما كان ثابتاً في الواقع لأن قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد، لأن اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل، بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك أو تظهره، وما هو أكثر إثباتاً في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه. فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل. أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، بخلاف النتاج والنكاح، لأن اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجح

قوله: **(وهما قد استويا في ذلك)** أقول: يعني استويا في الولاء، وقوله وهما راجع إلى البينتين في قوله معناه أن البينتين في الإعتاق الخ.

ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب، ولا وجه لردّ اليمين على المدعي لما قدمناه. قال:

عطف على الإعتاق. فالمعنى: أو دعوى الملك مع الاستيلاد بأن تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى **(أو التدبير)** أي أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى **(ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً)** أي في علم القاضي **(أو إظهاراً)** أي في الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع **(لأن قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك)** ألا يرى أن من رأى شيئاً في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له، فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل، وإنما هي مؤكدة للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك. وأما بينة الخارج فمثبتة لأصل الملك، فصح قولنا إنها أكثر إثباتاً، وما هو أكثر إثباتاً في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه. هذا زبدة ما في الشروح في حلّ كلام المصنف هاهنا. فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك، ولا يلزم تحصيل الحاصل. أجيب بأن البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، كذا في العناية. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن المتبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتاً ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضاً بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضاً، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر إثباتاً، لكن التحقيق يقتضي أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق، وأن لا يكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلاً لأنه مدّعى عليه محض، وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] كما مر بيانه. فالأظهر في الاستدلال من قبلنا على مسألتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2] فإنه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي، لأن اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه إلا اليمين، والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه، ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوّة والخارج بهذه المثابة لأنه لا دلالة معه على الملك، بخلاف ذي اليد فإن اليد دليل الملك انتهى **(بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه)** فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجحت إحداهما باليد، وكذا الحال في النكاح، إلا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته إما نسياناً وإما اعتماداً على معرفة حاله مما ذكره في النتاج **(وكذا على الإعتاق وأختيه)** أي وكذا اليد لا تدل على الإعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير، فاستوت البينتان في الإثبات في هذه الصور أيضاً فترجحت إحداهما باليد **(وعلى الولاء الثابت بها)** أي بهذه الأشياء الثلاثة وهي: الإعتاق، والاستيلاد، والتدبير: يعني أن اليد لا تدل على الولاء

إحداهما باليد. فإن قيل: كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً لأنها تثبت اليد والنتاج، وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير. أجيب بأن بينة النتاج لا توجب إلا أولية الملك وهما تساويا في ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له **(قوله وكذا على الإعتاق)** أي اليد لا تدل على الإعتاق والاستيلاد والتدبير، فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد **(قوله وعلى الولاء الثابت بها)** أي بالإعتاق والاستيلاد والتدبير، ومعناه أن البينتين في الإعتاق وأختيه تدلان على

---

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث.
(٢) تقدم مراراً.

(وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) وهذا الإنذار

الثابت بها أيضاً فاستوت البينتان في ذلك أيضاً فترجحت إحداهما باليد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول)** أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول **(وألزمه ما ادعى عليه)** أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي. وفي بعض نسخ مختصر القدوري: ولزمه بدل وألزمه: أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي **(وقال الشافعي: لا يقضى به)** أي بالنكول **(بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف)** المدعي **(يقضى به)** أي يقضى له بما ادعاه، وإن نكل المدعي أيضاً انقطعت المنازعة **(لأن النكول)** تعليل لقوله لا يقضى به **(يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة)** أي عن اليمين الصادقة، كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال: أخاف أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذباً، كذا ذكره الإمام خواهر زاده في مبسوطه **(واشتباه الحال)** أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع **(فلا ينتصب)** أي لا ينتصب نكول المدعى عليه **(حجة مع الاحتمال)** المذكور **(ويمين المدعي دليل الظهور)** أي دليل ظهور كون المدعي محقاً **(فيصار إليه)** أي فيرجع إلى يمين المدعي **(ولنا أن النكول)** أي نكول المدعى عليه **(دل على كونه باذلاً)** أي دل على كون المدعى عليه باذلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة **(أو مقرّاً)** أي على كونه مقرّاً إن كان النكول إقراراً كما هو مذهبهما **(ولولا ذلك)** أي ولولا كونه باذلاً أو مقرّاً **(لأقدم على اليمين إقامة للواجب)** وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله ﷺ «واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب **(ودفعاً للضرر عن نفسه)** أي دفعاً لضرر الدعوى عن نفسه **(فترجح هذا الجانب)** واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب، فقال صاحب العناية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً إن ترفع أو مقرّاً إن تورّع، لأن الترفع والتورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن توزيع كونه باذلاً أو مقرّاً إلى التورّع والترفع مما لا يكاد يصح هاهنا، لأن النكول عند أبي حنيفة بذل لا غير، وعندهما إقرار لا غير، فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معاً في واحد من المذهبين، بل إنما يثبت رجحان كونه باذلاً في مذهب أبي حنيفة على الترفع فقط، ورجحان كونه مقرّاً في مذهبهما على التورع فقط، وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين، لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي، وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراداً للناكل حتى يتم المطلوب. والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى. وأما ثانياً فلأنا لا نسلم

الولاء، إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وها قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده **(قال: وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ)** وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادّعاه عليه، وقال الشافعي: لا يقضى عليه بل تردّ اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به، وإن نكل انقطعت المنازعة، لأن نكول المدعى عليه يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال، وما كان كذلك لا ينتصب حجة، بخلاف يمين المدعي لأنه دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة، أو مقراً إن كان إقراراً كما هو مذهبهما، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على

قوله: **(إذا لم يفض إلى الضرر الخ)** أقول فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء بالضرر إلى الغير غير ظاهر قوله: **(واعترض بأن الإلزام الخ)** أقول: هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعي، إذ ليس في الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعي أيضاً إلا أن يكون إلزامياً، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عندكم فليتأمل قوله: **(والإجماع يدل على جوازه)** أقول: الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به **(قول وهو بلغة أهل الروم أصبت)** أقول: بل معناه في لغتهم جيد.

لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء. قال: (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول)وهذا التكرار

أن التورّع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه، إنما يحلّ إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورّع عنها واجب في كل حال. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى. أقول: هذا غير وارد، فإن الإفضاء إليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جداً، لأن كون المنكر كاذباً في يمينه إنما يتصوّر فيما إذا كان للمدعي حق عليه في الواقع، فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعي قطعاً لتضييع حقه وهو ما ادعاه، وكذا الإفضاء إليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل، لأن يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[1] كما مرّ، فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعي بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه. وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقراً على جانب التورع، لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن ما ذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقراً على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل، ولم يفد رجحانه على التورّع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورّع، وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضاً داخلاً في ذلك الجانب. يبقى أن يقال: ما ذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على الترفع عن اليمين الصادقة فقط، وهو يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الخصم، وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكراه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه، فكيف يتم بناء شرح قوله المصنف، فترجح هذا الجانب عليه، والفاء في فترجح تقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: فترجح هذا الجانب: أي ترجح جانب كون الناكل باذلاً أو مقرّاً على الوجه المحتمل، وهو كونه متورّعاً أو نحو ذلك لأن النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه، فلولا أن النكول بذل أو إقرار لكان النكول امتناعاً عن الواجب وظلماً على المدعي، والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم. والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أوّلاً فلأن قوله وظلماً على المدعي ليس بتامّ، إذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلاً أو إقراراً لكان ظلماً على المدعي لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة، فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعي لأن صدق المدعى عليه في إنكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يعدّ النكول ظلماً على المدعي في صورة صدق المدعى عليه أيضاً من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر، وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالماً على المدعي في الجملة. وأما ثانياً فلأن في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن

المدعي واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب، ودفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً إن ترفع، أو مقرّاً إن تورّع، لأن الترفع أو التورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير. واعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس، لأن الله تعالى قال ﴿واستشهدوا من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ فالقضاء بالنكول يخالفه. وقال ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهداً له، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي فتعود اليمين إلى جانب المدعي، ولهذا

---

(١) تقدم مراراً رواه البخاري ومسلم.

ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف، وقد يكون حكمياً بأن

اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً خللاً حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الأول في كلام صاحب العناية. فالصواب عندي في حلّ مراد المصنف هاهنا أن يقال: فترجح هذا الجانب: أي جانب كون الناكل باذلاً أو مقراً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة. أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضروري أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقرّاً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً. وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. وبالجملة إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون الناكل باذلاً أو مقراً بالضرورة **(ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه)** أشار به إلى قوله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] الخ، ونحن أيضاً قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في ردّ اليمين على المدعي وأجوبتنا عنه نقلاً عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وينبغي للقاضي أن يقول له)** أي للمدعى عليه **(إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً)** أي ثلاث مرات **(فإن حلفت)** أي إن حلفت خلصت أو تركتك **(وإلا قضيت عليك بما ادّعاه)** أي بما ادّعاه المدعي. قال المصنف **(وهذا الإنذار)** أي قول القاضي وإلا قضيت عليك بما ادعاه **(لإعلامه بالحكم)** أي الحكم بالنكول **(إذ هو موضع الخفاء)** لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل، كذا في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول)**. قال المصنف **(وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار)** أي في إظهارها: يعني أن هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لأنه شرط لجواز القضاء بالنكول، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام، فإنه مستحب لا واجب؛ وأوضح هذا بقوله **(فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه)** من أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم أنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ، كذا

بدأنا في اللعان بالأيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر، فإن الإنسان لا يلوّث فراشه كاذباً وإن كان مدعياً. وأجيب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه، والإجماع يدل على جوازه، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك، وما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه حلف المدعي بعد

قوله: **(فإن للشافعي خلافاً فيه لما مر)** أقول: فإن زمان الشافعي متأخر، ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنياً عليه، وإنما قال أولى دون الصواب لأن مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي، وخلاف الشافعي يستدل به على أنه حل الاجتهاد، فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل قوله: **(ليس بشرط لجواز القضاء الخ)** أقول: قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط قوله: **(وليس التكرار بشرط في شيء منهما)** أقول: يعني من البذل والإقرار قوله: **(وصورة ذلك)** أقول: أي صورة العرض ثلاث مرات.

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، وقد تقدم تخريجه قبل قليل مستوفياً.

يسكت، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. قال: (وإن كانت الدعوى

في أكثر الشروح، وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والجمهور على أنه للاحتياط، حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى. وقال صاحب غاية البيان: احتراز عن قول الخصاف فإنه يشترط التكرار انتهى. أقول: هذا ليس بشرط صحيح، فإن المصنف بعد ما صرّح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والأول أولى) أي العرض ثلاث مرات أولى: يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات. وفي النهاية: وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسألة قال: رجل قدّم رجلاً إلى القاضي فادّعى عليه مالا أو ضيعة في يده أو حقاً من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا ألزمتك المدعي، ثم يقول له القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف بالله في المرة الأولى يقول له في المرة الثانية كذلك، فإن أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف يقضي عليه.بدعوى المدعي، وإن قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى نفذ قضاؤه انتهى. قال صاحب الكافي: ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء، وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف انتهى. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: ولا بد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة، ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر. وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف. ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه، إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به، وليس بشيء أصلاً لأن عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر. وكان شريح رحمه الله يقول: اليمين الفاجرة أحق أن تردّ من البينة العادلة، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه: إن كان لفلان عليّ ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفاً، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر، إلى هاهنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف وقد يكون حكمياً بأن يسكت، وحكمه) أي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الأول) وهو الحقيقي (إذا علم

نكون المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك. روي عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعي، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي عليّ رضي الله عنه، فقال له عليّ: قالون، وهو بلغة أهل الروم أصبت وإذا ثبت الإجماع بطل القياس، على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا ردّ اليمين، فإنّ رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعي (قال: وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول، وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه لما مرّ غير مرة. ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء

قوله: (إلا في الحدود الخ) أقول: استثناء من قوله وقالا: يستحلف.

نكاحاً لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحد ودو اللعان. وقالا: يستخلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة

أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه **(من طرش)** الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد **(أو خرس)** بفتحتين أيضاً: آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً **(هو الصحيح)** اختلفت الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف، فقال بعض أصحابنا: إذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش، فإن قالوا لا جعله ناكلاً وقضى عليه، ومنهم من قال يجلس حتى يجيب، والأول صحيح كذا في غاية البيان نقلاً عن شرح الأقطع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده)** يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر **(في النكاح)** أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس **(والرجعة)** أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضاً بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس **(والفيء في الإيلاء)** أي في دعوى الفيء بالإيلاء أيضاً بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس **(والرقّ)** أي وفي دعوى الرق أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس **(والاستيلاد)** أي وفي دعوى الاستيلاد أيضاً بأن ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف **(والنسب)** أي وفي دعوى النسب أيضاً بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس **(والولاء)** أي وفي دعوى الولاء أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة **(والحدود)** أي وفي دعوى الحدود أيضاً بأن ادعى على آخر ما يوجب حداً من الحدود وأنكره الآخر **(واللعان)** أي وفي دعوى اللعان أيضاً بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج. واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال أبو يوسف ومحمد: **(يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان)** فتقرّر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعاً، وإنما اختلافهم في الأشياء السبعة الباقية. وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير: والفتوى على قولهما، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر

بالنكول، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما. والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه أولى، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبيح **(وقوله هو الصحيح)** احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البذل والإقرار فيشترط فيه التكرار، وصورة ذلك أن يقول القاضي أحلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن نكل يقول له ذلك ثانياً، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي **(قال: وإذا كان الدعوى نكاحاً الخ)** ادعى رجل على امرأة أنه تزوّجها وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على

قال المصنف: **(ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ)** أقول: قال الزيلعي: قال القاضي الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة: يعني في هذا التي عدها سوى الحدود واللعان انتهى. إنما قال في الأشياء الستة نظراً إلى اتحاد النسب والاستيلاد قال المصنف: **(يستحلف في ذلك كله الخ)** أقول: قال في النهاية: لا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا فقال: إن زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى. ينبغي أن يقول العبد في دعواه إنه قد أتى بما علق عليه عتقي ولا يقول إنه قد زنى كي لا يصير قاذفاً مولاه قال المصنف: **(وصورة الاستيلاد أن يقول الخ)** أقول: يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ قوله: **(واللعان في معنى الحد)** أقول: قوله واللعان مبتدأ، وقوله في معنى الحد خبره قوله: **(وعليه نقوض إجمالية)** أقول: بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة.

الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادّعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقراراً أو بدلاً عنه، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرىء بالشبهات واللعان في معنى الحد. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأنه معه لا تبقى

في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه ويأخذه بقولهما، وإن كان مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقوله انتهى. وفي النهاية: هذا كله إذا لم يكن المقصود مالاً، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم، فإن نكل يقضي عليه ببينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب. وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتتخلص منه وتحلّ للأزواج. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسألة، وهكذا في الواقعات أيضاً. وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدّعية بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادّعته، وإن كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى. والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه ويأخذ بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه أن القاضي إن علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم، وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعاً للضرر من الجانبين، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي. وفي الحدود: لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنيت فأنت حرّ فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، إلى هنا لفظ النهاية **(وصورة الاستيلاد أن تول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها)** وإنما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيهاً على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافية فإن للدعوى فيها مساغاً من الجانبين كما صورناه فيما مر **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار)** أي في إنكاره السابق **(على ما قدمناه)** يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها **(فكان)** أي النكول **(إقراراً أو بدلاً عنه)** بفتح الدال: أي خلفاً عن الإقرار: يعني أنه قائم مقام الإقرار. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف هاهنا، عين أولاً كون النكول إقراراً، ثم فرع على دليله كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد، ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار انتهى. إذ كان يمكن دفع

هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالة، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده، أو ادّعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة، لأن المولى إذا ادّعى ذلك ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها، أو ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج، أو ادعى على رجل ما يوجب الحدّ وأنكره فإنه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة. وقالا: يستحلف في ذلك كله، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا في الحدود واللعان. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار السابق لما قدمناه: يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن

اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار، والبذل لا يجري

ذلك بذكر الترديد أوّلاً أيضاً أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلاً عنه في الموضعين معاً، بل كان هذا: أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه **(والإقرار يجري في هذه الأشياء)** هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة. تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الأشياء، فإذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضاً لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف **(لكنه)** أي لكن النكول **(إقرار فيه شبهة)** لأنه في نفسه سكوت **(والحدود تندرىء بالشبهات)** فلا يجري النكول فيها **(واللعان في معنى الحدّ)** لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج، حتى أن كل قذف يوجب حدّ القذف على الأجنبي إذا قذف الأجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضاً. قال صاحب العناية: وعليه نقوض إجمالية: الأول: ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردّ عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف، ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقرّ في تلك المرة. الثاني: الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان الإقرار لزم الوكيل. الثالث: ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالاً فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل، ولو كان النكول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقراراً أو بدل منه. فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار، فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة. فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي، إلى هاهنا كلامه. أقول: ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه: الأول: أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً كيت وكيت أن ما تقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلاً منه مع أنه صالح لهما، ولهذا فرّعهما المصنف عليه حيث قال: فكان إقراراً أو بدلاً عنه. الثاني: أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلاً منه غير تام، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بذلاً كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلاً عن الإقرار، وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلاً عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلاً أيضاً، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلاً عنه، فحينئذ أيضاً لا يتم التقريب. الثالث: أن الإقرار إذا كان مخالفاً في الأحكام لما هو بدل عنه كما هو في صورة النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضاً في الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما

نفسه، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث، والإقرار يجري في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضاً، وعليه نقوض إجمالية: الأول ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف،

قوله: **(ولو كان النكول إقراراً لقضي به)** أقول: قال الزيلعي: لو كان إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك، فإنه لا يجوز إلا في مجلس القاضي وقضائه فافهم، ولعل الجواب هو الجواب، وأيضاً الذي جعلاه إقراراً هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها إنما هو في مجلس القضاء فليتأمل قوله: **(فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار)** أقول: أي خلفاً عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة: يعني أنه خلف ضروري لا مطلق قوله: **(بقطع الخصومة)** أقول: الظاهر أن يقول يقطع الخصومة قوله: **(ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي)** أقول: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف قوله: **(وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار الخ)**.

في هذه الأشياء. وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه

المذكور في الكتاب. الرابع: أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي إنما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول إقراراً فقط. ولما كان المذكور فيه كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شيء أصلاً فلم يتم قوله المذكور. ثم إن لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية هاهنا: أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب. أما الأول: ففي قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال: بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى. وأما الثاني: ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي حيث قال: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف انتهى. أقول: كل واحد منهما ساقط. أما الأول فلأن كون تلك الأسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لأن حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقراراً في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين، وهو صريح نقض إجمالي، ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لأن المدعي هاهنا وهو كون النكول إقراراً كلي، وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعي بالكلية، وإنما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الأسئلة، ولو كان النكول إقراراً لكان جواب المسألة خلاف ما ذكر، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا إقامة الدليل على خلاف المدعي كما لا يخفى. وأما الثاني: فلأن مراد صاحب العناية بالمدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، فإذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلاً عن الإقرار لا نفس الإقرار فقد غيّر ذلك المدعي قطعاً، وكون قولهما إن النكول إقرار مقدمة الدليل بالنظر إلى أصل المسألة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعي بالنظر إلى كونه مستدلاً عليه بالدليل المستقل. والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضات والمعارضة إقامة الدليل على خلاف مدعي الخصم، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون المدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار، إذ لا مساس لتلك الأسئلة بأصل المسألة كما لا يخفى **(ولأبي حنيفة أنه)** أي النكول **(بذل)** وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهبة والتمليك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعاً فأنكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعاً لا تصح، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(لأن معه)** أي مع البذل **(لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به)** أي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثاً على ترك الإقدام على اليمين، هذا هو العلة المجوّزة لكون النكول بذلاً، وأما العلة المرجحة لكونه بذلاً على كونه إقراراً فهي ما

ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقرّ في تلك المرة. الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان إقراراً لزم الوكيل. الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالاً فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل، ولو كان النقول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه فوجه الإقرار ما تقدم. ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة، وذلك بالإقرار أو الإنكار فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة، فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي. ولأبي حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما

أقول: تقريره لا يطابق المشروح قوله: **(إذا استحق ما أدى بقضاء الخ)** أقول: كما إذا أدى من الدراهم المودعة قوله: **(الثاني لو كان بدلاً لكان إيجاباً الخ)** أقول: الملازمة ممنوعة إن أريد كان إيجاباً من الناكل، وإن أريد في زعم المدعي فليس بزعمه ابتداء. والجواب أن المراد هو الأول، ولو لم يوجب لم يحكم القاضي به فتأمل، فلا ينتقض بالنذر إذ لا يحكم فيه القاضي قوله: (بل هو

المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً

أشار إليه بقوله **(وإنزاله باذلاً أولى)** أي من إنزاله مقرّاً **(كي لا يصير كاذباً في الإنكار)** أي في إنكاره السابق: يعني لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق، ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. قيل عليه لو كان النكول بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدّى بقضاء، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. وأجيب عنه بأن بدل الصلح وجب بالعقد، فإن استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، وأما هاهنا فالمدعي يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء، فإذا استحق رجعت بما في الذمة. وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول، والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلاً. وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح. وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به بل هو موجب له قطعاً للمنازعة. وقيل عليه يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان باذلاً لما قضى به لأن البذل لا يعمل فيها، وأجيب عنه بأنا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هوعامل إذا كان مفيداً نحو أن يقول اقطع يدي وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين. هذه خلاصة ما في الشروح هاهنا من الأسئلة والأجوبة **(والبذل لا يجري في هذه الأشياء)** فإنه لو قالت مثلاً لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها؛ وكذا لو قال أنا حرّ الأصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يدعي نسبي لم يصح بذله، بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكني أبحته وبذلته له لأتخلص من خصومته صح بذله **(وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول)** ولما لم يجز البذل في هذه الأشياء لم يتصوّر فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل **(فلا يستحلف)** فيها لعدم الفائدة. قال صاحب الكافي: فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[1] قلنا: خص منه الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى. وقال صاحب العناية: لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «اليمين على من أنكر»[2] بالرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً

يدعيه الخصم، لأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول، وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار لحصول المقصود به، لكن إنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار السابق، والبذل لا يجري في هذه الأشياء، فإنه إذا قال مثلاً أنا حرّ وهذا الرجل يؤذيني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي، أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح. وعليه نقوض: الأول أنه لو كان بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدّى بقضاء كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً، ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. الثاني لو كان بذلاً كان إيجاباً في الذمة ابتداء وهو لا يصح. الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن

صحيح كما في الحوالة) أقول: لم يذكر الكفالة لأن الأصح أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا الدين فتأمل قوله: **(وسائر المداينات)** أقول: وفيه تأمل، فإن قيد ابتداء يدفعه نعم في الصلح عن إنكار ذلك قوله: **(لأن أبا حنيفة الخ)** أقول: هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ. وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكر الشارح لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً والإجماع ليس كذلك وفيه تأمل قوله: **(والبذل لا يجري فيها)** أقول: أي في الأوصاف قوله: **(ووجه ذلك أن البذل في الدين الخ)**.

---

(١) تقدم مراراً، وقد رواه أبو داود من حديث أبي هريرة.
(٢) تقدم مراراً.

لنفسه، والبذل معناه ها هنا ترك المنع وأمر المال هين. قال: **(ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع)** لأن

لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى. وقال بعض الفضلاء: وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكره الشارح: يعني العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً والإجماع ليس كذلك انتهى. أقول: مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلاّمة الكاكي أن تخصيص الحدود من الحديث هو إجماع الأمة، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة، فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه، ولا ينافي هذا كون المخصص نصاً ومقارناً، على أن قاعدة الأصول هي أنه إذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة في كون الحديث مخصوصاً أن الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الإجماع فتأمل **(إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة)** هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن النكول لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن في البذل معنى التبرّع وهما لا يملكانه. فأجاب بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة، ويبذلهما بالنكول من جملة ذلك، كذا في عامة الشروح. أقول: لمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك إذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدما على اليمين إن كانا صادقين في إنكارهما، وبأن أقرا إن كان المدعي هو الصادق فليتأمل **(وصحته)** أي صحة البذل **(في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً لنفسه، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين)** هذا أيضاً جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون، إذ الدين وصف في الذمة والبذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف. فأجاب بأن معنى البذل هاهنا ترك المنع، فكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وترك المنع جائز في الأموال لأن أمر المال هيّن حيث تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإنه لا تجري فيها الإباحة، كذا في الشروح وسائر المعتبرات، حتى أن صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال: فإن قيل: لو كان بذلاً لما جرى في الدين، لأن محله الأعيان لا الديون، إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة. قلنا: البذل هاهنا ترك المنع كأنّ المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وأمر المال هيّن، بخلاف النكاح ونحوه انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وإن تلقته الثقات بالقبول، لأن الدين لما كان وصفاً ثابتاً في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلاً للأخذ والإعطاء، وأن ترك المنع إنما يتصوّر في الأموال المتحققة في الأعيان لا في الأوصاف الثابتة في الذمم، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ، فما لم يكن قابلاً للأخذ لم يتصوّر فيه ترك المنع، فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين، وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين، فالجواب المذكور لا يدفعه. والحق

النكول بذلاً. الرابع أن العبد المأذون يقضي عليه بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن بذله باطل. الخامس يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن البذل لا يتحمل فيها. والجواب عن الأول أن بدل الصلح وجب بالعقد، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، فأما هاهنا فالمدعي يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما في الذمة، وعن الثاني بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالات وسائر المداينات. وعن الثالث بأن الحكم لا يجب بالبدل الصريح، وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يوجبه بل هو موجب قطعاً للمنازعة. وعن الرابع أنا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأكول والإعارة والضيافة اليسيرة ونحوها. وعن الخامس أنا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل، بل هو عامل إذا كان مفيداً، نحو أن

المنوط بفعله شيئان: الضمان ويعمل فيه النكول. والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان. قال: **(وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً)** لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق

عندي في الجواب أن يقال: معنى البذل في الدين إحداث مثله في ذمة المدعي بإعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعي وحصول المقاصة به من الطرفين، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه، فإذا قال المدعي مثلاً لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم، فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين إعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين وهو عشرة دراهم، فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وإن كان المدعي ديناً **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(ويستحلف السارق)** يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات؛ ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول، فلهذا لا يجري اليمين في الحدود. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع، فالقاضي يقول له: إن الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين، وإن قال أريد المال، فالقاضي يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال، كذا في النهاية نقلاً عن الإمام المرغيناني والمحبوبي. قال المصنف: **(فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله)** أي بفعل السارق وهو السرقة **(شيئان: الضمان)** أي أحدهما ضمان المال **(ويعمل فيه النكول. والقطع)** أي وثانيهما قطع اليد **(ولا يثبت به)** أي لا يثبت القطع بالنكول. وقال صاحب العناية: يريد المصنف بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيئان: النكول، ثم قال: ويجوز أن يراد به فعل السرقة. أقول: الثاني هو الصحيح، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعاً فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع. ثم أقول: بقي في كلام المصنف شيء، وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيئان إلى آخره لا يفيد شيئاً يعتدّ به، إذ ليس فيه بيان لمية المدعي هاهنا، بل هو مجرد تفصيل لما قبله، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملاً فيه، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة ثبوت القطع به فبقي المدعي غير معلوم اللمية. والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال: لأن موجب فعله شيئان الضمان، وهو يجب مع الشبهة فيجب

يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين، وله ولاية الاحتراز عن اليمين. لا يقال: أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» والرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود قوله: **(وفائدة الاستحلاف)** يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف، لأن فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة. وقوله: **(إلا أن هذا بذل)** جواب سؤال تقريره لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب، والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك.

أقول: لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره قوله: **(يريد به النكول فيه)** أقول: فيه بحث قوله: **(والقطع ولا يثبت به)** أقول: فيه شبهة التناقض، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة قوله: **(وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لو أطلق ربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضاً فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولى، فإنه إذا استحلف قبل تأكد

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح، وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث، والحجر

بالنكول، والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى. وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأنه في السرقة يدعي المال والحدّ وإيجاب الحدّ لا تجامعه الشبهة، وإيجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى، تبصر تقف **(فصار)** أي صار حكم هذه المسألة **(كما إذا شهد عليها)** أي على السرقة **(رجل وامرأتان)** فإنه يثبت هناك المال دون القطع، فكذا هاهنا وصار كما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحدّ وهو القطع، ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط بالرجوع **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال)** وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال صاحب العناية: وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى. وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولوية، فإنه إذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى. قال المصنف **(وكذا في النكاح إذا ادّعت هي الصداق)** أي وكذا يستحلف الزوج بالإجماع فيما إذا ادّعت المرأة مع النكاح الصداق **(لأن ذلك دعوى المال)** أي المقصود من ذلك دعوى المال **(ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح)** يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعاً لأن المال يجري فيه الإقرار والبذل، ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن النكاح لا يجري فيه البذل. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقاً، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى. أقول: كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختلّ. أما الأول: فلأنه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة: أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط. وأما الثاني: فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى. ومعنى المسألة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال. ثم أقول في الجواب عن سؤاله: إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده

وقوله **(وصحته في الدين)** جواب عما يقال إنه لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأنه وصف الذمة والبذل لا يجري فيها. ووجه ذلك أن البذل في الدين إن لم يصح، فإما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه، وإن كان الثاني فالمراد به هاهنا أي في الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع. فإن قيل: فهلا جعل في الأشياء السبعة أيضاً تركاً للمنع حتى يجري فيها. أجيب بأن أمر المال هيّن تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهيّن حيث لا تجري فيها الإباحة، وجعله هاهنا ترك المنع، وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة. والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهوقولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى. قال **(ويستحلف السارق الخ)** إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع

المهر فبعده أولى كما لا يخفى، لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث فتأمل قوله: **(وكذا في النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح)** أقول: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقاً على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق قوله: **(قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم)** أقول: فينبغي أن يثبت النكاح عندهما قوله: **(فإن يستحلفه على النسب)** أقول: فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق، نص عليه الإتقاني نقلاً عن خواهر زاده. جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب إذا كان لا يرتفع برافع يحلف

في اللقيط، والنفقة، وامتناع الروع في الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما

ظهوره له، إذ قد مرّ أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الأول دون الثاني كما فيما نحن فيه. فالذي يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب، فإن ما ذكرناه مخلص في الجميع. قال المصنف **(وكذا في النسب)** أي وكذا يستحلف في النسب بالإجماع **(إذا ادّعى حقاً)** أي إذا ادعى مع النسب حقاً آخر **(كالإرث)** بأن ادعى رجل على رجل أنه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالاً في يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالإجماع، فإن حلف بريء، وإن نكل يقضي بالمال دون النسب **(والحجر في اللقيط)** بأن ادّعت امرأة حرّة الأصل صبياً لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بحضانته فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبيّ إلى حجرها دون النسب **(والنفقة)** بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوّة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضي بالنفقة دون النسب **(وامتناع الرجوع في الهبة)** بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب **(لأن المقصود هذه الحقوق)** دليل للمجموع: يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق: أي دون النسب المجرد، ثم إن صاحب العناية بعد ما فسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله: أي دون النسب المجرد قال في تعليله فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى. أقول: فيه نظر، لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقاً بل إنما يلزم فيما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها، وأما فيما إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوّة والبنوّة فلا، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معاً، ألا يرى أن المدعي في صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي فإن المسألة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة، وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط إذا قالت إن الصبي ابنها فإن المسألة بحالها أيضاً وكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة كلية المدعي. وقال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره: فإن البذل لا يجري فيه كما قال آنفاً في صورة دعوى النكاح انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، فإن المعلل هاهنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد، وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول، بل منها أيضاً إقامة البينة وإقرار الخصم، والبذل إنما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصوداً بالدعوى في المسائل

يقول القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال. قال المصنف **(فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله)** يريد به النكول **(شيئان: الضمان ويعمل النكول فيه، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان)**، يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل الشرقة **(وإذا ادّعت المرأة طلاقاً قبل الدخول بها استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، لا سيما إذا كان المقصود هو المال)** فإن قلت: هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل

على السبب بالإجماع قوله: **(فادعت أخوته حرة)** أقول: أو ادعى ذلك حر قوله: **(فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز)** أقول: الأظهر أن يقول بدله، فإن البذل لا يجري فيه كما قاله آنفاً في صورة دعوى النكاح، فإن ما ذكره من التعليل فيه قصور لأن المدعي في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلاً فإن المسألة بحالها وليس فيه تحميل النسب، وأما مذهب الإمامين في نفي الاستحلاف إذا ادعى المدعي الأخوة فيفهم بتعليله من قوله وإنما يستحلف الخ فافهم قوله: **(ولهذا)** أقول: أي لعدم الجواز قال المصنف: **(لأن في دعواها)** أقول: في النهاية: أي في إقرارها انتهى، وفيه كلام قوله: **(فإن دعواهما الخ)** أقول: فيه ركاكة ظاهرة وتندفع بإعادة الضمير إلى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى: ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾.

إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما. قال: **(ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحده استحلف)** بالإجماع **(ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال، خصوصاً

المذكورة، بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فإن المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول، وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعاً. لا يقال: التعليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقاً آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقاً آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث الخ. لأنا نقول: هذا إنما يتم فيما إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوّة ونحوها، فإن دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة، فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقاً آخر، وأما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا، لأن دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقاً آخر لنفسه كما صرّح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقاً آخر لمجرد التوسل به إلى مقصوده وهو النسب المجرد، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معاً كما بيناه من قبل، فكان هذا التعليل أيضاً قاصراً على إفادة كلية المدعي. وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السرّ في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلاً مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله، وأن أكثر الشراح لم يتعرّضوا لشرحه وبيانه بالكلية **(وإنما يستحلف في المجرد)** قيد به احترازاً عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفاً **(عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(إذا كان يثبت بإقراره)** أي إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما إقرار فكل نسب له أقرّ به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضاً **(كالأب والابن في حق الرجل)** فإنه إذا أقرّ بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب

الدخول فائدة؟ قلت: هي تعليم أن دعى المهر لا تفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه، وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك **(وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح)** فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضاً لأنه يثبت بالشبهات. قلت: البذل لا يجري فيه كما تقدم **(وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث)** بأن ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالاً في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوّة فإنه يستحلف على النسب، فإن حلف برئ، وإن نكل بالمال والنفقة دون النسب **(و)** كذا إذا ادعى **(الحجر في اللقيط)** بأن كان صبياً لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوّته حرّة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب، وكذا إذا وهب لإنسان عيناً ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع استحلف الواهب، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع: أي دون النسب المجرد، فإن فيه تحميله على الغير وهو لا

قوله: **(إذا كان امتناع القصاص لمعنى)** أقول: أي امتنع القصاص لذلك المعنى قوله: **(وفيما نحن فيه كذلك)** أقول: أي الامتناع من جهة من عليه قوله: **(لأنه لم يصرح بالإقرار)** أقول: بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الإنكار وهو النكول قوله: **(فأشبه الخطأ)** أقول: في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: حيث يثبت المال فيها)** أقول: أي في السرقة قوله: **(أجيب بأن المال الخ)** أقول: مأخوذ من النهاية قوله: **(وإذا قصر لم يتعد الخ)** أقول: أي إذا ثبت قصور في ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة. ثم أقول: لا يذهب عليك ما في هذا التقرير من القصور قوله: **(وهو أن يكون مشروعاً الخ)** أقول: لعل المراد أن يكون شبيهاً بقتل يكون المال مشروعاً فيه بطريق المنة اهـ، كما يلوح إليه قوله لعدم شبهها بالخطأ قوله: **(لعدم شبهها بالخطأ)** أقول: فإنه ما جاء

إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقرّ بالخطأ والولي يدعي العمد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف

المقرّ له منه بمجرد إقراره **(والأب في حق المرأة)** فإنها إذا أقرّت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقرّ له منها بمجرد إقرارها، وأما لو أقرّت بالابن فلا يصح إقرارها ولا يثبت نسبه منها **(لأن في دعواها الابن)** أي في ادعائها الابن: أي في إقرارها به، كذا في النهاية وغاية البيان تأمل **(تحميل النسب على الغير)** وهو لا يجوز **(والمولى)** أي وكالولي: يعني السيد **(والزوج في حقهما)** أي في حق الرجل والمرأة، وهذا القيد: أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعاً، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح. وحاصل كلام المصنف هاهنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة: بالأب والابن والمولى والزوجة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة: بالأب والمولى والزوج، ولا يصح بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير. وكان أصل المسألة في محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة: بالوالدين والولد والزوجة والمولى. وإقرار المرأة يصح بأربعة: بالوالدين والزوج والمولى، ولا يصح بالولد لما مر، فكأن المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: الأصل في هذا الباب أن المدعي قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه، فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً لأن اليمين لا تفيد، فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلاً أو إقراراً فيقضى عليه، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقرّ فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً، وإن كان المدعي قبله بحيث لو أقرّ لزمه ما أقرّ به، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك؟ فالمسألة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف، فإن حلف بريء، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده)** وليس للمدعي بينة **(استحلف)** المدعى عليه **(بالإجماع)** سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها، وهذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير أيضاً في كتاب القضاء **(ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ، وهذا)** أي الحكم المذكور **(عند أبي حنيفة، وقالا: لزمه الأرش فيهما)** أي في النفس وفيما دونها **(لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما)** لأنه إن امتنع عن اليمين تورّعاً عن اليمين الصادقة لا يكون إقراراً بل يكون بذلاً، كذا في الكافي **(فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً)** أي خاصة **(إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه)** أي من جهة من عليه القصاص، وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضاً، كما إذا أقام مدعي

يجوز، ولهذا إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير، وأما المولى والزوج فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف، وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار. قال **(ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد الخ)** ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدّعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها، ثم إن نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص، وفي النفس

تعذر القصاص من قبل القاتل. ثم اعلم أن الضمير في قوله شبهها راجع إلى صورة في قوله ولم يوجه في صورة الشهادة قوله: **(فقطعها لا يجب الضمان)** أقول: ولكن يأثم فيه قوله: **(لجاز قطع يده من غير إثم)** أقول: الأولى أن يقال لجاز بذل به من غير إثم وليس كذلك، فيرتبط الجواب بالسؤال، فإن ضمير لا يباح عائد إلى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف. وأيضاً فالقطع يقطع الخصومة إذا لم يكن المدعي محقاً ليس بمحتاج. وأما قوله كالقطع للآكلة فأمره هين فإنه من قبيل إسناد الفعل إلى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه في مجرد الإباحة قوله: **(لأنهم المحتاجون إليها)** أقول: يعني إلى الأطراف قوله: **(فيثبت بالشبهات الخ)** أقول: يعني فيثبت القطع بالشبهات، لكن بقي هاهنا بحث، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلاً وليس فليس، بل الأصوب أن يقال: إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هي المدعي والمدعي في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى

يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع،

القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء، لأن الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله **(كما إذا أقرّ بالخطأ والولي يدعي العمد)** فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شيء **(ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك به مسلك الأموال)** لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال **(فيجري فيها البذل)** كما يجري في الأموال **(بخلاف الأنفس)** حيث لا يجري فيها البذل **(فإنه لو قال: اقطع يدي)** أي لو قال الآخر اقطع يدي **(فقطعها لا يجب الضمان)** أي على القاطع **(وهذا)** أي عدم وجوب الضمان **(إعمال للبذل)** في الأطراف، وأما لو قال اقتلني فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس. ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده إذا قال اقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالي، أجاب عنه بقوله **(إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة)** أي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال ألق مالي في البحر أو احرقه بالنار **(وهذا البذل)** أي الذي بالنكول **(مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقطع السن للوجع)** قال صاحب العناية: وفيه بحث من وجهين، أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون، فالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني: بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى. واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بيّن المراد حيث قال: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث، فإنه لو صرّح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه انتهى. أقول: مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه، وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحرّ والعبد وبين العبدين فيما

يحبس حتى يقرّ أو يحلف عند أبي حنيفة، وقالا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة، كما إذا أقرّ بالخطإ والولي يدعي العمد، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ، وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعي القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضي بشيء لأن الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها. فإن قيل: من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاهنا يثبت بالنكول دون الشهادة؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتعدى إلى القطع، وإذا قصر لم يتعد فبقي الأصل، وهاهنا الأصل المشهود به هو القصاص، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعاً بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في

يبذل يده لاندفاع الخصومة، فإن مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل. ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال: إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهري وقد مر في أول الشهادة، ثم أقول: يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها قوله: **(والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات)** أقول: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه قال المصنف: **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة)**.

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. قال: (**وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام**) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد

دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنايات، فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى، بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب. ثم إن في ذكر هذه الشبهة إيماء إلى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى (**وإذا امتنع القصاص في النفس**) أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (**واليمين حق مستحق**) أي والحال أن اليمين حق مستحق (**يحبس به**) أي يحبس الناكل بذلك الحق (**كما في القسامة**) فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه**) أي كي لا يغيب خصمه نفسه (**فيضيع حقه**) أي حق المدعي، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق، كذا في الكافي وغيره (**والكفالة بالنفس جائزة عندنا**) خلافاً للشافعي (**وقد مرّ من قبل**) أي وقد مرّ جواز الكفالة بالنفس من قبل: أي في أول كتاب الكفالة (**وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا**) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف. روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز. وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن لا يجوز. وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (**لأن فيه**) أي في أخذ الكفيل (**نظراً للمدّعي**) إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (**وليس فيه كثير ضرر بالمدّعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه**)أي على المدعى عليه (**بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه**) من الإعداء على لفظ المجهول. يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه: أي استعان به فأعداه الأمير عليه: أي أعانه الأمير عليه ونصره، ومنه قول الشاعر:

ونستعدي الأمير إذا ظلمنا ... ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا في النهاية وغيرها (**ويحال بينه وبين أشغاله**) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضاً (**فيصح التكفيل بإحضاره**) بمجرد الدعوى (**والتقدير بثلاثة أيام مرويّ عن أبي حنيفة وهو الصحيح**) احترازاً عما روي عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني (**ولا فرق في الظاهر**) أي في ظاهر الرواية (**بين الخامل والوجيه**) يقال خمل الرجل خمولاً: إذا كان ساقط القدر (**والحقير من المال والخطير**) أي وبين الحقير من المال والخطير: أي الشريف. وعن محمد أنه إذا كان معروفاً أو الظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعى حقيراً لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل (**ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر**) أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر (**حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي**

صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطإ. ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجري فيها البذل، ألا ترى أنه لو قال اقطع يدي فقطعنا لا يجب الضمان، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل، بخلاف الأنفس حيث لا يجري فيها البذل، فإنه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى. فإن قيل: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال اقطع يدي، كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالي. أجاب بقوله إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله، وما نحن فيه من البذل: أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحاً، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون بالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد، لأنهم المحتاجون إليها، فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل

مرّ من قبل، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مرويّ عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو

غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشدّدة الياء **(لا يكفل)** أي لا يكفل خصمه **(لعدم الفائدة)** لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يؤوب **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن فعل)** أي فإن أعطى خصمه الكفيل فيها **(وإلا)** أي وإن لم يعط **(أمر بملازمته)** أي أمر المدعي بملازمة خصمه **(كي لا يذهب حقه)** أي حق المدعي **(إلا أن يكون غريباً)** أي إلا أن يكون المدعى عليه غريباً **(على الطريق)** أي مسافراً **(فيلازم)** أي فيلازم المدعي المدعى عليه **(مقدار مجلس القاضي، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس)** أي وكذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافراً إلا إلى آخر مجلس القاضي **(فالاستثناء منصرف إليهما)** أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله إلا أن يكون غريباً منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعاً **(لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك)** أي على مقدار مجلس القاضي **(إضراراً به)**أي بالمدعى عليه **(بمنعه عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار)** أي في مقدار مجلس القاضي **(ظاهراً)** أي من حيث الظاهر لأن بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة، فإذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال. قال بعضهم: القول قول المدعي لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل. وقال بعضهم: القاضي يسأله مع من يريد السفر؟ فإن أخبره مع فلان والقاضي يبعث إلى الرفقة أميناً من أمنائه يسأل إن فلاناً هل استعد للخروج معكم، فإن من أراد السفر لا بد أن يكون مستعداً لذلك، قال الله تعالى: ﴿ولو أرادوا الخروج لأعدّوا له عدة﴾ [التوبة: ٤٦] فإن قالوا نعم قد استعدّ لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس، فإن أحضر المدعي بينته في هذه المدة وإلا خلى سبيل المطلوب، وإن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام، كذا في غاية البيان. قال المصنف **(وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله**

وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه، فظهر مما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص، وإذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا. قال **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ)** وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فإما أن يكون المدعى عليه مقيماً أو مسافراً، فإن كان مقيماً قيل له أعطه كفيلاً عن نفسك ثلاثة أيام، فإن فعل وإلا أمر بملازمته. أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم. وأما جواز التكفيل فهو استحسان، والقياس يأباه قبل إقامة الحجة. ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظراً للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيحتمل كالإعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله. وأما التقدير بثلاثة أيام فمرويّ عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح. وروي عن محمد أنه قال: إذا كان معروفاً والظاهر أنه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ، وكذا إذا كان المدعي به حقيراً لا يخفى

أقول: ليست المسألة من باب اليمين فذكرها هاهنا استطرادي قوله: **(ووجه ذلك)** أقول: يعني وجه الاستحسان قوله: **(هو الصحيح)** أقول: فيه بحث فإن المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازاً عما روي عن أبي يوسف، فالشرح لا يطابق المشروح، وجوابه أظهر من أن يكتب.

شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة. قال: **(فإن فعل وإلا أمر بملازمته)** كي لا يذهب حقه **(إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي)** وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرار به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

تعالى) والذي يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى. وقال في الفتاوى الصغرى: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار، لكن لا يجلسه في موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره. ثم قال: رأيت في الزيادات في الباب الخامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى.

المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه، وأما لأمر بالملازمة فلئلا يضيع حقه، فإن قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يئوب، وإن كان مسافراً فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي، إذ ليس فيه كبير ضرر، وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر، وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: **(واليمين بالله عز وجل دون غيره)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وقال عليه الصلاة والسلام «من حلف بغير الله فقد أشرك» **(وقد تؤكد بذكر أوصافه)** وهو التغليظ، وذلك مثل قوله: قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه. وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين أي في أيّ موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لأن كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام (من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»)**(١) أقول: هاهنا كلام وهو أنه قال في كتاب الأيمان: اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزّة الله وجلاله وكبريائه، وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضاً بصفاته التي يحلف بها في المتعارف، والحصر المستفاد من قوله هاهنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى. وأيضاً قال هناك: وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً، والحصر المستفاد هاهنا ينافيه أيضاً. ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها، فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضاً اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره. وعن الثاني بأن اليمين في الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال إلا أنها كانت به في المآل فتأمل. وفي المبسوط: إن الحرّ والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء، لأن المقصود هو القضاء بالنكول، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وقد تؤكد)** أي اليمين **(بذكر أوصافه)** أي بذكر أوصاف الله تعالى، هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(وهو التغليظ، وذلك مثل قوله قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر)** والخفاء **(ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي**

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها، لأن كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته، واليمين بالله دون غيره لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وكلامه فيه ظاهر وقوله: **(ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق)** هو ظاهر الرواية، وجوّز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله، لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه. وابن سوريا بالقصر اسم أعجمي «روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوماً مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال المصنف: **(واليمين بالله)** أقول: قوله واليمين مبتدأ، وقوله بالله خبره.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٠ وأبو داود ٤٤٤٨ والبيهقي ٨/ ٢١٤، ٢١٥ وأحمد ٤/ ٢٨٦ كلهم من حديث البراء بن عازب وورد من حديث جابر أخرجه أبو يعلى ٢٠٣٢ والحميدي ١٢٩٤. ولفظه «أن النبي ﷺ استحلف ابني صوريا حيث سألهما عن الرجيم، فاستحلفهما كيف تجدانه في كتاب الله:؟ قال: فاستحلفهما بالله الذي لا إله إلا هو الذي أنزل التوراة على موسى كيف تجدون حد الزاني في كتابكم؟».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود ٤٤٥٠ مطوّلاً.

أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط فيه كي لا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول: قل بالله أو والله، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير. قال: (**ولا يُستحلف بالطلاق ولا بالعتاق**) لما روينا، وقيل في زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق. قال:

ادعاه، **وهو كذا وكذا ولا شيء منه، وله**) أي وللقاضي (**أن يزيد في التغليظ على هذا**) أي على المذكور (**وله أن ينقص منه**) أي من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول، وأحوال الناس فيه مختلفة؛ منهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط، ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ، ومنهم من لا يمتنع إلا بزيادة تغليظ، فللقاضي أن يراعي أحوال الناس. والأصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه «في الذي حلف بين يدي رسول الله ﷺ فقال: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب»[1] ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ (**إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين**) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو، إذ لو ذكر: والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان، وتكرار اليمين غير مشروع، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط (**لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار، إن شاء غلظ**) فلا يزاد عليها (**وإن شاء**) القاضي (**لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله**) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى: فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأي فيه إلى القاضي (**وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح**) إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (**ويغلظ على غيره**) لكون أمره على خلاف الأول (**وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير**) لمثل ما قلنا في القيل الأول (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا**) وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[2] (**وقيل في زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك**) أي بالطلاق أو بالعتاق (**لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق**) أقول: يرد عليه أن هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» فلا يصح على ما عرف في موضعه. وفي فتاوى قاضيخان: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام. وبعضهم جوّزوا ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية انتهى. وفي الذخيرة: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يجوّزه أكثر مشايخنا وأجازه البعض، فيفتي بأنه يجوز إن مسته الضرورة، وإذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بأن الرأي إلى القاضي انتهى. وفي فصول الأستروشني: ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهيّ عنه شرعاً انتهى. وفي الخلاصة:

فقالوا: إنهما زنيا: فأمر بإحضار ابن صوريا وهو حبر هم فقال: أنشدك بالله: أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنى في كتابكم هذا؟» وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك (**ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان، لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجابه خرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع**) قال

قوله: (لا يقضى عليه بالنكول) أقول: على ظاهر الرواية وهو الصحيح قوله: (لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً) أقول: فكيف سوغ للقاضي تكليف الإتيان بما هو منهي عنه شرعاً، ولعل ذلك البعض يقول النهي تنزيهي.

---

(١) بل جاء التصريح بابن صوريا في حديث جابر أخرجه أبو داود ٤٤٥٢ وأبو يعلى ٢٠٣٢.

(٢) موقوف. ذكره البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي كما في نصب الراية ٤/١٠٣ وقال الزيلعي: وقال البيهقي في آخر الباب: وفي كتاب المستخرج لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي، وفيه إرسال. وكذا ذكر ابن حجر في الدراية ٢/١٧٦.

(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا» ولأن اليهودي يعتقد نبوّة موسى والنصراني نبوّة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه **(و)** يستحلف **(المجوسي بالله الذي خلق النار)** وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل. ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر أنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً. وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة **(والوثنى لا يحلف إلا بالله)** لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى ـ ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله ـ قال: **(ولا يحلفون في بيوت**

التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لا يجوّزه أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتي بأن الرأي إلى القاضي، فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى. أقول: قد تلخص من هذه المذكورات كله أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعتاق عند إلحاح الخصم، وأن يفتي بجواز ذلك إن مسته الضرورة، ولكن ليس له أن يقضي بالنكول عنه، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية: ولكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به لا ينفذ قضائه انتهى. لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول، فإذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به، ألا يرى إلى ما مرّ في بيان دليل أبي حنيفة على عدم جواز الاستحلاف في الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة عنده فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى لقوله)** أي لقول نبينا **(صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور)** وفي المغرب: ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي **(أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا)** أي التحميم، هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود مسنداً إلى البراء بن عازب رضي الله عنه قال: «مرّ النبي عليه الصلاة والسلام بيهودي محمم، فدعاهم فقال: هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟ قالوا نعم، فدعا رجلاً فقال: نشدتك الله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حدّ الزنا في كتابكم؟ فقال: اللهم لا، فلولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك، حد الزنا في كتابنا الرجم، ولكنه كثر من أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحدّ فقلنا: تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أوّل من أحيا أمرك إذ أماتوه، فأمر به فرجم»[1] وقال شراحه: وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا، وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي ﷺ قال له: بعني لابن صوريا، الحديث. وهذا مرسل **(ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوّة عيسى)** أي يعتقد نبوّة عيسى عليه السلام **(فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه)** ليكون رادعاً له عن الإقدام على اليمين الكاذبة **(ويحلف المجوسي بالله الذي**

الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبيّ ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، وفيه ما مر من الحرج على الحاكم. قال: **(ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ)** هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب. والضابط في ذلك أن السبب، إما أن كان مما يرتفع برافع أو لا، فإن كان الثاني فالتحليف

---

(١) «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

عبادتهم) لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك. قال: **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان)** لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع. قال: **(ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت)** لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه **(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف**

خلق النار، هكذا ذكر محمد في الأصل) وذلك لأن المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود **(ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً)** تفادياً عن تشريك الغير معه في التعظيم **(وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا، لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم)** لأن النار كغيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس، فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار. وفي المبسوط: وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة، فلمقصود النكول قال: تذكر النار في اليمين انتهى **(بخلاف الكتابيين)** أي التوراة والإنجيل **(لأن كتب الله معظمة)** فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى **(والوثني لا يحلف إلا بالله، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله﴾)** لا يقال: لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الأوثان. لأنا نقول: إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم؛ ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم. ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى. وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها)** أي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج **(بل هو ممنوع عن ذلك)** لأن فيه تعظيم ذلك المكان، والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان، ففي أيّ مكان حلفه جاز. وفي الأجناس قال في المأخوذ للحسن: وإن سأل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه، كذا في غاية البيان **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك)** أي بدون تعيين الزمان والمكان **(وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها)** أي حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة **(وهو مدفوع)** أي الحرج مدفوع بالنص. وقال الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فإنها تختص بمكان؛ إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبيّ عليه الصلاة والسلام، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط وشرح الأقطع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه**

على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي أحلف بالله ما بعت أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل، هذا هو الظاهر. ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر في إنكار المدعى عليه، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصوّر لأنه يقتل بالارتداد، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً، فإن الرقّ يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق، وإذا ادّعت

قوله: (وفي إيجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول: الباء للسببية، والضمير في قوله وفي إيجابه راجع إلى تغليظ اليمين.

بالله ما غصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع **(وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)** لأنه قد يطرأ عليه الخلع **(وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، لأنه لو حلف على السبب يتضرّر المدعى عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرّض**

ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب. واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب، والضابط في ذلك أن السبب، إما إن كان مما يرتفع برافع أولاً، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرّر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه)** من الإقالة: أي ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله، فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذي هو البيع هاهنا لتضرّر به فاستحلف على الحاصل دفعاً للضرر عنه **(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك ردّه)** أي ردّ المدعي **(ولا يحلف بالله ما غصبت)** هذا أيضاً من قول القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه قد يغصب)** أي قد يغصب الشيء **(ثم يفسخ)** أي يفسخ الغصب **(بالهبة والبيع)** فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب هاهنا لتضرّر فيه فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه **(وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)** وهذا أيضاً من قول القدوري. وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح: هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما. أقول: الأولى أن يقال هذا على قول محمد، لأن الاستحلاف في النكاح مطلقاً، وإن كان يجري على قولهما معاً إلا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل إنما يجري على قول محمد فقط، إذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف إنما هو على السبب كما ينادي عليه قول المصنف فيما سيأتي، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب. نعم سيقول المصنف هناك أيضاً إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل، لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقاً أي سواء عرّض أو لم يعرض يدل عليه قطعاً بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي يوسف الخ إذ لا خلاف في صورة التعريض. قال المصنف في التعليل **(لأنه قد يطرأ عليه الخلع)** أي يطرأ على

المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي. فإن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعي؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجد بدّاً من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، وإذا ادّعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك ردّه وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب، مما يتكرّر

قوله: **(فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع)** أقول: أي على ظاهر الرواية قوله: **(أيها القاضي)** أقول: مقول يقول قوله: **(هذا هو الظاهر)** أقول: أي ظاهر الرواية قوله: **(يحلف على السبب لعدم تكرره)** أقول: وإن أنكر الحكم قوله: **(والأمة مطلقاً)** أقول: أي كافرة أو مسلمة قوله: **(وعليها بالردة واللحاق)** أقول: إذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى، فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقاً قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ)** أقول: أي التحليف على الحاصل، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف في النكاح عنده، ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما في المزارعة فليتأمل.

بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل. فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه، بخلاف

النكاح الخلع، فلو حلف على السبب الذي هو أصل النكاح هاهنا لتضرّر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه **(وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها)** وهذا أيضاً من قول القدوري، فكأنه زاد ذكر دعوى في هذه المسألة التي هي أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هاهنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضاً، إلا أنها تركت فيها اعتماداً على انفهامها بمعونة المقام. قال المصنف في تعليل هذه المسألة **(لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة)** وفرّع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله **(فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه)** على ما مر تقريره **(وهذا قول أبي حنيفة ومحمد)** أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما. قال بعض العلماء: هاهنا كلام وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب: أي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مرّ. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال: أي التحليف على الحاصل قول أبي حنيفة ومحمد، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده في النكاح انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل، إذ قد صرح المصنف هاهنا بلفظ الجمع تعييناً لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر **(أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك)** أي في جميع ما ذكر من الوجوه **(على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا)** أي إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب. وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضي إذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقيل فيه، وعلى هذا باقي أخوات البيع فتدبر **(فحينئذ يحلف على الحاصل)** أي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقاً

فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبي يوسف يحلف على السبب. قال: **(ومن ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ)** وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات، ونوقض بالرد بالعيب، فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير، وبالمودع إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير،

قال المصنف: **(فالتحليف على السبب بالإجماع)** أقول: في باب اليمين فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر في دفعه قوله: **(وإذا ادعت المبتوتة النفقة الخ)** أقول: وفي الخانية في باب اليمين: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فأنكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة إليها إلا إذا عرضت المرأة فتقول إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لا نفقة للمبتوتة. ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى. فأقول: لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب، ويجوز أن يقال ما في الخانية فيما إذا لم يعلم القاضي مذهب الزوج وما في الهداية والشروح فيما إذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها قوله: **(يحلف على البتات الخ)** أقول: الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما

الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة واللحاق عليه بنقض العهد واللحاق، ولا يكرر على العبد المسلم.

للمدعى عليه حين طالب به، كذا في النهاية نقلاً عن شرح الأقطع **(وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه)** أي روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه **(إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل)** وفي فتاوى قاضيخان: قال شمس الأئمة: هذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة. وفي الكافي: قال فخر الإسلام: يفوّض إلى رأي القاضي **(فالحاصل هو الأصل عندهما)** أي التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما **(إذا كان سبباً)** أي إذا كان سبب ذلك سبباً **(يرتفع برافع إلا إذا كان فيه)** أي في التحليف على الحاصل **(ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك)** أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي **(مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدّة والزوج ممن لا يراها)** أي لا يرى نفقة العدّة للمبتوتة **(أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها)** بأن كان شافعياً **(لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي)** فإن قيل: في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضاً لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب. قلنا: القاضي لا يجد بدأ من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن كان سبباً)** أي إن كان سبب ذلك سبباً **(لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه)** وجحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف على الحاصل، إذ لا يجوز أن يعود رقيقاً بعد الإعتاق، كيف ولو تصوّر عود الرق فإنما يتصوّر على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد **(بخلاف الأمة والعبد الكافر)** حيث يحلف فيهما على الحاصل: أي ما هي حرّة أو ما هو حر في الحال كذا في الكافي **(لأنه يكرر الرق عليها)** أي على الأمة **(بالردّة واللحاق)** بدار الحرب والسبي **(وعليه)** أي ويكرر الرقّ على العبد الكافر **(بنقض العهد واللحاق)** بدار الحرب والسبي أيضاً **(ولا يكرر على العبد المسلم)** لما ذكرناه آنفاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن ورث عبداً وادعاه آخر)** ولا بينة له **(استحلف)** أي الوارث **(على علمه)** أي بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعي **(لأنه لا علم له)** أي للوارث **(بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات)** إذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه

وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقرّ أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك حلف على البتات. وفي صور النقض يدّعي العلم فكان الحلف على البتات، وتخريجها على الأول أن في الردّ بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليماً عن العيوب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، وفي الباقيين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض **(وإذا ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه، لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق**

عليك حق الرد فإن بالحلف على السبب يتضرر البائع إذ قد يبرأ المشتري عن العيب قوله: **(وفي صورة النقض يدعي العلم الخ)** أقول: غير مسلم في الرد بالعيب قال المصنف: **(لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات)** أقول: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. فيه بحث، أما أولاً فلأن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضي بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى، والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار فليتأمل، وأما ثانياً فلأن قوله ويقضى عليه إذا نكل الخ محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل؟.

قال: **(ومن ورث عبداً وادّعاه آخر يستحلف على علمه)** لأنه لا علم له بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات

صادقاً فيها فيتضرر به، كذا في الكافي **(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات)** يعني إن وهب له عبداً أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات **(لوجود المطلق)** أي المجوز **(لليمين)** أي لليمين على البتات **(إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة)** فإن قيل: بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضاً سبب موضوع للملك شرعاً كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم؟ قلنا: إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً أن ذلك سبب يثبت الملك باختياره المشتري ومباشرته، ولو لم يعلم المشتري أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختياراً وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات، كذا في الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أنى يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإباق فإنه يحلف على البتات مع أن الإباق فعل غيره؟ قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير التسليم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه، كذا في الكافي. قال الإمام الأستروشني في الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرقت هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أباك سرق هذا العين مني أو غصب هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبنا. قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات. وكان فخر الإسلام البزدوي يزيد على هذا الأصل حرفاً، وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئاً يتصل به فحينئذ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك مما يتصل به، لأن تسليم العبد سليماً واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره فإنها تقوم باثنين، ففي هذه الصور يحلف على البتات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات؛ ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقرّ البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برىء المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا في غاية البيان. وذكر الإمام اللامشتي أن في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً، وإذا

لليمين، **إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة)** فإن قيل: الإرث كذلك. أجيب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع. قال: **(ومن ادعى على آخر مالاً الخ)** ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شي مثل المال المدعي به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. وذكر في

(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة.

نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضي عليه لأن الحلف على البتات أقوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم، ويقضي عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث؛ أما أولاً: فلأن قوله لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضي بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى. والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار. وأما ثانياً: فلأن قوله ويقضي عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضي عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثاني متوجه في الظاهر، ولكنه ليس بمستقل بإيراده، بل قد سبقه إليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال: وفيه كلام، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى. وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال في فصوله: ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه: في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبراً، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى ولو نكل عنه يقضي عليه. قلت: وهذا الفرع مشكل انتهى. ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضي عليه وإن وجه إشكاله توجه ما ذكراه. وأما بحثه الأول وجوابه فمنظور فيهما: أما البحث فلأن اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل، والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الأول كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضاً ما ذكر، ولا يجري الجواز المذكور هناك، على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذراً عن التكرار، إذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن ادّعى على آخر مالاً فافتدى يمينه)** أي افتدى الآخر عن يمينه **(أو صالحه منها)** أي صالح الآخر المدعي من اليمين **(على عشرة دراهم مثلاً فهو)** أي الافتداء أو الصلح **(جائز)** فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعي، وقد يكون بمال هو أقل من المدعي. وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعي في الغالب لأن الصلح ينبىء عن الحطيطة، وكلاهما مشروع، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وهو)** أي الافتداء عن اليمين **(مأثور عن عثمان رضي الله عنه)** قال صاحب العناية: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى

الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال

قوله: (قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف) أقول: فيه نظر، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن القصة ليست مما نحن فيه إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح.

قال: (ومن ادّعى على آخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله

يمينه ولم يحلف، فقيل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة[1]، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه نظر، فإن المقداد رضي الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن قصة المقداد ليست مما نحن بصدده، إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح انتهى. وأقول: نظره ساقط بشقيه، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، أنها كانت في الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت، لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف. ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينافي الأول دون الثاني. فإن قلت: يشكل حينئذ قوله. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون في الإيفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته. قلت: المراد به أنه كان يدعي إيفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول: بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف، فحينئذ يكون النزاع في الإيفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض، فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر، ويخرج الجواب عما قاله الشافعي. وأما شقه الثاني: فلأنه لم يدّع أحد أن القصة مما نحن بصدده، بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدّعياً في هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعي دليلاً على مذهبه وهو جواز ردّ اليمين على المدعي، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا، وإنما كان مدعى عليه ومفتدياً عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها، وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولاً: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدّعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية، ثم نقل هذه القصة فقال: فيكون دليلاً للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي. واعلم أن صاحب النهاية: قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال: قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعياً، ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر في الباب الأوّل من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسألة ردّ اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً فقال: وحجته في رد اليمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالاً على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم، إلى أن قال: ليحلف لي عثمان. وذكر الإمام

عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك؟ إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان. وبه نقول. ثم لما بطل حقه

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٦٦٤٦ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٤٩ والترمذي ١٥٣٤ والنسائي كما في التحفة ١٠/٢٨ والدارمي ٢/ ١٨٥ ومالك ٢/ ٤٨٠ والبيهقي ١٠/٢٨ وعبد الرزاق ١٥٩٢٣، وابن حبان ٤٣٦٠، ٤٣٥٩ كلهم من حديث ابن عمر.
وورد من حديث ابن عمر عن عمر بن الخطاب أخرجه البخاري ٦٦٤٧ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٥٠ والنسائي ٧/ ٥ وابن ماجة ٥٠٩٤ والبيهقي ١٠/٢٨ وعبد الرزاق ١٥٩٢٢ وأحمد ١/ ١٨، ٣٦.

عنه. **(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً)** لأنه أسقط حقه، والله أعلم.

المحبوبي تمام القصة فقال: روي أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف. فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله. ثم قال في المبسوط: وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول، إلى هنا كلام صاحب النهاية **(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين)** أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال **(أبداً)** أي في وقت من الأوقات **(لأنه أسقط حقه)** أي لأن المدعي أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح، بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات.

في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه، لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال.

باب التحالف

قال: (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعاً فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمناً) بأن قال مثلاً اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلاً المبيع كرّ من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بأن قال هو كرّان من الحنطة. والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضى له بها) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لأن البينة توجب منه الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات) أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتاً كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض، كذا في غاية البيان. قال تاج الشريعة: فإن قلت: البينة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر. قلت: المثبتة للزيادة تثبتها قصداً وتلك لا تنفيها قصداً فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى. أقول: جوابه هذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً) بأن قال البائع مثلاً بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين ديناراً وأقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور. وقيل: هذا قول أبي حنيفة آخراً، وكان يقول أولاً وهو قول زفر: يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً. ونظير هذه المسألة في الإجارات،

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فأخّر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان في البيع) فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كرّ من حنطة وقال المشتري هو كرّان، فمن أقام البينة قضى له بها، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات للإثبات ولا تعارض بينهما في

باب التحالف

قال المصنف: (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول: ولو ظاهراً فلا يخالف ما سيجيء بعد أسطر، لأن المشتري لا يدعي شيئاً الخ، إذ المراد لا يدعي ادعاء معنوياً ويه يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشتري بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعي، فإنه إذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لأنه تسمع بينة المدعي صورة كما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وإن أريد أنه ليس بمدع أصلاً ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى قال المصنف: (ولا تعارض في الزيادة) أقول: فيه شيء جوابه لا يخفى.

كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظراً إلى زيادة الإثبات. **(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع)** لأن المقصود قطع المنازعة، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به **(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى**

كذا في الشروح. ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً: أي في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسألة. وأما إذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله؛ كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري. لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، ولأنه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للإثبات لا للنفي، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط. أقول: في التعليل الثاني بحث، أما أوّلاً فبالمعارضة فإن المشتري يثبت ببينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك، والبينات للإثبات لا للنفي فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع. وأما ثانياً فبالنقض، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده بإقامة البينة أيضاً، إذ حينئذ ينفي المشتري أيضاً ببينته حق البائع فيما ادّعاه، والبينات للإثبات لا للنفي مع أن المسألة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعاً. وأما ثالثاً فبالمنع، فإنا لا نسلم أن المشتري ينفي ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد، فإن حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فإنما هو بالتبع والتضمن لا بالأصالة والقصد، وذلك لا ينافي كون وضع البينات للإثبات دون النفي **(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري)** أي يقول الحاكم للمشتري **(إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع)** أي ويقول للبائع **(إما أن نسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع، لأن المقصود)** أي المقصود من شرع الأسباب **(قطع المنازعة)** ودفع الخصومة **(وهذا جهة فيه)** أي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة **(لأنه ربما لا يرضيان)** أي المتبايعان **(بالفسخ فإذا علما به)** أي بالفسخ **(يتراضيان به)** أي بمدعي كل واحد منهما. أقول: لقائل أن يقول: كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري وإلا فسخنا البيع، وأن يقال للمشتري إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا فسخنا البيع. وبالجملة أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعي الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضاً بعكسه، وهو أن يكلف مدعي الأكثر بالرضا بالأقل، فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل **(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)** قال صاحب النهاية في شرح

الزيادة فمثبتها كان أكثر إثباتاً، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين ديناراً وأقام بينة فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وهما جميعاً للمشتري بمائة دينار. وقيل هذا قول أبي حنيفة آخراً، وكان يقول أوّلاً وهو قول زفر: يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لمن الاتفاق على قوله وهو البائع، لأن حق المشتريّ في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا البيع، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع،

قال المصنف: **(وإن لم يكن لكل واحد منهما)** أقول: الأظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى **(قال المصنف: وهذه جهة فيه)** أقول: أنث اسم الإشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة.

الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدّعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدّعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف؛ فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه،

قول المصنف فإن لم يتراضيا: أي بأن يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى. أقول: فيه قصور، لأن هذا لا يتصوّر إلا في الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة، وهي ما إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً دون الصورتين الأخريين، إذ قد مرّ في الكتاب أن صورة الاختلاف في الثمن أن يدعي أحدهما ثمناً ويدعي الآخر أكثر منه، وأن صورة الاختلاف في المبيع أن يدعي أحدهما قدراً من المبيع ويدعي الآخر أكثر منه، فلو أعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معاً أو إعطاء المبيعين معاً وهذا خلف. ولا يخفى أن ما ذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعاً فلا يناسبه التفسير المزبور. وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام: أي إن لم يتراض البائع والمشتري: يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى. أقول: وفيه أيضاً قصور، لأن هذا أيضاً لا يجري إلا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها. وأما سائر الشرّاح فلم يتعرّضوا هاهنا للشرح والبيان. فالحق عندي في شرح المقام أن يقال: أي إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما في الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، فحينئذ يجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى **(وهذا التحالف قبل القبض)** أي قبل قبض المشتري السلعة، كذا في العناية ومعراج الدراية **(على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره)** أي ينكر ما ادعاه البائع **(والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف)** لأن اليمين على المنكر بالحديث المشهور[1] **(فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه)** أي كان القياس أن يكتفي بحلفه. فإن قلت: إذا لم يدع المشتري شيئاً فيما بعد القبض ينبغي أن لا تقبل بينته في هذه الصورة إذا أقامها، لأن البينة للمدعي مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البينة قضى له بها. قلت: المراد أن

لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً، لأن المبيع سالم له في يده، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان فكذلك لعموم المشهور، أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخراً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشتري أشدهما إنكاراً

قال المصنف: **(لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره)** أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف إليه أو لوجوه أخرى.

---

(١) صحيح. وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادًا» **(ويبتدىء بيمين المشتري)** وهذا قول محمد وأبي يوسف آخراً، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أوّلاً بالثمن ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع

المشتري لا يدعي شيئاً ادعاء معنوياً فيما بعد القبض، وهذا لا ينافي أن يكون المشتري مدعياً ادعاء صوريا في هذه الصورة، وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر. لا يقال: إن كان المشتري مدعياً صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكراً لما ادعاه صورة فيصير التحالف هاهنا أيضاً موافقاً للقياس. لأنا نقول: لم يقل أحد بتحليف المنكر الصوري، بل إنما اليمين إيذاء على المنكر الحقيقي، بخلاف المدعي الصوري فإن البينة تسمع منه على ما ذكروا. ولك أن تقول في الجواب عن أصل السؤال أن المشتري لا يدعي شيئاً فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعياً، وهذا أي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب، وهذا الوجه من الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقاً في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظاً ومعنى. أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة، فالإشارة إلى ما فيها بلفظ القريب بعيد. وأما الثاني فلأن الأصل المذكور: أعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة، بل هو جار أيضاً في صورة الاختلاف في المبيع، فإن المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره، والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف. وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئاً لأن الثمن سالم له. بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه، ولقد أفصح الإمام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين: وهذا إذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس، وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً على صاحبه، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى. فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصاً بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى ما فيها وجه، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظاً ومعنى أيضاً. أما الأوّل فلأن لفظ هذا يصير حينئذ زائداً، لا موقع له في الظاهر. وأما الثاني: فلأن الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعي. ثم اعلم أن صاحب الكافي وكثيراً من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور، ولكنهم ذكروا أيضاً في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط، ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل **(ولكنا عرفناه بالنص)** استدراك من قوله فيكتفي بحلفه. يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص **(وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة**

لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالإنكار، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الأنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه، أو لأن فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف يقول أوّلاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام **(إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع»)** ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خصّه بالذكر، وأقل فائدته التقديم: يعني أنه عليه

تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أوّلاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» خصه بالذكر، وأقل فائدته التقديم **(وإن كان بيع**

قائمة بعينها تحالفاً وتراداً)[1]. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان كذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى. أقول: في الجواب عنه قد تقرّر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحاً على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعي أيضاً فيما نحن فيه. وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعي مطلقاً، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مرّ فهو إذن مرجوع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ويبتدىء)** أي القاضي **(بيمين المشتري)** قال المصنف **(وهذا قول محمد وأبي يوسف آخراً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح)** احترازاً عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء **(لأن المشتري أشدهما إنكارَ لأنه يطالب أولاً بالثمن)** فهو البادىء بالإنكار. قال صاحب العناية: وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الظاهر أن مدار ما ذكره

الصلاة والسلام جعل القول قوله، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفي بها فلا أقل من البداءة بها، وإن كان العقد مقابضة أو صرفا يبدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما. قال: **(وصفة اليمين الخ)** ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. وقال في الزيادات: يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه

قوله: **(هذا الحديث مخالف للمشهور الخ)** أقول: قال في النهاية: والحديث صحيح مشهور قوله: **(لعموم المشهور)** أقول: فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الأصول، وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين قوله: **(أو يتعارضان ولا ترجيح)** أقول: فهو معمول به قطعاً فيما عدا محل النزاع، وهذا الحديث ليس كذلك قال المصنف: **(وكان أبو يوسف، إلى قوله: تقديمه)** أقول: وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العهد ما يمكن أن يكون جواباً عن التمسك بهذا الحديث.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ: أخرجه أبو داود ٣٥٥١ والترمذي ١٢٧٠ والنسائي ٧/ ٣٠٢ وابن ماجة ٢١٨٦ والدارمي ٢/ ٢٥٠ وأبو يعلى ٤٩٨٤ والبغوي ٢١٢٣ والدارقطني ٣/ ٢٠، ٢١ والبيهقي ٥/ ٣٣٢، ٣٣٣ وأحمد ١/ ٤٦٦ والحاكم ٢/ ٤٥. كلهم من حديث ابن مسعود.

ولفظ أبي داود: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتاركان» ولفظ الترمذي: «إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار» وقال الترمذي: حديث مرسل، فإن ابن عون لم يدرك ابن مسعود.

ولفظ النسائي: «حضرت أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود وقد أتاه رجلان تبايعا سلعة، فقال أحدهما: أخذتها بكذا، وقال هذا: بعتها بكذا، فقال أبو عبيدة: أتى ابن مسعود في مثل هذا، فقال: حضرت رسول الله ﷺ، وقد أتي في مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك» اهـ.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ. وفي رواية أبي داود، قال ابن القطان: وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود ومع الانقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال وكذلك أبو قيس وكذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم وهو أبو القاسم بن الأشعث عداده في الكوفيين روى عنه مجاهد، والشعبي، والزهري، وعمر بن قيس الماصر، وسليمان بن يسار، وروى عن عائشة وأما روايته عن ابن مسعود فمنقطعة. وفي رواية النسائي. قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي .: وقع عبد الملك بن عبيد وهو لا يعرف، وفي رواية أحمد عبد الملك بن عمير وكأنه وهم.

وقال المنذري في مختصره: وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت وقد وقع في بعضها: «إذا اختلف البيعان، والمبيع قائم بعينه» وفي لفظ: «والسلعة قائمة» وهو لا يصح فإنها في رواية ابن أبي ليلى، وهو ضعيف، وقيل: إنه من قول بعض الرواة والله أعلم.

وقال البيهقي في المعرفة: وأصح إسناد روي في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، وليس فيه: «والمبيع قائم بعينه».

عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) لاستوائهما **(وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين)** وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف

المصنف على كون البادي أظلم لكونه منشأ للثاني أيضاً فيكون أشد كما يكون أقدم، ويجوز أيضاً أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالباً أوّلاً بالثمن كان منكراً للشيئين أصل الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً، وعند هذين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الأشد على الأقدم تجوّزاً مع عدم ظهور العلاقة بينهما **(ولأنه يتعجل فائدة النكول)** أي بالابتداء بيمين المشتري **(وهو)** أي فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الضمير الراجع إلى الفائدة، إما باعتبار الخبر وهو **(إلزام الثمن)** أو بتأويل الفائدة بالنفع **(ولو بديء بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن)** لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى، كذا في الكافي **(وكان أبو يوسف يقول أوّلاً: يبدأ بيمين البائع)** وذكر في المنتقي وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر، كذا في العناية وغيرها **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قالها البائع»)**[٢] وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام **(خصه بالذكر)** أي خص البائع بالذكر حيث قال: فالقول ما قاله البائع **(وأقل فائدته)** أي فائدة التخصيص **(التقديم)** يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع، وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإذا كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه. وفي غاية البيان قال في شرح الأقطع جواباً عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[٣] فسكت ﷺ عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى. أقول: فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[٤] كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضاً في حق البائع، فإنه قد مرّ أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما إذا اختلفا قبل القبض وفيما إذا اختلفا بعد القبض. ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري، وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع، فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[٥] في أكثر

بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كالبينات للإثبات، دل على ذلك حديث القسامة «بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً» وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد، فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما إذا طلباه أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب، وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف، بل لا بد من الفسخ، لأنه لما لم يثبت مدعي كل منهما بقي بيعاً مجهولاً فيفسخه الحاكم قطعاً للمنازعة. أو يقال: إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائماً قال في المبسوط: حل للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً لصحة البذل في الأعواض، وإذا كان باذلاً لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض. قال: **(وإذا اختلفا في الأجل الخ)** وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع. وقال زفر والشافعي: يتحالفان لأن الأجل جاري مجرى الوصف، فإن

---

(١) هو المتقدم.
(٢) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.
(٣) تقدم مراراً.
(٤) تقدم مراراً.
(٥) تقدم مراراً.

المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت، دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا». قال: **(فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما)** وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة. أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال: **(وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر)** لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته. قال: **(وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما)** لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، فأشبه الاختلاف في الحطّ والإبراء، وهذا لأن

الصور، وعدم الاندراج تحته في بعض الصور، فلا فرق بينهما في إشكال اليمين وعدم إشكالها، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور. ثم إن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن **(وإن كان بيع عين بعين)** وهو المسمى بالمقايضة **(أو ثمن بثمن)** أي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف **(بدأ القاضي بيمين أيهما شاء)** من البائع والمشتري **(لاستوائهما)** أي في الإنكار وفي فائدة النكول **(وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين)** كذا ذكره في الأصل **(وقال في الزيادات: يحلف)** أي البائع **(بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً)** قال المصنف **(والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت)** أي على النفي وضعت لا على الإثبات. كذا في النهاية ومعراج الدراية **(دلّ عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً»)**[1] وقال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن ذلك لا ينافي التأكيد انتهى. **أقول:** بل ينافيه، لأن وضع الأيمان لما كان مقصوراً على النفي كما يرشد إليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت، بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه إفادة لقصر وضعها على النفي المشار إليه بذلك لم يجز إدراج الإثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد، وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعاً، إذ لا شك أن الذي يجب عليه شرعاً ويكون حقاً للمدعي إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات، فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر. ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل، جلها بل كلها مدخول ومجروح، تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما)** أي إن طلبا أو طلب أحدهما، كذا في الكافي والشروح. قال المصنف **(وهذا)** أي الذي ذكره القدوري **(يدل على أنه)** أي البيع **(لا ينفسخ بنفس التحالف)** وقال في غاية البيان: وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال: إذا تحالف فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى. وقال في الكافي: وقيل ينفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول انتهى **(لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول)** أي بقي بيعاً بثمن مجهول، كذا في الكافي والكفاية. **أقول:** هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن، فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك: أي بقي بيع المجهول إما بجهالة المبيع فيما إذا اختلفا في

الثمن يزداد عند زيادة الأجل، والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا. ولنا أن هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك، كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يتخل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار

---

(١) يأتي في القسامة، وهو صحيح. اختصره المصنف.

بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل

المبيع، وإما بجهالة الثمن فيما إذا اختلفا في الثمن، وإما بجهالة المبيع والثمن معاً فيما إذا اختلفا فيهما **(فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة)** بينهما **(أو يقال: إذا لم يثبت البدل)** للتعارض بين قوليهما **(يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع)** أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما. وفي المبسوط: حلّ للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها، كذا في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه)** أي الناكل **(جعل باذلاً)** لصحة البذل في الأعواض **(فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته)** أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة.

أقول: في تقرير المصنف شيء، وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة فقط حيث قال: وجعل باذلاً، والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر، فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسألتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا، فكان الأحسن أن يقول: لأنه صار مقرّاً بما يدعيه الآخر أو باذلاً كما قال صاحب الكافي والإمام الزيلعي. ثم اعلم أن الإمام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيداً آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء. وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئاً، أما على اعتبار البذل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجباً بانفراده انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن اختلفا في الأجل)** أي في أصله أو قدره، كذا في الشروح **(أو في شرط الخيار)** أي في أصله أو قدره أيضاً. كذا في معراج الدراية وغاية البيان **(أو في استيفاء بعض الثمن)** وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في استيفاء كل الثمن، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(فلا تحالف بينهما)** عندنا، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك: يتحالفان، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، كذا في معراج الدراية. ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء، وفي مسألة الاختلاف في أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هاهنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب. قال صاحب العناية: وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول

كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، وإذا لم يكونا وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط، والقول لمن ينكر العوارض، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، ولو اختلفا في

قوله: **(وفي نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد)** أقول: والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره، فإذا اقتصر في التحليف به على النفي دل على ما ذكره دلالة واضحة، ولو سلم فقول المصنف: والأصح دون والصحيح للإشارة إليه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الأيمان وضعت للنفي الخ، فإن الوضع للنفي لا ينافي التأكيد بالإثبات، كما أن الوضع للإثبات لا ينافي التأكيد بالنفي، فإنه يقول الشاهد أشهد أن فلاناً مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثاً غيره، كذا في شرح الإتقاني، وفيه نظر، فإن تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة قوله: **(وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره)** أقول: الضمير في أصله وفي قدره راجع إلى الأجل قوله: **(والقول قول البائع)** أقول: ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع قوله: **(فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل الخ)** أقول: فيصير الأجل كالرداءة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الأجل على ما ذكره يكون كالقدر.

لأنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه **(والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه)** لأنهما يثبتان

المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التغليب اعتماداً على ظهور هذه الصورة. قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة **(لأن هذا)** أي الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن **(اختلاف في غير المعقود عليه)** وهو المبيع **(والمعقود به)** وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد، إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من المبيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن، وكأنه قيل: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به، هذا زبدة ما في الشروح والكافي هاهنا **(فأشبه الاختلاف في الحط)** أي في الحط من الثمن **(والإبراء)** أي الإبراء عن الثمن، ولا تحالف في الاختلاف فيهما، بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الأمور المذكورة **(وهذا)** أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به. ويجوز أن يشار به إلى الأقرب: أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء **(لأن بانعدامه)** أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن **(لا يختلّ ما به قوام العقد)** لأن العقد بلا شرط وأجل جائز، فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وأنه لا يوجب الفساد. وأما إذا اختلف في الثمن أو المثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولاً، وذلك يوجب الفساد. ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل، وإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعياً ومنكراً. أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي بالعقد بألف حالة، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة، كذا في النهاية نقلاً عن جامع الإمام قاضيخان **(بخلاف الاختلاف في وصف الثمن)** كالجودة والرداءة **(أو جنسه)** كالدراهم والدنانير **(حيث يكون)** الاختلاف فيهما **(بمنزلة الاختلاف في القدر)** أي في قدر الثمن **(في جريان التحالف لأن ذلك)** أي الاختلاف في وصف الثمن **(يرجع إلى نفس الثمن)** أي إلى الاختلاف في نفس الثمن **(فإن الثمن دين وهو)** أي الدين **(يعرف بالوصف)** فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن **(ولا كذلك الأجل)** أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن **(لأنه)** أي الأجل **(ليس بوصف)** بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، ونوّر هذا بقوله **(ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه)**

استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك، لكنه لم يذكره لكونه مفروغاً عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى. وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري، لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه. قال: **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا الخ)** فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري. وقال محمد والشافعي: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة، أما الدليل النقلي فهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادّا» ولا

قوله: **(فيما يتم به العقد)** أقول: يدل عليه عنوان المتبايعين قوله: **(والوصف لا يفارق الموصوف)** أقول: مبني على الفرق بين الوصف والعارض.

بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض. قال **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك)** وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب. لهما أن كل واحد منهما

أي بعد مضيّ الأجل ولو كان وصفاً لتبعه كذا في الكافي. قال في معراج الدراية: كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما)** أي الخيار والأجل **(يثبتان بعارض الشرط)** أي بشرط عارض على أصل العقد **(والقول لمنكر العوارض)** والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك، لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، كذا في العناية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا)** أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط **(لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري)** أي مع يمينه **(وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي، وعلى هذا)** أي على هذا الخلاف **(إذا خرج المبيع عن ملكه)** أي ملك المشتري **(أو صار)** أي المبيع **(بحال لا يقدر)** أي المشتري **(على رده بالعيب)** بحدوث عيب في يده **(لهما)** أي لمحمد والشافعي رحمهما الله **(أن كل واحد منهما)** أي من البائع والمشتري **(يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره)** فإن البيع بألف غير البيع بألفين؛ ألا يرى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة **(وأنه يفيد دفع زيادة الثمن)** اعلم أن حلّ هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب، ولهذا كان للشراح هاهنا طرائق قدداً ولم يأت أحد منهم بما يشفي الغليل. فقال صاحب النهاية: أي وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف، فإن فائدة اليمين النكول، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف الترادّ وامتنع الترادّ بالهلاك فلا فائدة في التحالف. فأجاب عنه وقال: بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان. فإن قيل: هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا: لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري، فإن المشتري إذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان، إلى هنا كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحالّ. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأنه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لا من دفع عنه حيث قال: أي وإن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هي إعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي

يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله «والسلعة قائمة» لأنه مذكور على سبيل التنبيه: أي تحالفاً وإن كانت السلعة قائمة، فإن عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب، فتحكيم قيمة السلعة في الحال متأتّ، ولا كذلك بعد الهلاك، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى. وأما العقليّ فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة. فإن قيل: هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد الترادّ ولا فائدة له بعد الهلاك. أجاب بقوله: **(فإنه)** يعني التحالف **(يفيد دفع زيادة الثمن)** يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي

قوله: **(والحكم باستيفاء)** أقول: الظاهر في استيفاء قوله: **(بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه الخ)** أقول: الضمير في قوله بانعدامه راجع إلى بعض الثمن قوله: **(لبقاء ما يحصل ثمناً الخ)** أقول: فيه شيء يجوز دفعه بإرجاع ضمير انعدامه إلى الاستيفاء قوله: **(ثم اختلفا لم يتحالفا)** أقول: يعني ثم اختلفا في قدر الثمن قوله: **(يفيد دفع زيادة الثمن الخ)** أقول: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة المدعاة قوله: **(بالنكول)** أقول: أي بنكول المشتري، وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن قوله: **(وإذا حلف البائع)** أقول: يعني بعد حلف المشتري.

يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه

ذكره بقوله: فإن قيل بالضرورة، ولم يدفعه ما ذكره جواباً عنه أصلاً؛ لأنه إن أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف هاهنا بتحليف المشتري فليس بصحيح، إذ لا شك أنه إذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع، وإن أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئاً في دفع السؤال لأن مورده ما حمل عليه مراد المصنف هاهنا. وأما ثانياً: فلأنه إن أراد بقوله في الجواب والبائع إذا نكل الخ أنه إذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح، إذ قد تقرّر فيما مرّ أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر، فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصوّر نكوله، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع. وأيضاً يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري إن حلف، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه إن نكل، فتمام الفائدة الذي ذكره وهو أحد الأمرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط. وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة: يعني أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيداً انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، لأنهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى، واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع، فيتجه على ما ذهبا إليه أن نكول البائع إنما يتصوّر بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفاً، وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة: أعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك. وقال صاحب العناية: وإنه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأنه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري، لأن الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري إنما هو نكول البائع، وأما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إياها فإذا يؤول قوله: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مرّ فيردّ عليه ما يرد على ذلك ويزداد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكماً وهذا ظاهر الفساد. فإن قلت: يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضي بما ادعاه المشتري وهو أقل الثمنين لا بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف. قلت: لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع، بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه، فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما

يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفاً ولزم المشتري ردّ القيمة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما، فإلحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين: حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع. أما

سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة، والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد

ذكر. فإن قيل: يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغ المبني للمفعول من التفصيل، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة: أي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله. قلنا: فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد حلّ كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالنكول أي بنكول المشتري، وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن، وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع: يعني بعد حلف المشتري، وقال: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا. قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى. أقول: جملة ما ذكره ليست بشيء، أما في تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقاً بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلأنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلاً، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة: أي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه، بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري أصلاً على ما مر غير مرة. وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه. وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفاً من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها. وقال صاحب غاية البيان: قوله وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: أي أن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، لأن دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع، وإنما الذي يفيد دفعها بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام **(فيتحالفان)** هذا نتيجة الدليل المذكور **(كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة)** بأن ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فإنهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به)** أي بالتحالف **(في حال قيام السلعة)** وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»[1] فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة. فإن قيل: فليكن حال هلاك السلعة ملحقاً بحال قيام السلعة بالدلالة. أجاب بقوله: **(والتحالف فيه)** أي في حال قيام السلعة **(يفضي إلى الفسخ)** فيندفع به

الأول: فلأن قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» يوجب اليمين على المشتري خاصة لأنه المنكر في هذه الصورة، بخلاف ما قبل القبض كما تقدم، وكذلك قوله ﷺ: «والسلعة قائمة» ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكوراً على سبيل

قوله: **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف، إلى قوله: بالتفريق بينهما)** أقول: أنت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره لا الدليل النقلي.

قوله: **(وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «والسلعة قائمة»)** أقول فيه تأمل، فإن الفصل لا يفهم إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة

---

(١) تقدم في أوائل باب التحالف.

هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً يتحالفان

الضرر عن كل واحد منهما بردّ رأس ماله بعينه إليه **(ولا كذلك بعد هلاكها)** أي بعد هلاك السلعة **(لارتفاع العقد)** أي بالهلاك؛ ألا يرى أنه لا يفسخ بالإقالة والردّ بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد **(فلم يكن في معناه)** أي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الإلحاق أيضاً **(ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود)** هذا جواب عن قول محمد والشافعي أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره: أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لأن البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الألف وهو يكفي للصحة، كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي. وقال صاحب العناية في تقريره: قوله ولأنه لا يبالي الخ جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاهنا ليس كذلك، لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين. ثم قال: ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف، والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى **(وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته)** هذا أيضاً جواب عن قولهما وإنه يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن المراعي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه. هذا زيادة ما في الشروح.

الشرط. وأما الثاني: فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدّى إلى غيره. فإن قيل: فليكن ملحقاً بالدلالة. أجاب بقوله والتحالف فيه: أي في حال القيام يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما بردّ رأس ماله بعينه إليه، ولا كذلك بعد هلاكها، ألا ترى أنه لا ينفسخ بالإقالة والردّ بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الإلحاق بالدلالة أيضاً. قوله: **(ولأنه لا يبالي)** جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة: أي سلمنا ذلك، لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر، وهاهنا ليس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه، وليس يدّعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين. ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على

شرعية فلا يلزم من إلحاق المذكور فساد الوضع قوله: **(ولا كذلك بعد هلاكها)** أقول: لظهور أنه لا يعود إلى كل منهما رأس ماله قوله: **(أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا)** أقول: قال العلامة الزيلعي في باب المرابحة: ولا معنى لقولهما: إن كل واحد منهما يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر، فإن العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد؛ ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى. وفيه تأمل، فإن الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله، ولا يلزم منه اتحاد البيعين قال المصنف: **(وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد)** أقول: فيه تأمل قوله: **(ومعناه أن المراعي من الفائدة)** أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أن المراعي من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر، وإن أراد أن المراعي من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل في فائدة التحالف فليتأمل. وجوابه أنا نختار الأول وعدم استقامة ذلك ممنوع قوله: **(فإنه**

لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل.
قال: **(وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك**

واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى. أقول: مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه، وليس المراد به ذلك قطعاً، إذ لا شك أن الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه. وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد، وهذا مما لا سترة به. ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف. ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال: وفيه نظر، لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادّ فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد. والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى. واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى. أقول: لم يعتبر التراد فائدة للتحالف إلا بعد القبض، إذ الردّ إنما يتصوّر بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعاً للنظر المذكور. نعم لقائل أن يقول: الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما، فأي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعاً فينتقض به قولهم وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد **(وهذا)** أي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع **(إذا كان الثمن ديناً)** أي ثابتاً في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة **(فإن كان عيناً)** أي فإن كان الثمن عيناً كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين **(يتحالفان)** أي بالاتفاق **(لأن المبيع في أحد الجانبين قائم)** فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع **(فتوفر فائدة الفسخ)** وهو التراد فيرد القائم **(ثم يردّ مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل)** هذا إذا اختلفا في قدر البدل، وإن اختلفا في كون البدل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما، وإن ادعى كالبائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان فالقول قول المشتري، كذا في الكفاية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن هلك أحد العبدين)** أي بعد قبضهما: كذا في الشروح **(ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك)** يعني إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال

خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد. وقوله: **(وإنما يراعي)** جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وما ذكرتم ليس منها فإنه من موجبات النكول، والنكول من موجبات التحالف، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته. وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه، وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف، وليس التحالف من موجبات العقد. والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس **(وهذا)** أي هذا الاختلاف **(إذا كان الثمن ديناً)** ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة **(فأما إذا كان عيناً)** بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين،

من موجبات النكول) أقول: لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشتري لكن فيه تأمل، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشتري وكيف يكون من موجبات النكول، فإنه إذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة. وجوابه أنه مبني على التنزل وإرخاء العنان للخصم، لكنه قال في تقرير كلام محمد والشافعي: وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة قوله: **(والنكول من موجبات التحالف)** أقول: فيه بحث قوله: **(فلا يترك به ما هو من موجباته الخ)** أقول: فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أن يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به قوله: **(وليس التحالف من موجبات العقد)** أقول: بل من موجباته، فإنه تبين بالتحالف فساده على ما مر في الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ قوله: **(والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس)** أقول: فيه تأمل، فإنه قبل القبض على وفاق القياس.

من الثمن). وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له. وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك. وقال محمد: يتحالفان عليهما ويرد الحيّ وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك

المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك **(وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري)** أي فيهما، كذا في كثير من الشروح **(مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له من قيمة الهالك)** وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير، لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا **(وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ)**. قال صاحب العناية: وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحيّ ليس بالصحيح على ما سيأتي انتهى. أقول: يعني أن قوله هاهنا يتحالفان في الحيّ ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سيأتي، وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معاً لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم، ولكن فيه نظر، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحيّ حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح، بل قال يتحالفان في الحيّ فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحيّ كما في قوله تعالى: ﴿فذلكن الذي لمتنني فيه﴾ [يوسف: ٣٢] وكما في الحديث «أن امرأة دخلت النار في هرّة حبستها»[1] على ما نص عليه في مغنى اللبيب. ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحيّ: أي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحيّ لا ينافي أن يتحالفا على الحيّ والميت معاً كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه **(والقول قول المشتري في قيمة الهالك)** هذا من تتمة قول أبي يوسف. أقول: في عبارة الكتاب هاهنا قصور، لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقرّ به المشتري كما سيجيء تفصيله، لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي

فإنهما **(يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ)** وهو التراد **(ثم يردّ مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن)** قال: **(وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ)** وإذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك **(وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ ولا شيء له)** واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى. واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصة الهالك، وقوله أن يأخذ الحي ولا شيء له. وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعاً قالوا: معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان، والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً وعلى هذا عامتهم. وقال بعضهم: معناه لم يتحالفا، والقول قول المشتري مع

قوله: **(بل بطريق تصديق المشتري في قوله)** أقول: الضمير في قوله راجع إلى المشتري قوله: **(لكان معلقاً بمشيئتهما)** أقول: فيه أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك قوله: **(قيل والصحيح الخ)** أقول: القائل صاحب النهاية، وفي بحث لأنه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيئاً قليلاً لصغره أو لكونه مريضاً أو متوفاً وتكثر الرغبات في

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٣٣١٨ و٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٢/ ٣٣٠، ٣٣١ والبيهقي ٥/ ٢١٤، ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر وصدره: «عُذِّبت امرأة في هرة. . . .» وأخرجه مسلم ٢٦١٩ وابن ماجة ٤٤٥٦ وأحمد ٢/ ٢٦٩ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ. وورد من حديث جابر أخرجه أحمد ٣/ ٣٣٥ وخشاش الأرض: هوامُها، وحشراتها.

البعض أولى. ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره. ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن

حيث قال: فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى. وعن هذا قال صاحب الكافي: وقال أبو يوسف يتحالفان في الحيّ ويفسد العقد في الحيّ والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى **(وقال محمد: يتحالفان عليهما)** أي على الحيّ والهالك **(ويردّ الحي وقيمة الهالك، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى)** قال صاحب العناية: والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى. وردّ عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه **(ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك)** أي لأجل الهالك **(فيتقدر بقدره)** أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة **(ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة)** يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة **(وهي)** أي السلعة **(اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها)** لانعدام الكل بانعدام جزئه، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير، فحصل من هذا الدليل نفي القياس. والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى **(ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة)** أي باعتبار القيمة كما سيأتي **(وهي)** أي القسمة **(تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز)** فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها، فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة. والجواب عن قول أبي يوسف كما ترى. فإن قلت: ما الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع، وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك بعض المبيع. قلت: الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدين عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي. وأما عقد الإجارة ففي حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فبتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي، كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجارات المبسوط. أقول: لقائل أن يقول: هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا، لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضاً **(إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً)** أي بالكلية **(لأنه حينئذ)** أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية **(يكون الثمن كله بمقابلة**

يمينه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقرّ به المشتري، وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري، وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحيّ لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية، بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما. قيل: والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئاً مما أقرّ به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة **(وقال أبو يوسف:**

الحي وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحاً عن جميع ما ادعاه طمعاً في زيادة قيمة الحي، فإنه لولا الصلح لا يعطيه المشتري الحي إذ القول قوله مع يمينه فتأمل قوله: **(في قيمة الهالك)** أي في حصة قيمته قوله: **(والجواب أن هلاك البعض الخ)** أقول: أنت خبير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه. والظاهر أن التعليل الأول لأبي حنيفة للجواب عن محمد، والثاني للجواب عن أبي يوسف لا كما فهمه الشارح.

التسليم إلى ربّ السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في المهر فادّعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة. **(وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)** لأنها تثبت الزيادة، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته **(وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح)** لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ، **(ولكن يحكم مهر المثل، فإن**

عرضاً فردّه بالعيب) أي فقضى القاضي بالرد بالعيب على ربّ السلم **(وهلك)** أي في يد المسلم إليه **(قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع، دل)** أي دل هذا الذي ذكر **(على الفرق بينهما)** أي بين السلم والبيع. فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فإنهما يتحالفان فيما إذا هلكت السلعة، ولا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال وإن فات المعقود عليه في الفصلين جميعاً؟ قلنا: الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل ببينته)** قال المصنف في تعليله **(لأنه نوّر دعواه بالحجة)** قال الشراح: أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى. **(فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)** هذا من تمام كلام القدوري. قال المصنف في تعليله **(لأنها)** أي لأن بينة المرأة **(تثبت الزيادة)** وقال في توجيهه **(معناه إذا كان مهر مثلها)** أي مهر مثل المرأة **(أقل مما ادعته)** وقال صاحب العناية في تفصيل المسألة: وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولاً، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. أقول: في تحريره خلل، حيث حكم في الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك، بل الأول أيضاً لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحطّ فيتهاتران فيجب مهر المثل،

مدعى عليه، فإن كان الأول فعليه البينة، وإن كان الثاني فعليه اليمين إذا أنكر، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين، وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبني على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك، فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، ومبنى البينات على الظاهر لأن الشاهد يخبر من فعل غيره لا عن فعل نفسه، فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك. وإذ ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه، وأن تقبل بينته لأنه مدع في الظاهر. وإذا أقاما البينة تترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وفي كلامه نظر، لأنه علل اعتبار الحقيقة في الأيمان بقوله لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة

قوله: **(لأن فائدة التحالف الفسخ)** أقول: لقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادا» ولكن بقي هاهنا بحث، لأنه إن أراد كلياً فممنوع والسند التحالف إذا اختلفا في المهر، وإن أراد جزئياً فمسلم ولا يفيده. وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف في المهر فافهم قوله: **(لا ترتفع الإقامة)** أقول: ينبغي أن يرفع من هنا قوله: **(وأجيب بأن الإقامة في السلم الخ)** أقول: فيه أن محمداً يرى النص معلولاً، وذلك التعليل جار هنا، فإن كلا منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكر، وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الإجارة قال المصنف: **(معناه إذا كان مهر مثلها أقل الخ)** أقول: قال أكمل الدين: وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. قال الإمام التمرتاشي: وقيل بينتها أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى. ولا يخفى عليك أن إطلاق القدوري يلائم هذا القول، فقول المصنف ومعناه محل كلام.

فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري. قال: **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد)** لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً. قال: **(ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم)** لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل

متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً، قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة انتهى. أقول: جوابه ساقط جداً، لأن التحالف ليس مما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى، فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الإقالة بيعاً مانعاً عنده عن أن يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعاً عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة في حق سائر أحكام البيع المطلق أيضاً مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها في الإقالة عنده على ما تقرر في بابها. ثم أقول: في دفع سؤاله إن أصل أبي يوسف الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً كالإقالة قبل القبض في المنقول فتجعل فسخاً كما بينوا في باب الإقالة، وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولاً فلم يمكن جعله بيعاً لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضاً لا بالنص ولا بالقياس **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن أسلم عشرة دراهم في كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن)** أي في رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة **(فالقول قول المسلم إليه)** أي مع يمينه، لأن رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر **(ولا يعود السلم)** أي لا يتحالفان ولا يعود السلم **(لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض)** أي الفسخ: يعني أن المقصود من التحالف الفسخ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادّا»[1] والإقالة في باب السلم لا تحتمله **(لأنه)** أي الإقالة في باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل **(إسقاط)** للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود **(فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع)** فإنها تحتمل الفسخ ويعود المبيع إلى المشتري بعد عوده إلى البائع لكونه عيناً قائماً، **(ونوّر هذا بقوله: ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان**

القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض. هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين. وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ **(وأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة **(وإن أقاماها فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك. ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في أن القول هاهنا قول البائع، والبينة أيضاً بينته مع أن المعهود خلاف ذلك، إذ البائع إما أن يكون مدعياً أو

قال المصنف: **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ)** أقول: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً. قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة فليتأمل قوله: **(لما يدعيه الآخر)** أقول: هو القعد كما مر.

---

(١) تقدم مراراً.

اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين

وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وترادّا»[1] لم يتناول الإقالة، فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله **(ونحن ما أثبتنا التحالف فيه)** أي في التقايل **(بالنص لأنه ورد في البيع المطلق)** أي في البيع من كل وجه **(والإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** وإن كان بيعاً جديداً في حق غيرهما. فإن قلت: قوله والإقالة فسخ في حق المتعاقدين إنما يتمشى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف، فإن الإقالة عنده بيع في حق المتعاقدين أيضاً، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية؟ قلت: كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفاً، وذلك السؤال إنما يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف كما لا يخفى، فبني الجواب أيضاً على أصلهما دون أصله فتدبر **(وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض)** أي قبل قبض البائع الجارية بحكم الإقالة **(والقياس يوافقه على ما مر)** أي في أول الباب **(ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض)** توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة يجري التحالف بينهما **(والوارث على العاقد)** أي ونقيس الوارث على العاقد: يعني إذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما **(والقيمة على العين)** أي ونقيس القيمة على العين **(فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)** يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. وفي غاية البيان: وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف. وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري، وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع. قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح: استهلك المشتري انتهى. وفي معراج الدراية: الصواب إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف؛ أو الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً)** يعني أن محمداً يرى النص وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا»[2] معلولاً بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون

هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر، وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ من الهالك لكان الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم

قوله: **(فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن، فلو حلف يلزم الإقدام على اليمين بجهالة قوله: **(لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه)** أقول: فيه شيء.

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.
(٢) تقدم مراراً.

في بيوع الأصل **(اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما، وإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع)** لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر **(وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف. قال: **(ومن**

في النهاية **(فإن اختلفا في قيمة الهالك)** أي في مسألة الأصل **(فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر، وإن أقاما البينة)** أي في مسألة الأصل **(فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، والبينات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتاً كان أولى. قال المصنف **(وهذا لفقه)** أي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي **(وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة)** أي حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، واستدل المصنف عليه بقوله **(لأنها)** أي الأيمان **(تتوجه على أحد العاقدين)** أي لا على الوكيل والنائب **(وهما)** أي المتعاقدان **(يعرفان حقيقة الحال)** لأن العقد فعل أنفسهما والإنسان أعرف بحال نفسه **(فيبني الأمر عليها)** أي على الحقيقة **(والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله)** لأنه ينكر سقوط الزيادة **(وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال)** لأنهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما، فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك **(فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً)** أي كما اعتبر يمينه **(وتترجح)** أي تترجح بينته على بينة المشتري **(بالزيادة الظاهرة على ما مر)** وهو قوله لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً **(وهذا)** أي ما ذكر في بيوع الأصل **(يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف)** رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن اشترى جارية وقبضها)** أي ونقد ثمنها، كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير **(ثم تقايلا)** ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة، كذا في الشروح، وسيشير إليه المصنف بقوله والمسألة مفروضة قبل القبض **(ثم اختلفا في الثمن)** فقال المشتري كان الثمن ألفاً فعليك أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعليّ رد الخمسمائة **(فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول)** حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة؛ معناه: يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن صدر الإسلام. ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف

والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده **(ويعتبر قيمتهما في انقسام يوم القبض)** يعني يقسم الثمن الذي أقرّ به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقرّ به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أنّ قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقرّ به من الثمن **(وإن اختلفا)** في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس **(فالقول للبائع)** لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره، وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، دل على ذلك مسائل الزيادات. وقال محمد: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأنّ الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. وقال ظهير الدين:

الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر

الميت على قول أبي يوسف ممنوع، لأن ما يوجب ذلك فيما نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به، والتحالف إنما يجري عنده في الحي دون الميت، وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف؛ ألا ترى أن محمداً لما أجاز التحالف على الهالك أيضاً أجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعاً عنه، فإذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول أبي يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضاً فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصوداً بالعقد. ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح: وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك، فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير تام، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز. وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضي ذلك، فإن اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها إذ هي تتم بالقبض وهو جائز؛ ألا يرى إلى ما مرّ في باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فإنه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز، والمسألة فيما نحن فيه مفروضة فيما إذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين في صدر المسألة فلا يتم التقريب **(وأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة **(وإن أقاماها فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك. فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لإثباتها الزيادة. قلنا: إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصوداً قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمناً للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصوداً فكانت أولى بالاعتبار، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المرغيناني وقاضيخان **(وهو)** أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته **(قياس ما ذكر في بيوع الأصل)** أي المبسوط **(اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما)** أي يوم القبض، كذا

البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف **(والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك)** من الثمن الذي يقرّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد

قوله: **(وهو التحالف)** أقول: قوله هو راجع إلى ما في قوله ما يوجب الفسخ الخ قوله: **(أما في الحي)** أقول: أي أما كون التحالف موجباً للفسخ في الحي قوله: **(لمكان الهلاك)** أقول: الذي هو مانع قوله: **(ما هو من لوازم الفسخ)** أقول: أي من روادفه وتوابعه، وليس المراد اللازم الميزاني، ثم أقول: قال محمد: فبأي ذلك وجد عيباً يرده بحصته من الثمن، فالعيب إن كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وإن لم يكن مما يوجبه يحتاج إلى الفرق بين ما في الزيادات، والمسألة المنقولة من بيوع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به في النهاية.

البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا في قيمة

نهج قوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادّا»[1] وهذا لا ينافي أن يفسخه القاضي أيضاً فيما إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضي، وسيأتي التصريح من الشراح في مسألة التحالف بالإقالة بتساوي فسخ القاضي وفسخهما بأنفسهما (**وتسقط حصته**) أي حصة القائم (**من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك**) من الثمن الذي أقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده، كذا في العناية (**وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض**) يعني يقسم الثمن الذي أقرّ به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقرّ به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن؛ وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصة من الثمن الذي أقرّ به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (**وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض**) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (**فالقول قول البائع**) مع يمينه لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذي أقرّ به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل: لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا؛ حتى قال محمد: قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هاهنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد: هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم تحرير لم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي يخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد. حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض، كذا في النهاية وأكثر الشروح. أقول: في التوجيه الذي ذكره الإمام ظهير الدين نظر، لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد في حق

بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين. وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك أحد العبدين، وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة، فإذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي. وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فبتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي. والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة. وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (**ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم**) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (**فإذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك**) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (**واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف**) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لأن العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه

---

(١) تقدم في أوائل باب التحالف.

بينهما ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف

عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف **(وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء)** كان الأحسن في التحرير أن يقول: وإذا لم يتفقا على شيء وحلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع **(فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما)** أي أو ادعى كلاهما **(يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك)** والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله، كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد، كذا في الشروح **(واختلفوا في تفسيره)** أي في تفسير التحالف **(على قول أبي يوسف)**. قال في النهاية ومعراج الدراية: لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل. أقول: فيه شيء، وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقاً بل إن رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً يتحالفان عنده أيضاً على تخريج عامة المشايخ، وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أوّلاً كما مر آنفاً، فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضاً مساغ. وعن هذا أن الإمام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال: وعند أبي حنيفة أن البائع إذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لأبي يوسف انتهى. وقال في غاية البيان: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى. أقول: هذا أقرب إلى الحق مما سبق، ولكن فيه أيضاً شيء لا يخفى. فالأولى أن يقال: لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصاً بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف **(والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع)** ومنهم من قال: يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدّق فلا يفيد التحالف، فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب **(فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم)** فإن قلت: أسند فسخ العقد هاهنا إليهما كما ترى وفيما سبق إلى القاضي حيث قال: وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق؟ قلت: معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما، يرشد إليه أن الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما إن طلبا أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى. إذ لا يخفى أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما، ومعنى ما ذكر هاهنا يفسخان العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على

القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فتؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز، وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي القياس، وفيه إشارة إلى الجواب عن مسألة الإجارة، فإن القصّار مثلاً إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة العمل القول لربّ الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان

قوله: **(والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة الخ)** أقول: هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي الخ قوله: **(وهذا ليس بصحيح، إلى قوله، وكان صادقاً)** أقول: لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة. ولا يرد ما يقال، لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضاً، فإن ما يخص كل واحد منهما لا يعرف إلا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين قوله: **(دل على ذلك مسائل الزيادات)** أقول: في باب الزيادات في البيع من كتاب البيوع.

العقد فيتحالفان. هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا: إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً. وقال بعض المشايخ: يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة. وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم. وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادّعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد

القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أي إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أي توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور في الكلام، فكان تقدير الكلام: لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أي قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً) أقول: كان الظاهر في التحرير من حيث العربية، والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين. أو أن يقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً زائداً على ما أقرّ به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية: وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما انتهى. وقال بعض الفضلاء فيه: إن أخذ الحيّ يكون معلقاً بمشيئتهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقرّ به من ثمن الهالك انتهى. أقول: هذا ليس بشيء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة أنه كان في الكتاب معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بصحيح، لأن المذكور في الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، ولم يعلق فيه أخذ الحيّ إلا بمشيئة البائع، وإن أراد به أن يكون في الصلح معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلاً بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام، فإن مراده أن أخذ الحيّ لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً في الكتاب بمشيئتهما كما يكون في الصلح متعلقاً بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف

يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك). وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحيّ ليس بصحيح على ما سيأتي (وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما) (ويرد الحيّ وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن، ولا بد من

قوله: (فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً) أقول: يعني كصاحبيه ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة قوله: (لا يتعذر الباقي) أقول: فيه تأمل، فإن حصة الباقي يعلم بالحزر والظن وذلك مجهل في المقسم عليه.

كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له **(وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر**

وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر، بل صرح به صاحب العناية أيضاً في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب. وأما قول المصنف: معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادعته، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو في قوله وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضي شمول الأقسام كما لا يخفى على ذوي الأفهام. ولقد أحسن الإمام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وإن برهنا فللمرأة، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للإثبات، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لأنهما استويا في الإثبات، لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون إحداهما أولى من الأخرى انتهى **(وإن لم يكن لهما بينة)** أي عجزاً عن إقالة البينة **(تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه)** أي في النكاح فلا حاجة إلى الفسخ **(بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده)** لبقائه بيعاً بلا ثمن وهو فاسد **(على ما مر)** أي في كتاب البيوع، بل في هذا الباب أيضاً حيث قال: ويقال إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد **(فيفسخ)** أي البيع، قال صاحب النهاية: فإن قلت: النص بشرعية التحالف إنما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح، أو نقول: إن التحالف إنما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه. قلت: أما الأول وهو ورود النص في البيع فقلنا: إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح أيضاً بدلالة النص، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدّع ومنكر، ومن يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما، فلذلك قوبلت بينتهما ويمينهما لأن كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكاً بقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] وأما الثاني وهو

الحال وهو مفرع على المدعي، فإن توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب إنما هو لأن المعتبر في الأيمان هو الحقيقة. ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل، والفرق بيّن عند المحصلين قوله: **(وهذا)** أي ما ذكر في الأصل **(يبين معنى ما ذكرناه)** من قول أبي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير. قال: **(ومن اشترى جارية الخ)** ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخها القاضي لأنها كالمبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ. فإن قيل: النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله: **(ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** فلا تدخل تحته **(وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسألة الإقالة مفروضة قبل القبض، والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة)** إذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة **(على البيع قبل القبض والوارث على العاقد)** إذا اختلفا في الثمن قبل القبض **(والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)** يعني إذا استهلك غير

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

قضي بما ادعته المرأة، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه. قال رحمة الله: ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في

أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذكور في الكتاب. وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ في التحالف لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البدل، والبدل إذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ. وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ إذ الفسخ إنما كان بسبب الفساد فافترقا، إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى. وقد اقتفى أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: في كل واحد من الجوابين بحث. أما في الأول فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئاً إذ المعقود عليه سالم له. بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض، والمسألة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده، بل كانت مصوّرة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقي السؤال في هذه الصورة، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً كما مر. وأما في الثاني فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح، وهو لا يدفع السؤال إذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ، فإن لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي أن لا يجري فيه التحالف أيضاً، ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما إذا اختلفا في الإقالة في السلم لعدم احتمال الإقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسألتنا هذه فتأمل **(ولكن يحكم مهر المثل)** هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع **(فإن كان)** أي مهر المثل **(مثل ما اعترف به الزوج أو أقل)** أي مما اعترف به الزوج **(قضى بما قال الزوج لأن الظاهر)** أي ظاهر الحال **(شاهد له)** أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل؛ وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به

المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة. فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذ ذاك معقول المعنى **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً)** لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال: **(ومن أسلم عشر دراهم الخ)** ومن أسلم عشرة دراهم في كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم، لأن فائدة التحالف الفسخ والإقالة في باب السلم لا تحتمله لكونه فيه إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فردّه بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لا ترفع الإقالة ولا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع، وإنما كان القول للمسلم إليه

قال المصنف: **(وسقوط اعتبارها بالتحالف)** أقول: لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره قوله: **(وذكر في بعض الشروح)** أقول: يعني غاية البيان قوله: **(وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الخ)** أقول: فيه شيء ظاهر. بل الفارق أن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن المسمى.

الوجوه كلها، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري، وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده **(ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون**

الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها **(وإن كان)** أي مهر المثل **(مثل ما ادعته المرأة أو أكثر)** أي مما ادعته المرأة **(قضي بما ادعت المرأة)** لأن الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفاً **(وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل)** أي بسبب حلف الزوج **(ولا الحطّ عنه)** أي بسبب حلف المرأة **(قال)** أي المصنف **(ذكر)** أي القدوري **(التحالف أوّلاً ثم التحكيم، وهذا)** أي ما ذكره القدوري **(قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية)** لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه **(وسقوط اعتبارها بالتحالف)** أي وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف **(فلهذا يقدم)** أي التحالف **(في الوجوه كلها)** يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه **(ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول)** لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفتاوى الظهيرية **(كما في المشتري)** أي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلاً لفائدة النكول كما مرّ **(وتخريج الرازي بخلافه)** أي تخريج أبي بكر الرازي، بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أوّلاً إذا شهد مهر المثل لأحدهما. ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما. قال المصنف **(وقد استقصيناه)** أي تخريج الرازي **(في النكاح)** أي في كتاب النكاح **(وذكرنا خلاف أبي يوسف)** وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح **(فلا نعيده)** أي لا نعيد ذكر خلافه هاهنا. قال صاحب النهاية: وهذا أي قول الرازي هو الأصح، لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، كذا ذكره الإمام قاضيخان والمحبوبي انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية، وإنما تنعدم التسمية بالتحالف لأنه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلاً فيصار إلى مهر المثل، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى. وقال صاحب العناية: أقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن

لأن ربّ السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر، وأما هو فلا يدعي على ربّ السلم شيئاً لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة. قيل المعقود عليه قد فات في إقالة السلم وفيما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا، فما الفرق لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم. وأجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في المهر الخ)** إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة. أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدّع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا **(وإن أقاما)** فلا يخلو: إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولاً، فإن كان الأول **(فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة)** وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل **(وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخلّ**

قوله: **(في باب المهر)** أقول: متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف.

عينها) لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **(وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا)** معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة **(فإن وقع الاختلاف في الأجرة**

غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى. وأنا أقول: إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ، لأنهما ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى، فإذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالأصحية والاتصاف بالأصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة، اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الإرادة فتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر، كما في النكاح فإنه لا محظور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً انتهى. وأقول: في جوابه تحكم، حيث جعل مهر المثل أمراً معلوماً ثابتاً بيقين، والقيمة أمراً مظنوناً غير مفيد للمعرفة، والحال أنهما إن كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة، إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سناً وجمالاً ومالاً وعقلاً وديناً وبلداً وعصراً وبكارة وثيابة. ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جداً، بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى. فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا: قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمناً بمطلق العقد، ومهر المثل يمكن إثباته مهراً بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما انتهى. وقال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية: ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد **(والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة)** يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أوّلاً كما تقدم كذا في العناية **(إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها)** أي للمرأة **(قيمتها)** أي قيمة الجارية **(دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي**

بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلّ بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح **(فينفسخ)** البيع. فإن قيل: التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه، لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هاهنا لا يفسخ. أجيب بأن موجبه في البيع كون كل وحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان الترجيح، وهو هاهنا موجود فألحق به، وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب. وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك، لأن له موجباً أصلياً يصار إليه عند انعدام التسمية. هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم قوله: **(ولكن يحكم مهر المثل)** استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح: أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع **(فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له، وإن كان مثل ما ادعته المرأة)** أو أكثر قضى بما قالت كذلك، وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل، لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله: **(ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع**

قوله: **(هذا شهراً بعشرين وذاك الخ)** أقول: قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستأجر.

يبدأ بيمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة **(وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل)** نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة. قال: **(وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول**

ولم يوجد) أي التراضي **(فوجبت القيمة)** أي قيمة الجارية **(وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفاً وترادّا)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(معناه اختلفا في البدل)** أي الأجرة **(أو في المبدل)** أي المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل، فإنه لا يجري التحالف بينهما فيه. بل القول فيه قول من ينكر الزيادة. كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثلاثة الآتية، فكأنه أراد بقوله في البدل أو المبدل منع الخلو احترازاً عما ذكرناه آنفاً لا منع الجمع فيتناولهما أيضاً فتدبر **(لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس)** من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر **(على ما مرّ)** أي في أول هذا الباب **(والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع)** من حيث إن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرّع **(وكلامنا قبل استيفاء المنفعة)** لأن وضع مسألتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هاهنا كما جرى ثمة. فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف، قلنا: في معدوم يجري التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين **(فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة)** أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. قال صاحب العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول، فإن تسليم المعقود عليه واجب أوّلاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى. وقد اقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث من وجوه: الأول

وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه **(وسقوط اعتبارها)** إنما هو **(بالتحالف فلهذا يقدم)** التحالف **(في الوجوه كلها)** يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان بينهما، فهي خمسة وجوه. وأما في قول الرازي فلا تحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر. قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. وذكر في بعض الشروح قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما. وأقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما

قوله: **(يقبل الفسخ)** أقول: والإجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ قوله: **(واجب أولاً على الآجر)** أقول: فهو أسبق إنكاراً قوله: **(فيبدأ به)** أقول: مع تعجيل فائدة النكول أيضاً قوله: **(لأن تسليمه لا يتوقف الخ)** أقول: لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله، كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر في معنى البائع، إذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف.

المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها؛ ولو جرى التحالف ها هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبيّن أنه لا عقد. وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: **(وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة. وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة)** وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن. ولأبي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد

أن المؤجر فإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعينها وإلا لم يكن المؤجر منكراً لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف. والثاني أن ما ذكره هاهنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضاً لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن، ويعلل بتعجيل فائدة النكول. والثالث أن قوله فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلاً كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح، إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلاً فيختل وضع المسألة لأن وضعها في التحالف لا في حلف الواحد. وإن أراد به أن للمؤجر أيضاً إنكاراً إلا أن في إنكار المستأجر ما يقتضي البدء بيمينه فهو أوّل المسألة ولم يظهر بعد. ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال: ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع، ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية، وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص، وأن لا يعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البدل وأن يقع في المبدل على ما مر. ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين

لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع. ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً **(ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول)** فإن أول التسليمين عليه **(كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه)** وهو التحكيم أوّلاً ثم التحليف **(كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف)** وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر: يعني في باب المهر **(فلا نعيده، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة)** يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي. وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولاً كما تقدم، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة. قال: **(وإن اختلفا في الإجارة الخ)** إذا

قال المصنف: **(لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد)** أقول: لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع أنه المناسب لتعليل المسألة السابقة إذ لا يعم مذهب محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض على ما مر فليتأمل قوله: **(سميت بذلك لأنها تقي الخمار الخ)** أقول: يعني إنما سميت بالوقاية لأنها تقي الخمار

والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان. قال: (**وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة**) لأن الظاهر شاهد له (**وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية**) لشهادة الظاهر لها (**وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل**) لأن المرأة

عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما، وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب (**وإن وقع**) أي الاختلاف (**في المنفعة بدىء بيمين المؤجر**) لأنه منكر لزيادة المنفعة (**وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه**) لأن نكوله بدل أو إقرار على ما مر (**وأيهما أقام البينة قبلت**) لأنه نوّر دعواه بالحجة (**ولو أقاماها**) أي البينة (**فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة**) لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ (**وإن كان**) أي الاختلاف (**في المنافع فبينة المستأجر**) أي فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ (**وإن كان فيهما**) أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع معاً (**قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا**) أي المؤجر (**شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة**) لا يقال: كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الأمر. لأنا نقول: العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الأقسام استطرادي، فقدم الأهم في هذا المقام، فكأن صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم

اختلفا في الإجارة في البدل: أي الأجرة أو المبدل، فإما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه، فمن أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة، وإن أقاماها، فإن كان الاختلاف في الأجرة فبينة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة، وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهراً بعشرين وذاك شهرين بعشر فيقضي بشهرين بعشرين، وإن عجزا تحالفا وترادّا في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ، فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدىء بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة. فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أوّلاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف، وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدىء بيمين الآجر لذلك، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما، وكذا على أصل محمد، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الإجارة. أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه، وفي الثالث يتحالفان، وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالإتفاق، بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة، فإن تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: (**وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ**) إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة، وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره

قوله: (**إلا إذا كان الرجل صائغاً الخ**) أقول: قال الزيلعي: إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى، بل يكون القول قوله مع يمينه، ثم قال الزيلعي: وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى. بل يكون القول قولها مع يمينها قوله: (**لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ**) أقول: فيه تأمل، فإنا لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت

وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة **(فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما)** لأن اليد للحيّ دون الميت، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

ذكر أحوال إقامة البينة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن اختلفا بعد الاستيفاء)** أي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه **(لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر، وهذا)** أي عدم التحالف هاهنا **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما)** وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين **(وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له)** أي للمبيع **(قيمة تقوم مقامه)** لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها **(فيتحالفان عليها)** أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة **(ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد)** بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ **(فلا قيمة)** أي للمعقود عليه **(لأن المنافع لا تتقوّم بنفسها بل بالعقد)** أي بل تتقوم بالعقد **(وتبين أنه لا عقد)** أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل، فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف **(وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه)** أي هو الذي استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه، كذا في الكافي **(وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن العقد)** أي عقد الإجارة **(ينعقد ساعة فساعة)** على حسب حدوث المنفعة **(فيصير)** أي العقد **(في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها)** أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفاً **(بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل)** ضرورة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة)** والقول للعبد مع يمينه، كذا في الكافي وغيره **(وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه)** أي على المولى **(عند أداء القدر**

العبد، والعقد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره، فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان. ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء، وهذا لأن البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البدل مقابلاً للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلاً لليد ثم ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت الخ)** إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل، لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجزة، وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة، سميت بذلك لأنها تقي الخمار، وكالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها. قال

أيضاً بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهناك الآلات في أيديهما على السواء. ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به راجع إلى الاختصاص في قوله ولم يرجع بالاختصاص.

وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر **(والطلاق والموت سواء)** لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد: **(ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته)** لما قلنا لأبي حنيفة: **(والطلاق والموت سواء)** لقيام الوارث مقام المورّث **(وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع**

الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا) أي المتبايعان **(في الثمن، ولأبي حنيفة أن البدل)** أي بدل الكتابة **(مقابل بفك الحجر)** لأن الكتابة عقد معاوضة، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضاً شيء وما ذاك إلا فكّ الحجر **(في حق اليد والتصرف للحال)** اللام في للحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال **(وهو)** أي فك الحجر في حق اليد والتصرف **(سالم للعبد)** لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة **(وإنما ينقلب)** أي بدل **(مقابلاً بالعتق عند الأداء)** أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه **(فقبله)** أي قبل الأداء **(لا مقابلة)** أي لا مقابلة بالعتق وإلا لعتق قبل الأداء وليس كذلك قطعاً. وكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الإجارة أصلاً ثم ينتقل منها إلى المنفعة وهي المطلوبة آخراً، فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلاً في ابتداء العقد، ثم عند الأداء جعلنا العتق أصلاً وانتقل من فك الحجر إلى العتق، كذا في النهاية والكفاية **(فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير)** يعني إذا كان ما يقابل البدل في الحال سالماً للعبد فقد بقي أمرهما اختلافاً في قدر البدل لا غير **(فلا يتحالفان)** لأن العبد لا يدعي شيئاً على المولى، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه، وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نوّر دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة، إلا أنه إذا أدّى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدّى خمسمائة يعتق، ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل)** أي مع اليمين، وكذا في جانب المرأة، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام قاضيخان والإمام التمرتاشي **(كالعمامة)** والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها **(لأن الظاهر شاهد له)** وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر **(وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية)** والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها **(لشهادة الظاهر لها)** قال الإمام التمرتاشي: إلا إذا كان الرجل صانعاً وله أساور وخواتيم النساء والحليّ والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال، كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار ونحوها **(فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج)** لأنه قوام عليها والسكنى تضاف إليه **(والقول في الدعاوى لصاحب اليد)** ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شيء وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا **(بخلاف ما يختص بها)** أي بالنساء **(لأنه يعارضه)** أي يعارض ظاهر الزوج باليد **(ظاهر أقوى منه)** وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا

الإمام التمرتاشي إلا إذا كان الرجل صائغاً وله أساور وخواتيم النساء والحليّ والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال **(وما يصلح لهما كالآنية)** والذهب والفضة والأمتعة والعقار **(فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد)** بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد **(ظاهر أقوى منه)** وهو يدُ الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال. ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها

للحر في حالة الحياة) لأن يد الحرّ أقوى **(وللحيّ بعد الممات)** لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض

في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى، كذا في الكافي وغيره. قال صاحب العناية: ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهداً فيما نحن فيه، مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب؛ وفي سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف في الترجيح وإن لم نشاهد استعماله **(ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة)** أي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب، ثم إن ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما **(فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما)** أيهما كان **(لأن اليد للحيّ دون الميت)**أي لا يد للميت **(وهذا الذي ذكرناه)** يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل **(قول أبي حنيفة)** لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، كذا في العناية **(وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها)** وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل، وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها، هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير، وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل، وكان من حقه أن يقول: وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل. وقال أبو يوسف: يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(والباقي)** أي من المشكل **(للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز)** تعليل لقوله يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها **(وهذا أقوى)** أي هذا الظاهر، وهو أن المرأة تأتي بالجهاز ظاهر قوي لجريان العادة بذلك **(فيبطل به ظاهر يد الزوج)** وهو يده **(ثم في الباقي لا معارض لظاهره)** أي لظاهر الزوج **(فيعتبر)** وقوله ثم في الباقي إلى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه **(والطلاق والموت سواء)** أي عند أبي يوسف **(لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل)** أي إن كان حياً **(أو لورثته)** إن كان ميتاً **(لما قلنا لأبي حنيفة)** من الدليل وهو أن

بينهما نصفين **(ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة، فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما)** أيهما كان **(لأن اليد للحيّ دون الميت، وهذا الذي ذكرناه)** يعني من حيث الجملة لا التفصيل **(قول أبي حنيفة)** لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، وعلى هذا قوله: **(وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها)** معناه مما يصلح لها **(والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا)** ظاهر **(أقوى)** لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج، وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبراً **(والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حياً أو لورثته)** إن كان ميتاً **(لما قلنا لأبي حنيفة)** من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله: **(والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث، وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحرّ في حال الحياة لأن الحرّ أقوى)** لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحرّين: فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك **(وللحيّ)** منهما **(بعد**

قوله: **(فلا تعارض بينهما)** أقول: ينبغي أن يخص بالمشكل وألا ينتقض بما لا يصلح للمرأة.

(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات.

المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة. وأما بالنسبة إلى الممات فقوله **(والطلاق والموت سواء لقيام الوارث قام المورث)** وذكر في الفوائد: محمد يقول: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه في ماله؛ فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته، وأبو حنيفة يقول: يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظراً إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن كان أحدهما)** أي أحد الزوجين **(مملوكاً)** أي سواء كان محجوراً أو مأذوناً له أو مكاتباً **(فالمتاع للحرّ في حالة الحياة لأن يد الحرّ أقوى)** لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحرّين، فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك، كذا في العناية **(وللحيّ بعد الممات)** أي والمتاع للحيّ بعد الممات حرّاً كان الميت أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ: للحيّ منهما وهو سهو، كذا في الشروح. واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله **(لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض)** فكان المتاع له **(وهذا)** أي ما ذكر من جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب **(عند أبي حنيفة وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات)** ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كانت في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه، والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما. كذا في العناية.

الممات) حرّاً كان أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة: وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ للحيّ منهما وهو سهو، والمصنف اختار اختيار العامة، واستدل بقوله: **(لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات)** ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحرج في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما.

فصل فيمن لا يكون خصماً

(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن

فصل فيمن لا يكون خصماً

لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع في بيان من لا يكون خصماً لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة في المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة. وأما ذكر الثاني فليتضح به الأول، إذ الأشياء تتبين بأضدادها. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلنا: نعم، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي **(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي)** هذا لفظ القدوري: يعني إذا ادعى رجل عيناً في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي. قال المصنف **(وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة)** أي إذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي أيضاً. وقال في النهاية: وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندي أو من ما أشبه ذلك، كذا في الذخيرة انتهى **(لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة)** تعليل لمجموع المسائل المذكورة: يعني أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل: فصار كما إذ أقرّ المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به، ثم قال: والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى **(وقال ابن شبرمة: لا تندفع)** أي الخصومة وإن أقام البينة على ما قال **(لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه)** أي عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له: يعني أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر، إذ لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه **(ودفع الخصومة بناء عليه)** أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر **(قلنا)** أي في الجواب عما قاله ابن شبرمة **(مقتضى البينة شيئان)** أحدهما **(ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، و)** ثانيهما

فصل فيمن لا يكون خصماً

أخر ذكر من لا يكون خصماً عمن يكون خصماً لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلت: نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي. قال: **(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه الخ)** إذا ادعى عيناً في يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي. وقال ابن شبرمة: لا تندفع وإن أقامها. وقال ابن أبي ليلى: تندفع بمجرد الإقرار. وقال أبو يوسف: وإن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وإن كان محتالاً لكما قال ابن شبرمة: ثم إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه، أو رجل مجهولاً لا نعرفه، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه؛ ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم، وفي الثاني لا تقبل بالإتفاق، والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة، وهذه خمسة أقوال فلهذ لقبت المسألة بمخمسة كتاب الدعوى، وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفاً. وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أوّلاً أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب، وإثبات الملك للغائب بدون خصم

فصل فيمن لا يكون خصماً

قوله: **(لا من حيث القصد الأصلي)** أقول: كما يشهد العنوان.

شبرمة: لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. قلنا: مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى

(دفع خصومة المدعي وهو) أن المدعى عليه **(خصم فيه فيثبت)**أي فيثبت دفع الخصومة في حقه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه، وقد أشار إليه بقوله **(وهو كالوكيل بنقل المرأة)** أي إلى زوجها **(وإقامتها)** عطف على الوكيل أي وإقامة المرأة **(البينة على الطلاق)** يعني أن ما نحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلاً بنقل امرأته إليه فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب **(كما بيناه من قبل)** أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض، فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب، وهذا لأن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة، وفي هذا المدعي خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك **(ولا تندفع)** أي الخصومة **(بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى)** فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة. وجه قوله إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوّه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله **(لأنه)** أي ذا اليد **(صار خصماً بظاهر يده)** ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب **(فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه)** فهو متهم في إقراره **(فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادّعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره)** بالحوالة فإنه لا يصدق هناك فكذا هنا. لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأنا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار، كذا في العناية. واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال: قد سبق في أوّل كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع. كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى، كعدم اعتبار

متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر. والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت، ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر. ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنياً ولا معتبر به. ووجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. والجواب أنه صار خصماً بظاهر يده وبإقراره، يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه فهو متهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لا يصدق إلا بحجة لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه

قوله: **(وقال ابن شبرمة، إلى قوله: وقال ابن أبي ليلى)** أقول: في القاموس الشبرمة بالضم: السنورة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى. قال العلامة الإتقاني: ابن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة، ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة، كذا في كتاب طبقات الفقهاء انتهى قوله: **(وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ)** أقول: يعني الإيداع والرهن والغصب والإجارة والإعارة قوله: **(وجه ظاهر الرواية الخ)** أقول: فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا. نعم ما ذكر عن أبي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه، نبه عليه في النهاية وغيره، فكان الأليق بهذا الشارح أن ينبه أيضاً قوله: **(وبناء الثاني على الأول ممنوع الخ)** أقول: فيما إذا كان المدعي وقفاً على أحد الفريقين أو مشرياً بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولي أو المشتري أودعه قوله:

لأنه صار خصماً بظاهر يده، فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة، كما إذا ادعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله. **(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه**

إقرار المريض للوارث، وعدم اعتبار إقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالأخ والعم، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولد أيضاً إلى غير ذلك، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقرّ إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقرّ **(وقال أبو يوسف آخراً إن كان الرجل صالحاً فالجواب)** أي جواب المسألة **(كما قلناه)** أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة **(وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة)** وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة **(لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله)** سرّاً **(إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود)** علانية **(فيحتال لإبطال حق غيره)** أي يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة **(فإذا اتهمه القاضي به)** أي بالاحتيال **(لا يقبله)** أي لا يقبل ما صنعه. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: ما ذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما ابتلي بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره، وما قالاه قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم، كذا في غاية البيان. واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنه إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك، إلا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة، على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة، كذا في العناية وكثير من الشروح. ثم إن الذي ذكر في الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه **(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه)** أي أصلاً لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه **(لا تندفع عنه الخصومة)** أي بالإجماع، كذا في الكافي والشروح، والظاهر أن مرادهم

بينة. وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار. ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرّاً إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبلها. وأما كوجه الفصل الأول فلأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها. وأما الفصل الثاني فله وجهان: أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه. والثاني: أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي. وأما الفصل الثالث: فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره، فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: أتعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا، فقال: إذاً

(كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول: في صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته للمقدمة الممنوعة. وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل قوله: (ولئن سلمنا البناء الخ) أقول: فيه بحث قوله: (لكن مقصود المدعى عليه، إلى قوله: ولا معتبر به) أقول: فقوله إثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ. إن أريد إثبات الملك له قصداً فمسلم ولا يضرنا، وإن أريد إثباته ضمناً فلا نسلمه. ثم المراد من الضمني خلاف القصدي، والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنياً الخ إثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون إثبات الملك للغائب ضمنياً ولا معتبر به قوله: (وهو غير معهود في الشرع) أقول: قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد.

الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت لتضرّر به المدعي، ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني، وعند

بالإجماع هاهنا إجماع أئمتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبي ليلى، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر. قال المصنف في تعليل المسألة **(لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي)** حيث لم يعرفوه **(ولأنه)** أي ذا اليد **(ما أحاله)** أي ما أحال المدعي **(إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت)** أي الخصومة **(لتضرّر به المدعي)** أقول: في تعليله الثاني قصور: أما من حيث اللفظ فلأنه أضمر فيه المدعي أولاً حيث قال ما أحاله وأظهره ثانياً حيث قال يمكن للمدعي اتباعه. ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار في المقامين. وأما من حيث المعنى فلأنه جعله دليلاً مستقلاً على المسألة الإجماعية، مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلاً واحداً حيث قال في تعليل هذه المسألة في التبيين: لأنهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته، ولعل المدعي هو ذلك الرجل، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى. ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضاً لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى. وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذي اليد نسب حالهم إليه، ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لأنه والضمير في قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد **(ولو قالوا)** أي الشهود **(نعرفه)** أي الرجل الذي أودعه **(بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فكذا الجواب)** أي جواب المسألة **(عند محمد للوجه الثاني)** وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: تعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟

لا تعرفه» ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت **(قوله والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه)** جواب عن قول محمد: لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي. ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من نفسه **(حيث نسي خصمه)** أو من جهة شهود المدعي عليه وذلك لا يلزمه، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كان العين قائمة في يد المدعى عليه، وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقاما البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة. قال: **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ)** وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً، وإن قال المدعي غصبت هذا العين مني أو سرقته مني وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لأنه صار خصماً بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدوى على غير ذي اليد، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً. وإن قال المدعي سرق مني وأقام ذو اليد البينة على أن فلاناً أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي

أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود، والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه حيث نسي خصمه أو أضرّه شهوده، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)** لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً **(وإن قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة، وإن أقام ذو اليد البينة**

فقال: لا، فقال إذاً لا تعرفه»[1] ومن حلف لا يعرف فلاناً وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث، كذا في الكافي والشروح **(وعند أبي حنيفة تندفع لأنه)** أي المدعى عليه **(أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره)** أي غير المدعي **(حيث عرفه الشهود بوجهه)** فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي **(بخلاف الفصل الأول)** وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلاً **(فلم تكن يده)** أي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني **(يد خصومة)** لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ **(وهو المقصود)** أي لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة، والحديث المارّ يدل على نفي المعرفة التامة، وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت **(والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده)** أي شهود المدعى عليه وهو ذو اليد، وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه، أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذي اليد **(وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى)** أي هذه المسألة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله **(وذكرنا الأقوال الخمسة)** وهي قول ابن شبرمة، وقول ابن أبي ليلى، وقول أبي يوسف، وقول محمد، وقول أبي حنيفة رحمهم الله؛ وإما لأن فيها خمس صور وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرهن، والغصب كما ذكروه أيضاً **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)** هذا لفظ القدوري: يعني إن قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم المدعي **(لأنه)** أي المدعى عليه **(لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً)** كما لو ادعى ملكاً مطلقاً **(وإن قال المدعي غصبته مني)** أي غصبت هذا الشيء مني **(أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة، لأنه)** أي لأن ذا اليد **(إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه)** أي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذي اليد **(لا بيده)** أي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصماً بيده، ثم إن فعل ذي اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه **(بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه)** أي ذا اليد **(خصم فيه)** أي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء **(باعتبار يده حتى لا تصح دعواه)** أي دعوى الملك المطلق **(على غير ذي اليد)** ويده مترددة

يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد عنه شفقة عليه. فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعيب عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضى عليه بتسليم بالعين إلى المدعي إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعيب للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده

قال المصنف: **(أو أضربه شهوده)** أقول: أي شهود المدعي، فالإضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد قوله: **(لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره)** أقول: الضمير في قوله غيره راجع إلى الملك قوله: **(ولهذا صحت الدعوى)** أقول: أي دعوى الفعل.

---

(١) غريب مرفوعاً. وقد ورد نحوه عن عمر موقوفاً. وفيه قال للرجل: أتعرفه. قال: نعم. قال: هل سافرت معه؟ قال: لا. قال: هل عاملته بالدينار، والدرهم؟ قال: لا قال: إذاً لا تعرفه. قلت: فحديث الباب غريب، ومعرفة الاسم، والنسب لا يكفي فتنبه.

على الوديعة) لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل **(وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة)** وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة السر فصار كما إذا قال

بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً **(ويصح دعوى الفعل)** أي يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد **(وإن قال المدعي سرق مني)** أي إن قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول **(وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة)** أي على أن فلاناً أودعه إياه **(لم تندفع الخصومة)** هذا أيضاً لفظ القدوري. قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع)** أي الخصومة وهو القياس **(لأنه)** أي المدعي **(لم يدع الفعل عليه)** أي على ذي اليد **(فصار كما إذا قال)** أي المدعي **(غصب مني على ما لم يسمّ فاعله)** يعني أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة، كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا، كذا في غاية البيان **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن ذكر الفعل)** وهو السرقة **(يستدعي الفاعل لا محالة)** لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور **(والظاهر أنه)** أي الفاعل **(هو الذي في يده إلا أنه)** أي المدعي **(لم يعينه)** أي لم يعين الفاعل **(درءاً للحد شفقة عليه)** أي على ذي اليد **(وإقامة لحسبة الستر)** أي لأجل الستر. قال صاحب العناية: فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضي عليه بتسليم العين إلى المدعي، إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعل سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء انتهى. أقول: في كل واحد من السؤال والجواب نظر. أما في السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفي ذلك جعله سارقاً أن في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع، وإنما هو عند تعيين كونه السارق، وإن أراد به أن في ذلك مجرد جعله خصماً في دعوى كون ذلك الشيء مسروقاً من المدعي فهو مسلم، لكن لا وجه حينئذ لقوله ما وجه الدرء حينئذ إذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره؟ وأما في الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذي اليد خصماً والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعي في مسألتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال لدرء الحد، وأن الاحتيال لدرئه إنما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي، وهذا مع كونه مخالفاً لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه، لأن ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك الغير أودعها عنده، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع **(فصار)** أي فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول **(كما إذا قال سرقت)** بالتعيين والخطاب **(بخلاف الغصب)** أي بخلاف ما إذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الوديعة بالاتفاق **(لأنه لا حدّ فيه)** أي في الغصب

لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكأن في جعله سارقاً احتيالاً للدرء، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حدّ فيه فلا يحترز عن كشفه، وإن قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة

سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا حدّ فيه فلا يحترز عن كشفه **(وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة)** لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها، والله أعلم.

(فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذوراً في التجهيل **(ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك)** أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه **(أسقط الخصومة)** أي أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه **(بغير بينة)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه)** أي في الشيء المدعي **(لغيره)** أي لغير صاحب اليد **(فيكون وصولها)** أي وصول العين المدعاة، وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية، ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة **(إلى يد ذي اليد من جهته)** أي من جهة الغير **(فل تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم)** أي المدعي **(البينة أن فلاناً)** أي فلاناً المذكور **(وكله بقبضه)** أي بقبض الشيء المدعي **(لأنه)** أي المدعي **(أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها)** أي بإمساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن هاهنا أيضاً حيث قال أوّلاً بقبضه بالتذكير، وثانياً بإمساكها بالتأنيث.

لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته أنه أحق بإمساكه.

قوله: **(أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً الخ)** أقول: بأن جعل سارقاً، ثم أقول: فيه بحث، فإنه إن أراد أن في ذلك جعله سارقاً في حق توجه الخصومة فمسلم ولا يلزم منه القطع، وإن أراد أن فيه جعله سارقاً في حق القطع فليس كذلك، وإنما يلزم ذلك أن لو قال المدعي سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذو اليد سارقاً لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذي اليد منه والحدود تندرىء بالشبهات فحينئذ لا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى قوله: **(إن ظهرت سرقته)** أقول: أي سرقة العين بإقرار ذي اليد أو غيره قال المصنف: **(إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله)** أقول: فإن قيل: يلزم حينئذ الحكم على الغائب بأنه وكله. قلنا: لا محذور فيه، فإن ما يدعي على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعي على الحاضر وهو التسليم، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فراجعه.

باب ما يدعيه الرجلان

قال: **(وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضي بها بينهما)** وقال الشافعي في قول: تهاترتا، وفي قول يقرع بينهما، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها)** أي العين **(له وأقاما البينة)** أي على ما ادعاه **(قضى بها بينهما)** أي نصفين، وإنما وضع المسألة في دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما البينة فبينة الخارج أولى عندنا. وفي أحد قولي الشافعي: تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك. وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق، لأن في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلاً وخلافاً كما سيجيء إن شاء الله تعالى **(وقال الشافعي)** أي في المسألة التي نحن فيها **(في قول تهاترتا)** أي البينتان: أي تساقطتا وبطلتا، مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا في المغرب **(وفي قول يقرع بينهما)** أي بين المدعيين ويقضي لمن خرجت قرعته **(لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل)** أي في كل العين **(في حالة واحدة وقد تعذر التمييز)** أي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما **(فيتهاتران)** كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم، وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى، كذا في النهاية والكفاية **(أو يصار إلى القرعة «لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم أنت الحكم بينهما»)** روى سعيد بن المسيب «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فأقرع رسول الله ﷺ بينهما وقال: اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته»[1] **(ولنا حديث تميم بن طرفة)** الطائي[2] رواية عن أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود **(«أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ**

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين **(قال: وإن ادّعى اثنان عيناً في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما. وقال الشافعي في قول: تهاترتا)** أي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه **(وفي قول: يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة)** والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما، أو يصار إلى القرعة لأنه ﷺ أقر فيه. كروى سعيد بن المسيب: «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة، فأقرع رسول الله

باب ما يدعيه الرجلان

قوله: **(بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق)** أقول: في إيجاب متعلق بقوله بمنزلة قوله: **(ولا نسلم كذب إحداهما بيقين)** أقول: فيه

---

(١) ضعيف، أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/٢٠٣ من حديث أبي هريرة وعبد الرزاق في مصنفه في البيوع وأبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٤/١٠٨ كلاهما عن سعيد بن المسيب مرسلاً. قال الهيثمي: وفيه أسامة بن يزيد القرشي ضعيف. وذكره عبد الحق في أحكامه كما في نصب الراية ٤/١٠٨ وقال: هذا مرسل وضعيف، فإن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ١٠/٢٥٩ وابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، وكذا عبد الرزاق، والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٤/١٠٩ كلهم عن تميم بن طرفة. وقال البيهقي: هذا منقطع اهـ. الزيلعي.

أنت الحكم بينهما» ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين». وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. قال: (فإن

في ناقة وأقام كل واحد منهم بينة فقضى بها بينهما نصفين»)[1] وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة، فقال: ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا ﷺ بينهما نصفين»[2] (وحديث القرعة[3] كان في الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة: يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء؛ فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، بخلاف قسمة المال المشترك لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييباً للقلوب، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار، كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أي المجوّز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام: ولا نسلم كذب إحداهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى. أقول: الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي إن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع، ومعنى كذبه عدم مطابقته لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب إحداهما: أي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب، وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلاً في دفع هذا

ﷺ بينهما فقال: اللهم إنك تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته» ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي «أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فقضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين» وعن أبي الدرداء رضي الله عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحوجكما إلى سلسلة

بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات فكيف يمنع؟ وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى. والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هنا وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل قوله: (فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول: يعني شرعاً.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥ والنسائي ٨/٢٤٨ وابن ماجة ٢٣٣٠ والحاكم ٤/٩٥ والبيهقي ١٠/٢٥٨، ٢٥٩ كلهم من حديث أبي موسى الأشعري. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه وقال المنذري في مختصره: إسناده كلهم ثقات.
تنبيه: وقع للمصنف «رواية عن أبي موسى الأشعري...» الخ. فقد يظن ظان أن تميم الطائي رواه عن أبي موسى، وليس كذلك والأفضل: أن يقال: «وورد من حديث أبي موسى».

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١١٠: رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: جاء رجلان يختصمان إلى أبي الدرداء في فرس أقال كل واحد البينة أنها نتجت عنده، فقضي بينهما نصفين، ثم قال: ما أحوجكما إلى مثل سلسلة بني إسرائيل كانت تنزل، فتأخذ عنق الظالم».

(٣) وهو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: **(ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما)** لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، وهذا إذا لم

كما لا يخفى. والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك، بل أن يكون مراده به القول بالموجب: أي إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم. وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه، لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع، فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان **(فيجب العمل بهما ما أمكن)** لأن البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن **(وقد أمكن)** هاهنا **(بالتنصيف إذ المحل يقبله)** أي يقبل التنصيف **(وإنما ينصف لاستوائهما)** أي لاستواء المدعيين **(في سبب الاستحقاق)** وهو الشهادة. فحاصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما، فإنه مما لا يطلع عليه العباد، وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفريع: فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان. ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب إحداهما بيقين. وأجاب عنه حيث قال: فيه بحث، فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام إحداهما لنفس الأمر من أجلي الواضحات، فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هاهنا، وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً، فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعاً عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لأن كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر، وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه، وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الإسلام حق مع مخالفته لاعتقاده، وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده، فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى الاستدلال أئمتنا في هذه المسألة؟ وأيضاً لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصوّر بدون التعمد. وأيضاً لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابق للاعتقاد، إذ يكفي له كذب إحداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع. والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسألة، فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك به القول المعوّل عليه في معنى الصدق والكذب. ثم إن قوله وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً إن أراد به أن يلزم اجتماع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها

كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين» والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلاً وتساويهما في سبب الاستحقاق **(قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح**

تؤقت البينتان، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى **(وإن أقرّت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته)** لتصادقهما **(وإن أقام الآخر البينة قضي بها)** لأن البينة أقوى من الإقرار **(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة**

بعينها ممنوع، وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحد منهما وتكذيب إحداهما لا بعينها فمسلم، لكن لا نسلم المحذور فيه، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملاً لا محققاً فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن ادعى كل واحد منهما)** أي من الرجلين **(نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين)** وحكي عن ركن الإسلام علي السغدي أنه لا تترجح إحداهما إلا بإحدى معان ثلاث: إحداها إقرار المرأة، والثانية كونها في يد أحدهما، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلاً عن الخلاصة. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور **(إذا لم تؤقت البينتان، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى)** لما فيه من زيادة الإثبات، كذا في الكافي. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأوّل أولى ليس بجلي، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأوّل طلقها فتزوّج بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأوّل حكمنا به، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى. أقول: في الجواب الأول نظر، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعاً، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني بل على منع أولوية الأوّل، وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضاً على تقدير دعوى النكاح مطلقاً: أي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فيما إذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الأول طلقها وانقضت عدّتها فتزوّج بها الثاني، كما ذكر في السؤال فلم تثبت الأولوية في الأول مطلقاً. وأما الجواب الثاني فهو وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأول فيما عاينا تقدمه أيضاً مع الاحتمال المذكور، فالأحسن هاهنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق. قلت: لا يمكن لأن النكاح الثاني يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للأول بالشك، ولا يقال: يحمل أمرهما على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر في الدفع لا في إبطال حق

امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين، إما أن تكون متعاقبة أو لا، فإن كان الثاني فلا بينة لهما، فالمرأة إما أن تقرّ لأحدهما أو لا، فإن أقرّت فهي امرأته لتصادقهما، وإن لم تقرّ لم يقض لواحد، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهي امرأته وإن أقرّت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار، وإن أقاماها، فإما أن تكون في بيت أحدهما أو دخل بها أولا؟ فإن كان ذلك فهي امرأته، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده، إلا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فإنها تقبل، لأن الصريح أولى من الدلالة، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهي امرأته، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، وإن لم يذكرا تاريخاً لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما،

قوله: **(وإن أقاماها الخ)** أقول: الأظهر أن يقرر هكذا: وإن أقاماها، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة، وإنما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار. قال الإتقاني نقلاً عن فصول الاستروشني: وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اهـ. والظاهر أن يقيد قوله وإن أرخ أحدهما بلا يد ولا إقرار وإلا فصاحب اليد والإقرار أولى قوله: **(فإن كان ذلك فهي امرأته الخ)** أقول: ولا يعتبر قولها وتصديقها قوله: **(وإن لم يكن ذلك)** أقول: معطوف على قوله فإن كان ذلك، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فإما أن يكون في بيت أحدهما أو دخل بها قوله: **(وإن لم يذكرا تاريخاً)** أقول: أو استوى تاريخهما قوله: **(والجواب أن ذلك الخ)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله لجواز أن الأول طلقها الخ.

وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه **(إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً)** لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال: **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)** معناه من صاحب اليد وأقاما بينة **(فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن**

الغير وهاهنا الحاجة إلى الإبطال انتهى. **(وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار)** إذ البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة. وذكر في نكاح المبسوط: ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته ويقيم البينة، فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد تترجح إحداهما بالقبض، كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتاً حين دخل، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوّجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرّت المرأة أنه تزوّجها قبله أو أنه تزوّجها دون الآخر فهي امرأته، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له كما بينا في جانب الزوج، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما، كذا في النهاية. وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب، وأنه يظهر منه أن قول القدوري: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما إذا لم تكن المرأة في بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها. واعلم أن هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر، وإن لم يؤرّخا أو أرّخا على السواء فإنه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد. فرّق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة. والفرق أن المقصود في حال الحياة هي المرأة وهي لا تصلح للشركة بينهما، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة، فإن جاءت بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوّة لا تتجزأ. كذا في غاية البيان نقلاً عن الفصول، وفي الفصول نقلاً عن المحيط **(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى)** يعني أن الذي ذكر من قبل فيما إذا ادعيا معاً، ولو تفرد أحدهما بالدعوى **(والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك)** أي بما ادعاه الثاني **(لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه)** أي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الأولى، بل دونها

فأيهما أقرت له أنه تزوّجها قبل الآخر فهي امرأته، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين. ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجليّ لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها فتزوجها بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه، إلا أن يؤقّت شهود المدعي الثاني وقتاً سابقاً فيقضي له لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين **(قوله وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج)** مرّ بيانه. قال: **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه**

شاء ترك) لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن **(فإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه)** لأنه صار مقضياً

لأن الأولى تأكدت بالقضاء، وهذا لأن في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأي بالرأي، كذا في غاية البيان **(إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً)** أي وقتاً سابقاً فإنه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني **(لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين)** حيث ظهر أنه تزوّج منكوحة الغير. أقول: في قول المصنف بيقين تسامح، لأن البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به، ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظة بيقين في تحريره **(وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق)** قد مرّ بيان هذه المسألة على الوجه الأتمّ فيما ذكرنا من قبل نقلاً عن المبسوط **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)** قال المصنف **(معناه)** أي معنى قوله منه **(من صاحب اليد)** وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب، كذا في النهاية وغيرها. ثم إن تمام قول القدوري **(وأقاما بينة)** أي أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام: وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت، فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هاهنا حيث قال في شرح المقام: ولم تؤقّت واحدة من البينتين وقتاً. وأقول: الأولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما، ولو لم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسألة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسألة، ولا يخفى بعد ذلك **(فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما)** قال المصنف **(لأنه تغير عليه شرط عقده)** وهو رضاه لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة عليه، كذا في معراج الدراية أخذاً من الكافي. وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال: لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغيّر عليه **(فلعل رغبته في تملك الكل)** ولم يحصل **(فيردّه ويأخذ كل الثمن)** وقال بعض الفضلاء ردّاً على صاحب العناية: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا، وهو تغيّر لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له انتهى.

اشترى منه هذا العبد الخ) عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد. قال المصنف **(معناه من صاحب اليد)** احترازاً عما سيأتي بعده هذه المسألة **(وأقاما)** على ذلك **(بينة)** من غير تأقيت. **(فكل واحد منهما بالخيار، إن**

قوله: **(لأن شرط العقد الخ)** أقول: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل، وأيضاً الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له قوله: **(أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما الخ)** أقول: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي. قال الإتقاني ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده: فإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فإنه يقضي بالدار بينهما نصفين، ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وإن شاء ترك. فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه فليتأمل.

عليه في النصف فانفسخ البيع فيه، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء **(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما)** لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به **(ولو وقتت إحداهما ولم**

أقول: الذي هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساقط، أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلأن قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق. وأما قوله وأيضاً لاتحاد وصف العقد الخ فلأن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا أنه شرط نفس العقد، كما أن الرضا أيضاً كذلك لتحقق نفس العقد فاسداً في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه، وأن مراد المصنف أنه تغيّر شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد. ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطاً للآخر. وقال صاحب العناية: فإن قيل: كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملاً في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به اهـ. واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي، وذكره الإتقاني هاهنا ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام، فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه انتهى. أقول: مبنى جواب صاحب العناية هاهنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت، فحينئذ يتم جوابه، فإن ما يحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد. وأما دفع السؤال عن مسألة أخرى غير مذكورة في الكتاب ففضلة من الكلام هاهنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك. نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأساً كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة، ثم إن هاهنا جواباً دافعاً للسؤال عن المسألتين معاً ذكره أيضاً صاحب الكافي وعامة الشراح، وهو أن البيعين يتصوّر وقوعهما في وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بأن يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معاً من رجل فإنه يجوز، وعقد الوكيل كعقد الموكل، ويضاف عقده إلى الموكل مجازاً فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا **(فإن قضى القاضي به)** أي بالعبد **(بينهما)** أي بين المدعيين **(فقال أحدهما لا أختار)** أي لا أختار الأخذ **(لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه)** أي الآخر **(صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه)** أي في هذا النصف، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدّع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقولهُ **(وهذا لأنه خصم فيه)** أي في النصف المقضى به **(لظهور**

شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذي شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البيّنة **(وإن شاء ترك)** لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه **(فلعل رغبته في تملك الكل)** ولم يحصل **(فيردّه ويأخذ كل الثمن)** فإن قيل: كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد، فينبغي أن تبطل البينتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به **(فإن قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهم لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه)** والعقد

قوله: **(وقوله حيث يكون له، إلى قوله: يشير إلى أن الخيار الخ)** أقول: وإلا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة قوله: **(وذكر بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني.

تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك **(وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى)** ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بينا، إلا أن يشهدوا أن

استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك) أي بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الأخذ **(قبل تخيير القاضي)** أي قبل القضاء عليه بالخيار **(حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل)** وحجته قامت به **(ولم يفسخ سببه)** أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء **(والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد)** يعني إنما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له، فإذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل **(ونظيره)** أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي **(تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء)** أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار **(ونظير الأول)** أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار **(تسليمه بعد القضاء)** أي تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار. واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحمة إلى هنا، وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح، ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ **(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد)** فاستحقاقه من ذلك الوقت **(فاندفع الآخر به)** إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا **(ولو وقّتت إحداهما)** أي إحدى البينتين **(ولم توقّت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك)** أقول: فيه شيء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضاً، وإنما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس، فما الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضاً في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب، فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو وقّتت إحداهما ولم توقّت الأخر قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك في ذلك الوقت، والذي لم يؤقّت يثبت ملكه في الحال لأن شراءه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقاً فكان أولى انتهى **(وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(ومعناه)** أي ومعنى قوله ومع أحدهما قبض **(أنه في يده)** أي القبض ثابت في يده معاينة، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعاينة، كذا في النهاية وغيرها. أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن الظاهر أن هذه المسألة والمسألة السابقة التي كانت مذكورة أيضاً في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما، وكذا المسألة التي ذكرها المصنف في البيّن وهو قوله ولو وقّتت إحداهما ولم توقّت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب

متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدّع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقوله: **(وهذا لأنه خصم فيه)** أي في النصف المقضي به **(لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي)** وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخا لإسلام خواهر زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأوّل منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به، ولو وقتت إحداهما دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت

شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة. قال: **(وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)**

المسألة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسألة مستقلة. وقد قال المصنف في صدر المسألة معناه من صاحب اليد، فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسألة فيما إذا كان المدعي في يد البائع. وقال هاهنا: ومعناه أنه في يده: أي في يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعي في يد المشتري فكان مخالفاً لوضع المسألة فليتأمل في التوجيه **(لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه)** تعليل للمسألة المذكورة. قال صاحب العناية: وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد، فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدّم أولى انتهى. أقول: قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح، لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من إيجاز الكلام وتنقيح المرام ما يأبى أن يكون مراده ذلك، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه، إذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن، فعندي أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعي يدل على كون شرائه إياه سابقاً، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقاً لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذ ملكاً لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه، وهذا المعنى مع كونه ظاهراً من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب إن شاء الله تعالى **(ولأنهما استويا في الإثبات)** أي ولأن القابض وغير القابض استويا في إثبات الشراء بالبينة، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكاً **(فلا تنقض اليد الثابتة بالشك)**. لا يقال: بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض. لأنا نقول: بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً أما إذا ادّعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي هاهنا، وقد صرحوا به في مواضع منها ما مرّ في أوائل باب اليمين. قال صاحب العناية:

مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك ولو لم يذكر تاريخاً لكنه في يد أحدهما فهو أولى **(لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه)** وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد. فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتها في الحال، وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى **(ولأنهما استويا في الإثبات)** وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون **(فلا تنقض اليد الثابتة بالشك)** وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدّعيين ثمة يحتاج إلى إثبات

قوله: **(وبينة غير القابض قد تكون الخ)** أقول: إذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم قوله: **(وقد لا يكون)** أقول: إذا كان المشهود به الشراء المتأخر قوله: **(يحتاج إلى إثبات الملك)** أقول: أي الملك المطلق قوله: **(وها هنا ليس كذلك)** أقول: لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع قوله: **(وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه الخ)** أقول: لا بد من التأمل أنه هل يتمشى هنا تحقيقه المبني على المقدمتين،

معناه من واحد **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض، وكذا الشراء والصدقة مع القبضة لما بينا **(والهبة والقبض**

وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أوّلاً، فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكانت بينة الخارج أولى، وهاهنا ليس كذلك انتهى. وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية، وزاد في البيان حيث قال: فأما هاهنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك، بل هو ثابت بتصادقهما عليه، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى. أقول: في الجواب بحث، وهو أن الذي يثبت لكل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين، وكون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما مسلم، وأما فيما إذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع؛ ألا يرى أن الدليل الذي ذكروا لإثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد، وهو أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً، فإن قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى. إنما يجري فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما لا فيما إذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل **(وكذا لو ذكر الآخر وقتاً)** أي لو ذكر غير القابض وقتاً كان العبد لذي اليد أيضاً **(لما بينا)** قال صاحب العناية: بل عامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه. أقول: يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر، وذلك التحقيق لا يجري فيما إذا ذكر الآخر وقتاً لأنه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تتصوّر فيما إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى، ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية. وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقاً على قبضه في الظاهر حملاً لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر، إلا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما إذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن

الملك لبائعه أوّلاً. فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وهاهنا ليس كذلك **(وكذا إذا ذكر الآخر)** يعني بينة الخارج **(وقتاً)** فذو اليد أولى، لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد **(وقوله لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **(إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد)** فإنه تنقض بها اليد **(لأن الصريح يفوق الدلالة، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)** قال المصنف **(معناه من واحد)** احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** لأنه **(لكونه معاوضة من الجانبين)** كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكر من الوجهين

بل الظاهر أنه إشارة إلى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك، إلا أن قوله لأن الصريح الخ يؤيد الأول قوله: **(ولأن الشراء، إلى قوله: ثابتين معاً الخ)** أقول: بل يثبت الشراء مع القبض، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على ما مر آنفاً، فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء. هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم. يشهد لذلك قوله في دليل المسألة الآتية لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى قوله: **(دون الهبة لتوقفها على القبض)** أقول: فكان ملك مدعي الشراء سابقاً قوله: **(وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ)** أقول: والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضاً عن هبة والآخر الشراء، فكذا جواب المسألة لهذين الدليلين بعينهما قوله: **(ترجيح بما يرجع إلى المآل)** أقول: لا ترجيح بما يرجع إلى المآل، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال قوله: **(إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل)** أقول: فإن قيل: ظهور الأثر في ثاني الحال إنما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب. قلنا: لا نسلم بل لحصول الأجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل.

والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال، وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح، وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع

لأحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك، ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول، إذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضاً كما لا يخفى، وهذا هو الثمرة التي أشرنا إليها فيما مرّ آنفاً **(إلا أن يشهدوا)** أي شهود الخارج **(أن شراءه)** أي شراء الخارج كان **(قبل شراء صاحب اليد)** فحينئذ يكون الخارج أولى **(لأن الصريح يفوق الدلالة)** يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)** قال المصنف **(معناه من واحد)** أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد، وإنما قيد به احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين، فإن المدعيين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد، ثم إن تمام لفظ القدوري **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** وكذا الحكم إذا أرّخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام **(لأن الشراء أقوى)** أي من الهبة **(لكونه معاوضة من الجانبين)** والهبة تبرّع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى، لأن البينات تترجح بكثرة الإثبات **(ولأنه يثبت الملك بنفسه)** عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لأن الشراء أقوى: أي ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء **(والملك في الهبة يتوقف على القبض)** ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير، فكان هذا دليلاً آخر على كون الشراء أقوى من الهبة، يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى. أقول: الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفاً على قوله لأن الشراء أقوى، فجعل كلا منهما دليلاً مستقلاً على أصل المسألة، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي هاهنا، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعيد. هذا: وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى. ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولأنه يثبت الملك الخ معطوفاً على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجهاً مستقلاً لكون الشراء أقوى كما قررناه **(فيما قبل، فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض)** أي كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكره في المسألة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى **(والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء)** يعني إذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء **(حتى يقضى بينهما)** أي نصفين، كذا في الكافي وغيره **(لاستوائهما في وجه التبرع)** فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، أجاب بقوله **(ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل)** أي يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن

في أن الشراء أقوى **(وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء، ويقضي به بينهما لاستوائهما في وجه التبرّع)** فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة. أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم. وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع إلى المآل: أي بما يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المآل لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال **(وهذا)** أي الحكم بالتنصيف بينهما **(فيما لا يحتمل القسمة)** كالحمام والرحى صحيح **(وكذا فيما يحتملها)** كالدار والبستان **(عند البعض)** لأن كل واحد منهما

طارىء، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح. قال: **(وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء)** لاستوائهما في القوّة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء، إذ التزوّج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه **(وإذا ادعى**

عدم صحة الرجوع في المستقبل **(والترجيح بمعنى قائم في الحال)** أي الترجيح إنما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المآل. وأجيب أيضاً بأن امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب، ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها أيضاً لحصول المقصود وهو صلة الرحم **(وهذا)** أي القضاء بالتنصيف بينهما **(فيما لا يحتمل القسمة)** كالحمام والرحى **(صحيح، وكذا فيما يحتمله)** أي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان **(عند البعض لأن الشيوع طارىء)** يعني أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل، إلا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئاً وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة **(وعند البعض لا يصح)** ولا يقضي لهما بشيء **(لأنه تنفيذ الهبة في الشائع)** فصار كإقامة البينتين على الارتهان. قيل هذا قول أبي حنيفة. أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين، والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها، كذا في العناية وغيرها **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا ادعى أحدهما الشراء)** أي شراء شيء كعبد مثلاً من رجل **(وادّعت امرأته أنه)** أي ذلك الرجل **(تزوّجها عليه)** أي تزوّج المرأة المدعية على ذلك المدعي **(فهما سواء)** أي يقضي بذلك المدعي بينهما نصفين **(لاستوائهما)** أي لاستواء الشراء والنكاح **(في القوّة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه)** هذا إذا لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء، أما إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده. وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب: إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوّجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد بينهما انتهى. وفي التبيين للإمام الزيلعي: ثم

أثبت قبضه في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارىء وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة **(وعند البعض لا يصح)** ولا يقضي لهما بشيء **(لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان)** قيل هذا قول أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين. والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها. قال: **(وإذا ادعى أحدهما الشراءا لخ)** إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوّجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد بينهما لاستوائهما في القوّة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه، وللمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه،ك وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى، لأن

قوله: **(وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة)** أقول: أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز قوله: **(فإن قدمنا النكاح الخ)** أقول: كيف يقدم إذا أرخا وتاريخهما على السواء؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره. ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلاً كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذا لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في الصحيفة السابقة بوجه آخر قوله: **(وذكر في الأسرار، إلى قوله: لم يوجب ملك المسمى الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سويناهما.

أحدهما رهناً وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته. وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض **(وإن أقام البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى)** لأنه أثبت أنه أوّل المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. قال:

للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء، وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى **(وهذا)** أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما **(عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة)** أي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة **(لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء)** يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها **(إذ التزوّج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه)** بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء. أقول: هاهنا إشكال ظاهر، وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيما إذا لم يؤرّخا. وأما إذا أرّخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى. والمسألة تعم الصورتين كما مر آنفاً فكيف يتم خلاف محمد. ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى، وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال: ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلاً: كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى. فتأمل. قال صاحب العناية: وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سوّيناهما انتهى. أقول: هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى، إذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف. ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف أن يقول: المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة، إذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك **(وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره: قال المصنف **(وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى)** وهو رواية كتاب الشهادات، كذا في النهاية

العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة. وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين **(وإذا ادعى أحدهما رهناً وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى، وهذا استحسان. وفي القياس: الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته)** فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى **(وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، ولا تردالهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أوّل المالكين)** وكل من هو كذلك لا يتلقى

(ولو ادّعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في

ومعراج الدراية، وجه القياس قوله **(لأنها)** أي لأن الهبة **(تثبت الملك)** أي ملك العين **(والرهن لا يثبته)** فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى **(وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون)** ولهذا قالوا: إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين **(وبحكم الهبة)** أي المقبوض بحكم الهبة **(غير مضمون وعقد الضمان أقوى)** أي من عقد التبرّع، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين، والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحداً فكانت أكثر إثباتاً فكانت أولى، كذا في الشروح **(بخلاف الهبة بشرط العوض)** يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضاً حيث كانت أولى من الرهن **(لأنه بيع انتهاء)** أي لأن الهبة بيع انتهاء، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد **(والبيع أولى من الرهن لأنه)** أي البيع **(عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة هكذا الهبة بشرط العوض)** أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء. فإن قلت: الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة. قلت: نعم هي معاوضة انتهاء، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معارضة ابتداء نظراً إلى المقصود، بخلاف اللزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائماً في الحال، لا نظراً إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة **(وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه)** أي لأن صاحب التاريخ الأقدم **(أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه)** أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف آخراً، وبه قال محمد أوّلاً، وأما على قول محمد آخراً فيقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق

الملك إلا من جهته، والفرض أن الآخر لم يتلق منه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً وقول محمد أولاً. ثم قال محمد: يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرّخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات. وعلى قول أبي يوسف يقضي لمن أرّخ، وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرّخ لأنه يدعي أولية الملك، وسيأتيك تمام بيانه إن شاء الله تعالى **(ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاماها ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما، وإن أرّخا تاريخين متفاوتين فالأول أولى لما بينا)** أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلاً. قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحداً أو اثنين، وإنما التفاوت بينهما إذا أقّتت إحداهما دون الأخرى على ما

قال المصنف: **(ولو ادعيا الشراء إلى قوله: فالأول أولى)** أقول: قال العلامة الكاكي تبعاً لصاحب النهاية: وفي هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحداً أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أولى، وإنما يتفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقتت إحدى البينتين ولم تؤقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله: بخلاف ما إذا كان البائع واحداً انتهى. قال العلامة النسفي في الكافي: وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخاً يقضى لأسبقهما تاريخاً اتفاقاً، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى. وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي. ثم قال في الكفاية: الأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحداً فيما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا في الكتاب، يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ. وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضاً انتهى. فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية، وما في الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى، وهو مختار صاحب الهداية أيضاً على ما يشير إليه كلامه، إلا أن في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثاً، فإن بينة مدعي الأسبق تثبت لبائعه ملكاً سابقاً، وإذا أثبت أحد مدعيي الملك المطلق تاريخاً أقدم فهو أولى فليتأمل. فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر، بل الظاهر خلافه حيث يتضمن إثبات تاريخ ملك المدعيين إثبات تاريخ ملك البائعين قوله: **(قيل لا تفاوت)** أقول: القائل صاحب النهاية قوله: **(ليس فيه زيادة فائدة)** أقول: فائدته دفع توهم التكرار في كلام القدوري.

وقت لا منازع له فيه **(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخاً فهما سواء)** لأنهما يثبتان

في أصح الروايات، وعلى قول أبي يوسف يقضي للذي أرّخ، وعلى قول محمد يقضي للذي لم يؤرخ لأنه يدعي أولية الملك، كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة، وسيأتي تمام بيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو ادعيا الشراء من واحد)** قال المصنف **(معناه من غير صاحب اليد)** أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد. قال صاحب النهاية: ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة، فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحداً لأنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرّخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرّخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا في الدعوى والحجة، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى، لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت، ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك. وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلاً لنقض ما هو ثابت، لأنا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير. وأما إذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة، وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلاً وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه، فإن لم يؤرخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهما: وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخاً، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر فالمؤرّخ أولى لما قلنا انتهى. وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذة المصنف هاهنا بالوجه المذكور. وقال صاحب الكفاية: قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار، لأنه قال أولاً: ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا، فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى. أقول: الحق ما قاله صاحب الكفاية. وتوضيحه أن الإمام القدوري ما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين إحداهما هاهنا والأخرى في أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك: ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأوّل منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعيا من صاحب اليد، وقوله الثاني إلى ما إذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازاً عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلاً.

سيذكر بعيد هذا. وقوله: **(معناه من غير صاحب اليد)** ليس فيه زيادة فائدة، فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره، فإنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام **(وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر)** كأن أقام أحدهما على الشراء من

قوله: **(ورتب عليه الأحكام)** أقول: إلى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير قال المصنف: **(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخاً فهما سواء)** أقول: قال الزيلعي: يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى. قال الإتقاني: أي تاريخاً واحداً، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف آخراً، وهو قول محمد في رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضي بينهما انتهى. ولا يخفى التدافع بين الكلامين، فقيل في دفعه إن الكلام مبني على روايتين، فما في غاية البيان مبني على رواية ما ذكره الزيلعي، والذي يشير إليه كلام الهداية مبني على رواية أخرى فليتدبر، وأنت خبير بأن المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك قوله: **(لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك)** أقول: أي ملك بائعه، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لبائعهما، وتوقيت إحداهما في الملك المطلق لا يفيد الأولوية لما سبق آنفاً وسيجيء أيضاً قوله: **(لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً)** أقول: بل الحق تتميمه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكماً، إلا إذا يبين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله: ولقائل أن يقول الخ فليتأمل قوله: **(لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ)** أقول: يعني في المسألتين.

الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل **(ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضي بينهما نصفين)** لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم،

والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مرّ معناه من صاحب اليد، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذ في الكتاب انتهى، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هاهنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد، إذ لا يجيء في الكتاب مسألة إن ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا، وبأن فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد هاهنا أيضاً الاحتراز عن التكرار **(وأقاما البينة على تاريخين)** هذا من تتمة ما سبق: أي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين **(فالأول أولى)** أي فصاحب التاريخ الأوّل أولى **(لما بينا)** أي في مسألة إن ادعيا الشراء من صاحب اليد **(أنه أثبته)** أي أن صاحب التاريخ الأوّل أثبت الشراء **(في وقت لا منازع له فيه)** أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به **(وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر)** كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو **(وذكرا تاريخاً فهما سواء)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي ذكرا تاريخاً واحداً، وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده، كذا في المبسوط انتهى. وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال: وذكرا تاريخاً واحداً فهما سواء انتهى. وقال صاحب الكفاية أخذاً من الكافي: أي سواء كان تاريخهما واحداً أو كان أحدهما أسبق تاريخاً فهما سواء، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما، فكذا فيمن تلقى الملك منهما، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له، وإنما يختلفان في التلقي منه وأسبقهما تاريخاً، أثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى. وقد سلك الإمام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز. أقول: السرّ في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسألة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخاً كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان: وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضي يقضي بينهما، وإن وقّتا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ، وإن أرّخ أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقاً انتهى. وقال في البدائع: أما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقاً عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين، وإن كان وقتهما واحداً فكذلك، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخاً أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا عند محمد في رواية الأصول، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده. وعن محمد في الإملاء: أنه سوّى بين الميراث وبين الشراء، وقال: لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضاً إلا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى. وذكر في الذخيرة أيضاً كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها. ثم أقول: الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم، فحمل مسألة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا)** أي فيصير كأن البائعين

زيد مثلاً وآخر على لشراء من عمرو **(وذكرا تاريخاً واحداً فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا)** وادعيا وأرّخا تاريخاً واحداً **(ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل)** أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف

بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره **(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث**

حضرا وادعيا وأرّخا تاريخاً واحداً **(ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل)** أي من أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك **(ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم تؤقت الأخرى قضي بينهما نصفين)** يعني إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقّتت إحدى البينتين دون الأخرى قضي بينهما نصفين **(لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك)** أي على تقدم ملك بائعه: يعني أن كل واحد من المدعيين هاهنا خصم عن بائعه في إثبات الملك له، وتوقيت إحداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه **(لجواز أن يكون الآخر أقدم)** أي لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك **(بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما)** أي المدعيين **(اتفقا)** في هذه الصورة **(على أن الملك لا يتلقى)** أي لا يؤخذ **(إلا من جهته)** أي من جهة البائع الواحد، فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع **(فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره)** قال صاحب العناية: لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام في توقيت إحدى البينتين لا في إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام، وإنما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عياناً أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة، ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضاً بالبينة. نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن. والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضاً ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه، إلا أن هذا الفرق لا يجدي نفعاً، إذ الظاهر أنا لا نحكم في هذه الصورة أيضاً لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر. فالوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا أن يقال: لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير المؤقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكماً، وقد أشير إلى هذا الوجه هاهنا إجمالاً في غاية البيان وشرح تاج الشريعة، ومرّ منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلاً عن الكافي فتذكر. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما

العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك **(ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضي بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به)** لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به، فكذا إذا أثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غليه. ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، وأما الباقي فمشترك بين المسألتي، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره، والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق، لأن البائع إن كان

قوله: **(لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً)** أقول: فيه بحث، لجواز أن يبيع وكيلاه لشخصين في زمان واحد كما أشار إليه صاحب النهاية قوله: **(وملك غيره مشكوك إن تأخر)** أقول: أي إن تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع من الاستخدام قوله: **(وإن تقدم ملك)** أقول: لكن لم يملك المؤقت لأنه لم يتلف الملك من جهته قوله: **(فيرجح بالوقت)** أقول: فيه تأمل، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضاً لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحاً قوله: **(جاز أن يقعا معاً)** أقول: فيه بحث، إذ لا يتصور أن يملك الشخصان عيناً واحدة في زمان واحد حتى يتصور وقوع البيعين معاً، وجوابه أنا لم ندع صحة البيعين معاً كما إذا وقعا على التعاقب فلا يضره ما ذكرت قوله: **(لأن البينتين قامتا على مطلق الملك)** أقول: تعليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد الخ، وقوله عنه يعني عن محمد رحمه الله قوله: **(فكان التقدم والتأخر سواء الخ)** أقول: يحتاج إلى البيان.

الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرّخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البينة مع

ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته. وأما الباقي فمشترك بين المسألتين، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره. والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى. أقول: في الجواب بحث، أما أوّلاً فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلاً فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد. وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازاً كما ذكرنا فيما مر نقلاً عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب إحدى البينتين. وأما ثانياً فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير المؤقت يستلزم الشك في ملك المؤقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضاً ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لأحدهما، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر، فإذا كان هذا مشكوكاً فلا مجال للترجيح به أصلاً. وأما ثالثاً فلأن قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول، لأن التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئاً على التساوي والتساقط، فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه، ولعمري إن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح، ولكن ما أتى بشيء يعتدّ به كما عرفت، وإنّ فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر **(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر)** وأقاموا البينة **(قضى بينهم أرباعاً)** وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، وقال في تعليلها **(لأنهم يتلقون الملك من باعتهم)** وفي بعض النسخ من بائعهم، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكيهم. وفي بعض النسخ: من ملقيهم، استدلالاً بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية **(فيجعل كأنهم)**

واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضرّ، وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً، فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض **(ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيهك والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعاً، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق)** وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ)** وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخاً فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه محمد. روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً كانت أولى من بينة الخارج وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره إلا للنتاج، لأن النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرّضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء، بخلاف ما إذا قامتا بالتاريخ على الشراء وإحداهما

التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا، ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما

أي المملكين (**حضروا وأقاموا البينة**) على الملك المطلق لأنفسهم، وثمة يقضي بينهم أرباعاً فكذا هاهنا (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى**) أي كان صاحب اليد أولى. قال المصنف (**وهذا**) أي هذا الحكم (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه**) أي عن محمد (**أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه**) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه. وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول، وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة، وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره إلا للنتاج وما في معناه، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتاج، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال المصنف في تعليل ذلك (**لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء**) قال بعض الفضلاء: هذا يحتاج إلى البيان. أقول: في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك: أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء وإحداهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (**ولهما**) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (**أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره وبعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة**) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة، ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية (**وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما**) أي لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما، كذا في النهاية نقلاً عن الإيضاح (**والمعنى ما بيناه**) وهو ما ذكره من الدليل في

أسبق من الأخرى، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحداً أو اثنين (**ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة**) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة. ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع (**وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما**) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد لا معتبر بالوقت (**لما بينا**) من الدليل في الجانبين (**ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقّتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه**

قوله: (**إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع لما مر**) أقول: آنفاً قوله: (**وإلا لزمه المسألة الأولى**) أقول: ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل. يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان. قوله: (**وأجيب بأن ذلك الخ**) أقول: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقاني في غاية البيان فراجعه.

كان صاحب التاريخ أولى. ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث، المسألة بحالها فهما سواء عند أبي

الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أي من غير ذكر سبب (ووقتت إحداهما) أي إحدى البينتين (دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى) إنما قيد بالتوقيت لأن الخارج وذا اليد إذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (لأنه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف: أي لأن صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أي وصار الجواب في هذه المسألة كالجواب في دعوى الشراء (إذا أرّخت إحداهما) أي إذا أرّخت إحدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا، والجواب أن الشراء معنى حادث، فإذا لم يؤرّخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال، كذا في غاية البيان (ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفاً (ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم. قال صاحب العناية: قيل استدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لا يقول بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى. أقول: هذا الاعتراض ليس بشيء، إذ ليس مراد المجيب أن قول محمد في مسألتنا هذه: أعني أولوية الخارج فيما إذا وقتت إحداهما دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى ينافيه نص العلامة الإتقاني على أنه قوله الآخر، بل مراده أن قول المصنف إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسألتنا هذه يجوز أن يكون مبنياً على قول محمد الأول في المسألة الأولى فلا يلزمه المسألة الأولى على قوله الثاني هناك. وتوضيح المقام أن لمحمد في مسألتنا هذه قولين: قوله الأول أنه يقضي للذي لم يؤقت، وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف

أقدم، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى) الدفع لما مر (ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافاً لأبي يوسف. قيل: الاستدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (في يد ثالث والمسألة بحالها) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يقضي بينهما نصفين (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكاً للأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لأن الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكماً ولا حق من حيث إن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ، وإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه لاحقاً من وجه كان المؤرخ أيضاً كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كأنهما ملكاً

حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأنه ادّعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأوّلية، والترجيح بالتيقن، كما لو ادعيا الشراء. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ. قال: **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى)** لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا، وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له وهذا هو

ما عليه أبو حنيفة. ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخاً باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك. وقوله الآخر إن الخارج أولى، وهذا مبني على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسألة مع أبي حنيفة، كما أنه في قوله الأول في المسألة الأولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. فإذا عرفت هذا فنقول: لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسألة مع رعاية قوله الثاني في المسألة الأولى لم يحتج إلى ذكر المقدمة القائلة إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، بل كفى أن يقال: إن بينة ذي اليد لا تقبل عنده أصلاً في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسألة الأولى، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسألة مما يجمعهما مراعياً قول أبي حنيفة وقول محمد الأول في المسألة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة، وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه. وقال ذلك البعض. ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة. ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن: ٢٢] اهـ. أقول: لا يخفى أن ذي فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جداً من وجوه شتى فتبصر **(وعلى هذا)** أي الخلاف المذكور **(إذا كانت الدار في أيديهما)** وأقاما البينة على الملك المطلق فوقّتت بينة أحدهما دون بينة الآخر: يعني لا عبرة للتاريخ عندهما، والدار للمؤرخ عند أبي يوسف **(ولو كانت في يد ثالث)** أي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث **(والمسألة بحالها)** أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى **(فهما سواء)** أي فالخارجان سواء: يعني يقضي بينهما نصفين **(عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقّت أولى. وقال محمد: الذي أطلق)** أي لم يؤقّت **(أولى لأنه)** أي الإطلاق **(دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد)** كالأولاد والأكساب **(ورجوع الباعة بعضهم على بعض)** أي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، **فإن** من أقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلاً واستحقها وزوائدها يرجع باعتها بعضهم على

معاً وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار **(قوله بخلاف الشراء)** جواب عن قول أبي يوسف، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث، ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ. قال: **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد الخ)** وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد **(بينة بالنتاج فذو اليد أولى)** وهو استحسان. وفي القياس الخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج، واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما. ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل

قال المصنف: (قال محمد الخ) أقول: هذا قوله الأول الذي يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الإتقاني فتأمل أنت، وقال الإتقاني: وأما على قوله الآخر يجب أن يقضي بينهما نصفين. ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى. فأبو حنيفة إنما يعتبر السبق من حيث النص، ومحمد على قوله الأول يعتبر السبق المعنوي أيضاً فليتأمل قوله: (فكان ملكاً

الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء، ولو تلقى كل واحد

بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعياً للملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ **(ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن)** يعني أن العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل **(كما لو ادعيا الشراء)** أي ادعياه من بائع واحد وأرّخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر **(ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه)** أي يزاحمه **(احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره)** أي اعتبار التاريخ: يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرّخ سابقاً على تاريخ صاحبه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه، فنزلناه مقارناً له رعاية للاحتمالين، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره **(فصار)** أي فصار حكم هذه المسألة **(كما لو أقاما البينة على ملك مطلق)** أي بدون أن يذكر التاريخ أصلاً **(بخلاف الشراء)** جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء **(لأنه)** أي الشراء **(أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات)** وهو الحال **(فيترجح جانب صاحب التاريخ)** لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقاً على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة. أقول: الآن حصحص الحق من المصنف فإنه قد كان استدل على مسألة الشراء فيما مرّ بما هو في سمت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك، موافقاً لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام هاهنا فتذكر **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى)** سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده، وهذا جواب الاستحسان. وأما جواب القياس فالخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى. ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق، كذا في النهاية وكثير من الشروح. ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله **(لأن البينة)** أي بينة ذي اليد **(قامت على ما لا تدل عليه اليد)** وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج **(فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له)** أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده. أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً، كذا قرر في العناية واكتفى به. أقول: يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه

عليه اليد وهو الأولية بالنتاج كبينة الخارج **(فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له)** سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً. واعلم أن بينة ذي اليد إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو ارهن، وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر إثباتاً فهي أولى **(قوله وهذا)** أي ما ذكرنا من اقضاء لذي اليد **(هو الصحيح)** وإليه ذهب عامة المشايخ

للأصل) أقول: الظاهر أن يقال فكان ملكاً من الأصل قوله: **(لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جواباً عن وجه القياس فليتأمل قوله: **(لأن بينته في نفس الأمر دافعة الخ)** فلا يكون قوله أكثر استحقاقاً بمعنى التفضيل. ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت قوله: **(ووجه الاستحسان الخ)** أقول: فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذي اليد بينة على إيداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الإيداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه. قلنا: ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى، وفي مسألة الإيداع ذلك فإن الغائب إذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه قوله: **(كمسألة كوفة الخ)** أقول: يعني في الشهادة قوله: **(ليست بمعاينة للانفصال)** أقول: يعني لا يلزم فيها معاينة للانفصال.

منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه. (ولو أقام أحدهما

القياس، لأن تساوي البينتين من جهة دلالة كل وجه منهما على أولية الملك بالنتاج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر إثباتاً للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة إثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وعدم إثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا على ما صرح به في وجه القياس، فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات. وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركاً ذلك فزادا في تقريرهما شيئاً لدفعه حيث قالا: وأما قوله إن بينة الخارج أكثر استحقاقاً. قلنا: نعم كذلك، إلا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكاً مطلقاً وأرّخا وذو اليد أسبقهما تاريخاً يقضي لذي اليد وإن كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى. أقول: ويرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها النتاج الذي لا يتكرر، وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضاً لأن كلامنا فيما إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسألة الكتاب هاهنا وفيما إذا لم يذكرا تاريخاً، فإن ما إذا ذكرا تاريخاً مسألة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجيء في آخر هذا الباب، فإذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسألتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه هاهنا. واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة إشكال هاهنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هي في يده»[1] ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذاً من الذخيرة أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدّع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك. وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد بينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً فهي أولى انتهى. ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة: وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضي بها لصاحب اليد لأنه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الإعارة أو الإجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الإعارة والإجارة والرهن فيقضي لذي اليد، وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى (وهذا) أي ما ذكر من القضاء لذي اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في

(خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء) لأن القاضي يتيقن كذب أحد الفريقين لأن نتاج دابة من دابتين غير متصوّر كمسألة كوفة ومكة. ووجه صحة ذلك أن محمداً ذكر في خارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد. والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين، لأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في التحليف؛ فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج، وعنده يستحلف (ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذي اليد (الملك من رجل) فكن هناك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضي به لذي اليد كأن البائعين قد حضرا

(١) ضعيف: أخرجه البيهقي ٢٥٦/١٠ من طرق والدارقطني ٢٠٩/٤ كلاهما من حديث جابر بن عبد الله. قال ابن التركماني في الجوهر النقي: في الإسناد الأول للبيهقي: ابن أبي يحيى، وهو مكشوف الحال وشيخه إسحاق بن أبي فروة ضعفه البيهقي في أبواب سجود التلاوة وقال. في باب من فرق بين وجوده قبل القسم، وبعده.: متروك وفي السند الثاني: زيد بن نعيم لا يعرف حاله، وقال صاحب الميزان لا يعرف في غير هذا الحديث، وهو حديث غريب. وقال ابن حجر في التلخيص ٢٩٠/٤: إسناده ضعيف.

البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا **(ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد)** لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص. قال:

يده) أي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد **(لا على طريق القضاء)** أي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك. وجه قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين، وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسألة كوفة ومكة على ما مر في أوّل هذا الباب. وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن محمداً رحمه الله ذكر في الخارجين: أقاما البينة على النتاج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد، وكذلك قال: لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة، ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده. والجواب عن قوله إن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة، وهذا لأن الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الأم، بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سبباً ظاهراً لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصوّر أن يكون مملوكاً لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله، ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملاً يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين، كذا هاهنا. وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لأن القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملاً يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة، لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك، أما هاهنا فبخلافه. ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأن البينتين لما تهاترتا صار كأن البينتين لم تقوما بالشهادة أصلاً فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج، وعند العامة لا يحلف، كذا في المبسوط والذخيرة **(ولو تلقى كل واحد منهما)** أي ولو أخذ كل واحد من الخارج وذي اليد **(الملك من رجل)** على حدة فكان هناك مملكان **(وأقام البينة على النتاج عنده)** أي وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه **(فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه)** فيقضي به لذي اليد لأن كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه، فكأن المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا **(ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان)** أي خارجاً كان صاحب النتاج أو ذا اليد **(لأن بينته)** أي

وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا **(ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخرة على النتاج فصاحب النتاج أولى)** خارجاً كان أو ذا يد **(لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا)** أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته **(ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضي له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية)** لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر، **فإن** أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج، وإن لم يعد قضى بها للثالث **(وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا**

(وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كغزل القطن **(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر)** لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجزّ الصوف، وإن كان يتكرّر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخزّ والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به،

لأن بينة صاحب اليد **(قامت على أولية الملك فلا يثبت)** أي فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته أي من جهة صاحب النتاج، والفرض أن الآخر لم يتلق منه **(وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين)** بأن ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج **(فبينة النتاج أولى لما ذكرنا)** من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته **(ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له)** أي للثالث **(إلا أن يعيدها)** أي البينة **(ذو اليد)** فحينئذ يقضى له **(لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية)** لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر. فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وإن لم يعد قضى بها للثالث. قال في البدائع: فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره، وإن كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الأولية وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق. وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى؛ ألا يرى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحرّ برضاه، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعاً أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، وهذا لا يجوز انتهى **(وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البينة على النتاج تقبل)** أي تقبل بينته **(وينقض القضاء)** أي وينقض القضاء الأول. صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضي بها له وينقض القضاء الأول، كذا في النهاية والكفاية **(لأنه بمنزلة النص)** أي لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الأولية قطعاً، فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، والقضاء ينقض هناك، كذا هنا، وهذا استحسان. وفي القياس: لا تقبل بينته لأنه صار مقضياً عليه بالملك فلا تقبل، إلا أن يدعي تلقي الملك من جهة المقضى له. وجوابه أنه لم يصر مقضياً عليه، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضياً عليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن في ظاهر هذا الجواب خروجاً عن المسألة التي نحن بصددها، فإن عبارة المسألة هكذا: وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج

أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) في دلالته على الأولية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع عن خلاف النص، وهذا استحسان، وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضياً عليه بالملك. وجوابه أنه لم يصر مقضياً عليه لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضياً عليه. فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. أجيب بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان

فإن أشكل عليهم قضي به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد**

تقبل وينقض القضاء، وقد صرح فيها بكونه مقضياً عليه وينقض القضاء، فإنكار كونه مقضياً عليه ينافيه ظاهراً، فالأولى في الجواب أن يقال: إن كونه مقضياً عليه لا يضر بقبول بينته، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً في نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهراً عند القاضي، فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معتبراً فينقض كالقضاء بالظاهر في خلافه نص. قال الشراح: فإن قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. قلنا: إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى. أقول: لا يتوجه السؤال رأساً لأن كلامنا في أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء، وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه. وأما ترجيحه بينة الخارج فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت. وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط، وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جداً كما لا يخفى على المتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكذلك النسج)** أي النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسخ كذلك. وصورة المسألة: إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضي بالثوب لصاحب اليد، كذا في النهاية **(في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كغزل القطن)** هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز. وفي المبسوط: النسج في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانياً فحينئذ يقضى للخارج **(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج)** قد تقدم أن القياس في دعوى النتاج ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذي اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة، وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه، وكل ما لا يتكرر من أسباب

لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقاما ما تدفع به انتقض القضاء الأول. قال: **(وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة الخ)** قد تقدم أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في النتاج من بينة ذي اليد، وما ذهبا إليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضي الله عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هو في يده» فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه، فما لا يتكرّر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى النتاج، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها، وكما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرّر نسجه، أو ادعى لبناً أو ملكه حلبه من شاته، أو ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو لبداً بأنه صنعه، أو مرعزي وهي كالصوف تحت شعر العنز، أو صافاً مجزوزاً بأنه ملكه جزه من شاته وأقام على

قال المصنف: **(وإن كان يتكرر الخ)** أقول: فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق قال المصنف: **(بمنزلة الملك المطلق)** أقول: قال في النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى. وفيه بحث، أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر، وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك.

أولى) لأن الأول إن كان يدّعي أولية الملك فهذا تلقي منه، وفي هذا لا تنافي فصار كما إذ أقرّ بالملك له ثم ادّعى الشراء منه. قال: **(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار**

الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص **(كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد)** أي واتخاذ اللبد **(والمرعزي)** أي وجزّ المرعزي إذا شددت الزاي قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان. وقد يقال: مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً وهي كالصوف تحت شعر العنز، كذا في المغرب **(وجزّ الصوف)** فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبناً أنه ملكه حلبه من شاته، أو ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى لبداً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى مرعزي أنها ملكه جزّها من عنزه، أو ادعى صوفاً أنه ملكه جزّه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصور كلها، لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فألحقت به **(وإن كان يتكرّر)** أي وإن كان سبب الملك يتكرر **(قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق)**. قال صاحب النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصوّر أن يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر. وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى. أقول: كلا بحثيه ساقط جداً. أما الأول فلأنه لا يقضي هاهنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذي اليد حيث كان المدعي للخارج، بل إنما يقضي هاهنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر إثباتاً كما في الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو للخارج، بخلاف ما سيجيء بعد أسطر حيث يقضي هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج؛ فيتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك، وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر، وسيتضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى. وأما الثاني فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك، بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج، بل يحتمل أن يثبت به الملك أوّلاً وثانياً كالملك المطلق، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر إثباتاً من بينة ذي اليد كما تحقق في مسألة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا، ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان. واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه: إن الشراء سبب يتكرّر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق. أقول: إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات، وذكره الشارح الإتقاني فيما مر نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك. وأما إذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد أولى كما مر في الكتاب. فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذي اليد هناك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث

ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة، فإنه يقضي بذلك لذي اليد لأنه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج؛ فالخزّ وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزّاً، قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج، فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من خزه، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه

في يد ذي اليد) قال: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع، كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده. ثم لو شهدت البينتان على

حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به، فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق، بخلاف ما نحن فيه، ولعل في كلام المصنف إيماء إلى ذلك حيث قال: وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر، ثم قال: وإن كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازاً عن سبب الاستحقاق **(وهو)** أي النسب المتكرر في الملك **(مثل الخز)** أي مثل نسج الخز: وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزاً، كذا في المغرب. قيل: هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج **(والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب)** أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوباً أنه ملكه نسجهِ من خزه، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه. أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى، وأما الغرس فكذلك، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية، فإذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق **(فإن أشكل)** أي فإن أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه **(يرجع إلى أهل الخبرة)** أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك: يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم **(لأنهم أعرف به)** قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط والذخيرة **(فإن أشكل عليهم)** أي فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضاً **(قضى به)** أي بالمشكل **(للخارج لأن القضاء ببينته)** أي ببينة الخارج **(هو الأصل)** لأنه القياس **(والعدول عنه بخبر النتاج)** أي والعدول عن الأصل كان بخبر النتاج: أي بحديث النتاج، وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان **(فإذ لم يعلم يرجع إلى الأصل)** الذي هو القياس **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه)** أي من ذلك الخارج **(كان صاحب اليد أولى، لأن الأول)** أي الخارج **(إن كان يدعي أولية الملك)** وفي بعض النسخ: إن كان يثبت أولية الملك **(فهذا)** أي فصاحب اليد **(تلقى منه)** أي تلقى الملك من ذلك الخارج **(وفي هذا لا تنافي)** كما لا يخفى **(فصار)** أي

بينة قضى به للخارج لأنها ليست في معنى النتاج لتكررها، أما الخز فلما نقلناه، وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى، وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به **(فإن أشكل)** شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه **(يرجع إلى)** العدول من **(أهل الخبرة)** ويبنى الحكم عليه. قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ **(فإن أشكل على أهل الخبر قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول كان بخبر النتاج)** كما روينا **(وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: وإذا أقام الخارج البينة على الملك الخ)** وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى، لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه، ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقرّ ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه قال: **(وإن أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد)** قال المصنف **(وهذا عند**

قوله: **(ثم باع ولم يقبض)** أقول: يعني ولم يقبض الخارج.

نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير

فصار حكم هذه المسألة **(كما إذا أقر بالملك له)** أي كما إذا أقرّ صاحب اليد بالملك للخارج **(ثم ادعى)** أي صاحب اليد **(الشراء منه)** أي من الخارج. قال صاحب النهاية: ذكر في الفصول: والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً ففي كل الصور الخارج أولى، إلا إذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج أو أرّخا وتاريخ صاحب اليد أسبق، وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضاً، وهي فيما إذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه مِن المدعي، إن كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه، فحصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى. أقول: لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول، لأنه فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكاً مطلقاً على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول. والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً الخ، وما ذكر في الكتاب فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة إلى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء، وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صوراً ثلاثاً كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له، لأنه إن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى، وإن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام، لأن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقاً غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضاً، كما إذا ادّعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام كل واحد منهما)** أي من الخارج وذي اليد **(البينة على الشراء من الآخر)** أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج **(ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد)** بغير قضاء **(قال)** أي المصنف **(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضي بالبينتين وتكون)** أي وتكون الدار **(للخارج لأن العمل بهما)** أي بالبينتين **(ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع)** أي ثم باع ذو اليد من الخارج **(ولم يقبض)** الخارج **(لأن القبض دلالة السبق)** أي لأن قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء **(كما مر)**

أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر، ولا يعكس) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أوّلاً ثم باعه إياه **(لأن)** ذلك يستلزم **(البيع قبل القبض)** وذلك **(لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك)** يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات **(و)** هاهنا **(لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق)** للخارج لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد إنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه **(فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد. ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده)** فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً الثمن عند مشتريه فيتقاصّ الوجوب بالوجوب **(ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع)** لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل

قوله: **(لحكمه وهو الملك)** أقول: قوله هو راجع إلى الحكم.

ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعتين بخلاف الأول. وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت

إشارة إلى قوله وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى **(ولا يعكس الأمر)** أي لا فيجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أوّلاً ثم باعها إياه **(لأن البيع قبل القبض لا يجوز)** يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز **(وإن كان)** أي وإن كان البيع **(في العقار عنده)** أي عند محمد رحمه الله **(ولهما)** أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله **(أن الإقدام على الشراء إقرار منه)** أي من المشتري **(بالملك للبائع فصار)** أي فصار أمر هذه المسألة **(كأنهما)** أي البينتين **(قامتا على الإقرارين)** أي على الإقرارين من الطرفين **(وفيه التهاتر[1] بالإجماع فكذا هنا)** أي فيما نحن فيه **(ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك)**، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبينتين ممكن: يعني أن السبب لا يراد لنفسه وإنما يراد لحكمه، فإذا كان مفيداً لحكمه كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات **(وهاهنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق)** أي للخارج، لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد فإنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة هاهنا مفيداً لحكمه بالنسبة إليه **(فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده)** فلم يكن معتبراً فلم يمكن العمل بالبينتين. أقول: لمطالب أن يطالب بالفرق بين مسألتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح، بل قضى ببينة ذي اليد له بناء على أن البينتين استوتا في الإثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاترتا هاهنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك، فتأمل في الفرق **(ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا)** أي إذا استوى الثمنان **(لوجود قبض مضمون من كل جانب)** لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي، ثم إن هذا أي القصاص إذا كان المقبوض هالكاً وإن كان قائماً وجب رده، كذا في الكافي. فإن قلت: تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي أن يكون كذلك في حق النقد لأنه في ضمنه. قلت: أمكن أن لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر، كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة **(وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده)** أي لوجوب الثمن عند محمد فإن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاصّ الوجوب بالوجوب **(ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا)** أي البينتان **(بالإجماع)** لكن على اختلاف التخريج؛ فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تتهاتر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً. فإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف **(لأن الجمع غير ممكن عند**

منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تهاتر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطاً فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله: **(لأن الجمع غير ممكن)** لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن **(وإن وقتت البينتان في العقار)** وقتين، فإما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي اليد، وكل منهما على وجهين: إما أن يشهدوا بالقبض أو لا، فإن كان وقت الخارج

(١) التهاتر: تهاتر الرجلان إذا ادّعى كل واحدٍ على الآخر باطلاً، وتهاترت البينات: إذا تساقطت وبطلت اهـ. مصباح.

الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح له بيعه قبل القبض فبقي على ملكه. وإن أثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في

محمد) أي لأن العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف، وهاهنا أيضاً لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين في يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الأول) أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة القبض على السبق، إذ لو جعل شراء الخارج سابقاً لزم البيع قبل لقبض كما مر، هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام. أقول: لقائل أن يقول: لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب. وأيضاً قلنا: إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن، وإن شاء ترك. وقد مرّت هذه المسألة أيضاً في هذا الباب، وقد مرّت فيه أيضاً مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم: أعني التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا. ولا يخفى أن ما ذكروا هاهنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر. وفي الكافي: وما ذكره في الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضي بالبينتين عند محمد فيقضي بالدار لذي اليد، لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدين والقبض يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وإن وقتت البينتان في العقار) وقتين، قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر، كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) أي ولم تثبت البينتان قبضا، وفي بعض النسخ: ولم تبينا قبضا (ووقت الخارج أسبق) أي والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضي لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد يقضي للخارج لأنه لا يصح بيعه) أي بيع العقار (قبل القبض عنده فبقي على ملكه) أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج (وإن أثبتا قبضا) أي وإن أثبتت البينتان قبضا وباقي المسألة على حاله. وفي بعض النسخ: وإن بينتا قبضا (يقضي لصاحب اليد) أي بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه (لأن البيعين) أي بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أي على قولهما وقول محمد (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقي المسألة على حاله (يقضي للخارج في الوجهين) أي سواء أثبتت البينتان القبض أو لم تثبتاه (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أي ثم باع ذو اليد من الخارج

أسبق (فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه، وإن شهدوا بالقبض يقضي بها لصاحب اليد) بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك صحيح على القولين جميعاً (وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين) جميعاً، يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا، أما إذا شهدوا به فلا إشكال، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه، والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم، وهذا باعتبار عدم إثبات

الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر. قال: **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)** لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف. قال: **(وإذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة)** اعتباراً بطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف

ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض **(أو سلم)** أي سلم ذو اليد إلى الخارج **(ثم وصل إليه)** أي إلى ذي اليد **(بسبب آخر)** من إجارة أو إعارة أو غيرهما، وهذا باعتبار إثبات القبض، فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى. فإن قلت: بقي من أقسام المسألة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب: إحداهما أن تؤقت البينتان وقتاً واحداً، وثانيتهما أن تؤقت إحدى البينتين وقتاً ولم تؤقت الأخرى فما حكمهما؟ قلت: حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم تؤقتا أصلاً نص عليه في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)** أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء **(لأن شهادة كل شاهدين علة تامة)** لوصولها إلى حد النصاب الكامل **(كما في حالة الانفراد)** في غير الشهادة في الزنا **(والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل)** يقع **(بقوة فيها)** أي في العلة؛ ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوّة **(على ما عرف)** أي في علم أصول الفقه، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها، وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض، إلى هذا أشار في التقويم، كذا في النهاية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتباراً لطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما)** فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة، كذا في الكافي **(وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(هي)** أي الدار **(بينهما)** أي بين المدعيين **(أثلاثاً فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين)** أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين. وفي المغرب: وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث: أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وصاحب النصف بسهم واحد)** أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضاً وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد **(فتقسم)** بينهما **(أثلاثاً)** أي فتقسم الدار بين

القبض، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض. قال: **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بها بقوّة فيها)** ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه، والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة **(كما عرف)** في أصول الفقه، والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة، ولا تترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل. قال: **(وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها**

قوله: **(أما إذا شهدوا به فلا إشكال)** أقول: فيه بحث.

بينهما (**وقالا: هي بينهما أثلاثاً**) فاعتبرا طريق العول والمضاربة، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثاً، ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في

المدعيين أثلاثاً ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف. واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه، كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه، والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه، والموصى له بأكثر من الثلث. وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة، أو باعا فعلى هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق، فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة، ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع. ومما افترقوا فيه مسألتنا هذه، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب. ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين، ومع ذلك كانت القسمة عولية، كذا في المبسوط. قال المصنف (**ولهذه المسألة نظائر وأضداد**) أي للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسألة (**لا يحتملها**) أي النظائر والأضداد (**هذا المختصر**) يعني الهداية (**وقد ذكرناها في الزيادات**) فمن

عند أبي حنيفة اعتباراً بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثاً اعتباراً بطريق العول والمضاربة. والأصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب: أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث. وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المناعة؛ كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعاً، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق. ومما اتفقو على العول فيه العول في التركة. أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة. ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي؛ أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع ومما افترقوا فيه مسألتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة، فيقول مدعي النصف: لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة، والتساوي في سبب الاستحقاق

الزيادات. قال: **(ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء)** لأنه خارج في النصف فيقضي ببينته، والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده. قال: **(وإذا تنازعا في دابة**

نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا اذانه أحد المولیين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم، فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً، وكذا المدبر إذا قتل رجلاً خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى. قيمته لهما، كذا في الكافي والشروح، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو كانت في أيديهما)** أي ولو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسألة بحالها **(سلم لصاحب الجميع)** أي لمدعي الجميع **(نصفها على وجه القضاء)** وهو الذي كان بيد الآخر **(ونصفها لا على وجه القضاء)** وهو الذي كان بيد نفسه **(لأنه خارج في النصف)** أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف **(فيقضي ببينته)** أي فيقضي ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله **(فالنصف الذي في يديه)** أي في يدي صاحب الجميع **(صاحبه لا يدعيه)** أي صاحب صاحب الجميع: أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف **(لأن مدعاه)** أي مدعي صاحبه وهو مدعي النصف **(النصف وهو في يده سالم له)** توضيحه أن دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يداً محقة في حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، كذا في الكافي **(ولو لم ينصرف إليه دعواه)** أي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف إلى النصف الذي في يده **(كان ظالماً بإمساكه)** أي كان مدعي النصف ظالماً بإمساك ما في يده، وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه **(ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده)** أي وإذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء أيضاً فيثبت المدعي بشقيه. قال صاحب العناية: الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما في يده كي لا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بينة

يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثاً. ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات. قال المصنف **(وقد ذكرناها في الزيادات)** فمن نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولیين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج. قال: **(ولو كانت الدار في أيديهما الخ)** الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما في يده لئلا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد، فإذ كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البينة، فإن أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء، وهو الذي كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد، وبينة الخارج أولى فيقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده

وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح **(وإن أشكل ذلك كانت بينهما)** لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً. وإن خالف سنّ الدابة

الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى. أقول: فيه نظر، وهو أن انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين إلى ما في يده غير معقول لأنه إن جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسألة. ولا يصح قول المصنف لأنه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعي الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف، وإن جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما في يده لأنه يدعي الكل وهو ليس في يده، وأيضاً لا يتم قوله كي لا يكون في إمساكه ظالماً بالنسبة إليه لأن الإنسان لا يكون ظالماً بإمساك حقه وإن كان في يد غيره، ومدعي الكل يدعي أن جميع ما في أيديهما حقه، فالحق أن الذي ينصرف دعواه إلى ما في يده إنما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره، وقد مرّ بنا في أثناء شرح كلام المصنف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا تنازعا)** أي تنازع اثنان **(في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى)** أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر **(لأن الحال يشهد له)** يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له **(فيترجح)** أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه. واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث، لأن المعنى لا يختلف؛ بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو يد ثالث، كذا ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز **(وإن أشكل ذلك)** أي سن الدابة **(كانت بينهما)** أي كانت الدابة بينهما نصفين **(لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً)** هذا الجواب في الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين، فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد، وإن كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد إما لظهور علامة الصدق في بينته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، كذا في المبسوط، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين. وذكر في الذخيرة: في ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن خالف سن الدابة الوقتين)** قال الشراح: أي في دعوى الخارجين. أقول: لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين **(بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين)** وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً **(فتترك)** أي الدابة **(في يد من كانت في يده)** والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث: أعني ما إذا كانت الدابة في يد ثالث، وما إذا كانت في أيديهما، وما إذا كانت في يد أحدهما، إذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار. وفي المبسوط: من مشايخنا من قال: تبطل البينتان، والأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين: يعني فيما إذا كان سن الدابة

لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال: **(وإذا تنازعا في دابة الخ)** إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منها بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما، هذا إذا كانا خارجين، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذي اليد، إما لظهور علامة الصدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال، وإن كان في سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ: تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله: **(وإن خالف سن الدابة الوقتين)** يعني في الخارجين **(بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم)** لأنه ظهر كذب الفريقين، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً، فتترك الدابة في يد

الوقتين بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده. قال: **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما)** لاستوائهما في الاستحقاق.

مشكلاً، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين. أما إذا كان مشكلاً فلا شك فيه، وكذلك إذا كان على غير الوقتين، لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلاً وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق، كذا ذكر في أكثر الشروح. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضي بينهما نصفين، وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء، لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين، فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات الاستحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط، ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وإن خالف سنها الوقتين جميعاً سقط الوقت، كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت. وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاترت البينتان. قال: وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعي في يد صاحب اليد كما كان. والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلاً ورأساً، انتهى كلامه، فتأمل ترشد **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما)** أي العبد بين المدعيين **(لاستوائهما)** لأن المودع لما جحد الوديعة صار غاصباً فصار دعوى الوديعة والغصب سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين.

من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط: الأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين: يعني فيما إذا كان سن الدابة مشكلاً، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين. أما إذا كان مشكلاً فلا شك فيه، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلاً، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق. وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضي بينهما نصفين، وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك، فكأنهما لم يقيما البينة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء)** لأن المودع لما جحد صار غاصباً، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين.

قوله: **(وقد اتفق الفريقان الخ)** أقول: في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه.

فصل في التنازع بالأيدي

قال: **(وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى)** لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك **(وكذلك إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى)** بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا تنازعا)** أي تنازع اثنان **(في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه)** أي تصرف الراكب **(أظهر، فإنه)** أي الركوب **(يختص بالملك)** يعني غالباً. قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة، وبينة الخارج أكثر إثباتاً على ما بيناه. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى **(وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب)** أي في السرج **(أولى)** لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفاً، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى. وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان، كذا في غاية البيان والعناية **(بخلاف ما إذا كانا راكبين)** يعني في السرج **(حيث تكون)** أي الدابة **(بينهما)** قولاً واحداً **(لاستوائهما في التصرف)** أما إذا كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقاً بذنبها. قال مشايخنا: ينبغي أن يقضي للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره، كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة **(وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف)** فهو ذو اليد **(وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفاً)** ولهذا يصير به غاصباً، كذا في الشروح **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)** وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما، كذا في الشروح. قال المصنف **(معناه لا على طريق القضاء)** أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء، وعلل المسألة بقوله **(لأن القعود ليس بيد عليه)** أي على البساط حتى لا يصير غاصباً به **(فاستويا)** أي فاستويا المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما. هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام: لأن اليد على

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد قال: **(وإذا تنازعا في دابة الخ)** إذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعني غالباً **(وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى)** لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً لاستوائهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف **(وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لأنه أظهرهما تصرفاً)** ولهذا يصير به غاصباً **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا**

فصل في التنازع بالأيدي

قوله: **(لأن الركوب يختص بالملك الخ)** أقول: قال العلامة الزيلعي: بخلاف ما إذا أقاما البينة انتهى. يعني المتعلق باللجام أو الكم، ثم قال الزيلعي: حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقاً وبينة الخارج أكثر إثباتاً. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى.

بينهما لاستوائهما في التصرف **(وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى)** لأنه هو المتصرف **(وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى)** لأنه أظهرهم تصرفاً **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)** معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد

البساط لا تثبت إلا بإحدى الطريقين؛ إما بإثبات اليد عليه حساً بالنقل والتحويل، وإما بكونه في يده حكماً بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فإنا نراه موضوعاً على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح، لأن المصنف قال: معناه لا على طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق القضاء الاستحقاق، ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما. قلت: لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضاً، إذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعي في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضاً هناك وصاحب النهاية نقلاً عن الذخيرة فيما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط حيث قال: ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، فإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معاً لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما انتهى. فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعي في أيديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفاً فلم يعرف كون المدعي في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضاً فلم يتيسر التوفيق المذكور، فكأن صاحب العناية تنبه لهذا فقال: لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما، لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور، لأن استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد، وهاهنا ليس كذلك كما تبين، فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما: أي يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه حينئذ يطابق الشرح المشروح، ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء. وأيضاً لا تبقى الحاجة حينئذ إلى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضي بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم، إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسألتين أن لا يقضي بين المدعيين بالمدعي بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء، بل أن يجعل المدعي في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في

على طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما، وبهذا فرق بينه وبين الدار إذا ادّعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي، وجهالة ذي اليد لا تجوّز القضاء لغيره، لأن شرط جوازه العلم بأن

فأقول: المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فإنه خلاف ما يفهم من الكتاب قوله: **(حيث لم يقض بها)** أقول: بل يجعل في أيديهما، وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة.

عليه فاستويا. قال: **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان)** لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق. قال: **(وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول**

الدعوى فتدبر **(قال)** أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة)** فإن كل واحد منهما متمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً **(فلا توجب زيادة في الاستحقاق)** يعني أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان، إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر، فصار كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص التي ذكرت من قبل، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال، كذا في العناية، ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه لو كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا، لأنه ذكر في المحيط والذخيرة، لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار. وفي القدوري: لو أن خياطاً يخيط ثوباً في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال ربّ الدار هذا مالي أخذته من منزلي، قال أبو حنيفة: القول قول ربّ الدار، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما يلبسه. وقال أبو يوسف: إن كان الداخل رجلاً يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلاً حمالاً يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زقّ زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا. فأثبت في هذه المسائل أن صاحب اليد إنما تعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه)** أي يعقل فحوى ما يجري على لسانه، كذا في الكافي، وفي معناه قول الشراح: أي يتكلم ويعقل ما يقول **(فقال)** أي الصبيّ **(أنا حرّ فالقول قوله لأنه في يد نفسه)** فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجاً والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة، إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة، ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعاً فحينئذ تعتبر يد الغير عليه، وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته

المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة)** فإن كل واحد منهما مستمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال **(وإذا كان صبيّ في يد رجل)** يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه **(ولو قال أنا عبد لفلان)** غير ذي اليد **(فهو عبد ذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق)** قيل: الإقرار بالرق من المضار لا محالة، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين. وأجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده، وإن كان الثاني فهو عبد للذي في يده، لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه. واعترض بالملتقط إذا ادعى رقّ لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده، وبأن الرقّ من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض، فكان الواجب أن لا يصدّق ذو اليد إلا بحجة. وأجيب عن الأول

قوله) لأنه في يد نفسه **(ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده)** لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقر بالرق **(وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده)** لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع،

بأن كان صغيراً لا يعبر عن نفسه: أي لا يعقل ما يكون. وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف، فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة، كذا في الكافي. **(ولو قال أنا عبد لفلان)** أي لو قال الصبيّ الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي **(فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق)** فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعاً فكان القول لذي اليد أنه له، ولا تقطع يده إلا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة، كذا في الكافي. فإن قيل: الإقرار بالرق من المضارّ لا محالة وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة وإن كان عاقلاً كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبيّ أبداً يبعد من المضارّ ويقرّب من المبار. قلنا: الرق، هاهنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدمها تتقرر كما في الصبيّ الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه، كذا في الشروح **(وإن كان)** أي الصبيّ **(لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها)** أي عن نفسه **(وهو بمنزلة متاع)** في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعاً فيكون القول قوله أنه ملكه **(بخلاف ما إذا كان يعبر)** أي بخلاف ما إذا كان الصبيّ يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق. قلنا: الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكماً لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذاكانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك. فإن قيل: وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل في بني آدم إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرّين فكان ما يدعيه من الرق أمراً عارضاً فلا يقبل قوله إلا بحجة. قلنا: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل. كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره)** فلا ينقض الأمر الثابت ظاهراً بلا حجة **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه)** أي أو هو متصل ببنائه **(ولآخر عليه)** أي على الحائط **(هرادي)** بفتح الهاء جمع هردية بضمها. وفي المغرب: الهردية عن الليث: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها

بأن فرض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرقّ. وعن الثاني: بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل، فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرقّ عليه في حال صغره. قال: **(وإذا كان الحائط لرجل الخ)** وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادىّ جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، ذكره في المغرب عن الليث، يقال له بالفارسية وردوك **(فهو)** أي الحائط **(لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشيء، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به، فصار كدابة تنازعا فيها**

قوله: **(وإذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه)** أقول: يعني يدعي ذلك الرجل قوله: **(إما أن يكون الصبي ممن يعبر)** أقول: أي يتكلم ويفهم ما يقال قوله: **(قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها الخ)** أقول: يعني وأقوال الصبي فيها غير موجبة الخ. قال الزيلعي أخذا من النهاية: ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين انتهى، لأنه لا يمكن تداركه،ه وكذا الطلاق والعتاق.

بخلاف ما إذا كان يعبر، فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره. قال: **(وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشيء)** لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها

قضبان الكرم. وقال ابن السكيت: هو الحردي ولا تقل هردي انتهى. وفي الصحاح: الحردي من القصب نبطي معرب ولا تقل هردي انتهى. وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعاً، وكذا القاموس. قال في غاية البيان: الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى **(فهو)** أي الحائط **(لصاحب الجذوع والاتصال، والهرادى ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال)** أي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه **(والآخر)** يعني صاحب الهرادى **(صاحبُ تعلق)** لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه ولاستعمال يد، وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد **(فصار)** أي فصار الحائط في مسألتنا هذه **(كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق)** فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا **(والمراد بالاتصال)** أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه **(مداخلة لبن جداره)** أي جدار صاحب البناء **(فيه)** أي في الحائط المتنازع فيه **(ولبن هذا)** أي ومداخلة لبن هذا: أي الحائط المتنازع فيه **(في جداره)** أي في جدار صاحب البناء **(وقد يسمى اتصال تربيع)** أي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع، وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعاً، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. وفي النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة قال صدر الشريعة: وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى. وكان الكرخي يقول: صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروي عن أبي يوسف أن اتصالَ جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطاً بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه، كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي. وفي شرح الهداية لتاج الشريعة **(وهذا)** أي اتصال التربيع **(شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه)** أي بعض بناء صاحبه **(على بعض هذا الحائط)** أي على بعض

ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال) المذكور في قوله أو متصل ببنائه **(مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع)** وتفصيل التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل فلا يكون تربيعاً **(وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط)** ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى **(وقوله والهرادى ليست بشيء)** يعني قول محمد في الجامع الصغير **(يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلاً، وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلاً)** لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري، وإنما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له **(حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شيء قضاء به بينهما)** ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يده يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي

قال المصنف: (أو متصل ببنائه) أقول: في صحة العطف تأمل.

وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع، وهذا

هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال، وبعضه متفق عليه لأحدهما فيردّ المختلف فيه إلى المتفق عليه، ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصوّر إلا عند بناء الحائطين معاً فكان هو أولى، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط. أقول: بقي لي هاهنا كلام، وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسألتنا هذه على اتصال التربيع، وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم، حتى أن كثيراً من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هاهنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال: والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادى انتهى. ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد هاهنا لأن معنى مسألتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي. وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع، بل كل واحد من ضربي الاتصال: أعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فإن الهرادي مما لا اعتبار له أصلاً بل هي في حكم المعدوم، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب. وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال، فقال في الذخيرة: وذكر هذا أيضاً في النهاية نقلاً عن الذخيرة. أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضي بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والاتصال، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى، لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه، لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع، فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، ولو كان لأحدهما اتصال ببناء اتصال ملازقة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضي لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى. وقال في البدائع: ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتعلق به، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى، لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق، ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر الجذوع فالحائط

بينهما **(ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة)** لأن الزيادة من جنس الحجة، فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبني لأكثر منها **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية)** كتاب الإقرار حيث قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع، ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار إليه المصنف **(وفي رواية)** كتاب الدعوى **(لكل واحد منهما ما تحت خشبته)** حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط، وعلى هذه الرواية قيل: ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره **(وقيل)** يكون ذلك **(على قدر خشبهما)** وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله: **(والقياس)** رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ: يعني ذلك استحسان، والقياس **(أن يكون)** الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر **(نصفين)** لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على

شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط. وقوله الهرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار

لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى. فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة، أو كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع، وأما إذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرناه فتنبه، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام **(وقوله الهرادى ليست بشيء)** أي قول محمد في الجامع الصغير الهرادى ليست بشيء **(يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً)** بل هي في الحكم المعدوم **(وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلاً)** أي لأن الحائط لا يبنى لأجل الهرادى والبواري، لأنه إنما يبني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبواري، وإنما توضع الهرادى والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى له **(حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما)** معناه: إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة. ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه **(ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة)** أي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة **(فهو بينهما لاستوائهما)** أي في أصل العلة، وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود يبنى الحائط لأجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع **(ولا معتبر)** أي ولا اعتبار **(بالأكثر منها)** أي من الجذوع **(بعد الثلاثة)** لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها. قال في معراج الدراية: وقوله ولا معتبر بالأكثر منها: أي من الثلاثة. أقول: تفسيره ليس بسديد؛ أما أولاً فلأنه يقتضي أن يكون كلمة (من) في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه. وأما ثانياً فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغواً، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبيينية لا تفضيلية، وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفاً لا إلى الثلاثة، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو)** أي الحائط كله **(لصاحب الثلاثة وللآخر)** أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين **(موضع جذعه في رواية)** وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه. قالوا: يريد به حق الوضع. وقال في النهاية: ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاث لا بالبينة، أما إذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى **(وفي رواية)** وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل **(لكل واحد منهما ما تحت خشبته)** حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح. وقال قاضيخان: والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكاً لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى، كذا في التبيين للإمام الزيلعي **(ثم قيل)** أي على

الروايتين المذكورتين **(وجه الرواية الثانية)** وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه **(أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته)** والاستحقاق بحسب الاستعمال **(ووجه الأولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده)** فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً.

واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما **(ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع)** وفي بعض

للهرادى أصلاً، وكذا البواري لأن الحائط لا تبني لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما **(ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما)** لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه)** في رواية، وفي

هذه الرواية: يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل **(ما بين الخشب بينهما)** أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر **(وقيل على قدر خشبهما)** أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتباراً لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضي به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة **(والقياس أن يكون بينهما نصفين)** هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره: يعني أن ذلك استحساناً. والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره **(لأنه لا معتبر)** أي لا اعتبار **(بالكثرة في نفس الحجة)** يعني أنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم، ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين، كذا في العناية وغيرها **(ووجه الثاني)** يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها، وإما بتأويل الرواية بالنقل أو القول **(أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته)** والاستحقاق بحسب الاستعمال. قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس. أقول: يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته، وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة استعمال أحدهما، بل كان كل واحد مستعملاً لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة، لأن هذا فيما إذا اتحد محل الحجتين، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلاً: عشرة منها في يد رجل، وواحد في يد رجل، وتنازعا في الدار، فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا هاهنا اهـ. **(ووجه الأول)** أي ووجه الرواية الأولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الأول لمثل ما ذكرناه

النسخ: لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني، ومعناه: إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه **(فالأول أولى)** لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى، وممن رجحه شمس الأئمة السرخسي. ويروى أن الثاني أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا إن

قوله: **(ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك)** أقول: فإذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه في أيديهما ليصيرا خصماً له لمعرفة القاضي بذلك، وإذا ترافعوا إلى قاض آخر فأقام المدعي البينة بقضاء القاضي الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصماً له قوله: **(يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما)** أقول: فإذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه في أيديهما حتى يصير خصماً له، وإذا كان القاضي الذي ترافعوا إليه غير القاضي الأول لا تسمع خصومة الثالث بإقامة البينة على أن القاضي الأول جعله في أيديهما فليتدبر قال المصنف: **(ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة)** أقول: من هذه هي التبيينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية. وفي بعض النسخ بأكثر منها فمن حينئذ تفضيلية.

رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ثم قيل مابين الخشب بينهما، وقيل على قدر خشبهما، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. وجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته. ووجه

في الثاني **(أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى)** بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وإنما يحصل بالخشبة والخشبتين أسطوانة وأسطوانتان **(فكان الظاهر شاهد لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع)** أي يبقى لصاحب الأقل حق وضع جذعه **(لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده)** يعني أن حكمنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعة، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزاً. ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بها، كذا في العناية وغيرها **(ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع)** وفي بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلي الأولى وقع في الدليل بوجه الأول، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني، كذا في العناية. وقال صاحب النهاية: ومن يحذو حذوه من الشراح ما في النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقاً للمدعي، وما في الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع **(فالأول أولى، ويروى أن الثاني أولى، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى)** لأنه المقصود باليد، كذا في الكافي، ولأن التصرف لا يكون بدون اليد، واليدان إذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحاً، كذا في شرح تاج الشريعة، ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسي **(وجه الأول)** وفي بعض النسخ: وجه الثاني **(أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله)** أقول: يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضي ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر، إما بالتجزئة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكأن صاحب العناية تنبه لهذا وقصد

الظاهر ليس حجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أم برفعها لكونها حجة مطلقة، وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني، ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي **(وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات)** من دار **(وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال، وهو المرور)** وصبّ الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خرّاجاً ولاجاً دون الآخر، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغي صاحب الهدب، وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغي، والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه. وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير

قوله: **(فهو مصدر ميمي)** أقول: قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه قوله: **(وقد أشار إليه المصنف)** أقول: بقوله فهو لصاحب الثلاثة قوله: **(لأن الحائط الخ)** أقول: وفي تأخير المصنف دليل القيل الأول إشارة إلى رجحانه على ما هو دأبه وعادته قال المصنف: **(وجه الثاني أن الاستعمال الخ)** أقول: لم يظهر منه جواب وجه القياس قوله: **(وعلى الثانية وجه الثاني)** أقول: يعني في بعض النسخ، وإلا ففي بعضهما وقع.

الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده **(ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى))** ويروى الثاني أولى. وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى. وجه الثاني أن

دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك. ولكن يرد عليه أيضاً أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع، لأن صاحب الجذوع قائل به، فإنه يدعي أن الحائط المتنازع فيه له، ويعترف بأن الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال، فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركاً بينهما عنده، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضاً ممنوع، فإن من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب إحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركاً بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعاً **(ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه)** أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده، حتى قالوا: لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق **(وهذه)** أي رواية أن صاحب الاتصال أولى **(رواية الطحاوي وصححها الجرجاني)** وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتاً قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين. ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه، وأما إذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ، كذا في النهاية نقلاً عن الفوائد الظهيرية. وقال في الذخيرة: وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى، وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد. وذكر شمس الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا: فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به، وعليه عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي، كذا في النهاية وغيرها **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة)** بالحاء المهملة، وهي عرصة في الدار وبين يديها، كذا في معراج الدراية **(بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها)** أي استعمال الساحة **(وهو المرور فيها)** ووضع الأمتعة وصبّ الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك، فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضاً سواء، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجاً. على أنا نقول: الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيع وإن كان بعضها أكثر من بعض، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذاً من الكافي،

تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار. قال: **(وإذا ادعى رجلان أرضاً الخ)** إذا ادعى رجلان أرضاً كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضي أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما **(لأن اليد)** حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت **(غير مشاهدة لتعذر إحضارها)** لا بد من البينة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة **(وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة)** فإن قيل: البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم. أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، وقد أشار إلى ذلك بقوله: **(لأن اليد حق مقصود)** يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً **(فإن أقاما البينة جعلت في أيديهما)** لقيام الحجة، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك. قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي حنيفة، وقالا: يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة، وهي ما إذا كانت

الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا، وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني. قال: **(وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد**

وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغي صاحب الهدب، وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. أجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه، وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء، فاستويا في الإستحقاق، فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار، كذا في العناية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي والإمام التمرتاشي، كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية **(قال)** أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير **(وإذا ادعى رجلان أرضاً، يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما)** **أقول:** في عبارة الكتاب هاهنا مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها في يده، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما، وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معاً كما لا يخفى، وسيتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب، ولقد أحسن صاحب الكافي هاهنا حيث قال: لم يقض بأنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى. فإن هذه كلمة جامعة هاهنا **(لأن اليد فيها)** أي في الأرض **(غير مشاهدة لتعذر إحضارها)** فقد غاب عن علم القاضي **(وما غاب عن علم القاضي)** أي والذي غاب عن علمه **(فالبينة تثبته)** فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به، ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما؛ ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز، كذا في الكافي. قال في الفوائد الظهيرية هاهنا مسألة غفل عنها القضاة، وهي أنه لو ادعى أرضاً والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقاما المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك، وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما، فما لم يثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى، إلا أنه يمنع المقرّ من أن يزاحم المقرّ له فيها لأن إقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية **(وإن أقام أحدهما البينة)** أي على أنها في يده **(جعلت في يده لقيام الحجة)** ويجعل الآخر خارجاً، كذا في الكافي وغيره. فإن قيل: البينة تقام على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصماً

الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقرّوا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثاً لهم. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسمها بينهم بإقرارهم، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم. ومنهم من قال: المذكور هاهنا قول الكل، لأن القسمة نوعان: قسمة بحق الملك لتكمل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج إلى الحفظ، فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرىء كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، وإذا ادّعيا أرضاً صحراء أنها بأيديهما: يعني يدعي كل واحد منهما ذلك

وعلى الثانية وجه الأول، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قائلاً بأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب قوله: **(لعدم القائل بالاشتراك)** **أقول:** فيه بحث.

آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها. قال: (وإذا ادعى رجلان أرضاً) يعني يدعي كل واحد منهما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته (وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود (وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها.

فكيف يقضي للذي أقام البينة؟ قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، كذا في عامة الشروح. وقال صاحب العناية: وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً انتهى (وإن أقاما البينة) أي على أنها في أيديهما (جعلت في أيديهما لما بينا) إشارة إلى قوله لقيام الحجة. وذكر الإمام التمرتاشي: فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرىء كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها، للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول: أي فلا تستحق اليد (لأحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اهـ. أقول: إنما يكون كذلك لو كان متفرعاً على قوله وإن أقاما البينة الخ، إذ لا ارتباط بينهما، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي. وأما إذا كان متفرّعاً على مجموع ما ذكر في مسألتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضاً إلى هنا بأن كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر) يعني إذا ادعى كل واحد منهما أرضاً صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدوابّ واللبس في الثياب، كذا ذكره فخر الإسلام.

وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال، ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدوابّ واللبس في الثياب.

قوله: (وفي يد الآخر هدبه) أقول: الهدب يقال له بالتركي سجق.

قوله: (أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول: قال في النهاية: ألا يرى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى. وفيه بحث لمخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام قوله: (بناء على مسألة أخرى) أقول: هذا ناظر إلى قوله قال بعض مشايخنا قال المصنف: (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة) أقول: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله.

باب دعوى النسب

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا باع جارية بولد فادعاه البائع)** اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء كلام فقال أخذاً من غاية البيان: اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين. وكل وجه على أربعة أوجه: أما إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معاً أو على التعاقب انتهى. أقول: يرى فيه اختلال من وجهين: الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة إلى ثلاثة أوجه، وهي: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لأكثر من سنتين، أو لما بين المدتين. وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهي: إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيا معاً، أو على التعاقب، فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسيمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسماً ثم جعله قسماً من كل واحد من أقسامه الأربعة. والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معاً أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه؟ ويمكن أن يتحمل عن الأول بأن المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقاً: أي أعم من ادعاء أحدهما منفرداً ومن ادعائه منضماً إلى الآخر بالمعية أو التعاقب، وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معاً أو على التعاقب، فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه. وعن الثاني بأن تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلوّ دون منع الجمع. والأولى عندي في بيان الضابطة هاهنا أن يقال: اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت بولد، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين، وكل وجه من الأوجه الثلاثة على أربعة أوجه، أما إذا ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معاً أو على التعاقب **(فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع)** وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب **(فهو)** أي الولد **(ابن البائع وأمه)** أي أم الولد **(أم ولد له)** أي للبائع **(وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته)** أي دعوة البائع **(باطلة لأن البيع اعتراف منه)** أي من البائع **(بأنه)** أي الولد **(عبد وكان)** أي البائع **(في دعواه مناقضاً)** والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها **(ولا نسب بدون الدعوى)** أي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة **(وجه الاستحسان)** أي وجه الاستحسان الذي

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً فقدمه. قال: **(وإذا باع جارية فجاءت بولد الخ)** اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لم بين المدتين. وكل وجه على أربعة أوجه: إما أن ادعى البائع وحده، أو المشتري وحده، أو ادعياه معاً، أو على التعاقب. فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له. وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة، لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً فلا تسمع

باب دعوى النسب

قوله: **(باتصال العلوق في ملكه)** أقول: الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه.

مناقضاً ولا نسب بدون الدعوى. وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا. ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة

نعمل به في هذه المسألة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لأن الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبني النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض. وبيانه أن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أي لا يمنع صحة الدعوى؛ كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق، وصار كالمكاتب إذا أقم البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته وتبطل الكتابة، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث ينفرد المولى به، وكالمختلعة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإن بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به، بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه، كذا حققوا (وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده ففسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز، ويرد الثمن) أي إن كان منفرداً (لأنه قبضه بغير حق) فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع، كذا في الكافي، وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: صحة التحرير من المشتري ظاهرة، لأن الجارية مملوكته في الحال فيملك إعتاقها وإعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها. وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك. ويمكن أن يجاب بأن تيقننا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع. وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح، فإذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء، ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال: لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولدها

دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها، وإذ لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب، إذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى. ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله: (ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض، وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقص، ولا كذلك العتق والتدبير، وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثاً، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقوداً لأنه قبضه بغير حق. وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته، لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها

قوله: (بكونه العلوق منه) أقول: الباء زائدة قوله: (ولا كذلك العتق والتدبير) أقول: لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر قوله: (وصار كالمرأة إذا أقامت البينة) أقول: فإن بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق.

البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع)** لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة **(إلا إذا صدقه المشتري)** فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله. **(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر**

ثم اشتراها انتهى **(وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده)** أي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء **(فدعوة البائع أولى لأنها أسبق)** أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار إليه بقوله **(لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد)** يعني أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاد، ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال. وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنها تستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة)** يعني أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه تيقناً ولم يوجد ذلك هاهنا فلم تصح دعوته **(إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح)** حملاً لأمره على الصلاح، وقول المشتري على الصدق **(ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق)** أي للولد **(ولا حقه)** أي ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم فيبقى الولد عبداً للمشتري ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر، كذا في الكافي وغيره **(وهذه)** أي دعوة البائع هاهنا **(دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله)** أي ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان: دعوة استيلاد ودعوة تحرير؛ فدعوة الاستيلاد هي أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرّاً، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق، كذا في البدائع. وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري دون البائع لأنه كالأجنبي، كذا في العناية وغيرها **(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه)** أي في هذا الوجه **(إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه)** أي في ملك البائع **(فلم توجد الحجة)** وهي اتصال العلوق بملكه تيقناً **(فلا بد من تصديقه)** أي من تصديق المشتري إياه **(وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ، والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى)** وهي إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع **(لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك)** وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّ الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن

أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، وإن ادعياه معاً يثبت نسبه من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه. ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية

قوله: **(ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوة الاستيلاد)** أقول: يعني دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير، إذ لا مساواة في القوة قوله: **(وإذا لم تصر أم ولد بقي الخ)** أقول: شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل.

من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك؛ **(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة**

ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، وهذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة. أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً: فإن ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر، ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري. وإن ادعياه معاً لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت. وإن ادعياه متعاقباً فإن سبق المشتري صحت دعوته، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، وكذا في العناية. قال في الكافي: ولو تنازعا فالبينة للمشتري، أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق، لأن البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر، فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف لأنه أثبت زيادة مدة في الشراء، وعند محمد البينة للبائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتاً انتهى **(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر)** أي والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر **(لم يثبت الاستيلاد في الأم)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنها)** أي لأن الأم **(تابعة للولد)** أي في هذا الباب على ما سيجيء بيانه **(ولم يثبت نسبه)** أي نسب الولد **(بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك)** أي لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت **(فلا يتبعه استيلاد الأم)** لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع)** هذا أيضاً القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضرّه فوات التبع)** يعني أن الولد لما كان هو الأصل كان المعتبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب، ولا يضرّه فوات التبع لأن تعذر الفرع لا يبطل الأصل، بخلاف العكس **(وإنما كان الولد أصلاً لأنها)** أي لأن الأم **(تضاف إليه)** أي إلى الولد حيث **(يقال أم الولد)** والإضافة إلى الشيء أمارة أصالة المضاف إليه **(وتستفيد الحرّية من جهته)** عطف على

فكان البائع أولى قوله: **(وهذه دعوة استيلاد)** جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم؟ ووجهه أنها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، فإما أن يصدقه المشتري أو لا، فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع)** لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقيناً، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا تصير أم ولد، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي، وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه **المشتري** أو لا، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة، وإن صدقه **المشتري** يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته

أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع)** لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى **(ويرد**

تضاف إليه: أي وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد **(لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها»)** قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها؟[1] **(والثابت لها)** أي ولأن الثابت للأم **(حق الحرية)** وهو أمومية الولد **(وله)** أي والثابت للولد **(حقيقتها)** أي حقيقة الحرية **(والأدنى يتبع الأعلى)** دائماً دون العكس، فحق الحرية الذي هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الأعلى دون العكس **(ويردّ الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم)** وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مرّ آنفاً. قال المصنف **(لأنه تبين أنه باع أم ولده)** أي تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل **(وماليتها)** أي ولكن مالية أم الولد **(غير متقومة عنده)** أي عند أبي حنيفة **(في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(متقوّمة فيضمنها)** أي فيضمنها المشتري، فإذا ردّ الولد دونها يجب على البائع ردّ حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال: هكذا ذكروا الحكم في قولهما، وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الأم، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين ردّ ما قبضه إن كان باقياً وإلا فبدله انتهى فتأمل **(وفي الجامع الصغير)** ذكر رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت **(وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه)** أي فالولد ابن البائع **(يرد عليه بحصته من الثمن)** أي يردّ على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء، كذا في الشروح وسائر المعتبرات **(ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوته)** أي دعوة البائع **(باطلة)** أي إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، كذا في الشروح **(ووجه الفرق)** إنما ذكره استظهاراً، إذ قد كان معلوماً من مسألة الموت **(أن الأصل في هذا الباب الولد)** قال صاحب النهاية: أي الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق

صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل، ولا يكون له ولاء على لولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، هذا إذا كانت المدة معلومة، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل من مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً، فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، ودعوة المشتري وحده صحيحة. واحتمال كون العلوق في ملك البائع، إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري، وإن ادعياه معاً لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به. فإن قيل: في جانب

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجة ٢٥١٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ كلهم من حديث ابن عباس. في إسناده الحسين بن عبد الله ضعّفه ابن حجر في التقريب وكذا البوصيري في الزوائد عند حديث ٢٥١٥.

الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا: يرد حصة الولد ولا يردّ حصة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده، وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وفي الجامع الصغير: وإذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه

الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب، وقد اقتفى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى، فالأوجه في التفسير أن يقال: أي الأصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد **(والأم تابعة له على ما مرّ)** في مسألة الموت آنفاً **(وفي الفصل الأول)** وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم، وفي بعض النسخ: وفي الوجه الأول **(قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو)** أي المانع منهما **(العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته)** أي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد **(في الأصل وهو الولد)** لأن امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الأصل. فإن قيل: إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله **(وليس من ضروراته)** أي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته: يعني أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه **(كما في ولد المغرور)** وهو ولد من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب **(فإنه)** أي ولد المغرور **(حرّ)** أي حر الأصل ثابت النسب من المستولد **(وأمه أمة لمولاها)** فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق **(وكما في المستولدة بالنكاح)** يعني إذا تزوّج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد، كذا في غاية البيان، ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وكما في المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بالنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأمة أم ولده انتهى. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه، ولا تصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن

المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى. قلنا: هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبراً. وإن ادعياه متعاقباً إن سبق المشتري صحت دعوته وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما. قال: **(فإن مات الولد فادعاه البائع الخ)** الأصل في هذه أنه إذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي ثبوت النسب، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لأنه أصل)** لإضافتها إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله ﷺ «أعتقها ولدها» قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها: ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوة لم يضرّ فوات التبع، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالا: يردّ حصة الولد ولا يرد حصة الأم، وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت، فإذا أعتق المشتري الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما. وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، وذكر الفرق استظهاراً فإنه كان معلوماً من مسألة الموت **(والأصل في هذا الباب)** أعني به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد هو

قوله: **(لأنه أصل لإضافتها إليه الخ)** أقول: الدليلان الأخيران يدلان على الأصالة في النسب بل في العتق.

بحصته من الثمن، ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مرّ. وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا

يملكها بوجه من الوجوه ا هـ. قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف: وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوّج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة انتهى. أقول: هذا المعنى هاهنا غير صحيح، لأن الصورة التي ذكراها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفاً، فلا وجه لأن يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى. فإن قلت: إن صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما إذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى. فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه، وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين، وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور. قلت: ذلك التفسير منهما تقصير آخر، فإنه مع كونه تقييداً للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد إلى تقليل الأمثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد **(وفي الفصل الثاني)** وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع **(قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته)** أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد **(فيه)** أي في الأصل **(وفي التبع)** لأن امتناع الحكم في الأصل يوجب امتناعه في التبع أيضاً **(وإنما كان الإعتاق مانعاً)**. قال متقدمو الشراح: أي وإنما كان إعتاق المشتري الولد مانعاً لدعوة البائع إياه. وقال صاحب العناية لدعوة البائع إياه. وقال صاحب العناية أخذاً منهم: قوله وإنما كان الإعتاق مانعاً بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى. أقول: بل هذا بيان لمانعية عتق الأم عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع، ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع أيضاً، والمعنى: إنما كان إعتاق المشتري الأم والولد مانعاً من دعوة الاستيلاد وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه، كما ينادي عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى، وفيما ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام **(لأنه)** أي لأن الإعتاق **(لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد)** يعني أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض **(فاستويا)** أي استوى إعتاق المشتري وحق البائع استلحاقاً واستيلاداً **(من هذا الوجه)** أي من حيث أنهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه. قال صاحب العناية: وردّ بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته

ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب **(والأم تابعة له)** في ذلك كما مر **(وفي الفصل الأول)** يعني فيما إذا أعتق المشتري الأم **(قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد)** فيما قيل: إذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله: **(وليس من ضروراته)** أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه **(كما في ولد المغرور)** وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد

قوله: **(في هذا الباب: أعني به الخ)** أقول: الأظهر أن يقال: يعني به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل قوله: **(هو ثبوت الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى الأصل.

يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته، كما في ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاها، وكما في المستولدة بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع. وإنما على الإعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه، ثم الثابت من المشتري

حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى. أقول: السؤال الأول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضاً ولهما وجه وجيه. وأما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليس بشيء. أما السؤال فلأن مراد المجيب عن السؤال الأول أن التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وليس مراده أنهما في حكم ولد واحد في جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال، كيف ومدار العتق على الرقبة، ولا شك أن رقبتيهما متغايرتان فما يترتب على إحداهما لا يلزم أن يترتب على الأخرى كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته، كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر: أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضرراً زائداً، إذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضرراً أصلاً، ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته: أي ردّ حصته من الثمن على المشتري فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد. وإن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته: أي إتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضاً والفرض خلافه. ثم أقول: بدل السؤال الثاني وجوابه: ولقائل أن يقول: إذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصداً واللازم في مسألة التوأمين احتماله النقض ضمناً، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً، وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسألتين. ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه: فإن عورض بأن البائع إذا

لأبيه (وكما في المستولدة بالنكاح) بأن تزوج امرأة على أنها حرّة فولدت فإذا هي أمة (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفي التبع) وقوله: (وإنما كان الإعتاق مانعاً) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع، ومعناه أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل للنقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه. ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري، وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذ كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته فى

قوله: (أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق) أقول: وإن كان من أحكامه قوله: (وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول: فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجيء في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة، والظاهر أن حرية الولد لا تمس إليها الحاجة، وذكرها في المثال الأول استطرادي فليتأمل.

حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة، والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية. وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن

ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعياً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى. أقول: فيعارض بأن الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضاً فلا معتبر به أيضاً فلا يخلو الجواب عن معارضة مّا (**ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق**) يريد بيان رجحان في جانب المشتري بأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق (**والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة**) لأن الحقيقة أقوى من الحق. قال صاحب العناية: ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق، فقلنا: يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما انتهى. أقول: النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح. وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين، أما النظر فلأنا لا نسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح؛ ألا يرى أنا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله. وإنما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى. وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا في مسألة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (**والتدبير بمنزلة الإعتاق**) أي في الحكم المذكور، وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسألتنا هذه نقلاً عن الإمام التمرتاشي (**لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية**) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (**وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما**) يعني أن ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد

الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعياً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به قوله: (**ثم الثابت**) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق، فإن الثابت (**من**

قوله: (**وأجيب بأن التوأمين، إلى قوله: ثبوت النسب للآخر**) أقول: يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصداً وفيما ذكرتم النقض ضمني لا قصدي، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً قوله: (**ولقائل أن يقول إذا كان كذلك الخ**) أقول: أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين في حكم ولد واحد قوله: (**فمن ضرورة ثبوت العتق الخ**) أقول: يعني يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الخ قوله: (**ويمكن أن يجاب عنه بأنه ثبت العتق في الآخر لزمه الخ**) أقول: أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه قوله: (**وفي ذلك ضرر زائد**) أقول: ولذلك لم يجعل من ضروراته استحساناً، وإلا كان القياس ذلك فيه أيضاً فليتأمل، ثم قوله ضرر زائد معناه للمشتري قوله: (**فإن عورض**) أقول: يعني هذا الجواب قوله: (**بأنه غير مقصود**) أقول: بل ضمني، ثم إن الضمير في قوله بأنه راجع إلى السعي في قوله كان ذلك سعياً الخ.

قال المصنف: (**والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد الخ**) أقول: ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حراً لأصل ثبوت النسب للآخر قوله: (**فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح**) أقول: أنت خبير بأنه لا يلزم التسوية مطلقاً، ألا يرى أنه إذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق.

قولهما وعنده يردّ بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. قال: **(ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع)** لأن البيع يحتمل النقض، وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة لأن

رحمهما الله **(وعنده)** أي عند أبي حنيفة **(يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت)** قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة في المبسوط والإمام قاضيخان والإمام المحبوبي في الجامع الصغير أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبي حنيفة أيضاً، بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة، وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فردّ جميع الثمن. ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها، ولكن قالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل إعتاق المشتري. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولد إنما حدث بعد القبض من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري، وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاهنا بالدعوة، كذا في الشروح **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن باع عبداً ولد عنده)** أي كان أصل العلوق في ملكه **(وباعه المشتري)** أي ثم باعه المشتري **(من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه)** أي الولد ابن البائع الأول **(ويبطل البيع)** أي يبطل البيع الأول والثاني **(لأن البيع يحتمل النقض وماله)** أي وما للبائع **(من حق الدعوة لا يحتمله)** أي لا يحتمل النقض **(فينتقض البيع لأجله)** أي لأجل ما للبائع من حق الدعوة. قال المصنف **(وكذا)** أي وكحكم المسألة السابقة الحكم **(إذا كاتب الولد)** أي إذا كاتب المشتري الولد **(أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم)** أي كاتب المشتري الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها **(أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة)**

المشتري حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع **(في الولد حق الدعوة وفي الأم حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة)** ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى، فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم، وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما **(والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية)** وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك قوله: **(وقوله في الفصل الأول)** يريد به أن ما نقل عن الجامع

قال المصنف: **(قوله في الفصل الأول الخ)** أقول: قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره **(قوله وقوله هو الصحيح احتراز إلى قوله من الثمن الخ)** أقول: قال في غاية البيان: وهكذا ذكر محمد في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولداً وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد قال: هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن إلى هنا لفظ محمد، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكرخي والطحاوي في مختصريهما، وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وكذلك ذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل والكفاية قوله: **(وكيف يسترد كل الثمن)** أقول: قال الإمام الزيلعي: بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانة بالقبض، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى. وفي غاية البيان نقلاً عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الأئمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد قوله: **(والقائل أن يقول الثابت الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيجيء آنفاً.

هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مرّ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. قال: (ومن ادّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصوّر علوق الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر. وفي الجامع الصغير: إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري، لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان

أي ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أي فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض. واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة الجامع الصغير (بخلاف الإعتاق والتدبير) فإنهما لا يحتملان النقض (على ما مر) آنفاً (بخلاف ما إذا ادعاه) أي الولد (المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه) أي كإعتاق المشتري. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنى يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيجيء انتهى. أقول: هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها، لأن مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل، على أن الترجيح هل هو في جانب البائع أو في جانب المشتري، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم على ما مر في الكتاب وتقرّر، وقد عبر عنه صاحب العناية هاهنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وإن كان في

الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الأئمة في المبسوط وقاضيخان والمحبوبي أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة. وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فيردّ جميع الثمن، والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يُسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لا يبطل إعتاق المشتري؟ قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. وأجيب بأن

قوله: (لاشتمالها على صورة الخ) أقول: ولاشتمالها على زيادة وهي قوله ولداً عنده والقدوري ساكت عنها، وجواب مسألة الجامع مبني على هذه الزيادة قوله: (قال شمس الأئمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول: وفي المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان، وقولهم، هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأنثى توأمة انتهى. فما في المغرب يخالف ما ذكره شمس الأئمة السرخسي قوله: (وقد تقدم الكلام) أقول: في الصحيفة السابقة.

فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا في حرية الأصل فبطل، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعاً لحريته فيه حرية الأصل فافترقا **(ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت**

تقريره نوع ضيق واضطراب **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادعى نسب أحد التوأمين)** التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأنثى توأمة، كذا في المغرب. ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسي ذكر في المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة، حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة، كذا في النهاية وغيرها **(ثبت نسبهما منه)** أي ثبت نسب التوأمين معاً ممن ادعى نسب أحدهما **(لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا)** أي كونهما من ماء واحد **(لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً)** أي بعد ولادة الأول **(لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر)** لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ولا يتصور علوق الثاني على علوق الأول لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم، كذا في الكافي وغيره، وكأن المصنف لم يتعرّض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمراً معلوماً في غير هذا الفن **(وفي الجامع الصغير)** قال في العناية: ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري انتهى. وقال في معراج الدراية، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي كقوله ولداً عنده، وفيه إشارة إلى كون العلوق في ملك المدعى انتهى **(إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري)** إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل، كذا في العناية. قال المصنف في التعليل **(لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه)** أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه، فإن في قوله ولدا عنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه، وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه **(ثبت به حرية الأصل)** جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده: أي ثبت حرية الأصل في هذا الولد **(فيثبت نسب الآخر)** أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري **(وحرية الأصل فيه)** أي ويثبت حرية الأصل في ذلك الولد أيضاً **(ضرورة لأنهما توأمان)** وهما من ماء واحد **(فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرّ الأصل فبطل)** أي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه. قال في الكافي: وكان هذا نقض الإعتاق بأمر فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى **(بخلاف ما**

ذلك من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة. قال: **(ومن باع عبداً ولد عنده الخ)** والأصل في هذا أنه إذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه، وعلى هذا إذ باع عبداً ولد عنده يعني كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض، وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لأجل ما لا يحتمله، بخلاف الإعتاق والتدبير لما تقدم، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. ولقائل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنى يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويتان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن

قال المصنف: **(وهنا يثبت تبعاً لحريته)** أقول: وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً قصداً وأصالة قوله: **(يثبت بطلان إعتاق المشتري في المشتري)** أقول: قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت قوله: **(والضمير للمشتري كذلك)** أقول: أي للمشتري بالفتح قال المصنف: **(ولو لم يكن أصل العلوق الخ)** أقول: قال الزيلعي: بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضاً لأنهما لا يفترقان فيه، لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه انتهى. وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه.

نسب الولد الذي عنده، ولا ينقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته. قال: **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن**

إذا كان الولد واحداً) حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر **(لأن هناك)** أي في مسألة الولد الواحد **(يبطل العتق فيه)** أي في الولد **(مقصوداً)** يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصوداً **(لحق دعوة البائع)** وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الإعتاق **(وهاهنا)** أي في مسألة التوأمين **(يثبت تبعاً لحريته في حرية الأصل)** أي يثبت بطلان إعتاق المشتري فيما اشتراه تبعاً لحريته حرية الأصل لا حرية التحرير، فالضمير في حريته راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه متعلق بقوله يثبت، والضمير راجع إلى المشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقاً بالردّ والإبطال، كذا في العناية. أقول: هذا شرح صحيح، إلا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال: وهاهنا يثبت فيه تبعاً لحريته حرية الأصل كما لا يخفى، وكأن متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف هاهنا: أي يثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشتري لا مقصوداً بل تبعاً لثبوت الحرية الأصلية الثابتة في الذي باعه اهـ. فإن الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله يثبت بل أن يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد. أقول: لعل المحذور فيه أشد من الأول، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله تثبت، وإلا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغواً من الكلام، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وهاهنا يثبت تبعاً للحرية فيه بدون الإضافة كما لا يخفى **(فافترقا)** أي فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً. قال في معراج الدراية: إلى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه. وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال: أو نقول في مسألتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حرّ الأصل وتحرير الحرّ باطل لأن فيه إثبات الثابت، وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية **(فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه)** يعني أن الذي ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسألة بحالها **(ثبت نسب الولد الذي عنده)** أي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضاً ضرورة لأن التوأمين لا ينفكان نسباً **(ولا ينقض البيع فيما باع)** ولا يبطل عتق المشتري فيه **(لأن هذه)** أي لأن دعوة البائع هاهنا

يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث إن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثاني **(ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه)** وكلامه فيه ظاهر. وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري، قال شمس الأئمة السرخسي: يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان. قوله: **(وبطل عتق المشتري)** إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر، وقد تقدم الكلام

قوله: **(فكان قوله هذا ابني مجازاً الخ)** أقول: فيه بحث، لأنه لو كان مجازاً كما ذكره لما ثبت نسب الذي ليس عنده، بل نسب الذي عنده والمصرح خلافه فليتأمل، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازاً أو خبراً بعد خبر، وقوله مجازاً حال.

جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبي حنيفة **(وقالا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى)** وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه. لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتدّ بالرد وإن كان لا يحتمل النقض؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقرّ المشتري على

(دعوة تحرير) لا دعو استيلاد **(لانعدام شاهد الاتصال)** أي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن أصل العلوق في ملكه، ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي **(فيقتصر على محل ولايته)** أي إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع، كذا في الكافي. وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ، لأنه لما لم يكن أصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حرّ كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته، فكذا دعوة التحرير. أقول: يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعذر إعمال الحقيقة، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه. وتفصيل المقام أنه قد مرّ في كتاب العتاق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه. وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، فإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله في حقيقته، وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق وهو قول الشافعي. لهم أنه كلام محال فيردّ ويلغو. ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوّة في المملوك سبب لحريته وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوّزاً، ولأن الحرية ملازمة للبنوّة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء انتهى. فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما إذا قال لغلام هذا ابنى إنما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي: أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته. وأما في الصورتين الأخريين فيصير اللفظ محمولاً على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازاً فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل قال)** أي ذلك الرجل **(هو)** أي الصبيّ **(ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه)** أي لم يكن ذلك الصبيّ ابن ذلك الرجل **(أبداً)**

فيه سؤالاً وجواباً. قوله: **(بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً)** يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع، وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق **(وهنا)** أي في مسألة التوأمين **(يثبت)** بطلان إعتاق المشتري في المشترى **(تبعاً لحريته فيه حرية الأصل)** لا حرية التحرير فالضمير في لحريته راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت، والضمير للمشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقاً بالردّ والإبطال **(ولو لم يكن أصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع)** لأنه لما لم يكن أصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي، فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ دعوة تحرير، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محلّ ولايته فكذا دعوة التحرير. ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت

قال المصنف: **(ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل)** أقول: وإن كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض.

البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته، كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه، وهذا لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه،

قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب. وقال تاج الشريعة: يعني وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه. أقول: لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف **(وإن جحد العبد أن يكون ابنه)** سيما على ما قاله تاج الشريعة، اللهم إلا أن يحمل على التأكيد تقريراً لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبداً: أي في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المسألتين: وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً انتهى. أقول: الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لوجوه: أحدهما اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر. وثانيها أن الأبد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مصروفاً عنه إلى عموم الأحوال كما ترى. وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسألتنا دون الممنى الأول فإن المقرّ له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول: أعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت مّا فلا فائدة في التقييد بالغائب على إرادة عموم الأحوال. وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى: أعني الحال والأوقات المستقبلة فهما: أي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصوّر الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقرّ به المقر، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبيّ ابن المقرّ بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقرّ له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر، فلو أطلق فلاناً ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقرّ له حاضراً فقط، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقرّ له غائباً عبارة، وثبوته عند كونه حاضراً أيضاً دلالة؛ فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى. ثم اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبيّ في يده، وذكره في الكتاب وقع اتفاقاً نص عليه

نسبهما منه ويعتقان جميعاً، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال، إذ الكلام فيه. وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعي إذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير. قال: **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل الخ)** إذا كان الصبيّ في يد رجل أقر أنه ابن

قوله: **(بخلاف ما إذا صدقه)** أقول: أي صدق المقر له بالنسب المقر قال المصنف: **(ولأبي حنيفة أن النسب الخ)** أقول: ولا جواب فيما ذكره عن قولهما؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل قوله: **(لعدم احتمال النقض)** أقول: فيه نوع مصادرة قوله: **(وأما الثاني فلأنه الخ)** أقول: لا يخفى عليك عدم ملايمة الشرح للمشروح قال المصنف: **(ثم ادعاه لنفسه)** أقول: فإنها لا تصح، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسألة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضاً لا يقبل عنده خلافاً لهما قال المصنف: **(وهذا لأنه تعلق به حق المقر له)** أقول: قال الإتقاني: إشارة إلى قوله لا يحتمل النقض انتهى. وفيه بحث، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد قوله: **(ولم يتقرر لأنه الخ)** أقول: تأمل في صحة هذا التعليل فإن سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه قوله: **(لأن الملك له قائم في الحال)** أقول: فيه بحث، كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى. ولا يخفى دلالته على ما قلنا فليتأمل.

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد بردّ المقرّ له، ومسألة الولاء على هذا الخلاف، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب. وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به، بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة

الإمام الزيلعي في التبيين **(وهذا عند أبي حنيفة)** أي حكم المسألة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله. وفي المبسوط: لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وقالا: إذا جحد العبد فهو)** أي الصبيّ **(ابن المولى)** يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية. قال المصنف **(وعلى هذا الخلاف إذا قال)** أي إذا قال الذي في يده الصبي **(هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، كذا في غاية البيان **(لهما أن الإقرار)** أي الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب **(ارتدّ برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار)** أي فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه **(والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقض)** أي وإن كان النسب لا يحتمل النقض **(ألا يرى أنه)** أي الإقرار بالنسب **(يعمل فيه الإكراه والهزل)** حتى لو أكره ببنوة عبد فأقرّ بها لا يثبت النسب، وكذا لو أقرّ بها هازلاً **(فصار)** أي فصار حكم هذه المسألة **(كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري)** بفتح الراء **(فكذبه البائع ثم قال)** أي المشتري **(أنا أعتقته يتحوّل الولاء إليه)** أي فإنه يتحوّل الولاء إلى المشتري وصار كأنه لم يقرّ أصلاً **(بخلاف ما إذا صدقه)** أي بخلاف ما إذا صدق المقرّ له المقرّ في مسألتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق **(لأنه)** أي المقر **(يدعي بعد ذلك)** أي بعد تصديق المقرّ له إياه **(نسباً ثابتاً من الغير)** وهو لا يصح **(وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه)** بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضاً دعوة المولى بالاتفاق **(لأنه تعلق به)** أي بالصبيّ **(حق المقر له على اعتبار تصديقه)** أي على اعتبار احتمال تصديقه **(فيصير كولد الملاعنة، فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه)** يعني أن الاحتمال جانب التصديق تأثيراً فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيراً في ولد الملاعنة **(ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته)** وهذا بالاتفاق **(والإقرار بمثله)** أي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته **(لا يرتدّ بالرد)** يعني وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالردّ: أي لا يبطل بالتكذيب، كمن أقرّ بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الإمام قاضيخان وذكر في الشروح **(فبقي)** أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة **(فتمتنع دعوته)** أي فتمتنع دعوة المقرّ بعد الرد أيضاً **(كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة)** كالعتق والقرابة **(ثم ادعاه)** أي ثم ادعاه الشاهد **(لنفسه)** حيث لا تصح دعوته. واعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه

عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً. أما حالاً فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير، وأما استقبالاً فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث: إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب. ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقرّ له فبقي إقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقالا: الإقرار بالنسب يرتد بالردّ، ولهذا إذ أكره على الإقرار بنسب عبد فأقرّ به لا يثبت، وكذا لو هزل به، فإذا ردّه العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقرّ لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن

قال المصنف: **(إذ دلائل الوحدانية ظاهرة)** أقول: الظاهر أن يقال دلائل الإسلام لأن بمجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام قوله: **(ولقائل أن يقول: هذا مخالف الخ)** أقول: فيه بحث. لأنا لا نقول إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل قوله: **(لأن دعوته لا تحتمل الخ)** أقول: ها هنا نوع مصادرة.

بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره. قال: (**وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ**) لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً، ولا تعارض لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها (**ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى**) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين. قال: (**وإذا ادّعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة**) ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدّق إلا بحجة، بخلاف

المسألة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال: وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى. فاقتفى المصنف أثره فأوردها هاهنا كذلك. وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي فقد ذكر أنها أيضاً على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وعلى هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما انتهى (**وهذا**) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد (**لأنه تعلق به**) أي بالنسب (**حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه**) أي من المقر له، ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما إذا لم يصدقه ولم يكذبه، (**وكذا تعلق به حق الولد**) من جهة احتياجه إلى النسب (**فلا يرتد بردّ المقر له**) لتعلق حقه وحق الولد. هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام، ولا يلتفت إلى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره ما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (**ومسألة الولاء على هذا الخلاف**) إشارة إلى الجواب عن استشهادهما بمسألة الولاء بأنها أيضاً على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (**ولو سلم**) أي ولو سلم كون مسألة الولاء على الاتفاق (**فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب**) صورة: معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولاداً فجنى الأولاد كان عقل جنايتهم على موالي الأب لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقاً بقوم الأم، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه، كذا روي عن عمر رضي الله عنه، ذكره قاضيخان، كذا في النهاية ومعراج الدراية (**وقد اعترض على الولاء الموقوف**) وهو الولاء من جانب البائع، وإنما سماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب، كذا في النهاية وغيرها (**ما هو أقوى وهو دعوى المشتري**) لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك، كذا في العناية وأكثر الشراح. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقرّ بأنه معتق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقرّ أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقرّ انتهى. ولا يخفى دلالته على ما قلناه، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: بحثه ظاهر

الولاء يتحوّل إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وهو لا يصح، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كالولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وهذا بالاتفاق، وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد، لأن الإقرار به يتضمن شيئين: خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق، وتعلق حق المقرّ له به، وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما. أما الأول: فلأن تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا. وأما الثاني: فلأنه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضاً وهو لا يقدر على إبطاله. ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإنها لا تصح، وكذلك أوردها المصنف، وذكر الإسبيجابي أنها على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قوله: (**ومسألة الولاء**) جواب عن استشهادهما بها بأنها على الخلاف فلا تنهض شاهدة. سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب

الرجل لأنه يحمل نفسه النسب، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد. أما النسب فيثبت بالفراش

السقوط، لأن المشتري إنما أقرّ أوّلاً بأن ما اشتراه معتق البائع لا بأنه معتق نفسه وقد كذبه البائع، وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال: أي في حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانياً، وإنما لا يقوم الملك له في الحال لو كان أقرّ ابتداء بأنه معتق نفسه، أو كان أقرّ بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس. وأما ما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنياً على كون مسألة الولاء أيضاً على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أوّلاً حيث قال: ومسألة الولاء على هذا الخلاف. ولا يخفى أن مبنى الكلام هاهنا على تسليم كون بطلان الإقرار وتحوّل الولاء في مسألة الولاء متفقاً عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ، وحينئذ لا شك في قيام الملك للمشتري إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام **(فبطل به)** أي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذي هو دعوى المشتري **(بخلاف النسب)** يعني أنه لا يبطل باعتراض شيء أصلاً **(على ما مرّ)** وهذا إشارة إلى قوله إلى النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وعليه أخذ أكثر الشراح. قال في الكافي: بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى. وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضاً. والحاصل أن النسب ألزم من الولاء، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلاً فلا يصح قياس النسب على الولاء **(وهذا)** أي إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره **(يصلح مخرجاً)** أي حيلة **(على أصله)** أي على أصل أبي حنيفة **(فيمن يبيع الولد ويخاف عليه)** أي يخاف المشتري على الولد **(الدعوة بعد ذلك)** من البائع **(فيقطع دعواه)** أي فإنه يقطع دعوى البائع **(بإقراره بالنسب لغيره)**قال الإمام المحبوبي: صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوماً فينتقض البيع فيقرّ البائع بكون الصبيّ ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده. وفي الفوائد الظهيرية: الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقرّ البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجاً على قول الكل، كذا في النهاية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كان الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ)** وفي الفوائد الظهيرية وغيرها: هو ابن النصراني إذا كانت الدعوتان معاً، فكان قوله معاً إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبداً للمسلم، كذا في النهاية: قال المصنف **(لأن الإسلام مرجح)** بكسر الجيم **(فيستدعي تعارضاً)** يعني أن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعارضاً **(ولا تعارض)** أي لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا **(لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر)** يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر **(لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه)** أي وفي عكس ما ذكرناه **(الحكم بالإسلام تبعاً)** أي ينال الحكم بالإسلام تبعاً **(وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها)** أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام، وهو الحقيق عندي أيضاً بأن يراد من هذا الكلام. قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال: ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي؛ ألا يرى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها

وصورته معروفة، وإنما لا يبطل إذا تقرّر سببه ولم يتقرّر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفاً، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل، بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقض، وهذا يصلح مخرجاً: أي حيلة على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره. قال: **(وإذا كان**

القائم، وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة **(ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة)** عند أبي حنيفة وقد مرّ في الطلاق، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها لأن فيه

المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] بأن قال فيه بحث. لأنا نقول: إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول: كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذلّ الرقية، وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية، فالنظر للصبيّ يقتضي الحكم بحريته انتهى. أقول: ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقاً خير من المشرك وإن كان حرّاً. أما على كون الأمة والعبد في قوله تعالى: ﴿ولأمة مؤمنة خير من مشركة﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] محمولين على ظاهرهما: أعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف: يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية، فإن شرفها لا يجدي نفعاً مع الكفر، ودناءة الرق لا تضر مع شرف الإيمان انتهى، فالأمر ظاهر. وأما على كون الأمة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمته عامين للحر والحرة أيضاً كما ذهب إليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين: أي ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة، وكذلك: ﴿ولعبد مؤمن﴾ [البقرة: ٢٢١] لأن الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى، فلأن الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعاً فيكون خيراً من مشرك وإن كان حراً، ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسألتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعاً مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور. ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] يوجب دعوة الأولاد لآبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان[1] نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود

الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني، وهو حرّ لأن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام: أي ينال الحكم به تبعاً وحرمانه عن الحرية، إذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾

قوله: **(ولم يترجح جانب الإسلام)** أقول: بلى ترجح خلافه.

---

(١) الأحاديث الدالّة على ذلك كثيرة منها حديث ابن عباس «ليس منا من لم يوقّر الكبير، ويرحم الصغير، ويأمر بالمعروف، وينه عن المنكر».
أخرجه الترمذي ١٩٢١ والبغوي ٣٤٥٢ وابن حبان ٤٥٨ أحمد ١/ ٢٥٧ والبزار والطبراني باختصار كما في المجمع ٨/ ١٤ قال الهيثمي: في أحد إسنادي البزار قيس بن الربيع وثقه شعبة والثوري، وضعفه غيره، وبقية رجاله ثقات اهـ. وقال الترمذي: حسن غريب اهـ. وفي إسناد الترمذي ليث بن أبي سليم ضعيف.
وفي الباب من حديث عمرو بن العاصي أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٤ وأبو داود ٤٩٤٣ والترمذي ١٩٢٠ وقال عنه الترمذي: حسن صحيح اهـ. وفي تلك الأحاديث أيضاً حديث أبي هريرة «قال: أبصر الأقرع بن حابس التميميُّ النبيّ ﷺ يُقَبِّلُ الحسن بن عليّ، فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت أحداً منهم فقال نبيُّ الله ﷺ: من لا يرحم لا يُرحم».
أخرجه البخاري ٥٩٩٧ وفي الأدب المفرد ٩١ ومسلم ٢٣١٨ وأبو داود ٢١٨ والترمذي ١٩١١ والبغوي ٣٤٤٦ وابن حبان ٤٥٧.

إلزاماً على نفسها دون غيرها. **(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنهما منه وصدّقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة)** لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة **(وإن كان الصبيّ في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من**

والأصل عدمه؛ ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى. أقول: فيه بحث لأن كون مدعي النسب أبا أول المسألة فذكره هاهنا مؤدّ إلى المصادرة، وقوله لأن دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء، لأن دعوته إنما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسألة أيضاً. وقوله وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هاهنا، لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم لا شبهة فيه لأحد، لكن الكلام في أن ما يؤدي إلى الألف بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى. ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض: أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر انتهى. فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو كان صبيّ في يد مسلم ونصراني فقال القصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حرّاً. ابن النصراني إذا ادعيا معاً ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى. والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه، وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين: أي دعوى الرق ودعوى النسب، لأنه يجوز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر حتى يثبت الترجيح بالإسلام انتهى. أقول: فيه نظر لأن الذي يدعيه النصراني في مسألتنا هو بنوّة الصبي له حرّاً لا مطلق بنوّته له، وأن الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبيّ منه حراً كما صرح به في وضع المسألة لا ثبوت نسبه منه عبداً للآخر وإلا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معاً، بل لا يتصور النزاع بينهما رأساً، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضاً بيناً فلا يتم التقريب. ثم إن في تحرير المصنف مانعاً آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلاً على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى، فكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير، ألا يرى أن الترجيح بالإسلام واجب في النسب نظراً للصغير ونظر الصبيّ في هذا أوفر الخ. أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئاً آخر فكأنه غافل بالكلية. وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال: فعلى هذا يكون قوله لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر دليلاً على قوله فهو ابن النصراني لا دليلاً على نفي المعارضة، وقال: كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى. لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حرّ بقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً ولا تعارض، فلو كان قوله لأن نظر الصبي الخ دليلاً على ذلك أيضاً لكان دليلاً ثانياً فكان حقه أن يذكر بالواو، اللهم إلا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل **(ولو كانت دعوتهما)** أي دعوة المسلم والكافر **(دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين)** أي للصبيّ. ونوقض هذا بغلام

ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي؛ ألا ترى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده. ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع، وكفر الآباء جحود والأصل عدمه؛ ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق، وبترك الحضانة لا يلزم رقّ فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة. هذا، والله أعلم بالصواب. **(ولو كانت**

غيره فهو ابنهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق

نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام. وأجيب بأن البينتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوّى بقوله ﷺ «البينة على المدعي»[1] لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقاً لنفسه، كذا في العناية. أقول: ولقائل أن يقول: إن تقوّى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص، منها قوله ﷺ «الإسلام يعلو ولا يعلى»[2] **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعوتهما حتى تشهد امرأة على الولادة)** قال المصنف: اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسألة **(ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج)** وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك **(لأنها تدعي تحميل النسب على الغير)** وهو الزوج **(فلا تصدّق إلا بحجة)** يعني أن المرأة تقصد إلزام النسب على الزوج والإلزام لا بد له من الحجة، وسبب لزوم النسب وإن كان قائماً وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة، كذا في الكافي وغيره **(بخلاف الرجل)** أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة **(لأنه يحمل نفسه النسب)** وفي بعض النسخ: تحمل على نفسه النسب **(ثم شهادة القابلة كافية فيها)** أي في دعوى المرأة في المسألة المارّة **(لأن الحاجة إلى تعيين الولد)** بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء **(أما النسب فيثبت بالفراش القائم)** يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة **(وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة)**[3]

دعوتهما دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوّة ولم يترجح جانب

---

(١) تقدم في أول كتاب الدعوى.

(٢) حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ٦/ ٢٠٥ كلاهما من حديث عائذ بن عمرو المزني وفي إسناده عبد الله بن حشرج قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢١٣: قال الدارقطني: وعبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان وقال ابن أبي حاتم: في كل منهما: لا يعرف وله شاهد من حديث عمر بن الخطاب، وهو حديث الضب وعجزه «... الحمد لله الذي هداك إلى هذا الدين الذي يعلو ولا يعلى...» أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، والطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٣/ ٢١٣.

وفي إسناده محمد بن علي البصري. قال ابن حجر في اللسان ٥/ ٢٩٢: قال البيهقي الحمل فيه عليه، وروى عنه الإسماعيلي في معجمه، وقال: بصري منكر الحديث، ثم قال ابن حجر: صدق والله البيهقي فإنه خبر باطل. وورد من حديث معاذ رواه نهشل في «تاريخ واسط» ولفظه «الإيمان يعلو، ولا يعلى عليه» كما في نصب الراية ٣/ ٢١٣.

وفي إسناد عمران بن أبان، وهو أبو مسلم الطحان الواسطي قال ابن حجر في التقريب: ضعيف. وورد عن ابن عباس موقوفاً أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار ٢/ ١٥٠ وفي المعاني ٣/ ٢٥٧ وعلقه البخاري في كتاب الجنائز ٣/ ٢١٨. فالحديث حسن لشواهده.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٢ من طريقين عن حذيفة بن اليمان قال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول، وهو أبو عبد الرحمن المدائني اهـ. وفي الإسناد الآخر محمد بن عبد الملك عن أبي عبد الرحمن عن الأعمش به قال في التنقيح: هو حديث باطل لا أصل له وأسند البيهقي في المعرفة إلى الشافعي مناظرة جرت بينه، وبين محمد بن الحسن مفادها أن محمد أخذ بقول عليّ في إجازة شهادة القابلة فأجابه الشافعي بقوله: إنما رواه عن عليّ رجل مجهول يقال له: عبد الله بن يحيى، والذي رواه عن ابن يحيى جابر الجعفي، وكان يؤمن بالرجعة.

قال البيهقي: رواه سويد بن عبد العزيز عن علي وسويد هذا ضعيف.

وقال إسحاق بن راهويه: لو صح حديث علي في القابلة لقلنا به ولكن في سنده خلل اهـ. نصب الراية ٤/ ٨١ فالحديث ضعيف لضعف طرقه.

صاحبه فلا يصدّق عليه، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه

فكانت حجة فيها **(ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة)** يعني هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت منكوحة، أما إذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة **(وقد مرّ في الطلاق)** أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق **(وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها)** أي من غير بينة أصلاً **(لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها)** وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة، هذ ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف. ومنهم من أجرى المسألة على إطلاقها وقال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملاً بإطلاق ما ذكر محمد، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة. وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله إلا بالبينة. وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق إلا ببينة لإمكان إثباته بالبينة، ولو علق طلاقها بحيضها والمسألة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الإثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج إليها، كذا في الشروح. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال إلا أنه يمكنه إثبات النسب، إذ قد تقرّر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة: منها النسب، وليس من ضرورة ادّعاء الرجل ولداً أنه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه البتة، وإلا لما تيسر إثبات دعوة البنوّة من الرجل أصلاً: أي ولو كان هناك منازع شرعي، إذ لا يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال قطعاً، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوّة ولد وإثباتها شرعاً أكثر من أن تحصى، فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوّة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضاً إقامة البينة على الأصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب. وأما ثانياً فلأن الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسألتنا، لأن كون المدعي مما يمكن للمدعي إثباته بالبينة إنما يقتضي احتياج المدعي إلى إقامة البينة إذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسألتنا وإن كان مما يمكنها إثباته بالبينة كما بيّن إلا أنه مما لم ينكره أحد، لأن كلامنا فيما إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة، ولهذا قال المصنف في تعليل المسألة: لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها انتهى. فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البينة فتدبر **(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه)** أي ادعت أن الولد ابنها

الإسلام. وأجيب بأن البينتين وإن تساوتا في إثبات النسب بفراش النكاح، لكن ترجحت بينة الغلام من حيث إنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين، لأن الولد يعبر بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوى بقوله ﷺ «البينة على المدعي» لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقاً لنفسه. قال: **(وإذا ادعت المرأة صبياً الخ)** إذا ادعت المرأة صبياً أنه ابنها فإما تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير

قوله: **(والفرق الخ)** أقول: يعني الفرق بين الرجل والمرأة.

يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقرّ لأن المحل يحتمل الشركة، وها هنا لا يدخل لأن

من ذلك الزوج **(وصدقها)** أي وصدق **(الزوج)** إياها **(فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة)** أي وإن لم تشهد امرأة على الولادة: يعني لا حاجة هاهنا إلى شهادة القابلة **(لأنه)** أي الزوج **(التزم نسبه)** أي نسب الولد **(فأغنى ذلك عن الحجة)** لأن النسب يثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير، ومع دعوى المرأة أولى، وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير **(وإن كان الصبي في أيديهما)** أي في أيدي الزوجين **(فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها)** أي زعم الزوج أن الصبيّ ابنه من امرأة أخرى له **(وزعمت أنه ابنها من غيره)** أي وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها **(فهو ابنهما)** أي كان الصبي ابنهما معاً هذا إذا كان الصبيّ لا يعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه، كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية إلى شرح الطحاوي، ثم إن هذه المسألة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضاً. قال المصنف في تعليلها **(لأن الظاهر أن الولد منهما)** أي من الزوجين الذين كان الولد في أيديهما **(لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما)** أقول: فيه شيء، وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد: أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة، ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبياً أنه ابنها إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفاً، ففي مسألتنا أيضاً ينبغي أن يكون كذلك فتأمل **(ثم كل واحد منهما)** أي من الزوجين **(يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه)** أي على صاحبه: يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه **(وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه)** حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه **(بل يكون الثوب بينهما)** فكذا هنا **(إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقر)** أي يصير ما حصل للمقرّ بينه وبين المقرّ له نصفان **(لأن المحل)** وهو الثوب **(يحتمل الشركة، وهنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها)** اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى، حتى أن الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه، وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح، فإن قالت بعد ذلك: هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا إن المناقضة لا تبطل دعوى النسب، كذا ذكره الإمام التمرتاشي. وذكر في الإيضاح أن دعوى النسب إنما لا تبطل بالتناقض لأن التناقض إنما يكون بين المتساويين ولا مساواة، فإن دعوى النسب أقوى من النفي. وذكر فيه أيضاً: إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج، لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقاً للصبي فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسداً لأن الفراش قد وجد، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: الذي نقل عن الإيضاح أولاً من

فلا تصدق إلا بالحجة، وشهادة القابلة لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم، وقد صح «أن النبيّ ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة، وإن كانت معتدّة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مرّ في الطلاق، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها، وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة. ومنهم من قال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا. والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعي أمراً لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة، وكل من يدعي أمراً يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما، **(ولو كان الصبيّ في أيديهما)** أراد صبياً لا يعبر عن نفسه، فأما إذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً الخ)** ختم باب دعوى النسب بمسألة ولد المغرور، والمغرور من وطىء امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة

النسب لا يحتملها. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم)** لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، وولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرّ الأصل في حق أبيه رقيقاً

تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعاً ونقضاً فتأمل **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده)** يعني ولدت ولداً من المشتري **(فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم)** وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أيّ سبب كان، وكذا إذا تزوّجها على أنها حرّة فولدت له ثم استحقت نص عليه الإمام الزيلعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب **(لأنه ولد المغرور، فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين)** بأيّ سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية، كذا في معراج الدراية وغيرها **(أو نكاح)** عطف على يمين. والمعنى أو معتمداً على ملك نكاح **(فتلد منه)** أي تلد المرأة ممن يطؤها **(ثم تستحق)** بأن يظهر بالبينة كونها أمة، هنا تم تفسير ولد المغرور **(وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي اللهعنهم)**[1] فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حرّ الأصل، ولا خلاف أيضاً بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: يفكّ الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها. وقال علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل. وتأويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه: يفكّ الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، كذا في العناية أقول: يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة، فكيف يصلح ما ذكر في العناية لأن يكون شرحاً وبياناً لما ذكر المصنف؟ ويمكن الجواب عنه بأن يقال: إن اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه: يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية. فحاصل الشرح والبيان هاهنا أن السلف وإن اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص

وولد المغرور حرّ بالقيمة بالإجماع فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمطار أن ولد المغرور حرّ الأصل. ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إذا كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها. وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: عليه قيمتها، وإليه ذهب أصحابنا، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، وتأويل الحديث: الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، ولأن النظر من الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حرّ

قوله: **(وتأويل الحديث)** أقول: أي على تقدير أنه حديث، والله أعلم.

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٠.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٧٩: لم أجده هكذا صريحاً اهـ. لكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع عن علي في رجل اشترى جارية، فولدت منه أولاداً، ثم أقام رجل البينة أنها له قال: ترد عليه، ويقوم عليه ولدها، فيغرم الذي باعها ما غررها.
وورد عن قتادة عن خلاس «أن أمة أتت طيئاً، فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السنة في كل رأس رأسين» اهـ.
وفي الموطأ ٢/ ٧٤١ «أن مالك بلغه أن عمر بن الخطاب، أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرّت رجلاً بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجها، فولدت له أولاداً، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم».

في حق مدعيه نظراً لهما، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شيء على الأب) لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالاً لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل في حقه فيرثه (ولو قتله الأب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا

الدالّ على أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر، والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضاً فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان، وذا بأن يحيى حق المستحق في معنى المملوك ويحيى حق المغرور في صورته، كذا في الكافي (فيجعل الولد حرّ الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدّعيه نظراً لهما) ودفعاً للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعدّ منه، كذا في العناية (فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فإنه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأن المغرور لا يضمن الولد إلا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حراً ويعلق في حق المستحق رقيقاً فلا يتحوّل حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك، كذ في النهاية ومعراج الدراية. ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حرّاً بالقيمة إذا كان المغرور حرّاً، أما إذا كان مكاتباً أو عبداً مأذوناً له في التزوج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً لمحمد، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شيء على الأب) أي ليس على الأب شيء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصوّر بعد الطلب، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن، كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فإنه لا يضمن قيمته، كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالاً) أي وكذا لو ترك ولد المغرور مالاً ميراثاً لأبيه فأخذه أبوه لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء، لأن المنع لم يتحقق، لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لأن الإرث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه، لأنه) أي الولد (حرّ الأصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل: الولد وإن كان حرّ الأصل في حق أبيه إلا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهم. قلنا: الولد علق حرّ الأصل في حق المدعي أيضاً، ولهذا لا يكون الولاء له. وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، كذا في الشروح والكافي. أقول: ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفاً فليتأمل في التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الأب يغرم قيمته) أي يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أي فأخذ الأب ديته (لأن سلامة بدله له) أي لأن سلامة بدل الولد وهو ديته للأب (سلامته) أي كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان حياً) وأما إذا لم يأخذ الأب ديته من القاتل فلا يضمن شيئاً لأنه لم يمنع الولد أصلاً: أي لا حقيقة ولا حكماً، نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير. وذكر في المبسوط: فإن قضاء له بالدية

الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ودفعاً للضرر عنهما قوله: (ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه: يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن إلا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع، وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع، وأنه لو ترك مالاً لا يضمن أيضاً لأن المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل في حقه فيرثه. لا يقال: ينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهما لأنه حرّ الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حرّ الأصل في حق المدعي أيضاً ولهذا لا يكون الولاء له، وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، وأنه لو قتله الأب ضمن قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه، ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته

لو قتله غيره فأخذ ديته)، لأنّ سلامة بدله له كسلامته، ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حياً (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع، والله أعلم بالصواب.

فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة. لأن المنع لم يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد، كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أي ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لأنه أي بائعه (ضمن له) أي للمشتري (سلامته) أي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق، كذا في معراج الدراية، ويساعده تقرير صاحب النهاية. أقول: يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة في أن البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب، إلا أن المبيع في مسألتنا هي الأم دون الولد فلا يتم التقريب، فكأن كثيراً من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته: يعني أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى. أقول: ويرد على هذا الشرح أن البائع إنما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع، لأن مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح إدخال المعدوم في عقد البيع أصلاً فضلاً عن ضمان سلامته عن العيب، ولا شك أن الولد في مسألتنا ممن حدث بعد البيع. والحق عندي في هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البيّن ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الأم عن العيب، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضاً لأن من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حرّ الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية: أي بالثمن الذي أداه المشتري إلى البائع فالضمير للمشتري. وقيل بثمن المشتري إذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى. واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى الوسطاني حيث قال: كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه هاهنا، ولكن في تذكير الضمير هاهنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها: ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير: أي ورجع بقيمة الولد كثمن الأم (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أي لأن العقر (لزمه) أي لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة: أي منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجاناً، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطىء مجاناً، كذا في النهاية وغيرها.

كما لو كان حياً ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهوالأم لأن الغرور شملها، بخلاف العقر فإنه يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو إما أن يقرّ أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو إما أن يستربح منه أو لا، فإن استربح فلا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله، وذكر هاهنا استرباحه بغيره وهو المضاربة، وإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة، كذا في الشروح. ثم إن محاسن الإقرار كثيرة: منها إسقاط واجب الناس عن ذمته، وقطع ألسنتهم عن مذمته. ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق، ومنها إحماد الناس المقرّ بصدق القول ووصفهم إياه بوفاء العهد وإنالة النول. ثم إن هاهنا احتياجاً إلى بيان الإقرار لغة وشريعة، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة. أما الإقرار لغة فهو إفعال من قرّ الشيء إذا ثبت، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الإقرار والجحود، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأما شريعة فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح. وقال في العناية الإقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان متزلزلاً. وفي الشريعة: عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق انتهى. أقول: لقد أصاب صاحب العناية في بيان معنى الإقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة. أما الأول فلأن أخذ الإقرار في تعريف معنى الإقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤدّياً إلى المصادرة مما يختل به المعنى، إذ لا معنى لكون إثبات ما كان متزلزلاً بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لا يخفى. وأيضاً الظاهر أن الإقرار في اللغة ليس بمخصوص بإثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين، بل هو عام لإثبات كل ما تزلزل بين الشيئين كما يدل عليه مأخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقاً. وأما الثاني: فلأن الإخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضاً، وإنما يمتاز الإقرار الشرعي عنهما

كتاب الإقرار

قال في النهاية: ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجه على المدعى عليه فأمره لا يخلو، إما أن يقرّ أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار

كتاب الإقرار

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله، والصلاة على سيدنا محمد الذي ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شأنه وصدق مقاله، وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين في تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فإن الأستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسألة مذكورة في المبسوط: وهي رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق في تصحيحها وحقق في توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل، وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الإقرار، ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة في الزمان السابق، فلما انتهينا إلى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة. بين الأوراق بالتمام، فحررناها تبركاً وتيمناً في أول ذلك الكتاب، ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب، وهذا نص عبارة الأستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد.

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، نسألك أن تصلي وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم، وترشدنا إلى سبيل السداد والصواب، وتهدينا إلى الصراط المستقيم.

. . . .

بقيد للغير عن نفسه فإن الدعوى إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير، والشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير عن الغير، فإذا زيد في تعريف الإقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عند الدعوى والشهادة. وأما إذا أطلق وقيل هو عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول: في تعريف العامة أيضاً شيء، أما أولاً فلأنه قد تقرر في كتب الأصول أن التصرفات إما إثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، وإما إسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها. ولا يخفى أن الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الإقرار بقسم الإسقاطات مطلقاً فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعاً. وأما ثانياً: فلأن إقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعاً على ما صرحوا به، مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعاً. ويمكن أن يجاب عن الثاني بأن كون إقرار المكره غير صحيح شرعاً، إنما يقتضي أن لا يكون صحيحاً شرعاً لا أن لا يكون إقراراً مطلقاً في الشرع، فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الإقرار في الشرع سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والإجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد، حتى أن كثيراً منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه. وأما سبب الإقرار فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب. وأما شرطه فسيأتي في الكتاب. وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجباً الإقرار. وأما حكمه فظهور ما أقرّ به لا ثبوته ابتداء؛ ألا يرى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا، ولهذا قالوا: لو أقرّ لغيره بمال والمقرّ له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكاً مبتدأ على سبيل الهبة، والملك يثبت للمقرّ له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل بردّه، والمقرّ له إذا صدقه ثم رده لا يصح رده، كذا في الكافي وغيره. وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه: وحكمه لزوم ما أقرّ به على المقرّ، وعمله إظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء. ويدل عليه مسائل: إحداها أن

أو بالصلح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو إما أن يستربح منه أو لا، فإن استربح منه فلا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله، وذكر هاهنا استرباحه بغيره وهو

رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم، فأنكر وقال كان ديني لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها إليك وأديتها لك، فقال: تلك الخمسة آلاف التي أديتها هل هي من تلك الاثني عشر ألفاً؟ فقال نعم هي منها، فهذا إقرار بالاثني عشر ألفاً لظهور أن إشارة المدعي في الاستفهام إلى الاثني عشر ألفاً الذي كان موصوفاً بالوجوب في ذمة المدعى عليه، وإلا لكان كلامه لغوا محضاً لا فائدة فيه، وكلام العاقل لا يحمل على اللغو إلا إذا تعذر حمله على الصحة كذا في المبسوط في باب ما يكون إقراراً، فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هي منها بإثبات لفظ نعم على ما في بعض صور الاستفتاء، أو بقوله هي منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعي كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هي من تلك الاثنا عشر ألفاً الذي كان لك علي، فلو صرح بهذا لكان إقراراً فكذا هذا. قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: رجل قال لآخر اقض الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها، لأن قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه، فكأنه قال نعم أعطيك الألف الذي لك علي. ثم قال: وعلى هذا الأصل يبتني بعض مسائل الباب، وبعض المسائل مبنية على أنه متى ذكر في معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا مجيباً إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب، إلى هنا عبارته. وقال الشيخ قوام الدين الإتقاني في غاية البيان: الأصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فإنه يجعل مربوطاً لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لا يلغي من كلام العاقل ما أمكن، وإذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فإنه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطاً بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك. وفي الكافي للعلامة النسفي: لو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني أو قضيتكه فهو إقرار، لأن الكناية تنصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال: انتقد أو اتزن أو أجل أو قضيت

قال: (**وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقرّ به أو معلوماً**) اعلم أن الإقرار إخبار عن

الرجل إذا أقرّ بعين لا بملكه يصح إقراره حتى لو ملكه المقرّ يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له، ولو كان الإقرار تمليكاً مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له. والثانية: أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم يصح. والثالثة: أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبيّ صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم. والرابعة: أن العبد المأذون إذا أقرّ لرجل بعين في يده صح إقراره، ولو كان الإقرار سبباً للملك ابتداء كان تبرّعاً من العبد وهو لا يجوز في الكثير. وأما دليل كونه حجة على المقرّ فالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول. أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً﴾ [البقرة: ٢٨٢] بيانه أن الله تعالى أمر بإملاء من عليه الحق، فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار، وأيضاً نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقرّ به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة. وقوله تعالى: ﴿قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا﴾ [آل عمران: ٨١] بيانه أنه طلب منهم الإقرار، ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه. وقوله تعالى: ﴿كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ [النساء: ١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقرار. وقوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾[القيامة: ١٤] قال ابن عباس رضي الله عنهما: أي شاهد بالحق» وأما السنة فما روى «أن النبي ﷺ رجم ماعزاً بإقراره بالزنا والغامدية باعترافها، وقال في قصة العسيف: واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1] فأثبت الحد بالاعتراف. والحديثان مشهوران في كتب الحديث، فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة فيما يندرىء بالشبهات فلأن يكون حجة في غيره أولى وأما الإجماع فإن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير. وأما المعقول فلأن الخبر كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن المكذب، لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب، ونفسه الأمّارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير، أما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق زواجر عن الكذب، فكان الصدق ظاهراً فيما أقرّ به على نفسه فوجب قبوله والعمل به. (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل بحق لزمه**) أي لزم المقرّ (**إقراره**) أي موجب إقراره أو ما أقرّ به. أقول: يرد عليه النقض بما إذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق مكرهاً فإنه لا يلزمه إقراره، فكان لا بد من ذكر الطائع أيضاً. لا يقال: تركه اعتماداً على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الإقرار. لأنا نقول: ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الأحكام كلها ولم يتركهما (**مجهولاً كان ما أقرّ به أو**

المضاربة، وإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في

الألف الواجب لك علي. وفي شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعي: الأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام، فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فإنه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جواباً لئلا يلزم المال بالشك، فإن ذكر الهاء في الكتابة يصلح جواباً لا ابتداء، وإذا لم يذكر الهاء لا يصلح جواباً فلا يكون إقراراً بالشك. هذا إذا كان الجواب مستقلاً، وإذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون إقرار مطلقاً لأنه غير مستقل، وقد أخرجه جواباً وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه. وذكر الإمام فخر الدين الشهير بقاضيخان: فالكلام إذا خرج على وجه الكناية عن المال الذي ادعاه المدعي يكون إقراراً إلى غير ذلك مما ذكر في الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة، ثم إذا كان هذا الكلام إقراراً لا يغيره الإنكار سابقاً كان أو لاحقاً بناء على إطلاق الكتب وهي تكفي دليلاً لنا في أمثال ذلك، ومن ادعى التقييد بعدم سبق الإفكار فعليه البيان والإظهار. ومما

---

(١) تقدم في كتاب الحدود.

ثبوت الحق، وأنه ملزم لوقوعه دلالة؛ ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً رضي الله عنه الرجم بإقراره، وتلك

معلوماً) هذا أيضاً لفظ القدوري: يعني لا فرق في صحة الإقرار ولزومه بين أن يكون ما أقرّ به معلوماً أو مجهولاً كما سيأتي تفصيله. قال المصنف: **(اعلم أنّ الإقرار إخبار عن ثبوت الحق)** أراد بهذا التنبيه على أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا إنشاء الحق ابتداء لئلا يرد الإشكال بصحة الإقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الإقرار إخباراً عما ثبت فيما مضى لا إنشاء في الحال كما بيناها فيما مرّ، ولم يرد بذلك تعريف الإقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضاً فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار كما زعمه بعض الشراح **(وأنه ملزم)** أي وأن الإقرار ملزم على المقرّ ما أقرّ **(به لوقوعه)** أي لوقوع الإقرار **(دلالة)** أي دليلاً على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر. وقد أشار المصنف رحمه الله إلى بعض منها بقوله **(ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزا الرجم بإقراره)**[1] أي بإقراره بالزنا **(وتلك المرأة)** أي وكيف ألزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم **(باعترافها)**[2] أي باعترافها بالزنا أيضا، فإذا كان ملزماً فيما

المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة. قال: **(وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل)** الإقرار مشتقاً من القرار فكان في اللغة عبارة عن

يجري مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك إقرار ما ذكر في أكثر كتب الفتاوى، وهو لو قال «مرا آدين جمله ينج درم داده نيست» يكون إقراراً بجميع ما ادعى لأن الجملة إشارة إلى ما ادعى من حقه عليه فإنه في غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها. فإن قيل: قد ذكر فيها أيضاً أنه لو قال «بينج درم داده نيست ازانجه دعوى ميكني» لا يكون إقراراً فما الفرق بينهما حتى تكون إحداهما إقراراً دون الأخرى. وفي الخانية: رجل ادعى على رجل ألفاً فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن إقراراً، وكذا لو قال المدعى عليه أخر عني دعواك شهراً، أو قال أخر الذي ادعيت لم يكن إقراراً، ولو قال أخر عني دعواك حتى يقدم مالي فأعطيكها يكون إقراراً، ولو قال حتى يقدم مالي فأعطيك دعواك فليس بإقرار انتهى. قلنا: الفرق بين جلي، فإن اسم الإشارة في الأولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم في الواقع، وفي الثانية إلى المال الواجب في زعم المدعي كأنه قال من ذلك المال الذي تزعم وتدعي وجوبه علي. وتوضيحه أن قول المدعي لي عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم في ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه في زعم المدعي وادعائه، فإذا أشير إلى المدلول نفسه يكون الكلام الأول كالمعاد، ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون إقراراً، وإذا أشير إليه موصوفاً بكونه في زعم المدعي لم يوجد الاعتراف فلا يكون إقراراً. فإن قيل: ذكر في الخانية قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون إقراراً. وفي التاتار خانية والبزازية: إذا قال لغيره لي عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا، أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب في الذمة فانتقض ما ذكرتم، قلنا: لا نسلم الانتقاض، فإن في صورة النفي يحتمل توجه النفي إلى جميع ما سبق ذكره كما في قوله تعالى: ﴿لا يسألون الناس إلحافاً﴾ وقول الشاعر:

* على لا حب لا يهتدي بمناره *

قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في المبسوط في مسألة ما لو قال أسرج دابتي هذه أو ألجم بغلي هذا أو أعط سرج بغلي هذا أو لجام بغلي هذا فقال لا حيث لا يكون إقراراً في عامة الروايات، إذ لا جواب هو نفي فيكون موجبه ضد موجب جواب هو إثبات وهو قوله نعم، فإذا جعل ذلك إقراراً عرفنا أن هذا لا يكون إقراراً، وهذا لأنه نفى جميع ما سبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لأن هذا اللفظ صالح لنفي جميع ذلك انتهى، مع أن قوله لا أعطيكها إقرار في بعض الروايات. وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور إقراراً بأنه إذا قال هي منه لزمه القول والاعتراف بأنه قضى خمسة آلاف فهذا إقرار بالمدعي كما في قوله قضيتك بعضها منها أو أخذت شيئاً منها. أقول: فيه تأمل، فإنه إذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس إقرار بالألف، ويجوز أن يجاب بأن لزوم تقييد الإثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم أما خمسمائة فنعم فليتدبر.

(تذييل) قال في المحيط في أول باب الإقرار بالبراءة وغيرها: قال هو بريء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة علي لا تستعمل إلا في الديون فلا يدخل تحتها الأمانات. ولو قال من مالي عنده يتناول الأمانات دون المضمونات لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات دون المضمونات؛ ألا يرى لو قال لفلان عندي ألف درهم كان إقراراً بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء باطلة، حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لأن العين لا تقبل الإسقاط، فأما ثبوت البراءة عن الأعيان بالنفي من الأصل أو برد العين إلى صاحبه

---

(١) تقدم في كتاب الحدود.

(٢) تقدم في كتاب الحدود.

المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود

يندرىء بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى كذا قالوا. أقول: يرد على ظاهره منع إطلاق هذه الأولوية فإن العبد المحجور عليه يصح إقراره بالحدود والقصاص ولا يصح إقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتي فكان ملزماً في حقه ما يندرىء بالشبهات دون غيره فتأمل في الدفع (وهو) أي الإقرار (**حجة قاصرة**) أي قاصرة على نفس المقرّ غير متعدية إلى الغير (**لقصور ولاية المقرّ عن غيره فيقتصر عليه**) أي على المقرّ نفسه، حتى لو أقرّ مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه، لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم، بخلاف البينة فإنها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل، أما الإقرار فلا يفتقر إلى القضاء فينفذ في حق المقرّ وحده، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكروا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه، لأن القو والضعف وراء التعدية والاقتصار، فاتصاف الإقرار بالاقتصار على نفس المقرّ والشهادة بالتعدية إلى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة، واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (**وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً**) أي في المال وغيره (**فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار**) حتى إذا أقرّ بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح (**لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص**) قال صاحب العناية: وكأنّ هذا اعتذار عن

إثبات ما كان متزلزلاً. وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق، وشروطه ستذكر في أثناء الكلام، وحكمه أنه ملزم على المقرّ ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به، فإن المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذباً، وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله ﷺ الإقرار والإلزام به في باب الحدود «فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بإقراره والغامدية باعترافها» فإنه إذا كان ملزماً فيما يندرىء بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى، وهو حجة قاصرة، أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم، وأما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملاً،

صحيح حتى لو قال لا ملك لي في هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه. وقوله هو بريء من مالي عنده إخبار عن ثبوت البراءة وليس بإنشاء للإبراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفي من الأصل أو الرد إلى صاحبه تصحيحاً لتصرفه. وقال في المحيط في هذا الباب: لو قال كل من لي عليه دين فهو بريء منه لا يبرأ غرماؤه من دونه إلا أن يقصد رجلاً بعينه فيقول هذا بريء من مالي عليه أو قبيلة فلان وهم حضور، وكذلك لو قال استوفيت جميع مالي على الناس من الديون لا يصح لما عرف عن كتاب الهبة في باب هبة الابن. وقال في المحيط في باب الإقرار بالعتق والكتابة والتدبير: أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة، لأن الظاهر أن العاقل صادق في إقراره وإخباره باعتبار عقله ودينه، فإذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي لأنه مطلع على الظاهر لا على الضمير، ويصدق ديانة لأن الله تعالى مطلع على ضميره. ولو أقر أنه أعتق عبده هذا، لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه، وإقامة الثاني مقام الأول صحيح والرجوع عن الأول لا يصح كما في الطلاق. تمت الرسالة.

قال المصنف: (**وإذا أقر الحر البالغ العاقل الخ**) أقول: قال الزيلعي: كون المقر حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما إذا أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وإذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى. ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لأن المصنف جعل الحرية شرطاً للزوم موجب إقراره في الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه إقراره لا لصحة الإقرار فليتأمل، فإن ظاهر قوله ليصح إقراره مطلقاً. وقوله لا يصح إقراره بالمال ينبوّ عما ذكرنا، وباب التأويل مفتوح.

قوله: (**وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق الخ**) أقول: لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان وبالإبراء وبإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة، إلا أن يقال: المعرف هو الإقرار في الأموال كما يدل عليه ما ذكر في الدليل المعقول. ووجه التقديم وفيه تأمل. قال الإمام العلامة الكاكي في شرح قولهم عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق: أي الحق المعين على نفسه انتهى. وفي عبارة

والقصاص لأن إقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه، بخلاف المأذون لأنه مسلط

قوله إذا أقرّ الحر، ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال: إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء ا هـ. أقول: ليس ما ذكره بصحيح، إذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف، حتى أن الشارح المذكور قال في أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة: فإن قيل: التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا: ذلك في النصوص دون الروايات انتهى. فكيف يصح قوله هاهنا، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه، ولو سلم أن لزوم إقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء، إذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج إلى الاعتذار عن ذكره. وقال صاحب العناية: ويصح أن يقال: ليس بمعذرة، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له انتهى. أقول: ليس هذا أيضاً بصحيح، أما أوّلاً فلأنه لا يشك العاقل الناظر إلى قول المصنف وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً الخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة بين العبيد. وأما ثانياً: فلأنه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع، إذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخلّ به لأنهم متحدون في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص، فالمحمل الصحيح لكلام المصنف هاهنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة إنما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بأن قيد الحرية شرط صحة الإقرار مطلقاً لا شرط صحة مطلق الإقرار، بخلاف القيدين الآخرين: أعني البلوغ والعقل تأمل تقف. ثم أقول: بقي بحث في كلام المصنف، أما أولاً فلأن كون العبد المأذون ملحقاً بالحر في حق الإقرار كما يدل عليه قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار غير مسلم، فإنهم صرحوا بأن العبد المأذون لا يصح إقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطأ وقطع يد رجل عمداً أو خطأ لأنها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير، ولا شك في صحة إقرار الحرّ بتلك الأمور فكان العبد المأذون ممن لا يصح إقراره مطلقاً بخلاف الحرّ، اللهم إلا أن يحمل قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار على الفرض والمبالغة. وأما ثانياً: فلأن إقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه، ويلزمه المال بعد الحرية وإن لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر، فما معنى نفي صحة إقراره بالمال هاهنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال. لا يقال: مراده هاهنا أن إقراره بالمال لا يصح

والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقرّ به على نفسه والتهمة باقية في الإقرار على غيره فبقي على التردد النافي لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار ولكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص، وكان هذا اعتذر عن قوله إذا أقر الحر ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال: إذا أقرّ الحر بحق لزمه وهذا صحيح، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت

التعين تأمل، إلا أنه لا بد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة. وقال الكاكي: وسببه إرادة إسقاط الواجب عن ذمته انتهى. وقال في النهاية وركنه الألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر انتهى قوله: **(لوقوعه دلالة)** أقول: فيه نوع مصادرة، ويندفع بالتحقيق الذي نذكره بعد أسطر قوله: **(على المخبر به)** أقول: كوجوب المال إذا قال له علي كذا قوله: **(أما حجيته فلما تبين أنه ملزم)** أقول: دليل من الشكل الثاني.

قوله: **(ولعله، إلى قوله: فلا يرد عليه شيء)** أقول: أنت خبير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف، فقوله ساكت عنه غير مسلم، ولو سلم فالسكوت في هذا المقام يحتاج إلى المعذرة قوله: **(ويصح أن يقال ليس بمعذرة)** أقول: كونه معذرة هو الظاهر الجلي قوله: **(وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد)** أقول: التفرقة الأولى ليست بين العبيد بل بين إقراري العبد المحجور، ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب قوله: **(وحجر المحجور)** أقول: عطف على صحة.

عليه من جهته، وبخلاف الحد والدم لأنه مبقي على أصل الحرية في ذلك، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد

في الحال لا أنه لا يصح مطلقاً فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر. لأنا نقول: لا شك أن مقصوده هاهنا توجيه اشتراط الحرية في مسألة الكتاب، والمذكور في جواب هذه المسألة لزوم الإقرار مطلقاً: أي بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب، وأيضاً عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر أيضاً كما إذا أقرّ بالديون المؤجلة، وكما إذا أقرّ لإنسان بعين مملوكة للغير فإنه لا يلزمه في الحال، وإذا ملكها يوماً يلزمه ويؤمر بتسليمها إلى المقرّ له، على أن الذي ذكره المصنف هاهنا عدم صحة إقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه، ولا يلزم من عدم لزوم إقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة إقراره به في الحال فلا يتم التوفيق، اللهم إلا أن تحمل الصحة هاهنا على اللزوم. قال في البدائع: وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون، وكذا بالحدود والقصاص، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين، بخلاف المأذون، إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه، فإذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به، وكذا يصح إقراره بالحدّ والقصاص فيؤاخذ به للحال، لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى، ولهذا لو أقرّ المولى عليه بالحدّ والقصاص لا يصح انتهى. وقال في التبيين: وكون المقرّ حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع، وهو نظير ما لو أقرّ الحرّ لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وأما إذا ملكها يوماً يؤمر بتسليمها إلى المقرّ له لزوال المانع انتهى. قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره هاهنا **(لأن إقراره)** أي إقرار العبد المحجور عليه **(عهد)** أي عرف **(موجباً لتعلق الدين برقبته)** لأن ذمته ضعفت بالرقّ فانضمت إليها مالية الرقبة، كذا في الكافي وغيره **(وهي)** أي رقبة العبد المحجور عليه **(مال المولى فلا يصدق عليه)** أي على المولى لقصور الحجة **(بخلاف المأذون لأنه)** أي المأذون **(مسلط عليه)** أي على الإقرار **(من جهته)** أي من جهة المولى لأن الإذن له بالتجارة إذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الإقرار، إذ لو لم يصح إقراره انحسم عليه باب التجارة، فإن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ لا يتهيأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعملونها معه، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة **(وبخلاف الحدّ والدم)** أي القصاص **(لأنه)** أي لأن العبد **(مبقي على أصل الحرية في ذلك)** أي في الحد والدم بتأويل المذكور، أو لجواز استعمال ذلك في المثنى أيضاً كما قالوا في قوله تعالى: ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة: ٦٨] **(حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه)** أي فيما ذكر من الحد والقصاص لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص

عنه فلا يرد عليه شيء، ويصح أن يقال: ليس بمعذرة وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له. وقوله: **(لأن إقراره الخ)** دليل ذلك المجموع، والضمير في إقراره للمحجور عليه: أي إقرار المحجور عليه عهد موجباً تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة، بخلاف المأذون له لأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى، لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلزمها وهو دين التجارة لأن الناس لا

قوله: **(وهي مال المولى)** أقول: قوله وهي راجع إلى الرقبة قال المصنف: **(بخلاف المأذون)** أقول: فيما هو من باب التجارة، وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال قوله: **(بما يلزمها وهو الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى الموصول قوله: **(لأن الناس لا يبايعونه الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لأن وجوب العقوبة بناء الخ)** أقول: ما ذكره لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقرار على الغير، والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول قوله: **(لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين)** أقول: لدلالة الإذن على عقله قوله: **(وعورض، إلى قوله: وليست**

فيه، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن، وجهالة المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن

الآدمية والآدمية لا تزول بالرق، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقراراً على الغير. والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول انتهى. أقول: بل ذلك مدفوع لأن المقصود بالقصاص إهلاك النفس، وإهلاك مالية رقبة العبد إنما هو بالتبع فلا يكون إقراره بالقصاص إقراراً على الغير بالنظر إلى ما هو المقصود منه أصالة، ولا يضره لزوم إهلاك مال الغير بالتبع، إذ كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الأصول أن العبد يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة، لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما في البقاء، ولهذا لا يملك المولى إتلافهما. ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه إلى ما ذكر فيها أيضاً والمخلص ما حققناه **(ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام)** فلا يلزم إقرارهما شيء **(إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له)** فحينئذ يصح إقراره في قدر ما أذن له فيه **(لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن)** لا بخيار رأيه برأي الوليّ فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لأنهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز، وهما شرطان لصحة الإقرار، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة، والردّة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي، كذا في الكافي ومعراج الدراية **(وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار)** يعني لو كان المقر به مجهولاً بأن قال المقر لفلان على شيء أو حق يصح الإقرار ويلزمه ما أقرّ به **(لأن الحق قد يلزم مجهولاً)** يعني أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً **(بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها)** لأن الواجب في الجراحات أن يستأنى حولاً فلا يعلم في الحال موجبه **(أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به)** أي بما بقي من الحساب **(علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به)** أي فيصح بكون المقرّ به مجهولاً. فإن قلت: الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضاً ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما. قلت: الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٦٨] وقال النبي ﷺ: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»[1] وأن الشهادة لا توجب حقاً إلا بانضمام القضاء إليها، والقضاء بالمجهول لا يتصور، أما الإقرار فموجب

يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ قد لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه، وبخلاف الحدود والقصاص لأن العبد فيهما مبقي على أصل الحرية حتى لا يصح إقرار المولى عليه في ذلك، لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار

بصحيحة) أقول: ويجوز توجيهه نقضاً بل ذلك أظهر، ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى قال المصنف: **(بخلاف الجهالة في المقر له)** أقول: هذا الكلام في الشرح ناظر إلى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوماً، قال العلامة

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٤/ ٩٨ والبيهقي ١٠/ ١٥٦ وابن عدي في الكامل ٦/ ٢٠٧ كلهم من حديث ابن عباس.
ولفظه: «أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة، فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها، فاشهد، أو دع».
ولفظ البيهقي: «ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال: أما أنت يا ابن عباس، فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس وأومى رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس» قال البيهقي: محمد بن سليمان بن مشمول هذا: تكلم فيه الحميدي، ولم يرو من وجه يعتمد عليه والله أعلم.
قال ابن عدي عن محمد بن سليمان: عامة ما يرويه لا يتابع عليه في إسناده ولا متنه، وقال النسائي: هو مكي ضعيف اهـ.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي بقوله: بل هو حديث واهٍ، فإن محمد بن سليمان ضعفه غير واحد.

ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، **(ويقال له بين المجهول)** لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه **(فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان)** لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان **(فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبين ماله قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها، فإذا بيّن غير ذلك يكون رجوعاً. قال: (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقرّ له أكثر من**

بنفسه قبل اتصال القضاء به، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها، كذا في المبسوط **(بخلاف الجهالة في المقر له)** يعني أنها تمنع صحة الإقرار **(لأن المجهول لا يصلح مستحقاً)** ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أن جهالة المقرّ له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس، أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك. وقال شمس الأئمة السرخسي: لا يصح الإقرار في هذه الصورة أيضاً لأنه إقرار للمجهول، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان، ولا يجبر على البيان هاهنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول. وفي الكافي: والأصح أنه يصح لأنه يفيد، إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق، وطريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى. قال في شرح الطحاوي: وكذلك جهالة المقرّ تمنع صحة الإقرار، نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول، وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلاً عنه. أقول: في تمثيل جهالة المقرّ بالمثال المذكور نظر، إذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقرّ عليه لا في المقرّ لأنه متعين وهو المتكلم، والأولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك عليّ ألف ولا يدري أيهم أو أيهما قال ذلك **(ويقال له بين المجهول)** هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني يقال للمقر فيما أقرّ بمجهول بيّن المجهول **(لأن التجهيل من جهته)** أي من جهة المقر: يعني أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان، ولكن لا بد أن يبين شيئاً يثبت ديناً في الذمة قلّ أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلساً أو جوزة أو ما أشبه ذلك، أما إذا بيّن شيئاً لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفاً من تراب أو نحوه، كذا في شرح الطحاوي، وذكر في غاية البيان **(فصار كما إذا أعتق أحد عبديه)**

الصبيّ والمجنون غير لازم لعدم أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له، لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقرّ به معلوماً فجهالته لا تمنع صحته لأن الإقرار إخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جرحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالإقرار قد يلزم مجهولاً. وعورض بأن الشهادة إخبار عن ثبوت الحق للمدعي، والحق قد يلزم له مجهولاً فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة. وأجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط، بخلاف المقرّ له فإنها تمنع صحة الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، وكذلك جهالة المقرّ مثل أن يقول لك على واحد منا ألف، وإذا أقرّ بالمجهول يقال له بيّن المجهول لأنه المجمل فإليه البيان، كما إذا أعتق أحد عبديه فإن يبين أجبره الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره بالباء الجارة. وفي بعض النسخ: تصريح إقراره، وذلك أي الخروج إنما يكون بالبيان، فإن قال له على شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعاً مع الإقرار وذلك باطل، فإذا بيّن ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة، فإما أن يساعده المقرّ له أولاً. فإن

النسفي: إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لا يصلح مستحقاً وإن لم تكن بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لا يصح هذا الإقرار عند شمس الأئمة السرخسي لأنه إقرار للمجهول. وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد. وقيل يصح وهو الأصح لأنه يفيد لأن فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى. وظاهر أن مختار المصنف ما ذهب إليه شمس الأئمة قوله: **(فالجواب أن ذلك حقيقة الخ)** أقول: يعني أن ذلك شرعية، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف، فإن لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الأعم من المعنى الحقيقي.

ذلك) لأنه هو المنكر فيه **(وكذا إذا قال لفلان على حق)** لما بينا، وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة. **(ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه المجمل ويقبل قوله**

أي فصار إقراره بالمجهول كما إذا أعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه **(فإن لم يبين)** أي فإن لم يبين المقرّ ما أجمله **(أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره)** بالباء الجارة. وفي بعض النسخ: بصريح إقراره **(وذلك)** أي الخروج عما لزمه بصحيح إقراره **(بالبيان)** لا غيره، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول: إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكاراً منه ويعرض اليمين عليه فإن أصرّ جعل ناكلاً عن اليمين وحلف المدعي، وإن أقرّ ابتداء يقال للمقرّ له ادّع حقك فإذا ادّعى وأقر أو أنكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية **(فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبين ماله قيمة)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته)** كما يدل عليه لفظة على لأنها للإيجاب والإلزام **(وما لا قيمة له لا يجب فيها)** أي في الذمة **(فإذا بين غير ذلك)** أي غير ما له قيمة **(يكون رجوعاً)** عن الإقرار فلا يقبل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والقول قوله)** أي قول المقرّ **(مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر من ذلك)** أي مما بينه، يعني إذا بيّن المقر ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة، فإما أن يساعده المقرّ له أو لا، فإن ساعده أخذه، وإن لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقرّ مع يمينه **(لأنه)** أي لأن المقر **(هو المنكر فيه)** أي فيما يدعي عليه المقر له من الزياد والقول قول المنكر مع يمينه. قال المصنف **(وكذا إذا قال لفلان عليّ حق)** أي لزمه هنا أيضاً أن يبين ما له قيمة **(لما بينا)** أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها. وذكر في المحيط والمستزاد: ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولاً عنيت به حق الإسلام لا يصدق، وإن قال موصولاً يصدق لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف لأنه لا يراد به في العرف حق الإسلام وإنما يراد به حقوق مالية، كذا في الكافي **(وكذا لو قال غصبت منه شيئاً)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئاً صح إقراره ولزمه البيان أيضاً. والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة، فإن من غصب من رجل مالاً مجهولاً في كيس أو أودعه مالاً مجهولاً في كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والإجارة، فإن من أقرّ أنه باع من فلان شيئاً أو آجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا بشيء لا يصح ولا يجبر المقرّ على تسليم شيء، وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه باع منه شيئاً مجهولاً لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسداً

ساعده أخذوه وإلا فالقول قول المقرّ مم يمينه، لأن المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر، وكذلك إذا قال لفلان عليّ حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب، وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال، حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر، وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، ولا بدّ أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه، ولو بيّن في العقار أو خمر المسلم صح لأنه مال يجري فيه التمانع. فإن قيل: الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما. فالجواب أن ذلك حقيقة، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة متا عرف في موضعه، وقد أشار إليه بقوله**(تعويلاً على العادة)**. قال: **(ولو قال لفلان على مال الخ)** إذا قال في إقراره لفلان على مال فمرجع البيان إليه لكونه المجمل، ويقبل قوله فيما بيّن إلا فيما دون الدرهم، والقياس قبوله لأنه مال. ووجه الاستحسان ترك

في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتموّل به **(إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم)** لأنه لا يعد مالاً

فكذا إذا ثبت بالإقرار، ولو عاينا أنه غصب شيئاً مجهولاً في كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقاً للمقرّ له، كذا في الكافي والمحيط البرهاني **(ويجب أن يبيّن ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة)** أي اعتماداً عليها. واعلم أنه ذكر في المبسوط: رجل قال غصبت من فلان شيئاً: فالإقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه، ولا بد أن يبين شيئاً هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالاً، كان أو غير مال، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فإن الغصب لا يردّ إلا على ما هو مال، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئاً يكون إقراراً بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه، ولا بد أن يبيّن ما لا يجري فيه التمانع بين الناس، حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعاً من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع، فإذا بيّن شيئاً بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقرراً لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولاً كان أو مفصولاً، ويستوي أن يبين شيئاً يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى إذا بيّن أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك إن بين أن المغصوب دار فالقول قوله وإن كانت لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة. واختلف المشايخ فيما إذا بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول: بيانه مقبول لأنه موافق لميهم كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال. وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون إنكاراً لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه، إلى هنا لفظ المبسوط. وصرح في الإيضاح وغيره بأن الأول وهو قبول بيانه بأن المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر. وإذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار هاهنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال: ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة: يعني أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم في العرف. هذا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال، حتى لو بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر. وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق. والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، ولا بد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بيّن في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح، لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه، ولو بيّن في العقار أو في خمر المسلم يصح لأنه مال يجري فيه التمانع. فإن قيل: الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما. فالجواب أن ذلك حقيقته، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه، وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن صحة ما ذكره في هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة: العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل أصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما لو بيّن أن المغصوب زوجته أو

الحقيقة بدلالة العادة. ولو قال عظيم قال الشافعي: هو مثل الأول، وقلنا فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بدّ من البيان بما يعد عظيماً عند الناس والغني عظيم عند الناس، والغني بالنصاب لأن صاحبه يعد غنياً فلا بد من البيان به فإن بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان أقل ما يكون نصاباً، ففي الإبل خمس وعشرون لأن أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه، وفي الدينار بعشرين مثقالاً، وفي الدراهم بمائتي درهم. وإن بيّن بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الأصل في هذا الفصل. وروي عنه أنه قال: لا يصدق في أقل من نصاب

عرفاً (**ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم**) لأنه أقرّ بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به، والغني عظيم عند الناس. وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة، وعنه مثل جواب الكتاب، وهذا إذا قال

ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، لأن مشايخ العراق يقولون إن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة، والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال كما صرح به في المبسوط وغيره، وليس معنى هذا القول منهم إلا أن حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة، فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال. وأما ثانياً فلأن قوله وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة لا يكاد يصح لأن قول المصنف تعويلاً على العادة علة لوجوب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وإن تناولت ما يجري فيه التمانع من الأموال وما لا يجري فيه التمانع منها، إلا أن العادة خصصته بالأول فلا بد أن يبين ذلك، ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فإنه لا يصح قطعاً. وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة إلى ما هو أعم منها فلا إشارة إليه في كلامه أصلاً، كيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه إشارة إليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالاً، إذ العادة جارية قطعاً على إطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد إطلاقاً جارياً على اللغة لا على حقيقته الشرعية. وبالجملة إن كلام المصنف هاهنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق، وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (**ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه**) وهذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال أحد في إقراره لفلان عليّ مال فالرجوع إلى المقرّ في بيان قدر المال. قال المصنف في تعليله (**لأنه المجمل**)يعني أن المقرّ هو المجمل والرجوع في بيان المجمل إلى المجمل (**ويقبل قوله في القليل والكثير**) وهذا من تتمة كلام القدوري. قال المصنف في تعليله (**لأن كل ذلك مال، فإنه**) أي لمال (**اسم لما يتموّل به**) وذلك موجود في القليل والكثير، ثم قال المصنف (**إلا أنه**) أي المقرّ (**لا يصدق في أقل من درهم**) والقياس أن يصدق فيه أيضاً لأنه مال. وفي الاستحسان: لا يصدق فيه، ووجه ترك الحقيقة بدلالة العرف، وقد أشار إليه بقوله (**لأنه**) أي الأقل من درهم (**لا يعد مالاً عرفاً**) فإن ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة، كذا في المبسوط. قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: ولو قال له عليّ مال كان القول قوله فيه ودرهم مال. ثم قال: وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله إذا بين أقل من درهم. وقال بعضهم: ينبغي أن يقبل قوله في البيان لأن اسم

السرقة لأنه عظيم تقطع به اليد المحترمة، وروي عنه مثل قولهما. قيل وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكاة. قال في النهاية: والأصح قوله إنه يبنى على حال المقرّ في الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة (**ولو قال أموال عظام فالتقدير في ثلاثة نصب من أي نوع سماه اعتباراً الأدنى الجمع، وإذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة عند أبي حنيفة، وفي أقل من مائتي درهم عندهما**) وفي أقل من ثلاثة عند الشافعي لأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف، فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه، وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوباً وحرماناً من أخذها، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلاً فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة، وقالا: أمكن العمل بها حكماً لأن في النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الإلغاء. وقال أبو حنيفة: الدراهم مميز يقع به تمييز العدد، وأقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع تمييزاً هو العشرة، لأن ما بعده يميز بالمفرد. يقال أحد عشر درهماً ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ

قوله: (**قيل وهو الصحيح**) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (**وهو المال الذي يجب فيه الزكاة**) أقول: قال الإتقاني: لأنه أقل مال له خطر في الشرع انتهى. وفيه نظر، ولذا لم يذكره الشارح قوله: (**لأن الكثرة الخ**) أقول: قوله لأن الكثرة تعليل لقوله وفي أقل الخ.

من الدراهم، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب **(ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أيّ فنّ سماه)** اعتباراً لأدنى الجمع **(ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة)** وهذا عند أبي حنيفة **(وعندهما لم يصدق في أقل**

المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم. ثم قال: والصحيح أنه لا يقبل لأن المال الذي يدخل تحت الالتزام والإقرار لا يكون أقل من درهم، وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه ا هـ كلامه. وقال الناطفي في أجناسه: وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله: لو قال لفلان عليّ مال له أن يقرّ بدرهم. ثم قال: وقال الهاروني: لو قال لفلان عليّ مال هو على عشرة دراهم جياد، ولا يصدّق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه، إلى هنا لفظ الأجناس **(ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم)** هذا لفظ القدوري: يعني لو قال لفلان عليّ مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم. وقال الشافعي: هو مثل الأول. قلنا: فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز، وقد أشار المصنف إليه بقوله **(لأنه أقرّ بمال موصوف)** أي موصوف بوصف العظم **(فلا يجوز إلغاء الوصف)** بل لا بدّ من البيان بما يعد عظيماً عند الناس **(والنصاب)** مال **(عظيم)** في الشرع والعرف **(حتى اعتبر صاحبه غنياً به)** فأوجب عليه مواساة الفقراء **(والغنيّ عظيم عند الناس)** فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه، فأراد المصنف بيان ذلك فقال **(وعن أبي حنيفة)** أي روى عنه **(أنه)** أي المقرّ في هذا الفصل **(لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة)** ونصاب المهر أيضاً **(لأنه)** أي لأن هذا النصاب **(عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة)** ويستباح به البضع المحترم **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة رحمه الله **(مثل جواب الكتاب)** أي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم. قال في غاية البيان: وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لأنه أقل مال له خطر في الشرع ا هـ. وذكره صاحب العناية أيضاً بقيل خلا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع. أقول: فيه بحث، لأن التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح، لأن إيجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرّر على كلتا الروايتين، وإنما النزاع في أن ذلك العظيم ماذا؟ هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر؟ فقوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الأخرى، وكذا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع، إذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبني على حال المقرّ في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغنيّ حقير، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقرّ، كذا في فتاوي قاضيخان وذكر في بعض الشروح **(وهذا)** أي ما ذكر من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم **(إذا قال من الدراهم)**

عليه فيصرف إليه، لأن العمل بما يدل عليه اللفظ إذا كان ممكناً ولا مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره **(ولو قال على دراهم فهي ثلاثة)** بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه، بخلاف المثنى، إلا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ، وكونه عليه فلا تهمة، وينصرف إلى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد، فإن لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبراً في الشرع. قال: **(ولو قال كذا كذا درهماً)** كذا كناية عن العدد والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر، فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع، وما ليس له ذلك بطل، فإذا قال كذا درهماً كان كما إذا

من مائتين) لأنه صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره، بخلاف ما دونه. وله أن العشرة أقصى ما

أي إذا قال له عليّ مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له عليّ مال عظيم، ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا إذا قال من الدراهم: أي بين وقال إن مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير **(أما إذا قال من الدنانير)** أي إذا قال ذلك ابتداء أو ثانياً عند البيان **(فالتقدير فيها)** أي في الدنانير **(بالعشرين)** أي بعشرين مثقالاً لأنه نصاب الزكاة في الذهب **(وفي الإبل بخمس وعشرين)** يعني وفيما إذا قال من الإبل يقدّر بخمس وعشرين إبلاً **(لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه)** كعشرين مثقالاً في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم. والحاصل أنه إذا بين بجنس من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصاباً في ذلك الجنس. فإن قيل: ينبغي أن يقدر في الإبل بخمس لأنه تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنياً. قلنا: هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً إذ المطلق ينصرف إلى الكامل، كذا في الكافي وبعض الشروح **(وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب)** يعني وفيما إذا بيّن بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب: أي بقدر النصاب قيمة **(ولو قال أموال عظام)** أي ولو قال عليّ أموال عظام بصيغة الجمع **(فالتقدير بثلاثة نصب من أيّ فن سماه)** أي من أي نوع سماه، حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالاً، ولو قال من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأجناس، وإنما كان كذلك **(اعتباراً لأدنى الجمع)** فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه. ولو قال عليّ مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي: لم أجده منصوصاً، وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإيضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلاً عن الفتاوى الصغرى قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف: قال لفلان عليّ دراهم مضاعفة يلزمه ستة، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة، قال له عليّ دراهم أضعافاً مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافاً عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة، وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر. وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر، قال عليّ عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهماً لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين **(ولو قال دراهم كثيرة)** أي لو قال لفلان عليّ دراهم كثيرة **(لم يصدق في أقل من عشرة دراهم)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين)** وعند الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك، وكذلك لو قال لفلان عليّ دنانير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنانير وعندهما في أقل من عشرين مثقالاً، وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنانير، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه. وقال القدوري في كتاب التقريب: روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما.

قال له علي درهم، وإذا قال كذا كذا درهماً كان أحد عشر، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير، وإذا قال كذا كان أحدا وعشرين، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين، وإن ربع يزاد ألف، ولو قال له علي أو قبلي فهو إقرار بالدين لأن علي الإيجاب، وقبلي ينبىء عن الضمان على ما مر في الكفالة، ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدّق ويكون مجازاً لإيجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولاً لا مفصولاً قال المصنف: **(وفي نسخ المختصر)** يعني مختصر القدوري في قوله قبلي **(إنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينتظمهما)** حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين

قوله: **(كما في السرقة والمهر الخ)** أقول: كما في السرقة مثال العشرة: يعني على مذهبنا. وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه.

ينتهي إليه اسم الجمع، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه **(ولو قال دراهم فهي ثلاثة)** لأنها أقل الجمع الصحيح **(إلا أن يبين أكثر منها)** لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن

وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلاً بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم. أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد. وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون في ذلك، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين. وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر. كما في نصاب السرقة والمهر، ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلاً فإذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة. ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله **(لأن صاحب النصاب)** يعني صاحب نصاب الزكاة **(مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره)** بدفع زكاته والتصدق على الفقير **(بخلاف ما دونه)** أي بخلاف ما دون النصاب. فإن صاحبه مقلّ ولهذا لم يلزمه مواساة غيره. قال صاحب العناية في تقرير دليلهما: وقالا أمكن العمل بها: أي بالكثرة حكماً لأن في النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الإلغاء ا هـ. أقول: فيه نظر، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضاً كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الأماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين، فقوله لأن في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئاً وهو ظاهر، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب. وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما: ولأبي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي، لكن أمكن العمل بها حكماً، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه، فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان عليّ دراهم كثيرة حكماً، والدراهم الكثيرة حكماً من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعاً في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة. فأما العشرة إن كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكماً من كل وجه مائتا درهم، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً انتهى كلامه. أقول: فيه أيضاً نظر، لأن ما بسطه وإن

والأمانة جميعاً. والأمانة أقلهما فيحمل عليها، وكان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري، إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح فقدمه في الذكر، ولو قال عندي أو معي أو في يدي أو في بيتي أو في كيسي أو صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده، لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع إلى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الأمانة. ونوقض بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة. وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإهمالهما لا يجوز، وحمل الدين على الوديعة حمل للأعلى على الأدنى وهو لا يجوز، لأن الشيء لا يكون تابعاً لما دونه فتعين العكس. ولو قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها كان إقرار

قوله: **(لا يعدل إلى غيره)** أقول: خبر إن في قوله لأن العمل بما دل الخ.

المعتاد **(ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً)** لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر **(ولو قال كذا وكذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد وعشرين)** لأن ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره **(ولو قال كذا**

أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضاً في تقرير دليل الشافعي، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكماً من كل وجه فإنه كثير في حق وجوب الحج أيضاً من الأماكن البعيدة، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج من الأماكن البعيدة فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً فلم يتم المطلوب تأمل **(وله)** أي ولأبي حنيفة رحمه الله **(أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع)** أي عند كونه مميزاً للعدد **(يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً)** يعني أن العدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفرداً لا جمعاً **(فيكون)** أي العشرة **(هو الأكثر من حيث اللفظ)** أي من حيث دلالة اللفظ عليه **(فينصرف إليه)** لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكناً ولم يوجد مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره، كذا في العناية. لا يقال: ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير. لأنا نقول: لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له، كذا في غاية البيان. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزاً له كما نبهنا عليه آنفاً، لا عند انفراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الإنفراد ما فوق العشرة إلى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة، ومسألتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد، فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة؟ قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة لأن جمع الكثرة أقله عشرة. أقول: ليس ذلك بصحيح. أما أولاً فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشرة لا عشر على ما تقرر في علم النحو. قال الفاضل الرضى: قالوا: مطلق الجمع على ضربين: قلة، وكثرة؛ والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان؛ وبالكثير ما فوق العشرة انتهى. وأما ثانياً: فلأنه لو كانت علة قول أبي حنيفة في هذه المسألة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدّق أيضاً عنده في أقل من عشرة فيما إذا قال له عليّ دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتي. والأولى: في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: ولأبي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصاً، وإنما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغواً فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر، وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم، فإن القطع متعلق شرعاً بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي أنه كان لا يقطع في الشيء التافه، ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى. قال الشيخ أو نصر البغدادي: والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عدداً

بالمدعي، لأن ما خرج جواباً إذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً إلى المذكور أولاً، فكأنه بصريح لفظه، فلما قرن كلامه في الأولين بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى، وكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلاً، فكأنه قال: اقعد وزاناً للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة، أو نقاداً وانقد للناس دراهمهم. وأما في قوله أجلني فلأن التأجيل إنما يكون في حق واجب.

قال المصنف: **(لأن اللفظ يحتمله مجازاً)** أقول: فيصير كأنه قال لفلان علي حفظ الألف.

درهماً فهو درهم) لأنه تفسير للمبهم **(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر)** لأنه لا نظير له سواه **(وإن ثلث بالواو فمائة**

فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد، والعظيم في الشرع ما يصير به غنياً فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك **(ولو قال دراهم فهي ثلاثة)** هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال له عليّ دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق. قال المصنف في تعليله: **(لأنها أقل الجمع الصحيح)** يعني أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقناً. أقول: فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح في قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب. يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعي، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لأنه أدنى الجمع المتفق عليه، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة إنما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة، فإن أقلّ جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفاً والدراهم جمع كثرة، إذ قد تقرر في كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كسرة سوى الأمثلة الأربعة المعروفة وهي أفعل وأفعال وأفعلة وفعلة عند الكل، وسوى فعلة كأكلة عند الفراء، وسوى أفعلاء كأصدقاء في نقل التبريزي، ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الأمثلة فكان جمع كثرة قطعاً فلم يتم المطلوب. ثم أقول: يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من الترديد الأول أن الفاضل الرضيّ صرح بأن كل جمع تكسير للرباعي الأصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة، ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل، فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب. والثاني أن المحقق التفتازاني قال في هذا التلويح في أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب إليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة. واعلم أنهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمعي القلة والكثرة، فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما إنما هي في جانب الزيادة: يعني أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها، وجمع الكثرة غير مختص لا أنه مختص بما فوق العشرة، وهذا أوفق بالاستعمالات وإن صرح بخلافه كثير من الثقات، انتهى كلامه. فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الأوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الأصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر **(إلا أن يبين أكثر منها)** هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره: يعني إلا أن يبين المقرّ أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه. قال المصنف **(لأن اللفظ)** أي لفظ الجمع **(يحتمله)** أي يحتمل الأكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له **(وينصرف إلى الوزن المعتاد)** أي إلى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف كما مرّ في البيوع، ولا يصدّق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه. قال في التحفة: وإن لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع، وهكذا ذكر في العناية. وقال في البدائع: وإن كان الإقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع إقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام إلى المتعارف، حتى لو ادعى وزناً أقل من وزن بلده لا يصدق لأنه يكون رجوعاً، ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد، فإن استوت يحمل على أقل الأوزان لأنه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى. أقول: بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى

وأما في قد قضيتكها فإن القضاء يتلو الوجوب، ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب، وكذلك دعوى الصدقة والهبة: يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقراراً لأنه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب، وإذا قال له علي ألف درهم إلى سنة وقال المقرّ له بل هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر على نفسه مالاً وادعى حقاً لنفسه فيه فلا يصدق، كما إذا أقرّ بعبد في قوله في يده لغيره وادعى لا يصدق في دعوى الإجارة، بخلاف ما إذا أقرّ بدراهم سود فإنه

وأحد وعشرون، وإن ربع يزاد عليها ألف) لأن ذلك نظيره. قال: **(وإن قال له عليّ أو قبلي فقد أقر بالدين)** لأن «علي» صيغة إيجاب، وقبلي ينبىء عن الضمان على ما مرّ في الكفالة **(ولو قال المقرّ هو وديعة ووصل صدّق)** لأن

(ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً) هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال له عليّ كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً ولم يعتبر قوله في أقل من ذلك. قال المصنف في تعليله **(لأنه)** أي المقر **(ذكر عددين مبهمين)** أي ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم **(ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك)** أي أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف **(من المفسر)** أي من العدد المفسر: أي المصرح به **(أحد عشر)** وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه **(ولو قال كذا وكذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد وعشرين)** هذا أيضاً لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره)** يعني أن لفظ كذا كناية عن العدد، والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر: أي بالعدد الصريح، فما له نظير في الأعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقناً؛ فإذا قال له عليّ كذا كذا درهماً فكأنه قال له عليّ أحد عشر درهماً. وإذا قال له على كذا وكذا درهماً فكأنه قال له عليّ أحد وعشرون درهماً **(ولو قال كذا درهماً فهو درهم)** هذه المسألة ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري، ولم يذكرها محمد رحمه الله في الأصل: يعني لو قال له عليّ كذا درهماً فالواجب عليه درهم واحد **(لأنه)** أي لأن درهماً في قوله كذا درهماً **(تفسير للمبهم)** أي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه، وذكرت هذه المسألة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف، فإنه قال في الذخيرة المحيط وفي الجامع الأصغر: إذا قال لفلان عليّ كذا درهماً فعليه درهمان، لأن هذا أقل ما يعدّ لأن الواحد لا يعدّ حتى يكون معه شيء آخر. وقال في التتمة وفي الجامع الأصغر: إذا قال كذا ديناراً فعليه ديناران، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شي آخر. وقال في فتاوى قاضيخان: لو قال لفلان عليّ كذا ديناراً فعليه ديناران، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى. أقول: فيما ذكر في تلك الكتب نظر، لأن عدم كون الواحد من العدد إنما هو في اصطلاح الحساب وأما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعاً، وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتي عشرة كلمة وأحد إلى عشرة ومائة وألف. وقال العلامة الجوهري في صحاحه: الأحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى. وقال المحقق الرضى في شرح الكافية: لا خلاف عند النحاة في أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد، وعند الحساب ليس الواحد من العدد لأن العدد عندهم هو الزائد على الواحد، ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى. ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبني على اصطلاح الحساب، بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة، فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقرّ في المسألة المذكورة درهين كما لا يخفى. قال صاحب غاية البيان: كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسألة أحد عشر، لأنه أول العدد الذي يقع مميزه منصوباً، وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار: إذا قال له عليّ كذا درهماً لزمه عشرون، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن انتهى كلامه. وقال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن يجب أحد عشر درهماً لأنه أقل عدد يجيء مميزه منصوباً. قلت: الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن انتهى.

يصدق لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي أقرّ بها وقد مرت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر، وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم، ولو قال مائة وثوب وشاة لزمه ثوب

اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولاً لا مفصولاً. قال رحمه الله: وفي نسخ المختصر في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً، والأمانة أقلهما والأول أصح. **(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في**

أقول: جوابه ليس بتام لأن كون الأصل براءة الذمة إنما يقتضي كون الثابت أدنى ما يتحمله لفظ المقرّ دون الأدنى مطلقاً كما لا يخفى. ومعنى السؤال أن أدنى ما يتحمله لفظ المقرّ في هذه المسألة إنما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوباً، فينبغي أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهماً، وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعاً. ثم أقول: الحق في الجواب أن يقال إن قوله كذا درهماً وإن كان نظير الأحد عشر درهماً في كون المميز منصوباً لكن ليس بنظير له في نفس ما يميزه المنصوب، لأن أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فإذا لم يكن نفس كذا نظيراً لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوباً، وهذا أمر لا سترة به. قال في الاختيار شرح المختار: وقيل يلزمه عشرون وهو القياس، لأن كذا يذكر للعدد عرفاً، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى. وذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز نقلاً عنه. وقال صاحب معراج الدراية: وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهماً لزمه عشرون عنده لأنه أقر عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا، ولم أجده في الكتب المشهورة لأصحابنا ا هـ كلامه. أقول: كأنه لم ير ما ذكره في مختصر الأسرار وشرح المختار أو لم يعدّهما من الكتب المشهورة لأصحابنا، أو أراد أنه لم يجده منقولاً عن محمد في الكتب المشهورة لأصحابنا: ثم إن التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر في الظاهر، لأن أقل عدد يفسره الواحد المنصوب إنما هو أحد عشر دون عشرين، فكان مراده أنه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره وإن لم يكن لفظه مساعداً له. قال المصنف: **(ولو ثلّث كذا بغير واو)** أي لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهماً **(فأحد عشر)** أي فالذي يلزمه أحد عشر درهماً لا غير **(لأنه لا نظير له سواه)** أي لا نظير له في الأعداد الصريحة سوى أحد عشر: يعني سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيري عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر، ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف، كذا قالوا **(وإن ثلّث بالواو)** بأن قال كذا وكذا وكذا **(فمائة وأحد وعشرون)** أي فالذي يلزمه هذا المقدار **(وإن ربّع)** بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا **(يزاد عليها)** أي على مائة وأحد وعشرون **(ألف)** فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون **(لأن ذلك نظيره)** أي لأن العدد الذي ذكرنا أنه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقرّ في تينك الصورتين: أي أقل ما كان نظيراً له فحينئذ يكون قوله لأن ذلك

واحد وشاة واحدة، والمرجع في تفسير المائة إليه لأنه هو المجمل وهو القياس في الدرهم أيضاً وبه قال الشافعي، لأن المائة مبهمة والمبهم يحتاج إلى تفسير، ولا تفسير له هاهنا لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة، وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين، والاستثقالة فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها، فإن الثوب لا يثبت في الذمة ديناً إلا سلماً، والشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلاً فلم يكثر بكثرتها فبقي

قوله: **(بقوله وديعة)** أقول: قوله وديعة بالنصب أو الرفع معاً قوله: **(لا يجاب حفظ المضمون)** أقول: أي الذي من شأنه الضمان وهو المال.

قوله: **(والمال محلو)** أقول: فيكون من ذكر المحل وإرادة الحال، والضمير في قوله محله راجع إلى قوله حفظ المضمون.

صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوّع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)

نظيره تعليلاً لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتأخيره إلى هنا، ويحتمل أن يكون ذلك تعليلاً لقريبة: أعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكاً لانفهامه مما ذكره في غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهماً فمائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف، ولو ربّع يزاد عليها الألف لأن ذا نظيره انتهى. قال الإمام الزيلعي في التبيين: ولو خمّس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف، ولو سدّس يزاد مائة ألف، ولو سبّع يزاد ألف ألف، وعلى هذا كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى انتهى. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: هذا كله إذا قال بالنصب فأما إذا قال درهم بالخفض بأن قال كذا درهم يلزمه مائة درهم. وقال: هكذا روي عن محمد لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرّح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض، وأقل ذلك مائة درهم، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهز لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف، وذكر الدراهم عقيبهما بالخفض، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثاً عدد ومائة عدد وليس بينهما عرف العطف، ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه. وقال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا أقرّ أن لفلان عليه كذا كذا درهماً وكذا كذا ديناراً فعليه من كل واحد منهما أحد عشر، لأنه لو أفرد كل واحد منهما في الذكر لزمه أحد عشر، فكذلك إذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر. ولو قال له عليّ كذا كذا ديناراً ودرهماً كان عليه أحد عشر منهما جميعاً، وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير، إلا أنا نقول: لو فعلنا ذلك أدّى إلى الكسر، وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير، فإن قيل: هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم؟ قلنا: لأن الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه إليها احتياطاً، إلى هاهنا كلامه (قال) أي قال محمد في الأصل (وإن قال له عليّ أو قبلي فقد أقرّ بالدين) لم يذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير وإنما ذكرها في الأصل. أما وجه كونه مقراً بالدين في قوله له عليّ فما أشار إليه المصنف بقوله (لأن علي صيغة إيجاب) تقريره أن عليّ كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو، وإنما يعلوه إذا كان ديناً في ذمته لا يجد بداً من قضائه ليخرج عنه، كذا في النهاية. وتقرير آخر أن الدين وإن لم يذكر صريحاً في قوله له عليّ فقد ذكر اقتضاء، لأن كلمة على تستعمل في الإيجاب، قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حجّ البيت﴾ [آل عمران: ٩٧] ومحل الإيجاب

على الحقيقة: أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت، وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة إلى المقرّ لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثياباً بالاتفاق لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً، إذ الأثواب لم تذكر بحرف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعاً لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير. لا يقال: الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً. قال: (ومن أقر بتمر في قوصرة الخ) الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة «في» أو بكلمة «من» فإن كان الأول كقوله غصبت من

قوله: (وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول: وفيه بحث، والأول أن يقال: إن حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين، فإن قوله قبلي إقرار بالدين، بخلاف العكس فليتأمل قال المصنف: (ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها) أقول: الألف مذكر وتأنيث الضمير بأول الجملة، وفي القاموس: الألف من العدد مذكر، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز قوله: (إذا لم يكن كلاماً مستقلاً) أقول: بأن يشتمل على الضمير مثلاً.

لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك عليّ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب، وكذا لو قال

الذمة، والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرّاً بالدين لا العين، كذا في غاية البيان، وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الإمام المحبوبي: وأما وجه كونه مقرّاً بالدين في قوله له قبلي فما أشار إليه بقوله **(وقبلي ينبيء عن الضمان)** لأن هذا عبارة عن اللزوم؛ ألا يرى أن الصك الذي هو خجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلاً لأنه ضامن للمال، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط **(على ما مرّ في الكفالة)** من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لأن القبيل هو الكفيل. أقول: هاهنا نظر، وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل، وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئاً عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة القبيل، ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الأول بمعنى الثانية قط، بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده، وأن قبلاً بمعنى مقابلة وعياناً، وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فإنهم قالوا رأيته قبلاً: أي مقابلة وعياناً قال الله تعالى: ﴿أو يأتيهم العذاب قبلاً﴾ [الكهف: ٥٥] أي عياناً ولي قبل فلان حق أي عنده ومالي به قبل أي طاقة، وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط. والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسألة فتأمل **(ولو قال المقرّ)** في قوله على أو قبلي **(هو وديعة ووصل)** أي ووصل قوله على أو قبلي بقوله هو وديعة **(صدّق لأن اللفظ يحتمله)** أي يحتمل ما قاله **(مجازاً)** أي من حيث المجاز **(حيث يكون المضمون عليه حفظه)** أي حفظ المودع، فإن المودع ملتزم حفظ الوديعة **(والمال محله)** أي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازاً كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه **(فيصدّق موصولاً لا مفصولاً)** لأنه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولاً لا مفصولاً كما في الاستثناء **(قال)** أي المصنف رحمه الله عنه **(وفي نسخ المختصر)** يعني مختصر القدوري **(في قوله قبلي)** أي وقع في قول المقر قبلي **(أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما)** أي ينتظم الدين والأمانة **(حتى صار قوله)** أي قول القائل **(لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً)** نص عليه محمد رحمه الله في الأصل حيث قال: إذا قال لا حق له على فلان بريء فلان مما هو مضمون عليه، وإن قال لا حق عنده فهو بريء مما أصله الأمانة، وإن قال لا حق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده لأن ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى **(والأمانة أقلهما)** هذا تتمة الدليل: يعني أن الأمانة أقل الدين والأمانة فيحمل قول المقرّ عليها لكونها الأدنى المتيقن. قال المصنف **(والأول أصح)**أي ما ذكر في الأصل هو الأصح قال في الكافي: والأول مذكور في المبسوط وهو الأصح، لأن استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر. وقال في معراج الدراية: والأول وهو أنه إقرار بالدين أصح، ذكره في المبسوط، وعلل بأن استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى. أقول: لقائل أن يقول: ينتقض هذا التعليل بما إذا قال لا حق لي قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة، بل جعل إبراء عن الدين والأمانة جميعاً بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً. ثم أقول: يمكن دفع ذلك بإمكان الفرق بين المسألتين بأن إحداهما صورة الإثبات، ولما لم يتيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة في شيء واحد حمل على ما هو الأرجح منهما في هذه الصورة، وأما الأخرى فصورة النفي، ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الأمانة عن شيء حمل على نفيهما معاً

فلان تمراً في قوصرة: وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوباً في منديل أو طعاماً في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه، لأن غصْبَ الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف، وإن كان الثاني كقوله تمراً من قوصرة وثوباً من منديل وطعاماً من

أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين. قال: **(ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً)** لأنه أقرّ على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة، بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة. قال: **(ويستحلف المقرّ له على الأجل)**

في تلك الصورة. ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف في باب الوصية للأقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال: ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة. ثم قال: ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلم ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه. واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولاً ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل، لأن الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع، إلا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور في الأصل هو الأصح قدمه في الذكر، ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الأصل **(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده)** وهذه كلها من مسائل الأصل. قال المصنف في تعليلها **(لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده)** لا في ذمته **(وذلك)** أي ما كان في يده **(يتنوّع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما)** وهو الأمانة. توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين، إذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها، وهذا لأن كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا، ولأن هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف، كذا في التبيين. فإن قلت: يشكل هذا بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه إقرار بالدين لا بالأمانة مع أن الأمانة أقلهما. قلت: تنوّع اللفظ إلى الضمان والأمانة فيما فيه نحن إنما نشأ من لفظ واحد، وفي تلك المسألة من لفظين، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا جمع بينهما في الإقرار ترجح الدين، كذا في المبسوط. قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط: وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس لأنه حينئذ يلزم استعارة الأدنى للأعلى، وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق، وأما في الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق، والاستعارة إنما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين، بل إنما ينظر فيه إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن فيحمل على الأدنى المتيقن لثبوته يقيناً انتهى. **(ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)** هذا كله لفظ القدوري في مختصره: يعني أن ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون إقراراً بالمدعي، لأن ما خرج جواباً إذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً إلى المذكور أوّلاً فكأنه أعاده بصريح لفظه، فلما قرن كلامه في الأول والثاني بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى وإليه أشار المصنف بقوله **(لأن الهاء في الأول والثاني)** أي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها **(كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال)** في الأول **(اتزن الألف التي لك عليّ)** وفي الثاني انتقد الألف التي لك عليّ فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب **(حتى لو لم يذكر حرف الكناية)** يعني الهاء

سفينة لم يلزم إلا المظروف، لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع، ومن أقرّ بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت ودهما في درهم لم يلزمه الثاني، لأن الثاني لما لم يصلح ظرفاً للأول لغا آخر كلامه. ومن أقرّ بغصب دابة في أصطبل لزمه الدابة خاصة: يعني أن الإقرار إقرار بهما جميعاً، لكن لا يلزمه إلا ضمان الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي

لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر **(وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم. ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه)** وهو القياس في الأول، وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيراً لها فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين. وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون، أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا

(لا يكون) كلامه **(إقراراً)** بالمدعي **(لعدم انصرافه)** أي لعدم انصراف كلامه **(إلى المذكور)** أي إلى المذكور في الدعوى لكونه مستقلاً بنفسه، فكأنه قال: اقعد وزّانا للناس أو نقاداً لهم دراهمهم واكتب المال ولا تؤذني بالدعوى الباطلة **(والتأجيل إنما يكون في حق واجب)** هذا إشارة إلى تعليل كون قوله أجلني بها إقراراً، يعني أن التأجيل إنما يكون في حق واجب لأنه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل بحق واجب **(والقضاء يتلو الوجوب)** أي يتبع الوجوب هذا إشارة إلى تعليل كون قوله قد قضيتكها إقراراً: يعني أن القضاء يقتضي سبق الوجوب لأنه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه، فلما ادعى قضاء الألف صار مقرّاً بوجوبها **(ودعوى الإبراء)** بأن قال أبرأتني منها **(كالقضاء)** أي كدعوى القضاء **(لما بينا)** أشار به إلى قوله والقضاء يتلو الوجوب: يعني أن الإبراء أيضاً يتلو الوجوب لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون في مال واجب عليه، كذا في الكافي. أقول: هاهنا إشكال، وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الإقرار على أن قول المدعى عليه بالألف للمدعي قد قضيتكها أو أبرأتني منها إقرار بوجوب الألف عليه. وقالوا في تعليل هذا: إن القضاء يتلو الوجوب، وكذا الإبراء يتلوه. وقد صرحوا في كتاب الدعوى في أكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالألف لو قال للمدعي ليس لك عليّ شيء قط أو ما كان لك عليّ شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الألف للمدعي، أو ادعى إبراء المدعي إياه من تلك الألف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر، وقالوا في تعليل ذلك: إن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة، حتى قال المصنف هناك: ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب، وكذا الإبراء، وقد أنكره فيكون مناقضاً فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع لا يخفى فتدبر **(وكذا دعوى الصدقة والهبة)** يعني لو قال تصدقت بها عليّ أو وهبتها لي كان ذلك أيضاً إقراراً منه **(لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب)** يعني أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون إلا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى **(وكذا لو قال أحلتك بها على فلان)** أي كان هذا القول منه أيضاً إقراراً **(لأنه تحويل الدين)** من ذمة إلى ذمة، وذا لا يكون بدون الوجوب، وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أتزنها لك اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه، وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه، فأما إذا لم يكن أصل المال واجباً

يوسف، وكذا إذا قال غصبت منه طعاماً في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب، والإصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لأنهما غير منقولين، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الإقرار لأنه يرى بغصب العقار. والنصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع حمالة بكسر

قوله: **(لاقتضائه المغايرة)** أقول: أي لاقتضاء العطف المغايرة، بخلاف التفسير فإنه يقتضي الاتحاد قوله: **(واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت ديناً في الذمة في جميع المعاملات، بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما، ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهراً قال المصنف: **(ووجهه أن القوصرة الخ)** أقول:

يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة. (**وكذا إذا قال مائة وثوبان**) لما بينا (**بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب**) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبها تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً. قال: (**ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة**) وفسره في الأصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة. ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له، وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا

عليه فالقضاء يكون منتفياً أبداً فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين لأنه في نفسه منتف، كذا في المبسوط. ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً، لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره، كذا في الكافي وغيره (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً**) هذا عندنا، وقال الشافعي: لزمه الدين مؤجلاً لأنه أقرّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذي أقرّ به، وهذا ليس بشيء لأن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء، كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط. قال المصنف في تعليل قول أصحابنا (**لأنه**) أي لأن المقر بدين مؤجل (**أقرّ على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه**) أي في ذلك المال فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى (**فصار**) أي فصار المقرّ في هذه الصورة (**كما إذا أقرّ**) لغيره (**بعبد في يده**) أي بعبد كائن في يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (**وادعى الإجارة**) أي ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقرّ له في الملك دون الإجارة فإنه لا يصدق هناك في دعوى الإجارة، فكذا هاهنا في دعوى الأجل (**بخلاف الإقرار بالدراهم السود**) أي بخلاف ما لو أقرّ بالدراهم السود فصدقه في المقرّ له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (**لأنه**) أي لأن السواد (**صفة فيه**) أي في الدراهم أو فيما أقرّ به فيلزمه ما أقرّ به على الصفة التي أقرّ بها، وأما الأجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض وقد أشار إليه بقوله (**وقد مرت المسألة في الكفالة**) فإنه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي، وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن. وقال: وجه الفرق أن المقرّ أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفي الكفالة ما أقر بالدين فإنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار، أما الأجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل انتهى (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ويستحلف المقر له**) أي يستحلف المقر له في مسألتنا هذه (**على الأجل**) أي على إنكار الأجل (**لأنه منكر حقاً عليه**) فإن المقرّ يدعي عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (**واليمين على المنكر**) بالحديث المشهور[1]. قال في

الحاء وهي علاقة السيف، والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة، والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب، وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور قوله: (**لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب**) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبت

بخلاف قوله على درهم في قفيز حنطة فإنه يلزم الدرهم والقفيز باطل لأنه أقر بدرهم في الذمة، وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفاً في شيء آخر. ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل، والمسألة مذكورة في غاية البيان في شرح قوله له على خمسة في خمسة قوله: (**ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك**) أقول: أي أحدهما ظرفاً والآخر مظروفاً.

---

(١) «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» تقدم تخريجه في أول كتاب الدعوى.

الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق، بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون الإقرار بغصب المنزوع. قال: **(ومن أقرّ بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة)** لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما؛ ومثله الطعام في البيت. قال: **(ومن أقرّ لغيره بخاتم**

النهاية: وفي الذخيرة في الفصل الأول من كتاب الإقرار، ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقر به **(وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم)** وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الإمام قاضيخان حيث قال في فتاواه: ولو قال له علي ألف ودرهم أو عليّ ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى **(ولو قال مائة وثوب)** أي ولو قال له عليّ مائة وثوب **(لزمه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه)** أي إلى المقرّ. قال المصنف **(وهو القياس في الأول)** يعني أن لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة إلى المقرّ هو القياس في الفصل الأول أيضاً وهو قوله له عليّ مائة ودرهم ونظائره **(وبه قال الشافعي)** أي وبالقياس أخذ الشافعي في هذا الفصل أيضاً **(لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها)** أي على المائة **(بالواو العاطفة لا تفسير لها)** لأن العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه **(فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني)** وهو قوله له عليّ مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير إلى البيان، ولكن، علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال له علي مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران. قال المصنف **(وجه الاستحسان وّهو الفرق)** بين الفصلين **(أنهم)** أي أن الناس **(استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره)** أي بذكر الدرهم مرة **(عقيب العددين)** ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهماً فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيراً للكل **(وهذا)** أي استثقالهم **(فيما يكثر استعماله وذلك)** أي كثرة الاستعمال **(عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك)** أي كثرة الوجوب بكثرة الأسباب **(في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون)** يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى **(أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها)** فإن الثياب لا تثبت في الذمة ديناً إلا في السلم، والشاة ونحوها لا يثبت ديناً في الذمة أصلاً **(فبقي)** أي بقي هذا القسم **(على الحقيقة)** أي على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لا إلى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت هاهنا. أقول: في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر، أما أولاً فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه إذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين، بل إنما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة، وأما ثانياً فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضاً عقيب العددين؛ ألا يرى إلى ما سيأتي أنه إذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثواباً لانصراف التفسير إلى مجموع العددين؛ المبهمين المذكورين قبله، ويمكن أن يتمحل في الجواب بأن يقال: مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الأعداد روما للاختصار، ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الإطلاق والاطراد، وكذلك اكتفوا به في عدد واحد أيضاً فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه. نعم الأولى هاهنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين، ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استثقلوا تكرار

كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله: **(على أن**

لزمه الحلقة والفص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل **(ومن أقرّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل)** لأن الاسم ينطوي على الكل **(ومن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة)** لانطلاق الاسم على الكل عرفاً **(وإن قال غصبت ثوباً في**

الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة، وهذا فيما يكثر استعماله، وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه في الكلام، وذا فيما يثبت في الذمة كالأثمان والمكيل والموزون، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فإنه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الأصل. قال في النهاية: وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة. ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيراً للمبهم انتهى. ويوافقه ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: رجل قال لفلان عليّ ألف وعبد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: يقرّ في الأول بما يشاء، ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهي ثياب وأغنام وأبعرة، ولا يشبه هذا بني آدم لأن بني آدم لا يقسم، إلى هنا كلامه. وقال الإمام الزيلعي في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية: وهذا ليس بظاهر، فإن عندهما يقسم العبيد كالغنم، وإنما لا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى، فتأمل. قال المصنف **(وكذا إذا قال مائة وثوبان)** أي يرجع في بيان المائة إلى المقر **(لما بينا)** من أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها **(بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب)** حيث يكون الكل ثياباً بالاتفاق **(لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف)** حتى يدل على المغايرة **(فانصرف إليهما)** أي فانصرف التفسير المذكور إلى العددين جميعاً **(لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها)** أي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين **(ثياباً)** لا يقال: الأثواب جمع ثوب لا يصلح مميزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد، كذا في الكافي والشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة)** القوصرة بالتخفيف والتشديد: وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم إنما تسمى بذلك ما دام فيها التمر، وإلا فهي زنبيل مبني على عرفهم،كذا في المغرب. قال صاحب الجمهرة: أما القوصرة فأحسبها دخيلاً. وقد روى:

أفلح من كانت له قوصره ... يأكل منها كل يوم مره

ثم قال: ولا أدري ما صحة هذا البيت، كذا في غاية البيان. قال المصنف **(وفسره في الأصل)** أي فسر الإقرار بتمر في قوصرة في الأصل وهو المبسوط **(بقوله)** أي بقول المقرّ **(غصبت تمراً في قوصرة. ووجهه)** أي وجه جواب هذه المسألة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعاً **(أن القوصرة وعاء له)** أي للتمر **(وظرف له)** أي للتمر **(وغصب الشيء وهو مظروف)** أي والحال أنه مظروف **(لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه)** أي فيلزم التمر والقوصرة المقرّ **(وكذا الطعام في السفينة)** أي وكذا الحكم فيما إذا قال غصبت الطعام في السفينة **(والحنطة في الجوالق)** أي وفيما إذا قال غصبت الحنطة في الجوالق، والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم، والجواليق بزيادة الياء تسامح، كذا في المغرب. والأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفاً للأول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق، وما كان للثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو قولك غصبت درهماً في درهم لم يلزم الثاني لأنه غير صالح لأن يكون ظرفاً لما أقرّ بغصبه أولاً فلغا آخر كلامه، كذا في المبسوط وذكر في الشروح. أقول: يرد على

كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد، بل كل واحد منها موعى بما حواه، والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهراً، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً وتعين أول كلامه محملاً:

منديل لزماه جميعاً) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه. **(وكذا لو قال عليّ ثوب في ثوب)** لأنه ظرف، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف **(وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند**

هذا الأصل النقض بما إذا أقرّ بدابة في إصطبل فإن اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لأن يكون ظرفاً للأول. ويمكن أن يقال: إن ذلك من باب التخلف لمانع، وقيل عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم كا صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة **(بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة)** يعني أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فبخلافه **(لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع)** يعني أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون إقراراً بأن مبدأ الغصب من القوصرة وإنما يفهم منه الانتزاع، كذا في الكفاية ومعراج الدراية أخذاً من الكافي. وقال في النهاية لأن كلمة من للتبعيض، فإنما يفهم منه الانتزاع انتهى. وقال في غاية البيان: ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما، لا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى. أقول: الحق في توجيه كلام المصنف هاهنا ما ذهب إليه الفرقة الأولى لا ما ذهب إليه الفرقة الأخرى، لأن كلمة من في قول القائل غصبت تمراً من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض، إذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول. وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من في معنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئاً هاهنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة، بخلاف من الابتداء فإن كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعاً فيتم التقريب جداً. وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافاً على حمار فكان إقراراً بغصب الإكاف خاصة، والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً غصب المحل، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة)** إنما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان إقراراً بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة، وإليه أشار المصنف بقوله **(لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحوّل فلا يكون مضموناً بالغصب عندهما **(وعلى قياس قول محمد يضمنهما)** أي يضمن الدابة والإصطبل، لأن محمداً رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار **(ومثله الطعام في البيت)** أي ومثل الإقرار بالدابة في الإصطبل الإقرار بالطعام في البيت. قال في المبسوط: ولو قال غصبت منك طعاماً في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاماً في سفينة، لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقراراً بغصب البيت والطعام، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه مما لا ينقل ولا يحوّل، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وإن قال لم أحوّل الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لأنه أقرّ بغصب تام، وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعاً عما أقرّ به فلم يصدق فكان ضامناً للطعام، وفي قول محمد هو ضامن للبيت أيضاً إلى هنا لفظ المبسوط **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص)** قال المصنف في تعليله **(لأن اسم الخاتم يشمل الكل)** أي يتناول الحلقة والفص جميعاً ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية، فإذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعاً بالإقرار بالخاتم **(وإن أقرّ له)** أي لغيره **(بسيف فله النصل)** وهو حديدة السيف **(والجفن)** وهو الغمد **(والحمائل)** جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف **(لأن الاسم)** يعني اسم السيف

يعني أن يكون «في» بمعنى البين قوله: **(لأن الضرب لا يكثر المال)** معناه أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في

أبي يوسف. وقال محمد: لزمه أحد عشر ثوباً) لأن النفيس من الثياب قد يلفّ في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف. ولأبي يوسف أن حرف «في» يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾ أي بين عبادي، فوقع الشك والأصل براءة الذمم، على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً. **(ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة)** لأن الضرب لا يكثر المال

(ينطوي) أي يشتمل **(على الكل)** عرفاً فله الكل **(ومن أقر بحجلة)** الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس: وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، كذا في الصحاح **(فله)** أي فللمقرّ له **(العيدان)** برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود **(والكسوة)** أي وله الكسوة أيضاً **(لانطلاق الاسم)** أي اسم الحجلة **(على الكل عرفاً)** فله الكل، وكذا لو أقرّ بدار أو أرض لرجل دخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى أن المقرّ لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته، وكذا لو أقام بالخاتم بينة على أن الفص له لم تقبل بينته، وأما إذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك، أو هذا السيف لي وحليته لك، أو هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقرّ له الكل لي فالقول للمقرّ فبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقرّ به ضرر للمقر يؤمر المقرّ بالنزع والدفع إلى المقرّ له، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقرّ أن يعطيه قيمة ما أقرّ به، كذا في الذخيرة **(وإن قال غصبت ثوباً في منديل لزماه جميعاً لأنه)** أي المنديل **(ظرف)** للثوب **(لأن الثوب يلف فيه)** وقد مر أن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف **(وكذا)** أي وكذا الحكم **(لو قال عليّ ثوب في ثوب)** لزماه **(لأنه ظرف)** أي لأن الثوب الثاني ظرف للثوب الأول فيلزمه الثوبان جميعاً **(بخلاف قوله درهم في درهم)** أي بخلاف ما لو قال عليّ درهم في درهم **(حيث يلزمه واحد)** أي درهم واحد **(لأنه)** أي لأن قوله في درهم **(ضرب)** أي ضرب حساب **(لا ظرف)** كما لا يخفى **(وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف)** وفي الكافي وهو قول أبي حنيفة، وفي التبيين وهو قول أبي حنيفة أوّلاً **(وقال محمد: يلزمه أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف)** يعني أن كلمة في حقيقة في الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة هاهنا، لأن الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة أثواب فلا يصار إلى المجاز. قيل هو منقوض على أصله، فإنه لو قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير يلزه الكل عند محمد في هذه الصورة أيضاً مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة، كذا في الشروح. قال في النهاية: وإليه أشار في المبسوط **(ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] أي بين عبادي فوقع الشك)** في أن المراد بحرف «في» هاهنا معنى الظرف أو معنى البين، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد **(والأصل براءة الذمم)** لأنها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه إلا ثوب واحد **(على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء)** يعني أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه، فإنه إذا لفّ ثوب في أثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه، ولا يكون وعاء إلا الثوب الذي هو ظاهر فإنه وعاء وليس بموعى، فلفظة كل هاهنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أثواب **(فتعين الأول)** أي المعنى الأول الذي هو البين **(محملاً)** بكلمة «في» في قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى إلا ثوب واحد. قال كثير من الشراح في حل هذا المقام: فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال: وتعين أول كلامه محملاً: يعني أن

....

وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق **(ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة)** لأن اللفظ يحتمله **(ولو قال له عليّ من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها)** فتدخل الغايتان. وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان.

يكون في بمعنى البين انتهى. أقول: هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح، إذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقرّ لغواً، فإن قوله فتعين الأول محمد بدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب محملاً متعيناً وهو معنى البين المذكور أوّلاً، فإذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغواً من الكلام، إذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن. ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية، فإن قوله وتعين أول كلامه محملاً بعد قوله كان آخر كلامه لغواً يدل على أنه حمل على الأول في قول المصنف فتعين الأول محملاً على أول كلام المقر، وهذا مع كونه مما يأبى عنه جداً قيد محملاً ينافيه تفسيره بقوله يعني أن يكون في معنى البين، لأن الكون في بمعنى البين إنما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب بدون أوّل كلامه وهو قوله عليّ ثوب إذ لا مساس له بمعنى البين أصلاً. واعلم أن الإمام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري: قد اشتبه عليّ في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار إليه أم يستوي المعين والمنكر في ذلك، إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى. ومنه أنه يستوي فيه المعرّف والمنكر ويرجع في بيان المنكر إليه وهو ما قاله في المحيط، ولو قال غصبتك ثوباً في منديل فهو إقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان إليه، ولو قال درهم في درهم أو درهماً في طعام لم يلزمه إلا درهم، والأصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفاً ويجعل ظرفاً عادة اقتضى غصبهما، وإلا فغصب الأول دون غيره، إلى هنا كلامه **(ولو قال لفلان عليّ خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الضرب لا يكثر المال)** يعني أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزناً، وإن جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط، على أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات، كذا قالوا، ولأن حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفاً للدراهم، واستعماله في غير الظرف مجاز، والمجاز قد يكون بمعنى مع، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩]. أي مع عبادي، وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى: ﴿ولأصلبنكم في جذوع النخل﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل، وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره، كذا في المبسوط وغيره **(وقال الحسن)** يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة **(يلزمه خمسة وعشرون)** لأن الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقد مرّ جوابه آنفاً. قال المصنف: **(وقد ذكرناه في الطلاق)** أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق، ولم يذكر المصنف هذه المسألة ثمة صريحاً بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب، فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحاً في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير، كذا في غاية البيان **(ولو قال أردت خمسة مع خمسة)** أي لو قال المقرّ أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة **(لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله)** قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] قيل مع عبادي، كذا في الكافي، ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضاً لأنه استعمل في بمعنى واو العطف، كذا في المبسوط. وقد ذكر المصنف في باب إيقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف، وإن نوى واحدة مع

. . . .

(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل في الطلاق.

ثنتين يقع الثلاث لأن في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني، إلى هنا لفظه. قال صاحب النهاية: ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا. وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضاً كحكم في، حتى لوقال لفلان عليّ عشرة في عشرة ثم قال عنيت به عليّ عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ا هـ **(ولو قال له عليّ من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان)** أي الابتداء والانتهاء **(وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان)** قال في النهاية: والقياس ما قاله زفر، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حداً ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الإقرار، فكذلك هاهنا لا يدخل الحدان. وأبو يوسف ومحمد قالا: هو كذلك في حدّ قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لأنه إنما يتحقق كونه حداً إذا كان واجباً فأما ما ليس بواجب فلا يتصوّر أن يكون حداً لما هو واجب وأبو حنيفة يقول: الأصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود، وما لا يقوم بنفسه حد ذكراً وإن لم يكن واجباً، إلا أن الغاية الأولى لا بد من إدخالها لأن الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الأول، ولأن الكلام يستدعي ابتداء، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون واجباً صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجباً ثم الثالث والرابع وهكذا بعده، فلأجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الأولى، ولا ضرورة في إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى. والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة في الغاية الأولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالاه في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده **(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله)** أي للمقرّ له **(ما بينهما)** أي ما بين الحائطين **(وليس له من الحائطين شيء)** أي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق. قال المصنف **(وقد مرّت الدلائل)** أي دلائل هذه المسائل **(في الطلاق)** أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه.

زيادة المال، وخمسة دراهم وزناً وإن جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط، وباقي كلامه ظاهر، وقد تقدم في كتاب الطلاق.

قوله: **(قيل هو منقوض على أصله)** أقول: إطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح، فإن اللازم قصور الدليل عن المدعي قال المصنف: **(فوقع الشك)** أقول: لتعارض الحقيقة لكلمة «في» والعادة، فإن الثوب الواحد لا يصان في عشرة أثواب عادة قال المصنف: **(على أن كل ثوب موعي الخ)** أقول: لفظة كل هاهنا للتكثير.

فصل

(ومن قال لحمل فلانة عليّ ألف درهم، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح) لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له **(ثم إذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه، فإن جاءت به ميتاً**

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً للمبسوط، كذا في الشروح **(ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم)** فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه، لأنه إما أن يبين سبباً أو لا يبين ذلك، فإن بين سبباً فإما أن يكون ذلك السبب صالحاً أو غير صالح، فإن كان صالحاً وهو الذي ذكره بقوله **(فإن قال أوصى بها)** أي بالألف **(له)** أي للحمل وهو الجنين **(فلان أو)** قال **(مات أبوه)** أي أبو الحمل **(فورثه)** أي ورث الحمل الألف أنث ضمير الألف أوّلاً باعتبار الدراهم، وذكره ثانياً لكون الألف مذكراً في الأصل. قال في القاموس: الألف من العدد مذكر، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى **(فالإقرار)** في هذا الوجه **(صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له)** أي للحمل: يعني أنه بين سبباً صالحاً لثبوت الملك للحمل، فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه، فكذلك إذا ثبت بإقراره، وهذا لأن الإقرار صدر من أهله مضافاً إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقرّ به فكان صحيحاً كما لو أقرّ به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية **(ثم إذا)** وجد السبب فلا بد من وجود المقرّ له عنده، فإن **(جاءت)** أي فلانة **(به)** أي بالولد **(في مدة يعلم بها أنه)** أي الولد **(كان قائماً)** أي موجوداً **(وقت الإقرار لزمه)** أي لزم المقرّ ما أقرّ به، والعلم بأن الولد كان موجوداً وقت الإقرار بطريقين أحدهما حقيقي والآخر حكمي. فالحقيقي ما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، والحكمي ما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة، إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكماً بوجوده في البطن، وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئاً كذا قالوا. ثم إن الشراح افترقوا هاهنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجوداً وقتئذ، فمنهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضاً في شرح الوقاية. ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصي أو المورث حيث قال بأن وضعته لأقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصي ما قاله صاحب الكافي، وذكر في المبسوط أيضاً أقول: القول الأول وإن كان أوفق بالمشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائماً وقت الإقرار إلا أن القول الثاني هو الموافق للتحقيق، وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً للمبسوط، والله علم.
قال: **(ومن قال لحمل فلانة عليّ ألف درهم الخ)** ومن أقرّ لحمل، فإما أن يبين سبباً أو لا، فإن بين فإما أن يكون سبباً صالحاً أو لا فإن كان صالحاً مثل أن يقول أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه بين سبباً لو عايناه حكمنا به فكذلك بإقراره. ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقرّ له عند الإقرار، فإن جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائماً: أي موجوداً وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه، وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهي معتدة فكذلك، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه، وكذا إن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث

فصل

قال المصنف: (ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول: قال الإتقاني: لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لأنها وصية لصاحب الدابة، لأن الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى. وفي المحيط في باب إقرار الصبي والمعتوه والسكران والأخرس والإقرار لهم: لو قال لدابة فلان علي ألف دراهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى قوله: **(وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً لما في المبسوط) أقول:** أي في إيراد مسألة الخيار عقيب مسائل الحمل، وإن خالف المبسوط حيث أوردهما في فصل واحد.

فالمال للموصي والمورّث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم

في صدر كتاب الإقرار، فإن مقتضى ذلك أن يتقرّر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصي أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك، فإنه إذا جاءت بالولد في مدة هي أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث، أو أكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة، فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شيء، أما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث فلأنه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجوداً عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلاً لاستحقاق المال، ولا يفيد كونه موجوداً عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك في الحال. وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة فلأنه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجوداً عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال، ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وإن كان موجوداً وقت الإقرار كما إذا بين سبباً غير صالح على ما سيأتي. لكن بقي هاهنا شيء على القول الثاني أيضاً وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بأن وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكماً بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي. ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما. فإن قيل: اعتبر أول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث أو الموصي ففي الطريق الحكمي أيضاً كذلك فلا يتصوّر حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين وإلا لا يكون طريقاً للعلم بذلك أصلاً. قلنا: فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأساً حتى يكون ذلك حكماً بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل **(فإن جاءت به)** أي إن جاءت فلانة بالولد **(ميتاً فالمال للموصي)** فيما إذا قال أوصى به له فلان **(والمورث)** فيما إذا قال مات أبوه فورثه **(حتى يقسم بين ورثته)** أي يقسم المال بين ورثة كل

يقسم بين ورثته، لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل، وإن جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ففي الوصية كذلك، وفي الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلاً لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً لأنه لا يولي عليه. فإن قيل: كان ذلك رجوعاً وهو في الإقرار لا يصح. أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ للرضيع وبين السبب بذلك، لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصوّر ذلك حكماً بنائبه وهو القاضي أو من يأذن له القاضي، وإذا تصوّر بالنائب جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه وإن لم يبين سبباً، وهو المراد بقوله وإن أبهم الإقرار لم يصح عند

وفي المبسوط عقد لكل منهما باباً على حدة، فعنون مسائل الحمل بقوله باب الإقرار لما في البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار قوله: **(من وقت الإقرار لزمه)** أقول: الصواب أن يقول من وقت موت الموصي والمورث كما قاله العلامة النسفي في الكافي حيث قال: قال في المبسوط: وهذا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم أنه كان موجوداً في ذلك الوقت، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئاً إلا أن تكون المرأة معتدة، فحينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث انتهى. وذلك هو الموافق أيضاً لما سيجيء في كتاب الوصايا فراجعه

ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما، ولو قال المقرّ باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء) لأنه بين مستحيلاً. قال: (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف، وقال محمد: يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد

واحد من الموصيّ والمورث (**لأنه**) أي لأن ما قاله (**إقرار في الحقيقة لهما**) أي للموصي والمورث (**وإنما ينتقل**) منهما (**إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل**) إليه هاهنا لأنه مات قبل الولادة (**ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما**) نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ففي الوصية كذلك، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: وهذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكروهم وإناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء. أقول: لا حاجة إلى هذا التقييد بالنظر إلى وضع المسألة، وهو: إن قال المقرّ مات أبوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم، وأما بالنظر إلى مطلق الإرث فلا بد من التقييد وإن كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (**ولو قال المقرّ باعني أو أقرضني**) أي باعني الحمل أو أقرضني (**لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلاً**) أي لأن المقرّبين سنبأ مستحيلاً في العادة، إذ لا يتصور البيع والإقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافاً إليه من هذا الوجه، وإذا كان ما بينة من السبب مستحيلاً صار كلامه لغواً فلم يلزمه شيء، فإن قيل: فهذا يكون رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولاً. قلنا: ليس كذلك، بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلاً فكان كلامه هذا بياناً لا رجوعاً فلهذا كان مقبولاً منه، كذا في المبسوط وأكثر الشراح. قال في العناية: أجيب بأنه ليس برجوع، بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن ظهر كذبه فإنما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل إقراره، وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعاً عن أصل إقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقاً في إقراره بأن كان له سبب صالح في نفس الأمر ولكن قصد الرجوع فبين سبباً مستحيلاً، بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فإنه كاذب هناك في أصل إقراره بيقين، فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره. فإن قلت: كما أن البيع والإقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع، ومع ذلك لو أقرّ بأن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤاخذ به. قلت: الرضيع وإن كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه، وكذلك الإقراض وإن كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي، وإذا

أبي يوسف وصححه محمد، لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله كان حجة يجب العمل بها، ولا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى المحل بحمله على السبب الصالح حملاً لكلام العاقل على الصحة، كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقاً أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحاً تصحيحاً لكلام العاقل. ولأبي يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به. ومن أقرّ بحمل جارية أو

قوله: (**وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين**) أقول: إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء قوله: (**فإن قيل كان ذلك رجوعاً الخ**) أقول: أنت خبير بأن هذا السوال إنما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأي أبي يوسف فإنه لا يصح الإقرار إذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعاً قوله: (**أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ**) أقول: في مبسوط شمس الأئمة. قلنا: لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل، فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلاً فكان كلامه بياناً لا

أمكن بالحمل على السبب الصالح. ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرّح به. قال: (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة

تصور ذلك من نائبه جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب عنه، كذا في النهاية وغيرها، وإن لم يبين سبباً أصلاً وهو المراد بقوله **(وإن أبهم الإقرار لم يصح)** أي الإقرار **(عند أبي يوسف)** قيل وأبو حنيفة معه، وبه قال الشافعي في قول **(وقال محمد: يصح)** وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد **(لأن الإقرار من الحجج)** الشرعية **(فيجب إعماله)** مهما أمكن، وذلك إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله **(وقد أمكن)** إعماله هاهنا، إذ لا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى محله **(بالحمل على السبب الصالح)** وهو الميراث أو الوصية تحرياً للجواز وتصحيحاً لكلام العاقل كالعبد المأذون له إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقاً أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزاً تصحيحاً لكلام العاقل **(ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه)** أي مطلق الإقرار **(ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين في الشركة عليه)** أي على الإقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الإقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبداً، كذا في المبسوط **(فيصير)** أي فيصير المقرّ فيما إذا أبهم بدلالة العرف **(كما إذا صرح به)** أي بسبب التجارة، ولو صرح به كان فاسداً، فكذا إذا أبهم. قال في النهاية: ولأبي يوسف وجهان: أحدهما ما ذكر في الكتاب، والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال: إن هذا إقرار صدر من أهله لأهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله، إلا أن حمله على الجواز متعذر لأن الجواز له وجهان: الوصية، والميراث، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما بأن يعتبر سبباً أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد، ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبداً بألف درهم فقبضه المشتري نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسداً وإن احتمل الجواز لأن للجواز وجهين، بأن يصرف إليه مثل الثمن أو أكثر، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا، بخلاف العبد المأذون إذا أقرّ حيث يجوز لأن للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات، وهذا بخلاف ما لو بيّن سبباً يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثاً حيث كان الإقرار صحيحاً لأن جهة الجواز متعينة، وهي ما صرح به فكان محكوماً بالجواز انتهى كلامه. أقول: الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه، أما أوّلاً فلأنا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجهاً صالحاً لجواز الإقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما، وعدم تعين واحد منهما في صورة إبهام الإقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه مّا من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما؛ ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقرّ به؟ غاية الأمر أن يلزم المقرّ بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقرّ به المجهول، فمن أين يلزم الحكم بالفساد. وأما ثانياً: فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل

حمل شاة لرجل صح الإقرار ولزمه، لأن له وجهاً صحيحاً لأن الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقرّ وارثه ورث الجارية عالماً بوصية مورثه، وإذا صح ذلك وجب الحمل عليه، ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث

رجوعاً فلهذا كان مقبولاً منه انتهى. ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام، وإن شئت زيادة تفصيل فراجع إلى ما قالوا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام «كل ذلك لم يكن في جواب ذي اليدين» قوله: **(فيصير بدلالة العرف الخ)** أقول: ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة، وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل.

لرجل صح إقراره ولزمه) لأن له وجهاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه. قال: (ومن أقرّ بشرط

لك عليّ ألف درهم ولم يبين سببه، فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر، والفساد بأن يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة. ولا شك أن لجواز الدين أسباباً كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدهما أولى من الآخر. وأما ثالثاً: فلأن التنظير المذكور فيه ليس بتام، لأن الجهالة في مسألة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام، بخلاف جهالة السبب في الإقرار كما تحققته، على أن التعليل فساد البيع في تلك المسألة بما ذكر ليس بتام أيضاً لأنه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له، فإن لجواز بيعه أيضاً وجهين: بأن يصرف إليه ما بقي من مثل الثمن الأوّل للعبد المشتري من البائع، أو ما بقي من أكثر منه، فإنه إذا صرف إلى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفاً إلى الآخر ضرورة، فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضاً مع أن بيع عبد آخر له في المسألة المزبورة ليس بفاسد إجماعاً، وينتقض أيضاً بصحة بيع العبدين جميعاً فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة، فإن التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضاً بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول، بخلاف الصورة الأولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها. ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء مّا من مادتي النقض فتأمل وراجع محلها **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه)** أي لزم المقرّ ما أقرّ به **(لأن له)** أي لإقراره **(وجهاً صحيحاً وهو الوصية به)** أي بالحمل **(من جهة غيره)** أي غير المقرّ بأن أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات **فأقرّ** وارثه وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله **(فحمل عليه)** قال الشراح: ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل. أقول: ليس الأمر كذلك، فإن الفقهاء صرّحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء، وستأتي المسألة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب، فحينئذ يجوز أن يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت، فإذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت، فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث، فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم إياه بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل، تأمل جداً فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور. ثم أقول: يشكل بهذه المسألة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسألة الأولى في صورة إبهام الإقرار، فإن مطلق الإقرار لم يصرف هاهنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن يبيع الحمل من المقرّ له وبنحو ذلك من الأسباب الغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعاً إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره في ذلك الوجه من أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر، وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف بين هذه المسألة والمسألة الأولى فقال صاحب الغاية: والفرق لأبي يوسف بين

في الحمل له ميراث في الحامل أيضاً. ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره لثلاثة أيام فالإقرار صحيح يلزم به ما أقرّ به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله عليّ ونحوه، والخيار باطل لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله، لأن الخبر إن كان

الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله **(ولزمه المال)** لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا

هذه المسألة حيث جوّز الإقرار بالحمل وبين المسألة الأولى حيث لم يجوز الإقرار للحمل إذا أبهم الإقرار أن هاهنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية، بخلاف الأولى فإن طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية، وإلى ذلك أشار محمد في الأصل لأبي يوسف قال: أرأيت لو ولدت غلاماً وجارية كيف يقسم المال بينهما؟ أثلاثاً باعتبار الميراث، أم نصفين باعتبار الوصية؟ ففيه إشارة إلى أن جواز الإقرار متعذر لاحتماله وجهين إرثاً ووصية انتهى. وقال صاحب النهاية: قد ذكرنا آنفاً أنه إذا كانت جهة الجوار متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن إحداهما في الحمل عليها بأولى من الأخرى، وأما إذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الإقرار به كما في هذه المسألة فإن مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح، لأن الوارث إذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضاً في الأم لشيوع حقه في جميع التركة. وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالأم فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز، وهذا هو الفرق لأبي يوسف في صحة إقراره مطلقاً بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقاً للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقاً جهتين الميراث والوصية، وليس إحداهما أولى من الأخرى فيبقى على البطلان انتهى. وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضاً. أقول: مدار ما ذكروه من الفروق على حرفين: أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز. وثانيهما أن جهة الجواز في هذه المسألة منحصرة في الوصية، وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط)** يعني ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره ثلاثة أيام صح الإقرار وبطل الشرط. أما بطلان الشرط وهو الأهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله **(لأن الخيار للفسخ)** أي لأجل الفسخ **(والإخبار لا يحتمله)** أي لا يحتمل الفسخ: يعني أن الإقرار إخبار والإخبار لا يحتمل الفسخ، لأن الخبر إن كان صادقاً فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره، وإن كان كاذباً فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضائه، وأما صحة الإقرار التي حكمها لزوم المقرّ به كما أشار إليه بقوله **(ولزمه المال)** أي ولزم المقرّ المال الذي أقرّ به فلما ذكره بقوله **(لوجود الصيغة الملزمة)** وهي قوله علي ونحن ذلك **(ولم ينعدم)** أي اللزوم، وقيل: أي الإخبار **(بهذا الشرط الباطل)** يعني شرط الخيار إذ لا تأثير للباطل، ولأن الخيار معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام إقراراً والخيار يدخل على حكم السبب، فإذا لغا بقي حكم الإقرار وهو اللزوم، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه، كذا في المبسوط وغيره. قال في المحيط البرهاني: هذا إذا أقرّ بالمال مطلقاً ولم يبين السبب، فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان عليّ ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة علي أني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم، لأنه وإن بين السبب إلا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكاً فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه، وإن كان قرضاً أو غصباً بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قابلاً للفسخ بالردّ لأن حق الفسخ للمقرّ ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة. ولو قال لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقرّ بالخيار لم

صادقاً بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره، وإن كان كاذباً لم يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثيره في العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وإمضائه.

الشرط الباطل، والله أعلم.

يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل في جانب المقرّ، إنما ذكره في جانب المقرّ له، ولا شك أن المقرّ له إذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لأنه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لأن هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء، واشتراط الخيار في الشرا مستقيم، بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقاً ولم يبين السبب لأن هناك المال مشروط في الإقرار، واشتراط الخيار في الإقرار لا يستقيم، فإن كذبه المقرّ له في الخيار فأراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل. قالوا: ويجب أن لا تسمع بينته لأن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة، ودعوى الخيار من المقر هاهنا لم تصح لمكان المناقضة، إلى هنا لفظ المحيط.

باب الاستثناء وما في معناه

قال: (ومن استثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي لكن لا

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع الغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً كالشرط وغيره لأن الأصل عدم التغيير (قال) أي القدوري في مختصره (ومن استثنى متصلاً بإقراره) أي موصولاً بإقراره لا مفصولاً عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقي) أي لزم المقرّ الباقي بعد الثنيا (لأن الاستثناء مع الجملة) أي صدر الكلام (عبارة عن الباقي) فإن معنى قوله عليّ عشرة إلا واحداً معنى على تسعة لما عرف في الأصول (ولكن لا بد من الاتصال) لأن الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل، وهذا قول عامة العلماء. ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضاً في الأصول (وسواء استثنى الأقل) أي الأقل كما في قوله لفلان عليّ ألف إلا أربعمائة (أو الأكثر) منه كما في قوله لفلان عليّ ألف إلا ستمائة: يعني لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضاً قول الأكثر. وفي العناية: وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك. وفي معراج الدراية: وقال الفراء: لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل. وعن أحمد مثله انتهى. وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء: أنه لا يصح استثناء الأكثر انتهى. ويوافق ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال: وأما إذا قال لفلان عليّ ألف إلا تسعمائة وخمسين درهماً فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهماً، وهذا عندنا وعند مالك والفراء، وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الأصول لا يصح استثناء الأكثر ويلزمه الألف لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى. قال جماعة من الشراح: والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى ـ قم الليل إلا قليلاً. نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه أقول: في كون هذه الآية الكريمة دليلاً على جواز استثناء الأكثر نظر، لأن صاحب الكشاف قال في تفسيرها: نصفه بدل من الليل، وإلا قليلاً استثناء من النصف، كأنه قال: قم أقل من نصف الليل، ثم قال: وإن شئت جعلت نصفه بدلاً من قليلاً، فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الأكثر، أما على الوجه الأول فلأن المستثنى لا يكون حينئذ قدراً معيناً مخصوصاً حتى يحكم بأنه أكثر من الباقي. نعم يعلم حينئذ أنه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضاً، وأما على الوجه الثاني فلأن المستثنى يكون حينئذ والنصف لا الأكثر، والمدعي جواز استثناء الأكثر، فالأظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح، وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً وهو الشرط. والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل، وهو الإخراج والتكلم بالباقي، ومنفصل وهو ما لا يصح إخراجه قال: (ومن استثنى متصلاً بإقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي) أما لزوم الباقي فلأن الاستثناء مع الجملة: أي الصدر عبارة عن الباقي لأن معنى قوله عليّ عشرة إلا درهماً معنى قوله علي تسعة لما عرف في الأصول. وأما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء. ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضاً في الأصول، ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر، وهو أيضاً قول الأكثر. وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه﴾ واستثناء الكل باطل لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد

باب الاستثناء وما في معناه

قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلاً نصفه﴾ أقول: قوله نصفه بدل من قليلاً.

بد من الاتصال، **(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء)** لأنه تكلم

وراء المستثنى، ولا فرق في ذلك بين استثناء الأقل والأكثر، وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقاً لطريقهم، ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحاً، ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان عليّ عشرة دراهم إلا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم، إلا ما روي عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة. والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل، إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط، ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح، انتهى كلامه. ثم إن لجواز استثناء الأكثر دليلاً آخر قوياً ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه، وهو قوله تعالى: ﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾ [الحجر: ٤٢] فإن الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى: ﴿وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين﴾ [يوسف: ١٠٣] **(فإن استثنى الجميع)** أي الكل بأن قال لفلان عليّ ألف درهم إلا ألف درهم **(لزمه الإقرار)** أي لزم المقرّ جميع ما أقرّ به **(وبطل الاستثناء)** أي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء **(لأنه)** أي لأن الاستثناء **(تكلم بالحاصل بعد الثنيا)** أي بالباقي بعد الثنيا **(ولا حاصل بعده)** أي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء **(فيكون رجوعاً)** أي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعاً عن الإقرار لا محالة لا استثناء حقيقياً، والرجوع عن الإقرار في حقوق العباد باطل وإن كان موصولاً، لأنه إنما يصح موصولاً ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه، والإبطال ليس من البيان في شيء، كذا في المبسوط وغيره. قال في غاية البيان: وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى. قال المصنف **(وقد مرّ الوجه في الطلاق)** أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه، وأما إذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وإن أتى على جميع المستثنى منه أن يقول نسائي طوالق إلا هؤلاء وليس له نساء إلا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن، ولو قال نسائي طوالق إلا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن، وكذا لو قال عبيدي أحرار إلا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم، ولو قال عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم، وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالي إلا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية، ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان لا ثلث مالي كان للموصي له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء، كذا في شرح الطحاوي. ولقد أفصح المصنف عن هذا في الباب الأول من أيمان الزيادات حيث قال: استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما إذا قال نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى. وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك هاهنا: وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم؛ ألا يرى أنه إذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات إلا أربعاً يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً

الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعاً، والرجوع عن الإقرار باطل موصولاً كان أو مفصولاً، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء، وهذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح. قال المصنف في الباب الأول من أيمان الزيادات: استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان المستثني بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك

بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً، وقد مر الوجه في الطلاق. **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً**

لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم. وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجواري أو العبيد، وإذا كان كذلك صح الاستثناء، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضاً ولكن بتغيير أسلوب تحريره. أقول: التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات، لأن قولهم إن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا إنما يتمشى عند كون غير اللفظ الأول أخص من اللفظ الأول بحسب المفهوم، وأما عند كونه مساوياً له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا إلا حلائلي أو إلا أزواجي، أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق إلا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعاً. وقول المصنف في الزيادات: أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساوياً له وما كان أعم منه أيضاً لأن كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي أن يصح الاستثناء فيهما أيضاً، وليس الأمر كذلك كما صرحوا به. قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل. وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدي أحرار إلا عبيدي أو إلا مماليكي لكن إذا استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي أحرار إلا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى. وقال بعض الأفاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق: وقال مشايخنا: هذا إذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق إلا نسائي، أو بما يساويه نحو نسائي طوالق إلا حلائلي أو بأعم منه، وإن استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وإن كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق إلا زينب وهند وبكرة وعمرة أو إلا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن، انتهى كلامه. وقد ذكرنا فيما مر نقلاً عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما إذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه: أي أعم منه **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز)** هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** استحساناً **(ولو قال له عليّ مائة)** أي مائة درهم **(إلا ثوباً لم يصح الاستثناء)** قياساً واستحساناً باتفاق أصحابنا **(وقال محمد: لا يصح فيهما)** أي في الوجهين وهو القياس، وبه قال زفر وأحمد **(وقال الشافعي: يصح فيهما)** أي في الوجهين، وبه قال مالك **(لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ)** يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلاً تحت صدر الكلام **(وهذا)** المعنى **(لا يتحقق في خلاف الجنس)** أي في استثناء خلاف الجنس وإطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز **(وللشافعي أنهما)** أي المستثني والمستثنى منه **(اتحدا جنساً من حيث المالية)** يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي. قال في الكافي: والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء، فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة: أي إنما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى

فيصح كما إذا قال نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح. قيل: وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا، لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثني بعض ما يتناوله الصدر

أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء. وقال محمّد: لا يصح فيهما)** وقال الشافعي: يصح فيهما. لمحمد أن الاستثناء ما

لدليل معارض كدليل الخصوص في العام، فتقدير قوله لفلان عليّ عشرة إلا درهماً فإنه ليس عليّ فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لأول كلامه لا لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به، لأن أهل اللغة أطبقوا أن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي، وهذا إجماع منهم أن للاستثناء حكماً يعارض به حكم الصدر، ولأن كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق، فلو لم يكن للاستثناء حكم يضادّ حكم الصدر لكان هذا نفياً للشركة لا توحيداً، فإذا ثبت هذا الأصل فقال العمل بدليل المعارض واجب بحسب الإمكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية. وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى، ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجاباً لقوله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾ [العنكبوت: ١٤] وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لا في الإخبار، وقد قال أهل اللغة قاطبة: إن الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول إنه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه وإثبات ونفي بإشارته، واختير الإثبات في كلمة التوحيد إشارة والنفي قصداً لأنه المقصود، إذ الكفار يقرّون به لا أنهم يشركون معه غيره، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله﴾ فإذا ثبت هذا الأصل فنقول الخ. وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام إلا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان. فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى، وقد اقتفى أثره بعض الشراح. وقال صاحب العناية: وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا، انتهى كلامه.

أقول: لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فإنه قال خلافاً للشافعي، لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة، ألا ترى إلى قوله:

والامتناع من خارج، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ فإنه لا يمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا. فإن قيل: هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأساً فما وجه ذلك؟ أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعاً صح الاستثناء ووقع طلقتان، وإن كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً فكان اعتباره أولى. ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفير حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة إلا قيمة الدينار أو القفيز خلافاً لمحمد. ولو قال له عليّ مائة إلا ثوباً لم يصح عندنا خلافاً للشافعي. وقوله **(فيهما)** أي في قول محمد والشافعي يعود إلى المقدر وغيره، لأن الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر. لمحمد أن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس. وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى

قال المصنف: **(الدخل تحت اللفظ)** أقول: فاعل دخل ضمير المستثنى بالمفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكمياً، ويجوز أن يعود إلى الاستثناء مراداً به المستثنى على طريقة الاستخدام.

لولاه لدخل تحت اللفظ، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس. وللشافعي أنهما اتحدا جنساً من حيث المالية. ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية، وهذا في الدينار ظاهر. والمكيل والموزون أوصافهما أثمان؛ أما

وبـلـــدة لـيــس بـهــا أنـيــس إلا الـيـعــافـيــر وإلا الـعـيــس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى. وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدالّ على ذلك، لأن المراد بالجنس في قولهم إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط وإلا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل، فكان المراد بالجنس في قولهم وإن لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضاً فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء، وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطاً عند الشافعي أيضاً في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية، فقول الشارح الأكمل: قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن المجانسة في الأول)** أي في الوجه الأول وهو قوله له عليّ مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة **(ثابتة من حيث الثمنية)** يعني أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الأول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم إلا ثوباً. قال في العناية: وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً، فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب **(أما الدينار فظاهر)** يعني أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الأول فظاهر، لأن كلا من الدينار والدرهم من جنس الأثمان من حيث الذات بلا اشتباه **(والمكيل والموزون أوصافهما أثمان)** يعني وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الأول فلأن المكيل والموزون أوصافهما أثمان. توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان بأوصافهما وإن لم تكن أثماناً من حيث الذات، حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها إلا أنها إذا وصفت ثبتت في الذمة حالاً ومؤجلاً ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وإن كانت أجناساً صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، لأنه تكلم بالمائة صورة، كذا في الكافي والشروح **(أما الثوب)** في الوجه الثاني **(فليس بثمن أصلاً)** أي لا ذاتاً ولا وصفاً **(ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة)** بل يثبت سلماً أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلاً فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجاً صورة ولا معنى فكان باطلاً **(وما يكون ثمناً صلح مقدراً)** بكسر الدار على صيغة اسم الفاعل **(للدراهم)** أي لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف **(فصار بقدره مستثني من الدراهم)** بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة إلا قدر قيمة المستثنى. وفي الذخيرة: إذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقرّ به، وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه

المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي، وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، ونحن نقول: إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة. وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً، فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب. أما

الثوب فليس بثمن أصلاً ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمناً صلح مقدراً بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم، وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقدراً فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح. قال: (ومن

شيء (وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقدراً) للدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولاً) وفي بعض النسخ: فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقرّ به مجهولاً، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال في العناية: ولقائل أن يقول: ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدراً من حيث اللفظ ومن حيث القيمة، والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة. والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحساناً فلا بد من تقدير التجانس، ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى. أقول: بقي هاهنا كلام آخر، وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمناً بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمناً واجباً في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين، حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة، ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة، فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدراً للدراهم إذا كان موصوفاً لا مطلقاً، وفي مسألتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح أن يكون مقدار للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً في هذا الوجه أيضاً فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله إلا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال في الباب الأول من إقرار المبسوط: ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحساناً. وفي القياس استثناؤه باطل، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكن استحسن لأن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال: ﴿ستجدني إن شاء الله صابراً﴾ ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة. وقال ﷺ: «من استثنى فله ثنياه»[1] والإقرار لا يكون ملزماً إلا بكلام هو عزيمة، لكن إنما يعمل

الدنانير فظاهرة، وأما المقدرات فلأنها أثمان بأوصافها، فإنها إذا وصفت تثبت في الذمة حالاً أو مؤجلاً وجاز الاستقراض بها، وأما العددي المتقارب فلأنه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت، وما كان ثمناً صلح مقدراً لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته، وأما الثوب فليس بثمن أصلاً ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلماً أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة، وما ليس بثمن لا يصلح مقدراً للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولاً، وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء. ولقائل أن يقول: ما ليس بثمن لا يصلح مقدراً من حيث اللفظ أو القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة. والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحساناً فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات. قال: (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله الخ) ومن قال لفلان عليّ مائة درهم إن شاء الله لم يلزمه الإقرار، لأن الاستثناء بمشيئة

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ. ولكن ورد من حديث ابن عمر «من طلق فقال: إن شاء الله فقد استثنى» أخرجه أبو داود ٣٢٦١ والنسائي ٧/ ٢٥ وابن الجارود ٩٢٨ وابن حبان ٤٣٣٩ والبيهقي ٧/ ٣٦٠، ٣٦١ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وأحمد ٢/ ١٠ وقد صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وورد أيضاً بلفظ آخر عن ابن عمر مرفوعاً «من حلف، فقال: إن شاء الله لم يحنث».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٥٣٢ والنسائي ٧/ ٣٠، ٣١ وابن ماجه ٢١٠٤ وأحمد ٢/ ٣٠٩.

أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلاً) بإقراره **(لم يلزمه الإقرار)** لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق؛ فإن كان الأول فقد بطل، وإن كان الثاني فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق، بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس

الاستثناء إذا كان موصولاً بالكلام لا إذا كان مفصولاً عنه، فإن المفصول بمنزلة النسخ. والتبديل والمقرّ لا يملك ذلك في إقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولاً لأن رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضاً منه، والتناقض لا يصح مفصولاً كان أو موصولاً. أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولاً لا مفصولاً بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال)** كما هو مذهب أبي يوسف **(أو تعليق)** كما هو مذهب محمد كذا ذكره الإمام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب. وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب. وثمرة الخلاف تظهر كما فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم بشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار كما بينه المصنف بقوله **(فإن كان الأول)** وهو الإبطال **(فقد بطل، وإن كان الثاني)** وهو التعليق **(فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)** لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط **(أو لأنه شرط لا يوقف عليه)** أي لا يطلع عليه، فإن وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لأنه يكون إعداماً من الأصل **(كما ذكرنا في الطلاق)** أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. ولو قال لفلان عليّ ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا إقرار باطل، لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لأن التعليق بما فيه خطر يمين والإقرار لا يحلف به، ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلاً، إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط، وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله إن دخلت الدار أو إن مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بولد أو إن أصبت مالاً أو إن كان كذلك أو إن كان حقاً فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط، وفي غاية البيان نقلاً عن شرح الكافي للحاكم الشهيد **(بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة)** وذلك من حيث العرف لأن الناس يعتادون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب، لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة

الله إما إبطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق. عند أبي يوسف لا يقع الطلاق لأنه إبطال، وعند محمد يقع لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار لأنه إن كان الأول فقد بطل، وإن كان

قال المصنف: **(إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)** أقول: في الكافي: وكان ينبغي أن يجب المال كما في شرط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقراراً، والخيار يدخل على حكم السبب، فإذا ألغى الخيار بقي حكم الإقرار بناء على السبب اهـ. وفيه شيء قوله: **(لأن البناء، إلى قوله: لبيان المستثنى الخ)** أقول: وفي قوله لبيان المستثنى الخ بحث، ثم أقول: قد

لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلاً لا تعليقاً، حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل يكون المال حالاً. قال: (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقرّ له الدار والبناء) لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنىً لا لفظاً، والاستثناء تصرف في الملفوظ، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً، بخلاف

للعرف (فيكون تأجيلاً) أي فيكون ذكر هذه الأشياء منه تأجيلاً: أي دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة (لا تعليقاً) أي لا يكون تعليقاً بالشرط (حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل يكون المال حالاً) لأن دعوى الأجل من المقرّ غير مقبولة عندنا إلا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه) بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى) أي تبعاً (لا لفظاً) أي لا مقصوداً باللفظ، لأن البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعاً لا قصداً، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري (والاستثناء تصرف في الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء، كذا قالوا. أقول: هذا وإن كان موافقاً لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الأيمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها إلا أنه مخالف لما ذكر في كتب اللغة، فإنه قال في المغرب: الدار اسم جامع للبناء والعرصة. وقال في القاموس: الدار المحل الذي يجمع البناء والعرصة، ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسماً لمجموع البناء والعرصة لا اسماً للعرصة وحدها فتأمل. قال صدر الشريعة: فإن قلت: يشكل ما ذكر بما إذا قال لفلان عليّ ألف درهم إلا قفيز حنطة فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظاً حتى صح استثناؤه. قلت: الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار، ذكراً للبناء بطريق التناول قصداً، بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً فلا يصح استثناء الوصف فافترقا، انتهى كلامه. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: التعرّض للفرق بين المسألتين مما لا بد منه جداً وقد أهمله أكثر الشراح، ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام هاهنا، إذ لقائل أن يقول: إن أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها إياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جداً، ألا يرى إلى ما مر في تلك المسألة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية، وإن أريد بذلك تناولها إياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً، إذ المصنف مصرح هاهنا بأن الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم

الثاني فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة، وإما لأنه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق، بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس، لأنه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الأجل إلى الوقت المذكور، حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل كان المال حالاً عندنا كما تقدم. قال: (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي فللمقر له الدار والبناء لأن البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصوداً، والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصوداً ولم يدخل تحته، فالبناء لا يكون مستثنى، أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصوداً فلأنه يدخل فيه تبعاً، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري.

كتب في هامش الكتاب في هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته: وتلخيص الحجة أن البناء هاهنا ليس متناول اللفظ، والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اهـ. والظاهر الموافق للمشروح أن يقال ترخيصها البناء داخل في الدار معنى، وكل ما هو داخل في الشيء معنى لا يصح استثناؤه منه.

ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لأنه داخل فيه لفظاً **(ولو قال بناء هذا الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال)** لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء، فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان، بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار **(ولو قال له**

لا يكفي في صحة الاستثناء، كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضاً في صحة استثناء البناء من الدار، فإن البناء داخل في حكم بيع الدار وفي حكم الإقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقرّ له البناء أيضاً فلا بد من زيادة إيضاح وتقرير فنقول: المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصداً لا تبعاً، والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذي هو الثمنية تناولاً قصدياً لا تبعياً، فإن ما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصوداً من الدراهم لمشاركته إياها في أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد، ولا كذلك الدار مع البناء فإن البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها إلا تبعاً. وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكماً وبين ما يتبع متناوله في الحكم، فإن الأول مدلول حكمي للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفاً في الملفوظ: أي في مدلول اللفظ حكماً فيصح، والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعاً وحكماً غير مقصود منه أصلاً لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفاً في الملفوظ فلا يصح. قال المصنف **(والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار)** يعني لا يصح استثناء الفص في الإقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الإقرار بالبستان، كما لا يصح استثناء البناء في الإقرار بالدار **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الفص والنخلة **(يدخل فيه)** أي يدخل في الصدر **(تبعاً لا لفظاً)** والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر. قال بعض العلماء: قول المصنف هاهنا إن الفص يدخل تبعاً لا لفظاً ينافي قوله فيما مرّ أن اسم الخاتم يشمل الكل. أقول: يمكن أن يقال إن مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق أعم من الشمول القصدي والتبعي، ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما. قال في البدائع: ولو أقرّ لإنسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل، لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقرّ له لأنه وإن لم يكن اسماً عاماً لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن كمن أقرّ لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لأنه اسم عام، بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن، انتهى كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن قوله لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة، ألا يرى إلى ما قال في المغرب: الدار اسم جامع للبناء والعرصة، وإلى ما قاله في القاموس: الدار المحل بجمع البناء والعرصة. وأما ثانياً: فلأن قوله لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار، وهذا مع كونه مخالفاً لما قاله أوّلاً من أن اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له عليّ عشرة إلا واحداً. لا يقال: يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤول إلى ما قاله

وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلأنه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنها تدخل فيه تبعاً لا لفظاً. ولو قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها فهو كما قال، لأن ذلك داخل فيه لفظاً ومقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن. ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقرّ له لأنه أقرّ بكلها ثم ادعى شيئاً منها بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة، ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما

قوله: **(لأن الإقرار به)** أقول: الضمير في قوله به راجع إلى المتبوع في قوله وإن قدم المتبوع.

عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال: وهذا على وجوه: أحدهما هذا وهو أن يصدّقه ويسلم العبد، وجوابه ما ذكر، لأن

المصنف وغيره. لأنا نقول: مع إباء قوله هذه الأجزاء عن ذلك التوجيه جداً يمنعه قوله في تنظيره بمسألة الإقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن، فإنه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الأصالة دون التبعية، وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات **(بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها)** أي إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها **(أو إلا بيتاً منها)** حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرّ له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الثلث والبيت **(داخل فيه)** أي في الصدر الذي هو الدار **(لفظاً)** ومقصوداً حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا. أقول: كون البيت داخلاً في الدار لفظاً ومقصوداً مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الأيمان، واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلاً في الدار لفظاً ومقصوداً يكون جزءاً من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسماً للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت، فإذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسألة المذكورة، والعجب من صاحب البدائع أنه قال هاهنا بخلاف ما إذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتاً منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى. فإن كون الدار اسماً للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار، لأن البيت ليس من جنس العرصة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف في الأيمان في مسألة ما لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فأنّى هذه من ذلك؟ فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة **(ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال)** وهذا لفظ القدوري أيضاً في مختصره: يعني يكون البناء للمقرّ والعرصة لفلان. قال المصنف في تعليله **(لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء)** يعني أن العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء، فلما اعتبر في معناها الخلوّ عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم **(فكأنه قال: بيع هذه الأرض دون البناء لفلان)** قال المصنف **(بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً)** أي بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان **(حيث يكون البناء للمقرّ له)** مع الأرض **(لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء)** بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع، والإقرار بالأصل قرار بالتبع **(كالإقرار بالدار)** حيث يكون البناء أيضاً للمقرّ له هناك وإن استثناه لنفسه كما مر. فإن قلت: يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والأرض لآخر فإنه كما قال حتى يكون البناء للأول والأرض للثاني، ولم يقل هناك الإقرار بالأرض إقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما؟ قلت: الفرق بينهما من حيث أن أوّل كلامه فيما أوردت إقرار معتبر بالبناء للأول فهب أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء لكن إقراره فيما صار مستحقاً لغيره لا يصح فكان للثاني الأرض خاصة، وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء وهما جميعاً

قال، لأن العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها، بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان حيث كانا للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء كالإقرار بالدار، وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين: أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس، والثاني أن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره، فإذا أقرّ بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء، فإن كان لشخص فظاهر، وإن كان لشخصين، فإن قدم التابع

قال المصنف: (فسلم العبد) أقول: أي التزم تسليمه قال المصنف: (وإلا فلا شيء لك) أقول: أي وإن لم تلتزم فلا مخالفة لما مر في البيوع قال المصنف: (وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول: فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ؟ فالأظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه.

الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود. والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتك. وحكمه أن لا يلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه،

ملكه فصح إقراره بهما للمقرّ له، وذلك لأن أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لأنه قد كان له قبل أن يذكره فبقي قوله وأرضها لفلان، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع. توضيح الفرق أن البناء في تلك المسألة لما صار للمقرّ له الأول خرج من أن يكون تبعاً للأرض حكماً فإقراره بالأرض للثاني بعد ذلك لا يتعدّى إلى البناء، وفي مسألتنا البناء باق على ملك المقرّ فكان تبعاً للأرض، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقرّ له في البناء تبعاً، كذا في المبسوط. اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين: أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس. والثاني أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره. إذا عرفت هذا فنقول: إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان، لأن بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الأرض لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعاً للإقرار بالأرض، والإقرار بعد الدعوى صحيح. وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقرّ لأن بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً وبقوله والبناء لفلان أقرّ بالبناء لفلان، والإقرار بعد الدعوى صحيح، ويؤمر المقرّ له بنقل البناء من أرضه. وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالأرض والبناء للمقرّ له، لأن بقوله أرضها لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعاً وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه، والدعوى بعد الإقرار لا تصح. وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقرّ له الأول، لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان صار قراً لفلان بالبناء تبعاً للأرض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقراً على الأول، والإقرار على الغير لا يصح. وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال، لأن بقوله أوّلاً بناء هذا الدار لفلان صار مقراً بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقراً على الأول بالبناء للثاني، والإقرار على الغير باطل، كذا في الذخيرة **(ولو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه، فإذا ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف ولا فلا شيء لك)** إلى هنا لفظ القدوري في مختصره **(قال)** أي قال المصنف رحمه الله **(هذا)** أي ما ذكر من المسألة **(على وجوه: أحدها هذا)** أي هذا الوجه **(وهو أن يصدقه)** أي أن يصدق المقرّ له المقر **(ويسلم العبد، وجوابه)** أي جواب هذا الوجه **(ما ذكر)** من قوله قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك. قال بعض الفضلاء: فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ. أقول: ما ذكره إنما يتجه أن لو كان لفظ يسلم في قول المصنف ويسلم العبد من سلمه إليه، وأما إذا كان من سلمه له: أي جعله سالماً له فلا، لأن سلامة العبد للمقرّ إنما تحصل باعتراف المقرّ له بأن عبدك لا عبدي، وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد إلى المقرّ فلا ينافي أن يقال له إن شئت فسلم العبد الخ، وقد استعمل المصنف سلمه له مراداً به المعنى المذكور في مواضع

فقال بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان فكما قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعاً ثانياً لئلا يلزم الإقرار على الغير، وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لأن الإقرار به يستتبع التابع، فالإقرار بالتابع بعد ذلك إقرار على الغير فلا يصح. وإذا أقرّ بأحدهما، فإن كان المتبوع كقوله الأرض لفلان والبناء لي كانا للمقرّ له بالاستتباع، وإن كان التابع كقوله الأرض لي والبناء لفلان كان كما قال، لأن في الأول دعوى بعد الإقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح. قال: **(ولو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد الخ)** ومن قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فإما أن يذكر عبداً بعينه أو لا،

قوله: **(فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ)** أقول: لا التخيير بأن يقال إن شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولاً، ثم أخذ الألف قوله: **(والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى الخ)** أقول: وليست شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة.

ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقرّ له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره، وإذا تحالفا بطل المال، هذا إذا ذكر عبداً بعينه **(وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** لأنه رجوع فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة عليّ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن. وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا

من كتابه. هذا وما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال: فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى. ويحتمل أن يكون لفظ يسلم هاهنا ثلاثياً من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلاً لا مفعولاً فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلاً. قال المصنف في تعليل جواب الوجه المذكور **(لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة)** يعني أنهما تصادقا في هذا الوجه، والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بألف والعبد في يده كان عليه ألف درهم كذا هاهنا. قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له. والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادّعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر، وليس ما نحن فيه كذلك، فإن حكمنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل، إلى هنا كلامه. وطعن بعض الفضلاء في جوابه بأن قال: وليت شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة انتهى. أقول: ما ذكر في الكتاب حكم مسألة الإقرار، فإن نفس الإقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقرّ ولا الحكم بتسليم العبد على المقرّ له، فإن كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه، بل فيه إقرار محض، وحكمه لزوم الألف على المقرّ إن سلم المقر له العبد إليه. وأما إن لم يسلمه إليه بأن هلك في يده فلا يلزمه شي كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب. قيل: للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك. وليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقرّ له بين تسليم العبد وعدم تسليمه، إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صح البيع وتم، بل المراد منه أن لزوم الألف على المقرّ مشروط بتسليمك العبد إليه، فإن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد ولا تضيعه، وليس المراد بقوله وخذ الألف خذ الألف بعد تسليم العبد، إذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقاً فلا يخالف ما تقرّر في البيوع من أن اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولاً. فخلاصة ما ذكر في الكتاب هاهنا ما قال في الوقاية وغيرها، فإن سلم المقرّ له لزمه الألف وإلا لا **(والثاني)** أي الوجه الثاني **(أي يقول المقرّ له العبد عبدك)** أي العبد الذي عينته عبدك **(ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا)** وسلمته إليك **(وفيه)** أي في هذا الوجه **(المال لازم على**

فإن كان الأوّل فهو على وجوه: أحدها أن يصدقه فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له. والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك، فإن حكمنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل، والثاني أن يقول المقرّ له العبد عبدك ما بعتكه، وإنما بعتك عبداً غيره وسلمته لك، وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم، ولا يبالي باختلاف السبب

قال المصنف: **(لأنه رجوع، إلى قوله: لأن الجهالة مقارنة الخ)** أقول: في تمام التقريب كلام، فإن ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل فإنه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة قوله: **(فإن إقراره صح رجوعاً)** أقول: الأولى أن يقول كما في الهداية فإنه أقر بوجوب الألف، وتوجيه كلامه أن صح بمعنى ثبت: أي ثبت إقراره بوجوب الألف.

يصح وإن كان موصولاً. وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، وإن أقر أنه باعه متاعاً فالقول قول المقر. ووجه ذلك أنه أقرّ بوجوب المال عليه وبيّن سبباً وهو البيع، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض، والمقرّ ينكره فيكون

المقرّ لإقراره به) أي بالمال **(عند سلامة العبد له وقد سلم)** أي وقد سلم العبد له حين اعترف المقرّ له بأنه ملكه **(فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود)** كما لو قال لك عليّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال، ولا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقرّ أو في يد المقرّ له، كذا قالوا **(والثالث)** أي الوجه الثالث **(أن يقول)** أي المقر له **(العبد عبدي)** أي العبد الذي عينته عبدي **(ما بعتك وحكمه)** أي حكم هذا الوجه **(أن لا يلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه)** أي فلا يلزم المال دون العبد، لأنه إذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقرّ له بدله، ولا تفاوت في هذا الوجه أيضاً بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقرّ شيء من ثمن العبد، كذا قالوا **(ولو قال مع ذلك)** أي ولو قال المقرّ له مع إنكار العبد المقر به **(إنما بعتك غيره)** أي غير ذلك العبد **(يتحالفان لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه)** أي وجوب تسليمه **(والآخر ينكر والمقرّ له يدعى عليه)** أي على المقر **(الألف)** أي لزوم الألف **(ببيع غيره)** أي غير من عينه **(والآخر ينكر)** فصار كل واحد منهما مدعياً ومنكراً وحكم ذلك التحالف **(وإذا تحالفا بطل المال)** أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده **(هذا)** أي ما ذكره من الوجوه **(إذا ذكر)** أي المقرّ **(عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد)** يعني إن قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد **(اشتريته)** منه ولم أقبضه **(ولم يعينه)** أي لم يعين المقرّ العبد المشتري **(لزمه الألف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** أي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق أو فصل عنه **(لأنه)** أي لأن قوله ما قبضت **(رجوع)** عما أقرّ به **(فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة على)** أي نظراً إلى هذه الكلمة التي ذكرها أولاً في قوله له عليّ ألف درهم إذ هي للإيجاب **(وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً)** أي بالكلية **(لأن الجهالة)** أي جهالة المبيع **(مقارنة كانت)** كالجهالة حالة العقد **(أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه)** أي نسي المتعاقدان ذلك العبد **(عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع)** خبر أن في قوله لأن الجهالة: يعني أن الجهالة توجب هلاك المبيع: أي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول **(فيمتنع وجوب نقد الثمن)** لأن نقد الثمن لا يجب لا بإحضار المبيع وقد امتنع إحضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضاً **(وإذا كان كذلك كان رجوعاً)** فإن أول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه، وذلك رجوع **(فلا يصح وإن كان وصولاً)** لأن الرجوع عن الإقرار باطل مفصولاً كان أو موصولاً. أقول: لقائل أن يقول: يشكل التعليل المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة بمسألة الاستثناء بمشيئة الله تعالى. فإنه لم يلزم المقرّ هناك شيئاً بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضاً بأن يقال: إن أول الكلام

بعد حصول المقصود، وكما لو قال لك عليّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقرّ له. والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتكه، وفيه لا يلزم المقر شيء لأن المقرّ ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد، فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقرّ له بدله، وفي هذا أيضاً لا تفاوت بين كون العبد في يد المقرّ أو يد المقر له، فإنه إذا كان في يد المقرّ يأخذ العبد، ولو قال مع ذلك: أي مع إنكار العبد إنما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر

قوله: **(والموعود هو معنى قوله الخ)** أقول: يقول الشارح آنفاً كما سيأتي.

القول له، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقرّ بياناً مغيراً لأن صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً **(ولو قال ابتعت منه بيعاً إلا أني لم أقبضه فالقول قوله)** بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن. قال: **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو**

إقرار بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي، وآخره ينافي الوجوب أصلاً فيقتضي أن يكون رجوعاً فيلزم أن لا يصح. ويمكن أن يجاب عنه بما أشار إليه المصنف فيما سيأتي في مسألة ما لو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال، وسنذكر تتمة الكلام هناك إن شا الله تعالى. ثم إن بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاماً آخر، وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام، فإن ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى. أقول: لا الإيراد بشيء ولا الجواب. أما الأوّل فلأن المقرّ فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولاً لم يكلف المقرّ له بإحضار ذلك أصلاً، بل لم يمكن له إحضاره لتعذر إحضار المجهول فأنى يتصور إحضار البائع المبيع هاهنا حتى يعترف المشتري بأنه هذا، وإن أحضر المقرّ له عبداً بعينه من غير تكليف واعترف المقرّ بأن ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسألة من قبيل ما إذا ذكر المقر عبداً بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه. وأما الثاني: فلأنه كيف يجوز أن يقال: الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الألف بلا عوض عند أبي حنيفة في هذه المسألة، وإن لم يحضر البائع شيئاً، فهل يؤثر العاقل إعطاء الألف بلا عوض على إعطائه بمقابلة ما أحضره البائع، فالظاهر هو الاعتراف عند إحضاره بلا ريب **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء)** وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى **(وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقرّ له أن يكون ذلك من ثمن عبد)** أي إذا كذب المقرّ له المقرّ في الجهة وهي أن يكون ذلك الألف من ثمن عبد **(وإن أقر)** أي إن أقر المقرّ له **(أنه)** أي المقرّ له **(باعه)** أي باع المقر **(متاعاً)** يعني إن صدّق المقر له المقر في الجهة بأن قال إنه باعه متاعاً وهو العبد كما أقرّ به المقرّ، ولكن كذبه في إنكاره قبض المبيع **(فالقول قول المقرّ)** سواء وصل أم فصل، وإنما عبر المصنف هاهنا عن البيع بالمتاع حيث قال: وإن أقرّ أنه باعه متاعاً وقد كان وضع مسألة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقاً هو الحكم في العبد **(ووجه ذلك)** أي وجه ما قاله الإمامان **(أنه)** أي المقرّ **(أقرّ بوجوب المال عليه)** أي على نفسه حيث قال له عليّ ألف درهم **(وبين سبباً)** له **(وهو البيع)** حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه **(فإن وافقه الطالب)** يعني المقر له **(في السبب)** وهو البيع **(وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض)** أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل، لأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري، وإنما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض **(والمقرّ ينكره فيكون القول له)** أي

تحالفاً، لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره، والمقرّ له يدعي عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره، وإذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وإن كان الثاني لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقرّ به، فإن إقراره صح رجوعاً إلى كلمة على، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً،

قوله: **(وفي عبارته نظر إلى قوله: لوجود الفاء الخ)** أقول: في أوائل القسم الثالث من المفتاح وإن توقف عليه، ولا شبهة في أن الكلام فيه كلام من القبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور. وقال السيد الشريف في شراحه: دخول الفاء في قوله فيتوقف لوقوع الفصل وإن كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى. فعلم من هذا جواب نظر الشارح قال المصنف: **(بخلاف الإقرار بوجوب الثمن الخ)** أقول: المراد هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين، فإن إنكار القبض فيه ينافي الوجوب أصلاً كما سبق فليتأمل، أو المطلق ينصرف إلى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد.

خنزير) ومعنى المسألة إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير **(لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب **(وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء)** لأنه بيّن بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله. قلنا: ذاك تعليق وهذا

للمنكر. قال صاحب العناية: وفي عبارة المصنف نظر، لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب، وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط، فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح، لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك وقال: ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعياً للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه. أقول: النظر المزبور ساقط جداً، فإن قول المصنف فيكون القول له صالح لأن يكون جواباً للشرط المذكور قطعاً، ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلاً، إذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء إذا كان مضارعاً مثبتاً أو منفياً بلا نفية الوجهان: دخول الفاء عليه وعدم دخوله، قال الله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ [المائدة: ٩٥] وعدم الربط فيه ممنوع، فإن قوله وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره وقع قيداً للشرط المزبور فصار معنى الكلام فإن وافقه الطالب في السبب، والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وإنما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوطاً بالشرط المزبور مقيداً بالقيد المذكور، وإن لم يكن مربوطاً به عارياً عن ذلك القيد فلا حاجة إلى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح **(وإن كذبه)** أي وإن كذب الطالب المقر **(في السبب كان هذا من المقرّ بياناً مغيراً لأن صدر كلامه)** وهو قوله له عليّ ألف درهم **(للوجوب مطلقاً)** رجوعاً عن كلمة على **(وآخره)** أي آخر كلامه **(يحتمل انتفاءه)** أي انتفاء الوجوب **(على اعتبار عدم القبض)** فصار مغيراً لمقتضى أول كلامه **(والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً)** كالاستثناء **(ولو قال ابتعت منه بيعاً)** أي مبيعاً، وفي بعض النسخ: عيناً **(إلا أني لم أقبضه فالقول قوله)** أي قول المقر **(بالإجماع)** ذكر المصنف هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري وقال في تعليلها **(لأنه ليس من ضرورة البيع القبض)** يعني أن المقر هاهنا إنما أقر بمجرد العقد، والإقرار بالعقد لا يكون إقراراً بالقبض، إذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري **(بخلاف الإقرار بوجوب الثمن)** فإن من ضرورته القبض. قال صاحب العناية: هذا مفهوم كلام المصنف، وفيه نظر، فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أوّلاً وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى. أقول: وهذا

لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة، كما إذا اشترى عبداً ونسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن، فأول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موصولاً. وقال أبو يوسف ومحمد: المقرّ له إما أن يصدق في المقر في الجهة أو لا، فإن صدقه فالقول للمقرّ في عدم القبض كما سيأتي، وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل، فإن وصل فالقول قوله، وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير

قال المصنف: **(ومعنى المسألة، إلى قوله: وصل أم فصل)** أقول: يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الإقرار إلى الموكل كما سبق من الشراح في فصل الإقرار للحمل نظير هذا، لكن وضع المسألة فيما إذا كان كل من المقر والمقر له مسلماً قال المصنف: **(لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب)** أقول: يعني الإيجاب الشرعي قوله: **(فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة)** أقول: يعني وحسب أنه يجب الثمن به قوله: **(وهذا إبطال والإبطال رجوع الخ)** أقول: مخالف ظاهراً لما سبق في الاستثناء بإن شاء الله من قوله فإن كان الأول فقد بطل إلا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف.

إبطال. **(ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة. وقالا: إن قال موصولاً يصدّق وإن قال مفصولا لا يصدّق)** وعلى هذا

النظر أيضاً ساقط، إذ الظاهر أن مراد المصنف هاهنا هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين، إذ هو المختلف فيه المحتاج إلى الفرق، وقد تقرر أن إنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً، فلا بد من نفاذ الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير)** قال المصنف **(ومعنى المسألة)** أي معنى المسألة التي ذكرها القدوري **(إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره)** يعني قوله من ثمن خمر أو خنزير **(عند أبي حنيفة وصل أم فصل، لأنه)** أي لأن تفسيره رجوع عن إقراره **(لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً)** على المسلم **(وأول كلامه)** وهو قوله عليّ ألف **(للوجوب)** والرجوع عن الإقرار باطل **(وقالا)** أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه)** أي المقر **(بين بآخر كلامه أنه ما أراد به)** أي بأول كلامه **(الإيجاب)** لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة، فإن الخمر مال يجري فيه الشحّ والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بياناً مغيراً فيصح موصولاً، كذا في الشروح. أقول: هذا لا يتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لا يحتمل في هذه الصورة أن يبني إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة أن قال من ثمن خمر، اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلاً فضلاً عن اعتيادهم بذلك، وأما عادة الكفار فلا تصلح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام في المسلم كما لا يخفى، والدليل الذي ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معاً فلا يتم التقريب **(وصار)** أي صار آخر كلامه فيما نحن فيه **(كما إذا قال في آخره إن شاء الله)** فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا هاهنا. أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله **(قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال)** يعني أن قوله إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولاً، وما نحن فيه إبطال لا يكون بياناً فلم يصح وإن كان موصولاً. أقول: فيه كلام من وجهين: أحدهما أن المصنف قال في مسألة الاستثناء بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد، وفي بعضها أن الأمر بالعكس، فأياماً كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك أيضاً إبطالاً. وثانيهما أن المصنف قال هناك: فإن كان الأول: يعني الإبطال فقد بطل، وإن كان الثاني: يعني التعليق فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وإن كان تعليقاً في أصله، إلا أنه ليس بتعليق في باب الإقرار بل هو إبطال على كل حال فكيف يتم قوله هاهنا ذاك تعليق وهذا إبطال. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الجواب المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة يصير إلزامياً بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالاً، ولا يجب أن يكون الجواب إلزامياً بالنسبة إلى كل واحد منهما. وعن الثاني بأن الاستثناء بمشيئة الله ولم يكن في باب الإقرار تعليقاً حقيقة، إلا أنه في صورة التعليق، وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسألة على مسألة ما إذا قال في آخره إن شاء الله، فإن

وهو إنما يصح موصولاً والموعود هو معنى قوله وإن أقرّ أنه باعه متاعاً الخ وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد قوله: **(وبه لا يتأكد الوجوب)** أي بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد

قوله: **(فإن في رواية عنه لا يصدق الخ)** أقول: يعني لا يصدق في الستوقة والرصاص، وأيضاً إذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس الكاسدة.

الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص، وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف، وعلى هذا إذا قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء. وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب، والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري

هذه المسألة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى، وإنما هي إبطال محض، وأما تلك المسألة فتعليق صورة وإن كانت إبطالاً معنى فافترقتا، تأمل. واعلم أن القدوري لم يذكر في مختصره خلافاً في هذه المسألة، وإنما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه. ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا كذبه الطالب، وأما إذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شي في قوله جميعاً لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة، وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم، صرح شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح **(ولو قال له عليّ ألف)** أي ألف درهم **(من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف)** جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويردّه بيت المال **(أو نبهرجة)** وهي دون الزيوف فإنها مما يرده التجار أيضاً **(وقال المقرّ له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة. وقالا)** أي قال أبو يوسف ومحمد **(إن قال موصولاً)** أي إن ذكر قوله هي زيوف أو نبهرجة موصولاً لا بكلامه السابق **(يصدق، وإن قال مفصولاً)** أي إن ذكر ذلك مفصولاً عنه **(لا يصدق)** هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير. أقول: تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور، فإن قول أبي حنيفة في هذه المسألة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف، إلا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه، فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الإقرار بالزيوف: وإذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل. وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق. وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي، وعلى هذا نص محمد في الأصل. قال المصنف **(وعلى هذا الخلاف إذا قال هي)** أي الألف **(ستوقة)** وهي أردأ من النبهرجة **(أو رصاص)** أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما إن وصل، لكن هذا على إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه لا يصدق هاهنا وإن وصل كما قاله أبو حنيفة، كذا في شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان والإمام التمرتاشي **(وعلى هذا)** أي على هذا الخلاف **(إذا قال إلا أنها زيوف)** بكلمة الاستثناء **(وعلى هذا الخلاف إذا قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف)** بالجر، وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾ كذا في معراج الدراية. أقول: فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل **(من ثمن متاع)** هذا تتمة كلام المقرّ **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد في هذه الصورة الخلافية **(أنه)** أي ما قاله المقرّ آخراً **(بيان**

بالقبض والمدّعي يدعي القبض والمقرّ ينكره فيكون القول قوله، وفي عبارته نظر لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب. وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فإنك لو قدرت

قال المصنف: (وعلى هذا إلى قوله فيصح الخ) أقول: قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صححا استثناء الزيافة منها؟ قلنا: صححا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف، فإن قوله علي ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف، وهناك صح هذا الاستثناء موصولاً بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعاً للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة إليه أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية

لما بينا، والستوقة ليست من الأثمان والبيع يردّ على الثمن فكان رجوعاً. وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار، بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة من

مغير) لما قاله أولاً (**فيصح موصولاً**) أي بشرط الوصل (**كالشرط والاستثناء**) فإن كل واحد منهما يصح موصولاً لا مفصولاً لكونه بيان تغيير (**وهذا**) أي كون آخر كلام المقرّ فيما نحن فيه بياناً مغيراً (**لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته**) فإن الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف أو السلم ولا يصير استبدالاً (**والستوقة بمجازه**) أي ويحتمل الستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (**إلا أن مطلقه أي مطلق اسم الدراهم (ينصرف إلى الجياد**) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة (**فكان**) أي فكان ذكر الزيوف أو الستوقة في آخر الكلام (**بياناً مغيراً**) لما اقتضاه أوّل الكلام (**من هذا الوجه**) أي من الوجه المذكور فإنه كان بياناً من جهة الاحتمال ومغيراً من جهة مخالفة العادة فصح موصولاً (**وصار**) أي صار حكم هذا (**كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة**) أي ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدّق إن كان مفصولاً. أقول: لو تعرّض المصنف في أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضاً لكان أوجه لأنها مذكورة أيضاً في أصل المسألة. فإن قلت: النبهرجة كالزيوف في كونها من جنس الأثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف. قلت: رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك أيضاً، فكان الأولى الاكتفاء بذكر حال الأدنى ليعلم به حال ما فوقه بالأولوية. ثم أقول: إن قوله لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فإن المذكور فيها درهم ستوق وتستوق: أي زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازاً في المفسر فتأمل (**ولأبي حنيفة أن هذا**)أي ما قاله المقر آخر (**رجوع**) عما أقر به أوّلاً ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن وصل وذلك (**لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب**) لأن موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (**والزيافة عيب**) في الدراهم (**ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه**) أي عن بعض موجب العقد، فإذا ادعى أنها زيوف فقد أراد إبطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق، وإن وصل (**وصار**) حكم هذا (**كما إذا قال**) البائع (**بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول**) هناك (**للمشتري لما بينا**) أن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، فكذا هاهنا، فحاصل اختلافهم راجع إلى أن الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم أم لا. فأبو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعاً عما أقرّ أولاً بمطلق الدراهم وهما أدخلاها تحت

كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك. ويمكن أن يقال: جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعياً للقبض والمقرّ ينكره فيكون القول له (**ولو قال ابتعت منه**) وفي بعض النسخ: ابتعت منه بيعاً: أي مبيعاً، وفي بعضها عيناً (**إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض**) ولم يقرّ بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض، هذا مفهوم كلام

انتهى. وفيه بحث إذ حينئذ ينبغي أن يقبل إذا فصل فتأمل قال المصنف: (**بخلاف الجودة**) أقول: أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف، فإن فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف، كذا في شرح الكاكي، وحينئذ كان المناسب في فصل الحنطة لأن الجودة بدل قوله لأن الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصوري. ثم اعلم أن في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولاً ومفصولاً لأنه بيان تفسير للمجمل وتمام التفصيل يطلب في غاية البيان قوله: (**أجيب بأن الرداءة الخ**) أقول: هذا ليس على إطلاقه كما سيجيء في الصحيفة التالية قوله: (**لم يكن مقتضى مطلق العقد**) أقول: أي لم يكن ما يخالفه: أعني الجودة.

ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب، فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها. وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب ردّ مثل المقبوض، وقد يكون زيفاً

مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف، حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء، كذا في الأسرار وغيره **(والستوقة ليست من الأثمان)** أي ليست من جنس الأثمان **(والبيع يردّ على الثمن)** فلم تكن الستوقة من محتملات العقد **(فكان)** أي فكان قوله الآخر **(رجوعاً)** عما أقر به أوّلاً: أي فكان دعوى الستوقة بتأويل الادعاء رجوعاً من ذلك فلم يصح مفصولاً ولا موصولاً **(وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء)** هذا جواب عما استشهدا به. تقريره أن ذلك ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء **(لأنه مقدار)** واستثناء بعض المقدار صحيح لأن أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب **(بخلاف الجودة)** أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف، فإن في قوله إلا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها **(لأن استثناء الوصف لا يجوز)** لعدم تناول صدر الكلام إياه قصداً بل تبعاً **(كاستثناء البناء في الدار)** على ما مر بيانه. قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم؟ قلنا: صححا ذلك من حيث المعنى، والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف، فإن قوله لفلان عليّ ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف، وهناك صح هذا البيان موصولا بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعاً للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة، إلى هذا أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية: وهاهنا بحث، إذ حينئذ ينبغي أن يقبل إذا فصل فتأمل. أقول: بحثه ليس بشيء، لأن هذا البيان وإن كان عندهما بيان نوع الدراهم إلا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفاً، فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييراً لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر، وبيان التغيير لا يصح إلا موصولاً، وإنما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية: فصار كما صرحوا به إلا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة في مجرد كونه نوعاً لا وصفاً لا في الاتحاد في جهة البيان، كيف وقد صرحوا بأن هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير. قال المصنف رحمه الله **(بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة، لأن الرداءة نوع)** أي منوّعة **(لا عيب)** لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعاً منها ولهذا قالوا: لو اشترى حنطة مشاراً إليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب **(فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها)** أي عن الرداءة، إذ ليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً، كذا في المبسوط وغيره. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة، لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد. أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب. فإن قيل: فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعاً للتحكم. أجيب بأن الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب

المصنف، وفيه نظر فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أو لا وليس كذلك كما تقدم في البيوع. قال: **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ)** ولو قال له عليّ ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي

قوله: **(فليس في بيانه تغيير)** أقول: بل فيه تفسير مجمل.

كما في الغصب. ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها **(ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق)** بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها **(وقيل لا يصدق)** لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى

انتهى. أقول: فيه نظر، لأن مفاد الجواب الثاني أن الرداءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا أنها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف، فلا يندفع به أصل السؤال لأن حاصله نقض القول بأن استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة. على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضاً لأن حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم. ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم. ثم أقول: الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله: بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع، ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، والزيافة عيب يرشد إليه قطعاً قوله هاهنا فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لأن الرداءة نوع لا عيب. ثم أقول: وأما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله: فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة. فجوابه أن يقال: ليس هناك استثناء حقيقة، وإنما قوله إلا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة في قوله عليّ كرّ حنطة في صورة الاستثناء، يرشد إليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسألة بخلاف ما لو قال له عليّ كرّ برّ من ثمن مبيع أو قرض، ثم قال هو رديء فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل، لأن الرداءة ليست بعيب في البرّ انتهى حيث بدل قوله إلا أنها رديئة بقوله هو رديء تنبيهاً على أنه ليس مطمح النظر في هذه المسألة صيغة الاستثناء بل إن الرداءة في مثل البرّ ليست بعيب، فظهر أن جعل قول المصنف لأن الرداءة نوع لا عيب جواباً عن السؤال المزبور من ضيق العطن. فإن قلت: للسؤال المزبور جواب آخر أظهر ما ذكرته، وهو أن قوله إلا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة، فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب؟ قلت: لأنه ينتقض على أصل أبي حنيفة بما إذا قال إلا أنها زيوف فإنه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال إنه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف، ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب هاهنا فتدبر **(وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول)** المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط، ويعبر عنها بظاهر الرواية. وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية **(أنه يصدق في الزيوف إذا وصل)** يعني في القرض، كذا وقع في النهاية. وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال: وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال لفلان عليّ ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الأصول إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات **(لأن القرض يوجب مثل المقبوض)** يعني أن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض **(وقد يكون)** المقبوض في

حنيفة وصل أم فصل إذا لم يصدقه المقر له لأنه رجوع لأنه أقرّ بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجباً عليه، لأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعاً، وقالا: إذا وصل لم يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب، لأن الخمر مال يجري فيه الشحّ والضنة، وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها، فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه

قال المصنف: **(وقيل، إلى قوله: ينصرف إلى العقود الخ)** أقول: أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تغيير، ثم أقول: يشبه أن يكون القول الأول لمحمد والثاني لأبي يوسف كما مر في مسألة إيهام الإقرار للحمل في الورق السابق.

العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم **(ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أو فصل)** لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل

القرض **(زيفاً كما في الغصب)** فالواجب حينئذ الزيف لأن القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه ما يصدق في الغصب. أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع أنه لا يصدق في صورة القرض إذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به **(ووجه الظاهر)** أي وجه ظاهر الرواية **(أن التعامل بالجياد)** يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف إلى المتعارف **(فانصرف مطلقه)** أي مطلق القرض **(إليها)** أي إلى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لأنها رجوع عما أقرّ به **(ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض)** أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف **(قيل يصدق بالإجماع)** يعني إذا وصل **(لأن اسم الدراهم يتناولها)** أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد **(وقيل لا يصدق)** قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير: أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وأما عندهما فيصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل، فحاصل المعنى: وقيل هو على الاختلاف السابق أيضاً كما صرحوا به **(لأن مطلق الإقرار)** بالدين **(ينصرف إلى العقود)** أي إلى الإلزام بسبب العقود **(لتعينها مشروعة)** أي لكونها هي المشروعة **(لا إلى الاستهلاك المحرم)** أي لا ينصرف إلى الإلزام بسبب الاستهلاك المحرم، إذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن، فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء. قال في الفتاوى الصغرى: ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في الأصول. فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف، ومنهم من قال هاهنا يصدق إجماعاً لأن الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى **(ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني)** أي أودعني ألفاً **(ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدّق وصل أم فصل)** هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له)** أي لواحد من الغصب الإيداع **(ولا تعامل)** بخلاف البيع فإن عقد البيع يقتضيها في الجياد: أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها، بخلاف القرض فإن التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الإقرار بغصب الألف أو إيداعها تغييراً لأوّل كلامه **(فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل)** قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة إن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعاً فلا يقبل أصلاً، فلا أقل من أن يكون بياناً مغيراً فلا يقبل مفصولاً انتهى. أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأنه إنما يلزم من كون الزيافة عيباً في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعاً أو بياناً مغيراً إن لم يتناول أول كلام المقرّ المعيوب وغير المعيوب على السواء، بل كان مخصوصاً بغير المعيوب وهو الجياد، إما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض. وإذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا

بياناً مغيراً فيصح موصولاً، فصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله. وأجاب بأن ذلك تعليق لأن صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الإرسال، فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولاً ومفصولاً. ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو أقرضني ألفاً وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقرّ له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة، وقالا: إن قال ذلك

قوله: **(في الجهة الموجبة لها)** أقول: أي للموصوف، وأنث الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها قوله: **(وإلا كانت نوعاً)** أقول: أي منوعاً قوله: **(لما اقتضتها تقيدت بها)** أقول: يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة قوله: **(فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعاً منها)** أقول: في شي إلا أن يراد بالضمير الراجع إليها السليمة على طريق الاستخدام.

فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل، ولهذا لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله. وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان. ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم

التعامل بها في الغصب والإيداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعاً عما أقرّ به أصلاً ولا بياناً مغيراً في شي بل كان بيان النوع قطعاً. وقال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفاً بها من حيث الخلقة فيكون منوعاً ليس إلا كما في الحنطة وقد لا يكون، وحينئذ يجوز أن يكون منوعاً وعيباً، والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها، فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً وإلا كانت نوعاً، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعاً منها لتباينها لكنها تنافيها تنافي التضادّ فكانت عيباً، لأن ضد السلامة عيب، وإذا لم تقتضيها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياهما لاحتمال الجنس الأنواع هذا، انتهى كلامه. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، أما أوّلاً فلأن الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفاً بها من حيث الخلقة أصلاً إذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها، وإنما التي قد يكون الموصوف بها متصفاً بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك هاهنا. وأما ثانياً: فلأن ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً، وإلا كانت نوعاً ليس بمعقول المعنى، لأن كون الزيافة في الدراهم عيباً أمر مقرّر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة، وإنما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في إخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة، وكذلك في كون الزيافة نوعاً: أي منوّعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة، بل الزيافة كالجودة منوّعة على كل حال، فإن الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعاً سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا. وأما ثالثاً: فلأنه إن أراد بقوله وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيباً فهو ممنوع، بل الزيافة عيب على كل حال، وكونها نوعاً لا ينافي كونها عيباً، فإن كون بعض الأنواع معيوباً بالنسبة إلى بعض الآخر ليس بعزيز، وإنما لا تكون عيباً لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك. وإن أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم، وإن كانت الزيافة عيباً أيضاً فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلاً كما لا يخفى على الفطن. قال المصنف **(ولهذا)** أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل **(لو جاء رادّ المغصوب)** وهو الغاصب **(والوديعة)** أي ورادّ الوديعة وهو المودع **(بالمعيب)** متعلق بجاء: أي لو جاء رادّهما بالمعيب **(كان القول له)** أي للرادّ فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضميناً كان أو أميناً **(وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه)** أي في الغصب لا في الوديعة كما صرحوا به **(مفصولاً)** أي إذا ادعى الزيافة مفصولاً **(اعتباراً بالقرض)** أي قياساً عليه **(إذ القبض فيهما)** أي في الغصب والقرض **(هو الموجب للضمان)** يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض، وجوابه يفهم مما تقرر تدبر **(ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقرّ بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق)** هذه المسألة مما ذكروه في شروح

موصولاً صدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قول أبي يوسف فإن في رواية عنه لا يصدق وإن وصل، وعلى هذا إذا قال له عليّ ألف درهم إلا أنها زيوف بكلمة الاستثناء، وعلى هذا إذا قال له عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع. لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوّز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالاً، والستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر

لكن الاسم يتناولها مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل **(وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق)** لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولاً. بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه **(ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له)** لأن الغصب لا يختص بالسليم **(ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن، وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن)** والفرق أن في الفصل الأول أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ ثم أدعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين. وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي

الجامع الصغير تفريعاً على المسألة المارة. قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإن قال هي ستوقة أو رصاص صدق إن وصل ولم يصدق إذا فصل: يعني في الغصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة، فصار إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة، وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولاً قبل وإلا فلا انتهى. وعلل المصنف هذه المسألة بما علل به الإمام الإسبيجابي فقال: **(لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم)** أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوّز بها في باب الصرف والسلم **(ولكن الاسم)** أي اسم الدراهم **(يتناولها)** أي يتناول الستوقة **(مجازاً)** للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة **(فكان بياناً مغيراً)** لما اقتضاه أول كلامه، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة، وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة **(فلا بدّ من الوصل)** لأن بيان التغيير يصح موصولاً لا مفصولاً، بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً **(وإن قال في هذا كله)** أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والإيداع **(القائم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق)** هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأن هذا استثناء المقدار)** أي استثناء لبعض ما أقرّ به من المقدار **(والاستثناء يصح موصولاً)** لا مفصولاً فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى **(بخلاف الزيافة لأنه وصف)** أي لأن الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف **(واللفظ يتناول المقدار دون الوصف، وهو)** أي الاستثناء **(تصرف لفظي كما بينا)** فيما مرّ فيصح في متناول اللفظ دون غيره **(ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام)** أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك **(فهو واصل)** أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه **(لعدم إمكان الاحتراز عنه)** لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفواً. قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو فصل بينهما يفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل، فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفواً. انتهى كلامه. وقال الكاكي في معراج الدراية: وبه قال الأئمة الثلاثة: يعني مالكاً والشافعي وأحمد رحمهم

الكلام على عجزه، فإذا ذكرها آخراً كان بيان تغيير فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلاً تحت العقد لكون دعواه بياناً بل يكون رجوعاً عن بعض موجبه، وصار كما إذا قال بعتك معيباً وقال المشتري سليماً كان القولُ للمشتري لما بينا أن مطلق العقد يقتضي السلامة **(والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن)** فلم يكن من محتملات العقد **(فكان)**

قال المصنف: **(بخلاف الزيافة لأنه وصف الخ)** أقول: في بعض ما ذكره وهو البيع والقرض، وإنما قلنا ذلك لما سبق آنفاً من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصح الاستثناء فتأمل.

سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء، فإن قال قائل: إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه، فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه، ولو اقتضي ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقرّ وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقرّ له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا. **(وإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان**

الله تعالى **(ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الغصب لا يختص بالسليم)** فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل **(ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال)** أي المقرّ له **(لا بل أخذتها غصباً فهو)** أي المقرّ **(ضامن)** يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه فالمقرّ ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين **(وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال)** أي المقرّ له **(لا بل غصبتنيها لم يضمن)** أي لم يضمن المقر في هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه، وهاتان المسألتان من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف **(والفرق)** بينهما **(أن في الفصل الأول)** وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة **(أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ)** لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[1] وهذا يتناول رّد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل **(ثم ادعى)** أي ثم ادعى المقرّ بقوله وديعة **(ما يبرئه)** عن الضمان **(وهو الإذن)** بالأخذ **(والآخر)** وهو المقر له **(ينكره)** أي ينكر الإذن **(فيكون القول له مع اليمين)** هذا ما قالوا. أقول: فيه بحث، لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقاً سبب الضمان فهو ممنوع، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعاً لقوله ﷺ «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان»[2] كما استدلوا به في كتاب الوديعة. على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمن، فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصاً عن قوله عليه الصلاة السلام «على اليد ما أخذت حتى ترد»[3] وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم، ولكن لا نسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن، بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب. قال في الكفاية: فإن قيل: ينبغي أن يصدق المقر

دعواها (رجوعاً) قال: (وقوله إلا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به. ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار، بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار. فإن قيل: قد يستثني الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع

---

(١) يشبه الحر.. أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجه ٢٤٠٠ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣ كلهم من حديث سمرة وزاد بعضهم «ثم إن الحسن نسي حديثه فقال: هو أمينك لا ضمان عليه».
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وسكت الذهبي وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٥٣: والحسن مختلف في سماعه من سمرة. اهـ.
وهذه علة للحديث توهنه لا سيما، والحسن مدلس، وقد عنعنه. والجمهور على أن الحسن سمع، فقط من سمرة حديث العقيقة.
(٢) ضعيف، أخرجه الدارقطني ٣/ ٤١ والبيهقي ٦/ ٩١ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وكذا روياه عن شريح القاضي موقوفاً.
وفي إسناد المرفوع عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان.
قال الدارقطني عنهما: ضعيفان، وكذا نقل عنه البيهقي، وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: عبيد لم يُضعفه أحد من أهل هذا الشأن، وذكره البخاري في تاريخه، ولم يذكر فيه جرحاً، وعمرو أيضاً لم يضعّفه أحد، وذكره ابن عدي، ولم يزد على قوله له مناكير.
وأخرج الدارقطني في طريق أخرى ضعيفة عن عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن».
(٣) تقدم قبل حديث واحد.

هي لي فإنه يأخذها) لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر **(ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردّها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله)** وهذا عند أبي حنيفة **(وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب)** وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان. ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بيناه في الوديعة. وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت

ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان عليّ ألف وديعة. قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة، فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام، وأما قوله لفلان عليّ ألف يحتمل الوديعة: يعني على حفظه، فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولاً انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب، كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب؟ وفي الشريعة: أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب. ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث، فأنى يكون موجبه الغصب، وكأنّ صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب. كذا قيل وفيه نوع تأمل **(وفي الثاني)** أي وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتنيها وديعة **(أضاف الفعل إلى غيره)** وهو المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان **(وذاك)** أي ذاك الغير **(يدعي عليه)** أي على المقرّ **(سبب الضمان وهو الغصب)** والمقر ينكره **(فكان القول لمنكره مع اليمين)** قال المصنف **(والقبض في هذا)** أي في الحكم المذكور **(كالأخذ)** يعني لو قال المقرّ قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامناً، كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة **(والدفع كالإعطاء)** يعني لو قال المقر دفعت إليّ ألف درهم وديعة فقال المقرّ له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها **(فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه)** أي إلى المقر **(لا يكون إلا بقبضه)** فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرار بالقبض، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقرّ بالإعطاء والدفع أيضاً **(فنقول)** في الجواب: لا نسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه بل **(قد يكون)** كل واحد من الإعطاء والدفع **(بالتخلية والوضع بين يديه)** بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض **(ولو اقتضى ذلك)** أي ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك **(فالمقتضى ثابت ضرورة)** والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة **(فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان)** لعدم الحاجة إليه. قال المصنف **(وهذا)** أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقرّ بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً **(بخلاف ما)** أي ملابس، بخلاف ما **(إذا قال)** أي المقرّ **(أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك)** أي فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضاً **(على أن الأخذ كان بالإذن)** لأن الأخذ بالقرض لا يكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة **(إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر)** ذلك فكان القول للمنكر **(فافترقا)** أي فافترق ما إذا قال المقر له أخذتها غصباً وما إذا قال أخذتها قرضاً. أقول: هاهنا نظر، لأن الذي يدعيه المقر إنما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به في المسألة الأولى، وليس ذلك هو الإذن المطلق، فإن كثيراً مما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصوّر أن تكون مبرئة عن الضمان، بل إنما ذلك هو الإذن

واحد. أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب. فإن قيل: فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعاً للتحكم. أجيب بأن الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب، لأن العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة وإن كان نوعاً لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً كان أو مفصولاً. وعن أبي حنيفة في

ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع. ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته. ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة، وقد تكون من غير صنعه. حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف، وليس مدار الفرق

المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة، ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الأخذ بهذا الإذن المخصوص، وإلا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض. وأما توافقهما على مطلق الإذن فلا يجدي نفعاً في الفرق لأن ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الإذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وإنكار المقر له إياه بقوله لا باقيان بعينهما فيم إذا قال المقر له بل أخذتها قرضاً غاية الأمر أن المقر له أيضاً يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره. وإذا تعارض دعواهما وإنكارهما بقي إقرار المقر أولاً بسبب الضمان وهو الأخذ سالماً عن الدافع كما فيما إذا قال المقر له بل أخذتها غصباً فلم يفترقا افتراقاً يوجب اختلاف الحكم تأمل جداً **(وإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فأخذتها)** منه **(فقال فلان هي لي فإنه)** أي فإن فلاناً **(يأخذها)** هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأنه)** أي لأن المقر **(أقرّ باليد له)** أي لفلان. وفي الكافي: وأقرّ بالأخذ منه والسبيل في الأخذ بالردّ على المأخوذ منه **(وادعى استحقاقها عليه)** أي ادعى استحقاقه الألف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان **(وهو ينكر والقول للمنكر)** مع يمينه **(ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردّها)** عليّ **(أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه وردّه)** عليّ **(وقال فلان كذبت)** بل الدابة والثوب لي **(فالقول له)** أي للمقرّ **(وهذا)** أي كون القول قول المقر **(عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب)** وقول أبي حنيفة هاهنا استحسان وقولهما قياس، كذا قالوا في شروح الجامع الصغير وإليه أشار المصنف بقوله **(وهو القياس)** أي قول أبي يوسف ومحمد هو القياس، فيفهم منه أن قول أبي حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد: وجه القياس وجه الاستحسان، ثم إن هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفاً للمقر. أما إذا كان معروفاً له كان القول للمقر في قولهم جميعاً، لأن الملك فيه إذا كان معروفاً للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبباً للاستحقاق عليه، كذا في المبسوط والإيضاح وذكر في الشروح **(وعلى هذا الخلاف)** أي على الخلاف المذكور آنفاً **(الإعارة والإسكان)** بأن قال أعرت دابتي هذه فلاناً فركبها ثم ردها عليّ، أو أعرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ثم ردّه عليّ، وبأن قال أسكنت داري هذه فلاناً ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي **(ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح)** احترز به عن قول بعضهم إن القول في هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة، ولكن ذلك ليس بثابت في الأصول، بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضاً قال المصنف **(وجه القياس ما بيناه في الوديعة)** أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر **(وجه الاستحسان وهو الفرق)** بين مسألة الوديعة وبين هذه المسائل **(أن اليد**

غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل، لأن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض، والمقبوض قد يكون زيفاً كما في الغصب. وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف، والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية، وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية **(ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة)** قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في الأصول، فمن المشايخ من قال: **(يصدق بالإجماع إذا وصل لأن اسم الدراهم يتناولها)**

قال المصنف: **(الإيداع إثبات اليد)** أقول: قال الإتقاني: يعني ثبوت الملك انتهى. والأظهر أن يقال: يعني في حق الحكم باليد للمقر له.

على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه، لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم

في الإجارة والإعارة ضرورية) يعني أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدماً) أي فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لأن ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) أي فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة (إقراراً له) أي للمقرّ له (باليد مطلقاً) أي من كل وجه بل يكون إقراراً له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقراً بالملك لغيره ثم مدعياً لنفسه (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصوده) فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به) أي بالإيداع (اعترافاً باليد للمودع) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الإقرار بالإيداع يكون اعترافاً باليد للمودع مطلقاً أي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال: فكان الإقرار بالوديعة إقراراً باليد للمقر له مطلقاً فهو ممنوع، إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقراراً باليد مطلقاً للمودع، وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافاً بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته) أي من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد له بأيّ طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعته من فلان ولم أسلمه إليه بعد فقال المقرّ له لا بل كان عبدي لم أشتره منك كان القول قول المقرّ دون المقر له لهذا المعنى، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وكما لو قال ملكت عبدي هذا فلاناً بألف درهم إلا أني لم أقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول له وإن زعم الآخر خلافه، كذا في العناية وشرح تاج الشريعة أخذاً من الأسرار (ولا كذلك في مسألة الوديعة، لأنه) أي لأن المقرّ (قال فيها كانت وديعة، وقد تكون) أي الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا الثوب إذا هبت الريح فألقته في دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار، وإن لم يدفعها إليه صاحبه، كذا في عامة الشروح. أقول: هنا كلام، أما أوّلاً: فلأن ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الأول من أن الإيداع إثبات اليد قصداً، لأن إثبات اليد قصداً يقتضي الصنع. فإن قلت: مراده أنها قد تكون من غير صنع المقرّ لا من غير صنع المودع وكون الإيداع إثبات اليد قصداً إنما يقتضي صنع المودع فلا منافاة. قلت: فحينئذ يلزم أن لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح، وذكر الثاني صاحب الكافي أيضاً، إذ لا صنع لأحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي ألقته الريح في داره. وأما ثانياً: فلأن تمثيل جمهور الشراح الوديعة هاهنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في أول كتاب الوديعة من أن

ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد. وقال الكرخي: هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقاً لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة، لا إلى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ألفاً ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض فإن التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وإن كان مفصولاً) وفيه نظر لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة أن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعاً فلا يقبل أصلاً فلا

قال المصنف: (كان على هذا الخلاف) أقول: على هذا الوجه بخلاف الأول كما لا يخفى قوله: (على الإمام القمي) أقول: القمي بضم القاف هو علي بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البخلي، وهو تلميذ حسن بن زياد، وهو تلميذ أبي حنيفة، وقم: بلد معروف بالعراق قال المصنف: (وذلك إنما يكون بقبض مضمون) أقول: لعله من قبيل: سيل مفعم، إن كان التركيب توصيفياً، ويجوز أن يكون إضافياً قوله: (وعليك بتطبيق، إلى قوله: بحسن التدبير) أقول: فيه بحث.

أخذتها منه وأنكر المقرّ لهُ حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضي بأمثالها، وذلك إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما ها هنا

الوديعة هي التسليط على الحفظ، وذلك إنما يكون بالعقد والقصد، والأمانة أعم من ذلك، فإنها قد تكون بغير عقد وقصد كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في بيت غيره، ووجه المنافاة ظاهر **(حتى لو قال)** أي المقر **(أودعتها كان)** جواب هذه المسألة أيضاً **(على هذا الخلاف)** المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن الفرق المذكور إنما يتضح لو كانت صورة مسألة الوديعة ما لو قال هذه الألف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي. وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك، إذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور إلى معنى قوله أودعتها عند فلان **(وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه)** أي عدم ذكر الأخذ **(في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه)** أي الإعارة والإسكان. قال في غاية البيان: إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد. قلت: وإنما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الإسكان كان مذكراً، وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس، أما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسألتين ومراد المصنف هاهنا الرد على الإمام القمي فيما ذكر من الفرق فإنه قال: إنما وجب الرد في مسألة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد. وقال في الإجارة وأختيها: فردها عليّ فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع. وقالوا في شروح الجامع الصغير: هذا الفرق ليس بشيء، لأن محمداً ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضاً، وإليه أشار بقوله **(لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضاً)** بقي وجه آخر للفرق ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمعير بإقرارهما امتنع الناس عن الإجارة والإعارة فلا يؤاخذان بإقرارهما استحساناً كيلا تنقطع الإجارة والإعارة، وأما في الوديعة فمنفعة الإيداع تعود إلى المالك، فلو أخذنا المالك بإقراره لا ينقطع الإيداع انتهى. أقول: يرد عليه أن يقال: تعود المنفعة في الإجارة أيضاً إلى المالك وهو المؤجر، لأنها عقد معاوضة لا عقد تبرّع فتعود فيها منفعة الأجرة إلى المؤجر قطعاً، كما يعود في الإيداع منفعة الحفظ إلى المودع، فلم يتم الفرق المذكور بالنظر إلى مسألة الإجارة وإن تم بالنظر إلى مسألة الإعارة، اللهم إلا أن يقال: منفعة الأجرة وإن عادت في الإجارة إلى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود إلى المستأجر، ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الإجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الإيداع فإنه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة **(وهذا)** أي الذمي ذكر في الإجارة وأختيها **(بخلاف ما إذا**

أقل من أن يكون بياناً مغيراً فلا يقبل مفصولاً. ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفاً بها من حيث الخلقة فيكون منوعاً ليس إلا كما في الحنطة، وقد لا يكون، وحينئذ يجوز أن يكون منوّعاً وعيباً. والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً وإلا كانت نوعاً، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعاً منها لتباينهما، لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيباً، لأن ضد السلامة عيب، وإذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياهما احتمال الجنس الأنواع هذا، والله أعلم بالصواب قوله: **(ولهذا)** أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له، فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضميناً كان أو أميناً. وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض، إذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما. ولو أقرّ بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولاً صدق، لأن ستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر، لكن كلامه يحتمله مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل **(ولو قال في هذا كله)** يعني المذكور من البيع والقرض والغصب **(ألفاً إلا أنه ينقص كذا فإن وصل صدق لأنه استثناء مقدار)** وقد تقدم بيانه **(ولو كان**

المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا، ولو أقرّ أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر

قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله) أي قول المقرّ له (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (وذلك) أي قضاء الديون بأمثالها (إنما يكون بقبض مضمون) أي بقبض مال مضمون يصير ديناً على الدائن ثم يصير قصاصاً بدينه على المديون (فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا) يعني في صورة الإجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام: لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك معلوم، فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقرّ بقبض مثل هذا الدين لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا: يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. وقال: وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر إن شاء الله تعالى. أقول: لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير في كلام المصنف، بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح. أما الأوّل: فلأن قوله فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا، كيف. ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لأن الديون تقضى بأمثالها، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فإذا أقر مثل ما تم في تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح. وأما الثاني: فلأنه علل قوله فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين

الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفواً لعدم الاحتراز عنه قال: (ومن أقرّ بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم قوله: (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقرّ إما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه، أو على فعل غيره كأعطيت، فإن كان الأول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فإن صدقه المقرّ له فذاك، وإن كذبه فإن ادعى ما يدل على الإذن بالأخذ كالقرض فالقول للمقرّ مع يمينه، وإن ادعى غيره ضمن المقر لأنهما في الأولى توافقا على أن الأخذ كان بالإذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره، فكان القول قوله بخلاف الثانية. وإن كان الثاني نحو أن يقول أعطيتني وديعة وادعى الآخر غصباً لم يضمن، والفرق أنه في الأول أقرّ بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله، وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله. فإن قيل: الإعطاء والدفع لا يكون إلا بقبضه. قلنا: ممنوع قد يكون بالتخلية. سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سبباً للضمان، وكلامه ظاهر قوله: (القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب) يعني إذا لم يكن ذلك معروفاً للمقر، أما إذا كان معروفاً كان القول للمقر في قولهم جميعاً، لأن الملك فيه إذا كان معروفاً للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه. وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إن القول هاهنا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة. وقوله (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر. وقوله (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأيّ طريق كان، كما لو قال ملكت عبدي لك بألف درهم إلا أني لم أقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول قوله وإن زعم الآخر خلافه. وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها، وكذا إذا هبت الريح وألقت ثوباً في دار إنسان. وقوله (وليس مدار الفرق) إشارة إلى الرد على الإمام القمي فيما ذكره أن الرد إنما وجب في مسألة الوديعة لأنه قال فيما أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد. وقال في الإجارة وأختيها: أي العارية والسكنى فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع. وقالوا في

فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقرّ بمجرد فعل منه، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقرّ وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ويكون القول للمقرّ لما أنه أقرّ بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا.

بقوله لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان، ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الإقرار بالاقتضاء إقرار بسبب الضمان، لأن الإقرار باقتضاء الدين إقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعي **(ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر)** أي والحال أن ذلك كله في يد المقر **(فادعاها)** أي فادعى الأرض والدار والكرم **(فلان)** لنفسه **(وقال المقرّ لا بل ذلك كله لي استعنت بك)** على الزراعة أو البناء أو الغرس **(ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقرّ)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً وقال في تعليلها **(لأنه)** أي لأن المقرّ **(ما أقر له)** أي لفلان **(باليد، وإنما أقرّ بمجرد فعل منه)** أي من فلان **(وقد يكون ذلك)** أي الفعل من الغير **(في يد المقر)** يعني أن الإقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين والأجير والعين في يد صاحبها **(وصار)** أي صار حكم هذا **(كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه)** أي من الخياط **(وقد يخيط ثوباً في يد المقرّ كذا هذا)** أي كذا حكم المسائل المذكورة. قال في النهاية: فحصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع: ففي نوع منها كان القول قول المقرّ له بالإجماع وهو مسألة الوديعة والإقراض والاقتضاء. وفي نوع منها كان القول قول المقرّ بالإجماع وهو مسألة بيع العبد ومسألة زرع هذه الأرض أو بناءها هذه الدار ومسألة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه. وفي نوع منها اختلفوا فيه. فعند أبي حنيفة القول قول المقرّ كما في الثاني، وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الأول وهو مسألة الإجارة والإعارة والإسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى.

شروح الجامع الصغير: هذا الفرق ليس بشيء، لأن محمداً ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضاً، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب **(وهذا)** أي الذي ذكره في الإجارة وأختيها **(بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لأن الديون تقضى بأمثالها)** وذلك معلوم، فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين، لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادّعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا: يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير إن شاء الله تعالى، وباقي كلامه لا يحتاج إلى شرح.

باب إقرار المريض

قال: **(وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم)** وقال الشافعي رحمه الله: دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة.

باب إقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح شرع في بيان أحكام إقرار المريض، لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح **(وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون)** أي بديون غير معلومة الأسباب **(وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه)** أي في مرض موته **(بأسباب معلومة)** متعلق بلزمته: أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة **(فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم)** على ما أقرّ به في مرضه، إلى هنا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(وقال الشافعي: دين المرض)** سواء كان بسبب معلوم أو بإقراره **(ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين)** وإنما تعرّض لوصفي العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار والإقرار إخبار عن الواجب في الذمة، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه، بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورّع عن المعاصي والإنابة عما جرى في الماضي، فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر، كذا في الشروح. واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال: فيه كلام، وهو أن هذا الدليل إنما يفيد مساواته للدين الثابت بالإقرار في الصحة فلا يطابق المدعي كما لا يخفى. والأولى أن يقال: وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والإقرار انتهى كلامه. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل إذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين، ويطلق على مثل ذلك الإجماع المركب كما تقرر في علم الأصول. وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال: المدعي عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة والدليل خاص، ثم قال: ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى. أقول: لا حاصل له هاهنا لأنه إن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض

باب إقرار المريض

أفرد إقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح، وأخره لأن المرض بعد الصحة. قال: **(وإذا أقرّ الرجل في مرض موته الخ)** إذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة أو أقرّ في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقرّ بها **(وقال الشافعي: دين الصحة ودين المرض)** سواء كان بسبب معلوم أو لا **(يستويان لاستواء سببهما وهو**

باب إقرار المريض

قال المصنف: **(وإذا أقر الرجل، إلى قوله: مقدم)** أقول: التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف: **(وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة، إلى قوله: ومناكحة)** أقول: المدعي عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة، والدليل خاص فينبغي أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين الثابت بالإقرار في دين الصحة، والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض، ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى. ثم أقول: القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الإقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لا دليله على ما هو المختار، وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا قوله: **(وهو الإقرار الصادر الخ)** أقول: أي هو الإقرار الصادر عن الأهل والإقرار المضاف إلى

ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء، ولهذا منع من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث، بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة، وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال

لأدنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح، إذ لا يلزم من وصول الشيء إلى رتبة الأدنى وصوله إلى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأوّل على الثاني، وإن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالإقرار في المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالإقرار في الصحة فهو مسلم، إذ يلزم من وصول الأدنى إلى رتبة شيء وصول الأعلى إلى رتبة ذلك الشيء بالأولوية لكنه لا يجدي شيئاً هاهنا، إذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن إفادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعي، وهذا لا يندفع بذلك، على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً **(ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق)** وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء، فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب، وإذا استويا وجوباً استويا استيفاء **(وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة)** أي صار إقراره في المرض كإنشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا هاهنا **(ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير)** أي إذا تضمن إبطال حق الغير؛ كما لو رهن أو آجر شيئاً ثم أقرّ أنه لغيره فإنه لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به **(وفي إقرار المريض ذلك)** أي إبطال حق الغير **(لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال)** يعني مال المريض **(استيفاء)** أي من حيث الاستيفاء **(ولهذا ذلك)** أي المريض **(من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث)** قال صاحب النهاية: أي فيما إذا لم يكن عليه دين، وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرّعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى، ولكن غير العبارة حيث قال: ولهذا منع من التبرع والمحاباة إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ

الإقرار الصادر عن الأهل) إذ الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الذمة القابلة للحقوق، **فصار كإنشاء التصرف مبايعة أو مناكحة**، وإنما تعرّض لوصف العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار، والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقرّ ومرضه **(ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وإقرار المريض تضمنه، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا من التبرّع والمحاباة)** أصلاً إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين، وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض، فإنه لو كانتا

·المحل، ولكن بقي هاهنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح قال المصنف: **(لأن حق غرماء الصحة الخ)** أقول: وبهذا يخرج الجواب عن قوله: ومحل الوجوب الذمة، فإن الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة، وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب إلى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الإقرار، إليه أشير في المبسوط قال المصنف: **(ولهذا منع من التبرع الخ)** أقول: التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل، ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك، وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بما له حق الوارث لا يعتبر تبرعه إلا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلأن يمنع فيما إذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أول اهـ. وأنت خبير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد قال المصنف: **(بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية)** أقول: سيجيء أن قضاء الدين أيضاً من الحوائج الأصلية. وإبطال حق الغرماء مشترك، فإن البضع ليس بمال متقوم فما الفرق؟ وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل.

لقدرته على لاكتساب فيتحقق التثمير، وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر، بخلاف

الظاهر من قولهما إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بمقتضى وقوع النكرة في سباق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف: ولتعلق حق غرماء الصحة بمال الريض منع من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما إذا لم يكن على المريض دين أصلاً. ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله، لأنه إذا لم يكن على المروض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله. فالوجه في حل هذا المحل أن يقال: ما ذكره المصنف فيما إذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله، وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً: أي بالثلث وبما دونه، نعم يمنع المريض من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلاً، لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به، فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث: جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة. أقول: يرد عليه أن يقال: لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بما له في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به؟ ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي، لأن ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة. ثم أقول: كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً، ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن، وكأن الإمام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف هاهنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك: ولهذا منع من التبرّع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث، لكن فيما قاله إفراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط، لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا أحاطت الديون بماله، وأما فيما إذا لم تحط به فمقدر بالثلث، والظاهر من كلامه الإطلاق فكان فيه إفراط، فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام هاهنا لإفادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفاً. فإن قيل: الإقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الإقرار بالدين في المرض إذا كان فيه إبطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في إبطال حق الغير؟ قلنا: استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت؛ ألا يرى أن شاهدي النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئاً. فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار. كذا في المبسوط والأسرار **(بخلاف النكاح)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح: يعني لا يلزمنا ذلك **(لأنه من الحوائج الأصلية)** فإن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن

متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة. فإن قيل: الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت. بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت قوله: **(بخلاف النكاح)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح والمبايعة. وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية قوله: **(وهو بمهر المثل)** يجوز أن يكون حالاً: يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز. فإن قيل: لو تزوّج شيخ فإن رابعة جاز وليس

حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مردّ له، وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوّج

كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية **(وهو)** أي النكاح **(بمهر المثل)** هذه جملة حالية: يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز، كذا في العناية. قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً. أقول: كون النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً ممنوع، فإن الحوائج الأصلية ما يكون من ضروريات الإنسان، والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لإمكان حصوله بمهر المثل. فإن قيل: لو تزوّج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء جواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز، وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة. قلنا: النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فإن الحال مما لا يوقف عليها ليبتني الأمر عليها، إليه أشار في الأسرار وذكر في الشروح **(وبخلاف المبايعة بمثل القيمة)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء المبايعة: يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة **(لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة)** والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وإن فاتت الصورة، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدّ له، وللبدل حكم المبدل. ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضاً لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع. أجاب بقوله **(وفي حالة الصحة لم يتعلق)** حق الغرماء **(بالمال)** أي بمال المديون **(لقدرته على الاكتساب)** أي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة **(فيتحقق التثمير)** أي تثمير المال وهو تكثيره، يقال ثمر الله ماله: أي كثره فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة العجز)** عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في حق الحالة حذراً عن التوى. ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانياً ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك. أجاب بقوله **(وحالتا المرض حالة واحدة)** أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة **(لأنه)** أي لأن المرض **(حالة الحجر)** ولهذا يمنع عن التبرع فكان الإقراران في المرض بمنزلة إقرار واحد، كما أن حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعاً **(بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى)** أي حالة الصحة **(حالة إطلاق)** للتصرف **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة عجز)** عن التصرف. قال في غاية البيان: لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق **(فافترقا)** أي افترق الوجهان أو

بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية. أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال مما لا يوقف عليها قوله: **(وبخلاف المبايعة)** يعني أن المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لأنه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية. فإن قيل: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر. أجاب بقوله **(وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير)** فلم يحتج إلى تعليق الغرماء بماله **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة العجز)** عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذراً عن التوى. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانياً وجب أن لا يصح لتعلق حق المقرّ له الأول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك. أجاب بقوله **(وحالتا المرض حالة واحدة)** يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة **(لأنه**

قوله: **(وهو بمهر المثل)** أقول: هذه جملة معترضة قوله: **(يجوز أن يكون حالاً)** أقول: يعني من المستتر في الخبر قوله: **(يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل)** أقول: وفيه بحث، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً.

امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا، ولو أقرّ بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به، ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد

الحكمان فمنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولم يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره. ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض. وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال **(وإنما تقدم المعروفة الأسباب)** يعني إنما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض **(لأنه لا تهمة في ثبوتها)** أي في ثبوت تلك الديون **(إذ المعاين لا مردّ له)** يعني أن ثبوتها بالمعاينة والأمر المعاين لا مردّ له فتقدم على المقرّ به في المرض **(وذلك)** أي ما ذكر من الديون المعروفة الأسباب **(مثل بدل مال مملكه)** كثمن المبيع وبدل القرض **(أو استهلكه)** أي أو بدل مال استهلكه **(وعلم وجوبه)** أي وجوب البدل **(بغير إقراره)** أي بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوبه بمعاينة القاضي أو بالبينة **(أو تزوّج امرأة بمهر مثلها)** هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى؛ كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضاً من الديون المعروفة الأسباب. أقول: الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضاً؛ وإلا كان مما يثبت بإقرار المريض فلا يصح مثالاً لما يقدم عليه من الديون المعروفة الأسباب، وإذا كان ذلك شرطاً في هذا أيضاً لا يرى في تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه **(وهذا الدين)** يعني الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة **(مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا)** أشار به إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها فإن تلك العلة: أعني عدم التهمة في الثبوت كما تتمشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بنا على أن المعاين لا مرد له كذلك تتمشى في دين الصحة مطلقاً، أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعاين لا مردّ له، وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لا يكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا. وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له. أقول: ليس هذا بتام. لأن تلك العلة: أعني قوله إذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما إذا ثبت دين الصحة بالإقرار، إذ الثابت بالإقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقاً بخلاف ما ذكرناه. وقال صاحب العناية: لما بينا أنه من الحوائج الأصلية: يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى. أقول: هذا تكلف مستغنى عنه، فإن قول المصنف لأنه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعاً كيف لا يكتفي به في شرح قوله هاهنا لما بينا فيصار إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل

حالة الحجر) فكانا بمنزلة إقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الإقراران جميعاً **(بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن الأولى تحالة إطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان)** فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولا يمنع الإقرار في أوّل المرض عن الإقرار في آخره، وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض. وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال: **(وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له)** فتقدم على المقرّ به وتصير مثل دين الصحة **(لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا)** أنه من الحوائج الأصلية: يعني في النكاح، ولا تهمة في ثبوته في غيره. قال: **(ولو أقرّ بعين في يده لآخر لم يصح)** الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق

قال المصنف: **(لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز)** أقول: الأنسب بقوله حالة إطلاق أن يقال حالة حجر سبقني إليه الإتقاني قوله: **(بين دين الصحة ودين المرض)** أقول: الثابت بالإقرار والإضافة للعهد قوله: **(ولا تهمة في ثبوته في غيره)** أقول: فيه بحث، فإن الظاهر من كلام المصنف أن قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره. قال الإتقاني: قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له اهـ. وفيه بحث أيضاً.

ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة. قال: **(فإذا قضيت)** يعني الديون المقدمة **(وفضل شيء يصرف إلى ما أقرّ**

كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لا تهمة في ثبوتها. أقول: إن أرادا أن قوله لما بينا إشارة إلى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه، وإن أرادا أنه إشارة إلى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الأسباب مطلقاً مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح، لأن قوله لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح، وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود **(ولو أقر)** أي المريض **(بعين في يده لآخر)** سواء كانت العين أمانة أو مضمونة **(لم يصح)** إقراره **(في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به)** أي بما أقر به ذكر المصنف هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري، ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه **(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض)** خلافاً للشافعي. ذكر المصنف المسألة أيضاً تفريعاً على مسألة القدوري وقال في تعليلها **(لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين)** وهو لا يصح، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا، نص عليه في المبسوط وغيره. وقال الشافعي: المقبوض سالم للقابض، لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة، والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره **(وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء)** أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الأسباب سواء في عدم جواز إيثار البعض على البعض بقضاء الدين، والعلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض **(إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه)** هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض. وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً، أعني قضى واستقرض، فالمعنى: إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله **(أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه)** أي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه **(وقد علم)** وجوبه **(بالبينة)** أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما، ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء، بل إنما حوّله من محل إلى محل يعدّ له، وكان تعلق حقهم بالمالية بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل. وفي المبسوط: أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة: لا يمتنع ذلك، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل. قال في النهاية. وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال: فإن

الغرماء بالعين **(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض)** سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين **(لأن في ذلك إبطال حق الباقين)** فلا يصح، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا، وقال الشافعي: سلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة، والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره قوله: **(إلا إذا قضى ما استقرض)** استثناء من قوله ولا يجوز للمريض، ومعناه: إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره، لأنه لم يبطل حق

قوله: **(أو نقد ثمن الخ)** أقول: يعني نقد في مرضه.

به في حالة المرض) لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما ردّ في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته. قال: **(وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره)** لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقرّ له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج

قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا. قالوا: لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر، لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه، وهذا لا يكون إبطالاً لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل؛ ألا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك، فأما في النكاح والإجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان إبطالاً لحقهم وليست له ولاية الإبطال انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإذا قضيت)** على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله **(يعني الديون المقدمة)** وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة **(وفضل شيء)** هذا من كلام القدوري: يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة **(يصرف إلى ما أقرّ به في حالة المرض)** قال المصنف في تعليله **(لأن الإقرار في ذاته صحيح)** أي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن أهله في محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه **(وإنما ردّ في حق غرماء الصحة)** لكونه متهماً في حق الغير **(فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته)** أي صحة إقراره في المرض لزوال المانع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن لم يكن عليه)** أي على المريض **(ديون في صحته جاز إقراره)** وإن كان بكل ماله. قال المصنف في تعليله **(لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير)** يعني أنه إنما ردّ لتضمنه إبطال حق الغير، فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع. أقول: كان الظاهر في وضع المسألة أن يقال: وإن لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة حاز إقراره، لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضاً على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر، فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره، وإن لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة **(وكان المقرّ له أولى من الورثة)** هذا من كلام القدوري أيضاً. قال المصنف في تعليله **(لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ لمريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته)**[1] والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدّرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي ﷺ، كذا في التبيين. قال صاحب غاية البيان، فيه نظر، لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر، وكذا روي في الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن

الغرماء وإنما حوّله من محل إلى محل آخر يعدّ له. أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة؟ لا، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل **(فإذا قضيت الديون المقدمة)** بنوعيها **(وفضل شيء صرف إلى ما أقرّ به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح)** أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه **(وإنما ردّ حقاً لغرماء الصحة فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته وإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره وإن كان بكل المال)** لعدم تضمنه إبطال حق الغير **(وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته)** فإن قيل: الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام «الثلث والثلث كثير» وذلك أقوى من قول عمر. أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك كما سيأتي **(ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية)** لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤٠/ ١١١ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٠: لم أجده.

الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين. قال: **(ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة)** وقال الشافعي في أحد قوليه: يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية

محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله. أقول: هذا النظر غير وارد، لأن كونه مروياً عن ابن عمر لا ينافي كونه مروياً عن عمر أيضاً فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا: إذا أقرّ المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقرّ لأجنبي جاز انتهى فتدبر **(ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية)** إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة. قال النبي ﷺ «الدين حائل بينه وبين الجنة»[1] كذا في الشروح **(وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ)** عن الحاجة **(ولهذا تقدم حاجته)** أي حاجة الميت **(في التكفين)** والتجهيز. أقول: لقائل أن يقول: إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحته بقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل. ثم أقول: يمكن أن يقال: قضاء الدين الثابت بإقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة، والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو تحققاً، ولكن فضل شي من التركة بعد قضائهما، وأما إذا تحققا ولم يفضل شي من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر، وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما، بخلاف النكاح فإن علة كونه من

يقدم تجهيزه وتكفينه. قال: **(ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح)** وإقرار المريض لوارثه باطل سواء أقرّ بعين أو بدين **(إلا أن يصدقه بقية الورثة. وقال الشافعي في أحد قوليه يصح)** لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعياً في فكاك رقبته **(فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث)** كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود، فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف

قوله: **(كما سيأتي)** أقول: في آخر الصحيفة قال المصنف: **(لأنه إظهار حق ثابت الخ)** أقول: فيه دلالة على أن الإقرار مظهر عنده أيضاً لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب، ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف

---

(١) لم أجده هكذا. لكن ورد من حديث أبي هريرة «دين المرء إذا مات معلّق به حتى يقضى عنه» أخرجه أبو يعلى ٥٨٩٨ وورد بلفظ آخر.
أخرجه الترمذي ١٠٧٩ وابن ماجه ٢٤١٣ والدارمي ٢/ ٢٦٢ وأبو يعلى ٦٠٢٦ والطيالسي ١٣٧٩ ٢١٤٧ والحاكم ٢/ ٢٦، ٢٧ وأحمد ٢/ ٥٠٨/ ٤٤٠، ٤٧٥ كلهم من حديث أبي هريرة.
ولفظ الترمذي «نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضى عنه».
ولقد حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه لرواية الثوري قال فيها سعد بن إبراهيم عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة: سو إبراهيم بن سعد على حفظه، واتقانه اعرف بحديث أبيه من غيره.
وورد لفظ آخر من حديث سمرة بن جندب قال: «صلى رسول الله ﷺ ذات يوم، فلما أقبل قال: ههنا من بني فلان أحد فسكت القوم وكان إذا ابتدأهم بشيء سكتوا ثم قال: ههنا من بني فلان أحد، فقال رجل: هذا فلان، فقال: أما إن صاحبكم قد حبس على باب الجنة بدين كان عليه، فقال رجل: عليّ دينه، فقضاه».
أخرجه البيهقي ٦/ ٧٦ والحاكم ٢/ ٢٦ كلاهما عن سمرة بن جندب مرفوعاً.
قال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه لخلاف فيه من سعيد بن مسروق. وسكت الذهبي.

لوارث ولا إقرار له بالدين» ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي

الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال. وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقرّ بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية. أقول: يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقرّ به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني، إذ المعاين لا مردّ له لا عدم كون الأول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف، بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية، ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا. ويمكن التوجيه فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح)** سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به، وعن هذا قال صاحب النهاية، وهو بإطلاقه يتناول العين والدين **(إلا أن يصدقه فيه)** أي في إقراره هذا **(بقية الورثة)** وبه قال الشافعي في قول وأحمد، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم **(وقال الشافعي في أحد قوليه يصح)** وهو قول أبي ثور والعطاء والحسن البصري. وقال مالك: يصح إذا لم يتهم، ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقرّ لابنته لم يقبل، ولو أقرّ لابن عمه قبل، إذ لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله **(لأنه)** أي لأن هذا الإقرار **(إظهار حق ثابت)** أي إخبار عن حق لازم عليه **(لترجح جانب الصدق فيه)** أي في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به **(وصار)** هذا الإقرار **(كالإقرار لأجنبيّ وبوارث آخر)** نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شي من التركة إليه **(وبوديعة مستهلكة للوارث)** أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح. وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير: رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود، فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقرّ له خاصة. قال جماعة من الشراح: والجواب عنه أنا لو لم نعتبر إقراره يصير كأنه مات مجهلاً فيجب الضمان فلا يفيد ردّ إقراره، ولأن تصرف المريض إنما ردّ للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى. أقول: جوابهم الثاني ليس بصحيح، لأن الثابت بالمعاينة في المسألة المذكورة إنما هو إيداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها، وإنما ثبت الاستهلاك بإقرار المورّث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسألة فبقي الكلام في صحة الإقرار بالاستهلاك، فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع

من تركته للابن المقرّ له خاصة، لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة ولا تهمة هاهنا؛ ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان أيضاً في تركته لأنه مات جهلاً **(ولنا قوله ﷺ «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»)** وهو نص في الباب، لكن شمس الأئمة قال: هذه الزيادة غير مشهورة، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما، وأراد به ما روي عنه: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقرّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وبه أخذ علماؤنا، لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس **(ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إيطال حق الباقين)** وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه

هناك، والمعنى لاستواء سببي ظهورهما قوله: **(ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان)** أقول: وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث»)** الحديث أقول: رواه الدارقطني، كذا قال الإتقاني قوله: **(لكن شمس الأئمة قال: هذه الزيادة الخ)** أقول: يعني في المبسوط قوله: **(وأراد به الخ)** أقول: يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما.

تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق، إلا أن هذا التعلق

الكبير من تعليل المسألة المذكورة بقوله لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا؛ ألا يرى أنا إذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضاً في تركته لأنه مات مجهلاً انتهى. وكأن تلك الجماعة من الشراح اغترّوا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا، ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك، بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقرّ سواء صدق في إقراره أم مكذب لأنه مات مجهلاً كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه. ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضاً في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسألة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي، مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له، وإنما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل هاهنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسألة المذكورة كما ذكره غيره (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»**) رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن درّاج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»[1] قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين» إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقرّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وبه أخذ علماؤنا، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى. وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر: ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً انتهى. أقول: كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله ﷺ والأثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة، ومسألتنا تعم بطلان إقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به، فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعي، اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعي فتأمل (**ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع**) أي المريض (**من التبرّع على الوارث**) كالوصية والهبة له (**أصلاً**) أي بالكلية (**ففي تخصيص البعض به**) أي ففي تخصيص بعض الورثة بماله (**إبطال حق الباقين**) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيردّ وتذكر هاهنا ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار في المرض

(**ولأن حالة المرض حالة الاستغناء**) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (**والقرابة**) تمنع عن ذلك لأنها (**سبب تعلق حق الأقرباء بالمال**) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص (**إلا أن هذا التعليق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حالة الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه**) فإن قيل: فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس

قال المصنف: (**ولهذا يمنع من التبرع الخ**) أقول: منعاً كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد، فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف: (**ففي تخصيص البعض به الخ**) أقول: الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف: (**ولأن حالة المرض الخ**) أقول: عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلاً إنياً وهذا دليل لمي قوله: (**يورث تهمة تخصيصه**) أقول: لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥٢ عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١١: وهو مرسل ونوح بن درّاج ضعيف، نُقِل عن أبي داود أنه قال فيه: كان يضع الحديث.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٠: ومع إرساله ضعيف وورد بلفظ آخر: «لا وصية لوارث إلا أن ينشيء الورثة» أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥٢ وأبو داود في المراسيل ٣١٤ كلاهما من حديث ابن عباس، وفيه إرسال، وضعف.

لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن

بوارث آخر وجوابه، فإنا قد ذكرناهما فيما مرّ نقلاً عن المبسوط والأسرار. فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته، فإذا أقرّ بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً، وبالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعي ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق. قلنا: الإقرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر، وفيه إبطال حق الباقين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعاً للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية، وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به إنشاء لا تتمكن التهمة في إقراره، كذا في الكفاية ومعراج الدراية **(ولأن حالة المرض حالة الاستغناء)** عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه **(والقرابة)** تمنع عن ذلك لأنها **(سبب التعلق)** أي سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص، وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف: ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسألة وهو الظاهر من أسلوب تحريره. وقال بعض الفضلاء: قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً إنِّيًّا وهذا دليل لمّيٌّ انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن تقديم قوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين يأبى عن ذلك جداً، لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسألة، وقوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالأولى، ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلاً على المقدمة الأولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الأولى، ولا يخفى ما فيه، نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسيط قوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، وعن هذا قال في الكافي، ولأنه آثر بعض ورثته بشي من ماله بعد تعلق حق الكل بما له فيردّ كما لو أوصى له بشيء من ماله، وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها، والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند إقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلاً فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين انتهى. وقال في التبيين: ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حتى جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى، تبصر **(إلا أن هذا التعلق)** أي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض **(لم يظهر في حق الأجنبي)** حيث لم يمنع إقرار المريض

كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله **(وقلما تقع المعاملة مع الوارث)** لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا **(لم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً)** وهو السؤال المذكور آنفاً **(ثم هذا التعلق حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الإقرار)** قال: **(وإذا أقرّ لأجنبي جاز الخ)** وإذا أقرّ المريض لأجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، وكانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان، فإن القياس لا يقتضي جوازه إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر، إلا أنا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي، لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ

قوله: **(كما مر)** أقول: في آخر الصحيفة السابقة.

المعاملة معه، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً، ثم هذا التعلق حق

لأجنبي (**لحاجته**) أي لحاجة الإنسان (**إلى المعاملة**) مع الناس (**في الصحة**) أي في حالة الصحة، فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (**لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه**) في الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعاً. ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (**وقلما تقع المعاملة مع الوارث**) لأن المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (**ولم يظهر**) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (**في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً**) أي لحاجة الإنسان إلى الإقرار بالوارث أيضاً لأن الإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية لأنه يحتاج إلى إبقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (**ثم هذا التعلق**) أي تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (**حق بقية الورثة، فإذا صدقوه**) أي إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (**فقد أبطلوه**) أي أبطلوا حقهم (**فيصح إقراره**) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله إلا أن تصدقه فيه بقية الورثة (**وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا**) إشارة إلى قوله ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية كما ذهب إليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية، وإلى قوله لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب إليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني. وفي العناية: وكانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان (**والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث**) وهو مذهب بعض الناس كما ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه (**لأن الشرع قصر تصرفه**) أي تصرف المريض (**عليه**) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث، فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث، كذا قالوا. أقول: لقائل أن يقول: الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف، وإلا لزم أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الأغذية والأدوية إلا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد. وقد تقرّر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فلم يجر القياس المذكور في الإقرار بالدين، اللهم إلا أن يدعي أن كون قضاء الدين من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان أيضاً دون القياس (**إلا أنا نقول**) في وجه الاستحسان (**لما صح إقراره في الثلث**) لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (**كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين**) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الإقرار في الثلث الثاني (**ثم وثم حتى يأتي على الكل**) كذا في الإيضاح وعامة المعتبرات. أقول: فيه شيء، وهو أن الإتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور، أما على القول بالجزء الذي

الإقرار في الثلث الثاني ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. فإن قيل: للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض، فكلما أقرّ بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس إلا فافترقا. قال: (**ومن أقرّ لأجنبي الخ**) المقر له إما أن لا يكون وارثاً للمريض أو يكون وارثاً، والوارث إما

قوله: (**وما لغيره**) أقول: أي لغير الحجب قوله: (**وإما أن يكون**) أقول: معطوف على قوله وإما أن يكون وارثاً حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار قوله: (**كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها**) أقول: لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر الخ في أية هذه الصورة يندرج فإنها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثاً حال الإقرار قوله: (**كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره**) أقول: والإقرار للابن المحروم إذا أسلم أو عتق بعد الإقرار من هذا القبيل عنده على ما يجيء في كتاب الوصية.

بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره. قال: **(وإذا أقرّ لأجنبي جاز وإن أحاط بماله)** لما بينا، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه. إلا أنا نقول: لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل. قال: **(ومن أقرّ لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه**

لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر، لأن التثليث إذا انتهى إلى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدهما وبقي الجزءان امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شيء منهما، وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك، لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل. لا يقال: مرادهم الإتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة. لأنا نقول: فحينئذ لا يتم التقريب لأن المدعي جواز الإقرار لأجنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر، ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلما صح تصرفه في ثلثه كان له التصرف في ثلث الباقي، لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فلما اقرّ بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر لأجنبي)** في مرضه بمال **(ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه)** أي ثبت نسب المقر له من المقر **(وبطل إقراره)** بالمال **(فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها)** بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضاً. وقال زفر: بطل الإقرار لها أيضاً لأنها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب، ولنا ما ذكره المصنف بقوله **(ووجه الفرق)** أي بين المسألتين **(أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح)** يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستنداً إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل **(ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوّج)** يعني أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد **(فبقي إقراره لأجنبية)** فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه. وفي وصايا الجامع الصغير: ولو أن المريض أقرّ بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة قائماً وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثاني الحال، وليس هذا كالذي أقرّ لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائماً وقت الإقرار انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)** أي من الزوج. قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: هذا إذا طلقها بسؤالها، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارّ وقد بيناه في طلاق المريض انتهى. وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بسؤالها ثم أقرّ لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار، ففي الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة، وفي الوضع الثاني لا ترثه، ومع هذا إذا أقرّ لها بدين فلها الأقل

مستمر أو غير مستمر، وغير المستمر إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره، وإما أن يكون وارثاً حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره، وما لغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أو لا، وإما أن يكون: أعني غير المستمر وارثاً في الحالين غير وارث بينهما، فذلك ثمانية أوجه: ففيما لم يكن أصلاً صح إقراره بالإجماع، وفيما كان وارثاً مستمراً لا يصح بالإجماع، وفيما كان وارثاً حالة الإقرار دون الموت، فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقرّ لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الوراثة بالموت، فإذا لم يكن عنده وارثاً كان كالأجنبي، وإن كان لغيره: أي لغير الحجب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً

وبطل إقراره، فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنه تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية. قال: **(ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)** لأنهما متهمان فيه لقيام العدة، وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثه ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت.

من الدين ومن الميراث، انتهى كلامه. أقول: قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام، والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقرّ لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث، فكانت المسألة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي هاهنا، ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها، ثم إني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شي منها بكون الحكم واحداً في الموضعين المذكورين، بل أينما وجدت المسألة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها، فالظاهر ما ذكره الزيلعي. وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح هاهنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسألة هاهنا أيضاً بالقيد المذكور إلا أنه فسرها حيث جعلها مثالاً لما إذا كان المقرّ له وارثاً حالة الإقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال: كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث، والمذكور في الكتاب: ثم لها أقرّ وبينهما بون لا يخفى. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأنهما)** أي الزوجين **(متهمان فيه)** أي في هذا الإقرار **(لقيام العدة)** أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز **(وباب الإقرار مسدود للوارث، فلعله)** أي فلعل الزوج **(أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها)** فوقعت التهمة في إقراره **(ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت)** أي أقل الأمرين. قال علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو أقرّ لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصّ غرماء الصحة به لأنه أقرّ بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة، ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج، لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصاً، والإقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى. وفي الفتاوى الصغرى: المريضة إذا أقرّت باستيفاء مهرها، فإن مات وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها، وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح.

بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها، وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها، ولا تهمة في الأقل فيثبت، وفيما إذا كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار، فإن كان لحجب كما إذا أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن بطل إقراره، خلافاً لزفر اعتباراً الحالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقرّ لأجنبية ثم تزوّجها. قلنا: الإقرار للوارث لا يصح، وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل إقراره، بخلاف الأجنبية فإنها لم تكن وارثة قبل التزوّج وإن كان لغيره وقد استند السبب، كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره إن لم يستند، كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل. والفرق أن بالمستند تبين كون الإقرار للوارث، بخلاف غيره، وفيما كان وارثاً في الحالين دون الوسط كما إذا أقرّ لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضيّ العدة ومات بطل الإقرار عند أبي يوسف، وجاز عند محمد وهو القياس، لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند. كما إذا أقرّ لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات. ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن الإقرار للوارث باطل لتهمة الإيثار، فإذا وجد سبب الورثة عند الإقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار.

فصل

(ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدّقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر

فصل في بيان الإقرار بالنسب

قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني، ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر **(ومن أقر بغلام يولد مثله)** أي مثل ذلك الغلام **(لمثله)** أي لمثل المقر: يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر **(وليس له)** أي للغلام **(نسب معروف)** بل كان مجهولاً النسب **(أنه ابنه)** أي أقرّ أنه ابنه **(وصدقه الغلام)** أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة **(ثبت نسبه منه)** جواب المسألة: أي ثبت نسب الغلام من المقر **(وإن كان)** المقرّ **(مريضاً)** إلى هنا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليل المسألة **(لأن النسب مما يلزمه خاصة)** يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقرّ خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير **(فيصح إقراره به)** وإن كان مريضاً لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة هاهنا **(وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر)** فلا يصح إقراره **(وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه)** أي لأن كون نسبه معروفاً **(يمنع ثبوته من غيره)** لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته **(وإنما شرط تصديقه)** أي تصديق الغلام **(لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه)** وإذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه، كذا ذكر في التبيين. أقول: ينتقض هذا التعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه، إذا لا يشترط في لزوم ما أقرّ به هناك تصديق المقر له، ولكن يرد التعليل بإقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الإقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضاً إن الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه. وقال في البدائع: لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا يبطل إلا برضاه انتهى. أقول: تضمن الإقرار بالنسب إبطال يد المقرّ له محل المنع فتأمل. وقال في التسهيل: لما فيه من إلزام حقوق النسب فلا يلزمه إلا بالتزامه انتهى. أقول: هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندي، إذ لا شك أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الإرث ولزوم النفقة وما أشبههما

فصل

ذكر الإقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته. ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط: أن يكون يولد مثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر. وأن لا يكون الولد ثابت النسب، إذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره. وأن يصدق المقر في إقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه، بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب، ولا يمتنع الإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت، وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته. قال: **(ويجوز إقرار الرجل بالوالدين الخ)** هذا بيان ما يجوز الإقرار به وما لا يجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى: يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان إقراره بهؤلاء في حالة الصحة أو المرض، لأنه أقرّ بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع

فصل ومن أقر بغلام

قوله: **(لقلته)** أقول: هذا وجه التأخير، وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره قال المصنف: **(ويجوز إقرار الرجل الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولها، فإنه يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك فليتأمل قوله: **(وليس فيه تحميل**

عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل، ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية **(ويشارك الورثة في الميراث)** لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته. قال: **(ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)** لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير.

وفي بعضها مشقة على المقرّ له؛ ففي الإقرار بالنسب إلزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له إياها حتى لا يتضرر، بخلاف الإقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له ففيه بدّ من التزامه **(بخلاف الصغير)** الذي لا يعبر عن نفسه لأنه في يد غيره فلا يشترط تصديقه **(على ما مرّ من قبل)** أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى **(ولا يمتنع بالمرض)** أي لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض **(لأن النسب من الحوائج الأصلية)** فصار كالنكاح بمهر المثل **(ويشارك الورثة في الميراث)** هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره: أي ويشارك الغلام المقرّ له بالبنوّة سائر الورثة في ميراث المقر. قال المصنف في تعليله **(لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته)** أي ورثة المقر بالنسب **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد)** أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات. أقول: لا يذهب عليك أن المسألة المتقدمة مندرجة في هذه المسألة، إذ لا يدل عليها صراحة قوله هاهنا والولد، فإذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هاهنا أيضاً لم يكن لذكر تلك المسألة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى، ولهذا لم يقع كذلك في الأصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى **(والزوجة)** أي ويجوز إقرار الرجل بالزوجة، ولكن يشترط هاهنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته، وأن لا تكون تحت المقرّ أختها ولا أربع سواها. نص عليه في الكافي والشروح **(والمولى)** أي ويجوز إقراره بالمولى: يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا إذا لم يكن ولاؤه ثابتاً من الغير، لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء، كذا في الذخيرة وغيرها. قال صاحب النهاية: اعلم أن هذا الذي ذكره هاهنا من صحة إقرار المقرّ بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف، ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي وغيرها، والله تعالى أعلم بصحته، انتهى كلامه. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير)** فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه. قال صاحب العناية: وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب. ثم قال: قال صاحب النهاية: والله تعالى أعلم بصحته، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى. يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله: والله تعالى أعلم بصحته. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالأم ممنوعة، فإن من شرائط صحة إقراره بالأم تصديق الأم إياه، وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل

فوجب القول بجوازه، وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب، وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف. والمذكور في المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة. قال صاحب النهاية: والله تعالى أعلم بصحته، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقرّ بما يلزمه الخ. وقال في المبسوط: وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج ومولى العتاقة والأمر في ذلك ما ذكرنا، ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير

النسب على الغير) أقول: فيه تأمل، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم التزوج فإقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق.

(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا **(ولا يقبل بالولد)** لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج

إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي، فإذا لم يجز تصديقها إياه لم يجز إقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً: فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالأم إنما نشأ مما صرّح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة، وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الأصول، فلما لم يجز إقراره بالأم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فإن الدليل المذكور هو القياس الجليّ، وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الإجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان، وبكل واحد منها يترك القياس الجليّ، وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة، وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقضي عدم ثبوته عند المجتهدين، فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل. واعترض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد، فإن إقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك انتهى. أقول: لا نسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة، بل فيه تحميل أبوّة الزوج أيضاً بناء على كونه الأصل في النسب، فكأنه أقرّ على نفسه بالانتساب إليه أيضاً، وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالانتساب إليه، ولم يقل أحد إن فيه تحميل نسب نفسه على الغير، بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج، والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غير لا على نفسه، فكأنه دعوى أو شهادة، والدعوى المفردة ليست بحجة، وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة، كذا في البدائع وغيره **(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا)** أنه أقرّ بما يلزمه ليس فيه تحميل النسب على الغير، والأنوثة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها، ويستوي في صحة الإقرار بالأشياء المذكورة حالة الصحة، وحالة المرض لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة، فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء، والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة، كذا في المبسوط **(ولا يقبل)** أي لا يقبل إقرار المرأة **(بالولد)** وإن صدقها **(لأن فيه)** أي في إقرارها بالود **(تحميل النسب)** أي تحميل نسب الولد **(على الغير وهو الزوج لأن النسب معه)** أي من الزوج، قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] إلا أن يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد: يعني إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد **(لأن الحق له)** أي للزوج فيثبت بتصديقه **(أو تشهد بولادته قابلة)** أي أو إلا أن تشهد قابلة بولادته: أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة. وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها إياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل وترك المفعول، وفي الأولى عكس الأمر **(لأن قول القابلة في هذا)** أي في هذا الخصوص **(مقبول)** إذ الفرض أن

وهو الزوج، لأن النسب منه، قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ وعليه الإجماع إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد القابلة بالولادة، إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله: **(وذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى)** يريد به إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت ذات زوج، وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها **(ولا بدّ من تصديق هؤلاء)** والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقرّ ولا أربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ لأنه مما يبقى بعد الموت، وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق، لأن حكم النكاح

لأن النسب منه إلا **(أن يصدقها الزوج)** لأن الحق له **(أو تشهد بولادته قابلة)** لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر

الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة **(وقد مرّ في الطلاق)** أي في باب ثبوت النسب عند قوله فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة، حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم **(وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى)** من هذا الكتاب، وذلك التفصيل هو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة إذا كانت المرأة ذات زوج، وإن كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله. وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها. والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقرّ بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره. فإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق. ومن أقرّ بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق، كذا في شرح الأقطع. فإن قلت: لأيّ معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما، وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم، وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل إذا أقرّ بالأخ بعد موت أبيه يشاركه في تركة أبيه على ما سيأتي في الكتاب، وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة: قلت: أما الأول فلأن الولد منسوب إلى الأب دون الأم لقوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ [البقرة: ٢٣٣] حيث أضاف الولد إلى الأب بلام الملك ولذلك اختص الأب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الأب فهي صحة إقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه. وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الأربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص: أي أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريراً لصحة إقراره، حتى أنه إذا أقرّ بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وإن جحد سائر الورثة ذلك، ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوّته لابنه. وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح إقرار المقرّ به ظهر أنه في موضعين: أحدهما عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من الحقوق، حتى أن من أقرّ بأخ وله ورثة سواه يجحدون أخوّته فمات المقرّ لا يرث الأخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه، بخلاف من صح إقراره في حقه كما ذكرناه. والثاني: صحة رجوع المقرّ عما أقرّ في حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء، فإن من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقرّ يصح، حتى أنه لو أوصى بماله كله الإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصي له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلاً فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الأخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب، بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصي بجميع المال، باعتبار أن إقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره، ولذلك قلنا باستحاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته، إلى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع

باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق بعد الزوج موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة، وهذا عندهما. وقال أبو حنيفة: لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أوّل الإقرار؛ معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث. ولقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار، وإنما تثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم. ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع

في الطلاق، وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى، ولا بد من تصديق هؤلاء، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ لأن النسب يبقى بعد الموت. وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق، وكذا تصديق

الصغير للإمام المحبوبي. قال المصنف **(ولا بد من تصديق هؤلاء)** أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لأنهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم، كذا في الكافي وغيره، إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه، كذا في التبيين **(ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ)** يعني أن المقرّ له بالنسب إذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته **(لأن النسب يبقى بعد الوت)** فيصح تصديق المقرّ له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها. قال تاج الشريعة: ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشتري لأن الإقرار تام في نفسه والتصديق شرط، فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل. أما الإيجاب ثمة فليس بتام لأن القبول ركن انتهى **(وكذا تصديق الزوجة)** أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الإقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث **(لأن حكم النكاح)** وهو العدة **(باق)** بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح، لا يرى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه **(وكذا تصديق الزوج بعد موتها)** أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الإقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها **(لأن الإرث من أحكامه)** أي من أحكام النكاح وهو ما يبقى بعد الموت كالعدة، وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(وعند أبي حنيفة لا يصح)** تصديق الزوج بعد موتها **(لأن النكاح انقطع بالموت)** حتى يجوز له أن يتزوّج أختها وأربعاً سواها **(ولهذا لا يحل له غسلها)** بعد موتها **(عندنا)** ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس **(ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث)** هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة. تقريره: سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا، ولكن لم لا يصح تصديقه إياها بعد موتها نظراً إلى الإرث الذي هو من حق آثار النكاح أيضاً؟ فقال لا يصح التصديق على اعتبار الإرث **(لأنه)** أي لأن الإرث **(معدوم حالة الإقرار)** أي حالة إقرار الزوجة بالنكاح **(وإنما يثبت)** أي الإرث **(بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار)** قال صاحب العناية: معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف هاهنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعدوم وقتئذ، وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية، فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلاً ليس بسديد هاهنا. أما أولاً: فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث به، بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث

فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائماً باعتبارهما، فكذا المقرّ به. وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائماً باعتباره. قال: **(ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين الخ)** ومن أقرّ بأخ أو عم لم يقبل في النسب لأن فيه حمله على الغير. وأما في الإرث، فإما أن يكون له وارث معروف قريباً كان كذوي الفروض والعصبات مطلقاً أو بعيداً كذوي الأرحام أو لا يكون، فإن كان فهو أولى الميراث من المقرّ له، هذا لأنه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن

قوله: **(معناه أن التصديق الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولقائل أن يعارض)** أقول: هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف، فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة، فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت في حال النكاح أيضاً، ولو عينه لأمكن أن يقال: أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازاً فلا إشكال.

الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه. وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق

الذي هو من آثار النكاح، ولا ينافيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق. وأما ثانياً فلأن ذلك ينتقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقاً لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال: إن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح. وأما ثالثاً فلأنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت ضائعاً مستدركاً لجريان ذلك المعنى وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر. وقال صاحب العناية. ولقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم، ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائماً باعتبارها فكذا المقرّ به، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائماً باعتباره انتهى كلامه. أقول: جوابه ليس بتام لأن العدة أيضاً غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمي أو تكون حربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لا عدة عليها في هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملاً كما تقرر في محله، والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبي حنيفةّ، فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله. ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام: الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الإقرار وفي تلك الحالة لا يجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الإقرار صححنا لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعاً في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح، وأشير إلى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلاً لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعاً في نكاح معدوم من كل وجه، إلى هاهنا كلامه. أقول: نعم أشير إلى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلاً ممنوع. قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت إن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعاً إذ الكلام في المعتدة بالموت، وإن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضاً فممنوع، بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها. وقال بعض الفضلاء: هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت في حال النكاح أيضاً، ولو عينه لأمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازاً فلا إشكال، انتهى كلامه. أقول: ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه، فإذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضاً فالإشكال باق. فإن قيل: إذا أقرّ رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسباً اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والإرث في مسألتنا كذلك. قلنا: الكسب يقع ملكاً من الابتداء لمالك الرقبة لأنه في حكم المنفعة،

استحق المقر له ميراثه، لأنه أقر بشيئين: بالنسب وباستحقاق ماله بعده، والأول إقرار على غيره وهو غير مسموع، والثاني على نفسه وهو مسموع لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث، حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له، وبقية كلامه لا تحتاج إلى بيان قوله: **(ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه)** مبني على ما ذكرناه أن الإقرار على نفسه صحيح **(فيشاركه في الإرث)** وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة، وإن كان المقر أحد ابنين لم يثبت

يستند إلى أوّل الإقرار. قال: (**ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب**) **لأن فيه حمل النسب على الغير** (**فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له**) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (**وإن لم يكن له وارث استحق المقرّ له ميراثه**) لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث؛ ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمْل النسب على الغير، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته، حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقرّ له ثم أنكر المقرّ وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصي له؛ ولو لم يوص لأحد كان

ومن ملك رقبة لك منافعها حكماً لها فيصير الإقرار بالعبد إقرار بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد، فأما الإرث فإنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار، والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ، كذا في الأسرار والإيضاح وغيرهما (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد**) الصلبي (**نحو الأخ والعم**) ونحو الجد وابن الابن كما صرّح بهما أيضاً في الكافي (**لا يقبل إقراره في النسب**) وإن صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في التحفة وغيرها (**لأن فيه**) أي في هذا الإقرار (**حمل النسب على الغير**) فإن في الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذ المقرّ له بالأخوة ما لم يكن ابن أبي المقرّ لا يكون أخاً له. وفي الإقرار بالعم حمل النسب على الجد، إذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عماً له، وفي الإقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذ المقرّ له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر، وفي الإقرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جدّ المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه (**فإن كان له**) أي للمقُر بنحو ما ذكر (**وارث معروف قريب**) كأصحاب الفروض والعصبات (**أو بعيد**) كذوي الأرحام (**فهو**) أي الوارث المعروف (**أولى بالميراث من المقر له**) حتى لو أقرّ بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة (**لأنه لما لم يثبت نسبه**) أي نسب المقر له (**منه**) أي من المقر (**لا يزاحم الوارث المعروف**) قال في النهاية: قوله فإن كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل إقراره في النسب وقع في محزه لأن هذا نتيجة ذلك، فصورة ذلك أن الرجل إذا أقرّ في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى، ولا شيء للمقرّ له لأن النسب لا يثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (**وإن لم يكن له**) أي للمقرّ (**وارث**) معروف (**استحق المقر له ميراثه**) لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الأول مقرّ على غيره، وقراره على غيره غير معتبر إذ لا ولاية له على غيره، وفي الثاني مقر على نفسه، وإقراره على نفسه معتبر (**لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث، ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه**) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه بإقراره باستحقاقه ذلك بعده (**فيستحق**) المقر له (**جميع المال وإن لم يثبت نسبه**) من المقر (**لما فيه**) أي في الإقرار المزبور (**من حمل النسب على الغير وليست هذه**) أي هذه الصورة أو القضية: يعني الإقرار المذكور (**وصية حقيقة**) أوضح ذلك بقوله (**حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول**) يعني الإقرار بالأخ (**وصية لاشتركا**) أي الأخ والموصى له بجميع ماله (**نصفين لكنه**) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة: أي

النسب أيضاً والمقرّ له يشارك المقرّ في الإرث بناء على ما مر من الأصل (**لأن إقراره تضمن شيئين: حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله، ولا ولاية في الأول فلم يثبت، وله ذلك في الثاني فيثبت**) قال أبو حنيفة: إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقرّ نصف ما في يده. وقال ابن أبي ليلى: يعطيه ثلث ما في يده لأن المقرّ له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر. ولأبي حنيفة أن زعم المقرّ أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم

لبيت المال، لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره. قال: **(ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه)** لما بينا **(ويشاركه في الإرث)** لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقرّ على البائع بالعتق لم يقبل إقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه

لكن الإقرار المذكور **(بمنزلته)** أي بمنزلة الوصية بتأويل الإيصاء، ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى، ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفاً إلى الإقرار بلفظة هذه، وأرجع هاهنا إلى الوصية ضمير المذكر **(حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان)** ومات ولا وارث له **(كان ماله)** جميعاً **(للموصى له ولو لم يوص لأحد كان)** ماله **(لبيت المال لأن رجوعه)** أي رجوع المقر المزبور **(صحيح)** يعني أن إنكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية **(لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره)** وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلاً على الغير وليس له ذلك. وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بيناً)** أن فيه حمل النسب على الغير **(ويشاركه في الإرث)** أي يشارك المقرّ له بالأخوة المقر في الإرث من أبيه، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم. وقال الشافعي: لا يشاركه في الإرث لعدم ثبوت النسب، وحكي ذلك عن ابن سيرين. قال المصنف في تعليل المشاركة **(لأن إقراره تضمن شيئين)** أحدهما **(حمل النسب على الغير ولا ولاية له)** أي للمقر **(عليه)** أي على الغير فلا يثبت **(و)** الثاني **(الاشتراك في المال وله فيه ولاية)** لأنه إقرار على نفسه ولا ولاية على نفسه **(فيثبت)** ومثل هذا ليس بممتنع **(كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق)** أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع **(لم يقبل إقراره)** في حق الرجوع بالثمن على البائع **(حتى لا يرجع عليه بالثمن)** لكونه إقراراً على الغير في حق الرجوع بالثمن **(ولكنه يقبل)** إقراره **(في حق العتق)** حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقراراً على نفسه في حق ذلك. واعلم أنه إذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصيب المقر عندنا، وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقرّ بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقرّ نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل إقراره فيه. ونحن نقول: إن في زعم المقرّ أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية. ولو أقرّ بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماساً وعندهما أرباعاً والتخريج ظاهر، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به، ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعى ما في يده عندنا. وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن ما في يده لأن في زعم المقرّ أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين، إلا أن إقراره صح فيما بيد نفسه ولا يصح في حق صاحبه، وإذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده. ونحن نقول: إن في زعم المقر أن التركة

فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية. قال: **(ومن مات وترك ابنين الخ)** ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما، ثم يحلف الأخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم، لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على ما مر أن الديون

يقبل في حق العتق. قال: **(ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقرّ وللآخر خمسون)** لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون، فإذا كذبه

بينهم على ستة عشر سهماً للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم، فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد القمر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا في التبيين والبدائع والإيضاح. ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث بإقرار وارث واحد وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة. وقال أبو يوسف والحسن والشافعي: كل من يجوز الميراث يثبت النسب بقوله وإن كان واحداً، والأول أصح اعتباراً للإقرار بالشهادة، كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلاً عن شرح الأقطع. وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بنحو الأخوّة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كان اثنين فصاعداً لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(ومن مات وترك ابنين وله)** أي وللميت **(على آخر مائة درهم فأقر أحدهما)** أي أحد الابنين **(أن أباه قبض منها)** أي من المائة **(خمسين)** درهماً **(لا شيء للمقر)** أي لا شيء من المائة للابن المقرّ **(وللآخر)** أي وللابن الآخر **(خمسون)** منها يعني كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة **(لأن هذا)** أي لأن إقرار أحد الابنين بما ذكر **(إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء)** أي استيفاء الدين **(إنما يكون بقبض مضمون)** لما مر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصاً وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة **(فإذا كذبه)** أي كذب المقر **(أخوه استغرق الدين نصيبه)** أي نصيب المقر **(كما هو المذهب عندنا)** احترازاً عن قول ابن أبي ليلى، فإن هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر، وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين، كذا في أكثر الشروح. وقال في الكفاية خلافاً للشافعي. فعنده يشيع في النصيبين. وقال في معراج الدراية: وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول. وقال الشافعي في قول وأحمد: يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك، وبه قال النخعي والحسن وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى. قال صاحب العناية: وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز. والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى. أقول: الجواب المزبور ليس بشاف، لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر، وزعم المقر إنما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر، فإن قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر إلى كل أحد. فالأظهر عندي في الجواب أن يقال: قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز في القسمة الحقيقية، وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع، ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لا تجوز قصداً لا ضمناً فتأمل. قال المصنف **(غاية الأمر أنهما)** أي الابنين **(تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما)** أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركاً بين الابن المقر والابن المنكر، هذا جواب

تقضى بأمثالها، وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة، فإن أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافاً لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفاً. وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز. والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الوراثة

أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، لكن

سؤال مقدر. تقريره أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركاً بينهما، فما هلك يهلك مشتركاً وما بقي يبقى مشتركاً بينهما، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه، والابن المقرّ وإن زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه، فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما **(لكن المقر)** لا يرجع على القابض بشي لعدم الفائدة، إذ **(لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم)** بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق **(ورجع الغريم)** أيضاً **(على المقرّ)** بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث **(فيؤدي إلى الدّور)** ولا فائدة فيه، وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هاهنا بوجه آخر حيث قال. فإن قيل: زعم المقر يعارضه زعم المنكر، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما. فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقرّ خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما. أجاب بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقرّ لو رجع: يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى. أقول: كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل. أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر، وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف هاهنا، لأنه قال: غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك. والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضاً في أثناء تقرير السؤال، وفرّع على تعارض زعميهما حيث قال: فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر. ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارضاً وتناقضاً. وأما تقرير الجواب فلأن المفهوم من قوله يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر، وليس كذلك بل لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر، لأن رجوع الغريم على المقر بالآخرة إنما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين، وإنما بقي عليه الخمسون المقبوض. وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئاً فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه أن يعطي المقر أيضاً مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور تدبر تقف. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه

لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة. فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقرّ به إلى نصيب المقرّ خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما؟ أجاب بقوله: غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، لكن المقر لو رجع: يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور، وذلك لأنه لو رجع المقرّ على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع

قوله: **(على ما مر)** أقول: في أواخر باب الاستثناء قوله: **(استغرق الدين نصيبه)** أقول: أي نصيب المقر.

المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقرّ فيؤدي إلى الدّور.

أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره. والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أوّلاً إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالباً لتمام حقه، إذ ليس حقه في المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالباً لتمامه، وإن لم يكن المقبوض أوّلاً بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوماً، وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى. فالحق في الجواب أن يقال: لا نسلم أنه إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان في زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم. كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أوّلاً مشتركاً بينهما كما تقرر. نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين.

الغريم على المقر لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي إلى الدور. ولقائل أن يقول: إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره. والجواب أن المظلوم غيره، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه، والله أعلم.

قوله: (ولقائل أن يقول، إلى قوله: في إقراره ظالم) أقول: فيه شيء، فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهراً قوله: (لأن المظلوم لا يظلم غيره) أقول: الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوماً إذا رجع عليه في زعمه، وهذا هو مراد الشارح.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

قد مرّ مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار. والصلح في اللغة: اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي. وفي الشريعة: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة. وسببه: تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات. وركنه: الإيجاب والقبول، كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات، وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجارات، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة. فإذا تقررت هذه الضابطة، فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو نكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت، لأن كونه إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعي. وأما في حقه المدعى عليه فإنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضاً حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة. وأما ثانياً: فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلاً فصولح على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضاً بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطاً لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما ثالثاً: فلأن قوله لأن طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معاً فيما يتعين بالتعيين مطلقاً، فإن طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح، بل إنما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالاً بمال فتأمل. وشرط مطلق كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض. ولأنواعه شروط

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيده، وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة. وفي اصطلاح الفقهاء: عقد وضع لرفع المناصبة. وسببه: تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التقرير. وشرطه: كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيل له. وركنه: الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت. وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً. ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره إن كان مقراً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولاً. وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما

كتاب الصلح

قال: (**الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقرّ المدعى عليه ولا ينكر**

أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب. وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي، كذا في الكافي وبعض الشروح. قال في العناية أخذاً من النهاية: وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقرّاً، ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره إن كان مقراً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولاً انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى، فإنهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فإنه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين: تملك المدعى عليه إياه، وبراءته عن دعوى المدعي. وفي جانب المصالح عليه قسماً واحداً هو تملك المدعي إياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معاً مما لا يخلو عن تحكم، فإن نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة، وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادّعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فإنه يقع مصالحاً عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحاً عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعاً. قلنا: فماذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين، إذ لا شك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصوّر في هذه الصور تملك المدعي المصالح عليه، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر. بقي هاهنا كلام آخر، وهو أنه إذا ادعى رجل داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتي في الشروح. وأصل المسألة في الفصل السابع من فصول الأستروشني مع أنه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طرداً وعكساً فتأمل قوله: (**الصلح على ثلاثة أضرب الخ**) قال صاحب العناية: الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى ما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع، لأنه سقط بقولنا مجيباً انتهى. أقول: يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والإثبات، ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً، إذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن

سنذكره، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة. قال: (**الصلح على ثلاثة أضرب**) الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً وكل ذلك جائز لقوله تعالى: (﴿**والصلح خير**﴾) فإنه بإطلاقه يتناولها، فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ فكان للعهد. أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصالحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل

قوله: (**لأنه سقط بقولنا مجيباً**) أقول: فيه بحث، إذ لا يكون الحصر حينئذ ضرورياً قال المصنف: (**لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾**) أقول: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، وتمام الآية ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾قوله: (**أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب**) أقول: أنت خبير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام للعهد. فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل قوله: (**وبأنه ذكر للتعليل**) أقول: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الفاء بالواو قوله: (**وقوله والصلح خير كان في الحال**) أقول: إن أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فمسلم، ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال: يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم: الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه قوله: (**فأنكرت لا يجوز**) أقول: بل يجوز كما سيجيء عن قريب.

وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[1]. وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما

قسميه معاً فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري. ويمكن أن يقال: المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً هو السكوت عن التكلم مجيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً، فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري، وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقرّ المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ألا يتكلم أصلاً قوله: **(وكل ذلك جائز لإطلاق الخ)** تسامح المصنف هاهنا في التعبير حيث قال: **(لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾)** [النساء: ١٢٨] مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله إلا أنهم كثيراً ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيهاً على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه. قال بعض الفضلاء في حلّ قول المصنف لإطلاق قوله تعالى: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، أما أوّلاً فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو، حتى أنهم أوّلوا مثل: جرد قطيفة، وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف هاهنا على ذلك. وأما ثانياً: فلأن الصفة في «لقوله المطلق» هو المطلق لا الإطلاق، والكلام في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لا بد من المصير إلى المسامحة كما ذكرنا. وقال صاحب العناية: فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] فكان للعهد. أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصلحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصّلحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى. أقول: إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين. أما الأول: فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص

جنسه. فإن قيل: سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه **(ولقوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٩٤ والدارقطني ٣/ ٢٧ والحاكم ٢/ ٤٩ وابن الجارود ٦٣٨ وابن حبان ٥٠٩١ والبيهقي ٦/ ٦٥، ٦٤ وأحمد ٢/ ٣٦٦ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي إسناده كثير بن يزيد قال الذهبي في تعليقه على الحاكم: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي، ومشاه غيره.
وورد من طريق آخر أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧ والحاكم ٢/ ٥٠ كلاهما من حديث أبي هريرة. صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: قال ابن حبان: عبد الله بن الحسين المصيصي يسرق الحديث وورد من حديث عمرو بن عوف أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ وفي إسناده كثير ابن عبد الله بن عمرو قال الترمذي: حسن صحيح.
وكذا أخرجه الحاكم ٤/ ١٠١ من هذا الوجه، وسكت عليه وتعقبه الذهبي بقوله: إسناده واهٍ.
لكن هذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن وانظر نصب الراية ٤/ ١١٢.

روينا، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة. ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرّم حلالاً

السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على العهد، فإنه حينئذ يصير خاصاً، وإنما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب. وأما الثالث: فلأنه إن أراد بقوله ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان في الحال: أي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم، لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال؛ ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كائن في الحال. وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه، وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع. فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذاً من الأسرار. ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها، كذا قالوا، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول. وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه قيل: فإن هذا صلح والصلح خير، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان. واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الفا بالواو انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ذاك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلاً من حيث اللفظ وليس كذلك، بل هو تعليل من حيث المعنى، وعن هذا قالوا: إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لأن الصلح خير. وقال في غاية البيان: وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال: صلّ والصلاة خير، على أن قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾[النساء: ١٢٨] بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أوّل الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلاً تدبر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: سلمناه يعني الإطلاق في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى. أقول: يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز أنه خبط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه في معنى الخلع. ثم أقول: توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسألة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها، والسؤال المزبور مما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسألة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم. والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه، فصاحب العناية: اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معاً حتى قال في الجواب هاهنا: على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالحت على مال لأنه يجوز، وبه صرح القدوري في مختصره، وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى. وقال في ذلك الفصل: وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي

حلالاً). وقال الشافعي **(لا يجوز مع إنكار أو سكوت)** لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي **(ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة)** وهي حرام **(ولنا ما تلونا)** من قوله تعالى:

لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية

وشرحه كذلك، فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الإنكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالحت على مال لا يجوز، ولئن صحت تلك المسألة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف. فالجواب عنه ما مر في تلك المسألة انتهى قوله: (**وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا الخ**) قلت: كان الأظهر أن يقال لآخر ما روينا لا أن أوّله حجة عليه لا له قوله: (**ولنا ما تلونا وأول ما روينا الخ**) كرر ذكرهما تأكيداً وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ، وإلا لكفى هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما. أقول: بقي هاهنا إشكال في قوله وأول ما روينا، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لنا مع قطع النظر عن آخره، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله. وقد تقرّر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه، فلا يكون الأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه. ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما روينا. فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره، فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل، ولكن الإنصاف أن لفظة أوّل هاهنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضرّ بالمقام كما نبهنا عليه، فالأولى أن تطرح من البين قوله: (**وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة**) وحمله على هذا أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح، كذا في الكافي. وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل: والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً، وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله

﴿والصلح خير﴾ (**وأول ما روينا**) من الحديث وهو قوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين» (**وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة**) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب، لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه

قوله: (**ولنا ما تلونا من قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ (وأول ما روينا)**) أقول: وهاهنا تكرار، وكان الأولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف: (**وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح الخ**) أقول: وحملة على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، كذا في الكافي. ثم قال: وما ذكره غير محتمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح، أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى قوله: (**لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره**) أقول: يعني لكان كالصلح على غير الإقرار في البطلان على زعم الخصم قوله: (**لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق**) أقول: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في الدين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء قوله: (**لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الخ**) أقول: فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ، وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه.

الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز. قال: **(فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بطل)** لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما **(فنجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويردّ بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، ويفسده جهالة البدل)** لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون

وحل بعده. فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى. أقول: في تقريره خلل، إذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الإقرار خاصة، إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة، ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضاً، فمدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح. فالحق في التقرير أن يقال: لأنه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على إحلال الحرام وتحريم الحلال. ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلاً، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطاً بالإبراء عن دعوى الباقي، على أنه ليس كذلك أيضاً، إذ لجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهماً في بدل الصلح، وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب، وعلى كليهما يجري قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضاً قوله: **(ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه، إلى قوله: ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز)** هذا دليل عقلي على ما ذهب إليه أئمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضاً متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة، وهذا رشوة. قال الشراح: لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم، لأن قول النبي ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي»[1] عام. لأنا نقول: هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى.

منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه **(ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة)** فكان كالصلح مع الإقرار **(فيقضي بجوازه)** لوجود المقتضي وانتفاء المانع، لأن المانع إما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود. أما الثاني: **(فلأن المدعي يأخذه في زعمه عوضاً عن حقه وذلك مشروع، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا أيضاً مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز)** لا يقال: لا نسلم الجواز لقوله ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي» وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٨٠ والترمذي ١٣٣٧ وابن ماجه ٢٣١٣ وابن الجارود ٥٨٦ والبيهقي ١٠/١٣٨، ١٣٩ وابن حبان ٥٠٧٧ والحاكم ٤/١٠٢، ١٠٣ وأحمد ٢/١٦٤، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢ والطيالسي ٢٢٧٦ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح اهـ وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٣٣٦ وابن الجارود ٥٨٥ وابن حبان ٥٠٧٦ والحاكم ٤/١٠٣ والخطيب في تاريخ بغداد ١٠/٢٥٤ ولفظه: «لعن الله الراشي، والمرتشي في الحكم».

في إسناده عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن مختلف فيه، وهو حسن الحديث لا بأس به كما قال ابن عدي قال الترمذي: حديث حسن صحيح اهـ. فالحديث بمجموع طريقيه جيد والله أعلم.

جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل **(وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات)** لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل، الصلح بموت

واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه: إن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى. أقول: الدليل عليه ما أورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات، منها قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج قوله: **(فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال الخ)** هذا لفظ القدوري في مختصره، ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة

أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث. وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع، وتمامه في أحكام القرآن للرازي. فإن قيل: فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة، ومع هذا لا يجوز. أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعي، إذ في زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس. قال: **(فإن وقع الصلح عن إقرار الخ)** إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويردّ بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره. وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة. وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي واصطلحا على ترك الدعوى جاز، وإن احتيج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز. وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه إلى التسليم، كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز. وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز. والأصل في ذلك كله أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع **(وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال)** وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال أبداً أو حتى يموت لا يجوز، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع معنى، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة **(فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة)** كالإجارة **(وإذا وقع الصلح عن الكسوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا)** أن المدعي يأخذه عوضاً في زعمه. فإن قيل: العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها؟ أجاب بقوله: **(ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة)** فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها **(وهذا)** أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة **(في الإنكار ظاهر، وأما في السكوت فلأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك)** مع أن حمله على الإنكار أولى، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل. قال: **(وإذا صالح عن دار الخ)** إذا صالح عن دار عن إنكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لأنه يأخذها: أي المدعى عليه ليستبقي الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه، والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره **(بخلاف ما إذا كان على دار)** لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه، فصار كأنه قال

أحدهما في المدة لأنه إجارة (**والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة**) لما بينا (**ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما**) وهذا في الإنكار ظاهر، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك. قال: (**وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة**) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه. قال: (**وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض**) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (**وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ العوض**) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده، وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض. ولو استحق

يعرف بها أنه على أي عقد يحمل. أقول: ليست هذه الضابطة بتامة، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهراً أو على ركوب دابة شهراً، فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وإن كان في معنى عقد الإجارة، كذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح، حتى أنما صلح مسمى فيه صلح هاهنا أيضاً كما سيأتي في الكتاب، مع أنه ليس بمذكور أيضاً في هاتيك الضابطة، وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع، وليس شي منهما بداخل أيضاً في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلاً فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد. لا يقال: يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب. لأنا نقول: قد ذكر هناك ما ذكره هاهنا أيضاً بأن قال: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر. ثم إن كون الصلح عن إقرار في معنى البيع إذا وقع عن مال بمال إنما هو فيما إذا وقع على خلاف جنس المدعي، وأما فيما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا، صرح به في التبيين وغيره قوله: (**والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ**) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه. أقول: هاهنا كلام وهو أن كون

اشتريتها من المدعي وهو ينكر (**وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه**) على المدعي (**بحصة المستحق من العوض**) لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه وردّ العوض، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لا خصومة له فيبقى في يد غيره مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدّى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يستردّه لعدم اشتماله على غرضه. ونوقض بما إذا ادعى داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فإنه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده

قوله: (**لأنه يأخذها، إلى قوله: ويدفع المال**) أقول: قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها.

المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة، وإن استحق بعضه رجع بحصته. وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين. قال: **(وإن ادّعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يردّ شيئاً من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي)** بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع. ولو ادّعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو

الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعي مطلقاً بمعنى المعاوضة ممنوع، فإنه إذا ادعى عيناً وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعي إلى المدعى عليه شيئاً بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً على ما صرحوا به مع أنه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة، لأن في زعم المدعي أن العين الذي ادعاه حقه، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضاً قوله: **(أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي)** قال صاحب النهاية: فإن قلت: كيف صورة البراءة؟ قلت: هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا

غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة. وأجيب بأن المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة، فإذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع، وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده، وإن استحق بعض المصالح عنه ردّ المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه: أي في أصل الدعوى، أما رجوعه عليه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما ردّ الحصة فلخلوّ العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه **(ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن إقرار رجع بكل المصالح عنه)** لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع **(وإن استحق بعضه رجع بحصته)** اعتباراً للبعض بالكل **(وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى)** هذا إذا لم يجر لفظ البيع في الصلح، أما إذا كان أجرى كما إذا ادعى داراً وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فإن المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى، لأن إقدام المدعى عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدعي، إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة **(ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم)** إلى المدعي **(فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين)** أي فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى. قال: **(وإن ادعى حقاً في دار الخ)** هذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها **(ولو ادعى داراً فصالح على قطعة منها)** كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي **(وتقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه)** وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء. وذكر شيخ الإسلام أنه لا تسمع دعواه، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية، ووجهه أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع. وقيل بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعاً، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعي أن يدعي

قوله: **(فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه)** أقول: يعني يبقى العرض في يد المدعي قوله: **(فلا يسترده)** أقول: أي بحسب الاستحقاق قوله: **(ثم استحقت فإن المدعي يرجع)** أقول: صوابه ثم استحق إذ الضمير المستتر فيه راجع إلى العبد.

على دعواه في الباقي. والوجه فيه أحد أمرين: إما أن يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

تقبل. أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك. وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك، فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى، وعن هذا قالوا إن عبداً في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً منه، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه، كذا في الذخيرة إلى هاهنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين، وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعي في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطاً لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعي في الدين، فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار. وأما ثانياً: فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى إنما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتي لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل أيضاً بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فإن المذكور هناك في جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير، تبصر.

البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عيناً أو منفعة. قال المصنف **(والوجه فيه)** أي الحيلة في تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها **(أحد أمرين أن يزيد درهماً في بدل الصلح ليصير عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي)** مثل أن يقول برئت من دعواي في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل. وفي ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعواي أو خصومتي في هذه الدار كان باطلاً وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك. والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لا من الدعوى، وقوله برئت براءة من الدعوى، كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة. ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسألة لأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك، بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً. ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة: وله أن يخاصم فيها بعد ذلك، معناه على غير المخاطب وهو ظاهر، والله أعلم.

قوله: **(ونقل بعض الشارحين عن الواقعات)** أقول: الناقل هو الإتقاني عن الواقعات الحسامية.

فصل

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر. قال: **(والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة**

فصل

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله: **(والصلح جائز عن دعوى الأموال)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه في معنى البيع على ما مر** أقول: هاهنا شيء وهو أن قول القدوري) والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة، فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر، وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيراً من المقيد بلا ضرورة. لا يقال: إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر. لأنا نقول: ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضاً كان معلوماً فيما مر قوله: **(والمنافع)** بالجرّ عطف على الأموال وعن دعوى المنافع، وهو من تمام لفظ القدوري. قال المصنف في تعليله **(لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح)** أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز أن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو آجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول:

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. قال: **(والصلح جائز عن دعوى الأموال)** الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر. وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة، لأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح، وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح. أما الأول: فلقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾

فصل والصلح جائز

قال المصنف: **(والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع)** أقول: يعني إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمعنى الإجارة قال المصنف: **(قال: والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح)** أقول: قال العلامة الإتقاني: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير، والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو آجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الإسقاط، فإن لم يمكن تصحيحه تمليكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصححناه إسقاطاً، وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، ولهذا جاز على خدمة عبد آخر، فلو كان هذا تمليكاً لكان باطلاً لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز، وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصي بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعته ما دام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى.

قال العلامة النسفي في الكافي: والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى. وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل. ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الإتقاني من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس

. . . .

لأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل، بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الإسقاط، فإن لم يكن تصحيحه تمليكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصححناه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، إلى هنا كلامه. فإن الموصى له إذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح. ثم أقول: يمكن أن يقال: إن الموصى له وإن لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تمليكها حكماً من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل، وقد أشار إليه الإمام الإسبيجابي بقوله: وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم، فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا آجر ملكه، فكذا يملك حكماً بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين. قال الإمام النسفي في الكافي: الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من ربّ الدار فجحده أو أقرّ به فصالحه الوارث على شيء جاز، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا الصلح انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا: ونقل ما ذكره الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مرّ، وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى. أقول: المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم، لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا آجر ملكه، فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة. هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة. ثم أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن ما ذكره الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز، وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضاً، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهراً ولبس ثوب شهراً فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوّز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر، والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة. قال في البدائع: فإن كان

ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك: فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع: أي فلوليّ القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف: أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء: أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى وليّ القتيل بإحسان في الأداء، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد. وأما المعنى الآخر وهو مرويّ عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف: أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف: أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان: أي وليؤدّ القاتل إلى غير العافي حقه وافياً غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً،

بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى.

وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي: ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال، والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة، فكذلك لا يملك

فكذا بالصلح، والأصل فيه أن الصلح يجب حمله عل أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن. قال: (**ويصح عن جناية العمد والخطأ**) أما الأول فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه الشيء فاتباع﴾ الآية. قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ها هنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم. ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو. وفي النكاح يجب مهر المثل في

المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا، وموضع المسألة كتاب الإجارات، وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به الإجارات ويفسد بما يفسد به انتهى. وقال في التبيين: إنما يجوز عن المنافع على المنفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس، وإن كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز، لأنه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح. وعند اختلاف الجنس يجوز استجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات فتدبر قوله: (**والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن**) أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شي من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل قوله: (**وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال**) قال الشراح في شرح قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا. ولا ينعكس هذا: أي لا يقال كل ما يصلح بدلاً في الصلح يصلح مسمى في النكاح. فإن هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح ما دون العشرة صداقاً، ولأنه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر انتهى كلامهم. أقول: هنا

فلهذا قال ابن عباس أنها نزلت في الصلح قوله: (**وهو بمنزلة النكاح**) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث إن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا، فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز، لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً، فكذا بدلاً في الصلح وإن صالح على ذلك أبداً لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً لجهالته فكذا بدلاً، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقاً، وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ وبدل الصلح في القصاص ليس

تمليكه من الوارث، بخلاف لفظ الصلح؛ ألا يرى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعي على شيء لم يصر به مقراً حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى، ولو اشترى منه المدعي صار مقراً له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعي انتهى قوله: (**فمن أعطى له الخ**) أقول: من حيئئذ كناية عن الولي قوله: (**فمن عفى عنه**) أقول: فيكون له بمعنى عنه.

قوله: (**ولا يتوهم، إلى قوله: وإن لم يصلح صداقاً**) أقول: لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط، فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل، فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية قوله: (**والجواب أن الصلح على ما يصلح بدلاً عفو ممن له الق**) أقول: فيه نوع مصادرة.

الفصلين لأنه الموجب الأصلي، ويجب مع السكوت عنه حكماً، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك، ولا حق في المحل قبل التملك. أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه. وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه، غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه. وأما الثاني وهو جناية الخطإ فلأن موجبها المال فيصير

إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جناية العمد في صورة أن صالح من صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى. وقال الشراح تفريعاً على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا، فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً فكذا بدلاً في الصلح، ولو صالحه على ذلك أبداً أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخلة سنين معلومة لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح انتهى. أقول: فيه بحث لأن تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح ينافي قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملتزم، فإن صحة التعليل بما ذكروا يبتني على لزوم العكس والتزامه، فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرّض لئلا يصلح صداقاً فإن جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه إلى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر. وقال بعض الفضلاء في حاشيته عن قول صاحب العناية: ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس شرع المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح

كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوّماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن: أي لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما، فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الوليّ ما رضي بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صالح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالاً متقوّماً صار ذكره والسكوت عنه سيين، ولو سكت لبقي العفو مطلقاً، وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر **(وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين)** أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر **(لأنه الموجب الأصلي)** في النكاح **(ويجب مع السكوت عنه حكماً)** قال الله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ وموضعه أصول الفقه. وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً صار كما لم لو يسم مهراً، ولو لم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذا هاهنا. وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً. والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلاً عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته **(ويدخل في إطلاق جواب الكتاب)** وهو قوله ويصح عن جناية العمد **(الجناية في النفس وما دونها وهذا)** أي الصلح عن جناية العمد **(بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق أن يتملك، وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك)** فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام. أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت في المحل فكان صحيحاً **(وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت)** وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح لأن حصته

بمنزلة البيع، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال إنما يتقوّم بالعقد، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين. ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز

ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهراً في النكاح وهذا أمر لا سترة به قوله: **(وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)** أقول: فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، وسيأتي ذلك في الكتاب أيضاً في باب الصلح في الدين. ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطأ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقاً قبل أن يقضي القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل قوله: **(وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها)** أي أن يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة، كذا في الكافي وكثير من الشروح. قال صاحب غاية البيان: وفيه نظر عندي لأنه ضعيف جداً، لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر ا هـ. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر، بل

مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الاعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح **(والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة)** يعني إذا كفل عن نفس رجل جاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح **(ولا يجب المال، غير أن في بطلان الكفالة روايتين)** في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص، وبه يفتي لأن السقوط لا يتوقف على العوض، وإذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه، فإذا رضي أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجاناً **(وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)** ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا، والأول: إما أن يكون منفرداً أو منضماً إلى الصلح عن العمد، فإن كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً والمقدر الشرعي لا يبطل فتردّ الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية، إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة إبطالاً له، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال، ولكنه أشبه النكاح في تقوّمه بالعقد فجاز بأيّ مقدار تراضياً عليه كالتسمية في النكاح، وإن كان منضماً إلى العمد كان كما إذا قتل عمداً وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد، كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير. والثاني: كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح **(ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل**

قوله: **(بل القصاص ليس بمال)** أقول: وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة قوله: **(والثاني كما إذا صالح على مكيل الخ)**.

الزيادة على ما تعين. قال: **(ولا يجوز عن دعوى حد)** لأنه حق الله تعالى لاحقه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها، وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه؛ ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع. قال: **(وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع)** لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلاً للمال لدفع الخصومة. قالوا: ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه. قال: **(وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها جاز)** قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر، وفي بعضها قال: لم يجز. وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها. وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك

يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعاً، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع، ولما جعل خلعاً سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه قوله: **(فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة)** إذ لا يسلم له شي من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج، كذا في الكافي وكثير من الشروح. أقول: لمانع أن يمنع قولهم، إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر، إذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند إثباتها النكاح فجاز أن يعطي الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: يعني أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج: كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى. ويشير إليه قول صاحب العناية: فإن جعل ترك الدعوى منها

ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل) وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل **(فكان ما يعطي عوضاً عن الواجب)** فكان صحيحاً **(بخلاف الصلح)** بالزيادة عليه **(ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين)** ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. قال: **(ولا يجوز عن دعوى حد)** الأصل في هذا الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل. وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال، لأن الحدّ حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام، وإذا ادعت امرأة على رجل صبياً هو بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدّع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبيّ فلا يجوز الاعتياض عنه **(وإذا أشرع رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك)** وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقين؛ وقيد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح **(وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن**

أقول: هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله والأول إما الخ قال المصنف: **(وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها انتهى قال المصنف: **(لأنه حق العامة)** أقول: وفي الكافي بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى.

يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقاً حيث قوبل بغير النافذة قوله: **(فصالحه رجل من أهل الطريق الخ)** أقول: يعني من أهل طريق غير نافذ.

الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح. قال **(وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال)** لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء. قال: **(وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه، وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه جاز)** ووجه الفرق أنّ رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي، أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعاً

فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة، كما إذا مكنت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى؟ قلت: يرد عليه أيضاً أن يقال: وقوع الفرقة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلّم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض؛ ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها

المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث، بخلاف القصاص. قال: **(وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً الخ)** هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود إليه شبهاً، وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وبذلاً للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعاً في زعمه ولا فائدة في إقامتها بعده، وإن كان مبطلاً في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى، وهذا عام في جميع أنواع الصلح، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكاً على طريق الهبة. وفي عكس هذه المسألة وهي ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك، فوقع في بعضها جاز، وفي بعضها لم يجز وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها. ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة **(وإن ادعى على رجل)** مجهول الحال **(أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شبهاً العتق على مال فيجعل بمنزلته لإمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل في الذمة)** ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل **(في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز، إلا أنه لا يثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء)** لأنه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء **(وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً فصالح عن نفسه لم يجز)** سواء كان عليه دين أو لا **(وإن قتل عبد له)** أي للعبد المأذون له **(رجلاً عمداً فصالح عنه جاز)** سواء كان عليه دين أو لا **(والفراق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبي)** أي صار العبد كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لا يجوز فكذا هاهنا **(أما عبده فمن تجارته وكسبه**

قوله: **(والوطء الحرام في جانبها)** أقول: فيه بحث، فإنه لا يكون حراماً إذا كان بالقضاء، وجوابه أن المرأة يجوز أن تعتقد ذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطناً قوله: **(فكان رشوة)** أقول: أي رشوة محضة قال المصنف: **(ولهذا لا يملك التصرف فيه)** أقول: قال في النهاية: أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى. فيه بحث، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس.

استخلاصاً، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه. قال **(ومن غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه)** لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقوّمين فلا تظهر الزيادة. ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبداً وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في

قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما إذا مكنت ابن زوجها، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر قوله: **(أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ)**. قال صاحب العناية: وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي وذكر في الدليل المثل، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها انتهى كلامه. أقول: قد غلط في استخراج هذا المقام، فحمل كلام المصنف على التسامح، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ، وهذا غير متصوّر في القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصوّر في المثليات، وليس مراد المصنف به ذلك قطعاً، بل إنما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصوّر في القيميات أيضاً وإن لم

وتصرفه فيه نافذ بيعاً فكذا استخلاصاً، و) تحقيق **(هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه)** فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه **(وهذا)** أي الصلح **(كأنه شراءه وهو يملك ذلك)** بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً فصالح عن نفسه جاز. وأجيب بأن المكاتب حرّ يداً واكتسابه له، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لوليّ القتيل أن يقتله بعد الصلح، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو، ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفاً وإن لم يصح في حق المولى، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء ما لم يعتق، فكذا هذا. قال: **(ومن غصب ثوباً يهودياً الخ)** يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودي وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيمياً معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة، وقالا: يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالباً، وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي، فإن الصلح عن كرّ حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا، ولكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم بيع الكالىء بالكالىء، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على الطعام موصوف في الذمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع. والأصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة إن كان قائماً، وتقديراً إن لم يكن عند أبي حنيفة، وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم الدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما

قوله: **(ولهذا كان له الخ)** أقول: الضمير في قوله له راجع إلى الولي قوله: **(وهذا: أي الصلح كأنه شراؤه الخ)** أقول: فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه قوله: **(يؤاخذ به بعد العتق)** أقول: قوله يؤاخذ به صفة أخرى.

مثله صورة ومعنى، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. قال: **(وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل)** وهذا بالاتفاق، أما عندهما فلما

يتصور حق الأخذ إلا في المثليات، لأن وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به، ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال: والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكماً فيجوز بالغاً ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكماً لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل. والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى. والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة؟ ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله إن تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى. أقول: عذره أقبح من ذنبه، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسألة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسألتين في الحكم شيئاً، بل هو هاهنا في مقام الاستدلال

لم يتقرر حقه في ضمان القيمة، حتى لو كان عبداً واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه، ولو كان آبقاً فعاد من إباقه كان مملوكاً له، وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد، ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائماً. والثاني أن الواجب على الغاصب ردّ العين لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» فهو الأصل في الغصب، وإنما تجب القيمة عند تعذر ردّ العين لتقوم القيمة مقام العين، وكان ذلك ضرورياً لا يصار إليه إلا عند العجز، فإذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي، وذكر في الدليل المثلي فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها. ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل إلى القيمة إلا بالقضاء، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز، ولو كان بدلاً عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز. وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالاً جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الدية لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول. وعورض دليل أبي حنيفة بأنه لو باع عين الغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز، فلو كان

قوله: (وفي كلام المصنف تسامح، إلى قوله: إنما هو في المثليات) أقول: وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى، إذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص، وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية انتهى. وبه يندفع ما ذكره الشارح، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل.

بينا. والفرق لأبي حنيف رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها **(وإن صالحه على عروض جاز)** لما بينا أنه لا يظهر الفضل، والله أعلم بالصواب.

على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته، فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القيمى وكون الدليل مخصوصاً بالمثلى كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام، ولا تجدي الإشارة إلى أمر أجنبي عن الصدد نفعاً كما لا يخفى.

بمنزلة القائم حكماً لجاز. وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال. وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله: **(وإذا كان العبد بين رجلين الخ)** ظاهر، والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله ﷺ «ومن أعتق شخصاً من عبد بينه وبين شريكه قوّم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسراً أو يسعى العبد».

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه، والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية: لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرّع، واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية. أقول: إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركاً لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً. فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره، وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك. بقي شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به. والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع إلى معنى التوكل وهو تصرف للغير. فإن قلت: فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للمفعول. قلت: فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الإيماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك، تأمل فإنه معنى لطيف قوله: **(والمال لازم للموكل)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الأقطع: والمال لازم على الموكل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها. واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال: والمال لازم للموكل: أي على الموكل كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها انتهى. أقول: لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى «على» لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء، يقال لزمه ولزم به، ولا تتعدى بعلى، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط، فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقحامها لتقوية العمل، فالمعنى والمال يلزم الموكل، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب، بخلاف قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] لأن اللام في «فلها» هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى، فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف قوله: **(وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ)** قال صاحب النهاية: وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسألة،

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع. قال: **(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه الخ)** ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه: أي عمن وكل في رواية المصنف. وروي غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمنه. المال لازم للموكل: أي على الموكل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قوله: **(وهو المراد بالتبرع بالصلح)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(لم يلزم الوكيل ما صالح عنه)** أقول: أي عمن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف: أي ما صالح عليه عن الموكل قوله: **(وروى غيره)** أقول: يعني الأقطع.

فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل. قال: (**وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمنه تم**

فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء، وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار: ولو ادعى رجل في دار رجل حقاً فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره، إلى أن قال: ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى. واقتفى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسألة، بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار. أقول: يمكن أن يقال: يستغنى عنه بما ذكره المصنف، فإن قوله أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع، فترجع الحقوق إلى لوكيل من تتمة تأويله، ومقصوده منه تعميم جواب المسألة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم، كأنه قال: وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسألة. وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق

كما في قوله تعالى ﴿وإن أسأتم فلها﴾ أي عليها، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة. قال المصنف (**وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه، لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل**) وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على إطلاق جواب المختصر. وقال صاحب النهاية ما معناه: إنه لا بد لتأويل المسألة من قيد آخر، وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار، فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع الخصم. قال: (**وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ**) وإن صالح عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: ووجه ذلك أن الفضولي عند الصلح على مال، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول، والثاني أما إن أضاف المال إلى نفسه أو لا فالأول هو الوجه الثاني، والثاني إما أن يسلم المال المذكور أو لا فالأول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع. ولكن يردّ وجهان آخران، وهو أن يكون المال المذكور خالياً عن الإضافة إما معرفاً أو منكراً، وكل منهما أما إن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف، ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر. أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن ثم الصلح، لأن الحاصل المدعى عليه ليس إلا بالبراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط، وفي حق البراءة الأجنبي والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى، ومثله لا يخص بأحد فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفوضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعاً على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي: أي لا يصير الدين المدعي به ملكاً للمصالح وإن كان المدعي عليه مقراً، وإنما يكون ذلك للذي في يده: يعني في ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لا بطريق المبادلة، فإذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك، ولا فرق في هذا: أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما إذا كان الخصم مقراً أو منكراً. أما إذا كان منكراً فظاهر لأن في زعمه أن

(**وقوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات**) أقول: الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات قوله: (**وإن كان فيها**) أقول: الضمير في قوله فيها راجع إلى المعاوضات.

الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها هو والأجنبي سواء فصلح أصيلاً فيه إذا ضمنه. كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرّعاً على المدعى عليه كما لو تبرّع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي، وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً **(وكذلك إن قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها)** لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح **(وكذلك لو قال عليّ ألف وسلمها)** لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده **(ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل)** لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضفه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته. قال العبد الضعيف عصمه الله: ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله. ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء. بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله، والله أعلم بالصواب.

تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعاً في غير ذلك، كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما، وإذ قد تقرّر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسألة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وإنما هو معاوضة في حق المدعي، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بمال، وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال. ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر تفكر.

لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقراً فبالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعي به عيناً والمدعى عليه مقراً، فإن المصالح يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره. ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر، خلا أن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ. وقال بعضهم: هو بمنزلة قوله صالحني على ألفي ينفذ على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف عن إجازة المدعى عليه، فإن أجاز جاز وإن ردّ بطل، وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب. ذكره في الذخيرة، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم.

قوله: **(فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان)** أقول: فيه شيء، والظاهر أن يقول في هذا الصلح قوله: **(صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان)** أقول: يعني فلاناً الأول، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش.

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه

باب الصلح في الدين

قوله: **(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه)** أقول: فيه كلام، وهو أن كلية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل المعاوضة مسلمة، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على إنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدراً ووصفاً، كما إذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه، صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما، وليس فيه إسقاط شيء قط، وعن هذا قال في الوقاية: وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذا لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى. ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعي لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعي. قال صاحب النهاية: وهاهنا ينبغي أن يزاد في لفظ الرواية قيد آخر، وهو أن يقال: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر إن كان مؤجلاً بطل الصلح وإلا فلا، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز. والبخية: اسم لما هو أجود من السود، ولكن كل منهما من جنس الدراهم، وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف، فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة، وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه. وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل، لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف. أما الأول فلأن البخية

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم. قال: **(وكل شيء وقع عليه الصلح)** بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه **(بعقد المداينة لم يحمل)** الصلح **(على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقي)** وقيد بعقد المداينة وإن كان حكم الغصب كذلك حملاً لأمر المسلم على الصلاح **(كمن له على آخر ألف درهم)** جياد حالة من ثمن متاع باعه **(فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى، وللبعض والصفة في الثانية. ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح)** ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقي، كما إذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح، لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة، إذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا

باب الصلح في الدين

استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرّف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى وللبعض، والصفة في الثانية **(ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق)** لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير **(ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز)** لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا

أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود، وإنما المستحق به السود لا غير. وأما الثاني فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال: وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل **(قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا)** أقول: لقائل أن يقول: إنما يفضي إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضاً عن مجموع الألف المدعي، وأما إذا جعل عوضاً عما يساويه من بعض المدعي وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانه فلا إفضاء إلى الربا، فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب **(قوله ومن له على آخر درهم)** فقال: أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قال صاحب العناية: قيل معناه: فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه فأدّى إليه ذلك فهو بريء من الباقي انتهى. أقول: لا يذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول، لأن عود الألف إليه يقتضي تحقق البراءة عنه أو لا، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضاً بأنه لا شك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غداً متحققة أوّلاً، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غداً ففيما إذا لم يدفع ذلك إليه غداً يصح أن يقال عاد إليه الألف نظراً إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل، فإن نصف الألف قد خرج ملكه خروجاً موقوفاً على أداء نصفه الآخر إليه غداً، فإذا لم يؤد إليه ذلك غداً عاد إليه الألف كما كان، وأما جعل العود مجازاً عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة **(قوله إلا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة)** قلت: الباء بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا، فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال: أي في المعنى، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء

يخرج عن أحد هذين الوجهين، وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز **(وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة)** فإنه لا يمكن حمله على الإسقاط **(لأن المعجل)** لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاؤه لبعض حقه وهو **(خير من النسيئة)** لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين **(و)** صفة **(التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام)** روي أن رجلاً سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك، ثم سأله فقال: إن هذا يريد أن أطعمه الربا. وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل، فحقيقة ذلك أولى بذلك **(ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز، ولو كانت بالعكس جاز)** والأصل أن المستوفي إذا كان أودن من حقه فهو إسقاط كما في العكس، وإن كان أزيد قدراً أو وصفاً فهو معاوضة **(لأن الزيادة غير مستحقة له)** فلا يمكن جعله استيفاء **(فيكون معاوضة**

قوله: **(فيحمل على التأخير)** أقول: بالنصب.

يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح **(ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز)** لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطّه عنه، وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام **(وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز)** لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفاً فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كله قدراً ووصفاً، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم فقال أدِّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعود عليه)** لأنه إبراء مطلق؛ ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة عليّ وهي للمعاوضة،

انتهى. فكأنه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فاحتاج إلى التكلف، وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك **(قوله والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه)** قال صاحب العناية في شرحه: والأداء لا يصلح عوضاً لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء قوله، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة. أقول: ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شيء في جانب الدائن، والبراءة إنما تستفاد في جانب المديون، وحدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، فإذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتمّ المطلوب قوله: **(أو لأنه متعارف)** قال صاحب العناية: قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على الشرط لأحد معنيين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف. أقول: فيه نظر، لأن المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط، لأنها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز. ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفاً لا يجدي مناسبة بينّ ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز. نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له، لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصوّر إلا بكونه علة مصححة للتجوز كالأول وليس فليس. ثم أقول: الأقرب إن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفاً على الأقرب وهو قوله تصحيحاً لتصرفه، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون

الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل: إذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم بخية [1] نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا صالح)** على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض في المجلس وحاصله أن الجودة إذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسألة الأولى فإنها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا، وأما إذا لم يقع فذلك صرف والجيد والرديء فيه سواء يدا بيد **(ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لأنه أمكن جعله إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة)** إن كانت حالة وإسقاطاً لذلك **(وتأجيلاً لباقي)** إن كانت موجلة **(تصحيحاً أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم)**

قوله: **(كما في العكس)** أقول: ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس.

والأداء لا يصح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

معطوفاً على ما ذكره صاحب العناية؛ فمعنى كلام المصنف: فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف، فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحاً لتصرفه، وقوله أو لأنه متعارف بياناً للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى **(قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن لا يتعلق به كما في الحوالة)** قال صاحب العناية: قوله كما في الحولة متعلق بقوله فيفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى. أقول: لا يخفى على ذي مسكة أنّ جعل قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقاً بما يتصل به وهو قوله والإبراء إنما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به، وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة: يعني أن البراءة مما يتقيد مما يتقيد كالحوالة، لأن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة. وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام: والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى. وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحداً ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة

لأن مبنى الصلح على الحطيطة والحط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم الخ)** ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه: فأدّى إليه ذلك غداً فهو بريء من الباقي، فإن لم يدفع إليه غداً خمسمائة عاد الألف كما كان في قوله أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيده، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على، والأداء لا يصلح عوضاً، لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء عوضاً مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً وهو لا يعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته: أي عند فواته، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلي وموضعه أصول الفقه، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة: أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط قوله: (أو

قوله: **(ففعل فهو بريء، قيل معناه فقبل الخ)** أقول: فالفعل مجاز عن التزامه في الدين قوله: **(ويجوز أن يكون معناه، إلى قوله: عاد الألف)** أقول: فيكون العود مجازاً عن البقاء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول، ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد قوله: **(حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على)** أقول: أي في المعنى، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء قوله: **(والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء)** أقول: فيه شيء، بل يستفاد به البراءة. والأظهر لم يستفد بشيء، ثم قوله والأداء مستحق عليه: معناه في كل وقت قوله: **(فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء الخ)** أقول: الأولى أن يقال المراد وجوده لفظاً قوله: **(يعني أن حمل كلمة على، إلى قوله: متعارف)** أقول: تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الأول، والأقرب أن يجعل عطفاً على قوله تصحيحاً لتصرفه.

فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه أو لأنه متعارف، والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة، وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى. قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه: أحدها ما ذكرناه. والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إليّ غدا فالألف عليك على حاله. وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به. والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أوّلاً، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث أنه

متعلقاً بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية. والعجب منه أن ما صوّره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة. ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيداً بشرط كان كالحوالة، وقوله فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله والإبراء مما يتقيد بالشرط، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال: يعني إن الإبراء لما كان فائتاً بفوات الشرط كان كالحوالة فإنها تفوت بفوات شرط السلامة، على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله، تبصر ترشد قوله: **(قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه)** قال صاحب النهاية: أي وجوه خمسة: فوجه الحصر فيها هو أن ربّ الدين في تعليق الإبراء ببعض الدين لا يخلو إما أن بدأ بالأداء أم لا، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أم لا، فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أم لا، فإن بدأ فالوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أم لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه. وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضاً نقلاً عن صاحب النهاية. أقول: فيه إشكال، أما أولاً فلأنه جعل الوجه الثاني قسماً مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة، وأما

لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على على شرط لأحد معنيين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً لإبراء الباقي، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فصار كما لو قال: إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا قوله: **(والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لا يحتمل التعليق به)** جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أديت أو متى أديت أو إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً؟ ووجهه أنهما متغايران لفظاً ومعنى. أما لفظاً فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك. وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط، وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط، والفقه في ذلك أن في الإبراء معنى الإسقاط والتمليك. أما الأول: فلأنه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص. وأما الثاني: فلأنه يرتدّ بالرد كما في سائر التمليكات، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط، وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام. والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان. فقلنا: لا يحتمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التمليك، وذلك إذا كان بحرف الشرط، ويحتمل التقييد به عملاً بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيداً بشرط والمقيد به

قوله: **(وإن ذكره فهو الوجه الثاني)** أقول: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة، فلا معنى لجعله قسماً مما بدىء فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاده مع ما بدىء فيه بالأداء حكماً فليتأمل.

لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا، والرابع إذا قال أدّ إليّ خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يؤقّت للأداء وقتاً. وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراد مطلق، لأنه لما لم يؤقّت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً، بخلاف ما تقدّم لأن الأداء في الغد غرض صحيح. والخامس

ثانياً فلأنه جعل الوجه الرابع قسماً مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى. ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية. أما عن الأول فبأن يقال: إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى، لأن حاصل معناه أدّ إليّ غداً خمسمائة من الألف وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إليّ غداً فالألف عليك على حاله، فالمراد بأن بدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسألة ويمتاز عن سائر وجوهها. ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه. وأما المصالحة فإنها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح. وأما عن الثاني فبأن يقال: ليس المراد بالبدء بالأداء في وجه الحصر البدء بالأداء المطلق، بل المراد به البدء بالأداء المؤقت. ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالأداء المؤقت، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم. وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسماً مما بدىء فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً فليتأمل انتهى. أقول: ليس هذا الجواب بشيء لأن اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدىء فيه بالأداء، إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات، كيف ولوجاز جعل الوجه الثاني مما بدىء فيه بالأداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدىء فيه بالأداء وهو الوجه الأول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضاً، فلم يظهر وجه لجعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين قوله: (**بخلاف ما**

يفوت عند فواته كما مر قوله: (**كما في الحوالة**) متعلق بقوله فيفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل. وقوله: (**وستخرج البداءة بالإبراء**) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء. وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية. قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة: إن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما إن بدأ بالأداء أو لا، فإن بدأ به فلا يخلو، إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أولاً، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أولاً، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أو لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس. أما الوجه الأول: فقد ذكرناه، والوجه الثاني: ظهر مما تقدم، والثالث: وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أوّلاً لا يزول بالشك، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقاً ثم بذكر ما بعده وقع الشك، لأنه إن كان عوضاً فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق، وإن كان شرطاً يقيد به وزال الإطلاق، فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أوّلاً، وفي عكسها عكس ذلك. والرابع: وجهه أنه إذا لم يؤقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجباً في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض، وهو غير صالح لذلك كما تقدم. والخامس: تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحاً (**ومن قال لآخر لا أقرّ لك بما لك عليّ حتى تؤخره عني أو تحط عني بعضه ففعل**) أي أخر أو حط (**جاز عليه**) أي نفذ هذا التصرف على ربّ الدين فلا يتمكن من المطالبة في

قوله: (**فإن لم يبدأ فالوجه الرابع**) أقول: فيه بحث، لأن الوجه الرابع مما بدىء فيه فالأداء فكيف يجعل قسماً مما لم يبدأ به؟ لا يقال جعله قسماً منه بناء على أنه لا يتغير الجواب إذا لم يبدأ به بل بدىء بالإبرء لأن الوجه الثاني أيضاً كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشي، والله أعلم.

إذا قال إن أدّيت إليّ خمسمائة أو قال إذا أدّيت أو متى أدّيت. فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً، وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به. قال: **(ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه)** لأنه ليس بمكره، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ به.

إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول: فيه بحث، لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة محمد رحمهما الله في الوجه الأول، لأنه كما لا يثبت الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضاً فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه، إذ لم يثبت تقييده به أولاً هناك كما ثبت إطلاقه أولاً في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك، بل إن أخذ التقييد هناك فإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء، وإذا كان الأداء متردداً بين ما يقتضي الإطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هاهنا كان تقييده بالشرط مشكوكاً غير ثابت، وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيداً بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق.

الحال إن أخر وأبداً إن حط **(لأنه ليس بمكره)** لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف. لا يقال: هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر، لأن تصرف المضطر كتصرف غيره، فإن من باع عيناً بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذاً **(ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ)** المقرّ **(بجميع المال)** في الحال.

فصل في الدين المشترك

قال: (**وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار، إن شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين**) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق

فصل في الدين المشترك

أخر بيان حكم المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد قوله: (**وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهم شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض**) قال في النهاية: وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوباً ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى. أقول: فلقائل أن يقول: إذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين مخالفاً لأخذ أحدهما ثوباً بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما إذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين وبين مسألة الكتاب، فلم يظهر لجعل الأولى أصلاً للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضاً في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك قوله: (**وله حق المشاركة**) قال بعض الفضلاء: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى. أقول: بل الحق إقحام لفظ الحق، لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء، وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة، وإنما له حق المشاركة فيه، فلو أسقط لفظ الحق هاهنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعاً لذلك التوهم قوله: (**ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه**) قال الشراح قاطبة: هذا استدراك جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر. أقول: نعم كذلك، لكن يرد عليه أنه وإن تم جواباً عن ذلك السؤال إلا أنه مناف لما تقرر آنفاً من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض، لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا

فصل في الدين المشترك

أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لأن المركب يتلو المفرد. قال: (**وإذا كان الدين بين الشريكين الخ**) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما، لأنّ الدين ازداد خيراً بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيضير

فصل في الدين المشترك

قوله: (**بنصفه**) أقول: يعني بنصف الدين قوله: (**إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه الخ**) أقول: إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار.

قال صاحب النهاية والإتقاني: الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ا هـ والظاهر من تقرير الكافي أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال: إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين ا هـ. فتأمل في الترجيح. وفي الكافي: استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف

على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك. إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب: له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك. قال: (**ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض**) لما قلنا (**ثم يرجعان على الغريم بالباقي**) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة. قال: (**ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين**) لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرّر به فيتخير القابض كما ذكرنا، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء

عينه، ولما قال وقد قبضه بدلاً عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلاً عن المشترك بينهما، كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصوّر أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلاً عنه فتأمل. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الأقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال: لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع، لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح، وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه النصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على

كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك، فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر. أجاب بقوله لكنه: أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته، وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجباً بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك. وقيد الصفقة بالوحدة احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك. قال صاحب النهاية: ثم ينبغي أن لا يكتفي بقوله إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته. ولما فرغ من بيان الأصل قال: (**إذا عرفنا هذا**) ونزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم، لأنهما لما اشتركا

الثوب، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب، ويجوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه، والأحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اهـ قال المصنف: (**وله حق المشاركة**) أقول: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لاحقها.

بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين. وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه، فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن

الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى. فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلاً من حقهما معا لا من حق القابض فقط قوله: **(والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين)** هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع؟ فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود، كذا في عامة الشروح. قال صاحب النهاية بعد ذلك: فإن قيل: في هذا الجواب ورود سؤال آخر، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصلح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز قصداً، أما ضمناً فجائز، وهاهنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة، انتهى كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية. وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه: وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى. أقول: في تحرير قول صاحب العناية قصور، فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة، إذ لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضاً بناء على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلاً، ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة. ثم أقول: لا احتياج عندي هاهنا إلى التشبث بجواع القسمة قبل القبض ضمناً، إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلاً، لأنه إن لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة، لا يقال: تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال: قسمة الدين قبل القبض قصداً غير لازمة، وأما ضمناً فلازمة ولكنها جائزة لأنا نقول: تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية، فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمناً هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضاً فلزم أن لا يضمنه ربع الدين، وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصداً ولا ضمناً كما قررناه قوله: **(وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا، لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه**

في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة. قال: **(ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ)** ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملاً: أي من غير حطيطة وإغماض، لأن مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم الإغماض والحطيطة، بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك، فلو ألزمناه في

قوله: **(أجاب بقوله والاستيفاء الخ)** أقول: فيه تأمل.

يشارك القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض، ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام، ولو أخّر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق، ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراها

حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان حق الشريك الساكت باقياً في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلاً غير معقول المعنى. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال: الأصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فالمقبوض من النصيبين، لأنا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز. والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة، ولأن لقسمة فيها معنى التمليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في يد الآخر، وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل. قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل. أقول: فيه نظر، لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة، وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً قوله: **(ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض)** أقول: فيه شيء، وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز، وليس هاهنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع، اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة عقد أو شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضاً قوله: **(ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض. ولقائل أن يقول: بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا؟ فإن تميز بطل قولكم، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين

الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير بقابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه، وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده. فإن قيل: هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض؟ أجاب بقوله: **(والاستيفاء بالمقاصّة بين ثمنه وبين الدين)** يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لا تنافي ذلك، لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود. وإذا ظهرت المقاصّة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها، وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه **(وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا)** من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه **(لأن حقه في ذمة الغريم باق، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه)** لئلا ينقلب ماله عليه فإنه خلف باطل **(فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض)** في الفصول الثلاثة **(لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)** كما إذا مات المحال عليه مفلساً فإن المحتال يرجع على المحيل لذلك، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل

شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض، وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، والتزوج به إتلاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جناية العمد. قال: (وإذا كان السلم

لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد جوّزوا إبراء أحدهما عن نصيبه، وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب الثاني بحث، لأن عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني، لأن حاصله نقض ما ذكر في الجواب الأول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة الإبراء أيضاً، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة لتأخير لاستلزامها في صورة الإبراء أيضاً، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين، لأن القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتميز عن الآخر، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصوّر فلا قسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير، كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصوّر حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر قوله: (**وكذا الصلح عليه عن جناية العمد**) قال في النهاية ومعراج الدراية: قيل إنما قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقاً فقال: ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى. وقال في العناية بعد ذكر ما فيها: وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه إن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا ساقط جداً، لأن العاقلة إنما لا تعقل الأرش الذي يجب الصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات، ولا يكون ذلك إلا في الصلح عن جناية العمد، وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرش قد يلزم العاقلة بجناية الخطأ ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني، ففي مثله إذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء، إذ

الدين المشترك فأقرّ بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (**ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام**) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة (**ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف**) خلافاً لهما، قال صاحب النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتاً بالإبراء المطلق، وقالا: يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا، فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه

قوله: (**والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ**) أقول: اختيار للشق الثاني، ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين قوله: (**فإن قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ**) أقول: ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه قوله: (**وأجيب بأن القسمة تقتضي الخ**) أقول: ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل قوله: (**لزم ما ذكرتم**) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين قوله: (**فلا نسلم أنها الخ**) أقول: لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه.

بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز الصلح) اعتباراً بسائر الديون. وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه. ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين،

الأرش لم يلزمه حتى يكون مقتضياً له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراده مما أورده ذلك الرادّ. ثم أقول: بقي كلام فيما قاله صاحب العناية. أما أولاً فلأن القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضياً لشيء، إذ قد كان مقتضياً لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة. وأما ثانياً فلأن ما ذكره إنما يقتضي إطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد، فإن المصالح إذا لم يكن مقتضياً لشيء لزم أن يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل قوله: **(ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر)** يعني أنه لو جاز، فأما إن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتميز ولا تمييز إلا بالقسمة واللازم باطل، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلق الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف، وأما ثانياً فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا تجوز إذا كانت قصداً، وأما إذا كانت ضمناً فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل، وفي الشق الأول من الترديد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم قوله: **(ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه)** قال صاحب العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة:

فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة. لا يقال: لو كان القسمة أمراً وجودياً لزم ما ذكرتم، وإنما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدمي، فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين. لأنا نقول: القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر، وذلك يقتضي وجودهما لا محالة، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية **(ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً فهلك في يده فهو قبض)** لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه داراً وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه، لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها **(وكذا الإحراق عند محمد خلافاً لأبي يوسف)** وصورته: ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجماع. لمحمد رحمه الله أن الإحراق إتلاف لمال مضمون فكان كالغصب، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضياً. ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض، لأن الإحراق إتلاف فكان هذا نظير الجناية، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء، فكذا إذا جنى بالإحراق، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئاً مضموناً يقبل الشركة فإنه يملك به البضع، وإنه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية. وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوّج وإن كان بالنصيب لفظاً فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للأول فيتحقق القضاء

قوله: **(فيتحقق القضاء والاقتضاء)** أقول: أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل قوله: **(لأن الأرش قد يلزم العاقلة الخ)** أقول: فيه أن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء.

وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه. قالوا: هذا إذا

واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، انتهى كلامه. أقول: لمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضاً فيما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه، والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها. ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز

والاقتضاء، والصلح على نصيبه بجناية العمد إتلاف كالتزوّج به لأنه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة بل أتلف نصيبه. قيل وإنما قيد بقوله عمداً لأنه في الخطأ يرجع عليه، وأطلق في الإيضاح فقال: ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء. قال: **(وإذا كان السلم بين شريكين الخ)** إذا أسلم رجلان رجلاً في كرّ حنطة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من السلم مشتركاً بينهما وإن لم يجزه فالصلح باطل. وقال أبو يوسف: جاز اعتباراً بسائر الديون، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا **(وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه)** بجامع أن هذا الصلح **(إقالة وفسخ لعقد السلم)**. ولأبي حنيفة ومحمد وجهان: أحدهما أنه لو جاز فإما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره، بخلاف شراء العين فإنا إذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة. واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه إنما صار واجباً بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه. والثاني: أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما، وإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه. واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصّان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضيبأمثالها وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب **(قالوا)** أي المتأخرون من مشايخنا **(هذا)** الاتلاف بين علمائنا إنما هو **(إذا خلطا رأس المال)** وعقدا عقد السلم، وأما إذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاتلاف أيضاً وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطاً أو غيره وقال آخرون: هو على الافاق في الجواز، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال، ومنشأ اختلاف

قوله: **(رجع المصالح الخ)** أقول: إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح.

خلطا رأس المال، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق.

لشاركه في المقبوض في صورة الإقامة في العين بناء على جواز تفرّد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف، بخلاف شراء العين، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها، تأمل تقف.

المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمداً ذكر الاتلاف في البيوع مع ذكر الخلط، وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق. وقيل وليس بسديد: لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا.

قوله: (وقيل ليس بسديد) أقول: القائل هو الخبازي نقلاً عن الأوضح.

فصل في التخارج

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه بيعاً. وفيه أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج، ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم، وإنما أخره لقلة وقوعه، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة قوله: **(وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار**[1]**)** قال في غاية البيان: والأصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث. وقال محمد أيضاً: حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث، وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث، وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير، إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال: وهي تماضر كان طلقها في مرضه، فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر، وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم. ووجه تأخيره قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه. وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به، وله شروط تذكر في أثناء الكلام، وتصوير المسألة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة. قال: **(وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهما الخ)** وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضاً جاز قل ما أعطوه أو كثر، وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره، وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيعاً والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن، ولم يصح جعله إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح. فإن قيل: لو كان بيعاً لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع. أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع، وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفضي إلى المنازعة فصار كمن أقرّ أنه غصب من فلان شيئاً

فصل في التخارج

قوله: **(ووجه تأخيره قلة وقوعه)** أقول: ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت قوله: **(وقيد بذلك الخ)** أقول: أشار بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقاراً الخ قوله: **(صالحوها)** أقول: الضمير في قول صالحوها راجع إلى إحدى نساء قوله: **(وهي تماضر، إلى قوله: ولم يفسر ذلك في الكتاب)** أقول: هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار، ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط.

(١) موقوف حسن. لكن ليس فيه لفظ صالح. وإنما صوابه!
ورّث. هكذا رواه غير واحد. وتفرد محمد بذلك كما يأتي فقد أخرجه ابن سعد في الطبقات ٨/٢١٩ عن الزهري عن طلحة بن عبد الله أن عثمان ورّث تُماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن، وكان طلقها في مرضه تطليقة، وكما آخر طلاقها.
وروي من وجه آخر عن نافع وسعد بن إبراهيم قالا: فذكر بنحوه وفيه: ورّث.
وأخرج البيهقي ٧/٣٦٢ من طريق الشافعي عن مالك عن الزهري عن طلحة بن عبد الله بن عوف. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف به. وإسناد جيد بمجموعة مشرقة. وكلهم يذكر لفظ: ورّث.
تنبيه: ولفظ صالح روى محمد بن الحسن كما يأتي بعد أسطر لابن الهمام.

عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. قال: **(وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك)** لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرّاً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح **(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير**

ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً. وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات. وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين، وفسر الثمانين بالدينار. إلى هنا لفظ غاية البيان، وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار قوله: **(وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا)** أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي أيضاً لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل، كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب. أقول: عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظور فيه عندي، لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلاً إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب. فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن. فإن قلت: قد مرّ في الكتاب أنه لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسألة، فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح

واشتراه من المقرّ له جاز وإن لم يعلما مقداره. وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان. وهو ما روى محمد ابن الحسن عمن حدّثه عن عمرو بن دينار إن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه، ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب. وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير أن الوارث الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً لكونها في يده يكتفي بذلك القبض: أي القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبضان بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس. فأما إذا كان الذي في يده

وأراد بالكتاب المبسوط. وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية، ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض؛ ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه قال المصنف: **(وإذا كان في التركة، إلى قوله: فالصلح باطل)** أقول: قال الكاكي: أي في الكل في العين والدين، أما في الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في العين فلاتحاد الصفقة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسألة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا سلم حنطة في شعير أو زيت حيث قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد الكل، وهذا مما يحفظ. وفي الكافي: قيل هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى.

ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف. قال: **(وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل)** لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح **(وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز)** لأنه إسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز، وهذه حيلة.

هاهنا. قلت: قد مرّ أيضاً في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية، وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح. وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان أيضاً اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح. وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب، فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى. قال الحاكم أبو الفضل: إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق، وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن الإمام المناكرة المعطى يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يتمكن الربا، كذا في الذخيرة والتتمة، ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية. وقال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصادق، أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطاً. ثم قال الإمام الإسبيجابي: والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى. وهكذا نقل عنه في غاية البيان. وقال الإمام فخر الدين قاضيخان في فتاواه: قال الحاكم الشهيد: إنما يبطل لصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصادق، أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح، ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ لا يكون بدلاً لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه. أقول: في الوجه الذي ذكره قاضيخان إشكال، لأن عدم كون المأخوذ بدلاً في حق الدافع ظاهر مسلم، وأما عدم كون ذلك بدلاً في حق الآخذ فممنوع. فإن قلت: إنما لا يكون المأخوذ بدلاً في حق الآخذ أيضاً لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه. قلت:

بقيتها مقرّاً فإنه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح **(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة)** فإن كان مساوياً لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم، وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة، ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر، ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر. وقيل ببطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق، أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا **(ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً)** قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا،

فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الإسلام خواهر زاده فليتأمل. ثم إن عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل.

الجواز، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرّعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة. والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين. ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين

الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصادق أيضاً بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً، وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصادق. نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معاً بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان، والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل قوله: **(وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)**لعدم رجوعهم على الغرماء، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة. وقالوا في سائر الشروح: أما في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية: هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى. أقول: قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد، وقد يكون في نقده وتعجيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه، وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل، فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها، ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معاً بعدم رجوعهم على الغرماء، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الأولى، ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين، فقول ذلك القائل في الردّ عليهم، إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع. واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال: والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى. ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال: الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرىء المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لا أن حصته تصير لهم، انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة. فإن قيل: إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة. قلنا: إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تضير لهم، فقوله لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة. ثم إن صاحب الإصلاح

ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً. قال: **(وإذا كان في التركة دين على الناس الخ)** وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً، أما في الدين فلأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح، وأما في العين فلاتحاد الصفقة. والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز

قال المصنف: **(وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)** أقول: قال في الكفاية: لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى. هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم بالنسيئة في الصورة الثانية، إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل قوله: **(وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم)** أقول: فيه بحث.

وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز لاحتمال الربا، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذ المصالح عنه عين.

والإيضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام: وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع. وقال في حاشيته: فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، إذ لا يخفى على الفطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذاك؟ فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله: **(ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا)** بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل، وهكذا في الذخيرة أيضاً. أقول: فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا، إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح، ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب، كما إذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا. فالحق في البيان هاهنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح أقل من نصيب المصالح يكون ربا انتهى. فإنه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون، وكأن صاحب الكافي تنبه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل: لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية، ولكن الأوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفاً لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى قوله: **(وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة)** لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة، كذا في العناية، وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح. وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية: فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل، فيه بحث. أقول: لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فإنهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد، ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، فإن هذا الاحتمال احتمال جانب

(وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرّعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة **(والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا)** وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل **(وقيل يجوز)** وهو قول

والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً.

الصحة قطعاً. كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته تأمل تقف. ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسألة على ما ذكر في الكتاب قال: ولقائل أن يقول: حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه. أقول فيه نظر، أما أولاً فلأنه لا احتياج هاهنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً، إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسألتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال: إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ، وأخراهما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثير. وأما ثانياً فلأن التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله إن كان في التركة قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مفصلاً ومدللاً، وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً يجوز الصلح قطعاً كما مر أيضاً مستوفوى. وأما ثالثاً فلأن مسألتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جداً، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة، فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسألة هكذا، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز، وقيل يجوز. وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك في هذا القائل في هذه المسألة هكذا. وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى. فكيف يتصوّر في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة، فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة.

الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والإبراء عن العين لا يجوز، وإذا كان بيعاً كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فما ثمة احتياج إلى التسليم حتى يفضي إلى النزاع، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك، وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغرقاً أو غيره؛ ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يتملك التركة، وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وأما القسمة فقد قال الكرخي إنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً. وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه. ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفياً للضرر عن الورثة، والله أعلم.

قوله: (أكثر مما أخذ أو أقل) أقول: فيه بحث.

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ سمي بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، وهي مشروعة للحاجة إليها، فإن الناس بين غنيّ بالمال غبيّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه، فمست

كتاب المضاربة

قد مرّ وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار. والمضاربة في اللغة: مفاعلة، من ضرب الأرض إذا سار فيها، قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠]. يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح. وفي الشريعة: عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب. وقال صاحب النهاية: ومن يحذو: هي حذوه في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا. أقول: فيه فتور، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه. وركنها الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها، مثل أن يقول ربّ المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أنّ ما رزق الله فهو بيننا على كذا، ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى. وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل. قال في العناية: وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك ا هـ. أقول: فيه قصور، لأن الشروط الفاسدة أيضاً نوعان: نوع يفسد العقد أيضاً، ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه هاهنا في النهاية، وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً. وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة. وحكمها: الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية. قال في العناية: وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح. أقول: فيه خلل، أما أولاً فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون، ألا ترى إلى ما قال في الوقاية: وهي إيداع أولاً وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح. وأما ثانياً فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً يثبت بها أوّلاً على ما صرح به في عامة الكتب. وقال في الكافي والكفاية: وحكمها أنواع: إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب. أقول: فيه أيضاً خلل، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعدياً كما سيأتي، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها، وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمناً فيه لا يثبت به قطعاً لا يقال: إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحا أن يجعلا حكماً للمضاربة الصحيحة إلا أنهما يصلحان أن يجعلا حكماً للمضاربة الفاسدة: فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ وفي الاصطلاح: دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا **(ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس**

كتاب المضاربة

قوله: **(وفي الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه)** أقول: فيه مسامحة فإنها في الاصطلاح هي العقد المخصوص قوله: **(وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك)** أقول: لعل المراد الألفاظ المستعملة قوله: **(وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح)**

الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغنيّ والذكيّ والفقير والغنيّ. وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه[١] وتعاملت به الصحابة[٢]، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه

بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة. لأنا نقول: لا شك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشرطها وغيرهما إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير، ففي أحكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك. ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضاً في الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء قوله: **(لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله)** قال الشارح العيني: فيه مناقشة، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه، ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب في الجملة لا التأثير فيه، وإنما التأثير وظيفة العلة، وقد عرف ذلك كله في الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلاً قوله: **(ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة)** قال صاحب النهاية في البيان التعليل: أي لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف، وكل واحد منهما يقبل الإضافة

بين غنيّ بالمال غبيّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغبيّ والذكيّ والفقير والغنيّ، وفي الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل: دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله فكذا. وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك. وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله: **(وبعث النبيّ ﷺ)** بيان أن ثبوتها بالنسبة والإجماع، فإنه ﷺ بعث **(والناس يباشرونه فقررهم)** على ما روي أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على

أقول: قال صاحب الكافي: المضارب أمين أولاً لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلاً، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة، وعند الشروع في العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى.

---

(١) بيّض له الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٣ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨١: لم أجده.

(٢) موقوف. قد روى مالك في الموطأ ٢/ ٦٨٧ والدارقطني ٣/ ٦٣ كلاهما عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده.

خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلمّا مرّا على أبي موسى الأشعريّ، وهو أمير البصرة، فرحّب بهما وسهّل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مالاً ومن مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكلّ الجيش أسلفه مثل أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله، فسكت وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال وورد في ذلك آثاراً منها ما أخرجه البيهقي ٦/ ١١١ أن ابن عمر كان يزكي مال اليتيم، ويعطيه مضاربة وأخرج مالك في الموطأ باب القراض عن يعقوب الجهني أنه عمل في مالٍ لعثمان على أن الربح بينهما. وكذا رواه البيهقي ٦/ ١١١.

على مال غيره. قال: **(المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين)** ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين **(والعمل من الجانب الآخر)** ولا مضاربة بدونها؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لربّ المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً. قال: **(ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة)** وقد تقدم بيانه من قبل، ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز له لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل

إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلاً للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضاً لئلا يخالف الكل الجزء اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير أنه قال: والإجارة بالراء والإجازة بالزاي. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به ومرّ في الكتاب آنفاً، والمدعي هاهنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلاً بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة. وأما ثانياً فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع، فإنا نعلم قطعاً مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الأحكام، ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة، على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضاً متحققة قطعاً في كثير من الأحكام: منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع ربّ المال، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك. وأما ثالثاً فلأن الوكالة والإجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة. أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة، ولا شك أن حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه، وأما الإجارة فلأنها أيضاً حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر، وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها، فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له، ولم أر أحداً حام حوله سوى الشارحين المذكورين، فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال: لأنه لم يضف المضاربة إلى العرض، وإنما أضاف إلى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به، والإضافة إلى زمان في المستقبل يجوز لأنه وكالة أو وديعة أو إجارة، وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى زمان في المستقبل اهـ. نعم فيه أيضاً شيء مما مرّ، وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا في حال صحتها، فلا معنى لدرج الإجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة، اللهم إلا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة، كأنه قيل: ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الإضافة إلى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل. ثم أقول: بقي لي بحث قويّ في هذا المقام، وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة إيداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح، وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة وعدّوا منها الشركة، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة، فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع، إذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله: **(لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مرّ في البيوع)**

المضارب أن لا يسلك به بحراً وأن لا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ رسول الله ﷺ فاستحسنه. وتقرير النبيّ ﷺ أمراً يعاينه من أقسام السنة على ما علم **(وتعاملت به الصحابة)** من غير نكير فكان إجماعاً. قال: **(ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده الخ)** المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه

هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكيل عند الدفع فليتأمل قوله: **(لئلا يخالف الكل الجزء)** أقول: قد سبق في كتاب الوكالة أن الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء قوله: **(وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري)** أقول:

وإجارة فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع. وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض. قال: **(ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة)** من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة. قال: **(فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)** لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر

وإذا لم يصح هذا التوكيل كان للمشتري والدين بحاله، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، كذا في العناية والنهاية. قال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة، لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ. أقول: قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءاً من المضاربة ليس بصحيح، فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءاً منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذاك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية. نعم إنهما قالا أيضاً بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا قوله: **(فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)** ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسألة المتقدمة، والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة: أي على ما شرطا كالنصف والثلث فله: أي فللعامل. أقول: فيه نظر، لأن هذه المسألة التي هي مسألة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيراً للمسألة المتقدمة التي هي مسألة مختصر القدوري لوجهين: أحدهما أن المسألة الأولى أعم من المسألة الثانية، لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما: منها أن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر، ومنها إن شرطا لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم، ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة، وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به. وأما اشتراط زيادة عشرة فإنما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الأخص مفسراً للأعم. وثانيهما أن حكم المسألة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط

البدل كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع فيشركه، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالأجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت، ويجب أجر المثل، وذلك إنما يكون في الإجارات، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره. قال: **(المضاربة عقد على الشركة الخ)** هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال: عقد على الشركة، ولم يعلم أن الشركة فيما ذا؟ ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح: أي لأن رأس المال لربّ المال والربح يستحق بالمال من جانب ربّ المال والعمل من جانب المضارب، ولا مضاربة بدونها: أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لربّ المال كان بضاعة، ولو شرط للمضارب كان قرضاً، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز، وقد تقدم في كتاب الشركة. ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز، لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة: يعني

والأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل قوله: **(ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ)** أقول: فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية.

فتنقطع الشركة في الربح، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده، والربح لربّ المال لأنه نماء ملكه، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد كما بينا في الشركة، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد. وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة، ولأنه عين مستأجرة في يده، وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال

دراهم مسماة لأحدهما، وحكم المسألة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين في الحكم مفسراً للآخر. فالحق عندي أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال: إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسمّاة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل، إلا أنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسألة: وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها)** فإن قلت: ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لأبي يوسف رحمه الله، فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد؟ قلت: جوابه هو أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، كذا في النهاية والعناية، وعزاه صاحب العناية إلى المبسوط. أقول: مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال: والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة. نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله

أنه مشتمل على التوكيل، والإجارة بالراء والإجازة بالزاي، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فإنه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج، أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع: أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال: ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ، وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله، وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز. قال: **(ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً الخ)** ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعاً، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها، والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم، ثم فسر ذلك بقوله: **(فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما**

قوله: **(والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة)** أقول: في القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهري ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى. فوراء هاهنا بمعنى القدام، والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح قوله» **(لأن ذلك تغيير المشروع)** أقول: أي شرط العشرة.

مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب. قال: (ولا

إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده، لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء ردّ على صاحب العناية في قوله وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة. أقول: إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والإجارة معاً، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساد فلا مخالفة بين كلاميه، والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به قوله: (ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ: عين مستأجر: يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له، أو هو من قبيل: سيل مفعم، ولعل هذا أولى انتهى. أقول: فيه أن قولهم سيل مفعم مما بنى للمفعول وأسند للفاعل، إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المالىء لا المملوء، بخلاف من نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك، اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي مطلقاً لا أنه من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه، فحينئذ يجوز كما أشار إليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجراً لعمل المضارب فيه ا هـ. ثم إن جماعة من الشراح قالوا: وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر. وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك: لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، كما لا يمكن لأجير الوحد أن يؤجر

لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل **(لأنه)** عمل لربّ المال بالعقد و **(ابتغى به عن منافعه عوضاً ولم ينله لفساد العقد)** ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد **(و)** ليس ذلك في الربح **(لكونه لربّ المال لأنه نماء ملكه)** فتعين أجر المثل، وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة **(ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف)** قيل: والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه **(وقال محمد يجب)** بالغاً ما بلغ **(كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع)** كما في أجير الوحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه **(أو)** بتسليم **(العمل)** كما في الأجير المشترك **(وقد وجد)** ذلك **(وعن أبي يوسف لا يجب)** له شيء إذا لم يربح **(اعتباراً بالمضاربة الصحيحة)** فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً **(مع أنها فوق الفاسدة)** ففي الفاسدة أولى. فإن قيل: ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد. أجيب أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين: أحدهما الاعتبار بالصحيحة، والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره، ولا يضمن كأجير الوحد، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر،

قوله: (تنعقد شركة لا إجارة) أقول: يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فليتأمل **قوله: (والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب)** أقول: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى **قوله: (وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب)** أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى فليتأمل **قوله: (لأن العين الواحد الخ)**.

بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه، وهذا

نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، لأن الإجارة إذا كانت عقداً على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجراً لكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعي الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجراً لأكثر من واحد، بخلاف أجير الوحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله، وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال

لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد، وهذا قول أبي جعفر الهندواني. وقيل المذكور هاهنا قول أبي حنيفة، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وهذا قول الطحاوي، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد، والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي: والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً. ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: **(وكل شرط يوجب جهالة في الربح)** كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى ربّ المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها **(فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده)** وهو الربح، وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة العمل مجهولة **(وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على ربّ المال)** أو عليهما. والوضيعة اسم لجزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير ربّ المال، ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة. قيل شرط العمل على ربّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربّ المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه. قال: **(ولا بد ن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ)** لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه بتصرف أو عمل، لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص. وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود، وسواء كان ربّ المال عاقداً أو غير عاقد كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وإن لم

أقول: فيه تأمل قوله: **(وكانت حصة العمل مجهولة)** أقول: فإن قيل: هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة. قلنا: لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح، فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل قوله: **(والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة)** أقول: فيه بحث، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر.

بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة، وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصيّ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما

فمسلم أن ذلك لا يتصوّر أن يكون مستأجراً للمستأجرين في وقت واحد: أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد، ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك، فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب قوله: **(وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب)** قال في النهاية: فإن قلت: هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة، وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح. قلت: نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، وأما إذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبه انتهى. أقول: هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلاً لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسداً لما هو المقصود في المقام، إذ المقصود هاهنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة، فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور

يكن عاقداً، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا، فإن كان الأول كالأب والوصيّ إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزاً، وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت، لأنه وإن لم يكن مالكاً ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة، والله أعلم. قال: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة الخ)** المراد بالمطلق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك، فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر، لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك. وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر، وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه، فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة: يعني أنها من صنع التجار **(ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله)** ولا يرد

بجزء من المال. قال: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع)** لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار، والتوكيل من صنيعهم، وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة في الأرض وهو السير. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر. وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، والظاهر ما ذكر في الكتاب قال: **(ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك)** لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوّة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك

بوجه آخر حيث قال: قيل شرط العمل على ربّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربّ المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على ربّ المال مفسد لعقد معناه مانع عن تحققه، انتهى كلامه. أقول: مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أوّلاً: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ، ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى قوله: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع)** فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان. أقول: هذا تقصير منهم جداً، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما

جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل والإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها **(بخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونه فيتضمنهما، وبخلاف الإقراض فإنه لا يملك به، وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض، أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)** يعني قوله اعمل برأيك. فإن قيل: إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة العدم. أجيب بأن كلا من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف **(وإن خص له ربّ المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل)** والتوكيل في شيء معين يختص به **(وفي التخصيص)** في بلد بعينه **(فائدة)** من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان، وفي عدم استحقاق النفقة

قوله: **(لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل)** أقول: بخلاف المأذون لأن الثابت بالإذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف حكم المالية الأصلية، ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط

بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه. وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه. وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقرار منه وهو تبرّع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول. قال: **(وإن خص له ربّ المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها)** لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره. قال: **(فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن)** وكان ذلك له، وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها بريء من الضمان كالمودع إذا خالف

سيأتي. وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا: أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة. أقول: فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب، فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين، وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط: إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى. قوله: **(ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله)** قال صاحب العناية: ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين، فإنها أمثال لما يجانسها، وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، انتهى كلامه. أقول: الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله

في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح **(وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لأنه تصرف فيه بخلاف أمره)** فصار غاصباً **(وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف إذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق)** فإن قيل: قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة، وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال. وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج **(وإذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا)** من البقاء في يده بالعقد السابق، وأما إذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تعريفها. والجواب أن الجزء معتبر بالكل، وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً، ولا ضرر عند

الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك، في تقرير الشارح من القصور قوله: **(والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها)** أقول: أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجيء فليتأمل قوله: **(أجيب بأن كلا من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها)** أقول: الأظهر فلا يترجح أحدهما بالأخرى قوله: **(وفي التخصيص في بلد بعينه)** أقول: في تخصيصه بالبلد كلام، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضاً فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر.

في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق. وكذا إذ ردّ بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا، ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج. والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء للتقرّر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد، إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب. والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية. أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية، وأما المكاتب فلأنه صار حرّاً يداً، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة قوله: **(ورجع المال مضاربة على حاله)** قال صاحب العناية: فإن قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج ا هـ. أقول: قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لأصل وجوبه، وإنما وجوبه بنفس الإخراج، إذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضاً، فالحق في الجواب أن يكتفي بأن يقال: إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالاً موقوفاً، فإذا لم يشتر وردّ المال إلى البلد الذي عينه ربّ المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها، والعقد إنما لا يرجع إلا

الضمان، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط. قال المصنف **(والصحيح أن بالشراء يتقرّر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء)** يعني في الجامع الصغير **(للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه)** ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفاً وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه، فالأول: كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم، والثاني: كصورة النقض فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضراً. وأما الثالث: فكالنهي عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر، وحكماً فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها، وقد تختلف الأسعار أيضاً باختلاف أماكنه، وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كما كان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه، والله أعلم. قال: **(ومعنى التخصيص الخ)** ذكر ألفاظاً تدل على التخصيص: وتقرير كلامه: ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا: أي بهذه الألفاظ، والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل، وجملة ذلك ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم جعل متعلقاً به لئلا يلغو، وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا، أو قال خذه تعمل به

قوله: **(وغيره)** أقول: أي غير المفيد قوله: **(كذلك لغو)** أقول: أي من كل وجه قوله: **(فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة)**.

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا. وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة، ولو قال

بالتجديد فيما إذا زال زوالاً مقطوعاً غير موقوف على شيء قوله: **(إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه)** قال في معراج الدراية: فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة أنه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت. قلنا: هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافاً لزفر، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافاً لزفر لأنه مخالفة بالخير ا هـ. **أقول**: في كل واحد من السؤال والجواب خبط. أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح، إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية. وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال، لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصوّر كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضاً، وهذا ظاهر جداً، فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره قوله: **(ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ)** يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ، ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها، وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطاً، واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة. والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا

في الكوفة مجزوماً مرفوعاً، وكلام المصنف يحتملهما، أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة، ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدىء بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقاً بما تقدم، فجعل قوله على أن تعمل شرطاً والمفيد منه معتبر، وهذا يفيد صيانة المال في المصر، وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة، وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له، وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، ويقتضي الإلصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به، أما بغير الواو فواضح، وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاماً مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع. فإن قيل: فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدّ إليّ ألفاً وأنت حرّ؟ أجيب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ، ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والتنزّه عن الشبهات، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول: يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي. وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله: **(وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك)** يعني غير المكان في الأول، والنوع في الثاني دليل على التقييد، ويتضمن الجواب عما يقال إن

أقول: جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع إليه، وقوله ثمن النسيئة خبر كان قوله: **(فجعل قوله على أن تعمل شرطاً)** أقول: شرطاً مفعول ثان لجعل قوله: **(وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة)** أقول: ويجوز أن يكون استئنافاً بيانياً.

على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة، أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك. قال: **(وكذلك إن وقّت للمضارب وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه)** لأنه توكيل فيتوقّت بما وقّته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان. قال: **(وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقرابة أو غيرها)** لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى، ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة. بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود. قال: **(ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة)** لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف. قال: **(فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه)** لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود **(وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة)** لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم

يفيده هو أن ربّ المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقاً بما قبله يجعل متعلقاً به لئلا يلغو، ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقاً بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر هاهنا في جملة الشروح والكافي. أقول: فيه شيء، وهو أنهم اتفقوا على أن قول ربّ المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعاً على أن

ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها. وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف، والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها، ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دلّ على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك. وقوله: **(وكذلك إن وقت للمضاربة)** معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان، والله أعلم. قال: **(وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال الخ)** وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى، وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه. وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل، وقيد بقوله اشتر لي عبداً أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً، ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح، بخلاف البيع الفاسد لأن بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود، ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وقوله متى وجد نفاذاً احتراز عن الصبيّ والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجارة الولي والمولى، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير ربّ المال بين أن يستردّ المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه، وأما شراء من يعتق على لمضارب ففيه تفصيل: إما أن يكون في المال ربح أو لا، فإن كان لم يجز له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل

قوله: **(وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به)** أقول: إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به، وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل قوله: **(لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ)** أقول: وجعله حالاً مقدرة خلاف الظاهر.

يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه **(فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم)** لملكه بعض قريبه **(ولم يضمن لرب المال شيئاً)** لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره **(ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الورثة)**. قال: **(فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء**

يجعل كلاماً مستأنفاً كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو، وقوله اعمل به بغير الواو، فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضاً فتأمل قوله: **(أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها، لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة)** فإن قيل: لماذا لم تجعل الواو للحال كما في قوله أدّ إلي ألفاً وأنت حر؟ قلنا: لأنه غير صالح للحال هاهنا لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ، كذا في النهاية وعامة الشروح. أقول: ينتقض هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فإنهم جعلوا قوله به بالكوفة مما يفيد التخصيص، وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على إعرابين: بالرفع على الحال، وبالجزم على جواب الأمر، مع أن العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضاً، وإن قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى ﴿محلقين رؤوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧]، يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الإشكال بذلك الجواب. ثم أقول: الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال: إن قوله واعمل به بالكوفة جملة

عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الإعتاق فيمتنع التصرف المقصود، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة. وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له، فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لتملكه بعض قريبه، ولم يضمن لربّ المال شيئاً لأن ازدياد القيمة وتملكه الزيادة: أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره، كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب ربّ المال من العبد وهو رأس المال وحصة ربّ المال من الربح لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة. قال: **(فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ)** وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً، وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي

شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً، ومع ذلك لا يضمن، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملاً على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه: أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال، كما المضاربة إذا صار أعياناً كل واحد منهما يساوي رأس المال، كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منها يساوي ألفاً فإنه لا يظهر الربح، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد. واعترض بوجهين:

ربّ المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح، لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما: أعني الأم والولد مستحق برأس المال. كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة. لأن ذلك إنشاء العتق. فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك. أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه. وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدّي ولم يوجد **(وله أن يستسعى الغلام)** لأنه احتبست ماليته عنده، وله أن يعتق لأن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق

إنشائية، وقد تقرر في العلوم العربية أن الجمل الإنشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها، وهذا مع وضوحه جداً كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الإشكال، والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضاً بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى ﴿محلقين رؤوسكم﴾ ولم يزد على هذا شيئاً فهو أيضاً غفل عن عدم صلاحية الجمل الإنشائية لأن تقع حالاً. ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال: وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضاً غافل عن عدم صلاحية ذلك لأن يقع حالاً قوله: **(والمدعي موسر)** قال الشراح: وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن اهـ كلامهم. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها، سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من

أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحاً. والثاني: أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفاً كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح. وأجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال، فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال. وعن الثاني: بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحاً، بخلاف العبدين فإنهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وعندهما أيضاً في رواية كتاب المضاربة: وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولاً برأس المال، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك، فإن زال المانع صار نافذاً، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام، لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً، وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك. وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذ أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه، وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لربّ المال من قيمة الولد شيئاً لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه، لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. وأصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعدياً. وضمان الإعتاق يعتمد ذلك. وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق. فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه. وإن شاء أعتق لكونه قابلاً للعتق، فإن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة، ويستسعيه في

برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار. ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدّعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما. وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد

تقريرهم، وإنما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لربّ المال شيئاً من قيمة الولد، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اهـ. فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال: إنما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إعساره، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة إعساره أولى، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولاً على حالة إعساره فقط قوله: (**ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار**) قال في الكافي: فإن قيل: لماذا لا تجعل الأمة رأس المال الولد ربحاً؟ قلنا: لأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى اهـ. واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب. وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين: وفيه نظر، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اهـ. أقول: نظره ساقط جداً، لأنا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكاً لها، وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لربّ المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة، وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على صاحب العناية، فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثابت كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم. ثم إن بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه: إن الاستسعاء مقدم، لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اهـ. أقول: الجواب الذي ذكره هذا القائل وإن كان مما يصلح أن يكون جواباً على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اهـ. إلا أنه لا يصلح أن يكون مراداً للجيب بالجواب الذي هو محل النظر، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب، إذ التقدم في الاستعساء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الألف المأخوذة من الولد رأس المال دون الجارية. ونظر

ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار. قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحاً؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليس من ذلك. فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس، وفيه نظر، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال، ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما، وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن، وضمان التملك لا يستدعي صنعاً بل يعتمد التملك وقد حصل، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن

قوله: (**وفيه نظر، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ**) أقول: وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا.

الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب ربّ المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا؛ بخلاف ضمان الولد على ما مر.

صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب، وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل. ثم إن الشارح العيني بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلاً عن الكافي، وبعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلاً عنه قال: قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اهـ. أقول: لا يرى لهذا معنى مفيد، فإن ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذة منه دون قيمة الجارية، بل الألف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضاً من الربح تأمل تقف.

لشريكه نصيبه، كالأخ تزوّج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه، بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه. وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك آخرهما ولا صنع له فيه، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب.

باب المضارب يضارب

قال: (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لربّ المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية. وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة. ولهما أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرّر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله. ولأبي حنيفة أن

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً فكذا بيان حكمها، كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي. وذكر فيهما وجه آخر أيضاً هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبداً. واختاره صاحب الغاية والعناية. أقول: فيه تعسف، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة ربّ المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربتين قطعاً، ألا ترى أن الثاني أبداً يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعاً، وإنما المركب منهما الاثنان: نعم إن مضاربة لمضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: (وبعده إبضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي ا هـ. أقول: ليس الأمر كما فهمه، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إبضاع إنما هو الدفع لا عقد المضاربة: والذي ينافي الإبضاع ويلائم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه، فإنه إنما يلائم الإيداع قبل العمل والإبضاع بعده لا التوكيل، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره، وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه، بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى. وأما ما في شرح الكنز العلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه: ووجه المروي عن أبي حنيفة أن العقد المجرد لا يوجب الضمان، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة، فأخرها عن المفردة. اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فالموجب هو حصول الربح، فإن ربح الثاني ضمن الأول لرب المال. وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، ثم رجع أبو يوسف وقال: ضمن بالدفع، وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه. ولهما أن دفعه إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى: أي موقوفاً إن عمل ضمن وإلا فلا. ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع، وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما، إلا أنه ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفاً لاشترك الغير في ربح مال ربّ المال، وفي ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره، وهذا أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعاً لم يضمن الأول لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان. فإن قيل: إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصوّر جواز الثانية لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم.

باب المضارب يضارب

قال المصنف: (وبعده إبضاع)، أقول: فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي.

الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول، وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به. ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني. وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع. وقيل ربّ المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور. وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده. ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامناً، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد. وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل، والأعلى

ذلك، ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل ا هـ. ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل، ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة، وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد قوله: **(وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة)** قال في النهاية ومعراج الدراية: أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة. وقال في العناية وشرح العيني: أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة. أقول لا يحتمل أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما، أي على المضارب الأول والثاني، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين، لأن المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير، ولم يمر من المصنف إلى الآن شيء يشعر بضمان الثاني أيضاً، فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله، ووجوب الضمان على الثاني مما لم تشم رائحته قط إلى الآن فضلاً عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد، على أن المصنف هاهنا

أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلاً وللثاني نصفه قوله: **(ثم ذكر في الكتاب)** يعني القدوري **(يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل)** اختياراً منه لقول من قال من المشايخ **(ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة. وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع**، ومنهم من يقول **ربّ المال بالخيار بين تضمين الأول والثاني)** في هذه المسألة **(بإجماع)** أصحابنا **(و)** هذا القول **(هو المشهور)** من المذهب **(وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده)** لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع **(ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه)** من حيث شركته في الربح **(فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة)** الثانية **(لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به ربّ المال فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد)** أي بسببه **(لأنه عامل له)** أي للمضارب الأول **(كما في المودع)** واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول. وأجيب باختلاف الجهة: يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث إنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع، والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه، ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه

قوله: **(واعترض، إلى قوله: وأجيب باختلاف الجهة)** أقول: المعترض والمجيب هو الإتقاني قوله: **(والظاهر من كلامه عدمه)** أقول: أي عدم التناقض قوله: **(ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه)** أقول: الظاهر أن اللام للمنفعة.

يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث. قال: **(فإذا دفع ربّ المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح، فإن كان ربّ المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس)** لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأوّل إلا النصف فيتصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس، ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم **(وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول وربّ المال نصفان)** لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا **(ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال)** لأن الأهل شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة ربّ المال فيستحقه، وقد جعل ربّ المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما **(ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول)** لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله **(وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله)** لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال، لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به، ولأنه غرّه في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول لربّ المال، وأما أن الثاني هل يضمن أيضاً أم لا فيبينه بعد مفصلاً بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو هاهنا بمعزل عنه قوله: **(لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع ما نفسه)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن مال المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله. ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل هاهنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه.

فلا تناقض بينهما حينئذ **(ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد)** فإن الأوّل قد غرّه والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغارّ **(وتصح المضاربة)** الثانية **(والربح بينهما على ما شرطا، لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأوّل لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث)** لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق. قال: **(فإن دفع إليه ربّ المال مضاربة بالنصف الخ)** هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح، وإنما قال يطيب لهما ذلك: أي للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئاً فقد باشر العقدين؛ ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه ربّ المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له وإن لم يعمل بنفسه، وإنما قال غرّه في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمناً فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه.

فصل

(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر،

فصل

قوله: (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير، وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد ربّ المال فيها فقال صاحب النهاية: التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط، فإن الحكم في عبد المضارب كذا أيضاً، ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك. وقال صاحب معراج الدراية: التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط، فإن حكم عبد المضارب كذلك، وكذا لو شرط الأجنبي، وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له. وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف. وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل ربّ المال انتهى كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه: وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث انتهى. أقول: لا يفهم لهذا البحث وجه وورود على ذلك المنقول أصلاً، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل، وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المنافاة. ثم إن محصول ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد ربّ المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد ربّ المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به، وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن. وقال صاحب العناية: قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان: عبد المضارب، والأجنبي؛ وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة

فصل

لما كان للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو ربّ المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال: **(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز)** فقوله ولعبد ربّ المال في مقابلته شيئان: عبد المضارب، والأجنبي، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط وعمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء. وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً، إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد ربّ المال، لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه، لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط،

فصل وإذا شرط المضارب

قال المصنف: **(ولعبد رب المال ثلث الربح)** أقول: قال الكاكي: قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي

وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء. وهذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف، والله أعلم.

جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه. أقول: فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد ربّ المال عن الأجنبي أصلاً: أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط. أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصوّر الاحتراز مع الاتحاد في الحكم. وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبياً؛ فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال؛ ألا ترى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسألة أيضاً فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً. وقال صاحب الكفاية: التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه. أقول: هذا هو الحق عندي، ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة حيث قال لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له، ثم قال: وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف.

والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب، لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به، وإن كان عبد ربّ المال فالمشروط لربّ المال بلا خلاف، وأما إذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (**لأن للعبد يداً معتبرة لا سيما إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا**) أي ولأن للعبد يداً معتبرة (**لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا**) أي ولكون اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (**يجوز بيع المولى من عبده المأذون له**) يعني إذا كان مديوناً على ما سيجيء (**وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مرّ، وإذا صحت المضاربة**) والشرط (**يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإذا كان عليه دين فهو للغرماء، هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد المأذون له الخ**) ظاهر.

وبعض أصحاب أحمد. وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى. وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث قوله: (**فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني**) أقول: فيه تأمل قوله: (**فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي**) أقول: عبداً أو حراً ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما.

فصل في العزل والقسمة

قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذا موت الوكيل) ولا تورث الوكالة وقد مرّ من قبل. (وإن ارتدّ ربّ المال عن الإسلام) والعياذ بالله

فصل في العزل والقسمة
أي في عزل المضارب وقسمته الربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصلَ الحكم الذي يوجد بعد ذلك، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح قوله: (وإذا مات ربّ المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذاً من النهاية: وردّ بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل. والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه. يريد بالجواب الآتي عن الردّ الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسألة الأولى. وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضاً في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسألة الثانية. وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسألة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسألة الثالثة. أقول: الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث، وبذلك لا يحصل الجواب عن الردّ بالوجوه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلاً لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة، وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلاً حتى يندفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل، بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الردّ والإشكال. فإن قلت: المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح فيها اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة. قلت: فحينئذ لا يفيد الدليل المدعي، إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلاً في بعض الأحكام كونها توكيلاً فيما نحن فيه فلا يتم التقريب. فإن قيل: المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملته ما نحن فيه. قلنا: فحينئذ لا يصلح ما ذكر في

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل. قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وبموت الموكل تبطل الوكالة. ورد بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب

فصل في العزل والقسمة

قوله: (ثم عاد مسلماً كالوكيل) أقول: قال الإتقاني: فإنه إذا رجع الموكل مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن محمد، وقد صرح في باب عزل الوكيل.

(ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لأن اللحوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه **(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها)** لأن له عبارة صحيحة، ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة. قال: **(فإن عزل ربّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز)** لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على

معرض الدليل لأن يكون دليلاً أصلاً لصيرورته أخفى من المدعي ولا أقل من أن يصير مثل المدعي في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل قوله: **(وإن ارتدّ رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة)** قال الشراح: هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان. أما قبل القضاء بلحاقه فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة. وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط. أقول: فيه إشكال، أما أوّلاً فلأنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعاً كما مر في المسألة المتقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة؟ اللهم إلا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضاً فإن المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب. وأما ثانياً: فلأنه إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما إذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما إذا لم يعد أيضاً بهذه العلة فليتأمل. ثم أقول: الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسألة. ومما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلماً وبين ما إذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتداً سيما بعد القضاء بلحاقه. أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسألة فلأنه قال في تعليله إياها لأن اللحوق بمنزلة الموت عندنا؛ ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته، ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر، فكذا بما هو بمنزلة الموت. وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلأنه قال في البدائع: ولو ارتدّ رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة ا هـ. ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب، ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها، ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى

على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل، والجواب عن ذلك كله سيأتي. **(وإذا ارتدّ رب المال عن الإسلام والعياذ بالله أو لحق بدار الحرب بطلت المضاربة)**: يعني إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده، فكذا تصرف من يتصرف له. ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات ولحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطا لأن له عبارة صحيحة، لأن صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك، والعبارة الصحيحة مبني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتدّ لتعلق حق الوارث، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة، خلا أن ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة، لأن حكم العهدة

علمه (**وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك**) لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال، وإنما ينقض بالبيع. قال: (**ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر**) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل (**فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها**) لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة. قال: وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض، وعلى هذا موت ربّ المال

القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلماً فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وإن عاد مسلماً. وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: ولو ارتدّ رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف، ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلماً جاز ذلك على المضاربة لأنه انتقضت ردّته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها ا هـ. ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضاً أنه لو عاد مسلماً بعد القضاء بلحوقه بطلت المضارب بالاتفاق قوله: (**ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها**) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان: أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها: أي هي غير باطلة. وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظراً إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربة عند أبي حنيفة فيكون المعنى: ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها: أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضاً بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعاً. وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية: وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتداً، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً حيث لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة ا هـ. واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح، وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضاً حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقاً واللحاق المبطل إلى المالك فقط، فدلت على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه. أقول: ذلك المعنى ليس بصحيح عندي، إذ قد تقرّر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام. ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضاً حيث قال في تعليل بطلان المضاربة: إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب لأن

يتوقف بردته، لأنه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء. وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال. قال: (**فإن عزل ربّ المال المضارب الخ**) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه، وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقداً أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد، والربح إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه، ورأس المال إنما ينض: أي يتيسر ويحصل بالبيع، ثم إذا باع شيئاً لا يجوز أن يشتري بالثمن شيئاً آخر، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال. قال: هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير

ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها. قال: **(إذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون)** لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له **(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء)** لأنه وكيل محض

اللحوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ا هـ. فإذا كان كذلك فأنى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداً، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات. قال في البدائع: وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه قبل الردة، وكذا إذ لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لأن ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه ا هـ. فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله في تعليله، ولا توقف في ملك رب المال، إذ لا ريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة إذا كان هو المرتد، والتوقف في ملكه عنده إنما يكون قبل اللحاق لا بعده، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضاً ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل، ويشير إليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعاً بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً، إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد، ولا خلاف فيه بعد اللحوق، وإنما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ، فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر قوله: **(وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها)** وفي بعض النسخ: وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها، فكلمة هذا في قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل من ذلك: يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضاً بل يبيعها بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين. ثم إن ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع إلى العروض: أي ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب. هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي. وأما صاحب غاية البيان فقال: وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداً ثم باع المضارب العروض جاز

أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض قوله: **(على هذا موت رب المال)** يريد به أن العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب. ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين العزلين **(وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجير وأجره الربح، وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض)** حينئذ والوكيل متبرع **(والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرّع به)** فإن قيل: ردّ رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه، وذلك لا يتم إلا بالقبض، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. أجيب بأنا لا نسلم أن الردّ واجب، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع **(فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء)** فإذا فعل ذلك فقد زالت يده، ولا بد له من ذلك **(لأن حقوق العقد ترجع إليه)** فإن لم يوكل يضيع حق رب المال **(وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة)** فكان في الكلام استعارة، ومجوّزها معروف وهو اشتمالها على النقل، وإنما فسره بذلك لأن أجل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك **(وعلى هذا سائر الوكالات)** يعني الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما **(البياع والسمسار)** وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراء فإنهما **(يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بالأجر عادة)** وإذا

قال المصنف: **(وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها)** أقول: الضمير في قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه شيء.

والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرّع به. **(ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء)** لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله وتوكله كي لا يضيع حقه. وقال في الجامع الصغير: يقال له أجِلْ مكان قوله وكل، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجر عادة. قال: **(وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال)** لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة **(فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب)** لأنه أمين **(وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال)** لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله

بيعه على المضاربة لما قلنا. والضمير في ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو. أقول: فيه نظر، لأنه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى، أما على النسخة الثانية فظاهر، لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحوق بدار الحرب مرتداً، وقد ذكر هذا صريحاً في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت. وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل. ثم قال صاحب الغاية: ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث كما في قوله:

كما شرقت صدر القناة من الدم

فعلى هذا يقال بجر الواو. أقول: هذا أيضاً مع كونه تعسفاً من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى، لأنه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك. ثم قال: ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس، لأنها نحو العروض في أن المضارب لا ينعزل بموت رب المال اهـ كلامه. أقول: الآن حصحص الحق. والعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى. قوله: **(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرّع به)** قال بعض الفضلاء: هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اهـ. أقول: هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على إيفاء ما تبرع به، والكفيل ملتزم لأن يطالب بما على الغير على ما عرف

وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستئجاره قلما يخلو عن فساد، لأنه إذا استؤجر على شراء شيء فقد استؤجر على ما لا يستقل به، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة. والأحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجراً فيكون وكيلاً معيناً له، ثم إذا فرغ من عمله عوّض بأجر المثل، هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد. قال: **(وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ)** الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال. قال النبي ﷺ: «مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم

قال المصنف: **(وإن لم يكن له ربح ولم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به الخ)** أقول: هذا منقوض بالكفيل، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل، ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات.

(وإذا استوفى رأس المال، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا **(ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول)** لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد، وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

في محله فلا يرد النقض به، وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة، والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض. ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله ﷺ «الزعيم غارم»[1] على ما مر في كتاب الكفالة، فلا ضير في خروجه، إذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

له رأس ماله» فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، أو قال فرائضه، ولأن رأس المال أصل والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل، فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين، وإن اقتسماه تراداً لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً له، وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥، ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ وابن حبان ٥٠٩٤ والبغوي ٢١٦٢ والطيالسي ١١٢٨ والبيهقي ٦/٨٨ والطبراني ٧٦١٥، ٧٦٢١ وأحمد ٥/٢٦٧ وعبد الرزاق ١٤٧٩١، ١٦٣٠٨ كلهم من حديث أبي أمامة وإسناده جيد وقد تقدم الكلام عليه في كتاب البيوع.

فصل فيما يفعله المضارب

قال: (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب. وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى. إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك. وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء. بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر، لأن

فصل فيما يفعله المضارب

قال في غاية البيان: وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا، بل كان ينبغي أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع، إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيئاً في دفع ما ذكره أولاً، لأن زيادة الإفادة إنما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب، بل بذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة، ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر. وقال في النهاية والعناية: ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى. أقول: لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك، ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، لأن الإعادة تقتضي الذكر مرة أولى، وقد قال أولاً ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، وحلّ ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال

فصل فيما يفعله المضارب الخ

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة. قال: (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا. فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه. قال في النهاية: بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب. قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلاً، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدوابّ إذا اشترى طعاماً يحمله عليها. وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لا يجوز، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه، وله أن يستكريها: أي السفينة والدواب مطلقاً اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بداً من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة. والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكاً في الربح، ولو باع نقداً ثم أخر الثمن جاز بالإجماع. أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكاً في

فصل فيما يفعله المضارب

قوله: (أي السفينة والدواب مطلقاً) أقول: أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقاً قال المصنف: (وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول: إيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف عطفاً على قوله ولهذا كان له أن يشتري.

تصرفه مقيد بشرط النظر، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا، ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب

المضارب لا إعادة خصوص ما ذكر هاهنا، وإعادة جنسها إنما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل قوله: **(لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعي، إذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضاً في المدعي كما ترى قوله: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)** قال صاحب العناية: وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلا، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى. أقول: الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإبضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، فإن منشأ الإيهام إنما هو مجموع قوله شيئاً من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض؛ ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة. وعن هذا قال صاحب النهاية: وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة. وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بإبضاع بعض المال غيره فقال: فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى

الربح أو بعرضية ذلك، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم، والمضارب لا يضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنيع التجار، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أخر الثمن لأنه لا يملك الإقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته. وأما عند أبي يوسف فلأن المضارب يملك الإقالة والبيع نسيئة كما قالاه، وإن كان الوكيل لا يملك ذلك. ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذا إذا قبل الحوالة ولأنه من صنيعهم، بخلاف الوصيّ يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظري فلا بد وأن يكون المحتال عليه أيسر. ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال: **(ولا يزوّج عبداً ولا أمة من مال المضاربة)** لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بها **(وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب)** بلزوم المهر وسقوط النفقة. والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة، والله أعلم. قال: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال الخ)** فإن دفع إلى ربّ المال شيئاً من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة، خلافاً لزفر فإن ربّ المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال، ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء. ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقاً للمضارب. وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك، والإبضاع توكيل لأنه استعانة، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية. فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلاً لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله. أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك تصح المضاربة

المال وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض. قال: (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوّج الأمة لأنه من باب الاكتساب؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة. ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا. قال: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)** وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه

رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى قوله: **(وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام. قال زفر: رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح. فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسألتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسألة وليس كذلك، والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفاً في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيلاً فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلاً لغيره فيما يعمل في ملك نفسه، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: قال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره فصار مسترداً انتهى قوله: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع)** قال صاحب العناية: وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ. أقول: هذا الكلام منه ليس بشيء، لأنه إن أراد أن هذه المسألة مرّت بعينها وخصوصها

مع رب المال. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه لأدى إلى قلب الموضوع)** ولقائل أن يقول: رب المال إما أن يصير بالتخلية كالأجنبي أو لا، فإن كان الأول جازت المضاربة، وإن كان الثاني لم يجز الإبضاع، فالقياس شمول الجواز وعدمه. والجواب أنه صار كالأجنبي. قوله جازت المضاربة. قلنا: ممنوع لأن المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود، بخلاف البضاعة فإنها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له **(وإذا لم تصح)** المضاربة الثانية **(بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى)** وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وباع واشترى، فإن كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة، وإن صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل فيها فهذا أولى. قال: **(وإذا عمل المضارب في المصر الخ)** فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح. والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال

قوله: **(إذا لم يصرح به)** أقول: فيه بحث.

فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء. ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى ربّ المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال ربّ المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل ربّ المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. قال: **(وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه)** ومعناه شراء وكراء في المال. ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي،

فليس كذلك قطعاً، وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيما مر من حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم، ولكن المسألة الثانية أيضاً مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فلا وجه لجعل الأولى تمهيداً للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور، بل لم تكن مسألة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه. فالحق أن كل واحدة من هاتين المسألتين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل، ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مارّ. كيف وتفريع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله: **(وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه)** قال في العناية: فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط، وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن. وقال: وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون، فإن كان مأذوناً وقع

المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل. والمستبضع عامل لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح، ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرّع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر، وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإنفاق من ماله، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أنفق من ماله يتضرر به، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة، وإذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه ردّه في المضاربة لانتهاء الإستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوقي، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف. والحق بذلك ما كان من معدات تكثر تثمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدبة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالحجاز، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة، والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب. قال: **(وإذا ربح أخذ رب المال الخ)** يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملاً فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين، فإن كان من المضارب ألف فاشترى بها ثياباً

قوله: **(فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل)** أقول: وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب.

وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرّر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد، فلو أنفق من ماله يتضرّر به، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير، وبخلاف البضاعة لأنه متبرّع. قال: **(فإن بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره ردّه في المضاربة)** لانتهاء الاستحقاق، ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف بين التجار. قال: **(وأما الدواء ففي ماله)** في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها. قال: **(وإذا ربح أخذ رب المال ما**

على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك ا هـ كلامه. أقول: في آخر كلامه اضطراب، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصباً إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصباً يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه مأذوناً، فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركاً. فإن قلت: مراده أنّ لفعل المضارب هاهنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه، وثانيتهما الاستدانة على المالك، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه. قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه، إذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك، على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذوناً في فعله هذا أو غير مأذون. ثم أقول: الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذوناً أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذوناً به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده، بل يعم

فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال، وهذا المقال لا ينتظمه كما مر، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه، وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبي حنيفة، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكاً بخلط ماله بمال المضاربة. وقوله اعمل برأيك ينتظمه. فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغاً على قيمته مصبوغاً وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة، وإن باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به، وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة، بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجاناً، وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه

قوله: (وجعل الحد الفاصل، إلى قوله: بمنزلة السوقي) أقول: فيه بحث قوله: (ماشياً في حوائجه) أقول: أي بنفسه.

أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها. قال: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوّع)** لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر **(وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن)** لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه.

التصرف في مال المضاربة منفرداً أو منضماً إلى غيره مما له جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرّر في بيان النوع الثاني من الأصل المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر.

وترك الثوب عليه، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالاً منه. فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة، وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك.

قوله: **(وسائر الألوان كالحمرة)** أقول: قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره قوله: **(لأن الصبغ عين قائم الخ)** أقول: تعليل لقوله فهو شريك الخ قوله: **(لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً)**أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ.

فصل آخر

قال: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزّاً فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها قوله: (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب) يعني أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أميناً. قال صاحب العناية بعد هذا البيان: وفيه نظر، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدّ قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين. ثم قال: ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضرّ المضارب فاخترنا أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى. أقول: في الجواب نظر، أما أوّلاً: فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان، كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب صريح في إثبات إمكان جعله مستوفياً بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب، فكيف يمكن أن يقال: مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما. ولئن سلم

فصل آخر

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة. قال: (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح، ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها، فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها. وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال، وإذ غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة، فإذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافياً لها، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح. ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة، لأن ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال، وإذا كان كذلك كان رأس المال في تلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله: (وإن كان معه ألف) معناه واضح، وقوله: (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد. وقوله: (إلا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به ألفاً لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله قوله: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) كان الدفع والفداء إليهما، فإن دفعاه

فصل آخر

قوله: (وصوله إلى الألف مع بقاء العقد) أي عقد المضاربة.

يغرم ربّ المال ألفاً وخمسمائة والمضاربة خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال: هذا الذي ذكره حاصل الجواب، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة. ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة **(ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة)** لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة **(ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين)** لأنه اشتراه بألفين، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما. قال: **(وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة)** لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين، ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع. قال: **(فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب)**

ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب في صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاهنا. وأما ثانياً: فلأن قوله وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضروري الغير الناشىء من صنع الوكيل إذ الكلام فيما إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدّ منه ولا محذور شرعاً في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفياً لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة، ألا ترى أن الوديعة إذا هلكت في يد المودع من غير تعدّ منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا

بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة، وإن فدياه **(فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعاً، لأن رأس المال لما صار عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما)** ولهذا عتق الربع إن كان العبد قريبه **(وألف هو رأس المال)** وقيد العين بالوحدة احترازاً عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم **(فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بينهما)** أنه صار مضموناً عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة **(وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما)** لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه **(والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم)** يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك **(لأن جميع الثمن فيه على المضارب)** لكونه العاقد، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه. وقوله: **(ولأن العبد كالزائل)** لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك **(فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً خارجاً عن المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم)** يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة **(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة)** وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين **(و)** بالقبض ثانياً **(لا يصير)** المضارب **(مستوفياً لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون)** وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان، وإذا لم يكن مستوفياً كان له أن يرجع على رب المال مرّة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى

لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً، لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان، وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم. قال: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال)** لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن

يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب. وأما ثالثاً: فلأن قوله وأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمشّ فيما إذا هلك الألف والعبد معاً، إذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح، والظاهر أن جواب المسألة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضاً بناء على الدليل المذكور في الكتاب. قال في النهاية ومعراج الدراية: ذكر الإمام المحبوبي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل: أحدها ما ذكر في الكتاب. والثاني أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلاً لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين. والثالث: أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى. أقول: في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر. أما في الأول فلما عرفته آنفاً، وأما في الثاني والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضاً إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الأولى في تلك الصورة. أما اقتضاء الثاني ذلك فلأن إبطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الأولى أيضاً لعلة مذكورة، وأما اقتضاء الثالث إياه فلأن انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعاً بما حدث بعد زوال الأمانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى. وأيضاً يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانياً وثالثاً على جواب صاحب

البائع **(بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء)** فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة **(لأنه أمكن أن يجعل مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب)** فإنه يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أميناً فيه، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدّ قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين، ولو غصب ألفاً فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعاً للتحكم، ولأن المطلوب كونه مستوفياً والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع. ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا

قوله: **(فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل)** أقول: يعني حقه في الألف المدفوع.

الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر.

العناية عن نظره تأمل تقف. ثم أقول: الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسألتنا هذه أن يقال: قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة، فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل.

أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري. وقوله ولو غصب ألفاً الخ لم تثبت فيه رواية تحوج إلى الفرق بينهما. وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل، وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفياً، وفي الثاني لا يرجع أصلاً وكلامه فيه واضح، والله أعلم.

قوله: (بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع) أقول: حيث يجري بينهما مبادلة حكمية كما تقدم.

فصل في الاختلاف

قال: **(وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إليّ ألفا وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب)** وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً القول قول رب المال وهو قول زفر، لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض، ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات **(ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال)** لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر، ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة

فصل في الاختلاف

أي في الاختلاف بين المال والمضارب

أخّر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قوله: **(ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب)** قال صاحب العناية: وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه ا هـ. وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة. أقول: تسمية حد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً، والأقرب عندي أنه سماه مضارباً للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر:

قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه ... قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

قوله: **(لأن المضارب يدعي عليه التملك)** حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال: هذا أي تملك الربح، وسلك صاحب العناية أيضاً هذا المسلك حيث قال: لأنه يدعي عليه تملك الربح. أقول: الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح. أما أولاً: فلما أشرنا إليه من أن الأصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك، وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الأصل. وأما ثانياً: فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادّعى المضاربة، فإن المدعي هناك استحقاق الربح

فصل في الاختلاف

أخّر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين. قال: **(وإن كان مع المضارب ألفان الخ)** اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب، وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال، وهو قول زفر لأن المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع وقال القول للمضارب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضميناً كان كالغاصب أو أميناً كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض، وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك: أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه: أي في الربح لرب المال: يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان، أما في رأس المال فلما مر من الدليل، وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو

المضارب، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر. ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق، والتخصيص بعارض الشرط، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص،

دون استحقاق أصل المال فادّعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعي فيما نحن فيه، على أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح. وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضاً إشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة قوله: **(والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة)** قال صاحب النهاية: ورب المال أيضاً محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه، بل بينة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمراً عارضاً وهو الضمان، وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد، فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعده أيضاً اهـ كلامه. وقال صاحب العناية: قال المصنف: لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة. واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان. فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة إلى هنا كلامه. أقول: جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد، لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لإذن رب المال فإنه يدعي الموافقة له، وسبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب. والصواب في الجواب عنه أن يقال: عدم احتياج رب المال إلى البينة في مسألتنا هذه لا لأنه ليس بمدع شيئاً، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفاداً من جهته كما تقرر فيما مر آنفاً، فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله فلم يحتج إلى البينة، ولهذه النكتة قال المصنف: وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف هاهنا فتدبر قوله: **(ولو وقّتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى)** أقول: لقائل أن يقول: هذا مناقض لما ذكره آنفاً من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير ربّ المال. ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أوّلاً على عدم التوقيت. قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف: ولو وقّتت البينتان الخ وإن لم توقّتا أو وقّتتا على السواء أو وقّتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال. أقول: يرد عليه أن هذا ينافي ما ذكره المصنف من

يستفاد من جهته، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له، فكذا إذا أنكر الزيادة، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات، وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفاً وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال، لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح وشرطاً من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر. ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التمليك، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن، ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقاماها لأنها تثبت الضمان، وإذا كان في العموم والخصوص، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر، وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهياً له عن العموم. وله أن ينتهي عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصاً فهاهنا أولى، وإن كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً، وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحساناً لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه

والإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة، ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

أن البينة بينة المضارب، إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى. ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قولِ المصنف ولو وقّتت البينتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ، وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحداً، وذكر ما في الذخيرة مفصلاً مندرجاً فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقّتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوباً إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة.

لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة، وإذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكاً بالأصل فكان القول له. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والإذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب. قال المصنف **(لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة)** واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بينة **(ولو وقّتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول)** وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال لأنه تعذر القضاء بهما معاً للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت، والله أعلم.

كتاب الوديعة

قال: (الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس على المستعير غير

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى، كذا في الشروح. ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً. قال عليه الصلاة والسلام «الأمانة تجرّ الغنى، والخيانة تجرّ الفقر»[1] وفي المثل: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك. ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال: «لينتهينّ أقوام عن ودعهم الجمعات»[2] أي عن تركهم إياها. قال شمر: زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع، والنبي ﷺ أفصح العرب، وقد رويت عنه هذه الكلمة، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، كذا في المغرب وبعض الشروح. قال صاحب العناية: وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى. أقول: فيه سماجة ظاهرة، إذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك، وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مرّ في أول الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تمليك بشيء. وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض، وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم. ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله تعالى واستيجابه الأجر والثناء على ذلك. وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مراراً. ومشروعيتها بقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ بإطلاقه. وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين. وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال. وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً، فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامناً، لأن هذا قبول للوديعة عرفاً. وشرطها: كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصوّر، فإيداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح. وحكمها: كون المال أمانة عنده. قال: (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا

كتاب الوديعة

قوله: (قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول: مخالف لما تقدم في الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه قوله: (والأمانة أعم من ذلك، إلى قوله: جاز حمل الأعم على الأخص) أقول: فيه أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين.

---

(١) ضعيف، أخرجه الديلمي ٤١٥ من حديث جابر ومن حديث علي أخرجه القضاعي في الشباب: ٣٢ - ٦٤ قابله. وحديث علي فيه ابن لهيعة والراوي عنه ليس من العبادلة، فهو ضعيف، وحديث جابر فيه ضعف أيضاً.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٥، والنسائي ٣/ ٨٨ وابن حبان ٢٧٨٦ وأحمد ١/ ٢٣٩، ٣٥٤، ٢/ ٨٤ كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس، وتقدم في كتاب الجمعة.

المغلّ ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»[1] ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم. قال: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله**) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ

الترك. وقال جماعة من الشراح: الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال. أقول: الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ المال، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع، وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أيّ شيء كان مالاً أو غير مال. يقال أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما، والمال مودع ووديعة. وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى. حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعة، وقالا: والمال مودع ووديعة. وأقول: فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء، لأن محصول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الأول المال وغيره، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الأول أيضاً بالمال، لأن المذكور فيها عند بيان معناه، يقال أودعته مالاً: أي دفعته إليه ليكون وديعة عنده، فلو لم يكن لها اختصاص بالمال في اللغة أيضاً لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه، بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيئاً أو دفعته إليه ليكون وديعة عنده، والعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قالا: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالاً أو غير مال قالا أيضاً: يقال أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده، وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم، بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفاً فكان اللائق بهما جداً ترك ذلك قوله: (**الوديعة أمانة في يد المودع الخ**) قال صاحب النهاية: فإن قيل: الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوّز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبراً إلا على طريق التفسير كولك الليث أسد والحبس منع، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة. قلنا: جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر

هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص، والوديعة أمانة في يد المودع (**إذا هلكت لم يضمنها لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»**) والغلول والإغلال: الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام. قيل فيه نظر، لأنه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع. وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبيّ ﷺ (**ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين**) قال: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله**) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعمل بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن، وهذا إذا لم ينه عن الدفع إليهم (**لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه**) وهو إنما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعة، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط، فإنه روي عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لأنه لما كان موثوقاً به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله: (**ولأنه**) دليل آخر على ذلك، وهو أنه: أي المودع (**لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته**) لا محالة (**ولا استصحاب الوديعة عند خروجه**) وهذا معلوم للمودع (**فيكون راضياً به، فإن حفظها بغيرهم**) بأن ترك بيتاً فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (**أو أودعها**

---

(١) تقدم تخريجه في أواخر باب الاستثناء، وما معناه.

مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا

غيره، والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف. هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردري إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الكفاية: وقال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله: الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص، فالوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة، إلى هنا كلامه. أقول: يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والأمانة تباين لا عموم وخصوص، فإنه قد اعتبر في الأولى القصد وفي الأخرى عدم القصد، وهما لا يجتمعان في مادة أصلاً، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وحكم الأخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصوّر بينهما عموم وخصوص، بل يتعين التباين، وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب. وقال صاحب العناية هاهنا: قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص اهـ كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه: إن الأمانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين اهـ. أقول: قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مبايناً للأمانة مع كلام آخر، وهو أنه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة في يد المودع، إذ التسليط على الحفظ أمر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع، ولكن دفعتهما معاً بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكوّن حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الإسناد المجازي، فلا ينافي هذا أن تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الأمين فيندفع المحذوران المزبوران معاً. ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيداً عن ظاهر اللفظ إلا أنه لا بد من المصير إليه تصحيحاً لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام، فإن ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم؛ ألا ترى أنه قال في النهاية والكفاية: فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد، وقال في غاية البيان: لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ. بقي هاهنا شيء، وهو أن ما ذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الأمانة مخالف لما صرحوا به في أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوباً في دار إنسان. وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقرّ لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد إليه قوله هناك، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف، وقد نبهت عليه هناك فتدبر. ثم إن

غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره و) الحال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك إيداع الوديعة أيضاً، وخطؤه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الإيداع، لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ قوله: (ولأن الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فإن لهم ولاية فعل ما فعل بهم، والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره هاهنا

استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به **(فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن)** لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع في حرز غيره إيداع، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه. قال: **(إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى)** لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك، ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع. قال: **(فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها)** لأنه متعدّ بالمنع، وهذا لأنه

صاحب النهاية بعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردري. كما مر قال: والأولى من الجواب فيه أن يقال: لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده: أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها، وأراد بالوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مبتدأ وخبراً ا هـ. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج إلى ذكر قوله إذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع إذا هلكت لم تضمن لكون الثاني مستدركاً. وردّ عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه، لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك، وليت شعري أيّ علم هذا من أقسام الأعلام ا هـ كلامه. أقول: دفع هذا سهل، لأن لفظ الأمانة إن كان علماً لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس، كأسامة فإنه علم لجنس الأسد، وسبحان فإنه علم لجنس التسبيح إلى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد، فمن أتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الأمر فيما نحن فيه قوله: **(ولأنه لا يجد بدّاً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به)** أقول: فيه شيء، وهو أن قوله فكان المالك راضياً به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة إلى عياله رضا المالك به، وذلك يقتضي عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب. فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله، فالأولى أن يترك فكان المالك راضياً به ويقال بدله، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضي سدّ باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي قوله: **(فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة)** أقول: فيه أيضاً شيء وهو أن ظاهر هذا

إجمالاً، وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التمليك **(والوضع في حرز الغير إيداع)** كالتسليم إليه فيوجب الضمان **(إلا إذا استأجره فيكون حافظاً بحرز نفسه)** قوله: **(إلا أن يقع في داره حريق)** استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن، فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقاً للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان، لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلا بد من إقامة البينة.

وقال في المنتقى: إذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة. قال: **(فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ)** إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متعدّ إذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع إذا طلبه لم يرض به ذلك بإمساكه وقد حبسه فصار ضامناً، والخلط النافي للتمييز تعدّ فيوجب

قوله: **(لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ)** أقول: فيه تأمل.

لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه. قال: **(وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء)** مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مرّ في الرضاع، ونظيره خلط الدراهم بمثلها

التعليل يقتضي أن يضمن أيضاً إذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال: لأن المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسألة، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي حيث قال: لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم قوله: **(ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها)** قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة ا هـ. أقول: هذا ساقط، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعاً، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً، فإنما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة، ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل قوله: **(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: قالوا إذا كان الطريق

الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة. وقالا: إن خلط الجنس شركه إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير وإلا تعذر الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله: **(وأمكنه معنى)** غير صحيح لأنه بالقسمة وهي من أحكام الشركة **(فلا تصلح موجبة لها)** لئلا ينقلب المعلول علة **(ولو أبرأ)** المالك **(الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط. وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الإبراء إليه فتبقى الشركة في المخلوط** و**)**إن خلط المائع بغير الجنس كـ **(خلط الحل)** بالحاء المهملة وهو دهن السمسم **(بزيت الزيتون)** صار مذهبهما كمذهب أبي حنيفة فـ **(يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة)** وهو ظاهر **(ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس)** لأن حقيقة القسمة بالإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس **(ومن هذا القبيل)** أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع **(خلط الحنطة**

قال المصنف: **(ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها)** أقول: فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة قوله: **(لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر)** أقول: هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ.

إذابة لأنه يصير مائعاً بالإذابة. قال: **(وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها)** كما إذا انشقّ الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق. قال: **(فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطها بالباقي ضمن الجميع)** لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم. قال: **(وإذا تعدّى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان)** وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ولنا أن الأمر باق لإطلاقه، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد، كما إذا

آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ا هـ. أقول: هذا تحرير مختل وحل فاسد، لأنه إن كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً، إذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمناً فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب إذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح، وكان قوله فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً لحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة، وكان قوله وإذا كان آمناً وله بد من السفر الخ تفصيلاً لحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا إذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً، وإن أراد بذلك ما هو مفيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر

بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور **(لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز)** صورة ومعنى **(وإن خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا)** من الاستهلاك **(وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر)** فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل **(اعتباراً للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال)** أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره **(لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع)** إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصبّ في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد **(ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لصيرورته مائعاً بالإذابة وإن اختلطت بمال المودع من غير فعله، كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان وهذا بالاتفاق)** فإن هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة **(فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع)** البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خلطاً. لا يقال: فاجعل الردّ قضاء لا خلطاً لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه، ولو لم يردّ ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقي، فإن هذا مما لا يضره التبعيض إذ الكلام فيه، وإن أخذ ولم ينفق ثم بدا له فرده إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه، لأن أخذه لم يناف الحفظ، وبمجرد النية لا يصير ضامناً، كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل. قال: **(وإذا تعدّى المودع في الوديعة الخ)** وإذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان. وقال الشافعي رحمه الله: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ولنا أن

قوله: **(لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطاً لعدم تفرده)** أقول: قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ قوله: **(ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة)** أقول: الظاهر أن يقال وهو الخيانة.

استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك. قال: **(فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها)**، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتمّ الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزفر لأن الجحود عنده غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته. قال: **(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة)** وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين لأبي حنيفة رحمه الله

في الكتاب، على أن ما ذكر في الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ. ويدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد: وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن، ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة إذا كان الطريق آمناً ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه، وإنما ذكروا ذلك التفصيل في صورة إن كان الطريق مخوفاً أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه: فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال: هذا كله إذا كان الطريق آمناً، أما إذا كان مخوفاً وله بد من السفر ضمن بالاتفاق، وكذا الأب والوصيّ وإن لم يكن له بد من السفر، إن سافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها في أهله، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان ا هـ. وتحرير صاحبي الكافي ومعراج الدراية حيث قالا: هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ في المصر فسافر إن كان سفراً له منه بد ضمن، وإن كان سفراً لا بد منه فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن ا هـ. وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام قوله: **(وفي الجامع الصغير: ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالا: له ذلك)** قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع

الأمر باق لإطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد. وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه ردّ للأمر من الأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود. وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه؛ ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل، بخلاف الجحود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رداً لقول مثله؛ ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ردّ لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله: **(كما إذا استأجره)** تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة، فصار كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم عاد إلى الحفظ في الباقي فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً. واعترض بأن هذا التنظير غير مستقيم، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف

قوله: **(قيل لأن هذا الخ)** أقول: قائله السيد جلال قوله: **(وإن لم يكن وسافر بأهله الخ)** أقول: مخالف لما في غاية البيان.

إطلاق الأمر، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ولهذا يملك الأب والوصيّ في مال الصبي. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيّد، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر. قلنا: مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (**وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن**) لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر

الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون انتهى. أقول: فيه بحث، إذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسألة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون. قوله لأن المذكور فيه الألف وهو موزون ليس بشيء، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون، ولا للموزون الذي هو غير الألف فيفوت المطلوب. وقال في معراج الدراية: قال أبو جعفر في الكشف: في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة، وذلك أن رواية كتاب الوديعة: القاضي لا يأمر المودع بالدفع، وكان يجوز أن يقول قائل: إن كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة. وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول: نصيب الواحد الحاضر من

ما نحن فيه. وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقياً لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل. وقوله: (**فحصل الرد إلى نائب المالك**) جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ووجهه أن المودع نائب المالك، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً حصل الردّ إلى نائب المالك. وقوله: (**فإن طلبها صاحبها الخ**) ظاهر. وقوله: (**ولو جحدها عند غير صاحبها**) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان؟ فقال ليس له عندي وديعة (**لا يضمنها عند أبي يوسف**) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول: ما حال وديعتي عندك؟ فقال ليس لك عندي وديعة (**خلافاً لزفر**) وإنما ذكر خلافهما فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة، قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك. وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة. ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين. قال: (**وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ**) وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة قالوا إذا كان الطريق آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بدّ من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله، ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيداً، وعند محمد قريباً كان أو بعيداً. وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين: أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا. لأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الآمر أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان. فإن قيل: سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ. أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا: أي ولكون المفازة محلاً للحفظ يملك الأب والوصيّ المسافرة بمال الصبيّ، فلو كان التلف مضموناً لما جاز لهما ذلك. قيل مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس

قوله: (**لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية**) أقول: لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما.

أبلغ فكان صحيحاً. قال: **(وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع إليه نصيبه)**. وفي الجامع الصغير: ثلاث استودعوا رجلاً ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه. ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضي

الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً فله أخذه، فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى. أقول: في الفائدة الأخرى نظر، لأن جواب المسألة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة، وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة دون قول أبي حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف قوله: (بخلاف

للمودع حتى التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً. وأجيب بأنه توضيح للاستدلال، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبيّ نظرية. وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً قياساً على الغبن اليسير في التجارات، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر، فإنه إذا استأجر رجلاً شهراً بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال، وإن سافر ضمن قوله: **(قلنا مؤنة الرد)** جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان، فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالي به. وقوله: **(والمعتاد كونهم في المصر)** جواب عن قول الشافعي: يعني أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر **(لأحفظهم، فإن من كان في المفازة يحفظ ماله فيها)** ولا ينقله إلى الأمصار **(بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد، وإذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً)** قال: **(وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ)** إذا تعدّد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي. وقالا: يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب، حتى أن الباقي إن هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض. وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون. وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم. قال في الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدوابّ والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع، وحكاية الحمامي في المسألة مشهورة: لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا

قوله: **(لأن المذكور فيه)** أقول: يعني المذكور في الجامع الصغير.

بأمثالها. قوله له أن يأخذه. قلنا: ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذ ظفر به، وليس للمودع أن يدفعه إليه. قال: **(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر)** وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر. وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين. لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم. وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن، وهذا بخلاف ما لا

الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون **(لأن الديون تقضى بأمثالها)** فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز، كذا في النهاية وغيرها. قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أوّلاً هكذا: وفيه نظر، لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك انتهى.
أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأن المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لا يجب له عليه ذلك، إذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه، فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائنه فكان مأموراً به. وبالجملة ليس كل ما يجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه، بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً. ثم قال صاحب العناية: والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن كلام المصنف لا يساعده، لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها، إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لأن المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون، فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون، وهذا مما لا سترة به. وأما ثانياً: فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأموراً بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه، لأنه قال: وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك

لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان في يد المودع بالاتفاق. ولأبي حنيفة لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه، لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل في ذلك، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه: أي حق المديون، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز، وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك. والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل

قوله: **(أي حق المديون)**أقول: يعني ماله قوله: **(وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك)** أقول: يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها.

يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال. قال: **(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن. وفي الجامع الصغير: إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لا يضمن)** كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط، وإن كان مفيداً فيلغو **(وإن كان له منه بد ضمن)** لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر **(وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن)** لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز **(وإن حفظها في دار أخرى ضمن)** لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط. قال: **(ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يضمن أيهما شاء. فإن ضمن الآخر رجع على الأوّل)** لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأوّل لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة. وله أنه قبض المال من يد أمين

بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى. وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل قوله: قوله: **(له أن يأخذه)** أي قول الخصم في هذه المسألة كذا وهو الإمامان على ما مر. وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال: والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهب أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى. ولا يخفى ما فيه. وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه إفراد ضمير قوله هاهنا قوله: **(قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ)** جواب عن قول الإمامين له أن يأخذه. تقريره أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: أي من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: هنا إشكال، وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير، فإن جواب المسألة فيها: فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وهذا دالّ على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله. والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضاً

مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة. وقوله: **(له أن يأخذه)** جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه، وتقريره جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: يعني من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه. قوله: **(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم)** ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق، وكلامه ظاهر. وقال في المبسوط: قول أبي حنيفة أقيس، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل **(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن)** معناه: إذا لم يكن له من التسليم إليها بدّ، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال: **(إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها**

لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك، وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره. قال: **(ومن كان في يده ألف فادّعاه رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما)** وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية. ولو تشاحا أقرع بينهما تطييباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة، وإن نكل للأوّل يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول، بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخّره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء، ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه، وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر

وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود، بل كان الجواب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضاً، فالجواب المزبور أيضاً إنما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر. واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذ هو يؤمر بالدفع إليه، ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر، فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع. وقال في شرح الجواب عنه: والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول: لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف

إلى من لا بد له منه لا يضمن، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، أو كانت شيئاً يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله: **(وهو محمل الأول)** والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً والعمل به ممكناً وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان، وإذا لم يكن مفيداً أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة، أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن، وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن

قال المصنف: **(ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر الخ)** أقول: في أوائل كتاب الصلح من المبسوط: المودع إذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جاراً له كان ضامناً في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصاً وأن لا يدفع إلى أجنبي، ثم قال في المبسوط: وفي الاستحسان لا يكون ضامناً لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى. والمسألة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة قال المصنف: **(إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق)** أقول: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً قوله: **(لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً)** أقول: لا بل يدعي الألف المعين إلا أن يراد باعتبار المآل، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه».

فيغرمه، فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضي بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني. وذكر الخصاف أنه ينفذ قضاؤه للأوّل ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأنّ نكوله لا يفيد بعد

درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه، إلى هنا كلام ذلك الشارح. أقول: فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين، ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جداً تبصر قوله: **(وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة)** أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعاً عند اثنين بكماله، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام، فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلاً. وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ما ذكر في أصل المسألة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أودعها إياه، ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكاً لاثنين بكماله في حالة واحدة، ولا أن يكون مودعاً من اثنين بكماله في حالة واحدة، وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف ممن هي في يده وزال ملكه عنها أيضاً باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه، فكيف يحتمل أن يصدقا معاً في دعواهما المزبورة قوله: **(ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين)** قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين: لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. أقول: يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعي ألفاً معيناً وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسألة، والنقود تتعين في الودائع على ما تقرّر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسألة في التبيين، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين. ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال: والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[1] انتهى. أقول: ليس هذا بمفيد هاهنا، لأن ما

الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن، لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به. قال: **(ومن أودع رجلاً وديعة الخ)** إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير ربّ المال في تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمين، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأوّل متعدّياً بالتسليم إلى الثاني، والثاني قد قبض منه، والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودَع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق، فإذا لم يكن بالدفع ضامناً لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد

قوله: **(يقضي بالألف للأول أو للثاني)** أقول: في قوله أو للثاني بحث قوله: **(لا يفيد إقراره به)** أقول: فيلغو ذكر العبد قال المصنف: **(قال ينبغي أن يحلفه عند محمد إلى قوله: بناء على أن المودع)** أقول: قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله.

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

ما صار للأول، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه. قال: ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافاً له وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم.

يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لأحدهما فقط، وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هاهنا، بل يحصل بتحليفه لهما معاً، وإنما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه، ألا ترى أنهما لو ادّعيا من أحد شيئاً واحداً مشتركاً بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد. والأظهر في تعليله أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني **(فينكشف وجه القضاء)** قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما انتهى. أقول: لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف الثاني بعد نكول ذي اليد الأول والكلام فيه، فالمحتمل هنا وجهان لا غير، والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له، والألف كله للأوّل. ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما، وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف لهما أو لأحدهما، فتوهم الشارح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأوّل.

تعدّ منهما، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه. وأما الثاني: فمستمرّ على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه، كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره **(وإذا كان في يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها الخ)** ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. قوله وإن نكل: أعني الثاني: أي بعد ما حلف الأول. قوله ولا يقضي بالنكول: يعني للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله: **(فينكشف وجه القضاء)** بأن يقضي بالألف للأوّل أو للثاني أولهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول **(ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما)** فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله: **(لأنه)** أي لأن المودع المنكر **(أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله)** عند أبي حنيفة **(وبإقراره)** عندهما **(ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير: إنه يحلف للثاني، وإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني، لأن القاضي قدمه إما باختياره أو بالقرعة، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني)** ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه. وقال أخوه في شرح الجامع الصغير: فإن حلف يقضي بنكوله للأول. وقوله: **(لكونه إقراراً)** أي لكون النكول إقراراً **(دلالة)** وقوله: **(ما هذا العبد لي)** يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه، ولا قيمته لأنه لما أقرّ به للأول وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك. وقوله: **(بناء)** أي قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء **(على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد خلافاً لأبي يوسف)** كما إذا أقرّ بالوديعة لإنسان. ثم قال: أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنها للثاني، وأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامناً له قيمتها، وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء، فإن دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافاً لأبي يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئاً، وإنما الفوات بالدفع إلى الأول، وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن. ولمحمد أنه سلط القاضي على القضاء بها للأول لإقراره، وقد أقرّ أنه مودع للثاني، والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامناً، وللمسألة تفريعات ذكرت في المطولات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرس تكملة شرح فتح القدير
للإمام كمال الدين السيواسي

كتاب الوكالة

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة

نتائج الأفكار

في

كشف الرموز والأسرار

تأليف

شمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة شرح فتح القدير

للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء التاسع

يحتوي على الكتب التالية:

العارية - الهبة - الإجارات - المكاتب - الولاء

الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة

القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العارية

قال: **(العارية جائزة)** لأنها نوع إحسان «قد استعار النبيّ عليه الصلاة والسلام دروعاً من صفوان» **(وهي تمليك المنافع بغير عوض)** وكان الكرخي رحمه الله يقول: هو إباحة الانتفاع بملك الغير، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي، ولا يملك الإجارة من غيره،

كتاب العارية

قد مرّ وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة، ثم إنه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة، أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، والعارة مثل العارية انتهى. وقال المطرزي في المغرب: العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغاوة وأخذها من العار العيب أو العري خطأ انتهى. وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعوّل عليه لأن النبيّ ﷺ باشر الاستعارة[1] فلو كان في طلبها عار لما باشرها. وفي القاموس والمغرب: وقد

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله. ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج. قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه جعل لغيره نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء. واختلف في تعريفه اصطلاحاً فقال عامة العلماء **(هي تمليك المنافع بغير عوض)**. وكان الكرخي يقول: **هي إباحة الانتفاع بملك الغير)** قيل وهو قول

كتاب العارية

قال المصنف: **(وهي تمليك المنافع، إلى قوله: يقول هو إباحة الانتفاع)** أقول: كان المناسب أن يقول في الأول هو لتذكير الخبر وهنا هي قوله: **(ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا**

---

(١) جيّد. يشير المصنّف للحديث الذي ذكره صاحب الهداية في المتن.
حيث أخرجه أبو داود ٣٥٦٢ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٨٩,٦ وأحمد ٣٦٥,٦,٤٠١,٣ كلّهم من حديث أميّة بن صفوان بن أميّة عن أبيه «أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال: أغصبٌ يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة» وفي إسناده شريك ضعيف، وهو ابن عبد الله القاضي، وورد من طريق آخر من حديث جابر بن عبد الله أخرجه الحاكم ٤٩,٤٨,٣ والبيهقي ٨٩,٦ ولفظه «أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين لمّا فرغ من فتح مكة. . . ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أميّة فسأله أدراعاً مائة درع، وما يصلحها من عدّتها فقال: أغصباً يا محمد، قال: بل عارية مضمونة حتى نؤدّيها إليك، ثم خرج رسول الله ﷺ سائراً. .» قال الحاكم صحيح الإسناد. ووافقه الذهبيّ اهـ. لكن في إسناده ابن اسحاق اختلف في ضبطه وحفظه وورد أيضاً في حديث ابن عباس.
أخرجه الحاكم ٤٩,٤٨,٣ والبيهقي ٨٩,٦ صحّحه الحاكم، ووافقه الذهبي.
لكن في إسناده اسحاق بن عبد الواحد القرشي قال عنه الذهبي في الضعفاء: متروك.
وقال عنه في الميزان: لا بل هو واهٍ وورد في طريق آخر من حديث جعفر بن محمد عن أبيه. أخرجه البيهقي ٨٩,٦ وقال: وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلاً فإنه يقوى بشاهده مع ما تقدّم من الموصول اهـ.
فالحديث بمجموع هذه الطرق يكون جيّداً، وهو مشهور في كتب الفقه والسيرة.

ونحن نقول: إنه ينبيء عن التمليك، فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك، والمنافع قابلة للملك كالأعيان. والتمليك نوعان: بعوض، وبغير عوض. ثم الأعيان تقبل النوعين، فكذا المنافع، والجامع دفع

تخفف العارية. وفي المبسوط قيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً، لأنه لا ينتفع بها باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها. وأما شريعة فقال عامة العلماء: هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض. وقال الكرخي والشافعي: هي عبارة عن إباحة الانتفاع بملك الغير، وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب قوله: **(ونحن نقول إنه ينبيء عن التمليك فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ)** أقول: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية، ويقول: بل هي من العار كما ذكر في الصحاح، أو من العارة كما ذكر في المغرب، أو من التعاور كما ذكر في المبسوط. وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت إنباء لفظ العارية عن التمليك. وثانيهما أن للخصم أن يقول: انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هناك مستعاراً لمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الإباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب. وقال صاحب العناية: فيه بحث من أوجه: الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله، لأن المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع والمانع، فإن سلم من النقض فذاك، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض أن أمكن، وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات. والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه، والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه. والثالث أن من شرط القياس أن يكون

الشافعي. قال: **(لأنها تنعقد بلفظ الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، والنهي يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره)** وكل من ذلك يدل على أنها إباحة. أما الأول فلأن التمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة. وأما الثاني فلأن التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لأن تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكاً للمجهول. وأما الثالث فلأن المعير يملك النهي عن الاستعمال، ولو كان تمليكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع. وأما الرابع فلأن المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع، فلو كانت الإعارة تمليكاً لجاز له ذلك كما في الإجارة والهبة وقال عامة العلماء: **(إنها تنبيء عن التمليك، فإن العارية من العرية وهي العطية)** وهي إنما تكون تمليكاً **(ولهذا تنعقد بلفظ التمليك)** مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهراً وما ينعقد بلفظ التمليك هو تمليك. فإن قيل: المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك. أجاب بقوله: **(والمنافع قابلة للملك كالأعيان)** وبنى على ذلك قوله: **(والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض)** وذلك ظاهر لا نزاع فيه **(ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة)** وفيه بحث من أوجه: الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله: لأن المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع والمانع، فإن سلم من النقض فذاك، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن. وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات. والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه، والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه. والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدّياً إلى فرع هو نظيره، والمنافع ليست نظير الأعيان. ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك، وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية، ولو جعلنا

استدلالاً) أقول: ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقاً لا تصويراً قوله: **(ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ)** أقول: أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة قوله: **(كان سالماً من الشكوك)** أقول: أما من الأول فمسلم، وأما من الأخيرين فلا.

الحاجة، ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك، كما في الإجارة، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة، وهي تمليك، والجهالة لا

الحكم الشرعي متعدّياً إلى فرع هو نظيره، والمنافع ليست نظير الأعيان، إلى هنا كلامه. أقول: كل واحد من أوجه بحثه ساقط. أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرّف، كأن يقال: هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق، ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال، وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات، ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضاً كذلك. وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد إثبات كون لفظ العارية موضوعاً في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات، بل أراد إثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الأعيان لهما، وقصد بإثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشراح المذكور. ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدالّ على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضاً. وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله: والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم، ولكن لا يجدي نفعاً إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل في جميع الجهات، بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه، وإن أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع، فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة، وهما أي الأعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة. ثم قال: ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك، وإن كان الثاني جعل بياناً لخواصّ يعرف بها العارية انتهى. أقول: وفيه بحث من أوجه: الأول أن هذا التعريف إن كان لفظياً كان قابلاً للاستدلال عليه، إذ قد تقرر في محلة أن مآل التعريف اللفظي إلى التصديق، والحكم بأن هذا اللفظ بإزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلاً للمنع، بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله: فإن كان الأوّل، فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك. والثاني أنه قد تقرر في موضعه أيضاً أن التعرف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة البينة، ولا شك أن اللوازم البينة لا تحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية. والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جواباً عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن. ثم قال: ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية عرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك، وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً فالحمل عليه أولى انتهى. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله: كان سالماً من الشكوك. وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تمليك المنافع بغير عوض بحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية، إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً. وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال: واختلف في تعريفها اصطلاحاً، فقال عامة العلماء: هي تمليك المنافع بغير عوض. وكان

المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك، وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهر فالحمل عليه أولى قوله: **(ولفظه الأباحة)** جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة. ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تنعقد بلفظ الإباحة، ولا نزاع في كونها تمليكاً قوله: **(والجهالة)** جواب عن قوله ومع الجهالة

تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة، ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع، وعند ذلك لا جهالة، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى، قال: **(وتصح بقوله أعرتك)** لأنه صريح فيه **(وأطعمتك هذه الأرض)** لأنه مستعمل فيه **(ومنحتك هذا**

الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى. فإن توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها. وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك: أما من الأول فمسلم، وأما من الأخيرين فلا انتهى. أقول: سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح قوله: **(والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة)** جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك. ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة، كذا في الشروح. قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة، وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه. أقول: فيه نوع خلل لأن قوله: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا: بصحة العارية مع جهالة المدة، وإن اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم: ومع الجهالة لا يصح التمليك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة: فالأولى في العبارة أن يقول: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التمليك، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة الخ تأمل قوله: **(وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه)** قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه: أي حقيقة في عقد العارية، وفي تفسير قوله مستعمل فيه: أي مجاز فيه، ثم قال: وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله: مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول، فلا فرق إذا بين العبارتين، والجواب: كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن

لا يصح التمليك. ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم. ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة. وقوله: **(والنهي منع عن التحصيل)** جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه. ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد، وله ذلك لكونها عقداً غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير: أي وقت شاء كما في الهبة. وقوله: **(ولا يملك الإجارة)** جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء، هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها. وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها. وسببها ما مر مراراً من التعاضد المحتاج إليه المدني بالطبع، وهي عقد جائز لأنه نوع إحسان «وقد استعار النبي ﷺ دروعاً من صفوان» وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به. قال: **(وتصح بقوله أعرتك الخ)** هذا بيان الألفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه: أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه. قيل أي مجاز فيه، وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول، فلا فرق إذا بين العبارتين. والجواب: كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن

قوله: (فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول: فيه بحث قوله: (فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول: أي أعرتك وأطعمتك قوله: (والجواب كلاهما صريح، لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول:

الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوّزاً. قال: **(وأخدمتك هذا العبد)** لأنه أذن له في استخدامه **(وداري لك سكنى)** لأن معناه سكناها لك **(وداري لك عمرى سكنى)** لأنه جعل سكناها له مدة عمره. وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره. قال: **(وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء)** لقوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة والعارية مؤداة»[1] ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه. قال: **(والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدّ لم يضمن)** وقال الشافعي: يضمن، لأنه

الآخر حقيقة إلى هنا كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال: فيه تأمل، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال انتهى. أقول: هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه، وأراد المصنف بالصريح ها هنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلة كما بينه صاحب العناية، فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك: أي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الأصول فهو ممنوع، وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ها هنا معنى الحقيقة وليس فليس، وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم، ولكن لا إشكال فيه حتى لا تنحسم مادته قوله: **(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ)** قال صاحب الكافي: كان ينبغي أن يقول: إذا لم يرد بهما بدليل التعليل. وقال: ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة ٦٨] انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب. قلت: المذكور شيئان أحدهما قوله: ومنحتك هذا الثوب، والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى. أقول: مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه، فإن الشيئين هو الثاني دون الأول. ومبنى التأويل ها هنا وفي قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة ٦٨] هو الأول، وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب. لا يقال: يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا ردّ الجواب. لأنا نقول: كون المذكور شيئين مع كونه غنياً عن البيان جداً يأبى عنه قطعاً ذكره لفظة

الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب: أي أعطيتك المنحة وهي الناقة: أي أو الشاة يعطى الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها إذا ذهب درّها ثم كثر حتى قيل في كل من أعطي شيئاً منح، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به: أي بقوله هذا الهبة لأنها لتمليك العين عرفاً، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في الاستخدام وهي العارية، وداري سكنى لأن معناه سكناها لك وهي العارية، وداري لك عمرى سكنى لأنه جعل

فيه تأمل، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال قوله: **(ما لا يحمله مثلها)** أقول: للضمير في قوله يحمله راجع إلى ما قوله: **(لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن)** أقول: ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل.

---

(١) جيّد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٢١٢٠، ١٢٦٥ والنسائي في الكبرى ٥٧٨٢ والبغوي ٢١٦٢ وابن حبّان ٥٠٩٥ وابن ماجة ٢٣٩٨ والطيالسي ١١٢٨ والطبراني ٧٦١٥، ٧٦٢١ وأحمد ٢٦٧,٥ والبيهقي ٨٨,٦ وعبد الرزاق ١٤٧٩٦، ١٦٣٠٨ كلّهم من حديث أبي أمامة بألفاظ مختلفة.

ولفظ أبي داود «إنّ الله عزّ وجلّ قد أعطى كل ذي حقٍ حقه فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: ذاك أفضل أموالنا، ثم قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم» قال الترمذي: حديث حسن اهـ.

إسناده جيّد رجاله ثقات غير شرحبيل بن مسلم فيه لين لكن تابعه حاتم بن حريث عند ابن حبّان والنسائي وفي الباب من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٨.

قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه، والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه، ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء. ولنا أن اللفظ لا ينبىء عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها، والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم

قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: **(ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الردّ: يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب، وصار كالمقبوض على سوم الشراء. فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا اهـ كرمه. أقول: حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضرورياً، واقتفى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية. والحق عندي أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء. وإنما كان هذا هو الحق عندي لوجهين: أحدهما أن الظاهر أن قوله: وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله: كان واجب الردّ، فبمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا إشارة إلى كون الإذن ضرورياً، ولكون الإذن ضرورياً صار كالمقبوض على سوم الشراء، والظاهر أن الإذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء. وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء. ولا شك أن الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء. وثانيهما أن حديث كون الإذن ضرورياً جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال، بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق. ولا يخفى أن ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عله قوله ولهذا كان واجب الردّ وصار المقبوض على سوم الشراء، ويؤيده أن صاحب الكافي أخر حديث كون الإذن ضرورياً عن تفريع هذين الفرعين قوله: **(ولنا أن اللفظ لا ينبىء عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدّياً لكونه مأذوناً فيه)** قال صاحب العناية: في حل هذا المحل: يعني أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له، أما العقد فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبىء عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين، وما وضع لتمليك المنافع لا

سكناها له مدة عمره، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب على التمييز من قوله لك، لأن قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة، فإذا ميّزه تعين في المنفعة فحمل الكلام عليه: أي على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم، وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله ﷺ «المنحة مردودة والعارية مؤداة» ووجه الاستدلال ظاهر، وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الردّ، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فصح الرجوع عنه. قال: **(والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن الخ)** إن هلكت العارية، فإن كان بتعدّ كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالإجماع، وإن كان بغيره لم يضمن. وقال الشافعي: يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه. وقوله لا عن استحقاق: أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة، فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه. فإن قيل: هو قبض بإذنه

قوله: **(فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه)** أقول: لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى.

يقع تعدّياً، وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض. والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه. قال: **(وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره؛ فإن أجره فعطب ضمن)** لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسدّ باب الاسترداد إلى

يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه. وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفى الضمان فكيف يضاف إليه اهـ كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن احتمال كون الإذن موجباً للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلاً، ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسألة، فدرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان ونسبته ذلك إلى المصنف بقوله: يعني خروج عن سنن الصواب قوله: **(والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدّياً)** جواب عن قول الشافعي: والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه. وتقريره القول بالموجب: يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع، لكن القبض أيضاً لم يكن للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه، كذا في العناية وغيرها. أقول: للخصم أن يقول إذا لم يكن القبض أيضاً إلا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة، والضرورة إنما هي في حالة الاستعمال، فإن هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً. وأما إذا هلكت في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة. فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب، وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال: والجواب عن قوله والإذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع. قلنا: لما مست الحاجة والضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضاً وهي حالة الإمساك، لأن الإنسان إنما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه، ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار، وإنما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى، ولو انتفع بالعارية دائماً يضمن كما إذا ركبها ليلاً ونهاراً فيما لا يكون العرف كذلك، فثبت أن القبض في غير حالة

ومثله لا يوجب الضمان. أجاب بقوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال، فإن هلكت فيها فلا ضمان، وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة، ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الرد: يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب، وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفس لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا. ولنا أن اللفظ لا ينبيء عن التزام الضمان: يعني أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس شيء من ذلك بموجب له. أما العقد فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبيء عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه. وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه قوله: **(والإذن)** جواب عن قوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه: يعني أنه لم يتناول العين فإنه ورد على المنفعة نصاً ولم يتعدّ إلى العين، وتقريره القول بالموجب: يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه قوله: **(وإنما وجب الرد مؤنة)** جواب عن قوله ولهذا كان واجب الردّ، وتقريره أن وجوب الردّ لا يدل على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فإنها على المستعير، وليس لنقد القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان، بخلاف الغصب فإن الرد فيه واجب فنقض القبض لكونه بلا إذن، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان. وقوله: **(والمقبوض على سوم الشراء)** جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء. وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد

انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه، وضمنه حين سلمه؛ لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصباً، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم. قال: **(وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)** وقال الشافعي: ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ها هنا. ونحن نقول: هو تملك المنافع على ما ذكرنا

الانتفاع أيضاً مأذون فلا يوجب الضمان، إلى هنا كلامه. وأشير إلى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضاً فتبصر قوله: **(والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه)** جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء. قال صاحب العناية: وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اهـ كلامه.

أقول: لا يخفى على ذي فطنة أن تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر، لأن الضمير المستتر في فصار راجع إلى المأخوذ بالعقد، فيصير المعنى: فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل. ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله: لأن المأخوذ بالعقد على الملابسة، وفي قوله: فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية، فيصير معنى كلامه: لأن المأخوذ بملابسة العقد: أي ما كان متعلقاً بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول إلى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء، إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اهـ. ثم أقول: لا حاجة في حل كلام المصنف ها هنا إلى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت، بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل: أحدهما أن يكون معنى قوله: لأن الأخذ في العقد له حكم العقد، لأن الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه، على أن يكون الأخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه. وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد: أي المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد، على أن تكون كلمة «في» في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى ﴿فذلكن الذي لمتنني فيه﴾ [يوسف ٣٢] وقوله عليه الصلاة والسلام «إنّ امرأة دخلت النار في هرة حبستها»[1] على ما صرح به في مغني اللبيب، فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله. ثم قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان: فإن قيل: سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ها هنا. أجيب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقديراً صيانة لأموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج

فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان. فإن قيل: سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد، ولكن لا عقد ها هنا. أجيب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقديراً صيانة لأموال الناس عن الضياع، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً، ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظراً له، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل، وقوله: **(على ما عرف في موضعه)** قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل كتاب الإجارات من المبسوط. قال: **(وليس للمستعير أن يؤاجر ما**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣١٨، ٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢، ٢٠٢٢ والدارمي ٢/٣٣٠ و٣٣١ والبيهقي ٥/٢١٤ و٨/١٣ وابن حبّان ٥٤٦ كلّهم من حديث ابن عمر.
وصدره «عُذّبَتْ امرأة في هرة...» وله شواهد أخرى، وقد تقدّم تخريجه.

فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً

ملكه مجاناً اهـ. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ها هنا أصلاً، إذ لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد، بل يقتضي عدم تحققه، إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ها هنا. ثم إن الجواب المزبور منظور فيه، لأنه وإن كان في جعل العقد موجوداً تقديراً صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري، إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعدّ منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه بإذن، فإذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجاناً: أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لأحد المتآخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل قوله: (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح: كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. وقال في النهاية ومعراج الدراية: كذا ذكره في النظائر الإمام التمرتاشي. أقول: في أكثر هذه الأمثلة إشكال: أما في مثال الحمل فلأنه وإن كان مطابقاً لما ذكره المصنف في آخر هذه المسألة بقوله فلو استعار دابة ولم يستم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت انتهى، إلا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الإجارات في باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل. وحكمه كحكمهما عند الإطلاق والتقييد كما ستطلع عليه. وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية: إنه مما لا يتفاوت، وقالوا في كتاب الإجارات: إنه مما يتفاوت، وممن ظهرت المخالفة جداً بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي، فإنه قال ها هنا: سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الإجارات: ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوماً فلا يحكم بجواز الإجارة انتهى. وأما في مثال الزراعة فلأنه سيأتي في كتاب الإجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار الأراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها، لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة. ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل، وعن هذا مثل الإمام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثلة وعدّ منها الزراعة حيث قال: كاللبس والركوب والزراعة. وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحدّاد والقصار يضرّ بالبناء دون سكنى غيرهما، ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الإجارات، فكان السكنى أيضاً مما يختلف باختلاف المستعمل. ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى، لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الإجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه، والمثال ها هنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه قوله: (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة) جواب عن

استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار، فإن آجره فعطب ضمن لوجهين: أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه. والثاني أنا لو صححناه فإما أن يكون لازماً أو غير لازم، ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضع، وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازماً، وهو أيضاً خلاف موضوع الشرع، وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصباً فيضمن حين سلم والمعير بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك، وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب. ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤاجر إذا لم يعلم كونه

للحاجة، وإنما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره. قال العبد الضعيف: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة. وهي على أربعة أوجه: أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق. والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو إلى خير منه والحنطة مثل الحنطة، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلاً. والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق

قول الشافعي رحمه الله؛ المنافع غير قابلة للملك. وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعاً للحاجة، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه بحث لأن حاصله القياس على الإجارة، وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليله: وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة: يعني أن علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الإجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الإعارة لاندفاع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جواباً عنه، اللهم إلا أن يقال: الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الأخرى، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الإجارة. قال صاحب العناية: بعد تقرير مراد المصنف ها هنا وقد مرّ الكلام فيه. أقول: لم يمرّ منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية، ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتمشّ، لأن حاصله أن قياس المنافع على الأعيان ليس بتام، لأن من شرط القياس كون الفرع نظير الأصل والمنافع ليست نظير الأعيان، ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الأصل قطعاً قوله: **(وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة)** قال عامة الشراح: أي ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير إذا صدرت الإعارة مطلقة، أقول: فيه إشكال، لأن المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، فمعناه أن للمستعير ولاية الإعارة فيما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل. وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة فللمستعير ولاية الإعارة مطلقاً: أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسألة: فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل، لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً اهـ. فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله: إذا كان مما يختلف باختلاف المستعمل. ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور: بل كان ينبغي له أن يقول: هذا إذا صدرت الإعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه. والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكروا، ولم يتعرضوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جداً. ثم إن الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة

عارية في يده دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم. وللمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. وقال الشافعي: ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع على ما مر، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا أي كون الإعارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلت موجودة في الإجارة للضرورة، وقد اندفعت في الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التمليك. ولنا أنها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى

الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه، فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب. قال: **(وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض)** لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت. أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه. قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة، وأما إذا عين الجهة

الإشارة لا تعود إلى المسألة المتقدمة بل إلى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية اهـ. أقول: هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود إليه الإشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشاراً إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف ها هنا، ولا يشار باسم الإشارة لا إلى المحسوس المشاهد، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه، فكأنه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى. والإنصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول: والإعارة على أربعة أوجه لكان أحرى، ولقد أحسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال أوّلاً: وله أن يعير، وذكر خلاف الشافعي وبين دليل الطرفين. ثم قال: ثم هذه المسألة على وجهين: إما أن حصلت الإعارة مطلقة في حق المنتفع بأن أعار ثوباً للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل، وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملاً بإطلاق اللفظ، وإن حصلت الإعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب. ثم قال: وهذا هو الكلام في إعارة المستعير. وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه، فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة قوله: **(إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو إلى خير منه)** كمن استعار دابة ليحمل علها قفيزاً من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزاً من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزاً من شعير، وفي القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر،

له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة قوله: **(والمنافع اعتبرت قابلة)** جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك. وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعاً للحاجة وقد مرّ لنا الكلام فيه. فإن قيل: لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك. أجاب بقوله: **(وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره، وقال هذا)** أي ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير **(إذا صدرت الإعارة مطلقة)** فوجب أن يبين أقسامها فقال **(وهي على أربعة أوجه)** وهي قسمة عقلية **(أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع. والثاني أن تكون مقيدة فيهما. والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع. والرابع بالعكس)** فللمستعير في الأول أن ينتفع به أيّ نوع شاء في أيّ وقت شاء عملاً بالإطلاق. وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة **(إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك)** كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة فيحملها قفيزاً من حنطة أخرى **(أو إلى خير منه)** كما إذا حمل مثل ذلك شعيراً استحساناً. وفي القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخفّ على الدابة والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً **(وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدّى ما سماه من الوقت والنوع)** وعلى هذا **(فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت. وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً، لأنه لما أطلق كان له التعيين، حتى لو ركب بنفسه**

بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلده. قال: **(وإذا استعار أرضاً ليبني فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء الغرس)** أما الرجوع فلما بينا، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة. وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد **(وضمن المعير ما نقص البناء**

ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مقيداً كذا في العصابة وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: ما ذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار فإنه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به، مع أن ما ذكروا في وجه هذا الاستحسان ها هنا جار هناك أيضاً بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضاً فتأمل قوله: **(أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه)** أقول: يرى هذا التعليل خالياً عن التحصيل، لأن حقيقة الإعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود، إذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه، وأن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض، وكذا حكم الإعارة منتف في عارية الأشياء المذكورة، إذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعدّ من القابض، فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلاً لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا لإقامة ردّ المثل مقام رد العين. نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الإعارة في مسألتنا هذه مجازاً أو كناية عن معنى الإقراض، ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسألة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق قوله: **(وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة)** أقول: لقائل أن يقول: المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً

تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك، فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الأول والإركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام. وقال: غيره: له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وشيخ الإسلام. قال: **(وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ)** إذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك، وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لأن الإعارة تمليك المنفعة، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، فكان ذلك تمليكاً للعين اقتضاء، وتمليك العين إما بالهبة أو القرض، والقرض أدناهما لكونه متيقناً به. قيل لأنه أقل ضرراً على المعطى لأنه يوجب رد المثل، وما هو أقل ضرراً فهو الثابت يقيناً، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين وقد عجز عن رده فأقيما رد المثل مقامه. قال المشايخ: هذا إذا أطلق الإعارة. وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة، فصار كما إذا استعار آنية ليتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلده، يقال عايرت المكاييل أو الموازين ذا قايستها، والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوّى، وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس. أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعاً للحاجة. وأما الرجوع فلما بينا، يعني به قوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله ﷺ «المنحة مردودة والعارية مؤداة» وأما التكليف فلأن الرجوع إذا كان صحيحاً بقي المستعير شاغلاً أرض

قوله: **(وإن كان وقت العارية)** أقول: معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان قوله: **(هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر)** أقول: في باب المضارب يضارب قوله: **(وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما، كذا ذكره القدوري)** أقول: فيه

والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه، كذا ذكره القدوري في المختصر. وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه. قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى ربّ الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل، ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت، لأن له نهاية معلومة، وفي الترك مراعاة الحقين، بخلاف الغرس

أيضاً فكيف يتم ما ذكر سابقاً من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها؟. ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الأكثر الأغلب، فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها، فيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب، وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تملك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك. فإن قلت: عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله: ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها. قلت: يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله: (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية: أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين، وعلى الأول يكونان مرفوعين اهـ كلامه، وتبعه الشارح العيني. أقول: لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ها هنا لأن الذي نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس، وليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان، وإنما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع، ويمنع أيضاً صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع، ولا يخفى ما فيه. فالوجه عندي ها هنا رفع البناء والغرس لا غير. أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح. وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع إليها على أن يكون الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة، فيكون كلمة نقص ها هنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس. وقال صاحب العناية: ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظركم يكون قيمة البناء، والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته، يعني إذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً، وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين

المعير فيكلف تفريغها، ثم إن المعير إما أن وقت العارية أو لم يوقت، فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد إطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا، ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقّت له، إذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعاً للضرر عن نفسه. فإن قيل: الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مرّ والإعارة ليست كذلك. أجيب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى. وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على

كلام وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى، هذا إشكال الفاضل المحشي الشهير بيعقوب باشا. فأقول: الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة: أي القيمة المنقوصة فلا إشكال قوله: (ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد، إلى قوله: وهو الأظهر) أقول: المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجعه. قال المصنف (لأن له نهاية معلومة) أقول: مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في المؤقتة لأن لها نهاية معلومة، ولأن الوقت منصوص عليه ها هنا وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى. والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل. قوله: (والغرم بإزاء الغنم) أقول: تأمل فيه قوله: (فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول: من أن الغرم بالغنم.

لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك. قال: **(وأجرة ردّ العارية على المستعير)** لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الردّ فتكون عليه **(وأجرة ردّ العين المستأجرة على المؤجر)** لأن الواجب

يرجع بهما انتهى كلامه. وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا: بدل قوله: يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصة فأورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام، وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى. أقول: لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله: تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب، ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعاً. وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص، وإذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير، وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح. واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى. وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال: فأقول الظاهر أن قوله: قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها، وإنما جواز ذلك مذهب سخيف كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام الثقات، على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة إلا بعد أن يجعل مجازاً عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة، وهذا تعسف بعد تعسف، ولعمري إن من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات، وقد مر منه ذلك غير مرة، ومع ذلك يزعمه معنى لطيفاً ظاهراً كما يلوّح به قوله ها هنا فأقول: الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة وما كان ينبغي له ذلك قوله: **(بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك)** أقول: لقائل أن يقول: إذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الأرض منه هنا أيضاً إلى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين. والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة، وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت، إما بعمد منه لخيانة نفسه، أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك، بخلاف الزرع فإن له نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا. وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقّت أو لا، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة

أن أتركها في يدك إلى مدة كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا. ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظركم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته: يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً، وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما، كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص. وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه. قالوا: يعني المشايخ إذا كان بالأرض ضرر بالقلع فالخيار إلى ربّ الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل. قيل معنى كلامه هذا أن ما قاله القدوري إن المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرر، أما إذا لحق فالخيار في الإبقاء بالقيمة مقلوعاً وتكليف القلع وضمان النقصان إلى صاحب الأرض وهو ظاهر، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد: ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع وترك الضمان إذا لم تتضرر الأرض بالقلع، وأما إذا تضررت فالخيار لربّ الأرض وهو الأظهر. ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل وقّت أو لم يوقت،

على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده **(وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب)** لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه فتكون مؤنته عليه.

قال: **(وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن)** وهذا استحسان، وفي القياس يضمن لأنه ما ردّها إلى مالكها بل ضيعها. وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن ردّ العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط **(وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن)** لما بينا **(ولو ردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن)** لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العواري لأن فيها عرفاً، حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه. قال: **(ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن)** والمراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لأنها أمانة، وله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله **(وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره)** لأن المالك يرضى به؛ ألا ترى أنه لو ردّه إليه

الحقين، بخلاف الزرع فليس بتامّ لأن تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع، إذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء إذا جاء الصيف، وأن يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة، فإذا وقّت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الأرض من يد المستعير إلى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلاً، ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف: ثم إذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور، حيث قال: فإن قيل: هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحاً لكن وقت دلالة لأن البناء والغرس للدوام فكانت الإعارة له توقيتاً. قلنا: البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف، والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة، انتهى كلامهما تأمل ترشد قوله: **(لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده)** قال صاحب النهاية: فإن قيل: كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضاً وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة. قلنا: إن المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكماً، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من إجارات الجامع الصغير حيث قالوا: وفي المستأجر المنفعة عائدة إلى الآجر لأنه يتوصل به إلى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة، لكن منفعة الآجر أقوى لأنه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى. وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال:

لأن الزرع له نهاية معلومة، وفي الترك مراعاة الحقين، فإنه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجاناً ولا زرع الآخر، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك. قال: **(وأجرة ردّ العارية على المستعير الخ)** أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد، فمن وجب عليه الرد وجب أجره، والرد في العارية واجب على المستعير لأنه قبضه لمنفعة نفسه، والغرم بإزاء الغنم، وفي الإجارة ليس الرد واجباً على المستأجر، وإنما الواجب عليه التمكين والتخلية لأن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا، ولا

قوله: **(وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا رد، إلى قوله: لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه)** أقول: وفيه بحث، فإن هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا قوله: **(فكان إذ ذاك مودعاً)** أقول: بل يكون إذ ذاك متعدياً، حتى إذا هلكت في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجعه، نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الأصحاب، لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسي واختيار قاضيخان رحمه الله.

فهو يرده إلى عبده، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدوابّ، وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح، لأنه إن كان لا يدفع إليه دائماً يدفع إليه أحياناً **(وإن ردّها مع أجنبي ضمن)** ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قاله بعض المشايخ، وقال بعضهم: يملكه لأنه دون الإعارة، وأوّلوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة. قال: **(ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يكتب إنك أعرتني)** لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار. وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى. بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى، والله أعلم بالصواب.

ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة، لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعاً أولى من المنفعة انتهى. أقول: في الجواب نظر، إذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم: إن منفعة الآجر عين هو الأجرة كما صرح به في الكافي، والأجرة لا يلزم أن تكون عيناً البتة، إذ قد صرحوا في كتاب الإجارات بأن الأجرة قد تكون عيناً وقد تكون ديناً وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول: بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب قوله: **(وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها)** قال صاحب العناية في تحرير المقام: وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا ردّ، وصار كرد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه اهـ كلامه. أقول: هذا تحرير مختل، فإن قوله: لأن الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى، ولهذا لم يذكره أحد سواه ها هنا، بل إنما ذكروه في محله فيما سيأتي كما ترى.

يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة، والعين لكونه متبوعاً أولى من المنفعة، وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لأن الواجب عليه الرد دفعاً للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه. ومن استعار دابة وردّها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا ردّ، وصار كردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه. وجه الاستحسان أن في العارية عرفاً ليس في غيرها، وهو أن رد العواري إلى داز الملاك معتاد كآلة البيت، فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المربط، وعلى هذا إذا استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن، ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده إلا إلى المعير للعرف في الأول وعدمه في الثاني. ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لأنها أمانة وله حفظها على يدهم كما في الوديعة، وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك؛ ألا ترى أنه لو ردها إليه فهو يردها إلى عبده. واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدوابّ فقيل به، وقيل هو وغيره سواء، وهو الأصح لوجود الدفع إليه في الجملة وإن ردها مع أجنبيّ ضمن، ودلت هذه المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي. ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أوّلوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء مدتها فكان إذ ذاك مودعاً وليس له أن يودع غيره، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام «تهادوا تحابوا»[1] وعلى ذلك انعقد الإجماع **(وتصح بالإيجاب والقبول والقبض)** أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك.

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد والهبة كالمركب لأن فيها تمليك العين مع المنفعة. ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهي، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال: ﴿إنك أنت الوهاب﴾ [آل عمران ٨] وهذا يكفي لمحاسنها. ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال، يقال وهب له مالاً وهبا وهبة، ويقال: وهب الله فلاناً ولداً صالحاً، ومنه قوله تعالى ﴿فهب لي من لدنك ولياً يرثني﴾ [مريم ٥] ويقال: وهبه مالاً ولا يقال: وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب، واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة، كذا في معراج الدراية وغيره. وأما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض، كذا في عامة الشروح بل المتون. أقول: يرد عليه النقض عكساً بالهبة بشرط العوض كما ترى، ولم أر أحداً من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جداً، غير أن

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة، ومن محاسنها جلب المحبة. وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، قال الله تعالى ﴿فهب لي من لدنك ولياً﴾ وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض **(وهو عقد مشروع لقوله ﷺ «تهادوا تحابوا» وعلى هذا انعقد الإجماع. وتصح بالإيجاب والقبول والقبض)** وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه، بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك: **(يثبت الملك فيها قبل القبض اعتباراً**

كتاب الهبة

قوله: **(قال الله تعالى ﴿فهب لي من لدنك ولياً﴾)** أقول: وظاهر أن الولي ليس بمال ولا بملك قال المصنف: **(وتصح بالإيجاب والقبول)** أقول: قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالإيجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء: أي تصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض. وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث، أو حلف على أن يهب فلاناً فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى. ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح.

---

(١) حسن. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٥٩٤ والبيهقي ١٦٩،٦ وأبو يعلى ٦١٤٨ وابن عدي في الكامل ١٠٤،٤ كلهم من حديث أبي هريرة وفي إسناده ضمام بن اسماعيل قال ابن عدي: أحاديثه لا يرويها غيره، وله غيرها الشيء اليسير. قال ابن حجر في التلخيص ٦٩،٣، ٧٠: وأورد ابن طاهر في «مسند الشهاب» من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة، وإسناده حسن اهـ.
وله طريق أخرى من حديث أبي هريرة بلفظ آخر. أخرجه الترمذي ٢١٣١ والطيالسي ١٤١٣ وأحمد ٤٠٥،٢ ولفظ الترمذي تذهب وحرَ الصدر، ولا تحقرّن جاره لجارتها، ولو شقّ فرسن شاة»
وورد من حديث عائشة أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ١٢١،٤
وورد أيضاً من حديث ابن عمر رواه ابن القاسم الأصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب كما في نصب الراية ١٢١،٤ وأيضاً ورد مرسلاً عن عطاء ابن عبد الله الخراساني قال: قال رسول الله ﷺ «تصافحوا يذهب الغلّ، وتهادوا وتحابوا، وتذهب الشحناء» أخرجه مالك في الموطأ ٩٠٨،٢ وذكره المنذري في الترغيب ٤٣٤،٣ وقال: رواه مالك هكذا مفضلاً، وقد أسند من طرق فيها مقال فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً، والله أعلم.

وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[1] والمراد نفي الملك، لأن الجواز بدونه ثابت، ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك

صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في متنه: هي تمليك عين بلا عوض. وقال في شرحه: أي بلا شرط عوض، لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اهـ كلامه. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقاً على البيع أيضاً كما لا يخفى، فلزم أن ينتقض به طرداً على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد. ثم أقول: يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم: بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض، فالمعنى أن الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا: خرج بقولنا: بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض. ثم أقول: بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضاً تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيد في الحال فقالوا: هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال قوله: (وتصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية: أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض، وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله: ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برّ في يمينه، بخلاف البيع اهـ كلامه. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحالّ، ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضاً وعزاه إلى الحصر والمختلف. وبنى صاحب العناية أيضاً كلامه ها هنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام: وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض، بخلاف البيع اهـ. والشارح العيني أيضاً اقتفى أثر هؤلاء، وبالجملة أكثر الشراح ها هنا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده. أقول: هذا الذي ذكروه وإن كان مطابقاً جداً لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فإنه قال هناك. ومن حلف أن يهَب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه خلافاً لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله. ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اهـ، إلا أنه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام، لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بمنزلة الصريح في أن عقد الهبة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود، ويشهد بهذا أيضاً قوله: والقبض لا بد منه لثبوت الملك، إذ لو

بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة. ولنا قوله ﷺ («لا تجوز الهبة إلا مقبوضة») أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك إذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق (ولأنه عقد تبرّع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي إثبات الملك قبل القبض ذلك إذ فيه التزام التسليم). ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام. وأجيب بأنه مغالطة، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٢١،٤ وقال: وذكره عبد الرازق في مصنفه في آخر الوصايا: من قول النخعي: لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض فهو مقطوع لأنه قول التابعي.

قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها. قال: **(فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز)** استحساناً **(وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض)** والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب، إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه. ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو

كان مراده أن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك، وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح. ثم إن صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول، ولا يخفى أن ذاك التصريح منهما ينافي القول: منهما ها هنا بأن الهبة تتم بالإيجاب وحده، إذ لا شك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه. واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ها هنا مسلكاً آخر فقالا: وركنها الإيجاب والقبول لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير اهـ كلامهما. أقول: هذا التقرير وإن كان مناسباً لما ذكره المصنف ها هنا إلا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفاً، وأيضاً يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحنث أيضاً فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول، مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان: وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله: وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماؤنا: إذا حلف لا

واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشروع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به **(بخلاف الوصية)** فإن الملك يثبت بها بدون القبض لأنه لا إلزام ثم زيادة على ما تبرع، وذلك **(لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم)** وهذا موافق لرواية الإيضاح. وقال في المبسوط: ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، ألحق الهبة بالوصية. ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعاً كان ضعيفاً في نفسه غير لازم، والملك الثابت للواهب كان قوياً فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به، وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الإلحاق قوله: **(وحق الوارث متأخر)** جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه. وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها **(فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير إذن الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض، والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق)** بالاتفاق **(والتصرف في ملك الغير بدون الإذن غير صحيح. ولنا)** وهو وجه الاستحسان في الأول **(أن القبض في الهبة بمنزلة القبول)** في البيع **(من حيث إن الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه)** فيها كما يتوقف على القبول فيه، فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول. **(والمقصود منه)** أي مقصود الواهب من عقد الهبة **(إثبات الملك)** للموهوب له، وإذا كان كذلك **(فيكون**

قال المصنف: **(وهو التسليم فلا يصح)** أقول: قال الكاكي: لا يقال إن الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لأنه لا يفيد، إذ فائدة الملك التمكن من التصرفات، وذا إنما يكون إذا كان بسبيل من قبضه انتهى، وفيه بحث.

الملك، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق.

يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا. وقال صاحب التحفة: ركنها الإيجاب والقبول. ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه. وقال صاحب البدائع: أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً. والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر. وفي قول قال: القبض أيضاً ركن. وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يحنث استحساناً، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل، وفي قول: ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث، إلى هنا كلامه قوله: **(ولأنه عقد تبرّع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرّع شيئاً لم يتبرّع به وهو التسليم فلا يصح)** يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات، كذا في الكافي وبعض الشروح. ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام. وأجيب بأنه مغالطة، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشروع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به، كذا في العناية أخذا من النهاية. **أقول:** فيه كلام، أما أوّلاً فلأن قوله فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي، وأما ثانياً فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، إذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب إلزام التسليم فليتأمل في الدفع قوله: **(ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك)** قال الشراح: قوله في الهبة: متعلق بالقبض لا بالقبول، فالمعنى أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث إن الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع، وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح. وقال بعض الفضلاء: ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام اهـ. أقول: لعل المانع عنه أمران: أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائماً مقامه، وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة، فإن كلاً منهما حينئذ يعطي حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد تنزول أحدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه، بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته، وعن هذا قال في المبسوط: ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع، وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجار التامّ إلا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضاً ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول، فإنه لو قال: وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض، نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين

الإيجاب منه تسليطاً على القبض) تحصيلاً لمقصوده فكان إذناً دلالة **(ولا كذلك القبض بعد الافتراق، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه)** فإن قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن

قوله: **(فقوله في الهبة متعلق بقوله إن القبض لا بقوله القبول)** أقول: ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام. قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية: قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول: أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح انتهى. وليس فيما قالاه ما يدل على عدم استقامة المعنى إذا تعلق بالقبول.

لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح. قال: **(وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت)** لأن الأول

وذكر في الذخيرة أيضاً، فلا يصح أن يقال: إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك، بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعاً، ولا يصح عقد البيع أصلاً بدون تحقق القبول فيه، وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى. وطعن صاحب الغاية في قول المصنف: ولنا أن القبض الخ حيث قال: وكان ينبغي أن يقول: وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله: ولنا مناسباً اهـ. وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت: لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا: ناسب أن يقول: ولنا وإن لم يصرح بذكر الشافعي اهـ. أقول: إن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسألة مما يجوز أن يقول: ولنا إيماء إلى وقوع منازع في هذه المسألة، وأما مناسبة هذا القول: وحسنه فإنما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد، ومراد صاحب الغاية مؤاخذه المصنف بتقوية المناسبة في تحريره ولا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العينيّ كما لا يخفى. واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس. وأجيب بأن الإيجاب من البائع شطر العقد، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث، فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحساناً فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس، وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات. أقول: في الجواب بحث، أما أوّلاً فلأنه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره، لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس. وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع، بأن الأول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مداراً لصحة القبض بالإذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع. وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده، وهذا لا يدفع القدح في قولهم: إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره أيضاً إلى القبض كما ذكر في الكافي. وفي غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده: ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأساً، لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيئان في كونهما شطر العقد لإتمامه، فلا يتم الفرق المزبور هناك. وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال: فيه بحث، فإنه لو صح ما ذكر لجاز

التسليط موجود ولم يجز له القبض. أجاب بقوله: **(بخلاف ما إذا نهاه)** يعني صريحاً **(في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح)** وفيه بحثان: الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع. والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن. وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس، وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه. وعن الثاني بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به. قال: **(وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ)** هذا بيان الألفاظ التي تنعقد بها الهبة، وقد تقدم لنا القول في قوله لأن الأول

قوله: **(وفيه بحثان: الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع)** أقول: فيه نوع ركاكة.

صريح فيه والثاني مستعمل فيه. قال عليه الصلاة والسلام «**أكل أولادك نحلت مثل هذا**»؟[1] وكذلك الثالث، يقال: أعطاك الله وهبك بمعنى واحد (**وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة**) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأنه عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها، وأما

القبول بعد المجلس بأمر الواهب. وأيضاً هذا الكلام مناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول اهـ. أقول: كلا وجهي بحثه ساقط. أما الأول فلأن الملازمة في قوله: لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة، فأما بطلان التالي فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مر آنفاً أنه لو قال: وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين، وذكر في الذخيرة أيضاً: فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلاً فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى. وأما الثاني فلأنا قد نقلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب. وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً. فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما، كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان بأن الهبة عقد تبرّع فيتم بالمتبرع، ولهذا يقال: وهب ولم يقبل، والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان قوله: (**والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض**) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك الموهوب له، وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذناً دلالة، ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض، حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن. وأجيب بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير، وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا نعتبر به، كذا في الشروح. أقول: لا يرد النقض المذكور رأساً، إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب

صريح فيه والثاني مستعمل فيه، وكلامه واف بإفادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها قوله: (**أكل أولادك نحلت مثل هذا**) روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: نحلني أبي غلاماً وأنا ابن سبع سنين، فأبت أمي إلا أن تشهد على ذلك رسول الله

قوله: (**وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد**) أقول: ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث قوله: (**وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه**) أقول: هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح، وفيه بحث، فإنه لو صح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب، وأيضاً هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف، ولعل الأولى أن يقال في الجواب: القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة، فبالنظر إلى كونه بمنزلته جوز القبض في المجلس فلا إذن الواهب، وبالنظر إلى التغاير حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس إيذاناً لانحطاط رتبته عن القبول فتأمل. ووقع في بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث، نعم يرد على ما في الشروح الأخر فتدبر قوله: (**وعن الثاني بأنا لا نسلم أن مقصود البائع الخ**) أقول: ولو علم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك

---

(1) صحيح أخرجه البخاري ٢٥٨٦ ومسلم ١٦٢٣ والنسائي ٢٥٨,٦ والبغوي ٢٢٠٢ وابن حبان ٥١٠٠ والبيهقي ١٧٦,٦ والطحاوي ٨٤,٤ ومالك ٧٥١,٢، ٧٥٢ كلهم من حديث النعمان بن بشير.

وكذا أخرجه مسلم ١٦٢٣ وأبو داود ٣٥٤٢ والنسائي د.٢٥٩، ٢٦٠ وابن ماجه ٢٣٧٥ والطحاوي ٨٦,٤ وابن الجارود ٩٩٢ وابن حبان ٥١٠٦ والدارقطني ٤٢,٣ والبيهقي ١٧٧,٦ وأحمد ٢٦٩,٤، ٢٧٠ من طرق عن داود بن أبي هند به بألفاظ مختلفة. وللحديث طرق كثيرة، وألفاظ مختلفة. ورواية البخاري: عن النعمان بن بشير «أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال: أكلّ ولدك نحلت مثله؟ فقال: لا. قال: فارجعه».

الثاني فلأن حرف اللام للتمليك. وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام «فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده» وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا. وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون

عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذاك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض، فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر قوله: (**بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به**) أقول: لقائل أن يقول: إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث إن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لا من جميع الحيثيات، ألا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك، بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه، وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضاً، فإن تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً داخلاً في العقد، ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض، وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد، وإلا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالإذن أيضاً فتأمل. والأولى في تقرير وجه الاستحسان في مسألتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية، وهو أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحاً، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب له إذناً للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذناً للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة، إلا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس، لأن الإيجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس، بخلاف ما لو ثبت نصاً، لأن الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى قوله: (**أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين**) قال صاحب غاية البيان: ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر، لأنه قال: إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين، فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم، لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الإطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه.

أقول: يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً للإطعام، وفي آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك، فكان الإطعام فيها على أصل وضعه وهو الإباحة، ويرشدك إلى هذا التوجيه أنه قال في تنقيح الأصول في أوائل التقسيم الرابع: وفي قوله تعالى ﴿فإطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة ٨٩] إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة، والتمليك ملحق به لأن الإطعام جعل الغير طاعماً لا

ﷺ، فحملني أبي على عاتقه إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ألك ولد سواه؟» فقال نعم، فقال: «أكل ولدك نحلت مثل هذا؟» فقال لا، فقال: «هذا جور» وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له: يعني

للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره، وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون. فإن قيل: حق الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطاً. قلنا: ذلك في الهبة ليس بكلي؛ ألا يرى إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل قوله: (**وقد تقدم لنا القول الخ**) أقول: في أوائل العارية قال المصنف (**وأما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين**) أقول: في التلويح قالوا: والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك، وإلا فهو للإباحة انتهى. ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عينه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولاً ثانياً له، فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية.

عارية لكنه يحتمل الهبة، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته **(ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة)** لأنه يراد به التمليك، قال الله تعالى ﴿أو كسوتهم﴾ ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً: أي ملكه منه

جعله مالكاً، وألحق به التمليك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التمليك مقامها انتهى. وقال في التلويح: وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فإنما كان هبة وتمليكاً بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعماً. قالوا: والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك وإلا فللإباحة انتهى فتأمل ترشد. ثم إنه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الأصل: وإذا قال: أطعمتك هذه الأرض فهو عارية، ولو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطنة أن إطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الأصل، لأن الظاهر منهما أن يكون قوله: أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقاً، ورواية الأصل صريح في أن قوله المذكور إنما يكون هبة إذا قيده بقوله فاقبضه، وأما إذا لم يقيده بذلك فيحتمل الأمرين: أي الهبة والعارية، وأن النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل، لأن التمليك إنما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الإطعام، فلا ينافي أن يكون الإطعام في آية الكفارة على أصل وضعه وهو الإباحة قوله: **(بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لا تطعم فيكون المراد إطعام غلتها)** أقول: لقائل أن يقول: كون الأرض مما لا يطعم عينه إنما يقتضي أن لا يكون الإطعام المضاف إليها على حقيقته، ولا يقتضي أن لا يراد به تمليك العين مجازاً كما أريد به ذلك إذا أضيف إلى ما يطعم عينه فإنهم حملوا هناك على تمليك العين مع أن حقيقة الإطعام جعل الغير طاعماً: أي آكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به. والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تمليك العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل وإرادة الحال، كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الإطعام إلى ما يطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله: **(وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا)** قال صاحب العناية: قوله لما قلنا: إشارة إلى قوله: فلأن حرف اللام للتمليك، واقتفى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان. أقول: الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى قريبه وهو قوله: **(فلقوله عليه الصلاة والسلام «فمن أعمر عمري فهي للمعمر له ولو ورثته من بعده»[1])** ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث، إذ لو كان مراده ما قاله: الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني، بل لو كان مراده

تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذا لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك. وقوله: **(فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة)** يعني أنه تصرف في المنافع **(فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة)** لأن اللفظ قد يذكر للتمليك، فإذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته. لا يقال: هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنهما لتمليك العين: يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ها هنا لأن

قوله: **(لأن الحمل هو الإركاب حقيقة، يعني أنه تصرف)** أقول: ضمير أنه راجع إلى الحمل قوله: **(لما أشرنا إليه الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ قوله: **(والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر، بخلاف قوله**

---

(١) صحيح. بلفظ «من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقط قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أُعْمِرَ ولعقبه».
أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٥,٦ وابن ماجه ٢٣٨٠ والطحاوي ٩٣,٤ والبيهقي ١٧٢,٦ كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة عن جابر وورد من طريق آخر عن ابن شهاب.
أخرجه مسلم ١٦٢٥ وأبو داود ٣٥٥٣ والترمذي ١٣٥٠ والنسائي ٢٧٥,٦ وابن حبان ٥١٣٧ والطحاوي ٩٣,٤ ومالك ٧٥٦,٢ وابن الجارود ٩٨٧ والبغوي ١٧٢,٦ والبغوي ٢١٩٦ وللحديث طرق كثيرة أخرى.

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل. **(ولو قال داري لك هبة أو سكني هبة فهي عارية)** لأن العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم، وكذا إذا قال عمري سكني أو نحلي سكني أو سكني صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه **(ولو قال هبة تسكنها فهي هبة)** لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود، بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له. قال: **(ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة)** وقال الشافعي: تجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه، وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له،

ذلك لما ذكرها أصلاً، إذ قد سبق ذكر ما إذا قال: جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له وأما الثاني، ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى إلا باشتمال هذه الصور على لفظة عمرى دون ما سبق، فلو كان مراده بقوله: لما قلنا: كون اللام في قوله: لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لإثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركاً كما لا يخفى. فإن قلت: لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة. قلت: كأنّ الشارحين المزبورين اغترّا بذلك، ولكن يمكن التوجيه بجعل «ما» في قوله: لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث، وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر قوله: **(وأمات الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته)** يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية، إلا أن يقول: صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين، فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته. قال في الكفاية: فإن قيل: كيف يستقيم قوله أن حقيقته الإركاب وقد ذكر في العارية أن قوله: حملتك لتمليك العين. قلنا: حقيقته الإركاب نظراً إلى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال، لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى. وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال: لا يقال: هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله: لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هنالك أن قوله: لأنهما لتمليك العين: يعني في العرف، فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ها هنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة: يعني في اللغة، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى: أقول: بقي إشكال وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفاً، فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به. وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به، وأما إذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقاً، إذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا

الحمل هو الإركاب حقيقة: يعني في اللغة، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي **(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل)** يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام «المحنة مردودة». وقوله: **(ولو قال داري لك هبة سكني أو سكنى هبة)** إنما هو بنصب هبة في الموضعين إما على الحال أو التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام. وقوله: **(لأن العارية محكم في تمليك المنافع)** كان الواجب أن يقول: لأن سكنى محكم في تمليك المنافع إذ هو المذكور في كلامه، ويجوز أن يقال: سكنى لا يحتمل إلا العارية فعبر عنه بالعارية **(ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود)** أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم، وإن لم يذكره فلا يتغير به

تسكنها لكونه فعلاً) أقول: لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها ﴿هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله﴾ الآية، لأنه تبيين لا تفسير وبينهما فرق قوله: **(وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم)** أقول: وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة قوله: **(إما أن يحتمل القسمة أو لا، إلى قوله: فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والأول كالدار الخ)** أقول: قوله فالثاني ناظر إلى قوله أولا، والأول ناظر إلى قوله إما أن يحتمل القسمة.

وكونه تبرّعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية. ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع

به، فعلى مقتضى الأصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الإركاب، وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين، فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم إرادة الهبة على أصل أبي حنيفة، وأن يحمل على الهبة وإن لم ينوها على أصلهما، مع أن وضع المسألة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الأول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل. ثم إن قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد، لأن حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالأدلة أو الإمارات على ما تقرر في علم الأصول، وفيما نحن فيه إن نوى الهبة يحمل عليها، وإن لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف، فأين هذا من ذلك قوله: **(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل)** يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»[1] كذا في الشروح. أقول: ها هنا كلام، أما أوّلاً فلأن المتبادر من ذكر هذه المسألة منفصلة عن مسألة الحمل وعدم تقييدها بعدم إرادة الهبة، أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وإن نوى بالمنحة الهبة، وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله: منحتك هذا الثوب وقوله: حملتك على هذه الدابة عارية إذا لم يرد بهما الهبة. وقال في التعليل: لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوّزاً فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر. وأما ثانياً فلأن تعليل هذه المسألة بما ذكره في كتاب العارية من قوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»[2] منظور فيه، إذ قد ذكر في المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا قال: منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة، ولو قال: منحتك هذه الأرض أو هذه الجارية فهو عارية. وقال: فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبته، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى. وهكذا ذكر في عامة المعتبرات، وقوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»[3] لا يفرق بين الفصلين، فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الأول فتأمل في التوجيه قوله: **(لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير)** إذ الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، كذا في المبسوط

حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه، فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال، وإن شاء لم يقبل **(بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له)** والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلاً، وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم. قال: **(ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة الخ)** الموهوب إما أن يحتمل القسمة أو لا. وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها، فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير، والأول كالدار والبيت الكبير، ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة، والأول احتراز عما إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع في الأرض دونها، فإن الموهوب ليس بمحوز: أي ليس بمقبوض، والثاني عن المشاع. فإنه إذا جزّ وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضاً لأنه غير مقسوم، ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه إلا

قوله: **(وتصحيحه بما ذكر)** أقول: أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ، ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعاً قال المصنف: **(لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك)** أقول: فإن قيل: نحن لا نتازع في كون المشاع محلاً للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا. قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل قوله: **(وبأن أوصى لرجلين بألف درهم)** أقول: **(معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم)**.

---

(١)جيّد. تقدّم تخريجه في كتاب العارية قبل قليل.

(٢) تقدّم تخريجه في كتاب العارية.

(٣) تقدّم في كتاب العارية.

جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم، بخلاف ما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة. والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، والهبة لاقت العين، والوصية ليس من شرطها القبض،

والمحيط وعليه عامة الشراح. قال تاج الشريعة: لأن قوله: تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم، ونقله صاحب العناية بقليل بعد أن ذكر مختار العامة. أقول: ليس هذا بصحيح، لأن قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب، وإنما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها، والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير، فهل يقول: العاقل إن لفظ التكلم فعل المخاطب قوله: **(وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية)** قال صاحب العناية في حل هذا الكلام: وهذا: أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه: أي حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له، لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً. فإن قيل: لا نسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلاً؟ أجاب بقوله وكونه تبرعاً: يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً انتهى كلامه. أقول: تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه: الأول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف، وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف: وهذا لأن المشاع الخ دليلاً على أصل مدعى الشافعي وهو قوله: تجوز في الوجهين فيكون دليلاً ثانياً عليه، فكان ينبغي أن يقول المصنف: ولأن المشاع بدل قوله: وهذا لأن المشاع. والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال: فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً، والباعث عليه جعله لفظ هذا إشارة إلى جوازه. والثالث أنه حمل قول المصنف: وكونه تبرعاً الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله: ولا مانع ثمة. والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله: وهذا لأن المشاع الخ إثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله: فيصح في المشاع لا إثبات أصل المدعي، ولفظ هذا إشارة إلى مضمون هاتيك الكبرى، فالمعنى وهذا: أي صحته في المشاع أو كونه صحيحاً في المشاع، لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له، فلا يلزم حينئذ الوجهان الأولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية. أما الأول منهما فظاهر جداً. وأما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ إلى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق. ثم إن قوله: وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة، وهو أن يقال: إن عقد الهبة عقد تبرع، فلو قلنا: بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون إلزاماً عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال: كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع

محوزة مقسومة، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً، فإنه إذا وهب مشاعاً فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك، فعلم بهذا أن هبة المشاع فما يقسم وقعت جائزة في نفسها، ولكن توقف إثباتها المملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الإفراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة، لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهراً، وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة، وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر. وقال الشافعي: هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعاً معناه مثبتة للملك الموهوب له، لأنه عقد تمليك وهو ظاهر، وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه: يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه

قوله: **(أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع، إلى قوله: وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة)**

وكذا البيع الصحيح، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة

كالقرض والوصية: يعني أن الشيوع في القرض والوصية، كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضاً من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية، وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر قوله: **(ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة)** يعني أن في تجويز عقد الهبة في المشاع إلزام الواهب شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة، وذلك لا يجوز لزيادة الضرر. فإن قيل: هذا ضرر مرضي لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضياً. أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها، كذا في العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث لأنه إذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزماً لها لم يتم نفس هذا الدليل: أعني قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة: لأن الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء إنما هو إلزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئاً يستلزمه حكمها، وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئاً من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء، فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة لا شيئاً يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع إلزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم إلزامه ما لم يلتزمه. لا يقال: الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة؟ لأنا نقول: لا نسلم أن حكم الهبة مطلقاً هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقاً، ألا ترى أن هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعاً، مع أن حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع. ولو سلم أن حكمها مطلقاً هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب: إن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها، لأن من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً، فلو كان حكمها مطلقاً هو الملك المفرز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفرز. هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إباؤه، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اهـ. أقول: كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط. أما الأول فلأنه وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إباؤه إلا إن طلب

العقود بالإجماع، فإذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري، وإن كان البيع فاسداً والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف، والقبض شرط فيهما، وهذا: أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه: أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث، وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له، لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً. فإن قيل: لا نسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرّع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلاً. أجاب بقوله وكونه تبرعاً: يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم

أقول: وفيه بحث، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إباؤه، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل قوله: **(فإن قيل: لزمه المهايأة وفي إيجابها إلزام ما لم يلزم)** أقول: ممنوع، فإن الإقدام على عقد الهبة التزام قوله: **(والجواب بتخصيصه بذلك الخ)** أقول: أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ قوله: **(لأن ذلك بالإتلاف)** أقول: يعني ليس ذلك حكم العقد، بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد قوله فإن قيل: **(القبض في الصرف منصوص عليه الخ)** أقول: فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصاً عله في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «يداً بيد عيناً بعين» ولزوم القبض لضرورة التعين على ما حققه المصنف في باب الربا قوله: **(وفي الصرف لبقائه في ملكه)** أقول فيه: بحث.

عملاً بالشبهين، على أن القبض غير منصوص عليه فيه. ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس

شريكه إياها غير متعين بل محتمل، والإقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك. وأما الثاني فلأن في رجوعه عن هبته ضرراً آخر له وهو حِرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه، فكان في تجويز هبة المشاع إلزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز، وأيضاً هل يجوّز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المتاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه، على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك. ثم أقول: بقي شيء في أصل هذا التعليل، وهو أن واهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها، فإن رضي بها كان ملتزماً إياها فلم يكن في إلزامه مؤنة القسمة إلزامه ما لم يلتزمه، وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله: **(قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين)** هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أنه إن لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك. فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرّع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه لا يقسم فلم يكن ذلك ضماناً في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم، هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ها هنا. وقال صاحب العناية بعد ذلك: ولقائل أن يقول: إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرّع به كان تحكماً والجواب بتخصيصه بذلك. ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه، وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها اهـ كلامه. أقول: لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل، لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرّع به إلزامه إخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه، وليس ذلك في

فإن ذلك صحيح، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً. ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام «لا تصح الهبة إلا مقبوضة» والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده، وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه: أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس، فإن كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب، فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضاً من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه، ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر. فإن قيل هذا ضرر مرضي، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضياً. أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها، ولهذا: أي ولأن في تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة، بخلاف ما لا يقسم لأن الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة. فإن قيل: لزمه المهايأة، وفي إيجابها إلزام ما لم يلزم بالعقدة، ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك. أجاب بقوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين. ولقائل أن يقول: إن الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً. والجواب بتخصيصه بذلك. ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه، وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها، ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع قوله: **(والوصية)** جواب عن قوله كالقرض والوصية، وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية

الشيوع. قال: **(ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة)** لما ذكرنا **(فإن قسمه وسلمه جاز)** لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع. قال: **(ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة، فإن طحن وسلم لم يجز)** وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم

المهايأة، فلقائل أن يقول: إن لم يكن في المهايأة إلزامه إخراج عين عن ملكه ففيه إلزامه إزالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضرراً من الثاني مطلقاً غير مسلم، فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون إزالتها عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكثر ضرراً له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معاً، غير أن الزائد عليها في إحداهما العين وفي الأخرى المنفعة. والأظهر في الجواب عندي أن يقال: تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرّع به، ولا يلزم التحكم لأن المحذور في إلزامه ما لم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المنافاة، فإن التبرّع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد، وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا تلزم المنافاة، فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين، فلم يصادف الإلزام والتبرّع إذ ذاك محلاً واحداً فلا محذور فيه. ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال: والجواب الصحيح أن يقال: هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لا يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت. وقولهم: يؤدي ذلك إلى إلزام التهايؤ فنقول: لا نسلم لأن التهايؤ ليس بواجب لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لا تكون واجبة اهـ كلامه. أقول: لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب، وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة، وما ذكره بقوله: لأن فيه

ليست كذلك، وكذلك البيع الصحيح، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطاً للملك لكنه غير منصوص عليه فيها. فإن قيل: القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه. أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه، ولأنها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة. فإن قيل: إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة، وما جازت فالجواب سيأتي، والقرض تبرّع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبيّ والعبد، وعقد ضمان من وجه فإن المتقرض مضمون بالمثل، فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه، ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملاً بالشبهين، على أن القبض فيه ليس منصوصاً عليه فيراعى على الكمال **(ولو وهب من شريكه لم يجز)** وإن لم يلتزم فيه مؤنة القسمة **(لأن الحكم يدار على نفس الشيوع)** فإنه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال، فكأنه إشارة إلى الوجه الأول، وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمشّ في جميع الصور ولا يكون صحيحاً، وهو غلط لأنه علة النوعية لإثبات نوع الحكم، وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص **(ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة)** أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسّم إلا محوزة، وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك، لكن أعادها تمهيداً لقوله: **(فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع)** وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض، حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت. قال: **(ولو وهب دقيقاً في حنطة الخ)** بنى كلامه ها هنا على أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما إذا كان مشاعاً فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد، وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم، وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة، وقوله لأن امتناع

قال المصنف: (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول: قال الرافعي في شرح الوجيز. الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه، ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم، ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره، وبه قال مالك وأحمد، وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك، وبالغ فقال: لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضاً.

والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع. قال: **(وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضاً)** لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه. قال: **(وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد)** لأنه في قبض الأب فينوب

إعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس، وقد صرحوا بأن القياس يأباه، ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى ﴿لها شرب ولكن شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء ١٥٥] وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة، فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك إلى إلزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلاً قوله: **(وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضاً إلى قوله: أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه)** والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوّز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين، ولو كان بيده مغصوباً أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف، لو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان، كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد على ظاهر قوله: أو ببيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع، وأشار إليه المصنف فيما سيأتي بعد أسطر بقوله: أو في ملك غيره في قوله: لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصوّر هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله: فوهبه إياه بعد قوله ببيع فاسد. فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعاً للفساد، فالمراد بقوله: فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه، بل لا يبتعد أن تجعل نفس الهبة فسخاً للبيع الفاسد اقتضاء، وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية: أو ببيع فاسد بقوله: بلا إذن البائع وقال: فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ.

الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك، فلا يتوهم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز في المشاع كما في المعدوم، وإنما جعل الرهن في السمسم والدقيق والحنطة معدوماً لأنه ليس بموجود بالفعل، وإنما يحدث بالعصر والطحن، ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة لأن عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة. وإذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض، فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر، وتغايرهما يجوّز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا

انتهى. ففي قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى قال المصنف: **(وهبة اللبن في الضرع)** أقول: قال صاحب التسهيل: أقول في البيوع إن النوى في التمر لا يجوز بيعه وإن أخرجه وسلمه إلا أن يجددا بيعاً جديداً للشك في وجوده، واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح هبته وإن سلم كبيعه انتهى. قال المولى الشهير بخضر شاه رحمه الله تعالى: والفرق ظاهر، إذ الوجود بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتعين به، بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع، ويشترط في انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة، والتقريب بعد هذا واضح قوله: **(لا يحتاج إلى قبض)** أقول: كناية عن الملك قوله: **(لانتفاء المانع)** أقول: ووجود المقتضي وهو ظاهر، لكن يبقى هنا بحث، والأظهر أن يقال: لوجود الشرط وهو القبض قوله: **(أو ببيع فاسد)** أقول: بلا إذن البائع، فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته قوله: **(قبل أطلق)** أقول: القائل هو صاحب النهاية.

عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه، لأن يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصيّ له، وكذلك كل من يعوله. **(وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب)** لأنه

أقول: لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره، إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع، لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول، والإيجاب هو الإذن من البائع. لا يقال: يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولي مال أحد بغير إذن مالكه بيعاً فاسداً ويقبضه المشتري. لأنا نقول: فإن أذن له المالك في ذلك يكون البيع بإذن البائع: أي المالك، وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلاً، فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الأمانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر قوله: **(وكذلك كل من يعوله)** أي قبض الهبة لأجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الأخ والعم والأجنبي، كذا في الشروح. قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان: أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه، فأما مع وجود واحد منهم فلا، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً. لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبيّ في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ، ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل: وأرى أنه لم يطلق، ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال: وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله: وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله: والأب ميت ولا وصيّ له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً، لكنه اقتصر على ذكر الجدّ ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بتوجيه صحيح، إذ قد تقرر في كتب العربية أن القيد إذا كان مقدماً على المعطوف عليه فالظاهر تقييد

متجانسين، ولو كان بيده مغصوباً أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان، ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها **(وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد)** والقبض فيه بإعلام ما وهبه له، وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد **(لأنه)** أي لأن الموهوب **(في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة)** ويد مودعه كيده **(بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه في يد غيره)** يعني في الأولين **(أو في ملك غيره)** يعني في الأخير **(والصدقة في هذا كالهبة، وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصيّ له)** وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية، وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض **(وكذا كل من يعوله)** نحو الأخ والعم والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل اليتيم. قيل: أطلق جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاة القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه، فأما مع وجود واحد منهم فلا، سواء كان الصبيّ في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ؛ ألا ترى أنه يؤدبه وسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة، وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد، وذلك لأنه قال: وكذلك كل من يعوله، وهو معطوف على قوله وكذلك

قوله: **(للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام)** أقول: فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل قوله: **(وكذا إذا كان في حجر أجنبي)** أقول: كاللقيط قوله: **(وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف)** أقول: لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الأب أيضاً قوله: **(فالجواب أن عقله، إلى قوله: ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد الخ)** أقول: يعني لم يعتبر عقله في التردد.

يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع. قال: **(وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصيّ الأب أو جدّ اليتيم أو وصيه جاز)** لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب **(وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز)** لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل **(وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه)** لأن له عليه يدا معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه **(وإن قبض الصبيّ الهبة بنفسه جاز)** معناه إذا كان عاقلاً لأنه نافع في حقه وهو من أهله، وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة. قال: **(وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز)** لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع **(وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة، وقالا يصح)** لأن هذه هبة الجملة منهما، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من

المعطوف به كقولنا: يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق إلى الفهم في الخطابيات، وأما إذا كان متأخراً عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً، وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل ما توهمه صاحب العناية قوله: **(ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم، وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح)** قال صاحب النهاية: قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب: أي ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح، وكان هذا احترازاً عما ذكر في الإيضاح بقوله: وتأويل هذه المسألة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً، وقال: إنما قلت هذا لأن في قوله: بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله: في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية. أقول: فيه نظر، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في مبسوطه: فمن مشايخنا من سوّى بين الزوج وبين الأجنبي والأب والجد والأخ. وقالوا: يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عيالهم وإن كان الأب حاضراً كما في الزوج. ومنهم من فرق وقال: بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة إذا كانت في عياله حال حضرة الأب وحال غيبته، وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير، وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الأب إذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الأب، إلى هنا كلامه، فظهر منه أن في قوله بخلاف الأم وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول: المذكور فيصح أن يقع قوله: في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى. وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسألة مذكوراً في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ

إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام، ووصيه كوصيّ الأب **(وإن وهب للصغير أجنبيّ هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك)** الأمر **(الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك)** قال: **(وإذا وهب لليتيم هبة الخ)** إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف في ماله وهو وصيّ الأب أو جد اليتيم أو وصيه، لأن لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الأب، وإن كان اليتيم في حجر أمه: أي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية، وكذا إذا كان في حجر

قوله: **(قال صاحب النهاية، إلى قوله: ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها)** أقول: قال الإمام جلال الدين الخبازي: من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبي والأم والجد والأخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالهم وإن كان الأب حاضراً كما في الزوج، ومنهم من فرق إلى آخر ما ذكره، فحينئذ في قوله ليست رواية أخرى بحث.

رجلين. وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، **ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع**، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملاً، إذ لا تضايف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (**وفي الجامع الصغير: إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز، وقالا: يجوز للغنيين أيضاً**) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل، **وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم. وفي الأصل سوّى بينهما فقال: وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض. ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان. وقيل هذا هو**

الإسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف: في الصحيح متعلقاً بقوله: ويملكه مع حضرة الأب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى، أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لأنه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو إليه، وأما بعده من حيث المعنى فلأنه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً لقال ويملك مع حياة الأب بدل قوله: يملك مع حضرة الأب لأن الحضرة إنما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف قوله: **(ولأن الملك يثبت لكل منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع)** قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل: ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع، وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك، وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك، إذ الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا استدلال من جانب الملك انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك، وقال: والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى. أقول: كأنه فهم من قول صاحب العناية: وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط، فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التمليك كذلك، وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه عن

أجنبيّ يربيه لأن له يداً معتبرة؛ ألا ترى أن أجنبياً آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما تمحض نفعاً في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الأربعة المذكورة، وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله: أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعاً له. فإن قيل: عقد الصبيّ إما أن يكون معتبراً أولاً، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته. فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضاً لأنه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً نظراً له، ولهذا لم يعتبر عقله في المتردّد بين النفع والضرّ سدّاً لباب المضرّة عليه، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من جبره برأي الولي، وإذا وهب للصغير هبة ولها زوج فإما أن زفت إليه أو لا، فإن كان الأول جاز قبض زوجها لها لأن الأب قد فوّض أمورها إليه وهي حين زفها إليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها، وقبض الهبة من حفظ المال، لكن لا يبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز، وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها بجامع مثلها لأنه هو الصحيح. ومنهم من قال: إذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الأب لا يمنع عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب في الصحيح، وهو احتراز عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع الحضور.

قوله: **(وهذا استدلال من جانب الملك)** أقول: لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لنأ قول المصنف فيكون التمليك كذلك، والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك.

الصحيح، والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين، ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه

الابتدائية في قوله: من جانب الملك، وهذا لا ينافي أن يتفرّع عليه كون التمليك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل. ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب قوله: (**ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان**) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإجمال، أو يكون بعد الإجمال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف، سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالتنصيف، وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً: أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً، وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة؛ ففي المفاضلة لم يجوّز وفي المساواة جوّز في رواية، وقد أشار إليه المصنف بقوله: عن أبي يوسف فيه روايتان. ثم إن صاحب النهاية جعل قول المصنف: ولو قال لأحدهما: نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا. قال صاحب النهاية: وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها، فإن كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لأن ذلك بحكم أنه يعولها وأن له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف. قال: (**وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز الخ**) وإذا وهب اثنان داراً من واحد جاز لانتفاء الشيوع، لأن الشيوع إما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوع، وإن كانت بالعكس لا تجوز عند أبي حنيفة، وقالا: تجوز لأن هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة، ثم إنه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى. ولأبي حنيفة أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة، وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك، وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك، إذ الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا استدلال من جانب الملك. وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعاً، فأما إذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لأنه لا يلحق بالمتبرّع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً. ووجه ذلك أن يقال: إن سلمنا أن الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين، وأما المانع هو إلحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله، وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله: (**بخلاف الرهن**) جواب عما استشهدا به. ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه، بل يثبت لكل واحد منهما كملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل، وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة، ورواية الأصل تدل على أنه لافرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوّى بينهما حيث عطف فقال: وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض، والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال. ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع

قوله: (**فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر، أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب**) أقول: قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضاً له، والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه، وقوله التفصيل بالصاد المهملة، وقوله بالتفضيل بالضاد المعجمة، وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل، والضمير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف قوله: (**وليس بظاهر**) أقول: أي ما ذكره صاحب النهاية قوله: (**لأن المصنف عطف**) أقول: ظاهراً لقربه قوله: (**على التفصيل بعد الإجمال**) أقول: فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو هب الخ. قلنا: اتحاد التعليل: أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل.

روايتان، فأبو حنيفة مرّ على أصله، وكذا محمد. والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض.

تفصيلاً ابتدائياً حيث قال: ولو فصل ابتدائياً بالتنصيف من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما، وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه. وقال صاحب العناية: بعد ذكر ما ذهب إليه صاحب النهاية ها هنا: وليس هذا بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال، فالظاهر أنه ليس ابتدائياً انتهى. أقول: يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال: ولو قال لأحدهما: نصفها وللآخر نصفها ولم يقل: ولو وهب لأحدهما نصفها وللآخر نصفها، إذ لو كان مراده العطف على أول المسألة الأولى لكانت المسألة الثانية مسألة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال: كما في سائر مسائل الهبة، ولما قال: ولو قال: علم أن مراده العطف على ما في آخر المسألة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال فيكون الفرق بين المسألتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه.

جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها، وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض أنهما اثنان. وقيل هذا هو الصحيح، وتأويل ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة، ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل. قال: (ولو وهب لرجلين داراً الخ) إعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الإجمال، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه الآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب، وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً: أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً مرّ على أصله، وجاز عند محمد مطلقاً مر على أصله، وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة، ففي المفاضلة لم يجوّز في المساواة جوّز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان، هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلاً ابتدائياً، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف، وليس بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال، فالظاهر أنه ليس ابتدائياً. والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع، وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز. وأمارواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة إلى دليل، وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل إن في قوله إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلاف حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض؛ فإنه لو نصّ على الأبعاض بالتنصيف بعد الإجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز، وإنما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الإجمال، وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله، والمذكور في الكتاب يدل عليه. وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله، ووضح دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال: ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض، خلا أنه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضاً، وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الإجمال كان لغواً كما في التنصيف في الهبة، لأن موجب العقد عند الإجمال تملك كل واحد منهما النصف، ولم يزد التفصيل على ذلك شيئاً فكان لغواً، وإذا خالفه كما في التثليث كان معتبراً ويفيد تفريق العقد، فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملاً لكلام العاقل على الإفادة، وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الإجمال لأن عند الإجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت.

قوله: (وعلى صورته بالتساوي) أقول: الباء متعلق بالضمير في قوله صورته قوله: (وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول: القائل صاحب النهاية قوله: (وذلك لأنه يستدل) أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ قوله: (خلا أنه يستوي فيه المساواة) أقول: يعني يستوي في الرهن المساواة الخ.

باب الرجوع في الهبة

قال: **(وإذا وهب هبة لأجنبيّ فله الرجوع فيها)** وقال الشافعي: لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»[1] ولأن الرجوع يضادّ التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءاً له. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكاً غير لازم حتى يصح الرجوع أحتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه قوله: **(وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها)** قال صاحب النهاية: هذا اللفظ يحتاج إلى القيود: أي إذا وهب هبة لأجنبي أو لذي رحم ليس بمحرم أو لذي محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها إما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه، وبين كون هذه القيود محتاجاً إليها بما لا مزيد عليه. وقال صاحب العناية: والمراد بالأجنبي ها هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه، فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي، وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان، ولا بد من قيدين آخرين: أحدهما وسلمها إليه. والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة، ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى. أقول: في قوله: وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش، إذ لو قصد بالتذكير في قوله: وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش، إذ لو قصد بالتذكير في قوله: وهب وأجنبي إخراج المؤنث لخرج من هذه المسألة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة، وإنما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين، ولا يخفى فساد ذلك، بل الصواب أن التذكير الواقع في هذه المسألة

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك، وهذا الباب لبيانه **(وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها)** والمراد بالأجنبي ها هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه. فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي. وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه وقال الشافعي: **(لا رجوع فيها لقوله ﷺ «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»)** رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم **(ولأن الرجوع يضادّ التمليك والعقد لا يقتضي ما يضادّه)** قوله: **(بخلاف هبة الوالد لولده)** جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره أنا لا

باب الرجوع في الهبة

قوله: **(وهذا الباب لبيانه)** أقول: فيه بحث قوله: **(ذا رحم محرم)** أقول: جر على الجوار قوله: **(وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان)** أقول: فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما لآخر، بل الوجه إحالة خروجه إلى القيد الثاني الذي لا بد منه فإن النساء يدخلن في أمثال تلك المسألة بالتبعية على ما علم قوله: **(أحدهما وسلمها إليه)** أقول: لا بد من هذا القيد، وإلا لا يكون رجوعاً بل امتناعاً ولا خلاف في جوازه قوله: **(والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة)** أقول: فيه شيء قوله: **(والعقد لا يقتضي ما يضاده)** أقول: من الذي ادعى الاقتضاء قوله: **(أي على الشافعي)** أقول: الظاهر أن يقال على أصل

---

(١) جيّد. أخرجه أبو داود ٣٥٣٩ والترمذي ١٢٩٩ والنسائي ٢٦٥,٦، ٢٦٧، ٢٦٨ وابن ماجه ٢٣٧٧ وأبو يعلى ٢٧١٧ وابن حبان ٥١٢٣ ابن جارود ٩٤٤ والدارقطني ٤٢,٣ و٤٣ والبيهقي ٧٩,٦، ١٨٠ وأحمد ٢٧,٢و٧٨ والطحاوي ٧٩,٤ والحاكم ٤٦,٤ والحاكم ٤٦,٢ كلّهم من حديث ابن عباس وابن عمر إسناده صحيح، ورجاله ثقات، وقد صحّحه الحاكم، ووافقه الذهبي.

ولفظ أبي داود: «لا يحلّ لرجل أن يُعطي عطيّة، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يُعطي العطيّة، ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه».

بهبته ما لم يثب منها» أي ما لم يعوّض، ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته، إذ العقد يقبله، والمراد بما روي نفي استبداد والرجوع وإثباته للوالد لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى

ليس لإخراج المؤنث، وإنما هو للجري على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الأصول، وأن الزوجين إنما يخرجان من هذه المسألة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضاً بأنه لا بد منهما، واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك إن لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة، إذ لا شك أن الزوجية من جملة تلك الموانع. ثم أقول: لمانع أن يمنع انفهام القيد الأول من ذينك القيدين في أثناء كلام القدوري في مختصره، والعهدة في هذه المسألة على القدوري لأنها من مسائل مختصره فتأمل قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»[1] أي ما لم يعوّض)** لا يقال: يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة. لأنا نقول: لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال، وذا لا يكون قبل القبض والتسليم، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق، وذلك إنما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية، وهكذا ذكر في العناية أيضاً إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب، وقد أشار في الكافي أيضاً إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال: ولنا قوله: عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»[2] أي لم يعوّض، والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم

نسلم ذلك لأن التمليك لم يتم لكونه جزءاً له قوله: **(على أصله)** أي على الشافعي فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه لأنه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه **(ولنا قوله ﷺ «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» أي ما لم يعوّض)** لا يقال: يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقاً ولا حق لغيره قبل التسليم ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله **(ولأن المقصود في الهبة هو التعويض للعادة)** لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه، وإلى من دونه ليخدمه، وإلى من يساويه ليعوضه، وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري إذا

الشافعي قوله: **(فإن من أصله الخ)** أقول: بل الظاهر أن المراد أصله في تجويز الرجوع قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته»)** أقول: ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم، فإن الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التمليك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الأول، إلا أن يقال: الأحقية باعتبار أن للواهب حق التمليك بالملك اللازم قوله: **(ولا حق لغيره قبل التسليم)** أقول: فيه بحث، لأن للموهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر قوله: **(ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما**

---

(١) الراجح وقفه. أخرجه ابن ماجه ٢٣٨٧ والدارقطني ٤٤،٣ والبيهقي ١٨١،٦ كلّهم من حديث أبي هريرة «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها».

قال البيهقي: وهذا المتن بهذا الإسناد أليق وإبراهيم بن اسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع، والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر قال: «من وهب هبة، فلم يثب، فهو أحق بهبته إلا لذي رحم» ثم ساق إسناده إلى عمرو به، وقال: قال البخاري: هذا أصح اهـ. وقال البوصيري في الزوائد: في إسناده إبراهيم بن اسماعيل وهو ضعيف اهـ.

وورد من حديث ابن عباس من طريقين أحدهما عند الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٢٥،٤ والأخرى عند الدارقطني ٤٤،٣ وفي إسناده محمد بن عبد الله العزرمي قال الزيلعي: أعله عبد الحق في أحكامه بمحمد بن عبيد الله وقال ابن القطان كالمتعقّب عليه: وهو لم يصل إلى العزرمي إلى على لسان كذاب، وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي، فلعلّ الجناية منه اهـ.

ولفظه «من وهبه هبة، فهو أحق بهبته ما لم يثب منها، فإن رجع في هبته، فهو كالذي يقيء ثم يأكل قيئه» وورد أيضاً من حديث ابن عمر أخرجه الحاكم ٥٢،٢ والدارقطني ٤٣،٣ والبيهقي ١٨١،٦ «من وهب هبة، فهو أحق بها ما لم يثب منها». صحّحه الحاكم وقال: لم يخرجاه إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا وسكت الذهبي اهـ.

وقال البيهقي في المعرفة: غلط فيه عبد الله بن موسى والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر من قوله، فلا يبعد منه الغلط اهـ الزيلعي ١٢٦،٤. الموصول طرقه ضعيفه، ورجّح البيهقي وقفه.

(٢) هو الحديث المتقدم.

رجوعاً. وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وهذا لاستقباحه. ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال: **(إلا أن يعوضه عنها)** لحصول المقصود **(أو**

وإضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول: أكلنا خبز فلان الخباز وإن كان اشتراه منه، ولأنه أثبت للواهب حقاً أغلب من حق الموهوب له، ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض، إذ لا حق للموهوب له قبل القبض، ولأنه مدّ هذا الحق إلى وصول العوض إليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى. أقول: في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث. أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع، فإن القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجاً عن حقيقة الهبة. ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه مجازاً باعتبار ما يؤول إليه كما في نحو **(أراني أعصر خمراً)** وقد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذاك. وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجرداً عن معنى التفضيل مؤولاً باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عارياً عن اللام والإضافة ومن، ومنه قوله تعالى ﴿وهو أهون عليه﴾ إذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة، فلم لا يجوز أن يعتبر مجرداً عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم يثب منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق. نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل، لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصوداً في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض، ولا يخفى أن الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال، على أن لقائل أن يقول: لو كان معنى التفضيل مقصوداً في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروهاً، ولما قال: النبي عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[1] لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب، فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقاً للمقامين وتوفيقاً للكلامين فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضاً من تلك الوجوه حيث قال: هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح: يعني صاحب العناية. أقول: صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور قوله: **(ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة)** لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه

وجد بالمبيع عيباً **(فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله، والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع)** يعني لا يستبدّ الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الوالد فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته، وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم وقوله: **(في الكتاب)** أي القدوري **(فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وهذا لاستقباحه)** لا لتحريمه بدليل قوله ﷺ في حديث آخر «العائد في هبته

لم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول: هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح قوله: **(لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه الخ)** أقول: المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعي حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعي كان أعم قوله: **(وإن لك يكن رجوعاً في الحكم)** أقول: بل شراء قوله: **(وهذا لاستقباحه لا لتحريمه)** أقول: فيه بحث قوله: **(بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر)** أقول: الأظهر في رواية أخرى.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٢١ ومسلم ١٦٢٢ وأبو داود ٣٥٣٨ والنسائي ٣٦٦،٦ وابن ماجه ٢٣٨٥ ،وابن حبان ٥١٢١ والبغوي ٢٢٠٠ والطحاوي ٧٧،٤ والطيالسي ٢٦٤٩ والطبراني ١٠٦٩٢ والبيهقي ١٨٠،٦ وأحمد ٢٨٠،١، ٣٤٢ كلّهم من حديث ابن عباس. وله شاهد من حديث ابن عمر وابن عباس تقدّم تخريجه قبل حديثين.

تزيد زيادة متصلة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد.

بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوّضه انتهى. وقال بعض الفضلاء: المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم انتهى. وقد سبقه إلى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية: قلت: فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث، ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوّض انتهى. أقول: يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله: وإلى من يساويه ليعوّضه هو التعويض المالي، وبالتعويض في قوله: إن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال، فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي، وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي، والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعي أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعوض تأمل تفهم. واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية: توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوّضه، ومنه يقال: الأيادي قروض انتهى. ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال: أقول: على هذا التعليل لوقيد بنفي العوض ينبغي أن يمتنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود، ولكن قوله: عليه الصلاة والسلام «ما لم يعوّض»[1] يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنفي العوض انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأنا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض، فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواهب إياه وإلغائه بل يحسب مروءة الموهوب له، وجرى العادة على التعويض، وبنفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك، بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروءة الموهوب له، ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى. ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول: الوجه المذكور علة نوعية لإثبات نوع الحكم، وذلك لا يستلزم الإطراد في كل صورة كما قالوا: مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر قوله: **(لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً)** أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم، كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء: بل شراء إضراباً عن قوله: إن لم يكن رجوعاً في الحكم. أقول: ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الوالد ها هنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا مساس به بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم: للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء، على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع: فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه انتهى. وقال في الكفاية: من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للإنفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات قوله: **(وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[2] وهذا لاستقباحه)** قال الشارح العيني: قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء، فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية؟ وكيف تكون إعانته على

كالكلب يقيء ثم يعود» حيث شبهه بعود الكلب في قيئه، وفعله لا يوصف بالحرمة **(ثم للرجوع، موانع ذكر بعضها)** يعني القدوري، وقد جمعها القائل في قوله:

موانع الرجوع في فصل الهبة ... يا صاحبي حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة، والميم موت الواهب أو الموهوب له، والعين العوض، والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له، والزاي

---

(١) مراد المصنف ما تقدّم قبل حديثين، وهو بلفظ «ما لم يُثب» إنما رواه المصنف بمعناه.

(٢) تقدّم تخريجه قبل حديث واحد.

قال: **(أو يموت أحد المتعاقدين)** لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال

المعصية التي هي معصية أخرى منتجة للجواز؟ وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال، وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه، فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً، وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه.

أقول: هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا، فإن الذي كان مكروهاً إنما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها، والذي يكون محلاً للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع، فإن القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك، بل يقول: لك الرجوع عنها مع كراهة فيه، وليس في قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه إجراء حكم شرعي على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه، فإن رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكباً للمكروه بطوع نفسه لا بإعانة القاضي عليه، وإن امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضي دفعها إليه، وليس فيه أيضاً إلزام المكروه لأن دفع الهبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وإن كان نفس الرجوع مكروهاً. ثم إن القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال، ولكن يجعل الضعيف قوياً والمختلف فيه متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه. ثم إن الضعيف إذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الإقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الإشكال المذكور بحذافيره، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام قوله: **(أو تزيد زيادة متصلة)** قال صاحب العناية: ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال: تورث زيادة في قيمة الموهوب اهـ. أقول: بل من ذلك القيد الآخر بدّ بقوله: أو تزيد زيادة متصلة، لأن ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وإن كان في صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال: فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة، فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصاناً، فربّ زيادة صورة كانت نقصاناً في المعنى كالإصبع الزائدة مثلاً اهـ. والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد، ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ها هنا حيث قال: ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال. أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصاناً معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال: هكذا كله في الذخيرة. ثم أقول: بقي ها هنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لا تمنع الرجوع، مع أن الدليل الذي ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع، وهو أنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة مدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك

الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب. وذكر المصنف فقال: **(إلا أن يعوّضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة)** ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال: تورث زيادة في قيمة الموهوب، أما اشتراط الزيادة فلأن النقصان لا يمنع الرجوع، وأما اشتراط الاتصال فلأن المنفصلة لا تمنع، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع وإنما منعت المتصلة **(لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد)** وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصاناً، فربّ زيادة صورة كانت نقصاناً في المعنى كالإصبع الزائدة مثلاً، وطولب بالفرق بين الردّ بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس. وأجيب بأن الرد في المنفصلة إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً، أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية، والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد

حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه. قال: **(أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له)** لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه، ولأنه تجدّد الملك بتجديد سببه. قال: **(فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو آرياً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها)** لأن هذه زيادة متصلة. وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يعدّ

الصورة أيضاً فليتأمل في التوجيه قوله: **(فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً)** قال صاحب العناية: هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اهـ. أقول: وجه التأخير أن للمصنف كره أن يفصل بين الألفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدوري يذكر مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة، فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه. وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه: إلا أن المصنف قد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله: وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها، وبقوله: وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر، تبصر تقف قوله: **(فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي)** أقول: قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم، والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات، إذ الحكم فيما إذا باع نصفها مقسوماً كذلك قطعاً وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، وكأن وجه التقييد في الكتاب إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا يخفى، وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله: وإن عوّضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فتبصر قوله: **(وقال زفر رحمه الله: يرجع بالنصف)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقال زفر رحمه الله: يرجع بنصف العوض. أقول: هذا سهو، فإن المراد بالنصف في قول المصنف وقال زفر يرجع بالنصف إنما هو نصف الهبة دون نصف العوض، وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها قوله: **(وفي أصله وهاء)** أي في أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك: لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه. وقال تاج الشريعة: لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك

العقد، وكذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة، ولا إلى الثاني لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو ربا، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة **(وإذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضاً، لأنه إن مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه، وكذلك إذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه)** وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب. قال: **(فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء الخ)** هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم. والآريّ هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء. وعند العرب الآري: الأخية، وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها، فاعول من تأرّى بالمكان: إذا أقام فيه، وقيد بقوله: **(وكان ذلك زيادة فيها)** والواو للحال لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها، وكلامه واضح. وقوله: **(وإذا قال الموهوب له للواهب)** بيان الألفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع إلى الواهب

قوله: **(هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم)** أقول: إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل قوله: **(لا يمنع الرجوع في غيرها)** أقول: ليس في محله.

ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها. قال: **(فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي)** لأن الامتناع بقدر المانع **(وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها)** لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى. قال: **(وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها»[1] ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل **(وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر)** لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد، حتى لو تزوّجها بعد ما وهب لها فله الرجوع، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع. قال: **(وإذا قال الموهب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع)** لحصول المقصود، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً **(وإن عوّضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع)** لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من

الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني. أقول: في قولهم: ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل، لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور: أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع، فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة. فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواقع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتاً بخلاف القياس. واعترض بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال: فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس. أقول: هذا ساقط، لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً فما المحذور في ذلك، إذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس،

عوضاً يبطل به الرجوع، وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته، وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له، بل لو عوّضه عنه أجنبي متبرعاً صح **(وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح)** لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأنا نعلم بيقين أنه قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لزفر فإنه قال: التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا. والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به. فإن قيل: هل في قوله متبرعاً فائدة أو ذكره اتفاقاً؟ أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الأولى، وذلك لأن الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل، لأن

قوله: **(ولا أن ينحصر العوض)** أقول: معطوف على قوله أن يساوي الموهوب قال المصنف: **(كبدل الخلع والصلح)** أقول: قال في الكافي عن دم العمد وإنما قيده به ليستقيم معنى الإسقاط قوله: **(لكنه يشترط فيه)** أقول: يعني يشترط في العرض قوله: **(لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ)** أقول: مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضاً عن هبته قوله: **(فلا يحصل به)** أقول: فيه بحث قوله: **(والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤٤،٣ والحاكم ٥٢،٢ والبيهقي ١٨١،٦ كلّهم من حديث سمرة في إسناده عبد الله بن جعفر.
قال الزيلعي في نصب الراية ١٢٧،٤: قال ابن الجوزي في التحقيق: عبد الله بن جعفر هذا ضعيف وخطأه صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين والضعيف هو والد علي بن المديني ورواة هذا الحديث كلّهم ثقات، ولكنه حديث منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة اهـ وقد صححه الحاكم، وسكت عنه الذهبي! اهـ. وله علّة ثانية وهي: اختلاف العلماء في سماع الحسن من سمرة، والأكثر على أنه لم يسمع منه سوى حديث العقيقة، فالخبر ضعيف والله أعلم.

الأجنبي كبدل الخلع والصلح. قال: **(وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** لأنه لم لو يسلم له ما يقابل نصفه **(وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يردّ ما بقي ثم يرجع)** وقال زفر: يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر. ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده. قال: **(وإن وهب داراً فعوضه من نصفها)** رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف. قال: **(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)** لأنه مختلف بين العلماء. وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، فلا بد من الفصل

ألا ترى أنهم قالوا: كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس، وإن أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع، وإنما يكون كذلك لو كان قوله: وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو

الموهوب له يؤدي إلى المعوّض ما أمره به ظاهراً فصار كتعويضه بنفسه، ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع، فكذلك إذا عوّض بأمره، غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً. أما إذا كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فلأن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمراً بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان، ما لم يضمن **(وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يردّ ما بقي ثم يرجع)** عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: **(يرجع بنصف العوض)** قاس أحد العوضين على الآخر، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله **(ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء)** وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء، ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق، إذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء إلا هو. وعورض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض، فإذا كان الكل في الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداء. وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها، وما نحن فيه ليس كذلك، فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لأنها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل. والجواب عن قياس زفر أن المعوّض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام، وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء، ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم قوله: **(إلا أنه)** أي إلا أن الواهب **(يتخير)** بين أن يردّ ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولم يرجع بشيء **(لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض، وإن وهب داراً فعوّضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف)** غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارىء فلا يضر، كما لو رجع في النصف بلا عوض فإن قيل: قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في

قوله: **(ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ)** أقول: وكذلك في بيع العرض بالعرض. وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل قوله: **(ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء الخ)** أقول: فيه بحث، فإن أحد الوجهين لا يستقل وجهاً إلا بملاحظة الآخر. ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا. ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء، وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق إذ به يظهر الخ قوله: **(فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه)** أقول: فيه تسامح، لأن الرجوع ليس من حكمه، والمراد في إيجاب ما هو كحكمه قوله: **(لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض)** أقول: منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة قوله: **(وفيه نظر تقدم غير مرة)** أقول: يعني أن خلاف الشافعي متأخر، فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد قوله: **(والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت)** أقول: أو التابعين، بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الإجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(لأنه ثبت بخلاف القياس)** أقول: فيه بحث لانتقاضه بكل

بالرضا أو بالقضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد

القضاء، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء، وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، ولا تجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به. ثم إن الإمام المطرزي قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهياً إذا ضعف اهـ. وقد نقله عنه كثير من الشراح ها هنا ولم يتعرضوا له بشيء، ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال: وهو خطأ، لأن مدّ المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطإ خطأ اهـ. ولا يذهب على ذي فطانة أن الخطأ ها هنا إنما هو في كلام صاحب العناية، فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب: وإنما هو الوهي مقصور الوهاء، وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى، ومن البين فيه قول صاحب المغرب: مصدر

الطلاق. أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق. قال: **(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما الخ)** لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء. قيل لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي، وإذا كان كذلك كان ضعيفاً فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها كالهبة، فإنها لما ضعفت لكونها تبرّعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض، وفيه نظر تقدم غير مرة، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت قوله: **(وفي أصله وهاء)** أي في أصل الرجوع ضعف، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير، ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع. قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي، وهو خطأ لأن مدّ المقصور السماعي ليس بخطأ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ قوله: **(وفي حصول المقصود وعدمه خفاء)** لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل، وإن كان العوض لم يحصل **(فإذا تردد)** لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله **(لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدّى، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخاً من الأصل)** وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الردّ بالعيب، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدإ. والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائياً، وها هنا تراضيا على رفع سبب غير لازم، وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل **(حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع)** كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء، فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارىء لا أثر له فيها قوله: **(لأن العقد)** هو الدليل على المطلوب. وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ ما تقدم من ثبوت حق الرجوع، وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له، ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضي والقضاء. وقوله: **(بخلاف الردّ)** جواب عن قياس زفر. وتقديره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان في صورة القضاء خاصة، لأن الحق هناك في وصف السلامة، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد تاماً لم يقتض

ما ثبت بالنص على خلاف القياس قوله: **(قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ)** أقول: قال مولانا إياس: وهذا خطأ عظيم لأن الوهي على وزن الرمي بسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول: والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة قوله: **(فإذا تردد لا بد من الفصل الخ)** أقول: ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ، وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث قوله: **(ولو منعه فهلك قبله، إلى قوله: بعده)** أقول: يعني هلك قبل القضاء وبعد القضاء قوله: **(والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك)** أقول: جواب بإبداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه قوله: **(فصحته دليل على بقاء العقد في النصف)** أقول: فيه بحث قوله: **(وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له)** أقول: الضمير في قوله له راجع إلى صاحب الحق) قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء أقول: فيه بحث قوله: **(لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ)** أقول: قوله هو راجع إلى ما.

وقع جائزاً موجباً حق الفسخ. فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق، بخلاف الردّ بالعيب بعد

وهي الحبل يهي وهياً حيث قال: وهياً، ولو كان مقصوراً لقال: وها كما لا يخفى، وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال: وقول صاحب العناية: لأن مدّ المقصور السماعي ليس بخطإ خطأ لأن جواز مدّ المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد، والمصدر ها هنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اهـ: ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال: فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله: وإنما هو الوهي: يعني بتسكين العين، ومخطىء من وجه في قوله: الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول: في قلى يقلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك. وقد قال الجوهري: القلي البغض، فإن فتحت القاف مددت تقول: قلاه يقليه قلى وقلاء اهـ كلامه. أقول: أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدراً، إذ قد تقرّر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس، فمجيء القلاء مصدراً من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدراً من وهي يهي، فإن الأول مسموع دون الثاني. وقول صاحب المغرب: الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه في قوله: الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويبه إياه في قوله: وإنما هو الوهي، لأن في قوله: هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء، فكون الوهاء أيضاً مصدراً منه ينافي ذلك قطعاً. ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسألتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا: ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالردّ بالعيب بعد القبض اهـ. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأنه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد، إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته. ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض، وكذا بعده إن كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به، فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير اللازمة، لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه. وأما ثانياً فلأن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذا لحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ، والحق ها هنا للواهب في الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتي. وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ها هنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر قوله: **(بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا)** قال صاحب العناية: في تعليل قوله لا في الفسخ: لأن العيب لا

الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما، وأما القاضي فإنما يقضي أوّلاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا. وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافاً لزفر في غيره، وإذا ردّ المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع. أن يرده على بائعه كذلك، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك، وإن كان بغيره فليس له ذلك قال: **(وإذا تلفت العين الموهوبة الخ)** وإذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأنه عقد تبرّع، وهو لا يتقضي السلامة وهو غير عامل له، أي للواهب احتراز عن المودع فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله. فإن قيل: غرّه بإيجابه الملك له في المحل وإخباره بأنه ملكه، والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري. أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقاً وقد تقدم. وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع. أما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصاً، فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لا أن يقول بالياء فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء

القبض، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. قال: **(وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء)** لأنه عقد تبرّع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره. قال: **(وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع)** لأنه هبة ابتداء **(فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يردّ بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة)** لأنه بيع انتهاء. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً. ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه.

يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد تاماً لم يقتض الفسخ انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاماً لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم، ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاماً لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع، ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر، فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضاً حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة البيع. فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال: لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضي ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافياً للزوم العقد، بخلاف عقد الهبة فإنه عقد تبرّع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين قوله: **(ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن)** قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل: ولنا أنه اشتمل على جهتين: جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما انتهى. فيه مناقشة، وهي أن قوله لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما يفيد أولوية إعمال الشبهين والمدعي وجوب إعمالهما كما ترى فلا تقريب، ويمكن دفعها بعناية فتأمل.

بالإجماع، أما إذا كان بلفظ عليّ فإنه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يردّ بالعيب وخيار الرؤية، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاء. وقال الشافعي وزفر: هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وهو ظاهر. ولنا أنه اشتمل على جهتين: جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى، وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما. أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر، وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم، وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض، وإذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة، فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض، كالهبة في المرض فإنها تبرّع في الحال صورة ووصية معنى، فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض، ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما، كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالكاً لنفسه.

قوله: **(أجاب بأن الغرور، إلى قوله: وقد تقدم)** أقول: يعني تقدم في المضاربة.

فصل

قال: **(ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء)** لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة قوله: **(ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة)** توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل في العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع، فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها،

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة. قال: **(ومن وهب جارية إلا حملها الخ)** اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام: قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء. وقسم منها ما يبطلان فيه جميعاً. وقسم منها ما يصحان فيه جميعاً. فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه إذا وهب الجارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح، فكذا إذا استثنى على ما مرّ في البيوع، فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع، فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزّه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحساناً دون الحمل. وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة، بخلاف الصوف واللبن، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله: **(وهذا)** أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء **(هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة)** قوله: **(بخلاف البيع والإجارة والرهن)** إشارة إلى القسم الثاني **(لأنها تبطل بها)** أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها **(ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب)** لخروجه عنه بالإعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة **(فأشبه الاستثناء)** في إمكان تجويز الهبة **(ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء)** في التجويز لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً **(وها هنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع)** وهي لا تجوز. فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة. أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة، وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله: **(أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب)** فهو كما إذا وهب

فصل ومن وهب جارية

قوله: **(فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح)** أقول: الأولى ترك كلمة من، إلا أن يقال: المراد ما نحن فيه في بيان جنسه قوله: **(وأجيب أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة، بخلاف الصوف واللبن)** أقول: فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع قوله: **(وهذا: أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ)** أقول: فإن قيل: الظاهر أن الإشارة إلى عدم البطلان بالشروط الفاسدة. قلنا: فيلزم المصادرة.

والإجارة والرهن لأنها تبطل بها. ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء، ولا يمكن

فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والقبض لا يفسد بالشروط، وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية. هذا زبدة ما في الشروح. وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال: ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في الملفوظ، والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الأوصاف، واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثناؤه لأنه ليس بملفوظ اهـ. أقول: فيه بحث، إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً على ما صرحوا به قاطبة، وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اهـ. وقال في الكافي هناك: فإن قيل: إذا لم يتناوله اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه تصرف في الملفوظ. قلنا: يكفي لصحة التزيي بزيه كما في استثناء إبليس، على أن صحته لا تفتقر إلى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اهـ فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ها هنا، وطولب بالفرق ها هنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع، فإنه إذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزّ الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فإن جائز له استحساناً، وفي الحمل لا يجوز. وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم وجوده حقيقة. بخلاف الصوف واللبن، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية إلى المبسوط. أقول: في كل من وجهي الجواب المذكور نظر. أما في وجهه الأول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالاً أصلاً ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح إعتاقه وتدبيره وإيصاؤه، وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه، ويدل على صحة الأولين أيضاً المسألتان الآتيتان ها هنا، وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز، وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز. وأما في وجهه الثاني فلأن كون إخراج الولد ليس إليه إنما يقتضي عدم صحة الهبة فيما إذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال، وأما فيما إذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا، إذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب، ولعل هذا هو السرّ في أن قال بعض أصحابنا إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحساناً كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور، وقال: ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلاً لأن ما في البطن ليس بمال الخ. ثم أقول: على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالماً عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة: لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع. وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضاً من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع، فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل. والجواب المذكور إنما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى، وذا لا

الجوالق وفيه طعام الواهب، وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي. فإن قيل: هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الإعتاق غير مشابهة؟ قلت: نعم إذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا، فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع، ومسألة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين، والإعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء

تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك. قال: **(فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل)** لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة، والهبة لا تبطل بها، ألا ترى «أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»[1] بخلاف البيع «لأنه عليه الصلاة

يجدي شيئاً يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب قوله: **(ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك)** فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة. أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة، كذا في العناية أخذاً من النهاية أقول: ليس الجواب بسديد، أما أوّلاً فلأنه لو جعل الحمل مفصلاً في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب. وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة، إذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم إضرار التبعيض وإضراره كما عرف فيما مر، فلم يتم قوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة. نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب، ولكنه أمر وراء احتمال القسمة. فإن قلت: المراد بقوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة

الحمل، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم **(فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل)** ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها، وإنما بطل الشروط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد، لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك فمقيد بها، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. وأصل ذلك ما روي «أن رسول الله ﷺ أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له»، بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط» ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم الخ)** ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال إذا أدّيت إليّ النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل، لأن الإبراء تمليك من وجه لارتداده بالرد، إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول، وهبة الدين ممن عليه إبراء لأنه يرتد بالرد

---

(١) صحيح بغير هذا اللفظ. ورد في ذلك الحديث جابر بن عبد الله عن النبيّ ﷺ «العمرى جائزة».
أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٤,٦ وابن ماجه ٣٣٨٣ والطحاوي ٩٢,٤، ٩٣ وابن حبان ١٥٢٩ والبغوي ٢١٩٩ وأبو يعلى ٢٢١٤ والبيهقي ١٧٣,٦ والطياسي ١٧٤٣ وابن الجارود ٩٨٩ وأحمد ٣٠٢,٣ كلّهم من حديث جابر. وأخرجه البخاري ٢٦٢٦ من حديث أبي هريرة وهناك روايات كثيرة تدلّ على إجازة العمرى منها «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حياً وميّتاً ولعقبه» وهو من حديث جابر أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٤,٦ والبيهقي ١٧٣,٦ وأحمد ٣١٢,٣، ٣٧٤، ٣٨٦، ٣٨٩. والحديث الذي يدلّ على إبطال شرط المعمّر أخرجه أبو داود ٣٥٥٧ من حديث جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها. وله إخوة، فقال رسول الله ﷺ: هي لها حياتها، وموتها قال: كنت تصدّقت بها عليها قال: ذلك أبعد لك».
وأيضاً حديث أخرجه مسلم ١٦٢٥ و٢٤ عن جابر بن عبد الله: «أن رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بَتْلَةً لا يجوز للمعطي فيها شرطاً، ولا ثُنيا» قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاءً فيه المواريث فقطعت المواريث شرطه وأخرج مسلم ١٦٢٥ عن جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فأمّا إذا قال هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها قال مَعْمر: وكان الزهري يفتي به.

والسلام نهى عن بيع وشرط»[1] ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء. أو قال إذا أدّيت إليّ النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل)** لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه، وهبة الدين ممن عليه إبراء، وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكاً، ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطاً، ولهذا قلنا

بملك الواهب لا أنه كان مشاعاً يحتمل القسمة حقيقة، ولهذا قال: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعاً يحتمل القسمة، ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال: بعد قوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة، لأن هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكماً لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعاً انتهى. قلت: مورد أصل السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب، وما ذكرته إنما يصلح توجيهاً للثاني دون الأول فلا يتم الجواب، تأمل تقف. ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر ذكر السؤال والجواب المزبورين قال: وكأنّ المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله: أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى. أقول: فيه ركاكة ظاهرة، لأن الجواب المزبور إن كان مقبولاً عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي إرداف الوجه الأول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الأول غير وارد عليه، وإن لم يكن مرضياً عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط قوله: **(أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئاً منها أو يعوّضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل)** قال صاحب النهاية: هذا على طريق اللفّ والنشر وإلا لا يصح: أعني أن قوله: على أن يردّ عليه شيئاً متصل بقوله: أو وهب له داراً، وقوله: أو يعوّضه شيئاً منها متصل بقوله: أو تصدّق عليه بدار، وإنما قلنا: هذا لأنه لو وصل قوله: أو يعوضه شيئاً منها بقوله: أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولاً بقوله: أو تصدق عليه بدار، اللهم إلا إن أراد بقوله: أو يعوّضه شيئاً منها أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار، فيصح حينئذ صرف قوله: أو يعوضه شيئاً منها إلى قوله: وإذا وهب داراً إلا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة شيء بقوله: على أن يرد عليه شيئاً منها، انتهى كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. أقول: في تحريرهما قصور إذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله: أو يعوّضه شيئاً منها سيما بعد قوله: على أن يرد عليه شيئاً منها إنما هو أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد، وهو أن يرجع ضمير منها في قوله: أو يعوّضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ها هنا أصلاً كلفظ الإعواض فيصير المعنى أو يعوّضه شيئاً من الأعواض لا من الدار، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا إن أراد بقوله: أو يعوّضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب. ثم إن هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسألة قطعي في المعنى الأول فإنه قال: فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوّضه ثلثها أو ربعها قال: الهبة جائزة ولا يردّ عليه ولا يعوّضه شيئاً منها، إلى هنا لفظه. ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها، فاستبعاد إرادة

ولا يتوقف على القبول فكان تمليكاً من وجه إسقاطاً من وجه. والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها إلى ما فيه تمليك. فإن قيل: قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فإن ربّ الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله. أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث

---

(١) تقدّم في أوائل البيوع.

إنه يرتدّ بالرد ولا يتوقف على القبول. والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها. قال: (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا. ومعناه أن يجعل داره

ذلك المعنى بل تجويز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر، لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به، وكأن الإمام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله: أو يعوّضه شيئاً منها فيه إشكال، فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوّضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله: على أن يردّ عليه شيئاً منها انتهى كلامه. أقول: ولو اطلع على أصل هذه المسألة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد أيضاً، بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصاً في هذا الشق كما نبهت عليه آنفاً. ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسألة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الأول أصلاً، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال: ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى. أقول: فيما قاله نظر، لأن الرد عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به إلا أنه يشتمل ذلك ويعمه، إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب، فكان قوله: على أن يردّ عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله: أو يعوّضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة، وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قاله: أو يعوّضه شيئاً منها مصروفاً أيضاً إلى الهبة دون التصدّق، وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام: رأيت في بعض الحواشي أن قوله: أو يعوّضه شيئاً منها يرجع إلى التصدق، فإنه إذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط، وإذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح. أقول: إذا وهب بشرط أن يعوّض شيئاً فالشرط باطل، وشرط العوض إنما يصح إذا كان معلوماً، فعلم أن قوله: أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة، إلى هنا كلامه. وأقول: التوجيه الذي ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسألة، فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه: أو يعوّضه ثلثها أو ربعها، ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم، فكان وضع المسألة فيما إذا كان العوض معلوماً، إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الإجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسألة فقالوا: أو يعوضه شيئاً منها، فلفظ شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول. ثم إن بعض العلماء ردّ على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال: فيه كلام، وهو أن المفهوم من هذا القول: أنه إذا وهب بشرط أن يعوضه شيئاً معيناً من الموهوب يصح الشرط، لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك، إذ قد صرح في غاية البيان بأنه إذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوّضه بيتاً معيناً منها أو درهماً واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد، لأن بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض. وقال ذلك البعض: ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضاً كما لا يخفى انتهى. أقول: كلامه ناشيء من عدم تحقيق المقام وفهم المرام، فإن مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ردّ ذلك على أن يكون

إنه هبة الدين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله: (قلنا إنه يرتدّ بالرد) يفيد بإطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروى عن السلف وقال بعضهم: يجب أن يرده في مجلس الإبراء والهبة. وقوله: (بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها: أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن

له عمره، وإذا مات تردّ عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة **(والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: جائزة)** لأن قوله داري لك تمليك. وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى. ولهما «أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وردّ الرقبى»[1] ولأن معنى الرقبى عندهما إن متّ

المراد بالتعويض في قوله: أو يعوّضه شيئاً منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة، فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي إنما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً، والأمر كذلك بلا ريب، وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه إذا شرط الواهب أن يعوّضه بعضاً من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط، وهذا أيضاً أمر مقرّر إلا عند زفر، ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي، فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض. نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلاً في أصل وضع هذه المسألة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جداً، فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه، فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه قوله: **(والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها)** قال صاحب العناية: هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اهـ. أقول: في قوله: والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر، إذ قد مرّ آنفاً أن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه. فكيف يكون من الإسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة، وهذا عجيب منه قوله: **(وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وعند أبي يوسف جائزة، لأن قوله: داري لك هبة وقوله: رقبى شرط فاسد، لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقبى مأخوذاً من المراقبة، وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى. أقول: في الصورة الثانية بحث، إذ على تقدير أن يكون معنى قوله: داري لك رقبى عند كون الرقبى مأخوذ من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله، وقوله: رقبى شرط فاسد إذ لا فساد لأن يقال رقبة داري لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله: فصار كالعمرى كما لا يخفى قوله: **(ولأن معنى الرقبى عندهما إن متّ قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ)** قال صاحب العناية: يشير إلى أن أبا يوسف قال: بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا. وقيل: عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن، إلى هنا كلامه. أقول: لا شك أن المصنف يشير بقوله: المذكور إلى أن أبا

الدين منها. ومنها ما يحلف بها **(كالطلاق والعتاق)** وغيرهما **(والعمرى)** وهو أن يجعل داره لشخص عمره، فإذا مات تردّ عليه **(جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا)** «أنه ﷺ اجاز العمرى» **(والشرط)** وهو قوله فإذا مات تردّ عليه **(باطل لما روينا)** أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر، وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة **(والرقبى)** وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقبى **(باطلة عند أبي حنيفة ومحمد)** لا تفيد ملك الرقبة، وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمَر أن يرجع فيه ويبيعه في أيّ وقت شاء لأنه تضمن إطلاق الانتفاع **(وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد)** لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقبى مأخوذاً من المراقبة وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكأنه قال: قبة داري لك فصار كالعمرى **(ولهما)** ما روى الشعبي عن شريح **(«أن النبي ﷺ أجاز العمرى وردّ الرقبى» ولأن معنى الرقبى عندهما أن يقول: إن مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته،**

قوله: **(فيكون قوله داري لك هبة)** أقول: قوله هبة خبر يكون قوله: **(وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ)** أقول: فيه.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١٢٨,٤: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ١٨٥,٢: لم أجده.

قبلك فهو لك، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به،

يوسف قال: بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر، ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد، بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم: وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة. فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع، فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمر. وقالا: المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتاً كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن متّ قبلك فهي لك وإن متّ قبل فهي لي، فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل، انتهى قولهم. فعلى هذا لا يتجه عله أصلاً ما ذكره صاحب العناية بقوله: وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى. ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام: وعندي قول أبي يوسف أصح، إذ غاية ما في الباب أن يقال: الشرط فاسد، ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الهبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء، وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك، وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته آنفاً ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده، ولو قال: داري لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف. والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة، وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط، ثم تفسير العمرى أن يقول: جعلت هذه الدار لك عمرك فإذا متّ فهي ردّ عليّ فيصح الهبة، لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك. وتفسير الحبيس أن يقول: هي حبيس عندي، فإن مت فهي لك. وتفسير الرقبى أن يقول: هذه الدار لآخرنا موتاً، وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن متّ فهي لك وإن متّ فهي باطلة، لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال، إلى هنا كلامه فاضمحلّ ما قاله صاحب العناية.

وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً) وقوله لأن معنى الرقبى عندهما يشير إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير، بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا. وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن. فإن قيل: جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أجاز العمرى والرقبى؟» أجيب بأنه محمول على أنه ﷺ سئل عن الرقبى مفسراً بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازه، والله تعالى أعلم.

فصـل في الصدقة

قال: **(والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض)** لأنه تبرّع كالهبة **(فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة)** لما بينا في الهبة **(ولا رجوع في الصدقة)** لأن المقصود هو الثواب وقد حصل، وكذا إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنيّ الثواب، وكذا إذا وهب الفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل. **(ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع)** ويروى أنه والأول سواء، وقد ذكرنا الفرق. ووجه الروايتين في مسائل القضاء **(ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسكَ وعيالك إلى أن تكتسب، فإذا اكتسب مالاً يتصدق بمثل ما أنفق)** وقد ذكرناه من قبل.

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعل لها فصلاً. قال: **(الصدقة كالهبة)** الصدقة لا تتم إلا مقبوضة لأنها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعاً، لما بينا في الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط، ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها، وفيه تأمل فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله. ويمكن أن يقال: المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق على غنيّ بطل الرجوع استحساناً. وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض. ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنيّ قد يراد بها الثواب، وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل، وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغنيّ سواء في جواز الرجوع، كما أنهما سواء في حق الفقير في عدمه، ولكن العامة قالوا: في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض، والتصدق على الغني لا ينافي القربة قوله: **(ومن نذر أن يتصدق بماله الخ)** ذكرنا هذه المسألة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة ها هنا، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب.

فصـل في الصدقة

قوله: **(فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله)** أقول: كان يكفي في الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو في الآخرة، فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لأن الله تعالى لا يخلف الميعاد.

كتاب الإجارات

(الإجارة عقد على المنافع بعوض) لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع، والقياس يأبى جوازه لأن المعقود عليه

كتاب الإجارات

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن في الأولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود. ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجارات متصلاً بفصل الصدقة، كذا في الشروح. قال صاحب العناية: وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد. فإن لها نوعين: نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدوّاب، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اهـ. أقول: فيه اختلال، لأنه إن أراد بالأفراد في قوله: ذات أفراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الأفراد لم تحصل فائدة في جمعها، إذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعهما للإشارة إلى أنها ذات أفراد كثيرة. على أن قوله: فإن لها نوعين لا يطابق المدعي حينئذ كما لا يخفى. وإن أراد بالأفراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله: فإن لها نوعين الخ، إذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح إيرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة. وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جداً من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق. فالحق عندي أن يقال: إنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعاً مختلفة: نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى، ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته. ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير إليها في الكتاب بقوله: والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين، والإشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب قوله: **(الإجارة عقد على المنافع بعوض)** قال بعض الفضلاء: ولو قال: تمليك المنافع أو

كتاب الإجارات

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع، وسنذكر معنى الإجارة لغة وشريعة، وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد، فإن لها نوعين: نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدوابّ. ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما. ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل، فإن كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وإبل تحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس. وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وأما شرطها فمعلومية البدلين. وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة. وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر إن شاء الله تعالى. قال: **(الإجارة عقد على المنافع بعوض الخ)** بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها، فالشرعي أولى بالتقديم. ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها، إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحساناً بالأثر، ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله ﷺ «أعطوا الأجير

كتاب الإجارات

قوله: **(وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع)** أقول: والعدم أيضاً مقدم على الوجود، وأيضاً تجري الهبة من الإجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة قوله: **(ذات أفراد)** أقول: الظاهر أن يقال ذات أنواع قوله: **(نوع يرد على منافع الأعيان)** أقول: أي المنافع التي ليست من الأعمال. قال المصنف: **(الإجارة عقد على المنافع**

المنفعة وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها

نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح، فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله، إلا أن يقال: المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لو قال: تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الأمر، فإن النكاح أيضاً تمليك قطعاً لا استباحة محضة، وإلا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز، وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة، وقالوا: المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاعاً وحجراً. وقالوا: لا ينعقد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال لأنه ليس بسبب ملك المتعة. وما ذكره الزيلعي ها هنا في شرحه للكنز من أن النكاح ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من أن النكاح تمليك، حتى أن صاحب الكنز نفسه أيضاً صرّح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصداً ومخالف لما تقرر عندهم من أن الاعتياض لا يجوز في الإباحة، فإن من أباح شيئاً فإنما يتلفه على ملك المبيح، فلم يكن ذلك مما يعتدّ به ويلتفت إليه. والعجب أن ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور: ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله: النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة اهـ. ولا يخفى أن بين كلاميه تدافعاً، فإن مدار الأول صحة ما ذكره الزيلعي، ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفاً لما تقرر فيما سبق.

ثم أقول: يمكن أن يقال: في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح أن المصنف قال: في أوائل كتاب النكاح: ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة في الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة. وقال صاحب الكافي والشراح هناك: وعن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الإجارة لأن المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة، وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى ﴿فآتوهن أجورهن﴾ [النساء ٢٤] وهو يشعر بأنه مشاكل للإجارة، ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد إلا مؤبداً، والإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة؟ انتهى كلامهم. فإذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الإجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الإجارة بأنها عقد على المنافع بعوض، أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف. وقال في غاية البيان: وينبغي أن يقال: عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يبطله اهـ. أقول: وهذا أيضاً ليس بسديد، إذ على تقدير أن يقال: كذلك يخرج من التعريف كثير من الإجارات كما يخرج النكاح، فإنهم صرحوا بأن المنافع في الإجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرض

أجره قبل أن يجف عرقه» فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد. وقوله عليه الصلاة والسلام «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» فيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها (**وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع**) لأنها هي المعقود عليه، فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضي التساوي، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها، وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا عذر. أجاب بقوله: (**والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول**) إلزاماً للعقد في المقدار المعين، (**ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة**)

بعوض) أقول: ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فإن ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي، بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله، إلا أن يقال: المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل. ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة فتدبر، ثم أقول: لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصداً إلى تعميم التعريف للإجارة الفاسدة، على أن من قيد إن أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلي، وإن عمم فلا حاجة إلى التقييد.

الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»(١) وقوله عليه الصلاة والسلام «من

للزراعة، وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته، وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم، وتعيين المدة إنما يجب في القسم الأول من تلك الأقسام الثلاثة دون القسمين الأخيرين منها، فتخرج الإجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الإجارة على الوجه المذكور فيختل قطعاً قوله: **(لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع)** قال الشارح العيني: قيل فيه نظر، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطيت من كراء الأجير كما صرحوا به. قلت: قد بينت لك عن قريب أن الإجارة يجوز أن تكون مصدراً فيستقيم الكلام. اهـ. أقول: النظر المزبور ظاهر الورود، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجار؛ وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل أن أرى ما كتبه غيري. وأما الجواب الذي ذكره بقوله: قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشيء، لأن مراده بقوله: قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الإجارات بقوله: ولا يمنع أن تكون مصدراً منه كما تقول: كتب يكتب كتابة بعد قوله: وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة، من أجره إذا أعطاه أجره، ولا يذهب عليك أن ذلك لا يجدي شيئاً في الجواب عن النظر المزبور. إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه، فكون الكتابة مصدراً من كتب لا يقتضي كون الإجارة أيضاً مصدراً من أجر، فإن الكتابة سمعت مصدراً من كتب، وأما الإجارة فلم تسمع مصدراً قط، والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا في الاحتمال العقلي، على أنه لو سلم مجيء الإجارة في اللغة مصدراً من أجره إذا أعطاه أجره كمجيء الأجر مصدراً منه لم يستقم الكلام أيضاً، إذ لا تكون الإجارة حينئذ أيضاً في اللغة بيع المنافع بل تكون إعطاء الأجر، وقد قال المصنف: إن الإجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة، ثم إن صاحب العناية قال ها هنا: بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اهـ. فيه بحث، لأن كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي أو مخالفاً له، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الأصل المتقدم، فالوجه عندي ها هنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقداً على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى فكأنه قال: لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة. ومعناها في اللغة بيع المنافع. ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعي

يعني يتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة **(ملكاً واستحقاقاً)** يعني يثبتان معاً **(حال وجود المنفعة)** بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط

قال المصنف: **(لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع)** أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه لا بد من ضميمة لهذا التعليل حتى يتم، كأن يقال: ولم يثبت نقله في الشرع إلى معنى آخر. وأما ثانياً فلأنه مخالف لما في كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للأجرة قوله: **(لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة)** أقول: فيه بحث قوله: **(فالشرعي أولى بالتقديم)** أقول: فيه بحث.

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٤٤٣ والقضاعي في الشهاب ٧٤٤ كلاهما من حديث ابن عمر وورد من حديث أبي هريرة أخرجه أبو يعلى ٦٦٨٢ والبيهقي ١٢١,٦ وأبو نعيم في الحلية ١٤٢,٧ في إسناد أبو يعلى عبد الله بن جعفر ضعيف وفي إسناد أبي نعيم عبد العزيز بن أبان متروك الحديث.

وورد بإسناد صحيح من حديث أبي هريرة أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١٤٢,٤ والبيهقي ١٢١,٦.

وورد أيضاً من حديث جابر أخرجه الخطيب في تاريخ بغداد ٣٣,٥ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٩٨,٤.

قال الهيثمي: وفيه شرقي بن قطامي، وهو ضعيف اهـ فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن.

استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[1] وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول، ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا

على الدليل، تدبر فإنه وجه حسن قوله: (إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحساناً بالأثر اهـ. أقول: في تقريره قصور، إذ المتبادر من قوله: إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالأثر، ومن قوله: فكان استحساناً بالأثر أن ينحصر دليل شرعيتها في الأثر وإلا لم تكن فائدة في ذكر قيد الأثر في الموضعين، وليس ذلك بمنحصر في الأثر بل الكتاب أيضاً دليل عليها كقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام ﴿أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص ٢٧] وكذا إجماع الأمة أيضاً دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره، بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطر المتأمل قوله: (وهي قوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»)[2] قال الشراح: فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته. أقول: لقائل أن يقول: سيأتي في باب الإجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل، إذ لا شك أن الواجب الشرعي مأمور بإعطائه من قبل الشرع، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد، اللهم إلا أن يقال: وقع الأمر في الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال: «أعطوا الأجير أجره»[3] وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقاً، والأمر بإعطاء الأجر المسمى للأجير لا يتصوّر إلا في الإجارة الصحيحة تبصر قوله: (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء: لا بد أن يتأمل في هذا المقام، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد، فأيّ معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اهـ كلامه. أقول: جواب هذا الإشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ها هنا حيث قال: والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك، والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة، لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط

الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا) من قوله ﷺ «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» فإنه كما يدل بعبارته على كون معلومية الأجرة شرطاً يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع كالثمن في البيع، فإذا كان معلومية التبع شرطاً كان معلومية الأصل

قال المصنف: (والقياس يأبى جوازه) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف: (وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول: هو راجع إلى الأثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف: (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول: لا بد أن يتأمل في هذا المقام، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك؟ قال المصنف: (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) أقول: قال في المحيط البرهاني: الأصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمناً في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الإجارات، إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمناً انتهى. وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف قوله:

---

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» ومحمد ابن الحسن في «الآثار» كما في نصب الراية ١٣١،٤ كلاهما من حديث أبي هريرة وأخرجه أبو داود في المراسيل ١٤٢ وأحمد ٣،٦٨، ٧١،٥٩ ومحمد الحسن كما في نصب الراية ١٣١،٤ كلاهما من حديث أبي سعيد الخدري «نهى عن استئجار الأجير حتى يبيّن له أجره» قال الزيلعي: ذكره عبد الحق في أحكامه وقال: وإبراهيم لم يدرك أبا سعيد، ورواه النسائي موقوفاً على أبي سعيد وكذا ابن أبي شيبة، وقال ابن أبي حاتم في العلل قال أبو زرعة: الصحيح موقوف اهـ والموقوف عند النسائي في الصغرى ٣٢،٧.

(٢) هو المتقدّم قبل حديث واحد.

(٣) تقدّم تخرجه قبل حديثين.

تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا، ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع **(وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة)** لأن الأجرة

الخيار. وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال: اللفظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاماً وهو عقد بينهما، إذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى يجوز أن تنفك عن معلولاتها، فجاز أن يقال: العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة، بخلاف العلل العقلية. فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر، إلى هنا كلام صاحب الغاية. فكأن ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به، وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى. ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال: بعد شرح قوله: وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها، وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا عذر. أجاب بقوله: والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني. أقول: فيه نظر لأنه إن تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، إذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر، وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة، ولا يتم قول المصنف: والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال، بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى، فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله: المذكور الجواب عن السؤال المزبور، بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح، سيما في غاية البيان فإنه قال فيها: بيان ما قلنا هو أن العقد لا بد له من محل، لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل، ولهذا قال الفقهاء: المحالّ شروط، ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة، ولا يصلح المعدوم محلاً للعقد فجعلت الدار محلاً للعقد بإقامتها مقام المنافع التي ستوجد، لأن الدار محل المنافع تصحيحاً للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإنجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في إفادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى

أولى بذلك **(ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع)** وهو واضح، وما صلح أن يكون ثمناً في البيع صلح أن يكون أجرة، لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمناً لا يصلح أجرة، لأن بعض ما لا يصلح ثمناً كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة، كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً، وفيه نظر فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين، فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين، فإذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً قوله: **(فهذا اللفظ)** يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع الخ **(لا ينفي صلاحية غيره)** كما ذكرنا **(لأنه عوض مالي)** فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة. ولقائل

(كالحيوان والثياب مثلاً) أقول: قال في المحيط البرهاني في الفصل الأول من الإجارات: وإذا كانت الأجرة عروضاً أو ثياباً يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عيناً فإعلامه بالإشارة، وإذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كانت عيناً انتهى قوله: **(أو ثياباً)** يعني بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة)** أقول: فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما إذا باع الدار بالدار إذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى.

ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع. وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان. فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

فتدبر قوله: (وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً، فإنها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً، لما تقرر في البيوع أن الأموال ثلاثة: ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات، كذا في الشروح. قال صاحب العناية: وفيه نظر، فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين، فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين، فإذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع. كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً، إلى هنا كلامه. أقول: لا النظر شيء ولا الجواب. أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن ها هنا ما يجب في الذمة، وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيراً من الشراح يقولون: بعد قولهم: لأن الأجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال. وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة. ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضاً فيما بعد حيث قال: إن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة، ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال لأن تكون ثمناً بهذا المعنى، ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعاً بلا ثمن بهذا المعنى، ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع: وأنواع البيع أربعة: بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة، وبيعها بالدين أعني الثمن، وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف، وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً انتهى. حيث جعل الدين مقابلاً للعين، وفسر الدين بالثمن، وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه أصلاً. نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضاً عن المبيع، نص عليه في المغرب وغيره، وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه، ويبطل كون المضايقة بيعاً بلا ثمن بذلك المعنى، ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان، فلا يرد النظر المزبور عليه جداً. وأما الجواب فلأنه من ضيق العطن إذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشا له. ثم أقول: بقي ها هنا شيء، وهو أن لقائل أن يقول: لا شك أن مراد المصنف بالثمن في قوله: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً هو ما يجب في الذمة وأن تمثيله ما لا يصلح ثمناً بقوله: كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد، إلا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله: وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين، وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز، وما صح ثمناً صح أجرة على ذلك المعنى الأعم، مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسألة القدوري بقوله لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى. ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضاً فإن ما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع على المعنى العام

أن يقول: الثمن عوض مالي الخ، ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة. قال: (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الإجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة، فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة مدة معلومة وكائنة ما كانت، لأن المدة إذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فتصح إذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها. فإن ما يزرع فيها متفاوت، فإذا لم يعين أفضى إلى النزاع المفسد للعقد. ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان، لأن الحاجة التي جوّزت الإجارة لها قد تمسّ إلى ذلك، وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد

لأنه عوض مالي (**والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أيّ مدة كانت**) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت. وقوله أيّ مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى، إلا أن في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار. قال: (**وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً عى صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها**) لأنه إذا بيّن الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة

للعين جاز أن يكون أجرة أيضاً كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمناً في البيع أصلاً وتصلح أجرة فيما إذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به. حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسألة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال: تتميماً لهاتيك المسألة وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان، كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري، وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحدّ وأنه لا يجوز غيره، يبين ذلك أن الأعيان لا تكون أثماناً وتكون أجرة، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب، إلى هنا لفظه. ولكن الإنصاف أن المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمناً ويصلح أجرة، فإن كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الأعيان منه، وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسألة القدوري، بخلاف كون الأعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضاً كما عرفت آنفاً قوله: (**لأنه عوض مالي**) أي لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والأعيان مال فتصح أن تكون أجرة، كذا في النهاية وغيرها. وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال. ولقائل أن يقول: الثمن عوض مالي الخ. ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة، بخلاف الأجرة، إلى هنا كلامه. أقول: ولقائل أن يقول: إذا كان الثمن مشروطاً بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضاً مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسألة القدوري. فإن قيل: إن المشروط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة. قلنا: فلقائل أن يقول إذا كان ثمن المنفعة مخالفاً لثمن البيع في أن يكون أحدهما مشروطاً بشيء دون الآخر، فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف: لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل. وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: فيلزم خلوّ البيع عن الثمن فيما إذا بيع الدار بالدار، إذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ. أقول: إن كان مراده بهذا الكلام مجرد إلزام صاحب العناية بناء على ما قاله: في نظره السابق من أنه لو لم تصلح العين ثمناً كانت المقايضة بيعاً بلا ثمن وهو باطل فله وجه، وإن كان مراده به إيراد إشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح، إذ اللازم من الجواب المذكور خلوّ البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلوّه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة، والمحذور خلوّه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل قوله: (**وتارة تصير معلومة بنفسه**) أي بنفس عقد الإجارة، كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى. وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك: وفي بعض نسخ المختصر: وتارة تصير معلومة بالتسمية. أقول: لعل الصواب هذه النسخة، لأن المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره

المتعاقدين فمنعه بعضهم لأن الظن في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها. وجوّزه آخرون منهم الخصاف لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالباً ولم يعتبر، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالباً وجعل ذلك نكاحاً مؤقتاً اعتباراً للصيغة قوله: (**إلا أن في الأوقاف**) يجوز أن يكون استثناء من قوله: أيّ مدة كانت، وإنما لا تجوز

صارت المنفعة معلومة فيصح العقد، وربما يقال: الإجارة قد تكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الأجير المشترك، وقد تكون عقداً على المنفعة كما في أجير الوحد، ولا بد من بيان الوقت. قال: **(وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً، لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم)** لأنه إذا رآه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد.

في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال: لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد، فكما أن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة، كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الأمور اللازمة البيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة، فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر. وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح، وإنما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار، أو بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله: **(وربما يقال الإجارة قد تكون عقداً على العمل، إلى قوله: ولا بد من بيان الوقت)** أقول: في هذا التقسيم نوع إشكال، إذ قد مرّ في صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة، وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقداً على منفعة العمل وقد تكون عقداً على منفعة الأعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى. ثم أقول: كان حقاً على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الأسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب، وقد وسطه في البين كما ترى، وكأن صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث. واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الوحد حيث قال: ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الوحد أيضاً عقد على العمل، ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفاً، فلو قال صاحب الهداية: وقد تكون عقداً على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي في الكتاب، ولو كان عقداً على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هي عقد على منافع نفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من إيجاب منافعه لغيره، وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وسيظهر هذا كله في باب ضمان الأجير. وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الأعمال لا يكون لحجة على المصنف. ولو مثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوحد لفات التنبيه على أن إجارة أجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه، والله أعلم.

في الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعي المستأجر ملكها، هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس للمتولي أن يزيد على ذلك، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها. **(وتارة تصير معلومة بنفسه)** أي بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلاً على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره، أو استأجر خياطاً على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة، أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر في الكتاب.

باب الأجر متى يستحق

قال: (الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو

باب الأجر متى يستحق

قال صاحب النهاية: لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة على أن تكون الأجرة معلومة احتاج إلى بيان وقت وجوبها فذكره، وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اهـ كلامه. واقتفى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته، إذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الإجارة موقوفة على كون الأجرة معلومة بيان وجوبها فضلاً عن الاحتياج إلى بيان وقت وجوبها في باب على حدة، ألا يرى أن معلومية البدلين شرط في كثير من العقود؛ ولم يحتج في شيء منها إلى بيان وقت الوجوب في باب على حدة. وقال صاحب العناية: لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اهـ كلامه. أقول: فيه شيء وهو أن تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فإن الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر، وكالوصية فإن الملك هناك أيضاً يتأخر إلى وقت الموت فلا يتم القول بأن الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط. ثم أقول: الأظهر أن يقال: لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان استحقاق الأجرة وما يتعلق به من المسائل قوله: **(الأجرة لا تجب بالعقد)** قال تاج الشريعة: أراد وجوب الأداء، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد. وقال صاحب الكفاية: المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء، وبيان ذلك إجمالاً وتفصيلاً أما إجمالاً فلأن الأجرة لو كانت عبداً فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق، فلو كان نفس الوجوب ثابتاً لصح إعتاقه كما في البيع. وأما تفصيلاً فلأنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء، فكذا في جانب العوض انتهى. وقال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد: أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، كذا وجدت بخط شيخي. وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال: يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع، وفي كتاب التحري. وذكر في الإجارات أن الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد، وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما

باب الأجر متى يستحق

لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل. قال: **(الأجرة لا تجب بالعقد الخ)** قال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد؛ معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن. والصواب أن يقال: معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك، وما لا يملك لا يجب إيفاؤه. فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه، وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً. قلت: أخرج الكلام مخرج الغالب، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة، ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله. وقال الشافعي: تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً، واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعدومة

باب الأجر متى يستحق

قوله: **(وجب إفرادها)** أقول: أي إفراد المخالفة.

باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي: تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة

ذكره في الجامع وكتاب التحري. وقال بعضهم: ما ذكره في الإجارات قولا محمد أوّلاً، وما ذكره في الجامع والتحري قوله: آخراً، إلى هنا لفظ النهاية. أقول: تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع، فإنه قال في الذخيرة: إن الأجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال: ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، فعلم منه أن الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس العقد فتم، بخلاف ما في الكتاب فإنه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الأجرة لا تجب في العقد، فلو كان معناه الأجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الأجرة لا تملك بمجرد العقد، إذ لا يلزم من عدم وجوب الأداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده: ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر إلى حلول الأجل، فإذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم. وقال صاحب العناية: قال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال: معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب إيفاؤه. وقال: فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه، وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلاً. قلت: أخرج الكلام مخرج الغالب، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن ذكر الأعم وإرادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة مخصصة، وأما إذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في

صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل. فإن قيل: الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك. فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه، وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد. ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا، والعقد: أي عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف، ومن قضية عقد المعاوضة المساواة. فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الأجر تحقيقاً للمساواة. وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لذلك. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله. واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، وله مُطالب فيفسد العقد به. والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه

قال المصنف: **(الأجرة لا تجب بنفس العقد الخ)** أقول: قال في الوقاية: ولا تجب الأجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى. قال صدر الشريعة في شرحه: فإن المستأجر إذا عجل الأجرة فالمعجل هو الأجرة الواجبة، بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى. وفي الفصل الثاني من إجارات المحيط البرهاني: يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً، هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري. وذكر في الإجارات أن الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد، وإذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل، عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري، وبعضهم قالوا ما ذكر في الإجارات قول محمد أو لا، وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخراً انتهى. قوله: **(فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه)** أقول: الظاهر أن مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فإنها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى قوله: **(ليس مجاز شائع)** أقول: الشيوع لأيهما قوله: **(لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً)** أقول: إن أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فمسلم ولا يفيد، وإن أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع، وإن شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشروحه قوله: **(وهو يستلزم نفي التملك لا محالة)** أقول: ممنوع، فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب.

تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل. ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بيّنا والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر. وإذا

كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد، وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على إرادة الأخص وهي قوله: وقال الشافعي: تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد: يدل على هذا كله قوله: وقال الشافعي تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً. وأما الثاني فلأنه إن أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازاً عن نفي التملك لم يكن مطابقاً لقوله. والصواب أن يقال: معناه لا تملك وإنما مورد السؤال ذلك، وإن أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازاً عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج إلى قوله: أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة، لأن الأجرة كلها سواء كانت عيناً أو ديناً مما يملك، وإذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الأجرة، ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج إلى أن يقال: أخرج الكلام مخرج الغالب، على أن قوله: وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع، فإن العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعاً. وقال بعضهم: فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل قوله وقال الشافعي: **(تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: واستدل الشافعي بقوله: لأن المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة، ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله: لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى. أقول: هذا الإيراد ساقط، لأن المنافع المعدومة إذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه، لأن الشرع إنما يجعلها موجودة لأجل أن يترتب عليه ذلك الحكم، فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعاً عنه لزم أن يلغو جعل الشرع إياها موجودة وهذا خلف، وعن هذا قالوا: وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجوداً كما

معاوضة، والأول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره، والثاني ممنوع. فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة. وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق، ولولا الملك لما صحت. وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة، وجوّزه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن، لأن موجبه ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به. والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين، لأن الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك، على أنه أقيمت

قوله: **(وقال الشافعي: تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً)** أقول: ولك أن تقول: ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع، ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضاً، فإن المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة، وبتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر يجب تسليم الأجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل. وفي شرح الحاوي للفتوى: اعلم أن الأجرة إذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها إن شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو منجمة، وإن شرط فيها التعجيل كانت معجلة، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً وملك جميعها المكري بنفس العقد واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر لأنه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل، فيتعجل عند الإطلاق كالثمن انتهى. قوله: **(لوجود المقتضي وانتفاء المانع)** أقول: ممنوع، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه.

استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله **(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها)** لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم

جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحيّ حكماً في حق الإرث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح. نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير إليه في عامة المعتبرات، وهو أن جعل المعدوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة إليه لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقة وإقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك. فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إذا أراد أن إفادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع، كيف وقد تقرّر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فإن الملك فيه يتراخى إلى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد، وإن أراد أن إفادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم، لكن هذا لا يفيد مدعي الشافعي، فإن مدعاه أن الأجرة تملك في الحال. والجواب المزبور إنما هو لتصحيح مدعاة فلا يتم التقريب. واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال: إن أراد أن إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده، وإن أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكماً فغير مسلم انتهى. أقول: ما ذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد. أما الأول فلأنه سلم كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن إفادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة؛ ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر. وأما الثاني فلأن الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية وإلا لم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي، فلما سلم أوّلاً كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكماً أيضاً، فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله: **(وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله)** قال في العناية: واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد. والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة، والأول

العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين، وهذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام السبب، وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك قوله: **(وإذا قبض المستأجر الدار)** لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء. لا يقال: فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة، وأن يقول استيفاء المعقود عليه أو بالتمكّن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحياناً، وبدل أحد الأقسام لا يكون قسماً بذاته، فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر، لأن الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الإجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لأنه غير متصور، فكان تسليم العين قائماً مقام

قوله: **(وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد)** أقول: إن أراد من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده، وإن أراد من لوازم الوجود لوحكما فغير مسلم قوله: **(فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه)** أقول: فيه بحث، وكيف لا يخالفه وقضيتها المساواة، وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك في البدل الآخر يفوت المساواة. نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها، ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل قوله: **(من حيث المعاوضة)** أقول: كما في البيع قوله: **(لأن العقد سبب الخ)** أقول: قال صاحب البدائع: ولأن الإبراء لا يصح إلا

. . . .

مسلم، وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره، والثاني ممنوع، فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى. أقول: في الجواب نظر، أما أولاً فلأن حيثية كونه إجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة، فما يخالف مقتضى العقد من إحدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الأخرى فما معنى قوله والأول مسلم والثاني ممنوع ولا يستلزم تسليم الثاني ومنع الثاني منع الأول. فإن قيل: مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مّا مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين. قلنا: فيلزم أن تكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الإجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه إجارة. ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل، على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطا التعجيل في عقد الإجارة من حيث إنه إجارة لم يفسد العقد قطعاً. وأما ثانياً فلأن قوله: فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام، فإن من قضية المعاوضة المساواة، وبشرط تعجيل الأجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى. والأولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الإجارة لا يخالفه مقتضى العقد، فإن عقد الإجارة يقتضي التعجيل كالبيع، إلا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر، فإذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح. ثم قال صاحب العناية: وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق، ولولا الملك لما صحت. وأجيب بأن صحة الإبراء على قول: أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة، وجوّزه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة، إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن، لأن موجبه ثبوت يد

تسليم المنفعة، فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر، واعتبر القيود، فإن بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الأجر، فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد كمن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر أمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب، أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب، أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك

بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما، ولا صحة إلا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت انتهى. وفيه بحث، فإنه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة، إلا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد قوله: (فظهر الانعقاد في حقه) أقول: إن أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا، وإن أراد غيره: فليبين على أنه مخالف-لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبرأتني إقرار بالمال المدعي فليتأمل قوله: (ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول: الإبراء عن القصاص بعد الجرح قوله: (والمنافع ليست كذلك) أقول: هذا مما لا يدل عليه من دليل. وفي البزازية تكاري دابة مسماة بغير عينها من كوفة إلى مكة، ذكر في الكتاب أنه يجوز، وذكر شيخ الإسلام ليس تفسيره أن يؤاجر إبلاً بغير عينها إلى مكة فإنه لا يجوز لأنه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحمولة، وقد قال المستأجر احملني على إبل إلى مكة أو احملني أو احمل هذه الحمولة، فيكون المعقود عليه في الذمة، ويفتي بالجواز للعرف انتهى. وسيجيء من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه، إلا أنه ذكر في الحواشي الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً، فإنه قال: إن الدين محله الذمة، وهو لا يلتزم المنفعة في الذمي انتهى، فتأمل فيه. وقال الإمام الزيلعي: وإنما جاز الاستجار بالدين لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدلها أيضاً. وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً أصلاً انتهى، فتأمل في جميع ما ذكر.

. . . .

الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه، فكذا الرهن به انتهى كلامه. أقول: هذا كله مأخوذ من النهاية، إلا أن التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الإبراء عن الأجرة ليس بسديد، لأنه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الأجرة أيضاً وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة. وعن هذا قال المصنف: والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر، فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلاً فيما إذا كانت الأجرة منفعة أيضاً من خلاف جنس المعقود عليه فإنه صحيح بالإجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات، مع أن كلا من البدلين معدوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى. وأورد بعض الفضلاء على قوله: فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال: إن أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا، وإن أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله: أبرأتني إقرار بالمال المدعي فليتأمل انتهى كلامه. أقول: قد أخذ أصل إيراده من البدائع وأنه ساقط. أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد: في جواز الإبراء عن الأجرة وجهين. وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ها هنا حيث قال: وجه قول محمد إن الإبراء لا يصح إلا بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك، فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال: أعتقت، ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو العقد المنعقد. والجواب أنه إن كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا، وإن كان يعني به شيئاً آخر فهو غير معقول. إلى هنا لفظ البدائع. وأما بيان أنه ساقط فلأنه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال: ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى، وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية. وقال: ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال، ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه، ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجارات المحيط البرهاني. وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الإقرار فليس بتام أيضاً، إذ لا مخالفة بين المقامين أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق. ثم أقول: لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله: وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله: وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلاً، وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله: وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الأجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال: إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح، كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الأجرة أيضاً، وكفى في إثبات قول محمد: وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلاً مربوطاً أحدهما بالآخر كاف في السببية، ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية، فإن

ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع. فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه؟ قلت: وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف، فإن حال

المحل مقامه إذا التمكن من الانتفاع يثبت به. قال: **(فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة)** لأن تسليم المحل

الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفاً له شرعاً، والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها، فجاز أن يقال: العقد وجد والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة، وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك. نعم يجوز أن يعتبر العقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفاً، لكن الأسلم في توجيه قول محمد: ها هنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد قوله: **(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها)** قال في النهاية: هذه المسألة مقيدة بقيود: أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الأجر. والثاني أن تكون الإجارة صحيحة، فإن في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء. ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة. والثالث أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر. والرابع أن يكون متمكناً من الاستيفاء في المدة، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة اهـ.

المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمتنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما، ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر. قال: **(ومن استأجر داراً)** ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبيناً بالعقد أو لا، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهراً كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل، إذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقاً للمساواة، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل، وإن كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة

قوله: **(فإذا قبض، إلى قوله: في المكان الذي وقع العقد فيه الخ)** أقول: لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إله العقد، فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الأجرة، بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد. وفي المحيط البرهاني: يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد، فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلاً أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد، أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الأجر، حتى أن من استأجر دابة يوماً لأجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضي اليوم فإن استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد، فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر انتهى قوله: **(ولم يستوفها وجب الأجر)** أقول: وإذا استوفاها وجب بالطريق الأولى قوله: **(مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول: وسلبها بعد مضي اليوم فذهب إليها الخ قوله: **(كمن استأجر دابة في غير بغداد، إلى قوله: بغداد الخ)** أقول: ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب إلى الكوفة لا يجب الأجر أيضاً عليهما قوله: **(وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما)** أقول: وفيه بحث، فإن صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف قوله: **(اعتماداً عليهما)** أقول: يعني دلالة الحال ودلالة العرف.

إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر، وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره. إذ الانفساخ في بعضها. قال: **(ومن استأجر داراً فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم)** لأنه استوفى منفعة مقصودة **(إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد)** لأنه بمنزلة التأجيل **(وكذلك إجارة الأراضي)** لما بينا **(ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة)** لأن سير كل مرحلة

وقال: صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر: فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه؟ قلت: وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما اهـ كلامه. أقول: في آخر جوابه خلل. أما أولاً فلأن قوله: وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضاً على أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع، مع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله: والعرف فاش الخ، وإن كان معطوفاً على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتماداً على دلالة الحال والعرف، وعلى دلالة أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما، إذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع إلى الحال والعرف، وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان الانتفاع. وأما ثانياً فلأن قوله: وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضاً من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى قوله: **(لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة، وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئاً كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل، كالخياطة فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة قبل الفراغ كما سيأتي اهـ.

مقصودة، وكذلك إجارة الأراضي **(وإن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود)** كسكنى يوم، وهذا قول أبي حنيفة آخراً **(وكان يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة)** وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجل قبل استيفاء جملة المنفعة شيئاً كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة، فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتي. فإن قيل: قال المصنف: **(فلا يتوزع الأجر على أجزائها)** يعني المنافع وهو خلاف المشهور، فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد، لأن شرط القياس المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف، لأن في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره، ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً. فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوباً، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض، وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الخياط وجد تقديراً لأن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تقديراً على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه، فإنه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه **(ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة تحقيقاً للمساواة)** بين البدلين **(إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به)** بل المطالبة حينئذ تفضي إلى عدمه، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة

مقصود. وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها، كما إذا كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا

أقول: في قوله: كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر، إذ قد مرّ في البيوع أنه إذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أوّلاً، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما: سلما معاً، ففي الصورة الأولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع، وفي الصورتين الأخريين يستحق قبض البدلين معاً، وأما أن لا يستحق قبض الثمن إلا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل: به أحد، والصواب ها هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: كما في المبيع فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقى شيء من الثمن اهـ قوله: (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية، فإنه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيراً يعمل له في بيته. وقالوا: لو استأجر خياطاً يخيط له في بيت المستأجر قميصاً وخاط بعضه فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاط، فإن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال. وذكر الإمام قاضيخان: ولهذا لو استأجر خياطاً ليخيط

المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة، وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو منتف (فقدرنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر) وهذا يشير إلى أنه لو كانا ثوبين ففرغ من أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به (إلا أن يشترط التعجيل لما مرّ أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية، وذكر عن كل ذلك نقلاً يدل على أن من استأجر خياطاً يخيط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاطه. ونقل عن الذخيرة: يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال. ثم قال: ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم. وأقول: كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة، وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيناً لكل جزء حصة معلومة، إذ ليس للكم مثلاً أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب، ولعل

قوله: (فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول: فيه بحث، فإنه إذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع أو لا، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط، فهذا القول من الشارح لعله سهو، والحق عكس ما ذكره، كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب. قال في الكافي: فلما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الأجرة كما في البيع، فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن، بل له حق حبس جملة المبيع مابقي شيئاً من الثمن انتهى فليتأمل قوله: (ولا كذلك العمل لأنه لم يستلم من الخياط شيئاً) أقول: ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه قوله: (وجوباً) أقول: يعني في الذمة قوله: (إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول: وأيضاً تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر قوله: (فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول: فيه منع.

يتفرّغ لغيره فيتضرر به، فقدرنا بما ذكرنا. قال: (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا. قال: (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم. قال: (ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته

له في منزلة كلما عمل عملاً يستحق الأجرة بقدره. وهكذا أيضاً في غيرها. ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم، والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده. إلى هنا لفظ صاحب النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة. وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة، إذ ليس للكم مثلاً أو للبدن أو للدوامل[1] حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب، ولعل هذا معتمد المصنف اهـ كلامه. أقول: ليس ما قاله بشيء، أما أولاً فلأنا لا نسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة، بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة، بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره. وقوله: إذ ليس لكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً. نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة، وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر، إذ لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ. وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال: وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، وإن كانت حصة ما استوفى معلومة، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلأنه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف مخالف قطعاً

هذا معتمد المصنف رحمه الله، قال: (ومن استأجر خبازاً ليخبز له) ذكر هذا البيان حكمين: أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله، وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفاً. والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون، فإذا استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فإن قيل: خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره، ومن عمل لواحد فهو أجير وحد، واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل. أجيب بأن أجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهراً للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً توقف استحقاقه على فراغ العمل (فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأن عمله تم بالإخراج والتسليم وجد

قوله: (فقدرنا بما ذكرنا) أقول: يعني قدرنا استحسانا قوله: (قال في النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب، إلى قوله: ولكن نقل من التجريد الخ) أقول: ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال: وعلى هذا الخياط يخيط في منزله قميصاً، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلماً للعمل عنده انتهى.

---

(١) (قوله أو للدوامل) هكذا في نسخ التكملة بالدال المهملة والميم، وفي العناية «الذوائل» بالذال المعجمة والهمز، فليحرر اهـ مصححه.

قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم **(فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر)** لأنه صار مسلماً

لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته، وليس بمطابق أيضاً لمفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر، لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً: أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا، فإنه قال: وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ، وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقاً قبل الفراغ بلا خلاف، فدل قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً، ولأنه قال: لما بينا، ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله: لأن العمل في البعض غير منتفع به، ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقاً، فأنى يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور، ولعمري إن جملة ما ذكره صاحب العناية ها هنا موهوم محض، فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق. ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلاف رأي الشارح المزبور ها هنا حيث قال: في حاشيته على قول ذلك الشارح. وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ. وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر، بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال: فيه بحث: فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم. ثم قال: وجوابه ظاهر، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً اهـ كلامه. أقول: جوابه عن بحثه ليس بتامّ إذ لا شك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ، ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال: لا أعطيكه حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة، كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن، صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات،

بالوضع في بيته **(ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه جناية توجبه)** قال المصنف رحمه الله **(وهذا)** أي قوله لا ضمان عليه **(عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده)** ولا ضمان على الأمين **(وعندهما يضمن)** لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب **(ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم)** والوضع في بيته ليس كذلك، ثم إذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار، إن شاء ضمنه مثل دقيقة ولا أجر له، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر، ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماداً لا قيمة له. قال في النهاية، هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق، أما عنده فلأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم، وهذا يتم إن كان الوضع في بيته تسليماً **(ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعام وليمة فعليه تغريفه إلى القصاع)** لأنه من تمام عمله عرفاً، وإن استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف **(ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر عند أبي حنيفة بإقامتها)** فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأن لا يصير مسلماً ما لم يصر لبناً، وما دام على الأرض لم يصر لبناً وقالا: **(لا يستحقه حتى يشرجه)** أي ينضده بضم بعضه إلى بعض **(لأن التشريج من تمام عمله)** عرفاً، وباقي كلامه ظاهر. قال: **(وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار الخ)** وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر، والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء

قوله: **(وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيناً الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ)** أقول: ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاطه في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر، بخلاف ما إذا خاط في غيره، وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم، وجوابه ظاهر، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراز. قال المصنف: **(ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته الخ)** أقول: في مبسوط السرخسي، وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاماً، وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ما

إليه بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية. قال: وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر. قال: **(ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالعرف عليه)** اعتباراً للعرف. قال: **(ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يستحقها حتى يشرّجها)** لأن التشريج من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعتبر فيما لم ينص عليه. ولأبي حنيفة أن العمل قد تمّ بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل، بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج. قال: **(وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر)** لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعدّ في الحبس فبقي أمانةً كما كان عنده، ولا أجر له الهلاك المعقود عليه قبل التسليم.

وسيأتي في الكتاب، إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر، كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل، وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع إلى المشتري، والكلام ها هنا في ابتداء تحقيق استيجاب الأجر، ولهذا قال في الكتاب: وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجره حتى يفرغ من العمل، ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه، فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد قوله: **(ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم**

البدل كما في البيع، فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل، والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك. فإن قيل: فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضرورياً فلا يتعدى إلى عدم الضمان، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه، فالجواب ما أشار اله بقوله لأنه غير متعدّ: يعني أن الضمان لا يلزم إلا على المتعدي وهو غير متعدّ فلا يلزمه الضمان، لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر، وسنذكره في باب ضمان الأخير. وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين، بل إنما هو قائم بالعامل أو بعين له، والحبس فيه غير متصوّر، وغسل الثوب نظير الحمل، يعني إذا لم يكن لمة من النشا وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء، وأما إذا كان فهي مسألة القصار وهذا مختار بعض المشايخ. واختاره

عمل، وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء، ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى. ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل في دفعها، فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلاً تاماً ولم يخبز البعض الآخر قوله: **(أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ)** أقول: الحمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله، إلا أن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة قوله: **(وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ)** أقول: أما إذا استأجر خبازاً يوماً ليخبز له في بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل قال المصنف: **(فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر)** أقول: في الوقاية وإن احترق بعد ما أخرج فله الأجر وقبله لا، ولا غرم فيهما. وقال صدر الشريعة: أي في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج. وقال صاحب الدرر والغرر: فيه بحث، أما أولاً فلأنه مخالف لما في شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرما حتى قال في غاية البيان: إنما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور، لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعاً، وأما ثانياً فلأنه مخالف للقاعدة المقررة الآتي ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف: **(لأنه مضمون عليه)** أقول: تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر، وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى قال: **(وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح)** لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصوّر حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للرادّ حق حبسه لاستيفاء الجعل، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس، وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة. وقال زفر: ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس. ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع. قال: **(وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره)** لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه **(وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله)** لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين.

يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية: ذكر هذا لبيان حكمين: أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفاً. والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون اهـ. أقول: فيه شيء، وهو أنه إذا علم من مسألة الخياط آنفاً أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ها هنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده العاقل. فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسألة إنما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال: لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور، ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور، ولو كان مراده بيان الحكمين معاً لقال هكذا تدبر.

المصنف رحمه الله. وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين. قيل وهو الأصح، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله قوله: **(وهذا بخلاف الآبق)** جواب عما يقال الآبق إذا ردّه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم. ووجهه أن الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه بردّه فكأنه باعه منه فله حق الحبس **(وهذا الذي ذكرنا)** يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعملة أثر هو **(مذهب العلماء الثلاثة)**. **وقال زفر)** قيل هو مذهب الشافعي رحمهما الله **(ليس له حق الحبس في الوجهين)** يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن **(لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه)** والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب. والجواب **(أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل)** وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم **(فلا يسقط حق الحبس)** ونظير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم، فصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع، فإن للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه. قال: **(وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ)** وإذا شرط على الصانع إن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول إن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه، فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه، كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز، وإن أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق العمل ويمكن إيفاؤه بنفسه، وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين، والله أعلم.

قال المصنف: **(ألا ترى أنه ينتفع به)** أقول: فيه إشارة إلى الجواب عن دليلهما الثاني: يعني أن العرف مشترك، فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج. وفي القاموس: التشريج: نضد اللبن.

قال المصنف: **(ومراده إذا كانوا الخ)** أقول: في البزازية: إن لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة، وفي الدرر والغرر: وإن لم يكن عياله معلومين فله كل الأجر فتأمل فإنه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية.

فصل

(ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عيه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين **(وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له)** هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية: لماذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى. أقول: فيه نوع خلل، لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة، بل إنما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب. وقال في غاية البيان والعناية: لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه، وعقبه لأصل الباب لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعارض **(ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتاً فجاء بالباقي)** فإما أن يكون على جماعة معلومي العدد أولاً، فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة، وإن كان الأول **(فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره)** وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهند واني، واختاره المصنف وإليه أشار بقوله: **(ومراده)** يعني القدوري رحمه الله **(إذا كانوا معلومين، وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتاً)** فإما أن يردّ الكتاب أو لا، فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع، وإن كان الأول **(فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب)** وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب، ووقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب، وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له. ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بردّه فيسقط الأجر. كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتاً فردّه فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام، وليس بناهض على محمد، لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها، والله أعلم.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعدّ خلافاً من الأجير للمؤجر وما لا يعدّ خلافاً. قال: **(ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ)** قيل صورة المسألة أن يقول: استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وإن لم يبين، لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكناً. وفي القياس: لا يجوز لأن المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوّع، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك. ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصاً فينصرف إليه قوله: **(ولأنه لا يتفاوت)** جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تتفاوت

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قوله: **(باب ما يجوز من الإجارة)** أقول: لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيتضح وجه التأخير لأن التفصيل بعد الإجمال فليتأمل.

محمد: له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته. ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة **(وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع)** لأن الحمل لم ينتقض **(وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً)** لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر. قال: **(ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها)** لأن العمل المتعارف فيها السكنى

وتقييده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعدّ خلافاً من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافاً انتهى. أقول: فيه أيضاً شيء فتأمل قوله: **(ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها)** قال تاج الشريعة: قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار: يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى، لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى، والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه. ومال أكثر الشراح إلى سمته في تصوير هذه المسألة، غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال: ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار: أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها، وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده، وهو الظاهر من كلام القدوري، إلى هنا كلامه. أقول: فيما قال تاج الشريعة كلام. أما أوّلاً فلأنه لو كان قوله: للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله: للسكنى فائدة أصلاً، لأنه إما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى، أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى، فإن كان الأول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز، إذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز، وإن كان الثاني فهو من قبيل اللغو، فإن كون الدور والحوانيت مما يعدّ للسكنى غنيّ عن البيان غير خفيّ على أحد. وأما ثانياً فلأن قوله: لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع، لأنه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز، لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به، ولهذا إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب، ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد. ثم الإنصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسألة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى قوله: **(لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه)** وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح كا ردّ على صدر الشريعة حيث قال: لا، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه لا يتفاوت فصح العقد لأنه لا ينتظمه قوله: وله أن يعمل كل شيء سوى موهن البناء، بل لأن الأصل أن كل عمل لا يضرّ البناء يستحقه بمطلق العقد، انتهى كلامه. أقول: ليس شيء من شطري كلامه بسديد. أما شطره الأول فلأن مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق

السكان فلا بد من بيانه. ووجهه أن السكنى لا تتفاوت، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح **(وله أن يعمل كل شيء)** من السكنى والإسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى **(للإطلاق)** أي لإطلاق العقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء **(إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً)** بالماء أو الدابة

قال المصنف: **(ويجوز استئجار الدور والحوانيت)** أقول: في الفصل الحادي عشر من إجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث: إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعاً فلا أجر لها. قال: وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز، هكذا ذكر انتهى.

فينصرف إليه، وأنه لا يتفاوت فصح العقد (**وله أن يعمل كل شيء**) للإطلاق (**إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً لأن فيه ضرراً ظاهراً**) لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة. قال: (**ويجوز استئجار الأراضي للزراعة**)

العمل إلى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على إطلاقها، فله أن يعمل كل شيء منها لهذا الإطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه. ولا منافاة بين القول: بصرف العرف مطلق العمل إلى أعمال السكنى وبين القول: بأن له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لإطلاق عمل السكنى نظراً إلى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره. وأما شطره الثاني فلأنه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضرّ البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير إلى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضاً ولم يقل به أحد، بل صرحوا في عامة المعتبرات بأنه مصروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان، وقالوا: إن هذا استحسان. وفي القياس لا يصح، لأن مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية إلى النزاع كما في استئجار الأراضي للزراعة قوله: (**وأنه لا يتفاوت فصح العقد**) قال صاحب العناية: هذا جواب عما عسى أن يقال: سلمنا أن السكنى متعارف، ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه. وقال بعض الفضلاء: لا مساس لهذا السؤال بالمقام، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى. أقول: لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهواً من الكاتب بدلاً من لفظ السكنى، فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر. وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها، ولما كان تفاوت السكان في العمل سبباً لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصراً للمسافة، ويرشد إليه قول ووجهه: يعني وجه الجواب أن السكنى لا تتفاوت، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال: إن السكنى لا تتفاوت، ولم يقل إن السكان لا يتفاوتون، تدبر ترشد. وقال الشارح العيني: وفي بعض النسخ: ولأنه لا يتفاوت، وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال: هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف إلخ. أقول: كلامه ليس بصحيح. أما أولاً فلأن صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط. وأما ثانياً فلأن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جواباً عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة، ولأنه بل يأباها إذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف: هذا دليلاً آخر مستقلاً، والذي يكون جواباً عن سؤال مقدر إنما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال: هذا جواب عما عسى أن يقال الخ، وإن أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضاً، بل المذكور فيما رأيناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام قوله: (**لأنّ فيه ضرراً ظاهراً لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة**)

دون اليد إن لم يوهن البناء، وفي الجملة كل ما لم يتضرّر به البناء جاز أن يعمله فيه ويتقيد به. وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء. وقوله حداداً يكون نصباً على الحال، وينتفي به الإسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء، ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به، وينتفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (**ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها**) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً

قيل: في المعنى إن التسليم شرط لصحة الإجارة، ولوجوب الأجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة، والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقاً عليها حكماً، إما إسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكماً. وقوله بأن سكناهما مع الزوج يمنع التسليم. قلنا: لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة قوله: (**للسكنى**) أقول: حال من الدور والحوانيت: أي كائنين معدتين للسكنى قوله: (**ولأنه لا يتفاوت**) أقول: الظاهر وأنه لا يتفاوت قوله: (**جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ**) أقول: لا مساس لهذا السؤال بالمقام، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن قوله: (**لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء**) أقول: فيه رد على الاتقاني، ولكن بقي ها هنا كلام، وهو أن اتحاد المناط

لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها **(وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط)** لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد، بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مرّ في البيوع **(ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها)** لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة **(أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء)** لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة. قال: **(ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً)** لأنها منفعة تقصد بالأراضي **(ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة)** لأنه لا نهاية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض،

أقول: لقائل أن يقول: الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفاً لقوله: فيما مرّ آنفاً، وأنه يعني السكنى لا يتفاوت. ويمكن أن يقال: إن معنى قوله السابق: أنه لا يتفاوت غالباً فالذي يضرّ البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال، وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل قوله **(ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها، وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة)** أقول: لقائل أن يقول: في التعليل شائبة الاستدراك، إذ يكفي في تمامه أن يقال: لأن ما يزرع فيها متفاوت، وقوله: لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعي ولا نفع له في إثباته. فالجواب أنه لا بد في صحة عقد استئجار الأراضي للزراعة من أمرين: أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لأنها قد تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من نفي الجهالة. وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله: ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها، والمصنف لما رأى اندراج الأول أيضاً التزاماً في مدلول قوله: حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين. أما إلى تعليل الأول فبقوله: لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها. وأما إلى تعليل الثاني فبقوله: وما يزرع فيها متفاوت، فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة. وكأنّ صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة

للجهالة، ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه، فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة، أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء، لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع **(ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد، بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة)** وقد مرّ في باب الحقوق من كتاب البيوع **(ويجوز أن يستأجر الساحة)** وهي الأرض الخالية من البناء والشجر **(ليبني فيها أو يغرس لأن ذلك منفعة مقصوده بالأراضي)** فيصح بها العقد **(فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهما، ففي إبقائهما ضرر بصاحب الأرض)** هذا من جانب المستأجر، وأما من جانب المؤجر فلأن الأرض إما أن تنقض بالقلع أو لا، فإن كان الأول فإن شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه رضي به المستأجر أو لا، وإن شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والأرض لذاك لأن الحق له فله أن يتركه، وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعاً لكن برضا المستأجر **(وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين)** وذلك لأنا لو قلعناه تضرر المستأجر، ولو تركنا الأرضْ بيده بلا أجر تضرّر المؤجر، وفي تركه بأجر

لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضاً، بل لا بد مع ذلك أن يدرك باللغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف: **(ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها)** أقول: إنما قال ذلك، لأن كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل من الناس من شرائط صحة الإجارة. قال في البدائع في تعليل هذا الشرط: لأنها عقد شرع، بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس. ثم قال: فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر، ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لأنه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة قوله: **(وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعاً)** أقول: وإن شاء رضي بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلاً على انفهامه من الكلام قوله: **(على الوجه الذي قلنا)** أقول: آنفاً.

بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين. قال: **(إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه فله ذلك)** وهذا برضا صاحب الغرس والشجر، إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه. قال: **(أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا)** لأن الحق له فله أن لا يستوفيه. قال: **(وفي الجامع الصغير: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع)** لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر. قال: **(ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل)** لأنه منفعة معلومة معهودة **(فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء)** عملاً بالإطلاق. ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه **(وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا)** لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وإن قال: **(أن**

حيث قال في تقرير المقام: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها، وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة انتهى قوله: **(فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق)** إعلم أن استئجار الدوابّ للركوب على ثلاثة أوجه: لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئاً أو زاد، فعلى هذا إما أن يقول: على أن يركب من شاء أو يقول: على أن يركب فلان؛ ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون المعقود عليه مجهولاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء، لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة، فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا ها هنا. وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء. وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعدّاه لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعدّى ضار ضامناً وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا. ثم اعلم أن الشراح افترقوا في تعيين أن المراد بقول القدوري: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء، أيّ وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة، فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو

رعاية الجانبين فصير إليه. وأورد مسألة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة. قال: **(ويجوز استئجار الدوابّ للركوب والحمل الخ)** إذا استأجر دابة للركوب، فإما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه، أو زاد فقال على أن يركب من شاء، أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه، فإن كان الأول فالعقد فاسد لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عله بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى شيئاً بخمر أو خنزير. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا ها هنا. وإن كان الثاني صح العقد ويجب المسمى، ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل على الوجه الذي قلنا، فإن أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن، وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أوّلاً، والمراد بقوله فإن أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء، وإن كان الثالث فليس له أن يتعدّاه لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره، فإن تعدّاه كان ضامناً، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة، وحكم الحمل كحكم الركوب، بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جاز إسكان غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت. فإن قيل: قد تتفاوت السكان أيضاً، فإن سكنى بعض قد يتضرّر به كالحداد ونحوه. أجاب بقوله: **(والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا)** واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل، وقول المصنف ويجوز استئجار الدوابّ للركوب معناه

يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين، وليس له أن يتعداه، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا. فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضرّ بالبناء، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا. قال: **(وإن سمى نوعاً وقدراً معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم)** لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت، أو لكونه خيراً من الأول **(وليس له أن يحمل ما هو أضرّ من الحنطة كالملح والحديد)** لانعدام الرضا فيه

الوجه الثاني وهو أن يقول: على أن تركب من شئت، وأن المراد بالإطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الإمام الزاهدي والإمام أبو نصر الأقطع في شرحيهما لمختصر القدوري، وجوّز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين: أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً. وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل. إذا عرفت هذا فأقول إن تعليل المصنف هذه المسألة: أعني قوله: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملاً بالإطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه إنما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شك أن علة انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول إنما هي تعين المعقود عليه بقاء لا إطلاقه، وإنما الإطلاق علة الفساد ابتداء. وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الإطلاق ها هنا بالوجه الثاني ثم علل المسألة بما علل به المصنف حيث قال: فإن أطلق بأن قال: على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بإطلاق اللفظ انتهى فتدبر قوله: **(وإن سمى نوعاً وقدراً معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم)** كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر، وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى، وإنما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم: هذا لفّ ونشر، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى. وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في أكثر الأحوال. وقال صاحب غاية البيان: قال بعضهم: فيه لفّ ونشر يرجع قوله: كالشعير إلى قوله مثل الحنطة، ويرجع قوله: والسمسم إلى قوله: أقل، وليس ذلك بشيء لأن الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن إذا عطبت، فلو كان مثلاً لها لم يضمن، كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل، بل قوله: كالشعير والسمسم جميعاً نظير قوله: أقل، إلى هنا كلامه. وقال صاحب العناية: وذكر في النهاية أن في الكلام لفاً ونشراً فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل، وليس بواضح فإن السمسم أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه.

لركوب معين، إما نصاً حقيقة أو تقديراً **(وإن سمى نوعاً ومقداراً من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر)** كحنطة أخرى غيرها **(أو)** ما هو **(أقل)** ضرراً **(كالشعير والسمسم)** فإنهما إذا كانا خمسة أقفزة كان أقل وزناً فكان أقل ضرراً وذكر في النهاية أن في الكلام لفاً ونشراً، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل، وليس بواضح فإن السمسم أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل،

قوله: **(أو تقديراً)** أقول: كما في الوجه المذكور في الكتاب أولاً قوله: **(وليس بواضح)** أقول: وفيه بحث، فإن صاحب النهاية يدعي أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة في الضرر، فالجواب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كما لا يخفى قوله: **(لأنه**

(وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً) لأنه ربما يكون أضرّ بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها. قال: **(وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل)** لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات. قال: **(وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل)** لأنها عطبت

أقول: فيه خبط واضح، فإنه إذا كان التقدير من حيث الكيل فإنما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل، ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ها هنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب، وإنما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والأقلية في الضرر بالقلة في الوزن، وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة إذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي، فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والأقلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من مثله. نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر إذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية قوله: **(وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها)** قال صاحب العناية: قيل وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبياً ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل انتهى. وقال بعض الفضلاء: إلا أن قوله: ولأن الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك، ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى. **أقول:** ليس الأمر كذلك، لأن الصبيّ الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله: ولأن الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو أن الآدمي مخصوص بعلم الفروسية، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الذي ذكره من الجواب فيما إذا أردف مثله، وأما إذا أردف صبياً يضمن بقدر ثقله، لكن هذا في الصبيّ الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة، إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد. ثم إنه لا مجال للقصد إلى تضعيف ذلك القول: لأنه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوي، وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الإمام المحقق: ومن

وإنما جاز له ذلك **(لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت)** يعني به إذا كان مثلاً **(أو لكونه خيراً)** يعني به إذا كان أقل ضرراً **(وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالملح)** إذا كان مثلها كيلاً لأنه أثقل **(لانعدام الرضا فيه، وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما كان أضرّ على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر، بخلاف القطن فإنه ينبسط عليه)** وإنما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون **(وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها)** سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب **(ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفّ عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات)** والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ، فإنه إذا جرح رجل رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً لأن ربّ جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات. قيل وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبياً ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل

أقل لانعدام الرضا فيه) أقول: الأولى أن يقال: ولا يرضى به المؤجر قال المصنف: **(وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً)** أقول: قال صاحب الكفاية: قيد بقوله رجلاً لأنه لو أردف صبياً لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل، وإن كان صبياً يستمسك فهو كالرجل انتهى إلا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك قوله: **(وقيل وإنما قيد، إلى قوله: لأنه بمنزلة الحمل)** أقول: إلا أن قوله ولأن الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك، ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك قوله: **(لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة)** أقول: فيه تأمل، ولعل المراد لعدم اعتبار الإذن، فإنه لما كان ما حمله خارجاً عن العادة ظهر أنه قصد إتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الإذن معنى قوله: **(وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد الخ)** أقول: ويجوز أن يقال: المراد بالدخول عدم الخروج.

بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما **(إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها)** لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة. قال: **(وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً)** لأن المتعارف مما يدخل تحت العقد فكان

العجائب ها هنا أنه لما قال صاحب الكافي: ولأن الآدمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية: ولأن الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها، ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلاً وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلاً إلا أن يكون مجرداً أو جسماً لطيفاً قوله وقالا: **(لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ)** قال صاحب العناية: وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته. والجواب أن اللام في المتعارف للعهد: أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلاً لا مراداً، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره اهـ كلامه. وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب. أما في الأول فبأن قال: ويجوز أن يقال: المراد بالدخول عدم الخروج، وأما في الثاني فبأن قال: ولعل الأولى أن يقال: أي الفعل المتعارف اهـ. أقول: كل من تصرفيه ساقط. أما الأوّل فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة، فإن ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جداً، فإرادة ذلك منه عين التسامح في العبارة. وأما الثاني فلأنه لو قال في تفسير المعهود: أي الفعل المتعارف لم يتم الجواب، إذ الفعل المتعارف مطلقاً مراد بمطلق العقد لا داخل تحته، وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ها هنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل

(وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) إذا كان مثلها يطيق حمله **(وأما إذا كان حملاً لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة)** كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى، كمن استأجرها ليحملها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيلة حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن، بخلاف ما إذا كانت من جنسه لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان.

ونوقض بما لو استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس. وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئاً فشيئاً فإذا طحن العشرة انتهى الإذن، فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع، فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك، وبهذا يندفع ما قيل على ما إذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلاً فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة، لأنه إذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة، فإذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها، فإن لم يوجب زيادة لا يوجب نقصاناً لا محالة، لأنه في الإركاب متفرداً مخالف من كل وجه. وفي الإرداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر. قال: **(وإن كبح الدابة بلجامها الخ)** وإن كبح الدابة بلجامها: أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً، لأن المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد، وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بإذنه. وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته. والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف، وحينئذ يكون داخلاً لا مراداً لأن العقد المطلق يتناوله وغيره. ولأبي حنيفة القول بالموجب: أي سلمنا أنه حاصل بالإذن، لكن الإذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها، وها هنا ممكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق **(وإن استأجرها إلى الحيرة)** بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة **(فجاوز بها إلى القادسية)** موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً **(ثم ردّها إلى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية)** واختلف المشايخ في معنى

حاصلاً بإذنه فلا يضمنه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه، وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق. قال: **(وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن، وكذلك العارية)** وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى. وإذا إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق. وقيل لا، بل الجواب مجرى على الإطلاق. والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك، وفي الإجارة والعارية يصير

المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبيين المراد، فالأولى ما في العناية كما لا يخفى قوله: **(وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود)** فإنه لما جاوز الحيرة صار غاصباً للدابة ودخلت الدابة في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك

هذا الوضع. فمنهم من أول المسألة بأن المراد هو إن استأجرها ذاهباً فقط لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية إليها مردوداً إلى يد المالك معنى فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب ردّ إلى المالك معنى. أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق. ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً وهو ظاهر، وكل من هو كذلك يبقى مأموراً بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصوداً، وحينئذ يكون الردّ وداً إلى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الردّ ردّاً إليه، ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه، ونوقض بغاصب الغاصب إذا ردّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين. والجواب أن الردّ على أحدهما يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر. والسبب في غاصب الغاصب هو الردّ إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل. فإن قيل: الردّ إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان، والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك. فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول، وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين. قيل إلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع، ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة. والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة قوله: **(وهذا)** أي الإجراء على الإطلاق أصح **(ومن اكترى حماراً بسرج)** فاستعماله به موافقة، فإن نزع فإما أن يستعمله بسرج آخر وإكاف وكل منهما على قسمين: إما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر أولاً وكذلك الإكاف، فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه، لأنه لما كان مثله

قوله: **(أي الكبح المتعارف)** أقول: ولعل الأولى أن يقال أي الفعل المتعارف قوله: **(إذا أمكن تحقق المقصود بها الخ)** أقول: الضمير في قوله بها راجع إلى قوله السلامة قوله: **(إذ يتحقق السوق بدونه)** أقول: أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح قوله: **(فإنه لما كان مودعاً معنى الخ)** أقول: تأمل في هذا التعليل قوله: **(ونوقض بغاصب الغاصب، إلى قوله: على أحد هذين)** أقول: لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالكاً بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك قوله: **(لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر)** أقول: لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن بصدده. نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر قوله: **(قيل إلحاق العارية)** أقول: القائل عيسى بن

الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح. قال: (ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك، إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر

ولم يوجد، كذا في الكافي وعامة الشروح. ونوقض بغاصب الغاصب إذ ردّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين. وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأنا نزيد في المأخذ فنقول: إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الفوائد الظهيرية. وقال في العناية: والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الردّ على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر. والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اهـ. أقول: يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ومورد النقض ليس إلا الحصر المستفاد من تلك المقدمة، اللهم إلا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الإضافي دون الحقيقي، فالمعنى أن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لا

تناوله الإذن إذ لا فائدة في التقييد بغيره: أي من حيث المنع: يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره يماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح. وقوله: **(إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن)** استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة، وفي مثله يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة، وإن أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً **(وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج)** إنه لم يتناوله الإذن **(وهذا أولى)** لأنه من خلاف جنسه **(وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة)** ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن. وذكر في الإجارات يضمن بقدر ما زاد. فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المفسر، ومنهم من قال فيها روايتان: في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة. قال شيخ الإسلام: وهذا أصح. وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. فمنهم من قال: المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها، ومنهم من قال: معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها، وإليه أشار المصنف في الدليل حيث قال: **(لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون**

أبان قوله: **(والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه إلخ)** أقول: فيه نوع تأمل، فإن مراد القائل إنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده، ولا كذلك العارية، فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف: **(ومن اكترى حماراً بسرج إلخ)** أقول: إذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع، وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان، كذا في الفصل السابع والعشرين من إجارات المحيط البرهاني، ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية قوله: **(يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج إلخ)** أقول: ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة، فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل.

يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى **(وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن بحسابه)** لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو السرج سواء فيكون المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما

بالعود، فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر، وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال: لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله: ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن فيه. نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر اهـ كلامه. أقول: ليس ذاك بمستقيم لأن قولهم: والغاصب لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الأول بأن يقال: المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة، وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه إلا بأحدهما، ولم يوجد هنا شيء منهما، فظهور صحة الحصر بالنظر إلى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر إلى كلية الكبرى والكلام فيها، ولو كان مراد صاحب العناية بقوله: ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما، لأن الغاصب مطلقاً لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب إذ رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه. فإن قيل: يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقاً فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضاً. قلنا: فلا يصح الحصر المزبور إذ ذاك بالنظر إلى ما نحن فيه أيضاً فلا يتم المطلوب. فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية إنما هو حمل الحصر على القصر الإضافي كما نبهنا عليه من قبل. قال في النهاية: فإن قلت: إلحاق الإجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير، وكذلك مؤنة الرد على المالك في الإجارة كما في الوديعة بخلاف الإعارة. قلت: هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب، ولكنا نقول: رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور، وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل، فأما يد المستأجر يد نفسه لأنه هو المنتفع في استمساك العين المستأجر، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الأجرة اهـ. وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن

المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه. ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب، وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيراً فإنه يضمن لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة **(فكان مخالفاً)** وقوله: **(كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة)** فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال، إلا إذا جعل ذلك مثالاً للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه **(ومن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فسلك غيره)** فلا يخلو إما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولاً فإن كان الأول، فإما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولاً، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد، وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيداً. فإن قيل: محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل. أجاب بقوله: **(إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل)** وإن كان الثاني: أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفاً، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة **(وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البرّ ضمن لفحش التفاوت بين البرّ والبحر حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البرّ**

لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة. قال: **(وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه، وإن بلغ فله الأجر)** وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل **(وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن)** لأنه صح التقييد فصار مخالفاً: **(وإن بلغ فله الأجر)** لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة. قال: **(وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البرّ ضمن)** لفحش التفاوت بين البرّ والبحر **(وإن بلغ فله الأجر)** لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى. قال: **(ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)** لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شرّ فيضمن ما نقصها **(ولا أجر له)** لأنه غاصب للأرض على ما قررناه. قال: **(ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهماً)** قيل: معناه القرطف الذي هو ذو طاق واحد، لأنه يستعمل استعمال القميص، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة. وعن أبي حنيفة أنه

أبان والجواب عنه في كثير من الشروح، وعزاه في الكفاية إلى المبسوط. وقال في العناية: قيل إلحاق الإعارة بالإجارة بقوله: وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة. والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة اهـ. أقول: هذا الجواب ليس بمستقيم، لأن الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن، بل لا يكون ذلك مناطاً للإلحاق في حكم الضمان، فإن يد المستأجر إن كان كيد المالك كان تعدّي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدّي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئاً بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة والعارية بالأخرى. فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفاً قوله: **(كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة)** قال صاحب العناية: فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك مثالاً للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه اهـ. وقال الشارح العيني: بعد نقل ما قاله صاحب العناية: قلت: ليس فيه عكس، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة وهذا ظاهر اهـ. أقول: بل فساد كلامه ظاهر، لأن

دون البحر فإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة. قال: **(ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة الخ)** ومن استأجر أرضاً لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضرّ بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه إلى شيء يصير به المستأجر غاصباً فيجب عليه ضمان ما نقص، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات. وقوله: **(ومن دفع إلى خياط ثوباً)** ظاهر. وقوله: **(وينتفع به**

قوله: **(لأن صاحب الثوب الخ)** أقول: تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة: أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لأن صاحب الثوب الخ.

يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص. ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشدّ وسطه، فمن هذا الوجه يكون مخالفاً لأن القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أيّ الجهتين شاء، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة، ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى. ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة، والأصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر يضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا، والله أعلم.

تعليله ينافي ما ادّعاه، فإن الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطاً على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الحنطة، وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الإكاف أكثر انبساطاً مما عين له في العقد وهو السرج، وهو عكس ذلك لا محالة.

انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحرّ والبرد. وقوله: **(لقصور جهة الموافقة)** لأن صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلاً بخياطة القميص دون القباء، والباقي ظاهر.

باب الإجارة

قال: **(الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع)** لأنه بمنزلته، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ **(والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)** وقال زفر والشافعي: يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان. ولنا أن

باب الإجارة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى قوله: **(والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)** قال جمهور الشراح: أي الواجب فيها هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى، وقالوا: هذا الحكم إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية، لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغاً ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان. وقال صاحب العناية: والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى، وقال: إنما جعلت اللام في قوله: في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعاً لما قيل: الأقل من الأجر ومن المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان اهـ كلامه. أقول: فيه شيء. أما أوّلاً فلأن قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره، ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله: المذكور للعهد، لأن قوله الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور، بل ذكر قبل مقدار الورقتين، ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط، فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد. نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله: المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري. وأما ثانياً فلأنه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الإجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط، وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالإجماع، وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلاً لا في مختصر القدوري ولا

باب الإجارة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها، قال: **(الإجارة تفسدها الشروط)** تفسد الإجارة بالشروط التي فساد البيع بها لأنها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ، والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى، وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعاً لما قيل الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب

باب الإجارة

قوله: **(وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعاً لما قيل: الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى الخ)** أقول: وإن كان بعضه معلوماً وبعضه غير معلوم، كما إذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرممها، وقالوا: إذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة، ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغاً ما بلغ، كذا في شرح الزيلعي فتأمل. إذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد؟ قال في المحيط البرهاني: إذا تكارى داراً من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللمؤاجر فيه منفعة، فإنه إذا لم يسكن فيها المستأجر لا يمتلىء بئر الوضوء والمخرج، وإذا سكن يمتلىء، وإصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى. قال الاتقاني في شرح قوله: ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف الخ: لو

المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها، إلا أن الفاسد تبع له، ويعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي، فإن صحت

في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة. وأما ثالثاً فلأنه إن اندفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل: على الوجه الذي ذكره. يرد عليه أن يقال: من الإجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما إذا استأجر داراً أو حانوتاً سنة بمائة درهم على أن يرمها المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغاً ما بلغ، صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها. وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن فتاوى قاضيخان إلى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى. ثم أقول: الحق عندي أن اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية، بل هو للاستغراق أو الجنس، وأنه لا حاجة إلى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح، وذلك لأنّ معنى الكلام أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم، لأن مجاوزة المسمى إنما تصوّر فيه، فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولاً لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلاً للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحدّ المعلوم فيلغو أن يقال هناك: لا يجاوز المسمى بأجر المثل، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل، إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقاً وهو وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم، ووجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم. والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا، وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور

بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان، فإن البيع إذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان. ولنا أن تقوّم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد، والضروري يتقدر بقدر الضرورة، والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفي بها. وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الإجارة الفاسدة، إلا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل، وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغاً ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغاً ما بلغ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقرّ الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى، بخلاف البيع فإن العين متقوم في نفسه، وهو أي القيمة هو الموجب الأصلي،

قال آجرتك هذه الدار شهراً بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة، وإن سكنها يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه، وهذا أيضاً يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة، كذا قال الإمام فخر الدين قاضيخان انتهى. ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع، حيث شرط المستأجر أن لا يسكن، ولا بمقابلة التسليم لأنه لا يتحقق مع فساد العقد، لأن التسليم هو التخلية وهي التمكين كما سيجيء، وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعاً فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر، فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلاً، ولا ينقص عن المسمى لأن المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع، فعند الانتفاع أولى فليتدبر، والله الهادي قوله: **(بالغاً ما بلغ)** أقول: لانتفاء المرجع ثمة قال المصنف: **(لأن الفاسد تبع له)** أقول: ينبغي أن يكون ها هنا مقدمة مطوية مثل أن يقال: ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد، وفي بعض النسخ: إلا أن الفاسد تبع له، وهذه النسخة ظاهرة قوله: **(والبعض منها غير محصور كذلك)** أقول: أي مجهول قوله: **(ومحصوراً ترجيح بلا مرجح)** أقول: فيه مسامحة، والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح.

التسمية انتقل عنه وإلا فلا. قال: **(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور، إلا أن يسمي جملة شهور معلومة)** لأن الأصل أن كلمة كل إذا خلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة

وهو قوله: لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الإجارة الفاسدة مطلقاً مستوفى بالكلية في الكتاب، ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل قوله: **(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور)** قال تاج الشريعة: فإن قلت: لو كان فاسداً لجاز الفسخ في الحال: قلت: الإجارة من العقود المضافة، وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى، وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب. أقول: في الجواب نظر، لأن انعقاد الإجارة وإن كان في أول الشهر إلا أن عقدها قد تحقق في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد، وقد مر في أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقاً تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فقالوا: في توجيه تراخي الانعقاد إلى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد أن الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها، فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الإجارة الصحيحة أيضاً بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها، فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر إليه، مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة، وسيجيء في الكتاب قوله: **(وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح)** قال في المحيط البرهاني: وفي الأصل إذا استأجر الرجل من آخر داراً كل شهر بعشرة دراهم فإن أبا حنيفة قال: هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر، فإن سكن يوماً أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني. واختلفت عبارة المشايخ في تخرج المسئلة. بعضهم قال: أراد بقوله: جائز أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني، لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول. وبعضهم قال لا، بل الإجازة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الأول، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول وإن كانت المدة

وإنما ذكره لتذكير الخبر، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا **(ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد إلا أن يسمي جملة الشهور)** مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم **(لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم)** لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصوراً ترجيح بلا مرجح **(والواحد منها معلوم)** متيقن **(فصح العقد فيه، وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح)** وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر الآخر أو لا؟ اختلف المشايخ فيه، فمنهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف، ووجه ذلك مذكور في المطولات **(فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه)** أيضاً **(ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي الشهر، وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله، إلا أن الذي ذكره في الكتاب)** أي القدوري **(هو القياس، وإليه مال بعض المتأخرين، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى ويومها من الشهر الثاني، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج)** واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهلّ فيها الهلال، فكما أهلّ مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار. وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز. وذكروا لذلك طرقاً ثلاثة: منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافاً فكذا فسخه

لانتهاء العقد الصحيح **(ولو سمى جملة شهور معلومة جاز)** لأن المدة صارت معلومة. قال: **(وإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي، وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة)** لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار

مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوعِ ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكاً للمستأجر، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لأنه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لأنه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضيّ في رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جارة في الشهر وفيما زاد على الشهر. وقال: إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر، وإنما اختلفوا لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهلّ فيها الهلال فكما أهلّ الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضيّ وقت الخيار، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لأنه لم يجيء وقته. والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة: إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضيّ المدة فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، وإذا انقضى الشهر وأهلّ الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لأنه لم يجد نفاذاً في وقته، والفسخ إذا لم يجد نفاذاً في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول: أبو نصر محمد بن سلام البلخي، ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع: اشترى عبداً على أنه بالخيار فحمّ العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ، بل يتوقف إلى أن تزول الحمى في مدة الخيار. وقال في المضاربة: ربّ المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضاً لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ، كذا ها هنا، أو يقول: الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا أهلّ الهلال، ويكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافاً، فكذا فسخه يصح مضافاً أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهلّ فيها الهلال ويومها، وهذا القائل يقول: لم يرد محمد بقوله: لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان: إذا

(فإن استأجر داراً سنة بعشر دراهم صح وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلاً **(وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء)** لذكر الشهر منكوراً وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب **(كما في الأيمان)** كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً بدلالة الحال، لأن الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم **(بخلاف ما إذا قال لله عليّ أن أصوم شهراً)** حيث لا يتعين الشهر الذي يتعقب نذره ما لم يعينه، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء **(لأن الليالي ليست بمحل له)** توضيحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب **(ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال)** على بناء المفعول أي يبصر **(فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها الأصل)** في الشهور العربية، فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره **(وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف)** ثلاثمائة وستين يوماً **(وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف أن الأول بالأيام والباقي بالأهلة)** فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير **(لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها)** فلا يتعدى إلى غيره **(ولأبي حنيفة أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهراً**، وتمامه إنما يكون

الأول بعض الحرج. قال: **(وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة)** لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين، بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له **(ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة)** لأنها هي الأصل **(وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام)** عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف. وعند محمد وهو رواية

حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهلّ فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحساناً، إلى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع إجمال منه. أقول: لقائل أن يقول: الطريق الأول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الأئمة في وضع هذه المسألة، فإن محمداً رحمه الله قال في الأصل: ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر. والإمام قاضيخان قال في فتاواه: رجل آخر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر، والمصنف قال: ها هنا، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك، ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الأول قبل تمامه. وأقول: يمكن أن يقال: نفاذ الفسخ وتأثيره في ذينك الطريقين أيضاً عند أن ينقضي الشهر الأول وأهل هلال الشهر الثاني وإن كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الأول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسألة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني. هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وإن كان ينبو عنه ظاهر اللفظ. ثم إن الإمام الزيلعي ردّ على من قال: من المشايخ في تخريج هذه المسألة إن العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضاً لتعامل الناس من غير نكير منكر، إلا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز: ولا معنى لقول من قال: من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضاً لتعامل الناس، لأن التعامل إذا كان مخالفاً للدليل لا يعتبر انتهى. أقول: بل

ببعض الثاني، فإذا تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق) قال صاحب النهاية: هذه حوالة غير رائجة، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله بالأيام وعندهما الباقي بعد الأول والأخير بالأشهر لم يمرّ في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه، لأن المصنف قال في كتاب الطلاق: ثم إن كان الطلاق بالأهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجارات. قال: **(ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ)** استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز، أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه تكر لإجماع المسلمين. قال ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وأما الحجام فلما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة» ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزاً، وإنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزاً لأن لبعض الناس فيه خلافاً، فإن بعض العلماء كرة غلة الحمام آخذاً بظاهر قوله ﷺ «الحمام شرّ بيت» ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لأنهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار. وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله. وروي أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «إن من السحت عسب التيس ومهر البغيّ وكسب الحجام» والصحيح عند عامة العلماء لأنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعاً للحاجة، والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس، ولا تتمكن من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال، وقد صح «أن النبي ﷺ دخل حمام الجحفة». وتأويل ما روي من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة. فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا

عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة، لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها. وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق. قال: **(ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام)** أما الحمام فتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين. قال عليه الصلاة والسلام «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1] وأما الحجام فلما روي «أنه ﷺ احتجم وأعطى الحجام الأجرة»[2] ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً. قال: **(ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس)** وهو

لا معنى لما قاله الزيلعي: لأن التعامل إذا وقع من غير نكير منكر فقد حلّ محل الإجماع، وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال: من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور، والإجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ها هنا إنما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس، والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلاً، فضلاً عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته، على أنه قد تقرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هي الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع، وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية إلى النزاع، إذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاعَ قوله: **(لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء)** قال صاحب العناية: في تعليله لذكر الشهور منكوراً وتبعه الشارح العيني. أقول: ليس ذلك بسديد. أما أولاً فلأن المذكور في المسألة هو السنة دون الشهور. وأما ثانياً فلأن المذكور في مسألة النذر بالصوم أيضاً منكور مع أن الجواب مختلف. والصواب في تعليل ذلك أن يقال: لأن كل الأوقات محل للإجارة، إذ لا منافاة بين الإجارة وبين وقت مّا أصلاً، فإن هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف

كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت. والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه «فأتاه رجل من الأنصار فقال: إن لي ناضحاً وحجاماً أفأعلف ناضحي من كسبه؟ قال نعم، وأتاه آخر فقال: إن لي عيالاً وحجاماً أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال نعم» فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة **(ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل)** أي ضرابه **(وهو أن يؤجر فحلاً لينزو على الإناث)** وخرّج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجهاً، وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو إليه فكان جائزاً كاستئجار الظئر للإرضاع. قلنا هو مخالف لقوله ﷺ: **«إن من السحت عسب التيس»** رواه البخاري **(ومراده أخذ الأجرة عليه، ولا يجوز الاستئجار على الأذان والحج)** وكلامه فيه ظاهر قوله: **(على عمل معلوم غير متعين عليه)** إشارة إلى الاحتراز عما لو تعين الشخص للإمامة والإفتاء والتعليم فإنه لا يجوز استئجاره بالإجماع **(وبعض مشايخنا)** يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله **(استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم)** يعني في زماننا، وجوّزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى، وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل **(لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن)** وقالوا: إنما كره المتقدمون ذلك لأنه كان

قوله: **(لذكر الشهر منكوراً)** أقول: فيه بحث، فإن النذر أيضاً كذلك.

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه الطيالسي ٢٤٦ وأحمد ٣٧٩،١ والحاكم ٧٩،٧٨،٣ كلاهما عن أبي مسعود موقوفاً صححه الحاكم وأقره الذهبي وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» ونقل عن الحافظ ابن عبد الهادي أنه روي مرفوعاً من حديث أنس بإسناد ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود اهـ أنظر الكشف ٢٢١٤ وقال الزيلعي في نصب الراية ١٣٣،٤: لم أجده إلا موقوفاً اهـ.

ولفظه في مسند الطيالسي: «إنّ الله عزّ وجلّ نظر في قلوب العباد، فاختار محمداً، ثم نظر في قلوب الناس بعده، فاختار له أصحابه، فجعلهم أنصار دينه، ووزراء نبيّه ﷺ، فما رآه المؤمنون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه قبيحاً، فهو عند الله قبيح».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٧٨، ٢٢٧٩ ومسلم ١٥٧٧ وأبو داود ٣٤٢٣ كلهم من حديث ابن عباس.

وله شاهد من حديث أنس أخرجه البخاري ٢٢٨٠ ومسلم ١٥٧٧ وأبو داود ٣٤٢٤ والترمذي ١٢٧٨ ولفظ مسلم: «سئل أنس عن كسب الحجّام، فقال: احتجم رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة، فأمر له بصاعين من طعام، وكلّم أهله، فوضعوا عنه من خراجه، وقال: إن أفضل ما تداويتم به الحجامة».

أن يؤجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عسب التيس»(١) والمراد أخذ الأجرة عليه. قال: (ولا الاستئجار على الأذان والحج، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استئجار

بخلاف الصوم لأن الليالي ليس بمحل له تبصر قوله: (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول: أي يبصر الهلال وقال: أراد به اليوم الأول، وردّ عليه صاحب الغاية حيث قال: فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهلّ بقوله: أراد به اليوم الأول، وفيه نظر لأنه ليس حين يهلّ الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر، انتهى كلامه. أقول: نظره ساقط، لأن صاحب النهاية قد فسر قوله: يهل الهلال بقوله: أي يبصر الهلال، فعلى هذا التفسير كان معنى قوله: حين يهلّ الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً، وليس مراده بقوله: أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله: حين يهلّ الهلال، إذ قد علم معناه من

للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك. وقال أبو عبد الله الخيراخزي: يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهي لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فإنه لو استحقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقاباً مضافاً إلى الشرع وهو باطل. قال: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوماً كالربع ونحوه أو مجهولاً وقالا: (يجوز لأن المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الإجارة لأنه عقد على المنافع فكان المقتضي موجوداً (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لأنه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ، فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين: أحدهما أن يكون معارضة، وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملاً للقسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصوّر) وما لا يتصور تسليمه لا تصح إجارته لعدم الانتفاع به، والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم. والثاني أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة. وقوله: (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية. ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليماً لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكيناً (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكن) فكأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول، وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلاً. وقوله: (وأما التهايؤ)

قال المصنف: (وهو أن يؤجر فحلا) أقول: كأن المصنف يريد أن في الكلام مجازاً حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كإطلاق المرسن وإرادة مطلق الأنف قوله: (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل: أي ضرابه، وهو أن يؤجر فحلاً لينزو على الإناث) أقول: قوله وهو أن يؤجر فحلاً الخ يدل على أن العسب بمعنى الإكراء على ما ذكره أرباب اللغة، فلا وجه لتفسير الشارح بقوله: أي ضرابه، ويجوز أن يقال: ظاهر إضافة الأجرة إلى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب، فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف: (ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول: أي المراد من عسب التيس: يعني أن المضاف مقدر. وفي الصحاح: العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل. و «نهى عن عسب الفحل» تقول: عسب فحله يعسبه: أي أكراه، وعسب الفحل أيضاً: ضرابه، ويقال ماؤه قوله: (لكان وجوب ما يستحق المرء به عقاباً) أقول: قوله عقاباً مفعول يستحق.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٣٥,٤ وبمعناه ما أخرجه البخاري ٢٢٨٤ وأبو داود ٣٤٢٩ والترمذي ١٢٧٣ والنسائي ٥١٥٦ والبغوي ٢١٠٩ والحاكم ٤٢,٢ والبيهقي ٣٣٩,٥ وابن الجارود ٥٨٢ وأحمد ١٤,٢ كلهم من حديث ابن عمر.
ولفظه أنّ النبيّ ﷺ نهى عن عسب الفحل» والعَسْب: بفتح العين، وإسكان السين، ويقال له العسيب: ضراب الفحل.
والفحل: الذكر في كل حيوان.

على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به»[1] وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص «وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً»[2] ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة، ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنىً من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح. وبعض مشايخنا

تفسيره السابق قطعاً، بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم: حين يهل الهلال في هذه المسألة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه، بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر، وهذا نظير ما قالوا: في المسألة الأولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجازة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهلّ فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهلّ فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلاً قوله: **(ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ)** أقول: ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه «حجي عن أبيك واعتمري»[3] فإن ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل. قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل: ولأن القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اهـ. أقول: يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضاً في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوماً أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة، لما روي عن النبي ﷺ «أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقرّ بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ»[4] فجعل ثواب تضحية إحدى

جواب عن قولهما أو بالتهايؤ. وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً. وقوله: **(وبخلاف ما إذا آجر من شريكه)** جواب عن قولهما فصار كما إذا آجر من شريكه، ووجهه أنه إذا آجر من شريكه **(فالكل يحدث لي ملكه فلا شيوع)** وفيه نظر، لأنه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز. وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف، ويجوز أن يكون الشيوع مانعاً

---

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ١٥١٨ وأحمد ٤٤٤,٣ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٩٥,٤ كلّهم من حديث عبد الرحمن بن شبل الأنصاري «اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» هذا اللفظ لأبي يعلى قال الهيثمي: ورجاله ثقات.
وورد من حديث عبد الرحمن بن عوف أخرجه الديلمي في الفردوس ٣١١ والبزار كما في نصب الراية ١٣٦,٤ قال الزيلعي نقلاً عن البزار: هذا خطأ أخطأ فيه حماد بن يحيى والصحيح عن يحيى بن أبي كثير عن زيد بن سالم عن أبي راشد عن عبد الرحمن بن شبل عن النبيّ ﷺ اهـ والحديث ورد أيضاً عن أبي هريرة مرفوعاً أخرجه ابن عديّ في الكامل ٩٧,٤ وذكره الذهبي في ميزان الاعتدال والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١٦٨,٧ وفي إسناده الضحاك بن نبراس.
قال الذهبي: قال ابن معين: ليس بشيء. وقال النسائي: متروك. وقال الدارقطني، وغيره: ضعيف. وخرّج له البخاري في كتاب الأدب.
ونقل ابن عديّ في الكامل عن النسائي قوله: متروك الحديث اهـ فللحديث طرق وشواهد وإن كان في بعضها قال فهي ترقى به إلى درجة الحسن الصحيح.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٥٣١ والترمذي ٢٨٩ والنسائي ٢٣,٢ وابن ماجه ٧١٤ كلّهم من حديث عثمان بن أبي العاص. ورجاله كلّهم ثقات.
قال الترمذي: حسن صحيح اهـ.
وللفظ أبي داود: «إن عثمان بن أبي العاص قال: يا رسول الله اجعلني إمام قومي قال: أنت إمامهم، واقتد بأضعفهم، واتخذ مؤذّناً على أذانه أجراً».
تنبيه: وقع في الهداية «فلا تأخذ» وصوابه: فلا يأخذ.

(٣) متفق عليه. تقدّم مستوفياً في كتاب الحج.

(٤) حديث حسن. يأتي في الأضحية من حديث جابر وعائشة.

استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى. قال: **(ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح، وكذا سائر الملاهي)** لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد. قال: **(ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك، وقالا: إجارة المشاع جائزة)** وصورته أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك. لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع، بخلاف البيع لحصول التمكن فيه، وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه، ولا يعتبر المتراخي سابقاً، وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع،

الشاتين لأمته اهـ فليتأمل قوله: **(لأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح)** أقول: فيه بحث، لأنه إن أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلاً فهو ممنوع، فإن التلقين والإلقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم، وإنما وظيفته الأخذ والفهم، وإن أريد أن للمتعلم أيضاً مدخلاً في ظهور أثر التعليم وفائدته فإن المتعلم ما لم يأخذها ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم، ولكن الذي يلتزمه المعلم إنما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى. فإن قلت: التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب، فيؤول أخذ الأجرة على التعليم إلى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير. قلت: اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم، ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا إذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الأحكام فليكن في أخذ الأجرة عليه كذلك فتأمل قوله: **(وبعض مشايخنا: استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الانتفاع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى)** أقول: فيما ذهب إليه هؤلاء المشايخ إشكال، وهو أن مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين آنفاً أن لا يمكن تحقق ماهية الإجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة، فكيف يصح استحسان الاستئجار في هاتيك الصور، وصحة استحسانه فرع إمكان تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الإشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات إلا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين قوله: **(وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، إلى قوله لا يعتبر المتراخي سابقاً)** هذا جواب عن قولهما: أو بالتهايؤ.

لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع، كما تقدم أن الشريك والأجنبي فيه سواء، ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصوّر، والشريك والأجنبي فيه سواء. وأما ها هنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك. وقوله: **(والاختلاف في النسبة لا يضرّه)** جواب عما يقال: سلمنا أن الكل يحدث على ملكه، لكن على اختلاف مع النسبة

قوله: **(أحدهما أن يكون معارضة)** أقول: وهو الظاهر من تقرير الكلام قوله: **(وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه)** أقول: يعني على تسليمه وحده قوله: **(وما لا يتصور تسليمه)** أقول: يعني وحده قوله: **(لعدم الانتفاع به)** أقول: أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شيء قوله: **(وتقريره لا نسلم انتفاع المانع)** أقول: فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف: **(وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه)** أقول: فيه بحث، فإنهما لم يقولا إن التهايؤ هو القدرة على التسليم، بل يقولان يتحقق التسليم به، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ.

والاختلاف في النسبة لا يضره، على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه، وبخلاف الشيوع الطارىء لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرّق الملك فيما

وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً، كذا في العناية. واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية، أما على ما في الهداية فبأن قال: فيه بحث فإنهما لم يقولا: إن التهايؤ هو القدرة على التسليم، بل يقولان: يتحقق التسليم به، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ، وأما على ما في العناية فبأن قال: يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدده منه اهـ. أقول: كل واحد منهما ساقط. أما الأول فلأنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره ها هنا من قبل أبي حنيفة ليس بمبنيّ على أن يكون مدار ما قاله: صاحباه على أن التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولا: إن التهايؤ هو القدرة، بل قالا: يتحقق التسليم به، بل ذاك مبنيّ على أن قولهما: أو بالتهايؤ في قولهما: والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال: ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لأنه إنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر، وهذا معنى قول المصنف: ولا يعتبر المتراخي سابقاً ولا غبار عليه أصلاً. وأما الثاني فلأنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر، ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة، إذ لا يشك عاقل في أن ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أو ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ، بل معناه أن ثبوت نفس إمكان التسليم: أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك، فكان المراد به أيضاً ما أريد به هنالك قوله: **(وبخلاف الشيوع الطارىء لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء)** قال صاحب العناية: ليس لقوله هذا تعلق ظاهراً إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما: أو من رجلين: لكن في قوله: وبخلاف ما إذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اهـ كلامه. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مقصود المصنف من قوله: هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة، وهو أن الشيوع الطارىء لا يفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضاً، ولا شك أن

لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجوداً. ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا اتحد المقصود، على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية. وقوله: **(وبخلاف الشيوع الطاريء)** بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الإجارة في نصيب الحيّ شائعاً في ظاهر الرواية **(لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء)** لأن القدرة لوجوب التسليم، ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهراً إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين، لكنه في قوله وبخلاف ما إذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل.

قوله: **(لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً)** أقول: يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً، وما نحن بصدده منه قوله: **(وأجيب بأن المراد لأشيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لأنه في الشائع غير متصور الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ليس له تعلق ظاهراً)** أقول: خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ قوله: **(إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ)** أقول: الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الإمامان على مدعاهما بجواز الإجارة في صورة الشيوع الطاريء بأن يموت أحد المؤاجرين بعد ما آجرا داراً لهما من رجل مثلاً وإن لم يكن مذكوراً في تفسير دليلهما في هذا الكتاب إلا أن له نظائر كثيرة قوله: **(وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء)** أقول: لعل مراد المجيب أن لبقاء الإجارة له حكم الابتداء في جعل المعقود عليه الغير المستأجر، وقوله لأنها عقد لازم يريد أن إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان لكون العقد لازماً فيكون ذلك العقد باقياً حكماً كما في سائر العقود، وقوله من وجه يومىء إلى ما ذكرنا أيضاً فتنبه فلا يرد ما أورده

بينهما طارىء. قال: **(ويجوز استجار الظئر بأجرة معلومة)** لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكن فآتوهن أجورهن﴾ ولأن

لهذا تعلقاً ظاهراً بما نحن فيه من غير احتياج إلى أن يجعل تمهيداً لما بعده قوله: **(وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرّق الملك فيما بينهما طارىء)** قال تاج الشريعة: فإن قلت: الشيوع مقارن لا طارىء فإنها عقد مضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطارىء كالمقارن. قلت: بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً اهـ كلامه. وردّ عليه صاحب العناية جوابه حيث قال: فإن قيل: لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة. أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً. وقال: وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض، وإنما الخصم يقول: لا بقاء للعقد فيها اهـ. أقول: كل من أصل رده وعلاوته فاسد. أما الأول فلأن قول المجيب: لأنها عقد لازم ناظر إلى قوله: دون وجه، أو إلى مجموع قوله: من وجه دون وجه من حيث هو مجموع، لا إلى قوله: من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى، فمعنى الجواب أن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم، فإن العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه، فإذا لم يكن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارناً للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارىء كالمقارن. والحاصل أن مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارىء والمقارن من الوجه الثاني دون الأول، وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه، ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعاً للسؤال أصلاً بل يكون مقوياً له كما يظهر بالتأمل الصادق. وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الإجارة مما لم ينازع فيه أحد، فإن الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في إضافة العقد إليها، وأن العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعاً ببقاء العين المستأجرة على السلامة، وإنما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئاً فشيئاً، وهذا مع كونه معلوماً مما تقرر في صدر كتاب الإجارة منكشف بما ذكر ها هنا في الكافي وكثير من الشروح، وهو أن الشيوع الطارىء بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحيّ في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة، لأن الإجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع، فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد. وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحيّ لأن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه. فأما أصل العقد فمنعقد لازم في الحال، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارىء ليس نظير المقارن، كما في الهبة إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها، انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح، وهكذا ذكر في المبسوط والأسرار أيضاً

وقوله: **(وبخلاف ما إذا آجر من رجلين)** جواب عن ذلك، ووجهه ما قال: **(إن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارىء)** فإن قيل: لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة. أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً، وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة، على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض، وإنما الخصم يقول: لا بقاء للعقد فيها. والصواب أن يقال: الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه. قال: **(ويجوز استجار الظئر بأجرة معلومة الخ)** استجار

الشارح **(له كما تقدم في الوكالة)** أقول: في باب عزل الوكيل قوله: **(وإنما الخصم يقول لإبقاء للعقد فيها)** أقول: لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه قوله: **(والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد)** أقول: يوضحه أنه إذا عقد الإجارة مع الرجلين فات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الإجارة في حق الحي وإن كان ذلك حال بقاء العقد قوله: **(يعني بعد الطلاق)** أقول: يعني بعد الطلاق البائن، إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة.

التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ وقبله وأقرّهم عليه. ثم قيل: إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبيّ والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب. وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر. والأوّل أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف

فتنبه قوله: (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية: اعلم أن القياس يأبى جواز إجارة الظئر لأنها ترد على استهلاك العين مقصوداً وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها، لكن جوّزناها استحساناً لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا، وإنما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبيّ، واللبن يدخل فيها تبعاً لهذه الأشياء ومثل هذا جائز، كما لو استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب فإنها جائزة. وطريق الجواز أن يجعل العقد وارداً على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعاً، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصوداً، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصوداً، كذا في الذخيرة إلى هنا لفظ النهاية. أقول: هذا تحرير ركيك بل مختل، لأن المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا؟ فقال بعضهم: هو المنافع وهي خدمتها للصبيّ، واللبن يقع كالصبغ في الثوب. وقال بعضهم: واللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك، ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني، ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله: وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الأول، فهل ينبغي أن يقال في المسألة المتفق عليها إن القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحساناً، فيذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين: في معنى هاتيك المسألة، وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها. ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس، ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان، فلا يوجد في المسألة قياس واستحسان على الوجه المزبور، على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأساً لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف قوله لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] قال الشراح: يعني

الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ يعني بعد الطلاق، ولأن التعامل به كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ وقبله، وأقرّهم عليه. واختلف العلماء في المعقود عليه، فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبيّ والقيام به، واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح والمصنف. وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط: والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحة تبع والمعقود عليه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله: ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر، وبيّن ما هو المختار عنده بقوله: والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً، كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الإرضاع بلبن شاة. وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح، وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبيّ على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن، فجعل العين المرئية منفعة. ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح، ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية، ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله: (وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين (صحت إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً باستئجار عبد للخدمة مثلاً) فإن قيل: قد علم من أول المسألة

الأعيان مقصوداً، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها. وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى. وإذا

بعد الطلاق. أقول: الأولى أن يقال: يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى. وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال: في تفسير قول صاحب العناية: يعني بعد الطلاق البائن وقال: إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى. أقول: ليس ذلك بتام، لأنه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضاً قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر، وعن هذا قال المصنف هناك: وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة، وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر قوله: **(والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً الخ)** القول الأول اختيار صاحبي الذخيرة والإيضاح، واختاره المصنف كما ترى. والقول الثاني: اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط: وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام. ثم قال: والأصح أن العقد يرد على اللبن هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فإنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه. وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الإمام الكبير شمس الأئمة السرخسيّ بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله. وردّ عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال: وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح، لأن مداره قوله: لأنه هو المقصود وهو ممنوع، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبيّ على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة. ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح، ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية، ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك، إلى هنا كلامه. أقول: خاتمة كلامه ليست بصحيحة، إذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصوداً لا محالة، لأنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، ولا شك أن لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصوداً، ألا يرى أن الصبغ في الثوب يستحق بعقد الإجارة تبعاً مع أنه مما يجوز بيعه قطعاً. ثم إن للشارح العيني ها هنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي ورداً على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية، فإن ذكرنا كلها

جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام؟ قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجع إلى إثباتها بالقياس، ويجوز أن يكون توطئة لقوله: **(ويجوز بطعامها وكسوتها)** يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامها

قوله: **(وهو تقليد صرف)** أقول: يعني لشمس الأئمة قوله: **(فجعل العين المرئية)** أقول: قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح قوله: **(ونقض القاعدة الكية)** أقول: إذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية إلا أن يقال: المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع قوله: **(ولا يتشبث له)** أقول: ناظر إلى قوله إن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع قوله: **(دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ)** أقول: لأنه دليل على كونه من المنافع، والبيع يرد على الأعيان دون المنافع قوله: **(على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة)** أقول: لأن الأعيان لا تستحق به، بل الذي يستحق به إنما هو المنافع قوله: **(لأنه ليس بظاهر الرواية)** أقول: ناظر لقوله ولا يتشبث له قوله: **(وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك)** أقول: بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصوداً

ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة. قال: **(ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز)** لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ. وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظار شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة **(وفي الجامع الصغير: فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز)** يعني بالإجماع. ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة

وبينا حالها التزمنا الإطناب بلا طائل، ولكن لا علينا أن نذكر نبذاً من أوّلها وآخرها، قال بعد نقل ما في النهاية والعناية: قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه لأن الأعيان التي تحدث شيئاً مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها، والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها. ثم قال في آخر كلامه: وكيف يقول صاحب العناية: لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله إنه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي، وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه. أقول: كل ما قاله في الأول والآخر فاسد. أما ما قاله في الأول: فلأن معنى حدوث المنافع شيئاً فشيئاً أن لا يكون لها بقاء أصلاً بناء على عدم بقاء الأعراض زمانين عند المتكلمين، ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق في الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع، ولو سلم ذلك لم يجز إجارة الأعيان قطعاً، إذ حقيقة الإجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الأعيان، فإن تمليك الأعيان بعوض هو البيع لا غير، وهذا أمر مقرّر عند الفقهاء قاطبة، وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدي شيئاً. أما صورة العارية فلأن العين هناك باق على حاله، وإنما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها لما نحن فيه. وأما الصورتان الأخريان فلأن المعنى فيهما وإن كان تمليكاً للعين لكن لا بطريق الإجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه، إذ الكلام في أن عقد الإجارة لا يرد على الأعيان لا أن شيئاً من المعقود لا يرد عليهما. وأما ما قاله في الآخر: فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها، وهذا مع كونه شائعاً فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضاً في كتاب الإقرار، ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضاً ها هنا بقوله إن ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الأربعة لمحمد رحمه الله التي هي رواية المعتدّ بها جداً، وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعاً، وما الشبهة فيه إلا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يداه قوله: **(وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة)** قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا: يعني من جواز الإجارة بأحد

وكسوتها أيضاً **(استحساناً عند أبي حنيفة)** لأن العادة الجارية بالتوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد ترفع الجهالة، بخلاف ما قالاه من غيرها من الإجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعاً عليه بمعرفة الجنس والأجل والمقدار، وفسر قوله فإن سمى الطعام دراهم **(بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه)** أي مكان المسمى من الدراهم. قال صاحب النهاية: وهذا التفسير

لظهور أن استحقاقه تبعاً لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبغ قوله: **(قوله وإذا ثبت ما ذكرنا: يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين الخ)** أقول: ولعل مراد المصنف هو الإشارة إلى ما صححه واختاره من الطريق الأول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل قوله: **(ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها)** أقول: يأبى عن ذلك قوله اعتباراً بالاستئجار على الخدمة فليتأمل قال المصنف: **(وفي الجامع الصغير: فإن سمى الطعام دراهم)** أقول: يجوز أن يكون الطعام منصوباً على نزع الخافض: أي للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعيين:

دراهم ثم يدفع الطعام مكانه، وهذا لا جهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضاً) لما قلنا، ولا يشترط

الطريقين. أقول: فيه نظر، إذ لو كان مراد المصنف بقوله: ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله: اعتباراً بالاستئجار على الخدمة لأن الاعتبار بالاستئجار على الخدمة: أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني، فإن العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على إتلاف المنفعة مقصوداً لا محالة، وفي استئجار الظئر يقع على إتلاف العين مقصوداً على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر. فالحق أن مراده بقوله: ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الأول على الطريق الثاني، وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في إثبات هذه المسألة، وأخر ذكر القياس إلى هنا، فإن إثباتها بالكتاب والسنة متمشٍّ على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلاً بأصل المسألة، وأما إثباتها بالقياس فمختص بالطريق الأول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس، فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله: فإن قيل: قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام؟ قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجع إلى إثباتها بالقياس، انتهى تدبر تفهم قوله: (ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية: وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، ولكن يحتمل أن يكون معناه: أي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة انتهى. أقول: ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى، فإن هذا المعنى إن لم يكن أكثر بعداً من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة، لأنه إذا صير إلى حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه في ذلك اللفظ: أي لفظ الجامع الصغير بأن كان تقديره إن سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الإمام الزيلعي جاز أن يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله: أن يجعل الأجرة دراهم، ولكن لا يفهم منه أصلاً آخره وهو قوله: ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الإمام الزيلعي حيث قال: لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً، وإنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى. وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف، وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف، فإن فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في انفهام البعض الأول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما منه، وإلا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعداً عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف، فلا وجه لردّ الثاني وقبول الأول.

الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، ولكن يحتمل أن يكون معناه: أي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها، ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة وهو حق، ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال إن يجعل الأجرة دراهم بدلاً آل إلى ذلك (وهذا) أي جعل الأجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه، وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديناً، والأثمان لا يشترط تأجيلها، بخلاف ما إذا كان مسلماً فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديناً فاشترط تأجيله بالسنة (ويشترط بيان مكان الإيفاء) إذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافاً لهما وقد مرّ في البيوع) والباقي ظاهر. قال: (وليس

أي عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي فتأمل قال المصنف: (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول: هذا لا يفهم من عبارة الجامع، وإنما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل قوله: (ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول: بأن يكون المضاف مقدراً في كلام الجامع: أي سمى بدل الطعام، وهكذا ذكر الزيلعي، إلا أن التقدير لا بد له من قرينة، فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة بذلك؟.

تأجيله لأن أوصافها أثمان **(ويشترط بيان مكان الإيفاء)** عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقد ذكرناه في البيوع **(وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس)** لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم. قال: **(وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها)** لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه؛ ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه، إلا أن المستأجر يمنعه عن غِشيانها في منزله لأن المنزل حقه **(فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبيّ من لبنها)** لأن لبن الحامل يفسد الصبيّ ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً **(وعليها أن تصلح طعام الصبيّ)** لأن العمل عليها. والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل الثياب الصبيّ وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد، وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة **(وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها)** لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار

وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية: وهو حق، ولكن لو قدّر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال: أن يجعل الأجرة دراهم بدلاً آل إلى ذلك انتهى. أقول: لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلاً بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعوليها ركيك من حيث الإعراب، والمعنى: فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله: ثم يدفع الطعام مكانه. وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال: يجوز أن يكون الطعام منصوباً على نزع الخافض: أي للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعيين: أي عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي تأمل انتهى كلامه. أقول: كلا التوجيهين مجروح. أما الأول فلأنه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أنّ وأن إنما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنباً: أي من ذنب وبغاه الخير: أي بغى له، وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من إياك من الأسد إذ لم يسمع، وعن هذا قال ابن الحاجب: ولا تقل إياك الأسد لامتناع تقدير من انتهى، وفيما نحن فيه أيضاً لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض: أي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جداً. وأما الثاني فلأنه إذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي، وإلا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر، إذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الأصول قوله: **(ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان)** قال: كثير من ثقات الشراح في شرح قوله أوصافها: أي أوصاف

للمستأجر **أن يمنع زوجها من وطئها الخ)** وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به: أي بعقد الإجارة صيانة لحقه، ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج ممن يشينه ظؤورة زوجته أولاً، وهو الأصح لأنها إن كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه في بيته فله أن

قوله: **(أجيب بأنها أجير خاص الخ)** أقول: ولعل الأولى في الجواب هو أن يقال: إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصاً، وإن قدم ذكر العمل يكون مشتركاً على قياس ما قيل في استئجار الراعي قوله: **(وفيه نظر لأنه قال بمنزلة الأجير الخاص)** أقول: لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فإن العقد قد ورد على منافعها الخ. وقوله والأجير الخاص أمين فليتأمل قوله: **(وهذا يدل على أنها، إلى قوله: وتأثم بما فعلت نظراً إلى الأجير الخاص)** أقول: وفي الفصل الثامن والعشرين من إجارات المحيط البرهاني: وليس للراعي إذا كان خاصاً أن يرعى غنم غيره بأجر، فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضي على ذلك شهور ولم يعلم الأول به فله الأجر كملاً على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء إلا أنه يأثم انتهى. وفي البزازية: ليس للواحد أن يرعى غنم غيره، فإن رعى يجب الأجر كاملاً ويأثم، ولهذا قالوا: الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها، ولو آجر من آخر فيها له الأجرة الثانية أيضاً ويطيب له الأجر ولا يتصدق به وإن كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى. إذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح قوله: **(وكذلك إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً)** أقول: من قبيل الحذف والإيصال.

وليس بإرضاع، وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل. قال: **(ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة)** لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبيّ ﷺ عنه[(١)]، وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة

الطعام على تأويل الحنطة اهـ. أقول: فيه نظر، إذ لا شك أن المراد بالطعام في مسألتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها، فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام. والحق عندي أن مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسألتنا هذه، فالمعنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها، بخلاف الكسوة كما سنذكر. والعجب أن صاحب العناية بعد أن قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله قوله: **(فإن هذا إيجار وليس بإرضاع)** في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم: أي يصب، تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اهـ. أقول: لقائل أن يقول: إذا كان هذا إيجاراً لا إرضاعاً فلا معنى لأن يقول في الكتاب في وضع هذه المسألة: وإن أرضعته في المدة بلبن شاة، بل الظاهر أن يقول: وإن أوجرته بدل وإن أرضعته، اللهم إلا أن يحمل على المشاكلة بملابسة مسألة استئجار الظئر التي وظيفتها الإرضاع تأمل. فإن قيل: الظئر أجير خاص أو أجير مشترك؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط، فإنه قال فيه: ولو ضاع الصبيّ من يدها أو وقع فمات أو سرق من حليّ الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً لأنها بمنزلة الأجير الخاص، فإن العقد ورد على منافعها في المدة؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيما في يده اهـ. ويحتمل أن تكون أجيراً خاصاً وأن تكون أجيراً مشتركاً على ما دل عليه لفظ الذخيرة، فإنه قال فيها: وإن آجرت الظئر نفسها من قوم آخرن ترضع صبيانهم، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين اهـ. وجه الدلالة على احتمالهما أنها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملاً وأثمت بما صنعته، ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحقت الأجر كاملاً ولا تأثم فكانت بينهما، فقلنا بأنها لا تستحق الأجر كاملاً لشبهها

يمنعها من إدخال صبيّ الغير في منزلة كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه، فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبيّ من لبنها، لأن لبن الحامل يفسد الصبيّ فكان الخوف عذراً تفسخ به الإجارة كما لو مرضت قوله: **(وعليها أن تصلح طعام الصبيّ لأن العمل)** يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي **(على الظئر)** والباقي ظاهر. وقوله: **(وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع)** دليل ظاهر على ما قدمناه **(فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل)** لا لانتفاء اللبنّ، ولهذا لو أوجر الصبيّ بلبن الظئر في المدة لم تستحق الأجرة، فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن. وقوله: **(أنه اختلف العمل)** بدل من قوله لهذا المعنى. وفي بعض النسخ: وهو أنه، وفي بعضها: لأنه. فإن قيل: الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط. قال فيه: ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حليّ الصبيّ أو ثيابه شيء لم يضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص، فإن العقد ورد على منافعها في المدة؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل، والأجير الخاص أمين فيما في يده، وفيه نظر لأنه قال لأنه بمنزلة الأجير الخاص لا عينه. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصاً ومشتركاً، فإنها لو

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤٧,٣ وأبو يعلى ١٠٢٤ والبيهقي ٣٣٩,٥ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري وفيه هشام أبو كليب.
ولفظ أبي يعلى «نهى عن عسب الفحل، وقفيز الطحان» وقال ابن حجر في الدراية ١٩٠,٢: في إسناده ضعف. وذكره الذهبي في الميزان ٣٠٦,٤ وأعله بقوله: هذا منكر ورواية لا يعرف.
ولذا رواه مسدد ، المطالب العالية ١٣٤٠ مرسلاً بسند حسن.

بقفيز من دقيقه. وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات، لا سيما في ديارنا، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول، إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادراً بقدرة غيره،

بالأجير المشترك، وبأنها تأثم لشبهها بأجير الوحد. هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ها هنا واقتفى أثره صاحب العناية، غير أنه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيراً خاصاً حيث قال: وفيه نظر، لأنه قال: لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهى. أقول: نظره ساقط، فإن المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فإن العقد ورد على منافعها في المدة، وتنويره بقوله: ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل، فإن كلاً منهما يدل قطعاً على أنها أجير خاص، لأن ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص. وأما قوله: بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد، وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص. ثم إن بعض الفضلاء قال: ولعل الأولى في الجواب أن يقال: إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصاً، وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركاً على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ. أقول: ليس ذلك الجواب بتامّ إذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيراً خاصاً على الثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الأجر كاملاً إذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع أنها تستحقه كاملاً على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة، وذكر في سائر المعتبرات أيضاً. وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني: بعد بيان استحقاقها الأجر كاملاً على الفريقين: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا، لأن الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل، إنما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لأنها أجير وحد في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولاً، وليس لأجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر، وإذا آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم. والوجه في ذلك أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار، ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملاً على الأول وتأثم بما صنعته، ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحقت الأجر كاملاً ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا: بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد اهـ. فقد ظهر أن بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر قوله: **(وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا)** قال

آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين، وهذا يدل على أنها تحتملهما، فقلنا بأنها تستحق الأجر منهما كملاً تشبيهاً بالأجير المشترك، وتأثم بما فعلت نظراً إلى الأجير الخاص. قال: **(ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه الخ)** ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة، وكذلك إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً له بقفيز منه لأنه في معنى قفيز الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله، وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات. فإن قيل: إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس؟ قلنا: لا، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتاً بدلالة النص، ومثله لا يترك بالعرف. فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك. قلت: الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف

قوله: **(لا لأنه في معناه من كل وجه)** أقول: في تقرير الجواب نوع مسامحة، والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس، إلا أن ما نحن فيه ليس ثابتاً بالقياس، بل بدلالة النص وهي لا يترك به قوله: **(ومثله لا يترك بالعرف)** أقول: سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح، حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان، وقال: يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه قوله:

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما، ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، لأن ما من

صاحب العناية: فإن قيل: إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس؟ قلنا: لا، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتاً بدلاله النص، ومثله لا يترك بالعرف اهـ. وقال بعض الفضلاء: سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال: يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه اهـ. أقول: ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ها هنا، فإن المصنف بعد أن بين في أوائل كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال: إلا أن الفتوى على قولهما: لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اهـ. ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان، بل إنما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه: أي من حيث أنها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها، وفي معنى المضاربة من وجه: أي من حيث أنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الإمامين على جوازها، بخلاف ما نحن فيه فإنه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة، فلهذا قيل: إنه ثابت بدلالة النص دون القياس. ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ها هنا فلا ضير فيها، لأن فيما نحن فيه قولين: أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي. وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذه القاضي الإمام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضاً، فما ذكر صاحب العناية ها هنا على ما اختاره شمس الأئمة

ذلك في موضعه قوله: **(والمعنى فيه)** يعنى المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو **(أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادراً بقدرة غيره)** وإذا ثبت فساد العقد كان للحائك أجر مثله لأن صاحب الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله **(وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر)** لا المسمى ولا أجر المثل **(لأن المستأجر ملك الأجير)** الأجرة **(الحال بالتعجيل)** لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة **(فصار)** حاملاً طعاماً **(مشتركاً. ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر. لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه)** وقوله بالنصف الآخر تلويح إلى مسألة أخرى، وهو ما إذا قال احمل هذا الكرّ إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكاً ولكن تفسد الإجارة لكونها في

(فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول: إلحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل، وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب، ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف: **(وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال)** أقول: قال العلامة الزيلعي: فيه إشكالان: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل، فكيف ملكه ها هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. والثاني أنه قال ملكه في الحال. وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى. لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه، وما هو كذلك يبطل، فقولهم ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام والله ولي الفضل والإلهام، فيكون تقدير الكلام: لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل، والتالي باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً، فكذا هذا فليتأمل قال المصنف: **(ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه في كل

جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه. قال: **(ولا يجاوز بالأجر قفيزاً)** لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب

السرخسي قطعاً وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذه، فإذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسألة فلا بأس بها قوله: **(وهذا بخلاف ما إذا استأجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل الخ)** قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسألة مع دليلها المزبور: هكذا قالوا، وفيه إشكالان: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل، فكيف ملك ها هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. والثاني أنه قال: ملكه في الحال، وقوله: لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اهـ كلامه. أقول: كل من إشكاليه ساقط. أما الأول فلأنه لا ريب أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل، إذ تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير في الحال، وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسألة كثير من الثقات، منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا: إن ها هنا مسألتين: إحداهما ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كرّ حنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت الإجارة فاسدة، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكرّ. والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله ولا أجر له ها هنا. والتي ذكرها في الكتاب بقوله: بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسألة وهي من ومسائل إجارات الجامع الكبير اهـ. وأما الثاني فلأن المنافاة بين قولهم: ملك الأجير في الحال وبين قولهم: لا يستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة، إذ معنى الأول أنه يملك الأجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل، ومعنى الثاني أنه لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجير بالتسليم بسبب أن صار شريكاً في الطعام قبل إيفاء شيء من المعقود عليه، ولا يذهب عليك أنه لا تنافي بين هذين المعنيين، بل الأول منهما يؤدي إلى الثاني، ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسألة نقلاً عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي حيث قال: وأما في المسألة الثانية وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي ودفع إليه فإنما سلمه إليه على سبيل التمليك لنصف الكرّ من قبل أن البدل نصف كرّ مطلق لا نصف كرّ محمول إلى بغداد

معنى قفيز الطحان، ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكرّ. وقوله: **(ولا يجاوز بالأجر قفيزاً)** متصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه **(لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد، لأن المسمى)** وهو نصف الحطب **(هناك غير معلوم فلم يصح الحط)** وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك، وهذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر، وأما إذا احتطبا جميعاً وجمعا جميعاً فهما شريكان على السواء. قال:

جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للحصر، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه، أي هو كعامل لنفسه، وسيجيء من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتأمل فيه قال المصنف: **(ولا يجاوز بالأجر قفيزاً)** أقول: قال في النهاية: نصب قفيزاً على قول من يجوز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار، وهو ضعيف انتهى. وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف: **(وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح)** أقول: لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحاً كما قالوا في مسألة الراعي قوله: **(وطولب بالفرق بين مسألتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم)** أقول: ولا بد من الفرق أيضاً بينها وبين ما قالوا في مسألة الراعي أنه إذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار للمقدم منهما في كون الأجير خاصاً ومشتركاً فليتأمل قوله: **(وكذلك بينها وبين الثانية)** أقول: في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الإجارات

حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحطّ. قال: **(ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد في الإجارات: هو جائز)** لأنه يجعل المعقود عليه عملاً ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة.

فصار بتسليم الكرّ إليه معجلاً للأجرة فملكها بنفس القبض، وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكاً في الكرّ قبل إيفاء شيء من المعقود عليه، وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد، فلو ابتدأ العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك ها هنا، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر، كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي، إلى هنا لفظ النهاية. وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الإشكال الثاني من ذينك الإشكالين إلى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال: لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه، وما هو كذلك يبطل، فقولهم: ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام: لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل، والتالي باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً فكذا هذا اهـ كلامه. قوله: **(لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه)** قال بعض الفضلاء، فيه بحث، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للحصر، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه: أي هو كعامل لنفسه اهـ. أقول: هذا البحث غير متمشّ رأساً، لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط، أما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضاً فلا حصر فيه، فلا معنى لقوله: فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه. فالوجه في تمشية البحث ها هنا توسيع الدائرة، بأن يقال: إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع، وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب، وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى قوله: **(لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح)** أقول: لقائل أن يقول: لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحاً لكون العمل معقوداً عليه

(ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لأنه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص، وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين، واليوم منصوب على الظرفية، ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة، وقالا: هو جائز ذكره في إجارات المبسوط لأنه يجعل المعقود عليه العمل حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لأن المعقود عليه هو العمل، وإذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع الأوقات، والحمل على هذا مما لا بد منه دفعاً للجهالة لتصحيح العقد. ولأبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً علها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه، وليس أحدهما أولى من الآخر، والجهالة المفضية إلى النزاع تفسد العقد، وهذه كذلك لأن نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل، ونفع الأجير في الأول

وفي آخر إجارات الأصل: إذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزاً إلى الليل فهو فاسد. ذكر المسألة من غير ذكر خلاف. فمن مشايخنا من قال: بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة، إذ لا يتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل. ومنهم من قال: ما ذكر في هذه المسائل قياس قولهما، وما ذكر فيما تقدم استحسان على قولهما، إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل، والله أعلم انتهى. وأنت خبير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه قول: **(دل على أن مراده التعجيل)** أقول: لكونه وصفاً مطلوباً.

وله أن المعقود عليه مجهول، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة. وعن أبي حنيفة أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم، وقد سمى عملاً لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل، بخلاف قوله اليوم وقد مرّ مثله

كما كان كذلك في مسألة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل قوله: **(لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير الخ)** قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعي فالظاهر أن يقال: ولأن بالواو انتهى. أقول ليس الأمر كما زعمه، فإن قوله: لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله: وما هذا حاله يوجب الفساد على أصل المدعي فالظاهر ترك الواو كما وقع قوله: **(وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة)** قال الشراح: إنما قيد بهذين القيدين: أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لأنه إذا شرط أن يكربها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين، أو كانت تخرجه بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لأنه يكون في الأول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز. وعبارة العناية: والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة.

وقال بعض الفضلاء: وأنت خبير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد، وقوله: ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعة إلا به انتهى. أقول: ليس شيء من شطري كلامه بسديد. أما شطره الأول فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الإجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة إلى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته. وأما شطره الثاني فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا تتأتى الزراعة هناك إلا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين. ومن قال من الشراح: ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فإنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر، لا لأن له نفعاً فيه وإلا لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله: **(ولنا أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله)** وهو

لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل، فإن مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الأجير أجره نظراً إلى الأول ويمنعه المستأجر نظراً إلى الثاني فأفضى إلى النزاع، وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الأغراض؛ فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة، وطولب بالفرق بين مسألتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، فإن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلاً ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع. والفرق بينها وبين الأولى أن دليل المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل، وليس له في مسألتنا ما يصرفه عنها فلا يصار إلى المجاز، وكذلك بينها وبين الثانية، فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل، يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الإجارة لأنه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق، فكأنه قال: إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه، بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة. قال: **(ومن استأجر أرضاً على أن يكربها الخ)** بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الإجارة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد، والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع، فإن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو

في الطلاق. قال: **(ومن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز)** لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقاً، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد **(فإن اشترط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد)** لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهى عنه. ثم قيل: المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده. وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته، وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل. قال: **(وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه)** وقال الشافعي: هو جائز، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب. أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين. ولنا أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وإلى هذا أشار محمد، ولأن الإجارة جوّزت

ما حكي أن ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكني دار؟ فكتب محمد في جوابه: إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائى فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء. والحنائي اسم محدّث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضاً. قال صاحب العناية: في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين: الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النساء إنما يتصوّر

جائز، لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى إلا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد، وإن شرط أنه يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه. وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالتثنية إن كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لأن الزراعة لا تتوقف عليه، وإن كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته، والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة. وأما كري الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال: بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل دون الأول **(وإذا استأجر أرضاً ليزرعها بزراعة أخرى لا يجوز أصلاً، وكذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب. وقال الشافعي: هو جائز لأن المنافع بمنزلة الأعيان ولهذا جازت الإجارة بدين)** أي بأجرة هي دين على المؤجر، ولو لم تكن

قال المصنف: **(لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير)** أقول: هذا دليل آخر على أصل المدعي، فالظاهر أن يقال ولأن بالواو قوله: **(فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته، والثاني ليس فيه الخ)** أقول: وأنت خبير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعته إلا به قوله: **(دون الأول)** أقول: ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الأنهار العظام قوله: **(ولهذا جازت الإجارة بدين: أي بأجرة هي دين على المؤجر)** أقول: يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً بذلك الدين الذي في ذمته قوله: **(أما علمت أن السكنى بالسكنى)** أقول: الظاهر أن المضاف مقدر: أي مبادلة السكنى بالسكنى قوله: **(وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً)** أقول: الأنسب أن يقول: يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني قوله: **(وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة)** أقول: فيه شيء، فإنه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء، إذ لا مجانسة بين

بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة. قال: (وإذا كان الطعام

في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك، وفيما نحن فيه ليس كذلك، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً. وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بمحرمة. والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة، فبالإلحاق تثبت الشبهة لا شبهتها. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء، إلى هنا كلامه.
أقول: في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين: الأول أنه إذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقوداً عله في العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين، إذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب. والثاني أن هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الأول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة، ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لأنها التي تتأخر وتحدث شيئاً فشيئاً فكان بينهما تدافع. فإن قلت: المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكماً العين القائم مقام المنفعة، فمدار الجواب عن الأول على الحقيقة، ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما. قلت: في جعل الحكم الأول مرتباً في الحقيقة، والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحاً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن. ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعي أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا، فإن كان لزم النساء وهو باطل، وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى.
أقول: فيه أيضاً بحث، لأنه إن راد بالمعقود عليه الذي ردده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح، لأن ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد إجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه، إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه فأقمنا الدار مثلاً مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الإجارات، فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً لعقد الإجارة قط، وإن أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل غير تام، لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس، وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفاً. واعترض بعض الفضلاء على قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال: هذا لا

المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان: أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء، ومعنى القوهي تقدم في البيوع (وإلى هذا) أي إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى: أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة فكتب في جوابه، إنك أطلت

العين والمنفعة، ووجوده الحكمي لو سلم يورث شبهة في الإلحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل. وإنما قلت: لو سلم لأنه يجر إلى مذهب الشافعي ظاهراً قوله: (ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول: الضمير في قوله لفقدانها راجع إلى قوله ضرورة قوله: (ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول: فيه بحث قوله: (فإن كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول: هذا لا يتجه إلزاماً على الباحث، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالإجماع فليتأمل قوله: (لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول: الأظهر أن يقال في تقرير السؤال: إنما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها، وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة.

بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي: له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز، وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي

يتجه إلزاماً على الباحث، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد، مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالإجماع فليتأمل. أقول: هذا في غاية السقوط، إذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه، والذي يحرم النساء بانفراده إنما هو الجنس لا غير، فلا مجال لأن يقال: لأن مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على مثله، ثم إن الإمام الزيلعي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين: وهذا مشكل على القاعدة، فإنه لو كان كذلك لما جاز، بخلاف الجنس أيضاً لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس، ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة، فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصوّر فيها النسيئة، فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص، إلى هنا كلامه. أقول: كل من وجهي استشكاله ساقط. أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضاً قوله: إن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس مسلم، ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لأن المنافع ليست بدين، إذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة، صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح. وأما وجه الثاني فلأن الانعقاد في العقد على المنافع وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد، وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف، فمعنى انعقاد عقد الإجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة، إذ لا شك أن الإيجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين إلا مرة واحدة، وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الإجارة، فقبل وجود المنافع وإن لم يحصل الانعقاد إلا أنه يتحقق نفس العقد، فحين أن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيما إذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه، ويبطل قوله فكيف يتصوّر فيها النسيئة تبصر ترشد قوله: **(ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس)** قال الشراح: لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى. أقول: للخصم أن يقول: لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس، ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة، إذ لا يخفى أن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى سكنى

الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائي فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء. والحنائي اسم محدّث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها. وفيه بحث من وجهين: الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النساء إنما يتصوّر في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك، وفيما نحن فيه ليس كذلك، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً. وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة. والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة، فبالإلحاق تثبت الشبهة لا شبهتها. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء، ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال: المدعي أن هذه الإجارة فاسدة، لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا، فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه.

لا يتصور في الشائع، بخلاف البيع لأنه تصرّف حكمي، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر، ولأن

بعض الدور دون بعضها، ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تعدّد البلاد بل بحسب تعدّد المحالّ من بلد واحد فكم منهم يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك، ولا يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الأول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك. اللهم إلا أن يقال: هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس، وكأنه أشير إليه في الكافي وغيره بأن يقال: والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس، وإنما تمسّ عند اختلاف الجنس، والكمال من باب الفضول، والإجارة ما شرعت لابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف قوله: **(وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام)** قال صاحب العناية: يعني الطعام المشترك، وقال بعض الفضلاء: وعندي لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى. أقول: ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً كلام خال عن التحصيل، لأن لفظ الإلزام في قوله: يتوجه إلزام الشافعي إما أن يكون مضافاً إلى مفعوله أو إلى فاعله، وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره. أما على الأول فلأن هذه المسألة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي، بل هي مجمع عليها، ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه إلزامنا بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا، وهلا يصير ذلك إلزاماً علينا أيضاً. وأما على الثاني فلأن المعقود عليه في تلك المسألة منافع الدار دون العمل، وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلاً للفعل الحسي، بخلاف ما نحن فيه، فإن المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الإلزام علينا من الشافعي أصلاً. ثم أقول: الظاهر عندي أيضاً أنه لا حاجة ها هنا إلى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط، لكن لا لما ذكره ذلك القائل، بل لأن تمشية استشهاد الشافعي ظاهراً بالمسألة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسألة التي نحن فيها، وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسألة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الإطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق قوله: **(ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي لا يتصوّر في**

لا يقال: قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين، لأن بطلانه قد (و) الثاني **(أن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس)** لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة **(بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة)** كالركوب واللبس والزراعة والسكنى. فإن قيل: إذا اختلف الجنس لزم الكالىء بالكالىء. أجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين، وإن قيل: انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم إذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل. وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء

قوله: **(يعني الطعام المشترك)** أقول: وعندي لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي، بل لا يبعد أن يدعي أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل قوله: **(أجيب بأن حمل الكل حمل معين)** أقول: في هذا الجواب تأمل، فإنه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه، فإذا حمل الكل كان هو محمولاً معه ويكون كإجارة المشاع، فإن اللازم هنا أيضاً تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل قوله: **(بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر)** أقول: هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ.

ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام، وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع. (ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أيّ شيء يزرعها

الشائع) قال في العناية: إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. وقال: فإن قيل: إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر. أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى. أقول: في الجواب نظر وهو أن عدم كون حمل الكل معقوداً عليه لا يجدي شيئاً في دفع السؤال، لأن حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجوداً، وحمل الكل لا يتصوّر بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة، ومن جملة الأجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الأجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه، ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يفيد شيئاً في دفع ذلك، وإنما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الكل وليس فليس قوله: **(ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريكه فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم)** قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره، والأول ممنوع فإنه شريك، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره. والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس، وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر انتهى كلامه. أقول: في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام، لأنه إنما تندفع بجعله عاملاً لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الأجير، فإن له حاجة إلى الأجر كما أن للمستأجر حاجة إلى المنفعة، وعلى تقدير جعله عاملاً لنفسه فقط لا تقضى حاجته، بل إنما تقضى حاجة المستأجر فقط، والظاهر أن عقد الإجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط، بل إنما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين، وإذا لم يجب للأجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الإجارة لها فلم يتم الجواب. وزيف بعض الفضلاء قوله: وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال: كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب

عليه لأنه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت. قال: **(وإذا كان الطعام بين رجلين الخ)** وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له: يعني لا المسمى ولا أجر المثل. وقال الشافعي رحمه الله: له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز، وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخيط الثياب. ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذا الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. فإن قيل: إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر. أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه الاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصوّر تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر أصلاً. وفرق بين هذا وإجارة المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده فإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد، فإن استوفى

قال المصنف: **(ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه)** أقول: الأظهر ما من قفيز أو ما من حبة لأن الجزء ينطلق على الشائع قوله: **(ومن عمل لنفسه لم يستحق أجراً على غيره)** أقول: وإلا لزم العوض والمعوض في شخص واحد قوله: **(وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر)** أقول: كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه قوله: **(والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع)** أقول: الخياطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع.

فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها، وكذا ما يزرع فيها مختلف، **فمنه ما يضرّ** بالأرض ما لا يضرّ بها غيره، فلم يكن المعقود عليه معلوماً. **(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى)** وهذا استحسان. وفي القياس: لا

المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ لا يذهب عليك أن وضع مسألتنا فيما إذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبتنى على وضع المسألة كما لا يخفى قوله: **(وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع)** هذا جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لأن عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب، ونصيب صاحبه إنما هو في عين العبد لا في منافعه، لأن المنافع ممّا لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه، وإنما يتصوّر أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين بعوض، وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حلّ هذا المحل، فقال صاحب النهاية لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه: أي منفعة ملك نصيب صاحبه، فلما كان ذلك منفعة لا فعلاً كالحمل صح إيقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة إن العقد يرد على المنفعة انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قياس الخصم إنما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقاً، فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيراً مشتركاً ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقاً، وإنما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقاً لو كان العبد أجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه، ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي أن لا يصح إيقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي انتهى. أقول: فيه أيضاً نظر لأنه إن كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة، وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومىء إليه إقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق، وإن كان

المنفعة وجب الأجر، وأما ها هنا فإنه متعذر أصلاً فلا يجب قوله: **(بخلاف البيع)** جواب عن قياس الشافعي على البيع، وذلك **(لأن البيع تصرف حكمي)** أي شرعي، والتصرف في الشائع شائع شرعاً، كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه. وقوله: **(ولأن ما من جزء)** دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء إلا وهو شريك فيه، وكل من حمل شيئاً هو شريك فيه كان عاملاً لنفسه، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجراً على غيره لعدم تحقق التسليم إليه. ولقائل أن يقول: لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره، والأول ممنوع فإنه شريك، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره. والجواب أنه عامل لنفسه فقط، لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة، وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر. وقوله: **(بخلاف الدار المشتركة)** جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة. ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه، فإنه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً وجب عليه الأجر، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر. وقوله: **(وبخلاف العبد)** جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك. ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع، بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان

قوله: **(أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم)** أقول: العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الأصل قوله: **(لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه)** أقول: في دلالته على المدعي تأمل بل فيه نوع مغالطة قوله: **(لأن ذلك وضع القدوري الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسألة الخ.

يجوز وهو قول زفر، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً. وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً، كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسمّ ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان

مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن إيقاعه في الشائع كما يشعر به قوله: يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية. وقوله والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضاً، لأن عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض، ففي كل فرد من أفراد الإجارة بملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضاً باعتبار إيقاع ملك المنفعة في المشاع. لا يقال: لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الإجارة فيه، بخلاف المقيس عليه لأنا نقول: بطلان الإجارة فيما نحن فيه أول المسألة وقد خالف فيها الشافعي. واستدل على جواز الإجارة فيه أيضاً بوجوه: منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة، فبناء الفرق بينهما على بطلان الإجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب. وقال صاحب غاية البيان: قوله: وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما إذا استأجر عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب: يعني أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن إثباته حكماً وإن لم يكن حساً، بخلاف المتنازع فيه لأنه أمر حسي لا يتصوّر في الشائع لعدم الامتياز حساً اهـ. أقول: مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه قوله: **(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى)** قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام: فإن زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقوداً عليه وينقلب العقد إلى الجواز ويجب الأجر المسمى إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اهـ كلامه. أقول: لا معنى لقوله إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد، فإن ما ذكر من انقلاب العقد إلى الجواز ووجوب الأجر المسمى إنما يتصوّر إذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد. وأما إذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب إلى الجواز لأن المنقوض لا يعود إلا بالتجديد لا محالة. والصواب أن يقال إذا لم يكن ذلك بعض نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله: قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناسخ الأول بدل لفظة بعد، ويدل عليه قوله: فيما بعد وإن بعد نقض القاضي لا يعود جائزاً قوله: **(وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً)** قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد: بنقض الحاكم، وتبعه الشارح العيني. أقول: لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاماً بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة، فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصوّر أن يتم به، وتمام الشيء من آثار بقائه واقتضائه. والحق أن المراد بقوله: قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسألة فإن زرعها ومضى الأجل: ويرشد إليه قول صاحب الكافي في التعليل: ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً

الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب، وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك **(ومن استأجر أرضاً ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبيّن ماذا يزرع فيها فالإجارة فاسدة)** لجهالة المعقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس **(وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضرّ بالأرض أكثر من غيره)** كالذرة والأرز فإن ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد، فإن زرعها ومضي الأجل وجب الأجر استحساناً، والقياس أن لا يكونَ له ذلك وهو قول زفر، لأنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً. ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال، فإذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضارّ أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من ذلك الوقت، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه، ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ها هنا. وصار كما إذا استأجر إلى الدياس مثلاً ثم أسقط الأجل

عليه) لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الأجرة فاسدة **(فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى)** استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى **(وإن اختصما قبل أن يحمل عليه)** وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع **(نقضت الإجارة)** دفعاً للفساد إذ الفساد قائم بعد.

قبل مضي الأجل فيرتفع الفساد اهـ. هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: وإن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضرّ بالأرض لجواز أن يكون ما زرعها مضرّاً بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك، لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك. فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد، ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولاً لا يتعين إلا بتعيينهما صوناً عن الإضرار بأحدهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما، فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك. وهذا الإشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله: ولي في هذا التعليل إشكال هائل. ثم قال: قلنا الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع، لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية. أقول: في الجواب بحث، لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك. وأما إذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلاً، وهذا مما لا سترة به، فالكلام الفيصل أنه إن اعتبر في وضع هذه المسألة علم رب الأرض باستعمال المستأجر في الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأساً، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الأجل، سواء علم رب الأرض بذلك ورضي به أو لا، فالإشكال المذكور وارد جداً غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قبل أن يأخذ الناس فيه، وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع، وكما إذا باع بشرط قبل مجيئه، وهذا ردّ المختلف على المختلف، فإن زفر لم يقل بذلك أيضاً، ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر ها هنا بطريق المبادي. لا يقال: ذكر هذه المسألة تكرار لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى **(ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه، لأن)** الإجارة وإن كانت فاسدة **(فالعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر)** لأن حكم الفاسد إنما يؤخذ من الجائز، إذ لا حكم للفاسد بنفسه لأنه مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وأن يأخذ من الصحيح حكمه **(فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحساناً كما مر في المسألة الأولى)** وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى **(وإن اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد لأنه قائم بعد)** والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: **(وفي القياس لا يجوز)** أقول: قال الكاكي: أي لا يجوز العقد: أي لا ينقلب جائزاً فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى. وفي شرح الشاهان: أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى. فتأمل أنت قال المصنف: **(وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول)** أقول: قال في النهاية: بأن باع أو آجر إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الأجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى. وفي شرح الشاهان: والدياس انتهى.

باب ضمان الأجير

قال: (الأجراء على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص. فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل

باب ضمان الأجير

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فتحتاج إلى بيانه، كذا في غاية البيان، ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال: لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة والفاسدة شرع في ضمان الأجير اهـ. وكل من هذين التقريرين جيد. وأما صاحب النهاية فقال: لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اهـ. ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال: لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان اهـ. ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى. فإن ضمير هي راجع إلى الأحكام، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام. ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً اهـ. أقول: توجيه الثاني ليس بوجيه، لأن الضمان وجوداً وعدماً أيضاً لا يصلح تفسيراً للأحكام، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح، والضمان باعتبار وجوده وعدمه إنما يصير اثنين لا غير. ثم إن صاحب معراج الدراية قال: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر، واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اهـ. أقول: فيه إشكال، لأن قوله: واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضاً لقوله: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجراً لا مؤاجراً يلزم أن يكون الأجير فعيلاً بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل. وردّ عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال: قلت هذا غلط لأن فعيلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثي، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر: يعني به من المزيد بدليل قوله: واسم الفاعل منه مؤجر اهـ كلامه. أقول: بل الغلط إنما هو في كلام نفسه، فإن الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضاً، وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية: وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى ﴿عذاب أليم﴾ [البقرة ١٠] أي مؤلم على رأي. وقال: وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقاً اهـ.

باب ضمان الأجير

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان وقال: **(الأجراء على ضربين الخ)** الأجراء جمع أجير. وهو على نوعين: أجير مشترك، وأجير خاص. والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري. قيل: وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دوري، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعرّف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف. وقيل قوله من لا يستحق

باب ضمان الأجير

قوله: **(شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان)** أقول: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفراده، أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً قال المصنف: **(الأجراء على ضربين الخ)** أقول: من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه قوله: **(وهو على نوعين)** أقول: وإنما قال وهو أي الأجير على نوعين، لأن الأجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك، ولزم تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، لكن اللام إذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف إلى الجنس، هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع، فإن المقسم هو جميع الأجراء بحيث لا يخرج منه شيء إلا ما يطلق عليه لفظ الأجراء مطلقاً قوله: **(والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري)** أقول: يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهاً، أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه، وأما الخاص فلأنه بمنزلة النفرد من المركب، لكن

كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً. قال: **(والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر)** لهما ما روي عن عمر وعلي رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك[1]، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته. ولأبي حنيفة

وقال الإمام المطرزي في المغرب: وأما الأجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل اهـ. وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيئاً من العربية قوله: **(فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)** قال صاحب العناية: والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اهـ. يعني أن السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضاً: أي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار. وقال بعض الفضلاء: يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهاً. أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه. وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب، لكن تقديم المشترك ها هنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل. فإن ما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه. إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره بقوله: لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام. أما أوّلاً فلأن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير إثباتاً ونفياً كما أشار إليه نفسه أيضاً فيما تقبل بقوله: أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً وإلا: أي وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب إثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلاً، إذ لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص، وأن لا يصح ذلك عندهما أيضاً إلا في بعض صور من مسائل

الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريف بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح، وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به نظر. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية. وقوله: **(لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد)** بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك لأن المعقود عليه الخ، ويؤيده قوله: **(فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدوّ المكابر. لهما ما روي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به)** ولا حفظ **(فإذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكناً كالغصب والسرقة، وترك المستحق عليه تقصير من جهته**

تقديم المشترك ها هنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل، فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه قوله: **(وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ)** أقول: وأنت خبير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة قال المصنف: **(فالمشترك من لا يستحق الأجرة)** أقول: ظاهره منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية، كأن يقال: لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الأمور الخارجية قال المصنف **(لأن المعقود**

---

(١) موقوف. أخرج البيهقي ١٢٢/٦ من طريق الشافعي عن علي «أنه كان يضمن الصبّاغ الصايغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك».
من إسناده جعفر بن محمد عن أبيه.
قال البيهقي: فيه انقطاع بين أبي جعفر وعلي اهـ وورد أيضاً عن خلاس عن علي: «أنه كان يضمن الأجير» قال البيهقي: خلاس يضعّفه أهل الحديث اهـ وأخرجه البيهقي أيضاً عن جابر الجعفي عن علي، وجابر ضعيف وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٤١ـ٥ وهذه المراسيل إذا ضمّت إلى بعضها البعض قويت.

رحمه الله أن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه، ولو كان مضموناً لضمنه كما في المغصوب، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر، بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر. قال: (وما تلف بعمله)، فتخريق الثوب من دقه

الأجير المشترك وحده كما ستحيط به خبراً، وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم إثبات الضمان ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله: وذلك في المشترك. وأما ثانياً فلأن الطرفين إذا كانا متساويين لم يحتج هناك إلى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين، بل لم يتصوّر هناك ذلك، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا إليه في تقرير مراد صاحب العناية، وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله:. فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار/ تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره، وقوله: وكان لا بد منه مما لا

فيوجب الضمان كالوديعة إذا كانت بأجر) فإنهما يقولان إنما تصوّر المسألة في حافظ الأمتعة بأجر فهلك الأمتعة فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة (بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لأنه لا تقصير من جهته. ولأبي حنيفة أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرّز عنه لم يضمنه، ولو كان العين في يده مضموناً لضمنه كما في المغصوب) فإن قيل: الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك. أجاب بقوله: (والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً) وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل فكان تبعاً (ولهذا لا يقابله الأجر) وإذا كان تبعاً ثبت ضرورة إقامة العمل لم يتعدّ إلى إيجاب الضمان (بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر) قال: (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقة الخ) وما تلف بعمل الأجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشدّ به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدّها صاحبها مضمون عليه. وقال زفر والشافعي: لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً إذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة، والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملاً بالإطلاق فصار كالأجير الوحد ومعين القصار. ولنا أن الداخل تحت الإذن: أي الأمر ما هو الداخل تحت العقد، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود، حتى لو حصل ذلك بفعل غير الأجير وجب الأجر، وإذا كان كذلك كان الأمر مقيداً بالسلامة فلم يكن المفسد مأموراً به، بخلاف معين القصار لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرّع له، ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم، وبخلاف الأجير الوحد على ما نذكره. وقوله: (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال: انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فإنه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه إلا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده، لأن الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد إنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من

عليه إنما هو العمل) أقول: عندي فيه إشارة إلى دفع السؤال بأن التعريف دوري، فإن عدم استحقاق الأجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل قوله: (لأنه التعليل على التعريف غير صحيح) أقول: يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني قوله: (وقوله لأن المعقود عليه إذا كان العمل، إلى قوله: بيان لمناسبة التسمية) أقول: وعندي أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل، لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه. ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة، هذا هو مراد المصنف، إلا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل، ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لأن المعقود عليه الخ قوله: (ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً) أقول: لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف: (لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما) أقول: قال الزيلعي: وبقولهما يفتي اليوم

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشدّ به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين

صحة له. نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه، لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر. وقال صاحب النهاية: فإن قلت: هذا يعني تعريف الأجير المشترك بقوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته إلى الدور، لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك، ثم لو كان عارفاً بالأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفاً به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو، فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور. قلت: نعم كذلك، إلا أن هذا تعريف للخفيّ بما هو أشهر منه في فهوم المتعلمين، أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الأجر متى يستحق فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب خلل. أما أوّلاً فلأن قوله: في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه، فما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخفيّ الخ. وأما ثانياً فلأن كون الأجير المشترك خفياً، وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك. وأما ثالثاً فلأن المذكور في باب الأجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإنهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقاً للأجرة في معان ثلاثة هي: شرط التعجيل، والتعجيل من غير شرط، واستيفاء المعقود عليه، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصاً بالأجير المشترك لزم أن لا يستحق الأجير الخاص الأجرة أصلاً فيما إذا

يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وإنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان كانت تباع هناك **(أما الضمان فلما قلنا)** إنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق **(فإن السقوط بالعثار في الطريق أو بانقطاع الحبل، وقد تقدم أن كل ذلك من صنيعه)** ولم يدخل تحت العقد **(وأما الخيار)** مع أن القياس يقتضي أن لا يخيّر عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر، لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه **(فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدّياً من الابتداء من هذا الوجه، ومن حيث إن ابتداء الحمل حصل بإذنه لم يكن تعدياً، وإنما التعدي عند الكسر فيختار أيّ الجهتين شاء فإن اختار الوجه الثاني فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل، وإن اختار الوجه الأول فلا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً، وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك. وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ)** وإنما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري، وكل منهما يشتمل على نوع من البيان، أما في القدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن. وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن. ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير

لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى. وفي النهاية: روي عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده، وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما، ولأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملاً بأقوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الإمكان، انتهى كلام صاحب النهاية. قال ابن البزازي: معناه عمل في كل نصف، يقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى. فكأنه أراد بالصلح مجازه وهو الحط. وفي فتاوى قاضيخان: الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله.

القصار. ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى

لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان، وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله: أو باستيفاء المعقود عليه حكماً عاماً للأجير الخاص أيضاً فكيف يصح أن يقال: في توجيه معنى تعريف الأجير المشترك ها هنا بما ذكر فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك. ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال: قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دوري، لأنه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اهـ. أقول: أصلح الجواب في الجملة كما ترى، ولكن فيه أيضاً خلل، لأنه إن أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية. يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفاً من أن ذلك الحكم عام للأجير الخاص أيضاً فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك، وإن أراد به ما ذكر هناك بقوله: وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب: قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الأجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفاً لمطلق الأجر المشترك فتأمل. وقال بعض الفضلاء: وأنت خبير بأن قول المصنف: لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال، فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور، ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن تعريف الأجير المشترك بمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري، وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئاً آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل، والمصنف أيضاً ذكره وحده في البداية، وإنما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية، والسؤال المزبور إنما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه يفيد معرفته. وزيادة المصنف شيئاً يفيد معرفته، كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة، وإذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته، فإما أن تحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور أو لا يحتاج إليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة، نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر. ثم قال ذلك البعض من الفضلاء: ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية، كأن يقال: لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى. أقول: إنما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله: المذكور المشترك من لا يستحق الأجرة قبل أن يعمل. وأما إذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلاً كما يستحقها الأجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل أصلاً على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك أصلاً لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلاً لا يستحق الأجرة، حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر، وكأن الإمام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز: ولا يستحق الأجر حتى يعمل: يعني الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا

ممكن لأنه أي السراية يبتني على قوّة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك مجهول، والاحتراز عن المجهول غير متصوّر فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار، والتحرز عنه ممكن لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. فإن قيل: قد علم من رواية الكتابين أن الحجام إذا حجم العبد بإذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان

الأثر وهو المعقود عليه حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه، بخلاف المعين

إذا عمل انتهى فتبصر. ثم إن صاحب العناية قال: وقيل قوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد. والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفاً بالمثال وهو صحيح، ولكن قوله: لأن المعقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح. وقال: وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به نظر. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية، وقوله: لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك، لأن المعقود عليه الخ، ويؤيده قوله: فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء: وعندي أنه يعني قوله: لأن المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل، لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه، ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة، هذا هو مراد المصنف، إلا أن المصنف فرّع على ذلك التعليل قوله: فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل، إلى هنا كلامه. أقول: مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف ها هنا لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك، بل عبارته ها هنا لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة، ولا شك أن قوله: كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله، ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية، فالحق ما قاله صاحب العناية، على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله: لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره تعليلاً لما ذهب إليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف اقوله، فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل، لأن مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه، ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما إذا كان الأجير مشتركاً تتحقق فيما إذا كان الأجير خاصاً أيضاً، فلو صح تفريع قوله: فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الأجير الخاص أيضاً للعامة، وليس كذلك قطعاً قوله: **(ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عله حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه)** أقول: في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تخريق

لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت. أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان إذا ختن فقطع الحشفة فإن برىء فعليه ضمان كمال الدية، وإن مات فعليه نصف بدل نفسه. فإن قيل: هذا مخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقض ضمانه. أجيب بأن محمداً قال في النوادر: إنه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان. وأما إذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامناً نصف بدل النفس لذلك. فإن قيل: التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى، لأن قطع الحشفة أشدّ إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حزّ الرقبة. أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع إتلافاً، والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدراً بخلاف الحر فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً. قال: **(والأجير الخاص الخ)** الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر

قوله: **(لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه)** أقول: قوله الذي صفة للأثر قوله: **(لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)** أقول: الحكم يدار على دليله، وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان، فقوله لأنه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمين
قوله: **(وهي لا تقتضي السلامة)** أقول: قال الله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾

لأنه متبرّع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال: **(إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده)** لأن الواجب ضمان الآدمي، وأنه لا يجب

الثوب من دقه من صور مسألتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذ قد مر في أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى. فقد تلخص منه أن العمل على نوعين: نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار. ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحمال والملاح. وأن المعقود عليه في النوع الأول هو الأثر وهو الوصف القائم في الثوب، والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير. ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح، وإذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصوّر أن يكون له وسيلة إلى الأثر، وكيف يصح أن يقال فيها الأثر هو المعقود عله حقيقة، وقد صرح فيما مرّ بأن المعقود عليه هناك نفس العمل، وكذا قوله: حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر بمستقيم على إطلاقه، إذ قد مرّ أيضاً الباب المزبور أنه إذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره، لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه انتهى. نعم إذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله كما مر هناك أيضاً فكان الدليل خاصاً والمدعي عام. والأولى في التعليل ها هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأن الإذن إنما يثبت ضمناً للعقد والعقد انعقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مرّ في البيوع، فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذوناً فيه، كما لو وصف نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر اهـ. قوله: **(بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده)** قال صاحب العناية: ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اهـ. وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال: الحكم يدار على دليله وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله: لأنه يمتنع عن التبرّع بيان لحكمة عدم التضمين اهـ. أقول: هذا لا يجدي شيئاً لأن صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرّع في صورة حصول المضرّة به لغير من تبرّع له، بل أراد منه بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ها هنا لحديث جواز كون الحكمة أخص، على أن لصاحب العناية أن يقول: لا يصلح قوله: لأنه يمتنع عن التبرّع بياناً لحكمة عدم التضمين أيضاً، فإنه إذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين، بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اهـ. أقول: ولقائل أن يقول: هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر إلى من تبرّع له لا يقتضي جواز ذلك إذا تضمن ضرراً لغير من تبرع له، ألا يرى أنه إذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك أنه يلزم الضمان فلم لا يلزمه الضمان إذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل

بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل، كمن استؤجر شهراً لخدمة شخصين أو لرعي غنمه، وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك. والجواب عنه فعليك بمثله ها هنا، وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله: **(ولهذا)** أي ولأن الأجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له **(يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل)** على بناء المفعول، بخلاف الأجير المشترك. فإنه روي عن محمد

بالعقد، وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة، وضمان العقود لا تتحمله العاقلة. قال: **(وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه)** أما الضمان فلما قلنا، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدّياً من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعدياً وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أيّ الوجهين شاء. وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما

للأجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل قوله: **(وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه)** هذا جوّاب عما عسى أن يقال: انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله؟ فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فإنه يجوز أن يقال هناك أيضاً: إن الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق. ثم أقول: يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً كما مر فلا اعتبار له، وأما ها هنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصوداً فله اعتبار وحكم: **(قوله لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يحب بالجناية)** قال في الكفاية: لا يقال إن ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد، لأن المسبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي اهـ. أقول: فيه بحث، وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدّي وقد وجب على الأجير المشترك في مسألتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة، ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئاً كما مر. ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل بالمفسد، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح، وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسألة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الأحكام قوله: **(وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان)** لأنه ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسألة الجامع الصغير الأجرة وحجامه العبد بأمر المولى، حتى إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في إحداهما مذكوراً في الأخرى، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها: لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية الجامع الصغير، وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما سكت عنه رواية المختصر. فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ. وأما صاحب العناية

في خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى ربّ الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبيّ لأنه بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً، ولو كان أجيراً خاصاً

قوله: **(فلأنه إذا انكسر في الطريق الخ)** أقول: تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ قوله: **(وأما في الجامع، إلى قوله: والهلاك)** أقول: فيه بحث قوله: **(ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن)** أقول: لأن التخصيص بالذكر في الروايات يفيد نفي الحكم عما عداه قوله: **(ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن)** أقول: لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل، وإنما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل.

استوفى أصلاً. قال: **(وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك. وفي الجامع الصغير: بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه)** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان. ووجهه أنه لا يمكنه التحرّز عن السراية لأنه يبتني على قوّة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل، ولا كذلك دقّ الثوب ونحوه مما قدمناه، لأن قوّة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. قال: **(والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم)** وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل. قال: **(ولا ضمان على الأجير**

فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان. أما في القدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضوع المعتاد، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن، وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اهـ كلامه. أقول: في بيانه خلل، فإنه جعل الهلاك أيضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير، وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعاً من البيان مخصوصاً به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما، فإنه قال في مختصر القدوري: فيما عطب من ذلك، وقال في الجامع الصغير: فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك، بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير، فإن أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات قوله: **(والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل)** قال صاحب العناية: وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك. والجواب عنه فعليك بمثله ها هنا اهـ. أقول: لا يذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتمشى ها هنا، يظهر ذلك بأدنى وجه وتدبر فكأن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال: وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى. ولم يتعرض للجواب، لكن في تحريره أيضاً ركاكة، لأن المذكور فيما تقدم تعرف الأجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله: وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة، اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد من الشبهة قوله: **(لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس)** فإنه يقبل أعمالاً كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه، كذا في العناية أخذاً من الكافي. قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإن حكمها بالضمان إنما تنشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجراء في

فنقضه استحق الأجر **(ولا يضمن ما تلف في يده)** بأن سرق منه أو غاب أو غصب **(ولا ما تلف من عمله)** بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه إذا لم يتعمد الفساد، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع إذا تعدى **(أما الأول)** وهو ما إذا تلف في يده **(فلأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس)** فإنه يقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها

قال المصنف: **(لأنه يبتني على قوة الطباع وضعفها)** أقول: ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل، والمراد لأن السراية وجوداً وعدماً تبتنى قوله: **(حتى إن الختان إذا ختن فقطع الحشفة)** أقول: وفي صحة التفريع كلام، ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة قوله: **(فعليك بمثله ها هنا)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولو كان أجيراً خاصاً فنقضه)** أقول: يعني نقضه أجنبي قوله: **(لحصول القبض بإذنه)** أقول: القبض بالإذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول: ولا أجر للحفظ، إلا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق قوله: **(وقد ، يعجز عن قضاء الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها)** أقول: فيه بحث، فإن حكمها بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجزاء في الحفظ. والأظهر أن يقال: وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الوحد فبقي على القياس.

الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس، والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس. وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه، والله أعلم بالصواب.

الحفظ انتهى. أقول: هذا البحث ساقط جداً، إذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكمها بضمان الأجير المشترك، وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلاً، على أنه لو كان ما ذكر هنا أيضاً دليلاً لا حكمة لم يلزم محذور قط، إذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فما مر ولا تعارض، فلا مانع عن كون هذا وذاك معاً دليلاً على الحكم.

فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه **(والأجير الوحد لا يقبل العمل)** بل يسلم نفسه **(فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس، وأما الثاني)** وهو ما إذا تلف من عمل **(فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر)** بتسليم النفس صح تصرفه فيها، والأمر بالتصرف فيها **(فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور)** أي الأجير **(نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه، والله أعلم)**

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز، وأيّ عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين، وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال: آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة، غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار **(ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله**

باب الإجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين قوله: **(غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك، إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار)** استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال: أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكروا، وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة، وهي تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمه، إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه. وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال: بعد ذكر ذلك الاستشكال فى صورة أن يكون من عند نفسه. ويمكن الجواب بأن يقال: إن الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع حين وجوب الثمن إلا بإثبات الخيار، والأجرة في باب الإجارة لا تجب بمجرد العقد بل العمل، وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة إلى إثبات الخيار، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا الجواب بشيء إذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ها هنا، والإشكال المزبور إنما يتجه بعد ذلك، فإن الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه، إذ العمل في نحو استئجار الدار إنما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها، وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول: بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع أصل الإشكال قوله وقال زفر: **(الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته يدلان على البدل فيكون مجهولاً وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان)** بيان ذلك أن ذكر اليوم

باب الإجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين.
قال: **(وإذا قال للخياط الخ)** إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فلك درهم وإن خطته رومياً فلك درهمان جاز بالاتفاق، وأيّ العملين عمل استحق الأجر المسمى له، وكذلك إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين، وكذلك إذا كان بين ثلاثة أشياء، أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل، وعند ذلك

باب الإجارة على أحد الشرطين

قوله: **(إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب)** أقول: فإن قيل: أليس هذا تعليقاً والإجارة لا تقبله، قلنا: ليس هذا تعليقاً لعقد الإجارة بأمر آخر كأن يقول إن جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد، أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه قوله: **(غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع)** أقول: يعني خيار التعيين.

عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم. وفي الجامع الصغير: لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم. وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان قال زفر: الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولاً، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان. ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت. وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان، ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة

للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بأن قال: خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر، فكذا ها هنا. وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بأن قال: خطه غداً بنصف درهم كان للترفيه فكذا ها هنا، إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان. أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم. وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال: خطه بدرهم أو نصف درهم، وهو باطل لكون الأجر مجهولاً وذلك يفضي إلى النزاع، كذا في الشروح والكافي. قال صاحب العناية: بعد ذلك البيان. والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل، فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى. أقول: فيه نظر، لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصوّر إذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان، ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعاً لأن العمل المشروط أمر واحد، ففي أيّ يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل. فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة، ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحاً قوله: **(ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان)** قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية: وفيه كلام.

يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار. وإذا قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم. قال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز والثاني فاسد، فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً فله أجر مثله. وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه. وقال زفر: الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع، وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ها هنا. وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بقوله خطه غداً بنصف درهم كان للترفيه فكذا ها هنا إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان، أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم، وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق، لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولاً. والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم. ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لأنه حقيقته فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليق: أي للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد

قوله: **(والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل)** أقول: فيه بحث، إذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم، فالأولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم قوله: **(كما تقدم)** أقول: آنفاً قوله: **(فتكون مرادة لكونها حقيقة)** أقول: فيه شيء، بل حقيقته التعليق لمكان أن، وجوابه ظاهر، فإنه قال: ذكر الغد للإضافة وهي حقيقة، ودخول إن بعد التقييد بالغد قوله: **(فيكون مراده التعجيل)** أقول: لا يقال هذا مخالف لما قالاه آنفاً من أن ذكر اليوم للتأقيت، لأنه ليس معنى كلامه أن

اختلاف النوعين. ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة، ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل، وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم، فيصح اليوم الأول ويجب المسمى،

وهو أن الإمامين جعلا اليوم في مسألة أن يستأجر ليخبز له اليوم كذا بكذا للتعجيل هرباً عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الأمر الباطل ها هنا انتهى. أقول: هذا الكلام ظاهر الاندفاع، لأن الإمامين إنما حملا اليوم ها هنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح، وإنما جعلا اليوم في مسألة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو يصحح العقد. فإن الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن، وإنما أمكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما، ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: قد جعلا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ها هنا؟ قلت: هنالك حملاً على المجاز تصحيحاً للعقد وها هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد، والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه قوله: (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الإضافة: أي للإضافة حقيقة، لأن الإجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة، كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم: ولهذا ذكر في بعض النسخ الغد للإضافة. وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالإضافة: ويجوز أن يقال: عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة، لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق: أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير، إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث، إذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويفسد الثاني، إذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد إلا تسمية واحدة هي التسمية الأولى، ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجويز ذلك المعنى ها هنا إفساد لدليل أبي حنيفة بل لمدعاه أيضاً، فكأنه إنما اغترّ بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الإمامين. المراد من التعليق الإضافة، لأن تعليق الإجارة لا يجوز وقال: أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لا تعليق الإجارة انتهى. ولكن لا يخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الإمامين لا يستلزم محذوراً يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة، فإنهما يقولان: لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك، بخلاف قول أبي حنيفة: كما عرفت قوله: (ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإنا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت

ثابتاً في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله: (ولأن التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة، فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة ننذة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية (ولأبي حنيفة أن

التعجيل معنى مراد بذكر اليوم، بل إنه لازم من لوازم معناه فتأمل، ويجوز أن يحمل الكلام على الإلزام قال المصنف: (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول: قيل إذا تأملت في كلام الهداية: أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية. فإن صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته: أعني التوقيت لزوم فساد العقد، ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط، إذ القرينة المانعة عن إرادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرف. نعم لو جعل المناط من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لأنه

ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني. وفي الجامع الصغير لا

يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل، كذا في العناية وغيرها. أقول: يشكل هذا مسألة الراعي فإنه يجتمع فيها العمل والوقت، وتصح الإجارة بالاتفاق، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد، بل يعتبر الأجير أجيراً مشتركاً إن وقع ذكر العمل أوّلاً، وأجير وحد إن وقع ذكر المدة أولاً، صرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني. قال صاحب الكافي: وفي المسألة إشكال هائل على قول: حنيفة رحمه الله، فإنه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد، وفي مسألة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره. والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز، وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا إلى المجاز بهذا الدليل، ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مراداً ففسد العقد، انتهى كلامه. وزاد عليه تاج الشريعة سؤالاً وجواباً فلخصهما صاحب العناية فقال: بعد ذكر ذلك الإشكال. والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال. والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى. أقول: يشكل الجواب المذكور عن ذلك الإشكال بمسألة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه، ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلا أجر لك، قال محمد في الأمالي: إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعاً، لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقداً لا تسمية فيه فيجب أجر المثل، انتهى لفظ المحيط. فإن أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الأول في هاتيك المسألة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه، إذ لا شك أن قوله: إن خطته غداً فلا أجر لك لا يكون دليلاً على عدم إرادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت، بل يكون دليلاً على إرادة حقيقة ذلك، إذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الأجر بالكلية في الغد، وإذا كان التوقيت مراداً بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسألة المخاتيم جداً على قول أبي حنيفة: فليتأمل. واستشكل

ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للإضافة، ويجوز أن يقال: عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة، لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق: أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير، وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز، وإذا كان للإضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم **(ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل)** فإنا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل **(وحينئذ تجتمع في الغد**

زاد له في الأجر متى خاط في اليوم ونقص متى أخر، وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريبة، ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى، وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل. وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام قوله: **(لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحط النصف الآخر الخ)** أقول: فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد قوله: **(وهو يقبل التأخير)** أقول: كان الظاهر أن يقول: وهو يقبل التعليق كما لا يخفى، لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مراراً.

يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو

الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل. وقال: ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت، وقال: وفيه تأمل انتهى. أقول: لا يتوجه هذا الاستشكال رأساً إذ لا نسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة، بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضاً من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الإفراد. وإني تتبعت عامة المعتبرات ولم أجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند أبي حنيفة، بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة، فإن الإمام الزاهدي قال: في شرحه لمختصر القدوري نقلاً عن شرح الأقطع: ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى. نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في أثناء بيان دليل زفر في المسألة التي نحن بصددها توضيحاً لقوله: إن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت، ولهذا لو أفرد العقد في اليوم بأن قال: خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ها هنا انتهى. لكن الظاهر أن ذلك القياس المذكور في دليل زفر إنما ينتهض حجة على الإمامين، فإنهما يقولان بالتعجيل حالة الإفراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر قوله وفي الجامع الصغير: **(لا يزاد على درهم ولا ينتقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان)** أقول: فيه نظر، إذ قد تقرر في أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية في الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا

تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول: في جعل اليوم لتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية، وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكماً. والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى والضمنيات غير معتبرة. واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة المخاتيم، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد، وها هنا للتعجيل وصححه. وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه، وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير، بخلاف حالة الانفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراداً وفسد العقد. ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال. والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال. ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق، وإذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني. روي عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني. قال القدوري رحمه الله: هي الصحيحة **(وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى)** وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه. قال: **(ولو قال: إن سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم الخ)** ولو قال: إن سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم، وإن سكنته حداداً فبدرهمين، وكذا إن استأجر بيتاً فقال إن سكنت فيه عطاراً فبدرهم، وإن سكنت فيه حداداً فبدرهمين، ولو استأجر دابة إلى الحيرة على

قوله: **(وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير)** أقول: ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل، ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل قوله: **(بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل)** أقول: يعني دليل على المجاز قوله: **(زائد على الجواز**

الصحيح. لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال: **(إن سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن سكنته حداداً فبدرهمين جاز، وأيّ الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبي حنيفة. وقالا: الإجارة فاسدة، وكذا إذا استأجر بيتاً على أنه إن سكن فيه عطاراً فبدرهم وإن سكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز. ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف. وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كرّ حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يجوز)** وجه قولهما أن المعقود علي مجهول، وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة. أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة، وهذا الحرف هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما

ولا تمنع النقصان أصلاً، بل يجب أجر المثل وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ها هنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفاً لما تقرر قوله: **(أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة، وهذا الحرف هو الأصل عندهما)** قال صاحب التسهيل: يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين، فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقاً إلا عند زفر، انتهى كلامه. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن الأجر وإن وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية، بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد، فإنهم صرحوا بأنه إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة فلم يركبها وجبت الأجرة انتهى. ففي مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين، بخلاف ما نحن فيه على أصلهما قوله: **(ولو احتيج الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به)** يعني ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم، بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به. أقول: لقائل أن يقول: لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الإجارة بناء على كونه متيقناً لصحت

أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كرّ حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف. وإنما قال ذلك لأن هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها. وجه قولهما إن المعقود عليه أحد الشيئين، وكذلك الأجر أحد الشيئين وهو مجهول، والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان. فإن قيل: مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة. أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة. أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة. وهذا الحرف: أي قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة أنه خيّره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا أي كونهما مختلفين لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد؛ ألا ترى أنه أي إسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد

بظاهر الحال) أقول: قوله على الجواز متعلق بقوله زائد قوله: **(وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم)** أقول: لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغاً ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين، فإن هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر إلى لفظ المؤجر قوله: **(والتسليم في العبد)** أقول: فيه شيء، وكان الظاهر أن يقال: والتسليم في الدابة.

في مسألة الرومية والفارسية، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد؛ ألا ترى أنه لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها، والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به.

الإجارة فيما إذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال: خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم، أو قال: أسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الأجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع، والله الموفق.

وكذا في أخواتها قوله: (والإجارة) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية الخ، وتقريره أن الإجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به (ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الأجرين للتيقن به).

باب إجارة العبد

قال: **(ومن استأجر عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك)** لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق، ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار،

باب إجارة العبد

قال صاحب النهاية: لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرّ شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد، إذ العبد منحط الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى. واقتفى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه. وقال صاحب غاية البيان: لما كان إجارة الرقيق نوعاً من أنواع الإجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة، وأخر ذكرها لأن الجنس مقدم على النوع، وقال: هذا ما لاح لي من وجه المناسبة، وما قيل في بعض الشروح إن العبد منحط الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر، لأن صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب، وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب، وترجم الباب بباب إجارة العبد كما ترجم في الأصل بباب إجارة الرقيق للخدمة وغيرها، وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منحط الدرجة عن الحر لأنه لا ولاية له أصلاً فلا يصح تصرفه في شيء إلا بإذن المولى وهذا مسلم، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لأنه لم يوجد منه تصرف أصلاً في عقد الإجارة لا أصالة ولا نيابة، بل هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة كالدابة ونحو ذلك، فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن إلا تنويع المسائل، إلى هنا كلامه. أقول: في الوجه الذي لاح له نظر، لأن مجرد كون الجنس مقدماً على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب إلى هنا، فإن مسائل كثيرة من الأبواب السابقة مختصة أيضاً

باب إجارة العبد

تأخير ذكر إجارة العبد عن إجارة الحرّ لا يحتاج إلى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته **(ومن استأجرها عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة)** لا محالة **(فلا ينتظمها الإطلاق)** واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى، وللمولى أن يسافر بعبده فكذا للمستأجر. وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك، ونوقض بمن ادعى داراً وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته. وأجيب بأن مؤنة الردّ في باب الإجارة على الآجر بعد انتهاء العقد، لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث إنه تقرر حقه في الأجر، فالمستأجر إذا سافر بعبده يلزم المؤجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد، وربما يربو على الأجرة. وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه، فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك، وهذا كما ترى انقطاع لأن المعلل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد، ولعل الصواب أن يقال: لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان، فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى، والعرف يوجبه، أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجبه **(ولهذا جعل السفر عذراً)** يعني إذا استأجرها غلاماً ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الإجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر تضرر فكان عذراً تفسخ به الإجارة قوله: **(فلا بد من اشتراطه)** متعلق بقوله فلا ينتظمها الإطلاق **(ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر)** فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين **(فإذا تعينت الخدمة في الحضر عرفاً لا يبقى غيرها داخلاً كما في**

باب إجارة العبد

قوله: **(تأخير ذكر إجارة العبد)** أقول: أي نفسه، وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطراداً كما سبق في باب العشر والخراج، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل قوله: **(واعترض بأن المستأجر)** أقول: معارضته قوله: **(وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الآجر الخ)** أقول: في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني: وإذا استأجر عبداً بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكاناً للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة، فإن سافر به ضمن، هكذا ذكر محمد المسألة في إجارات

ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب (ومن استأجر

بالنوع لا عامة للجنس، ألا يرى أن مسائل باب الإجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الإجارة، وكذا مسائل باب الإجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان إلى غير ذلك من المسائل الأخرى المتقدمة، وإنما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الإجارة من الأحكام العامة لجنس الإجارة دون غيرها من الأحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب. وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير إجارة العبد: أي نفسه وقال: وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطراداً كما سبق في باب العشر والخراج، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل. أما أولاً فلأن الإجارة في اللغة اسم للأجرة وهي كراء الأجير، صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة، ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدراً قط، وإنما المصدر من الثلاثي الأجر، ومن المزيد عليه الإيجار والمؤاجرة، فلم يتصور أن يكون للإجارة فاعل ومفعول، فلم يصح القول: بأن الإجارة ها هنا مضاف إلى الفاعل وأن المعنى إجارة العبد نفسه. وأما ثانياً فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل: ثنتان منها متعلقتان بإيجار العبد نفسه، وثلاث منها متعلقات بإيجاز الغير إياه، فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكره فيه استطرادياً كما يقتضيه قوله: وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً ما لا تقبله فطرة سليمة. ثم أقول: في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر أن انحطاط درجة العبد عن الحرّ كما يظهر له أثر فيما إذا وجد من العبد تصرف في عقد الإجارة، كذلك يظهر له أثر فيما إذا لم يوجد منه تصرف في ذلك، ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة، إذ لا شك أن في كل من تينك الصورتين

الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ها هنا **(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً)** فعمل **(فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترده منه الأجر استحساناً. وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر)** فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب **(فصار كما إذا هلك العبد)** فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان لا يجتمعان **(وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضارّ على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه)** قال: **(ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه الخ)** ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع، والمحجور مأذون في المنافع. ولأبي حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم

الأصل. وذكر في صلح الأصل أن من ادعى داراً وصالحه المدعي عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: لم يرد بقوله يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به، وإنما أراد به أن يخرج إلى أهله في القرى وأفنية البلد. قال: وهذا كما قلنا في باب الإجارة: من استأجر عبداً ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج إلى أهله وأفنية البلد. وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسألة الإجارة ومسألة الصلح، وكان يقول في مسألة الصلح: لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة. وحكي عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ أنه كان يقول: لا رواية عن محمد في فصل الإجارة، فلقائل أن يقول: لمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح. ولقائل أن يفرق بينهما، وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجارات الأصل على نحو ما كتبنا انتهى. فعلم من ذلك إمكان المنع في مسألة الصلح فتأمل قوله: **(لأن المنفعة في النقل كانت له)** أقول: يعني كانت للأجير قوله: **(وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه)** أقول: الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها لما أنه ليس عقداً برأسه فهذا الصلح محمول على الإجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه، وإلا فما الفرق؟ والجواب أن الفرق واضح فإن المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء، والتفصيل في النهاية قوله: **(ويلزمه)** أقول: أي يلزم الأجر قوله: **(وليس المستأجر كذلك)** أقول: والمصالح أيضاً ليس كذلك قوله: **(ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر)** أقول: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً.

عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل. والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه **(ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن)** لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوّم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه

حكماً خاصاً يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله: في الوجه الذي اختاره، وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة. ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحرّ بل إنما هو لانحطاط درجته عن الحرّ؛ فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه: أخر الأحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحرّ لانحطاط درجة العبد عن الحر وجهاً جارياً في الصورتين معاً شاملاً للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول: صاحب الغاية، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أوّل الباب باستئجار العبد الخ، إذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله. ثم إن إضافة الإجارة إلى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الإضافة إلى الفاعل ولا من قبيل الإضافة إلى المفعول لما عرفت، بل من قبيل الإضافة لأدنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفاً في نفس عقد الإجارة كما في بعض مسائل هذا الباب، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب، ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد قوله: **(ومن استأجر عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق)** فإن قيل: إن المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره؟ قلنا: إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبة أجيره، كذا في الكافي وعامة الشروح. ونقض هذا الجواب بمن ادعى داراً وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته. وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرّر حقه في الأجر، فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الأجرة. وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست

بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب، إذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب. فإن قيل: الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا إحراز فيه. أجيب بأنه تابع للأم لكونه جزءاً منها وهي محرزة، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة **(وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر)** من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا كان مأذوناً له وهو العاقد رجع الحقوق إليه فكان له القبض. وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه ووضع المسألة فيما إذا آجر العبد المغصوب نفسه، فإن آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق، وإن آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى لأنه العاقد **(ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز، والشهر الأول منهما بأربعة لأنه المذكور أولاً، والمذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرّياً للجواز)** وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولاً، والإجارة تفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز، كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهراً وسكت فإنه ينصرف إلى ما يلي العقد **(أو نظراً إلى تنجز الحاجة)** فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك، والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة. قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً، والمذكور في الكتاب

فكيف يحرز ما في يده. **(وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه)** لأنه وجد عين ماله **(ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً)** لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر **(ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز، والأول منهما بأربعة)** لأن الشهر المذكور أوّلاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو

على المدعي عليه، فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك، كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: لقائل أن يقول: يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد إذا التزم مؤنة الرد وإن لم يرض به المؤجر، لأن حاصل هذا الجواب أنه إن سافر المستأجر بالعبد في باب الإجارة يترتب الضرر على المؤجر بإلزامه إياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد. ولا يخفى أن ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً ما لم يشترط ذلك. فتأمل. وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال: وهذا كما ترى انقطاع، لأن المعلل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهي قوله: والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول: ويلزمه مؤنة الرد. ثم قال: ولعل الصواب أن يقال: لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري تقيد بمكان وزمان، فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه، أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجبه، انتهى كلامه. أقول: فيما استصوبه نظر، لأنه ينتقض بمسألة الصلح، إذ لا شك أن المصالح أيضاً لا يملك منافع العبد على الإطلاق كالمولى، بل هو أيضاً إنما يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع أن له أن يسافر بالعبد، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى الفرق قوله: **(ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب)** قال بعض الفضلاء: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً انتهى. أقول: الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل في إطلاق العقد رأساً بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر، ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد، فبعد تعينها لا يبقى المحال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولاً لتعينه للركوب فكذا ها هنا، ويرشد إلى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد، وربما يربو ذلك على الآجر فيتعين موضع العقد مكاناً للاستيفاء بدلالة الحال، كذا في المبسوط والذخيرة انتهى قوله: **(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر)** قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسألة: ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل فأعطاه الأجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله: فعمل واقتفى أثره صاحب العناية أقول: فيه شيء، وهو أن وضع هذه المسألة فيم إذا استأجر عبداً

ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر، فكأن المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً

قوله: **(أجيب بأنه تابع للأم بكونه جزءاً منها وهي محرزة)** أقول: لا يقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لأن عدم إحرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزاً في حق المالك قوله: **(قيل مبني هذا الكلام على أنه ذكر منكراً الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المصنف إنما يستدل بتنكير شهراً لا بتنكير شهرين، فلا مساس لهذا السؤال ظاهراً، ويجوز أن يقال قوله شهراً تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحدا بهذا الاعتبار، لكن لا يخفى عليك أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفاً كما في الكتاب فجواب الكتاب أيضاً ما ذكر قوله: **(وأجيب بأن المذكور)** أقول: المجيب هو الإمام حميد الدين الضرير في حواشيه على الهداية، ثم قال مولانا ظهير الدين: وقد رأيت

نظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. **(ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أوّل الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا**

محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر، وقد تقرر عندهم، وعرفت فيما مر غير مرة أن الأجير يصير بذكر الوقت أجيراً خاصاً، وقد مر في باب ضمان الأجير أن الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسألة بعد ذكر المدة. نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الأجر، فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الأجر، إلا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسألة اعتماداً على ظهور كونه مراداً. فإن قلت: من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس. قلت: لا يرى له وجه صحيح، إذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام، فإن العمل يوجد بدون تسليم النفس في الأجير المشترك مطلقاً، وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الأجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل؟ وإرادة تسليم النفس والإنصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف قوله: **(لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً إلى تنجز الحاجة)** قال تاج الشريعة: فإن قلت: هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله: هذين. قلت: رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله: هذين، بل في كل واحد منها استأجر عبداً شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، ويحتمل أن يحمل قوله: هذين على ما إذا قال المؤجر: آجرت منك هذا العبد شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فقال: المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله: هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينفي التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعيين، إلى هنا كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال، ولكن بنوع تغيير تحرير في أوائل المقال. وقال صاحب العناية: قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً والمذكور في الكتاب ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر: واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر، فكأنّ المؤجر قال: آجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، فقال المستأجر: استأجرته هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، انتهى كلامه. أقول: لا الشبهة شيء ولا الجواب. أما الشبهة فلأن التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهراً بأربعة وشهراً بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين، إذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع، وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإبهامه، فاحتيج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلاً. وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر: لما صح تنكير عبداً في قوله ومن استأجر عبداً هذين الشهرين، بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه. على أن كون اللام في قول المستأجر: للعهد إنما يتصوّر فيما إذا كان كلام المؤجر مقدماً على كلام المستأجر في العقد، وليس ذلك بلازم فإن أياً من المتعاقدين

بخمسة قوله: **(ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم الخ)** ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق، ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس

كثيراً من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والإسبيجابي والمعينة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين، بل فيه إذا استأجر عبداً شهرين بأربعة وشهراً بخمسة فقال مولانا: تأملت فلم أجد له مخلصاً سوى هذا انتهى. ويقول الضعيف مستعيناً بالله: يجوز أن يكون وضع المسألة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير، وإنما ذكر المصنف معرفاً نظراً إلى تعينه المآلي حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل.

قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه.

تكلم أولاً يصير كلامه إيجاباً، فإذا قيل الآخر ألزم العقد، فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر: لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسألة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه. ثم أقول: لعل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسألة مخالفاً لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعاراً بأن جواب هذه المسألة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين، بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهراً في شهراً بأربعة وشهراً بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفاً. وقال بعض الفضلاء: يجوز أن يكون وضع المسألة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير، وإنما ذكر المصنف معرفاً نظراً إلى تعينه المالي حيث يتصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله: هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى. أقول: ليس هذا بشيء أيضاً، إذ لا يذهب عليك أن قوله: شهر بأربعة وشهراً بخمسة من كلام المستأجر، وأنه تفصيل للشهرين، فلو لم يكن قوله: هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل. ثم أقول: بقي ها هنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسألة غير مختص بصورة أن يكون الأجير عبداً بل هو متمش في صورة إن كان حرّاً أيضاً لعين الدليل المذكور في الكتاب، فوجه ذكر هذه المسألة في باب إجارة العبد غير واضح، فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة في الأبواب السابقة مشترك بين الحرّ والعبد. ولا يقال: إن كون الأجير عبداً أكثر من كونه حرّاً، فبنى الأمر على الأكثر، إذ لا نسلم أن ذلك أكثر، بل الظاهر أن كون الأجير حرّاً أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله، وأيضاً لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضاً في هذا الباب، والله الموفق للصواب.

بناهض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه. وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في المدة، ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة، والله أعلم.

باب الاختلاف في الإجارة

قال: **(وإذا اختلف الخياط وربّ الثوب فقال ربّ الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصاً أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب)** لأن الإذن يستفاد من جهته؛ ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته، لكن يحلف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه. قال: **(وإذا حلف فالخياط ضامن)** ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء

باب الاختلاف في الإجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها وهو الفرع، إذ الاختلاف إنما يكون بعارض قوله: **(وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار)** يعني به ما مر قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة: ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قبله، كذا في الشروح. واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخاط قباء، وها هنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسألتين كيف يتحد الجواب؟ وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسألتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب، ولما حلف كان القول قوله: فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء، هذا خلاصة ما في النهاية والعناية. وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال: ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد. أما أولاً فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدّي مقرراً عندهما فيجب الضمان قطعاً. وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدّي على زعم الأجير ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء. فكيف يصح أن يقال: إذا كان الحكم ذلك: أي الضمان إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا

باب الاختلاف في الإجارة

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع، لأن الاختلاف إنما يكون لعارض قال: **(وإذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ)** إن اختلف المتعاقدان في الإجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الإذن، وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله، لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له، فكذا إذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لأنه أنكر ما لو أقرّ به لزمه، فإن حلف فهو بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء. واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وها هنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك؟ وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء، لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء. وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه: أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ، فالأولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية، والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد. وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال، فلا يصير صاحب الثوب مشترياً للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب. ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك، وإن اختلفا في وجود الأجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله، لأن تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حريفاً له: أي خليطاً له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة

باب الاختلاف في الإجارة

قال المصنف: **(لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله)** أقول: في الشرح الشاهاني: أي لو أنكر عقد الإجارة أصلاً كان القول لصاحب الثوب انتهى، وفيه بحث.

أخذه وأعطاه أجر مثله، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى. وذكر في بعض النسخ: يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب **(وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب)** عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله إذ هو يتقوّم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف: **(إن كان الرجل حريفاً له)** أي خليطاً له **(فله الأجر وإلا فلا)** لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما وقال محمد: **(إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله)** لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر. والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم.

اختلفا. وأما ثانياً فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف، ومعناه ما مر من قبل. والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه، فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا قوله: **(والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق)** يعني أن الحاجة ها هنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق. قال بعض الفضلاء: فرّق بين الظاهر والاستصحاب، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى. أقول: المراد بالظاهر ها هنا ظاهر الحال، وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع. وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فإنها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول، والله الموفق للصواب، وإليه المرجع والمآب.

بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا، لأن سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما. وقال محمد: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لأنه منكر، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ها هنا للاستحقاق لا للدفع.

قوله: **(واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان الخ)** أقول: ولك أن تقول: إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس، ودليل المسألتين ما سيجيء في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف: **(وقال محمد: إن كان الصانع معروفاً الخ)** أقول: قال الزيلعي: والفتوى على قول محمد انتهى. وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى، وما في شرح الشاهاني: والفتوى على قول محمد انتهى، ذكره جدي الشيخ الإمام المحجوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير قوله: **(وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ)** أقول: فرق بين الظاهر والاستصحاب، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد.

باب فسخ الإجارة

قال: **(ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضرّ بالسكنى فله الفسخ)** لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه. قال: **(وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة)** لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر. ومن أصحابنا من قال: إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصوّر عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض. وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر، وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ **(ولو انقطع ماء**

باب فسخ الإجارة

ذكر باب الفسخ آخراً لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخراً قوله: **(وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز)** قال في العناية: لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصوّر في المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع، فلو قلنا: بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث. انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأنه قد مرّ في أول باب الأجر متى يستحق أن الأجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه. فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الأوليين فيما إذا مات المؤجر لم يلزم القول انتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث، لأن المورث قد كان ملك الأجرة في حال حياته بتعجيل الأجرة أو بشرط تعجيلها، فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وإن تم في حق المنفعة لم يتم في حق الأجرة. والأظهر في تعليل هذه المسألة أن يفصل فيستدل على انفساخ الإجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلاً عن المبسوط حيث قال فيها: ولنا طريقان: أحدهما في موت المؤجر فنقول:

باب فسخ الإجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة، إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة. قال: **(ومن استأجر داراً)** تفسخ الإجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الإجارة لأجلها، وكذا بالأعذار عندنا خلافاً للشافعي، فإذا استأجر داراً **(فوجد بها عيباً يضرّ بالسكنى فله الفسخ)** وكذا إذا استأجر عبداً للخدمة فذهبت كلتا عينيه، وأما إذا كان عيباً لا يضرّ كحائط سقط لم يكن محتاجاً إليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا فسخ له قوله: **(لأن المعقود عليه)** دليل على ذلك، ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئاً فشيئاً، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثاً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل المعقود عليه وهو المنافع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فإن المشتري إذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك، وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه **(وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة)** وهذا قول بعض أصحابنا. وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع، ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة إلى أن عقد الإجارة ينفسخ بانهدام الدار، لأنه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد

باب فسخ الإجارة

قوله: **(لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ)** أقول: قوله به زائد لا طائل تحته بل مخل، فإن المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر، ولعله زيادة من الناسخ، ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لا بالمملوكة، وقوله لأنه ينتقل مبنى على

الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الآجر بحصته) لأنه جزء من المعقود عليه. قال: **(وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت)** لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز **(وإن عقدها لغيره لم تنفسخ)** مثل الوكيل

المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الإجارة تتحدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة، وليس له ولاية إلزام العقد في ملك الغير. والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث؛ ألا ترى أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة، وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة، وهذا لأن الوراثة خلافة ولا يتصوّر ذلك إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث، والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لأن وارثه لا يخلفه فيه، كذا في المبسوط، إلى هنا لفظ النهاية قوله: **(وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار)** أقول: في هذا الدليل للشافعي شيء، وهو أنه قد تقرر عندهم أن الإجارة على نوعين: نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار

بعيب وهو لا يصح إلا بحضرة المالك بالإجماع، واستدل المصنف على ذلك بقوله: **(لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر، ومن أصحابنا من قال: إن العقد لا ينفسخ، و)** صحح النقل بما روى هشام **(عن محمد فيمن استأجر داراً فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر، وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ)** واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصوّر عودها فأشبه إباق العبد المبيع قوله: **(ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه)** أورده استشهاداً به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء. قال: **(وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت، لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز)** لأن الانتقال من المورّث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة، لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث. وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصيّ والمتولي في الوقف **(لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه)** وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز، لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصوّر في المنفعة والأجرة المملوكة، فإنه في الابتداء كان واقعاً لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك. ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين قد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد. وأجيب بأن ذلك للضرورة، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه، حتى قال بعض مشايخنا: إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة، وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر، وإذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري، والمستحسن لا يورد نقضاً على القياس كتطهير الحياض والأواني، ونوقض بما إذا مات الموكل فإنه تنفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم، فإنا قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله. ووجه نقضه هو أن المعنى

الفرض والتقدير، والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد. ثم قول: المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر.

والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى. قال: **(ويصح شرط الخيار في الإجارة)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه ردّ المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال، وكل ذلك يمنع الخيار. ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة، وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الردّ بخيار العيب، فكذا بخيار الشرط، بخلاف البيع، وهذا لأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة. قال: **(وتفسخ الإجارة بالأعذار)**

رجل على صبغ ثوب أو خياطته، ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة، والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الأول أصلاً لأن عدم إمكان رد المعقود عليه بكمال وعدم إمكان تسليمه أيضاً على الكمال إنما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح، وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعاً، وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني، وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية، كاستئجار دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها، وإنما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصراً عن إفادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الإجارة مطلقاً فليتأمل قوله: **(ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ)** قال ابن العز: القول بفسخ الإجارة بالأعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابي: بل

الذي انفسخ العقد إذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجودة فيه فالفسخ لأجله. قال: **(ويصح شرط الخيار في الإجارة)** إذا استأجر داراً سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائزة عندنا **(وفي أحد قولي الشافعي: لا يجوز لأن الخيار إن كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك، وكل ذلك يمنع الخيار)** وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ها هنا **(ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس، وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه، والجامع دفع الحاجة)** فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروّي لئلا يقع فيه الغبن **(وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب)** كما تقدم **(فكذا بخيار الشرط)** قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح، وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيهما لا يصح. وقوله: **(بخلاف البيع)** متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه **(وإنما كان فواته في الإجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع، لأن ردّ الكل في البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيه دونها)** لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع **(ولهذا)** أي ولأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة **(يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضيّ بعض المدة)** لأن التسليم بكماله غير ممكن، وهذا عندنا خلافاً للشافعي، قال في المبسوط: إذا استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضي شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا، ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك، وقال الشافعي رحمه الله: للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الأصل الذي بينا أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة، فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخيرّ فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ. قلنا: الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق والصفقة، وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهاداً حيث لم يكن الخصم قائلاً به. قال: **(وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا)** تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا **(وعند الشافعي: لا تفسخ إلا بالعيب)** بناء على ما مر مراراً **(لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها)** فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الإجارة **(ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به)** كالبيع **(إذ المعنى المجوّز للفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعاً، وهو)** أي المعنى الجامع **(عجز العاقد عن المضيّ في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا)** والشافعي محجوج بما إذا استأجر رجلاً ليقلع ضرسه لوجع ثم

عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضيّ في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا **(وهو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الإجارة)** لأن في المضيّ عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد **(وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا من أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون)** لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر. ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين. وقال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي. ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ. ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي، ومنهم من وفق فقال: إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر **(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر)** لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر **(وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر)** لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدوابّ على يد تلميذه أو أجيره **(ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب)** على رواية الأصل.

بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم، ولا زالت الأعذار تحدث في عقود الإجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك. وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر، وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه، إلى هنا كلامه. أقول: نظره ساقط جداً، إذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابي في حق الإجارة بالأعذار أن لا يصح القول بذلك، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ما تقرّر في علم الأصول، فيكفي تحقق ذلك في إثبات حكم شرعي، وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار إليه المصنف بقوله: فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به، وبين الجامع بقوله: إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضيّ في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وإنما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك، أو انعقاد إجماع على خلاف ذلك، ولم يقع

زال الوجع، أو استأجر إنساناً ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس، أو استأجر رجلاً ليقطع يده لأكلة وقعت بها ثم برأت فإنه لا يجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة، لأن في المضيّ عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وكذا الباقي. ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج إلى الحاكم. قال: **(ثم قوله)** أي قول القدوري في المختصر **(فسخ القاضي)** إشارة إلى الافتقار إليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين. قال في الجامع الصغير: **(وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي)** وذكر وجهه في الكتاب **(وذكر في وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي)** وفيه ما مرّ غير مرة، وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات، وصحح قاضيخان والمحبوبي قول من وقف فقال: إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر أي

قوله: **(إن المنافع عنده بمنزلة الأعيان الخ)** أقول: نفسها بدون إقامة الدار مقامها مثلاً.

وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار **(ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر)** لأنه لا يلزمه الضرر بالمضيّ على موجب عقد، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد **(وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو العذر)** لأنه يلزمه الضرر بالمضيّ على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه، أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه **(وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فليس بعذر)** لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الأصل، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين، ما ها هنا العامل شخصان فأمكنهما **(ومن استأجر غلاماً يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر)** لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق، وفي المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً **(وكذا إذا أطلق)** لما مر أنه يتقيد بالحضر، بخلاف ما إذا آجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر.

شيء منهما فيما نحن فيه، وكون عقد الإجارة عقداً لازماً وكثرة حدوث الأعذار في عقود الإجارات مما لا يقدح أصلاً في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الإجارة بالأعذار، وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه. والحاصل أن جملة ما تشبث به في ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت، ثم إن ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من أنّ العذر الكامل معتبر، فإنه لم يرد في ذلك العذر أيضاً نص ولم ينعقد عليه إجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء، فالمدار في ذلك أيضاً هو القياس.

لكونه ظاهراً **(وإن كان غير ظاهر)** كالدين **(يحتاج إلى القضاء لظهور العذر)** أي لأن يظهر العذر قوله: **(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر)** أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها قوله: **(ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر)** هو لفظ أصل الجامع الصغير، لكن هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلفت ألفاظ الروايات. وقال شمس الأئمة: الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإليه مال الصدر الشهيد. وقوله: **(أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الإفلاس)** قيل: وقد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث إن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم قوله: **(ومن استأجر غلاماً يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر)**قيل: فإن قال المؤجر إنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الإجارة وأصرّ المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه، فإن قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم أو لا؟ فإن قالوا نعم ثبت العذر وإلا فلا. وقيل: ينظر القاضي إلى زيه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا. وقيل: إذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله. وقيل: يحلف القاضي المستأجر بالله إنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله.

قوله: **(وفيه ما مر غير مرة)** أقول: من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبني أئمتنا ما قالوا من جواب المسألة على خلافه وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة: قال المصنف: **(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ)** أقول: فاعل بدا مضمر والمعنى بدا له رأي: أي ظهر له رأي يمنعه من السفر.

مسائل منثورة

قال: **(ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه)** لأنه غير متعدّ في هذا التسبيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه. وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت، أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه. قال: **(وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)** لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل

مسائل منثورة

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافياً لما فات قوله: **(وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)** صورة المسألة: إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان، وهذا في القياس فاسد، لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول، لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضاً مجهول. والطحاوي أخذ في هذه المسألة بالقياس وقال: القياس عندي أولى من الاستحسان. وفي الاستحسان: يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانهما سواء، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل، وكل واحد منهما يجب به الأجر فجاز، كذا في النهاية والكفاية. وقال صاحب العناية: وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول: بجوازها للتعامل بها اهـ كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء قوله: وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال: فيه بحث، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل، ولعل مراده كونه من متناولاتها

مسال منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم، وحصد الزرع: أي جذه، والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود، والمراد بها ها هنا ما يبقى من أصول القصب المحصود في الأرض، ومعناه ظاهر. وقيل هذا إذا كانت الريح هادئة. قال في النهاية: بالنون من هذن: أي سكن. وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز: أي سكن، وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي قوله: **(وإذا أقعد الخياط الخ)** يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جاز استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول، والطحاوي رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال: القياس عندي أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل، لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» فإن قيل: شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وها هنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر. أجيب بأن

مسائل منثورة

قوله: **(فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول)** أقول: وأيضاً هو من قبيل قفيز الطحان.

فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل. قال: **(ومن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد)** وفي القياس لا يجوز، وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك إلى المنازعة. وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر. قال: **(وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود)** لأنه أنفى

ففي العبارة مسامحة اهـ. أقول: منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية: وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل، وليس شيء من ذلك بمراد، بل الواو فيه للحال. والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معاً فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي: لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اهـ. فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة. ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال: لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى قوله: **(لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضرّه الجهالة فيما يحصل)** قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: قال صاحب الهداية: هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل، فيه نوع إشكال، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئاً بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصوّر أن تكون شركة الوجوه، وإنما هي شركة الصنائع على ما بينا، إلى ها هنا كلامه. أقول: ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله: لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المارّ في كتاب الشركة بل مراده بها ها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الإشكال، ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة. وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ففي الهداية حمله على شكة الوجوه، وفيه نظر لأنه شركة الصنائع والتقبل، فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل

الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء، إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكراً، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا إثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحاً، ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا. هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال: لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم. وإذا كانت شركة لا إجارة لم تضرّه الجهالة فيما يحصل كما في الشركة. وقوله: **(ومن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً)** ظاهر. والوطاء الفراش، والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره قوله: **(وردّ الزاد معتاد)** جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ومن عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئاً مكانه. ووجهه أن العرف مشترك فإنه معتاد عند البعض كردّ الماء، والعرف المشترك لا يصلح مقيداً فلا مانع من العمل بالإطلاق،

قوله: **(وأحدهما يتولى القبول من الناس)** أقول: فيه بحث، فإن تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل، ولعل مراده كونه من متناولاتها ففي العبارة مسامحة قوله: **(أجيب بأن الشركة في الخارج)** أقول: يعني الخارج من العمل قال المصنف: **(لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة الخ)** أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ففي الهداية حمله على شركة الوجوه، وفيه نظر لأنه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى. ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا. قال: **(وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل)** لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه **(وكذا غير الزاد من المكيل والموزون)** وردّ الزاد معتاد عند البعض كردّ الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق.

العمل بوجاهته، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة: ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى. أقول: إن قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة، وأن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز، فالمعنى أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه: أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تقف.

وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة، ولم يقيد بعدم ردّ ما نقص من المجهول فوجب جواز ردّ قدر ما نقص عملاً بالإطلاق وهو عدم المانع، والله أعلم.

كتاب المكاتب

قال: (وإذا كانت المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اهـ أقول: إن قوله: وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل، لأنه يرد عليه أن يقال: إن وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضاً، فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط، إذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الأغيار. وبعبارة أخرى أنه إن وجب الإطراد في وجوه المناسبات بين

كتاب المكاتب

قال في النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق: يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض. وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة. وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض. والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم. والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه، فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال، فإن المراد ما يحتاج إلى إيجاب وقبول، وذلك غير مشروط في التعليق، فإن التعليق يتم بالمولى، كذا في النهاية. وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقداً لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقاً دون العتق على مال. وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور. وشرطها قيام الرقّ في المحل وكون المسمى مالاً معلوماً قدره وجنسه. وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدّى بدل الكتابة، وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال إن كانت حالة، والملك في البدل إذا قبضه. وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة، ولو قال جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أوّل نجم كذا وآخره كذا، فإذا أدّيتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق كان كتابة. قال: (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الألفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً. أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره. ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرّض لذلك بقوله: وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع الفقهاء، وأشار بذلك إلى نفي قول من

كتاب المكاتب

قال الدميري في شرح المنهاج: الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معارضة منجمة، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية. قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضي الله عنه يقال له أبو أمية قوله: (وذكر في بعض الشروح) أقول: يعني غاية البيان قوله: (ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول: عبارة الإتقاني، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق، ولأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً انتهى. وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره إلى

تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء، وإنما هو أمر ندب هو

كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها، بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضاً أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن في عن تلك الأشياء الثلاثة، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة. والتحقيق أن المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتاب هو الاطراد، وأن الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ها هنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطرداً، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه. ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال: قال في النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق: يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض. وقوله: بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال، فإن ذكر العوضِ فيها ليس بطريق الأصالة، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في كل واحد من نقله وبيانه اختلال. أما في نقله فلأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية، وقد ضمها في النقل إلى البيع والطلاق والعتاق. وأما في بيانه فلأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل، ولا شك أن قوله: بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق، إذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلاً فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان. وأيضاً لم يكن النكاح مذكوراً في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها، وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضاً بقوله: بطريق الأصالة، ولا يخفى ما فيه. وأيضاً كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول، وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله: بطريق الأصالة، ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع أنهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله: بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل. وقال صاحب غاية البيان: إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً انتهى. ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال: وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره، وهو

يقول إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه أن يكاتبه لأن الأمر للوجوب. وقال: إنما هو أمر ندب هو الصحيح احترازاً عما قال بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة كقوله تعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ وقوله ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ مذكور على وفاق العادة، فإنها جرت على أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيراً. وقال: ففي الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب. وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك، وفي الحمل على الندب إعمال له لأن الندبية معلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال

ما لا يرضاه صاحبه، فإن ذكره الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق. وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة، ألا يرى أنه إخراج اليد حالاً والرقبة مآلاً، وإن أراد أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضاً، وكيف والعتق على مال باب من أبوابه، وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل.

الصحيح، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه، أما الندبية معلقة به، والمراد بالخير المذكور

أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات، إلى هنا لفظ العناية: أقول: في نقله خطأ، لأن المذكور في كلام صاحب الغاية لأن الكتابة مآلها العتق، وقد قال صاحب العناية: في النقل لأن الكتابة مآلها الولاء، وبينهما بون، ولا يخفى أن مقصود صاحب العناية بقوله: لأن الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة، وبقوله: والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضاً، وكأنّ صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بياناً للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر. ثم إن بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضاً فقال: وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد به أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة، ألا يرى أنه إخراج اليد حالاً والرقبة مآلاً، وإن أراد به أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضاً وكيف والعتق على مال باب من أبوابه. وقوله: لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل، إلى هنا كلامه. أقول: يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية أن العتق إخراج الرقبة عن الملك حال بلا شرط عوض، والكتابة ليست كذلك: أي ليس فيها إخراج الرقبة عن الملك حالاً وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده. أما سقوط ما ذكره في شقه الأول فلأنه لا شك في أن ليس في الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالاً وإن وجد فيها مطلق الإخراج. وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلأن الكلام في الأنسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه. ثم إنه لما كان مراد صاحب العناية بقوله: بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل، مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم، لأن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد، وإنما يلزم ذلك أن لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض، وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض أيضاً، إذ قد تقرر في موضعه أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء، ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف. ثم إن مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله: لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم، وبالعرضيات ما هو الخارج عنه. إذ قد تقرر في موضعه أن الذاتيات في الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلاً فيها، والعرضيات ما اعتبره خارجاً عنها، بخلاف حقائق النفس الأمرية، ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع، وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها، وإنما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البدل، وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالإجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للإجارة من العتق. ثم إن كثيراً من الشراح قالوا: وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم. ثم أقول: هذا أمر عجيب منهم، فإن مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها، فكيف يجعل ها هنا وجهاً لتقديمها على الكتابة، وهل تقبله الفطرة السليمة. والحق عندي أن وجه تقديم الإجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الإجارات فإن تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الإجارة عقيب ما ذكر

بعضهم أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه، وإن فعل صح فيجب حمله على الندب. وأما اشتراط القبول من العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق إلا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله

على ما قيل أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله. وأما

قبيلها وهو الهبة اقتضت أيضاً بالضرورة تقديم الإجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب. ثم إن صاحب العناية قال: الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اهـ. أقول: هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه، فإن من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم أن العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الأول كما لا يخفى. ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق أن صاحب النهاية لما قال: وأما الكتابة شرعاً فإنها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء على أداء العبد مالاً معلوماً لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اهـ. حسب صاحب العناية أن تعريف الكتابة شرعاً قد انتهى عند قوله: أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه، وليس الأمر كما حسبه فإن قول صاحب النهاية: على أداء العبد مالاً معلوماً الخ من تمام التعريف متعلق بقوله: عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعاً كما ترى، ثم إن الأظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال: الكتابة التحرير يداً في الحال ورقبة عند أداء المال، وما ذكر في الوقاية وغيرها بأن يقال: الكتابة إعتاق المملوك يداً حالاً ورقبة مآلا فليتبصر قوله: **(وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء)** قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية: خص الفقهاء، لأن عند أصحاب الظواهر كداود الأصفهاني ومن تابعه أن هذا أمر إيجاب، حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه أن يكاتبه اهـ. أقول: بقي إشكال، وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية: وهذا الأمر للندب عند عامة العلماء. وعن الحسن: ليس ذاك بعزم إن شاء كاتب وإن شاء لم يكاتب. وعن عمر رضي الله عنه: هي عزمة من عزمات الله. وعن ابن سيرين مثله، وهو مذهب داود اهـ. فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الأمر ليس للإيجاب بإجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفقه والرواية، وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين، وعن هذا قالوا: جالس الحسن أو ابن سيرين، فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الإجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الأمر للإيجاب، اللهم إلا أن يقال: إن ما ذكر في الكشاف إنما يدل على أن الوجوب في هذا الأمر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا أنه مذهبهما المقرر، وكلام المصنف بناء على ما كان مذهباً مقرراً بين الفقهاء فتأمل. وقال صاحب معراج الدراية: وبقوله بإجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء، ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد، فإنهم قالوا: تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة وذا كسب، إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اهـ كلامه. أقول: فيه نظر، فإن كثيراً من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي وأحمد، فكيف يتم الاحتراز بقوله: بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الأمر، وقولهم: بذلك ينافي ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الأمر فأنى يصح الاحتراز به عنه، اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم

ﷺ «أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد» وقال عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وفيه: أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم، فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى، وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه: يعني بنفس العقد، لأن الصحيفة عند ذلك تكتب، وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه، وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار، ويعتق إذا أدى جميع بدل الكتابة، وإن يقل المولى إذا أديتها فأنت حر. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك

قوله: **(وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط)** أقول: فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكراً له ذكر على وفاق العادة قوله: **(وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه على هذا التقرير لا يلزم إلغاء

اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنانير فهو عبد»[١] وقال عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[٢] وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم، وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، ويعتق بأدائه وإن لم

تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قوله بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل قوله: (وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا: إن الأمر للإباحة لا للندب كما في قوله تعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة ٢] وقوله تعالى ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور ٣٣] مذكور على وفاق العادة، فإنها جرت على أن الولي إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيراً، كذا في الشروح. أقول: بهذا وبما مر آنفاً من قول بعض العلماء: يكون الأمر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الإمام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال: وإنه للندب بإجماع الأمة انتهى. إذ قد علم منهما أن كون الأمر للندب في ﴿فكاتبوهم﴾ [النور ٣٣] ليس مما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول: بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء قوله: (وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط وهو قوله ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور ٣٣] لأن الإباحة ثابتة بدونه بالاتفاق، وكلام الله منزه عن ذلك، كذا في العناية وغيرها. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه: إن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اهـ. أقول: هذا ساقط، لأن معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه، لا أن ليس في ذكره فائدة أصلاً، فإن هذا لا يليق بكلام البشر فضلاً عن كلام خالق القوى والقدر. نعم يرد على ذلك منع أن في الحمل

إذا أدّيته إليّ فأنت حرّ، لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم، فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إليّ في كل شهر كذا لم يعتق، فكذا هذا. ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ها هنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وإن لم يصرح به كما في البيع فإنه يثبت الملك به وإن لم يصرح بكونه موجبه. ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع. وقال الشافعي: يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ فإن الأمر المطلق للوجوب. والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جداً، لأنه

الشرط لو حمل على الإباحة، فإنه إذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوباً لا مباحاً كما لا يخفى قوله: (وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق، إلى قوله: تكتب) أقول: فيه تأمل قول: (ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول: قال في الحواشي الجلالية نقلاً من المبسوط: فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعاً إلى تفسير الكتابة. فعندنا تفسيرها شرعاً ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٧،٣٩٢٦ والترمذي ١٢٦٠ والنسائي في الكبرى ٥٠٢٦ وابن ماجه ٢٥١٩ والبيهقي ٣٢٤،١٠ وأحمد ١٧٨،٢، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩ كلهم من حديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وفي بعض الروايات «من كاتب عبده...» قال الترمذي: حسن غريب اهـ.
وقال البوصيري: في إسناده حجاج بن أرطاة، وهو مدلس اهـ وأخرجه مطوّلاً النسائي في الكبرى ٥٠٢٧ وابن حبان ٤٣٢١ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو. وصدره «يا رسول الله إنا نسمع منك أحاديثنا، فتأذن لنا أن نكتبها؟ قال: نعم. فكان أوّل ما كتب كان النبيّ ﷺ إلى أهل مكة: «لا يجوز شرطان في بيع...» وفي إسناده عطاء. قال الزيلعي في نصب الراية ١٤٣،٤: قال عبد الحق في أحكامه: وعطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمر وشيئاً وقال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ اهـ.
فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم.
(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٦ والبيهقي ٣٢٤،١٠ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأخرجه ابن عدي في الكامل ٢٥٢،٣ من حديث أم سلمة وفي إسناده المسيب بن شريك، وسليمان بن أرقم. قال ابن عديّ: البلاء من المسيب فإنه أشرّ من سليمان وقال يحيى بن عديّ: سليمان ليس بشيء. وقال السعدي عنه: ساقط اهـ ابن عديّ.
وورد موقوفاً على ابن عمر أخرجه مالك في الموطأ ٧٨٧،٢ قلت: المعتمد في هذا حديث عمرو بن شعيب وهو من نوع الحسن للاختلاف المشهور فيه. وحديث أم سلمة شاهد فقط.

يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع، ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع. قال: **(ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز

على الإباحة إلغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي إخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح قوله: **(والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله)** أقول: لقائل أن يقول: فعلى هذا لا يكون في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط، لأن عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروهاً لا مباحاً، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المباح ما استوى طرفاً فعله وتركه، وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى، وإذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروهاً لا مباحاً فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنانير فهو عبد»[1] الخ)** قال تاج الشريعة: فإن قلت: اختلاف الصحابة في المسألة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف، ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال «ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كي لا يأكلها الزكاة»[2] في إيجاب الزكاة في مال الصبيّ

قال ﴿من مال الله﴾ وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات، فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء، والحط لا يسمى إعطاء، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين، فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل، ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم. لا يقال: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، لأنا لم نجعل القران موجباً بل نقول: الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك. قال: **(ويجوز أن يشترط المال حالاً)** بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالاً ومؤجلاً غير منجم ومنجماً عندنا وقال الشافعي: **(لا بد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان)** لخروجه من يد مولاه مفلساً ولم يكن قبل العقد أهلاً لملك المال، والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم اليد. فإن قيل: المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضي بأخس البدلين فلا بد له من أجل.

الأداء فكأنه قال: أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الأداء، ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الأداء كذا هنا. وعند الشافعي تفسيرها شرعاً ضم نجم إلى نجم لا ضم حرية إلى حرية انتهى. لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف قوله: **(والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جداً)** أقول: الأنسب لسياق كلامه أن يقول: لا دلالة في الآية على ذلك قوله: **(وقوله ﴿فكاتبوهم﴾ قرينة لذلك)** أقول: فيه تأمل، فإن كون قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم.

---

(١) هو المتقدّم قبل الحديث.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه الدارقطني ١١٠،٢ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه بلفظ: «احفظوا اليتامى في أموالهم لا تأكلها الزكاة» وفي إسناده عبيد بن إسحاق العطّار قال عنه في الميزان: قال البخاري: له مناكير. وقال الأزدي: متروك اهـ وفي إسناده أيضاً مندل وهو ضعيف كما في التقريب.

وأخرجه البيهقي ١٠٧،٤ من حديث يوسف بن ماهك من طريق الشافعي.

قال البيهقي: هذا مرسل إلا أنّ الشافعي أكّده بما رويَ عن الصحابة في الزكاة اهـ.

وله شاهد أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٦٧،٣ من حديث أنس بلفظ: «أتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة».

قال الهيثمي إسناده صحيح اهـ.

أخرجه البيهقي أيضاً موقوفاً على عمر، وقال: هذا إسناد صحيح، وله شواهد عن عمر رضيَ الله عنه اهـ.

هذا وللحديث شواهد ترمي به إلى درجة الحسن والله أعلم. قلت: حديث أنس قال عنه الهيثمي: أخبرني سيّدي وشيخي أن إسناده صحيح اهـ وشيخه هو العراقي فالحديث بهذه الطرق حسن.

حالاً ولا بد من نجمين، لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق، بخلاف السلم على أصله

بأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسألة ولم يحتجّ أحد منهم بهذا الحديث. قلت: جاز أنه ما بلغ إليهم انتهى كلامه. أقول: في الجواب بحث، لأنه مشترك الإلزام، إذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال: جاز أن لم يبلغ إليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسألة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف. والأظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسألة بالرأي، ويقال: يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك، كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا أصاب المكاتب ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه»[1] وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال «يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر، وبما بقي دية عبد»[2] كما ذكر في بعض الكتب، والذي يدل على زيافة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأي، لأن استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول قوله: **(ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع)** وعند الشافعي: لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك إن أدّيته إليّ فأنت حرّ. قال كثير من الشراح: وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع إلى تفسير الكتابة، فعندنا تفسيرها شرعاً ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء، فكأنه قال: أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال، ولو نص على هذا عتق عند الأداء، كذا هذا. وعند الشافعي: تفسير هاضم نجم إلى نجم، ولو نص عليه بأن قال: ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إليّ كل شهر كذا لم يعتق، كذا هذا انتهى كلامهم. وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط: لا يخفى عليك أن ما ذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى. أقول: تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ها هنا، بل لا يبعد أن يدعي تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال: أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى. ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة، لأن موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس

أجاب بقوله: **(بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حراً فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت)** ولقائل أن يقول: احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت، لأن المسلمين مأمورون بإعانته، والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت. ولنا قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن **(وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبه الثمن في البيع)** والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل، والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا، وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لمولاه، فالظاهر من مولاه أن يمهله، فإن لم يمهله وطالبه بالأداء وامتنع عنه يردّ رقيقاً بالتراضي أو بقضاء القاضي **(بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة)** فليس الإمهال فيه

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٨٢ والترمذي ١٢٥٩ والنسائي في الكبرى ٧٢٦٦ والدارقطني ١٢١،٤ والبيهقي ٣٢٥،١٠ كلهم من حديث ابن عباس قال الترمذي: حديث حسن اهـ.
ولفظه: «إذا أصاب المكاتب حدّاً، أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه».
ورجاله ثقات كلهم مشهورون، وهو متصل.

(٢) جيّد. أخرجه الترمذي بإثر حديث ١٢٥٩ والنسائي ٤٦،٨ وفي الكبرى ٥٠١٩ والبيهقي ٣٢٥،١٠ والدارقطني ١٢٢،٤، ١٢٣ كلهم من حديث ابن عباس.
ولفظ النسائي في الصغرى: «المكاتب يعتق بقدر. . .» ورجاله ثقات كلهم بل هو على شرط مسلم.

لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت. ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً، بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق. قال: **(وتجوز كتابة العبد**

بعزيز كما هو حال الرسوم عامة. ولئن سلم ذلك أيضاً فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع إلى تفسير الكتابة راجع إلى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف، ومنها قوله تعالى ﴿وجاء ربك﴾ [الفجر ٢٢] أي أمر ربك، وقوله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف ٨٢] أي أهل القرية، إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض قوله: **(ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع)** وقال الشافعي: يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور ٣٣] فإن الأمر المطلق للوجوب. والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال ﴿من مال الله﴾ [النور ٣٣] وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات، فكأنّ الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء، والحط لا يسمى إعطاء، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين، فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل، ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، لأنا لم نجعل القرآن موجباً نقول: الأمر المطلق على قرينة غير الوجوب للوجوب، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك. كذا في العناية. أقول: فيه نظر، لأن قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله ﴿وآتوهم﴾ لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم، إذ لا دلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضاً لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد ﴿فكاتبوهم﴾ للندب قرينة لكون الأمر في ﴿وآتوهم﴾ أيضاً لذلك قوله: **(بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت)** قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت، لأن المسلمين مأمورين بإعانته، والطرق

ظاهراً، ويجوز حالاً **(وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة)** لتحقق الركن منه وهو **(الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف في حقه)** ولا عجز بالنسبة إلى المنافع **(وخالفنا الشافعي فيه، وهو)** أي هذا الخلاف منه **(بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة)** فإنه لا يجوّزه لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له. وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد، ونقصان رأيه ينجبر برأي المولى والتصرف نافع فيصح الإذن **(بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد، لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه، حتى لو أدّى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع)** قوله: **(ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ)** لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها، فإن المجموع المذكور مفيد لذلك، فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها إليّ نجوماً يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة. فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقل فإذا أدّيت فأنت حرّ. وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق ليس بلازم، وإنما ذكره لحثّ العبد على أداء المال عند النجوم، والكتابة بدونه صحيحة. ولو قال إذا أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ اختلفت الرواية. في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لأن التنجيم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال، ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة. وفي نسخة أبي حفص: قيل أي في روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الإسلام: وهو الأصح اعتباراً بما لو قال: إذا أدّيت إليّ ألفاً في هذا الشهر فأنت حرّ، فإنه لا يكون كتابة، والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيراً لها لأنه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه، ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة. قال: **(وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)** وإذا صحت الكتابة بخلوّها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه **(أما الخروج**

الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه. والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبيّ في التجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد، حتى لو أدّى عنه غيره لا يعتق ويستردّ ما دفع. قال: **(ومن قال لعبده: جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة)** لأنه أتى بتفسير الكتابة، ولو قال: إذا أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة. وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة. قال: **(وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)** أما الخروج من يده لتحقيق معنى

متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت انتهى، واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: هذا السؤال ليس بوارد، لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعاً، إذ لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط، فأنى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله، فإن أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم، ولكن لا يجدى نفعاً لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله إنما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه أهلاً للملك قبل العقد، بخلاف الكتابة فإن العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصوّر ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد، وهذا أمر ضروري لا مجال لإنكاره، فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران. والحق في الجواب عما قاله الشافعي: ها هنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال: سلمنا أن العقد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأمول ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله، ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد إنما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به، ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكاً لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكاً له حال عقد الكتابة، بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال: ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اهـ تدبر قوله: **(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: أما الخروج من يده فلتحقيق

من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة **(وهو الضم فيضم مالكية يده)** الحاصلة في الحال **(إلى مالكية نفسه)** التي تحصل عند الأداء. فإن قيل: ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش، ولو وطىء المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم **(أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر)** طويلاً كان أو غيره **(نهاه المولى عنه أولاً)** لأن مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر **(وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا)** من قوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» **(ولأنه عقد معاوضة)** كما مر **(ومبناه على المساواة وينعدم ذلك)** أي المساواة باعتبار التساوي **(إن تنجز العتق ويتحقق إن تأخر لأنه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية)** وهو مالكية اليد **(فيثبت في ذمته حق من وجه)** وهو أصل البدل وإنما كان حقاً من وجه لضعفه فإنه ثابت في الذمة مع المنافي، إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مرّ فاتت المساواة. لا يقال:

قوله: **(وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه)** أقول: فيه بحث، ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه قوله: **(لبيان ما يفيد الخ)** أقول: ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ قوله: **(لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال)** أقول: يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير قوله: **(والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ)** أقول: والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل.

الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة، وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه **(فإن أعتقه عتق بعتقه)** لأنه مالك لرقبته **(وسقط عنه بدل الكتابة)** لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق به وقد حصل دونه. قال: **(وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر)** لأنها صارت أخصّ بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان **(وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية)** لما بينا **(وإن أتلف مالاً لها غرم)** لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد، والله أعلم بالصواب.

معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء. وقال: **فإن قيل**: ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش، وإن وطىء المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم، انتهى كلامه. أقول: فيه خلل، لأن هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء، لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم وإليه موجودين في الحال، ومدلول ما قاله: أوّلاً أن يكون المضموم إليه حاصلاً عند الأداء لا في الحال، وإلا يلزم أن يكون قوله: التي تحصل عند الأداء لغواً محضاً كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا، بل يجوز أن يقال: الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله: أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم، فإنّ تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال، بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر، ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال.

المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضاً لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة، لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً **(فإن نجز المولى عتقه عتق بعتقه)** لا بالكتابة المتقدمة **(لأنه مالك لرقبته)** فيجوز له إتلاف ملكه **(وسقط عنه بدل الكتابة)** لحصول ما يقابله مجاناً **(وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه)** أي على الوصول إلى البدل من جانبه **(ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان)** قابلها الشرع بالأعيان، قال الله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة، ولو كان الوطء لأخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإيلاج واحد **(وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية)** وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها.

قوله: **(أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة)** أقول: فيه بحث، وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الأداء. ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا، بل يجوز أن يقال: الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الأرش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس قوله: **(وينعدم ذلك أي المساواة الخ)** أقول: فإن قيل: إذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفي التساوي. قلنا: بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبقى محلاً للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف: **(وإذا وطىء المولى مكاتبته لزم العقر)** أقول: قال صاحب التسهيل: ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى. وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه.

فصل في الكتابة الفاسدة

قال: **(وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة)** أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد. وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة. قال: **(فإن أدّى الخمر عتق)** وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، لأن البدل هو

فصل في الكتابة الفاسدة

أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة قوله: **(أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم)** عبر عن مسألتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنما صارا مسألة واحدة، وإلا فهما مسألتان مستقلتان في الحقيقة كمسألة الكتابة على قيمة العبد، وقد أومأ إلى هذه النكتة في بَسط نفس المسائل أيضاً حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى، ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال: وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسألة ثالثة بلا ريب قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى)** قال صاحب النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه، وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعاً قلت: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم، والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه كما صرّح به تاج الشريعة وغيره انتهى. أقول: ما قاله الشارح العيني ليس بشيء. أما أوّلاً فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه، والمروى عن أبي يوسف ها هنا

فصل في الكتابة الفاسدة

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد. قال: **(وإذا كاتب المسلم عبده)** جمع ها هنا أموراً يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهاداً. وإذا كاتب المسلم عبده **(على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه)** أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم **(فالكتابة فاسدة، أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقداً بلا بدل وهو فاسد، وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف)** وكذلك الثوب والدابة. وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره. وإذا عرف ذلك **(فإن أدّى الخمر والخنزير عتق)** سواء قال له إن أديت إليّ فأنت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: **(لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة)** كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية إلا بأداء قيمة الخمر، قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب **(وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً)** قيل أي بأداء قيمة نفسه **(لأنه البدل معنى)** قال في النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. قلت: صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه، وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله: **(وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح)** أقول: ونظيره ما سيجيء رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه، أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها

القيمة. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط. وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه **(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته)** لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب ردّ قيمته

بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن الخمر إنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر، وهذا غير ظاهر الرواية قطعاً، إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزءين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى. فقوله: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض. وأما ثانياً فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف اللام في القيمة بدلاً عن الخمر حيث قال في شرح المقام: وأبو يوسف قال: إن كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدّى أيهما كان انتهى. وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله: وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح: ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح وإلا فليس بمفيد قوله: **(وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء، والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً، فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى

الرواية عن أبي يوسف **(وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق** بواسطة حصول شرط تعلق به العتق **وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم)** فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال إن أديت إليّ فأنت حر، **(وجه ظاهر الرواية)** وهو الفرق بين الخمر والميتة **(أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط، بخلاف الميتة فإنها** ليست **بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه، وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد، وقد تعذر الردّ بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع، و)** تجب القيمة بالغة ما بلغت **(لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت، وهذا)** أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت **(لأن المولى ما رضي بالنقصان)** سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان، لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء **(والعبد رضي بالزيادة)** سواء كانت في القيمة أو في المسمى **(كي لا يبطل**

يجب تسليم قيمته كما في النكاح، ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان. قال في المجموع: ويحكم به لأدائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته: أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به: أي ويحكم أبو يوسف به: أي بالعتق قال المصنف: **(ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه)** أقول: قال صدر الشريعة: هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير، ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى، فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى، وإن كانت زائدة زيدت عليه. ووضع المسألة في المبسوط فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة فتجب القيمة، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص، وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى. ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير مخالف لما في شروح الهداية قوله:

كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع. قال: **(ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه)** لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد، وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل،

عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية، انتهى كلامه. أقول: هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تامّ في نفسه: أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف، وهذا إشارة إلى مضمون قوله: ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه، والمعنى وهذا: أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه، لأن المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعي بلا كلفة أصلاً، ويرشد إليه تحرير صاحب الكافي حيث قال: ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً، والمولى ما رضي بالنقصان عنه اهـ. وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف، لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله: لأن المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله: فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خالياً عن التعليل والبيان بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان ها هنا كما لا يخفى، أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعي وأن لا يفيده، إذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى إلا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت، لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعاً كما يفصح عنه قول الشارح المزبور، لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة، فيرد عليه أن يقال: إن عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ها هنا للنقصان عن المسمى، فلعل الشارح المزبور إنما اغترّ بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت، ولكنه تفريع على قوله: والعبد رضي بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضاً. وأما الثاني: أي أنه غير تام في نفسه فلأن قوله: لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع، كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا، فما يخالف رضاه إنما هو النقصان عن المسمى لا

حقه في العتق أصلاً) فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية، ولعل التصوّر على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصوّر بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه **(وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البدل، وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة)** لاستحقاق المسلم تسلمه، ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف. قيل: تعرف بأحد أمرين: إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدي قيمته بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد. وإما بتقويم المقومين، فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك

(وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول: لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ما رضي بالنقصان لا يلائم هذا التفسير، والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى، ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بغت تفريع على قوله والعبد رضي الخ قوله: **(لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ)** أقول: في دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل، وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فمسلم لكن مدعاه عام، وإن أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لأن بعدم الإخراج الخ قوله: **(فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية)** أقول: كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة، فلو لم يرض بالزيادة أي بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت إدراك شرف الحرية فليتأمل.

وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا

غير، ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ها هنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى ما رضي بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تقف. ثم قال صاحب العناية: ولعل التصوّر على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصوّر بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق، إذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء إنما يكون بعد تعلق حقه به أوّلاً. ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف: كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيرها، فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور: الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد؟ وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا: فإن قيل: ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصوّر بطلان حقه في العتق؟ قلنا: يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أدّيتها فأنت حرّ فأدى الخمر لا يعتق، فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اهـ. أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله: كي لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة، والمذكور في الكتاب خلافه، والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب. وأما ثانياً فلأن ذلك على تقدير تمامه إنما يتمشى في صورة إن لم يقل المولى للمكاتب على الخمر إن أدّيتها فأنت حرّ، لا في صورة إن قال: له ذلك، إذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي فيها مع أن ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى، فيبقى السؤال في صورة. ثم إن صاحبي النهاية ومعراج الدراية رداً على المصنف ها هنا حيث قالا: ثم قوله: كي لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله: والعبد رضي بالزيادة لأنه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق، لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعاً له اهـ. أقول: ليس ذلك بسديد، لأن تحمل الزيادة إنما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق، وليس كذلك لا محالة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً لمولاه، ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشار فيحصل به أكثر من تلك الزيادة، فلم يظهر فيرضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلاً. ثم قالا: والأولى في تعليل ذلك أن يقال: لأن العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان

قيمة له، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين. فإن قيل: القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة. أجاب بقوله: **(وأثر الجهالة في الفساد)** أي لا في البطلان كما في البيع فإنها تفسده لا تبطله. فإن قيل: الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة. أجاب بقوله: **(بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب)** وتقريره: الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مراداً، فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقوّمين. فإن قلت: فإن أدّى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أو لا؟ قلت: ذكر في الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً على المسمى ولا على القيمة.

يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته. قال: **(وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز)** لأنه لا يقدر على تسليمه، ومراده شيء يتعين بالتعيين، حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف

قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت، لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه، ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ. أقول: وهو أيضاً ليس بسديد، لأن في التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب، فإنا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله: والعبد رضي بالزيادة، فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعاً. ثم أقول: بقي شيء في كلام المصنف وهو أن قوله: لأن المولى ما رضي بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعي وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه، إلا أن قوله: لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركاً ها هنا لأنه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله: لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب ردّ قيمته، كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعي فإنه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما في الكافي قوله: **(لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته)** قال صاحب العناية: وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقوّمين، انتهى كلامه. أقول: فيه كلام، أما أولاً فلأنه إن أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فرداً مبهماً من الثوب فلا نسلم أنه ليس بموجود في الخارج، إذ الإبهام إنما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج، وكم من شيء جزم بوجوده في الخارج وإن لم تتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج، ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً لجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضاً. وأما ثانياً فلأن لمانع أن يمنع إمكان استدراك

قال: **(وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز)** إذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فإما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولاً كالنقود، فإن تعين فإما أن يجيزه أولاً، فإن لم يجزه فإما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه إلى المولى أولاً، فذلك أربعة أوجه، فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة، وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز، حتى إذا ملكه وسلمه عتق، وإن عجز يردّ رقيقاً لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم، فأشبه ما إذا تزوّج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة، حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل، ولو فسدت لرجعت به، والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال. ووجه الظاهر أن العين في المعاوضات معقود عليه، والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع. فإن قيل: قد تقدم أن لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطاً. فالجواب أن ذلك إذا كان من النقود، وليس الكلام فيها وإنما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه قوله: **(بخلاف الصداق في النكاح)** جواب عن قوله فأشبه الصداق، وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل. وقال في النهاية: منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة، فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى. وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم **(وإن أجاز صاحب العين ذلك، فعن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة، فإن اشترى شيئاً بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى)** لأن مبناها على المسامحة، وقيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد، بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضاً المال من العبد فتصير العين من

الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق، وإن عجز يردّ في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق. قلنا: إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط، فعلى ما هو تابع فيه أولى. فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب، والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً

مراده بتقويم المقوّمين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب، إذ قد حكم بتعين كون المتعين مراداً ويتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه، ولا شك أن الأمر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضاً، ألا ترى إلى قول المصنف فيما مر: وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة اهـ. فكيف يمكن اطلاع المقوّمين على مراده في صورة الكتابة على

أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (أن عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة، لأنه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ: لأنها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة إلى الأداء منها فيما إذا كان البدل عيناً معينة لغيره، والمسألة فيه) أي فرض المسألة في ذلك (على ما بيناه) أن مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز، غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه، وإذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح، والجامع صحة التسمية ليكون المسمى مالاً وإن لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروي عن أبي يوسف أيضاً أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (إلا إذا قال له إذا أديت إليّ فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط. وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط. وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز، وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ها هنا لطوله. وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال: وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز. ووجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز، وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذوناً في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات، لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة. قال: (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ عليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي جائزة، وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط، ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي، لأن العبد المطلق يصلح بدلاً للكتابة وينصرف إلى الوسط، وهذا بالاتفاق، وكل ما صلح بدلاً صلح

قوله: (فإن تعين فإما أن يجيزه) أقول: أي يجيز العقد قوله: (وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول: الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله، والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومه، ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء. وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفاً، وإنما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولاً قوله: (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه الخ) أقول: كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى إلا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة. ثم أقول: إنه مخالف ظاهراً لغرض عدم الملك فتأمل في دفعه قوله: (إذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول: احتراز عن النكاح قوله: (ليس بشرط) أقول خبر أن.

معيناً، والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً. ولو ملك المكاتب ذلك العين، فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أدّاه لا يعتق، وعلى هذ الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أدّيت إليّ فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله. وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط. ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان، وهي مسألة الكتابة على الأعيان، وقد عرف ذلك في الأصل، وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى. قال: **(وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ المولى عليه عبداً عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد)** وقال أبو يوسف: هي جائزة، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود. ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً

القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل قوله: **(ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى)** يعني أنهما يسلمان الأصل المذكور، ولكن يقولان: ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد، وها هنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس، وإنما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدراً وجنساً ووصفاً كما مر في أول الفصل، فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة، كذا في الشروح والكافي. أقول: يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما إذا شرط أن يردّ المولى عليه عبداً معيناً أيضاً لجريانه فيه أيضاً بعينه، فإن قيمة العبد المعين أيضاً مجهولة جهالة فاحشة، ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل، وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضاً ظاهر، مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يردّ عليه عبداً معيناً. والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسألة بوجه آخر، وعزاه إلى الزيلعي. وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد

مستثنى من البدل وهو الأصل في أبدال العقود. وقالا بالموجب: أي هذا الأصل مسلم، ولكن فيما صح الاستثناء، واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح، وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف **(وإذا كاتبه على حيوان وبيّن جنسه)** كالعبد والفرس **(ولم يبين النوع)** أنه تركي أو هندي **(ولا الوصف)** أنه جيد أو رديء **(جازت وينصرف إلى الوسط)** من ذلك الجنس. وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهماً، وقالا: هو على قدر غلاء السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب، وإنما ينصرف إلى الوسط لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت في الذمة أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية، والوسط فيه نظر للجانبين **(ويجبر على قبول القيمة)** لأنه قضاء في معنى الأداء على ما عرف في الأصول لأنها أصل من حيث إن البدل يعرف بها **(وقد مر في النكاح)** فصار كأنه أتى بعين المسمى **(وإنما صح العقد مع الجهالة لأنها يسيرة، ومثلها يتحمل في الكتابة)** لأن مبناها على المساهلة **(فتعتبر جهالة البدل لجهالة الأجل فيه)** حتى لو قال: كاتبتك إلى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة، وقد ثبت أن ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي: **(لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع)** في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه، والبيع مع البدل المجهول أو الأجل المجهول لا يجوز، فكذا الكتابة. ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء، والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة بمال وهو

قوله: **(وهو ظاهر الرواية)** أقول: فلا يناسب كلمة عن في قوله فعن أبي حنيفة.

فكذلك مستثنى. قال: **(وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة)** معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة **(وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة)** وقد مرّ في النكاح، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز، وهو القياس لأنه

عليه معيناً وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب، وعزاه إلى الكافي حيث قال: لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة، لأن ما كان من المائة بإزاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها، كذا قال الزيلعي. ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبداً معيناً أو أمة معينة، والقوم صرحوا بخلافه، والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف، وهذا لأن العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته، والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها، فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ. ولا يخفى على ذي فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزيلعي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما، فردّ الأول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى قوله: **(أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً فتتفاحش الجهالة، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة)** قال في العناية: واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوّز التوكيل بشراء العبد. والجواب أن اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالدابة مثلاً أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع

الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح. وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة زيادة استظهار، وإن لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناساً، وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة. واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد. والجواب أن اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالدابة مثلاً أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح. قال: **(وإذا كاتب النصراني عبده الخ)** وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز، لأن الخمر في حقهم كالخل في حقنا، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها، وفي التسليم تمليك الخمر لأن الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم، بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة، والتسليم نقل من يد إلى يد، والمسلم غير ممنوع من نقل اليد، كما إذا غصب المسلم من الذمي خمراً ثم أسلم الذمي فإنه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب، وإذا كان ممنوعاً من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته، وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض، لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته، لأن قيمة المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف: أي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال: ينبغي أن

قوله: **(وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفاحش الجهالة)** أقول: لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معيناً لعين هذا الدليل، فإن قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة، وقد سبق في أول الفصل.

معاوضة فأشبه البيع. ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة. قال: **(وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز)** معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافراً لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا **(وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر)** لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها، وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض، لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة، فأما البيع فلا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا. قال: **(إذا قبضها عتق)** لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق، بخلاف ما إذا

والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى. أقول: ليس السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأنا لا نسلم أن شمول اللفظ للأجناس إن منع الجواز ما جازت فيما إذا كاتب على عبد، وقوله: لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوّز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لأن المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن للعبد يتناول أجناساً، والذي ذكره في كتاب الوكالة إنما هو أن العبد يشمل أنواعاً، وأن ما يشمل أنواعاً لا يصح التوكيل بشرائه إلا ببيان الثمن أو النوع، فإنه قال هناك: ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بيّن الثمن، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة، وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال. مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً، فإن بيّن النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز، وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرنا اهـ. فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناساً حتى يجعله مداراً للاعتراض على المصنف ها هنا، وقد سبق إلى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية؟ ولعمري إنه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول. وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الأجنا الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين: أي في كتاب الوكالة، وفيما نحن فيه، أما هنا فلما عرفت آنفاً، وأما فيما نحن فيه فلأنه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد بالجنس في قوله: ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط، إذ بيان الجنس الأسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان قوله: **(ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال، لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي: قياس فاسد، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء.

يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى، والرواية في الكتابة رواية في البيع. قال: **(وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أدّى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل)** أنه إذا أدّى الخمر عتق. وقال زفر: لا يعتق، وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشروط، فإذا وجد البدل وقع العتق. وذكر التمرتاشي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان. والفرق على إحداهما بينها وبين المسلم إذا كاتب عبده على خمر فأدّاها إلى مولاه فإنه يعتق أن في هذه المسألة انقلبت الكتابة إلى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحاً بعد الإسلام، ولا يتصور بقاؤه صحيحاً والخمر

قوله: **(وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد)** أقول: الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان.

كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أدّاها عتق وقد بيناه من قبل، والله أعلم.

والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح. وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة زيادة استظهار. انتهى كلامه. أقول: فيه نظر: أما أولاً فلأنه جعل قول المصنف: فأشبه النكاح متفرعاً على الشق الثاني حيث قال: فأشبه النكاح في الانتهاء، وليس بتام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله. وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح ها هنا سوى تاج الشريعة والعيني فإنهما قالا في تعليل قول المصنف: فأشبه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى. فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعاً إما على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين. وأما ثانياً فلأنه قال: وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح، وجعل قول المصنف: بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار، وليس هذا بتام أيضاً لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر، فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضاً، فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور. ولنا أن هذا قياس فاسد، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ، فكان قوله: بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط، والله للموفق للصواب.

بدل فيه، فبقاؤه صحيحاً دليل على أن الخمر لم يبق بدلاً فلا يعتق. وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسداً بسبب كون الخمر بدلاً وبقي كذلك فلا حاجة إلى إخراجها عن البدلية، وإذا بقي بدلاً عتق بأدائها.

قوله: (وفي التسليم تمليك الخمر) أقول: الأظهر أن يقول: وتملكها ليطابق المشروح؛ ألا يرى أن المسلم إذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر، وإنما جعل التسليم ظرفاً للتملك لاستلزامه إياه كأنه مشتمل عليه قوله: (فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول: أي على رواية جواز الكتابة على عين في يد المكاتب قال المصنف: (ولو أداها عتق) أقول: قال الإتقاني: أي لو أدى عين الخمر عتق أيضاً فيما إذا أسلم أحدهما، إلا أن في الكتابة معنى التعليق، وبه صرح قاضيخان في شرحه للجامع الصغير انتهى. وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقي فتأمل.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال: **(ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر)** لأن موجب الكتابة أن يصير حرّاً يداً، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل، والبيع والشراء من هذا القبيل، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة، ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار، فإن التاجر قد

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات، وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى. ثم إن صاحب العناية قال: لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح، فإن هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة، بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب. وقال صاحب النهاية: لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وأن لا يفعله انتهى. أقول: هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفوران، لكن فيه أيضاً سماجة لأنه جعل قوله: وأن لا فعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله، ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه إنما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله: ولا يتزوّج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله، فإن جواز أن لا يفعل شيئاً لا ينافي جواز أن يفعله أيضاً كما في الأشياء المباحة التي يستوي فيها جانباً الفعل والترك، وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً قوله: **(ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر)** قال صاحب العناية: قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله: فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثمة اهـ. أقول: لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيداً لقوله المذكور: إنما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء، فحديث الإعادة للتمهيد لا يتم عذراً بالنظر

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح. قال: **(ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر)** قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله: **(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً)** فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثمة. وجه الاستحسان **(أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة، لأن مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص)** بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد، وذلك قد يكون بالضرب في الأرض والتقييد بمكان ينافيه، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل. فإن قيل: هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع. أجاب بقوله: **(وصح العقد)** يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قوله: **(فإن جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح)** أقول: هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب، بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر قوله: **(قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب)** أقول: لا يخفى عليك أنه إنما ذكره هناك استطراداً، وإنما محل ذكره أصالة هنا، وهذا لفظ القدوري هنا قوله: **(ولا فيما يقابله)** أقول: قوله ولا فيما يقابله ممنوع،

يحابي في صفقة ليربح في أخرى. قال: **(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً)** لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد، وبمثله لا تفسد الكتابة. وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع

إلى مسألتي البيع والشراء كما ترى. وقال بعض الفضلاء: لا يخفى عليك أنه إنما ذكره هناك استطراداً، وإنما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ها هنا انتهى. أقول: وهذا الذي ذكر هنا بلفظ القدوري، وإنما لفظه: فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وبإضمار المكاتب دون إظهاره، والذي ذكر هنا بالواو بدل فاء التفريع، وبإظهار لفظ المكاتب إنما هو لفظ البداية. نعم حاصل معناهما واحد، لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضاً، فإنه قال هناك: فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر، ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا، وعن هذا قال في غاية البيان: وهذه المسألة وقع بيانها مكرراً لأنه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، إلا أنه لم يذكر في البداية ثمة قوله: فيجوز له البيع والشراء والسفر، وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية، فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير إخلال وإن كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اهـ فتبصر قوله: **(وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين، كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً، وهذا ليس كذلك لأن لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: قوله: ولا فيما يقابله ممنوع، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب، إلا أن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجيء بعد أسطر انتهى. أقول: ليس ذاك بشيء، لأن كون المنع من الخروج تخصيصاً للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلاً فيهما، فإن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه، كما إذا عرّفنا الإنسان بالحيوان الضاحك فإن قيد الضاحك يخصص الحيوان بالإنسان مع أنه خارج عنه قطعاً، وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضاً، إذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية، وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب، فإن اختصاص هذا

العقد، وهو أن يدخل في أحد البدلين كما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً، وهذا ليس كذلك **(لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة، وهذا)** أي هذا التفصيل **(لأن الكتابة تشبه البيع)** من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الأداء **(وتشبه النكاح)** من حيث إنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد عملاً بشبه النكاح، وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملاً بشبه البيع أو نقول: **(إن الكتابة في جانب العبد إعتاق)** لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاه، وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق **(وهذا الشرط يختص به)** فهو داخل في الإعتاق **(والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة)** قال: **(والتزوّج ليس وسيلة إليه)** الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود: أي إلى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود

فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب إلا أن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجيء بعد أسطر قوله: **(من حيث المعاوضة)** أقول: حيثية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح إلا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف: أعني وعدم صحتهما بلا بدل قوله: **(وعدم صحتهما بلا بدل)** أقول: يعني بلا ذكر بدل قوله: **(واحتمالهما الفسخ قبل الأداء)** أقول: واحتمال الفسخ بعد الأداء أيضاً لا يضرنا قال

في شرط تمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل. أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة. قال: (ولا يتزوّج إلا بإذن المولى) لأن الكتابة فك

الشرط به لا يقتضي دخوله فيه، بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى. والذي نفاه صاحب العناية إنما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله، إذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه قوله: **(وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل)** أقول: لقائل أن يقول: قد مرّ قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها، وردّوا على الشافعي قوله: بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ها هنا بشبهه بالبيع أيضاً. ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معاً فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معاً كما في المسألة المارة فتأمل قوله: **(أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك، وهذا الشرط يخص العبد الخ)** قال صاحب غاية البيان. لو قال: في جانب المولى إعتاق أو قال: في جانب العبد عتق كان أولى انتهى. أقول: كل من شقي كلامه منظور فيه. أما شقه الأول فلأنه لو قال: في جانب المولى إعتاق لم يتم المطلوب، لأن هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة إعتاقاً في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسراً في جانب العبد، بخلاف ما إذا كانت إعتاقاً في جانب العبد كما لا يخفى، فلهذا قال: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق. وأما شقه الثاني فلأن الإعتاق في قوله: في جانب العبد إعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول إلى العتق، فكان قوله في جانب العبد إعتاق وقوله: في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى. ثم قال صاحب الغاية: وهذا الذي قالوه ضعيف، إذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضاً بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق. ولقائل أن يقول: إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن تفسد الكتابة أيضاً إذا دخل الشرط الفاسد في صلب

المكاتب وهو تحصيل الكسب للإيفاء وذلك بفك الحجر والتزوّج ليس وسيلة إلى المقصود، بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر، لكن إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم **(ولا يهب ولا يتصدق)** المكاتب **(إلا بالشيء اليسير)** وكلامه فيه ظاهر، والمجاهز عند العامة: هو الغني من التجار، وكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرّف إلى المجاهز، كذا في المغرب **(ولا يتكفل)** لما ذكرنا **(ولا يملكه بنوعيه)** يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة، والأول إقراض لأن الكفيل متى أدّى صار مقرضاً بما أدّى للمكفول عنه، والإقراض تبرع، وإنما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه. فإن قيل: بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضرّه. أجيب بأنه يضرّه فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال. وقوله: **(وإن زوّج أمته جاز)** ظاهر. وقوله: **(ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له)** يريد به ملك اليد وهو يملكه. ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير **(بخلاف الإعتاق على مال)** فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للأول، فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على

المصنف: **(أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق)** أقول: قال الإتقاني: لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى. والأمر فيه سهل قال المصنف: **(فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط)** أقول: قال الإتقاني: ولقائل أن يقول إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضاً إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة، فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى. ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد. أو

الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود، والتزوّج ليس وسيلة إليه، ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرّع وهو غير مالك ليملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدّا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه **(ولا يتكفل)** لأنه تبرّع محض، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرّع **(ولا يقرض)** لأنه تبرّع ليس من توابع الاكتساب **(فإن وهب على عوض لم يصح)** لأنه تبرّع

عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف. والأولى ما بيناه آنفاً من رعاية الشبهين، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء: بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه: ولا يخفى عليك أنه يحوز دفعه بملاحظة قوله: من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد، أو نقول: يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى. أقول: كل من وجهي دفعه غير سالم. أما وجهه الأول فلأن كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة، فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضاً، وإن رجع إلى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها إعتاقاً في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه إلى الوجه الأول. وأما وجهه الثاني فلأن التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الإشكال المذكور. إذ لقائل أن يقول: إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر إعتاقاً في غير هذا الشرط أيضاً قوله: **(لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوّج ليس وسيلة إليه)** قال بعض الفضلاء: تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها؟ وقال: ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى. أقول: بل يمكن تعميمه له، إذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو أن المكاتبة بتزويج نفسها تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة إلى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة، ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتي في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنه اكتساب المال فإنه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى. لكنه ليس بتام، فإن بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقاً كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتي، وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لأنها تكسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها، ومع ذلك ذكر في

أداء المال، وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله: **(فإن أدّى الثاني)** يعني إن أدّى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأوّل **(عتق الثاني)** لتحقق شرط عتقه **(وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك)** لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول **(وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة)** يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وإن كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه **(فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية)** لكونه رقيقاً **(أضيف إليه)** أي إلى المولى لكونه علة العلة **(كالعبد إذا اشترى شيئاً)** فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية **(فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه، لأن المولى جعل معتقاً)** مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق **(والولاء لا ينتقل عن المعتق)** مباشرة، وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار إعتاق الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة، والتعذر عند عدم عتق الأب، فإذا عتق فينجر الولاء إلى قوم الأب **(وإن أدّى الثاني)** بدل الكتابة **(بعد عتق الأول فولاؤه للأول لأن المباشرة من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت)**. قال: **(وإن**

نقول: يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجعه قال المصنف: **(ويجوز بإذن المولى لأن الملك له)** أقول: تأمل، هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن قوله: **(بخلاف الإعتاق على مال فإنه لا يملكه)** أقول: والإعتاق مصدر من المبنى للمفعول: أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره قوله: **(إنما**

ابتداء **(وإن زوّج أمته جاز)** لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال: **(وكذلك إن كاتب عبده)** والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي. لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال. وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له. قال: **فإن أدّى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى، لأن له فيه نوع ملك، وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه)** لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق **(وإن أدّى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له)** لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له. قال: **(وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوّج عبده لم يجز)** لأن هذه الأشياء

باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير إذن المولى. وأجاب بأن تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال، فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة. وقال: وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة، وعزاه إلى المبسوط. فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ها هنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضاً كما لا يخفى تأمل تقف. نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوّج ليس وسيلة إله بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب، فإن التزم المهر والنفقة إنما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة، لكن الكلام في إمكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف. ثم إن الدليل الأظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولا يجوز للمكاتب أن يتزوّج بغير إذن مولاه، وكذا المكاتبة لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وقد قال رسول الله ﷺ «**أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر**»[1] لأن المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه. نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر، ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضاً لا محالة قوله: **(وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوّج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها، وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر ها هنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ. أقول: قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال: إن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع أنه يملك أيضاً ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مرّ فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء. فالحق ها هنا عبارة المصنف حيث قال: لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من

أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها، وإعتاق العبد على مال غيره مما ذكره ها هنا ليس من ذلك فلا يملكه. وقوله: **(وأما الثالث فتنقيص له)** لأن من اشترى عبداً ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب، وكلامه ظاهر. وقوله: **(على ما مر)** إشارة إلى قوله وإن زوّج أمته جاز لأنه اكتساب للمال قوله: **(وكذلك الأب والوصي)** ظاهر قوله: **(ولأن في تزويج الأمة والمكاتبة نظراً)** أما في تزويج الأمة فلما مر آنفاً، وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يردّ

يملك ما كان من التجارة) أقول: الأولى أن يقول: من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء بعد سطور ويملكه المكاتب قوله: **(وقوله فأما المأذون له فظاهر)** أقول: لا وجه للفاء، إذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط.

---

(١) تقدّم في النكاح باب ولاية النكاح.

ليست من الكسب ولا من توابعه. أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة. وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل

توابعه. لا يقال: إن مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وإن لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله: أو من ضروراتها. لأنا نقول: ليس ذلك من ضروراتها أيضاً لأن المأذون له يملك التجارة إجماعاً ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي. وقد تقرر عندهم أن من ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل، فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضاً إجماعاً، فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور إلا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازاً عن مطلق الكسب إطلاقاً للخاص على العام قوله: **(وكذلك الأب والوصيّ في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب)** يعني يملك الأب والوصيّ في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه، ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا إعتاقه على مال، كذا قالوا واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول: الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ها هنا، بخلاف المكاتب فإن كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضاً اهـ. أقول: لم يمرّ في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب أن العتق أنفع من البيع، وإنما الذي مرّ وتقرر في عامة الكتب أن الكتابة أنفع من البيع لأنها لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل إلى المالك والبيع يزيله قبيله، ولا شك أن الإعتاق على مال يزيله قبله أيضاً مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفاً فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البع فبطل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضاً قوله: **(فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف: له أن يزوّج أمته)** أقول: في هذا التحرير نوع إشكال، لأن إن كان لمشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسألة من قوله وإن أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوّج عبده لم يجز، فمع كون كلمة أما في قوله: فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه، إذ حكم ما ذكر قبيله أيضاً عدم الجواز ينافيه قوله: وقال أبو يوسف: له أن يزوّج أمته، فإن تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسألة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه، وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فإنهما يجوزان للمأذون له قطعاً كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي. فإن قلت: المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة، ومسألة جواز البيع والشراء والسفر إنما ذكرت في أول هذا الباب تمهيداً لقوله: فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة. قلت: قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد إنما هو مسألة جواز السفر دون مسألتي جواز البيع وجواز الشراء، فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم عذراً لا هناك ولا هنا. واعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولاً ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله: صح بيعه وشراؤه وسفره وإن شرط ضده وإنكاح أمته وكتابة عبده. وثانياً ما لا يصح منها بقوله: لا تزوّجه إلا بإذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه إلا بيسير وتكفله وإقراضه وإعتاق عبده ولو بمال. ثم لما قال: وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك

رقيقاً، فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظراً قوله: **(فأما المأذون له)** فظاهر. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض)** ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال: ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه. وقوله: **(هو)** يعني أبا يوسف **(قاسه على المكاتب)** فإن المكاتب يجوز له أو يزوّج الأمة فكذلك المأذون له **(واعتبره بالإجارة أي اعتبر التزويج**

قوله: **(ذكر في بعض الشروح)** أقول: يعني غاية البيان قوله: **(وفيه ما فيه)** أقول: فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق، وما ذكره عن الكرخي أيضاً ممنوعة، لكن العلامة الإتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره، بل نقل عن

رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر. قال: **(وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب)** لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له، ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية. قال: **(فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو**

تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه والإشكال، فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوّجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات. وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه. أما أولاً فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الأخرى فلا تفهم الإشارة إلى البعض دون الآخر من اللفظ. وأما ثانياً فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوّج أمته يمنع ذلك. لأن تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب، وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ها هنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير قوله: **(هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة)** أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب، فإن المكاتب يجوز له أن يزوّج أمته فكذلك المأذون له، واعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له يجوز أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته كذا في الشروح. أقول: في كل من قياسه واعتباره نظر. أما في الأول فلأنه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً، فإن المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضاً أن يكاتب عبده بطريق القياس، مع أن كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق. وأما في الثاني فإنه لو تم اعتبار التزويج بالإجارة من حيث أن جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له أيضاً لزم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز إجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالإجماع. ثم إن صاحب النهاية قال: ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب، ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة، لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس لذلك. وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير، لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لأن للمنفعة حكم المالية؛ ألا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت ديناً بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اهـ كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه إن أراد بقوله إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً، إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق

بالإجارة) فإن المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته، وقاسه واعتبره مترادفان. وقيل استعمل القياس بين العينين: أي المأذون والمكاتب، والاعتبار بين الفعلين: أي التزويج والإجارة لأن المماثلة بين العينين ظاهرة، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى، بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من

شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث، وعن شرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي ما يدل صريحاً على الاتفاق، وما ذكر عن الكرخي أيضاً يصلح مؤيداً لذلك، ويكفي ذلك لذكره في هذا المقام. ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب، والصواب يجوز له تزويج الأمة إذ الكلام فيه قوله: **(وقيل استعمل القياس)** أقول: القائل هو السغناقي قوله: **(لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية)** أقول: في الحصر كلام، فإنهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب قوله: **(لأن الإجارة معاوضة مال بمال الخ)** أقول: لا يدل على الحصر الذي ادعاه قوله: **(وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي الخ)** أقول: المراد هو القياس الشرعي. وقوله لا يكون بين عينين إن أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فمسلم، وإن أراد أنه لا يجعل العينان مقيساً ومقيساً عليه مجازاً ففساده ظاهر، والحكم بالأولوية لظهور المماثلة في الأول دون الثاني.

يوسف: له أن يزوّج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة. ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة، **فأما المكاتب** يتملك الاكتساب وهذا

التصرف الذي أطلق في الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً؛ ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلاً عن ظهورها. وأما ثانياً فلأن قوله: لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير، فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الأخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب. وقال صاحب العناية: بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر، لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اهـ. أقول: هذا النظر مندفع، فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه جعله دليلاً على المسألة الشرعية. قوله فذلك لا يكون بين عينين إن أراد به أنه لا يكون بين نفسي العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم، ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية، وإن أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة، على أنه لو كان المراد بالقياس ها هنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضاً ساقطاً، لأن لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار، حتى أن معنى المماثلة كان معتبراً في أصل معنى القياس من حيث اللغة، وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره: قاس الشيء بالشيء قدّره على مثاله، فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة، واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً، لأن فيه توفية الأقوى للأقوى والأضعف للأضعف. ثم إن رأى صاحب العناية ها هنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية: وقاسه واعتبره مترادفان اهـ. أقول: إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً، وإن أراد أنهما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبع قوله: **(ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال)** أقول: يرد على قوله إذ هي: أي الإجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه.

وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل اهـ. أقول: يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ها هنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اهـ، بأن مرادهم ما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة، ومراد المصنف بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكماً وإن لم يكن مالاً حقيقة، فإن أحد البدلين في عقد الإجارة وهو

حيث الفعلية لا غير، لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج، وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته **(ولهما)** وهو الفرق بين المأذون والمكاتب **(أن المأذون له يملك التجارة، وهذا)** أي تزويج الأمة **(ليس بتجارة)** لأنه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك **(والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب)** لأنه اسم لما يتوصل به إلى المال، وبالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتساباً. **(قوله)** ولأنه أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالإجارة لأنها مبادلة المال بالمال، لأن المنافع

قوله: **(وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته)** أقول: فيه بحث.

اكتساب، ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج، العبد، والله أعلم.

المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين وإقامتها مقام المنفعة، بخلاف عقد الكتابة، ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية: في تعليل ذلك لما ذكرنا من أن المنفعة في الإجارة في حكم المال اهـ. ثم أقول: ويمكن أن يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال، فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البدلين هناك مال حكماً لا حقيقة كما عرفته آنفاً. ثم إن عامة الشراح قالوا: في تعليل قول المصنف إذ هي مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارةِ مال. وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل: ولأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهراً في النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ اهـ. وهكذا قال صاحب العناية: أيضاً غير أنه لم يذكر الواو في قوله: لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهراً في باب النكاح بل جعله علة لما قبله. أقول: فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وإن تزوّج حرّ امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال: بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك: ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا اهـ. فإنه صريح في أن المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل.

في باب الإجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المال.

قال المصنف: (ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة ،فليتأمل قوله: (ولهذا: أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب) أقول: إن أراد تزويج الأمة فلا شك أنه من الاكتساب، وإن أراد مطلقاً فلم يدع أحد أنه من الاكتساب.

فصـل

قال: **(وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)** لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان؛ ألا ترى أن الحرّ متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه **(وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالا: يدخل)** اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحرّ في حق الحرية. وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً، غير أن الكسب يكفي الصلة في الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر، ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق، وبالأول في الكتابة

فصـل

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لأن التبع يتلو الأصل قوله: **(وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها)** هذا لفظ القدوري. قال

فصـل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الأصل. قال: **(وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)** تقديم الأب في الذكر ها هنا على ابنه للتعظيم، وأما في ترتيب القوّة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشتري والمولود مقدم على المشتري، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب، والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالاً، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية. وأما الأب فإنه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب، ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلاً، وإنما قال دخل في الكتابة ولا يقل صار مكاتباً، لأنه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة. فإن قيل: ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء، وإذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه. أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة. وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه، ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان **(وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالا: يدخل اعتباراً بقرابة الولاد لأن وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولأبي حنيفة أن للمكاتب كسباً لا ملكاً لأنه ملك لغيره كما عرف وهذا لا يملك الهبة، ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد)** لا في غيره، ألا يرى أن القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر، ولأن هذه: أي قرابة الأخوة **(توسطت بين)** القرابة البعيدة من بني الأعمام والقرابة القريبة وهي **(الولاد)** والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين و**(ألحقناها بالثانية)** أي القريبة في العتق حتى إذا ملك الحرّ أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده أو ولده **(وبالأولى)** أي بالبعيدة**(في الكتابة)** حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما إذا ملك ابن عمه **(وهذا أولى)** من العكس. لأنا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً في العتق **(لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه، وإذا أعتق ليس له ذلك)** وفي ذلك إبطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى

فصل وإذا اشترى المكاتب

قوله: **(والمولود مقدم)** أقول: أي المولود في الكتابة الخ قوله: **(فإنه يحرم بيعه حال حياته)** أقول: يعني حال حياة الأب قوله: **(على نجوم الأب)** أقول: يعني بعد موته قوله: **(ولأن هذه: أي قرابة الإخوة)** أقول: الأنسب أن يقال: أي قرابة المحرمية غير الولاد

وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه، وإذا أعتق لا يكون له فسخه. قال: (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجر بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم، قال عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد أم ولد خلافاً لأبي حنيفة. وله

المصنف: ومعناه إذا كان معها ولدها. وقال صاحب العناية في شرح المقام: امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق. أقول: في عبارته خلل، لأن القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة، إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب: وأما أمة قنة فلم أسمعه اهـ. قوله: (وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها»)[1] قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها وها هنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها تحقيقاً لانحطاط رتبتها عن الولد. قلت: للكتابة أحكام: منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط الرتبة. فإن قلت: لم لا تصير مكاتبة تبعاً للولد؟ قلت: لأن العقد ما ورد عليها اهـ. أقول: فيه نظر، لأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتباً تبعاً لولده كما مر، مع أن العقد ما ورد على الأب هناك أيضاً قطعاً. فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إنما لا تصير مكاتبة تبعاً لولده تحقيقاً لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية، ألا يرى أنها

من إهمال أحدهما. قال: (وإذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لأن ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها إذا عجز، والأم تابعة للولد في هذا الحكم، قال ﷺ «أعتقها ولدها» وإن ملكها وحدها فكذلك عندهما لأنها أن ولد خلافاً لأبي حنيفة. له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها، لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل، فإن أدّى عتق، وما فضل معه فهو له، وإن عجز عاد هو وماله للمولى، وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى إلا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه. ولقائل أن يقول: القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم. والجواب أنه ليس بتحكم، وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله ﷺ «أعتقها ولدها» ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب. وقوله والقياس ينفيه: يعني ولا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها الولد (وإن ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال: لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الإعتاق. واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة. وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء أمته، لكن إن وطىء وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها، لكن إن وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب. قال في المبسوط: جارية بين حرّ ومكاتب ولدت ولداً فادعاه المكاتب، فإن الولد ولده والجارية أم ولد له، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحرّ فبقيام الملك له في نصفها ها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق، ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد قوله: (وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسبه) إذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده، وكذلك إذا ولدت المكاتبة

قوله: (قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول: أي بالشراء أو الهبة أو الإجارة، وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها.

---

(١) تقدم في الاستيلاد.

أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، إلا أنه يثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه **(وإن ولد له من أمة له دخل في كتابته)** لما بينا في المشتري **(وكان حكمه كحكمه وكسبه له)** لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه، وكذلك إن ولدت المكاتبة ولداً لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد. قال: **(ومن زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه**

لا تصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه، فكذا لا تصير مكاتبة تبعاً لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الأول، بخلاف الأب إذا ملكه ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان على ما مرّ. ثم قال تاج الشريعة: فإن قلت: العقد ما ورد على الولد أيضاً. قلت: ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون وارداً عليه بخلاف الأمة اهـ. أقول: فيه أيضاً نظر، لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً وإلا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً لوالده فلا يصح قول المصنف: أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى. ويلزم أيضاً أن لا يثبت. فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف قوله: **(وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد، إلى قوله: وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه)** قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم. والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله ﷺ **«أعتقها ولدها»**[1] ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب. وقوله والقياس ينفيه: يعني ولا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها ولدها، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب بحث، وهو أن الأثر المذكور

من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً)** فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات **(كالتدبير والاستيلاد)** والحرية والرق تسري إلى الولاد، فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الآبقة، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم، وكذا بيع المستأجرة والجانية فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقروناً بشيء لكنه ليس بمؤكداً، فقولهم الأوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين، وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فإنها لا تسري، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه. قال: **(ومن زوّج أمته من عبده)** هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الأم وكسبه لها قوله: **(لأن تبعية الأم أرجح)** إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية. وفي بعض النسخ: دخل في كتابتهما وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب، وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض. قال: **(وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة)** لأنه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد أحرار، هكذا في المبسوط. وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده يتأخر أداؤها إلى ما بعد العتق، وإليه أشار المصنف بقوله: **(لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ)** ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها **(ولهما أنه مولود بين رقيقين، والمولود بين رقيقين رقيق، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم**

---

(١) تقدّم في الاستيلاد.

ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية. قال: **(وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرّة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة)** لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وخالفنا هذا الأصل في الحرّ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[1]، وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد

لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد، بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معاً، فقوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً، وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي إلى المصادرة إذ هو أول المسألة، فإن الإمامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوّزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها قط، على أن قوله: ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على قول: أصحابنا جميعاً، لأنه إن أراد بالملك في قوله: إذا ملكه الأب ملك اليمين فهو ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء، ألا يرى أن الحرّ إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالأثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك اليمين بلا ريب، وإن أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضاً ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أصحابنا، فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعاً على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم، مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاد لا لأبيه، فظهر أن قوله: ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على كل حال قوله: **(ومن زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها)** وفي بعض النسخ: دخل في كتابتهما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما، وفي الكسب يتبعها خاصة، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب، كذا في العناية وغيرها. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، إذ يجوز أن يقال: فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ الكسب مثلاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو الكسب له لا غير، لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية، فلما كان كسبه للأم خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان

في الرق والحرية. لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حراً بإجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير **(وهذا)** أي ولد المكاتب **(ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق)** فكان المانع عن

قوله: **(والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب)** أقول: فيه تأمل، إذ يجوز أن يقال: فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلاً قوله: **(وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية)** أقول: قد يكون الولد حراً من زوجين قنين بلا تحرير ووصية. وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لأجنبي فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولداً فهو حر لأنه ولد ولد المولى، كذا في جامع الفصولين، ولا ترد هذه نقضاً على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع قال المصنف: **(وهذا ليس في معناه، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلتحق به)** أقول: قيل وعلى تقدير أن تجب القيمة عند محمد حالاً فنقول: ولد المكاتب ليس في معنى الحر، لأنه انخلق من ماء الرقيق، وولد الحر انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه، فلا يلحق حمله بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل. قوله: **(تقريره الكتابة أوجبت الشراء)** أقول فيه: بحث، إلا أن يقال: المراد أوجبت صحة الشراء.

---

(١) قوله: إجماع الصحابة على أن ولد المغرور حرّ بالقيمة. تقدّم في الدعوى.

العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به. قال: **(وإن وطيء المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له)** ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة، وهذا العقر من توابعها، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر. أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة. قال: **(وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردّها أخذ بالعقر في المكاتبة، وكذلك العبد المأذون له)** لأنه من باب التجارة، فإن التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهراً في حق المولى.

القول: بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه، ثم إن عتق الولد بعتق أمه إنما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه. والكلام في الثاني. ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضاً فتلك الفائدة أيضاً إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله في كتابة أمه فقط، فلا ينافي كون الأول هو الوجه، بل يؤيده. وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ها هنا، لأن المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة، والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله يصير فائدة.

الإلحاق به موجوداً وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير **(فيبقى على الأصل ولا يلحق به، وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى)** أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بإذنه بطريق الأولى **(ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتاب من غير تأخير إلى الإعتاق وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق)** فيما إذا كان بغير إذنه (و) حكم **(المأذون له كذلك)** قناً كان أو مدبراً، والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر، فالكتابة أوجبت العقر، ولا كذلك النكاح، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

فصل

قال: **(وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد له)** لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما، ونسب ولدها ثابت من المولى

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول، ففصلها بفصل ووصلها بالذكر، كذا في الشروح قوله: **(ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة)**. قال تاج الشريعة، فإن قلت: ينبغي أن لا يسقط لأن الأكساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة. قلت: الكتابة تشبه المعاوضة، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط، وبالنظر إليه يسقط؛ ألا يرى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملاً بجهة المعاوضة، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً بجهة الشرط، انتهى كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب. أقول: في الجواب نظر. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر فيما مرّ مراراً أن العمل بالشبهين إنما يتصوّر فيما يمكن الجمع بين الجهتين، وها هنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل، وجهة كونها شرطاً تستلزم سقوطه، وهما: أي السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة، وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك. وأما ثانياً فلأن العمل بالشبهين لو تصوّر ها هنا فإنما يتصوّر عند ثبوت الكتابة لأنها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط، لا عند بطلانها لأنه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية، فما معنى قول هؤلاء الشراح: فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين. وقلنا: بسلامة الأكساب عملاً بشبه المعاوضة، وقلنا بسقوط الكتابة عملاً بشبه الشرط. ثم أقول: الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد، لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل قوله: **(وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة، ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية)** قال صاحب العناية: لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى. وردّ بعض الفضلاء قوله: والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال: إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب، بخلاف العتق بأمومية الولد، وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى. أقول: وهو مردود بشقيه. أما شقه الأول فلأن صاحب العناية أن أراد بقوله: والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه، لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة، والعتق بأمومية الولد في اللوازم سنداً لمنع ذلك، بل قال:

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل قوله: **(وإذا ولدت المكاتبة من المولى)** وذلك بأن ادعاها **(فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له)** سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته، لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير لأنه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر **(وهو**

فصل وإذا ولدت المكاتبة

قوله: **(سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته لأن للمولى الخ)** أقول: قوله لأن تعليل لقوله أو كذبته قوله: **(فعملنا بالشبهين)** أقول: نظراً

وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة. وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا. ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة، وإن ماتت وهي وتركت ما لا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حرّ، ولو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة

العتق الواحد لا يثبت بهما، وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جليّ لا يقبل المنع، وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصح أن يكون سنداً لمنع ذلك، بل إنما يكون علة لسقوط المنع عنه. وأما شقه الثاني فلأنه أن أراد بقوله: فلا تنافي في قوله، وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع، كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها، بخلاف العتق بأمومية الولد فأنى يجتمعان معاً، وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية: في تعليل لا يقال قوله: **(غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه)** قال صاحب غاية البيان: ولقائل أن يقول: النظر في إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل لا في إبطال حق الغير، لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه، ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى. قال بعض الفضلاء: بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور: وأنت خبير أنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكاتبة، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى. أقول: ليس هذا بدفع صحيح لأن ملك المكاتب والمكاتبة في أكسابهما إنما هو يداً لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما، وإنما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي.

حرّ **لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها)** لأن الدعوى من المولى كالتحرير، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بطريق الأولى. وقوله: **(وما له من الملك)** دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى، ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في الكتابة ناقص فلا تصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى، **(فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها)** أي مهر مثلها **(لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا)** يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة **(ثم إن مات المولى)** يعني بعد مضيها على الكتابة **(عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة)** على ما نذكره. فإن قيل: وجب أن لا يسقط لأن الأكساب ها هنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة. أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط، وبالنظر إليه يسقط، ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين، وقلنا بسلامة الأكساب عملاً يشبه المعاوضة، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً يشبه الشرط **(وإن ماتت هي وتركت ما لا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لأنه حرّ ولو ولدت ولداً آخر)** وهي ماضية على الكتابة **(لم يلزم المولى)** بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة، وباقي كلامه ظاهر والله أعلم. قال: **(وإذا كاتب المولى أم ولده جاز)** وإذا كاتب المولى أم ولده جاز، لأن الكتابة يتوسل بها إلى ملك السيد في الحال، والحرية عند أداء

لها قوله: **(والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين)** أقول: إن أراد الوحدة الشخصية لغير مسلم، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأمومية الولد، وإن أراد النوعية فلا تنافي قوله: **(على سبيل البدل)** أقول: وتوارد علتين ممتنعين: الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يمتنع.

وطئها عليه، فلو لم يدّع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها، فلو مات المولى بعد ذلك عتق ويطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها. قال: **(وإذا كاتب المولى أم ولده جاز)** لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة، ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية: **(فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد)** لتعلق عتقها بموت السيد **(وسقط عنها بدل الكتابة)** لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بغير فائدة، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه. ولو أدّت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية. قال: **(وإن كاتب مدبرته جاز)** لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي، إذ الحرية غير ثابتة، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق **(وإن مات المولى)** ولا مال له غيرها **(فهي**

فقوله: وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لأن ملكها في كسبها يداً لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية: ولنا في قوله: تسلم لها الأولاد أيضاً نظر، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضاً في حق الأولاد يكون النظر لها باقياً، لأن حكم ولد أم الولد له حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه. أقول: هذا النظر ساقط جداً، لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الأولاد في قول المصنف تسلم لها الأكساب والأولاد بقوله: أي الأولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها انتهى. ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد، إذ لو

البدل وحاجة أم الولد إلى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزاً. لا يقال: أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل. وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوّم. وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يداً ورقبة، والكتابة لرفع الأول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني، والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم، وإن لم يكن متقوماً كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال **(فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت**

قال المصنف: **(غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد)** أقول: قال الإتقاني: لم نجد فيه الرواية المنصوصة. ولقائل أن يقول: النظر إليها في إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل، لا في إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه، ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة. ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضاً نظر، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره، لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة الأولاد أيضاً في حق يكون النظر لها باقياً، لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة اهـ كلامه. وأنت خبير بأنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكاتبة، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل قوله: **(فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة)** أقول: امتناعه غير بين ولا يبين في العقود الشرعية فكم لها نظائر قوله: **(والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه)** أقول: فيه شيء، فإن بالإيفاء يتقرر ولا يبطل. والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في إيفائها بعده يكون سعياً في تحصيل الحاصل، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح قوله: **(وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه)** أقول: وفيه أنه ليس في الثاني إيفاء الكتابة مع إبطالها وكان الكلام فيه. وجوابه أن عتقها كانت بأمومية الولد حقيقة، لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالإيفاء نظراً لها، فليس الإيفاء والإبطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل قوله: **(والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين)** أقول: إذا كانتا قريبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه قوله: **(لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه)** أقول: أراد من قوله هي أولاً العتق ومن قوله هي ثانياً البدل قوله: **(فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية)** أقول: وعلى هذا فقول المصنف إذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى، والظاهر أنه تعليل لانتفاء المانع، فإنه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما قوله: **(وانتفاء المانع)** أقول: معطوف على قوله لوجود المقتضى.

بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تسعى في أقل منهما. وقال محمد: تسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار. فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفي الخيار. أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير. وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرّة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير. وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته؛ ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة. ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق

اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضاً في حق بأمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقياً في حقهم إذ ذاك قطعاً. وقال صاحب العناية في هذا المقام: ولقائل أن يقول: الكتابة عقد أحد فكيف ويتصوّر بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة؟ والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البدل، والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه، وبالأول يعود رقيقاً فأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه، وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن كون الكتابة عقداً واحداً لا ينافي تصوّر بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين، فإنهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها وحدة الجهة، وها هنا لم تتحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والأكساب كما يفصح عنه قول المصنف، لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد فلا محذور أصلاً. وأما الثاني فلوجوه: أحدها أن انتهاء الكتابة بإيفاء البدل إنما هو تمامها وتقررها، فجعل أحد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل. وثانيها أن المكاتبة في مسألتنا هذه ممن لم يقع منه إيفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعاً لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع. وثالثها أن قول المصنف: لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه، لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البدل يصير إتمام الكتابة في حق البدل وفي حق الأكساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الأكساب والأولاد وجه. ورابعها أن حمل بطلان عقد الكتابة ها هنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال، لأن بطلان العقد على أيّ معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً إذا كانا من جهة واحدة، وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً. ثم قال صاحب العناية: لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة، ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين، لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب، وجهة هي عليه، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمله فلعله سديد، إلى هنا كلامه. أقول: هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد. أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص إنما لا يعلل بعلتين مستقلتين

السيد وسقط عنها بدل الكتابة، لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة) بالنسب إلى البدل، وبقيت في حق الأولاد والأكساب يعتق الأولاد وتخلص لها الأكساب. ولقائل أن يقول: الكتابة عقد واحد فكيف يتصوّر بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة. والجواب أن تحقيق

امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة، كذا ها هنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال: (وإن

على سبيل الاجتماع. وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعاً على ما تبين في موضعه، والأمر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك، فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلاً عن الآخر. وأما الثاني فلأن كون المعلل بالعلة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع، لأن تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البدل وقوله لامتناع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك، بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها، وإذا أسقط عنها البدل لا يلزمها إيفاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديداً كما لا يخفى قوله: (والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً، كذا في عامة الشروح. وعزاه في معراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام. أقول: فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة إنما تتصوّر في صورة إن كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة. وأما في العكس فلا، إذ لا شك أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المعجل، فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه، مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسألة في الكتب بأسرها قوله: (وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرّة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير. وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه، كذا في العناية أخذا من شرح تاج الشريعة. أقول: في الجواب إشكال، لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد أن عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة، إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة، فأنى يتصوّر إبقاء الكتابة فيها بعد أن صارت حرة عندهما. فإن قلت: المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الأقل.

كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصوّر باعتبارين: أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب على إيفاء البدل، والثاني أن تبطل بانتهائه بإيفائه، وبالأول يعود رقيقاً وأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه، وحيث احتجنا ها هنا إلى بطلان الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه. لا يقال: في كلام المصنف تسامح، لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له، والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين، لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب، وجهة هي عليه، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدّت المكاتبة) بالنصيب: أي بدل الكتابة. وفي بعض النسخ: ولو أدّت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية وإن كاتب مدبرته) وضع المسألة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر، وإنما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة، فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم. قال: (وإن مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة إيضاح قوله: (فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً قوله: (وجب عليها أحد البدلين

قوله: (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول: فيه تأمل قوله: (لأن إخراجها عن الملك) أقول: أي لا إلى مالك قال المصنف: (والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال الخ) أقول: لا يتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق.

دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا: **(ولها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبّرة)** لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة. وقالا: تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا. أما المقدار فمتفق عليه، ووجهه ما بينا. قال: **(وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه)** لقيام ملكه فيه **(وسقط بدل الكتابة)** لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا

قلت: لو أبقى حكم الكتابة لأبقى تأجيلها لأنه من خصائصها. ولهذا قال في الكافي: في تقرير دليل الإمامين هنا. وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لأنه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ. ولو أبقى تأجيلها لزم أن لا يتم قولهما: فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المعجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الإشكال قوله: **(والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته)** أقول: لمانع أن يمنع هذه المقدمة، فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية، والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلاً فتلتزم المال بمقابلتها؛ ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكاتب أم ولده بالإجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعاً لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه، فإذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلاً للاحتياج إلى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر، فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حريته بعضاً لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال: لا يتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق اهـ. أقول: ذاك ساقط لأنا لا نسلم أن المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده، بل الظاهر أنهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعاً ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما إذا لم يكن له مال غيرهما بالإجماع، وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الإمامين وهو عدم تجزؤ الإعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضاً.

فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير. وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه. وقوله: **(أنه قابل البدل بالكل)** لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة **(وقد سلم لها الثلث بالتدبير)** فيسقط ما قابله من البدل وإلا لكان ما فرضناه سالماً غير سالم هذا خلف باطل. وقوله: **(وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة)** وصورته أن يكاتب عبده أوّلاً ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسألة التي تلي هذه المسألة. وقوله: **(لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً)** أي مكشوفاً بينا لا يخفى على أحد، لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح، فإن أعتقها خرج عما نحن فيه، وإن ماتت قبله فكذلك، وإن مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها، وإن لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً **(والظاهر)** البين **(أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته)** فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي

قوله: **(لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال)** أقول: أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة قوله: **(وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز)** أقول: أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق، إلا أن يقال: ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يجز ذلك، فإنه إذا لم يجز أخذ المال عوض الأجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الأجل قوله: **(لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً)** أقول: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة، وكلام العاقل يجب صونه عن الإلغاء، فالمكاتب يعتبر مسقطاً حقه الذي هو التأجيل، والمولى مسقطاً بعض حقه وهو خمسمائة.

يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه. قال: **(وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز)** استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا، ولهذا لا يجوز مثله في الحرّ ومكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر

ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً هو أنها استحقتها مجاناً من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين، وبقوله والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجاناً، بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فإنه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته. ولا يخفى أن هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضاً تفكر تفهم قوله: **(وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، لأن الأجل ليس بمال والدين مال، وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك ربا اهـ كلامه. وقال بعض الفضلاء: أشار بقوله: ذلك في قوله: وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله: اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق إلا أن يقال: ذلك على خلاف القياس بالنص اهـ. أقول: ليس ذلك منقوضاً بالمهر والمال المقابل بالطلاق، لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله: وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة. وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. وقالوا: خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض. وخرج بقولنا: لا يقال هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً اهـ. وقال ذلك البعض من الفضلاء: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل، والمسقط أيضاً هو

رقبتها فلا يسقط منه شيء. ولقائل أن يقول: لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدّت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل. والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزؤ الإعتاق. وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر أنا حكمنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر، وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حرّ ويغرم كل البدل، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له قوله: **(إذ لا استحقاق عنده)** أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة **(وإن دبّر مكاتبته صح التدبير لما بينا)** أنه تلقتها جهتا حرية **(ولها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبّرة، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك)** لأن النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك **(فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما، فاختلفوا ها هنا في الخيار بناء على ما ذكرنا)** من تجزؤ الإعتاق **(وأما المقدار فمتفق عليه)** ومحمد مرّ على أصله لا يحتاج إلى فرق، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ها هنا مقابل بالكل الخ. قال:

قوله: **(وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا)** أقول: لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال قوله: **(وقد استعمله باللام)** أقول: يجوز أن تكون زائدة كما في ﴿ردف لكم﴾ قوله: **(لما تقدم أن له شبهاً)** أقول: الأولى أن يقال: لأنه شرع مع المنافي كما علله غيره. قوله: **(فيكون من هذا الوجه يميناً)** أقول: اليمين أيضاً من العقود.

على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحرّين لأنه

المؤجل، وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلاً، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً فلا يمكن الاستيفاء. نعم لو قال صاحب العناية: لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً لكان أظهر، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقاً في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط فيه كما لا يخفى. وعن هذا قال

(وإذا اعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة إلى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها. فإن قيل: الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ. أجاب بقوله: **(والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد)** واللزوم كان لتعلق حقه، فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه **(والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل)** فإنه إذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون أرضى، وقوله: **(مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه)** إشارة إلى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة. ووجهه أن الأكساب سالمة له لأنا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الأكساب على ملكه نظراً له، وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق بإعتاقه **(وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً. والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال)** بما هو مال **(لأن الأجل ليس بمال والدين مال)** وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف **(وذلك ربا)** لا يقال: هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح، وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة **(وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على أداء البدل إلا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا)** وكانا اعتياضاً عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، وقد اختلف الجنس **(فلم يكن)** ثمة **(ربا)** وفيه بحث لأن المال ما يتمول به وهو يحتمل الإحراز وذلك في الأجل غير متصوّر، ولأن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلأنّ أعطى متعدّ إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام وأما معنى فلأنه قال الأجل في حق المكاتب مال من وجه، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه، وإن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل. والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان مالاً من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك، وإنما المراد به ها هنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم، وضمن أعطى معنى اعتبر، ومعناه اعتبر للأجل حكم المال، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً، فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحاً للعقد ونظراً للمكاتب قوله: **(ولأن عقد الكتابة)** وجه آخر للاستحسان، وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبهاً بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يميناً والأجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة. قال: **(وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل)** لأن المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعاً لضرر تأخير حقهم إلى مضيّ الأجل عن أنفسهم **(فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين حالاً)** وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم **(والباقي)** وهو ستمائة وستة وستون

قوله: **(بخلاف العقد بين الحزين لأنه عقد من كل وجه)** أقول: وخرج الجواب أيضاً عن مكاتب الغير فليتأمل قوله: **(والأخذ بالشفعة)** أقول: فيه شيء والأمر سهل.

عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة. قال: **(وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله أو يردّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله)** لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدّ ثلثي جميع الثمن حالاً والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع. وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى. قال: **(وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أدّ ثلثي القيمة حالاً أو تردّ رقيقاً في قولهم جميعاً)** لأن المحاباة ها هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما.

تاج الشريعة: في شرح قول المصنف: لأنه اعتياض عن الأجل، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطاً للبعض واستيفاء للبعض، فلو جعل إنما يجعل اعتياضاً عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اهـ قوله: **(وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به)** قال بعض العلماء: فيه مناقشة ظاهرة، إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اهـ. أقول: هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنفي القدرة على الأداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهي أدنى ما يتمكن به من الأداء، وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء في حق المكاتب إنما يتصوّر بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلساً فيمتنع الناس غالباً عن إقراضه المال في الحال فيعسر الأداء عليه جداً بدون الأجل وإن أمكن في الجملة، على أن المصنف وأضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض، بل قالوا: إن عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، وأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى، ومتى امتنع من الأداء في الحال يردّ إلى الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش، وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر، والله أعلم.

درهماً وثلثا درهم **(إلى أجله أويرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزائد على قيمته)** ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه **(وصار)** ذلك **(كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل)** ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل **(ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة)** بدليل جريان أحكام الأبدال من جواز المرابحة على الألفين وجواز الحبس على المماطلة والأخذ بالشفعة فإنها تتعلق بجميع المسمى وهو الألفان، وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل، فإن المبدل لما كان متقوّماً كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لأنه إسقاط معنى، بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال، وعلى هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل؛ فعندهما يخير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالاً والثلث إلى أجله، وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى: يعني الدليل من الطرفين **(وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالاً أو يرد رقيقاً في قولهم جميعاً لأن المحاباة في القدر)** وهو إسقاط ألف درهم **(والتأخير)** وهو تأجيل الألف الأخرى **(فاعتبر الثلث فيهما)** أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير.

باب من يكاتب عن العبد

قال: **(وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم، فإن أدّى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب)** وصورة المسألة أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتباً، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة، ولو لم يقل على أني إن أدّيت ألفاً فهو حرّ فأدّى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد. وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد. وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب **(ولو أدّى الحرّ البدل لا يرجع على العبد)** لأنه متبرّع.

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قوله: **(وهي أولى بذلك من الأجنبي)** يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي، فلأن يجوز في حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، كذا في

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه. قال: **(وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم الخ)** قال في الجامع الصغير: وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه عتق، وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب. واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم: هو أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أدّيت إليك ألفاً فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتباً: يعني إن هذا العقد نافذ في حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البدل لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجارة، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه، فكذا إذا أجاز بعد العتق. وقال بعضهم: هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني إن أدّيت إليك ألفاً فهو حرّ فأدى عتق استحساناً. وفي القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر. وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق: أي في توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الألف العبد. قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع، فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه، وها هنا لا يتوقف فيما له. والجواب أن ماله ها هنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه، ولو أدّى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائه، وهل له أن يسترد ما أدّى إلى المولى؟ فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه. قال: **(وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ)** إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحساناً. وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه، كمن باع عبده وعبد غيره أو زوّج أمته وأمة غيره. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء. فإن قيل: ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لأن الأولاد تابعة لها. من كل وجه، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء وتعتق الأولاد إذا أعتق المولى الأم، بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر

باب من يكاتب عن العبد

قوله: **(ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها)** أقول: كان الأظهر أن يقول بالتتبع، وإنما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب
قوله: **(فإن بيع الفضولي يتوقف على إجارة المجيز فيما له)** أقول: كثبوت الملك له.

قال: **(وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب، فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا)** ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب، وهذه كتابة جائزة استحساناً. وفي القياس: يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه. قال: **(وأيهما أدى عتقاً ويجبر المولى على القبول)** أما الحاضر فلأن البدل عليه. وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، وإن لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن إذا أدّى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه. قال: **(وأيهما أدّى لا يرجع على صاحبه)** لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير

الشروح. قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك: وأقول لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ها هنا قياس واستحسان، لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق اهـ. وأنا أقول: أرى أن الحق خلافه، وهو أن يكون ثبوت الجواز ها هنا أيضاً على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير، وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب، وذلك لأن من ذهب إلى أن ثبوت الجواز ها هنا على وجه القياس والاستحسان إن أراد بوجه القياس ها هنا كون الولد تابعاً للأم في الكتابة مطلقاً كما هو الظاهر من قول صاحب العناية: لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي فليس بتام، لأن تبعية الولد للأم في الكتابة مطلقاً إنما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبراً. ولا شك أن وضع مسألتنا هذه في كتابة الأمة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصورها هنا التبعية المطلقة، وأما التبعية الحاصلة بالضم إليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسألة الأولى أيضاً فلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك. وقال ها هنا

نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب، وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف. فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجهاً للقياس. وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحاً للعقد ونظراً للمكاتب ولاشتماله على المسامحة، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله: أي فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل، لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدلك على أن النظر في مجرد التبعية لا مغتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه قوله: **(وأيهما أدى عتقاً)** تكرار لأنه قال في أول المسألة: فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقاً، لكنه أعاده تمهيداً لقوله: **(ويجبر المولى على القبول، أما الحاضر فلأن البدل عليه، وأما الغائب)** فالقياس فيه أن لا يجبر لأنه متبرّع إذ ليس عليه شيء من البدل. ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة **(لأنه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن إذا أدّى المرتهن)** لفكاك عينه **(يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه، وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه)** ومثله لا يرجع **(والغائب متبرّع به غير مضطر إليه)** ومثله أيضاً لا يرجع. فإن قيل: الغائب ها هنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدّى فكيف قال غير مضطر إليه؟ فالجواب أنه كهو في حق جواز الأداء من غير

قوله: **(وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحاً للعقد)** أقول: قوله تصحيحاً ناظر إلى قوله فالنظر، والضمير في قوله فيه راجع إلى البعض قوله: **(ولاشتماله على المسامحة)** أقول: عطف على قوله تصحيحاً قوله: **(في انعقاد العقد عليه)** أقول: الضمير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شيء.

مضطر إليه. قال: **(وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء)** لما بينا **(فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء، والكتابة لازمة للشاهد)** لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله، كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه، حتى لو أدّى لا يرجع عليه، كذا هذا. قال: **(وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون)** لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي.

لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى اهـ مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق، وإن أراد بوجه القياس ها هنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح، إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة، وقالوا: هذا هو السرّ في وضع هذه المسألة في الأمة، إذ لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يعلم تساوي العبد والأمة في حكم هذه المسألة.

دين عليه لا في الاضطرار، فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل وها هنا ليس كذلك، بل إنما هو بعرضية أن تحصل له الحرية، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً: فإن قيل: حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤدّ فكان مضطراً. أجيب بأنه متوهم، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به **(وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا)** أنه فيه تبع **(فإن قبل العبد الغائب ذلك و لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد)** وإن ردّه الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك **(لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله)** فليس للمولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة **(كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدّى لا يرجع عليه، كذا هذا، وإذا قبلت الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز)** وإنما وضع المسألة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء، فإنه لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها، إذ الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة؟ **(وأيهم أدّى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى)** وذلك أن الأم إذا أدّت فقد أدّت ديناً على نفسها، وكل من الولدين إن أدّى فهو متبرع غير مضطر، وفي ذلك كله لا رجوع. فإن قيل: إذا أدّى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية. فالجواب أن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه، ولو أدّت الأم عتقوا، فكذا إذا أدّى أحدهما. قيل وهذه فائدة وضع المسألة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله: **(وهي أولى بذلك من الأجنبي)** يريد أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي، فلأن يجوز في حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي أولى. وأقول: لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ها هنا قياس واستحسان، لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق، والله أعلم.

قوله: **(فإن قيل حق الحرية، إلى قوله: أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به)** أقول: الضمير في قوله بأنه راجع إلى قوله حق الحرية، والضمير في قوله به راجع إلى قوله متوهم قوله: **(وكل من الولدين إن أدى الخ)** أقول: الظاهر أن يقال وكلا.

باب كتابة العبد المشترك

قال: **(وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة، وقالا: هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)**

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان. وقال أكثر الشراح: ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد. أقول: الوجه الأول هو الراجح، لأن الوجه الثاني لا يتمشى في المسألة الأولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله، بخلاف الوجه الأول تأمل تقف قوله: **(وإذا كان العبد بين رجلين)** قال بعض الشراح: وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اهـ. أقول: وجه الأولوية أن حكم هذه المسألة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين، ولفظ شريكين ينتظم الكل، إما يجعل الشريك فعيلاً بمعنى مفعول من شركه في كذا فإن كلاً من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث، أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الأسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية. ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة: بين شريكين حيث قال: قال: وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال: أي بين رجلين. أقول: هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسألة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ها هنا أصلاً، ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقاً تغليباً للذكور على الإناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس قوله: **(وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة الإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ. وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن)**

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين. قال: **(وإذا كان العبد بين شريكين الخ)** إذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة، وقالا: هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما. وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما تكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه. واعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال، ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ، فمن أين للمكاتبة ذلك؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة، وإنما هي تشتمل عليها، فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة، وتصرّف الإنسان في خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرّر به الغير، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع. وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه، والإعتاق والتعليق وإن كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ. أما الإعتاق فظاهر، وأما التعليق فلأنه

باب كتابة العبد المشترك

قوله: **(ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين)** أقول: الأظهر أن يقال: ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر. وإنما قلنا: الأظهر ذلك لأن مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحداً كما في المسألة الأولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين قوله: **(وإذا كان العبد بين شريكين)** أقول: أي بين رجلين قوله: **(والإذن لا يفيد)** أقول: أي على مذهبهما.

وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة الإعتاق، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ، وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن، وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرّعاً بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له. وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز. قال: (وإذا

قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اهـ كلامه. ، وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله: والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة: أي على مذهبهما اهـ. أقول: هذا خبط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعاً؛ ألا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسألة إن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اهـ. ولعل قوله: على مذهبهما وقع سهواً من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه. ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسألة بالتمام قال: وكأن المصنف مال إلى قولهما: حيث أخره اهـ. وقال بعض الفضلاء: فيه كلام، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة: في كتاب العتاق اهـ. أقول: الذي مرّ في كتاب العتاق مسألة العتاق المذكور ها هنا مسألة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة: في مسألة الإعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع، سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه، فمن أين يثبت الإباء، ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسألتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به، بل إنما فهم من تأخير دليله في البيان، وقد عكس الأمر ها هنا، ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة، ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على

يمين قوله: **(وإذنه له بقبض البدل)** بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض، وذلك أنه إذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الآذن متبرّعاً بنصيبه من الكسب عليه، أي على المكاتب، فلهذا كان كل المقبوض له، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد: أي فيكون الآذن متبرّعاً بنصيبه على العبد ثم على الشريك، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع. فإن قيل: المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري. أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث إن مقصوده الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئاً بخلاف البائع فإن ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده. ولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف، وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز، كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الأكساب، وكأن المصنف مال إلى **قولهما** حيث أخره. قال: **(وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ)** وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه: أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه: أي صحت دعوته أيضاً وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها للأوّل بطريق التبين، لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه

قوله: **(فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة)** أقول: قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم، وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر، وقوله للشريك متعلق بقوله إلحاق، وقوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضاً قوله: **(فتحقق المقتضى)** أقول: يعني إلحاق الضرر قوله: **(وانتفى المانع)** أقول: يعنى عدم قبول الفسخ قوله: **(لكن ليس فيها ضرر)** أقول: فلم يتحقق فيها المقتضى قوله: **(أما الإعتاق فظاهر، وأما التعليق فلأنه يمين)** أقول: فلم ينتف فيهما المانع قول: **(وهو: أي البدل)** أقول: أو العقد أو المكاتب، ويؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما.

كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة، وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق **(ويضمن نصف قيمتها)** لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد **(ونصف عقرها)** لوطئه جارية مشتركة **(ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه)** لأنه

الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا فلا محذور تدبر قوله: **(ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد)** قيل: ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأن الولد عنده فكذا لابنها. وأجيب بأن هذا على قولهما. وأما على قوله: فليس عليه ضمان قيمة الولد. قال صاحب العناية بعد ذكر ذاك السؤال: وهذا الجواب وليس بشيء. أقول: يعني أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله: وهذا الذي ذكرناه كله قول: أبي حنيفة ينافي هذا الجواب قطعاً، ثم قال صاحب العناية: وقيل عن أبي حنيفة في تقوّم أو الولد، روايتان، فيكون الولد متقوماً على إحداهما فكان حراً بالقيمة انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لماليتها انتهى. أقول: لا

والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه، كما في المدبرة المشتركة فإن الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق، والجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك، ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة، لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبة، وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً، وإنما قيد بقوله ظاهراً لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقياً نظراً إلى الظاهر، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق، ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد، ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر والحقيقة، أما بالنظر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطيء أم ولد الغير حقيقة. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها. أجيب بأن هذا على قولهما، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء. وقيل عن أبي حنيفة في تقوّم أم الولد روايتان، فيكون الولد متقوّماً على إحداهما فكان حرّاً بالقيمة، وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة: يعني قبل العجز جاز، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أم ولد للأول وهي مكاتبة له ويعتق بأداء البدل إلى الأول، ولا يجوز وطء لآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، لأن الاستيلاد طلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذا ما يثبت به، ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع، وقد أمكن ها هنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلاً للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد، لأنه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلاً للابتذال بالبيع

قوله: **(وكأن المصنف مال إلى قولهما حيث أخره)** أقول: فيه كلام، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق قوله: **(أي صحت دعوته وثبت نسبه)** أقول: فيه بحث قوله: **(أي صحت دعوته أيضاً)** أقول: فيه بحث أيضاً قوله: **(لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبة)** أقول: دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسألة.

بمنزلة المغرور، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه حرّ بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر **(وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز)** لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها، وإذا عجزت تردّ العقر إلى المولى لظهور اختصاصه **(وهذا)** الذي ذكرنا **(كله قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر)** لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه، بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ، وبخلاف بيع

ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد، فإنه وإن أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقق الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوّم أم الولد أيضاً حيث قال: وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى. والمجيب بهذا الجواب الثاني إنما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد، وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك قوله: **(وبخلاف بيع المكاتب الخ)** هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاد؟ ووجه الجواب أن في تجويز البيع إبطال الكتابة، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً، ولو أبطلناها تضرّر به المكاتب، وفسخ الكتابة

والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلاً: أي فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها قوله: **(بخلاف التدبير)** جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة. ووجهه أنا قد قلنا إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان ها هنا لأن التدبير غير قابل للفسخ، فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله: **(وبخلاف بيع المكاتب)** قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد. ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح، ويجوز أن يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه، فإن البيع وراء مالا يتضرر به، وإن كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت قوله: **(وإذا صارت كلها أم ولد له)** متصل بقوله صارت كلها أم ولد له. وتقريره أنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحدّ للشبهة وهي شبهة أنها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به للإجماع على ما ذكرناه ولا حدّ على وطء مكاتبته، ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين. وقوله: **(وإذا بقيت الكتابة)** متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه، وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه، وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له: أي للأول. قيل هو جزاء إذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور. وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد، والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل. وقوله: **(وفي إبقائه)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة، وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ. ووجهه أن في إبقاء عقد

قوله: **(ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر)** أقول: أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر إلى الظاهر والحقيقة قوله: **(لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه)** أقول: سبق في هذه الكراسة أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد قوله: **(وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على إحداهما)** أقول: هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لماليتها قال المصنف: **(وبخلاف بيع المكاتب)** أقول: هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة تقل المكاتبة المفروضة من

المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً. وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطىء أم ولد الغير **(فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرّاً عليه بالقيمة)** غير أنه لا يجب الحدّ عليه للشبهة **(ويلزمه جميع العقر)** لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل. وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه، والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو

فيما يتضرر به المكاتب لا يصح، هذا ما عليه جمهور الشراح في حمل مراد المصنف بكلامه هذا عليه. وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفإن قيل. قلنا: ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال: ويجوز أن يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراء ما لا يتضرر به فإن المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى. أقول: لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر. وقال بعض الفضلاء: قول المصنف: هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها. ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع، إلى هنا كلامه. أقول: أنت خبير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون

الكتابة في حق نصف البدل نظراً للمولى وإن كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه، فرجحنا جانب المولى لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ **(والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو عجزت وردّت في الرقّ تردّ إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا)** في تعليل قول أبي حنيفة. قال: **(ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ)** إذ كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار. وعندهما يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتباً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء، فللتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن. قال صدر الإسلام: ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه **(وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك، أما عندهما فظاهر، لأن المستولد تملكها قبل العجز، وأما عنده فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه)** أي التدبير **(مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك)** فلا يصح بدونه **(بخلاف النسب)** فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه **(لأنه يعتمد الغرور)** لا الملك **(وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا)** يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال **(ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح)** وهو الملك في المكاتبة **(وهذا قولهم**

ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها، ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع قوله: **(أنها تبقى مكاتبة بينهما)** أقول: مخالف لقوله وهي مكاتبة له قوله: **(قيل هو جزاء إذا بقيت)** أقول: قوله هو راجع إلى قوله قيل قوله: **(على ما بينا)** أقول: يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه قوله: **(في تعليل قول أبي حنيفة)** أقول: فيه بحث، والأولى أن يقال في تعليل القولين.

قوله: **(وهذا قولهم جميعاً لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة)** أقول: فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل قوله: **(لأن الاختلاف)** أقول: يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه.

عجزت وردّت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا. قال: **(ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة)** لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك **(وفي قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة)** لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما. قال: **(وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير)** لأنه لم يصادف الملك. أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر. قال: **(وهي أم ولد للأول)** لأنه تملك

هذا جواباً عن ذاك قوله: **(ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة، إلى قوله: فللتردد بينهما يجب أقلهما)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار. وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتباً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء، فللتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن. قال صدر الإسلام: ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه، وعلى هذا القياس قولهما: فيما نحن فيه، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة، وعلى قياس قول محمد: يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي البدل، والوجه قد ذكرناه، إلى هنا كلام صاحب العناية. **أقول**: هذا شرح فاسد وتحرير مختل. **أما أوّلاً** فلأن قوله: إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند

جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وها هنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره، وقد ذكرنا أيضاً من قوله: **(ووجهه ما بينا)** أي في تعليل القولين، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله وتبين أن الجارية الخ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له الخ **(وإن كان كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرقّ صارت كأنها لم تزل قنة. والجواب فيه)** أي في إعتاق أحد الشريكين القن **(على هذا الخلاف في الرجوع)** فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع عليه **(وفي الخيارات)** عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه. وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار **(وغيرها)** يعني الولاء وترديد الاستسعاء، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً. وأما ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار، ويقولان: إن كان **المعتق** موسراً يضمن نصيب الساكت، وإن كان معسراً سعى العبد لنصيب الساكت، وأبو حنيفة رضي الله عنه يراه **(كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق كما تقرر في العتاق)** هذا إذا عجز **(فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة)** خلافاً لهما وهو واضح، ومبناه أيضاً على تجزؤ الإعتاق،

قوله: **(وغيرها الخ)** أقول: معطوف على قوله وفي الخيارات، وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع قوله: **(يعني الولاء وترديد الاستسعاء)** أقول: فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف: **(وإذا كان العبد بين رجلين)** أقول: ليست المسألة من كتابة العبد المشترك.

نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا **(ويضمن لشريكه نصف عقرها)** لوطئه جارية مشتركة **(ونصف قيمتها)** لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة **(والولد ولد الأول)** لأنه صحت دعوته لقيام المصحح، وهذا قولهم جميعاً. ووجهه ما بينا. قال: **(وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يرجع عليها)** لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة، والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً، ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار. قال: **(وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)** ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً لأن

أبي يوسف موسراً كان أو معسراً خبط فاحش، إذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف: في تلك المسألة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعي العبد إن كان معسراً بناء على أنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار. ومن العجائب قول صاحب العناية: في الاستدلال على قول أبي يوسف: في تلك المسألة لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار، إذ لا يشتبه على أحد أن ضمان الإعتاق ضمان إفساد التملك لا ضمان التملك، أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه ضمان تملك فأما إذا أعتقها أحدهما أوّلاً كان هذا ضمان إفساد الملك. وأما ثانياً فلأن قوله هذا قولهما: في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الإسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتبة المشتركة إذا تملكها أحدهما بالاستيلاد. وأما ثالثاً فلأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معاً حيث قال: وعلى هذا القياس قولهما: فيما نحن فيه. فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة، وعلى قياس قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى. مع أن كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسألة الإعتاق على ما سيأتي صريح في أن محمداً مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إذا كان موسراً دون الأقل منها ومن نصف ما بقي من البدل، فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله، نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسألة إعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما إحداهما ما ذكره المصنف فيما سيأتي، والأخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاد، ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع، فإن المذكور فيهما في مسألة

وذلك **(لأن الإعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب)** وهو حاصل، وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان **(وعندهما لما لم يتجزأ عتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعي العبد إن كان معسراً، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار)** قال: **(وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ)** وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو

الإعتاق صادف المدبر. ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين، وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قنّ لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه، والاستخدام وأمثاله، والإعتاق وتوابعه، والفائت البيع فيسقط الثلث. وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، كما إذا غصب مدبراً فأبق، وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد: (إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار، ويضمن نصف قيمته قناً لأنه صادفه التدبير وهو قنّ (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لا يتجزأ فعتق كله

الإعتاق على قول محمد: هو الرواية الأخرى وهي ضمان الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقحمه في لفظ الجامع الصغير ها هنا إلى قولهما معاً. ثم أقول: الوجه عندي أن يكون مراد المصنف ها هنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله في مسألة الإعتاق. وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسألة: يرشدك إلى هذا المعنى قطعاً أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف: وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الأول وحذفه في الثاني تدبر ترشد قوله: (وهذا قولهم جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وها هنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره، كذا في العناية وغيرها. قال بعض الفضلاء فيه: إنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى. أقول: يمكن الفرق بأنّ وجه قول محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما إذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما، وهذا

موسر فإن المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه، وإن كانت المسألة بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة. ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الإعتاق والاستسعاء، فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، ويقتصر الإعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه لسدّ باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً كما هو مذهبه، فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادف المدبر. واختلفوا في قيمته، فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين، وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وما أشبه في كونه خروجاً عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعاً بالمنافع كالإجارة والعارية والوطء. والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال، والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يتملك شيئاً بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبق فإنه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك، وإن أعتقه أو لا: يعني المسألة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والإعتاق والسعاية، لأن المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين، لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان لمعنى وهو أن نصيبه كان قناً عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوّت ذلك بالتدبير، بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مدبراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه. والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان

وإنما ذكرها استطراداً قوله: (فإذا دبره، إلى قوله: وهو أن نصيبه كان قناً) أقول: الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان إلى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث.

فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً) ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما، والله أعلم.

الوجه غير متمشّ فيما إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة، وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى.

المحل وقت الإعتاق قابلاً للتمليك، كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن فمات أو أبق، وأما إذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك، فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه، فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئاً لصاحبه عما لزمه، وبقي له خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً لأن تدبيره صادفه وهو قن، وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله، وكلامه فيه ظاهر.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال: **(وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة)** نظراً للجانبين، والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه **(فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان)** لقول عليّ رضي الله عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ في الرق[1] علقه بهذا الشرط، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيساراً، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان. ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها قوله: **(والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء)** قال صاحب العناية: والمديون بالجر عطف على كإمهال. أقول: هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً، إذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكإمهال المديون لأجل القضاء قوله: **(ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز، لأن من**

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة. قال: **(وإذا عجز المكاتب عن نجم)** النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة، وإن عجز المكاتب عن نجم **(نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظراً للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع)** فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوماً ويومين وثلاثة لا يزاد عليه، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير، والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة: ﴿هذا فراق بيني وبينك﴾ وكذلك قدّر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام **(والمديون)** بالجر معطوف على كإمهال: يعني إذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوماً أو ثلاثة أيام فإنه يمهل ولا يزاد عليه **(فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ في الرق علقه بهذا الشرط)** فلا يوجد دونه. ولقائل أن يقول: هذا استدلال بمفهوم الشرط، وهو ليس بناهض لأنه يفيد الوجود فقط. والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين، والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما، كما لو قال: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق **(ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق)** مبناه على المسامحة **(حتى كان أحسنه مؤجله، وحالة الوجوب بعد حلول نجم)** فلا إرفاق في الطلب عنده **(فلا بد من إمهال مدة إرفاقاً، وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان)** فإن مضى النجم الثاني ولم يؤدّ المال تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان **(ولهما أن سبب الفسخ)** وهو العجز **(قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز، وهذا)** أي كون العجز سبباً للفسخ **(لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً بدونه)** والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى: أي فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً، وأن يكون للقاضي: أي فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضياً بدون ذلك النجم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله: **(والمديون بالجر عطف على قوله كإمهال)** أقول: فيه مسامحة لظهور أنه معطوف على الخصم قوله: **(يعني إذا ثبت)** أقول: يعني بإقرار المدعى عليه قوله: **(وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ)** أقول: سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله.

---

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع كما في نصب الراية ١٤٦،٤ والبيهقي ٣٤٢،١٠ كلاهما عن علي موقوفاً بإسنادين الأول فيه حجاج واهٍ والثاني الحارث واهٍ.

العجز، **لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال** عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً بدونه، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً، والآثار متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها. قال: **(فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز)** لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فالبعذر أولى **(ولو لم يرضى به العبد لا بد من القضاء بالفسخ)** لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا أو الرضا كالرد بالعين بعد القبض. قال: **(وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق)** لانفساخ

عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول: فيه شيء، وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى في صورة إن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها، إذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند إمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته، ولا ريب أنه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله. وقال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية انتهى. أقول: إن قوله هذه الشرطية ليس بسديد، إذ الظاهر أن من في قوله: من عجز عن أداء نجم واحد موصولة، وأن قوله: يكون أعجز عن أداء نجمين خبر أن في قوله: لأن فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية قوله: **(والآثار متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها[1] فسقط الاحتجاج بها)** هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضي الله عنه بأن الأثر المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها: أي بالآثار للتعارض، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار إلى ما بعدها من الحجة

على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان **(بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً قوله. والآثار متعارضة)** جواب عن استدلاله بأثر عليّ رضي الله عنه. وبيان ذلك أنه روي عن ابن عمر أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردّها فسقط الاحتجاج بها، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار إلى ما بعدها من الحجة، فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماً عن المعارض، لأن دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به. قال: **(فإن أخلّ بنجم عند غير السلطان)** المراد بالإخلال ها هنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها: فإذا أخلّ بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان: أي القاضي **(فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزاً، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى، وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم)** من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بانفراده **(تام)** ليس فيه خيار شرط، وكل ما كان كذلك **(ففسخه يحتاج إلى)** الرضا أو **(القضاء كالردّ بالعيب بعد القبض)** وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء، ووجهها أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد، لأن تمام الكتابة بالأداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه، فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيباً قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ها هنا. قال: **(وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده)** وكسب العبد لمولاه وإنما قال: **(ظهر لأن كسبه كان موقوفاً عليه أو**

قال المصنف: **(لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين)** أقول: فيه تأمل، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية قوله: **(لأن دليل أبي يوسف)** أقول: يعني دليله المعقول قوله: **(وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه)** أقول: ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الأداء.

---

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٤٦،٤ قال: وروى ابن أبي شيبة في مصنّفه عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار، فأدّاها إلا مائة، فردّه في الرقّ.

الكتابة (**وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه**) لأنه ظهر أنه كسب عبده، هذا لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه وقد زال التوقف. قال: (**فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده**) وهذا قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله. وقال الشافعي رحمه الله: تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه،[1] ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوداً أو يثبت قبله أو بعده مستنداً، لا وجه إلى الأول لعدم المحلية، ولا إلى الثاني لفقد

فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماً عن المعارض فيثبت الفسخ به، كذا في عامة الشروح. أقول: هنا إشكال، لأن ما قالاه من الدليل المعقول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الأصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الأربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع إلى القياس، وقد صرح به صاحب غاية البيان ها هنا أيضاً حيث قال: إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى. وقد تقرر في الأصول أيضاً أن القياس لا يجري في المقادير، وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا: وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام، لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس انتهى. فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه إلى القياس حجة لهما في إثبات ما ذهبا إليه في جواب هذه المسألة فليتأمل قوله وقال الشافعي: (**تبطل الكتابة ويموت عبداً، وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل**) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: وقال الشافعي: تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه فلمولاه، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قوله: واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته، على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف: ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى. أقول: بل هو مطابق للمشروح فإن الواو في قوله واستدل للعطف أيضاً والمعطوف عليه معنى

على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (**وقد زال التوقف**) قال: (**فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده**) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما (**وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله، وقال الشافعي رحمه الله، تبطل الكتابة ويموت عبداً، وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه**) واستدل لذلك بالمعقول بأن المعقود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك، وذلك لأن العتق إن ثبت فإما أن يثبت بعد الممات مقصوداً أو قبله أو بعده مستنداً إلى حال حياته، لا سبيل إلى الأول لأن الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل، ولا إلا الثاني لأنه مشروط بالأداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه، ولا إلى الثالث لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم

قوله: (**واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك**) أقول: لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف: ولأن المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة، لأن المعقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد قوله: (**وهذا الشيء لم يثبت بعد**) أقول: بل هو متعذر الثبوت في الحال على ما علمته.

---

(١) موقوف. أخرج البيهقي ١٠/٣٣١ عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت يقول: المكاتب عبد ما بقيّ عليه درهم لا يرث ولا يورث، وكان علي يقول: إذا ماتت المكاتب وترك مالاً قسم ما ترك على ما أدّى، وعلى ما بقي، فما أصاب ما أدى، فللورثة وما أصاب ما بقي، فلمواليه، وكان عبد الله يقول: يؤدّي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته، ولورثته ما بقي.

الشرط وهو الأداء، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند. ولنا أنه عقد معاوضة، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه، والموت أنقى للمالكية من للمملوكية فينزل حياً

قوله: وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال: أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدّعاه بالمعقول أيضاً، كما أن قول المصنف: ولأي المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله: وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه، كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولأن المقصود بالكتابة الخ، والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات، وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة، فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى، ثم إن ذلك البعض قال: والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل لأنه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه، ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال: لأن العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا إياه؟ وأيضاً إن الفاء في قوله: فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح قوله: **(بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى)** قال صاحب العناية: قوله بل أولى يجوز أن يكون جواباً عما يقال: ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد. ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ها هنا إنما هو الحاجة، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف: هذا إنما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين، ولا وجه لتجويز كونه جواباً عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون

يثبت بعد **(ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق)** وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه، وبيان أن هذا النص في الحال معلول، وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره، وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول ﷺ وعن السلف، وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من ردّه، وادعاء الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله، فإن يسرّ الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثوّ على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهالة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره، والحق بالأخسرين أعمالاً الذين ضلّ سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً قوله: **(بل أولى)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد. ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ها هنا إنما هو الحاجة، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع. أما المقتضى ف **(لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه، و)** أما المانع فلأن **(الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية)** فإن المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزاً صرفاً حقيقياً وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها **(فينزل حياً تقديراً)** كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين

قوله: **(يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد)** أقول: هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقوداً عليه، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلي قوله: **(والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى)** أقول: إلى في قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى، وأشار بقوله ذلك إلى البقاء والمعنى والحاجة إلى البقاء أدعى الخ.

تقديراً، أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات. قال: **(وإن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا**

العاقد، لأن الجواب عنه إنما يتصوّر بمنع كون المكاتب نفسه معقوداً عليه، وبيان المعقود عليه إنما هو سلامة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ماذا، فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جواباً عن ذلك السؤال، لأن بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى إلى إبقائه بعد أن هلك المعقود عليه، فلا تفيد المقدمات المذكورة ها هنا شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلاً، ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جوّزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جواباً عما ذكر بوجه آخر حيث قال: لا يخلو عن بعد بعد قوله: لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقوداً عليه، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى. أقول: ليس هذا بتام لأن كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحاً في عدم كون المكاتب معقوداً عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقوداً عليه أيضاً لوقوع العقد على نفسه، ألا يرى إلى قوله: في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحاً في ذلك فعدم كون المكاتب معقوداً عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضاً، والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم. فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافياً لقوله السابق بل يكون مقرراً له فلا احتياج إلى التنزل، بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق قوله: **(فينزل حياً تقديراً أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه)** هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا: أحدهما أنه يعتق بعد الموت بأن ينزل حياً تقديراً كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث، وكما قدرنا المولى حياً ومالكاً ومعتقاً في فصل موت المولى. وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه. هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام. ثم أقول: من العجائب ها هنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه: في أثناء تقرير تعليل

مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث **(أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت)** فإن قيل: يلزم تقدم المشروط على الشرط. أجاب المصنف بقوله: **(ويكون أداء خلفه كأدائه)** فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق، ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد. قال: **(وإن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة الخ)** الولد المولود في الكتابة يسعى في

قال المصنف: **(أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت)** أقول: فإن قيل: من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء يثبت ثم يستند؟ قلنا: الأداء ثابت في الحال، فإن أداء خلفه كأدائه فيستند إلى ما قبل الموت، وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد، وإضافة السبب إلى الأداء بيانية. أو نقول: المراد من استناد سبب الأداء استناد سببية عقد الكتابة لا نفسه، إذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب، فإن التعليقات ليست أسباباً عندنا في الحال بل عند وجود الشرط، فإذن أسند الأداء إلى ما قبل الموت فتأمل مراجعاً إلى شرح الإتقاني. ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم، كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان قوله: **(أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت)** أقول: ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر. والحق أن تجعل إضافة السبب إلى الأداء بيانية. وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعاً لما يقال إنه لم يوجد من المكاتب الأداء بعد الممات قوله: **(ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه)** أقول: ولعله إنما لم يتعرض له لأن سلامة مالكية اليد فاتت بفوته، إذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض، أو جعله باقياً حكماً مشتركاً كما لا يخفى، والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية.

أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء **(وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدّي الكتابة حالة أو تردّ رقيقاً)** وهذا عند أبي حنيفة. وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة، والجامع أنه يكاتب عليه تبعاً له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه. ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله، بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه **(فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه)** لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حراً يرث عن حرّ **(وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة)** لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه، وإن كان كبيراً جعلاً كشخص واحد، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر.

أئمتنا في هذه المسألة، فينزل حياً تقديراً وتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية، هذا من تمام التعليل، فمن قال: أو تستند فقط أخطأ انتهى. وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية، ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطىء هو هذا المخطىء، فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المستقلين في إثبات قول أئمتنا في مسألتنا هذه، فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو، ولعل منشأ غلط ذاك المخطىء أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله: ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو، ولا ريب أنه معطوف على قوله: فينزل حياً تقديراً، وأنه لا محذور في إتمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة قوله: **(ولا يسري حكمه إليه لانفصاله)** قال بعض الفضلاء: فيه بحث انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل في كتابة أبيه، وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته. وأيضاً لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً، لكنه ساقط بوجهيه. أما سقوط وجهه الأول فلأن دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه، بل يجعل المكاتب مكاتباً لولده باشترائه إياه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان كما أن الحرّ إذا اشترى ولده يصير معتقاً له بالاشتراء. وأما سقوط

كتابة أبيه على نجومه إن كان مفلساً بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الأداء كما لو ترك وفاء. وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما. وقال أبو حنيفة رحمه الله: قيل له إما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقاً. هما اعتبراه بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعاً له ولهذا يملك المولى إعتاقه كالمولود فيها، بخلاف الأكساب فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب. وأبو حنيفة رحمه الله فرّق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب، فإن اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما اشتراه دخل في كتابته، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد، ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بجزية ابنه أيضاً في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حرّ عن حرّ، وكذلك إن كوتب الأب والابن كتابة واحدة ومات الأب وترك وفاء ورثه ابنه لأن الولد إما أن يكون صغيراً أو كبيراً، فإن كان صغيراً فهو تبع لأبيه، وإن كان كبيراً جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما، فالحكم بحرية الأب حكم بحريته في تلك الحالة: يعني آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. قال: **(وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ)** ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما. وصورتها: مكاتبه مات وله ولد حرّ من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته،

قال المصنف: **(ولا يسري حكمه إليه)** أقول: فيه بحث.

قال: **(وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)** لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالي الأب، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً **(وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز)** لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً، وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقرّ الولاء على موالي الأم، وإذا

وجهه الثاني فلأن عتق الولد المشترى عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب إذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع، ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر قوله: **(وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ)** قال صاحب العناية: ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى. أقول: هذا كلام لا حاصل له، لأن الفرق متحقق بين كل مسألتين، وإلا لم تكونا مسألتين بل صارتا مسألة واحدة، فكل مسألتين إذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما، فما وجه تخصيص علية بيان الفرق بذكر هاتين المسألتين؟ فإن قيل: الفرق بين هاتين المسألتين خفيّ فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليته بذكرهما. قلنا: خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من المسألتين كما لا يخفى، فلم يتم وجه التخصيص، وأيضاً لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الأخرى، ولا شك أن كل واحدة منهما مسألة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان، على أن الفرق بين مفهومي هاتين المسألتين ظاهر غنيّ عن البيان، وإنما المحتاج إلى البيان هو الفرق بين عليتهما، وبيان الفرق بين عليتهما إنما وقع في الهداية، وهاتان المسألتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان العلة، فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما، ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل قوله: **(لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالي الأب، والقضاء بما يقرّر حكمه لا يكون تعجيزاً)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، وكل ما يقرّر شيئاً لا يبطله. أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولاء ابنه إلى مواليه، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه، كما إذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء، فكان إيجاب العقل من لوازمها، وثبوت

فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الأم. أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر، لأن الدين باعتبار مآله مال، ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل، وإنما قيد بالدين لأنه لو ترك عيناً لم يتأتّ القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء في الحال. وأما أن الولاء لموالي الأم فلأنه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب أبيه، فإن جنى هذا الولد جناية وقضى به: أي بموجب الجناية على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة، لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، وكل ما يقرّر شيئاً لا يبطله. أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجرّ ولاء ابنه إلى مواليه، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه، كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء، فكان إيجاب العقل

قوله: **(ذكر هذه المسألة والتي بعدها)** أقول: وهي قوله وإن اختصم موالي الأم قوله: **(لأنه لو ترك عيناً لم يتأت القضاء)** أقول: أي على مذهبنا قوله: **(مات رقيقاً، إلى قوله: مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه)** أقول: الضمير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً راجعان إلى الأب، والضمير في قوله بولائه راجع إلى الولد قال المصنف: **(لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً الخ)** أقول: لا يخفى

بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزاً. قال: **(وما أدّى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك)** فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق، وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها «هي لها صدقة ولنا هدية»[1] وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب، وهذا عند محمد ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده، وكذا عند أبي يوسف، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى

اللازم يقرر ثبوت ملزومه. وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه. أقول: في تقريره نوع إشكال على طريقة أهل المعقول فإن قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع، إذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم، ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص، والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على موالي الأم يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب. ثم أقول: يمكن دفعه بأن اللازم ها هنا ليس مطلق إيجاب العقل على موالي الأم، بل إيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجرّ ولاء ابنه إلى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة إبقاء الكتابة، إذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جرّ الولاء كما صرح به في المسألة الآتية، ولكن بقي ها هنا شيء، وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه، لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسألة، فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل قوله: **(وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك)** وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة، كذا في الكافي وعامة الشروح. فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه، ثم بالعجز ينعكس الأمر، وليس هذا إلا بتبدل الملك للمولى

من لوازمها وثبوت اللازم يقرّر ثبوت ملزومه. وأما أن كل ما يقرّر شيئاً لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله: **(وإن اختصم موالي الأم الخ)** هو المسألة الثانية، وصورتها: مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالي الأب وموالي الأم فقال موالي الأم مات رقيقاً والولاء لنا، وقال موالي الأب مات حراً والولاء لنا، فقضى بولائه لموالي الأم فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة، لأن هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصوداً وهو واضح. وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقرّ الولاء على موالي الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا: أي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء، وإذا كان القضاء بالولاء نافذاً انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جرّ الولاء، لما تقدم في المسألة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه. قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب، وليس أحد البطلانين أرجح. وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فصلاً مجتهداً فيه نفذ بالإجماع، وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها. قال: **(وما أدّى المكاتب من الصدقات إلى مولاه الخ)** إذا

عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه، فاختصامهم في الحقيقة فيه فلا يرد أن يقال: يتصور الولاء لمولى الأم على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الأداء فلا يستقيم قوله وذلك يبتنى قوله: **(لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ)** أقول: ها هنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله المعلل ظاهراً، فإنه جعل احتمال جر الولاء لازماً في المدعي، وجزء اللازم في الدليل، وتوجيهه غير خفي كما لا يخفى قوله: **(رعاية لحق المكاتب)** أقول: ناظراً إلى قوله ما يجب رعايته.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٧٨ ومسلم ١٠٧٥، ١٥٠٤ والنسائي ٦,١٦٥، ١٦٦ والبيهقي ٦,٨٥، ١٣٤,٧ و١٠,٢٩٥ والطيالسي ١٤١٧ كلهم من حديث عائشة. وتقدّم في الطلاق.

عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به، ولا يجوز ذلك للغنيّ من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فإنه يطيب لهما، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من

كذا قال جمهور الشراح. واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال: بعد ذكر السؤال والجواب. وفيه نظر، لأنا لا نسلم أن ذلك تبدل، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين اهـ. وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال: قلت أول كلامه منع مجرد، والثاني دعوى بلا برهان اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، فإن المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين، غاية الأمر أن الثاني أقوى من الأول، فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد. وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد، إذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضاً منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان، والصواب في دفع ذلك أن يقال: إن منع التبدل مكابرة، إذ لا شك أن الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل، وإن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط، لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو في حكم الشرع دون الحقيقة، وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه. ثم قال صاحب العناية: ولعل الأولى أن يقال: المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً اهـ. وردّ عليه الشارح العيني لأنه إن لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة. أقول: هذا أيضاً كلام لغو، إذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر إلى ملك اليد، وهو كاف في كون ما أدّى إلى المكاتب من الصدقات طيباً للمولى كما صرحوا به. والصواب في الرد عليه ها هنا أن يقال: هذا الذي ذكره في المآل عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح، وأورد هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة إلى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد، فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لإيراد النظر على ذلك الجواب، وذكر هذا من عند نفسه وادعاء أنه أولى من ذلك قوله: **(لأنه لا خبث في نفس الصدقة، وإنما الخبث في فعل الآخذ، إلى قوله: والأخذ لم يوجد من المولى)** قال بعض الفضلاء: فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده إذ لا أخذ منهما كمالا يخفى اهـ. أقول: إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الأخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث، إذ لا فرق في إيراث الخبث بين أخذ من واحد

كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئاً وعجز، فأما إن عجز بعد أدائه إلى المولى أو قبله، فإن كان الأول هو طيب للمولى بالإجماع لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضاً عن العتق، وتبدل السبب كتبدل العين. أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت إليه ﷺ وهي مكاتبة حيث قال ﷺ «هي لها صدقة ولنا هدية» وهذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنيّ أو هاشمي فإنه لا يطيب لهما، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له. وإن كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك، فإن عنده أن المكاتب إذا عجز ملك المولى أكسابه ملكاً مبتدأ ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا آجر أمته ظئراً ثم عجز، وكذا عند أبي يوسف رحمه الله، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فإن للمولى نوع ملك في أكسابه، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون، ولهذا إذا آجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة لأن الخبث ليس في نفس الصدقة، وإلا لما

قال المصنف: **(ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة، وللهاشمي لزيادة حرمته)** أقول: فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده، إذ لا أخذ منهما كما لا يخفى قوله: **(لأن الخبث ليس في نفس الصدقة)** أقول: تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف.

الصدقة في يده. قال: **(وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي)** لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع، فإذا زال عاد الحكم الأصلي **(وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز)** لما بينا من زوال المانع **(وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه)** لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقول أوّلاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد. ولنا أن

وأخذ من آخر إذا وجد الإذلال بالأخذ، بخلاف المولى فيما نحن فيه فإنه لم يوجد منه الأخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر، ولا من يد العبد، فإن أكسابه ملك مولاه عند أبي يوسف، فبالعجز لا يتبدّل الملك فلا يوجد منه الأخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد إليه تشبيهه بابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة. فإن قلت: لا شك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده، فبالعجز انتقل ذلك منه إلى المولى فوجد من المولى الأخذ من يد العبد بهذا الاعتبار. قلت: ذاك الانتقال ضروري والأخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذاً، ولو سلم أن يعدّ ذلك أخذاً فاللازم فيما نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده، والذي كان سبباً للخبث إنما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند إباحة الفقير للغني أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه قوله: **(ولنا أن المنافع قابل للزوال للتردّد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا)** قال صاحب العناية: فإن قيل:

فارقها أصلاً، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به، وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فإنه يطيب لهما، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة، وإنما قيل على الصحيح لأن بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب، لأن المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكاً مبتدأ بل كان له نوع ملك في أكسابه، وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفاً.

وها هنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك. وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب، فإن للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك إلا بتبدل الملك للمولى، وفيه نظر لأنا لا نسلم أن ذلك تبدل، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين، ولعل الأولى أن يقال: المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً. قال: **(وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ)** إذا جنى العبد فكاتبه كولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختاراً للفداء ويجب عليه قيمته. أما الأول فلعدم علمه بالجناية. وأما الثاني فلأن الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فإن عجز خير المولى بين الدفع والأداء والفداء لأن هذا: أي أحد هذين الأمرين موجب جناية العبد في الأصل، والموجب الأصلي لا يترك إلا بمانع، فإن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم، أما

قوله: **(وفيه نظر لأنا لا نسلم أن ذلك الخ)** أقول: وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضاً كذلك فإن ذلك يجعله حلالاً طيباً للمولى وهم يجعلونه حلالاً بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى فبمثله أولى قوله: **(ولعل الأولى أن يقال الخ)** أقول: إن أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب، وإن أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل قوله: **(إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختاراً للفداء ويجب عليه قيمته)** أقول: أي إذا كان قيمته أقل من أرش الجناية، وإلا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية. ثم اعلم أن الضمير في قوله راجع إلى المولى. قوله: **(وكذلك: أي وكما مر من عود الحكم الأصلي)** أقول: والأولى أن تجعل الإشارة إلى ما ذكر من المسألة والتشبيه في عود الحكم الأصلي.

المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده، كذا هذا، بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال. قال: (وإذا مات المولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب، إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير، إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة

قوله: ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه، لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل؟ قلنا ظهوره، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال

عن الفداء فلما مر من عدم العلم، وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة، فأما إذا عجز فقد زال المانع، وإذا زال المانع عاد الحكم الأصلي، وكذلك: أي وكما مر من عود الحكم الأصلي إذا جيء المكاتب ولم يقض به: أي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وإن قضى به: أي بموجب الجناية عليه: أي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو: أي ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع فيه. واعلم أن المكاتب إذا جنى جناية خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية؛ ألا ترى أن في جناية المدبّر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لأنه أحق بكسبهما، هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره، وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد رجع إليه أبو يوسف رحمه الله آخراً وكان يقول أوّلاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يقضي المولى عنه، وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية، فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد. وقوله من الرقبة إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجناية، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية. ولنا القول بالموجب، وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم، ولكن الكلام في أنه قابل للزوال أو لا، ولا شك في قبوله لإمكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا. فإن قيل: قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل؟ قلنا: ظهوره، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان وجود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده، بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة. قال: **(وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة)** الكتابة حق المكاتب لأنها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب حقه، وسبب حق المرء حقه لإفضائه إلى حصوله، فالكتابة حقه، فإذا مات المولى لا تنفسخ كي لا يؤدي موته إلى إبطال حق غيره، ويقال له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه: أي مؤجلاً لأنه استحق الحرية على هذا الوجه، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير، وهذا لأن المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه، بخلاف ما إذا كان مريضاً وكاتبه فإن المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالاً أو يرد رقيقاً لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه قوله: **(إلا أن الورثة يخلفونه)** استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييراً في عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت، فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة **(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه، إذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث)** ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم **(وإن أعتقوه جميعاً)** عتق استحساناً. وجه القياس ما ذكرنا من عدم

قوله: **(وهو دفع الرقبة إلى القيمة الخ)** أقول: لا يخالف ما قال آنفاً إن الموجب الأصلي أحد الأمرين، لأن أحد الأمرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه إلى القيمة، ثم اعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل.

لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه، وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة، وإن أعتقوه جميعاً عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه لا في كله، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة، والله أعلم.

لإمكان عود الموجب الأصلي اهـ كلامه. أقول: فيه بحث، إذ لمانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال، كيف وهذا التردد متحقق فيما إذا عجز بعد القضاء أيضاً مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ها هنا أيضاً كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولاً؟ فمن أين يثبت الظهور، ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف: ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركاً بعد أن قال: إن المانع قابل للزوال للتردد، أو كان حقه أن يقول: فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة، وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال: لما كان المانع متردداً لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو الرضا.

الملك. ووجه الاستحسان أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة فإنهم يملكونه لجريان الإرث فيه **(وإذا برىء المكاتب عن)** جميع **(بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه مولاه)** فإن قيل: فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه. قلنا: لا يصح، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البدل أو أدائه لا في بعضه ولا في كله، لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل، ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شيء، وإذا لم يمكن إثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لإبراء البعض، وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب.

كتاب الولاء

الولاء نوعان: ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة، وسببه العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له. وولاء موالاة، وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة، والحكم يضاف إلى

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب، لأن الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة، وهو وإن كان من آثار الإعتاق أيضاً إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر، ثم إن الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل. وقيل: الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة، إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة. فالولاء شرعاً عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة، ولهذا قال في المبسوط: والمطلوب بكل واحد منهما التناصر، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: فيه فتور. أما أوّلاً فلأن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله: وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف نحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما. وأما ثانياً فلأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما، إذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمراً مغايراً له، إذ لا معنى لكون الشيء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط: والمطلوب بكل واحد منهما التناصر. وقال في العناية: الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة، وهو مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل. وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الولاء المشتق من الولى الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة، لأن الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى، ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة، وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة. وعن هذا قال في الكافي والكفاية: هو من الولي بمعنى القرب، ويقال بينهما ولاء: أي قرابة، ومنه قوله: عليه الصلاة والسلام

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة، وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على النهج المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر. والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة، وهو مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل، وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل. قال: (**الولاء نوعان**) ينوّع الولاء باختلاف السبب إلى نوعين: فالأول (**ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة**) اقتفاء بقوله تعالى ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه﴾ أي بالإعتاق وهو زيد (**وسببه العتق على ملكه في الصحيح**) وقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا إن سببه الإعتاق استدلالاً بقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» وإنما كان

كتاب الولاء

قوله: (**استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام الخ**) أقول: ويجيء جواب استدلالهم بعد سطور قوله: (**فجعل العتق سبباً أولى لعمومه**) أقول: الأصوب تبديل الأولى بالصواب قوله: (**بيان لسبب النوعين**) أقول: أي لسببية سببهما.

سببه، والمعنى فيهما التناصر، وكانت العرب تتناصر بأشياء، وقرّر النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال: «إن

«الولاء لحمة كلحمة النسب»[1] أي وصلة كوصلة النسب اهـ. فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة، وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقاً من الولي بمعنى القرب: وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اهـ. وقال في التبيين: هو من الوليّ فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة. ثم قال: أو من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اهـ. فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين وإخلال بحق البيان قول: **(وسببه العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق قريبه عليه بالورثة كان الولاء له)** إنما قيد بقوله في الصحيح احترازاً عن قول: أكثر أصحابنا فإنهم يقولون: سببه الإعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»[2] ولكنه ضعيف، فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا إعتاق هناك، فالصحيح أن سببه العتق على ملكه، ألا يرى أنه يقال: ولاء العتاقة ولا يقال: ولاء الإعتاق، والحكم

ذلك صحيحاً، لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه. والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما سنذكر قوله: **(ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة)** بيان لسبب النوعين فإن كلاً منهما يضاف إلى شيء، والإضافة تدل على السببية كما عرف في الأصول. وقوله: **(والمعنى فيهما التناصر)** بيان مفهومهما الشرعي قوله: **(وكانت العرب تتناصر بأشياء)** بيان وجوه التناصر فيهما، فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطاة (و) قد (قرّر النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال: «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم. والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف)** قال: **(وإذا أعتق المولى مملوكه الخ)** إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم. فإن قيل: الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الإعتاق. فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق.

وقوله: **(ولأن التناصر به)** أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث. وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه، لأن الرقيق هالك حكماً، ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى، ومن أحيا غيره معنى

---

(١) حسن لشواهد. أخرجه الشافعي ٧٣،٧٢،٢ والحاكم ٣٤١،٤ والبيهقي ٢٩٢،١٠ وابن حبان ٤٩٥٠ وعبد الرزاق ١٦١٤٩ وسعيد بن منصور ٢٨٤ كلّهم من حديث ابن عمر. وكذا ابن حبان ٤٩٥٠ صححه الحاكم، وتعقّبه الذهبي بقوله: «بالدبوس» ثم أخرجه الحاكم من وجه آخر عن ابن عمر مرفوعاً، وسكت عليه، وكذا سكت الذهبي.

وقال البيهقي عقب حديث أبو يوسف القاضي عن ابن دينار قال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ، إنما رواه الثقات عن الحسن مرسلاً ثم قال: وقد روي من أوجه أخرى كلّها ضعيفة ثم أخرجه من طريق ضمرة عن الثوري عن ابن دينار به. وقال: لم يروه عن سفيان هكذا الإضمرة. وقد رواه الفريابي عن ضمرة كما رواه الجماعة عن حديث النهي عن بيع الولاء وهبته، وأخرجه البيهقي من وجه آخر وقال: هذا أوهم من يحيى بن سليم لأن هذا الإسناد معروف في حديث النهيّ عن بيع الولاء، وقال الترمذي: سألت البخاري، فقال: أخطأ يحيى بن سليم فيه. ثم ذكر طرقاً أخرى ضعيفة اهـ.

فهذا حديث فيه ضعف، وقد ذكر الزيلعي في نصب الراية ١٥٢،٤ عن البيهقي قوله: أصحّ ما فيه عن الحسن مرسلاً وهو عند الله ابن أبي شيبة ١٢٣،٦ وعبد الرزاق ١٦١٤٩ مرسل. قلت: لكن يتعدّد طرقه مع مرسل الحسن يصير حسناً والله أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٧٩،٥٠٩٧ ومسلم ١٠٧٥ والنسائي ١٦٢،٦ والبغوي ١٦١١ وابن حبان ٥١١٦،٥١١٥ والبيهقي ١٦١،٦ ومالك ٥٦٢،٢ كلّهم من حديث عائشة، ولفظ البخاري: «كانت في بريرة ثلاث سنن، فخيِّرت، وقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق، ودخل رسول الله ﷺ، وبُرمة على النار، فقرِّب إليه خبز، وأُدْم من أدم البيت فقال: ألم أر البرمة؟ فقيل: لم تُصُدِّق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: هو عليها صدقة، ولنا هدية».

مولى القوم منهم وحليفهم منهم»[١] والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف. قال: **(وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له)** لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»، ولأن التناصر به فيعقله وقد

يضاف إلى سببه. وأما قوله: عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»[٢] فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب الإعتاق، فإن في الإعتاق عتقاً بدون العكس، هذا زبدة ما في جملة الشروح ها هنا. وقال في البدائع: أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلاً بصنعه وهو الإعتاق أو ما يجري مجرى الإعتاق شرعاً كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه، وسواء أعتقه تطوعاً أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، وسواء كان صريحاً أو يجري مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد، والأصل فيه قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[٣] من غير فصل إلى هنا لفظ البدائع. أقول: كون الحديث المذكور أصلاً في حق الصور المزبورة كلها محل نظر، فإن في صورة إن كان العتق حاصلاً بغير صنعه كما إذا ورث قريبه لا يوجد الإعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»[٤] فليتأمل في الدفع قوله: **(والمعنى فيهما التناصر)** قال صاحب العناية: قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اهـ. أقول: فيه بحث، إذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر، بل تناصر يوجب الإرث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره، وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت، فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصص بما هو المعتبر في مفهومهما الشرعي، على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغوياً كان أو شرعياً لقال: ومعناهما التناصر دون أن يقول: والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام. والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما، وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف: والمعنى فيهما التناصر، والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضاً كذلك كما مر تدبر ترشد قوله: **(وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»)**[٥] قال صاحب العناية: وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اهـ. أقول: لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا

ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث، فكذلك الولاء، ولأنه ثبت أنه يعقله فيرثه لأن الغنم بالغرم، فقوله **(ولأن الغنم بالغرم)** يخدم الوجهين فلهذا أخره قوله: **(وكذا المرأة تعتق)** يعني أن ولاء معتقها لها لما روينا من قوله ﷺ عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» وقوله: **(ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما)** معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالاً

قوله: **(ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق)** أقول: وأنت خبير بأن المراد من قوله: وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره قوله: **(فالجواب أن الأصل الخ)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) جيّد. أخرجه أحمد ٣٤٠,٤ والحاكم ٣٢٨,٢ والبخاري في الأدب المفرد ٧٥ كلّهم من حديث رفاعه بن رافع، وله قصة. وورد من حديث عمرو ابن عوف أخرجه الدارمي ٢٤٣٢ وابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه، والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٤٩,٤.
ولفظه «...... ابن أخت القوم منهم، وحليفهم منهم، ومولاهم منهم». وله قصة أيضاً.
وقال الحاكم عقب روايته: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي! وفيه إسماعيل بن عُبيد بن رفاعة مقبول كما في التقريب. لكن يتقوى بشاهده وهو حديث عمرو بن عوف. فهو حسن صحيح. والله تعالى أعلم.
(٢) تقدّم تخريجه قبل حديث واحد.
(٣) تقدّم تخريجه قبل حديثين.
(٤) تقدّم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.
(٥) تقدّم تخريجه قبل أربعة أحاديث.

أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد، ولأن الغنم بالغرم، وكذا المرأة تعتق لما روينا، «ومات

الوجه ليس بسديد، إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسألة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء، والوجه المذكور إنما يفيد الثاني دون الأولا فلا يتم التقريب. والصواب أن وجه الاستدلال ها هنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء» ولام الاختصاص في قوله: «لمن أعتق» تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى ﴿الحمدلله﴾ دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الإعتاق. فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه. أقول: في جوابه نظر، لأن كون مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه، فإن كثيراً من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي؛ ألا يرى أن الإعتاق مثلاً يكون علة للعتق، ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من الصور، ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور قوله: (**ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء**) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله ولأن التناصر به: أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث. وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكماً؛ ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى، ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء اهـ كلامه. أقول: في أوائل تقريره الدليل خلل، لأنه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح، والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله: فحيث يغنم بنصره يغرم عقله، والظاهر أن الأمر بالعكس، إذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب إعتاق ذلك إياه فهو الغانم. وأيضاً قد استدل على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم، وليس بصحيح لأنه إن رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعي في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور. أما عدم صحة المدعى في نفسه فلأن العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه. وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعي حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم، والدليل المذكور إنما يفيد عكس ذلك، فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب أيضاً في باب النفقة من كتاب الطلاق، وإن رجع ذلك الضمير إلى شخص في قوله: من ينتصر

على ثبوت الولاء للمرأة (**روي «أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاماً لها ثم مات المعتق وترك ابنته، فجعل النبي ﷺ المال بينهما نصفين»**). **ويستوي في ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره**) والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت، وسواء كان العتق حاصلاً ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (**لإطلاق ما ذكرناه**) يعني قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» وما ذكره من المعنى المعقول (**فإن شرط أنه سائبة**) أي يكون حراً ولا ولاء بينه وبين معتقه (**فالشرط باطل والولاء لمن أعتق، لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح**) قال: (**وإذا أدّى المكاتب**) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح. وذكر مسألة جرّ الولاء وبين مواضع الجر عن غيره، والأصل في ذلك أن العتق إذا وقع مقصوداً على الولد لا ينتقل ولاؤه أبداً، وإن وقع تبعاً لأمه ثم أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه، وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقاً وولاؤهما له، فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجر ولاءه لأنه لما كان منفصلاً عن الأم كان مملوكاً لمالك الأم والعتق تناوله مقصوداً فلا يتبع أحداً، وإذا أعتقت

معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين»(١). ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه. قال: **(فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق)** لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح. قال: **(وإذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد موت المولى)** لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب **(وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته)** لأن فعل الوصيّ بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه **(وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده)** لما بينا في العتاق **(وولائهم له)** لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد **(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه)** لما بينا في العتاق **(وولاؤه له)** لوجود السبب وهو العتق عليه **(وإذا تزوّج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً)** لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً بما روينا **(وكذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر)** للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق **(أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر)** لأنهما توأمان يتعلقان معاً، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا

بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلاً لأن الغانم هو المنتصر بشخص والغارم وهو ذلك الشخص الناصر، فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم، إذ لا شك أن غنم شخص لا يصير سبباً لغرم شخص آخر ولا العكس. ثم أقول: الصواب أن مراد المصنف بقوله: ولأن التناصر به فيعقله هو أن المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب إعتاقه إياه فيعقله: أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصراً كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني إنما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم إليه قوله: **(ولأن الغنم بالغرم)** قال صاحب العناية: قوله: ولأن الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اهـ. أقول: يريد بالوجهين العقل والإرث لكنه منظور فيه. أما أوّلاً فلما نبهنا عليه فيما مر آنفاً من أن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم، والمذكور ها هنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الأول. وأما ثانياً فلأنه جعل قول المصنف: فيما قبل ولأن التناصر به فيعقله مبنياً على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف، ولأن الغنم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. على أنا لو جعلنا قول المصنف: ولأن الغنمب الغرم دليلاً على الوجهين

الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولده أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالي الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم، والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها، فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعتاق فواضح، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه، وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهما يتعلقان معاً. فإن قيل: الحبلى إذا والت رجلاً والزوج والى غيره كان ولاء الولد

---

(١) حسن بلفظ الثاني. أخرجه النسائي في الكبرى ٦٣٩٨ وابن ماجه ٢٧٣٤ والحاكم ٦٦،٤ كلّهم من حديث ابنة حمزة بن عبد المطلب وصرّح الحاكم باسمها وهي أمامة. وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ومحمد هذا ضعيف. ثم أخرجه النسائي ٦٣٩٩ عن الحكم بن عيينة عن عبد الله ابن شداد بن الهاد: «أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها، فمات وترك ابنته ومولاته، فورثته ابنته النصف، وورثته ابنة حمزة النصف».
وقال النسائي: هذا أولى بالصواب من الذي قبله وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني ٨٤،٤ «أن مولى لحمزة توفي، وترك ابنته، وابنة حمزة، فأعطى النبيّ ﷺ النصف، ولابنة حمزة النصف».
وفي إسناده سليمان بن داود.
قال الزيلعي في نصب الراية ١٥١،٤: قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي.: هو الشاذكوني، وقد ضعفوه، وكذبه ابن معيّن وغيره. وقال أبو حاتم: متروك الحديث. وقال البخاري: وهو عندي أضعف من كل ضعيف اهـ قلت: فهذا الحديث بمجموع طرقه يصير حسناً لكن باللفظ الذي صوّبه النسائي.

الولاء مقصوداً، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له. قال: **(فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه لموالي الأم)** لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً **(فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب)** لأن العتق ها هنا في الولد

معاً آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه، وإنما يرثه لأنه يعقله فأدّى إلى الدور كما لا يخفى. فالصواب عندي أن قول المصنف: ولأن الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الإرث معطوف بحسب المعنى على قوله: وقد أحياه معنى بإزالة الرق فكأنه قال: لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه، ولأن الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله، كما أن قوله: فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله: لما روينا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك، ونظائر هذا أكثر من أن تحصى قوله: **(وإذا تزوّج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف في تعليله: لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً لما روينا. وقال الشراح: إنما صار الحمل معتقاً مقصوداً لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقاً مقصوداً اهـ. أقول: يرى المخالفة بين ما ذكروا ها هنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق فإنه قال هناك: وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها اهـ. والظاهر منه أن يصير الحمل معتقاً تبعاً البتة لا مقصوداً فليتأمل في التوفيق قوله: **(فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب)** قال في الكافي: فإن قيل: الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته. قلنا: لا ينفسخ، ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اهـ. وذكر في غاية البيان أيضاً هذا السؤال والجواب نقلاً عن الشيخ أبي نصر. أقول: في الجواب إشكال، وهو أنه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه في الإرث لزم أن ترث موالي الأم عند انقطاع موالي الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه كما هو الحال في العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب، ولم يرو عن أحد أن يرث موالي الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجرّ قوله: **(بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه: يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجرّ ولاء ابنه من موالي الأم إلى موالي نفسه، بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجرّ ولاء ابنه إلى موالي نفسه، وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالي أمه، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت وإلى ما بعد الطلاق. أما إذا كان بائناً فلحرمة الوطء بعده. وأما إذا كان رجعياً فلئلا يصير مراجعاً بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم فعتق مقصوداً فلا ينتقل انتهى. وأدّى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض، والجواب حيث قال: ونوقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة

لمولى الأب فما الفرق؟ أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصوداً، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له، وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالي الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً فيعتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء، فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه لأن الولاء بمنزلة النسب. قال ﷺ «الولاء لحمة كلحمة النسب» الحديث. ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء، والنسبة إلى موالي الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لرقه، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه، كما أن ولد الملاعنة ينتسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا

يثبت تبعاً للأم، بخلاف الأول، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[١] ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه؛ كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً **(وفي الجامع الصغير: وإذا تزوّجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم)** لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى، فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا **(فإن أعتق الأب جرّ ولاء الأولاد إلى نفسه)** لما بينا **(ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا)** لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت للأب مقصوداً لأن سببه مقصود وهو العتق، بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملا عن نفسه حيث يرجعون عليه، لأن النسب هنالك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا

عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب. والجواب أن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء، وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه. أقول: مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقاً بقوله: فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه، لكنه محل بحث، فإن العود إنما يتصوّر فيما إذا ثبت الولاء أولاً لموالي الأم ثم انتقل إلى موالي الأب بصيرورته أهلاً، وهذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب، ولا

أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء إليه. ونوقض قوله فإذا صار هلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب. والجواب أن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت، وهو ظاهر، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق فلا

قوله: **(وإذا أعتقت الأم وهي حامل)** أقول: أي ظاهرة الحمل كما يشير إليه قوله: فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعتاق قوله: **(لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق)** أقول: لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل، فالظاهر أن يقول: فولاؤه لموالي الأم تبعاً حتى تحصل المطابقة قوله: **(ونوقض قوله فإذا صار الخ)** أقول: الظاهر أن النقض على قوله إذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق يعتق الحمل تبعاً ويجر الأب ولاؤه، فإنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل.

---

(١) واهٍ بهذا اللفظ. أخرجه ابن عديّ في الكامل ١٨٦/٧ من حديث أبي هريرة وأعله بيحيى بن أبي أنيسة وأسند تضعيفه عن البخاري وأحمد وابن المديني، وقد تقدّم تخريجه من حديث ابن عمر قبل قليل وكذا أخرجه ابن عديّ من حديث ابن أبي أوفى ٣٥٠/٥ وأعلّه بعبيد بن القاسم الأسدي، ونقل عن يحيى أنه كان كذاباً.
وتقدّم قبل قليل، وليس فيه «ولا يورث» وهذا حديث حسن.

مجبورين على ذلك فيرجعون. قال: (**ومن تزوّج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله**). وقال أبو يوسف: حكمه حكم أبيه، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك معنى. ولهما أن ولاء العتاقة قوّي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه، والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوّي لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل، كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء. قال رضي الله عنه: الخلاف في مطلق المعتقة

يخفى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم في صورة إن عتقت المعتدة عن موت، إذ لا مجال لإحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلاً فلا يتوهم بها النقض رأساً على قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه فلا يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت، وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسألة انتقال الولاء بالجرّ بخلاف الصورة الثانية وهي ما إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير مظنة النقض بها على مسألة جرّ الولاء فيحسن تدارك دفعه. فإن قلت: قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الأولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها: بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فأدى إلى تأخر عتق الأب عن عتق الأم. قلت: لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضاً، إذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين: عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، فعلى هذا يتعين تقدم عتق الأب على عتق الأم فيما صوّره أيضاً. وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد

حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم، ويتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق. وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي، ففي البائن مثل ما كان، وأما في الرجعي فولاء الولد لموالي الأب لتيقننا بمراجعته. وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح. قال: (**ومن تزوّج من العجم بمعتقة من العرب الخ**) تزوّج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقه العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة محمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوي أرحامه، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الأم وعصبته. وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وإنما يورث ماله بين ذوي أرحامه، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فإنه لا يكون ولاؤه لموالي أمه لأن النسب إلى الآباء. فإن قيل: لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوي الأب الحر والعبد وليس كذلك. أجاب بأن العبد هالك معنى لأنه لا يملك شيئاً ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكمي، قال الله تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالي الأم، وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرّاً لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية، والعرب والعجم فيه سواء. ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب. ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه أن الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة، فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها، والنسب ليس كذلك فإن العجم قبل الإسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الإمارة كفؤا لمن له أبوان في ذلك. قال المصنف رحمه الله (**الخلاف في مطلق المعتقة**) وإنما قال ذلك لأن محمداً رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك، فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقياً، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمداً رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً ولاشتماله على ولاء الموالاة، وذلك واضح في الكتابة قوله: (**كالمولود بين واحد من**

قوله: (**لا لذوي أرحامه**) أقول: الظاهر أن يقال أرحامهم قوله: (**ولأنه أثر الكفر**) أقول: يعني الرق قوله: (**حتى اعتبرت، إلى قوله: والنسب ليس كذلك**) أقول: فيه بحث.

والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً **(وفي الجامع الصغير: نبطي كافر تزوّج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً. قال أبو حنيفة ومحمد: مواليهم موالي أمهم، وقال أبو يوسف: مواليهم موالي أبيهم)** لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية. ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ، وولاء العتاقة لا يقبله، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي، وإن كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا، والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر. قال: **(وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة)** لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبداً فأعتقه «هو أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشرّ لك، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته»[1] «وورّث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث»[2] وإذ كان عصبة تقدم على

الموت وذلك بأن ينزل حياًتقديراً في حق الأداء كما ينزل الميت حياً في حق التجهيز والتكفين، فعلى هذا أن اللازم فيما صوّره أيضاً اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقها عن عتقها، اللهم إلا أن يفرض تحقق الأداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الأداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل قوله: **(بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك معنى)** لأنه لا يملك شيئاً، ولأن الرقّ أثر الكفر والكفر موت حكمي، قال الله تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ [الأنعام ١٢٢] أي كافراً فهديناه، فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالي الأم ضرورة، كذا في الشروح. أقول: ها هنا شيء وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكاً معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم: لأن الرق من أثر الكفر، والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه، بل إنما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته، إذ عند حياته هو مقدم عليهم، وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوّة وأن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم: فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمي إليه

الموالي) يعني العجم، فإن العجمي إذا تزوّج بعربية فولدت أولاداً فإنها تنسب إلى قوم أبيهم، فكذا إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة. وقوله: **(وإن كان الأبوان)** أي الوالدان **(معتقين)** راجع إلى أول الخلاف: يعني إن كانت الأم معتقة والأب والى رجلاً ففيه الخلاف. وأما إذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن **(النسب)** إلى قوم الأب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال ﷺ «الولاء لحمة كلحمة النسب» وفي حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب في الشرف والدناءة، فكذلك في الولاء، ولأن النصرة به: أي بالأب أكثر. قال: **(وولاء العتاقة تعصيب)** التعصيب هو جعل الإنسان عصبة، ومنه قولهم الذكر يعصب الأنثى **(وهو)** أي مولى العتاقة **(أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله ﷺ للذي اشترى عبداً فأعتقه «هو أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشرّ لك، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته»)** قوله هو أخوك: يعني في الدين، وقوله إن شكرك: يعني إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه، وشرّ لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فتنقص بقدره من ثواب الآخرة، وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة، وشرّ له لأنه كفر النعمة. وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه **(وورّث النبي ﷺ ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث)** هي بنت الميت، وذلك لأن النبيّ ﷺ أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة، والعصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض **(وإذا كان عصبة تقدم على ذوي الأرحام وهو المروى عن عليّ رضي الله عنه، فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى)** لأن

---

(١) مرسل حسن. أخرجه الدارمي ٢٨٩٩ وعبد الرازق في مصنفه كما في نصب الراية ١٥٣،٤ كلاهما عن الحسن «أن رجلاً أتى النبيّ ﷺ برجل فقال: إني اشتريت هذا، فأعتقه فما ترى فيه؟ قال: أخوك...».
قلت: المرسل ضعيف عند أهل الحديث وهو حجة عند مالك وأبي حنيفة.

(٢) تقدّم تخريجه قبل حديثين.

ذوي الأرحام وهو المروى عن عليّ رضي الله عنه **(فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق)** لأن المعتق آخر العصبات، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام «ولم يترك وارثاً»[1] قالوا: المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الأرحام. قال: **(فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى)** لما ذكرنا **(وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق)** تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة على ما روينا، وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي **(فإن مات المولى المعتق فيمراثه لبني المولى دون بناته، وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن)** بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره «أو جرّ ولاء معتقهن»[2] وصورة الجرّ قدمناها، ولأن ثبوت المالكية والقوّة في العتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب

بأبيه العبد من الأقارب الأحرار كالأجداد والجدّات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبداً لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور، والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعاً، بل يرث الأبعد عند حرمان الأقرب، فالأولى ها هنا أن يقال: بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه لا أهلية له لرقه كما مر، فما لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حياً أو ميتاً تدبر قوله: **(ولهما أنّ ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف، فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقويّ لا يعارضه الضعيف)** أقول: لقائل أن يقول: ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يكون موالي الأم في هذه الصورة مقدمين في الإرث على العصبات النسبية لأولادها، بل على أصحاب الفرائض لهم، إذ لا شك أن استحقاق

المعتق آخر العصبات على ما قالوا إن المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالاً بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته، وبالحديث الثاني: أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوي الأرحام **(وإن لم يكن له)** أي للمعتق **(عصبة من النسب فميراثه للمعتق، تأويله)** أي تأويل قول القدوري **(إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه)** وذكروا لهذه الجملة تأويلين: أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فإن لهما حالاً سوى حال الفرض وهي العصوبة، أما إذا كان فله: أي فلمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء. والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبنت، أما إذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث. قال صاحب النهاية: والثاني أوجه لأنه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله: **(لأنه عصبة على ما روينا)** وهو إشارة إلى قوله ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته وهو واضح. وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله لأنه عصبة: يعني إنما كان عصبة **(لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة)** أي القبيلة. وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به، وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء. وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء، وقرر النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه. وقوله: **(والعصبة تأخذ ما بقي)** تمام الدليل. وتقريره فله الباقي لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقي **(فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته)** لما ذكره في الكتاب. وقوله: **(قدمناها)** إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر، إلى أن قال: جرّ

قوله: **(وإنما قال ذلك)** أقول: يعني وإنما قال المصنف ذلك قوله: **(التعصيب هو جعل الإنسان عصبة الخ)** أقول: والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل.

---

(١) هو المتقدّم قبل الحديث.

(٢) لا أصل له مرفوعاً. لذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٥٤،٤: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ١٩٥،٢: لم أجده. لكن أخرج البيهقي في سننه ٣٠٦،١٠ عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير في العصبة ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً عن الحسن وعمر وعلي وكذا أخرجه عبد الرازق في مصنفه موقوفاً على عليّ كما في نصب الراية ١٥٤،٤ ولم يذكر أحد أنه روي مرفوعاً لكن هذه الموقوفات حجة، فيعمل بها، فهو حديث موقوف صحيح.

إليها من ينسب إلى مولاها، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش، وصاحب الفراش إنما هو الزوج، والمرأة مملوكة لا مالكة، وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب، لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به، حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجدّ دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده. وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا. إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها **(ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر)** معناه بني آخر آخر **(فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء للكبر)** هو المروى عن عدّة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين، ومعناه القرب على ما قالوا، والصلبي أقرب.

كل من العصبات النسبة وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية، وإذا كان النسب في حق العجم ضعيفاً لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الإرث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم، مع أن المسألة في الإرث ليست كذلك، إذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضاً أن موالي العتاقة مطلقاً مؤخرون في الإرث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية، وإنما يقدمون على ذوي الأرحام فليتأمل في التوجيه.

الأب ولاء ابنه، وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلاً عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله: **(ولأن ثبوت المالكية الخ)** دليل معقول على ثبوت الولاء ممن أعتق أو أعتق من أعتقن. وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر، وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليته إذ ذاك فثبوت المالكية ينسب إليها بالولاء وينسب إليها من ينسب إلى مولاها، لأن معتق ينسب إلى معتقه بالولاء، وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة. بخلاف النسب فإنه لا يثبت إلا من الآباء، لأن سبب النسبة فيه الفراش، والفراش إنما هو للزوج لأنه المالك والمرأة مملوكة، وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب، لأن الولاء لا يورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب، وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة، والنصرة بالذكور دون الإناث، حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وصورته: امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما، وهو قول أبي يوسف أوّلاً، ثم راجع فقال: لأبيها السدس والباقي للابن، لأن الأبوة تستحق بها كالبنوة، لأن الولاء يستحق بالعصوبة والأب عصبة عند عدم الابن، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب ولهذا لم يصر محروماً عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها. ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الأب، واستحقاق الأب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جدّ مولاه أبا أبيه وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجدّ عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لا يورّث الإخوة والأخوات، فالجد عنده أقرب في العصوبة. ولو أن امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. ولو ترك المولى ابناً وبنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن، لأن الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين صغيراً وكبيراً ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع.

قوله: **(وكل من يثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليته)** أقول: المستتر في قوله ينسب راجع إلى قوله شيء، والضمير في قوله إليه وفي قوله لأنه راجعان إلى من والضمير في قوله عليته راجع إلى قوله شيء قوله: **(وصورته امرأة أعتقت عبداً)** أقول: وكذا الجواب في رجل أعتق عبداً ثم مات قوله: **(والابن هو العصبة دون الأب)** أقول: فضلاً عن أن يكون أقرب العصبات قوله: **(لأنه لا يورث الإخوة والأخوات)** أقول: يعني مع الجد قوله: **(ولو أن امرأة أعتقت الخ)** أقول: أو رجلاً أعتق عبداً قوله: **(لأنه من قوم أبيها)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صيغة المفعول.

فصل في ولاء الموالاة

قال: (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله: الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث. ولنا قوله تعالى: ﴿والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾ والآية في الموالاة. «وسئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال: هو أحق الناس به محياه ومماته»[١] وهذا يشير إلى العقل والإرث في الحالتين هاتين، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء،

فصل في ولاء الموالاة

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة قوي لأنه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل، ولأنه يوجد في ولاء العتاقة الإحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة إحياء أصلاً، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث وأنه مقدم على ذوي الأرحام، بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال: لا ولاء إلا ولاء العتاقة، وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد، ثم إن معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء. وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول: للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني إن متّ فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه، قال في العناية والنهاية: وله ثلاث شرائط:

فصل في ولاء الموالاة

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل، ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً. وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أني إن متّ فميراثي لك، وإذا جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه. وله

فصل في ولاء الموالاة

قوله: **(وله ثلاث شرائط إحداها الخ)** أقول: صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه قوله: **(والثالثة أن لا يكون عربياً)** أقول: فيه بحث، فإن الشرط الأول يغني عن هذا قوله: **(فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحريته)** أقول: فيه بحث، فإن العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أن إذن الولي والمولى قوله: **(فإن موالاة الصبي والعبد باطلة)** أقول: أما الصبي فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة. وأما العبد فهو أيضاً لا يملك التزام النصرة إلا بإذن مولاه قوله: **(فإن موالاه الصبي الخ)** أقول: قال الحاكم في الكافي: وموالاة الصبي باطلة، وكذا إن والى رجل عبداً إلا أن يكون ذلك بإذن المولى فيكون مولى له، أو يوالي الصبي بإذن الأب أو الوصي فيكون مولى الصبي اهـ قوله: **(أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه البخاري معلّقاً ٤٥،١٢ وقال: اختلفوا في صحة هذا الخبر.
وأخرجه أبو داود ٢٩١٨ والترمذي ٢١١٣ والنسائي في الكبرى ٦٤١١،٦٤١٢،٦٤١٣ وابن ماجه ٢٧٥٢ والدارمي ٣٧٧،٢ وأبو يعلى ٧١٦٥ والدارقطني ١٨١،٤،١٨٢ وعبد الرازق ٩٨٧٢ وسعيد بن منصور ٢٠٣ من طرق مختلفة كلّهم من حديث يتم الداري وكذا البيهقي ٢٩٧،١٠ والحاكم ٢١٩،٢ وأحمد ١٠٣،٤
قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن موهب عن تميم الداري، وقد أدخل بعضهم بينهما قبيصة بن ذؤيب، ولا يصحّ اهـ.
قال ابن حجر في الفتح ٧٤،١٢: قال البخاري في تاريخه عن ابن موهب: لم يسمع تميماً ولا يصحّ لحديث «الولاء لمن أعتق» اهـ.
وقال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت، وابن موهوب ليس بالمعروف، ولا نعلمه لقي تميماً: وقال الخطابي: ضعف أحمد هذا الحديث. وقال ابن المنذر: هو حديث مضطرب اهـ انظر الفتح ٤٦،١٢،٤٧ والدراية ١٩٥،٢ وقال ابن حجر أيضاً في التقريب: ابن موهب ثقة لكن لم يسمع من تميم الداري.

والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق. قال: **(وإن كان له وارث فهو أولى منه، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الأرحام)** لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما، وذو الرحم وارث، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط. ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة. قال: **(وللمولى أن يتنقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه)** لأنه عقد غير

إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع. والثانية أن لا كون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالثة أن لا يكون عربياً انتهى. أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن الشريطة الأولى تغني عن الشريطة الثالثة، إذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربياً، إلا أن يكون ذكر الثالثة استقلالاً من قبيل التصريح بما علم التزاماً. وأما ثانياً فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح، إذ من شرائطه أيضاً شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال: ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضاً حيث قال: وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط: منها أن يشترط الميراث والعقل، وصرح به صاحب الكفاية أيضاً حيث قال: وله شرائط، وعدّ منها أن يشترط الإرث والعقل، وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالياً عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثاً، ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلاً بذلك كما ستعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر وإلا لا يتوجه ذلك السؤال رأساً فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلاً. وقال في العناية: فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثاً. أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور، وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره. أقول: في هذا الجواب خلل، فإن كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضاً من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة، إذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور، إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل، وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلاً بغير إذن مولاه وإن أذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى، نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره. ثم إن في تقرير السؤال أيضاً خللاً، فإن تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له، لأن عقل الأسفل أيضاً شرط العقد، إذ لا يتصوّر الإيجاب بدون العقل كما لا يتصوّر القبول بدونه، وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال: وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين، إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون

ثلاث شرائط: إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع. والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالثة أن لا يكون عربياً. فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثاً؟ أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور. وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره، وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى

قال المصنف: **(ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب)** أقول: أشار به إلى ما ذكره القدوري قبل هذا، وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه. واعترض الإتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد، ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه قوله: **(لأن القرابة متفق الخ)** أقول: بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة مثل العمة والخالة وغيرهما قوله: **(وعقد الولاء مختلف الخ)** أقول: بحيث يترتب عليه الأحكام قوله: **(فإنها خلافة في المآل الخ)** أقول: الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة قوله: **(وخلا قوله إلا أنه الخ)** أقول: معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير، خلا قوله وإن كان له وارث.

لازم بمنزلة الوصية، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من لأول لأنه فسخ حكمي

العقل انتهى. وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له، إذ حرية الأسفل أيضاً شرط بل هي أظهر اشتراطاً من حرية الأعلى لأنه لا يجوز إيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه في ذلك، ويجوز قبوله إياه بإذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به، وأيضاً لا وجه لترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فإنه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية، نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فإن موالاة الصبي في قوله فإن موالاة الصبيّ والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل، فإن الصبيّ قد يكون عاقلاً فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله: **(ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب)** أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله: وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه، وقد مر من قبل. واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال: قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي: قال إبراهيم النخعي: إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه، وله أن يتحوّل بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه، فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل إلى غيره. وهذا قول: أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، هذا لفظ الكافي بعينه. وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت، لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطاً لصحة الموالاة بل جعلهما حكماً لها بعد صحتها فافهم. ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره: أو أسلم على يد غيره ووالاه. يوضحه قول صاحب التحفة: وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت وقال الآخر: قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة، وكذلك إذا قال: واليتك والآخر قبلت، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده، إلى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئاً مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة. أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلأنه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما، فيكون قوله ووالاه في قوله: إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنياً عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة، وجعل نفس الإرث والعقل حكماً للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط لصحة العقد كما لا يخفى. وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلأنه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك إنما هو بيان أن الإسلام على يده ليس بشرط فيها. وأما قول صاحب التحفة: فلأن محل توهم عدم اشتراط الإرث والعقل إنما هو قوله: وكذلك إذا قال: واليتك والآخر قبلت، ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال: واليتك بدل قوله: أنت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله: أنت مولاي ترثني إذا متّ وتعقل عني إذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما. وبالجملة إن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك، إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال، ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة، ككون الموالي مجهول النسب، وكونه غيره معتق، وكونه غير عربيّ وغير ذلك، مع أنهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته قوله: **(إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما**

الأسفل، واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث، وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير، خلا قوله: **(وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوي الأرحام)** فإنه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف. وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثاً عنه، وفي سبب الوراثة ذو القرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها

بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة. قال: **(وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل بولائه إلى غيره)** لأنه تعلق به حق الغير، ولأنه قضى به القاضي، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة، وكذا لا يتحوّل ولده، وكذا إذا عقل عن

في عزل الوكيل قصداً) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر، وهو تضرّر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة، فما معنى اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل. وأجيب عنه بوجهين: أحدهما أن سبب الاشتراط ها هنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر، فإن العقد كان بينهما، وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه، ونفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد، وفيه إبطال فعله فلا يجوز بدون العلم، كذا في الشروح. وقال في النهاية: وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط، وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضاً. أقول: هذا الوجه محل الكلام، فإن كون نفس إلزام الفسخ على الآخر ضرراً أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه إبطال فعل العاقل البالغ، وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الإلزام في كونه ضرراً فغير ظاهر، إذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق إبطال فعل الآخر في صورة العلم أيضاً بالضرورة. والظاهر أن علم الإنسان بالأمر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئاً، فإذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه، اللهم إلا أن يقال: دفع الضرر وإن لم يتعين ها هنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة إلا أنه مما يحتمل بإرضاء الآخر بالبرّ والمجازاة، لكن فيه ما فيه فتأمل. وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه. أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له فيتصرف فيه فيصير مضموناً عليه، وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتق عبيداً على حسبان أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الذخيرة. أقول: هذا الوجه في الجواب هو الصواب، لأن حاصله أن في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار، وفي الإعلام دفع ذلك فلا بد منه، ولا ريب أن هذا معقول المعنى قوله: **(لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة)** قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الأول؟ قلنا: إن الولاء كالنسب، والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصوّر ثبوته من غيره فكذلك الولاء، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول، كذا في عامة الشروح والكافي، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط، أقول: في

شرعاً وإن اختلفوا في كونها سبباً للإرث، وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعاً، ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال، بخلاف الوصية بالثلث فإنها خلافة في المآل مقصوداً، فلا يمكن جعل الثلث له إلا بطريق الوصية، لأنه ما أوجب له ذلك مقصوداً، ولا بطريق الإرث لترجح استحقاق القريب عليه. وخلا قوله: **(إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل)** فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر، وهو تضرّر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل. وأجيب بأن سبب الاشتراط ها هنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما، وفي تفرّد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه، وإلزام شيء على الآخر من غير علمه به نفسه ضرر لا محالة، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد، وفيه إبطال فعله بدون

قوله: **(وخلا قوله لأنه فسخ حكمي)** أقول: وهذا القول معطوف أيضاً على قوله خلا فيما سبق.

ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم في حق الولاء كشخص واحد. قال: **(وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً)** لأنه لازم، ومع بقائه لا يظهر الأدنى.

الجواب بحث من وجهين: الأول أن قولهم: والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع، فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللاً ومشروحاً. والثاني أن قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الأول إذ النسب لا يتصوّر ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر، فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس، فمن أين يتصوّر الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الأول. ثم أقول: يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن النسب ما دام ثابتاً من إنسان أوّلاً لا يتصوّر ثبوته من غيره ثانياً، وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيما ادعياه معاً. وأما إذا ادعاه أحدهما أوّلاً والآخر ثانياً فإنما يثبت نسبه من الأول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق. وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشىء من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل، والله الموفق.

علمه، وخلا قوله: **(لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة)** فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصوداً لا يصح وحكماً يصح، كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعه، فإنه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول. وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول، ذكر ذلك كله في النهاية، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الإكراه

قال: (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لصاً) لأن الإكراه اسم

كتاب الأكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب، وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق إيراد الإكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، فإن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله بالإرث، فكذلك الإكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع. ثم إن الإكراه في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال أكرهت فلاناً إكراهاً: أي حملته على أمر يكرهه. وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط أن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب، فإن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب، ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب. وذكر في الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه. وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال في النهاية: ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت. قلت: وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى، وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها. وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل قوله: **(لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره)** قال صاحب العناية: وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملاً ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه ويفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير «لا» في أو يفسد به اختياره، فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اهـ كلامه. أقول: قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب، وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوي الألباب، وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام: فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الإكراه الملجىء. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو يحبس وهو الإكراه الغير الملجىء، وكل منهما لا ينافي الأهلية

كتاب الإكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حكمه، كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة. وهو في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال أكرهت فلاناً: أي حملته على أمر يكرهه. وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملاً ينتفي به رضاه، وهو

كتاب الإكراه

قوله: **(وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة)** أقول: فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز قوله: **(وذلك يستلزم نفي عدم الرضا)** أقول: فيه ما لا يخفى إلا أن يقال: الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه، إذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه قوله: **(لكن لا بد من تقدير «لا» في أو يفسد به اختياره)** أقول: لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير لا، والظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة، وإنما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الإكراه بضرب

لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة، والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة. فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله، ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعي إليه من الفعل. قال: (**وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرّ لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع**) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن

ولا الخطاب. وأما فخر الإسلام البزدوي فقال في أصوله: الإكراه ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجيء. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجيء، ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجري مجراه والإكراه بجملته لا ينافي أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اهـ. وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام: الإكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه. ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب. قال شمس الأئمة: هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب، وكأنه لم يجعله من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه، إلى هنا كلام صاحب الكشف. إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ها هنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه، وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية، وإنما هو داخل في معنى الإكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف، وهو أن وجه عدم إدخال ذلك القسم في معنى الإكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الإكراه عليه، فإن الإكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه، وانكشف عندك أيضاً ستر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الإكراه إلى نوعين فقط، فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي. ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ها هنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما

أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه. وقوله: (**مع بقاء أهليته**) إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية، وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطباً. وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب. قال: (**الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به**) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع المتوعد به (**سلطاناً كان أو لصاً**) وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالإكراه محمولاً على ما دعي إليه من المباشرة، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء مفصلاً، ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (**لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به، ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادراً على ذلك، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان**) عندهما (**والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق**) إلا من السلطان، لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قال المشايخ رحمهم الله: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان، فإذا أكره على

سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم ترتب أحكام الإكراه عليه قال المصنف: (**فينتفي به رضاه**) أقول: فقط دون أن يفسد به اختياره، فإنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص قال المصنف: (**والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان**) أقول: الفتوى في تحقق الإكراه من غير السلطان على قولهما.

تراض منكم﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضرّ به لفوات

عرفت غير صحيح في نفسه. أما أوّلاً فلأنه جعل قول المصنف: فينتفي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع أن مقابلة قوله: أو يفسد به رضاه تمنعه قطعاً. وأما ثانياً فلأنه قال: إن قول المصنف: أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا، ولا معنى له لأنه إن أراد أنه بحسب ظاهره: أي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً، لأن فساد الاختيار إنما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضا، وإن أراد أنه إذا أخرج عن ظاهره بتقدير «لا» كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضاً، إذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه، ولا شك أن صحة الاختيار لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير الملجيء من نوعي الإكراه على ما مر. وأما ثالثاً فلأنه قال: وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره، وهو أيضاً مختل لأن هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جداً سيما في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة إلى الأنواع الثلاثة للإكراه، لأن نفي فساد الاختيار إنما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت آنفاً فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة «لا» فيه إلى القسم الثالث من الإكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الأولين كما ترى، اللهم إلا أن يقال: نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الأولين، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن المعنى الذي نسبه الشارح المزبور ها هنا إلى المصنف كان يحصل بأن يقول ويدل قوله: أو يفسد به اختياره أولاً بمعنى أو لا ينتفي به رضاه، فهل يجوّز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذاك اللفظ الأقصر الخالي عن التمحلات بأسرها لو أراد إفادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المزبور إليه ويختار هذا اللفظ الأطول المشتمل على تمحلات كثيرة في إفادة ذلك المعنى، ولعمري إن رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله: فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله: أو يفسد به اختياره فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى ﴿حافظوا على الصوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة ٢٣٨] فكان قوله: فينتفي به رضاه إشارة إلى أحد نوعي الإكراه وهو غير الملجيء، وقوله: أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما وهو الملجيء فانتظم كلامه من غير كلفة أصلاً وانطبق لما في عامة الكتب قوله: **(والإكراه بهذه الأشياء بعدم الرضا)** أراد بهذه الأشياء

بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو إكراه يترتب عليه الحكم، فإن فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه **(فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ، لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارلاة عن تراض منكم﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا)** وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط **(فيفسد، وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراهاً لأنه لا يبالي به نظراً إلى العادة إلا إن كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضرّ به)** فهو إكراه (ل) وجود العلة حينئذ وهو **(فوات الرضا)** قوله: **(وكذا الإقرار حجة)** معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد: أي والإقرار أيضاً يفسد بالإكراه بهذه الأشياء، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبة الصدق، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرّة فلا يكون حجة، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو إقرار كما في البيع، إلا إذا كان المكره صاحب منصب: أي عزّ ومرتبة، فإن الشرفاء والأجلاّء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام، ولهذا قال محمد رحمه الله: ليس في ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به **(ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا. وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف)** على الإجارة **(قبل الإجازة لا يفيد الملك)** كالبيع بشرط الخيار **(ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله)** لأن الإيجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله

الرضا، وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة؛ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز، ويلزمه القيمة كما في سائر البيانات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد

القتل والضرب الشديد والحبس المديد، وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال: في تفسير قول المصنف بهذه الأشياء: يعني بالبيع وأخواته، ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لا من المكره به، وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا قوله: **(بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه)** أقول: يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله، فإنه قال: في أوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم، فدل ذلك على تحقق الإكراه في هذه الصور أيضاً وإلا لما قال: بخلاف ما إذا أكره، بل كان ينبغي أن يقول: بخلاف ما إذا ضرب بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً، وقال في آخره: فلا يتحقق به الإكراه، وهذا صريح في عدم تحقق الإكراه في هاتيك الصور فتناقضا. والجواب أن المراد بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره معناه اللغو وهو حمل الإنسان على أمر يكرهه كما مر، ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور، والذي نفاه في آخر الكلام إنما هو تحقق الإكراه على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض. ولك أن تقول: التعبير بالإكراه في قوله: بخلاف ما إذا أكره للمشاكلة كما في قوله تعالى ﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾ [المائدة ١٦] فحينئذ لا يكون لفظ الإكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية، بل يصير مجازاً فلا تناقض أصلاً قوله: **(وكذا الإقرار حجة الخ)** قال في النهاية والعناية: قوله

وهو الملك **(والفساد لفقد شرطه وهو التراضي)** قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا **(فيثبت الملك عند القبض)** والبيع بشرط الخيار، إنما لا يفيده لأنه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط، فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض. **(فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه)** كالتدبير والاستيلاد **(جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة)** فإن قيل: لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة كهو. أجاب بأن بإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز، بخلاف سائرها فإن المفسد فيه باق قوله: **(إلا أنه لا ينقطع به)** استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده، وها هنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك، لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته، أما ها هنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. قال المصنف رحمه الله **(ومن جعل البيع الجائز المعتاد)** يريد به بيع الوفاء. وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بما لك عليّ من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني إن دفعت إليك ثمنك تدفع العين إليّ وقد اختلف الناس فيه، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه، واختاره المصنف رحمه الله وأشار إليه بقوله البيع الجائز المعتاد. ومن المشايخ **(من جعله بيعاً فاسداً وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا)** كما في البيع المكره عليه **(ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين)** لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني، ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان وفي بالدين، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن. **(ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهازل)** لأنهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه. ومعنى قوله: **(هو المعتاد)** أنهم في عرفهم لا

وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته، أما ها هنا الردّ لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. قال رضي الله تعالى عنه: ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره، لأن الفساد لفوات الرضا، ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين، ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه. قال: **(فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع)** لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعاً، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلاً، لأن مقصود المكره

وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد: أي والإقرار أيضاً يفسد بالإكراه بهذه الأشياء، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبة الصدق، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرّة فلا يكون حجة اهـ. أقول: الظاهر عندي أن قوله: وكذا الإقرار حجة الخ معطوف على قوله: لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي إلى قوله: فيفسد لا على قوله: والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، لأن قوله: والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الأول فعطف قوله: وكذا الإقرار حجة

يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه، بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة، ولهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفي بما عهد من رد المبيع. قال: **(فإن كان قبض الثمن طوعاً الخ)** إذا قبض البائع الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة، ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة فكذا إذا سلم المبيع طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دلالة الإجازة، بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرهاً ودفع طائعاً حيث يكون العقد باطلاً: أي فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإن تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته. والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ، وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة إكراهاً على الدفع دون البيع **(وإن قبضه)** أي الثمن **(مكرهاً فليس ذلك بإجازة، وعلى المكره ردّه إن كان قائماً في يده لفساد العقد)** فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشتري والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك، وها هنا لم يكن كذلك لأنه كان مكرهاً على قبضه **(وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره، والبائع مكره ضمن قيمته للبائع)** لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم، وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة **(والمكره بالخيار إن شاء ضمن المكره لأن المكره آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف)** وإن لم يصلح آلة له من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور **(فكأن المكره دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري)** لأن الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما أحدث سبباً للضمان **(كالغاصب وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع)** بأداء الضمان **(وإن ضمن المشتري)** يعني أي مشترٍ كان بعد الأول **(نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود)** أي تداولته **(لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه)** وقال الشارحون: وإن ضمن المشتري: يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك، فإنه وإن كان صحيحاً لكن كلام المصنف إنما هو على شقي الترديد من تضمين المكره والمشتري، وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الأصالة. فإن قيل: ما الفرق بين تضمينه مشترياً وإجازته عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ها هنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك؟ أجاب بقوله: **(لأنه أسقط حقه)** يعني في صورة الإجازة **(وهو)** أي حقه هو **(المانع فعاد الكل إلى الجواز)** فإن قيل: ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه، فإنه إذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما أجازه خاصة؟ أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون

قوله: **(ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهازل الخ)** أقول: لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلاً.

الاستحقاق لا مجرد اللفظ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع. قال: (وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه ردّه إن كان قائماً في يده) لفساد العقد. قال: (وإن هلك المبيع في يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف، فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع، وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز، والله أعلم.

الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الأولى، مع أن المذكور في حيز قوله وكذا الإقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عند التقرير المذكور في النهاية والعناية، فالوجه أن يكون معطوفاً على مجموع الدليل السابق لا على بعضه، والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد قوله: (ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل) قال بعض الفضلاء: لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلاً اهـ. أقول: لم يقل من جعله باطلاً أن المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل، بل قال: إنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع، وإلا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلاً حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال: نحن نتكلم بلفظ العقد هازلاً كما تقرر في علم الأصول، وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعاً، ويرشد إلى كون المراد ما ذكرناه قوله: اعتباراً بالهازل، فإن معناه قياساً على الهازل، ولا ريب أن القياس إنما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين في العلة.

إجازته أحد البيوع تمليكاً للغير من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه. وأما المشتري من المكره فقد ملكه، فالبيع من كل مشتر صادف ملكه، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد، وفي هذا لا يفترق الحال بين إجازته البيع الأول والآخر، فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقداً منها، والله أعلم.

قوله: (فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول: إذا كان باطلاً لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد قوله: (إلا إذا لم يخرج عن ملكه) أقول: الضمير في ملكه راجع إلى المشتري قال المصنف: (بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة) أقول: وإذا أكرهه على الهبة والتسليم، فالهبة فاسدة، وإن أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر، فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع. وفي الاستحسان لا تجوز، ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحساناً وقياساً قوله: (بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول: هذا على إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الإتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنياً على تلك الرواية. وفي البزازية في كتاب الهبة أيضاً تفصيل متعلق بالمقام، فالقوي ما ذكرنا، إذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك قوله: (والفرق، إلى قوله: وفي البيع بالعقد) أقول: فيه بحث، لأن تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضاً بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد، تأمل في جوابه ليظهر لك، فإن المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع، وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل. ثم لا يخفى عليك أن الإكراه إذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها، إلا أن يقال: البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق، وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط، والشرط الفاسد لا يضر، وهذا هو الصحيح قال المصنف: (لأن الاستناد الخ) أقول: أي استناد ملك المشتري. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: فيستند إلى حين العقد لا قبله انتهى، وفيه ما لا يخفى قوله: (وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول: لا يقال الحامل هو قول المصنف لأنه ملكه بالضمان، فإن المشتري في صورة الإكراه يملكه بالقبض، لأن قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق إليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملاً على العدول عن المنهج الواضح. ثم اعلم أن لفظة «ما» في قوله وما عرفت نافية.

فصل

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر، إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكان على هذا الدم ولحم الخنزير، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب

فصل

قال أكثر الشراح: لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضاً كما في مسألة الإكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، وكما في مسألة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر إلى مثل ذلك، فالأشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: إنما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه، ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة السعة قوله: **(حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ)** أقول: في قوله يباح له ذلك إشكال، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الأصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحاً بل فرضاً كما صرح به في كتب الأصول، فإطلاق المباح على ذلك مع كونه منافياً لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لماصرحوا به في كتب الأصول من كون ذلك فرضاً فتأمل قوله: **(ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا لخ ولم يأكل فهو آثم)** قال في العناية: فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه، والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وها هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إن أريد به أن المباح ها هنا حال كونه مباحاً صار تركه حراماً لإفضائه إلى الحرام فهو ممنوع جداً؟ كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراماً لا يستوي طرفاه قطعاً، فلو صار تركه حراماً حال كونه مباحاً لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحدة في حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحاً في حالة قد يصير تركه حراماً في حالة أخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجباً فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأن نحو كل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحاً حالة الاضطرار دون حالة الاختبار كما صرحوا به. ولا شك أن صيرورة تركه حراماً

فصل

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته، وذكر فيه الإكراه الملجىء وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء، وغير الملجىء وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد، والأول معتبر شرعاً سواء كان على القول أو الفعل، والثاني إن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه، وإن كان على قول فإن كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك وإلا فهو معتبر، فعلى هذا **(إذا أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب)** يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو **(أو قيد لم يحل له)** الإقدام على ذلك **(وإن أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن**

فصل

قوله: **(لقيام المحرم فيما وراءها)** أقول: الضمير في وراءها راجع إلى الضرورة في قوله إنما يباح عند الضرورة قوله: **(حتى لو خاف على ذلك)** أقول: أي النفس والعضو قوله: **(لأن ذلك نصب الخ)** أقول: هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد.

على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذاً بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا

إنما هي في حالة الاضطرار أيضاً، إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجباً قطعاً فلزم أن تجتمع إباحته وحرمة تركه في حالة واحدة، فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه. لا يقال: سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار، وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين إنما هو إفضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم، فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة. لأنا نقول: استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعاً، فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة، سواء كانا مستندين إلى سبب واحد أو إلى سببين، ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول، فإنه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بأنه لو علل بهما لكان محتاجاً إلى كل واحدة منهما ومستغنياً عن كل واحدة منهما في زمان واحد. قال: لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو عليتها له، ومنشأ عدم الاحتياج إليها علية الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما. لأنا نقول: احتياج الشيء إلى آخر في وجوده وعدم احتياجه إليه فيه متناقضان، فلا يجتمعان سواء كانا مستندين إلى سبب واحد أو إلى سببين انتهى كلامه. فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضاً في هذا المقام فلينظر إليه وليتأمل فيه قوله: (إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة: هذا جواب إشكال كأنه يقول: إذا ثبت إباحته ينبني أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح. فأجاب عنه بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعياً في إتلاف نفسه انتهى، واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جواباً عن ذلك الإشكال، إذ لا ممانعة للعلم في أن لا يأثم الإنسان بترك المباح، فإن المباح من حيث أنه مباح لا يأثم الإنسان بتركه وإن علم إباحته، بل بالعلم بإباحته ينكشف عدم الإثم في تركه، فكيف يحصل الجواب بقوله إلا أنه إنما يأثم

يقدم، وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها، ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن الملجىء يمتاز عن غيره لغلبة الظن، لأن بدن الإنسان في احتمال الضرب متفاوت، وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به، ولا معتبر بمكن قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال: إن تهدد بأقل منها لم يسعه بالإقدام، لأن الأقل مشروع بطريق التعزيز، والتعزير يقام على وجه الزجر لا الإتلاف، لأن ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز (فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم لأنه لما أبيح) من حيث إن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الإقدام معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة، إذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة ف) إذا امتنع (كان آخذاً بالعزيمة فلا يأثم. قلنا: لا نسلم أن الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان

قوله: (فصار الترك حراماً) أقول: فكان الفعل واجباً، والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف. وإن أراد أنه قد ينقلب واجباً فلا يصح ذلك فيما نحن فيه، إذ الذي فرضناه سبب الإباحة هو سبب الوجوب بعينه، وجوابه المنع، فإن الإباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتأمل قوله: (فجاز أن يكون المراد بها هنا هنا اطمئنان القلب) أقول: فيه مسامحة قوله: (وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول: قد يكون الإكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلاً، ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه. في أحكام القرآن. قال

محرم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب. قال: **(وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سبّ رسول الله ﷺ بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفس أو على عضو من أعضائه)** لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر، ففي الكفر وحرمته أشدّ أولى وأحرى. قال: **(وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويورّي، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه)** لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به، وقد قال له النبيّ عليه الصلاة والسلام «كيف وجدت قلبك؟ قال مطمئناً بالإيمان، فقال عليه الصلاة والسلام: فإن عادوا فعد، وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه

إذا علم بالإباحة في هذه الحالة عما يقال إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح، فالوجه أن قول المصنف هذا إنما هو لبيان أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر، وترك الأكل في مسألتنا هذه ليس على إطلاقه، بل فيما إذا علم بالإباحة في هذه الحالة. وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معذوراً بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله: **(فقال عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد»[1] الخ)** قال جمهور الشراح: معنى قوله عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» إن عادوا إلى الإكراه فعد طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعاً كما زعمه البعض، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيلزم أن يكون إجراء كلمة الكفر مباحاً، وليس كذلك لأنه لا تنكشف حرمته أصلاً انتهى. وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام. وأورد عليه

إباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً **(لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء)** لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء **(فيعذر)** أوساط الناس **(بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب)** فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وها هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً لأن ما أفضى إلى الحرام حرام. قال: **(وإن أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ)** علم أن كل مالا يعتبر إكراهاً في تطول الميتة والخمر لا يعتبر إكراهاً في إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد، فإذا أكره على ذكره بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الإقدام عليه، وإذا خاف على ذلك جاز له يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر. لكنه يوزي والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بها ها هنا اطمئنان القلب، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل

محمد بن الحسن: إذا أكرهه الكفار أن يشتم محمداً ﷺ فخطر بباله أن يشتم محمداً آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافراً، وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافراً، فإن أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافراً إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان انتهى قوله: **(على المعنى الثاني)** أقول: يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه مورياً أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الأول فإنه لا بد منه قوله: **(لأن أدنى درجات الأمر الإباحة الخ)** أقول: فيه بحثٌ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص. قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي: الأمر بالشيء لا ينفي الحظر، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة، إلى آخر ما ذكره هناك، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فإن للكلام مجالاً قوله: **(لأن التكرار ليس بشرط)** أقول: نعم، إلا أن عدم

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٥٧،٢ وأبو نعيم في الحلية وعبد الرازق في مصنف والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ١٥٨،٤ كلّهم من حديث محمد بن عمار بن ياسر.
صحّحه الحاكم وسكت الذهبي.
وقال الحافظ في الدارية ١٩٧،٢: إسناده صحيح إن كان ابن عمار سمعه من أبيه اهـ.
قلت: وإن لم يسمعه فهو مرسل جيّد، وهو مشهور في السير وجاء في الإصابة ٥٧٠٤ قال ابن حجر: اتفقوا على أنه نزل فيه (إلا من أكره وقلبه مطمئنٌ بالإيمان).

مطمئن بالإيمان﴾ الآية. ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه. قال: (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً) لأن خبيباً رضي الله عنه صبر على

بعض الفضلاء بأن قال: فيه بحث، فإنه قد يكون الأمر للترخيص. قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي: الأمر بالشيء لا ينفي الحظر، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره هناك، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى. أقول: مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الأمر حقيقة هو الإباحة، وإنما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازاً، ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة، وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة، وحقيقة الأمر إنما تتصور ها هنا بصرف الإعادة إلى الطمأنينة دون إجراء كلمة الكفر لمابينوا. وعن هذا قال العلامة النسفي ها هنا أي عد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل: فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط، لأنه لا يظن برسول الله ﷺ أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك إلى هنا كلامه قوله: (ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله ولأن بهذا الإظهار دليل معقول. ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً، لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوت حق الله توهماً فيسعه الميل إلى إحياء حقه اهـ كلامه. أقول: في تقريره خلل. أما أولاً فإن قوله لأن التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديراً ليس بسديد، لأن عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الإقرار تقديراً، إذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرّر في موضعه، والمفروض ها هنا طريانه عليه، إذ الكلام في إظهار كلمة الكفر وهو مضادّ للإقرار باللسان. فإن قلت: إظهارها إكراهاً لا يضاده الإقرار طواعية، وإنما يضاده إظهارها طواعية. قلت: هذا مبني على جواز إظهارها حالة الإكراه وهو أول المسألة، فأخذه في أثناء إقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ها هنا إنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم، فإنه أيضاً مبنى على أول المسألة فيستلزم المصادرة.

معنيين فإن أظهر ما أمر به مورياً كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به، وقد قال النبي ﷺ «كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد». وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ وقصته معروفة. ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «فعد» عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعاً، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحاً، وليس كذلك لأن الكفر لا تنكشف حرمته وموضعه أصول الفقه قوله: (ولأن بهذا الإظهار) دليل معقول. ووجهه أن الإيمان (لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة) لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً لأن التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوت حق الله توهماً (فيسعه الميل إلى إحياء حقه، فإن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجوراً، لأن خبيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب، وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء، وقال في مثله) أي فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقي في الجنة) وقصته معروفة أيضاً (ولأن الحرمة باقية) لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين، بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر، فإن الحرمة

طريان منافيه شرط وها هنا قد طرأ. والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم قوله: (وأجيب بأن في الآية تقديماً وتأخيراً، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً، إلى قوله: إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) أقول: يعني لا نسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكوّن من قوله تعالى ﴿فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾ لكنه فصل سند المنع ببعض التفصيل وأنت خبير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لدليل قوله: (كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول: الأظهر أن يقول كما في صورة العفو فإن الحكم فيما ذكره ليس معدوماً بل متراخ، نعم هو معدوم الآن قوله: (وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو

ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء، وقال في مثله «هو رفيقي في الجنة»[1] ولأن الحرمة باقية، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة، بخلاف ما تقدم للاستثناء. قال: **(وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك)** لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة وقد تحققت **(ولصاحب المال أن يضمن المكره)** لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والإتلاف من هذا القبيل **(وإن**

وأما ثانياً فلأن قوله: فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً، وفوت حق الله تعالى توهماً يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ها هنا أصلاً، وليس كذلك إذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة أصلاً لما كان مأجوراً فيما إذا صبر حتى قتل، ولا نسلم قول المصنف: فيما سيأتي، ولأن الحرمة باقية، إذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة، بل التحقيق أن إجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل لا يسقط عنه الحرمة أصلاً، وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى، بل هو كفر صورة في حالة الإكراه، وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الأصول، إلا أن المبتلى بالإكراه عليه يصير معذوراً حالة الإكراه فيسعه الميل إليه عند طمأنينة القلب إحياء لحقه مع بقاء حرمته أبداً قوله: **(ولأن الحرمة باقية، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة، بخلاف ما تقدم للاستثناء)** واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل ١٠٦] من قوله ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه﴾ [النحل ١٠٦] فينبغي أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديماً وتأخيراً وتقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض، فإن السبب

هناك لم تكن باقية **(للاستثناء)** كما تقدم. واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ من قوله ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه﴾ فينبغي أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديماً وتأخيراً، وتقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر. وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف

المصطلح فذاك ممتنع التخلف) أقول: ذلك في العلة اسماً ومعنى وحكماً دون العلة اسماً فقط أو اسماً ومعنى كما فصل في الأصول قوله: **(وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أن الأمر في قول عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» للإباحة)** أقول: قال في أحكام القرآن: وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه «إن عادوا فعد» إنما هو على وجه الإباحة لا على وجه الإيجاب ولا على الندب. روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ: فإن عادوا لك فعدلهم بما قلت، وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل إلا بتكلف بعيد قوله: **(ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في الكفر)** أقول: إجراء كلمة الكفر كفر وإن كان مكرهاً غايته أنه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل: الإقرار ركن زائد، والتفصيل في الأصول قوله: **(والجواب أن دليله الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٥٩,٤ وقصة قتل خبيب بن عدي في صحيح البخاري ٣٠٤٥ وأطرافه في ٣٩٨٩، ٤٠٨٦، ٧٤٠٢ من حديث أبي هريرة وذكر القصة أيضاً الواقدي في المغازي عند غزوة الرجيع ٣٥٤. ٣٦٣ مطوّلاً لكن ليس فيه ما ذكره المصنف، ولذا جاء في الدراية ١٩٧,٢ لفظ: «سيّد الشهداء» لم أجده ولفظ «هو رفيقي في الجنة» لم أجده اهـ.

والمعروف في قوله ﷺ «سيّد الشهداء» أنه في حمزة. رواه الحاكم في المستدرك ١٩٢,٣ في حديث جابر ومن حديث علي أيضاً، ولفظ: «ورفيقي في الجنة» ورد في عثمان.

أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل، فإن قتله كان آثماً) لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة. قال: **(والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً)** قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره. وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما. وقال الشافعي: يجب عليهما. لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحساً، وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره، وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره، ويوجبه على المكره أيضاً لوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص. ولأبي يوسف أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً إلى التأثيم، وأضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب. ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له

موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر، كذا في عامة الشروح. وعزاه في النهاية إلى مبسوط شيخ الإسلام. قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب: وفيه نظر، لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف على الحكم الذي هو معلوله، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدّة من أيام أخر﴾ [البقرة ١٨٥] ولا دليل فيما

عن الحكم الذي هو معلوله، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك. وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أنّ الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» للإباحة، وقولهم لأن الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في الكفر. قال: **(وإن أكره على إتلاف مال مسلم)** وإن أكره رجل على إتلاف مال مسلم **(بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت، ولصاحب المال أن يضمن المكره لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له، والإتلاف من هذا القبيل)** لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه. وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فإنه فيها لا يصلح آلة له **(وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل، فإن قتله كان آثماً لأن قتل المسلم)** بغير حق **(مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه)** وهذا لا نزاع فيه.
وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية، فإنه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعاً، أو لا يجب على واحد منهما، أو يجب على المكره وحده، أو على العكس. والأول قول الشافعي رحمه الله. والثاني قول أبي يوسف رحمه الله. والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. والرابع قول زفر رحمه الله. له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فإنه معاين مشاهد، وكذا شرعاً لأنه قرّر عليه حكمه وهو الإثم، فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فلم يكن مقرراً عليه شرعاً فجاز إضافته إلى غيره، **وبهذا يتمسك الشافعي** رحمه الله **في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضاً لوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب في هذا:** أي في القتل حكم المباشرة عنده، كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب. ولقائل أن يقول: في كلام المصنف تسامح، لأن دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي وهو يضيفه إلى غيره أيضاً. والجواب أن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة، والشافعي يضيفه إلى الغير تسبيباً فلا تنافي. ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي إلى غيره نظراً إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم، لأن تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه، وكونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه، وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها. ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته، والمحمول على الفعل بالطبع آلة لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع، كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آله له وهو القتل

وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الإعتاق، وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا. قال: **(وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا)** خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق. قال: **(ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد)** لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه، فله

نحن فيه على ذلك اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، فإنه يصح أن نختار كل واحد واحد من شقي الترديد ولايلزم محذور أصلاً، إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول، وهو ما كان خارجاً عن الشيء مؤثراً فيه. قوله: فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع، فإن وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول إنما هو في بعض أقسامها، وهو ما كان علة اسماً ومعنى وحكماً دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسماً فقط أو إسماً ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الأصول، فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف، ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل، وهو ما كان خارجاً عن الشيء ولم يكن مؤثراً فيه بل كان موصلاً إله في الجملة. وقوله: فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع، بل السبب الشرعي مطلقاً من حيث إنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه، إذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة، فما لم تتحقق تلك الملة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب، وهذا أيضاً مع كونه مقرراً في علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي، فإن الإيصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم. والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل، فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة، على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيث دليلاً على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب، فإن خبيباً رضي الله عنه لما أكره على إظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله ﷺ حيث سماه سيد الشهداء وقال: «هو رفيقي في الجنة»[1] ولو لم تبق الحرمة أبداً في إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل، ولما استحق المدح في ذلك لأن في الامتناع عن المباح في تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه وهي حرام، فيلزم أن يأثم بذلك كما في حالة المخمصة كما مر قوله: **(ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه)** قال في العناية: ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا

بأن يلقيه عليه، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة. فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل. أجاب بقوله: **(ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الإثم مقصوراً عليه كما نقول في الإكراه على الإعتاق)** فإن إعتاقه ينتقل إلى المكره من حيث إتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم، فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضاً لم يعتق العبد (و) كما نقول **(في إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير، فإن الفعل ينتقل إلى المكره من حيث الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا)** وإذا ظهر أن المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخمصة فقتل إنساناً وأكمل لحمه حتى بقي هو حياً إيثاراً لحياته بطبعه فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطراً كالمكره لأنه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف إلى نفسه. واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال: سواء كان هذا المكره الآمر عاقلاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ فالقود على الأمر، وعزاه إلى المبسوط، ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز رحمه

قوله: **(ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز إلى السهو)** أقول: يريد شيخه الإمام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد السكاكي مصنف معراج الدراية في شرح الهداية قوله: **(ومنع صلاحيته لذلك)** أقول: أشار بقوله لذلك إلى قوله آلة له من حيث الإتلاف قوله: **(والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي)** أقول: فيه تأمل، فإن الذي يهمنا ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب.

---

(١) هو المتقدّم ولا أصل له هكذا بهذا اللفظ، ومعناه صحيح.

أن يضمنه موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه. قال: **(ويرجع بنصف مهر المرأة**

يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه. وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف دون التلفظ اهـ. أقول: فيه نظر، لأن الانفكاك في إعتاق الصبيّ إنما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الإعتاق، وذلك لا ينافي ثبوت الإعتاق في ضمن التلفظ البتة، وإنما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الإعتاق بدون ثبوت التلفظ، وهذا غير متحقق في صورة إعتاق الصبيّ فلم يتم التمثيل ولا التقريب. وكأن بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال: فيه تأمل، فإن الذي يهمنا ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب اهـ. أقول: لكن فيه أيضاً خلل، فإن الثابت في صورة إن ورث القريب إنما هو العتق دون الإعتاق كما صرحوا به قاطبة، وقد مرّ في كتاب الولاء مفصلاً، والكلام ها هنا في الإعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى، فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضاً ولا التقريب. ثم أقول: لا فائدة لحديث الانفكاك أصلاً في الجواب ها هنا فإن كون ثبوت الإتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الإنكار، فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة، ولا يجدي شيئاً في دفعه انفكاك الإتلاف عن التلفظ في صورة أخرى. فالحق عندي في الجواب أن يقال: لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في ما ثبت في ضمنه وهو الإتلاف، لأن عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير، وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الإتلاف، فإن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر قوله: **(فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً)** لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار، كذا في الكافي وغيره. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء، والإتلاف بعوض كلا إتلاف. أجيب بأن الإتلاف بعوض إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالاً، كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض، أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرهاً، لأن منافعه تعدّ مالاً عند الدخول، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب؛ ألا ترى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان، كذا في الشروح. قول: هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم، نص عليه في البدائع، ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل قوله: **(ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما)** بخلاف المريض إذا أعتق عبده وعليه دين، لأن

الله إلى السهو وقال: الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها. ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه: ولو كان الآمر صبياً أو مجنوناً لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه. قال: **(وإن أكرهه على طلاق امرأته)** وإن أكره الرجل على طلاق امرأته **(أو)** على **(عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله)** فإن تصرفات المكره كلها باطلة، إلا أن يكون إكراهاً بحق **(وقد مرّ)** دليل الفريقين **(في الطلاق، ويرجع على المكره قيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه)** ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف ينبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ، وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه. وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف

قوله: **(فكيف يكون المكره معوضاً عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلاً)** أقول: وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم، ولعله لذلك بادر إلى التسليم.

إن كان قبل الدخول، وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق **(ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً)** لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد، والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ويرجع

السعاية تجب ثمة لحق الغرماء، وبخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتهن، كذا في الكافي وعامة الشروح. قال صاحب العناية بدل ذلك: بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اهـ. أقول: لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الراهن على إعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه ها هنا: ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضاً حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته. وأما ها هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اهـ. ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغترّ به صاحب العناية، لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه، بل لا بد من أن يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا: إذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الإعسار. ولا يخفى أن الراهن فيما إذا أكره على إعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فإن له أن يضمنه إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد. ثم إن قول صاحب العناية: بخلاف ما إذا كان العبد

دون التلفظ، وإذا صح كونه آلة صحت الإضافة إليه **(فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية عليه)** أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولي هو حرّ عتقاً مستقبلاً كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة، ويضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه، وكذا إذا قال لم يخطر ببالي سوى الإتيان بمطلوبه، وإن قال خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وأردت ذلك لا إنشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعاً في الإقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الإخبار كاذباً، ولا يضمن المكره شيئاً لأن العبد عتق بالإقرار طائعاً لا بالإكراه. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء، والإتلاف بعوض كلا إتلاف. فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوّضاً عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلاً. سلمناه ولكن إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالاً كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض، أو في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرهاً لأن منافعه تعدّ مالاً عند الدخول، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب؛ ألا ترى أنه إذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان. وأما عدم السعاية فلأنها إنما تجب للتخريج إلى الحرية كما هو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أن المستسعي كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانياً **(أو لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية، بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به، وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض، وأما على مذهبهما فإنه ينتقض**

قوله: **(بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية)** أقول: إن ثبت الرواية في هذه المسألة فلا كلام، وإلا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهناً بدل العبد فليتأمل قوله: **(ولا يتعلق به حق الغير)** أقول: أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن قوله: **(نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق)** أقول: الأظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره قوله: **(فيفسد به الاختيار)** أقول: أنت خبير بأن الفاء هنا ليست في محلها، والأحسن تبديلها بالواو قوله: **(بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل)** أقول: بيان في الأول التزاماً، في الثاني صريحاً قوله: **(فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له)** أقول: قال الإتقاني: الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع انتهى. فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر.

على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الأكراه لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها، وكذا اليمين، والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ، وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل، والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام.

مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه الخ لا يكاد يصح ها هنا لأن تلك الصورة داخلة ها هنا في إطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه، بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فإنهما مسألتان مغايرتان لما نحن فيه، فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه، وكذا قول تاج الشريعة. وأما ها هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد، فإنه يشعر بالمخالفة أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه، مع أنها داخلة في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى، وأيضاً لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية، إذ لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانياً فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل، وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض، وأما على مذهبهما فمنتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم قوله: **(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجب الحدّ)** وجه قولهما: أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققاً، لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع.

بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية، وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه، ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه **(ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه مؤاخذ بإتلافه)** يعني أن المكره إنما يضمن من حيث إنه جعل متلفاً للعبد حكماً، فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئاً. قال: **(ويرجع بنصف مهر المرأة)** الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهراً، إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره، إلا أن الرجوع ها هنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد، وإن لم يسمّ رجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الإتلاف. أما في العتق فقد تقدم. وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه: أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه، أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى، وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرهاً، فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالإيجاب، فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه، والمكره في حق الإكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرّر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح، وهو ليس بمال عند الخروج، وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان **(ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل)** أي طلق أو أعتق **(فهو جائز استحساناً)** والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه. وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة. أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطاً شرط فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد.

قال: **(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد لا**

ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجىء إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد، كذا في العناية والنهاية، وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود. أقول: يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال: ندرة ذلك ممنوع، كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرّ هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى، ولئن سلم الندرة فأن لا يكون للنادر حكم فيما يندرىء بالشبهات من الحدود سيما في حدّ الزنا كما نحن فيه ممنوع، إذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق الندرة. قال في غاية البيان في هذا المقام: ودليلهما ظاهر، لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة، وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء، ألا يرى أنه لو كان فير غير المصر اعتبر بالإجماع. ولأبي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة إذا كان في المصر، لأن الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع، والحكم لا ينبني على النادر، حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى. أقول: على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة، ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرىء بالشبهات كما نحن فيه على حاله. ثم أقول: إطلاق مسألة الكتاب وإطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول: بأن الإكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالإجماع، يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات. قال الإمام قاضيخان في أول كتاب الإكراه

وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلأنها من الإسقاطات، فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه، فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذاً **(ويرجع المكره على المكره)** بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد **(استحساناً)** والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة، وزوال الملك لم يقع بها، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه، كما في الشاهدين شهداً أن فلاناً وكل فلاناً بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا. وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك، وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه قوله: **(والنذر لا يعمل فيه الإكراه)** بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه، وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة، لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق، فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه فيصح النذر مع الإكراه، فإن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك **(ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها، وكذا إذا أكره على يمين)** فحلف انعقدت **(أو على ظهار)** فظاهر صح **(وكذا على رجعة)** ففعل صح **(أو على إيلاء فآلى أو على فيء إليها باللسان)** ففعل صح **(لأنها)** أي الرجعة والإيلاء والفيء **(تصح مع الهزل)** وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ، فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق، وإن عين عبداً لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقاً عليه، وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر، ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكناً من القربان في المدة، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق، وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء، لأنه أتى بضدّ ما أكرهه عليه، وإن أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه **(فلو كان مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام)** بإزاء ما سلم لها من البينونة، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا

يلزمه الحدّ) وقد ذكرناه في الحدود. قال: **(وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه)** **لأن الردة تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحساناً، لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى، وهذا بيان الحكم، أما فيما بينه**

من فتاواه: الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول صاحبيه: يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به، وعليه الفتوى انتهى. وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني: ومن شرط صحته أن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعاً. والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا. وصورتها: غير السلطان إذا أكره رجلاً على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحدّ على الزاني كأنه باشر الزنا طوعاً، وعلى قولهما لأحد عليه، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة، وأما في غيره فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعاً. ومنهم من قال: الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضاً سواء. واختلفوا فيما بينهم: بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان، وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله: **(لأن الردة تتعلق بالاعتقاد؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك)** قال صاحب العناية:

يضمن به. فإن قيل: إن خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا؟ قلنا: لا يخلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كله أو لا، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لا تصح، وإن لم يسق رجع عندهما خلافاً له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة. قال: **(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ)** قال أبو حنيفة أوّلاً: إن أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحدّ لأن الزنا من الرجل لا يتصوّر إلا بانتشار آلته. وذلك لا يكون إلا بلذاذة وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل، ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية. ثم رجع وقال: لا حدّ عليه إذا كان المكره هو السلطان، لأن الحدّ للزجر ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلاً إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحدّ عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشر من النائم من غير اختيار. وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يلزمه الحدّ. وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل من قبيل اختلاف الحكم. ووجه قولهما إن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكره على الإيقاع، وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققاً، لأن السلطان يعلم أن لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع، ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجيء إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له، ثم في كل موضع وجب الحدّ على المكره لا يحسب لها المهر، لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد، وفي كل موضع سقط الحدّ وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما، فإذا سقط الحد وجب المهر إظهار الخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك. أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها. وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء فكان إذنها لغواً لكونها محجورة عن ذلك شرعاً **(وإذا أكرهه على الردّة لم تبن امرأته منه لأن الردّة بتبدل الاعتقاد؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لم يكفر، وفي تبدّله شك)** وكان الإيمان ثابتاً بيقين فلا تثبت

قال المصنف: **(وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه)** أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا إذا قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما

وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل. ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة، لأنه أقرّ أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء، لأنه أقرّ أنه مبتدىء بالكفر والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة

ويجوز أن يجعل كلامه دليلين: أحدهما أن يقال: إن الردّة بتبدل الاعتقاد وتبدّل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه. والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام، لأن ما زعمه دليلين متحدان في المعنى، وإنما التغاير بينهما في بعض الألفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الأول واعتقاد الكفر في الثاني، ولا ريب أن تبدّل اعتقاد المسلم إنما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دللين، وإن جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضاً، لأن الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الأول كما ترى قوله: **(فالقول قوله استحساناً لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة: يعني لم يظهر منها ظهوراً بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق، بل دلالته عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله: انتهى كلامه. أقول: فيه خلل، فإن قوله: فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم، إذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملاً في المعنى المجازي، ولا شك أن اللفظ ها هنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازاً، وإنما هي: أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الرديء، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة، فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الأصالة فصارت من قبيل مستتبعات الألفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة. فإن قلت: يجوز أن يراد بالمجازية ها هنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى أيّ شيء كان، لا المتجاوزة

الردّة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة، ويجوز أن يجعل كلامه دليلين: أحدهما أن يقال إنّ الردّة بتبدل الاعتقاد وتبدّل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه. والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة **(فلا تثبت البينونة)** المترتبة على الكفر **(بالشك، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحساناً)** وفي القياس: القول قولها فتقع الفرقة، لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق. وجه الاستحسان **(أن اللفظ)** يعني كلمة الكفر **(غير موضوع للفرقة)** يعني لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث إن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية، ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً

طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان فإنه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلص، وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه مرخص له دون غيرها من الأحوال، حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه، فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى، وفيه بحث قوله: **(ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ)** أقول: لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى، بل في اللفظ فقط كما لا يخفى.

لله تعالى ومحمد آخر غير النبيّ عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسبّ محمداً النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسبّ غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما

عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الألفاظ أيضاً. قلت: هذا المعنى مع كونه مخالفاً للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جداً قوله من قبل: يعني لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث الحقيقة فتأمل. فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزياً إلى الإيضاح حيث قال: وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة، كذا في الإيضاح اهـ. قوله: (**بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى**) قال صاحب النهاية: وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إن الإيمان هو التصديق، والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه، فإنهم يجعلون الإقرار ركناً انتهى. أقول: فيه نظر، فإن ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي مع تمشيته على المذهبين معاً، بل تمشيته الثاني أظهر في حال الإكراه على الإسلام، لأن الإقرار إذا كان ركناً من الإيمان كان المكره على الإسلام آتياً بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه، فإنه لما تحقق أحد ركني الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الإسلام ترجيحاً لجانبه، بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطاً لإجراء الأحكام، فإنه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الإيمان في المكره على الإسلام، وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام، فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الأول. لا يقال: كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الإكراه على الردة، وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركناً من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردّة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الإقرار إذ ذاك، وانتفاء ركن

فيه يقوم لفظه مقام معناه (ف) لهذا (**كان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل**) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (**واحتمل**) أن لا يكون لفظه (**رجحنا الإسلام في الحالين**) قيل أي في حال الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام (**لأن الإسلام يعلو ولا يعلى**) فلم يجعل كافراً في الصورة الأولى وجعل مسلماً في الصورة الثانية ترجيحاً للإسلام (**وهذا في حق الحكم، أما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم**) وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الإيمان هو التصديق، والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركناً (**ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة**) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (**والشبهة دارئة للقتل**) قوله: (**ولو قال الذي أكره**) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك: يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار. ومن أقرّ بالكفر طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية، لكنه يصدّق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (**ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره**) لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان، فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعاً على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة. والحاصل أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه: في وجه

قوله: (**وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي**) أقول: فيه بحث لخفاء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الإقرار ركناً فإن الحكم به إذ هو الظاهر لنا، وليس في كلامه ما يدل على شرطيته للحكم.

مر، وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى. والله أعلم.

واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة. لأنا نقول: إن من قال بأن الإقرار ركن من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلي منه كالتصديق، بل قال: إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلي، وفسر معنى كونه ركناً زائداً بأن الشارع اعتبره في وجود المركب، لكن إن عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفواً واعتبر المركب موجوداً حكماً وقد بين ذلك في كتب الأصول بما لا مزيد عليه، فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب أيضاً في حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف.

لا يكفر لا قضاء ولا ديانة، وفي وجه يكفر فيهما جميعاً، وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بين وبين امرأته ولم يكفر ديانة، وذلك لأنه إذا أجراها فإما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أو لا، والثاني هو الأول، والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك يريد الإخبار عما مضي كاذباً وأراده فهو الثالث، وإن لم يرده فهو الثاني. وإذا ظهر لك هذا أمكنك أن تخرج مسألة الصلاة للصليب وسبّ النبيّ ﷺ. قوله: (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره، والله أعلم بالصواب.

كتاب الحجر

قال: **(الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال)** أما الصغير فلنقصان عقله. غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به، غير أن المولى

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم، كذا في الشروح. ومن محاسن الحجر أن فيه على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجر، فجعل بعضهم أولي الرأي والنهي، ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى معاملات الدنيا، كالمجنون الذي هو عديم العقل، والمعتوه الذي هو ناقص العقل، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظراً من الشرع لهما، لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما، إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما، وكذلك حجر الصبيّ ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه، فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبيّ. وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له، ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة، فسدّ باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظراً للمولى، ثم إن الحجر في اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضي إذا منعه. وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون، كذا في النهاية والعناية. أقول: فيه قصور. أما أوّلاً فلأن الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقاً بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال. وأما ثانياً فلأن المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون. بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كماصرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات، وسيأتي في الكتاب شيئاً فشيئاً، فقوله: في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد. وبالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق. وقال في الكافي: الحجر في اللغة المنع. وفي الشرع منع عن التصرف قولاً: بصغر ورقّ وجنون انتهى. أقول: فيه تدارك للمحذور الأول، ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى،

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم، وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله. وهو في اللغة عبارة عن المنع، وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون. وأسبابه مصادر هذه الأسامي، وألحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق. ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما. وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل

كتاب الحجر

قوله: **(وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى، وهو في اللغة عبارة عن المنع)** أقول: قوله هو في الموضعين راجع إلى الحجر، وقوله وهي راجع إلى الشفقة.

بالإذن رضي بفوات حقه، والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال، أما العبد فأهل في نفسه والصبيّ ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق. قال: **(ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار، إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه)** لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبيّ والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفاً على الإجازة، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم في البيع. أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر. قلنا: نعم إذا وجد نفاذاً

فالأولى ما ذكر في معراج الدراية فإنه قال فيه: ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه. وشرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأيّ سبب كان انتهى تدبر قوله: **(الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرقّ، والجنون)** هذه الثلاثة بالاتفاق. وألحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً وهي: المفتي الماجن، والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس. وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في الشروح. أقول: قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على إدراج العته في الجنون وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهي: الصغر، والرق، والجنون. وفي كتب الأصول على جعل العته قسماً للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية ومخالفاً له في أكثر الأحكام، فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الأصول وهذا من النوادر قوله: **(وهذه المعاني الثلاثة)** التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال، حتى أوجب التوقف في الأقوال التي تردد بين النفع والضرّ كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون، والعبد. وأوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير، والمجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق، كذا في النهاية والكفاية. قال صاحب العناية في حل هذا المحل: وهذه المعاني الثلاثة: يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال، يعني ما تردد منها بين النفع والضرّ كالبيع والشراء: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد، وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق

البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبيّ العاقل كما سيجيء. أما عدم جواز تصرف الصبيّ فلنقصان عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مترقبة، وإذن وليه آية أهليته. وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده، فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه، ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب، غير أن المولى إذا أذن فقد رضي بفوات حقه، والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال. قال: **(ومن باع من هؤلاء شيئاً)** أراد بهؤلاء الصبيّ والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق، وتصرفهم فيما يتردد بين الضرّ والنفع ينعقد موقوفاً إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم: أعني كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل، فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم **(والوليّ بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبيّ والمجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما فيه)** وكلامه ظاهر، وأراد سؤالاً على الشراء وهو أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ها هنا موقوفاً على الإجازة. وأجاب بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذاً كما في شراء الفضولي، وها هنا لم نجد ذلك لعدم أهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره عن الإشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه: ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى، أما ها هنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الإشكال، ولكن جعل المذكور في القدوري مذكوراً وها هنا فأورد الإشكال وهو موجود في بعض النسخ، وكذا في نسخة سماعي، وكذا ذكره شيخي في شرحه قوله: **(وهذه المعاني الثلاثة)** يعني الصغر والرقّ والجنون **(توجب الحجر في الأقوال)** يعني ما تردد منها بين النفع والضرّ كالبيع والشراء: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد. وأما ما يتمحض منها

عليه كما في شراء الفضولي، وها هنا لم نجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. قال: (وهذه المعاني

الصغير والمجنون دون العبد، وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه. أقول: خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالأقوال المترددة بين المنع والضرّ حيث قال: أعني ما تردد منها بين النفع والضرّ كالبيع والشراء، فلما أخرج عن الأقوال ما تمحض نفعاً وما تمحض ضرراً وكان فائدة إخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلاً دون فائدة ثبوت إخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضاً في حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضاً حيث قال: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد، وأشار بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضرراً من الأقوال، ونبه عليه بقوله: وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد، ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك محذوران: أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسألة وهي قوله: وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال معنى المسألة السابقة وهي قوله: ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار، إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة إلا تجرّد كونها توطئة لقوله دون الأفعال. وثانيهما أنه لا يناسب حينئذ إدراج ما يتمحض ضرراً من الأقوال كالطلاق والعتاق، والإقرار في المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله: وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال، وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد: والصبيّ والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما. وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعاً على الأصل المذكور، وقد وقع التصريح بفاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما، ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فتعين التفريع بنفس عبارته، فالوجه عندي أن اللام في الأقوال في قوله: توجب الحجر في الأقوال للجنس، وأن المراد بإيجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الأقوال ما يعم إيجاب التوقف على الإجازة كما في الأقوال المترددة بين النفع والضرّ، وإيجاب الإعدام من الأصل كما في الأقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج إلى إخراج هذا القسم: أعني ما تمحض ضرراً عن الأقوال المذكورة في الأصل المسفور، بل هذا القسم أيضاً داخل في جنس الأقوال فيشمله ذلك الأصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه، ولا يضرّ عدم تحقق الحجر في الأقوال التي تتمحض نفعاً، لأن تحقق الحجر في جنس الأقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الأصل المزبور مجملاً وما فرّع عليه من المسائل تبييناً له، فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم

ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد. وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم قوله: **(دون الأفعال)** يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الأفعال **(لأن الشأن أن الأفعال لا مردّ لها)** حتى إن ابن آدم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال، وكذلك العبد والمجنون إذا أتلفا شيئاً لزمهما الضمان في الحال **(لأن الأفعال توجد حساً ومشاهدة)** ويحصل بها الإتلاف،

قوله: **(وكذا ذكره شيخي في شرحه)** أقول: أراد الكاكي قوله: **(يعني ما تردد منها بين النفع والضر)** أقول: الأولى عندي هو تعميم الأقوال لما تمحض ضرراً، وما تردد بين النفع والضر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما سيخصصه المصنف من هذا العموم قوله: **(فإنه يوجب الإعدام من الأصل)** أقول: فلا ينعقد قوله: **(في حق الصغير والمجنون دون العبد)** أقول: في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق قوله: **(لأن اعتبارها حال كونها موجودة)** أقول: لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار: أي اعتبارها مفيدة للأحكام بالشرع، ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والأحكام قوله: **(فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم)** أقول: لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعاً قوله: **(فلا بد من القصد)** أقول: السؤال أنه لم لم يكن بد من القصد.

الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مردّ لها لوجودها حساً ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن

الحجر، وما لا فلا تأمل تقف قوله: **(بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه)** أقول: فيه إشكال، لأن الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع، ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلاً، وكذا عتاق الحرّ البالغ العاقل هازلاً، وكذا يمينه هازلاً ونذره هازلاً صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الأصول، مع أن الهزل ينافي القصد لا محالة، فإن عدم القصد والإرادة معتبر في نفس مفهوم الهزل. وقال في العناية: فإن قيل: الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطاً بالقصد دون الأفعال؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها، ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها، فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع جداً وقد يقع هزلاً فلا بد من القصد؛ ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلاً لم يعتبر شرعاً فكذا من هذه الثلاثة، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فإنه غير متمشّ في الإنشاءات لأنها إيجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها، ولا يخفى أن أكثر الأقوال المعتبرة في الشرع في إفادة الأحكام الشرعية من قبيل الإنشاءات فلا يتم التقريب. وأما في الثاني فلأنه منتقض بما تساوي فيه الجد والهزل من الأقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم قوله: **(والصبيّ والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما الخ)** أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً فالوليّ بالخيار، وإنما أعاد المسألة تفريعاً على الأصل المذكور، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتنساق القوليات في موضع واحد، كذا في العناية والنهاية. قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبيّ والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى. وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ها هنا، فإنه قال: أراد بقوله: لا يصح لا ينفذ لأن بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرّ موقوف على إجازة الولي، ألا يرى إلى ما قال: قبل هذا بقوله: ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالوليّ بالخيار، إن شاء أجازه، إلا إذا أريد بقوله: والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يفيق أصلاً فحينئذ يجري قوله: ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه. **أقول:** لا مساغ لذلك الاحتمال لأن حمل الصبيّ والمجنون في قوله: والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على

والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف، **(بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها)** حال كونها موجودة حاصل **(بالشرع والقصد من شرط الاعتبار)** وليس للصبيّ والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به. وأما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. فإن قيل: الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله، فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم، بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع كذباً وقد يقع جداً وقد يقع هزلاً، فلا بد من القصد، ألا يرى أن القول من الحرّ العاقل البالغ إذا وجد هزلاً لم يعتبر شرعاً فكذا من هذه الثلاثة، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها، وقوله: **(إلا إذا كان)** استثناء من قوله لا مردّ لها: يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مردّ لها، ولكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص. قال: **(والصبيّ والمجنون لا يصح عقودهما)** أراد

اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه **(إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص)** فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبيّ والمجنون. قال: **(والصبيّ والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما)** لما بينا **(ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما)** لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه»[1] والإعتاق يتمحض مضرّة، ولا وقوف للصبيّ على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة، ولا وقوف للوليّ على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته، بخلاف

الصبيّ الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة، فإن المعرف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهود إنما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية، وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله في موضعه، فها هنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعاً، فلا بد أن يراد بالصبيّ والمجنون المذكورين ها هنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم. ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك، فلو أريد بهما ها هنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلاً، إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب، فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده. ولا يختلجن في وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة، لأن سبب الحجر في الصبيّ الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى قوله: **(والإعتاق يتمحض مضرّة، ولا وقوف للصبيّ على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: والإعتاق يتمحض مضرّة لا محالة، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرّ باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبيّ لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال، أما في الحال فلعدم الشهوة، وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك، والوليّ وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة انتهى

بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً فالمولى بالخيار، وإنما أعاد هذه المسألة تفريعاً على الأصل المذكور، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتنساق القوليات في موضع واحد. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله والقصد من شرطه **(ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه»)** رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه **(والإعتاق يتمحض مضرّة)** لا محالة (و) الطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرّ باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبيّ **(لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال)** أما في الحال **(فلعدم الشهوة)** وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال، لكن **(لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار**

قوله: **(قال: الصبي والمجنون لا يصح عقودهما، أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ)** أقول: وإذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٦١،٤ لكن أخرج الترمذي ١١٩١ من حديث أبي هريرة «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله».

وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من طريق عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث اهـ.

وقال عنه ابن حجر في التقريب: متروك اهـ.

وورد عن علي موقوفاً أخرجه البيهقي ٣٥٩،٧ دون لفظ «والمغلوب على عقله» اهـ وتقدّم الحديث في الطلاق.

سائر العقود. قال: **(وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه)** إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد، بخلاف القول على ما بيناه. قال: **(فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه)** لقيام أهليته **(غير نافذ في حق مولاه)** رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله. قال: **(فإن أقرّ بمال لزمه بعد الحرية)** لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع **(وإن أقرّ بحدّ أو قصاص لزمه في الحال)** لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك **(وينفذ طلاقه)** لما روينا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق»[1] ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ، والله أعلم بالصواب.

كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرّ مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضرراً، اللهم إلا أن يحمل كلامه ها هنا على التنزل والتسليم فتأمل. وأما ثانياً فلأنه إن أراد بالمصلحة في قوله: والوليّ وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله: وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال، لأن علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال، كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة، فعند تقرر هاتيك العلة كيف يمكن للوليّ أن يقف على تلك المصلحة، وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغواً في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى.

بلوغه حدّ الشهوة، **فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته)** أي الوليّ **(بخلاف سائر العقود)** وقوله: **(وإن أتلفا شيئاً)** بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور، ومعناه ظاهر. وقوله: **(والحائط المائل بعد الإشهاد)** يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان قوله: **(على مابيناه)** إشارة إلى قوله بخلاف الأقوال والقصد من شرطه. وقوله: **(فأما العبد فإقراره نافذ)** معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما، ومعناه ظاهر قوله: **(لما روينا)** إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه» وكلامه ظاهر.

قوله: **(باعتبار موافقة الأخلاق)** أقول: أي وجوداً أو عدماً قوله: **(لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة)** أقول: يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال قوله: **(وقوله وإن أتلفا شيئاً بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور)** أقول: فيه بحث.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٥,٤: غريب وأخرج ابن ماجه ٢٠٨١ والدارقطني ٣٧,٤ والبيهقي ٣٦٠,٧ كلا من حديث ابن عباس ولفظه: «أتى النبيّ ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوّجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني، وبينها قال: فصعد النبيّ ﷺ المنبر، وقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوّج عبده أمته، ثم يريد أن يفرّق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».
قال البوصيري في الزوائد: هذا إسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة اهـ.
وأخرجه الدارقطني ٣٧,٤ وابن عديّ في الكامل ١٤,٦ كلاهما من حديث عصمة بن مالك، وفي إسناده الفضل بن المختار قال عنه ابن عديّ: لا يرويه غيره، ولا يتابع عليه اهـ. وقال ابن حجر في الدراية ١٩٨,٢ عن حديث صاحب الهداية: لم أجده.

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يحجر على الحرّ البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله: يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله) لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر

باب الحجر للفساد

أخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية. وسبب الحجر ها هنا مكتسب، والسماوي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى، ولأن الحجر في الأول متفق عليه، وفي الثاني مختلف فيه، والمتفق عليه أحرى بالتقدم. قال في العناية: والمراد بالفساد ها هنا هو السفه، وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى. أقول: في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء. أما في الأول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل، إذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه، وعن هذا قال في المبسوط والكافي: السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا. وأما في الثاني فهو أنه إن كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه، إذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد الفقهاء. ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل، فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة. وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق، ومنه عمل السفيه بالسفه. وأما الحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضرراً أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب. وقال في النهاية: ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً انتهى. أقول: ليس هذا الكلام بسديد، فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وإن أعتق عبداً نفذ عتقه، وقوله: ولو دبر عبده جاز، وقوله: ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولده، وقوله: وإن تزوّج امرأة جاز نكاحها وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها؛ وقوله: لو طلقها قبل الدخول وجب لها

باب الحجر للفساد

أخر هذا الباب لأن ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه، والمراد بالفساد ها هنا هو السفه. وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يحجر على الحرّ البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: (يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله، ولا يصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والإقرار بالمال، وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به، لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق، فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء. واستدل المصنف رحمه الله بقوله: (لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك

باب الحجر للفساد

عليه نظراً له اعتباراً بالصبيّ بل أولى، لأن الثابت في حق الصبيّ احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال، ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشدّ ضرراً من التبذير فلا

النصف، وقوله: وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه، وقوله: فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها، وقوله: فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله، وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحاً لماله. وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث: ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية: إحداهما مسألة أنه لا يحجر السفيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما. وأخراهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد، وعندهما لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده. وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما، ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسألتين الأوليين أصلاً في الذكر وقولهما تبعاً له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله إلا المسألة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها، فكيف يصح القول: بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة. ثم أقول: لو قال بدل ذلك الكلام: ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة: فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً لكان له وجه صحيح كما لا يخفى قوله: **(لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبيّ)** قال صاحب العناية: واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل، وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراً له كالصبي فهذا يحجر عليه اهـ. أقول: تقريره غير مطابق للمشروح، إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفيه على الصبي قياساً تقريبياً في وجوب الحجر، ويرشد إليه قطعاً قوله فيما سيأتي من قبل أبي حنيفة، ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي، وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى. ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالا: هذا الدليل الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي، لأن حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له، وقالا: وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفيه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالفاسق. فعند الشافعي يحجر عليه زجراً عقوبة، وعندهما لا يحجر عليه اهـ. أقول: فيه نظر لأن من كان مصلحاً في ماله لا يسمى سفيهاً في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال: وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع، وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسداً في دينه يسمى بالسفيه على معناه الأصلي فلا يجدى نفعاً ها هنا، إذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي، ولو كان الفاسق داخلاً في السفيه في عرفهم لما صح

(يحجر عليه نظراً له كالصبي) فهذا يحجر عليه **(بل أولى، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته،** والدليل على صحة هذا منع المال منه، **والمنع لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما يمنع من يده)** وهذا الذي ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما. فأما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له. والفائدة تظهر فيما إذا كان السفيه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالفاسق، فعنده يحجر عليه زجراً وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل)** وكل من هو كذلك **(لا يحجر عليه كالرشيد)** ونوقض بالعبد فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه. وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والعبد ليس بكامل في

يتحمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، **ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة، ولا على الصبيّ لأنه عاجز عن النظر لنفسه، وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد.** قال: (**وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز**) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء؛ ألا يرى أنه لم يوجد المقضيّ له والمقضيّ عليه، ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (**ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه**

بيان الحكم بالوجه المذكور، فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتي في الكتاب قوله: (**ولأبي حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد**) قيل: يشكل هذا بالعبد، فإنه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه. وأجيب بوجهين: أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل، والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية، وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها. والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله: إنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام، لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله: إنه مخاطب العبد لأنه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه، هذا زبدة ما في النهاية وغيرها. أقول: بقي في كلام المصنف شيء، وهو أن قوله: عاقل بعد قوله: إنه مخاطب مستدرك لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلاً، فإن ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة قوله وقالا: (**لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده**) قال صاحب العناية: وتسامح

كونه مخاطباً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها، ولو ضم إلى ذلك حرّ سقط الاعتراض (**وهذا**) أي عدم الحجر (**لأن**) في الحجر سلب ولايته و (**في سلب ولايته إهدار آدميته**) وهو ظاهر قوله: (**ولا يصح القياس على منع المال**) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال. وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجراً له على التبذير، والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه. وقوله: (**ولا على الصبيّ**) جواب عن قولهما اعتباراً بالصبيّ: أي لا يقاس السفيه على الصبي (**لأنه عاجز عن النظر لنفسه، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة**) لما ذكرنا أنه عاقل (**والجري على خلافه لسوء اختياره**) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد. وقوله: (**ومنع المال مفيد**) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر: يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (**لأن غالب السفه**) إنما يكون (**في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد**) أي لا يملك إلا بالقبض، فإذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وإن فعل لم يفد قوله: (**وإذا حجر الخ**) تفريع على مسألة الحجر، ومعناه أن القاضي إن حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه، وكان الواجب أن لا يجوز لأن قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل، وإنما جاز لأن الحجر من القاضي فتوًى لا قضاء، لأن القضاء يقتضي المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له ها هنا. سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو

قوله: (**وأجيب بأنه قال مخاطب الخ**) أقول: ولعل الأولى أن يقال: المراد مخاطب في حق تصرف يتصل بماله إذ الكلام فيه فيخرج العبد إذ لا مال له ولا خطاب فيه قوله: (**لسقوط الخطابات المالية الخ**) أقول: فيه بحث قوله: (**ومعناه أن القاضي إن حجر على السفيه على رأيه**) أقول: الضمير في رأيه راجع إلى القاضي قوله: (**فصار محلاً**) أقول: يعني فصار نفس القضاء محلاً الخ قوله: (**وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر**) أقول: أراد بالأبد الزمان المديد بقرينة قوله حتى.

ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. وقالا: لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده، ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب، ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً، ألا يرى أنه قد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع، ولأن المنع باعتبار

عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر. اهـ. أقول: يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الأبد على الزمان الطويل الممتد، كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ [النساء ٩٣] على المكث الطويل، فحينئذ لا تدافع بين الأبد وحتى ما لا يخفى قوله: **(ولأبي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً، وألا يرى أنه يصير جداً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع)** قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين: أحدهما: أن يقال: سلمنا أن علة المنع السفه، لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهراً وغالباً، لأن في هذه المدة يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة، وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع. والثاني أن يجعل معارضة فيقال: ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اهـ كلامه، وقد اقتفى أثره الشارح العيني. **أقول**: في تقرير الوجه الأول على ما ذكراه خلل، إذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء أن المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلاً للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضاً، ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل، ولهذا قال في دليل الإمامين: فيبقى ما بقي العلة، فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضاً لاستلزامه ذلك الباطل المحال. والصواب عندي في تقرير الوجه الأول أن يقال: إن علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب، فإذا لم يبق المحل قابلاً للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزءيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضاً بعدها فوجب الدفع، فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم قوله: **(ولأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ، وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع)** فإن قيل: الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم. سلمناه، لكنه منكر يراد به

أن يجعل السفيه مقتضياً له من حيث إن الحجر نظر له، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج إلى إمضاء، فلو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك. ثم إن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفيهاً منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يحجر عليه عنده، فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد منه، وقالا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشده، وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر **(ولا يجوز تصرفه في ماله، لأن علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع الله أن منع المال عنه بطريق التأديب)** وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين: أحدهما أن يقال: سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب، وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب، ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهراً وغالباً لأنه في هذه المدة يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع. والثاني أن يجعل معارضة فيقال: ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ قوله: **(ولأن المنع)** دليل آخر. وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا، لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدّر ذلك بخمس وعشرين سنة، ولأن مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة، وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ، وقدّر ذلك بسبع

أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع، ولهذا قال أبو حنيفة: لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا، ثم لا يتأتى التفريع على قوله وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه، كما في الصبيّ الذي يعقل البيع والشراء ويقصده. ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لأنه لا بد من حجر القاضي عنده، لأن

أدنى ما ينطلق عليه، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الأصالة. أقول: الظاهر أن كونه متناهياً في الأصالة عند وصوله إلى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضاً مع عدم تصوّر الرشد فيه. سلمناه لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسألة مع أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. اللهم إلا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل، لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله، تأمل تقف قوله: **(لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه)** قال في العناية: استدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز. وردّ بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل. وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه. فإن قيل: فعلام التوقف؟ أجاب بقوله للنظر له، فإن الحاكم نصب ناظراً فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبيّ الذي يعقل البيع والشراء ويقصده، إلى هنا لفظ العناية. وردّ بعض الفضلاء قوله: واستدل على الجواز والتوقف بقوله: لأن ركن التصرف وجد حيث قال: هذا إنما يدل على الجواز فقط اهـ. أقول: يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ها هنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله: لأن ركن التصرف قد وجد الخ: أي استدل على الجواز بقوله: لأن ركن التصرف قد وجد، واستدل على التوقف بقوله: والتوقف للنظر الخ، فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معاً وإن كان الحاصل من أول قوله: هو الاستدلال على الجواز فقط. ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدّى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم قوله: **(والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا، إلى قوله: والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه)** قال في العناية: وفيه بحث من

سنين اعتباراً بمدلاة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً» ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: **(لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا)** فإن قيل: الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم، سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الأصالة. قال: **(ثم لا يتأتى التفريع على قوله)** أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه **(وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه)** فيكون موقوفاً **(فإن رأى الحاكم فيه مصلحة)** بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحاً وكان الثمن باقياً في يده **(أجازه)** وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً ولم يبق الثمن في يده لم يجزه، لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البدل، واستدل على الجواز والتوقف بقوله: **(لأن ركن التصرف قد وجد)** وذلك يوجب الجواز. وردّ بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل. وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل

قوله: **(سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه)** أقول: المطلق ينصرف إلى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة، وجوابه ظاهر، فإنه مذكور سنداً للمنع هنا، ويكفي الاحتمال فيه قوله: **(أو كان البيع خاسراً)** أقول: فيه بحث قوله: **(واستدل على الجواز الخ)** أقول: هذا إنما يدل على الجواز فقط، ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد.

الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي. وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً (**وإن أعتق عبداً نفذ عتقه**

أوجه: الأول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي، وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه، فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ»(١) وقد أثر فيه الحجر بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه. والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل. والصحيح فيه أن يقال: لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل. والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور، لأن في تنفيذهما إضافة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر. وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب. وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ. أقول: في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً. أما في الجواب عن الأول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه، وهذا لا يجدي شيئاً في دفع البحث الأول، لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما إن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا، بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهما، فما ذكر في الجواب يقوّي البحث فضلاً عن أن يدفعه. وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما سيجيء في الكتاب هو قول المصنف، لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في ردّ العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض، ولا يذهب عليك أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً، بل يقويه كما عرفت آنفاً. ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث، والصحيح

والسفه لا ينفيه كما تقدم. فإن قيل: فعلام التوقف؟ أجاب بقوله: (**للنظر له، فإن الحاكم نصب ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبيّ الذي يعقل البيع والشراء ويقصده، ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لا بد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائر بين الضرر**) وهو إهدار آدميته (**والنظر**) له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (**فلا بد من مرجح وهو القضاء. وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً**) عليه (**عنده إذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا**) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (**وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً**) عند أبي يوسف يصير محجوراً حتى يقضي القاضي، وعند محمد يصير محجوراً بمجرد السفه (**وإن أعتق عبداً**) يعني بعد الحجر (**نفذ عتقه عندهما**) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، فلم يخص قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه لا تأثير للحجر عنده بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال. وعن قول الشافعي فإنه يقول: لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (**و**) ذكر أن (**الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا لأن السفيه في معنى الهازل**) لا من كل وجه (**بل من حيث إن الهازل**

قوله: (**بل احترازاً عن قولهما الخ**) أقول: فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات، بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس إلا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي قوله: (**وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي**) أقول: أي لا يجعل إعتاقه عن كفارة يمينه لا أنه لا ينفذ إعتاقه أصلاً فإنه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحانث الصوم كالمعسر إذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته قوله: (**والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ**) أقول: فيه بحث، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك قوله: (**والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ**) أقول: ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله.

---

(١) تقدّم في الطلاق، وفي العتاق، وهو حديث حسن.

عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ. والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه إلخ ومالا فلا، لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج الكلام العقلاء لاتباع الهوء ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه. والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرقّ حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه **(و)** إذا صح عندهما **(كان على العبد أن يسعى في قيمته)** لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في ردّ العتق إلا أنه متعذر فيجب ردّه برد القيمة كما في الحجر على المريض. وعن محمد أنه لا تجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق **(ولو دبر عبده جاز)** لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على ملكه، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى

فيه أن يقال: لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال: فيه بحث، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك اهـ. أقول: كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل. فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ها هنا من الاشتراك في العلة، وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه، كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث، ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع إلى حق الهازل في قوله: لا في حق الهازل. فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال: لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب، فإنه إنما يصح في حق السفيه فقط، فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى قوله: **(ولنا قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء ٦] الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة)** قال في النهاية فيو المبسوط: فقوله تعالى ﴿رشداً﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم، فإذا أوجد رشد مّا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى. أقول: تقرير دليل أئمتنا في هذه المسألة على الوجه المذكور في الكتاب، وفي المبسوط: ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر، مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه، فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضاً ماله. والأظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد

يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه: الأول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لايؤثر فيه الهزل لقوله ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ» وقد أثر فيه الحجر بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه. والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل، والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل. والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور، لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر. وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب. وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما **(والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق)** فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً لإلزام العقوبة باللسان باكتساب سببها، كما أن الرق كذلك **(فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالرقيق، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه)** قلنا: ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص، وها هنا لا حق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً **(فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في ردّ العتق إلا أنه متعذر)** لعدم قبوله الفسخ **(فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض)** لأجل النظر لغرمائه أو

في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير **(ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له)** لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح في حقه **(وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن مات سعت في جميع قيمتها)** لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس له شهادة الولد، بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها. ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل. قال: **(وإن تزوّج امرأة جاز نكاحها)** لأنه لا يؤثر فيه الهزل، ولأنه من حوائجه الأصلية **(وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها)** لأنه من ضرورات النكاح **(وبطل الفضل)** لأنه لا ضرورة فيه، وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت **(ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله)** لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل **(وكذا إذا تزوّج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة)** لما بينا.

ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال: ولأن الرشد في المال مراد بالإجماع، فلا يكون الرشد في الدين مراداً كي لا تعم النكرة المطلقة، أو لأن الدفع معلق بإيناس رشد واحد لأنه نكرة في موضع الإثبات، فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنه حينئذ يكون معلقاً برشدين انتهى فتدبر قوله: **(ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف)** أقول: يرد النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا

ورثته، فإذا أعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر إلى آخر النكتة **(وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية، لأنها لو وجبت لوجبت حقاً لمعتقه، وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير المعتق)** كما في إعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت **(ولو دبر عبده جاز، لأن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته)** لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى **(إلا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لأنه باق على ملكه)** والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً **(فإن مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبراً لأنه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً)** ألا يرى أن مصلحاً لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبراً لغرمائه. قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قناً، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قناً كما لو أعتقه. وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله، إلا أنه جعل ها هنا سبباً قبله ضرورة فلا تظهر سببيته في إيجاب السعاية عليه قناً، وإنما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. قيل سلمنا ذلك، لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك. وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير، ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير **(ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله)** و **(إبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته فألحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرّة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديوناً وإن لم يكن معها ولد)** أي إن لم يعلم لها ولد منه **(وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد)** لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير **(فلا يقدر على بيعها، وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية، إذ ليس لها شهادة الولد)** فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته **(بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها)** في إبطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه

قوله: **(إلا أنه جعل ها هنا سبباً قبله ضرورة)** أقول: أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الأهلية فإنها تزول بالموت قوله: **(لأنه من ضرورات النكاح)** أقول: والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل قوله: **(وبهذه المسألة اعتضد أبو حنيفة)** أقول: قال الإتقاني: لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق، لأن السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحاً كان أو فاسداً، وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذة أو راحة غرض، وبعد الدخول إن تحقق غرض، لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده، والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب، أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه، لأن طريق رده أن يلحقه بالهازل، والهازل والجاد في هذا سواء انتهى، وفيه تأمل.

قال: **(وتخرج الزكاة من مال السفيه)** لأنها واجبة عليه **(وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه)** لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه، والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة، لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غير وجهه، وفي النفقة يدفع إلى أمينة ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق، ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله. قال: **(فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها)** لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه **(ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج)** كي لا يتلفها في غير هذا الوجه **(ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها)** استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج **(ولا يمنع من القرآن)** لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما **(ولا يمنع من أن يسوق بدنة)** تحرزاً عن موضع الخلاف، إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها [1] وهي جزور أو بقرة. قال: **(فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه)** لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً، وقد ذكرنا من

محالة، لأن الإسلام فيه أيضاً متحقق بل فيه أقوى، فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والياً للتصرف أيضاً غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله قوله: **(ويحجر القاضي عندهما أيضاً؛ وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات الخ)** واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبيّ ﷺ، فإنه ما حجر على حبان

(ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ. قال: **(وإن تزوج امرأة جاز نكاحها)** كلامه واضح، وقوله: **(وصار كالمريض مرض الموت)** يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة، إلا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وها هنا غير معتبرة أصلاً. وقوله: **(وكذا إذا تزوّج بأربع نسوة)** يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوّج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مراراً فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة **(لما بينا)** يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح، وبهذه المسألة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب إتلاف المال عليه بهذا الطريق، بل هذا أضرّ له من إتلافه بطريق الهبة إذ هو يكتسب المحمدة في البرّ والإحسان والمذمة في التزوّج والطلاق، قال ﷺ «لعن الله كل ذوّاق مطلاق» قال: **(وتخرج الزكاة من مال السفيه)** والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الإسلام، أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء، لأنه مخاطب والسفه لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه، ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس، لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب، لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقرّ على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه، لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له، والإقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله: **(وهذا)** أي ما ذكرناه مما أوجبه

قوله: **(قال عليه الصلاة والسلام «لعن الله كل ذواق مطلاق»)** أقول: لعسيلة النساء قوله: **(فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد الخ)** أقول: في غاية البيان ثم لا يصدق السفيه في إقراره بالنسب إذا كان رجلاً إلا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة، وإن كانت المفسدة امرأة فإنها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى، فتنبه لما بينهما من المخالفة.

---

(١) الموقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٥،٤ لكن أخرج ابن مالك في الموطأ ٣٨٦،١ عن ابن عمر «ما استيسر من الهدي بدنه أو بقرة» وأخرج الطبراني في مسند الشاميين كما في نصب الراية ١٦٥،٤ عن ابن عمر قوله «لا أعلم الهدي إلا من الإبل والبقر، وكان عبد الله بن عمرلا لا ينحر في الحجّ إلا الإبل والبقر، فإن لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً».

التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى. قال: (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي والطارىء سواء) وقال الشافعي: يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده. ولنا قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية. وقد أونس منه نوع رشد

ابن منقذ وكان يغبن في التجارات، بل قال له «قل لا خلابة لي الخيار ثلاثة أيام»[1] فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر. وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء ٥] لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد، كذا ذكره تاج الشريعة. قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب. وردّ بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه، وإنما النزاع في الحجر انتهى. وقال بعض الفضلاء: ويجوز أن يقال: يفهم منه الحجر أيضاً بطريق الدلالة وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اهـ. أقول: ويجوز أن يردّ هذا أيضاً بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه، فأنى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات، وذلك يقف على الد كما مر هذا أيضاً في دليله جواباً عن قولهما: المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ها هنا وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما. وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت: فيه نظر، لأن في

الله تعالى وما كان من حقوق الناس (**بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر**) يعني ما أوجبه على نفسه (**حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم**) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين. وإن كان مالكاً للمال حال التكفير (**لأنه**) أي كل واحد (**مما يجب بفعله**) إذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر. فإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها؟ أجيب بأن الاستطاعة منتفية، لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم، ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله: (**وإن أراد حجة الإسلام**) واضح.

وقوله: (**ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً**) لذلك، والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر، لأن العمرة عندنا تطوّع. كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً، فإن جنى جناية، فإن كانت مما يجزىء فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا، وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح (**فإن مرض وأوصى**) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض، فإن السفيه الصحيح إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض، والقياس ينفيها كما لو تبرّع في حياته، واستحسنوا فيها إذا وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث، لأنه نظره فيه لأن وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه، وحينئذ لا نظر له في المانع وإنما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك (**وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى**) فمن ذلك ما قال: إن الذي بلغ سفيهاً والصبيّ الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء، إلا في أربعة مواضع: أحدها أنه يجوز للأب ولوصيّ الأب أن يتصرف على الصغير يشتري له مالاً ويبيع، ولا يجوز تصرّف الأب ولا وصيّ الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم. والثاني أنه يجوز نكاحه، ولا يجوز نكاح الصبيّ العاقل. والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه، ولا يجوز طلاق الصبيّ العاقل ولا عتاقه، والرابع أن الذيْ لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصح تدبيره، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره قوله: (**ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارىء سواء. وقال الشافعي رحمه الله: يحجر عليه**) ومبنى هذا لاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر

قوله: (**إلا في أربعة مواضع**) أقول: يعني سوى الوصية حيث علم حالها قوله: (**نكر الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير**) أقول: وللخصم أن يمنع مستنداً بانصرافه المطلق إلى الكامل قوله: (**ومن أصلح في ماله الخ**) أقول: وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل، فما ذكراه ينتقض به فتأمل.

---

(١) تقدّم في البيوع باب خيار الشرط.

فتتناوله النكرة المطلقة، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف، وقد قررناه فيما تقدم، ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

حديث حبان بن منقذ نوع حجر، لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم. اهـ. أقول: ليس ما قاله بشيء، إذ لا شك أنه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء، بل فيه إرشاده إلى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع، وقول الشارح: المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه أيضاً بأنه لم يصر محجوراً عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئاً ها هنا، ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجوراً عليه في البيوع المطلقة: أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض ها هنا فإن مذهب الإمامين والشافعي أن يحجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقاً: أي سواء شرط فيها الخيار أم لا، فيرد عليه أن الحجز على المغفل في بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ في حديث حبان بن منقذ.

عليه وإن كان مصلحاً لماله. وعندهما للنظر له في ماله فإذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (**وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية**) نكرا الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير، ومن أصلح في ماله فقد أونس منه رشد (**ولأنه أهل للولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم**) يعني في أول كتاب النكاح. (**ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل**) يعني في التجارات (**ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له**) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له ﷺ «قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام» وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد. وردّ بأن ذلك لمنع المال، وليس النزاع فيه، وإنما النزاع في الحجر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: (**ورد بأن ذلك لمنع المال**) أقول: ويجوز أن يقال: يفهم منه الحجر أيضاً بطريق الدلالة وإلا لم يفد المنع.

فصل في حد البلوغ

قال: (**بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطىء، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة**) وهذا عند أبي حنيفة وقالا: إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة. وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف. وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة، أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول، وفي الاصطلاح: انتهاء الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بدّ من بيان انتهائه، وهذا الفصل لبيان ذلك قوله: (**وهذا أقل ما قيل فيه، فينبني الحكم عليه للتيقن به**) أقول: يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي، وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشده إنما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها، لأنه إذا بلغ الأكثر منها فقد بلغ الأقل منها دون العكس. نعم وجود الأقل في نفسه لا يستلزم وجود الأكثر، بخلاف العكس، لكن ليس الكلام ها هنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبيّ، والمتيقن به فيه إنما هو أكثر ما قيل في أشده بلا ريب، ثم إني لم أر أحداً من الشراح حام حول هذا الإشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية، فإنهما قالا: فإن قيل: ينبغي أن يقال: بالأكثر لأنه المتيقن، إذ الأدنى يكون في الأكثر دون العكس. قلنا: أوّل الآية ﴿ولا تقربوا مال اليتيم﴾ إلى قوله ﴿حتى يبلغ أشده﴾ [الأنعام ١٥٢] والله تعالى مدّ الحكم إلى غاية الأشدّ. وأقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن، إذ لو مدّ إلى أقصاه لا بد أن يمدّ إلى ثماني عشرة، ولو مدّ إليها لا يكون ممتداً إلى أقصاه فكانت ثماني عشرة متيقناً في كون الحكم ممتداً إليها فيبنى الحكم عليه انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن الأشدّ في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق. وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشدّه﴾ [الأنعام ١٥٢] فمجرد دخول مدّ الحكم السابق إلى ثماني عشرة في مدة إلى أقصى ما قيل في تفسير الأشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما إذا مد الحكم إلى أقصاه أيضاً، وإنما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقناً بها من حيث كونها الأشد بل من حيث وجودها في نفسها، والمطلوب ها هنا هو الأول دون الثاني، فلا يتم التقريب. والحق في أصل التعليل أن يقال: وهذا أقل ما قيل فيه، فينبني الحكم عليه للاحتياط كما وقع في

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة: الوصول. وفي الاصطلاح: انتهاء حد الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه، وهذا الفصل لبيان ذلك. قال: (**بلوغ الغلام بالاحتلام الخ**) الحلم بالضم ما يراه النائم. يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطىء، والأصل هو الإنزال، قال الله تعالى ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم﴾ فإن لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله، وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح، وإنما قال: وهذا أقل ما قيل فيه لأن بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه قوله: (**وإذا راهق الغلام أو الجارية**) يقال: رهقه: أي دنا

فصل في حد البلوغ

قال المصنف: (**فيبنى الحكم عليه للتيقن به**) أقول: فيه بحث.

والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض في أوان الحبل، فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين. وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة. وله قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشدّه﴾ وأشدّ الصبيّ ثماني عشرة سنة، هكذا قاله ابن عباس[1] وتابعه القتبي، وهذا أقل ما قيل فيه فيبني الحكم عليه للتيقن به، غير أنّ الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة. قال: **(وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت، فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين)** لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها ظاهراً، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه، كما يقبل قول المرأة في الحيض.

الكافي والتبيين، إلا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط: ولأنه متيقن به، وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله: للاحتياط وهو الأصوب.

منه، وصبيّ مراهق أي دان للحلم **(وأشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما)** ثم قيل: إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنة أو أكثر، ولا يقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر يكذبه، وقد أشار إلى ذلك بقوله: وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين، والله أعلم.

---

(١) موقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٦٦،٤ قال: روى الطبراني في الأوسط عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشدّه﴾ قال: ثلاث وثلاثون سنة وهو الذي رفع عليه عيسى ابن مريم. وذكر البغوي في تفسير الآية عن ابن عباس قوله: «نهاية قوته، وغاية شبابه واستوائه، وهو ما بين ثمانية عشرة سنة إلى أربعين».
وأخرجه ابن مردويه في تفسيره أيضاً عن ابن عباس قوله «تسعاً وثلاثين سنة».

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة: (لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص. **(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم)** لأنه نوع

باب الحجر بسبب الدين

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد إما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجدّ من علم الفرائض، لأن أبا حنيفة لا يرى شيئاً منها، وأما على قولهم جميعاً بناء على تعلق نظر كلهم بذلك إثباتاً منهما ونفياً منه. ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آثر تأخيره عنه قوله: **(قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أحجر في الدين، وإذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه، لأن في الحجر عليه إهدار أهليته فلا يجوز الدفع ضرر خاص)** قال صاحب العناية في هذا المقام: وأبو حنيفة لا يجوّزه لأن فيه إهدار أهليته، وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر، فكان حق العبارة أن يقال: فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد، وأشار إليه ها هنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص، عن هذا قال بعض الفضلاء: ولعل العبارة فلا يرتكب، وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى. ثم أقول: يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه: الأول أن يحمل المراد بالأعلى في قوله: فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا إهدار أهليته، وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره، يرشد إليه أنه قال للأدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف، ولا شك أن كون إهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهليته أعلى: أي أشرف، وكون المال أدنى: أي أخس، فإن ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة. فإن قلت: المطابق لقوله: في السؤال الآتي وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى إهدار الأهلية وبالأدنى ضرراً يقابله. قلت: تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم، فإن

باب الحجر بسبب الدين

الدين أيضاً من أسباب الحجر عندهما، لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اثر تاخيره، وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطاً لنفي التجاحد إن وقع، وأن يبين أن الحجر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره، حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ، وأن يبين من الحجر لأجله باسمه لأنه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته **(وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوّزه لأن فيه إهدار أهليته)** وذلك ضرر فوق ضرر المال، فلا يترك الأعلى للأدنى. فإن قيل: إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن، وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد. فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن. وإذا كان كذلك **(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص، ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه. وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه، ومنعه التصرفات)** وكلامه ظاهر. ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيراً كان أو فاحشاً. وقوله: **(التلجئة موهومة)** لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراض.

باب الحجر بسبب الدين

قوله: **(فلا يترك الأعلى للأدنى)** أقول: فيه بحث، ولعل العبارة فلا يرتكب، وقوله فلا يترك سهو من الناسخ قوله: **(وإنما يكون الأول أعلى الخ)** أقول: في الحصر بحث قوله: **(ولو لم يكن أعلى)** أقول: من ضرر الدائن قوله: **(وإهدار الأهلية أعلى الخ)** أقول: فيه

حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص (ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً

علوّ نفس الأهلية شرفاً وعلوّ إهدارها ضرراً متلازمان، وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره، فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما، ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل. والثاني أن يحمل الترك المنفى في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله: فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى: أي لأجل دفعه، ومجيء الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه ﴿وتركنا عليه في الآخرين﴾ [الصافات ٧٨] أي أبقينا، نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون: ترك على حالة، ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال: ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي. فإن قلت: معنى الإبقاء لا يناسب هذا المحل، لأن المتبادر من نفي إبقاء إهدار الأهلية تحقق إهدارها أولاً، إذ البقاء فرع التحقق. ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز إهدار أهلية الإنسان رأساً لأن فيه إلحاقه بالبهائم. قلت: لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي، وكون البقاء فرع التحقق إنما هو في الثبوت، ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام. والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى ﴿لئلا يعلم أهل الكتاب﴾ [الحديد ٢٩] وفي قوله تعالى ﴿لا أقسم بهذا البلد﴾ [البلد ١] وغيرهما من الأمثلة. فإن قلت: قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو: أحدها مع الواو بعد النفي. وثانيهما بعد أن المصدرية. وثالثها قبل القسم على قلة. ورابعها مع المضاف على الشذوذ، وما نحن فيه ليس منها في شيء. قلت: ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل، وعدّ منها قوله تعالى ﴿وما يشعركم أنها إذا جاءت لا يؤمنون﴾ فيمن فتح الهمزة. وقال: فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة، وإلا لكان عذراً للكفار، وعدّ منها أيضاً قوله تعالى ﴿وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون﴾ [الأنبياء ٩٥] وقال فقيل لا زائدة، والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا إهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة اهـ. ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الأربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه، فكفي بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه. فإن قلت: لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأدنى، إذ لا معنى لأن يقال: يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى، فإن ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه. ثم إن هذا إذا لم يكن معنى قوله: للأدنى لدفع الأدنى، وأما إذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر، إذ يصير المعنى إذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين، وليس كذلك قطعاً. قلت: يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله: للأدنى على معنى عند، فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرّين، وهذا معنى مستقيم كما ترى، ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغنى اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون، وقال: وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى: ﴿بل كذبوا بالحق لما جاءهم﴾ [ق ٥] بكسر اللام وتخفيف الميم اهـ. والإنصاف أن هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ها هنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الإمكان على القواعد العقلية والنقلية. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن، وإنما يكون الأول أعلى لو كان في شخص واحد. فالجواب أن ضرر الدائن يندفع

وقوله: (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس، فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فإن التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الإمساك بالمعروف تعين عليه التصريح

بحث قال المصنف: (ولأنه تجارة لا عن تراض الخ) أقول: قال الله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾.

. . . .

بالحبس لا محالة، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اهـ كلامه. أقول: حاصل السؤال منع كون إهدار أهلية المديون أعلى ضرراً من ضرر الدائن مستنداً بكونهما في شخصين دون شخص واحد. وحاصل الجواب إثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضاً. تقريره أن إهدار الأهلية أعلى ضرراً من الحبس، والحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن ينتج أن إهدار الأهلية أعلى ضرراً من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة، وهي أن الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء، ولا شك أن هذا القياس يقتضي كون إهدار الأهلية أعلى ضرراً من ضرر الدائن وإن كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند، ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا: والحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أوّلاً بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس، ولو لم يكن الحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك. ثم ذكر المقدمة الأولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان. ثم أقول: في الجواب بحث. أما أوّلاً فلأن قوله إن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز أن يختار المديون الحبس أبداً ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن. وأما ثانياً فلأن الحبس لو كان أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأثاث في إثبات مذهبه في هذه المسألة، مع أن الحبس جائز بالإجماع ومتعين عند أبي حنيفة. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدي مع قدرته على أداء الدين بعيد جداً غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة، ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر. وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن، بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة، وقد صرح المصنف في فصل الحبس من قضاء القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال: وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله: والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولعل قصده الإشارة إليه كان باعثاً على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب، وإلا فلا مدخل له أصلاً في إثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق، فإذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضاً لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى. فإن قلت: هب أن الحبس ليس لمجرد دفع المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معاً لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضاً كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه اهـ. فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة: ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن، يقال: ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم، فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضاً فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس. قلت: المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف: فيما بعد دفعاً لظلمه لا ظلمه الماضي، إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لأنه عرض لا يبقى، والذي جعل الحبس جزاء له إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضاً فلا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة

بالإحسان فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله: **(والحبس لقضاء الدين)** جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لأجله: أي لأجل البيع وتقريره. سلمنا لزوم الحبس لكنه لأجل البيع

لظلمه وقالا: **(إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه، ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرّ بالغرماء)** لأن الحجر على السفيه إنما جوّزاه نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم، ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه. قال: **(وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما)** لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجبّ والعنة. قلنا: التلجئة موهومة، والمستحق قضاء الدين، والبيع ليس بطريق متعين لذلك، بخلاف الجبّ والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعاً. قال: **(وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع)** لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه **(وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في**

ظلمه الماضي كما لا يخفى. ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقاً ومن ضرر الدائن فنقول: إن قوله: لا يتحمل الأعلى الدفع الأدنى قول: على موجب القياس، والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس، بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعاً. لا يقال: الحجر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روي «أن معاذاً ركبته ديون فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص»[1] كما ذكره في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسألة. لأنا نقول: أجابوا عنه في تلك الكتب أيضاً عن قيل أبي حنيفة بأن بيع النبي ﷺ مال معاذ كان بإذنه، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام، وقالوا: والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى، ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أن يخالف أمر رسول الله ﷺ. وقال في البدائع: مع ما روي «أنه طلب من رسول الله ﷺ أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقتضياً ببركته»[2] اهـ. فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين، فتعين أن المدار فيه هو القياس. وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى. ثم إن من العجائب ها هنا أني قد ابتليت في زمان من الأزمان بأن أمتحن مع بعض من عدّ من الأهالي والأعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة: الهداية، وشرح المواقف، وشرح المفتاح، فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب، فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب: ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصيلة، فجعل كلمة

بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله: **(كيف)** أي كيف صح البيع **(ولو صح المبيع كان الحبس ظلماً لأنه إضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعاً)**

قال المصنف: **(ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه)** أقول: فإن قيل: الحبس أيضاً بعدم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع. قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون إكراهاً على البيع فليتأمل. قال المصنف: **(ودفعاً لظلمه)** أقول: فإن قضاء الدين

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ٥٨,٢ والبيهقي ٤٨,٦ والعقيلي ٦٨,١ كلّهم من حديث ابن كعب بن مالك عن أبيه.
وصحّحه الحاكم! وسكت الذهبي! مع أنّ في إسناده إبراهيم بن معاوية الكرابيسي ذكره الذهبي في الميزان وقال: ضعفه الساجي وغيره.
وقال العقيلي عقبه: رواه عبد الرازق عن ابن كعب مرسلاً وهو الصواب.
وله طريق آخر أخرجه الحاكم ٢٧٣,٣ عن عبد الرحمن عن أبيه كعب: كان معاذ شاباً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كلّه في الدين، فأتى غرماؤه رسول الله ﷺ، فلو تركوا أحداً لتركوا معاذاً أجل رسول الله ﷺ اهـ.
وصحّحه الحاكم، وسكت الذهبي موافقاً إياه. ورواه الطبراني كما في المجمع ١١٠,٤ من حديث جابر. وقال: فيه ابن إسحاق مدلس، وهو ثقة اهـ. فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً إلا أنّ المتن فيه غرابة والله أعلم.
(٢) هذا اللفظ غريب لم يذكر أحد في الطرق المتقدّمة.

دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان. والقياس أن لا يبيعه كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين، بخلاف العروض لأن العرض يتعلق بصورها وأعيانها، أما النقود فوسائل فافترقا (**ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر**) لما فيه من المسارعة. وقيل دستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (**ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي**) لأن به كفاية شمس الأئمة الحلواني، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس. قال: (**فإن أقر**

أعلى مضافة إلى كلمة ما، وجعل كلمة ما موصولة، فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام، فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جداً، ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصرّ عليه، وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كاد تقع فتنة عظيمة، ولله درّ من قال: رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعدّ طوره قوله: (**ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه**) أقول: يرد على ظاهر عبارة المصنف ها هنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفساد بأن قال: تسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر. ويمكن توجيه عبارته ها هنا أيضاً بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الأبد على الزمان الطويل الممتد. ويمكن ها هنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ها هنا بمعنى كي دون إلى، فيصير معنى الكلام: ولكن يحبسه أبداً ليكون سبباً لبيعه، فلا مسامحة في الجمع أصلاً إذ المسامحة إنما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى، نعم لا بقصد بالأبد معنى الدوام البتة، ولكنه أمر آخر وراء المسامحة في الجمع تأمل تقف قوله وقالا: (**إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه**) أقول: لقائل أن يقول: لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً، بل يجوز الحجر على الغنيّ أيضاً عندهما نظراً لغرمائه، بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن، فذكر المفلس في وضع المسألة يخل بحق. لا يقال: قد ذكر في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضي عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس وبالحجر بناء عليه. وعند أبي حنيفة رحمه الله: الإفلاس في حال الحياة لا يتحقق، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولاً وبالحجر بناء عليه، ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً إلحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالإفلاس اهـ. فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسألة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس. لأنا نقول: ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسألة وتقرير دليلهما

ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع قوله: (**وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله**) وإنما خصه بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض، وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله: (**عملاً بالشبهين**) قيل: إنما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الأخذ نظراً إلى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى، فلو ثبت للغريم ولاية الأخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته. وقوله: (**ويباع في الدين النقود**) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له. وقوله: (**بخلاف الاستهلاك**) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون: يعني إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء للديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (**لأنه مشاهد لا مردّ له**) بخلاف الإقرار فإن سببه

واجب عليه والمماطلة ظلم قال المصنف: (**والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق**) أقول: لكنه مخالف لما سبق آنفاً من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه والأمر هين قال المصنف: (**فلا يكون مشروعاً**) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع.

في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم، بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له **(ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه)** لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر. قال: **(وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه)** لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر، ولهذا لو

كقوله في مذهب أبي حنيفة: وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر، وقوله: في مذهبهما لأنه عساه يلجيء ماله فيفوت حقهم، وقوله فيه أيضاً: وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعاً على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال: مسألة الحجر بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، إذ القضاء بالإفلاس لا يتصوّر فيما إذا ظهر ماله، وتلك الأقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله، بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول: من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة غير مبنية على مسألة القضاء بالإفلاس كما لا يخفى. فالجواب أن يقال: ليس المراد بالمفلس في قوله: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي، بل المراد به أما من يدعي الإفلاس فيتناول الغني أيضاً، إذ الظاهر أن المديون الذي لا يؤدي دينه يدعى الإفلاس وإن كان غنياً في نفسه، وأما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة قوله: **(يمنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرّ بالغرماء)** أقول: وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضاً غير واضح، والعهدة في ذلك على القدوري، لأن هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه، ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى قوله: **(وهذا عند أبي حنيفة استحساناً)** قال كثير من الشراح: إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله: لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض، وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً لأنه ممنوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ.

محتمل. وقوله: **(وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه)** لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين، ألا يرى أنه لو توجه الهلاك إليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضاً، لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه في الحبس وغيره سواء. وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه نظراً للجانبين، لجانب المديون لأنه ينفق على نفسه وعياله، ولربّ الدين لأنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه. وقوله: **(ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس)** أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار **(يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله ﷺ «لصاحب الحق يد ولسان» أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي)** ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله. وقوله: **(يقسم بينهم بالحصص)** أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره. وأما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك، نص على ذلك في فتاوي النسفي فقال: رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلاثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة، فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم؟ قال: إذا كان المديون حاضراً فله أن يقضي ديونه بنفسه، وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته، وإن كان المديون غائباً والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض. وقوله: **(بينة اليسار تترجح)** اليسار إسم للإيسار من أيسر: أي استغنى، والإعسار مصدر أعسر: أي افتقر، وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الإعسار. قال في المغرب: وهو خطأ. وقوله: **(لأنها أكثر إثباتاً)** لأن بينة الإعسار تؤكد ما دل عليه غيره، إذ الأصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج، وقوله في الملازمة **(لا يمنعونه الخ)** تفسير

قوله: **(لأن الشبهة ترد على قوله الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون)** أقول: فيه بحث.

تزوّج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء. قال: **(فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة)** وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها، إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له: يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه، والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى. قال: **(ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لصاحب الحق يد ولسان»[1] أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. قال: **(ويأخذون فضل**

أقول: ما ذكرون إنما يتم أن لو كان عبارة المصنف، وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله: استحساناً، وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصاً بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة، فإن كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط، وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار تدبر قوله: **(بخلاف الاستهلاك)** قال جماعة من الشراح: قوله: بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله: لزمه ذلك بعد قضاء الديون: يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حاله الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامه. أقول: في تفسيرهم نوع خلل، إذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم: يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون، بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة. نعم قولهم: فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة، لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله، فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال: في شرح قول المصنف: بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ. وما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك: حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ قوله: **(وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار)** أقول: ليس المفلس ها هنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره، بل عدم إرادة الحقيقة ها هنا أظهر، لأن قوله من ماله يأبى إرادتها قطعاً، وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون، فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر قوله: **(قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة)** أقول: كان لفظ مختصر

للملازمة **(ولا يجلسه في موضع لأنه حبس)** وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي **(ولو دخل داره لحاجته)** كغداء أو غائط **(لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة)** وعن هذا قيل: إذا أعطاه الغداء أو أعدّ له موضعاً لأجل الغائط له أم يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب **(ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق)** والأشد **(عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه)** وفي معناه منعه عن الإكساب بقدر قوت يومه ولعياله **(والدائن**

---

(١) ضعيف هكذا. أخرجه الدارقطني ٢٣٢،٤ عن مكحول مرسلاً وابن عدي ٢٧٨،٦ في الكامل من حديث أبي عتبة الخولاني وأعلّه ابن عديّ بمحمد بن معاوية النيسابوري، ونقل عن البخاري قوله: أن له أحاديث لا يتابع عليها.

ونقل عن النسائي: أنه ليس بثقة متروك الحديث اهـ لكن للحديث أصل عند البخاري بمعناه أخرجه ٢٣٠٦،٢٦٠٩ من حديث أبي هريرة وأخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٧٨٢ والبيهقي ٢٠،٦، ٥٢ كلاهما في حديث عائشة.

ولفظ البخاري في الرواية الثانية: «أنّ النبيّ ﷺ أخذ سنناً، فجاء صاحبه يتقاضاه، فقالوا له، فقال: إنّ لصاحب الحق مقالاً، ثم قضاه أفضل من سنه، وقال: أفضلكم أحسنكم قضاء».

كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة وقالا: (إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة. وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غاد ورائح، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة. وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتاً، إذ الأصل هو العسرة. وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة

القدوري والبداية ها هنا هكذا: وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول: لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة. اهـ. وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى، ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسألة في الهداية لأمر يعتري الإنسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية قوله: (إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له) قوله: إلى أن قال متعلق بقوله قال، فإن لم يعرف للمفلس مال: يعني قال القدوري في مختصره: فإن لم يعرف للمفلس مال، إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له. وقوله: يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له. وقوله: لوجوب النظرة إلى الميسرة تعليل لذلك. وأقول: كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله: إلى أن قال على قوله. وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله: إلى أن قال بقوله قال: فإن لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال: ويقول قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاماً مستقلاً كنظائره ولا يكون قلقاً كما ذكره تبصر تفهم قوله: (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعي، لأن استواء حقوقهم في القوة إنما يفيد عدم

الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالأجنبية، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال: (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعاً من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه. وقال الشافعي رحمه الله: يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز) عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة وعن قضيته المساواة) فإن قيل: قياس مع وجود فارق وهو فاسد، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ، بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ. أجاب بقوله: (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة، وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد، وإنما المستحق به وصف في الذمة: أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري ملياً. وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والمليء. فإن قيل: هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «أيما رجل أفلس فأدرك رجل» وفي رواية «فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به» والاستدلال في مقابلة النص فاسد. فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف بإسناده أن النبي ﷺ قال

قوله: (قال في المغرب: وهو خطأ) أقول: ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام «ارجعن مأجورات غير مأزورات» قوله: (لاستلزامها الخلوة بالأجنبية الخ) أقول: يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ، والضمير في تلازمها راجع

فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه، إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه **(ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها)** لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها. قال: **(ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه)** وقال الشافعي رحمه الله: يحجر القاضي على المشتري بطلبه. ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة، ومن قضيته المساواة وصار كالسلم. ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة: أعني الدين، وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة، هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها، إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين، والله أعلم.

جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص: أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين، بل يوهم لزوم الاستواء فيما أخذوه، وتمام المدعي ها هنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل قوله: **(لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع، وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة)** قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل: لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن، والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة، ومن قضيته المساواة اهـ. وردّ بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال: فيه بحث، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم، وقوله: وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ. أقول: ليس ذاك بسديد، لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ها هنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة، وإلا لزم أن يوجب العجز على التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد، فالمدار في تحقق العلة الجامعة ها هنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ها هنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة، والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية، بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ها هنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والإمام الزيلعي وغيرهم، والله أعلم.

«أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه» وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع. فإن قيل: ما ذكرتم من الدليل إن صح بجميع مقدماته لزم أن لا ينفسخ العقد إذا كسدت الفلوس، لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة. وهي باقية كما كانت قبل الكساد. أجيب بأنا لا نسلم عدم التغيير لأن موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك. ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب عن أداء البدل فإن موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم، فإذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله: **(وبقبض العين)** جواب عما يقال: لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة، وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصوّر وجعل الشارح العين بدلاً عنه، فإذا قبض العين بدلاً عنه **(تحقق بينهما مبادلة)** من حيث إنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة آخر وصف فيلتقيان قصاصاً **(هذا هو الحقيقة)** أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين **(فيجب اعتبارها ما لم يتعذر)** وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ **(بخلاف السلم)** فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله ﷺ «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ، والله أعلم بالصواب.

إلى المديونة قوله: **(والجامع بينهما أنه الخ)** أقول: فيه بحث، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم. وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل قوله: **(وهو يملك به)** أقول: الضمير في قوله به راجع إلى العقد.

كتاب المأذون

الإذن: الإعلام لغة، وفي الشرع: فك الحجر وإسقاط الحق عندنا، والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته،

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر، فلما ترتبا وجوداً ترتبا أيضاً ذكراً وما للتناسب قوله: (**الإذن الإعلام لغة**) أقول: لم أر قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام، وإنما المذكور فيها كون الأذان بمعنى الإعلام، فقوله الإذن الإعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة. نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الإذن لغة بالإعلام كما ذكره المصنف، ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الإذن من أذن له في الشيء إذناً: أي إباحه، كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام، ولا يخلو عن نوع الإيماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ها هنا: يحتاج إلى بيان الإذن لغة وشرعاً، ثم قال: أما لغة فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عنه من أذن له في الشيء إذناً اهـ. ثم إن من المستبعد ها هنا ما ذكره الإمام الزيلعي حيث قال في التبيين: والإذن في اللغة والإعلام، ومنه الأذان وهو الإعلام بدخولا الوقت اهـ. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون: لأن الإذن هو الإعلام، قال الله تعالى ﴿وأذان من الله ورسوله﴾ [التوبة ٣] أي إعلام اهـ. فإن مدار ما ذكراه اتحاد الإذن والأذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى آخر وليس كذلك قطعاً، والأظهر في تفسير معنى الإذن لغة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال: أما الإذن فهو الإطلاق لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء أيّ شيء كان اهـ. قوله: (**وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا**) قال في غاية البيان: يعني أن العبد كان محجوراً عن التصرّف لحق المولى، فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اهـ. وقال في النهاية: أي إذن المولى لعبده في التجارة إسقاط لحق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه، وبالإذن أسقط حق نفسه عنده اهـ. وقال في العناية: فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه اهـ. وقال تاج الشريعة: لأنه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الإذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه، وبعد الإذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اهـ. وقال في الكفاية: وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فإنه يمنع تعلق حق الغير بها صوناً لحق المولى، وإنه بالإذن أسقط حقه اهـ. فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ها هنا حق المولى، وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال: وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه اهـ. قال صاحب الإصلاح والإيضاح: المراد بالحق ها هنا حق المنع لا حق المولى لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح، لأن حق المولى لا يسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتي، والمسقط هو المولى إن

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر (**وهو في اللغة عبارة عن الإعلام، وفي الشرع: فك الحجر وإسقاط الحق عندنا**) فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله

كتاب المأذون

قوله: (**وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا**) أقول: لا يخفى عليك أن إذن الصبي والمعتوه ليس فيه إسقاط الحق، وسيجيء تفصيله، ثم اعلم أن قوله وإسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر قوله: (**كما أشرنا إليه**) أقول: يعني بقوله وصحح

لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى، لأنه ما عهد

كان المأذون رقيقاً والولي إن كان صبياً اهـ كلامه. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأن كون المراد بالحق ها هنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى، بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره: فإن معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الإضافة بيانية، ومعنى حق المولى حق هو للمولى، على أن تكون الإضافة بمعنى اللام، ولا ريب أن الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاً به قطعاً. وأما ثانياً فلأنه إن أراد به بقوله: لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع، كيف وسيأتي أنه إذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعاً فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعاً لا محالة، وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما إذا لم تحط بهما ديون فمسلم، لكن لا يجدي نفعاً إذ ليس المراد بإسقاط الحق في معنى الإذن شرعاً إسقاطه بالكلية البتة، بل المراد به إسقاطه في الجملة، وذلك يتحقق في صورة إحاطة الدين بل في صورة عدم إحاطته بالنظر إلى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى. وأما اختصاص حقّ المولى بإذن العبد فلا يضرّ إذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان إذن العبد، وإنما يبين فيه إذن الصبيّ أيضاً على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الإذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون. ثم إن صاحب النهاية قال: وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرقّ شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل، لأن حكم الشيء ما يثبت به، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة. وقال: هذا ما ذكره في المبسوط والإيضاح والذخيرة والمغني وغيرها اهـ. وقد اقتفى أثره الإمان الزيلعي حيث قال في التبيين: وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اهـ. أقول: كون حكم الإذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى، لأن حكم الشيء على ما تقرر عندهم إنما هو أثره الثابت به المترتب عليه، وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضاً بقوله لأن حكم الشيء ما يثبت به، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثراً مترتباً عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولاً عليه بالمواطأة. ثم أقول: ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي، بل المذكور فيها هكذا، وأما بيان حكمه فنقول: حكمه شرعاً عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة ولا التوكيل، لأن حكم الشيء ما يثبت به، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اهـ. فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبنى للمفعول فيؤول إلى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر، ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الإذن شرعاً ما هو مصدر عن المبنى للفاعل وصفة للإذن. فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكماً للإذن الشرعي، إذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر. ثم إن الأظهر في بيان حكم الإذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة حيث قال: وأما حكمه فملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها، وعدم ملكه ما لم يكن كذلك، إلى هذا أشار في التحفة، وذلك لأن حكم الشيء ما

محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه (**والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرقّ بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز**) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (**فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه**) فقوله وإسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر. وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعي رحمه الله، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة، وصحح المصنف رحمه الله كونه إسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت، فإنه لما كان

المصنف الخ قوله: (**ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ**) أقول: قال صاحب الهداية في أول الوكالة إن وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء وعبداً محجوراً عليه جاز، ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما قوله: (**وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء**) أقول: بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه. والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما

تصرفه إلا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه، وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى، ولهذا لا يقبل التأقيت، حتى لو أذن لعبده يوماً أو شهراً كان

يثبت بالشيء، والثابت بالإذن ما قلنا فكان حكماً له، إلى هنا كلامه قوله: **(والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته، لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز)** فإن قيل: المأذون عديم الأهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلاً لسببه. أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك، ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه، وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلاً لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الأصلي للتصرف، وملك العين شرع للتوصل إليه فما هو الحكم الأصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه، وهو نظير من اشترى شيئاً على أن البائع بالخيار ثم مات، فمتى اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه، كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الأصول. أقول: فيه بحث، لأنهم أن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهلته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يداً، والمدبر مملوك له يداً لا رقبة، فإن الرقيق إذا كان مالكاً يده فكيف يكون مملوكاً لمولاه يداً في صورة إن كان قناً أو مدبراً، وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التقريب، إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرّف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه قوله: **(ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى)** قال في العناية: وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله: ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى، وهذا لأن أوّل تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاً له، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً، لكن شرطنا إذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه اهـ. وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلاً عن الذخيرة. أقول: يرد على ظاهر قوله لأنه أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أوّل تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب، ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى. ويمكن أن يقال: يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعاً فيها. ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي

تصرفه بحكم مالكيته الأصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دلّ على أنه إسقاط لحق المولى لا غير، إذ الإسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق. فإن قيل: قوله فك الحجر جواب وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه. والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً، وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله: **(ولهذا لا يرجع لما لحقه من العهدة على المولى)** وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته

سيجيء. ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ قوله: **(والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ)** أقول: لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغترا بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى، ولذلك نظائر قوله: **(وليس للمولى فيه ضرر متحقق، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه)** أقول: إذا كان لحوق الدين

مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه، لأن الإسقاطات لا تتوقت، ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة، كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً أو

التصريح به من المصنف، وأنهما هما الغالب وقوعاً في باب التجارة، فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة. وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية: لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أوّل تصرف يباشره مؤاجرة نفسه. والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد على ما سيجيء. اهـ. أقول: في كل من إيراده وجوابه سقامة. أما في الأول فلأنه قال: بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم، وكان الظاهر أن يقول: بل يجوز أن يكون أوّل تصرف يباشره مؤاجرة نفسه، على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب، وكان للصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر. وأما في الثاني فلأنا بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم، بل لم يقع للتصريح من المصنف ها هنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا، على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم نسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل، والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه، فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير قوله: **(ولهذا لا يقبل التأقيت)** قال صاحب العناية: وصحح المصنف كونه إسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت. ثم قال: فإن قيل: قوله: فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أنه ليس باستدلال، وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه. والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً اهـ كلامه. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فلأن تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال، فإن ما يدل على ذلك هو الدليل، وتصحيح النقل به هو الاستدلال، فما معنى قوله: إنه ليس باستدلال. وأما في الثاني فلأن كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح، لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثراً مترتباً عليه، وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر، وقد مر مثل ذلك من قبل. والحق في الجواب أن يقال: ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لأنه تصوّر، والتصوّر لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني، كأن يقال: هذا التعرف صحيح، وهذا التعريف مطابق لأصولنا أو نحو ذلك. ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً، ونظير هذا ما حققوا في قنه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريف إنما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات، تدبر ترشد قوله: **(ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو لأجنبي**

بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة، ولهذا لو أقرّ على نفسه بالقصاص صح، وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاً له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً، لكن شرطنا إذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه، والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع، فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر. فإن قيل: العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك. أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك، وقد قررنا تمام ذلك في التقرير. فإن قيل: لو كان الإذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط

غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهماً فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد، لا بد من التأمل قوله: **(وقيل فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ)** أقول: وعندي أن النظر غير وارد، لأن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر، فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً.

لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم. قال: **(وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات)** ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده. ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة **(ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز)** لتعذر الاحتراز عنه **(وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما)** هما يقولان إن البيع بالفاحش

بإذنه أو بغير إذنه صحيحاً أو فاسداً) قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا: هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره. وذكر قاضيخان في فتاواه: إذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً، وكان المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اهـ. أقول: كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيخان في فتاواه، وليس الأمر كما فهمه، إذ الظاهر أن مراد الإمام قاضيخان أن سكوت المالك فيما إذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله لا يصير إذناً في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر التصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقاً، ويرشد إليه قوله: وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن، فإن المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب، ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذناً في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما إذا باع عيناً مملوكاً للمولى بغير رضاه، بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات. قال في البدائع: وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه فيصير مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت. وأما في الشراء فيصير مأذوناً، وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذوناً اهـ. وقال في المحيط البرهاني: قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينه عن ذلك يصير العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة، وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى. قال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيئاً بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذوناً في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا ها هنا اهـ. فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله: وإذا رأى عبداً يبيع عيناً من أعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة، فالوجه أن يحمل على مضمون قوله: ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله: **(لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرّر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم)** قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل: وقلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي إلى لحوق ديون عليه، وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق، وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم، ولا إضرار في الإسلام، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، فكان موضع بيان أنه راض به أولاً، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان اهـ.

لا يعود. أجيب بأن الرق لما كان باقياً كان الحجر بعده امتناعاً بحق الإسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود **(ثم إن الإذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة، كما إذا رأى عبده يبيع)** من ماله شيئاً **(ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله)** وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول. قالا: السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً، والمحتمل لا يكون حجة. وقلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى، ومعاملتهم قد تفضي إلى لحوق ديون عليه، وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ولا إضرار في الإسلام، وليس للمولى فيه ضرر متحقق

منه بمنزلة التبرّع، حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة. وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرّ، وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون **(ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقي)** لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أدِّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ **(وله أن يوكل بالبيع والشراء)** لأنه قد لا يتفرغ بنفسه. قال: **(ويرهن ويرتهن)** لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء **(ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت)** لأن كل ذلك من صنيع التجار **(ويأخذ الأرض مزارعة)** لأن فيه تحصيل الربح **(ويشتري طعاماً فيزرعه في أرضه)** لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام «الزارع يتاجر ربه»[1] **(وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها)** لأنه من عادة التجار **(وله أن يؤاجر نفسه عندنا)** خلافاً للشافعي وهو يقول: لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لأنها تابعة لها.

واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله: والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغترّ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اهـ. **أقول:** ليس هذا بوارد. لأن المعامل لا يغترّ بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه، وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا: ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه، فإذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوته إذناً دلالة دفعاً للغرور عن الناس، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعونه حملاً لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف، كما في سكوت النبيّ عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير، وسكوت البكر وسكوت الشفيع اهـ. فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل إلى السؤال من المولى، وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته، هلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه؟ ثم **أقول:** بقي شيء في تقرير صاحب العناية، وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، وجعل ضرر المسلمين معتبراً مع أنه أيضاً غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه، فما الفرق والرجحان لا بد من البيان. ثم قال في العناية: فإن قيل: عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذناً، وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لم يكن إذناً، فما الفرق؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا: إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله، وفي الرهن لم يصر سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن

لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، فكان موضع بيان أنه راض به أو لا، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان. فإن قيل: عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذناً، وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لا يكون إذناً فما الفرق؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله، وفي الرهن لم يصر سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق. لا يقال: الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم، لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية، وبطلان ملك

---

(١) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٦،٤ وقال ابن حجر في الدراية ٢٠٠،٢: لم أجده.

ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه، إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبيع لأنه ينحجر به، والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى. أما الإجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه. قال: **(فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها)** وقال زفر والشافعي: لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع،

عن اليد، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق. لا يقال: الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن، فترجيح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية، وبطلان ملك المرتهن عن اليد باتّ فكان أقوى. وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإنما لم يصر السكوت فيه إذناً. قال بعض الشارحين: ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام، لأن السكوت إنما يصير إذناً وإجازة دفعاً للضرر، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقوفاً، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه، ومنافع بضع المملوكة كذلك، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً، وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد. وقيل: فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته، وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، ولعل الصواب أن يقال: إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً، إلى هنا لفظ العناية. وقال بعض الفضلاء: وعندي أن النظر غير وارد، لأن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً اهـ. أقول: كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر، إذ لا كلام في أن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر، وإنما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا، إذ لا شك أنه موقوف على إذن المولى، فإن كان سكوته إذناً تحقق الضرر فيه وإلا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته إذناً في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفاً على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذناً لزم المصادرة، إذ هو أوّل الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال، وهذا هو المراد بقوله: في النظر وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، تأمل تقف قوله: **(وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر)** يعني إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها. والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات، خلافاً لزفر والشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية. قال صاحب العناية في هذا المقام: وكذا لو كان أذن له إذناً عاماً ثم نهاه عن نوع اهـ. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح، إذ المراد به ما قررناه آنفاً يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر، ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً، كيف ومسألة الإذن العام قد مرت مع متفرعاتها في الصحيفة الأولى، ونحن الآن بصدد بيان مسألة الإذن في نوع خاص

المرتهن عن اليد باتّ فكان أقوى. وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإنما لم يصر السكوت فيه إذناً. قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله: لأن السكون إنما يصيّر إذناً وإجازة دفعاً للضرر، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة، لأن النكاح يكون موقوفاً، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه، ومنافع بضع المملوكة كذلك، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد. وقيل: فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته، وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، ولعل الصواب أن يقال: إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً **(ثم لا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه للضرر عنهم)** وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة: أعني أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى الخ. قال: **(وإذا أذن المولى لعبده في التجارة)** إذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان إذناً عاماً بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف، فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان، لأن التجارة اسم جنس محلى باللام فكان

وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر. لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب. ولنا أنه

فلا معنى لخلطه حديث الإذن العام ها هنا كما لا يخفى قوله: (ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول: لقائل أن يقول إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع، كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات، وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب، وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم، لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذوناً له في جميعها كما هو المدعي. فإن قلت: المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة ،والمدعي كونه مأذوناً له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعي. قلت: فلقائل أن يقول: إن أريد بقوله: فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم، لكن لا يجدي طائلاً لأن ما نحن فيه صورة التقييد، وإن أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع، كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسألة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذناً في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب. فإن قلت: علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون بقوله: الكون التخصيص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز اهـ مصادرة على المطلوب.

عاماً يتناول جميع أنواع الأعيان، لأنه أي بيع الأعيان أصل التجارة، والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما) قالا: البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف فكان بمنزلة التبرع، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحرّ فيملكه العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالحرّ يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم، واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة. وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فإنه يصح من المأذون بالاتفاق، وفي حق المريض يعتبر من الثلث، فأبو حنيفة رحمه الله سوّى ها هنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش، وفرّق بينهما في تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهماً في أنه اشتراه لنفسه، فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر، وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبيّ) إذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين) فينفذ وإن زادت على الثلث (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد). لا يقال: المولى وارث لأنه رضي بالإذن بسقوط حقه، ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وإن كان الدين محيطاً بماله) تبطل المحاباة فـ(يقال للمشتري: أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ) يعني إذا حابى في مرض موته (والمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه ويوكل بالبيع والشراء، لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرّغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرتهن لأنهما إيفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة، ويملك أن يتقبل الأرض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار، ويأخذ

قوله: (إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول: لا يقال: فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الإذن لأن التصرف في ملك الغير إنما يكون إذا كان للغير ملك، وفي الحجر بعد الإذن ليس كذلك تأمل قوله: (وأجيب بأن الإذن فيه تصرف الخ) أقول: يعني لا نسلم أنه فك الحجر وإسقاط الإذن، بل هو توكيل وإنابة قوله: (فليس السؤال وارداً) أقول: السؤال معارضة، فما لم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال قوله: (لعدم ولايته عليه) أقول: فلا يمكن حمله على الاستخدام إذ لا ملك له فيه.

إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه. قال: **(وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون)** لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقاً لأهله، وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسدّ عليه باب الاستخدام، بخلاف ما إذا قال: أدّ إليّ الغلة كل شهر كذا، أو قال أدّ إليّ ألفاً وأنت حرّ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب، أو قال له اقعد صباغاً أو قصاراً لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع. قال: **(وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع)** لأن الإقرار من توابع التجارة، إذ لو لم يصح

قلت: ذاك التعليل ليس بتام، إذ لقائل أيضاً أن يقول: إنما يكون التخصيص تصرفاً في ملك الغير أن لو أطلق الإذن أوّلاً فيتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقاً ثم خصصه بنوع منها، وما نحن فيه ليس كذلك. إذ الكلام فيما إذا قيده أولاً فقال: أذنت لك في هذا النوع فقط، ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر، بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره، فمن أين يلزم التصرف في ملك الغير؟ تأمل جداً. ثم قال صاحب العناية: ونوقض بالإذن في النكاح، فإنه فك الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن للعبد أن يتزوّج فلانة ليس له أن يتزوّج غيرها. وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بوليّ، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى، ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف. فإن قيل: قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرّر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البزّ دون الخز. أجيب بأنه ضرر غير متحقق، ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك. وبالجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال وارداً، إلى هنا كلامه. أقول: إن قوله: وبالجملة الخ ليس بشيء. أما أوّلاً فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا

الأرض مزارعة **لأن فيه تحصيل الربح)** لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم، لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدراهم، وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو آجر نفسه من ربّ الأرض لعمل الزراعة ببعض الخارج، ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا **(وله أن يشتري طعاماً فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح، قال ﷺ «الزارع يتاجر ربه» ولو أن يشارك شركة عنان)** وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الإذن، فلو فعل ذلك كانت عناناً لأن في المفاوضة عناناً وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة **(ويدفع المال مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله)** في أحد قوليه: **(لأنه لا يملك العقد على نفسه)** لكونه نائباً عن مولاه في التصرف في كسبه؛ ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه **(فكذا على منافعها لأنها تابعة لها. ولنا أن نفسه رأس ماله)** لأن المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه مالاً **(و)** ما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب **(يملك التصرف فيه)** ضرورة، والمأذون يملك التصرف في نفسه، والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها، لا جائز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للربح، فلو جوّزنا التصرف من حيث الذات أفضى إلى عدم الربح، فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل، فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود. قال: **(فإن أذن له في نوع منها دون غيره)** قد تقدم أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق، وعند زفر والشافعي رحمهما الله أنه توكيل وإنابة، وعلى ذلك تنبني هذه المسألة، وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبز مثلاً دون غيره **(كان مأذوناً له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة، وكذا لو كان أذن له إذناً عاماً ثم نهاه عن نوع قالا: الإذن توكيل وإنابة من**

لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحرّ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه. قال: **(وليس له أن يتزوّج)** لأنه ليس بتجارة. قال: **(ولا يزوّج مماليكه)** وقال أبو يوسف: يزوّج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها. ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد، وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصيّ. قال: **(ولا يكاتب)** لأنه ليس بتجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة **(إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه)** لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير.

يجوز، ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفاً بأهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك، إذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الإضرار بالغير، إذ لا إضرار في الإسلام. وأما ثانياً فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة، وإلا يلزم أن ينسدّ باب المعارضة بالكلية لأنها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد، ولا شك أن السؤال المزبور معارضة، فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا قوله: **(وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء)** أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى. فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه. أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه، لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصوّر فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة إن امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعدّ حجراً لكونهم محجورين عن بيعها قبل

المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أي للمولى **(دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الإذن بما خصه به كالمضارب)** إذا قال له ربّ المال اعمل مضاربة في البزّ مثلاً **(ولنا أن الإذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه)** في أول كتاب المأذون **(وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع)** لكون التخصيص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز. ونوقض بالإذن في النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن للعبد أن يتزوّج فلانة ليس له أن يتزوّج غيرها. وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى، ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف. فإن قيل: قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البزّ دون الخز. أجيب بأنه ضرر غير متحقق، ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به، على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك، وبالجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته وملكيته فليس السؤال وارداً قوله: **(بخلاف الوكيل)** يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف في مال غيره. وقوله: **(وحكم التصرف)** جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند: أي لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وموضعه أصول الفقه. قال: **(وإن أذن في شيء بعينه)** إذا أذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول: اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوباً للكسوة أو طعاماً رزقاً للأهل لم يكن مأذوناً، وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيداً إذا كان المراد به الاستخدام، لأنه لو جعل ذلك إذناً لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أنّ من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذوناً يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها في الحال، فلا يستجرىء أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الأشياء الحقيرة فلا بدّ من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة، وهو أنه إن أذن بتصرف يتكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لي ثوباً وبعه، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة، كما إذا قال أدّ إليّ الغلة كل شهر، أو أدّ إليّ ألفاً وأنت حرّ، فإنه طلب منه المال وهو لا يحصل إلا بالتكسب، فهو دلالة التكرار، أو قال أقعد صباغاً أو قصاراً، لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه

قال: **(ولا يعتق على مال)** لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى **(ولا يقرض)** لأنه تبرّع محض كالهبة **(ولا يهب بعوض ولا بغير عوض، وكذا لا يتصدق)** لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة. قال: **(إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه)** لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين، بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته. وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوا قبل الشهر يتضرّر به المولى. قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدّق من منزل زوجها بالشيء

ذلك بغير رضا الغرماء، كذا في العناية وعامة الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الذخيرة. أقول: في الجواب نظر، لأنه لا يحسم مادة الإشكال، إذ لسائل أن يعيد الكلام إلى كونه محجوراً عن بيعه قبل ذلك، فإنه يقتضي الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة. ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر، إذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين، لأن حق الغريم يقدم على حق الوارث، ولهذا إذا أعتق الورثة عبداً من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ إعتاقهم، بخلاف العبد المأذون له فإن ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ إعتاقه إياه، وسيأتي ذلك كله في الكتاب، فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين إنما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة، وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين. وأما كون المولى محجوراً عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل قوله: **(إلا أن يفديه المولى)** قال صاحب العناية: وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان

دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرّر بتكرر العمل المذكور كان ذلك إذناً، وإن أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذناً. ونوقض بما إذا غصب العبد متاعاً وأمره مولاه ببيعه فإنه إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر. والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه، والإذن قد صدر منه صريحاً، فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي، والإذن بالأول دون الثاني فتأمل. قال: **(وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز)** إقرار المأذون له بالديون والغصوب والودائع جائز **(لأن الإقرار بها من توابع التجارة)** أما بالديون والودائع فظاهر. فإن البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده، وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان، فالضمان الواجب به من جنس التجارة، ومن ملك التجارة ملك توابعها لأنه لو لم يملكها لأدّى ذلك إلى انتفاء التجارة، فإن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته **(ولا فرق في صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحرّ)** والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب **(بخلاف الإقرار بما ليس من توابع التجارة)** كما لو أقرّ أنه وطىء جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فاقتضها فإنه لم يصدق فيه **(لأنه كالمحجور في حقه)** وكذا لو أقرّ بجناية على حرّ أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فإقراره باطل، ولا يؤاخذ به حتى يعتق، لأن فك الحجر إنما يظهر في حق التجارة، فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان إقراره كإقرار المحجور. قال: **(وليس للمأذون أن يتزوّج لأنه ليس بتجارة. قال: ولا يزوّج مماليكه)** لذلك **(وجوّز أبو يوسف رحمه الله تزويج الإماء لأنه تحصيل المال)** وهو المقصود بالإذن **(فكان كالإجارة، وقالا: الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة)** ومعناه سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار، وإنكاح الأمة ليس من ذلك، وقوله: **(ولهذا لا**

قوله: **(لأنه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً)** أقول: قال الإمام العلامة الزيلعي: وهذا مشكل، فإن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا، حتى جاز للمولى عتق ما في يده، فكيف تتصور هذه المسألة على قول من يأبى هذا وإنما الخلاف في المستغرق، فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اهـ قوله: **(قل الدين أو كثر)** أقول: فيه بحث قوله: **(بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي الخ)** أقول: فيه نوع تأمل، فإنه إذا كان مديوناً لا تجوز الكتابة إلا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة، وفيه وجه آخر فتدبر.

اليسير كالرغيف ونحوه، لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة. قال: **(وله أن يحطّ من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار)** لأنه من صنيعهم، وربما يكون الحط أنظر له من قويل المعيب ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرّع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار، ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه **(وله أن يؤجل في دين وجب له)** لأنه من عادة التجار. قال: **(وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى)** وقال زفر والشافعي: لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع. لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا

المولى حاضراً لأن اختياره الفداء من الغائب غير متصوّر اهـ. أقول: فيه بحث، لأن قوله إلا أن يفديه المولى إنما يشير إلى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء، لأنه إنما يتصوّر إذا كان المولى حاضراً بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصوّر، وأما أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً فلا إشارة في قوله المذكور إليه، لأن الفداء من المولى إنما يتصوّر عند حضور المولى أو نائبه. وأما عدم الفداء منه فكما يتصوّر عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضاً كما لا يخفى. والبيع إنما يجوز فيما إذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسألة المذكورة، فلما تصوّر عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين أيضاً فمن أين حصلت الإشارة إلى انحصار جوازه في صورة حضور المولى؟ نعم البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا: هذا إذا كان المولى حاضراً. فأما إذا كان غائباً فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى، فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائباً لأن الخصم فيه هو العبد اهـ. لكن الكلام في حصول الإشارة إليه في القول المصنف: إلا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله: **(وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن)** قال صاحب العناية: وهذا إشارة إلى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحته، وإذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرار لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس. وقال: ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الأوجه هو الذي ذكره ثانياً بقوله: ويجوز أن يكون بياناً الخ وإن كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه، وذلك لأن كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في

يملك تزويج العبد**)** توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية، بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله: **(وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصيّ)** يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق، ولا تزويج الأمة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله، قال في النهاية: في هذه الرواية نظر، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما: يعني الأب والوصيّ أن يزوّجا أمة الصغير بلا خلاف، حيث جعل الأب والوصيّ هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوّج أمته لأنه اكتساب لاستفادته المهر. قال: وما ذكره في المكاتب أصح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي وأحكام الصفار. وقال بعض الشارحين: يحمل على أن في المسألة روايتين. قال: **(ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة)** ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لأنه يتضمن التجارة، وهذا ليس بتجارة **(لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والبدل)** وإن كان مالاً **(لكنه مقابل بفك الحجر)** وهو ليس بمال **(فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المَولى ولا دين عليه)** لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة فتكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وبيانه ما قاله: **(لأن المولى قد نلكه)** لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة **(ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق)** وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق **(إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير)** لكونها إسقاطاً فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته.

تفويت مال قد كان له، وذلك في تعليق الدين بكسبه، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن. ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى، وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما، غير أنه

حق تضرّر الناس، فإنهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى، وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الإذن أو تجارة داخلة تحته، كما إذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة. وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة، فبالحمل على المعنى الأول لا يتم الفائدة والتقريب. وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك، لأن

ولقائل أن يقول: الوكيل سواء كان سفيراً أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة وها هنا ليس كذلك. ويمكن أن يجاب عنه بإثبات الوكالة بطريق الانقلاب، وإنما قال ولا دين عليه لأنه لو كان عله دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وإن أجازه المولى لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد. وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قلّ الدين أو كثر **(ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة)** والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم **(فالإعتاق أولى)** وهذا إذا لم يجز المولى، فإن أجاز ولا دين عليه جاز لأنه يملك إنشاء العتق فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون العبد، وكذا إذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لأنه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة، فكذا إذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض، لأن ما يوديه **(كسب الحرّ ولا حق في كسب الحرّ، بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي في حال الرقّ فتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق، لأن كل ذلك تبرّع بصريحة ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة، إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف)** ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يجوز أصلاً، والإهداء اليسير راجع إلى الضيافة اليسيرة، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته، قال محمد بن سلمة رحمه الله: إن كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً، وإن كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيراً عرفاً، والهدية بالمأكول كالضيافة به، والقياس أن لا يصح شيء من ذلك لأنه تبرّع، لكن تركناه في اليسير لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين، والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرّف إلى المجاهز، كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر. قال: **(وديونه متعلقة برقبته)** إذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع، وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته **(يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يباع)** لأن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له لم يكن حاصلاً لا تفويت مال حاصل، وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى. وقوله: **(لا بالرقبة)** معطوف على قوله بكسبه. فإن قيل: إذا استهلك شيئاً تعلق دينه برقبته يباع فيه كذلك. أجاب بقوله: **(بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن)** ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك، وليس الكلام في ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن **(ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى)** بالإذن، وهذا ظاهر **(و)** كل دين ظهر وجوبه في حق المولى **(تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس)** قوله: **(وهذا)** إشارة إلى دفع الضرر، وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحته، وإذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرار لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتوى حقوق الناس، ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه في

قوله: **(وهذا إشارة)** أقول: ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته قوله: **(إلى دفع الضرر)** أقول: يعني الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته قوله: **(قيل وليس بواضح، إلى قوله: لأنه لا دليل الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن ندور الشراء بغبن يوضحه قوله: **(ومعنى هذا الكلام الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(والجواب الأول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو مخصوص بما**

يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفي من الرقبة. وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء

المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضاه، وإذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته. ومما يقرّر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ها هنا حيث قال: ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى، لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعاً للضرر عن الناس، وكذا تحرير صاحب الغاية إياه حيث قال: ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياساً على دين الاستهلاك. أما وجوبه على العبد فظاهر. وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهراً في حق المولى لا محالة، وإذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك، بخلاف ما إذا أقرّ المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم إذنه اهـ كلامه. ثم إن بعض الفضلاء قال ها هنا: ولعلّ الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته اهـ. وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا: أي كون دين تجارته متعلقاً برقبته باعتبار أن سببه التجارة، وهي أي التجارة داخلة تحت الإذن اهـ. أقول: هذا الاحتمال ها هنا ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعي الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي، ولو كفى في إثبات ذلك قوله: لأن سببه

حق المولى. وقوله: **(وتعلق الدين برقبته استيفاء)** جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملاً على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك، فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضاً للمولى. فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضاً للمولى لأنه يتضرّر به والضرر لا يكون غرضاً. أجاب بقوله: **(وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه)** وفيه إشكال، وهو أن المبيع إن كان باقياً وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعاً للضرر. وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً، ولا ضمانة إن لم يكن، بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابراً لما فات من العبد، والظاهر أي الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد. قيل: وليس بواضح، وذلك لأنه لا تنافي بينهما، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظراً للجانبين، وعند عدمه يستوفي من الرقبة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً قبل تركب الديون دون غيره، بل الواضح فيه أن يقال: المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته، وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدّي من قيمة العبد لأن الشراء بغبن نادر، ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد. والجواب الأول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض. والثاني عام لكنه إنما يستقيم على مذهبهما، فإن المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء. وقوله: **(وتعلقه بالكسب)** جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة، وذلك لأنه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظراً للجانبين، وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعاً

ذكر المعترض والثاني عام، لكنه إنما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول: قوله الأول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخميناً، وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه الخ. وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً، وهو قوله على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً الخ.

فيلحق به قال: **(ويقسم ثمنه بينهم بالحصص)** لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعقلها بالتركة **(فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية)** لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به **(ولا يباع ثانياً)** كي لا يمتنع البيع أو دفعاً للضرر عن المشتري **(ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة)** لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ **(ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين)** لوجود شرط الخلوص له **(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين)** لأنه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب، والزيادة على غلة

التجارة وهي داخلة تحت الإذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة. ولا يخفى أن العمدة في إثبات مطلوبنا هذا إنما هي قوله: ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج إلى البيان، وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه، ولذلك فرع عليه المصنف إياه بقوله: فيتعلق برقبته، فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله: وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير، وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة، فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة، وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه، كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء، فإن بقي عليه شيء من ديونه: أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة اهـ كلامه. أقول: في تقريره خلل، فإنّ ذكر قوله فإن بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال: وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم، لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية، وكان حق التحرير أن يقول: فما بقي عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية، بخلاف قول المصنف: فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فإنه في موقعه إذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون، بل إنما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى قوله: **(لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ)** قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ: فكان ككسب غير منتزع اهـ. أقول: قد أخل

للضرر عن الناس كما تقدم. وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً، لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصوّر لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف بيع الكسب فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه. فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه. أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه، لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء، وحجر المحجور غير متصوّر وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعدّ حجراً لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء قوله: **(وقوله في الكتاب)** يعني مختصر القدوري، ومعناه ظاهر. قال: **(ويقسم ثمنه بينهم بالحصص)** إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص **(لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة)** وإن لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء **(فإن بقي عليه شيء من ديونه)** أي ديون العبد **(طولب به بعد الحرية لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به)** ولا سبيل لهم عليه قبلها لأنه صار ملكاً للمشتري، والدين ما وجب بإذن فلا يظهر في حقه **(ولا يباع ثانياً كي لا يمتنع البيع)** فإن المشتري إذا

وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ قوله: **(ولا سبيل لهم)** أقول: بأخذ كسبه قوله: **(فلم يكن راضياً ببيعه)** أقول: إذا علم أنه يباع ثانياً يكون راضياً به قوله: **(فكان ككسب غير منتزع)** أقول: ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة، وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضاً قوله: **(ومعناه: له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما لزمته الديون الخ)** أقول: قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ قال المصنف: **(وإن بايعه الذي علم بحجره)** أقول: لفظة أن للوصل.

المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم. قال: **(فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه)** لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك، ويشترط علم أكثر أهل سوقه، حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر، ولو بايعوه جاز، وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل، وهذا لأنه يتضرّر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً. أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه. قال: **(ولو مات المولى أو جنّ أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه)** لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازماً من التصرّف يعطى لدوامه حكم الابتداء، هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون، وكذا باللحوق لأنه موت حكماً

بحق المقام بما زاده، فإن التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة، مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في الصورتين معاً بلا تفاوت، كيف ولو كان مخصوصاً بصورة قبول الهبة لبقيت المسألة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة

علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانياً بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرّر الغرماء **(أو دفعاً للضرر عن المشتري)** لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيعه بسبب الدين، فلو بيع عليه مع ذلك تضرّر به، ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانياً وإن كان راضياً بالبيع، لأن الملك قد تبدّل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله: **(ويتعلق دينه بكسبه)** لبيان الكسب الذي يبدأ به، والذي لا يبدأ به. فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين **(سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة، لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ)** فكان ككسب غير منتزع **(ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له)** وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك **(وللمولى أن يأخذ غلة مثله)** والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك. ومعناه: له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك، وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء، ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون. والقياس أن لا يأخذ أصلاً، وإن أخذ شيئاً ردّه لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء، ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرّر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة، فلو لم يمكن من ذلك الحجر فلا يحصل الكسب. وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعدّ ذلك من باب تحصيل الغلة، فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها. ثم إذن المولى لعبده إما أن يكون شائعاً أو لا، فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولأكثر أهل سوقه لئلا يتضرر النّاس لما لم يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه، لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى، وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك: أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به، فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل، ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة، وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الإذن لا يتجزأ؛ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء، ولو حجر في بيته بمحضر من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتهاره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعاً للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام. وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والإضرار. قال: **(ولو مات المولى أو جنّ أو لحق بدار الحرب)** قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء، وعلى هذا إذا مات المولى أو جنّ جنوناً مطبقاً وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً، لأن اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته. قال: **(وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه. وقال الشافعي رحمه الله: يبقى مأذوناً لأن**

حتى يقسم ماله بين ورثته. قال: **(وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه)** وقال الشافعي: يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب. ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه، بخلاف ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر. قال: **(وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافاً لزفر، وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء)** ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة، بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة **(ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون)** لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء، إذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم. قال: **(وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها)** لانعدام دلالة الحجر، إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة، ولا منافاة بين حكميها أيضاً، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد. قال: **(وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة)** ومعناه أن يقرّ بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضي مما في يده. وقال

في المقام، ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله قط قوله: **(بخلاف ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها)** أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجوراً في البقاء أيضاً، إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الإباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر. ثم أقول: يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن في

الإباق لا ينافي ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كأن مأذوناً، فلأن لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء **(وصار كالغصب)** فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقراً صح. وكونه مغصوباً لا ينافي الإذن فكذا كونه آبقاً **(ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)** ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضياً به، وإنما لم يكن مانعاً في الابتداء لأنا نجعله حجراً دلالة **(ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر)** وإن عاد من الإباق على يعود الإذن؟ لم يذكره محمد رحمه الله، والصحيح أنه لا يعود **(واستيلاد المأذون لها حجر عليها)** إذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله: **(ليس بحجر اعتباراً بالابتداء)** فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس. واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق، لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء **(ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها الديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء، إذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم)** قال: **(وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها)** معناه ظاهر، وإنما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها. وقوله: **(ولا منافاة بين حكمها)** أي حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق، وحق العتق إن كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه. قال: **(وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز)** إذا حجر على العبد المأذون له فأقرّ بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله. قال المصنف: **(ومعناه أن يقرّ بما في يده أنه أمانة لغيره)** وإنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مضموناً كالديون والغصوب، فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك **فيقضي بما في يده للمقرّ له** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: **(لا يجوز إقراره)** لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد، ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر. أما الإذن فلزواله بالحجر، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً. وردّ بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة، فإنه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها، والمسألة في المبسوط، ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء.

قوله: **(وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب)** أقول: الأولى أن يقول: أو غصب العبد المأذون يبقى الإذن على ما كان، إذ لا خلاف في صحة الإذن بعد الإباق حتى يحتاج إلى دليل.

أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز إقراره. لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر. وله أن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته، وإقراره دليل تحققها، بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً فلا تبطل بإقراره، وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدّل بتبدل الملك

الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباء، فالمعلوم قطعاً إنما هو وجوده في الابتداء. وأما وجوده في البقاء فإنما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة، ولذلك تكون دافعة لا مثبتة، فيجوز أن ترجح الدلالة عليها، وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل قوله: **(لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة)** قال صاحب النهاية: فإن قلت: يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلاً وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً عليه، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل، لأن فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك، فعلم بهذا أن ليده اعتباراً وإن كان محجوراً، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسألة فقال: لأن العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد. قلت: تلك المسألة مؤوّلة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال: وهذا إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد، وأما إذا علم أنه كسبه فللمولى حق الأخذ، وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ، إلى هنا كلام صاحب النهاية. وقد اقتفى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى. أقول: ذلك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع، فإن تأويل تلك المسألة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعاً ما ذكره الإمام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسألة بما مرّ في آخر السؤال لا يجدي نفعاً في دفع الإشكال الناشىء من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة، إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها، بل إنما يأخذها ذلك العبد، فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية، وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الإمامين في مسألتنا فلا يتم التقريب.

وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد. أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد قوله: **(وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره)** بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها، فإن المولى إذا انتزع ما بيده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره، ولا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لا يصح إقراره بما انتزعه المولى من يده)** لزوال المصحح **(واليد باقية حقيقة)** وحكماً. أما حقيقة فظاهر، لأن الكلام في الإقرار بما في يده. وأما حكماً فلأن شرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها. ولقائل أن يقول: الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحته، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن صحة هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل. والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملاً لحال المقرّ على الصلاح. فإن قيل: لو كان إقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار. أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً. أما

قال المصنف: **(وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ)** أقول: مخالف لما سبق في المضاربة.

على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك، ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع. قال: **(وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده. ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة. وقالا: يملك ما**

لا يقال: يجوز أن يكون المراد بقولهما: في التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه، وهذا القدر من الكلية يكفي في إثبات مدعاهما ها هنا. لأنا نقول: هذا القدر من الكلية أيضاً غير متحقق، لأن من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه إقراره بعد الحجر بأن ما في يده أمانة لغيره، ففي هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده إذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر في مسألة المبسوط وتقرر بعد تأويلها، ومن تلك الصور أيضاً إقراره بعد الحجر بأن ما في يده غصب من غيره، ففي هذه الصورة أيضاً إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إذا لم يكن عين المغصوب متغيراً بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه، إذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد، تدبر تفهم قوله: **(فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك)** قال في العناية: يعني به الإذن، لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اهـ. وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضاً هذا المحل وإن اختلفت عبارتهم، منها ما ذكره صاحب الغاية فإنه قال: أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن اهـ. أقول: فيه نظر، لأن عدم بقاء الإذن مقرر فيما نحن فيه أيضاً، وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه، والمصنف ها هنا بصدد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه، فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله: فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة: أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلاً ها هنا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه، فيلزم أن يكون قوله المذكور لغواً من الكلام، ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف. والوجه عندي أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته. ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمية، بخلاف ما نحن فيه، فإن البدنية باقية حقيقة وحكماً ما لم يفرّغ عن حاجته، وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جداً، فتأمل وكن الحاكم الفيصل قوله: **(وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ)** قال في العناية: إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته، أو لا تحيط بشيء من ذلك، أو أحاطت بماله دون رقبته. فالأول كما أذن للعبد فاشترى عبداً يساوي ألفاً والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفاً درهم. والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم. والثالث أن يكون عليه ألف درهم اهـ. أقول: لقائل أن يقول: هذه القسمة ليست بحاصرة، إذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث. والجواب أنه قد

حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الإقرار. وأما حكماً فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره، لأنه إقرار بما ليس في يده أصلاً وهو باطل. والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها، وهو ظاهر. وقوله: **(على ما عرف)** إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها. وقوله: **(فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك)** يعني به الإذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك. وقوله: **(ولهذا لم يكن خصماً)** توضيح لتبدل العبد، فإن العبد إذا باشر شيئاً قبل البيع لم يكن خصماً فيه بالتسليم والتسلم والردّ بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصماً لصدور المباشرة عنه حقيقة. قال: **(وإذا لزمته ديون)** إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك، أو أحاطت بماله دون رقبته، فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبداً يساوي ألفاً والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم. والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم. والثالث أن يكون عليه ألف درهم،

في يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها، ووطء الجارية المأذون لها، وهذا آية كماله، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للمورّث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته. أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد. وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. قال: **(وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً)** أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه

تقرر فيما مرّ أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء، وعند انعدام كسبه يستوفي من رقبته، فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدماً على تعلقه برقبته فلم يتصوّر في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه، فكانت الأقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا لزمته ديون، ولهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا تحقق له في الشرع قوله: **(وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً)** الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطاً بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعاً كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفاً من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته، وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يحتج إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول، وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاماً لمجرد الاحتياط. ثم اعلم أن هذا الذي ذكره المصنف ها هنا هو حكم القسم الثاني من الأقسام الثلاثة المارّ ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل،

ففي الأول لم يملك المولى ما في يده **(ولو أعتق عبداً من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد)** فإن ملك الأصل علة لملك الفرع **(ولهذا يملك إعتاقها)** يعني الرقبة **(ووطء الأمة المأذون لها، وهذا)** أي المذكور من ملك الإعتاق وحلّ الوطء **(آية كمال ملك الرقبة)** فكان سبب الملك في الكسب موجوداً في الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه. **فإن قيل:** سلمنا ذلك، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فإنها تمنع عن ذلك، كما في التركة إذا استغرقتها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث. أجاب بقوله: **(بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للمورّث)** بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته **(بل النظر في ضده)** أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة، وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق في غير الملك **(أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد)** ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضي ديونه **(وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه)** يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه **(والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه)** يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق، لأن المالكية عبارة عن القدرة، والموت والرق ينافيان ذلك، بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق **(وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه)** فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق، ومن لم يقل به أبطله، وفي الثاني يملك المولى كسبه **(وينفذ عتقه في قولهم جميعاً. أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين، فلو جعل مانعاً لانسدّ باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه)** وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب. ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز. قال **(وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز)** إذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز **(لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين)** ويعلم منه أنه

قوله: **(فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المانع متحقق)** أقول: يعني المانع عن ثبوت الملك.

فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه. قال: **(وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز)** لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه **(وإن باعه بنقصان لم يجز مطلقاً)** لأنه متهم في حقه، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته. أما حق

وحكم القسم الأول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله: وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة، وقالا: يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته. وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط، وعن هذا قال صاحب العناية. وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب، ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اهـ. وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فإنه قال: قال في بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبداً يساوي ألفاً وهو يساوي ألفاً وعلى الأول ألف درهم ديناً فأعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز، وإن كان الدين ألفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه، وقال أبو يوسف ومحمد: عتقه جائز في الوجهين جميعاً اهـ. أقول: في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الأول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الأقسام المارّ ذكرها إشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لإثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكر في الكتاب أوّلاً وفي الجامع الصغير ثانياً، فإن حاصل ذاك الدليل أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك، وإذا لم يثبت فيه الملك لم يجز إعتاقه. ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز إعتاقه فيه أيضاً قوله: **(وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين)** أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسألة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب، وقد صرح به في غاية البيان حيث قال: اعلم أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه شيئاً بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعاً اهـ. وكونه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد، إذ قد مرّ في المسألة الأولى أنهما قالا: المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته، ولهذا لو أعتق من كسبه عبداً يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم: جميعاً فليتأمل في التوجيه قوله: **(وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده)** قال صاحب النهاية: وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة، وهو قوله: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله: وبخلاف اهـ. وردّ عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه. وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب

إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي **(وإذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقاً)** أي سواء كان كثيراً أو قليلاً **(لأنه متهم في حق مولاه)** بميله إليه عادة، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقاً لأنه لا تهمة فيه. فإن قيل: التهمة فيه قد تكون موجودة. أجيب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل قوله: **(بخلاف ما إذا باع المريض)** مروى بالواو وبغيره. قال في النهاية: وهذا الخلاف متعلق بأوّل المسألة، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز .ا على تقدير الواو في قوله وبخلاف، وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب لذلك عدم الواو. وقال: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة: وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه. قلت: ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى

الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا. وقال أبو يوسف ومحمد: إن باعه بنقصان يجوز البيع، ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة، وإن شاء نقض البيع، .وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء. ووجه ذلك أن الامتناع

لذلك عدم الواو اهـ. أقول: بل قوله: لأنه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح، فإنه معطوف حينئذ على قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسألتان: أعني قول القدوري: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وقوله: وإن باعه بنقصان لم يجز ملابستان، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لكن على التوزيع بطريق اللفّ والنشر الغير المترتب: أي المسألة الثانية ملابسة، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسألة الأولى ملابسة، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لا أن كلتا المسألتين ملابستان بكلا الخلافين، فإذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى. ثم إن في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيهاً آخر أشار إليه صاحب معراج الدراية حيث قال: قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأول المسألة ومعطوف على قوله: وإن باعه بنقصان لم يجز من

يحتاج إلى الجواب. والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأوّل المسألة، وفي كلامه تعقيد، وتقرير كلامه هكذا: وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: أي عين مال الميت حتى كان لأحدهما الاستخلاص بأداء قيمته، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا: أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يجز الخ. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى، إن شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن إلى تمام القيمة، وإن شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ. قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى، فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي قوله: **(وعلى المذهبين)** أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير، فإن على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه إذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى **(ووجه ذلك)** أي وجه الجواز مع التخيير **(أن الامتناع)** عن البيع بالنقصان **(لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا)** أي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير **(بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما)** أي من المولى والأجنبي متردد بين التبرّع والبيع. أما التبرّع فلخلوّ البيع عن الثمن في قدر المحاباة، وأما البيع **(فلدخوله تحت تقويم المقوّمين. فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرّع في حق الأجنبي لانعدامها، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلاً، لأن المحاباة من العبد المأذن له لا تجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه، غير أن فيه ضرراً بالغرماء فيزال بإزالة المحاباة، وهذان الفرقان)** بلفظ التثنية، وفي بعض النسخ وهذا الفرقان: قال في النهاية: ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتاً في النسخ المصححة، والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي، والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلاً وتجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة. وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج إلى ذلك، لأنه لا يجوز في البيع مع المولى شيئاً من المحاباة، وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقاً

قوله: **(وليس بصحيح لأنه معطوف عليه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ: يعني أن مسألة القدوري ملتبسة، بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني، وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الأول قوله: **(أو كان البيع بمثل القيمة)** أقول: يفهم هذا بطريق الدلالة قوله: **(قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم الخ)** أقول: ويفهم منه جواز بيعه للأجنبي بمثل قيمته دلالة كما لا يخفى قوله: **(ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ)** أقول: بل يرد بأن يقال إذا جاز بيع المأذون من الأجنبي بالمحاباة: ينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضاً. فأجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحاباة قوله: **(والظاهر عدم الواو، إلى قوله: وفي كلامه تعقيد)** أقول: فيه بحث قوله: **(فافترقا: أي المولى والمريض)** أقول: الظاهر أن يقال: أي العبد والمريض.

لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرّع في حق الأجنبي لانعدامها، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه، غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء، وهذان الفرقان على أصلهما. قال: **(وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع)** لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة **(فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن)** لأن حق المولى في العين من حيث الحبس، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين. قال: **(وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز)** لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من

حيث المعنى. تقدير الكلام: وإن باع من المولى بمثل قيمته جاز، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يجز، وبخلاف ما إذا باع المريض، هذا على تقدير الواو في قوله: وبخلاف اهـ. والعجب أن صاحب العناية وإن لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجيه، إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية. نعم في توجيهه تمحل لا يخفى، ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال: والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأوّل المسألة، وفي كلامه تعقيد إلى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله. وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به. وهو قوله بخلاف ما إذا حابى

ومع المولى بمثل القيمة، وقد ذكرناه في صدر الكلام. قال: **(وإن باعه المولى شيئاً)** كلامه ظاهر، إلى قوله: فإن سلم المبيع إليه: أي العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن، وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع، والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده، حتى لو أتلف شيئاً من ماله لم يضمن، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً فإن المولى يستوجبه، وهو أحق به من الغرماء لأنه يملكه بعينه بالعقد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كما لو أودع عند عبده شيئاً أو غصبه منه **(وإن أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز له لأنه بائع، وللبائع حق الحبس في المبيع، ولهذا كان هو أخص به من الغرماء)** فإن قيل: فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفاً. أجاب بقوله: **(وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين)** يعني يجوز أن يستوجب على عبده ديناً إذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين، كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين **(ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين إزالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد)** سواء كانت يسيرة أو كثيرة **(لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء)** قال في النهاية: هذا على اختيار صاحب المبسوط، وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد. قال: **(وإذا أعتق المولى)** عبده **(المأذون)** له **(وعليه ديون)** لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال **(فإعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته)** بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به **(لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه)** وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه **(فبقي الباقي عليه كما كان)** ويطالب به العتق **(فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره، بخلاف ما إذا أعتق المدبر)** على ما ذكر وهو واضح قال: **(وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه)** معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حالّ **(فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاؤوا ضمنوا المشتري، لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن

الغرماء، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين **(ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع)** كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء. قال: **(وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز)** لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه **(وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق)** لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان **(فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير)** لأن حقهم بقدره، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون

الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض ومن وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه، اهـ كلامه. وردّ عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه: قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى، لأن المفهوم من قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى يحتاج إلى الجواب اهـ. أقول: ليس هذا أيضاً بوارد لأنه كما يفهم من قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة، غير أن الأوّل مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة، لأنه إذا جازت المحاباة معه فلأن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى. وعن هذا قال صاحب العناية: في تفسير قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فإذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الأول دون الثاني، مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله: بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: يعني أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة، وقد سلك ها هنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به. وقال تاج الشريعة: قلت ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو لأنه أوّل مسألة موردة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز، وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اهـ. أقول: ليس هذا بسديد. أما أوّلاً فلأن قوله: لأنه أوّل مسألة موردة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل، لأن مسألة الكتاب ها هنا اثنتان: أولاهما قوله: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وأخراهما قوله: وإن باعه بنقصان لم يجز، فكما أن

يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم وقد أتلفاه، أما البائع فبالبيع والتسليم، وأما المشتري فبالقبض والتغييب، فيخير الغرماء في التضمين. وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما، بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء **وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم فلهم الإجازة اللاحقة كالإذن السابق)** ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان، فكذا إذا أجازوا، وكذا إذا كان الثمن وفي بدونهم ووصل إليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء، وكذا إذا كانت الديون على المأذون مؤجلة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه، وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم، فإن حلّ ضمنوه قيمته لأنه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية، وهذه فوائد القيود المذكورة. وقوله: **(كما في المرهون)** يعني أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء **(فإن ضمنوا البائع قيمته ثم ردّ على المولى الخ)** معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضي إذا ردّه فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأولى وهو ظاهر، ولكن

قوله: **(وأما على رواية صاحب الكتاب)** أقول: يعني القدوري.

لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً في حقهم فلم يتضمن

قوله: بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسألة الأولى بمسألة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة، كذلك قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لدفع توهم انتقاض المسألة الأخرى بمسألة المحاباة المأذون مع الأجنبي، وكما أن قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون منْ مولاه شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئاً بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته، فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى من المسألتين المزبورتين مسألة الكتاب: أي مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح، إذ كلتاهما مسألتان مذكورتان معاً في مختصر القدوري، وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معاً مسألتي الكتاب إلا أن قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً، لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق، فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسألة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه، وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسألتي الكتاب، وقوله: وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي متعلق بأخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى؟ قلنا: قد تقرّر في علم الأدب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها، فمدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق، فلا محذور في إتيان الواو ها هنا أصلاً. وأما ثانياً فلأن قوله: وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضاً، لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر. فإن كان المحل صالحاً للعطف فما معنى قوله: من قبل ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو لأنه أوّل مسألة موردة نقضاً على مسألة الكتاب، وإن لم يكن صالحاً له فكيف يصح إدخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء، وإن لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم، وقال صاحب العناية: والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأوّل المسألة، وفي كلامه تعقيد، وتقدير كلامه هكذا: وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: أي عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته. أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا: أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث، ثم بعد ذلك يذكر قوله: وإن باع بنقصان لم يجز الخ. اهـ كلامه. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنْ جعل الظاهر ها هنا عدم الواو وبناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الإنصاف، ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل. ثم إن في تقريره خللاً آخر فإنه قال: في تفسير قول المصنف فافترقا: أي المولى والمريض، وكان الصواب أن يقول: أي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل. والعجب أنه قال: بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا، إلى أن يقال: في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه قوله: **(وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضة المشترى وغيبه، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشترى)** قال الشراح: إنما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون، وذلك

بقى شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصيّ إذا باع التركة بغير إذن الغرماء. وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا. قال: **(ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين)** إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعه مديون يريد به سقوط

شيئاً. قال: **(وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري)** لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه، إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين **(وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن)** لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون **(فإن ضمنوا البائع قيمته ثم ردّ على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد)** لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم، وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم ردّ عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا. قال:

إنما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء اهـ. أقول: لقائل أن يقول: فإذن ينبغي أن يكون الضمان في هذه المسألة على المشتري فقط فإن تغييب العبد الذي فيه الغرماء إنما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجيء في المسألة الآتية. فإن قلت: تغييب ذلك العبد وإن وقع من المشتري دون البائع إلا أن في البائع أيضاً سببية له إذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري. قلت: نعم، إلا أن سببية ذلك بعيدة، وقد تقرر عندهم ومرّ مراراً أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل. ثم إن صاحب العناية قال: ولكن بقي شيء وهو أنّ حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان، كالوصي إذا باع التركة بغير إذن الغرماء. وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اهـ كلامه. أقول: لا يتجه السؤال المذكور على مسألتنا هذه أصلاً، لأن وضعها فيما إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته، وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاث المذكورة في هذه المسألة، بل يتعين لهم إذ ذاك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمين، وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال: وهذا

خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء **(فلهم أن يردّوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته)** به وكلمة به محذوفة من المتن **(وفي كل منهما فائدة)** فالأول يعني الاستسعاء **(تامّ مؤخر والثاني ناقص)** إن لم يف بديونهم **(معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردّوه. قال المشايخ: تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم)** قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون. وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة، ولعل الصواب أن يقال: قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل، فإنه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون. فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفداء فما بال هذا لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله؟ أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى، فإذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه. وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والإعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق، فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه، وفيه نظر لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة. والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه **(فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري إذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإنما قيد بالإنكار لأن المشتري إذا أقرّ بدينهم وصدّقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف وقال أبو يوسف رحمه الله: المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم، لأنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه فيما في يده. ولهما أنه لو جعل خصماً لادعى عليه، والدعوى**

قوله: (لأنهم يستسعونه الخ) أقول: وعلى هذا ففي التعليل الذي ذكره المصنف قصور. قوله: (فإذا حل ضمنوه الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول: قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لإفادة الفرق مع الوصي.

(ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته، وفي كل واحد منهما فائدة، فالأوّل تامّ مؤخر والثاني ناقص معجل، وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردّوه. قالوا: تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول

الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة. أما إذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اهـ. ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسألة وبيان أنه لفظ محمد في الجامع الصغير: هذا إذا باعه بأقل من قيمته، فأما إذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اهـ. فإذا كانت مسألتنا هذه فيما إذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال: إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان، لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدّى فوجب عليه الضمان قطعاً. ثم أقول: في الجواب المذكور نظر، لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء الغرماء ببيعه العبد، ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط، لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط، وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع المشتري جميع ما فوّتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون، ولم يقل به أحد، وإنما الذي قالوا به: أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر قوله: **(قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم)** قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر، إذ كان من حقه أن يقال: وتأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام ومأذوني الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة، وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفي بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد، وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى، وهو انسداد باب الرد لهم لأنه يحتمل أن لا يفي الثمن بديونهم، وإن لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون، اللهم إلا أن يريد بقوله فإن وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسدّ حينئذ باب الرد، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه، فكان المعقول ما ذكره الإمام قاضيخان في جامعة بقوله: وتأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم لأنهم كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع، وإن كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع. إلى هنا كلام صاحب النهاية. وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته. وأما صاحب العناية فنقله بطريق الإجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال: قيل: في عبارته تسامح، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم

تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الإسلام رحمه الله: وعلى هذا الخلاف إذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب ليس له بخصم عندهما خلافاً له وعنهما، وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسألة. قال: **(ومن قدم مصراً)** رجل قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة، لأنه إن أخبر أنه مأذون له فإخباره دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل على

قوله: **(ولعل الصواب أن يقال: قوله ولا محاباة في البيع الخ)** أقول: فإن قيل: كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة؟ قلنا: لأن الوصول لا يستلزم القبض فإنه يكون بإحضار الثمن والتخلية بينهم وبينه فليتأمل قوله: **(بدليل قوله والثاني الخ)** أقول: دلالته لا تخلو عن خفاء.

حقهم إليهم. قال: **(فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري)** معناه إذا أنكر الدين وهذا **(عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم)** وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له. وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة. لأبي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه. ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب. قال: **(ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من**

ولاية الردّ والاستسعاء في الديون. وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله: ولا محاباة في البيع، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة، إلى هنا كلامه. أقول: أوّلاً في الجواب المذكور نظر آخر، وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله: فإن وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله: لوصول حقهم إليهم، فإنه إذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل إليهم حقهم بالتمام، ووصول بعض حقهم إليهم لم يفد شيئاً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال، بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال: لرضاهم بسقوط حقهم. وأقول ثانياً: يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله: ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا: في صورة المحاباة إنما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع، فإذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها، بل نردّ البيع فنتبع العبد بتمام القيمة، بخلاف ما إذا يكن في البيع محاباة فإنه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا.

ثم قال صاحب العناية: ولعل الصواب أن يقال: قوله: ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله: والثاني ناقص معجل، فإنه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون اهـ. أقول: وفيه نظر. أما أولاً فلأنه لو كان معنى قوله: ولا محاباة في البيع أن الثمن يفي بديونهم لذهبت فائدة قوله: فإن وصل في قوله: فإن وصل ولا محاباة، وفائدة قوله: إذا لم يصل إليهم الثمن في قوله: وتأويله إذا يصل إليهم الثمن، إذ لا شك أن الثمن إذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل إليهم الثمن أو لم يصل، إذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصوّر فائدة في الردّ فلا يثبت لهم الخيرة. وأما ثانياً فلأن معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر، وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز أن تنتفي المحاباة في البيع، ولا يفي الثمن بديونهم، وجواز أنه يفي الثمن بديونهم ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر، ولا بحسب التجوّز أو الكتابة لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما قوله: **(ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه، إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه)** قال في النهاية: أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال: هذا الذي ذكره جواب الاستحسان. وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله: لأنه أخبر عن شيئين: أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه. والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه لا يصلح حجة. وأما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أثر ذلك. أقول: تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال، فإن قولهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمشّ في أحد شقي هذه المسألة، وهو ما إذا لم يخبر بالإذن، إذ لا إخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها. وأما جعل الإخبار في قولهما:

إذنه وهو استحسان. والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين: أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه على نفسه. والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة. وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(كي لا يضيق الأمر على الناس)** توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في

التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه، إذ الظاهر أن المحجوز يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس، **(إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه)** لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا **(فإن حضر فقال هو مأذون بيع في الدين)** لأنه ظهر الدين في حق المولى **(وإن قال هو محجور فالقول قوله)** لأنه متمسك بالأصل.

والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الإخبار الحقيقي والحكمي، وادعاء أن في ذلك الشق إخباراً حكمياً عن كونه مأذوناً وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جداً كما لا يخفى. فالأولى ها هنا تحرير صاحب الكافي، فإنه جعل هذه المسألة على وجهين، وذكر لكل واحد منهما وجه قياس. ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال: والمسألة على وجهين: أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل. والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي»[1] وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه، وما عمت بليته سقطت قضيته. وثانيهما أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء، والقياس فيه أن لا يثبت الإذن لأن السكوت محتمل. وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه، والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعاً للشرور عن الناس. والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل. وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى، إلى هنا كلامه. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والإمام الزيلعي في شرح الكنز قوله: **(إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا)** أقول: لقائل أن يقول: إن أراد بقوله: لأنها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم إلا أن يفدي المولى ديونهم، وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله: بخلاف الكسب لأنه حق العبد فهو مسلم، لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله: في الرقبة أصلاً لأنه لا يمنع أن يقبل قوله: فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله: في ثبوت الإذن له ولزوم كل شيء في التجارة لئلا يضيق الأمر على الناس فليتأمل. والأظهر في تعليل قوله: لا يقبل قوله في الرقبة: أي في حق بيع الرقبة أن يقال: لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة؛ ألا ترى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اهـ.

التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى. وقوله: **(إلا أنه)** استثناء من قوله لزمه كل شيء، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأن بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة؛ ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذوناً ولا يباع، بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا، يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه، إلى أن قال: لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد**(فإن حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله)** وعلى الغرماء البينة، لأن دعواه الإذن كدعواه الإعتاق والكتابة، ولا يقبل قوله عند جحود المولى، إلا ببينة.

---

(١) تقدم في كتاب الدعوى مستوفياً، وهو قوي.

فصـل

(وإذا أذن ولي الصبيّ للصبيّ في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي: لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه، ولأنه مولى عليه حتى يملك الوليّ التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والياً للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي، وكذا

فصـل

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه، وقدّم الأول لكثرة وقوعه قوله: **(وإذا أذن وليّ الصبيّ للصبيّ في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه)** أقول: كان الظاهر أن يقول في جواب المسألة: فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله: في التجارة، وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها أيضاً عندنا، وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات، إلا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في إفادة تمام المراد. وهذا ما في عبارة مختصر القدوري، ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله إذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر إذا كان يعقل البيع والشراء، وأصرّ على ذلك في الهداية أيضاً مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر، لأن تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقاً، بل لا بد من أن يقبل الشراء أيضاً بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به قوله: **(والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي)** هذا جواب عن قول الشافعي، لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه. تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبيّ في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره، فإذا أذن له الوليّ زال ذلك الغير لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة، إذ لو لم يكن هادياً فيها لما أذن له الوليّ فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح. أقول: يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال: لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبيّ بدون إذن الوليّ إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل، غير إذن الوليّ لحصول العلم إذ ذاك أيضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبيّ بسببه وهو عدم الهداية، مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الوليّ أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرّ كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل قوله:

فصـل

لما فرغ من أحكام إذن العبد في التجارة بين أحكام إذن الصبيّ، إلا أنه قدم الأول لكثرة وقوعه، ولكونه مجمعاً عليه في الجواز، والصبيّ الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الوليّ كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذوناً بالسكوت وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينفذ تصرفه لأن حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الإذن، وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ، ولأنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والياً للمنافاة، لأن كونه مولياً عليه سمة العجز وكونه والياً سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه، وإن أذن له الوليّ بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنهما لا يقامان بالوليّ فيصحان منه قوله:

فصل وإذا أذن وليّ الصبي

قوله: **(والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش)** أقول: الظاهر أن يقال: الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش، إلا أنه اقتصر على الثاني بناء على أنه يستلزم الأول قوله: **(يعني قلت بصحتها)** أقول: الضمير في بصحتها راجع إلى الوصية قوله: **(صح تصرفه بنفسه فيه)** أقول: إن لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق.

الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه. أما البيع والشراء فيتولاه الوليّ فلا ضرورة ها هنا. ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات. والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي، وبقاء ولايته لنظر الصبيّ لاستيفاء

(وبقاء ولايته لنظر الصبيّ لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية: وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال: لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الوليّ ولياً. وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين: أي بمباشرة وليه له، وبمباشرة نفسه، فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره، ولاحتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الوليّ ليتدارك ذلك اهـ كلامه. أقول: في تقريره شيء. أما أوّلاً فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم، لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرّ فإن تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضاً، وتصرفه الذي هو ضارّ محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ بإذن الولي أيضاً، وإنما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرّ كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض؟ فالوجه أن يقال: بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له. وأما ثانياً فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف: واحتمال تبدل الحال معطوفاً على قوله: لنظر الصبيّ كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره، وليس كذلك فإنه معطوف على قوله: لاستيفاء المصلحة بطريقين، وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبيّ، إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضاً نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلاً له. ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين: أحدهما أن

(وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتهما إذا كانت في أبواب الخير، وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبيّ فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة **(وقد تحققت)** فيجب تنفيذها **(أما بالبيع والشراء فيتولاه الوليّ فلا ضرورة. ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه)** أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحلّ البيع من غير فصل بين البالغ والصبيّ، وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك. وأما أنه في محله فلكون المبيع مالاً متقوّماً. وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه، والوليّ له هذا التصرف فكذا من أذن له؛ ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الوليّ لا يملك الإذن به، فصدورهما من الصبيّ لا يكون عن ولاية شرعية وإن أذن الوليّ بذلك قوله: **(والصبا سبب الحجر)** جواب عن قوله لأن حجره لصباه، وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة، فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير لأنه يعلم أنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى. وقوله: **(وبقاء ولايته)** جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الوليّ ولياً. وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين: أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره، ولاحتمال تبدّل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الوليّ ليتدارك ذلك. وقوله: **(بخلاف الطلاق والعتاق)** جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق. وحاصل ذلك أن تصرفات الصبيّ على ثلاثة أقسام: نافع محض، وضارّ محض، ومتردد بينهما. فالأول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن وبعده. والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له أصلاً. والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الإذن لأن نقصان رأيه ينجبر برأي الوليّ لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الوليّ لاحتمال وقوعه نظراً فإنه أحد المحتملين، وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله. فإن قيل: إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف. وأجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقاً **(وذكر الوليّ في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه)** وليس المراد به الترتيب. لأن وصيّ الأب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الأب ثم

المصلحة بطريقين واحتمال تبدّل الحال، بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضارّ محض فلم يؤهل له. والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه، وذكر الوليّ في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصيّ والقاضي والوالي، بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد

يكون جواباً عن قول الشافعي: ولأنه مولى عليه الخ. وثانيهما أن يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو أن يقال: لو صار الصبيّ ولياً للتصرف بإذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه ولياً في التصرف في ماله، فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين، وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى، وكثير من الشراح اختاروا الأول عليك بالاختبار ثم الاختيار قوله: **(والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه)** أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون، كذا في غاية البيان وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: تشبيه الصبيّ بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه إن كان التشبيه على العموم، أو على الإطلاق. وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال: فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون، فإفادة المأذون التعميم ممنوعة جداً فليتأمل. وقال صاحب النهاية: فإن قلت: كيف يستقيم تعميم قوله إنّ ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والوليّ ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبيّ المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط. قلت: الجواب عنه من وجهين: أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه فهو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال، وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبيّ في ماله فلا يرد نقضاً لاختلاف التصرفين. والثاني هو ما ذكره في المبسوط، وإنما يملك الأب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا، لأن دين الحرّ في ذمته لا تعلق له بماله، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقاً اهـ كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الإجمال. أقول: الوجه الثاني لا يصلح جواباً عن السؤال المذكور، لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبيّ المأذون وإن كان عله دين يحيط بماله، وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف: إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى. ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير. وقال بعض الفضلاء: لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم. أقول: ليس هذا أيضاً بسديد. أما أوّلاً فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله: إن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع، لأن كلمة

وصيّ الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي **(بخلاف صاحب الشرط)** يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالي أكبر منه لأن له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط. وقوله: **(والشرط أن يعقل)** قد تقدم ذكره. وقوله: **(والتشبيه بالعبد المأذون له الخ)** كذلك، لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم، فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي. وأجيب بأن ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبيّ، وبأن دين الصبيّ لكونه حراً يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن ينصرف فيه الولي، ودين العبد

قوله: **(وتقريره أن بقاء ولايته)** أقول: وعندي أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي بمنع المنافاة بين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل قوله: **(لاستيفاء المصلحة الخ)** أقول: تعليل لقوله للنظر له قوله: **(ولاحتمال تبدل الحال)** أقول: معطوف على للنظر له.

القضاء، والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح، والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع، ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد، ويصح إقراره بما في يده من كسبه، وكذا بموروثه في ظاهر

«ما» من ألفاظ العموم على ما تقرّر في علم الأصول وقد تأكد ببيانها بقوله: من الأحكام، فإن الجمع المعرّف باللام أيضاً من ألفاظ العموم والاستغراق إذا ل يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضاً في علم الأصول. وأما ثانياً فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلاً على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرّض له فيه بوجه من الوجوه، وإنما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبيّ فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل إليه أصلاً قوله: **(ويصح إقراره بما في يده من كسبه)** أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبيّ بإذن الولي؟ وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الوليّ إنما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه، لأن الإقرار قول: من المرء على نفسه، وما يثبت على الغير بقوله: فهو شهادة، وإقرار الوليّ على الصغير قول: على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة. وأما قول الصبيّ: بعد الإذن فهو إقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته، فإن من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز إقراره اهـ. أقول: هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان لمية عدم صحة إقرار الوليّ على الصبي وصحة إقرار الصبي بنفسه على مال نفسه، وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، وها هنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية؟ وكأنّ صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال: بدله. والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها اهـ. أقول: هذا الجواب أيضاً غير مستقيم لأنه إن أراد أن الولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضاً نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها إقراره على مال الصبي فممنوع، إذ لا شك أن إقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلاً فأنى يملكه الولي. وإن أراد أن الوليّ يملك الإذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها إقرار الصبي على مال نفسه، وإن لم يملك نفس الإقرار عليه فمسلم، ولكن لا يجدي هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الوليّ الإذن للصبيّ بالإقرار ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن تملك الصبي الإقرار علىٰ نفسه بإذن الولي ولاية متعدية من الولي إلى الصبي، والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والوليّ لا يملك نفس الإقرار على الصبي بالإجماع فلم تكن

يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقاً **(ويصح إقراره بعد الإذن بما هو كسبه)** عيناً أو ديناً لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين. وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، والوليّ لا يملك الإقرار على مال الصبيّ فكيف أفاده ذلك بإذنه؟ والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة، والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها **(وكذا بموروثه في ظاهر الرواية)** احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز إقراره بذلك، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث. وجه الظاهر أن

قوله: **(الخ كذلك)** أقول: يعني تقديم ذكره قوله: **(لكن يرد عليه، إلى قوله: في مال العبد الخ)** أقول: هذا ممنوع، وقد مر من الشارح نقلاً من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه قوله: **(يتعلق بذمته)** أقول: يعني فقط قوله: **(يتعلق بكسبه)** أقول: يعني يتعلق بكسبه أيضاً: أي كما يتعلق بذمته، لأن ذمته ضعيفة، بخلاف الصبي الحر. ثم أقول: ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم، وإلا فلا تظهر صلاحيته للجواب قوله: **(والمولى أجنبي منه الخ)** أقول: هذا مسلم إذا كان مستغرقاً لرقبته أيضاً، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام، وفيه الكلام.

الرواية، كما يصح إقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجدّ والوصي دون غيرهم على ما بيناه، وحكمه حكم الصبي، والله أعلم.

له ولاية قائمة في حق نفس الإقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك. ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الإذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغواً من الكلام. ثم أقول: لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية، إذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته، وإذن الولي إنما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لا أنه يكتسب الولاية من إذنه، إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلاً لما هو ضارّ محض وأهل لما هو نفع محض قبل الإذن وبعده، وأهل لما هو دائر بين النفع والضرّ بعد الإذن فقط، والإقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرّ، إذ من لا يقبل إقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الإذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الوليّ. فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الإشكال بالكلية.

الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين، ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (**ولا يملك تزويد عبده**) بالاتفاق، وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (**ولا كتابته**) وإن كان الولي والوصيّ يملكانها لأن الإذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (**والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء**) بالمعنى المذكور (**بمنزلة الصبيّ يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصيّ دون غيرهم**) من الأقارب كالابن للمعتوه والأخ والعم دون القاضي فإن له ولاية على المعتوه (**على ما بيناه**) يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد الخ (**وحكمه حكم الصبي**) إذا بلغ معتوهاً، فأما إذا بلغ عاقلاً ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله: لا يصح قياساً، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمهما الله، والله أعلم.

كتاب الغصب

الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه. وفي الشريعة: أخذ مال متقوّم

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى أن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب، ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً. والثاني أن المغصوب ما دام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع، كذا في النهاية والعناية. أقول: في الوجه الأول بحث من وجهين: أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلا إنما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الإذن في التجارة، لأن الإذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر وإسقاط الحق عندنا على ما مرّ في صدر كتاب المأذون، والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الإذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب. والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضاً فينتقض ذاك الوجه بها طرداً. ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية: أما عن الأول فبأن يقال: إن الإذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للإذن نفسه أيضاً بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثاني فبأن يدعي عدم لزوم الإطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن. ويقال: إن هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سيقت له أيضاً. ثم إن الأظهر في وجه المناسبة ها هنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: وجه المناسبة بين الكتابين عندي أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة، إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ. واعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام كما في الجنايات والديات، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه، لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلاً عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف، كذا في النهاية وغيرها قوله: **(وفي الشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده)** أقول: لا بد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان: أحدهما قيد أو يقصر

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى إن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً. والثاني أن المغصوب ما دام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته، فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة، إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه، والغصب ليس بمشروع، والغصب في اللغة:

كتاب الغصب

قوله: **(إيراد الغصب. إلى قوله: مآلا الخ)** أقول: ويجوز أن يقال: نفاذ تصرف الغاصب يكون بالإذن كنفاذ تصرف المأذون، إلا أن في الغصب بالإذن اللاحق وفي المأذون بالإذن السابق فيكون بينهما مناسبة. أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة، فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بإذنه، والغاصب يتصرف فيه لا بإذنه قوله: **(فكان ذكر النوع الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(إلا أنه قدم الإذن الخ)** أقول: هذا لا احتياج إليه بعدما بين وجه تأخر المأذون من الحجر.

محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على

يده بأن يقال: على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فإن الغاصب في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها إلا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضاً. وعن هذا قال في المحيط البرهاني: الغصب شرعاً أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده، أو يقصر يده إن لم يكن في يده اهـ وهكذا قال: في الكافي أيضاً. وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة، فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع إنما يكون بأن كان الغصب على سبيل الجهاز والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة في الكتاب. ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية: ثم لا بد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج السرقة اهـ. وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: فإن قلت: أليس يصدق الحد المذكور على السرقة؟ قلت: نعم، إلا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحدّ فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود، وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدّى لإخراجها على الحدّ المذكور بزيادة قوله: لا على سبيل الخفية، ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحدّ داخلة في التعريف المذكور، إذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أولاً على سبيل الخفية، فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرّر في كتابها، ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحدّ داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحاً لأن يكون حدّاً للغصب في الشرع، وإلا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصباً شرعياً، وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله: وذلك لا ينافي

أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوماً أو غيره، يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان. وفي الشريعة: أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره. وقوله متقوّم احتراز عن الخمر. وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فإنه غير محترم. وقوله على وجه يزيل يده: أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا. وزعم الشافعي رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه. وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة اليد، وعنده مضمونة لإثبات اليد، واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق، والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك

قوله: (وفي الشريعة أخذ مال، إلى قوله: في زوائد المغصوب الخ) أقول: قال الإمام الزيلعي: حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه، كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة انتهى. لكن ذكر في فتاوى قاضيخان مسألة تخالف هذا الأصل، فإنه قال: لو غصب عجولاً فاستهلك حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر الثلجي: يضمن قيمة العجول ونقصان الأم ولم يفعل في الأم شيء.

البساط، ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده

دخولهما باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى. والثاني أن قوله: كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعاً، وإنما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك، وهو ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً، وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل. والثالث أن قوله: كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله: ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح، لأن ما كان غير محرز كيف يتصوّر أخذه على سبيل الخفية، فإن عدم الإحراز ينافي الاختفاء، وعن هذا قال صاحب الهداية: في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة: الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق بدونه اهـ. ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير إذن المالك: فلا إذن من له الإذن. وقال في شرحه: وإنما لم يقل بلا إذن مالكه لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به في البدائع اهـ. أقول: وفيه أيضاً خلل، لأن الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله: إن الموقوف ليس بمملوك أصلاً، ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضموناً لا يقتضي كونه مغصوباً غصباً شرعياً، فإن وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي، بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدي والجناية؛ ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة، وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم إزالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب، بل هي أمانة في يد الغاصب إن هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب، مع أنه إذا تعدّى فيها يجب أنه إذا تعدّى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضاً وسيجيء في الكتاب، وكذا إذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد. وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف كما نصوا عليه، فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في إتلاف الموقوف حتى يردّ به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره قوله: **(حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط)** لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه، ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب، بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد أبقى أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده. فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب، كذا قالوا. قال ابن العز: وفي كلام المصنف ها هنا مؤاخذة لفظية، وهي في قوله وحمل الدابة: يعني والحمل عليها وحقه أن يقول: وتحميل الدابة، لأن حمل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر بحرف الجر، تقول: حملت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول: حمل المتاع ولا تقول: حمل الدابة، إلا أن يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول: حملت الدابة المتاع، فحينئذ تصح إضافة مصدره إلى

فلا يكون الغاصب مزيلاً ليده مع بقاء أثر فعله. ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم. وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع. قال: **(ومن غصب شيئاً له مثل الخ)** المغصوب إما أن يكون قائماً في يد الغاصب أولاً والأول سيجيء. والثاني إما أن يكون له مثل: أي يكون بما يضمن

ولا إثم لأن الخطأ موضوع. قال: **(ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله)** وفي بعض النسخ: فعليه ضمان مثله، ولا تفاوت بينهما، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر. قال: **(فإن لم**

الدابة فتقول تحمل الدابة، لأن التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اهـ كلامه. أقول: هذا الذي ذكره ظاهر، وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ها هنا فقال: حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصباً، ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ها هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة الكاكي افتخاراً بمواظبتها حيث قال: والأصل أن يقال بالمواظبة عليها: أي على العبادة، إلا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالإيصال اهـ. وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك، وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر، والصواب بالمواظبة عليها اهـ تأمل قوله: **(ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان)** أقول: هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، وأما إذا كان قائماً في يده فحكمه ردّ العين كما سيأتي في الكتاب، وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك، اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل: إن الموجب الأصلي للغصب مطلقاً هو القيمة وردّ العين مخلص كما سيجيء ذكره، ولكنه قول ضعيف جداً على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم، فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك قوله: **(ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية)** قال في النهاية والعناية: لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اهـ. أقول: الظاهر أن المقصود من التعرض ها هنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجودة والرداءة، ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي، لأنه إن أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية لأنه لا تفاوت بين جيدها ورديئها في المالية فهو ممنوع، إذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جداً، وإن أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي

بمثله من جنسه أولاً، فإن كان الأول فعليه مثله. وفي بعض نسخ القدوري: فعليه ضمان مثله، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى علكم﴾ والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى، ولأن المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية، لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر، فإن الغاصب فوّت على المغصوب منه الصورة والمعنى، فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى، فإن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يوم الغصب. وقال محمد رحمه الله: يوم الانقطاع. لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب **(ولمحمد الخ)** كلامه فيه واضح. قيل إنما قدم قول أبي يوسف لتثبت الأقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال، فإن أوّل الأوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة. وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف وإن كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه. قال المصنف رحمه الله: **(معناه)** أي معنى قوله ولا مثل له **(العدديات المتفاوتة)** وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدوابّ والثياب، وإنما وجب قيمته **(لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً**

قوله: **(والثاني إما أن يكون له مثل: أي يكون مما يضمن بمثله)** أقول: فيه بحث لإفضائه إلى الدور قوله: **(لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات)** أقول: وفي لطائف الإشارات ضمن الجيد بمثله لا برديء رعاية للمماثلة.

يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا **(عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يوم الغصب. وقال محمد: يوم الانقطاع)** لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة. وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع. لأبي حنيفة أن النقل لا يثبت

ﷺ «جيدها ورديئها سواء»[1] فهو مسلم لا كلام فيه، لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ها هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية، بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد وزود ذلك السؤال ها هنا، إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل تقف قوله: **(لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب)** قال صاحب النهاية: فإن قلت: لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه؟ يحتمل أن يكون ذلك لوجهين: أحدهما أن يكون المختار قوله لقوّة دليله إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب، لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب. والثاني لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب، ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة. فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اهـ كلامه. وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الإجمال في معراج الدراية أيضاً، وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل. أقول: كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه. أما الوجه الأول فلأن ما ذكر فيه لا يدل على قوّة دليل أبي يوسف، لأن المغصوب المثلى إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل، ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد، فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله، ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله إذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القويّ عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن

للضرر بقدر الإمكان، **أما العددي المتقارب)** كالجوز والبيض **(فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت)** قيل: وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل، وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبرّ المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة، وإن كان الأول فعلى الغاصب ردّ العين، ولعمري إن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل لقوله ﷺ: **(«على اليد ما أخذت حتى ترد»)** أي على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد وقال ﷺ: **(«لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، فإن أخذه فليرده عليه»)** وهو واضح. ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي، ومعناه: أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن إدخال الغيظ على أخيه، فهو لاعب في مذهب السرقة جادّ في إدخال الأذى عليه، أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجدّ في ذلك ليغيظه **(ولأن**

قال المصنف: **(وقال أبو يوسف: يوم الغصب)** أقول: وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة: مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها، وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له. وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب. وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل، وعند عدمه لا قيمة له انتهى. ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال: وجد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى.

---

(١) تقدم في الربا وهو غريب بهذا اللفظ لكن مضاه ثابت في أحاديث صحيحة. انظر باب الربا.

بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك؛ وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك. قال: (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة، لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها

المقدم، وإن كان يقدم القوي في الأكثر عند نقل أصل الأقوال، وهذا مما لا سترة به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف. وأما الوجه الثاني فلأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلاً، فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع، فالوجه عندي أن المصنف جرى ها هنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ها هنا أيضاً ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: أقول قول أبي يوسف أعدل، لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها، وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له. وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب، وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة: ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال: وحدّ الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي، وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، وعلى هذا انقطاع الدراهم اهـ. وقد سبقه إلى هذا الجواب صاحب الإصلاح والإيضاح. أقول: ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقاً. وكأنه لهذا قال: وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر: يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه إن لم يوجد في البيوت أيضاً يتعذر التقويم، وإن وجد فيها يتعسر التقويم لأن معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الأشياء، وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل، وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله: لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه، فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى قوله: (بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول: فيه إشكال، لأن هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من أن الموجب الأصلي في الغصب على ما قالوا: هو رد العين، وإنما رد القيمة مخلص خلفاً، إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضاً إنما هو رد العين لأنه الواجب الأصلي مطلقاً، وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت الهلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب، ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمة وقت الانقطاع عنده، وبقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت

اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد، لا سيما إذا كان مديوناً فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوّتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي ردّ العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا: وردّ القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر، إذ الكمال في ردّ العين والمالية. وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتاً لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح. ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين. ومنها وجوب الزكاة فإن

قال المصنف: (لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول: فيه بحث، فإنه مطالب بالعين إذا كانت قائمة على القول الأقوى قوله: (لأن الذي لا مثل له هو في الحقيقة هو الله تعالى) أقول: إذا الأجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة قوله: (وذلك كالعدديات الخ) أقول: أشار بقوله ذلك إلى الشيء في قوله أن معناه الشيء الذي الخ.

دفعاً للضرر بقدر الإمكان. أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت. وفي البرّ المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له. قال: **(وعلى الغاصب رد العين المغصوبة)** معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة

الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما. وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الأول عند وجود أصل السبب، وفي الثاني عند الانتقال إلى القيمة غير واضح على ما قالوا: إن الموجب الأصلي في الغصب مطلقاً هو رد العين، وإنما رد القيمة مخلص خلفاً كما سيجيء: وأما على ما قيل: إن الموجب الأصلي هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء أيضاً فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأساً، إذ في كل منهما تصريح بأن الموجب الأصلي في الغصب غير القيمة، وإنما ينتقل إليها بأمر عارض، فالمقام لا يخلو عن الإشكال على كل حال قوله: **(وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه، معناه العدديات المتفاوتة)** يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدوابّ والثياب اهـ. أقول: هذا الذي عده تحقيقاً مما لا طائل تحته، بل لا حاصل له لأنه إن أراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله: لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضاً بالأولوية فلا يكون له مثل أصلاً. وقد قال في التعليل: إن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله: ما لا مثل له في قوله: وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه، وإن أراد بذلك ما له مثل من جنسه، ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله، فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله: وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلاف في وضع المسألة، إذ يصير حينئذ معنى المسألة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته. أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسألة بلغو من الكلام لكونه معلوماً بصدر المسألة. وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية، وكذا تفسير ما له مثل في المسألة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قولهم في المسألة الأولى أيضاً ومن غصب شيئاً له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله، ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية. فالحق عندي أن المراد بما له مثل في المسألة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إله المثل عند الإطلاق، وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له في صورة ومعنى، وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر. وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل: إن المثل نوعان: كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل، وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة، والقاصر لا يكون مشروعاً مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اهـ. فيصير معنى هذه المسألة: وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة. قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه: وقال مالك: يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا. ولنا ما روي عن شريح: «من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها» وهو المراد بالمثل المذكور في النص اهـ. أقول: يرد عليه أنه لم

الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئاً وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب. قيل: والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن ردّ العين إذا قدر على القيمة، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل، وليس كذلك. والجواب عن مسألة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه، وقد قررنا ذلك في

والسلام «على اليد ما أخذت حتى تردّ»(١) وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، فإن أخذه فليردّه عليه»(٢) ولأن اليد حق مقصود وقد فوّتها عليه فيجب إعادتها بالردّ إليه، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا، وردّ القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر، إذ الكمال في رد العين والمالية. وقيل الموجب الأصلي

كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده، وقد مرّ الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى، وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله: لما تلونا فتدبر قوله: (**أما العددي المتقارب فهو كالمكيل**) قال في النهاية: وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون، لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اهـ. أقول: لقائل أن يقول: لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضاً حيث قال: ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس. وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد ما نقل ما في النهاية بقيل: وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبرّ المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة اهـ.

التقرير والأنوار، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة، والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة، وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الإبراء ثم الواجب الردّ في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادّعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ومقدار ذلك مفوّض إلى رأي الحاكم، وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة، فإن رضي أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (**قضى عليه ببدلها**) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (**لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض، فالغاصب يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله**) وكلامه ظاهر. فإن قيل: ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب إذا عيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوّم فما وجهه؟ قيل: في المسألة روايتان، وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز، والمذكور في الكتاب جواب الأفضل. قال: (**والغصب فيما ينقل ويحول الخ**) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل التحويل هو النقل من مكان والإثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون

قوله: (**قيل وإنما اقتصر، إلى قوله: والطشت**) أقول: إلا أن بينهما فرقاً، فإن البر والشعير مختلفان من الأصل، بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس، فإن اختلافهما ليس إلا لاختلاف الصفة قوله: (**ولعمري إن تقديم هذا الخ**) أقول: وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل قوله: (**كان أنسب**) أقول: لأنه موجب قال المصنف: (**ويظهر ذلك في بعض الأحكام**) أقول: منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح، حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان، ولولا أن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك. ومنها لو كفل بالمغصوب يصح، ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفالة بالعين وذا لا يصح، ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب، كذا ذكره في النهاية. والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك قوله: (**لأنه قاصر الخ**) أقول: يعني لأن رد القيمة قاصر قوله: (**إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب**) أقول: كما إذا انتقص بالدين قوله: (**قيل والصحيح**) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (**لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك**) أقول: رده

---

(١) تقدّم تخريجه في كتاب الوديعة باستيفاء.

(٢) جيّد. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٢٤١ وأبو داود ٥٠٠٣ والترمذي ٢١٦٠ والبيهقي ٩٢,٦ وأحمد ٢٢١,٤ كلّهم من حديث السائب بن زيد عن أبيه عن جدّه يزيد السائب.

قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب اهـ.

والحديث إسناده حسن رجاله كلّهم ثقات. وله شاهد من حديث إليهم عمر بنحوه أخرجه الحاكم ٣٦٧,٣ وسكت هو والذهبي. وفيه الواقدي واهٍ لكن حديثه يصلح شاهداً.

القيمة وردّ العين مخلص، ويظهر ذلك في بعض الأحكام، **(والواجب الردّ في المكان الذي غصبه)** لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن **(فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها)** لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض، فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة. قال: **(والغصب فيما ينقل ويحول)** لأنه الغصب بحقيقته فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل **(وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال

أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله: أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله: بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له، وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرّر في باب الربا من البيوع قوله: **(والغصب فيما ينقل ويحول)** أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه، كذا في معراج الدراية. ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول، إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه، وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان ها هنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور: أعني قوله: والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك: أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره. وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال في تفسير ذلك: أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره، وأشار إله صاحب العناية أيضاً حيث قال: **الغصب** كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار، بل أشار إليه المصنف نفسه حيث قال في تعليل ذلك: لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره. **قلت:** بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا؟ فلعلها هي تعريف المسند إله بلام الجنس، فإنه يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب، ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والإمام من قريش. قوله: **(لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل)** أقول: لقائل أن يقول: هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعي ها هنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبراً، وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغني عن ذكر الدليل ها هنا. فالأحسن

الإثبات في مكان آخر **(لأن الغصب بحقيقته)** حوالة **(يتحقق في المنقول دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل)** ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق **(فإذا غصب عقاراً فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يضمنه، وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمهما الله لتحقق إثبات اليد)** بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك **(ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين)** من جنس واحد **(على محل واحد في حالة واحدة)** وإنما قيل من جنس واحد احترازاً عما إذا آجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكماً لكنهما يدان مختلفتان **(فيتحقق الوصفان)** يعني إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب **(وهو الغصب)** أي تحقق الوصفين هو الغصب **(على ما بيناه فصار كالمنقول)** في تحقق الوصفين **(وجحود الوديعة في العقار)** فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق، فالقول بالضمان في هذه الصورة، وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود

العلامة الزيلعي وقال: كونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة، فإن الظهر هو الأصل والجمعة خلف عنه، ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها، إلى هنا عبارته. ولك أن تقول: ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده قوله: **(وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة)** أقول: وأنت خبير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسألة بما أجيب به عن مسألة الإبراء قوله: **(وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز)** أقول: يعني لو قضى بلا تلوم يجوز قوله: **(والمذكور في الكتاب جواب الأفضل)** أقول: يعني الأفضل هو التلوم قال المصنف: **(والغصب فيما ينقل ويحول)** أقول: والغصب مبتدأ، وقوله فيما ينقل خبره قوله: **(لأن الغصب بحقيقته الخ)** أقول: تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار. قال

الشافعي لتحقق إثبات اليد، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة. ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد

أن يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ها هنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هاهنا، فإن الخلاف المذكور هناك متحقق ها هنا أيضاً لا محالة قوله: **(وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه)** أقول: كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله: وإذا غصب عقاراً الخ لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب، فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه: وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً، وهو قول أبي يوسف الآخر، حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجباً للضمان اهـ. والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية. ثم أقول: المراد بالغصب في قوله: وإذا غصب عقاراً هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي، فلا يتجه أن يقال: قد تقرّر فيما مرّ أن حكم الغصب مطلقاً عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ها هنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب، لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي، والمتحقق ها هنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة. قال بعض الفضلاء: إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ. أقول: فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة، وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار إلى المجاز، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي، ولكن حق الأداء ما قدمناه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فقال بعضهم: يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان، وإليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي

تناقض ظاهر، وكأن التكلف بإثبات إزالة اليد من جانب الشافعي للإلزام لأنه يكتفي في الغصب بإثبات اليد الباطلة كما تقدم **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك)** أي بسبب ذلك **(وهذا)** أي هذا المجموع **(لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه)** أي بإخراج المالك **(عنها)** أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار **(وهو)** أي الإخراج **(فعل في المالك لا في العقار)** فانتفى إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه **(فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي)** حتى تلفت، فإن ذلك لا يكون غصباً لها **(وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب، ومسألة الجحود ممنوعة)** ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا يضمن وإن جحد. وذكر في المبسوط: والأصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجباً للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله **(ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم بالجحود تارك للملك)** قال: **(وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه)** وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً. أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر. وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلأنه إتلاف، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه، لأنه فعل في العين. قال المصنف رحمه الله **(ويدخل فيما قاله)** يعني القدوري **(إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله)** بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضموناً عليه، وإنما قيد بذلك لأنه إذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقرّ بالغصب ولا بينة لصاحب الدار)** على أنها ملكه **(فهو على الاختلاف**

المصنف: **(وإذا غصب عقاراً)** أقول: إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة. قال المصنف: **(لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك)** أقول: هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فإن عنده يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك كذا في شرح الكاكي. وقال الأكمل وكأن التكلف بإثبات اليد الباطلة كما تقدم

المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصوّر في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي. وفي المنقول: النقل فعل فيه وهو الغصب. ومسألة الجحود ممنوعة، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك. قال: **(وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً)** لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله، فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال: **(وإذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان)** لأنه أتلف

حنيفة وأبي يوسف، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان. وقال بعضهم: لا يتحقق أصلاً، وإليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه. أقول: فيه نظر، لأنه إن أراد أن بعضهم قال: يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك، إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها، كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان، فإن وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه، وإن أراد أن بعضهم قال: يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان، وبعضهم قال: لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضاً فلا نسلم أن أحداً قال: إن الغصب اللغوي لا يتحقق فيها، لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلاً فضلاً عن إزالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلاً عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء قوله: **(ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصوّر في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك: أي بسبب ذلك، وهذا أي هذا المجموع لا يتصوّر في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه، أي بإخراج المالك عنها: أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اهـ. أقول: في

في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأن البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجباً للضمان في الغصب عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله. وقيد بقوله ولا بينة له لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل، فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب، وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق. وقوله: **(هو الصحيح)** يحتمل أن يكون احترازاً عن قول بعضهم بأن في المسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق. فإن قيل: إذا شهدا بدار لإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمناً قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وإتلافها كإتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما. أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع، فالفرق بين المسألتين أن الإتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما، حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالإتلاف. وأما في مسألتنا فإن الإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم، بل بعجز المالك عن إثبات ملكه

قال المصنف: **(ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين)** أقول: ليت شعري بأي دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت، بل مفهوم إزالة اليد تحققه في إخراج المالك أظهر، ويجوز أن يقال: الواجب ضمان المحل، فإذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف: **(وهذا لا يتصور في العقار)** أقول: للخصم أن يقول: إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل قوله: **(أي بسبب ذلك)** أقول: فيه تأمل، فإن السببية غير ظاهرة، بل الظاهر أنها للإلصاق أو للمصاحبة.

البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل. قال: (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يتصدق بالفضل**) وسنذكر الوجه من الجانبين. قال: (**وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه**) وفي أكثر

تقريره قصور. أما أوّلاً فلأنه جعل الباء في قول المصنف بإزالة يد المالك للسببية، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السببية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجودياً وأصلاً صادراً من الغاصب. والثاني أمراً عدمياً متفرعاً على الأول. وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف: ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود، فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى: ولهما أن الغصب إثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود. وأما ثانياً فلأن التبادر من قوله: فانتفى إزالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق إزالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما، وليس كذلك إذ قد مرّ في تعليل قول محمد: إن من ضرورة إثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة، وفي تعليل قولهما: ها هنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة، وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها وبداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلاً في غصب العقار. فالأولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ها هنا أن يقال: ولهما أن الغصب إثبات اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا مع إزالة يد المالك مطلقاً: أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك، وما كان من ضرورة إثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زوالها بوجه خاص، وهو أن يكون بفعل في العين، وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا يتصوّر في العقار، لأن يد المالك في العقار لا تزول إلا بإخراج المالك عنها: أي عن العين المغصوبة، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ، وبهذا التقرير يثبت مدعى الإمام الأعظم والإمام الثاني. ويخرج الجواب عما ذكر في دليل إمامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة، واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال: ليت شعري بأيّ دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت، بل مفهوم إزالة اليد تحققه في إخراج المالك أظهر اهـ. أقول: قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمرّا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل، إلى هنا كلامه فتأمل. ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف: في تعليل قولهما: وهذا لا يتصوّر في العقار بأن قال: للخصم أن يقول: إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، إذ ليس في الخصوم من

بيّنته؛ ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامناً (**وإن نقصت بالزراعة يغرم النقصان**) ويعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها، وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح. قال: (**وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه**، وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله: (**لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن رده تجب القيمة**) يعني

قوله: (**فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب**) أقول: فيه بحث قوله: (**لو أقام البينة**) أقول: يعني المالك قوله: (**على الملك لنفسه**) أقول: يعني بعد الشهادة والقضاء.

نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن ردّه يجب رد القيمة أو يتقرّر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته، بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء،

ينكر تحقق إثبات اليد فيه، ولا من يقول: بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفاً فكيف يتصوّر أن يقول الخصم: إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد قوله: (وفي أكثر نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم، ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ها هنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره؛ ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله: وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا محالة، وإن أراد أن الغصب مطلقاً فيما ينقل فهو ممنوع جداً. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الأول، ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ها هنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الأصول، بل في علم البيان أيضاً، فلا بد في إرادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب أهل الشرع من قرينة وها هنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي، بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقاراً، فإن قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله: غصب عقاراً معناه اللغوي دون الشرعي تدبر قوله: (ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر أن مسألتنا هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلاً منهما، مع أن قوله: ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرّر فيما مر أن المعتبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية قوله: (وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر ردّ عينه يجب ردّ قيمته) أقول: في هذا التعليل قصور، إذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسألتنا هذه تعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورّت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، وما كان في غير بدنه مثل أن كان عبداً محترفاً

على رأي من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفاً أو تتقرر أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه، فإن هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وإن نقص) المغصوب (في يد الغاصب) ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في بدنه مثل أن كان جارية فاعورّت، أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، أو في غير بدنه مثل أن كان عبداً محترفاً فنسي الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (ف)تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) وأما إذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو إما أن يكون الرد في مكان الغصب أو لا، فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء، وإن لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده، لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة، وله أن ينتظر، فقوله: (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان، كما لو اشترى جارية

وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد. أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال رضي الله عنه: ومراده غير الربوى، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا. قال: (ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا **(ويتصدق بالغلة)** قال رضي الله عنه وهذا

فنسي الحرفة، ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية، لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء. فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معاً وأوفق لقوله الآتي: وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد، أما الغصب فقبض، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف قوله: **(ومراده غير الربوي، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا)** يعني أن مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي، وأما في الربويات: أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا، هذا فحوى كلامه. أقول: لقائل أن يقول: عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفنت في يده، إذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا لا محالة، وأما فيما إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيلياً أو زنياً فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلاً أو وزناً فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأدّ إلى الربا أصلاً كما لا يخفى، فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقاً فتأمل. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قال المصنف: ومراده أي مراد القدوري بقوله: وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي، أما في الربويات كما إذا غصب فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله، إلى هنا كلامه. أقول: تقرير صاحب العناية ها هنا وإن كان مطابقاً لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلاً عن

بمائة مثلاً فاعورّت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والأوصاف لا تضمن به **(أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل)** وهو القبض، وهذا لأن العقد يردّ على الأعيان لا على الأوصاف، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة. قال المصنف رحمه الله: **(ومراده)** أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان **(غير الربوي، أما في الربويات)** كما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده ف**(لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا)** لكن صاحبه بالخيار، إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله. قال: **(ومن غصب عبداً فاستغله)** أي ومن غصب عبداً فآجره وقبض الأجرة فصار مهزولاً في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر ردّ عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان، ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها. وعلى هذا إذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة. لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه، أما الضمان فظاهر لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب، وأما الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب مستنداً إذا ضمن ولهما القول بالموجب: أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير، وما هو كذلك فسبيله التصدق، إذ الفرع يحصل على

قوله: **(لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان، فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة)** أقول: الضمير في نقله راجع إلى الغاصب، والضمير في له راجع إلى المالك المقدم ذكره، والضمير في يطالبه راجع إلى الغاصب قال المصنف: **(قال رضي الله عنه: وهذا عندهما أيضاً)** أقول: الظاهر تقديم أيضاً على قوله عندهما.

عندهما أيضاً. وعنده لا يتصدق بالغلة، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار. **لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه.** أما الضمان فظاهر، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا. **ولهما أنه حصل** بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير، وما هذا حاله فسبيله التصدق، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث **(فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان)** لأن الخبث لأجل المالك، ولهذا لو أدّى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق

الإيضاح إلا أنه متظور فيه عندي. أما أوّلاً فلأنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات أيضاً بأن الوزني الذي في تبعيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم، ولا شك أن إناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ها هنا بإناء فضة انهشم في يده. وأما ثانياً فلأنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله، وتضمين المثل إنما يتصوّر في المثليات دون ذوات القيم التي منها إناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفاً، فلعل الحق في حكم غصب إناء فضة إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب، وعبارة الكرخي هكذا: وإن كان الإناء فضة فهو بالخيار، إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب، وكذلك إن كان الإناء من ذهب فهو بالخيار، إن شاء أخذه بعينه، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت. ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل، غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل إناء فضة حيث قال. وفي المبسوط: وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا، وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها، فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدّى إلى الربا، أو لو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغاً اهـ قوله: **(لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه. أما الضمان فظاهر، وكذا الملك لأن**

وصف الأصل، أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف. فإن قيل: التصرف في ملكه مستنداً فأنى يكون الخبث؟ أجاب بقوله: **(والملك المستند ناقص)** يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت **(فلا ينعدم به الخبث، فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان، لأن الخبث لأجل المالك، ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري، لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره)** أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال **(لأنه محتاج إليه، وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه)** وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث **(فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال)** أي

قوله: **(لكنه بسبب خبيث)** أقول: أي لكنه حصل أو لكن الحصول قوله: **(وأصله حديث الشاة المصلية)** أقول: سيجيء الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف: **(والملك ناقص)** أقول: حيث لم يملك العبد كله، بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره. نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله. وفي أكثر النسخ: والملك المستند ناقص فلا مجال للحمل على هذا الاحتمال إلا بجعل اللام عهدية قوله: **(أجاب بقوله والملك المستند ناقص: يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت)** أقول: المضمون وهو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل، فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف: **(فيزول الخبث بالأداء إليه)** أقول: زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك العلة كمن أدى دين زيد بماله الآخر، فليتأمل فإن جوابه غير خفي.

المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، **فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا.** قال: **(ومن غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح، وهذا عندهما)** وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وقد مرّت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة، أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة

المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا) أقول: فيه نوع تأمل، لأن الذي حصل في ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب، لأن الكلام فيما إذا نقصته القلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة: أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلاً فتفكر قوله: **(فلو أصاب مالاً تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا)** فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن، ونقل صاحب النهاية هذه المسألة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال: وفي المبسوط: فإذا أصاب بعد ذلك مالاً تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنيّ، وإن كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ. أقول: فيه إشكال، فإنه يجوز أن يكون غنياً وقت استهلاك الثمن ويصير فقيراً وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري، ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند إصابته مالاً، أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلاً؛ ففيما إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل، اللهم إلا أن يقال: وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار للحكم الشرعي فتدبر. وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه. أقول: هذا هو الظاهر، ولكن فيه أيضاً شيء، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأساً إذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله: ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه إلا إذا كان لا يجد غيره، ولا يخفى أنه إذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيراً البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالاً تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال وإن كان فقيراً فلا شيء

وقت استهلاك الثمن، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا أنه محتاج، وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجاً فلا شيء عليه، وإن كان غنياً فعليه أن يتصدق بمثله. قال: **(ومن غصب ألفاً فاشترى بها جارية)** الغاصب إذا تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وقد مرّ في الدلائل. وجوابهما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان، فكان التصرف في غير ملكه مطلقاً فيكون الربح خبيثاً، وإنما كرّر الشراء في وضع المسألة تنبيهاً على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي، ثم هذا: أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر، وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير. فقوله: **(في الكتاب)** يعني الجامع الصغير **(اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها)** قال فخر الإسلام: لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له، وهذه أربعة أوجه، ففي واحد منها لا يطيب، وفي الباقي يطيب. وذكر في المبسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً، وهو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه

إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن. أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له، وهكذا قال الكرخي لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. وقال مشايخنا: لا يطيب له قبل أن يضمن، وكذا بعد الضمان بكل حال، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة. قال: **(وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء)**، وهذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس.

عليه، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالاً الخ، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يكون غنياً ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل قوله: **(فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها)** أقول: في عبارة المصنف ها هنا تسامح، لأن حاصلها يؤول إلى أن يقال: فقوله: في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره، لأن قوله: اشترى بها في قوله: إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب، وقوله: ونقد منها أمر مغاير له، ولا معنى للقول: بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى، فالظاهر أن يقال: فقوله: في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا أشار إليه ونقد منها إذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور، وتظهر المقابلة بقوله بعده: وأما إذا أشار إليها ونقد من غيرها و نقد منها وأشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة. ثم إن مأخذ قول المصنف: ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله: وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير، ولفظه: إذا أشار إليها ونقد منها بدل قول المصنف: إذا اشترى بها ونقد منها، فإنه قال هناك: وهذا واضح فيما يتعين بالإشارة إليه. فأما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب إذا اشترى بها يتصدق بالربح، وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها. وكان الكرخي يقول في المسألة إن ذلك على وجه: إما أن يشير إليها وينقد منها، وإما أن يشير إليها وينقد من غيرها، وإما أن يطلق إطلاقاً وينقد منها أو يشير إلى غيرها وينقد منها. وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشير إليها وينقد منها فإن الإشارة إليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها. قال مشايخنا: بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشترى قبل أن يضمن، وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال، وإطلاق الجواب ها هنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار، إلى هنا لفظ فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير. وقال في الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخي: لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرر: أي الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي.

بتلك الدراهم. وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء، فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. قالوا: والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس. وقال فخر الإسلام رحمه الله: قال مشايخنا رحمهم الله: لا يطيب له قبل أن يضمن، وكذا بعد الضمان بكل حال: أي في الوجوه كلها، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح، وقال وذلك لأنه إذا نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم، فأما أن يصير عنها عوضاً فلا تثبت شبهة الخبث، وإن أشار إليها ونقد من غيرها فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضاً، وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق **(وإن اشترى بألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء)** بل يرد عليه مثل ما غصب **(في قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس)** بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح.

قال المصنف: **(لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة)** أقول: هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده، لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى.

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال: **(وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو**

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال في العناية: لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب ردّ العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ. فيه كلام. أما أوّلاً فلأن ما يزول به ملك المالك وإن كان عارضاً لأصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض، فإن موجب أصل الغصب إنما هو رد العين، ولا يصار إلى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر، فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض، فكان بالتأخير أحرى منه. وأما ثانياً فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضاً إنما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله، وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال: لأنه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك، لكن لا يتم به تمام التقريب إذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخراً عما قبله قوله: **(وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها)** قال في العناية: قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً، فإن المالك فيه بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه وضمنه. وقوله: حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها. يقال: شاة مذبوحة وشاة حية. وقوله: وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاء وبدراً وغيرها تزول بالطحن، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله: زال اسمها يتناوله، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة. إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه نظر، فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسألة مذكوراً المجرد التأكيد مع وقوعه في

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله **(وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه وعنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها)** قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه. وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية. وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاء وبذراً وغيرها يزول بالطحن، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة، ومثل ذلك بقوله: **(كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها)** وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك، بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة، والأمثلة كلها تدل على أنه لا بدّ للغاصب فيه من فعل قوله: **(وهذا كله)** يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه **(عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله،**

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله: **(والظاهر أنه تأكيد، لأن قوله زوال اسمها يتناوله الخ)** أقول: فيه أن الشاة إذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجيء من الشارح؛ فالأولى أن يقال: قوله وعظم منافعها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربعة فتأمل.

حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذه سيفاً أو صفراً فعمله آنية) وهذا كله عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا، وعند الشافعي يضمنه، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته. للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت، ولا معتبر بفعله، لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً

عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الإطراد بعيد جداً لا تقبله الطباع السليمة، فالحمل عليه من ضيق العطن. والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأرّبها، فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتي في الكتاب، مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر قوله: **(غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده)** قال بعض الفضلاء: الظاهر أن المراد نقصان القيمة. أقول: ظهوره ممنوع، كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتي: ولنا أنه أحدث صنعة متقومة، لأن قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً، وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها، فإذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقاً فأنى يتصوّر هناك نقصان القيمة، بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفنت، وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال: لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن. ثم قال: والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما، ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة. وقال: فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئاً آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأدائه إلى الربا على ما مر فكذلك ها هنا اهـ. اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضاً بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف، لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى قوله: **(للشافعي أن العين باق الخ)** قال صاحب العناية: قوله وللشافعي عطف على قوله: لأنه يؤدي إلى الربا. أقول: ليس هذا بسديد، فإن الواو غير موجودة ها هنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلاً، ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء، إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله:

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا) إذ الدقيق عين الحنطة من وجه، لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجوداً وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب؛ ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة **(وعند الشافعي يضمنه)** لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز، وهو رواية عن أبي يوسف **(وعنه أنه يزول ملكه عنه)** ولا يسقط عنه حقه **(لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته)** قوله: **(وللشافعي)** عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا، وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك، لأن الواجب الأصلي في الغصب ردّ العين عند قيامه، ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه **(وتتبعه الصنعة)** الحادثة لأنها تابعة للأصل **(كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت)** فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا. فإن قيل: تمثيل فاسد لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به. أجاب بقوله: **(ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سبباً**

قال المصنف: **(وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك)** أقول: الأظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روي عن أبي يوسف ثانياً، فإن فيه لا ينقطع حق المالك أيضاً. نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه قال المصنف: **(غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده)** أقول: الظاهر أن المراد نقصان القيمة قوله: **(لكنه يباع في دينه)** أقول: قوله لكنه ليس في محله، والظاهر أن يقال: فيباع في دينه قوله: **(قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا)** أقول: فيلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان

وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأرّبها. ولنا أنه أحدث صنعة متقوّمة صير حق المالك هالكاً من وجه، ألا ترى أنه تبدل الإسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه، ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور، بل من حيث إنه إحداث الصنعة، بخلاف الشاة لأن

وعند الشافعي يضمنه، وقوله: وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ. ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جداً وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية. وردّ عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي أن العين باق أن له في إثبات مذهبه كذا، وهذا هو المعنى أيضاً على تقدير أن يكون وللشافعي عطفاً على قوله: لأنه يؤدي إلى الربا، إلا أن له في إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف، كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور ها هنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه: عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا، إذ لا شك أن المذكور ثانياً أو ثالثاً من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول، مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر، ومن جملة ذلك قوله: فيما نحن فيه. ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فإنه معطوف قطعاً على قوله: للشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعي بلا ريب. فالوجه في صحة العطف في أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له في إثبات مذهبه كذا ولنا في إثبات مذهبنا كذا، ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فإنه ينفعك في مواضع شتى قوله: **(بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ)** هذا جواب عن قول الشافعي: وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأرّبها، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال: شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال: شاة حية. فإن قيل: الكلام فيها بعد التأريب، ولا يقال: شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الإسم ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل

للنعمة وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلاً) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة **(وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأرّبها)** أي جعلها عضواً عضواً، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً **(ولنا أنه أحدث صنعة متقوّمة)** لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً **(وإحداثها صير)** جنس **(حق المالك هالكاً من وجه)** ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد **(وحقه)** أي حق الغاصب **(في الصنعة قائم من كل وجه)** وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم: إذا تعارض ضرباً الترجيح كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال، لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء والطبخ، لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله: **(ولا نجعله سبباً للملك من حيث هو محظور)** جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه محظور. وتقريره أن لهذا الفعل جهتين: جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور، وجهة إحداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى. وقوله: **(بخلاف الشاة)** جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة. وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية. فإن قيل: الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم

النقصان عند أبي يوسف، هذا خلف، وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الأصوب قوله: **(وحقه في الصنعة قائم من كل وجه)** أقول: قال أكمل الدين: أي حق الغاصب انتهى. لكن الظاهر أن يقول: والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول قوله: **(كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال)** أقول: قوله في الذات: أي في الوجود. قوله في الحال: أي البقاء، والضمير في قوله منه راجع إلى الرجحان قال المصنف: **(ولا نجعله سبباً للملك)** أقول: أي لا نجعل الصفة بتأويل الفعل، أو على اعتبار المفعول الثاني قوله: **(وتقريره أن لهذا الفعل جهتين: جهة تفويت يد المالك عن المحل)** أقول: الأظهر أن يقال: جهة كونه تصرفاً في ملك غيره على سبيل العدول، وإلا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلاً للحاصل. إلا أن يقال: يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط.

اسمها باق بعد الذبح والسلخ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله، رواه الفقيه أبو الليث. ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف؛ ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز. وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها «أطعموها الأسارى»[1] أفاد

تبدل العين، كذا في العين وغيرها. أقول: الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسألة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريبها، فإنه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعاً أن يقال: الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت، ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله، فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي. نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرّر في الجواب المذكور، لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه، ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب قوله: (**وكذا إذا أدّى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه**) في المعنى المراد من قوله: أو ضمنه الحاكم ومن قوله: أو ضمنه المالك نوع اشتباه، وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما، فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم: يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياً له، أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لأنه لا يقضى إلا بطلبه اهـ. واختار تاج الشريعة الاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله: أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب، وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك: يعني إذا كان مال اليتيم. أقول: يرد على الاحتمال الأول أن قول المصنف: في التعليل لأنه لا يقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك، لأن من كان القاضي ولياً له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه، بل قد لا يتصوّر منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيراً جداً وكما إذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً. ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف: قبل هذا وكذا إذا أدّى بالقضاء يأبى ذلك، إذ حينئذ يلزم التكرار. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياً له لكونه نائباً منابه،

مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ، والتأريب بعد ذلك لا يفوّت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين، بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها قوله: (**وهذا الوجه**) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله أو سمسماً فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم. وأما إذا غصب ثوباً فصبغه بعصفر لم ينقطع، وكان بالخيار على ما سيجيء لأن عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه. وقوله: (**لا يحل له**) ظاهر. وقوله: (**ووجهه**) أي وجه القياس (**أن ثبوت الملك مطلق للتصرف**) يعني أن الملك

قوله: (**باق كما تقدم**) أقول: في أول الفصل وفي باب الربا أيضاً قوله: (**بل يقال لحم مأروب**) أقول: الظاهر مأروب أو مؤرب.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٣٣٣٢ والدارقطني ٢٨٥،٤ وأحمد في مسنده ٢٩٤،٥ كلّهم عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار مرفوعاً. وله قصة.

قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٨،٤: وهذا سند صحيح إلا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له في الصحيح وخرّج له البخاري في «جزئه . في رفع اليدين» وقال فيه ابن سعد: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات، ولا يضرّه فقول أبي داود: عاصم عن أبيه عن جدّه: ليس بشيء فإنّ هذا ليس من روايته عن أبيه عن جدّه وقال الزيلعي: ورواه محمد بن الحسن في الآثار.

وورد من حديث أبي موسى الأشعري أخرجه الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٦٩،٤ لكنه عن عاصم بن كليب أيضاً وكليب صدوق كما التقريب وكذا ابنه عاصم.

وقال في الميزان عن عاصم: وثقه يحيى، وغيره وقال عليّ: لا يحتجّ بما انفرد. وقال أبو حاتم: صالح اهـ فالحديث انفرد به وهو غريب.

الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء، **ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد. وإذا أدى البدل يباح له، لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه، وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه. وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما،**

فكان القضاء هناك أيضاً بطلب المغصوب منه حكماً. وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله: ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب، والمراد بقوله: قبيل ذلك، وكذا إذا أدّى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار. ثم قال صاحب الكفاية: ومعنى قوله: أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اهـ. أقول: يرد عليه أيضاً أن قول المصنف: فيما قبل وإذا أدّى البدل يباح: يعني عن هذا المعنى، لأن أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله: أو ضمنه المالك مستدركاً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان. والمراد بقوله: فيما قبل وإذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الأداء ولا يلزم استدراك قوله: وكذا إذا أدى بالقضاء، وأداؤه برضاه إنما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضا فلا استدراك. بقي الكلام في قول صاحب الكفاية: أو تراضيا على مقدار من الضمان فإنه يقتضي الاستدراك، إذ التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف: وإذا أدّى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي. ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن المراد ها هنا التراضي على مقدار من الضمان: أي على بعض منه، والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك. لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن حمل قول المصنف: أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جداً، ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً. وقال تاج الشريعة في تفسير قوله: أو ضمنه المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل أداء الضمان اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل قوله: (ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما

قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة، والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز. وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم «أن النبي ﷺ كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة ضلية: أي مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها، فقال عليه الصلاة والسلام. إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق، فقال الأنصاري: كانت شاة أخي، ولو كانت أعز من هذا لم ينفس-عني بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع، فقال عليه الصلاة والسلام: أطعموها الأساري» قال محمد رحمه الله: يعني المحبسين فسره بالتصدق، مع كون المالك معلوماً. بيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه، وهنا أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء قوله. (ولأن في إباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر. وقوله: (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه، وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كما في الملك الفاسد. وقوله: (وإذا أدّى البدل) راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح. وقوله: (أو ضمنه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم، وقوله: (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذه سيفاً. وقوله: (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسألة: ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان. قال: (وإن

وأصله ما تقدم. قال: **(وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب، وقالا: يملكها الغاصب وعليه مثلها)** لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك. وله أن العين باق من كل وجه؛ ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. قال: **(ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها)** وقال الشافعي: للمالك أخذها، والوجه من الجانبين قدمناه. ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب

إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة. وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اهـ. قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة: وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله: وجه آخر لنا فيه اهـ. أقول: لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل في قوله: وجه آخر لنا فيه، لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس، إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال، فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملاً باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة. وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة، فإنما هو أقل حينئذ يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس. ثم أقول: لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله: والوجه من الجانبين قدمناه، فإن ما قدمه من جانبنا هو قوله: ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك

غصب فضة أو ذهباً) إذا غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب. وقالا: يملكها الغاصب وعليه مثلها، لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير إحداثها حق المالك هالكاً من وجه: ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبراً وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك. وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسماً، لأنه قبل الضرب كان يسمى تبراً وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنانير، ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه؛ ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله: **(وصلاحيته لرأس المال)** جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ. وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هلك العين بها من وجه. وقوله: **(وكذا الصنعة)** جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة، ومعناه أنها غير متقومة في جميع الأحوال لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها، وإنما تتقوم عند المقابلة، بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا، وذلك لأنا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا، ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغاً، وإن وجده صاحبه مكسوراً فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه **(ومن غصب ساجة)** بالجيم وهي الخشبة العظيمة، لأن الساحة بالحاء ستأتي بعد هذا **(فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها)** وذكر في

قال المصنف: **(ومن غصب ساجة)** أقول: هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمهم الله. كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي قوله: **(في قوله وجه آخر لنا فيه)** أقول: يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال.

إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته. ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر: إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجة، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعدّ فيه. وجواب

هالكاً، ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالباً على الساجة فيصح إذ ذاك أن يقال: إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداثها حق المالك هالكاً من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكاً من وجه، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فإنما تكون الساجة غالبة على البناء فليشكل هناك أن يقال: إنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجه، إذ تصيير المغلوب الغالب هالكاً غير ظاهر تأمل تفهم قوله: (**ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة**) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه إضراراً بالغاصب لأن فيه إبطال حقه، وفيما قلنا: إضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة، فكان فوات حقه كلا فوات، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف، فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب، كذا في غاية البيان. أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها، فأنه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضاً كما لا يخفى. نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما، لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسألتنا هذه بتلك المسألة الآتية فتأمل قوله: (**كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته**) قال في العناية: فإن قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط. قلنا: ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين اهـ. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال: كيف يقاس ذلك، ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فإنها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اهـ. أقول: ليس ذلك بشيء إذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال، بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وها هنا كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضاً بلا ريب، على أنه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه، إذ لا يتحقق الغصب هناك، ولا يكون صاحب البناء متصرفاً في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلاً فيما وقع مقيساً ها هنا، ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال

الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة. وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها، وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله: (**للمالك أخذها، والوجه من الجانبين قدمناه**) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (**ووجه آخر لنا فيه**) أي في تعليل هذه المسألة (**أن فيما ذهب إليه**) الشافعي (**إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته**) والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحة منها، وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا

قوله: (**قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره**) أقول: أي من العلتين: أعني التلف وتملك الغصب قوله: (**وجعل حق غيره أولى الخ**) أقول: كيف يقاس ذلك، ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فإنها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل.

الكتاب يردّ ذلك وهو الأصح. قال: **(ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها، وكذا الجزور، وكذا إذا قطع يدهما)** هذا هو ظاهر الرواية. وجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب، ولو

حقه، فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلاً قوله: **(وجواب الكتاب يردّ ذلك)** قال صاحب غاية البيان: ولنا في قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك: أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر، لأن القدوري يروي عن أبي عبدالله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي، فكيف يردّ مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته إليه. نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بإقامة الدليل، أما بمجرد الرواية فلا اهـ كلامه. أقول: نظره ساقط، لأنه إن أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسألة التي نحن بصددها إلى الكرخي فهو ممنوع، كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي: وكان أبو الحسن الكرخي يقول: المسألة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساجة لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض. وأما إذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لأنه تعدّى فيه. وكان الهندواني يختار هذا القول. وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهماً فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه، والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة، وإنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة، وهذا لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدّي فدل على أن المسألة على إطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين. وقال: إلى هنا لفظ القدوري. ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسألة على التقييد بأن بنى على حوالي الساجة، ويستدل على إطلاقها بمسألة كتاب الصرف كما ترى، فتعين أن رواية القدوري هذه المسألة بأن قال فبنى عليها لا يستند إلى الكرخي، بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسألة كتاب الصرف، وإن أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل إلى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم، لكن لا يجدى ذلك ها هنا شيئاً فإن الكلام في مسألة الساجة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت قوله: **(ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلما إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها، وكذا الجزور)** وهو ما أعدّ للذبح من الإبل، من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والأنثى وهي تؤنث، كذا قالوا: وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدرّ والنسل مطلوبين ها هنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على

يصلح للاستشهاد. فإن قيل: عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث إن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملكَ ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط. قلنا: ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين **(ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر رحمهما الله: إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجة لأنه غير متعدّ في البناء، وأما إذا بنى على الساجة ينقض لأنه متعدّ فيه)** قال المصنف رحمه الله **(وجواب الكتاب)** يعني قوله فبنى عليها **(يردّ ذلك وهو الأصح)** قيل: لأنه تغير عما كان عليه، لأن الساجة قبل البناء عليها تصلح للإحراق تحت القدور ولأبواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك إلا بالنقض، والتغيير يوجب انقطاع حق المالك. قال: **(ومن ذبح شاة غيره)** ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعدّ للذبح من الجزر وهو القطع، وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه

قوله: **(وجواب الكتاب، إلى قوله: قيل لأنه تغير الخ)** أقول: قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجة بحالها، غايته أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فإنها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل.

كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه،

المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصاناً، كما إذا غصب ثوباً فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب لكان صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله: وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدرّ والنسل من الأسمان وتبقيتها إلى زمان ليحصل مقاصده منها، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال: وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعدّ للجزر غير مطلوب منه الدرّ والنسل، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اهـ كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال: لا مجال لهذا التوهم أصلاً لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر. وقال: فالأولى طيّ قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول: بدله إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصباً اهـ. أقول: إن قوله لا مجال لهذا التوهم أصلاً تحكم. وقوله لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم، فإنه إذا لم يكن متبرّعاً لما زاده الصبغ فيما إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر، بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي، فلم لا يجوز أن لا يكون متبرّعاً لما زاده الذبح فيما إذا ذبح جزور غيره، بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك، وهذا القدر من القياس إن لم يكن مناطاً للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم، فلا بد من دفع ذلك التوهم، فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ها هنا ولا غبار عليه قوله: **(ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه)** قال صاحب العناية: قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة، فإن حكم مأكوله أيضاً كذلك، لأنه عطف قوله: وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها، فدل على أنهما في الحكم سواء. ومن الشارحين من قال: هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما: يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ردّ ذلك الظاهر، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول: وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم. والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الأول: إنه إتلاف من وجه، وفي الثاني: لوجود الاستهلاك من كل وجه، إلى هنا لفظ العناية اهـ. أقول: القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية، وأما المراد بمن قال: في قوله: ومن الشارحين من قال: فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحد من

يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعدّ للجزر غير مطلوب منه للدرّ والنسل وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك، وكذلك إذا قطع يدهما: أي يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية، بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمنه شيئاً: يعني في ذبح الشاة

قوله: **(وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ)** أقول: لا مجال لهذا التوهم أصلاً، لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر، فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين، ويقول بدله: إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصباً قوله: **(قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة)** أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: **(ومن الشارحين من قال هذا الخ)** أقول: إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الإتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر، وإن شئت فراجعه.

بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف. قال: (ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب فيضمنه (وإن خرق خرقاً كبيراً يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه. قال رضي الله عنه: معناه يترك الثوب عليه: وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق، وكذا بعض المنافع قائم، ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع،

الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية، إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضاً، فإن عين عبارته هكذا: هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية، والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار، وقد مرّ من قبل هذا اهـ. ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية، لأن مدار ورودهما على حمل المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله في الحكم، وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال: هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر. ثم قال صاحب العناية: والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقل الكتب على خلافه، فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال: وفي المنتقى: هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اهـ كلامه. أقول: لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة، لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الإمساك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفاً من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى، ويجوز أن يكون لما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة، بدلالة قوله: لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة، بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكاً من وجه دون وجه، وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف: ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها: أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه، أما إذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان، ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله قوله: (لقول النبي ﷺ «ليس لعرق ظالم حق»)[1] صححه في المغرب بتنوين عرق حيث قال: أي لذي عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً، وقد روي بالإضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه. كذا في العناية وغيرها.

لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر. ووجه الظاهر ما ذكره أنه إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأعراض من الحمل والدرّ والنسل، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأعراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل والدرّ والنسل، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه. قيل:

---

(١) جيّد لشواهده. أخرجه أبو داود ٣٠٧٣ والترمذي ١٣٧٨ والبيهقي ١٤٢،٦ كلهم من حديث سعيد بن زيد.
قال الترمذي: حديث حسن غريب اهـ ورجاله ثقات. وورد مرسلاً من حديث هشام بن عروة عن أبيه أخرجه مالك ٧٤٣،٢ والبيهقي ١٤٢،٦ وورد من حديث عائشة أخرجه الطيالسي ١٤٤٠ والبيهقي ١٤٢،٦ والدارقطني ٢١٧،٤ وفي إسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف وورد من حديث رجل من الصحابة. أخرجه أبو داود ٣٠٧٤ والبيهقي ١٤٢،٦ وبه قصة. رجاله كلهم ثقات إلا ابن إسحاق مدلس، وقد عنعنه ومع ذلك فإن ابن حجر حسّن هذا الحديث في بلوغ المرام. وورد من حديث سمرة أخرجه أبو داود ٣٠٧٧ وابن الجارود ١٠١٥ والطيالسي ٩٠٦ وأحمد ٥،١٢، ٢١ ولفظه «من أحاط على شيء فهو له، وليس لعرق ظالم حق».
وعلة الحديث عنعنه الحسن البصري.
ولكن الحديث بمجموع هذه الطرق يكون جيداً.

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان، لأن محمداً جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت به بعض المنافع. قال: **(ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردّها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» ولأن ملك صاحب الأرض باق، فإن الأرض لم تضر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها، ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه **(فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكونان له)** لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما. وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه، إذ لا قرار له فيه فتقوّم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما. قال: (ومن غصب

أقول: فيما ذكر في المغرب شيء، وهو أنه قدر المضاف أوّلاً حيث قال: أي لذي عرق ظالم، وجعل وصف العرق بالظلم تجوزاً ثانياً، وبينهما تنافر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا في قول النبي ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[1] أن قوله: محرم صفة ذا وجره للجواز فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير إلى التجوز وجه، وعن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز، اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله: أي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى، لا أن هناك مضافاً محذوفاً مقدراً. وقال بعض الفضلاء: ولا مجال لكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة اهـ. أقول: هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب، فإن ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون إلا مضافاً، ويكون نكرة إن أضيف إلى نكرة، ومعرفة إن أضيف إلى معرفة. وعن هذا قال الجوهري في صحاحه: وأما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون إلا مضافاً، فإن وصفت به نكرة أضفته إلى نكرة، وإن وصفت به معرفة أضفته إلى الألف واللام، ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمر ولا إلى زيد وما أشبهه اهـ. ولا ريب أن المضاف إليه الذي فيما نحن فيه هو عرق نكرة فيكون المضاف أيضاً نكرة، فلا معنى لقوله: ولا مجال لكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة، وكأنّ وهمه ذهب إلى ذي

ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة، فإن حكم مأكوله أيضاً كذلك، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما علي قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها، فدل على أنهما في الحكم سواء. ومن الشارحين من قال: هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما: يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ردّ ذلك الظاهر. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه لو كان كذلك لكفي أن يقول: وكذلك إذا كان غير مأكول اللحم. والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الأول: إنه إتلاف من وجه، وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه، والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها، ويكون ذلك اختياراً منه، وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال: وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله: رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان قوله: **(بخلاف قطع طرف العبد المملوك)** متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة. وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكاً من كل وجه، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك. قال: **(ومن خرق ثوب غيره)** اختلف الناس في الحدّ الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، فقال بعضهم: ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش، وما أوجب دونه فهو يسير. وقال بعضهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما أوجب دونه فهو يسير. وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع. قيل: معناه أن لا يبقى

قوله: **(فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه)** أقول: أي يؤمر صاحب الأكثر قيمة بأمر تخييري، والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآجر.

---

(١) تقدّم تخريجه في العتاق مستوفياً، وإسناده قوي.

ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً فلته بسمن فصاحبه بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب: لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة بنى فيها لأن التمييز ممكن، بخلاف السمن في السويق

التي هي مؤنث ذا من أسماء الإشارة التي هي من أنواع المعارف. ونعم ما قالوا: لكل جواد كبوة، ولكل صارم نبوة قوله: **(ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ)** أقول: لمتوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسألة في الغصب بأن قال: ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى. فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي، وبالغصب المنفى تحققه في الأرض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة. وقال صاحب غاية البيان: قد مرّ في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحوّل أن عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فقال بعضهم: يتحقق فيها الغصب، ولكن لا على وجه يوجب الضمان، وإليه مال القدوري في قوله: وإذا غصب عقاراً فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فعلى هذا لا يرد السؤال

للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب مّا. قال المصنف رحمه الله: **(والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين)** قيل يعني من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه **(وجنس المنفعة)** يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه **(واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان)** يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة، وإنما كان ذلك صحيحاً دون غيره **(لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً)** فقال: وإذا غصب ثوباً فقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب، ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصاً يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله، والساقط من القيمة أقل من الربع، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشاً. وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه، وإن خرقه خرقاً كبيراً فللمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأن استهلاك من هذا الوجه، فإنه قبل القطع كان صالحاً لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكاً من وجه، فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث إن العين باق، وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة، أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع، ووضع المسألة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس. قال: **(ومن غصب أرضاً)** كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح، لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها. قالوا: هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان، ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة، وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر إخراجه، ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف أيهما شاء، وله أمثال غير ما ذكرنا. وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» صححه في المغرب بتنوين عرق: أي لذي عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً، وقد روى بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه. وقوله: **(فتقوّم الأرض الخ)** يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلاً ومع الشجر المستحق قلعة خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء قوله: **(ومن غصب ثوباً الخ)** ظاهر، وقوله: **(اعتباراً بفصل الساحة)** يعني

قوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» صححه في المغرب، إلى قوله: بل يؤمر بقلعه)** أقول: ولا مجال لمكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة.

لأن التمييز متعذر. ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض له بعد النقض؛ أما الصبغ فيتلاشى، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ. قال أبو عصمة في أصل المسألة: وإن شاء ربّ الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة، وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى، هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، وقد ظهر بما ذكرنا لوجه في السويق، غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته. وقال في الأصل: يضمن قيمة السويق، لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً. وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه، والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة، وعندهما زيادة. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان. وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع. ولو كان ثوباً تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين، فعن محمد أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ.

على قوله ومن غصب أرضاً. وقال بعضهم: لا يتحقق فيجاب عنه بأن يقال: لما تصوّر بصورة الغصب سماه غصباً كما في قوله تعالى ﴿إلا إبليس﴾ [البقرة ٣٤] لأنه تصور بصورة الملائكة اهـ. كلامه. أقول: قد مرّ منا أيضاً هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا إن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار، ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول: لا على وجه يوجب الضمان، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد، وإنما اغترّ صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار. وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفاً، فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله: ومن غصب أرضاً على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار، على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك، والغصب لا يتحقق فيها إذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل. وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماه غصباً فله وجه؛ ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى.

كما أن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تتضرر الأرض به، فكذلك ها هنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه. وقوله: (لأن التمييز ممكن) يعني بالعصر. وقوله: (ولنا ما بينا) يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا. وقوله: (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ: يعني إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض. وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما، وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ **(قال أبو عصمة)** المروزي رحمه الله **(في أصل المسألة)** يعني في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر. واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وإن كانت مسألة الانصباغ كذلك، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة تقييده بذلك تصحيحاً للنقل **(وقد ظهر بما ذكرنا)** في مسألة الصبغ والانصباغ **(والوجه)** يعني جواب المسألة وتعليلها **(في السويق)** من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل **(غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته. وقال في الأصل: يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً. وقيل المراد منه)** أي من القيمة **(المثل سماه به)** أي سمى المثل بالقيمة **(لقيامه مقامه)** أي لقيام المثل مقام المغصوب، وذكر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوّم قوله: **(فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)** معناه إن نظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوبه وخمسة دراهم. لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة، فالخمسة بالخمسة قصاص، ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله.

قوله: **(قال أبو عصمة الروزي)** أقول: هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمهم الله.

فصل

ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا. وقال الشافعي: لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر. ولنا أنه ملك البدل بكماله، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر، نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع

فصل

لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين، كذا في النهاية، وذكره صاحب العناية أيضاً بعبارة أقصر. أقول: فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال: فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب، ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله: ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحاً قوله: **(وقال الشافعي: لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر. ولنا أنه ملك البدل بكماله، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه)** قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف: وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً اهـ. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن عدم مناسبته لا يهمنا، غايته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب اهـ. أقول: كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة، وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة، فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا: ليتزيف به دليله. فإن قيل: قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره

فصل

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب. قال: **(ومن غصب عيناً فغيبها)** فالمالك بالخيار، إن شاء صبر إلى أن توجد، وإن شاء ضمنه قيمتها، فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. قال: **(الغصب عدوان محض، وما هو كذلك لا يصلح سبباً للملك)** كما لو غصب مدبراً وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق **(ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله)** يعني يداً ورقبة، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله، فإنه قال في الأسرار: قال علماؤنا رحمهم الله: الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي. قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط: وهذا وهم، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة، فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع. وقيل: فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت

فصل

قوله: **(لما فرغ من كيفية)** أقول: الظاهر تبديل الكيفية بالبيان قوله: **(ما يوجب الملك)** أقول: أي بعمل الغاصب قوله: **(فإنه لا يملكه بالاتفاق)** أقول: لكن التعليل مختلف، فعند الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك، وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف: **(والمبدل قابل للنقل)** أقول: قوله والمبدل حال أو عطف بيان قوله: **(وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك**

بعده يصادف القنّ. قال: **(والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه)** لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه **(إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك)** لأنه أثبته بالحجة الملزمة. قال: **(فإن ظهرت العين**

بقوله: ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله: غايته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب. قلنا: ما ذكره بقوله: ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله الشافعي، ولا يندفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سبباً للملك كما ذكره الشافعي في تعليله، فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سبباً للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم، فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الأمر الجليّ القاطع عند إمكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى، فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ها هنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الأسرار حيث قال: قال علماؤنا: الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه قوله: **(إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك)** فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت، وكان القاضي أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدّت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسألة الوديعة، وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة. وأما الغاصب فعليه ها هنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيما ذكروا من وجه الفرق نظر، فإنه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسألة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسألة على مسألة الوديعة في قبول البينة لإسقاط اليمين، لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس، ولا يضرّها وجوب القيمة على الغاصب، لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو على الأقل الذي كان معترفاً به، وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا

الزيادة المنفصلة. وقوله: **(نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء)** جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير. وتقريره القول بالموجب: يعني نعم هو كذلك، لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفاً للقنّ لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه. قال: **(والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه)** إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه **(إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك)** فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك **(لأنه أثبته بالحجة الملزمة)** فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذه المسألة عدّت مشكلة. ومن المشايخ من فرّق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح، لأن

مناسباً) أقول: فيه بحث، فإن عدم مناسبته لا يهمنا، غايته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب قوله: **(وقيل فيه نظر)** أقول: القائل هو الاتقاني قوله: **(بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المتصلة)** أقول: وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة قوله: **(فلا يكون في معنى المودع)** أقول: ينظر فإن الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعي الثمن الناقص إذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى قوله: **(حيث لم يذكره وهو الأصح)** أقول: فيه تأمل قوله: **(دون الإعتاق بالنص)** أقول: قال النبي عليه الصلاة والسلام «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» قوله:

وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار. قال: **(فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار، إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض)** لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما قاله الكرخي رحمه الله أنه لا خيار له، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا. قال: **(ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه)** لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً أو ضرورة، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد، والناقص يكفي لنفود البيع دون العتق كملك المكاتب. قال: **(وولد المغصوبة**

مجرد إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه، وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر قوله: **(ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب)** واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت، والرواية في الأسرار. وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال، بل لا يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح. أقول: في الجواب بحث، لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالاً لما صح إعتاقه وتدبيره، إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مالاً مملوكاً، وقد تقرر في محله أنه يصح إعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالاً. ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالاً بل يكفي أن يكون ملكاً، وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضاً. فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب، لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملاً هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالاً، لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه، وقد قال في الكتاب: ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما إذا غصب الجارية حاملاً مع أنه لا يضمن الزيادة

المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة. وأما الغاصب فعليه ها هنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة. وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال: ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الأصح. قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينبغي أن تحفظ هذه للمسألة، لأنه قال: أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها، وإنما كان ذلك أصح لأجل الضرورة، فإن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب. فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم، فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس حتى يجيء به، وعلى هذا لا يحتاج إلى تأويل أبي بكر الأعمش، وهو ما قال: تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك، فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب، لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن **(فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن)** فإما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولاً، فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو بينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب، لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث

(سلمنا ذلك، لكن لا إزالة ثمة ظاهراً) أقول: فيه بحث، فإن الإزالة عن الكل إزالة عن الجزء قوله: **(فإن تفويت يده يحصل به)** أقول: فإن قيل: ما كانت يده ثابتة حتى يفوت. قلنا: فرق بين التفويت والإزالة، فالأول لا يقتضي الثبوت قوله: **(وأجيب بأن الضمان ليس**

ونماؤها، وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) وقال الشافعي: زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه. ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه

في هاتيك الصورة أيضاً كما ذكر في الأسرار، فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى قوله: **(ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع)** أقول: هذا إنما يتم فيما إذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب. وأما فيما إذا غصبها حاملاً فلا، لأن الولد في هذه الصورة كان جزءاً من أمه حين الغصب فكان إزالة يد المالك عن أمه مستلزماً لإزالتها عنه أيضاً ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل إزالتها عن أجزائه، فلا يتصوّر إذ ذاك أن يقال: ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها، ولا يصح التعليل بأن يقال: إذ الظاهر عدم المنع، لأن منع الكل بإزالة يد المالك عنه لجزئه أيضاً، وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما إذا غصبها حاملاً وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا، فكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة تمام المسألة. قال صاحب العناية: وعورض بأن الأم مضمونة البتة، والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرقّ والملك في الشراء. وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فإن وصف به المال كان مجازاً اهـ كلامه. وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية. أقول: في الجواب نظر، لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي، يقال: ضمنه ضماناً، ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل، وبهذا الاعتبار يصير وصفاً له وتعلق بالمفعول به، وبهذا الاعتبار يصير وصفاً له أيضاً، وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال: إن الفعل المتعدي محتاج إلى المفعول به في التعقل والوجود جميعاً، وإلى المفعول فيه في الوجود فقط. وقال: وله تعلق بالفاعل، وبهذا الاعتبار هو وصف له، وتعلق بالمفعول به، وبهذا الاعتبار هو وصف له. وقال: ولا امتناع في قيام الإضافيات بالمضافين. وردّ به قول صاحب الكشف إن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين، فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضاً حقيقة فيقال هو مضمون، فقول هؤلاء الشراح فإن وصف به المال كان مجازاً ممنوع جداً. وقال صاحب العناية: فإن قيل: قد وجد

ادعى هذا المقدار. وإن كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار، إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة، فإن قيل: أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الأولى. أجاب بقوله: **(وأخذه دونها)** أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه، بخلاف المسألة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره **(ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير)** يعني ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه **(فكذلك الجواب)** أي فهو بالخيار، إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض **(في ظاهر الرواية)** وقال الكرخي رحمه الله: لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله **(وهو)** أي ظاهر الرواية **(الأصح)** لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار. قال: **(ومن غصب عبداً فباعه الخ)** ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه

بصفة قارة في الأم، بل هو لزوم حق الخ) أقول: فيه تأمل قوله: **(والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد)** أقول: فإن ولد المغرور حر بالقيمة قوله: **(لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً الخ)** أقول: فيه تأمل، إذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسألتنا، مع أن المسألتين الأوليين دلتا على أن مجرد إثبات اليد كاف في الضمان.

الزيادة حتى يزيلها الغاصب، ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها، إذ الظاهر عدم المنع، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب: وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه، وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع، على هذا أكثر مشايخنا. ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية، ولهذا يتكرّر

الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب، وكالملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد، ويضمن الأموال بالإتلاف تسبباً كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها. فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة. وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصباً فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدياً، إلى هنا كلامه. أقول: هذا الجواب ليس بتام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها. وأما إذا كان المراد بذلك أن تعليل مسألتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها، ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضاً مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن. فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية، فإن شئت فراجعهما قوله: (ولهذا يتكرر بتكرّرهما) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل: أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر، كذا وجدت بخط شيخي، ولكن يحتمل أن يكون معناه

الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما نذكر، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه، وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احتراز عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين: في رواية يصح إعتاقه، وهو الأصح قياساً على الوقف. في رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي **(وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن** والجمال **(وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالجحود عند طلب المالك) والأكساب** الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله: **(زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة)** بناء على **أن حد** الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة، فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضموناً عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج **(ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في** أول كتاب الغصب، وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً، لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت، والرواية في الأسرار. وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، سلمنا ذلك، لكن لا إزالة ثمة ظاهراً، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدي فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب، وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه، وإنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم. وعورض بأن الأم مضمونة البتة، والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في

بتكررها، ويجب بالإعانة والإشارة، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى.
قال: **(وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط**

يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم، وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه. وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرّر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا، إلى هنا لفظ النهاية. واقتفى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ها هنا، ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول، ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل: ولهذا يتكرر الجزاء بتكرّر هذه الجناية فإنه لو أدّى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر، ويجوز أن يكون معناه يتكرّر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم اهـ كلامه. أقول: لا جواز عندي للمعنى الثاني ها هنا أصلاً فضلاً عن أن يكون هو الأولى كما زعم صاحب النهاية: فإن قول المصنف: يتكرّر بتكرّرها متفرع على قوله: فهو ضمان جناية كما ترى، ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله: يتكرّر بتكرّرها على المعنى الثاني، لأن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنايته لا ضمان غصب فإن تكرر وجوب الإرسال بتكرر الإخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على

الشراء. وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب، فإن وصف به المال كان مجازاً. فإن قيل: قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب، والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد، ويضمن الأموال بالإتلاف تسبباً كحفر البئر في غير الملك، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها. فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصباً فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدياً قوله: **(وفي الظبية المخرجة من الحرم)** جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم. ووجه ذلك أن القياس غير صحيح، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع، وإن قياس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا **(وإذا أطلق)** يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده **(فهو ضمان جناية)** أي إتلاف لأن صيد الحرم وزوائده كان آمناً في الحرم صيداً، وذلك في بعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا **(ولهذا يتكرّر)** الجزاء **(بتكرر هذه الجناية)** فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر، ويجوز أن يكون معناه يتكرّر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم قوله: **(ويجب)** يعني الضمان **(بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى)** قال: **(وما نقصت الجارية بالولادة الخ)** ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه ردّ الجارية وردّ نقصان الولادة بالذي ثبت فيها بسبب الولادة، لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها، وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون

قوله: **(فيضمن لذلك بمجرد الوقوع)** أقول: الأولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده قوله: **(معناه يتكرر وجوب الإرسال)** أقول: وعلى هذا يلزم فك الضمائر قوله: **(فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة)** أقول: قوله الذي صفة النقصان، وضمير فيها راجع إلى الجارية، وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت قوله: **(بما زاد من القيمة فيه)** أقول: قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجبر.

ضمانة عن الغاصب) وقال زفر والشافعي: لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل أو ماتت الأم وبالولد وفاء، وصار كما إذا جزّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم. ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف، وعند ذلك لا يعدّ نقصاناً فلا يوجب ضماناً، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم

السواء كما لا يخفى، بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال: جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء، ولكن يتكرّر وجوب الردّ إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا اهـ تدبر تقف قوله: **(ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف)** ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية إلى أن.قول المصنف: على ما عرف إشارة إلى ما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها، وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة الخلاف. واختار صاحب العناية الثاني، وذكر الأول أيضاً بطريق النقل حيث قال: يعني في طريقة الخلاف، وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اهـ. أقول: لا مجال عندي للحمل على الأول أصلاً، لأن المراد بالسبب ها هنا سبب الزيادة والنقصان، وبما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت، ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سبباً للآخر أيضاً البتة، حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى إلى قول المصنف فيما سيأتي وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالباً اهـ. فإن ذاك صريح في أن الولادة لا تكون سبباً لموت الأم، ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضاً لا يكون سبباً له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه كما لا يخفى، مع أنه حكم ها هنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق. ثم إن المعروف في الحوالة على ما يجيء أن يقال: على ما يجيء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع، وأما أن يقال: في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط، فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير قوله: **(وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً)** لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفاً عن مالية المبيع لاتحاد السبب، حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئاً، وهذا لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، كذا في الشروح. واعترض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله، وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله. وأجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله: لا يعدّ نقصاناً، فإنه إذا لم يعدّ نقصاناً لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع، هذا زبدة ما في النهاية والعناية. أقول: الجواب منظور فيه، فإن النقصان أمر محقق لا مجال لإنكار وقوعه، إذ وضع مسألتنا فيما إذا نقصت الجارية بالولادة، ولا يرى وجه لأن لا يعدّ ذلك

جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئاً. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه، كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فإنه لا ينجبر بها، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم، وكما إذا هلك الولد قبل الردّ أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء، وكما إذا جزّ صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر، أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها، أو خصي عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجبر الصوف بالصوف، والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه. ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعني في طريقه الخلاف. وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء،

سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع، وولد الظبية ممنوع، وكذا إذا ماتت الأم. وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً، وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الردّ لأنه لا بد من رد أصله للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه، والخصاء لا يعدّ زيادة لأنه غرض بعض الفسقة، ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل، لأن سبب النقصان القطع والجزّ، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم، والزيادة سببها الفهم. قال: **(ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرّة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن في الأمة أيضاً)** لهما أن الردّ قد صح، والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو

النقصان المحقق نقصاناً سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد، كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف: وعند ذلك لا يعد نقصاناً كما مرّ، ويدل عليه قوله في أصل المسألة فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، ولو كان إطلاق الجابر عليه توسعاً ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعدّ نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصاناً موجباً للضمان في سائر المواضع، وأن لا يعدّ نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصاناً موجباً للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكماً بحتاً، وحاشا لأئمتنا من ذلك فليتأمل قوله: **(وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)** أقول: لقائل أن يقول: لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين، إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت الثنية في الثانية. وقد ردّ المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جزّ صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ها هنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضاً. ثم أقول في الجواب: إن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم، إذ لا يلزم من حدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده، إذ يمكن عند اتحاده أن لا يعدّ النقصان نقصاناً كما ذكروه، بخلاف عدم اتحاده، إذ لا وجه عنده أصلاً لئلا يعد النقصان نقصاناً، ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا، لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصاناً فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصاناً أولى كما لا يخفى فتدبر، فإنه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانه. وقال بعض الفضلاء: والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصاناً للجارية بلا ريب، والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئاً فيما نحن فيه قوله: **(والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة)** أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ها هنا

وعند ذلك لا يعدّ النقصان نقصاناً لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفاً عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئاً، وهذا لأن الفوات إلى خلف كلافوات، وصار كما إذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف قوله: **(وولد الظبية ممنوع)** جواب عن قولهما. وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد، وكذا لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة أم الولد إذا كان فيها وفاء، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية. وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً وها هنا

قال المصنف: **(أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)** أقول: قال الزيلعي: أو قلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اهـ.

الولادة فلا يضمن الغاصب، كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت، أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن. وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردّت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك، أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة، كذا هذا، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد. وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم، وما ذكرنا شرط صحة الرد. والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا

سبباً للهلاك، وقد صرّح فيما مرّ بأنها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب الموت الأم، إذ لا تفضي إليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه قوله: **(ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه)** لقائل أن يقول: مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدوابّ ونحوها، لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة في ذلك بالإجماع، ولم أر أحداً حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال: والجواب عن مسألة الإيجار. قلنا: لا تجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكينه كان ذلك طريقاً للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة اهـ. أقول: هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون مخلصاً ها هنا إلا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الإجارات، كقولهم الإجارة تمليك المنافع بعوض، وقولهم: والقياس يأبى جوازها، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وقولهم: وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة، وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع، ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف. ثم أقول: الأولى في الجواب عندي أن يقال: اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده إنما هو على موجب القياس، وقد تقرّر في أول كتاب الإجارات أن القياس يأبى جوازها،

ليس كذلك، فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالباً. وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى، وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم وردّ القيمة كرد العين، ولو ردّ عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد فكذا إذا رد قيمتها **(وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد)** جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الردّ. ووجهه أن كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد، وإذا كان الولد هالكاً كيف ينجبر النقصان به، والخصاء لا يعدّ زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع، وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلاً بمحل النزاع.

وفيه أن السبب ليس بمتحد، والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف قوله: **(أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب بالمنع فإنه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق، وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري ماله بماله، وقد مر تفصيله في باب المرابحة والتولية فراجعه قوله: **(لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه)** أقول: فيه بحث قوله: **(بضمان الغاصب)** أقول: أي على مذهب زفر والشافعي قوله: **(بل هو بدل من حيث الذات)** قول: فيه بحث.

متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب. قال: (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها. وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه) له أن المنافع أموال متقوّمة حتى تضمن بالعقود فكذا

إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالنص استحساناً لحاجة الناس إليها، وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، فيجوز في الإجارة أن يجب الأجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده إذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص، بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياساً واستحساناً فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر قوله: (ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول: لقائل أن يقول: هذا الدليل إنما يدل على أن منافع المغصوب لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما، ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعي عدم مضمونيتها أصلاً فلا يتم التقريب. ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالإجماع، فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره، يرشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال: ولئن سلمنا تصوّر غصبها فلا يمكن تضمينها، لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فإما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد، أو بالأعيان وهو باطل أيضاً لأنها لا تماثل الأعيان، لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتاً. وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والإجماع، ويرشد إليه أيضاً تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال: ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو إما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع، أو بغيرها من الأعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة، والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] اهـ. قال صاحب العناية: واعترض بما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى، فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة، وبما إذا استأجر الوصيّ لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لا محالة، ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن. وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى، فكان السؤال غير وارد، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض، ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا، فدل على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات اهـ كلامه.

فإن قيل: المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله. أجيب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لا يعدّ نقصاناً، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة. فإن قيل: لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لما بقي ملكاً للمولى

قال المصنف: (وردت وفيها ذلك) أقول: لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفاً من وجه الرواية الظاهرة من الإمام أن الولادة ليست بسبب لموت الأم فتأمل في دفعها قال المصنف: (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول: قال الزيلعي: وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى، وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلاً بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى. وفيه تأمل قوله: (أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول: يشترط فيه أيضاً تسليمه بوصف السلامة قوله: (إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول: فيه بحث، فإنه يرجع عليه بنقصان العيب قوله: (من الحمى والضعف) أقول: أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية قوله: (ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول: فيه بحث.

بالغصوب. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المال لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه، كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها، ولأنها

أقول: فيما ذكره في كل من الجوابين شيء. أما في الأول فلأن تنويره بقوله: ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح، لأن جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان، لأن للعقد والرضا تأثيراً في تجويز كثير من التفاوت، وعن هذا قالوا: يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعاً، ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضاً بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلاً بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصوّر بين جوهر وعرض كما صرحا به. وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصيّ لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه، لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش، والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش، ولا شك أن جواز تصرف الوصيّ في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش، ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر، فلم لا يجوز أن يكون

عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد. أجيب بأنه ملك المولى لا محالة، ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات، فإذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقي في ملك المولى. فإن قيل: الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عدّه نقصاناً لا تضمينه، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضاً، فلله در المصنف ما ألطفه ذهناً، جزاه الله عن المحصلين خيراً. قال: (**ومن قال غصب جارية فزنى بها**) قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها، قال: هو ضامن لقيمتها يوم علقت، وليس عليه في الحرة ضمان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردّها، وتابعه المصنف في قوله ثم يرها فتحبل بتقديم الرد على الحبل، ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد، قال: الردّ قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق، وصحته توجب البراءة عن الضمان. فإن قيل: لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده. أجاب بقوله: (**والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة**) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب (**كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع**) ولم يعلم المشتري بالحبل (**فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن**) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الردّ لم يكن صحيحاً، لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ها هنا، فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (**فصار كما إذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا، بخلاف الحرة**) إذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (**لأنها لا تضمن بالغصب**) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الردّ بكونها حبلى قوله: (**وفي فصل الشراء**) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق، وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم: أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه، وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (**وما ذكرناه**) من وجوب الردّ على الوجه الذي أخذه عليه (**شرط لصحة الردّ**) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرط وهو تمثيل فاسد. قيل: وتحقيقه

قوله: (**لأنها أعراض لا تبقى**) أقول: وإن بقيت لا تضمن أيضاً لأنها ترد مع أصلها قوله: (**وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه الخ**) أقول: الكبرى محتاجة إلى البيان قوله: (**وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض**) أقول: ويعضده أن الأجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة، ولا كذلك الجوهر والعرض قوله: (**ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ**)

لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان، وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف، ولا نسلم أنا متقوّمة في ذاتها،

الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضاً كذلك؟ فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد مالا يعد عيباً في التصرفات. نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام ١٥٢] ذلك المعنى لكنه إنما يعرف لدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي قوله: **(وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف)** قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ: أي العلل التي هي مناط الحكم، أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب، وثانياً بقوله: إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها، وثالثاً بقوله: لأنها لا تماثل الأعيان الخ اهـ. أقول: فيه نوع خلل، لأنه قال: أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين، ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ها هنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولاً وثانياً وثالثاً بأقواله المزبورة لا أمر آخر، فكيف يصح العطف بكلمة أو. وقال صاحب الغاية ها هنا: أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم، وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله إنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً أنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثاً أنها لا تماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اهـ. أقول: يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ها هنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بعينه كما عرفته آنفاً، فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك، والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين، لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ها هنا، وبقوله: وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ها هنا وتعيينه، فكأنه قال: أراد بمعنى المآخذ ها هنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ها هنا ذاك، والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهره فيصح العطف، إلا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق

أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء وبهذا لا يقابلها شيء من الثمن، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوّم وقد وجد، فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده. وأما الغصب فالأوصاف داخلة فيه، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب، وردّها كذلك فإنه يضمن النقصان. وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الردّ بدونها رداً فاسداً. وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله: **(والزنا سبب)** جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ. وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم إلا الجارح ولا المتلف، ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن.
قال: **(ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ)** منافع الغصب غير مضمونة، لكن إن نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان. وقال الشافعي رحمه الله: مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال، وربما سمي الأول غصباً والثاني إتلافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده. وفصل مالك رحمه الله قال: إن سكنها فكما قال الشافعي وإن عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله **(للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة)** لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشحّ والضنة **(ويضمن بالعقود)** صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع **(فكذا بالغصوب)** لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً كما لو ورد على الميتة **(ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت في إمكانه)** أي تصرفه وقدرته وكسبه **(إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى)** وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه دفعاً لحاجته، فإن الملك لم يثبت للعبد إلا دفعاً لحاجته إلى إقامة التكليف، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والإنسان لا يضمن ملك نفسه.

أقول: فيه بحث، فإنه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضاً فلا يصلح ما ذكره للتنوير قوله: **(هو ما لا يعد عيباً في التصرفات)** أقول: ولا يقتضي المماثلة، بخلاف ضمان العدوان فإنه يبتني على المماثلة بالنص.

بل تقوّم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن. ثم أقول: بقي في هذا المقام بحث قوي، وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف، ومال اليتيم وما كان معداً للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضاً. فإن قلت: العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظراً للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك، ويجوز ترك القياس بالاستحسان. قلت: ذلك فيما يتصور ويمكن، وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصوّر الغصب والعدوان في المنافع، وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والإجماع، فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً.

ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا بقاء لها. ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان. واعترض بما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى، فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة، وبما إذا استأجر الوصيّ لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لا محالة، ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن. وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى، فكان السؤال غير وارد، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعدّ عيباً في التصرفات **(وقد عرفت هذه المآخذ)** أي العلل التي هي مناط الحكم، أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب، وثانياً بقوله إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها، وثالثاً بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره **(في المختلف)** يعني في مختلف أبي الليث، وقوله: **(ولا نسلم أنها متقومة)** جواب عن قوله المنافع أموال متقوّمة. وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز، وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوّم لضرورة دفع الحاجة **(عند ورود العقد)** عليها بالتراضي، ولا عقد في المتنازع فيه **(إلا أن)** أي لكن **(ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين)** والله أعلم.

قوله: **(أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت الخ)** أقول: فيه بحث.

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال: (**وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن**) وقال الشافعي: لا يضمنها للذمي أيضاً وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي. له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي، لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال صاحب النهاية: لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب بحدّه الذي ذكرناه إنما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوّماً، إما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اهـ كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب العناية. أقول: لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير ما لا يتقوم متقوماً بأحد الاعتبارين المذكورين، بل لا وجه له عند النظر الدقيق لأن المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها، ففي ما لا ضمان فيه كإتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوماً باعتبار مّا أصلاً، فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوماً مما لا تأثير له في حكم الضمان قطعاً بل له نوع إباء عنه، ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوماً منهم الشارح الكاكي حيث قال: لما فرغ من بيان غصب ما يتقوّم إذ هو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوّم اهـ. ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال: لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اهـ قوله: (**ولنا أن التقوم باق في حقهم، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا**) أقول: فيه إشكال من وجهين: أحدهما أن الخصم قال: إنهم أتباع لنا في الأحكام، وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام «**إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين**»[1] كما صرح به في الكافي وعامة الشروح، فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدالّ على كونهم أتباعاً لنا في الأحكام، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول. فإن قلت: نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا، فيدل النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام «اتركهم وما يدينون»[2] على مدعانا ها هنا. قلت:

فصل في غصب مالا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الأصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً إما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم قال: (**وإن أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره الخ**) هذه المسألة على أربعة أوجه: إتلاف المسلم خمر المسلم، وإتلاف الذمي خمر المسلم، وإتلاف الذمي خمر

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال المصنف: (**وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن**) أقول: في شرح الكافي لصدر الإسلام: لو أتلف مسلم على ذمي خنزيراً على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته. قال الإتقاني: وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي، ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف: (**وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي**) أقول: (**ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذمي بعلى**) قوله دل على ذلك قول عمر، إلى قوله: لا تفعلوا الخ أقول: قوله لا تفعلوا مقول قول.

---

(١) غريب هكذا. وجاء في نصب الراية ٣٧٨،٣: أخرج أحمد والحكم في المستدرك عن سلمان أنه انتهى إلى حصن أو مدينة فقال لأصحابه: دعوني أدعوهم كما رأيت رسول الله ﷺ يدعوهم. فقال لهم: إنما كنت رجلاً منكم فهداني الله للإسلام فإن أسلمتم فلكم مالنا وعليكم ما علينا وإن أبيتم فأدّوا الجزية وأنتم صاغرون فإن أبيتم نابذناكم على سواء إنّ الله لا يحب الخائنين ففعل ذلك بهم ثلاثة أيام فلمّا كان في اليوم الرابع أمر الناس فغدوا إليها ففتحوها اهـ. وفي إسناده عطاء بن السائب صدوق اختلط بآخره كما في التقريب وبقية رجاله ثقات. والله أعلم.

(٢) تقدّم في الذي قبله ومعناه.

الضمان. ولنا أن التقوم باق في حقهم، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا بأن نتركهم

للخصم أن يقول: المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات، وما نحن فيه من المعاملات؛ ولئن سلم العموم للمعاملات أيضاً فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان. والثاني أنه قد تقرر في علم الأصول أنه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضاً في حق المؤاخذة في الآخرة. وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فمختلف فيه، وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوّم الخمر والخنزير أيضاً. ثم أقول: يمكن الجواب عن كل واحد منهما: أما عن الأول فبأن يقال: ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعاً لنا في الأحكام، فإن عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا: نعشرها قال: لا تفعلوا، ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالاً يتقومّ في حقهم حيث جواز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح. وأما عن الثاني فبأن يقال: كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضاً، وأما فيما لا يتحمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً، وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا، والأصل أنّ ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، والمزيل وهو قوله تعالى ﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة ٩٠] وجد في حقنا بدليل السباق والسياق، فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية، فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضاً، وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال: تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية، وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام، ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصاً في حق المسلمين فكانا حراماً عليهم وبقيا حلالاً على الكفار كنكاح المشركات كان حلالاً في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصاً في حق المسلمين فبقي حلالاً في حق الكفار فكذا ها هنا ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى ﴿يا أيها اللذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ [المائدة ٩٠] والمؤمن هو الذي يفلح إذا اجتنب الخمر، وقال تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة ٣] إلى هنا لفظ غاية البيان، ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ها هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا: الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير، فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة شرعاً، فكان كل واحد منهما مالاً متقوّماً في حقهم. ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لإقامة مصلحة البقاء، والأصل في أسباب البقاء هو الإطلاق، إلا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصاً غير معقول المعنى، أو معقولاً لمعنى لا يوجد ها هنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة، وهو قوله تعالى ﴿إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدّكم عن ذكر الله وعن الصلاة﴾

الذمي، وإتلاف المسلم خمر الذمي. ولا ضمان على المتلف في الأولين بالإجماع: وأما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. وعلى هذا الخلاف إذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافاً له. قال: (**سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام**) قال ﷺ «إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» وإذا سقط تقوّمها (**فلا يجب بإتلافها مال متقوم وهو الضمان**) أي ما يضمن به (**ولنا أن التقوم باق في حقهم، إذا الخمر لهم كالخل والخنزير عندهم كالشاة عندنا**) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله: ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمور؟ فقالوا: نعشرها، قال: لا تفعلوا، ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالاً متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه. بخلاف الميتة والدم، لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال، لأن المسلم ممنوع من تمليكه لكونه إعزازاً له، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم، وبخلاف العبد المرتدّ يكون للذمي، لأنا ما

[المائدة ٩١] لأن الصدّ لا يوجد في الكفرة، والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك، وهذا يوجب الحلّ لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم. وبعضهم قالوا: إن الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الأقوال على ما عرف في أصول الفقه. وعلى هذا طريق الضمان وجهان: أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالاً متقوماً في الحال فهي بعرض أن تصير مالاً متقوماً في الثاني بالتخلل ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالاً متقوّماً في الجملة ولا يقف على ذلك الحال، ألا يرى أن المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والإتلاف. والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حساً لما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: أمرنا أن نتركهم وما يدينون[١]، ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك، ونفي الضمان بالغصب والإتلاف يفضي إلى التعرض لأن السفيه إذا علم أنه إذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك، وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع قوله: (ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) أقول: لقائل أن يقول: فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كإحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فإنهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير. والجواب أن أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها، كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»[٢] على ما سيأتي بيانه عن قريب. قال صاحب

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمّة، وحينئذ تعذر الإلزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم، وإذا بقي فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم، وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه، ونوقض بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون. وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان. وقوله: (بخلاف الميتة والدم) وجواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين قولهما، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور لأن المسلم ممنوع من تمليكه لكونه إعزازاً له) بخلاف أهل الذمة فإنهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها، فإن جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك، وإن استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه قوله: (وهذا بخلاف الربا) متعلق

قوله: (لا نجادلهم على الترك الخ) أقول: أي ترك ما يدينون قوله: (وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول: فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام لطلبهم ذلك لا نورثها.

---

(١) أثر علي لم أجده بعد. لكن هو في معنى المتقدّم.

(٢) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٣،٣: غريب، وروى ابن أبي شيبة في مصنّفه في باب ذكر أهل نجران عن الشعبي: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران. وهم نصارى. أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له. وهو مرسل. وروى أبو عبيد في الأموال عن أبي المليح الهزلي أنّ رسول الله ﷺ كتب لأهلل نجران... وفيه: ولا يأكلون الربا فمن أكل منهم الربا فذمّتي منه بريئة. اهـ. قلت: فمرسل الشعبي يعتضد بهذا الخبر والله تعالى أعلم.

بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويردّ عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك. والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوّم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه. وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع. قال: **(وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه)** ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع. أما الخل فلأنه لما بقي على ملك

لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفاً. وأما على تقدير أن يكون قوله: وهذا بخلاف الربا متعلقاً بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فيصير المعنى: وهذا أي عدم كون الذمي ممنوعاً عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا. ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وأن كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها حينئذ. وقال بعض الفضلاء: بل الأولى أن يتعلق بقوله: فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير اهـ. أقول: هذا أقبح مما قاله صاحب العناية، لأنه إن كانت الإشارة بهذا إلى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى: وهذا أي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله: فيضمنه معنى وإن صير إلى التقدير بأن يقال: المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا سكون سديداً أيضاً لأن الضمان إنما يتصور في الإتلاف ومسألة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم قوله: **(وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة)** قال في العناية: يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى، وحينئذ يجب أن نقول: بموجب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي. ووجه الجواب ما قاله: أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه. ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم. والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهم وما يدينون»[1] وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق

أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله. ووجه الجواب ما قاله إن ولاية المحاجة ثابتة، والدليل الدالّ على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه. ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم. والجواب أن الدليل هو قوله ﷺ «اتركوهم وما يدينون» وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين. قال: **(فإن غصب من مسلم خمراً فخللها الخ)** من غصب من مسلم خمراً فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين، لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبما له قيمة أولاً، فإن خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إليها، أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما، فإما أن يكون الخل والجلد باقيين أو لا، فإن كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه. وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير

قوله: **(ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ)** أقول: الأولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة قوله: **(والجواب، إلى قوله: وهو منتف في حق المجتهدين)** أقول: فيه بحث، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه.

---

(١) تقدّم قبل حديث واحد.

ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين، وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة. قال: **(فإن غصب من مسلم خمراً فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل**

العناية أخذاً من النهاية: ونوقض بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون. وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اهـ. واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه إن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اهـ. أقول: ليس فيما ذكره كبير حاصل، إذ مراد المجيب أيضاً أن عدم توريثنا إياها إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم. نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم، وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقد استحقاق الميراث؛ ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرقّ واختلاف الدين مع صحة النكاح، وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية، وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضاً على شرع الإسلام، فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض. ثم أقول: بقي ها هنا كلام آخر، وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فإنها لا تستحق شيئاً من الميراث عندنا لاختلاف الدينين، مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرّر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع، والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك، فتأمل في الجواب قوله: **(وهذا بخلاف الربا)** متعلق بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، كذا قاله جماعة من الشراح. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: والأولى أن يتعلق بقوله: نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من العطف حينئذ اهـ. أقول: تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد، لأن كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جداً لا يستقيم أن يكون الربا من خلال قوله: نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون، لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تديناً لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾ [النساء ١٦١] كما صرحوا به قاطبة، حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا مخالفاً لقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة. وعلى تقدير أن يكون قول المصنف: وهذا بخلاف الربا متعلقاً بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المعنى: وهذا أي قوله: ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا، وليس هذا المعنى بسديد

بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر، كذا قيل. والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله: **(لأنه مستثنى من عقودهم)** يعني بعدم الجواز لقوله ﷺ «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وذلك لأنه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربا في دينهم، قال الله تعالى ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾

(وبخلاف العبد المرتدّ للذمي) فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئاً وإن كان اعتقاد الذمي أن العبد المرتدّ مال مقوم وهو أيضاً في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله. ووجه الجواب **(أنا ما ضمناً لهم ترك التعرض)** للعبد المرتد للذمي **(لما فيه)** أي في ترك التعرض **(من الاستخفاف بالدين)** بالترك والإعراض عنه. واستشكل هذا التعليل بما إذا أتلف على نصراني صليباً فإنه يضمن قيمته صليباً، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين. وأجيب بأن ذلك كفر أصلي، فالنصراني مقرّ على ذلك بخلاف الارتداد وقوله: **(بخلاف متروك التسمية)** يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون: يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى. وحينئذ يجب

قوله: **(قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر، كذا قيل، والأولى أن يتعلق بقوله نحن الخ)** أقول: بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه، والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير.

مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف، ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال. وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه واجب الرد، فإذا فوّته عليه خلفه قيمته كما في المستعار، وبهذا فارق الهلاك بنفسه. وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس.

المجتهدين، إلى هنا لفظ العناية. واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال: فيه بحث، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ. أقول: هذا ساقط جداً. أما أوّلاً فلأن القاضي إنما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئاً من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلاً كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء، ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامداً فإنه مخالف لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] والكلام ها هنا في متروك التسمية عامداً فكيف يتصور فيه التنفيذ. وأما ثانياً فلأن حاصل الجواب المذكور أن علة الأمر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهم وما يدينون»[(١)] هي عقد الذمة، وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياساً. ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدالّ على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى، وأن حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور، بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله قوله: (ولو هلك في يده لا يضمن بالإجماع) قال صاحب العناية: والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل، لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف اهـ. أقول: هذا ليس بسديد، لأن الذي لا يحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالإجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الإجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلاً عليه، والظاهر أن مراد المصنف بالإجماع ها هنا هو إجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفاً من مسألة الاستهلاك، لا إجماع الأمة الذي هو من الأدلة، لأن هذا الإجماع إنما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد ﷺ على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه، كيف وقد قال في معراج الدراية ها هنا: وعند الأئمة الثلاثة: يعني مالكاً والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن، وأما إذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن. وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه ردّه ولا يضمن، وفي قول وجب رده ويضمن اهـ. فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لأئمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه، مع أن مالكاً من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد، فلم يتحقق إجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسألة قطعاً، ولم ينقل إجماع أمة أخرى من قبل، فلم يمكن حمل الإجماع المذكور على إجماع الأمة كما لا يخفى. وقال صاحب النهاية

مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع، والفرق بين المسألتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وإن لم يكونا باقيين، فإن استهلكهما الغاصب ضمن الخل، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه، وإن هلكا في يده فلا ضمان عليه بالإجماع، والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف، والبينة على ذلك أنه إن ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ، ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي والفرض عدمه وقوله: **(أما الخل)** دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر **(وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه)** قال القدوري: يعني إذا غصب الجلد من منزله، فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً. وإذا كان باقياً على ملكه **(وهو مال متقوم)** وقد استهلكه **(يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ**

---

(١) تقدّم تخريجه قبل حديثين.

أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الردّ عليه. وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقوّمة لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقاً له والجلد تبع له في حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع، كما إذا هلك من غير صنعة، بخلاف وجوب الردّ حال قيامه لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً، بخلاف الذكيّ والثوب، لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعاً للصنعة، ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل: ليس له ذلك، لأن الجلد لا

ها هنا ولم يذكر الدليل لقوله لو هلك في يده لا يضمن بالإجماع لأن دليله ظاهر، وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكلّ واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب، ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضاً لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه، والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي اهـ كلامه. أقول: ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم، ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الحل ممنوع، ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل. ثم أقول: لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسألة ها هنا انفهامه مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك إليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه، تبصر ترشد قوله: (**كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه**) قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، إذ لا نسلم أوّلاً أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب إنما يوجب ردّ العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب، وإنما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك، ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سبباً للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضاً سبباً له، ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدّي بالاستهلاك سبباً لضمان المتعدي ما استهلكه وإعطاء المالك ما زاده الصنعة، وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه، غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سبباً آخر للضمان، وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك، وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل: إن الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوّم، وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالاً متقوماً كما في الثوب، إلا أن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب للضمان أيضاً، فله أن يضمنه بأيّ السببين شاء، وها هنا السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره، ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه، إلى هنا كلامه قوله: (**ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه**) قال صاحب العناية في شرح قوله كما إذا هلك من غير صنعه: فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اهـ كلامه، واقتفى أثره الشارح العيني.

فيه) وفيه نظر، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه قوله: (**ولأنه واجب الرد**) دليل آخر. وتقريره أن الجلد لو كان قائماً وجب على الغاصب رده، فإذا فوّت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك، وبهذا فارق الهلاك بنفسه لأنه لا تفويت منه هناك. قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير: قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس: يعني أن القاضي قوّم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ، أما إذا قوّمهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه. ولأبي حنيفة رحمه الله: لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه، وإنما حصل له التقوم

قيمة له، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة. وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك، لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه. ثم قيل: يضمنه قيمة جلد

أقول: فيه نظر، إذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون، فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك، بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضاً في تعليل تلك المسألة فيما مرّ وكون الغصب موجباً للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك إنما هو عند تحقيق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالاً متقوّماً معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب، وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعاً، وإنما يصير متقوماً بالدباغ، وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب، ويؤيد ما قلنا: إن الخمر المتخللة بنفسها أيضاً غير مضمونة في صورة الهلاك بالإجماع كما مر، وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقوّمها، فلو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبراً بدون تحقق الغصب الشرعي موجباً للضمان في الهلاك والاستهلاك، أو كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الأخذ كافياً في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الآخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الإجماع. ثم أقول: لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله: كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقاً علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول: يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفاً في الصورتين، ويجوز أن يكون مراده بقوله: المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب، وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع، لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سبباً أيضاً في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك، فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب، لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف قوله: **(ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته. قيل ليسَ له ذلك لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة)** قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك: أي مطلقاً بلا خلاف، ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى. أقول: تعليل هذا القول: الاتفاقي بقوله: لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندي، فإنه لا يتمشى على أصل الإمامين، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك

بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ، فكان التقوم حقاً للغاصب وكان الجلد تابعاً لصنعة الغاصب في حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله، كما إذا هلك من غير صنعة فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله: **(بخلاف الردّ الخ)** جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد، وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة. وقوله: **(بخلاف الذكي والثوب)** جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوباً وأقحم الذكي

مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك. وقيل يضمنه قيمة جلد ذكيّ غير مدبوغ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب، ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً. وقيل طاهراً غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه. وجه الأول عليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه، وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته، ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة: صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه. وعندما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه ها هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل، وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل. وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبغ الجلد، ولو خللها بإلقاء الخل فيها، فعن محمد أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك وهو غير متقوم، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلاً قليلاً فهو بينهما على قدر كيلهما، لأن خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه. وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما

المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، والتعليل المذكور ها هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى. لا يقال: المراد ها هنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب، بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ، والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة. لأنا نقول: الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله: في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل: ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لا قيمة له وقت الغصب، بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ، وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً متقوماً بالدباغ باقياً على ملك المالك كما مر. على أنه لو كان المراد ها هنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف: بخلاف الثوب دون أن يقول: بخلاف صبغ الثوب لأن الصبغ في الثوب بإزاء الدباغ في الجلد تأمل قوله: **(لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه)** قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة

استظهاراً لأن التقوم فيهما: أي في الذكي والثوب كان ثابتاً قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعاً للصنعة، والتقوم يوجب الضمان **(ولو كان)** الجلد **(قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه)** أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم **(ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك)** بلا خلاف **(لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة. وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما له ذلك)** وقوله: **(لأنه إذا تركه)** دليل أن في المسألة خلافاً لا دليل المخالفين. ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك، وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفاً، وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك، ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدّي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك. ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك. وقيل قيمة جلد ذكيّ غير مدبوغ، هذا كله إذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء. أما إذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لا

قال المصنف: **(وعندهما أخذه المالك)** أقول: قال صاحب التسهيل: يشكل هذا بما مر من أصلهم، وهو أنه إذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر، ومعظم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو إلقاء الملح ونحوه، فينبغي أن يأخذه. ويمكن أن يقال: كأنه تخلل بنفسه، لأن في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع، بخلاف الخل انتهى.

بينا، ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره. وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجه كلها بغير شيء، لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى. قال: **(ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً أو أراق له سكراً أو منصفاً فهو ضامن، وبيع هذه الأشياء جائز)** وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ولا يجوز بيعها. وقيل الاختلاف في الدفّ والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة والدفّ الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف. وقيل الفتوى في الضمان على قولهما. والسكر اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد. والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ. وفي المطبوخ أدنى طبخه وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمين والبيع. لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقوّمها كالخمر، ولأنه فعل ما فعل آمراً بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام. ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم، وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصيّ تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور، كذا هذا، وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً

الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك، ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدّي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ. أقول: يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لأمر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الأمر من جهة الغاصب فإن المالك إنما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على إعطائه ولا يهمه ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه؛ ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلاً قوله: **(ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك. وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ)** يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما، فقال بعضهم: يضمنه قيمة جلد ذكيّ مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صور الاستهلاك، وقال بعضهم: يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، كذا في الشروح. أقول: ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه

يزل ملك المالك. ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعاً لأنه صار مالاً على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه، فكانت المالية والتقوم جميعاً حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل: ضمن قيمته مدبوغاً، وقيل طاهراً غير مدبوغ. وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر. وإذا خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله: صار الخل ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد. وقوله: **(قالوا)** يشير إلى أن ثمة قولاً آخر، وهو ما قيل إن هذا والأول سواء لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر، وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله**(فهو على ما قيل وقيل)** بتكرير قيل إشارة إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد، وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائماً فأراد المالك، إلى أن قال: قيل ليس له ذلك، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة

ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه، فإن منافعها الغير مشروعة كلا منافع قال المصنف: **(لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه)** أقول: لعل المراد بالمنع هو الكراهة، والله أعلم.

لأنه مقرّ على ذلك. قال: **(ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد)** عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب.

هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها، إذ قد قال المصنف: فيما مر في بيان أخذ الجلد وإعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن ما بينهما، وذاك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد إعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها، فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد، والله تعالى أعلم وأحكم.

رضي الله عنه. وقوله: **(وهو على أصله ليس باستهلاك)** أي أصل محمد رحمه الله، فإن أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضاً أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركاً بينهما، فإذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه. وقوله: **(هو للغاصب في الوجهين)** يعني ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان، وقوله: **(أجروا جواب الكتاب)** يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم، وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها، وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصبّ الخل فيه لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً. قال: **(ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً)** قال في الجامع الصغير: ومن كسر لمسلم بربطاً وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدفّ معروفة. وقوله: **(أهراق له سكراً)** أي صبه، يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء، وأهراق يهريق بسكونها، والهاء في الأول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة، وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم بالصواب.

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع. قال: (الشفعة

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما. والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها، كذا في العناية وكثير من الشروح. أقول: لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة إلى هنا، فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ، فلا وجه لقوله: والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة. قال بعض لفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه: ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم إن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة، والأعم يستحق التقديم اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، إذ الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ، بل الغصب عندهما إنما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلاً ومشروحاً، وإنما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضاً ثمة، ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وإمامنا الثاني، إذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة، فإن الشفعة أيضاً تعم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة في السفن أيضاً عنده على ما صرحوا به وسيأتي في الكتاب. ثم إن محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار، قال الله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج ٧٨] وقال النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام»(١). ولا شك لأحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام، وقد جاء في تفسير قوله تعالى ﴿لأعذبنه عذاباً شديداً﴾ [النمل ٢١] أي لألزمنه صحبة الأضداد، كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع، ومنه

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما. والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها. وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري. وشرطها كون المبيع عقاراً وهي مشتقة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع. وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار. قال: (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة: أي ثابتة للخليط في نفس المبيع: أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق، ثم للجار: يعني الملاصق. قال المصنف رحمه الله: (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب، والدليل على الأول ما روي عن رسول الله ﷺ «الشفعة لشريك لم

كتاب الشفعة

قوله: (لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول: لكن ما ذكر في بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يعني عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة، ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول، بخلاف الشفعة، والأعم يستحق التقديم قوله: (من الاستحقاق في البياعات والأشربة الخ) أقول: فيه بحث، إلا أن يقال: كلمة من التعليل.

---

(١) تقدّم تخريجه مستوفياً وإسناد جيّد بدون لفظ «في الإسلام» وهذا اللفظ ضعيف الإسناد.

واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق

شفاعة رسول الله ﷺ للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الطاهرين. وفي الشريعة: هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، كذا في عامة الشروح والمتون، إلا أنه وقع في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة، وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله: بشركة أو جوار وترك ذكره في الأكثر بناء على ظهوره. أقول: في الكل إشكال، وهو أنه إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم، وسيجيء في الكتاب من أن الشفعة تجب: أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم، لأن ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي أو قضاء القاضي، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد وتستقرّ بالإشهاد صحة، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك أيضاً، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد. وأيضاً قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكماً للشفعة. أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل، وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه، فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكماً للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك. وأما الثاني فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى، وحكم الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضاً لأن يكون حكماً للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك. فالأظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ. فإنه إذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الإشكال الذي ذكرناه بحذافيره، ويظهر ذلك بالتأمل الصادق، ولعل مراد عامة العلماء أيضاً ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة. ثم إن سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع. وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول: الشفعة تجب بالبيع ثم تجب

يقاسم) أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله وقوله ﷺ: **(«جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»)** والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله إن كان طريقهما واحداً، وقوله ينتظر له وإن كان غائباً يعني يكون على شفعته مدة غيبته، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه. قيل معناه أحق به عرضاً عليه للبيع؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائباً. وأجيب بأنه ﷺ جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده. وقوله ينتظر

قوله: **(أوجب تقديمها)** أقول: الظاهر تقديمه قال المصنف: **(الشفعة مشتقة من الشفع)** أقول: يقال شفعت كذا بكذا: إذا جمعته شفعاً به قوله: **(وفي الشريعة عبارة)** أقول: قال الإتقاني: الشفعة عبارة عن حق التمليك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى. ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار قوله: **(على المشتري بشركة أو جوار)** أقول: لعله لم يذكر قيد جبراً اكتفاء عنه بكلمة على فإنها تدل على الاستعلاء المنبيء عن الجبر قال المصنف: **(الشفعة واجبة)** أقول: أي ثابتة، وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة إليه، وإضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف: **(أفاد هذا اللفظ)** أقول: اللفظ مصدر في الأصل بتناول الكثير أيضاً قوله: **(للشريك)** أقول: اللام للاستحقاق كما في أمثاله.

الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب. أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم»

بالطلب، فهو إشارة منه إلى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح، لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصوّر وجوبها ثانياً بالطلب. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما. قال: ولا يجوز أن يقال: بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح، ولو سلم بعد البيع يصح، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز، ولما لما يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة. والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا، كذا في الذخيرة، وذكره صاحب النهاية معزياً إلى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها. أقول: يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار، ويكون معنى قوله: ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى ﴿إهدنا الصراط المستقيم﴾ [الفاتحة ٥] من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب، ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى. والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام قوله: (**أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم»**)[1] أقول: لقائل أن يقول: هذا الحديث وإن دلك على بعض المدعي وهو ثبوت حق الشفعة للشرك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق، لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر في علم الأدب، ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»[2] سيما وقد أدخل على المسند ها هنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقاً في إفادة القصر كما في ﴿الحمد لله﴾ [الفاتحة ١]

تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة، وهو قولهﷺ «الجار أحق بسقبه. قيل يا رسول الله ما سبقه؟ قال: شفعته؟ قال: شفعته» وفي رواية «الجار أحق بشفعته» والحديث الأول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع، والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله: (**لا شفعة للجار لقوله ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»**) ووجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله ﷺ «الأئمة من قريش» فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم: يعني إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه» وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه. قوله: (**ولأن حق الشفعة**) دليل له معقول، وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك

قال المصنف: (**فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم»**) أقول: قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز، إذ لا شركة بعد القسمة قوله: (**تثبت الشفعة**) أقول: تكرير للتذكير قوله: (**أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار**) أقول: هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به، إلا أن يقال: التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية قوله: (**فحينئذ لا شفعة**) أقول: فيه شيء، إلا أن يقال: المراد لا شفعة الخلطة.

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٧٢,٤ ولكن في الشفعة حديث عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة، أو حائط لا يحيل له أن يبيع حتى يُؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع، ولم يؤذنه، فهو أحق به» هذا لفظ مسلم أخرجه برقم ١٦٠٨ وأبو داود ٣٥١٣ والنسائي ٣٠١,٧ والدارمي ٢٧٣,٢، ٢٧٤ والحميدي ١٢٧٢ وابن حبان ٥١٧٨ والشافعي ١٦٥,٢ وعبد الرازق ١٤٤٠٣ وأحمد ٣١٦,٣ والبيهقي ١٠٤,٦، ١٠٩ وابن الجارود ٦٤٢ والطحاوي ١٢٠,٤ والبغوي ٢١٧٠ بألفاظ متقاربة.

(٢) تقدّم تخريجه في الإمارة.

ولقوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار، والأرض ينتظر له» وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بسقبه، قيل يا رسول الله ما سقبه؟ قال: شفعته» ويروى «الجار أحق بشفعته» وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود

على ما قالوا، فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك، وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب. قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور: أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال: هذا قول بمفهوم الصفة، ونحن لا نقول به: إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ. أقول: كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط. أما الأول فلأن قول صاحب العناية: وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة، ونحن لا نقول به، بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بياناً للواقع، وأما الثاني فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مداراً للتخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضاً لكونه غير شريك لم يقاسم، فيلزم أن يكون حجة علنا لا لنا قوله: **(ولقوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»)**[1] أي جار الدار أحق بالدار وجار الأرض أحق بالأرض، وقوله «ينتظر وإن كان غائباً»[2]: أي الشفيع يكون على شفعته وإن غاب، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه، كذا قال تاج الشريعة. ويقرب منه قول صاحب العناية: يعني يكون على شفعته مدة غيبته، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه اهـ. قال في النهاية: وفي رواية الأسرار ينتظر بها إذا كان غائباً، ثم قال في الأسرار: فإن قيل: المراد به أحق بها عرضاً عليه للبيع؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائباً. قلنا: إن النبيّ ﷺ جعله أحق[3] على الإطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده. وقوله: ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق، ولأن ما روي عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ «أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال: الجار أحق بشفعته»[4] فهذا يبطل ذلك التأويل اهـ. وقال بعض الفضلاء: على قوله: وإن كان غائباً

المال على الغير بلا رضاه، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً، ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه **(وهذا)** أي الجار: يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به

---

(١) غريب هكذا. وهو مركّب من حديثين.

الأوّل: «جار الدار أحق بالدار والأرض» أخرجه أبو داود ٣٥١٧ والترمذي ١٣٦٨ والطيالسي ٩٠٤ وابن الجارود ٦٨٠٠، ٦٨٠١، ٦٨٠٢، ٦٨٠٥ والبيهقي ١٠٦,٦ والطحاوي ١٢٣,٤ وأحمد ١٢,٥، ١٣ كلّهم من حديث سمرة بن جندب.

قال الترمذي: حديث سمرة حسن صحيح.

الثاني: «الجار أحق بشفعة جاره يُنتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد» أخرجه أبو داود ٣٥١٨ والترمذي ١٣٦٩ والدارمي ٢٧٣,٢ والطحاوي ٢٦٥,٢ والطيالسي ١٦٧٧ وأحمد ٣٠٣,٣ وكذا ابن ماجه ٢٤٩٤ كلّهم من حديث جابر.

قال الترمذي: حسن غريب ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان، وقد تكلّم شعبه في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلّم فيه سوى شعبة اهـ.

(٢) تقدّم في الذي قبله.

(٣) صحيح. يشير المصنّف للحديث الذي ذكره صاحب الهداية «الجار أحق بسقبه...».

أخرجه البخاري ٦٩٧٧، ٦٩٧٨، ٦٩٨٠، ٦٩٨١ وأبو داود ٣٥١٦ والنسائي ٣٢٠,٧ وابن ماجه ٢٤٩٨ وابن حبان ٥١٨٠ والحميدي ٥٥٢ والشافعي ١٦٥,٢ والطحاوي ١٢٣,٤ والدارقطني ٤,٠، ٢١ و٢٢٣ والبيهقي ١٠٥,٦، ١٠٦ وأحمد ٣٩٠,٦ كلّهم من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

وليس فيه «قيل يا رسول الله ما سقبه...» والسقب: في الأصل القرب يريد بما يليه وبما يقرب منه يقال سقبت الدار، وأسقبت: أي قربت.

وأخرجه أبو يعلى في مسنده كما في نصب الراية ١٧٥,٤ من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع ولفظة «الجار أحق بسقبه». يعني شفعته.

(٤) هو بعض حديث جابر تقدّم قبل حديثين، وإسناده قوي. رواه أصحاب السنة وغيرهم.

وصرّفت الطرق فلا شفعة» ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير

مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى، ففي كلامه بحث تأمله اهـ. أقول: المذكور في كثير من نسخ الهداية إن كان غائباً بدون الواو، والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضاً تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة إن وصلية، بل المتبادر أن تكون شرطية. ويؤيده رواية الأسرار حيث وقع فيها إذا كان غائباً، فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى. وأما على الرواية بالواو وهي الأكثر وقوعاً في الشروح فلا محذور فيها أيضاً، لأن معنى قوله: ينتظر له وإن كان غائباً على ما بينوا أنه يكون على شفعته وإن غاب، ولا شك أنه إذا كان على شفعته حال غيبته فلا يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق، وإن ترك الانتظار على معناه الأصلي وهو التوقف في مهلة وكان االمعنى ينتظر له إلى أن يجيء ويفرغ من شفعته تحققت الأولوية أيضاً فيما إذا لم يكن غائباً، لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظار له إلى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم قوله: **(وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»)**(١) قال صاحب العناية: وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عله الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»(٢) فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم: يعني إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(٣) وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه، إلى هنا كلامه اهـ. أقول: في تقريره نوع خلل لأن قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوّله آخره، فإنّ معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوماً بل كان حق المبيع مشاعاً بينه وبين الآخر، وقد حكم عليه بكون حقه مقسوماً وذلك تناقض لا يخفى، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال: فإن قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوماً. قلنا: مراده حق كل منهما من الملك اهـ. أقول: فحينئذ يختل تفريع قوله: فلا شفعة فيه على قوله: والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم، إذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوماً أن

الشرع، لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه. وقوله: **(في الأصل)** أي فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لأنه مقسوم أيضاً، وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام **(ولنا ما روينا)** من الأحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، وقوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بسقبه» رواه البخاري وأبو داود **(ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار)** وهو ظاهر، لأنه المفروض. وقوله تأبيد احتراز عن المنقول والسكنى

قوله: **(ألا يرى أنه فسر الأحق بالانتظار)** أقول: يشير إلى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية قوله: **(وإن كان غائباً)** أقول: مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى، ففي كلامه بحث تأمله قال المصنف: **(ويروى «الجار أحق بشفعته»)** أقول: ينبغي أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل، إذ لا حق في الشفعة لما دون الجار قوله: **(وإنه قال: فإذا وقعت الحدود الخ)** أقول: معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ قوله: **(والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم)** أقول: فإن قيل: كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوماً؟ قلنا: مراده حق كل منهما من الملك قوله: **(وهذا: أي الجار: يعني شفعة الجار الخ)** أقول: الأولى أن يقال: أي محل النزاع قوله: **(وقوله تأبيد احتراز عن المنقول)** أقول: ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه. ثم قوله السكنى أراد به

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١٣، ٢٤٩٥ و٦٩٧٦ والترمذي ١٣٧٠ وكذا أبو داود ٣٥١٤ والنسائي ٣٢١,٧ وابن ماجه ٢٤٩٩ والشافعي ١٦٥,٢ والبغوي ٢١٧١ وابن حبان ٥١٨٤ والطيالسي ١٦٩١. وابن الجارود ٦٤٣ والطحاوي ١٣٣,٤ والبيهقي ١٠٢,٦، ١٠٣ وأحمد ٢٩٦,٣، ٣٧٢ كللهم من حديث جابر مع اختلاف يسير فيه. وصدره عند البخاري: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما.. الحديث.

(٢) تقدّم تخريجه في كتاب الإمارة.

(٣) هو المتقدّم قبل حديث واحد.

رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم، وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع، ولنا ما

لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(١) فإن دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً: أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله «فإذا وقعت الحدود»(٢) ومن جهة حتى المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله «وصرفت الطرق» والأولى. والأولى في تقرير المقام أن يقال: وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(٣) وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق، والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معاً فلا شفعة فيه، إذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح، فإن المصنف قال: وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار، وذكر الحديث المذكور دليلاً عليه ولم يتعرض لغير الجوار. نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال: ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة، لأن الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضاً، وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اهـ. ولكن يمكن أن يقال: وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة إلا في حق الجار تدبر قوله: **(وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه، لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع)** فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار إليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا: أي الجار، وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال: أي الجار: يعني شفعة الجار، وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا، وفسر عامتهم الفرع في قوله: دون الفرع بالجار أيضاً، وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الأصل بما لم يقسم. أقول: الحق الواضح عندي أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير، لأنه لا حاصل لأن يقال: الجار ليس في معنى ما لم يقسم إذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم، وإنما قلنا: إن المقسوم في حكم ما لم يقسم إذا وجد الاتصال بملك البائع، ولا صحة لأن يقال: الجار فرع لما لم يقسم لأن الذي في حكم ما لم يقسم إنما هو المقسوم لا الجار نفسه، وهذا ما لا سترة به، فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب. وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه: وهو المقسوم، ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه: أي الجار، إلا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده: يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضاً، إذ لم يقل أحد أيضاً بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر في قوله: معناه أيضاً فيصير المعنى ليس في معنى شفعته: أي شفعة ما لم يقسم، لكن لا يخفى أنه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية إلى شيء منهما فالحق ما قلته لقوله: **(ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال**

بالعارية. وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعاً للفساد، وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اعتباراً: أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم، ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه **(لأن الاتصال على هذه الصفة)** يعني اتصال التأبيد والقرار **(إنما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار)** من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء

المسكونة بها قوله **(وهو احتراز عن الإجارة)** أقول: فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن ملك في رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما، ثم ليس فيهما اتصال تأبيد. إلا أن يقال: المراد الدار المجعولة أجرة. ثم أقول: واحترز بهذا القيد أيضاً عن الموروثة والموهوبة

---

(١) تقدّم قبل حديثين رواه البخاري، وأصحاب السنن.
(٢) تقدّم قبل ثلاثة أحاديث.
(٣) تقدّم قبل أربعة أحاديث.

روينا، ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود لمعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار، إذ هو مادة المضارّ على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى، وضرر القسمة

تأبيد وقرار) قال تاج الشريعة: ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية، وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً، فإنه لا قرار له إذ النقض واجب دفعاً للفساد اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية. وردّ بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال: ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اهـ. أقول: إن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة، لأن الإعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية، فكان قوله: لأن ملكه متصل بملك الدخيل متناولاً الدار المسكونة بالعارية أيضاً فحصل بقوله: اتصال تأبيد الاحتراز عن مثل ذلك قوله: **(فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع)** قال تاج الشريعة: قوله: عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهناً اهـ وقال صاحب العناية: وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اهـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: فيه بحث، لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفاً، إلا أن كلا منهما قد خرجا بقوله: اتصال تأبيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله ها هنا عند وجود المعاوضة بالمال، وأما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة، فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعاً مع قطع النظر عن قيد التأبيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ها هنا أصلاً. والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهراً، فإن في كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار، لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها قوله: **(لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى)** قال بعض الفضلاء: الدليل أخص من المدعي، فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه، بل قد يكون مالكاً بالشراء أو الهبة اهـ. أقول: المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطته الأصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكاً له بالشراء أو الهبة إلا أنه عبر

النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار **(وقطع هذه المادة بتملك الأصيل)** يعني الشفيع **(أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى)** فيلحق به دلالة. وحاصله أن الأصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع قوله: **(وضرر القسمة مشروع)** جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعاً للضرر عنه. وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه، ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض. وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشيء بالذكر، وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» مشترك الإلزام لأنه ﷺ علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحداً تجب الشفعة، وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال، لأن في القسمة معنى المبادلة، فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أو لا، فبين رسول الله ﷺ عدم الشفعة فيها **(والدليل على الثاني)** أعني على الترتيب قوله ﷺ: **(«الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»)** قال المصنف رحمه الله: **(فالشريك في نفس**

والموصى بها قال المصنف: **(لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى)** أقول: الدليل أخص من المدعي، فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه، بل قد يكون مالكاً بالشراء أو الهبة قوله: **(والحاصل أن الأصيل دافع والدخيل رافع)** أقول: فيه أن الأصيل رافع لملك المشتري وهو دافع.

مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره. وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشريك أحق من الخليط،

عن أصالة خطته وتقررها بإضافتها إلى آبائه مبالغة في بيان أصالتها وتقررها، وبناء على ما هو الأكثر وقوعاً في العادة، فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله: **(وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره)** هذا جواب عن قول الشافعي، لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون الفرع: يعني أن التعليل بذلك غير صحيح، لأن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه، كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد بيان ذلك: ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اهـ. أقول: هذا عذر بارد بل كاسد، لأن كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب، فإن حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين، ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه، وعلى تقدير التساقط ها هنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه، وذلك يخل بمطلوبنا ها هنا لا محالة فلا بد من الجواب. إما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الأصول، اللهم إلا أن يقال: يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه ما فيه. وقال صاحب العناية: وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم»[1] من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»[2] مشترك الإلزام، لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحداً تجب الشفعة اهـ. أقول: في كل من هذين الجوابين نظر. أما في الأول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلأن مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم»[3] ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه، بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»[4] وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك، ولا ريب أن أداة القصر تدل على

المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله **(ولأن الاتصال)** دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر، وكذا قوله: **(ولأن ضرر القسمة)** يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق، لكنه إن لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحاً، لأن الترجيح أبداً إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق. قال: **(وليس للشريك في الطريق والشرب الخ)** إذا ثبت الترتيب أن المتأخر ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم، لكن من

قال المصنف: **(وضرر القسمة مشروع الخ)** أقول: إذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شيء مما يتوهم وروده قوله: **(لتحقيق ضرر غيره وهو التملك)** أقول: قوله هو راجع إلى الضرر قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين)** أقول: الأصل في اللام إذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الأصول. وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق قوله: **(وذلك يقتضي إلى قوله: تجب الشفعة)** أقول: لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط، واجتماعها ممنوع هنا، ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجوداً غالباً عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل قوله: **(وإنما نفى الشفعة في هذه الصورة)** أقول: أي في صورة القسمة.

---

(١) تقدّم تخريجه قبل قليل.

(٢) تقدّم أيضاً قبل قليل.

(٣) تقدّم قبل قليل.

(٤) تقدّم في كتاب الإمارة.

والخليط أحق من الشفيع» فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال

نفي ما عدا المذكور، فالأولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة، وهو أن الألف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة، كما يقال: العالم في البلد فلان وإن كان فيه علماء، وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب، ونحن نقول: إن حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اهـ. وأما في الثاني فلأن حصول الإلزام للشافعي بقوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»[1] على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع، فإن الشافعي وإن قال بمفهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده: منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ [النساء ٢٣] على ما عرف في الأصول، فله أن يقول فيما نحن فيه إن قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحداً تجب الشفعة، ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال: إنه مشترك الإلزام لأن فيه اعترافاً بكونه ملزماً إيانا أيضاً، ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسألة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضاً ملزماً به، وتلك المقدمة إنما يصار إليها في العلوم العقلية عند الضرورة، وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام في غير كلام صاحب العناية. فالأولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث. وهو قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[2] ما أشير إليه في الكافي، وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث، بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار، ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملاً بما رويناه: أي جمعاً بين ذلك الحديث وبين ما رويناه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق، وإنما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع، فبين النبي ﷺ عدم ثبوت الشفعة بها إزالة لذلك الوهم. وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية «إنما الشفعة فيما لم يقسم»[3] وإنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه. وأجيب عنه بعبارات مختلفة. قال في الكافي والكفاية: وإنما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور، قال الله تعالى ﴿إنما أنت منذر﴾ [الرعد ٧] اهـ. وقال في النهاية: وكلمة إنما قد تجيء للإثبات بطريق الكمال، كما يقال إنما العالم في البلد زيد: أي الكامل فيه، والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره، وها هنا كذلك فإن الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولاً على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ. وقال في البدائع: أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم، لأن كلمة إنما لا تقتضي نفي غير المذكور، قال الله تعالى ﴿إنما أنا بشر مثلكم﴾ [الكهف ١١٠] وهذا لا ينفي أن

شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجباً، فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار، وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين، عن أبي يوسف رحمه الله، لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه، ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها

---

(١) تقدم مراراً.
(٢) تقدم مراراً.
(٣) تقدم مراراً.

بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً. قال: **(وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة)** لما ذكرنا أنه مقدم. قال: **(فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار)** لما بينا من الترتيب، والمراد بهذا الجار الملاصق، وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى. وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به. ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين

يكون غيره ﷺ بشراً مثلهم اهـ. أقول: فيما ذكر في البدائع خلل بين، إذ قد تقرر في علم الأدب أنه يؤخر المقصور عليه في «إنما» ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى ﴿إنما أنا بشر مثلكم﴾ [الكهف ١١٠] مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية، ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم إنما لإثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه إذ بإثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى، فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة إنما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه، لأن المقصور عليه في قوله تعالى ﴿إنما أنا بشر مثلكم﴾ [الكهف ١١٠] إنما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة إنما في الآية المذكورة لقصر المسند إليه على المسند دون العكس لا محالة. وقوله: وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثلهم يبتني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعاً قوله: **(وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»[1] فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار)** قال صاحب غاية البيان: فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع، والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: إن كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين، فإنه لما وقع في الحديث «الشريك أحق من الخليط»[2] علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط، إذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه. ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله: **(قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة)** أقول: لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الإيضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخلط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار، فإن ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد

والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع، والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار، ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصاً حتى يستحق به الشفعة، وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له. والقرواح من الأرض: كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر. وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في

قال المصنف: **(ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ)** أقول: والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الأخ

---

(١) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤,١٧٦: غريب وقال أيضاً: ذكره ابن الجوزي في التحقيق وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن الشعبي قال: «قال رسول الله ﷺ: الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب» وفي إسناده هشام وثقة ابن معين، وقال أبو حاتم: لا بأس به. قاله صاحب التنقيح. وروى هذا الحديث عبد الرازق في مصنفه، وابن أبي شيبة في مصنفه أثناء البيوع عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من الجار، والجار ممّن سواه اهـ الزيلعي.
وقال ابن حجر في الدراية عن الحديث المرفوع: لم أجده اهـ ٢,٢٠٣

(٢) هو المتقدّم وهو من قول شريح.

المرض، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل، وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة. ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام، وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا، وإن بيعت للعليا فلأهل السكتين، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي. ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه. قال: **(ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار)** لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار إلا أنه جار ملازق. قال: **(والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار)** لما بينا. قال: **(وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر**

الترتيب أيضاً كما صرح به صاحب الهداية، كيف لا وكلمة ثم صريحة في إفادة التأخير، وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب قوله: **(فإن سلم الشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب)** أقول: تعليل هذه المسألة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام، لأن ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوباً بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية، إذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئاً عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات، وإنما يكون التعليل المذكور تاماً لو كانت المسألة هكذا، فإن لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب، فإن لم يوجد هذا أيضاً أخذها الجار لأن الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة، فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ها هنا أو يكتفي بما سيأتي من قوله: ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ قوله: **(والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار)** قال في العناية أخذاً من النهاية: مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اهـ.

المرور، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا، وقد تقدم صورة ذلك، ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب **(ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه)** يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة، الخ، فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق: يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى، وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة، وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار. قال: **(وإذا اجتمع الشفعاء الخ)** إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافاً للشافعي رحمه الله، فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثاً بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأنها لتكميل منفعته، وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر

لأب، مثلاً إذا أسقط الأخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الأخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بإسقاط العبد، بخلاف حال الشفعة. وبالجملة إنا لا نسلم أنهم محجوبون به، بل له حق التقدم فقط فتأمل قوله: **(وفي بيت منها شركة)** أقول: فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع، ويجوز أن يقال: المراد البيت مع توابعه قوله: **(أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع)** أقول: الأولى أن يقول: الموضع الذي بعضه مشترك بينهما، وإلا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله قوله: **(فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع)** أقول: هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلاً، كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت إلى الطريق العام، وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر، فإذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت

اختلاف الأملاك) وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك؛ ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة. ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته، ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه، بخلاف الثمرة وأشباهها، ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم، لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت، ولو كان البضعي غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف، ولو حضر ثالث فبثلث ما في

أقول: في هذا التمثيل قصور، لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت، وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب، وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن، ولا ضرورة تدعو إليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه قوله: **(والبقعة واحدة)** يعني بقعة الدار المبيعة واحدة، فإذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها. قال صاحب العناية: في شرح قوله والبقعة واحدة: أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم

الملك كالربح والغلة والولد والثمرة. ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله. فإن قيل: الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنى يتساويان؟ أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة، لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع، والترجيح إنما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته، ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل، ولو كان مرجوحاً لما استحق شيئاً لأن المرجوح يندفع في مقابلة الراجع. وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع، وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان، كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت. وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقاً تستلزم ذلك، أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والإلزام الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح؛ ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة، ومسألة الميراث ليست مما نحن فيه، إذ لم يجتمع في الابن علتان إن ضمنت إحداهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة، وإنما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان. وقوله: **(وتملك ملك غيره)** جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك: يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعدّ ذلك من ثمرات ملكه قوله: **(ولو أسقط بعضهم)** يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم، لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم، والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلبَ: يعني قد يطلب وقد لا يطلب، فلا يترك حق الحاضرين بالشك، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضي له بالنصف، فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية، وإن كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها، ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما

مقدم على من له شركة في الطريق، مع أن هذا الدليل ينتظمهما، والأمر فيه سهل كما لا يخفى، إذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار، وهو حاصل بهذا الدليل قوله: **(وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ)** أقول: وها هنا أيضاً كذلك، فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع قوله: **(يعني أن التمكين من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ)** أقول: فيه بحث.

يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء. قال: **(والشفعة تجب بعقد البيع)** ومعناه بعده لا أنه هو السبب، لأن سببها الاتصال على ما بيناه. والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن

شيء واحد، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسألتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها، ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار، وإنما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور. وأيضاً قوله: فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع إنما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع، فكان بين أول كلامه وآخره تنافر لا يخفى قوله: **(والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده)** أقول: كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية، فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية، فالأظهر أن تكون الباء في قوله: تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة، فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب، والمعنى المقصود ها هنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل، فلا مقتضى للعدول عنه قوله: **(لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه)** يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح، أو في قوله: لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية. قال صاحب العناية: وهذا قول عامة المشايخ، لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ. أقول: في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة، لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر، وليس كذلك قطعاً، وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل. ثم قال صاحب العناية: وردّ بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح. وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله. وردّ بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل. والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ كلامه. أقول: لقائل أن يقول: امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري، سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب، فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعاً عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضاً مانعاً عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأدياً بأداء

يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار، وكذا لو سلم: أي أصرّ بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة الكتاب، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف، بخلاف ما قبل القضاء. قال: **(والشفعة تجب بعقد البيع)** وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك **(لأن سببها الاتصال على ما بينا)** يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل لسوء المعاملة والمعاشرة، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع

قوله: **(لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل، إلى قوله: والضرر إنما يتحقق الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(ولا كلام فيه، وإنما هو في شرط الجواز)** أقول: قوله هو راجع إلى كلام.

ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه. قال: **(وتستقرّ بالإشهاد، ولا بد من طلب المواثبة)** لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد. قال: **(وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم)** لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا

الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله، وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به في موضعه خلاف ذلك. ثم أقول: يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله: إن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الأداء دون نفس الوجوب، فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامي، وحولان الحول إنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة، وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها، واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل، ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأدياً بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل، والمصرح به في موضعه إنما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير قوله: **(والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها)** أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار، وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال: والوجه فيه: أي في هذا التأويل، وتبعه العيني. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله: ومعناه بعده لا أنه هو السبب في جريان هذا الوجه، إذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدوري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن، فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بإرجاع ضمير فيه إليه، بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه، فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلاً له بعد ذلك؟ فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع، ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسألة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسألة وها هنا أيضاً فعل ذلك قوله: **(ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه)** أقول: فيه تأمل، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا، إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة، والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري، لأن البائع أصيل كالشفيع، فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر. قال في العناية: ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة. وأجيب بأن في ذلك تردداً لبقاء الخيار

وللجار لتحقق ذلك. وردّ بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب؛ ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح. وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله. وردّ بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل. والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد قوله: **(والوجه فيه)** أي في هذا التأويل **(أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار)** ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه. والحاصل أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه، وإن كذبه المشتري. ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة. وأجيب بأن في ذلك تردداً لبقاء

قوله: **(إذ عرض الواهب المكافأة)** أقول: فيه شيء فإنه لا يتمشى ذلك في الهبة للقريب المحرم، وفي أخذ الواهب العوض.

بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة. وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في

للبائع، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك لأنّ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى. أقول: في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث، لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلاً، فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي في رغبته عن ملكه؛ ألا يرى أن غرض البائع أيضاً المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وإن كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاه حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها، كما إذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد، إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع، فإن في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لاشفعة فيها فبقي النقض بها قوله: **(ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد)** أقول: فيه شيء وهو أن احتياجه إلى إثبات طلبه عند القاضي إنما هو إذا أنكر المشتري طلبه، وأما إذا لم ينكره فلا احتياج إلى ذلك، فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي أن لا تبطل الشفعة بترك الإشهاد فيما إذا لم ينكرا الخصم طلبه، مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقاً. فإذا قلت: وقت الإشهاد مقدم على وقت الخصومة، ففي وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره إياه غير معلوم، فإن ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه، بل يحتمل إعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقاً. قلت: هذا مشير إلى التعليل الأول ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً ها هنا كما يقتضيه قول المصنف: ولأنه يحتاج إليه إلى آخره قوله: **(وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم)** أقول: في عبارة الكتاب ها هنا قصور من وجهين: أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الأخذ فكان الأخذ معتبراً في التسليم فلزم أن يكون معتبراً في حكم الحاكم أيضاً على مقتضى العطف، إذ قد تقرّر في علم الأدب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله، مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله: أو حكم بها حاكم: فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار. وقال في شرح الكنز للزيلعي: أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين: إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه، أو بحكم الحاكم من غير أخذ. وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي. قوله: بقضاء القاضي عطف على الأخذ لا على التراضي، لأن القاضي إذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى. وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال: وهو أي التملك إنما يكون بالأخذ، إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي، فإنه صريح في اعتبار الأخذ في قضاء القاضي أيضاً. وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة

الخيار للبائع، بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. قال: **(وتستقرّ بالإشهاد)** للشفعة أحوال استحقاق، وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو يعتمد الطلب، ولا بد من طلب المواثبة: أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها لأنه: أي الشفعة ذكر الضمير نظراً إلى حق يبطل بالإعراض، قال عليه الصلاة والسلام «الشفعة كحل العقال، إن قيدها ثبت» وهو كناية عن سرعة السقوط، وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد، وتملك، وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي، ودليله

الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له. ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

المشتري دائماً، فإن المصنف صرح فيما مر آنفاً بأنه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه، ففي هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشتري فكان الأحق بالمقام أن يقال: إذا سلمها الخصم بدل قوله: إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر.

المذكور ظاهر. وقوله: (**وتظهر فائدة هذا**) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين. وقوله: (**يعني في الصورة الأولى**) إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه. وقوله: (**في الثانية**) يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم. وقوله: (**في الثالثة**) يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها. وقوله: (**ثم قوله تجب بعقد البيع**) يعني قول القدوري رحمه الله، والله أعلم.

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال: **(وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة)** أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها» ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد. وعنه أن له مجلس العلم، والروايتان في النوادر. وبالثانية

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه، كذا في عامة الشروح. **أقول:** هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة، ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها، ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً أصالة قوله: **(إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا)** قال الشراح: قوله: لما ذكرنا إشارة إلى قوله: قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه. **أقول:** فلقائل أن يقول: ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضاً على لزوم الإشهاد فيه حيث قال: فلا بد من الإشهاد والطلب، وسيأتي التصريح منه بأن الإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد. والجواب أن المراد بالإشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد إليه تقديم الإشهاد على الطلب في قوله: فلا بد من الإشهاد والطلب، إذ لو كان المراد بالإشهاد هناك هو الإشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغواً، إذ لا يتصور الإشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب، ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقرّ بالإشهاد إذ الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والإشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف قوله: **(ولقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها»)**[1] **أقول:** في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع إشكال، لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا؟ وإن كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولام

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. قال: **(وإذا علم الشفيع بالبيع)** كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها **(طلب المواثبة)** سمي بها تبرّكاً بلفظ الحديث «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة قوله: **(وهو أن يطلبها كما علم)** أي من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف.

باب طلب الشفعة

قال المصنف: **(لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة)** أقول: تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه، فهذا مثله، كذا في شرح الكاكي، والفارق ظاهر، فإن الشفيع لا يتملكه بطلب المواثبة فقط، بل بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فله بعد طلب المواثبة زمان التأمل، بخلاف

---

(١) باطل مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ط ٤/ ١٧٦ غريب وقال أيضاً: أخرجه عبد الرازق في مصنفه في قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها وقال في الدراية ٢٠٣،٢: لم أجده اهـ أي مرفوعاً.

أخذ الكرخي، لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة، ولو قال بعد ما بلغه البيع ﴿الحمد لله﴾ أو «لا حول ولا قوة إلا بالله» أو قال «سبحان الله» لا تبطل شفعته. لأن الأول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال: طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها، لأن الاعتبار للمعنى، وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل

الاختصاص في «لمن واثبها»(١) تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها، كما قالوا في ﴿الحمد لله﴾ أن لامي الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى، فيرد علينا النقض بقوله ﷺ «الشفعة لشريك لم يقاسم»(٢) كما ذكر في صدر هذا الكتاب، إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضاً على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق فتأمل قوله: **(والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد)** قال صاحب النهاية: وذلك لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه اهـ واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقاً حيث قال: وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط اهـ. أقول: لقائل أن يقول: طلب التقرير والإشهاد أيضاً ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وإنما الذي لإثبات الحق طلب الخصومة مع أن الإشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والإشهاد فيما بعد، فكان ذلك الوجه الذي عدّه صاحب العناية تحقيقاً منقوضاً بلزوم الإشهاد في طلب التقرير كما ترى. فإن قلت: لزوم الإشهاد في طلب التقرير لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب، وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والإشهاد في هذا الباب. قلت: ذاك إنما يكون وجهاً للزوم الإشهاد في طلب التقرير، وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الإشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه، وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضاً كلاماً، لأنه إن أريد أنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي كأن اعتراف به الخصم فهو ممنوع، وإن أريد أنه يحتاج إلى إثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة أيضاً، ثم أقول: يمكن أن يمنع لزوم الإشهاد في طلب التقرير أيضاً بناء على ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإنما سمى الثاني طلب الإشهاد لا لأن الإشهاد شرط بل ليمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم اهـ. فإنه يدل على أن الإشهاد في طلب التقرير أيضاً ليس بلازم، بل إنما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة، وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما الإشهاد

وقوله: **(والإشهاد فيه لس بلازم إنما هو لنفي التجاحد)** يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود. وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط. وقوله: **(بكل لفظ**

المشتري عند إيجاب البائع والمخيرة قال المصنف: **(لأن الاعتبار للمعنى)** أقول: والمعنى المراد من الأول إنشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كذباً، وكذا الثاني، وليس بعده على ما زعموا قال المصنف: **(ويشهد على البائع الخ)** أقول: قال الإتقاني: وينبغي أن يذهب إلى

---

(١) هو المتقدّم.
(٢) تقدّم تخريجه قبل قليل.

وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً. وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده، لأنه ليس فيه إلزام حكم، وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم. والثاني طلب التقرير والإشهاد، لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعني من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده) معناه لم يسلم إلى المشتري (أو على المبتاع أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرّت شفعته) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه، لأن للأول اليد وللثاني الملك، وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً، إذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبي. وصورة هذا الطلب أن يقول: إن

على ظاهر الطلب فليس بشرط، وإنما هو لتوثقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول اهـ. فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالماً من الانتقاض كما لا يخفى قوله: (وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبياً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً) أقول: في التقييد بقوله إذا كان الخبر حقاً ضرب إشكال، لأن الكلام فيما إذا بلغ الشفيع بيع الدار بالإخبار، وفي ذلك إنما يحصل له العلم بكون الخبر حقاً لسبب الوثوق بإخبار مخبره، والظاهر أن مدار الوثوق بإخبار مخبره فيما إذا كان طريق العلم منحصراً في الإخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق بإخباره، ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله، وإذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاً عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كماصرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقاً كافياً فما معنى تعليق وجوب الإشهاد على الشفيع إذا أخبره واحد مطلقاً بكون الخبر حقاً ولا طريق للعلم بكونه حقاً في صورة هذه المسألة سوى إخبار الواحد. فإن أفاد مثل ذلك الإخبار العلم تعين كونه حقاً، وإن لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقاً، وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقاً وجه ظاهر فتفكر. ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالإشهاد ها هنا نفس طلب المواثبة لا الإشهاد على ذلك الطلب، وإلا يلزم أن يكون قوله: ها هنا يجب عليه أن يشهد مناقضاً لقوله: فيما مرّ والإشهاد فيه ليس بلازم، وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف: والإشهاد فيه ليس بلازم حيث قال: هذا لا يناقض قوله: يجب عليه أن يشهد، لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب، ومن الثاني طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ. وسيأتي نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة، فإنه لما قال هناك

يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري: لو قيل لقرويّ بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلباً منه صحيحاً، ومن الناس من قال: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فكان كالسكوت. والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفاً. ومنهم من قال: لو قال أطلب وآخذ بطل لأنه عدة محض، والمختار ما ذكره المصنف. وقوله: (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا. وقوله: (بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة: يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلاً كان المخبر أو غيره، فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وإلا فلا لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة. وقوله: (أو على المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ

أقربهم، حتى لو ترك الأقرب وذهب إلى الأبعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد، فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد، لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر، كذا في شرح الكافي اهـ. ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع إذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فإن كان الشفيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة، وإن كان كلاهما في المصر لا تبطل استحساناً اهـ.

فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده، لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم. والثالث طلب الخصومة والتملك، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف. وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت)** وهو قول زفر، معناه: إذا تركها من غير عذر. وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه. وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مرّ في الأيمان. ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقرّ لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً. قال: **(وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة)** لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق. قال رحمه الله: يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها، لأنه

وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الإشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل. وذكر في الذخيرة وغيرها أيضاً من أن الإشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم، وإنما هو لنفي التجاحد قوله: **(وصورة هذا الطلب أن يقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك)** أقول: في هذا التصوير نوع تقصير، لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار، فإن الإشارة بهذه الدار إنما تتصور في هذه الصورة، والمذكور فيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للإشهاد: أعني الإشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار، اللهم إلا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام، لكنه لا يدفع التقصير حقيقة، فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال: وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا، وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضاً فاشهدوا بذلك، أو يحضر المشتري ويقول: هذا مشتر من فلان داراً التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا، أو يحضر البائع ويقول: هذا باع من فلان داراً التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا اهـ قوله: **(وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها، فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه)** قال صاحب العناية: قيل لم يتم بعد، بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض

الإسلام: الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار. أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين، فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياساً ولم تبطل استحساناً، لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة، ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياساً واستحساناً ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالثمن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته. وقوله: **(ولا يسقط بتأخير هذا الطلب)** يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طالت المدة قوله: **(وما ذكر من الضرر)** جواب عن قول محمد: يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر. نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع إذا كان غائباً فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب

ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاف. وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد. قال: **(فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به)** معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقرّ به لزمه، ثمّ هو استحلاف على ما في يده فيحلف على العلم **(فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي)** يعني المدعى عليه **(هل ابتاع أم لا، فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة)** لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة. قال: **(فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذا الدار شفعة من الوجه الذي ذكره)** فهذا على الحاصل، والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى،

المشتري المبيع أو لا، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع، ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطاولت، فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى. وقال: وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير. ثم قال: وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد، فإذا قال طلبت حين علمت إذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره، فإن قال نعم: فقد صحح دعواه اهـ.

المواثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له. قال: **(وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي الخ)** هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله: **(لاختلاف أسبابها)** لأنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أو لا، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان. وقوله: **(ثم دعواه)** قيل لم يتم بعد، بل لا بد أن يسأله فيقول: هل قبض المشتري المبيع أو لا، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالب أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى، وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير. وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد، فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار، فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره، فإن قال نعم صح دعواه، ثم يقبل على المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهراً يحتمل أن تكون يد ملك وإجارة عارية، والمحتمل لا يكفي لإثبات الاستحقاق، فإن أقام فقد نوّر دعواه، وإن عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع أنه لا يعلم أن الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمراً لو أقر به لزمه، فإذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافاً على ما في يد غيره، فإن نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا، فإن أقرّ فذاك، وإن أنكر قيل للشفيع أقم البينة، فإن أقامها فذاك **(وإن عجز عنها استحلف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والأول على السبب، وذكرنا الاختلاف فيه)** يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال: **(تجوز المنازعة في الشفعة الخ)** وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بها لزمه إحضار الثمن. قال المصنف: **(وهذا ظاهر رواية الأصل)** ولم يقل هذا

قوله: **(وعليه الفتوى)** أقول: الفتوى على قول محمد في أنه إذا طالت المدة لا يلتفت القاضي إلى دعواه قوله: **(وهذا لا يلزم المصنف الخ)** أقول: أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ قوله: **(لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير)** أقول: لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الإخبار قوله: **(سأله عن طلب الإشهاد)** أقول: الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة.

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات. قال: **(وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن)** وهذا ظاهر رواية الأصل. وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري. وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه، فكذا لا يشترط إحضاره **(وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن)** وينفذ القضاء عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي. قال: **(وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة)** ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة

أقول: القائل صاحب النهاية أخذاً من الذخيرة، وتبعه بعض آخر من الشراح، وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسد، فإن عبارتهم كانت هكذا، ثم إذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال: حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد هل طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير، فإن قال نعم: سأله إن الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره؟ فإن قال نعم، تبين أن الإشهاد قد صح، ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صحح دعواه، إلى هنا عبارتهم. وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة، وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لأنه عبر عن طلب المواثبة بطلب الإشهاد حيث قال: وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار، ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جداً، يظهر

رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته إن مات **(وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، لأن الشفيع قد يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري)** والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضرّ بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشاري، وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع، فأما المشتري ها هنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضرّ بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعاً للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضرّ بغيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن **(وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء، ولهذا لا يشترط تسليمه، وما ليس بثابت عليه لا يشترط إحضاره)** فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة **(وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذاً عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع إليه الثمن لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي،** قال: **وإن أحضر الشفيع البائع الخ)** وإن أحضر الشفيع البائع إلى الحاكم والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في الشفعة، لأن اليد له وهي يد مستحقة: أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه، إلا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه، وهذه جملة قضايا كما ترى، أما كونه خصماً فقد بيناه، وأما كون المشتري لا بد من حضور مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في إحداهما مع البائع وتفرد بالأخرى. وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله: **(لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع)** عليهما، ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء **(بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت)** فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبياً لم يبق له ملك ولا يد، وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله: **(وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه)** ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضعه بالنقض في المسألة لأن نقض البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله: **(ثم**

عليه، لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك. وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحوّل الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض. وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ، وقد طوّلنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق

ذلك مما أحطت به خبراً في أقسام الطلب. وأيضاً قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء، وقد نقله صاحب العناية أيضاً فيما قبل، فعلى تقدير أن يقال ها هنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى: ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة، لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة، بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الإشهاد كما وقع في عبارتهم، فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين، أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر، وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فإن الكلام إذا ذاك ملقى في صورة الشرطية فقدمها، وهو قولهم: إذا سألهم عن طلب المواثبة إشارة إلى ما ذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم قوله:

وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة ممتنع، وإذا كان ممتنعاً فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج إلى الفسخ، لأن الأسباب شرعت لإحكامها لا لذاتها، لكنه يبقى أصل البيع: أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجرداً عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه، فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (**فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع)** وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها، وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى إلى غيره، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار. وقال بعضهم: تنتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد. قالوا: لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه، لكن له ذلك كما سيأتي. ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك. والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب، وإنما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوّلت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظراً إلى الأصل قوله: (**فلهذا)** أي فلتحوّل الصفقة إليه (**يرجع بالعهدة على البائع)** لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (**بخلاف ما إذا قبضه المشتري) فأخذه** الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض. قال: (**ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم الخ)** المشتري إذا كان وكيلاً، فإما أن يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أولاً، فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع (**لأنه هو العاقد)** والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (**والأخذ بالشفعة من حقوقه)** وإن كان الأول فالموكل هو الخصم (**لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك)** وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف، فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري، ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل. فإن قيل: لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل

قوله: (**لم يكن للشفيع خيار الرؤية)** أقول: كالموكل إذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت توكيله قوله: (**بتحول الصفقة إلى الشفيع)** أقول: وأما مسألة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل أقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بتوكيله فلم يكن له الرد، بخلاف الشفيع قوله: (**أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه)** أقول: إذا لم يكن على الميت دين.

الله تعالى. قال: **(ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع)** لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه. قال: **(إلا أن يسلمها إلى الموكل)** لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا. قال: **(وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه)** لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه.

(ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول: هذا التعليل يجري بعينه فيما إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله: والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، وله يد في الدار، وكأن المصنف إنما ترك ذكر القيد اعتماداً على انفهامه من تعليل صورة التسليم.

لكان حضور الوكيل والموكل جميعاً شرطاً في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الموكل، كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم. أجاب المصنف بقوله: **(إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل)** لكونه نائباً عنه **(فيكتفي بحضوره)** والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله: **(وكذا إذا كان البائع وكيلاً)** ظاهر. وقوله: **(وكذا إذا كان البائع وصياً)** يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغاراً، وقيد بقوله: **(فيما يجوز بيعه)** احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله، فإن بيعه به لا يجوز. وقيل المراد به كون الورثة صغاراً، فإن الوصيّ يبيع التركة، أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم. وقوله: **(وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ)** ظاهر وقد ذكرناه أيضاً.

فصل في الاختلاف

قال: (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه، ولا يتحالفان لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ها هنا، فلا يتحالفان. قال: (ولو أقاما البينة فالبينة

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما، وقدم الأول لأن الأصل هو الاتفاق قوله: (ولا نص ها هنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اهـ. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع، وتحرير صاحب غاية البيان أيضاً يشعر بذلك، فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال: فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا»(١) فلا جرم لم يجب التحالف اهـ. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض، وأما إذا وقع بعد القبض فمعنى الإنكار هناك أيضاً إنما يوجد في طرف واحد وهو المشتري، فكان التحالف في تلك الصورة مخالفاً للقياس، ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا»(٢) وقد مرّ ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى، فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الإنكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعاً بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض. والصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف. وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال: وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه، لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اهـ. قال الزيلعي في شرح هذه المسألة من الكنز: ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين، والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً فلا يكون الشفيع منكراً فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع

فصل في مسائل الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه. قال: (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وإن كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئاً فيخير الشفيع بين الأخذ والترك، فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الأقل) والقول قول المنكر مع يمينه، ولا يتحالفان لأنه لم يرد ثمة نص، ولا هو في معنى

فصل في الاختلاف

قال المصنف: (ولا نص ها هنا فلا يتحالفان) أقول: إذ النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك، فوجب التحالف لذلك، ولم يوجد الإنكار ها هنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً قوله: (لجواز تحقيق البيعين مرة

---

(١) تقدّم تخريجه مستوفياً في كتاب البيوع.
(٢) تقدّم تخريجه في البيوع.

للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً) فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو. ولهما أنه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشتري، لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وها هنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه، كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد، وأما

القياس اهـ. أقول: الخلل في كلامه أشد وأظهر، فإنه قال أوّلاً: لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين، وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضاً فيما لا إنكار ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا أتلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى، بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص. وقال آخراً فامتنع القياس، ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الإلحاق بطريق دلالة النص، فإن كثيراً من الأمور لا يجري فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ها هنا لا يتم المطلوب، فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة قوله: **(وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً)** أقول: لقائل أن يقول: البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفاً، فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلاً فضلاً عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف. ثم أقول: يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعى عليه لا مدعياً في الحقيقة إلا أنه مدّع صورة حيث يدعي زيادة الثمن، ومن كان مدعياً صورة تسمع بينته إذا أقامها، كما في المودع إذا ادعى ردّ الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله. وأما الحلف فإنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة، ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة، ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه بردّ الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلاً فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر إثباتاً، وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة: في شرح الوقاية في هذا المقام وحجتهما ما ذكرنا مؤيداً به ما ذكره قبله بقوله: لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل والمشترى ينكره ليس بسديد. وعن هذا لم يحك عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جداً، وإنما حكى عنه الطريقتان اللتان

المنصوص عليه من كل وجه **(وإن أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي للمشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينة البائع)** إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فإنها للبائع، وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها للوكيل وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فإنها للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة **(ولهما أنه لا تنافي بين البينتين)** في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز أن يجعلا موجودين في حقه **(وله أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشتري لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول)** فالجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما إثباتاً لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق **(وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري)** فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق، على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران: أي بحسب ما توجيه البينتان، فكان للموكل أن

بألف وأخرى بألفين) أقول: فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف، ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين، فكان الشفيع مخيراً، إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع، وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف: **(كيف وأنها ممنوعة)** أقول: فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وأنها ممنوعة.

المشتري من العدوّ فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم. فلنا أن نمنع **(وبعد التسليم نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا فبخلافه)** ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام. قال: **(وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري)** وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله. قال: **(ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادّان، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع، بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضي**

ذكرهما المصنف بقوله: ولهما أنه لا تنافي الخ، وبقوله: ولأن بينة الشفيع ملزمة الخ، حكى أولاهما محمد وأخذ بها، وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح قوله: **(وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه)** أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الأحكام، وإن أريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم، ولكن الشفيع والمشتري أيضاً بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع قوله: **(وبعد التسليم نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا فبخلافه)** أقول: يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً، ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول، ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف: فيما قبل وها هنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع، وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه. والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك، والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين، والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معاً هو الثاني دون الأول، فمعنى كلام المصنف هنا أن الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين، وأما هنا

يأخذ بأيهما شاء **(وأما المشتري من العدوّ)** فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف، ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذاك باعتبار أن التوفيق متعذر، إذ لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها قوله: **(ولأن بينة الشفيع ملزمة)** لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى، والملزم منها أولى لأنها وضعت للإلزام، وبينة المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أخذ أو يترك، وغير الملزم مستمر في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها، وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل، فإن كل واحدة منهما ملزمة، فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لأنها غير ملزمة. قال: **(وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه الخ)** إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فإما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض، أو يكون القبض غير ظاهر: يعني غير معلوم للشفيع، فإن كان غير مقبوض فإما أن يدعي البائع أقل أو أكثر، فإن كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري. ووجهه المذكور في الكتاب واضح. وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه، لأنه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء؛ ألا ترى أنه لو أقرّ بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ، وإذا كان كذلك كان القول قوله، وإن كان أكثر وليس لهما بينة تحالفاً وترادّاً بالحديث المعروف، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك، وإن اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف، ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم **(وإن كان مقبوضاً أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع)** لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر، وإن كان غير معلوم القبض فإما أن يقرّ البائع بالقبض أو لا، فإن كان الثاني ولم يذكره في الكتاب

البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع. قال: **(وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع)** لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه. ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به، فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيردّ عليه. ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله، لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

فبخلافه: أي لا يظهر في حق الثالث. وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشترى من العدوّ بالثمن الثاني، وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشترى بأي الثمنين شاء. فإن قلت: نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً، ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما؟ قلت: حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام، والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترقا وحلّ هذا المقام بهذا الوجه مما يهم، وقد أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع.

فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض، وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فإما أن يقرّ أولاً بمقدار الثمن ثم القبض أو بالعكس، فإن كان الأول كما لو قال: **(بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع)** أي بالألف **(لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به)** أي بالبيع بذلك المقدار تم بقوله: **(قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع)** المتعلق بإقراره من الثمن، لأنه إن تحقق ذلك يبقى أجنبياً من العقد، إذ لا ملك له ولا يد، وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع **(فيردّ عليه)** قبضت وإن كان الثاني كما لو قال: **(قبضت الثمن)** وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري **(لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار أجنبياً وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن)** وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقرّ بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكاً، والله أعلم.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال: **(وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع، لأن الثمن ما بقى)** وكذا إذا حط بعد ما أخذها

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لأنه ثمن والثمن تابع، كذا في الشروح قوله: **(وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه)** أقول: كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به، لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري، وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى داراً بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط. وفي الكافي: الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ها هنا، ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال: ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان: كامل وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر وهو المثل معنى اهـ قوله: **(وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة)** قال صاحب العناية: هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة، ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل، لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل. وقال: ولقائل أن يقول: لما كان الرضا شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعاً، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك. والجواب أن ثبوته بدونه ضروري، ولا ضرورة في ثبوت الأجل، إلى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك بدليل آخر، بل إنما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولكن تحقق بينهما ضمناً من حيث أن الرضا بالأجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع. ووجه الدفع ظاهر من قوله:

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع **(وإذا حط البائع عن المشتري)** حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة، لأن في المرابحة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها، وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه إنما يأخذها بالثمن والثمن ما بقي، وإن حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينه في البيوع في فصل قبيل الربا، وباقي كلامه ظاهر قوله: **(ومن اشترى داراً بعرض)** أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلاً **(أخذها الشفيع بقيمته)** أي بقيمة العرض **(لأنه من ذوات القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال)** وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعي بالقدر الممكن، فإن كان له مثل صورة ملكه بها، وإلا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة. وقوله: **(بالقدر الممكن)** يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالجزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة؛ ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قوله: **(قبل القبض سقط ذلك)** أقول: أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع قوله: **(والثمن ما بقي، وإذا حط بعده رجع الشفيع الخ)** أقول: لفظة «ما» في قوله ما بقي موصولة، والضمير في قوله بعده راجع إلى القبض في قوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل

الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع **(وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع)** لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحط لأن فيه منفعة له، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا. قال: **(ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته)** لأنه من ذوات القيم **(وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله)** لأنهما من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعي بالقدر الممكن كما في الإتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال **(وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر)** لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته. قال: **(وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار، إن شاء أخذها بثمن حالّ، وإن شاء صبر حتى ينقضي**

ولتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلاً إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلاً مستقلاً، وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه، بل لا وجه للقول: بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبراً، كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة، سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار إما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلاً للتراضي، واعتبروا كل واحد منهما سبباً مستقلاً للملك قوله: **(ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان)** قال صاحب العناية: قوله: وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك، بل هو بطريق تحوّل الصفقة كما هو المختار، لكن يتحوّل ما كان مقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه اهـ. واقتفى أثره الشارح أقول: هذا خبط فاحش منهما، مداره عدم الفرق بين ما إذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع. من يده وبين ما إذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فإن الاختلاف في أن الدار المشفوعة هل تنتقل إلى الشفيع بطريق تحوّل الصفقة أم بعقد جديد إنما هو فيما إذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري، وأما فيما إذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها إلى الشفيع هناك بطريق تحوّل الصفقة ولا مجال له أصلاً وإنما هو بطريق عقد جديد بالإجماع ولقد نادى إليه قول المصنف في أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده

بيتاً بعينه كان التسليم باطلاً وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالجزر والظن. ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً، بخلاف البيت فإنّ أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة. وقوله: **(وإن باع عقاراً بعقار)** ظهر وجهه مما تقدم **(وإذا باع بثمن مؤجل)** إلى أجل معلوم **(فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها)** وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوماً، لأنه لو كان مجهولاً كان البيع فاسداً ولا شفعة فيه **(وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل)** عندنا وقال زفر: **(له ذلك وهو قول الشافعي)** القديم **(لأن الأجل وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به)** أي بالثمن **(فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع)** فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما. وقوله: **(وليس الرضا)** دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة. ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم. ولقائل أن يقول: لما كان الرضا شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعاً، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك. والجواب أن ثبوته

القبض قوله: **(لئلا يخرج العقد عن موضوعه)** أقول: لأنه يصير هبة لأنه يبقى تمليكاً بلا عوض ولا شفعة في الهبة قوله: **(ألا يرى أن الشفيع لو سلم الدار الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل قوله: **(على أن يأخذ منها)** أقول: أي بالشفعة قوله: **(ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن)** أقول: فيه بحث.

الأجل ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم، لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع، وليس الرضا به في حق المشترى رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري؛ ولو كان وصفاً له لتبعه فيكون حقاً للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا، ثم إن أخذها بثمن حالّ من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حالّ وقد اشتراه مؤجلاً، وإن اختار الانتظار لهذلك، لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية. وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت

حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تمّ ملكه بالقبض. وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اهـ. فالصواب أن قول المصنف ها هنا ثم إن أخذها بثمن حالّ من البائع سقط الثمن عن المشتري إشارة إلى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري. وقوله: لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الإضافة إلى المشتري، وتتحوّل الصفقة إلى الشفيع على ما هو المختار، فإن قوله: وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان إشارة إلى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها. وقوله: لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال، وقد اشتراه مؤجلاً إشارة إلى أن تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في

بدونه ضروري، ولا ضرورة في ثبوت الأجل. وقوله: **(وليس الأجل وصفاً في الثمن)** جواب عن قول زفر. ووجهه أن وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك **(لأنه حق المشتري)** والثمن حق البائع. وقوله: **(وصار كما إذا اشترى شيئاً)** ظاهر. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلى آخر ما ذكره في أواخر باب طلب الشفعة. وقوله: **(وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ)** يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد، وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم، وليس كذلك بل هو بطريق تحوّل الصفقة كما هو المختار، لكن يتحوّل ما كان مقتضى العقد والأجل يقتضي الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه. وقوله: **(وإن اختار الانتظار)** ظاهر. وقوله: **(لقول أبي يوسف الآخر احتراز عن قوله الأول)**. روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أوّلاً كقولهما، ثم رجع وقال: له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال، لأن الطلب إنما هو للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال، فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لإعراضه عن الأخذ. ووجه قولهما وقوله أوّلاً ما ذكره في الكتاب وفيه إغلاق، وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به، والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة، ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به، وأما الأخذ فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل. وقوله: **(وهو متمكن من الأخذ في الحال)** جواب عن قول أبي يوسف الآخر، وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالاً. قال: **(وإذا اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير)** وجهه ظاهر. وقوله وشفيعها ذمي احتراز

قوله: **(وقوله وليس الرضا دليل آخر)** أقول: الأظهر أنه جواب عما يقال الشرط وإن لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة، لأن الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع قوله: **(لتفاوت الناس في الملاءة)** أقول: أي في الغنى قال المصنف: **(وليس الأجل وصف الثمن الخ)** أقول: سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل في باب التحالف قوله: **(لأن الطلب إنما هو الأخذ)** أقول: وهو المقصود من الطلب قال المصنف: **(وهو متمكن من الأخذ في الحال)** أقول: وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال قوله: **(وتقريره لا نسلم الخ)** أقول: فيه

شفعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لقول أبي يوسف الآخر، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع. قال: **(وإن اشترى ذمي بخمر أو خنزير داراً وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير)** لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم،

الباب المزبور بقوله: بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض اهـ. فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقاً لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلاً قوله: **(وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع)** قال صاحب العناية: قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر. وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالاً انتهى. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى، فالتصدّي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جداً، بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره. وأما ثانياً فلأن منع كون المقصود به الأخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه. وأما ثالثاً فلأن قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدّي الثمن حالاً مما لا يكاد يصلح أن يكون جواباً عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسألة، لأن دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الأجل أو الأخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال، فسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ انتهى. ولا يذهب على ذي مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالاً لا يجدي طائلاً في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه، فإن أداء الثمن حالاً ليس على الوجه الذي يطلبه، وليس بلازم له البتة، وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار إلى حلول الأجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً جواباً عن ذلك، والحق أن يحمل قول المصنف: وهو متمكن من الأخذ في الحال الخ على تتميم دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلاً بحسب المعنى على ثبوت حق

عما إذا كان مرتداً فإنه لا شفعة له سواء قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته لأن الشفعة لا تورث **(وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير)** قال المصنف: أما الخنزير فظاهر: يعني لكونه من ذوات القيم. واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمرّ على العاشر. وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير، بخلاف ما إذا مرّ على العاشر، وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين، فإن وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري، مثل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن، وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد، والإسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر، ولكن لا

بحث، إلا أن المراد الأخذ في الحال قوله: **(وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة)** أقول: وتقرير الجواب في شرح الكاكي هكذا بقيمة الخنزير كعين الخنزير معنى، ولكن في كونهما بمنزلة الخنزير شبهة، فلما كان متضمناً إبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة، بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمناً إبطال حق الغير، وفي مسألتنا يتضمن إبطال حق الغير فلم يعمل بها، بخلاف ما إذا مر على العاشر اهـ. وفي شرح الكنز للزيلعي: إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلاً عن غيره فلا يحرم، وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها.

وحق الشفعة يعم المسلم والذمي، والخمر لهم كالخل لنا والخنزير، كالشاة، فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة. قال: (وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلى، وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكرّ من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا.

الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذاً من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر: وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حالّ كان له ذلك، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر.

يبطل حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحاً، وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر. قال:

فصل

قال: (**وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه**) وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك، وبه قال الشافعي، إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء. لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً. وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه. ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير، فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة قوله: (**وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه**) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا: أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى. وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضاً ولكن بعبارات شتى. فقال صاحب العناية: أي ما قلنا إنه لا يكلف، وقال صاحب الكفاية: أي قول أبي يوسف: إنه لا يكلف المشتري قلع البناء. وقال صاحب معراج الدراية: أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. وقال الشارح العيني: أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. أقول: لقائل أن يقول: قد تلخص من جملة ذلك: أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله: وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن

فصل

الأصل في المشفوع عدم التغير، والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (**وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو الغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه. وعن أبي يوسف (أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك**) وهو أحد قولي الشافعي، وله قول آخر وهو أن له أن يقلع ويعطي قيمة البناء. ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أنه ملكه، والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان، واستوضح ذلك بالموهوب له، فإنه إذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض وبالمشتري شراء فاسداً إذا بنى، وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع لم يزرع اتفاقاً (**وهذا**) أي ما قلنا إنه لا يكلف (**لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين**) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (**بتحمل الأدنى**) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (**وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير**) بحث لا يقدر على إسقاطه جبراً (**من غير تسليط من جهة من له الحق**) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (**وهذا**) أي نقض البناء لحق الشفيع (**لأن حقه أقوى من حق المشتري**) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفيع متأكداً (**لأنه**) أي الشفيع (**يتقدم عليه**) أي على المشتري، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة، فكذا تنقض تصرفاته غرساً وبناء. وقوله: (**بخلاف الهبة**) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض، وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه، وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري في المشتري إنما هو قوله. وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية قوله: (**ولأن حق**

فصل وإذا بنى المشتري

قوله: (**فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع**) أقول: يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ.

الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة، لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق،

يكون قوله: لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلاً عليه، فينبغي أن يقول: ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة. والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان إنيتها سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإنية واللمية وإن كان أصل المدعى واحداً وكأنهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فلكن هذا على ذكر منك فإنه ينفعك في مواردها وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل قوله: **(وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه)** أقول: هنا كلام، وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله: وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بهما حاكم، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذاك وما قال هنا تدافع، فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك أوّلاً للمشتري ثم يثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي، وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق. والجواب أن المراد بما ذكره ها هنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق، وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك، والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه، إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالاً ثلاثة: الاستحقاق، والاستقرار، والتملك، وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع، والثاني بالإشهاد، والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين، إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى قوله: **(بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة)** وقال جماعة من الشراح: إن قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله: من غير تسليط من جهة من له الحق، فإن فيها تسليطاً من جهته. أقول: فيه بحث، لأن المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين: أحدهما قوله: لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق، وثانيهما قوله: ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف، فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلاً بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لأنه إن كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفاً كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعاً إلى الوجه الأول فلا معنى لجعله وجهاً آخر معطوفاً على الأول، وإن لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلاً للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق، فالحق عندي أن قوله: بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية، فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد، فحينئذ يكون التعليل بقوله: لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظراً إلى قوله: في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق، ويكون التعليل بقوله ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظراً إلى قوله: فيه لأن حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معاً بلا غبار. وقال جمهور الشراح: إنما قيد بقوله: عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري فيما اشتراه إنما هو على قول أبي حنيفة، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى. أقول: لقائل أن يقول: إذ جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في

الاسترداد) معطوف على قوله لأنه حصل قوله: **(فيهما)** أي في الهبة والبيع الفاسد **(ضعيف)** **(ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق)** أي حق الشفعة ويبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي. قيل فيه نظر، لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة، فالاستدلال به لا يصح. والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. وقوله: **(فلا معنى لإيجاب القيمة)** راجع إلى أول الكلام: يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع، لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم

ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق، والزرع يقلع قياساً؛ وإنما لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر،

الشراء الفاسد أيضاً فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسألتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً، فإن جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشتري في مسألتنا هذه على المشتري شراء فاسداً في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا. فإن قلت: يجوز أن يكون مراده بقوله: والمشتري شراء فاسداً في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله: والمشتري شراء فاسداً: هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة. قلت: ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جداً لأن قياس المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه، بل ذكر بصدد إثبات مدّعاه، فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد. ثم أقول: الأوجه في التوجيه أن يقال: إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين: أحدهما أن للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع، وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله: أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الإيضاح حيث قال: وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله: الأول وقوله: آخراً مع أبي حنيفة اهـ. وكذا لأبي يوسف في مسألتنا هذه قولان: أحدهما ما ذكره المصنف بقوله: وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الخ، وهذا ما رواه الحسن بن زياد. وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره. وذكر في غاية البيان: وإذ قد كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله: والمشتري شراء فاسداً في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسألة مبنياً على قوله: الآخر من قوليه: في مسألة البناء بعد الشراء الفاسد، وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها، ويكون تقييد المصنف قوله: وبخلاف الشراء الفاسد بقوله: عند أبي حنيفة احترازاً عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الأول: كما عرفت فتدبر قوله: (**ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى**) قال صاحب غاية البيان: هذا إيضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد، ولكن فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه، ولأبي يوسف أن يقول: هذا مذهبك لا مذهبي، وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اهـ. أقول: نظره ساقط جداً، لأن هذا الإيضاح من متفرعات قوله: بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد، وقوله: ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسداً كما صرح به ذلك الناظر وغيره، وقياسه على المشتري شراء فاسداً

استحق رجع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ها هنا. وقوله: (**والزرع يقلع**) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري، ولم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري تضمن ذلك، لأن الترجيح بدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم، وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصبغها بأشياء كثيرة، فإن الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها. وأجيب بأنه أيضاً على الاختلاف، ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقض لا يتضرر به المشتري كثيراً لسلامة النقض له، بخلاف الصبغ. وقوله: (**وإذا أخذه بالقيمة**) معطوف على مقدر دل عليه

قوله: (**قيل فيه نظر**) أقول: القائل هو الإتقاني.

وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب **(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن)** لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه. وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري، والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من

إنما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراءً فاسداً، فإن كان مراده بقياسه المذكور إثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنياً على قوله الآخر: في مسألة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي، وإن كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب إليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام، فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه، فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه. وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال: قيل فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح. والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اهـ كلامه. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية. وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتاً به إنما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فإنه المذكور دليلاً على ذلك في موضعه دون غيره، وقد جعله المصنف ها هنا دليلاً أوّل فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثاني كلامنا فيه، تبصر تفهم قوله: **(والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه، ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه)** أقول: كان الأولى أن يقال: ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا من البائع ولا من المشتري. ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذ منه، ولا على المشتري إن أخذ منه. وعن هذا قال في الكافي: ولا غرور في حق الشفيع لأنه تملك عن صاحب اليد جبراً بغير اختيار منة. وقال في النهاية نقلاً عن المبسوط: ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لأنه تملك عن صاحب اليد جبراً من غير اختيار فلا يرجع اهـ. وردّ صاحب الإصلاح والإيضاح التعليل بالأخذ جبراً حيث قال: إنما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد، لا لأنه أخذ جبراً لأنه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي، بل لأنه ليس بمغرور، والمشتري إنما يرجع على البائع لأنه مغرور من جهته. أقول: ليس ذلك بشيء، لأن قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب، حتى أن ذلك الرادّ نفسه أيضاً أخذ ذاك القيد في تعريفها

التخيير، وتقريره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع، وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب **(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الأرض رجع بالثمن)** لا غير أخذه من البائع أو المشتري **(لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق)** وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضاً لأنه متملك عن المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري، ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع **(والفرق على المشهور)** من الرواية ما ذكره **(أن المشتري مغرور)** ومسلط على البناء والغرس **(من جهة البائع)** ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه. قال: **(وإذا انهدمت الدار الخ)** كلامه ظاهر، والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال إنهم: يعني أئمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفاً لقلة التأمل، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء، وإنما منشؤه أن البناء وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد، وأما بعض الأرض فليس بوصف لبعض آخر

المشتري لأنه مجبور عليه. قال: **(وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جفّ شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بجمع الثمن)** لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل. قال: **(وإن شاء ترك)** لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله. قال: **(وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها، وإن شئت فدع)** لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن، بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية **(وليس للشفيع أن يأخذ النقض)** لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً. قال: **(ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها)** ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر، وهذا الذي ذكره استحسان. وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع؛ ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار. وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار، وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع. قال: **(وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري)** يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع. قال: **(فإن جدّه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً)** لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه. قال في الكتاب **(وإن جدّه المشتري سقط عن الشفيع حصته)** قال رضي الله عنه **(وهذا جواب الفصل الأول)** لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن **(أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن)** لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن، والله أعلم.

حيث قال في متنه: الشفعة تملك مبيع عقار جبراً بمثل ثمنه، وفسر في شرحه قيد جبراً بمعنى يعم صورة الأخذ بالتراضي أيضاً حيث قال: يعني لا يعتبر اختياره لا أنه يعتبر عدم اختياره، ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ها هنا، ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الأول وعدم اعتباره في الثاني، ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الأول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف. بقي شيء في كلام صاحب الإصلاح والإيضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور، فلقائل أن يقول: إن كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختاراً وخصم الشفيع مجبوراً كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير إلى ما نفاه، وإن كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضا خصمه وبين المشتري من البائع. ويمكن الجواب بأن يقال: سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير إليه تقرير صاحب النهاية حيث قال: إن المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور، وذلك لأن البائع التزم للمشتري السلامة اهـ. والظاهر أن خصم الشفيع وإن رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

فلا بد من إسقاط حصة ما غرق من الثمن **(وإن نقض المشتري البناء)** فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصوداً بالإتلاف ويقابله شيء من الثمن، وقد مرّ في البيوع **(وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً)** فبقي منقولاً ولا شفعة فيه. وقوله: **(ومن ابتاع أرضاً)** ظاهر. وقوله: **(وما كان مركباً فيه)** يعني مثل الأبواب والسرر المركبة. وقوله: **(على ما عرف في ولد المبيعة)** يعني أن الجارية المبيعة إذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالأم. وقوله: **(في الفصلين)** يريد به ما إذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشتري، وما إذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لأن التبعية كانت وقد زالت. وقوله: **(في الكتاب)** يعني مختصر القدوري، والله أعلم.

قوله: **(تعسفاً لقلة التأمل)** أقول: قوله تعسفاً اسم أن في قوله وبالتأمل فيه يرشدك إلى أن في قول من قال الخ.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال: (**الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم**) وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم، لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع» إلى غير ذلك من العمومات، ولأنّ الشفعة سببها الاتصال في الملك. والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا يتجب بعد ذكر نفس الوجوب محملاً، لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح قوله: (**الشفعة واجبة في العقار**) قال جمهور الشراح: العقار كل ما له أصل من دار أو ضيعة. **أقول**: تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسألة وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع»[1] لأن الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ها هنا، وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار، والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر إدراج الدار في معنى العقار، اللهم إلا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة ٢٣٨] لكن النكتة فيه غير واضحة، على أن عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط. ثم أقول: قال الإمام المطرزي في المغرب: والعقار الضيعة، وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة اهـ فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره، وما ذكره جمهور الشراح ها هنا مطابق للتفسير الثاني منهما، فكأنهم اختاروه ها هنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به. ثم اعلم أنه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء: والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم ما له دار ولا عقار اهـ. وقال: في فصل الضاد من باب العين من الصحاح: والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ. **أقول**: في كلامه اختلال لأنه فسر العقار أوّلاً بما يشمل الأقسام الثلاثة وهي الأرض والضياع والنخل، ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الأخص بالأعم كما ترى قوله:

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملاً، لأن التفصيل بعد الإجمال. قال: (**الشفعة واجبة في العقار الخ**) الشفعة واجبة: أي ثابتة في العقار، وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (**وإن كان مما لا يقسم**) أي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى، وإنما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لأنها غير متصلة، والمراد بالرحى بيت الرحى، والربع الدار، والحائط البستان، وأصله ما أحاط به، والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر، واختار الجوهري الفتح وقال: إنما تسكن في ضرورة الشعر. وقوله: (**إذا لم يكن طريق العلو فيه**) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفل، بل إذا كان له ذلك

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

---

(١) حسن. أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده والطحاوي ٢٦٨،٢ في شرح الآثار كلاهما عن ابن عباس ولفظ إسحاق: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء».
وليس في الحديث «عقار أو ربع».
وذكر عبد الحق في أحكامه في جهة الطحاوي، وزاده في إسناده القراطيسي. يعني يزيد بن عديّ. قال ابن القطان: وهو وهم فيه مقلّداً لابن حزم اهـ وفي إسناده الطحاوي يوسف بن عديّ وثّقه أبو حاتم، وأبو زرعة اهـ الزيلعي نصب الراية ١٧٧،٤. قلت: إسناد إسحاق قويّ، وليس فيه يزيد ابن عديّ، ولا يوسف بن عديّ لذا قال في الدراية ٢٠٣،٢: إسناد إسحاق رجاله ثقات اهـ لكن ليس فيه «عقار أو ربع» والحديث الآتي شاهد له.

ما مر، وأنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق. قال: **(ولا شفعة في العروض والسفن)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن، ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به. وفي بعض نسخ المختصر. ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة. وهو صحيح مذكور في الأصل، لأنه لا قرار له فكان نقلياً، وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار. قال: **(والمسلم والذمي في الشفعة سواء)** للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحرّ والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً. قال: **(وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه**

(ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة إلا في ربع أو حائط»)[1] أقول: فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن، فيرد عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط أيضاً كضيعة خالية مثلاً، وليس كذلك قطعاً فكيف يتم التمسك به؟ فإن قلت: يمكن أن يحصل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالإضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور. قلت: من أين تفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن، ولا إلى ما يعم شيئاً مما سوى العروض والسفن. وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في إيجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل قوله: **(وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار، ومن شرطها أن تتملك بعوض هو مال، لأن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالاً، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك لا بإنشاء سبب آخر ولذا لا تجب في الموهوب، لأنه لو أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به المتملك اهـ. أقول: لقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به

كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار **(والمسلم والذمي فيها سواء)** وقال ابن أبي ليلى: الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر. ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق **(ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير)** وقال: لا شفعة للصغير لأنه لا يتضرر بسوء المجاورة. قلنا: إن لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل **(ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً)** فإن كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديوناً كان أو لا، وإن كان هو المولى، فإن كان عليه دين فله ذلك وإلا فلا، وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره. قال: **(وإذا ملك العقار بعوض هو مال الخ)** قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ومن شرطها أن

---

(١) حسن. أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الراية ١٧٨،٤ من حديث أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. «لا شفعة إلا في ربع أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك».
قال البزار: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر. وقال الحافظ في الدراية ٢٠٣،٢: رجاله أثبات. قلت: فيه أبو الزبير مدلس، وقد عنعنه فحديثه حسن والله أعلم.

الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر. قال: **(ولا شفعة في الدار التي يتزوّج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً)** لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع. وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً.

المتملك وهو الوصية بلا عوض. لا يقال: لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض. فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض. لأنا نقول: مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك، وعن هذا قالوا: إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة، فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب، فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره، وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها قوله: **(وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقوّمة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها)** قال في العناية: وهي مهر المثل، وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق اهـ. أقول: في قوله وقيمة الدار نظر، إذ الكلام في قيمة الأعواض التي جعلت بدلاً للدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار، والعوض في صورة الصلح هو دم العمد، فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار. لا يقال: لما جعل دم العمد عوضاً من الدار صارت قيمته قيمة الدار. لأنا نقول: لو اقتضى هذا القدر أن

تملك بما هو مال **(لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم)** على ما مرّ في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالاً **فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر،** ولهذا لا يجب في الموهوب، لأنه لو أخذه أخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي يملك به التملك وعلى هذا **(لا شفعة في الدار يتزوّج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد)** أي غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبداً، لأن الشفيع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به، وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافياً، ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا إنما تجب الخ استظهاراً، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة، لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوّج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق **(إن تعذر الأخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها أصلاً)** وقوله: أي قول الشافعي رحمه الله **(يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أو ما يضاهيه)** أي ما يشابه المهر كبدل الخلع والأجر **(لأنه لا شفعة عنده إلا فيه)** حيث لا يرى الشفعة لا في الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام **(ونحن نقول)** جواب عن جعله هذه الأعواض متقوّمة، وتقريره أن تقوم هذه الأعواض إما أن يكون مطلقاً أو ضرورياً، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله: **(وكذا الدم والعتق غير متقوّم)** وإنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم، واستدل على ذلك بقوله: **(لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب)** وهو المالية لأن القيمة إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية

قوله: **(واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالاً)** أقول: قوله واجبة خبر أن في قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ قوله: **(كافياً)** أقول: خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ قوله: **(وقيمة الدار والعبد)** أقول: كأن الكلام في قيمة الأعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل قوله: **(وإنما أفردهما)** أقول: فيه شيء لا يخفى جوابه قال المصنف: **(ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة)** أقول: تأمل في التغاير بين الدليلين.

وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أو ما يضاهيه لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول: إن تقوّم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة، وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال، ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالا: تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه، ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن

تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الأعواض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضاً من الدار ولم يقل به أحد، بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضاً، ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإجمال ما قلنا قال: كأن الكلام في قيمة الأعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل اهـ. أقول: لم يصب في زيادته العبد وإلحاقه بالدار في المؤاخذة، فإن العبد مأخوذ في جانب الأعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب، فكون الكلام في قيمة الأعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الإعتاق. نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد، لكن من يجعل الإعتاق متقوماً لا بد له من المصير إلى قيمة العبد في تقويمه، والكلام هنا على أصله، وأما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد قوله: **(وكذا الدم والعتق غير متقوم)** قال في العناية: إنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوّم اهـ. أقول: فيه بحث، لأن تمامه يتوقف على كون سائر الأعواض المذكورة مالاً وإن لم تكن متقوّمة، وليس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا، وقد أفصح عنه قول المصنف: فيما قبل وهذه الأعواض ليست بأموال، وقوله: في باب المهر من كتاب النكاح أن المنافع ليست بأموال على أصلنا. والحق عندي في تعليل أن تقوّمهما أبعد أن يقال: لأنهما ليسا بمتقوّمين أصلاً: أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفاً قوله: **(وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده)** قال في النهاية: هذه الحوالة في حق الإشكال غير رائجة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال وهو قوله: ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ. وقيل: إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق اشكال كذلك، لأن الجواب يتضمن السؤال، وقيل: لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى، كذا في العناية أخذاً من معراج الدراية. أقول: لا يذهب عليك أن قوله: فلا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله: أوضحناه في البيوع إيضاحه في بيوع كفاية المنتهى، لأن ذكر شيء في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعدّ إعادة، وإلا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الإعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله: **(ومن ابتاع داراً شراء فاسداً)** قال صاحب العناية: وفي قوله: ومن ابتاع داراً لشراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداء، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله اهـ.

والجسمية، ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لأن العتق إسقاط، وإزالة الدم ليس إلا حق الاستيفاء وليس من جنس ما يتموّل به ويدخر. وقوله: **(وعلى هذا)** لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلاً بالبضع، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال. واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد. وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوماً عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تفضي إلى المنازعة والمفسدة ما أفضت إليها **(ولو تزوّجها على دار على أن تردّ عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار)** أي في شيء منها وقالا: **(تجب في حصة الألف)** تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم **(لأنه مبادلة مالية في حقه)** أي في حق ما يخص الألف، وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح **(ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه)** ولو كان البيع أصلاً يفسد كما

المضارب إذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه. قال: **(أو يصالح عليها بإنكار، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة)** قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر، والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه، كما إذا أنكر صريحاً، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه. قال: **(ولا شفعة في هبة ما ذكرنا، إلا أن تكون بعوض مشروط)** لأنه بيع انتهاء، ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه في كتاب الهبة، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع. قال: **(ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع)** لأنه يمنع زوال الملك عن البائع **(فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة)** لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند

وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اهـ. أقول: هذا الكلام منه عجيب، لأن حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضاً فيما إذا وقع بعد

لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجيني نفسك. وقوله: **(ولأن الشفعة)** دليل آخر، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تفضي إلى المبادلة المالية، وأما أن تكون هي المقصودة فممنوع. ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه؛ ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس المال ألفاً فاتجرو ربح ألفا ثم اشترى بألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو البيع. قال: **(أو يصالح عليها بإنكار الخ)** عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها عبداً من الصور التي لا يجب فيها الشفعة، وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر. وقوله: **(إذا لم يكن من جنسه)** أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذاً حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة. قوله: **(ولا شفعة في هبة لما ذكرنا)** يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً **(إلا أن يكون بعوض مشروط)** في العقد، ولا بد من القبض، فإنه إذا وهب داراً لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا **(ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه في كتاب الهبة)** لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض إن كان العوض داراً **(لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض)**. **إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع)** ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى **(فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة)** لزوال المانع عن الزوال **(ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح)** لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك، وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب قوله: **(وإن اشترى بشرط الخ)** ظاهر. وقوله: **(على ما مر)** إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال: والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ قوله: **(وإذا أخذها)** أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع **(وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما)** أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري **(فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها)** فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعه لأنه قرّر ملكه، وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع، لأنه لو لم يجعل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق **(وكذا إذا كان الخيار)** للمشتري **(وفيه إشكال)**

ذلك **(وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة)** لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه على ما مر، وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط، وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده، وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت

انعقاده صحيحاً، بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لأن الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد. وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية، فمجرد الإتيان بالجملة الفعلية إن لم يكن ملوّحاً إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوّحاً إلى الأولى. والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو أنه جعل قوله: شراء فاسداً قيداً للابتياع الذي هو أصل العقد، فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارىء وهذا مما لا سترة به قوله: **(وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد)** واعترض عله بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وإن ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع

وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار، والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضاً. وقوله: **(أوضحناه في البيوع)** قال في النهاية: هذه الحوالة في حق الإشكال غير رائجة، بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ، وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال. وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى، ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري قوله: **(وإذا أخذها)** يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع قوله: **(بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها)** ظاهر. وقوله: **(ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى)** يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار **(له)** أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية. قال: **(ومن ابتاع داراً شراء فاسداً)** أول كلامه ظاهر. وفي قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداء، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى بن نصراني داراً بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً قوله: **(وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز)** يعني الأخذ بالشفعة. واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتهري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل إلى حقه، ولا يلزم تقرير الفساد. وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض، إما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمناً، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد، وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد. وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار. وقوله: **(بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح)** جواب عما يقال: احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة. وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفاً حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنبها، وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه. والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملاً فيهما لكن في الخيار للمشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه، وفي الفاسد لا يملك لأنه ممنوع عن

قوله: **(تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ)** أقول: حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار.

قوله: **(أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ)** أقول: حتى أسلما أو أسلم أحدهما قوله: **(يعني الأخذ بالشفعة)** أقول: الأظهر يعني إثبات حق الشفعة قوله: **(فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض، بل يكفي إسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر قوله: **(وما يلزم)** أقول: وهو الفساد ها هنا قوله: **(من فرض عدمه وجوده)** أقول: فيه

الثانية. قال: **(ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها)** أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفاً وفي البيع الفاسد ممنوع عنه. قال: **(فإن سقط**

فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله: ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع. وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض، إما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمناً، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضاً فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك. وأما الخيار فإنما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين، إذ هو للتأمل والتروي، فبإسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد، فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار، هذا زبدة ما في الشروح. وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث قال: فيه بحث، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض، بل يكفي إسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ. **أقول:** ليس هذا بشيء، لأن شيئاً من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لا يتصوّر. أما الأول فلأن إسقاط الشرط المفسد الراجع إلى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي إسقاط

التصرف. واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف، بل له أن يبيع بيعاً صحيحاً ولا يبقى لبائعه حق النقض، وفيه تقرير الفساد أيضاً. وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهيّ عنه، وقد يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول، وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع. وأرى أن قوله وحق الفسخ. ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره له كان كافياً، وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد، فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتاً بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد، ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفاً، والمشتري بالخيار إن لم يكن مالكاً فهو أحق بالتصرف، والمشتري شراء فاسداً ليس منهما، فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع **(وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو)** أي المشتري **(شفيعها، لأن الملك له)** لا يقال: في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد. لأنا نقول: المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة، بخلاف ما تقدم؛ فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لانتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد، وفي ذلك تقريره فلا يجوز. **فإن قيل:** الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة، وهو المشتري شراء فاسداً، فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد. أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة، كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الأخذ في تلك المسألة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد، ولا تقرير ها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد **(ثم إن سلم البائع)** الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري **(قبل الحكم بالشفعة)** للبائع **(بطلت الشفعة)** لزوال ما كان يستحقها به **(كما إذا باع بخلاف ما إذا أسلم بعده)** لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط **(وإن استردها)** أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها، ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم

بحث قوله: **(واعترض بأنا لا نسلم أنه الخ)** أقول: لفظ الأخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض، فإنه لا يبقى تصرف للبائع فيما إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل، فإن قوله في الفاسد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال قوله: **(وأجيب بأنا لا نسلم أن ذلك)** أقول: ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة، وقوله لا نسلم تسامح قوله: **(ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ)** أقول: واستظهاره أيضاً، وقد سبق مثله في هذا الباب، ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمناً.

قوله: **(وفيه نظر سيعلم)** أقول: بعد أسطر.

حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له) ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع، بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا. قال: **(وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا**

نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه. وأما إمكان عدم إسقاط ما يصلح لأن يكون عوضاً في مطلق البيع فغير مفيد، لأن الشفيع إنما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن. وأما الثاني فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن، لأن مثل الخمر ليس بمال متقوّم عند أهل الإسلام، فكيف يتصوّر اعتبار القيمة لما لا قيمة له. وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالاً متقوّماً عندهم، لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع، والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى للإيراد المذكور أصلاً قوله: **(وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة)** قال صاحب العناية: ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جاراً بعد الإفراز وهو متعذر اهـ. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأن كون المقاسم جاراً بعد الإفراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدماً على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذي يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر. وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لأجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي يتحقق فيْ حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب. وقال صاحب غاية البيان: ولأنه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اهـ. أقول: فيه نظر أيضاً. أما أوّلاً فلأن المقاسم إنما كان شريكاً قبل الاقتسام، وأما بعده فقد صار جاراً فلا يلزم تقدم الجار على الشريك. وأما ثانياً فلأنّ تقدم الجار على الشريك إنما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة، وأما إذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلاً عن بطلان ذلك، ألا ترى أنه إذا اشترى داراً فسلم السريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة، ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه قوله: **(ومراده الردّ بالعيب بعد القبض)** قال جماعة من الشراح: أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاضي الردّ بالعيب بعد القبض، وردّ عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال: قال الشارحون قوله ومراده: أي مراد القدوري في قوله: أو بعيب بقضاء قاضي الردّ

يكن في وقت بيع المشفوع جاراً **(وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا)** أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. قال: **(وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ)** وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز **(ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة)** ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جاراً بعد الإفراز وهو متعذر **(وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردّها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه)** ولا فرق في هذا: يعني فيما إذا كان الردّ بالقضاء بين القبض وعدمه. وأما إذا ردّها بعيب قضاء فإما أن يكون قبل القبض أو بعده، فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الردّ بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضي، وإن كان الثاني وهو مراد القدوري ففيها الشفعة على ما ذكره في الكتاب. قال الشارحون: قوله ومراده: أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الردّ بالعيب بعد القبض، وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه، وإنما

شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة. قال: **(وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردّها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع)** لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه **(وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقابلا البيع فللشفيع الشفعة)** لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث، ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف. وفي الجامع الصغير: ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه: لا شفعة بسبب الردّ بخيار الرؤية لما بيناه، ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا، وهذا المعنى موجود في القسمة، والله سبحانه أعلم.

بالعيب بعد القبض، وفيه نظر لأنه يناقض قوله: ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اهـ. وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية: وفيه كلام، وهو أنه يمكن أن يقال: مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغواً في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اهـ كلامه. يعني يمكن أن يقال: من جانب هؤلاء الشارحين إن مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري: أو بعيب بقضاء قاض على الردّ بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو، فإن الردّ قبل القبض لما كان فسخاً من الأصل لم يثبت به له حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الردّ بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغواً في صورة عدم القبض، وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق. أقول: الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب إليه صاحب العناية، وأن ما ذكره ذلك البعض ساقط. أما الأول فلأنه لو كان مراده ما ذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري: وإن ردّها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله: ثم ردّها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض، وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف. وأما الثاني فلأن عدم ظهوره فائدة التقييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغواً على تقدير كون قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض عاماً شاملاً لصورتي القبض وعدمه، لأن ظهور فائدة التقييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير مخلّ بعمومه فرداً آخر أيضاً، إذا لم يكن القيد منافياً لعموم ذلك الفرد الآخر، وها هنا كذلك فإن القضاء كما يتصوّر بعد القبض يتصوّر قبل القبض أيضاً، غاية الأمر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف.

ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما، وأما رواية الكسر فمعناها. ولا شفعة في قسمة ولا في الردّ بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الأصل، وأما رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير، ومعناها: لا شفعة ولا خيار رؤية في قسمة، لأنه لو ردّه بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة، وفيه نظر سيعلم. وأنكر فخر الإسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد لأن الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لأن نصيبه في القسمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع في الأولى أو مثله، ولا فائدة فيه، فأما إذا كانت عقاراً أو غيره فإنهم إذا اقتسموا ثانياً ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيداً، والله أعلم.

باب ما يبطل به الشفعة

قال: (**وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته**) لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (**وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد**

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة قوله: (**وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب**) فإن قيل: جعل ترك الإشهاد ها هنا مبطلاً للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم، وإنما هو لنفي التجاحد، وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها أن الإشهاد ليس بشرط، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط، حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته لا لأنه شرط لازم. ولما لم يكن الإشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلاً للشفعة فما وجه التوفيق بينهما؟ قلنا: يحتمل أن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب المواثبة، ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب إشهاداً، والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ها هنا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الإشهاد المذكور ها هنا بطلب المواثبة حيث قالا: وإذا ترك الشفيع الإشهاد: أي طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية. وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسراه به ولكن قال بعده: وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله. ويعضده قول المصنف من قبل: والمراد بقوله: في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة، وقوله: ها هنا لإعراضه عن الطلب إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل، لأن جعل قول المصنف هنا لإعراضه عن الطلب عاضداً: أي معيناً لكون المراد بالإشهاد المذكور في الكتاب ها هنا نفس طلب المواثبة صحيح، إذ لو كان الإشهاد ها هنا على معناه الظاهري لقال: في تعليل بطلان الشفعة

باب ما يبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه. اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم، لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط، والمسقط إليه كالطلاق والعتاق قوله: (**وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم**) يعني طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته، وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أنّ الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله، ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة: أي طلب المواثبة، وقوله ها هنا لإعراضه عن الطلب، وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (**لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة**) فالإعراض يتحقق عند القدرة، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته، وكذا إن طلب المواثبة وترك طلب التقرير والإشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (**وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض**) أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرّر في المحل لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرّر في المحل لا يصح الاعتياض عنه. وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط: يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري

باب ما يبطل به الشفعة

قال المصنف: (**وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع الخ**) أقول: قوله حين علم إشارة إلى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار إليه في باب طلب الشفعة فتذكر قوله: (**يعني طلب المواثبة**) أقول: يعني ترك نفس طلب المواثبة مطلقاً أشهد أولاً.

المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم. قال: **(وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته رد العوض)** لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق

بتركه لإعراضه عن الإشهاد دون أن يقال لإعراضه عن الطلب، وهو الذي أشار إليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما: والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ها هنا اهـ. وأما جعل قول المصنف: من قبل والمراد بقوله: في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضداً أيضاً لذلك فليس بصحيح، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن مراد المصنف هناك بقوله: المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير، وليس مراده أن المراد بقوله: في الكتاب أشهد على طلب المواثبة، إذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد، والمفسر ها هنا بطلب المواثبة نفس الإشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصوّر أن يكون أحدهما عاضداً للآخر قوله: **(وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض، لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض. أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه. وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط: يعني الشرط الملائم، وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها، فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى اهـ كلامه. أقول: هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح، لأنه وزع تعليل المصنف بقوله: لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ إلى قوله: بطلت الشفعة وإلى قوله: وردّ العوض، فجعل قوله: لأن حق الشفعة إلى قوله: فلا يصح الاعتياض

سلمتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها **(فبالفاسد)** وهو ما ذكر فيه المال **(أولى)** والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إعراض عن لازم الأخذ، وإذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط. لا يقال: لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به. لأنا نقول: ثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال. وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة، لأن ذلك على وجهين: أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض. والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن؛ والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض. قوله: **(وكذا لو باع**

قوله: **(فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر)** أقول: على هذا التقرير لا يوجد شرط إنتاج الشكل الأول إلا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول، والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر، وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني قوله: **(وأما رد العوض فلأن حق الشفعة الخ)** أقول: والحق عندي أن قوله لأن حق الشفعة دليل على رد العوض. وقوله ولا يتعلق إسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح، وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل. ثم قوله إسقاط مبتدأ، وقوله لا يتعلق الخ خبره قوله: **(وهو أن تعلق إسقاطه بشرط ليس فيه الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف: **(فالبفاسد أولى)** أقول: وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال. فإن قلت: متى ثبت فساده. قلت: في الدليل الأول فليتأمل قوله: **(ونحوها فهو ملائم)** أقول: كالمزارعة والمعاملة قوله: **(لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ)** أقول: إذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لا يتوجه السؤال قوله: **(لأنا نقول: ثبت بالدليل الأول)** أقول: دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل قوله: **(إذا كان على بعض الدار صح)** أقول: لأن بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه.

إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط. وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا، بخلاف

عنه دليلاً على قوله: بطلت الشفعة، وجعل قوله: ولا يتعلق إسقاطه الخ دليلاً على قوله: وردّ العوض بطريق اللفّ والنشر المرتب. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل أن حق التوزيع على عكس ذلك، وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد إليه جداً التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع: أعني قوله: فلا يصح الاعتياض عنه في الأول وقوله: فيبطل الشرط ويصح الإسقاط في الثاني تبصر. واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال: ولنا فيه نظر، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط، ألا يرى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير: لو قال الشفيع: سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره، أو قال للبائع: سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتدّ بالرد، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اهـ. قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية: قلت: استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه: فإن قيل: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً، لأنه إنما أبطل حقه بشرط سلامة العوض، فإذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما في الكفالة إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة. قيل له: بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء، كذا هنا. وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب للشفعة من المبسوط، وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص، وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ، ويحتاج إلى الفرق، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ. ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح العيني. أقول: لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور، بل لا مساس له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسألة، والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمعزل عن الآخر، كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أوّلاً كلام الشيخ أبي المعين بتمامه نقلاً عنه حيث قال: وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالاً وجواباً في هذا الموضع. قال: فإن قيل: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضاً إلى آخر كلامه، ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى، ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: وقوله: على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين: أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض، والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة

شفعته) يعني أنها تبطل **(لما بينا)** أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان إعراضاً. فإن قيل: حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح. أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرّر، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر، واعتبر

القصاص لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية، وفي أخرى: لا تبطل الكفالة ولا يجب المال. وقيل هذه رواية في الشفعة، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه. قال: **(وإذا مات الشفيع بطلت شفعته)** وقال الشافعي: تورث عنه. قال رضي الله عنه: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قاء القاضي قبل نقد

لفقد الإعراض اهـ. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأنا لا نسلم أن في قوله: على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة، إذ لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك إلا بطريق مفهوم المخالفة، ولا شك أن مفهوم قوله: على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض، وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلاً، إذ لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضاً فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض، وأن مفهوم قوله: في جواب المسألة بطلت الشفعة وردّ العوض يعم أيضاً ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضاً، فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين الذين ذكرهما. نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله: على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات، لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاها صاحب العناية. وأما ثانياً فلأن تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الإعراض مما لا يكاد يتم، لأن فقد الإعراض متحقق في الوجه الثاني منهما كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه، فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال: لكون الحصة معلومة تدبر قوله: **(وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)** أشار به إلى قوله: لأن حق

ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقاً متقرراً، فأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً متقرراً، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل، ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار، ولا يثبت العوض لأنه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكأن أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز **(والكفالة بالنفس في هذا)** أي في بطلان الكفالة، والعوض **(بمنزلة الشفعة)** في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص. وقيل وعليه الفتوى: ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه **(وفي رواية)** كتاب الصلح من رواية أبي سليمان **(لا تبطل الكفالة ولا يجب المال)** والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. وقيل هذه الرواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضاً حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

قال المصنف: **(وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)** أقول: يعني آنفاً وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعي هنا، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى قوله: **(فكان حقاً متقرراً)** أقول: يعني كان القصاص حقاً متقرراً قوله: **(فأما في الشفعة فإن المشترى الخ)** أقول: فيه بحث، إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا للمشتري، وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبراً بمثل ثمنه، وبعبارة أخرى إن الدار كانت مباحة التملك جبراً بمثل ثمنه، وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه فجوابه غير خفي قوله: **(ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ)** أقول: ولعل الإضافة لأدنى ملابسة، والمعنى حق الطالب على الكفيل قوله: **(ولهذا لا تسقط بالسكوت)** أقول: أي بسكوت الطالب قال المصنف: **(ولأنه بالموت يزول ملكه)** أقول: عطف على المعنى كأنه قال لما مر في

الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرطاً فلا يستوجب الشفعة بدونه **(وإن مات المشتري لم تبطل)** لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعه القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته. قال: **(وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته)** لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم صريحاً أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال. قال: **(ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة)** والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة، لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء **(وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له)** وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له، لأن البيع تم بإمضائه، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال: **(وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف**

الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اهـ. أقول: نعم لا إسقاط في البيع الحقيقي، وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله: لأن حق الشفعة ليس بحق متقرّر، إلى قوله: فلا يصح الاعتياض عنه، فإنه إذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعاً حقيقياً لأنه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضاً شيئاً من المعاوضات أصلاً فلا جرم كان إسقاطاً فتم به المطلوب هنا، وعن هذا قال في المبسوط: لو باع شفعته بمال كان تسليماً، لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازاً كبيع الزوج زوجته من نفسها اهـ قوله: **(وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطه أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه**

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة **(في الكفالة خاصة)** يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال **(وقد عرف في موضعه)** أي في المبسوط. قال: **(وإذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ)** إذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ، فإما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري إليه أو بعد ذلك، فإن كان الأول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذوها، وإن كان الثاني فلهم ذلك. وقال الشافعي: الأول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنتقل إلى الورثة سواء كانت مما يعوّض عنها أو لم تكن، لأن الوارث يقوم مقام المورّث لكون حاجته كحاجته. وقلنا: الشفعة بالملك وقد زال بالموت، والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الأخذ والترك، وإن مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق **(ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته)** أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع، لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدماً

البيوع ولأنه قوله: **(لأن العلم بالمسقط الخ)** أقول: لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطاً قوله: **(وإن كان الثاني الخ)** أقول: معطوف إلى ما تقدم بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله فإن كان الأول بطل شفعته لزوال السبب قوله: **(وهو الشفيع)** أقول: وهو راجع إلى قوله رجلاً قال المصنف: **(ووكيل المشتري إلى قوله: لا شفعة له)** أقول: قال في غاية الوقاية: من باع عقاراً وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال إذا باع المضارب داراً من المضاربة وربالمال شفيعها فلا شفعة له، ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء له فله الشفعة الخ اهـ كلامه، معناه الموكل بالشراء إذا كان شفيعاً للدار المشفوعة، وإن كان الآخر الأدنى منه سقوط به، وإن ساواه تناصفاً قوله: **(وتكلف لذلك كثيراً الخ)** أقول: هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية، فإنه لا كلام في إيهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره، فالأولى هو الإطلاق.

درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني إذ الجنس مختلف، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفاً أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهي

باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية: تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً، لأن إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط: وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أن كان مكيلاً أو موزوناً فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التي اشتراها به أو أكثر، وكذلك تعليله دالّ عليه، وكذلك ما ذكره في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه، وهكذا أيضاً استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال: فلو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلاً أو موزوناً فهو على الشفعة، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال: فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية، وقال صاحب العناية: قال في النهاية: تقييده بقوله: قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً وتكلف لذلك كثيراً وهو يعلم بالأولوية، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اهـ.

على حق من يثبت حقه من جهته أيضاً وهو الغريم والموصى له، فإن باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن يقضيه كما لو باعها المشتري في حياته. لا يقال: بيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بأنه قضاء منه بخلاف الإجماع للإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذاً، وإذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها، فإما أن يكون باتاً أو بالخيار له، فإن كان الأولَ بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك **(ولهذا)** أي ولأن زوال السبب مبطل **(يزول به)** أي بالبيع، وإن لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط، كما إذا سلم صريحاً أو إبراء عن الدين ولا يعلم أن له ديناً وطولب بالفرق بينها، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه، فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا. وأجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم، وإنما تسقط بها لدلالته على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق، بخلاف التسليم الصريح والإبراء، وردّ بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وإن لم يعلم. وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة، وإن كان الثاني لم تبطل شفعته لأن الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال.

قال: **(ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ)** ذكر الأصل وهو أن من باع عقاراً هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كربّ المال إذا باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، ومن اشترى لوكيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب، وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع، والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها **(وكذلك)** أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلاً عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له، لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعياً في نقض ما تم من جهته **(وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره الخ)** وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو بشعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته. أما في الأول فلأنه إنما سلم استكثاراً بالثمن المذكور، فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه. قال في النهاية: كأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفاً أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفاء شرطه، وفيه نظر سيأتي، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف،

قوله: **(وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ)** أقول: وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجواز مطلقاً، بخلاف ما ذكر ها هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض، إذ لا قدرة له لأخذه، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل.

دراهم أو دنانير، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر. وقال زفر: له الشفعة لاختلاف الجنس. ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية. قال: **(وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة)** لتفاوت الجوار **(ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره)** لأن التسليم لم

أقول: ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية: من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله: قيمتها أو أكثر غير مقيد، فإنه لما كان جواب المسألة غير مختلف فيما إذا كان قيمتها ألفاً أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفاً، أو أكثر غير مفيد قطعاً، فإن لم يكن مخلاً بناء على إيهامه في بادىء الرأي تقييد الحكم أيضاً فلا أقل من كونه مستدركاً، وإن عدّ السلوك مسلك الدلالة بالأولوية مع كونه أمراً مبهماً في هذا المقام كفى أن يقال: قيمتها أكثر فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح فيما إذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين قوله: **(وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار)** يعني لتفاوت الناس في الجوار، فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذاك كذا في الكافي. قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير: لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده اهـ. وقال صاحب العناية هـ هنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع: وهذا كما ترى يناقض قول المصنف: فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اهـ. ولا يخفى أن كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الإتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه، وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال: وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقاً، بخلاف ما ذكر هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض، إذ لا قدرة له على أخذه، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اهـ كلامه. أقول: هذا ليس بسديد، لأن حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الإعراض، وحمل الشرط المذكور في كلام الإمام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الإعراض. ولا يخفى على الفطن أن شيئاً من كلاميهما لا يساعد ذلك أصلاً، أما كلام المصنف فلأنه قال: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى، ولا شك أن أولوية عدم تعلق إسقاطه

فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر فكان التسليم صحيحاً. وأما في الثاني فلأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به، إذ الجنس مختلف. قال في النهاية: تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً وتكلف لذلك كثيراً وهو يعلم بالأولوية، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم، وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له. وقال زفر: له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما. ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة **(وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار)** فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره. قال محمد رحمه الله في الجامع: لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الأبعد وجوده، وهذا كما ترى

يوجد في حقه **(ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة)** لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه.

بالفاسد من عدم تعلق إسقاطه بالجائز من الشرط إنما تظهر إذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجاز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد، وأما كلام الإمام محمد فلأنه قال: لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط. ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة إسقاطاً محضاً إنما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين، سيما الشرط الذي لا يدل على الإعراض، فإن كونه إسقاطاً يقتضي الإعراض دون عدم الإعراض، تأمل تقف.

يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى. وقوله: **(في ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف، وقد تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع.

فصل

قال: (**وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له**) لانقطاع الجوار، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا، قال: (**وإذا ابتاع منها سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني**) لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه، فإن أراد

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه، كذا في العناية وغيرها، ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج إلى استعمال الحيلة لإسقاط شفعته؟ تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال: قول صاحب العناية: ٠-أذى به في قوله: لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به بأن قال: في استيفاء الثمن، وقال: ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اهـ. أقول: الأظهر عندي أن يقال: المقصود من إسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق، لا دفع مجرد تأذي نفس البائع، ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما تتحقق في كثير من الصور، بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر قوله: (**والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب ردّ الدينار لا غير**) قال صاحب النهاية: وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال: ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر، فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة، ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه، وكلامه واضح. وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار. وقوله: (**إلا أن المشتري في الثاني شريك**) لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار. وقوله: (**فإن أراد الحيلة**) هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة، والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة، وقوله: (**إلا إذا استحقت المشفوعة**) استثناء من قوله وهذه أخرى: يعني أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرّر به: أي برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار. وقوله: (**والأوجه الخ**) تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة، ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً وإنما يرجع بما أعطاه، لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف، كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف. وقوله: (**ولا تكره الحيلة**) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن

فصل: وإذا باع داراً

قوله: (لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به) أقول: في استيفاء الثمن، ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر قوله: (واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول: قوله قبل متعلق بقوله شفعة، والضمير في لكونه راجع إلى الجزء الأول، والضمير في قوله ملكه راجع إلى المشتري قوله: (تقريره إذا

الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلا والباقي بالباقي، وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر، والثمن هو العوض عن الدار. قال رضي الله عنه: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته، إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به. والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير. قال: **(ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد)** لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه. ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعدّ ضرراً، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة.

يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان، إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكوراً فيها بل جعله شرحاً محضاً لكلام المصنف حيث قال: وقوله: والأوجه الخ تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ما ذكر في النهاية معزياً إلى فتاوى قاضيخان. أقول: لا يذهب على ذي فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان. وفي الشرحين المزبورين: فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التي هي الثمن دينار، ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقي دنانير، وعن هذا قال المصنف: فيما إذا استحق المشفوع فيجب ردّ الدينار لا غير، وقالوا: ثمة لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه. نعم كلا العينين مشتركان في أن يعما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه، فلا يصلح أحدهما لأن يكون بياناً وشرحاً للآخر كما لا يخفى قوله: **(ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله)** قال في العناية أخذاً من النهاية ومعراج الدراية: اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول: نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع. والثاني مختلف فيه. قال بعض المشايخ: غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة. ومنهم من قال: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى. أقول: في هذا التقرير شيء، وهو أنه إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله: وهو مكروه بالإجماع، والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية. وأيا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب. أما على الأول فلأن القطع بكون الثاني مختلفاً فيه لا يكون تاماً حينئذ، لأن اختلاف الاجتهاد في الثاني إنما كان على قول بعض المشايخ من الرواة. وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وإنما الخلاف بينهما في فصل

تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة، وهو مكروه بالإجماع. والثاني مختلف فيه. قتل بعض المشايخ: غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله، وهو الذي ذكر في الكتاب، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة. ومنهم من قال: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

أراد أن يبيع الدار الخ) أقول: أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقريراً لما في الكتاب، بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ما ذكره الإمام الزيلعي، وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفاً بما في ذمته من الدراهم، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتأمل.

مسائل متفرقة

قال: (**وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها**) والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين، بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمى لكل بعض

الزكاة كما ذكره. وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله: قال بعض المشايخ: غير مكرو الخ، فلأن القطع بكون الأول مكروهاً لا يصح حينئذ لأن شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال: في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة: لا بأس به، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه، وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه. ثم قال: وقيل هذا قول أبي يوسف: وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى. قال الإمام قاضيخان في فتاواه. ذكر

مسائل متفرقة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك، ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه، وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله: (**فيتضرّر به**) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص، فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. وقوله: (**ولا فرق في هذا**) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده. وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما رواه القدوري. قال: روي عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض، لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة. وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه. وقوله: (**بمنزلة أحد المشتريين**) يعني أنّ أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع. وقوله: (**لأن العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن**) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك، وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع (**ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو ترك**) وليس له أن ينتقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (**لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة، والشفيع لا ينقض القبض**) ليعيد الدار إلى البائع (**وإن كان له فيه نفع بعود العهدة إلى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه**) فإن للشفيع نقضه (**لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم**) فإنه لم يجر بين المتعاقدين (**ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع، بل هو تصرف بحكم الملك**) فكان مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (**وإطلاق الجواب في الكتاب**) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذي

مسائل متفرقة

قوله: (**يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً**) أقول: يعني على الأخذ قوله: (**فتتفرق عليه الصفقة الخ**) أقول: وجوابه أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه قوله: (**فإنه لم يجر بين المتعاقدين**) أقول: أي المتقاسمين قوله: (**قد ذكرنا أن الحمل الخ**) أقول: لم يذكر الحمل فيما تقدم: يعني في باب ما يجب فيه الشفعة.

ثمناً أو كان الثمن جملة، لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن، وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى. قال: **(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع)** لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أيّ جانب كان وهو المروى عن أبي يوسف، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر. قال: **(ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة)** لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء، وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه، ولا شفعة لمن يبيع له. قال: **(وتسليم الأب والوصيّ الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفعته إذا بلغ)** قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبيّ فلم يطلبا الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم

محمد رحمه الله عليه في الأصل: الحيلة في إسقاط الشفعة، ولم يذكر الكراهة. قالوا: على قول أبي يوسف لا تكره، وعلى قول محمد تكن وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف: لا تكره. وقال بعض المشايخ: تكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد الوجوب لأنه احتيال لإبطال حق واجب، وقبل

صار للمشتري **(يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أيّ جانب كان، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله)** والباقي ظاهر. قال: **(وتسليم الأب والوصيّ الشفعة)** قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلم بعد الطلب سقطت **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفعته إذا بلغ. قال المشايخ: **(وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة)** لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً. وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح منه التسليم أصلاً. وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عما روي أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف **(لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته)** وفي بعض النسخ كدينه بالنون، والأول يناسب ما قرن به وهو قوله: **(وقوده)** والثاني يناسب رواية المبسوط، لأنه قال: كالإبراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له **(ولأنه شرع لدفع الضرر)** وفي إبطاله إضرار به. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لأنه يملك العين فيملكانه. يوضحه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعة جاز، فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة، بخلاف البيع منه، ووضحه بقوله: **(ألا ترى)** وهو واضح، وقوله: **(ولأنه دائر)** دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود، لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه، بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضراراً به. وقوله: **(وسكوتهما كإبطالهما)** لما كان ما ذكر من الدليل مختصاً بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كإبطالهما **(لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها)** أو الغبن اليسير من المثل **(فإن بيعت بأكثر من قيمتها)** بغبن فاحش **(قيل جاز التسليم بالإجماع)** يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لأنه تمحض نظراً، وقيل لا يصح بالاتفاق **(وهو الأصح)** لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم **(كالأجنبي)** فيكون الصبي على حقه إذا بلغ **(وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة، فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم)** منهما، وإذا لم يصح

الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح. لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرار به. ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه؛ ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبيّ صح رده من الأب والوصيّ، ولأنه دائر بين النفع والضرر، وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه. قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظراً. وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة، فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضاً ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.

الوجوب إن كان الجار فاسقاً يتأذى منه فلا بأس به. وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: لا بأس بالاحتيال لإبطال حق الشفعة على كل حال. أما قبل وجوب الشفعة فلا شك؛ كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة، وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضاً لأنه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لإضرار بالغير، فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا، إلى هنا لفظ فتاوى قاضيخان.

عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً لم يريا تسليمها إذا بيعت بمثل الثمن، فلأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لأن المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير، ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركها ها هنا كذلك، ولهذا المعنى أيضاً خص قول أبي يوسف بقوله: **(ولا رواية عن أبي يوسف)** لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها، والله أعلم بالصواب.

قوله: **(وقال محمد وزفر رحمهما الله)** أقول: خالف الشارح ها هنا ترتيب المشروح قوله: **(قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي)** أقول: يعني في محل الخصومة الخ.

كتاب القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام باشرها في المغانم والمواريث[1]،

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة، فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح. وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك: أو لأن القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة»[2] والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة، والمتضادان يفترقان أبداً مع تقدم المثبت على المنفي كما في الأمر والنهي والنكاح والطلاق انتهى. أقول: فيه بحث، لأن كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[3] إنما يتمشى على أصل الشافعي، فإنه لم يجوّز الشفعة بالجوار، واستدل عليه بالحديث المذكور، وأما على أصل أئمتنا فلا، لأنهم جوّزوا الشفعة بالجوار أيضاً واستدلوا عليه بأحاديث أخر. وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بأن آخر

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب الشفعة لأن كلاً منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة، ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة. وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل. وهي في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء. وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين. وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص. وركنها ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدّ في المعدودات. وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما، وهي

كتاب القسمة

قوله: (وقدم الشفعة الخ) أقول: أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار، بخلاف القسمة قوله: (لأن بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول: يعني الشركة، وأنت خبير بأن في القسمة أيضاً بقاء الملك.

---

(١) في هذا أحاديث منها حديث هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن ابنه، وابنة ابن، وأخت فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف، وأئت ابن مسعود فسيتابنى فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى فقال: لقد ضللت إذاً، وما أنا من المهتدين. أقضي فيها بما قضى النبيّ ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقيّ فللأخت، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر منكم» أخرجه البخاري ٦٧٣٦ وطرفه ٦٧٤٢ وأبو داود ٢٨٩٠ والترمذي ٢٠٩٣ وابن ماجه ٢٧٢١ والدارمي ٣٤٨,٢، ٣٤٩ والطيالسي ٣٧٥ والبيهقي ٢٢٩,٦، ٢٣٠ والحاكم ٣٣٤,٤، ٣٣٥ وأحمد ٣٨٩,١ و٤٢٨، ٤٤٠، ٤٦٣وهو حديث صحيح. وفي الباب حديث آخر يدل على مباشرته ﷺ للمواريث.

وهو حديث جابر قال: «جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً، وإنّ عمها أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً، ولا تنكحان إلا، ولهما مال قال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمّها فقال: أعطِ ابنتي سعد الثلثين، وأعطِ أمّها الثمن، وما بقي فهو لك».

أخرجه أبو داود ٢٨٩٢ والترمذي ٢٠٩٢ والحاكم ٣٣٣,٤، ٣٣٤ والبيهقي ٢٢٩,٦ وقال الترمذي: حديث صحيح لا نعرفه إلا من حديث عبد الله ابن محمد بن عقيل اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وفي الباب أحاديث.

وأما قسمته ﷺ الغنائم، فهو ثابت قطعاً في أحاديث عدّة.

(٢) تقدّم تخريجه في أوّل كتاب الشفعة رواه البخاري.

(٣) أيضاً تقدّم في أوّل كتاب الشفعة رواه البخاري.

وجرى التوارث بها من غير نكير، ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازاً، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه فاقتسماه

الحديث وهو قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة»[1] ليس بثابت، ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق، فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبيع؟ فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها، وقد مرّ الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية، فما معنى بناء وجه المناسبة ها هنا على ما هو المزيف هناك. ثم إن القول: بأن النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرّر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع، وأن القول بأن المتضادين يفترقان أبداً مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع؛ ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿وجعل الظلمات والنور﴾ [الأنعام ١] وقوله تعالى ﴿خلق الموت والحياة﴾ [الملك ٢] ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت. قال صاحب العناية: وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى. أقول: فيه نظر، وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وإن زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وإن زال الشيوع، بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة، فكون بقاء ما كان على ما كان أصلاً لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى. ثم إن القسمة في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والأسوة للائتساء. وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين. وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص. وركنها الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدّ في المعدودات، وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك قوله: **(ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد**

مشروعة في الأعيان المشتركة لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك، وجرى التوارث بها من غير نكير. ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه، فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازاً، والمعنى من الإفراز هو أن يقبضه بعين حقه، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين؛ ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الإفراز فيها أظهر لا محالة، ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه واقتسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر. ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة. وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً، ولما استشعر أن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك. أجاب بقوله: إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على

---

(١) تقدّم تخريجه في أوّل كتاب الشفعة رواه البخاري وأصحاب السنن، وإسناده كالشمس فقوله: ليس بثابت غير سديد.

يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، إلا أنها إذا

القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً، كذا في العناية. أقول: هنا إشكال، وهو أنه قد علم مما ذكر آنفاً في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والإفراز في جميع الصور، سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال، لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه، فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفرازاً وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة، وإذا كان الأمر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كالحيوانات والعروض غير واضح، إذ غاية الأمر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الأمثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكماً فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض، ولا يلزم منه أن لا يتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة، إذ لا شك أن أخذه هذا البعض إفراز لا يتصور فيه مبادلة، فقد تحقق في غير ذوات الأمثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز بدون المبادلة، وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الإفراز فكان معنياً الإفراز والمبادلة فيه متساويين، فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة، بخلاف ما قالوا: في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الإفراز فيها فإنه واضح، لأن أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه إفراز بلا شبهة، وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين، وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكماً كما في القرض فتحقق فيها معنى الإفراز بالنظر إلى البعض الآخر أيضاً فكان هو الظاهر فيها. والحاصل أنهم لو قالوا: معنى الإفراز ظاهر في ذوات الأمثال وغير ظاهر في غير ذوات الأمثال بل معنياً الإفراز والمبادلة سيان فيه لكان الأمر هيناً، ولما قالوا: معنى المبادلة فظاهر في غير ذوات الأمثال أشكل ذلك كما ترى. وذكر صاحب النهاية وجهاً أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الأمثال ناقلاً عن المغني حيث قال: ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كلها، وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني: وأما القسمة في غير ذوات الأمثال فشبه المبادلة فيها راجح لأنها إفراز حكماً من وجه، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه. أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة، وأخذ المثل كأخذ العين حكماً فكان إفرازاً، إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين، لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال، وفيما ليس من ذوات الأمثال لا تثبت المعادلة بيقين، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة، إلى هنا كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن الإشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضاً عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله، كيف وما يأخذه كب واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض، لأن معنى الإفراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل

القضاء مع أن الديون تقضي بأمثالها فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره؛ وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو

كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين، وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته. **وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها** لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم. قال: **(وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر)** لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرماً

واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الأمثال، وهو غير لازم من الوجه المذكور، بل فيه دلالة على رجحان معنى الإفراز في ذلك، إذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض، وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذاً لمثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة، وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكماً فكان إفراز كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الإفراز في ذلك ظاهراً راجحاً لتحققه في جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققه قوله: **(إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد)** هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بأن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الأمثال، كذا في عامة الشروح. أقول: ها هنا أيضاً إشكال، وهو أنه إن أريد بقوله: لأن فيه معنى الإفراز أن فيه معنى الإفراز بالتنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعاً في دفع السؤال، إذ يبقى الكلام حينئذ في الإجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق مسنى المبادلة بالنظر إليه ويظهر على ما قالوا، وإن أريد بذلك أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضاً عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال، إذ لا شك في تحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه، وإذا تحقق فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الآخر أيضاً كان معنى الإفراز فيه ظاهراً جداً، فأنى يتصور القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل. ثم أقول: لو قال المصنف: لأن فيه إمكان المعادلة بدل قوله لأن فيه معنى الإفراز لكان سالماً عن هذا الإشكال، وكان مناسباً لا محالة لقوله: لتعذر المعادلة في تعليل عدم الإجبار على القسمة فيما إذا كانت أجناساً مختلفة كما سيأتي تبصر تقف قوله: **(والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين)** يعني أنه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضار الدين، فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها على ما عرف، فصار ما يؤدي المديون بدلاً عما في ذمته. أقول: لقائل أن يقول: جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين، وقد صرحوا بأن أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ الهين، وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية، بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الأمثال، فإن ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق، وعن هذا قالوا: إن معنى المبادلة فيه هو الظاهر، فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج إلى الجواب الذي نحن بصدده، فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه

تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص. قال: **(وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً)** كلامه واضح إلا ما ننبه عليه. قوله: **(لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة)** لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض، ويجوز للقاضي. أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين

بالغنم. قال: **(فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالأجر)** معناه بأجر على المتقاسمين، لأن النفع لهم على الخصوص، ويقدر أجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة **(ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة)** لأنه من جنس عمل القضاء، ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة **(ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد)** معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود، ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله **(ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي)** لأنه لا ولاية لهم عليه **(ولا يترك القسام يشتركون)** كي لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر. قال: **(وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة، وقالا على قدر الأنصباء)** لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك. ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل

على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله: **(ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولو تراضوا على ذلك جاز، لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى. أقول: هذا الشرح غير مطابق للمشروح، وليس بتام في نفسه لأنه إن أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع، كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنيي المبادلة والإفراز، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال، ومعنى المبادلة و الظاهر في غيرها، وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم، لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها، على أن كون التراضي شرطاً في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطاً في قسمة مختلف الجنس أيضاً لأن قسمته ليست في معنى التجارة في كل الوجوه، إذ القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنى الإفراز البتة، بخلاف التجارة، فكيف تلحق إحداهما بالأخرى.

أجراً، لكن الأولى أن لا يأخذ، وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهاً بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ. وقوله: **(عدلاً مأموناً)** ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة قوله: **(ولو اصطلحوا فاقتسموا)** يعني لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم، فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات. وقوله: **(كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة)** يعني إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزان والحافر وقوله: **(إن الأجر مقابل بالتمييز، ولأنه لا يتفاوت)** تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود، لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ويزداد دقة بقلة الأنصباء، فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت. وقوله: **(وإن لم يكن للقسمة)** بأن اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرا إنساناً بكيله ليصير الكل معلوم القدر **(فالأجر بقدر الأنصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل)** يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب، وقال: أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا، فالعذر له في ذلك التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير

قال المصنف: **(لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة)** أقول: لعل المراد تهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجراً قوله: **(لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(لا يميل بأخذ الرشوة)** أقول: أي لا يميل لفقره.

بنقل التراب وهو يتفاوت، والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف، وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل. وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرّة الممتنع. قال: **(وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادّعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعاً، ولو ادّعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم)** لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى، وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد، إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم. وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مقيد، لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن

والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز، لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب، أنظر إلى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح قوله: **(معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص)** أقول: قوله لأن النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله: فيما مر آنفاً ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرماً بالغنم فتأمل في التوفيق قوله: **(ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة)** قال تاج الشريعة: ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية. وردّ هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية، فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالماً بها قال: ذلك البعض لم يقل عدلاً مأموناً عالماً بها كما وقع في الهداية، لأن الأمانة من لوازم العدالة. وقال: والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس بتام، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ. أقول: المذكور في الهداية نفس العدالة لا

أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل، بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم. وقوله: **(ولا يفصل)** تأكيد وبيان. وقوله: **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة **(أن الأجر كله على الطلب دون الممتنع لنفعة ومضرّة الممتنع)**. قال: **(وإذا حضر الشركاء عند القاضي)** الخ إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فإما أن يكون عقاراً أو غيره، فإن كان عقاراً فإما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتراه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم، فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته، وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: **(يقسمه باعترافهم)** وإن كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق، وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره، وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعاً لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو المنازع للمدعي في دعواه، ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري، وطلب البينة ليس بلازم لأنها لا تكون إلا على منكر ولا منكر ها هنا فلا تفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة: أي في الصك الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم. ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه، حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها. وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل

قال المصنف: **(والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف)** أقول: وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التمييز قال المصنف: **(وهو العذر لو أطلق لا يفصل)** أقول: والإطلاق غير مناسب للتعليق المذكور، إلا أن يقال: الحكمة لا تراعى في كل فرد، ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل، ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى.

المورّث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصيّ المقرّ بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ. أما العقار فمحصن بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عنده، وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن

ظهورها، فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة المراد بها ظهورها. فإن قلت: فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية. قلت: إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة، وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدّم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة. نعم لو قال: في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله: عدلاً لحصل الغنى عن ذكر الأمانة، لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال إفادة المعنى المقصود ها هنا بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب قوله: **(وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورّث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصيّ المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره)** قال بعض الفضلاء: وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدّعياً والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك. وجوابه ظاهر، فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعياً ليحصل قصودهم، إلى هنا كلامه. أقول: لا استشكاله شيء ولا جوابه. أما الأول فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلاً لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه، وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسألة: فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه، على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحاً لأن يكون مدعياً في دعوى حق نفسه

القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما، بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له، فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينهم، وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة. وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك، لأن بعض الورثة ينتصب خصماً بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه. فإن قيل: كل منهما مقرّ بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه. أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك: أي كونه خصماً بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً كما في الوارث أو الوصيّ المقر بالديون فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بديون الميت وإن كانا مقرين بها، وهذا لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق غيرهم، لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقرّ له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة قوله: **(بخلاف المنقول)** جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث، وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظراً الخ. والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة وفي القسمة جعله مضموناً، وفي ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يصير مضموناً على من وقع في يده عنده **(وبخلاف المشتري)** جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية، فقد روي عن أبي حنيفة في غير الأصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث. وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله: **(وإن ادعوا الملك)** هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر. قال المصنف رحمه الله **(هذه)** يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة **(رواية كتاب**

قوله: **(وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ)** أقول: ستجيء المسألة في كتاب الوصية قوله: **(فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة)** أقول: يعني لا بد للقضاء من حجة قال المصنف: **(فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة)** أقول: لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل قال المصنف: **(وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث)** أقول: وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعياً والآخر بكونه مدعي عليه فكلاهما مجهول، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك. وجوابه ظاهر، فإن القاضي إذا قال: لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعياً ليحصل مقصودهم.

القسمة قضاء على الغير. قال: **(وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم)** لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقرّوا بالملك لغيرهم. قال رضي الله عنه: هذه رواية كتاب القسمة **(وفي الجامع الصغير: أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما)** لاحتمال أن يكون لغيرهما. ثم قيل هو قول أبي حنيفة. وقيل قول الكل، وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج

على الآخر ومدّعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه، فكل منهم يصير مدعياً ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين، ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلاً. وأما الثاني فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدراهم بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعياً ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب، فإنهم إن لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلاً فضلاً عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسألة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها قوله: **(وفي الجامع الصغير: أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقتسمها حتى يقيما البينة أنها لاحتمال أن تكون لغيرهما)** قال في العناية: أعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكاً لغيرهما، فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير، وأن يكون مشترى فيكون ملكاً لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها فلا يقسم احتياطاً انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطنة سليمة أن قوله: لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها غير مفيد ها هنا، بل هو مخلّ بالمقام لأن ذاك الأصل: أعني كون الأملاك في يد مالكها يرجح كون ما في أيديهما ملكاً لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البينة، مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى، فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير، وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل. واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية: فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً إلى آخره حيث قال: فيه بحث، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما لا إرثاً ولا شراء، كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى. أقول: يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما أصلاً لا غير فهو ممنوع. وقوله: كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له غير تام، فإن عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع، وإنما ينافي تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلاً لما جاز استماع البينة

القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكاً لغيرهما فإنهما لما لم يذكر السبب احتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير وأن يكون مشتري فيكون ملكاً لهما، لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها فلا تقسم احتياطاً. قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة، وعندهما تقسم بينهما لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى. وقيل قول الكل وهو الأصح، لأن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة. والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز. قال: **(وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلاً يقبض نصيبه)** قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهواً من الناسخ، والصحيح في أيديهما، لأنها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة، وقد ذكر

قوله: **(فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً)** أقول: فيه بحث، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما لا إرثاً ولا شراء، كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين، فإن في الأولى ادعوا الملك قوله: **(فيكون ملكاً للغير)** أقول: يعني للميت.

إليه، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز. قال: **(وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب، وكذا لو كان مكان الغائب صبيّ يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه)** لأن فيه نظراً للغائب والصغير، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل **(ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم)** والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورّث أو باع ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يردّ بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً

له، وإن أراد أن ذلك أيضاً محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثاً وأن يكون مشترى يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطاً. ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية: لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفاً. وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جداً ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكاً لهما أصلاً لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيها ملك لهما، ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكاً لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر قوله: **(وقيل قول الكل وهو الأصح، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز)** يعني أن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز، كذا في العناية. أقول: لقائل أن يقول: إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما إذا ادعوا الشراء أيضاً في العقار مع أنه قد سبق نه يجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق. ويقتضي أيضاً أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضاً فيما إذا ادعوا الإرث في العقار ومع أنه قد سبق أيضاً أنهما يقولان: بجوازها فيه بمجرد اعترافهم. ثم أقول: يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله: ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل، وبصورة ادعائهم الإرث أيضاً على قولهما: كما نبهت عليه آنفاً، بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما: أي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلاً في رواية الجامع الصغير، بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه، بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقتا فحينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء، ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا اليد ابتداء، وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله: أنه ملكه ما لم ينازعه غيره، إذ الأصل أن الأملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر، أما

بعد هذا في الكتاب وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم. وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس **(وكذا لو كان مكان الغائب صبيّ يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه لأن فيه نظراً للغائب والصبي)** لظهور نصيبهما بما في يد الغير **(ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة)** يعني فيما إذا كان معهما صبي **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** كما إذا كان معهما غائب **(خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل)** يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة

قوله: **(ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز)** أقول: هما يقولان: اليد دليل الملك، فلا شبهة في الملك كما تقدم. وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل قوله: **(لكنه ملتبس)** أقول: لمكان الورثة قبله.

عن الغائب فوضح الفرق **(وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم، وكذا إذا كان في يد مودعه، وكذا إذا كان في يد الصغير)** لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه، والقضاء من غير الخصم لا يجوز. ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب. قال: **(وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة)** لأنه لا بد من حضور خصمين، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، وكذا مقاسماً ومقاسماً، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا **(ولو كان الحاضر كبيراً وصغيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه)** لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصيّ عن الصبيّ كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

إذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه فلا يقبل قولهما لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون إلا بالملك، فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال، وهذا معنى قوله: لاحتمال أن يكون لغيرهما، إلى هنا كلامه فتبصر قوله: **(لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهم)** يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما، كذا التقرير في الكافي والمبسوط. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه إنما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير، أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما، وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل، إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان، ويحتمل أن يكون هذا هو السرّ في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسألة في مختصر القدوري، فإن هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل.

حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم **(ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم)** وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله: **(ويصير مغروراً بشراء المورث)** صورته: اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حراً بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورّث وقوله: **(ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها)** يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه. وقوله: **(كما أطلق في الكتاب)** يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة. وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث، لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده **(وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة، لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً)** فالحاضر إن كان خصماً عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصماً عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، والباقي ظاهر.

قوله: **(يعني فيما إذا كان معهما)** أقول: تفسير لقوله أيضاً قال المصنف: **(فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق)** أقول: وفي صورة الإرث يقوم الآخر مقام الميت، ويثبت حق الغائب على طريق التبع.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال: **(وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم)** لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل **(وإن كان ينتفع أحدهم ويستضرّ به الآخر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم)** لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر. وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه. وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه. والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول **(وإن كان كل واحد منهما يستضرّ لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما)** لأن الجبر على القسمة لتكميل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله: **(والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول)** لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً، وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب القليل، كذا في العناية ومعراج الدراية، وهو المذكور في الذخيرة، وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال: ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلباً جميعاً القسمة لم يقسمها القاضي بينهما، فكذلك إذا كان الطلب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى. أقول: هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وإن كان كل واحد منهما يستضرّ لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما، فإنه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة، وقد صرح به المصنف هناك حيث قال: ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى. ثم إنك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعاً من التدافع بين أصل ما ذكروا في وجه أصحية المذكور في الكتاب أوّلاً وبين ذاك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله: لأن الحق لهما إلى قوله: أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل قوله: **(ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا برضا الشركاء)** قال صاحب العناية: والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي انتهى. أقول: تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد، إذ قد تقرر فيما مرّ أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضرّ بنصيبه لقلته فإن القاضي يقسم بطلب

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم بينهما فقال: **(وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ)** إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد، فإن كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبراً على من أبى **(لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه)** يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره، وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب. وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر **(وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه)** لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر **(والأصح هو المذكور في الكتاب)** أي القدوري **(وهو الأول)** لأن رضا صاحب القليل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قوله: **(وذكر الجصاص على قلب هذا، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ)** أقول: في عبارته مسامحة، والأظهر أن يقول: وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وإباء صاحب الكثير، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وإباه صاحب القليل.

المنفعة، وفي هذا تفويتها، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر. قال: **(ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد)** لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة **(ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض)** لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي **(ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ولا يقسم الأواني)** لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة **(ويقسم الثياب الهروية)** لاتحاد الصنف **(ولا يقسم ثوباً واحداً)** لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع **(ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما)** لما بينا، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب وثلاثة أربع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز **(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر)** لتفاوتهما وقالا: **(يقسم الرقيق)** لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف

صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب، وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره عليّ الجصاص، وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد، وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسألة كما لا يخفى على ذي مسكة. فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء، ويجعل ذلك مداراً لعدم الجبر في القسمة قوله: **(وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس)** قال المصنف: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف. وقال في إجارات الأصل: إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة. واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال: وقيل هما مختلفان جنساً رواية واحدة، والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى، كذا ذكره في الهداية، وهو مشكل لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب، إلى هنا كلام صاحب الكافي. وأوضح إشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال: واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم، وفي ذلك شبهة الربا، فإذا

بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل **(وإن كان)** الثالث بأن كان المشترك بينهما بيتاً صغيراً **(يستضرّ)** كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلاً: يعني به يجبر على ذلك، لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف **(لأن عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي)** وقوله: **(ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ)** ظاهر. وقوله: **(ولا يقسم ضاة وبعيراً)** يعني لا يقسم جبراً في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم

قال المصنف: **(لم يقسمها إلا بتراضيهما)** أقول: مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي قوله: **(ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلاً: يعني به يجبر على ذلك، لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لأن عند اتحاده الخ)** أقول: قوله لأن في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ، وقوله لأن عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ.

الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس؛ ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد، بخلاف المغانم لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا. وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلىء واليواقيت. وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت، ويقسم الصغار لقلة التفاوت. وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق؛ ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية، ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة. قال: (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا بتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا. قال: (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة. وقالا: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسماً وصورة، ونظراً إلى أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد، ووجوه السكنى فيفوّض الترجيح إلى القاضي. وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحالّ والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، وكذا لو

اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة، والمعتبر الشبهة دون النازل عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه، لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال: جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه. أقول: في الجواب خلل، إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسألتنا ومسألة

جميعاً على ما يستحقون منها، وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبراً، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن أو الكتاب إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف، ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء. فإن رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي. ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بزيادة دراهم مع الأوكس، والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوباً والآخر ثوبين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوباً وربع ثوب والآخر ثوباً وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركاً بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى التراضي وقال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والثياب أو لا يكون، فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعاً على الأظهر، أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً له في القسمة، وقد يثبت الحكم لشيء تبعاً وإن لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف، وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً وإناثاً لا يقسم إلا برضاهما، وإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك. وقال صاحباه: يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة، لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك، فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فإنه سائر المنافع فلم

قوله: (أو لأحدهما) أقول: لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل قوله: (وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول: بل إشارة إلى دليل تلك المسألة، أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل.

تزوّج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة. قال رضي الله عنه: تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما. وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محالّ تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير، والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت على ما مرّ من قبل فأخذ شبهاً من كل واحد. قال: (وإن كانت دار

إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة، إذ يصير مدار مسألة إجارات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسألتنا على اختلافهما في الجنس قطعاً، متناقضان، والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الإشكال المذكور. ثم إن قوله: لأنه قال: جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد، إذ لم يقع التصريح في إجارات الأصل بأن قال: جنس واحد، ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى. قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية، لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها: يعني أنهما متحداً الجنس نظراً إلى أصل السكنى فتبنى الربا عليه ومختلفاه نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى. أقول: ليس ذلك بمستقيم، لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلاً لا يصح أن يراد ها هنا أما أولاً فلأنه لا يدفع الإشكال المذكور، إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر، بل هناك شبها الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظراً إلى أصل السكنى واختلافه نظراً إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضاً، فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا:

يكن ذلك قسمة وإفرازاً، بخلاف الحيوانات. لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (**بخلاف المغانم**) جواب عن قولهما ورقيق المغنم، وذلك: (**لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وها هنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا**) فإن قيل: لو تزوّج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك. أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة، بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يحتاج إليه قوله: (**وأما الجواهر الخ**) واضح. قال: (**ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى**) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي. ومن المشايخ من قال: القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفاً، لكن لو اقتسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح. وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضرّ لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما قوله: (**وإذا كانت دور مشتركة**) ها هنا ثلاثة فصول: الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي، والبيوت تقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقاً بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محالّ أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه، فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة، لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد، ولشبهها بالدور قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة، وهما في الفصول كلها يقولان: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك. وقوله: (**على ما مر**) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله: (**وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت الخ**) واضح إلا ما نذكره، إنما خص الخصاف بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله. وقوله: (**إن إجارة منافع الدار بالحانوت**) أي بمنافع الحانوت، لأنه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح.

وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس. قال رضي الله عنه: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف. وقال في إجارات الأصل: إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة.

إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب، فلو كان المراد في مسألتنا ما ذكر لما وافق الإمامان أبا حنيفة ها هنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة، واتفاقهم في هذه المسألة مع كونه متفهماً من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه: أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى.

وقوله: **(أو تبنى حرمة الربا هنالك)** أي في إجارات الأصل **(على شبهة المجانسة)** يعني إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما. واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم، وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة، والمعتبر الشبهة دون النازل عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: إما أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة. ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات، فلا تجوز القسمة الواحدة، وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الإجارة لشبهة الربا.

قوله: **(واستشكل كلامه)** أقول: هذا في الكافي قوله: **(ويمكن أن يقال)** أقول: يعني في جواب الاستشكال قوله: **(لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها)** أقول: يعني أنهما متحدا الجنس نظراً إلى أصل السكنى، فبنى حرمة الربا عليه، ومختلفاً الجنس نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل.

فصل في كيفية القسمة

قال: (**وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه**) ليمكنه حفظه (**ويعدله**) يعني يسوّيه على سهام القسمة ويروى يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره (**ويذرعه**) ليعرف قدره (**ويقوّم البناء**) لحاجته إليه في الآخرة (**ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق**) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم، لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قوله: (**والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل**) قال الشراح: هذا جواب الاستحسان، والقياس يأباها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام، ولهذا لم يجوّز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة، ولكنا تركنا القياس ها هنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وليس هذا في معنى القمار، لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه، وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة، لأن القاسم لو قال: أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز؛ ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾ [الصافات ١٤١] وذلك لأنه علم أنه هو المقصود، ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك، وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطيباً لقلوبهم كما قال الله تعالى ﴿إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾ [آل عمران ٤٤] وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطييباً لقلوبهم[1] انتهى كلامهم. وعزا في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل إلى المبسوط. أقول: بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع، لأنهم صرحوا أولاً بأن مشروعية استعمال القرعة ها هنا جواب الاستحسان، والقياس يأبى ذلك لكونه في معنى القمار. وقالوا آخراً إن هذا ليس في معنى القمار، وبينوا الفرق بينه وبين القمار، وذكروا ورود نظائر له في الكتاب والسنة، فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلاً بل هو مما يقتضيه القياس أيضاً فتدافعا قوله: (**وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا**

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. قال: (**وينبغي لقاسم أن يصوّر ما يقسمه**) إذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصوّر ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة إن فلاناً نصيبه كذا وفلاناً نصيبه كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه (**ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة، ويروي يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوّم البناء لحاجته إليه في الآخرة**) إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه فيكون عالماً بقيمتها (**ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه**) إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (**ثم يلقب نصيباً بالأول والذي يليه بالثاني والثالث إلى**

فصل في كيفية القسمة

قوله: (**بأن يكتب على كاغدة الخ**) أقول: هذا ليس يصلح تفسيراً لتصوير ما يقسم كما لا يخفى قوله: (**صورته أرض بين جماعة الخ**) أقول: فيه نقض قوله: (**وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه**) أقول: الضمير في قوله فيه راجع إلى القمار قوله: (**ألا ترى أن زكريا عليه السلام**) أقول: الظاهر أن يقال: ألا يرى إلى أن الخ.

---

(١) تقدّم في النكاح باب عشرة النساء متفق عليه.

على التمام **(ثم يلقب نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني)** والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإن كان سدساً جعلها أسداساً لتمكن القسمة، وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى. **وقوله في الكتاب**: ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى. والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل، حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير إقراع

سفل له وسفل له علو إلى آخره) قال صاحب العناية: صورة المسألة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على

أن تفرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً الخ) قال الإمام حميد الدين رحمه الله: صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدسها والآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ثم يكتب أسماءهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأوّل، فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه قوله: **(وقوله في الكتاب)** واضح. قوله: **(والقرعة لتطييب القلوب)** جواب الاستحسان، والقياس يأباها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجوّز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة، ولكن تركناها ها هنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه. وأما ما نحن فيه فليس كذلك، لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً، إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز؛ ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطييباً لقلوبهم. قال: **(ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ)** جماعة في أيديهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل، فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة، وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة، ولأنه يفوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها، وليس بين ما يصل إليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة، ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم، وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل في الممسوحات، ثم يردّ من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج. ومحمد رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، فإن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لأن الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها، وهذا يوافق رواية الأصل لأنه قال فيه: يقسم الدار مذارعة فلا يجعل لأحدهما على الآخر فضلاً من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. قوله: **(فإن قسم بينهم)** يعني إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو إما أن يمكن صرف ذلك عنه أو لا **(فإن أمكن فليس له أن يستطرق)** ويسيل **(في نصيب الآخر)** سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن **(لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة)** وهو الإفراز والتمييز **(من غير ضرر)** بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت، بخلاف البيع فإنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط **(وإن لم يمكن)** فإما أن يشترط ذلك في القسمة أو لا، فإن كان الثاني **(فسخت القسمة لأنها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف، وهذا بخلاف البيع)** فإنه إذا باع داراً أو أرضاً ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فإنه **(لا يفسد، لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال)** كما لو اشترى جحشاً صغيراً **(وأما القسمة فإنها لتكميل المنفعة، ولا يتم ذلك إلا بالطريق)** وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا؛ فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص. وتقريره أن في القسمة

جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام. قال: **(ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك)** ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له **(وإذا كان أرض وبناء؛ فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة)** لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم. وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في الممسوحات، ثم يردّ من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج.. وعن محمد أنه يردّ على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم، لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها، وهذا يوافق رواية الأصل. قال: **(فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة)** فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر **(وإن لم يمكن فسخت القسمة)** لأن القسمة مختلة لبقاء لاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة، لأن

القسمة وطلبا من القاضي القسمة، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى. وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بأن يقال: فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن

تكميلاً وإفرازاً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت لأن دخولها ينافي الإفراز، فقلنا: تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه إعمالاً للوجهين بقدر الإمكان، بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر **(ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة)** فقال بعضهم: لا ندع طريقاً مشتركاً بيننا بل نقسم الكل. وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي في حالهم إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة **(لتحقق الإفراز بالكلية دونه)** أي دون رفع الطريق **(وإن كان لا يستقيم رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق. لو اختلفوا في مقداره)** أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم: تجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء. وقال بعضهم غير ذلك **(جعل على عرض الباب وطوله لأن الحاجة تندفع به)** فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانياً على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذكل لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانياً على الهواء المشترك، وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء، وإن كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق بمقدار ما يمرّ فيه ثور واحد، لأنه لا بد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمرّ فيه ثوران معاً، وإن كان محتاجاً إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهى، كذا في النهاية، وباقي كلامه واضح. قال: **(وإذا كان سفل لا علو له)** صورة المسألة أن يكون علواً مشتركاً بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركاً بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركاً بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضياً على القسمة وطلباً من القاضي القسمة، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله: يقسم بالذرع لأنه الأصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة. وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة، فإن كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع، وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والإصطبل

قوله: **(لأنه لا شركة)** أقول: تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة قوله: **(كذا في بعض الشرح)** أقول: يعني الإتقاني في غاية البيان قوله: **(سواء كان ذلك مشروطاً)** أقول: بذكر الحقوق قوله: **(أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله: بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ)** أقول: قوله بأن متعلق بقوله تحقيق، وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى.

المقصود منه تملك العين، وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال، أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب، لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر **(ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة، إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم)** لتحقق الإفراز بالكلية دونه **(وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم)** ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق **(ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله)** لأن الحاجة تندفع به **(والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة)**.لأن القسمة فيما وراء

مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن في دار واحدة؟ قلنا: موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة، والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع، ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة، ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم. وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى. وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضاً، فهي المأخذ الأصلي. أقول: فيه إشكال من حيث الرواية والدراية. أما الأول فلأن ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب، منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال: والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى. ولا شك أن المحلة فوق الدار، وفإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالإجماع، فلأن قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالإجماع أولى كما لا يخفى. ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال: ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة: الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة، لأنها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر بأجرة واحد في كل محلة، والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة، والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة، وبالدور إذا كانت متباينة. وقالا في الفصول كلها: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه ليمضي القسمة على ذلك انتهى. وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك: والبيوت تقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى. ومنها ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإن كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين، ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل

وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة: ذراع سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع. واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي، فقال بعضهم: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره: أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى. وقال بعضهم: بل مبناه معنى فقهي. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس، وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى، وفي العلو منفعة

قوله: (فلا يدخل إلا بالشرط) أقول: في التفريع نوع تأمل.

الطريق لا فيه (**ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين**) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي. قال: (**وإذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوّم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك**) قال رضي الله عنه: هذا عند محمد رحمه الله: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يقسم بالذرع. لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلاً أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة، وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن، والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق. ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله: ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف رحمه الله: ذراع بذراع. قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى. وقيل هو اختلاف معنى. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل، وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى،

واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة، ولو كانا متصلين فهما طالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد، وهذا كله قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى. ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع متصلين كانا أو منفصلين اهـ. إلى غير ذلك من المعتبرات. ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق. وأما الثاني فلأنه أن أريد بالتراضي في قوله: أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسألة بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب، إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية، فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد؛ ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة، وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضاً كما صرحوا به قاطبة، وإن أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم: ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضوا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئاً لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة، فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة، فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور، فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها. وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره، فما معنى اختلاف جواب المسألة في الصورتين فتأمل قوله: (**لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلاً أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة**) أقول: كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله إن السفل يصلح لما لا يصح له العلو، وإن العلو يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك، فإن مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفل على العلو مطلقاً كما هو مذهب

السكنى لا غير، إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل. ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضرّ بالآخر على أصله. ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. وقوله لا يفتقر إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل، لأن العلو عنده مثل نصف السفل، فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة

قوله: (**أو هو معنى فقهي**) أقول: معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر.

وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة، والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله. وقوله لا يفتقر إلى التفسير، وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل ثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا، والسفل المجرد ستة وستون وثلثان

أبي حنيفة، فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو، بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلاً ويقتضي المصير إلى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل، وعن هذا قال فيما سيأتي: ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. وقال: والفتوى اليوم على قول محمد قوله: **(قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما، أو هو معنى فقهي فقال بعضهم: أجاب كل منهم على عادة أهل عصره. أحاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو. وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى. ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى. أقول: في أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك، ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفل مطلقاً، وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور، وإنما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقاً كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبو يوسف، وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد، وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى. ولله درّ صاحب الهداية في حسن تحريره وإصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحزّ في إفادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى قوله: **(وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير)** قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ. أقول: ليس ذاك بسديد، أما أولاً فلأن معنى قوله: فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعي في نفس القسمة بالذرع التي هي الأصل التسوية في السكنى لا في المرافق، إذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد في المرافق، فيصار إلى ما هو الأصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة، ومراده ها هنا بقوله: وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير

مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل، لأن علوه مثل نصف سفله، فستة وستون وثلثان من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة، وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله: (وإذا

قال المصنف: **(وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى)** أقول: مخالف لقوله والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر.

لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله. وتفسر قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البين الكامل مائة ذراع من السفل المجرد، ومائة ذراع من العلو المجرد، لأن السفل والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو. قال: **(وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما)** قال رضي الله عنه: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وبه قال الشافعي. وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء. لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه. وقال الطحاوي: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل. إلا أنا نقول: هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة **(ولو شهد قاسم واحد لا تقبل)** لأن شهادة الفرد غير مقبوله على الغير، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً، والله أعلم.

السكنى أيضاً في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو، ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع، فإن نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط أو العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله: إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة، فإن المذكور فيما مر بقوله: والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق إنما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ها هنا بقوله: وكذا السفل فيه منفعة السكنى إلى آخره إنما هو وجه قول: أبي حنيفة وحده، وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معاً فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد، وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها، على أن قوله: وهو غير ظاهر ليس بصحيح، إذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى قوله: **(ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى)** أقول: حق التحرير أن يقال: إن أصل المقصود هو السكنى، وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام قوله: **(والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله)** قال بعض الفضلاء: قوله: والسفل المجرد إلى آخره مستدرك لا حاجة إليه كما لا يخفى انتهى. أقول: دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الإنصاف، فإن قوله: فيما قبل لأن العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله: ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع، وإنما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد: أي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله: أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلاً. نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم.

اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي **(وشهد القاسمان قبلت شهادتهما)** ذكره القدوري ولم يذكر خلافاً، وكأنه مال إلى قول الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما. وقوله أو لأنه: أي التمييز لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم قبل، لأن الرجوع صحيح قبل القبض، وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام، والباقي واضح.

قوله: **(في السفل المجرد)** أقول: الظاهر أن يقال من السفل قال المصنف: **(والسفل المجرد ستة وستون الخ)** أقول: قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة إليه كما لا يخفى.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال: **(وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة)** لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة **(فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما)** لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما. قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه، وإليه أشار من بعد

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخر ذكرها. قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان: والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة، فإن كان الأول تحالفاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً، وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر اهـ. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى. أقول: ذلك مندفع، فإن الظاهر أن المقسم في الأصل المزبور هو الاختلاف الملتفت إليه المعتبر في الشرع، وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما إذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما إذا كانت بقضاء القاضي، ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات إليه في الشرع كما سيجيء، فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الأصل المزبور قوله: **(فإن لم تكن له بينة استحلف الشركاء)** لأنهم لو أقرّوا لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، كذا في الكافي وعامة الشروح. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقرّ له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى. أقول: ليس ذلك بوارد إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن حكم الإقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له إلا في نسب الولاد ونحوه، ولكن يرد الإقرار برد المقر له، إلا بعد تصديقه. فإنه لا يرد حينئذ أصلاً فإذا تقرر ذلك فادعاء المقرّ أنه كذب في إقراره إن كان بعد تصديق المقر له إياه في إقراره لا يدل ما ذكروا ها هنا على وجوب تحليف المقر له هناك إذ لا يتمشى فيه أن يقال: لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره بعد تصديقه إياه في إقراره لزمه ذلك، فإن الإقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك بشيء بإقراره بكذب المقر في إقراره، وإلا لزم أن يرد الإقرار الأول برد المقر له ذلك بعد تصديقه إياه، وإن كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في إقراره فلا يدل ما ذكروا ها هنا أيضاً على ذلك، فإنه يتمشى فيه أن يقال: لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره لزمه ذلك، ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فإذا أنكر استحلف كما قالوا: فيما نحن فيه، لأنه إذا أنكر ذلك كان مصدقاً له في إقراره، لأن إنكار كذبه في إقراره يقتضي تصديقه في إقراره، فبعد ذلك لا يقبل الإقرار

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها. والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة، فإن كان الأول تحالفاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً، وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا إذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قوله: **(فإن كان الأول تحالفاً الخ)** أقول: وفيه بحث، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء قوله: **(وإن عجز عنها استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا لزمهم الخ.** أقول: لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره، مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قال

(وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر **(وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة)**

الرد فلا فائدة في استحلافه، ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد، بخلاف ما نحن فيه، تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة. ثم أقول: لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم: فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول إنما يرتبط بما قبله على قول من قال: إن النكول إقرار، وأما على قول من قال: إنه بذل لا إقرار كما ذهب إليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فلا فإنه إذا لم يكن إقراراً لا يلزم من لزوم إقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم إذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوّله كما لا يخفى على الفطن قوله: **(قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه)** قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية: وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا، وقال: وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة: وفيه بحث، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا. أقول: يمكن أن يقال: إنه ليس بمانع عن صحة الدعوى، ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال: وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان: نوع يوجب للتحالف، ونوع لا يوجب التحالف. والذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط. والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط. وقال في النوع الأول: وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان قائماً هكذا في القسمة.

يصدق إلا بحجة كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط، فإن أقامها فقد نوّر دعواه بها، وإن عجز عنها استحلف الشركاء، لأنهم لو أقرّوا لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب، ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه. قال المصنف رحمه الله **(ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً)** يعني وإن أقام البينة لتناقضه، لأنه إذا أشهد على نفسه: أي أقرّ بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً. قوله: **(وإليه أشار من بعد)** يريد قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة، لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع. ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعاً لصحة الدعوى، وإذا كان التناقض موجوداً وجب أن لا تقبل دعواه أصلاً، وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر. ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي، لأن الاحتراز عن مثله عسر جداً؛ وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه

المصنف: (ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا. وقال: وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى. وفيه بحث، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسع البينة لابتنائه على صحة الدعوى، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا.

لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش **(لأن تصرفه مقيد بالعدل، ولو اقتسما داراً**

وقال: هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق. وأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب. وقال في النوع الثاني: إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى. فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضاً من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل قوله: **(لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم)** أقول: فيه بحث، وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس، لأن أحد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها، وإن الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله: وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكراً فيحلف، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً حتى ينكره الآخر فيحلف عليه، لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»[1] فإذا تقرّر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشركين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئاً، وإنما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفاً للقياس، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان وارداً في البيع على خلاف القياس، وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده. ولا بطريق دلالة النص، لأن القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معاً كما مر في صدر كتاب القسمة، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز، ولا بد في الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتأمل في الدفع قوله: **(ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه**

من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي. ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها. والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله، وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني. قوله: **(ولو اقتسما داراً)** هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها. وقوله: **(وكذا إذا اختلفا في الحدود)** قيل صورته: دار اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده

قوله: **(ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ)** أقول: بل وجه الإشارة أنه فهم من تقييد المسألة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه إن أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لأن دعواه لم تصح للتناقض، فإذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضاً تأمل.

---

(١) تقدّم في كتاب البيوع.

وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا: **(وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي)** لأنه خارج، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد **(وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادًا، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه)** لما بينا **(وإن قامت لأحدهما بينة قضى له، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا)** كما في البيع.

إقامة البينة لما قلنا) قال في العناية: قوله لما قلنا: إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى. واستشكله بعض الفضلاء حيث قال: فسخ القسمة ليس بظاهر، فإن المدعى شيء معين وهو البيت، فإذا نوّر دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى. أقول: الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجيء في الفصل الآتي من أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه إذا نوّر دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى.

بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا: يعني قوله لأنه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد، والباقي واضح.

قوله: **(لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها)** أقول: فسخ القسمة ليس بظاهر، فإن المدعي شيء معين وهو البيت، فإذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي.

فصل

قال: (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه. وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار. والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا

فصل

لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق قوله: (قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار) أي قال المصنف: ذكر القدوري الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما، وهكذا ذكر الاختلاف في الأسرار. قال صاحب النهاية: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضعاً وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة انتهى. أقول: وتعدية الحوالة بكلمة إلى في قول صاحب النهاية: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً أيضاً، والمطابق للغة تعديتها بكلمة على. وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته: وأقول: وفي قوله: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر، فإن قول القدوري: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه؛ وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام القدوري إن لم يكن نصاً فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما) ها هنا ثلاثة أوجه: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً. واستحقاق بعض شائع في النصيبين. واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين. ففي الأول لا تفسخ القسمة بالاتفاق. وفي الثاني تفسخ بالاتفاق. وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يخير إن شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء ردّ ما بقي واقتسم ثانياً. وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ، ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح، وصورة المسألة إن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بأن تكون قيمة الدار ألفاً ومائتي درهم مثلاً وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبار للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهماً والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين. قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعني القدوري رحمه الله في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما. قال صاحب النهاية

فصل: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه

قوله: (ففي الأول، إلى قوله: في الثالث) أقول: أراد بالأول قوله استحقاق بعض معين، وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين، وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين قوله: (ففي الأول لا يفسخ بالاتفاق) أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه، ونص عبارته: وإن استحق البعض من نصيب كل واحد، فإن كان شائعاً فسخت القسمة، وإن كان معيناً لم يذكر هذه المسألة. فأقول: لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن، فإن كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه، وإن نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة، كما إذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا، وخمسة من ذلك فلا رجوع، وإن كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثاني على الأول بذراع. وفي غاية البيان: والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه: ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى

تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه. ولم يذكر قول محمد، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح. لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة، كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين، وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين. ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في

فيه بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء، لأنّ قوله: بعينه لو لم يكن متعلقاً ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسألة مبهماً فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسألة. وأيضاً لو كان قوله: بعينه متعلقاً بقوله: نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام، وأما إذا كان متعلقاً ببعض يكون تأسيساً مفيداً للمرادْ مزيلاً للإبهام فأنى هذا من ذلك. على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين في محله، فتبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف، وقد تقرر في علم الأصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعاً كالنص على أحد معنيي القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشيء عن دليل، إلا أن التفاوت بينهما: أي بين الظاهر والنص إنما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه قوله: **(لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة)** قل صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة: أعني قوله: والقسمة بدون رضاه باطلة لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى. ومأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام علاء الدين الإسبيجابي حيث قال: وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وضع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح إلا عن تراض انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة حيث قال: لا حاجة إلى القول بوضع المسألة في صورة التراضي، فإنها إذا كانت بقضاء القاضي تبطل إذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله: ولو أبرأه الغرماء انتهى. أقول: ليس ذاك بصحيح، إذ لا شك أن القسمة بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب؛ ألا يرى إلى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلاً يقبض نصيبه انتهى. ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضي

رحمه الله: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضعاً وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة. وأقول: وفي قوله ذكر اختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر، فإن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض، فيكون تقدير كلامه: وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين. لأبي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة، لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي، وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الإفراز، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح، وأما في النصيب الآخر فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراءه، لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل

قوله: **(ليس بنص في ذلك)** أقول: لكنه ظاهر فيه، ويكفي ذلك للمصنف قوله: **(لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما)** أقول: الأصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين، ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل قوله: **(لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة)** أقول: لا حاجة إلى القول بوضع المسألة في صورة التراضي، فإنها إذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضاً إذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء قوله: **(لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي)** أقول: فيه بحث، فإن القيمة معتبرة

الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أما ها هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا. وصورة المسألة: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل. ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعاً رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض. وعند أبي يوسف: ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة

القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين. ثم إن قوله: على ما يجيء في شرح قوله: ولو أبرأ الغرماء ليس بحوالة رابحة، إذ لا شيء في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية: بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما انتهى. لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف: فيما نحن فيه، أو المراد انتقاضها بالكلية أيضاً، لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي، إذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصى له إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، نص عليه في البدائع حيث قال فيه: موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع: منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم. ثم قال: ومنها ظهور الوصية لأن الموصى له شريك الورثة؛ ألا يرى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشركة بينهم، ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض، فكذا هذا. وقال: وهذا إذا كانت القسمة بالتراضي، فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادق محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض. ثم قال: ومنها ظهور الوارث، حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثاً آخر نقضت قسمتهم، ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا، إلى هنا لفظه. ثم إن ذلك البعض أورد أيضاً على قول صاحب العناية: لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال:

لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت. ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً فاقتسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر، وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الإفراز، بخلاف الشائع في النصيبين. فإنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين، أما ها هنا فلا ضرر للمستحق. وقوله: (**وصورة المسألة**) يعني

فيما إذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضاً، بل اعتبارها فيها آكد، ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق قوله: (**فاقتسما الاثنان**) أقول: الظاهر أن يقال: فاقتسم الاثنان قال المصنف: (**لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده**) أقول: يعني في حق المقاسم لا في حق المستحق، فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة.

فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال: **(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردّت القسمة)** لأنه يمنع وقوع الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم، ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين

فيه بحث، فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه آكد، ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بصحيح، لأن القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً إلا عن تراض، وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسألة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب، فاعتبار القيمة في هذه المسألة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمة لا فيما إذا كانت بقضاء القاضي؛ فقوله فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً إن أراد أنها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك، وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً، فإن عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله: صاحب العناية. وقوله: بل اعتبارها فيها آكد في عدم الإصابة، لأن تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر، بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم؛ فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين بإحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة، وما مر في الفصل السابق من مسألة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة، بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال: وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الأكثر الغبن إلى آخر المسألة قوله: **(ولو ادّعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه، لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة)** قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، وذلك سعي في نقض ما تم من جهته. والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إذا ثبت الدين بالبينة، فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها أوّلاً فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه، فإن السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة. والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه. أقول:

مسألة الكتاب لا المستشهد بها، وقد قدمناه دفعاً لهذا اللبس. قوله: **(ولو باع صاحب المقدم نصفه)** يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثاني رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتباراً للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة، لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع. وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق. قوله: **(والمقبوض بالعقد الفاسد)** جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة. والبناء على الفاسد فاسد. ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال:

محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال. ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة. ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

وأنت خبير بأن كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ها هنا، فإن المجيب لا يقول: إن هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البينة، بل يقول: إنها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة، بل احتمال ثبوت الدين بالبينة، فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك، فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرّر لا مردّ له بثبوت الدين بالبينة، وإنما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق، وذلك لا يدفع السؤال المزبور. ثم إن قول ذلك البعض: والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم، فمما لا ينبغي أن يتفوّه به العاقل فضلاً عن مثل ذلك القائل، لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤدّه سائر الورثة إذا الحكم فيما إذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسألة المتقدمة مفصلاً.

(ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردّت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث، حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق، وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما بقي من الديون وراء ما قسم، لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم. ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال، بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له، لأن حقهما في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما، وعلى هذا لو ادّعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح، ولو ادعى عيناً لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالإقدام على القسمة، ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها، فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه. ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته. والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك.

قوله: (والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول: أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة، والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر، أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل.

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في

فصل في المهايأة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض التي هي المنافع، وأخرها عن قسمة الأعيان لكون الأعيان أصلاً والمنافع فرعاً عليها. ثم إن المهايأة في اللغة: مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيىء للشيء، وإبدال الهمزة ألفاً لغة فيها، والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها. يقال هايأ فلان فلاناً وتهايأ القوم. وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، كذا في الشروح قوله: (المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه) قال الشراح: والقياس يأبى جوازها، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اهـ. أقول: فيه شيء، وهو أن ما ذكروا في وجه إباء القياس جوازها إنما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى، لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا تهايئا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها، فإن التهايؤ في هذه الصورة إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب. والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أمراً استحسانياً مخالفاً للقياس، وما ذكروا في بيانه لا يفي بذلك كما ترى قوله: (إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة، لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول: في كلية هذا التعليل نظر، إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان، وسيأتي في ذلك الكتاب أيضاً، والجمع على التعاقب إنما هو في التهايؤ من حيث الزمان، وأما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سنحققه. نعم إن القسمة في الأعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الأولى من حيث الذات والمنفعة، وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب قوله: (والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، هذا إيضاح أنه إفراز، لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط التأقيت، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط

فصل في المهايأة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة، وأخرها عن قسمة الأعيان لكونها فرعاً عليها، وإخال أن الترجمة بالباب أولى، لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة، ويجوز أن يقال: إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه. والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيىء للشيء وقد تبدل الهمزة ألفاً، وتحقيقه أن كلاً منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول. وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً، والقياس يأباها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، لكنا تركنا القياس بقوله تعالى ﴿لها شرب ولكن شرب يوم معلوم﴾ وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها إذ

فصل في المهايأة

قوله: (لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول: يعني نسيئة قوله: (يجوز أن يكون توضيحاً، إلى قوله: ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط في العقد ذلك) أقول: منقوض بالإعارة.

التكميل. ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف **(ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز)** لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة، والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذه لا يشترط فيه التأقيت **(ولكل واحد أن يستغل**

في الإجارة فهو مسلم، لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه إفرازاً من وجه حتى يثبت كونه إفرازاً لجميع الأنصباء لجواز أن يكون إفرازاً من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون إفرازاً لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الأخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها، كما قالوا في قسمة الأعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والإفراز لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازاً، وإن أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقاً بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو ممنوع، لأن الإجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه. قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء، فإن القاضي يجمع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين، وكذلك في حق الآخر انتهى. وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام. أقول: فيه نظر، لأن جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها. فإن قلت: ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر، بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار إليه المصنف بقوله: ولهذا لا يشترط فيه التأقيت. قلت: اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الأول، وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة ها هنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع؛ ألا يرى إلى ما ذكروا فيما مر آنفاً من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لأنه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الإجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس إليه، على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الأنصباء في بيت واحد ممنوع، لأنه إنما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه. وأما إذا كان إفرازاً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل قوله: **(ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه)** قال تاج

يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة إلا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد. والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا: أي ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما، لأنه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف، ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن، فالتهايؤ في هذا الوجه وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد إفراز لا مبادلة لتحقق معناه، فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين، وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة ويشترط التأقيت. قيل: **(قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه)** يجوز أن يكون توضيحاً لكونه إفرازاً فإنه إذا كان إفرازاً كانت المنافع حادثة على ملكه، ومن حدثت المنافع على ملكه

ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه **(ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز)** وكذا هذا في البيت الصغير **(لأن المهايأة قد تكون في الزمان)** وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ها هنا **(ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي**

الشريعة: فإن قلت: المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الإجارة. قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى. أقول: جواز الاسترداد قبل مضي المدة ها هنا أيضاً متحقق، إذ قد مرّ في الكتاب أنه لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لكون القسمة أبلغ، فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه، ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة قوله: **(ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ها هنا)** قال صاحب العناية: ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوماً انتهى. أقول: ليس هذا بسديد لأنه إن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه أيضاً إفراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح، لأن مجرد العطف يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الأحكام، ألا يرى أن كثيراً من المسائل المتباينة في الأحكام يعطف بعضها على بعض، على أن التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان، ولا مجال في مثل ذلك لأن يكون إفرازاً كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين، وإن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه ليس إفراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضاً، إذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات، ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الأوصاف والأحكام حتى يتم ما ذكروه. وبالجملة لا دلالة للعطف ها هنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الإفراز والمبادلة، فالتشبث بحديث العطف ها هنا مما لا معنى له أصلاً كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية: فإن كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها. وقيل تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه، لأنها لو كانت

جاز أن يستغل وإن لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وفيه نظر لأنه لو كان مبادلة كان كذلك أيضاً، والأولى أن يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول إنهما إذا تهايئا ولم يشترطا الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه **(ولو تهايئاً في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز، وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان، من حيث المكان، والأول متعين ها هنا)** ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوماً، فإذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها. وقيل تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه، لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء. والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض، وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدّى إلى غيره وإن كانت في المجلس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لأن المهايأة قسمة المنافع، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان، وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، فكذا في قسمة المنافع. ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلاً بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه شهراً آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا، لأن لكل واحد منهما

بأن يتفقا) لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل، فلما اختلفت الجهة لا بدّ من الاتفاق **(فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية)** نفياً للتهمة **(ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما)** لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة. وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي، وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده. والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم **(ولو تهايئاً فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز)** استحساناً للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها **(ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجبر القاضي عليه)** وهذا عندهما ظاهر،

مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى. **أقول**: هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط، وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث، وهو أنه قد مرّ في كتاب الإجارات أن إجارة المنافع بجنسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا. وقالوا في تعليل ذلك: إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة. وقال المصنف هناك: وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعدّ إلى غيره لما تم استدلا أئمتنا في الإجارات على عدم صحة إجارة المنافع بجنسها بربا النساء. نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مرّ أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الأول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد رحمه تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وإن كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما، لأن المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل في الجنس المختلف، فكذا قسمة المنافع انتهى. أقول: وهذا أيضاً مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً. أما أولاً فلأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت. ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس

مزية فلا ترجيح لأحدهما، إذ التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر، وفي الزمان أكمل لأن كلاً منهما يتنفع بجميع جوانب الدار في نوبته، فلا بد من الاتفاق دفعاً للتحكم، فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة قوله: **(ولو تهايئا في العبدين)** واضح. وقوله: **(وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يقسم)** أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه. وقوله: **(وهكذا روي عنه)** يعني روى الخصاف عنه بمثل ما قال المشايخ. وقوله: **(والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً)** قال الكرخي: معنى قول أبي حنيفة إن الدور لا تقسم: أي أن القاضي لا يقسمها، فإن فعل جاز، وعلى هذا تجوز القسمة في الأصول فكذا في المنافع، وتعليل وهو قوله: **(لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت)** أوجه لبقاء قوله في الأصول بلا تأويل. وقوله: **(ولو تهايئا فيهما)** واضح، وقوله: **(ووجه الفرق)** يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة. وقوله: **(فتفوت المعادلة)** لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول، لأن القوى الجسمانية متناهية. وقوله: **(ولو**

قوله: **(ولم يذكر، إلى قوله: فكان معلوماً)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإن كانت المهايأة)** أقول: من حيث الزمان قوله: **(فيما هو مبادلة على الأعيان من كل وجه)** أقول: قوله من متعلق بالمبادلة لا بالأعيان قوله: **(فلا يتعدى إلى غيره)** أقول: قيل إجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الأعيان فينبغي أن يجوز قوله: **(وإن كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ)** أقول: فينبغي أن لا يجوز كإجارة السكنى بالسكنى، ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر إفرازاً وجوابه ظاهر، فإن ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان قوله: **(بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ)** أقول: الأولى أن لا يعين المقدم والمؤخر.

لأن الدارين عندهما كدار واحدة. وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا، وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر أن التفاوت يقلّ في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً أما بكثير التفاوت[1] في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الأعيان. وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق. والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها. وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية. وفي العبد الواحد والدابة

المختلف إنما يتصوّر بأن انتفع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة إن كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة. وأما ثانياً فلأنه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كإجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كإجارة الخدمة بالخدمة، ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرّر في الإجارات، اللهم إلا أن يكون مجموع قوله: كالدور والعبيد مثالاً واحداً، فالمراد مثل أن يتهايئا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والأراضي. وأما ثالثاً فلأن قوله: وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع، إذ قد تقرّر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقاً، لا تعرى عن معنى الإفراز، ومعنى المبادلة، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال، ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال، غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وإن كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، اللهم إلا أن يقال: المراد بما ذكر ها هنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرّر في صدر الكتاب، لكن فيه ما فيه فتأمل قوله: (ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال، والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية: لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول، لأن القوى الجسمانية متناهية انتهى. أقول: لقائل أن يقول: مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال، إذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة، مع أن التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مرّ من قبل في الكتاب. ثم أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن التهايؤ في العبد على الخدمة إنما جوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا، وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر قوله: (ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من

زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة. وقوله: (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أنه لا يجوز، لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ. وقوله: (اعتباراً بالتهايؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال. وقوله: (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد، لأنه قد

قوله: (قوله في الأصول) أقول: أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور قوله: (بلا تأويل) أقول: على ما ذكره الكرخي.

---

(١) قول صاحب الهداية (أما بكثير التفاوت الخ) وجد بهامش الأصل: حق العبارة: أما التفاوت فيكثر في أعيانهما، لأن أما لا يليها إلا الاسم اهـ

الواحدة لا يجوز. ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال. والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة. ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد **(والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز)** أيضاً في ظاهر الرواية لما بينا، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة. والفرق أن في الدارين معنى التمييز، والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يردّ عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع، ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز، والتهايؤ في الخدمة جوّز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عيناً، ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا ينقاسان **(ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما)** والوجه ما بيناه في الركوب **(ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز)** لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر

حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين، لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة.

وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، كذا في العناية. أقول: في الجواب نظر، إذ قد مرّ في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال، فلما قلّ التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضاً بالضرورة، فلم يظهر وجه المخالفة بين المسألتين ولعل هذا هو السرّ في أن جماعة من الشروح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسألتين من قبل الإمامين وعزوه إلى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلاً فتدبر قوله: **(والتهايؤ في الخدمة جوّز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عيناً)** هذا جواب عن قولهما: اعتباراً بالتهايؤ في المنافع، وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله: لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، وعلله ها هنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً، لأن كل واحد منهما علة مستقلة، إلى هنا كلامه. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه، واللازم فما نحن فيه هو الثاني دون الأول، إذ لا يخفى أن

يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر. ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز. وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين، لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه الأصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت.
وقوله: **(والتهايؤ في الخدمة جوّز ضرورة)** جواب عن قولهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعياناً فيستغلانه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من الغلة. ولقائل أن يقول: علل جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما

قسمتها، وهذه أعيان باقية تردّ عليها القسمة عند حصولها. والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه، إذ قرض المشاع جائز.

المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلاً عن الأخرى، وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أيّ طريق شاء. وأمّا الثاني فلأن الظاهر من تعليل المصنف بإحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة، وإلا يلزم أن لا يفيد شيء منهما المدعي في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة، على أن استقلال كل واحدة منهما في الإفادة بيّن، أما قلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع، وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف، وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد: ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخُره. وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس، وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل، فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة، والله الموفق للصواب.

تتفاوت، وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً، لا أن كل واحد منهما علة مستقلة. وقوله: **(ولأن الظاهر)** وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان الخ وقوله: **(ولو كان نخل أو شجر الخ)** واضح.

قوله: **(وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل)** أقول: فيه تأمل قال المصنف: **(إذ قرض المشاع جائز)** أقول: نعم، لكن تأجيل القرض ليس بجائز، إلا أن يقال: ليس قرضاً من كل وجه.

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله: **(المزارعة بالثلث والربع باطلة)** اعلم أن المزارعة لغة: مفاعلة من الزرع. وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة، وقال: هي جائزة لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»[1] ولأنه عقد شركة بين المال والعمل

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة، كذا في الشروح قوله: **(قال أبو حنيفة: المزارعة بالثلث والربع باطلة)** قال في العناية: إنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع، لأنه لو لم يعين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى. **أقول**: يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضاً فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع؟ فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبرّكاً بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل: وما المخابرة؟ قال: المزارعة بالثلث والربع»[2] وإنما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى. والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالإطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد: يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لا أنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها، وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغناها عن ذكره. وسببه سبب المعاملات. وشرعيته مختلف فيها. قال: **(قال أبو حنيفة رحمه الله: المزارعة بالثلث والربع باطلة)** وإنما قيد بالثلث والربع لتبين محل النزاع، لأنه لو لم يعين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع وقالا: **(هي جائزة لما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع)** ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله: **(لأن لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها)** يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة **(ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى «أنه ﷺ نهى عن**

كتاب المزارعة

قال المصنف: **(ولأن الأجر مجهول أو معدوم)** أقول: فإن قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر قال المصنف: **(ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٢٨، ٢٣٢٩، ٢٣٣١ ومسلم ١٥٥١ وأبو داود ٣٤٠٨ والترمذي ١٣٨٣ وابن ماجه ٢٤٦٧ والبيهقي ١١٣،٦ وأحمد ١٧،٢، ٢٢، ٣٧ كلهم من حديث ابن عمر. وكذا النسائي ٣٥،٧ ومالك ٣٣،١ والدارمي ٢٥١٦ اهـ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٤٠٧ و١٣٣،٦ من حديث «زيد بن ثابت. سكت عليه أبو داود والمنذري وإسناده حسن. رجاله ثقات فيهم كلام لا يضر.

وورد من حديث جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، والمحاقلة، وعن المزابنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه....» الحديث. أخرجه البخاري ٢٣٨١ ومسلم ١٥٣٦ وأبو داود ٣٤٠٤ والترمذي ١٣١٣.

وورد حديث آخر عن رافع بن خديج قال: «كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها بالثلث والربع والطعام المسمّى فجاءنا يوم رجل من عمومتي فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا نهانا أن نحاقل بالأرض، فنكريها على الثلث والربع، والطعام المسمّى، وأمر ربّ الأرض أن يزرعها، أو يُزرِعها وكره كراءها وما سوى ذلك».

أخرجه مسلم ١٥٤٨ وأبو داود ٣٣٩٥ والنسائي في الكبرى ٤٦٢٣، ٤٦٢٤، ٤٦٢٥ والبيهقي ١٣١،٦ وأحمد ٤٦٥،٣.

وأخرج مسلم ١٥٤٩ عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة.

فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقويّ عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزّ معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة. وله ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة»[1] ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبيّ عليه الصلاة والسلام أهل خيبر[2] كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا

آخر كالنصف وغيره، لكن فيه ما فيه كما ترى قوله: (ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة) قال تاج الشريعة: قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى. أقول: لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتي في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضاً مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقاً بالمضاربة فتأمل قوله: (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل: لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى. أقول: هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى قوله: (ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر[3] كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر، فإن خيبر من أرض العرب اهـ. أقول: كون خيبر من أرض العرب ممنوع، كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضاً أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر، فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وقد أقرّ النبيّ عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر، وذكروا حدّ أرض العرب طولاً وعرضاً في الباب المذكور، فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب قوله: (والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) قيل قوله: لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر. وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً إلى الآمر، كذا في العناية وغيرها. أقول: النقض غير وارد أصلاً. والجواب غير دافع لما ذكر. أما الأول فلأن الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وإنما هو نماء ملك الغاصب، إذ قد مرّ في فصل ما يتغير بعمل

المخابرة) فقيل: وما المخابرة؟ قال: المزارعة بالثلث أو الربع» (ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فإنها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الإجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك

عشر، فإن خيبر من أرض العرب فتأمل قوله: (لأن معنى الإجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الإجارة قوله: (منقوض بمن غصب بذراً فزرعه الخ) أقول: ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر، فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب قال المصنف: (والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول: لكن النص لا يترك به، ألا يرى إلى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى، وسيجيء أيضاً في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لأنه لا معتبر

---

(١) هو الحديث المتقدّم.

(٢) هو الحديث المتقدم في أوّل هذا الكتاب. أي المزارعة.

(٣) هو المتقدّم في أوّل الباب.

كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها. والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع **(ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها كون الأرض صالحة للزراعة)** لأن المقصود لا يحصل بدونه **(والثاني أن يكون ربّ الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به)** لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل **(والثالث بيان المدة)** لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها **(والرابع بيان من عليه البذر)** قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافعُ الأرض أو منافع العامل. **(والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله)** لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً،

الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا. ومثل ذلك بأمثلة: منها ما إذا غصب حنطة فزرعها، فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعاً. وأما الثاني فلأن محل النقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه، وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض، وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والآخر عاملاً بأمر غيره، والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب قوله: **(إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة إليها ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع)** أقول: لقائل أن يقول: نعم إن القياس يترك بالتعامل، ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل إجماع عملي، والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول. فبقي تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة، وهي ما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه»[1]، فما وجه الفتوى على قولهما، ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك يحمل المروى عن النبي ﷺ على ما إذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد، إذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لربّ الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما. وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: فإن قيل: التعامل على خلاف النص باطل. قلنا: النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص، وإلا لا يحل لأحد الخلاف فيها أو تحملها على ما إذا شرط شرطاً مفسداً، فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لربّ الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما، إلى هنا

مفسد، **ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة)** وهي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض وكان **(بطريق المنّ والصلح)** لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة، فكان ما ترك في أيديهم فضلاً ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة **(وهو)** أي خراج المقاسمة بطريق المنّ والصلح **(جائز)** فلم يكن الحديث حجة لمجوّزها، ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع هو نظيره وها هنا ليس كذلك، لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة: قوله: **(وإذا فسدت عنده)** واضح. وقوله: **(والخارج في الوجهين)** يعني إذا كان البذر من قبل العامل، وفيما إذا كان من قبل ربّ الأرض. وقوله: **(لأنه نماء ملكه)** منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر.

بالعادة مع النص قال المصنف: **(لأنه عقد على منافع الأرض)** أقول: ذكر الضمير الراجع إلى المزارعة باعتبار الخبر، أو لكونها في معنى أن مع الفعل قال المصنف: **(وهي عندهما على أربعة أوجه)** أقول: أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة، فلا يرد شيء عُليَّ الحصر. قوله: **(لأن المزارعة شركة الخ)** أقول: ولا يمكن أن تنعقد إجارة أيضاً كما لا يخفى.

---

(١) غريب هكذا. وبمعناه ما أخرجه مسلم ١٥٥٠ من حديث ابن عباس: أن النبيّ ﷺ لم ينه عنها ـ أي المخابرة ـ إنما قال: يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً. ورواية في ح ١٢٢: لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خيرٌ له من أن يأخذ عليها كذا وكذا «الشيء معلوم» وانظر البيهقي ١٣٣،٦ ـ ١٣٦.

وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد. والسادس أن يخلي ربّ الأرض بينها وبين العامل **(حتى لو شرط عمل ربّ الأرض يفسد العقد)** لفوات التخلية **(والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله)** لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد **(والثامن بيان جنس البذر)** ليصير الأجر معلوماً. قال: **(وهي عندهما على أربعة أوجه: إن كانت الأرض والبذر والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة)** لأن البقر آلة العمل فصار ما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط، **(وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت)** لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة **(وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر**

كلامه قوله: **(والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً)** أقول: لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة، فعدّ بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتأمل قوله: **(والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد)** قال كثير من الشراح: لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم انتهى. أقول: فيه شيء، وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الإجارة المحضة بأجر معدوم يأبى جوازها بأجر موجود أيضاً. إذ قد تقرر في كتاب الإجارة أن القياس يأبى جواز الإجارة مطلقاً لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال، لكنا جوزناها استحساناً لحاجة الناس إليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأبى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها إجارة محضة، فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم والإجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعاً. ثم أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ها هنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح، فإنهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد بأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم، والمصنف فرّع كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد على ما قبله حيث قال: فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله: لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده أن عقد المزارعة شركة في الانتهاء وإن كان إجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبر في انعقاد المزارعة، فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة قوله: **(وهي عندهما على أربعة أوجه)** واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنها استئجار ببعض الخارج، وهو لا يجوز قياساً لكنا جوّزناه في الأرض

وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً إلى الآمر. وقوله: **(كما فصلنا)** إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ. وقوله: **(إلا أن الفتوى على قولهما)** واضح. وقوله: **(بيان المدة)** يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها، حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة، وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت. وقوله: **(لأنه)** أي لأن عقد المزارعة **(عقد على منافع الأرض)** يعني إذا كان البذر من قبل العامل **(أو منافع العامل)** يعني إذا كان البذر من قبل ربّ الأرض، والمدة هي المعيار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن. وقوله: **(وهو)** أي المعقود عليه **(منافع الأرض)** إن كان البذر من قبل العامل **(أو منافع العامل)** إن كان البذر من قبل رب الأرض، ففي الأول العامل مستأجر للأرض، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام. وقوله: **(فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد)** لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة

قوله: **(وهي جائزة إلا الرابع)** أقول: أي الوجوه المذكورة جائزة إلا الرابع.

جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته أو طياناً ليطين بمرة **(وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة)** وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه

والعامل لورود الشرع به فيهما، أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس، وأما في العامل فعمل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر، والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الأثر، وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما، وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة، كذا في الشروح، وأشار إليه في الذخيرة وجامع فخر الإسلام. ثم إن صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال: فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور. فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل. والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل. وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل، لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعاً للآخر، بخلاف المتجانسين فإن الإشراف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل، لأنه جوّز في الوجه الأوّل أن يجعل العامل مستأجراً الأرض وأن يجعل رب الأرض مستأجراً العامل ولا مجال فيه للأول، بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الأرض لأن البذر كان من قبله في هذا الوجه، وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر إذا كان من قبل ربّ الأرض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الأرض، وإنما يصح أن يكون العامل مستأجراً فيما إذا كان البذر من قبله، إذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الأرض، وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الأول: لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو ربّ الأرض والعامل هو الأجير كالخياط قوله: **(وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة)** أقول: فيه نظر، إذ لا نسلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بدراهم معلومة، فإن استئجار الأرض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم، وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة

المحضة بأجر معدوم. وقوله: **(بيان جنس البذر)** وجه القياس ليصير الأجر معلوماً إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أيّ نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى، لأنه ربما يعطى بذراً لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير. وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوّض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فإنه مفوّض إليه. قال: **(وهي عندهما على أربعة أوجه)** قيام المزارعة بأربعة أشياء: الأرض، والبذر، والعمل، والبقر لا محالة. ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أو لا، لا سبيل إلى الأول لأن المزارعة شركة في الانتهاء، وإذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم تتصوّر الشركة فتعين الثاني، وهو إما أن يكون بينهما بالتنصيف أو بإثبات الأكثر. والأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر: أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب، وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه. والثاني أيضاً على وجهين: أحدهما أن يكون الأرض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني، والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث، وهي جائزة إلا الرابع. ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه. والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية: وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضاً.

يجوز أيضاً، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل. وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام

على عدم جواز المزارعة، كيف ولو كان ذلك استئجاراً ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضاً، وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا تجوز المزارعة مطلقاً لكونها استئجاراً ببعض الخارج، وهو لا يجوز لكنا جوّزناها فيما إذا كانت استئجار منفعة الأرض أو العامل استحساناً بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملاً بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه. فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال: لأنه استئجار للأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل)** قال في العناية: ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب: لو شرط البذر والبقر عليه: أي على ربّ الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه. والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجاراً للعامل، وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً اهـ. أقول: في هذا الجواب بحث. أما أولاً فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجراً والعامل أجيراً فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل المصير إليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة، وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط. وأما ثانياً فلأن قوله: فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي ربّ الأرض والعامل في الصورة المذكورة، وقد مرّ مراراً أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجراً للآخر. فالوجه في الجواب أن يقال: إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجاراً للعامل لا لغيره أصلاً فكان صحيحاً قطعاً، وأما إذا يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجاراً للأرض وغيرها الذي هو البقر، وليس الثاني تابعاً للأوّل لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان

واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج. والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضاً، لكنا جوّزناه بالنص على خلاف القياس، وإنما ورد النص فيهما دون البذر والبقر. أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجراً للأرض ببعض الخارج. وأما في العامل ففعل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر والتعامل فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجراً للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصلّ القياس، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك: والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرهما فهو جنس آخر. فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور. فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، فإن الأرض

قوله: **(والمذكور من بطلان الرابع)** أقول: لفظة من بيانية قوله: **(لأنه استئجار ببعض الخارج، والقياس يقتضي أن لا يجوز)** أقول: يعني أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج قوله: **(ولكن المنظور إليه ذلك)** أقول: كما سيتضح، وبقوله ذلك إشارة إلى استئجار الأخرس قوله: **(والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض)** أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأنه مخالف للمشروح وأما ثانياً فلأنه مخالف لما صرح به نفسه مراراً أن المستأجر هو صاحب البذر.

بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها، بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل. وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما: أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع. والثاني أن يجمع بين البذر والبقر، وأنه لا يجوز أيضاً لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً

باطلاً لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر قوله: **(وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ)** قال صاحب العناية: وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعاً وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر. أقول: الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين، وإلا فثمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما، وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر، أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر، أو على أن يكون البقر من واحد والأرض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة، فكان التعرض ها هنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجاً عن الصدد، وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلاً. والأولى ها هنا أن يقال: وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعاً، وهو أن يكون البقر لأحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار إليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الأوجه في صدر المسألة وبيان انحصارها عقلاً في سبعة. وقال: إن حكمه كحكم أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر وهو الفساد. وقال صاحب العناية متصلاً بكلامه السابق: قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله ﷺ فألغى رسول الله ﷺ صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر. ثم قال: ومعنى قوله: ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأن ذلك كان أجر مثل عمله، ولم يذكر أجر

والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس؛ والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل، والوجه الثاني والثالث سما فيه استئجار الأرض والعامل. وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل، لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعاً للآخر، بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع. ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب: أو شرط البذر والبقر عليه: أي على ربّ الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه. والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجاراً للعامل. وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه، وكذا في الجانب فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وعير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً. ولقائل أن يقول: استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح، ويلزم الجواز. ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على

قال المصنف: **(لأنه يتم شركة بين البذر والعمل)** أقول: لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر، لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب، والبذر من جانب والأرض من جانب، والعمل من جانب والبقر من جانب، والبذر من جانب والأرض من جانب. أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود، ولأجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب، ومع كونه معهوداً لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا، ولعل الأولى أن يقال: إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض)** أقول: وفيه بحث، فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن قوله: **(وبقي عليه إشكال)** أقول: يعني على الرواية الأولى قوله: **(وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر، ويستوجب عليه إحراز حقه الخ)** أقول: لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال: يتم شركة بين البذر والعمل قوله: **(ويجعل لصاحب الفدان أجراً)** أقول: الفدان: البقر الذي يحرث بها، على وزن الفعال بالتشديد.

له لاتصاله بأرضه. قال: **(ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة)** لما بينا **(وأن يكون الخارج شائعاً بينهما)** تحقيقاً لمعنى الشركة **(فإن شرطا لأحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة)** لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة، كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية. قال: **(وكذا إذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي)** معناه لأحدهما، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع، وعلى هذا إذا

الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه. أقول: توجيهه المروى عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام. أما أولاً فلأن كون معنى قوله: ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج مما يأباه مقابلة قوله: وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم، إذ لم يجعل لصاحب الفدان لصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الراوي، فكيف يحسن مقابلتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذي ذكره، اللهم إلا أن يقال ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت إليه وصارت قرينة عليه، إذ لا محالة أنه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الأرض متبرعاً، فلا جرم أنه استوجب أجر مثل أرضه. وأما ثانياً فلأن قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل منظور فيه، إذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل، بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما إذا كان المعين مؤخراً عن المهم في الذكر، اللهم إلا أن يقال: كان العرف جارياً في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الأجر فهناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر، لكن الأظهر عندي أن يكون عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم

خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض. وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك. وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهما فاسدان، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك. ويبقي عليه إشكال، وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه. وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكماً وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئاً لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين. وثمة وجه آخر لم يذكراه: أي القدوري وصاحب الهداية جميعاً وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر. قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله ﷺ فألغى رسول الله ﷺ صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصوداً به، وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه نماء بذره. ومعنى قوله ألغى صاحب. الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأن ذلك كان أجر مثل عمله، ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل. قال: **(ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة الخ)** معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا: يعني قوله في بيان شروطها. والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض الخ. والأصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطاً للجواز فعدمه مانع عنه، لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم، وكذا شيوع الخارج تحقيقاً لمعنى الشركة شرط الجواز، فإذا انتفى فسدت. وقوله: **(وصار كما إذا شرطا رفع الخراج)** والأرض خراجية، والخراج خراج وظيفة بأن يكون درهم مسماة يحسب الخارج وقفزاناً

شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى **(وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحبّ)** لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحبّ ولا يخرج إلا التبن **(وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحبّ لأحدهما بعينه)** لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحبّ **(ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت)** لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود **(ثم التبن يكون لصاحب البذر)** لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط، وهذا سكوت عنه. وقال مشايخ بلخ رحمهم الله: التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تبع للحبّ والتبع يقوم بشرط الأصل. **(ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت)** لأنه حكم العقد **(وإن شرط التبن للآخر فسدت)** لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط. قال: **(وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط)** لصحة الالتزام **(وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل)** لأنه يستحقه شركة، ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج. قال: **(وإذا**

جزم الراوي بعين الأجر الذي جعله رسول الله ﷺ لصاحب فدان فقال: وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى: يعني جعل له رسول الله ﷺ أجراً سماه، ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل قوله: **(وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن)** أقول: في هذا التعليل قصور، إذ على تقدير انعقاد الحب أيضاً يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤدياً إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبنى عليه المسائل الآتية كما ترى. فالأولى في تعليل هذه المسألة أن يقال: لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسألة الآتية المتصلة بها، وكأنّ صاحب الكافي تنبه لما قلنا، حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا، وجمع المسألتين في تعليل واحد فقال: وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب، أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى قوله: **(وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل)** أقول: عبارة الكتاب ها هنا قاصرة عن إفادة تمام المراد، لأن المزارعة الصحيحة كما تكون استئجاراً للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب ربّ الأرض كذلك تكون استئجاراً للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل. وقوله: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية. بل يدل على

معلومة. وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً نحو الثلث أو الربع فإنه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط. والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الأرض. والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر. كذا في المغرب. وقوله: **(اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان)** فإن العرف عندهم أن الحبّ والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب. وقوله: **(والتبع يقوم بشرط الأصل)** يعني لما كان الأصل وهو الحب مشتركاً بينهما باشتراطهما فيه نصاً كان التبع وهو التبن مشتركاً بينهما أيضاً تبعاً للأصل وإن لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل. وقوله: **(لأنه حكم العقد)** يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. وأما إذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس حكم العقد، وذلك شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن يخرج إلا التبن، وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة

قال المصنف: **(وكذا إذا شرطا لأحدهما التبن)** أقول: إن كان المراد من أحدهما الأحد المعين وهو غير صاحب البذر فمسلم، ولكن ظاهر التقرير يأباه، وإن كان ما يعم له ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقاً، فإن التبن نماء البذر، فالشرط حينئذ حكم العقد على

فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر. قال: **(ولو كان البذر من قبل ربّ الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج)** لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد: **(له أجر بالغاً ما بلغ)** لأنه استوفى مافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مرّ في الإجارات **(وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه)** لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر، ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه **(ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر)** هو الصحيح، لأن له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى **(وإذا**

كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم: إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه، فكان الظاهر أن يقال: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لأحد من المتعاقدين. لا يقال: علل المصنف قوله: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل بقوله: لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار الأرض أيضاً فهم منه حكم هذه الصورة أيضاً فاكتفى بذكره. لأنا نقول: عبارة المسألة عبارة مختصر القدوري، والمؤاخذة بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدوري، فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق. ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه في صورة استئجار الأرض أيضاً؛ ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله: وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلاً بعين

فاسدة. قال: **(وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط)** المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، فإن كانت صحيحة فأما إن أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج، فإن أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام، فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى، وإن لم تخرج فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة: يعني في الانتهاء، ولا شركة في غير الخارج. فإن قيل: كانت المزارعة إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة: أجاب بقوله: وإن كانت المزارعة إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره. واستشكل بمن استأجر رجلاً بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل كملاً فليكن هذا مثله، لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم. وأجيب بأن الأجر ها هنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكذا ها هنا، وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل، لأنه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج. فإن أخرجت شيئاً فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر منه بالتسمية وقد فسدت، وإن كان البذر من قبل ربّ الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لأنه رضي بسقوط الزيادة. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذلا مثل لها، قال المصنف رحمه الله **(وقد مرّ في الإجارات)** قال صاحب النهاية رحمه الله: وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير، لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات في مسألة ما إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة. ثم قال: ولا يجاوز

ما سيجيء فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده، وإن كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب، إذ لو انعقد تفسد أيضاً كما لا يخفى قوله: **(وأجيب بأن الأجر ها هنا الخ)** أقول: وهذا الجواب لا يتمشى إذا أورد الإشكال بصاحب الأرض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل قوله: **(والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم الخ)** أقول: وفي قول المصنف لأن أجر المثل في الذمة إشارة إلى أن الأجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة، وذلك بالتسليم كما لا يخفى قوله: **(ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز الخ)** أقول: فيه شيء وجوابه أن مفعول ذكر محذوف، والتقدير ذكره قوله: **(فبمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ، ثم ذكر في الإجارات الفاسدة)** أقول: فيه شيء، والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ قوله: **(لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ)** أقول: لا يلائم التعليل المذكور من قبله ها هنا.

استحق ربّ الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له **(وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل)** لأن النماء يحصا من البذر ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه، فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به. قال: **(وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه)** لأنه لا يمكنه المضيّ في العقد إلا بضرر يلزمه، فصار

فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله، لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم. وأجابوا عنه بأن الأجر ها هنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكذا ها هنا انتهى. ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضاً لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل قوله: **(ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب)** لأن المأتى به مجرد المنفعة، وهو لا يتقوّم إلا بالعقد، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات، كذا في عامة الشروح. وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية: ولأن المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه، والعامل لنفسه لا يستوجب الأجر على غيره انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ قد مرّ مراراً وتقرر أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض تعين أن يكون المستأجر هو رب الأرض، والمفروض في

بالأجر قفيز، لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله، لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب. ثم ذكر ها هنا وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، إلى أن قال: وقد مرّ في الإجارات، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغاً ما بلغ وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير، وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردّها وقد تعذر فيصار إلى المثل ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها، وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أو لا؟ فهو على الخلاف المارّ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح، لأن للبقر مدخلاً في الإجارة لجواز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسداً ويجب أجر المثل وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله في الأصل: لصاحب البقر والأرض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الأرض مكروبة. أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لأن المنافع لا تتقوم بدونه. وقوله: **(وإذا استحق رب الأرض الخ)** واضح خلا أنه يحتاج إلى فارق بين خبث يمكن في منفعة الأرض فأوجب التصدق بالفضل، وبين خبث يمكن في عمل العامل فلو يوجب ذلك. وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة إلى ذلك حيث قال: لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض: يعني فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتياجاً بالغاً فكان الخبث شديداً فأورث وجوب التصدق، وعمل العامل وهو إلقاء

قوله: **(وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل)** أقول: الظاهر الإطلاق عن هذا القيد، فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضاً، ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط قوله: **(ضرر سوى ما التزمه بالعقد)** أقول: فيه بحث قوله: **(لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع)** أقول: القلع مخصوص بما إذا كان البذر من قبل العامل، أما إذا كان من جهة رب الأرض فالقلع إتلاف لمالهم ولا يرتكبه عاقل، فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجاناً بعد ما ظهر حقه.

كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره **(وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل)** لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة، إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة. قال: **(ولو امتنع ربّ الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب)** قيل هذا في الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غرّه في ذلك. قال: **(وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة)** اعتباراً بالإجارة، وقد مرّ الوجه في الإجارات، فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات ربّ الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين، بخلاف السنة الثانية

مسألتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه قوله: **(وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة)** هذا جواب القياس. وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط والذخيرة. وقال بعد ذلك في العناية: واعلم أنه أراد بقوله: وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله: في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول مسألة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكر في أول المسألة إنما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة

البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة، كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك. قال: **(وإذا عقدت المزارعة)** في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازماً أو غيره وهو لازم في حال دون حال، أما بعد إلقاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر، وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته، فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضيّ على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلاً ليهدم داره **(وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر)** سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها **(والعقد لازم)** من جهته **(بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة)** كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض **(فتنفسخ به المزارعة، ولو امتنع ربّ الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب)** لأن المأتي به مجرد المنفعة وهو لا يتقوّم إلا بالعقد، والعقد قوّمه بجزء من الخارج وقد فات **(قيل هذا)** الجواب **(في الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غرّه في الاستعمال، وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة)** قياساً على الإجارة لكونها عقداً فيه الإجارة **(وقد مرّ الوجه في الإجارات)** وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة لغير العاقد مستحقاً بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز. وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع نظراً للمزارع، فإنه في الزرع غير متعدّ، فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع، ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعدي، وإليه أشار المصنف بقوله: **(فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ)** واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان **(فلما نبت الزرع في السنة الأولى)** ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة **(ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة، لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل)** لما سيذكر بعيد هذا **(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح)** أي ثقيل، من فدحه الأمر: أي أثقله **(لحق صاحب الأرض أحوجه إلي بيعها جاز)** الفسخ **(ما في الإجارة)** والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك **(وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)** لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما

والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس **(ولو مات ربّ الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة)** لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع **(ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل)** لما نبينه إن شاء الله تعالى **(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز)** كما في الإجارة **(وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)** لأن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج

فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت، ولا شك أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان: فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته إنما هو جواب الاستحسان، فكيف يتم قوله: ولعله ترك اعتماداً على دخوله في أول إطلاق المسألة، ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضاً. وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال: وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة؟ فيه اختلاف المشايخ انتهى قوله: **(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في الإجارة)** قال في النهاية: ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة إلى قضاء القاضي أو إلى الرضا؟ ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال: لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا. بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات، وبعضهم أخذ برواية الأصل والجامع الصغير انتهى. وقال في العناية: والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن التشبيه بالإجارة إنما يصلح للإشارة إلى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الإجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا، أو كأنّ المصنف قد اختار هناك صريحاً رواية افتقار الفسخ إلى أحدهما ولم يكن شيء منهما، فإن المصنف قال هناك: ثم قول القدوري: فسخ القاضي إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض، وهكذا ذكر

قوّم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل. قال في النهاية: وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل، أما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله، وذلك لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض فيكون العقد وارداً على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوّم على رب الأرض. وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان ربّ الأرض مستأجراً للعامل فكان العقد وارداً على منافع الأجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، كذا في الذخيرة محالة إلى مزارعة شيخ الإسلام رحمه الله، وفيه نظر، لأن منافع الأجير وعمله إنما يتقوّم على ربّ الأرض بالعقد، والعقد إنما قوّم بالخارج **(فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء)** ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصوّر في صور ثلاث: ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه. وما إذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد، وحكمه أن لا تباع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع، وفي التأخير إن كان إضراراً بالغرماء لكن التأخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه في الدين لأنه امتنع من بيع الأرض ولم يكن هو ظالماً في ذلك والحبس جزاء الظلم. ولم يذكر المصنف رحمه الله. الصورة الثالثة ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض، إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله. قال بعضهم: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل

قوله: **(اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة)** أقول: فيه تأمل، فإن التعليل بمراعاة الحقير يشمله أيضاً فكيف يدخل في إطلاق أول المسألة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسألة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه قوله: **(لا يحتاج فيه إلى ذلك الخ)** أقول: كما في الإجارة.

فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع) لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتأخير أهون من الإبطال (ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين) لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم. قال: (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على

في الزيادات في عذر الدين. وقال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فالإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي انتهى فتأمل قوله: (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) قال في النهاية: الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصوّر في صور ثلاث، ذكر في الكتاب صورتين منها، وهما ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار، وما إذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد، ولم يذكر ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ، وكان الشيخ أبو بكر العتابي يقول: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم، لأن التبذير استهلاك ولهذا قالوا: إن لصاحب البذر فسخ المزارعة لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال، وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير. وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول: ليس له ذلك لأن التبذير استنماء مال وليس باستهلاك؛ ألا يرى أن الأب والوصيّ يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي، وإذا كان كذلك كان للمزارع في الأرض عين مال قائم انتهى. وقال في العناية: لم يذكر المصنف الصورة الثالثة، وهي ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ فيه اختلاف المشايخ. قال بعضهم: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير. وقال بعضهم: ليس له ذلك لأن التبذير استنماء وليس باستهلاك، ولهذا يملك الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم، ولعل هذا اختيار المصنف، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم

التبذير. وقال بعضهم: ليس له ذلك لأن التبذير استنماء مال وليس باستهلاك، ولهذا يملك الأب والوصيّ زراعة أرض الصبيّ ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم، ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع، وإن كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية، والله أعلم. قال: (**وإذا انقضت مدة المزارعة الخ**) إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع، حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الأرض لأن المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الأرض، وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تسلم له مجاناً، والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. وقوله: (**لأن في تبقية الزرع**) دليل وجوب الأجر. ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عندَ انقضاء المدة تضرّر به، وإن أبقيناه بلا أجر تضرّر رب الأرض فبقيناه بالأجر تعديلاً للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل، وكلامه فيه أيضاً واضح، فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى النفقة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوّع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره. لا يقال: هو مضطر لإحياء حقه فلا يوصف بالتبرّع، لأن تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (**ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع**) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه، ويخير رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها. فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وها هنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كربَ الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فردّ عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل، فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك. وقوله: (ولو

قوله: (**وحكمه أن لا تباع**) أقول: إذا لم يبع لم يفسخ العقد.

المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد، لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه، وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك، وهذا بخلاف ما إذا مات ربّ الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل، لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ها هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه **(فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع)** لأنه لا ولاية له عليه **(ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك)** لأن فيه إضراراً بالمزارع **(ولو أراد المزارع)** أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته، لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه، وربّ الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر **(ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك)** لأنه لا ضرر على رب الأرض **(ولا أجر لهم بما عملوا)** لأنا أبقينا العقد نظراً لهم، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا، والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا. قال: **(وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت)** وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو

يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع، وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى. أقول: إن قوله: وإن كان للعامل فقد خلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل، لأنه إن أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جداً، إذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته، فأنى يتصوّر دخول إحداهما في الأخرى، وإن أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ، لكن لا يصلح لأن يكون وجهاً لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية، لأن دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمها من قبل، وإذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ، أو كحكم الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر. والأوجه عندي أن المصنف إنما لم يذكر تلك الصورة تأسياً بالإمام محمد رحمه الله، فإنه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال: وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب

مات المزارع) ظاهر. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي الخ قوله: **(والمالك على الخيارات الثلاث)** يعني المذكورة إلا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأن المزارع لما امتنع عن العمل الخ. قال: **(وكذا أجرة الحصاد والرفاع)** قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد. والرفاع بالفتح والكسر: هو أن يرفع الزرع إلى البيدر. والتذرية: تمييز الحب من التبن بالريح. ولما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والأصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لأنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد الإجارة فكذا المزارعة لأن فيها معنى الإجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من أعمالها ومالاً فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه إلى البيدر إذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية. وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنها إذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتباراً

قوله: **(وإن بقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض)** أقول: حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبراً قال المصنف: **(لأن إبقاء العقد بعد وجودالمنهي)** أقول: فيه تسامح، فإن العقد قد انتهى.

انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما؛ ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أرادا قصل القصيل أو جدّ التمر بسراً أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.

الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيها انتهى قوله: **(لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه)** فإن قيل: ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وها هنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: إن ربّ الأرض أيضاً ليس متعنت في طلب القلع، بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتأمل اهـ.

للاستصناع. وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا، والمصنف جعل الأعمال ثلاثة: ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما، وما كان بعد القسمة كالحمل إلى البيت والطحن وأشابهما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة **(والمعاملة قياس هذا)** أي المساقاة أيضاً على هذه الوجوه. وقوله: **(لأنه مال مشترك)** سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان. وقيل باعتبار أن المجموع بعهد القسمة بينهما؛ ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية.

قال المصنف: **(لأن بكا ذلك يستدفع الضرر)** أقول: فيه شيء، فإن قولنا لصاحبها أقلع الزرع إلزام الضرر. وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير قوله: **(وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا)** أقول: وفيه بحث، لأن كونها أصح، إما أن يكون رواية أو دراية، ولا يصح شيء منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى. ويمكن أن يقال: دليل هذه المسألة العرف، وهو يختلف باختلاف الديار، والله أعلم.

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة، وقالا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءاً من الثمر مشاعاً) والمساقاة: هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة. قال الشافعي رحمه الله: المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة، والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان: كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة، لأن المساقاة جائزة بلا خلاف، ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره، إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة، ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمسّ فقدمت، ولأن تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى. أقول: في تقريره نوع خلل، فإنه قال في أوائل كلامه: لأن المساقاة جائزة بلا خلاف، وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلاً في جواز المساقاة، وليس كذلك قطعاً لأن أبا حنيفة لم يجوّزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال: قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة، وكذا زفر لم يجوّزها كما ذكر في عامة الشروح. وقال جمهور الشراح: كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها، ولورود الأحاديث في معاملة النبيّ عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة: أحدهما شدّة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها. والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة. أقول: فيه أيضاً شيء، وهو أن قولهم: ولورود الأحاديث في معاملة النبيّ عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر محل نظر، فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضاً من غير فصل، سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر. وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة: وهي يعني المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة، وقالا: جائزة لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»[1] انتهى. وكأن كلا من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخلّ به الآخر كما ترى قوله: **(والمساقاة هي المعاملة)** قال في العناية: والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوي هو الشرعي، وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى. وردّ عليه صاحب الإصلاح

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها، ولورود الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة: أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها. والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة **(والمساقاة هي المعاملة)** بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي، فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون لهم سهم معلوم من ثمرها، والكلام فيها كالكلام في المزارعة: يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة، وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر. وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى. وقال الشافعي رحمه الله: المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز إلا تبعاً لها، وذلك بأن يكون النخيل والكلام في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الأرض

كتاب المساقاة

قوله: **(يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة)** أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدّم تخريجه في أوّل كتاب المزارعة.

الأصل. وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد، فجعلنا المعاملة أصلاً، وجوّزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار، وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة. وفي الاستحسان: إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج، لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة، بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوّة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة، لأنها تنمو ما تركت في الأرض

والإيضاح حيث قال: هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة، وفي الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره. وقال في الحاشية: فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى. أقول: ليس ذلك بوارد، إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها، وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي، وإلا يلزم أن لا يصح قوله: المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، إذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة، بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس. وقد اعترف ذلك الرادّ أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصوّر أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى قوله: **(والكلام فيها كالكلام في المزارعة)** قال في العناية: يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى. أقول: في هذا التفسير خلل، لأن الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطاً للمساقاة، فإن شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الإمام قاضيخان في فتاواه، وذكر في النهاية وغيرها أيضاً. وشرائط المزارعة ثمانية كما مرّ في الكتاب في أوائل المزارعة، فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة، وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية، ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال: أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى. ثم أقول: لعل مراد

أيضاً بالنصف، وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح. والجواب أن مساس الحاجة إلى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة. وقوله: **(وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمر)** معناه: لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير في معنى الثمر للشجر، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها. وقوله: **(غرسا قد علق)** أي نبت ولم يبلغ حدّ الإثمار ظاهر. وقوله: **(بخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها)** معناه: حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها. وقوله: **(أو أطلق في الرطبة)** يعني لم يقل حتى تذهب أصولها **(فسدت المعاملة)** معناه: إذا لم يكن للرطبة جذّة معلومة، فإن كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فإنه ينصرف إلى الثمرة للأ لى، وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان إيجازاً مخلا. وقوله: **(لأنها تنمو ما تركت في الأرض)** دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم، وقوله: **(لا يخرج الثمر فيها)** أي في الوقت أنثه بتأويل المدة. قال: **(وتجوز المساقاة في النخيل والشجر)** هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه. وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خيبر وكان في النخل والكرم **(ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت)** وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خيبر خصهما لأن أهلها يعملون في

فجهلت المدة **(ويشترط تسمية الجزء مشاعاً)** لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة **(فإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة)** لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج **(ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت)** لأنا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. قال: **(وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان)** وقال الشافعي في الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل، لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر. ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت، وأثر خيبر لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً، ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله **(وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر)** لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد **(وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر)** بخلاف المزارعة بالإضافة إلى

المصنف بقوله: والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين: كما مر في المزارعة، ويرشد إليه قوله: وقال الشافعي المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً الخ، فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلاً وكونها تبعاً، فلو كان المراد بقوله: والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبياً كما لا يذهب على ذي فطانة قوله: **(لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة)** قال صاحب العناية: وقوله: لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم. وفي نسخة فكان معلوماً انتهى. أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن كون قوله: لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع، بل يمكن أن يجعل دليلاً على المجموع لجريانه في المجموع، كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله: لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضاً المجموع عند إمكان ذلك.

وأما ثانياً فلأن ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة إذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام. أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك: أي لزمان ذهاب أصولهما، فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضاً، ولا يتم عذراً لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود. وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوماً: أي كان دليل تينك الصورتين معلوماً لظهور إفساد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره، فلأنه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذكر دليل الرطبة أيضاً، لأن حاصل ذلك الدليل أيضاً جهالة المدة فينبغي أن لا يذكر ذلك أيضاً بناء على كونه معلوماً فتأمل قوله: **(ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر)** قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل

الأشجار والرطاب أيضاً، ولئن سلمنا ذلك لكن الأصل في النصوص التعليل لا سيما على أصله، فإن بابه عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعاً بين الأوصاف. وأما نحن فإنا لا نجوّزه بالعلة القاصرة، ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه. وقوله: **(وليس لصاحب الكرم)** واضح. وقوله: **(لما قدمناه)** وفي بعض النسخ على ما قدمناه إشارة إلى ما ذكره في المزارعة بقوله: وإذا عقدت المزارعة فامتنع

قوله: **(لم يذكر دليل النخيل والرطبة)** أقول فيه بحث قوله: **(ويشترط قيام الدليل الخ)** أقول: زائداً على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم.

صاحب البذر على ما قدمناه. قال: **(فإن دفع نخلاً فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز)** وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد وأدرك لم يجز، لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، فلو جوّزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع، بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل. قال: **(وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله)** لأنه في معنى الإجارة الفاسدة، وصار كالمزارعة إذا فسدت. قال: **(وتبطل المساقاة بالموت)** لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر **(ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم)** وقد بينا نظيره في المزارعة **(ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض)** لأن فيه النظر من الجانبين **(فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة)** التي بيناها **(وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل)** لقيامهم مقامه، وهذا خلافة في حق مالي وهو

وكان العمل كله عليه، ولهذا إذا اختار المضيّ أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك: قلت: لا إشكال، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى. أقول: ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى. ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فأنى يتيسر الحمل على خلاف ذلك قوله: **(ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان)** قال في العناية: يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذاك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك. وفي الأخرى عذر انتهى. أقول: في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل، إذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذراً روايتان: إحداهما كونه عذراً والأخرى عدم كونه عذراً فيؤدي إلى كون الشيء ظرفاً لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك. والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسألة وهي قوله: هل يكون عذراً فيه روايتان: إحداهما بالإيجاب وهو أن يكون عذراً، والأخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذراً، فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن قوله: **(وتأويل إحداهما أن بشرط العمل بيده فيكون عذراً من جهته)** أقول: فيه أنه إنما يكون عذراً من جهته أو لو ترك ذلك العمل اضطراراً بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك، وأما إذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذراً من جهته، والكلام ها هنا في الترك الاختياري، لأن الترك الاضطراري إنما يكون بسبب عذر

صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين، بخلاف المزارعة فإن صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بإلقاء بذره في الأرض فلم تكن لازمة من جهته، ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الإيفاء إلا ببيع الكرم وعذر العامل المرض. وقوله: **(ولم يرد به الشرع)** لأنها جوّزت بالأثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج. قوله: **(وإذا فسدت المساقاة)** واضح. وقوله: **(والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه)** جواب

قوله: **(لحوق دين فادح)** أقول: بالفاء قوله: **(وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(ويرجعوا بذلك في حصة العامل)** أقول: قال العلامة الزيلعي: في رجوعهم في حصته فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه، لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه، ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي

ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار **(فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض)** على ما وصفنا. قال: **(وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر)** لأن الشجر لا يجوز استئجاره، بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استئجارها، وكذلك العمل كله على العامل ها هنا وفي المزارعة في هذا عليهما، لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وها هنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها. قال: **(وتفسخ بالأعذار)** لما بينا في الإجارات، وقد بينا وجوه العذر فيها، ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فتفسخ به. ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان. وتأويل إحداهما أن يشترط العمل

مقرر، وقد مرّ مسألة جواز الفسخ بالأعذار رواية واحدة، فذكر مسألتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتأمل قوله: **(وتعذر ردّ الغراس لاتصالها بالأرض)** قال صاحب النهاية: يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليماً لشجر الغراس، بل يكون تسليماً لقطعة خشبة، وهو ما شرط ذلك. بل شرط تسليم الشجر بقوله: على أن يكون الأرض والشجر بين ربّ الأرض والغارس نصفين، فلما لم يمكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى. واقتفى أثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية: واعترض بعض الفضلاء على قولهم: لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليماً للشجر بل يكون تسليماً لقطعة خشبة حيث قال: فيه بحث، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليماً للشجر انتهى. أقول: منع ذلك مكابرة، لأن الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض، فإذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر

الاستحسان إبقاء للعقد دفعاً للضرر عنه. وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطاً أنصافاً، لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين، والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة. وقوله: **(وهذا خلافة في حق مالي)** جواب عما يقال: كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح، وقوله: **(والخارج بسر أخضر فهذا والأول)** يعني صورة الموت **(سواء والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استئجاره)** وإن أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث، بخلاف المزارعة في هذا: أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استئجارها، وكذلك العمل كله على العامل ها هنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال: **(وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجارات)** يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره **(وقد بينا وجوه العذر فيها)** أي في الإجارة وكلامه واضح. وقوله: **(فيه روايتان)** يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وها هنا ليس كذلك. وفي الأخرى عذر، وتأويله أن يشترط العمل بيده، فإذا ترك ذلك العمل كان عذراً، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذراً في فسخ المعاملة **(ومن دفع أرضاً بيضاء ليس**

إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته، وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى. قلت: لا إشكال، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة. ثم أقول: قوله لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ: يعني بعض هذه المساقاة فإنها تبقى استحساناً، بخلاف ما إذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر، لكن لك أن تقول: بقاؤها استحساناً كان نظراً للعامل، فإذا التزم الضرر ينتقض العقد، صرح به في النهاية.

بيده فيكون عذراً من جهته **(ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك)** لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله **(وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل)** لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقوّمها بنفسها، وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى، وهذا أصحهما، والله أعلم.

فلا يكون تسليم المقلوع تسليماً للشجر لا محالة بل يكون تسليماً لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح. نعم إن قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلاً ها هنا، لأن استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكاً له كما صرحوا به، ولهذا يجب على رب الأرض ردّ قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين تدبر ترشد قوله: **(وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى)** يعني وفي تخريج هذه المسألة طريق آخر: أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه: أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى. قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق: وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى. أقول: يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهي قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسألة، لأن وضع هذه المسألة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين، وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر.

فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة) وهو الأرض **(وكان جميع الثمر والغرس لربّ الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله، لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسداً وتعذر ردّ الغراس لاتصالها بالأرض)** فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليماً للشجر بل يكون تسليماً لقطعة خشبة، ولم يكن مشروطاً بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين، فلما لم يمكن تسليمها شجراً وجب قيمتها وأجر مثله، لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لأنها أعيان متقوّمة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لأنه متقوّم بالعقد لا قيمة له في نفسه **(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى)** وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان. قال المصنف رحمه الله **(وهذا)** يعني المذكور في الهداية **(أصحهما)** لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه وبصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستاناً كالصبغ للثوب، فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: **(فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليماً للشجر بل يكون تسليماً لقطعة خشبة ولم يكن مشروطاً)** أقول: فيه بحث، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليماً للشجر، ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض في أرضه صار كأن رب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضاً للغرس بإيصاله بأرضه مستهلكاً به بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبغ من الثوب قوله: **(بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ)** أقول: فيه بحث، فإن تسليم الشجر ليس بالشرط، بل لأنه كان ملكاً للغارس.

قوله: **(أو شراؤه جميع الغراس)** أقول: منظور فيه، إذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسألة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما.

كتاب الذبائح

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المآل، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحبّ في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى. أقول: يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح، إذ لا إتلاف في المساقاة. والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقرّر في مباحثهما، فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك. وعن هذا ترى كثيراً من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة باباً منها وعنونوها بالمعاملة، وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها، بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة، ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به، ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج، كذا في الكافي والكفاية. اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله. قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم: وهذا عندي باطل، لأن رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه انتهى. وقال في العناية بعد ذكر ذلك: أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم، لأن المحظور العقلي ضربان: ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة، وما فيه نوع تجويز من حيث تصوّر منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المآل، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك. واعلم أن العراقيين ذهبوا إلى أن الذبح محظور عقلاً، ولكن الشرع أحله لأن فيه إضراراً بالحيوان. وقال شمس الأئمة: هذا عندي باطل، لأن رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه، ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشتركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه. وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب، وليس الذبح كالكذب والظلم، لأن المحظور العقلي ضربان: ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظراً

كتاب الذبائح

قوله: **(المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ)** أقول: ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة، ويقول في كليهما إصلاح مالا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المآل قوله: **(لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام)** أقول: ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع، فلا يمتنع أكل ذبائح المشتركين قبل ورود الشرع بحرمتها قوله: **(يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب)** أقول: لفظة ما بمعنى الذي. وقوبله أي يأكله. وقوله ذبائح خبر يكون، والمعنى الذي كان يأكل رسول الله ﷺ يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين.

قال: **(الذكاة شرط حلّ الذبيحة)** لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبيء عنها. ومنها قول عليه الصلاة والسلام «ذكاة الأرض يبسها»(١) وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين، واضطرارية وهي الجرح في أيّ موضع كان من البدن. والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية، وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه، فاكتفى به عند العجز عن الأوّل، إذ التكليف بحسب الوسع. ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم أو دعوى كالكتابي، وأن يكون حلالاً خارج الحرم على ما

نظراً إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى. وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي: والجواب المذكور في العناية: قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر. أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة. وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن كون النبيّ ﷺ يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل، والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه الصلاة والسلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره، والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً لا مستدلاً فلا محل لنظره أصلاً قوله: **(قال الذكاة شرط حل الذبيحة)** قال في غاية البيان: وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب، لأنه إذا ذكر لفظ قال: في أول المسألة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما، ولهذا لم يذكره في البداية، وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول: قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى. وقال العيني بعد نقل ذلك: قلت هذا تطويل بلا فائدة، لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال: بإضمار الفاعل وأراد به نفسه، فهذا أيضاً مثله، ولا يلزم تعيين الفاعل؛ ألا يرى أنه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد ابن الحسن لم يصرح بفاعله، وكذلك عند إسناده إلى نفسه، ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير، ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه. أقول: الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال: بإضمار الفاعل وأراد به نفسه، إن أراد به أنه

إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم، والذكاة الذبح، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمدّ لنهاية الشباب، وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها، ومعنى قوله: **(الذكاة شرط حلّ الذبيحة)** الذبح شرط حلّ أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ بعد قوله ﴿حرّمت عليكم الميتة والدم﴾ الخ. استثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالاً، والمترتب على المشق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً، ولأن غير المذكي ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة، ولأن الدم حرام لنجاسته لما تلونا، وهو غير متميز من اللحم، وإنما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر، ولا يلزم الجراد والسمك لأن حلهما بلا ذبح ثبت بالنص. وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره، لأن الذكاة تنبيء عن الطهارة، ومنها قوله ﷺ «ذكاة الأرض يبسها» يعني أنها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب **(وهي)** يعني الذكاة **(اختيارية كالجرح فيما بين اللبة)** وهي

قوله: **(والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً)** أقول: فيه بحث، فإن الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه علة للحكم، وذلك لا يخفى على أحد قوله: **(ولأن غير المذكي ميتة الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب)** أقول: فيه أن جعلها مشبهاً بها لا يلائم مرام المقام، إذ المطلوب إثبات طهارتها قوله:

---

(١) تقدّم تخريجه في الأنجاس وهو غير مرفوع. قال ابن حجر في التلخيص ٣٧,١: احتج به الحنيفة ولا أصل له. وإنما رواه عن محمد الباقر من قوله، وكذا عن أبي قلابة.

نبينه إن شاء الله تعالى. قال: (**وذبيحة المسلم والكتابي حلال**) لما تلونا، ولقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة، أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد، وصحة القصد بما ذكرنا.

ذكرها في أول المسألة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو فرية بلا مرية، فإنه إذا ذكرها في أول المسألة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الإطراد كما ذكره صاحب الغاية، وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسألة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع، ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كأن يقول: قال العبد: الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط، وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف، فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ها هنا قوله: (**لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾**) [المائدة ٣] فإن حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله، وقد قال الله تعالى قبله ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة ٣] إلى آخره. فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً. قال صاحب العناية: والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحلّ ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً انتهى. أقول: ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى، لأن ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: (**وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾**) [المائدة ٥] عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وهو في حق المسلم، وقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ [المائدة ٥] في حق الكتابي من باب اللفّ والنشر، كذا ذكره تاج الشريعة، وهو الأحسن عندي أيضاً في بيان مراد المصنف هنا. قال صاحب العناية: وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولما استشعر أن يقال: إلا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعاً في الإفادة، ضم إليه قوله عزّ من قائل ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ [المائدة ٥] إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنا لا نسلم أن الخطاب في قوله تعالى: إلا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف؛ ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم

الصدر واللحيين، واضطرارية وهو الجرح في أيّ موضع كان من البدن. قوله: (**والثاني كالبدل عن الأول**) واضح، وإنما قال كالبدل لأن الأبدال تعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (**ومن شرطه**) أي ومن شرط الذبح أن يكون الذابح ملة التوحيد، إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي فإنه يدعي ملة التوحيد، وإنما تحل ذبيحته إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى ﴿وما أهلّ به لغير الله﴾ ومن شرطه أن يكون حلالاً خارج الحرم كما سيجيء. قال: (**وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ**) ذبيحة المسلم والكتابي ذمياً كان أو حربياً حلال إذا أتى به مذبوحاً، وأما إذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله: (**لما تلونا**) إشارة إلى قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولما استشعر أن يقال ﴿إلا ما ذكيتم﴾ عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعاً في الإفادة ضم إليه قوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ قال البخاري في صحيحه: قال ابن عباس رضي الله عنهما:

(**كالكتابي فإنه يدعي ملة التوحيد**) أقول: فيه شيء، فإن النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد. قوله: (**ولما استشعر أن يقال: إلا ما ذكيتم عام**) أقول: ويمكن أن يقال: بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم، وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد، إذ يكفي الظن في أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضاً فتأمل قوله: (**فلا يكون قاطعاً في الإفادة، ضم إليه قوله تعالى إلخ**) أقول: والحق أنه لا حاجة إلى بيان العذر، فإن إثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز قوله: (**وللذبيحة: يعني يقدر على الذبح**) أقول: فيكون الكلام من باب:

﴿علفتها تبناً وماء بارداً﴾

والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغلبي، لأن الشرط قيام الملة على ما مر. قال: (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) لقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»[1] ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى. قال: (والمرتد) لأنه لا ملة له، فإنه لا يقرّ على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحوّل إلى غير دينه لأنه يقرّ عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله. قال: (والوثني) لأنه لا يعتقد الملة. قال: (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل

حرم﴾ [المائدة ١] ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة، ثم قال عز وجل ﴿حرّمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين: إن قوله تعالى ﴿حرّمت عليكن الميتة﴾ الخ بيان لما يتلى عليكم، فلا جرم يكون الخطاب في ﴿حرمت عليكم﴾ و ﴿إلا ما ذكيتم﴾ للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون ما يعم الوثني ونحوه، ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضاً فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض، بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه بإخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه، إذ قد تقرر في علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام، وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص، وأن الذي لا يكون قطعياً إنما هو العام الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فإنه يكون قطعياً في الباقي بلا ريب، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول، لأن الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ فكان قطعياً في الإفادة، ولئن سلم كونه ظنياً غير قاطع في الإفادة فهو كاف في إفادة المطلوب هنا بلا حاجة إلى ضم شيء آخر، إذ قد تقرر في علم الأصول أيضاً أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وإن لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانياً فلأن مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ يتجه على الاستدلال بقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم﴾ بأن يقال أيضاً: إنه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي أن يضم إليه أيضاً دليل آخر. وأما ثالثاً فلأن الضم المذكور إنما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل قاصراً عن إفادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور، اللهم إلا أن يدعي أن الدليل الثاني إذا أفاد حلّ ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة. ثم إن المراد بالطعام في قوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب﴾ [المائدة ٥] ذبائحهم قال البخاري في صحيحه: قال ابن عباس: طعامهم ذبائحهم. واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة، إذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من

طعامهم ذبائحهم. واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة، فإن المجوسي إذا اصطاد سمكة حل أكلها، وفيه نظر، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظ التسمية، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني يقدر على الذبح ويضبطه: أي يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم (وإن كان) أي الذابح (صبياً أو مجنوناً) قال في النهاية أي معتوهاً، لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه، لأن التسمية شرط بالنص وهي بالقصد، وصحة القصد بما ذكرنا: يعني قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه، والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا. قيل أراد به الأيتين المذكورتين، وفيه نظر، لأن عادته في

قوله: (ويمكن أن يجاب بأنه شرط في معنى الملة) أقول: ويجوز أن يجاب أيضاً بأنه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته إذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة، فإذا لم يكن مانعاً أيضاً يحل.

---

(١) تقدّم مستوفياً في النكاح وهو بهذا السياق ورد مرسلاً فقط انظر الدراية ٢,١٠٥.

ما ذبح في الحرم من الصيد) والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم، والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة، بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع، إذ الحرم لا يؤمن الشاة، وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم. قال: (وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسياً أكل) وقال الشافعي: أكل في الوجهين. وقال مالك: لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي، وهذا القول من الشافعي مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً. فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم، ومن مذهب عليّ وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه

الأطعمة، فإن المجوسي إذا اصطاد سمكة حلّ أكلها. وردّ عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور: وفيه نظر، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه اهـ. أقول: ليس ذاك بشيء، إذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه، بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام ربّ العزّة عن الفائدة تعالى عنه علواً كبيراً، ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمشّ على أصل من لا يقول: بمفهوم المخالفة أيضاً، إذ لا يرضى أحد بخلوّ كلام الله تعالى عن الفائدة قوله: (والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشرّاح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا، فقال صاحب النهاية وغاية البيان: أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة ٥] لأن الخطاب عام، وردّه صاحب العناية حيث قال بعد نقله: وفيه نظر، لأن عادته في مثله لما تلونا. وقال تاج الشريعة: أراد به قوله لأن حلّ الذبيحة يعتمد الملة. وردّه أيضاً صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضاً: وهذا ليس بمذكور في الكتاب. أقول: يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة إن ذلك وإن لم يكن مذكوراً في الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مرّ: ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد. ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل على كون الذكاة شرط حلّ الذبيحة، ولا يدل على أن أهل الذبح من هو، كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد أيضاً مع أن أحداً منهم ليس بأهل للذبح قطعاً. وقول المصنف لما ذكرنا

مثله لما تلونا. وقيل أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك. قيل إنما ذكر الأقلف احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز. وقوله وإطلاق الكتاب ينتظم كذا ظاهر. وقوله: (لأن الشرط قيام الملة) فيه نظر، لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط. ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط في معنى العلة. وقوله: (ولا تؤكل ذبيحته المجوسي) واضح. قوله: (بخلاف الكتابي إذا تحوّل إلى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب، أما إذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته. قال: (وإن ترك الذابح التسمية الخ) إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياً كان أو اضطرارياً عامداً كان أو ناسياً: قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم. وعلماؤنا رحمهم الله فصّلوا، أن تركها عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل. استدل الشافعي بقوله ﷺ «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم» سوّى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك، وبأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان، كالطهارة في باب الصلاة فإنها لما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان. سلمنا أنها شرط

مخالفاً للإجماع. له قوله عليه الصلاة والسلام «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم» ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة، ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي، ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ الآية، نهي وهو للتحريم. والإجماع وهو ما بينا. والسنة وهو حديث عديّ بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره «فإنك

تعليل لاستواء الأقلف والمختون في الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلاً وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر. ثم أقول: هذا احتمال آخر أقرب مما ذكروا، وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويحلّ إذا كان كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة، فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط، ولا يخفى أن الأقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم قوله: **(وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسياً أكل. وقال الشافعي: تؤكل في الوجهين. وقال مالك: لا تؤكل في الوجهين)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياً كان أو اضطرارياً عامداً أو ناسياً. قال الشافعي بشمول الجواز، ومالك بشمول العدم. وعلماؤنا فصلوا، إن تركها عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل انتهى. أقول: كأنه حسب أنه أتى في شرح هذا المحل بكلام محمل جامع لأقسام المسألة كلها لكنه أخل بحق المقام في تحريره هذا. أما أولاً فلأن قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختيارياً كان أو اضطرارياً لأنهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح إنما تشترط في الذكاة الاختيارية، وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرمي لا غير، وسيجيء ذلك في الكتاب أيضاً. وأما ثانياً فلأن قول المصنف: والشارح المزبور أيضاً فيما بعد: وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسألتنا هذه للاختياري والاضطراري، إذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في

لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي. والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عديّ بن حاتم على ما نذكره، وعن الاستدلال بأنا لا نسلم الملازمة فإنها تفضي إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام، وها هنا إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة، ولمانع أن يمنع بطلان التالي أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزّل بما ذكره في الكتاب: يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي، وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له، وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفاً للإجماع فواضح. واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فإن فيه النهي بأبلغ وجه، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل، وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضي الله عنهما. والجواب أنه غير مجرى على ظاهره، إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول، لأن ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان، وفي ذلك أيضاً من الحرج ما لا يخفى، إذ الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع بقوله

قوله: **(«المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم»)** أقول: ظاهره إقامة الإسلام مقام التسمية قوله: **(دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ)** أقول: ولئلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد قوله: **(واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾)** أقول: ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة، فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله لما تلونا قوله: **(ووجه الاستدلال أن السلف)** أقول: يعني القرن الثالث، وإلا فمذهب عطاء أنه لا يجوز أكل شيء ما بدون ذكر اسم الله عليه، أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه.

إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك»[1] علل الحرمة بترك التسمية. ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا، إذ لا فصل فيه ولكنا نقول: في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره، إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول. والإقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر، وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة، لأن المقدور له في الأول الذبح في الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع

جانب المقيس عليه قوله: (له قوله عليه الصلاة والسلام «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم»)[2] أقول: فيه أن دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاة، لأن المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً، وهذا الحديث إنما ينتهض حجة في حق المسلم وحده قوله: (ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] نهي وهو للتحريم) قال في العناية: وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان. يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب. وقوله: (ولا تأكلوا) عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعاً للحرج كما أقام الأكل ناسياً مقام الإمساك في الصوم لذلك انتهى.

تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ فيحمل على حالة العمد دفعاً للتعارض. ولنا قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان. يقال ذكر عليه إذا إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب. وقوله: (ولا تأكلوا) عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعاً للحرج، كما أقام الأكل ناسياً مقام الإمساك في الصوم لذلك، ومجال الكلام في اللآية واسع، وقد قررناه في الأنوار والتقرير (والإجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً الخ (والسنة) وهو حديث عديّ بن حاتم الطائي، فإنه ﷺ حين سأله عديّ عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر قال «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك» علل

قوله: (وهو نسيان فإنه من الشرع) أقول: الضمير في قوله فإنه راجع إلى النسيان.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٦ ومسلم ١٩٢٩ح٣ كلاهما من حديث عديّ بن حاتم.
ولفظ البخاري: وعن عديّ بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله إني أرسل كلبي، واسمي فقال النبيّ ﷺ: إذا أرسلت كلبك وسميّت، فأخذ فقتل فأكل، فلا تأكل، فإنما أمسكَ على نفسه قلت: إني أرسل كلبي أجد معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه فقال: لا تأكل، فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره. وسألته عن صيد المعراض فقال: إذا أصبت بحده فكل، وإذا أصبت بعرضة فقتل، فإنه وقيذ، فلا تأكل». وبنحوه أخرجه أبو داود ٢٨٤٧ والترمذي ١٤٧٠ والنسائي في الكبرى ٤٧٨٠، ٤٧٧٩ وابن ماجه ٣٢٠٨ والدارمي ٨٩,٢ والطيالسي ١٠٣٠ وابن الجارود ٩٢٠ والدارقطني ٢٩٤,٤ والبيهقي ٢٣٦,٩ كلهم من حديث عديّ بن حاتم.
(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٢,٤ وفي معناه أحاديث منها حديث ابن عباس: «أن النبيّ ﷺ قال: المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمّي حين يذبح فليسمّ، وليذكر اسم الله، ثم ليأكل» أخرجه الدارقطني ٢٩٦,٤ والبيهقي ٢٣٩,٩ قال الزيلعي: قال ابن القطان: ليس في هذا الإسناد من يتكلّم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان، وكان صدوقاً صالحاً لكنه كان شديد الغفلة اهـ. وهناك حديث آخر أخرجه أبو داود في المراسيل ١٧٢ خلال ذكر اسم الله، أو لم يذكر».
قال الزيلعي: قال ابن القطان: وفيه مع الإرسال أن الصلت السدوسي لا يعرف له حال، ولا يعرف بغير هذا.
وجاء في الدراية ٢٠٦,٢: لم أجده بهذا اللفظ. أي لفظ صاحب الهداية. وورد نحوه عن ابن عباس، وصوّب الحفاظ وقفه.

شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حلّ، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل، ولو سمى على سهم ثم رمى بغير صيداً لا يؤكل. قال: **(ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبّل من فلان)** وهذه ثلاث مسائل: إحداها أن يذكر موصولاً لا معطوفاً فيكره ولا تحرم الذبيحة، وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول: باسم الله محمد رسول الله، لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعاً له، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصوّر بصورة المحرّم. والثانية أن يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة بأن يقول: باسم الله واسم فلان، أو يقول: باسم الله وفلانٍ، أو باسم الله ومحمدِ رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهلّ به لغير الله. والثالثة أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضطجع الذبيحة أو بعده، وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ»[(١)] والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه، جرّدوا التسمية[(٢)] حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حلّ. ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحلّ في أصح الروايتين، لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية. وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما[(٣)] في قوله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صوافّ﴾ قال:

أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن مقتضى قوله: إن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] دالاً على أن لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلاً. لأن ذكر اسم الله عليه إنما يكون حال الإرسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه، فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الأكل في الآية المذكورة، مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري إذا ذكر اسم الله عليه حال الإرسال والرمي مجمع عليه بلا ريب وأما ثانياً فلأن قوله إلا أن الشرع

الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة، لأن الطاعة بحسب الطاقة، والمقدور له في الأول الذبح، وفي الثاني الرمي والإرسال، وقد فرّع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة. قال: **(ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره الخ)** المسائل المذكورة ظاهرة. وقوله: **(ومحمد رسول الله بكسر الدال)** يسير إلى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم، قيل هذا إذا كان يعرف النحو. وقال التمرتاشي: إن خفضه لا يحل لأنه يصير ذابحاً بهما، وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه؛ فقال بعضهم على قياس ما روي عن

قوله: **(فقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد إنه لا يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم)** أقول: إذ يجوز أن يكون قصده إفادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور، والحرمة لا تثبت بالشك.

---

(١) حسن لشاهده. أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٩١,٢ عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ كان إذا ضحّى اشترى كبشين أملحين أقرنين، فإذا خطب، وصلّى ذبح أحد الكبشين بنفسه بالمدية، ثم يقول: «اللهم هذا عن أمتي جميعاً من شهد لك بالتوحيد، وشهد لي بالبلاغ، ثم أتى بالآخر، فذبحه. وقال: اللهم هذا عن محمد وآل محمد، ثم يطعمها المساكين، ويأكل هو وأهله منهما فمكثنا. . . .»

قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ وتعقّبه الذهبي بقوله: فيه زهير ذو مناكير وابن عقيل ليس بقويّ اهـ وزهير هو ابن محمد العنبري وله شاهد بمعناه من حديث عائشة «أن رسول الله ﷺ وأتى بكبش أقرن. . . ثم ذبحه، وقال: بسم الله اللهم باسمك من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد ثم ضحّى به ﷺ»

وهذا صحيح أخرجه مسلم ١٩٦٧ وأبو داود ٢٧٠٢ وأحمد ٧٨,٦ وابن حبان ٥٩١٥ والبيهقي ٢٧٢,٩، ٢٨٦.

(٢) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٤,٤: غريب وقال الحافظ في الدراية ٢٠٦,٢: لم أجده.

(٣) موقوف جيّد. أخرجه الحاكم ٢٣٣,٤، ٣٨٩,٢ عن ابن عباس وصححه على شرط الشيخين. وقال ابن حجر في الدراية ٢٠٦,٢: رجاله ثقات.

(والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»[1] ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء. قال: **(والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم، والمريء، والودجان)** لقوله عله الصلاة والسلام «أفر الأدواج بما شئت»[2]. وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء

جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، لأن جعل الشرع الناسي، ذاكراً لا يتصوّر بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى ﴿مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ لما كان عامداً وناسياً وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصوّر أيضاً فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف قوله: **(ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه)** قال في غاية البيان: أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية، لأن قوله: **(مما لم يذكر اسم الله عليه)** يشمل العمد والنسيان جميعاً لعدم القيد بأحدهما انتهى. وقال في العناية: استدل مالك بظاهر قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فإن فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى. أقول: الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] فيرد عليه أن يقال: إن عادته في مثله أن يقول ما تلونا فما معنى المخالفة لها هنا، وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الأولى، فالأظهر عندي أن يكون مراده بقوله: ما ذكرنا في قوله: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته، لأن عادته أن يقول: لما تلونا فيما إذا أراد الكتاب وحده، وأن يقول: لما روينا فيما إذا أراد السنة وحدها، فلما أراد مجموعهما ها هنا أتى بكلمة جامعة فقال: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا: يعني قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] فحديث عديّ بن حاتم الطائي إذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الأوداج بما شئت)**[3] قال تاج الشريعة: الفرى: القطع للإصلاح، والإفراء: القطع للإفساد، فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى.

محمد رحمه الله: أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله: **(حتى لو قال عند الذبح)** إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به **(ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف)** والفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ها هنا الذكر، قال الله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صوآف﴾: أي قائمات صففن

قوله: **(لأن في رواية القدوري: الذبح بين الحلق الخ)** أقول: فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري مبدأه.

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٢٣٨,٤ من حديث أبي هريرة قال: «بعث رسول الله ﷺ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة» قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٥,٤: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. هذا إسناد ضعيف بمرة وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به، وكذّبه ابن نمير. وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث.
وأخرجه عبد الرازق في مصنّفه موقوفاً على ابن عباس وعلى عمر: الذكاة في الحلق، واللبة.

(٢) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٥,٤ لكن ورد ما في معناه من حديث عديّ بن حاتم قال: «قلت: يا رسول الله أرأيت إن أحدنا أصاب صيداً، وليس معه سكين أيذبح بالمروة، وشقة العصا؟ فقال: «أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله عزّ وجلّ»
أخرجه أبو داود ٢٨٢٤ والنسائي ٢٢٥,٧ وابن ماجه ٣١٧٧ والطحاوي ١٨٣,٤ والبيهقي ٢٨١,٩ والحاكم ٢٤٠,٤ وابن أبي شيبة ٢٥٨,٥ ولفظ النسائي: «أنهر...» وكذلك أحمد. وقد صحّحه الحاكم وسكت عنه الذهبي.
وقال ابن حجر عن حديث صاحب الهداية: لم أجده. ويغني عنه حديث «أنهر الدم...».
انظر الدراية ٢٠٧,٢.

(٣) هو المتقدّم. وهو غريب بهذا اللفظ.

والودجين، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه، وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها **(وعندنا إن قطعها حل الأكل، وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة)** وقالا: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين. قال رضي الله عنه: هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره، والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده. وقال في الجامع الصغير: إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك خلافاً فاختلفت الرواية فيه. والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث: أيّ ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف أوّلاً ثم رجع إلى ما ذكرنا. وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره

واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه. وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال: ولهذا قال المصنف: بعد هذا الورود الأمر بفريه. أقول: فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر، لأن صاحب القاموس عمم الفرى والإفراء للإصلاح والإفساد بلا فرق بينهما حيث قال: فره يفريه: شقه فاسداً أو صالحاً كفراه وأفراه انتهى. فعلى هذا لا يتم ما ذكروه أصلاً. وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما، إلا أنه جعل الذبح من قبيل الإفراء دون الفرى حيث قال عن أبي عبيد: والفرق بين الإفراء والفرى أنه قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبع، والفرى قطع للإصلاح كما يفرى الحراز الأديم انتهى. فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق، إذ لا شك أن الذبح إذا كان من قبيل الإفراء دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والأنسب. ثم إن صاحب المغرب قال: وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضاً، إلا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى. فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلاً عن أن يكون أليق وأنسب. وأما قول المصنف: فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد: ولورود الأمر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضاً كما ذكر في المغرب. ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث. أو اختياره منه لعدم الفرق بين الفرى والإفراء مطلقاً كما ذكره في القاموس، فكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام قوله: **(وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء)** قال في العناية: احتج الشافعي بأنه جمع الأدواج وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما. أقول: يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمريء، إذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما

أيديهن وأرجلهن وهناك التكبير، وبهذه الألفاظ لا يكون مكبراً **(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين)** والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب إذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله أنه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر في إحدى الروايتين عنه بأن المأمور به هناك ذكر الله مطلقاً. قال الله تعالى ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾ وها هنا الذكر على الذبح **(والذبح بين الحلق واللبة، وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله)** وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن فيه بياناً ليس في رواية القدوري، وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير. والأصل فيه قوله ﷺ «الذكاة ما بين اللبة واللحيين» وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة، لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين، وهو دليل ظاهر للإمام الرستغفني رحمه الله في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر. ورواية المبسوط أيضاً تساعده، ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل، وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبح في غير المذبح، وهو

قال المصنف: **(فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه)** أقول: فيه بحث، لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حمل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل، فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء.

ولورود الأمر بفَريه فيعتبر أكثر كل فرد منها. ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر، إذ كل واحد منهما مجرى الدم. أما الحلقوم فيخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء، والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما. ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأيّ ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها هو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزاً عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً لجانب الحرمة. قال: **(ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح)** وقال الشافعي: المذبوح ميتة لقوله عليه

أيضاً كما لا يخفى. وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال: لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معاً. وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المزبور: وهو ضعيف لفظاً ومعنى، أما اللفظ فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً، وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه انتهى. أقول: ما ذكره في وجه ضعفه لفظاً ليس بسديد، إذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلقوم والمريء بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتهما عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى قوله: **(إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه)** قال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حمل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ما سيجيء من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة: وإن اقتضى حمل الأوداج على الاستغراق إلا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة، بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة، وعلى قطع الرابع أيضاً اقتضاء كما ذكره ها هنا؛ إذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الأربعة كلها، وإن كان من جهتي الدلالة: أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله: **(ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزاً عن زيادة التعذيب)** أقول: لقائل أن يقول: لو كان في قطع الودجين معاً زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرّز عنها لما كان قطع العروق الأربعة جميعاً في الذكاة أولى عند أبي

مخالف لظاهر الحديث كما ترى، ولأن ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه، وكان حكم الكل سواء، ولا معتبر بالعقدة. قال: **(والعروق التي تقطع في الذكاة الخ)** العروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم، والمريء، والودجان. واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحلّ؛ فذهب الشافعي رحمه الله إلى الاكتفاء بالحلقوم والمريء: وذهب مالك رحمه الله إلى اشتراط قطع جميعها. وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى اشتراط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين رجع إليه بعد ما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمهما الله كما نذكره. وذكر القدوري أنه قول محمد أيضاً. وقال المصنف: المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده. وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة. وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت، وهي ثلاثة

قال المصنف: **(وما هو المقصود يحصل بها)** أقول: أي بقطعها على حذف مضاف قال المصنف: **(والتوحية)** أقول: أي التعجيل بالحاء المهملة قال المصنف: **(لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام)** أقول: لعل الواو بمعنى أو قوله: **(وحصل بهذا جواب أبي يوسف)** أقول: إنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو قوله: **(وليس ثمة معهود)** أقول: قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود، فإن العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود قوله: **(لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة، والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك)** أقول: فيه بحث، فإنه إنما يحصل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق، وهنا ليس كذلك كما لا يخفى. ثم قوله ليس إفراده: أي ليس من أفراد مفرده. وقوله حقيقة: أي ليس من أفراده حقيقة لأن هذا الجمع من باب التغليب.

الصلاة والسلام «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة»[١] ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أنهر الدم بما شئت»[٢] ويروى «أفر الأوداج بما شئت» وما رواه محمول على غير المنزوع، فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك، ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد، بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي، ولأن فيه إعساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان. قال: **(ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم)** فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا. ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصاً. وما لم يجد فيه نصاً يحتاط في ذلك، فيقول في الحلّ لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل. قال: **(ويستحب أن يحدّ الذابح شفرته)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»[٣] ويكره أن يضجعها ثم يحدّ الشفرة لما روي عن النبيّ عليه الصلاة والسلام «أنه رأى

حنيفة أيضاً، بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أول، فإن تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه، مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل. قال في العناية: لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام، وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد كما في قوله تعالى ﴿لا يحل لك النساء من بعد﴾ [الأحزاب ٥٢] لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك انتهى. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق وها هنا ليس كذلك انتهى. أقول: ليس لهذا الإيراد مساس بالكلام المذكور في العناية، إذ لم يقل فيها إن الجمع حمل ها هنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالألف واللام إنما يحمل على الجنس عند أرباب علم الأصول إذا تعذر حمله على الاستغراق، وها هنا ليس كذلك، بل قال فيها: إن ما

أوجه، وإن قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع، والأصل في ذلك قوله ﷺ «أفر الأوداج بما شئت» والفري: القطع للإصلاح، والإفراء: القطع للإفساد فيكون كسر الهمزة أنسب، ولهذا قال بعد هذا لورود الأمر بفريه. احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء، لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظاً ومعنى. أما لفظاً فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً. وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه، فإن الأوداج جمع وأقله ثلاث فيتناول المريء والودجين، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت

---

(١) هو ملفق من حديثين. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٦،٤.
أما الأول من حديث رافع بن خريج قال: «قال رسول الله ﷺ ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه، فكلوه ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة». وله قصة.
وهذا الحديث أخرجه البخاري ٢٤٨٨ وأطرافه في ٢٥٠٧، ٥٤٩٨، ٥٥٠٣، ٥٥٠٦، ٥٥٠٩، ٥٥٤٣، ٥٥٤٤ ومسلم ١٩٦٨ وأبو داود ٢٨٢١ والترمذي ١٤٩١، ١٤٩٢ والنسائي ٢٢٦،٧ وفي الكبرى ٤٤٩٩، ٤٤٩٨، ٤٤٩٣، ٤٤٩٢ وابن ماجه ٣١٣٧ والدارمي ٨٤،٢ وابن الجارود ٨٩٥ وابن حبان ٥٨٨٦ والطيالسي ٩٦٣ والبيهقي ٢٤٥،٩، ٢٤٦، ٢٤٧ وأحمد ٤٦٣،٣، ٤٦٤، ١٤٠،٤، ١٤١، ١٤٢.
قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٦،٤، ١٨٧: قال ابن القطان في رواية أبي داود «قال رافع: وسأحدثكم عن ذلك أما السنّ فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة» وقد شك في اتصال سنده في رواية أبي داود وقوله «أما السنّ فعظم» هل هو من كلام النبيّ ﷺ أم لا.
وأما القسم الثاني من الحديث فقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه عن ابن خديج عمّن حدّثه عن رافع بن خديج قال: «سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة فقال: كل ما أفرى الأوداج إلا سناً، أو ظفراً» وأخرجه الطبراني في معجمه من حديث أبي أمامة كما في نصب الراية ١٦٨ وابن جريج مدلس والظاهر أنه سمعه من رجل ضعيف لذا لم يفصح عن اسمه، وحديث الطبراني ولو فيه على ابن زيد.
(٢) تقدّم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.
(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٥٥ وأبو داود ٢٨١٥ والترمذي ١٤٠٩ والنسائي ٢٢٧،٧ وابن ماجه ٣١٧٠ والدارمي ٨٢،٢ والطيالسي ١١١٩ وابن حبان ٥٨٨٢ وابن الجارود ٨٣٩ ٨٩٩ والبيهقي ٢٨٠،٩ وأحمد ١٢٣،٤ ١٢٤، ١٢٥ كلّهم من حديث شدّاد بن أوس.

رجلاً أضجع شاة وهو يحدّ شفرته فقال: لقد أردت أن تميتها موتات، هلا حددتها قبل أن تضجعها»[1] قال: (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ: قطع مكان بلغ. والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة. أما الكراهة فلما روي عن النبيّ عليه الصلاة والسلام «أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت»[2] وتفسيره ما ذكرناه، وقيل معناه: أن يمدّ رأسه حتى يظهر مذبحه، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه، وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهيّ عنه. والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه. ويكره أن يجرّ ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح، وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد: يعني تسكن من الاضطراب، وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ، إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال: تؤكل ذبيحته. قال: (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة، ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها. قال: (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح، وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر، والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكذا ما تردّى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا. وقال مالك: لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر. ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل، كيف وإنا لا نسلم الندرة بل هو غالب.

نحن فيه ليس أفراده حقيقة، لأن إطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك: أي فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ها هنا فلا يتجه عليه الإيراد المذكور أصلاً قوله: (وقال الشافعي: المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدي الحبشة»)[3] أقول: هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي، بل يدل على خلاف مدعاه في البعض، فإن القرن أيضاً داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه

قطع الحلقوم بالاقتضاء، وجوابه سيجيء. واحتج أبو يوسف رحمه الله بأن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر، إذ كل منهما مجرى الدم، أما الحلقوم فيخالف المريء، فإن المريء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس. ووقع في بعض النسخ بالعكس، وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب، وجوابه سيجيء. واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه، والأكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الأمور الأربعة وهو أقرب كما ترى. واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأيّ ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية: أي التعجيل في إخراج الروح، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، وبهذا يحصل جواب أبي يوسف، وبقوله: (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٢٣١،٤، ٢٣٣ من حديث ابن عباس وكذا الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٨٨،٤ وفي المجمع ٣٣،٤.
وقال الحاكم: صحيح على شرائط البخاري. وسكت الذهبي.
قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله رجال الصحيح.

(٢) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١١٨،٤ وورد بمعناه من حديث ابن عباس قال «نهى رسول الله ﷺ عن الذبيحة أن تفرس. يعني أن تنخع قبل أن تموت» والتفسير في الراوي.
أخرجه ابن عديّ في الكامل ٤٠،٤ والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٨٨،٤ . ١٨٩. وأعلّه ابن عديّ بشهر بن حوشب حيث قال عنه: ليس بالقويّ في الحديث وهو ممّن لا يحتج بحديثه، ولا يتديّن به اهـ وأخرجه ابن عديّ من طريق عبد الحميد بن بهرام ٣٢٠،٥ وقال: هو في نفسه لا بأس به، وإنما عابوا عليه كثرة رواياته عن شهر بن حوشب وشهر ضعيف جداً اهـ.
وقال في الدراية ٢٠٨،٢: لم أجده أي بمثل سياحة المصنّف. وهذا الأخير إسناده ضعيف.

(٣) هو المتقدّم قبل ثلاثة أحاديث.

وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم. وعن محمد أن الشاة إذا ندّت في الصحراء فذكاتها العقر، وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما، وإن ندا في المصر فيتحقق العجز، والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله. قال: (**والمستحبّ في الإبل النحر، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره**) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح، والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافاً لما يقوله مالك إنه لا يحل. قال: (**ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل أشعر أو لم يشعر**) وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[1] ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها، وكذا حكماً حتى يدخل

قوله: (**ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة**) أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بقوله: إنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسألة، وإن أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم، ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضاً أول المسألة فإنه مكروه عندنا، ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله: حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى قوله: (**والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة**) قال في المغرب: النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، والفتح والضم لغة في الكسر، ومن قال: هو عرق فقد سها، إنما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا، ومنه بخع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع، فالبخع أبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه إلى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال: فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب. وردّ بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط أصلاً، إلى هنا لفظ العناية. أقول: الردّ المذكور مردود، لأن ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق إنما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان، وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك، ومركبة تركيباً أولياً كالعضل، أو ثانياً كالعين، أو ثالثاً كالوجه، ثم الرأس مثلاً على ما

فيكتفي به تحرزاً عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله. لا يقال: الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد، كما في قوله تعالى ﴿لا يحل لك النساء﴾ لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك. وقوله: (**بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق**) قيل: يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة، فإن الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقياً فلا يحل. وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الأكثر فكأنه لم يقطع شيئاً وربما لوّح إلى هذا بقوله احتياطاً لجانب الحرمة. قال: (**ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ**) الذبح

قوله: (**ورد بأن بدن الحيوان مركب، إلى قوله: وما ثم شيء يسمى بالخيط أصلاً**) أقول: وفي القاموس، النخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب.

---

(١) جيّد. أخرجه أبو داود ٢٧٢٧ والترمذي ١٤٧٦ وابن ماجه ٣١٩٩ وأبو يعلى ٩٩٢ وابن حبان ٥٨٨٩ وابن الجارود ٩٠٠ والدارقطني ٢٧٢،٤، ٢٧٣ و٢٧٤ والبيهقي ٣٣٥،٩ وأحمد ٣٩،٣ كلّهم من حديث أبي سعيد الخدري، وفي إسناده يونس بن أبي إسحاق.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم اهـ وورد من حديث ابن مسعود وعلي وابن عباس. نصب الراية ١٨٩،٤ اهـ.

وقال المنذري في مختصر أبي داود: إسناده حسن ويونس وإن تكلّم فيه فقد احتج به مسلم في صحيحه اهـ. وورد أيضاً من حديث جابر أخرجه أبو داود ٢٨٢٨ والدارمي ٨٤،٢ والدارقطني ٢٧٣،٤ والحاكم ١١٤،٤ والبيهقي ٣٣٤،٩، ٣٣٥ وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي.

وأخرجه البزار والطبراني كما في المجمع من حديث أبي الدرداء وأبي أمامة، وقال الهيثمي: فيه بشر بن عمارة وثق، وفيه ضعف وأخرجه الطبراني في الصغير، والأوسط من حديث ابن عمر، وفيه ابن اسحاق ثقة لكنه مدلس وأخرجه من حديث كعب بن مالك، وفيه اسماعيل بن مسلم ضعيف.

في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها، وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد. وله أنه أصل في الحياة حتى تتصوّر حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة، ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان دموي، وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم، إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاً في حقه، بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصاً فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل في البيع تحرياً لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كي لا ينفصل من الحرة ولد رقيق.

بين كله في كتب الطب، فإن أراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم، لكن لا يجدي شيئاً إذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمي شيء من تلك الأعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطاً، وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقاً شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جداً، كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط: منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام، ومنها صحاح الجوهري فإنه قال فيه: وهو الخيط الأبيض الذي في جوف الفقار، ومنها القاموس فإنه قال فيه: والنخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة.

بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه، وأكل الذبيح بها لا بأس به. وقال الشافعي رحمه الله: هو ميتة لقوله ﷺ «كل ما أنهر الدم وأفري الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة» استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمنزوع والقائم، ولأن الذكاة فعل مشروع، وإنهار الدم بها مطلقاً غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أنهر الدم بما شئت» ويروى «أفر الأوداج بما شئت» وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، إلا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فإن فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «فإنها مدى الحبشة» فإنهم لا يقلمون الأظفار ويحددون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض، وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع. وقوله: **(ولأنه آلة جارحة)** جواب عن دليله المعقول. وتقريره: إنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه أي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين المليل، وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها: الليطة بكسر اللام: قشر القصب، والمروة: الحجر الحاد وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة، وقوله ﷺ «لقد أردت أن تميتها موتات» قيل إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه، وليس كذلك لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه سوء أدب ساقط لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها. والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه، فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو. وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة ممتدّ إلى الصلب. وردّ بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار، وما ثمة شيء يسمى بالخيط أصلاً. ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة. قال: **(وما استأنس من الصيد)** قد مرّ أن الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا مصير إلى الأول قبل العجز عن الثاني، وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز وقال مالك رحمه الله: **(لا يحل الأكل بذكاة الاضطرار في الوجهين)** يعني ما توحش وما تردّى، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له. قلنا: لا نسلم الندرة، ولئن كانت فالمعتبرة حقيقة العجز وقد تحقق وقوله: **(وفي الكتاب)** يريد به القدوري وكلامه واضح. والنحر: قطع العروق عند الصدر، والذبح: قطعها تحت اللحيين، والمستحب في الإبل الأول وفي غيره الثاني. والعكس يجوز. ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله: **(لمعنى في غيره)** أي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله: **(أشعر)** معناه نبت شعره مثل أعشب المكان، وكلامه واضح خلا أنه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب، فإن كان منصوباً فلا إشكال أنه تشبيه، وإن كان مرفوعاً فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول، عرف ذلك في علم البيان. قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله:

وعيناك عيناها وجيدك جيدها ... سوى أن عظم الساق منك دقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال: **(ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور)** «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع»[1]. وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب. والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة. ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل، ويدخل فيه الضبع والثعلب، فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في إباحتهما، والفيل ذو ناب فيكره، واليربوع وابن عرس

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول، إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح، التوصل إلى الأكل. وقدم الذبح لأن وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر قوله: **(وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب)** قال صاحب غاية البيان: وهكذا قرر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط. ثم قال: ولنا في هذا التقرير نظر لأن الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير، ولو صحت تلك الرواية فنمنع انصراف قوله: من السباع إلى النوعين جميعاً، لأن قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب انتهى. أقول: قوله: لأن قوله: وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب ليس بتام، لأن كونه أقرب إنما يقتضي أولوية انصرافه إليه من انصرافه إلى أول النوعين لا إلى النوعين جميعاً، ومدعى الشيخين انصرافه إليهما معاً فلا يقدح فيه ما ذكره. والوجه أن يقال: بين النوع الأول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفاً إلى النوعين جميعاً، إذ المتبادر أن يكون كل من البيانين قيداً لما قرن به من أحد النوعين مذكوراً بإزاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر قوله: **(والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة)** قال الشراح: الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف

فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح، وإنما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك. قوله: **(كي لا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم)** والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم. قال في المبسوط: فالمراد بذي الخطفة ما يخطف

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قوله: **(إن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم)** أقول: قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع قوله: **(والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضاً كالعصفور قوله: **(ولم يذكره في الكتاب)** أقول: قال الزيلعي في شرح الكنز: ونوع يخلط بينهما وهو أيضاً يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) جيّد. أخرجه مسلم ١٩٣٤ من طرق وأبو داود ٣٨٠٥ والنسائي ٢٠٦،٧ وابن ماجه ٣٢٣٤ والدارمي ٨٥،٢ والطيالسي ٢٧٤٥ وابن حبان ٥٢٨٠ والبيهقي ٣١٥،٩ وأحمد ٣٩٩،١، ٢٤٤، ٣٠٢ و٣٢٧ كلّهم من حديث ابن عباس.

وورد عن علي أخرجه أحمد في زوائد المسند ١٤٧،١ مرفوعاً به.

وورد مختصراً بلفظ «أنّ رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع».

أخرجه البخاري ٥٥٣٨ ومسلم ١٩٣٢ وأبو داود ٣٨٠٢ والترمذي ١٤٧٧ والنسائي ٢٠٠،٧، ٢٠١ وابن ماجه ٣٢٣٢ والدارمي ٨٥،٢ والطيالسي ١٠١٦ ومالك ٤٩٦،٢ وأحمد ١٩٣،٤، ١٩٤، ١٩٥ كلّهم من حديث أبي ثعلبة اهـ.

قلت: حديث مسلم عن ابن عباس فيه كلام ذكره الزيلعي عن ابن القطان في ١٩٢،٤ وقال النووي في شرح مسلم ٨٢،١٣: قد صحّح سماع ميمون من ابن عباس فلا نغتر بما يخالف هذا اهـ.

وذكر ابن حجر في التلخيص ١٥٠،٤ كلام ابن القطان وقال: وخالف الخطيب، فصحح كونه عن ميمون عن ابن عباس.

من السباع الهوام. وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف. قال: **(ولا بأس بغراب الزرع)** لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير. قال: **(ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف، وكذا الغداف. وقال أبو حنيفة: لا بأس بأكل العقعق)** لأنه يخلط فأشبه الدجاجة. وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف. قال: **(ويكره أكل الضبع والضبّ والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها)** أما الضبع فلما ذكرنا، وأما الضبّ فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله[1]، وهي حجة على الشافعي في إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء، وإنما تكره الحشرات كلها

من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى. أقول: فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول: والسبع كل مختطف أو منتهب إلى آخر ما ذكره، لأن قوله: والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصوّر على الفرق المذكور كما لا يخفى قوله: **(وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف)** الرخم جمع رخمة، وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال: له الأنوق كذا في الصحاح. والبغاث طائر أبغث إلى الغبرة دوين الرخمة، بطيء الطيران كذا في الصحاح أيضاً معزياً إلى ابن السكيت. وقال في القاموس: البغاث مثلثة الأول: طائر أغبر انتهى. قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه. وقال بعض منهم بعد ذلك: كالعصافير ونحوها. أقول: هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب. أما أولاً فلأنه يتناول ما يؤكل لحمه أيضاً كالعصافير فإنها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان. وأما ثانياً فلأن كثيراً مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى، فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف: لأنهما يأكلان الجيف. نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ها هنا فإنه قال في ديوان الأدب: البغاث ما لا يصيد من الطير، وقال في المغرب: البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها. وقال في الصحاح: قال الفراء: بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى. إلا أن شيئاً من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيراً لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين، وإنما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أوّلاً معزياً إلى ابن السكيت، وما ذكره في القاموس أيضاً تبصر ترشد قوله: **(وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضبّ لأنه منها)** قال صاحب معراج الدراية: أي لأن الضبّ من الحشرات، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض: لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده انتهى. واقتفى أثره العيني.

بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب، ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب قوله: **(ويدخل فيه الضبع والثعلب)** لأن لهما ناباً يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما. فإن قيل: يعارضه حديث جابر رضي الله عنه «أنه سئل عن الضبع أصيد هو؟ فقال نعم، فقيل أيؤكل لحمه؟ فقال نعم، فقيل أشيء سمعته من رسول الله ﷺ؟ فقال نعم» فلا يكون حجة. أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر إن صح، وقد قيل

تعالى وهو العقعق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب قال المصنف: **(وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها)** أقول: قال العلامة الكاكي: أي لأن الضب من الحشرات، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير، يتناول نهيه كل الأفراد انتهى. وفيه بحث قوله: **(أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر)**

---

(١) غريب هكذا. وأخرج أبو داود ٣٧٩٦ عن عبد الرحمن بن شبل «أنّ رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحم الضب» قال المنذري في مختصره ٣١١,٥: في إسناده اسماعيل بن عياش، وضمضم بن زرعه، وفيهما مقال وقال الخطابي: ليس إسناده بذاك.
وقال البيهقي: وحديث عبد الرحمن لم يثبت إسناده إنما انفرد به إسماعيل، وليس بحجة.
الخلاصة: سياق المصنف غريب كذا قال الزيلعي في ١٩٥,٤ وابن حجر في الدراية ٢٠٩,٢ وحديث ابن شبل غير قوي بل هو منكر يخالف ما في الصحيحين من جواز أكله. انظر نصب الراية ١٩٥٤.

استدلالاً بالضبّ لأنه منها. قال: **(ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال)** لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير»[١] وعن عليّ رضي الله عنه «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أهدر المتعة وحرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»[٢]. قال: **(ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة)** وهو قول مالك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر»[٣] ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها، ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة، ولأن في إباحته تقليل آلة

أقول: ليس ذاك بسديد لأن الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب: لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذاك الجنس أيضاً لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذاك الجنس أيضاً كما توهمه ذانك الشارحان، فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما تكره الحشرات كلها لأن الضبّ منها، وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة. ثم أقول: ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في إثبات كراهه أكل الحشرات كلها بقوله تعالى

إنه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾ وابن عرس دويبة، والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة، والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه، وأما الغراب الأسود والأبقع فهو أنواع ثلاثة: نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه، ونوع منه لا يؤكل إلا الجيف وهو الذي سماه المصنف الأبقع الذي يأكل الجيف وأنه مكروه، ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف قوله: **(وكذا الغداف)** وهو غراب القيظ لا يؤكل. وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثاً

أقول: والدليل عليه أن سورة الأنعام مكية، وفتح خيبر كان بعد الهجرة قال المصنف: **(ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ)** أقول: قال القاضي في تفسيره: واستدل به على حرمة لحومها، ولا دليل فيه، إذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غيره أصلاً، ويدل عليه أن الآية مكية، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حرمت عام خيبر انتهى. قال الكاكي: فإن قيل: إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة. أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا. ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة. أما قوله منفعة الأكل يتعلق بها البقاء في الجملة فمسلم، لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر

---

(١) حسن شاذ. أخرجه أبو داود ٣٧٩٠ والنسائي ٢٠٣،٧ وابن ماجه ٣١٩٨ كلهم من حديث خالد بن الوليد واللفظ لابن ماجه. قال أبو داود: هذا منسوخ اهـ.
قال السندي: اتفق العلماء على أنه حديث ضعيف ذكره النووي، وذكر بعضهم أنه منسوخ اهـ.
وهو معارض بأحاديث منها حديث جابر فقد وأخرج البخاري ٤٢١٩، ٥٥٢٠ ومسلم ١٩٤١ كلاهما من حديث جابر ولفظه «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر، ورخّص في الخيل».
وأخرج أبو داود ٣٧٨٩ من حديث جابر قال: «ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل».
ومن حديث أسماء، وهو في الصحيح كما ذكر الزيلعي ١٩٩،٤ وقال: حديث خالد متكلّم فيه إسناداً ومتناً، وحديث جابر صحيح.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٢٤ ومسلم ١٤٠٧ والنسائي ٢٠٣،٧ وابن ماجه ١٩٦١ كلهم من حديث جابر ولفظه «أنّ رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية».
(٣) صحيح. فقد أخرجه البخاري ٤٢١٩، ٥٥٢٠، ٥٥٢٤ ومسلم ١٩٤١ وأبو داود ٣٧٨٨ والنسائي ٢٠١،٧ وابن الجارود ٨٨٥ وابن حبان ٥٢٧٤ والبيهقي ٣٢٦،٩، ٣٢٧ والدارمي ٨٧،٢ وأحمد ٣٦١،٣ كلهم من حديث جابر.

الجهاد، وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه[1]، والترجيح للمحرّم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل كراهة تنزيه، والأول أصح. وأما لبنه فقد قيل: لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد. قال: **(ولا بأس بأكل الأرنب)** لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدي إليه مشوياً[2] وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه[3]، ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي. قال: **(وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير)** فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ. وقال الشافعي: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً، وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بدون الأصل وصار كذبح المجوسي. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت طهر كما في الدباغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له. وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل؟ قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة، والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل. قال: **(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك)** وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر، واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله، والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ من غير

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف ١٥٧] والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه قوله: (ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل كراهة تنزيه

عادة، وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه، وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح، لأن النبي ﷺ أكل الدجاجة وهي مما يخلط. وقوله: **(أما الضبع فلما ذكرنا)** يريد به قوله ويدخل فيه الضبع: يعني أنه ذو ناب وقوله:

وغيرهما. أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده، فإن الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنيمة كالآدمي فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل. قلنا: وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء، بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة. على أنا نقول: إن الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء، بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والإبل، فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها، ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون

---

(١) هو الحديث المتقدّم قبل حديثين، وهو غير قوي، وقيل: منسوخ وأما قوله: «والترجيح المحرّم» فجوابه أن حديث جابر صحيح، وحديث خالد فيه ضعف كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤,١٩٨، ١٩٩.

(٢) صحيح. يشير المصنّف إلى حديث أنس بن مالك فغلبوا، فأدركتها فأخذتها، فأتيت بها أبا طلحة فذبحها، وبعث إلى رسول الله ﷺ بوركها. أو فخذيها قال: فَخِذَيها لا شك فيه. فقبله. قلت: وأكل منه؟ قال: وأكل منه. ثم قال بعدُ: قبله» أخرجه البخاري ٢٥٧٢ وأطرافه ٥٤٨٩ ٥٥٣٥ ومسلم ١٩٥٣ وأبو داود ٣٧٩١ والترمذي ١٧٨٩ وأحمد ٣,١١٨.

وهذا اللفظ للبخاري، وإسناده لا مطعن فيه لكن ذكر الأكل فيه غريب، والراجح رواية «قَبِلَه» وهذا لا يعني أكله.

ولذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤,١٩٩: رواه البخاري في الذبائح، ولم يذكر فيه الأكل، ولا ذكره فيه غيره من أصحاب الكتاب الستة الحديث اهـ.

وأخرج النسائي ٧,١٩٦ من حديث أبي هريرة وفيه: «فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا».

(٣) حسن. يشير المصنّف إلى حديث أبي هريرة قال: «جاء أعرابي إلى النبيّ ﷺ فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا» وزاد في لفظ: «وقال: فإني لو اشتهيتها أكلتها».

أخرجه النسائي ٤,٢٢٢ وفي الكبرى ٢٧٢٩، ٤٨٢٢ وإسناده جيّد ورجاله كلّهم ثقات.

وورد بنحوه عن ابن الحوتكية عن عمر بن الخطاب. أخرجه أبو يعلى ١٦١٢ والطيالسي ٩٤٢ وأحمد ١,٣١ بإسناد ضعيف فيه حكيم بن جبير الأسدي ضعيف وعبد الرحمن بن عتبة بن مسعود قد اختلط كما في الهيثمي في المجمع ٣,١٩٥.

وأخرجه النسائي ٤,٢٢٣ عن موسى بن طلحة عن ابن الحَوْتَكيّة عن أبي ذر به، ثم كرّره بدون أبي ذر، ثم صوّب النسائي كونه عن ابن الحوتكيّة عن أبي ذر.

فصل، وقوله عله الصلاة والسلام في البحر «هو الطهور ماؤه والحلّ ميتته»[1] ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك. قلنا: قوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ وما سوى السمك خبيث. ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع[2]، ونهى عن بيع السرطان[3]. والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «أحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»[4] قال: (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما

والأول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح: لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم انتهى. أقول فيه نظر، لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصراً في لفظ أكرهه فكأنّ بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه، وليس كذلك بل المروى عنه فيها لفظان: أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه، وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم، فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذكور: ومبنى اختلاف

(وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي ﷺ، وأنه لتأنيث الخير. فإن قيل: يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ سئل عن الضب فقال: لم يكن من طعام قومي، فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرّمه» وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال «أكل الضب على مائدة رسول الله ﷺ، وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه» أجيب بأن الأصل أن الحاظر والمبيح إذا تعارضا يرجح الحاظر، على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم، ولا تؤكل الحمر الأهلية لما ذكر في الكتاب، وذهب بشر المريسي إلى إباحته، ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبثاً بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّماً﴾ الآية، وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله ﷺ «لم يبق من مالي

الركوب. وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء. قلنا: ذلك لا يخرج عن كون منفعة الأكل فوق منفعة الركوب والزينة. وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوباً منتفعاً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع، وفيه كلام لا يخفى.

---

(١) تقدّم تخريجه في الطهارة وإسناده قويّ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٨٧١،٥٢٦٩ والنسائي ٢١٠،٧ والطيالسي ١١٨٣ والحاكم ٤٤٥،٤ كلّهم من حديث عبد الرحمن بن عثمان القرشي، وفي إسناده سعيد بن القارظي قال عنه في التقريب: صدوق.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢٠١،٤: صنّفه النسائي ووثقه ابن حبان، وقال الدارقطني: مدني يحتجّ به والحديث صحّحه الحاكم وقال البيهقي: هو أقوى ما ورد في الضفدع اهـ ولفظ الحديث: «أن طبيباً سأل النبيّ ﷺ عن ضفدع يجعلها في دواء، فنهاه النبيّ ﷺ عن قتلها».

(٣) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠١،٤ وقال ابن حجر في الدراية ٢١٢،٢: لم أجده.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٣١٤ والدارقطني ٢٧٢،٤ وابن حبان في الضعفاء ٥٨،٢ وابن الجوزي في الواهيات ٤: ١١ وأحمد ٩٧،٢ كلّهم من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن ابن عمر مرفوعاً ورواية: «السمك» بدل «الحوت» ورواية ابن ماجه «الكم» بدل «النا».
ومدار الحديث على عبد الرحمن بن زيد بن أسلم.
ورواه الدارقطني من وجه آخر عن زيد بن أسلم موقوفاً على ابن عمر، وقال: هو أصح اهـ.
قال ابن حجر في التلخيص ٢٦،١: وكذا صحّح الوقف أبو حاتم، وأبو زرعة، وعبد الرحمن بن زيد: ضعيف متروك. وقال أحمد: حديثه منكر وختم ابن حجر كلامه بقوله: ولكن له حكم الرفع لأنه مثل قولهم: أمرنا ونهينا اهـ.
وقال ابن حبان: عبد الرحمن بن زيد كان ممن يغلب الأخبار متى كثر في روايته رفع المراسيل وإسناد الموقوف فاستحق الترك. رُوينا عن يحيى: عبد الرحمن، وعبد الله، وأسامة بنو زيد بن أسلم: ليسوا بشيء وقال ابن الجوزي في الواهيات: ورواه المِسوَر بن الصلت من وجه آخر مرفوعاً والمِسوَر كذّبه أحمد، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات اهـ.
وقال ابن أبي حاتم في علله: قال أبو زرعة: هو موقوف على ابن عمر اهـ.
وانظر نصب الراية ٢٠٢،٤.

روينا، ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث. ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «ما نضب عنه الماء فكلوا، وما لفظه الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا»(١) وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة. قال: **(ولا بأس بأكل الجريّث والمرما هي وأنواع السمك والجراد فلا ذكاة)** وقال مالك: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البرّ، ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره. والحجة عليه ما روينا. وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال: كله كله(٢). وهذا عدّ من فصاحته، ودلّ على إباحته وإن مات حتف أنفه، بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه

المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فإنه روي عنه: رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال: أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اهـ تأمل قوله: **(لهم قوله تعالى ﴿أحلّ لكم صيد البحر﴾ من غير فصل)** أقول: الظاهر أن ضمير لهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المذكور، إذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا، مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول: من قال: منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضاً، إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل قوله: **(ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث)** أقول:

إلا حميرات، فقال عليه الصلاة والسلام: كل من سمين مالك» واستدلالاً بحل أكل الوحشي وهو ضعيف. أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر، والدليل على ذلك حرمة الأشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها. وأما الحديث فلأنه مؤول بأكل ثمنها. وأما الاستدلال فلأن من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الأهلية قائم فبطل القياس. قال: **(ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ)** كلامه واضح. وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي أن لا يحل الحمل عليه وهو فاسد، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل ليس كذلك. وقوله: **(والأول)** يعني كون الكراهة للتحريم **(أصح)** لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيه فيه؟ قال التحريم، ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروى عنه، فإنه روى عنه: رخص بعض العلماء في لحم الخيل، فأما أنا فلا يعجبني أكله، وهذا يلوّح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال أكرهه، وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله قوله: **(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك)** واضح. والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا. والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو، والجريّث نوع من السمك والمار ما هي كذلك. وقوله: **(والحجة عليه ما روينا)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «أحلت لنا ميتتان ودمان الخ» وقوله: **(وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى)** منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فإنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره، وكذلك إن ماتت في حبّ ماء لأن ضيق المكان

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وأخرج أبو داود ٣٨١٥ وابن ماجه ٣٢٤٧ والدارقطني ٢٦٨،٤، ٢٦٩ كلّهم من حديث جابر «أن رسول الله ﷺ قال: «ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكل، وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه» وفي إسناده يحيى بن سليم.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٣،٤: ضعّفه البيهقي وقال: هو كثير الوهم سيىء الحفظ.

وقال الزيلعي: وفيه نظر، فإنّ يحيى أخرج له الشيخان فهو ثقة، ونقل ابن القطان عن ابن معين قوله: هو ثقة لكن في حفظه شيء، ومن أجل ذلك تكلّم الناس فيه.

قال الترمذي: قال البخاري: حديث جابر ليس بمحفوظ ويروى عن جابر خلاف هذا، وصوّب أبو زرعة الوقوف، كذا أبو داود والدارقطني. ثم قال الزيلعي: ومن حجّج الخصوم حديث العنبر وهو في الصحيح من طرق عن جابر، ومنه «أحلّت لنا ميتتان».

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٥،٤ ثم قال: أخرج عبد الرازق في مصنّفه عن علي قال: الحيتان والجراد ذكي كلّه. وأخرج عن عمر: الحوت ذكي كلّه والجراد ذكي كلّه.

بالنص الوارد في الطافي، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى. وعند التأمل يقف المبرّز عليها: منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي، لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتاً فميتته حلال. وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان، والله أعلم.

لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضاً للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلاً مستقلاً كما هو مقتضى تحرير المصنف، بل ينبغي أن يقال: لإطلاق ما روينا وإطلاق حديث حلّ ميتة البحر.

سبب لموتها، وكذلك إن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب، وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً ألقاه في الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها، وهو في معنى ما انحسر عنه الماء. وقال ﷺ «ما انحسر عنه الماء فكل»[1] وقوله: (وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان) إحداهما أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس، والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرّ والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب. وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحلّ، وعلى قول محمد الله يحل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: (وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر) أقول: فيه بحث، فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتلى الطف في كونها إضافة إلى المكان. وجوابه أن مراده لاامامات فيه بغير آفة توفيقاً بين الروايتين.

كتاب الأضحية

كتاب الأضحية

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الأضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام، كذا قالوا. أقول: فيه مناقشة هي أنهم إن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع، إذ قد تقرّر عند المحققين أنه لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص، وإن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتياً للخاص وكان الخاص معقولاً بالكنه كما عرف، وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع. ويمكن أن يقال: تمييز الذاتي من العرض إنما يتعسر في الحقائق النفس الأمرية. وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلاً في مفهوم شيء يصير ذاتياً لذلك الشيء، ويكون تصوّر ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصوّراً له بالكنه، ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل تقف. ثم إن بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح، فقال صاحب النهاية: أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحى انتهى. أقول: فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما، فإن المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية. وقال صاحب العناية ومعراج الدراية: الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحى انتهى. أقول: فيه سماجة ظاهرة، فإنه يتناول كا ما يذبح في يوم الأضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة. وقال صاحبا الكافي والكفاية: هي ما يضحى بها: أي يذبح انتهى. أقول: فيه خلل بيّن، فإنه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحى وغيره، وإنما هذا معنى الذبيحة مطلقاً، ولا شك أن الأضحية

كتاب الأضحية

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام. والأضحية في اللغة: اسم ما يذبح في يوم الأضحى وهي أفعولة وكان أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء، ويجمع على أضاحي بتشديد الياء. قال الأصمعي: وفيها أربع لغات: أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعلية كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى وقال الفراء: الأضحى يذكر ويؤنث. وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى. وشرائطها ستذكر في أثناء الكلام. وسببها الوقت وهو أيام النحر، لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به، إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سبباً، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الأصول. ثم إن الأضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر، وقد أضيف السبب إلى حكمه. يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد، ولا نزاع في سببية ذلك، ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها. لا يقال: لو كان الوقت سبباً لوجب على الفقير لتحقق السبب، لأن الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه، وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه

كتاب الأضحية

قوله: (أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول: الأولى أن يقول: أورد الأضحية عقيب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة قوله: (وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية: المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية، أو على حذف المضاف كقوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾ إذ الأفعال توصف بالوجوب لا بالأعيان، ويحتمل أن يراد حقيقتها، لأن الأعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضاً انتهى. وهذا الكلام منه بعد ما فسر الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى. ثم اعلم

. . . .

أخص منها. ثم قال صاحب النهاية: وأما شرعاً فالأضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الإبل والبقر والضأن والمعز بسنّ مخصوص، وهو الثنيّ فصاعداً من هذه الأنواع الأربعة، والجذع من الضأن يذبح بنية القربة في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى. وقال صاحب العناية: وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى انتهى. أقول: يرد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت، فإن هذا معنى التضحية لا معنى الأضحية، وقد لوّح إليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحى بنية القربة. وقال فيما نقل عنه: ومن قال: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فإنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المراد فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه، وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدّة مواضع من تصانيفه. وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنّ مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر، فإن المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الأنواع الأربعة الإبل والبقر والضأن والمعز، والمخصوص السني أيضاً وهو الثني فصاعداً من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده، فلا ينتقض التعريف بشيء. نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان أظهر، لكنه سلك مسلك الإجمال اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية. ثم قال صاحب النهاية: وأما شرائطها فنوعان: شرائط الوجوب، وشراط الأداء. أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر، حتى لو ولدت المرأة ولداً بعد أيام النحر لا تجب الأضحية لأجله. ثم قال: وأما شرائط الأداء فالوقت، ولو ذهب الوقت تسقط الأضحية، إلا أن في حق المقيمين بالأمصار يشترط شرط آخر

الأضحية، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً كما في الذكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة. لا يقال: أدنى ما يتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة، لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر، وهذا لأنها وظيفة مالية نظراً إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر. لا يقال: لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك، لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق، والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان: أعني التمليك والإتلاف بإراقة الدم، وإن لم يتصدق حصل الأخير. وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله

أنه لا بد في التعريف من قيد آخر، وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف قوله: **(لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه)** أقول: بإضافته إليه أو عكسه قوله: **(إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سبباً)** أقول: أي أن يكون المضاف أو المضاف إليه قوله: **(حتى مضت أيام النحر افتقر الخ)** أقول: فيه أن المشتري إذا كان فقيراً حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الأيام فكذا الحكم، ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث، إذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة، فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا للقدرة فليتأمل. ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضي الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر، وسيقول إنها شبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب، بخلاف ثدقة الفطر، لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى. وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة قوله: **(لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر)** أقول: للسائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل. وفي شرح المنار للعلامة بن فرشته: وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر لليسر، بل ليصير

قال: (الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله. وعنه أنها سنة، ذكره

وهو أن يكون بعد صلاة العيد. ثم قال: وأما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب، فإن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا في أصول الفقه ولا في فروعه، أما الأول فأقول وبالله التوفيق: إن سبب وجوب الأضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب، وإنما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به، إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ها هنا تكرر وجوب الأضحية بتكرر الوقت ظاهر، وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال: يوم الجمعة ويوم العيد، وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر، ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة، ومثل هذه الإضافة في الأضحية لم توجد في حق المال؛ ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الأضحية فلا يكون المال سببها انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الوقت لما كان شرط وجوب الأضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها، لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً لشيء واحد آخر، إذ قد تقرّر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر، فإنه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلاً إلى المسبب في الجملة، وفي الشرط أن لا يكون موصلاً إلى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه، ومن الممتنع أن يكون شيء واحد موصلاً إلى شيء واحد آخر، وأن لا يكون موصلاً إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين، وعن هذا قالوا في الصلاة إن الوقت سبب لوجوبها وشرط لأدائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة إلى شيء واحد قوله: (الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى) قال في العناية أخذاً من النهاية: وهي واجبة بالقدرة الممكنة، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أوّل يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب، فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر، وهذا لأنها وظيفة مالية نظراً إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر. لا يقال: لو كان كذلك لوجب التمليك، وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان: أعنى التمليك والإتلاف بإراقة الدم، وإن لم يتصدق حصل الأخير، إلى هنا لفظ العناية. واعترض بعض الفضلاء على قوله: بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضحّ حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه: إن المشترى إذا كان فقيراً حين اشتراها لها

تعالى في العقبى قال: (الأضحية واجبة الخ) كلامه واضح، والجوامع اسم كتاب في الفقة صنفه أبو يوسف رحمه الله، وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها. والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرّب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ثم نسخ قوله: (ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله ﷺ «من ترك سنتي لم تنله شفاعتي». أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو

الموصوف به أهلاً للإغناء، إذ الإغناء لا يتحقق من غير الغنى الشرعي. فإن قلت: المراد من الإغناء الإغناء عن المسألة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي. قلت: ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم، لأن من لم يتصف به يكون أهلاً لأخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها للتنافي بينهما انتهى. ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأمور به من كتب الأصول فراجعه.

في الجوامع وهو قول الشافعي، وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف. وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام «من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً»[1] والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة. ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام

ولم يضحّ حتى مضت الأيام فكذا الحكم، ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث، إذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة، فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ لا نزاع لأحد في أن علة وجوب الأضحية على الموسر هي القدرة على النصاب، وإنما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الأضحية على الموسر هي هل القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة، فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسألة ذكرت في فتاوى قاضيخان، وهي أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر فلم يضحّ حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية، واقتفى أثره صاحب العناية. ولا شك في استقامة هذا الاستدلال، إذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً على ما تقرّر في علم الأصول، ولا يضرّه اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسألة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها، لأن علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به لا القدرة، وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به أيضاً، فبعد أن تقرر أن علته في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسألة دليلاً واضحاً على تعيين أنّ المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة، على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسألة ممنوع إذ للواجب في صورة إن كان المشتري معسراً هو التصدق بعينها لا غير، بخلاف إن كان موسراً كما سيجيء في الكتاب مفصلاً. وقال ذلك البعض: ثم ظاهر قول المصنف: وتفوت بمضيّ الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة، وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر اهـ. أقول: وليس هذا أيضاً بشيء، لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الأضحية بمضيّ الوقت لا سقوطها بالكلية في حق المقيم أيضاً، فإن الأداء وهو تسليم عين الثابت بالأمر يفوت بمضيّ الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقاً، لأن الوقت شرط لأدائها على ما عرف في أصول الفقه. وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالأمر فلا يسقط بمضيّ الوقت، وإنما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير، وهذا أيضاً مما عرف في أصول الفقه، وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون مثل معقول كالصلاة للصلاة، وقد يكون مثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج، وعدّوا الأضحية من القسم الثاني وقالوا: إن أداءها في وقتها بإراقة الدم وقضاءها بعد مضيّ وقتها بالتصدّق بعينها أو بقيمتها، فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضيّ الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم. وقوله وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح، إذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله وإلا لم تسقط، ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضيّ وقتها حتى يصح قوله: وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة في يوم النحر فإن التضحية إراقة الدم، وهي إنما تقبل في وقت الأداء لا بعده، وإنما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو إنما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره. ثم قال ذلك البعض: وسيقول المصنف إنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضيّ أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب، بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى. وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة، إلى هنا كلامه.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٧٧ وأبو داود ٢٧٩١ والترمذي ١٥٢٣ والنسائي ٢١١،٧ ،٢١٢ وابن ماجه ٣١٥٠ والطحاوي ١٨١،٤ وأحمد ٣١١،٦ كلهم من حديث أم سلمة ولفظ مسلم: «من كان له ذبح يذبحه، فإذا أُهِلّ هلال ذي الحجة، فلا يأخذن من شعره، ولا من أظفاره شيئاً حتى يضحي».

«من وجد سعة ولم يضحّ فلا يقربنّ مصلانا»(١) ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنها قربة يضاف إليها وقتها. يقال يوم الأضحى، وذلك يأذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود، والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضيّ الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة، والمراد بالإرادة فيما روي والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير.

أقول: وهذا أيضاً ساقط جداً، لأن الأضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضيّ أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها، حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مرّ بيانه. ووجه ذلك ما تقرّر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في المؤقتات التي فضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما يثبت آخر الوقت، إذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله، حتى إذا مات في الوقت لا شيء عليه. والأضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضيّ وقتها، ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرّر سبب وجوب أدائها إذ ذاك، بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها، بخلاف الزكاة فإنها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً: أي في أيّ وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها، ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه، فلو كان المعتبر في الأضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الأضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال. ومن البين فيه قوله: من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضيّ أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضيّ أيام النحر في سقوط الأضحية، وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة، والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه قوله: (ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام «من وجد سعة ولم يضح فلا يقربنّ مصلانا»(٢) ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الوارد) اعترض عليه بقوله ﷺ «من ترك سنتي لم تنله شفاعتي»(٣)

الترك أصلاً، فإن ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به، لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام. وقوله: (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر. وقوله: (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن الاختصاص (والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب. واعترض بأن السنة أيضاً تفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة. وأجيب بأن الوجوب يفضي إليه لاستحقاق العقاب بتركه. وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب: أي بشرائط

قال المصنف: (ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول: يمكن أن يمنع ذلك، كيف وقد قال ﷺ «من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا» مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل قوله: (أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول: فيه بحث، فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال «ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع» الحديث.

---

(١) يشبه الحسن أخرجه ابن ماجه ٣١٢٣ والحاكم ٣٨٩،٢ و٢٣١،٤، ٢٣٢ وأحمد ٣٢١،٢ والدارقطني ٢٧٧،٤.
كلّهم من حديث أبي هريرة ولفظ ابن ماجه «من كان له سعة...» صححه الحاكم وتعقّبه الذهبي بقوله: ابن عياش ضعّفه أبو داود اهـ. وقال البوصيري في الزوائد: في إسناده عبد الله بن عياش وهو وإن روى له مسلم، فإنما أخرج له في المتابعات والشواهد، وضعّفه أبو داود والنسائي وقال أبو حاتم: صدوق وقال ابن يونس: منكر الحديث وذكر ابن حبان في الثقات اهـ وفي التقريب: صدوق يغلط. ورواه الحاكم موقوفاً على أبي هريرة، وقال: هكذا وقفه ابن وهب والزيادة من الثقة مقبوله وعبد الله بن يزيد المقرىء فوق الثقة اهـ قلت: علّته ليس ابن المقرىء بل مداره على ابن عياش. وقد صوّب ابن عبد الهادي وقفه ونقله الزيلعي.

(٢) هو الحديث المتقدّم.

(٣) غريب. لم أره بعد بحث فلينظر.

والعتيرة منسوخة[1]، وهي شاة تقام في رجب على ما قيل، وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدّى إلا بالملك، والمالك هو الحرّ؛ وبالإسلام لكونها قربة، وبالإقامة لما بينا، واليسار لما روينا من اشتراط

وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً، فإن ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به، لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرم، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه الصلاة والسلام «ولم يصح»[2] هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى. ثم قال في العناية: وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام «كتبت عليّ الأضحية ولم تكتب عليكم»[3] وقوله عليه الصلاة والسلام «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم»[4] وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة. وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض، ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الإلزام، فإن قوله «ضحوا» أمر وهو للوجوب، وقوله «فإنها سنة أبيكم» أي طريقته، فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين. وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان في حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى. أقول: في تقريره الجواب عن الثاني

يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف؛ ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الأضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجاً من زيادة ثمن الماء. وقوله: (**والمراد بالإرادة**) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام «من أراد أن يضحي منكم» فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة، كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ. وقوله: (**والعتيرة**) جواب عما استشهدوا به. وقوله: (**على ما قيل**) يشير إليّ أن في تفسيرها اختلافاً، وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أوّل ولدها فأكل وأطعم، وهي منسوخة بالأضحية. وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام «كتبت عليّ الأضحية ولم تكتب عليكم» وقوله عليه الصلاة والسلام «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم» وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان

---

(١) وذلك لقوله ﷺ «لا فرع، ولا عتيرة» أخرجه البخاري ٥٤٧٣،١٩٧٦،٥٤٧٤ ومسلم ١٩٧٦ وأبو داود ٢٨٣١ والترمذي ١٥١٢ والنسائي ١٦٧،٧ وابن ماجه ٣١٦٨ والدارمي ٨٠،٢ وابن حبان ٥٨٩٠ والطيالسي ٢٢٩٨ والبيهقي ٣١٣،٩ وابن الجارود ٩١٣ والدارقطني ٣٠٤،٤ وأحمد ٢٧٩،٢، ٤٠٩ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال الترمذي: والعتيرة ذبيحة كانوا يذبحونها في رجب يعظّمون شهر رجب اهـ.
والفرع: أوّل ما تلده الناقة، وكانوا يذبحونه لآلهتهم في الجاهلية.

(٢) هو المتقدّم قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) ضعيف. أخرجه أحمد ٢٣١،١ والحاكم ٣٠٠،١ والدارقطني ٢١،٢ وأبو نعيم في الحلية ٢٣٢،٩ وابن الجوزي ٤٥٠،١ في العلل وابن شاهين في الناسخ والمنسوخ ١٩٧ كلّهم من حديث ابن عباس «ثلاث هنّ عليّ فرائض وهنّ لكم تطوّع: النحر، والوتر، وركعتا الضحى» ورواية «وركعتا الفجر».
قال ابن الجوزي في علله: حديث لا يثبت فيه وضّاح بن يحيى قال ابن حبان كان يروي عن الثقات الأحاديث المقلوبات التي كأنها معمولة فلا يحتج به وقال أحمد: ومندل ضعيف اهـ. وأخرجه البيهقي ٢٦٤،٩ أحمد ٢٣٤،١، ٣١٧ من حديث ابن عباس مرفوعاً «كتب عليّ النحر ولم يكتب عليكم، وأمرتُ بصلاة الضحى....» في إسناده جابر الجعفي ضعيف وله طرق أخرى واهية ذكرها ابن حجر في التلخيص ١١٨،٣ وقال: فتلخّص ضعف الحديث من جميع طرقه اهـ. وكذا ضعفه ابن عبد الهادي فيما نقله المصنّف وسيأتي بعد أسطر فقط.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣١٢٧ والبيهقي ٢٦١،٩ وابن عديّ في الكامل ٣٣٥،٥، ٣٥٦ كلاهما من حديث زيد بن أرقم قال: «قلنا: يا رسول الله ما هذه الأضاحي؟ قال سنّة أبيكم إبراهيم عليه السلام. قال: قلنا: فما قال بكلّ فطرة حسنة. قال: قلنا: يا رسول الله: فالصوف؟ قال: بكلّ شعرة في الصوف حسنة» قال البوصيري: في إسناده أبو داود واسمه نفيع بن الحارث وهو متروك اهـ.
قال ابن عديّ: عن أبي داود روى عنه سلام بن مسكين لا يصحّ حديثه وقال البخاري: عائذ المجاسقي عن أبي داود روى عنه سلام لا يصحّ حديثه.

السعة؛ ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مرّ في الصوم، وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به، وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى. وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه، وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر. وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله. وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية، بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس بمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة. والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره، وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وضيع من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله: يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر. وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً، لأن هذه القربة تتأدّى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع، ولا يجوز ذلك من مال الصغير، ولا يمكنه أن يأكل كله. والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه. قال: (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد، لأن الإراقة واحدة وهي القربة، إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه

خلل فإن القول: بأنه مشترك الإلزام ليس بصحيح لأنه لما كان قوله ضحوا أمراً وكان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله «فإنها سنة أبيكم» على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب أيضاً تعين جانبنا ولم نشترك في الإلزام قط، فالصواب تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وقوله ضحوا دليلنا لأنه أمر فيفيد الوجوب، وقوله: فإنها سنة أبيكم لا ينفي الوجوب لأن السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى. وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال: فيه بحث، فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبيّ ﷺ قال «ثلاث كتبت عليّ وهن لكم تطوّع»[1] الحديث انتهى. أقول: المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام «كتبت عليّ الأضحية ولم تكتب عليكم»[2] ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور، وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه، وإنما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى، ولعل جمهور الشراح إنما لم يتعرّضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفاً غير صالح للمعارضة لما روينا، لأن الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث. وقال صاحب التنقيح: وروي من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله: (وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به) أقول: هنا شائبة مصادرة، لأن قوله وبالوقت عطف على قوله: بالحرية في قوله: وإنما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى: وإنما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذي هو يوم الأضحى لأنها: أي الأضحية مختصة به: أي بذلك

السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة. وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هي واجبة. وعن الثاني بأنه مشترك الإلزام، فإن قوله «ضحوا» أمر وهو للوجوب، وقوله «فإنها سنة أبيكم» أي طريقته. فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين. وعن الثالث بأنهما كان لا يضحيان في حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين. وقوله: (وإنما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها. وقوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله «من وجد سعة ولم يضح» الحديث. وقوله: (سنبين مقداره) أي مقدار الوقت. وقوله: (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية. وعليه الفتوى. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه. وقوله: (والأصح أن يضحي

---

(١) تقدّم تخريجه قبل حديث واحد.
(٢) تقدّم قبل حديثين.

أنه قال «نحرنا مع رسول الله ﷺ البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة»[1]. ولا نص في الشاة، فبقي على أصل القياس. وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة، ذكره محمد رحمه الله في الأصل، لأنه لما جاز عن السبعة فعن دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع، ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض، وسنبينه إن شاء الله تعالى. وقال مالك: تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة، ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام «على كل

الوقت فيؤول إلى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى. لا يقال: المذكور في العلة اختصاص الأضحية نفسها بذلك الوقت، والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه. لأنا نقول: لا معنى لاختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به إذ لا شك في إمكان عمل التضحية في جميع الأوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لأنها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور، وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله: وإنما اختص الوجوب بالحرية الخ، والتقييد بالحرية لأنها قربة مالية مفتقرة إلى الملك والحرّ هو المالك ثم قال: والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه. فإن قلت: يجوز أن يكونَ مراد المصنف بقوله: وإنما اختص الوجوب بالحرية وإنما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنياً للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لأنها مختصة به أنها مختصة به في الشرع، فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الأضحية بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه. قلت: فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو، فإن المقصود بيان الاختصاص الشرعي، وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالإسلام وبالإقامة وباليسار، وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون أن يبين

من ماله) أي من مال الصغير (ويأكل) أي الصغير من الأضحية التي هي من ماله ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله. وقيل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد، وأما في لحمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل. قال: **(ويذبح عن كل واحد منهم شاة)** كلامه واضح. قوله: **(وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز)** كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز، لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضاً. وقوله: **(يجوز في الأصح)** احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله إنه لا يجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي. وجه الأصح ما ذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله. وقوله: **(إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد)** بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس. وقوله: **(اعتباراً بالبيع)** لأن في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس. وقوله: **(وقد أمكن)** يعني دفع الحرج لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع، ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن بأس. وقوله: **(لما بينا)** أراد به قوله لأنه أعدّها للقربة فيمتنع عن بيعها إلى آخره. وقوله: **(وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله)** إشارة إلى قوله «ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين» فإنه بإطلاقه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده. وقوله: **(ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد)** معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله عليّ رضي الله عنه حين قدم الكوفة. وقوله:

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣١٨ وأبو داود ٢٨٠٩ والترمذي ٩٠٤ وابن ماجه ٣١٣٢ والدارمي ٧٨،٢ وابن حبان ٤٠٠٦ مالك في الموطأ ٤٨٦،٢ والبيهقي ١٦٨،٥ ١٦٩، ٢١٦، ٤٩٤،٩ كلهم من حديث جابر.

أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة»[١] قلنا: المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ما يروى «على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة»[٢] ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح، لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون، ولو اقتسموا جزافاً لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع. قال: **(ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً)** وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر لأنه أعدّها للقربة فيمنع عن بيعها تموّلاً والاشتراك هذه صفته. وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعاً للحرج، وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف، وعن صورة الرجوع في القربة. وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا. قال: **(وليس على الفقير والمسافر أضحية)** لما بينا، وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين[٣]، وعن علي: ليس على المسافر جمعة ولا أضحية[٤] قال: **(ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم**

ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء أصلاً، ولا يخفى ما فيه قوله: **(ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد)** قال صاحب النهاية: وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت. أقول: في هذا إشكال، لأن الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الأصل في هذه المسألة وكذا سائر الأحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الأضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار، بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضاً، وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالإشكال باق، لأنه إذ لم تتأدّ الأضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الأمصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتاً للأضحية

(أجزأه استحساناً) يشير إلى أنه لا يجوز قياساً، لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوّز، وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط. ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وقيل هو جائز)** أي العكس جائز قياساً واستحساناً. والفرق أن المسنون في العيد هو الخروج إلى الجبانة، وأهل الجبانة هم الأصل وقد صلوا فيجوز قياساً واستحساناً. قال: **(وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ)** كلامه واضح. قوله: **(ويجوز الذبح في لياليها)** أي في ليالي أيام النحر

قوله: **(ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس)** أقول: فيه بحث.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٧٨٨ والترمذي ١٥١٨ والنسائي ١٦٧،٧ وابن ماجه ٣١٢٥ والبيهقي ٢٦٨،٩ كلهم من حديث مخنف بن سليم وفي إسناده أبي أرملة.
قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا في هذا الوجه من حديث ابن عون اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢١١،٤: قال عبد الحق: إسناده ضعيف، وقال ابن القطان: وعلته الجهل بحال أبي أرملة اهـ.
وفي التقريب: أبو رملة هو عامر. شيخ لابن عون لا يعرف.

(٢) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٢١١،٤: رواية غريبة وجهل من استشهد بحديث مخنف بن سليم المتقدم اهـ.
وقال ابن حجر في الدراية ٢١٤،٢: لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٣) أثر غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢١١،٤ وقال ابن حجر في الدراية ٢١٥،٢: لم أجده.
وقد صح عنهما أنهما كانا لا يضحّيان مطلقاً أحياناً خشية أن يظنّ وجوبهما.

(٤) أثر علي غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢١١،٤ وقال ابن حجر في الدراية ٢١٥،٢: لم أجده.
وقد تقدّم في الجمعة حديث علي مرفوعاً: «لا جمعة» ولا تشريق، ولا أضحى، ولا فطر إلا في مصر جامع».

النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»[1] وقال عليه الصلاة والسلام «إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية»[2] غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد، لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة، ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه، وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام، ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية. حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر، ولو كان على العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة. وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر، لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضيّ أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لإمكان الفاعل اعتباراً بها، بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصلّ أهل الجبانة أجزأه

في حق أهل الأمصار أيضاً، وما ثمرة ذلك؟ والظاهر أن ثمرة كون وقت مّا وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من إمكان أدائه فيه فتأمل. ثم إن صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسألة: وأوّل وقتها بعد الصلاة إن ذبح في مصر، وبعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح في غيره، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى. وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في متنه: وأوّل وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث، وشرط تقديم الصلاة عليها إن ذبح في مصر، وإن ذبح في غيره لا. وقال فيما نقل عنه في الحاشية: هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أوّل وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة. انتهى كلامه. أقول: لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلاً، فإن مراده بقوله: وأوّل وقتها أوّل وقت أدائها لا أول وقت وجوبها، ولا شك أنه إذا كان تقديم الصلاة عليه شرطاً في حق أهل الأمصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة، وإن كان أوّل وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جداً عبارة الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: ووقت الأداء لمن كان في المصر بعد فراغ الإمام عن صلاة العيد انتهى قوله: **(ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحساناً لأنه صلاته معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم)** قال الشراح: قوله أجزأه استحساناً يشير إلى أنه لا يجزئه قياساً، وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوّز ذلك، فإنه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك، وفي العبادات يؤخذ

المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر، لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر، ويفوت بغروب

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٤٦ من حديث أنس بن مالك قال: «قال النبيّ ﷺ: من ذبح قبل الصلاة، فإنما ذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تمّ نسكه، وأصاب سنّة المسلمين»

وأخرجه البخاري ٥٥٤٥ ومسلم ١٩٦١ وأبو داود ٢٨٠٠ والنسائي ٢٢٣،٧ والطحاوي ١٧٢،٤ والطيالسي ٧٤٣ وأحمد ٣٠٣،٤ كلّهم من حديث البراء ولفظ البخاري: إنّ أوّل ما نبدأ به في يومنا هذا نصلّي ثم نرجع فننحر من فعله فقد أصاب سنتنا، ومن ذبح قبل....».

وأخرج البخاري ٥٥٦١ ومسلم ١٩٦٢ والنسائي ٢٢٣،٧، ٢٢٤ كللّهم من حديث أنس ولفظ البخاري: «من ذبح قبل الصلاة، فليفسد. فقال: رجل: هذا يوم يشتهي....»

وأخرج البخاري ٥٥٦٢ من حديث جندب بن سفيان البجلي قال: «شهدت النبيّ ﷺ يوم النحر قال: من ذبح قبل أن يصليّ فليعد مكانها أخرى ومن لم يذبح فليذبح»

(٢) صحيح. أخرج البخاري ٥٥٤٥ ومسلم ١٩٦١ ح٧ والنسائي ١٨٢،٣ وأحمد ٢٨١،٤، ٢٨٢ كلّهم من حديث البراء وكذا ابن حبان ٥٩٠٧ ولفظ البخاري: «إنّ أوّل ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلّي، ثم نرجع، فننحر من فعله فقد أصاب سنّتنا، ومن ذبح قبلُ، فإنما هو لحم قدمه لأهله ليس من النسك في شيء، فقام أبو بردة بن دينار . وقد ذبح . فقال: إن عندي جَذَعة فقال: اذبحها ولن تجزى عن أحد بعدك».

استحساناً لأنها صلاة معتبرة، حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه. وقيل هو جائز قياساً واستحساناً. قال: **(وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده)** وقال الشافعي: ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام «أيام التشريق كلها أيام ذبح»(١) ولنا ما روي عن عمر وعليّ وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أوّلها(٢) وقد قالوه سماعاً لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير، وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو

بالاحتياط. ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى. أقول: هنا بحث، وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه، لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة، كيف وقول المصنف: وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة وإلا لم يجز العكس، فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها، فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب قوله: **(وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده)** أقول: لقائل أن يقول: إن قوله: ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لأن معناه ويومان بعد يوم النحر. والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر، وقد قال: فيما بعد أيام النحر ثلاثة. والجواب أن المراد بقوله: يوم النحر هو يوم النحر المحض، واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وإنما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب. والتحقيق أن يوم النحر بالإفراد صار بمنزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد، وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد قوله: **(ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر، إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الأضحية تصدّق بها حية)** قال في معراج الدراية: قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد، لأنه لو كان واجباً بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد، لأن الحكم هنا هو التصدق بها

الشمس من اليوم الثاني عشر، فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه، وإنما جازت في الليل لأن الليالي تبع للأيام، وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب. وقوله: **(والتضحية فيها)** أي في أيام النحر **(أفضل من التصدق بثمن الأضحية)** أما في حق الموسر فلأنها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولي أبي يوسف رحمه الله، والتصدق بالثمن تطوّع محض، ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوّع، وأما في حق المعسر فلأن فيها جمعاً بين التقرّب بإراقة الدم، والتصدق والإراقة قربة تفوت هذه الأيام، ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل، وهذا الدليل يشمل الغنيّ والفقير، وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر، فإن الطواف في حق الآفاقي لفواته أفضل من صلاة التطوّع التي لا تفوت، بخلاف المكي فإن الصلاة في حقه أفضل **(ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه)** بأن عين شاة فقال: لله عليّ أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيراً أو غنياً **(أو كان)** المضحي **(فقيراً وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصدق بها حية وإن كان)** من لم يضح **(غنياً)** ولم يوجب على نفسه شاة بعينها **(تصدق بقيمة اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغنيّ)** عينها أو لم يعينها **(وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات وقت التقرب بالإراقة)** والحق مستحق **(وجب**

قوله: **(ولا شك أن الجمع بين القربتين)** أقول: لا يوافق المشروح، إذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فإنه يصلح دليلاً مستقلاً من غير اعتبار فواته بفوات الأيام، ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى.

---

(١) حسن. أخرجه ابن حبان ٣٨٥٤ والبيهقي ٢٩٥،٩-٢٩٦ والبزار ١١٢٦ وأحمد ٨٢،٤ كلّهم من حديث جبير بن مطعم وفيه انقطاع وقد تقدّم في أواخر الحج مستوفياً. وانظر نصب الراية ٢١٢،٤-٢١٣ والدراية ٢١٥،٢ ولفظ الحديث «كل عرفات موقف، وارفعوا عن بطن عرنة، وكل مزدلفة موقف، وارفعوا عن مُحَسِّر، فكل فجاج منى منحر، وفي كل أيام التشريق ذبح».

(٢) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢١٣،٤ وتقدّم نحوه في الحج.

الأقل، وأفضلها أوّلها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل إلا لمعارض. ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل. وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق، والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية لأنها تقع واجبة أو سنة، والتصدّق تطوّع محض فتفضل عليه، ولأنها تفوت بفوات وقتها، والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي **(ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر)** لأنها واجبة على الغنيّ. وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا، فإذا فات الوقت وجب عليه التصدّق إخراجاً له عن العهدة، كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهراً، والصوم بعد العجز فدية. قال: **(ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجزيء في الضحايا أربعة: العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي»[1] قال: **(ولا تجزىء مقطوعة الأذن والذنب)** أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام «استشرفوا العين والأذن»[2] أن اطلبوا سلامتهما. وأما الذنب فلأنه عضو كامل

حية، وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجباً بدون الإيجاب على نفسه، فإن الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله: **(وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر)** قوله: **(فإذا فات الوقت وجب عليه التصدّق إخراجاً له عن العهدة، كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهراً، والصوم بعد العجز فدية)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإذا فات وقت التقرب بالإراقة والحق مستحق وجب التصدّق بالعين أو القيمة إخراجاً له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهراً، والصوم بعد العجز فدية، والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس خلاف جنس الأداء انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله: وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم، ومراد المصنف التصدّق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا

التصدق) بالعين أو القيمة **(إخراجاً له عن العهدة، كالجمعة تقضي بعد فواتها ظهراً، والصوم بعد العجز فدية)** والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس خلاف جنس الأداء. قال: **(ولا يضحي بالعمياء والعوراء)** هذا بيان ما لا يجوز التضحية به. والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع، لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب، واليسير ما

قوله: **(وجب التصدق بالعين)** أقول: لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم، ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لا يخفى قوله: **(والحديث المذكور دال على ذلك)** أقول: أشار بذلك إلى قوله والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ.

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٤٩٧ والنسائي ٢١٦،٢١٥،٧ والطحاوي ١٦٨،٤ وابن ماجه ٣١٤٤ وكذا أبو داود ٢٨٠٢ والدارمي ٧٦،٢ والطيالسي ٧٤٩ وابن حبان ٥٩١٩ والبيهقي ٢٧٤،٩،٢٤٢،٥ وأحمد ٢٨٩،٢٨٤،٤ والحاكم ٤٦٧،١،٢٢٣،٤ كلّهم من حديث البراء بن عازب ورجاله ثقات. قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح، ولم يخرجاه لقلّة روايات سليمان بن عبد الرحمن. وسكت الذهبي على هذا الإسناد. قلت: وقد توبع سليمان هذا فرواه مالك ٤٨٢،٢ من وجه آخر مضوعاً.

ورواه البزار والطبراني من حديث حذيفة وفيه محمد بن كثير القرشي غير قوي كما في المجمع ١٩،٤ لكنه يصلح شاهداً.

(٢) جيّد. أخرجه النسائي ٢١٧،٧ وابن ماجه ٣١٢٣ والدارمي ٧٧،٢ والطيالسي ١٦٠ وابن خزيمة: ٢٩١٤ والحاكم ٤٦٨،١،٢٢٤،٤،٢٢٥ والبيهقي ٢٧٥،٩ وأبو يعلى ٣٣٣ وأحمد ١٢٥،١ كلّهم من حديث علي بن أبي طالب: «أمرنا رسول الله ﷺ...» وورد مطوّلاً من حديث علي أيضاً أخرجه النسائي ٢١٦،٧ وابن ماجه ٣١٤٢ وابن الجارود ٩٠٦ والطحاوي ١٦٩،٤ وكذا أبو داود ٤: ٢٨ والدارمي ٧٧،٢ والحاكم ٢٢٤،٤ والبيهقي ٢٧٥،٩ وأحمد ١٠٨،٨٠،١ وكذا الترمذي ١٥٠٣ ولفظه «أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن، وأن لا نضحّي بمقابلة، ولا مدابرة، ولا شرقاء، ولا خرقاء قال أبو إسحاق.: المقابلة: ما قطع طرف أذنها. والمدابرة: ما قطع من جانب الأذن. والشرقاء: المشقوقة الأذن. والخرقاء: المثقوبة».

قال الترمذي: حسن صحيح اهـ.

وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي.

مقصود فصار كالأذن. قال: **(ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز)** لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر. ففي الجامع الصغير عنه: وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزأه، وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلاً، وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً، ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مرّ في الصلاة، ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية «الثلث والثلث كثير»[1] وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث. وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة، فقال قولي هو قولك. قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف، وقيل معناه قول قريب من قولك. وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر. وفي العين قالوا: تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرّب العلف إليها قليلاً قليلاً، فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشدّ عينا الصحيحة وقرّب إليها العلف قليلاً حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كانا ثلثا فالذاهب الثلث، وإن كان نصفاً فالنصف. قال: **(ويجوز أن يضحي بالجماء)** وهي التي لا قرن لها، لأن القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن لما قلنا **(والخصي)** لأن لحمها أطيب وقد صح «أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوءين»[2] **(والثولاء)** وهي المجنونة، وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يخل

يخفى انتهى. أقول: ذاك ساقط إذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم، لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله: والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس خلاف جنس الأداء، ولا يذهب على ذي فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصدق بالعين أيضاً، لأن الواجب عليه في الأداء إراقة الدم، والتصدق ليس من جنس الإراقة سواء كان بالقيمة للغني الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جداً، إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسألة فيما إذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشتراها بنية الأضحية فيكون ذلك تقصيراً منه في إفادة حق المقام بلا ضرورة، وحاشى له من ذلك. فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله: وجب التصدق بالعين أو القيمة قوله: **(ولا يضحي بالعمياء والعوراء الخ)** قال صاحب النهاية: لما ذكر ما يجوز به

لا أثر له في لحمها، وللعور أثر في ذلك لأنه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين، وقلة العلف تورث الهزال، والحديث المذكور دال على ذلك. والعرجاء البين عرجها: هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء، وإنما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز. والعجفاء: التي لا تنقي: هي التي ليس لها نقي: أي مخ من شدة العجف، وبقية كلامه واضح. وقوله: **(وقيل معناه قولي قريب من قولك)** أي قولي الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول إن الربع أو الثلث مانع. وفي كون النصف مانعاً عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان، وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في أول

قال المصنف: **(وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين)** أقول: إطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب قال المصنف: **(فاعتبر كثيراً)** أقول: الذي يعطى له حكم الكل هو الأكثر لا الكثير فلا يتم التقريب.

---

(١) سيأتي في كتاب الوصايا وهو متفق عليه من حديث سعد.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧٩٨ والدارمي ١٨٨٠ وابن ماجه ٣١٢١ كلهم من حديث جابر واللفظ لأبي داود وكذا الطحاوي ٢٠٣,٢ والبيهقي ٢٦٨,٩ قال الهيثمي: إسناده حسن اهـ كما في المجمع ٢٢,٤ وورد من حديث عائشة، وأبي هريرة أخرجه ابن ماجه ٣١٢٢ وأحمد ٢٢٥,٦ والحاكم ٢٢٧,٤ وسكت عنه.

وتقدّم تخريجه في باب الحج عن الغير، وله طرق أخرى، وشواهد اهـ انظر نصب الراية ٢١٥,٤، ٢١٦.

بالمقصود، أما إذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه. والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم. وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص، وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها؛ فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة، وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود. والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى **(وهذا)** الذي ذكرنا **(إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء، ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنياً عليه غيرها، وإن فقيراً تجزئه هذه)** لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة، وعن هذا الأصل قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير، ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرىٰ ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما وعلى الفقير ذبحهما **(ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحساناً)** عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتباراً وحكماً **(وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند محمد خلافاً لأبي يوسف)** لأنه حصل بمقدمات الذبح. قال: **(والأضحية من الإبل والبقر والغنم)** لأنها عرفت شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها

الأضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الأضحية انتهى. أقول: هذا ليس بسديد، إذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الأضحية، وإنما يذكره فيما بعد بقوله: ويجوز أن يضحي بالجماء والخصيّ والثولاء إلى آخره. والذي ذكره فيما قبل إنما هو صفة الأضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والإسلام ونحوهما، ومن وجبت عليه الأضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأوّل وقت الأضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الأمور من الفروع والأحكام كما حققه من قبل، ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام: هذا بيان ما لا يجوز التضحية به، ولم يتعرّض لذكر ما يجوز التضحية به قوله: **(واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر الخ)** أقول: تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل، لأن عبارتها أكثر أذنها وذنبها بصيغة التفضيل والإضافة إلى الأذن والذنب، وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل، وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه. أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر، إذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين. وأما في رواية الأكثر من الثلث فلأن الأكثر من

الكتاب. وقوله: **(لأن القرن لا يتعلق به مقصود)** ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة ولا قرن له، والكبش الأملح ما فيه ملحة، وهي بياض يشوبه شعيرات سود. والوجء نوع من الخصاء، وهو أن ترضّ العروق من غير إخراج الخصيتين، وقوله: **(فتعينت)** يعني هذه الشاة المشتراة للأضحية. وقوله: **(كما في نصاب الزكاة)** فإنه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه ربّ المال لأن النقصان لم يكن بفعله، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة، فإذا هلك المال سقط الوجوب **(وعن هذا الأصل)** يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس. وقوله: **(وعلى الفقير ذبحهما)** لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد، وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسراً لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسراً ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب. وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر. وقوله: **(فانكسرت رجلها)** من باب ذكر الخاص وإرادة العام، فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الإضجاع للذبح كان الحكم كذلك، وإنما قيد الإجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه، لأن تأدّي الواجب بالتضحية لا بالإضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لو كانت

قوله: **(من باب ذكر الخاص وإرادة العام فإنه الخ)** أقول: فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه، لأنه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة.

من النبيّ عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم. قال: **(ويجزىء من ذلك كله الثني فصاعداً، إلا الضأن فإن الجذع منه يجزىء)** لقوله عليه الصلاة والسلام «ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»[١] وقال عليه الصلاة والسلام «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»[٢] قالوا: وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد. والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء. وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر. والثنيّ منها ومن المعز سنة. ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه. والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية، حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد. قال: **(وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم، وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم)** ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة، ولكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن التضحية عن الغير عرفت قربة؛ ألا ترى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته[٣] على ما روينا من قبل، ولم يوجد في الوجه

الثلث إذ لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل، وفي رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف، بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الإجزاء على هذه الرواية أيضاً ذهاب أكثر الأذن والذنب، فكيف يربط قوله: واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر بما قبله من مسألة الكتاب. فإن قلت: ليس المراد بالأكثر في عبارة مسألة الكتاب. فإن قلت: ليس المراد بالأكثر في عبارة مسألة الكتاب معنى التفضيل، بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف: في بيان وجه رواية الأكثر من الثلث، وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً. وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية «الثلث والثلث كثير»[٤] ثم ليس المراد بالكثير أيضاً الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقي وإلا يعود المحذور، بل المراد به الكثير في نفسه، والإضافة إلى الأذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة، فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب. قلت: شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والإضافة ومن كما تقرر في موضعه. وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية، ولئن أغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسألة بقوله: لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً على تقدير أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق، إذ لو كان للكثير مطلقاً حكم الكل بقاء وذهاباً لزم

كذلك قبله. وقوله: **(لأنه حصل بمقدمات الذبح)** دليل محمد. ودليل أبي يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سبباً من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر. قال: **(والأضحية من الإبل والبقر الخ)** كلامه واضح، وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الجذع من الشياه ما تمت لها سنة، كذا في النهاية. وقوله لأنها هي الأصل في التبعية لأنه جزؤها ولهذا يتبعها في الرقّ والحرية، وهذا لأن المنفصل من

---

(١) صحيح. هو عند مسلم لكن بلفظ «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»
أخرجه مسلم ١٩٦٣ وأبو داود ٢٧٩٧ والنسائي ٢١٨,٧ وابن ماجه ٣١٤١ والبيهقي ٢٦٩,٩ وأحمد ٣٢٧،٣١٢,٣ وأبو يعلى ٢٣٢٤ كلهم من حديث جابر.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٩٤٤ من حديث أبي هريرة ولفظه «نعم أو نعمت الأضحية الجذع من الضأن» قال: فانتهبه الناس.
قال الترمذي: حديث حسن غريب، وقد روي موقوفاً عن أبي هريرة اهـ. وذكر الزيلعي ٢١٧,٤ عن الترمذي في علله قلت: وفيه أيضاً لخدام بن عبد الرحمن السلمي وهو مجهول كما في التقريب.

(٣) تقدّم تخريجه في أوائل كتاب الذبائح وإسناده قويّ.

(٤) سيأتي تخريجه في الوصايا متّفق عليه.

الثاني لأن النصراني ليس من أهلها، وكذا قصد اللحم ينافيها. وإذا لم يقع البعض قربة والإراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل أيضاً فامتنع الجواز، وهذا الذي ذكره استحسان. والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه تبرّع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت، لكنا نقول: القربة قد تقع عن الميت كالتصدق، بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت (**فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز**) لما بينا أنه قربة (**ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا تجزيهم**) لأنه لم يقع بعضها قربة، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قربة. قال: (**ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر**) لقوله عليه الصلاة والسلام «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا»[(١)] ومتى جاز أكله وهو غنيّ جاز أن يؤكله غنياً. قال: (**ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث**) لأن الجهات ثلاثة: الأكل والإدخار لما روينا، والإطعام لقوله تعالى﴿وأطعموا القانع والمعترّ﴾فانقسم عليها أثلاثاً. قال: (**ويتصدق بجلدها**) لأنه جزء منها (**أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت**) كالنطع والجراب والغربال ونحوها، لأن الانتفاع به غير محرم (**ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه**) استحساناً، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل (**ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير**) اعتباراً بالبيع بالدراهم. والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التموّل، واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح، فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه، لأن القربة انتقلت إلى بدله، وقوله عليه الصلاة والسلام «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له»[(٢)] يفيد كراهة البيع، البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم. قال: (**ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية**) لقوله عليه الصلاة والسلام لعليّ رضي الله عنه «تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئاً»[(٣)] والنهي عنه نهي عن البيع أيضاً لأنه في

أن يعتبر الأذن والذنب باقياً وذاهباً في حالة واحدة، فيما إذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيراً في نفسه، كما إذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف قوله: (**ويستحبّ أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة: الأكل والادخار لما روينا، والإطعام لقوله تعالى ﴿وأطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج ٣٦] فانقسم عليها أثلاثاً**) أقول: لقائل أن يقول: الأمر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرّر في علم الأصول، فالظاهر من قوله تعالى ﴿وأطعموا القانع

الفحل هو الماء، وأنه غير محل لهذا الحكم، والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله: (**لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة**) لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك. فإن قيل: النص ورد في الأضحية فكيف جوّزتم مع اختلاف جهات القرب كالأضحية والقران والمتعة؟ قلنا: اعتمد على ذلك زفر ولم يجوّز عند اختلافها. لكنا نقول: إذا

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٧٢ والنسائي ٢٣٣،٧ ومالك في الموطأ ٤٨٤،٢ والطيالسي ١٧٤٠ والطحاوي ١٨٦،٤ والبيهقي ٢٩٠،٩، ٢٩١ كلّهم من حديث جابر بن عبد الله. وكذا أحمد ٣٨٨،٣ وابن حبان ٥٩٢٥

ولفظ مسلم «كنا لا نمسك لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمرنا رسول الله أن نتزوّد منها، ونأكل منها»

وورد من حديث بريدة أخرجه مسلم ١٩٧٧ والترمذي ١٥١٠ والنسائي ٢٣٤،٧ ولفظ مسلم «نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقاء كلّها، ولا تشربوا مسكراً، وأصله في البخاري ٥٥٦٩ ومسلم ١٩٧٤ وابن حبان ٥٩٢٩ والبيهقي ٢٩٢،٩ كلّهم من حديث سلمة بن الأكوع ولفظ البخاري: «من ضحّى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة، وبقي في بيته منه شيء» فلمّا كان العام المقبل قالوا: كلوا، وأطعموا، وادّخروا، فإنّ ذلك العام كان بالناس جهد، فأردت أن تعينوا فيها».

(٢) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٩٠،٢ من حديث أبي هريرة وفي إسناده ابن عياش صحّحه الحاكم، وتعقّبه الذهبي بقوله: ابن عياش ضعفه أبو داود اهـ. واسمه عبد الله وقد نقل الذهبي في الميزان ضعفه عن أبي داود والنسائي، وقال: قال أبو حاتم: صدوق ليس بالمتين اهـ.

لكن شواهد تعضده، ومنها الآتي فيقرب من الحسن والله أعلم.

(٣) تقدّم تخريجه في الهدي متّفق عليه.

معنى البيع. قال: (**ويكره أن يجزّ صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها**) لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها، بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي. ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف. قال: (**والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح**) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضي الله عنها «قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب»[1] قال: (**ويكره أن يذبحها الكتابي**) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها، فلو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفساداً. قال: (**وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما**) وهذا استحسان، وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على المذابح، وهو قولنا. وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن، كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب. وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر. ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعيناً بكل من يكون أهلاً للذبح آذناً له دلالة لأنها تفوت بمضيّ هذه الأيام، وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها. فإن قيل: يفوته أمر مستحبّ وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به. قلنا: يحصل له به مستحبان آخران، صيرورته مضحياً لما عينه، وكونه معجلاً به فيرتضيه. ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس

والمعترّ﴾ وجوب الإطعام، والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب قوله: (**ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحساناً، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل**) أقول: لقائل أن يقول: إنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له» فإنه يتناول بإطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضاً، والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرّر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله: (**ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير اعتباراً بالبيع بالدراهم، والمعنى فيه أنه تصرف على قصد**

كانت الجهات قرباً اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الإلحاق، بخلاف ما إذا كان بعضها غير قربة فإنه ليس في معناها، وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي. وقوله: (**لما بينا أنه قربة**) يشير إلى وجه الاستحسان. وفي القياس لا يجوز لأن الإراقة لا تتجزأ، وبعض الإراقة وقع نفلاً أو لحماً فصار الكل كذلك، ولم يعكس لأن الواجب قد ينقلب تطوّعاً بخلاف العكس والإراقة قد تصير للحم مع نية القربة إذا لم تصادف محلها أو كانت في غير الأضحية، والإراقة للحم لا تصير قربة بحال. قال: (**ويأكل من لحم الأضحية الخ**) الأضحية إما أن تكون منذورة أو لا، فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب،

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٢٢٢،٤ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ١٧،٤ كلاهما من حديث عمران بن حصين ومداره على أبي حمزة الثمالي.
سكت عليه الحاكم، وتعقّبه الذهبي بقوله: الثمالي ضعيف جداً.
واكتفى الهيثمي بقوله ضعيف.
وورد من طريق آخر أخرجه الحاكم ٢٢٢،٤ والبزار في مسنده كما في المجمع ١٧،٤ من حديث أبي سعيد في إسناده عطية العوفي.
قال عنه الذهبي: عطية العوفي واهٍ.
أما الهيثمي فقال: فيه كلام كثير وقد وُثّق.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٢١٩،٤: قال البزار: لا نعلم له طريقاً من حديث أبي سعيد أحسن من هذا اهـ وورد من حديث علي أخرجه أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب والترهيب، وأبو الفتح الشافعي في ترغيبه من طريق سعد بن زيد كما في نصب الراية ٢٠٩،٤، ٢٢٠.
وجاء في الدراية ٢١٨،٢: حديث عمران فيه الثمالي: متروك، وحديث أبي سعيد فيه: عطية العوفي: متروك. وحديث علي فيه عمرو بن خالد: واهٍ اهـ ابن حجر.
فهذا حديث ضعيف.

مسائل استحسانية، وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرّته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامناً، ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته، أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه، أو رفع الجرّة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه، أو ساق الدابة فطحنها، أو أعانه على رفع الجرّة فانكسرت فيما بينهما، أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامناً في هذه الصور كلها استحساناً لوجود الإذن دلالة. إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب: ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحاً فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا، فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه، ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة، فإذا كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما، لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز، وإن كان غنياً

التموّل) أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح، فإن الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلاً، أي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها، وإنما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التموّل لا غير، بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه مما ينتفع به، وإن كان ذلك بعد استهلاكه، فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التموّل، والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذا ببدله. وأما ثانياً فلأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدراهم إنما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان، فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل، لأن البدل له حكم المبدل. قال: فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضاً، إلا أنا تركنا القياس بقوله عليه الصلاة والسلام لعليّ رضي الله عنه «ولا تعط أجر الجزار منها»[1] فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه، بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى. وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والأبازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتباراً بالبيع بالدراهم، وقد تقرّر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن القياس، فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسألة، ويقال في تعليلها لأنه لا يصلح أن يكون بدلاً عن عين الجلد قائماً مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر. وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال: وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل، لأن البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل، فكان المبدل قائماً معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد، بخلاف

وإن كان الأول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصدّق، وليس للمتصدّق أن يأكل من صدقته، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. وقوله: **(لما روينا)** يعني قوله عليه الصلاة والسلام «فكلوا منها وادّخروا» والقانع: هو السائل، من القنوع لا من القناعة، والمعترّ: هو الذي يتعرّض للسؤال ولا يسأل. وقوله: **(كالخل)** بالخاء المعجمة والمهملة **(والأبازير)** التوابل جمع أبزار بالفتح. وقوله: **(في الصحيح)** احترازاً عما قيل إنه ليس في اللحم إلا الأكل والإطعام، فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز، والصحيح ما قال شيخ الإسلام إن اللحم بمنزلة الجلد، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز. وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه لو اشترى باللحم ثوباً فلا بأس بلبسه. وقوله: **(لأن القربة انتقلت إلى بدله)** لأن تملك البدل من حيث التموّل ساقط فلم يبق إلا جهة القربة وسبيلها التصدق. وقوله: **(لأنه في معنى البيع)** لأن كل واحد عقد معاوضة. قوله: (من دمها كل ذنب، تمام الحديث «أما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفاً فقال أبو

قوله: **(لأنا نقول: الإراقة ليست من المملوك)** أقول: يعني ليست من المملوك لأحد.

---

(١) تقدّم في الهدي، وهو صحيح.

فكذا له أن يحلله في الانتهاء وإن، تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدّق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له. ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لأنه ملكها

البيع بالدراهم أو الدنانير لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائماً معنى انتهى قوله: (فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام: يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله انتهى. أقول: قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جداً حيث جعلوه صورتين، فزادوا في الصورة الأولى اشترى غيرها بثمنها، واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله، وزادوا في الصورة الثانية مضيّ أيام النحر، وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك، وليس في المقام ما يقتضي شيئاً منها كما لا يخفى، مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف: أي كما لو باع لحم أضحيته. فيكون المراد به الإشارة إلى ما مرّ في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر قوله: (ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية. وقوله: ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا: يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفاً لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله: فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى. أقول: ليس هذا التوجيه بوجيه، فإن قول المصنف فإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها، وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسألة وهو قوله: وإن تشاحا وضم إليه تال مغاير لتالي المسألة غير مذكور في الكتاب أصلاً، فصار إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفاً لحم أضحية صاحبه، وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة، ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه، ولا يخفى ما فيه. والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله: وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له، فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى، ومجموعهما دليل تام على أصل المسألة وهو قوله وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه،

سعيد الخدري رضي الله عنه: هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة؟ فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة، وللمسلمين عامة». وقوله: (حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما إذا كان المضحي فقيراً (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيما إذا كان غنياً قال صاحب النهاية: هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله. وقوله: (فصار كما لو باع أضحيته) يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها، فلو كان غيرها أنتقص من الأولى تصدّق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدّق بثمنها كله. وقوله: (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وإن تشاحا: يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفاً لحم أضحية صاحبه. ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله: فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه. وقوله: (لأنه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه، وهذا يكفي في التضحية. لا يقال: الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالإراقة والإراقة قد فاتت لأنها عبارة عن فعل المضحي. لأنا نقول: الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال ضهر

قال المصنف: (بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له إلا بعد الذبح) أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: أقول بل يصير غاصباً بمقدمات الذبح كالإضجاع وشد الرجل فيكون غاصباً قبل الذبح انتهى. وأجاب عنه صاحب

بسابق الغصب)، بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت المالك له إلا بعد الذبح، والله أعلم.

فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالأكل لصاحبه لا لنفسه. ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه إياه قيمة لحمه، وليت شعري أن صاحب التوجيه الأول ماذا يصنع في حق قول المصنف، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فعل يجعله وحده دليلاً آخر على أصل المسألة أم يجعله متصلاً بشيء آخر غير أصل المسألة، فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك؟

الاستناد فيها أو لا يظهر، فإن الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فتكون الإراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم.

الدرر بأن حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وغاية ما يوجد في الإضجاع وشد الرجل إثبات اليد المبطلة، ولا يحصل به إزالة اليد المحقة، وإنما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب إليه الجمهور انتهى. وإن شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول: الأولى في الجواب أن يقال: قد سبق أن مقدمات الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل. وأجاب الفاضل المحشى يعقوب باشا عن إشكال صدر الشريعة أيضاً بأن يقال: إن الغصب وإن وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح، لأن الإضجاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح، لأن الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب إلا بالذبح، بخلاف الغصب ابتداء، فإن الغصب هنا يتعين قبل الذبح، كذا قيل، ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا.

فهرس الجزء التاسع
من تكملة شرح فتح القدير
للإمام ابن الهمام الحنفي

كتاب العارية

كتاب الهبة

كتاب الإجارات

كتاب المكاتب

كتاب الولاء

كتاب الإكراه

كتاب الحجر

كتاب المأذون

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب القسمة

كتاب المزارعة

كتاب المساقاة

كتاب الذبائح

كتاب الأضحية

نتائج الأفكار

في

كشف الرموز والأسرار

تأليف

شمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة شرح فتح القدير

للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية:

الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن - الجنايات

الديات - المعاقل - الوصايا - الخنثى

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه: تكلموا في معنى المكروه. والمروى عن محمد نصاً أن كل مكروه حرام، إلا أنّه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب. وهو يشتمل على فصول منها:

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة؛ ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا التصرف في الأضحية بجزّ صوفها وحلب لبنها وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك، كما أن الأمر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح. ثم إن عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب، فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف، وسماه محمد في الأصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها، وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والإباحة، وتبعه القدوري في مختصره والإمام قاضيخان في فتاواه، وكذا وقع في التحفة والتتمة والإيضاح ﴿ولكل وجهة هو موليها﴾ البقرة (١٤٨). أما وجه التسمية بالكراهية فلأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه. وأما وجه التسمية بالاستحسان فلأن فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به، أو لأن أكثر مسائلة استحسان لا مجال للقياس فيها. وأما وجه التسمية بالحظر والإباحة فلأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق، وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه. كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار. وفي شرح الكنز للإمام الزيلعي: ثم إن الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهية. قال في الميزان: هي ضد المحبة والرضا. قال الله تعالى: ﴿وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شرّ لكم﴾ البقرة (٢١٦) فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة، والكراهة ليست بضد للإرادة عندنا فإن الله تعالى كاره للكفر والمعاصي: أي ليس براض بهما ولا

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية، لأن عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة؛ ألا يرى أن وقت الأضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الأضحية بجزّ الصوف وحلب اللبن وفي إقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة، وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك. قوله: (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالاً مما لا بأس به وأكل لحمه محرماً مع أن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد، وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم

كتاب الكراهية

فصل في الأكل والشرب

قال: (**أبو حنيفة رحمه الله: يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل**). وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوي. وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا

محب لهما. وإن كان الكفر والمعاصي بإرادة الله تعالى ومشيئته. وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام. وأما معنى الكراهية في الشريعة فما هو مذكور في الكتاب قوله قال رضي الله عنه: (**تكلموا في معنى المكروه**) يعنى اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه، فروي عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني. وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب. ثم إن هذا حدّ المكروه كراهة تحريم. وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلّ أقرب. هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب، ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الإطناب قوله قال أبو حنيفة: (**يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا بأس بأبوال الإبل**) قال جماعة من الشراح: خص الأتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الألبان عليه، إذ اللبن لا يكون إلا من الأتان انتهى. يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها لرجع الضمير في ألبانها إلى الحمر المذكور فيما قبل، وذلك يعم الذكور والإناث، فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الضمير الراجع إلى مطلق الحر على ما قبلها، لأن الألبان لا تتصورّ في ذكور الحمر وإنما تتحقق في إناثها التي هي الأتن. نعم يمكن تصحيح ذلك أيضاً بتقدير وتأويل، لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظراً إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض: وإنما خص كراهة لحم الأتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح، لأنه لما عنون الفصل بأنه في الأكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضاً منها تذكيراً للبواقي انتهى. أقول: ليس هذا مما يعتد به، لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الأكل والشرب لا يفيد شيئاً فيما نحن فيه أصلاً، فإن ما يتعلق بالأكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسألة، بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضاً، فيصح عنوان الفصل بالأكل والشرب. سواء لم تذكر هذه المسألة فيه أصلاً أو ذكر معها غيرها أيضاً مما سبق في الذبائح. وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيراً للبواقي فغير تام أيضاً، لأن ذكر ما ذكر مر وبين مستوفى تذكيراً لبواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلاً. ثم أقول: الأوجه أن يقال: إنما خص الأتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضاً لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى. وكراهة لحوم الأتن إنما ذكرت ها هنا توطئه لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مرّ قط، ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الأتن بالذكر دون غيرها. ثم قال ذلك البعض: وأما حكم أبوال الإبل فإنما ذكره

لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به. وقوله ﷺ «إنما يجرجر في بطنه نار جهنم» قيل معناه: يردد، من جرجر الفحل: إذا ردد صوته في حنجرته، وناراً منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات، قوله: (**لأنه في معناه**) أي لأن الادّهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها، لأن كلاً منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال. قيل صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم

فصل في الأكل والشرب

قوله: (**ألا يرى أن في وقت الأضحية الخ**) أقول: الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز قوله: (**وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك**) أقول: فيه بحث، إلا أن المراد تحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة.

نعيدها، واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه. قال: **(ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء)** لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة «إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»(١) وأتى أبو هريرة رضي اللّه عنه بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال: نهانا عنه رسول اللّه ﷺ(٢). وإذا

المصنف فيما سبق. وذكره محمد ها هنا في الجامع الصغير، فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بكلام صحيح. لأن المصنف أيضاً ذكره ها هنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً. وإنما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ها هنا. وأما كون مأخذ ما ذكره المصنف ها هنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئاً في دفع التكرار، لأن المصنف ليس في حيز الاجتهاد، فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد، فإذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محال قوله: **(وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوي)** إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل لأن مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراماً. والمفهوم من قوله ها هنا: وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل حلّ شربها عند أبي يوسف أيضاً. فأول المصنف قول أبي يوسف المذكور ها هنا بنفي البأس عن شربها للتداوي، وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وإن كانت نجساً تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات. قال صاحب غاية البيان في هذا المقام: وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير: لا بأس بذلك، فمنصرف إلى لحم الفرس خاصة، لأن بول الإبل نجس عند أبي يوسف، إلا أنه أطلق شربه للتداوي، وقد مرّ بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى. أقول: فيه نظر، لأن لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: أكره شرب أبوال الإبل وأكل لحوم الفرس. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بذلك كله إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير. وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه: ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفاً إلى لحم الفرس خاصة، بل يقتضي شموله لأبوال الإبل أيضاً قوله: **(وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها)** أقول: في رواج هذه الحوالة بحث، فإن ألبان الأتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط، وكذا أبوال الإبل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبائح، وإنما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقاً، وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرّت هذه

صبه على الرأس من اليد لا يكره. قال صاحب النهاية: هكذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، فإن الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال، ومع ذلك فقد ذكرها من المحرمات.

قوله: **(يرد عليه لبن الخيل الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب)** أقول: فيه بحث، والأولى أن يقال إذا وجد جهة الحرمة فيه أيضاً.

---

(١) صحيح، أخرجه البخاري ٥٦٣٤ ومسلم ٢٠٦٥ ومالك ٢/ ٩٢٤ . ٩٢٥ والطيالسي ١٦٠١ والدارمي ٢/ ١٢١ وابن ماجه ٣٤١٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٢٠٩ وعبد الرزاق ١٩٩٢٦ وأحمد ٦/ ٣٠٠ . ٣٠١ . ٣٠٢ . ٣٠٦ وابن حبان ٥٣٤١ . ٥٣٤٢ والبغوي ٣٠٣٠ والبيهقي ١/ ٢٧ وعلي بن الجعد ٣١٣٧ من طرق كلهم من حديث أم سلمة واللفظ لمسلم، وأحمد، وابن حبان. وليس في البخاري ذكر الذهب.

(٢) غريب من رواية أبي هريرة. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٢٠ قال: وقد ورد عن حذيفة وهو الآتي. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢١٨: لم أجده اهـ.

وقد أخرجه البخاري ٥٤٢٦ و ٥٦٣٣ و ٥٨٣٧ ومسلم ٢٠٦٧ وأبو داود ٣٧٢٣ والترمذي ١٨٧٨ والنسائي ٨/ ١٩٨ . ١٩٩ وابن ماجه ٣٤١٤ والحميدي ٤٤٠ والدارمي ٢/ ١٢١ وابن الجارود ٨٦٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٢١٠ وعبد الرزاق ١٩٩٢٨ وأحمد ٥/ ٣٨٥ . ٣٩٧ وابن حبان ٥٣٣٩ من طرق كلهم عن حذيفة: أنه استسقى فسقاه مجوسي في إناء من فضة فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تلبسوا الحرير، ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا ولكن في الآخرة. هذا اللفظ للبخاري ومسلم في رواية وغيرهما.
وهو في معنى ما ذكر المصنف صاحب الهداية عن أبي هريرة.

ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزيّ المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين. وقال في الجامع الصغير: يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي. وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا. قال: **(ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق)** وقال الشافعي: يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به. قلنا: ليس كذلك. لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة. قال: **(ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا**

الجملة في كتاب الطهارة والذبائح. ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين. أما في توجيه الصورة الأولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه. وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة. قال بعض المتأخرين: وإنما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر إشارة إلى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى. أقول: ليس هذا شيء لأن مآله أن يكون مراد المنصف بتعبيره المذكور الإشارة إلى تقبيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة، وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة إلى مثل ذلك. على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجهاً وجيهاً لإيراد الطهارة في كتاب مستقل، فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع، وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض: ثم إن المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الإبل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقاً، وحلال عند محمد رحمه الله مطلقاً، وللتداوي فقط عند أبي يوسف، وذكر أدلتهم هناك، لكن بنى دليل محمد على طهارته، مع أن استلزام طهارته حلّ شربه غير ظاهر، وأن طهارته لم تلزم عنده إلا من حله الثابت بقوله عليه الصلاة والسلام «ما وضع شفاؤكم فيما حرّم عليكم»[1] كما سبق، فبناء حله

قوله: (من آنية الذهب) أقول: والفضة كذلك قوله: **(قيل صورة الأدهان المحرم، إلى قوله: لا يكره)** أقول: وفي شرح: ويحتمل هذا التفصيل في الأكل والشرب أيضاً قوله: **(وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، إلى قوله: في المحرمات الخ)** أقول: لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل، بخلاف الآنية إذ لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه ابن حبان ١٣٩١ وأبو يعلى ٦٩٦٦ وأحمد في الأشربة ١٥٩ والطبراني ٢٣ (٧٤٩) كلهم من حديث أم سلمة قالت: اشتكت ابنة لي، فنبذت لها في كوز، فدخل النبي ﷺ وهو يغلي فقال: ما هذا؟ فقلت: إن ابنتي اشتكت فنبذنا لها هذا فقال: إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام.

ومداره على حسان بن مخارق وثقه ابن حبان، وذكره البخاري، وابن أبي حاتم في الجرح والتعديل فلم يذكرا فيه جرحاً أو تعديلاً. وباقي رجاله رجال البخاري ومسلم.

وله شاهد. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٨٦/٥ من حديث أم الدرداء مرفوعاً: إن الله خلق الداء، والدواء، فتداووا، ولا تتداووا بحرام.

وقال الهيثمي: رجاله ثقات اهـ.

والمشهور في هذا الخبر هو من قول ابن مسعود.

ذكره البخاري في كتاب الأشربة ٧٤ باب ١٥ بقوله: وقال ابن مسعود في السكر: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم. ووصله أحمد في الأشربة، والطبراني في الكبير ٩٧١٦ والحاكم ٢١٨/٤ والبيهقي ٥/١٠ وذكره الهيثمي في المجمع ٨٦/٥ وشبه للطبراني وقال: رجاله ثقات.

وقال ابن حجر في الفتح ٧٩/١٠: وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود بسند صحيح اهـ. وهو في مصنفه ٢٣/٧.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٧٥/٤: الطرق إلى ابن مسعود صحيحة وقد أوردته في تغليق التعليق اهـ.

الخلاصة: حديث أم سلمة غير قوي لأن حسان بن مخارق غير مشهور ولم يرو له أحد من أصحاب الكتب الستة. وقد ذكره البخاري جازماً به عن ابن مسعود من قوله. فهو يقرب من الحسن ولا يتعداه وابن حبان متساهل في توثيق المجاهيل. والله تعالى أعلم.

تنبيه: وأما اللفظ الذي ذكره المصنف فهو غريب.

كان يتقي موضع الفضة) ومعناه: يتقي موضع الفم، وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس. وقال أبو يوسف: يكره ذلك. وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما. وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة. أو جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً. وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضاً. وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا. وهذا الاختلاف فيما يخلص. فأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع.

على طهارته دور ظاهر، إلى هنا كلامه. أقول: حديث الدور ساقط جداً، لأن حله إنما يكون علة لطهارته في العقل بأن يصير دليلاً عليها. وأما طهارته فإنما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة، وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية أن الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج، فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان أني ويعكسه برهان لمي ولا دور أصلاً، وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره، فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل: أي دليلاً عليه، ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع قوله: **(وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه)** أي لأن الادهان في آنية الذهب أوالفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلاً من ذلك استعمال لها. والمحرّم هو الاستعمال بأيّ وجه كان لما فيه من التجبر والإسراف فيشمل الادّهان والتطييب أيضاً. وفي النهاية قيل: صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصبّ الدهن على الرأس. أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره. كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغيرة اهـ. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لا بدّ وأن ينفصل عنها حين الاكتحال. ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى. أقول: يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها، واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند إرادة الأدهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بإدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن. وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فإنما يتصوّر عادة بإدخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا. واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادّهان المحرم بوجه آخر. وهو أنه يقتضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها، وكذا إذا أخذه بيده وأكله منها. وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول: منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم. أما الأول فلأن من في قولهم من إناء ذهب ابتدائية. وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب معارف الناس. فإن الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام منها باليد أو الملعقة، لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو الملعقة في العرف. وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادّهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد، لأنها إنما صنعت لأجل الادّهان منها بذلك الوجه. وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نوع استدراك بل اختلال، فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه إياه بقوله أما الأوّل فإن «من» في

المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة، وهي جديدة عريضة. والمشحذ: المسن. والثفر: ما يجعل تحت ذنب الدابة. **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع)** حكي أن هذه المسألة وقعت في دار جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة

لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره. كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره. كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص. قال: **(ومن أرسل أجيراً له مجوسياً أو خادماً فاشترى لحماً فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله)** لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات **(وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)** معناه: إذا كان ذبيحة غير

قولهم من إناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل. أما أولاً فلأن المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في . ل كلمة من، وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات، وإنما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون. وأما ثانياً فلأنه لا تأثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ها هنا، إذا يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره، سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء، يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم. ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال: والحق أن الفرق بين صور الأذهان ليس بما ذكره المجيب، بل بوجود مماسة اليد بالإناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة. فإن للمماسة تأثيراً في الحرمة كما سيجيء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الإناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى. أقول: يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقاً النقض الذي أورده صاحب التسهيل، فإنه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك، فالمخلص الكلي هنا إنما يحصل بالمصير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك، وأما الإناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه، فإنه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب، فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هوالفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه. ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه قوله: **(لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره)** جمعهما في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسألة مع أبي يوسف وإن كان أفرد أبا يوسف في بيان الحكم فيما قبل. وأما صاحب الكافي فأفرده ها هنا أيضاً حيث قال: احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي: قلت ورد النهي عن الشرب في إناء الذهب والفضة[1] كما سبق. وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع. وقال في الحاشية رداً لما في الكافي من احتجاج أبي يوسف. أقول: ليس ذاك بتامّ لأن ما ورد من النهي عن الشرب في إناء الذهب والفضة إن لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادّهان منه ونحوه، وكعمومه للأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب، وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما. فإن المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة. ومن استعمل إناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره، وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره إنما كانت للتشبه بالأكاسرة والجبابرة، فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة

وأئمة عصره رحمهم الله، فقال الأئمة: يكره، فقيل لأبي حنيفة: ما تقول؟ فقال: إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا، فقيل له: ما الحجة فيه؟ فقال: أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره؟ فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر. قال: **(ومن أرسل أجيراً له مجوسياً الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(لأنه لما قبل قوله في الحلّ)** يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة، لأن الحرمة مرجحة على الحل دائماً، وأتى برواية الجامع الصغير لأن الهداية

---

(١) تقدم في أول الباب

الكتابي والمسلم. لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة. قال: **(ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبي)** لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعة في السوق، فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج. وفي الجامع الصغير: إذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها. لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسه لما قلنا قال: **(ويقبل في المعاملات قول الفاسق. ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل)** ووجه الفرق أن

والمنطقة حيث لا يكره لأن الرخصة جاءت في ذلك نصاً، أما ها هنا بخلافه، إلى هنا لفظ المحيط تأمل. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: لأبي يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال «من شرب في إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنه يجرجر في بطنه نار جهنم»[١] رواه الدارقطني انتهى. وردّ عليه أيضاً ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك: قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله، لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره إلا خالياً عن زيادة «أو إناء فيه شيء من ذلك»[٢] وقال في الحاشية: رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى. أقول: عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها، وقد بين الإمام الزيلعي طريق إخراج ما ذكره من الحديث حيث قال: رواه الدارقطني، فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك ردّاً له وهو ليس من فرسان ميدان[٣] علم الحديث كما لا يخفى قوله: **(معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم)** أقول: كان الأظهر أن يقال: معناه إذا كان قوله غير ذلك بأن قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم، لأن المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولاً فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحلّ أو الحرمة، لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبائح وقد مرّ مستوفى، وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى. ثم إنه لو قال في المتن: وإن قال غير ذلك بدل قوله وإن كان غير ذلك لكان أظهر من الكل، وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم، إلا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبرّكاً به قوله: **(لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: قوله لأنه لما قبل قوله في الحل: يعني في قوله وسعه أكله، فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لأن الحرمة مرجحة على الحل دائماً انتهى. أقول: في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جداً، لأن قوله وسعه أكله جواب المسألة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لأنه ثمرة قبول قوله فيما أخبر

فيها نفس الجارية، وقوله: **(لما قلنا)** راجع إلى قوله الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. وقوله: **(ولا يقبل فيها)** اي في العبادات **(قول المستور)** وقوله: **(جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به)** يعني إذا لم يطعن الخصم، وظاهر الرواية أصح لأنه

قوله: **(لأن الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة)** أقول: يمكن أن يمنع اشتراك العادة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٠ والبيهقي ١/ ٢٨ ـ ٢٩ كلاهما من حديث ابن عمر.
وقال الدارقطني: إسناده حسن!
وقال البيهقي: ورويناه من طريق الدارقطني، وكذلك أخرجه أبو الوليد الفقيه دون ذكر عبد الله بن مطيع والمشهور في المضبب عن ابن عمر موقوفاً عليه اهـ.
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: قال ابن القطان: هذا الحديث لا يصح فيه زكريا بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي مطيع، وزكريا وأبوه لا يُعرف لهما حال.

(٢) هذا اللفظ تفرد به الدارقطني وكذا البيهقي إلا أنه ضعفه وكذا ضعفه ابن القطان كما ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي ووافق. وهو كما قالوا فيه مجاهيل.

(٣) لكن تقدم رده من قبل بعض فرسان الحديث منهم ابن القطان والبيهقي وابن التركماني وفيه مجاهيل.

المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس. فلو شرطنا شرطاً زائداً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً كافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعاً للحرج. أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط. فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم، بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة. ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة. ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به. وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر

به، ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام. والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا أن يقال: يعني أنه لما قيل قوله في الحل: أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن إثبات حلّ أكل ما اشتراه كما صرحوا به فاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة: أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن إثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضاً تبصر قوله: **(لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهدا ءالمولى غيرها أو نفسها لما قلنا)** قال جمهور الشراح: قوله لما قلنا راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء انتهى. أقول: لمانع أن يمنع أن نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على أيدي هؤلاء، بخلاف إهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد، وقال صاحب الغاية: قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج، وتبعه العيني. أقول: ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في إهداء مواليهم أنفسهم يؤدي إلى الحرج لإمكان إهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجواري أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادر لا يعدّ مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف إداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فإن فيه حرجاً بينا سيما في في إهداء الأمور الخسيسة قوله: **(ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل)** قال في التلويح: قيل ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري، وفي موضع آخر أنه يشترط التحرّي وهو المذكور في كلام الإمام السرخسي. ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير، فقيل: يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيراً لهذا فيشترط. ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان انتهى.

أقول: يشكل على التوجيه الأول الفرق بين المعاملات والديانات لأن قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحرّي كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على إحدى الروايتين وهي رواية الاشتراط: فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني. فإن الفرق المذكور يستقيم حينئذٍ، إذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحرّي قوله: **(ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أن يجوز القضاء به)** قال الشراح: وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرّر في كتاب الشهادات فكان أحد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها، ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله

لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة، وقوله: **(حتى يعتبر فيهما)** أي في الفاسق والمستور إذا أخبر بنجاسة الماء **(أكبر الرأي)** وقوله: **(ويقبل فيها)** أي في الديانات قول العبد والحر والأمة، لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً كما في رواية الأخبار لأنه يلتزم بنفسه أولاً ثم يعتدى منه إلى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير. وقوله: **(ما ذكرناه)** إشارة إلى الهدية والإذن. وقوله: **(فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب**

فيهما أكبر الرأي. قال: (ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولاً) لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه. فمن المعاملات ما ذكرناه، ومنها التوكيل. ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر فاسقاً أو مستوراً تحرّى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به. وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط. ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة. أما التحرّي فمجرد ظن. ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري، وهذا جواب الحكم. فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا. ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك. وفيها تفاصيل

عليه الصلاة والسلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»[1] ففي غير ظاهر الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على أصحية ظاهر الرواية. ويمكن أن يقال: ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم تتبين عدالته، كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته. وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات: والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال: قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله: وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الأخبار لثبوت العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله ﷺ. وعن عمر رضي الله تعالى عنه «المسلمون عدول بعضهم على بعض»[2] ولهذا جوّز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبت مع الشبهات إذا لم يطعن الخصم، ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا، فإن الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم تتبين عدالته، كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى. وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية: أي ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال: وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى. فإنه جعل ما ذكروه وجهاً لأصحية ظاهر الرواية وجهاً لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، فيرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة، بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة، ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عند فتدبر قوله: (وَيقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولاً) أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ها هنا خال عن الفائدة، إذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير إذا كان عدلاً، بخلاف العبد والأمة، ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحرّ ها هنا فقال: ويقبل فيها قول العبد والأمة إذا كانا عدلين بدون ذكر الحرّ. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقوله ويقبل فيها: أي في الديانات قول الحرّ والعبد والأمة لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً كما في رواية الأخبار انتهى: أقول: قد زاد هذا

يتوضأ به) يعني حكماً لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء، وإن لم يترجح أحد الوجهين، قيل الأصل الطهارة، وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله أما التحرّي فمجرد ظن ففيه احتمال الخطأ، وقوله: (ومنها) أي من الديانات (الحلّ والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٨١ من رواية حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وإسناده ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة وهو مدلس أيضاً وقد عنعنه. والراجح كونه عن عمر موقوفاً وهو الآتي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٦ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلاهما عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى فذكرا خبراً طويلاً وفيه: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد، أو مجرباً في شهادة زور... الأثر. وفي إسناده مقال إلا أن الدارقطني رواه من وجه آخر عن سعيد بن أبي بردة فذكره.

وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى. قال: (**ومن دعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل**) قال أبو حنيفة رحمه الله: ابتليت بهذا مرّة فصبرت. وهذا لأن إجابة الدعوة سنة. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم» فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره. كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة. فإن قدر على المنع منعهم. وإن لم يقدر يصبر. وهذا إذا لم يكن مقتدى به. فإن كان

الشارح في الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فإنه قال: لأن خبرَ هؤلاء في أمر الدين كخبر الحرّ ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الإشارة فتكون ها هنا إشارة إلى الأشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحرّ والأمة، فيصير معنى كلام الشارح المذكور: لأن خبر العبد والحرّ والأمة في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده. وقال صاحب النهاية: ويقبل فيها: أي في الديانات قول العبد والحرّ والأمة، لأن في أمر الدين خبر العبد كخبر الحرّ كما في رواية الإخبار، وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. أقول في كلامهما أيضاً نوع محذور، لأنهما جعلا الحرّ مقيساً عليه أو مشبهاً به، وهو داخل أيضاً في المدعي ها هنا فكان مما يلزم إثباته أيضاً هنا، فكيف يتم أن يجعل مقيساً عليه أو مشبهاً به لأحد قرينيه قبل أن يتعين حال نفسه، فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه قوله: (**وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط**) أقول: هذا مشكل عندي، لأنه إذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده، فإذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الأعضاء وإذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر، والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر وإلا لم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط إذ ذاك في ترك الإراقة لتأديها إلى محذور شديد، بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتي من بعد، فإن التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور أصلاً فليتأمل قوله: (**ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة**) أقول: لقائل أن يقول: لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر. كيف وقد صرحوا في علم الأصول بأن خبر الواحد العدل وإن كان صحابياً لا يوجب اليقين. بل احتمال الكذب قائم وإن كان مرجوحاً، وإلا لزم القطع بالنقيضين عند إخبار العدلين بهما ولهذا قالوا إنه لا يفيد إلا غلبة الظن دون اليقين، ويوافقه قول المصنف فيما مرّ لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه. والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتدّ به شرعاً دون مطلق الاحتمال، وعن هذا قال صاحب الكافي: ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعاً لأنها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجراً عنه انتهى. فإن قلت: إذا بقي احتمال ما

يحل الأكل ولا الإطعام لأنها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه، لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك، وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل، كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة، بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الحرمة ها هنا مع بقاء النكاح غير متصّور فكان متضمناً لزوال الملك. فإن قيل: قد تقدم قوله لأنه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل أولى أن يقبل في الحرمة، وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضاً، أجيب بأن ذلك كان ضمنياً، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، فلا تناقض لأن المراد ها هنا ما كان قصدياً. قال: (**ومن دعي إلى وليمة أو طعام الخ**) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع. قوله: (**كصلاة الجنازة**) قيل عليه إنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة، وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد

قوله: (**أجيب بأن ذلك كان ضمنياً**) أقول: ولا يمكن أن يجاب بأن الكفار قد يكون عدلاً، لأن المراد بالعدل هنا المسلم المرضي كما نص عليه المصنف هنا قوله: (**ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ**) أقول: فيه بحث، إلا أن يقال: ليس بقياس كما يشير إليه قوله وجه التشبيه، وفيه أنه تبقى المسألة حينئذٍ بلا دليل.

مقتدي ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد. لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين. والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به. ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن

للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالإراقة. قلت: مراده أنه لا معنى للاحتياط بالإراقة في صورة العدالة احتياطاً بها مثل الاحتياط بها في صورة التحرّي في خبر الفاسق أو المستور. فإن قلت: إذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن؟ قلت: معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن، بخلاف عدالة المخبر فإن الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الأول فافترقا قوله: **(وهذا لأن إجابة الدعوى سنة. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[1] فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره، كصلاة الجنازة واجبة لإقامة وإن حضرتها نياحة)** قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم. فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة. وأجيب بأنها سنة في قوّة الواجب لورود الوعيد على تاركها، قال ﷺ «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[2] كذا في العناية وعامة الشروح. أقول: الجواب منظور فيه، لأنها إن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الأحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب، فهو مشكل على قواعد علم الأصول، إذ قد تقرّر فيه كون السنة قسماً للواجب ومغايرة له في الأحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه، والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه، وإن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الأحكام، وإن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوّة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعاً في دفع السؤال. إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الواجب تحمله لإقامة السنة، وإن كانت مؤكدة تأكداً تاماً لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والأحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض. فعلى تقدير أن يكون إجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضاً، إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب، ولهذا يكفر جاحد الأول دون الثاني فلا وجه للقياس. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اهـ. أقول: ليس هذا بشيء. لأن تشبيه إجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوّة والضعف لا يفيد شيئاً فقهياً، فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة كلاماً زائداً خارجاً عن صنعة الفقه وحاشي له. ثم أقول: يمكن أن يجاب عن ذلك

على تاركها، قال: ﷺ «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم» ويجوز أن يقال: وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة. وقوله: **(فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر)** ليكون عاملاً بقوله: ﷺ «من رأى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٧٧ ومسلم ١٤٣٢ ح ١٠٧ وأبو داود ٣٧٤٢ والدارمي ٢/ ١٠٥ وابن ماجه ١٩١٣ ومالك ٢/ ٥٤٦ والحميدي ١١٧١ وأحمد ٢/ ٢٤١ وعبد الرزاق ١٩٦٦٢ وابن حبان ٥٣٠٤ والطحاوي في المشكل ٤/ ١٤٣ والبيهقي ٧/ ٢٦١ والبغوي ٢٣١٥ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: شر الطعام طعام الوليمة يدعىٰ إليها الأغنياء ويُترك المساكين، ومن لم يجب الدعوة، فقد عصىٰ الله ورسوله.

وكرره أحمد ٢/ ٤٠٥ . ٤٠٦ والطيالسي ٢٣٠٣ وابن حبان ٥٣٠٥ من وجه آخر كلهم عن الزهري إلا أن الأولين جعلوه عن الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة.

وأما من كرره فجعله عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة. وهو موقوف في كلا الوجهين. وأخرجه مسلم ١٤٣٢ ح ١١٠ والحميدي ١١٧٠ والبيهقي ٧/ ٢٦٢ كلهم عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال «شر الطعام طعام الوليمة يُمنعها من يأتيها ويُدعىٰ إليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصىٰ الله ورسوله» وهذا صحيح أيضاً، وورد مرفوعاً من حديث ابن عمر. والموقوف علىٰ أبي هريرة له حكم الرفع أيضاً اهـ انظر الزيلعي ٤/ ٢٢١.

(٢) تقدم أن أكثر الروايات علىٰ وقفه إلا أن له حكم الرفع. وقد رواه مسلم مرفوعاً كما تقدم.

يقعد. وإن لم يكن مقتدي لقوله تعالى: ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾ وهذا كله بعد الحضور. ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة. بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه، ودلت المسألة على

السؤال بوجه آخر، وهو أن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء: أي بعد الحضور إلى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه إجابتها كما أشار إليه المصنف فيما بعد، فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فإنها تنقلب إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزام إقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله. ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك إجابة الدعوة كما سيجيء، فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المال فيندفع الإشكال. ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا، لأن إجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة، لأنه إن أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن إجابتها سنة، وإن أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب، بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله، إلى ها هنا كلامه. وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال: ثم المراد بالإجابة المسنونة في قوله لأن إجابة الدعوة سنة ما يعم الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل، لأن فرض المسألة في دعوة اقترنت بلهو وفيها لا تسن الإجابة ابتداء كما سيجيء، فإذا عرف المدعوّ ذلك قبل الإجابة لا يجب عليه الإجابة أصلاً. وأما إذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والأكل، وهذا إجابة انتهاء، فبهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد عليه ما قيل إن أراد بقوله لأن إجابة الدعوة سنة أن إجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء أن الدعوة إذا قارنت شيئاً من اللهو لم يلزمه حق الدعوة، وإن أراد أن إجباة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب، ووجه الاندفاع ظاهر، لأنه وإن لم يلزمه حق العدوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم فتأمل، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء. أما خلوّه عن التحصيل ابتداء فلأنه لا معنى لإجابة الدعوة انتهاء فقط، إذ لا يتصور تحقق إجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء، لأن عدم تحقق إجابة الدعوة من المدعو ابتداء إنما يصوّر بعدم مجيئه إلى محل الدعوة أصلاً لأجل إجابة تلك الدعوة، فإذن كيف يتصوّر منه إجابة تلك الدعوة انتهاء. وإجابتها انتهاء فرع مجيئه إلى محل الدعوة أوّلا وليس فليست، وإنما الذي يتصوّر وقوعه عكس ذلك وهو الإجابة ابتداء فقط، كما إذا دعي إلى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب إلى محل الدعوة فوجد ثمة لعباً أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فإنه يوجد هناك الإجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى، وصورتها الشرعية فيما إذا كان المدعو مقتدي ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب. والعجب أن ذلك القائل ذكر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط، ولم يذكر الإجابة ابتداء فقط، وكتب تحت قوله والإجابة انتهاء فقط. أما عكسه وهو القسم الثالث ها هنا فلا يتصور وقوعه اهـ. فزعم ما هو متصوّر الوقوع غير متصوّر الوقوع وبالعكس، ولم يدر أن تحقق

منكم منكراً فليغيره بيده» الحديث، وقوله: (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير إلى أن ما تقدم إنما جاز إذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة، لأنه لم يدخل تحت المعية، وأما إذا كان على المائدة كان قاعداً مع القوم الظالمين وقوله: (ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام. لا يقال: الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾

قال المصنف: (ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول: فيه كلام لأن الحديث ينتظمه قوله: (لقوله تعالى ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب﴾ الخ) أقول: المراد بها أمور الدنيا: أعني ما لا يتوصل به إلى الفوز الآجل قوله: (ليس بحرام) أقول: يعني مطلقاً قوله: (لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول: لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى. ثم إن الأولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليتأمل قوله: (وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول: فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير.

أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب. وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت، لأن الابتلاء بالمحرم يكون.

انتهاء الشيء في الخراج يسلتزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلوّ كلامه عن التحصيل انتهاء فلأن الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم أنه اختار كون المراد أن إجابة مطلق الدعوة سنة، لأن عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك، ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد، لأنه إذا علم المدعوّ قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيئاً من البدعة لم يلزمه الإجابة أصلاً كما سيجيء في الكتاب، وذكره ذلك القائل أيضاً في أثناء كلامه، ويكفي لسند منع أن إجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط، فلا وجه لقوله لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم. لأن لزوم حق الدعوة للمدعوّ انتهاء إذا هجم عليه إنما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الأولى التي هي السند للمنع المذكور، ولا شك أنه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الأولى لا ابتداء ولا انتهاء، فكيف يكون ما ذكره وجهاً للاندفاع. والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الإصلاح والإيضاح اختيار الشق الثاني من ترديده. وهو كون المراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه: الأول إن دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلاً. والثاني إن دعي إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئاً من البدع ولم يعلمه المدعوّ قبل الحضور ولكن هجم عليه. والثالث إن دعي إلى ذلك وذكر أن ثمة شيئاً من البدع فعلمه المدعوّ قبل الحضور، ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة، وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الإجابة لازمة للمدعو أصلاً، والمسألة التي نحن فيها من الأوجه الثاني من تلك الأجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف قوله: (**وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر**) أقول: لقائل أن يقول: الحديث المذكور يعمّ ما بعد الحضور وما قبله، إذ قد تقرّر في علم الأصول أن المعرف بالام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق، والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[1] معرفة باللام، ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة. والجواب أنه إن كان عاماً من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقاً بين النصوص مهما أمكن، وقد دعت الضرورة إلى الصبر فيما إذا علم بعد الحضور لأنه قد لزمه حق الدعوة. بخلاف ما إذا علم قبل الحضور إذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترقا قوله: (**ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب**) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام، كذا في العناية، وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسألة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي، وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاماً آخر حيث قالوا: فاللعب هو اللهو حرام بالنص، قال النبيّ ﷺ «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه» وفي رواية «ملاعبته بفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»[2] وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلاً انتهى. أقول: فيه كلام، أما أولاً فلأن زيادة

والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو، واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي ﷺ في قوله: «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه لفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله». وقوله: (**بضرب القضيب**) عنى به

---

(١) هو المتقدم قبل حديث واحد.

(٢) حديث حسن. تقدم تخريجه وسيأتي أيضاً في فصل في البيع «مسائل متفرقة»

. . . . .|. . . . .

قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص، والكلام في دلالة المسألة على ذلك فلا يتم التقريب، بخلاف ما إذا لم يؤت بتلك الزيادة إذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام إذ ذاك متفرعاً على ما قبله وهو إطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء، فيصير حاصل التعليل أن محمداً لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسألة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقاً وهو جيد مفيد للمدعي. وأما ثانياً فلأن قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلاً ينافي قولهم في أول التعليل لأن محمداً أطلق اسم اللعب والغناء، إذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسألة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقاً، بل أن يكون مقيداً بغير هذه الثلاث. لا يقال: مرادهم بإطلاق محمد اسم اللعب إطلاقه بالنسبة إلى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة إلى كل لعب فلا تنافي. لأنا نقول: لا يساعده لفظ محمد لأنهم إنما أخذوا إطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء. ولا يخفى أن قوله المذكور إنما يقتضي الإطلاق بالنسبة إلى جنس اللعب لا بالنسبة إلى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة. ثم أقول: بقي شيء في أصل كلام المصنف، وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسألة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضاً ولم يقل بها أحد، اللهم إلا أن يقال: تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديراً بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحاً ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك. ثم إن صاحب العناية قال: لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾ الحديد (٢٠) والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام، وهو ما استثناه النبي ﷺ في قوله «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»[1] انتهى كلامه. أقول: أراد بالقياس في قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الأشكال الأربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته، وأشار بقوله بعض اللهو واللعب إلى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج إلا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا: لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى، فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير، وقال بعض المتأخرين هنا: إن شرط إنتاج الشكل الثالث كلية إحدى مقدمتيه وهي ها هنا منتفية انتهى، أقول: ليس هذا أيضاً بصحيح، إذا الظاهر أن كلتا مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وإن حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الأولى مقررة، وأداة صور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا، وليست أداة صورها بمنحصرة في لفظة كل، بل كل ما يدل على الكلية من الألفاظ فهو أداة صورها كما صرحوا به. ثم أقول: في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر، فإن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد. وأما قوله وهو ما استثناه النبيّ عليه الصلاة والسلام فلا، لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام، فإن الذي كان حدّاً أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا، فهي المراد بالبعض في النتيجة، ونظير هذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شيء من الإنسان بفرس، فإنه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الإنسان ليس بفرس لا أن بعضه أي بعض كان ليس بفرس، وإلا لم يكن للحدّ الأوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعاً؛ وهذا كله غير خاف على من له دربة

خشب الحارس. وقوله: (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله وذلت المسألة.

---

(١) هو المتقدم.

. . . .

بعلم الميزان. فإن كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لأن ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لإمكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي. ويقال: لو كانت الملاهي كلها حراماً لكانت الحياة الدنيا أيضاً حراماً لأنها لعب ولهو، لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾ الحديد (٢٠) أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ: يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانتقائها، صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضاً كما لا يخفى قوله: (**وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون**) يعني ودل أيضاً قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام، لأن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم، وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون، أقول: لقائل أن يقول: دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم، وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعي فممنوعة، كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى. ولا شك أن ما ابتلى به مرة لا يكون كل الملاهي، بل إنما يكون شيئاً معيناً منها، واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية. قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة، ويمكن أن يقال: إن الصبر على الحرام لإقامة السنة لا يجوز، والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مشتغل ولا متلذذ به اهـ. أقول: ذلك ساقط، لأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة ابتداء إلا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الإجابة بالحضور، كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فإن كلاً منهما تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لإقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة إذا حضرتها النياحة، وقد مرّ منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر. ثم إن جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه، إذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله ﷺ أنه قال «استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها من الكفر»[1] ومداول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على فسق اللهو فأنى يتصور اختيار ذلك من مثل الإمام الأعظم لو لم يعارض وجوب إجابة الدعوة بعد الحضور شرّ من ذلك فتأمل. وقد أورد صاحب الإصلاح والإيضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أوّل إيراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لأن الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فإن الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «من ابتلى بالقضاء»[2] الحديث. ثم إن الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز، لأن السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور، فالظاهر أنه جلس معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو، فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى. وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية إلى صاحب الإصلاح والإيضاح، ثم قصد ردّه فأتى بكلام مفصل مشوّش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الإطناب الممل، ومن شاء فليراجع كتابه.

---

(١) ذكره العراقي في تخريجه على الإحياء ٢/ ٢٧٢ وقال: رواه أبو الشيخ مرسلاً اهـ.
قلت: ولم أقف على إسناده لكن الضعف عليه بين فهو مرسل وهناك شيء آخر وهو تفرد أبي الشيخ به وغالب ما تفرد به ضعيف ومنكر. وشيء ثالث وهو غرابة المتن.

(٢) تقدم في أدب القاضي. وإسناده واهٍ فيه عباد بن كثير وهو من حديث أم سلمة: إذا ابتلى أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقض وهو غضبان، فَلْيُسَوِّ بينهم بالنظر والمجلس والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين.
هكذا أخرجه أبو يعلى ٥٨٦٧ والدارقطني ٤/ ٢٠٥ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٩٤ ونسبه للطبراني وأبي يعلى وقال: فيه عباد بن كثير الثقفي وهو متروك. وكذا ضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٣ وأعله بعباد هذا.

فصل في اللبس

قال: **(لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» وإنما حل للنساء بحديث آخر. وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عليّ رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال:

فصل في اللبس

قال صاحب النهاية: لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لأن الاحتياج إلى اللبس أشدّ منه إلى الوطء، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية في هذه المعنى ولكن بعبارة أقصر. أقول: صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فإن مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الأول المعقود لبيان الأكل والشرب، وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالأكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لأن تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى. والصواب في وجه الترتيب أن يقال: قدم فصل الأكل والشرب لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد، وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لأن احتياج الإنسان إلى اللبس أكثر من احتياجه إلى الوطء لتحقق الأول في جميع الأوقات دون الثاني، وقد أشير إلى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله: **(وإنما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدّة من الصحابة إلى آخره)** لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء، واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول: وإنما حل للنساء بحديث آخر. فإن قيل: المحرم والمبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين، وهنا لو تأخر قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان»[1] الحديث، يلزم النسخ مرتين في حق الإناث فيجعل قوله عليه

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان، وقدم اللبس لكثرة الاحتياج إليه. قال: **(لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء الخ)** لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله ﷺ «إنما يلبسه من لا خلاق له

فصل في اللبس

قوله: **(لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية)** أقول: فيه بحث، فإن أول الفصول معقود لبيان الأكل والشرب كما ترى، وقبول الأخبار وغيره مذكور لأجله لتعلقه به، والتعميم بمثل المتوضىء إذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة، وهو ظاهر قوله: **(وقدم اللبس الخ)** أقول: بل المقدم هو الأكل والشرب لشدة الاحتياج قوله: **(واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لا خلاق له في**

---

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه أبو داود ٤٠٥٧ والنسائي ٨/ ١٦٠ وابن ماجه ٣٥٩٥ وابن حبان ٥٤٣٤ وأبو يعلى ٢٧٢ ح ٣٢٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٥١ وأحمد ١/ ٩٦. ١١٥ والطحاوي ٤/ ٢٥٠ من طرق كلهم من حديث علي: أن النبي ﷺ أخذ حريراً فجعله في يمينه، وذهباً فجعله في شماله، ثم رفع يده وقال: هذان حرام على ذكور أمتي. وزاد ابن ماجه: وهي حل لإناثهم. وإسناده جيد. وورد من حديث أبي موسى. أخرجه الترمذي ١٧٢٠ والنسائي ٨/ ١٦١ والطيالسي ٥٠٦ وأحمد ٤/ ٣٩٤. ٤٠٧ والطحاوي ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٣/ ٢٧٥ كلهم من طريق سعيد بن أبي هند عن أبي موسى مرفوعاً: حُرّم لباس الذهب والحرير على ذكور أمتي، وأحل لإناثهم. هذا لفظ الترمذي. وقال الترمذي: حسن صحيح! والصواب أنه معلول وأخرجه البزار ٣٠٠٥ والطبراني في الصغير ٤٦٤ من حديث عمر وفيه عمر بن جرير متروك.

ومن حديث عقبة بن عامر. أخرجه الطحاوي ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٣/ ٢٧٥ وإسناده قوي

ومن حديث ابن عباس. أخرجه البزار ٣٠٠٦ وفيه إسماعيل بن مسلم المكي واهٍ

ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. أخرجه الطيالسي ٢٢٥٣ والطحاوي في المعاني ٤/ ٢٥١ وابن ماجه ٣٥٩٧ وإسناده ضعيف وجاء في تلخيص الحبير ١/ ٥٢.٥٣.٥٤ ما ملخصه: حديث أبي موسى صححه الترمذي وهو معلول لأن سعيد بن أبي هند لم يلق أبا موسى. وكذا أعله ابن حبان ومشى ابن حزم على ظاهر إسناده، فصححه مع أنه معلول في الانقطاع.

وحديث علي قال عبد الحق: قال علي المديني: هو حديث حسن ورجاله معروفون.

وحديث عقبة بن عامر إسناده حسن. اهـ.

الخلاصة: هذا حديث صحيح بمجموع طرقه بلغ حد الشهرة. كما ترى والله تعالى أعلم.

هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم» ويروى «حلّ لإناثهم» (إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة» أراد الأعلام. وعنه عليه الصلاة السلام «أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير». قال: (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف.

الصلاة والسلام «حلّ لإناثهم»[1] مقدماً. قلنا: قوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[2] يحتمل أن يكون بياناً لقوله «حرامان على ذكور أمتي»[3] لأن هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلاً للنسخ، ولأن قوله «هذان حرامان»[4] الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحلّ والحرمة للذكور والإناث. وقوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[5] لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر أن نقول: الدليل دل على أن مقتضى الحلّ للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وهذا آية قاطعة على تأخره، كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية. قال صاحب العناية في تقرير السؤال: والجواب هنا. فإن قيل: الحديث الدالّ على حلة لهنّ إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخراً لئلا يلزم النسخ مرتين. فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير، وذلك آية قاطعة على تأخره

في الآخرة» وهو عام في الذكر والأنثى لزم أن يقول (وإنما حلّ للنساء بحديث آخر) فإن قيل: الحديث الدال على حلة لهن إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا، أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخراً لئلا يلزم النسخ مرتين، فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير، وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع. فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين

الآخرة» وهو عام في الذكر والأنثى) أقول: لم يتعرض لعموم النهي لأظهرية العموم فيما ذكره، مع أنه فسر قول المصنف. لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستنداً بلفظ «لا تلبسوا» قوله: (إما أن يكون قبل الأول فينسخ به الخ) أقول: فإن قيل: ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الأول. قلنا: للمحرم رجحان فتأمل قوله: (أو بعده فيتعارضان) أقول: بل ينسخ الأول به فلا تمشية للسؤال وهو حاصل الجواب قوله: (وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول: على أن الإباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه قال المصنف: (إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول: الأصبع يذكر ويؤنث، فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة قوله وقالا: (يكره يعني للرجل والمرأة جميعاً) أقول: كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام «حلال لإناثهم».

---

(١) هو عجز الحديث المتقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٨٨٦ و ٢٦١٠٢ و ٥٨٤١ ومسلم ٢٠٦٨ من وجوه وأبو داود ٤٠٤٠ وابن ماجه ٣٥٩١ وعبد الرزاق ١٩٩٢٩ وأحمد ٢/ ٢٠ . ١٤٦ وابن حبان ٥٤٣٩ وأبو يعلى ٢٣٩ ومالك ٢/ ٩١٧ . ٩١٨ والبيهقي ٢/ ٤٢٢ و ٩/ ١٢٩ والبغوي ٣٠٩٩ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: أن عمر رأى حُلّة سيراء عند باب المسجد فقال: يا رسول الله لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة، وللوفد إذا قدموا عليك. فقال رسول الله ﷺ: إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة، ثم جاءت رسول الله ﷺ منها حُلَل فأعطى عمر منها حُلّة فقال عمر: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حُلّة عُطاردٍ ما قلت؟! فقال رسول الله ﷺ: إني لم أكْسُكها لتلبسها فكساها عمر أخاً له بمكه مشركاً.

هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما.

وقوله: سِيَرَاء. بكسر السين وفتح الياء. الحرير وقوله: عطارد هو صاحب الحلة يدعى عطارد بن حاجب التميمي. وأخو عمر اسمه عثمان بن حكيم، وكان أخا عمر لأمه وقيل غير ذلك، وقد اختلف في إسلامه اهـ.

أفاده ابن حجر في الفتح ٢/ ٣٧٤ كتاب الجمعة.

(٣) تقدم مستوفياً قبل حديثين.

(٤) هو المتقدم.

(٥) هو بعض حديث ابن عمر عن عمر تقدم قبل حديثين.

وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ. وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب. لهما العمومات، ولأنه من زيّ الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام. وقال عمر رضى الله عنه: إياكم وزيّ الأعاجم[١] وله ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير[٢]». وقد كان على بساط عبد اللّه بن عباس رضي اللّه عنهما مرفقة حرير، ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال. والجامع كونه نموذجاً على ما عرف. قال: **(ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما)** لما روى الشعبي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب»[٣] ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدوّ لبريقه **(ويكره عند أبي حنيفة)** لأنه لا فصل فيما رويناه. والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه

فينسخ به المحرم، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه. أقول: تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد، لأن الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جداً بل مختل المعنى، فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذٍ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح، إذ المؤخر يكون ناسخاً للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوّة، وإنما التساقط فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كل ذلك في علم الأصول، وإن أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخاً للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال. وأقول: في الجواب الذي ذكره أيضاً شيء، وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء: لبس الحرير حرام على النساء أيضاً لعموم النهي. ولما حدّث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال: أخبرني أبو ذبيان قال: سمعت ابن الزبير يخطب يقول: يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول «من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة»[٤] فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب إنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير فتأمل. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان»[٥] إشارة إلى جزئيين، فمن أين العموم؟ أجيب بأن المراد

فمن أين العموم؟ أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصاً فغيره يلحق به بالدلالة. وقوله: **(قالا: ويكره)** يعني للرجل والمرأة جميعاً، بخلاف اللبس. وقوله: **(لهما العمومات)** يريد به قوله «نهى عن لبس الحرير» وقوله: «وإنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» وما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير، فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم. فقالوا: لم أعرضت عنا؟ قال: لأني أرى عليكم ثياب أهل النار، والمرفقة بكسر الميم: وسادة

---

(١) أثر عمر. أخرجه ابن حبان ٤٥٤ وأبو يعلىٰ ٢١٣ وعبد الرزاق ١٩٩٩٤ وأحمد ١/ ٤٣ كلهم عن أبي عثمان النهدي قال: أتانا كتاب عمر ونحن بأذربيجان مع عتبة بن فرقد وفيه: وإياكم وزي العجم، وعليكم بالشمس فإنها حمام العرب، واخشوشنوا، واخلولقوا. . . الأثر.
وإسناده صحيح علىٰ شرط مسلم.

(٢) لا أصل له. ذكره صاحب الهداية وقال الزيلعي في تخريجه ٤/ ٢٢٧: غريب جداً. وأثر ابن عباس رواه ابن سعد. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢١: لم أجده اهـ يعني الخبر المرفوع

(٣) ضعيف جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٢٧: غريب عن الشعبي. رواه ابن عدي من حديث الحكم بن عمير وأعله عبد الحق بعيسىٰ بن إبراهيم وقال: هو ضعيف عندهم بل متروك.
وقال ابن القطان: وبقية بن الوليد لا يحتج به وفيه موسىٰ بن أبي حبيب ضعيف أيضاً اهـ.
قلت: هو في الكامل لابن عدي ٥/ ٢٥٠ وفيه ثلاثة ضعفاء. فهذا إسناد واه بمرة والله تعالىٰ أعلم.

(٤) حسن غريب. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٢٥٢ من حديث ابن الزبير عن عمر مرفوعاً. وزاد: قال ابن الزبير: وأنا أقول: من لم يلبسه في الآخرة لم يدخل الجنة لأن الله عز وجل يقول ﴿ولباسهم فيها حرير﴾ ورجاله ثقات معروفُون سوىٰ شيخ الطحاوي لم أجد من ترجمه.
وقد قال الطحاوي عقبه: وحديث علي وأبي موسىٰ وعبد الله بن عمر وزيد بن أرقم أخبروا أن المراد بذلك الرجال دون النساء وهو أولىٰ.
وحديث ابن الزبير الأولىٰ أن يُحمل علىٰ هذا اهـ.

(٥) تقدم في أول هذا الفصل مستوفياً.

غير ذلك، والمحظور لا يستباح إلا لضرورة. وما رواه محمول على المخلوط. قال: **(ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره)** لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخزّ، والخزّ مسدى بالحرير، ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى. وقال أبو يوسف: أكره ثوب القزّ يكون بين الفرو والظهارة، ولا أرى بحشو القزّ بأساً لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس. قال: **(وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب)** للضرورة **(ويكره في غيره)** لانعدامها، والاعتبار

الجنس، ولئن كان شخصاً فغيره ملحق به بالدلالة انتهى. أقول: فيه بحث، وهو أنه قد تقرّر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته وإشارته ترجح على دلالته، فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان»[1] الحديث ملحقاً به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقاً على الذكر والأنثى كقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[2] على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث النساء، فليزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم قوله: **(ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة. وقالا: يكره)** قال الشراح: يعني للرجل والمرأة جميعاً بخلاف اللبس. ومأخذهم الخلاصة فإنه قال فيها: والرجل والمرأة في هذا سواء. بخلاف اللبس. وعن هذا قال في النهاية، كذا في الخلاصة. وقال في معراج الدراية: ذكره في الخلاصة. أقول: تعميم قول الإمامين هنا للمرأة أيضاً مشكل، فإن قول النبي ﷺ «حلال لإناثهم»[3] ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضاً. وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ها هنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(لهما العمومات)** قال صاحب النهاية: وهي ما ذكره من قوله «نهى عن لبس الحرير»[4] وقوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[5] وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم، فقالوا: لم أعرضت عنا؟ قال: لأني رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه

الاتكاء. وقوله: **(والجامع كونه نموذجاً)** يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله إليه. وقوله: **(لا فصل فيما رويناه)** يريد به قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي». وقوله: **(والخزّ مسدى بالحرير)** قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء. وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة: الأول ما يكون كله حريراً وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعندهما يجوز وقد مرّ الوجه من الجانبين. والثاني ما يكون سداه حريراً ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره، لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً واللحمة كذلك. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب

قوله: **(يريد به قوله نهى عن لبس الحرير)** أقول: التوسد والنوم عليه ليس لبساً فكيف يستدل به، إلا أن يقال ذلك في معناه، وقد مر مثله في الفصل الأول.

---

(١) هو المتقدم.

(٢) تقدم قبل قليل من حديث ابن عمر.

(٣) تقدم في أول هذا الفصل.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٦٩ من وجوه والترمذي ١٧٢١ وأحمد ١/ ٥١ والطحاوي ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ٣/ ٢٦٩ وابن حبان ٥٤٤١ كلهم عن عمر: أنه خطب فقال: نهى رسول الله ﷺ عن لبس الحرير إلا في موضع أصبعين، أو ثلاث، أو أربع.
وأخرجه أيضاً أبو داود ٤٠٤٢ وابن ماجه ٣٥٩٣ والطحاوي ٤/ ٢٤٤ من وجه آخر عن عمر مرفوعاً.

(٥) تقدم في أول هذا الفصل وهو الحديث الثاني.

للحمة على ما بينا. قال: **(ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب)** لما روينا **(ولا بالفضة)** لأنها في معناه **(إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة)** تحقيقاً لمعنى النموذج. والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد، كيف

المذكورات، أقول: حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم، لأن مدلول كل من هذه المذكورات إنما هو حرمة لبس الحرير، والكلام ها هنا في توسده والنوم عليه، والظاهر أنهما ليسا بلبس، إلا أن يقال لمن توسد شيئاً أو نام عليه إنه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فأنى يوجد العموم، اللهم إلا أن يقال: التوسد والافتراش وإن لم يكونا لبساً في الحقيقة إلا أنهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار ملحقين باللبس عندهما، وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جداً كما لا يخفى. وقال تاج الشريعة في بيان العمومات. هي «وهذان حرامان»[١] الحديث، وقوله عليه الصلاة والسلام «لأن أتكىء على جمرة الغضا أحبّ إليّ من أن أتكىء على مرفقة حرير»[٢] وعن عليّ رضي الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية في هذا البيان. أقول: هذا أشبه من الأول، ولكن فيه أيضاً شيء، فإن العموم في الحديث الأول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرها، وأما في الأخيرين فلا، لأن الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم إلا أن ينظر في الثالث إلى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذٍ يتحمل العموم كما ترى قوله: **(والمحظور لا يستباح إلا لضرورة)** قال بعض المتأخرين: قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضاً. فحق التعبير والضرورة اندفعت إباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى، ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح إلا لضرورة فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل، إلى هنا كلامه، أقول: ليس هذا بشيء، فإن جميع مقدماته مجروح. أما قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضاً، فلأن ذلك الإيهام إنما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير الحرب أيضاً وليس فليس. وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى فلأن حق التعبير كيف يكون ذلك. ويرد عليه أن يقال: يجوز أن يكون استباحة الأعلى للتوسعة بها لا للحاجة إليها فلا بد في دفع ذلك من المصير إلى قول المصنف والمحظور لا يستباح إلا لضرورة. وأما قوله ولو حملنا المعنى إلى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلأنه إنما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى مقدراً في كلام المصنف. وأما إذا كان مضمون ذلك القول مفهوماً من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الإيجاز المخلّ في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى؛ وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة. أعني قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط. ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولأن فيه ضرورة الخ، وقد اعترف

للضرورة وهو إيقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرّة السلاح، ولا ضرورة في غيره فيكون مكروهاً. وقوله: (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة. روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جداً بأساً، قال: «خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم. وربما قام إلى الصلاة وعليه

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) غريب. بحثت عنه فيما بين يدي من الكتب وكذلك في مكتبة شيخنا المفضال عبد القادر الأرناؤوط وبحث عنه معي فلم نجده. فليحرر. والله تعالى أعلم.

وقد جاء في إباحة ذلك آثار. وفي الجامع الصغير: ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالحجر الحديد والصفر حرام. «ورأى رسول الله عليه الصلاة والسلام على رجل خاتم صفر فقال: ما لي أجد منك رائحة

به ذلك البعض في شرحه المقام. ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة، فقوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة من تمام الجواب. والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك، فلا مجال لاستباحة الخالص منه، فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى إلا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الأولى بدليلها العقلي أكثر، وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر، فلا غبار في كلام المصنف ها هنا أصلاً تأمل ترشد قوله: **(وما رواه محمول على المخلوط)** أقول: فيه نظر، لأن ما رواه ترخيص النبي ﷺ في لبس الحرير والديباج في الحرب[1] والحمل على المخلوط إن صح في الحرير لا يصح في الديباج، لأن الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريراً. قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته إبريسم. وقال الشراح: جملة وجوه هذه المسألة ثلاثة: الأول ما يكون كله حريراً وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز. والثاني ما يكون سداه حريراً ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره، فقد صرحوا في كلامهم هذا بأن الديباج ما كان كله حريراً فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه قوله: **(ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدي)** قال جمهور الشراح في تعليل هذا لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى. وقال بعض المتأخرين: وقد يقال لأن الثوب لا يكون ثوباً إلا بهما، والشيء إذا تعلق وجوده بشيئين يضاف إلى آخرهما وجوداً. أقول: لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه إلى المقدمة القائلة: إذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف إلى آخرهما وجوداً، فيكون كل مما ما ذكر دليلاً مستقلاً منقطعاً عن الآخر يرشدك إليه قول الزيلعي لأن الثوب لا يصير ثوباً إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة. أو تقول: الثوب لا يكون ثوباً إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى. لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدي معاً فالتعويل على الدليل الثاني، ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال: ولأنه بالنسج يصير ثوباً وهو باللحمة والسدي فيضاف كونه ثوباً إلى آخر الأمرين وهو اللحمة وجعلت حكماً في الإباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهراً خفي على بعض الشراح حيث علل الأول بالثاني، إلى هنا لفظ ذلك البعض. أقول: لم يصب ذلك في رأيه ها هنا، بل خرج عن سنن السداد، إذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعي بدون المصير إلى المقدمة القائلة إن الحكم إذا تعلق بشيئين يضاف إلى آخرهما، لأن النسج إنما يحصل باللحمة والسدي معاً لا باللحمة وحدها إذ النسخ إنما هو تركيب اللحمة بالسدي كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدي إلا بملاحظة تلك المقدمة. فإذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعي بدون المصير إلى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلاً مستقلاً وتلك المقدمة دليلاً آخر، فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم إياها إليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدي وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه إياه، فإن عدم اعتباره في التعليل كون

رداء قيمته أربعة آلاف درهم» وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار. وقد قال الله تعالى: ﴿قل من حرّم زينة الله

---

(١) هو المتقدم وإسناده ضعيف جداً.

الأصنام. ورأى على آخر خاتم حديد فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار»[1] ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر. إذ ليس له ثقل الحجر. وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه **(والتختم بالذهب على الرجال حرام)** لما روينا. وعن عليّ رضي اللّه عنه «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب»[2] ولأن الأصل فيه التحريم. والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة. والحلقة

اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتباراً لعدمه وعدم التفاته فيه إلى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتماداً على تقرره في كلمات المشايخ، وليس في كلامه ما يمنعه فإنه قال: والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال: وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة. والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث إضافة الحكم إلى آخر الجزءين حيث قال: لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم، بل هو باللحمة والسدي معاً جعل ما ذكره المصنف دليلاً مستقلاً بدون المصير إلى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذٍ، وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره، وما غرّه إلا عبارة الزيلعي، ولم ينظر أو لم يلتفت إلى ما وقع في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلاً واحداً منهم صاحب البدائع فإنه قال في تقرير الدليل المذكور إن الثوب يصير ثوباً باللحمة، لأنه إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدي فكانت اللحمة كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٤٢٢٣ والترمذي ١٧٨٥ والنسائي ٨/ ١٧٢ وابن حبان ٥٤٨٨ كلهم من حديث بريدة: جاء رجل إلىٰ النبي ﷺ وعليه خاتم من حديد فقال: مالي أرىٰ عليك حلية أهل النار ثم جاءه وعليه خاتم من شَبَهٍ فقال: مالي أجد منك ريح الأصنام؟ فقال: يا رسول الله من أيّ شيء اتخذه؟ قال: اتخذه من وَرِقٍ، ولا تتمهُ مثقالاً.

قال الترمذي: حديث غريب. وفي الباب من حديث عبد الله بن عمرو.

قلت: مداره علىٰ عبد الله بن مسلم. قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق يهم.

وحديث ابن عمرو الذي أشار إليه الترمذي. أخرجه أحمد ٢/ ١٦٣. ١٧٩. ٢١١ والبخاري في الأدب المفرد ١٠٢١ والطحاوي ٤/ ٢٦١ وإسناده حسن. وسياقه: أن النبي ﷺ رأىٰ علىٰ بعض أصحابه خاتماً من ذهب، فأعرض عنه، فألقاه، واتخذ خاتماً من حديد. فقال: هذا شر. هذا حلية أهل النار، فألقاه، فاتخذ خاتماً من وَرِقٍ، فسكت عنه النبي ﷺ وورد نحوه من حديث عمر. أخرجه أحمد ١/ ٢١ إلا أنه منقطع. لأن عمار بن أبي عمار لم يدرك عمر. الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق الثلاث لا سيما من حديث ثلاثة من الصحابة يصير حسناً من جهة الإسناد ويبقىٰ غريباً حيث أنه معارض بحديث: التمس ولو خاتماً من حديد. وهذا متفق عليه.

قوله: خاتم من شَبَهٍ. ورواية: من صُفْرٍ.

الشبه: النحاس الأصفر. وأما الصُّفْرُ: فهو ضرب من النحاس أيضاً وهو الجيد منه.

فائدة: وذكر ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٤١٢ عن إسحق بن منصور أنه سأل أحمد: هل يكره الخاتم من ذهب أو حديد؟ فقال: إي والله اهـ يعني أنه اعتدّ بحديث الباب.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٠٥١ والترمذي ٢٨٠٨ والنسائي ٢/ ١٨٧ و ٨/ ١٦٦. ١٦٧. ١٦٨ وابن ماجه ٣٦٥٤ والطحاوي ٤/ ٢٦٠ وابن حبان ٥٤٣٨ وعبد الرزاق ٢٨٣٦ وأحمد ١/ ٩٣. ٩٤. ١٠٤. ١٣٧ وعبد الله بن أحمد في الزوائد ١/ ١٣٣ والبغوي ٣١٣٠ من طرق عن هُبيرة بن يريم عن علي قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن خاتم الذهب والقَسّيّ والميثرة.

وإسناده جيد رجاله ثقات رجال الشيخين غير هُبيرة وهو صدوق وقد توبع. فقد أخرجه مسلم ٤٨٠ من طرق و ٢٠٧٨ وأبو داود ٤٠٤٤ و ٤٠٤٥ و ٤٠٤٦ والترمذي ٢٦٤ و ١٧٢٥ و ١٧٣٧ والنسائي ٨/ ١٦٨. ١٦٩ و ٢/ ١٨٩ وابن ماجه ٣٦٠٢ ومالك ١/ ٨٠ والطيالسي ١٠٣ وعبد الرزاق ٢٨٣٢ و ١٩٩٦٤ وأحمد ١/ ٩٢. ١١٤. ١٢٦ وأبو يعلىٰ ٢٨٦ و ٣٢٩ و ٤١٤ و ٤١٥ و ٤٢٠ والطحاوي ٤/ ٢٦٠. ٢٦٢ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٦٩ وابن حبان ٥٤٤٠ والبيهقي ٢/ ٢٤٢ و ٣/ ٢٧٤ والبغوي ٣٠٩٤ من طرق عن عبد الله بن حُنين عن علي قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن التختم بالذهب، وعن لباس القَسّيّ والمعصفر، وعن القراءة في الركوع والسجود.

وكرره ٤٨٠ ج ٢١٢ و ٢١٣ والنسائي ٢/ ١٨٨ ـ ٢١٧ وأبو يعلىٰ ٣٠٤ و ٦٠٣ و٦٠٤ والطحلوي ٤/ ٢٦٠ كلهم من رواية ابن عباس عن علي به والقَسّيّ: ثوب يحمل من مصر يخالطه الحرير اهـ مختار. والميثرة: من مراكب الأعاجم من ديباج أو حرير، وهي التي جاء فيها النهي اهـ قاله في المختار نقلاً عن أبي عبيد.

هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها. ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه. بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن، وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم. وأما غيرهما فالأفضل أن

انتهى. ومنهم صاحب المحيط فإنه أيضاً قال في تقرير ذلك: لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج إنما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوباً على اللحمة، فإذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريراً حكماً انتهى. ومنهم صاحب الكافي فإنه أيضاً جمع كما نقله ذلك البعض، ثم إنه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أو نقول إلخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للأول في المعنى والمآل، يرشد إليه أنه قال بعد ذلك: ولأن اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل إشارة إلى استقلاله، فلو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ إيراد دليل آخر مستقل لأعاد اللام فيه أيضاً تبصر قوله: **(ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه)** أقول: لمانع أن يمنع كونه في معناه، كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال، ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة. ولا يخفى أن الأدنى لا يكون في معنى الأعلى. وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه إثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجل بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي»[1] وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساوياً له فيه، ولا يجوز أن يكون أدنى منه، ولس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت قوله: **(ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب. لأنه ليس بحجر. إذ ليس له ثقل الحجر)** أقول: الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بأنه ليس بحجر مما لا حاصل له، لأن ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر، ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجراً هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة، بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق، فإن روي «أن النبي ﷺ كان يتختم بالعقيق» وقال «تختموا بالعقيق فإنه مبارك»[2] كما ذكر

التي أخرج لعباده﴾ قال: **(ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب إلخ)** لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي» ولا بالفضة لأنه في معناه. فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي» لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى ﴿قل من حرّم زينة الله﴾ الآية، ولا يفيده لأن التقييد نسخ، فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الأمة بالقبول فجاز التقييد به. وقوله: **(وقد جاء في إباحة ذلك آثار)** هو ما روي «أنه كان لرسول الله ﷺ خاتم فضة فصه منه ونقشه: محمد سطر ورسول سطر والله سطر». وعن معاذ رضي الله عنه «أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبيّ ﷺ: ما نقش خاتمك يا معاذ؟ فقال: محمد رسول الله. فقال عليه الصلاة والسلام: آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه، ثم استوهبه النبي ﷺ من معاذ فوهبه منه»، فكان في يده ﷺ إلى أن توفي، ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عمر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فأنفق مالاً عظيماً في طلبه فلم يجده» فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك. وأتى بلفظ الجامع الصغير لأداء الحصر فيه

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٧/١٤٦ . ١٤٧ والديلمي في الفردوس ٢٣٢٣ وابن الجوزي في الموضوعات ٣/٥٦ . ٥٧ كلهم من حديث عائشة.

وقال ابن الجوزي: فيه يعقوب بن الوليد قال أحمد: كان من الكذابين الكبار. وأخرجه ابن الجوزي من حديث علي وفاطمة وأنس، وأبطل أسانيدها ثم قال: قال العقيلي: لا يثبت في هذا شيء عن النبي ﷺ اهـ.

وقال السخاوي في المقاصد الحسنة ٣٢١: له طرق كلها واهية اهـ. ومن أراد المزيد فليراجع الموضوعات وكتب الواهيات والضعفاء.

يتركه لعدم الحاجة إليه. قال: (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبة لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدّ لابساً له. قال: (ولا تشدّ الأسنان بالذهب وتشدّ بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضاً. وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما. لهما «أن عرفجة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكُلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن. فأمره النبيّ عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفاً من ذهب»[1] ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة. وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم. والضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن. قال: (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها. قال: (وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يتمخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا

في الكافي وغيره. فكان التشبث بكونه حجراً أظهر نفعاً في إثبات مدعي من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه جحراً، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه: ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب. والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر، بل هو حجر، وقد روي عن النبي ﷺ أنه تختم بالعقيق، انتهى كلامه قوله: (والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين: هذا تصريح بما علم من قوله إلا بالخاتم، إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد، لأن معنى قوله إلا بالخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة، والاستثناء من النفي إثبات بلا ريب، وما ذكره ها هنا حرمة التختم بالذهب على

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال: الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي ﷺ، ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق جواب الكتاب: يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه، ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه. وقوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله: «هذان حرامان» ومن الناس من جوّز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه «أنه لبس خاتم ذهب وقال: كسانيه رسول الله ﷺ. ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حلّ التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجاً وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر. والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن ذلك» وروي «أن رسول الله ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله ﷺ وقال: لا ألبسه أبداً، فرماه الناس» وقوله: (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أي لأنه روي عن رسول الله ﷺ هكذا. وقوله: (عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله. وذكر في الأمالي مع قول محمد رحمه الله. والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم، وقوله: (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعلموا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وقد جاء في الحديث «أن النبي ﷺ كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات» فلم يكن بدعة. وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة، وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره، وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء، ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى شجر يقال له رتم فشدّ بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٢٣٢ و ٤٢٣٣ و ٤٢٣٤ والترمذي ١٧٧٠ والنسائي ٨/ ١٦٤ وأحمد ٥/ ٢٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٤٩٩ وأبو يعلى ١٥٠١ و ١٥٠٢ والطحاوي ٤/ ٢٥٧ ـ ٢٥٨ والطبراني ١٧ (٣٦٩) وابن حبان ٥٤٦٢ والبيهقي ٢/ ٤٢٥ ـ ٤٢٦ من طرق كلهم عن عبد الرحمن بن طرفة عن جده عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه... الحديث. ورجاله رجال البخاري ومسلم سوى عبد الرحمن وقد وثقه ابن حبان والعجلي وروى عنه اثنان فحديثه حسن. وقد حسنه الترمذي
وفي رواية لأبي داود ٤٢٣٣ قال يزيد بن هارون: قلت لأبي الأشهب ـ أحد الرواة ـ أدرك عبد الرحمن جدّه عرفجة؟ قال: نعم.
وورد في هذا عدة آثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٣٧.

يكره وهو الصحيح. وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة[١]. وكان ذلك من عادة العرب. قال قائلهم:

لا ينفعك اليوم إن همت بهم   كثرة ما توصي وتعقاد الرتم

وقد روي أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك[٢]. ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان.

الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله إلا بالخاتم. والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضروري. ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل.

تخني امرأتي، وإن أصابه وقد انحلّ قال خانتني، هكذا المروى عن الثقات، إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالأصبع، وكذلك الرتمة، قال الشاعر:

إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم   فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب، والله أعلم.

قال المصنف: (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول: قال العلامة الزيلعي: الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس، وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم، وهو منهي عنه، وذكر في حدود الإيمان أنه كفر انتهى.

---

(١) الرَّتيمة: خيط يُشد في الأصبع لتُستذكر به الحاجة وكذا الرتمة. بسكون التاء اهـ مختار.

(٢) باطل. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٣٨: غريب. وروى أبو يعلى عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها ربط في إصبعه خيطاً ليذكرها. ورواه ابن عدي والعقيلي وابن حبان في المجروحين وفيه سالم بن عبد الأعلى متروك. ونقل الترمذي في علله عن البخاري قوله: هو منكر الحديث. وكذا ذكر ابن أبي حاتم في علله عن أبيه قال: هو حديث باطل. وأخرجه الطبراني من حديث واثلة بن الأسقع وفيه بشر ابن إبراهيم يصنع الحديث.

وأخرجه الطبراني في الكبير من حديث رافع بن خديج وفيه غياث بن إبراهيم يصنع الحديث اهـ.

وانظر الدراية ٢/٢٢٤ وعلل أبي حاتم ٢/٢٥٢ وابن عدي في الكامل ٣/٣٤٢.

فصل في الوطء والنظر واللمس

قال: (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما، ما ظهر منها الكحل والخاتم[1]. والمراد موضعهما وهو الوجه والكف، كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها. ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع

فصل في الوطء والنظر واللمس

لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء إنما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير إذنها. وعدم جواز ذلك في الحرة إلا بإذنها، وأن تلك المسألة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل، فالمناسب أن يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضاً فيقال: فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي. والأنسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله. ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام: نظر الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة. والقسم الأولُ منها على أربعة أقسام أيضاً: نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة. ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى قوله: (قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما: ما ظهر منها الكحل والخاتم، والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول: الظاهر أن المقصود من نقل قول عليّ وابن عباس ها هنا إنما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى ﴿إلا ما ظهر منها﴾ فإن في تفسيره أقوالاً من الصحابة لا يدل على المدعي ها هنا شيء منها سوى قولهما، لكن الدلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضاً، إذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله، وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله، والمدعي جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفيها بالكلية، فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها: منها ما روي «أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فنظر إلى وجهها

فصل في الوطء والنظر واللمس

مسائل النظر أربع: نظر الرجل إلى المرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأولى على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرّة، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. قال: (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها، إليه أشار قوله ﷺ «المرأة عورة مستورة» ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله: (إلا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحساناً لقوله أرفق بالناس، قال الله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ وفسر ذلك عليّ وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم، والمراد موضعهما. وقوله: (ولأن في إبداء الوجه والكفّ ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر، والآنك: الرصاص. وقوله: (فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله ﷺ لعليّ رضي الله عنه «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والثانية عليك» يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة. وقوله ﷺ «ابصرها

فصل في الوطء والنظر واللمس

قوله: (والأولى على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة) أقول: الأولى أن يقول: إلى من لا يحل من الأجنبية الحرة قوله: (قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ وفسر ذلك) يعني فسر قوله تعالى: ﴿ما ظهر﴾.

---

(١) أثر علي. غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: لم أجده اهـ وأما أثر ابن عباس فذكره السيوطي في الدر المنثور ٥/ ٤١ وقال: أخرج سعيد بن منصور، وابن جرير، وابن المنذر. بزيادة: والقرط، والقلادة.

الرجال أخذاً وإعطاءً وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها. وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة. وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة. قال: **(فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صبّ في عينيه الآنك يوم القيامة»(١) فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم. وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك **(ولا يحلّ له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة)** لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى، بخلاف النظر لأن فيه بلوى. والمحرّم قوله عليه الصلاة والسلام «من مسّ كفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة» وهذا إذا كانت شابة تشتهى، أما إذا

ولم ير فيها رغبة»(٢) ومنها ما روي «أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق، فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: «يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه»(٣) ومنها ما روي «أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحد ابنيها بلالاً أو أنساً قال: رأيت كفها كأنها فلقة قمر»(٤) أي قطعته، فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها قوله: **(وهذا إذا كانت شابة تشتهى، أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة)** قال بعض المتأخرين: يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة، أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية

فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» أي يوفق، قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوّج امرأة **(والخافضة للجارية كالختان للغلام)** يعني أن الخافضة والختان ينظران إلى العورة لأجل الضرورة، لأن الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك. ويجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع من مرض على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله، وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه. قال: **(وينظر الرجل إلى الرجل الخ)**

قال المصنف: **(فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ)** أقول: تتميم للحديث، فإن الحديث إنما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعي ذلك، بل تحريمه عند عدم الأمن هنا، وشتان ما بينهما، فضم ذلك إليه ليتم التقريب:

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/: غريب. وهذا الوعيد ورد فيمن استمع إلى قوم وهم له كارهون. رواه البخاري وغيره.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: حديث صاحب الهداية: لم أجده.

(٢) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه ٥٠٢٩ و ٥٠٨٧ و ٥١٢٦ و ٥١٤٩ ومسلم ١٤٢٥ والنسائي ٦/ ١١٣ وابن ماجه ١٨٨٩ وعبد الرزاق ٧٥٩٢ والحميدي ٩٢٨ وأحمد ٥/ ٣٣٠ وابن حبان ٤٠٩٣ من طرق كلهم عن سهل بن سعد الساعدي قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فَصَعَّدَ النظر وصوبه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها بشيء جلست. فقام رجل فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها. فقال: هل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله... الحديث. وفيه: التمس ولو خاتماً من حديد.
والقصة معروفة أنه زوّجه على ما معه من القرآن.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٤١٠٤ والبيهقي ٨/ ٨٦ كلاهما عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبي بكر... الحديث.
قال أبو داود: هذا مرسل خالد لم يدرك عائشة.
وأخرجه البيهقي ٧/ ٨٦ من طريق ابن لهيعة عن عبيد بن رفاعة الأنصاري عن أسماء بنت عُميس أن رسول الله ﷺ دخل على عائشة فوجد عندها أختها أسماء... الحديث بنحوه.
قال البيهقي: إسناده ضعيف.
الخلاصة: حديث أبي داود مع إرساله فيه الوليد بن مسلم مدلس وقد عنعنه
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٨٦: وفيه سعيد بن بشير قال يحيى: ليس بشيء. زاد ابن نُمير: منكر الحديث اهـ. والإسناد الثاني فيه ابن لهيعة واهٍ. لكن للحديث المرفوع شواهد فهو يقرب من الحسن والله تعالى أعلم.

(٤) هذا الأثر. لم أعثر عليه وهو غريب بل منكر. والله أعلم.

كانت عجوزاً لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة. وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز، وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزاً لتمرّضه وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه. وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا، فإن كان لا يأمن عليها لا تحلّ مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة. والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة. قال: **(ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي)** للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح. وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح. والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء **(ومن أراد أن يتزوّج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها)** لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم

وإن كانت عجوزاً، إنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزاً، والأصل فيه ما روي «أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب[1]» كما ذكر في المحيط وغيره، وما روي عن أبي بكر[2] وعبد الله بن الزبير[3] كما ذكر في الكتاب، نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع مسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً عن الأئمة أو المشايخ. ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوق الفتنة وأجاب حيث قال: فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص، وهو ما ذكر في الكتاب «من مسّ كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة»[4]، قلت: المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها. أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية. أقول: يرد الاعتراض عن المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا. فإن قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى، وقد صرح به بعض الشراح، ولا يتمشى الجواب المزبور هناك. إذ الظاهر أن تلك المسألة فيما إذا كانت تشتهي، يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزاً لا تشتهى، ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلاً في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم

هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم قوله: **(خلافاً لما يقوله أبو عصمة)** يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله أن السرة أحد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة. قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول إن الركبة عورة وهو لا يقول به، وهذا ساقط لأن المصنف رحمه الله يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحداً والمأخذ متعدداً، فالمذكور يكون تعليلاً لأبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء، والركبة عورة خلافاً للشافعي رحمه الله استدلالاً بالغاية فإنها لا تدخل تحت المغيا.

---

(١) باطل لا أصل له. وقد صح خلافه فقد أخرج البخاري ٤٨٩١ ومسلم ١٨٦٦ كلاهما من حديث عائشة في بيعة رسول الله ﷺ للنساء وفيه قالت عائشة: ما مسّت كفّ رسول الله ﷺ كفّ امرأة قط، وكان يقول لهنّ إذا أخذ عليهنّ قد بايعتكنّ كلاماً اهـ واستدل النووي به على عدم جواز لمس بشرة المرأة. وقال ابن حجر في الفتح ٨/٦٣٦: روى أبو داود في مراسيله عن الشعبي: أن النبي ﷺ حين بايع النساء أتى ببرد قطري، فوضعه على يده وقال: لا أصافح النساء وعند عبد الرزاق عن النخعي مرسلاً نحوه وسعيد بن منصور عن ابن أبي حازم.

(٢) أثر أبي بكر. ذكره صاحب الهداية. وقال الزيلعي في تخريجه ٤/ ٢٤٠: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: لم أجده.

(٣) أثر ابن الزبير. قال الزيلعي ٤/ ٢٤٠: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده.

(٤) لا أصل له. ذكره الزيلعي في تخريجه ٤/ ٢٤٠ وقال: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: لم أجده.
وقد ورد في هذا أحاديث تغني عن حديث لم يوجد له أصل.

بينكما»[1] ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة **(ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها)** للضرورة: **(وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها)** لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل **(فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض)** ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان **(وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل)** لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض. قال: **(وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرته إلى ركبته)** لقوله

الأصول. فإن قلت: تلك المسألة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة. قلت: إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال، والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل، وإلا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف قوله: **(وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها)** قال بعض المتأخرين: اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اهـ. أقول: يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها، فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك قوله: **(فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها)** قال بعض المتأخرين: تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا، فإن جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى. أقول: الضمير في عليها للمرأة، ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله: **(ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها، وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها، وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة)** قال بعض المتأخرين: وقد ينوّر ذلك بإباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه، ثم قال: خطر ببالي ها هنا إشكال، وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين: إقامة الحدّ، والتحرز عن الهتك، والستر أفضل، لقوله ﷺ للذي شهد به

والفخذ عورة خلافاً لأهل الظاهر فإنهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى: ﴿فبدت لهما سوآتهما﴾ والمراد به العورة، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمداً

قال المصنف: **(والصغيرة إذا كانت لا تشتهي يباح مسها)** أقول: وحاصلة أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية. وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيراً مأموناً، لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المس سبباً للوقوع في الفتنة كالصغيرة. ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لأنها علمت بملاذ الجماع فيؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام، بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيراً، لأنه لا يؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين، لأن الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضاً أن يمسه لعدم العلم، كذا في شرح الزيلعي. وأنت خبير بأنه يجيء ما يخالفه ظاهراً في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الخنثى من الأصل قال المصنف: **(وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح)** أقول: لعل المراد إذا خاف الاشتهاء.

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٠٨٧ والنسائي ٦/ ٦٩. ٧٠ وابن ماجه ١٨٦٦ والدارمي ٢/ ١٣٤ وسعيد بن منصور ٥١٦ و ٥١٧ و ٥١٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥٥ وأحمد ٤/ ٢٤٤. ٢٤٥. ٢٤٦ والدارقطني ٣/ ٢٥٢. ٢٥٣ وابن الجارود ٦٧٥ والطحاوي ٣/ ١٤ والبيهقي ٧/ ٨٤. ٨٥ والبغوي ٢٢٤٧ كلهم عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة بن شعبة وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات. وحسنه الترمذي. وأخرجه أيضاً ابن ماجه ١٨٦٥ وابن الجارود ٦٧٦ وابن حبان ٤٠٤٣ والدارقطني ٣/ ٢٥٣ والحاكم ٢/ ١٦٥ والبيهقي ٧/ ٨٤ من طرق عن عبد الرزاق عن معمر عن ثابت عن أنس أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له النبي ﷺ. اذهب فانظر إليها فإنه أجدر. ورواية: أحرىٰ. أن يؤدم بينكما. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين وهو كما قال رجاله معروفون ثقات سوىٰ العباس بن عبد العظيم الراوي عن عبد الرزاق، فهو من رجال مسلم، وهو ثقة. وفي الباب أحاديث راجع نصب الراية ٤/ ٢٤٠ ـ ٢٤٢.

عليه الصلاة والسلام «عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته»[1] ويروى «ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه»[2] وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله، والركبة عورة خلافاً لما قاله الشافعي. والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر. وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل الكماري معتمداً فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه، وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن

عنده: «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[3] وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرقة، ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر، فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلاً لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا. ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا: يعني كون الستر أفضل يحب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به، وأما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها، لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة والزجر، فإذا ظهر الشره في الزنا مثلاً وعدم المبالاة به بإشاعته، فإخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها، فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدّ بخلاف من زلّ مرة أو مراراً متستراً متخوّفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد انتهى. أقول: ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الإشكال الذي خطر ببال ذلك القائل إلا في مادة جزئية، وهي ما إذا وصل الحال إلى إشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها. فإن الستر فيه أفضل بلا شبهة، مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضاً فكفى بذلك إشكالاً، فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود. ثم أقول في دفع ذلك الإشكال بالكلية: إن الحاجة إلى النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقاً في تحصيل إحدى الحسبتين وهي إقامة الحد بإقامة الشهادة على الزنا، إذ لا يتيسر إقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا، وإن لم تتحقق الحاجة إليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الأخرى وهي التحرز عن التهتك. فمن أراد أن ينال الحسبة الأولى يحتاج ويضطر إلى النظر إليها فيباح له النظر إليها إذا ذاك، إذ يكفي في إباحة ذلك الحاجة إليه. والضرورة بالنسبة إلى تحصيل خصوص الحسبة، ولا

فيه على العادة قوله: (لأنه لا معتبر بها) أي بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقاً بقوله وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة. وقوله: (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله، ودليل على أن

قوله: (هذا هو القسم الثاني) أقول: بل الثالث.

---

(١) أخرجه الديلمي في الفردوس ٤١١٥ بهذا: اللفظ والحارث في مسنده كما في تلخيص الحبير ١/ ٢٧٩ كلاهما من حديث أبي سعيد.
وقال ابن حجر: فيه شيخ الحارث داود بن المُحَبَّر رواه عن عباد بن كثير الشامي عن أبي عبد الله الشامي وهو سلسلة ضعفاء.
وأخرجه الحاكم ٣/ ٥٦٨ من حديث عبد الله بن جعفر بن أبي طالب وسكت عنه وقال الذهبي عقبه: أظنه موضوعاً فإن إسحق بن واصل متروك وأصرم بن حوشب متهم بالكذب.
وأخرجه الدارقطني ١/ ٢٣١ والبيهقي ٢/ ٢٢٩ كلاهما من حديث أبي أيوب وفيه سعيد بن راشد ضعيف وكذا عباد بن كثير.
وورد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً أخرجه أبو داود ٤٩٦ وأحمد ٢/ ١٨٧ والبيهقي ٣/ ٨٤ في حديث: مروا أولادكم بالصلاة . . . وآخره: وإذا زوج أحدكم خادمه عبدَهُ أو أجيره، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة. هذا سياق أبي داود وسياق أحمد: فإن ما أسفل من سرت إلى ركبتيه من عورته.
ومداره على سَوار بن داود أبي حمزة وهو صدوق له أوهام كما في التقريب.
الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع طرقه يصير حسناً والله أعلم.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٩٧

(٣) تقدم في الحدود في خبر رجم ماعز. وليس فيه: للذي شهد عنده. لأن ماعزاً هو الذي أقر على نفسه. والصواب أن النبي ﷺ قاله لِهُزال بن نعيم حين حرّض ماعزاً على الاعتراف بذلك والله تعالى أعلم.

النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «الركبة من العورة»[١] وأبدى الحسن بن عليّ رضي الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة

يتوقف إباحته على الحاجة إليه والضرورة المطلقتين: أي من كل وجه، ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها؛ ألا يرى أن من أراد أن يتزوّج امرأة فلا بأس له بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب. مع أن الحاجة إلى النظر إليها والضرورة إنما يتحققان في إقامة تلك السنة لا مطلقا لإمكان ترك تزوّجها الداعي إلى النظر إليها وإن كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الإشكال بحذافيره قوله: **(وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرّته إلى ركبته)** قال صاحب العناية: هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم. أقول: ليس الأمر كذلك، بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر إلى تقسيمه في صدر هذا الفصل قوله: **(وبهذا أن السرّة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي)** قال صاحب النهاية: وأبو عصمة هو سعد ابن معاذ المروزي، فإنه يقول: إن السرّة أحد حدّي العورة فتكون من العورة كالركبة. ثم قال: وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرّة عورة عندهما كأنه قوع سهواً لوجهين: أحدهما ما ذكرنا في تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرّة عورة بقوله إنها أحد حدّي العورة فتكون عورة كالركبة، فإن هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة. والثاني أن الشافعي علل في إثبات أن الركبة ليست من العورة إنها حدّ للعورة بقوله فلا تكون من العورة كالسرّة، لأنّ الحدّة يدخل في المحدود، وهذا تنصيص منه على ان السرّة ليست بعورة اهـ. وردّ عليه صاحب العناية حيث قال: قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم، لأن هذا تعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به، وهذا ساقط لأن المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب، وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحداً والمأخذ متعدداً، فالمذكور يكون تعليلاً لأبي عصمة، وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى. أقول: قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين، وقال نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين، وأجاب عنه كما ترى. ولم يتعرّض للوجه الآخر أصلاً فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقي الإشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه. فأقول: في الجواب القاطع لعرق الإشكال: إن في السرّة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي: إحداها أن السرّة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف هاهنا وفي كتاب الصلاة أيضا، والثانية أنهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية، والثالثة أنهما عورة، وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال:

الركبة عورة. وقوله: **(وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما)** جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رحمهما الله. وقوله: **(وقال عليه الصلاة والسلام لجرهد)** جواب عن قول أهل الظاهر. وقوله: **(ولأن الركبة)** دليل معقول على كون الركبة عورة، والباقي ظاهر. وقوله: **(لأنهما)** أي لأن النظر والمسّ فيما ليس بعورة سواء. وقوله: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه)** عكس هذا القسم الذي نحن فيه. وقوله: **(ووجه الفرق)** أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحباً وعدم نظره إليها واجباً هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالباً؛ ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما، وأن أبا حنيفة جوّز الصلاة في السفينة قاعداً لأن دوار الرأس

قوله: **(قيل عطف الشافعي)** أقول: القائل صاحب النهاية قوله: **(الكماري)** أقول: بفتح الكاف.

---

(١) غريب من حديث أبي هريرة. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢٩٧ ثم قال الزيلعي: وأخرجه الدارقطني من حديث علي بهذا اللفظ. وفيه النضر بن منصور قال شيخنا الذهبي في ميزانه: واه قال ابن حبان: لا يحتجُّ به. وفيه عقبة بن علقمة ضعفه الدارقطني والرازي. وقال ابن دقيق العيد في الإمام: عقبة هذا قال عنه أبو حاتم ضعيف. والنضر بن منصور مجهول اهـ الزيلعي.

رضي الله عنه وقال لجرهد: «وار فخذك، أما علمت أن الفخذ عورة؟»[١] ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم، وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخفّ منه في السوأة، حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن لجّ **(وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس)** لأنهما فيما ليس بعورة سواء. قال: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة)** لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدوابّ.

للأولى منهما. وهذا أصح الوجهين. وإذ قد تقرّر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حدّ للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنياً على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه، عنه، بل لا ينافي أيضاً اشتراكه معه في تعليله بقوله إنها أحد حدّي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل تقف قوله: **(وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة)** هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمر بن إسحاق قال: كنت أمشي مع الحسن بن عليّ رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة، فلقينا أبو هريرة، فقال للحسن: أكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبله، قال: فكشف عن بطنه فقبل سرته[٢]. ولو كانت من

---

(١) حسن بشواهده. أخرجه أبو داود ٤٠١٤ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والطحاوي ١/ ٤٧٥ والبيهقي ٢/ ٢٢٨ كلهم من طريق مالك عن أبي النضر عن زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد عن أبيه عن جده به
وأخرجه الترمذي ٢٧٩٧ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٧٥ عن عبد الله بن جرهد عن أبيه به وأخرجه عبد الرزاق ١٩٨٠٨ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والترمذي ٢٧٩٨ وابن حبان ١٧١٠ من طريق الثوري عن أبي الزناد عن زرعة بن عبد الرحمن عن جده جرهد به وقال الترمذي: حديث حسن. وأخرجه ابن أبي شيبة ٩/ ١١٨ والحاكم ٤/ ١٨٠ عن زرعة بن مسلم عن جده جرهد وصححه الحاكم وأقره الذهبي وعلقه البخاري ١/ ٤٧٨ فقال: ويُذكر عن جرهد عن النبي ﷺ: الفخذ عورة.
قال ابن حجر: وجَرْهَد بفتح الجيم والهاء وحديثه موصول عند مالك والترمذي وحسنه وابن حبان وصححه وضعفه البخاري في تاريخه للاضطراب في إسناده اهـ.
وله شواهد. فقد أخرج أبو داود ٣١٤٠ و ٤٠١٥ وابن ماجه ١٤٦٠ والحاكم ٤/ ١٨٠ . ١٨١ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٧٤ وفي المشكل ٢/ ٢٨٤ والدارقطني ١/ ٢٢٥ والبيهقي ٣/ ٣٨٨ بنحوه وإسناده ضعيف.
وورد عن محمد بن عبد الله بن جحش عند أحمد ٥/ ٢٩٠ والحاكم ٤/ ١٨٠ والبغوي ٢٢٥١ والطحاوي ١/ ٤٧٤ وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٥: وهذا مسند صالح وصححه الطحاوي.
وعن ابن عباس. أخرجه الترمذي ٢٧٩٦ والطحاوي ١/ ٤٧٤ والحاكم ٤/ ١٨١ وأحمد ١/ ٢٧٥ والبيهقي ٢/ ٢٢٨ وابن أبي شيبة ٩/ ١١٩ وفيه، يحيىٰ القتات وهو ضعيف.
ولكن هذه الأحاديث يقوي بعضها بعضاً فلا ينزل عن رتبة الحسن والله أعلم.
ومذهب أحمد والشافعي ومالك وأبي حنيفة أن الفخذ من الرجال عورة يجب ستره
أنظر المغني ١/ ٥٧٧ . ٥٧٨ وشرح السنة ٩/ ٢٠ وعمدة القاري ٢/ ٢٤٤.
وانظر الكلام على هذا الحديث وشواهده في نصب الراية ٤/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤ والجوهر النقي ٢/ ٢٢٨.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه أحمد ٢/ ٢٥٥ ـ ٤٢٧ ـ ٤٨٨ وفي الفضائل ١٣٧٥ والطبراني ٢٥٨٠ و ٢٧٦٤ وابن حبان ٦٩٦٥ والحاكم ٣/ ١٦٨ والبيهقي ٢/ ٢٣٢ من طرق عن عمير بن إسحق قال: كنت أمشي مع الحسن... الحديث.
وقال الهيثمي في المجمع ٩/ ١٧٧: ورواية الطبراني في آخره: فكشف عن بطنه ووضع يده على سرته.
قال الهيثمي بعد أن نسبه لأحمد والطبراني: ورجالهما رجال الصحيح غير عُمير بن إسحق وهو ثقة.
تنبيه: وقع عند الحاكم: عن ابن عون عن محمد فصححه على شرطهما ووافقه الذهبي! ظناً منهما أن محمداً هذا هو ابن سيرين والصواب أنه: أبو محمد وهي كنية عمير بن إسحق وبين ذلك البيهقي في سننه ٢/ ٢٣٢.
قلت: هذا الخبر مداره على عمير بن إسحق قال الحافظ في التقريب: مقبول اهـ.
وفي الميزان قال الذهبي: وُثق. ما روىٰ عنه سوىٰ ابن عون وقال يحيىٰ: لا يساوي حديثه شيئاً لكن يكتب حديثه. هذه رواية عباس عنه. ورواية عثمان عنه أنه. أي يحيىٰ قال عنه: ثقة. وقال النسائي وغيره: لا بأس به اهـ.

وفي كتاب الخنثى من الأصل: أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغضّ بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم. ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتباراً. فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء

العورة لما كشفها. قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال: وفي معجم الطبراني خلاف هذا: حدثنا أبو مسلم الكسي، حدثنا أبو عاصم عن أبي عون عن عمير بن إسحاق، أن أبا هريرة لقي الحسن بن عليّ رضي الله عنهم فقال له: ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبل، فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته[1] انتهى. وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العيني: قلت لا مخالفة بين الروايتين لإمكان الجمع بين المس والتقبيل. ولو سلم فذلك لأبصرنا بل يثبت مدعانا بالأولوية انتهى. أقول: كأنّ ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته ووضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل: يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرّة الحسن مسّ لها وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما، ثم بنى عليه أيضاً كلامه التسليمي: يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ها هنا وهو أن لا تكون السرّة من العورة بالأولوية. فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها، فإذا وضع أبو هريرة يده على سرّة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرّة ليست من العورة، لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن عليّ يده على سرة نفسه، وعن هذا قال: ووضع يده، بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الأولى فقبل سرته. والأسلوب المقرّر في الحكاية عن الاثنين إدخال الفاء عند الانتقال إلى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى: ﴿قالوا سلاماً قال سلام﴾ الذاريات (٢٥) وإذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرّته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الأولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته، ثم إنه إن كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وإن كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرّة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرّة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين قوله: **(وما يباح للرجل النظر إليه من الرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء)**

فيها غالب، وإذا كان كذلك، فإذا نظر الرجل إليها مشتهياً وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لأنه هو المفروض، وفي جانبها اعتباراً لقيام الغلبة مقام الحقيقة، وإذا نظرت إليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه لم ينظر، ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة. قال: **(وتنظر المرأة من المرأة الخ)** هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم: ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالباً، والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل إلى الرجل. والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهن متحققة. قال صاحب النهاية: أي في الحمام، وهذا دليل

قوله: **(عكس هذا القسم الذي نحن فيه)** أقول: هذا هو القسم الثاني في ترتيبه، وهو عكس القسم الأول.

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد. قال: **(وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل)** لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه، بخلاف نظرها

أقول: لقائل أن يقول: استواؤهما فيه ممنوع، كيف وقد مرّ أن وجه الأجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليهما إذا أمن الشهوة، ولكن لا يجوز له أن يمسهما وإن أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها. ويمكن أن يقال: المراد أنهما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فإن النبيّ ﷺ قال: «من مسّ كفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة»[١] فما ذكر ها هنا من حديث الاستواء مقتضى القياس، وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما قوله: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمن الشهوة)** قال صاحب العناية: قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه. أقول: ليس الأمر كذلك في الظاهر، إذ الظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسألة، أعني قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرّته إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر هنا ليس بعكس ذاك، وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور في صدر الفصل، ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الأول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل في خلالها الأقسام الثلاثة الأخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خيراً لم يكن فارغاً عن بيان ذلك القسم بالكلية، بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه، فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه، وإن كان مستبعداً عند من له سلامة الفطرة. ثم إن بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسألة حيث قال: ولو نكر الرجل الثاني كان أولى. أقول: ليس هذا بشيء إذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسألة بيان حال الجنس مطلقاً لا بيان بعض من أفراده، وإن كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضعين معاً تعريف الجنس لا أن ينكر الثاني ولا الأول تأمل تفهم قوله: **(وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل)** قال صاحب العناية: هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم. أقول: بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولي النهي. ولم أدر كيف خفي علي مثل ذلك. والعجب أنه قد ابتلى بمثليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه، ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد: والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما

على أنهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافاً لما يقوله بعض الناس، لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال، لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك. إلى هذا أشار في المبسوط. وقوله كنظر الرجل إلى محارمه: يعني لا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي. قال المصنف رحمه الله: **(والأول أصح)** لأن نظر الجنس أخف. قال: **(وينظر الرجل من أمته الخ)** هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر، وقيده بقوله من أمته التي تحل له، لأن حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر إليها، لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه. والعير: هو الحمار الوحشي، وخصه بالذكر لأن للأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر. وقد

قوله: **(لأن الفرض أنه لم ينظر)** أقول: متى فرض ذلك؟.

---

(١) تقدم في أوائل هذا الفصل وأنه غريب لا يوجد. كما قال الزيلعي وابن حجر.

إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال. والأول أصح. قال: **(وينظر الرجل من أمته التي تحلّ له وزوجته إلى فرجها)** وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «غضّ بصرك إلا عن أمتك وامرأتك» ولأن ما فرق ذلك من المسّ والغشيان مباح فالنظر أولى، إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير»[1] ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر[2]. وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة[3]. قال: **(وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه**

هو أشدّ قبحاً منه قوله: **(وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه)** يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها، وهذا معنى قول صاحب الكافي: حتى لا يباح لها النظر إلى ظهرها وبطنها. قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى. أقول: ذكر الفخذ ها هنا مستدرك بل مخل لأن عدم جواز نظر المرأة إلى فخذ المرأة قد تقرر في القول الأول، لأن الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل إليه من الرجل. والذي لا بدل له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الأول. وهو أن لا تنظر إلى ظهرها وبطنها أيضاً. وذكر الفخذ في هذا الأثناء يوهم جواز النظر إليه في القول الأول قوله: **(والأصل فيه قوله عليه الصلاة**

قيل هو الأهلي أيضاً. وقول ابن عمر رضي الله عنهما: الأولى أن ينظر: يعني وقت الوقاع. روي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمسّ فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأساً؟ قال لا، أرجو أن يعظم الأجر. قال: **(وينظر الرجل من ذوات محارمة إلخ)** هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها. وقال الشافعي رحمه الله في

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٩٢١ والطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٢٤٦ كلاهما من حديث عتبة بن عبد السلمي.
وقال البوصيري في الزوائد ٢/ ١٢١: إسناده ضعيف لضعف الأحوص بن حكيم اهـ.
وفيه الوليد بن قاسم الهمداني. قال في التقريب: صدوق يخطئ. وأخرجه النسائي في الكبرى ٩٠٢٩ كتاب عشرة النساء من حديث عبد الله بن سرجس.
وقال النسائي: هذا حديث منكر، وصدقة بن عبد الله ضعيف، وأخرجه البزار، والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٩٣ كلاهما من حديث ابن مسعود
وقال الهيثمي: فيه مندل بن علي ضعيف وقد وُثق وقال البزار: أخطأ مندل في رفعه والصواب أنه مرسل. وبقية رجاله ثقات.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٧ و ٢٤٦: ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي قلابة مرسلاً: إذا أتى أحدكم أهله فليلق على عجزه وعجزها شيئاً ولا يتجردا تجرد العيرين
ورواه ابن عدي وأسند تضعيف علي بن منطل عن يحيئ والسعدي والنسائي. وقال أبو زرعة أخطأ فيه مندل. ونقل العقيلي عن الأعمش أنه كذب فيه مندل وقال: أنا أخبرت به عن أبي قلابة مرسلاً اهـ.
وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٩٣. ٢٩٤ من حديث أبي أمامة وقال الهيثمي: فيه عفير بن معدان ضعيف. وأخرجه الطبراني من وجه آخر عن أبي أمامة مرفوعاً وله قصة وقال الهيثمي: فيه علي بن يزيد ضعيف.
وأخرجه الطبراني من حديث أبي هريرة وقال الهيثمي: ورواه البزار أيضاً وضعفه اهـ.
الخلاصة: هذا حديث جاء من عدة طرق وكلها واهية وبعضها أشد ضعفاً من بعض وقد ضعفه الألباني في الإرواء ٢٠٠٩ وفي آداب الزواج ص ٣٢. ٣٣.

(٢) باطل. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٨: غريب
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٩: لم أجده.
ثم قالا: وأخرج ابن عدي في الكامل، وابن حبان في الضعفاء عن ابن عباس مرفوعاً: إذا جامع أحدكن زوجته، فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العمى. وكذا رواه ابن حبان وقالا . أي ابن حجر والزيلعي .: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عنه فقال: هذا حديث موضوع وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات من طريق الأزدي عن أبي هريرة مرفوعاً وقال: قال الأزدي: فيه إبراهيم الفريابي ساقط اهـ. أنظر تلخيص الحبير ٣/ ١٤٩ وكذا أنظر ابن عدي ٢/ ٧٥ وعلل ابن أبي حاتم ٢/ ٢٩٥.

(٣) موقوف منكر. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٨: غريب جداً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٩: لم أجده.

. . . .

والسلام «غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»[(١)] قال في الكافي بعد ذكر هذا الأصل الذي هو حديث أبي هريرة[(٢)] وقالت عائشة رضي الله عنها: «كنت أغتسل أنا ورسول الله من إناء واحد، وكنت أقول بق لي بق لي[(٣)]» ولو لم يكن النظر مباحاً لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى. وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعي ها هنا بحديث عائشة رضي الله عنه فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك: قلت: لا يتم الاستدلال بهذا لأنه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معاً بل يجوز أن يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة. ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلاً منهما كان ينظر إلى فرج الآخر. كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت «قبض رسول الله ﷺ ولم ير مني ولم أر منه»[(٤)] انتهى. أقول: ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح، أما الأول فلأن قولها رضي الله عنها «وكنت أقول بقي لي بق لي وهو يقول لي بقي لي»[(٥)] يدل قطعاً على أن يكون اغتسالهما معاً، إذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر. إذ المباشر أولاً هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر. فلا معنى لطلبها من الآخر. وأما الثاني فلأن المدعي ها هنا مجرد جواز النظر إلى الفرج لا لزوم وقوعه البتة. ولا شك أن تجرّد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فإن التجرد سبب لرؤية العورة عادة. فلو لم يكن النظر إليها مباحاً للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرّز النبيّ ﷺ عن مظان الحرمة. ثم إن مجرد جواز النظر إلى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدباً على مقتضى مكارم الأخلاق. فلا تدافع بين حديثي[(٦)] عائشة أصلاً قوله: (**وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا**

القديم: لا بأس بذلك، جعل حالها كحال الجنس في النظر، وهو محجوج بحكم الظهار فإنه ثابت إذا قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي، فلو كان النظر إليه حلالاً لما كان ظهاراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة. وقوله: (**والأصيل فيه**) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (**قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ الآية**) والمراد والله أعلم مواضع الزينة، ذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الإبداء، لأن إبداء ما كان منفصلا إذا كان منهياً عنه فإبداء المتصل أولى، وذلك

قوله: (**هو القسم الثالث**) أقول: بل الرابع.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٠١٧ والترمذي ٢٧٦٩ و ٢٧٩٤ والنسائي في الكبرى كما في نصب الراية ٤/ ٢٤٥ وابن ماجه ١٩٢٠ والحاكم ٤/ ١٧٩ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة قال:
قلت: يا رسول الله ﷺ عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: احفظ عورتك إلا من زوجتك، أو ما ملكت يمينك. قال: قلت: يا رسول الله إذا كان في القوم بعضهم في بعض. قال: إن استطعت أن لا يرينّها أحدٌ فلا يرينّها. قال: قلت: إذا كان أحدنا خالياً. قال: الله أحق أن يُستحيا منه.
قال الترمذي: حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وأقره الذهبي. وهو حسن للاختلاف المعروف في سلسلة بهز عن آبائه
تنبيه: وأما بسياق المصنف صاحب الهداية فهو غريب. قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٧: لم أره بهذا اللفظ.
(٢) لعل مراده ما يأتي بعد قليل من حديث أبي هريرة: العينان تزنيان وزناهما النظر... الحديث رواه مسلم. وسيأتي تخريجه بعد أحاديث.
(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٣٢١ ح ٤٦ والنسائي ١/ ١٣٠ و ١/ ٢٠٢ والشافعي ١/ ٢٠ والحميدي ١٦٨ والطيالسي ١/ ٤٢ وأحمد ٦/ ١٠٣. ١١٨. ١٢٣. ١٦١. ١٧١. ١٧٢ وابن خزيمة ٢٣٦ وابن حبان ١١٩٥ كلهم من حديث عائشة. ورواية النسائي: كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد، يُبادرني وأبادره حتى يقول: دعي لي. وأنا أقول: دع لي. ورواية مسلم: فيبادرني حتى أقول: دع لي، دع لي. وسياق المصنف لابن حبان وغيره.
(٤) غريب. وأخرجه أحمد ٦/ ٦٣. ١٩٠ من حديث موسى بن عبد الله الخطمي عن مولاة لعائشة عن عائشة قالت: ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط. وإسناده غير قوي لجهالة مولاة عائشة هذه وفي الرواية الأولى لأحمد قال: عن مولى لعائشة. فهذا اضطراب أيضاً مع جهالة راويه. والله أعلم.
(٥) تقدم قبل حديث واحد.
(٦) الحديث الأول لعائشة هو: كنت أغتسل أنا والنبي ﷺ. والثاني هو: لم ير مني ولم أر منه اهـ هذا مراد المصنف.

والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها). والأصل فيه قوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهنّ إلا لبعولتهنّ﴾ الآية، والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب. ويدخل في ذلك الساعد

ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول: كان الأنسب أن لا يذكر الفخذ ها هنا. فإنه لما تقرر فيما مرّ عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً: أي وإن كان ذا رحم محرم منه إلى ما بين سرّته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبتها بالأولوية، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرّة والركبة حيث قال: ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها، ولا يمس شيئاً من ذلك انتهى. وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ها هنا. فإن قلت. المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاماً مما تقدم. قلت: فحينئذٍ كان الأنسب أن يقال: بدل وفخذها ما بين سرتها إلى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرّة والركبة منها ومسها انتهى، فإن فيه عموم الإفادة. فإن قلت: المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في إفادة حرمة النظر إلى ما عداه أيضاً مما بين السرّة والركبة بالأولوية. قلت: فحينئذٍ كان الأحق الاكتفاء بذكر الركبة، فإن حكم العورة في الركبة أخفّ منه في الفخذ، وفي الفخذ أخفّ منه في السوءة كما تقرر فيما مر، فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر. وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوءة أيضاً دلالة بالأولوية لكونهما أقوى منها في حرمة النظر. ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسألة فقال: وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات، وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة، والنكتة فيه شمول المسألة للمحرم بسبب كما سيجيء، وجعل المحرم ها هنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل. أما أولاً فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسألة مختصاً بالمحرم بنسب، إذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا محال لأن تكون النكتة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسألة للمحرم بسبب. لأن النكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص إلى العموم. وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسألة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى، وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ها هنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد. فإن كلاً من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع. أما الأول فلأنه قال في المغرب: المحرم الحرام والحرمة أيضا. وقال في النساء في هذا الباب سبعة أنواع. نوع منهن المنكوحات، ونوع منهن المملوكات، ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنت والعمة والخالة، ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة، ونوع منهن مملوكات الأغيار، ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الأجنبيات الحرائر، ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اهـ. ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم بلا محرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم، وقوله من لا رحم لهن ولا محرم،

كقوله تعالى: ﴿ولا القلائد﴾ في حرمة تعرض محلها. وقوله: (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه إلى آخره، ويدخل في ذلك: أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والأذن والعنق والقدم، لأن كل ذلك موضع الزينة؛ أما الرأس فلأنه موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك، والأذن موضع القرط، والعضد

والأذن والعنق والقدم. لأن كل ذلك موضع الزينة، بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدّى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقلّ للحرمة المؤبدة فقلماً تشتهى، بخلاف ما وراءها، لأنها لا تنكشف

وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح. وقال في فتاوى قاضيخان: ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدّات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سرتها إلى أن تجاوز الركبة. وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الأب والجد وإن علا وزوجة الابن وأولاد الأولاد وإن سفلوا، وابنة المرأة المدخول بها، فإن لم يكن دخل بها فهي كالأجنبية انتهى. ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام، إذ لا معنى لأن يقال: كل ذات حرام: أي صاحبة حرام، لأن الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لإضافة الذات إليه. وأما الثاني فلأنة إنما لا يلائمه تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه. وأما إذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى. والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني، ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسألة حيث قال: وأما النظر إلى ذوات محارمه فنقول: يباح النظر إلى موضع زينتها الظاهرة والباطنة. ثم قال: وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات والبنات والجدّات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت: أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى. فإنه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف نفسه، ثم إن التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده، ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام، ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة. وأما إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافياً للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله: **(والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ الآية النور (٣١))** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقوله والأصل فيه: أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ الآية النور (٣١). وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر، لأن الآية المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر إلى مواضع الزينة، ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز، وإنما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ الآية النور (٣٠) كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال: ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرّة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ الآية النور (٣١). فبقى غض البصر

موضع الدملج، والساعد موضع السوار، والكفّ موضع الخاتم، والخضاب والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب، بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست مواضع الزينة، وباقي كلامه واضح. وقوله: **(لوجود المعنيين)** يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه: أي في المحرم. وقوله في الأصح متعلق بقوله أو سفاح، لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح، فإن بعض مشايخنا رحمهم الله قال: لا يثبت حلّ المسّ والنظر بالمصاهرة سفاحاً، لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة، لأنه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانياً، . والأصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد، ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقبة لأنها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه

عادة. والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا. قال: (**ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها**) لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة (**إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة**) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه الصلاة والسلام «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش»[1]، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب. (**ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن**) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها»[2]. وقوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يخلونّ رجل بامرأة

عما وراءها مأموراً به. وإذا لم يحل النظر فالمس أولى لأنه أقوى انتهى، أو آية الظهار كما أشار إليه صاحب المحيط حيث قال: ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك. والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزوراً. وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت كظهر أمي، ولولا أن ظهرها محرم عليه نظراً ومساً لما سمى الظهار منكراً من القول وزوراً. وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل قوله: (**ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة. فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدّى إلى الحرج**) قال بعض المتأخرين: وتقرير هذا الدليل واضح، إلا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه إذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان، فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك، ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه. أقول: مراد المصنف بقوله إن البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان، لا أنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال: وأما حكم الدخول في بيت الغير

قال: (**ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المقتضي للإباحة**) وهوالحاجة إلى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة. وقوله: (**إلا إذا كان يخاف عليها**) استثناء من قوله ولا بأس، وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام «فوق ثلاثة أيام» صلة، لأن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً فكان كقوله تعالى: ﴿فإن كنّ نساء فوق اثنتين﴾ وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لأن في المسافرة خلوة. وقوله: (**فإن احتاج إلى الإركاب**) أي إركاب ذوات

قوله: (**لأنه لما ظهرت خيانته الخ**) أقول: فيه بحث، ثم الظاهر أن يقال: ولأنه الخ.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٥٧ ح ٢٠ وكذا البخاري ٦٦١٢ وابن حبان ٤٤٢٠ وأحمد ٢/ ٢٧٦ والبيهقي ٧/ ٨٩ و ١٠/ ١٨٥ . ١٨٦ كلهم عن ابن عباس قال: ما رأيت شيئاً أشبه باللمم معاً قال أبو هريرة عن النبي ﷺ: إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان النطق، والنفس تمنّىٰ وتشتهي والفرج يصدق ذلك ويكذبه. ورواية لمسلم ح ٢١ وفيه: واليد زناها البطش والرجل زناها الخطا. . . الحديث.

وورد بألفاظ أخرىٰ عند ابن حبان ٤٤١٩ و ٤٤٢١ و ٤٤٢٢ وأحمد ٢/ ٣١٧ . ٣٤٩ . ٣٧٩ . ٤١١ . ٣٧٢ . ٣٤٤ . ٤١٢ . ٣٤٣ وسياق المصنف. أي صاحب الهداية لرواية أحمد الأخيرة هذه ٣٤٣ وأتم منه والحديث هو عن أبي هريرة في طرقه كلها.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٤٠ وأبو داود ١٧٢٦ والترمذي ١١٦٩ وابن ماجه ٢٨٩٨ والدارمي ٢/ ٢٨٦ وابن خزيمة ٢٥١٩ وابن حبان ٢٧١٩ والبيهقي ٣/ ١٣٨ والبغوي ١٨٥٠ كلهم من حديث أبي سعيد

وورد من حديث أبي هريرة بنحوه. أخرجه مسلم ١٣٣٩ وأبو داود ١٧٢٥ وابن حبان ٢٧٢١ وابن خزيمة ٢٥٢٧

ومن حديث ابن مسعود أخرجه ابن حبان ٢٧٢٠ وإسناده غير قوي. ومن حديث ابن عمر أخرجه البخاري ١٠٨٧ وأبو دادو ١٧٢٧ وابن خزيمة ٢٥٢١ وابن حبان ٢٧٢٩ والبيهقي ٣/ ١٣٨

ومن حديث ابن عباس. أخرجه ٣٠٠٦ و ٥٢٣٣ ومسلم ١٣٤١ والشافعي ١/ ٢٨٦ وأحمد ١/ ٢٢٢ وابن حبان ٢٧٣١ وابن خزيمة ٢٥٢٩ والطحاوي ٢/ ١١٢.

فهذا حديث مشهور بل هو متواتر علىٰ رأي قوم فإن له طرقاً أخرىٰ تركتها خشية التطويل والله الموفق.

ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»[1] والمراد إذا لم يكن محرماً، فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة. فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً أو ظناً أو شكاً فليجتنب ذلك بجهده، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان. قال: **(وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه)** لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب. وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرّة وقال: ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر[2]؟ ولا يحلّ النظر إلى

فالداخل لا يخلو إما أن يكون أجنبياً أو من محارمه، فإن كان أجنبياً فلا يحل له الدخول فيه، ثم قال: وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة، ثم قال: إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر، لأن المحرّم مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها شرعاً انتهى. فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام، والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفي في التأدّي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعاً فلا إشكال قوله: **(والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه)** يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة، كذا في الشروح. وفي عبارة بعضهم: يعني الحرج وقلة الرغبة. قال تاج الشريعة: فإن قلت: فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في

المحارم، والأصل في ذلك أن لا يجوز مسّ ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر، لكنه جاز «لأن النبي ﷺ كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول: أجد منها ريح الجنة» وكان ذلك لا عن شهوة قطعاً، فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن. قال: **(وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ)** هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح. وقوله علاها: أي

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في تخريجه ٤/٢٤٩ وقد أخرجه الترمذي ٢١٦٥ والنسائي في الكبرىٰ ٩٢٢٥ وأحمد ١/١٨ والحاكم ١/١١٤ كلهم من حديث ابن عمر أن عمر خطب بالجابية فقال: يا أيها الناس. قمت فيكم كمقام رسول الله ﷺ فينا. فقال: أوصيكم بأصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتىٰ يحلف الرجل ولا يُستحلف، ويشهد الشاهد ولا يُستشهد. ألا لا يخلونَّ رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان. عليكم بالجماعة، إياكم والفرقة، فإن الشيطان مع الواحد، وهو مع الاثنين أبعد. وقال الترمذي: حسن صحيح غريب وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وأخرجه الحاكم ١/ ١١٤ ـ ١١٥ عن سعد بن أبي وقاص عن عمر به

وأخرجه الحميدي ٣٢ عن سليمان بن يسار عن أبيه عن عمر به.

وأخرجه الطيالسي برقم (٧) وأحمد ١/٢٦ والنسائي في الكبرىٰ ٩٢١٩ و ٩٢٢٠ و ٩٢٢١ وابن حبان ٤٥٧٦ من طرق عن جابر بن سمرة عن عمر به.

وأخرجه النسائي في الكبرىٰ ٩٢٢٢ و ٩٢٢٣ عن ابن الزبير عن عمر به

وورد من حديث عامر بن ربيعة وغيره أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٠ . فالحديث جيد بمجموع طرقه

(٢) باطل بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٠: غريب. وأخرج البيهقي عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد حدثته قالت: خرجت امرأة متجلببة مختمرة فقال عمر: من هذه المرأة؟ فقيل له: جارية لفلان ـ رجل من بنيه ـ فأرسل إلىٰ حفصة. فقال: ما حملك على أن تخمري هذه الأمة حتىٰ هممت أن أقع بهما لا أحسبها إلا من المحصنات، لا تشبهوا الإماء بالمحصنات وقال البيهقي: والآثار بذلك عن عمر صحيحة اهـ.

قلت: وما ذكره صاحب الهداية عن عمر غريب. لأن معنى: يادفار. أي يا منتنة. وحاشا الله أن يحتقر عمر إماء الله. أو أن يضربهنّ بدون ذنب يستحق الضرب. والصواب رواية البيهقي حيث ساقه من طرق. أنظر سنن البيهقي ٢/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠ عن رواية صاحب الهداية عن عمر: لم أجده.

بطنها وظهرها خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل إنه يباح إلا إلى ما دون السرّة إلى الركبة، لأنه لا ضرورة كما في المحارم، بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء. ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف، وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في

الحرز. قلت: لا يقطع عند البعض. وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع، ذكر خواهر زاده أن المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض، انتهى كلامه. واقتفى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما. أقول: ليس الجواب بتام، أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلأن عدم القطع عند البعض هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مرّ في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه، وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة، ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى. وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع، وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده، فلأنه إن لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه، فإن وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته، ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع، فالأولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال: وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم. والأصل فيه قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[(١)] وروي «أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: ليلج عليك فإنه عمك أرضعتك امرأة أخيه»[(٢)] انتهى. وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لأن الله تعالى سوّى بينهما ﴿فجعله نسبا وصهرا﴾ الفرقان (٥٤) قوله: (**وقوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يخلونّ رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»[(٣)] والمراد إذا لم يكن محرما**) أقول: لقائل أن يقول: كون المراد إذا لم يكن محرما ليس بأجلي من أصل المسألة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجاً، فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى، ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله: (**والخصيّ في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله**) قال الشارح العيني: ها هنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة

ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرّة. وقوله: (**خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى ما دون السرّة إلى الركبة**) وجهه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا في موضع المئزر. وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب. وقوله: (**وأما الخلوة بها والمسافرة معها**) يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه: فمنهم من قال: يحلّ واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (**وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن**)

---

(١) صحيح. تقدم مستوفياً في محرمات النكاح وفي الرضاع. رواه الشيخان وغيرهما.

(٢) أخرجه البخاري وغيره وتقدم في الرضاع.

(٣) تقدم تخريجه في متن الهداية في الأعلى. وأنه بهذا اللفظ غريب والصواب ما ذكرته.

المحارم، وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن، وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة. قال: (**ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي**) كذا ذكره في المختصر، وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل. قال مشايخنا رحمهم الله: يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة، ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة. قال: (**وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد**) ومعناه بلغت، وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة. وعن محمد أنها إذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء. قال: (**والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل**) لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة

في مصنفه عن ابن عباس قال: حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال: خصاء البهائم مثلة، ثم تلا ﴿ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾[١] النساء (١١٩) وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره في كتاب الحج. الثاني أن هذا لا يدل على مدعاكم، فإن كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل، إلى ها هنا كلامه. أقول: كل من إيراديه ساقط[٢]. أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد، وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال، وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال، وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع، ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق. حتى قالوا إنه فوق المسند، ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض، فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولاً عندنا، وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضاً مقبول على القول المختار من أصحابنا. وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات، فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعي أظهر من أن يخفى. ثم أقول: ولكن بقي ها هنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه

يعني التي لا مدفع لها (**وفي المحارم مجرد الحاجة**) أي نفس الحاجة لا الضرورة. وقوله: (**ولا بأس بأن يمس ذلك**) أي المواضع التي يجوز النظر إليها (**إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا في المختصر وأطلق في الجامع**) لفظ الجامع الصغير فقال: رجل أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين، والباقي واضح. وقوله: (**وكذا المخنث في الرديء من الأفعال**) يعني من يمكن غيره من نفسه، احترازاً عن المخنث الذي في أعضائه

---

(١) لا أصل له عن عائشة. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٠: غريب عن عائشة. وقد رواه ابن أبي شيبة في أواخر كتاب الفضائل بسنده عن ابن عباس موقوفاً. وأسنده عبد الرزاق عن شهر بن حوشب قوله وعن مجاهد. وقال الزيلعي: واستدل المصنف - أي صاحب الهداية - على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل وليس بدليل ناجح. اهـ.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠: لم أجده عن عائشة. اهـ.
قلت: والراوي عن ابن عباس لم يسمّ فهو واهٍ لجهالته.
تنبيه: وقع في الأصل للمصنف: أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس.
والصواب: أسباط بن محمد وابن فضل عن مطرف. إلخ.

(٢) قلت: لا. بل ما قاله البدر العيني سبقه الزيلعي إليه كما تقدم في هذا الخبر. وهو ليس من قبل المرسل حيث لم يقل أبو حنيفة أو محمد أو أبو يوسف بلغنا عن عائشة، أو نحو ذلك، وإنما وجد في بعض كتب الفقه وتداوله الفقهاء. والأصل ذكر إسناد له ولو كان مرسلاً. لا سيما وقد قال ابن حجر: لم أجده. وأما من جهة المعنى فلا استدلال فيه كما قال البدر العيني والإمام الحافظ الزيلعي رحمهما الله. لكن هذا لا يعني أنهما قصدا جواز نظر الخصي إلى الأجنبية وإنما أرادا بيان عدم صحة الخبر الموقوف وعدم صحة الاستدلال به وأما النظر فهو غير جائز بعموم آيات وأحاديث أخرى والله تعالى أعلم. وسيذكر المصنف وكذا صاحب الهداية آيات في هذا الشأن فالعمدة في ذلك عليها والله ولي التوفيق.

فلا يبيح ما كان حراماً قبله ولأنه فحل يجامع. وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فحل فاسق. والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه. والطفل الصغير مستثنى بالنص. قال: (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها. وقال مالك: هو كالمحرم. وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان. ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت. والمراد بالنص الإماء، قال سعيد والحسن وغيرهما: لا تغرّنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور.

أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا السماع أوالكذب، والثاني منتف فتعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطىء ويصيب، والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس، ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرّر في علم الأصول حيث قالوا: ولأنه فحل يجامع، ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فيكف يتم الاستدلال به قوله: (وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين: ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها: أي يفعل الإنزال، ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى. أقول: الصواب ما فعله العيني، لأنه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الإنزال كان هذا الفعل المتعدى منزلاً منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطي: أي يفعل الإعطاء، ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا، إذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الإنزال، فإن هذا يتحقق بإنزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لا محالة، وإنما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمني حتى يتم المطلوب قوله: (والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها، كذا في شرح تاج الشريعة. وقال بعض الفضلاء: أي في المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى. أقول: الحق ما قاله تاج الشريعة. أما أولا لأنه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة: أعني الخصي والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣٠) وكذا قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ النور (٣١) الآية، فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان حمله على الثلاثة جميعا، ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكر في حيزها تلخيصا لذلك التفصيل، وهذا إنما يتصور هنا إذا كان كلام المصنف هذا ناظرا إلى مجموع الصور الثلاث المارة لا إلى الصورة الثالثة وحدها. سيما لو أريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المخنث

لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء فإنه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله في ترك مثله مع النساء استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال﴾ قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل هو المجبوب الذي جفّ ماؤه، وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همه بطنه وفيه كلام فإنه إذا كان شاباً ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهوته. والأصح أن نقول قوله تعالى: ﴿أو التابعين من المتشابهات﴾ وقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ محكم نأخذ به، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى: ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ أي لم

قال المصنف: (والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول: أي في المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام قال المصنف: (بمحكم كتاب الله تعالى) أقول: إطلاق المحكم لعله على التشبيه قوله: (أي لم يطلعوا) أقول: فقوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع.

قال: (ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة

بالمعنى الغير المذكور فيما مرّ على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فإنه لا يكون حينئذٍ للكلمة الحاص مساس بما قبلها كما لا يخفى على ذي فطنة.

قوله: (والمراد بالنص الإماء. قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرّنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور)[1] قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده النسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه. وردّه صاحب الغاية حيث قال: أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف. وقال بعضهم في شرحه: إنما أطلق السعيد ليتناول السعيدَين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وفيه نظر، لأنه يلزم حينئذٍ أن يكون للمشترك عموم في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم، ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل، ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح: والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل، والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي إنما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في إطلاق واحد كما تقرّر في علم الأصول، وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح. وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح: ونظر صاحب الغاية فيه. قلت: نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم، أما وروده فلأنه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة، وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير. وأما أن تعليله غير مستقيم فلأنه ادّعى فيه لزوم عموم المشترك، ولا نسلم ثبوت الاشتراك ها هنا لأن الاشتراك ما وضع لمعان انتهى. أقول: كلا دخليه ليس بشيء. أما الأول فلأنه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير، فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة إطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما، وإلا لما كان علماً لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة إظهار المراد وتعيينه، وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ها هنا للسعيدين كما ذهب إليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الإطلاق. وأما الثاني فلأن لفظ سعيد علم مشترك، والأعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ها هنا. وقوله لأن الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئاً، لأنه إن أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضاً بلا ريب، وإن أراد بها الصور العقلية المقابلة للأعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك، فإن المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد: أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له، والأمر في العلم المشترك كذلك فإنه لا يتناول

يطلعوا: أي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها. وقوله: (ولا يجوز للمملوك) واضح. وقوله: (والمراد بالنص الإماء) يريد بالنص قوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير. قال في النهاية: أطلق اسم سعيد (ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن وغيرهما) سمرة بن جندب (لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور) ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ فلو دخلوا في قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ لزم التعارض. وعورض بأن نظر الإماء

قوله: (ليتناول السعيدين) أقول: فيلزم الجمع بين معنيي المشترك قوله: (والحسن وغيرهما الخ) أقول: عطف على سعيد في قال سعيد قوله: (فلو دخلوا في قوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ لزم التعارض) أقول: فيه بحث، كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله: ﴿قل للمؤمنين﴾ ﴿إلا لبعولتهن﴾ الآية تأمل، فالجواب بأنه مستثنى الجواب.

---

(١) أثر ابن المسيب. أخرجه ابن أبي شيبة كما في الدر المنثور للسيوطي ٥/ ٤٣ والدراية ٢/ ٢٣٠ وذكرا عن الحسن نحوه. ولم يذكر أحد أنه ورد عن سعيد بن جبير.

إلا بإذنها[1]، وقال لمولى أمة: اعزل عنها إن شئت[2]، ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلاً للولد ولهذا تخير في الجبّ والعنة، ولا حق للأمة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح.

مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف في موضعه. ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الإماء بوجه آخر حيث قال: ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣١) فلو دخلوا في قوله عزّ وجل ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ النور (٣١) لزم التعارض انتهى. أقول: ليس ذاك بصحيح. أما أولاً فلأنه ينتقض بخطاب الإناث أيضاً بقوله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ النور (٣١) فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الإماء أيضاً في قوله عز وجل ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ النور (٣١) بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ النور (٣١) مع أن دخول الإماء فيه مجمع عليه، وأما ثانياً فلأن اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣١) دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من يجب غضّ البصر عنه وهو الذي منع النظر إليه، فإن كلمة من في قوله تعالى: ﴿من أبصارهم﴾ للتبعيض كما صرح به المفسرون. فكأن المعنى يغضوا بعضاً من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر إليه، فلو دخل الذكور من المماليك في قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً، وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الإجمال. وهو معنى صحيح حسن مقرّر على كل حال، فإن قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا، وكذا نظائره من قوله تعالى: ﴿إلا لبعولتهن أو آباء بعولتهن﴾ النور (٣١) إلى آخر الآية كلها مبنية للإجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق قوله: (ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوّج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها. قال في البدائع، وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه، ولا يجوز البخس بحق الإنسان من غير رضاه. ووجه قول

إلى سيدتهن استفيد من قوله تعالى ﴿أو نسائهن﴾ فلو حملت هذه الآية على الإماء لزم التكرار، وبأن الإماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾ وجب أن لا تكون مراده من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ أيضاً، لأن البيان إنما يحتاج إليه في موضع الإشكال، ولا يشكل على أحد أن للأمة أن تنظر إلى سيدتها كالأجنبيات. والملك إن لم يزد توسعة فلا أقل أن يزيد تضييقاً، وأجيب عن الأول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتي في صحبتهن، لأنه ليس لمؤمنة أن تتجرّد بين يدي مشركة أو كتابية، كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٩٢٨ وأحمد ١/ ٣١ والبيهقي ٧/ ٢٣١ كلهم عن محرر بن أبي هريرة عن أبيه عن عمر مرفوعاً.
وقال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠ وفي تلخيص الحبير ٣/ ١٨٩: قال الدراقطني في علله: وهم فيه ابن لهيعة ـ والصواب الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن عمر. ليس فيه ابن عمر اهـ.
فالحديث المرفوع واهٍ. لكن ورد عن ابن عباس، وابن مسعود، وابن عمر موقوفاً عليهم، وكذا عن عمر فهذا يستأنس به في هذا المقام أنظر تلخيص الحبير ٣/ ١٨٨.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٣٩ من عدة طرق وأحمد ٣/ ٣١٢، ٣٨٦ كلاهما من حديث جابر قال: أتى رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي جارية وأنا أكره أن تحمل فقال: أعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قُدّر لها، فلبث الرجل، ثم أتاه فقال: إن الجارية قد حبلت فقال: قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قُدّر لها.
هذا لفظ مسلم.

....

أبي حنيفة أن الكراهية في الحرة لمكان خوف موت الولد الذي لها فيه حق. والحق ها هنا في الولد للمولى دون الأمة. وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة. قلنا: نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال؛ ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير إنزال ولا يكون لها حق الخصومة، فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى. وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال: أقول: إنما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه. بخلاف العزل فإنه بصنعه ولهذا يحتاج إلى رضاها، في العزل لا فيه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة، إذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها؛ ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الجبّ والعنة بلا خلاف وإن لم يكونا بصنع الزوج، فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير إنزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال، فكذا في العزل تدبر.

أو غيرها، والنساء كلهن في حلّ نظر بعضهن إلى بعض سواء، والمراد من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ الإماء. وعن الثاني بأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتي تسافر من غير محرم، فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدي أمتها، ولم يزل هذا الإشكال بقوله أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، والباقي واضح والله أعلم.

فصل في الاستبراء وغيره

قال: (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى

فصل في الاستبراء وغيره

قال الشراح: أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد، والمقيد بعد المطلق. وقال بعض الفضلاء: فإن قلت: أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة، فإنه يتضمن اللمس، فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأنهم ما قالوا: لأن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق، بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه، فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق، وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق، وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصوّر أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق. وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال: الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية. وأما الثاني فلأن مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه، وأيضاً لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء، لأن النهي عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً، فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً، كما لم يذكر فيه النهي عن الوطء استقلالاً. ثم أقول: الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء، فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الإنزال أخرج فينزل خارج الفرج، وأن مرادهم بالوطء المقيد ها هنا ما قيد بزمان، فإن الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه، وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسألة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل قوله: (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول: في إطلاق هذه المسألة نظر، فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به، وسيظهر مما ذكروا في

فصل في الاستبراء وغيره

أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق؛ يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل. وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة، كانت به وقعة للنبي ﷺ. الاستبراء واجب، وله سبب وعلة وحكمة. أما وجوبه فبحديث سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يستبر أن بحيضة». ووجه الاستدلال به أنه ﷺ نهي عن الاستمتاع أبلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون إلا للوجوب. وأما سببه فهو

فصل في الاستبراء وغيره

قوله: (لأنه احتراز عن وطء مقيد، والمقيد بعد المطلق) أقول: فإن قلت: أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللمس، فالنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل. ثم قوله وطء مقيد: أي مقيد بزمان قال المصنف: (والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالي الخ) أقول: جمع الحائل وهي التي لا حبل لها. وقيل: إنما قال الحيالى لتزاوج الحبالى. والقياس أن يقال: الحوائل لأنها جمع حائل، ونظيره الغدايا والعشايا، كذا في شرح الكاكي، والقياس الغدوات قوله: (مع وجود الملك المطلق) أقول: تأمل في مدخلية هذا القيد في

يستبرأن بحيضة»[1] أفاد وجوب الاستبراء على المولى، ودلّ على السبب في المسببة وهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت

حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصورة داخلة في إطلاق هذه المسألة كما ترى. فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور قوله: (لأنه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء: في الحصر كلام. فإن السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية، فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء الملك حينئذٍ انتهى. أقول: كلامه ساقط، إذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد، فالمعنى لأنه أي استحداث الملك واليد هو الموجود الصلاح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع. فإن ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية إنما تقتضي أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً عليها، على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لأن كونها مسبية إضافة والإضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبر ذلك أنسدّ باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص؛ فلم يبق ها هنا إلا كونها مملوكة رقبة ويداً وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى. ثم إن قول ذلك القائل فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء المملك حينئذٍ ممنوع أيضاً، فإن علة الاستبراء هي إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب، فمن أين كان استبراء المملك قبل

استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص، وأما علته فهي إرادة الوطء. فإنه لا يحل إلا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه. وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغيّ، وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملاً للحال على الصلاح، أما الحكمة لا فلا تصلح لإضافة الحكم إليها لتأخرها

إفادة النهي الوارد على أبلغ وجوب الانتهاء فإنها ليست بظاهرة، إلا آن يقال: لو لم يوجد ذلك لكان النهي لتأكيد الوجوب المعلوم سابقاً قوله: (وذلك لا يكون إلا للوجوب) أقول: أي لوجوب الانتهاء قوله: (لأنه هو الموجود في مورد النص) أقول: في الحصر كلام، فإن السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية، فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء الملك حينئذٍ، نعم يلحق به الإرث والوصية فتأمل قال المصنف: (وهو أن يكون الولد الخ) أقول: أي الاستبراء لأن يكون الولد الخ، وحذف الجار مع أن وأن قياس قال المصنف: (لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعي قوله: (وإنما قيد بذلك، إلى قوله: على الصلاح) أقول: قوله حملاً تعليل لقوله وإنما قيد، وقوله فإن الجارية تعليل لقوله كذلك قوله: (ولتأخرها عنه) أقول: ولبطء منها.

---

(1) صحيح. أخرجه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢/ ١٧١ والحاكم ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٥/ ٣٢٩ كلهم من حديث أبي سعيد: أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس: لا توطأ حامل حتىٰ تضع، ولا غير ذات حمل حتىٰ تحيض حيضة. صححه الحاكم وأقره الذهبي. مع أن فيه شريكاً وهو سيء الحفظ لكنه صدوق وله شواهد. فقد أخرجه الطيالسي ١٦٧٩ من حديث جابر مختصراً وأخرجه أبو داود ٢١٥٨ و ٢١٥٩ والدارمي ٢/ ٢٣٠ وابن أبي شيبة ١٢/ ٢٢٢. ٢٢٣ و ١٤/ ٤٦٥ وابن سعد ٢/ ١١٤. ١١٥ وابن حبان ٤٨٥٠ بنحوه وأحمد ٤/ ١٠٨. ١٠٩ والطحاوي ٣/ ٢٥١ والبيهقي ٩/ ٦٢ من طرق كلهم من حديث رُوَيفع بن ثابت الأنصاري وإسناده حسن رجاله ثقات.

وكذا أخرجه الترمذي ١١٣١ من طريق آخر من حديث رُوَيْفع مختصراً.

وفي الباب من حديث ابن عباس أخرجه الحاكم ٢/ ١٣٧ وصححه، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

وله طرق أخرىٰ أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٢. ٢٥٣ ساقها كلها بألفاظ متقاربة والمعنى واحد فهو صحيح.

النسب، ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء، والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك

مباشرته السبب ظاهراً. ولئن سلم كونه ظاهراً بالنظر إلى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه، فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المملك، بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فإن مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي في الكتاب قوله: (**وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه**) أورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم إمكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ها هنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى؟ أقول: ليس هذا بشيء إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أيّ ماء انعلق يرشد إليه قول المصنف والأنساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد يدري أنه منه أو من غيره انتهى. والذي ينكرونه إنما هو اختلاط الماءين اختلاطاً حقيقياً، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله: (**وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب**) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه، وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية: قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب: أي المراد من توهم الشغل بماء محترم، وهو أن يكون الولد بحيث يمكن إثبات نسبه من غيره انتهى. أقول: فيه خلل، فإن تفسيره المذكور يشعر بإرجاعه ضمير هو إلى توهم الشغل بماء محترم، وليس بسديد لأن الأمر في حقيقة الشغل بماء محترم أيضاً كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل، على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع إلى توهم الشغل على مقتضى تقريره، ولا يتم المعنى بدون ذلك، إذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل. وقال بعض الفضلاء: قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب: أي الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أنّ وأن قياس انتهى. أقول: فيه أيضاً خلل، فإن الاستبراء مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعاً لضمير هو ها هنا ليس لأن يكون الولد ثابت النسب بل لإرادة الوطء نظراً إلى علته ولتعرف براءة الرحم نظراً إلى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد، كيف ولو لم يدّع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الأمة ضعيفاً على ما عرف في محله، فما معنى القول بأن الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول: في حل المقام: إن ضمير هو ها هنا راجع إلى ماء محترم مذكور قبيله. فالمعنى، وهو أي الماء المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة إن كما هو القياس على ما عرف في علم النحو، وكون الولد ثابت النسب إنما يتحقق بأن تكون الأمة من قبل في ملك الغير نكاحاً أو يميناً فتدبر. قال تاج الشريعة؛ وإنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم

عنه، وأما العلة ها هنا فكذلك، لأن الإرادة أمر مبطن لا يطلع عليه، لأن بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الإرادة وهو التمكن من الوطء، فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً تيسيرا، هذا في المسبية، ثم تعدّى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الأمة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الأمة بدلاً فيها. فإن قيل: الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها؟ فالجواب أن غيرها في معناها حكمة وعلة وسبباً فألحق بها دلالة. وإذا ظهر هذا قلنا: وجب على المشتري من مال الصبيّ، بأن باع أبوه أو وصيه، وإن كان لا يتحقق الشغل

واليد فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه تيسيراً، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدي الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك، وكذا يجب على المشتري من

في غير المحترم كذلك، فإن الجارية إذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطؤها لأنه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا في الحلال انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم: بأن لا يكون من بغيّ، وقال: وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملاً للحال على الصلاح انتهى. وسلك بعض المتأخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكاً آخر، وقصد ردّ التوجيه الأول حيث قال: ولا يكون من بغيّ لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء، فإذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى، ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا، فإن لا يحل وطؤها لأن ذلك شغل محقق، ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل، على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح، إلى هنا كلامه أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن قوله لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعي ها هنا، لأن جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أحبّ له أن يطأها ما لم يستبرئها، لأنه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزّه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء، بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل، فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقاً، وإنما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية، والكلام ها هنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلاً. والثاني أن قوله فإذا جاز وطؤها بلا استبراء صح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم، لأن مجرد احتمال الزنا أو كان مجوزاً للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية، إذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وإن كان مراده أنه إذا جاز وطؤها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث أن قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لأن ذلك لشغل محقق، ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل، إنما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء يحترم قيداً لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معاً. والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيداً للمجموع. وقد

شرعاً فيحتاج إلى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة، وممن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً أو ورثها وهي موطوءة أبيه، وكذا إذا كانت بكراً لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد، ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة، ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الأسباب قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها: أي بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب، لأن السبب استحداث الملك واليد وهي إنما تكون بالقبض، ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب **(ولا يجب الاستبراء على الآبقة)** يعني التي أبقت في دار الإسلام ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند

قال المصنف: **(وأدير الحكم عليه)** أقول: وجوداً وعدماً كما في هذه الصحيفة قوله: **(فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه الخ)** أقول فيه بحث، فإن غير صحيح المزاج ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه، ولعل الأولى أن يقول: فإن الظاهر أن التمكن منه يريده، والتمكن إنما يثبت الخ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي قوله: **(وقال أبو يوسف: يجتزأ بها)** أقول: الأولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة.

مال الصبيّ ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها. وكذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل. وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب. وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا (**ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي**) لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة. ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (**ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة**) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً، ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى. وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لإفضائها إليه، أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع. بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا يحتمل الوقوع في غير الملك، ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء

أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب: وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهماً أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى. فإذا كان قيداً للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فإن رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضاً والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ها هنا، فإن مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضاً مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكساً، والقول بأن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع فالنقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله: (**غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء**) قال صاحب العناية في بيان هذا: فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنه غير صحيح المزاج ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه. وقال: ولعل الأولى أن يقول: فإن الظاهر أن المتمكن منه يريده، والتمكن إنما يثبت الخ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي انتهى. أقول: كل من إيراده وما اختاره ليس بتام، أما الأول فلأن كون غير صحيح المزاج ممنوعاً أيضاً عن الوطء ودواعيه ممنوع، فإن غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء، والمنع عن الشيء إنما يكون عند القدرة عليه؛ ألا يرى أنه لا معنى لأن يقال الأعمى ممنوع عن النظر إلى المحرمات. وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان أن الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لأن الشارع نهى عن الوطء، والنهي إنما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لأنه هو المتملك لا على البائع لأنه معرض انتهى. وأما الثاني فلأنه كيف يكون المراد من التمكن ها هنا هو التمكن الشرعي، والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعاً غير متصوّر والوطء قبل الاستبراء محرم

أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليه الاستبراء لأنهم ملكوها. وقوله: (**حرم الدواعي لإفضائها إليه**) أي إلى الوطء كما إذا ظاهر من امرأته فإنه حرم وطأها وحرم دواعيه لإفضائها إليه. وقوله: (**ولم يذكر الدواعي في المسبية**) يعني في ظاهر الرواية. وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم. واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من

قوله: (**إشارة، إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك الخ**) أقول: فإن قيل: المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه، قلنا: المطلق ينصرف إلى الكامل، فالمراد استحداث الملك الصحيح.

والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية. وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربيّ، بخلاف المشتراة على ما

قطعاً، ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه، والمفروض أنه هو التمكن من الوطء، فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل قوله: **(وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها، وكذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لخفائها)** وعن هذا قالوا: إن الحكمة لا تراعى في الجنس لا في كل فرد. واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية. وأجاب حيث قال: يرد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة، فإذا كانت الأمة بكراً أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء، لأن عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الأنواع. والجواب أنه إنما يثبت بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضه»[1] فإن السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك، ومع هذا حكم النبيّ ﷺ حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة، فإذا ثبت الحكم في السبيّ على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً، فإن العلة معلومة، ثم تأيد ذلك بالإجماع، إلى هنا كلامه. وأجاب صاحب الإصلاح والإيضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال: إن توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة ممن لا يثبت نسب ولده ها هنا منه. أما في الأولى فلأن احتمال وصول الماء إلى الرحم قائم بدون زوال العذرة. وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره. وردّ الجواب الذي ذكره صدر الشريعة: بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاماً، بل على الحكمة بأنها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى. وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الردّ هذا الردّ مردود لأن مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعم الحكم تلك الأنواع لا لتكون الحكمة حكمة، فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ها هنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اهـ. أقول: ليس هذا بشيء. فإن شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة. فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه، ومنها ما يتيسر ذلك. ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرّض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا إنها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم، وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من والأدلة الشرعية، فإن الدليل الشرعي في كل حكم

الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب، وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط، والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء والوقوع في غير المالك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط. ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ها هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضداً اعتبرت. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله

قوله: **(ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل)** أقول: لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فإنه يكون بدليل آخر، وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل.

---

(١) هو المتقدم. وهو صحيح بمجموع طرقه

بيّنا **(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل)** لما روينا **(وفي ذوات الأشهر بالشهر)** لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة. وإذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة. فإن ارتفع حيضها تركها، حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية.

شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه، ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه؛ فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ها هنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جداً، فإن مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عدّه أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسألة لأن يكون حكمة فيها. وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع، ثم أقول: بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة، وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً ليس بتام، فإن النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بما وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها، وشرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن سنن القياس كما عرف في علم الأصول فأنى يتيسر إثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس، فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياساً، فإن الشرط المذكور منتفٍ في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله: **(ولم يذكر الدواعي في المسبية، وعن محمد أنها لا تحرم)** قال في العناية: واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب، وفيه نظر من وجهين: أحدهما: أن التعدّي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع، لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء، والوقوع في غير الملك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط. ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ها هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر، ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في قوله فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر نظر، فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها، ولا تضر بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه، كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية، بل نرى كثيراً من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة، والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى. والظاهر أن الإفضاء إلى الحرام علة صحيحة تامة. ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لإفضائها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير، ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين، واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الأولى كما في الظهار والاعتكاف والإحرام، وفي المنكوحة إذا وطئت

والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات، وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا الحبالى حتى يضعن حملهن» وقوله: **(وإن ارتفع حيضها)** أي امتدّ طهرها في أوان الحيض لا يطؤها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضيّ مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الخ. قيل والأول أصح، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالباً. وقوله: **(ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها)** لفّ ونشر: يعني يشتريها ويقبضها إذا زوّرها البائع أو يقبضها إذا زوّجها المشتري قبل القبض، وقيد بقوله ممن يوثق به لأنه إذا لم

قوله: **(وقوله على ما بينا إشارة، إلى قوله: والرغبة الخ)** أقول: بل إشارة إلى قوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع، فإن بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة، ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى.

وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة. وعند محمد أربعة أشهر وعشرة أيام. وعنه شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة والأمة في الوفاة. وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة. قال: **(ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد)** وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة. والمأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، وقول محمد فيما إذا قربها. والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرّة أن يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها. ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج. لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء. وإن حلّ بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير. قال: **(ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر)** لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للإفضاء إليه، لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والإحرام وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة.

بشبهة كما سيجيء في الكتاب. هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك: ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى. أقول: ليس هذا بمستقيم. أما أولاً فلأن المنع وظيفة المجيب. فإن حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف في علم الأصول، والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة لتغيير في هذا الطريق، فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة. وأما ثانياً فلأن منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جداً، إذ قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن القياس. وقد ذكر صاحب العناية فيما مرّ أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه، وإنما يتيسر الإلحاق بطريق الدلالة، وقد أشار إليه ها هنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك. ثم إن لذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روماً للاختصار قوله: **(بخلاف المشتراة على ما بينا)** قال صاحب العناية. وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني. أقول: هذا خبط ظاهر، إذ لا فرق بين المسبية والمشتراء في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصدق الرغبات، فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما إلى ما لا فرق بينهما فيه أصلاً، وإنما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع إذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأنها لا تحتمل وقوعها في ملك الغير لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي اهـ قوله: **(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا)** قال صاحب العناية: وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا

يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالاً عليه لا له. والحيلة في تمشية هذه الحيلة أن يزوّجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء، وقيد بقوله ثم يطلق الزوج: يعني بعد القبض، لأنه إن طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله. لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء. وقوله: **(إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء)** لأن القبض إذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة؛ ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضاً حكماً لم يعتبر لكونه مزيلاً للتمكن وقوله: **(كما إذا كانت معتدّة الغير)** يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعض القبض لا يجب الاستبراء، لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري، فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب. قال: **(ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ)** هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها

بخلاف حالة الحيض والصوم، لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهراً فرضاً وأكثر العمر نفلاً، ففي المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو

الحبالى حتى يضعن حملهن»[1] انتهى. أقول: قد سها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المصنف فيما مر حيث قال «ولا الحبالى حتى يضعن حملهن» مع أن لفظه «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يستبرأن»[2] ولعمري إن هذا كان أظهر من أن يخفى فكأن السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظاً قوله: **(والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها)** قال بعض المتأخرين: أطلق المسألة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد. قال الإمام قاضيخان في فتاواة في تصوير المسألة: إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوّجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء. ثم قال: وإنما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجب القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح. يريد أنه يتحقق حينئذٍ سبب وجوب الاستبراء. وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له، بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم التزوّج وإن عرض له كونه قبضاً بحكم الشراء. إلى هنا كلام ذلك البعض أقول: فيه خلل أما أولاً فلأنه جزم بوجوب تقييد هذه المسألة بكون القبض قبل الشراء لا بعده. واستشهد عليه بما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه وليس بتام. فإن ما ذكره الإمام قاضيخان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه، وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسألة كون القبض قبل الشراء. وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني: وإن لم تكن تحت المشتري حرّة فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى. وهي أن يتزوّجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء، لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، فإنما اشتراها وهي في فراشه، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى. والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسألة. ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء. وأما ثانياً فلأن قوله يريد أنه يتحقق حينئذٍ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له ليس بسديد، لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء؛ ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجوب السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك. وكان الصواب أن يقول: وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً له بفساد النكاح بملك اليمين تأمل تقف. ثم قال ذلك البعض: ثم إن صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط، إلا أنه صور المسألة بصورة تأخير التسليم تنصيصاً على

مذكورة في الجامع الصغير استطراداً، فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدّر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره. وقوله: **(لأن الحيض يمتد شطر عمرها)** قال في النهاية: أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر، وفيه نظر لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف، ويتقوّى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً. وقوله: **(ومن له أمتان أختان فقبّلهما)** هذه على ثلاثة أوجه: أما إن قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل إحداهما، فإن لم يقبلهما أصلاً كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معاً أو على التعاقب، وإن كان قبل إحداهما كان له أن يطأ

قوله: **(ويجوز أن يقال: صدر الفصل بالاستبراء الخ)** أقول: لكنها من مسائل باب الظهار.

---

(١) تقدم في أول الباب وهو صحيح.

(٢) صحيح. تقدم في أول الباب.

صائم ويضاجع نساءه وهن حيض»[1] قال: **(ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)** وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى **﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾** ولا يعارض بقوله

عدم الاشتراط به، وعلل المسألة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معاً فقال: والحيلة إن لم تكن تحت المشتري حرّة أن يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء. لأن بالنكاح ثبت له عليها الفراش. وإنما اشتراها وهي فراشه، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير، ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالاً له بالنكاح قبل ذلك انتهى. فإن قلت: لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين، فإنها وإن كانت حلالاً له بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء، فزمان الشراء خال عن الحل. أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله. وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلأنه يستعقبه الشراء، فإن المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل. قلت: هذه مغالطة، لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه، فزمان التلفظ بالحرف الأخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح. لا يقال: سلمنا أن نوع الحل مستمرّ ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل، إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين، وذلك كاف في وجوب الاستبراء لأنا نمنع ذلك، بل الواجب حصول الحل بملك العين بعد أن لم تكن حلالاً له بسبب من الأسباب، هذا غاية توجيه كلامه لكنه يعد محل نظر. إذ لقائل أن يقول: الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه، فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقاً فيجب الاستبراء تقدم التسليم أو لا، فلم يصلح ما ذكره حيلة لإسقاطه أصلاً فتأمل، فإن هذا من المطارح، إلى هنا لفظ ذلك البعض. أقول: ما أورده في خاتمة كلامة ليس بشيء، فإنه إن أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زماناً البتة فهو ممنوع جداً، وإن أراد به أنه يتعقبه ذاتاً: أي يتوقف عليه فهو مسلم، ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خالياً عن الحل مطلقا. وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زماناً ممنوع، ولزوم تأخره عنه ذاتاً مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعاً عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان مّا عن الحلّ مطلقاً فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله: **(لأن الحيض يمتد شطر عمرها)** قال صاحب النهاية: أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة

المقبلة دون الأخرى، وأما إذا قبلهما بشهوة، وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبراً فالحكم ما ذكره في الكتاب، وهو مذهب عليّ رضي الله عنه عملاً بإطلاق قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ وكان عثمان رضي الله عنه يقول:

---

(١) هما حديثان. كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٣. الأول. هو ما أخرجه البخاري ١٩٢٨ و ١٩٢٧ ومسلم ١١٠٦ من طرق وأبو داود ٢٣٨٢ و ٢٣٨٣ و ٢٣٨٤ والترمذي ٧٢٧ و ٧٢٩ والدارمي ٢/ ١٢ ومالك ١/ ٢٩٢ والشافعي ١/ ٢٥٦ والحميدي ١٩٨ وعبد الرزاق ٧٤٠٩ وابن الجعد ٢٣٨٧ وابن أبي شيبة ٣/ ٥٩ والطيالسي ١٣٩١ و ١٣٩٩ وأحمد ٦/ ٣٩. ٤٠. ٤٢. ٤٤. ١٠١. ٢١٦. ٢٦٣ وابن الجارود ٣٩١ والطحاوي ٢/ ٩١. ٩٣ والدارقطني ٢/ ١٨٠. ١٨١ وابن حبان ٣٥٣٧ و ٣٥٤٠ والبيهقي ٤/ ٢٣٣ والبغوي ١٧٤٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل، ويباشر وهو صائم، وكان أملككم لإربه.

وأخرجه مسلم ١١٠٧. والطيالسي ١٥٨٦ والحميدي ٢٨٧ وأحمد ٦/ ٢٨٦ وابن ماجه ١٦٨٥ وابن حبان ٣٥٤٢ كلهم من حديث حفصة بنحوه.

وأما الحديث الآخر فقد أخرجه البخاري ٣٠٠ ومسلم ٢٩٣ وأبو داود ٢٦٨ والترمذي ١٣٢ والنسائي ١/ ١٨٩ وابن ماجه ٦٣٦ وأبو عوانة ١/ ٣٠٨. ٣٠٩ والدارمي ١/ ٢٤٢ وابن الجارود ١٠٦ وابن حبان ١٣٦٤ وعبد الرزاق ١٢٣٧ والطيالسي ١٣٧٥ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٤ وأحمد ٦/ ٥٥/ ١٧٤. ١٨٩ كلهم من طريق الأسود عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضاً أن تتزر، ثم يباشرها،

وكرره البخاري ٣٠٢ ومسلم ٢٩٣ والنسائي ١/ ١٥١. ١٨٩ والدارمي ١/ ٢٤٤ وابن ماجه ٦٣٥ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٤ وأحمد ٦/ ١٧٤. ١٨٢ من طرق عدة كلهم من حديث عائشة، وكذا الحاكم ١/ ١٧٢ وصححه!

وورد من حديث ميمونة. أخرجه البخاري ٣٠٣ ومسلم ٢٩٤ وأبو داود ٢١٦٧ وأبو عوانة ١/ ٣٠٩. ٣١٠ والدارمي ١/ ٢٤٤ وعبد الرزاق ١٢٣٤ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٦ والنسائي ١/ ١٥١. ١٥٢. ١٨٩ وابن حبان ١٣٦٥ والبيهقي ١/ ٣١٣ من طرق كلهم من حديث ميمونة.

تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص، ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل، فإذا قبلهما فكأنه وطئهما. ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما، فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة

أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية. وقال صاحب معراج الدراية: أي قريب شطر عمرها وهو الثلث، أو المراد البعض انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وفيه نظر، لأنه يشير إلى أن الشطر هوالنصف، ويتقوّى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً انتهى. أقول: نظره ساقط جداً، فإن الحديث الذي استدل به الشافعي علينا هو قوله عليه الصلاة والسلام في نقصان دين المرأة «تقعد إحداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي»[1] ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض، والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشرة يوماً. وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه: ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته، لأن في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الإياس ولا تحيض في شيء من ذلك، فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر، وإذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقارباً للشطر وحصل التوفيق انتهى. فظهر من ذلك أنه إذا كان الشطر هو النصف كما أشار إليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرّزي في المغرب لا يتقوّى استدلاله الشافعي علينا بالحديث المذكور، بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلاً حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا، بل لا بد وأن يحمل على المجاز بأن يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك، وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضاً، فكأن صاحب العناية نسي ما قدمت يداه. ثم إن بعض المتأخرين قال في هذا المقام: وشطر الشيء نصفه وبعضه، والمراد به هنا هو الثاني دون الأول كما ذهب إليه صاحب النهاية، ولهذا أوّله بما يقرب من شطره وقال: فإنه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لا يجيء إلا بمعنى النصف انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مجيء الشطر بمعنى البعض إنما ذكره صاحب القاموس حيث قال: الشطر نصف الشيء وجزؤه، ومنه حديث الإسراء «فوضع شطرها»[2] أي بعضها انتهى. ولكن ذاك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضاً، فإن أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز. ولئن سلم أنه حقيقة في معنى البعض أيضاً فليس معنى البعض بمناسب للمقام، لأن مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيضاً حالة الحيض، وإنما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض إذ ذاك وهو المفضي إلى الحرج، فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف ها هنا على النصف، وأوّله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا في أكثر مدة الحيض قوله: **(وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾)** النساء (٢٣) ولا يعارض بقول تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾

أحلتهما آية: يعني قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهم﴾ وحرمتهما آية: يعني قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ والأصل في الأبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين. قال المصنف رحمه الله: **(ولا يعارض بقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم)** لا يقال: يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحاً فلا يتناول محل

---

(١) لا أصل له. جاء في تلخيص الحبير ١/ ١٦٢ ما ملخصه: لا أصل له بهذا اللفظ. قال البيهقي في المعرفة: يذكره بعض فقهائنا، وقد طلبته كثيراً فلم أجده، ولم أجد له إسناداً. وقال ابن الجوزي في التحقيق: يذكره أصحابنا ولا أعرفه. وقال النووي في شرح المهذب: باطل لا يعرف. وقال في الخلاصة: باطل لا أصل له.

(٢) هو المتقدم.

لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره يملك أو نكاح أو يعتقها، لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعاً. وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره، وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل، لأن الوطء يحرم به. وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله، وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى، ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه. وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح. أما إذا زوّج إحداهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه، لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم. ولو وطىء إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى

النساء (٣) لأن الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة: فإن قلت: الأصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يجمل قوله: ﴿وأن تجمعوا﴾ على النكاح وقوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) على ملك اليمين. قلت: المعنى الذي يحرم الجمع بين الأختين نكاحاً وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضاً. ولأن قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ مخصوص إجماعاً، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر، أما في الوجه الأول فلأن حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله ﴿وأن تجمعوا﴾ النساء (٢٣) على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الأختين وطأ بملك اليمين أيضاً دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضاً وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام، إذ قد تقرّر في أصول الفقه أن عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض. والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) حلّ الجمع بين الأختين المملوكتين وطأ بالعبارة، ولا أقل من أن يكون بالإشارة، فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول. وأما في الوجه الثاني فلأن حاصله أن قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنياً لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول. فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعياً لكنه ليس بتام أيضاً، إذ قد تقرّر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض إنما يكون ظنياً إذا كان المخصص موصولاً، وأما إذا كان مفصولاً متأخراً فالخاص إذا ذاك يكون ناسخاً للعام في القدر الذي تناوله الخاص، ويكون العام في الباقي قطعياً للاشبهة. والظاهر أن مخصص الأم والأخت من الرضاع والأمة المجوسية من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) ليس بموصول به، فلم يكن ظنياً في الباقي بل كان قطعياً كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل قوله: **(وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره)** قال صاحب العناية: قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه: أي أسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى. أقول: في بعض تمثيلاته خطأ، وهو الوصية والميراث والكتابة. أما في الوصية والميراث فلأن تمليك الغير في الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبّلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح، فإن شيئاً من المجامعة والمسّ والنظر لا يتصوّر بعد الممات، على أن نفس التمليك أيضاً على حقيقته غير متصوّر في الإرث. وأما في الكتابة فلأنها ملحقة بالإعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخله في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك. إذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه. ولا يتصوّر تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً

النزاع لأن النكاح سبب مشروع للوطء، فحرمة الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم، والباقي واضح. قوله: **(وكذا الكتابة كالإعتاق)** كلمة كذا زائدة وقوله: **(في هذا)** أي في أنه يحل وطء الأخرى،

لأنه يصير جامعاً بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة. وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين. قال: **(ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه)** وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عانق جعفراً رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه»[1] ولهما ما روي «أنّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي

قوله: **(وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله)** قال صاحب العناية: كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالإعتاق زائدة. وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك: قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى. أقول: هذا كلام عجيب، إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا ها هنا زائدة: أي مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة. وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه. فما ذكره العيني لغو محض. ثم أقول: يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا: أي وككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل الكتابة كالإعتاق: كإعتاق الكل، فحينئذٍ يصير المقصود من كلمة كذا ها هنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله، فكأنه قال: وأيضاً الكتابة كالإعتاق في هذا، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر قوله: **(وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى؛ ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه)** أقول: كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول: لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء، فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى؛ ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل، مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً، وحمل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى. إذ المستعمل في اللغة والعرف

واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحلّ فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى، وأجيب بأن الحلّ يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها، فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى. وقوله: **(ويكره أن يقبّل الرجل فم الرجل الخ)** واضح. وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال: أوّل من عانق إبراهيم الخليل صلوات الله عليه، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين، فلما كان بالأبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن، فقال ذو القرنين: ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم

قوله: **(فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة)** أقول: سواء كان في إزار واحد، أو كان عليه جبة أو قميص، فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر، ولعل الأولى ما ذكره الشيخ.

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٣١٩/١ من حديث ابن عمر بأتم منه وقال: صحيح. لا غبار عليه ووافقه الذهبي. وأخرجه في ٢١١/٣ من حديث جابر وفيه الأجلح بن عبد الله غير قوي وهو شيعي.
قال الحاكم: ورواه ابن عيينة عن إسماعيل بن أبي خالد وزكريا عن الشعبي مرسلاً
قال الذهبي: الصحيح أنه مرسل.
وأخرجه الطبراني في الصغير ٣٠ من حديث أبي جحيفة وقال: تفرد به الوليد بن عبد الملك بن مسرح.
وقال الهيثمي في المجمع ٩/ ٢٧١ . ٢٧٢: رواه الطبراني في الثلاثة وفي رجال الكبير أنس بن سلم لم أعرفه وبقية رجاله ثقات. ورواه مرسلاً عن الشعبي ورجاله رجال الصحيح.
وأخرجه أبو داود في سننه ٥٢٢٠ وفي المراسيل ٤٤٨ عن الشعبي مرسلاً وله طرق ذكرها الزيلعي من حديث عائشة عند الدارقطني ومن حديث ابن جعفر فالحديث حسن بمجموع طرقه أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٥

المعانقة. وعن المكاعمة وهي التقبيل». وما رواه محمول على ما قبل التحريم. قالوا: الخلاف في المعانقة في إزار واحد. أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح. قال: (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو

حل الوطء لا ملك الوطء، وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح قوله: (ولهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة. وعن المكاعمة هي التقبيل)[1] قال في غاية البيان: وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر، لأنه قال في ديوان الأدب وغيره: كامع امرأته: ضاجعها، وكاعم المرأة: قبّلها. وقال في الفائق: «نهى النبيّ ﷺ عن المكامعة والمكاعمة»[2]. أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا ستر بينهما إلى هنا لفظ غاية البيان. وقال العيني بعد نقل ذلك: قلت فيه نظر، لأن المضاجع هو المعانق غالباً، ولا يضاجع أحد غيره إلا والغالب أنه يعانقه اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، لأن كون المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع، ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب. وإنما الذي يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة في الغالب، ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالأبوّة والبنوّة فكيف يصح تفسير إحداهما بالأخرى. ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ها هنا لأن المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وإن كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة. فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص، ونظر صاحب الغاية إنما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير، وقال بعض المتأخرين: وفسّرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هي المضاجعة. في ديوان الأدب وغيره: كامع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة. والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة. لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه. على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة، في القاموس: كامعه: ضاجعه في ثوب واحد، إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه. وقال في الحاشية: فيه ردّ على صاحب الغاية. أقول: كل من مقدمات كلامه مجروح. أمات قوله بناء على أن الكلام في المعانقة تعليلاً لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان. لأن كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها، وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقاً لمدعاه. وأما قوله والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع، إذا لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان

خليل الرحمن، فنزل ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه، فكان هو أوّل من عانق، والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في إزار واحد فإنه سبب يفضي إليها، فأما على وجه البرّ والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به. وعن سفيان رحمه الله: تقبيل يد العالم سنة، وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه، ولم يذكر القيام تعظيماً للغير. وروي عن أنس رضي الله عنه «أن

---

(١) حسن لشواهده. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٢٥٦ ـ ٢٥٧ من حديث أبي ريحانة.
ورواه أبو عبيد الهروي في غريبه ١/١٠٦ بسنده عن عياش بن عباش رفعه.
وحديث المكامعة فقد أخرجه أبو داود ٤٠٤٩ والنسائي في الكبرى ٩٣٦٦ وأحمد ٤/١٣٤ كلهم من حديث أبي ريحانة قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن عشر: عن الوشْرِ، والوَشم، والنتف، وعن مكامعة الرجلُ الرجلَ بغير شعار، وعن مكامعة المرأةُ المرأةَ بغير شعار، وأن يجعل الرجل في أسفل ثيابه حريراً مثل الأعاجم، أو يجعل علىٰ منكبيه حريراً مثل الأعاجم، وعن النهبىٰ، وركوب النمور، ولبوس الخاتم إلا لذي سلطان.
قال أبو داود: تفرد به من هذا الحديث ذكر الخاتم اهـ قلت: الراوي عن أبي ريحانة هو الهيثم بن شفيّ وهو ثقة كما في التقريب. وعنه عياش بن عباس وهو ثقة من رجال مسلم كما في التقريب. وعنه المفضل بن فضالة القتباني وهو ثقة روىٰ له الشيخان كما في التقريب وبقية رجاله توبعوا فهو إسناد جيد والله أعلم إلا أنه لفظ «وعن الخاتم إلا لذي سلطان» فهو غريب أشار لذلك أبو داود.
(٢) هو المتقدم وإسناده قوي بمجموع طرقه. والمكامعة: المضاجعة فقد جاء في القاموس: الكِمْعُ: بالكسر الضجيع كالكميع اهـ.
وبهذا يجمع بين حديث جعفر بن أبي طالب وهذا الحديث فلا تضادّ بينهما والله أعلم.

المتوارث. وقال عليه الصلاة والسلام «من صافح أخاه المسلم وحرّك يده تناثرت ذنوبه»[١].

المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث. بل أطلقوها. قال الزمخشري في الفائق: «نهى النبي ﷺ عن المكاعمة والمكامعة»[٢] أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا سترة بينهما انتهى. وقال الجوهري في الصحاح: وكامعه مثل ضاجعه، والمكامعة التي نهي عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا سترة بينهما انتهى، وقال المطرزي في المغرب: نهي عن المكاعمة والمكامعة: أي عن ملائمة الرجل الرجل لا سترة بينهما ومضاجعته إياه في ثوب واحد لا سترة بينهما، هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما. وهكذا حكاه الأزهري والجوهري انتهى. وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذاك الوجه فممنوع أيضا. إذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا سترة بينهما ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب، فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة. وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوص لا مطلق المضاجعة: واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد أصلاً، لأنها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساوياً له في التحقق لانفكاك تحقيق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية، فمن أين يحصل الردّ عليه بما ذكره ذلك القائل، ولعمري إن مفاسد قلة التأمل مما يضيف عن الإحاطة به نطاق البيان، والله سبحانه وتعالى المستعان.

النبيّ ﷺ كان يكره القيام» وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك فقال: لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم، فلو تركت تعظيمهم تضرروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك، وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام.

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨/٣٦. ٣٧ والديلمي في الفردوس ٧١٤ كلاهما من حديث حذيفة وقال الهيثمي: فيه يعقوب بن محمد بن الطحلاء لم يضعفه أحد وقد روىٰ عنه غير واحد. وبقية رجاله ثقات. وورد من حديث أبي هريرة رواه البزار وقال الهيثمي: فيه مصعب بن ثابت وثقة ابن حبان وضعفه الجمهور

ورواه الطبراني من حديث سلمان وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح غير سالم بن غيلان وهو ثقة.

وله طرق أخرىٰ في نصب الراية ٤/٢٥٩ والمجمع ٨/٣٧ وهو حسن بمجموع طرقه والله تعالى أعلم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد وإسناده حسن بمجموع طرقه.

فصل في البيع

قال: **(ولا بأس ببيع السرقين، ويكره بيع العذرة)** وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالاً والمال محل للبيع، بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطاً، ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح. وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط في الصحيح. والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة. قال: **(ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر بيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أنه يبتاعها ويطؤها)** لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أيّ وصف كان لما مرّ من قبل. وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو

فصل في البيع

قال الشراح: أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وهذا لا، وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم انتهى. أقول: كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا: وما كان متصلاً كان أحق بالتقديم، إلا أنهم قالوا: وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم إفادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضاً، لأن ما هو المتقدم منها أكثر اتصالاً ببدن الإنسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(وهذا إذا كان ثقة)** قال صاحب العناية: فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أيّ وصف كان، أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته انتهى، واقتفى أثره العيني. وقد سبقهما إلى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا: وتأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أيّ وصف كان: يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً. لأنه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته انتهى. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة، بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ها هنا قوله فيما قبل على أيّ وصف كان. نعم

فصل في البيع

أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وهذا لا، وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم. قال: **(ولا بأس ببيع السرقين)** كلامه واضح. وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عن الرواية الأخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز. وقوله: **(على أيّ وصف كان)** يعني حرّاً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة. وقوله: **(لما مر من قبل)** يعني في فصل الأكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيراً له مجوسياً، وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول متغير شرط العدالة دفعاً للحرج. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أيّ وصف كان. أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته. وقوله: **(لأن أكبر الرأي يقوم مقام اليقين)** يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء؛ ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا

فصل في البيع

قوله: **(فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف)** أقول: ممنوع لأن غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه، ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة؛ ألا يرى إلى قوله وكذا إذا كان غير ثقة، وقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، لكن يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات، فإن خبر الفاسق يقبل فيها أيضاً بأكبر الرأي على ما مر. وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحري، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل قوله: **(أجيب بأن معنى قوله ثقة)** أقول: فيه بحث.

تصدّق بها عليّ لما قلنا، وهذا إذا كان ثقة. وكذا إذا كان غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في

قد نبه بقوله وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق، ولا ضير فيه لأن المستفاد من قوله على أيّ وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات، وكلامه ها هنا تفصيل لما أجمله فيما قبل، ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الإجمال. وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق، إذ يصير حينئذٍ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه، وفي شأن من لا يعتمد علىٰ كلامه كيف يتصوّر أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق، ولما تم تعليل ذلك بقوله لأن عدالة المخبر غير لازمة، لأن عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه، إذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الأخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الأعم له. فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلاً، وبقوله وكذا إذا كان غير ثقة، وكذا إذا كان غير عدل، ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أيّ وصف كان أصلاً كما تحققته آنفا، ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ها هنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال: هذا إذا كان المخبر عدلاً، وإن كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً نظر فيه، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه، فإنه ذكر عدلاً موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وإن كان المخبر غير ثقة بالفاسق، ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال: يريد به أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً. ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل، وبغير الثقة غير العدل، فإنهم كثيراً ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر، وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل. وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام: قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أيّ وصف كان: يعني عدلاً كان أو غير عدل، صبياً كان أو بالغاً، حرّاً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، رجلاً كان أو امرأة، لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لأنه لا يميل إلى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته، فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أيّ وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة، لأن الثاني أعم من الأول، ولو سلم فلا منافاة أيضاً لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها، لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات، فإن قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة، إلا أن قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق، إلى هنا كلامه. أقول: فيه فساد من وجوه: الأول أن قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته. والثاني أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح، لأن قول المصنف وهذا إذا كان ثقة إنما يكون تصريحاً باشتراط كونه ثقة: أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا لم يكن غير ثقة، ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحاً في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى. والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى، لأن معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه

كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق، وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان

المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مرّ. وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك، لأن

ثقة فلا منافاة أيضاً، ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة، فكان مضمون كلامه المزبور جمعاً بين النقيضين، اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظراً إلى قوله لأن الثاني أعم من الأول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ؛ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الأول فلا منافاة أيضاً. والرابع أن قوله لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لأن المصنف وغيره عللوا كونه في سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أيّ وصف كان، فلو كان الأوّل مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الأول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص. والخامس أن قوله فإن قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات، إذ لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة، ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه، فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة، وكذا يقبل قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة، وقبول قول الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه. والسادس أن اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولاً فيما إذا كان غير ثقة أيضاً ويكون قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة صريحاً في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه، وقول الواحد مقبول على أي وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه، وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: (**وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مرّ**) قلت: تعليله بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل، إذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر الرأي أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى، بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ها هنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، ولكن لا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق وقد مرّ في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرّقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقاً ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق، فكان ما ذكره ها هنا مخالفاً لما مر هناك لأن ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ها هنا في المعاملات أيضاً، وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الإشكال فذكر إجمال ما ذكرناه. وأجاب عنه حيث قال: يرد على المصنف أنه كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات، فإن خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بأكبر الرأي على ما مر. وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانا بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحريّ، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى.
أقول: جوابه ليس بشيء فإن أكبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحريّ، إذ التحرّي طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة، فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه إليه كيف يتصوّر حصول أكبر الرأي

أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله، وإذا كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بذلك. وقوله: (**إلا أن يكون مثله لا**

أكبر الرأي يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة في حقه، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء. فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقاً، لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذٍ يستحب له أن يتنزّه، ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي، وإن كان الذي أتاه بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل، لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره، فإن أخبره أن مولاه أذن

فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأي فيه، وإنما اعتبار أكبر الرأي فيه اعتبار التحرّي بعينه، وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحرّي بدل أكبر الرأي حيث قال فيه: وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقاً لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرّي في ذلك، فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه، وإن وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه، وإن لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان في الديانات انتهى، ثم أقول: الإشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا، وعن هذا قال المحقق التفتازاني في التلويح: ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير، وقال في التوجيه: فقيل يجوز أن يكون المذكور، في كتاب الاستحسان تفسيراً لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري، ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة. ويجوز أن يكون في المسألة روايتان انتهى، وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثاني لأنه هو الحاسم لمادة الإشكال الفارق بين المعاملات والديانات، إذ لا رخصة في الديانات بدون التحري، والآن أيضا أقول كذلك، فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره قوله: (لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية: يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء، ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق، وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله، وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى. ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال: قوله لأن الرأي يقام مقام اليقين: أي في كثير من الأحكام حتى يجب به شيء كالتوجه إلى جهة التحري، ويحرم به شيء كالصلاة إذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأي دليلاً شرعياً أيضاً فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء، وقال في الحاشية: من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين: يعني فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقدسها انتهى. أقول: نسبة السهو إليه في تفسيره المذكور

يملك مثل ذلك) كدرّة في يد فقير لا يملك شيئاً، أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذٍ يستحب له أن يتنزّه. وقوله: (وإن كان الذي أتاه بها) أي بالجارية لأن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها: يعني أن الآتي بالجارية إذا كان عبداً أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك، لأن المنافي للملك وهو الرقّ معلوم فيه، فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من

قال المصنف: (وإن كان الذي أتاه بها عبداً الخ) أقول: قوله عبداً خبر كان، وأتاه بها صلة للذي، والهاء في وأتاه مفعول، وهو الشخص الذي أقدم على الشراء من العبد الذي أتى بالجارية، أو من الجارية التي أتت بالجارية، والباء في بها باء التعدية.

له وهو ثقة قبل، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي، وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل. قال: **(ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابه أم لا. إلا أن أكبر رأيها أنه حق)** يعني بعد التحري **(فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوّج)** لأن القاطع طارىء ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوّجها. وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوّجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوّجها الزوج الأول، وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقني لأن القاطع طارىء. ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوّجها مرتداً أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان. وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوّجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوّج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان، لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارىء، والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا. وعلى هذا الحرف يدور الفرق. ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرّة الأصل لم يسعه أن يتزوّجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم. قال: **(وإذا باع المسلم خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به)** والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل، لأن الخمر ليس بمال متقوّم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل

سهو عظيم. فإنه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وإثبات الحكم فيما نحن فيه بالأولوية كما في قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف﴾ الإسراء الآية (٢٣) فإن فيه النهي عن الضرب بالأولوية، وليشت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الإمام الرباني محمد رحمه الله تعالى، فإنه أيضاً قال في الأصل في هذا المقام: وأكبر الرأي مجوّز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء، فإن من تزوّج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية. ولا يخفى أنه أيضاً مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالأولوية، بل ذلك مأخذ ما قاله صاحب العناية: وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد: فعلم بهذا أن فيما هو أهم الأمور وهو الدماء والفروج جاز العلم بأكبر الرأي عند الحاجة. مع أن الغلط إذا وقع لا يمكن تداركه فيما دون ذلك أولى انتهى قوله: **(لأن القاطع طارىء والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع)** اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول،

رآه في يده لا يحل له الشراء. وقوله: **(وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر)** بالراء المهملة: أي المانع فلا بد من دليل. وقوله: **(ولو أن امرأة أخبرها ثقة)** بناء على أن القاطع إذا كان طارئاً ولا منازع للخبر به يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأي المخبر له، وإذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه. وقوله: **(لأن القاطع طارىء فيه)** والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح. قال: **(وإذا باع المسلم خمراً الخ)** كلامه واضح. وروي عن محمد رحمه الله أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه. وقوله: **(ويكره الاحتكار)** الاحتكار افتعال من حكر: أي حبس، والمراد به حبس الأقوات متربصاً للغلاء. وقوله: **(فإن ليس فهو مكروه في الوجهين)** يعني في الإضرار وعدمه. وقوله: **(ويتعدّون عن القيمة تعدياً فاحشاً)** بأن يبيعوا

أخذه من البائع. وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوّم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه. قال: **(ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضرّ الاحتكار بأهله وكذلك التلقي. فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به)** والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[1] ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضرّ بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وكذلك التلقي على هذا التفصيل «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان»[2] قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم، وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: كل ما أضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً. وعن محمد رحمه الله أنه قال: لا احتكار في الثياب، فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة. وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف. ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروها لتحقق الضرر. ثم قيل: هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه الصلاة والسلام «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه»[3] وقيل بالشهر، لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مرّ في غير موضع، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله، وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة، والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة. قال: **(ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر)** أما الأول فلأنه خالص حقه لم

وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب ملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، كذا في العناية وكثير من الشروح، وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض: والجواب فيه بحث، لأنه سبق في فصل الأكل والشرب أن الحل والحرمة من باب الديانات، فيقبل قول الواحد فيهما إذا لم تتضمن الحرمة

قفيزاً بماله وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعاً للضرر عن المسلمين. وقوله: **(يرى الحجر لدفع ضرر عام)** يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس. وقوله: **(وليس الشرب من ضرورات الحمل)** لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل، وبالعكس فلا

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢١٥٣ والدارمي ٢٤٤٩ والعقيلي ١٢٣٢ . ٣/ ٢٣٢ كلهم من حديث عمر وقال البوصيري في الزوائد: فيه علي بن زيد ابن جدعان ضعيف وقال العقيلي عقبه وقد أعله بعلي بن سالم الراوي عن ابن جدعان: لا يتابع على حديثه. وكذا قال البخاري في تاريخه اهـ وأخرج الحاكم ٢/ ١١ عجزه من هذا الوجه

(٢) هما حديثان صحيحان تقدما في البيوع. الأول رواه مسلم، والثاني متفق عليه.

(٣) ضعيف. أخرجه أحمد ٢/ ٣٣ وأبو يعلى ٥٧٤٦ والحاكم ٢/ ١١ . ١٢ والبزار ١٣١١ كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة الله.

سكت عليه الحاكم وقال الذهبي: فيه عمرو بن حصين تركوه وأصبغ فيه لين. وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٠٠ وقال: فيه أبو بشر الأملوكي ضعفه يحيى.

وقال ابن أبي حاتم في علله ١١٧٤ . ١/ ٣٩٢: سألت أبي عنه فقال: هذا حديث منكر وأبو بشر لا أعرفه. وذكره ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٤٢ والعجب أن أحمد شاكر صححه في تخريجه على المسند ٧/ ٦٠ . ٦١ ولم يصب فهو حديث مسلسل بضعفاء قلت: وفي الصحيح ما يغني عن ذلك فقد أخرج مسلم في صحيحه ١٦٠٥ وأبو داود ٣٤٤٧ والترمذي ١٢٦٧ والدارمي ٢/ ٢٤٨ . ٢٤٩ وأحمد ٤/ ٤٥٣ . ٤٥٤ وابن أبي شيبة ٦/ ١٠٢ وابن ماجه ٢١٥٤ وابن حبان ٤٩٣٦ والبيهقي ٦/ ٢٩ . ٣٠ والبغوي ٢١٢٧ كلهم من حديث معمر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحتكر إلا خاطىء.

قال ابن حبان: معمر هو العدوي له صحبة.

وقال النووي في شرح مسلم ١١/ ٤٣: هذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار. وقال أصحابنا: المحرم هو الاحتكار في الأقوات خاصة.

وقال المناوي في فيض القدير ٦/ ٣٥: أخذ مالك بظاهره فحرم احتكار الطعام وغيره وخصّته الشافعية، والحنفية بالقوت.

يتعلق به حق العامة؛ ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع. وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة، لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها. وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق ما روينا. وقال محمد: كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً لم تجر العداة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة. قال: (**ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس**) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»[1] ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين. وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذٍ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك وتعدّى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحرّ وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع، وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه. قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون، وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام، وهذا كذلك. قال: (**ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة**) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية وقد بيناه في السير، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك. قال: (**ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً**) لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره، بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه. قال: (**ومن أجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع في الخمر بالسواد فلا بأس به**) وهذا عند أبي حنيفة[2]، وقالا: لا ينبغي أن يكريه لشيء

زوال الملك، كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل، لأن الحرمة لا تنافي الملك، وأما إذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة، كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لأن الحرمة المؤبدة لا تتصوّر مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الإشكال انتهى كلامه. أقول: بحثه ساقط جدا. لأن الذي تقرّر في فصل الأكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك. وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد، وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل، فنشأ الاعتراض ها هنا نظراً إلى ظاهر إجمال ما ذكر هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل، وإما إذا تضمن زوال الملك هناك

يكون الحمل مستلزماً للمعصية، وقوله: (من وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء) واضح، ولكن في لفظ الكتاب اشتباه،

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٤٥١ والترمذي ١٣١٤ والدارمي ٢/٢٤٩ وابن ماجه ٢٢٠٠ وابن حبان ٤٩٣٥ وأحمد ٣/١٥٦ . ٢٨٦ والبيهقي ٦/٢٩ كلهم من حديث أنس قال: غلا السعر فقالوا: يا رسول الله سعر لنا. فقال: إن الله هو الخالق القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن لا ألقى الله بمظلمة ظلمتها أحداً منكم في أهل ولا مال.

وإسناده صحيح على شرط مسلم وقال الترمذي: حسن صحيح.

وفي الباب من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو ادود ٣٤٥٠ والبغوي ٢١٢٦ والبيهقي ٦/٢٩ وإسناده جيد. ومن حديث أبي سعيد أخرجه أحمد ٣/ ٨٥ وكذا الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/٩٩ وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٢) الصواب قولهما والمستند في ذلك: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. وهو حديث جيد. وأيضاً حديث فمن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه وعرضه وحديث: استفت قلبك، وإن أفتاك الناس وأفتوك. وهذه المسائل المذكورة فيها شبهة قطعاً بلا شك. فتنبه والله تعالى أعلم. ويؤيد ذلك الحديث الآتي.

من ذلك لأنه إعانة على المعصية. وله أن الإجارة تردّ على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، إنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه، وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها، بخلاف السواد. قالوا: هذا كان في سواد الكوفة، لأن غالب أهلها أهل الذمة. فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضاً. وهو الأصح. قال: (ومن حمل للذمي خمراً فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يكره له ذلك) لأنه إعانة على المعصية، وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشراً حاملها والمحمولة إليه»[1] له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد

زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال، لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلاً، بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ها هنا تفصيلاً للإجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جواباً شافياً قد اضمحل به الإشكال كما لا يخفى قوله: (وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين: قوله لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالاً ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، لأن كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفاً في حق من لم يكن معروفاً بكونه من أهل الفتنة ممنوع، كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرّح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسألة، ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة إن لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساوياً لاحتمال خلافه، فالشك على معناه المصطلح عليه قطعاً. ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة مرجوحاً كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قوياً راجحاً، فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروهاً. وجواب المسألة على خلافه، وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلاً قوله: (وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم. ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فقطع نسبته عنه) أقول: ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا، منها أنه إذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فإن ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة. لأنه استأجرها ليصلي فيها، وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه. وأيّ ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى. ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتاً ليجعله مسجداً يصلي فيه المكتوبة أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا، وعند الشافعي تجوز، قال في المحيط: وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة، ومن مذهبنا إن

وذلك لأن عند للوديعة، فلا فرق حينئذٍ بين صورة الوديعة والقرض، ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجاً مخرج

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٢٩٥ وابن ماجه ٣٣٨١ كلاهما من حديث أنس قال: لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وساقيها، وبائعها، وآكل ثمنها، والمشتري لها والمشتراة له.
هذا لفظ الترمذي وقال: حديث غريب.
وورد من حديث ابن عمر. أخرجه أبو داود ٣٦٧٤ وابن ماجه ٣٣٨٠ وأحمد ٢/ ٢٥ . ٧١ . ٩٧ كلهم من حديث ابن عمر وكذا أبو يعلى ٥٥٨٣ و ٥٥٩١ من حديث ابن عمر وإسناده حسن رجاله ثقات. وأخرجه الحاكم ٤/ ١٤٤ . ١٤٥ من وجه آخر من حديث ابن عمر وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وأخرجه من وجه آخر من حديث ابن عباس وصححه وأقره الذهبي. وله شواهد أخرىٰ أنظر نصب الراية ٤/ ٢٦٣ . ٢٦٤ فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقىٰ إلىٰ درجة الحسن الصحيح.

به، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية. قال: **(ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة، ويكره بيع أرضها)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا بأس ببيع أرضها أيضاً. وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء. ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث»[١] ولأنها حرّة محترمة لأنها فناء الكعبة. وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها، فكذا في حق البيع، بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني. ويكره إجارتها أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام «من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا»[٢] ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره[٣] **(ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك)** لأنه ملكه قرضاً جرّ به نفعاً وهو أن يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً. ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعاً[٤]. وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعة وليس بقرض. حتى

الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز، وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلاً للأذان أو الإمامة لا يجوز عندنا لأنه طاعة، وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها أنه إذا استأجر ذميّ من ذميّ بيتا يصلي فيه لا يجوز. قال في المحيط والذخيرة: لأن صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا، وأي ذلك كان لم تجز الإجازة انتهى. إذا لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الإجارة في تلك المسائل أيضاً، فإن الإجارة إنما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية، وإنما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه، فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الإجارة فيها أيضاً عنده مع أن الأمر ليس كذلك كما عرفت. فإن قلت: إن الإجاءة وإن وردت على منفعة البيت إلا أن لجعل منفعة حين العقد لأجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الإجارة، قلت: فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه أيضاً. والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسألتنا في الحكم والدليل مشكل جداً فليتأمل. ثم إنه ذكر في

الشرط: يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء. وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة إن هلك لم يضمن البقال شيئاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/٥٧ ـ ٥٨ وكذا الحاكم ٢/٥٣ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: مكة مناخ لا تباع رباعها، ولا تؤاجر بيوتها.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد! ورده الذهبي حيث قال: إسماعيل ـ أي ابن إبراهيم بن مهاجر ـ ضعفوه اهـ وقال الدارقطني إسماعيل ضعيف.

وأخرجه الحاكم ٢/٥٣ والدارقطني ٣/٥٧ كلاهما من طريق أبي حنيفة عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً. سكت عليه الحاكم. وأعله الذهبي بعبيد الله بن أبي زياد. وقال الدارقطني: وهم أبو حنيفة فيه حيث قال: عن عبد الله بن أبي يزيد. والصواب: ابن أبي زياد القداح والصواب أنه موقوف. ثم أسنده الدارقطني من هذا الطريق لكن ليس فيه أبو حنيفة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: إن الذي يأكل كراء بيوت مكة إنما يأكل في بطنه ناراً.

وكرره بهذا السياق موقوفاً.

وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٦٥ ومما قاله: قال ابن القطان: علته ضعف أبي حنيفة وهم في عبيد الله بن زياد فجعله ابن يزيد. ووهم فيه فرفعه وخالفه الناس اهـ.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٦٦ وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٣٦: لعل قوله: ربا ـ تصحيف وصوابه ناراً. وتقدم بيانه في الذي قبله اهـ.

قلت: تقدم رواية الدارقطني له وصوب وقفه على عبدالله بن عمرو بن العاص.

(٣) ضعيف: يشير المصنف لما أخرجه ابن ماجه ٣١٠٧ والدارقطني ٣/٥٨ ـ ٥٩ كلاهما عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر، وما تدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن.

وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم إلا أن علقمة بن نضلة تابعي صغير وأخطأ من عدّه في الصحابة كما قال الحافظ في التقريب.

والحديث ضعفه الدميري في تعليقه على ابن ماجه وقال: علقمة هذا ذكره ابن حبان في اتباع التابعين من الثقات.

(٤) تقدم في الربا وأن الراجح وقفه.

لو هلك لا شيء على الآخذ، والله أعلم.

الذخيرة والمحيط: إذا استأجر الذميّ من المسلم داراً ليسكنها فلا بأس بذلك، لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء، لأن المسلم لم يؤاجرها لها إنما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر داراً من فاسق كان مباحاً وإن كان قد يعصي فيها، ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان في السواد، قال شيخ الإسلام: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز إلى هنا لفظ الذخيرة والمحيط. قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط: ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي، أقول: إن التنافي بينهما ممنوع، إذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الإسلام فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة، لكون مختار نفسه قولهما وإنما يلزم التنافي بينهما. أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم جميعاً وليس فليس. وذكر أحد القولين في المسألة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات، وعن هذا نرى كثيراً من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف، ثم الشرّاح يبينون الخلاف الواقع في ذلك، وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه، وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد. وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسألة الجامع الصغير، ثم قال ذلك البعض: ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار، وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه، لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه، ولا خفاء فيما بينهما أيضاً من التنافي انتهى. أقول: كون كلام المصنف صريحاً فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجاً مخرج التغليب، فإن في المسألة المذكورة صوراً: إيجاز البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة، وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة. وإيجازه لأن يباع فيه الخمر، ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف، واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعاً، وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً فقطع نسبته عنه، فكأنه قال: وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر. وأما في غير صورة اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالأمر بيّن، فحينئذٍ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى، ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه، لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا، فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا، فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها قوله: (وقالا: لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء)

. . . .

قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل: وقوله عليه الصلاة والسلام «وهل ترك لنا عقيل من ربع»[1] دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك وانتهى. وأصل هذا ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال «يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ قال عليه الصلاة والسلام: هل ترك لنا عقيل من رباع أو دور» وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب، ولم يرثه جعفر ولا عليّ لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين، وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول: لا يرث المؤمن الكافر[2] ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى. ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال: ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضاً لو كانت الأراضي موقوفة والأبنية عليها مملوكة اهـ. أقول: بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضاً قطعاً. إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»[3] والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل، كذا في القاموس وغيره، ولا شك أن كلاً من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الأرض، فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيئاً من البناء والأرض» وإذا كان وجه عدم تركه شيئاً من ذلك استيلاء على كل من ذلك بالإرث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعاً على ميراث الأرض أيضا، وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث: وهل ترك لنا عقيل من بيوت[4]، وليس كذلك كما ترى، بل لا مجال أصلاً لأن يكون كذلك، إذ لو كان كذلك لما تم جواباً عن قول أسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة، فإن عدم ترك عقيل بيتاً باستيلائه على الأبنية وحدها لا يقتضي عدم تركه أرضاً أيضاً حتى لا يمكن النزول في عرصة داره أيضا، وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض. والعجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام: الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل، كذا في القاموس انتهى. وقال في أصل كتابه: ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي ﷺ بقوله: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»[5] والله الهادي إلى سواء السبيل، وهو حسبي ونعم الوكيل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٨٨ و ٣٠٥٨ و ٤٢٨٢ ومسلم ١٣٥١ من طرق وأبو داود ٢٩١٠ وابن ماجه ٢٩٤٢ و ٢٧٣٠ وعبد الرزاق ٩٨٥١ وابن حبان ٥١٤٩ وأحمد ٥/ ٢٠١. ٢٠٢ والطبراني في الكبير ٤١٢ و ٤١٣ والبيهقي ٥/ ١٦٠ و ٦/ ٢١٨ والطحاوي في المعاني ٤/ ٤٩. ٥٠ وفي المشكل ٣/ ١٩٨ والحاكم ٢/ ١٦٠٢! من طرق كلهم من حديث أسامة أنه قال: يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع مكة، أو دور. وكان عقيل ورث أبا طالب هو، وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي شيئاً لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل، وطالب كافرين.
زاد ابن حبان والطحاوي: فكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول: لا يرث المؤمن الكافر

(٢) تقدم قبل حديث.

(٣) حديث عقيل تقدم قبل حديثين.

(٤) هو المتقدم.

(٥) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

مسائل متفرقة

قال: (**ويكره التعشير والنقط في المصحف**) لقول ابن مسعود رضي الله عنه: جرّدوا القرآن، ويروى: جرّدوا المصاحف[1]. وفي التعشير والنقط ترك التجريد. ولأن التعشير يخلّ بحفظ الآي والنقط بحفظ الإعراب اتكالاً عليه فيكره. قالوا: في زماننا لا بد للعجم من دلالة، فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسناً. قال: (**ولا بأس بتحلية المصحف**) لما فيه من تعظيمه. وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل. قال: (**ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام**) وقال الشافعي: يكره ذلك. وقال مالك: يكره في كل

مسائل متفرقة

قوله: (**لا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه، وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل**) قال: قال صاحب العناية: يعني في فصل القراءة من الصلاة، وقد سبقه صاحب النهاية إلى التفسير بهذا الوجه. أقول: هذا سهو من الشارحين المذكورين لأن المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صريحاً ولا التزاماً، بل إنما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله: ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر إلى محله قوله: (**للشافعي قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾** التوبة الآية (٢٨)) قال تاج الشريعة في حلّ دلالة الآية على مدعي الشافعي: خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهي عن الدخول خاص في حقه، لأن «إنما» لحصر الحكم في الشيء أو لحصر الشيء في الحكم كقولنا إنما الطبيب زيد وإنما زيد طبيب اهـ أقول: إن قوله لأن إنما لحصر الحكم في الشيء أو لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ها هنا، لأن الخلاف في أن الكفاء هل يجوز لهم أن يدخوا المسجد أم لا، لا في أنهم نجس أم لا، وكلمة إنما في الآية المذكورة إنما هي في قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس﴾ التوبة (٢٨) لا في قوله تعالى ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ التوبة (٢٨) فتأثير الحصر الذي تفيده كلمة إنما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة إنما لا في الجملة الأخرى فلا يتم التقريب قوله: (**ولأن الكافر لا يخلو عن جناية لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها، والجنب يجنب المسجد**) أقول: لا يذهب عليك أن هذا الدليل أو تمّ لدل على أن لا يدخل الكافر شيئا من المساجد، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد، فلم يكن هذا الدليل ملائماً لمذهبه، وإنما كان مناسباً لمذهب مالك كما لا يخفى قوله: (**ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد**) قال بعض المتأخرين: ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له، فحق التعبير حذف حزف التعليل ليكون إشارة إلى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاساً انتهى. أقول: ليس ذاك بشيء، إذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلاً آخر عقلياً

مسائل متفرقة

التعشير: جعل العواشر في المصحف، وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات. واختلف في تفسير قوله: جرّدوا القرآن، فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف، وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل هو حثّ على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن، لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها. وقوله: (**وقد ذكرناه من قبل**) يعني في فصل القراءة من الصلاة. وقوله: (**ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى**) قيد بهما لأن في عيادة المجوس اختلافاً بين المشايخ رحمهم الله، فمنهم من قال: لا بأس به لأنهم من أهل الذمة، وهو المروى عن محمد رحمه الله، ومنهم من قال: هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى؛ ألا ترى أنه لا

---

(١) أثر ابن مسعود. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٦٩ وقال: رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن ابن مسعود موقوفاً. ورواه من طرق عدة.

مسجد. للشافعي قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها. والجنب يجنب المسجد، وبهذا يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار»[1] ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد. والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية. قال: (ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة. قال: (ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل) لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس. وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام ركب البغلة»[2] فلو كان هذا الفعل حراماً لما ركبها لما فيه

لنا، فإن الخبث إذا كان في اعتقادهم لا يؤدي إلى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لا محالة، فقول ذلك البعض ولا وجه تحكم بحت كما لا يخفى، وكونه دليلاً مستقلاً على أصل المدعي لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال: كيف أنزل النبي عليه الصلاة والسلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجساً. كما حكى «أنه عليه الصلاة والسلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة، قالت الصحابة: قوم أنجاس، فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الأرض من أنجاسهم شيء، وإنما أنجاسهم على أنفسهم»[3] من عادة المصنف أنه يجعل كثيراً ما علة النص دليلاً مستقلاً عقلياً على أصل المسألة إفادة للفائدتين معاً، وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل. نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ التوبة الآية (٢٨) والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول، فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء إلى آخره قوله: (ويكره استخدام الخصيان) قال العيني: والخصيان بضم الخاء مع خصيّ كالثنيان جمع ثني، وتبعه بعض المتأخرين. أقول: ما ذكراه ليس بصحيح،

يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى، واختلفوا في عيادة الفاسق، والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين، وكلامه واضح. قال: (ومن كان في يده لقيط لا أب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب، لأنه لما كان نفعاً محضاً كان

قال المصنف: (ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول: هذا لا يخص المسجد الحرام قال المصنف: (والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول: أي على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الإسلام مستعلين، وأيضاً النهي تكويني لا تكليفي.

---

(١) حسن. أخرج أبو داود ٣٠٢٦ وأحمد ٤/٢١٨ كلاهما من طريق الحسن عن عثمان بن أبي العاص به وله قصة. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٠: قال المنذري في مختصره: قيل: إن الحسن لم يسمع من ابن أبي العاص.

وأخرج أبو داود في مراسيله عن الحسن ورواه الطبراني من طريق آخر عن عطية بن سفيان الثقفي قال... فذكره اهـ قلت: و في مراسيل أبي داود برقم (١٧) فهذا الحديث بمجموعة هذه الروايات يصير حسناً والله أعلم.

(٢) صحيح. ورد في غزوة حنين ذكر ثبوت النبي ﷺ حين انهزم المسلمون، وهو على بغلة بيضاء، وأبو سفيان بن الحارث آخذ بلجامها يقوده. هو عند البخاري ٢٨٦٤ وكذا أخرجه البخاري ٢٨٧٤ من حديث البراء بن عازب وتقدم في الجهاد. وورد من حديث أنس فقد أخرج البخاري ٢٨٧١ و ٢٨٧٢ قال أنس: كانت ناقة النبي ﷺ يقال لها: العضباء.

زاد في روايته الثانية: لا تكادُ تُسْبَقُ.

وورد من حديث ابن عمر عند البخاري ٢٨٦٥

ومن حديث عمرو بن الحارث عند البخاري ٢٨٧٣

فهذا حديث بلغ حد الشهرة. وطرقه صحاح كلها.

(٣) هذا الخبر في مراسيل أبي داود برقم (١٧) عن الحسن مرسلاً دون لفظ: ليس على الأرض من أنجاسهم شيء. بل فيه قوله ﷺ: إن الأرض لا تنجس إنما ينجس ابن آدم.

من فتح بابه. قال: (**لا بأس بعيادة اليهودي والنصراني**) لأنه نوع بر في حقهم. وما نهينا عن ذلك. وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عاد يهودياً مرض بجواره»[(١)]. قال: (**ويكره أن يقول الرجل في دعائه: أسألك بمقعد العزّ من عرشك**) وللمسئلة عبارتان: هذه، ومقعد العز، ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود. وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به. وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبي عليه الصلاة والسلام. روي أنه كان من دعائه «اللهم إني أسألك بمقعد العزّ من عرشك. ومنتهى الرحمة من كتابك. وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة»[(٢)] ولكنا نقول: هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (**ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك**) لأنه لا حق للمخلوق على الخالق. قال: (**ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو**) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار. وإن لم يقامر فهو عبث ولهو. وقال عليه الصلاة والسلام «لهو المؤمن باطل إلا الثلاث: تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه. وملاعبته مع أهله»[(٣)] وقال بعض الناس: يباح اللعب

فإن المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصيّ هو خصيان بكسر الخاء وخصية. قال في مختار الصحاح: والرجل خصيّ والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى. وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قوله: (**وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم**) قال بعض المتأخرين: يرد عليه أن حدوث تعلق صفتة تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق: فإن صفة العزّ ثابتة له تعالى أزلاً وأبداً، وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلاً قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزّه ولا نقصاناً فيه، كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته

تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه: من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله، وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة. وقوله: (**وإجارة الصغار**)

قال المصنف: (**لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر فهو عبث ولهو**) أقول: ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر، لأن أبا يوسف قال في رواية: لا بأس باللعب بالشطرنج، كذا في المحيط للسرخسي في باب التعزير، وفي صحة التعليل كلام لا يخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٥٦ و ٥٦٥٧ وأبو داود ٣٠٩٥ والبخاري في الأدب المفرد ٥٢٤ وابن حبان ٤٨٨٣ و ٤٨٨٤ وأبو يعلى ٣٣٥٠ وأحمد ٣/ ١٧٥ . ٢٢٧ . ٢٨٠ والبيهقي ٣/ ٣٨٣ و ٦/ ٢٠٦ والبغوي ٥٧ من طرق كلهم من رواية ثابت عن أنس قال: عاد النبي ﷺ يهودياً.

ورووه مطولاً ولفظه: أن غلاماً يهودياً كان يخدم النبي ﷺ، فمرض، فأتاه يعوده. فقال له النبي ﷺ: أسلم. فنظر إلى أبيه وهو جالس عند رأسه فقال له: أطعْ أبا القاسم. قال: فأسلم. قال: فخرج النبي ﷺ من عنده وهو يقول: الحمد لله الذي أنقذه من النار.

(٢) باطل لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٢ رواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير وابن الجوزي في الموضوعات كلاهما من حديث ابن مسعود مرفوعاً: اثنتا عشرة ركعة تصليهنّ من ليل أو نهار، وتتشهد بين كل ركعتين، فإذا تشهدت في آخر صلاتك، فاثن على الله عز وجل، وصل على النبي ﷺ، واقرأ وأنت ساجد فاتحة الكتاب سبع مرات، وآية الكرسي سبع مرات وقل. . . الحديث وآخره: ولا تعلموها السفهاء فإنهم يدعون فيستجاب لهم.

قال ابن الجوزي: حديث موضوع بلا شك وإسناده مخبط كما ترى وفيه عمر بن هارون كذبه يحيى بن معين وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن القراءة في السجود. هـ ووافقه الزيلعي وهو كما قالا والله تعالى أعلم.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٢٥١٣ والترمذي بإثر حديث ١٦٣٧ والنسائي ٦/ ٢٢٢ . ٢٢٣ وفي الكبرى ٤٤٢٠ والطيالسي ١٠٠٧ وأحمد ٤/ ١٤٤ . ١٤٦ . ١٤٨ من طرق كلهم من حديث عقبة بن عامر. وإسناده جيد رجاله ثقات.

ولفظ النسائي: «إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة صانع يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبّله، وارموا، واركبوا، وأن ترموا أحب إليّ من أن تركبوا، وليس اللهو إلا في ثلاثة: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته امرأته، ورميه بقوسه، ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة كفرها أو قال: كفر بها».

وأخرجه الترمذي ١٦٣٧ بسنده عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين وهذا مرسل عبد الله هذا تابعي ثقة وأخرجه الحاكم ٢/ ٩٥ من حديث أبي هريرة وصححه وضعفه الذهبي فالحديث جيد لشواهده.

بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام، وهو محكى عن الشافعي رحمه الله. لنا قوله عليه الصلاة والسلام «من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير»[١] ولأنه نوع لعب يصدّ عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراماً لقوله عليه الصلاة والسلام «ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر»[٢] ثم إن قامر به تسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأوّل فيه. وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيراً لهم. ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأساً ليشغلهم عما هم فيه. قال: (**ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته. وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير**) وهذا استحسان. وفي القياس: كل ذلك باطل، لأنه تبرّع والعبد ليس من أهله. وجه الاستحسان «أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً»[٣]، وقبل هديه بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة»[٤] وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبداً، ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بداً منها، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته، ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل القياس. قال: (**ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة**

أو نقصاً فيه. وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مبادلها، فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قال صاحب الكافي لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث، والعزّ صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزّه حادثاً داخلاً في حيز الإيهام فتأمل، إلى هنا كلامه أقول إن صاحب الكافي وإن جعل لزوم كون عزّه حادثا داخلاً في حيز

في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله، وفي بعضها: وإجارة الأظآر وكلامه واضح. وقوله: (**ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره**) هذا يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهراً فمنهم من حمله على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير. ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر. ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة. وقوله:

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧٤ وقال: غريب بهذا اللفظ والحديث في مسلم ليس فيه ذكر الشطرنج اهـ.
وافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٠.
وحديث مسلم هو عنده برقم ٢٢٦٠ وكذا أخرجه أبو داود ٤٩٣٩ وابن ماجه ٣٧٦٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٧٣٥ وأحمد ٥/ ٣٥٢. ٣٥٧. ٣٦١ والبخاري في الأدب المفرد ١٢٧١ وابن حبان ٥٨٧٣ والبيهقي ١٠/ ٢١٤ والبغوي ٣٤١٥ من طرق كلهم من حديث بريدة مرفوعاً: من لعب بالنرد شير، فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه.
وورواية لابن حبان وغيره: غمس. بدل: صبغ.
قال الزيلعي: وذكر الشطرنج ورد في حديث أخرجه العقيلي في الضعفاء بسنده عن أبي هريرة قال: مرّ رسول الله ﷺ بقوم يلعبون الشطرنج فقال: ما هذه الكوبة؟ ألم أنه عنها؟ لعن الله من لعب بها. وأعله العقيلي بمطهر بن الهيثم. وقال: لا يصح حديثه، وشبل وعبد الرحمن مجهولان.
وذكره ابن حبان في الضعفاء، وأعله بمطهر، وقال: هو منكر الحديث.
ورواه ابن حبان من حديث واثلة بن الأسقع بلفظ آخر وقال: فيه محمد بن الحجاج منكر الحديث اهـ.
أنظر ضعفاء العقيلي ٣/ ٢٦١ برقم ١٨٦٣ والواهيات لابن الجوزي ٢/ ٧٨٣. وخبر الشطرنج واهٍ بمرة بل هو لا شيء. ولكن إن كان يصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، فهو محرم. حيث وصف الله عز وجل الخمر، وغيره بهذا. فقال تعالى ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾ ثم قال: ﴿ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهو أنتم منتهون﴾.
(٢) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٥: غريب مرفوعاً. وقد رواه أحمد في الزهد من قول القاسم بن محمد. وكذا رواه البيهقي في شعبه عن القاسم بنحوه اهـ.
وافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٠ حيث قال: لم أره مرفوعاً.
قلت: فهو مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح.
(٣) جيد. هو بعض حديث طويل في خبر إسلام سلمان الفارسي. أخرجه ابن حبان ٧١٢٤ وأحمد ٥/ ٤٣٨. ٤٤١. ٤٤٤ وابن سعد ٤/ ٧٥. ٨٠ وابن هشام في السيرة ١/ ٢٢٨. ٢٣٥ والطبراني ٦٠٦٥ والبيهقي في دلائل النبوة ٢/ ٩٢ وأبو نعيم في دلائله (١٩٩) والذهبي في السير ١/ ٥٠٦ من طرق عن ابن إسحق عن عاصم بن عمر عن محمود بن لبيد عن ابن عباس عن سلمان، وإسناده قوي صرح ابن إسحق بالتحديث.
ورواية ابن حبان ليس فيها ابن إسحق
(٤) متفق عليه. تقدم في الطلاق. في خيار الحرة إن كان زوجها عبداً

والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة: نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية، لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع، ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم. وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالوليّ أولى به، إلا أنه لا يشترط في حق الوليّ أن يكون الصبيّ في حجره، ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط الأخ والعم والصبيّ بنفسه إذا كان يعقل، لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبيّ فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الإنفاق. قال: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم)** لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه، ولا كذلك المتلقط والعم **(ولو أجر الصبيّ نفسه لا يجوز)** لأنه مشوب بالضرر **(إلا إذا فرغ من العمل)** لأن عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه. قال: **(ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية)** ويروى الداية، وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرّك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار **(ولا يكره أن يقيده)** لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزاً عن إباقه وصيانة لما له. قال: **(ولا بأس بالحقنة يريد**

الإيهام إلا أنه علل إيهام أن عزّه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال: لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث لتعلقه بالمحدث، والعزّ صفته القديمة لم يزل موصوفاً به ولا يزال موصوفاً به انتهى، فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضاً لزوم تعلق عزّه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل، فلا معنى لقوله فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وإن لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وإن عزّه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وإن لم يصرح به، إذ لا شيء يصلح لأن يكون علة له سواه، وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزّه بالحادث. قال في المحيط: وأما باللفظ الأول فلأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالحدث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى، وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: وإن كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضاً لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفاً به ولا يزال موصوفاً به انتهى. إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام، ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض: الظاهر أن ماهربوا عنه ها هنا ليس إيهام مطلق تعلق عزّه

(ولا يجوز ذلك للعم) يعني وإن كان في حجره. وقوله: **(ولو آجر الصبيّ نفسه لا يجوز)** قال في النهاية: أي لا يلزم. وقوله وقد ذكرناه يعني في باب إجارة العبد. وقوله: **(ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية)** راية الغلام غلّ يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق. قال في النهاية: وأما الداية بالدال فغلط، كذا في المغرب، قالوا: هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق، أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصاً في الهنود. وقوله: **(يريد به التداوي)** احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح. وقوله وقد ورد بإباحة: أي بإباحة التداوي، الحديث. قال ﷺ «تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق

قال المصنف: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره)** أقول: ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح. وقال أكمل الدين: يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهراً، فمنهم من حمله على الروايتين، ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر، ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى. وقال العلامة الكاكي: أو نقول: المراد بقوله وإجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى. وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط قوله: **(فالأول على رواية القدوري كما مر)** أقول: في كتاب اللقيط قوله: **(فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح)** أقول: سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض، فإنه يدل على أن المختار تلك الرواية، ويجوز أن يقال: المراد ها هنا إرادة مجرد السمن بلا قصد التداوي، وفيما سبق ليس كذلك.

به التداوي) لأن التداوي مباح بالإجماع، وقد ورد بإباحته[1] الحديث، ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام. قال: **(ولا بأس برزق القاضي)** لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له، وبعث علياً إلى اليمن وفرض له[2] ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال، وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصيّ والمضارب إذا سافر بمال المضاربة، وهذا فيما يكون كفاية، فإن كان شرطاً فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة، إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها، ثم القاضي إذا كان فقيراً: فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به، إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته، وإن كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال. وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظراً لمن يولي بعده من المحتاجين، لأنه إذا انقطع زماناً يتعذر إعادته ثم تسميته رزقاً يدل

تعالى بالمحدث، إذ قد تقرّر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك، والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات، ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا يخفى، فكذا الحال في صفة عزّه تعالى، وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عزّه تعالى بالمحدث تعلقاً خاصاً، وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزّه تعالى كما يوهمه كلمة «من» في قوله «بمقعد العزّ من عرشك» إذ الظاهر المتبادر منها في بادىء الرأي أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم: إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية، ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصوّر في عزّه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً، وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق إفاضة، ألا ترى

داء إلا وقد خلق له دواء، إلا السام والهرم» والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم ﴿وهزي إليك بجذع النخلة﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هزّ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله. وقوله: **(إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام)** قيل إذا لم يعلم أن فيه شفاء فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به. ومعنا قول ابن مسعود رضي الله

---

(١) صحيح. ورد في ذلك أحاديث منها ما أخرجه أحمد ٤/ ٢٧٨ والطيالسي ١٢٣٢ والحميدي ٨٢٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٢ والبخاري في الأدب المفرد ٢٩١ وأبو داود ٣٨٥٥ والترمذي ٢٠٣٨ وابن ماجه ٣٤٣٦ والحاكم ٤/ ٤٠٠ وابن حبان ٦٠٦١ و ٦٠٦٤ والطبراني في الصغير ٠٥٥٩ والكبير ٤٦٣ و ٤٦٤ و ٤٦٥ والبيهقي ٩/ ٣٤٣ والبغوي ٣٢٢٦ من طرق كلهم عن زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك مرفوعاً وفيه: تداوَوْا عباد الله، فإن الله لم يصنع داءً إلا وصنع له دواء. وله قصة.

قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد فقد رواه عشرة من ثقات المسلمين عن زياد بن علاقة.

وكذا صححه البوصيري في الزجاجة ورقه ٢١٣ ومن حديث ابن مسعود. أخرجه أحمد ١/ ٣٧٧ . ٤١٣ والحميدي ٩٠ وابن ماجه ٣٤٣٨ والحاكم ٤/ ٣٩٩ وابن حبان ٦٠٦٢ والبيهقي ٩/ ٣٤٣ كلهم من حديث ابن مسعود: إن الله لم ينزل داءً إلا أنزل معه دواءً جَهِلَهُ من جهله، وعَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ.

ومداره على عطاء بن السائب لكن رواه عنه عدة منهم الثوري، وابن عيينة، وقد سمعا منه قبل اختلاطه، فالحديث حسن. وفي الباب أحاديث.

(٢) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٨٦ وقد أخرج الحاكم ٣/ ٥٩٤ . ٥٩٥ من طريق مصعب بن عبد الله الزبيري قال: استعمل رسول الله ﷺ عتاباً على مكة، ومات رسول الله ﷺ، وعتاب عامله على مكة، وتوفي عتاب بمكة سنة (١٣) وأخرج الحاكم بسنده عن عتاب قال: ما أصبت في عملي هذا الذي، ولا في رسول الله ﷺ إلا ثوبين معقدين، فكسوتهما كيسان مولاي.

قال الزيلعي: وذكر أصحابنا أنه عليه الصلاة والسلام فرض له سنة أربعين أوقية، والأوقية أربعون درهماً.

قيل: رزقه مما أفاء الله عليه. وقيل: من المال الذي أخذه من نصارى نجران، والجزية التي أخذها من مجوس هجر. ثم ذكر الزيلعي آثاراً كثيراً في فرض نصيب من المال للعمال منهم القضاة، وغيرهم أنظر نصب الراية ٤/ ٢٨٦ . ٢٨٧ قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٢: وأما إرسال علي إلى اليمن فتقدم في القضاء. وليس فيه: أنه فرض له.

على أنه بقدر الكفاية، وقد جرى الرسم بإعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح، ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها، قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة،

أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى، وإنما المحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث استفاضة منه فهو المهروب عن إيهامه فيما نحن فيه بلا ريب قوله: **(قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له)** قال في النهاية: اعلم أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه: من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الإسلام انتهى، وقد أطبقت كلمة سائر الشارح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسألة، وإنما هو قيد اتفاقي، وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز لكونه نفعاً محضاً فجاز قبض الهبة لها مع قيام الأب، غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية وعن عداهما ذكروه من عند أنفسهم، أقول: قول الكل ليس بصحيح عندي، إذ الثابت مما ذكروه في كتاب الهبة إنما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها إذا كانت عنده يعولها، لا أن عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه، وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لنحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلاً بالمسألة التي استشهدوا بها حيث قال: وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد. وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له: أي لا أب له معروف لا أن يكون أبوه حياً، وهو بيان للواقع فإن اللقيط لا يكون إلا كذلك لأنه في الشرع مولود طرحه أهله في الطريق خوفاً من العيلة أو فراراً من التهمة فلا يكون له أب معروف، فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز، فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب، وذلك لأن وضع المسألة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً، إلى هنا كلامه. أقوله: ليس هذا أيضاً بصحيح، فإن مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه إذا ادعاه مدّع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة مزوّجة وكانت عند زوجها يعولها، فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسألة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً، ولا معنى لحمل قوله لا أب له في مسألة الجامع الصغير على بيان الواقع

عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم. يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم، لأنه يستغني بالحلال عن الحرام. ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال. قال: **(ولا بأس برزق القاضي الخ)** إذا قلد السلطان رجلاً القضاء لا بأس أن يعين له رزقاً بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد «لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة» والأوقية

والأصح أنه يجب الردّ. قال: (ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير محرم) لأن الأجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمسّ بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها.

بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب في الحياة، لأنه إن كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جداً لاحتياجه إلى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الإمام الرباني محمد ذلك الهمام، وإن كان المراد لا أب له معروف أصلاً: أي لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع، إذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط إلا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن أدّعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما مر، ولا فرق بينه وبين سائر الأولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم إلى دعوة الأب كما في المولود من أمته. فالحق عندي أن قوله لا أب له قيداً احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فإنه لا يجوز ممن كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى. إذ لا شك أن الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها. فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر، والله الموفق للصواب.

بالتشديد أربعون درهماً. وتكلموا في أنه ﷺ من أيّ مال رزقه ولم تكن يومئذٍ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه، فقيل إنما رزقه من الفيء، وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر. وقوله: (على الاختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب ردّ حصة ما بقي من السنة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب. قاسوا على نفقة الزوجة إذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردّت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف. وقوله: (ولا بأس أن تسافر الأمة إلى آخره) قيل هذا كان في الابتداء. أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق. وقوله: (على ما ذكرنا من قبل) إشارة إلى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم.

كتاب إحياء الموات

قال: (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به. قال: (فما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له ملك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال

كتاب إحياء الموات

قال جمهور الشراح: مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور: وهذا ليس بشيء، لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى، أقول: بل ما ذكره نفسه في الردّ عليهم ليس بشيء. لأن ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ها هنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية، ولا ريب أن الحيثية المذكورة ها هنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره، إذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذلك منك فإنه ينفعك في مواضع شتى قوله: (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء: هذا تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف، لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة، ولك أن تقول: هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى. أقول: توجيهه الذي ذكره بقوله ولك أن تقول إلى آخره ليس بتام، فإنّ قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضاً. قال في الصحاح: والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى، وقال في القاموس: والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى. فعلى تقدير أن يحمل في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسيراً بالأعم أيضاً. أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه. والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانية هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبراً في معناه اللغوي. لأنا نقول: الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا إضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي، سيما من قيد أيضاً في قوله في الصحاح: والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها، وإن لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكر أولا، فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من

كتاب إحياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره، ومن محاسنه التسبب للخصب في أقوات الأنام ومشروعيته بقوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميته فهي له» وشروطه ستذكر في أثناء الكلام. وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة. وحكمة تملك المحيي ما أحياه. قال: (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي) شبه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سبخة بالميت من

كتاب إحياء الموات

قال المصنف: (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي) أقول: تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة، ولك أن تقول: هذا تفسير المعنى اللغوي قال المصنف: (ومعنى العادي ما قدم خرابه) أقول: لا أن يكون منسوباً إلى عاد، وينسب كل أثر قديم إليهم لتقدمهم. قال عليه الصلاة والسلام «عادى الأرض لله ورسوله، ثم هو بعد منى لكم» رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد، كذا في شرح الكاكي، وفي كلامه تناقض ظاهر. والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً إلى عاد انتساب الملكية قوله: (فيدار الحكم عليه: أي على القرب) أقول: أي القرب مرجع لضمير عليه حكمي: أي مذكور حكماً لانفهامه من قوله قريباً، كقوله تعالى: ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾.

رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي ما قدم خرابه. والمروى عن محمد رحمه الله أن يشترط أنه لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقاً، فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا نكون مواتاً، إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر له مالك يردّ عليه ويضمن الزارع نقصانها، والبعد عن القرية على ما قاله شرطه أبو يوسف، لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه. ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريباً من القرية، كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله، وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله **(ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يملكه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1] ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما في الحطب والصيد.

الأرض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الأرض، فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفاً بالأخص، وهو ليس بأقل قبحاً من التعريف بالأعم. وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضاً ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا: قوله الموات ما لا ينتفع به من الأرض تحديد لغوي، وزيد عليه في الشرع أشياء أخر بيانها في قوله فما كان عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية، بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى. تأمل تقف قوله: **(ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»[2])** أقول: لقائل أن يقول: إن اعتبر عموم الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير إذن الإمام مع ظهور خلافه، إذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والإجازة والهبة والإرث والوصية وتحولها من أسباب الملك من غير توقف على إذن الإمام وإن لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنا. فإن قلت: عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الإمام، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه إلى رأي الإمام، بخلاف ما نحن فيه، قلت: كون

الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتاً، وإحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به. قوله: **(فما كان منها عادياً)** ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد، لأن عاداً لم يملك جميع أراضي الموات، ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب. وقوله: **(أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه)** قول بعض المشايخ رحمهم الله. وقال بعضهم: الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة. وقوله: **(وإذا لم يعرف مالكه)** من تتمة قول محمد رحمه الله. وقوله: **(فيدار الحكم عليه)** أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريباً. وقوله: **(ثم من أحياه)** واضح. وقوله: **(وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع)** تقريره أن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع. والآخر إذن بالشرع. فالأول كقوله ﷺ «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف» والآخر كقوله ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام إذناً لقوم معينين، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» من ذلك القبيل. وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحاً، وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميته فهي له» يدل على السبب فإن الحكم إذا ترتب على مشتق دلّ

---

(١) صحيح. أخرجه الترمذي ١٣٧٩ وأحمد ٣/ ٣٠٤. ٣٣٨ وابن حبان ٥٢٠٥ وأبو يعلى ٢١٩٥ كلهم من حديث جابر زاد ابن حبان: وما أكلت العوافي منها، فهوله صدقة. قال الترمذي عقب حديثه: حسن صحيح.
وأخرجه أبو داود ٣٠٧٣ والترمذي ١٣٧٨ وأبو يعلى ٩٥٧ من حديث سعيد بن زيد. ووصفه الحافظ في الفتح ٥/ ١٩ بأنه شاهد قوي. وأخرج البخاري ٢٣٣٥ بسنده عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ قال: من أعمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق.
قال عروة: قضى به عمر في خلافته.
فهذا شاهد صحيح يرقى بحديث الباب إلى درجة الصحيح. والله تعالى أعلم.
(٢) تقدم في السير. رواه الطبراني من حديث معاذ وفيه ضعف كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٠

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به» وما رواه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع، ولأنه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما في سائر الغنائم. ويجب فيه العشر. لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج، لأنه حينئذٍ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق

التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه إلى رأي الإمام أول المسألة فيلزم المصادرة على المطلوب قوله: **(وما رواه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع)** تقريره: إن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول كقوله عليه الصلاة والسلام «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف»[1] والآخر كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[2] أي للإمام ولاية يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبيّ ﷺ إذناً لقوم معينين وتحريضاً على القتال لا نصب شرع، فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلاً لا يكون سلبه له إلا أن يأذن الإمام به، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[3] من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحاً، كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة: فإن قلت: ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش، وما رواه لم يخص فيكون العمل به أولى، قلت: ما ذكر لبيان أنه لا يجوز الافتيات على رأي الإمام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما إلى رأي الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصاً، والأرض مما يحتاج فيها إلى رأي الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإيضاع الركاب كسائر الأموال فكان ما قلنا أولى انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية والعيني، أقول: كل من السؤال والجواب ليس بسديد، أما الأول فلأن كون ما رواه عاماً خص منه الحطب والحشيش إنما يقتضي كون العمل بما رويناه أولى لكونه مما يخص أن لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به، إذ يصير العام الذي خص منه البعض حينئذٍ ظنيا كما عرف علم الأصول، وأما إذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه يلزم أولوية العمل بما رويناه، إذ يصير العام حينئذٍ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعياً في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الأصول أيضا، ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به، بل إنما هو دليل آخر مفصول عنه. وأما الثاني فلأن كون الأرض مطلقاً مما يحتاج فيه إلى رأي الإمام أول المسألة لم يقل به الإمامان في الأرض الموات، فبناء الجواب عليه يؤدي إلى المصادرة، فإن قيل: إنما يؤدي إلى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لأنها صارت من الغنائم الخ. قلنا: كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لأبي حنيفة مذكور في الكتاب بعده، والكلام الآن في تمشية الدليل النقلي، فبالمصير إلى ذلك الدليل العقلي هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه قوله: **(يجب فيه العشر لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز)** أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه سيجيء في الكتاب أن المسلم والذمي مستويان في حكم إحياء الأرض الموات، والتعليل المذكور إنما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتأمل قوله: **(والأصح أن الأول ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث، إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك)** قال في العناية: ولقائل أن

علية المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام. وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» يدل على ذلك. وقوله: **(والأصح أن الأول ينزعها من الثاني)** بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في أن إحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة، فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله إلى الأول

---

(١) تقدم في الصلاة باب ما تبطل به الصلاة.

(٢) متفق عليه من حديث أبي قتادة، وقد تقدم في الجهاد في الغنائم.

(٣) تقدم قبل ثلاثة أحاديث مستوفياً، وهو صحيح.

بها، لأن الأوّل ملك استغلالها لا رقبتها، فإذا تركها كان الثاني أحق بها. والأصح أن الأوّل ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث، إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك. ومن أحيا أرضاً ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة نفر على التعاقب؛ فعن محمد أن طريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع إبطال حقه. قال: **(ويملك الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم)** لأن الإحياء سبب الملك، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك على الاستيلاء على أصلنا قال: **(ومن**

يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح. وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به، والجواب أنه وإن كان إذناً لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا يرى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى. واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال: فيه بحث، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الإمام هنا، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك انتهى، أقول: الفرق الذي ذكره ليس بتام، لأن لام التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين، فإذا كان كل منهما محمولاً على الإذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطاً في إذن الإمام في أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع قوله: **(ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره)** والأصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيداً للملك، فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين، ومنهم من قال لا يفيد، وهو مختار المصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح. قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه. فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول، وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين[1]. نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والحق الكامل هو الملك، ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب، والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة، كذا في العناية، وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال: وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق، وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى. أقول: جوابه ليس بسديد، إذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين

قياساً على من جلس في موضع مباح فإن له الانتفاع به، فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه، وعامتهم إلى الثاني استدلالاً بالحديث، فإنه أضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك. ولقائل أن يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح، وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به. والجواب أنه وإن كان إذناً له لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً له سلبه ملك سلب من قتله. وقوله: **(لتعينها لتطرقه)** لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً له، فإذا أحياه الرابع فقد

قوله: **(وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً)** أقول: لم يحمل عليه، بل قال: يحتمل أن يكون إذناً، لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال قوله: **(لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا يرى أن من قال له الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، ملك سلب من قتله)** أقول: فيه بحث، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الإمام هنا، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لايلزم أن يكون بلفظ التمليك.

---

(١) أثر عمر. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٠ رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن عمر موقوفاً.
وفيه الحسن بن عمارة ضعيف، وابن المسيب عن عمر في روايته عنه كلام.
وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال بسنده عن عمرو بن شعيب أن عمر قال: من كانت له أرض، فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره، فهو أحق بها اهـ.
قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٥: هذا مرسل رجاله ثقات.

حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للمقصود، ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به. لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام، سمي به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح. وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق. ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهيء أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين، لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك، وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها. قالوا: هذا كله ديانة، فأما إذا أحياها غيره قبل مضيّ هذه المدة ملكها لتحقيق الإحياء من دون الأول وصار كالاستيام فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد. ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصاناً يابسة أو نقى الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو

حق[1] فإن حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين، إذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلاث سنين، ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا يدفعه الجواب المزبور قوله: **(لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج. فإن لم تحصل يدفعه إلى غيره تحصيلاً للمقصود)** أقول: لقائل أن يقول: لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها الإمام ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضاً إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصاً لها عن التعطيل. فإن قلت: يملكها الإنسان بالإحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير، والإمام لا يقدر أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك. قلت: فحينئذٍ يلزم المصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الأول مفيداً للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى قوله: **(لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه)** قال عامة الشراح في حل هذا التعليل: لتحقق حاجتهم إليها حقيقة: أي عند محمد رحمه الله، أو دلالة: أي عند أبي يوسف رحمه الله. وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك: أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ. واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني، أقول: لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حملهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكروا. إذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مرّ بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف، لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريباً من القرية انتهى. إذ يصير قوله على ما بيناه حينئذٍ ناظراً إلى مجموع قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيحسن، وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور

أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق. قال: **(ويملك الذمي بالإحياء)** المسلم والذمي في تملك ما أحياه سواء لاستوائهما في السبب، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء، فإن الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين قوله: **(ومن حجر أرضاً)** يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه، ومعنى الأول أعلم بوضع الأحجار حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك، ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن إحيائها فكان التحجير هو الإعلام، فإذا حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره، والأصل في ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في كونه مفيداً للملك؛ فمنهم من قال: يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين، وقيل لا يفيد وهو مختار

---

(١) موقوف. وهو المتقدم.

الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعاً أو ذراعين، وفي الأخير ورد الخبر[(١)]. ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء. ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحيآء لوجود الفعلين، ولو حوّطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء، وكذا إذا بذرها. قال: **(ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصائدهم)** لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه، فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر. وعلى هذا قالوا: لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا. قال: **(ومن حفر بئراً في برية فله حريمها)** ومعناه إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء. قال: **(فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعاً)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته»[(٢)] ثم قيل: الأربعون من كل

ناظراً إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة فقط، ولا يخفى ما فيه من الركاكة، أما أولاً فلأنه كان ينبغي إذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة، وأما ثانياً فلأنه يلزم حينئذٍ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا. وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له قوله: **(لأن في الأراضي رخوة ويتحوّل الماء إلى ما حفر دونها)** أقول: كان الظاهر أن يقال: فيتحوّل الماء بالفاء، لأن سبب تحوّل الماء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة الأراضي لا غير، إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحوّل الماء إلى ما حفر دونها قطعاً فلا بد من أداة التفريع. ثم أقول: لقائل أن يقول: إن هذا التعليل تعليل في مقابلة النص، لأن قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئر فله مما حوله أربعون ذراعا»[(٣)] ظاهر في كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة، على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح، وقد تقرر في علم الأصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح، فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح أنه من كل جانب، ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر، والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب، فلو لم يكن الأربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص، فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج، وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي إلى الحرج، ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب، لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئر أخرى فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا

المصنف رحمه الله، أشار إليه بقوله: **(هو الصحيح)** قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضيّ ثلاث سنين وأحياه، فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول. وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والحق الكامل هو

قوله: **(والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم، وهو ليس بحجة)** أقول: وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق. وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩١ يريد حديث: «من حفر في بئر مقدار ذراع فيه، فهو متحجر» وقد ذكره السغناقي، ولم أره، ولا أعرفه، ولم أر من ذكره. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٥ حيث قال: ذكره السغناقي، ولا وجود له في شيء من كتب الحديث.

(٢) أخرجه ابن ماجه ٢٤٨٦ من حديث عبد الله بن مغفل وفيه إسماعيل بن مسلم المكي.
قال البوصيري في الزوائد: إسماعيل هذا تركه القطان، وابن مهدي وغيرهما.
وأخرجه أحمد ٢/ ٤٩٤ من حديث أبي هريرة بأتم منه. وفي إسناده راوٍ لم يسمّ، فهو ضعيف لجهالة الراوي.

(٣) هو المتقدم.

الجوانب. والصحيح أنه من كل جانب، لأن في الأراضي رخوة ويتحوّل الماء إلى ما حفر دونها **(وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً)** لهما قوله عليه الصلاة والسلام «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً. وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً» ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء، وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت. وله ما روينا من

يندفع بعشرة أذرع من كل جانب، فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة، فربما يحفر بحريمه أحد بئراً أخرى فيتحول ماء البئر الأولى إليه فيتعطل عليه منفعة بئره، وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر قوله: **(وله ما روينا من غير فصل، والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به)** يريد بقوله ما روينا قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[1] وبقوله من غير فصل: أي من غير فصل بين العطن والناضح، ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[2] وبقوله أولى عنده، أي عند أبي حنيفة رحمه الله، ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً»[3] كذا في العناية وغيرها. **أقول**: هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما إذا كانت البئر عيناً، فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[4] لا يفصل ذلك أيضا، وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله، والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أربعين ذراعاً عنده فليتأمل في الفرق، قوله: **(قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه)** يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين فتركنا في القياس هذا القدر، وفيما وراء الأربعين تعارضاً، لأن العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره. **أقول**: فيه بحث، لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساقطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، وأما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر. والأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفي ما وراء الأربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا، وإن سلم أنه ينفي ذلك بمنطوقه فإنما

الملك. ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب، والجواب على استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة. وقوله: **(من غير أن يتم المسناة)** هو ما يبنى للسيل ليردّ الماء. وقوله: **(وفي الأخير)** يريد حفر البئر **(ورد الخبر)** وهو ما روي أن رسول الله ﷺ قال «من حفر بئراً مقدار ذراع فهو متحجر». وقوله: **(لتحقق حاجتهم إليها حقيقة)** يعني عند محمد رحمه الله **(أو دلالة)** عند أبي يوسف رحمه الله. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ. وقوله:

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.

(٢) تقدم قبل حديثين.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في تخريجه، وقال: غريب. وكذا قال ابن حجر في الدراية: لم أجده هكذا. أنظر نصب الراية ٤/ ٢٩٢ والدراية ٢/ ٢٤٥ وقد أخرج أبو داود في مراسيله ٣٦٢ عن ابن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر البديّ خمس وعشرون ذراعاً.
وقال ابن المسيب من قبل نفسه: وحريم قليب الزرع ثلاثمائة ذراع.
ورواه الدارقطني ٤/ ٢٢٠ عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً
وقال: الصحيح أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير عن هذا الحديث: أعله الدارقطني بالإرسال، وفي سنده محمد بن يوسف المقري، وهو متهم بالوضع اهـ. تلخيص الحبير ٣/ ٦٣.

(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث، وهو غير قوي.

غير فصل، والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به، ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه، ولأنه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة: قال: **(وإن كانت عيناً فحريمها خمسمائة ذراع)** لما روينا، ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة. لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء. ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف. والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن، والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل. وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحوّل الماء إلى الثاني فيتعطل الأول. قال: **(فمن**

ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبته بطريق العبارة. وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهول أن يترك القياس في مقابلة النص. قال تاج الشريعة: فإن قلت: كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر؟ قلت: يعني به صورة المعارضة، كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني، أقول: الجواب ليس بصحيح، إذ لو كان المراد بتعارضهما ها هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه، ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الأربعين تعارضاً فتساقطا فعملنا بالقياس، إذ التساقط والعمل بالقياس إنما يتصوّر في حقيقة التعارض بأن يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص. وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدها على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس، وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه، ثم أقول: الظاهر في الجواب أن يقال: مدار هذا الدليل على التنزّل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله: يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضه فيه وهو ما وراء الأربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد قوله: **(ولأنه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما)** أقول: هذا التعليل ضعيف جداً لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد، ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال: قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد، ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال: فاستوت الحاجة فيهما قوله: **(وقيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل**

(لا يجوز أن يقطع الإمام) يقال أقطع السلطان رجلاً أرضاً: أي أعطاه إياها وخصصه بها. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها العطن: مناخ الإبل ومبركها. قوله: **(قيل الأربعون من كل الجوانب)** يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله ﷺ «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته» فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع، والصحيح أنه من كل جانب، لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كي لا يحفر بحريمه أحد بئراً أخرى فيتحوّل إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع «من» كل جانب بيقين، فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة، وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يتيقن بدفع الضرر. والناضح: البعير. وقوله: **(وله ما روينا)** يريد في قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً من غير فصل» يعني بين العطن والناضح. واعترض بأنه مقيد بقوله عطناً لماشيته، فيكون قد فصل بين العطن والناضح. وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد، فإن الغالب في انتفاع الآبار

قوله: **(إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة)** أقول: في باب الماء الذي يجوز به الوضوء، وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب، ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل قال المصنف: **(والقناة له حريم بقدر ما يصلحه)** أقول: وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجعه.

أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه؛ فإن احتفر آخر بئراً في حريم الأوّل للأوّل أن يصلحه ويكبسه تبرعا. ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه يكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره، وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف. وذكر طريق معرفة النقصان، وما عطب في الأول فلا ضمان فيه، لأنه غير متعد، إن كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما. والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيراً وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه، وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعدّ فيه حيث حفر في ملك غيره، وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأول فذهب ماء البئر الأول فلا شيء عليه، لأنه غير متعدّ في حفرها، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأوّل فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل هو عندهما. وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر. قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوّارة فيقدّر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضاً حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب، به ورد الحديث[1]. قال: (وما ترك

الأول) أقول: فيه إشكال، إذ المقادير مما لا مدخل فيه للرّأي أصلاً، وإنما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه، والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير، فتصير الزيادة عليه عملاً بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع قوله: (وما عطب في الثانية ففيه الضمان، لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول: في التعليل قصور لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيراً كما مر آنفا، وبمجرد التحجير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكاً للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره، فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه متعدّ فيه حيث حفر في حق غيره، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالإحياء، ولهذا لا يقدر الإمام أن يأخذها من يد المحجر ويدفعها إلى غيره إلا إذا حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين كما مرّ فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضاً على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا قوله: (وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى، أما صورة

في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكراً لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع، وكذلك قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ والوعيد ليس بمخصوص بالأكل، ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب، والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال: حدثنا أشعب بن سوار عن الشعبي أنه قال: حريم البئر أربعون ذراعاً من ها هنا وها هنا وها هنا وها هنا لا يدخل عليه أحد في حريمة وفي مائه. وقوله: (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً» لأن كلمة «من» تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري: «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم البئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً». وردّ عموم الأول بأن

---

(١) حسن. يشير المصنف لما أخرجه أبو داود ٣٦٤٠ من حديث أبي سعيد قال: «إختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في حريم نخلة، فأمر بها فذرعت سبعة أذرع. ورواية: خمسة أذرع. فقضى بذلك»
سكت عليه أبو داود والمنذري في مختصره ٣٤٩٣ وكذا ابن حجر في الدراية ٢/٢٤٦ وقال: وأخرجه الطحاوي وفيه: خمسة أذرع. لم يشك اهـ. وفي إسناده عبد العزيز بن محمد صدوق كان يحدث من كتب غيره، فيخطىء قاله في التقريب.
وأخرج الحاكم ٤/٩٧ من حديث عبادة بن الصامت «أنه النبي ﷺ قضى في النخلة أن حريمها مبلغ جريدها» وصححه وأقره الذهبي. وأخرج أبو داود في مراسيله ٣٦٤ عن عروة قال: «قضى رسول الله ﷺ في حريم النخلة طول عسيبها»
وهذه الروايات يستأنس بها لحديث الباب والله أعلم.

الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه) لحاجة العامة إلى كونه نهراً **(وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر)** لأنه ليس في ملك أحد، لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام. قال: **(ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك. وقالا: له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه)** قيل هذه المسألة بناء على أن من حفر نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى إلقاء الطين. ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر. وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه. وفي البئر عرفناه بالأثر، والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر، لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق. ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر، والقول لصاحب اليد، وبعدم استحقاقه تنعدم اليد. والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى. أما صورة فلاستوائهما، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة، والظاهر شاهد لمن في يده ما

فلاستوائهما، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية: وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر، لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه انتهى، وتبعه العيني. **أقول:** ليس هذا بشرح سديد، لأن الإشارة إلى ما ذكره إنما يتصوّر أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض: أي الاستواء المكاني، ولا يذهب على ذي مسكة أن المراد بذلك إنما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية، كيف لا والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك، فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر قوله: **(وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر)** قال بعض الفضلاء:

معناه: من حفر بئراً للعطن فله مما حولها أربعون ذراعاً، وهو خاص بالعطن كما ترى. وأجيب بأن عطناً ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصاً، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ليكون دافعاً لمقتضى القياس، فإنه يأبى استحقاق الحريم، لأن عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل، ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به، فإن قيل: فاتركه في الناضح أيضاً لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا: حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير إلى ما بعده وهو القياس فحفظناه. وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «حريم العين خمسمائة ذراع» وقوله: **(والذراع هي المكسرة)** يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة، وإنما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الأكاسرة بقبضة، وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فإنها هي المكسرة. قال: **(فمن أراد أن يحفر في حريمها يمنع منه)** كلامه واضح. وقوله: **(أن يطمه)** أي يصلحه ويكبسه من باب: أعجبني زيد وكرمه في كون العطن للتفسير فإن إصلاحه كبسه. قوله: **(وذكر طريقة معرفة النقصان)** وهو أن يقوم الأول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما. والقناة: مجرى الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كاريز. وقوله: **(به ورد الحديث)** يريد به ما روي «أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته، فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبيّ ﷺ، فجعل له النبيّ عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك» وهو حديث مشهور

قال المصنف: **(لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم)** أقول: إلا أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه قوله: **(يشير إلى أن الخلاف الخ)** أقول: لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء، ولك أن تقول: المراد بالاستواء هو الاستواء صورة، بأن لا يرتفع الحريم من الأرض لا الاستواء في الأرضية قوله: **(هو الموعود بقوله على ما نذكره)** أقول: فيه بحث، بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالأرض قال المصنف: **(وثمرة الاختلاف الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه، بل لا يبعد أن يدعي العكس.

هو أشبه به، كالثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه، والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك، ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس. على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه. والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه. كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه **(وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة)** وقالا: هي لصاحب النهر حريماً لملقي طينه وغير ذلك. وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه: ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف، أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى، لأنه صاحب يد، ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضاً، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر. وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف. وقيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش. وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده. وقيل لا يمنع للضرورة. قال الفقيه أبو جعفر: آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب، وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا أرفق بالناس.

فيه بحث، إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعي العكس انتهى. أقول لا وجه لكلامه هذا أصلاً، فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده لصاحب النهر عندهما، إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به، فكيف خفي على مثل ذلك القائل.

ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه قوله: **(ومن كان له نهر في أرض غيره)** ذكر في شرح الطحاوي؛ لو أن نهراً لرجل وأرضاً على شاطيء النهر لآخر فتنازعا في المسناة، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الأرض بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله: هي لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها: أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: المسناة لصاحب النهر. وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربه في كل حين، أما الأنهار الصغار التي يحتاج إلى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق، هكذا ذكره في النهاية، وظاهر كلام المصنف ينافيه. وقوله: **(فيكون له حريم اعتباراً بالبئر)** يعني بجامع الاحتياج فإن استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما إليه **(وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه)** يعني قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم إلى آخره، وفي البئر عرفناه بالأثر فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته. وقوله: **(والحاجة إلى الحريم فيه)** أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة، ووجهه أن الإلحاق بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي، والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك، فإن الحاجة إلى الحريم فيه: أي في البئر بمعنى القليب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق. وقوله: **(ووجه البناء، إلى قوله: والقول لصاحب اليد)** من جهتهما. وقوله: **(ولعدم استحقاقه إلى آخره)** من جهة أبي حنيفة رحمه الله، وقوله: **(أما صورة فلاستوائهما)** يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر، لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه. وقوله: **(يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه)** هو الموعود بقوله على ما نذكره. وقوله: **(والقضاء في موضع الخلاف)** أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك، فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضياً له فيها. وقوله: **(ولا نزاع فيما به استمساك الماء)** جواب عن قولهما إن الحريم في يد صاحب النهر بإمساك الماء وهو واضح. وقوله: **(والمانع من نقضه)** جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه، وذكر رواية الجامع الصغير لأنه يتبين بها موضع الخلاف. وقوله: **(ليس لأحدهما عليه)** أي على المسناة بتأويل الحريم.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

(وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة، والشفة الشرب لبني آدم والبهائم) اعلم أن المياه أنواع: منها ماء البحار، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي، حتى إن من أراد أن يكري نهراً منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أيّ وجه شاء. والثاني ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي، فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها، إن كان لا يضرّ بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لأنها مباحة في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره، وإن كان يضرّ بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضي، وعلى هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى كشقة للسقي به. والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب، لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدّم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء، كذا في الشروح، أقول: يرد على ظاهره أن يقال: إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل إحياء الموات على عكس ما في الكتاب، والجواب أن إحياء الموات لأصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة، وإنما مقصود الشراح ها هنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه قوله: **(إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل، وهو ما رويناه، حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده)** واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها، لأن قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ البقرة (٢٩) يورث الشبهة بهذا الطريق، وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ البقرة ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب، بخلاف قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب، لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدم فصل المياه على فصل الكري لأن المقصود هو الماء. والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفاً، والمراد بها ها هنا الشرب بالشفاه وجيحون: نهر خوارزم، وسيحون: نهر الترك. ودجله نهر بغداد: والفرات نهر الكوفة: وضفة النهر بالكسر والفتح: حافته. وأنث ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث» لأن الفصيح في الكلام إذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظراً إلى لفظ الأعداد، ومثله قوله عليه الصلاة والسلام «من صام رمضان وأتبعه بستّ من شوّال» الحديث. والصوم إنما يتحقق في الأيام لا في الليالي، ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الأيام أنثه، وقوله عليه الصلاة والسلام «شركاء» يريد به الإباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآباء والأنهار. وأما الكلأ وهو ما لا ساق له فإما أن ينبت في أرض شخص أو أنبته فيها بكري الأرض وسقيها، فإن كان الأول كان مباحاً للناس إلا أن أحداً لا يدخل ملكه إلا بإذنه، فإن لم يجد في غير ذلك الموضع؛ فإما أن يخرج له صاحب الأرض أو يأذن له بالدخول. وإن كان الثاني فهو أحق به، وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه حصل بكسبه والكسب للمكتسب. وأما النار فمن أوقد ناراً في أرض فليس لأحد فيها حق

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلإ، والنار»[1] وأنه ينتظم الشرب، والشرب خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة، ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز. ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس في أرضه، ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره؛ فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم، وإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضرّ بهم أو لم يضرّ لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة. ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب. والرابع الماء المحرز في الأواني وأنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو ما روينا[2]. حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده. ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد. وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر: إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته. وهذا مرويّ عن الطحاوي. وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه، لأن الموات كان مشتركاً والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة، والماء في البئر مباح غير مملوك، بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة، وقيل في البئر

جميعاً﴾ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ المائدة (٣٨) ﴿والسارق والسارقة﴾ النور (٢) وغير ذلك، فدل ذلك، على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات، كذا في العناية، أقول: في هذا الجواب نظر، لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر، فإنهم حكموا بأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكا بالإحراز وينقطع حق الغير عنه. وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا

فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها، وأما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا برضاه، لأن ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة، وكلامه واضح. وقوله: **(إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل)** يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث» وقوله: **(حتى لو سرقه إنسان لم يقطع)** اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها، لأن قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ يورث الشبهة بهذا الطريق. وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم﴾ الآية، ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب، بخلاف قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم﴾ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى:

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٥/ ٣٦٤ والبيهقي ٦/ ١٥٠ من طرق كلهم عن حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من الصحابة قال: «غزوت مع النبي ﷺ ثلاثاً أسمعه يقول: المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ، والماء، والنار.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٤: قال البيهقي في المعرفة: وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات وترك ذكر أسمائهم في الإسناد لا يضر.
وأخرجه ابن ماجه ٢٤٧٣ من حديث أبي هريرة بلفظ: «ثلاث لا يمنعن الماء والكلأ والنار» وإسناده صحيح كما قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٦٥ والبوصيري في الزوائد ١/ ١٥٣
وفي الباب من حديث ابن عباس. أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٢ وفيه ابن خراش، وهو عبد الله.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لأجله. ورواه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٢٩٤ من حديث ابن عمر: المسلمون شركاء... الحديث.
وله طرق أخرى، فهو جيد بمجموع طرقه والله أعلم. وانظر تلخيص الحبير ٣/ ٦٥.
تنبيه: قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٦ عن الحديث الأول: رجاله ثقات اهـ وجهالة الصحابي لا تضر كما تقدم.
تنبيه: لفظ: «الناس» جاء في رواية شاذة، وباقي الروايات بلفظ: المسلمون. وهو الصواب.
(٢) مراده الحديث المتقدم.

ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له؛ والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جدولاً صغيراً. وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه، لأن الإبل لا ترده في كل وقت وصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب. وقيل له أن يمنع اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه. ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح، لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع، وإن أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بجراره له ذلك في الأصح، لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة، وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً، وله أن يمنعه من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة. لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه، ولأن المسيل حق صاحب النهر، والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة، فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه.

محالة، فلو عملنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس، فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة، فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق إنسان ماء محرزاً في الأول كما لا تورثها الآية المذكورة، فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظراً إلى قوله تعالى ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ قلت: مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد كما في قوله تعالى ﴿حرّمت عليكم أمهاتكم﴾ النساء (٢٣) وقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ آل عمران (١٨٧) لا يجوز الزائد على الأربع، فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاماً اهـ.

﴿الزانية والزاني﴾ ﴿والسارق والسارقة﴾ وغير ذلك، فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات. وقوله: **(وقيل له يمنع اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر)** ذكر في المسبوط. وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة، لأن الشفة ما لا يضرّ بصاحب النهر والبئر، فأما ما يضرّ ويقطع فله أن يمنع ذلك. وقوله: **(ولهم أن يأخذوا منه)** أي من الجدول الصغير علم من وضع المسألة فيه. وقوله: **(في الصحيح)** إشارة إلى اختلاف المشايخ رحمهم الله، فإن منهم من قال: لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه دفعاً للحرج. وقوله: **(له ذلك في الأصح)** احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ إذ قالوا: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر عملاً بظاهر الحديث. وقوله: **(لأن الماء متى دخل في المقاسم)** أي متى دخل في قسمة رجل بعينه. وقوله: **(بواحدة)** أي بالكلية.

فصل في كري الأنهار

قال رضي الله عنه: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة إلا أنه عام، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص. والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه. فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب. فإن لم

فصل في كري الأنهار

قال جماعة من الشراح: لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذلك مؤنة كري الأنهار التي كان الشرب منها، ولكن لما كانت مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخر ذكره انتهى. أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب، بل هو في أثناء ذكر مسائلها بعد، كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول، وأما ثانياً فلأن النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكري، بل له مؤنة من بيت المال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال: فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم. لا يقال: مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكري على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقاً يشير إليه قول المصنف فيما بعد: وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان، لأنا نقول: مؤنة النهر العام وإن كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده إلا أنها في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين، يرشد إليه قول المصنف لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين، ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعاً أيضاً، إذ لا يلزم حينئذٍ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكري مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر فلا يتم وجه التأخير الذي ذكروه ها هنا. ثم أقول: ما ذكروه ها هنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب: فصل في المياه، فإنهم قالوا هناك: لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدم فصل المياه على فصل الكري لأن المقصود هو

فصل في كري الأنهار

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنهار التي كان الشرب منها. ولكن لما كانت مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخر ذكره. ووجه الحصر في الثلاثة ظاهر، لأن النهر إما أن يكون عاماً من كل وجه أو خاصاً كذلك، أو عاماً من وجه خاصاً من وجه. أما الأوّل فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة، وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها. وقوله: **(إلا أنه يخرج له)** أي للكري من كان يطيقه: أي الذي يقدر على العمل **(ويجعل مؤنته)** أي مؤنته من يُطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء. وقوله: **(ويقابل عوض)** يعني حصة من الشرب فلا يعارض به؛ أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بلْ يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضرراً، ويجب السعي في إعدامه وإن بقي الضرر الخاص. وقوله: **(خيفة الانبثاق)** يقال بثق السيل موضع كذا: أي خرقه وشقه. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص. ثم قيل: يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الإسكاف رحمه الله: وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله. وقوله: **(فاستوت الجهتان)** يعني في الخصوص، بخلاف ما تقدم وهو الإجبار في النهر الثاني، فإن من أبى من أهله يجبر عليه هناك لأن إحدى الجهتين عام والأخرى خاص، فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره. وقوله: **(ولا جبر لحق الشفة)** جواب عما يقال إن في كري النهر

فصل في كري الأنهار

يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفي مثله قال عمر رضي الله عنه: لو تركتم لبعتم أولادكم[1]، إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذي لا يطيقونه بأنفسهم. وأما الثاني فكريه على أهله على بيت المال، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به؛ ولو أرادو أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي، وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم. وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني. وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص. ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان، بخلاف ما تقدم، ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعاً ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هي عليهم جميعاً من أوّله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه. وله أن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره، وليس على صاحب السيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسدّه من أعلاه، ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه. وقيل إذا جاوز فوّهة نهره، وهو مرويّ عن محمد رحمه الله. والأول أصح لأن له رأياً في اتخاذ الفوّهة من أعلاه وأسفله، فإذا جاز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه، وقيل ليس له ذلك مال لم يفرغ شركاؤه نفياً لاختصاصه، وليس على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع.

الماء انتهى فتأمل قوله: (وله أن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره) قال صاحب النهاية: والصواب نفع غيره، لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع، كذا وجدت بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي، إلى هنا كلامه، واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا، وقال صاحب الغاية: استعمل الإنفاع في معنى النفع وهو ضد الضرّ، ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته، ولكن اللغة لا تصح بالقياس، ويجوز أن يكون ذلك سهواً من الكاتب بأن يكون في الأصل انتفاع غيره من باب الافتعال اهـ كلامه. وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور: قلت: لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعدياً بدون الهمزة، بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فإنّ باع متعدّ، ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرّضاً لأصل الفعل، فإن معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسباً إليه، وكذلك ها هنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسباً إليه انتهى. أقول، ليس هذا بشيء، إذ مآله إثبات اللغة بالقياس، وهو غير صحيح على ما صرحوا به، ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرّضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة.

الخاص إحياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآبي على الكري دفعاً للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع أهل النهر عن كريه فإنهم لا يجبرون على الكري لحق أهل الشفة. وقوله: (ومؤنة كري النهر المشترك) ظاهر وقوله: (فلا يلزمه إنفاع غيره) قال في النهاية: الصواب نفع غيره لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع. (لأنهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين.

قال المصنف: (فلا يلزم إنفاع غيره) أقول: الصواب نفع غيره، لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع.

---

(١) أثر عمر لا يوجد. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٤: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٦: لم أجده.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قال: (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا، وقد يبيع الأرض ويبقي الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله) لأنه مستعمل له بإجراء مائه. فعند الاختلاف يكون القول قوله، فإن لم يكن

فصل في الدعو والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب الفراغ من بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب قوله: (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً، لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك، لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه إشكال، لأن ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، إذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط، فإذا انتفى الإعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الإعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الأرض إرثاً وباقياً بعد بيع الأرض ومرغوبا فيه وإلا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط، فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، على أن ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححاً لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعاً. نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضاً في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية، وهو أن المدعي يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين، فإن ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جواباً عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم. ثم أقول: الوجه الأول من ذينك الوجهين للقياس في مسألتنا هذه وإن كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الأصالة في البعض إلا أنه منظور فيه عندي، لأنهم إن أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهولة جهالة لا تقبل الإعلام أن الشرب مطلقاً مجهول جهالة لا تقبل الإعلام فهو ممنوع، فإنه إذا ادّعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوماً نص عليه في الأصل؛ فإنه قال في باب الشهادات في الشرب من الأصل: وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا، لأنها شهادة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحساناً) قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله: (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك. قوله: (فإن لم يكن في يده) يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر

فصل في دعوى الشرب

قال المصنف: (لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً) أقول: قد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر قال المصنف: (وإذا كان النهر لرجل الخ) أقول: أي ماؤه ذكر المحل وأريد الحال قال المصنف: (لأنه مستعمل له بإجراء مائه) أقول: الضمير في قوله

في يده ولم يكن جارياً فعليه البينة أن هذا النهر له، أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكاً له أو حقاً مستحقاً فيه، وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب **(وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم)** لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره، بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته. فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز، لأن الحق له، إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبسر به النهر من غير تراض لكونه إضراراً بهم، وليس لأحدهم أن يكري منه نهراً أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه، لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء، إلا أن يكون رحى لا يضرّ بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره. ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه

قامت على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً. والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم، إلى هنا لفظ الأصل، وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم، ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه، إذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحساناً في مسألتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم، فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلاً، نص عليه في الأصل أيضا، فإنه قال فيه: وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الأيام لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لأنه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لأنه لا يمكن القضاء بها انتهى قوله: **(فإن لم يكن في يده)** قال في العناية والنهاية: يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرف النهر انتهى. أقول: في المعنى الأول خلل، إذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول: أي بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جارياً، إذ يكون عدم الجريان حينئذٍ مندرجا في مضمون قوله فإن لم يكن في يده، فيكون قوله ولم يكن جارياً مستدركاً محضاً، فالوجه هو المعنى الثاني وهو إن لم تكن أشجاره في طرفي النهر، فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له، وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر، فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشاره إلى انتفاء العلامة الأولى، وقوله ولم يكن جارياً إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية، ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد

فعليه: أي فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له إن كان يدعي رقبة النهر، أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعي الإجراء في هذا النهر، فإذا أقامها يقضي له لإثباته بالحجة ملكاً له: يعني في الأول أو حقاً مستحقاً فيه: يعني في الثاني، فإن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة. وقوله: **(فحكم الاختلاف فيها)** أي اختلاف المدعين في الأمور المذكورة **(نظيره)** أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله: **(لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره)** معارض لأنهم قالوا قد استووا في إثبات اليد على الماء إنما الذي في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق. وأجيب بأن إثبات

له عائد إلى النهر مراداً به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام قوله: **(لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ)** أقول: أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ قال المصنف: **(وكذا إذا كانت القسمة بالكوى)** أقول بكسر الكاف قال الزيلعي: أي ليس له توسيع فم النهر لأنه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى. وقال الأكمل وغيره: معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعي أوجه وأولى قال المصنف: **(حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره)** أقول: ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن

من كسر ضفته، وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه، والدالية والسانية نظر الرحى، ولا يتخذ عليه جسراً ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطراً مستوثقاً فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعاً. ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى، وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح، لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه، ولو كان لكل منهم

شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى. لا يقال: يجوز أن يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف، فإن لم يكن في يده ولم يكن جارياً على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه ناظراً إلى قوله ولم يكن جارياً، وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظراً إلى قوله فإن لم يكن في يده على على طريقة اللفّ والنشر الغير المرتب. لأنا نقول: مع كون اللفّ والنشرّ الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الإلغاز في الكلام لا يستقيم حينئذٍ كلمة أو في قولهما أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فإنها لأحد الأمرين، فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف: فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة، وليس بصحيح، فإنه إذا انتفت إحداهما ووجدت أخراهما لا

اليد على الماء هو بالانتفاع بالماء، وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد. وقوله: **(لم يكن له ذلك)** أي لم يكن لصاحب الأعلى السكر **(لما فيه)** أي في السكر من إبطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر. وقوله: **(إلا أنه إذا تمكن من ذلك)** يعني إذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه إضراراً بهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك، فإن لم يكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك أهل الأعلى أن يسكروا لأن في السكر إحداث شيء في وسط النهر المشترك، فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر، وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك، ومن لزمك طاعته فهو أميرك. وقوله: **(والدالية والسانية نظير الرحى)** الدالية: جذع طويل مركب تركيب مداق الأرز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقي بها. والسانية: البعير يستقي من البئر، والجسر: اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذاً من الخشب والألواح. والقنطرة: مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعاً لا يرفع، وكل ذلك يحدثه من يتخذه في ملك مشترك فلا يملك إلا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم. وقوله: **(وكذا إذا كانت القسمة بالكوى)** الكوة: ثقب البيت والجمع كواء بالمد، وكوى مقصور، ويستعار لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول فيقال كوى النهر، ومعناه ليس له أن يوسع الكوة. وقوله: **(وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه)** أي من فم النهر، وهذا تقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس. وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوّة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح، ومعنى قوله يسفل كواه: أي يجعلها أعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها إلى وجه

بالإتلاف، وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى. قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة انتهى. لا يقال: المراد بإتلاف الشرب إتلافه بالكلية وسقي الأرض من شرب غيره لا يستلزمه لأنهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هناك. وفي الكفاية: هذا على رواية الأصل، واختيار فخر الإسلام أنه يضمن، انتهى كلام صاحب

كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضرّ بأهله لأن الشركة خاصة، بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهراً منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى **(وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب)** لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه **(وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى)** لأنه يستوفي زيادة على حقه، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأرض الأخرى، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق. ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزّ ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما، وبعض التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك. وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، والشرب مما يورث ويوصي بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل. ولا في الخلع حتى

يجب عليه البينة، ولهذا قال المصنف: ولم يكن جارياً بكلمة الواو إشارة إلى انتفائهما معا قوله: **(والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر، أو لأنه ليس بمال متقوّم حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره)** ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية، وهو اختيار مشاريخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى. فتوهم بعضهم أن قوله ها هنا حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة. أقول: ليس ذاك بشيء لأن بناء كلامه في المقامين على الروايتين، فما ذكره ها هنا على رواية الأصل وهو مختار شيخ الإسلام خواهر زاده، وما ذكره هناك على ما قاله الإمام فخر الإسلام البزدوي. وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة

الأرض. وقوله: **(وهو نظير طريق مشترك)** يعني من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله: **(ساكنها غير ساكن هذه الدار)** لأنه لو كان ساكن الدارين واحداً كان له أن يفتح باباً إلى دار أخرى. وقوله: **(وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما)** بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وأنت حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى، لأن الانتفاع بالماء في القسمة الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة، وربما يضرّ ذلك بصاحب السفل. وقوله: **(لأنه إعارة)** لأن كل واحد منهما مُعير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب وإجارته به باطل، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء. وقوله: **(والشرب مما يورث ويوصي بالانتفاع بعينه)** بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه، وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك؛ ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع ونحوه، والوصية أخت الميراث. وقوله: **(بعينه)** احتراز عن الإيصاء ببيع الشرب كما سنذكره. والحاصل أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشيء من العقود، فإذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل، وإذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها ردّ ما قبضت من المهر، وإذا جلعه بدل الصلح فالمدعي على دعواه إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان فعلى القاتل الدية وأرش الجارحة وقوله: **(والأصح)** إشارة إلى وجود

الكفاية. ثم أقول: فعلى هذا لا مناقضة فيه أصلاً لابتناء الكلامين على الروايتين، فاندفع اعتراض صاحب القيل قوله: **(لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب)** أقول: فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مديوناً استحساناً على خلاف القياس.

يجب ردّ ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة. ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود. ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته. وكيف يصنع الإمام؟ الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين **(وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء)** أي ملأها **(فسال من مائها في أرض رجل فغرّقها أو نزّت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها)** لأنه غير متعدّ فيه.

حيث قال: رجل له نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته، ذكر الإمام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون ضامناً، وذكر في الأصل أنه لا يكون ضامناً، ثم قال: وفي فتاوى الصغرى: رجل أتلف شرب رجل بأن يسقي أرضه بشرب غيره، قال الإمام البزدوي: ضمن، وقال الإمام خواهر زاده: لا يضمن وعليه الفتوى انتهى. وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ها هنا حيث قال: حتى لو أتلف شرب إنسان بأن يسقي أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وإن اختار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى.

الاختلاف، فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب، فمنهم من قال السبيل في ذلك أن يقال للمقوّمين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب، وقال بعضهم: يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك. واختار المصنف رحمه ما ذكره في الكتاب. وقوله: (أو مخرها) قال في الصحاح مخرت الأرض: أي أرسلت الماء فيها. وقوله: (لأنه غير متعدّ فيه) يلوح إلى أنه إذا كان متعدياً ضمن، وعدم التعدي إنما يكون إذا سقى أرضه سقياً يسقي مثله في العادة وكان ذلك في نوبته. وقيل إن كان جار تقدم إليه بالأحكام ضمن، وإن لم يتقدم لم يضمن اعتباراً بالحائط المائل، والله تعالى أعلم.

كتاب الأشربة

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها. قال: (الأشربة المحرّمة أربعة: الخمر وهي عصير العنب

كتاب الأشربة

قال جمهور الشراح: ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقصد بعض الفضلاء حلّ مرادهم بعرق واحد لفظاً ومعنى فقال: العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب، والعرق المعنوي لعله الأرض، فإن كلاً منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها انتهى. أقول: حمل مرادهم بالعرق المعنوي ها هنا على الأرض بناء على خروج الشرب منها بالذات، وخروج الأشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة. والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ها هنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب، فإن كلاً منهما مشتق من ذلك المصدر، ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى، وها هنا أيضا كذلك، وهذا معنى كونهما شعبي عرق واحد لفظاً ومعنى، ويرشد إليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال: ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي والحروف والأصول ا هـ. ثم إن من محاسن ذكر الأشربة بيان حرمتها، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه. فإن قيل: ما باله حلّ للأمم السابقة مع احتياجهم أيضا إلى العقل؟ أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان، وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بأن يدعو شرب القليل منها إلى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود؟ أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك، وإما لتدريج الضاري لئلا ينفر من الإسلام، كذا في العناية، أقول: في كل من وجهي الجواب الثاني نظر، أما في وجهه الأول فلأن الشهادة بالخيرية وإن لم تكن في ابتداء الإسلام، إلا أن نفس خيرية هذه الأمة كانت في الابتداء كما لا يخفى على أحد، وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب. وأما في وجهه الثاني فلأن نفره الضاري بالخمر: أي المعتاد بها من الإسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أيّ وقت كان، فإنها إذا لم تحرم في ابتداء الإسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الإسلام أيضا، فإذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد، وأيضا احتمال كون الاعتياد بخبيث باعثاً على التنفر عن الإسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الإسلام. مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الإسلام فهاهنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك، فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال

كتاب الأشربة

ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات، ومن محاسنه بيان حرمتها، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه. فإن قيل: ما باله حلّ للأمم السالفة مع احتياجهم إلى ذلك. أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود. أجيب

كتاب الأشربة

قوله: (ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى) أقول: العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب؛ والعرق المعنوي لعله الأرض فإن كلاً منهما يخرج منه إما بالوسطة أو بدونها قوله: (ومن محاسنه بيان حرمتها إلى قوله إلى ذلك) أقول: الضمير في حرمتها راجع إلى الأشربة وضمير باله إلى «ما» في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك إلى العقل والمعنى ما بال الشيء الذي يزيل العقل حل للأمم السالفة مع احتياج الأمم السالفة إلى العقل قوله: (فإن قيل: هلا حرمت ابتداء) أقول؛ يعني هلا حرمت لنا ابتداء قوله:

إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد، والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير **(ونقيع التمر وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتدّ وغلى)** أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع: أحدها في بيان

الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: فإن قيل: هلا حرّمت الخمر في ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة؟ قلنا: أباحه الله تعالى في ابتداء الإسلام ليعاين الفساد في الخمر، حتى إذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم، وليس الخبر كالمعاينة انتهى قوله: **(سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها)** يعني سمى هذا الكتاب بالأشربة: أي أضيف إليها، والحال أن الأشربة جمع شراب، وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراماً أو حلالاً، وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكراً لما فيها: أي في هذا الكتاب من بيان حكمها: أي حكم الأشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود، وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع، هذا زبدة ما ذكر ها هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الألفاظ، قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها: أي بيان حكم أنواعها، وقال: ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع: يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان، والفقه يبحث عن أفعال المكلفين، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ها هنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان ويعلم منه حال الأفعال، والتفصيل في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني، إلى هنا كلامه. أقول: ليس لتوجيهه الذي ذكره لإضافة الكتاب إلى الأعيان معنى محصل، لأنه إن أراد أن الحكم وهو الحرمة ها هنا وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع، إذ قد تقرر في كتب الأصول سيما في التلويح في أوائل القسم الثاني أن إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان كحرمة الميتة والخمر والأمهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب إطلاق اسم المحل على الحال، أو هو مبني على حذف المضاف: أي حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الأمهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الأظهر على تعيين المحذوف. وأما عند بعضهم وإن كانت إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله، إلا أن كون إضافتهما إلى الأفعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط، بل من يقول بكون إضافتهما إلى الأعيان حقيقة إنما يقيس إضافتهما إلى الأعيان على إضافتهما إلى الأفعال في كونها حقيقة، ويستمد بذلك في توجيه مذهبه، فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين. وإن أراد أن الحرمة ها هنا وصف للأعيان مجازاً للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالأعيان، لأن كون الحرمة وصفاً للأعيان مجازاً لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالأعيان، بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب، فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الأشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال، وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال قوله: **(أحدها في بيان ماهيتها)** وقع في بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها. قال في غاية البيان: المائية بمعنى الماهية، وهي ما به الشيء هو هو كماهية الإنسان وهي حيوان ناطق انتهى. قلت: وفي نسخة مائيتها

إما بأن الشهادة بالخيرة لم تكن إذ ذاك وإما لتدريج الضاري لئلا ينفر من الإسلام **(وسمى هذا الكتاب بها)** أي بالأشربة **(وهي جمع شراب)** اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها. قال: **(الأشربة المحرمة أربعة الخ)** الأشربة المحرمة أربعة: الخمر، وهي عصير العنب إذا غلى واشتد، والمراد بالاشتداد صلاحيته للإسكار وكلامه واضح. وقوله: **(وقال بعض الناس)** قيل يريد به مالكاً والشافعي رحمهما الله. وقوله: **(فيما ذكرناه)** إشارة إلى النيء من ماء العنب، وقوله:

(أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك) أقول: الشهادة وإن تأخرت وجوداً لكنها عامة لأول هذه الأمة وآخرها قال المصنف: **(سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها)** أقول: أي بيان حكم أنواعها، ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع: يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان، والفقه يبحث عن أفعال

مائيتها وهي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم. وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»[١] وقوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين» وأشار إلى الكرمة والنخلة[٢]، ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر. ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرنا ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره. ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في

ها هنا إيهام لطيف لما في قوله وهي النيء من ماء العنب تبصر تقف قوله: **(ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه)** أقول: لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً؛ ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام. وقال: والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى. وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره، وأن العموم أصح عند صاحب القاموس قوله: **(ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية)** قال صاحب غاية البيان: بيانه أن النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعاً ويقيناً لثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية، فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خمراً شبهة، لأن فيها خلافاً بين أهل العلم، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعاً على ما فيه شبهة، لأن بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى. أقول: في هذا البيان خلل، فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية احتلاف العلماء في تسيمة ذلك خمراً وليس بسديد، إذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمراً، فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسمية خمراً لزم المصادرة على المطلوب، فكأنه قال: الخمر هي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس، لأن حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية، لأنا خالفنا في كون غير ذلك خمراً وقلنا: إن اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك، فأورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمراً فلم تكن حرمته قطعية، وفي هذا مصادرة كما ترى. وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام: يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف فيثبت به، بخلاف غيره فإن فيه اختلافاً بين العلماء، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى. أقول: وفيه أيضا خلل. أما أولا فما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب، فإن الظاهر من قوله فإن فيه اختلافاً بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمر فيؤول إلى ما ذكر في غاية البيان. وأما ثانياً فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله، لأن مدلول ما قبله أن غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه، فاللازم منه أن تكون

(في غيره) أي واشتهر في غير النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف. وقوله: **(ولأن حرمة الخمر قطعية)** يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف فيثبت به، بخلاف غيره فإن فيه اختلافاً بين العلماء رحمهم الله. وأدنى

المكلفين، فوجهه حينئذٍ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان، ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني قال المصنف: **(وهو النيء من ماء العنب)** أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الخمر

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم وغيره. تقدم في حد الخمر.
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٨٥ من طرق وأبو داود ٣٦٧٨ والترمذي ١٨٧٥ والنسائي ٨/ ٢٩٤ وابن ماجه ٣٣٧٨ وأحمد ٢/ ٢٧٩. ٤٠٨. ٤٠٩. ٤٧٤. ٤٩٦. ٥١٧ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ والطحاوي ٤/ ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٨٩. ٢٩٠ وابن حبان ٥٣٤٤ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

غيرها ظنية. وإنما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه. فإن

حرمته ظنية، فإن إراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحاً قطعاً، وإن أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني، إذ لا شكّ أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال: يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، فالحق في شرح كلام المصنف ها هنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا: يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعاً، وغير النيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى. فإنهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمراً حتى يلزم المصادرة على المطلوب، بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا. وقال الأوزاعي: إنه مباح، وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام. وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح، وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلى، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي، ثم إن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال: لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء؛ ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام، وهذا كالربا فإن حرمته قطيعة وحرمة بيع لحفن بالحفن متفاضلاً مثلاً ليست بقطعية انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير لنيء من ماء العنب لا ينافي توجه الإلزام عليهم. بل بذلك يتوجه الإلزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجساً والرجس ما هو محرم العين. وقد جاءت السنة متواترة أن النبي ﷺ حرّم الخمر وعليه انعقد اجماع الأمة[1]. وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي جزماً. فإذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النيء خمراً إذ لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد. فقد توجه عليهم الإلزام في قولهم إن كل مسكر خمر، وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا إلى آخره لا يجدي شيئا، لأن علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلاً لا يوجد الربا عندهم لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع. وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربا قطعية يصير حجة على الشافعي

درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني. وقوله: **(وإنما سمي)** يعني غير النيء **(خمراً لتخمره)** أي لصيرورته مراً كالخمر لا لمخامرته، جواب عن قولهم سمي خمراً لمخامرته العقل. ولئن سلمنا أنه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصاً، فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر، ثم هو

باعتبار الخبر، أو لأن الخمر قد يذكر، صرح به في القاموس قال المصنف: **(ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية)** أقول: هذا التعليل ينبغي أن يكون لأبي حنيفة، وإلا فعندهما إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لو عللاه به فليتأمل قوله: **(وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية)** أقول: لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء؛ ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام، وهذا كالربا فإن حرمته قطعية، وحرمة بيع الحَفن بالحفن متفاضلاً مثلاً ليست بقطعية قوله: **(وما يدل عليها ظني)** أقول: الواو للحال.

---

(١) هو كما قال المصنف قد ثبت الإجماع على تحريم الخمر وجاء متواتراً، وهو معلوم من الدين بالضرورة، ومستحل الخمر كافرٌ باتفاق أهل العلم. وأما الأحاديث فهي كثيرة ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٦ . ٢٩٩. تركتها خشية التطويل والله لموفق.

النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير. والحديث الأول[١] طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله، والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة. والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتدّ صار خمراً. ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد. ولأبي

هناك أيضا لمثل ما قلنا ها هنا فلا فائدة في التنظير أصلاً قوله: (وإنما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل) قال بعض الفضلاء: ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا نسلم أولاً أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة: يعني إنما سمي خمراً لتخمره: أي لتشدده وقوته. وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمراً، ويشير إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية هاهنا حيث قالا: أي لتشدده وقوته فإن لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى. ولئن سلم أن ذاك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر، فإن المقصود بهذا الكلام إنما هو الجواب عن استدلال الخصم عل كون الخمر اسماً لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر، فإنه إذا منع قوله لأنه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له، ثم إن صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف. هذا: وقوله وإنما سمي يعني غير النيء من ماء العنب خمراً لتخمره: أي لصيرورته مراً كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمراً لمخامرته العقل انتهى. أقول: هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلاً، إذ حينئذٍ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه، ولعمري إن هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح، وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الأول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مراً كالخمر، فإن التشبية بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب، والصواب في شرح هذا المقام أن يقال: يعني إنما سمي النيء من ماء العنب خمراً لتخمره: أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر إلا لمخامرته العقل: أي ليست التسمية لمخامرته العقل: أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمراً، فحينئذٍ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى. وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره: أي لصيرورته خمراً. أقول: هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدّ إلى تعليل الشيء

خاص بالثريا، وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وإن وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة. وقوله: (والحديث الأول) يريد به «كل مسكر خمر» روي عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال: الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله

قوله: (وإنما سمي: يعني غير النيء خمراً لتخمره الخ) أقول: فيه بحث، فإنه حينئذٍ لا يرتبط الجواب للمجاب عنه، لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة، فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر، لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل قال المصنف: (وإنما سمي خمراً لتخمره) أقول: ولك أن تقول: هذا منع لا يضر.

---

(١) مراد المصنف ما أخرجه مسلم وأحمد وابن حبان وغيرهم من حديث ابن عمر: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» وهذا إسناد صحيح رواه أيوب السختياني ثقة حافظ وعن نافع وهو أشهر من أن يبين حاله، فهو أحفظ الناس لحديث ابن عمر. وقد توبع أيوب علىٰ نافع تابعه عبيد الله ابن عمر، وهو حافظ ثقة.

ولذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٥ بعد أن ذكر كلام صاحب الهداية عن ابن معين: وذكر غيره من أصحابنا أن يحيىٰ بن معين طعن في ثلاثة أحاديث منها هذا ومنها: «من مسّ ذكره فليتوضأ»

وحديث: «لا نكاح إلا بولي»

قال الزيلعي: وهذا كله لم أجده في شيء من كتب الحديث والله أعلم.

وأقره الحافظ في الدراية ٢/٢٤٧.

حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف بالزبد وسكونه. إذ به يتميز الصافي من الكدر، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع. وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً. والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه: ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منها

بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق قوله: **(قوله فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى، وتبعه العيني، أقول: هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح، لأن النجم إنما كان اسماً خاصاً لجنس الكوكب موضوعاً له لظهوره، ثم صار علماً للثريا بلا وضع واضع معين، بل لأجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الأعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه. والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسماً موضوعاً لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علماً لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا، فإن كونه علماً له إنما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه، ولهذا يقال للأعلام الغالبة أعلام اتفاقية، وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الأدبية، وكأن صاحب العناية إنما اغترّ بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم لمعروف، إلا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف بإطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقاً وهو جنس الكوكب تأمل ترشد قوله: **(والثاني أريد به بيان الحكم)** قال في غاية البيان والعناية: يعني إذا اسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى، أقول: فيه بحث. لأن حاصلة تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند إسكار كثيره وليس بتام، لأن قوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين»[1] يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»[2] على ما تقرّر في موضعه، فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراً بهما إلى الكرمة، لأن المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت

ﷺ: أحدها قوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل» والثاني «من مسّ ذكره فليتوضأ» والثالث «كل مسكر خمر» وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله: كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث. وقوله: **(والثاني)** يريد به الخمر من هاتين الشجرتين **(أريد به بيان الحكم)** يعني إذا أسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثاً لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق. وقوله: **(وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً)** يعني وفي الحدّ يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً. وقوله: **(وهذا)** أي إنكار حرمة عينها **(كفر)** من المنكر وإن كان قليلاً لحرمة السكر منه **(لأنه جحود الكتاب)** يعني قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فهل أنتم منتهون﴾ وقد ذكرنا دلالته على ذلك في «الإشراق شرح مشارق الأنوار» على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة. وقوله: **(وقد جاءت السنة متواترة)** معناه جاء عن النبي ﷺ في الخمر

قال المصنف: **(فإن النجم مشتق من الظهور)** أقول: أي من النجوم الذي بمعنى الظهور، ففي كلامه مسامحة قال المصنف: **(والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين)** أقول: مع أنه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني قال المصنف: **(وعندهما إذا اشتد)** أقول: يعني ثبت الاسم به إذا اشتد، والمراد الاسم الشرعي قال المصنف: **(لأن الاسم يثبت به)** أقول: أي بالاشتداد، لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة إن كان المراد الاسم الشرعي، وكيف لا وفيه المصادرة، وإن كان اللغوي يمنع الاستلزام: أي

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

(٢) تقدم في الخلافة والإمارة.

حرام، لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله، وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين. وقد جاءت السنة متواترة «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام حرّم الخمر[1]»؛ وعليه انعقد الإجماع، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات. ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات، والشافعي رحمه الله يعدّيه إليها، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم، والتعليل في الأحكام لا في الأسماء. والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا. والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل

الحدّ عند إسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين أيضا، فإن نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وإن كان حلالاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يصل مرتبة الإسكار وكان من غير لهو وطرب، إلاّ أنه إذا أسكر كثيره صار حراماً بالإجماع، ويثبت به الحدّ على القول الأصح كما سيجيء في الكتاب، والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره، وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار، وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ها هنا وإن لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معاً، إلا أنها بإجمالها لاتنافيها بل تساعدها حيث قال: والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة، واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية قوله: **(لأن الاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد)** أقول: فيه نظر، لأن قوله لأن الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب، لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد، فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه، وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة، وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه، وقد شرح الشارح الكاكي قول المصنف هذا بما هو أظهر في المنافاة حيث قال: وكذا المعنى المحرم وهو الإسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد: أي الإسكار مؤثر في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى ا هـ. إذ لا يخفى أن هذا إنما يلائم قول من قال إنها معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله من الناس من أنكر حرمة عينها. وقال: السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله تعالى فتأمل قوله: **(ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي من الكدر، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع)** أقول: لقائل أن يقول: الكلام في هذا الموضع في حدّ ثبوت اسم الخمر لا في ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم

أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها إن لم يبلغ حدّ التواتر فالقدر المشترك منها متواتر، كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم، ويسمى هذا التواتر بالمعنى. وقوله: **(وهذا من خواصّ الخمر)** يعني دعاء القليل إلى الكثير. قال في المبسوط: ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء، ولا يزد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها. وقوله: **(لأنه خلاف السنة المشهورة)** يعني ما روى ابن عباس رضي الله عنهما من قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب» ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها. وقوله:

استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي قال المصنف: **(ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ)** أقول: فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً تعريفاً بالأعم عند أبي حنيفة. ويقال: المطلق ينصرف إلى الكامل، وكمال الإسكار بقذف الزبد، فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل في الإسكار، يفهم ذلك من تقرير دليله قال المصنف: **(والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر)** أقول: فرق ما بين السكر والإسكار، فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم قوله: **(قد ذكرنا دلالته على ذلك في [الإشراق شرح مشارق الأنوار]** أقول: وفي شرح حديث «إن الله حرم الخمر الخ».

---

(١) تقدم الكلام على ذلك قبل حديثين.

القطعي. والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما

الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الأحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب. ويمكن أن يقال: الكلام ها هنا في حدّ ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حدّ ثبوته في اللغة فقط، فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر قوله: (والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء: فرق ما بين السكر والإسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى، أقول: ليس هذا بشيء، لأن السكر لازم الإسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق، فالتعليل بأحدهما يؤدي إلى التعليل بالآخر، ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئا فقهياً ها هنا كما لا يخفى، كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما أصلاً، لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء آخر كالإسكار، لأن ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى إنما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط، وإنما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم قوله: (والشافعي يعديه إليها، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة: وهي ما روى ابن عباس من قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شرب»[1] وقالوا: ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لأن التعليل حينئذٍ يكون مخالفاً للنص انتهى، أقول: لقائل أن يقول: إن كان تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافياً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فإنه سماه رجساً، والرجس ما هو محرم العين كما مر، والسنة المتواترة وإجماع الأمة أيضا على ما مر من قبل، وذلك يؤدي إلى جحود تلك الأدلة القطعية، وحاشى للشافعي من ذلك، وإن لم يكن تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافياً عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة، لأن مدلول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر، والفرض أن تعديتها إلى غيرها لا ينافي حرمة عينها، ثم أقول: الحق عندي ها هنا أن تعليلها بالإسكار ينافي حرمة عينها، لأن قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراماً على مقتضى التعليل بالإسكار، ويلزم منه أن لا يكون عينها حراماً، لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها، فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها، والشافعي إنما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحدّ بشرب قطرة من الباذق قياساً على الخمر كما صرح به في الكافي

(حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على إباحة إتلافها. وقد اختلفوا فيها، فقيل: يباح، وقيل لا يباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها. وقوله: (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والإقطار في الإحليل. وقوله: (إلا أن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله ﷺ «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» الحديث. وقوله: (على ما قالوا) قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد؟ ثم قال: ويجب أن لا يجب عليه الحدّ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء. وقوله: (والمنصف) قيل يجوز أن يكون منصوباً عطفاً على قوله

قال المصنف: (والشافعي يعديه إليها) أقول: أنث الضمير الراجع إلى سائره لاكتسابه التأنيث من المضاف إليه قال المصنف: (والتعليل في الأحكام لا في الأسماء) أقول: فإن قيل: الشافعي أيضاً يعدي الحكم كما اعترف به المصنف آنفاً فما وجه هذا الكلام؟ قلنا: إنما يعدي الحكم بواسطة تعدية الأسماء فليتأمل.

---

(١) إسناده ضعيف والراجح وقفه على ابن عباس كما قال النسائي في أواخر الجزء الثامن في الأشربة. وتقدم بيانه في الحدود في حد الخمر.

نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزتها. وقال عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها»[1] واختلفوا في سقوط ماليتها، والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضنّ بها. ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحلّ له أن يأخذه، ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب اختلفوا فيه كما في بيع الميتة. ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز. والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام، ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب. والثامن أن يحدّ شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه»[2] إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعاً، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وتقديره ذكرناه في الحدود. والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها، إلا أنه لا يحدّ فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا، لأن الجدّ بالقليل في النيء خاصة،

والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة قوله: **(الرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا)** أقول: فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفاً إنما هو حرمتها، فإن استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعاً رابعاً مبحوثا عنه بالأصالة وإن لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة. نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة، فإنه سماها رجساً، والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة، إلا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه، فالأولى ها هنا تحرير صاحب الكافي حيث قال: وهي نجسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجساً بالنص القطعي انتهى قوله: **(والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزّتها)** أقول: لقائل أن يقول؛ هذا التعليل ينتقض بالسرقين فإنه نجس العين مع أنه مال متقوّم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال: ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة، وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالاً والمال محل للبيع، بخلاف العذرة انتهى فتأمل قوله: **(والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام)** أقول: انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر قوله: **(وأما العصير إذا طبخ حتى**

الباذق: أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق، ويسمى المنصف أيضاً لأنه قال: الأشربة المحرمة أربعة: وهي الخمر، والعصير الذاهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر، ونقيع الزبيب. فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الأشربة المحرمة خمسة. ويجوز أن يكون مرفوعاً لأنه نوع من الذاهب أقل من ثلثيه لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره، والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً، لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً. وقوله: **(وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب)** إنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء. قوله: **(فهو حرام مكروه)** أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر، لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر. وقوله: **(ويدل عليه ما رويناه من قبل)** يعني قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين» وأشار إلى الكرمة والنخلة. وقوله: **(والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة)** لأنها مكية وحرم الخمر بالمدينة، وهذا على تقدير أن يكون

---

(١) صحيح. أخرجه مالك ٢/٨٤٦ ومن طريقه الشافعي ١/١٤٠ . ١٤١ ومسلم ١٥٧٩ والنسائي ٧/٣٠٧ . ٣٠٨ وابن حبان ٤٩٤٢ والبغوي ٢٠٤٢ والبيهقي ٦/١١ . ١٢ كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة أنه سأل ابن عباس عن بيع الخمر. فقال ابن عباس: «أهدى رجلٌ لرسول الله ﷺ راوية خمرٍ. فقال له رسول الله ﷺ: أما علمت أن الله حرمها؟ قال: لا. فسارّهُ رجل إلى جنبه فقال له: لم ساررته؟ فقال: أمرته أن يبيعها. فقال له رسول الله ﷺ: إن الذي حرم شربها حرم بيعها، ففتح المزادتين حتى ذهب ما فيهما»

(٢) تقدم في الحدود مستوفياً وإسناده جيد لكن الجمهور على أنه منسوخ. أنظر حدّ الخمر.

لما ذكرنا وهذا قد طبخ. والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام في الخمر. وأما العصير إذ طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ. فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد، أو إذا اشتد على الاختلاف. وقال الأوزاعي: إنه مباح. وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر. ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا

يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس: الباذق بكسر الذال وفتحها: ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديداً. وقال في المغرب: الباذق من عصير العنب: ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. وقال في الفائق: هو تعريب باذه وهو الخمر. ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء. أقول: فيما ذكر في الفائق نظر، لأن الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، والمطبوخ ليس بنيء قطعاً، والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة، ولهذا قال المصنف: وأما العصير إذا طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصوّر أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر، اللهم إلا أن يكون ما ذكر في الفائق مبنياً على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسماً خاصاً للنيء من ماء العنب إذا أسكر قوله: **(والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ)** قال في غاية البيان: قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الأوجه عطفا على قوله الباذق: أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا، والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف، وأيضا أنه قد حصر الأشربه المحرمة، على أربعة وهي الخمر والعصير أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب، فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الأشربة المحرمة خمسة، ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لأنه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره، ولهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زاده الباذق قسماً والمنصف قسماً انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان: والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً، لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً انتهى، أقول: لعل الأول لا وجه له أصلاً فضلاً عن أن يكون أوجه فإنه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين، أحدهما الباذق والآخر المنصف، وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة، مع أن تحرير المصنف ينافي ذلك. أما أوّلاً فلأنه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصوّر الاتحاد في المعنى. وأما ثانياً فلأنه قال: فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد الخ. ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط. فالحق أن قول

المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم. وقيل أراد به التوبيخ، ومعناه: أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكراً حراماً وتدعون رزقاً حسناً. وقوله: **(وقد بينا المعنى من قبل)** يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذّ مطرب إلخ. وقوله: **(غير أن عنده)** يعني عند أبي حنيفة رحمه الله **(يجب قيمتها لا مثلها)** كما إذا أتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام، وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الأشربة: أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره. وقوله: **(وقال فيه)** يعني

قوله: **(لكانت الأشربة المحرمة خمسة)** أقول: كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء قوله: **(لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره)** أقول: فيندفع لزوم كونها خمسة قوله: **(لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً)** أقول: فيه بحث، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضاً قوله: **(إنما فسر التمر بالرطب الخ)** أقول: رد على الإتقاني، وفيه نظر قوله: **(لا**

يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به. وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب. فهو حرام مكروه. وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح لقوله تعالى ﴿تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا﴾ امتن علينا به، وهو بالمحرم لا يتحقق. ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم[1]، ويدل عليه ما رويناه من قبل، والآية محمولة على الابتداء إذا كانت الأشربة مباحة كلها، وقيل أراد به التوبيخ، معناه والله أعلم: تتخذون منه سكراً وتدعون رزقاً حسنا. وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي، وقد بينا المعنى من قبل، إلى أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر

المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة، والمعنى: أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين: أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق، والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا إذا غلى واشتد وقذف بالزبد. أو أذا اشتدّ على الاختلاف، وأما حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكانت الأشربة المحرّمة خمسة وقد حصروها في الأربعة فعلى طرف الثمام لأن الأربعة التي حصروا الأشربة المحرمة فيها إنما هي أصول الأشربة المحرّمة وأقسامها الأولية، والباذق والمنصف ليسا كذلك، بل إنما هما قسمان من أحد تلك الأصول، والأقسام الأولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف، ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لفظاً لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا حيث قال فيه بحث، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى. أقول: هذا ساقط جداً لأن كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف إنما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعاً، وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لأن يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر، بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير إنما هو تعدّد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية، ثم أقول: يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوباً معطوفاً على الباذق تغني غناء كلمة أيضاً فلا نسلم أنه لو كان منصوباً لقال أيضا قوله: (وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب) قال صاحب الغاية: وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع في الماء يسمى نقيعاً فلا حاجة إلى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعاً، وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب: أي نقيع العنب وليس بقوي انتهى. وقال جمهور الشراح دفعاً لذلك النظر:

في الجامع الصغير. قال: (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب إذا خلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد. والعجوة: التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته. وقوله: (محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء) يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعاً بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره، ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين. وقوله: (قيل لا يحدّ) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله. وقوله: (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره. قيل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين» يعني أن

السكر وهو حلال الخ) أقول: في المغرب: السكر بفتحتين: عصير الرطب إذا اشتد، وفي الطلبة: السكر بفتح السين والكاف، هو النيء من ماء التمر. وقال في ديوان الأدب: هو خمر التمر انتهى. فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضاً قال المصنف: (ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول: المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة قال المصنف: (وما شهدت له دلالة قطعية) أقول: فيه

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٩: يعني إجماعهم على تحريم السكر، وهو النيء من ماء التمر. وكذا قال معمر: السكر يكون من التمر.

مستحل الخمر، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحدّ بشربها حتى يسكر، ويجب بشرب قطرة من الخمر، ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافاً لهما فيهما لأنه مال متقوّم، وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها، بخلاف الخمر، غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين وقال: **(في الجامع الصغير: وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به)** قالوا: هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره، وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك. وعن محمد أنه حرام ويحدّ شاربه ويقطع طلاقه إذا

وإنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء انتهى. أقول: فيما قاله جمهور الشراح أيضاً نظر، لأن الذي كان اسمه نبيذ التمر كان حلالاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إنما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات، وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخه حلال وإن اشتدّ إذا شرب منه يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي حرام انتهى، والذي ذكر ها هنا إنما وهو نقيع التمر إذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر هو المسمى بالسكر لا غير، ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا، فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب قوله: **(فهو حرام مكروه)** قال عامة الشراح: أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر ا هـ أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأنه لو كان مقصود المصنف بإرداف الحرام بالمكروه الإشارة إلى ما ذكروه لأردفه بذلك في كل واحد من الأقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر، إذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر، ولو أكتفى بإردافه بذلك في واحد من تلك الأقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأن المصنف سيصرح بأن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك ها هنا قوله: **(وقيل أراد به التوبيخ: معناه والله أعلم: تتخذون منه سكراً وتدعون رزقاً حسناً)** قال الشراح: أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكراً حراماً وتتركون رزقاً حسناً، أقول: فيه إشكال لأنهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بأن الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصوّر أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكراً حراماً والخمر وتتذ مما لم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل قوله: **(إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)** أقول: لقائل أن

هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر. وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك. وباقي كلامه واضح. وقوله: **(وعن محمد رحمه الله مثل قولهما)** أي مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مذكور في

بحث، لأن الحرمة تثبت بالشبهة قال المصنف: **(غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها)** أقول: لا يقال: ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع. لأنا نقول: البيع يجوز مع الكراهة، فلو أوجبنا المثل كلان مأموراً بإتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام، وهذا لا يجوز، ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضاً تأمل. قال العلامة الكاكي: إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأموراً بإعطاء المثل، حتى لو أعطى يخرج عن العهدة، إلا أنه مكروه انتهى، وفيه بحث، إلا أن يؤول يجب بمعنى ينبغي قوله: **(إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام)** أقول: فينبغي أن لا يجوز بيعها، لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة، بل ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه قوله: **(لبيان أن العموم المذكور الخ)** أقول: تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ.

سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة. قال: (**فيه أيضاً: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة**) وقوله الأول مثل قول محمد إن كل مسكر حرام، إلا أنه تفرد بهذا الشرط، ومعنى قوله: يبلغ: يغلي ويشتد، ومعنى قوله ولا يفسد: لا يحمض ووجهة أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته، ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما[1]. وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحدّ الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى. وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر. ورجع عن هذا الشرط أيضاً وقال: في المختصر: ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد والشافعي حرام، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي. ونذكره إن شاء الله تعالى. قال: (**ولا بأس بالخليطين**) لما روي عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب[2] وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخاً لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه، وما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب، والزبيب والرطب، والرطب والبسر»[3] محمول على حالة الشدة، وكان ذلك في الابتداء. قال: (**ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين، وأشار إلى الكرمة والنخلة»[4] خص التحريم بهما، والمراد بيان

يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر وهو السكر، وقد قال في إثبات حرمته: ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وقد تقرر في علم الأصول أن إجماع الأمة سيما إجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده، فكيف يتم القول ها هنا بأن حرمة هذه الأشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية؟ ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله إلينا كما تقرر هذا أيضا في علم الأصول، فيجوز أن يكون الإجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه قوله: (**لأنه مال متقوّم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها بخلاف الخمر**) أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوّم المال إباحة الانتفاع به شرعاً، وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه

النوادر ولنا: أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد، وفي بعض النسخ ولهما: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف. وقوله:

---

(١) أي مثل قول أبي يوسف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٩: أخرج ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس قال: «النبيذ الذي إذا بلغ فسد، وأما ما زاد على طول الزمان جودة، فلا خير فيه».
قال الزيلعي: وليس عن ابن عباس توقيت ذلك بعشرة أيام.

(٢) أثر ابن عمر. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٠
وقال: رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن سليمان الشيباني عن ابن زياد.
سكت عليه الزيلعي
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٤٩: ابن زياد لا أعرفه ولم أر من سماه اهـ فهذا الأثر واهٍ.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٦٠١ ومسلم ١٩٨٦ من طرق وأبو داود ٣٧٠٣ والترمذي ١٨٧٦ والنسائي ٨/ ٢٩٠ . ٢٩١ وأحمد ٣/ ٢٩٤ . ٣٠٠ . ٣٠٢ . ٣١٧ . ٣٦٣ . ٣٧٩ وعبد الرزاق ١٦٩٦٦ والطيالسي ١٧٠٥ وابن ماجه ٣٣٩٥ وأحمد في الأشربة ١٤٧ وابن حبان ٥٣٧٩ وأبو يعلى ١٧٦٨ و ١٨٨٢ من طرق كلهم عن جابر عن النبي ﷺ أنه: «نهى أن ينبذ الزبيب، والتمر جميعاً، وأن ينبذ البُسْر، والرُّطب جميعاً»
وفي الباب من حديث أبي هريرة. عند مسلم ١٩٨٩ والنسائي ٨/٢٩٣ وابن ماجه ٣٣٩٦ وابن حبان ٥٣٨١.

(٤) متفق عليه وتقدم قبل أحاديث، وهو الحديث الثاني من هذا الكتاب. أي كتاب الأشربة.

الحكم، ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته، وقيل لا يشترط وهو المذكور. في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان. وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل لا يحدّ، وقد ذكرنا الوجه من قبل. قالوا: والأصح أنه يحدّ. فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل، وهذا لأن الفساق يجتمعون

الأشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصوّر التقوم فيها، وأما ثانياً فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل؛ ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العلم ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرّر في علم الأصول، وما نحن فيه من العمليات، فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن، كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الأشربة إذ هي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا قوله: **(ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة)** أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به؛ ألا يرى أن السرقين نجس العين محرّم التناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الأراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به، وقد مرّ هنا غير مرّة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين)** أقول: لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها من شعب جواز بيع هذه الأشربة، وقوله ولا ينتفع بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى قوله: **(ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي، فغدوت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب)** وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقه بين الصحابة، فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراماً[1]. كذا في الكافي والشروح. أقول: ها هنا كلام من وجهين: أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه، ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول: والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلاً على حل الخليطين، وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بإسكار الشربة التي سقاه ابن عمر إياها. والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل، ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين، أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فإنذ ذلك لا يحل انتهى. وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة، فإنهما لو كانت حراماً لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه أياها. وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الإسكار فليس له حد مقدر، إذ هو مختلف باختلاف الطباع والأوقات، وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن، فإن وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكور فإنما هو في الغفلة، والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم قوله: **(وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان)** أقول: هذا التعليل منظور فيه، لأن مجرد أن لا يدعو قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لإباحته، ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما تشترط الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف، مع أن قليل ذلك أيضاً لا يدعو إلى كثيره كيفما كان، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرّح به فيما مر، والأظهر في التعليل ها

(ولأن المفسد) للعقل **(هو القدح المسكر وهو حرام عندنا)** لا ما قبله. فإن قيل القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده بل بما

---

(١) لكن هذا الأثر لم يصح وقد قال ابن حجر قبل قليل: ابن زياد هذا لم أرَ من سماه ولا أعرفه اهـ.
قلت: ولم يتعقبه العلامة قاسم بن قطلوبغا فهذه موافقة.

عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتدّ فهو على هذا. وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه إذ هو متولد منه. قالوا: والأصح أنه يحل لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه. قال: **(وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وإن اشتد)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد ومالك والشافعي: حرام، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوّى، أما إذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق. وعن محمد مثل قولهما، وعنه أنه

هنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها: وفي رواية لا يشترط. لأن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعاً، فإن أصل الخمر شرعاً التمر والعنب على ما قال النبي ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[١] وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى قوله: **(وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل: لا يحدّ)** أقول: قد مرت هذه المسألة مرة أثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال: وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار، فلعل المقصود بالذات ها هنا ذكر قوله قالوا والأصح أنه يحد وما قبله توطئة له. نعم يتجه أن يقال: لو ذكر أيضاً هناك قوله قالوا والأصح أنه يحدّ لاستغني عن الإعادة ها هنا بالكلية قوله: **(وقد ذكرنا الوجه من قبل)** قال صاحب الغاية: هو إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره، وقال: ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[٢] يعني أن هذه الأشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلا جرم لا يحدّ السكران منها انتهى. وقال صاحب الكفاية: قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك اهـ. واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولاً. ونقل ما ذكره ثانياً بقيل. ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الأول أن عدم دعاء القليل إلى الكثير جار فيما سوى الخمر من الأشربة المحرمة، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال: ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه إذا سكر مما سوى الخمر من الأشربة المحرّمة يحدّ بلا خلاف، فعلم أنه لا تأثير لعدم دعاء القليل إلى الكثير في سقوط الحدّ عن السكران. ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[٣] لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مرّ من السنة، ثم إن في كون ذلك المعنى مستفاداً من الحديث المذكور خفاء جداً فضلاً عن أن يكون مذكوراً هناك. فأنى يتيسر الإشارة إليه ها هنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل، فالأوجه هو الوجه الثالث وإن أخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف. وراجع كلمات السلف كشيخ الإسلام وغيره في هذه المسألة قوله: **(قالوا: والأصح أنه يحدّ، فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل)** أقول: تحرير المصنف هاهنا لا يخلو عن ركاكة، إذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر أنه هل يحدّ في ذلك عند أبي حنيفة

تقدم فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً. أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكماً، وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسماً ومعنى وحكماً أولى والمجموع بهذه الصفة. والأولى أن يقال الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح

---

(١) متفق عليه تقدم في أول هذا الباب، وهو الحديث الثاني.

(٢) هو المتقدم.

(٣) هو المتقدم وقد كرره.

كره ذلك، وعنه أنه توقف فيه. لهم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»(١) وقوله عليه الصلاة والسلام «ما أسكر كثيره فقليله حرام»(٢) ويروى عنه عليه الصلاة والسلام «ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام»(٣) ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليله وكثيره كالخمر. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر لعينها» ويروى «بعينها قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب» خص السكر بالتحرم في غير الخمر إذا العطف

وأبي يوسف، لأن المذكور فيما قبل إنما هو قولهما، والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قوله قيل لا يحدّ وقوله قالوا والأصح أنه يحدّ على قولهما، فلا يناسب في تعليل قوله والأصح أنه يحدّ أن يقال: فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل، فإن محمداً يخالفهما في أصل هذه المسألة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب إذا اشتدّ وغلى. فيجوز أن يقول بوجوب الحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم آنفاً فلا يكون المروى عن محمد حجة في حقهما، وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال: وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الإسلام الإسبيجابي الأصح أنه يحدّ لأن الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الأشربة انتهى قوله: (وعنه أنه كره ذلك) أقول: فيه ضرب إشكال، وهو أنه قد مرّ في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله، وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرف فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك، والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته، فينافي ما تقرر في أوائل الكراهية، فإن قلت: نعم إن كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فإنه إذا لم يجد نصاً قاطعاً في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك، فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في إحداهما وظنيتها في الأخرى فلا تنافي بين المقامين. قلت: لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله، لأن قطعية حرمة الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها، وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلاً عما وقع اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرّمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها، ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها

الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً وقوله: (وإنما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على

قوله: (وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول: وعند الثالث أقرب والأول أبعد، أما لفظاً فلمكان قوله من قبل: وأما معنى فإن عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل إلى الكثير.

---

(١) أخرجه مسلم وغيره تقدم في أول كتاب الأشربة وفي الحدود.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٦٨١ والترمذي ١٨٦٥ وابن ماجه ٣٣٩٣ وابن الجارود ٨٦٠ وابن حبان ٥٣٨٢ والطحاوي ٤/ ٢١٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ وأحمد ٣/ ٣٤٣ وفي الأشربة ١٤٨ كلهم من حديث جابر.

وإسناده جيد ورجاله ثقات. وتقدم في الحدود.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٥: هذه رواية غريبة.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٠: لم أجده بهذا اللفظ. ثم قالا: وبمعناه حديث عائشة: «ما أسكر الفرق فَمِلءُ الكف منه حرام».

قلت: وما ذكراه من حديث عائشة. أخرجه أبو داود ٣٦٨٧ والترمذي ١٨٦٦ وابن الجارود ٨٦١ والطحاوي ٤/ ٢١٦ وابن حبان ٥٣٨٣ والدارقطني ٤/ ٢٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ وأحمد ٦/ ٧٢ . ١٣١ وفي الأشربة برقم (٧) و (٩٧) من عدة طرق كلهم عن القاسم بن محمد عن عائشة مرفوعاً: «كل مسكر حرام، وما أسكر. . .» الحديث.

وللدارقطني ٤/ ٢٥٥ . ٢٥٦ بلفظ: «فالحسوة من حرام» ورواية: «فالجرعة»

وهو حديث قوي الإسناد رواه غير واحد عن القاسم، وهو ثقة من رجال البخاري ومسلم.

للمغايرة، ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا. وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطي حكمه. والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الإباحة: والحديث الأول غير ثابت

اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب، مع أن اجتهاد الإباحة فيها إنما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر، فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي إنما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية، فكيف يتصوّر المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد. ويمكن أن يقال: معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد، لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف فإن المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلاً عندهما بل إلى الحرام أقرب. وأما المكروه كراهة التنزية فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد، وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الأصول، فيجوز أن يكون المراد بالكراهة في قول المصنف ها هنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهة النزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل قوله: **(ولهما قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب)**[1] قال في النهاية: ولهما قوله تعالى ﴿إنما الخمر والميسر﴾ الآية. بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدّ عن ذكر الله تعالى وإيراث العداوة والبغضاء، وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل، ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا، ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالإجماع، ولا إجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى، أقول: ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الأشربة المحرّمة الثلاثة، فإن قليلها أيضاً حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعيّ وأكثر العلماء، مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى قوله: **(خص السكر بالتحريم في غير الخمر إذ العطف للمغايرة)** أقول: الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على الكسر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلاناً بالذكر على ما تقرّر في موضعه، إذ هو المفيد لمدعاهما ها هنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة، لكن فيه بحث، وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الأشربة المحرّمة الثلاثة غير الخمر، وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً، على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل، واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتأمل قوله: **(ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا)** فإن قيل: القدح الأخير إنما يصير مسكراً بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً. قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنى وحكماً، كذا ذكره جمهور الشراح. واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال: فيه نظر، لأن الإضافة إلى العلة اسماً ومعنى

هذا الوجه. وهو أن يقال: لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك. ويجوز أن يكون جواباً

قوله: **(والأولى أن يقال: الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز)** أقول: إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير مجاز بلا شبهة، وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه قوله: **(وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً)** أقول: ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير. لا يقال: القدح الأخير مسكر بما تقدمه، لأن المسكر ما يتصل به السكر، وهو كالمتخم من الطعام، فإن المحرم هو المتخم انتهى. قال التفتازاني في التلويح: ذهب

---

(١) ضعيف جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٠٦. ٣٠٧ ما ملخصه: رواه العقيلي في الضعفاء من حديث علي، وقال العقيلي: فيه محمد بن الفرات لا يتابع عليه. وقال البخاري عنه: منكر الحديث. ثم أخرجه العقيلي من وجه آخر عن علي مرفوعاً وقال: فيه عبد الرحمن بن بشر الغطفاني، وهو مجهول، وحديثه غير محفوظ. وإنما يروى عن ابن عباس موقوفاً.
قال الزيلعي: وأخرجه النسائي عن ابن عباس موقوفاً اهـ. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥١ اهـ وانظر العقيلي ١٦٨١.
قلت: والموقوف هو عند النسائي في ٨/ ٣٢١٠ من عدة طرق عنه موقوفاً

على ما بيناه، ثم هو محمول على القدح الأخير إذا هو المسكر حقيقة. والذي يصبّ عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه

وحكماً،أولى المجموع بهذه الصفة اهـ. أقول: إن أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح، إذ لا يخفى أن شيئاً مما قبل الجزء الأخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكماً، إذ العلة اسماً ما يضاف إليه الحكم، والعلة معنى ما يؤثر في الحكم، والعلة حكماً ما يتصل له الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الأصول، ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بصفة من هذه المعاني. وإن أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا، إذ لا ننكر حرمة مجموعة الأقداح من حيث هو مجموع عند إشتماله على القدح المسكر، وإنما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده. نعم بقي الكلام في أن اضافة الحكم إلى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم إلى الجزء الأخير وحده؟ والظاهر في بادىء الرأي هو الأول لأن الجزء الأخير وحده علة ومعنى وحكماً لا اسماً على ما هو المشهور في كتب الأصول، والحكم إنما يضاف إلى العلة اسماً، لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم: ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم، ويصير الحكم مضافاً إلى الجزء الأخير كالمن الأخير في أثقال السفينة والقدح الأخير في السكر انتهى. وحينئذ يصير الجزء الأخير علة اسماً أيضاً: أي كما أنه علة معنى وحكماً فينتظم أمر إضافة الحكم إليه وحده بلا غبار، ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يقال: الحرام هو المسكر وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المحاز مراداً انتهى. أقول: ليس ذا بشيء فضلاً عن أن يكون أولى، إذ ليس الكلام ها هنا في إطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم إطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل إنما الكلام هنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر: أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الأقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير. وبالجملة مدار الاستدلال هاهنا على المعنى وهو إزالة العقل دون اللفظ. فلما ورد السؤال بأن القدح الأخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الأقداح مدخل أيضاً في إزالة العقل فينبغي أن يحرم أيضاً لم يفد أن يقال إن لفظ المسكر إنما يطلق على ما تقدم مجازاً وعلى القدح الأخير حقيقة شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلا. وإنما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله ﷺ «كل مسكر خمر»[1] ومحله قول المصنف، ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة. وقصد بعض الفضلاء أن يردّ على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال: إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة، وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير حقيقة وهو مراداً بلا يكون المجاز مراد انتهى. أقول: وهذا أيضا ليس بشيء، لأن إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير إذا كان مجازاً بلا شبهة كيف يتصوّر أن يكون إطلاقه على المجموع حقيقة، فإن المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الأخير أيضاً، ولا شك أن إطلاق

عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليله وكثيره. وهذا واضح. ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك، ولكن تركناه لأن الخمر لرقّتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطي القليل حكم الكثير. والمثلث ليس كذلك لغلظه. وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح. وقوله: (والحديث الأول) يعني قوله «كل مسكر خمر» ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين

المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم، ويصير الحكم مضافاً إلى الجزء الأخير، كالمن الأخير في أثقال السفينة والقدح الأخير في السكر انتهى قال المصنف: (والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول: وكان على المصنف أن يتعرض

---

(١) تقدم في أول الباب أخرجه مسلم وغيره.

بالطبخ حتى يرقّ ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث، لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفاً، بخلاف ما إذا صبّ الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن الماء يذهب أولاً للطافته، أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب. ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عنه لا يحلّ ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر. ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحلّ حتى يذهب ثلثاه. لأن التمر إن كان يكتفي فيه بأدنى طبخة فعصير

اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة، لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له. والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً، ولو سلم أن يكون إطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا، إذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكراً كون المتقدم على القدح الأخير أيضاً مسكراً حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الأخير حراماً أيضا تأمل تقف قوله: **(وإنما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطي حكمه)** أقول: فيه كلام، وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء، لأن تعليله خلاف السنة المشهور وهي قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شراب»[1] فكان الذي ينبغي ها هنا أن يقال: وإنما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر لعينها» الحديث. اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ها هنا على التنزل وإلزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جواباً عن قول الخصم، ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر قوله: **(والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه)**[2] قال بعض الفضلاء: وكان على المصنف أن يتعرّض الحديثين الأخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى. أقول: توجيهه ليس بشيء لأن دلالة الحديثين الأخيرين

ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الأخير. وقوله: **(والذي يصبّ عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق)** لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه، فإن منهم من سماه يوسفياً ويعقوبياً لأن أبا يوسف رحمه الله كثيراً ما كان يستعمل هذا، ومنهم من سماه بختجاً وحميدياً، قال: لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد. وهل يشترط لإباحته عندهما بعد ما صبّ الماء فيه أدنى طبخة؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، واختاره المصنف رحمه الله. وقوله: **(أو يذهب منهما)** يعني تارة يذهب الماء أولاً

للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضه ما رواه لهما قوله: **(وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب: أي على القطع والبتات)** أقول: فيه بحث، فإن الحرمة تثبت بالشبهة قال المصنف: **(ولو طبخ العنب كما هو)** أقول: أي كائن كالذي هو عشب، فالخبر محذوف

---

(١) ضعيف جداً. وإنما هو قول ابن عباس، وتقدم قبل حديث واحد.

(٢) مراد صاحب الهداية بقوله: والحديث الأول غير ثابت. هو حديث «كل مسكر خمر» كما بينه صاحب العناية. والصواب أنه حديث صحيح رواه مسلم، وغيره من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. وتابعه عبيد الله على نافع، وتقدم في أول الباب وفي الحدود.

ويعضده حديث: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وهو جيد، وقد تقدم.

ويعضده: «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام» وهذا قوي أيضاً.

وهذه الروايات تمسك بها الشافعي ومالك وغيرهما. ولا يمكن دفع هذه الأحاديث لقوة أسانيدها وتعدد مخارجها، وكونها عن عدة من الصحابة. والله تعالى أعلم.

وقول صاحب الهداية: ثم هو محمول على القدح الأخير... إلخ. فمراده ما أخرج الدارقطني ٤/ ٢٥٠ ـ ٢٥١ عن ابن مسعود مرفوعاً: «كل مسكر حرام» قال ابن مسعود: هي الشربة التي أسكرتك. ورواية: التي تسكرك.

وقول ابن مسعود هذا لم يصح عنه

قال الدارقطني: في إسناده حجاج، وهو ضعيف، وعنه عمار بن مطر، وهو ضعيف، ثم أسند عن ابن المبارك

قوله: هذا حديث باطل.

قال الدارقطني: وإنما هذا من قول إبراهيم النخعي.

العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا. ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب، إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صبّ في المطبوخ قدح من النقيع. والمعنى تغليب جهة الحرمة، ولا حدّ في شربه لأن التحريم للاحتياط وهو للحدّ في درئه. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحلّ لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ. قال: **(ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية «فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحلّ شيئاً ولا يحرّمه. ولا تشربوا المسكر»[1] وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له، وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره. فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر، وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق. وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرّة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر. وقيل عن أبي يوسف:

اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره إنما هي بطريق العبارة، ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك إنما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء، وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض، فإن أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس بصحيح، وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى قوله: **(لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب)** قال الشراح: أي على القطع والبتات. وقال بعض الفضلاء: قوله أي على القطع والبتات فيه بحيث، لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى. أقول: مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح، فإن مرادهم بقولهم: أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي. فالمعنى أن ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون، لأن ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات، وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لأن عدم ذهابهما قطعي، فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أولاً للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور. والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي

لطافته، وتارة يذهب العصير والماء معاً، فلو ذهبا معاً يحل شربه كما يحل شرب المثلث، لأنهما لما ذهبا معاً كان الذاهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أوّلاً للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطاً، لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق. وقوله: **(فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب)** أي على القطع والبتات. وقوله: **(يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله)** هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال: سمعت أبا حنيفة يقول: إنها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهذا أصح لما ذكره في الكتاب. قال: **(ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ)** جوّز أكثر أهل العلم الانتباذ في

وينبغي أن تكون الكاف زائدة قال المصنف: **(فصار كما بعد العصر)** أقول: أي فصار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب. والأوجه أن يقال: فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه قال المصنف: **(لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخه الخ)** أقول: هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعي الثاني، ولعل الصحيح: أو بين العنب والزبيب مكان: بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للأولين.

---

(١) صحيح. رواه مسلم وغيره وهو بعض حديث تقدم في الأضحية: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي...» الحديث. وهو من حديث بريدة.

يملأ ماء مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته. قال: **(وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلاً بنفسها أو بشيء يطرح فيها، ولا يكره تخليلها)** وقال الشافعي: يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان. له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التموّل، والأمر بالاجتناب ينافيه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «نعم الإدام الخل»(١) من غير فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام «خير خلكم خلّ خمركم»(٢) ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة. والتغذي به والإصلاح مباح. وكذا الصالح للمصالح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لإعدام الفساد فأشبه الإراقة. والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في الثاني فيختاره من ابتلى به، وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه وهو

على ذلك القائل قوله: **(ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه)** قال صاحب غاية البيان: ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر، لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد انتهى. أقول: وقول القدوري بعده: ولا بأس بالخليطين أظهر من ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد، إذ لقائل أن يقول: يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد، فلا تستلزم الحل في الثاني الحل في الأول. وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الأول ولم يتعرض لقوله الثاني، وكأن صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المصنف ها هنا حيث غير عبارته في

الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتمة، والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير. والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله ﷺ «نهيتكم عن ثلاث: عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجراً، وعن لحم الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزوّدوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم، وعن النبيذ في الدباء والختم والمزفت فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه» ولكن إنما ينبذ فيه إن كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب. قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه: إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص، لأن الأنبذة تشتدّ في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها: يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم. وقوله: **(وإذا تخللت الخمر)** يعني أن خلّ الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت. وقال الشافعي رحمه الله: إن كان التخلل بإلقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولاً واحداً، وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان. وقال في الفرق: ما ألقي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر، والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره، وليس فيما إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك. ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «نعم الإدام الخل» هو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة، ولأن التخليل إصلاح المفسد بإثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك، وإصلاح المفسد إن لم يكن واجباً فلا أقل من

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٥٢ وأبو داود ٣٨٢١ والترمذي ١٨٤٠ والنسائي ٧/ ١٤ وأحمد ٣/ ٤٠٠ والدارمي ٢/ ١٠١ وأبو يعلى ١٩٨١ و ٢٢٠١ و ٢٢١١ وابن ماجه ٣٣١٧ والترمذي في الشمائل ١٥٥ والبيهقي ٧/ ٢٧٩ من طرق كلهم من حديث جابر، وله قصة عند مسلم.
وأخرجه مسلم ٢٠٥١ من حديث عائشة مختصراً بلفظ: «نعم الأدُمُ ـ أو الإدام ـ الخلّ»

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٤/ ٣١١ من حديث جابر
وقال: المغيرة بن زياد ليس بالقوي.
وأخرج الدارقطني نحوه من حديث أم سلمة، وقال الدارقطني عقبه: تفرد به فرج بن فضالة، وهو ضعيف اهـ.
قلت: وهذا الأخير عند الدارقطني في سننه ٤/ ٤٩ وأتم منه.
قال الزيلعي وكذا ابن حجر في الدراية رقم [٩٩٣] ويعارضه ظاهر حديث أنس: «سئل رسول الله ﷺ عن الخمر أتتخذ خلاً؟ قال: لا» أخرجه مسلم.

الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعاً. وقيل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر، وكذا إذا صبّ فيه الخمر ثم ملىء خلاً يطهر في الحال على ما قالوا. قال: **(ويكره شرب درديّ الخمر والامتشاط به)** لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحاً أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذمياً ولا أن يسقى صبياً للتداوي والوبال على من سقاه، وكذا لا يسقيها الدوابّ. وقيل لا تحمل الخمر إليها، أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة. ولو ألقي الدرديّ في الخل لا بأس به لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا. قال: **(ولا يحدّ شاربه)** أي شارب الدرديّ **(إن لم يسكر)**. وقال الشافعي: يحدّ لأنه شرب جزءاً من الخمر. ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصاً فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حدّ فيها إلا بالسكر، ولأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج **(ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل)** لأنه انتفاع بالمحرّم. ولا يجب الحدّ لعدم الشرب وهو السبب. ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها. ولا حدّ ما لم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ. ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه.

الصورة الثانية فقال: ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب منه ثلثاه انتهى. ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف أو من الناسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ها هنا عن إفادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال، إذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط. ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ها هنا حيث قال: فإن قلت: هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر إنه يكتفي فيهما بأدنى طبخة. قلت: إن هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى. واقتفى أثره العيني، قلت: ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الأشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه: وإذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحلّ شربه ما دام حلواً، وأما إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحلّ الشرب، وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحلّ. وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى، والله الموفق.

الإباحة والمنازع مكابر. وقوله: **(وكذا الصالح للمصالح)** يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ. وقوله: **(والاقتراب لإعدام الفساد)** جواب عن قوله إن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التموّل. ووجهه لا نسلم أنه على وجه التموّل بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة جائز فبالتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في المآل، وهذا ظاهر وما بعده إلا المكابرة. فإن قيل: فما تصنع بقوله ﷺ «لا ولكن أرقها» حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده، وبما روي «أنه ﷺ نهى أن يتخذ الخمر خلاً» أجيب عن الأول بأن ذلك في ابتداء التحريم قمعاً لهم أن يحوموا حول الخمور كما حرّم الانتباذ في الأوعية المذكورة مع تصريحه ثانياً بأن الظرف لا يحرمه. ويوضحه «أنه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق» وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدوابّ كراسي، فإن المراد به الاستعمال، ولما نزل قوله تعالى «﴿اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله﴾ قال عديّ بن حاتم: ما عبدناهم قط، فقال عليه الصلاة والسلام: أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم؟ قال نعم، فقال: هو ذاك» فسر الاتخاذ بالاستعمال. دردي الخمر وغيرها: ما يبقى في أسفله، ومعناه يحرم شرب درديّ الخمر والانتفاع به، وإنما خص الامتشاط لأن له تأثيراً في تحسين الشعر. وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة **(ولا يحدّ شارب الدرديّ إن لم يسكر)** خلافاً للشافعي قال: لأنه شرب جزءاً من الخمر فيجب الحدّ ولنا الخ واضح.

فصل في طبخ العصير

والأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحلّ الثلث الباقي، بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل. لأن الذي يذهب زبداً هو العصير أو ما يمازجه، وأياً ما كان جعل كأنّ العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة، وأصل آخر أن العصير إذا صبّ عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائة، إن كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صبّ فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء والثاني العصير،

فصل في طبخ العصير

قال جماعة من الشراح: لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليماً لإبقاء ما هو حلال على حله. وقال بعضهم: لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه قوله: (لأن الذي يذهب زبداً هو العصير أو ما يمازجه، وأياً ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول: فيه شيء وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبداً هو العصير غير ظاهر، إذ لا يكون حينئذٍ فرق بين الذاهب زبداً من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيراً، فإذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبداً في حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضاً في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ، والأظهر في تعليل هذا الأصل أن يقال: لأن الذي يذهب زبداً جعل كأن لم يكن. لأن الزبد ليس بعصير فصار كما لو صبّ فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا، ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلاً عن أصل محمد رحمه الله حيث قال: قال محمد: في

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليماً لإبقاء ما هو حلال على حله. الدورق: مكيال للشراب وهو عجمي. قوله: (وإن كان يذهبان معاً تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية: كأن محمداً علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أوّلاً، ومنه إذا صب فيه الماء يذهبان معاً، ففصل الجواب فيه تفصيلاً. وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهاباً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير، وإن كانا يذهبان معاً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل. وقوله: (ففي الوجه الأول) يعني ما يذهب فيه الماء أولاً. وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة. قال شيخ الإسلام: طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم، لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم، فإذا ذهب الماء أوّلاً فقد ذهب ستة من تسعة، وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم يطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل. وقوله: (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصير معاً (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهي وما لو صبّ الماء في العصير بعد ما صار مثلثاً وسواء. وقوله: (يحل) لأنه أثر النار، مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك، لأنه صار مثلثاً بقوة النار، فإن الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثاً والنار تحته سواء، هذا بخلاف ما إذا برد قبل أن يصير مثلثاً ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء، فإنه لا يحل لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة وحين اشتد صار محرماً. وقوله: (بيانه عشرة أرطال عصير، إلى قوله: فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان

فصل في طبخ العصير

قوله: (وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لا غير) قوله لأنه: أي لأن الشأن، ولفظه «ما» في قوله ما بقي موصولة والله أعلم.

فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معاً تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيراً والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما إذا صبّ الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه. بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقاً من ماء. ففي الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير؛ وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا، والغلي بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرماً. ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار. وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال. بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعان، وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر، وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل.

الأصل عشرة دوارق عصير تصبّ في قدر فتطبخ فتغلى وتقذف بالزبد، فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق، ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه، وذلك لأن ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن، لأن الزبد ليس بعصير، وإذا لم يكن الزبد عصيراً يعتبر بما لو كان صبّ فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لا يعتبر العصير وهي تسعة دوارق، فكذلك هذا، إلى هنا لفظه قوله: **(وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل)** قلت: فيه إيهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية.

وتسعان) وهذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي، وكان الباقي إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل، لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعاً، فإذا انصبّ منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل. وقوله: **(ولها طريق آخر)** قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام، لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال. فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال، وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل، والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام. والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل، والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل، فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعاً لأنه لا تعلق للذاهب عيناً بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل، ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعاً لاحتياجك إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهماً وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل.

كتاب الصيد

قال: الصيد الاصطياد، ويطلق على ما يصاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى ﴿وإذا

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان: مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي، إلا أن السرور في الأشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان ألاول أقوى، وصار بالتقديم أولى انتهى أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن وضع كتاب الأشربة لبيان الأشربة المحرّمة دون الأشربة المباحة، وإلا لذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل، مع أنه لم يذكر فيه من الأشربة المباحة إلا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الأشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لأجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الأشربة بأن الأشربة جمع شراب. والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات، فما معنى قوله إن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور. وأما ثانياً فلأن ما ذكره ها هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الأشربة، فإنه قال هناك: ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق، ولكن قدم الشرب لأنه حلال والأشربة فيها الحرام كالخمر انتهى، فقد جعل هناك تأخير الأشربة عن الشرب حرمتها، وجعل ها هنا وجه مناسبتها بالصيد إباحتها مع إيراث السرور، فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى. فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة وفي تقديم الأشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الأخر فراجعها قوله: **(الصيد هو الاصطياد يطلق على ما يصاد)** يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد، كالاحتطاب وهو أخذ الحطب، ثم يراد به ما يصاد مجازاً إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي بأصل مأكولاً كان أو غير مأكول، كذا في غاية البيان، وقال في الخلاصة؛ وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً خمسة في الصياد: وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده، وأن لا يترك التسمية عامداً، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل. وخمسة في الكلب: منها أن يكون معلماً، وأن يذهب على سنن الإرسال، وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صده، وأن يقتله جرحاً، وأن لا يأكل منه. خمسة في الصيد: منها أن لا يكون متقوياً بأنيابه أو مخلبه، وأن لا يكون من الحشرات، وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك، وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه، وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى، وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن الخلاصة،

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنه ومحاسنه محاسن المكاسب، وسببه يختلف باختلاف حال الصائد، فقد يكون الحاجة إليه، وقد يكون إظهار الجلادة، وقد يكون الفرح، والصيد مصدر وقد يراد به المفعول، وهو حلال وحرام، لأن الصائد إما أن يكون محرماً أو لا، فإن كان فهو حرام، وإن لم يكن، فأما إن إصطاد في الحرم أو لا؛ فإن اصطاد فيه فكذلك، وإلا فهو حلال إذا وجد خمسة عشر شرطاً: خمسة في الصائد: وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده، وأن لا يترك التسمية عامداً، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر، وخمسة في الكلب:

كتاب الصيد

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفان للصيد قوله: **(من حيث أن كل واحد من الأشربة)** أقول: ومن حيث أن الصيد من الأطعمة، ومناسبتها للأشربة غير خفية. ثم كما أن منها حلالاً وحراماً كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام قوله: **(إلا أنه قدم**

حللتم فاصطادوا﴾ وقوله عزّ وجلّ **﴿وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرما﴾** ولقوله عليه الصلاة والسلام لعديّ بن

وذكرها صاحب العناية أيضاً، وقال: كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة، وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال: قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً انتهى. أقول: لا استدراك فيه، لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحاً ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً، فإنه لا يحل أكله حينئذٍ كما ستقف عليه، وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه، إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضاً، ولا شكل أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحاً لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذٍ لا يحل أكله، فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال، وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال: فيه تسامح، لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير، على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه، وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى. أقول: يمكن أن يعتذر عما ذكره في علاوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حياً بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري، وما أدركه حياً فذبحه لا يكون صيداً محضاً بل يصير ملحقاً بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط. وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح، لأن هذا شرط الاصطياد ل؟كل بالكلب حيث قال: فيه تسامح بل شرط حل الصيد. أقول: الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد للأكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالاً، فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد، فإن عد هذا تسامحاً فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد. ولا يبالي بمثله خلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة، فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم. ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال: مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه

أن يكون معلماً وأن يذهب على سنن الإرسال وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صيده، وأن يقتله جرحاً، وأن لا يأكل منه. وخمسة في الصيد: أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء إلا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أي قوائمه وأن لا يكون متقوياً بأنيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير، على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد، وهو حلال، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾**؛ فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة، وقوله تعالى **﴿وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً﴾** فإنه يدل على

الأشربة) أقول: لا يقال كونها مع الشرب شعبتا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لأنه لم يدع أحد عدم الكفاية، وإنما المقصود إبداء وجه آخر ولا مشاحة فيه قوله: **(وأن يموت بهذا)** أقول: قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً قوله: **(قبل أن يصل إلى ذبحه)** أقول: وإلا لا يكون صيداً محضاً والكلام في حله قوله: **(وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب)** أقول: وفيه تسامح بل شرط حل الصيد قوله: **(لا غير)** أقول: يعني لا غيره من سباع الطيور قوله: **(على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ)** أقول: مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل قوله: **(وكذا إذا لم يمت بهذا)** أقول: ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه.

حاتم الطائي رضي الله عنه «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل. وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك»[1] وعلى إباحته انعقد الإجماع. ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحاً بمنزلة الاحتطاب. ثم ما يحويه الكتاب فصلان: أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي.

لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان، فإنه لا وجه لبيان شرائط حلّ نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه قوله: (وقوله عز وجلّ ﴿وحرم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً﴾ المائدة (٩٦) مدّ التحريم إلى غاية فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية، كذا قالوا. واعترض عليه صاحب العناية حيث قال: فيه نظر، لأنه استدل بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اهـ. أقول: لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة، بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ﴿ولا تقربوهنّ حتى يطهرن﴾ البقرة (٢٢٢).

الحل إذا زال الإحرام. وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة، ولو ذكر مكانه ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ كان أنسب. وأما السنة فقوله ﷺ لعديّ بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لأحد في إباحته فكان إجماعاً. وقوله: (ولأنه نوع اكتساب، والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول.

قال المصنف: (وقوله عز وجل ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾) أقول: ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها لفاعل ذلك المصدر، فأنت في قولك اجلس ما دام زيد قائماً أبوه مؤقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد، وما التي في ما دام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف: أي مدة دوام قيام أبي زيد، كذا في شرح الرضى قوله: (وفيه نظر، لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول: في التلويح: مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلومة في قوله لغير المحرم، ويثبت جوازه لغير المحرم بالإباحة الأصلية، ولقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ انتهى، وفيه بحث، إذ الكلام في حل الفعل، ثم لو ثبت الجواز الإباحة الأصلية لم يحتج إلى الدليل، وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٧٥ و ٥٤٧٦ و ٥٤٨٤ و ٥٤٨٧ و ٥٤٨٣ ومسلم ١٩٢٩ من وجوه كثيرة وأبو داود ٢٨٤٩ و ٢٨٥٠ و ٢٨٤٨ و ٤٨٥١ والترمذي ١٤٦٩ و ١٤٦٧ و ١٤٦٨ و ١٤٧٠ والنسائي ٧/ ١٨٠ . ١٨٢ وابن ماجه ٣٢١٣ والدارمي ٢/ ٨٩ والطيالسي ١٠٣٠ وعبد الرزاق ٨٥٣١ والحميدي ٩١٤ و ٩١٥ و ٩١٧ وأحمد ٤/ ٢٥٦ . ٢٥٧ . ٢٥٨ . ٣٧٧ . ٣٨٠ وابن الجارود ٩١٩ و ٩٢١ وابن حبان ٥٨٨٠ والطبراني ١٧ (١٥٤) (١٥٥) (١٥٧) (١٥٩) والبيهقي ٩/ ٢٣٦ . ٢٣٨ . ٢٣٩ . ٢٤٨ والبغوي ٢٧٦٨ من طرق كثيرة عن الشعبي كلهم من حديث عدي بن حاتم بألفاظ متقاربة. وحديث عدي بن حاتم مشهور عنه روى ذلك الحديث جماعة عنه، وأكثرهم جعله من رواية الشعبي عنه.

فصل في الجوارح

قال: **(ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة. وفي الجامع الصغير: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك**

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لأن آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد، وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول، كذا في الشروح قوله: **(وفي الجامع الصغير: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته)** قال صاحب العناية: إنما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك: أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب، فإن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعاً انتهى. أقول: فيه شيء، إذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات تدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق، فرواية القدوري أيضا تدل على إثبات جواز الاصطياد بما ذكر، ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله إن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير، اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وإن دلت بمفهومها على النفي أيضاً، وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معاً لكن لا يظهر حينئذٍ في إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى. قال جماعة من الشراح: إنما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب، لأن قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ المائدة (٤). قد خص منه البعض وهو الخنزير والأسد والدبّ، والنص إذا خص منه البعض يصير ظنياً فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الأصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لأنه نجس العين، والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس، وقد عرف في علم الأصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنياً بل يكون قطعياً لكونه في حكم الاستثناء، وقد أشار إليه المصنف بقوله فيما بعد: والخنزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به. وأما الأسد والدبّ فليسا بداخلين رأساً في النص المذكور لأنهم صرّحوا بأن الأسد والدب لا يصلحان للتعليم لأنهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ (المائدة (٤) ولا يخفى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولاً، فإذا لم يدخلا

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد هاهنا حيوان وفي الرمي جماد، وللفاضل تقدم على المفضول.

قال: **(ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ)** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة، وهذا بعمومه يتناول الأسد والذئب والدبّ والخنزير، لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به، وكان ذلك معلوماً لكل أحد فلم يستثنه، والباقية إن أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها، لكنهم قالوا: لا يمكن تعليم الأسد والدبّ لأن من عادتهما أنهما إذا أمسكا صيداً لا يأكلانه في الحال، والتعلم إنما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلماً، ولأن التعليم لأن يمسك للغير والأسد لعلوّ همته لا يفعل ذلك والدبّ لخساسته، ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالدبّ لمعنى الخساسة، وإنما أورد رواية الجامع الصغير لقوله: ولا خير فيما سوى ذلك: أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب، فإن رواية القدوري رحمه الله تدل على الإثبات لا غير، ورواية الجامع الصغير تدل على

فصل في الجوارح

قوله: **(فإن رواية القدوري تدل الخ)** أقول: تعليل لقوله وإنما أورد رواية الجامع الصغير.

ذكاته) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾. والجوارح: الكواسب. قال في تأويل

في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه. ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا، إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل إنما يصير ظنياً إذا كان المخرج موصولاً بذلك، وأما إذا لم يكن موصولاً به فيكون قطعياً في الباقي ويطلق على مثل هذا الإخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص، ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنياً لا محالة تبصر قوله: (والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾) المائدة (٤) وذلك لأنه عطف على الطيبات قي قوله تعالى ﴿قل أحلّ لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف، كذا في الكافي والشروح، قال صاحب العناية بعد ذلك: فيه نظر، لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم، والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وها هنا قد دل، فإنه قوله تعالى ﴿قل أحلّ لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) جواب عن قوله تعالى: ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم﴾ المائدة (٤) فإن لم يكن ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى. أقول: نظره فاسد وجوابه كاسد. أما الأول فلأن اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب، فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الإحلال ضرورة، وقول الأصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بإنكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو، بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا، وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف. وأما الثاني فلأن لقائل أن يقول: إنما يلزم من أن لا يكون ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ المائدة (٤) داخلاً تحت جواب قوله تعالى ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم﴾ المائدة (٤) ومن يقول إن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك، بل يقول: يجوز أن يكون جواب ذلك ﴿قل أحل لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولإفادة فائدة أخرى، ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن يكون ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ شرطية، وجوابه ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ المائدة (٤). وهو سالم عن الاعتراض فالحمل عليه أولى انتهى. أقول: في

الإثبات والنفي جميعاً. (والأصل في ذلك) أي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى: ﴿أحل لكم الطيبات﴾ أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم، وفيه نظر لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم. والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وها هنا قد دل، فإن قوله تعالى: ﴿قل أحل لكم الطيبات﴾ جواب عن قوله: ﴿يسألونك ماذا أحل لهم﴾ فإن لم يكن ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً له لم يكن ذكره على ما ينبغي، ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية، وجوابه ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى. والجوارح: الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر

قوله: (لأنه معطوف على قوله ﴿أحل لكم الطيبات﴾) أقول: فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات قوله: (وصيد ما علمتم) أقول: والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن﴾ فليفهم قوله: (وفيه نظر، لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم) أقول: ليس ذلك من القران في النظم، لأن قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الإحلال ضرورة قوله: (ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه) أقول: فإن قيل: ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. قلنا: يتناول جوارحِ الطيور، فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذي ناب فليتأمل.

المكلبين: المسلطين، فيتناول الكل بعمومه، دل عليه ما روينا من حديث عديّ رضي الله عنه. واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد والدبّ لأنهما لا يعملان لغيرهما. الأسد لعلوّ همته والدبّ لخساسته، وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته، والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به. ثم لا بد من التعليم، لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال، ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له فيترسل بإرساله ويمسكه عليه. قال: **(تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات، وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته)** وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة، والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه. وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب، ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأن فيما دونه مزيد

تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل، لأن الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الأول، بل على الاستدلال به على مسألتنا هذه، ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها، بل الأمر بالعكس، فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور قوله: **(والجوارح الكواسب، قال في تأويل: والمكلبين المسلطين، فيتناول الكل بعمومه، دل عليه ما روينا من حديث عديّ)**[1] قال صاحب العناية: واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عديّ بن حاتم. أقول: لا صحة لهذا الكلام، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة وتأويل دون صحة تأويل آخر، إذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجيء في الكتاب، وأيضا عموم حديث عديّ لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا، فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر، فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دلّ عليه ما روينا من حديث[2] عديّ إنما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عديّ بن حاتم، فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عديّ وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد، لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعي جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير، فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه إنما هو التناول لكل ما في المدعي، ولا يخفى أن حديث عديّ لا يدل عليه لأنه لا يتناول جوارح الطيور، وإنما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف قوله: **(لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال)** أقول: فيه نوع شبهة، لأن كون ما تلاه من الآية ناطقاً بالتعليم، وما

والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى: ﴿أم حسب الذين اجترحوا السيئات﴾ وإنما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة، والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه، ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه. وفيه إشار إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد إلا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين، واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عديّ بن حاتم. وقال: واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الأسد، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك» فافترسه الأسد. وقوله:

قال المصنف: **(دل عليه ما روينا من حديث عدي)** أقول: لكن لا دلالة فيه على عمومه جوارح الطيور، بخلاف الآية قال المصنف: **(ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب)** أقول: يعني لا يمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل، وجثته لا تحتمل الضرب، فأما جثة الكلب فتحتمله قوله: **(قيل فيه نظر)** أقول: القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية قوله:

---

(١) هو المتقدم. رواه الجماعة.
(٢) هو المتقدم.

الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً، فإذا تركه ثلاثاً دل على أنه صار عادة له، وهذا لأن الثلاث مدة ضربت الاختبار وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار. وفي بعض قصص الأخيار: ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدّر بها. وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الأصل: لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم، ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ولا سمع فيفوّض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها. وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً. وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم، فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى. وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة، بخلاف تلك المسألة، لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشر. قال: **(وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله)** لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه، ولأن الكلب أو البازي آلة

رواه من الحديث ناطقاً بالتعليم وبالإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقاً باشتراط التعليم كما هو المدعي ها هنا وباشتراط الإرسال أيضاً فليس بظاهر وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف قوله: **(ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه، وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب)** قال صاحب النهاية: ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، كذا في المبسوط انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال: قيل فيه نظر، لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عموماً فالمعتمد هو الأول، إلى هنا لفظه. أقول: ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد، لأن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفاً، والظاهر أن المراد بالكلب في المدعي ها هنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص، وإلا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموماً، والذي يفيد الفرق عموماً هو التعليل الأول دون الثاني، فالمعتمد هو الأول كما ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال: ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها

(وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه. وقوله: **(ولأن آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة)**. قيل فيه نظر، لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عموماً فالمعتمد هو الأول. وقوله:

(وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين البازي والكلب) أقول: لا يخفى عليك ما في ذكره من البعد والركاكة، فإن كلا الدليلين لإثبات الفرق بين الكلب والبازي، وإذا عمم الكلب في الأول لسائر ذوات الناب ففي الثاني يكون كذلك، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنساً واحداً وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفاً مع أن في طبع غيره الإلف أيضاً على ما تراه في الذئب والأسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت، بخلاف جوارح الطيور جعل الكل في حكم واحد في التعليم: يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيراً كما في نظائره فليتأمل قال المصنف: **(فيضرب ليتركه)** أقول: فإن قيل: وجوب ترك الأكل لصيرورة الكلب معلماً إنما هو لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة، فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في إتمام الأول فيفوت استقلاله. قلنا: بل يثبت ذلك بقوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن﴾ أي لم يأكلن، إذ يعلم منه أن ترك الأكل شرط في حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة إلى تلك الملاحظة، وفيه بحث، إذ لا دلالة فيه على كون الإمساك شرطاً للتعليم كما لا يخفى على المتأمل وإلا لعم في الطير قال المصنف: **(كما في مدة الخيار)** أقول: لا ينتهض هذا على مذهبهما.

والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه ناسياً حلّ أيضاً على ما بيناه، وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح، ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أيّ موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال. وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح. إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجراح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي. وفيه أخذ باليقين. وعن أبي يوسف

جنساً واحداً وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفاً مع أن في طبع غيره الإلف أيضا على ما تراه في الذئب والأسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت، بخلاف جوارح الطير جعل الكل في حكم واحد في التعليم: يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيراً كما في نظائره فليتأمل ا هـ. أقول: ليس هذا أيضا بسديد، إذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأتى فيه الإلف بل هما متوحشان كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد، وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم إذ ذاك أن يحمل المتوحش على الألوف وهو غير ميسر لا محالة، ثم أقول: بقي شيء في التعليل الأول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات أن شمس الأئمة السرخسي قال ناقلاً عن شيخه شمس الأئمة الحلواني: للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه، وعدّ منها أنه لا يتعلم بالضرب، ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك، فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئاً في حق تعليمه، وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الأول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله، فيرد عليه أن مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعي في حق الفهد إذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل قوله: **(وفي ظاهر قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي، وفيه أخذ باليقين)** وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل أريد به الحبل، وقيل الحيض، والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي بين الكسب والجراحة، كذا في عامة الشروح، قال صاحب الغاية:

(وفي بعض قصص الأخبار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال في الكرة الثالثة ﴿هذا فراق بيني وبينك﴾ وقوله: **(كما هو أصله في جنسها)** أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحدّ التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة. وقوله: **(وله أنه آية تعليمه عنده)** أي أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث، لأنه إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه، وإذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحل. وقوله: **(فظاهر الرواية)** يريد رواية الزيادات فإن قال: لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار في الأصل إلى أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. وقوله: **(في تأويل)** يعني غير ما أوّلناه أولاً وهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل، وذلك ما يكون جارحاً حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب: يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما، وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد وفيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تناف يحمل

قوله: **(وفيه نظر)** أقول: سبق إلى هذا النظر نظر الإتقاني قوله: **(والجرح التي)** أقول: الظاهر أن يقال والجرح الذي موله: **(والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ)** أقول: ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز. أما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب، فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب، أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب لانطواء الأولى على الثاني بدون العكس، ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيي المشترك في هذه الصورة كما جوز في النفي على ما سيجيء في الوصايا، وعلل هناك بعدم المنافاة أيضاً قال المصنف: **(وهو مؤيد بما رويتا)** أقول: جعله

أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول. وجوابه ما قلنا. قال: (**فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل**) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عديّ رضي الله عنه وهو حجة على

فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى اهـ. وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال: وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ﴿ما خلق الله في أرحامهن﴾ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ، إلى هنا كلامه، أقول: يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أن يجتمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد في المجموع كل واحد منهما، فأيّ منهما يراد في النظم الشريف كان مأخوذاً في الاعتبار والعمل، وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز، وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب: يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين، وكان حق التفسير أن يقال: يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نبهت عليه آنفاً، وقال صاحب معراج الدراية ها هنا: فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازاً، قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى. أقول: جوابه ليس بسديد، لأن كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال، إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم وإلا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه، وهو ظاهر البطلان ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا إلا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معاً من لفظ واحد قوله: (**وهو مؤيد بما روينا من حديث عديّ**) أقول: في كلامه هذا ركاكة، لأن ضمير هو في قوله وهو مؤيد إن كان راجعاً إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره، يرد عليه أن حديث عديّ لا يفيد الفرق المذكور أصلاً، فإنه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب، ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي، وإفادة الفرق إنما تكون بالدلالة عليهما معاً وإن كان راجعاً إلى مضمون قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله: وهو مؤيد بما رويناه من حديث عديّ أن يذكر عقيب قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، ولما وسط بينهما قوله وإن أكل منه البازي أكل، وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقاً كما لا يخفى قوله: (**وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه**) فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه «أنه ﷺ قال له في صيد الكلب: كل وإن أكل منه»[1] وذلك دليل واضح لهما. أجيب

على أحدهما بدليل يوجب الترجيح، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى: ﴿ولا يحل

مؤيداً لا حجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعي قوله: (**أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن**

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٥٢ والبيهقي ٩/ ٢٣٧ كلاهما من حديث أبي ثعلبة «قال: قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب: إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه، وكل ما رَدَّتْ عليك يداك» قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣١٢: قال في التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ إسناده حسن.
قلت: رجاله كلهم ثقات وسوى داود بن عمر الأزدي، وهو صدوق لكنه يخطىء كما في التقريب.
وقد توبع فقد أخرجه أبو داود ٢٨٥٧ والدارقطني ٤/ ٢٩٤ والبيهقي ٩/ ٢٣٧ كلهم من طريق حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً يقال له أبو ثعلبة...» فذكره بأتم من الأول.
ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: إسناده صحيح. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٤: إسناده قوي.
قلت: فهذا الطريق يقوي الرواية الأولى، فهو حسن أو صحيح والله تعالى أعلم إلا أن حديث عدي أصح منه.

مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه **(ولو أنه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد)** لأنه علامة الجهل، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء. وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما. هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة قد تنسى، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه

بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل منه، وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام وحديث عديّ «فإن أكل منه فلاناً كل لأنه إنما أمسك على نفسه»[(١)] كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ إنما يدل على إباحة أكل ما لم يأكل منه الكلب، ولا يدل على عدم إباحة أكل ما أكل منه إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الأصول، فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ حتى يلزم أن يترك العلم بالحديث لكونه خبر واحد، لا يقال: يحصل بهذا الجواب إلزام الشافعي لأن مفهوم المخالفة حجة عنده، وهذا القدر كاف في صحة الجواب، لأنا نقول: لا يحصل إلزامه أيضا، لأن من يقول يكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا، والحق عندي في الجواب عن أصل السؤال أن يقال: حديث أبي ثعلبة[(٢)] معارض بحديث عديّ، وحديث عديّ[(٣)] يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخاً له فوجب العمل بحديث عديّ دون حديث أبي ثعلبة قوله: **(ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء)** قال صاحب العناية: أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالث الخ. أقول: تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح، لأن فيما ذكره المصنف قوله يحل عنده ما اصطاده ثالثاً إلخ روايتين لا غير: رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثاً، ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك. وقد قال المصنف ها هنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع، فكيف يتصوّر أن يكون مراده ما ذهب إليه الشارح المذكور؟ فالصواب أن مراد المصنف بقوله ها هنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الإشارة إلى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو.

لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل أريد به الحبل، وقيل الحيض، والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي ها هنا، وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي تحصل به الجراحة، أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً

الإمساك الخ) أقول: فيه بحث، فإنه لا دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الإمساك، ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة، والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضاً قوله: **(أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ)** أقول: فيه بحث، بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم. وفي رواية أخرى موافقاً لمذهبهما ثبوته بترك الأكل ثلاث مرات قال المصنف: **(لأن الحرفة لا تنسى)** أقول: فيه بحث.

---

(١) هو المتقدم

(٢) تقدم وسيأتي أيضاً في كتاب الذبائح

(٣) تقدم في أول الباب. وقد رجحه البيهقي في سننه على حديث أبي ثعلبة المتقدم تخريجه وقال: وحديث عدي بن حاتم أصح. ثم إن حديث أبي ثعلبة مخرج في الصحيحين وليس فيه ذكر الأكل اهـ أنظر البيهقي ٩/٢٣٨ ـ ٢٣٧. وما أشار إليه البيهقي وهو حديث أبي ثعلبة، وليس فيه لفظ: «كل، وإن أكل» أخرجه البخاري ٥٤٧٨ و ٥٤٨٨ و ٥٤٩٦ ومسلم ١٩٣٠ وأبو داود ٢٨٥٥ والترمذي عقب حديث ١٥٦٠ والنسائي ٧/١٨١ وابن ماجه ٣٢٠٧ وابن حبان ٥٨٧٩ وابن الجارود ٩١٦ والبيهقي ٩/٢٤٧ ـ ٢٤٨ والبغوي ٢٧٧١ كلهم من حديث أبي ثعلبة الخشني. وله قصة.
الخلاصة: فحديث عدي يقدم على ما تفرد به أبو داود في حديث أبي ثعلبة، وفيه ذكر: «كل وإن أكل» فهذا مرجوح لأن رواية الجماعة ليس فيها ذلك كما تبين والله أعلم.

بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله، لأن المقصود قد حصل بالأول، بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا، وله أنه آية جهله من الابتداء، لأن الحرفة لا ينسى أصلها، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء **(ولو أن صقراً فرّ من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده)** لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد **(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل)** لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له **(ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي)** لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية **(ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل)** لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد **(ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد)** لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضرّه، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول، وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على

رواية عن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره في تلك المسألة، فحينئذ تتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما لا يخفى قوله: **(هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى)** أقول: الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولأن فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ها هنا دليلاً تاماً لهما، فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضاً لجريان هذا الدليل في ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل قوله: **(وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته)** قال صاحب العناية: وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله. وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه، ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء، وأما إذا أكل قبل الأخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه. أقول: هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لأن حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسألة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما إذا أكل بعد ما قتل، فإن ذلك التعليل متمش في صورة القتل أيضا، إذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه تخريج أيضا بقتله، فلم يتحقق الأكل من الصيد في الصورتين معاً مع أنهما مفترقان في الحكم. وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل، ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل، ولقد أحسن صاحب النهاية ها هنا في التقرير حيث قال: فوجه الفرق

في الآخر، والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز، بخلاف قوله تعالى: ﴿ما خلق الله في أرحامهن﴾ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله: **(وفيه)** أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين. وقوله: **(رجوعاً إلى التأويل الأول)** يعني ما سبق من الكواسب. وقوله: **(وجوابه ما قلنا)** يعني قوله لا منافاة بينهما، وفيه أخذ باليقين. وقوله: **(وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه)** يعني حديث عديّ رضي الله عنه. فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال له في صيد الكلب: «كل وإن أكل منه» وذلك دليل واضح لهما أجيب، بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل

جهله. قال: (**وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا البازي والسهم**) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه. أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحلّ وهو قول الشافعي، لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال. ووجه الظاهر أنه قدر اعتباراً لأنه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا، بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لأنه ميت حكماً، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح. وفصل بعضهم فيها تفصيلاً وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل. وإن لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي، لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه،

بين هذا وبين ما إذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل، وفي هذه الصورة وهي ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل، وتعليل الكتاب ها هنا بقوله لأن ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم، والأوجة فيه هو أن الفرق إنما ينشأ بينهما من حيث وجود الإمساك لصاحبه وعدم الإمساك له، فها هنا أي في مسألة الوثبة لما لم يأكل من الصيد إلى أن أخذه صاحبه قد تم إمساكه على صاحبه. وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم أنه إنما أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلماً انتهى. فإنه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم، وبين وجهاً آخر فارقاً بينهما وعدّه أوجه لكونه سالماً عن ورود المطالبة بالفرق بينهما. ثم أقول: التحقيق أن المطالبة بالفرق بين تينك المسألتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا، لأن المصنف تدارك دفعها بقوله لخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأن بقيت فيه جهة الصيدية، فإن وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشارح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الإحراز قبل أن يحرزه المالك، فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه، فظهر الفرق بين مسألة الوثبة وبين ما إذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد، تأمل ترشد قوله: (**وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا البازي والسهم**) اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل إلى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره، وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف. فأقول: هذه الزيادة من المصنف ها هنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندي، أما قوله وكذا البازي فظاهر لأن قول القدوري وإن أدرك المرسل الصيد حياً يتناول صيد الكلب وصيد البازي، وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالأول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي بلّ لا وجه له، وأما قوله والسهم فلأن حكم مسألة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلاً، ألا يرى إلى قوله هناك: وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا

منه، وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عديّ «فإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه» وقوله: (**على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء**) أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ، وقوله: (**وأما الصيود التي أخذها من قبل**) واضح، وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مسنداً، وهما يقولان بالاقتصار على ما أكل، لأن ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الإحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده، والجواب ما قال، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود هو الأكل، ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء. وما قال أبو حنيفة أقرب إلى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة، ولم

قوله: (**أو خفية**) أقول: المراد بالحياة الخفية ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها، وإلا لا تجب الذكاة كما يجيء.

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حلّ، لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت. وقيل هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضاً لأنه وقع في يده حياً فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردّ إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه حلّ أكله عند أبي حنيفة. وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يبقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة، وعليه الفتوى لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل. وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحلّ لأنه لم يكن موته بالذبح. وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة

خرج السهم فمات. وإن أدركه حيا ذكاه انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ها هنا قوله: **(وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل، وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه)** قال صاحب النهاية والكفاية: أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر، وقال صاحب الغاية والعناية: أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكماً. أقول: الحق ما قاله الشارحان الأخيران، لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه، ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك، بل جعلوا كليهما مما بقى فيه اضطراب المذبوح، وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما، قوله لأنه لا معتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح، فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معاً، بخلاف قوله لأنه ميت حكماً لأنه تعليل لحل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه ها هنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم قوله: **(ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه)** قال بعض الفضلاء: لك أن

يذكر ما إذا باع شيئاً من صوده المقدرة والحكم فيه كالذي فيه الخلاف إذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب. وقوله: **(ولو أن صقراً فرّ من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد)** يعني بعد ما رجع إلى صاحبه لم يؤكل، وأما قبل الرجوع إليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الإرسال، ومسألة الوثبة في الكتاب معلومة، وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله، وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في خلاة صاحبه سواء، وأما إذا أكل قبل الأخذ فقد كان ممسكاً على نفسه. قال: **(وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه الخ)** المرسل إن أدرك الصيد حياً فلا يخلو إما أن تمكن من ذبحه أو لا، فإن تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية، وإن ذبح حلّ في قول أصحابنا جميعاً، وكذلك حكم البازي والسهم، وذلك لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل لأن المقصود بالبدل إباحة الأكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الأصل قبل ذلك تبطل البدل وإن لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت، فإما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أو لا، فإن كان لم يؤكل في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال. ووجه ظاهر الرواية أنه إن لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتباراً لأنه تثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتباره: أي اعتبار التمكن من الذبح لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر. وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح، وإن لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لأنه ميت حكماً؛ ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت، والميت ليس بمذبح: أي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح، وفصل بعض المشايخ فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما

على ما قررناه. **(ولو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل)** لأنه صار في حكم المقدور عليه **(وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل)** لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد **(وإن أدركه فذكاه حل له)** لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرّة؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل)** وقال مالك: لا يحل لأنه أخذه وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل)** وقال مالك: لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال، إذ الإرسال مختص بالمشار إليه. ولنا أنه شرط غير مفيد، لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به، إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره **(ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة)** لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه. ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة. لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى. حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة **(ومن أرسل فهداً فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)** لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال **(وكذا الكلب إذا اعتاد عادته. ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا)** لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وأصاب آخر **(ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مرّ به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني)** لانقطاع الإرسال بمكثه. إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة، بخلاف ما تقدم **(ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل)** وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة،

تقول: لا تمس الحاجة إلى الرفع بل تكفي المشاركة في إثبات الحرمة أوشبهها انتهى. أقول: ليس هذا بوارد لأن الإرسال أصل والزجر تبع، والتبع لا يعد مشاركاً للأصل في ترتب الحكم، وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة السابقة حيث قال: لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع انتهى. ولئن سلم مشاركة الزجر للإرسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ها هنا أقوى من السابق أو مساوياً له حتى يرفع به السابق. وأما إذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة اللاحقة حيث قال: لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى. قال في العناية: ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقوّيه، فإنه إذ ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم إذا زجر كلب حلال عند إرساله تقرر أن ينتقض به الأصل الذي ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دون الإرسال. ويمكن أن يقال: المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذي ذكروه إنما هو على موجب القياس،

تكون في المذبوح فقال: إن كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لأنه مفرط، وإن كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا: لم يقدر على الأصل ولم يفرط فكان حلالاً، وقلنا: وقع في يده وهو حيّ حقيقة وحكماً فلم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار، فإن قيل: وضع المسألة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصوّر ضيق الوقت عن الذبح؟ أجيب بأن المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت، والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصوراً (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما إذا كان بقاؤه متوهماً. أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل، لأن ما بقي اضطراب مذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي

وإنما مكث ساعة للتكمين لما بيناه في الكلب **(ولو أن بازيا معلما أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أم لا يؤكل)** لوقوع الشك في الإرسال، ولا تثبت الإباحة بدونه. قال: **(وإن خنقة الكلب لم يجرحه لم يؤكل)** لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه، وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر. وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضواً فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنه فهي كالجراحة الظاهرة. وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لإنهار الدم ولا يحصل ذلك فأشبه التخنيق. قال: **(وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمداً لم يؤكل)** لما روينا في حديث عدّي رضي الله عنه[1]، ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً[2] أو احتياطاً **(ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله)** لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في الجرح. وهذا بخلاف ما إذا ردّه المجوسي بنفسه حيث لا يكره، لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة **(ولو لم يردّه الكلب الثاني على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله)** لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع، بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعاً فيضاف إليهما. قال: **(وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده)** والمراد بالزجز الإغراء بالصياح عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب. ووجهة أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي، والزجز دون الإرسال لكونه بناء عليه. قال: **(ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل)** لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتدّ والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي **(وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله)** لأن الزجر مثل الانفلات، لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث

ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة إنما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص، وهذا لا يقدح في كلية الأصل المذكور المبني على القياس تفكر قوله: **(وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات)** قال جمهور الشراح: يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد، بخلاف الإرسال انتهى. أقول: ليس هذا الشرح بسديد عندي، إذ لم يكن الكلام فيما

(هذا قولهما. أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضاً لأنه وقع في يده حياً فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رداً إلى المتردية) أي اعتباراً بها **(هذا الذي ذكرنا)** أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه إذا ترك التذكية، فأما إذا ذكاه فقد حلّ أكله عنده رحمه الله، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر أي شق **(الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة)** إذا ذبح حل عنده **(وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل)** وعند أبي يوسف لا بدّ من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله، فأما إذ لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح، وقال محمد: لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح، فإن كان كذلك حلّ أكله وإلا فلا **(لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه)** إشارة إلى قوله لأنه ميت حكماً، وقيل إلى قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله: **(ولو أدركه ولم يأخذه)** يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وها هنا أدركه ولم يأخذه. وقوله: **(على ما ذكرناه)** إشارة إلى قوله لأنه وقع في يده حياً. قوله: **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد)** يعني صيداً معيناً **(فأخذه غيره حل)** يعني ما دام في وجه إرساله. وقوله:

---

(١) تقدم مستوفياً في أول الباب.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣١٤. كأنه يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال» وهذا رواه عبد الرزاق عن ابن مسعود موقوفاً.

قال البيهقي: وفيه جابر الجعفي، وهو ضعيف والشعبي عن ابن مسعود منقطع اهـ.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٤: لم أجده مرفوعاً. والموقوف ضعيف، ومنقطع.

أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخاً **(ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل)** لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفواً **(ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل)** لما بينا **(والملك للأول)** لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلاّ أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

سبق في كون الغير المشروط في حل الصيد مرفوعاً بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله، بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعاً بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي، فالوجه ها هنا أن يقال: يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوّة والضعف، وتعليل المصنف أياه بقوله لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخاً بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر.

(ولنا أنه) أي شرط التعيين **(شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد)** والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء. فإن قيل: قد يكون مقصوده صيداً معيناً. أجيب بأنه متعذر، إذ لا يقدر الصائد أوالكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره. وقوله: **(على ما بيناه)** يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال: تشترط عند الإرسالة والرمي. وقوله: **(ولهذا تشترط التسمية عنده)** أي عند الإرسال، وقوله: **(فيغلب جانب الحرمة نصاً)** أي بالنص وهو قوله ﷺ **«ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال»**. وها هنا ثلاثة فصول: أحدها ما اشترك فيه الكلبان في الأخذ والجرح، وفيه الحرمة لما ريناه، والثاني ما اشتركا فيه في الأخذ دون الجرح، وفيه الكراهة لأن جهة الحل أرجح، لأن المعلم تفرد بالجرح. والثالث ما لم يشتركا في شيء لكن الثاني أشد: أي حمل على الأول حتى اشتد على الصيد، وفيه الإباحة لأن الثاني لم يشارك الأول في شيء من الصيد، وإنما أثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعاً لفعل الأول لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع. قال: **(وإذا أرسل المسلم الخ)** الأصل في هذا أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوي دون الأدنى، فإذا أرسل المسلم كلبه وزجره: أي أغراه المجوسي حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه. ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى **(وإذا أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا)** أي ولأن الزجر دون الإرسال **(لم يثبت به)** أي بالزجر **(شبهة الحرمة)** يعني في الصورة الأولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتاً لغلبة الحرمة على الحل دائماً فأولى أن لا يثبت به الحل: يعني بزجر المسلم. وقوله: **(لأن الزجر مثل الانفلات)** يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الإرسالة. وقوله: **(لأنه إن كان دونه)** يعني أن الانزجار إن كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخاً وهو متأخر فيجعل ناسخاً. وقوله: **(وقذه)** أي جرحه جراحة أثخنته. وقوله: **(لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح)** دليل المسألة، وهو يشير إلى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فكان الواجب أن لا يحل أكله لأن الصيد بعد الإثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب. وجوابه أنه تعذر رفعه، وما تعذر رفعه تقرّر عفوه. وقوله: **(بجرح الكلب الأول)** يعني أنه لا يؤكل لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح. لا يجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة، ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة، والله أعلم.

قال المصنف: **(ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله)** أقول: لك أن تقول: لا تمس الحاجة إلى الرفع، بل تكفي المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها قوله: **(ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء)** أقول: ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء.

فصل في الرمي

(ومن سمع حساً ظنه حس فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيداً. ثم تبين أنه حس صيد حلّ المصاب) أيّ صيد كان لأنه قصد الاصطياد. وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه، بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها. وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية، وقد مر وجه تقديم الأول، قوله: **(والظبي الموثق بمنزلته)** قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية: أي بمنزلة الآدمي. أقول: هذا التفسير ليس بجيد، إذ الظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي، إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان، بخلاف الحيوانين، فإن قلت: المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي. قلت: لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال: والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته، إذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد، ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيداً بل الاشتراك في

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية. والحس: الصوت الخفي **(ومن سمع حساً فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيداً)** ظبياً مثلاً، فإن تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقر أو شاة لم يحل الظبي المصاب مثلاً في قولهم جميعاً لأنه أرسل إلى غيره صيد لم يتعلق به حكم الإباحة وصار كأنه رمى إلى آدمي عالماً فأصاب صيداً فإنه لا يؤكل **(وإن تبين أن المسموع حسه صيد حلّ المصاب أيّ صيد كان)** المسموع حسه: يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن **(لأنه قصد الاصطياد. وعن أبي يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع)** لأنه أي الاصطياد **(يؤثر في جلدها، وزفر خص منها)** أي من جملة المسموع حسه **(ما لا يؤكل لحمه، لأن الإرسال فيه ليس للإباحة)** فكان هو والآدمي سواء **(ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول)** وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياداً، إذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً وإذا قتلها، فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور، وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطياداً، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك، وإذا وقع اصطياداً كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره. وقوله: **(وإن تبين أنه حس آدمي)** قدمناه آنفاً، وقوله: **(لأن الفعل ليس باصطياد)** إذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش، وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت أهلي، والظبي الموثق: أي المشدود بالوثاق بمنزلته: أي بمنزلة الآدمي لما بينا أن الفعل ليس باصطياد، ثم إذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الأصل، وعلى هذا تخرج المسألتان المذكورتان في الكتاب. وقوله: **(وفي أخرى عنه لا يحلّ لأنه لا ذكاة فيهما)** يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حلّ أكله مشروطاً بالذبح، حتى لو سمع حساً فظنه صيداً رماه فأصاب ظبياً ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد، ولو سمع حساً وظنه آدمياً ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حلّ لأنه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيداً. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين التي تقدمت، وهي أن من سمع حساً ظنه صيداً رماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا

فصل في الرمي

قال المصنف: **(لأن الإرسال فيه ليس للإباحة)** أقول: الأظهر أن يقال: لأن الرمي لأن الفصل فصله قوله: **(والظبي الموثق: أي المشدود بمنزلته: أي بمنزلة الآدمي)** أقول: ولعل الأولى: أي بمنزلة الأهلي.

الإرسال فيه ليس للإباحة. ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه، **(وإباحة التناول ترجع)** إلى المحل فتثبت بقدر ما يقلبه لحماً وجلداً. وقد لا تثبت إذا لم يقبله، وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره **(وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحلّ المصاب)** لأن الفعل ليس باصطياد **(والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته)** لما بينا **(ولو رمى إلى طائر فأصاب صيداً ومرّ الطائر ولا يدرى وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد)** لأن الظاهر التوحش **(ولو رمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري نادّ هو أم لا لا يحل الصيد)** لأن الأصل فيه الاستئناس **(ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف)** لأنه صيد. وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما **(ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحلّ)** لأن لا معتبر بظنه مع تعينه **(فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات)** لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده. وجميع البدن محل لهذا النوع من

بعض الأحوال أيضاً، فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى. قوله: **(وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل)** قال الزيلعي في شرح الكنز:

يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسألة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب. والقياس إما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسألتين، وذلك أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى، أو لأنه لم يقع فعله اصطياداً نظراً إلى قصده فلا يحل المصاب ها هنا، وحل هناك. لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه: أي تعين كونه صيداً، وبيانه أن في المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد نظر إلى فعله الذي توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد. وأما ها هنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذي هواصطياد بحقيقته، والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد. وقوله: **(على ما بيناه)** يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ. وقوله: **(فتحامل)** التحامل في المشي أن يتكلفه على مشقة وإعياء يقال تحاملت في المشي. وقوله: **(حتى أصابه ميتاً أكل)** قيل إذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير، وأما إذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجيء، لأنه ظهر لموته شيئان: أحدهما يوجب الحل، والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة. وقال الشافعي: يؤكل لأنه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه، كما لو جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً. قلنا: لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوماً: والموهوم في هذا كالمتحقق لقوله: ﷺ «لعل هوامّ الأرض قتلته» قاله حين أهدى رجل إليه عليه الصلاة والسلام صيداً فقال «من أين لك هذا؟ قال كنت رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتاً وفيه مزراقي، وهو الرمح الصغير، فقال عليه الصلاة والسلام: لا أدري لعلّ هوامّ الأرض قتلته»[1] الحديث، وهو كما يدل على

---

(١) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله ٣٤٤ عن عطاء ابن السائب عن الشعبي مرسلاً.
وكرره ٣٤٥ عن أبي رزين مختصراً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣١٤/٤. ٣١٥: وكذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي رزين وكرره عنه وذكره عبد الحق في أحكامه، وأعله بالإرسال، وأقره ابن القطان عليه.
ورواه عبد الرزاق من طريق عبد الكريم بن أبي المخارق عن الحسن بن محمد بن علي عن عائشة «أن رجلاً. . .» الخبر.
وابن أبي المخارق: واهٍ. ورواه عبد الرزاق. عن عبد الكريم الجزري عن زياد بن أبي مريم مرسلاً. اهـ. فهذا الحديث جاء مرسلاً من أكثر من وجه، ولا يصح وصله وقد ذكر البيهقي في سننه ٢٤١/٩ حديث أبي رزين وقال: أبو رزين اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة، وليس بأبي رزين مولى رسول الله ﷺ، والحديث مرسل قاله البخاري اهـ.

الذكاة. ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه. قال: (**وإذا أدركه حياً ذكاه**) وقد بيناها بوجوهها، والاختلاف فيها في الفصل الأول فلا نعيده. قال: (**وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه**) ثم أصابه ميتاً لم يؤكل. لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: لعل هوامّ الأرض قتلته» ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا، إلا أن أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى

وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء: ما رأيته، والإنماء: ما توارى عنك[1]. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه الزيلعي، فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه، بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين: عدم التواري عن بصره، وعدم القعود عن طلبه حيث قال: والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده، لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت. والإصماء: ما رأيته، والإنماء: ما توارى عنك[2] انتهى، ولا شك أن قوله والسابع

حرمة ذلك يدل على حرمة ما إذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتاً. وقوله: (**ولأن احتمال الموت**) دليل معقول على ذلك. فإن قيل: هذا الاحتمال باق إذا كان في طلبه أيضاً. أجاب بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن الاصطياد لا يعرى عن ذلك، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله. وقوله: (**والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه ما إذا لم يبت يحلّ**) يعني وإن رأى فيه أثر سبع، واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب، لأنه إذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً، ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي. فإن قيل: إن كان ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من كراهته أكل الصيد إذا غاب عن الرامي حجة عليه، فقوله عليه الصلاة والسلام «لعل هوامّ الأرض قتلته» حجة له على ما مر من قصته، فإنه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل. فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر، واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراماً. وقوله: (**ولو وجد به جراحة**) قدمناه والخلاف فيه. وقوله: (**لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه لأن الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرماً**)، بخلاف وهم الهوام فإن الاحتراز عنه غير ممكن لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض والأرض لا تخلو عنها فلا يجعل محرماً إذا لم يقعد عن الطلب. قال: (**وإذا رمى صيداً فوقع في الماء الخ**) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكاً في الحال على ما سيأتي. قوله: (**وكذا السقوط من عال**)وهو في بعض النسخ من علو، وهو لغة في الأوّل مضموناً ومفتوحاً ومكسوراً. وقوله: (**وإن وقع على الأرض ابتداء أكل**) يعني إذا لم يكن على

قوله: (**نظراً إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد**) أقول: فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً قوله: (**كما لو جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً**) أقول: في دلالته على التحريم كلام، ثم قوله على حرمة ذلك: أي حرمة ما فيه جراحة أخرى قوله: (**لأن الموهوم كالمتحقق لما روينا**) أقول: فلا يكون هذا دليلاً مستقلاً.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ٢٤١ من وجهين عن ابن عباس موقوفاً وقال: قد روي مرفوعاً، وهو ضعيف اهـ. والمرفوع أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ٣١ وقال الهيثمي: فيه عثمان بن عبد الرحمن، وأظنه القرشي، وهو متروك.

قلت: هو كما قال الهيثمي. ففي الميزان: عثمان بن عبد الرحمن القرشي الزهري الوقاصي. قال البخاري: تركوه.

وقال يحيى: ليس بشيء. وقال مرة: يكذب.

قلت: فالصواب وقفه قولاً واحداً والله أعلم.

تنبيه: وتفسير كلام ابن عباس هو من قبل الحكم فسره لشعبة حين سأله عنه.

(٢) هو المتقدم.

الاصطياد عنه. ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله. والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحلّ فإذا بات ليلة لم يحل **(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل)** لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرماً، بخلاف وهم الهوام. والجواب في إرسال الكلب في هذا

أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه، بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معاً. وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل، فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه. وأما إذا لم يقعد عن طلبه فبعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرمي، فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص، وقد أشار إليه المصنف بقوله: إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب

الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله: **(وذكر في المنتقى)** يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الأصل وهي قوله أو صخرة فاستقرّ عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الأصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. وفي الجملة فليس في المسألة روايتان، وهذا: أي فعله شمس الأئمة أصح لأن المذكور في الأصل مطلق فيجري على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل وقد ذكرنا أنه في معناه، وقوله: **(كما إذا وقع)** أي غير المائي **(في الماء)** وقوله: **(وما أصاب المعراض بعرضه)** المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضاً فيصيب بعرضه لا بحدّه، والبندقة طينة مدورة يرمى بها. وقوله: **(إذا لم يخزق)** بالزاي المعجمة خزق المعراض: أي نفذ، وبالراء المهملة خطأ. وقوله: **(وكذلك إن جرحه)** يعني إذا رماه بحجر فجرحه، فإن كان ثقيلاً وبه حدة، قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله، وإن كان خفيفاً وبه حدة أكل، والمروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به، واللهم يستعمل عقيبه إلا إذا كان المستثنى عزيزاً نادراً إيذاناً بأنه بلغ في الندرة حد الشذوذ. وقوله: **(قيل لا يحل)** هو قول أبي القاسم الصفار، ووجهه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح. وقيل يحل، وهو قول أبي بكر الإسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين، والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنذر. وقوله: **(وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه)** يريد به قول أبي القاسم الصفار فإنه شرط سيلان الدم. قال: **(وإن رمى صيداً الخ)** إذا قطع بالرمي عضواً من الصيد أكل الصيد لما بينا أن الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد، ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة وإن لم يمكن أكلاً. وقال الشافعي، وهو مذهب ابن أبي ليلى إن مات الصيد منه أكل لأنه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حلّ المبان **(والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار)** وذلك لأن قطع أيّ عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار، والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المسان في ذكاة الاضطرار **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ما أبين من الحيّ فهو ميت»)** ووجه الاستدلال أنه ذكر الحيّ مطلقاً، والمطلق ينصرف إلى الفرد الكامل، والكامل هو الحيّ حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة: يعني أبين من الحي حقيقة وحكماً، أما حقيقة فلقيام الحياة به، وأما حكماً فلأنه يتوهم حياته بعد إبانة هذا العضو، ولهذا: أي ولكونه حياً حكماً اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل

قال المصنف: **(والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل، فإذا بات ليلة لا يحل)** أقول: وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر، فلا يحل لقول ابن عباس: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء ما رأيته، والإنماء ما توارى عنك، وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه، وإليه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله وإن توارى عنه إذا لم يبت ليلة يحل فإذا بات لا يحل، وهذا يشير إلى أنه إذا توارى عنه لا يحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أول المسألة: وإذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه، وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا. ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان

كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال: **(وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض لم يؤكل)** لأنه المتردية وهي حرام بالنص، ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك. وكذا السقوط من عال. يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعديّ رضي الله عنه «وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل، فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»[1] **(وإن وقع على الأرض ابتداء أكل)** لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفي اعتباره سدّ باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه. فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع، فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرّة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردّى إلى الأرض، أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حدّ هذه الأشياء قتله، ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه، أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها، لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء. وذكر في المنتقى: لو وقع على صخرة فانشقّ بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر، وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى في الأصل على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس

عمله، وذكر في الشروح والكافي «أنه ﷺ مرّ بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه. فقال ﷺ: دعوه فسيأتي صاحبه، فجاء رجل فقال: هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك، فأمر رسول ﷺ أبا بكر فقسمها بين الرفاق»[2] انتهى قوله: **(وإن وقع على الأرض ابتداء أكل)** قال في العناية أخذاً من النهاية: يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحدّ الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية هاهنا، إذ الظاهر أن الوقوع على نحو جدّ الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض، ولهذا جعل المصنف الأول

لجواز أن يكون موته بوقوعه في الماء. وقوله: **(أبين بالذكاة)** ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ها هنا لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده إذا الفرض ذلك، والجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه، أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذٍ. فإن قيل: فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع، أجاب

يستقيم ولم يتناقض، ولكنه خلاف الظاهر، كذا في شرح الزيلعي. أما نص عبارة قاضيخان فهي: والسابع أن لا يتوارى عن بصره، أو لا يقعد عن طلبه، فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده، لأنه إذا غاب عن بصره الخ انتهى، ونحن نقول: ليس فيه جعل عدم التواري شرطاً بخصوصه كما ترى، وما يدل عليه تعليله الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه فأمر سهل، إذ المراد إذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسألة، وأما إذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل. وراجع النهاية فإنه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما قوله: **(ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كرة أكل الصيد الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(فقوله ﷺ «لعل هوام الأرض قتلته» حجة له على ما مر)** أقول: فيه بحث، لأنه حجة عليه حيث أحله وإن رأى فيه أثر سبع، فإن احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه إذا كان محرماً ففيما إذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرماً، والظاهر أن يقول: فكراهته ﷺ لصيد من حال بيته وبين صيد ظلمة الليل حجة له.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٤ ومسلم ١٩٢٩ ح ٦ . ٧ كلاهما عن الشعبي عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك، وسميت فأمسك، وقتلَ فكل، وإن أكل فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه، وإذا خالط كلاباً لم يُذكر اسم الله عليها، فأمسكن فقتلن فلا تأكل، فإنك لا تدري أيها قتل، وإن رميت الصيد، فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثرُ سهمك فكل، وإن وقع في الماء، فلا تأكل»
هذا لفظ البخاري. وزاد مسلم: «إلا أن تجده وقع في الماء، فإنك لا تدري الماء قتله، أو سهمك» وحديث عدي تقدم في أول الباب مستوفياً.

(٢) جيد. أخرجه مالك ١/ ٣٥١ والنسائي ٥/ ١٨٢ والبيهقي ٩/ ٣٢٢ كلهم من حديث عمير بن سلمة الضمري عن البهزي، ورجاله كلهم ثقات والراوي عن البهزي، وهو عمير بن سلمة الضمري قال عنه في التقريب: له صحبة، وحديث روى له النسائي.
فائدة: وقد جاء عن يحيى بن معين قوله: كل من روى عنه مالك، فهو ثقة.

الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه بذلك، وحمل المروى في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض أو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح. وإن كان الطير مائياً، فإن كانت الجراحة لا تتغمس في الماء أكل، وإن انغمست لا يؤكل كما إذا قوع في الماء. قال: **(وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل)** لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «ما أصاب بحدّة فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل» ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه. قال: **(ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها)** لأنها تدقّ وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق، وكذلك إن رماه بحجر، وكذا إن جرحه، قالوا: تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه، ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل لأنه قتله دقاً، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه، لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً، اللّهم إلاّ إذا كان له حدّة يبضع بضعاً فحينئذٍ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح. والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً، وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء. ولو رماه فجرحه ومات بالجرح، إن كان الجرح مدمياً يحل بالاتفاق، وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم. وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل» شرط الإنهار، وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء، ولو ذبح شاة ولم

قسماً للثاني فيما سيجيء، وعدّ الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ها هنا وإن وقع على الأرض ابتداء ما قوع على نحو حدّ الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج إلى أن يقال: يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحدّ الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء، قوله: **(وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس، وأن الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح. فيما بين اللبة واللحيين، وإن في كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبساً لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل المجروح بالرمي بدون الإدماء، بل يقتضي حرمته بناء على عدم

بقوله ولا تبعية: يعني الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وها هنا قد انفصل فزالت التبعية، والأصل المذكور في الكتاب ظاهر. وقوله: **(والأكثر مما يلي العجز)** احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس فإنه يؤكل الأكثر لا غير، وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الأوداج، وإنما وقعت بموته، والجزء مبان عند ذلك، وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج نفسه، حينئذٍ لم يكن الجزء مباناً، والباقي ظاهر. وقوله: **(ولا يؤكل صيد المجوسي)** مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في

قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل» شرط الإنهار الخ)** أقول: قال الإتقاني: وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهار شرط فري الأوداج أيضاً. وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فري الأوداج فكذا لا يشترط الإنهار انتهى. وفيه بحث، إذ لا ملازمة بينهما، وعدم اشتراط الأول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني قوله: **(وتقريره سلمنا الخ)** أقول: هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقاً بالمنع ليرد أنه لا وجه له.

يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل. ووجع القولين دخل فيما ذكرناه. وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه، فإن أدماه حل وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه. **(وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد)** لما بيناه **(ولا يؤكل العضو)** وقال الشافعي رحمه الله: أكلا إن مات الصيد منه لأن مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ما أبين من الحيّ فهو ميت» ذكر الحيّ مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حيّ حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حياً، حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم. وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي، وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل، لأن المبان من الحيّ حقيقة وحكماً لا يحل، والمبان من الحيّ صورة لا حكماً يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فإنه حياة صورة لا حكماً. ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردّى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل، فنقول: إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحلّ المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي **(ولو قدّه بنصفين أو قطعة أثلاثاً**

حصول المقصود بالذبح. ويمكن الجواب بأن معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن إخراجه ففي اعتبار الإدماء حرج، فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل قوله: **(وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله ﷺ «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل»[1] شرط الإنهار)** أقول: لمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الإنهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم. وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال: وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهاء شرط فري الأوداج أيضاً. وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فري الأوداج، فكذا لا يشترط الإنهاء انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن عدم اشتراط فري الأوداج في ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الجرح في اشتراطه، وهذا غير متحقق في الإنهار إذ لا عجز عن الجرح بلا ريب، ثم إن الجرح لا ينفك عن الإنهاء في الغالب فلا حرج في اشتراط الإنهار على رأي ذلك البعض فافترقا قوله: **(ولنا قوله ﷺ «ما أبين من الحي فهو ميت»[2] ذكر الحي مُطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة)** قال الشراح: يعني أنه ذكر الحي مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكماً والعضو المبان بهذه الصفة: أي أبين من الحي حقيقة وحكماً. أقول: المقدمة القائلة أن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في ألسنه

إباحة الصيد. قال: **(ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه الخ)** اعلم أن الرجلين إذا رميا صيداً فذاك ينقسم إلى قسمين: إما أن يرمياه معاً أو متعاقباً. والأول على أوجه: فإنه إذا رمياه معاً فإما أن يصيبا معاً أو يصيب أحدهما أوّ لا، فإن أصاب فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني أو لا. والثاني كذلك فإنه إما إن رماه الثاني قبل إصابة السهم الأول أو بعدها، فإن كان الثاني فإما أن يثخنه الأول أو لم يثخنه، والأول بوجوهه والوجه الأول من الثاني غير مذكور في الكتاب، وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة. فإن رميا معاً وأصابا معاً فقتلاه فهو لهما جميعاً، ويؤكل لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح فيحل تناوله اعتباراً بحالة الرمي، فإنه كان صيداً حال رميها فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معاً فاستويا في السببية، وذلك يوجب المساواة في الملك، وإن رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما أوّلاً فأثخنه: أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله

---

(١) تقدم في الذبائح

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٥٨ والترمذي ١٤٨٠ والدارقطني ٤/ ٢٩٢ والحاكم ٤/ ٢٣٩ كلهم من حديث أبي واقد الليثي، وإسناده جيد رجاله ثقات. وقد صححه الحاكم، وأقره الذهبي.

وأخرجه الحاكم ٤/ ٢٣٩ من حديث أبي سعيد وصححه على شرطهما، وأقره الذهبي وهو كما قالا. وله طرق أخرى، وشواهد، وقد تقدم في الطهارة في حكم جلود الميتة.

والأكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حي صورة لا حكماً، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت، إلا أن ميتته حلال بالحديث الذي رويناه[1] **(ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج)** ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع، وإن ضربه من قبل القفا، إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل، وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل. **(ولو ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً ولم يبنه؛ إن كان يتوهم الالتئام والاندمال فإذا مات حل أكله)** لأنه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الإبانه معنى والعبرة للمعاني. قال: **(ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني)** لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح، ولا بد منها في إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لأنهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطرار. قال: **(ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل)** لأنه هو الآخذ، وقد قال عليه الصلاة والسلام «الصيد لمن أخذ»[2] **(وإن كان الأول أثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل)** لاحتمال الموت بالثاني، وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار، بخلاف الوجه الأول، وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذٍ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني. وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحلّ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لأن وجوده وعدمه بمنزلة. وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوماً أو دونه؛ فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني، لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده. وعند محمد يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه. فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان

الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا أن حكم المطلق أن يجري على إطلاقه، كما أن المقيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق قوله: **(قال رضي الله عنه: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه إلخ)** أقول: لقائل أن يقول: تأويل المسألة بما ذكره بعد أن أوّلها مرة فيما قبل وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركاً، لأن مجموع التأويلين متعلق بمسألة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وإن كان الأول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل. والثاني ضامن لقيمته

فهو للأول، وحل أكله عندنا، خلافاً لزفر. هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة، ونحن نعتبر للحل حالة الإرسالة لأن الإصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال والإرسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر، وللملك حالة الاتصال لأن الملك يتصل بالمحل، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثاني، وإن لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر، وإن رماه الثاني بعد ما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الأول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معاً هو لهما وحل أكله. وأما المذكور في الكتاب فقد أمعن المصنف في بيانه، ونشير إلى بعض ألفاظه إن خفي. فقوله: **(هذا)** إشارة إلى قوله ولم يؤكل. وقوله: **(وإن علم أن الموت**

قوله: **(فإن أصاب، فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني أو لا والثاني كذلك)** أقول: يعني إذا رميا متعاقباً قوله: **(اعتبارا بحال الرمي)** أقول: اعتبار حالة الرمي هنا ليس لأنه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فإنه في تلك الحالة أيضاً صيد مباح، بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم إليه كما يذكره قوله: **(هو يعتبر حالة الاتصال)** أقول: يعني الاتصال بالمحل قوله: **(والمحل صيد)** أقول: الواو حالية قوله: **(وللملك حالة الاتصال)** أقول: عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل قوله: **(وسهم الأول أخرجه)** أقول: الواو حالية

---

(١) مراده حديث: هو الطهور ماؤه الحل ميته اهـ يعني البحر.
قلت: وهذا تقدم في المياه.

(٢) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣١٨ ـ ٣١٩: غريب. ثم ذكر الزيلعي قصة غريبة حيث قال: وجدتها في كتاب التذكرة لأبي عبد الله محمد بن حمدون، وفيها هذا الخبر. وسكت عليه الزيلعي. وتعقبه ابن حجر في الدراية ٢/٢٥٦: فقال: هذه الحكاية والحديث لم أجد له أصلاً.

الأول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل. قال: **(والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته)** لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له لأنه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف، قال رضي الله عنه: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كملا، كما إذا قتل عبداً مريضاً وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري. قال في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن قيمة لحمه، أما الأول فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً. وأما الثاني فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين. لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً، وأما الثالث فلأن بالرمي الأول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانياً فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره، ويصير كما إذا رمى صيداً على قمة جبل فاثخنه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لأن الثاني محرم، كذا هذا، قال: **(ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من**

للأول غير ما نقصته جراحته انتهى. فلما أوّل المصنف قوله لم يؤكل بما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضاً قوله والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته فيما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد، لأن قوله والثاني ضامن لقيمته للأوّل فرع قوله لم يؤكل، فما هو شرط في الأصل شرط في الفرع أيضا. وإذا علم أن الرمي الأوّل كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة إلى التأويل الثاني. ثم أقول: في الجواب: إن كون الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد إنما يقتضي أن لا يحصل القتل بالرمي الأول فقط، ولا يقتضي أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين، إذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصلاً الثاني وحده، والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وإن علم إن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري، ولا يفيد التأويل الأول هذا التقييد لأن القيد الذي ذكره أولاً أعم تحققاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده، وإنما المقصود من التأويل الأول الاحتراز عما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح،

حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل. وحكمه أنه لم يؤكل لأن إحدى الرميتين تعلق بها حظر والأخرى تعلق بها الإباحة، وإنما لم يذكره المصنف لأنه يعمل من ضمان اللحم، وإنما كان حكم صوره الجهالة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك، لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فيضاف إليهما. قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة، وهو فاسد

(قوله وإن لم يثخنه) أقول: معطوف على قوله فأثخنه: أي أضعفه الخ قوله: **(فحكمه حكم ما لو رمياه معاً هو لهما وحل أكله)** أقول لا بد ها هنا من تفصيل، فإن ما ذكره إذا أصاب السهمان معاً، وأما إذا أصاب الثاني بعد إصابة الأول فإما أن أثخنه الأول أو لم يثخنه قال المصنف: **(وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح)** أقول: الأظهر أن يقول: فإن لم يبق فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح يحل الخ. وإن بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فإن ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى.

قال المصنف: **(وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري)** أقول: هذا يوهم أن بين المسألتين فرقاً: أعني بين ما إذا

الحيوان وما لا يؤكل) لإطلاق ما تلونا، والصيد لا يختص بمأكول اللحم. **قال قائلهم:**

صـيـد الـمـلـوك أرانـب وثـعـالـب وإذا ركـبـت فـصـيـدي الأبـطـال

ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شرّه وكل ذلك مشروع.

وعما إذا كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل، فلا استدراك أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراه.

لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه. وقوله: **(وإن كان رماه الأول ثانياً)** يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانياً. قوله: **(فالجواب في حكم الإباحة الخ)** يعني لا في حكم الضمان، لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه، والباقي واضح.

حصل القتل بالثاني وحده أو بينهما وليس كذلك، بل لا فرق بيهما لأنه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول، إلا أنه بين في المسألة الأولى جميع الحاصل، وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان: أي عدم الفرق بين المسألتين، إلى آخر ما ذكره الإمام الزيلعي فراجعه قال المصنف: **(قال قائلهم:**

صـيـد الـمـلـوك أرانـب وثـعـالـب وإذا ركـبـت فـصـيـدي الأبـطـال)

أقول: البيت لعنترة العبسي وهو جاهلي، وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها، فإن كان استدلاله بها ففي تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين، فقد ذهب الشافعي وغيره إلى القول بحله. وإن كان استدلاله بصيد الأبطال فقتل الأبطال لا يسمى صيداً إلا بقرينة فهو مجاز، وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسداً، ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم.

كتاب الرهن

الرهن لغة: حبس الشيء بأيّ سبب كان. وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، وهو مشروع بقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ وفيما روي «أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به درعه»[1] وقد انعقد على ذلك الإجماع، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث أن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح، أقول: يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد، وإلا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة، وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل. ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية. وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه، وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجيء كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه إن شاء الله تعالى قوله: **(الرهن في اللغة حبس الشيء بأيّ سبب كان. وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون)** قال بعض الفضلاء، هذا تعريف الرهن التام أو اللازم، وإلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق، إلا أن للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس، ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض، والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه،

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال، ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون. وسببه ما ذكرناه غير مرة. وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب، وسنذكره شيئاً فشيئاً، أما تفسيره فما ذكره **(الرهن لغة حبس الشيء بأيّ سبب كان، وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه منه)** أي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون **(كالديون)** وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص. وأما مشروعيته فبقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد، وبما روي «أنه ﷺ اشترى من يهوديّ طعاماً ورهنه درعه». وبالإجماع فإن الأمة اجتمعت على جوازه من غير نكير، بالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب، وتقريره أن للدين طرفين: طرف الوجوب وطرف الاستيفاء، لأنه يجب أولاً في الذمة ثم

كتاب الرهن

قال المصنف: **(وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون)** أقول: هذا تعريف الرهن التام أو اللازم وإلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس، بل ذلك بالقبض، والكاف في قوله كالديون مقحم إن كان الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها رهناً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٦٨ و ٢٠٩٦ و ٢٢٥٢ و ٢٣٨٦ و ٢٥٠٩ ومسلم ١٦٠٣ ح ١٢٦ وابن حبان ٥٩٣٨ والبيهقي ٦/ ١٩ كلهم من حديث عائشة «قالت: إشترىٰ رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً إلىٰ أجل، ورهنه درعاً له من حديد» ورواية ابن حبان: «إلى سنة» بدل إلىٰ أجل».
وورد بلفظ آخر أخرجه البخاري ٢٢٠٠ ومسلم ١٦٠٣ والنسائي ٧/ ٢٨٨ وابن ماجه ٢٤٣٦ وابن الجارود ٦٦٤ وابن حبان ٥٩٣٦ وابن أبي شيبة ٦/ ١٦ وعبد الرزاق ١٤٠٩٤ وأحمد ٦/ ٤٢. ١٦٠. ٢٣٠ كلهم عن الأسود عن عائشة.
ومن حديث أنس أخرجه البخاري ٢٠٦٩ و ٢٥٠٨ والترمذي ١٢١٥ والنسائي ٧/ ٢٨٨ وابن حبان ٥٩٣٧ وأبو يعلىٰ ٣٠٦١ وأحمد ٣/ ١٣٣. ٢٠٨ وابن ماجه ٢٤٣٧ من طرق عن قتادة عن أنس بنحو حديث عائشة، والقصة واحدة.

الوجوب وهي الكفالة. قال: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض)** قالوا: الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة. والقبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى. وقال مالك: يلزم بنفس

فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلا ريب. ثم إن الإمام النسفي لما قال في الكنز: هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين، قال الزيلعي في شرحه، هذا حدّه في الشرع، ثم قال: وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا، فإن لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين قوله: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول)** قال في العناية: ركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك عليّ وما أشبهه، والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى، وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بأن قال: هذا منقوض بعقد التبرعات، وقال: إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرّع. أقول: ليس شيء من إيراده وتوجيهه بمستقيم. أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا؟ ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة، فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد، وقول القدوري الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول وتعليل صاحب العناية إياه بقوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ. وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا: الركن بالإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتمّ بالمتبرع، وأوضحه صاحب العناية في شرحه. وأما الثاني فلأنه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لأنه أي الرهن عقد غير تبرع، وكل عقد غير تبرع ينعقد بالإيجاب والقبول، ولا شك أن الصغرى تصير حينئذٍ كاذبة إذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع، بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع قوله: **(قالوا: الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة)** قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع، فالرهن يتم بالمتبرع، أما أنه تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه، ولا

يستوفي المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه. قال: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول)** ركن الرهن الإيجاب، وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك عليّ وما أشبهه. والقبول: وهو قول المرتهن قبلت، لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك عامة المشايخ **(قالوا)** أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده **(الركن بالإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرّع)** فالرهن يتم بالمتبرع، أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت

بالدين، وإلا فلا إقحام. وسيجيء التفصيل في الورق الآتي قوله: **(لأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول)** أقول: منقوض بعقد التبرعات، إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع، وسيجيء تحقيقه من الشارح قال المصنف: **(لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة)** أقول: في أول كتاب الهبة أنها تصح بالإيجاب والقبول، وعلله المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول فليتأمل قوله: **(ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه)** أقول: ضمير عليه راجع إلى المرتهن قوله: **(وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته الخ)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى الراهن، وضمير عليه وصيرورته راجعان إلى المرتهن قوله: **(وهو مال لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً)** أقول: سبق في كتاب الهبة أن رسول الله ﷺ قال «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل قوله: (كما في قوله تعالى: **﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾**) أقول: فإن التقدير فصوم عدة.

العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة. ولنا ما تلونا، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر. ولأنه عقد تبرّع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً

نعني بالتبرع إلا ذلك، وأما أنّ كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة، وقال: فيه نظر، لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفياً لدينه عند الهلاك. والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى. أقول: في الجواب بحث: لأن الراهن إن لم يستوجب شيئا على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفياً لدينه عند الهلاك، فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه، بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بايجاب الراهن وحده. بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا إياه مستوفياً لدينه حكماً عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل قوله: **(والقبض شرط اللزوم على ما نبينه)** قال في العناية: كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم، وهو أيضاً اختيار شيخ الإسلام، وهو مخالف لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال الحاكم في الكافي: لا يجوز الرهن غير مقبوض، وقال الطحاوي في مختصره: ولا يجوز إلا مقبوضاً مفرغاً محوزاً. وقال الكرخي في مختصره: قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضا، إلى هنا لفظ العناية. وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال: سبق في كتاب الهبة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[1] والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى. أقول: هذا قياس مع الفارق، إذ قد دعت الضرورة هناك إلى صرف نفي الجواز عن ظاهره، إذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالإجماع، فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[2] على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له. وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء، إذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلاً فبقي نفي الجواز ها هنا على ظاهره. قوله: **(ولنا ما تلونا، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر)** نظيره قوله تعالى ﴿فضرب الرقاب﴾ أي فاضربوها وقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحررها وقوله تعالى ﴿فعدّة من أيام أخر﴾ بتقدير فصوم عدة من أيام أخر: أي فليصم عدة من أيام أخر، فكان المصدر فيما تلونا ها هنا أيضا وهو قوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ بمعنى الأمر: أي فارهنوا وارتهنوا، ثم لما كان بمعنى الأمر ولم يعمل بموجب الأمر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع وجب أن يعمل به في

للمرتهن من اليد شيئاً عليه، ولا نعني بالتبرع إلا ذلك. وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة، وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفياً لدينه عند الهلاك. والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك. قوله: **(والقبض شرط اللزوم)** كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم، وهو أيضاً اختيار شيخ الإسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال الحاكم الشهيد في الكافي: لا يجوز الرهن غير مقبوض. وقال الطحاوي في مختصره: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً مفرغاً محوزاً. وقال الكرخي في مختصره: قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد لأنه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطاً كالكفالة **(ولنا ما تلونا)** من قوله تعالى: **﴿فرهان مقبوضة﴾** والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى:

---

(١) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٢١: غريب. ورواه عبد الرزاق في آخر الوصايا عن إبراهيم من قوله. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٣: لم أجده اهـ. يعني مرفوعاً. ثم ذكر أنه من قول النخعي. فالخبر مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح.

(٢) هو قول النخعي وهو المتقدم.

ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض، ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه

شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»(١) بالنصب: أي بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا، فكذا هنا، هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام. ثم إن كثيراً من الشراح استشكلوا كلام المصنف ها هنا، فقال صاحب النهاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال، كذا في كتب اللغة، ولأن قوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر، ولو تمحل متمحل بتصحيح ما في الكتاب بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء، والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان إرادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون، ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجهاً بعيداً، إذ في الأول ورود الإلباس وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم، إلى هنا لفظ النهاية، وقال صاحب غاية البيان: وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدراً كما ترى، وكذلك ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي، ولنا فيه نظر، لأنه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الأدب وغيرهما، لأنهم قالوا: الرهان جمع رهن، وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين، والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن. نعم الرهان يجيء مصدراً من قولهم راهنه على كذا: أي خاطره مراهنة ورهاناً من باب المفاعلة، ولكن ليس ذلك مما نحن فيه، ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان إلى تاء التأنيث فافهم، إلى هنا لفظه. وقال صاحب الكفاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر. لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال، وقوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر، وإنما قال: والمصدر المقرون لأن تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى. وقال صاحب معراج الدراية: وفي النهاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة، ويدل عليه قوله ﴿مقبوضة﴾ بالتأنيث فدل أنه جمع لا

﴿فمن كان مريضاً أو على سفر فعدّة من أيام أخر﴾ أي فليصم، وكما في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحرر فيكون تقديره والله أعلم: وإذا كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فارهنوا وارتهنوا، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالإجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهوالقبض كما في قول ﷺ «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل» بالنصب: أي بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح فصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا. وفيه بحث من أوجه: الأول ما قيل إن المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن. والثاني أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الإجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض. والثالث أن القبض إن كان شرطاً للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة إلى الدليل. والرابع أن الآية متروكة الظاهر، لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك، ومتروك الظاهر لا يصلح حجة. والجواب عن الأول أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك، وإسناد ﴿مقبوضة﴾ إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما

قوله: (الأول ما قيل) أقول: القائل هو الإتقاني والكاكي قوله: (ولا حاجة إلى الدليل) أقول: كيف لا يحتاج إلى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم إلا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس قوله: (والجواب عن الأول أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول: فيه بحث، فإن الذي جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون، يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً، ولعل الأولى أن يقال: التقدير فرهن رهان كما في قوله تعالى ﴿فعدة من أيام أخر﴾، وذلك مراد. المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى. وما قاله الإمام عمر النسفي في

---

(١) تقدم في الربا رواه الجماعة.

قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه

مصدر، وقال في الفوائد الشاهية: يجوز أن يكون الرهان مصدراً من باب المفاعلة كالقتال والضراب، ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة، وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة، ويجوز أنث يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا، ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدراً تقديراً لا تحقيقاً، إلى هنا كلامه. وأما صاحب العناية فعدّ ما استشكلوه أمراً هيناً وتعجب منه حيث قال: قيل إن المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن، ثم قال: والجواب عنه أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك، وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في: سيل مفعم انتهى. أقول: منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفسير، لأن كون الرهان جمع رهن أمر مقرر، وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون. قال في المغرب: والرهن والمرهون والجمع رهون ورهان ورهن. وقال في القاموس: الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين. وقال في الصحاح: الرهن معروف، والجمع رهان مثل حبل وحبال، وقال في تفسير القاضي: رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون، وكذا في سائر التفاسير، ثم إن كون إسناد ﴿مقبوضة﴾ إلى ضمير رهان مجازاً عقلياً خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية إليه وهي منتفية في الآية المزبورة، إذ يصح المعنى ويحسن جداً بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الإسناد إذ ذاك حقيقياً، فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين. ثم إن تمثيله المجاز الذي ذهب إليه ها هنا بسيل مفعم قبيح جداً، فإن المفعم اسم مفعول أسند إلى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند إلى المصدر، بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب إليه، فالمناسب في التمثيل ها هنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة. ثم أقول: التوجيهات التي ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين، فالإنصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الإلزام على الخصم، ولكن الأقرب والأشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة، على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى ﴿فعدّة من أيام أخر﴾ فإن التقدير فيه: فصوم عدة من أيام أخر تأمل ترشد قوله: (ثم يكتفي فيه **بالتخلية في ظاهر الرواية، لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع)** قال بعض الفضلاء: هذا منقوض بصورة الصرف، فإنه لا بد من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه

في: سيل مفعم. وعن الثاني أن الأمر في الوجوب حقيقة كما عرف، والإجماع لا يصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والإجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ، وإعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف إلى القبض. وعن الثالث أن الدليل لإلزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز، وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي، والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن. لا يقال: هذا استدلال بمفهوم الصفة، وهو ليس بصحيح، إما لأن ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره، وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة، وقد ذكرنا آنفاً أن الوجوب انصرف إليها. وعن الرابع

تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقاً له. وما قاله الشيخ النسفي أيضاً في تفسيره: ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل، فإذا قال: رهنت عند زيد رهناً لم يكن انتصابه انتصاب الصدر بل انتصاب المفعول به، كما يقال رهنت زيداً ثوباً، ولما جعل اسماً جمع كما يجمع الأسماء رهن ورهان انتهى، وهكذا في التفسير الكبير. قال المصنف: **(لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع)** أقول: منقوض بصورة الصرف، فإنه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل، إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وركونها مختار المصنف.

قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب، بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح. قال: **(وإذا قبض المرتهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه)** لوجود القبض بكماله فلزم العقد **(وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن)** لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله. قال: **(وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه)** وقال الشافعي رحمه الله: هو أمانة في يده، ولا يسقط

وكونها مختار المصنف انتهى. أقول: الجواب عن هذا النقض هين، فإن التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف إنما يثبت بالنص وهو قوله ﷺ «يداً بيد»[1] كما تقرّر في محله، والقياس يترك بالنص على ما عرف، بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا يثبت إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب)** قال صاحب العناية: فيه نظر، لأن القبض بعقد التبرّع لم يعهد موجباً للضمان وبين التبرّع والضمان منافاة. ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلال فينتفي التبرع انتهى. أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأن جهة التبرّع في الرهن غير جهة الضمان فيه، فإن جهة التبرع فيه من حيث أنه يجعل محبوساً في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك، وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث أنه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفياً لدينه كما ستطلع على بيانه. والمنافاة بين التبرع والضمان إنما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس. والعجب من صاحب العناية أنه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسألة أنه إذا سلم الراهن المرهون إلى المرتهن دخل في ضمانه قوله: **(فإذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغاً مميزاً تم العقد فيه)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل، والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً

بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة، لأن النصوص المؤوّلة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل، هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم. وقوله: **(ولأنه عقد تبرّع)** دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح. قوله: **(ثم يكتفي فيه بالتخلية)** يريد بها رفع المانع، ووجه ظاهر الرواية واضح. وقوله: **(لأنه)** أي قبض الرهن **(قبض موجب للضمان ابتداء)** لأنه لم يكن مضموناً على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن. وكل قبض هذا شأنه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب، فإن المغصوب لا يصير مضموناً بدون النقل فكذلك المرهون، وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجباً للضمان وبين التبرع والضمان منافاة، ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما **(بخلاف الشراء)** جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في

قوله: **(لأنه لم يكن مضموناً على الراهن قبل العقد)** أقول: الأولى أن يقال قبل القبض قوله: **(وما ثبت به الأقوى يثبت به الأدنى)** أقول: لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى لضعفه إلى ما يقويه ويؤكده قوله: **(فلا يكاد يبين)** أقول: فيه بحث قوله: **(محوزاً احتراز عن رهن الثمر على رؤوس النخل بدونها. وقوله مفرغاً احتراز عن عكسه. وقوله متميزاً احتراز عن الشيوع في الرهن)** أقول: قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية: فقبض محوزاً: أي مقسوماً غير شائع مفرغاً: أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجرة بدون الثمر، ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مميزاً: أي إن كان متصلاً بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه، فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه، وهو ليس بمرهون، سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة، والمميز يتعلق بالحاصل في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة، حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين.

---

(١) تقدم في الربا. رواه الجماعة.

شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن، قالها ثلاثة، لصاحبه غنمه وعليه غرمه»[1]. قال: ومعناه لا يصير مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتباراً بهلاك الصك. وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة، والسقوط بالهلاك يضادّ ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده «ذهب حقك»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمي الرهن فهو بما فيه»[3] معناه: على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك. وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته، والقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن»[4] على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكاً له. كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس، لأن الرهن ينبىء عن الحبس

فيجب ذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن، بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون، إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني، وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات قوله: (**لأن الرهن ينبىء عن الحبس الدائم قال الله**

الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضموناً على البائع بالثمن، وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه فلم يكن مضموناً على القابض ابتداء. وقوله: (**والأول**) أي وجه الظاهر (**أصح**) لأن الرهن توثقة لجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته، إذ الحقيقة

---

(١) حسن. أخرجه الشافعي ٢/ ١٦٤ وابن ماجه ٢٤٤١ والحاكم ٢/ ٥١ ـ ٥٢ والدارقطني ٣/ ٣٣ من طرق عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً.

وأخرجه ابن حبان ٥٩٣٤ والدارقطني ٣/ ٣٢ والحاكم ٢/ ٥١ والبيهقي ٦/ ٣٩ من طرق عن ابن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً. وإسناده على شرط مسلم. قال الدارقطني: زياد بن سعد من الحفاظ الثقات، وهذا إسناد حسن متصل.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. وسكت الذهبي. وأخرجه الدارقطني ٣/ ٣٣ والحاكم ٢/ ٥١ والبيهقي ٦/ ٣٩ من طريق ابن عياش.

والحاكم ٢/ ٥١ والدارقطني ٣/ ٣٣ من طريق شبابه كلاهما عن ابن أبي ذئب عن الزهري به وورد مرسلاً أخرجه مالك ٢/ ٧٢٨ والطحاوي ٤/ ١٠٠ عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً. وأخرجه عبد الرزاق ١٥٠٣٣ والدارقطني ٣/ ٣٣ وأبو داود في مراسيله ١٦٣ والبيهقي ٦/ ٤٠ من طرق عن ابن المسيب مرسلاً.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٢٠ ما ملخصه: صححه الحاكم وحسنه الدارقطني، وكذا صححه عبد الحق في أحكامه وقال ابن القطان: أرى عبد الحق صححه تبعاً لابن عبد البر، فإنه. صححه. ثم تكلم ابن القطان عليه

قال الزيلعي: وقد روي هذا الحديث متصلاً من طرق عديدة أجودها رواية ابن حبان، ومن معه.

وقال صاحب التنقيح . ابن عبد الهادي .: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني، وابن عبد البر، وعبد الحق. والمحفوظ أنه مرسل.

قال الزيلعي: ولفظ: «قالها ثلاثاً» لم أجده في شيء من طرق الحديث اهـ ووافقه ابن حجر ٢/ ٢٥٧

قلت: ومتن الحديث: لا يَغْلَقُ الرهنُ، له غُنْمُهُ، وعليه غُرْمُهُ اهـ لكن هناك اختلاف أيضاً في زيادة: له. . . الخ أنها قول سعيد.

وقوله «له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ». أي زيادة الرهن ونماؤه وفاضل قيمته ملك للراهن وعليه أداء ما يفكه.

الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع طرقه لا ينحط عن درجة الحسن والله أعلم لا سيما ومرسلات ابن المسيب قوية فكيف وقد وصله غير واحد من الحفاظ.

(٢) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله ١٦٥ عن عطاء مرسلاً وسيأتي.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢ من حديث أنس بلفظ: الرهن بما فيه.

وقال: لا يثبت هذا عن حميد الطويل وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء.

ثم كرره بإسناد آخر وقال: وهذا باطل عن قتادة، وحماد بن سلمة والله أعلم. وإسماعيل يضع الحديث وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٢١. ٣٢٢ وذكر كلام الدارقطني ثم قال: ورواه أبو داود في مراسيله عن طاووس مرسلاً.

وبنحوه عن عطاء وقال ابن القطان: هذا مرسل صحيح.

قلت: هو في المراسيل ١٦٥ عن عطاء و ١٦٦ عن طاووس إلا أن مرسل عطاء بالمعنى.

تنبيه: ولفظ «إذا عمي الرهن» لم يذكره أحد فتنبه والله أعلم

(٤) تقدم قبل حديث واحد.

الدائم، قال الله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ وقال قائلهم:

وفــارقــتــك بــرهــن لا فــكــاك لــه يــوم الــوداع فــأمــسى الــرهــن قــد غــلــقــا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء. ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيتاسرع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرّر بالهلاك،

تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ وقال قائلهم:

وفــارقــتــك بــرهــن لا فــكــاك لــه يــوم الــوداع فــأمــسى الــرهــن قــد غــلــقــا)

قال في العناية: قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن. وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفي انفكاك دل أنه ينبيء عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يتعرضه، بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى. أقول: السؤال والجواب في الأصل لتاج الشريعة، لكن الجواب ليس بتام عندي لأن قوله إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يعترضه ممنوع فإن ما يتعرضه إذا كان متناقضاً لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمراً خارجاً عنه وإلا يلزم ارتفاع النقضين معا، وما نحن فيه كذلك، إذ لا شك أن فكاك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقيق دوامه وإن

أقوى من الجهة، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى. وأما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلاً للضمان وفي الرهن مثبتاً له ابتداء فلا يكاد يبين. وقوله: (فإذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه، وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكمال، والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً فيجب ذلك. وقوله محوزاً احتراز عن رهن التمر على رؤوس النخل بدونها. وقوله: (مفرغاً) احتراز عن عكسه. وقوله: (متميزاً) احتراز عن الشيوع في الرهن، فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم، وإن لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض، إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله: أي قبل القبض، فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه. وقال الشافعي: هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله ﷺ «لا يغلق الرهن» قالها أي هذه الألفاظ ثلاثاً «الصاحبه غنمه»: أي زوائده «وعليه غرمه» أي هلاكه. قال: ومعناه لا يصير: أي الرهن مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة، فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض. ولنا قول ﷺ للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده «ذهب حقك» وحقه الدين فيكون ذاهباً. لا يقال: المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر، لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه، والثاني ليس بحق له ولأنه ذكر الحق في أوّل الحديث منكراً «أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي ﷺ فقال للمرتهن: «ذهب حقك» فذكر الحق منكراً، ثم أعاده معرفاً. وفي ذلك يكون الثاني عين الأول، كذا في النهاية. وفيه نظر، لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبيّ عليه الصلاة والسلام، ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة، إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن في حضرة النبي ﷺ ولم يعلم ذلك، وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غميَ الرهن فهو بما فيه»

قال المصنف: (وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمي الرهن فهو بما فيه») أقول: الباء للمقابلة والمعاوضة.

قوله: (بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه) أقول: لا يخفى أن الرهن يدوم بإدامه الراهن، وإذا فك يزول الدوام، ومعنى الانفكاك له إبقاؤه على الرهينة والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وإنباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل قوله: (لأن قيمة الرهن قد يكون الخ) أقول: ليس هذا محل كلمة التقليل، والأظهر أن يقول: يكون أكثر من الدين في الأكثر، إلا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوماً في الحكم قوله: (لأنه ينتقض هذا الاستيفاء: أي للذي بالحبس بالرد على الراهن) أقول: قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض قوله: (فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول: الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه، وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به، ولك أن تقول: مآل جوابه أيضاً فليتأمل قوله: (واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول: يعني واستيفاء عين الدين قوله:

فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالردّ على الراهن فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصوّر، والاستيفاء يقع بالمالية. أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته

كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج، فلم يثبت في البيت المزبور إنباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم، بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه تدبر تفهم قوله: (**وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا**) يعني إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه. وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص، فلم لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدّى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا. كذا في العناية وغيرها. **أقول**: لقائل أن يقول: نعم لو استوفاه ثانياً أدّى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدّي إلى

معناه على ما قالوا: إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك: يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال: يكون الرهن بما فيه، حكي هذا التأويل عن أبي جعفر. وقوله: (**مع اختلافهم في كيفيته**) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته. وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة. وروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا: الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وهكذا روي عن عليّ رضي الله عنه في بعض الروايات. وروي عن ابن عباس أنه مضمون بالدين. واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون، فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن» على ما قالوا: الاحتباس الكلي: أي يصير مملوكاً له، كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما. وقال مالك رحمه الله: وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن في الشيء وفي الرهن فضل عما رهن به، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه، فهذا لا يصح ولا يحل، وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له. وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار: ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب: يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص، وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل. وقوله: (**لأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء**) دليل معقول على المطلوب. وتقريره: الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس، لأن الرهن لغة ينبيء عن الحبس الدائم قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي. وقال زهير:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندهما على وجه لا يمكن فكاكه، وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم. قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن. وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفي الفكاك دل أنه عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئاً عن الحبس الدائم لأنه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه، ولتكن هذه القضية عندك، ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء، ومعناه: أن يكون الرهن موصلاً إليه: أي إلى الاستيفاء، وذلك: أي كونه موصلاً إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن. ومعناه: أن الحبس يفضي إلى أداء الحق لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن، لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجره عن المطالبة، وهذه أيضاً قضية تدل على اليد والحبس فتضم إليها. قوله: (**وإذا كان كذلك**) أي إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقة وقد حصل بعضه،

(لما تقدم في الهبة)

كما في الحوالة. فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين بالعين اسيفاء منه عيناً بالبيع، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة: منه أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع، لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام، وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون)** لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. قال رضي الله عنه: ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، فإنه يصح الرهن بها ولادين. ويمكن أن يقال: إن

ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع قوله: **(ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونه بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين)** يعني يرد على هذا اللفظ: أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها: أي الإشكال بصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، وهي ما يجب مثله عند هلاكه إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فإنه يصح الرهن بتلك الأعيان ولا دين فيها، وأجاب المصنف عن هذا الإشكال بقوله: ويمكن أن يقال إلى آخره، كذا قاله الشراح قاطبة، غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال: قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأساً لأنه لا ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي، وإنما اقتصر ها هنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين، واكتفى به ها هنا اعتماداً على ما ذكره في موضع آخر، إلى هنا لفظه، أقول: لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلاً عن مثل ذلك الشارح أن يقول: إن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهو النفي والاستثناء، وإنما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين، ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال. وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الإشكال الوارد على لفظه في مختصره، وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ. وأما حمل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه، فإن مجر تخصيص الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، فما ظنك بدلالة إدارة القصر على ذلك قوله: **(ولهذا تصح الكفالة بها)** قال في العناية: واعترض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان

وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدّى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو رباء، بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه يتنقض هذا الاستيفاء: أي للدين بالحبس بالردّ على الراهن فلا يتكرّر الأداء. فإن قيل: فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء؛ ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به.. أجيب بأن النقض إنما يتحقق فيما أمكن ردّ العين إلى المالك كالثمن فيما ذكرتم، ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن، فإن قيل: فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يداً. أجاب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصوّر. وقوله: **(والاستيفاء يقع بالمالية)** جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله، لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين، واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه، ولا إلى الثاني لأن الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز. ووجه الجواب أنا نختار الأوّل. وقوله: **(ليس من جنس الدين. قلنا: ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية،)** والأول مسلم، وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا

الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردّ العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها، ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه، بخلاف الوديعة، قال: **(وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده)** لأن المضمون يقدر ما يقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين **(وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل)** لأن الاستيفاء بقدر المالية. وقال زفر: الرهن مضمون بالقيمة،

فعلّي دون الرهن. وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة، ويصح أن يقال: قولك دون الرهن تريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك، فإن كان الأوّل فليس كلامنا فيه، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين ما نحن فيه انتهى. أقول: الاعتراض والجواب لتاج الشريعة، ولهما وجه صحة. وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر، وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء، لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل بعينه، فإن مقصوده القدح في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن، لأن الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه. ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضاً الذي كلامنا فيها، ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به. ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه، وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه، وإنما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة. ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله: **(ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض)** أقول: هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف، فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مرّ تفصيله في صدر كتاب الغصب، مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعاً فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف، وليت شعري لم يتعرض لهذا أحد من الشراح قوله: **(وهو مضمون بالأقل في قيمته ومن الدين)** قال بعض الشراح: وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين، وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما

ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس، والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها. وقوله: **(وموجب العقد)** جواب عما قال الشافعي رحمه الله: الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد. ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا، وذلك يحقق الصيانة لا محالة، وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية. ونوقض بنقض إجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المتسأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضموناً، وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء، لأن يد الاستيفاء هي التي كان له قبل الفسخ، وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الأجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفياً بالهلاك في يده. وأما اختصاصه به دون الغرماء فلأنه كان مخصوصاً به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة. وقوله: **(فالحاصل الخ)** واضح. قال: **(ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ)** قيل ذكر مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون، وقيل هو احتراز عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، لأن حكمه:

أقول: وفي أواخر الصلح أيضاً قوله: **(وإن كان الثاني فهو ممنوع)** أقول: فيه بحث، فإن الكفالة بالأول صحيحة دون

حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة. له حديث عليّ رضي الله عنه قال: «يترادّان الفضل في الرهن»[1] ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين. ومذهبنا مرويّ عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء، والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان. والمراد بالترادّ فيما يروى حالة البيع، فإنه روي عنه أنه قال: المرتهن أمين في الفضل. قال: **(وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به)** لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة، والحبس جزاء الظلم، فإذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم

ومعنى المنكر ثالث، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما، ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحد منهما، والمراد ها هنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث. ثم إن تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال: والمعنى فيه أن كلمة «من» في قوله الأقل منهما للتبعيض والأقل يصلح بعضاً، إذ الأقل مع منهما معرفتان، بخلاف أقلُ منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة المعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا نسلم أن المعرفة لا تتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية، نعم إن المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه، وهما متضادان فلا يتحدان، وأما كون المبهم بعضاً من المعين فلا استحالة فيه، بل هو أمر شائع مستعمل؛ ألا ترى إلى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل، مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة، وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض، على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفاً وبين أن يكون منكراً إنما يتمشى فيما إذا كان مدخول كلمة «من» معرفة ولا يتمشى فيما إذا كان مدخولها نكرة، إذ لا يلزم إذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً. وذكر بعض الفضلاء وجهاً آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال: إذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة، وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو. ثم

أي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب، وأما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه. وقوله: **(ويدخل)** أي يشكل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء. وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها. والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين، والأول صحيح بكل حال، والثاني إما أن يكون بعين مضمون أو لا، والثاني غير صحيح كما في الودائع والعواري والمضاربات والشركات، والأوّل إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، أو يكون مضموناً بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن. وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها، فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمة. وأجاب المصنف بقوله: **ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، وردّ العين مخلص والقيمة دين (ولهذا تصح الكفالة بها)** أي بالعين المضمون بنفسه. وقوله: **(ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك**

الرهن، فتوجه السؤال إلا أن يخص الكفالة المقيس أيضاً عليها بما انعقد سبب وجوبه قوله: **(ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما، ومعنى المنكر ثالث)** أقول: إذ تكون من حينئذٍ تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة، وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو، وفيه بحث إذ قد

---

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٦/٤٣ من وجوه كثيرة عن علي موقوفاً. وهذه الطرق وإن كان فيها مقال إلا أنها يقوي بعضها بعضاً.

(وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرّر الاسيتفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل **(وإذا أحضر أمر الراهن بتسليم الدين إليه أوّلاً)** ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحصر المبيع ثم يسلم الثمن أوّلاً **(وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه. إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة، فكذلك الجواب)** لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنه؛ ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع **(وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن)** لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يضرّر به زيادة الضرر ولم يلتزمه **(ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)** لإطلاق الأمر **(فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن)** لأنه لا قدرة له على الإحضار **(وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن)** لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين **(ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل)** لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء

قال: وفيه بحث، إذ تحذف «من» من اللفظ وها هنا أيضا كذلك، والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى. أقول: الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط، إذ قد تقرّر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الأشياء الثلاثة، إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى ﴿يعلم السرّ وأخفى﴾ طه (٧) وقوله تعالى ﴿ولذكر الله أكبر﴾ العنكبوت (٤٥) وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل، ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع، لأنه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسألة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة، كيف ولو تحققت الشهرة في مسألتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ها هنا بالكلية قوله: **(لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)** قال بعض الفضلاء: فيه بحث.

يجب بالقبض السابق، ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك يكون رهناً بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ. وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة. واعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن. وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة، ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك، فإن كان الأول فليس كلامنا فيه، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين ما نحن فيه. وقوله: **(ولهذا)** يجوز أن يكون توضيحاً على كل من التخريجين. أما على الأول فتقريره ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته، وردّ العين كان مخلصاً ولم يحصل. وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة، بخلاف الوديعة فإن الحوالة عليها لا تبطل بهلاكها لأنه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب. قال: **(وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الخ)** الرهن مضمون بالأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين. ووقع في بعض نسخ القدوري: بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث، وكلامه واضح. وقوله: **(يترادّان الفضل)** يعني أن التراد إنما يكون من الجانبين. وقوله: **(كما في حقيقه الاستيفاء)** مثل ما إذا أوفاه ألفي درهم في كيس وحقه في ألف فإنه يصير ضامناً قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانه فكذا هذا. وقوله: **(ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها)** لأنا لو لم نجعل الزيادة

يحذف من اللفظ، وها هنا أيضاً ذلك، والقرينة على الحذف شهرة المذهب، فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا قوله: **(يعني أن التراد إنما يكون من الجانبين)** أقول: فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك

نجم قد حل لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى به بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة، لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله، وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا **(ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن)** لأنه لم يؤتمن عليه حيث وُضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته **(ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين)** لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئاً **(وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو)** لما قلنا **(ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهناً)** لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن

فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس إثبات الحكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور، بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الراهن، لأن الأصل كان صالحاً لأن يكون رهناً فكذا خلفه تبعاً، وإن لم يصلح الدين للرهينة أصالة فكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً، فقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة إلى معنى الخلفية لا إلى القياس. وهذا مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا: فإن قيل: لو رهن ابتداء لا يصح لأنه لا يكون محلاً للرهن. قلنا: نعم، ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلاً عن المقبوض وهو قد كان صالحاً لذلك

مرهونة أدّى إلى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه. وقوله: **(ولا ضرورة في حق الضمان)** لأن بقاء الرهن من عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن، فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء. وقوله: **(والمراد بالترادّ فيما روي حالة البيع)** يعني توفيقاً بين حديثي عليّ رضي الله عنه، فإنه روي عنه «المرتهن أمين في الفضل» فيجب حمل الأول على حالة البيع: يعني إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن يردّ ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يردّ الراهن زيادة الدين وقوله: **(كما بيناه على التفصيل فيما تقدم)** يعني في فصل الحبس من أدب القاضي. وقوله: **(وإذا طلب المرتهن دينه)** واضح. وقوله: **(تحقيقاً للتسوية)** قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة، فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه، وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه. وقوله: **(لأنه يتضرّر به زيادة الضرر ولم يلتزمه)** يعني المرتهن، ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم، فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. وقوله: **(لإطلاق الأمر)** يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. وقوله: **(لأنه لا قدرة له على الإحضار)** لأن الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره. وقوله: **(وكذا إذا أمر المرتهن)** يعني لا يكلف إحضار الرهن، لأنه: أي الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، لأنه لما باعه بإذنه صار

قوله: **(أو لعدم انفكاكها عنه)** أقول: معطوف على قوله لأنا لو لم نجعل الزيادة قال المصنف: **(فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)** أقول: فيه بحث، فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح، فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه فليتأمل قال المصنف: **(لاستيفاء الدين)** أقول: يعني المنجم لئلا يلزم التكرار قوله: **(وقوله وهذا بخلاف ما إذا قتل، إشارة إلى قوله وكذا)** أقول: ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى بيع العدل أو المرتهن الرهن بأمر الراهن. قال العلامة الكاكي إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل، بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى. هكذا رأيت في شرح الكاكي، ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح قوله: **(أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية)** أقول: لا يقال: الأصوب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه، فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسألة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه، لأن بين الثمن والقيمة فرقاً، ولا يلزم من عدم الانتقال في الأول

فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به. قال: **(وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين)** لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه **(ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي القيمة)** اعتباراً بحبس المبيع **(فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه)** لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه **(فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه)** لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه **(وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ)** لأنه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين **(ولو هلك في يده سقط الدين**

فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لا مقصوداً انتهى قوله: **(فلو هلك قبل التسليم استردّ الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه)** قال في العناية: وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضة السابق وقد تقرّر بالهلاك، فصيرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة، وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يردّ المستوفي فيجبُ أن يكون ها هنا كذلك. وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم، وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد، وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب ردّه، وإنّما هو إسقاط، وإسقاط الدين بمن ليس عليه لغو انتهى. أقول: في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو من الكلام ها هنا لأن الإبراء في مادة النقض من الراهن، ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الإبراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان إسقاطاً صحيحاً فلا مساس لقوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه، فإن قلت: مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت

كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهناً بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن؛ ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل. وقوله: **(إلا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن)** استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك. ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق ترجع إليه. وقوله: **(وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم)** قيل إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدّع فلا حاجة إلى ذلك، وإليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك. وقوله: **(ثم إذا قبض الثمن)** يعني إذا باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين. وقوله: **(وهذا بخلاف ما إذا قتل)** إشارة إلى قوله وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين. فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة، لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن. فإن قيل: لم لا تكون القيمة ها هنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة. أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهينة فصار كالرهن في يد عدل، بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار ديناً بفعله فكأنهما تفاسخا، وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافترقا. وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل، ووجهه هكذا: أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة، وفيما

عدم الانتقال في الثاني قوله: **(وجعل الثمن رهناً)** أقول: الظاهر أن يقال وجعلا قوله: **(وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم، إلى قوله: وهو كما ترى متعسف)** أقول: لا يكلف المترهن بالاحضار في مسألة القتل للعلم بعدم قدرته له قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الإيفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن إذا أحضر، ولعل مراد الإمام السغناقي هذا قوله: **(وطولب بالفرق)** أقول: نقض إجمالي قوله: **(فإنه لا ضمان عليه استحساناً)** أقول: تجيء المسألة في أواخر كتاب الرهن.

إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن **(وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس، إلا أن يأذن له المالك)** لأن له حق الحبس دون الانتفاع **(وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير)** لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعدياً، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي. قال: **(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله)** قال رضي الله عنه: معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً، وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة **(وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن)** وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف، وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة **(وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته)** لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة. والأمانات تضمن بالتعدّي **(ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن)** لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة **(ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه)** لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ. وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن، وإن وضعه على عاتقه لم يضمن **(ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين)** لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد

للمرتهن بعقد الرهن وتقرره بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفياً دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدماً على الإبراء في الحكم فلم يكن الراهن مديوناً وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه إسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال: وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو، قلت: لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغواً بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك، وكون الإبراء لغو على الفرض مع أنه

نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤدّيه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لم يقبض شيئاً. قال: **(وإن كان الرهن في يده الخ)** إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن، لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله إسقاطه، وكلامه واضح. وقوله: **(فلو هلك)** أي الرهن **(قبل الردّ استرد الراهن ما قضاه)** لما ذكره في الكتاب وهو واضح، وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً، وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة، وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يرد المستوفي فيجب أن يكون ها هنا كذلك. وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الردّ. وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده، وإنما هو إسقاط، وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو. وقوله: **(على وجه الفسخ)** احتراز عما إذا ردّه على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن. وقوله: **(لأنه)** أي الرهن **(يبقى مضموناً ما دام القبض والدين باقياً)** ألا ترى أنه لو ردّ الرهن سقط الضمان لفوات

قوله: **(وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا)** أقول: فيه بحث، فإنه ذكر قبيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء غلواً لكون الدين مستوفى مستنداً إلى القبض وليس معنى الضمان إلا ذلك، لكن التعويل على ما ذكره ها هنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب قوله: **(وكان الكلام متناقضاً)** أقول: ولك أن تقول: الدين باق بعد القضاء لكنه لا يطالب به لعدم الفائدة، وإلى ذلك أشار صاحب النهاية، وسيجيء ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية، ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجعه قوله: **(أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدي يوجب بقاء الضمان)** أقول: اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضاً كما سيجيء في آخر كتاب الرهن من المصنف قوله: **(معناه انتفاء جواز الإنفاع بالرهن والانتفاع به)** أقول: سبق من الشارحين تخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كري الأنهار. إن قيل: إنما أنكروا فيه استعمال الإنفاع في معنى النفع لا مطلقاً. قلنا: لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه هنا.

الثلاثة، وإن لبس خاتماً فوق خاتم، وإن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن. قال: **(وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن)** والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن، لأن العين باق على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجره ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه، وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتهن أو لردّ جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته، ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة الاستيفاء التي كانت له ليردّه فكانت مؤنة الرد فيلزمه، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء. وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والردّ لإعادة اليد، ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك، وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن

لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب. فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: قلت إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعاً لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك باعتبار الدين. وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام إحداهما، ألا يرى أنه لو ردّ الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذا إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة لأن هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرّر، فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء، وحصول المقصود بالشيء يقرره ويهيئه، وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن. وبهلاك الرهن يصير مستوفياً فتبين أنه

القبض وإن كان الدين باقياً، وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقياً، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما. فإن قيل: فينبغي أن لا يبقى مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضاً. أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان، وفيه نظر لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل. وقوله: **(ولو هلك في يده)**. يعني إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن. وقوله: **(وليس للمرتهن)** معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والإنفاع به. قال: **(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ)** كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة، ألا ترى أن المرأة وإذا بقي الدين حكماً بقي ضمان الرهن، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً فتبين أنه استوفي مرتين فيلزمه ردّ أحدهما، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين، إلى هنا لفظ النهاية. وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك في الفرق بين تينك المسألتين فتبصر. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم، لأن حكم الرهن لم يبق. قلت: بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذٍ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى. وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: فيه نظر، لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل انتهى. أقول: الحق في الجواب عن أصل السؤال أن فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق

قال المصنف: **(لأنه علف الحيوان)** أقول: أي كعلف الحيوان من قبيل: زيد أسد.

كلها تجب على المرتهن، وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له. فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين. ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه، بخلاف الاستحقاق، وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوّع، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به، لأن ولاية القاضي عامة. وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضر وإن كان بأمر القاضي. وقال أبو يوسف إنه يرجع في الوجهين، وهي فرع مسألة الحجر، والله أعلم.

استوفي مرتين فيلزمه ردّ أحدهما، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين. إلى هنا لفظ النهاية. وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك في الفرق بين المسألتين فتبصر. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم، لأن حكم الرهن لم يبق، قلت: بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذٍ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى. وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: فيه نظر، لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل انتهى. أقول: الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال: الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالإبراء لقيام الموجب وهو الذمة، بل يبقى على حاله، ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة إبراء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء المرتهن الرهن، فإذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا ما لم يسلم إلى الراهن فيبقى مضموناً بالهلاك إلى أن يسلم إلى الراهن، تأمل تقف انتهى، والله الموفق للصواب.

بالمالية، فإن قيل: لما كان العشر متعلقاً كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لكون كل واحد منهما عيناً ورد عليه عقد الرهن فإن وضع المسألة فيما إذا ارتهن أرضاً عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر. أجاب بقوله: (ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع ما رهنه، ألا ترى أنه لو باعه جاز، ولو أدّى العشر مع موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرّج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارناً ولا طارئاً، بخلاف الاستحقاق لأن الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع قوله: (وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوّع) لأنه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فإن كان بغير أمر القاضي فكذلك، وإن كان بأمره رجع عليه كأنّ صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي. وقد قيل: إنه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن ما لم يجعله ديناً عليه بالتنصيص، لأن أمره ها هنا ليس للإلزام، فإنه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الإنفاق حسبة وديناً، فعند الإطلاق يثبت الأدنى. وقوله: (وهي فرع مسألة الحجر) فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه. يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحرّ كان نافذاً حال غيبته وحضرته، وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة.

قوله: (ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول: يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال: (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي: يجوز، ولنا فيه وجهان: أحدهما يبتنى على حكم الرهن، فإنه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال قوله: (ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية: رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذ قبض، وقيل باطل لا يتعلق به ذلك، وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه، إلى هنا لفظه، أقول: إن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد، إذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك، وليس بصحيح إذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالاً ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً، فإن الشيوع لا ينافي المالية قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالاً، وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصوّر فيما إذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى. ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه، بل ذلك أمر مقرّر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك. وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد إلخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه: يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى. أقول: ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصراً فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. قوله فإنه إذا

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال. قال: (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض؛ وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. وقال الشافعي رحمه الله: هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلاً لأن أصل دليله، ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر، ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها، فإذا فات الحكم كان العقد غير معتبر، وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصوّر لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه. وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع بقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع،

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قوله: (بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول: يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر قوله: (لا شرط جوازه) أقول: مخالف لما قدمت بداه قوله: (وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول: مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل، فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء.

عندنا ثبوت يد الاستيفاء، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع. وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع. والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم، لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى

كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع، فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصوّر انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا، وإنما الذي يستلزم بطلان العقد شرط الانعقاد، وإنما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالاً وأن يكون المقابل به مضموناً لا غير، ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها، وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقداً لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالاً والمقابل به مضموناً، ففي كل موضع كان الرهن مالاً والمقابل به مضموناً، إلا أنه بفقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً لا ينعقد الرهن أصلاً انتهى فتدبر قوله: **(والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً)** أقول: لقائل أن يقول: إن أراد بقوله إنه لم يشرع إلا مقبوضاً أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضاً لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه، وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضاً لا يتم التقريب إذ المدعي ها هنا عدم جواز رهن المشاع لا عدم لزومه فتأمل في الدفع قوله: **(أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه)** قال صاحب النهاية: وهو قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى. واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح، منهم صاحب العناية حيث قال: يعني ما مر من قوله ولكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره. أقول: علل المصنف فيما مرّ كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال: ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجره انتهى. فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ها هنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر، أو على العلة الأولى لتقدمها في الذكر هناك. والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام: أي كل ما مر من قوله إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود ويتعلق بالدوام، وقال: أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد بما جحد الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيثاق انتهى. فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الأولى على خلاف ما فسر به مراد

فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه، فحكم الرهن يجوز في المشاع، وإذا كان الحكم متصوراً كان العقد مقيداً، وتقرير الثاني أن موجب الرهن: أي موجب حكمه: يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه: يعنى ما مر من قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره **(وكل ذلك)** أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود **(يتعلق بالدوام)** أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيثاق. وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء، لأن ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح، وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازماً بحكم الرهن ويفوت في المشاع، والداعي إلى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فإنه قال: أحدهما ينبني على حكم الرهن، والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسراً بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله: **(ولا يفضي إليه)** أي إلى دوام الحبس من تمام الدليل: يعني ثبت أنه لا بد من الدوام، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لأنه لا بد من المهايأة، فكأنه

المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه، وكل ذلك يتعلق بالدوام، ، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس، ولو جوّزناه في المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوماً ويوماً لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها، بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة، لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم، أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله، وها هنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة، ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثاني يسكن يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا. والشيوع الطارىء يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف أنه لا يمنع لأنه حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة. وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه، فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح، بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك، واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء

المصنف فيما قبل تبصر قوله: (**بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته**) قال في غاية البيان: فيه تسامح. لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض؛ ألا ترى إلى ما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى. وقال تاج الشريعة: في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته: هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة، وإنما أطلق جرياً على العادة إذ الظاهر أن يساوي الرهن الدين انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين، فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى أيضا فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة. فالحق أن يقال في البيان: هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن، إذ قد تقرّر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هاهنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض في صورة الإطلاق جرياً على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك قوله: (**ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا**) قال جمهور الشراح: يريد به قوله لأن الثمن بدله. أقول: ليس هذا بتفسير سديد، لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع، ألا يرى أن رأس المال في المسألة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن. والصواب أن مراد المصنف بقوله ما بينا إنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه به وإن كان

يقول له رهنتك يوماً دون يوم، ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (**ولهذا**) أي ولأن الدوام يفوت في المشاع تساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن، بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله: (**ولا يجوز**) أي الرهن (**من شريكه**) على الوجهين جميعاً. أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه. وأما على الثاني فلأنه يفوت به دوام الحبس كما تقدم. وصورة الشيوع الطارىء أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض، أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وكلامه واضح. قال: (**ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل**) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته، فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره. وقوله: (**بخلاف المتاع في الدار**) يعني إذا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض؛ ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار فتدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة. وقوله: (**ولو استحق بعضه**) يعني بعض الرهن بأن رهن داراً أو أرضاً فاستحق بعضها، فإما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءاً معيناً غير مشاع أو كان مشاعاً، فإن كان الأول

ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن. قال: **(ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها)** لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع **(وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر)** لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلاً بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده. وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها، بخلاف ما إذا رهن الدار دون النباء لأن النباء اسم للمبنى فيصير راهناً جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن **(ولو رهن النخيل بمواضعها جاز)** لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة **(ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن)** لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز، ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره، بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة **(ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية)** لما ذكرنا **(ولو رهن الدار بما فيها جاز. ولو استحق بعضه، إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بحصته وإلا بطل كله)** لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناً تاماً إذا دفعها إليه، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء، بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر. قال: **(ولا يصح الرهن بالأمانات)** كالودائع والعواري والمضاربات **(ومال الشركة)** لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً

محبوساً بغيره: يعني أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوساً قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه، وبهذا يتم كون المسألة الثانية نظيرا للمسألة الأولى تأمل تفهم قوله: **(وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه)** قال صاحب الغاية، أي كما أن الأب والوصيّ يضمنان للصبي إذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان إذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ يأبى عنه جداً قول المصنف في التعليل لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه. والصواب أن مراد المصنف ها هنا هو أن الأب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبداً للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد، فحينئذٍ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف فيه فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه، إذ لو كان

صح الرهن لأنه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع وكان جائزاً، وإن كان الثاني تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مانع. وقوله: **(حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر)** يعنى قال المشايخ رحمهم الله: إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً. وقوله: **(ولا يصح الرهن بالأمانات)** قد تقدم ذكره. وقوله: **(والرهن بالدرك باطل)** قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع. وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن، إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا. وأما الكفالة بذلك فهي جائزة، والفرق ما ذكره في الكتاب، وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أو لا. لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع إلا إذا قضى القاضي بنقض البيع، وأما إذا ضمنه فإنه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم ينقض، وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضي. لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج أو التلقي من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد.

ويتحقق استيفاء الدين منه **(وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع)** لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن. فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها، لأن الضمان متقرّر، فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه، وإن كان هالكاً تجب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح. قال: **(والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة)** والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز. أما الكفالة فلالتزام المطالبة، والتزام الأفعال يصح مضافاً إلى المآل كما في الصوم والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً، بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطي له حكمه كالمقبوض

مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد مما لا بد منه، بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئاً آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن، إذ لو جعل ثمنه رهناً موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئاً للصبي لأنهما يملكان رهن مال الصبيّ بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله، فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن إياه إذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع قوله: **(وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب)** قلت: قوله إلحاقاً له بالأب علة للمنفي دون النفي تأمل تقف قوله: **(ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين)** قال صاحب العناية: يريد به رهن الأب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير، وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ها هنا. أقول: فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف، فإن الذي ذكره المصنف فيما قبل إنما هو رهن الأب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصيّ إياه، فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع إلى الأب فقط، فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المنصف ها هنا لا يناسب سياق كلامه. وأيضاً قال المصنف فيما بعد: وكذلك الوصيّ وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو أوصي الأب. ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين علي الصغير مخصوصاً بالأب، فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه. فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث

وقوله: **(بخلاف الرهن بالدين الموعود)** متصل بقوله يهلك أمانة، وصورته ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(لأن الموعود)** يعنى من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة. فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض. فإن قيل: فليجعل المعدوم في الدرك موجوداً للاشتراك في الحاجة. أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره. وقوله: **(لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده)** أي وجود الدين وللمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء **(فيعطى له)** أي للذي قبض بجهة الرهن **(حكم الرهن)** حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته، ويجب على المقرض إيفاء ما وعده، وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه، وإنما أطلق جرياً على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوي الدين. فإن قيل:

قال المصنف: **(لأن الشجر اسم للنابت)** أقول: يعني اسم للنابت المخالط للأرض، إذ المشاجرة هي المخالطة.

قوله: **(إن قبضة قبل الوجوب)** أقول: وذلك: أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع قوله: **(وذكر في فائدة ضمان الدرك)** أقول: هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالاً على فصول الاستروشني قوله: **(لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج والتلقي من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد)** أقول: والأقرب احتمال إجازة المستحق البيع.

على سوم الشراء فيضمنه. قال: **(ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه)** وقال زفر: لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء، وهذا استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال فيها مسدود. ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر. قال: **(والرهن بالمبيع باطل)** لما بينا أنه غير مضمون بنفسه **(فإن هلك ذهب بغير شيء)** لأنه لا اعتبار للباطل فبقي قبضاً بإذنه **(وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً)** لتحقق القبض حكماً **(وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا** لفوات القبض حقيقة وحكماً **(وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه)** ومعناها: أنه يصير مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم **(ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه)**

قال: أراد بهما رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى. ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين: وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى. أقول: في هذه الكلية منع ظاهر؛ ألا يرى أن إنساناً أو فرساً يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلاً ولا يطيق تحمل الكل قطعاً، وإن رجلاً شجاعاً يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معاً، وهذا في الأمور الخارجية. وأما في الأحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعها معاً في

قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح، لأن الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود. فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم، واعتباره به من حيث أنه يهلك مضموناً لا أمانة. وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجوداً فيتقدر بقدره، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضموناً بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب. وقوله: **(فيضمنه)** أي فيضمن المرتهن ما قبض رهناً عن الدين الموعود. قال: **(ويصح الرهن برأس مال السلم الخ)** قال زفر رحمه الله: حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح **(وهذا)** أي أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالاً، وباب الاستبدال فيها مسدود. قلنا: هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية، فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية. وأما عين الرهن فهو أمانة عنده، كما لو كان الرهن عبد فمات كان كفنه على الراهن، والأعيان من حيث المالية جنس واحد. فإن قيل: لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية. فالجواب أن هذا غلط، لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضموناً من حيث المالية، وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا. وقوله: **(لفوات القبض حقيقة وحكما)** أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأن المرتهن إنما يصير قابضاً بالهلاك وكان بعد التفرق. وقوله: **(يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه)** بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف. وقوله: **(لأنه بدله)** أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه، وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب إذا هلك فإنه رهن بقيمته، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان. وفي القياس: ليس له أن يحبسه لأن ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط. ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهناً به. كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير

قوله: **(وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه)** أقول: فيه بحث فإنه إذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضاً قوله: **(وإنما أطلق جرياً على أن الظاهر الغالب)** أقول: ممنوع قوله: **(وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد)** أقول: الأصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب العقد بحث قوله: **(عند تعذر إيجاب المسمى)** أقول: لانتفاء البيع وإن وجد القبض بجهته.

لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته **(ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه)** لأنه رهنه به، وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا؛ وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا. قال: **(ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر والمكاتب وأم الولد)** لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحرّ وقيام المانع في الباقين، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن **(ولا يجوز الرهن بالشفعة)** لأن المبيع غير مضمون على المشتري **(ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون)** لأنه غير مضمون على المولى، فإنه لو

الجماع بشيء من ذينك السببين، ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل: وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئاً. لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء في إثبات المدعي هنا، ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الإصلاح حيث قيد قوله لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال: إذا لم يمنع مانع كما في

فرهن بالدنانير رهناً ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لا يكون رهناً بالدراهم. والجواب أن الدراهم ليست بدلاً من الدنانير بخلاف السلم. وقوله: **(ولو هلك الرهن الخ)** أي لو هلك الرهن في يد ربّ السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام لأنه رهن به. وإن كان محبوساً بغيره: أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال، وقوله: **(هلك بالطعام)** يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو ربّ السلم أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال، لأن بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم. وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعام السلم. ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة لزمه ردّ المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ها هنا. وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة. فإن قيل: ذمة ربّ السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية إطعام وله على المسلم إليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم إليه ردّ الطعام. أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ها هنا من الدراهم، فإن تقدير مالية الأشياء بالنقود ليس بحتم، وإنما جاء الشرع بتقديره بها تيسيراً فلا يقتضي الحجر على التقدير بغيرها، ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقاً لغرضهما. فكان الرهن من جنس الطعام تقديراً، فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم، فلا يكون ما عليه للمسلم إليه من جنس ماله على المسلم إليه حتى يلتقيا قصاصاً. بل يلزمه ردّ مثل الطعام المسلم فيه لأنه استوفى المسلم فيه، والإقالة متقررة لما مر آنفاً أنها لا تحتمل الفسخ. وقوله: **(لما بينا)** يريد به قوله لأن الثمن بدله. وقوله: **(وأدّى ثمنه له أن يحبسه)** يعني أدّى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن، لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع، فإن هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته. وقوله: **(ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(وقيام**

قوله: **(حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه)** أقول: فيه بحث، فإنه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن قوله: **(ولا يلزم على المسلم إليه رد الطعام)** أقول: قوله على المسلم إليه متعلق بقوله رد الطعام، ثم أقول: الصواب أن يقال: ولا يلزم على رب السلم رد الطعام إذ الكلام فيه كما لا يخفى قوله: **(وقوله لما بينا يريد به قوله لأن الثمن بدله)** أقول بل يريد به قوله لأنه رهن به وإن كان محبوساً بغيره قال المصنف: **(لأن الاستيفاء من الأرش ممكن)** أقول: تأمل في تصحيحه، وذلك بتقدير المضاف: أي من رهن الأرش، ولو قال: لأن استيفاء الأرض من الرهن لكان بعيداً من التكلف قوله: **(والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ)** أقول: ولا يبعد أن يدعي انطواء التعليل الأول على الثاني، فإن تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله، إذ الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر مراراً.

هلك لا يجب عليه شيء **(ولا بأجرة النائحة والمغنية، حتى لو ضاع لم يكن مضموناً)** لأنه لا يقابله شيء مضمون **(ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً أو يرتهنه من مسلم أو ذمي)** لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذمياً فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه، وإن كان المرتهن ذمياً لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم، أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال **(ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حراً أو الخل خمراً أو الشاة ميتة فالرهن مضمون)** لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً **(وكذا إذا قتل عبداً ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حرّ)** وهذا كله على ظاهر الرواية **(وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهناً ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون)** وعن أبي يوسف خلافه، وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه. قال: **(ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً لابنه الصغير)** لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر في حق الصبي منه، لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة **(ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الأب)** في هذا الباب لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما، وهو القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء. ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزاً مع بقاء ملكه فوضع الفرق **(وإذا جاز الرهن يصير المرتهن متسوفياً دينه لو هلك في يده ويصير الأب)** أو الوصي **(موفياً له ويضمنه للصبيّ)** لأنه قضى دينه بماله، وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه

الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما. أقول: هذا التقييد يخل بالمقام، أما أولاً فلأن التعليل المذكور لا يتم إثباتاً للمدعي حينئذٍ، فإن عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسألة، إذ لو كان بيناً في نفسه لما احتيج إلى ذلك جواز رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه إياه بكل واحد منهما. وأما ثانياً فلأنه لا يتم حينئذٍ قول صاحب العناية دون العكس، فإن ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء إذا لم يمنع عنه مانع سيما في الأمور الهينة قوله: **(ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقر الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ)** وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: لم لا يكون إقراراً بالاستعمال في حاجته فإنه متعدّ فيه ولهذا يضمنه انتهى. أقول: ليس ذاك بشيء فإن الاستعمال في

(المانع في الباقين) يعني حق الحرية، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته، فإذا كانت مقارنة منعته. وقوله: **(ولا يجوز بالكفالة بالنفس)** لمعنيين: أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن. والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه. وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه صحيح لأن البدل مضمون بنفسه، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ، لأن **(استيفاء الأرض من الرهن ممكن)** ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهناً لم يصح لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع، وقوله: **(ولا يجوز بالشفعة)** صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهنا بالدار المشفوعة. وقوله: **(حتى لو ضاع)** يعنى الرهن لم يكن مضموناً لأنه لا يقابله شيء مضمون، ألا ترى أنهما لو رفعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن فإنه لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر. وقوله: **(فالرهن مضمون)** يعني بالأقل ومن قيمته من قيمة الرهن **(لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً)** ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما إلى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضموناً. وقوله: **(ثم ظهر أنه)** أي العبد المقتول **(حرّ)**

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس)** أقول: فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن قوله: **(لا دين عليه في الموضعين)** أقول: يعني الأب والوصي قوله: **(وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة)** أقول: بل بأقل من الدين والقيمة، لا يقال: بنى كلامه على الأعم الأغلب وهو مساواة الدين الرهن لأنه ممنوع كما سبق قوله: **(فإن كان الرهن**

توكيل بالبيع وهما يملكانه. قالوا: أصل هذه المسألة البيع، فإن الأب أو الوصيّ إذا باع مال الصبيّ من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبيّ عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة، وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظراً إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان **(وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز)** لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد **(ولو ارتهنه الوصيّ من نفسه أو من هذين أو رهنا عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز)** لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع، وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب، والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه. بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكماً واحداً **(وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز)** لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز **(وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن)** لأن الأولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء **(وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين)** لوقوعه لازماً من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **(ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب)** لأنه مضطر فيه لحاجاته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن **(وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه)** لأن الأب يصير قاضياً دينه بماله فله أن يرجع عليه **(ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز)** لاشتماله على أمرين جائزين **(فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد)** لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار، وكذلك الوصي، وكذلك الجدّ أب

حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له، إذ الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، وفي الشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب، ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنيي الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب إقرار بالاستعمال في حاجته قوله: **(وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه)** قال في العناية: وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ما ذكره انتهى. وقال بعض الفضلاء طعناً فيه: لا يخفى أن رواية القدوري أيضاً محتاجة إلى التفصيل انتهى. أقول: هذا كلام لغو، إذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما تحتاج إليه رواية الجامع الصغير، وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال: إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك، بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير زائد على ما أحتاج إليه رواية القدوري

وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن. وقوله: **(ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون)** يعني في ظاهر الرواية، وجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهراً فكان كالدين الثابت حقيقة. وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه: يعني ليس عليه أن يردّ شيئاً لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصوّر. وقوله: **(وكذا قياسة فيما تقدم من جنسه)** يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة الصلح عن إنكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسألة العبد والحل والشاة كذلك. وقوله: **(لابنه الصغير)** احتراز عن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بإذن الابن. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وهذا أنظر في حق الصبيّ، فإن هلك الرهن في يد المرتهن هلك فيه ويضمن الأب والوصيّ للصغير قيمة الرهن إذا كانت

لنفسه) أقول: أي لمصلحة نفسه قوله: **(جاز أن يثبت للكل)** أقول: إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهم قوله: **(دون العكس)** أقول: كما في الوكيلين والوصيين لا يجوز التصرف لكل واحد قال المصنف: **(لما أن له ولاية الأخذ)** أقول: لم لا يكون إقراراً بالاستعمال في حاجته فإنه متعد فيه ولهذا يضمنه.

الأب إذا لم يكن الأب أو وصيّ الأب (**ولو رهن الوصيّ متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصيّ فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم**) لأن فعل الوصيّ كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي، والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى (**والمال دين على الوصيّ**) معناه هو المطالب به (**ثم يرجع بذلك على الصبي**) لأنه غير متعدّ في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبيّ (**ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبيّ**) لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (**ولو غصبه الوصيّ بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصيّ ضامن لقيمته**) لأنه متعدّ في حق المرتهن بالغصب والاستعمال. وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه، فيقضي به الدين إن كان قد حلّ (**فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم**) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصاً (**وإن كانت قيمته أقل**) من الدين (**أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم**) لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير (**وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن والفضل لليتيم، وإن كان لم يحل الدين**

كما أتمه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله: (**والفرق لمحمد رحمه الله**) قال صاحب النهاية: أي على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة، واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، أقول: لم أدر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه، إذ قد صرّح المصنف بأن بناء على هذه المسألة على تلك المسألة لا يصح على الرواية المشهور في تلك المسألة، لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسألة مع أبي يوسف، وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك إنما يتصوّر على ما روى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف في تلك المسألة. ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسألتين إنما يتصوّر على الرواية المشهورة في تلك المسألة دون رواية عيسى بن أبان فيها، فإن قول محمد واحد في المسألتين على روايته، فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعاً. والصواب في شرح هذا المحل أن يقال: أي على تقدير أن لا تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها، بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ها هنا.

مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر ضمنا مقادر الدين دون الزيادة لأنهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك. وقوله: (**وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة**) بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري. وقوله: (**وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير**) يريد بيان جواز أن يكون الأب راهناً ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئاً رهناً من متاعه فيكون راهناً من جهة ابنه ومرتهناً لذاته. وقوله: (**أو عبد له تاجر لا دين عليه**)قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير، أما إذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصيّ فلأن يجوز من الأب أولى، فلو رهن الوصيّ من عبده ولا دين عليه لم يجز. وذلك لأنا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه، إلا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز فكذا إذا رهن من عبده، والوصيّ لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده. وهذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة، وأما بيع الوصيّ من نفسه فلا يجوز عندهم جميعاً بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح، فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي. وقوله: (**لأن له حكما واحدا**) يريد كونه مضمونا بالأقل من القيمة والدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي. وقوله: (**وإذا رهن الأب متاع الصغير**) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير. وقوله: (**ومات الأب**) قيد اتفاقي، لأنه لو كان حياً كان الحكم كذلك. ثم إذا قضى لابن دين المرتهن. فإن كان الرهن لنفسه فذاك، وإن كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لأنه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب. وقوله: (**لاشتماله على أمرين جائزين**) يريد به رهن الأب والوصيّ متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك

فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهناً عنده، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه **(ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير)** لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدّ، وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقرّ الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حلّ، ويرجع الوصيّ على الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له، وإن كان لم يحل يكون رهناً عند المرتهن، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا. قال: **(ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون)** لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلاً للرهن **(فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة)** لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها، وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهناً مكانه **(وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه)** قال رضي الله عنه: معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر، هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق، لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفياً **(فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف)** المذكور. لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن. ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه. وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما إذا تجوّز به

ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال: وقيل هذه المسألة فرع ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فإنه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه. وقول محمد أوّلاً كقول أبي حنيفة وآخراً كقول أبي يوسف، كذا ذكره عيسى بن أبان، والأصح أن هذه المسألة مبتدأة لأن محمدا مع أبي حنيفة في تلك المسألة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه المسألة، والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف إلى آخر كلامه تبصر قوله: **(فإذا كان الكفيل حاضراً بالمجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى)** قال صاحب الكفاية: أي معنى الشرط وهو الملاءمة.

بدين على الصغير، وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما، لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس. وقوله: **(كفعله بنفسه)** أي كفعل اليتيم بنفسه. وقوله: **(والحكم فيه هذا)** يعني لو كان اليتيم بالغاً فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفياً لدينه باعتبار يد المديون، وإذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصيّ بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن، ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم، لأنه إنما استعاره لحاجة اليتيم. وقوله: **(يضمنه لحق المرتهن)** يعني قدر الدين، ولا يضمنه لحق الصغير: يعني قدر الزيادة على الدين. وقوله: **(يأخذه بدينه)** أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصيّ بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه ليس بمتعدّ بل هو عامل له قال: **(ويجوز رهن الدراهم والدنانير)** قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها، فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة، ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهناً مكانه. وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. وقوله: **(فهو بما فيه)** يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله. وقوله: **(في الوجهين)** يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره

قوله: **(والدراهم والدنانير)** أقول: والمكيل والموزون كذلك، وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير قوله: **(وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره)** أقول: لا يخفى أن رواية القدوري أيضاً محتاجة إلى التفصيل.

وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف. والفرق لمحمد أن قبض الزيوف ليستوفي من عينها، والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده بالتضمين، ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا

أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا يساعده تحرير المصنف قطعاً، فإنه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور، وهو أي معنى الشرط الذي هو الملاءمة ملاءم ولا حاصل له كما لا يخفى، فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى: أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق، وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم: أي ملائم للعقد لكونه مؤكداً موجب العقد فصح العقد، وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق، وأنه ملائم للوجوب قوله: (وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول: فيه شيء، وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إفادة تمام المدعي فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل

في الكتاب. وقوله: (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه، وقوله: (ثم يتملكه) يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الأول، وقوله: (واستيفاء الجيد بالرديء جائز) قال في النهاية: هكذا وقع في النسخ، ولكن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيد جائز، وإنما قلنا إن هذا أصح لوجهين: أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجوّز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيد، لأن التجوّز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ولأن جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيء آخر. والثاني الاستدلال بوضع المسألة. فإن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة إبريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفياً الرديء بمقابلة جيده. وأرى أن ما في النسخ حق ويفيد ما يرميه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل. وقوله: (وقد حصل الاستيفاء بالإجماع) لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد، والفرض عدمه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو إما أن يكون الراهن أو المرتهن، لا سبيل إلى الأولى لكونه متعنتاً لطلبه ما يضره، ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً، ولأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه، وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين. وقوله: (قيل وهذه فريعة ما إذا الخ) إنما يتصوّر جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمداً مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسألة. وأما على الرواية المشهورة فلا يتصوّر لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة رحمه الله في هذه مع أبي يوسف رحمه الله. وقوله: (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة أنه أي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها: أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك، وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلاً لرده بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض. ووجه البناء ما قيل إن الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفي إذا تعذر ردّه بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجودة،

قال المصنف: (وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ) أقول: فإن قلت: لا أولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس، بل الظاهر أن كليهما فرعاً أصل واحد. قلت: بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها قوله: (يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة) أقول: فيه بحث، إذ ينهدم حينئذٍ أمر البناء: يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولي النهى، إلا أن يقال: المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: قوله: (وعندهما) أقول: على رواية عيسى بن أبان قوله: (لعلمه بأن الهلاك) أقول: هذا العلم بعد تقرير المسألة والكلام فيه قوله: (فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله) أقول: يعني أو مع كمال الدين.

يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمّنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهناً عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان. وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً صار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه. قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية، وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى. وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه أو رديئاً من جنسه وتكون رهناً عنده، وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر. وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده

معيناً لا فيما إذا كان الكفيل غائباً إذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معلوماً معيناً ولا يكون حاضراً في المجلس، بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائباً حيث جعله قسيماً لكون الرهن والكفيل غير معين، اللهم إلا أن يقال: إن الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان. وإن الجهالة الثانية تتحقق فيما إذا كان الكفيل غائباً لكن فيه ما فيه تأمل. ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا المقام: يعنى أن جواز العقد استحساناً مع وجود الشرط إنما كان باعتبار النظر إلى معناه، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناه وهو الاستيثاق، لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلاً غير مليء وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى. أقول: وفيه قصور، أما أولاً فلأنه ترك ذكر كون الكفيل

فكذا في الرهن، وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي ويقام ردّ المثل مقام ردّ العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن. قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه: ولكن جعله هذه المسألة مبتدأة أولى، لأنه وجد ها هنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة. وقوله: (ولو انكسر الإبريق) كان الكلام فيما مرّ من حيث هلاك الرهن وها هنا من حيث انكساره، ولو انكسر الإبريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يجبر الراهن على الفكاك لأنه إن أجبر عليه فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن، لا وجه إلى الأول لأنه: أي المرتهن يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، فإنه لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر وذلك ربا، ولا إلى الثاني لما فيه من الإضرار بالراهن لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب وبالإنكسار صار معيباً فيصل إليه حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه: أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغاً فتكون رهناً عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان. وقال محمد: إن شاء افتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الإنكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً: يعنى لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقي أن يفتكه مجاناً وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه. وقلنا: الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية، وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة لفوات عينه، ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع، وفي جعله مضموناً بالدين إغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكاً كالمرتهن وهو حكم جاهلي

قوله: (وفي عبارته تسامح. والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً أو صواباً أو الصحيح أو ما شاكل ذلك) أقول: فيه بحث قوله: (احترازاً عن الربا الخ) أقول: فيه بحث، بل التقييد بالجيد للإيذان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وإن ضمن بالجيد فليتأمل، فإن مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه، فإن المرتهن يملك عشرة دارهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيداً من جنسه قوله: (بخلاف جنسها) أقول: لئلا يلزم الربا، فإنه إذا ضمن بجنسه ملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر قوله: (فيضمن قيمته خمسة أسداس من خلاف جنسه) أقول: حذراً عن الربا.

بالقيمة. وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهناً عنده، لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة. فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً، وإن كان بعضه فبعضه، وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة. وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعاً ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهناً؛ فعنده تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر، وهذا لأن الجودة متقوّمة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها، وفي تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعاً فأمكن اعتبارها، وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في مضوعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها. قال: (**ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه جاز استحساناً**) والقياس أن لا يجوز، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئاً على أن يعطيه كفيلاً معيناً حاضراً في المجلس فقبل. وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهيّ عنه، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم

غير معين في تصوير المدعي حيث قال: وإن كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناها مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسألة الكتاب، وأما ثانياً فلأن قوله في التعليل أو يعطي كفيلاً غير مليء لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعي والكفيل غائباً لما ذكرنا آنفاً أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعينه فيجوز أن يعين المشتري للكفالة رجل مليئاً غائباً عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطي كفيلاً غير مليء بعد أن عين المليء

فكان التضمين بالقيمة أولى. وفي عبارته تسامح، والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً أو صواباً أو الصحيح أو ما شاكل ذلك. وقوله: (**وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه**) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه احترازاً عن الربا أو رديئاً من جنسه، ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له، وهذا بالاتفاق. وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر، وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك، والهلاك عنده بالقيمة: يعني في هذا الفصل، وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار، وإنما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهناً عنده. وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز سدسه حذراً عن طريان الشيوع، فإن الطارىء منه فيه كالمقارن كما تقدم. وعند محمد رحمه الله أن النقص بالإنكسار إن كان درهماً أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة، فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة، وإن كان بعضه مضموناً كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة، فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة، وفي مسألتنا كان كله مضمونة من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الأصل، والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة، لأن الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة (**بخلاف جنسها وفي تصرّف المريض**) فإنه إذا باع قلباً وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث وإهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدراً في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فأمكن اعتبارها، ويصير

الوجوب، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد، ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل صح **(ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه)** وقال زفر: يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه. ونحن نقول: الرهن عقد تبرّع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات **(ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع)** لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته **(إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً)** لحصول المقصود **(أو يدفع قيمة الرهن رهناً)** لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة. قال: **(ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن)** لأنه أتى بما ينبىء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة. وقال زفر: لا يكون رهناً ومثله عن أبي يوسف، لأن قوله أمسك يتحمل الرهن ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن. قلنا: لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

للكفالة، والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائباً أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو افهامه من قوله ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل صح تدبر.

خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعته وسدسه أمانة، فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر. وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه. ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة، لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة في المرهون كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع، وإذا ظهر ذلك فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار، والانكسار عنده كالهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضموناً بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا، وإن لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء. واعلم ان الدرهم والدرهمين ليسا بحدّ فاصل في ذلك، وإنما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائناً ما كان، وإنما وقع الدرهمان ها هنا باعتبار أن الزيادة في المسألة مفروضة بذلك. قال: **(ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(ولم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة)** يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناه وهو الاستيثاق، لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلاً غير مليء، وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد. وقوله: **(ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن)** قبل يريد به ثوباً غير المشتري. والصواب أنه وغيره سواء، ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهناً حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف، وقوله: **(علم أن مراده الرهن)** لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن.

فصـــل

(ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع، فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من

فصـــل

قال في العناية أخذاً من النهاية: وجه الفصل كون الرهن متعدداً، ولا خفاء في تأخر التعدد عن الإفراد انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن هذا الوجه إنما يتم بالنظر إلى المسألة الأولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه، إذ لا تعدد في الرهن في شيء منها، وإنما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها. فالأولى أن يقال: وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعدداً كما أشار إليه في غاية البيان، فحينئذٍ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى قوله: (ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية: وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية، فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤدّ ذلك إلى تفريق الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى. أقول: فيه بحث، وهو أنا حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين: أحدهما إني وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز، وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دو الآخر لم يجز. وثانيهما لمّي وهو ما ذكراه بقولهما، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ، والأول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي، إذ لا شك أن

فصـــل

وجه الفصل كون الرهن متعدداً ولا خفاء في تأخر التعدد عن الإفراد. قوله: (وصار كالمبيع في يد البائع) في أن المشتري إذا أدّى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن، فإذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً كما لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الأصل. وفي الزيادات له أن يقبض إذا أدى ما سمى، ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب. وقوله: (ألا يرى) توضيح لذلك، فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء. وحاصله أن الصفقة تتفرّق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله، فبعد ما نقد بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤدّ ذلك إلى تفريق الصفقة، لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه. فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجود. قلنا: نعم، ولكن حصة كل عبد من الدين

فصل ومن رهن عبدين

قوله: (وجه الفصل كون الرهن متعدداً) أقول: أو الراهن أو المرتهن.

المال الذي رهنه به، فكذا الجواب في رواية الأصل: وفي الزيادات: له أن يقبضه إذا أدى ما سمي له. وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع. وجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر؛ ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز.

المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرّقة في الأصل، وأن الكلام هنا في إثبات أن الصفقة تتفرّق بتفرّق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع، فالتأدّي إلى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن إنما يكون محذوراً عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد، بل هو أول من قصد إثباته هاهنا بقولهما، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب، فالوجه الظاهر في لمية الفرق بين بابي الرهن والمبيع في تفريق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وإنما افترقا لأن ضم الرديء إلى الجيد متعارف في البيع في الرهن، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرّر به البائع، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرّر به الراهن، ولأن في البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرّع كالهبة انتهى. ثم قال صاحب النهاية والعناية: فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجود. قلنا: نعم، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين، وربما كان أخد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاً وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان جهالة تفضي إلى المنازعة، فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي إلى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى. أقول: في الجواب بحث. أما أولاً فلأنه لم لا يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الإجمال، ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الإجمال وحصة كل واحد ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما فائدة، وأما ثانياً لأنه إذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي إلى المنازعة مع أن جواب مسألة الإجمال تعم هذه الصورة أيضاً. فالأولى: في دفع النقض بحالة الإجمال أن يقال: لأن تفرق الصفقة إيما يتصوّر فيما إذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل فإن تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة، بخلاف حالة الإجمال إذا لم يوجد فيه شيء يتحمله، فإذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وإن لم

فيها غير معلوم بيقين، فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاً ويقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين، فكان ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة. فأما عند التفصيل فصحة كل عبد معلومة التسمية لا جهالة هناك تفضي إلى المنازعة، فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين. قال: (**فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين الخ**) صورة المسألة ظاهرة، ولم يتعرّض لكونهما شريكين في الدين أو غيره، ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لأن الكل في ذلك سواء. وقوله: (**لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه**) قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما

قوله: (**وهذا لأن البيع الخ**) أقول: قوله وهذا: أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الأول، ويتمكن الراهن بأداء حصة أحد الرهنين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة إلى الاتحاد فيه قوله: (**فإنه بالهلاك ينتهي**) أقول: أي بالهلاك في يد المرتهن.

قال: **(فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما)** لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه، وموجبه صيرورته محتبساً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوساً بكل واحد منها، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة

يلزم التأدي إلى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الإجمال أيضاً تأمل قوله: **(فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه)** قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للملك كالهبة والبيع، فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما للجواز، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس. ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريماً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه، إلى هنا كلامه. أقول: هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة، إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما، وإنما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة، ألا يرى إلى ما مر في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع، وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة، وقالا: يصح لأن هذه أشبهت الجملة منهما، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين. وله أن هذا هبة النصف من كل واحد، ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح، لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن انتهى. فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً، ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى قوله: **(وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر، لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق)** قال في العناية أخذاً من النهاية: اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي

نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليها للجواز، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس، ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه، وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعاً مانعاً عن الهبة دون الرهن وقد تقدم. وقوله: **(فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر)** يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن. وقوله: **(لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرّق)** اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا، فكان كل واحد

قوله: **(فلو تمكن من استرداد)** أقول: أي فلو تمكن الراهن.

(فإن تهايأ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال: **(والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين)** لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته، إذ الاستيفاء مما يتجزأ. قال: **(فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر)** لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع إذا

بالاستيفاء، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكن يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باقٍ ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا، فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فإن فيه وفاء بدينهما، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه ردّ ما قبضه ثانياً انتهى. أقول: هذا الجواب غير شافٍ في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه، ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة، وأنها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه، لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه، فما وجه بقاء ارتهانه بعده. وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل، بل هو يقول: لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يد الآخر، ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أوّل كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور قوله: **(فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل)** قال صاحب العناية: وهو أحد الوجوه في هذه المسألة، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأوّل فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان. قال محمد في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ، ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى. أقول: في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب، فإنه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فإن علم الأول منهما إلخ، وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما، مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذاك الشق

منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن، فإن فيه وفاء بدينهما، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً. قال: **(وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً الخ)** هذه عكس المسألة التي تقدمت وهي واضحة. ومن شعبها ما إذ كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم، إلاّ أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان. قال محمد رحمه الله في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ، ووجهه ما ذكر في الكتاب. والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع

قوله: **(لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ)** أقول: وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما، وكان المراد ذلك قال المصنف: **(فإن تهايأ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر)** أقول: هذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر، وإن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأصل المسألة الوديعة فيما إذا أودع رجل عند رجلين شيئاً يقبل القسمة، فدفع أحدهما كله إلى الآخر. قيل الدافع يضمن عنده خلافاً لهما، كذا في شرح الزيلعي، وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال: وكذا الجواب في المرتهنين.

أدى أحد المشتريين حصته من الثمن. قال: **(وإن رهن رجلان عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين)** لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع **(فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل)** لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر. ولا يقال: إنه يكون رهناً لهما كأنهما لهما كأنهما ارتهناه معاً إذا جهل التاريخ بينهما، وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان. لأنا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلاً منهما أثبت ببينته حبساً يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. قال: **(ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً)** وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس: هذ باطل، وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة. وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

أيضاً، وأيضاً إن أراد بمسألة الكتاب في قوله وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وإن لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً، وإن أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده. قال محمد في الأصل: وفيه أي بالقياس نأخذ، فإن محمداً إنما يأخذ بالقياس في المسألة الأولى لا في المسألة الثانية، فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلاً ببيان المسألة الأولى كما لا يخفى.

الرهن، حتى إذا قضي دين أحدهما فهو رهن كله عن الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس، وها هنا كل واحد منهما غير راض بذلك، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله: لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ. وباقي كلامه واضح والله تعالى أعلم.

قال المصنف: **(لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر)** أقول: هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى، لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد، وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد، كذا في شرح الزيلعي، وإذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان قوله: **(هذه عكس المسألة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها)** أقول: الضمير في شعبها راجع إلى المسألة قوله: **(وهو أحد الوجوه)** أقول: أي كونه في يد رجل قوله: **(وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد أحدهما)** أقول: لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فإنه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها قوله: **(وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ)** أقول: وهذا التفصيل لا بد منه في المسألة الأولى، فإن كونها مسألة الكتاب على تقدير جهل التاريخ قوله: **(قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ)** أقول: يعني في المسألة الأولى قوله: **(لوجود الرضا من كل واحد منهما)** أقول: تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن.

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال: (**وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العبد جاز. وقال مالك: لا يجوز**) ذكر قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض. ولنا أن يده على الصورة يد الملك في الحفظ إذ العين أمانة، وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقفو حكم الأصل. ثم إن المراد بالعدل هاهنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيداً آخر حيث قالا: ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل. أقول: لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب، وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما وهو العدل، لأن حكم النائب يقفو حكم الأصل، والمراد بالعدل ها هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلولالأجل وهو وكيل الراهن ببيعه، لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الإسلام والتمرتاشي رحمهما الله، قال: (**وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ**) كلامه واضح. وقوله: (**ذكر قوله في بعض النسخ**) إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك، فإنه ذكر في المبسوطين وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك، وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مرّ في أول هذا الكتاب، فإن ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان. وقوله: (**ولهذا يرجع العدل عليه**) أي على الراهن عند الاستحقاق. يعني إذ هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع، وهو كالمودع إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فإنه يرجع على المودع لأن يده يد مودعه، وقوله: (**ولنا**) ظاهر. وقوله: (**لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع**) يشير إلى دفع ما عسى أن يقال، كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية، والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه، وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية عن أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به. فإن قيل: القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكماً لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك، وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقاً مستحقاً للآمر، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقاً له حتى كان للراهن أن يمنعه منه، وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل، ولا تأثير لذلك لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم، فكذا لو اتفقا على قبض العدل. فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن، وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد، والراهن ينفرد به لكونه غير لازم، والقبض حقه ما دام العقد باقياً. وقوله: (**لا يقدر أن يجعل القيمة**) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره. وقوله: (**ولو تعذر اجتماعهما يرفع**) قال في النهاية: أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي، وفي بعض الشروح: يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما إما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (**ولو فعل ذلك**) أي جعل القيمة في يد العدل رهناً ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن، فالقيمة سالمة له: أي للعدل، لأن كل ذي حق

باب الرهن يوضع على يد عدل

قوله: (**ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل**) أقول: الرضا ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بلازم في العدل، فالأولى أن يقال: سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا. قال الإتقاني: قال الحاكم الشهيد في الكافي: وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى قوله: (**وهو وكيل الراهن ببيعه**) أقول: غير مسلم كلياً.

الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع. قال: **(وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه)** لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر **(فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن)** لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة **(ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن)** لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي **(وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع عليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده)** لأنه يصير قاضياً ومقتضياً وبينهما تناف، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهناً عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل

ليس بأمر لازم في معنى العدل. وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي: ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى قوله: **(وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع)** قال صاحب العناية: يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه، وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط، لأن الخصم

وصل إلى حقه: الراهن إلى الرهن والمرتهن إلى الدين، فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه، لأن العين لو كان قائماً في يده أخذه إذا أدّى الدين، فكذا ما يقوم يقول مقامه، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلكه ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفع إليه على وجه الضمان. وقوله: **(وإذا وكل الراهن المرتهن)** كلامه واضح. وقوله: **(فليس للراهن أن يعزل الوكيل)** يعني بدون رضا المرتهن وقوله: **(ألا ترى أنه)** أي أن عقد الوكالة **(لزيادة الوثيقة فيلزم أصله)** أي عقد الرهن. وقوله: **(لأنه)** أي عقد الوكالة **(لازم بأصله فكذا بوصفه)** وهو الإطلاق لما ذكرنا أنه صار حقاً من حقوقه. وقوله: **(لأن العقد)** أي عقد الرهن **(لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه)** التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة **(وأوصافه)** التي هي اللزوم وجبر الوكيل حق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير، كذا في النهاية، وقوله: **(وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة)** يعني والرهن باق كما كان، لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى، وقوله: **(والإرث يجري فيما له)** أي لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه ديون لا يجب على ورثة الميت قضاؤه. وإن كان له دين على غيره ورثوه وقوله: **(أجبر على بيعه)** يعني يحبس أياماً حتى يبيعه، فإن لجّ بعد ما حبسه أياماً ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يبيعه قياساً على مال المديون، وقال آخرون: يبيعه لأن جهة البيع تعينت. وقوله: **(لما ذكرنا من الوجهين)** أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه إتواء حقه. وقوله: **(قيل لا يجبر اعتباراً للوجه الأول)** ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية، وقوله: **(أن الجواب في الفصلين)** أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك **(واحد)** أي يجبر فيهما **(ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير)** حيث قال فيه: إذا أتى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطاً في العقد أو لم يكن، وكذلك ذكر في الأصل مطلقاً. وقوله: **(فقد خرج من الرهن)** لأنه صار ملكاً للمشتري وملكه يكون رهناً **(وإذا توى كان مال المرتهن)** بنصب مال على ما

قوله: **(على أنه سؤال ساقط، لأن الخصم ليس بقائل به)** أقول: فيه بحث.

والمبدل في ملك واحد **(وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)** لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل. قال: **(وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة)** لأنه توكيل ببيع ماله **(وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل)** لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه؛ ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل إتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي **(ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه)** لأنه لازم بأصله، فكذا بوصفه لما ذكرنا، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره **(وإن مات الراهن لم ينعزل)** لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم. قال: **(وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته)** لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه **(وإن مات الوكيل انقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه)** لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي

ليس بقائل به انتهى كلامه. **أقول:** هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء، فإن عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا، إذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم، وعن هذا تراهم يقولون: ليس للسائل مذهب، ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده. فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير قوله: **(ولو فعل ذلك)** قال في النهاية والعناية: أي جعل القيمة في يد العدل رهناً. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، بل

صحح صاحب النهاية. وفي بعض النسخ من مال المرتهن. وقوله: **(وغرم القاتل قيمته)** يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه: أي هذا الضمان من حيث المالية، وإن كان مقابلاً بالدم حتى لا يزاد على دية الحرّ **(فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق)** وهو المولى فيبقى عقد الرهن. وقوله: **(وليس له أن يضمن غيره)** أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها زيادة إيضاح. فقوله: **(وصح الاقتضاء)** أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه، وقوله: **(وإن ضمن البائع)** أي العدل. وقوله: **(فلا يرجع المرتهن عليه)** أي على الراهن بشيء. وقوله: **(فإذا تبين أنه ملكه)** أي ملك العدل. وقوله: **(لم يكن راضياً به)** أي بأداء الثمن إلى المرتهن. وقوله: **(فله)** أي فللعدل. وقوله: **(وبطل الاقتضاء)** أي بطل قبض المرتهن. وقوله: **(إنما أداه)** أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم، وقوله: **(رجع على الراهن بالقيمة)** أي بالثمن، وقوله: **(لأن المقبوض سلم له)** أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن. وقوله: **(وإن شاء على المرتهن)** أي وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداه إليه. وقوله: **(فيرجع به)** أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن. وقوله: **(لا يرجع به على المقتضي)** أي على القابض. وقوله: **(فيكون البيع لحقه)** فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع: أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن: يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله: **(متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض)** يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله: **(فلأنه انتقض اقتضاؤه)** أي قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفياً. وقوله: **(طعن أبي خازم)** يعني هذا السؤال

قوله: **(قال في النهاية: أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي، إلى قوله: وهو الأظهر)** أقول: قال الإتقاني: وذلك ليس بشيء، لأن العدل هو الضامن للقيمة، فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي انتهى. وفيه بحث قوله: **(ولو فعل ذلك: أي جعل القيمة في يد العدل رهناً)** أقول: وفيه بحث، بل المراد إذا جعلت القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي.

غيره. وعن أبي يوسف إن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي، كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعياناً يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعياناً. قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب **(وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن)** لأنه ملكه وما رضي ببيعه **(وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن)** لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع. قال: **(فإن حلّ الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه)** لما ذكرنا من الوجهين في لزومه **(وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة)** للوجه الثاني وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه. أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه. فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول، وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهذا أصح. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل **(وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهناً وإن لم يقبض بعد)** لقيامه مقام ما كان مقبوضاً، وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك لا يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً. قال: **(وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره)** وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً. ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدّ في حقه بالبيع والتسليم. فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه. وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة نفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له، وإنما أدّاه إليه على حسبان أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه. وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه. وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله. ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد. وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع، وإنما

المراد إذا جعلت القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى. أقول: إن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهناً برأيهما: أي برأي

طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله، وأبو خازم هو عبدالحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد، وقوله: **(والغرور بالتسليم كما ذكرناه)** يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعدّ في حقه بالتسليم. وقوله: **(أو بالانتقال من المرتهن إليه)** أي إلى الراهن **(كأنه وكيل عنه)** أي كأن المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل **(والملك بكل ذلك)** أي بكل واحد من التسليم والانتقال **(متأخر عن عقد الرهن)** أما بالتسليم فظاهر، لأن التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصباً به فيملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخراً عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه، ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فإنه يرجع على ربّ المال والمضاربة نافذة وإن كان الملك متأخراً عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه، وكل ذلك متأخر عن

أدّاه ليسلم له المبيع ولم يسلم. ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه. وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له، وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن. ولو أن المتشري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل، ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع، كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه. قال رضي الله عنه: هكذا ذكر الكرخي. وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. قال: **(وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار، إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن)** لأن كل واحد منهما متعدّ في حقه بالتسليم أو بالقبض **(فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين)** لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء **(وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه)** أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن، وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان، فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء. قلنا: هذا طعن أبي خازم القاضي. والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه، أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن، بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه. وقد طوّلنا الكلام في كفاية المنتهى.

الراهن والمرتهن، مع أن الحكم فيه أيضاً كذلك فهو ممنوع، لأنه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهناً برأي القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنياً للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعاً إلى القاضي، وأما إذا كان مبنياً للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائماً مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معاً كما لا يخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهناً في يد غير العدل الأول فأمره هين، فإنه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهناً في يد العدل الأول وبين أن جعلت رهناً في يد غيره ظاهراً اكتفى بذكر الأول روماً للاختصار.

العقد لأن المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر، بخلاف الرهن فإنه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء. وقوله: **(بخلاف الوجه الأول)** يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه وتبين أنه رهن ملك نفسه. وقوله: **(وقد طوّلنا الكلام فيه في كفاية المنتهى)** قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن. وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبداً فأبقى وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فإنه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهناً لأنه لما استحق بطل الرهن لما قلنا إن الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقاً على ذلك.

قال المصنف: **(ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار، إلى قوله: وليس له أن يضمن غيره)** أقول: والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشتري أيضاً لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكروه قوله: **(لأن المضاربة عقد غير لازم)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال: **(وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به **(فإن أجاز المرتهن جاز)** لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه **(وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً)** لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل **(وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح)** لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخراً طبعاً عن كونه رهناً أخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع قوله: **(وإذا باع الراهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)** اختلفت عبارة محمد فيه. في موضع قال: بيع المرهون فاسد، وفي موضع قال: جائز، والصحيح أنه جائز موقوف، وقوله فاسد محمول على ما لم يجز، فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم. وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه، كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء: ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه، فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل، أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع إلغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان قوله: **(لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه)** أقول: في تمام هذا القدر من التعليل نظر، فإنه ينتقض بما إذا اعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره إنما تكون بعد كونه رهناً فكان متأخراً طبعاً فأخره وضعاً. قال: **(وإذا باع الراهن الرهن الخ)** إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به، فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه. في موضع قال بيع المرهون فاسد، وفي موضع قال جائز. والصحيح أنه جائز موقوف. وقوله فاسد محمول على ما لم يجز، فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه فيه وطلب المشتري التسلم. وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه ذلك، لأن من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفاً كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث، فإن أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع بإسقاط حقه راضياً، وكذا لو قضاه الراهن دينه فإن أجاز ينتقل حقه إلى بدله لما ذكر في الكتاب، وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إن شرط عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً وإلا فلا، لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهناً من غير شرط، وإن فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه)** أي لا إلى المرتهن، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي. وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله: **(ولو باعه الراهن الخ)** يعني أو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالأول، لأن الموقوف لا يمنع عن التوقف. فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالأول، ولو أجاز الأول جاز الأول. وهذا لأن حق المرتهن يتعلق

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قوله: **(وقوله فاسد محمول على ما لم يجز)** أقول: ويجوز أن يقال: قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه، فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل، أو أنه مجاز على سبيل المشارفة، فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه. وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال.

الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا **(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية، حتى لو افتكّ الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه)** لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ **(وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه)** لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفاً، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا **(ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته)** لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني **(ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول)** والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق. قال: **(ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه)** وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً، لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله لأن لا يبطل حقه معنى بالتضمين، وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحرّ يقبلها، أما ما لا يقبل الرهن فلا يبقى. ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب. ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى،

فالوجه في التعليل ها هنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، ألا يرى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسألة: مسألة الإعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر قوله: **(وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم)** لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر

بالثمن؛ ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن وسلمه إليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهناً عنده، وأنما خص البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة. فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ولم يصح هي، وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقاً ويصح هو، والفرق ما ذكره في الكتاب. والأصل في ذلك أن من تعلق حقه بشيء وتبدّل بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه. وإن كان عن غيره لم يتعلق. فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازه المرتهن كان الثمن رهناً عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه، وإذا آجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول وسماع أولاً لوقوعه قبلها، لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه في الإجارة فإنه فيه بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة، وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت إجازته إسقاطاً لحقه فنفذ البيع الأوّل. وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتماداً على كونه معلوماً. قال: **(ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ)** إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. وللشافعي رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر. قال في المعسر: في تنفيذ إبطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع، بل أولى لأنه أسرع نفوذاً من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق، ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه، وكل من فعل ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فإنها تشرك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم إن باع، فكان المقتضي متحققاً والمانع منتفياً فثبت الحكم. أما تحقق المقتضي فلأنه تصرّف صدر عن أهله، ولا نزاع فيه مضاف إلى محله، لأنه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن. وأما انتفاء المانع فلأن عارض

وعارض الرهن لا ينبيء عن زواله. ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك، بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله **(ثم)** بعد ذلك **(إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين)** لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه **(وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين)** لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة فإذا حلّ الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه وردّ الفضل **(وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه)** لأن لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان. قال رضي الله عنه: وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى **(ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر)** لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه، بخلاف المستسعي في الإعتاق لأنه يؤدي ضماناً عليه، لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما

الى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق، كذا في الكافي وغيره، واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال: أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف، وبينهما فرق، إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف؛ ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا

النهي لا ينبيء عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، وإذا كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح، ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى. فإن قيل: ليس المانع منحصر فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاق في البيع والهبة. أجاب بقوله وامتناع النفاذ، ومعناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعاً في البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين، وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعاً. وقوله: **(وإعتاق الوارث)** جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادّعى أن إعتاقه لغو. وصورته مريض أوصى برقبة عبده الشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن، ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله. وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال. وقوله: **(وإذا نفذ الإعتاق)** راجع إلى أول الكلام: يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الإعتاق، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر. وقوله: **(إلا إذا كان بخلاف جنس حقه)** يعني إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه. وقوله: **(لأنه لما تعذر الوصول)** دليل وجوب السعاية على العبد. وقوله: **(نذكره)** يعني في هذا الباب في مسألة استيلاد الأمة المرهونه. وقوله: **(وعندهما لتكميله)** يعني وإن عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية، فإذا أدّاها كمل العتق. وقوله: إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن. وقوله: **(والمرتهن ينقلب حقه ملكاً)** يعنى أن الرهن إذا هلك في يده كان مالكاً من حيث المالية، وباقي كلامه واضح. قال: **(ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ)** الراهن إذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق، أما عندنا فظاهر لأنه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى، وأما عنده: أي عند الشافعي رحمه الله فلأنه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن، وقوله: **(وإذا صحا)** يعني التدبير والاستيلاد **(خرجا)** أي المدبر وأم الولد: يعني عندنا. وأما عنده فإن المدبر لا يخرج منه لقبوله

قوله: **(أجاب بقوله وامتناع النفاذ، إلى قوله: وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعاً)** أقول: وأيضاً الإعتاق لا يقبل الرد والفسخ، فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل.

لتكميله، وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن. ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري، والمرتهن ينقلب حقه ملكاً. ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد، فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوّينا بين الحقين وذلك لا يجوز **(ولو أقر المولى برهن عبده)** بأن قال له **(رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية)** عندنا خلافاً لزفر، وهو يعتبر، فإقراره بعد العتق، ونحن نقول أقرّ بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح، بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية. قال: **(ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق)** أما عندنا فظاهر، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله **(ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق)** أما عندنا فظاهر، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله **(ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق)** لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى **(وإذا صحا خرجا من الرهن)** لبطلان المحلية، إذ لا يصح استيفاء الدين منهما **(فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما)** على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق **(وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى)** بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدّياه من مال المولى، والمعتق يرجع لأنه أدّى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر. وقيل الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض، بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضي به الدين، ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداة من مال المولى. قال: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضامن رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين **(فإن استهلكه أجنبي**

فاسد انتهى. أقول: هذا الاعتراض ظاهر السقوط، لأنه إنما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية، والمنتفي في بيع الرهن إنما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلاً فيتوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه. إذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي قوله: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** قال صاحب النهاية، هو معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية، أقول: شرح هذا المقام

حكم الرهن كما مرّ آنفاً. وكلامه واضح. قوله: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها. وقوله والواجب على هذا المستهلك: يعني الأجنبي، وقيده بذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قميته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء. قوله: **(كأنها هلكت بآفة سماوية)** يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن. قوله: **(والمعتبر في ضمان الرهن)** تعليل ذلك، قيل عليه النقصان إنما هو بتراجع السعر وأنه لا يسقط من الدين شيئاً. وأجيب بأن العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع إلى ما كانت عليه، فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية، وقد ثبت في ابداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل، بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر، لأن العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين. قوله: **(وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر)** إشارة إلى هذا السؤال والجواب.

فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرّر عند الهلاك **(ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة)** لأنه أتلف ملك الغير **(وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين)** لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه **(وإذا حلّ الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه)** لأنه جنس حقه **(ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن)** لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن **(وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة)** لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف. قال: **(وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن)** لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن **(فإن هلك في يد الراهن هلك بغير**

بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب، لأن قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره: وهو مذكور في البداية أيضا، وقوله فإن كان موسرا ضمن قيمتها ليس بلفظ القدوري في مختصره، وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعاً على مسألة مختصر القدوري، وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده إلى هنا فكيف يصح لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر، وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقيق عبارة الشرح. فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر، فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأنه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم، ويحسن عطف أحدهما على الآخر، وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا فإن أعتق الراهن عبد الرهن من نفذ عتقه، فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين، وإن كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين، وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل قوله: **(وإن نقصت عن الدين بتراجع**

وقوله: **(وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن)** فيه تسامح، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عضو والمرتهن لا يمكلها فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الإعارة. وقوله: **(لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن)** لأن قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه. وفي إيجاب الضمان على المرتهن بعد الإعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع، وذلك لأن الضمان إنما يجب إذا كان يد الراهن بعد الإعارة يد المرتهن، ويده إذ ذاك يد عارية في ذلك جمع بينهما لا محالة، فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد، ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضموناً في الجملة كما في ولد الرهن، وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. وقوله: **(وهذا)** أي ما ذكرنا من إعارة أحدهما بإذن الآخر أجنبياً **(بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي)** وجملة هذه التصرفات ستة: العارية، والوديعة، والرهن، والإجارة، والبيع، والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبياً ولا يرفع عقد الرهن، وحكم الوديعة كحكم العارية، والرهن يبطل عقد الرهن، وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فيه باطلة وكان بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده. وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبياً بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهناً إلا بالاستئناف. وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبيّ بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، وأما من الراهن فلا يتصور وقوله:

شيء) لفوات القبض المضمون **(وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده)** لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال؛ ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال؛ ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته **(وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان)** لما قلنا **(ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان)** لأن لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه. وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ **(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء)** لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا

السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة، لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا بعينه في شرح الكنز: كذا ذكره صاحب الهداية وغيره. وهذا مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى. أقول: ليس استشكاله بشيء فإنه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان. ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفاً ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمسمائة منه بالإتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفاً تاماً، ولا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلاً. وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل قوله: **(وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا)** يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. قال

(لما بينا) يعني في صورة العارية، ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن. قال: **(ومن استعار من غيره ثوباً الخ)** ومن استعار ثوباً ليرهنه فالمعير إما أن يطلق في ذلك أو يقيده بشيء. فإن كان الأول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملاً بالإطلاق وكان ذلك تبرعاً من المعير بإثبات ملك اليد فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعاً بأن استأذن أن يقضي ديناً عليه بماله. فإن قيل: اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر، فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً كالصبيّ فإنه يثبت له ملك العين دون اليد، وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فإنه يزول ملك اليد دون ملك العين، وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين. وقوله: **(لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة)** يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فإنها هي المفسدة للعقد، فصار كما إذا أعار ثوباً وأطلق، وإن كالثاني سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصباً بالتصرف بغير إذنه، فإن كان التقييد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فإن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه إن احتاج إلى فكاكه وهو أقل المالين، فالزيادة زيادة ضرر وبقي النقصان لأن غرضه أن يستوفي أكثر

قال المصنف: **(فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر)** أقول: هذا مشكل لأن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر، فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين، كذا في شرح الزيلعي، ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الإشكال قال المصنف: **(سقط حكم الضمان لما قلنا)** أقول: فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الإيداع والرهن فتأمل فإنه ممنوع.

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن **(وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل)** لارتفاع يد العارية **(ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان)** لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان **(وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال)** لما بيناه **(ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز)** لأنه متبرّع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع، والإطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة **(ولو عين قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه)** لأن التقييد مفيد، وهو ينفي الزيادة، لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه، وينفي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه **(وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد)** لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ **(فإذا خالف كان ضامناً، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه**

بعض الفضلاء: فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الإيداع والرهن. أقول: الفرق بين الإعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة، وفي الكفاية مفصلاً مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما. قوله: **(وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من اجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ)** قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية، وحكم الرهن كحكم الإجازة انتهى، وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بأن قال: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن

المالين إن هلك الرهن عند المرتهن، فإن الراهن يردّ عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك، ويفوت ذلك إذا رهن بالأقل وكلامه ظاهر. وقوله: **(ووجب مثله)** أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكثر، لأن الزيادة عن قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير فيما شرطه. وقوله: **(على ما بيناه)** يعني قوله لأنه صار قاضياً دينه بماله، وكذلك قوله لما بيناه إشارة إليه. وقوله: **(أن يفتكه جبراً عن الراهن)** قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر. وقيل نيابة ولعله من الجبران: يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. وقوله: **(ولهذا يرجع على الراهن بما أدى)** قال في النهاية: ليس مجرى على إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدّى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها: يعني إن كان قيمة الرهن ألفاً ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته، لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه صار قاضياً دينه بماله **(ولو اختلفا في ذلك)** أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان. فإن قيل: إذا ادّعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقرّ بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب ردّ المغصوب. أجيب بأن الموجب للمضان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرّ بذلك. وقوله: **(ولو اختلفا)** هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ رحمه الله، وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح: ليس بصحيح. والصواب بالواو ولأن في لفظ كما يختلف الغرض، إذ في الأول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه. وقوله: **(في إنكار أصله)** يريد عقد العارية. وقوله: **(لأن استرداد القيمة كاسترداد العين)** يعني أن المرتهن استرد قيمة

قوله: **(وحكم الوديعة كحكم العارية)** أقول: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لأنه العدل قوله: **(فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً الخ)** أقول: فيه بحث، فإن قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح، والمراد بالانفصال زوالاً أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لا يخفى.

وبين المرتهن) لأن ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه **(وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن)** وقد بيناه في الاستحقاق **(وإن وافق)** بأن رهنه بمقدار ما أمره به **(إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن)** لتمام الاستيفاء بالهلاك **(ووجب مثله لرب الثوب على الراهن)** لأنه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لربّ الثوب على الراهن على ما بيناه **(وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن)** لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع)** لأن غير متبرّع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى المعير فأجبر المرتهن على الدفع **(بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين)** لأنه متبرّع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله **(ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه)** لأنه لا يصير قاضياً بهذا وهو

لا يسقط الضمان لأن العدل انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه لأن العدل من رضيا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن بإذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه. ثم إن الفرق بينهما أنّ في صورة الإيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالإيداع للمنافاة بين الوديعة ويد الرهن لكون إحداهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكره في المنافاة بين يدي العارية والرهن. وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقي الضمان على حاله قوله: **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع)** اعلم ان قوله جبراً

الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه ردّ العين فكذلك رد قيمته. وقوله: **(ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه)** واضح. وقوله في آخره: **(أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر)** يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان، وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن، أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعاً لما يريد من صورة المستعير في غير الرهن. وقد أجيب بأن تم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد. لأن الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق، فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه ردّ إلى صاحبه حكماً وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق دلت عليه هذه المسألة. قال: **(وجناية الراهن على الرهن مضمونة)** معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده وبالمحترم هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله. وقوله: **(والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال)** يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع. وقوله: **(أما الوفاقية)** يعني أما وجه المسألة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على

قال المصنف: **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن)** أقول: تصحيف عن قوله حين أعسر، لأن صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط، وفي المبسوط حين أعسر. قال فخر الإسلام البزودي: ذكر أنه حين أعسر الراهن، لأن المعنى لا يستقيم لأن المعير يفتك جبراً من المرتهن لا من الراهن، لأن الرهن ليس في يد الراهن وإنما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صفحه القارىء، كذا سمع نقلته من خط مولانا أياس. قال في الكفاية: فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى. وقال أكمل الدين: افتكه جبراً عن الراهن. قيل: معناه من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة. ولعله من الجيران يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى. والأصوب أن عن ها هنا للبدلية، كما في قوله تعالى: ﴿لا تجزي نفس عن نفس شيئاً﴾ في قوله عليه الصلاة والسلام «صومي عن أمك» فلا غبار إذ يصير المعنى حينئذٍ جبراً على المرتهن بدل الراهن، والبدلية بين الراهن والمعير.

الموجب على ما بينا **(ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن)** لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين **(كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير)** لأن القول قوله في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه **(ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى)** لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله، لأن سلامة مالية الرهن

عن الراهن في اثناء هذه المسألة من مغلقات هذا الكتاب، وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين أعسر الراهن كما ذكره شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية، وعن هذا قال بعضهم: لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارىء، وقال صاحب معراج الدراية: معنى قوله جبراً عن الراهن: بغير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي في هذه المسألة حيث قال: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه. وقال صاحب الكفاية: معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن: أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن. وقال صاحب العناية: قوله افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه: من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة ولعله من الجبران: يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى. أقول: فيه كلام أما أوّلاً فلأن ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذا لم يفت عن الراهن ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراناً لما فات عنه من القضاء بنفسه، مع أن تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفى، وأما ثانياً فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه. سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران، ومحل الإغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسألتنا بالنظر إلى المرتهن. وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك، ولا يخفى بعده جداً فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية قوله: **(ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى)** قال صاحب النهاية: وها هنا قيد لازم ذكره، فإن قوله يرجع على الراهن بما أدّى غير مجرى إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا

الراهن هدر **(فلأنها جناية المملوك على المالك)** فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله، فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل. ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه فإنها توجب الضمان. وأجاب المصنف رحمه الله بما في الكتاب، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإن المستحق بها دمه والمولى أجنبي عنه. يوضحه أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وإقرار العبد على عكس ذلك. ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه، إذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر. فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان. أجاب بقوله: **(وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر)** وإن

قوله: **(قال في النهاية: ليس مجرى على إطلاقه، إلى قوله: وليس بوارد على المصنف)** أقول: قال الإمام الزيلعي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً، وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يصلح ذلك إلا بأداء الدين كله، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى. وقد سنح لي هذا الإشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل. وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكي. فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً. قلت: الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه، فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الإيفاء انتهى فتأمل، فإن للكلام مجالاً.

باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه **(ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز)** لقيام ملك الرقبة **(ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن)** لأن لم يستوفه **(وإن شاء ضمن المعير قيمته)** لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق **(وتكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير)** لأن استرداد القيمة كاسترداد العين **(ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن)** لأنه قد بريء من الضمان حين رهنهما. فإن كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق **(وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن)** لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان، وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء. قال: **(وجناية الراهن**

بأكثر منه من قيمة الثوب، لأنه ذكر في الإيضاح وفتاوى قاضيخان: فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك. بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفاً فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف. لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا أفتكه كان متبرعاً بالزيادة انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. وقال صاحب النهاية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه: وليس بوارد على المصنف لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسألة لا نفس هذه المسألة. ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعي في الخصوص والعموم ولا في التقييد والإطلاق، ألا يرى أن كلية الكبرى شرط أشهر الأقيسة وأقواها، وإن كان المدعي جزئياً فمن أين يلزم من تقييد وضع المسألة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغني عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره. ثم إن الزيلعي قال في التبيين: وذكر في النهاية أنه إذا أفتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته، وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً، وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعة انتهى. أقول: في كلامه هذا نوع غرابة، لأن صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال: فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً، قلنا: الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء انتهى. وقد تبعه في ذكر هذا السؤال

كان يسقط حقه في الدين فإن إبقاءه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له اعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهناً كما كان. وقوله: **(ودفعاه)** فيه تسامح، لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه، ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعاً وثناه **(وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه)** لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن، فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد، ولا فائدة في ذلك. وقوله: **(وإن كانت القيمة أكثر من الدين)** بأن كان العين والدين ألفاً وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن إما أن تقضي نصف دينه أو يباع عليك العبد، فإن امتنع عن القضاء بين العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع، فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه، لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون، وبدل الأمانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن، وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله، وهذا وجه ظاهر الرواية، ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وهذا)** أي

قوله: **(فكيف يصح التشبيه)** أقول: يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر، ثم رأيت في الكفاية: إلا أن يقال التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً أو مستعيراً.

على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم، وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، والعبد الموصي بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه. قال: **(وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها)** ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه. قال: **(وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: جناية المملوك على المالك؛ ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه، بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت.

والجواب صاحبا الكفاية ومعراج الدراية، فإن كان الجواب المذكور مرضياً عند الزيلعي أيضاً فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله. وإن لم يكن الجواب المذكور مرضياً عنده كان عليه أن يبين محل فساده، ولا ينبغي أن يعدّ السؤال المذكور فيها إشكالاً من عند نفسه قوله: **(وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق)** أقول: كان الحق في التعليل أن يقال: لأن الحق تعلق بماليته وقد أتلفها بالإعتاق، إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتهن. وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة قوله: **(أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك)** قال: صاحب النهاية في شرح هذا المحل: أي أما وجه المسألة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: لا وجه عندي لإقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور. إذ يصير المعنى حينئذٍ أما وجه المسألة الوفاقية: أي علتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤول المعنى إلى أن علة هذه المسألة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسألة وهو فاسد قطعاً. **قوله: (ثم إن شاء الراهن**

ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدراً **(بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن)** لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي. قال: **(ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف)** نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن. وقوله: **(حتى لا يزاد على دية الحرّ)** نتيجة قوله كان مقابلاً بالدم. وقوله: **(لأن المولى استحقه)** دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق. وقوله: **(أو نقول)** دليل آخر: أي لا يمكن أن يجعل المرتهن متسوفياً لألف الدين بالمائة التي غرمها الحرّ بقتل الرهن وجعلت رهناً مكانه لأنه يؤدي إلى الربا فيصير متسوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، وإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر. واعلم أن صور المسائل ها هنا ثلاث: تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله. وقتل حرّ العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع، وضمان قيمته مائة. وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به. وأقوال العلماء فيها أيضاً ثلاثة. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد، وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار، وقول محمد رحمه الله في الأولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره. وقول زفر رحمه الله إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياساً على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحرّ عند حلول الأجل، ووجوه هذه الأقوال مذكورة في الكتاب. وقوله: **(لحماً ودماً)** يعني صورة ومعنى. أما صورة فظاهر. وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزءاً من حيث الآدمية دون المالية؛ ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضاً. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ. وقوله: **(كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب)** يعني إذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فإن المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ

ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه. وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر، ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله. وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء. لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة، وإن كانت القيمة أكثر من الدين؛ فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع. وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن، لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي. قال: **(ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء)** وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر. وهو يقول: إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين. ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس. وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار. ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان، بخلاف نقصان العين لأن بفوات

والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية: قوله ودفعاه فيه تسامح. لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعاً وثناه انتهى. أقول: لا صحة لتوجيه المشاكلة هاهنا لأن المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور إلا إذا تكرّر ذكر لفظ وأريد به في المرة الأولى أصل معناه وفي الأخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية ﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾ المائدة (١٦) وفيما نحن فيه لم يتكرّر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير كما لا يخفى قوله: **(ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف)** قال صاحب غاية البيان: وهذا تكرار لا محالة، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى. وقال صاحب العناية: قيل في بعض الشروح: وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسألة في الفصل الثالث: يعني ما عبرنا عنه ها هنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف، وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضاً عليه. ، وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق، وإنما

البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول. وقوله: **(وأنه منسوخ)** يعني بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن ثلاثاً» وقوله: **(ولو كان العبد تراجع سرعه إلى قوله فهو على هذا الخلاف)** قيل في بعض الشروح: هذا تكرار لا محالة، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث: يعني ما عبرنا عنه ها هنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن

قوله: **(وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له)** أقول: يعني يحصل الغرض قوله: **(ومخلصه المشاكلة الخ)** أقول: فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكلة قوله: **(إما أن يقضي نصف دينه)** أقول: بقدر الأمانة قوله: **(وهذا وجه ظاهر الرواية)** أقول: ولكن كلمة عن تأبى عن كونه الرواية الظاهرة قال المصنف: **(وأصله أن النقصان من حيث السعر)** أقول: أي أصل جنس هذه المسألة لا أصل هذه المسألة فإنه ليس فيه خلاف زفر. ولك أن تقول: الاتفاق في جواب المسألة لا ينافي الاختلاف في التخريج قال المصنف: **(لأنه بدل المالية)** أقول: أي القيمة، وإنما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر قوله: **(وقوله أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً دليل آخر)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإذا هلك يصير مستوفياً)** أقول الفاء للتعقيب الذكرى وإلا فالهلاك مقدم قال المصنف: **(وإن قتله عند قيمته مائة)** أقول: أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار.

جزء منه يتقرّر الاستيفاء فيه، إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين، فإذا قتله حرّ غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف، لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحرّ، لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرّر، وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من الابتداء. أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا. قال: **(وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة)** لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى وكذا هذا. قال: **(وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله. وقال زفر: يصير رهناً بمائة. له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرّر الهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر. فيبقى الدين بقدره. ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأوّل لحماً ودماً، ولو كان الأوّل قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه. ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا. ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودما كما ذكرناه مع زفر. وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ، بخلاف البيع لأن

الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة. إلى هنا لفظ العناية، أقول: ما مر في بيان صور المسائل الثلاث إنما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير. والإنصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية، وإنما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضاً كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية، أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فإن نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء، وإن كان أمره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة، فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه افتكه بجميع الدين، وقال محمد رحمه الله: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى. ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وأن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه، ولا شك أن الضمير في المعطوق عليه راجع إلى العبد المرهون الذي نقص في

يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف، وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضاً، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق. وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة **(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن)** يعني إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي، وإنما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه. وقوله: **(لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن)** يعني وإذا كان على

قوله: (قيل في بعض الشروح) أقول: القائل هو الإتقاني قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يتراجع السعر أقول: وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية. وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح.

الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع، وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف **(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع)** لأنه لا يملك التمليك **(ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء)** لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها **(ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية)** لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه **(فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها للتخيير)** بين الدفع والفداء **(فإن اختار الدفع سقط الدين)** لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك **(وكذلك إن فدى)** لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء. وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما **(ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء، وإن أبى قيل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه، فإن أدى بطل دين المرتهن)** كما ذكرنا في الفداء **(وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه)** لأن دين

السعر، فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان. وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ها هنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار، وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للمصير إليه تبصر ترشد قوله: **(لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى)** قال صاحب النهاية: قوله وحق وليّ الجناية بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا، حتى أنه لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولّي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية

المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدّى إلى وليّ الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصاً فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعاً في أداء الفداء لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن. وقوله: **(وحق وليّ الجناية)** بالجرّ معطوف على دين المرتهن: يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق وليّ الجناية أيضاً، حتى لو جنى العبد المديون دفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات. وقوله: **(لتقدمه على حق المولى)** أي لتقدم دين العبد

قال المصنف: **(لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ)** أقول: قال الإتقاني: قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله، معناه: أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وكذا حق ولي الجناية أيضاً مقدم على حق المرتهن، لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه، وقد مر آنفاً تحقيقه أن المصنف ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حقه المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا. وقال بعضهم في شرحه: قوله وحق ولي بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن، ومقدم أيضاً على حق ولي الجناية، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء. فأقول: هذا في غاية الضعف، لأن المسألة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية. وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة انتهى. ونحن نقول: فيه بحث فإنه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى قوله: **(وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن)** أقول: ولعل النصب أولى عطفاً على دين العبد: أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن. وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى قال المصنف: **(لتقدمه على حق المولى)** أقول: في دلالته على التقدم على حق ولي الجناية بحث، فإنه كما يقال للمولى في الاستهلاك بع أو افد المال، كذلك يقال في الجناية ادفع أو افد قوله: **(فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية)** أقول: وكذلك صاحب دين العبد قائم

العبد مقدم على دين المرتهن وحق وليّ الجناية لتقدمه على حق المولى. **(فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن)** لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك **(وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان، ثم إن كان دين المرتهن قد حلّ أخذه به)** لأنه من جنس حقه **(وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد)** لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق **(ثم إذا أدّى بعده لا يرجع على أحد)** لأنه وجب عليه بفعله **(وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه)** لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وإنما منه الرضا به **(فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتهناً)** أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال المرتهن، وكذا في جناية الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع، لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بديه. وله في الفداء غرض صحيح، ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره **(ويكون المرتهن في الفداء متطوّعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن)** لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه

المملوك في الديات، وقوله لتقدمه على حق المولى: أي لتقدم حق العبد على حق المولى، فإذا كان مقدماً على حق المولى يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية، لأن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية، وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين، إلى هنا كلامه. واقتفى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، وقال صاحب الغاية: قوله وحق ولي الجناية بالنصف أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، لأن حق المالك أقوى، ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه، وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولاً، وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن. ثم ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا، وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن، ومقدم أيضا على حق ولي الجناية، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء، فأقول: هذا في غاية الضعف، لأن المسألة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال: دين العبد مقدم على حق ولي الجناية، وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة، إلى هنا لفظ الغاية، أقول: لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسألة التي استشهدوا بها، إذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسألة، فإنه وإن دفع العبد الجاني أوّلاً إلى ولي الجناية إلا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه إلى الغرماء، وقد

على حق المولى، وإذا كان مقدماً على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية، فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية ووليّ الجناية في ملك العين. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التمليك.

مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه اظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد، وعليك بإمعان النظر قال المصنف: **(فإن أجمعا على الدفع دفعا)** أقول: فليزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعا، ولا يقال المراد رضيا بالدفع بطريق عموم المجاز لأنه لا يكون مسبباً عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: قال الإمام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضراً فالمرتهن لا يكون متطوعاً في الفداء وإن كان غائباً كان متطوعاً فيه. ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لأنه

الله أنه لا يرجع مع الحضور، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى **(ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)** لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوّعاً، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهناً بما بقي لأن الفداء في نصف كان عليه، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوّع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصاً بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهناً بما بقي **(ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوّع، وإن كان غائباً لم يكن متطوّعاً)** وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله: المرتهن متطوّع في الوجهين، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي. وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن فقد تبرّع كالأجنبي، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعاً. قال: **(وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين)** لأن الوصي قائم مقامه، ولو تولى الموصي حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لوصيه **(وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه)** لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره **(وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه)** لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي **(فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز)** لزوال المانع بوصول حقهم إليهم **(ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن)** اعتباراً بالإيفاء الحقيقي **(وبيع في دينه)** لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده **(وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز)** لأنه استيفاء وهو يملكه. قال رضي الله عنه: وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال: لأنه وإن دفع إلى ولي الجناية أولا، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدماً حقيقة انتهى قوله: **(فإن فضل شيء الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من أسلوب تحري الكتاب أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ من متفرعات المسألة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته. ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ مسألة مباينة للمسألة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها، ويكون الفاء في قوله فإن فضل لمجرد الترتيب الذكري كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضاً على ما عرف في علم الأدب تأمل.

وقوله: **(فإن تشاحا)** بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء، ثم ذكر جانب الراهن إذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن. وقوله: **(لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع)** يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بدّ له من أحدهما، وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعاً. وقوله: **(وإن كان غائباً)** ذكر في الأسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة. قوله: **(وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله)** وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ.

ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له إلى الفداء، فإذا فداه من غير حاجة إليه كان متطوعاً، وأما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخطابهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء فكان مضطراً إليه فلا يكون متطوعاً كمعير الراهن، وصاحب العلو إذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه انتهى. ولا يخفى أن هذا الوجه يرد اعراضاً على ظاهر الرواية، ولا يخلو الخلاص عنه عن الإشكال.

فصل

قال: (**ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة**) لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيبا (**ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم**) لأن الرهن يتقرر

فصل

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب، فلذلك أخره استداركاً لما فات فيما سبق قوله: (**لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء**) أقول: لقائل أن يقول لو كان مدار مسألتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلاً في وضع المسألة، بل كان يكفي أن يقال: ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل؟ قال: ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وها هنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الأصل انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ لقائل أن يعود ويقول: لو كان يتبدل المحل ها هنا بتبدل الوصف كما ينبغي أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض، إذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة، وقد قالوا في المسألة الآتية: إن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وأن المنتقض لا يعود، مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع، فإن قيل: هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية، والذي يستلزم كون البيع هالكاً إنما هو التبدل الحقيقي دون

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (**ومن رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلاً ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة**) وإن نقص سقط من الدين بقدره، ولا معتبر بنقصان القيمة لأن الفائت مجرد وصف، وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم، وإنما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصاً بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهناً عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد بين أن يفتكه ناقصاً وبين أن يجعله بالدين كما في القلب إذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقاً. وقوله: (**لأن ما يكون محلاً للبيع**) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج إلى المحل فيعتبر محله بمحله، والخمر لا يصلح محلاً للبيع ابتداء ويصلح بقاء، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن. ولقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل؟ ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وها هنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك

فصل ومن رهن عصيراً

قال المصنف: (**ومن رهن عصيراً بعشرة وقيمته عشرة فتختمر ثم صار خلاً يساوي عشرة الخ**) أقول: قال الزيلعي: يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لأن العصير والخل من المقدرات، لأنه إما مكيل أو موزون، وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الغائب فيه مجرد الوصف، وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بإجماع الصحابة، فيكون الحكم فيه أن إن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين، وإلا فلا انتهى. فكان الأصوب أن يقول: بدل بقوله يساو عشرة الخ، والمقدر باق على حاله. قال المصنف: (**لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن**) أقول: منقوض بالشائع. والجواب أن فيه مانعاً قوله: (**ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً**) أقول: فيه بحث، لأن مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف

بالهلاك، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره، بخلاف ما إذا مات الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن يتقرّر بالهلاك على ما بيناه. ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول: يعود البيع. قال: **(ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف)** لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له، والرهن حق لازم فيسري إليه **(فإن هلك يهلك بغير شيء)** لأن الأتباع لا قسط لهما مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذ اللفظ لا يتناولها **(وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك)** لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع، فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا.

الحكمي، قلنا فلقائل أن يقول: ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً، وما الفارق بينهما، وبالجملة للكلام مجال في كل حال، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، لأن مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل

الأصل. واعلم أن العصير المرهون إذا تخمر فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس، فإن كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل، وفي الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك، وإليه يلوّح إطلاق المصنف رحمه الله حيث قال: ثم صار خلاً: يعني بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أو لا؟ فيه تفصيل، إن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلماً جاز تخليله، لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك، وإذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى لأنها محل بالنسبة إليه، وأما إذا كان الراهن كافراً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها لأنه صار غاصباً بما صنع، كما لو غصب خمر ذمي فخللها فالخل به، وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. وقوله: **(فهو رهن بدرهم)** يعني إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وأما إذا كانت قيمته يومئذٍ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حيّة ومسلوخة فإن كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين، هذا إذا كانت القيمة مثل الدين، فإن كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية. قال: **(ونماء الرهن للراهن الخ)** الأصل أن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها، والرهن منها لكونه حقاً لازماً إذ اللازم هو القار، والقار ما يكون ثابتاً في جملة الأم، ولا ينفرد من عليه بإبطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة، وإنما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فإنها ما تسري إلى الأولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين

العصيرية إلى الخمرية مصححاً لها. والأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به عن ملكه، فإذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء، والعقود شرعت لأحكامها، وإنما لم يكن محلاً للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار، ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل قوله: **(والخمر ليس بمحل)** أقول: للرهن ابتداء قوله: **(لأنها محل بالنسبة إليه)** أقول: نعم، إلا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة إليه، لكن لا غرو فإن كونه كذلك بالنسبة إلى الراهن كاف قوله: **(وإنما فسرنا الخ)** أقول: أي اللازم قال المصنف: **(فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والملك لا في عين الأمهات)** أقول: هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ: يعني لا في جملتها: أي في جملة الكفيل والأم التي ثبت حق الزكاة فيها، وفيه تأمل فإن كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها. ثم أقول: ولك أن تقول: يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بأنهما لا يثبتان في عين الأمهات لكون كل منهما عقداً على المنفعة قوله: **(ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه الخ)** أقول: لفظة من عبارة عن المولى قوله: **(ينفرد بالإبطال)** أقول: أي بإبطال الجناية عن الأم بالتزامها في ذمته باختيار الفداء قوله: **(باختيار الفداء)** أقول: فعلى هذا لو كانت وصفاً قاراً لا يرد نقضاً لعدم ثبوتها للأم.

وصور المسائل على هذا الأصل تخرّج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى، وتمامه في الجامع والزيادات **(ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك)** أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر **(ولا يسقط شيء من الدين)** لأنه أتلفه بإذن المالك **(فإن لم يفتك الشاة حتى مات في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن)** لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه

وصف العصيرية إلى الخمرية مصححاً لها، وقال الأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به ملكه، فإذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء، والعقود شرعت لأحكامها، وإنما لم يكن محلاً للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار. ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى، إلى هنا كلامه، أقول: جوابه الذي عده أولي ليس بشيء لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب النهاية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم في تعليل هذه المسألة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلا للرهن، والخمر إن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما معنى كون الخمر محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء. ولا شك أن القول بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخمر إن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء، بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور، إلى أن يقال: إن ما يكون حكماً للبيع يكون حكماً للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن، وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه، إذ لا ريب أن ما يكون حكماً للبيع وهو ملك العين لا يكون حكماً للرهن. فإن حكم الرهن إنما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر قوله: **(ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ)** أقول: لقائل أن يقول: لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما، لأن دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال: إن الدين في باب

الأمهات، ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه ينفرد بالإبطال باختيار الفداء، وإنما قيدنا الأولاد بصلاحيتها لأحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها، لأن الأولاد حين الولادة لم تصلح لأحكام هذه الأوصاف. أما في غير الغصب فظاهر، وأما في الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق ولم يتحقق في الولد، وإذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً عن الأصل لأنه تبع له، ففي الأصل وصفان لازمان: الملك، وكونه رهناً فيسريان إلى الولد، فإن هلك الولد هلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذ اللفظ لم يتناولها، وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض ولأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك، لأنه إنما صار مضموناً به، ولو هلك قبله هلك مجاناً، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذا صار مقصوداً بالقبض، والزيادة ها هنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين، فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكه الراهن به، وقوله: **(وصور المسائل على هذا الأصل)** يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك **(تخرّج)** وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في

قوله: **(وأما في الغصب فلأن الضمان به يعد قبضاً مقصوداً الخ)** أقول: وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لا محالة قوله: **(وقيمة النماء يوم الفكاك لأنه إنما صار مضموناً به)** أقول: الضمير في به راجع إلى الفكاك قوله: **(إذا صار مقصوداً بالقبض)** أقول: إذا ماتت الأم قال المصنف: **(وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين)** أقول: معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لا

فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله، وكذل جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس. قال: **(وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين)** عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً بها. وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدين أيضاً. وقال زفر والشافعي: لا تجوز فيهما، والخلاف معهما في الرهن، والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء، وقد ذكرناه في البيوع. ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع، والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان. ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن؛ ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز. وإن كان الدين ألفاً وهذا شيوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انفساخه. والالتحاق بأصل

الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن، ثم قال: والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان. وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما. والجواب أنه ليس مراد المصنف ها هنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسألة التي هي الخلافية الأخرى وهو مسألة الزيادة في الدين، بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسألة الزيادة في الرهن، فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها، والباعث على تقيد المصنف ها هنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسألة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ها هنا، فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس في هذه المسألة، وإنما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى قوله: **(والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن)** أقول: لقائل أن يقول: سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذي زيد ديناً جديداً حادثاً بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره. والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد، فالدين وإن كان متأخراً عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي، ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل،

ذلك. وقوله: **(فيصح تعليقها بالشرط)** يريد بالشرط قوله فما حلبت فإن كلمة «ما» تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها. وقوله: **(لأنه أتلفه بإذن المالك)** فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة، وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن. قال: **(وتجوز الزيادة في الرهن الخ)** الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله، والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. وقال زفر والشافعي: لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً، والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة، وهو أن يزوّج المولى أمته من رجل بألف ثم زوّج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما. وذكر في الأسرار وطريقة البرعزي وغير ذلك أن ذلك لم يصح، ونقل عن حميد الدين الضرير

أن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة، لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً قال المصنف: **(وقد ذكرناه في البيوع)** أقول: المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير قوله: **(أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى)** أقول: فإنه ليس فيه لفظ التزويج قوله: **(وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه)** أقول: الأصوب أن يقول: أما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلأن الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن. وإنما قلنا إن الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على أن المقصود بالنفي كون الزيادة مقصوراً عليها وبها، وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل، وتوجيه ما ذكره المصنف إرجاع الضمير إلى الملحق به المعلوم من سياق الكلام قوله: **(فإن مات الولد بعد الزيادة)** أقول: قبل الفكاك.

العقد في بدلي العقد، بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً، في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض **(وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة)** لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم **(ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها)** لأن الزيادة دخلت على الأم. قال: **(فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول، فالأول رهن حتى يردّه إلى الراهن، والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول)** لأن الأوّل إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً، وإذا بقي الأول في

فإن الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم قوله: **(ووجه الفرق أن الإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرناه، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني)** المراد بالاستيفاء الأول هو الاستيفاء الحكمي، وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي، كذا في عامة الشروح. أقول: ها هنا نوع إشكال، وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن إما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع قبل هلاك الرهن، أو لم ينتقض بل بقي على حاله، فإن انتقض لم يتم قوله، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول، إذ قد

رحمه الله أنه قال: يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر، أما لو قال زوّجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح. وقوله: **(ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة)** يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً، ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح. وقوله: **(والالتحاق بأصل العقد)** إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح. وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصوّر إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك، أما أنه غير معقود عليه فظاهر، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن، بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده. قوله: **(وتسمى هذه زيادة قصدية)** يعني بخلاف نماء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكماً. وقوله: **(وإذا ولدت المرهونة ولداً)** يعني إذا رهن جارية بألف تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهناً وهو أيضاً يساوي ألفاً جاز العقد ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض، فإن مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة. ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها، لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نماء فيهما لأنه هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولا ولد معها. قال: **(فإن رهن عبداً يساوي ألفاً الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(على ما بيناه من قبل)** يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض. وقوله: **(خلافاً لزفر رحمه الله)** هو يقول: إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده. ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود، ولم يبق الدين بالإبراء: أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضموناً بالدين، فإن قيل: سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط

ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما، فإذا ردّ الأول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل: يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن بعد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه، كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفاً ظنها جياداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض. وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين **(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً)** خلافاً لزفر، لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه، إلا إذا أحدث منعاً لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق له ولاية المنع **(وكذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئاً لسقوط الدين كما في الإبراء، ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه ردّ ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء)** ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله، فأما هو في نفسه فقائم، فإذا هلك يتقرّر الاستيفاء الأول

تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مرّ في الكتاب غير مرة، وإن لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرّر الاستيفاء عند استيفائه الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع، وتكرره مؤدّ إلى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة، ويكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله، ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما إذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه، فكأن الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يجعل فاسداً، هذا غاية ما يمكن في التقصي

الدين. أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعاً لأن يصير به غاصباً لانتفاء ولاية منعه. والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله إن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به، إلا أن يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فيفضي إلى الدور. وقوله: **(فأما هو)** يعني تعذر الاستيفاء، فأما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد **(فإذا هلك)** يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الأول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء، وقوله: **(وكذا إذا اشترى)** معطوف على قوله ولو استوفى. وقوله: **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقياً أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد. وقوله: **(لأنه)** يعني البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة. ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط **(لأن يزول به)** أي بعقد الحوالة الخ. وقوله: **(لأنه)** يعني المحال عليه **(بمنزلة الوكيل)** عن المحيل بقضاء الدين. وقوله: **(وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ)** اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف، ومنهم من قال: إذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجباً ظاهراً فهو كذلك، فإن وجوبه ظاهراً يكفي لضمان الرهن فكان مستوفياً، فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامة يعني بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد الصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب. وقوله: **(بخلاف الإبراء)** راجع إلى قوله ولو استوفى، وذلك لأنه من ثمة إلى ها هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية.

قوله: **(وإن لم يبق الدين بالإبراء)** أقول: لفظ الإبراء ليس في محله كما لا يخفى قوله: **(أو لتوهم الوجوب الخ)** أقول: فيه بحث، وفي بعض النسخ: عند توهم الوجود، وهو الصحيح. قوله: **(يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا)** أقول: آنفاً قوله: **(وبالاستيفاء لا يسقط)** أقول: يعني لا يسقط الدين قوله: **(لقيام الموجب)** أقول: يعني الموجب للدين.

فانتقض الاستيفاء الثاني **(وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين)** لأنه استيفاء **(وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين)** لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأن بمنزلة الوكيل **(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)** لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء، والله أعلم.

عن ذلك الإشكال وإن كان لا يخلو من نوع تكلف قوله: **(بخلاف الإبراء)** قال صاحب العناية: قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى، وذلك لأنه من ثمة إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة في الإبراء، وقال والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى. أقول: لا مساغ عندي لأن يكون قوله ها هنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى، لأن المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء، وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى، فلو كان قوله ها هنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه، وحاشا له عن ارتكاب مثل ذلك.

قوله: **(أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد)** أقول: ولا ينتقض الشراء والصلح قال المصنف: **(وكذا لو تصادقا على أن لا دين)** أقول: قال الزيلعي: قال في الكافي: ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط إذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن، لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن، وأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة، لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، وذكر الإسبيجابي أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه، والصواب لا يهلك مضموناً انتهى. واختيار المصنف هلاكه مضموناً في الصورتين كما لا يخفى قوله: **(يعني بعد التصادق على عامه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه)** أقول: فيه نظر، فإن الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل قوله: **(وقوله بخلاف الإبراء)** أقول: قال الإتقاني: قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين، والله أعلم.

كتاب الجنايات

قال: (**القتل على خمسة أوجه: عمد. وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب**)

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس، ألا يرى إلى قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩) ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد، كذا في أكبر الشروح. قال في غاية البيان: ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة، بخلاف الجناية فإنها محظورة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية، ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شرّ تكسبه. وهي في الأصل مصدر جنى عليه شراً جناية، وهو عام في كل ما يقبح ويسوء، إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً، هذا زبدة ما في الكتاب والشروح قوله: (**القتل على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب**) قال صاحب النهاية: وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح، فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فهو خطأ. وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا، فإن كان فهو هو وإن لم يكن فهو القتل بسبب، وبهذا الانحصار يعرف أيضاً تفسير كل واحد منها انتهى. أقول: فيه خلل. أما أوّلا فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك، إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدماً عليها، ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود. والجناية في اللغة: اسم لما يكتسب من الشرّ تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً. وسببها سبب الحدود. وشرطها كون المحل حيواناً، قال: (**القتل على خمسة أوجه**) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان إرث خمسة أوجه، وذلك لأنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة. وقال صاحب النهاية رحمه الله: لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح، فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن كان به قصد القتل أو لا، فإن كان فهو العمد، وإن لم يكن فهو الخطأ، وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن كان معه قصد التأديب والضرب أو لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن كان جارياً مجرى الخطأ أم لا، فإن كان فهو هو، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب، وبهذا الانحصار تعرف أيضاً تفسير كل واحد منها، وضعفه وركاكته

كتاب الجنايات

قوله: (**والجناية في اللغة: اسم لما يكتب من الشر**) أقول: الفقه يبحث عن أفعال المكلفين، فلو أريد المعنى المصدري الجناية لكان أنسب وجمعها كجمع الطهارات قوله: (**لا يخلو إما أن حصل بسلاح**) أقول: أو ما أجري مجراه قوله: (**وإن لم يكن فهو الخطأ**) أقول: قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيداً بحجر أو خشبة فأصاب جملاً فقتله قوله: (**فإن كان فهو شبه العمد**) أقول:

والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام.

بسلاح يكون أيضاً بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة، وأما ثانياً فلأن قوله فإن كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه. وأما ثالثاً فلأن قوله وإن لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام، لأن ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة، بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضاً فلا يتم الحصر في القتل بسبب. ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه: وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة، ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال: وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان قوله: **(والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام)** قال جمهور الشراح: إنما قيد به لأن أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة: كقتل المرتد، والقتل قصاصاً، والقتل رجماً والقتل بقطع الطريق، وقتل الحربي، حتى قال بعضهم: ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الأيمان: الأيمان ثلاثة، ولم يرد به جنس الأيمان لأنها أكثر من ثلاثة: يمين بالله، ويمين بالطلاق، ويمين بالعتاق والحج والعمرة، وإنما أراد بذلك الأيمان بالله تعالى انتهى. أقول: فيما قالوا نظر، إذ الظاهر أن شيئاً من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب، بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه، فإن ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصاً أو رجماً أو قطع الطريق يكون قتل عمد إن تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجري مجرى السلاح، ويكون شبه عمد إن تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة، وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لا من نفس هذه الأوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة، فإن قلت: كيف يتصوّر خروج تلك الأنواع من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لا من أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه؟ قلت: قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطاً بشروط؛ ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة: منها كون القاتل عاقلاً بالغاً إذ لا يجب القود على المجنون والصبيّ أصلاً. ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمداً لا يجب عليه القصاص، وكذا لو قتلت الأم ولدها وكذا الجد والجدة. ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده. ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي، ولا

ظاهران. وقوله: **(أو ما أجري مجرى السلاح)** يعني في تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشرة وقد تقدم. وقوله: **(وقد نطق به غير واحد من السنة)** منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات «ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا» ومنها قوله ﷺ «لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرىء مسلم». وقوله: **(والقود)** يعين القصاص معطوف على قوله المأثم: أي موجب القتل العمد الإثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحرّ بالحرّ﴾ الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطإ لكنه تقيد

شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب، بل قد يكون على قصد القتل، وجوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة قوله: **(فإن كان فهو هو)** أقول: هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهراً قال المصنف: **(فالعمد ما تعمد ضربه)** أقول: أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس قال المصنف: **(والنار)** أقول: ينبغي أن يكون من قبيل: علفتها تبناً وماء بارداً، إذ الواقع في صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها قال المصنف: **(وموجب ذلك المأثم)** أقول: قال الإتقاني: قال قاضيخان في فتاواه: وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص. وقال في الأجناس: ذكر في الشروط الكبير لأبي جعفر الطحاوي أنه لا قصاص في العمود من الحديد لأنه لا يجرحه انتهى. وسيجيء من المصنف في الباب الذي يليه أن الأصح رواية الطحاوي/قال المصنف: **(القوله**

قال: **(فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار)** لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك **(وموجب ذلك المأثم)** لقوله تعالى **﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾** الآية، وقد نطق به غير واحد من السنة، وعليه انعقد إجماع الأمة. قال: **(والوقود)** لقوله تعالى **﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾** إلا أنه تقيد

بالمرتد لعدم العصمة أصلاً، ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام، صرح بذلك كله في عامة المعتبرات، فكذا كون القتل بغير حق شرطاً لترتب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل، وليس شيء مما ذكروا من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق، فدخولها في نفس أوجه القتل دون الأحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القتيل معصوم الدم، وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء. فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحوال القتل بغير حق إذ هو الذي يكون من الجنايات، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك قوله: **(فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح)** قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه: أي ضرب المقتول، وقال: فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى. أقول: يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلاً عن المنتقى، وهي أنه إذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود، وإن أصاب عنق غيره فهو خطأ. وجه الورود أنه لم يتعمد في الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده، مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجري عليه حكم قتل النفس وهو القود تأمل قوله: **(لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك)** أقول: فيه بحث، وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ، كما إذا رمى شخصاً بسهم أو ضربه بسبق يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وهذا من نوع الخطأ في القصد، وكذا إذا رمى غرضاً بآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطأ في الفعل، فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعدم بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة. فإن قلت: المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقاً ففيما إذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر. قلت: هذا التأويل إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد، فإن استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول، فإن قلت: المراد المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقاً، وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت: كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر

بوصف العمدية بقوله ﷺ «العمد قود» أي موجبه، والحديث مشهور، ولأن الجناية بها: أي بالعمدية تتكامل. وقوله: (لا

تعالى: **﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً﴾ الآية)** أقول: لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية، لأنه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك، والحرام موجبة المأثم قال المصنف: **(والقود)** أقول: بفتح الواو: أي القصاص، ويسمى قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل أو غيره، قاله الأزهري قوله: **(لكنه تقيد بوصفه العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الإطلاق والتقييد إذا دخلا على السبب نحو «أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد، وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين» لم يحمل المطلق على المقيد عندنا، بل يجب العمل بكل منهما، إذ لا تنافي في الأسباب على ما فصل في كتاب الأصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث، ولعل الأولى أن يقال: غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلاً فلا يتناوله المطلق لأنه يتصرف إلى الكامل، وموضعه الأصول أيضاً.

بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أي موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها

خارجي لم يذكر في التعليل المزبور. ثم إنه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصداً بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه، إذ يلزم إذ ذاك أن يكون قيد قصداً زائداً بل لغواً لعدم الوقوف عليه بالغرض إلا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه مما يفرق الأجزاء فيكفي ذكره، بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه، بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح فتدبر قوله: **(وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً معتمداً فجزاؤه جنهم خالداً فيها﴾** النساء الآية (٩٣) أقول: لقائل أن يقول: الدليل خاص والمدعي عام، لأن إيجاب القتل العمد المأثم، والقود يعم المسلم والذمي لما سيجيء من أن المسلم يقاد بالذمي عندنا، ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم، والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن. اللهم إلا أن يقال: الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمداً أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله، فإن قيل: بقي خصوص الدليل مع عموم المدعي من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة ولم يتب، فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحيل بدلالة ﴿خالدا فيها﴾ النساء (٩٣) فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية: قلنا: لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحيل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير، فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة، ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية، وتحقق الإثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضا، وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار قوله: **(والقود لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة (١٧٨) إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[1] أي موجبه)** يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل، ولا يفصل بين العمد والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] أي موجبه قود، كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال إن

شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية، وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية، وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل. وقوله: **(والعقوبة المتناهية الخ)** حجة أخرى. وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية، وذلك ظاهر. وقوله: **(ثم هو)** يعني القود. وقوله: **(وهذا لأنه تعين مدفعاً للهلاك)** يعني لأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصاً يسفه ويلقي نفسه في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعاً **(ولنا ما تلونا)** من قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في

---

(١) حسن. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٢٧ وكذا إسحق في مسنده كلاهما من حديث ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: العمد قود إلا أنه يعفو ولي المقتول. هذا لفظ ابن أبي شيبة.

قلت: وأخرجه الدارقطني ٣/ ٩٤ من طريق ابن أبي شيبة به.

وأخرجه من وجه آخر عن طاووس عن أبي هريرة وأخرج أبو داود ٤٥٣٩ و ٤٥٤٠ والنسائي ٨/ ٣٩ والدارقطني ٣/ ٩٥ كلهم من حديث ابن عباس: من قتل في عُمِّيَّة، أو رِمِّيَّة بحجر، أو سوط، أو عصاً، فعقله عقل الخطأ، ومن قتل عمداً فهو قود، ومن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه، لا يقبل منه صرف ولا عدل وإسناده حسن رجاله ثقات كلهم وفيه سليمان بن كثير وقد روىٰ له الجماعة وقال ابن حجر في التقريب: لا بأس به. فهذا شاهد قوي لحديث ابن عباس الذي أسنده ابن أبي شيبة والله تعالى أعلم.

(٢) هو المتقدم.

تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك. قال: **(إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا)** لأن الحق لهم ثم هو واجب علينا. وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي، إلا أنّ له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه، وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره. لأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير. ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة، ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل. وفيه مصلحة الإحياء زجراً وجبراً فيتعين، وفي الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار، ولا يتيقن بعدم قصد الوليّ بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك، ولا كفارة

قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[1] لا يوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه. لأنا نقول: لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى. أقول: سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة، ولكن لم أر أحداً سواه حام حول ذكره. وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه الصلاة والسلام عن حكم العمد فقط بأن كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] جواباً عن سؤالهم، ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذٍ تطبيق الجواب للسؤال، ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر قوله: **(ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك)** أقول: جعل صاحب العناية قوله لأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة، وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرير الأولى: وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية، وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل، وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى، أقول: ليس ذلك بسديد، لأن صحة الحكم بأن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية، إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعاً دون العمدية أيضاً بمقتضى إطلاقها، وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعي ها هنا، فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب، وأيضاً يلزم حينئذٍ أن لا يفيد المدعي ما جعله حجة أولى لأن نتيجتها على

الخطإ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطإ وهو العمد، ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي. ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام في قوله العمد قود للجنس، إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضي الله عنهما في قوله: العمد قود لا مال فيه إلى ذلك. ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجباً في القتل العمد لعدم المماثلة، لأن الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فأنى يتماثلان، بخلاف القصاص فإنه يصلح موجباً للتماثل، وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الإحياء زجراً للغير عن وقوعه فيه وجبراً للورثة فيتعين. فإن قيل: فكيف صلح موجباً في الخطإ والفائت فيه مثل الفائت في

قوله: **(والعقوبة المتناهية حجة أخرى)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل)** أقول: يجوز العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضاً كما ذكره صاحب الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا، ولا يرد نقضاً علينا لما نشير إلى دفع ذلك النقض فيما سيجيء في باب ما يوجب القصاص في مسألة قتل المكاتب قال المصنف: **(ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾)** أقول: قال القاضي في تفسيره: احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده، وهو ضعيف، إذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.
(٢) هو المتقدم قبل حديثين.

فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسّ منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى

مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل. ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلاً فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضاً زجراً عنه فلا يتم المطلوب. فالصواب أنه قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة، وأن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الأظهر والأقرب لا إلى العمدية كما زعمه صاحب العناية، فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم أقول: بقي في كلام المصنف هاهنا شيء. وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس، وبهذا صححوا انحصار الأدلة الشرعية في أربعة، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس. فقول المصنف هاهنا ولأن الجناية بها تتكامل إلخ راجع إلى القياس، وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الأصول فليتأمل قوله: (**ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك**) يعني لا يتيقن بعدم قصد الوليّ لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله. وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعاً للهلاك، كذا في الشروح. أقول: للخصم أن يقول: لا شك أنه يتعين مدفعاً للهلاك شرعاً، فإن القاتل يصير محقون الدم بعده، حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه، وكونه مدفعاً للهلاك شرعاً يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه، إذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرّر عند تحقق الخلاص عنه شرعاً بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلاً بعد أداء ذلك أيضاً، فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال يعدّ ذلك سفهاً وإلقاء نفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه. ثم أقول: لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعاً للهلاك أن يقال: هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الأصول. قال في العناية أخذاً من النهاية: قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز. وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم

العمد. أجاب بقوله وفي الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار، فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرّم لا يجب إهدار دمه، على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس، والعمد ليس في معناه حتى يلحق به. وقوله: (**ولا يتيقن بعدم قصد الوليّ بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك يجب وذلك لجواز**

واجب وكتب، ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخاً لوجوبه انتهى. والمذهب عند الحنفية أنه نسخ، وموضع بيانه أصول الفقه قوله: (**جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك**) أقول: فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة، وذلك يكفي لغرض الشافعي، لأن المراد هو كونه مدفعاً شرعياً للهلاك الشرعي والقتل المتسحق، فإن القاتل يكون محقون الدم بعده إذا قتله أحد الولي أو غيره يقتص فليتأمل قوله: (**وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه**) أقول: ضمير رضاه راجع إلى الولي قوله: (**قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز**) أقول: جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح، مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئاً قوله: (**وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم**) أقول: فيه بحث، لأن رضا القاتل لا يفيد، ورضا الولي موجود في محل النزاع، والأولى أن يكتفي في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة، إذ لا مانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل، بخلاف ما نحن فيه قوله: (**والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا**) أقول: على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية، وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب، وهذا كما يقال للدائن: خذ بدينك إن شئت دراهم وإن شئت دنانير وإن شئت عروضاً، ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المديون، كذا في شرح الزيلعي، وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولي بين القتل وأخذ الدية، غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل، وعدم إفادته الشافعي لا يفيدنا، فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل قوله: (**فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية**) أقول: فيه بحث.

إيجابها. ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها، ولأن الكفارة من المقادير، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى. ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ميراث

انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الوليّ موجود في محل النزاع، والأولى أن يكتفي في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة، إذ لا مانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل، بخلاف ما نحن فيه انتهى. أقول: بحثه ساقط، لأن قوله لأن رضا القاتل لا يفيد غير مسلم، فإن رضاه إذا اجتمع مع رضا الوليّ يفيد أمراً زائداً على رضا الوليّ وحده، فإن التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة، وعن هذا قال الله تبارك وتعالى ﴿والصلح خير﴾ النساء (١٢٨) بخلاف رضا الوليّ وحده فإنه الإنسان كثيراً ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم، وقد كان صاحب النهاية أشار إلى ما قلنا حيث قال: في بسط الجواب المذكور: قلت لا كذلك لأنهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعاً لأن للتراضي والتصالح تأثيراً في دفع الشر، قال الله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ النساء (١٢٨) ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى. ثم قال في العناية: وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»[1] وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية، والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور، فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد، لا لأنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم، بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول، فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى. أقول: فيه نظر، إذ للخصم أن يقول: إنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعاً لحكمة القصاص أن لو كان إيجابه في مقابلته على وجه التعيين، وأما إذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص إذ للولي حينئذٍ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص، فإذا لم يختره بل اختار المال كان تاركاً للانتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليه من حقه قوله: (**ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها**) قال تاج الشريعة: فإن قلت: يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة. قلت: هو جناية على المحل، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد، ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان، والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى. أقول: في الجواب بحث. أما أوّلاً فلأنه لا يدفع السؤال المذكور لأن مورده مضمون الدليل المزبور، وهو أن الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة

أن يأخذ الوليّ المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله) قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز. وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم، وعورض بقوله ﷺ «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية. والجواب أن الحديث خبر واحد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٢ و ٦٨٨٠ ومسلم ١٣٥٥ وأبو داود ٤٥٠٥ والنسائي ٨/٣٨ وابن حبان ٣٧١٥ وأحمد ٢/٢٣٨ والبيهقي ٨/٥٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة في خبر تحريم مكة مطولاً وفيه: ومن قتل له قتيل، فهو بخير النظرين إما أن يقتل، أو يفدي.
وأخرجه أبو داود ٤٥٠٦ وابن ماجه ٢٦٢٦ وأحمد ٢/١٨٣ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: لا يقتل مؤمن بكافر، ومن قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤا قتلوه، وإن شاؤا أخذوا الدية. وإسناده حسن رجاله ثقات.

لقاتل»[1] قال: **(وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح)** وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد. وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً

لا أصل المدعي وهو أنه لا كفارة في القتل العمد، فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل، وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ إنما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعي، فإنه يمكن الجواب عنه حينئذٍ بأن ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الأولى، وأما ثانياً فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً، فلو كان قتل صيد المحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً قوله: **(ولأن الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الأدنى لا يدل على تعينها لدفع الأعلى)** هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لا يدل على تعينها لدفع الذنب الأعلى وهو العمد، فإن كم من شيء يتحمل الأدنى للقدرة عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه، كذا في النهاية وغيرها، قال صاحب العناية: فإن قال الشافعي قد دلّ الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الأسقع قال: «أتينا رسول الله ﷺ بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى

فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور، فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لا لأنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم، بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول، فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع

قوله: **(وقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً﴾ الخ)** أقول: ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لأن المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد في النار. ولك أن تقول: أريد بالخلود المكث الطويل، والله تعالى أعلم بمراده قال المصنف: **(وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث)** أقول؛ قال ابن العز: الحديث حجة عليه لا له، فإن العصا لا يطلق إلا

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه مالك ٢/ ٨٦٧ ح ١٠ وابن ماجه ٢٦٤٦ والبيهقي ٦/ ٢١٩ كلاهما عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن أبا قتادة رجل من بني مُدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل. وآخره: فقال عمر: أين أخو المقتول؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن.

قلت: والصواب أنه مرسل. وبين ذلك البيهقي بقوله عقب روايته مع مرسل آخر: وهذه مراسيل جيدة يقوي بعضها بعضاً. وقد روي موصولاً من أوجه اهـ.

قلت: أخرجه الدارقطني ٤/ ٩٦ . ٩٧ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: ليس للقاتل من الميراث شيء. وإسناده حسن. ومن وجه آخر أخرجه أبو داود ٤٥٦٤ عن عمرو به.

وأخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ و ٢٧٢٣٥ والدارقطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ والديلمي ٤٦٩٢ كلهم من حديث أبي هريرة ومداره على إسحق بن أبي فروة. قال الترمذي: لا يصح. وإسحق تركه بعض أهل العلم. منهم أحمد بن حنبل.

وقال البيهقي: إسحق لا يحتج به إلا أن شواهده تقويه. ومن ذلك ما أخرجه أبو داود في مراسيله ٣٢٣ والبيهقي ٦/ ٢١٩ كلاهما عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً. وإسناده إلى سعيد قوي ومرسلات ابن المسيب جيدة يقبلها حتى الشافعي مع أنه يردُّ المرسل.

وأخرجه الدارقطني من وجه آخر عن ابن المسيب عن عمرَ مرفوعاً. سنن الدارقطني ٤/ ٩٦.

الخلاصة: هذا الحديث بمجموع هذه الطرق المرسلة، والموصولة يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم.

فائدة: قال الترمذي عقب روايته: والعمل على هذا عند أهل العلم: أن القاتل لا يرث كان القتل عمداً أو خطأ وقال مالك: إن كان خطأ يرث.

للقود. وله قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل»[(١)] ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه، إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله، وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة، فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة. قال: **(وموجب ذلك على**

بكل عضو منها عضواً منه من النار»[(٢)] وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد، قلنا: لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين. سلمناه لكنه لا يعارض إشاره قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء (٩٣) فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى. أقول: للخصم أن يقول: هذا مشترك الإلزام، إذ القصاص واجب في القتل العمد بالإجماع، فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكوراً في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وإن حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الأخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف. وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الأمر كذلك في شأن الكفارة، ثم أقول: يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة: (١٧٨) فإن دلت إشارة قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء (٩٣) على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ على وجوب القصاص في القتل العمد. وقد تقرر في علم

حكمة القصاص، وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه تعذر الاستيفاء حينئذٍ، أو أن يكون محل القصاص ناقصاً بأن تكون يد قاطع اليد أقل أصبعاً وأمثال ذلك. وقوله: **(ولا كفارة فيه**

على ما لا يقتل غالباً، ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعاً وأسطوانة ونحوهما، وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى. وجوابه أن العصا الكبيرة إذا ضرب بها عمد عندهما قال المصنف: **(والكفارة لشبهه بالخطأ)** أقول: وفيه أن تعينها لدفع الأدنى لا يعينها

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٤٨ و ٤٥٤٧ والنسائي ٨/ ٤١ في القسامة. وابن ماجه ٢٦٢٧ وابن حبان ٦٠١١ والدارقطني ٣/ ١٠٤ ـ ١٠٥ والبيهقي ٨/ ٤٥ من طرق عن خالد الحذّاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن النبي ﷺ قال: ألا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط، والعصا. مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها.
وأخرجه الشافعي ٢/ ١٠٨ وعبد الرزاق ٢/ ١٧٢ وابن أبي شيبة ٩/ ١٢٩ ـ ١٣٠ وأحمد ٢/ ١١ وأبو داود ٤٥٤٩ والنسائي ٨/ ٤٢ وابن ماجه ٢٦٢٨ والدارقطني ٣/ ١٠٥ والبيهقي ٨/ ٤٤ والبغوي ٢٥٣٦ من طرق عن علي بن زيد عن القاسم بن ربيعة عن عبد الله بن عمر.
وروى البيهقي ٨/ ٦٩ بإسناده عن ابن معين وقد سئل عن حديث علي بن زيد فقال: ليس بشيء وإنما هو حديث خالد الخداء. عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٩٥: رجاله رجال الصحيح إلا أن مكحولاً لم يسمع من أم أيمن.
(٢) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٣٩٦٤ والنسائي في الكبرى ٤٨٩١ وأحمد ٣/ ٤٩٠ ـ ٤٩١ و ٤/ ١٠٧ والطبراني في الكبير ٢٢ (٢١٨) (٢٢١) وابن حبان ٤٣٠٧ والحاكم ٢/ ٢١٢ والبيهقي ٨/ ١٣٢ ـ ١٣٣ من طرق عن إبراهيم بن أبي عبلة عن الغريف بن عياش بن فيروز الديلمي عن واثلة به.
ورجاله ثقات وأخرجه النسائي ٤٨٩٠ عن ابن أبي عبلة عن رجل قال: قلنا لواثلة حدّثنا حديثاً... فذكره وأخرجه الحاكم ٢/ ٢١٢ ـ ٢١٣ عن واثلة
قلت: ومداره عند الأكثر على الغريف بن فيروز وهو مقبول كما في التقريب.
وبعضهم جعله عن عبد الله بن فيروز الديلمي وهذا ثقة من كبار التابعين. قاله في التقريب.
تنبيه: قوله قد استوجب النار بالقتل.
هذا اللفظ ليس في رواية أصحاب السنن، أو الحاكم، وابن حبان. وإنما هو عندكم: قد أوجب. وهو بهذه الزيادة غريب وأخرجه البخاري ٢٥١٧ و ٦٧١٥ ومسلم ١٥٠٩ والترمذي ١٥٤١ والنسائي في الكبرى ٤٨٧٤ و ٤٨٧٥ و ٤٨٧٦ وابن حبان ٤٣٠٨ وابن الجارود ٩٦٨ والبيهقي ١٠/ ٢٧١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً: أيما رجل أعتق امرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من النار. هذا لفظ البخاري. وليس عند أحد تلك الزيادة. وهي: قد استوجب النار بالقتل. فهو بهذه الزيادة غريب. والصواب ما في الصحيحين بدونها والله أعلم.

القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب **(والكفارة)** لشبهه بالخطأ **(والدية مغلظة على العاقلة)** والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ، وتجب في ثلاث سنين لقضية

الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وثانيهما أن القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الأصول، وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الأصول أيضا. والظاهر من الجزاء المضاف إلى الفاعل في قوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء: (٩٣) هو جزاء فعله من كل الوجوه، فلا يلزم أن يكون القصاص مذكوراً فيه، بخلاف الكفارة لو أوجبناها، وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ها هنا نقلاً عن المبسوط والأسرار: ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن المذكور في الآية جزاء القتل العمد، وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة، ولأن زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخاً وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازاً يقال خلد فلان في السجن إذا طالت المدة انتهى. أقول: ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم. أما الأول منهما فلأن كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضاً على تقدير حملها على المستحل، إذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله، ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة، ففي الآية إذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص، وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمناً متعمداً دون من يرتد عن دين الإسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداء الذي جزاؤه جهنم على الخلود، وهذا معنى لطيف لا يخفى، وأما الثاني منهما فلأنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص، بل يكون الاستحلال حينئذٍ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من ﴿متعمداً﴾ النساء (٩٣) معنى مستحلاً مجازاً بقرينة ذكر الخلود، كما في الجزاء أن أئمتنا حملوا متعمداً على هذا المعنى في قول النبيّ ﷺ «من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر» وبأن يكون معنى من يقتل مؤمناً من يقتله لكونه مؤمناً كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد، فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي عليه المأخذ. ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمناً يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلاً، والعجب من هؤلاء الأجلاء، هم أصحاب المبسوط والأسرار والنهاية ومعراج الدراية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا. قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة: وهو عندنا إما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره، ويؤيده «أنه نزل في مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاماً في بني النجار ولم يظهر قاتله، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يدفعوا إليه ديته فدفعوا، ثم حمل على مسلم فقتله ورجع إلى مكة مرتداً»[1]. أو المراد بالخلود المكث

عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً. وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطإ لأنه لستر الذنب والذنب في العمد أعظم **(ولنا أنه كبيرة محضة)** وما هو كذلك لا يكون سبباً لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه وقوله: **(ولأن الكفارة)** جواب عن

لدفع الأعلى كما سبق آنفاً قال المصنف: **(والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ)** أقول: الأصل في وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما سيأتي في المعاقل، والقتل فيه كان شبه عمد، وفي

---

(١) مقطوع. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ١٩٥: أخرجه ابن جريج ومن طريقه ابن المنذر كلاهما عن عكرمة قال: . . . فذكره. وأخرجه ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير. فذكره اهـ. قلت: فهذا الأثر لا يقال مثله بالرأي وإنما سمعه عكرمة وابن جبير من الصحابة والله أعلم.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وتجب مغلظة، وسنين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى **(ويتعلق به حرمان الميراث)** لأنه جزاء القتل، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث. ومالك وإن أنكر معرفة شبه

الطويل، فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم، وإلى هنا لفظ القاضي قوله: **(وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه الخطإ)** أقول: الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ أو إلحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ، وأياً ما كان يرد عليه أن يقال إن تعينها لدفع الذنب الأدنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الأعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ، إذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنباً من الخطأ المحض، فإن الجاني في الأول قاصد في الضرب بخلاف الثاني، وعن هذا قالوا في الأول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا إثم فيه فالأولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: والكفارة لأنه خطأ نظراً إلى الآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء الآية (٩٢) انتهى. قوله: **(والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطإ)** أقول: مدلول قوله اعتباراً بالخطأ أن يكون الأصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ، وأن

قياس الشافعي وهو واضح. فإن قيل: هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لأنهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم إذا قتل الصيد عمداً فإنه كقتله خطأ. فالجواب أن المماثلة ممنوعة، فإن ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيته لعلتها كما مر. فإن قيل: قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع «أتينا رسول الله ﷺ بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار» وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد. قلنا: لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين. سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف. قال: **(وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ)** اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل، فقال أبو حنيفة رحمه الله: شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة. وقالا: هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات. فأما إذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض، قالا: سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا لكان عمداً، واقتصاره إنما يتصوّر في استعمال آلة لا يقتل بها غالباً كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه، لا في استعمال لا تلبث فإن لا يقصد باستعمالها إلا القتل ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ **«ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل»** رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه. ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز، ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله، وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالباً، وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة. وقوله: **(وموجب ذلك)** أي موجب شبه العمد على القولين: يعني قول أبي حنيفة وقولهما **(الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب)** على ما مر من تفسيره **(والكفارة لشبهه بالخطإ والدية مغلظة على العاقلة. والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة)** احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمداً عن إقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمداً فإن في هذه

معراج الدراية روى الطحاوي عن المغيرة بن شعبة «أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط، فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة» متفق عليه، وهو حديث حمل بن مالك في الغرة كما يجيء انتهى، فكيف يقاس بالخطأ قوله: **(وقد كان قتله عمداً)** أقول: بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلاً قال المصنف: **(والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث)** أقول: صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلفيق.

العمد فالحجة عليه ما أسلفناه. قال: (**والخطأ على نوعين: خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم. وخطأ في الفعل، وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة**) لقوله تعالى: ﴿**فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله**﴾ الآية، وهي على عاقلته في ثلاثة

يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتاً بالقياس على الخطأ، وليس ذلك بواضح، إذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقل: والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء «قوموا فدوه»[١] انتهى. وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فإن تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال «كنت بين ضربتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل، ولا شرب ولا أكل، ودم مثله يطل، فقال عليه الصلاة والسلام: أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه»[٢] وهكذا ذكر في المبسوط أيضا، ولا ريب أن قضاء رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك في الحديث إنما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ، فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتاً بالنص دون القياس، وكان الأصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل قوله: (**ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه**) قال جمهور الشراح: أراد به قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا»[٣] وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول: ما

الصورة تجب الدية على القاتل في ماله. وقوله: (**لقضية عمر رضي الله عنه**) يعني ما روي عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروى عنه كالمروى عن رسول الله ﷺ لأنه مما لا يعرف بالرأي. وقوله: (**فالحجة عليه ما أسلفناه**) قيل أراد قوله ﷺ «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث، ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما روينا والحق أن يقال: إنما قال أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى المعقول. قال: (**والخطأ على نوعين**) إنما انحصر الخطأ في نوعين، لأن الرمي إلى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثاني فهو الثاني. وقوله: (**لما بيناه**) إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه (**ولا إثم فيه في الوجهين**) أي النوعين لقوله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ» الحديث. وقوله: (**ويحرم عن الميراث لأن فيه**

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١٠ ومسلم ١٦٨١ من وجوه وأبو داود ٤٥٧٦ والنسائي ٨/ ٤٨ والدارمي ٢/ ١٩٧ وابن الجارود ٧٧٦ وابن حبان ٦٠٢٠ وأحمد ٢/ ٥٣٥ والبيهقي ٨/ ١١٤ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
وأخرجه مسلم ١٦٨٢ وأبو داود ٤٥٦٨ والترمذي وكذا أخرجه ابن حبان ١٤٥٤ والحاكم ١/ ٦ . ٧ وصححه ووافقه الذهبي.
وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.
وأخرجه مسلم ٨٢ من وجوه وأبو داود ٤٦٧٨ والترمذي ٢٦٢٠ و ٢٦١٨ والنسائي ١/ ٢٣٢ والدارمي ١/ ٢٨٠ وابن ماجه ١٠٧٨ وابن أبي شيبة ١١/ ٣٤ وأحمد ٣/ ٣٧٠ . ٣٨٩ وابن حبان ١٤٥٣ والدارقطني ٢/ ٥٣ والبيهقي ٣/ ٣٦٦ والبغوي ٣٤٧ والقضاعي ٢٦٧ من طرق كلهم من حديث جابر مرفوعاً: إن بين الرجل وبين الشرك والكفر، ترك الصلاة.
هذا لفظ مسلم وغيره. وكرره بدون لفظ: إن . و: الرجل.
وأخرجه أحمد ٦/ ٤٢١ من حديث مكحول أم أيمن مرفوعاً: من ترك الصلاة متعمداً، فقد برئت منه ذمة الله.
١٤١١ والدارمي ٢/ ١٩٦ والنسائي ٨/ ٥١ والطيالسي ٦٩٦ والطحاوي ٣/ ٢٠٥ . ٢٠٦ وابن الجارود ٧٧٨ وابن حبان ٦٠١٦ من طرق كلهم من حديث المغيرة بن شعبة به. وليس فيه لفظ «قوموا فدوه» وإنما عجزه عند مسلم وغيره «وجعل عليهم الدية» والمعنى واحد وهو وجوب الدية.
وطَلّ: معناه أهدر. يقال: طلّ السلطان الدم أي أهدره.

(٣) تقدم مستوفياً قبل أربعة أحاديث وإسناده جيد.

سنين، لما بيناه **(ولا إثم فيه)** يعني في الوجهين. قالوا: المراد إثم القتل، فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من

رويناه، وقال: والحق أن يقال إنما قال أسلفناه نظراً إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى. أقول: فيه كلام. وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد، فإنه قال: لا أدري ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد، وخطأ، إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله: **(والخطأ على نوعين: خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصا يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً)** أقول: في عبارة الكتاب ها هنا تسامح، فإنه قال في تفسير الخطأ في القصد: وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا الخ. وقال في تفسير الخطأ في الفعل: وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره، بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته فكان أخص منه جداً فلم يصلح لأن يكون تفسيراً له، فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما، وهو نحو أن يرمي أو هو كأن يرمي إشارة إلى العموم، كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطأ قصداً كرميه مسلماً ظنه صيداً أو حربيا وفعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى. ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية: الخطأ ضربان: خطأ في القصد، وخطأ في الفعل، فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر، كما إذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده، فإنه قصد بهذا الفعل حربياً لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى، وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكأنه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك، فإنه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل، والشرط المذكور مفقود في الصورتين، ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم، فإنه إذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى، أقول: كل من وجهي رده ساقط جداً، أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده، بل قال: فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر، وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر، ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده. مثال الأول ما ذكره الرادّ من الصورتين، ومثال الثاني وهو الأكثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ، بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتي صذور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة. وأما الثاني فلأن تحقق الخطأ في الفعل في صورة إن سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً ممنوع، بل المتحقق هناك ما أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطأ إذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره، وفي صورة إن سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجري مجرى الخطأ، والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما أجري مجرى الخطأ

إنما) بدليل وجوب الكفارة، والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية، قيل على المورّث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث، وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده، إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه، وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى. وقوله: **(بخلاف ما إذا تعمد)** متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية. وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود. ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ، وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ، إلا أنه

حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى **(ويحرم عن الميراث)** لأن فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد. قال: **(وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع، وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه، وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة)** لأنه سبب التلف وهو متعدّ فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية **(ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث)** وقال الشافعي: يلحق بالخطإ في أحكامه، لأن الشرع أنزله قاتلاً. ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا، وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه **(وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها)** لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة.

فإنه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلاً فيما بعد قوله: **(ولا إثم فيه: يعني في الوجهين)** أقول: كان الأولى للمصنف أن يقول: يعني في كل واحد من الوجهين، إذ يحصل حينئذٍ إصلاح إفراد الضمير أيضا.

كالخطأ في الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله. وقوله: **(لأن الشرع أنزله قاتلاً)** يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان. ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به، وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقي في حق غيره على الأصل. فإن قيل: الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه إثم من القتل يصبح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطإ. أجاب بقوله: **(وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه)** أي الإثم الحاصل بالقتل يصبح تعليق الحرمان به، وما ذكرتم ليس كذلك فإن إثمه إثم الحفر لا الموت. وقوله: **(وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها)** يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ **(لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة)** فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه، وأما ما دونها فإنه يقصد إتلافه بغيره كما يقصد به؛ ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة.

قال المصنف: **(لأن فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به)** أقول: الأظهر أن يقول: لأنه قاتل، وإلا فمجرد وجود الإثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال: (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه، وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة. قال: (ويقتل الحرّ بالحر والحرّ بالعبد) للعمومات. وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى: ﴿الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد﴾ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حرّ بعبد، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحرّ

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة قوله: (أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[1] ومن أن الجناية بها تتكامل، كذا في العناية وغاية البيان. وقال بعض الفضلاء: ومن قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة (١٧٨) على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناً اهـ. أقول: فيه نظر، لأن قوله تعالى: قوله: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾إنما يدل على وجوب القصاص في القتل. وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لإطلاقها، وإنما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال: والقود لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وقال: إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] أي موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل الخ، فكيف يتصوّر أن يندرج قوله تعالى ﴿كتب عليكم﴾ الخ في قول المصنف ها هنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض، ومن قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ تبصر قوله: (وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: فإن قال الشافعي: جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره. أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعاً، إذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. قال: (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص، وحقن الدم منعه أن يسفك. وقوله: (على التأبيد) احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبىء عنها القصاص، ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله ﷺ «العمد قود» ومن أن الجناية بها تتكامل، وفيه بحث من أوجه: الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب. الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير متصوّر لأن أنهى ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى. الثالث أنها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص. الرابع إن قيد التأبيد لثبوت المساواة، وإذا قتل المستأمن مسلماً

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قوله: (لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول: ومن قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناً قوله: (والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء، ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول: لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه إلا لضرورة، ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال: إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أراد ولي الدم الاستيفاء، أو يقال: هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم، وقد فسر بهذين الوجهين

---

(١) تقدم مستوفياً في أول هذا الباب.

(٢) هو المتقدم.

بطرفه، بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحرّ لأنه تفاوت إلى نقصان، ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين وبالداء ويستويان فيهما، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة، والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه. قال: **(والمسلم بالذمي)** خلافا للشافعي له قوله عليه

المستأمنين وليس كذلك ا هـ. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح، لأن حاصله منع مانعية شبهة الإباحة عن القصاص، وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الإباحة في العبد، ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة، فالصواب في الشرح أن يقال: ومعناه أن شبهة الإباحة غير ثابتة في العبد وإلا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين قوله: **(والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه)** هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد في الآية. ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى ﴿والأنثى بالأنثى﴾ البقرة (١٧٨) فإنه لا ينفي أن يقتل الأنثى بالذكر ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية، وهو ما روي عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت إحداهما تدعي الفضل على الأخرى فقالت: لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردّاً عليهم[1] كذا في الشروح أقول: لقائل أن يقول إن التخصيص بالذكر وإن لم يدل على نفي ما عداه إلا أن تعريف المستند إليه بلام الجنس يفيد القصر نحو: الكرم التقوى: أي لا غيرها والأمير الشجاع؟ أي لا الجبان، ونحو التوكل على الله و «الإمام من قريش»[2] إلى غير ذلك من الأمثلة كما عرف في علم الأدب. وقد استدل الأئمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عيناً لا واحد من القود والدية

وجب القصاص ولا مساواة بينهما فالجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو. وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض. وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالاً لشبهة الأبوة. وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء، بخلاف العكس. وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وقوله ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولية سلطاناً﴾ وقوله ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ وقوله ﷺ «العمد قود» وذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح. وقوله: **(وهي)** أي العصمة **(بالدين)** يعني عنده **(أو بالدار)** يعني عندنا **(و)** العبد والحر **(يستويان فيهما)** فيجري القصاص بينهما، فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره. أجاب بقوله: **(وجريان القصاص)** ومعناه لا يصلح ذلك مانعاً، إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المتسأمنين وليس كذلك. وقوله: **(والنص تخصيص بالذكر)** جواب عما استدل به من المقابلة في الآية، ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله: ﴿والأنثى بالأنثى﴾ فإنه لا ينفي

قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص﴾ الآية قوله: **(ما هو بحسب الأصل)** أقول: الأصل ها هنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى قوله: **(لكنه انقلب مالاً لشبهة الأبوة)** أقول: الظاهر أن يقال لحرمة الأبوة، ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة في درء القصاص وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» قوله: **(وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان)** أقول: يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة، بل لا بد من المساواة في الجزء المبان في كونه معيباً وسلامته من العيب، فطرف العبد معيب، بخلاف طرف الحر.

---

(١) أثر ابن عباس. ذكره السيوطي في الدر المنثور ١/ ١٧٢ ونسبه لابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير. وكذا رواه عبد بن حميد، وابن جرير عن الشعبي بنحوه، وأخرجه ابن جرير، وابن مردويه عن أبي مالك بنحوه لكن في آخره: قال ابن عباس: نسختها آية (النفس بالنفس) اهـ.

قلت: ولم أره عن ابن عباس صريحاً من قوله.

(٢) هذا بعض حديث وقد تقدم وسياقه «الأئمة من قريش»

الصلاة والسلام «لا يقتل مؤمن بكافر»(١) ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية، وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة. ولنا ما روي «أن النبي ﷺ قتل مسلما بذمي»(٢) ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة، والمراد بما روى الحربي لسياقه «ولا ذو عهد في عهده»

لا بعينه بقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»(٣) وقالوا: وجه التمسك به أن الألف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه. والجواب أن اللام إنما يجوز حملها على الجنس إذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الأدب وعلم الأصول أيضاً، وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر، وقد أشار إليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله: **(وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى. ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ البقرة (١٩٣) والأنفال (٣٩) أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ا هـ. أقول: قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر. أما أوّلاً فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال: لأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر

الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول، وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعي إحداهما فضلاً عن الأخرى اقتتلنا، فقالت مدعية الفضل: لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحرّ منهم بقتل العبد منا، فأنزل الله تعالى هذه الآية رداً عليهم، ولم يذكر الجواب عن الأطراف. وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر. قال: **(والمسلم والذمي فيه سواء)** اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي، فذهب عامة العلماء إلى عدمه، وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي. استدل الأولون بما روى أبو جحيفة قال:

قوله: **(ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي ثابتة نظراً إلى التكليف: يعني عنده، أو الدار: يعني عندنا)** أقول: ولهذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١٥ والترمذي ١٤١٢ والدارمي ٢٢٦٧. ٢/ ١٩٠ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٧ وابن الجارود ٧٩٤ والبيهقي ٨/ ٢٨ وأحمد ١/ ٧٩ من طرق كلهم من حديث علي في خبر الصحيفة المشهور عن أبي جحيفة قال: قلت لعلي: هل عندكم كتاب؟ قال: لا. إلا كتاب الله، أو فهم أعطيه رجل مسلم، أو ما في هذه الصحيفة. قال: قلت: وما في هذه الصحيفة؟ قال: العقل، وفكاك الأسيرة، ولا يقتل مسلم بكافر.
وأخرجه أبو داود ٤٥٣٠ وأحمد ١/ ١٢٢ والبيهقي ٨/ ٢٨ من طريق قيس بن عباد عن علي به وأخرج أبو داود ٤٥٣١ وابن ماجه ٢٦٥٩ و ٢٦٨٥ مفرقاً وأحمد ٢/ ١٩١ ـ ١٩٢ ـ ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٩ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً المسلمون تتكافأ دماؤهم...
وعجزه: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده.
(٢) مرسل واهٍ. أخرجه الدارقطني ٣/ ١٣٥ ـ ١٣٤ والبيهقي ٨/ ٣٠ كلاهما عن عبد الرحمن بن البيلماني عن ابن عمر مرفوعاً بزيادة: أنا أولى من وفى بذمته.
قال الدارقطني: لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث. والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل. وابن البيلماني لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله والله أعلم اهـ ونقل البيهقي كلام الدارقطني هذا ووافقه.
والمرسل. أخرجه الدارقطني ٣/ ١٣٤. ١٣٥ وأبو داود في مراسيله ٢٢٠ والبيهقي ٨/ ٣٠/ ٣١ كلهم عن عبد الرحمن بن البيلماني مرسلاً به رووه من طرق عدة مرسلاً ومداره على البيلماني وهو ضعيف كما في التقريب. ومتروك كما قال الدارقطني.
فائدة: وأسند البيهقي ٨/ ٣١ عن القاسم بن سلام أبي عبيد قال: هذا حديث ليس بمسند ولا يجعل مثله إماماً يسفك به دماء المسلمين وقد أخبرني عبد الرحمن بن مهدي عن عبد الواحد بن زياد
قال: قلت لزفر: فلتم: إنا ندرأ الحدود بالشبهات، وقد جئتم إلى أعظم الشبهات، فأقدمتم عليها. قال: وما هي؟ قال: قلت: المسلم يقتل بالكافر. قال: فاشهد أنت على رجوعي عن هذا
(٣) تقدم في أول هذا الباب.

والعطف للمغايرة. قال: **(ولا يقتل بالمستأمن)** لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذلك كفرع باعث على

مبيحاً يورث شبهة عدم المساواة ويجعلها استدلالاً آخر فهلا يكون هذا منافياً لما سبق أو مستدركاً. وأما ثانياً فلأنه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال: والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة، وذلك قطعي الدلالة، على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة، إذ لا شك أن قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي، وإنما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الإباحة في دم الذميّ. فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الإباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله، وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسألة السابقة فحينئذٍ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى قوله: **(ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار)** قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً إلى التكليف: يعني عنده، أو الدار: يعني عندنا ا هـ. أقول: وزع الشارح المذكور قول المصنف نظراً إلى التكليف أو الدار إلى المذهبين كما ترى، فحمل قوله إلى التكليف على مذهب الشافعي، وقوله إلى الدار على مذهبنا، لكنه محل نظر لأن المصنف لما قال في تعليل المسألة السابقة. ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار. قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضاً هناك، وهي أي العصمة بالدين: يعني عنده، أو بالدار: يعني عندنا، فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي، وإذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الإسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل. ثم أقول: لعل كلمة أو في قول المصنف نظراً إلى التكليف، أو الدار بمعنى الواو كما في قوله:

سيان كسر رغيفه ... أو كسر عظم من عظامه

«سألت علياً رضي الله عنه هل عندك من رسول الله ﷺ سوى القرآن؟ قال لا، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة، قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر». وبأن القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه. وإنما قيد بوقت الجناية لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع، وبأن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة. ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمهما الله «أن رجلاً من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: أنا أحق من وفى بذمته، ثم أمر به فقتل» وفي دلالته على المطلوب جلاء لا يمارى. وردّ بأن مداره على ابن السلماني وهو ضعيف. قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله: ابن السلماني حديثه منكر، روى عنه ربيعة أن النبيّ ﷺ قتل مسلماً بمعاهد وهو مرسل منكر. وقال الدارقطني: ابن السلماني لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل.

يقتل الذمي بالذمي قوله: **(قلنا: فيكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص)** أقول: لم لا يجوز أن يقال: يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوماً نظراً إلى مثله، وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم، إلا أن يقال: العظمة لا تتجزى قوله: **(والعطف للمغايرة)** أقول: قال الإتقاني: ولنا في هذا الكلام نظر. لأنا نقول: نعم العطف للمغايرة، ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن، ولكن نقول: إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق، فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذمي اهـ. فيه بحث. وفي الكفاية: فإن قيل: جاز أن يراد بذي العهد المسلم. قلنا: العطف يقتضي المغايرة اهـ. وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الإتقاني فليتأمل قوله: **(فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى: ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾)** أقول: له أن يقول: هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام «من قتل معاهداً لم يرح رائحة الجنة» فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق، فكذا النهي في هذا الحديث عن قتله بغير حق، وله نظائر قوله: **(وإلا لكان ذلك أعم)** أقول: أي الكفار الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي قوله: **(فما فرضناه دليلاً)** أقول: أي على التقدير قوله: **(لا يكون دليلاً هذا خلف باطل)** أقول: المقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول، فيصلح الأول قرينة على تقدير الثاني، وتقييده بالحربي بدليل آخر فتدبر.

فيكون المجموع على مذهبنا، ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو، وعبارة الكافي والتبيين أيضاً فإن المذكور فيهما في هذا المقام، ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظراً إلى الدار وإلى التكليف اهـ. فإن قلت: لم لم تحمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو على أصل معناها؟ قلت: لأن التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص؛ ألا يرى أنه إذا قتل مكلف ولو كان مسلماً في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون في دار الإسلام أيضاً قوله: (**والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة**) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقتل مؤمن بكافر»[1] هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده»[2] فإنه معطوف على مؤمن، فالمعنى: ولا يقتل ذو عهد بكافر، ولا شك أن ذا العهد وهو الذمي إنما لا يقتل بالحربي دون الذمي، فإن جريان القصاص بين الذميين مجموع عليه. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي؟ قلنا لأن العطف يقتضي المغايرة، فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم، وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة، فإن قيل: ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام: أو لا يقتل ذو عهد في مدة عهده، قلنا: لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلاً بنفسه. والمراد بالأول نفي القتل قصاصاً لا نفي مطلق القتل، فكذا، في الثاني تحقيقاً لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين، هذا جملة ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذا من المبسوط والأسرار. وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل: قوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من حديث عليّ رضي الله عنه. وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار: إن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي[3] لم يكن مفرداً ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولاً بغيره وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده»[4] وإليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده. ووجه ذلك أن عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاماً تاماً في نفسه، وليس كذلك لأدائه إلا أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلماً، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾ البقرة (٢٨٥) ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي، وإذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك، وإلا لكان ذلك أعم، والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه، فما فرضناه دليلاً لا يكون دليلاً هذا خلف، إلى هنا لفظ العناية، أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن الأعم إنما لا يدل على الأخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الأخص: أي لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الأخص وحده، وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية: لا

والجواب أن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول، وقد عرف في الأصول (**ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً إلى التكليف**) يعني عنده (**أو الدار**) يعني عندنا فيثبت. وقوله: (**والمبيح كفر المحارب**) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح، وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قاتلوا

---

(١) أخرجه البخاري وأصحاب السنن عن علي من وجوه تقدم قبل حديثين.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٣٠ والنسائي ٨/ ٢٤ والبيهقي ٨/ ٢٨ وأحمد ١/ ١٢٢ كلهم عن قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال: انطلقت إلى علي عليه السلام أنا، والأشتر فقلنا: هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئاً لم يعهده للناس عامة؟ قال: لا، إلا ما في كتابي هذا. قال: فأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه: المؤمنون تتكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده، من أحدث حدثاً فعلى نفسه، ومن أحدث حدثاً، أو آوى محدثاً، فعليه لعنة الله، والملائكة، والناس أجمعين.

وإسناده حسن رجاله رجال البخاري ومسلم لكن قتادة مدلس وقد عنعنه وكذا الحسن والله أعلم.

(٣) تقدم قبل أربعة أحاديث رواه البخاري وغيره

(٤) تقدم قبل حديث واحد.

الحراب. لأنه على قصد الرجوع **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن)** لما بينا **(ويقتل المستأمن بالمستأمن)** قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح **(ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير، والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص**

دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث. وأما من حيث اندراج الأخص تحت ذلك الأعم فيدل عليه قطعاً بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الأخص ولغيره أيضاً؛ ألا يرى أنا إذا قلنا كل حيوان متحرك بالإرادة فلا شك أنه يدل على كون الإنسان متحركاً بالإرادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان، وكذا حال سائر الكليات بالنظر إلى ما تحتها من الجزئيات، وهذا أمر لا سترة به، ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشيء من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي، ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور. والثاني أن عدم كون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث، إذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلاً على مدعاه، بل جعله دليلاً عليه إنما يصح بعد تعين معناه، فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور. والثالث أن ما عده محذوراً وهو أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له لازم أيضاً على تقدير أن يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه، لأن الحربي مباين للذمي لا محالة، وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الأخص، فإن لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له فلأن لزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له أولى، فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله. ثم إن صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال: ولنا في هذا المقام نظر، لأنا نقول: نعم العطف للمغايرة، ولكن لم يعطف قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد على»[1] كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن. ولكن نقول: إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق، فعلم أن المراد من الكافر الحربي اهـ. أقول: نظره في غاية السقوط، لأن قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد»[2] لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعاً لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في

الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ وقوله: والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة: أي قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي لا يورث الشبهة إذا لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين. فإن قيل: يورث الشبهة إذا قتله مسلم. قلنا: فيكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص. قوله: **(والمراد بما روي)** جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه. وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن عليّ رضي الله عنه لم يكن مفرداً، ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ولكن موصولاً بغيره وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده» وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله: **(لسياقه ولا ذو عهد في عهده)** ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاماً تاماً في نفسه وليس كذلك لأدائه إلى أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلماً، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكاف على طريقة قوله تعالى: ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾ ثم الكافر الذي لا

قوله: **(لأن التقدير المذكور ليس بمروى)** أقول: يعني غير مذكور على قصد الرواية، بل لتتميم الدليل.

(١) حسن. تقدم قبل حديثين.
(٢) هو المتقدم.

الأطراف وبالمجنون) للعمومات، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني. قال: **(ولا يقتل الرجل بابنه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقاد الوالد بولده» وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد إذا ذبحه ذُبحا، ولأنه سبب لإحيائه، فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانيا وهو محصن، والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه، والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط. قال: **(ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده)** لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ. قال:

الحديث هو المؤمن أيضاً، إذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي، إذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضاً عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي، وأما إذا كان ذو عهد مغايراً لمؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي، وإلا يلزم أن لا يقتل الذمي بالذمي أيضاً مع أن خلافه مجمع عليه. والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد إليه جداً تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح قوله: **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا)** قال جماعة من الشراح: وهو قوله ولا ذو عهد في عهده، وحمله صاحب العناية على قوله لأنه ليس محقون الدم على التأبيد، ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال: ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد، وقيل هو إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد في عهده»[1] وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي، إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا، لأن التقدير المذكور ليس بمرويّ، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا، إلى هنا كلامه. **أقول:** في قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفيه قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر، لأنه إذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب، فإن قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث، فيحتاج إلى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل، وإنما يحصل الغنى عن السؤال والجواب إذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن، وجزم به صاحب البدائع حيث قال: وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال: «لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده»[2] عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم، فكان معناه: لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به، ونحن به نقول اهـ. قوله: **(ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا**

يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي، وإذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك، وإلا لكان ذلك أعم والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه، فما فرضناه دليلاً لا يكون دليلاً هذا خلف باطل. فإن قيل: فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب؟ فالجواب من جهتين: أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافراً حربياً فهو حرام لكن لا يقتص منه. والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان. وهذه المسألة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا. وقوله: **(ولا يقتل)** يعني المسلم **(بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد)** كما تقدم في أول الباب **(ولأن كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع)** إلى داره فكان الحربي **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا)** أنه ليس محقون الدم على التأبيد. وقيل هو إشارة إلى قوله ﷺ «ولا ذو عهد في عهده» وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن

---

(١) هو المتقدم قبل أربعة أحاديث.
(٢) هو المتقدم.

. . . .

يقاد الوالد بولده»)(١) قال تاج الشريعة: قلت: خص به عموم الكتاب لأنه لحقه الخصوص، فإن المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده. وذكر الإمام البزدوي أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصاً أو ناسخاً حكم الكتاب اهـ. أقول: الحق ما ذكره الإمام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه، لأن حاصل ما قاله أن الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنياً فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالنسبة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام، إذ قد تقرّر في الأصول أن العام الذي خص منه البعض إنما يصير ظنياً إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به، وأما إذا كان البعض من العام مخرجاً بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخاً لا مخصوصاً ويصير قطعياً في الباقي. ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاماً موصولا بها فلا ينافي قطعيتها، فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد. بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثاً مشهوراً كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا إلى ما ذكره الإمام البزدوي قوله: **(والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه)** قال الشراح: هذا جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه. وقال صاحب العناية بعد ذلك: ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اهـ. أقول: فيه بحث، إذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص، فلو قال: فمن المحال أن يتسبب لفنائه، فأما إن أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج إلى الجواب المذكور، وأما إن أراد بها شيئاً سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله: **(والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا)** أقول: من العجائب هنا أن الإمام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري: قلت: ذكر الجدة في الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر فيها

يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه. وعبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروى وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا. وقوله: **(للعمومات)** يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها. وقوله: **(ولأن في اعتبار التفاوت الخ)** يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله. قال: **(ولا يقتل الرجل بابنه الخ)** لا يقتل الإنسان بولده لقوله ﷺ **«لا يقاد الوالد بولده»** وهو معلول بكونه سبباً لإحيائه وهو وصف معلل ظهر

قال المصنف: **(والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه)** أقول: القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجيء في باب الشهادة في القتل فلا يلائمه كلام المصنف. وجوابه أنه فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة، فتارة يعين الأولى وتارة يعين الثانية احتيالاً في درء القصاص فليتأمل، فإن هذا كلام إجمالي كتبته تذكره قوله: **(ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه)** أقول: وأنت خبير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى، إذ معناها فمن المحال أن يستحق لأجله إفناؤه، ولا يدل على كون المستحق المقتول قوله: **(لأن شفقة**

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٤٠٠ وابن ماجه ٢٦٦٢ والدارقطني ٣/ ١٤٠ والبيهقي ٨/ ٣٨ ـ ٣٩ وأحمد ١/ ٤٩ كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر مرفوعاً.

ومداره على الحجاج بن أرطاة وهو غير قوي. وأخرجه الترمذي ١٠٤١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/ ١٤١ والبيهقي ٨/ ٣٩ كلهم من حديث ابن عباس: لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد.

قال الترمذي: فيه إسماعيل بن مسلم تكلم فيه من قبل حفظه

ورواه الترمذي عقبهُ من حديث سراقة وقال: لا نعرفه من حديث سراقة إلا من هذا الوجه وليس إسناده بصحيح وهذا حديث فيه اضطراب والعمل على هذا: أن الأب لا يقتل بابنه وإذا قذف ابنه لا يحدُّ اهـ.

قلت: وأخرجه الحاكم ٢/ ٢١٦ و ٤/ ٣٦٨ من حديث ابن عباس عن عمر لكنه واهٍ.

وأخرجه البيهقي من طرق أخرى واهية وكذا قال البيهقي. إلا أنها تتقوى بمجموعها فيرقى إلى درجة الحسن في أقل تقدير والله تعالى أعلم راجع نصب الراية ٤/ ٣٣٩ ـ ٣٤١ وتلخيص الحبير ٤/ ١٦ ـ ١٧.

(ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لحرمة الأبوة، قال: **(ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف)** وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعاً، فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف» والمراد به السلاح، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة أو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم. قال: **(وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أرى في هذا قصاصاً)** لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فأنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار لمن قال لغيره بعني هذه الجارية بكذا، وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا. وهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به، بخلاف تلك المسألة لأن حكم

الأجداد من قبل الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلاً فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي. قال: ولا يقتل أصول المقتول به وإن علوا خلافاً لمالك فيما إذا ذبحه ذبحاً اهـ. وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف» والمراد به السلاح)** قال صاحب العناية

أثره في جنس الحكم المعلل به، فإنه لا يجوز أن يقتل والده وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو وجده زانياً وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم من الوالد إلى الجد مطلقاً وإلى الأم والجدات كذلك فإنهم أسباب لإحيائه فلا يجوز أن يكون سبباً لإفنائهم. قوله: **(والقصاص يستحقه المقتول)** جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه، ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب. وقال مالك رحمه الله: إن ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطإ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب، لأن شفقة الأبوّة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة، قال المصنف رحمه الله: وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله. وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهومحصن فإنه يرجم. أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. لا يقال: فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه. لأن حق الملك بقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» صار شبهة في الدرء. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه سبب إحيائه. وقوله: **(ولا ولده)** بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل: يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده. وقوله: **(ومن ورث قصاصاً على أبيه)** مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلاً. وقوله: **(ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف)** يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف. وقال الشافعي رحمه الله: ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا تحز رقبته، وإن كان بغير مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف، لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به **(ولنا (قوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف» وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحاً)** فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف. أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعاً والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول إليه، وهذا مختار صاحب

الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول: أي تمنعه عن التعمد قوله: **(ويلحق به ما كان سلاحاً)** أقول: يأبى عن الإلحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع إباء قوله: **(فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف)** أقول: لا يمكن أن يورد هذا من طرف الشافعي، لأن القتل بالمثقل يوجب القود عنده قوله: **(أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعاً والحمل عليه مجازاً باعتبار ما يؤول إليه)** أقول: كان مراده أن خبر لا إذا كان من الأفعال الخاصة يجب ذكره، فقوله يجب ليس خبراً للا، بل هو معتبر في مفهوم القود، فإنه بصدد أن يجب إذا كان وجد في مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود، وفي بحث، فإن المراد به الوجود الشرعي، ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كما في المعنى الآخر فتدبر. ثم اعلم أن ضمير عليه في قوله والحمل راجع إلى «ما» في قوله دون ما يجب شرعاً.

ملك اليمين يغاير حكم النكاح. **(ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى)** لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حرّاً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق. بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها. **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار**

في حل هذا المحل: ولنا قوله ﷺ «لا قود إلا بالسيف»[1] وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحاً. أقول: فيه خلل، لأنه إذا كان نصاً على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحاً من غير السيف. وهو يتصوّر أن يدل كلام واحد على نفي شيء وإثباته معاً. والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور والسلاح مطلقاً بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[2] أي لا قود يستوفى إلا بالسيف، والمراد بالسيف السلاح، هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم. وقال أصحاب ابن مسعود: لا قود إلا بسلاح، وإنما كنى بالسيف عن السلاح ا هـ. وقال في النهاية: فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى إلا بالسيف. قلنا: القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعاً، وإن حمل عليه كان كان مجازاً، ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والإبرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف، وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء ا هـ. وذكر هذا السؤال في العناية

الأسرار. وفخر الإسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لأبي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير. وقوله: **(ولأن فيما ذهب إليه)** دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة. ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل، لأن فيه الخرج بعد فعل مثل ما فعل به، وأنه غير جائز لأدائه إلى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم، فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عمداً فإنه لا يقتص منه، وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى. قال:

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٦٦٨ والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٣٤١ كلاهما من طريق الحر بن مالك عن مبارك بن فضالة عن الحسن أبي بكرة مرفوعاً.

وقال البزار: أحسب الحر بن مالك أخطأ فيه والناس يروونه مرسلاً اهـ.

وقد توبع فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٦٣ من وجه آخر عن مبارك بن فضالة به، وأعله البيهقي بمبارك وذكره ابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٦١ من هذا الوجه وقال: قال أبي: هو حديث منكر.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٦٢. ٦٣ كلاهما بسند حسن عن الحسن مرسلاً.

وأخرجه ابن ماجه ٢٦٦٧ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٨٤ والدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٤٢. ٦٢ والطيالسي ٨٠٢ كلهم من حديث النعمان بن بشير مداره على جابر الجعفي كذبه أبو حنيفة وغيره. وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/ ٢٩١ والدارقطني ٣/ ٨٨ كلاهما من حديث ابن مسعود وقال الدارقطني والهيثمي: فيه سليمان بن أرقم متروك. وأخرجه الدارقطني ٣/ ٨٨ من حديث أبي هريرة وقال: أبو معاذ هو سليمان بن أرقم متروك. وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ١٩ ما ملخصه: قال عبد الحق: طرقه كلها ضعيفة وكذا قال ابن الجوزي وقال البيهقي: لم يثبت له إسناد وقال في الدراية ٢/ ٢٦٥: ويعارضه حديث العرنيين، وحديث اليهودي الذي رضى رأس جارية بين حجرين، فأمر به رسول الله ﷺ أن يُرَضّ رأسه بالحجارة اهـ.

قلت: وهذا الأخير أخرجه البخاري ٦٨٧٩ باب من أقاد بحجر أو عصا وكرره ٦٨٧٧ ومسلم ١٦٧٢ باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره وأبو داود ٤٥٢٩ و ٤٥٢٧ و ٤٥٣٥ باب القود بغير حديد والترمذي ١٣٩٤ والنسائي ٨/ ٢٢ باب القود بغير حديد وابن ماجه ٢٦٦٦ وابن حبان ٥٩٩٢ و ٥٩٩٣ باب الخبر المدحض قول من زعم أن القود لا يكون إلا بالسيف أو الحديد. وأبو يعلى ٣١٤٩ والطحاوي ٣/ ١٩٠ والدارقطني ٣/ ١٦٨ وابن الجارود ٨٣٧ وأحمد ٣/ ١٩٣. ٢٦٢ من طرق كلهم من حديث أنس في هذا الخبر.

وقصد هؤلاء المحدثون الإثبات الرد على الحنفية في هذا الحديث، والله تعالى أجل وأعلم.

الخلاصة: حديث الباب ضعيف لا يتعداه وإن تعددت طرقه لشدة ضعفها. وفي بعضها من هو متهم بالكذب وأحسن ما فيه أنه عن الحسن مرسلاً وشيء آخر وهو كونه يعارض أحاديث صحيحة.

(٢) هو المتقدم.

وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً) لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز **(وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن)** لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط

أيضا، ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الأول من الوجهين المذكورين في النهاية. أقول: في ذاك الوجه من الجواب نظر، لأنه إنما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعاً، وأما إذا كان مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك، إذ لا مجاز حينئذٍ في لفظ القود. فإن قلت: المصير إلى التقدير ليس بأسهل من المصير إلى التجوّز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول إلى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر. قلت: لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه أيضا، فإن معنى الحديث على ذاك لا قود يستوفى إلا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء، ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب قوله: **(ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص)** أقول: أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحرّ وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال: وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار، وكان الأولى أن يعكس الأمر، فإنه إذا كان الوارث هنا رقيقاً فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذٍ للمولى خاصة، إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فإنه المولى على كل حال، إن مات عبداً فبالملك وإن مات حرّاً فبالولاء. وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعاً كما إذا كانت الورثة أحراراً لأنه مات عبداً في تلك الصورة بلا ريب، والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك، بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضاً في الروايات كما صرحوا به، فالأحسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة: ولو ترك وفاء وله وارث حرّ غير المولى فلا قصاص، وقال في الصورة الآتية: فإن لم يترك وفاء له ورثة أحرار أو لا وجب القصاص للمولى عندهم. فإن قلت: الرقيق لا يكون وارثاً لأن الرق أحد الأمور الأربعة التي تمنع عن الإرث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتاج إلى تقييد الوارث بالحرّ بل لا وجه له لإشعاره بكون الرقيق أيضاً وارثاً. قلت: المراد بالوراث هنا من كان من شأنه أن يرث، والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضاً مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام الرباني قوله: **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً)**

(وإذ قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلى المولى الخ) إذا قتل المكاتب عمداً فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير المولى أو لا، فإن كان الثاني فللمولى والقصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا أرى في هذا قصاصاً. واستدل بما ذكر في الكتاب كأنه حام حول الدرء بالشبهات. ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ، وهو في الحقيقة نفى اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها لدرجة الاعتبار، لأن السببين إذا رجعا إلى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد. وأما إذا رجعا إلى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسألة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة، فإن كان الأول فلا قصاص وإن

قال المصنف: **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً)** أقول: قال في الكفاية وذكر شيخ الإسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة أيضاً، فأما إذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص في وجب قيمته على القاتل في ماله، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بغير القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه

اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه. قال: **(وإذا قتل وليّ المعتوه فلأبيه أن يقتل)** لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح. **(وله أن يصالح)** لأنه أنظر في حق المعتوه، وليس له أن يعفو

قال صاحب العناية: ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء، ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب اهـ. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، لأن كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره؛ ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الأحكام مع أنه لا مجال لأن يستغني بذكر بعضها عن ذكر الآخر، على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبراً في الروايات كما ذكرناه من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور، فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال: إن حكم المتروك ها هنا معلوم من حكم المذكور بالأولوية على طريقة دلالة النص، فإنه إذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما إذا كان له ورثة أحرار فلأن يجب القصاص للمولى وحده فيما إذا لم يكن له وارث أصلاً أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى قوله: **(بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز)** قال في غاية البيان: قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: وليس هذا كالعبد المعتق بعضه إذا مات عاجزاً، لأنه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لأن عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن، وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اهـ. أقول: فيه نظر، قد مرّ من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف الحكم لا يبالي به، ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزاً بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين، إذ لا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إفضائه اختلاف الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب؟ ثم أقول: لعل مراد المصنف بقوله بخلاف البعض إذا مات ولم يترك وفاء ما إذا كان له وارث غير المولى، يرشد إليه ذكر مخالفة هذه المسألة في حيز قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذٍ يصح تتميم ما أجمله المصنف في تعليله بقوله لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال: فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالإرث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالى باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة تأمل تقف قوله: **(وإذا قتل وليّ المعتوه فلأبيه أن يقتل)** يعني إذا

اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر، لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية أو الرق، فإنه على قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حراً إذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبداً فيكون استيفاء القصاص للمولى **(بخلاف الأولى فإن المولى متعين فيها)** وإن كان الثاني وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر، ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وراث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب. وقوله: **(بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء)** يعني لا يجب القصاص لأن ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه. وقوله: **(وإذا قتل وليّ المعتوه)** يعين ابنه **(فلأبيه)** وهو جدّ المقتول الاستيفاء **(لأنه من)** باب **(الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها)** أي إلى النفس **(وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح)** ولا يتوهم أن كل

بكامله، فكذا هنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص، لأن وجوب القيمة أنفع له، لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته اهـ. والمراد إذا كان في الفائت مالية حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق.

لأن فيه إبطال حقه **(وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً)** لما ذكرنا **(والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك أنه لا يقتل)** لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلاّ القتل. وفي كتاب الصلح أن الوصيّ لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء، ووجه المذكور ها هنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى، وقالوا القياس ألا لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو

قتل قريب المعتوه فلأبي المعتوه أن يقتل: أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل. قال صاحب العناية في شرح هذه المسألة: وإذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلأبيه وهو جد المقتول الاستيفاء. أقول: هذا تقصير في بيان المسألة، فإن من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لأم من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك. وعبارة الكتاب تتحمل التعميم. فإن ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسألة مع عموم جوابها. وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه بمعنى قريبة يعم الكل فما معنى تخصيص المسألة مع عموم جوابها. وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه، ولكن أفسد بعده حيث قال: وإذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه: يعنى إذا كان المعتوه ابن فقتل ابنه فلابن المعتوه وهو جدّ المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ. واقتفى أثره جماعة من الشراح، والحق ما قدمناه من التعميم، وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم أن يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص قوله: **(لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح)** قال صاحب الغاية: قال بعض الشارحين في هذا الموضع: كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص، فأقول: ليس هذا بشيء، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن، وكذلك يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يمكن الإنكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة، وبه صرح الكرخي في

من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الأخ **(وله)** أي لوليّ المعتوه **(أن يصالح)** لكن على قدر الدية، فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر في حق المعتوه. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه من الولاية على النفس. وقوله: **(لأنه ليس له ولاية على نفسه)** أي نفس المعتوه **(وهذا)** أي الاستيفاء **(من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق)** يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جمع ذلك. وقوله: **(إن الوصيّ لا يملك الصلح)** يعني عن النفس، وأما عما دونها فيملكه. وقوله: **(وأنه)** أي المال يجب بعقده أي بعقد الوصيّ. قال: **(ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ)** إذا كان أولياء القتيل صغاراً وكباراً فإما أن يكون فيهم الأب أو لا، فإن كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وإن لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر. ووجه أبي

قوله: **(ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص)** أقول: قال الإتقاني: قال بعض الشارحين في هذا الموضع: كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص. فأقول: هذا ليس بشيء، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن، وكذا يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضاً، لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة، وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ. وفيه بحث، لأن ما ذكره فيما إذا قتل الأخ، وكلام الشارحين فيما إذا كان الأخ المعتوه والأب حي قوله: **(لأنه شرع للتشفي)** أقول: هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص الخ.

التشفي، وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال، والصبي بمنزلة المعتوه في هذا، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح؛ ألا ترى أن من قتل ولا وليّ له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه، قال: **(ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة. وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار)** لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي، وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولييْن. وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة، واحتمال

مختصره، إلى هنا لفظ الغاية، أقول: ما نسبه إلى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه، ورده عليهم مردود، فإنه ناشيء من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح، لأن معنى المقام أنه إذا قتل أحد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية إنكاح المعتوه والصبيّ، ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك إنكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير، فإن الأخ مثلاً يملك إنكاح المعتوه والصبيّ ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما، بخلاف الأب فإنه يملكها معاً. وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن، بخلاف الأخ، فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن إن أراد به أنه يملك ذلك باستحقاقه إياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم، ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح، فإن الكلام ها هنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة، وهو معنى المسألة التي نحن فيها كما يفصح عنه جداً عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه: وإذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص فإن الأب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافاً للشافعي اهـ. وإن أراد بذلك أن الأخ يملك نيابة عن الغير أيضاً وإن لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جداً، ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحداً ذهب إليه وقال به: والدليل الذي ذكروه في الفرق بين الأب وغيره هنا يقتضي ذلك قطعاً قوله: **(وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه)** قال جمهور الشراح: هذا فيما إذا صالح على قدر الدية. أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية اهـ. وكذا ذكره الإمام الزيلعي

حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه، فإنه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز، وفي الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة، وإذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملاً كالولاية في الإنكاح. واعترض بأنه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما، كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الأولياء فإن لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة. وأجيب بأن الحق واحد، فلو لم يسقط كان ثابتاً ساقطاً وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالاً نظراً للجانبين، بخلاف ما إذا تعدّد القتيل

قوله: **(فإما أن يكون فيهم الأب)** أقول: أي أب المقتول أو أب الصغير قوله: **(لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة)** أقول: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة قوله: **(واعتراض بأنه لو كان كذلك)** أقول: أي لو ثبت لكل واحد كملاً قوله: **(وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتاً ساقطاً وهو محال)** أقول: إن أراد كان ثابتاً في حق غير العافي ساقطاً في حقه فاستحالته ممنوعة، وإن أراد كان ثابتاً مطلقاً ساقطاً كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي. وثمرته أنه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره، ولعل الأظهر أن يقال: لما كان الحق واحداً وسقط في حق العافي أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتاً من وجه ساقطاً من وجه، وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص قوله: **(ولئن سلمنا فلأحد المولييْن إنما يتفرد بالاستيفاء)** أقول: فيكون قوله إنه حق لا يتجزى مخصوصاً بما إذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى.

العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملاً كما في ولاية الإنكاح، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة الموليين ممنوعة. قال: **(ومن ضرب رجلا بمرّ فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية)** قال رضي الله عنه: وهذا إذا أصابه بحدّ الحديد لوجود الجرح فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب، وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه للآلة وهو الحديد. وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان؛ وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية

في شرح الكنز، وقال صاحب الغاية: قال بعضهم في شرحه: هذا إذا صالح على مثل الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية، ولنا فيه نظر، لأن لفظ محمد أن الجامع الصغير مطلق حيث جوّز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال: وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملاً بإطلاقه، وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص، فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير، ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره: وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلاً كان المال أو كثيراً كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر، إلى هنا لفظ. أقول: نظره ساقط، فإن لأصحاب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقييد إذا اقتضاء الفقه كما صرحوا به، وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه، فيجوز أن يكون الأمر ها هنا كذلك، والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج، ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضاً إلى تلك الرتبة، فلا يقدح فيما قالوا إطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسألة، ثم إن قوله إنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم. وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع، فإن في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعاً عرفاً، وولاية الأب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعدّ نفعاً عرفاً وعادة. وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جداً، فإن الذي نقله عن مختصر الكرخي ما إذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب إذ له إسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلاً فتركه بمقابلة ماله وإن قل أولى بخلاف ما نحن فيه فإن المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة. ثم أقول: بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال إذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي أن لا يملك الأب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان المصالحة على المال، لأن ولاية الأب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه أن يراعي ما هو أنظر له؛ ويمكن أن يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الأنظر، لأن في

فإن الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره. وقوله: **(ومسألة الموليين ممنوعة)** جواب عن قوله أو كان بين الموليين، وسند منعه ما ذكر في الأسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز أن يقال: لا نسلم أن أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء، ولئن سلمنا فأحد الموليين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه، لأن بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلاً فكانا كشخص واحد، والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة. وقوله: **(ومن ضرب رجلاً بمرّ الخ)** واضح، وكذا قوله: **(ومن غرّق صبياً)** و **(كما بيناه)** إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل إن كان فعلاً مشروعاً. وقوله: **(لهم)** أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله، لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول. وقوله: **(ولا مراء في العصمة)** أي لا شك فيها. وقوله: **(ومنه المقصة للجلمين)** الجلم الذي يجز به وهما جلمان. وقوله:

لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم، ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل، وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين، وقيل هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة. له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب. ولنا ما روينا «ألا إن قتيل خطإ العمد» ويروى «شبه العمد» الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في

خلافه أيضا حصول أصل النظر، بل إنما يقتضي أولوية العمل بذلك، ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه، على أن كون المصالحة أنظر في حق المعتوه القاص من كل الوجوه ممنوع، ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضاً ممنوعة، فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له، ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه، فإنهم صرحوا بأن المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير إليه بقوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩) فحينئذٍ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأساً فضلاً عن وجوبه قوله: (**ومن قتل وله أولياء صغار وكبار**) قال صاحبا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير. أقول: هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لأن لفظ الأولياء في المشروح صيغة الجمع، وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصوّر تصوير معنى المشروح بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً ولا يساعده لفظ الأولياء فضلاً عن لفظي الصغار والكبار. والظاهر في التصوير أن يقال بأن كان للمقتول إخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار، وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال: ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته، بل مقصودهما مجرد تصوير المسألة على وجه يتضمن الإشارة إلا أنه لا احتياج في تحقيق مادة هذه المسألة إلى تحقيق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا قوله: (**كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولبين**) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولبين: أي وأحدهما غائب، واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال. أقول: ليس هذا بشرح صحيح عندي، إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولبين مستدركاً محضاً إذ يتناوله حينئذٍ قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين المولبين. وأيضاً لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولبين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولبين أن يقال: أي وأحدهما صغير إذ لا يلزم حينئذٍ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين إشارة إلى مسألة مستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه قال في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسألة المولبين فيما إذا كان العبد مشتركاً بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اهـ تبصر قوله: (**وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة**). أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء. فإن العقل لا يجد محذوراً في كون السبب بسيطاً

(**وما رواه غير مرفوع**) لأنه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه، قال ﷺ «لا تعذبوا أحداً بعذاب الله» (**أو هو محمول على السياسة وقد أومت**) أي أشارت (**إليه**) أي إلى كونه محمولا على السياسة (**إضافته إلى نفسه**) حيث قال غرّقناه ولم يقل غرّقوه. وقوله: (**واختلاف الروايتين**) مرفوع على الابتداء. وقوله: (**في الكفارة**) خبره: يعني أن اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة، فإنه روي عنه أن لا كفارة في شبه العمد، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد. وقوله: (**لوجود السبب**) يعني سفك دم محقون على التأبيد عمداً (**وعدم ما يبطل حكمه**) يعني من عفو أو شبهة. وقوله: (**وإذا التقى الصفان**) ظاهر. وقوله: (**أحد نوعي الخطإ**) يريد به الخطأ في

خلال الضربات فيعري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية. قال: **(ومن غرّق صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص)** عند أبي حنيفة، وقال: يقتص منه وهو قول الشافعي، غير أن عندهما يستوفى حزّاً وعنده يغرّق كما بيناه من قبل، لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه» ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية. ولا مراء في العصمة. وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا» وفيه «وفي كل خطإ أرش» ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاصا ينبيء عن المماثلة، ومنه يقال: اقتص أثره، ومنه المقصة للجلمين، ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر، وما رواه غير

والمسبب مركباً، كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضاً لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ، مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لأنها مال والمال منجز بلا ريب، فالأظهر في بيان كون القصاص حقاً لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير منجز لأنه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي. ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا إن سبب القصاص هو القرابة حيث قال: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة ا هـ. أقول: نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية، وفي المعتقة هو الولاء دون القرابة، إلا أن الظاهر أن قولهم ها هنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الأكثر قرائبه، وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا بالاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل قوله: **(واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملاً كما في ولاية الإنكاح)** قال الشراح: وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه، فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز. وأما العفو في الصغير فمأيوس حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم العفو منه بعد بلوغه، والشبهة في المال لا تعتبر لأن ذلك يؤدي إلى سدّ باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله. وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي.

أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يكن للغائب شعور أصلاً بكون قريبه مقتولاً بأن كان في مسيرة سنة مثلاً من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذ العفو عن الشيء فرع الشعور به، فحيث لا شعور به لا يتصوّر العفو عنه. ومسألة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضاً فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة، ثم أقول: يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فإني عفوته وبرئت منه، فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضاً، ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة

القصد. وقوله: **(وكذا الدية)** منصوب عطفاً على الكفارة. وقوله: **(على ما نطق به النص)** يريد به قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ﴾ الآية. وقوله: **(ولما اختلفت سيوف المسلمين)** أي توالت روى «أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله بالدية فوهبها لهم حذيفة» وقوله: (ومن

قال المصنف: **(وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** أقول: فيه أن قضية المساق أن يقول: وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتأمل قال المصنف: **(وهي مسألة الموالاة)** أقول: فيه بحث، بل تلك أعم منها، فإن القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما إذا ضرب صغيراً فمات منه. وجوابه أن الضمير عائد إلى خلافية الشافعية لا إلى مسألة القتل بالسوط مطلقاً فافهم قال المصنف: **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرق غرقناه»)** أقول: دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهما أن لا قود إلا بالسيف.

مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه، وإذا امتنع القصاص وجبت الدية، وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة. قال: **(ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى**

أن كان بعض الأولياء غائباً، وإن كان موهوماً يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالإجماع، ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور قوله: **(ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل، وفيه خلاف أبي حنيفة)** أقول: كان حق التحرير هنا أن يقول: وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسألة وجوب الدية عند الإصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك، وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين مذهب أبي حنيفة وإنما الخلاف فيه لأبي يوسف ومحمد. وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهراً جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له قوله: **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه»[1])** قال صاحب النهاية: وقوله لهم: أي للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اهـ وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال: وقوله لهم: أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي، لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول ا هـ. أقول: لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى، لأن المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال: ولأن الآلة قاتلة وذلك يقتضي أن يكون قوله ولأن الآلة قاتلة الخ معطوفاً على قوله لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرق غرقناه» فلم يبق في حيز قوله لهم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لأنه إنما يتصور أنّ لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول، وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول، وهذا لا يكون إلا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف. وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية: إذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء. ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعملا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[2] ا هـ. أقول: وفيه بحث، لأن وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء إنما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرّقناه، فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن إشكال في نفسه لا موجب له، لأن العمل به في حق الاستيفاء إنما يجب أن يترك بقوله ﷺ «لا قود إلا بالسيف»[3] أن لو ثبت تأخر قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[4] عن قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه»[5] أو ثبت كونه أقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال: يكفي التعارض بينهما فإنهما إذا تعارضا تساقطا. لأنا نقول: لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[6] على أن لا يستوفي القصاص إلا

شج نفسه) واضح. وقوله: **(وفعله بنفسه هدر في الدنيا)** يعني فلم يكن معتبراً في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي. وقوله: **(يغسل ويصلى عليه)** أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه البيهقي ٨/ ٤٣ من حديث البراء بن عازب بلفظ: من عرض عرضنا له، ومن حرّق حرقناه ومن غرّق غرّقناه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٤٣: قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي فيه من لا يعرف كبشر بن حازم وغيره. وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٦: فيه من لا يعرف.

(٢) ضعيف. تقدم قبل حديثين.

(٣) هو المتقدم.

(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث وهو ضعيف.

(٥) هو المتقدم.

(٦) تقدم مراراً

مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه قال: (وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعلية الكفارة) لأن هذا أحد نوعي الخطإ على ما بيناه، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة، وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية»[1] قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صفّ المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام «من كثر سواد قوم فهو منهم»[2] قال: (ومن شجّ نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى

بالسيف، لأن الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع أن أئمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر. ثم أقول: الأولى عندي في توجيه المقام أن يقال: الحديث حجة لأبي يوسف ومحمد والشافعي كلهم، إلا أن الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الإمامان فيحملانه على الكناية عن الإهلاك لكون الإهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه الصلاة والسلام «غرّقناه» أهلكناه، ويكون التعبير بغرّقناه لمشاكلة قوله «من غرّق» وإنما يحملانه على ذلك توفيقاً بين هذا الحديث وبين قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[3] إذ قد تقرر في علم الأصول أنه إذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما، وها هنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الإهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر قوله: (وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» وفيه «وفي كل خطإ أرش»[4]) أقول: في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة التغريق خفاء كما ترى، ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه

غير علة في نفسه. وقوله: (ولا يصلى عليه) لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي. وقوله: (فلم يكن هدراً مطلقاً)

قال المصنف: (وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا») أقول: والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل قوله: (لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول: ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية. وأما القصاص بالتغريق فلم يعملا به لوجود نص أقوى منه «لا قود إلا بالسيف» ولا يلزم منه أن يكون متروكاً بالكلية، ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضاً، ففي التوزيع بحث كما لا يخفى قال المصنف: (ومنه المقصة للحلمين) أقول: قال الكاكي سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر اهـ. وفي شرح الشاهان لأنه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اهـ ولعل هذا الوجه أولى لاسم المقصة تأمل.

---

(١) خبر قتل اليمان والد حذيفة يوم أحد من قبل المسلمين خطأ ذكره ابن هشام في السيرة ٣/ ٦١ . ٦٢ نقلاً عن ابن إسحق قال ابن إسحق: فتصدق حذيفة بديته على من أصابه.

وجاء في الإصابة ١/ ٣٣١/ ١٧٢٠ ما ملخصه: اسم أبي حذيفة حُسَيْل بالتصغير ويعرف باليمان. وروى السراج في تاريخه عن عكرمة: أن والد حذيفة قتله رجل من المسلمين لم يعرفه فوداه رسول الله ﷺ. ورجاله ثقات مع إرساله وله شاهد أخرجه الفزاري في السير عن الأوزاعي عن الزهري. وأصله في البخاري اهـ. لكن ليس فيه ذكر الدية.

(٢) ضعيف. أخرجه الديلمي في الفردوس ٥٦٢١ وأبو يعلى كما في المطالب العالية ١٦٠٥ وكذا علي بن معبد في كتاب الطاعة والمعصية كما في نصب الراية ٤/ ٣٤٦ كلهم من طريق عمرو بن الحارث عن ابن مسعود مرفوعاً وله قصة

وقال محقق المطالب العالية: عمرو بن الحارث المصري لم يدرك ابن مسعود. قال: ثم وجدت في الإتحاف: رواه أبو يعلى بسند منقطع.

(٣) تقدم مراراً.

(٤) هذا منتزع من حديثين أما صدره فتقدم في الجنايات. وأما عجزه. فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٤٢ كلاهما من حديث النعمان بن بشير: كل شيء خطأ إلا السيف وفي كل شيء خطأ أرش»

قال البيهقي: مداره على جابر الجعفي، وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما.

ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٦٦ حيث قال: إسناده ضعيف.

الأجنبي ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدراً في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه. وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه. وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه. وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدراً مطلقاً وكان جنساً آخر، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية، والله أعلم.

دلالته على ذلك، والإنصاف أنه لا يدل عليه دلالة إقناعية وإن أمكن التوجيه ببعض من التمحلات، ولعل هذا هو السرّ في أن صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ها هنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل.

متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح.

قوله: **(وما رواه غير مرفوع لأنه يلزم، إلى قوله: أو هو محمول على السياسة وقد أومت)** أقول: فيه بحث، وجوابه أن تتمة الحديث «ومن حرق حرقناه، ومن قتل عبداً قتلناه» كذا في فوائد حميد الدين الضرير، ثم قوله غير مرفوع منع. وقوله لأنه يلزم الخ سند للمنع. وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السنة. وقله وقد أومت تتميم للسند قال المصنف: **(واختلاف الروايتين في الكفارة)** أقول: قوله واختلاف مبتدأ، وقوله في الكفارة خبره قال المصنف: **(ولا يصلى عليه)** أقول: قال الكاكي: وهذا أثر كون فعله معتبراً في حق نفسه لأنه صار باغياً على نفسه اهـ. فالباغي لا يصلى عليه.

فصل

قال: (ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه»[1] ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله. وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر، وفي سرقة الجامع الصغير: ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا، وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة، وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدراً، قالوا: فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما. قال: (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبيّ والدابة، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد، وكلامه واضح. وقوله: (أطل دمه) أي أهدر. وقوله: (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشرّ على أيّ وجه كان لا عين القتل. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول. وقوله: (وعلى هذا الخلاف الصبيّ والدابة) يعني إذا صالا على إنسان فقتله المصول عليه عمداً يضمن الدية والقيمة. وقوله: (فأشبه المكره) يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله. وقوله: (قاتل دون مالك) أي لأجل مالك. وقوله: (فكذا استرداداً في الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء، والله أعلم.

فصل ومن شهر

قوله: (ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص) أقول: وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص إن لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبينة قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام من «شهر» الحديث) أقول: الحديث يدل على إباحة قتله دون وجوبه، وكان المدعي ذلك ظاهراً قوله: (ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول: أي وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر. قال المصنف: (ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في المصر أو نهاراً في طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه) أقول: قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: فإن شهر عليه عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه عمداً قتل به اهـ. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: رجل شهر سلاحاً على رجل في المصر ليلاً أو نهاراً أو في غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً لا شيء عليه لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه، ودفع الشر مباح أو واجب. وإن شهر عليه عصا في المصر نهاراً فقتله المشهور عليه بالحديد عمداً قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث، وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار، بخلاف السلاح لأنه لا يلبث، وبخلاف المفازة، أو كان في المصر ليلاً لأنه لا يلحقه الغوث، وإن كان الخشب أو الحجر عظيماً لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم قوله: (فقتله المصول عليه عمداً يضمن الدية والقيمة) أقول: الأولى قطع الكلام عند قوله عمداً، أو يتممه بقوله وعند الشافعي لا شيء عليه كما لا يخفى قوله: (يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول: هذا الكلام على هذا التقرير كلام إلزامي من الشافعي وإلا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر.

---

(١) حسن. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٤٧/٤: غريب بهذا اللفظ. وأخرجه النسائي عن ابن الزبير قال: قال رسول الله ﷺ: من شهر سيفهُ ثم وضعه فهو هدر. اهـ. ومعنىٰ أطَلّ: أي أهْدَرَ.

قلت: هو في سنن النسائي ١١٧/٧ وفي الكبرىٰ ٣٥٦٠ والحاكم ١٥٩/٢ والديلمي ٥٦٣٢ كلهم من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعاً.

وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرطهما، ووافقه الذهبي. ثم أخرجه النسائي في سننه ١١٧/٧ وفي الكبرىٰ ٣٥٦١ من طريق عبد الرزاق به وقال النسائي: لم يرفعه. ثم أخرجه من وجه آخر عن ابن الزبير موقوفاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٤٨/٤: وقد روي موقوفاً والذي رفعه ثقة اهـ وله شاهد من حديث عائشة. أخرجه أحمد والحاكم: من أشار بحديدة إلىٰ أحد من المسلمين. يريد قتله، فقد وجب دمه اهـ الزيلعي.

قلت: أخرجه أحمد ٢٦٦/٦ والحاكم ١٥٨/٢ . ١٥٩ كلاهما من حديث عائشة وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرطهما وأقره الذهبي فهذا شاهد لحديث الباب يرقىٰ به إلىٰ درجة الحسن وفي الباب أحاديث «من حمل علينا السلاح فليس منا» إلخ وهو في مسلم وغيره.

في الصبيّ والمجنون، للشافعي أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر، ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره. ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان. أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان، وكذا عصمتها لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة، ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالاً معصوماً حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما، وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما، بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحاً، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشرّ فتجب الدية، قال: **(ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص)** معناه: إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال: **(ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتِل دون مالك»[1] ولأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل، والله أعلم.

قال المصنف: **(وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر)** أقول: دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب قال المصنف: **(فتجب الدية)** أقول: لأن أثر الاضطرار في دفع الإثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير قوله: **(لأنه أسهل من الابتداء)** أقول: فيه شيء، إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٢٥ ح ١٤٠ من حديث أبي هريرة. بلفظ: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال له: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك. قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت أن قتلني؟ قال: فأنت شهيد. قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»

وله شاهد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ:

«من قتل دون ماله فهو شهيد»

أخرجه البخاري ٢٤٨٠ ومسلم ٢٢٦ ح ١٤١.

باب القصاص فيما دون النفس

قال: (**ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة**) لقوله تعالى: ﴿**والجروح قصاص**﴾ وهو ينبىء عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا، وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك، وكذلك الرجل

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس، إذ الجزء يتبع الكل قوله: (**لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾**) أي ذات قصاص، كذا في التفاسير والشروح. قال الزيلعي في شرح الكنز: أي ذو قصاص. أقول: لا وجه لتذكير ذو هنا إلا بتمحل ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم قوله: (**ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان**) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام: ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن، وعزاه الشراح إلى المبسوط. أقول: أسلوب تحريرهم هاهنا محل تعجب، فإن أحداً منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول، بل ذكروا المسألة على خلاف ما ذكر في الكتاب، وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب إما بالقبول وإما بالرد، فكأنهم لم يروه أصلاً. نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح. كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال: ولا قود في عظم إلا السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت، وكأن مأخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه، وكذا ذكر في كثير من المتون. ثم إن التحقيق ها هنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصاً أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم؟ فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله: (**ولا معتبر بكبر اليد وصغرها**) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك، ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه، فإن الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة. لأن المعتبر في ذلك الشين، وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالجشة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى، فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها. وقوله: (**على ما قال في الكتاب**) يعني القدوري، وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم. روي أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء عليّ رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم. قوله: (**لما تلونا**) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبىء عن المماثلة، وقوله: (**ولا قصاص في عظم إلا في السن، وهذا اللفظ مرويّ عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما**) فإن كان السن عظماً فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع لتعذر

باب القصاص فيما دون النفس

قوله: (**بما هو بمنزلة التبع**) أقول: إنما قال بمنزلة التبع لأن القصاص في الأطراف ليس بتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف: (**لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾**) أقول: قال الزيلعي: أي ذو قصاص. وقال البرهان النسفي في تفسيره: القصاص هنا مصدر يراد به المعقول: أي والجروح متقاصة بعضها ببعض قوله: (**ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه**) أقول:

ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة، قال: **(ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه)** لامتناع المماثلة في القلع، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب: تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها، وهو مأثور[1] عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم. قال: **(وفي السن القصاص)** لقوله تعالى: **﴿والسن بالسن﴾** **(وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر)** لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر، قال: **(وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص)** لما تلونا، قال: **(ولا قصاص في عظم إلاّ في السن)** وهذا اللفظ مرويّ عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[2]. وقال عليه الصلاة والسلام «لا قصاص في العظم»[3] والمراد غير السن، ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان. قال: **(وليس فيما دون النفس**

وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن يقلع سن القالع، وإليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع، والنزع والقلع واحد، وفي الزيادات نص على القلع، إلى هنا لفظ المحيط قوله: **(وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ)** قال صاحب العناية: قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك أنه عمد وها هنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص انتهى. أقول: يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال: يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ، فإن مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى. ثم أقول: التحقيق أن ما ذكره المصنف ها هنا عبارة

المماثلة فربما تفسد به لثاته، كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله ﷺ «لا قصاص في عظم» حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع. وقد اختلف الأطباء في ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن. وقوله: **(وليس فيما دون النفس شبه عمد)** قد ذكره مرة، لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وها هنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص، وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمداً روي «أن الربيع عمة أنس بن

الضمير في قوله يأخذه راجع إلى «ما» في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج قوله: **(لأن المعتبر في ذلك الشين الخ)** أقول: هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لأن المعتبر في ذلك الشين، إذ ليس فيه تفويت المنفعة، إلى آخر ما قال، ويجيء من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة، وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت قال المصنف: **(تحمى له المرآة)** أقول: استئناف بياني الإحماء «كرم كردن» قوله: **(وهو إشارة إلى قوله وهو ينبيء عن المماثلة)** أقول: بل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى قال المصنف: **(ولا قصاص في عظم إلا في السن)** أقول: اختلف الأطباء في السن، هل هو عظم أو طرف عصب يابس، فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل، ومنهم من قال: هو عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال: والمراد منه غير السن قوله: **(فيحمل الأول على أن المراد به الخ)** أقول: فيه بحث، بل الأول محمول على ما إذا تعمد، وإنما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما إذا قتل الأب ابنه عمداً. والثاني ما

---

(١) هذا الأثر. قال عنه ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٨: لم أجده إلا عن علي أخرجه عبد الرزاق بإسناد فيه مبهم، وهو منقطع أيضاً.

(٢) غريب عنهما. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٠: غريب. ورواه ابن أبي شيبة بسنده عن الشعبي، والحسن قالا: ليس في العظام قصاص ما خلا السنّ، والرأس.

(٣) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٠: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٩: لم أجده. وأخرج ابن أبي شيبة بإسناد ضعيف منقطع عن عمر قال: إنا لا نقيد في العظام. وبإسناد ضعيف عن ابن عباس.
قال: ليس في العظام قصاص اهـ.
قلت: مدار هذين الأثرين على حجاج بن أرطاة وهو واهٍ وفيه أيضاً عن عمر علة ثانية وهي أن عطاء لم يدرك عمر.

شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى الآلة، والقتل هو الذي يختلف باختلافهما دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحرّ والعبد، ولا بين العبدين)** خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحرّ يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها. ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في

القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه، وإن لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير لمعنى الأخرى، فإن ما سبق هكذا: وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها، ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح عند أبي حنيفة، وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه، فإن سقوط القصاص لمانع يقع في القتل العمد في النفس؛ كما إذا قتل الأب ابنه عمداً وكما إذا ورث الابن قصاصاً على أبيه، فلأن يقع في العمد في الأطراف أولى، ومعنى قوله ها هنا إنما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد أو خطأ، فإن ضمير هو في قوله إنما هو عمد أو خطأ راجع إلى ما كان فيما دون النفس لا إلى شبه عمد، إذ لا مجال لأن يكون شبه العمد خطأ لا في النفس ولا في الأطراف، لأن تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصوّر ذلك في الخطأ، فإذا كان معنيا الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتاج إلى توجيه ما سبق بأن المراد به إن أمكن القصاص، بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله: **(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة)** قال صاحب الكفاية: فإن قيل: قوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ﴿والأذن بالأذن﴾ المائدة (٤٥) مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم. قلنا: قد خص منه الحربي والمستأمن. والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن

مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار بلطمة فأمر النبيّ ﷺ بالقصاص» واللطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود، وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرش. وقوله: **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة)** ظاهر. وقوله: **(إلا في الحرّ يقطع طرف العبد)** يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً، والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى وسلكا في الباب طريقاً سهلاً وهو اعتبار الأطراف بالنفوس لأنها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الأطراف لكونها تابعة لها **(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو)** أي التفاوت **(معلوم قطعاً بتقويم الشرع)** فإن الشرع قوم اليد الواحد للحر بخمسمائة دينار قطعاً ويقيناً، ولا نبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون سماوية ليد الحر يقيناً، فإذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره **(بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله)** فإن قيل: إن استقام في الحرّ والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقوّمين. وأجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن، والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها. فإن قيل: سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع

يعمل التعمد وغيره فتدبر، إذا الضمير في قوله إنما هو عمد أو خطأ عائد إلى ما فيما دون النفس من الجناية، لا إلى شبه عمد كما لا يخفى، فلا يخالف الثاني الأول، إذ ليس الموضوع فيهما واحداً. ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال: ليس الموضوع في الموضعين واحداً، فإنه في الأول شبه العمد، وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقاً، فلا مخالفة حتى يحتاج إلى التلفيق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فإنه لمانع كما إذا قتل الأب ابنه عمداً فليتأمل قوله: **(وإن لم يكن القصاص جعل خطأ)** أقول: بل عمد، وسقوط القصاص لمانع قال المصنف: **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ)** أقول: قال صاحب الكفاية: فإن قيل: قوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن﴾ مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم. قلنا: قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى. وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل. ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روي عن عمران بن

القيمة، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره، بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه **(ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر)** للتساوي بينهما في الأرش. قال: **(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه)**

حصين أنه قال: «قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فلم يقض بالقصاص» انتهى. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في علم الأصول أن النص العام إذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وأما إذا أخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حالته الأولى، ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد، وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر في محاله. وأما ثانياً فلأن حديث عمران ابن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين، ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحرّ والعبد. فبقي الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب. والصواب عندي في الجواب أن يقال إن الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبىء عن المماثلة، فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال: ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة، وأشار إليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال: وهو ينبىء عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا، وأشار إليه ها هنا أيضا حيث قال: فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر إطلاقها حتى يكون إطلاقها حجة عليها فيما نحن فيه، وكيف يتصوّر إجراؤها على ظاهر إطلاقها، ولا قصاص في العين إذا قلعها بالإجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع، وكذا الحال في قطع اليد أو الرجل من غير المفصل، وكذا فيما إذا قطع الحرّ طرف العبد، فظهر أن المدار في وجوب القصاص إمكان المماثلة وأن معنى النظم الشريف مصروف إلى ذلك فاندفع الاعتراض الناشىء من توهم الإطلاق. ثم إنه بقي في هذا المقام إشكال قويّ ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال: سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء، لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس، ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضاً، والشراح كانوا في طريق دفعه طرائف قدداً، فقال

استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل. فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً، والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به

الحصين أنه قال: «قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص» كذا ذكر في الكفاية. ونحن نقول: لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع، فالمآل القياس قوله: **(فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف)** أقول: وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان ثابتاً باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله، وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً، والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذ رضي به صاحب الحق انتهى. وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل. ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج إلى البيان فنقول: قوله باعتبار الأصل: أي القيمة. وقوله منع شرع القصاص الخ: يعني كالأموال الربوية إذا قوبلت بجنسها، والمساواة في القدر غير معلومة. وقوله وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً: أي باعتبار

لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه، إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه، وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً، قال: **(وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا)** لأن استيفاء الحق كملاً متعذر فله أن يتجوّز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد **(ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له)**

صاحب العناية: فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الأموال ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر، فقلنا يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف، ولا يتعبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى. أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر مانعاً مطلقاً، وأما ما ليس تفاوتاً مالياً بل موجباً للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل ولا يعتبر مانعاً من جهة الأنقص تحكم بحت، لأن العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الأنقص وهي أنه إسقاط والإسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الأول أيضا، إذ لا شك أنه كما يجوز للإنسان إسقاط حقه في المنفعة يجوز له إسقاط حقه المالي أيضاً بلا تفاوت بينهما، فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا مانعاً من جهة الأنقص، وأما ثانياً فلأن كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع، كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعاً، فإن الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار إليه صاحب العناية ها هنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسألة التي نحن فيها، ولأن أرش الأطراف مختلف فصارت كالصحيح والأشل. وقال صاحب النهاية في دفع الإشكال المذكور: قلنا نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الأصابع فهو كما قلت: يعني يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس، فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فإنه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت إذا كان لمعنى حسي فمن له الحق إذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئاً لبعض حقه مستوفياً لما بقي وذلك جائز، ولهذا لا يستوفي الأكمل بالأنقص وإن رضي به القاطع، لأن لا يكون بالرضا باذلاً للزيادة، ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل. فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق إسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية.

مسلك الأموال، ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر، فقلنا: يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البدل بالأطراف، والباقي ظاهر قال: **(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد)** كلامه واضح. وقوله: **(لأن حقه متعين في القصاص)** لأنه لو زال الشلل

القيمة، وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض: أي كالشلل والصحة قوله: **(فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه)** أقول: أي ليس من التفاوت المالي قوله: **(لئلا يلزم أن يكون باذلاً)** أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة إذ أوجبنا القطع. قوله: **(للزيادة في الأطراف)** أقول: على تقدير رضا القاطع بالقصاص، وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر، لأنه كالجبر بإلغاء الجيد في مقابلة الرديء قوله: **(لأنه إسقاط)** أقول: يعني من المقطوع يده الصحيحة قال المصنف: **(وإن شاء أخذ الأرش)** أقول: هذا هو ظاهر الرواية. وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال: لا يخير، فإن القصاص فيما دون النفس يعتمد المساوة في المحل ولا ينظر إلى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة، كذا في شرح الكاكي. وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكنز في مسألة قطع اليد وقال: لم يعتبر هنا الكبر والصغر في العضو، واعتبر في الجشة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس

عندنا لأن حقه متعين في القصاص، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته، بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقاً مستحقاً سالمة له معنى، قال: **(ومن شجّ رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنية وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار، إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أيّ الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش)** لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقض فيخير كما في الشلاء والصحيحة، وفي عكسه يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه،

أقول: وفيه أيضاً بحث، إذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الأنقص بالأكمل تحكم أيضاً، فإنه إذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الأكمل إن رضي بأن يستوفي في الأنقص من صاحب الأنقص بمقابلة الأكمل يصير مسقطاً لبعض حقه مستوفياً لما بقي بالضرورة، سواء كان ذلك التفاوت أمراً حسياً أو أمراً حكمياً. وأما صاحب الأنقص، فإن رضي بأن يستوفي منه صاحب الأنقص الأكمل بمقابلة الأنقص يصير لزيادة حقه بالضرورة أيضاً بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسياً أو حكمياً، والبذل في الأطراف غير جائز بلا خلاف. وأما إسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الأمور، فلا مجال للفرق المزبور، فإن قلت: السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي، وإسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور. قلت: لا نسلم أن إسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي، فإن كثيراً من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان، فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاقه الكامل إسقاطاً لبعض الحق، ويكون إيفاء الكامل منها بدل الناقص بذلاً للزيادة، كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسألة التي نحن بصددها، فإن مدار ذلك على انعدام التماثل في الأطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها، وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الإشكال: قلنا شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان ثابتاً باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد من طرف الذكر والحرّ منع شرع القصاص لانتفاء محله، وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذا رضي به صاحب الحق انتهى. ويقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسألتين. أقول: وفيه أيضاً بحث، لأنه إن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الأشل، كما يجوز عكسه لأنهما متساويان بحسب أصل الخلقة، والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب، وإن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل إذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق بإسقاط

قبل أن يستوفي الأرش لم يكن له إلا القصاص، وهذا عندنا، وعند الشافعي حرمه الله أن الواجب أحد الشيئين: إما القصاص، أو الأرش، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر. وقوله: **(ومن شجّ رجلاً)** قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة إلى إعادته. وقوله: **(وفي عكسه يخير أيضاً)** وهو أن يكون رأس

الشاج، فاثبت للمشجوج الخيار، إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر، لأن الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شيناً من الشجة التي لا تستوعب قرنيه، بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى قال المصنف: **(لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط)** أقول: يعني لا لكونها مفوتة للمنفعة، إذ ليس فيها تفويت المنفعة كما في قطع اليد، ففيه إشارة إلى الفرق بينهما فتأمل.

وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف. قال: **(ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر)** وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة. ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة **(إلا أن تقطع الحشفة)** لأن موضع القطع معلوم كالمفصل، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حدّ يعرف فيمكن اعتبار المساواة. والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها.

بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع إباء عبارة الجواب المذكور عنه جداً يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضاً إذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضاً مع أنه لا يجوز عندنا أصلاً فتأمل حق التأمل، فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الإشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات.

المشجوج أكبر من رأس الشاجّ لأنه إن استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الأول، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الأرش، والباقي إلى آخره ظاهر.

فصل

قال: (**وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص وُوجب المال قليلاً كان أو كثيراً**) لقوله تعالى ﴿**فمن عفى له من أخيه شيء**﴾) الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح. وقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل له قتيل»[1] الحديث، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي؛ والقليل والكثير فيه

فصل

قال في العناية: لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى. أقول: فيه كلام أما أوّلاً فلأن الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل، وبيان وجه اتباع هذه المسألة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى. وأما ثانيا فلأن كون تصوّر الصلح عن الجناية بعد تصوّر الجناية، وموجبها إنما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة، فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة قوله: (**ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذلك تعويضاً**) أقول: لقائل أن يقول: لا يلزم من جريان الإسقاط عفواً في شيء جريانه تعويضاً أيضاً فيه؛ ألا يرى أن للشفيع إسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة، ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مرّ في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع قوله: (**وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية**) أقول: في عبارة الكتابُ ها هنا فتور من وجوه: الأول أن كلمة عفا تعدي بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم. والثاني أنه يقال: صالح عن كذا على عوض، وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال: أو صالح من نصيبه على عوض. والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزي القصاص لأن النصيب هو الحصة، وقد تقرّر فيما مر أن القصاص غير متجزّ فيثبت كملاً لكل واحد من أولياء القتيل، فالأظهر في وضع هذه المسألة أن يقال: وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية، والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الإرث. وأما حق التعبير في شأن القصاص فأن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسألة. ومن

فصل

لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (**إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلاً كان أو كثيراً زائداً على مقدار الدية لقوله تعالى ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح**) وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام، فإن عفا إذا استعمل باللام كان معناه البدل: أي فمن أعطى إذا استعمل باللام كان معناه البدل: أي فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع: أي فمن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة، وإنما قال على ما قيل لأن أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض، وتقريره

فصل وإذا اصطلح القاتل

قوله: (**فإنه يراد به البعض**) أقول: يوهم تجزي القصاص.

---

(١) متفق عليه. هو بعض خبر تحريم مكة المطول وفيه: ومن قُتل له قتيل، فهو بخير النظرين، إما أن يعطي الدية، وإما أن يقاد أهل القتيل. وتقدم تخريجه في أواخر الحجّ مستوفياً وانظر نصب الراية ٤/ ٣٥٠.

سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن، بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد. قال: **(وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحرّ ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحرّ والمولى نصفان)** لأن عقد الصلح أضيف إليهما **(وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)** وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية

ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزأ، قوله: **(وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين)** قال صاحب النهاية: هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما، ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة. وأما في حق القصاص فيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين. ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول: لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو. ثم قال: وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عن مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار: أقول: فيه نظر، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالف لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي، وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية، ولا يخلو عن نوع إرشاد فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا، إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال: وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين. وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين: فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى. حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك، ويوافقه تحرير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية. وقال مالك والشافعي: لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله، والمشهور من مذهبها ما نقله، انتهى. أقول: بل ما ذكره نفسه ضعيف، لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية، بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والأسرار فإن صاحبيهما من أساطين الأئمة، ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً، بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب، فالأوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا قوله: **(ولنا أنه عليه**

فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الدية على حصصهم من الميراث، وهو مرويّ عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، فاتباع بالمعروف: أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه، وليؤدّ القاتل إليه حقه وافياً من غير نقص، ولقوله ﷺ «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن شاءوا قادوا، وإن شاءوا أخذوا الدية» قال المصنف رحمه الله **(والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه)** يعني أنه ليس للولي العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهوالصلح بعينه والباقي ظاهر. وقوله: **(نص مقدر)** بكسر الدال. وقوله: **(كالخلع وغيره)** يعني كالإعتاق على مال. وقوله: **(خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين)** قال في النهاية: هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما. ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وأن الشافعي يقول: النساء لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو. ثم قال: وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار، وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله، والمشهور

خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين، لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت، ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم»، ولأنه حق يجري فيه الإرث. حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة، والزوجية تبقى

الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم)[1] أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعي ها هنا، فإنه إنما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية، ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص، والعمدة ها هنا هو الثاني، وإنما ذكر الآخر استطراداً كما ترى قوله: **(ولأنه حق يجري فيه الإرث، حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة)** أقول: فيه أيضاً شيء، وهو أن هذا التعليل وإن كان يتمشى في القصاص أيضاً إلا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة، وإنما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد، فإنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية، وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله إنه حق يجري فيه الإرث مع أن المدعي ها هنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه. وقول المصنف في تتمته: حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعاً لأنه إنما يدل على جريان الإرث فيه من غير المقتول، ولا كلام فيه إذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة، فإن حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعاً للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عند أبي حنيفة، بخلاف المقتول فإن حق القصاص

من مذهبهما ما نقله. وقوله: **(لهما أن الوراثة خلافة)** يستلزم عدم تورث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما

قوله: **(وأن الشافعي يقول: النساء لا تستوفي القصاص الخ)** أقول: هذا وجه للشافعي، وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر، ذكر ذلك في كتبهم، والصحيح مقابلهما قوله: **(والمشهور من مذهبهما ما نقله)** بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به صرح في كتبهم قوله: **(وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر)** أقول: ولا المولى المعتق وعصبته، لكن لهما أن يقولا: القياس عدم التورث، والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده قوله: **(الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ)** أقول: قوله وهي راجع إلى الوراثة، وضمير

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٧ والترمذي ١٤١٥ والنسائي في الكبرىٰ ٦٣٦٣ وابن ماجه ٢٦٤٢ والبيهقي ٨/٥٧ . ١٣٤ وأحمد ٣/٤٥٢ كلهم عن ابن عيينة عن الزهري عن ابن المسيب قال: كان عمر يقول: الدية علىٰ العاقلة، ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً، فقال له الضحاك بن سفيان: إن النبي ﷺ كتب إليّ أن أورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها. وإسناده حسن رجاله رجال الشيخين زاد النسائي في روايته الثانية: فرجع عمر.

كرره النسائي برقم ٦٣٦٤ و ٦٣٦٥ من هذا الوجه. ورواه مالك في الموطأ ٢/٨٦٦ ح ٩ والنسائي ٦٣٦٦ كلاهما عن الزهري مرسلاً.

قلت: الحديث الأول صحيح رجاله كلهم ثقات مشهورون قال الترمذي: حسن صحيح والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم.

تنبيه: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٦٤٩ حيث قال عن الإسناد الأول: مرسل. لأن ابن المسيب في سماعه من عمر خلاف وحديثه الزهري منقطع لم يدرك عمر اهـ.

قلت: وليس كما ظن الألباني فإن ابن المسيب إنما سمعه من الضحاك بن سفيان لا من عمر كما تبادر إلىٰ ذهن الألباني فقد جاء في الإصابة لابن حجر في ترجمة الضحاك بن سفيان قال: روى سعيد بن المسيب عنه حديث توريث امرأة أشيم.

أنظر الإصابة ٢/٢٠٦ برقم ٤١٦٦ فالحديث إسناده قوي وكما قال الترمذي: حسن صحيح.

ويقويه ما أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/٢٣٠ عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن زرارة قال العمر: إن النبي ﷺ كتب إلىٰ الضحاك بن سفيان.. الحديث قال الهيثمي: رجاله ثقات. وبإسناد آخر رجاله ثقات ورواه الطبراني عن المغيرة عن زرارة بن جزي أنه قال لعمر... فذكره اهـ وكذا رواه الدارقطني ٤/٧٦ وأخرجه الدارقطني ٤/٧٦ عن المغيرة أن رسول الله ﷺ كتب إلىٰ الضحاك.. لم يذكر فيه أمر عمر.

الخلاصة: هذه شواهد لحديث ابن المسيب تثبت سماعه له من الضحاك بن سفيان والله أعلم.

بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه، لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وها هنا واحد لاتحادهما، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل، وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر: يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما، لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت

لا يثبت له قبل موته عنده، بل إنما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابه، والكلام ها هنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل، ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل: وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أوّلاً للميت، ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح، فكان كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى، أقول: قد زاد هذا الشارح ها هنا نغمة في الطنبور حيث زاد فساداً على فساد، لأنه مع إتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة صرح بأنهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة، بخلاف سائر الأموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد، والله الهادي إلى سبيل الرشاد قوله: **(وإذا قتل جماعة واحداً عماداً اقتص من جميعهم لقول عمر فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)**[1] قال صاحب النهاية: هذا جواب الاستحسان. وفي القياس: لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل. فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد. وأيد هذا القياس قوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس، ولكن تركنا هذا القياس لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم[2] به انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأنه صرّح بأن هذا

يجبان عند الموت. وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأوّل فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب، وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في ثبوتهما قبل

فيه راجع إلى «ما» في قوله فيما يجب قال المصنف: **(لأنه لا يتجزأ)** أقول: فيه بحث، لأن قضية عدم التجزي أن يسقط في حق العافي كملاً كثبوته له كملاً، ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين، إلا أن يقال: لما كان الحق واحداً أورث سقوطه في حق البضع شبهة السقوط في حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل، ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك قوله: **(كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين فإن كل درهم منها كذلك)** أقول: فيه شيء جوابه سهل قال المصنف: **(وإذا قتل جماعة واحداً اقتص من جماعتهم لقول عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)** أقول: فإن قيل: لم لم يستدل بقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ قلنا: لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل. ثم في قوله لقول عمر رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث، لأنه يجوز أن يكون

---

(١) أثر عمر. هو الآتي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه مالك ٢/ ٨٧١ ومحمد في الموطأ ٦٧١ بسند صحيح عن ابن المسيب أنه عمر... فذكره.

ورواه الدارقطني ٢/ ٢٠٢ والبيهقي ٨/ ٤١ كذلك. وأخرجه البخاري ٦٨٩٦ بسنده عن نافع عن ابن عمر: أن غلاماً قتل غيلة فقال عمر: لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم.

ثم رواه معلقاً وقال مغيرة بن حكيم عن أبيه: إن أربعة... الأثر. وانظر الفتح ١٢/ ٢٢٧ حيث ذكر طرقه.

يده خطأً. ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه، والوجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد. قال: **(وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)**، ولأن القتل بطريف التغالب غالب، والقصاص مزجرة

القياس مؤيد بقوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) وقال في بيانه: وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس، فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة، وذلك لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لأن عمر رضي الله عنه إن كان منفرداً في قضائه وقوله المزبورين فظاهر، لأن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه. وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك، إذ قد تقرّر في علم أصول الفقه أن الإجماع لا يكون ناسخاً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منهما، فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسألة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ها هنا، وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله: **(ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء)** قال صاحب العناية: لقائل أن يقول: ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك لقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء، وقوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزيء كشخص واحد انتهى كلامه أقول: فيه نظر، لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزيء عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث

الموت؛ ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه. وكان عليّ رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة، وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح. وقوله: **(لأن الواجب نصف الدية)** يعني بالعفو فيكون في السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأً. وقلنا: الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذا بعضه كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين، فإن كل درهم منها كذلك. وقوله: **(والواجب في اليد)** جواب اعتباره وهو واضح. قال: **(وإذا قتل جماعة واحداً الخ)** إذا تعدّد القاتل اقتص من جميعهم، والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم، والتمالؤ التعاون، وصنعاء اليمن: قصبتها، . وروي عن عليّ رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد، وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع، ولأن القتل بطريق التغالب غالب فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالباً إلا بالاجتماع، لأن الواحد يقاوم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي إلى سدّ باب القصاص. ولقائل أن يقول: ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما

بطريق السياسة بقرينة الإضافة إلى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف: **(ولأن القتل بطريق التغالب غالب، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء)** أقول: تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب، وكل فساد غالب يحتاج إلى مزجرة للسفهاء، فالقتل بطريق التغالب يحتاج إلى مزجرة، ومزجرة القتل العمد هو القصاص قوله: **(لا يكون معتبراً في الشرع)** أقول: لأن العقوبات لا تثبت إلا بمثل هذه الأقيسة قوله: **(وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه)** أقول: وهو انتفاء المماثلة والمساواة.

للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء (**وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين**) وقال الشافعي: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته. له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول، إلا أنه عرف بالشرع. ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول، إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ، ولأن

يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جداً عن مساعدة العقل والنقل، وأيضاً ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسألة الآتية من أن الأصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص. والحق عندي هنا أن يقال: إن قوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) لا ينافي ما قالوا في هذه المسألة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس، بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى، والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف﴾ المائدة (٤٥) ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فإنما يستفاد ذلك من دليل آخر؛ ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس، مع أن قوله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ المائدة (٤٥) لا يدل عليه نظراً إلى ظاهر إطلاقه، بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر قوله: (**ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لم يكن كذلك لما وجب القصاص**) أقول: فيه إشكال. وأما أولاً فلأن كون كل واحد منهم قاتلاً بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه. وأما ثانياً فلأن شراح الكتاب وغيرهم صرّحوا في الفصل الأول بأن جواب المسألة جواب الاستحسان، والقياس لا يقتضيه، لأن المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعاً بل بديهة، لكنا تركنا القياس بإجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد، فالقول ها هنا يتحقق التماثل في الفصل الأول أيضاً ينافي ذلك، إذ يلزم حينئذٍ أن يكون الجواب المسألة هناك جواب القياس والاستحسان معا. فإن قلت: ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة، بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقاً للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الإشكال معاً. قلت: توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص

يوجب الفساد من أفعال العباد، ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء. وقوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزىء كشخص واحد، وإذا كانت المسألة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب. وقال: (**الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم ويجب المال للباقين**) يعني أن قتلهم على التعاقب، وإن قتلهم جملة أو جهل الأول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع. وقوله: (**وهو القياس في الفصل الأول**) وهو ما إذا قتل جماعة واحداً (**إلا أنه عرف بالشرع**) يريد قضية عمر رضي الله عنه (**ولنا أن كل واحد منهم**) أي من أولياء القتلى (**قاتل قصاصاً بوصف الكمال لأنه لا يتجزأ أصله الفصل الأول**) فإن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً، ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثلاً للواحد كان العكس كذلك، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين. وقوله: (**ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح الخ**) يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم، بحيث أنه

قوله: (**وقوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزىء كشخص واحد**) أقول: ويجوز أن يقال: لما أضيف إزهاق الروح إلى كل واحد منهم كملاً كان المقتول كأنه أشخاص متعددة، ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح؛ ألا يرى إلى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ قال المصنف: (**ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للإزهاق**) أقول: هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الأول كما لا يخفى.

القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به. قال: **(ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص)** لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني، ويتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده. قال: **(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية)** وقال الشافعي: تقطع يداهما، والمفرض إذا أخذا سكيناً وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس، والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر. ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد، لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزىء فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة، بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث. قال: **(وعليهما نصف الدية)** لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها **(وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معاً أو**

ممتنع عقلي، واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعاً مما لا وقوع له في شيء، ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لأنهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدي على تقدير الزيادة، ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان، ولا شك أن الظلم والبخس إنما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية. وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلاً فلا يخلو الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة، وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع قوله: **(ولأنه وجب من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو لا يتجزأ)** أقول: لقائل أن يقول: حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الأول أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلاً مستقلاً معطوفاً على الدليل الأول بقوله ولأنه وجد من كل واحد الخ. ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل: يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح، وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً بصفة الكمال. والحكم إذا حصل عقيب علل لا بد من الإضافة إليها، فإما أن يضاف إليها توزيعاً أو كملاً، والأول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني، ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى. أقول: فيه نظر، لأنه لا يلزم من أن لا يجوز إضافة القتل إلى تلك العلل توزيعاً بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف إلى كل واحد منهم كملاً، بل يجوز أن يضاف كملاً إلى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذٍ لا يتم المطلوب كما لا يخفى. ويمكن توجيه مسألة الحلف بأن مدار الأيمان على العرف كما صرحوا به في محله، فإذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لإزهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف أنه قتل فلاناً، وإن كان القتل في الحقيقة كملاً مضافاً إلى مجموعهم من حيث هو مجموع، فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم في مسألة الحلف على العرف. وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير. ثم أقول: كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب إنما يتمشيان فيما إذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة، وأما فيما إذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضاً في

لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً بصفة الكمال، والحكم إذا حصل عقيب علل لا بد من الإضافة إليها، فإما أن يضاف إليها توزيعاً أو كملاً، والأول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني، ولهذا إذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا **(ولأن القصاص شرع مع المنافي)** وهو قوله ﷺ «الآدمي بنيان الربّ، ملعون من هدم بنيان الرب» **(لتحقيق الإحياء وتحقيق الإحياء قد حصل بقتله)** أي بقتل القاتل **(فاكتفى به)** ولا شيء لهم غير ذلك. وقوله: **(ومن وجب عليه القصاص)** ظاهر. قال: **(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ)** تعدد الجاني في الأطراف ليس كتعدده في النفس عندنا، فإذا قطع يداً فلا قصاص أصلاً. وقال الشافعي رحمه الله إن وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمرّا حتى التقى السكينان فالحكم كذلك، لأن كلاً منهما لم يقطع إلا بعض اليد فلا يقطع به كل يده، وإن أخذ سكيناً وأمرّاها على يده حتى انقطعت

على التعاقب) وقال الشافعي: في التعاقب يقطع بالأول، وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق كالرهن بعد الرهن، وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة. ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة، والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلاّ في حق الاستيفاء أما المحل خلوّ عنه فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل، فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية. لأن

الكتاب فلا تمشية لشيء منهما، إذ لا يتصوّر أن يقال لأحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلاً إنه قاتل، فضلاً عن أن يقال أنه قاتل بوصف الكمال، وكذا لا يتصوّر أن يقال لأحد منهم إنه وجد منه جرح صالح للإزهاق فينبغي أن يجب للباقين المال في هذه الصورة فليتأمل قوله: **(ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به)** أقول: فيه كلام، وهو أن تحقيق الإحياء حكمة القصاص، وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره، بل لا بد من حصول شرائطه أيضاً، ومن جملتها المماثلة؛ ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن، وكذا لا يقتل أحد ولا يولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه إلى غير ذلك، مع أن حصول تحقيق الإحياء متصوّر في جميع ذلك، وإنما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه. وعند أن قال الشافعي فيما نحن فيه: إن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص، كيف يتم أن يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الإحياء بقتله فاكتفى به، ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية قوله: **(لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ)** قال صاحب الغاية: وهو خطأ في القصد. أقول: هذا خبط ظاهر، إذ قد مرّ في الكتاب أن الخطأ على نوعين: خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول، ومن البين فيه قوله المصنف هنا كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً قوله: **(والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر)** قال صاحب العناية: قيل فإن الرمي إذا أصاب حيواناً ومزّق جلده سمي جرحا، وإن قتله سمي قتلاً، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز أن بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحالّ ولا نزاع فيه، وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ الظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة إليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الأسامي المختلفة؛ ألا يرى أن الرمي من حيث أصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلاً بل يسمى كسراً، وكذا من حيث أنه أصاب حيواناً

قطعت أيديهما اعتباراً بالأنفس، إما لكونها تابعة لها، وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر. ولنا أن كلاً منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحداً أو مختلفاً، لأنا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصاً لانتفاء المماثلة، وهذا لأن المحل متجزّ فإن قطع بعض وترك بعض متصوّر فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كملاً، بخلاف النفس فإن الانزهاق لا يتجزأ وقد مر، والباقي ظاهر. وقوله: **(وإن قطع واحد يميني رجلين)** قيد بذلك، لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه. لا يقال: تنتفي المماثلة حينئذٍ، لأنه ما فوّت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهو فوّتاه عليه، لأن المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه، وليس في ذلك توفيت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه. قوله: **(والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي)** يعني لأن من عليه القصاص حر جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول، وتقريره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى إلى شغل المحل الخالي تجزئته عنه، وإذا لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني، بخلاف الرهن لأن الحق في المحل لكونه مملوكاً. وقوله: **(ولتردد حق الآخر)** يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضي بالجمع له كذلك. وقوله: **(لأنه أوفى به حقاً مستحقاً)** يعني أنه إذا قضى

للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب، وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى بالإبطال فصار كما إذا أقرّ بالمال. ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضرّ به فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدّ والقصاص، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به **(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص الأول والدية للثاني على عاقلته)** لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ، كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر.

ومزّق جلده أو قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً أو قتلاً. وإذا تقرّر أن اختلاف تلك الأسامي باختلاف الأوصاف المنضمة إلى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الأسامي أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له. ثم إن قوله وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين إن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك، وإن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة إليه فهو مسلم، لكن هذا التعدد يحصل قطعاً بتعدد الأسامي تعدداً ناشئاً من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع، ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفاً. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الخطأ يستلزم إباحة لكونه سبباً للكفارة، وهو لا يكون إلا أمراً دائراً بين الحظر والإباحة ولم يوجد هنا. والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان مخالف لظن الجاني كمن رمى إلى شيء يظنه صيداً فإذن هو إنسان، أو لقصده مطلقاً كمن رمى إلى هدف فأصابه إنساناً وكالذي نحن فيه، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لا محالة انتهى. أقول: في تحرير جوابه نوع خلل، فإن تمثيل قوله أو لقصده مطلقاً بقوله كمن رمى إلى هدف فأصاب إنساناً، وكالذي نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة لإنسان عند الرمي إلى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد، وليس كذلك قطعاً إذ كل منهما من قبيل الخطإ في الفعل كما بينا من قبل.

بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضي للآخر بالأرش. وقوله: **(وإذا أقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود)** وإنما قيد بالعمد لأنه لو أقر بالخطإ لا يجوز سواء كان مأذوناً أو محجوراً، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة. وقوله: **(حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص)** توضيح لبقائه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحرّ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحدّ يؤخذ به. وقوله: **(والفعل يتعدّد بتعدد الأثر)** قيل: فإن الرمي إذا أصاب حيواناً ومزّق جلده سمي جرحاً، وإن قتله سمي قتلاً، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسراً، فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمداً وبالنسبة إلى آخر خطأ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه، وإنما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين، والأولى أن يقال: معناها أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة إلى أمرين، كالحركة مثلاً فإنه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة إلى حركة وبالبطء بالنسبة إلى أخرى، فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظراً إلى قصده بالنسبة إلى الشخص الأول وبالخطأ نظراً إلى عدمه بالنسبة إلى الثاني. ولقائل أن يقول: الخطأ يستلزم إباحة لكونه سبباً للكفارة، وهو لا يكون إلا أمراً دائراً بين الحظر والإباحة ولم يوجد. والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان مخالف لظن الجاني، كمن رمى إلى شيء يظنه صيداً فإذا هو إنسان، أو لقصده مطلقاً كمن رمى إلى هدف فأصاب إنساناً، وكالذي نحن فيه، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لا محالة، وإنما قلنا مطلقاً ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فإنه عمد لأنه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه، فإن قطع اليد قد يكون قتلاً بالسراية، بخلاف ما إذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فحزّها أو رمى إلى شخص فأصاب غيره فمات فإن ذلك خطأ، لأن قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلاً لغيره فكان مخالفاً من كل وجه.

قوله: **(كالحركة مثلاً، فإنه يجوز أن توصف بالسرعة الخ)** أقول: السرعة والبطء من الأعراض النسبية، ولا كذلك العمد والخطأ
قوله: **(وهو لا يكون إلا أمراً دائراً الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى قوله سبباً قوله: **(أو لقصده مطلقاً، إلى قوله: والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما)** أقول: قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجاني، وقوله لهما ناظر إلى الظن والقصد في قوله لظن الجاني، وفي قوله أو لقصده مطلقاً.

فصل

قال: (**ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً**) والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميماً للأول، لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها

فصل في حكم الفعلين

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد الواحد، كذا في الشروح قوله: (**ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده الخ**) أقول: لقائل أن يقول: إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمداً والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف في الأصل الآتي ذكره، فيكون قوله قبل أن تبرأ يده في وضع هذه المسألة مستدركاً لتمام جوابها، وهو أن يؤخذ بالأمرين جميعاً بدون ذكر ذلك القيد، بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، وعن هذا قال في وضع المسألة الثانية أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد. ثم أقول: يمكن أن يقال: فائدة ذكر ذلك القيد في المسألة الأولى التنبيه من أول الأمر على أن تخلل البرء ففيما إذا تخلل ذلك أولى، وبهذا يندفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما إذا تخلل البرء ليس بمؤثر فيما إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخلل البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل، فإن تخصيص الشيء بالذكر إنما يدل على الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له. وأما إذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل. ثم إنه لما حصل التنبيه على ذلك في المسألة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسألة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها. ثم لما جاء إلى المسألة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأ فيهما فلا بد في الأخذ بالأمرين جميعاً من تخلل البرء في البين قوله: (**فصار كتخلل البرء**) قال بعض الفضلاء: منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ. أقول: كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال: وبخلاف ما إذا كانا خطأين، وعلله بتعليلين بإزاء تعليلي أبي حنيفة ما إذا كانا عمدين. وتعليله الثاني وهو قوله ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعاً لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما إذا كانا خطأين تأمل تفهم. وقال صاحب معراج الدراية: فإن قيل: لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للإمام خيار كما لو تخلل البرء. قلنا: المسألة مجتهد فيها، فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى. أقول: في الجواب نظر، فإن قول المصنف

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب (**ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً**) القطع والقتل إذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه: أن يكون خطأين أو عمدين، أو يكون القتل خطأ والقطع عمداً أو بالعكس، فذلك بالقسمة العقلية أربعة. مع إن كل واحد منهما إما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجهاً، فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير، وإن كانا من شخص واحد فإيجاب موجب الفعلين أو إهدار أحدهما مبني على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله: (**والأصل فيه أن الجمع**) يعني الاكتفاء

فصل ومن قطع

قوله: (**ثم إن كل واحد منهما**) أقول: أي من الفعلين.

بعض الحرج، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفي الأخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية، حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة **(وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه، وإن شاء قال اقتلوه)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما. وله أن الجمع متعذر، إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر، أو لأن الحزّ يقطع إضافة السراية إلى القطع، حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحازّ فصار كتخلل البرء، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير

بعد بيان خيار الإمام وهذا عند أبي حنيفة يأبى هذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسألة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضاً يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه. ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبي حنيفة، وأما إذا كان الخيار للوليّ عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه: فعلى هذا لا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأساً للسؤال على الوجه المذكور. نعم يرد أن يقال: فما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسألة بأن للوليّ الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأمرين جميعاً، وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب قوله: **(ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفواً عن نوعيه)** أقول: أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً لهما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما، لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما بدون انضمام هذا إليه. لأنه إذا لم يتقرّر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع، فإنه إذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصوّر كون القتل أحد موجبي القطع، إذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجباً للقتل أيضاً تدبر قوله: **(وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس)** قلت: وكان ينبغي أن يقول: وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص، لأن الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون وجوب القياس، إلا أن موجب القياس هو الظاهر في بادىء الرأي قوله: **(ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً)** قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه: وهي الأربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً، والعفو عن القطع وما يحدث

بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميماً للأول، لأن القتل في الأعم: يعني في غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمماً للأول ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفاً أو موجباً أو بتخلل البرء، فحينئذٍ يعطى كل واحد حكم نفسه، فإن تخلل البرء فلا جمع أصلاً لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما، وإن لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الأوليين، وإن تجانسا خطأ جمع بالإجماع لكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة، وإن تجانسا عمداً فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الوليّ بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع. وقوله: **(فإن شاء الإمام قال اقطعوه)** قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة رحمه الله، وليس كذلك بل الخيار للولي، فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار، قالا:

قوله: **(لأن التداخل إنما يكون الخ)** أقول: فيه بحث لكن جوابه ظاهر، فإن المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فإنه الذي يقوم به القتل قوله: **(وصفاً أو موجباً)** أقول: كما في الخلافية، فإن موجب القطع العمد القطع، والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبىء عن المماثلة بخلاف الدية، وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف: **(فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه)** أقول: قال الكاكي:

اعتبار المساواة، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزّ القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان، أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان، قال: (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزيز فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة،

منه، والعفو عن الشجة، والعفو عن الجناية انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن معنى كلام المصنف ها هنا أن محمداً رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسألة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير، والعفو عن الشجة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير قط، وإنما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال: وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك، وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال: وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات، والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسألة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصوّر درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضاً، فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة، وهي العفو عن القطع مطلقاً، والعفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الجناية، لأن هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير، وأما العفو في الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطراداً وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذاً مما ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قوله: (**آذن بذلك إطلاقه**) أي أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولاً لهما، كذا في عامة الشروح. قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك: هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محمداً قيده بالعمد في أصل الجامع

الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما، وقال: بل الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلوّ القطع إذ ذاك عن الجزاء، وإما لأن الحزّ يقطع إضافة للسراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز، وإذا انقطع إضافة السّراية إليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة. وقوله: (**ولأن أرش اليد**) دليل آخر على جواز الجمع إذا كانا خطأين. وتقريره: أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل: يعني القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالحزّ القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحزّ القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحزّ، وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان. فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزّ القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان. قلنا: بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة، وهي إنما تتحقق باجتماعهما، وهذا في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه، وأما الخطأ فمبناه على التخفيف؛ ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين، فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً. قال: (ومن

وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الإمام اجتهاد في محله. فعليه أن يتبعه فيما يقطع الإمام خياره عليه انتهى قوله: (**في محله**) أي محل الاجتهاد؛ ألا يرى إلى خلاف الإمامين قال المصنف: (**فصار كتخلل البرء**) أقول: منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ قوله: (**فإن قيل، إلى قوله: فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان**) أقول: معارض بما إذا قتل واحد جماعة عمداً حيث يجب قتل واحد، وإن قتلهم خطأ تجب ديات.

وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل. وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب **(وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل)** لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس. قال: **(ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمداً فهو من جميع المال)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرىٰ إلى النفس ومات: لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه، وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى، فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفواً عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة، كذا هذا، وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقوّمة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل، وبالسراية تبين لأن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد، إلا

الصغير كما ذكرنا روايته، وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذٍ دعوى الإطلاق اهـ. وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا ها هنا وأجابوا حيث قالوا: فإن قيل: لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع بدليل جواب المسألة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فإنه يبين أن مراده العمد، لأن الدية في الخطأ على العاقلة: قلنا: وضع المسألة مطلق بلا شك إذ القيد غير ملفوظ، لكن الجواب إنما هو لأحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمداً، انتهى كلامهم. **أقول**: لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع، إذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان إجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، ولا ريب أن حكم المسألة إنما يؤخذ من جوابها، وإذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصاً بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق

ضرب رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرىء من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وكذا كل جراحة اندملت)** يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل، وإنما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله. وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل، وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج. وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب **(وإن ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل)** دون الأرش لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ وليس بموجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم يكن إلا مجرد الألم وهو لا يوجب شيئاً كما لو ضربه ضرباً مؤلماً، ومثل هذه المسألة مع هذا الاختلاف، ودليلها يأتي قبل فصل الجنين قوله: **(ومن قطع يد رجل الخ)** اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده، وقالا: لا شيء عليه لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه، لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصوّر العفو عنه فيكون

قال المصنف: **(والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول**: قال في المضمرات: كأن قائلاً يقول: لما وجب أرش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل. فأجاب عنه بقوله والأرش الخ انتهى. وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل، وعلى ما ذكره الأكمل يكون ذكر هذه المسألة هنا استطرادياً. قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: قال الفقيه أبو الليث: ما قال في الكتاب إنه يجب فيه دية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر، أما إذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش الضرب، وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحد بالقتل انتهى قال المصنف: **(وأن السراية صفة له) أقول**: أي صفة منوعة، فلا يرد عليه شيء قوله: **(إنما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول**: الأظهر أن يقول: وهو القصاص.

أن في الاستحسان تجب الدية، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود. ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل الساري قتل من الابتداء، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل، ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، آذن بذلك إطلاقه، إلا

وضع المسألة باشتراك نوعي القطع في الحكم، إذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب، وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك أطلاقه فتأمل قوله: **(لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال)** قال في العناية: فيه بحث، وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة. ثم قال: والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس في المال أيضاً ألا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى. أقول: في تقرير البحث المذكور خلل فاحش، وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك. أما الأول فلأنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء، ثم ينتقل بموته إلى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية، فقوله رحمه الله إن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح، وقد مرّ نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضاً فتذكر. وأما الثاني فلأنه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث في المقتول عند إمامنا الأعظم رحمه الله، بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثاً بالاتفاق، ألا يرى إلى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله: **(أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث)** قال جمهور الشراح: فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة فكيف جوّز الوصية بجميع الثلث ها هنا حتى صح في نصيب القاتل أيضاً مع أن الوصية لا تصح للقاتل؟ قلنا: إنما جوّز ذلك لأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية. وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً مبتدأ وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز انتهى كلامهم. وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بأن قال فيه بحث، لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب

العفو عنه عفواً عن موجبه وموجبه إما القطع أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفواً عنهما، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فإن الإذن بالقطع إذن به وبما حدث منه. حتى إذا قال شخص آخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بالإذن ابتداء، فصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول السارية والمقتصرة، فكذا هذا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقوّمة قد تحقق، والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة، وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبراً؛ ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفواً، ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفواً، فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبراً وجب الضمان، والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن تركناه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية. وقوله: **(ولا نسلم أن الساري نوع من القطع)** جواب عن قولهما فيكون العفو عفواً عن نوعيه، وفيه نظر، فإنه منع كون السراية صفة له، ويقال سرى القطع وقطع سار فيكف يصح ذلك. والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست

أنه كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمداً فهو من جميع المال، لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه. أما الخطأ فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث. قال: **(وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمداً ففي مالها)** وهذا عند أبي حنيفة، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوّج على اليد لا يكون تزوّجا على ما حدث منه، ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً. لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل، وعليها الدية في مالها لأن

الوصية انتهى. أقول: إن أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع؛ ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به. وإن أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم. لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحاً فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله: **(ثم القطع إن كان عمداً يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً)** قال جماعة من الشراح: فإن قيل: القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الأطراف فكيف يكون هذا تزوّجاً على القصاص. قلنا: الموجب الأصلي في العمد القصاص قضية إطلاق قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن إطلاقه قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) لمثل ما نحن فيه ممنوع، فإن القصاص ينبىء عن المماثلة، وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصوّر فيه القصاص، وعن هذا إذا قطع رجل يد رجل عمداً من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم إمكان اعتبار المماثلة، وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ على وجوب القصص في قطع يد غيره عمداً من المفصل، وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الأطراف فلا يندرج في قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما إذا

كذلك، بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر. وقوله: **(بل الساري قتل من الابتداء)** إضراب عن قوله نوع من القطع، وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلاً. وقوله: **(وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً)** جواب عن قوله أو القتل إذا سرى، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً، لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله فلا يصح، وإذا لم يصح لعفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل، وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو. وقوله: **(بخلاف العفو عن الجناية)** ظاهر. وقوله: **(في هذه الوجوه)** وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية **(وفاقاً)** وهو في موضعين: أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ، والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضاً **(وخلافاً)** وهو أيضاً في موضعين: أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن أرش اليد لا غير. والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما، وعنده عن أرش الشجة لا غير **(آذن)** أي أعلم **(بذلك إطلاقه)** أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لأن الدية في الخطإ على العاقلة. وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمداً. وقوله: **(كما لو**

قوله: **(ألا يرى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز)** أقول: وفيه بحث، لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية قوله: **(لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة)** أقول: مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر: يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف تأمل قوله: **(وإن كان الثاني فلها ذلك)** أقول يعني فلها مهر المثل.

التزوّج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد. والقياس أن يجب القصاص على

قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فإنه تصح التسمية فيه، ويصير أرش اليد وهو خمسة الآف درهم مهراً لهما بالإجماع، صرح به الشراح قاطبة في أول هذه المسألة، وعزاه جماعة منهم إلى الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي، وقالوا: أشار إليها المصنف بقوله ثم مات، ولو كان الموجب الأصلي هو القصاص في العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضاً لزم أن يكون التزوّج في صورة الاقتصار أيضاً تزوجاً على القصاص، فلزم أن لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الأرض مهراً لها بالإجماع في تلك الصورة كما لا يخفى. وقال صاحب العناية وتاج الشريعة: فإن قيل: الواجب في الأطرف بين الرجل والمرأة هو الأرش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر؟ قلنا: أرش اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً فيجب مهر المثل انتهى. أقول: في جواب هذا السؤال أيضا نظر، فإنه ينتقض أيضاً قطعاً بالتزوّج على يده في صورة الاقتصار، فإن أرش اليد يصير مهراً لها هناك بالإجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة عن عدم تعين أرش اليد هناك أيضاً. ثم أقول: لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضاً من مسألتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها من أنه يكون هذا تزوّجاً على أرش اليد، إذا القصاص لا يجزي في الأطراف بين الرجل والمرأة في العدم أيضاً عندنا. وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالماً عن أن يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج إلى جوابيهما المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه آنفا قوله: **(وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية)** قال في النهاية: فإن قلت: لم يجب القصاص ها هنا على المرأة مع أن القطع كان عمداً وهو قتل من الابتداء، فإنه لما مات ظهر أن الواجب هو

أوصى بإعارة أرضه) يعني إذا تبرّع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليس بأموال، وفيه بحث من أوجه: الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة. الثاني أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوماً والورثة يومين إن لم يقبل القسمة، وإن قبلها يفرز الثلث للموصى له. والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظيراً لما ليس بمال؟ والجواب عن الأول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل. والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله ﷺ «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث، لأن الإرث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي. أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماً في ماله أو حق قابل لها بعد موته، وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال، بل إذا كان حقاً قابلاً للخلافة

قال المصنف: **(لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها)** أقول: فإنه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضاً وهو الأرش، فإن القطع كان قتلاً فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس، ولعل هذا هو الوجه في توجيه كلام المصنف، وبه تندفع الشكوك والأوهام في هذا المقام قوله: **(والقصاص سقط ها هنا إما بقبولها التزوج الخ)** أقول: بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على القاطع لكونه قاتلاً، ولا يجب بدله أيضاً لعدم وجوب الأصل فتأمل قوله: **(ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه)** أقول: الظاهر أن يقول عن نفسها قوله: **(أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً)** أقول: مخالف لما مر آنفاً من قوله ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع، ثم الجهالة لا تمنع فيها سقط لأنها لا تفضي إلى المنازعة، وذلك وجه الصحة فيما مر قال المصنف: **(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة)** أقول: قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولا تقع المقاصة لأن الدية مؤجلة ومهر المثل حال، وإذا حل الأجل تقع المقاصة انتهى.

ما بيناه. وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة، وإن كان في المهر فضل يرده الورثة عليها، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوّجاً على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل، كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها. ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطإ والمهر لها. قال: **(ولو تزوّجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها)** لأن هذا تزوّج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه، وصار كما إذا تزوّجها على خمر أو خنزير ولا شيء له عليها، لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً **(وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية)** لأن هذا تزوّج على الدية وهي تصلح

القصاص وهو لم يجعل القصاص مهراً لأن القصاص لا يصلح مهراً لأنه ليس بمال المهر يجب أن يكون مالا، ولما لم يصلح القصاص مهراً صار كأنه تزوّجها ولم يذكر شيئاً وفيه القصاص فكذا هنا. قلت: نعم كذلك، إلا أنه لما جعل القصاص مهراً جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة، ولو استوفت المرأة القصاص إنما تستوفي عن نفسها لنفسها، وذلك محال لأن الإنسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه، لأن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبا للقصاص ومطالب به فسقط لاستحالة الاستيفاء، ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء انتهى. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب، أما الأول فلأن وجه عدم وجوب القصاص ها هنا على المرأة ظاهر من قوله المصنف، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه، فإنه إشارة إلى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب بالدية ها هنا دون القصاص على موجب الاستحسان، فإن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ها هنا على المرأة، وأما الثاني فلأن القصاص الذي جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة إنما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوّج، فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ما ذكر في الجواب المزبور، إذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها قوله: **(وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية)** قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل: قوله ويرفع عن العاقلة مهر مثلها: أي قدر مهر مثلها، وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية: أي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية انتهى. أقول: في التفسير الثاني خلل، فإن المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة

يصح أن يكون موروثاً، ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم. وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفاً والوصية تبرّع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه. وعن الثالث بأن المنافع أموال إذ كانت في عقد فيه معاوضة. وقوله: **(فيعتبر من الثلث)** فيه إشكال، وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته. وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجود فكان تبرعاً مبتدأ ولا مانع عنه؛ ألا يرى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز قال: **(وإذا قطعت المرأة يد رجل الخ)** إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده فإما أن يقتصر أو يسري، فإن كان الأول صحت التسمية ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع سواء كان القطع عمداً أو خطأ وتزوّجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه، لأنه لما برأ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرض يصلح صداقاً. وإن كان الثاني وإليه أشار بقوله ثم مات فإما أن يكون القطع خطأ أو عمداً، فإن كان الأول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة، وإن كان الثاني فلها ذلك

مهراً إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوّج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها، وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط، وإن لم تخرج يسقط ثلثه. وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوّجها على اليد، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين. قال: **(ومن قطعت يده فاقتص له من**

على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال: فإن كانت تخرج من الثلث تسقط، وإن لم تكن تخرج يسقط ثلثه، وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ها هنا الصورة الأولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد، فإن ما يكون وصية لهم في الصورة الأولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل لا إلى تمام الدية ثلثه فقط كما لا يخفى. وقال صاحب الغاية: قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها: أي قدر مهر مثلها، وقولهم ولهم ثلث ما ترك وصية لهم: أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى. أقول: مآل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وإن كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني، فإنه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ها هنا على التفسير المزبور، ثم أقول: في كلام المصنف ها هنا احتمال آخر، وهو أن يكون معناه: وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين في التفصيل معاً، لأن جميع مال الميت يشكل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله، لكن يتجه عليه أيضاً أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية، فلا يصح حينئذٍ قوله وصية لأن ما يكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير. وبالجملة عبارة المصنف ها هنا ليست بخالية عن القصور في إفادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد، فالأولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطإ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم، فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال انتهى تأمل قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين)** أي في التزوّج على اليد، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية، كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب، وزاد صاحب العناية على ذلك شيئاً في شرحه حيث قال: يعني في التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى. وتبعه الشارح العيني، أقول: ليس ذاك بشيء، إذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف ها هنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء، ولقد صرح به ها هنا صاحب الغاية نقلاً عن شروح الجامع الصغير حيث قال: فأما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما إذا تزوّجها على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية

والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوّج على اليد لا يكون تزوّجاً على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم، القطع إذا كان عمداً كان التزوّج تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير سقوط القصاص، فإنه إذا لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى، والقصاص يسقط ها هنا إما بقبولها التزوّج لأن سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط، وإما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل القصاص مهراً جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص

قوله: **(إذا كان القطع خطأ)** أقول: التقييد به مما لا يظهر وجهه، فإنه إذا كان القطع عمداً بالاتفاق في الجواب في حاله.

اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود إذا استوفى طرف من عليه القود، وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص، لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه. ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال: **(ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء عليه)** لأنه استوفى حقَّه فلا يضمنه، وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها، ولهذا لو لم يعف لا يضمنه، وكذا إذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى، أو قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع. وله أنه استوفى غير حقه، لأن حقه في القتل. وهذا قطع وإبانة، وكان القياس أن يجب القصاص إلاّ أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً، وإذا سقط وجب المال، وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن

لما ذكر في المسألة المتقدمة، كذا في شروح الجامع الصغير انتهى قوله: **(ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه)** قال صاحب العناية: لم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع. وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي، لا شيء عليه على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل، لأنه إن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بأنه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد، وإن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون أن تذكر هنا فليس كذلك، فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد، وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس. ولما كانت المسألة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضاً كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها، وإن كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضاً دون مؤاخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه، إذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلاً ومدللاً فيلغو بيان ذلك الشارح إياه ها

عن نفسه. فإن قيل: الواجب في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر؟ أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً، وإذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهراً يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها. فإن قيل: قبول التزوّج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية، أشار إلى الجواب بقوله لأن التزوّج وإن كان يتضمن العفو لكن **(فيما نحن فيه يتضمن العفو، عن القصاص في الطرف، وإذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لأنه عمد)** والعاقلة لا تتحمل العمد **(والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه)** يريد به قوله لأنه هو الموجب للعمد **(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن تساويا)** وإن لم يتساويا ردّ من عليه الفضل على من له ذلك، وإذا كان القطع خطأ كان التزوّج على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوّجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة في الخطإ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما. وقوله: **(ولو تزوّجها على اليد وما يحدث منها)** ظاهر. وقوله: **(ولا شيء عليها)**أي لا دية ولا قصاص. وقوله: **(يرفع عن العاقلة مهر مثلها)** أي قدر مهر المثل. وقوله: **(ولهم)** أي للعاقلة **(ثلث ما ترك)** أي ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية. وقوله: **(فاتفق جوابهما في الفصلين)** يعني في التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق وإلا فالفصول ثلاثة. قال: **(ومن قطعت يده فاقتص له من اليد)** كلامه واضح، ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد

قوله: **(وإنما هي بناء على أنهما أوجبا له)** أقول: بل أباحا.

يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء. وأما إذا لم يعف وما سرى، قلنا إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف، وإذا قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حزّ بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف فالكف تابعة لها غرضاً، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه. قال: **(ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن)** لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد. وله أنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً. ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل، إلا

هنا قوله: **(ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به)** قال صاحب الإصلاح والإيضاح: وفيه إشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمة إلى المقدمة القائلة إنه لا يكون مبرئنا عنه بدون العلم به انتهى. أقول: جوابه أنه قدر تقرّر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة، أفقيما نحن فيه يكون الإبراء عن النفس شبهة الشبهة، لأن الإقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأساً لجواز أن يستوفي القتل أيضاً بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة، ثم إن الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الإبراء عنه أيضاً لجواز أن يفرغ منه ظناً أن حقه في القطع لا إبراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر، بخلاف ما إذا عفا عن القطع ثم مات منه فإن العفو عن القطع هنا مقرر لا شبهة فيه، وإنما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفواً عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دائرة له فافترقا تأمل، فإن هذا معنى عميق وفرق دقيق قوله: **(بخلاف ما استشهدا به من المسائل لكنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام، أو عقداً كما في غيره منها)** أقول: فيه تساهل، لأن من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلداً ولا عقداً وهو المأمور بقطع اليد، فإن المراد به ما إذا قال اقطع يدي ففعل فسرى إلى النفس فمات كما صرح

والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء، وقوله: **(ومن قتل وليه عمداً)** صورته ظاهرة وكذلك دليلهما، وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام، فقوله إنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل، وهذا قطع وإبانة في الأصل ظاهر لا يقبل التشكيك، وقد شكك بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الوليّ يده ثم رجعا ضمنا اليد، وإنما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا إلا بالقتل، ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا، وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد، وليس أصل المسألة ذلك وإنما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس، وذلك يبرىء القاطع عن الضمان فيضمنان لإيجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا. وقوله: **(وإنما لا يجب المال في الحال)** جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال. وقوله: **(وملك القصاص في النفس ضروري)** جواب عن قولهما إنه استوفى حقه: يعني لما كان ملك القصاص ضرورياً لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه الأحوال الثلاثة، وهي: استيفاء النفس بالقصاص، والعفو، والاعتياض لا يصح التصرف في القائل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها فيكون تصرفاً في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان. وقوله: **(فأما قبل ذلك)** يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة يريد به القطع **(فلم يظهر)** يعني ملك القصاص **(لعدم الضرورة)** وقوله: **(بخلاف ما إذا سرى)** جواب عن قولهما وكذا إذا سرى. وقوله: **(وأما إذا لم يعف وما سرى)** جواب عن قولهما أو ما عفى وما سرى. وقوله: **(الصحيح أنه على الخلاف)** يعني فلا يكون مستشهداً به، وكذا قوله هو الصحيح. وقوله: **(والأصابع وإن كانت تابعة)** جواب عن قولهما وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فإنهم تبرّعوا بالفرق.

أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل إلا أنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منها، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب، إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد.

به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقداً كما في غيره منها فإن العقد إنما يتحقق في البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الإمام وأنه من تلك المسائل أيضاً، ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعاً هنا، لأن قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسألة، إذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرّع منه كما لا يخفى، فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصراً عن إفادة الفرق في حق تلك المسألة كما ترى. نعم يمكن الفرق في حقها أيضاً بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع بإذن الآمر انتقل حكم الفعل إلى الآمر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان، لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن إفادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه.

وأما صاحب الأسرار فمنعه وقال: لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفا عن الكف. وقوله: **(ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه)** واضح، وقد أشرنا إليه من قبل. وقوله: **(فصار كالإمام)** أي القاضي إذا قطع يد السارق فمات من ذلك فإنه لا شيء عليه وقوله: **(والمأمور بقطع اليد)** كما إذا قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع. وقوله: **(في مجرى العادة)** يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. وقوله: **(لأنه مكلف فيها)** **(أي في المسائل)** بالفعل إما تقلداً كالإمام فإنه إذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكّم **(أو عقداً)** كما مر في غير الإمام من المسائل: يعني البزاغ والحجام فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة **(والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه)** من الاستيفاء **(لا وجوب ولا التزام)** إذ العفو مندوب إليه، قال الله تعالى ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ فيكون من باب الإطلاق: أي الإباحة فأشبه الاصطياد، ولو رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ضمن كذا هذا، وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر، والمستعير للركوب إذا نفقت الدابة منه، وعلى المعلم والقاطع ضمان، وها هنا يجب إذا سرى. وأجيب بأن في الثلاثة الأولى حصل سبب الهلاك بالإذن فينتقل الفعل إلى الإذن، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا إذا أذن بسبب الهلاك، والأب إذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ها هنا، بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك دون الإذن، ولما قطع وسرى كان القطع قتلاً وليس له ملك القتل فكان تصرفاً في غير ملكه وهو يوجب الضمان. وأما الرابع فلأن القطع مع السراية يصير قتلاً من الابتداء، ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الإسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان، فكذا إذا صار قتلاً من الابتداء لأنه مستند إلى ابتداء القطع.

قوله: **(وذلك يبرىء القاطع عن الضمان)** أقول: هذا إذا كان رجوعهما قبل البرء، أما إذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فإنه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة. على أنا نقول: قوله يبرىء القاطع عن الضمان. قلنا: مطلقاً أو بعد البرء، والثاني باطل، وفي الأول إن برأ لا يجب ضمان القطع، وإن لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى قال المصنف: **(وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه)** أقول: فيكون عفوه لغواً لاستيفائه حقه قبله مستنداً قوله: **(يريد به القطع)** أقول: المضاف مقدر: أي حال القطع. ثم اعلم ان ضمير به راجع إلى قوله قبل التصرف قوله: **(أو مرتد أسلم بعد القطع)** أقول: ثم سرى إلى النفس قوله: **(وعلى المعلم والقاطع ضمان)** أقول: قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب، ومعناه: لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب، ولا يجب الضمان على القاطع أيضاً قوله: **(بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك)** أقول: وكذلك القطع بإذن المالك الحق والمالك المطلق قوله: **(دون الإذن)** أقول: وكذلك المستأجر والمستعير يملكان المنفعة كالركوب دون الإهلاك.

باب الشهادة في القتل

قال: (**ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة**) عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعيد: (**وإن كان خطأ فلم يعدها بالإجماع**) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر، لهما في

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمراً متعلقاً بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لأن ما يتعلق بالشيء كان أدنى درجة من نفس ذلك الشيء قوله: (**ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعيد**) قال في العناية: والأصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما. وقال: وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحساناً للتدافع انتهى. أقول: فيه بحث، لأن ما تمسكا به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة، وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين. وذلك أن القصاص وإن كان حقاً للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لأنه شرع للتشفي، ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضاً عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث، وقد صرح به في كثير من الشروح. فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقاً للوارث فقال باشتراط إعادة البينة إذا حضر الغائب احتيالاً للدرء وراعى في مسألة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقاً للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالاً للدرء أيضاً. وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه، ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه، فيتجه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من الوارث حال حياة المورّث استحساناً بالإجماع فتدبر قوله: (**وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً**) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: وإن كذبهما فلا شيء أي وإن كذبهما المشهود عليه، معناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل عن تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثاً ثم قال: وفي بعض النسخ معناه:

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة (**ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة. وقالا: لا يعيد، وإن كان خطأ. لا يعيد بالإجماع**) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر، والأصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما، وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوراث حالة حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورّث المجروح استحساناً للتدافع. والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوراث فلوقوعه قبل ثبوت حقه. ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما إن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين، واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله.وهذا لأنه عوض نفسه، قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم

باب الشهادة في القتل

قال المصنف: (**لهما في الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين**) أقول: في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد: لهما أن القصاص يصير مملوكاً للمقتول ثم يصير موروثاً عنه كالدين سواء، ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص، والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة، ثم في الدين لا تعاد البينة، كذا هذا، ولأبي حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء، لأن الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية، ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة، فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى. وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف:

الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوّض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت، ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين. وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة؛ ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت

إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً فحينئذ كان معنى قوله وإن كذبهما: أي وإن كذبهما القاتل انتهى. وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضاً، إلا أنه جعل النسخة الثانية أصلاً على عكس ما في النهاية، وقال: والأول أصح. أقول: مدار ما ذكرا في شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وكذا بقوله في النسخة الأخرى معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما، فإنهما جعلا فاعل كذبهما في قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما ضميراً راجعاً إلى المشهود عليه على نسخة معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً، وضميراً راجعاً إلى القاتل على نسخة معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الأولى أن جملة إذا كذبهما القاتل أيضاً مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديرها وإن كذبهما المشهود عليه فلا شيء لهما إذا كذبهما القاتل أيضاً، وفي النسخة الأخرى أن جملة إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً مقدرة فيها فتقديرها وإن كذبهما القاتل فلا شيء لهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً، لكن ليس ما ذهبا إليه بسديد، إذ يأباه قطعاً قول المصنف معناه لأن المقدر لا يكون معنى المذكور. والحق عندي أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرّد قيد أيضاً في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال: معناه إذا صدقهما وحده، فراده على النسخة الأولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وإن كذبهما إذا كذبهما القاتل، أيضاً: أي مع المشهود عليه، كما أن معنى قوله فيما قبل فإن صدقهما القاتل إذا

فيها أن النفس بالنفس﴾ فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوّض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه. ولأبي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء، كالعبد إذا اتهب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك، كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصوّر الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث. وقوله: **(بخلاف الدين)** جواب عن قولهما كالدين **(لأنه)** أي الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه، وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره، وهذا أنسب للقواعد الفقهية، فإن المحل مما للشبهة فيه مجال. وقوله: **(فإن أقام القاتل البينة)** واضح. وقوله: **(لأنهما يجرّان)** تعليل لقوله فشهادتهما باطلة، وتعليل

يعني أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذٍ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى. وفي شرح الإمام التمرتاشي: ولأبي حنيفة رحمه الله أن في القصاص شبهة ثبوته ابتداء، لأنهم هم الذي ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا يقضي منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه، ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، والقصاص لا يثبت مع الشبهة، ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوراث، وكذا لو انقلب القصاص مالاً كان حقاً للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى. والحاصل أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص، وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره، وفي غاية البيان: ولأبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه، وذلك لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه، لأن الميت لا ينتفع به، ومن حيث أنه بدل النفس حق للميت، ولهذا لو انقلب مالاً تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياته، إلى آخر ما ذكره. قال الإمام الزيلعي في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ نص على أن القصاص ثبت للوراث ابتداء قوله: **(كما أنه ليس لهما ذلك)** أقول: يعني ليس لهما تمسك كأبي حنيفة قوله: **(للتدافع)** أقول: هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك، ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ: يعني للتدافع بين التمسكين قوله: **(وهذا لأنه عوض نفسه، قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾)** أقول: يعني الباء للمعاوضة قوله: **(ولا يتصور الفعل من الميت)** أقول: لا بد هنا من مراجعة التمرتاشي قال المصنف: **(ومعناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً)** أقول قال الإتقاني: فعلى هذا

والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه، وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره **(فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص)** لأنه ادّعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب **(وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا)** لما بيناه. قال: **(فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهم باطلة وهو عفو منهما)** لأنهما يجرّان بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالاً **(فإن صدّقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً)** معناه: إذا صدقهما وحده، لأنه لما صدقهما فقد أقرّ بثلثي الدية لهما فصح إقراره، إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه **(وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية)** ومعناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل

صدقهما وحده: أي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام، ومراده على النسخة الأخرى معنى قول محمد وإن كذبهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً: أي مع القاتل، فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام قوله: **(وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح)** قال في الكفاية: وإنما أوّل لتكون المسألة مجمعاً عليها. وقال في معراج الدراية نقلاً عن الذخيرة: ما ذكر في الجامع الصغير إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى. ثم قال جمهور الشراح: فإن قيل: الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمداً؟ قلنا: لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه، لأنه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره

قوله وهو عفو منهما لم يذكره، وهو ما قال الإمام المحبوبي لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما. وقوله: **(فإن صدقهم القاتل فالدية بينهم أثلاثا)** يتأتى فيه الأقسام العقلية، لأنه إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعاً أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس، والمذكور في الكتاب أوّلاً هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً لما ذكر في الكتب من التعليل، وأشار بقوله وحده إلى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لأنهما ادّعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه، ولا شيء للمشهود عليه لأنه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقرّا بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عياناً. وقوله: **(إن كذبهما)** أي كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضاً **(فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية)** لما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وإن صدقهما المشهود عليه وحده)** يعني وكذبهما القاتل **(غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره له بذلك)** وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقرّ به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه. وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقرّ للمشهود عليه بمثل الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالاً والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقراً لهما بما أقرّ به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقرّ لرجل بألف درهم فقال المقرّ له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الألف لفلان، كذا هذا. قال: **(وإذا شهدا الشهود أنه ضربه)** صورة المسألة ظاهرة. وقوله: **(وإذا كان عمداً)** أقول: المصنف احترز

يكون تقدير قوله وإن كذبهما: أي المشهود عليه. وفي بعض النسخ: ومعناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً وهو أصح انتهى. وجه الأصحية نبو مساق الكلام عن النسخة الأولى، فإنه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له، والفاعل المذكور فيه هو القاتل، فالمضمر هنا يكون ذلك، وأيضاً ينبغي أن يقال حينئذٍ وله ثلث الدية دون الآخر تدبر **قوله: (وفي بعض النسخ، إلى قوله: وصار الألف لفلان كذا هذا)** أقول: إلى هنا ما في بعض النسخ قوله: **(وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ)** أقول: لكن يرد على المصنف أنه إذا كان جواب المسألة ما ذكره المجيب، وقد نص عليه الإمام خواهر زاده يكون التقييد بقوله إذا كان عمداً للاحتراز عن الخطإ مما يعد لغواً بل خطأ لإيهامه خلاف الواقع فتأمل.

وادّعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه، لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدّقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك. قال: **(وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً)** لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص على ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب

فأصابه. وقالوا: كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب. وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى. وأنا أقول: نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسألة الجامع الصغير بقوله إذا كان عمداً، لكن يرد عليه أن يقال: ليس لهذا التقييد هاهنا وجه، لأنه إن أراد به أن وجوب القود في مسألة الجامع الصغير فيما إذا صرح الشهود بكون ضربه عمداً لا فيما إذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمداً فليس الأمر كذلك على ما ذكره شيخ الإسلام ونقل عنه شراح الكتاب، فإنه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسألة المذكورة، وإن لم يرد به ذلك بل كان معترفاً بما ذكره شيخ الإسلام فلا حاجة إلى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى قوله: **(والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما)** أقول: لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل. أما كونه أجمل فظاهر. وأما كونه أشمل فلأن الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الأحكام كالعصا والسلاح، بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضاً كالسيف والرمح، فإن القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود، ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتها أيضاً باطلة، نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال: ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو مواضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله: **(ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه)** فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ﴿ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة﴾ الروم (٥٥) فالإجمال الأول هاهنا بمعنى الإبهام، والثاني بمعنى الصنيع وهو الإحسان. ثم إن كثيراً من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال: الشهود في قولهم لا ندري بأيّ شيء قتله إما صادقون أو كاذبون، وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل. فقال في جوابه: إنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه

به عن الخطإ. ثم قال: **(وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح)** لأنه إذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم. قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود. وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه، لأنه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهداو أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه. وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب الهداية، لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً، نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف وقوله: **(وإذا اختلف شاهدا القتل)** ظاهر، وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الأموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أولى. وقوله: **(لأن المطلق يغاير المقيد)** فإن المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة. وقوله: **(فإن شهدوا أنه قتله)** واضح. وقوله: **(لأن يحمل إجمالهم في الشهادة)** فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى: ﴿ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة﴾ الأول بمعنى الإبهام والثاني بمعنى الصنيع وهو

فراش حتى مات، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح. قال: **(وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل)** لأن القتل لا يعاد ولا يكرّر، والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد **(وكذا إذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر ولا أدري بأيّ شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد)**. قال: **(وإن شهد أنه قتله وقالا: لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً)** والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به. وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه، وأوّلوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد، بإطلاقه في إصلاح ذات البين وهذا في معناه، فلا يثبت الاختلاف

بالإحياء وجعل كذبهم معفوّاً عند الله تعالى لما جاء في الحديث «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين»[1] فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم، وهو معنى قوله أوّلوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه: أي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم. أقول: فيه نظر، إذ لا ورود لما ذكروه على وجه الاستحسان أصلاً حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق، وذلك لأن ما ذكروه من المحذور في صورة إن صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسألة، وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل. توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة، بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل، ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول الفقه فيحمل على الأقل المتيقن، فيجب أقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه، فلا يتوجه أن يقال: إن صدق الشهود امتنع بالقضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة، وأيضاً قول المصنف في ذيل هذا الكلام: فلا يثبت الاختلاف بالشك يأبى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح، إذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج إذ ذاك إلى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك، بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغواً من الكلام. والحق عندي أن قول المصنف ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة إلخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بأدنى تأمل صادق، ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسألة مذكور في الكافي وغيره، وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل قوله: **(وهذا في معناه)** قال جمهور الشراح: أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات

الإحسان، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال: الشهود في قولهم لا ندري بأيّ شيء قتله إما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق الكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة. ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا معفواً عند الله لما جاء في الحديث «ليس كذاب من يصلح بين اثنين» فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم، وهو معنى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٩٢ وفي الأدب المفرد ٣٨٥ ومسلم ٢٦٠٥ وأبو داود ٤٩٢٠ و ٤٩٢١ والترمذي ١٩٣٨ والطيالسي ١٦٥٦ وعبد الرزاق ٢٠١٩٦ وأحمد ٦/٤٠٣ . ٤٠٤ والطحاوي في المشكل ٤/٨٦ . ٨٧ وابن حبان ٥٧٣٣ والطبراني في الصغير ٢٨٢ والكبير ٢٥ (١٨٣) (١٨٤) والبيهقي ١٠/١٩٧ من طرق كلهم عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أمه أم كلثوم بنت عقبة أخبرته أنها سمعت النبي ﷺ يقول: ليس الكذّاب الذي يصلح بين الناس، فَينمي خيراً، أو يقول خيراً اهـ.

يَنمي: أي يبلغ. يقال: نميت الحديث أنميه إذا بلغته على وجه الإصلاح، وطلب الخير، فإذا بلغته على وجه الإفساد، والنميمة. قلت: نمّيتُه بالتشديد. قاله ابن حجر في الفتح نقلاً عن الجمهور اهـ وفي الباب أحاديث ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٤ . ٣٥٥.

بالشك، وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة. قال: **(وإذا أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً فقال الوليّ قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الوليّ قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله)** والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيب في الأولى من المقرّ له وفي الثانية من المشهود له، غير أن تكذيب المقرّ

البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا كما أن الإصلاح مندوب إليه هناك فكان ورود الحديث هناك وروداً هاهنا انتهى. أقول: فيه بحث، لأن المندوب إليه في باب القتل إنما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود، كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الأفضل لهم أن لا يشهدوا رأساً بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة هاهنا، بخلاف إصلاح ذات البين، فإنه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك. وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال: ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص، وإلا فهو تلو الوجوب، فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه. ثم قال: والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى. أقول: يرد على توجيهه أيضاً أن يقال: لو كانَ درء القصاص من غير شبهة مندوباً إليه وكان درؤه جائز للشهود بعد أن عاينوا القتل بجارح عمداً لكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلاً، فلا يوجد ما يسوّغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا، ثم إن ورود هذا على ما عده أظهر هاهنا أظهر، إذ لو كان ستر القصاص مندوباً إليه لكان الأفضل للشهود أن يستروه طراً بأن يشهدوا بالقتل أصلاً كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد قوله: **(فلا يثبت الاختلاف بالشك)** قال في العناية: يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضاً، ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين، فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصوّر القبول تدبر قوله: **(غير أن تكذيب المقرّ له في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً)** قال صاحب الغاية: ففي هذه المسألة إذا أقرّ كل واحد منهما بالقتل فقد أقرّ كل واحد منهما بالإتلاف لجميع النفس وقد صدق الوليّ كل واحد منهما بإتلاف بعض النفس، والقصاص يجب بإتلاف البعض كما يجب بإتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما. وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى. وقال صاحب النهاية في بيان صورة الإقرار: لما أقرّ كل واحد منهما بالقتل صدق الوليّ بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف، والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الإقرار، أما التكذيب في كل ما أقرّ به يبطل الإقرار لأنه حينئذ يكون ردّاً لإقراره. والإقرار يرتد بالرد انتهى. أقول: هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصوّر إتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام،

قوله: **(وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه)** أي بتجويز الكذب. وقوله: **(وهذا في معناه)** أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا، كما أن الإصلاح مندوب إليه هنالك، فكان ورود الحديث هنالك وروداً هاهنا، وقوله: **(فلا يثبت الاختلاف بالشك)** يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك **(وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة)** وقوله:

قوله: **(بجامع أن العفو مندوب إليه ها هنا الخ)** أقول: ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص، وإلا فهو تلو الوجوب، فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو منه. ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال: إنه لا يكذب للعفو لأنه فرع وجوب القصاص، والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه، أو يقال: هذا إصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذي لا مضرة فوقه، وأي إصلاح يعادله، وأنت خبير إذا قيل مراده من العفو الدرء لا يدفع المحذور.

له المقر في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً، لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار.

وأيضاً قد مرّ أن الأصل عندنا فيما إذا قتل جماعة واحداً أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بإتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما. والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقرّ بالقتل بانفراده، وقد صدّق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعاً في بعض ما أقرّ به وهو القتل، وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده، فعلى مقتضى أن تكذيب المقرّ له المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما بإقراره بالقتل فللولي أن يقتلهما جميعاً، وإن ردّ انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما إذا قتل جماعة واحداً عمداً حيث يقتص من جميعهم إجماعاً، بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب.

(وإذا أقرّ الرجلان الخ) مسألتان مبناهما على أن تكذيب المقرّ له المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، فإن من أقرّ بألف درهم وصدقه المقرّ له في النصف وكذبه في النصف يصح الإقرار فيما صدقه، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلاً لكونه تفسيقاً له، وفسق الشاهد يمنع القبول، بخلاف فسق المقرّ وقيد بقوله في بعض ما أقرّ به لأنه إذا أكذبه في كل ما أقرّ به بطل الإقرار لأنه ردّ لإقراره، وعلى هذا لو قال المقرّ له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحداً منهما لأن معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما.

باب في اعتبار حالة القتل

قال: **(ومن رمى مسلماً فارتدّ المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء عليه)** لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت. وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعد فتعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوّم، ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي، وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعض ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح قوله: **(وقالا: لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه)** قال في العناية: إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: إن قولهما إنه بالارتداد صار مبرئاً عن ضمان الجناية غير صحيح، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن ضمان الجناية، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى. أقول: لهما أن يقولا في الجواب عنه: إنا لا نريد بالإبراء في قولنا إنه بالارتداد صار مبرئاً حقيقة الإبراء، بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لأنه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعاً أسقط حقه معنى، لأن ما لا تقوّم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعاً سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق، ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه على قوله لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه يومي إلى ما ذكرناه قوله: **(وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله)** قلت: لعل وجه عدول المصنف ها هنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد نظائره، بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسألة ليس مما اتفقت عليه الروايات، لأن الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسألة، وذكر فخر الإسلام البزدوي في

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به **(ومن رمى مسلماً فارتدّ المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه وذلك إبراء للضامن)** لأن من أخرج المتقوّم عن التقوّم سقط حقه كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب فإنه صار مبرئاً للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه وصار به مبرئاً **(كما إذا أبرأه)** أي الرامي عن الجناية أو حقه **(بعد الجرح)** أي انعقاد سببه وهو الرامي قبل أن يصيبه السهم **(ولأبي حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهوالرمي إذ لا فعل منه بعده)** وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب **(فيعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوّم)** واستوضح اعتبار وقت الرمي بما إذا رمى صيداً ثم ارتد والعياذ بالله ثم

باب في اعتبار حالة القتل

قال المصنف: **(وقالا: لا شيء عليه)** أقول: قال الكاكي: وبه قالت الأئمة الثلاثة، لأن التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدراً كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات، وكما لو أبرأه بعد الجرح: أي عن الجناية أو حقه، وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم، وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئاً للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الإسلام انتهى. وفي شرح شاهان: وبخلاف ما إذا ارتد بعد الجرح، لأن عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لا باعتبار أنه صار مبرئاً انتهى قال المصنف: **(لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً)** أقول: قال الإتقاني: هذا لا يصح لأن عنده: يعني عند المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبرئاً عن ضمان الجناية، كذا ذكره قاضيخان انتهى. وفيه بحث قال المصنف: **(كما إذا أبرأه)** أقول: أي بالارتداد، فإنه إذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية، ويجوز أن يكون المراد بالإبراء العفو، لكن الأول أنسب للمقام قوله: **(أو حقه بعد الجرح الخ)** أقول: لا تمس الحاجة إلى إخراج الكلام عن ظاهره هنا، فإنه على ظاهره يصح أن يكون مقيساً عليه لصورة النزاع، بخلاف ما في دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى قوله: **(أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم)** أقول: فيه شيء قال المصنف: **(ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً)** أقول: قال الكاكي في معراج الدارية: أي في قول أصحابنا. وقال الشافعي وأحمد: يجب عليه في المرتد والحربي إذا أصابهما الرمية

قبل الموت، والفعل وإن كان عمداً فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية **(ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً، وكذا إذا رمى حربياً فأسلم)** لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوّم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوّماً بعد ذلك. قال: **(وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى)** عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرميّ، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة. له أن العتق قاطع للسراية، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية يتنقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة

شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان. فلو قال المصنف في أول المسألة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الأسلوب إشارة إلى أن فيه اختلاف الرواية وأن المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة قوله: **(ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته)** قال الشراح: مرّ أبو حنيفة في هذه المسألة على أصله، وأبو يوسف فرّق بين هذه وبين ما تقدم. ووجه الفرق أن المرمي إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً فصار مبرأ عن الجناية، إذ الضمان يعتمد والردّة تنافيها. وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى. أقول: في وجه الفرق نظر، لأن الإعتاق وإن لم يناف العصمة إلا أنه ينافي كون المحل مالاً متقوماً فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرأ عن ضمان قيمة العبد المرمى إليه بإعتاقه إياه قبل الإصابة، لأن ضمان القيمة إنما يتصوّر فيما هو مال متقوّم، ولما أخرجه المولى بالإعتاق من أن يكون مالاً متقوما فقد أسقط حقه في قيمته، ألا يرى أن المغصوب منه إذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئاً للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه بالإجماع كما صرّحوا به فلم لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه؟ ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال: ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأنه مع كونه ظاهر الفساد إذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرأ عن الضمان، فإن الإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية،

أصاب فإن ردته بعد الرمي لا تحرم لأن فعله ذكاة شرعاً وقد تمّ راجياً للحل بشرطه وهو التسمية، وبما إذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة فإنه صحيح، وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. فإن قيل: فإن قيل: إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص. أجاب بقوله: **(والفعل وإن كان عمداً فالقود يسقط بالشبهة)** يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الإصابة **(ووجبت الدية)** أي في ماله، ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعاً **(وكذا إذا رمى حربياً فأسلم)** ثم وقع به السهم **(لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوّم المحل فلاينقلب موجباً لصيرورته متقوّماً بعد ذلك)** ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي. وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك. **(وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف. وقال محمد: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي)** حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم، لأن العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق، لأن المستحق حالة ابتداء الجناية المولى

بعد إسلامهما الدية، لأن الاعتبار بحالة الإصابة، إذ الرمي سبب والإصابة جناية، والاعتبار بحالة الجناية، كما لو حفر بئر الحربي فوقع فيها بعد إسلامه. وقلنا: إن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان، لأن المرمي غير متقوم وإن أصابه متقوماً بعده، وإن أصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة، وكذا مسألة الرجم على ما سيجيء، وكذا في مسألة الذمي ثم تمجس، وكذا في مسألة المحرم، إلا أنهما يقولان في مسألة رمي مسلماً فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئاً للرامي عن الضمان ولهذا قالوا: يصير بالارتداد مبرأ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بالارتداد لا يصير مبرأ لأن عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن الضمان، كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي، إلى هنا كلام العلامة الكاكي، إلا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبو عن ذلك بعض نبوة قوله: **(ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد)** أقول: المعتبر فيها أيضاً عنده وقت الرمي فيها، لكنه يقول: صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرأ، فإن الإبراء بعد تحقق السبب وانعقاده.

إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك. ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية. أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل. وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى. وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظراً إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال: **(ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي)** لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها **(وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل)** لأن المعتبر حال الرمي في حق الحلّ والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده. **(ولو رمى المحرم صيداً ثم حلّ فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء، وإن رمى حلال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه)** لأن الضمان إنما يجب بالتعدّي وهو رميه في حالة الإحرام، وفي الأوّل هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا.

فإنه قال في النهاية: وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل: يعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها، إلا أن المرمى إليه في مسألتنا لما ارتدّ صار مبرئا للرامي عن الدية بإخراجه نفسه من أن يكون معصوماً وفعله معتبر في إسقاط حقه، كما إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب بإعتاق المغصوب على ما ذكرنا، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن قولهما إنه بالارتداد مبرأ عن ضمان الجناية غير صحيح، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرأ عن ضمان الجناية، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى. وقال في معراج الدراية: وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة، وكذا مسألة الرجم على ما يجيء، وكذا في مسألة الرمي ثم تمجس، وكذا في مسألة المحرم على ما سيجيء، إلا أنهما يقولان في مسئلة إن رمى مسلماً فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان، ولهذا قالا: يصير بالارتداد مبرأ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب، وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرأ، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوّم فكيف يصير مبرأ عن الضمان. كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى قوله: **(أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل)** أقول: لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي، فإن القتل لا يتصوّر بدون إتلاف شيء من المقتول. والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم إلى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل، وقد أشار إليه صاحب الغاية بقوله هنا: وإنما انقلب الرمي علة للإتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى.

وحال الإصابة العبد لحريته، فصار العتق بمنزلة البرء كما إذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فإن العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وإنما يضمن النقصان. وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك: أي فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي. ولهما أنه يصير قاتلاً إلى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلماً فارتدّ والعياذ بالله قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة وها هنا حالة الرمي، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي. وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد وقوله: **(بخلاف القطع والجرح)** جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهاداً على قطع السراية؛ وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه، لأن الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لعدم أثر منه في المحل، وإنما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء، فتجب قيمته للمولى. وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظراً إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه، والباقي ظاهر الخ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الديات

قال: **(وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل)** وقد بيناه في أوّل الجنايات. قال: **(وكفارته عتق رقبة مؤمنه)** لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنه﴾ الآية **(فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)** بهذا النص **(ولا**

كتاب الديات

قال الشراح: ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة، لما أن الدية إحدى موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة، لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى. أقول: يرد على ظاهر هذا الوجه أنه إنما يقتضي أن يذكر الديات في كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات، لا أن يجعل الديات كتاباً على حدة كما هو الواقع في الكتاب: والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات، وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعاً، وأما جعل الديات كتاباً على حدة دون باب من أبواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه أصالة، وهو أنه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن يجعل كتاباً على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع. ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره، وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات. والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات، ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات، والإمام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلاً، لأن عامة أحكام الجنايات هي الديات، فإن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد، وفي الخطأ وفي شبه الخطأ، وفي القتل بسبب، وفي العمد أيضاً إذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها، ثم إن الدية مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قبل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر، كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح. قال في القاموس: الدية بالكسر: حق القتيل جمعها ديات. وقال في الصحاح: وديت القتيل أديه دية: إذا أعطيت ديته. وقال في

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة، لكن القصاص أشدّ صيانة فقدم، ومحاسنها محاسن القصاص، والدية مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد. قال: **(وفي شبه العمد دية مغلظة)** شبه العمد قد تقدم معنا. وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، وقد بيناه في أول الجنايات **(وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾)** إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ الآية، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط **(فلا يجزىء فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف)** وقوله: **(ولأنه جعل المذكور كل الواجب)** استدلال من الآية بوجهين آخرين: أحدهما بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدي حرّ ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر إلى المذكور: يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة

كتاب الديات

قال الزيلعي: الدية هي اسم للمال الذي هو بدل النفس، ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية: إذا أعطى وليه ذلك، سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفهول بالمصدر انتهى. والأولى أن يقال: الدية هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف قوله: **(لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة)** أقول: فإن قيل: إذا كانت الدية إحدى موجبيها ينبغي أن نذكر في كتابها في باب مستقل ولا تجعل كتاباً على حدة. قلنا: نعم، إلا أنه نظر إلى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها، ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات، وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره.

يجزىء فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء،

الكافي: الدية المال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى. **أقول**: الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس، وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذكر الدية وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس، وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «وفي النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»[1] وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي[2]. فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخراً، فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال: والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه، سمي بها لأنها تودى عادة، لأنه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى قوله: **(قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء الآية (٩٢) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء الآية (٩٢)، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزىء فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوفيق انتهى. **أقول**: أخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا. أما أولاً فلأنه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة، وجعل قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢) دليلاً عليه، فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة، ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ مع أن الدليل عليه قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء (٩٢) وحده، وإنما قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢) دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي، بخلاف تحرير المصنف بإنه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال: وكفارته عتق رقبة مؤمنة، ثم قال: فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال: في تعليل الأول لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء (٩٢)، ولم يذكر آخر الآية. وقال في تعليل الثاني بهذا النص: أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢). وأما ثانياً فلأنه قال: وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط، وفرّع عليه قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، فإن كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، على أن تخصيص التحرير. والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة، وهو

إلى البيان، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان **(على ما عرف)** يعني في أصول الفقه **(ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم)** لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين والثاني بالظهور، وإذ الظاهر سلامة أطرافه، ولا يجزيه ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته. قال: **(وهو الكفارة في الخطإ لما تلونا)** يعني قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ **(وديته)** أي دية شبه العمد **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة)** ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي: **(ثلاثون**

---

(١) مرسل ابن المسيب هذا غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٦٩: لم أجده.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٧٦.

(٢) كتاب عمرو بن حزم سيأتي.

أو لكونه كل المذكور على ما عرف **(ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم)** لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه **(ولا يجزىء ما في البطن)** لأنه لا تعرف حياته ولا سلامته. قال: **(وهو الكفارة في الخطإ)** لما تلوناه **(وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة)** وقال محمد والشافعي أثلاثاً: ثلاثون جذعة وثلاثون حقة، وأربعون ثنية، كلها خلفات في بطونها أولادها، لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة

ليس بحجة عندنا، وإن كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم إجزاء الإطعام بوجهين آخرين، وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الوجب بحرف الفاء، وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم إجزاء الإطعام على ما قبله كلاماً مختلاً، إذ يكون المفرّع عليه إذ ذاك دليلاً على المفرع فيصير قوله فلا يجزىء فيه الإطعام من قبيل تفريع المدعي على الدليل فلا جرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعي فيجب فيه زيادة واو العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام، بخلاف تحرير المصنف فإنه جعل قوله ولا يجزىء فيه الإطعام كلاماً مبتدأ مطلوباً بالبيان على الاستقلال، واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً قوله: **(ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء)** قال الشراح: يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل انتهى. **أقول**: يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فإنه جزاء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مرّ في أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل قوله: **(أو لكونه كل المذكور على ما عرف)** يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان، وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه، كذا في الشروح كلها. قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال: إن السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد

جذعة، وثلاثون حقة، وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع خلفة: وهي الحوامل من النوق، فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة، والضمير في كلها للثنية، واستدلا بقوله ﷺ «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها» **(ولأن دية شبه العمد أغلظ)** يعني من دية الخطإ المحض. فإن الإبل فيه تجب أخماساً **(وذلك)** أي كونه أغلظ **(فيما قلنا)** لأنا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله ﷺ «في نفس المؤمن مائة من الإبل»)** ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة والسلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالإجماع، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا مثل ما قالا، وقال عليّ: تجب أثلاثاً ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلفة. وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعاً، والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضاً لما روياه، وإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى. وقوله: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة)** يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الألف درهم أو ألف دينار. وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح: تغلظ في النوعين الآخرين: أي الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطإ وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد، فما زاد على أسنان دية الخطإ يزاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب، لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطإ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما. ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الإبل ثبت

قال المصنف: **(وديته عند أبي حيفة رحمه الله تعالى)** أقول: قال الكاكي: الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسط والجوامع والأسرار والإيضاح، فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى. يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما قوله (ذلك: **أي كونه أغلظ فيما قلنا، لأنا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً)** أقول: يعني والأول أكمل في الغلظة.

من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها»[١] وعن عمر رضي الله عنه: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة، ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «في نفس المؤمن مائة من الإبل»[٢] وما روياه[٣] غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ، وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعاً[٤] كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به. قال: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة)** لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية

قتيل السوط والعصا. وفيه مائة من الإبل» ولم يذكر فيه الكفارة، ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة، لأنا نقول: ثمة وجد بيان بنص آخر؛ أو نقول: لا نسلم، فإنه قال الجرجاني: وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى. أقول: في كل من جوابيه نظر. أما في الأول فلأن التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً، بل يلزم أن يكون مستدركاً. وأما في الثاني فلأن اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال. ولا شك أن ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد، وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لا يخفى. ثم إن صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور: أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني. أقول: ليس ذاك بسديد، إذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده، وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب، فالحق في التفسير أن يقال: أي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور قوله: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة، لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا)** أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الإبل أصلاً في جناية شبه العمد، إذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرّ أيضاً في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، فحيث لم يثبت التغليظ في غير الإبل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العدم لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ، فكيف يتم قول المصنف فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ، فإن الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الإبل في شبه العمد، ولكن لا ثبت التغليظ في غير الإبل بأن يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه قوله: **(وهذا قول ابن**

توقيفاً فلا يثبت في غيره قياساً لأنه يأبى التغليظ، لأن عمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم سواء، ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة، وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه. وقوله: **(لما بينا من قبل)** يعني في أول كتاب الجنايات. **قال: (والدية في الخطإ مائة من الإبل أخماساً)** قيل منصوب بإضمار كان، ويجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله في الخطإ، وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها، فقال ابن مسعود: عشرون بنت مخاض،

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٤٧ والنسائي ٨/ ٤٠ . ٤١ وابن ماجه ٢٦٢٧ والبيهقي ٨/ ٦٨ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وإسناده حسن. وأخرجه أبو داود ٤٥٤٩ والنسائي ٨/ ٤٢ وابن ماجه ٢٦٢٨ وأحمد ٢/ ١١ . ٣٦ . ١٠٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وفيه علي بن زيد فيه ضعف.

ورواه النسائي ٨/ ٤١ عن عقبة بن أوس مرسلاً. وتارة عن ابن أوس عن رجل من الصحابة به وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٣٢ ما ملخصه: قال ابن القطان: حديث ابن عمر لا يصح. وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فصحيح، ولا يضره الاختلاف الذي وقع فيه اهـ.

ومثل هذا عن ابن القطان ذكره ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٥ وزاد: وصححه ابن حبان أيضاً اهـ.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم وسيأتي.

(٣) يعود الضمير على الشافعي ومحمد وتمسكهما بكون الإبل أثلاثاً.

(٤) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٢ بسنده عن علقمة والأسود قالا: قال عبد الله: في شبه العمد خمس وعشرون حقه وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنت مخاض. وإسناده حسن.

في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا. قال: **(وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل)** لما بينا من قبل. قال: **(والدية في الخطإ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون عشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة)** وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه. وأخذنا نحن والشافعي به لروايته «أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال. ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطإ لأن الخاطىء معذور، غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه. قال: **(ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم)** وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله

مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً[١] على نحو ما قال) أقول: فيه شيء، وهو أن ابن مسعود وإن روى قضاء رسول الله ﷺ على نحو ما قاله إلا أن علياً رضي الله عنه كان يقول: الدية في الخطأ مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون ابنة لبون. وخمس وعشرون ابنة مخاض[٢] ذكره أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج. وذكر في غاية

وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض، وعشرون حقة وعشرون جذعة. وبه أخذنا نحن والشافعي، لأن ابن مسعود روى عن النبي ﷺ أن قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال به ابن مسعود. وعن علي أنه أوجب أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطإ لأن الخاطىء معذور قوله: **(غير أن عند الشافعي)** استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي: يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ وقوله: **(ومن العين)** يعني الذهب **(ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم)** يعني وزن سبعة. وقال الشافعي: من الورق: أي الفضة اثنا عشر ألفا، لما روى ابن عباس أن النبيّ ﷺ قضى بذلك. ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ «أنه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم» فتعارضا فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه قال: روى عمر «أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم» ثم قال: وقد كانت الدارهم كذلك: يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض. والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفاً فلا يكون التأويل كذلك صحيحاً. والجواب عن الأول أن المنقول كان

قوله: **(لأنه يأبى التغليظ)** أقول: ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٤٥ والترمذي ١٣٨٦ والنسائي ٨/ ٤٣ . ٤٤ وابن ماجه ٢٦٣١ والدارقطني ٣/ ١٧٥ والبيهقي ٨/ ٧٥ وأحمد ١/ ٤٥٠ كلهم من حديث ابن مسعود

قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وقد روي موقوفاً على ابن مسعود.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٥٨ ما ملخصه: أطال الدارقطني الكلام عليه وملخصه أنه حديث ضعيف غير ثابت من وجوه.

أحدها: أن أبا عبيدة رواه عن أبيه ابن مسعود موقوفاً

الثاني: فيه خشف بن مالك وهو مجهول

الثالث: انفرد بروايته الحجاج بن أرطاة وهو مدلس كان يحدث عمن لم يلقه.

الرابع: جماعة من الثقات رووه عن حجاج به: في الخطأ أخماساً لم يزيد وأعلن ذلك اهـ قال الزيلعي: وللحديث طرق ضعيفة رواها البيهقي في المعرفة عن ابن مسعود من قوله. وهي منقطعة كما قال البيهقي اهـ الزيلعي وضعفه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٧٢.

الخلاصة: تفرد به الحجاج وهو ضعيف ولم يتابع عليه. ورواه عنه وهو مدلس.

وعلته الثانية: جهالة خشف بن مالك. وقد رواه غير واحد موقوفاً وهو الصواب والله أعلم.

قلت: وتمام الحديث: قضى رسول الله ﷺ دية الخطأ عشرين بنت مخاض، وعشرين ابن مخاض ذكوراً، وعشرين بنت لبون، وعشرين جذعة، وعشرين حقة اهـ.

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٧٤ عن عاصم بن ضمرة عن علي موقوفاً وإسناده حسن. رجاله ثقات سوى عاصم هذا، وهو صدوق كما في التقريب.

عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بذلك[١]. ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم[٢]. وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك. قال: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة، ومن**

البيان وغيرها من الشروح، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً فكان كالمرفوع، فصار ما رواه ابن مسعود معارضاً به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلاً على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود. نعم كون ما رواه أليق بحالة الخطإ لكونه أخفّ يصلح أن يكون مرجحاً لما رواه. وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الإبل في دية الخطأ. ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطأ وهو التخفيف، إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطىء معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضاً دليل مستقل، وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان. وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركاكة، وكأن صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رضي الله عنه، لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطأ لأن الخاطىء معذور انتهى تبصر قوله: **(غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض)** أقول: هنا كلام، وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية

في ابتداء عهد رسول الله ﷺ وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة، وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده ﷺ يؤخذ من الدارهم وزن سبعة أيضاً ولا تناقض حينئذٍ. وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً، وقوله: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالا: منها)** أي من هذه الأنواع الثلاثة وهي الإبل والذهب والفضة **(ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان)** وقيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم. وقيمة كل حلة خمسون درهماً، قال المصنف: كل حلة ثوبان، وقيل هما إزار ورداء هو المختار. قال في النهاية: وقيل في ديارنا قميص وسراويل. قال: وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع وليّ القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو

قوله: **(والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ)** أقول: الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول. قال الإتقاني: أي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى. وفيه بحث قوله: **(وفيه بحث من وجهين إلى قوله: وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً)** أقول: قال الزيلعي: وإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة، وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى. ولعل هذا الحمل أوجه. وقال الزيلعي: كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة، الواحد منها وزن عشرة، والثاني وزن ستة، والثالث وزن خمسة انتهى. قوله وزن عشرة: أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار. وقوله وزن ستة: أي العشرة منه وزن ستة دنانير. وقوله وزن خمسة: أي العشرة منه وزن خمسة دنانير قال المصنف: **(وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة)** أقول: قوله مائتا بقرة

---

(١) ضعيف. يشير المصنف إلى ما أخرجه أبو داود ٤٥٤٦ والترمذي ١٣٨٨ والنسائي ٨/ ٤٤ والدارمي ٢٢٧٤ وابن ماجه ٢٦٢٩ و ٢٦٣٢ والبيهقي ٨/ ٧٨ كلهم من حديث ابن عباس: أن رجلاً من بني عدي قُتل، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً. ومداره على محمد بن مسلم الطائفي وهو غير قوي. قال أبو داود عقبه: رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة مرسلاً لم يذكر ابن عباس.
وكذا قال الترمذي وزاد: ولا نعلم أحداً يذكر فيه ابن عباس سوى الطائفي.
وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: قال أبو حاتم: المرسل أصح، وتبعه عبد الحق، وابن حزم اهـ ٤/ ٢٣ وانظر نصب الراية ٤/ ٣٦١.

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٦٢: غريب. أي مرفوعاً. ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي ومحمد بن الحسن في الآثار عن عمر موقوفاً اهـ يعني: قضىٰ عمر بذلك.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٧٣: لم أجده. أي مرفوعاً.

الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لأن عمر رضي الله عنه[1] هكذا جعل على أهل كل مال منها، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدّر بها ضمان، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها، وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم قيل: هو قول الكل فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما. قال: **(ودية**

وغيرها. والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ، لكن فيه إشكال، إذ الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود. فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذاً لمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطإ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول: في دية الخطإ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه قوله: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة)** قال جماعة من الشراح: فائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس، وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل انتهى. **أقول:** ليت شعري ما بالهم صوّروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة إنما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى، فإن للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به، فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع

صالح على أكثر من مائة من الإبل. وقوله: **(لأن عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها)** قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشياه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة **(ولأبي حنيفة أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية)** وهذه الأشياء ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره فإن قيل: فالإبل كذلك، أجاب بقوله: **(والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة)** كما رويناه **(وعندهما في غيرها)** فإن قيل: فليلحق بها دلالة. قلنا: حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه وقوله: **(وذكر في المعاقل)** أي في معاقل المبسوط: أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع لثلاثة أوجه وورودها أن محمداً ذكر في المعاقل أنه لو صالح الوليّ من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك يدل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول

خبر مبدأ محذوف: أي وهي مائتا بقرة، وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة قوله: **(إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل الخ)** أقول: في الحصر كلام، فإن القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا يخير القاتل إلا فيها بخلاف مذهبهما قوله: **(أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف)** أقول: ضمير يقرر راجع إلى أحدهما قوله: **(لأنه يناقض رواية كتاب الديات)** أقول: يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما قوله: **(والصواب)** أقول: مقول القول.

---

(١) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٤٢ والبيهقي ٨/٧٧ كلاهما من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن عمر قام خطيباً فقال: إن الإبل قد غلت. قال: فَقَوَّم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِقِ اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مئتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مئتي حلة. وإسناده حسن. للاختلاف المعروف في سلسلة عمرو بن شعيب.

المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عليّ رضي الله عنه[1] ومرفوعاً إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف، وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. قال: **(ودية المسلم والذمي سواء)** وقال الشافعي: دية اليهودي

الثلاثة المتفق عليها وهي الإبل والعين والورق، وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها إلا من هذه الأنواع الثلاثة قوله: **(وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما)** قال جمهور الشراح: أورد قوله وذكر في المعاقل: أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة. ووجه ورودها أن محمداً ذكر في المعاقل أنه لو صالح الوليّ من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا، وذكر الجواب بوجهين: أحدهما الشبهة ويرفع الخلاف. وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما، ثم إن صاحب العناية ردّ الوجه الأول منهما حيث قال: ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم، وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل الوجه. يدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين: أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح، بل الصحيح رواية كتاب المعاقل، والخلاف بينهم غير ثابت، بل هذه الأنواع: أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الأموال المقدرة انتهى. وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مرّ له نظائر كثيرة في الكتاب. وقال

المقدرة في الدية عنده أيضاً. وذكر الجواب بوجهين: أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف، ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً. والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما، وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين. قال: **(ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ)** دية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عليّ ومرفوعاً إلى النبيّ ﷺ، والموقوف في مثله كالمرفوع، إذا لا مدخل للرأي فيه. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف. قال في النهاية: الصواب أن يقال: وقال الشافعي: الثلث وما دونه لا يتنصف. وذكر في ديات المبسوط: وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها: يعني إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث فحينئذٍ حالها فيه على النصف من حال الرجل، ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. والصواب أن يقال. اعتباراً بها وبما فوق الثلث، وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي: قال محمد في الأصل: بلغنا عن عليّ أنه قال: دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس. قال: وبذلك نأخذ، ثم قال: وقال زيد بن ثابت: ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف. وبه أخذ الشافعي، وهذا يصحح قول المصنف. واحتجوا في ذلك بأن النبيّ ﷺ قال «تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية» وبما حكي عن ربيعة قال: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال: عليه عشر من الإبل، قلت: فإن قطع أصبعين منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاث أصابع؟ قال: عليه ثلاثون من الإبل، قلت: فإن قطع أربع أصابع؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتدّ مصابها قل أرشها؟ قال: أعراقي أنت؟ فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت، فقال: إنه السنة، وبه أخذ الشافعي وقال: السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله ﷺ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، وأن

---

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه البيهقي ٨/ ٩٥ بسنده عن معاذ مرفوعاً وقال البيهقي: وفيه ضعف. ثم قال بعد صحيفة: وروي عن معاذ مرفوعاً بإسناد لا يثبت مثله. وورد موقوفاً على عمر. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٢٨ وإسناده جيد
وأخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٢٨ والبيهقي ٨/ ٩٥ . ٩٦ عن ابن مسعود وعلي موقوفاً عليهما وإسناده جيد

والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم. وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام «عقل الكافر نصف عقل المسلم»[١] والكل عنده اثنا عشر ألفاً. وللشافعي ما روى «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم»[٢]. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»[٣] وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما[٤]، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما رواه فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم.

بعض الفضلاء لدفع ردّ صاحب العناية: الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما انتهى. أقول: هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور، وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن مآله إلى أن يكون في المسألة عنه روايتان ويكون المروى في إحداهما قوله الأوّل وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه، وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين وردّ أحدهما حيث قال: وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين انتهى. ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح. وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسألة فيما ذكر في المعاقل، وإلا لا تتقرّر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم قوله: **(ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل)** وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. أقول: لقائل أن يقول: حاصل هذا

حالها أنقص من حال الرجل، قال الله تعالى: ﴿وللرجال عليهم درجة﴾ ومنفعتها أقل لا تتمكن من التزوّج بأكثر من زوج واحد، وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل، والحديث المروى نادر، ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر، وقول سعيد إنه السنة يريد به سنة زيد، فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه، ولو كانت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لما خالفوها. قال: **(ودية المسلم والذمي سواء)** ودية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها، وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح. وقد استدل الشافعي بقوله تعالى: ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾ وبقوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون﴾ وبقوله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم» يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، وبالأنوثة تنقص الدية فالكفر أولى، وبأن الرقّ أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى. والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لا يعارضان قوله تعالى:

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٤١٣ والنسائي ٨/ ٤٥ والطيالسي ٢٢٦٨ وأحمد ٢/ ٢٢٤ والبيهقي ٨/ ١٠١ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. واللفظ للنسائي. وغيره وأما لفظ الترمذي فهو: دية عقل الكافر نصف دية عقل المؤمن.
وأخرجه أبو داود ٤٥٨٣ وأحمد ٢/ ١٨٠ . ٢١٥ كلاهما من حديث ابن إسحق عن عمرو بن شعيب به. وحديث ابن إسحق حسن.
وأخرجه ابن ماجه ٢٦٤٤ والبيهقي ٨/ ١٠١ عن عمرو بن شعيب عن آبائه مرفوعاً: دية المعاهد نصف دية المسلم. وعند أبي داود «الحرّ» بدل «المسلم»
الخلاصة: مداره على عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وحديث عمرو من نوع الحسن والله تعالى أعلم. لا سيما وله شاهد أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٣٦٥ من حديث ابن عمر وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله. إلا أنه يشهد له.
(٢) لا أصل له مرفوعاً. وقد أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٠٦ والدارقطني ٣/ ١٧٠ والبيهقي ٨/ ١٠٠ كلهم عن ابن المسيب عن عمر موقوفاً. وإسناده حسن إلى ابن المسيب لكن اختلف في سماعه من عمر. فالأثر واهٍ. وصدره ورد عن عثمان. أخرجه الشافعي ٢/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ١٠٠ وإسناده حسن. لكن لفظ «ودية المجوسي ثمانمائة درهم» غريب عن عمر لأن فيه التسوية بين المسلمين، والمجوس. وهذا بعيد غريب.
(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود في مراسيله ٢٢٩ عن ابن المسيب مرسلاً. وخالفه الشافعي فرواه ٢/ ١٠٦ من طريق محمد بن الحسن بسنده عن ابن المسيب موقوفاً عليه. وفيه سفيان بن حسين متكلم في روايته عن الزهري وهو هنا من هذا الوجه.
(٤) أثر عمر وأبي بكر. ورد من طرق واهية ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٦٧ وفي الدراية ٢/ ٢٧٥.

التعليل القياس، ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية، ولا يجري القياس في المقادير ما نصوا عليه. ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه لئلاة يلزم مخالفة التبع للأصل، وتبعه العيني. أقول: لمانع أن يمنع بطلان اللازم إذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الأطراف للأصل الذي هو النفس في بعض الأحكام؛ ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا.

﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾ والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن. وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة، وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان في المالكية، فإن المرأة تملك المال دون النكاح، وكذلك الرقّ يوجب نقصان المالكية، والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية، ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعزّ مما في يده من المال، والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا أتلف ففي النفس أولى، وإن لم يكن لنا في المسألة إلا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وما روي عن عليّ رضي الله عنه لشهرته: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، وما روي عن ابن مسعود: دية الذمي مثل دية المسلم، وما روى عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ ودى ذمياً قتل بمائة من الإبل» لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفي على أحد.

قوله: (ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول: وهو أن يقل الأرش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً قوله: (ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول: الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مراراً، إذ لا مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل، ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب قوله: (والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول: فيه أنه لا دلالة على العهد، ويجوز أن يكون الحديث مبيناً للمراد قوله: (ففي النفس أولى) أقول: ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالأثر.

فصل فيما دون النفس

قال: **(وفي النفس الدية)** وقد ذكرناه. قال: **(وفي المارن الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية)** والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»[1] وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه[2]. الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي. أصله قضاء رسول الله ﷺ

فصل الدية فيما دون النفس

لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لأن الأطراف تابعة للنفس فأتبع ذكر حكمها أيضاً تحقيقاً للمناسبة قوله: **(أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف)** قال في الكافي وغاية البيان: فقسنا عليه غيره إذا كان في معناه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها. قال: **(وفي النفس الدية وقد ذكرناه)** وأعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيداً لذكر ما بعد. وقوله ذكرناه: يعني في أوائل الجنايات. ومعنى قوله في النفس الدية: يجب الدية

فصل فيما دون النفس

قال المصنف: **(وفي النفس الدية)** أقول: أي تجب الدية بسبب إتلافها، ففي للسببية قوله: **(كما إذا قطع لسان الأخرس، إلى قوله: والعين العوراء والسن السوداء)** أقول: من قبيل: * علفتها تبناً وماءً بارداً * إذ الواقع في العين والسن القلع والكسر.

---

(١) غريب جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٦٩: مرسل ابن المسيب لم أجده اهـ.
ومثله قال الحافظ في الدراية ٢/٢٧٦.

(٢) حسن لطرقه. حديث كتاب عمرو بن حزم مشهور فقد أخرجه مالك ٢/٨٤٩ ح ١ وعنه الشافعي ٢/١٠٨ والنسائي ٨/٦٠ كلهم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول: أن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعِيَ جدْعاً مائة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها، وفي العين خمسون، وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون، وفي كل أصبع معاً هنالك عشر من الإبل، وفي السنّ خمسٌ وفي الموضحة خمس.
هذا لفظ مالك. والخبر مرسل وفي رواية: وفي اللسان الدية. وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية
وهذا السياق وأتم منه عند النسائي ٨/٥٧ . ٥٩ . ٦٠ والحاكم ١/٣٩٥ والبيهقي ٨/٨٨ كلهم عن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن جده.
وهذا متصل إلا أن فيه سليمان بن أرقم ضعيف بل قال النسائي عقبه: متروك.
ورواه أبو داود في مراسيله ٢٢٥ والنسائي عن الزهري قال: قرأت في كتاب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم... فذكره
وقال الحاكم عقب حديثه: هذا حديث مفسر يشهد له بالصحة أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز وإمام العلماء في عصره الزهري. والخولاني وهو سليمان بن داود وإن كان غمزه ابن معين لكن لدينا عن أبي حاتم وقد سئل عن كتاب ابن حزم فقال: الخولاني لا بأس به قال ابن أبي حاتم: وسمعت هذا من أبي زرعة اهـ.
قلت: لكن صَوّاب النسائي رواية سليمان بن أرقم دون سليمان بن داود والله أعلم.
وجاء في التلخيص ٤/١٧ ما ملخصه: قال ابن حزم. أي الأندلسي: صحيفة ابن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة. ثم قال ابن حجر:
لكن صححه الحاكم، وابن حبان، والبيهقي، ونقل عن أحمد قال: أرجو أن يكون صحيحاً. وقد صحح هذا الكتاب جماعة لا من حيث الإسناد ولكن من حيث الشهرة
فقال الشافعي: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير يستغنى بشهرتها عن الإسناد ويدل على شهرته ما رواه مالك عن الليث عن يحيى عن ابن المسيب قال: وجد كتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ إلا أنا نرى أنه غير مسموع فوق الزهري اهـ ابن حجر. فهذا الخبر ينبغي أن يكون حسناً والله أعلم.

بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول: في الأنف الديه لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة، ولو قدر على التكلمْ ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان؛ فبقدر ما لا يقدر تجب، وقيل إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة، وكذا في الحشفة الدية كاملة، لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له. قال: **(وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية)** لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده **(وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو**

يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال: فألحقنا به غيره دلالة قوله: **(ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب)** قال جمهور الشراح: والحروف التي تتعلق باللسان هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية: وفي كون الألف من ذلك نظر، لأنه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى. قوله: نظره ساقط إذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الألفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم، والذي من أقصى الحلق إنما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في أوّل أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ؛ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ ألف إذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الأوسط الذي هو اللام، فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم، كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكرا الهمزة بدل الألف كما لا يخفى. فإن قلت: الألفاظ التي يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في أوّل سورة البقرة، وجمهور الشراح إنما عدّوا الألف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الألفاظ؟ قلت: قد وقع في عبارات المتقدمين إطلاق الحروف على تلك الألفاظ مسامحة استعمالاً للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضاً صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ها هنا، بل كلام المصنف أيضاً جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي. فإن

بسبب إتلافها، كما يقال في النكاح حل، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة». وقوله: **(وفي المارن الدية)** يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن عضواً كان أو معنى مقصوداً تجب بإتلافه كمال الدية، ومن الأعضاء ما هو إفراد كالأنف واللسان والذكر، ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة والأنثيين والرجلين، ومنها ما هو أربع كأشفار العينين، ومنها ما أعشار كأصابع اليدين والرجلين، ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان **(والأصل في الأطراف أنه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً، في الآدمي على الكمال يجب كل الدية)** وقيد المنفعة والجمال بالكمال. لأن غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصيّ والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطإ، لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوّت جمالاً على الكمال. وإنما فيه حكومة عدل. وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية **(لإتلافه كل النفس من وجه. وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي، أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة)** فإن كان جنس المنفعة أو

قوله: **(أو استحلف على البتات)** أقول: أي لا على العلم لأنه فعل نفسه.

ذوقه) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي: أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر. قال: **(وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية)** لأنه يفوت به منفعة الجمال. قال: **(وفي شعر الرأس الدية)** لما قلنا. وقال مالك: وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل، لأن ذلك زيادة في الآدمي، ولهذا يحلق شعر الرأس كله، واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة. ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين، وكذا شعر الرأس جمال؛ ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره، بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال. وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة. والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحرّ. قال: **(وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح)** لأنه تابع للحية فسار كبعض أطرافها **(ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه)** لأن وجوده يشينه ولا يزينه **(وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل)** لأن فيه بعض الجمال **(وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية)** لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال، وهذا كله إذا فسد المنبت، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل، وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحرّ لأنه يزيد جمالاً، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه، ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور **(وفي**

قلت: لم لم يريدوا بالحروف ها هنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الألف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان؟ قلت: لعل سرّ ذلك أن الفائت من الحروف إنما يعرف بالامتحان، والامتحان إنما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة عليّ رضي الله عنه، وهي ما روي أن رجلاً قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك. وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها، فجروا ها هنا في العبارة والإرادة على وفق ذلك تأمل تقف قوله: **(وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه، فإنه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلاً؛ فقوله لأنه ليس بكوسج في تعليل قوله وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية ينافي ذلك. والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج، والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة قوله: **(والأسنان والأضراس كلها سواء)** قال في العناية: قالوا فيه نظر. والصواب أن يقال: والاسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأنّ السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة، اثنتان فوق واثنتان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما

الكمال قائماً بعضو واحد فعند إتلافه يجب كمال الدية، وإن كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية، وإن كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية، وإن كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية، وإن كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية، وكلامه واضح وقوله: **(قيل تقسم الدية على عدد الحروف)** يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان. قال في النهاية: هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية. روي «أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان عليّ رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل

قوله: **(يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس)** أقول: الأولى إسقاط لفظ كل.

الحاجبين الدية وفي إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل، وقد مرّ فيه في اللحية. قال: **(وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية)** كذا روي في حديث سعيد بن المسيب[١] رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام. قال: **(وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية)** وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[٢] ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية. قال: **(وفي ثديي المرأة الدية)** لما فيه من تفويت جنس المنفعة **(وفي إحداهما نصف دية المرأة)** لما بينا، بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال **(وفي حلمتي المرأة الدية كاملة)** لفوات جنس المنفعة الإرضاع وإمساك اللبن **(وفي إحداهما نصفها)** لما بيناه. قال: **(وفي أشفار العينين الدية وفي إحداها ربع الدية)** قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب، وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا **(ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة)** لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة. قال: **(وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية)** لقوله عليه الصلاة والسلام «في كل أصبع عشر من الإبل[٣]» ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها.

يلي الثنايا، ومنها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثنتا عشرة سناً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء لعوده، إلى معنى أن يقال: الأسنان وبعضها سواء

على صحة القيل الأول، وبه صححه شيخ الاسلام وبأن إقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر إلى اللسان إن تهيّأت بدون اللسان، لكن الإفهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس، فقيل إذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها، وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار. فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي، فإن أجاب علم أنه يسمع. وحكى الناطق عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه، فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة: غطي عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها. وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق. وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب. وذكر الطحاوي أنه يلقي بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة. فإن نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه. وقوله: **(لأن كل واحد منها مقصودة)** يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس، أما الطرف فلا يتبع طرفاً آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه إلا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى، فإن في الموت استتباعاً دون عدمه، وعلى ذلك ما روي عن عمر كما ذكر في الكتاب. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال، قالوا: لو حلق رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات، فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق، وقالا: فيه حكومة، وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء. وقوله: **(كما في الأذنين الشاخصتين)** أي

---

(١) مرسل ابن المسيب. غريب تقدم في أول هذا الباب.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم تقدم قبل مرسل سعيد.

(٣) هو عجز حديث كتاب عمرو بن حزم. وورد من وجوه أخرى.

قال: **(والأصابع كلها سواء)** لإطلاق الحديث، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال، كذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً قال: **(وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل؛ ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع)** وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع، قال: **(وفي كل سن خمس من الإبل)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه «وفي كل سن خمس من الإبل»[1] والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا، ولما روي في بعض الروايات: «والأسنان كلها سواء»[2] ولأن كلها في

انتهى. أقول: في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله: والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ، وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء، وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ ومنها قوله تعالى ﴿من كان عدوّ الله

المرتفعتين وصفهما لدفع إرادة السمع. وقوله: **(أنه يجب فيهما كمال القيمة)** هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحرّ لفوات الجمال **(والتخرج على الظاهر)** وهو أنه يجب نقصان القيمة. وقوله: **(هو الأصح)** احترازا عما قال بعض مشايخنا: يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال. وقوله: **(ويستوي الخطأ والعمد)** يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمداً. قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمداً فما المانع عنه مع الإمكان. وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته. ولا نص في الشعور، وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب، ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات، وليس فيه إماتة ذي الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياساً. قال: **(وفي العينين الدية)** الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها. والأشفار جمع شفر بالضم. قال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً، ولعله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمداً في إطلاق الأشفار على الأهداب، قالوا: الأشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافها، والشعور التي عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال، ويحتمل أن مراده الحقيقة، فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع)** يعنى أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها. فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه، وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه. وقوله: **(والأسنان والأضراس كلها سواء)** قالوا: فيه نظر. والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء. أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأن السن

قوله: **(وليس فيه إماتة ذي الروح)** أقول: أي ليس في الشعر روح.

قوله: **(كما تقدم في حلق الحاجبين)** أقول: ولك أن تقول في الحاجب منفعة، فإنه يرد العرق عن العين ويفرقه، ذكره الكاكي لكنه كلام على السند قوله: **(ألا يرى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية)** أقول: ولك أن تقول: إنما لا تجب الدية في اليد الشلاء لأن الزينة فيها ليست بكاملة؛ ألا يرى أن الإنسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها، وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش بل وجب الحكومة قوله: **(فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً)** أقول: لوكان تابعاً لم يجب شيء بتفويته، والله تعالى أعلم.

---

(١) غريب من حديث أبي موسى. وقد أخرجه أبو داود ٤٥٦٣ والنسائي ٨/ ٥٥. ٥٦ والدارمي ٢/ ١٩٤ والبيهقي ٨/ ٨٩ من طرق كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «في الأسنان خمس من الإبل» ورواية: «الأسنان سواء خمساً خمساً» وتقدم خبر عمرو بن حزم في كتابه وفيه: «وفي السن خمسه» من الإبل.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٨ وابن ماجه ٢٦٥٠ وابن الجارود ٧٨٣ من طرق عن ابن عباس قال: «قال رسول الله ﷺ: الأصابع سواء، والأسنان سواء الضرس، والثنية سواء» ورواية للبزار: «والأسنان كلها سواء» أنظر نصب الراية ٤/ ٣٧٤. والحديث إسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع، وهذا إذا كان خطأ، فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد مرّ في الجنايات. قال: **(ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها)** لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة **(ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤها تجب الدية)** لتفويت جنس المنفعة **(وكذا لو أحدبه)** لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة **(فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه)** لزوالها لا عن أثر.

وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك، ويعود حاصل معناه إلى أن يقال: الأضراس وما عداه من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور. ثم أن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب، فإن الأضراس تعم الأنياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال: الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان، وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال: وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب، فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب. نعم الأظهر في إفادة المراد هاهنا أن يقال: والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث[1]، أو أن يقال: والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط.

اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا. ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثنتا عشرة سناً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهو آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء، فإذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية، وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص. وقوله: **(لأن المتعلق)** يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة. فإن قيل: لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية، بل الجمال أيضاً مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه. أجيب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان الجمال تابع: ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية، لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال، فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً، لأنه إذا كان تابعاً عند الانفراد فلأن يكون تابعاً عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى. وقوله: **(لتفويت جنس المنفعة)** يعني منفعة النسل. وقوله: **(لأنه فوّت جمالاً على الكمال)** هو استقامة القامة. قيل وفي تفسير قوله تعالى **﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾** أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة.

---

(١) هو بعض المتقدم، واللفظ للبزار.

فصل في الشجاج

قال: (الشجاج عشرة: الحارصة) وهي التي تحرص الجلد: أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسليه كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم: أي تكسره (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر: أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ. قال: (ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً) لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسماً وحكماً ذكره في فصل على حدة، كذا في الشروح. قلت: لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع ما دون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضاً لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى قوله: (والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول: تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف، وإن وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاء ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي، إلا أنه منظور فيه عندي لأنه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها، فإنه قال في المغرب: الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين، وقبلها الدامية وهي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم انتهى. وقال في الصحاح: والدامعة من الشجاج بعد الدامية. قال أبو عبيد: الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم، فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى. وقال في القاموس: والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ. إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجيء من المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصلاح المحض. ثم أقول: الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه: اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكره في فصل على حدة. قال: (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لابد منه للشجة، وبعد القطع إما أن يظهر الدم أو لا، الثاني هو الحارصة. والأول إما أن يسيل الدم بعد الإظهار أو لا، والثاني هو الدامعة. والأول إما أن يقطع بعض اللحم أو لا، والثاني هو الدامية. والأول أما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولا، والثاني هو الباضعة. والأول إما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أو لا، والثاني هو المتلاحمة. والأول إما أن يقتصر على الإظهار أو يتعدّى، والأول هو السمحاق، والثاني إما أن يقتصر على إظهار العظم أو لا، والأول هو الموضحة، والثاني إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا، والأول هو الهاشمة، والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أو لا، والأول هو المنقلة، والثاني هو

فصل الشجاج

قوله: (ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول: فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف، والموجود في الثلاث الأول ذلك.

قوله: (والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول: ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد قوله: (والثاني وهو الباضعة)، أقول: الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد قوله: (والأول إما أن يقتصر على

الموضحة»(١) ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص. قال: **(ولا قصاص في بقية الشجاج)** لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لاحدّ ينتهي السكين إليه، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه، وهذا رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص. قال: **(وفيما دون الموضحة حكومة عدل)** لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد

الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه، ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم، هكذا الطحاوي وذكر شيخ الإسلام: هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل، ثم الدامعة وهي التي تدمي وتسيل الدم، هكذا ذكر الصحاوي في كتابه. وذكر شيخ الاسلام: هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين، فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الألم، إلى هنا لفظ المحيط فتبصر قوله: **(والباضعة وهي التي تبضع الجلد: أي تقطعه)** أقول: في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور، وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه، لأن قطع الجلد المتحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامية، إذ الظاهر أن شيئاً من إظهار الدم وإسالته لا يتصور بدون قطع الجلد. وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً للكل غير مختص بالباضعة، فالظاهر في تفسير ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه انتهى. ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة، فإذا قال في المغرب: وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى. وقال في الصحاح: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا

الآمّة وهي العاشرة، ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة، وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها فكان ذلك قتلاً لا شجة على ما يجيء في الكتاب. وليس الكلام فيه، فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب، وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها، ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح. قوله: **(ولأن فيما فوق الموضحة)** يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمّة. وقوله: **(وفيما قبل الموضحة)** يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق. والمسبار ما يسبر به الجرح: أي يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها، والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على روايته فقد قال: يجب القصاص فيما فوق الموضحة. وقوله: **(وفي الجائفة ثلث الدية)** قال في الإيضاح: الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين، والاسم دليل عليه،، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة. قال في النهاية: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وذلك لأن

الإظهار) أقول: أي إظهار الجلدة الرقيقة قال المصنف: **(وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ)** أقول: وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة، إلا أن تعم الباضعة لها كما ذكره الإمام الزيلعي وغيره من الشراح قال المصنف: **(ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ)** أقول: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة، ففي قوله ولأنه تسامح قال المصنف: **(وهو العضوان هذان لا سواهما)** أقول: اليد أيضاً كذلك، ثم الرأس يستر غالباً بالعمامة، نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن.

---

(١) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧٤: غريب. وكذا ذكر ابن حجر ٢/ ٢٧٨: لم أجده. ثم قالا: وروى البيهقي عن طاووس مرسلاً: «ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات» اهـ.
ومفهومه أنه في الموضحة قصاص، وانظر سنن البيهقي ٨/ ٨٣.

العزيز. قال: **(وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية)** لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة عشر، وفي الآمة» ويروى «المأمومة ثلث الدية» وقال عليه الصلاة والسلام: «في الجائفة ثلث الدية»[١] وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى جانب الآخر بثلثي الدية، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن وأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية[٢]، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال: هي التي يتلاحم فيها الدم

أنه لا يسيل الدم انتهى. وقال في القاموس: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقاً خفيفاً وتدمي إلا أنها تسيل الدم انتهى. لا يقال: فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة، فإذا قال في الكتاب: والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم، وهذا في المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة. لأنا نقول: من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيداً. وعن هذا قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. قال شيخ الاسلام: ولا تنزع شيئاً من اللحم. ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئاً من اللحم، إلى هنا لفظ المحيط. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى. وقال في المغرب: والمتلاحمة من الشجاج هى التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها: أي تتلاءم وتتلاصق اهـ، وقال في الصحاح: والمتلاحمة: الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى. وقال في القاموس: وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى. قوله: **(وفي الجائفة ثلث الدية)** قال في الإيضاح: الجائفة ما تصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه. وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى. وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وكذا قال في العناية نقلاً عن النهاية. أقول: نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الأمر كذلك، إلا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد: وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن: يعنى أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضاً كانت من الشجاج فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقاً قوله: **(ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة)** قال في النهاية ومعراج الدراية: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى. أقول: ليس لهذا الكلام وجه. إذ لا شك أن كل من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه، لأنهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها، وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضاً لأن الذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم

الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. وقوله: **(وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى)** يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها لأنها تقطعه. وقوله: **(وأما اللحيان)** يريد به العظم الذي تحت الذقن، وقوله: **(وقد تحقق فيه معنى**

---

(١) هو بعض حديث عمرو بن حزم تقدم في أول الباب. الذي قبله وانظر سنن البيهقي ٨/ ٨٥ وليس فيه ذكر «الهاشمة»

(٢) أثر أبي بكر. أسنده البيهقي ٨/ ٨٥ عن ابن المسيب قال... فذكره عن أبي بكر.

ويسودّ، وماذكرناه بدءاً مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم. وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ. وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة. وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما. ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذين يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما. وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر. وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد

الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضاً عندنا خلافاً لذلك. فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل، فبعد ذلك ما معنى أن يقال: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً، وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة قوله: **(ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة)** قال بعض الفضلاء: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة. ففي قوله ولأنه تسامح انتهى. أقول: إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع، وإن أراد أنه دليل أصالة على عدم وجود أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضاً على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم. ولكن قوله ففي قوله ولأنه تسامح ممنوع، لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس. ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ دليلاً على ذلك أصالة كان حق الأداء أن يقال: ولأنه بلا تسامح أصلاً، ولعل ذلك البعض إنما غره تقدير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى. ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى قوله: **(إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد يتحقق فيهما معنى المواجهة أيضاً)** قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لأنها من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضاً. وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال: قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب إشكال عندي لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ المائدة (٦) فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخاً للكتاب بالإجماع، وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة قوله: **(وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن)** أقول: فيه كلام، وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف الرأس أيضاً فالتي في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان

المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة. وقوله: **(ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين)** مثاله إن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر ديته. قال قاضيخان: والفتوى على هذا. وقوله: **(ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة)** بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم

يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً. وقالوا: الجائفة تختص بالجوف: جوف الرأس أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوّم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوّم وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإذا كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشر. وقال الكرخي: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية،لأن ما لا نص فيه يردّ إلى المنصوص عليه.

حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها، وإن لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة، إذ تكون الشجاج حينئذٍ إحدى عشرة، اللهم إلا أن يقال: هي إحدى تلك الأنواع وهو الآمّة بدلالة كون حكمها ثلث الدية، وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى.

مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة. قال شيخ الاسلام: هذا هو الأصح لحديث عليّ فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

فصل

قال: **(وفي أصابع اليد نصف الدية)** لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا[1]، فكان في الخمس الدية نصف ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مرّ **(فإن قطعها مع الكفّ ففيه أيضاً**

فصل في الأطراف دون الرأس

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حده، كذا في العناية وغيرها. أقول: لا يذهب عن الناظر مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف، بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج، وبعضها متعلق بالقتل، فالوجه المذكور إنما يتمشى في بعض منها دون الكل، فالأوجه عندي أن يقال: لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حده وأخرها عن الفصلين المارّين جرياً على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافياً لما فات فيها، إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضاً اعتماداً على فهم الناظرين قوله: **(وفي أصابع اليد نصف الدية)** أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية، إذ في أصابع اليدين كما الدية كما مر أقول: لقائل أن يقول: لما ذكر فيما مر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكره هذه المسألة ها هنا مستدركاً، إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية. فعلم قطعاً مما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية، ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم مسألة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضاً أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية، إلى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب. ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك، بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية، فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم، وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام: وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية قوله: **(ولأن في قطع الأصابع تفويت** جنس **منفعة البطش وهو موجب على ما مر)** يعني أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية كاملة على ما مر، ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة. ثم إن جمهور الشراح قالوا: قوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها. أقول: فيه بحث، إذ الظاهر أن قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله، وإلا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على ما مر، وإذا كان قوله على ما مر متعلقاً بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح، إذ ليس في ذلك تعرض لما هو موجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر. وقال صاحب الغاية هنا: قوله وهو الموجب على ما مر: أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس اهـ. أقول: هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح. لأن بيان كون

فصل

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة **(في أصابع اليد نصف الدية)** لأن في كل

فصل في أصابع اليد

قال المصنف: **(في أصابع اليد نصف الدية)** أقول: ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) تقدم في الباب الذي قبله.

نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام «وفي اليدين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[1] ولأن الكفّ تبع للأصابع لأن البطش بها **(وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكفّ نصف الدية، وفي الزيادة حكومة عدل)** وهو رواية عن أبي يوسف. وعنه: أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ، ولأن الشرع

الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلاً فيما نحن فيه، لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون المصنف ها هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية، بخلاف ما مر في ذلك الفصل. فإن وضع المسألة هناك فيمن ضرب عضواً فأذهب منفعته بدون أن يقطعه، فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك. ثم أقول: الأقرب إلى الحق عندي أن يقول قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اهـ. فإن الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الأطراف تفويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر قوله: **(ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع)** أقول: لقائل أن يقول: الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش، ومدلول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع الأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لا غير، فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع، وكأن صاحب الكافي تفطّن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال: لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار آلة باطشة، والأصل في البطش الأصابع والكف تبع لها، أما الساعد، فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين انتهى. ثم أقول: يمكن التوفيق بين كلامي المصنّف بنوع عناية، وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش بها: أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك، لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضاً بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع قوله: **(لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات)** أقول: فيه نظر، إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر، فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة، فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل إلا دية واحدة فليتأمل قوله: **(وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط)** قال صاحب النهاية: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى. وقال صاحب العناية: قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية، وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط: يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات، كذا في النهاية، وليس بالمفتقر إليه بكونه معلوماً اهـ. أقول: إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرش موضحة بفوات جزء من الشعر

أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله ﷺ «في كل أصبع عشر من الإبل» وقوله: **(على ما مر)** إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ. وقوله: **(ولا تبع للتبع)** يعنى وإذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكفّ وجب اعتباره على حدة إذ

---

(١) تقدم في كتاب عمرو بن حزم مستوفياً عند فصل: فيما دون النفس.

أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع. ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكفّ دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً، ولا إلى أن يكون تبعاً للكفّ لأنه تابع ولا تبع للتبع. قال: **(وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية، وإن كان أصبعين فالخمس، ولا شيء في الكفّ)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: ينظر إلى أرش الكفّ والأصبع فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وَجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة. وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً، لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشراً من الإبل، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب **(ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكفّ بالإجماع)** لأن الأصابع أصول في التقوّم، وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكفّ، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. قال: **(وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل)** تشريفاً للآدمي لأنه جزء من يده، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة **(وكذلك السن الشاغية)** لما قلنا **(وفي عين الصبيّ وذكره ولسانه إذا لم**

لا بمجرد تفريق الاتصال. والإيلام الشديد أمر خفي جداً غير معلوم بدون البيان والإعلام، إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت بعد أصلاً، فإنهم قالوا: الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم: أي تبينه ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كان عمداً، ونصف عشر الدية إن كانت خطأ، ولاشك أن اسم الموضحة وحدّها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضاً، فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلاً في وجوب أرشها أمراً خفياً محتاجاً إلى البيان بل إلى البرهان، ولهذا قال المصنف: وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي: ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر، ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء. وقال في المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات قوله: **(وجوابه ما ذكرناه)** قال في العناية: قيل

لا وجه لإهداره، ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل، وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة. وقوله: **(وإن قطع الكفّ من المفصل)** واضح وقوله: **(والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب)** يعنى أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع، أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك، وما ثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي، وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصاً أولى، فإن المصير إلى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرش المقدر شرعاً. ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً لم يفرق بين الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرشاً مقدراً فيجعل الكفّ تبعاً للأصبع الواحدة، وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية لأن له أرشاً مقدراً، وما بقي شيء من الأصل وإن قلّ فلا حكم للتبع. وقوله: **(في الأصبع الزائدة حكومة عدل)** يعني سواء قطع عمداً أو خطأ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا، أما إذا لم يكن فأنه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة

قوله: **(وأجيب بأن إزالة جزء الأدمي الخ)** أقول: وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى قال المصنف: **(وقال الشافعي: تجب دية كاملة)** أقول: قال الكاكي: وبه قال أحمد والثوري لعموم الحديث. قلنا: خص منه لسان الأخرس انتهى. وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر

تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي: تجب فيه دية كاملة، لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة، فإن لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة، لأن المقصود هو الجمال وقد فوّته على الكمال **(وكذا لو استهلّ الصبي)** لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركةِ وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ، قال: **(ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية)** لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت يسقط، والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد

يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول انتهى. أقول: في قوله وهو أشمل بحث، لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد إنما هو فوات الشعر كما يرشد إليه قوله فدخل الجزء في الجملة، لأن الجزئية إنما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها، وقد صرّح الشراح حتى صاحب العناية نفسه يكون مراد المصنّف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا: يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر، لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى. ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسألة الثانية، وهي صورة ذهاب شعر رأسه، كما أن قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء مختص بالمسألة الأولى وهي صورة ذهاب عقله، فكيف يصح القول أن القيل الثاني أشمل من الأول؟ والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسألتين فحينئذٍ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى قوله: **(وجه الأول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء)** قال في معراج الدراية: قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه، وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد، فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات، والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل، ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى. أقول: كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عدّه صحيحاً من الفرق بتلك المسألة، فإن الجناية وقعت

الأصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة. وأما إذا كان له أصبع زائدة فلأن المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا إن الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة. وقوله: **(لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة)** قيل عليه إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به. وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا توجبها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. وقوله: **(وكذلك السن الشاغية)** أي الزائدة **(لما قلنا)** يريد قوله لأنه جزء من يده، فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان: يقال رجل أشغى وامرأة شغواء، فإنها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى. وقوله: **(والظاهر لا يصلح حجة للإلزام)** وإنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع. قال: **(ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه)** في هذا بيان

قوله: **(أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه إلخ)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفيه تأمل، إذ بعض أهل السنة قالوا: محل العقل القلب، وبعضهم قالوا محله الرأس انتهى. فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الأعضاء كما قاله المصنف، فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح.

فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلّت يده. وقال زفر: لا يدخل لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات. وجوابه وما ذكرناه. قال: **(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية)** قالوا: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر. وجه الأول أن كلاً منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا. ووجه الثاني أن السمع والكلام

فيها أيضاً على عضو واحد وهو اليد، مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية، وإن اعتبر العقل في تلك المسألة عضواً مغايراً لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار، فلم لم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضاً مغايراً لمحل الشجة حتى تكون هذه المسألة أيضاً بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرش في الدية كما في السمع والبصر. وبالجملة ما عدّه الهندواني صحيحاً من الفرق هنا لا يخلو عن الانتفاض أيضاً فتأمل قوله: **(ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن)** قال صاحب العناية: قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر انتهى. أقول: يمكن أن المراد به هو الثاني، والمراد بكون السمع والكلام مبطناً كون محلهما مستوراً غائباً عن الحس، بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى قوله: **(وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل)** أقول: لقائل أن

أن الجزء قد يدخل في الكل قوله: **(فصار كما إذا أوضحه فمات)** يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. وقوله: **(وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر)** لبيان الجزئية. وقوله: **(حتى لو نبت)** يعني الشعر **(يسقط)** يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً. وقوله: **(وقد تعلقا)** يعني أرش الموضحة والدية **(بسبب واحد)** وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده. وقوله: **(وجوابه ما ذكرناه)** قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول. وقوله: **(قالوا)** يعني المشايخ **(هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف)** قال في النهاية: ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة، فينبغي أن يذكر محمداً مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح، أو لا يذكر أحداً أصلاً كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني، وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ، وأما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر. وقوله: **(وجه الأول)** هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. وقوله: **(على ما بينا)** يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقوله: **(ووجه الثاني)** يعنى قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن، قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا تترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر. وقوله: **(وقالوا)** يعني المشايخ: أي قال المشايخ **(ينبغي أن تجب الدية فيهما)** أي في العينين **(والأرش في الموضحة)** وقالا: في الموضحة القصاص **(قالوا)** أي المشايخ **(وينبغي أن تجب الدية في العينين)** وقوله: **(لهما في الخلافية)** أي فيما شجّ رجلاً موضحة فذهبت عيناه، قالا: يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية **(وله)** أي ولأبي حنيفة **(أن الجراحة الأولى سارية)** والجراحة التي تعمل قصاصاً قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة **(ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة)** أي الثابتة حال الشجّ **(وكذا المحل)** أي محل الجنايتين **(واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر)** ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظراً إلى اتحادهما. وقوله: **(بخلاف النفسين)** جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه وتعدّى إلى غيره فقتله. ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحداً من حيث أن الثاني حصل من سراية الأول وها هنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون بتعاقب الآلام وهو إنما يتحقق

مبطن فيعتبر بالعقل، والبصر ظاهر فلا يلحق به. قال: **(وفي الجامع الصغير: ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك)** عند أبي حنيفة. قالوا: وينبغي أن تجب الدية فيهما وقالا: **(في الموضحة القصاص)** قالوا: وينبغي أن تجب الدية في العينين. قال: **(وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشلّ ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك)** وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل **(وكذلك لو كسر سن رجل فاسودّ ما بقي)** ولم يحك خلافاً وينبغي أن تجب الدية في السن كله **(ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك)** لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة. لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والديه في الثاني. وله أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل، وليس في وسعه الساري فيجب المال، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطإ في البداية، بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس

يقول: هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل، كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده فإن مقتضى ما أسلفه يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ها هنا، اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسألة، ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال: وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا، وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه: أجمعوا على أنه لو قطع مفصلاً من أصبع فشلّ الباقي فإنه يجب في الكل الأرش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر قوله: **(ولهذا يستأني حولاً بالإجماع)** أي يؤجل سنة بالإجماع. وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط

في شخص واحد. وقوله: **(وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع)** جواب عما يقال: إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك؟ ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص لأنه فعل مقصود، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود. فقوله: **(لأنه ليس فعلاً مقصوداً)** الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسراية، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية إن في قوله لأنه ليس فعلاً مقصوداً نظر، وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين: الأول بالنسبة إلى الأول، والثاني إلى الثاني وقالا: **(وزفر)** تركيب غير جائز، ولو قال: وقالا هما وزفر كان صواباً. وقوله: **(والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفاً)** يريد قوله ومن شجّ رجلاً موضحة فذهبت عيناه الخ. وقوله: **(أنه يجب القصاص فيهما)** أي في الشجة وذهاب البصر، فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني، لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة. وقوله: **(بخلاف الخلافية الأخيرة)** يعني قوله وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى. وقوله: **(ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها)** حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والأرش في العينين عندهما. وقوله: **(فتآكلتا)** أي صارتا واحدة بالأكل **(فهو على الروايتين)** أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة **(عن محمد)** يعني لا قصاص على المشهور، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة **(وعن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى يجب حكومة عدل)** لمكان الألم الحاصل يقوّم وليس به هذا الألم ويقوّم وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة. وقوله: **(فنبتت سن الأول)** يعني بغير اعوجاج، وإن نبت معوجاً تجب حكومة عدل. قوله: **(ولهذا يستأني حولاً)** أي يؤجل سنة **(بالإجماع)** وقال في التتمّة: حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل قبله وليس بظاهر، وأنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة، ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته، ولكن قوله بالإجماع

فعلاً مقصوداً. قال: **(وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك)** عند أبي حنيفة. وقالا هما وزفر والحسن: يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها. والوجه من الجانبين قد ذكرناه. وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه، فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً. ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب؛ ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة. قال: **(ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص)** إلا على رواية ابن سماعة **(ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين)** قال: **(ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة، وقال: عليه الأرش كاملاً)** لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى. وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبيّ فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة **(وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل)** لمكان الألم الحاصل **(ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم.فعلى القالع الأرش بكماله)** لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود **(وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت)** لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه **(ومن نوع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم)** لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية، ولهذا

ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل، إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته انتهى، قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالاً: وليس بظاهر، وإنما الظاهر ما قال المصنف، لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته. وقال ولكن قوله بالإجماع فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله عليه الصلاة والسلام «في الجراحات

فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله ﷺ في الجراحات كلها «يستأني حولاً» وهو كما ترى ينافي الإجماع. وقوله: **(فاختلفا قبل السنة)** أي قال المضروب إنما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر. وقوله: **(ليكون التأجيل مفيداً)** يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء. وقوله: **(وإن اختلفا في ذلك)** أي في سقوط السن بعد السنة. وقوله: **(سنبين الوجهين)** أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الألم. وقوله: **(يجب الأرش كاملاً)** وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسودّ منه، ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى. وقالوا: يجب أن يكون الجواب على التفصيل، فإذا كانت من الأضراس فالمعتبر في وجوب كمال الأرش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل، وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس، ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الأرش وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوّت جنس منفعة السن ولا فوّت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة

قوله: **(وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ)** أقول: يعني بعض المشايخ قالوا: الاستيناء حولاً إنما هو في الصغير، وأما في البالغ فلا يستأني قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها «يستأني حولاً»)** أقول: اعلم أن في سن الصبي يستأني حولاً بالاتفاق، وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف، والتفصيل في غاية البيان، ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الإجماع في سن البالغ إلا بتكليف قال المصنف: **(وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ)** أقول: هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها، ويثبت ذلك بالبينة أو بالنكول قوله: (دون

يستأني حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. قال: **(ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً)** ليظهر أثر فعله **(فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب)** ليكون التأجيل مفيداً، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة، أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا **(وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب)** لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر **(ولو لم تسقط لا شيء على الضارب)** وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة الألم. وسنبين الوجهين

كلها يستأني حولاً»[1] وهو كما ترى ينافي الإجماع انتهى. أقول: نظره ساقط، لأن الذي ينافي الإجماع مما نقله عن الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا: أي مفهوم المخالفة، لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم إجماع المشايخ لا عدم إجماع المجتهدين. ومراد المصنف بالإجماع في قوله يستأني حولا بالإجماع إنما هو إجماع المشايخ، وانتفاء أحد الإجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر؛ ألا يرى أن المشايخ كثيراً ما يختلفون في رواية المسألة عن المجتهدين، فبعضهم يروي اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها، وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل، كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان، فإنه قال فيها: ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف: رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولاً، وإنما أنتظر بسن الصبيّ وأقضي عليه بأرشها، وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر، وإلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره، وقال الناطفي أيضاً. قال في المجرد: لو نزع سن صبيّ ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له. وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعاً. وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما، إلى هنا لفظ الغاية. والظاهر أن المصنف أيضاً ذهب إليه فقال: ولهذا يستأني حولاً بالإجماع من غير فرق بين الصبيّ والبالغ، وادعى الاجماع أخذاً بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد المجتهدين. والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكره في

والسواد لأنها لا تكون لون الإنسان بحال فكان مفوّتاً للجمال على الكمال إذا كانت بادية. قال: **(ومن شج رجلاً فالتحمت)** كلامه ظاهر، وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا. وقوله: **(إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع الخ)** جواب عن قول أبي يوسف فالألم الحاصل مازال، وعن قول محمد إنما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك، والمنافع على أصلنا لا تتقوّم إلا بعقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة، أو بشبهته كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئاً، وقوله:

الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول: ضمير فيه راجع إلى الجمال قوله: **(وإن كانت مما ترى فالأمر بالعكس)** أقول: مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة قال المصنف: **(وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى:**

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٩٠ والبيهقي ٨/ ٦٧ كلاهما من حديث جابر: يستأنى بالجراحات سنة. وفي طريق الدارقطني يزيد بن عياض قال عند الدارقطني: ضعيف متروك.
وفي طريقه البيهقي ابن لهيعة وهو واهٍ وعنه الوليد بن مسلم مدلس، وقد عنعنه.
قال البيهقي: وروي من وجهين آخرين عن جابر، ولم يصح شيء من ذلك.
وفي الباب ما أخرجه أحمد ٢/ ٢١٧ والدارقطني ٣/ ٨٨ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وليس فيه ذكر الأجل بل فيه: «لا تعجل حتى يبرأ جرحك» وفي الباب روايات أنظر نصب الراية ٤/ ٣٧٧ - ٣٧٨ والدارقطني ٣/ ٨٨ - ٨٩ - ٩٠ والبيهقي ٨/ ٦٦ - ٦٧.

بعد هذا إن شاء الله تعالى **(ولو لم تسقط ولكنها اسودّت يجب الأرش في الخطإ على العاقلة وفي العمد في ماله، ولا يجب القصاص)** لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسودّ منه **(وكذا إذا كسر بعضه واسودّ الباقي)** لا قصاص لما ذكرنا **(وكذا لو احمرّ أو اخضرّ)** ولو اصفرّ فيه روايتان. قال: **(ومن شجّ رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش)** عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب. وقال أبو يوسف: يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه. وقال محمد: عليه أجرة الطبيب، لأنه إنما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع على أصلنا لا تتقوّم إلا بعقد أو بشبهة، ولم يوجد ففي حق الجاني فلا يغرم شيئاً. قال: **(ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرح فبرأ منها فعليه أرش الضرب)** معناه: إذا بقي أثر الضرب: فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة. قال:

الذخيرة منافياً للإجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافياً له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته إياه أظهر على تقدير حمل الإجماع على إجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور. وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبا الكفاية ومعراج الدراية: قوله ولهذا يستأني حولاً بالإجماع يخالف رواية التتمة قوله: **(ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطإ على العاقلة وفي العمد في ماله)** قال في الذخيرة والمحيط: وأوجب محمد كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لا ترى أو من العوارض التي ترى. قالوا: يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى. إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملاً، وإلا يجب حكومة العدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر كمال الأرش بالاسوداد، وإن لم تفت منفعته لأنه فوت جمالاً على الكمال انتهى. وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط، وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الأسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وإن حصلت فيها أيضاً في الجملة، وإنما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان، وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعاً إنما هو في الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث)** قال صاحب الغاية: فيه نظر، لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفاً انتهى. أقول هذا النظر في غاية السقوط. أما أوّلاً فلأن هذا الحديث كما روي موقوفاً عن ابن عباس والشعبي، روي أيضاً مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال: والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صالحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»[1] انتهى. وكذا نص عليه المصنف في

(ومن ضرب رجلاً الخ) يعني إذا ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرىء منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه، وإن لم يجرحه فلا

على أرش الألم) أقول: يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه. وقوله فيما سبق في موضعين: وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية قوله: **(ووجهه أن تحمل الألم من المنافع)** أقول: فيه تأمل قال المصنف: **(وقال محمد: وعليه أجرة الطبيب)** أقول: وعليه ثمن الأدوية لكنه غلب الأول على الثاني لاطراده دونه.

---

(١) باطل مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧٩: غريب مرفوعاً.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٠: لم أره مرفوعاً هكذا.

ثم ذكرا أنه ورد عن الشعبي عن عمر موقوفاً. وقد أخرجه الدارقطني ١٧٧ والبيهقي ٨/ ١٠٤ كلاهما عن الشعبي عن عمر موقوفاً.

وقال البيهقي: وهذا منقطع، والمحفوظ عن الشعبي من قوله. ثم أسنده الدارقطني، والبيهقي عن الشعبي من قوله.

قال البيهقي: ورواه محمد بن الحسن عن ابن عباس من قوله، ثم ساقه البيهقي من طريقه، ورواه من وجه عن ابن عباس.

وأخرجه البيهقي ٨/ ١٠٤ باختصار عن عروة من قوله. وأسنده أيضاً عن الزهري اهـ وانظر نصب الراية ٤/ ٣٧٩ والدراية ٢/ ٢٨٠.

الخلاصة: هو باطل كونه مرفوعاً، والموقوف على عمر ضعيف والموقوف على ابن عباس حسن، وكذا الموقوف على الشعبي.

(ومن قطع يد رجل خطأً ثم قتله خطأً قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لأن الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء. قال: **(ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ)** وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «يستأنى في الجراحات سنة» ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء. قال: **(وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل، وكل أرش وجب بالصلح فهو مال القاتل)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث، وهذا عمد. غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد. والثاني يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع. قال: **(وإن قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين)** وقال الشافعي رحمه الله: تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً، والتأجيل للتخفيف في الخاطىء وهذا عامداً فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه، وحقه في نفسه حالّ فلا ينجبر بالمؤجل. ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطإ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبى تقوّم الآدمي بالمال لعدم التماثل، والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً **(وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته)** لما روينا، ولأن الإقرار لا يتعدى المقرّ لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة. قال: **(وعمد الصبيّ والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً**

كتاب المعاقل بهذا المنوال، فكان من كلام النبي ﷺ على ما روي مرفوعاً إليه بلا ريب، وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه على ما روي موقوفاً أيضاً يحمل على الرواية عن النبي عليه الصلاة والسلام لأنه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع، ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الأصول ومرّ في الكتاب مراراً، فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام على كل حال. والعجب من صاحب الغاية أنه قال: وقد مر آنفاً، والذي مر منه آنفاً يصير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك: روى محمد بن الحسن في موطئه وقال: أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك[1]» وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف، فحمل على أنه رواه عن النبي ﷺ لصيانته عن الكذب والجزاف، إلى هنا لفظه. وهذا صريح في الجواب عن نظره ها هنا كما

شيء عليه بالاتفاق، وإن لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الأرش عند أبي حنيفة، ووجوب أرش الألم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد. وقوله: **(لأن الجناية من جنس واحد)** لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. وقوله: **(ومن جرح رجلاً جراحة)** واضح. وقوله: **(لأنه مال وجب بالقتل ابتداء)** يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح، وقوله: **(وإذا قتل الأب ابنه عمداً)** كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي. وقوله: **(لاسيما إلى زيادة)** يعني المعجل فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف، فإيجاب المال حالاً بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً لأنه تابع للقدر، وقوله: **(لما روينا)** يعني قوله ﷺ «لاتعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً» وقوله: **(عمده)** أي عمد كل واحد

قوله: **(وقد تقدم أقسام هذه المسألة)** أقول: في أول فصل: ومن قطع يد رجل خطأ.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لأنه عمد حقيقة، إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله، ولهذا تجب الكفارة به، ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل. ولنا ما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته، وقال: عمده وخطؤه سواء[1] ولأن الصبيّ مظنة المرحمة، والعاقل الخاطيء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبيّ وهو أعذر أولى بهذا التخفيف. ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل، والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم. وحرمان الميراث عقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة، ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم.

لا يخفى قوله: **(غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد)** أقول: إن قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد، لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة: والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة، فلو كان الأول ها هنا مالاً وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفاً. فالوجه أن يترك قيد ابتداء ها هنا فيقال لأنه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فإنه يجب حالاً، ولقد أصاب فيما بعد حيث قال: ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطإ وشبه العمد قوله: **(وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين)** قال صاحب العناية: كأن حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى. أقول: اعتذاره هذا ليس بسديد. أما أولاً فلأن ذكر حكم هذه المسألة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية أيضاً بيان خلاف الشافعي أصلاً، فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لأن يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسألة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري إياه في مختصره قبل سنين متكاثرة، وهل يتفوّه العاقل بمثل ذاك الاعتذار. وأما ثانياً فلأن خلاف الشافعي ليس بمنحصر في حكم هذه المسألة المنفردة بالذكر، بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق، فإنه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلاً بل يخصصه بالخطإ كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب، وتلك الضابطة الكلية إنما هي في العمد، وحكمها التأجيل مطلقاً كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين، فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي إفراد حكم هاتيك المسألة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشيه للاعتذار المذكور أصلاً.

منهم. وقوله: **(ولهذا تجب الكفارة به)** أي بالمال، وإنما قيد به لأنهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما. وقوله: **(ويحرم عن الميراث على أصله)** أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي **(لأنهما يتعلقان بالقتل)** فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل، فكذلك ها هنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله إذ الأصل ذلك.

قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث)** أقول: وفي الكفاية: ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة. قوله ولا عبداً أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس، لأن الأطراف في العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك به مسلك الأموال. وقد قيل: إن المراد أن العبد إذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا في الأوضح انتهى، ورد في القاموس ذلك وقال: لو أريد هذا المعنى لقيل: وعن عبد فإنه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى. وسيجيء جوابه على التفصيل قوله: **(كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي)** أقول: وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها قوله: **(فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية)** أقول: قوله في المالية متعلق بقوله زائد.

---

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٨/ ٦١ بسنده عنه وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٠: قال البيهقي في المعرفة: إسناده ضعيف بمرة، وروي من وجه آخر ضعيف.

فصل في الجنين

قال: (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه: معناه دية الرجل، وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم. والقياس أن لا يجب

فصل الجناية في الجنين

لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين. بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتنناً في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معدّ لأن يكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي قوله: (وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة، وكل منهما خمسمائة درهم) أقول: في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الأنثي عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل؛ لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب، إذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة، وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم، فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والأنثى في مجرد العبارة، وإنما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف، عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور، وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف، ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل قوله: (والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تتميماً لما في الكتاب، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى. أقول: يرد على هذا البيان أنه إنما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء إتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في أتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله. والأظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانياً بقوله ولأن الجنين في حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر قوله: (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإن قيل: الظاهر أنه حيّ أو معد للحياة. قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن اهـ. وردّ بعض الفضلاء قوله أو معدّاً للحياة في تقرير السؤال حيث قال: كونه معدّاً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى. أقول: ليس بسديد، فإن تيقن كونه معدًا للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذٍ ينتفي

فصل في الجنين

عقب أحكام الأجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر الدية) غرّة المال خياره كالفرس والبعير النجيب، وسمي بدل الجنين غرّة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة. وقيل لأن غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية. قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف: والقياس، وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين، وفعل القتل

فصل في الجنين

قوله: (غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول: والعبد والأمة الفارهة.

شيء لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وجه الاستحسان. ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة»[1] فتركنا القياس بالأثر، وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (**وهي على العاقلة**) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم. وقال مالك: في

استعداده للحياة، ولقد أشار إليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط: ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معدّ للحياة فيجعل كالحي في إيجاب ذلك الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر قوله: (**وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم**) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد: أعني قوله إذا كانت خمسمائة درهم، فقال صاحب النهاية: قيد بهذا احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي، لكن هذا لا يتضح لي لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجيء، إلى هنا كلامه. وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه، وردّوه بما رده به صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وقوله إذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغي أن يكون إذ بسكون الذال بلا ألف بعدها؛ يعني أنها إنما تجب على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم، والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى. وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له بردّ بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال: قيل قيد به احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمتة لا تبلغ خمسمائة. وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما يجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى. فكأنه ارتضى التوجيه الثاني. أقول: التوجيه الثاني أيضاً مردود عندي، إذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم، فإنه ينتقض بما يجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فإنه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا: إن ما وجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم، وينتقض

لا يتصور إلا في محل هو حيّ فلا يجب الضمان بالشك. فإن قيل: الظاهر أنه حيّ أو معد للحياة. قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان البهيمة إن تمكن (**وجه الاستحسان ما روي أن النبي ﷺ قال«في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة» فتركنا القياس بالأثر**) روى الإمام أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد أو أمة، فقال السائل: ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح، فإن مات بضربة

قوله: (**وقيل لأن غرة الشيء أوله**) أقول: أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية، لأنه قبل إيجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء قال المصنف: (**قال معناه: دية الرجل: أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة**) أقول: فيه بحث، فإن نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والأنثى. نعم يفرق بينهما في جنين الأمة كما لا يخفى، ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال: ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة. وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى، فكذا في جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته، لأن كل ما كان هدراً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى انتهى قوله: (**إلا في محل هو حي**) أقول: أي هو حي يقيناً قوله: (**قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ**) أقول: كونه معداً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر، والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقة، ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٦/ ٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً وفيه: «فيه ـ أي الجنين ـ غرة عبد، أو أمة، أو خمسمائة، أو فرس. . . .» الخبر وله قصة.

قال الهيثمي: فيه المنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات اهـ

قلت: جاء في التقريب في ترجمة المنهال: ضعيف. لكن ساق الزيلعي إسناد آخر للحديث، وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله.

وقد أخرجه أبو داود ٤٥٨٠ عن إبراهيم وجابر عن الشعبي من قوله.

ماله لأنه بدل الجزء. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرّة على العاقلة[١]، ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه» وقالوا: أندي من لا صاح ولا استهل[٢] الحديث، إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة **(وتجب في سنة)** وقال الشافعي رحمه الله: في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثاً بين ورثته. ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال: «بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة في سنة»[٣]. ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم

بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة إلى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها، فإن مثل ذلك كله في مال القاتل كما مرّ في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضاً. ثم أقول: هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو، أن يكون للقيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقاً بأن يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين، وهذا إنما يكون في جنين الحرة، فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً، وعشر قيمته حياً إن كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلاً عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله: **(وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء)** أقول: في تعليله نظر، لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني، بل لا بد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم، وقد مرّ قبيل هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً. ويمكن أن يقال: إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به، وما نحن فيه كذلك، فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تقف قوله: **(ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه»)**، أقول: في الاستدلال على أنه بدل النفس تسمية النبي عليه الصلاة والسلام دية بحث، فإنه عليه الصلاة والسلام سمى كثيراً من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «في النفس الدية، وفي المارن الدية[٤]» وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه، وكتب له أيضاً «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[٥] إلى غير ذلك، فليتأمل في

تجب دية كاملة وإن لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء، فسكت زفر، فقال له السائل: أعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر. فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال: التعبد التعبد: أي ثابت بالسنة

زفر، ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس. قوله: **(فقال له السائل: أعطيتك سائبة)** أقول: كانوا في الجاهلية إذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا: أعتقه سائبة، أو هو من سيب الماء: أي جريه، وسيب

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٤٥٧٥ وابن ماجه ٢٦٤٨ كلاهما من حديث جابر وفي إسناده مجالد بن سعيد فيه كلام لا يضر لا سيما قد توبع فقد ورد من حديث المغيرة
أخرجه أبو داود ٤٥٦٨ ورجاله ثقات كلهم مشهورون سوى حفص بن عمر النمري، وهو صدوق كما في التقريب.
وأخرجه أبو داود ٧٥٧٤ والنسائي ٨/٥١، ٥٢ وابن حبان ٦٠١٩ والبيهقي ٨/١١٥ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه قصة، وإسناده ضعيف لضعف أسباط

(٢) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/٢٩٩ و ٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً بأتم منه، وقال الهيثمي: فيه منهال بن خليفة وثقه أبو حاتم، وضعفه جماعة.
وأخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/٣٨٣ من حديث مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة، وفيه محمد بن أبي ليلى ضعيف. إلا أن الحديث يتقوىٰ بمجموع طريقيه، وأصله في البخاري ومسلم.

(٣) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٣: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٨٢: لم أجد من وصله.

(٤) مرسل ابن المسيب تقدم في فصل فيما دون النفس، وأنه غريب لا يوجد كما قال الزيلعي، وابن حجر.

(٥) تقدم في فصل فيما دون النفس مستوفياً.

فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة، لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين **(ويستوي فيه الذكر والأنثى)** لإطلاق ما روينا، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت

الدفع قوله: **(إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة)** قال صاحب الغاية: قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة، وكأنه يقول: إذ كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة. ولنا فيه نظر، لأن في جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلاً لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقاً انتهى. أقول: نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعداً بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضاً في الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعداً في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة. وقال صاحب العناية: قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال: الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله: ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة، إلا أنك علمت سقوطه أيضاً بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفاً. ثم أقول: في تقرير مراد المصنف هنا خلل، إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب. أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله ﷺ بدية جنين الحرة على العاقلة[1] وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع، فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضاً على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه ينافي تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم. وأما الثاني فلأن الحديث المذكور لو دلّ على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لأن يكون معمولاً به في مقالة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره قوله: **(ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة)** أقول: لقائل أن يقول: لم لم يعكس الأمر: أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه

من غير أن يدرك بالعقل، وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان. وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً. ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر، والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المالية. وقوله: **(إذا كان خمسمائة درهم)** قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة. ورد بأن يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما سيجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل

الدابة: إهمالها قوله: **(وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان)** أقول: أي الوجه الثابت بالاستحسان قوله: **(وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس)** أقول: أي الوجه الثابت بالقياس قوله: **(قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة)** أقول: ولعل الأولى أن يقال: احتراز عنه، فإن ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة، ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعاً قوله: **(إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة)** أقول: قوله لا تبلغ خمسمائة: يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل قوله: **(من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة)** أقول: المضاف مقدر: أي بعيد البلوغ. ثم أقول: عدم بلوغ ما يجب في الجنين إلى خمسمائة من الأمور المقررة الظاهرة إذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد قوله: **(وكان في الأصل إذ كان خمسمائة)** أقول: قوله إذ بسكون الذال بلا ألف

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.

في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة **(فإن ألقته حياً ثم مات ففيه دية كاملة)** لأنه أتلف حياً بالضرب السابق **(وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها)** وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة»[1] **(وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين)** لأنه قاتل شخصين **(وإن ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية الأم ولا شيء في الجنين)** وقال الشافعي: تجب الغرّة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي حية. ولنلا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه

الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني، وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ها هنا. والأظهر في تقرير التعليل هاهنا ما ذكر في الكافي أخذاً من المبسوط حيث قال: ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الأم حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر الجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا قدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله: **(لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة)** قال صاحب النهاية: هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب، وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل: أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر، وفي بعض النسخ أو أكثر، وفي بعضها وأكثر، وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلاً حينئذ، انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح. وقال صاحب العناية: قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها أو أكثر، وفي بعضها وأكثر قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة الأقل أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه. أقول: فيه

إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة. وقوله: **(في ماله)** أي في مال الضارب **(لأنه بدل الجزء)** أي جزء الآدمي فصار كقطع أصبع من أصابعه. وقوله: **(دوه)** أي أدّوا ديته، أمر لمخاطب من الودي، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال «كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً، فاختصم أولياؤهما إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه» الحديث، ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. وقوله: **(إلا أن العواقل)** جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر. وقوله: **(لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر)** هو الصحيح من النسخ، وفي

وقوله: **(لكونها على العاقلة)** أقول: مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل، فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً قال المصنف: **(حيث قال: «دوه»)** أقول: يجوز أن يقول تعليلاً لقوله قضى الخ، أو لقوله سماه دية، والثاني أقرب، ويستفاد تعليل الأول منه أيضاً قوله: **(أو بمسطح خيمة)** أقول: أي عود من عيدان الخباء قوله: **(فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل)** أقول: يعني أنودي دية من لم يصح ولم يستهل: يعني لم يرفع صوته عند الولادة قوله: **(وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد الخ)** أقول: يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً إلى سنة، فأولى أن يكون

---

(١) غريب هكذا. والذي صح هو ما أخرجه البخاري ٦٩١٠ ومسلم ١٦٨١ وأبو داود ٤٥٧٦ والنسائي ٨/ ٤٨ وابن الجارود ٧٧٦ وابن حبان ٦٠٢٠ والدارمي ٢/ ١٩٧ وأحمد ٢/ ٥٣٥ والبيهقي ٨/ ١١٤ وعبد الرزاق ١٨٣٣٨ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقضى أن دية جنينها غرةٌ عبدٌ أو وليدةٌ، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها» هذا لفظ البخاري وغيره.

وكرره البخاري ٦٩٠٩ ومسلم وغيرهما وفيه: «قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان بغُرّة عبد أو أمة...» الحديث.

وورد من حديث ابن عباس. أخرجه أبو داود ٤٥٧٢ والنسائي ٨/ ٤٧ والدارمي ٢/ ١٩٦ ـ ١٩٧ وابن ماجه ٢٦٤١ والشافعي ٢/ ١٠٣ وعبد الرزاق ١٨٣٣٩ وابن حبان ٦٠٢١ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح. وليس فيه لفظ مراد صاحب الهداية وهو: «ألقته ميتاً، ثم ماتت» وإنما هو مطلق فما ذهب إليه الشافعي صواب أيضاً

يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك. قال: **(وما يجب في الجنين موروث عنه)** لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته **(ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرّة ولا يرث منها)** لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل. قال: **(وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى)** وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم، لأنه جزء من وجه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان، ولا معتبر في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فصح الاعتبار على أصله. قال: **(فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق)** لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حياً لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حيّ فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف. وقيل هذا عندهما، وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا كفارة في الجنين)**

شيء، وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعاً لا يخفى، اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع. وقال صاحب الغاية: وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أن صفة لقوله أقل: أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية، وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة، ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى. ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال: وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه. وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى: لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة، لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض لأنه له لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها انتهى. أقول: فيه نظر، إذ لا نسلم أنه أذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضاً مؤجلاً بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلاً كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلاً بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله: **(ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك)** اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصيل. وأجيب بأن الغرّة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت

بعضها أو أكثر، وفي بعضها وأكثر. قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً. وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك، وقوله: **(بخلاف أجزاء الدية، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين)** صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم

نصف العشر مؤجلاً بها قوله: **(صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ)** أقول: فيه أن الأولى أن يقول مثلاً إذا اشترك الخ قال المصنف: **(فلا يجب الضمان بالشك)** أقول: وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضاً فينبغي أن يجب. وجوابه أن إيجاب الغرة ثبت بالحديث، على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة، وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثر الاحتمالات هنا دونه، هكذا قيل، ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة عام» فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال:

وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل. قالوا: إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع **(والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه الأحكام)**

بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن، فلا يلحق بذلك قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان، كذا في العناية أخذاً من النهاية. وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال: لقائل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرّة»[1] يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى. أقول: هذا أمر عجيب من مثله، فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولاً عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولاً عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيراده أصلاً، والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا، فإن قلت: عموم قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرّة، عبد أو أمة»[2] يتناول

نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في المعاقل. وقوله: **(ويستوي فيه)** أي في وجوب قدر الغرّة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لإطلاق ما روينا وهو قوله ﷺ «في الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم» وقوله: **(ولأن في الحيين)** دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فإن الذكر مالك مالاً ونكاحاً والأنثى مالكة مالاً مملوكة نكاحاً فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة. وقوله: **(وإن ألقته حياً ثم مات)** أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب، وهي أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون في حال حياتهما أو في حال مماتهما أو في حال حياة الأم وممات الجنين أو العكس، والأقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب. وقوله: **(فلا يجب الضمان بالشك)** اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرّة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان. قال: **(وما يجب في الجنين موروث عنه)** كلامه واضح. وقوله: **(وفي الجنين الأمة الخ)** يعني جنين الأمة إذا كان ذكراً ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى. وطريق ذلك أن يقوّم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً فينظر كم قيمته، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكراً، وعشرة إن كان أنثى، وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان متهماً لزمت الغرّة لكونه حراً، فلو

المراد في قتل الجنين على حذف المضاف، والقتل إنما يستند حقيقة إلى المباشرة قوله: **(وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا إلخ)** أقول: لقائل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة» يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق قال المصنف: **(وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته)** أقول: قال الكاكي: أي إذا كانت حاملاً من زوجها لا من مولاها ليكون الولد رقيقاً ولا من مغرور، لأنه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور تجب الغرة ذكراً كان أو أنثى انتهى. فلو قال المصنف: وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد قوله: **(لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة)** أقول: فيه أن الدفع: أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حياً وقت الضرب، ثم لا يكون الضرب مانعاً من حدوث الحياة، ويكون بعد حدوثه رافعاً له فليتأمل قال المصنف: **(ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفساً)** أقول: منقوض بالمضغة إلا أن يراد التمييز التام الكامل.

---

(١) هو في المتقدم.
(٢) تقدم قبل حديث واحد.

لإطلاق ما روينا، ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم، ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسها، والله أعلم.

المتنازع فيه. قلت: لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرّة، والشك واقع في ذلك انتهى، تأمل في تفصيل جوابه لعله سمت صالح قوله: **(ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها)** أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضاً لما قاله فيما قبل من أنه أن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلاً على مدعانا دافعاً لما قاله الشافعي من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدراها من الأصل فليتأمل.

ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة، وإن تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته نأخذ بالمتيقن. قوله: **(لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان)** يعني في الأصل، ألا ترى أنه إذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شيء وهاهنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر في الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية **(فيقدّر بها)** أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم. قوله: **(وقال أبو يوسف)** هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف. قال في المبسوط: ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف. وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة. وقوله: **(فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف)** يعني أوجبنا القيمة اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف. لا يقال: هذا اعتبار بحالة الضرب فقط، إذ الواجب في تلك الحالة أيضاً قيمته حياً لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرّة. وقوله: **(ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب)** يعني تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروباً ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم. وقوله: **(على ما نذكر بيانه بعد هذا)** يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك. وقوله: **(وقد عرفت في النفوس المطلقة)** أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة نظير المطلقة وهو الجنين، لأن القياس لا يجري في العقوبات، وليس غير المطلقة حتى يلحق بها دلالة؛ ألا ترى أنه لا يجب كل البدل، والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال: (**ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينزعه**) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض، كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك. قال: (**ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين**) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما في معناه به، إذ المانع متعنت، فإذا أضر بالمسلمين كره له

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسبيباً، وقدم الأول لكونه أصلاً لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أمسّ حاجة إلى معرفة أحكامه قوله: (**ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما في معناه إذ المانع متعنت**) أقول: هذا المقام محل الكلام، فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفاً للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسألة متفق عليها بين الأئمة، ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد. أما أولاً فلأن قوله فليلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذ قد صرح في الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الامام، فلأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره، فلكل أحد أن ينكر عليه، فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره وإن لم يضر بالمسلمين، فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلاً حتى يصح إلحاق ذلك به، وأما ثانياً فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضاً على أصلهما قطعاً، إذ لو صح عندهما كون

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيباً، والأول أولى بالتقديم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. قال: (**ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً الخ**) الكنيف: المستراح، والميزاب معروف، والجرصن قيل هو البرج، وقال فخر الإسلام: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه، والعرض بالضم: الناحية، قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة: أي أضعفهم وأرذلهم. وجملة الكلام في هذه المسألة في ثلاثة أشياء: في إباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به. والمبدوء به في الكتاب الخصومة، وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع إلا على قول محمد فإن فيه خلافاً بين العلماء. قال أبو حنيفة: لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام، لأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره، فلكل أحد أن ينكر عليه، وبه قال أبو يوسف، وقال محمد: ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر، لأنه مأذون في إحداثه شرعاً فهو كما لو أذن له الإمام. وأما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول أبي حنيفة، وقالا: ليس لأحد ذلك، أما على قول محمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الإمام فلا يرفعه أحد، وأما أبو يوسف فإنه يقول: كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه، فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة، فأما بعد الوضع فقد صار في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت، وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب. وقوله: (**ويسع للذي عمله**) بيان الإباحة وهو ظاهر. وقوله ﷺ «لاضرر ولا ضرار في الإسلام» أي لا ابتداء ولا جزاء: يعني متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص، لأن الضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك، وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذاً، وأما إذا كان غير نافذ فقوله وليس لأحد من أهل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله: (**وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع**) أقول: يعني أن الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع، فالمصنف تعرض للأول دون الثاني قوله: (**بيان الإباحة وهو الظاهر**) أقول: فإنه إذا وسعه الانتفاع به وسعه إحداثه أيضاً قال المصنف: (**وإذا أشرع في الطريق روشناً**)

ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام»[١] قال: **(وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً إلا بإذنهم)** لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضرّ بهم أو لم يضر إلا بإذنهم. وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضرّ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً. قال: **(وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته)** لأنه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق، وهذا من

المانع متعنتاً لما ذهب إلى جواز منعه شرعاً وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر قوله: **(وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب)** قال الشراح: يعني الكنيف والميزاب والجرصن[٢]. أقول: لعل قول المصنف هذا مستدرك، لأن ما مر آنفاً من لفظ مختصر القدوري وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشناً[٣] أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولاً لجميع ما ذكر في أول الباب. أما للميزاب فصراحة كما ترى. وأما لغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ،

الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك. والدرب: الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة هاهنا. وقوله: **(لأنها مملوكة لهم)** يعني في الغالب قال فخر الإسلام: المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة، لكن ذلك دليل على الملك غالباً فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه. وقوله: **(على كل حال)** أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا. **قوله: (وإذا أشرع في الطريق روشناً)** وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله: **(مما ذكرنا في أول الباب)** يعني الكنيف والميزاب والجرصن. وقوله: **(فالضمان على الذي أحدثه فيهما)** يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله: **(وإن سقط الميزاب الخ)** هذه المسألة على أربعة أوجه، لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج، أو أصاباه جميعاً وعلم بذلك أو لم يعلم أيّ الطرفين أصابه، والجملة مذكورة في الكتاب بوجهها. وقوله: **(لأنه ليس بقاتل حقيقة)** يعني أن الكفارة وحرمان الإرث إنما يجبان بالقتل حقيقة، وهذا ليس بقتل حقيقة وإلا لساوى الملك غيره كما في الرمي. قيل إن كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر، وقد تحقق إحداثه في الطريق ما ليس له ذلك. وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمداً أو خطأ ولم يوجد شيء منهما. وقوله: **(اعتباراً للأحوال)** يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة، ولا يعلم أنه بأيّ الطرفين كان، فإن كان للطرف الداخل فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين. وقوله: **(ولو أشرع جناحاً)** ظاهر وقيل المشتري متعد أيضاً بترك الرفع مع إمكانه شرعاً. وأجيب بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسبيب، ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به إنسان فإنه لا ضمان، لأنه ليس بمباشرة ولا متسبب. واستشكل أيضاً بالحائط المائل إذا تقدم إنسان إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى

أقول: الروشن هو الرف عن الأزهري، وعن القاضي الصدر: الممر على العلو وهو مثل الرف، كذا في المغرب، وفي القاموس الروشن: الكوة قوله: **(يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة)** أقول: الظاهر أن يقول: قتيل الميزاب.

---

(١) تقدم مستوفياً. وهو بمجموع طرقه، وشواهده صحيح. لكن أكثر الروايات ليس فيها لفظ «في الإسلام» وانظر نصب الراية ٤/ ٣٨٤. ٣٨٦ ذكره باستيفاء.

(٢) الجُرْصُن: دخيل وقد اختلف فيه. فقيل البرج. وقيل: مجرىٰ ماء يركب في الحائط. وعن البزدوي: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه اهـ مغرب.

(٣) الرَّوْشَن: هو ما وقع لصاحب العلو مرتفع علىٰ نصيب الآخر، وهو الرَّف. قاله الأزهري.
وعن القاضي الصدر: هو الممر علىٰ العلو، وهو مثل الرَّف اهـ مغرب.

أسباب الضمان وهو الأصل، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب **(وكذا إذا تعثر بنقضه أو عطبت به دابة، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما)** لأنه يصير كالدافع إياه عليه **(وإن سقط الميزاب بطرفان أصاب)** ما كان منه في الحائط **(رجلاً فقتله فلا ضمان عليه)** لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه **(وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه)** لكونه متعدّيا فيه، ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة **(ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أيّ طرف أصابه يضمن النصف)** اعتباراً للأحوال **(ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها فتركها)** المشتري حتى **(عطب بها إنسان فالضمان على البائع)** لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب **(ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه)** لأنه متعدّ فيه **(ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لا يضمنه)** لنسخ الريح فعله، وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته **(ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم)** لأن التلف بفعلهم **(وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار)** وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر عليهم **(وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على ربّ الدار استحساناً)** لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم

وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل قوله: **(وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة)** أقول: فيه نوع تساهل، لأن جواب المسألة السابقة وجوب الدية على العاقلة، وفيما إذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح له في الكافي وغيره، وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وغير متحقق في قوله أو عطبت به دابة، اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله إذا تعثر بنقضه إنسان. وقوله أو عطبت به دابة، لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل قوله: **(ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ)** قال شيخ الإسلام: هو على وجوه: إن قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحاً لي على فناء داري فإنه ملكي أو لي حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئاً فالضمان عليهم، ويرجعون بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده، لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه، كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد

باع الدار من غيره ثم أصاب إنساناً فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانياً يترك النقض بعد التقدم إليه. والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامناً بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع. وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدّياً ولم يزل بالبيع. وقوله: **(ولو حركته)** أي الجمر، قيل فيه تلويح إلى أن الريح إن هبت بشررها فأحرقت شيئاً وجب الضمان لأن التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه، وإليه ذهب بعض أصحابنا. وقوله: **(وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه)** هو اختيار شمس الأئمة السرخسي، والأول: أعني الإطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني. وقوله: **(وقد أفضى**

قوله: **(وهو على وجوه أن قال المخرج، إلى آخر قوله: وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل)** أقول: لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب، لأنا نقول: إشراع الجناح مطلقاً مباشرة، فلهذا شبه بذبح الشاة، وسيجيء من الشارح أيضاً بعد قال المصنف: **(حتى وجب عليهم الكفارة)** أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبيب وهنا مباشرة انتهى. فتأمل في الفرق بين هذه المسألة وما تقدم.

عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه **(وكذا إذا صبّ الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش الماء أو توضأ)** لأنه متعدّ فيه بإلحاق الضرر بالمارة **(بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه)** لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة. قالوا: هذا إذا رشّ ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة، أما إذا رشّ ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه لا

الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لأنه غرّه كذا هذا. وإن قال المستأجر للأجراء أشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحاً بأمره ثم سقط فأتلف شيئاً، إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء، ولم يرجعوا قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد عملوا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئاً لم يرجعوا به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إن فناء داره مملوك له من وجه، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكنه غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه؛ فمن حيث إن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملاً بهما، وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أن يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، كذا ذكر جمهور الشراح هنا. /أقول: هذه الوجوه في هذه المسألة بهذا التفصيل والبيان، وإن كان كما قاله شيخ الإسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه: الأول أنهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لأنه أمرهم لما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، وهو إنما يتم فيما إذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك، إذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة، وقد سوّوها في وضع المسألة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا: وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم. والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل، مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك، ولا شك أنه مملوك من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من

(إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح. قوله: **(ولو استأجر رب الدار الفعلة)** الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه: إن قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحاً على فناء داري فإن لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئاً قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً لأنه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه، كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع له الذابح على الآمر، وإن قال أشرعوا جناحاً على فناء داري وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أنه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل

يزلق به عادة لا يضمن(**ولو تعمد المرور في موضع صبّ الماء فسقط لا يضمن الراش**) لأنه صاحب علة. وقيل هذا إذا رشّ بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور؛ وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (**ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر**

هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر. والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الأجراء ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده. وقالوا في الوجه الثالث: وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر، والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضاً إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء؛ لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر إنه ملكي أو لي حق ذلك الفعل من القديم، بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الأمور كما ترى. ثم أقول: تقرير المصنف هذه المسألة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام، بل يأباه جداً. قال المصنف: جعل المسألة على وجهين: أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل، والآخر السقوط بعد فراغهم منه؛ وجعل حكم أحدهما مخالفاً لحكم الآخر مطلقاً. وقال في تعليل الأول: إن التلف كان بفعلهم، وإن فعلهم انقلب قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقتصر عليهم. ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم، وأن لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقاً: أي في الوجه الأول أيضاً من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلاً عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الآمر بأن له حقاً في ذلك، لأن فعلهم لما انقلب قتلاً وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم إليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقاً في ذلك، وعدم إخباره لهم بذلك سببين قطعاً، ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً في الوجه الأول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم، فإن فعلهم لما انقلب قتلاً في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفاً لأمر الآمر خارجاً عن عقده فلم يكن بأمر الآمر، فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم، ويقتضي أيضاً أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل، فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد، فإذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير، بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفاً. ثم إن بعض الفضلاء قال هنا: لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب. لأنا نقول: إشراع الجناح مطلقاً مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة، وسيجيء من الشارح أيضاً:

قبل الفراغ منه عملاً بهما، وإظهار حجة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل. وقوله لأنه (**صح الاستئجار**) يعني بالنظر إلى أن له أن ينتفع بفناء داره، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه، ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا إذا أمر به. وقوله: (**بخلاف ما إذا فعل ذلك**) يعني الصبّ والرشّ والوضوء. وقوله: (**كما في الدار المشتركة**) يعني أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار

استحساناً. وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير) لفساد الأمر قال: **(ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله)** لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعدّ فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله **(ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه)** لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر **(وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)** لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة **(وإن كان بغير أمره فهو متعد)** إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على

يعني صاحب العناية. **أقول:** جوابه ليس بسديد، إذ لم يقل أحد بأن إشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط الفراغ من العمل، كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر، فلو كان مباشرة من بعد الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ، ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحساناً كما ذكر في الكتاب، ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد، والتشبيه بذبح الشاة إنما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده، والذي سيجيء من الشارح أيضاً لا بد وأن يحمل على كون إشراع الجناح مباشرة في الصورة الأولى لا في الصورة الثانية. وأما كون إشراع الجناح مباشرة مطلقاً لفعل ما وإن لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى قوله: **(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش)** **أقول:** في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفاً، وكذا إذا رش الماء بعد قوله وكذا إذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء، وقد ذكر هنا الصب في أصل المسألة حيث قال: ولو تعمد المرور في موضع صبّ الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال: لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسألة وضع المسألة، ويمكن أن يعتذر عنه بأنه إنما فعل هكذا إيماء إلى اتحاد مسألتي الصبّ والرش في هذا الحكم مع الاعتماد إلى العلم بمغايرتهما مما ذكره من قبل قوله: **(وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً)** قال في العناية: لم

لحق الملك بحقيقته. وقوله: **(لأنه صاحب علة)** والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. وقوله: **(في فناء حانوته)** قيل الفناء سعة أم البيوت، وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله: **(فتعقل)** أي تشبث وتعلق بالبناء. وقوله: **(يجب الضمان على الآمر)** لم يتعرض بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره، فإن كان الأجير عالماً به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر. قال: **(ومن حفر بئراً في طريق المسلمين)** كلامه واضح. والبالوعة: ثقب في وسط البيت، وكذلك البلوعة وذكر رواية

قوله: **(والبالوعة ثقب في وسط البيت، وكذلك البالوعة)** أقول: وهذا المعنى لا يلائم المقام قال المصنف: **(فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن)** أقول: الأمر من السلطان إكراه، فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري، وإذا أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعدياً.

رأي الأمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف **(وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن)** لأنه غير متعدّ **(وكذا إذا حفره في فناء داره)**

يتعرض المصنف بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالماً به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى. أقول: ما ذكره الإمام المحبوبي في جامعه وإن دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل بإطلاقه على أن الجواب في موت إنسان بعد فراغ الأجير من العمل وقبله سواء، والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الأجير ولم يتعرض له الشارح أيضاً فتبصر قوله: **(وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)** قال بعض الفضلاء: الأمر من السلطان إكراه؛ فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراهاً ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال: إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه، فجاز أن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنياً على ذلك، ولئن سلم أن كونه إكراهاً قول مختار فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الإذن لاستلزام الأمر الإذن، وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك، وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسألة: وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام. وقال في العناية: وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام انتهى. ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل، صرح به عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسألة أخرى لا محالة، وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفاً تفسيرياً فمما لا وجه له، لأن العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضاً لا يساعد ذلك، وإنما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها إياه، ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك، وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعاً فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك. نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تأمل تفهم قوله: **(وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره)** قال عامة الشراح: أراد بقوله مما ذكرناه: ما ذكره من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر، وزاد صاحب الغاية: ووضع الحجر. وقالوا: أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع، أقول: مما ذكره من أول الباب إلى هنا صبّ الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا الخشبة فيه، ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده، وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه وكان عليهم البيان والنقل. ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من

الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام. والافتيات: الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت وهو السبق. وقوله: **(وكذا الجواب على التفصيل)** يعني أنه لو فعل بأمر من له ولاية لم يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. وقوله: **(مما ذكرناه)** يعني من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر. وقوله: **(وغيره)** يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع. وقوله: **(وكذلك إن حفره في ملكه لا يضمن)** يعني كما إذا أمره الإمام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به، كذلك إذا حفره في ملكه وإن لم

لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه. وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّ وهذا صحيح **(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غما لا ضمان على الحافر)** عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جوعاً فكذلك، وإن مات غماً فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن في الوجوه كلها، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه. قال: **(وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه)** لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه

غير ما ذكر في الكتاب مع أنه قد ذكر في الكتاب حيث قال: ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل إنساناً الخ. ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة، وقد حمل الشراح مسألة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءها في طريق العامة، أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدّوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه، لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن، ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضاً، وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر قوله: **(وكذا إذا حفره في فناء داره)** يعني وإن لم يكن الفناء ملكه؛ كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مرّ من المسألة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً فتأمل قوله: **(وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه)** قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الإمام في ذلك. أقول: في كل من وجهي

يأذن له الإمام. وقوله: **(وكذلك إذا حفره في فناء داره)** يعني وإن لم يكن الفناء ملكه. وقيل جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر بأن لا يضرّ لأحد أو أذن له الإمام، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن. وقوله: **(هذا)** يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً إذا كان في سكة غير نافذة صحيح. وقوله: **(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً)** أي انخناقاً بالعفونة. قال في الصحاح: يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر، وكلامه واضح، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه؛ ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان. وقوله: **(وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه)** يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور، فإما أن يعلموا أنها في غير فنائه أو لا، فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا ذلك، وذلك يكفي لنقل الفعل إلى الآمر، لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخالفة لزوم العهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فنقل فعلهم إليه، وهذا دليل كون الضمان على المستأجر. وقوله: **(لأنهم كانوا مغرورين)** دليل قوله ولا شيء على الأجراء، وصار هذا الأمر في صحته ظاهراً، وكون المأمور مغروراً كالآمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشراً، وكون الآمر مسبباً والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور، وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما متسبب والأجير غير متعدّ والمستأجر متعد فيرجح جانبه، وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم إليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافاً إليهم. وفي عبارته تسامح لأن صحة

الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الامر لأن الذابح مباشر والأمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعدّ والمستأجر متعدّ فيرجح جانبه **(وإن علموا ذلك فالضمان على الأجراء)** لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافاً إليهم **(وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا**

تفسيرهم خلل. أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً الخ يأباه جداً، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركاً أيضاً، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه. وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفاً، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك، وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن، وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضاً، وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن: يعني كما إذا أذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن، كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن، فلا معنى لحمل ما قيل في مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان دون إذن الإمام أيضاً على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى. فقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام: وقيل إنما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً كما إذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى. أقول: قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن قال: أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الأول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل. وقال في تعليل ذلك: لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة. وجواب هذه المسألة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى. ثم أقول: الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحق فيه بأن كان ذلك الموضع موقوفاً عليه للانتفاع فيه أو كان مما اشتأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك، فحينئذٍ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى قوله: **(وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافاً إليهم)** قال صاحب العناية: في عبارة المصنف تسامح، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح

الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فإن الأجراء هنالك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وها هنا لم يضمنوا أصلاً. والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والآمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها **(وإن قال لهم هذا فنائي)** ظاهر. وقوله: **(فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا)** يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الخ. فإن قيل:

إذ لا افتيات قوله: **(ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** أقول: أي من تقديم دليل قوله رحمه الله قال المصنف: **(وقال أبو يوسف: إن مات جوعاً فكذلك)** أقول: ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان، قاله العلامة الإتقاني نقلاً عن الإسبيجابي، فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله قوله: **(وفي عبارته تسامح الخ)** أقول: لا تسامح، إذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به، ولا ظاهراً لعدم الغرور، فقوله

ومات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً) لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم **(وفي الاستحسان الضمان على المستأجر)** لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل إليه. قال: **(ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها)** لأن الأول تعدّ هو تسبيب، والثاني تعدّ هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى. قال: **(ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه**

التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل، ولا شك أنه داخل فيه، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة. وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهراً، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به، ولا ظاهر المعدم الغرور حيث علموا، فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا كما ترى، فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب قوله: **(فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا)** يعني قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ. قال في العناية أخذاً من معراج الدراية: فإن قيل: قوله ليس لي في حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط. فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأن كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالاً عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه. فحينئذٍ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالاً. وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت لنفي مطلقاً. إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد في زمان من الأزمنة فهو على ما قيد به. وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في نحو زيدٌ قائمٌ كذا حققه الأندلسي واستحسنه الرضي. وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشترك الدلالة، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الأجراء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم، إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك. وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان. ثم أقول: الحق عندي في الجواب أن يقال: يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة

قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة. قال: **(ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام)** كلامه واضح. قوله: **(لأن الأول)** يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة **(تعد)** أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلأن الباني فوّت حقاً على غيره فإن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدّ لا محالة. قوله: **(وهذا اللفظ)** يعني قوله

لأن صحة الأمر لا تحتاج الخ إن أراد صحة الأمر حقيقة فغير مسلم، وقد دل عليه قوله سابقاً لو توقف على صحة الأمر حقيقة، وإن أراد صحته ظاهراً فمسلم ولا يفيده كما لا يخفى قوله: **(بالنظر إلى ما ذكرنا: يعني قوله الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة)** أقول: فما يفعل بقول المصنف لأنهم علموا بفساد الأمر، فإنه إذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به، إذ العلم لا يجامع الاحتمال.

فعطب به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة. واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحاً مطلقاً. وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه. قال: **(وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل**

المسلمين أو مشتركاً بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه. إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة، ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين. أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً: أي على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر. وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلأن الأمر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعدّ، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه الضمان قوله: **(وهذا اللفظ يشمل الوجهين)** قال جمهور الشراح: أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن. وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق. **أقول:** ما ذهبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين: أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركاً محضاً. وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسألة الثانية وهي قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن، إذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسألة الأولى عن ذكر المسألة الثانية بلا أمر داع إليه. وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح. وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر به. ثم قال: ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى. **أقول:** إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له، لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن التحرير على ما يأباه من له أدنى دربه بأساليب الكلام. وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو الحق الصريح عندي أيضاً فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها. ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال: وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة

فعطب به فهو ضامن **(يشمل الوجهين)** وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به ما وقع في الطريق، وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشتمل التعثر به. نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما. والفرق بين العبارتين بين. وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور، ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وقوله: **(فيخرج بالتقييد بما ذكرناه)** يعني بوصف السلامة. وقوله: **(ما لا يلبسه عادة)** يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب، وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج إليه على رواية ابن

قوله: **(وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد)** أقول: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس

منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا: هذا عند أبي حنيفة، قالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله. قال: **(وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة، وإن كان في غير الصلاة ضمن)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في

إلى الرداء فاسد، لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى. أقول: رده مردود، إذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضاً في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضاً فيختنق بذلك فيموت. نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر، لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسألة كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما ممع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه؛ ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه. أقول: كل من مقدمات كلامه كاسد. أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير، فلأن الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسألة يكون خارجاً من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ها هنا، ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلاً عن المصنف الذي هو علم في التحقيق. وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه، فلأن المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه. وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلأن عموم الدليل لا يقتضي عموم المسألة؛ ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة قوله: **(وقالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً)** أي فيما فعل ذلك أحد من العشيرة، وفيما إذا فعله أحد من غير العشيرة. قال صاحب معراج الدراية: قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما، وتبعه الشارح العيني.

سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به. وقوله: **(للعشيرة)** يعني أهل المسجد. وقوله: **(ضمن)** يعني إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. وقوله: **(كنصب الإمام)** يعني إذا لم يكن الباني موجوداً، أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهو مختار الإسكاف رحمه الله: قال أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصاً والقوم يريدون من هو أصلح منه، ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن، والباني أولى بالعمارة. وقوله: **(وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله)** فلهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. وقوله: **(وقصد القربة لا ينافي الغرامة)** جواب عن قولهما لأن هذه من القرب. وقوله: **(كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا)** فإنه قصد القربة لكن أخطأ الطريق، فإن شرطها أن يكون الشهود

مجازاً لا خصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع، ولا يبعد موت الإنسان مثل الصغار بسقوطه عليه، ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل قال المصنف: **(وقالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً)** أقول: قال الكاكي: وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما، وبه قال الشافعي في وجه مالك وأحمد. قال الحلواني: وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى، كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي. وقوله وهما إذن الإمام الخ محل كلام قوله: **(بل كان قاعداً لغيرها)** أقول: قوله بل كان قاعداً لغيرها لا يطابق المشروح، فإن القعود لها محل الاختلاف أيضاً على تقرير المصنف، فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها.

أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بالاتفاق. لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً

أقول: تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: **(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم: أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة: يعني منتظراً لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف: فهو على هذا الاختلاف، وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي، وقال بعضهم، وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني: ليس فيها خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى. أقول: في تقريره خلل، فإن الاختلاف بين أصحابنا، واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر إنما هو فيما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فمات، وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به إنسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين. وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة، ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال: فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه، ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار، لأنه قال: وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله. والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن الجامع

أربعة ممن تسمع شهادته، فإذا انقضت انقلبت قذفاً واستوجب الحدّ. قال: **(وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ)** وإن جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فإما إن كان في الصلاة أو لم يكن فيها، فإن كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلاً لأن النفل بالشروع يصير فرضاً، وإن لم يكن فيها بل كان قاعداً لغيرها ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن على كل حال **(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم)** أي لتعليم الفقه أو الحديث **(أو للصلاة)** يعني منتظراً لها **(أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مرّ فيه ماراً أو قعد فيه لحديث)** قال المصنف رحمه الله **(فهو على هذا الاختلاف)** وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق. ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار، لأنه قال: وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله. والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير. وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان ذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك، وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت، وكان من حق الكلام أن يقول: فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل

قال المصنف: **(فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم: وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ)** أقول: نظم الكلام في سمط واحد وفي تفصيل، فإنه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس بانتظار الصلاة لا يضمن، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث. وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض: سمعت أبا بكر يقول: إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالإجماع. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع. وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث؛ أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده، وقال: لا يضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله؛ فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازي. وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني، كذا في النهاية وغيره، ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقي **(هذا المذكور كله)** أقول: فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها، فإن المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس، إلا أن يقال: للأكثر حكم الكل.

بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة. وله أن المسجد إنما بني للصلاة، وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطىء غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره **(وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن)** لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوّضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده.

الصغير، وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى. أقول: في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة، أما في الأول فلأن وضع المسألة فيما قال وإن كان في غير الصلاة إنما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله، ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً. أما في الثاني فلأن لفظ الجامعْ الصغير مختص بالجلوس في المسجد، ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذاك. ثم قال: وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك، بل هو على الاختلاف كما رأيت. أقول: لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضاً ما اختاره أبو بكر الرازي، فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ. ثم قال. وكان من حق الكلام أن يقول: فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى. أقول: لعل سرّ أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضاً، ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل، فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مرّ حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضاً فقال: وهو على هذا الاختلاف بالبتات جرياً على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختياراً لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل. فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن قوله لهما: **(أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحاً الخ)** أقول: هذا التعليل قاصر على إفادة مدّعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث: فإن شيئاً منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب.

لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف. وقوله: **(لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر)** قال الله تعالى **﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له بالغدو والآصال﴾** وقوله تعالى **﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾** وقوله: **(وله أن المسجد إنما بني للصلاة)** لأن المسجد موضع السجود؛ ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الأصلي دون العكس، وما عرف الناس المسجد إلا لأجل الصلاة فيه، ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الإذن والعكوف به وليس الكلام فيه، وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بعد من التفرقة بين الموضوع الأصلي وما ألحق به، والباقي واضح.

قال المصنف: **(لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة)** أقول: لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعي إلا أن يلحق سائر المبيحات مثل المرور والقعود للحديث، لأن المناط هو الإباحة؛ ألا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحاً وفيه تأمل فإنهما حينئذٍ يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو إباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج إلى الفرق، لأن المناط ليس مطلق الإباحة، بل الإباحة المقيدة المعللة بما ذكر قوله: **(لأن المسجد موضع السجود)** أقول: هذا دليل لغوي قوله: **(ألا يرى)** أقول: هذا دليل شرعاً قوله: **(وما عرف الناس الخ)** أقول: هذا دليل عرفي.

فصل في الحائط المائل

قال: **(وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)** والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه، لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد. وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به، ودافع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة، لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاجحاف به، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله، لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط. وصورة الاشهاد أن يقول الرجل: شهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا

فصل في أحكام الحائط المائل

لما ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالإنسان مباشرة أو تسبباً شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط. المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديماً للحيوان على الجماد، إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف[1] وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب، كذا في النهاية وغيرها قوله: **(والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه)** أقول: لقائل أن يقول: ينتقض هذا الأصل بما سيأتي في الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده. ويمكن الجواب عنه بوجهين: أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان. ووجهه ما

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة. قال: **(وإذا مال حائط إلى طريق المسلمين الخ)** أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بوجه القياس ولم يوجب الضمان، وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا أيجاب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله، والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب. وقوله: **(وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام)** كالرامي إلى الكفار وإن تترّسوا بالمسلمين وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس. وقوله: **(وتتحملها العاقلة)** قال محمد رحمه الله: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه في النقد، وعلى أنه مات من سقوطه عليه، وعلى أن الدار له، لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير. وقوله: **(والشرط التقدم إليه)** وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً. ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً أو امرأة

فصل في الحائط المائل

قوله: **(مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً)** أقول: أي مأذوناً أو عبداً كذلك.

---

(١) الكنيف: المُستراح اهـ مغرب.
وفي المصباح: هو الحظيرة، والساتر أيضاً، وقيل للمرحاض كنيفاً لأنه يستر صاحبه.

يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي. قال: **(ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد)** لأن البناء تعد ابتداءً كما في إشراع الجناح. قال: **(وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم)** لأن هذه ليست بشهادة على القتل. وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً. ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي. لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً. ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به. قال: **(وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة)** لأن الحق له على الخصوص، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها، ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح، لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم، ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري بريء من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار، ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك وإلى الوصي وإلى أبي اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله، وإلى المكاتب لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن

ذكر هناك. وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، وقد صرح بذلك في المبسوط، وذكر في الشروح أيضاً فيما سيجيء. وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره، وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلاً، وأحد الورثة في المسألة الآتية وإن لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض قوله: **(والضمان في مال اليتيم)** أقول: وفي هذا الإطلاق نوع قصور، لأن ما تلف بالحائط المائل إن كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في

إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها، وأن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد. وقوله: (والشرط هو التقدم دون الإشهاد حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه. وقوله: **(لأن فعل هؤلاء كفعله)** أي فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي، والتقدم إليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه. فإن قيل: لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي. أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغيرة ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير، ثم إنهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله. فإن قيل: الوصي إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضرراً بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه. أجيب بأن في ترك النقض دفع مضرة متحققة ووهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانياً، وفي نقضه دفع مضرة موهوبة لجواز أن لا يسقط وإن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان. وقوله: **(في عتق العبد)** يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحرّ فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب

قال المصنف: **(ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه)** أقول: الأظهر أن يقال: لأنه لم يتقدم إليه:

ولاية النقض له، ثم التلف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عتق العبد، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي **(ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه)** لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه **(وإن عطب بالنقض ضمنه)** لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل **(ولو عطب بجرّة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه)** لأن التفريغ إليه **(وإن كان ملك غيره لا يضمنه)** لأن التفريغ إلى مالكها قال: **(وإن كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل**

ماله، وإن كان من الأموال كالدّوابّ والعروض يجب ضمانها في ماله، وقد مرّ هذا كله في الكتاب، فيكون الضمان في مال اليتيم إنما يتصور في تلف الأموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الإطلاق قوله: **(لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين**

ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى. وقوله: **(لأن الإشهاد على المولى من وجه)** أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفاً والعبد خصم من جهته؛ ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في دار بيد مأذون له ينتصب خصماً فكان الإشهاد عليه إشهاداً على المولى من وجه. وأما إذا كان عليه دين فعندهما ظاهر، وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدماً إلى المولى من وجه وتقدماً إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدماً إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، وفي ضمان الأموال تقدما إلى العبد لأنه كالحرّ فيه كما مر، وقوله: **(ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه)** يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه، وهذا جواب الاستحسان، ووجه ما ذكر في الكتاب. وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم إليه مفيداً، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ. والجواب أن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدّى إلى الضرر وهو مدفوع. وقوله: **(فعطب لا يضمنه)**أي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني **(لأن التفريغ عنه)** أي القتيل الأول برفعه مفوّض إلى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق فتعثر إنسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح. وأجيب بأن إشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافاً إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلاً في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحاً. وقوله: **(فسقطت)** يعني الجرة بسقوط الحائط، يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت إنساناً فلا ضمان عليه لأنه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلاً أو غير مائل، كذا في المبسوط. وقوله: **(فعليه)** أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط. **وقوله: (وله)** أي لأبي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر: يعني في الحائط، والعمل المقدر: يعني في البئر **(لأن أصل ذلك)** أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ **(وهو القليل)** أي ذلك الأصل: يعني أن الجزء اليسير ليس

قوله: **(فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان)** أقول: فإن قيل: ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقض لأن علمه أنظر. قلنا: المراد هو الأنظرية من وجه قوله: **(فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه الخ)** أقول: هو يتمكن من إصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم إليه مفيداً كما ذكره المصنف.

إنساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر، لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية، والله أعلم.

فانقسم نصفين كما في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول: كان مدعاهما عاماً للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين، والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الأول فكان قاصراً في الظاهر عن إفادة تمام المدعي، وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما، وفي مسألة البئر تلف النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ. والجواب من جانب المصنف هنا هو أن الدليل الذي ذكره من قبلهما وإن كان يخص الفصل الأول بعبارته إلا أنه يعم الفصل الثاني أيضاً بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة، فاكتفى بذلك، ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصراً عن إفادة تمام المدعي هنا، لأن الفصل الثاني ليس مسألة البئر وحدها. بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعاً، وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى.

بمهلك **(حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك)** ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعاً ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الإشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه، وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان. أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين. وقوله: **(بخلاف الجراحات)** جواب عن قولهما كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وقوله: **(إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية)** يضاف إليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وإن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر، والله تعالى أعلم.

قوله: **(أي فعل كل واحد منهما من حافر البئر وباني الحائط)** أقول: والأولى أن يقول: على ذلك الأحد إذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال: (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لما فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة، ولا شك في تقدم الإنسان على البهيمة رتبة، فكذا ذكرا، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية. أقول: يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جناية المملوك، ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكراً، فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافياً في إفادة حق المقام. وقال في غاية البيان، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرصن ونحو ذلك اهـ. أقول: يرد عليه أيضاً لو كان هذا الباب ملحقاً بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر قوله: (ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة: يقال نفحت الدابة شيئاً إذا ضربته بحدّ حافرها. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: كذا في الصحاح والمغرب، واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الإنسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان. وقوله: (لما أوطأت الدابة) الصحيح: لما وطئت الدابة. وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين، وتقديره: أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنساناً فيكون من باب فلان يعطي. وقوله: (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة، والكرم: العض بمقدم الأسنان. والخبط: الضرب باليد. والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه اصطدام الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحدّ حافرها. واعلم أن جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة: لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها، أو في ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحبها ملكاً كاملاً أو مشتركاً متساوياً أو متفاضلاً؛ فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون، فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت، وإن كان الأول فإما أن يكون سائقاً لها أو قائداً، وإما أن يكون راكباً عليها أو لا، فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفساً أو مالاً، لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة، والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا تعدي في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه. وإن كان الثاني وهو يسير فإن وطئت بيدها أو برجلها ضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطئاً جميعاً، والمباشر ضامن متعدياً كان أو لم يكن، وفي الثاني متسبب غير متعدّ وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها، فإما أن أدخلها صاحبها فيه أو لا، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب ولا مباشر، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله: (ذكر جناية البهيمة والجناية عليه الخ) أقول: فإن قيل: ما ذكر في هذا الباب جناية إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته. قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وإدراكاً صح إضافة الجناية إليها، ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة كما في الجاني والعاقلة قوله: (وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين) أقول القائل هو الإتقاني قوله: (وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول: هذا إذا أوقفها لغير البول والروث.

يصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين، ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن، فإنه ليس من ضرورات التيسير فقيدناه بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به **(فإن أوقفهما في الطريق ضمن النفحة أيضاً)** لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه. قال: **(وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً ضمن)** لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه، وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة، وإنما ذلك بتعنيف الراكب

أقول: كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فإنه قال فيه: نفحته الدابة ضربته بحدّ حافرها. وأما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع، إذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحدّ الحافر بل قال فيه: ونفحت الناقة ضربت برجلها. ثم أقول: بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لأن يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضاً بل يلزم أيضاً استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلاً في مفهوم النفحة. لا يقال: ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد. لأنا نقول: اعتبار التأكيد والتجريد معاً بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز، فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال تأمل قوله: **(والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف: والمراد النفحة. وقال صاحب النهاية في شرحه: أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها؛ وقال: إنما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها الوطء، وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولم يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤوّل ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك ا هـ. واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: فيه خلل:

سواء كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقفة أو سائرة، لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعدّ، إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذنه، وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعدّ، إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه، وإن كانت سائرة، فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن، فإن لم يكن فأما إن سارت بإرساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة الإرسالة يمنة أو يسرة لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد، وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكباً كان أو سائقاً أو قائداً إلا النفحة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعد. والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة، إلى قوله: وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه، لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفاً، وذكر الأصل الذي ينبني عليه هذه الفروع فقال: **(والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس)** أما أنه يتصرف في حقه فلأن الإنسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته، فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع. وأما أنه يتصرف في حق غيره فلأن غيره فيه كهو في الاحتياج، فالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقاً، وبالنظر

قوله: **(وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه)** أقول: يعمل كونه محمولاً على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل.

والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف. قال: **(فإن رأثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن)** لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه **(وكذا إذا أوقفها لذلك)** لأن من الدوابّ ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدّ في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير، ثم هو أكثر ضرر بالمارّة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به **(والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)** والمراد النفحة. قال رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري في مختصره، وإليه مال بعض المشايخ. ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه. وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها، إذ ليس

أما أوّلاً فلأن الظاهر من قولهم: أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها أن يكون المراد بالإصابة بيدها وبالإصابة برجلها كليهما هو النفحة، وليس كذلك إذ لا يطلق على الإصابة باليد النفحة وإنما يطلق عليها الخط إذا ضربت باليد، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضاً بطريق التجوّز فلا يجدي هنا، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذي هو الضرب باليد، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوّز فلا يجدي هنا، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد، فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر. وأما ثانياً فلأن القدوري لم يذكر الخلاف في مسألة السائق أصلاً حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها هو الوطء إثبات الاختلاف في الوطء، وإنما الذي بين الخلاف في هاتيك المسألة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم. ثم أقول: الحق عندي أن معنى قول المصنف والمراد النفحة هو أن مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسألة السائق وبقوله دون رجلها في مسألة القائد هو النفحة، وأنه إنما فسر بذلك ليتم قوله في مسألة القائد دون رجلها، إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فإن وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضاً فلا خلاف أحد قوله: **(ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه)** أقول: لقائل أن يقول: إن يد الدابة أيضاً غائب عن بصر القائد إذ القود لا يتيسر إلا بالنظر والالتفات إلى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضاً فليتأمل في الدفع قوله: **(وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه)** أقول: ولقائل أن يقول: ليس على يدها أيضاً ما يمنعها به كما كان في فمها

إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً، فقلنا بإباحة مقيدة بشرط السلام عملاً بالوجهين وبقية كلام واضحة وقوله: **(والمرتدف فيما ذكرنا)** يعني في موجب الجناية **(كالراكب لأن المعنى)** أي المعنى الموجب وهو المباشر والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد **(لا يختلف)** لأنهما في أيديهم وتحت تصرفهم. وقوله: **(ثم هو)** يعني الإيقاف **(أكثر ضرراً بالمارة)** جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليلتحق به، ووجهه أنه أضر منه **(لما أنه)** أي الإيقاف **(أدوم من السير فلا يلحق به)** وقوله: **(والسائق ضامن)** لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد. وقوله: **(والمراد النفحة)** أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها، وإنما فسر بذلك لئلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لأحد فيه. وقوله: **(وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله)** يعني العراقيين. وقوله: **(فيمكنه الاحتراز عنه)** يعني بإبعاد الدابة عن المتلف أو بإبعاده عنها. وقوله: **(وقال أكثر المشايخ رحمهم الله)** يريد مشايخ ما وراء النهر.

قوله: **(وقوله لما ذكرناه)** يعني قوله فلا يمكنه التحرز. أقول: وقوله أيضاً فلا يستفيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه حتى يتم جواباً. وحجة الشافعي في الراكب والقائد والسائق قوله: **(ومع ذلك لا يخلو عن ضعف)** أقول: فإنه إذا

على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه، بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها. وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح. وقال الشافعي: يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار» ومعناه النفحة بالرجل، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تحويف بالضرب. قال: **(وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد)** لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب **(إلا أن على الراكب الكفارة)** فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها **(ولا كفارة عليهما)** ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء، لأن الراكب مباشر فيه لأنه التلف بثقله وثقل الدابة تبع له، لأن سير الدابة مضاف إليه وهو آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل مهما إلى المحل شيء، وكذا الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأن يختص بالمباشرة **(ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة)** لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى. وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان. قال: **(وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)**

وقوله: **(ما ذكرناه)** يعني قوله فلا يمكنه التحرز. وقوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»[1])** معطوف على قوله ما ذكرناه. ومعنى جبار: هدر ومعناه النفحة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع. وقوله: **(وانتقال الفعل)** جواب عن قول الشافعي رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم: يعني أن ذلك يكون بالقياس على الإكراه، ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه، وإنما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف. والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»[2] وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله: **(لما ذكرناه)** إشارة إلى قوله لأن التلف بثقله. وقوله: **(على ما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء. وقوله: **(لأن كل ذلك سبب الضمان)** يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الإتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء، وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده، كالحفر فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فإنه من مظانه. وقال: **(إذا اصطدم فارسان الخ)** أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه، وحكم الماشيين حكم

كان سير الدابة مضافاً إلى راكبها تكون النفحة مضافة إليه أيضاً قوله: **(والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا)** أقول: جواب بطريق المعارضة قال المصنف: **(وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان)** أقول: قال الزيلعي: ألا يرى أن محمداً ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب، فتبين بهذا أنهما يستويان. والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف كما في

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٩٢ والدارقطني ٣/ ١٥٢ والطبراني في الصغير ٧٤٢ والبيهقي ٨/ ٣٤٣ كلهم من حديث أبي هريرة
قال الطبراني: لم يروه عن الزهري إلا سفيان بن حسين اهـ قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٧: قال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث، وقيل: إنه غير محفوظ، وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ
وقال الدارقطني: لم يروه غير سفيان، وهو وهم لم يتابعه عليه أحد. وقال المنذري في مختصره: سفيان بن حسين السلمي استشهد به البخاري، وأخرج له مسلم في المقدمة، ولم يحتج به واحد منهما، وفيه مقال اهـ
فبهذا يكون الحديث ضعيفاً.
(٢) هو الحديث المتقدم

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن عليّ رضي الله عنه[١]، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه، لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق بئراً فإنها عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا. ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضامن، كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإنْ كان مباحاً، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره. وروي عن عليّ رضي الله عنه أن أوجب على كل واحد منهما كل الدية[٢] فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب قوله: **(وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)** قال في النهاية: وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة، فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اهـ. وقال في العناية أخذاً من النهاية: حكم الماشيين حكم الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصمهما بالذكر اهـ. وقال في معراج الدراية: وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اهـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيراً، فإن الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها. ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب قوله: **(وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية[٣] فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا)** قال في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى. والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوص في

الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر، وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس، وما قلنا وجه الاستحسان، وقد روي عن عليّ رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه:

الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسألة السفينة، إذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى. وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة فإن وطئت إنساناً كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق والآخر راكب، فقد بين بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى، وأنت خبير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جواباً عما ذكر في الأصل، بل هو تحقيق وتفصيل له، وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب قوله: **(لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر)** أقول: ولعل الأولى أن يقال: إنما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف: **(فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا)** أقول: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح، والثاني أن ما ذكرتم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً، والجواب عن الأول أن

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٦

(٢) موقوف: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٨٦ عن الحكم عن علي أن رجلين صدم أحدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما صاحبه. يعني الدية.

(٣) هو المتقدم.

من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق. هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرّين في العمد والخطإ، ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطإ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء، وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة، وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلاً، ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً ففي الخطإ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف. وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول، وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحرّ يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة. قال: **(ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها)** لأنه متعدّ في هذا التسبيب، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشدّ أو الإحكام فيه، بخلاف الرداء لأنه لا يشدّ في العادة، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة. قال: **(ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطىء بعير إنساناً ضمن به القائد والدية على العاقلة)** لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدّياً بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان، وإلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله **(وإن كان معه سائق فالضمان عليهما)** لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال

البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اهـ. **أقول:** إن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لأن القياس إنما لا يصلح حجة في مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر. وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعاً، ألا يرى إلى ما تقرّر في أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس، وقول الصحابي إن أمكن ذلك، ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة. والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال: مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا لما ذكرناه من المعقول الذي مآله القياس بعد أن تعارضت روايتاه، لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرناه من

يعني قوله لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح. والثاني أن ما ذكر ثم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة. وقوله: **(وفيما ذكر)** جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان موجباً للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط إيجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه فالشيء مباح محض فلم ينعقد موجباً للضمان في حق نفسه أصلاً فكان صاحبه قاتلاً له من غير معارضة أحد له في قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر والمشي جميعاً، لكن لما كان المشي مباحاً لم يعتبر. وقوله: **(هذا الذي ذكرنا إذا كانا**

ـما ذكره منعوه بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً. وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة، كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان. وقال صاحب الكفاية: فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحاً لأنه علة ثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة. قلنا: معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل. أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص فلا يصلح علة، وها هنا النص موجود، فإذا لم يصر علة يصلح به الترجيح. أو نقول: ما روي أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى.

الأزمة، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل، أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه. قال: **(وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم فوطيء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية)** لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً، وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطإ **(ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط)** لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط. قالوا: هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة، فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط، أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه، قال: **(ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصابت في فورها يضمنه)** لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق. قال: **(ولو أرسل طيراً وساقه فأصاب في فوره لم يضمن)** والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة، وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن، ولو أرسله

الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً. بقي ها هنا شيء، وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان. وإذا تعارضت الروايتان عن عليّ رضي الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا في إثبات قولنا إلى ما ذكرناه من المعقود الذي مآله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضاً، فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان؟ والجواب أن الاستحسان لا ينحصر في النص، بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان، وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع، وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحيض والآبار، وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول، فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا إشكال قوله: **(أما الإرسال للاصطياد فمباح)** قال بعض الفضلاء: نعم إلا أنه لم لا يكن مقيداً بشرط السلامة اهـ. جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب إلا بوصف التعدي، فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو

حزين في العمد والخطأ) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطإ الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب، إلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة والعمد في بيان قوله الخصم. وقوله: **(فيأخذها)** أي قيمة العبد ورثة المتقول الحرّ، قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لأن الدية أوّلاً تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ها هنا موجب جنايته، فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم، كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فإن الدية تصير مهراً وتسقط عن العاقلة. وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجاني وها هنا الراجع وارثه فبالنظر إلى أن المستحق أوّلاً هو الجاني يسقط وبالنظر إلى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك، والباقي واضح. وقوله: **(لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء)** يعني السرج وسائر الأدوات كما في المحمول على عاتقه إذا وقع على شيء فأتلفه فإن يجب الضمان، بخلاف اللباس فإن لا يقصد حفظه. وقوله: **(على ما مر من قبل)** أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. وقوله: **(ومن قاد قطاراً)** القطار: الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، وكلامه واضح. قال: **(وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار الخ)** رجل ربط بعيراً إلى قطار يقوده رجل، فإما أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم، فإن كان الثاني وقد وطىء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لإمكان تحرزه عن ربط الغير، فإذا ترك ذلك صار متسبباً متعدياً والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطإ ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، كذا في الجامع الصغير، ووقع في رواية المبسوط: ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير، ووفق الإمام المحبوبي رحمه الله بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان، فإنه في الحقيقة على القائد والرابط، إلا أن العواقل تعقل عنهما، واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة، وإن كان الأول لم يرجعوا لأن القائد حين علم بالربط فقد رضي بمال

إلى صيد ولم يكن له سائقاً فأخذ الصيد وقتله حلّ. ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان. وروي عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس. قال رضي الله عنه: وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد، وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعدّ فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي. قال: **(ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل)** وإن مالت يمنياً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً **(لا ضمان على صاحبها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجماء جبار»[1] وقال محمد رحمه الله: هي المنفلتة، ولأن

فيما وجد فيه التعدّي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة. وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة، لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب إلا بوصف التعدي، وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا. وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال: وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدّ من صاحبه. فما تولد منه يكون مضموناً عليه، وأما إرسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعدّ منه لأنه لا يمكنه الاتباع، والمتسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً ا هـ تبصر قوله: **(ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته)** وهي السوق والقود والركوب، كذا في عامة الشروح. وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول: من الإرسال وأمثاله، أو يقول: من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة، إذ السوق أو القود لما كان أختاً لا أخاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضا، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من

يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره. وقوله: **(وإنما لا يجب الضمان عليهما ابتداء)** ظاهر. وقوله: **(قالوا)** يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا: أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير. أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد، والوجه ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(ومن أرسل بهيمة)** يريد كلباً لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا، ومعنى سوقه إياه أن يمشي خلفه **(ولو أرسل طيراً)** أي بازياً وساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيداً مملوكاً لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والإرسال فيه في حق الضمان، حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء. وقوله: **(انقطع حكم الإرسالة إلا إذا لم يكن له طريق سواه)** أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذٍ لا ينقطع حكم

قوله: **(بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(أما الإرسال للاصطياد فمباح)** أقول: نعم، إلا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٩٩ ومسلم ١٧١٠ وأبو داود ٣٠٨٥ والترمذي ٦٤٢ والنسائي ٥/٤٥ وابن ماجه ٢٥٠٩ والطيالسي ٢٣٠٥ وأحمد ٢/٢٢٨ و ٢٣٩، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥ و ٣١٩، ٣٨٦، ٤١١، ٤١٥ كلهم من حديث ابن هريرة ولفظة. العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الرّكاز الخمس».

الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته. قال: (**شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها**) لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان (**وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس**) وقال الشافعي: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة»[1] وهكذا قضى عمر رضي الله عنه[2]، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه

غير دليل ا هـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا في النهاية: وليس بشيء لأنه ليس هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك ا هـ. أقول: ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية. فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداء التأنيث البتة حتى يقال: ليس هنا مؤنث معنوي يقتضي الإتيان بأداة التأنيث، بل قال: كان حقه أن يجعل أسباب التعدّي في قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله، أو يقال من الإرسال وأخواتها، وإلا يلزم جعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه، وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة. ثم أقول: الوجه في دفع ذلك أن يقال: لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظ بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان. ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩)، على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف قوله: (**ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة**) قال في العناية: فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به ا هـ. أقول: في الجواب نظر، إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في كون ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم، إذا قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى قوله: (**لأن فيها مقاصد سوى اللحم الخ**) أقول: فيه كلام. أما أوّلا فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس، بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب

الإرسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة. وقوله: (**وكذلك إذا وقفت ثم سارت**) أي ينقطع حكم الإرسال. وقوله: (**وبخلاف**) معطوف على قوله بخلاف ما إذا أوقفت لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقفتين. وقوله: (**على فوره**) أي فور الإرسال وهو أن لا تميل يميناً ولا شمالاً. وقوله: (**لما مر**) إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال. وقوله: (**قال محمد رحمه الله: هي المنفلتة**) أي العجماء التي أهدر النبيّ ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت، فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً فكان تفسيره احترازاً عن الأجراء على عمومه. وقوله: (**من الإرسال وأخواته**) يعني السوق والوقد والركوب. قال في النهاية: كان من حق

قوله: (**أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة**) أقول: الأظهر بتأويل الفعلة، إذ ليس المراد بالإرسال وأخواتها الألفاظ بل معانيها قوله: (**والركوب**) أقول: البقر ما خلقت للركوب والحمل، إلا أن يقال: لا قائل بالفصل بين البقر والإبل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/٢٩٨ من حديث زيد بن ثابت قال: «لم يقض رسول الله ﷺ إلا ثلاث قضيات: في الأمة، والمنقلة، والموضحة في الأمة ثلاثاً وثلاثين، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الموضحة خمساً، وقضى رسول الله ﷺ في عين الدابة ربع ثمنها» قال الهيثمي: وفيه أبو أمية بن يعلى، وهو ضعيف اهـ ورواه العقيلي في ضعفائه، وأعلّه بإسماعيل أبي أمية.

(٢) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٣٨٨ عن شريح أن عمر كتب إليه. أن في عين الدابة ربع ثمنها»

المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبة الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها. قال: **(ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب)** هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[1]، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدّ في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التغريم للتعدي، حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه معدّ

في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كان كلاً منهما داخل في المدعي هنا. وأما ثانياً فلأن قوله بشبه الآدمي في إيجاب الربع: يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح، لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف، لأن الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف، وإنما المقتضي لإيجاب الربع مجموع الشبهين، كيف ولو كان المقتضي لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى. فالظاهر في الأداء أن يقال: فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب المقدر من غير اعتبار النقصان، وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملاً بهما، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بهما ا هـ. نعم مراد المصنف أيضاً هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى قوله: **(ولأن الراكب والمركب مدفوعا بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده)** أقول: يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسألة السائق والقائد جواباً عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب. وجه الورود غير خاف على الفطن

الكلام أن يقول من الإرسالة وأمثاله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختاً لا أخاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من غير دليل، وليس بشيء لأنه ليس ها هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك. قال: **(شاة لقصاب فقئت عينها)** الجزر: القطع، وجزر الجزور نحرها، والجزور ما أعدّ من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهو مؤنث، وإنما قال: وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والإبل وإن أعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما، بل سواء كان معدّين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار. وقال الشافعي رحمه الله: فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر. ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله ﷺ أوجب ذلك، وروي عن عمر رضي الله عنه أن قضى بذلك فتركنا القياس، فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال، والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به. وقوله: **(ولأن فيها مقاصد سوى اللحم)** دليل معقول على ذلك وهو واضح. وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوّته بل هو عيب يسير فليزم نقصان المالية. وقوله: **(ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها)** دليل آخر. وهو أيضاً واضح لكن الاعتماد على الأول؛ ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا قاله فخر الإسلام

قوله: **(والجمال والعمل موجود الخ)** أقول: فيه بحث قوله فإن قيل: **(القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً)** أقول: ممنوع بل سبب هنا، ويجوز أن يقال: أشار إلى هذا الشارح بقوله إن فرض مباشراً قال المصنف: **(فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده)** أقول: مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيباً عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب تأمل قوله: **(ها هنا تسامح لأن شرطه الخ)** أقول: أي شرط سببية لفعل الراكب للضمان وهو التعدي، والضمير راجع إلى فعل

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٨/٤ ولكن روى عبد الرزاق في مصنفه عن القاسم بن عبد الرحمن قال: «أقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة، فرفعت رجلها، فلم يخط عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود، فقال: على الرجل إنما يضمن الناخس»

في الإيقاف أيضاً. قال: **(وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً)** لأنه بمنزلة الجاني على نفسه **(وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس)** لأنه متعدّ في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة. قال: **(ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب)** لما بيناه، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين، لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة، والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه، إذا النخس في معنى السوق فصح أمره به. وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال: **(ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها**

الناظر في المقامين قوله: **(ولأن الناخس متعدّ في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التغريم للتعدي)** قال صاحب العناية: فيه نظر، لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر، والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه، مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا تلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام هنا في ذلك وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في الغريم للتعدي ا هـ كلامه. أقول: في الجواب نظر، لأن حاصله اختيار الشق الأول من الترديد ومنع كون الراكب مباشراً فيما نحن فيه، فيصير حينئذٍ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبراً فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافياً لمضمون الدليل المتقدم عليه، لأن مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبراً لكونه مدفوعاً بدفع الناخس فيتدافعان، اللّهم إلا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل قوله: **(وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه، إذ النخس في معنى السوق فيصبح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر)** أقول: لقائل أن يقول: هب أن النخس في معنى السوق وأن الراكب كان يملكه فأمر الناخس به، ولكن الأمر به إنما يتناوله من حيث أنه سوق لا من حيث أنه إتلاف كما سيجيء التصريح به في المسألة الآتية، فمن حيث أنه إتلاف ينبغي أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعدّيه في الإتلاف كما في المسألة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات قوله: **(ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها، لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما)** أقول: ولقائل أن يقول: الراكب

رحمه الله، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه. وقوله: **(أو نخسها)** يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن، ومنه نخاس الدواب دِلالها. فإن قيل: القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً وإن لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرطه، فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة. فالجواب أن القياس يترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى الجواب بقولهِ ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، لأن فعل الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته، وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئاً فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معاً

الراكب، والشرط ليس شرطاً له نفسه، بل لاعتباره في التغريم فيؤول المعنى إلى ما ذكرنا قوله: **(لا يصلح معارضاً)** أقول: أي لا يصلح فعل الراكب معارضاً لفعل الناخس قوله: **(ولعل معناه الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وليس بشيء فتأمل)** أقول: لورود النظر المذكور آنفا قال المصنف: **(إذا كانت في فورها الذي نخسها)** أقول: قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه، وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائي قوله: **(يعني ونخس بغير إذن الراكب الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب. قال العلامة الكاكي: إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ.

الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما، والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف، فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب، وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنساناً فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا. ثم قيل: يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره. وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه، لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه، وصار كما إذا أمر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبيّ فإنهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه، وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه، وإذا لم

مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعاً كما صرحوا به، والناخس مسبب كما مر في الكتاب، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسألة الراكب والسائق، فما بالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معاً وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعاً فتدبر قوله: **(والإذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه)** قال في النهاية: أي يقتصر الضمان على الناخس. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس إتلافاً أن يكون الناخس متعدياً بكونه مسبباً لجناية الدابة، ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد يوجد في مسألتنا، فإن الراكب فيها مباشر، ولا أقل من أن يكون أيضا مسبباً فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعاً كما هو جواب المسألة. فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه: أي فيمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس: أي لا ينتقل إلى الآمر وهو الراكب، كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقاً كما في المسألة الأولى، فحينئذٍ ينتظم الكلام ويتم المَرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام قوله: **(والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته)** قال في العناية: قوله والناخس إذا كان عبداً: يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي ا هـ. وقال بعض الفضلاء. فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب اهـ. أقول: بحثه ساقط، فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب إنما هو فيما إذا نخس بغير إذن الراكب، لأنه لا يتصوّر كون الضمان في رقبته في شيء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الراكب، لا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على العاقلة الراكب نصف

على ما فعل في الدابة، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في لإكراه الكامل، فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه يعتمد التعدّي وهو مفقود. فإن قيل: ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضاً عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب أنها لا توجبه على السائق إذا كان بالإذن وها هنا بلا إذن، فلو نخس وهو مأذون كان سائقاً، وإمكان التحرز إنما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر. وقوله: **(ولأن الناخش متعدّ في تسبيبه)** دليل آخر، وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطاء لأنه يحمل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ها هنا في ذلك، وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان متسببين، وترجح الناخس في التغريم للتعدي، وفي استعمال الترجيح ها هنا تسامح، لأن شرطه إذا كان مفقوداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح، ولعل معناه اعتبر موجباً في التغريم لأن الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وإرادة المسبب، وقوله: **(لما بيناه)** إشارة إلى قوله ولأن الراكب

يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال **(ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه، والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، وإن كان صبياً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهم)** ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدّ بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

الدية وفي رقبة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الراكب كما صرحوا به، ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب، وأما إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو إما إن كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها في المبسوط. وقال: إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما، لأن فعل المأمور كفعل الآمر عبداً كان المأمور أو حراً، وإن وطئت في فورها ذلك إنسان فقتله فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اهـ. تأمل.

والمركب مدفوعان، وفي النهاية هو قوله لأنه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتأمل. وقوله: **(والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء)** يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال، وقيد بملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف في غير الملك فإنه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما. وقوله: **(والثاني)** أي الوطء **(مضاف إلى الناخس)** لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله. وقوله: **(مضاف إليهما)** أي إلى الراكب والناخس. وفي بعض النسخ إليها: أي إلى النخسة. وقوله: **(ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف)** لوجود انفصال السوق عن الإتلاف فليس عينه ولا من ضروراته. وقوله: **(يقتصر عليه)** أي على الناخس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإيطاء والإتلاف. وقوله: **(والركوب وإن كان علة)** جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس، والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء، والإضافة إلى العلة أولى. ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء، فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما، وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وصار كما إذا أمر صبياً يستمسك)** إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحداً، أما على الصبيّ فلأن مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار. وقوله: **(والناخس إذا كان عبداً)** يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي، والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال: (وإذا جنى العبد جناية خطإ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي: جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم. له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين، ويتعلّق برقبته يباع فيه

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر، كذا في الشروح. أقول: فيه شيء، وهو أن لقائل أن يقول: ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحرّ مطلقاً بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين في هذا الباب، وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقاً بل بقى منه بيان حكم جناية العبد على الحر، وهو أيضاً إنما يتبين في هذا الباب، فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحرّ على الحرّ شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه، ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخرّه لانحطاط رتبة المملوك عن المالك. ثم قال صاحب العناية: لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهو ملاك اهـ. أقول: فيه أيضاً شيء. إذ لقائل أن يقول: إن أراد أن جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم. وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة، وليس كذلك كما عرف في بابها، وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه. وكذا إذا انفلتت فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً كما عرف كل ذلك أيضاً ذلك في بابها، وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب. ويمكن أن يقال: الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدراً مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع، وإنما ذكرت في بابها استطراداً، وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب قوله:

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحرّ والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته. لا يقال: العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك. قال: (وإذا جنى العبد جناية خطإ) اعلم أن التقييد بالخطإ هنا مفيد في الجناية في النفس، لأنه إذا كان عمداً يجب القصاص، وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد وعدمه فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال في الحالين، إذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس وقوله: (قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء، فإنه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرىء المجنى عليه اعتباراً لجناية العبد بجناية الحر، وقد بينا أنه يستأني في جناية الحرّ لأن موجبها يختلف بالسراية وعدمها، والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز. وقوله: (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختاراً للفداء وقوله: (والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا، قال: إذا جنى

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله: (فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال: إذا جنى العبد) أقول: يعني قال ابن عباس: إذا جنى العبد الخ.

كما في الجناية على المال. ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطإ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والإجحاف به، إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية، وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة،

(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم)[1] قال في الكافي والكفاية: فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعليّ رضي الله عنهما مثل مذهبه. وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبنا، وعن عمر وعليّ رضي الله عنهما كما هو مذهبهما، فإنهما قالا: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم: أي أثمانهم، وقال في غاية البيان: روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه. وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله. وقال في معراج الدراية: روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في رقاب الناس كمذهبنا، وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم. وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه، فإنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم، لأن الثمن قيمة العبد اهـ. أقول: قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه. فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى، ثم أقول: قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال: ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه روي عن عليّ وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينقل الإنكار عليهما من إحد منهم إجماعاً منهم ا هـ. ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم قوله: (ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته كوجوب الجناية على المال، فنحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله فبطل. وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر. وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته، وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله

العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه، وهكذا روي عن عليّ ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما. وروي عن عليّ رضي الله عنه مثل مذهبه. قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد. وقوله: (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كما في الدين، فإن الدين في ذمته يكون شاغلاً لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال، وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأ تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال. وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة. وقوله: (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر، وفيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف. فإن حكمهما عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا، وهو بناه على أصل ونحن على أصل، فمن أي يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله جعل موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال، ونحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل، وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم

قوله: (وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص لا يعقل إبطاله) بل النص يدل على خلافه وهو حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» الحديث.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٩. روى ابن ابن شيبة في مصنفه عن علي قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه، وإن شاء فداه، وإن شاء دفعه.

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به، والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان، بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال، إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل، غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، بخلاف موت الجاني الحرّ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال: (**فإن دفعه ملكه وليّ الجناية وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالاً**) أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع

ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفارق، إلى هنا كلامه. أقول: جوابه ليس بتام. أما أوّلاً فلأنه لا شك أن مدار دليل الشافعي ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل، بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير، وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كله تقرير المصنف، فلا يلزم من بيان الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأن للشافعي أن يقول: أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص، وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق، ثم أقول: الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال: الكلام في تعليل هذه المسألة من قبيل ردّ المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي؟ فقال الشافعي هي أهل العشيرة، وقلنا هي أهل النصرة، وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعاقل مدللاً ومفصلاً، وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتفينا هنا بجعل ذلك المختلف أصلاً لهذا

فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته. وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإبداء الفارق، على أن قوله إن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضاً بقولنا الأصل ذلك في موجب الجناية العمد أو الخطإ والأول مسلم ولا يفيده، إذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع. وقوله: (**لأنه هو الجاني غير مفيد**) لأنه يحتاج أن يقول: والأصل في الجاني أن يكون موجب جنايته على نفسه لأنه المتلف فهو مصادرة على المطلوب. وقوله: (**إلا أنه يخير**) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيراً كما في سائر العواقل. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف، وأما ها هنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. وقوله: (**غير أن الواجب الأصلي هو الدفع**) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحرّ الجاني إذا مات فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (**ولهذا**) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل. وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله أن الدية هو الأصل، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع. ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد. وقوله: (**بخلاف موت الحرّ الجاني**) جواب عما يذكر ها هنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً، ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحرّ استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على

قال المصنف: (**والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به**) أقول: أليس يخالف ما قلنا لحديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» قوله: (**والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف**) أقول: الظاهر أن يقال: لا يؤثر الإجحاف.

وإن كان مقدراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل **(وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره)** أما الدفع فلأن حقه متعلق به، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل

المختلف كما ترى قوله: **(والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به)** قال بعض الفضلاء: ليس يخالف هذا حديث «لاتعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[1] اهـ. وقال صاحب التسهيل: يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحرّ لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ. وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسهيل كما هو حاله في أكثر إيراداته في تلك الحاشية. أقول: في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً، فإن الفقهاء قالوا: العاقلة الذين يعقلون: أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب. وفي المغرب: العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية، وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه: أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اهـ. وقال في الصحاح: وعاقله الرجل عصبته. وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ، وقال أهل العراق: هم أصحاب الدواوين اهـ. إلى غير ذلك من المعتبرات. فإذا تقرر هذا تبين أن المراد بما في الحديث أن العواقل التي هي الجماعات لا تعقل عبداً كما تعقل حراً، وأن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة: أي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته، فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ، ومعناه والمولى كعاقلته لأن العبد يستنصر الحرّ بعاقلته يرشد إليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل: لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حرّ لأن المولى في كونه مخاطباً بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ. فلا يخالف ما ذكروا هنا حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[2] ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أنّ العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة فتبصر قوله: **(وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن البعد في الشرع وإن كان مقداراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه يأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل)** قال في العناية قيل كون الشيء لا بد عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم؛ ألا يرى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل دون ذلك. وأجيب أن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك، أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح

المولى ولا تسقط بموت العبد قال: **(فإن دفعه ملكه وليّ الجناية)** فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه **(وإن فداه فداه بأرش الجناية)** وكل ذلك يلزمه حالاً، أما الدفع فلأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر، فالتأجيل في الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل، وأما الفداء فإنه لما جعل بدلاً عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه. قيل كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحدا في الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك، وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك

---

(١) تقدم في أواخر «فصل في الأطراف دون الرأس»

(٢) هو المتقدم. والصواب أنه موقوف غير مرفوع.

حقه على ما بيناه، وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحوّل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال: **(فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى)** معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن، وهذا ابتداء جناية. قال: **(وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما)** لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة؛ ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتهما **(وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه بجميع أروشهم)** لما ذكرنا **(ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثاً)** لأن أرش العين على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجات **(وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد)** لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن

جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقه بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ا هـ. أقول: بل هو كلام قبيح، لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمراً لازماً أو راجحاً يرتفع السؤال عن أصلة، ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه. ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركاً جداً، وإن لم تكن امراً لازماً ولا راجحاً فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال، وقال في العناية: ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به ا هـ. أقول: فيه بحث، إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم إلا بأمور ضروية، ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا

يقتضي كونه كذلك: أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به، ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به. لا يقال: قد يتضرّر بوجوبه حالاً فهو ضرورة، لأن ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع الخ **(وإن مات)** أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء، وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحانث غير مخير، وإن عين أحدهما قولاً لم يتعين وها هنا قد تعين. وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً، وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتيعن الواجب به. وقوله: **(لأن تعلق الأولى)** أي الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وها هنا لم يمنع. وأجيب بأن في الرهن إيفاء أو استيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره، وليس في الجناية كذلك. وقوله: **(على قدر أرش جنايتهما)** لأن المستحق إنما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوّض. وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية. وقوله: **(وعلى هذا حكم الشجات)** يعني لو شجّ

يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها. قال: **(فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش)** لأن في الأوّل فوّت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما، ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم، وفي الثاني صار مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به، بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها، وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال، ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختاراً، ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار،

بأمور ضرورية. إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها إلا بالضرورة، لا كون عبارة عن حالة مستمرة لايتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة، والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم قوله: **(وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش)** أقول: فيه إشكال سيما في الحصر. إذ قد تقرّر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب، إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، فإذن كان حق ولي الجناية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الأصلي في جناية العبد، فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الأرش بقوله لا حق إلا الأرش، وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه يتعلق به قوله: **(وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها)**

رجلاً موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمسمائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا. وقوله: **(وهي الجنايات المختلفة)** يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم. وقوله: **(والحق يجب للمقتول)** جواب عما يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى. ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد، لأن الحق يجب للمقتول الخ. لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقة وحكماً وللميت حكماً فقط، لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى. قال: **(فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية)** الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً للفداء وإلا فلا، وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية، وعلى هذا تخرّج الفروع المذكورة في الكتاب. وقوله: **(وعلى هذين الوجهين)** يعني قبل العلم وبعده. وقوله: **(بخلاف الإقرار على رواية الأصل)** يعني إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو إجارة أو رهن لا يصير مختاراً للفداء لما ذكر في الكتاب، ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فإن أقامها أخر الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختار للدية مع تمكنه من الدفع، وقوله: **(وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته)** في صيرورته مختاراً لما ذكر في الكتاب. قال في الإيضاح: وهو رواية خارجة عن الأصول، وقوله: **(وإطلاق الجواب)** يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ. وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه. وقوله: **(وكذا المعنى لا يختلف)** لأن كل واحد مال. وقوله: **(لأنه يزيل الملك)** لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج إليه ها هنا، وقوله: **(بخلاف ما إذا كان**

بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه، لأن فعل المأمور مضاف إليه، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه وكذا إذا كانت بكراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق؛ وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات، وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته. قال: **(ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك)** وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له

يريد قوله ضمن الأقل من قيمة ومن أرشها. وقيل يريد به قوله في أوّل الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها، كذا في العناية. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانياً، لأن تأخير التعرض لإطلاق في ما في أوّل الباب إلى هنا مع كونه بعيداً عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف وإطلاق الجواب، لأن الإطلاق هناك في المسألة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الألباب فالمراد هو الأول لا غير قوله: **(وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين، لأن الإذن لا يفوّتَ الدفع ولا ينقص الرقبة)** أقول: في التعليل شيء وهو أنه إن أراد أن الإذن في التجارة وإن ركبه دين لا يفوّت الدفع بغير رضا وليّ الجناية فهو

الخيار للبائع ونقضه، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للفداء بهما لأن الملك ما زال، قيل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزاً للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء؟ وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ها هنا، وهي أنه لو لم يجعل مجيزاً وفاسخاً هناك لكان تصرفه واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية، وأما ها هنا فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا. وقوله: **(بخلاف الكتابة الفاسدة)** بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير فإنه يصير مختاراً للفداء لأن موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض.

وقوله: **(فيما ذكرناه)** قيل يعني في اختيار الفداء، وقيل في العلم بالجناية وعدمه. وقوله: **(ولو ضربه فنقصه)** يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش إلا أن يرضى وليّ الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى لأنه لما رضي به ناقصاً صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية. وقوله: **(وكذا إذا كانت بكراً فوطئها)** يعني يصير به مختاراً للفداء، وإن لم يكن الوطء معلقاً لما قلنا إنه حبس جزءاً منه. وقوله: **(بخلاف التزويج)** يعني لا يصير به مختاراً للفداء لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف رحمه الله بقوله: **(لأنه عيب من حيث الحكم)** وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقرّ عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكماً لم يثبت به اختيار الفداء، وفيه إشارة إلى ردّ طعن عيسى حيث قال: التزويج تعييب وبالتعييب ثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها، وذلك لأن التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأن فيه حبس جزء منها، وأما الحكمي فليس كذلك. وقوله: **(وبخلاف وطء الثيب)** فإن به لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقاً في ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق. وقوله: **(على ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختياراً لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلاً على إمساك العين، فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار؟ فإن الوطء هناك فسخ للبيع

قوله: **(والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ)** أقول: تعلق حق المجني عليه: يعني العبد سابقاً على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وإن نقص الدين على ما صرحوا به قوله: **(وإنما قلنا بجناية توجب الدية، لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ)**

بوجوده، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً؛ ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك، كذا هذا. ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية؛ ألا يرى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله، فهذا دلالة الاختيار. قال: **(وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه ردّ على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه)** ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة، كما إذا وطيء المطلقة

ممنوع، كيف وقد قال متصلاً به إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله، وإذا كان له ذلك يفوّت الدفع بغير رضاه قطعاً، وإن أراد أنه لا يفوّت الدفع برضا وليّ الجناية فهو مسلم، لكن يلزم حينئذٍ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فإنه يصير مختار للفداء هناك إذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً، مع أنه يجري أن يقال هناك أيضاً: إن الضرب وإذا نقصه لا يفوت الدفع برضا وليّ الجناية، فإنه إذا رضي أن يأخذه ناقصاً ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به. ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل، ففي صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضا وليّ الجناية نقصت الرقبة، فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينقض

وإن لم يكن معلقاً، وها هنا لا يكون اختياراً إلا إذا كان معلقاً. أجيب بأنه لو لم يجعل فسخاً للبيع وقع الوطء حراماً، لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فللتحرّز عن ذلك جعلناه فسخاً، وها هنا إذا دفعها بالجناية يملكها وليّ الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه وقوله: **(وبخلاف الاستخدام)** يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالإجارة، والرهن في الأظهر لأن الإجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق وليّ الجناية فيه عذراً في نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء. وقوله: **(في الأظهر)** احترازاً عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً للإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يداً مستحقة فصار كالبيع. وقوله: **(وكذا بالإذن في التجارة)** يعني لا يكون به مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة **(إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى)** ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له، لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع إليه فله أن يمتنع من قبوله. قال: **(ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً)** ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية لا مثل أن يقول: إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافاً لزفر رحمه الله، لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها، وعند التكلم ليس شيء منهما بموجود، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً، واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب. وقوله: **(ولنا)** ظاهر. وقوله: **(ولأنه حرضه)** دليل آخر، ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج **(بتعليق أقوى الدواعي إليه)** أي إلى الشرط

أقول: لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية، بل إذا كان بالأعم مثل أن يقول: إن قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثقل أو القتل خطأً يكون الجواب كذلك قوله: **(والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ)** أقول: الظاهر أن يقول: لم يقع الصلح عنه قوله: **(بعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى الخ)** أقول: يعني الإتقاني.

الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل. وذكر في بعض النسخ: رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية. وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن

بذلك، نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام، لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون وليّ الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى. وعن هذا قال صاحب الكافي: ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصاً فيلزم المولى قيمته اهـ فتأمل قوله: **(ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه تبين أن الصلح وقع باطلاً)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح: أي الدفع وقع باطلاً وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال: ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحاً على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قيل، وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا، حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذلك ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الأرش قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى. ثم أقول: الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحاً على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وما هو إذا أعتقه تدبر ترشد قوله: **(والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه)** أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو

وهو الحرية **(والظاهر أنه يفعله)** رغبة منه في الحرية **(وهذا دلالة الاختيار)** وإنما قلنا بجناية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم جنى ثم دخل الدار فإن المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق، بخلاف ما إذا علق بالجناية فإنه علق بها أقوى الدواعي إليه، والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً، وإنما قلنا بجناية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وإنما هو على العبد، وذلك لا يختلف بالرقّ والحرية فلم يفوّت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً. وقوله: **(ووجه ذلك)** يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق **(أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح)** أي الدفع **(وقع باطلاً)** وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به، وإنما وقع باطلاً لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد، وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجباً، وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعاً بغير بدل: يعني المصالح عنه، لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل، والباطل لا يورث شبهة، كما إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فإنه لايصير شبهة لدراء الحدّ فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح، لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة لهذا الصالح إلا بجعله صلحاً عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحاً عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضاً كذلك دلالة، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً

اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وها هنا قال يجب، قيل ما ذكر ها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان. وقيل بينهم فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، إما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال: **(وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية)** لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء. فكذا عند الاجتماع، ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء، لأن الأجنبي إنما

الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم، لكن لا يجدي نفعاً هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجبه القود، بل ظن أنه لا يسري وكان موجبه المال، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم ببطلانه فهو ممنوع؛ ألا يرى أنه إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود. وفهم أيضاً ها هنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله: **(أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقرّرها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تبطل**

عن القليل كان بكونه عوضاً عن الكثير أرضى، وشرط صحة الاقتضاء وهو أمكان المقتضي موجود، ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح، فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء، والصلح الأول وقع باطلاً فيردّ العبد إلى المولى والأولياء على غيرتهم في العفو والقتل. وقوله: **(وذكر في بعض النسخ)** قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله: وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة. وقوله: **(إلى آخر ما ذكرنا)** يعني وإن لم يعتقه ردّ إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله: **(وهذا الوضع يرد إشكالاً)** قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبىء عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد إشكالاً على مسألة العفو. وقيل هذا الوضع: أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك، وها هنا قال يجب. واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكر ها هنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان: يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق، وقال بعضهم: بينهما فرق، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهراً، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر **(فيصح العفو ظاهراً)** وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها **(فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكماً يبقى موجوداً حقيقة)** وذلك كاف لمنع وجوب القصاص **(أما ها هنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل)** وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده الخ وقوله: **(فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لوليّ الجناية)** يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. وقوله: **(أتلف حقين)** واضح. وقوله: **(ويمكن الجمع بين الحقين)** جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عنده الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف وارداً عليهما، ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضاً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف

يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه، وهاهنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما. قال: **(وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها)** والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية. قال: **(وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له)** لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة. قال: **(وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبدٌ وقال الآخر قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد)** لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء،

الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول: يزاد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع، كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا، فقد جعلوا الصلح، كالعفو في إسقاط موجب الجناية، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرّر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال، وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم، لكن لا يتم حينئذٍ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، إذ لا يلزم من عدم بطلان

وارداً عليهما فيضمنهما به، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن دفع بيع في دين الغرماء، فإن فضل شيء كان لأصحاب الولاء، وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لأن تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية. فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لوليّ الجناية بالفداء بالدين، فإن للناس في الأعيان أغراضاً، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حراً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول، وإنما قيد المسألة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها، وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة وقد مر. وقوله: **(بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي)** واضح وقوله: **(فلا يظهر في مقابلته الحق)** يعني حق الدفع **(لأنه دونه)** أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك موجوحاً. قال: **(وذا استدانت الأمة المأذون لها ثم ولدت)** فرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية، فإن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارّة في الأم فتسري إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن.

وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام **(وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع)** فلا يسري إلى الولد لكونه وصفاً غير قارّ حصل عند الدفع. وقوله: **(والسارية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية)** بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحوّل بتحوّله. واعترض بوجهين: أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها، فإن المولى إن أعتقها ضمن قيمتها، ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنساناً فإنه لا يضمن دينه. والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحاً لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك، ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري إلى ما ليس بجزء منها. وأجيب عن الأول بأن وجود ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من

قوله: **(وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ)** أقول: الظاهر أنه كان يكفي أن يقول: وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته.

وصار كما إذا قال البالغ العاقل طللقت امرأتي وأنا صبيّ أو بعت داري وأنا صبيّ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت داري وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا. قال: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها)** لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده العقل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة، وفي الشيء القائم أقرّ بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر

الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه، بل لا يتم حينئذٍ الفرق رأساً بين صورتي العفو والصلح، إذ العفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى قوله: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها)** قال صاحب العناية: هذه المسألة أيضاً بمبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، أقول: ليس هذا بسديد، لأن مبنى هذه المسألة التي جوابها كون القول قولها ليس على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان كما في المسألة الأولى، وإلا لما كان القول قولها، بل كان يجب أن يكون القول قول المقرّ كما في المسألة الأولى، وإنما مبنى

ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى، وإلا لوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد، وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابل من العين ضماناً، وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسألة تقوّم المنافع وهي معروفة. لا يقال: هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لأن الإتلاف هناك لاقى محلاً يمكن الاستيفاء من ثمنه، بخلاف صورة النقض، فإن قيل: إن كان تخصيص العلة. قلت: مخلصه معلوم. وعن الثاني أن الأرض بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه، كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولي الجناية اعتباراً للجزء بالكل، بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء. وقوله: **(وإذا كان العبد لرجل)** صورته المذكورة ظاهرة، وذكر في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية. وفي المبسوط بعدها، ولا تفاوت في ذلك. وقوله: **(وإبراء العبد)** يعني من كل الدية لا من قسطه فيها، وإبراء المولى لأنه لم يدّع عليه بعد الجناية إعتاقاً حتى يصير به مختاراً للفداء إن علم بذلك أو مستهلكاً حق المجني عليه إن لم يعلم، وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة إلا بحجة. وقوله: **(وإذا أعتق العبد)** يعني إذا أعتق عبد معروف بالرق **(فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان)** لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه، إذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء. واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقرّ له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله. وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار، وها هنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقك قبل أن تخلق أو أخلق. وقوله: **(كان القول قوله)** يعني مع يمينه. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان. قال: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها)** هذه المسألة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. ومعنى وقوله: **(إلا الجماع والغلة)** أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقرّ الذي هو المولى استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه، فإنه يؤمر برده عليها: يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الردّ فيه مجمع عليه، بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقرّ بيده: أي بيد المأخوذ منه **(حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالردّ**

قوله: **(فإن قلت: إذا كان تخصيص العلة)** أقول: كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

قال المصنف: **(وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً)** أقول: سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين.

بالرد إليها. ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقرّ له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقرّ له، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لوق قطعها وهي مديونة، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن، بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال: **(وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبيّ الدية)** لأنه هو القاتل حقيقة، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل **(ولا شيء على الآمر)** وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما

هذه المسألة على أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله إلا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسألة، نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، إلا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسألة، وإنما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الأصالة فما معنى بناء هذه المسألة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها قوله: **(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن)** قال صاحب العناية: ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى، صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان، ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، إلى هنا كلامه، أقول: فيه نبذ من الاختلال أما أوّلاً فلأن قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع، فإنه وإن لم يكن داخلاً في مسألة القطع نفسها إلا أنه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان عندهما: وكونه نظيراً لما نحن فيه تعلق محض به، فإن التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم، فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ. وأما ثانياً فلأن قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد

عليها. **قولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله)** وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة، بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذلك إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان، بخلاف غيرهما **(لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت)** يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً وقال: **(المقرّ له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة)** يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. واعترض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص، كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور. وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار. وقوله: **(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن)** ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع: لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله إنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان. ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، والله أعلم. والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه: في وجه يكون القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها، وفي وجه

اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبيّ الآمر أبداً، ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد، بخلاف الصبيّ لأنه قاصر الأهلية. قال: **(وكذلك إن أمر عبداً)** معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما **(يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء)** ولا رجوع له على الأول في الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحرّ والعبد. قال: **(إذا قتل العبد رجلين عمداً ولك واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم)** لأنه لما عفا أحد ولي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف **(فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ)** لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليي الخطإ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً **(وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا: يدفعه أرباعاً: ثلاثة أرباعه لوليي الخطإ، وربعه لولي العمد)** فالقسمة عندهما

يضمن إذا أخذه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروح، وإنما المطابق له أن يقال: لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه وهو مستأمن تدبر قوله: **(وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يدفعه أرباعاً الخ)** قال صاحب النهاية: وأصل هذا ما اتفقوا عليه، وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة، لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب

يكون القول قول الجارية وهو ما إذا أقرّ المولى أنه أخذ منها مالاً وهو قائم في يده، وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقرّ به. والآخر أن من أقرّ بسبب المضان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرّج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخرّج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الأول وهما على الثاني. وقوله: **(وإذا أمر العبد المحجور)** على الوجه الذي ذكره ظاهر. وقوله: **(على ما بينا من قبل)** إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين. وقوله: **(لأنه غير مضطر في دفع الزيادة)** أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما. قال: **(وإذا قتل العبد رجلين عمداً)** كلامه واضح. إلى قوله: وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه. وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي وهي أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً فكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله:

قال المصنف: **(ويجب أن يرجع بعد العتق)** أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: وإنما قال: ويجب أن يرجع بعد العتق الخ إذ لا رواية لذلك. أقول: ينبغي أن لا يرجع بشيء لأن الأمر لم يصح والأمر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور، بخلاف ما إذا كان المأمور صبياً انتهى. أجيب بأن أمره استخدام وإتلاف بسببه مال المولى، وإذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم، كذا هذا فليتأمل قوله: **(فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه)** أقول: مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان

بطريق المنازعة، فيسلم النصف لوليي الخطإ بلا منازعة، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف، فلهذا يقسم أرباعاً. وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات. قال: **(وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما)** أي قريباً لهما **(فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية)** وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد القريب أيضاً. وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة، وذكر في الزيادات: عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية. لأبي

دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً وكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألتنا هذه: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليي الخطأ، وربعه للساكت من وليي العمد، لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطإ والكاتب من وليّ العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضوليين. ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليّي الخطإ في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين

في هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليي الخطإ وربعه للساكت من وليي العمد، لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطإ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطإ والساكت من وليي العمد في هذ النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت االقسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضوليين، ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليي الخطإ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء. وقوله: **(وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما)** فسره المصنف رحمه الله بقوله: أي قريباً لهما، قال الله تعالى ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقاه فعفا أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله: وقالا: يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله،

فراجعه قوله: **(وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء)** أقول: ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض، ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضاً لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية قوله: **(فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة)** أقول: سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء، وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى. ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضاً، إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازاً.

يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً، غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه، فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه، ولهذا تقضى منه ديونة وتنفذ به وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه.

صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف، فكذا ها هنا بخلاف بيع الفضولي، لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء، إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير، إلى هنا كلامه، واقتفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية، أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة في هذه المسألة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش، وهلا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد، ثم إن قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ها هنا لأن الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة.

والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله. قال أبو يوسف ومحمد: إن حق كل واحد من المولبين في نصف القصاص شائعاً، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، لأن العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاً له بالملك، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه. فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وما كان في نصيب صاحبه بقي هو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية. ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالاً، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً، ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالاً، فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالاً لأن المال لا يجب بالشك. ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير، والتعويل على المسموع.

قال المصنف: (لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول: قال العلامة الإتقاني: فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما كان في نصيب صاحبه بقي، ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو ادفه بربع الدية. ولهما أن ما جيب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضي منه ديونه وينفذ به وصاياه، ثم الورثة يخالفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا يخلفه الورثة فيه، إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها، ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها. والحق أن يكتب: لأنه إذا لم يكتب تخلو مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى. وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات، وتبقى مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة.

فصل

(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً وصار كقليل القيمة

فصل في الجناية على العبد

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الأولى ترجيحاً لجانب الفاعلية، كذا في العناية وهو حق الأداء. وقال في النهاية وغاية البيان: إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترتيباً، أقول؛ فيه بحث، لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع، إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة، مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل، وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فإن المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه، إذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية، وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد قوله: **(ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء (٩٢) أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية)** وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حرّاً كان أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، كذا في العناية وغيرها، أقول: لقائل أن يقول: لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية، كما لا تتفاوت ديات الأحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى، مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل قوله: **(ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية، أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً بلا خلاف، وفيه معنى

فصل

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية **(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة. وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)** وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً **(وقال أبو يوسف)** آخراً وهو قول الشافعي رحمه الله **(تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية)** وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة، أما أنه بدل المالية فلأنه **(يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً)** إن بقي العين **(أو بدلاً)** إن هلكت **(وصار كقليل القيمة وكالغصب)** وأما أنه بدل المالية بالقيمة فظاهر، وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية،

فصل ومن قتل عبداً خطأ

قوله: **(لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع)** أقول: منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع قوله: **(ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ)** أقول: فيه بحث.

وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ أوجبها مطلقاً، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً، وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية، إذ الغصب لا يرد إلا على المال، وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية فكذلك أمر الدية. وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً، بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحرّ مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا

المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذا العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما انتهى، واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع انتهى. أقول: ليس هذا بوارد، فإن إهدار أحدهما إنما يتصور فيما إذا وجد إتلافهما معاً فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر بأن يعطى لإتلاف أحدهما حكم شرعي دون إتلاف الآخر كما فيما نحن فيه، فإن في قتل العبد إتلاف آدمية ومالية معاً، بخلاف الغصب إذ ليس في إتلاف الآدمية أصلاً، وإنما الحاصل به إتلاف المالية بإزالة اليد المحققة عنه وإثبات اليد المبطلة فيه، كما أشار إليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية، إذ الغصب لا يرد إلا على المال فحيث لم يوجد فيه إتلاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذي هو الآدمية، فإن معنى إهداره أن لا يعطى لإتلافه حكم شرعي، فإذا لم يوجد إتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم إهداره تفكر قوله: (**وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً**) أقول: فيه إشكال، إذ قد تقرر في علم الأصول وشاع في علم الفروع أيضاً أن الرأي والقياس لا يجريان في المقادير، بل إنما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع؟ وأيضاً أن العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة، وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية، كالتكليف بالإيمان والصلاة والصوم غيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به، فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم قوله: (**وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده**

والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس ويماثل المال (**ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾**) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حرّاً كان أو عبداً (**والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً**) بلا خلاف (**وفيه معنى المالية**) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (**والآدمية أعلاهما**) لا محالة (**فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما**) إذ العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما. فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما. أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة، وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع. وقوله: (**وضمان الغصب**) جواب عن قولهما وكان كالغصب. وقوله: (**وبقاء العقد**) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع. وقوله: (**وفي قليل القيمة**) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة. وقوله: (**بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه**) وقع في بعض النسخ: ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه: لا يبلغ بقمية العبد دية الحرّ وينقص منه عشرة دراهم، والأول أصح لموافقته لأكثر النسخ. واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي أن عمر وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت. وأجيب بأن المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح، لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي إليه العقل، وليس فيما روي عن غيره ذلك، بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولاً على أنهم قالوا بالرأي، ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله ﷺ. وقوله: (**لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة**) أي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية: هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، لأنه ذكر في المبسوط، فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، إلا أن محمداً رحمه الله قال في بعض الروايات. القول

منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما[١]. قال: **(وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة)** لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ إذ هو بدل الدم على ما قررناه، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية. قال: **(ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل)** وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار

فعليه تمام قيمتها) أقول: لقائل أن يقول: ذكر هذه المسألة مرة فيما قبل حيث قال: ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع فما وجه الإعادة هنا، وتكرار مسألة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى، ويمكن أن يقال: أصل المسألة ما ذكر هنا فإنه المذكور في الجامع الصغير والبداية، والذي ذكر فيما قبل إنما هو بطريق الاستطراد فرقاً بين مسألة قتل العبد خطأ وبين مسألة غصبه في الحكم، حيث يجب في الأول أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والشافعي، ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع وجمعاً لدليلي تينك المسألتين في البيان في موضع واحد قوله: **(وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ)** واعترض عليه بعض العلماء بأنه ما معنى هذا التردّد وقد صرحوا فيما لو ضرب الأمة الحاملة فأعتق المولى الأمة ثم ألقته حياً فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اهـ. ليس هذا بشيء إذ قد صرحوا في بيان تلك المسألة بأنا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معاً، فأوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً اعتباراً لحالة التلف، وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلاً في أواخر فصل الجنين فكأنّ ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسي بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط قوله: **(وفيه الكلام)** قال صاحب النهاية: أي الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى. وقال: ووصل شيخي بخطه الضمير في وفيه إلى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك إلى ما قلنا اهـ. وقال صاحب الكفاية: قوله وفيه الكلام: أي في وجوبه على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اهـ. وقال صاحب الغاية: قوله وفيه الكلام: أي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص: يعني أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اهـ. واختار صاحب

بهذا يؤدي إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أن قال: فلهذا قال: لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة. وقوله: **(لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ)** يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب في الحرّ نصف عشر الدية **(إذ هو)** أي القيمة **(بدل الدم على ما قررنا)** إشارة إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: **﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾** وقوله: **(وإن غصب أمة)** ظاهر. قال: **(ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى)** صورة المسألة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب. وقوله: **(في الوجه الأول)** يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. وقوله: **(لاشتباه من له الحق)** يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص وقوله: **(وفيه الكلام)** أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وقيل

---

(١) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٩/٤: غريب وأخرج عبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن النخعي والشعبي قالا: لا يبلغ بدية العبد دية الحر.

الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل، لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه. ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال

العناية من بين تلك الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال بقوله وقيل وقيل وقيل. أقول: ما ذهب إليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي، لأن المصنف بعد أن قال فيما قبل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول مريداً به ما إذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا إلى أن يقول والكلام فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وهلا يكون هذا لغواً من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة. وأما ما ذهب إليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب إليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة، بل عن اللغوية أيضاً كما يدركه الذوق الصحيح، وإنما الحق الصريح هنا ما ذهب إليه صاحب الكفاية، إذ ينتظم المعنى حينئذٍ جداً ويتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى قوله: **(فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه)** قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه: أي الذي لا يثبت بالشبهات، وقالوا: فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك عليّ ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع فيها البدل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح: فيه نظر، لأن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، إذ لا شك أن الأموال مما يثبت بالشبهات؛ ألا يرى إلى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من أن في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالاً كانت أو غير مال. ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج، فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات اهـ. أقول: فيه خلل أما أوّلاً فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وإنما استشهد بعدم حله كما ترى. وأما ثانياً فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً. نعم لا يجب الحدّ بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل، لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود، فإن وجه الخلل الأول بتقدير المضاف بأن يكون الأصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني

أي في وجوبه على وجه يستوفي لا على أصل الوجوب لأنه لإفادة الاستيفاء فإذا فات المقصود سقط اعتباره، وقيل: أي في عذر الاستيفاء، وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص، ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء. وقوله: **(واجتماعهما لا يزيل الاشتباه)** جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما. ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيداً **(بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر)** فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة، لأن الرقبة فاتت إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه، وقوله: **(على اعتبار إحدى الحالتين)** وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الأخرى هي حالة الموت بعد العتق. وقوله: **(فيما يحتاط فيه)** يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك عليّ ألف من قرض

المولى زوّجتها منك لا يحل له وطؤها ولأن الإعتاق قاطع للسراية، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص، ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيا وهذا لأن المقضي له معلوم والحكم متحد

بلا تحمل توجيه، ثم إن بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية: وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات، وقال لفظة «ما» نافية. أقول: نسخ العناية التي رأيناها لا توافق ما ذكره، وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الإشكال عن كلام صاحب العناية هنا، لأنه لما فسر ما يحاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الأموال بالضرورة لأنها ليست من الدماء ولا من الفروج، فإن كان عبارة العناية فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذي أورده على سائر الشروح بأن يقال: الأموال أيضاً لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به، فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الإلزام تأمل تفهم قوله: **(ولأن الإعتاق قاطع للسراية، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص)** هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص؛ ألا يرى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان؛ فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً فعند محمد رحمه الله تعالى، لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما، وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية، كذا في العناية وكثير من الشروح. وقال في العناية بعد ذلك: فإن قيل: ينبغي أن أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل، لأنه إذا سرى تبين له أن الجناية قتل لا قطع اهـ. أقول: فيه بحث، وهو أنه وإن أراد بقوله في السؤال ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرض اليد دون أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً، إذ يجيء أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب، فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى، وإن أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسألة التي ذكروها ها هنا على سبيل التنوير، وهي أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود، ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسألة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر قوله: **(وذلك**

فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع البدل والإباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب، كذا في الشروح، وفيه نظر، فإن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك. والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجزي فيه البدل، وهو راجع إلى الأول. وقوله: **(ولأن الإعتاق قاطع للسراية)** دليل آخر، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية، وذلك يمنع القصاص؛ ألا ترى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان، فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً. فعند محمد رحمه الله لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية. فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع **(ولهما أنا تيقنا)** ثبوت ولاية

قوله: **(والأموال ليست كذلك)** أقول: فيه بحث، بل هي كذلك؛ ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله، ولعل الشبهة إنما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فإنها لا تثبت بالثاني دون الأول فتأمل قوله: **(فإنه استشهد بعده بحل الوطء)** أقول: أي بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر قوله: **(وما يثبت بالشبهات)** أول: لفظة «ما» نافية.

فوجب القول بالاستيفاء، بخلاف الفصل الأول، لأن المقضي له مجهول، ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق، وذلك في الخطإ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل، وعندهما الجواب في

في الخطإ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) أقول: في هذا المقام ضرب من الإشكال لأن الحق على اعتبار حالة الموت وإن كان للميت، إلا أنه لا يتقرر عليه بل ينتقل إلى المولى بالوراثة، فكان من له الحق في الحال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه؛ ألا يرى إلى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه، إذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق، وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضي لقطع الإعتاق السراية واتحاده بالنظر إلى الانتهاء. والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الإشكال على صورة العمد، فإن حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقي على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به، وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت للوراث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الوراثة كما في الدية، لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصوّر الفعل من الميت، بخلاف الدية لأن الميت من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لا يظهر الفرق بين صورتي الخطإ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسألتنا فليتأمل في الدفع قوله: **(وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما)** أقول: لقائل أن يقول: الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال: فاعتبر إنشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه قوله: **(ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف**

الاستيفاء في العمد للمولى فيتسوفيه **(لأن المقضي له)** وهو المولى **(معلوم والحكم)** وهو استيفاء القصاص **(متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الأول)** يعني ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق **(لأن المقضى له مجهول)** لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة **(ولا معتبر باختلاف السبب هنا)** أي في الفصل الثاني وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد، لأن الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى، بخلاف تلك المسألة: يعني المستشهد بها بقوله كما إذا قال لآخر بعني هذه الجارية الخ فإن الحكم فيها مختلف **(لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً)** لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً وملك اليمين قد لا يثبته ولو أثبته لم يكن مقصوداً، واختلف الحكم كما اختلف السبب. وقوله: **(والإعتاق لا يقطع السراية)** جواب عن قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية، ومعناه الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطإ دون العمد، وذلك لأنه لا يقطع السراية **(لذاته بل لاشتباه من له الحق، وذلك في الخطإ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال)** فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق **(وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه، أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه)** فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه، إذ الفرض أنه **(لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق)** والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد

الفصل الأول كالجواب عند محمد في الثاني. قال: **(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى)** لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة **(ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد)** والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين، لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة، وإنما

للسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام: يعني أن المالية معتبرة في حق الأطراف كما أنها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصراً عليه: أي لأن اعتبار المالية في حق الذات مقتصراً عليه ساقط بالإجماع: يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الذات والأطراف جميعاً، هذا زبدة ما قالوا. أقول: فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافياً لما ذكره في تعليل المسألة المارّة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال: ولأن فيه: أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اهـ. فإن مدلول ما قاله هناك أن المالية التي هي أدنى من الآدمية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية، وإنما المعتبرة فيه هي الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ومدلول كلامه هنا

على أربع، لأنه إما أن قطع عمداً أو خطأ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله، وإن كان الثاني فالإعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن، فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر. قال: **(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا)** إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما: أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما، وإنما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش معيناً وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قال أحدكما حر فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر **(فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين، والجشة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة)** فيكون أرشهما للمالك **(ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد)** لا قيمة عبدين ولا دية حرين **(والفرق أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما إنشاء من وجه إظهار من وجه على ما عرف)** في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من وجه لما أجبر عليه إذا المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد **(بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلاً له فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل)** والأصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين، فإن كان واحداً فإما أن قتلهما معاً أو متعاقباً؛ فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة، فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر، وإن كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال، ويقسم ذلك باعتبار الأحوال، وهذا إذا استوت القيمتان. وأما إذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ لأنا نتيقن أنه قتل عبداً وحراً وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول، فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة، وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتلا معاً أو متعاقبا، فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق العين كأنه غير نازل وإنما هو نازل في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة، ولم يبين في المبسوط أن ذلك للمولى أو لورثتهما. وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة، فإن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين، وإن لم يدر

صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف فبقي مملوكاً في حقها. قال: **(ومن فقأ عيني عبد، فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة، وقالا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته)** وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه. ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه. وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدّر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة، بخلاف ما إذا فقأ عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع

على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعاً عند أئمتنا فبينهما تدافع لا يخفى. ثم إن صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور: ونحن نقول إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي في جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اهـ. أقول: فيه خلل زائد. أما أوّلاً فلأنه فسر الذات بجميع البدن، وليس بصحيح لأن جميع البدن من الأطراف. قال في الصحاح: بدن الإنسان جسده، وقوله تعالى: ﴿فاليوم ننجيك ببدنك﴾ يونس (٩٢) قالوا: بجسد لا روح فيها اهـ. وإنما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس وإتلافها بإزالة الروح. وأما ثانياً فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، وليس بسديد لأن إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الأطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه للآدمية كما في الحرّ تدبر. وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا: يعني أن اعتبار المالية في الأطراف لا في الذات لأنها تسلك مسلك الأموال ولهذا لا يتحملها العاقلة، وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال: أي في العبد. وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه: يعني أن سقوط اعتبار المالية مقتصراً في النفس لا في الأطراف، ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية، ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الأطراف اهـ. أقول: هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسألة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن كان في استفادته من عبارة المصنف ها هنا تمحل كثير كما ترى، لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف، وكلامه هنا مسوق لإقامة الحجة على

أيهما قتل أوّلاً فالحكم كذلك، وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته، لأن العتق تعين فيه، وقد ظهر لك من هذا أن ما ذكره المصنف رحمه الله فيما إذا كان قتلهما معاً سواء كان القاتل واحداً أو اثنين. وقوله: **(ولأن القياس)** معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان إنشاء، ووجهه أن القياس **(يأبى ثبوت العتق في المجهول)** لأنه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقاضي والشهادة، وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع **(وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم)** بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه **(فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس)** لأنها محل العتق **(دون الأطراف)** لأنه إن حلها حل تبعاً فيبقى العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس. قال: **(ومن فقأ عيني مملوك)** هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة، ودليل الشافعي رحمه الله كذلك، وقاس على ما إذا قطع يدي حر أو مدبر، وعلى ما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه. ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقط

قوله: **(فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف)** أقول: فيه بحث.

إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة. ولهما أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب ضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً؛ ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية، لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء، ولا يتملك الجثة، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم.

الشافعي من قبل أئمتنا جميعاً ولهذا قال: ونحن نقول: فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعاً وقد فات ذلك. وبالجملة إن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن، ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكاً آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل قوله: **(وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً)** أقول: الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معاً في ذات العبد: أي نفسه وأطرافه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقد مر من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالية، فإنها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية، ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع، اللهم إلا أن يحمل قوله هنا إن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد.

بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها لأنها يسلك بها مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتوفيت جنس المنفعة **(وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة)** فيجب الضمان **(والضمان يتقدر بقيمة الكل وأداء قيمة الكل)** يقتضي **(تملك الجثة دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة)** حتى يصير بمنزلة إتلاف النفس. ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال **(ولهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه: وهو قوله وقالا إن شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله: **(كما في سائر الأموال، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً؛ ألا ترى أن عبداً الخ)** وهو واضح. وقوله: **(ثم من أحكام الأولى)** أي الآدمية **(أن لا ينقسم على الأجزاء)** أي لا يتوزّع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف، بل يكون بإزاء الفائت لا غير كما في فقء عيني الحرّ **(ولا يتملك الجثة)** وقوله: **(ومن أحكام الثانية)** أي المالية **(أن ينقسم)** أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجراء والجثة وتملك الجثة كما في تخريق الثوب. **(فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم)** يعني بالنظر إلى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بإزاء الفائت لا غير، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال، وفيما قالا إلغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروف، وفيما قال الشافعي رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرّ فقيء عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا: إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظراً إلى المالية، وإن شاء أمسكه ولا شيء له نظراً إلى الآدمية، والله أعلم.

قوله: **(وفيما قاله الشافعي إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحر فقيء عيناه)** أقول: الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ، فما باله اعتبر ها هنا الآدمية.

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال: **(وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها)** لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه[1]، ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من

فصل في جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس اهـ. أقول: في الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك في المدبر وأما الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث يملكهما المولى يداً ورقبة، بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يداً كما عرف في محله لا ينافي أكملية الملك في العبد، فإن مولاه كما يملكه يداً ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه، بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهها لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله. ولا يخفى أن أكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه، وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا: قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر قوله: **(عملاً بالشبهين)** قال جمهور الشراح: يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ. أقول: فيه نظر، إذ للخصم أن يقول: قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك وليّ الجناية الثانية لوليّ الجناية الأولى، إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الأولى، خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكماً،

فصل في جناية المدبر وأم الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، غير أن أم الولد أحط رتبة أيضاً من المدبر في ذلك الاسم حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهي أنثى أيضاً فالأنوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر. قال: **(وإذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ)** جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة **(لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه)** وكان أميراً بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم، وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع **(ولأنه صار مانعاً من تسليمه)** كما ذكره في الكتاب، ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة. وقوله: **(ولا يخير بين الأقل والأكثر)** واضح وقوله: **(ويتضاربون بالحصص فيها)** أي في القيمة **(وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه)** قال في النهاية: ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال: وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمته ألفين ثم ألف من هذا الوليّ القتيل الأوسط خاصة، لأن وليّ الأول إنما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قوله: **(وهو العبد)** أقول: الأولى وهو القن قوله: **(ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد)** أقول: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس.

---

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٣٨٩ عن أبي عبيدة بن الجراح.

غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لوليّ الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع من المولى في أكثر من القيمة، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء **(وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة)** لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك، ويتضاربون بالحصص فيها، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق. قال: **(فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى وليّ الأولى بقضاء فلا شيء عليه)** لأنه مجبور على الدفع. قال: **(وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالوليّ بالخيار، وإن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع وليّ الجناية، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء على المولى)** لأنه حين دفع لم تكن الجناية

ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكماً علمنا بشبه المقارنة فشركنا وليّ الثانية لوليّ الأولى كما دل عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى. وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام: جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني، ولم تجعل كالمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر اهـ. وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء. أقول: فيه خلل، لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه، فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك

درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لوليّ القتيل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين وليّ القتيل الأول وبين الأوسط، لأنه لا حق في هذه الخمسمائة لوليّ القتيل الثالث، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف، لأنه ما وصل إليه شيء من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به، وكذلك الأوسط لا يضرب ما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك. وقوله: **(وإن دفع قيمته بغير قضاء فالوليّ بالخيار)** أي فوليّ جناية الثانية بالخيار **(إن شاء اتبع المولى)** بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه **(وإن شاء اتبع وليّ الجناية)** الأولى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: **(لا شيء على المولى)** لأنه ليس بجان في الدفع **(لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء)** لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان، أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً، وأما القابض وهو ولي الجناية الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظلماً، والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله: **(وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها، فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمين لإبطاله)** أي إبطال المولى **(ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية)** وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعاً، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ها هنا. وقوله: **(عملاً بالشبهين)** يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع، وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني،

الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء. ولأبي حنيفة أن المولى جان يدفع حق وليّ الجناية الثانية طوعاً، ووليّ الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير، وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق وليّ الثانية عملاً بالشبهين. **(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة)** لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة **(وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا)** لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير **(وإذا أقرّ المدبر بجناية الخطإ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق)** لأن موجب جناية الخطإ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

القائل، وإنما كان يصح ذاك لو لم يتصوّر العمل بهما في صورة واحدة، بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس، ثم إنه يرد عليه أيضاً أن يقال: يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك وليّ الثانية لوليّ الأولى، وأن تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العلم بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى.

ولم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر. وقوله: **(وإذا أعتق المولى المدبر الخ)** واضح.

قوله: **(وجب أن يعمل بشبه المقارنة)** أقول: قد عمل به في حق تشريكه لولي الجناية الأولى، ثم الأولى تبديل النصف بالبعض.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال: **(ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك الغاصب لا شيء عليه)** والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية: لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور وفتور. أما أوّلاً فلأن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه. وأما ثانياً فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية، فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه. وأما ثالثاً فلأن الصبيّ ليس بملحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب. نعم يجوز أن يعدّ ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر، ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به. وقال في معراج الدراية: لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اهـ. أقول: وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الورادة على تقرير صاحبي النهاية والعناية، ولكن بقي المحذوران الأخيران منها واردين عليه أيضاً كما نرى وقال في غاية البيان: لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جرّ كلامه إلى بيان حكم غصب الصبي اهـ وتبعه العيني. أقول: هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر قوله: **(والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الخ)** واعترض الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ، ثم علل المسألة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك: إلا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوّم فانعقد سبب الضمان فلا

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. قال: **(ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل)** ذكر في هذه المسألة أن غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها، وفرق بينهما **(بأن الغصب سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً)** وكيف لا يكون مسترداً **(وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان)** واعترض الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل

باب غصب العبد والمدبر والصبيّ والجناية في ذلك

قوله: **(ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً)** أقول: هذا الفرق مشكل لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفاً والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل، ولم يوجد تحققه لأن معنى قولهم بقطع السراية أن ما

البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان. قال: **(وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن)** لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله. قال: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان)** لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها، ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب. قال: **(ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب)** لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب.

يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها، إلى هنا كلام قاضيخان. وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء. وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظراً حيث قال: وفيه نظر، لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا تصلح معارضاً ولا مرجحاً انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكماً، فإن معنى ثبوت اليد على الشيء

على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا. قال: نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع، لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة، لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، وفيه نظر لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما، واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً. وقوله: **(وإذا غصب العبد المحجور عليه)** واضح. وقوله: **(مؤاخذ بأفعاله)** يعني في حال رقه، وأما في أقواله؛ فإن كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك، وإن كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية. وقوله: **(ومن غصب مدبراً)** واضح. وقوله: **(من غير أن يصير مختاراً للفداء)** لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا. وقوله: **(فيصير)** ظاهر. وقوله: **(فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب)** أي بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبداً فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى وليي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته، كذا هذا وقوله: **(ويدفعه)** أي النصف المأخوذ من الغاصب **(إلى وليّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك)** أي المدفوع إلى وليّ الجناية **(على الغاصب، وهذا)** أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، أي لا يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى **(لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك**

حصل من التلف بالسراية يكون هدراً، إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجاني، كذا في شرح الزيلعي، وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف، بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً إلى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فإنه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بآفة سماوية فيضمن فليتأمل. قوله: **(لأن السراية إنما تنقطع به)** أقول: ضمير به راجع إلى الغصب قوله: **(ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان)** أقول: قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترد».

قال: (**ويدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له**) لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم الوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وكيلا يتكرّر الاستحقاق. ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه

حكماً أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام، وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالإجماع. وأما سند منعه فليس بتامّ أيضاً إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفين وها هنا كذلك، فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده، وثبوت يد الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان. قوله: (**وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد**) قال تاج الشريعة جواباً عنه من قبل الإمامين: وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه وليّ الجناية الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، بل هو عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اهـ. أقول: فيه نظر، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية والجناية الثانية في مسألتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب، فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه إلى وليّ الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده، والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه. وعن هذا فرّق محمد بين هذه المسألة وبين المسألة الآتية التي هي عكس هذه المسألة حيث وافق الإمامين هناك كما ستطلع عليه. وقال صاحب العناية: والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ. أقول: هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة، إلا أن في تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى وليّ الجناية الأولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم. ثم إن الأظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية إلى الإمام

رجل واحد ولئلا يتكرّر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (**ولهما أن حق الأول في جميع القيمة، لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد الملك فارغاً أخذه إتماماً لحقه، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب**) واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة. والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع. وقال: (**وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل**) هذه المسألة عكس المسألة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق، والفرق لمحمد رحمه الله بينهما وبين المسألة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى لم يؤدّ إلى الجمع بين البدل، لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولىٰ منَ الغاصب بدلاً عما دفع إلى وليّ الجناية الثانية دون الأولى، لأن الثانية هي الموجودة عند الغاصب، وإذا لم يكن بدلاً عما دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل. وقوله: (**ثم وضع**) يعني أن محمداً رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسألة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح. وقوله: (**ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية**) كذلك. وقوله: (**ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف**) يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله: في هذه المسألة خلاف محمد رحمه الله أيضاً كما في مسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يأخذ ولي الجناية الأولى ما بقي من حقه، وقيل على

استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب. قال: **(وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب)** لما بينا في الفصل الأول، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع. ثم وضع المسألة في العبد فقال: **(ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف القيمة فيسلم له، وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به)** والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة. قال: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم ردّه على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان)** لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة **(ثم يرجع بقيمته على الغاصب)** لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب **(فيدفع نصفها إلى الأول)** لأنه استحق كل القيمة، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد. قال: **(ويرجع به على الغاصب)** لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له، ولا

قاضيخان حيث قال: وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى وليّ الجناية الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب. وأما في حق ولي الجناية الأولى فلا يعتبر بدلاً عن العبد بل يعتبر بدلاً عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق إنسان، ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ها هنا اهـ. قوله: **(ولهما أن حق الأوّل في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ)** قال في العناية: واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فيكف يكون حق الأول في جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اهـ. أقول: في الجواب بحث، لأنا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة وليّ

الاتفاق، ويأخذ وليّ الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف، وكذا قرره فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير، فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسألتين وقد ذكره في الكتاب، لكن قوله: **(فأما في هذه المسألة فيمكن الخ)** فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه. وقوله: **(ومن غصب صبياً حراً)** أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته، وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود. وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير، والحرّ الكبير في يد نفسه، فكذا المكاتب وإن كان صغيراً. فإن قيل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك؟ أجيب بأن حكمه أن ينظر إن كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحرّ الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه. قال: **(وإن أودع صبيّ عبداً قتله)** كلامه ظاهر. وذكر في شرح الطحاوي: ومن أودع عند صبيّ مالاً فهلك في يده لا

يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ولا إلى وليّ الجناية الثانية لأنه لا حق إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه. ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كالأولى، وقيل على الاتفاق. والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لوليّ الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك، فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق، فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه. قال: (**ومن غصب صبياً حرّاً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية**) وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي، لأن الغصب في الحر لا يتحقق؛ ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً، فإذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى. وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبيباً لأنه نقله إلى

الجناية الثانية لوليّ الجناية الأولى اهـ. فإذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة وليّ الجناية الثانية أيضاً كان وليّ الجناية الثانية مزاحماً لوليّ الجناية الأولى في استحقاقه جميع القيمة، فكيف يأخذ وليّ الجناية الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة وليّ الثانية له في استحقاقه إياه، وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق وليّ الثانية شيئاً من قيمة المدبر، وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل في الجواب الشافي قوله: (**ولا إلى وليّ الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول**) أقول: لقائل أن يقول: إن كان حق وليّ الجناية الثانية يتعلق رأساً بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لأنه لا حق له إلا في النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسألة، بل ينبغي أن يكون بينهما أثلاثاً: ثلثاه لوليّ الجناية الأولى، وثلثه لوليّ الجناية الثانية لأن حق وليّ الجناية الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال: لأنه استحق كل القيمة، وعلى تقدير أن يتعلق حق وليّ الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق وليّ الجناية الأولى فينبغي أن يتضاربا في القسمة بقدر حقيهما فيها، إذ قد مر في الفصل السابق أن جنايات المدبر إذا توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وإن كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق أيضاً بكل القيمة، ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها، وكان هذا هو المراد بقول المصنف لا حق له إلا في النصف ينبغي أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانياً إلى وليّ الجناية الثانية، لأن حقه كان في كل القيمة كون الجناية الأولى، إلا أنه سقط نصفها بالتزاحم، فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الأولى إليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم إليه كحق وليّ الجناية الأولى. ثم أقول: يمكن

ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن بالإجماع، وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمن في الحال، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن. وقوله: (**وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق**) يساعده فيه فخر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا. وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً. وقوله: (**وكما إذا أتلفه غير الصبيّ في يد الصبيّ المودع**) يعني أنه يضمن المتلف، ولو كان

قوله: (**قيل وهذا هو الصحيح**) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (**فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ**) أقول: فيه نظر، فإن لما أخذ ولي الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لوجدانه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب، لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده، ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولى الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل.

أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيّات والسباع لا تكون في كل مكان، فإذا نقله إليه فهو متعدّ فيه وقد أزال حفظ الوليّ فيضاف إليه، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدّياً كالحفر في الطريق، بخلاف الموت فجأة أو بحمى، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبيباً. قال: **(وإذا أودع صبيّ عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن في الوجهين جميعاً، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به بعد العتق. وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال. وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبيّ. وقال محمد في أصل الجامع الصغير: صبيّ قد عقل، وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبيّ ابن اثنتي عشرة سنة، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مالاً متقوّماً معصوماً حقاً لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً وكما إذا أتلفه غير الصبيّ في يد الصبيّ المودع. ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه، وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقاً للنظر

أن يجاب بأن يختار الشق الثاني، ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين إن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضاً يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الأول، وذلك لأنه لا حق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى، فانعقدت سبباً موجباً لاستحقاق كل القيمة، وانتقاص حقه إنما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك، بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سبباً موجباً لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم، ومرّ في مواضع شتى من الكتاب، هذا غاية ما تيسر من الكلام توجيه في المقام قوله: **(فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه)** قال صاحب العناية: فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه اهـ. أقول هذا النظر ناشىء من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله، فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضاً عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل

التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضاً لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه. وقوله: **(في يد مانعة)** أي من الإيداع والإعارة: يعني أن المودع وضع المال في يد مانعة عن الإيداع، ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره، إلا إذا كان وضعه فيها بإقامة غيره مقام نفسه في الحفظ، ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبيّ على نفسه فكان تضييعاً من جهته. وقوله: **(لأنه لا ولاية له على الصبيّ)** فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه، وإلا لانسدّ باب الوديعة. ويمكن أن يقال: إنما قال ذلك جواباً عما يقال: لو كان الإيداع من الصبي تسليطاً له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها، لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال: إقامة غيره مقام نفسه تستلزم إما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع، ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع الصبي الأجنبي. وقوله: **(لأن عصمته لحقه)** أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكهما بالتسليط. ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فخنقها فإنه لا

إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة ها هنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبيّ ولا للصبيّ على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبيّ في الصبيّ لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال: **(وإن استهلك مالاً ضمن)** يريد به من غير إيداع لأن الصبيّ يؤاخذ بأفعاله، وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

عوضاً عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانياً فبنى نظره المزبور عليه، ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أوّل مرة، وهو النصف الذي كان حقاً لوليّ الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلاً لما قال، وماذا بعد الحق إلا الضلال.

يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط. والجواب أن كلامنا فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبياً والشاة ليست كذلك، وإنما، لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان كالتسبيب. وقوله: **(لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره)** يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان، والله تعالى أعلم.

قوله: **(ولو كان التسليط)** أقول: أي ثبت قوله: **(فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ)** أقول: في تمشية النظر تأمل.

باب القسامة

قال: **(وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم، يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً)** وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضي لهم بالدية على

باب القسامة

لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة آخر الديات. ثم إن القسامة في اللغة: اسم وضع موضع الإقسام، كذا في عامة الشروح أخذاً من المغرب. وقال في معراج الدراية: القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الإقسام انتهى. أقول: لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الأدب، وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلاً كذا في العناية. أقول: فيه قصور، فإنه يخرج منه ما إذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب، ولا يقال: إنه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعاً، لأن المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً ومانعاً كما لا يخفى. فالأولى أن يزاد عليه قيود ويقال: هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً. وقال في النهاية: وأما تفسيرها شرعاً فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: في القتيل يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً انتهى. أقول: فيه سماجة لا تخفى، فإن ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة لا تفسير القسامة شرعاً، فإن التفسير من قبيل التصورات، وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر، لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب. ثم قال في النهاية: وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً حراً، فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد، وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل، وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة. وهي في اللغة: اسم وضع موضع الأقسام. وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر، يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً. وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا، وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين. وحكمها القضاء بوجوب الدية: إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولي العمد، وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ. ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتي. وقوله: **(يتخيرهم الولي)** أي يختار من القوم من يحلفهم. وقوله: **(بالله ما قتلناه)** على طريق الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت

باب القسامة

قوله: **(وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته)** أقول: وذكورته، ويجوز أن يقال: أشار إليه بلفظ المقسم وفيه شيء. والأصوب أن يقال: المرأة من أهل القسامة في الجملة؛ ألا يرى إذا وجد قيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجيء في آخر الباب قوله: **(وإن لم يكن الظاهر شاهداً الخ)** أقول: الظاهر أن يقول: وإن لم يكن ثمة لوث فإن النكرة إذا أعيدت معرفة تكون عين الأول، لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى.

المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ. وقال مالك: يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي، والموت عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الوليّ، فإن حلفوا لا دية عليهم للشافعي في البداء بيمين الولي قوله

دية. ومن شروطها أيضاً تكميل اليمين بالخمسين انتهى. وفي غاية البيان أيضاً كذلك. أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن شروطها غير منحصرة بما ذكر، فإن منها أيضاً أن لا يعلم قاتله، فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم. ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها. ومنها الدعوى من أولياء القتيل لأن القسمة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى. ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر. ومنها المطالبة بالقسامة، لأن اليمين حق المدعي وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما في سائر الأيمان. ومنها أن يشكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسامة فيه ولا دية. ومنها أن لا يكون القتيل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه، فلا قسامة ولا دية في قنّ أو مدبر أو ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه. نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل، فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها. وأما ثانياً فلأنه إذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة، وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية، نص عليه في البدائع، وقال: ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي، فما معنى جعل كون المقسم حراً من شروطها، اللهم إلا أن يقال: المكاتب حرّ يداً وإن لم يكن حراً رقبة كما صرحوا به ومرّ في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقاً بناء على ذلك، لكن لا يخفى ما فيه. وقال في العناية: وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى. أقول: فيه شيء من الإخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً. ثم أقول: في إمكان توجيه ذلك احتمالان: أحدهما أنه اكتفى في إفادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم، وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته، وإن كان تغليب المذكر على المؤنث شائعاً في أحكام الشرع. وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة؛ فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وقال أبو يوسف: القسامة على العاقلة أيضاً فكانت المرأة أهلاً للقسامة في

ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترىء على اليمين بالله ما قتلنا. وقوله: (**وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه**) أي مذهب الشافعي رحمه الله (**كمذهبنا غير أنه لا يكرّر اليمين**) وقوله: (**ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر**) يعني كما في سائر الدعاوي، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته، فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له، وبقية كلامه واضح. وقوله: (**لأنه يمين وليس بشهادة**) يحترز عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها. وقوله: (**وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة**) أي على عاقلة أهل المحلة (**بالدية**) في ثلاث سنين. وقوله: (**تبرئكم اليهود بأيمانها**) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لحوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلاً في قليب من خيبر يتشحط في دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروه، فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم، فقال ﷺ: الكبر الكبر، فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك، قال: ومن قتله؟ قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه الصلاة والسلام: تبرئكم اليهود بأيمانها، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، فقال عليه

عليه الصلاة والسلام للأولياء «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»[١] ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وفي رواية «على المدعى عليه»[٢] وروى سعيد بن المسيب «أن

الجملة عندهما قوله: **(وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا)** أقول: في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال: أما أولاً فلأن مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث: أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم، أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وإن لم يكن الظاهر شاهداً له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه، فحق العبارة أن يقال: وإن لم يكن هناك لوث. وأما ثانياً فلأن إيراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وإن قال اللوث عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أيّ منهما، وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الإظهار دون الإضمار كما لا يخفى قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» وفي رواية «على المدعى عليه»[٣])** أقول: لقائل أن يقول: إن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على المدعى عليه»[٤] إن أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الأدب من أن المعرف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو «الكرم التقوى والتوكل على الله» و«الأئمة من قريش» وقد أشار إليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا

الصلاة والسلام: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: كيف نحلف عن أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه بمائة من إبل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود بأيمانها» على أنه لا دية بعد وإلا لما كان ثمة براءة. ووداعة قبيلة من همدان. وقوله: **(يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب)** أي في كتاب القدوري، أشار به إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم الخ **(وهكذا الجواب في المبسوط)** يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. وقوله: **(على اختلاف مضى في كتاب الدعوى)** بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قال: ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع الخ. قال: **(وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين)** وافى إليه: أي أتى إليه، وأهل اللغة يقولون وافاه. ولم يذكر الأنف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقاً، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلاً على القتل، ذكره فخر الإسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر. وقوله: **(ولأنا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان)** وفي بعض النسخ يتكرر ذلك، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد، وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز. فإن قيل: ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن، أجيب بأن ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة، ولأن لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار. وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً وثبوت الدية مكرراً.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦١٤٢، ٦١٤٣ ومسلم ١٦٦٩ وأبو داود ٤٥٢٠ والترمذي ١٤٢٢ والنسائي ٨/ ٧، ٨ وابن ماجه ٢٦٧٧ والدارمي ٢/ ١٧٨، ١٧٩ والطحاوي ٣/ ١٩٧ والدارقطني ٣/ ١٠٨، ١٠٩ وابن الجارود ٧٩٨ وابن حبان ٦٠٠٩ والبيهقي ٨/ ١٢٠ والشافعي ٢/ ١١٣، ١١٤ وأحمد ٤/ ١٤٢، ٣ كلهم من حديث سهل بن أبي حثمة، وله قصة طويلة
ولفظ البخاري: «أتستحقون قتيلكم. أو قال صاحبكم بأيمان خمسين منكم...».
(٢) تقدم تخريجه مستوفياً في الدعوى
(٣) تقدم تخريجه في الدعوى
(٤) هو المتقدم

النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم»[١] ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الوليّ إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة. وقوله يتخيرهم الوليّ إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الوليّ لأن اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرّز فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح، ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة. قال: **(وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي)** وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه «تبرئكم اليهود بأيمانها»[٢] ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى. ولنا أن

يردّ اليمين على المدعي عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٣] وقال: في وجهه جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة في هذه الصورة أيضاً كما صرح به المصنف فيما سيجيء، وجعل إطلاق جواب الكتاب دليلاً عليه وقال: وهكذا الجواب في المبسوط وإن لم يفد قوله عليه الصلاة والسلام «والمين على المدعى عليه»[٤] قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعي ها هنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يثبت به المدعي هنا بوجه آخر وهو أنه عليه الصلاة والسلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة، وقد أشار المصنف إليه أيضاً في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال: ولا تردّ اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٥] قسم والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضي أن لا يحلف المدعي لا أن لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة إن ادعى الوليّ القتل على بعض معين من أهل المحلة. نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل تقف قوله: **(وفائدة اليمين النكول، فإذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح**

وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً. وقوله: **(والمعنى ما أشرنا إليه)** يريد به التكرار المذكور وعدمه. وقوله: **(لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً)** اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبيّ وذكره ولسانه: إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. وأجيب عنه بأنه إنما لم تجب في الأطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو

---

(١) مرسل شاذ. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩١ عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: «كانت القسامة في الجاهلية، فأقرها النبي ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جب اليهود قال: فبدأ رسول الله ﷺ باليهود، فكلفهم قسامة خمسين، فقالت اليهود: لن نحلف. فقال رسول الله ﷺ للأنصار: أفتحلفون؟ فأبت الأنصار أن تحلف، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته لأنه قتل بين أظهرهم».

وذكره الواقدي في المغازي ٢/ ٧١٣، ٧١٤ وفيه: أنه ﷺ جعل الدية على اليهود. وفيه نظر فهو مع إرساله غريب لمعارضته الحديث الصحيح عن سهل بن أبي حثمة

(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب.

(٣) تقدم مستوفياً في كتاب الدعوى.

(٤) قد تقدم في كتاب الدعوى.

(٥) تقدم في الدعوى.

النبيّ عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم[(١)]، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة. وقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود»[(٢)] محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت

على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الصالح) أقول: لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول، بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسألة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب، فإنما يظهر فائدة اليمين على الصالح في إظهاره القاتل تحرزاً عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة، ثم إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو في الأموال لا في باب القسامة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينهما وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال كما سيأتي بيانه في الكتاب، فلا معنى لذكر تلك المقدمة ها هنا، ولقد أصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال: وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة، فإذا علموا القاتل فيهم أظهروره ولم يحلفوا انتهى. بقي في هذا المقام إشكال على كل حال، وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به، وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم رأساً، ولم أر أحداً من الثقات حام حول حلّ هذا الإشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال: فإن قيل: أيه فائدة في الاستحلاف على العلم وهو لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم. وقد قال رسول الله ﷺ: «لا شهادة للمتهم»[(٣)] وقال رسول الله ﷺ «لا شهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم»[(٤)] قيل إنما استحلفوا على العلم ابتاعاً للسنة، لأن السنة هكذا وردت لما رويناه من الأخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى. ثم فيه فائدة من وجهين: أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل

دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب في القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا انفصل ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير، فإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، وهذا كما ترى مع تطويله لم يردّ السؤال، وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى. والصواب أن يقال: الظاهر ها هنا أيضاً اعتبر دافعاً لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أسجع كسجع الكهان. قوموا فدوه» قال: **(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ)** إذا وجد القُتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون

قال المصنف: **(ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل)** أقول: فيه بحث، فإنه لم يجر بينهم القسامة بالكلية، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية: من إبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٩٣: حديث ابن سهل ليس فيه الجمع بين الدية والقسامة وحديث ابن زياد غريب.

لكن أخرج الدارقطني ٤/٢٢٠ من حديث ابن عباس قال: «وجد رجل من الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فبعث إليهم، فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم، فاستحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت قاتلاً، ثم جعل عليهم الدية، فقالوا: لقد قضى بما في ناموس موسى»

قال الدارقطني: الكلبي متروك اهـ وقد خالفت روايته هذه رواية الثقات.

(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب

(٣) تقدم في الشهادات.

(٤) غريب. بحثت عنه بمساعدة شيخنا الفاضل عبد القادر الأرناؤوط، ولم نعثر عليه، فلينظر.

ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص. ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطإ **(ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف)** لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا

عبداً لواحد منهم فيقرّ عليه بالقتل فيقبل إقراره، لأن إقرار المولى على عبده بالقتل الخطإ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيداً، وجائز أن يقرّ على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الأصل، ثم بقي هذا الحكم وإن لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف «فإن النبيّ ﷺ كان رمل في الطواف إظهاراً للجلادة والقوّة للكفرة ويقول: رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه»[1] ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا. والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبياً أو مجنوناً أو عبداً محجوراً بالقتل، فلو أقرّ به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً، لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبيّ الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً، إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك قوله: **(ولنا أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل)**[2] قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية «من إبل الصدقة» على ما ذكر في الصحيحن وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى. أقول: أشار رسول الله ﷺ إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله «تبرئكم اليهود بأيمانها»[3] وإنما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل إياها حيث قالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، ومطالبة وليّ القتيل بالقسامة شرط لإجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده أو بمائة من إبل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر إليهم، وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث: إنما ودى رسول الله عليه الصلاة والسلام لأنه تجوز الحمالة عن أهل الذمة، فإن قضاء دين الغير برّ له، وأهل الذمة من أهل البرّ إليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى. ثم إن هذا القدر من التوجيه إنما يحتاج إليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حثمة[4] كما وقع في الصحيحين، وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار

أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، فإن اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا وجد القتيل في الدار فإن الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك على المالك لا على السكان. وأجيب أوّلاً بأنا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه، والمذكور في الكتاب فيما إذا لم

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. ذكره ابن هشام في السيرة ٣/ ٢٧٣ في عمرة القضاء عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أتهم عن ابن عباس... فذكره.
قلت: وأصله صحيح أخرجه البخاري ٤٢٥٧ والترمذي ٨٦٣ والبيهقي ٥/ ٨٢ كلهم عن ابن عباس قال: «إنما سعى رسول الله ﷺ بين الصفا والمروة ليُريَ المشركين قوته»
ورواه البخاري ٤٢٥٦ بسنده عن ابن عباس قال: «قدم رسول الله ﷺ وأصحابه، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم وفد وهنتهم حُمّى يثرب، فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا ما بين الركنين... وفيه قال: ارملوا ليرى المشركون قوتكم».
(٢) هو الحديث المتقدم قبل أربعة أحاديث.
(٣) هو الحديث المتقدم في أول الباب
(٤) الحديث المتقدم في أول الباب.

يسقط ببذل الدية، هذا الذي ذكرنا إذا ادّعى الوليّ القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطإ لأنهم لا يتميزون عن الباقي، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه

للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه، ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في مصنفه، ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي ﷺ القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف إجمالاً من قبل حيث قال: وروى ابن المسيب «أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم»[1] وفصله الشراح حيث قالوا: روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جبّ اليهود بخيبر، وذكر الحديث إلى أن قال فألزم رسول الله ﷺ الدية والقسامة انتهى. وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود ظاهر على ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ كتب إلى أهل خيبر: إن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم؟ فكتبوا له إن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل، فأنزل الله تعالى على موسى عليه الصلاة والسلام أمراً، فإن كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك، فكتب إليهم: إن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية، قالوا: لقد قضيت فينا بالناموس: أي بالوحي»[2] كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما، فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بجوانب المقام خبراً قوله: **(وكذا اليمين تبرىء عما وجب له القصاص والقاسمة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص)** أقول: الظاهر أن المراد بهذا الجواب هو عن قول الشافعي، ولأن اليمين عهد في الشرع مبشراً للمدعى عليه، لكن يرد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى وليّ القتيل القتل العمد، فإن الموجب حينئذٍ هو القصاص على تقدير أن يقروا بذلك، فإن حلفوا حصلت البراءة عنه، وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك، لأن الموجب حينئذٍ هو الدية على تقدير أن يقروا به، فإذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضاً عندنا، ويمكن أن يقال: وليّ القتيل وإن ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً بإطلاق القتل عن قيد العمد والخطإ فيجوز إن وقع القتل منهم عمداً ولم يعلمه الوليّ بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأً، فلو أقروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزاً عن الأيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص، فإذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً، فإن قلت: إذا كانت دعوى الوليّ مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع؟ قلت: لا غرو في ذلك، وله نظير في الشرع، ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمداً أو خطأً استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتأمل، فإن حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفاً في بادىء الرأي قوله: **(ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم)** أقول: لا وجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا، بل الحق أن

يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب، وأما إذا كان لها مالك معروف فإنها تجب عليه، وثانياً وهو المفهوم من إطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة، والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن، والفرق أن العبرة في هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير، وذلك في الدار لمالك لأن يده لا تنقطع عنها بالإجارة، وأما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير إلى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالإجارة وبالانفلات فتكون

---

(١) تقدم قبل قليل وهو مرسل شاذ لمخالفته الأحاديث الصحيحة

(٢) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٢٠ من حديث ابن عباس وقال: الكلبي متروك ووافقه الزيلعي ٤/ ٣٩٤

عمداً أو خطأ فكذلك الجواب، يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب، وهكذا الجواب في المبسوط، وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال للولي ألك بينة؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم، وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم. وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادّعاه

يذكر بدله لا بأيمانهم لأنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم، وأما موجب نكولهم فإنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده، ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزماً كما في سائر الدعاوى: يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزماً كما في سائر الدعاوى، فالدافع له أن يقال؛ الدية إنما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لا بأيمانهم، فلم يكن اليمين ملزماً هنا كما في سائر الدعاوى، فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك، وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى قوله: **(ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف)** قال تاج الشريعة: هذا إذا ادعى الوليّ القتل عمداً، أما إذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فإنه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى. وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ها هنا مثل ما قيده تاج الشريعة، إلا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس حتى يحلفوا إن أبوا لو ادّعى الوليّ العمد، ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى. ولا يخفى أن ظاهر ما ذكره هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا. أقول: لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الوليّ على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم، والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى العمد ودعوى الخطإ، وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسألة، وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى. وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصانيفهم، وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا، وعند الشافعي إذا حلفوا برئوا، وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى. فإنه جرى في بيان حكمها أيضاً على الإطلاق كما ترى. ثم أقول: التحقيق ها هنا هو أن في جواب هذه المسألة روايتين إحداهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة، والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين بلا تقييد بدعوى الخطإ، وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف، وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا، هكذا ذكر في الكتاب. وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: لا يحبسون، ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين. وقال ابن أبي مالك: هذا قوله الآخر، وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول، إلى

القسامة على الذي في يده الدابة. وقوله: **(وادعة وأرحب)** هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر. وقوله: **(ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك)** يشير إلى اختلاط السكان بالملاك. وقوله: **(وهو قول محمد)** يشير إلى أن محمداً ليس في هذا القول بأصيل، فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال: وقول محمد

إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة لأنه ليس بالقسامة لانعدام النص وامتناع القياس. ثم إن حلف برىء وإن نكل والدعوى في المال ثبت به، وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى. قال: **(وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين)** لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية[1]. وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك، ولأن الخمسين واجب بالنسبة فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال: **(ولا قسامة على صبي ولا مجنون)** لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح. قال: **(ولا امرأة ولا عبد)** لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها. قال: **(وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية)** لأنه ليس بقتيل، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حيّ وهذا ميت حتف أنفه، والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلاً، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد، وقد ذكرناه في الشهيد **(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم)** لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في

هنا لفظ المحيط. ثم أقول: بقي ها هنا إشكال، وهو أنه قد مرّ في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أن يقرّ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرش في النفس وفيما دونها انتهى. فمتقضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وإن ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية. نعم قد ذكر أيضاً في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول، لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً فتأمل في الدفع قوله: **(وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس)** أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم، لكن لا يجدي هنا نفعاً، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوراد على خلاف القياس يختص بمورده، والنصوص فيما

مضطرب وقال **(أبو يوسف)** يعني آخراً وكان قوله أوّلاً كقولهما وما بعده ظاهراً. وقوله: **(وهو على أهل الخطة دون المشترين)** الخطة: المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتتميز أنصباؤهم، والضمير راجع إلى المذكور وهو

قال المصنف: **(ثم يجب عليهم القسم)** أقول: فيه أنه تكرار.

---

(١) موقوف. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩٥، ٣٩٦ من سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يميناً على مولى لها أصيب ثم جعل عليها دية.

البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان، والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان

نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها، وهو ما إذا وجد القتيل في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في في وجه القياس، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضاً فهو ممنوع إذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الورادة في هذا الباب قوله: **(ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها)** أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجيء في آخر هذا الباب، وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضاً على العاقلة انتهت، وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل قوله: **(لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة)** يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس، والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكماً وإن لم يكن كلاً حقيقة، فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيماً لأمر الدم وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية، كذا في غاية البيان. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه قد ذكر في وضع المسألة أنه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما إذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها، فإن الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره، فلم يكن ما ورد فيه النص وإلا ملحقاً به فلم يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: النصف إذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلاً كما صرحوا به، فيصير قول المصنف: إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي شاملاً لما هو الأكثر حقيقة أو حكماً فيتم التقريب بهذا التأويل. ثم بقي شيء آخر، وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم. ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا يحصل تمام التقريب، فالأولى أن يقال: بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ، وكأن صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ. وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي حيث قال فيه بحث، لأن هذا قياس انتهى. أقول: ليس ذاك بوارد، فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو إلحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به، والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة

وجوب القسامة والدية: أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم، وقوله: **(وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة)** يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك، ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال: ما الفرق بين المحلة والدار، فإنه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة

قال المصنف: **(إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي)** أقول: فيه بحث، لأن هذا قياس.

بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب، والمعنى ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر **(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة)** لأنه لا يفرق الكبير حالاً **(وإن كان به أثر الضرب وهو تامّ الخلق وجبت القسامة والدية عليهم)** لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً **(وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم)**

النص كما لا يخفى قوله: **(ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان)** يعني لو وجبت بالأقل لوجبت بالأكثر أيضاً إذا وجد، وكذلك لو وجبت بالنصف الآخر أيضاً إذا وجد، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز إذ لم تشرعا مكررتين قط. قال في غاية البيان: كان ينبغي أن يقول: يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذٍ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك، وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان: ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف يتصور أن يتحقق في كل واحد من خمسين نفساً حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفساً، وإنما الموجود في آحاد خمسين نفساً بعض القسامة والدية لأنفسهما، والكلام في إسناد التكرّر إلى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه قوله: **(والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ)** أقول: فيه نظر، لأنه إذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقاً بالطول مثلاً يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا يجري فيه القسامة، إذ قد صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذٍ في الموجود الأول أيضاً بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى قوله: **(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة)** أقول: في تحرير هذه المسألة بهذا الأداء فتور من وجوه: الأول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه؟ أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين. والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط، لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه، والجنين يعم تام الخلق وغير تامه.

فإنهما متساويان في القسامة والدية بالإجماع، وفي المحلة فرقاً فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة، وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استرمّ من الدار وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص. وقوله: **(ولأنه أصيل)** والمشتري دخيل. وقوله: **(لأن الولاية انتقلت إليهم)** يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف. وقوله: **(لزوال من يتقدمهم)** يرجع إلى قوله انتقلت إليهم. وقوله: **(أو يزاحمهم)** يرجع إلى قوله أو خلصت لهم. وقوله: **(وإذا وجد القتيل في دار)** يعني إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي

قوله: **(ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين، يتكرران في خمسين نفساً)** أقول: جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفساً فتأمل قوله: **(واعترض عليه بأن الظاهر، إلى قوله: وأجيب عنه بأنه الخ)** أقول: الاعتراض والجواب للإتقاني.

لأنه ينفصل ميتاً لا حياً. قال: **(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة)** لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها **(فإن اجتمعوا فعليهم)** لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم. قال: **(وإن مرّت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما)** لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع»[١]. وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتيل إلى وداعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة[٢]. قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا. قال: **(وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه)** لأن الدار في يده **(والدية على عاقلته)** لأن نصرته

والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسألة، إذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق أيضاً كما تقرر فيما سبق، فالاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير، والأظهر أن يقال: ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر قوله: **(إن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً)** فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. أجيب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر، إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا وجد ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا تفوق حال الكبير، وإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، كذا قال جمهور الشراح. ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذلك السؤال والجواب: وهذا كما ترى مع تطويله لم يردّ السؤال وربما قوّاه، لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه، فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لأمر النفوس وصيانة لها من الإهدار، وعن هذا قالوا: يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم، فقوله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى ممنوع، فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الأموال وما يسلك به مسلكها إهدار أمر حقير، وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس إهدار أمر خطير، ولا شك إن إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير. ثم قال صاحب العناية: والصواب أن يقال: الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله

القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله ها هنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه بحمل ذاك على

---

(١) أخرجه الطيالسي ٢١٩٥ وأحمد ٣/ ٨٩ والبزار كما في المجمع ٦/ ٣٩٠ والبيهقي ٨/ ١٢٦ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري «أن قتيلاً وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر قال الخدري: كأني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ، فألقى ديته عليهم» قال الهيثمي: فيه عطية العوفي ضعيف

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٦: أعلّه ابن عدي والعقيلي بأبي إسرائيل، فضعفه ابن عدي عن قوم، ووثقه عن آخرين. وقال البزار: أبو إسرائيل ليس بالقوي في الحديث، وقال البيهقي في المعرفة: فيه عطية العوفي، والملائي، وكلاهما ضعيف

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩٧ عن الحارث بن الأزمع قال: «وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب، فكتب عامل عمر بن الخطاب إليه، فكتب عمر إليه أن قس ما بين الحيين، فإلى أيهما كان أقرب، فخذهم به قال: فقاسوا، فوجدوه أقرب إلى وادعة، فأخذنا وأغرمنا وأحلفنا فقلنا: يا أمير المؤمنين أتحلفنا، وتغرمنا؟! قال: نعم. فأحلف منا خمسين رجلاً بالله ما قتلت، ولا علمت قاتلاً.

منهم وقوّته بهم. قال: (**ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة**) وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعاً (**لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى**) ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر[1]. ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبيّ عليه الصلاة والسلام أقرّهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج. قال: (**وهي على أهل الخطة دون المشترين**) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً، والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه. ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف، ولأن أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على

ﷺ «أسجع كسجع الكهان، قوموا فدوه»[2] انتهى. أقول: يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتاً، وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية، وإنما سماها رسول الله ﷺ دية حيث قال فدو لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين، والكلام هنا في جنين انفصل حياً بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب، فأين هذا من ذلك. وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال: وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين، قال «كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز

رواية وهذا على أخرى. وحكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يوفق بينهما ويقول: الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيباً، والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا في الذخيرة، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر. قال: (**ومن اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ**) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ. ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله: ولاية الحفظ باليد والملك سببها، وقالا: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فإذا وجدا في واحد ارتفع الخلاف، وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لأن القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع باتاً أو فيه الخيار. فإن كان الأول فهو: أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع، وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشتري، وإن كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح. وقوله: (**ولهذا**)أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (**كانت الدية**) في هذا الموضع (**على عاقلة صاحب الدار دون المودع**)

قوله: (**وأما إذا انفصل ميتاً**) أقول: الظاهر إذا وجد ميتاً قوله: (**وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه**) أقول: بل يرده، فإن حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيماً لأمر النفوس، ومنع كلية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق، ويقوي هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الأمس، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً فليتأمل قوله: (**فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى**) أقول: الاستحقاق هنا للمال أيضاً لا غير قوله: (**وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك**) أقول: ذلك في الغرة، والقسامة والدية ليستا في معناها قوله: (**فالتصرف والرأي والتدبير إلى من بيده الدابة**) أقول: ما الجواب إذا كان الملك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها، أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق، فإن إطلاق الكتاب يشمل هذه الصور. قال الإتقاني: فيما سيجيء من مسألة السفينة: لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار، فينبغي أن يكون هنا كذلك.

---

(١) تقدم في أول الباب.

(٢) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

ما شاهد بالكوفة. قال: **(وإن بقي واحد منهم فكذلك)** يعني من أهل الخطة لما بينا **(وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين)** لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم **(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة لأن ربّ الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم. ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركون في القسامة قال: **(وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال)** لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. قال: **(ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له، لأن إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية

العرب، قوموا فدوه»(١) الحديث انتهى فكأنه نسي ما قدمت يداه قوله: **(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه، وتدخل العاقلة في القسامة إذا كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرر عليه الأيمان)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: يعنى إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله هنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه يحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى انتهى. أقول: فيه بحث؛ أما أولاً فلأن قول المصنف فيما قبل وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه وإن جاز أن يحمل على إحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله ها هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منهما، فإن القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعاً، وفيما ذكره المصنف ها هنا على ربّ الدار وعلى قومه جميعاً فتغايرا. وأما ثانياً فلأن قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان صريح في التوفيق بين المسألة التي ذكرها هنا وبين المسألة المذكورة فيما قبل، حيث كان وجوب القسامة على ربّ الدار وعلى قومه فيما إذا كان قومه فيما إذا كان قومه حضوراً ووجوبها على رب الدار وحده فيما إذا كانوا غيباً والمصير إلى الحمل على الروايتين إنما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحاً لمراده قوله: **(لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك)** أقول: هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لأنه إن أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره، وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، وإن لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في إثبات مدعاهما في هذه المسألة كما لا يخفى قوله: **(وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون**

لعدم ملكه وإن كان له يد، وكذا دليل أبي حنيفة واضح، ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج في دليله، وذلك لأنه قال: **(إن القدرة على الحفظ باليد)** أطلق اليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة

---

(١) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

على عاقلة صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع الباتّ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر. وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد، وفي الباتّ اليد للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون الباتّ، ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً، ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ. قال: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده)** لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل

اليد) أقول: هذا التنوير غير واضح، لأنه إن أراد باليد مطلقا: أي سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح، إذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة، فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضاً لما صح ذلك؛ وإن أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك، ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد، بل يقول: ولاية الحفظ إنما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسألتنا المتنازع فيها. وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسألة قوله: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذي في يده)** قال صاحب العناية: ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الأعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده وهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هب أن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفا، فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مرّ تفصيله. وقال صاحب الغاية هنا: ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك إلا بالبينة انتهى. وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال: وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة، وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضاً عليه انتهى. أقول: هذا التوجيه مشكل، لأن الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة، وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسألة، إذ لو كان الملك أيضاً للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه، فإذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك، إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضاً فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة لمكانه وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال، وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر: أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل، وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه

ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر. قيل ما الفرق لأبي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الأولى. والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل. وقوله: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة)** يعني إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد، وقالوا: إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة **(حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده)** ولا

قوله: **(وفي الأخرى على عاقلته)** أقول: الأظهر أن يقول: وفي الأخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه
قوله: **(وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده)** أقول: لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والإبهام، فإن اليد للبائع، إذ الفرض انتفاء قبض المشتري ففي الصورتين الضمان على عاقلة البائع، وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره، وسياق المصنف سالم عن أمثالها.

العواقل عنه، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة. قال: **(وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين)** لأنها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان، وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء، وكذا العجلة، وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر. والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحوّل فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل. قال: **(وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها)** لأن التدبير فيه إليهم **(وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال)** لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم، وكذلك

في الحال، وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق قوله: **(وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل)** قال صاحب العناية: يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادّعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى. واقتفى أثره العيني. أقول: الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن قوله: **(ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم)** أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم، لكن لا نسلم أن تعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذٍ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه، وبتعيينه واحداً منهم يلزم أن يعين خصوصه وإن كان منهم، ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعينه. وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضاً ممنوع، إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سبباً لوجوب الغرم عليهم جميعاً؛ ألا يرى أنه إذا أقرّ واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلاً. فإن قيل: يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعاً عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضاً تقديراً بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد: وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم. قلنا: ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة، وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا. ولئن سلم ذلك مطلقاً لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما إذا أقرّ واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة، فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه. وذكر في الشروح نقلاً عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة، لأن دعوى الولي على

يختلجنّ في وهمك صورة تناقض في عدم الاكفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك، والباقي واضح. وقوله: **(واللفظ)** أي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها: أي ملاكها وغير ملاكها. وقوله: **(وهذا)** أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة **(على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله)** أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك **(ظاهر)** وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر. قال: **(وإن وجد في مسجد محلة)** كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها. قوله: **(فعند أبي يوسف تجب على السكان)** أي سواء كان السكان ملاكاً أو غير ملاك. وقوله: **(كالشوارع**

قال المصنف: **(لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه)** أقول: يناقض ما تقدم، فإن البائع إذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك، مع أنه تعقل عواقله، وكذا في بعض صور البيع المنجز.

الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين **(ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً)** فعند أبي يوسف تجب على السكان وعهدهما على المالك **(وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال)** لأنه لجماعة المسلمين **(ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن)** لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم، والظاهر أن القتل حصل منهم، وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة، ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم. قالوا: وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف. قال: **(وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر)** وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد. أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته **(وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما)** وقد بيناه **(وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر)** لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه **(وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان)** على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه؛ ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم. قال: **(وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم)** وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان. قال: **(وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم)** وقد بيناه من قبل

واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة، فإن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله، فإذا زعم الوليّ أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى. قلت: هذه الرواية أظهر عندي دراية، والله تعالى أعلم بالصواب قوله: **(ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادّعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه)** أقول: يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الوليّ على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الوليّ فإذا ادّعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق، ولعله لا يتيسر بدون التعسف. قال العيني: واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه الشراح انتهى. قلت: وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين قوله: **(وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم)** أي وجد بين أظهرهم: أي بينهم. والظهر والأظهر يجيئنان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[1] أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب، وكذا في الأظهر، يقال: أقام بين أظهرهم: أي بينهم، كذا في الشروح. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل

العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية: وإنما أراد به أن يكون نائياً عن المحال، أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صاينة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير. وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في مسألة: وإن مرّت دابة بين قريتين وعليها قتيل. وقوله: **(وإن وجد في وسط الفرات)** يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط. قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب، لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت

---

(١) تقدم.

ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يقومون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه. قال: **(وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة)** لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم **(إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء)** لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن

المحلة وأنه من خصمائه. قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلّهم، كذا في النهاية والعناية: أقول: يرد على هذا الجواب أن يقال: ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلّهم موجباً لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذاك الظاهر وهو كون قاتله خصماً من غير أهل المحلة دافعاً للقسامة والدية عن أهل المحلة، مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق. فالأظهر في الجواب أن يقال: الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلاً، فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، فكان العمل بما ورد فيه النص، وسيأتي مثل هذا عن قريب قوله: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً)** قال في العناية: قوله لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاة في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى. وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير إلى

المال. وقوله: **(على التفسير الذي تقدم)** أراد به قوله قبل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. وقوله: **(لم تسقط القسامة عنهم)** يعني والدية على عواقلهم. وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ. وقوله: **(وقد بيناه من قبل)** يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. وقوله: **(فأجلوا عن قتيل)** أي انكشفوا عنه وانفرجوا، وقوله: **(لأن القتيل بين أظهرهم)** أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غني» أي صادرة عن غني. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه. أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلتهم. وقوله: **(لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق)** أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه: أي في أوائل باب القسامة، وأوله قوله ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر». لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وقوله: **(وإن وجد في خباء أو فسطاط)** الخباء: الخيمة من الصوف، والفسطاط: الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء. وقوله: **(فعلى أقرب الأخبية)** قيل هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم. وقوله: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً)** يجوز أن يكون حالاً: أي مقاتلين، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون مفعولاً له: أي للقتال. وقوله: **(لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً)** يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا

قوله: **(لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق)** أقول: مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية.

القسامة. قال: **(ولا على أولئك حتى يقيموا البينة)** لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه **(ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية)** اعتباراً لليد عند انعدام الملك **(وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية)** لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً، وإن لم يلقوا عدوّا فعلى ما بيناه **(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة)** خلافاً لأبي يوسف وقد ذكرناه. قال: **(وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان)** لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا، لأنه

الفرق المذكور: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة انتهى. أقول: ليس هذا الفرق بتام فضلاً عن كونه ظاهراً، إذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق، بل يجوز حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة، ولا يكون حجة الاستحقاق عل المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدراً فلا بد في تمام الفرق بين المسألتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان. ونقله صاحب العناية كما تحققته قوله:

اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في ذلك: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك. وقوله: **(وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه)** إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الخ. وقوله: **(وقد ذكرناه)** إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: هو عليهم جميعاً. وقوله: **(وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله)** يعني لا نسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان، غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان، وهذا لا ينافي أن يكون المقرّ شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكاً معه، وإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلاً غير فلان. قال: **(وإذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ)** إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله: لم تقبل شهادتهما، وقالا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديراً للتقصير الصادر منهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم، كالوصيّ إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل

قال المصنف: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً)** أقول: قال صاحب النهاية: انتصاب قتالاً يحتمل أن يكون على الحال: أي المقاتلين، وأن يكون على المفعول به كما في قوله بعده وإن لم يلقوا عدواً، وأن يكون على المفعول له: أي للقتال انتهى. والمفعول به محذوف: أي لقوا العدو قوله: **(وقوله لأن الظاهر أنّ العدو قتله الخ)** أقول: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص قوله: **(وأما في المسلمين من الطرفين، إلى قوله: فبقي حال القتل مشكلاً)** أقول: وذلك أن تقول: العداوة ترفع الإشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلاً، ولو صح ما ذكره لكان الأمر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج قال المصنف: **(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان)** أقول: قال الزيلعي: وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية، وهذا عندهما ظاهر، والفرق لأبي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر إلا للضرورة، بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى. ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف.

لما أقرّ بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه. قال: **(وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد. قال رضي الله عنه: وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس. قال: **(ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة)** لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً. وعن أبي يوسف أن

(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عنه أبي حنيفة) قال صاحب العناية: اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول. ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم. وإن كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فإن حكم المسألة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم الصورتين قطعا: أي صورة إن

القاضي. وقوله: **(وعلى هذين الأصلين)** يعني الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصماً في حادثة ثم خرج من كونه خصماً لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل، والثاني إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع. وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة والدية. قال عمر: وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم، وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثاني لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم. وقوله: **(يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس)**. أما على الأصل الأول فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مرّ والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر. وأما على الأصل الثاني فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها. وقوله: **(ولو ادّعى)** ظاهر. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى ما ذكر من مسألة وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر. وقوله: **(ومن جرح في قبيلة)** يعني ولم يعلم الجارح، لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً والدية على العاقلة إذا كان خطأ، فإذا لم يعلم الجارح فإما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحاً حينئذٍ بحيث يجيء ويذهب، فإن كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى. ووجه قول أبي يوسف ظاهر، ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص، واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص، فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص، وأجيب بأن القسامة والدية، ردتا في قتيل في محلة لم يعلم له

قال المصنف: **(لأنه لما أقر بالقتل على واحد)** أقول: إقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى.

الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل. قال: **(ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا قسامة ولا دية)** لأن الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش. وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك **(ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن)** لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة **(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه)** لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً.

كان عاقلة الميت عاقلة الورثة. وصورة إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة، فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها؟ ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فالوجه في الدفع أن يقال: المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته: أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معاً. أما تناوله

قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الإمكان، والمجروح في محلة لم يعلم جارحه إذا صار صاحب فراش قتيل شرعاً لأنه صار مريضاً مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة. وأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حيث جرح، فكذلك في الدية والقسامة. وقوله: (ولو أن رجلاً معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسألة من جرح في قبيلة فنقل إلى أهله ولهذا قال في آخره: وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسألة القبيلة. وقوله: (ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله. ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة وبين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم، وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلهما. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، وما ذكر في الكتاب من وجه المسألة للجانبين ظاهر، واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها دونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه، وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له. ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة، في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر في الأصل. واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة، فمنهم من قال: لا تجب لأنها تختص بمن يعلمه بحال القتيل وليس ها هنا من يعلم فلا تلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية، وما ألطفه خبراً بلّ الله ثراه: ولما استشعر ورود مسألة المكاتب إذا وجد قتيلاً في داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ: يعني إنما صار دم المكاتب هدراً لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء

قال المصنف: **(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته)** أقول: أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف، وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل، حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل.

ولـه ان القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه **(ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً، قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية، وقال محمد: لا يضمنه)** لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم. ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك. ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد

الصورة الثانية وهي إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر، وأما تناوله الصورة الأولى وهي إن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم إذ اتحدتا يصح نسبتهم إلى الورثة كما يصح نسبتهم إلى الميت، بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى ها هنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت. وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته: أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلاً في الدار المملوكة لورثته لا له لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم، وإنما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر، وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة، وإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلاً فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل، كذا في المبسوط انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية، إلا أن في تقريره أيضاً شيئاً من الركاكة، فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد قوله: **(وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم)** اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه وهو نظير الصبيّ والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح. يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسألة، فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته. ويمكن دفعه بأن المراد بالمذكور في وضع جواب المسألة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال: أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولاً، ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم أقول: بقي هنا إشكال قويّ، وهو أنه قد مرّ أن دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم، فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل، ولا يخفى ما فيه. ويمكن دفعه أيضاً بتمحل فليتأمل. وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال: قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة، فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى. أقول: ليس هذا بشيء. أما أوّلاً فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أوّل الديات، وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به، فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسألة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته، لأن دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم. وأما ثانياً فلأن المحذور المذكور في الاعتراض

بل يقضى به ما عليه، وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه، ومن قتل نفسه كان دمه هدراً، بخلاف الحرّ فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك، وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية. وقوله: **(ولو أن رجلين كانا في بيت)** ظاهر. وقوله: **(كما إذا وجد قتيل في**

قتيل في محلة **(ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال: أبو يوسف: على العاقلة أيضاً)** لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي. ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة. قال المتأخرون: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحلم في هذه المسألة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة **(ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها. قال: هو على صاحب الأرض)** لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية.

المزبور إنما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال إن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد. على أن العاقلة إذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضاً ممن وجبت عليه الدية، لأن الدية إنما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم. ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى.

محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ها هنا. وقوله: **(قال المتأخرون)** أي من مشايخنا رحمهم الله **(إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة)** يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضاً، بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضاً. وقوله: **(لأنه أحق بنصرة أرضه)** لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: **(وتهمة القتل من المرأة متحققة)** أقول: مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة، وأشار الأكمل إلى جوابه في الدرس الثاني من المعاقل.

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة، وهي الدية، وتسمى الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك: أي تمسك. قال: **(والدية في شبه العمد والخطإ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة، والعاقلة الذي يعقلون)** يعني يؤدون العقل وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات، والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن

كتاب المعاقل

أقول: هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات، لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل، لأن المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات، وهذا مع كونه مؤدياً إلى التكرار ليس بتام في نفسه، لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مرّ مستوفى في كتاب الديات، وإنما المقصود بالبيان ها هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة، فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة، قال صاحب العناية: لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية أقول: ليس ذلك بسديد، لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها، وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل، وإنما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد، ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا إذ ذاك شعبة من الديات، بخلاف العواقل فإنها أمر مغاير للديات ذاتاً وحكماً فكانت محلاً لذكر الكتاب، وكأن ذينك الشارحين إنما اغترا بذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفاً، والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال: لما بين أحكام القتل الخطإ وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية، إذ لا بد من معرفتها انتهى قوله: **(والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة)** قال جمهور الشراح: قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره. أقول: فيه خلل، إذ لو كان الأمر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاماً مستأنفاً مستقلاً وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاماً تاماً مستقلاً أيضاً فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ، وقوله في شبه العمد والخطإ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطإ، وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركاً لا طائل تحته ها هنا، إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطإ، وقد ذكر مفصلاً في أول كتاب الجنايات وكتاب الديات، وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ها هنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة، إذ بهذه

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطإ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد، فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب. وقال: **(المعاقل جمع معقلة)** بفتح الميم وضم القاف وبين معناها. وقوله: **(وكل دية)** مبتدأ. وقوله: **(على العاقلة)** خبره. وقوله: **(وجبت بنفس القتل)** يعني ابتداء، فإن ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوّة فهي في مال القاتل لا على العاقلة. وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني الدية بتأويل العقل. وقوله: **(وكذا الذي تولى شبه العمد)** وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى

كتاب المعاقل

أقول: كان الأولى أن يقال: كتاب العواقل، لأن المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو، فكأنه قال: كتاب الديات فصار تكراراً، والعواقل جمع عاقلة، وهو من يتحمل الدية، وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى قوله: **(وهو الذي ضربه بالسوط الصغير)** أقول: وفيه بحث.

مالك رضي الله عنه للأولياء «قوموا فدوه»[١] ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطىء معذور، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به. قال: **(والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين)** وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي: الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام[٢] ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب. ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم[٣] وليس ذلك بنسخ بل هوتقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع: بالقرابة والحلف والولاء والعد. وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى ولهذا قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام[٤] ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء

الحيثية تصير هذه المسألة من مسائل كتاب المعاقل. والحق الصريح عندي أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفته: أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطإ، وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطإ، وقوله على العاقلة خبر المبتدإ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحباً على المعطوف والمعطوف عليه جميعاً فلا يلزم المحذور أصلاً ويحصل المعنى المقصود هنا بلا ريب قوله: **(ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف، والعطاء يخرج في كل سنة مرة)** أقول: في تمام هذا التعليل كلام، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وافياً بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعي وهو التقدير بثلاث سنين. وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا

قتله، وقوله: **(وفي إيجاب مال إجحافه)** فسر الإجحاف بقوله واستئصاله. وقوله: **(إنما قصر)** يعني أن القاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف. وقوله: **(وتلك)** أي القوّة. وقوله: **(كتبت أساميهم في الديوان)** الديوان: الجريدة، من دوّن الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة. ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دوّن الدواوين: أي رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال فلان من أهل الديوان: أي ممن أثبت اسمه في الجريدة. وقوله: **(من عطاياهم)** العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطيه، والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء، وقوله: **(وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى)** جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده. وقوله: **(بالحلف)** الحلف بكسر الحاء: العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة. وقوله: **(والولاء)** أي ولاء العتاقة. وقوله: **(والعدّ)** هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان إذا عد فيهم. وقوله: **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث)** أي ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث

---

(١) تقدم في الجنين وهو حديث حسن وتقدم أيضاً أحاديث في العاقلة أقوى منه، وأحسن مناسبة.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٨/٤: أخرج ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: «كتب رسول الله ﷺ كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقلهم، وأن يفدوا عانيهم بالمعروف» وأخرج عن الشعبي قوله: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار» اهـ.
قلت: وهذا مرسل لأن الشعبي تابعي، وأما حديث ابن عباس، ففيه حجاج بن أرطاة، وهو غير قوي.

(٣) أثر عمر قوي. أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الأوائل من مصنفه كما في نصب الراية ٣٩٨/٤ بسنده عن جابر وأخرج بسنده عن إبراهيم نحوه، وكذا عن الشعبي وكذا عن الحكم الثلاثة: أن عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس. وانظر البيهقي ١٠٨/٨
قلت: وخبر أول من دون الدواوين مشهور عن عمر.

(٤) لا أصل له مرفوعاً. والصواب كونه عن عمر وهو الآتي.

للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها)** لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام

الخارجة في أكثر من ثلاث سنين، فلا يفيد التعليل المذكور المدعي من هذه الحيثية أيضاً كما ترى. نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعي هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقاً قوله: **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود)** أقول: فيه بحث، وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلاً بثلاث سنين، فإنه هو المروى عن النبي ﷺ وهو المحكى عن عمر رضي الله تعالى عنه[1] كما مر آنفاً، فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به، وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمداً ليس بحالّ عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ قوله: **(ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة)** قال صاحب معراج الدراية: وفي بعض النسخ: ولو خرج للقابل: أي للعام القابل وهو الأصح انتهى. وتبعه الشارح العيني. أقول: كيف يكون ذاك هو الأصح، وحينئذٍ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغواً محضاً، لأن ما يخرج للعام القابل: أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعي إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل: أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى. نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام، وهو أنه قال في جواب هذه المسألة يؤخذ منها

في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية، وإن خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها. وقوله: **(لحصول المقصود)** يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها. وقوله: **(وتأويله)** أي تأويل كلام القدوري رحمه الله، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. وقوله: **(وإذا كان جميع الدية)** واضح. وقوله: **(ولنا أن القياس يأباه)** أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض، والشرع ورد به: أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطإ فلا يتعداه. فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطإ فلا يلحق به. قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. وقوله: **(لأن الواجب الأصلين المثل)** لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنفس ومثل بالنص النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي

قوله: **(وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء)** أقول: ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة.

---

(١) موقوف جيد. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٣٤ بسنده عن الشعبي، وعن إبراهيم قالا: أول من فرض العطاء عمر، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين... الأثر. ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج قال: أخبرت عن أبي وائل أن عمر جعل الدية الكاملة في ثلاث سنين. وأسنده عن الشعبي وعن مكحول كلاهما: أن عمر... الأثر.

فائدة: قال الترمذي في جامعة ٤/١١: قد أجمع أهل العلم: على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين كل سنة ثلث الدية اهـ.

تنبيه: وأما كونه مرفوعاً، فلم يروه أحد البتة، ولو وجد لنقله الزيلعي وغيره.

الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب على القاتل في ماله فهو حال، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض. ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه. ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل إذ هو

كل الدية، ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل: أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذٍ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى قوله: **(يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا)** قال الشراح: قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. أقول: أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب إذا الظاهر إن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذٍ لا مجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء، إذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطاء الخارجة في سنة واحدة في مسألتنا هذه، بل إنما يكون قوله المزبور حينئذٍ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة. نعم لو جعل قوله المزبرو دليلاً على قوله معناه في المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسألة ومقصود بالذات هنا خالياً عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة، على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل قوله: **(وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين)** أقول: هذا التحرير مختل، إذ الظاهر أن خبر «ما» في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله، إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى، بل لم يظهر الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباطاً بما قبله، وهذا مما لا سترة به عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية، فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام، فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب. فالحق في تحرير المقام أن يقال: ومات وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين قوله: **(ولنا أن القياس يأباه، والشرع ورد به مؤجلاً لا يتعداه)** قال صاحب العناية في شرح قوله إن القياس يأباه: أي يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح. أما أوّلاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف إن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ها هنا مدّعانا، فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذٍ مخالفاً للقياس، لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لعدمه، والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول، فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع

وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحوّل الحق إلى القيمة بالقضاء **(فيعتبر ابتداؤها من وقته)** أي من وقت القضاء **(كما في ولد المغرور)** فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي وإن كان ردّ عينه قبل القضاء متعذراً، لكن جعل الواجب ردّ العين وتحوّل إلى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن ردّ العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً وهذا هو الموعود من قبل بقوله لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. وقوله: **(وهذا)** أي قول القدوري رحمه الله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها **(إشارة إلى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية)** فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر، وليس كذلك فإن محمداً رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يأخذ من كل واحد في كل سنة

قوله: **(وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها)** أقول: يعني لا يترتب الحكم على الحكمة.

بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور. قال: **(ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته)** لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل. قال: **(وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها)** قال رضي الله عنه: كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدّية، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح. قال: **(وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل)** معناه: نسباً كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات: الإخوة ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم. وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون

بإيجاب المال في الخطإ مؤجلاً أن لا يتعدّى غيره، لأن الذي لا يتعدى مورده إنما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الأصول، وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله وهي: أي حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول بها لا تتناقض فمسلم، لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس، وإن أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقاً. أي سواء كانت معمولاً بها أو لا فممنوع، كيف وقد وضعوا في كتب الأصول باباً للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح، وبينوا أحكام ذلك على التفصيل، والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً. ثم قال ذلك الشارح: فإن قيل هذا ليس في معنى الخطإ فلا يلحق به. قلنا هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء. أقول: إن قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مرّ منه في أوّل كتاب المعاقل فإنه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة، قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل: يعني ابتداء، وقالوا: يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوّة في القتل العمد، فإنها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى. ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة قوله: **(ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل)** أقول: قد مرّ في كتاب الجنايات أنه أذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم، وقالوا في بيان وجهه: إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، لأن القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم، فلقائل أن يقول هنا: فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحداً خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ، وقد مر في كتاب الديات أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر[1] فليتأمل في الفرق قوله: **(وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية**

إلا درهم أو درهم وثلث درهم. وقوله: **(وهو الأصح)** احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من إشارة كلام القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط. وقوله: **(ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسباً)** قالوا هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب، لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا أيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمي فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ

قال المصنف: **(لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء)** أقول: بل الواجب الأصلي الدية، قال الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ فليس التحول إليها بالقضاء، فإن القضاء قضاء الله تعالى لا حكم إلا حكمه قال المصنف: **(ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم)** أقول: أي بالقبيلة، ويحتمل أن الباء للملابسة، والمعنى: لأن نصرة القبيلة ملتبسةٌ به قوله: **(مما فهم من إشارة كلام القدوري)** أقول: من للمنشئية في قوله مما.

---

(١) أثر عمر. أخرجه البيهقي ٨/ ٩٨ وذكره في ٨/ ٩٦ بسنده عن أبي المهلب عمّ أبي قلابة.

لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات: يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوّي بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكنا نقول: هي أحط رتبة منها؛ ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف **(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث)** لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر، إما لأن الأعطية

لأن الواجب الأصلي المثل والتحوّل إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح في بيانه لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطىء تحوّل الحق بالقضاء إلى المال انتهى. أقول: فيه نظر، لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقاً حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع، كيف وقد قال الله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء الآية (٩٢)، وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذاك، نعم إن قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ البقرة (١٩٤) كان يقتضي بإطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل أيضاً بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصصاً منه بنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء (٩٢) ولما خص به من ذلك كان جواب الدية في القتل خطأ منصوصاً عليه من قبل ربّ العزّة ثابتاً قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي، وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة، ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه كما لا يخفى قوله: **(وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا تصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون)** أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة

رحمهم الله، فقال بعضهم: يعتبر المحالّ والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني. وقوله: **(فيسوّي بين الكل)** يعني الآباء والأبناء وغيرهم لأنه صلة لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة. وقوله: **(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق)** قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر. وقوله: **(وأدخل القاتل مع العاقلة)** يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان، أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضاً كما لا تجب عند الشافعي رحمه الله. قال: **(وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل)** كلامه واضح. وقوله: **(وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية)** قيل إنه يناقض قوله في المسألة التي ذكرها قبل المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة

قوله: **(قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة)** أقول: فيه بحث، لأنه لا يلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل قال المصنف: **(ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة)** أقول: في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم، والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوماً بيوم وإن لم يثبتوا في الديوان. وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى.

أكثر، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم. قال: (**وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم**) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره. وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذوراً. قلنا: إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى، قال الله تعالى ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾ (**وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل**) لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل

الإخوة فممنوع، كيف وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل قوله: (**وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه، إذ كل منهما صلة من بيت المال**) قال تاج الشريعة: الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم، والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى. أقول: تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسألة مرّت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية، فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا، والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة. نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسألة: والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعاً، ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف. وقال صاحب الغاية: الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت، والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة. ثم قال: قال صاحب المغرب: العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. وفيه نظر، لأن محمداً قال: إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم، فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضاً انتهى. أقول: إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب: أحدهما موضع بيان الرزق، والثاني موضع بيان العطاء فقال في الأول: الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم. ثم قال: وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة، والرزق للفقراء. وقال في الثاني: العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات، وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر. ثم قال: وفي شرح القدوري في العاقلة. الدية في أعطياتهم ثلاث سنين، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم. وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة انتهى. فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الأول قط، وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولاً بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر، وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء

وليس بصحيح، لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة. لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأنا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية فإن قلت: هذا الجواب ينبني على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا: ولا قسامة على صبيّ، إلى أن قال: ولا امرأة وعبد. وقال ها هنا: ولو وجد قتيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم تكمل

مع العاقلة صبيّ ولا امرأة[١]، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهن **(ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر)** يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر **(ويعقل أهل كل مصر من**

المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة، وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب، فنسبة ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي. والعجب ها هنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي ردّه صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسألة الآتية في الكتاب بقوله وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق يأبى ذلك القول جداً قوله: **(وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم)** قال صاحب النهاية: اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العواقل في أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان. وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً لأن الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى أثره في تقييد هذه المسألة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية. أقول: هذا مشكل عندي، إذ قد مرّ في الكتاب أنّ من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضاً من أهل العطاء في الديوان وقد مرّ أيضا أنهم قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ من الأعطيات في تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضاً فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطإ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل لا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر قوله: **(وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما)** قال

أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، ومعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبيّ والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها، وأما ها هنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفياً لتهمة القتل فإنها تتحقق منها، ويتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبيّ والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل. فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، والله أعلم. قوله: **(والفرض لهما من العطاء)** جواب عما يقال فرض الإمام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع بنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا الناس. ووجهه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة: أي معونة

قال المصنف: **(قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾)** أقول: قال القاضي في تفسيره: أي ولا تحمل نفس آثمة إثم نفس أخرى. وقال القاضي في تفسير سورة الأنعام جواب عن قولهم ﴿اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم﴾ انتهى. فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لإثبات الملازمة. وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال: أي لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص قوله: **(وهي قاتلة حقيقة)** أقول: الواو حالية قوله: **(أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء)** أقول: فيه

---

(١) أثر عمر غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٩.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٨: لم أجده.

أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة **(ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة)** لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه. والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل **(ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر)** ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء. وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة **(ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر)** لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم **(وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً على عاقلته بمنزلة المسلم)** لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار،

صاحب النهاية: إن قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة يخالف المسألة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقليل: وليس بصحيح لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة، لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة، فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأنا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء، وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم، بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية انتهى. أقول: فيه نظر، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع، فإنه إذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما، والمتأخرون وإن قالوا: إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسألة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم لأنا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مرّ في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة، بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة وإلا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق، فالحق في التوفيق بين المسألتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية: هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة، إلا أن ذلك

الإمام لهما لا باعتبار إنهما غيرهما. وقوله: **(وأهل البادية أقرب إليه)** يعني نسباً. وقوله: **(قيل هو صحيح)** الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. وقوله: **(من أهل المصر)** بيان لقوله أهل الديوان: أي أهل الديوان الذي هم من أهل المصر. وقوله: **(وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة)** يعني أن للوليّ الأبعد أن يزوّج إذا كان الأقرب غائباً.

بحث؛ ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل، بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة قال المصنف: **(والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام)** أقول: قال الإتقاني: بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك، ولا تصلح للنصرة لضعفهما، فكان الفرض للمعونة لا للنصرة، ويجوز أن يقال: الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما، فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى. والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الأول في كون الفرض لا للنصرة لا في كونه للمعونة كما لا يخفى.

ومعنى التناصر موجود في حقهم **(وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه)** كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة أن لو وجدت، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم **(ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر)** لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم

ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى. وقال في معراج الدراية: هذه المسألة مخالفة لما مرّ قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العقالة عند المتأخرين، إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى. قال في غاية البيان: فإن قلت: قد مرّ قبيل كتاب المعاقل أن القتيل إذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد، وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا. قلت: ثمة أيضاً لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد، وإنما استحسن المتأخرون في تلك المسألة خاصة انتهى. ثم قال صاحب العناية: فإن قلت: هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض، لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبيّ إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد، وقال ها هنا: لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، فمعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين في الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهل، وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفياً لتهمة القتل فإنها تتحقق منها، وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل، فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، إلى هنا كلامه. أقول: فيه أيضاً نظر، أما أوّلاً فلأن كون ذلك مذكوراً في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ممنوع، بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال، إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لا نفي صلاحيتهم للقسامة مطلقاً، أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكان بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة، إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة،

وقوله: **(لا سيما في المعاني العاصمة)** كحدّ القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية. وقوله: **(فالدية في ماله في ثلاث سنين)** أي لا على بيت المال، لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا، بخلاف المسلم فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء. وقوله: **(وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم)** أي ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه. وقوله: **(لعدم التناصر)** لأن التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة، قال الله تعالى **﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾** وقوله: **(والكفار يتعاقلون فيما بينهم)** ظاهراً لا ألفاظاً نذكرها. وقوله: **(وعاقلته أهل الكوفة)** الواو للحال. وقوله: **(لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة)** يعني وإن كان بعد القضاء. وقوله: **(بخلاف ما إذا قلت العاقلة)** متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، وقد

ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض، وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر. ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة، وصار كما إذا حوّل بعد القضاء. ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته، وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرّر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة،

وإذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندياته لا يساعده العقل ولا النقل، أما عدم مساعدة العقل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتين وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد، فتعليل إحداهما بالأول والأخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت. وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقاً بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من يراجع المعتبرات وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر قوله: (**والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة**) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى. أقول: يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله إنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف، فالأولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نفي الوقوع: أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز: أي وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر قوله: (**ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي على عاقلته من أهل البصرة**) أقول: لقائل أن يقول: قد مرّ في أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية، لأن القاتل إنما قصر لقوّة فيه، وتلك القوّة بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به، ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسألة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدر عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوّة فيه وقت صدورها عنه إنما كانت بأنصاره الذين هم أهل الكوفة، والتقصير في مراقبته وقتئذٍ إنما وقع منهم، إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضي بالدية عليهم لا على أهل البصرة. ويمكن الجواب بأن ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم إلى القاتل في تحمل الدية لا علته، وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد، كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسألتنا هذه، فإن ملاك الأمر في تمام جواب المسألة هو الدليل، وقد ذكره المصنف

ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله. وقوله: (**لكن يقضي ذلك**) أي الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء. قال: (**وعاقلة المعتق قبيلة مولاه**) كلامه واضح. وقوله: (**ولا تعقل أقل من نصف عشر الدية**) لأن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال. قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس، فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وإن كان أقل

قال المصنف: (**والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم**) أقول: مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب قال المصنف: (**فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء**) أقول: فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة، وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة، فينبغي أن تجب عليهم.

بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحوّل عنهم، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذٍ لا تتحوّل إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر. قال: **(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه)** لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»[1]. قال: **(ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته)** لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعي وقد مرّ في كتاب الولاء. قال: **(ولا تعقل**

بقوله ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء الخ، ولا محالة أنه يقتضي أن يقضي بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة، لأن وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحوّلاً إلى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضي بالدية على أهل البصرة فإنهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء، ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء، فلا بد أن يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرّر فيما مر قوله: **(بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب الخ)** قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل. وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله انتهى. أقول: مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها، إذ ليس فيما إذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد إلى أحد قط، بل إنما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم، ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه. وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين: إن في النقل إبطال حكم الأول، وفي

من نصف العشر؛ ألا ترى أن القبيلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس، وكذلك من قتل عبداً قيمته مائة وخمسون درهماً فإنه تتحمله العاقلة، لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله. وقوله: **(ولا عبداً)** قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» فقال لي

قال المصنف: **(ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته)** أقول: لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والأبناء في العاقلة لأنهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم، ولعل التزامه لأداء الدية في العقد هو الفارق، ولأجل ذلك لم يعقل في المعتق مولاه وقبيلته، إذ لا التزام بالعقد فيه تأمل قوله: **(وقوله ولا عبداً، قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا**

---

(١) صحيح مضى في الزكاة، وغير ذلك.

العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً) والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»[1] وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل عرف بالسمع. قال: **(وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني)** والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلا أنا تركناه بما روينا، وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة[2] وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات، فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس. قال: **(ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما**

الضم تقرير حكم الأول لا إبطاله، ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين إن أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحوّل بعد القضاء كذا تأمل تقف قوله: **(قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعداً)** قال في النهاية: والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال، كذا في شرح الأقطع انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: يرد عليه أن لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مرّ في كتاب الديات حيث قال: وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية. ثم قال: وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدهما ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية، ويجب القصاص في عمده لا محالة لإمكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرّر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات، فانتقض به كل واحد من قوله إن القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى. نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية: أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال: ويدل عليه من جهة النظر أن دون الموضحة ليس له أرش مقدر في نفسه فأشبه ضمان الأموال. ثم قال: فإن قيل: أرش الأنملة مقدر وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تتحمله العاقلة. قل له ليس أرشها مقدراً بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الأصبع، ونحن إنما شبهنا ما دون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى. لكن بقيت المقدمة الأولى وهي قوله إن القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر قوله: **(والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»)** قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام

محمد بن الحسن رحمه الله: إنما معناه أن يقتل العبد حراً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجني عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّ أو يجرحه يقول: فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان

عبداً» فقال لي محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حراً الخ) أقول: قال الإتقاني: واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس. قال محمد: حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس قال: «لا تعقل العاقلة

---

(١) لا أصل له مرفوعاً وإنما هو قول ابن عباس. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٩ ومثله ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٨ حيث قال: أما المرفوع فلم أجده. والموقوف رواه محمد بن الحسن عن ابن عباس وليس فيه ذكر «أرش الموضحة» اهـ.
وتقدم سرد بعض الآثار في ذلك في كتاب الديات.

(٢) هو بعض حديث متفق عليه تقدم في الجنين.

لزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما روينا، ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم. قال: **(إلا أن يصدقوه)** لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم **(ومن أقرّ بقتل خطإ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي)** لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى **(ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة)** لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم **(ولم يكن عليه شيء في ماله)** لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول

«لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[1] فقال محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حرّاً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّ أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً. ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه. قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله ﷺ «لا صلحاً ولا اعترافاً»[2] يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، كذا في العناية. أقول: الجواب محل للخصم، إذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول: بل

المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً، ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته، وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه. قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله ﷺ «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله «ولا صلحاً ولا اعترافاً» يدلان على ذلك، لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، وعلى هذا فقوله بعد هذا **(ولا تعقل العاقلة جناية العبد)** إضافة المصدر إلى فاعله. وأما إذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة. وقوله: **(والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم)** إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالاً إلا إذا شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلاً. وقوله: **(ففي الثابت بالإقرار أولى)** يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة. وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى. وقوله: **(وتصادقهما حجة في حقهما)** لأن أحد المتصادقين وليّ القتيل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لا على المقرّ فإقراره حجة على نفسه. وقوله: **(بخلاف الأول)** أراد به قوله والإقرار والصلح لا يلزمان

عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك» قال محمد: أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك قوله: **(وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ)** أقول: فيه بحث، إذ يجوز أن يكون المعنى: لا تعقل العاقلة من قتل عمداً، ولا من صولح عن دمه، ولا من اعترف بقتله فإن الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك قوله: **(وفي القتل معاينة الدية)** أقول: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة، ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى أن يؤجل للتخفيف، لأن الوجوب حينئذٍ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل قوله: **(فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار الخ)** أقول الفهم منه بعيد، ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطإ إلى قوله قضى عليه بالدية في ماله قوله: **(أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ)** أقول: قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم.

---

(١) تقدم قبل حديث واحد. وهو موقوف.

(٢) هو المتقدم قبل حديثين موقوف، ولا أصل له مرفوعاً

(إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذٍ يلزمه بقدر حصته) لأنه في حق حصته مقرّ على نفسه وفي حق العاقلة مقرّ عليهم. قال: **(وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته)** لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا. وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف، وفي أحد قوليه العاقلة تتّحمله كما في

معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمداً بصيغة المجهول، ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضاً فيؤول المعنى في الكل إلى معنى عقلت القتيل لا إلى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب إلزاماً قوله: **(لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى)** قال صاحب العناية: يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، وقال: ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى يؤجل للتخفيف لأن الوجوب حينئذٍ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى. أقول: ليس ما قاله بسديد، إذ ليس كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه، لأن وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطإ، إذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما مرّ غير مرة في كتاب المعاقل، وإنما الكلام ها هنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسألة، وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الأولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين في هذه المسألة، لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الإقرار، والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الأول. وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لأنه قال: وفي القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى، وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، لأن وجوب الدية إذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها لا محالة، إنما يتصوّر التأجيل من وقت القضاء لا قبله. وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية. والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الإقرار، لأن الثابت بالإقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة، وفي القتل المعاين الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهنا أولى انتهى قوله: **(وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف)** أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة، كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا: لنا أن الأطراف

العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقرّ وإنما وجبت الدية هناك في مال المقرّ لأن هنالك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقرّ ضرورة. فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحوّل بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي، فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل. أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا ليس كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحوّل إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف. وقوله: **(وقد مرّ من قبل)** أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك. وقوله: **(قال أصحابنا رحمهم الله: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال)** يعني إذا كان القاتل مسلماً بدليل قوله لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة، والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم، والباقي ظاهر. وقوله: **(ثم أدّيت الكتابة)** أي فإنه حينئذٍ يرجع قوم الأم على الأب وقوله: **(والأصل الذي يخرّج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدّل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها القاضي أو لم يقض)** كالمولود بين عبد

الحرّ وقد مرّ من قبل. قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال. وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر. وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل **(وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه)** لأن نسبه ثابت منها دون الأب **(فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب)** لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم، وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر، أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التسير. قال رضي الله عنه: ها هنا عدّة مسائل ذكرها محمد متفرّقة. والأصل الذي يخرّج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها أو لم يقض، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى

يسلك بها مسلك الأموال، ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرف الحرّ والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة، وقد مرّ ذلك في باب القصاص فيما دون النفس، وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى. ينتقض حينئذٍ ما ذكره في تعليل مسألتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر إلى ما دون نصف عشر الدية، فإن الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضاً مع تخلف الحكم عنه وإن كان مراده به ما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية، بخلاف النفس من العبد فإن المعتبر في إتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحرّ ما دون نصف عشر الدية، إذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحرّ بالكلية، إلا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذٍ على أصل أبي حنيفة، فإنه يعتبر المالية والآدمية معاً في أطراف العبد، وإنما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فإنهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية، وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسألة من فقأ عيني عبد إنسان، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لأن يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض، وبالجملة لا يخلو

وحرّة إذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحوّل الجناية عن عاقلة الأم لأن ها هنا تبدّل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالي الأم إلى موالي الأب، وكالغلام إذا حفر بئراً قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما أعتق أبوه فإن القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئاً، لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لا تتحوّل إلى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر، فإن العبد إذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يبق فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري، لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحوّل الجناية وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع، وقد ذكر صورته في الكتاب، وكما إذا مات المكاتب عن ولد حرّ ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرّة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب، لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب

وقع القضاء بها أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية، وإن لم يكن قضي بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد.

المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى قوله: **(وفي أحد قوليه تتحمله كما في الحرّ وقد مرّ من قبل)** قال صاحب الغاية: أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك، واقتفى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلاً سائر الشراح. **أقول**: لو كان مراد المصنف بقوله وقد مرّ من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعاً، إذا لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها.

جنايته على موالي أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم. وقوله: **(إلا فيما سبق أداؤه)** استثناء من قوله اشتركوا: يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم.

كتاب الوصايا

. . . .

كتاب الوصايا

قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت. أقول: يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب، وإنما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى. نعم إن كثيراً من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم، لكن الكلام في شرح هذا الكتاب. ويمكن الجواب من قبل الشارح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي، فإن آخره الحقيقي وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي، وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا وأواخره، فإن صيغة الجمع لا تتمشى في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي. وإنما المخلص من ذلك تعميم الأول والآخر للحقيقي والإضافي، ويمكن أن يقال أيضاً: لما كان ما ذكره في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب. ثم إن الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ المائدة (١٠٦) ثم سمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية توصون بها﴾ النساء (١٢) وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، كذا في عامة الشروح.

قال بعض المتأخرين: ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء في اللغة: طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته. وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرّع عيناً كان أو منفعة، هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب، والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة، وأن القياس يأبى جوازها، فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد. والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل، لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضاً لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط، نقل هذا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء باللام في المعنى الأول وبإلى في المعنى الثاني، فحينئذٍ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل، إلى هنا لفظه. أقول: ما عده تحقيقاً ليس بشيء، أما أولاً فلأنّ التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي المسائل المتعلقة بالوصيّ دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإن استعمال لفظ الإيصاء فيها باللام لا بإلى، يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى إليها كما لا يخفى، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل إذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط. وأما ثانياً فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الإنسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضاً في كتاب الوصايا، ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب، ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيئاً من تلك المسائل، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر إلى ذينك المعنيين معاً، فمن أي كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

....

عموم المشترك عندنا حقيقياً بأن يعدّ تحقيقاً كما زعمه ذلك القائل. ثم أقول: الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته. ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال: هي إيجاب بعد الموت فإنهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل، والوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الإيضاح حيث قال: ذكر في الإيضاح: الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى. فإنه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى. وشرائطها: كون الموصي أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية، وإن لم يكن مولوداً، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجوداً حياً عند الوصية يصح وإلا فلا، وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولد قبل ستة أشهر حياً، وكونه أجنبياً حتى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجارة الورثة، وأن لا يكون قاتلاً وكون الموصى به شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث حتى أنها لا تصح فيما زاد على الثلث، كذا في النهاية وفي العناية أيضاً بطريق الإجمال. أقول: فيه قصور. بل خلل. أما أوّلاً فلأنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديوناً بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقاً لتركته، والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره. وأما ثانياً فلأنه جعل من شرائطها كون الموصي حياً وقت الوصية، والشرط كونه موجوداً وقت الوصية لا كونه حياً فيه، ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حياً، وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصي له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً، وأما ثالثاً فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصي به مقدار الثلث لا زائداً عليه، وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثة فإنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجزه الورثة، وإن أجازوه صحت وصيته به. وأما إذا لم يترك وارثاً فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرّر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين: مرّة بأن يكون له وارث، وأخرى بأن لا يجيزه الوارث.

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا، كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب: أي ما يجوز منه وما لا يجوز، وما يستحب منه وما لا يستحب. وقال: ثم ظاهر الإبدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه، لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، فالأولى إيراده بالواو العاطفة انتهى. أقول: فيه خلل فاحش. أما أولاً فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال: أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب. ولا يذهب عليك أن ذاك التقدير إن صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه، إذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء، فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما، فإن قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره. لا يقال: المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلاً مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما، ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه. لأنا نقول: نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلاً، فمن أين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك. ولئن سلم جوار إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذٍ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة. وبالجملة لم

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. والوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصي به وصية، وهي في الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث. وركنها أن يقول: أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها. وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكاً جديداً كما في الهبة وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. وصفتها ما ذكره بقوله: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قوله: (وسببها سبب التبرعات) أقول: وهو طلب زيادة الزلفى في العقبى كما مر في الوقف قوله: (وشرائطها كون الموصي أهلاً للتبرع وأن لا يكون مديوناً) أقول: أي ديناً مستغرقاً لتركته قوله: (وأجنبياً عن الميراث) أقول: أي وقت الموت قوله: (وأن لا يكون قاتلاً) أقول: قال في البدائع: وأن لا يكون حربياً غير مستأمن، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي.

الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع

يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط. فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف ها هنا، فإن صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها: أي كونها مرجوعاً عنها، وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلاً حتى عدم الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية، وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية. نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا، لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية، لا لأنه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب. وأما ثانياً فلأن قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد، إذ لا نسلم أن الظاهر ذلك، ولا نسلم أن أحداً سواه صرح به، وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، لا أن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة؛ ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين؟ وأما ثالثاً فلأن قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح إذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أي فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه، فيصير قوله وما يستحب منه لغواً من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكأن هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة ولعمري إنه عجيب من مثله قوله: **(الوصية غير واجبة وهي مستحبة)** أقول: الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مرّ آنفاً في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه، ولا ما سيأتي في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى، فكان الظاهر أن يقال: الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة، اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق، فكأنه قال: إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب، لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرّط فيها، إذا الظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين. قال في العناية أخذاً من النهاية: قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة (١٨٠) والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة انتهى. أقول: في قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا

يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة. والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال مَلَّكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(ومثله في الإجارة بيناه)** في

قوله: **(إذا كانوا ممن لا يرثون)** أقول: بسبب الكفر أو الرق.

الوصية ذلك فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث

يرثون فرض نظر، لأن الفرض غير الواجب عندنا، إذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الأصول، فلا يلزم من من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الردّ بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول: إنها فرض في حق الوالدين والأقربين، بل الظاهر أن الردّ لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة. ثم إن في أسلوب تحريره سماجة ظاهرة إذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم﴾ البقرة (١٨٠) الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً عليهما، بل المتبادر أن تكون دليلاً على قربتها، ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثاني، وصاحب النهاية وإن شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلاً آخر بعده من السنة حيث قال: وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»[1] انتهى. فجاز أن يجعل الدليل الأول دليلاً على القول الأول، والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللفّ والنشر المرتب. وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر. ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ها هنا قوله: **(وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين)** قال صاحب العناية: قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس، واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه بحث، إذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت، فإنه قال في وجه القياس: ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعاً، اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال: معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته لا كونه جواباً قاطعاً له عن عرقه. والأوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان، فإنه لما كان في تجوز تمليك مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد

أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان في المستقبل، وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس إليه. وقوله: **(وقد تبقى المالكية بعد الموت)** جواب عن وجه القياس. وقوله: **(وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ إلى آخر ما ذكر)** بيان لوجه الاستحسان. وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله وقررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها، وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أيّ وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٣٨ ومسلم ١٦٢٧ وأبو داود ٢٨٦٢ والترمذي ٩٧٤ و ٢١١٨ والنسائي ٨/ ٢٣٩ وابن ماجه ٢٦٩٩ ومالك ٢/ ٧٦١ وأحمد ٢/ ١٠ . ٥٠ . ١١٣ والدارمي ٢/ ٤٠٢ وابن الجارود ٩٤٦ وابن حبان ٦٠٢٣ والدارقطني ٤/ ١٥٠ . ١٥١ والبغوي ١٤٥٧ والبيهقي ٦/ ٢٧١ ٢٧٢ من طريق كلهم عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «ما حقُّ امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»

هذا لفظ البخاري. ومسلم وغيرهما. وأخرجه مسلم ١٦٢٧ والنسائي ٨/ ٢٣٩ وعبد الرزاق ١٦٣٢٦ وأحمد ٢/ ٤ وابن حبان ٦٠٢٥ كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً إلا أن فيه «ثلاث ليالٍ»

تنبيه: وأما سياق صاحب شرح الهداية فهو غريب.

ذكره ابن عبد البر من طريق ابن عون، وكذا الطحاوي وذكر النسائي إسناده فقط دون لفظه، وقال ابن عبد لبر: لم يتابع ابن عون على لفظ «لا يحل..» اهـ ذكره الآبادي في تعليقه على الدارقطني ٤/ ١٥١ قلت: ورواية للدارقطني: ما ينبغي لرجل.. الحديث.

شئتم» أو قال «حيث أحببتم»[1] وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال: (ولا تجوز ما زاد على الثلث) لقول النبيّ عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير» بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، ولأنه حق

لكونه التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال: إن المالكية لا تزول عن الإنسان بالكلية بعد الموت، بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج إليه كما في قدر التجهز والدين ومنه الوصية بقدر الثالث قوله: (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾) النساء (١١) قال صاحب العناية: وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة (١٨٠) بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله، وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة، والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصيّة للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة، فإن المواريث وإن لم ترتب في هذه الآية الوصية الأولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل ﴿من بعد وصية يوصي بها﴾ النساء (١١) فدخلت تلك الوصية الأولى أيضاً تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية. وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضاً كما هو المذهب في مقدار الثلث. وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية المواريث بأن قال: فيه نظر، لأن آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقاً انتهى. ثم إن بعض الفضلاء ردّ قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال: ولعل هنا سهوا، والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى. أقول: إنما الساهي نفسه، لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث، ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسياً بكلام الله تعالى، فإنه تعالى قال في أوّل آية المواريث ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ النساء (١١) وقال المفسرون: أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم، ثم قال تعالى في آخر تلك الآية ﴿وصية من الله﴾ النساء (١٢) فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن قوله:

وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا. وذكر فخر الإسلام وجها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر. وقوله: (وعليه) أي على جواز الوصية (إجماع الأمة) وقوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «بثلث أموالكم» من غير تقييد بإجازة. وقوله: (وسنبين ما هو الأفضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية (ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ما روى محمد

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه ابن ماجه ٢٧٠٩ والبيهقي ٦/ ٢٦٩ والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٠ كلهم من حديث أبي هريرة دون لفظ «فضعوها حيث شئتم».

قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف طلحة بن عمرو.

وورد من حديث أبي الدرداء أخرجه أحمد ٦/ ٤٤٠، ٤٤١ والبزار والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢.

وقال الهيثمي وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختلط. وورد من حديث معاذ بن جبل أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢ بلفظ رد إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم».

وقال الهيثمي: وفيه عقبة بن حميد الضبي وثقة ابن حبان.

الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك مصيره على ما بيناه، وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»[1] **بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف)** قال بعض المتأخرين: يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة، وقوله عليه الصلاة والسلام إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[2] الخ وإن دل عليه أيضاً لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذا لا يخفى عليكم أن قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[3] الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث، فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[4] الخ وإن دل عليه أيضاً، ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل، فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلاً، وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث. وقال ذلك البعض: إلا أن لقائل أن يقول: نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث، فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في

ابن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال «دخل النبي ﷺ يعودني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله؟ قال لا، فقلت: فبالنصف؟ قال لا، قلت: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، ولا تدع أهلك يتكففون الناس» وفي صحيح البخاري «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس». وقوله: **(وهذا لأنه)** ظاهر، والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء. وقوله: **(تحرزاً عما يتفق من الإيثار)** أي احترازاً عما يوجد من تأذي البعض وقطعية الرحم بسبب **(إيثار)** البعض على البعض على ما نيتيه، يعني عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية، روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم، وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل. وقوله: **(إلا أن تجيز الورثة)** استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث. وقوله: **(لأن الساقط متلاش)** دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته. وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلاً والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية، فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة

قوله: **(فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية)** أقول: لعل هنا سهواً، والعبارة الصحيحة: لرتبه عليها قوله: **(بل بعد: أي وصية كان نصيبهما)** أقول: ولنا فيه بحث، فإن دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة، وإنما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط، بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضاً إن وجدت، كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل قال المصنف: **(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد «الثلث والثلث كثير»)** أقول: قال النووي: يجوز رفع الثلث ونصبه، فالرفع على

---

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب.

(٢) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) هو المتقدم.

(٤) هو المتقدم.

. . . .

الاستدلال بحديث سعد[1] أيضاً انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بتام، لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله عليه الصلاة والسلام «والثلث كثير»[2] بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر: أي الثلث كاف، أو على أنه فاعل محذوف الفعل: أي يكفيك الثلث يدل على نفي لزيادة على الثلث، فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه، إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة، وقد أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»[3] بعد نفي وصيته بالكل والنصف، ولم يقل لحديث سعد، فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضاً ممنوع قوله: **(ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به)** وأوضحه صاحب الكافي بأن قال: ولأنه انعقد سبب الزوال أملاكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى. أقول: في هذا التعليل قصور، لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته، إذ لا ينعقد سبب زوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته، فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به، فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسوءا كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام، إلى هنا لفظه تدبر قوله: **(إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم**

الموصي. فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أوّل المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كأجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله: **(غاية الأمر)** يعني أن حقهم وإن استند إلى أوّل المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم: يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها

أنه فاعل: أي يكفيك الثلث. أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه، والنصب على الإغراء أو على تقدير اعط الثلث قال المصنف: **(وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم)** أقول: فرق بين انعقاد السب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال: لأن المرض سبب الموت، وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه، فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى. وفي مباحث العلة من كتب الأصول أن المرض علة تشبه الأسباب قال المصنف: **(ولأن الحقيقة تثبت عند الموت، وقبله يثبت مجرد الحق)** أقول: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذ ألحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطرق الاستناد، بخلاف ما سبق كما لا يخفى.

---

(١) هو موقوف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥١ والديلمي في الفردوس ٢٧٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٧١ كلم من حديث ابن عباس
ولفظ الدارقطني والبيهقي «الإضرار في الوصية من الكبائر» وإسناده ضعيف لضعف عمر بن المغيرة
قال الذهبي في الميزان بعد أن ذكر له هذا الحديث: والمحفوظ موقوف وقال البخاري: عمر بن المغيرة منكر الحديث مجهول اهـ.
والحديث ورد موقوفاً على ابن عباس أخرجه النسائي في الكبرى ١١٠٩٢ والدارقطني ٤/ ١٥١ والبيهقي ٦/ ٢٧١ وغيره وضعفه أحمد
وورد من حديث خالد بن عبيد السلمي أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢ بلفظ «إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»
وقال الهيثمي: إسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٤٢، ٢٧٤٤ ومسلم ١٦٢٨ وأبو داود ٢٨٦٤ والترمذي ٢١١٦ والنسائي ٦/ ٢٤١، ٢٤٢، ٣٤٣ وابن ماجه ٢٧٠٨ والدارمي ٣٠٧٩ والطيالسي ١٩٤ ١٩٥ وأحمد ١/ ١٦٨، ١٧١، ١٧٤، ١٧٦ كلهم من حديث سعد بألفاظ متقاربة.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

تحرزاً عما يتفق من الإيثار على ما نبينه، وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[1] وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. قال: (**إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار**) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (**ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته**) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته، بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه، لأن الساقط متلاش، غاية الأمر أنه

كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث. قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث: أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط، لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلاً. وقال هنا: فإن قلت: كيف يجوز إعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض، وبأيّ توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل إن ردوا؟ قلت: يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلاً قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر، ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين إلى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن، وحذراً عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فإن هذا مما يهم فهمه انتهى. أقول: حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام، ولم يدر أنه إنما ارتكب شططاً، فإن صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه؛ ألا يرى أنهم صرحوا بأنه إذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى الآخر، وكذا الحال فيما إذا جمع بين الأجنبية وأختها في النكاح، والمحذور بحسب العقل إنما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً، وأما إذا كان متعدداً بأن كان محل الصحة بعضاً من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلاً أصلاً، فلا ولجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع إليه، وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء مهما أمكن، والحذر عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو إليه أصلاً فيما نحن فيه لأن إلغاء الوصية فيما فضل عن الثلث إذا ردّه الورثة، وإثباتها في مقدار الثلث ضرورة على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من كلامه وبالجملة ما ذهب إليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى قوله: (**لأن الساقط متلاش**) قال الشراح قاطبة: قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردّوه بعد وفاته، وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى. أقول: فيه إشكال، أما أوّلاً فلأنه لا وجه لأن يقال: إن إجازتهم في حال حياة المورث ساقطة، لأن إجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينه، والسقوط إنما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك لداع؛ ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير

الإجارة، وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أوّل العقد والغصب (**وهذا**) يعني ما نحن فيه من الإجازة (**قد مضى وتلاشى**) حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد. وقوله: (**ولأن الحقيقة**) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك (**فلو استند**) ملكه إلى أول المرض (**من كل وجه لانقلب الحق حقيقة**) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورّث من أوّل المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين

---

(١) تقدم تخريجه في أوّل هذا الباب.
قال البيهقي: هذا هو الصحيح موقوف.

يستند عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق، فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله، والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة،

الوراث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً. وأما ثانياً فلأنه يلزم الفصل بين المدعي ودليله على تقديركون قوله المذكور تعليلاً لما ذكروه بمسألة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه، ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف. والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه: يعني أن إجازتهم بعد الموت إسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذٍ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى قوله: **(غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة)** وفي بعض النسخ عند الاستغناء **(لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى)** هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير، وهي أن حق الورثة وإن ثبت عند الموت إلا أنه يستند إلى أوّل المرض، فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتاً قبل الموت فينبغي أن تصير إجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد. فأجاب بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة فإنها تصح إذا كان المعقود عليه قائماً، وكثبوت الملك في المغصوب عند أداء الضمان، وهذا أي ما نحن فيه من الإجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغواً وقتئذٍ فلم يكن قائماً فلا يظهر في حقه الاستناد. هذا خلاصة ما في عامة الشروح، وإلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية. وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا. : فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله غاية الأمر: يعني أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة، وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أوّل العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيها من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى. أقول: فيه خلل، فإنه قال في أوّل تقرير السؤال: لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند إلى منع ذلك بقوله فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين. وقال في آخر تقرير الجواب تعليلاً لقول المصنف: وهذا قد مضى وتلاشى إذ لم يصادف محله، وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أوّل السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى قوله: **(ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق)** قال بعض الفضلاء: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذا الحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى. أقول: منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق، فإن المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على

فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز لما مر. فإن قيل: الوارث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق، بخلاف الإجازة فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل، فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجارح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق وفي ذلك إبطال لأحدهما. فقلنا: لا تجوز الإجازة نظر إلى انتفاء الحقيقة، وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق،

وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه. **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من**

الثلث بقوله ولأنه حق الورثة إلى آخره، والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفاً، إذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلاً، وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فإنما يتصوّر عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة إلى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق، بل لا وجه له بالنظر إلى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله)** يعني لو استند ملك الورثة إلى أوّل المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت. قال صاحب العناية: وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول: حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى. أقول: لمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً انقلاب الحق حقيقة أصلاً فضلاً عن استلزامه انقلابه إياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أوّل المرض في كلا الأمرين معاً بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلاً، إذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان، ولهذا وقع على اعتبار إجازتهم قبل الموت أيضاً اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الوراث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الإجازة، فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجارح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق، وفي ذلك إبطال لأحدهما، فقلنا: لا تجوز الإجازة نظراً إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق، ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول اهـ. أقول: فيه خلل، لأن قوله فنحن بين أمرين الخ مفرّعاً على ما قبله ليس بسديد، أما أوّلاً فلأن قوله وإما نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرّر فيما قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة، وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب، وإن

ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول. وقوله: **(والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة)** جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الإسقاطات وفيه لا رجوع فكذا فيها. ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقاً وحقيقة، وإنما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب. وقوله: **(وكذا إن كانت الوصية للوارث)** ظاهر. وقوله: **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي)** ذكره تعريفاً

قال المصنف: **(فلو استند من كل وجه)** أقول: لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه قال المصنف: **(ينقلب حقيقة قبله)** أقول: في الملازمة كلام قوله: **(فلو استند إلى أول المرض)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإن قيل: الوراث إذا عفا عن جارح أبيه)** أقول: أي جارح خطأ قوله: **(وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً)** أقول: الأولى: وإما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعاً بقوله باطلاً فتأمل، فإن لما في الكتاب وجهاً ظاهراً، ثم قوله هذا القلب: يعني لزوم القلب، وقوله مانعاً: يعني عن صحة الإجازة قوله: **(لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت)** أقول: وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق، ولذلك قال: فنحن بين أمرين الخ قوله: **(وفي ذلك إبطال أحدهما)** أقول: يعني الحقيقة.

قبل الموصي) عندنا، وعند الشافعي من قبل الوارث، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن. قال: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد**

السبب لم يتحقق في صورة الإجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت. وأما ثانياً فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول، مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلاً. وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضاً، فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدارية، ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال: وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق. وقال: ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى. أقول: ليس شيء من كلاميه بمستقيم. أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر عن الجراح لا تكرّر فيه إلى أن يموت المجروح حتى يقال: إن السبب هو الجرح المتصل بالموت، بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح، إلا أن يحتمل أن يكون قاتلاً وغير قاتل، وبالموت يظهر أنه قاتل، بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرر وتتجدّد إلى الموت، فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا.

وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلأن فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام قوله: **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث)** قال صاحبا النهاية والعناية: وجه قول الشافعي إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لأن الميراث يثبت للوراث من غير قبوله ولا يرتدّ برده، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عروض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى. وهكذا ذكر في الكافي أيضاً. أقول: قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي في مسألتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكاً للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما إذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازته الوصية لوراث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث، فإن الحكم في تلك الصورة أيضاً داخل في كلية مسألتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى. فالأولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عرض اهـ. فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسألة قولنا لما ذكر في الكتاب قوله: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً لقوله عليه**

على مسألة القدوري. وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوراث، لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بردّه، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض. ولنا أن الموصي صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي. وقوله: **(والإجازة رفع المانع)** جواب عن جعل الإجازة إخراجاً عن الملك: يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع. وقوله: **(وليس من شرطه القبض)** ردّ لكونها هبة فكأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع فصار ما نحن فيه، كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله، فأجازة المرتهن رفع المانع. وعورض بأن الوراث إن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله، وذلك يدل على كونه مالكاً فيكون التمليك من جهته. وأجيب بأن الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة، وإسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وإن

قوله: **(وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة)** أقول: كيف يكون رداً، إذ الشافعي يقول: بكون القبض من شرطه.

أن كان مباشراً) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل» ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما

الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل»[1]) أقول: لقائل أن يقول: إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ النساء (١١) وعموم قوله ﷺ «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم» أو قال «حيث أحببتم»[2] كما مر ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيداً لإطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه، وإن صلح أن يكون مخصصاً لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصوّر ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله، فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل؟ قال في البدائع: قال مالك: تصح الوصية للقاتل، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أوّل الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره. ثم قال: ولنا ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال «لا وصية لقاتل»[3] وهذا نص، ويروى أنه قال «ليس لقاتل شيء»[4] ذكر شيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعاً، وبه تبين أن

لم يكن تمليكاً كالعتق، والفائدة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فإن الإجازة صحيحة وتصير ملكاً للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا، ولو كان التمليك من جهة الوراث انعكست هذه الأحكام لكون الإجازة حينئذٍ هبة. قال: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً الخ)** لا تجوزُ الوصية لمباشر القتل عامداً كان أو خاطئاً لقوله ﷺ «لا وصية للقاتل» **(ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث)** وردّ بأنّ حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم، ولعل

قوله: **(لانعكست هذه الأحكام)** أقول: كما عند الشافعي قال المصنف: **(ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية)** أقول: فيه تأمل، فإن هذا مذهب المعتزلة، والأجل عندنا واحد. والجواب أنا لا نقول: العبد قطع عليه الأجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «الصدقة تزيد في العمر» قوله: **(مقاسمة قاتل أبيهم)** أقول: مثلاً قوله: **(وسلوك طريق الدلالة أسهل)** أقول: نعم لو ثبت شرط الدلالة، وذلك محل نظر.

---

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/٢٣٧ والبيهقي ٦/٢٨١ كلاهما من حديث علي بن أبي طالب في إسناده مبشر بن عبيد
قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث. يضع الحديث.
وقال البيهقي: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلى وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته.

(٢) هذا الخبر تقدم تخريجه في أوّل هذا الباب.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

(٤) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٦٤٦ رمالك ٢/٨٦٧ والبيهقي ٦/٢١٩ وأحمد ١/٤٩ كلهم عن عمرو بن شعيب «أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث» ورواية مالك «ليس لقاتل شيء» وكذا رواه الشافعي في الرسالة فقرة ٤٧٦ بتحقيق أحمد شاكر.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن اهـ لكنه منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر. وكذا قال ابن حجر في التلخيص ١/٨٤.
وله طرق أخرى فقد أخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ والدارقطني ٤/٩٦ والبيهقي ٦/٢٢٠ كلهم من حديث أبي هريرة بلفظ القاتل «لا يرث» لكن مداره على إسحاق بن أبي فروه
قال الترمذي: هذا حديث لا يصح، وإسحاق تركه بعض أهل الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم. وأخرجه أبو داود ٤٥٦٤ مطوّلاً والدارقطني ٤/٩٦ والبيهقي ٦/٢٢٠ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني ٤/٩٦ والبيهقي ٦/٢٢٠ وفيه «قضى النبي ﷺ ليس لقاتل ميراث» وأخرجه البيهقي عن ابن المسيب مرسلاً.
قال البيهقي بعد أن ذكر المراسيل عن عمرو بن شعيب: هذه مراسيل جيدة يقوّي بعضها بعضاً، ثم قال البيهقي عقب حديث أبي هريرة: إسحاق لا يحتج به إلا أن شواهده تقوّيه اهـ فهذا بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن، ولا سيما العمل عليه عند عامة الفقهاء.

يحرم الميراث. وقال الشافعي: تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين ما بيناه **(ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو**

القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى. أقول: ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية، ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخراً عن العام في الورود وهو لم يثبت قط، ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصاً لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد، ومن الدلائل المذكورة في أوّل الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصاً منه قوله: **(ولأنه استعجل ما أخّره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث)** قال في العناية: وردّ بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى. أقول: لا الرد شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقاً على الحرمان من الميراث حتى يردّ بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين، بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل، ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما. وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع، كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايظة، كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به، وأيضاً لو كان الأمر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً. والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهي القتل بغير حق، فإنه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه، وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث، والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى، فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعجل ما أخّره الله تعالى: يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث، وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال: ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه، وحرمان الوصية يصلح زاجراً كحرمان الميراث فيثبت انتهى. ثم قال صاحب العناية: ولعل التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى. أقول: فيه بحث، لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي، وتحقق ذلك فيما نحن فيه بطريق المذكور

التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً، وسلوك طريق الدلالة أسهل وقال الشافعي رحمه الله: **(تجوز الوصية للقاتل)** مطلقاً لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره. **(وعلى هذا الخلاف)** بيننا وبينه **(إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين)** يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها **(ما بيناه)** يعني من الحديث فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها، ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة. وأجيب بجعل الجارح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن الوصية. واعترض بنقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لأن التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل. وأجيب بأن عتقه من

قوله: **(فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن وقت الوصية)** أقول: فيه تأمل.

يوسف: لا تجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها، ولهما أن الأمتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم. قال: **(ولا تجوز لوارثه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث»[1] ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت

ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد، فإن المعنى المتقضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلاً ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول: ها هنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه، ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلي بلا احتياج إليه فإن استعجال القاتل ما أخّره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلاً وتسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى قوله: **(ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث)** أقول: أرى دليلهما هذا ضعيفاً جداً، فإن قوله إن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وإن لم يجزها الورثة، وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصوّر أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضاً لحقهم. ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام، لأن مجرد عود نفع بطلانها إليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الإرث أيضاً لحقهم، فلزم أن يجوز إرث القاتل أيضاً بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد، قال في العناية: فإن قيل: ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث. أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للبعد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن

حيث إن موته جعل شرطاً لعتقه وقد وجد، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الثروة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية **(ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها، ولهما أن الامتناع لحق الورثة)** إلى آخر ما ذكر في الكتاب فإن قيل: ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث؟ أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد. وقوله: **(ولأنهم لا يرضونها)** أي الوصية **(للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم)** أي لأحد الورثة، وفي

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٧١٣ وسعيد بن منصور في سننه ٤٢٧ والطيالسي ١١٢٧ والبيهقي ٦/ ٢٦٤ وأحمد ٥/ ٢٦٧ كلهم من حديث أبي أمامة «سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث. . . .» الحديث.

وورد من حديث عمرو بن خارجة في أثناء حديث وفيه: «إن الله أعطى. . .» الحديث

أخرجه الترمذي ٢١٢١ والنسائي ٦/ ٢٤٧ وابن ماجه ٢٧١٢ والدارمي ٣١٤٢ وسعيد بن منصور ٤٦٨ والطيالسي ١٢١٧ وأحمد ٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩.

قال الترمذي عقب الحديثين: حسن صحيح. وله طرق أخرى أوردها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٣، ٤٠٤ فهو يرقى إلى درجة الصحيح بمجموع طرقه.

الوصية لأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وحكمه يثبت بعد الموت **(والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية)** لأنها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر

أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع، بل إنما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا، ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً إلى دليلهما، وفي كونها من جهة العبد نظراً إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد، فما معنى أن تعمل الإجازة التي هي تصرف.من البعد في ارتفاع أحدهما دون الآخر، وبعبارة أخرى إن الميراث وإن كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل، فكان فعله هذا مانعاً عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن عمل الإجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه قوله: **(ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه)**[1] قال صاحب العناية: قوله بالحديث الذي رويناه إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى. أقول: هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية، بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسألة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ها هنا. والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الإشارة إلى ما ذكره في هذا الكتاب فميا مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[2] وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى قوله: **(وإقرار المريض للوارث على عكسه)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء. وقال صاحب العناية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور. وردّ عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بأن قال: الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ما ذكر انتهى. أقول: ردّه ساقط لأن الوصية إنما تكون هي المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الألف واللام في اسم

الوصية لأحدهم إن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل. وقوله: **(ولا تجوز لوارثه)** أي لوارث الموصي لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث» ولأنه يتأذى البعض إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(بالحديث الذي رويناه)** إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية. وقوله: **(يعتبر كونه وارثاً غير وارث وقت الموت)** ذكر في فتاوى قاضيخان: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرثه مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه. وقوله: **(وإقرار المريض للوارث على عكسه)** أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور: أي يعتبر في الإقرار

قوله: **(بتأويل الإيصاء أو المذكور)** أقول: الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور، فالأولى أو ما ذكر قوله: **(ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار)** أقول: قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين. قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض، وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله، أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت، وأما الإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا، وذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى. ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمله قوله: **(وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم)** أقول: فيه بحث، فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للأخ ولا الإقرار له أصلاً مع وجود الابن فليتأمل، فإن مراده فيكون وارثاً عند الإقرار بالتبين. وأما إذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح.

---

(١) أي الحديث المتقدم قبل خمسة أحاديث.

(٢) تقدم تخريجه قبل قليل.

ذلك وقت الإقرار. قال (**إلا أن تجيزها الورثة**) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه، ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم؛ ولو أجاز بعض وردّ بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه ويطل في حق الرادّ. قال:

المفعول حرف تعريف. وقد تقرر في علم الأدب أن الألف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول، فحينئذٍ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول إلى الموصول الذي هو الألف واللام، ولا يلزم إلحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول، فإن في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضاً ككلمة «ما» وكلمة «من» كما صرحوا به. نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية، لكن الأمر في كلمة ما أيضاً كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظراً إلى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظراً إلى المعنى المراد بالموصول. وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤوّلون المؤنث الذي عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الإشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير أيضاً بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم إن كان المراد بقولهم بتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال بتأول الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكر كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية. ثم إن الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه: أي يعتبر في الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: إن اعتبار وقتِ الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث، وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وراثاً وقت الموت أيضاً، ثم بين ذلك في مريض أقرّ لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وقال صحاب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال: يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثاً عند الإقرار، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وراثاً عند الإقرار، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل انتهى. أقول: فيه نظر لأن مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم، وليس بسديد، إذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضاً ذلك، وإلا لم ينتم قوله وإقرار المريض للوراث على عكسه، فإن أمر الانعكاس إنما يتحقق

للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت. ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث. وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً. ثم بين ذلك في مريض أقرّ لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا، لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل، وذلك لأنه قال يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثاً عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثاً عند الإقرار وإن كان محجوباً، والإقرار للوارث باطل. وقوله: (**إلا أن تجيزها الورثة**) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله ﷺ «ألا لا وصية لوراث». وقوله: (**ولأن**

(ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى: **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾** الآية. والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرّع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات **(وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة)** لقوله تعالى: **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين**

عند اتحاد المراد بالوراث، ولو كان المراد بالوارث هناك أيضاً ذلك لفسد المعنى، إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوباً عن الميراث عند موت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعاً ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه، ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن، فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه انتهى. فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروماً ولا محجوباً فاحتيج إلى التقييد في صورة الإقرار بما ذكره صاحب النهاية. ثم إن صاحب الغاية ردّ على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال: وذكر في وصايا الجامع الصغير: لو أن المريض أقرّ لابنه بدين وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وراثاً في ثاني الحال. ثم قال: فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال: أقرّ لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فإقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو أجنبي منه اهـ. أقول: الساهي هنا صاحب الغاية نفسه، لأنه ذلك البعض الذي نسب السهو إليه، فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلاً من كتاب الإقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي. واعترف صاحب الغاية أيضاً ثمة بأن الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلاً عن كتاب الإقرار، فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى. نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو، فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الإقرار، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه بقوله: أي يعتبر كونه وارثاً وغير وراث وقت الإقرار لا زمان الموت. قال: فلو كان وقت الإقرار وارثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وارثاً زمان الموت، ولو لم يكن وقت الإقرار وارثاً صح الإقرار وإن صار وارثاً زمان الموت، لأن الإقرار إيجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح ردّه في الحال انتهى. أقول: فيه بحث، فإن قوله فلو كان وقت الإقرار وارثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وارثاً زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الإمام قاضيخان في فتاواه في فصل إقرار المريض من كتاب الإقرار حيث قال: ولو أقرّ لوارث ثم خرج من أن يكون وارثاً بأن أقر الأخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح إقراره انتهى. ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة من الإطناب الممل قوله: **(قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر)** قال في الكفاية: أراد به الذمي بدليل التعليل، ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى. أقول: فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير إنما هما من كلام المصنف، فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلاً على إرادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه، على أن المراد

قال المصنف: **(والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات)** أقول: لا اختصاص لهذا الدليل بالثاني، بل يعم الأول أيضاً قوله: **(وإنما جعل هذا التصديق أفضل)** أقول: فيه بحث.

قاتلوكم في الدين﴾ الآية. قال: **(وقبول الوصية بعد الموت فإنها قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل)** لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد. قال: **(ويستحبّ أن يوصي الإنسان بدون الثلث)** سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، لأن التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم، بخلاف استكمال الثلث، لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى. وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين. قال: **(والموصى به يملك بالقبول)** خلافا لزفر، وهو أحد قولي الشافعي. هو يقول: الوصية أخت الميراث، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال، ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية. ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب، ولا يردّ عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله. أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول. قال: **(إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى به قبل القبول فيدخل الموصى له في ملك ورثته)** استحسانا، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن

بأهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستأمن، لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستأمن خارجاً عن مسألة الجامع الصغير، فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلاً على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستأمن، وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصي للذمي. نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلاً على حمل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذمي، وإن لم يكن دليلاً على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي. وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلاً على حمل المصنف أيضاً إياه على الذمي فقط كما لا يخفى قوله: **(وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة)** قال شراح الجامع الصغير: ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى. واقتفى أثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب. أقول: والإنصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جداً، إذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك،

الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لأنه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للأجنبي قوله: **(ولو أجاز بعض)** ظاهر. قال: **(ويجوز أن يوصي المسلم للكافر)** وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة، فأما الأول فلقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ الآية، نفي النهي عن البرّ إليهم، والوصية لهم برّ إليهم فكانت غير منهية. وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب. وأما الوصية لأهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة، وقالوا في شروح الجامع الصغير: إنه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم. ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك. وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة، لأنه له ولاية تمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته، خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله، لأنه منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليست كذلك. وقوله: **(وقبول الوصية بعد الموت)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر، والقبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى إليه، والوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك

الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في

بخلاف الفاسد منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض، فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس. ثم أقول: لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط، فإنه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي، بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال: وفي شرح الطحاوي قالوا: وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي. واختلف المشايخ فيه: منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال: لا ينبغي للمسلم أن يوصي للحربي كما ذكر في الأصل، ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير. ومنهم من قال في المسألة روايتان، هكذا قالوا. والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة، والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها، فقد نص على عدم الجواز في أصل المسألة ونص على البطلان في الفرع وأنه دليل على بطلانها، إلى هنا لفظ المحيط فتأمل. ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المارّ الذكر في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال: أقول لا يخفى بعده، بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن، فإن الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك، وهو المراد مما ذكر في السير الكبير، انتهى كلامه. أقول: هذا كلام عجيب، فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط: لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى، فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير قوله: **(وقبول الوصية بعد الموت، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل)** قال بعض المتأخرين: لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلاً عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بما دون الثلث اهـ. أقول: خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء، لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فيكف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت، لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور، فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف، فكأنه أراد أن يقول: لا يخفي أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الأمر قوله: **(ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم)** أقول: لقائل أن يقول: كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على

بالموت، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكناً من الموصى له فقلنا: لا تملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا إنه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الإمكان. وإن مات الموصى له من غير ردّ وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان. وقوله: **(ويستحب أن يوصي الإنسان)** واضح. وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل، وإليه الإشارة في قوله «إنك أن تدع عيالك» الحديث، ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب، فترك المال لهم خير من الوصية، وهو مرويّ عن

قال المصنف: **(وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»)** أقول: هذا الحديث لا يفي بتمام

ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة. قال: **(ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية)** لأن الدين يقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع، وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم. **(إلا أن يبرئه الغرماء)** لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها. قال: **(ولا تصح وصية**

الأجنبي، وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم، فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، فينبغي أن يكون التكميل أيضاً أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا. والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها، وفي التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل، ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها: أي بالكلية، وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها، فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معاً فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب، وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معاً أولى من العمل بأحدهما فقط قوله: **(ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها)** أقول: ولقائل أن يقول: قد حكم فيما مرّ آنفاً بأن الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد هنا بأن الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ. والجواب أن الاستحباب في قوله سابقاً ويستحبّ أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصي الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث: أي مصبّ الإفادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه، فمآل معناه إلى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقاً، وهذا إنما يقتضي أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقاً ولهذا قال المصنف في تعليله: لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم، وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضاً في بعض الصور، فبين المصنف ذلك بما قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى، فلم يكن ترديده وتفصيله ها هنا مخالفاً لما سبق آنفاً، بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام

أبي بكر وعمر قالا: لأن يوصي بالخمس أحب إلينا من أن يوصي بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصي بالثلث. والكاشح: العدوّ الذي ولى كشحه، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل الكاشح: الذي أضمر العداوة في كشحه، وإنما جعل هذا التصدق أفضل لأن في التصدّق عليه مخالفة النفس وقهرها. وقوله: **(والموصى به يملك بالقبول)** واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا. وقوله: **(ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب)** صورته أن يشتري المريض شيئاً ويوصي شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يردّه على بائعه **(ولا يردّ عليه بالعيب)** صورته أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يردّه على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الردّ في الصورتين جميعاً كما في الوراث. وقوله: **(ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله)** لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. وقوله: **(إلا في مسألة واحدة)** استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول: يعني إلا في مسألة واحدة، فإنها تملك بدون القبول. وقوله: **(لأن الدين مقدم على الوصية)** يعني في الحكم. فإن قيل: هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض. قال: **(ولا تصح وصية الصبيّ)** كلامه واضح. وقوله: **(ولو لم تنفذ تبقى على غيره)** يعني إذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا، ولو لم تنفذ يبقى ماله

المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل قوله: **(ثم باع شيئاً من التركة)** أقول: أي باع الموصي قوله: **(لا يرده على الموصى له)** أقول: بعد موت الموصي.

الصبيّ) وقال الشافعي: تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافاع[١] وهو الذي راهق الحلم، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولو لم تنفذ على غيره. ولنا أنه تبرّع والصبيّ ليس من

قوله: **(لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»[٢])** والكاشح: العدو الذي أولى كشحه، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع. وقيل الكاشح: هو الذي أضمر العداوة في كشحه. وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن الحديث حينئذٍ إنما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقاً كما هو المطلوب فلا يتم التقريب، وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال: هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدّره بأداة التعليل، إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لا يجدي نفعاً، لأن ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدره بها، ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال: لقوله عليه الصلاة والسلام **«أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»** ثم إن بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب: هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيما دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام **«أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»** فإنه بصريحه يدل عليه أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحمٍ غير كاشح، وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى. أقول: ليس ذاك أيضاً بتام فإنا إن أغمضنا عن منع قوله فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جداً قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير في الرحم، فإن تخصيص الكاشح بذي الرحم إنما يدل على أن يكون التصدق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة، كما أن لكونه كاشحاً تأثيراً

على غيره فكان الوصية أولى. وقوله: **(والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم)** يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه. وردّ بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه. وقوله: **(أنه أوصى لابنة عم له بمال)** لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه. قال الطحاوي: والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٧٦٢ والبيهقي ٦/ ٢٨٢ عن عمرو بن سليم أنه قيل لعمر: هٰهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس له ههنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بماء يقال له: بئر جشم قال عمر: فبيعت بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه هي أم عمرو بن سليم.

قال البيهقي: الخبر منقطع فعمرو بن سليم لم يدرك عمر إلا أن ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة.

(٢) جيد. أخرجه أحمد ٣/ ٤٠٢ من حديث حكيم بن حزام «أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الصدقات أيها أفضل؟ قال: على ذي الرحم الكاشح»

رجاله كلهم ثقات ولكن قال ابن حجر في التقريب: سفيان بن حسين ثقة في غير الزهري باتفاقهم اهـ لكن توبع

فقد ورد من حديث أم كلثوم أخرجه الحاكم ١/ ٤٠٦ والبيهقي ٧/ ٢٧ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ١١٦ صححه الحاكم ووافقه الذهبي

وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح اهـ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال باب الصدقة كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٦

وورد من حديث أبي أيوب أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ٤١٦ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ١١٦

وقال الهيثمي: وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام اهـ

الخلاصة: بمجموع طرقه، وشواهده يرقىٰ إلى درجة الحسن الصحيح.

أهله، ولأن قوله غير ملزوم وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم

فيها، ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدّق على غير ذي الرحم الكاشح، لأن في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف، فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف قوله: **(وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأول أولى)** أقول: لمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقاً، إذ الأجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر قوله: **(ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب)** قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية: صورة الأول أن يشتري المريض شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرده على بائعه. وصورة الثاني أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصي له انتهى. أقول: في تصوير الثاني بما ذكر نظر، لأن الموصي إذا باع شيئاً من الموصى به يصير راجعاً عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب، ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية ردّ المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية إثبات ملك جديد فلا يتم التقريب قوله: **(ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع)** أقول: هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فإنها واجبة على ما صرحوا به، فالأولى في التعليل البسط بأن يقال: لأنه حق العبد وأداؤه فرض، والوصية تكون بطريق التبرّع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب، وذلك فيما إذا كانت لأداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما، وأياً ما كان يقدم الدين عليها. أما في الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة. وأما في الشق الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله قوله: **(والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً)** يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً

من الشافعي لأنه مرسل، لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر، وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاث» وفيه نظر، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه. وقال ابن حزم: هو مخالف لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ الآية، فإنها تدل على أن الصبيّ ممنوع عن ماله. وقوله: **(وهو يحرز الثواب)** جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى. وقوله: **(كما بيناه)** إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه. وقوله: **(والمعتبر في النفع والضرر)** تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة؛ ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعاً بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوّج بأختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرّع والصبي ليس من أهله. وقوله: **(بخلاف العبد والمكاتب)** يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح **(لأن أهليتهما مستتمة)** أي تامة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوط المانع. وقوله: **(ولا تصح وصية المكاتب)** يعني تنجيزه لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مر آنفاً. وقوله: **(والخلاف فيها معروف عرف في موضعه)** يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير، وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما. لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية. ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق، والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. وقوله: **(وتجوز الوصية للحمل)** مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة **(وبالحمل)** كما إذا أوصى

مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، وذلك جائز عندنا، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه،

تسمية للشيء باسم ما كان كذا في العناية وغيرها **(أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا)** قال صاحب الغاية: وفيه نظر عندي، لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمي ذلك وصية بتجهيز نفسه، وكيف يحتمل أن يقال إنه كان أدرك لكن سمى غلاماً مجازاً لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم انتهى. وردّ صاحب العناية حاصل نظره، والجواب عنه حيث قال: وردّ بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه، وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمره دفنه. أقول: ليس ذاك الجواب بسديد. أما أوّلا فلأنه إذا كان لفظ اليافع في الأثر المزبور مجازاً عمن كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة، فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه. وأما ثانياً: فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جداً، فإن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى.

بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت، موجود في البطن وقت الوصية له أو به؛ ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الإسبيجاني في شرح الكافي، ومن وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية **(أما الأول)** وهو الوصية للحمل **(فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله)** بعد موته لا أنه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين إرثاً فكذا وصية لأنهما أختان. فإن قيل: لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله: **(إلا أنه)** أي فعل الوصية أو الإيصاء **(يرتدّ بالرد لما فيه من التمليك)** دون الميراث لعدم ذلك فيه. وقوله: **(بخلاف الهبة)** متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل: يعني أن الهبة للحمل لا تصح **(لأنها تمليك محض)** والجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض **(ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئاً)** يحصل الملك فيه بالقبض. **(وأما الثاني)** وهو الوصية به **(فلأنه)** أي الحمل **(بعرضية الوجود)**، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لا محالة. ولقائل أن يقول: في كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه، لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجوداً، وإذا كان موجوداً لا يكون بعرض الوجود. والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض. وقوله: **(وبابها أوسع لحاجة الخ)** وإن اختلج في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لإثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود، فالجواب ستسمعه إن شاء الله تعالى. وقوله: **(ومن أوصى بجارية)** يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعاً **(لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً)** لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها، وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية

قال المصنف: **(فإنه فرض والوصية تبرع)** أقول: فيه أن بعض الوصايا واجبة، كالوصية بالحج والزكاة، فالدليل قاصر كما لا يخفى قوله: **(ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً، إلى قوله: نقله بمعناه)** أقول: الرد للإتقاني، وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنهما صحيحان لما روي أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث، فرفعت القضية إلى عمر فأجاز. وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة، ولأن الوصية لا تزيل ملكه في الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات، وبهذا القول قال مالك وأحمد. والثاني وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهبته وإعتاقه، وذلك لأنه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وإن كان فيه غبطة انتهى قوله: **(وقوله إنه أوصى**

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصية وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق،

نعم لو كان المروى في الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي، لأن معنى أوصى إليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال قوله: **(قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه)** قال في العناية: قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة عن القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى. أقول: فيه إشكال، لأنه إن أراد أن قوله لما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة إلى آخره: أي إلى آخر تعليل تلك المسألة وهو ما ينتهي عند قوله وإن كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فإنه إنما يتمشى في

يتناولهما. فإن قيل: كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية، كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلاً. فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله. أجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً: يعني أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصي عن قيد الإفراد، فإذا أفرد الأم لم يبق مطلقاً بل تقيدت الأم بالإفراد فصحت الوصية بها مفردة. وقوله: **(ولأنه يصح)** قد ذكره في البيوع. قال: **(ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية)** الرجوع عن الوصية جائز لوجهين: أحدهما أنه تبرّع لم يتم لأن تمامها بموت الموصي والتبرّع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى. والثاني أن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرّع أولى، ثم الرجوع قد يكون صريحاً وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان، وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة.

وقوله: **(وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً، كذا ذكره محمد)** اعلم أن محمداً ذكر في الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع، وذكر في المبسوط أنه رجوع، فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له، وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضاً، والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الإنكار حينئذٍ. ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فإنه قال فيه: إذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا أني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعاً، لأنه قوله اشهدوا إني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا، إلا أني سألتكم أن تشهدوا لي بالباطل، وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعاً لأنه ليس بجحود حقيقة، وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها. ومنهم من قال: المذكور في الجامع جواب القياس، والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان. ومنهم من قال: في المسألة روايتان. قال شيخ الإسلام: وهو الأصح. ومنهم من قال: المذكور في الجامع قول محمد، والمذكور

لابنه عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول: لو أريد ذلك لقيل إلى ابنه عم له قوله: **(وهو مخالف لقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ الآية)** أقول: هذه الآية في أوائل سورة النساء قوله: **(أو تساويهما فيه)** أقول: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض قوله: **(كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب)** أقول: فيه بحث، فإن الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل قال المصنف: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر)** أقول: هذا إذا لم تكن المرأة التي أوصي بحملها معتدة، . فإنها حينئذٍ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الوصي ففي كلامه نوع قصور قوله: **(واختاره صاحب النهاية)** أقول: صاحب الكافي أيضاً.

بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه. قال: **(ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء)** لأن ماله لا يقبل التبرّع، وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح، وعندهما تصح رداً لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهر حرّ ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه. قال: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية)** أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته،

صورة إن كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى في صورة إن كانوا أغنياء، ويلزم أن لا يصح قول الشارح فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه إذ الأفضلية متعينة حينئذٍ فلا معنى للترديد، وإن أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة إن كانوا أغنياء أيضاً يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا، وكلام الشارح أيضاً في صورة إن كانوا أغنياء إلا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أوّلاً وهو كون الوصية أولى من تركها. وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال. قال المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية: وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة إليه في المقصود انتهى. أقول: إن قوله ولا حاجة إليه في المقصود ليس بصحيح، إذ لا أفضلية للترك في صورة إن كانت الورثة أغنياء، بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرّر فيما سبق، والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة إن كانوا أغنياء إلا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسألة وهو تساوي الوصية وتركها إذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر إحراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة إلى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر إلى تلك الصورة أيضاً. وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة، لا حاجة إليه في المقصود حيث قال: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى قوله: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية)** أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الإسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف، أو من وقت موت الموصي بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية، هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان. قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال: أقول: ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي، أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً لأنها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيْجاب بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك، وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه، فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية

في المبسوط قول أبي يوسف. قال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح، لأن المعلى قال في نوادره: قال: سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد، قال: يكون رجوعاً، وسألت محمداً قال: لا يكون الجحود رجوعاً، وهو مختار

إلاّ أن يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك، بخلاف الهبة، لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً. وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه،

في المسألة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهي أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت، إلى هنا كلام ذلك البعض.
أقول: فيه اختلال فاحش، فإن قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً ممنوع، كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية، وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معيناً يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لا ملكه ثم ملكه يوماً من الدهر لا تصح الوصية، وإذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتتعلق الوصية به، فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية، حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي. فإذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالاً غيره فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه اهـ. فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت، فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما: أي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً، وقوله في تعليل ذلك لأنها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب ليس بتام، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب، كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك، ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مرّ من قبل، وقوله بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح، لأن ذلك إنما يكون دليلاً على كون المعتبر وقت الموت فيما إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما إذا كان الموصى به معيناً كما فيما نحن فيه، وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسألة التي ستجيء في الكتاب: هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال، وأما إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه. ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً. وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام، لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية، ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سيما عند الطحاوي، فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع: ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية، وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى. وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في

المصنف واستدل لأبي يوسف بأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعاً فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً (ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له

ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى، قال: **(ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت**

المسألة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهو أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح، إذ لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ، بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته، وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة، ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهما معاً، وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكم بحت، بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها. وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ، وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين، وقد بينه صاحب البدائع بأن قال: وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده. ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى. ثم إن ذلك البعض قال: واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أوّله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما: أي في الموصى له وبه، وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى. أقول: إن صاحب الكافي. قال في أول كلامه: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ثم قال في آخره: وأما الثاني فلأنه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى. فيجوز فيه الوجهان: أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية، ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره، وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط، وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوّله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أوّل المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن، وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال: لم يظهر لي وجهه. ثم إنه أخطأ في قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل، فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه: وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل. ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز: وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى، أقول: ليس ذاك أيضاً بسديد، لأن عبارة الكافي في أوّل الكلام هكذا: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريباً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل، فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له. نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل، وبهذا ترد المخالفة بين أوّل كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفاً من أحد الوجهين فتبصر قوله: **(وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية)** قال صاحب العناية: في شرح هذا المحل: وأما الثاني وهو الوصية به فلأنه أي الحمل بعرضية الوجود، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت

(نفي في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال كونه كاذباً في جحوده إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من

الوصية والاستثناء) لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا، **فإذا أفرد الأم** بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه

وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى. أقول، فيه خلل ظاهر، فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة إذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم بوجوده وقت الوصية أصلاً فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، وهذا مما لا سترة به قوله: **(ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة البيع، فإنه إذا باع جارية إلا حملها فسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هناك أيضاً. لا يقال: إنما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح إفراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع، بخلاف الأمر في الوصية: فإن إفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتي في التعليل الثاني. لأنا نقول: ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط. ثم إن صاحب العناية قال في شرح أوّل هذا التعليل: لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع، وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها انتهى. أقول: مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية، وأن يكون ذلك القياس وحده دليلاً مستقلاً على صحة استثناء الحمل في مسألتنا هذه، لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها، ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك، فإن معناه هو الإخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح. وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الإقرار: الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ، وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو

ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً. وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل. وقوله: **(أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال)** دليل آخر. تحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والإثبات والآخر مجرد النفي، فلا يكون

قوله: **(فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة)** أقول: فيه بحث، فإنها إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية، إذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل قوله: **(والجواب ستسمعه)** أقول: في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم قوله: **(ولا هو داخل في الموضوع)** أقول: عطف على قوله ليس بموضوع قوله: **(وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه)** أقول: الاستدل بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء، ثم قوله صح استثناؤه: يعني لتقرير الملك قوله: **(لأن اسم الجارية يتناولهما)** أقول: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك قوله: **(كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً)** أقول: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناؤه لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق قوله: **(اعلم أن محمداً ذكر في الجامع)** أقول: يعني في الجامع الكبير قوله: **(وهو رجوع في الروايات كلها)** أقول: على قول هؤلاء المشايخ.

منه، إذ لا فرق بينهما، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه، وقد مرّ في البيوع. قال: **(ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية)** لأنه تبرّع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة، ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع. قال: **(وإذا صرّح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً)** أما الصريح فظاهر، وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك، فإذا فعله الموصي كان رجوعاً، وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب. وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله، مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلاّ في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعا. وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراد أن يعطي ثوبه يغسله عادة فكان تقريرا. قال: **(وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا)** كذا ذكره محمد. وقال أبو يوسف: يكون رجوعا، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود

المتصل. وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الأصول، ويمكن أن يقال: إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازاً في المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معاً كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء، فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسألة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول بل ينافي في ذلك فيتم التقريب. وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولهما حيث قال: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك انتهى. أقول: هذا في غاية السقوط، إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصوداً، وقوله فليس كذلك ليس بشيء إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصوداً، إذ لا معنى لإيصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فإنه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضاً، بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها إياه فجاز أن لا يكون مقصوداً عن إيصائها كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فإنه لم يكن داخلاً انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناؤه، لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى. وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال: فإن قلت: يشكل حينئذٍ ما ذكر في

الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وها هنا قال: والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم

نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً. ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة

كتاب الإقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي وللمقر له الدار والبناء لأن الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء يدخل تبعاً، والاستثناء إنما يصح مما يتناوله الكلام نصاً لا تبعاً فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا؟ قلت: إنما لم يصححوا ذلك لاستلزامه إبطال حق ثبت بالإقرار، ولا يلزم ذلك في الوصية لأنها تبرّع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى. أقول: جوابه ليس بمستقيم، فإن إبطال حق ثبت بالإقرار إنما يلزم في تلك المسألة المذكورة في كتاب الإقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقرّ له، وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم إبطال ذلك أصلاً، إذ يصير الإقرار حينئذٍ مخصوصاً بما عدا البناء، إذ قد تقرّر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلاً هذه الدار لفلان إلا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان، وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أوّل الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء، فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسألة الإقرار لم يستلزم ذلك إبطال حق ثبت بالإقرار قط، ثم إن المصير إلى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضاً، إذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج إلى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسألتنا هذه، ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم، فإن مسألة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسألة قوله: **(وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً)** قال بعض المتأخرين: قلت هذا كلام ظاهري، وإلا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذاك انتهى. أقول: ليس المراد بقول أبي يوسف إن جحود الوصية يكون رجوعاً عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى، بل المراد أنهما متحدان حكماً وهو إبطال الوصية بأن لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم، ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الأوّل فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده إنما يؤول إلى ما ذكره المصنف في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته إلى نفسه بقوله قلت قوله: **(ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً)** قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل: ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى. أقول: فيه خلل. أما أوّلاً فلأنه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب، وليس بمستقيم لأن الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظاً ولا معنى ولا حكماً، فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميراً راجعاً إلى الكذب. وأما ثانياً فلأنه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستدركاً لا طائل تحته، فإن ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان. وأما

من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة، وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن

في ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة. قال: **(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً)** لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل **(بخلاف ما إذا قال فهي باطلة)** لأنه الذاهب المتلاشي **(ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً)** لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين **(بخلاف ما إذا قال تركت)** لأنه إسقاط **(ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً)** لأن اللفظ يدل على قطع الشركة **(بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر)** لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها **(وكذا إذا قال فهو**

ثالثاً فلأنه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتاً بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغواً باطلاً لا حكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته، ثم قال صاحب العناية: وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف: وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغواً، وليس معناه ذاك بل معناه: وإذا كان الإيصاء أو الحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغواً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال، ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: **(أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة)** قال في العناية: فيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وهنا قال: والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضادّ ليس من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير انتهى. أقول: يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضادّ بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً أصلاً، بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وإن كان الجحود نافياً في الماضي أيضاً كما أفصح عنه في غاية البيان. وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط: والأصح قول أبي يوسف رحمه الله. ووجهه أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازاً فيحمل على المجاز وهو الفسخ

الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان، والتضادّ ليس من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة: يعني مستعاراً للطلاق، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهم للآخر. وقوله: **(ولو قال كل وصية أوصيت بها)**

قوله: **(وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال)** أقول: لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا، ولا هو في حكم المذكور حتى يرجع إليه الضمير، وأيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خالياً عن الفائدة قوله: **(وكلاهما مصادرة عن المطلوب)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بمذكرة كما فعله الإتقاني لا يلزم المصادرة، فإن المدعي هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى قوله: **(والجواب عن الأول أن قوله الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التنزل والتسليم قوله: **(وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ)** أقول: وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض.

لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث. وقد ذكرنا حكمه **(ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها)** لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للأول **(ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة)** لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت.

صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان، وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصي ينفرد بفسخ الوصية، بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تعذر حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضاً تعذر حمله على الفسخ، لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق، إذ لا مشابهة بينهما، لأن الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر.

واضح. وقوله: **(لأن اللفظ يدل على قطع الشركة)** قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى هذا التعليل. وقوله: **(وقد ذكرنا حكمه)** يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا.

باب الوصية بثلث المال

قال: (**ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما**) لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (**وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً**) لأن كل واحد منها يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب، كذا في النهاية والعناية قوله: (**وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث**) أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية، وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضاً، مع أنه يتصوّر هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث. وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال، ولا يتصوّر حينئذٍ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جداً، لأن العبد يكون زائداً على الثلث في تلك الصورة لا محالة، ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة، بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل قوله: (**لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة**) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفاً. قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا: وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اهـ. أقول: ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: والوصية بالسعاية

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب. قال: (**ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ**) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضاً بذلك فالورثة إما أن يجيزوهما أو لا، فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان، إذ لا

باب الوصية بثلث المال

قوله: (**أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً**) أقول: المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة.

سهماً والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم: سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر **(وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما. وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة)** لهما في الخلافة أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها، وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع، بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة، بخلاف، ما نحن فيه، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث، لأن هناك الحق تعلق بعين التركة، بدليل أن لو هلك واستفاد

بمنزلة الدراهم المرسلة، وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اهـ قوله: **(ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس. فيتم له السدس ولا يزاد عليه)** اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله؛ فقال أكثرهم منهم صاحب العناية: معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لأدائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوّش وجه، وهل يليق هذا بمنصب المصنف. وقال بعضهم: معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتاً عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس اهـ. أقول: لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة: وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسألة عنده هو السدس مطلقاً: أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصاً

يزاد على الثلث حينئذ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما، وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعاً. وقوله: **(وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس)** واضح. وقوله: **(ولا يضرب أبو حنيفة)** أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً: أي جعل ومفعول لا يضرب محذوفاً: أي لا يضرب شيئاً وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له غيرهما وتم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة. وصورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة لآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقاً جميعاً، وإن لم يجيزوا عتقاً من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي. وصورة الدراهم المرسلة: أي المطلقة هي أن يوصي لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله، لأن اللفظ في مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج

قوله: **(وصورة الدراهم المرسلة: أي المطلقة)** أقول: يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما، كذا في صدر الشريعة
قوله: **(صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها)** أقول: أي على دليلها.

مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هكلت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة. قال: **(وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة. ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز)** لأن الأول وصية بمال الغير، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز. وقال زفر: يجوز في الأول أيضاً فينظر إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ماقلنا. قال: **(ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس ولا يزاد عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة)** لأن السهم يراد به احد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن به فيصرف إليه، إلا إذا زاد على الثلث فيردّ عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة. وله أن

عنه أو زائداً عليه، فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقاً لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور، فإن في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه، والتعليل المذكور ينافي ذلك. وقال صاحب العناية: فإن قيل: أخس الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس؟ قلت: جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الأثر واللغة اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الأنصباء الذي هو أقلها بمعنى السدس، وكلام السائل في الثاني دونه الأول كما ترى. والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلاً عن المبسوط وهو أن أقل الأنصباء باعتبار الأصل وهو القرابة إنما هو السدس، وأما الثمن فإنما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية، وما يكون عارضاً في مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس. ثم قال صاحب العناية: واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوّز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوّز الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس، ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط، وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما، وإما أنه جمع بينهما، إلى هنا لفظ العناية. أقول: كيف يتصوّر الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جوّز على رواية

من الثلث **(لهما في الخلافية)** وهي ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه **(أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق)** على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض **(وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة)** والسعاية والدراهم المرسلة. ولأبي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق، وإذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه **(كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع)** تبطل ببطلان البيع، وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ها هنا **(بخلاف مواضع الإجماع)** يعني المحاباة وأختيها وهو واضح. وقوله: **(وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته)** صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها. وقوله: **(وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث)** يعني بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال. وقوله: **(لأن هناك الحق تعلق بعين التركة)** يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة، ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد مالاً آخر، وحق الورثة أيضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين، بخلاف الألف المرسلة، ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم

قوله: **(ولم يجوز النقصان عن السدس)** أقول إلى هنا لفظ الكافي قوله: **(وقوله ولا يزاد عليه الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقاً فحينئذٍ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير.

السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام فيما يروى[1]، ولأنه يذكر ويراد به السدس، فإنّ إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم

الأصل النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وجوّز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس، ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء. ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسألة أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه، فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى، فلا وجه لقوله وإما أنه جمع بينهما. وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه: ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقاً فحينئذٍ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اهـ. ليس هذا بمستقيم، فإن التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقاً كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقاً، فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير، كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الأصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفاً قوله: **(ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ)** قال صاحب العناية: قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل، لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطي ما ذكرنا وفي بعضها فيعطي الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطي السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أخس السهام أكثر يعطي ذلك، لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اهـ. أقول: قد مرّ منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسألة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام[2] يقتضي كون المراد من مسألة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية. ثم قال صاحب العناية: وأما الثانية وهو قوله فيعطي الأقل منهما فتؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله ما ذكرنا إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس اهـ. وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال: لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به

تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه. قال: **(ومن أوصى بنصيب ابنه)** ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صحت **(وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز)** كان له ابن أو لم يكن **(لأن الأول وصية بمال الغير لأن**

---

(١) ضعيف. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٣ كلاهما عن عبد الله بن مسعود ولفظ الأول «أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس».

قال الهيثمي: وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي، وهو ضعيف.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٨: وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار، وقال: العرزمي متروك، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها، واسمه عبد الرحمن بن ثروان.

(٢) هو الحديث المتقدم.

سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا، قالوا: هذا كان في عرفهم، وفي عرفنا السهم كالجزء. قال: **(ولو أوصى بجزء من**

السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه[1] ليتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، لأن أثر ابن مسعود رضي الله[2] عنه هو الدليل الأوّل، فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين اهـ. أقول: هذا الذي ذهب إليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فإن قوله فيعطي ما ذكرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل، فكيف يصح منه الإشارة في الدليل إلى ما يخالف المدعي وينافيه. ثم إن كون المذكور في الكتاب مركباً من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين قوله: **(ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان)** قال صاحب التسهيل: أقول: دلت هذه المسألة على أن أحداً لو أقرّ بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلاً يجبر ورثته على البيان، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك: قلت: ما ذكره قياس مع الفارق، لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقرّ على بيانه بطلب المقرّ له، فإذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقرّ له فلم

نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب، والوصية بمال الغير لا تجوز **(والثاني وصية بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر بقدره)** وقال زفر: جازت الأولى كالثانية نظراً إلى حال الوصية، فإن المال كله له في ذلك الحال لكونه حياً بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء **(وجوابه ما قلنا)** وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير قوله: **(ولو أوصى بسهم من ماله)** معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه. فإن قيل: أخسّ الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس، قلت: جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الأثر واللغة. أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروي أن السهم هو السدس. وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي البصرة قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس. واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوّز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوّز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية المصنف

قوله: **(وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه)** أقول: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً من السدس فيصح ذلك دليلاً لما في الكتاب. نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد إذا أعطى السدس إذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك إذا كان أقل مع أن فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلاً لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى قوله: **(وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ)** أقول: لم يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل قوله: **(وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل)** أقول: كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس

---

(١) أي الحديث المتقدم قبل قليل.

(٢) أيضاً هو الحديث المتقدم.

ماله قيل للورثه أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان. قال: **(ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر**

ينب عنه ورثته، بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقول مقامه إحياء لحق ثابت اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأنهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه، بل يكفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه، فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الإقرار من وقت الإقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل، وإنما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم، وهو ليس بمتحقق هنا، فإنه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون أمام الموصي إحياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقرّ بالمجهول أيضاً إذا مات مجهلاً إحياء لحق ثابت بالإقرار، فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر في حياة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلاً فليس بصحيح، إذ لا شك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته، وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقي أصل الحق عليه فهو مسلم، لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته، فإنه لما بقي حق المقرّ عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعد موته كان ينبغي أن ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تأمل تقف قوله: **(ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه)** لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلاً في الثلث حملاً لكلامه على

تخالف كل واحد منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط. وقوله: **(ولا يزاد عليه)** ليس في رواية الجامع الصغير، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما، وإما أنه جمع بينهما وقالا: **(له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة)** ومفزعهما العرف **(فإن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد)** أي الأقل **(على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة)** ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفاً في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول إياس. وقوله: **(ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ)** مشكل، وذلك لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا، وفي بعضها فيعطى الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب، فإن فيه الزيادة عن السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين. وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله: **(ما ذكرنا)** إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن

فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطي، وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير، وإلا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر قوله: **(على رواية الجامع الصغير يعطى السدس)** أقول: بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي، وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع قوله: **(وأما على رواية الأصل فتخريجه الخ)** أقول: فيه نظر، بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كتخريجهما.

له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه، ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة. قال: **(ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي)** وقال زفر: له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توىٰ منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة. ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه

المتيقن، هذا زبدة ما في الشروح. قال بعض المتأخرين بعد ذكر ذلك الدليل على هذا المنوال: هكذا قالوا، وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه. ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للمعنيين وكان الذكر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث. قلنا: ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا، بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا بشيء إذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين، فإن زيادة الثلث على السدس كما هو الاحتمال الأول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب، وانضمام الاحتمال الثاني إليه إنما يفيد جواز إرادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك. فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه. وقال صاحب العناية: فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة. فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث اهـ. أقول: في قوله وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث، لأن ما يملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم تجز الورثة. وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضاً، ويتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر قوله: **(لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار إليه)** أقول: فيه تأمل فإنه إنما يظهر أن لو كان حق الموصي له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معاً كما صرحوا به. وقالوا: الأصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له إذ ذاك شريك الورثة، وعن هذا لا يأخذ الألف كملاً في صورة إن لم يخرج الألف من ثلث

السدس، وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية، وإن كان غير ذلك فالله أعلم به، وجهد المقل دموعه. وصورة المسألة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجاً وبنتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطى الربع: أي مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسألة على قوله على ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسألة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو

قوله: **(لأن كل واحد منهما: أي من الهالك والباقي)** أقول: ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم، بل هذا المعنى ألأم لقوله يتوى ما توى الخ. قال العلامة الإتقاني في وجه قول زفر: إن الموصي لما مات بقي المال مشتركاً بين الورثة والموصى له، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة، وإذا بقي يبقى على الشركة، فكذلك ها هنا الذي هلك هلك أثلاثاً، والذي بقي بقي أثلاثاً، وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى، وفيه فوائد لا تحصى قوله: **(وظهر من هذا قوله)** أقول: قوله قوله فاعل ظهر.

جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم، بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً. قال: **(ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب. قالوا: هذا)** إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة **(ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي، وكذا الدور المختلفة)** وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها. وقيل هو قول الكل لأن عندهما القاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع، والأول أشبه للفقه المذكور. قال: **(ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين، فإن خرج**

العين، وإذا كان حق الموصي له شائعاً في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصي له بالعين في صورة إن خرج الألف من ثلث العين بخساً في حق الورثة كما في الصورة الأخرى، إذ يلزم حينئذٍ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين، وهذا بخس في حقهم لا محالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات قوله: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحيّ الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: واندفع بقوله فلا يزاحم الحيّ ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث اهـ. أقول: في تقرير الشارح المذكور هنا قصور. أما أوّلاً فلأنه أضاف اندفاع الإشكال بالمسألة التي ذكرها إلى قوله فلا يزاحم الحيّ مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة، وإنما قوله فلا يزاحم الحيّ متفرّع على ذلك، والأصل أن يضاف الحكم إلى الأصل دون الفرع. وأما ثانياً فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف لا يزاحم الحيّ هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه، لأنه إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي كان

سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت، وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة، وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت، وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الأربعة ليكون المزيد مثلاً للربع، وأما على رواية الأصل فتخريجه كتخريجهما، وعلى هذا قس أمثالها وخرّجها على الروايتين. وقوله: **(قالوا)** أي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء **(ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان)** ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشيء فالحكم كذلك وقوله: **(وأجازت الورثة فله ثلث المال)** فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة، لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث. وقوله: **(والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الأول)** قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى. قال: **(ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه)** ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه **(فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي. وقال زفر: له ثلث ما بقي، لأن كل واحد منهما)** أي من الهالك والباقي **(مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها، وصار كما إذا كانت التركة أجناساً**

الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار إليه، وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألوف لأن الموصى له شريك الوارث، وفي تخصيصه بالعين نجس في حق الورثة لأن للعين فضلاً عن الدين، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه. قال: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد)** لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحيّ الذي هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد

للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به، مع أن العلة هناك أيضاً التزاحم، وإن التزاحم فيه إنما يتصوّر في حال إيجاب الموصي لا في حال الملك إذا كان أحدهما ميتاً في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال: ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لأن استحقاق الحيّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه اهـ. وأما ثالثاً فلأنه لم يتعرّض لبيان اندفاع الإشكال بمسألة أخرى أيضاً بعبارة الكاتب، وهي أي تلك المسألة ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي فإن للباقي نصف الثلث هناك أيضاً كما ذكرنا من قبل مع أن التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضاً، فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية قال: وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسألة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي

مختلفة) وهو القياس **(ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد)** أي مكن جمع حق شائع لكل واحد في **(فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة)** مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديماً للوصية على الإرث لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربا الذي هو تبع لا إلى رأس المال **(وصارت الدراهم)** أي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد. ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا. وقوله: **(بخلاف الأجناس المختلفة)** جواب عن قول زفر كما إذا كانت التركة أجناساً، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة، لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع فبقي الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً، فما هلك على الشركة وما بقي بقي عليها أثلاثاً، وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه، وأما إذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له إلا الثلث الباقي لكثرة التفاوت، هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف. واختلف المشايخ **(فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة)** فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمام فخر الإسلام. وقيل المذكور في الجامع قول الكل لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له **(أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك)** أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه **(يتعذر الجمع)** وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك **(والأول)** وهو أن يكون في المسألة اختلاف **(أشبه للفقه المذكور)** وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لأنه يجعلها أجناساً مختلفة، وهما يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنساً واحداً. قال: **(ومن أوصى لرجل بألف درهم)** ومن أوصى لرجل بألف درهم

قوله: **(فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما)** أقول: قد سبق أن الوصية تملك بالقبول إلا في مسألة فتذكر فإنه ينفعك ها هنا قوله: **(حال الملك)** أقول: يعني حال موت الموصي.

وجدار. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحيّ إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحيّ، وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث، لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم، ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث، ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث. قال: (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا. ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذٍ، وهذه الوصية

نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما، وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما أن في المسألة الأولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه في مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث، وفي المسألة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لأن الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث، لأن الانقسام قد حصل بينهما عند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلاً لإيجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر، كما لو ردّ أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث، وهذا على خلاف مسألة الكتاب فإن فيها للحيّ كل الثلث، لأن الميت ليس من أهل الوصية له، فإنما ينتقص حقه بإثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتاً فبقي الثلث للحيّ منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللمولى فالثلث كله لفلان، إلى هنا لفظ النهاية فتبصر قوله: (ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءاً من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشرعية في شرحه للوقاية: واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له، وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم، لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير، فعبارة الهداية تناولت صورتين: ما إذا لم يكن له شاة أصلاً، وما يكون له شاة لا غنم له، ففي الصورتين تبطل الوصية، وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية، فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اهـ. كلامه. وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه: إنما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية، لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون

(وله مال عين ودين فإن خرج الألف ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً (دفع) الألف منه (إلى الموصى له) وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفاً دفع منه إليه ثلثه (وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث) والأصل في المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس، ولا بخس في حق أحد بتخصيصُ الموصى له بالعين في الأول فيصار إليه، وفي الثانية بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لأن للعين فضلاً على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين. قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس. سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقاً، فإن من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكاً له لوجب على الوارث حصة

قوله: (قال الفقيه أبو الليث) أقول: في كتاب نكت الوصايا.

تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أو الوصية تصح، لأنها لو كانت بلفظ المال تصح، فكذا إذا كانت باسم نوعه، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت؛ ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطي قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها في مطلق المال، ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ولا غنم قيل لا يصح لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية؛ ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرّج كثير من المسائل. قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم)** قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان، وأصله

العكس، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اهـ. وقال في حاشيته: أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة: واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب، وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع. قلت: بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب، وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه، فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السرّ في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه. أقول: الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسألة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة، لأن الموصى به في هذ المسألة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذٍ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم، ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً، فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع. نعم لا يوجد حينئذٍ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها، ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها، ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به. ومما يرشد إلى كون جواب هذه المسألة فيما إذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة. وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرحه: لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءاً من الغنم، وأنه يصلح جزءاً للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اهـ تأمل تفهم قوله: **(وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة)** وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فهي إنما تستحق الوصية بعد موت مولاها، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة.

الموصى له فيما بقي من المال، والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالاً في الحال أو في المآل لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة، وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين. وأما في المعين فإن الوراث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعدّ. وقوله: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله)** واضح، واندفع بقوله: **(فلا يزاحم الحيّ)** ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث، ولم يفرق بين علم الموصي

أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان، وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة. ولهما أن الجمع المحلي بالألف واللام يراد به الجنس، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، لا سيما

وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها إلى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها، كذا في عامة الشروح، وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة. أقول: فيما ذكروا من وجه القياس نظر، لأن قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع، بل حال حلول العتق بها إنما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها، إذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها إلى ما بعد موته، فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية للأمة في شيء، فلم يتم وجه القياس ولم يحتج إلى ما تكلفوه في وجه الاستحسان. ولعل الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي عن هذا قالا: أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أو أن ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلاً عنهما. ثم قال في العناية: فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح لها الوصية قياساً. أجيب بأن الوصية بثلث المال للبعد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته، والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً أو مضافاً بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلث المال إما إن صادفتها بعد موت المولى وهي حرّة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليس كالعبد لأن

بحياته وعدمه في ظاهر الرواية، لأن استحقاق الحيّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه، والضمير في قوله لأن الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ماله)** ظاهر. وقوله: **(فالصحيح أن الوصية تصح)** احتراز عن قول بعض المشايخ إن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين، كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فإنها غير صحيحة. قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا، لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. وقوله: **(وعلى هذا يخرج كثير من المسائل)** فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالي وبثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء

قوله: **(والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة)** أقول: فيه بحث، لأن بطلان الوصية لأمته بشيء غير رقبتها إنما هو لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبتها لأنها تكون وصية للوارث، وليس أحدى تينك العلتين بموجودة في أم الولد. أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذٍ حرة أهل لأن تملك. وأما الثانية فلأنها لا تنقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية وارث فليتأمل قوله: **(فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته)** أقول: وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا: ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله، ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة، وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث، فإن فضل شيء دفع إليه وهي حينئذٍ فرع تجزي الإعتاق انتهى. وفي المحيط: ولو أوصى لعبده بشيء من رقبته يصح، ولو أوصى له بشيء من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته، ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لأن الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه، والوصية لوارثه باطلة، فأما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه، لأن الوصية بالرقبة إعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلث رقبته، فإن رقبته من مال الميت، والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لأنه حر عندهما. ، وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، والوصية للحر أو للمكاتب جائزة، وإن بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم، وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه.

عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث. قال: **(ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما)** وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكيتين بناء على ما بناه. قال: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال آخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة)** لأن الشركة للمساواة لغة، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة، بخلاف ما إذا أوصى لرجل

عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل، إلى هنا لفظ العناية. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره، لأن الترديد الواقع في هذا السؤال إن كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الأول متعين، ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس، وإن كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار. والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الأول قطعاً فلا معنى للإعادة قوله: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة)** قال صاحب النهاية: وهذا استحسان، وفي القياس له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ النساء (١٢) وقد أشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة، وإنما تثبت المساواة إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة، أما إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم، فعلم بهذا أنه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقاً انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه بحث، لأن الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الإشراك التسوية بلا ريب، فإن كان معنى قول الموصي للثالث قد أشركتك معهما إشراكه معها جملة واحدة أي التسوية بين الكل لا إشراكه مع كل واحد منهما منفرداً: أي تسويته مع كل واحد بنصف بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور، وإن كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور. وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجه القياس والاستحسان معنيان متضادّان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد، فمعنى كلام الموصي لغة وعرفاً أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسألة للقياس والاستحسان على ما ذكراه، وعن هذا لم أر أحداً ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى ذينك الشارحين، والذي ظهره من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل، وإلا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان، وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه قوله: **(وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم له إلا بالبيان)** يعني لا يحكم به إلا إذ قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في

للموصى له، والفرق ما ذكرناه. قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده)** ما ذكره واضح صورة وتعليلاً، خلا قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان، وهو أن الوصية لهن جائزة استحساناً. والقياس أن لا تصح لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإنما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها. فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً. أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته، والوصية

بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان. قال: **(ومن قال لفلان عليّ دين فصدّقوه)** معناه قال ذلك لورثته **(فإنه يصدق إلى الثلث)** وهذا استحسان. وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً فلا يعتبر. وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعمل بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة. قال: **(وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة)** لأن ميراثهم معلوم. وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن

الوصية بالمجهول مثل أن أوصى بجزء من ماله فإنه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل قوله: **(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ)** قال صاحب العناية: حاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث، ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين اهـ. وقد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه. أقول: فيه كلام، وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمراً واجباً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم، بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئا فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة وإن لم يكن ذلك أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسألة في هذه الصورة. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه، بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل ا هـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث، فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بمستقيم، فإن مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه كما يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاً ما بلغ. فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية، وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه، وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تقف. ثم إن الإمام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح

برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً ومضافاً، بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل. وقوله: **(وأدناه في الميراث)** قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفاً إلى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً إلى الاثنين. وقوله: **(نجد ذلك في القرآن)** يريد به قوله تعالى:

أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألدّ خصاماً، وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة **(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم)** لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين **(فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقرّوا والورثة بثلثي ما أقرّوا)** تنفيذاً لإقرار

الكنز: هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى. أقول: هذا الإشكال ساقط جدا، إذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدّقوه إلى الثلث، كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا، وليس في هذه الصورة إلزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث، فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام، بل إنما يأخذونه بطريق العزل والإفراز، فكان ذلك الثلث باقياً على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء، ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والإفراز، ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال، وعن هذا قالوا: إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، باعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين تأمل ترشد قوله: **(وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك)** قال بعض المتأخرين: ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائداً عليه ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل ا هـ. أقول: ليس هذا بكلام صحيح: أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائداً عليه فلأن تحليف الورثة فيما إذا كان ما ادعاه زائداً على الثلث ليس بموجب هذه المسألة، بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقاً لنفسه من تركة الميت، ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى، فإذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة إذا أنكروا. وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا، بل يختص بثلث مال الميت مطلقاً والمدعي فيما إذا ادعى زائداً على الثلث إنما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية، حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً

﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ والمراد بها الاثنان فصاعداً وقد عرف في موضعه، وكذا وقوله: **(وإنه يتناول الأدنى** ع **احتمال الكل)** قال: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم)** صورة المسألة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى إشراكه إياهما جملة واحدة وإنما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفرداً وليس كذلك **(بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن له نصف كل ما لكل منهما لأن تحقق المساواة فيهم ممكن (لتفاوت المالين)** فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الإشراك **(فحملناه على مساواته لكل)** واحد منهما كما هو وجه القياس **(عملاً**

قوله: **(فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة)** أقول: فيه بحث فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل.

كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره. قال: **(ومن أوصى لأجنبي ولوراثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث)** لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني، بخلاف ما إذا أوصى لحيّ وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً فيكون الكل للحيّ والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوراثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً، لأن الوصية إنشاء تصرّف والشركة تثبت حكماً له فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الاقرار

فضلاً عن التحليف قوله: **(ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك)** أقول: في ظاهر تعبير المصنف ها هنا فساد لأن هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصوّر فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً، والمفروض في وضع المسألة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية، فكيف يصح أن يقول الوراث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فإنه كذب ظاهر ينبغي أن يسمع أصلاً، فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه. والأولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا: حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً. والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه: الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يقول حقك فكأنه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد، ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها قوله: **(ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة)** قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أنه قال في كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اهـ. وقد

باللفظ بقدر الإمكان) وقوله: **(ومن قال)** يعين لورثته **(عليّ لفلان دين فصدّقوه)** يصدق إلى الثلث استحساناً **(وفي القياس لا يصدق لأنه أقرّ بمجهول)** والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكن إذا اقترن به من جهة المقرّ بيان وقد فات بموته، وقوله فصدقوه: يعني فيما قال لا يصلح بياناً لكونه **(صدر مخالفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً من كل وجه، فلا يعتبر. وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة)** وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ. فإن قيل: لو كان قصده الوصية لصرح بها. أجاب بقوله: **(وقد يحتاج)** أي المقر **(إلى مثل هذا الكلام لعمله بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته فيجعلها)** أي هذه الوصية **(وصية جعل التقدير**

قال المصنف: **(ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً الخ)** أقول: ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الأول. قال المصنف: **(حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً)** أقول: لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فما أخذ يأخذ الوراث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير للورثة فيرجع الوراث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لأنه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا إلى أن بقي في يده فلس فلا يكون مفيداً في حق الأجنبي فافهم، إلا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر، لكن الأمر سهل قال المصنف: **(لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما)** أقول: ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الأصلي قوله: **(فإذا كان حقه يتعلق الخ)** أقول: مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود، ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أردأ من الرديء، وقس عليه تعلقه بالرديء.

فإخبار عن كائن، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً. قال: **(ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة)** ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل. قال: **(إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون)** لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين، لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين، لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا حق له فيهما، ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطي من محل الاحتمال، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة. قال: **(وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه

سبقه إلى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية. أقول: قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جداً حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين، ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك، فإن المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض: إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. وقال: معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون، وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض

فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة) وقوله: **(فإن أوصى بوصايا غير ذلك الخ)** واضح، وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين. وقوله: **(ومن أوصى لأجنبي ولوارثه)** ظاهر. وقوله: **(وهذا)** أي هذا الإيصاء **(بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي)** كما لا يصح في حق الوراث **(لأن الوصية إنشاء تصرف)** أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكماً له عقيبه فحيث لم يَقع التمليك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها. وأما في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما. وفي ذلك: أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل، ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا لم يتصادقا صح في حصة الأجنبي، لأن الوارث مقرّ ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر، وقالا: إثباته مشتركاً هو المبطل وقد وجد. ولقائل أن يقول: هذا الإقرار بالنظر إلى الأجنبي صحيح، وبالنظر إلى الوراث غير صحيح، فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير؟ فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك. وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوراث ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك. وقوله: **(بقاء وبطلاناً)** أي بقاء في حق الأجنبي وبطلاناً في حق الوراث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق

للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل درع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: مثل درع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في يد الموصى به عند فواته، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة. ولهما أنه أوصى بما يستقرّ ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه بقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة، لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقرّ ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء، وإن

أن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمة في ذلك. أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. ولا منافاة بين الجبر والمبادلة، فإن المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلاً عما في ذمته اهـ. ولا يذهب على ذي مسكة أن مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك، والصواب في حلّ مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي تمحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال: يعني أن معنى المبادلة وإن كان ظاهراً في غير المكيل والموزون إلا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعاً ويجعل معنى الإفراز فيها مقصوداً تصحيحاً لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة، فإن مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت، وقد أفصح عن هذا المعنى الإمام قاضيخان حيث قال: ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة، ولو اشتريا داراً واقتسما لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي إفراز حق بعض الأحكام؛ ألا يرى أنه يجبر عليها، ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة، والمشري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الأحكام على عكسها فثبت أنها إفراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل إفرازاً في حكم الوصية تصحيحاً للوصية لأن مبناها على المساهلة وسرعة

الوراث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر. قال: (**ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء الخ**) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي (**إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين**) فإن المانع حينئذٍ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب، وهو واضح إذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء، وإن ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أردأ من الباقين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين، فإن كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فيقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الرديء لأنه لا حق له فيه قطعاً وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثاً الرديء لصاحب الرديء. وقوله: (**وإذا كانت الدار بين رجلين**) ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله: (**هذا**) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب

وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر، كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأوّل ولد تلده أمته، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حيّ ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى به وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له، وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل

الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة، وإذا جعلت القسمة إفرازاً ظهر أنه أوصى بما يملكه ا هـ. تدبر قوله: **(وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه)** يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها: أقول: لقائل أن يقول: ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه: أي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر، بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه، ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت، وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيب الموصي، وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالتهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه. فلم يكن قوله إما لأنه عوضه صالحاً لأن يكون دليلاً مستقلاً في إفادة المطلوب ها هنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل قوله: **(والفرق له أن الإقرار بملك الغير**

القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: **(وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه)** والباقي ظاهر. وقوله: **(إما لأنه عوضه كما ذكرناه)** يعني في الجارية الموصى بها. وقوله: **(أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين)** يعني في وقوعه في نصيب الشريك **(والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر)** يعني في وقوعه في نصيبه. وقوله: **(فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة)** فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة، لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين. قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق، فجعلنا كل خمسة سهماً فصار الكل أحد عشر. وقوله: **(وقيل لا خلاف فيه لمحمد)** بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر. قال: **(ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف)** ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فلبغه فإما أن يجيز الوصية أو لا. فإن كان الثاني بطلت، وإن كان الأول جازت، فإن دفعها إلى الموصى له تمت، وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها، لأن هذا تبرّع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح إلى قوله: **(فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه)** فإن كان الدين مستغرقاً جميع نصيبه دفعه إليه كله والباقي ظاهر. وقوله: **(فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع)** يعني تسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجوداً فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ها هنا **(وله أن الأم أصل)** يعني في الوصية **(والولد تبع فيه)** أي في الوصية

خمسة سهماً فيصير عشرة، وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف، وقيل لا خلاف فيه لمحمد، والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح. حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له، والوصية بملك الغير لا تصح، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ. قال: **(ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع)** لأن هذا تبرّع الغير فيتوقف على إجازته، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي. قال: **(وإذا اقتسم اثنان تركة الأب ألفاً ثم أقرّ أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقرّ يعطيه ثلث ما في يده)** وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. وجه الاستحسان أنه أقرّ له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمة فيقدم عليه، أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقرّ الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث. قال: **(ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له)** لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإن ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له **(وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يأخذ ذلك من الأم، فإن فضل شيء أخذه من الولد)**. وفي

صحيح حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له الخ) أقول: فيه كلام، وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى في صورة إن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي، وأما في صورة إن وقع بعدها في نصيب الآخر فلا، لأن الموصي حينئذٍ كان مقراً بملك الغير لغيره ولم يصر مالكاً له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقرّ له. ومسألتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب قوله: **(وجه الاستحسان أنه أقرّ بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده)** قال صاحب التسهيل: أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقرّ بأخ فجحده

على تأويل الإيصاء، وإنما كانت الأم أصلاً لأن الإيجاب تناولها قصداً ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقاً قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقصها في بعض الأصل، وذلك لا يجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. وقوله:

قال المصنف: **(وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر)** أقول: قال الإتقاني: ولنا فيه نظر، لأنه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصي خمسة وأربعين ذراعاً فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعاً كاملاً وقد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذٍ يلزم تمليك الموصي ملك شريكه وليس له ذلك، وأيضاً إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة، وأيضاً يزاد حق الورثة أيضاً بسهم لأن لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعاً وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى. وقال بعض المشايخ: يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما، فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهماً، وهذه القسمة أصح عندي انتهى. هذا النظر يرد على تقدير الكافي وروداً ظاهراً قوله: **(وحق الموصي له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة)** أقول: فيه بحث، فلم لم يعتبر زعمه تمسكاً بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف: **(والامتناع لحق الورثة)** أقول: وقد مر في

الجامع الصغير عين صورة وقال: رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده. وعندهما له ثلثا كل واحد منهما، لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم. وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً **(هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له)** لأنه نماء خالص لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

أخوه الآخر دفع إليه المقرّ نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لأنه أقرّ بالمساواة. وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن. والحاصل أننا عملنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة، فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان، إلى هنا لفظ التسهيل، وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك. قلت: الفرق بينهما بيّن فإن المساواة من اللوازم البينة للإخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة، فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة بخلاف الإقرار بالوصية فإنه يتضمن الإقرار بها اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الذي من لوازم الإخوّة إنما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الأخوين فقط كنصف التركة مثلاً، وإلا يلزم أن يكون حصة أحد الإخوة النصف وحصة مجموع الأخوين النصف، وهذا ظاهر البطلان، والمساواة في جملة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقرّ له ثلث ما في يد المقرّ لا نصفه كما فيما نحن فيه من الإقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسألتين. ثم إن ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بينة ليس بتام أيضاً. لأن المساواة إنما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة، وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لانحصار الوارث في الابنين، وكون إقرار أحدهما بوصية المورّث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسألتين بوجه آخر كما لا يخفى.

(إلا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقصه في الأصل فإن بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته. ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكره. وقوله: **(وإذا اتصل به القبض)** إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل، حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن، والله أعلم.

أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بإجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافاً للشافعي قال المصنف: **(أما الموصى له بالثلث شريك الوراث)** أقول: وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين بأخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطي له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الإقرار فلا بد من الفرق قال المصنف: **(وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً)** أقول: الظاهر أنه بالحاء المهملة: أي ما يصير حصته منهما، يقال حصتي منه كذا: أي صار حصتي منه.

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة)** لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال، ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض، إلا أن الثاني يؤخر عنه، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول، والأصل مقدم على العارض، كذا في الشروح قوله: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة)** قال صاحب النهاية: وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقرّ له وارثاً للحال لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقرّ له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقرّ مريضاً اهـ. واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية. أقول: في عبارتهما خلل حيث قالا: لأن الإقرار تمليك للحال، مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقرّ به، وقالوا: ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة: منها أن المريض إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم، فحق العبارة أن يقال: لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر قوله: **(وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا)** قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام: أي لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه: أي على العبد دين يصح اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية: لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول والأصلي مقدم على العارض. قوله: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة)** واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال، لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقرّ له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقرّ مريضاً. وقوله: **(لأن الإقرار ملزم)** فيه تلويح إلى ردّ قول زفر، وهو أن الإقرار أيضاً باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوراث. ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية. وقوله: **(إلا أن الثاني يؤخر عنه)** أي تنفيذ حكم الإقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة **(بخلاف الوصية لأنه)** يعني الوصية بتأويل الإيصاء. قوله: **(وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق)** يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ها هنا **(وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه)** أي على العبد **(دين**

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله: **(أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ها هنا)** أقول: فيه بحث، فإن لفظ الجامع الصغير ها هنا هكذا على ما نقله الإتقاني. وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له به فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك إن كان الابن عبداً فأعتق في هذا اهـ.

وارثة عند ذلك، ولا وصية للوارث، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرّر عند الموت؛ ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث. قال: **(وإذا أقرّ المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله)** أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده، والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوّة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار، بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره، وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقرّ لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت. وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك الحال وهو رقيق، وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال: **(والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال)** لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث **(وإن وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش)** لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم.

سليمة أن ما ذهبا إليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام. فإنهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط، مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية، لأنه كان عاماً لها في المسألة السابقة. فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسألة أيضاً سيما مع انضمام قوله ما ذكرنا إليها، فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصورة الثلاث جميعاً بلا ريب. ثم إن قولهما أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا، إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار، وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً لا صراحة بعينها ولا اندراجاً في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع، فإن مسألتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا: وقال في المريض أقرّ لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا اهـ. ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله كذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا. فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضاً لدليل ما ذكرناه في المسألة السابقة، وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله والمقعد بيان في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً، وكذا في صورة الهبة، وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد.

يصح) إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(والمقعد والمفلوج)** المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة **(والأشل)** من شلت يده **(والمسلول)** هو الذي به مرض السل، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها. وقوله: **(صار طبعاً من طباعه)** يعني خرج من أن يكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال **(فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حاث)** فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه **(لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم)**.

باب العتق في مرض الموت

قال: ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كلة جائز وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا. وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة،

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح: الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة، وأخّره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اهـ. أقول فيه فتور، لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة، فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية؟ نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضاً في الكتاب، فالوجه أن يقال: لما كان الإعتاق في المرض أمراً يغاير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرده بباب على حدة وأخّره عن حقيقة الوصية لكونها هي الأصل قوله: **(وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز)** أقول: في عبارة المصنف هنا تسامح، فإن قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام، وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الأول، فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز قوله: **(وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي)** أقول: في هذا التحرير قصور بل خلل. أما أوّلاً فلأن قيد من جهة الموصي في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضاً في الروايات، كما صرحوا به على أن يلحقه من الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وإن لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري. وأما ثانياً فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم بإطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضاً من جهة الموصي مع أنه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي. فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال: فإنه لا يلحقه الفسخ أصلاً والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة

باب الإعتاق في مرض الموت

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة، وأخرّه عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل. قال: **(ومن أعتق عبداً في مرضه)** كلامه واضح. وقوله: **(والمراد الاعتبار من الثلث)** أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية، لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوّعاً. وقوله: **(كالضمان والكفالة)** غاير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان مالاً يكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن، وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة، والخمسمائة على الضامن دون المشتري. وقوله: **(وما نقله من التصرف)** أي نجزه في الحال ولم يضفه إلى ما بعد الموت **(فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً فهو من الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحال للصحة لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله)** وقوله: **(فإن حابى ثم أعتق)** صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل ألف وأعتق عبداً يساوي ألفاً ولا مال له

باب العتق في مرض الموت

قال المصنف: **(ويضرب به مع أصحاب الوصايا)** أقول: الأظهر أن يقال: يشرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا: أي في الثلث قال المصنف: **(لأنها إيجاب بعد الموت)** أقول: قياس من الشكل الثاني.

وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث، وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال وإن كان مريضاً فمن الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لا حق في ماله. قال: **(وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وقالا: العتق أولى في المسألتين)** والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وغيره يلحقه. وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض. لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها،

الموصي وغير الموصي أيضاً. ثم إن كثيراً من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال ا هـ. أقول: ليس ذلك بسديد، فإن العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال: إن العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضاً لا يلحقه الفسخ عندنا. فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الذي ذكرناه آنفاً وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذٍ يستقيم المعنى جداً لا يخفى، واللفظ أيضاً يساعده لا محالة، فإن العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى قوله: **(وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا)** قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحاباة، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه سماجة ظاهرة، فإن كلمة من في قوله من سواهما تأبى هذا التفسر جداً كما لا يخفى، وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى. فالوجه في تفسير ذلك أن يقال: أي سوى المعتق والذي حوبي له أو سوى أهل العتق والمحاباة. نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير، إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية، فبقيت السماجة في تفسيرها المذكور لا محالة قوله: **(لهما في الخلافية)** قال صاحب العناية: في بيان الخلافية: وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني. أقول: هذا شرح فاسد، لأن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسألتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على

سواهما **(فالمحاباة أولى)** وإن ابتدأ بالعتق تحاصا فيه **(عند أبي حنيفة)** ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن ردّه فيسعى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا: **(العتق أولى)** سواء قدم المحاباة أو أخرها فيعتق العبد مجاناً لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع وردّ العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد وأدّى كمال قيمة العبد ألفي درهم والأصل المذكور في الكتاب ظاهر. وقوله: **(إلا العتق الموقع)** أي المنجز لا المفوّض إلى أعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم، وقوله: **(كالتدبير الصحيح)** احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حرّ بعد موتي بيوم كما سيجيء. وقوله: **(والمحاباة في البيع)** بالرفع معطوف على قوله إلا العتق الموقع. وقوله: **(وغيره يلحقه)** أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال. وقوله: **(يستوي فيه من سواهما)** أي سوى العتق والمحابة. وقوله: **(لهما في الخلافة)** وهي التي قدم فيها المحابة على العتق وقوله: **(لا يوجب التقدّم في الثبوت)** ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث

ولا معتبر بالتقديم الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت. وله أن المحاباة أقوى، لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرّع صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة أوّلاً دفع الأضعف، وإذا

المحاباة والدليل المذكور من قبلهما، وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسألتين معاً فلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسألة الأولى منهما، والصواب في بيانها أن يقال: وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق قوله: **(ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت)** قال في العناية: ألا يرى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ها هنا اهـ، وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الأسرار. أقول: لقائل أن يقول: حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق، والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثاً، بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت، وكذا المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل قوله: **(وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق عليها فيستويان)** قال في العناية: فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني أنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرّعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه نظر من وجوه: الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً، إذ لم يقل المصنف قط إن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح، بل إنما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الإعتاق لكون

ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك ها هنا وقوله: **(لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة)** يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها **(فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى)** لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه. وقوله: **(قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيتسويان)** فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة، وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأوّل أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني بأنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرّعات المريض ينفذ ثم ينقض

قوله: **(وغيره يلحقه: أي غير العتق الموقع)** أقول: فيه أن الظاهر أن يقول: أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق، وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر. قوله: **(يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحاباة)** أقول: فيه شيء، فإن لفظة من تأبى هذا التفسير قوله: **(وهي التي قدم الخ)** أقول: فيه شيء، فإن الظاهر التعميم للمسألتين.

وجد العتق أوّلاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني، وعندهما العتق أولى بكل حال. قال: **(ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يردّ على الورثة، وقالا: يعتق عنه بما بقي)** لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ فغير الموصى له، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة وهي حق الله

المقدم إذ ذاك دافعاً للأضعف المؤخر، وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة، ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف، والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد، لأن لزوم النتيجة القياس لذاته إنما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الإنتاج في الجملة، فإنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا «أ» مساو لـ«ب» و«ب» مساو لـ«ج» فإنه ينتج، ويستلزم «أ» مساو لـ«ج» بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساوي المساوي مساو، والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا

إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاتسويا، كذا في النهاية. وقوله: **(قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني)** فإن قلت: لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة؟ قلت: لا يستقيم لأن المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما، فإن قيل: كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يستردّ صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني، لأن حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة. أجيب بأنه لو استردّ ذلك منه لاستردّ منه صاحب العتق الأول، لأن حق العتق الأول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدور، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما. قال: **(وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد)** كلامه واضح. وقوله: **(وبقي شيء من الحجة يردّ على الورثة)** قال الإمام الكناني: إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له. وقوله: **(وهذا أشبه)** يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء، وتبطل الوصية وتردّ المائة إلى ورثته. وقوله: **(ومن أوصى بعتق عبده)** أي بإعتاق عبده. وقوله: **(لأنه يتلقى الملك من جهته)** أي لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي **(إلا أن**

قوله: **(وقوله لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة: يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها)** أقول: ضمير عنها راجع إلى المعاوضة قوله: **(فكان تبرعاً بمعناه)** أقول تذكير الضمير الراجع إلى المحاباة إما باعتبار الخبر أو لكون بمعنى أن مع الفعل، أو على تأويل ما ذكر قال المصنف: **(وهو لا يحتمل الدفع)** أقول: لكون المحاباة أقوى منه قوله: **(وهو يناقض الدليل المذكور)** أقول: أي ثبت نقيض ما أثبته قال المصنف: **(ثم أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق)** أقول: قال في الكافي: فإن قيل: ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده، لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى مرجحة على العتق، والمساوي للمرجوح مرجوح، وكذا في المسألة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده، لأن العتق الأول يساوي المحاباة، والمحاباة راجحة على العتق الثاني، والمساوي للراجح راجح، قلنا: لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللاً، وكذا إذا تخلل الغير اهـ. وذكر المسألتين فيه على عكس ترتيب الهداية قوله: **(وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح)** أقول: لم يذكر ذلك صريحاً. نعم يجوز

تعالى والمستحق لم يتبدّل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق، وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق وهذا أشبه. قال: **(ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة)**، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه. قال: **(ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية)** لأن الدفع قد صح لما أن حق وليّ الجناية مقدم على حق الموصي، فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق، وإنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذي التزموه، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية، قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقرّ الوصي له والوراث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل**

يخفى. والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له، فإنه إن أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعاً ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم إحداهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعده العقل، وإن أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً. فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفاً من أن الذي الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح، لا أن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال. وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال: فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثاً لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوي للمساوي مساو. قلنا: العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الأولى، وبهذا

ملكه) أي ملك الموصي **(باق)** فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته **(وإنما يزول)** ملكه **(بالدفع فإذا خرج به)** أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين **(فإن فداه الورثة كان الفداء في أموالهم)** أي كانوا متبرّعين فيما فدوه به. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ماله لآخر)** واضح. وقوله: **(وإن كان على المعتق دين)** يعني أن من أعتق عبداً في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخراً عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر، وها هنا لما حصلا معاً بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معاً كذلك **(وله أن الإقرار بالدين)** أي ولأبي حنيفة وجهان: أحدهما أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكر. والثاني أن العتق لا

أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليه فيستويان، فإن التقدم إذا كان سبباً لمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً لرجحان المساوي. والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاحمة ضرورة، وأحد المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لأنه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضاً، ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح قوله: **(والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه)** أقول: فيه تأمل، فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ها هنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها، ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل قوله: **(أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ)** أقول: يعني نصف ما أخذ قوله: **(فيؤدي إلى الدور)** أقول: لأنه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للتجانس قوله: **(وقوله وهذا أشبه: يعني إلى الصواب)** أقول: الظاهر تبديل «إلى» بالباء قوله: **(لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد)** أقول: فيه بحث.

من الثلث شيء أو تقوم له البينة أو العتق في الصحة) لأن الموصى له يدّعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لأن العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال، والوراث ينكر لأن مدّعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكراً، والقول قول المنكر مع اليمين، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه. قال: (ومن ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة)، وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معاً، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين. وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته أن يبطل العتق أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء.

خرج الجواب عن إشكال آخر. وهو أن يقال: المحاباة الأولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للأولى فينبغي أن تترجح على العتق كالأولى لأن المساوي للراجح راجح، لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه، وكذا لو قال: ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية شيء لأنها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح، كذا في الفوائد الحميدية اهـ. فتأمل.

يمكن إسناده إلى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى وجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت. ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ها هنا. وقوله: (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقرّ بالدين ثم بالوديعة، إذ الإقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معاً، بخلاف المورث. وله أن حقه يثبت في عين الألف مقارناً لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها إلى الألف كان الألف مستحقاً بالوديعة كما لو كان المورث حياً وقالا له ذلك فقال صدقتما، والاختلاف في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب.

قال المصنف: (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي) أقول: قال في الكافي: والأصل أن الإيصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة، فإن شاءوا دفعوه، وإن شاءوا فدوه، فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك، فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له، وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً، فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته؛ ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا، وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى. ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب إعتاقه بالوصية، ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت، وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشي.

قال المصنف: (وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول: قال في المنظومة في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه:

لـو تـركـت ألـف وهـذا يـدعـي ... ديـنـا وذاك قـال هـذا مـودعـي
والابـن قـد صـدق هـذيـن مـعـا ... اسـتـويـا وأعـطـيـا مـن أودعـا

فصل

قال: **(ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدّمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات)** لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم **(فإن تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث)** لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم. وذكر الطحاوي أنه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد. وجه الأولى أنهما وإن

فصل

ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث، كذا في غاية البيان. وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل، كذا في عامة الشروح قوله: **(ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها)** أقول: يشكل إطلاق هذه المسألة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرّر في محله ومرّ في الباب السابق أيضاً مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن شرح الطحاوي فتأمل. قوله: **(لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسألة قدمها الموصي أو أخرها إذ على تقدير إن أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم، إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم. والجواب أن المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الإعطاء والتمليك لا البداءة في

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوّة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ، بخلاف مسائل هذا الفصل. اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر، فإما أن يوصي بها أو لا، فإن كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرّعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا، ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوّعاً كالحج التطوّع، والصدقة على الفقراء، وما أشبههما. أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة، وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو أهم وإن تساوت في القوّة: يعني أن يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوّعاً كما ذكرنا بدىء بما قدمه الموصي، لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم. فإن قيل: أين ذهب قول

فصل: ومن أوصى بوصايا

قوله: **(والصدقة على الفقراء)** أقول: فإنها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى قوله: **(وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله تعالى)** أقول: الكلام يحتاج إلى توجيه كما لا يخفى قوله: **(لأن الفريضة أهم من النافلة)** أقول: لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفاً من عدها من الواجبات، والقرينة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة قوله: **(فإن قيل: أي ذهب)** أقول: يعني في الفصل السابق قوله: **(ففي هذه المسألة حجة عليهما)** أقول: أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر، وإلا فلو أوصى بثلثه لإنسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم، وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه، صرح به الخبازي فراجعه قوله: **(أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى)** أقول: فيه بحث.

استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى. وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليها في القوة، إذ قد جاء فيهما من

الذكر والتلفظ؛ فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي البداءة في الإعطاء والتمليك بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ. ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها إلى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه. فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها إلى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه قوله: (**فإن تساوت في القوّة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم**) يعني إن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوّة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبتدىء بالأهم. أقول: لقائل أن يقول: في تمام التعليل نظر، إذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها، والمفروض في وضع مسألتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصوّر أهمية بعضها من بعض، وإن وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوّة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي، فإن أريد بالأهم في قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم ما هو الأهم: أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدىء به. إذ لا يهتدي كل أحد إلى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلاً على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع، وإن أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدىء كما صرح به في الكافي حيث قال: لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدىء به فمسلم، لكن كون مثل هذا الظاهر موجباً للبداءة في التنفيذ والأداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح، فإن كون الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسألة المتقدمة هنا أيضاً مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأعم عند الشرح حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي أو أخرها فليتدبر في الدفع. ثم إن صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال: ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالحج التطوّع والصدقة على الفقراء وما أشبهها، أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، فإن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله. وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن إجازه الورثة، وإن لم يجيزوها فإن

أبي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر فإنه لا يوجب التقديم في الثبوت؛ ففي هذه المسألة حجة لأبي حنيفة رحمة الله عليهما؟ أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحداً، وأما إذا تعدّد المستحق فلا معتبر بالتقديم، كما لو أوصى بثلثه لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر. وقوله: (**فالزكاة تعلق بها حق العباد**) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجاً بحقين. وقوله: (**إذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات**) أما في الزكاة فقوله تعالى ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة﴾ الآية، وأما في الحج فقوله تعالى: ﴿ومن كفر فإنّ الله غنيّ عن العالمين﴾ مكان قوله ومن لم يحج، وقوله ﷺ «من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً» الحديث. وقوله: (**والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر**) ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة، وقوله: (**وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض**) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذر واجب بإيجاب العبد، والنذور تقدم على الأضحية لوقوع اختلاف في وجوبها دون وجوب النذور (**وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا**) يعني قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم وصار كما إذا صرح بذلك وقال

الوعيد ما لم يأت في الكفارات[١]، والكفارة في القتل والظاهر واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض. قال: **(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي)** لما بينا وصار كما

كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخّرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اهـ. أقول: في تقريره خلل، لأن ضمير المفعول في قوله وإن لم يجيزوها إما أن يرجع إلى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل، أو يرجع إلى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة، فإن رجع إلى الأولى كما هوالظاهر من سياق كلامه حيث قال: فإن جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فإن كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به، لأن الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل، فكيف يتصوّر أن تجعل هنا قسماً منها، وإن رجع إلى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الأقسام مع أحكامها مهملاً متروكاً في مقام التفصيل، وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك، ولكن أجازه الورثة، فإن كلاً منها قد خرج بقوله فيما قبل، فإن جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلاً فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع، ثم إن الشارح المذكور إنما وقع فيما وقع بزيادة قوله فإن جميع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، ولو سلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف قوله: **(وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض)** قال الشراح: فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اهـ. أقول: لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى: ﴿وليوفوا نذورهم﴾ الحج (٢٩) وعرف وجوب صدقة الفطر بالنسبة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب قوله: **(قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ)** وفي غاية البيان: قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي: فإن قيل: إذا كانت الوصية بحجة الإسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لإنسان لأن ذلك ليس بفرض والحج فريضة. قلنا: هذا إذا اتحد المستحق، فأما عند اختلاف

«ابدءوا بما بدأت به»، ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلاً سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب، وما جمع بينهما قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها، فإذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارت ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن المقصود بجميعها وإن كان متحداً وهو رضا الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الآدميين فإن الجميع منها، وإن كان المقصود منه القربة إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا. قال: **(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده)** كلامه واضح. وقوله: **(وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل)** يعني على مذهب أبي

---

(١) ورد أحاديث كثيرة في الوعيد لمن ترك الزكاة منها حديث أبي هريرة، وهو حديث طويل وفيه: قال رسول الله ﷺ: «ما من صاحب ذهب، ولا فضة لا يؤدي منها حقها إلا إذا كان يوم القيامة صُفحَت له صفائح من نار، فأحمي عليها في نار جهنم، فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يُقضى بين العباد، فيرى سبيله إما إلى الجنة، وإما إلى النار...» الحديث.
أخرجه مسلم ٩٨٧ وأبو داود ١٦٥٨، ١٦٥٩ والنسائي ٥/١٢، ١٣ وعبد الرزاق ٦٨٥٨ والبيهقي ٤/١١٩، ١٣٧، ١٨٣ و ٧/٣ وأحمد ٢/٢٦٢، ٢٧٦، ٣٨٣. وفي الباب أحاديث

إذا صرح بذلك. قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال: **(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً)** لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه. قال: **(فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ)** وفي القياس لا يحج عنه، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه. غير أنا جوّزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه، وهو أولى من إبطالها رأساً، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل. قال: **(ومن**

المستحق فلا تعتبر قوّة الوصية اهـ. أقول: في الجواب نظر، فإنه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض، فإن كلاً منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث أنه لا يلحقه الفسخ أصلاً، وقوة المحاباة أيضاً من حيث أنه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض، ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى، لأن المستحق في المحاباة هو العبد، وفي حقوق الله تعالى وهو الله تعالى فقد اختلف المستحق، وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه، لأن العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر قوله: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ)** قال صاحب العناية: قوله لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة»[1] فإن الخروج للحج ليس منه. ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل أن الأول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه ردّ ما أنفقه، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به

حنيفة، وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشتري بمائة الخ. وقوله: **(ومن خرج من بلده حاجاً)** قيد به لأنه إذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا. قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق، لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو، فكذلك إذا أوصى. وقوله: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ)** مدفوع بقوله ﷺ «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة» فإن الخروج للحج ليس منه. وردّ بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر، بدليل أن الأول إذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز

قوله: **(وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة الخ)** أقول: قال السرخسي في محيطه: لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات، قال عليه الصلاة والسلام «تباهت العبادات عند الله تعالى، فقالت الصدقة: أنا أفضلها» ولأن نفعها عائد إلى غيره، ونفع غيرها مقتصر عليه. وقال عليه الصلاة والسلام «خير الناس من ينفع الناس» والحج أفضل من العتق لأنه من الأركان الخمسة، والبداءة بالأفضل أولى لأنه أجزل ثواباً وأعظم أجراً اهـ. وأنت خبير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق.

---

(١) تقدم تخريجه

خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر. وقول أبو يوسف ومحمد. يحج عنه من حيث بلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاجّ عن غيره في الطريق. لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحجّ عنه من بلده. وله أن الوصية تنصرف إلى الحجّ من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب، والله أعلم.

غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار، وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه أقوى وإن كان دلالة فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. إلى هنا لفظ العناية. أقول: السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها، وتصرف هذا الشارح نفسه إنما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط، إذ ليس مدار الجواب المذكور على أن المتجزىء لا ينقطع وغير المتجزىء ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من أن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره، بل مداره على أن الانقطاع لا يضرّ في المتجزىء وإنما يضر في غير المتجزىء، فإن كل عمل غير متجزّ إذا انقطع قبل التمام يبطل من الأصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة، والحج غير متجزّ؛ فإذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصي أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه، بخلاف العلم المتجزىء فإنه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الأصل، بل يجوز أن يتمم الآخر ما بقي منه، كما إذا أطعم المأمور بالإطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه كما نص عليه في الأسرار. وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعاً للسؤال قطعاً، ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال: ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت، وفي معراج الدراية بدله، ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق. ثم إن مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله إلا أن يقال التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب الخ، على أن التجزي ينافي الانقطاع وإلا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الإطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الإطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوّته، وقد عرفت أن التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزىء وغيره، إلا أن الإكمال بما بقي متصوّر في المتجزىء دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الإطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى، فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى.

ولزمه ردّ ما أنفقه، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي، حتى أن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلاً، حتى لو جامع في خلال الإطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وإن كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. وقوله: **(على ما قررناه)** أراد به قوله قبيل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً الخ.

قال المصنف: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة)** أقول: وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا: لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة، وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً﴾ الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان، بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده. وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلى ثلاثة» والخروج للحج ليس من الثلاثة، ولا بناء على المنقطع، وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج، فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء، وثمة يحج عنه من بلده فها هنا كذلك قوله: **(حتى أن المأمور بالإطعام)** أقول: يعني في كفارة الظهار.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة، وقالا: هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة)** وهذا استحسان. وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً، وقد تأيد بقوله ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

أخر هذا الباب عما تقدمه لأنه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم، كذا في الشروح قوله: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون)** قال صاحب العناية: كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا يدل على الترتيب، وأن يقال: فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار اهـ كلامه. أقول: كل واحد من توجيهه كاسد. أما الأول فلأن الواو إنما لا يدل على الترتيب الخارجي: أي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه، وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضروري، ولا يخفى أن مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب على الثاني: يعني لما قدم ذكر الوصية للأقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضاً ليحصل التناسب بين الإجمال والتفصيل، وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب. وأما الثاني فلأن الاهتمام بأمر الجار لو كان واجباً أو مستحسناً لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم، ولما لم يفعله هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الأقارب، فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب قوله: **(ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ)** أوضحه في الكافي حيث قال: ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع؛ ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق اهـ. وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه إلى الجميع: يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض. أقول: لقائل أن يقول: عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

إنما أخر هذا الباب عما تقدمه لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم. قال: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون)** كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب، وأن يقال فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار قوله: **(لأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع)** يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وقوله: **(وذلك عند اتحاد المسجد)** قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران. وقوله: **(وما يروى فيه ضعيف)** يعني ما روي أنه ﷺ قال «الجار أربعون داراً، هكذا وهكذا وهكذا أربع مرات» إشارة إلى الجوانب الأربعة. فإن قيل: هذا خبر لا يعرف راويه، وقال ابن قدامة: هذا إن صح كان نصاً في الباب وقد طعن في راويه قالوا: **(ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي)** قال محمد في الزيادات: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن، ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً لا

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله: **(كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب)** أقول: فإنه نص على خصوص الأقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملاً، وكل ذلك يدل على أهميته، وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه، وكذا قوله وأن يقال الخ. نعم يمكن أن يقال لكل من

المسجد»[1] وفسره بكل من سمع النداء، ولأن المقصد برّ الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد، وما قاله الشافعي رحمه الله: الجوار إلى أربعين داراً بعيد، وما يروى فيه ضعيف[2]. قالوا: ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن. قال: (ومن أوصى

الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف إلى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفاً بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فإن هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفاً كما سيأتي في وجه الاستحسان، فلا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع تعذر صرفه إلى أهل مسجد محلته كما قال الإمامان حتى يتعين صرفه إلى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل قوله: **(ولأن المقصد برّ الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره)** أقول: ولقائل أن يقول: نعم إن مقصود الموصي من إيصائه لجيرانه برّ الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره، وإن صير إلى كون غير الملاصق أيضاً من أهل المحلة جيراناً عرفاً يلزم المصير إلى الدليل الأول، فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلاً ثانياً كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى قوله: **(قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم الجار يتناولهم)** أقول: التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصي، إلا أن يكون ما نقله ها هنا عن المشايخ رواية أخرى، لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن. وقال بعض المتأخرين: المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصي الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم. وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكاً أو غيرهم. ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بتام لأن تخصيص خلافهما بالعبد الساكن إنما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحرّ الساكن، لا على عدم الخلاف في الحرّ الغير الساكن إذا كانوا ملاكاً حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً. ثم إن تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وإن كانوا أحراراً وملاكاً فإنه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار، فدل قطعاً على أن عدم دخول العبد

يدخل. قال أبو بكر بن شاهويه: هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك، وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي لأن المسجد لا يضمه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. وقوله: **(ومن أوصى لأصهاره)** أي لأقرباء امرأته. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة، وإنما قال: وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً. وقوله: **(وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها)** يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض. وقوله: **(ومن أوصى لأختانه)** يعني أن الأختان

الأقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الأقارب في الإجمال والجيران في التفصيل قوله: **(إشارة إلى الجوانب الأربعة)** أقول: وفي بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف قوله: **(وقال ابن قدامة)** أقول: من الحنابلة.

---

(١) تقدم مستوفياً في صلاة الجماعة

(٢) ضعيف. يشير المصنف لما أخرجه أبو يعلى ٥٩٨٢ والديلمي ٢٦٧١ كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «حق الجوار أربعون داراً هكذا، وهكذا يميناً، وشمالاً، وقدّاماً، وخلفاً. وفيه محمد بن جامع العطار ضعيف، وبه أعله الهيثمي في المجمع ٨/ ١٦٨ وضعفه. وفيه عبد السلام ابن أبي الجنوب متروك. قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٩٣: وروى الطبراني من حديث كعب بن مالك نحوه، وله قصة إلا أن فيه يوسف بن السفر ضعيف. ورواه هقل بن زياد عن الأوزاعي مرسلاً. وروى البيهقي من حديث عائشة مرفوعاً: «أوصاني جبرئيل بالجار إلى أربعين»

لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما تزوّج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها»(١) وكانوا يسمون أصهار النبيّ عليه الصلاة والسلام. وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار. ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدّته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية،

الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصي له في الحقيقة، وهذا إنما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض قوله: **(لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن)** قال بعض المتأخرين: ولقائل أن يقول: لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقاً له، ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية، إذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي، وأيضا الوصية بدءاً للعبد ثم لمولاه لأن العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل إلى هنا كلامه. أقول: كل من شقي كلامه غير صحيح. أما الأول منهما فلأن العبرة إذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيما كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقاً لا محالة. وأما الذي كان عبداً وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعاً، لأنه لما صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت، فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه. وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد تمليكاً مضافاً إلى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانياً، بل معناها تمليك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به، وإلا يلزم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد، فإذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكاً لمولاه، فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد قوله: **(ومن أوصى لأصهاره)** قال صاحب النهاية: أي لأقرباء امرأته. وفي الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة اهـ. واقتفى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية. أقول: تفسير الأصهار في هذه المسألة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار، فإن كلاً منهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون في الإيصاء بالأصهار بناء على كون كلهم أصهاراً كما صرح به المصنف. فالوجه أن يفسر الأصهار في هذه المسألة

تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة وغيرها، وعلى محارم الأزواج، فكيون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم في قسمة الثلث سواء. وقوله: **(ومن أوصى لأقاربه)** يعني تصرف إلى اثنين فصاعداً الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة. وقوله: **(وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب)** يعني أن الموصي إذا كان علوياً فعلى القول الأول أقصى الأب عليّ فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر. وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل

قوله: **(وليس كذلك)** أقول: من كلام أبي بكر بن شاهويه قوله: **(وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي)** أقول: لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر.

---

(١) وقع للمصنف صفية والصواب جويرية. أخرجه أبو داود ٣٩٣١ وأحمد ٦/٢٧٧ والحاكم ٦/٢٦ كلهم من حديث عائشة وله قصة وفيه: «فتسامع ـ تعني الناس ـ أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما في أيديهم من السبي، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ...».
ورجاله ثقات غير إسحاق بن يسار فيه: كلام لا يضر، فالحديث حسن.

وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت. قال: **(ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج)** لأن الكل يسمى ختناً. قيل هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد، لأن اللفظ يتناول الكل. قال: **(ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام)** وهو أوّل أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ. وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم. لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف. وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو

بما هو أعم من أقرباء امرأته. وقد جاء في اللغة جعل الأصهار أعم من أقرباء المرأة. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة. عن الخليل قال: ومن العرب من يجعل الصهر من الأحماء والأختان جميعاً اهـ. وقال في القاموس: الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار. ثم قال: وزوج بنت الرجل وزوج أخته الأختان أصهار أيضا اهـ. قوله: **(وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية)** أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع، كيف وقد مرّ في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا شك ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله، وكذا قد مرّ فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند إجازة الورثة إياها على ما تقرّر في محله عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحمد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به، وكذا مرّ فيه آنفا في مسألة الإيصاء لأختانه أنه يستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد، ولا ميراث للعبد أصلاً، ولا يستوي في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر، وإن أراد أن الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب، إذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسألة. ثم إن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في مسألتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحرّ والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر، كما قال به صاحباه على ما نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين حيث

فيه أولاد عقيل وجعفر، وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهما إن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به وبين كونه متروكاً بالإجماع بقوله: **(فإن عنده)** أي عند أبي حنيفة **(يقيد بما ذكرناه)** من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها **(وعندهما بأقصى أب له في الإسلام. وعند الشافعي بالأب الأدنى)** وما كان متروكاً بالإجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة. وقوله: **(وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان)** يعني وله

قوله: **(لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً)** أقول: بدليل قولهم:

لكل أبي بنت إذا ما ترعرعت ... ثلاثة أصهار إذا عدد الصهر
فأولهم خدر وثانيهم امرؤ ... وثالثهم قبر وخيرهم القبر

اهـ من شرح الزيادات للعتابي قوله: **(فصاعداً الأقرب فالأقرب)** أقول: يعني يقدم الأقرب فالأقرب. وبالجملة فيه شرائط: الأول أن يكون اثنين فصاعداً. والثاني كونه قريباً. والثالث كونه من ذي رحم محرم. والرابع كونه من جهة الآباء والأم. والخامس كونه غير الوالدين والولد. والسادس عدم كونه وارثاً قال المصنف: **(وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام)** أقول: قال في الكافي: يستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى. وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لأمهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا.

يختص بذي الرحم المحرم منه، ولا يدخل فيه قرابة الأولاد فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرّب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرّب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده يقيد بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى. قال: **(وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه)** عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب **(ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين)** لأنه لا بد من اعتبار معنى الجميع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته يحث يكون للعم كل الوصية، لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه، ولو ترك عما وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى، والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً، وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو

قال: ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اهـ. وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضاً. ولا ميراث للعبد والكافر أصلاً فضلاً عن التساوي مع الحرّ والمسلم. وأما الأنثى فإنها وإن ورثت إلا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة، فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الأمور في مسألتنا هذه أيضاً، فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ها هنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيه، ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرّض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسألة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث، بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك قوله: **(وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة)** أقول: في الاستشهاد بقوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) نظر، لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة، ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة، إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذاك المعنى؛ ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنساناً يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده في موضع آخر، فإذن لا يثبت

ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة. وقوله: **(لأنه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية)** يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضاً. واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر. وحينئذٍ كان لقائل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث، لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا. وأجيب بأن ذلك غير لازم، لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره، فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه، والعم والواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثاً. وقوله: **(لما بيناه)** أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ. وقوله: **(وهي أقوى)** أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤلة. وقوله: **(والعمة وإن لم تكن وارثة)** جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب. ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة، وعدم استحقاقها العصوبة وصف قام بها وهو الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه للوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة. وقوله: **(الأنسبائه)** الأنسباء جمع النسيب وهو القريب كالأنصباء في جمع النصيب. وقوله: **(في جميع ما ذكرنا)** يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: **(ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته)** الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبي حنيفة وإلى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتباراً للعرف المؤيد بقوله تعالى ﴿وائتوني بأهلكم أجمعين﴾ فإنه ليس المراد به

لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا، لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف. قال: ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة، وقال: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى ﴿واتتوني بأهلكم أجمعين﴾ وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة. قال: ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدّه لأن الأب أصل البيت، ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه، والنسب يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه، بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب، ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم، لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك، وإن كانوا لا يحصون فالوصية

بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجته، بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه. واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال: وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فيه نظر، لأن لم يرد في الآية الزوجة خاصة، لأنه تعالى قال: قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً قال لأهله امكثوا﴾ القصص (٢٩) ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ. وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله: والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتّهم نفقته، فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق ا هـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية، فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون

الزوج خاصة، وكذا قوله تعالى: ﴿فنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ وله أن الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. قيل في استدلال بهذه الآية نظر، لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله: ﴿امكثوا﴾ والمرأة لا تخاطب بذلك. والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته، فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق. وعلى أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول، وإنما استشهد بالآية تأنيساً. فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدلا بها، وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه. وقوله: (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله ﷺ كان من جنس قريش، وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء، فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم. وقوله: (ولو أوصى لإيتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم. قال ﷺ «لا يتم بعد احتلام» والعميان والزمنى معروفة، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة، من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدفع من الدقعاء وهي التراب، ومن الناس من قال: الأرمل في النساء خاصة، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال: ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي. فإذا أوصى لهؤلاء، فإما أن يكونوا قوماً يحصون أو لا، فإن كان الأول وحدّ الإحصاء عند أبي يوسف لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب، فإن احتيج إلى ذلك فهم لا يحصون. وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون وهو الأيسر. وقال بعضهم: هو مفوّض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم

قوله: (قيل في الاستدلال) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول: إن أراد أنه لا يستدل عليه بالقياس فمسلم، ولكن ليس الاستدلال عليه بالآية الكريمة كذلك، بل هو من قبيل السماع، وإن أراد مطلقاً فغير مسلم قوله: (كالآيات التي استدلا بها) أقول: منها ما ذكره في الكتاب، ومنها ﴿فنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ ومنها ﴿ووهبنا له أهله ومثلهم معهم﴾ كذا قال الإتقاني، وقال: لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل، إلا أن المماليك لا يدخلون لأنهم خدم الأهل تبع لهم قوله: (اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول: قوله قبل ظرف لاسم، والظاهر أنه من باب التنازع. قال الكاكي: اليتيم صغير لا أب له.

في الفقراء منهم، لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سدّ الخلة وردّ الجوعة، وهذا الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية، لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم، وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر. ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم

المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جواباً عنه تأمل تفهم. فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأبي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس، يقال فلان متأهل وفلان له يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل، ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ا هـ تبصر تقف قوله: **(ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله)** أقول: له في التعليل كلام، لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلاً، إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليها وهي حالة الموت، فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبتها لا تجوز كما نصوا عليه، وقد مرّ في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلث ماله جائزة، ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتمل أن تكون إعتاقاً لأنها تعتق بموت مولاها وإن لم تكن ثمة وصية أصلاً كما حققه

وإناثهم، لأن الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن. وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب، وهو واضح. وقوله: **(بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية)** فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر والأنثى في الأيامى دخوله في الأرامل أو لا؟ قال الكرخي. يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً أو يقال رجل أيم أيضاً. وقال محمد: الأيم هي الثيب خاصة، وقول المصنف محتمل، والظاهر دخوله لأنه تركه اعتماداً على ذكره في الأرامل، وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت. قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك. والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذٍ يكون شيخاً. وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً بمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر، وقوله: **(ولو أوصى لبني فلان)** يعني إذا أوصى لبني فلان فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ، فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبي حنيفة رجع إليه، وكان يقول أوّلاً يدخل وهو قولهما، والخلاف عند الاختلاط، أما إذا كانت الإناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق. وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول

وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة: فإن قيل؛ أليس أن الكفار يسمون رسول الله ﷺ يتيم أبي طالب. قلنا: هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام، فإنهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم، فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمماً وهو ليس كذلك، بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى قوله: **(والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة)** أقول: في المحيط: الأرامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها، دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قال صاحب الزاهر: إن الأرملة هي التي لا زوج لها، مأخوذ من قولهم أرمل القوم: إذا فنى زادهم، والذكر يسمى أرملاً مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة. قال صاحب الزاهر: لا يقال رجل أرمل إلا في الشذوذ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس، لا على الشاذ النادر انتهى قوله: **(والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وإناثهم)** أقول: في دلالة ذلك على ما ذكره بحث، فإن الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس، وانظر إلى الكافي قوله وقال بعضهم: **(هو مفوض إلى رأي القاضي)** أقول: وعليه الفتوى قوله: **(دخل في الوصية فقراؤهم)** أقول: هذا جواب إن كان الأول قال المصنف: **(وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين)** أقول: مخالف لما سبق في

الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال: يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوّز والكلام لحقيقته، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم. قال: (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً. (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ

الشراح هناك، فكان بين تلك المسألة وبين هذا التعليل تدافع. ويكن أن يقال: جواب تلك المسألة على موجب الاستحسان كما ذكروه هناك، وهذا التعليل على موجب القياس، ووجه الاستحسان الذي ذكروا هناك غير متمش ها هنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ها هنا قوله: (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء، لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين: قلت: لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك، فالعجب أن أبا يوسف جوّز هذا دون ذاك اهـ. أقول: إن أبا يوسف جوّز ذاك أيضاً في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال: وقال الشافعي: الوصية لهم جميعاً، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم ا هـ. وصرح به صاحب معراج الدراية أيضاً هناك حيث قال: وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعاً وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول ا هـ. وما ذكره المصنف في هذه المسألة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقاً كما يشير إليه قول المصنف. وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف، ويرشد إليه أيضاً أن شمس الأئمة ذكر هذه المسألة في

الإناث وقد عرف في موضعه. ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول، لأن المراد به مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم. قال: (ومن أوصى لولد فلان) إما أن يكون أباً خاصاً أو فخذاً، فإن كان الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء، لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة وولد الولد مجازاً لا يصار إليه عند إمكان العمل بها، فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة، وفي أولاد البنات روايتان، هذا ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد، فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ قال القدوري: والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا. وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي قائماً، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فإن بنيه وبناته قد تخلو عن الأولاد فلا تكون مرادة. وقوله: (ومن أوصى لورثة فلان) واضح. وقوله: (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه، والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوّزوه وكذلك هذا، والمروى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة، لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطىء كالإخوة على بني الأعيان وبني

باب الوصية بثلث المال فيما إذا أوصى لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين، إلا أن يكون هذا قول محمد. ثم رأيت في غاية البيان أن المسألة مختلف فيها، وأن هذا قول محمد والحمد لله تعالى قوله: **(ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما)** أقول: وفي الكافي مخالف لما في الكتاب ففيه: ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخراً اعتباراً للحقيقة. وقال محمد: يدخل فيه الإناث وهو قول أبي حنيفة أولاً اهـ فلعل فيه روايتين قوله: **(فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾)** أقول: أي يورثكم، فإن ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية. والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر، كذا في معراج الدراية، وعندي أن الفهم بطريق آخر، فإنه إذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلاً يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية، فعلم أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة. أقول: فيه بحث، فإن الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازياً الأولاد إلا

الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث. ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطله. وقال الشافعي في بعض كتبه: إن الوصية لهم جميعاً. وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا. له أن الاسم يتناولهم لأن كلاً منهم يسمى مولى فصار كالإخوة. ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه، ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم، ويدخل في عبد قال له مولاه

شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها، بل ذكر فيها القياس والاستحسان، فقال في القياس يدخلون، وفي الاستحسان لا يدخلون، كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية، فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسألتين معاً مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة، فتعجب أنه جوّز التناول للكل في هذه المسألة دون الأولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان قوله: (**وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي، لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عنه تعذر اعتبار الحقيقة**) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: وبخلاف ما إذا لم يكن له موال: أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي: أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالي الموالاة. وقال في الجامع الكبير: وإن لم يكن له إلا موالي الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول

العلات وبين الأخياف، وليس بظاهر لأن معنى الإخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم، ومعنى المولى ليس كذلك، فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه، فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول، وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة. وقوله: (**في موضع الإثبات**) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا، على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الإثبات. وأجابوا عن مسألة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقاً ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة؟ أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد. فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب. وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء، والغالب في المولى الأسفل الفقر، وفي الأعلى الغنى، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة، ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت، لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث

إذا قامت قرينة على إرادتها أيضاً، والظاهر أن يقال: إذا كان فلان فخذاً يكون المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فليتأمل قوله: (**فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير**) أقول: قال في التقرير: يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى، ثم قال: كذا في أصول شمس الأئمة، وفيه نظر لأنه يفضي إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما، ولسنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى ما مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق، وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقريب.

إن لم أضربك فأنت حرّ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، ولو كان له موال وأولاده موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام، وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه

المصنف آنفا، ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام وفي المولى عقد الالتزام، وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذاك، فلو كان المصنف ها هنا ما ذهب إليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لأن اللفظ لهم مجازاً، إذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه، والصواب أن مراد المصنف ها هنا هو أنه إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذٍ يرتبط قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي بما قبله أشد ارتباط، وينتظم تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز الخ انتظاماً تاماً كما لا يخفى، وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسألة، وعلى غاية البيان أيضاً عند شرح كلام المصنف هنا، وكأن صاحب النهاية إنما أغترّ بما نقله عن الجامع الكبير، فإن المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي، لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسألة غير آب عنها، فإنه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيي المشترك أحق بالإرادة من الآخر لأمر مرجح، وإن كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف فيما مرّ بقوله

كذلك، فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما **(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون)** لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد **(لازم)** أي ثابت مستقر، والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت **(ويدخل فيه)** أي في هذا الإيصاء: يعني بالإجماع عبد قال له مولاه وهو واضح. ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر، وأولادهم لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذي باشر في آبائهم، والفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم، ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم، بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني وإنما هو بنو بنيه. وعن أبي يوسف أنهم: يعني موالي الموالاة يدخلون أيضاً لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(والإعتاق لازم)** جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل. ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وها هنا قرينة تعين أحدهما، وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء، وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما، ولو لم يكن له إلا موالي موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالي لأولاد الموالي حقيقة. وقوله: **(ولا يدخل فيه)** أي فيما إذا أوصى لمواليه **(موال أعتقهم)** هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال: موال أعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب، وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه، والمجاز أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكاً ولم يوجد في حق موالي الأب والابن فعل الإعتاق ولا تسبيبه، فقلنا: إنهم لا يدخلون في هذه الإضافة، وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ، لأن الذين أعتقهم موال له حقيقة. وقوله: **(وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة)** جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالي أبيه تدخل إذا مات أبوه وورث ولاءهم لأنهم مواليه حكماً ولهذا يحرز ميراثهم. ووجه ذلك

قوله: **(وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز)** أقول: مخالف لما ذكره آنفاً من القول الاشتراك إلا أن يبني على التسليم والتنزل.

عند تعذر اعتبار الحقيقة. ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسألة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حينئذٍ بل يأباه جداً كما بيناه آنفاً قوله: **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** أقول: لقائل أن يقول: لم لا يصار ها هنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء في حق النصف، والمصير إلى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز. وطريقة ها هنا أن يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل، والله أعلم.

أن إحرازه الميراث ما كان لكونهم موال له، لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام العتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث، نص عليه صاحب الشرع قال «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة. وقوله: **(بخلاف معتق البعض)** قال في النهاية: هكذا وقع في النسخ وليس بصواب. والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موال الموالي وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضاً، وذلك إنما يستقيم إذا كان بخلاف معتق المعتق، وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره. وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه، وها هنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطاً بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه، ومعناه فإن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاه حقيقة، بخلاف موالي الأم لأنهم ليسوا مواليه أصلاً، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما، لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة، وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة، والله أعلم.

قال المصنف: **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** أقول: لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد. وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت.

قوله: **(لأنه يثبت بهذا الفرق)** أقول: قوله الفرق فاعل يثبت قوله: **(وذكر بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني قوله: **(لأن معتق البعض كالمكاتب)** أقول: الظاهر أن يقال: لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال: (**وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبداً**) لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان، ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز مؤقتاً

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخّر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخّرها عنها وضعاً، كذا في الشروح، أقول: فيه شيء، وهو أن هذا إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة، لأن الثمرة من قبيل الأعيان، والباب يشمل الأقسام الثلاثة كلها عنواناً وأحكاماً فلا يتم التقريب، وإن صير إلى التوجيه ببناء الكلام على الأكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خالياً من بيان النكتة كما لا يخفى قوله: (**إلا أن الأول وهو الأعدل أولى**) قال بعض المتأخرين: فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم، فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الأولوية إلا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن إسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره، بل يجوز أن يكون مع الكراهة لأمر يدعو إليه، فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملاً كما في الأول، ثم إن سلم كون إسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي إلا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الأول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتاً وزماناً، ولا شك أن الأعدل أولى قوله: (**وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث**) أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فإن للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضاً؛ بأن يقال: إن حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث. وأما ثانياً فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتاً في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فإما أن يكون حق الورثة أيضاً ثابتاً في سكنى جميع تلك الدار أو لا، فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص، واللازم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخّر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً. قال: (**وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره**) كلامه واضح، ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عروض والمباينة بينهما وبين الإرث، لأن الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (**فكذا بعد الممات**) لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة (**فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى**) وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها (**والمعنى**) وهو الحاجة (**يشملهما**) يعني المنفعة والغلة. وقوله: (**فإن خرجت رقبة العبد**) فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبداً أو جعل ذلك زماناً، فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليخدمه وإن لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوماً إلى أن يموت، وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين، فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال المصنف: (**وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر**) أقول: قال الكاكي: ويعتبر هذا الاحتمال لأنه نشأ من دليل وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعاً، فلو لم يكن له

ومؤبداً كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث لأنه خلافه فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشتملها. قال: **(فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه)** لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة **(وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً)** لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ثلاثاً للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً. ولو اقتسموا الدر مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً لأن الحق لهم، إلا أن الأول وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار. وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم. وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك

باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال، وإن كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثاً للانتفاع، وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثاً لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض. مع أن المسألة خلاف ذلك كما مر آنفاً في الكتاب قوله: **(فإنما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها)** قال في العناية: واعترض عليه بإجازة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة، ويجوز أن يملكها ببدل، وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها، فإنّ مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعي، بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وهاهنا كذلك. إذ حاصل هذا الدليل

الوصية، وإن مات الموصي بعد مضيّ البعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها، فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه إلى ورثة، وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يردّه إلى الورثة، وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى ثلاث سنين ثم يرده إلى الورثة، وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره. قال: **(فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة)** إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصى **(لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي)** لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورّث، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به، واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية **(لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل)** أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت **(ولو أوصى بغلة عبده أو داره)** فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه. اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار)** واضح سوى ألفاظ نذكرها قوله: **(اعتباراً بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل)** قد تقدم في باب العارية، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لا

فمنعوا عنه. قال: **(فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة)** لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز **(ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت)** لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود. والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها، وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدر. وقال الشافعي: له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده، بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك. ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل، كذا هذا. وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل، والوصية تبرّع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرّع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع، أما هو في وضعه فغير لازم، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً

أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا، وما ليس بمال في تمليكه بالمال إحداث صفة المالية فيه تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، وما في تمليكه إحداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكاً أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعاً، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحرّ لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تبصر قوله: **(ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ)** قال صاحب

يتضمن ما فوقه. وقوله: **(إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره)** جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذٍ. ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به. وقوله: **(ولأن المنفعة)** دليل آخر. وقوله: **(وهذا لا يجوز)** يعني بناء على ما قال، ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر. واعترض عليه بإجارة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل. وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها، ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه. وقوله: **(إذا كان يخرج من الثلث)** احتراز عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. وقوله: **(وإذا كانوا في غيره)** أي في غير مصر الموصي. وقوله: **(ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره)** قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيداً لقوله: **(ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة)** يعني إذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة، وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر.

مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازاً عن المحرم شرعاً اهـ. وفيه تأمل قوله: **(فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له)** أقول: قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف: **(وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود)** أقول: لا يخفى أن الأنسب للمقام كان أن يقول: لأن عين المنافع كقيمتها، لكنه قلب تنبيهاً على قوة المعنى وجوازها بطريق الأولى فليتأمل قوله: **(وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر)** أقول: يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف: **(لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه)** أقول: أي من محمدا أو من الموصي، فإن عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده، كذا في شرح الكافي. والأقرب عندي هو الثاني قوله: **(ومعنى ذلك أنه عطف الخ)** أقول: يعني أن محمداً عطف الخ.

لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز، وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم. ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به، كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون

العناية: وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت اهـ. أقول: إن قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد. والحق أن يقال: كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد، لأن قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ، وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة قوله: **(ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها)** قلت: ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظاً وأصالة، وإلا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ويلزم أن يخالف أيضاً ما مر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً، ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعاً للمقرّ لأن الاستثناء تصرف في الملفوظ، بل إنما المراد ها هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما تبعاً عند الإطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض قوله: **(ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص)** أقول: لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في هاتيك المسائل، لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم

وقوله: **(لأنه عين مال تحتمل القسمة بالأجزاء)** وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث، وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة، فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة إلى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره. وقوله: **(ولو أراد الموصى له قسمة الدار)** ظاهر إلى قوله: **(عطفاً منه لأحدهما على الآخر)** ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده **(فتعتبر هذه الحالة)** يريد حالة العطف **(بحالة الانفراد)** أي بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما. وقوله: **(ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة)** كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة **(والخدمة للموصى له)** من غير اشتراك **(فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر)** تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها **(إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت)** ثم العبد الموصي بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حدّ الخدمة أو لا، فإن كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة، لأن

قال المصنف: **(وكذلك في أخواتها)** أقول: والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر، كذا في شرح الكاكي. قال الإتقاني: أراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة الـ بف والحلية والبستان والثمر الموجود مثل ذلك، والأرض والنخل مثل ذلك، وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في

هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول: الموصى له شريك الوراث وللشريك ذلك، فكذلك للموصى له، إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب، ولا حق له في عين الدار، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار، ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت. ولهما نظائر، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف. وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها. لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة. ولمحمد

الخاتم، وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية، وكذا القوصرة[1] وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لمدلولات هذه الأسماء لا جزئيات معانيها، إذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده، ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده، ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده. على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصوّر فيها العموم. فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ها هنا لا يخفى قوله: **(بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص)** أقول: فيه شيء، وهو أنه قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفاً لفظياً غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار، فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء قوله: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل)** أقول:

بالإنفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة، فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير، والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به، وإن أبى الإنفاق عليه ردّه إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير، وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لأن التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير. وقوله: **(ولها)** أي لهذه المسألة **(نظائر)** وقد ذكرها في الكتاب واضحة. وقوله: **(ولا شيء لصاحب الظرف)** وهو الأمة والخاتم والقوصرة **(في المظروف)** يعني الولد والفص والتمر **(في هذه المسائل كلها)** أما إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر فبالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما منفصلاً عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وقوله: **(كما في وصية الرقبة والخدمة)** فإن الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء، وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعوّل على قول محمد. قال: **(ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة)** المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدّي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة: في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف

---

(١) القوصرّة بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر يُتّخذ من قصب اهـ مغرب

أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك، ومن أصلنا أن العام موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم، بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق، بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص. قال: **(ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل)** والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم

في تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة، فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبداً حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً فالأولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبداً في صدر المسألة، أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل تدبر قوله: **(لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذٍ)** أقول: لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينقض بما تقدم من مسألتي الثمرة والغلة، فإن الإيصاء إيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذٍ وعلى الحادث بعده أيضاً بذكر قيد الأبد في الثمرة وبدون ذكره أيضا في الغلة، نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله هذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل ها هنا بقي خالياً عن الفائدة، وإنما يحصل وجه هذه المسألة مما ذكره في الفرق الآتي قوله: **(إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية لطريق الأولى)** قال بعض المتأخرين: يرد عليه أن لنا أصلاً آخر، وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده، ولا قياس عليه غيره فكيف ألحقت به اهـ. أقول: لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جداً، فإن مبناه أن يكون إلحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والإجارة بطريق القياس، وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه، يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى وفي قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تتصوّر في الدلالة دون القياس، وكون الشيء ثابتاً بخلاف القياس إنما ينافي القياس عليه، لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق

فيها جار على الأبد، ويعتبر خروجه من الثلث. وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره، كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق به بوجه مّا. وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وإن لم يذكره. فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها، وإلا فالقياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل. ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء، والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما، ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة. وقوله: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً)** ألى آخر

الوصية عاماً، فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء، كذا قال الكرخي في مختصره، إلى هنا كلام الإتقاني قال المصنف: **(وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها)** أقول: هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية إلا حملها فراجعه متأملاً قال المصنف: **(واسم القوصرة كذلك)** أقول: فكان كل منها كالعام الذي الخ، ولا ينبغي أن يظن أن تلك الأسماء عمومات، فإنه ليس كذلك كما لا يخفى قوله: **(ذكر الأبد أو لم يذكر)** أقول: يعني أطلق ولم يذكر قيداً.

والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى. أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد. قال: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل)** لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذٍ، وهذا بخلاف ما تقدم. والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة، فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع. أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعقد مّا، فكذلك لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

الدلالة، وقد مرّ مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض. ثم أقول: بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله، وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه، فقوله ها هنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة، وإنما يتمشى على قول صاحبيه، فإن عقد المعاملة مشروع عندهما، والمسألة التي نحن فيها مما أنفقوا عليه فكيف يبني دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل.

الباب واضح، ولله درّ المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه أوفى تأدية له من غيره. وقوله: **(وبعقد الخلع)** صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له، وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون متقوّماً وقد لا يكون فلم يضره، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل تردّ المهر.

باب وصية الذمي

قال: (**وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث**) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا. وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما. قال: (**ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث**) معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية، فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا. أقول: أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى، فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول، والأظهر أن يقال: لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخّره لخساستهم قوله: (**وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث، هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما**) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم، فإن وقف المسلم في حال الحياة مورروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى، وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح، إلى هنا لفظه. أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني، وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقاً في الأصل، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى. وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللّف والنشر الغير المرتب. والثاني أنه قال: أما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، وأضمر أبا حنيفة أوّلاً وأظهره ثانياً، وكان الأول مقام الإظهار والثاني مقام الإضمار، بخلاف عبارة المصنف فإنها على الأصل السديد

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (**وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث**) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان لمسلم، فإنّ وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكون غير لازم فهذا أولى (**وأما عندهما فلأن هذه**) الوصية معصية فلا (**تصح. ولو أوصى**) بذلك أي لو أوصى بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (**فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك**) وللذمي ولاية التمليك (**فأمكن تصحيحه**) أي تصحيح إيصائه (**على اعتبار المعنيين**) يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظراً إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظراً إلى التمليك، وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا به ما شاءوا (**وإن أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين**) يعني قوماً غير محصورين (**جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا: هي باطلة لأن هذه**) في الحقيقة (**معصية وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما**

باب وصية الذمي

قوله: (**وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة**) أقول: فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير. والأولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب قوله: (**وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح**) أقول: فيه بحث، إذ لا وصية هنا، والظاهر أن عبارة الوصية سهو من الناسخ، والأصل أن هذه الصنعة. نعم لو قال: لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحاً قوله: (**يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثالث نظراً إلى الاستخلاف**) أقول: فيه نظر، فإن الاعتبار من الثلث إنما هو لتعلق حق الورثة بما زاد

فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين. قال: **(وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة، وقالا: الوصية باطلة)** لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم؛ ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه. ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة

حيث قال: لأنها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أوّلاً وأضمره ثانياً. والثالث أنه خص كون الوقف موروثاً عنده بالمسلم حيث قال: فإنّ وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضاً موروث عنده بلا تفاوت، بخلاف عبارة المصنف فإنها مطلقة حيث قال: والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم. والرابع أنه قال: فلأن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسألتنا هذه، فإن المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، بخلاف قوله المصنف فإن هذه معصية، إذ المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنيعة دون الوصية فلا غبار عليه قوله: **(لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين)** قال في العناية وغاية البيان: وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا ما شاءوا ا هـ. أقول: هذا على أصلهما ظاهر، فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء، فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقية وإن كان قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحاً لكلام العاقل مهما أمكن. وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر، لأن كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجيء أيضاً، وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها. والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسألة على الاختلاف بين أبي حنيفه رحمه الله وصاحبيه وإن كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسألة

في تنفيذها من تقريرها، **(ولأبي حنيفة)** أن الاعتبار لمعتقدهم، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف، فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية، لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون. قالوا: هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى، فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار، وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك. وقوله: **(لم تصر محررة لله حقيقة)** بل تحرّر على معتقدهم **(فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه)** وقوله: **(ولأنهم يبنون)** دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى. وقوله: **(بخلاف الوصية)** متصل بقوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والضمير في قوله: **(لأنه وضع)** وفي وفي قوله: **(ثبوت مقتضاه)** وقوله: **(فبقي على مقتضاه)** كلها راجع كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيصاء. وحاصل معناه أن الوصية وضعت لإزالة الملك، إلا أن لفظها تقاعد عن إفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم، فأما إذا لاقت ما هو قربة فيه

عليه مما سبق، ولهذا لو ملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضاً؛ والأظهر أن النظر إلى المعنيين في التجويز. والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف، وللاعتبار من الثلث يعمل مما أسلفه قوله: **(والضمير في قوله لأنه وضع، وفي قوله ثبوت مقتضاه، وفي قوله فبقي على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية)** المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة قوله: **(والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك: الصحيح وها هنا الأصح وهما يصدقان)** أقول: فيه بحث، فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطإ، بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحية بالالتزام قال المصنف: **(وذلك من حق المستأمن أيضاً)** أقول: لا من حق ورثته حتى ينافي ما قلنا آنفاً قال المصنف: **(ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته)** أقول: فيه شيء، فإن هذا الكلام إنما يناسب لإثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمي، ويمكن التوجيه كما يشير إليه فليتأمل قوله: **(ولأن الذمي إذا أوصى)** أقول: في صحة هذا العطف تأمل.

وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرره، بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام: منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه، وما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين، وهذا على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً لأنهم معلومون والجهة مشورة. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً. ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز لأنه معصية في حقنا وفي حقهم، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتدّ فيكون على

السابقة، وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج أيضاً فليتأمل قوله: **(ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله، إلى قوله: والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة)** قال في العناية بل تحرر على معتقدهم. أقول: لقائل أن يقول: إن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون، فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفاً فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها. فإن قلت: إنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرّر لله تعالى لتعلق حق العباد بها. قلت: هذا مصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات إلى آخره. والكلام في التعليل الأول فلا معنى للخلط قوله: **(ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لله تعالى لتعلق العباد به)** قال صاحب العناية: قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اهـ. أقول: فيه نظر، لأن كون هذا دليلاً آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه، ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف أنه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلاً عليه، وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة، وهذا دعوى بلا دليل. ثم أقول: الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ، كأنه قال: ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لأن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر قوله: **(وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى**

عملت عملها. وقوله: **(ثم الحاصل أن وصايا الذمي الخ)** واضح قوله: **(وهو ما ذكرناه)** يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة. وقوله: **(كما ذكرناه)** يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة. وقوله: **(والوجه ما بيناه)** أي من الجانبين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما أنه وصية بمعصية قوله: **(والجهة مشورة)** يعني أنّ كلامه في صرف المال الموصى به إلى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام وقوله: **(على الخلاف المعروف في تصرفاته)** يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا. وقوله: **(وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة)** وصارت كالذمية. قال في النهاية: وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية. والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها، والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وها هنا الأصح وهما

الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه. وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردّة، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم. قال: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز)** لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويردّ الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضاً. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا، وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته، ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية. ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملّته جاز اعتباراً بالإرث إذ الكفر كله ملّة واحدة، ولو أوصى لحربيّ. في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الداين والوصية أخته، والله أعلم بالصواب.

على الردة، بخلاف المرتد لأن يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية: ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم: إنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقرّ على اعتقادها اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية: والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهنا الأصح وهما يصدقان ا هـ. أقول: ليس هذا بتوفيق صحيح، إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر. كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح. ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معاً قوله: **(ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته)** أقول: هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الإرث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفاً: منها ما إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله فإنه جائز، مع أن الإرث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين. وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى ذمي لحربي مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية، مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى مسلم لمستأمن بشيء فإنه أيضاً جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلاً لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضاً إذا كان الكافر حربياً ولو كان مستأمناً.

يصدقان، وقوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز)** قيل هذا إذا لم تكن الورثة معه، أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم، وإلى هذا أشار بقوله: **(وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب)** وقوله: **(وذلك في حق المستأمن أيضاً)** جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت: ليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب، فكيف يردّ عليهم الباقي. ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن، لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ. وقوله: **(ولو أعتق عبده عند الموت الخ)** ظاهر. وقوله: **(ولو أوصى لحربيّ في دار الإسلام)** دار الإسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربي: أي لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين، ولأن الذمي إذا أوصى لحربي في دار الإسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له: أي للمستأمن مسلم أو ذمي بوصية جاز، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الوصي وما يملكه

قال: **(ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس بردّ)** لأن الميت مضى معتمداً عليه، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فردّ رده، بخلاف الوكيل

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ قوله: **(بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه)** قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيخان، لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح. حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها، والفصل العاشر من التتمة، والباب السابع والستون من أدب القاضي، وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير، وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان، إلى هنا لفظ صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وهذا القيد هو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل كما في الوصي لأنه يؤدي إلى تغرير الموكل، بخلاف ما إذا كان وكيلاً بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى تغرير الآمر، وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل: أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ، فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء، لأن المراد بما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس **(ومن أوصى إلى رجل)** أي جعله وصياً **(فقبل الوصيّ في وجه الموصي)** أي بعلمه **(وردّها في غير وجهه)** أي بغير علم الموصي، هكذا ذكره في الذخيرة، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند ردّ الموصي **(فليس بردة لأن الميت مضى لسبيله)** أي الموصي مات معتمداً عليه، فلو صحّ رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّ رده، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحاً، بخلاف الثاني على ما ذكرتم. وأجيب بأن نفع الأوّل بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه إضرار به فلا يجوز، بخلاف الأول، لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك، ويشير إلى هذا الجواب قوله: **(بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه)** أي في غيبته وبغير علمه. **(لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه)** فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيخان، ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه، وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وقد أشار إليه المصنف في

باب الوصي وما يملكه

بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه **(فإن ردها في وجهه فهو ردّ)** لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره **(وإن**

يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه. ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعاً ولم تختلف، إلى هنا كلام صاحب الغاية، وإلى هذا مال صاحب العناية أيضاً كما يظهر من تقريره في شرحه. أقول: بل ليس هذا التوفيق بشيء لأنهم عقدوا في أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلاً على حدة أو باباً على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل، وكذا عدم صحية عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشيء، فهل يجوّز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة، ويكون حكم العزل في سائرها متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب، ولعمري إن حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى، ولذكر من بينها بعبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها: الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل، وقال: قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة ترتد، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد، وإن لم يعلم فلا ترتد حتى إن من وكل غائباً فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلاً. ثم قال: ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل، ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء. ثم قال: وكذلك إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى. انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وعن هذا قال صاحب الكافي ها هنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ؛ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم الموكل دفعاً للغرر والضرر المنهيين، فأن يجب نفي الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى قوله: **(لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة ردّ الوصيّ في غير وجه الموصى في حياته، فإن الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حياته، مع أنه لا يصح ردّ الوصيّ الوصية في غير وجه الموصي بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفاً، والجواب أن معنى الإيصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة، فالتصرف الذي يرفعه الموصي الى الوصي إنما هو التصرف الكائن بعد موته، ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته. كما أنه لَيس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض. نعم إنه يقدر في حياته على الإيصاء إلى الآخر بدل الأول إذا علم ردّ الأول، لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصي فإن معنى قوله في غير وجهه بغير علمه، ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضاً قوله: **(وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة)** أقول: يرد عليه أن يقال: هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة

كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل إلا بمحضر من الموكل، وذلك أيضاً قوله المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الإضرار بغيره، وأما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك. وقوله: **(وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً)** يعني كمن وكل حال حياته، فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصاً ولا دلالة كان بالخيار. قيل كان يجب أن لا يكون مخيراً لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص إلى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع. وأجيب بأن الموصي مغترّ حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار، بخلاف ما إذا قبل ثم رد في غيبته فإنه غارّ فيبطل اختياره. وقوله: **(فلو أنه باع شيئاً من تركته)** بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد

لم يقبل ولم يردّ حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته، لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصي، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة. أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب. **(وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله**

ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية؛ ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى إليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفاً، فإذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى إليه إياها فعدم توقف ثبوتها على عمل الموصى إليه بها مشكل جداً، إذ لا يخفى أن اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل قوله: **(وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب)** قال جمهور الشراح: ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو والأول سواء: أي الواحد فيما يكفي انتهى. وقال بعض المتأخرين: **قوله فيما تقدم من الكتب «ما» عبارة** عن الكتب، ومن للتبعيض: أي بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب، ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح، إذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً انتهى. **أقول:** ليس ما قاله هذا البعض بصحيح، لأن المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضاً، فإنه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة: فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم، ثم قال فيه: وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده. وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة: وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبياً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً. وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى. والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بأن ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً بدون التتبع لما تقدم من

الموت. وقوله: **(وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب)** من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث: ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو والأول سواء: أي الواحد فيهما يكفي. وقوله: **(وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل)** يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصيّ إن لم يخرجه القاضي حين قال لا أقبل، لأن بمجرد قوله لا أقبل، لا يبطل الإيصاء عندنا خلافاً لزفر، لأن في إبطاله مضرة بالميت وفي إبقائه ضرر للوصي، لكن الأول أعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب، ودفع الأعلى من الضرر أولى لا محالة. وقوله: **(إلا أن القاضي إذا أخرجه)** استثناء من قوله فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك. واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الإخراج، فمنهم من قال: القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ. وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف، ومنهم من قال: إنما صح لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه ويصح الإخراج فهنا أولى، وإليه ذهب شمس الأئمة الحلواني والباقي واضح. قال: **(ومن أوصى إلى عبد أو كافر الخ)** ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب

قوله: (وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول: يعني الإتقاني.

ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء، لأن في إبطاله ضرراً بالميت وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب، ودفع الأول وهو أعلى أولي، إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء

الكتب قوله: **(إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك)** قال عامة الشراح: قوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصنف قيد قوله فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه قال لا أقبل، وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك: أي لم يصح قبوله، والمفهوم معتبر في الروايات بالإجماع كما نصوا عليه، فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضي عن الوصايا من قوله فله ذلك، فلو كان قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى، فالوجه عندي أن يكون قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الأول وهو الأعلى أولى، فيكون هذا الاستثناء داخلاً في حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظراً إلى مفهوم قيدها وهو قوله إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل، كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظراً إلى منطوق أصلها. ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكوراً في البداية أصلاً مع كون المسألة مذكورة هناك أيضاً بحالها قوله: **(وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف)** قال صاحب العناية: ولنا في هذا القيل نظر، لأن كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب، كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا ا هـ. أقول: نظره ساقط، إذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي

غيرهم، وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعد الصحة، وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة. ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أو معناه سيبطل. قال الفقيه أبو الليث: وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا أن معناه سيبطل، ووجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله، ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية. قلنا: إنها ستبطل بإخراج القاضي إياه عنها، وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي جاز، فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرجه عن الوصية. وقال بعضهم إنه باطل في العبد، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي. ، وذلك لأن الوصاية ولاية متعدية، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلاً أن يكون له ولاية على غيره، فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة. وقوله: **(واستبداده إلى ما بعدها)** لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم. وقيل معناه في الكافر أيضاً باطل لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر، وقد ذكرنا بعضاً منه آنفاً. وقوله: **(وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره)** لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية. وقوله: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه)** واضح. وقوله: **(وفي اعتبار هذه)** أي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار **(تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته)** وقوله وهذا نقض الموضوع لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزأ إذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائداً على موضعه بالنقض، وقوله: **(إنه مخاطب)** احتراز عن الصبي والمجنون. وقوله: **(مستبد)** احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير وعما إذا كان في الورثة كبار. وقوله: **(ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة)** قيل عليه إن لم يكن لهم ذلك

قوله: **(وقوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك)** أقول: فيه بحث.

الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه، فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي. قال: **(ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم)** وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعدها. وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة. قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل، وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده، وفي غيره معناه ستبطل، وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج أن الأصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة، وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره. قال: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية)** لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة، ولا تجوز عندهما وهو القياس. وقيل قول محمد مضطرب، يروي مرة مع أبي حنيفة،

يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدّهم أن لا يكون قوله مضطرباً في نقل أحد أصلاً، كيف وقد قال في المحيط البرهاني: وإن كانت الورثة صغاراً كلهم فإن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، وإن أوصى إلى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إنها باطلة على التفسير الذي قلنا، وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى. نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أوّلاً، وأشار إلى وقوع رواية

فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع. وقوله بكونه ناظراً لهم لأن العاقل لا يختار المرقوق دون الأحرار كافة إلا إذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فإن الإيصاء إليه جائز فكذلك هذا. قوله: **(والوصاية قد تتجزأ)** جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة، أو نقول: يصار إليه أي إلى التجزي كي لا يؤدي إلى إبطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصياً على الصغار. فإن قيل: يفضي إلى تغيير وصفه وهو جعله متجزئاً بعد ما لم يكن. قلنا: يعتبر الوصف لتصحيح الأصل أولى من إهداره بالكلية. قال: **(ومن يعجز عن القيام بالوصية)** معنى قوله بالوصية بالوصاية. اعلم أن الأوصياء ثلاثة: عدل كاف، وعدل غير كاف، وفاسق. وزاد المصنف العاجز أصلاً إذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم إليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن القاضي نصب ناظراً، وإذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى إليه الوصي ذلك: أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر

قال المصنف: **(وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده، وفي غير معناه ستبطل)** أقول: فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال، والحمل على عموم المجاز محل تأمل، يعلم الجواب مما ذكر في شرح الإتقاني، وهو أن محمداً ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي إلى الذمي. قال الوصية باطلة، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. وذكر محمد في الأصل: وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاه. وقال في الأصل أيضاً: إذا أوصى المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل. وقال في الأصل أيضاً: ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى قال المصنف: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية)** أقول: لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية إلى عبد الغير جار هنا، إلا أن يؤول ويقال: إذا كان للقاضي أن يخرجه لم يستقر على الصحة، فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال.

وتارة مع أبي يوسف. وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرقّ ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع. وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم وصار كالمكاتب، والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة، أو نقول: يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى. قال: **(ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره)** رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره، ولو شكا إليه الوصيّ ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة، لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، وإذا

أخرى في كلام بعضهم حيث قال: وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه قوله: **(وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة)** قيل: عليه إن لم يكن لهم ذلك، فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء إليه لم يبق للقاضي ولاية البيع، كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الأسرار، أقول: في هذا الجواب بحث، لأن عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية إليه شرعاً، وهو أوّل المسألة التي نحن فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله، فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة، فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الأقطع حيث قال: وأورد في شرح الأقطع سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: إذا كانوا صغاراً فالقاضي يلي على بيعه إذا رأى ذلك. قيل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية، لأنه يلي على الأحرار مع وجود الوصية إليهم انتهى قوله: **(وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها)** يعني وهي: أي الأشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه، وطعام الصغار وكسوتها، وردّ وديعة بعينها، وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حقوق الميت انتهى، وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره، واقتفى أثره المصنف في البداية، وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على «ما» في قوله ما استثناه في الكتاب: أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله وردّ المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال، ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الأموال

في الكتاب، ولو ظهر عنده عجز أصلاً استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين: أي جانب الموصي والوصي، يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في الحوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه، وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه، إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب. قوله: **(ومن أوصى إلى اثنين الخ)** روي عن أبي القاسم الصفار أنه قال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف. قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفراد. وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال: الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً. وجعل في المبسوط هذا الأصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت وحينئذٍ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة، وإنما قال إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها، فذكر في الأسرار ستة، وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة

قوله: **(وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده)** أقول: لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه يدافع بأدنى تأمل.

ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين؛ ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه، لأنه لو اختار غيره غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره، كذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له. قال: **(ومن أوصى إلى اثنين لم يكن وحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه)** إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما

الضائعة، وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء، فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى، قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل: قوله وهي ما استثناه في الكتاب: أي في مختصر القدوري كما سبق، وقوله وأخواتها بالرفع عطف على «ما» إشارة إلى أنه يزاد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق: يعني قوله وزاد عليها المصنف ردّ المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال. وقال: ثم إن جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحداً كما جعل في الأسرار بناء على أن الأول داخل في الثاني، وكذا ردّ المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر، وما زاده اثنين وإلا فأربعة عشر، وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه. أقول: هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة: وهي قبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة مختل في ذاته، إذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين، وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة، لأن زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر، بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى قوله: **(وطعام الصغار وكسوتهم)**

وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع إليه الفساد وردّ الغصب والوديعة والخصومة. وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الأسرار، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة. وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، قيل: ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحداً كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. وقوله: **(سبيلها الولاية)** يعني أنها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر. وقوله: **(لأنها ليست من باب الولاية)** أي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من أوصى إليه، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين: أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف. وقوله: **(ولو أوصى إلى كل واحد منهما على الانفراد)** ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قوله منهما. وقوله: **(فإن مات أحدهما)** متصل بأوّل الكلام. وقوله: **(ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي)** ظاهر. وقوله: **(وإلى الجد في النفس)** يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. وقوله: **(وعند الموت كان له ولاية)** أي عند موت الموصي كان للوصيّ ولاية في التركتين: أي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول إليه وتركة موصيه، أما في تركته فباعتبار أنه ملكه، وأما في تركة موصية فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزلته فيهما. وقوله: **(فلا يرضى بتوكيل غيره)** أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصي إلى غيره. قال: **(ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة)** رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول

يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى، بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً. ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الوليّ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وها هنا حق التصرف للوصي، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف، ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما، بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال **(إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه)** لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك **(وطعام الصغار وكسوتهم)** لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً **(وردّ الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون)** لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة. ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي **(وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه)** لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي **(والخصومة في حق الميت)** لأن

قال في غاية البيان: وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن. وكذلك قوله وردّ الوديعة بعينها، وردّ المغصوب، والمشترى شراء فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون. كل ذلك بالجر، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة، وقبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى، وجمع الأموال الضائعة، كل ذلك بالجر انتهى، أقول: لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الإعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور، لكنه منظور فيه عندي لأن قول المصنف في شراء الكفن في كتابة هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن: ولا ريب أن الضمير المستترّ في قوله فقال راجع إلى ما رجع إليه الضمير المستترّ فيما استثناه في الكتاب مختصره وهو القدوري، والمراد بالكتاب فيلزم أن يكون جميع الأمور المعطوفة على شراء الكفن بالجرّ في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفاً، اللهم إلا أن يحمل قوله فقال إلا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الإلحاق به تأمل قوله: **(وحفظ المال يملكه من يقع في يده)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين: يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضي صاحب الدين، وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ذهبا إليه تكلف بارد، بل تعسف فاسد، إذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الأموال، فكيف يتم حينئذٍ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران. والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الأموال كما لا يخفى قوله: **(والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم)** أقول: فيه شيء وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة، بل كان معناه في العرف، مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال: الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأن في معناه وضعاً، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى. ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكره في كتب اللغة. قال في القاموس: تقاضاه الدين: قبضت منه. وقال في الأساس: تقاضيته ديني

والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له

الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين **(وقبول الهبة)** لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية **(وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف)** لأن فيه ضرورة لا تخفى **(وجمع الأموال الضائعة)** لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية. وفي الجامع الصغير: وليس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضى، والمراد بالتقاضي الاقتضاء، كذا كان المراد منه في عرفهم، وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد. وقيل الخلاف في الفصلين واحد، وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين، لأن الوكالة تتعاقب. فإن مات أحدهما جعل

ويديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته انتهى، ثم أقول في الجواب: ليس مراد المصنف ها هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع، بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع، وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع غير كاف الأن العرف قاض على الوضع: أي راجع عليه. فإن قلت: بقي المخالفة حينئذٍ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العارف بخلافه، قلت: مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين، ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا، ولا غرر في اختلاف العرفين بحسب اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين، ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الأصل، ثم قال: وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم قوله: **(ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية)** أقول: لقائل أن يقول: إن كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من الجانبين، وإذا كان أحدهما مقتضياً كان الآخر قاضياً البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضاً من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل قوله: **(غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة)** قال صاحب العناية: فيه إشارة إلى أن لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده، لأن الحفظ إنما يتصوّر في ذلك، أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار، إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه خلل، لأن مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصي ما أفرزه للورثة إليهم على الإطلاق: أي سواء كان ما سلمه إليهم باقياً في أيديهم أو هالكاً، وليست المسألة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها، فإن قال في النهاية: ثم إن كان ما أعطاه الوصي للورثة باقياً في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم، وإن كان هالكاً كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي إلى الورثة، إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيئاً لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر

بشيء. وأما إن كان الوراث كبيراً حاضراً وصاحب الوصية غائباً فقاسم الوصي مع الوراث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً حاضراً أو غائباً في المنقول والعقار جميعاً، حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً، أما إذا كانوا كباراً فليس له بيع العقار عليهم

القاضي مكانه وصياً آخر، أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرّد بالتصرّف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه. وعند أبي يوسف الحيّ منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفاً في حقوقه، وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت. ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصيّ آخر لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه. وعن أبي حنيفة أن لا ينفرد بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى. وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا. وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره. ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد؛ ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس. ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصي، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما، ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضياً بإيصائه إلى غيره، بخلاف الوكيل لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه. قال: **(ومقاسمة الوصيّ له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة)** لأن الوراث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه به ويصير

نصيبه، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي، إلى هنا لفظ النهاية. وقال في المحيط البرهاني: فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة، وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضاً فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار. إن شاء ضمن الوصي، وإن شاء ضمن الوراث انتهى قوله: **(وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ)** قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل: وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة: أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده: أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية. أقول: ليس هذا الشرح بصحيح، إذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاجّ كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل

وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب، وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصماً عنهم وقائماً مقامهم، وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبني الوصي مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله: **(حتى يرد بالعيب)** أي فيما اشتراه المورث **(ويردّ عليه)** أي فيما باعه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث، فإنه إذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوراث ثم استحقت الجارية فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع، كما لو باعها المورث من آخر والمسألة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعة دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره وقوله: **(غير أن الوصيّ لا يضمن)** جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان، كما لو تعدّى على المال واستهلكه، ووجه الجواب ما قال لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ، وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، كذا في النهاية. فإن قاسم الورثة كان معلوماً من سياق كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه قال: **(وإن كان الميت أوصى بحجة الخ)** رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحجّ عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصيّ ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرقت في

مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً فيكون خصماً عن الوراث إذا كان غائباً فصحت قسمته عليه، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه، ولا يصير مغروراً بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه، غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوراث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة. قال: **(فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي)** لما بينا. قال: **(وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حجّ عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحجّ عنه فضاع في يده)** وقال أبو يوسف: إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام

ليحجّ عنه فضاع من يده مستدركاً محضاً كما لا يخفي. والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع إلى الوصي، فحينئذٍ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى قوله: **(وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذلك إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه)** قال بعض المتأخرين: قلت هذا قياس مع الفارق، لأن الموصي غير ملزم بشيء إذ له الرجوع عن الوصية رأساً، فلا يلزم من عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذاك انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الموصي وإن لم يكن ملزماً بشيء في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة، والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً. وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره: وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصيّ بمنزلة دفع الميت، ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل مالاً ليحجّ عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى، كذلك هذا انتهى. فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حياته فوقع فيما وقع قوله: **(لأنهم**

الطريق قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم، فإن سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا. وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميعُ المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فإن سرقت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى. وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى. ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ألف درهم)** واضح على ما ذكره في الكتاب، وذكر الإمام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن، لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته. قلت: وضع المسألة في الدارهم لعله إشارة إلى ذلك فإنها مما يوزن. وقوله: **(وإذا باع عبداً من التركة)** ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد، فإن ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقاً في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى، فكان في البيع إبطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم. وأما ها هنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بكل يكون محققاً له، لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل. وقوله: **(ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء)** يعني إذا باع بمثل قيمته. وقوله: **(ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدّق بثمنه على المساكين)** ظاهراً. وقوله: **(لأنه ضمنه بقبضه)** أي لا بعمل آخر يكون للورثة، لأن باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصي ولا لورثته. وقوله: **(لأن الرجوع بحكم الوصية)** لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث. وقوله: **(أنه يرجع عليه بحكم الغرور)** أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه

الثلث. وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها. ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاته بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحجّ بثلث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة، إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها. قال: **(ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة)** لأن الوصية صحيحة، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل. قال: **(وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز)** لأن الوصيّ قائم مقام الموصي،

يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فك الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: لأنهم يتصرفون بحكم المالكية: أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله لأن الإذن فك الحجر بأن قال: فيه بحث، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى. أقول؛ ليس هذا بوراد، إذ لا شك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب، إلا أن قوله لأن الإذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً. أما في حق الصبي المأذون فظاهر، لأن الإذن في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه، كما أن الإذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون. وأما في حق المكاتب فلأنه وإن لم يكن مأذوناً صراحة إلا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد

لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة. وقوله: **(وقد مرّ في كتاب القضاء)** يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء الخ. وقوله: **(فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء)** أي لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم، لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى أن الوصيّ يرجع على المساكين، والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير. ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله: **(فإن قسم الوصي الميراث الخ)** ظاهر، وكذا قوله: **(وإذا احتال الوصي بمال اليتيم)** ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة. وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ، ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصيّ مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز على ما يجيء. والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش. فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح، وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك. وقوله: **(ولا يجوز بيع الوصيّ)** واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا، إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه، وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد على أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله: **(والصبيّ المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية)** أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد، بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ قال: **(وإذا كتب كتاب الشراء على وصي)** هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح، وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط. وقوله: **(وبيع الوصي على الكبير الغائب)** قيد بالكبير، لأن

ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواته إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما ها هنا فبخلافه. قال: **(ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدّق بثمنه على المساكين فباعه الوصيّ وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي)** لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه ردّه. قال: **(ويرجع فيما ترك الميت)** لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل. وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: لا يرجع لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها، ومحل الوصية الثلث. وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء، إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينة سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مرّ في كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر. قال: **(وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير)** لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال: **(وإذا احتال الوصيّ بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز)** وهو أن يكون أملأ، إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. قال: **(ولا يجوز بيع الوصيّ ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله)** لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير

الكتابة لا محالة، فإن أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الإذن له في الكسب محال، والإذن في الشرع فك الحجر وإسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور قوله: **(وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه يملكه الأب على الكبير)** قال صاحب الكفاية: قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير في صورة التناقض لقوله لأن الأب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى. أقول: ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام، لأن الوصي أيضاً لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية، بل إنما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب، فإن كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضاً كما هو الظاهر من السياق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير: أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضاً، وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه

الورثة إذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيباً وقال المتأخرون: إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة. وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة أصلاً، لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة، إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً أو بمقدار الدين إن لم يحط، وله بيع ما زاد على الدين أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع

قال المصنف: **(لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه)** أقول: العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد، وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء، كذا في كشف البزدوي وذكر في المغرب، وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول، ومعناه: ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه.

لأنه لا يمكن التحرّز عنه، ففي اعتباره انسداد بابه. والصبيّ المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فك الحجر، بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر. وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرّع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله **(وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة)** لأن ذلك أحوط، ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب. ثم قيل: يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا. وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهراً. قال: **(وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار)** لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه. قال: **(ولا يتجر في المال)** لأن المفوّض إليه الحفظ دون التجارة. وقال أبو يوسف ومحمد: وصيّ الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصيّ الأب في الكبير الغائب، وكذا وصيّ الأم ووصي العم. وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم. قال: **(والوصيّ أحق بمال**

التفصي عن التناقض كما لا يخفى، وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكاً مع أنه لم يترك قط، إذ لم يقل أحد بأن الوصيّ يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية. فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال: وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر، إلا أنه لما كان في حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد، لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه. وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى. ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية ردّه بوجه آخر حيث قال: ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى.

لتنفيذها شيئاً من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين. وقوله: **(لأن الأب يلي ما سواه)** دليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي، وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، قالا في منع بيع الزيادة: إن جوازه للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز، واستحسن أبو حنيفة فقال: الولاية ها هنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزأ، فمتى تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي، ولأن في بيع البعض إضراراً لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم، وللوصيّ ولاية ذلك في نصيب الكبير؛ ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة. فإن قلت: قد علم حكم المسألة إذا كانت الورثة كباراً بعبارة الكتاب وإذا كانوا صغاراً بمفهومه، فما حكمها إذا كانوا صغاراً وكباراً. قلت: حكمها أن الكبار إذا كانوا غيباً وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار، وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر، وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعاً، وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعاً، وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضوراً وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع، وفي بيع حصة الكبار الخلاف، وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف. وقوله: **(ولا يتجر في المال)** ظاهر. وقوله: **(وهذا الجواب في تركة هؤلاء)** يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصي الأب في الكبير الغائب، فإن وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه، العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم

قوله: **(لأن الإذن فك الحجر)** أقول: فيه بحث، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب.

الصغير من الجد) وقال الشافعي: الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه. ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه، وهذا لأن اختياره الوصيّ مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه **(فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب)** لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون وصي، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه.

أقول: هذا ساقط إذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه، فإن معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره إذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه، وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة.

حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار، لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية. أما إذا كان دين فإن كان مستغرقاً فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقاً يبيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم، لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه. وقوله: **(والوصي أحق بمال الصغير من الجد الخ)** ظاهر. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ.

قال المصنف: **(وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير)** أقول: يناقض ظاهره لقوله لأن الأب بل ما سواه، ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقة ويملكه بجهة الحفظ والنظر، كذا في الكفاية، ولا يوافقه قوله ولا يليه.

فصـل في الشهادة

قال: (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما. قال: (إلا أن يدّعيها المشهود له) وهذا استحسان، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة. وجه

فصل الشهادة في الوصية

قال صاحب النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخّر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية نقلاً عنه. أقول: ليس ذلك بسديد، لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة، وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى. والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: إنما أخّر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصليه لأن الأصل عدم العارض انتهى قوله: (وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصيّ ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية: فإن قيل: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه. قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث. فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا. كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير، إلى هنا لفظ النهاية. واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي. أما السؤال فلا" اتجاه له أصلاً، فإن الوصيين اللذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم إليهما وصياً آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما يملكه، وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات، وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهما برضاه. قال تاج الشريعة في شرحه: يعني لو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى. ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقاً، وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث إليهما البتة وإن بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات، منها التبيين فإنه قال فيه: فإذا ردت شهادتهما ضم القاضي إليهما ثالثاً، لأن في ضمن شهادتهما إقرار منهما بوصيّ آخر معهما للميت، وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة. ثم

فصـل في الشهادة

قال في النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها، وقوله: (وإذا شهد الوصيان) ظاهر. وقوله: (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة. وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصيّ وهناك تقبل الشهاد، فكذلك ها هنا، ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. وقوله: (وكذلك الابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة، وقوله: (وكذا لو شهدا يعني الوصيين الخ) واضح. وقوله: (وإذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة

الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. قال: (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل

قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما: وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً على ما بينا آنفاً فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصياً معهما بنصب القاضي إياه انتهى. ومنها المحيط فإنه قال فيه: قال في الأصل: وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه، من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثاً قول أبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثاً. ومنهم من يقول لا، بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر، فإنه لم يحك فيه خلافاً. وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثاً، بخلاف ما لو قبل ثم أبى فإنه لا يعمل ردّه وإباؤه، إلى هنا لفظ المحيط. وأما الجواب فلأن قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق إذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا، وأيضاً القاضي يحتاج هناك إلى نصب الوصي وهنا لا يحتاج إليه في زعم المجيب، فأن هذا من ذاك، ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى. ثم إنّ بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه: إن وجوب كون المضمون هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه، لا في إسقاط شيء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين. عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي، وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع، ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال: وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروفاً فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقطت عنه مؤنة التعيين. ومثاله أن القرعة ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى قوله: (وكذلك الابنان) قال الشراح: قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ. أقول: تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر يقتضي أيضاً بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفاً على قوله فالشهادة باطلة، لأن الحكم في صورة الإنكار بطلان الشهادة لا غير، لكن لم يظهر لي ما دعاهم إلى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضاً وزيادة الإفادة إذ يصير المعنى إذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به، وفي صورة أن يدعيه فإن شهادتهما تبطل في الصورة الأولى وتقبل في الصورة الثانية استحساناً وهذا جيد جداً فإن جواب مسألة شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في الصورتين معاً كما صرح به في عامة الكتب، وأما إذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتي مسألة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة، ولا يخفى ما فيه. فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا محالة قوله: (**بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصيّ الأب عنه، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في**

كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع، وما لم

وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة **(ولو شهدا)** يعني الوصيين **(لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهم باطلة)** لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به. قال: **(وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة. وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتها في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها. قال: **(وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز)** وهذا قول أبي حنيفة وأحمد. وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضاً. وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف. وعن أبي يوسف مثل قول محمد. وجه القبول أن الدين يجب في الذمة

غيرها) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضاً في غير تركة عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضاً مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متفق في الكتاب آنفاً فليتأمل في الدفع قوله: **(وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل)** قال في العناية: جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع، وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً انتهى. أقول: تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل؛ لأنه إن أراد بالأوجه الأقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير: أحدها ما اتفقوا على جوازه. وثانياً ما اتفقوا على عدم جوازه. وثالثها ما اختلفوا فيه. وما عده وجهاً رابعاً داخل في القسم الثاني لا محالة. وإن أراد بها الأمثلة فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب، فلا وجه لجعل الاثنين منها وجهاً واحداً، على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالأوجه هو الأمثلة، بل يقتضي كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى. ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضاً إلى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة، إلا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فإنهما قالا فيه: وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة. وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضاً. وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضاً وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين

تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً، فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الإمام محمد ولم يطرد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرع

قوله: (معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول: يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ﴿ولا يستأخرون﴾.

وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرّع أجنبيّ بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. وجه الردّ أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشاهدة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة. قال: **(ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق)** لأنه لا شركة فلا تهمة **(ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة)** لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلث ماله، لأن الشهادة مثبتة للشركة. وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه، وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم. ثم إن الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال: وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق، وفي وجه لا تقبل بالاتفاق، وفي وجه اختلفوا فيه، ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله. وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال: وها هنا ثلاثة فصول: أحدهما ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل.

أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة.

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال: (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج

كتاب الخنثى

قال في النهاية: لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آلتي النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له ألتان فيه، وقد ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين، أو لأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالنادر فيه انتهى. أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة، بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان؛ ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصيات مثلاً جارية بأسرها في حق الخنثى أيضاً، وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها، فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان، وأما ثانياً فلأن قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتام، إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين، ووضع الفصل الأول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال: فصل في بيانه، ثم قال: فصل في أحكامه، فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه، وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول، وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضاً بتأويل مّا فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان، ويمكن التوجيه بعناية فتأمل. وقال في العناية: لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اهـ. أقول: يتجه عليه أيضاً ما ذكرناه آنفاً من البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضاً فتأمل. وقال في غاية البيان: أخّر كتاب الخنثى لوقوعه نادراً لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، إما آلة الرجل، وإما آلة الأنثى، واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة، ولكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا ذكره وأخّره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج إلى بيانه اهـ. أقول: هذا جيد إلا قوله وقلة الاحتياج إلى بيانه، فإن ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج إلى البيان لكونه بعيداً عن الأذهان موقوفاً حاله على أمر خفي. وعن هذا قال في النهاية: ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وإن ندر وجوده في الأزمان.

فصل في بيانه

قال صاحب العناية: فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما، وها هنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل. قلت: كلامه في قوة أن يقال: هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخنثى

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود. ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه. فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما

كتاب الخنثى

فهو أنثى) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورّث؟ فقال من حيث يبول»[1] وعن عليّ رضي الله عنه مثله. ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب **(وإن بال منهما فالحكم للأسبق)** لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي **(وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولاً)** علامة قوّة ذلك العضو وكونه عضواً أصلياً، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة، لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء فهومشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح. قال: **(وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل)** وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو، لأن هذه من علامات الذكران **(ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة)** لأن هذه من علامات النساء **(وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل)** وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال اهـ. وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال وجوباً: ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى، فإذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوّة تعنون الأولى به أيضاً وإن لم يصرح به في العادة، لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلاً آخر يذكر بعيده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى. أقول: هذا كلام خارج عن سنن السداد. أما أولاً فلأن الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقاً، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقاً في الأولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضاً كما لا يخفى، والفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب. وأما ثانياً فلأنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة إلى هنا فصلاً آخر يذكر بعيده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف، وإلا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضاً بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعاً، وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلاً واحداً ولا يذكرون بعده فصلاً آخر أصلاً.

وهاهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ قلت: كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخنثى، وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال قال: **(وإذا كان الخ)** أي قال القدوري: إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر. وقوله: **(فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح)** وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة، ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الأم ليست إلا خروج البول منهما، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالاً، فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر. وحاصلة إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل، وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة، وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل، وهذا يرفع ما يقال: لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب.

---

(١) واهٍ بمره. وقد صحح موقوفاً والمرفوع أخرجه البيهقي ٦/ ٢٦١ وابن عدي في الكامل ٦/ ١٩ كلاهما من حديث ابن عباس، وهو من طريق الكلبي، وهو محمد بن السائب عن أبي صالح به، وهذا إسناد واهٍ بمرة، والكلبي متهم. كذّبه غير واحد.
وقد قال البيهقي عقب حديثه: لا يحتج به. ثم أسنده عن علي موقوفاً من عدة طرق، وأسنده عن ابن المسيب من قوله، وكذا عن جابر ابن زيد، وهو في سنن الدارمي ٢٨٥٧ عن علي موقوفاً.

فصل في أحكامه

قال رضي الله عنه: الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. قال: **(وإذا وقف خلف الإمام قام بين صَفّ الرجال والنساء)** لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته **(فإن قام في صفّ النساء فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته)** لاحتمال أنه رجل **(وإن قام في صفّ الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي**

فصل في أحكامه

أي في أحكام الخنثى المشكل، وهو الذي لم تظهر فيه إحدى العلامات، وتعارضت اللامات لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة، وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل قوله: **(وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لاحتماله أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته)** أقول: في تحرير هذا التعليل نوع خلل، لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال. وقوله فلا يتخلل الرجال متفرّع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة، لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله، فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء، ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة، إذ لا تأثير للاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء، بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوّز تخلله النساء، وإنما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل، وكأن صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليل حيث قال: وإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة، ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى قوله: **(فإن قام في صف النساء فأحب إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل)** هذا لفظ محمد في الأصل قال جمهور الشراح: إنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمسفد هو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فللتوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة انتهى. وعزاه في النهاية والكفاية إلى المبسوط. أقول: فيه نظر، إذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب إعادة الصلاة عند تقرّر كون الأخذ بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به، فإن الاحتياط يقتضي الاحتراز على الموهوم أيضاً، فالظاهر عندي ما ذكرَ في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها، وهو أن قوله فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته فيما إذا كان الخنثى المشكل مراهقاً، فإن الإعادة مستحبة في حقه تخلقاً واعتياداً. وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة لأنه إن كان

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل، لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم، ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال **(الأصل في الخنثى المشكل)** ولم يقل المشكلة، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والأصل هو الذكر لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره، **(فإن قام في صفّ النساء فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل)** قيل: وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فللوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة. فإن قيل: الخنثى إذا كان مراهقاً فلا إعادة عليه وإن أفسدها، فإن كان بالغاً فالإعادة واجبة، لأنه إن كان ذكراً وجب الإعادة، وإن كان

فصل في أحكامه

قوله: **(قيل فيه نظر، إلى قوله: فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها)** أقول: نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلاً كان أو امرأة

خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة. قال: (وأحبّ إلينا أن يصلي بقناع) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وإن صلى بغير قناع امرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال) لأنه يباح للمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة. ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعدّ لنوائب المسلمين (فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها

ذكراً كان عليه الإعادة، وإن كان أنثى لم تلزمه الإعادة فتجب الإعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادة قوله: (ويجلس في صلاته جلوس المرأة، لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول: في هذا التعليل كلام، وهو أنه إن أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه، وإن أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال: وهو جائز في الجملة عند العذر، وكما صرح به في المبسوط والذخيرة، وبين وجه العذر هنا حيث قال: لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الأعذار اهـ. فهو مسلم لكن يرد حينئذٍ على قوله وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال: ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر، واشتباه الحال من أبين الأعذار فما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع قوله: (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية: هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً، لأنه ذكر في استحباب المبسوط أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدتها. والأولى في التعليل هنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال: لأنه متى اشترى الوليّ جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً فهذا نظر المملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباح حالة العذر، فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى، باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس، لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها، إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف: وفيه نظر، لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر،

أنثى لا يلزمه فتجب احتياطاً، فما وجه قول أحبّ إليّ أن يعيد. أجيب بأن مراده إذا كان مراهقاً فالإعادة مستحبة تخلقاً واعتياداً، وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة، كذا في الذخيرة، فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره وخلفه ويحذائه إذا قام في صف الرجال واجبة، لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم. وقوله: (وأحبّ إلينا أن يصلي بقناع) يعني إذا كان مراهقاً، وأما إذا بلغ بالسن فذاك واجب. وقوله: (وهو على الاستحباب) يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة. وقوله: (لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قيل فيه نظر، لأنه وإن كان صحيحاً في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها، بل لها أن تنظر من مولاتها إلى ما لها أن تنظر إليه من الأجنبيات. والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس، فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها. فإن قيل: فلو زوّجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير. أجيب بأن محمداً لم يقل ذلك لعدم التيقن

إباحة النظر لسيدهما مطلقاً ولسيدتهما بالضرورة، فحينئذٍ يندفع الإشكال بالكلية قوله: (يعني إذا كان مراهقاً، إلى قوله: لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً) أقول: إذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا توصف بالحل والحرمة.

(ويكره له في حياته لبس الحليّ والحرير، وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء. وأن يخلو به غير محرم من رجل

ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل النظر إليه تداويه المرأة، وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل، فإذا جاز النظر بالعذر فإقامة السنة أيضاً عذر جاز لها أن تنتظر إلى فرجها انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ يشترك في جواز النظر بالعذر إلى موضع العورة من الأمة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة، فلم يكن للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها أصلاً. وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة يشعر لا محالة بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره في إباحة النظر إلى سيدها، فيردّ عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة، وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، وقال صاحب الكافي في التعليل: لأنه يباح لمملوكته النظر إلى ذكره إن كان رجلاً قوله: **(ويكره له في حياته لبس الحليّ والحرير)** قال صاحب النهاية: وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة، لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس، والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت، وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية ردّ ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده، ولا يذهبَ عليك أن كونه بياناً للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره إذا كان الواقع مبيناً بدونه، فالوجه في الاعتذار عن ذكر ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا: إلا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط، وإنما وقع في لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسألة بعد ذكر تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى قوله: **(وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء)** قال جمهور الشراح: وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

بصحة النكاح ما لم يتبين أمره، ومع هذا لو فعل كان صحيحاً لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس. والنكاح لغو، وإن كان ذكراً فهو نظر المنكوحة إلى زوجها وقوله: **(ويكره له في حياته لبس الحرير)** قيل: لا فائدة لقوله في حياته فإنه لا لبس بعد الموت، وإنما هو إلباس فكان معناه مفهوماً من قوله لبس، وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع، وإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط، فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذراً عن الوقوع في الحرام. وقوله: **(وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء)** يعني إذا كان مراهقاً، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضاً. وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد. وقوله: **(وأن يخلو به)** أي يكره أن يخلو به **(غير محرم من رجل أو امرأة)** لقوله ﷺ «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان» وأمره في ذلك محتمل نظراً إلى حاله. وقوله: **(لا علم لي في لباسه)** يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح، وقول محمد ظاهر. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الحنث لا يثبت بالشك. وقوله: **(وإن قال بالقولين)** يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر. وقوله: **(لأنه ليس بمهمل)** يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين. وقوله: **(لأنه دعوى يخالف قضية الدليل)** لأنه يقتضي بقاء الإشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره. وقوله: **(ينبغي أن يقبل)** إنما قال بلفظ ينبغي لأن حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله: **(لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء)** أي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع، فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلأجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في

أو امرأة، وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم **(وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه)** لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه وقال محمد: **(يلبس لباس المرأة)** لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل، ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ **(ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى)** لأن الحنث لا يثبت بالشك **(ولو قال كل عبد لي حرّ أو قال كل أمة لي حرّة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره)** لما قلنا **(وإن قال القولين جميعاً عتق)** للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل **(وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً)** لأنه دعوى يخالف قضية الدليل **(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله)** لأنه أعلم بحاله من غيره **(وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة)** لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء **(فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد)** لتعذر الغسل **(ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة)** لاحتمال أنه ذكر أو أنثى **(وإن سجي قبره فهو أحبّ)** لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره. **(وإذا مات فصلي عليه وعلى**

موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد انتهى، وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية. أقول: ليس هذا بتامّ عندي إذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هوالأصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضاً بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلاً عن كتاب الخنثى من الأصل، إذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلاً، كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة، فلم يكن في هذه المسألة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر قوله: **(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحالة من غيره)** قال صاحب الغاية: وفي هذا التعليل نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى

وجوب ستر عورته، فإن كان مشكلاً لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد، وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فإنه ييمم بالصعيد مع الخرقة إن يمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر الميمم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان، لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فإنه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها. وقوله: **(وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه)** يعني اعتباراً بحال الحياة، لأنه يقوم بين صفّ الرجال والنساء، فكان في القرب من الإمام بعد درجة، فكذلك في حال الممات والأصل فيه قوله ﷺ «ليليني منكم أولو الأحلام والنهي» **(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل)** يعني يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف، فالرجل للتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث «أنه ﷺ أمر بتقديم أكثرهم أخذاً للقرآن جانب القبلة» **(ويجعل بينهما حاجز من صعيد)** ليصير ذلك في حكم قبرين. وقوله: **(وإن جعل على السرير نعش المرأة)** النعش شبه المحفة مشتبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة، وقد تقدم في كتاب الصلاة. وقوله: **(وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث)** فلا بذلك بأس، لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال

قال المصنف: **(لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، إلى قوله: فإن لم يكن مشكلاً الخ)** أقول: يعني إن علم الإشكال أو لم يعلم الإشكال قال المصنف: **(لأنه أعلم بحاله من غيره)** أقول: قال الإتقاني: وفيه نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. وجوابه أن المراد إذا لم يعلم كونه مشكلاً كما أشرنا إليه فافهم.

رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة **(ويقدم على المرأة)** لاحتمال أنه رجل **(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل)** لاحتمال أنه امرأة **(ويجعل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى)** لاحتمال أنه رجل **(وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحبّ إليّ)** لاحتمال أنه عورة، ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحبّ إليّ **(يعني يكفن في خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك. ولو مات أبوه وخلف ابناً فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً للابن سهمان، وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك)** وقالا: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي. واختلفا في قياس قوله قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة

العلامات، فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. أقول: مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فإن مراده بقوله وإن لم يكن مشكلاً، وإن لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل، لأن معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً: إذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلاً عن الحاكم الشهيد، ويدل عليه أيضاً قول المصنف في تعليل ذلك لأنه دعوى تخالف قضية الدليل، فإن مخالفة دعواه قضية الدليل إنما يتصور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل، فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً، إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلاً: وإن لم يعلم أنه مشكل، لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعاً، إذ لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أنثى بلا حاجة إلى قول نفسه، بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها، فحينئذٍ تتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا، ومحل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه. والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسألة وهي أحق

الحياة، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة، فإن السنة في كفنها خمسة أثواب قال: **(ولو مات أبوه وخلف ابناً)** اعلم أن الشيخ أبا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف، وكذلك أثبت المصنف في الكتاب، وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي. وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة، ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي، فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به. وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به، وهو أن تجعل المسألة على سبعة، ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر، وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثني عشر وأخذ به، وكان قول أبي يوسف أوّلاً كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب إذا مات أب الخنثى وترك ابناً فالمال بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة للابن سهمان والخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك: أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكراً. وقالا: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس. واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع، لأن الخنثى في حال ابن وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً كان المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى أثلاثاً فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة، ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم، وفي حال أثلاثاً سهمان للخنثى وأربعة للابن، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم، ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة. وفي تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره، وذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيبه، وما

وللخنثى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث، وأقل ذلك ستة، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة. ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا إلى أثبات المال ابتداء، والأقل

بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسألة، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أن أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله قوله: (إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً) قال في العناية: وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالشك، إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن

ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً. وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموعة أربعة وثمانين؛ ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى خمسة منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين، كذا أفاده الإمام حميد الدين (ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمعلوم، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان إثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال لفلان عليّ دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الأول متيقناً به دون الزيادة. لا يقال: سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب. لأنا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه الذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه. وقوله: (إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً) استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر، لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن يكون زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى، فإن قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخنثى النصف والمسألة من ستة وتعود إلى ثمانية، وإن قدرناه ذكراً كان له الباقي بعد نصب الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكراً، وإذا ترك امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي خنثى، للمرأة الربع ولبني الأخياف الثلث، فإن قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسألة من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر، وإن قدرناه ذكراً كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكراً، ولو ماتت وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى، وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة: فإن قيل: إذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب. قلت: كأنه أشار إلى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك، يشير إلى أن الثلثين في تلك المسألة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخنثي، وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوّة، وإنما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير، وحيث جعلنا

قوله: (استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول: ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن، لأن المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الأنثى، وإنما قلنا ينبغي أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل.

وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن قصراً عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن، كذا هذا، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذٍ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الورثة زوجاً، وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى. فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما.

في تلك الصورة لكونه متيقناً به انتهى. أقول: فيه نوع اختلال، لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصراً عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان، فيخالف هذا قوله في أوّل كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر.

الخنثى أنثى ما زحمه إلا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقاً له، وهل يؤخذ من الكفيل؟ قال بعض مشايخنا: هو على الخلاف المعروف أن القاضي إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلاً في قول أبي حنيفة. وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه. وقال بعضهم: يحتاط في أخذ الكفيل منه هاهنا عندهم جميعاً، وإنما لم يجوّز أبو حنيفة هناك للمجهول، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلاً لذلك، فإن تبين أن الخنثى ذكر سترد ذلك من أخيه، وإن تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن، ومنهم من يقول يدفع الثلث إلى الخنثى والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلى أن يتبين أمره، لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم.

مسائل شتى

قال: (وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي: يجوز في الوجهين. لأن المجوّز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين. ولا فرق بين الأصل والعارضي كالوحشي والمتوحش من الأهل في حق الذكاة، والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط جاء من قبله حيث آخّر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا ينقاسان، وفي الآبدة عرفناه بالنص. قال: (وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يومىء

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذّ ذكره في الأبواب السالفة من المسائل استداركاً للفائت، ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل متثورة، فعمل المصنف هنا أيضاً كذلك جرياً على عادتهم قوله: (وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز) قال الشراح: وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم انتهى. أقول: فيه نظر، لأنه لما فسر الإيماء برأسه في تقرير المسألة بقوله: أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها إلى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار، بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى قوله: (ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه) أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز إشارة المعتقل لسانه، ولو امتدّ اعتقاله، لأن تأخير

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. قوله: (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار) يشير إلى أن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان منه معهوداً في نعم. وقوله: (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء: إذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه. وقوله: (حتى لو امتدّ) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت موته يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس. قالوا: وعليه الفتوى. وقوله: (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روي عن رافع بن خديج «أن بعيراً من إبل الصدقات ندّ فرماه رجل وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: إن لها أوابد كأوابد الوحش، فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه» وقوله: (ولا يحدّ) أي الأخرس إذا قذف بالإشارة إلى الكتابة (ولا يحدّ له) إذا كان مقذوفاً. وقوله: (وهو) أي العجز (في حق الأخرس أظهر منه في حق الغائب) لأن الظاهر من حال الغائب الحضور، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه، فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور، فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى. وقوله: (ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين) احتراز عن غير المستبين

مسائل شتى

قوله: (بأن يحرك رأسه طولاً) أقول: من فوق إلى تحت، وأما عكسه فدلالة الإنكار.

إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه، ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا؛ ألا ترى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أدّى واجب التبليغ مرّة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب[1]، والمجوّز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم. ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا. ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار، وينوي فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ، وقد تثبت بدون اللفظ. والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندرىء بالشبهات، ولعله كان مصدقاً للقاذف فلا يحدّ للشبهة، ولا يحدّ أيضاً بالإشارة في القذف بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط. ثم

الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قيل آنفاً، ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين قوله: **(أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن هذا يدل على بعض المدعي ولا يدل على بعضه الآخر، بل يدل على خلافه، فإن المدعي أن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود، إذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها، بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضاً إذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً فليتأمل في المخلص قوله: **(وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد)** أقول: لقائل أن يقول: من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسألة وهو من حقوق الله تعالى، لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى لهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق، كما لم تشترط في الشهادة على عتق الأمة أيضاً بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومرّ في الكتاب أيضاً في باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق. فإن قلت: ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة، بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنها من حقوق العباد على ذلك. قلت: مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الأخرس حجة فيه؛ ألا يرى أن إشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف، كما أن فيه حق الله تعالى، بل لا بد في كون

وهو الكتاب على الهواء، وإما مرسوم: أي معنون: أي مصدّر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان، وبما ذكرنا علم الأقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره. وقوله: **(وينوي فيه)** أي يطلب منه النية فيه. وقوله: **(لأنه بمنزلة صريح الكتابة)** أي الكتاب القولية كقوله أنت بائن وأمثاله. وقوله: **(ولا تختص بلفظ دون لفظ)** فإنه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره **(وقد تثبت بغير لفظ)** أي بفعل بدل على القول كالتعاطي. وقوله: **(ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك)** أي لا يكون حجة **(فيكون فيهما)** أي في الأخرس والغائب الغير الأخرس روايتان. وقوله: **(لأنه)** أي الإشارة على تأويل المذكور. وقوله: **(لأنه)** أي محمداً **(جمع هنا)** أي في الكتاب **(بينهما)** بقوله يكتب كتاباً أو يومىء إيماء. وقوله: **(وفي الكتابة زيادة بيان لم**

---

(١) يشير المصنف إلى ما أخرجه مسلم ١٧٧٤ من حديث أنس «أن نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار يدعوهم إلى الله تعالى، وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي ﷺ»
وأخرجه أيضاً الترمذي ٨٧، ٢٧٨٦ والبيهقي ٩/١٠٧ وابن حبان ٦٥٥٣.
وهناك كتب كثيرة أرسلها النبي ﷺ لتبليغ الدعوة منها الكتاب إلى هرقل، وهو في حديث صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٥٣ ومسلم ١٧٧٣ والترمذي ٢٧١٧ وعبد الرزاق ٩٧٢٤ وأحمد ١/٢٦٣ وابن حبان ٦٥٥٥ كلهم من حديث ابن عباس.

الفرق بين الحدود والقصاص أن الحدّ لا يثبت ببيان فيه شبهة؛ ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقرّ بالوطء الحرام لا يجب الحدّ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد. أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهليه النطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أن لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة، لأنه

إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى، فإن الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد، حتى أن مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حق القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا، ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياص عنه ولا يجري الإرث فيه عندنا كما مرّ في الحدود، فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالباً على حق الله تعالى تفكر قوله: **(وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة)** أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مرّ في عدّة مواقع: منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه: فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة، لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق. ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه: ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء، لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات. ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة: الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه: وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق، وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص. فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرىء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته. ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين: ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال. ومنها كتاب الجنايات، فإنه صرّح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص، وفرّع عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب. وأما ثانياً فلأن

توجد في **(الإشارة)** لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام **(وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتاب لأنه)** أي الإشارة **(أقرب إلى النطق من آثار الأقلام)** لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم. وأما العلم الحاصل بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو

قال المصنف: **(ثم الفرق بين الحدود والقصاص، إلى قوله: لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات)** أقول: وقد صرح في أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص. تم.

حجة ضرورية، ولا ضرورة لأنه جمع ها هنا بينهما فقال: أشار أو كتب، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتاب لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا **(وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين لعارض)** لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة، وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان. قال: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل)** وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار. أما في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك، لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة. فالتي تحتمل أن تكون ذكية

قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا، فإن حدّ القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة، ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور قوله: **(ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة)** قوله: **(لأنه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب)** قال صاحب الغاية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر، لأنه قال في الجامع الصغير: وإذا كان الأخرس يكتب أو يومىء وكلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع، على أنا نقول: قال في الأصل: وإن كان الأخرس يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن يكتب، فافهم إلى هنا لفظه. أقول: نظره ساقط جداً، إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة من مواد إعلام الأخرس، بل مراده الجمع بينهما في جواز إعلام الأخرس مراده بأي واحد منهما، ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين، فإذا أتى الأخرس بأيّ واحد منهما على انفراده يتحقق الإتيان بأحد الأمرين، ويجوز ذلك بحسب الشرع، أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسألة فهو جائز، وأما علاوته التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشيء أيضاً. لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس ومعنى قوله لأنه جمع ها هنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لأنه جمع هنا بينهما: أي جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة، ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الأخرس لا تعتبر مع القدر على الكتابة، غاية الأمر أن يكون في المسألة روايتان ومثل ذلك كثير. فإن قلت: فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدر على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذٍ مبنياً على رواية الأصل، فما معنى نسبة التوهم إليهم؟ قلت: مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً؛ أي في رواية مّا. ولك أن تقول: يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل قوله: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل)** قال في العناية أخذاً من النهاية: طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر، فقد جوّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق

إشارته بيده أو رأسه، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار. وقوله: **(وكذا الذي صمت يوماً أو يومين)** عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه: أي لا يجوز إقراره بأن أومأ برأسه أي نعم أو كتب. وقوله: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة إلخ)** ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان: أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرّى ويصلي في الذي يقع تحرّيه أنه طاهر، فقد جوّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين، وفي الذكية والميتة لم يجوّز. وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم

أولى، غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه عن غير ضرورة. وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة؛ ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرّم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

هو أن حكم الثياب أخفّ من غيرها، لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعض ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحرّي حالة الاشتباه أولى انتهى. أقول: لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي. أما الأول فلأن تجويز التحرّي فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به، وعمد تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أما في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأساً لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعاً. وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخفّ من حكم غيرها، لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخّف من حكم غيرها مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسألتين.

قال مؤلف الكتاب رحمه الله

هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية، ألفته مع توزّع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال، وسميته: (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتماله على ثلاثة من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقات، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فله الحمد والمنة وله الكبرياء، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار. تم.

الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم. ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس، فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه، ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرس تكملة شرح فتح القدير
للإمام كمال الدين السيواسي

كتاب الكراهية

كتاب إحياء الموات

كتاب الأشربة

كتاب الصيد

كتاب الرهن

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب المعاقل

كتاب الوصايا

كتاب الخنثى